

法律與 中國社會之變遷

增訂本

馬漢寶 著

*Law and Social Change:
The Chinese Experience Past and Present
Enlarged Edition*

法律與中國社會之變遷

增訂本

LAW AND SOCIAL CHANGE:
THE CHINESE EXPERIENCE PAST AND PRESENT
Enlarged Edition

國立臺灣大學法律學院 名譽教授

馬漢寶 著

BY

HERBERT HAN-PAO MA
EMERITUS PROFESSOR OF LAW
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY

airiti
press.

國家圖書館出版品預行編目資料

法律與中國社會之變遷 / 馬漢寶著. -- 初版. --

新北市 : Airiti Press, 2012.06

面 ; 公分

ISBN 978-986-6286-49-0(平裝)

1. 中國法制史 2. 法律社會學 3. 文集

580.92

101000441

法律與中國社會之變遷 (增訂本)

馬漢寶 著

發行人／陳建安

經 理／范雅竹

總編輯／古曉凌

執行編輯／方文凌

謝佳珊

美術編輯／王筱萱

版面構成／黃淑真

封面設計／鄭清虹

行銷企劃／賴美璇

發行業務／楊子朋

出版者／Airiti Press

新北市永和區成功路一段 80 號 18 樓

電話：(02)2926-6006 傳真：(02)2231-7711

服務信箱：press@airiti.com

帳戶：華藝數位股份有限公司

銀行：國泰世華銀行 中和分行

帳號：045039022102

法律顧問／立暘法律事務所 歐宇倫律師

I S B N／978-986-6286-49-0

出版日期／2012 年 6 月初版

定 價／NT\$380 元

版權所有・翻印必究

Printed in Taiwan

以本書紀念
在臺大法律學系
執教四十四年
(1955-1999)

增訂本 序

《法律與中國社會之變遷》一書原係著者為紀念在臺大法律學系執教四十四年（1955~1999）而作，並已列為「國立臺灣大學法學叢書」第99冊。2008年，北京清華大學「漢語法學文叢」為大陸讀者及學子之方便，經著者同意，曾以簡體字編印原書部分內容，並以「法律思想與社會變遷」為名在大陸出版。2010年間，臺灣華藝數位股份有限公司（Airiti Press Inc.）則商請由其將原書數位化，同時並印紙本，以廣流傳。著者基於華藝之誠意，乃允所請。是即原書此一版本問世之原由。

按《法律與中國社會之變遷》一書，實際上乃係於1999年集印著者已發表之論文十三篇而成。原書「前言」曾對各篇論文略加介紹，並以其中一篇作全書之結論。該「前言」現移印此一版本。故於此，對各篇論文不再作說明。惟此一版本另外增加論文兩篇，即「中國法制史之名稱與研究範圍」（見此一版本第五篇）及「哲學對法律實務的影響」（見此一版本第十三篇）。前者在析述制度與思想關係之密切，因此「中國法制史」之名稱或可改稱為「中國法律史」以兼顧法律思想與法律制度，使研究範圍亦較為週全。後者則強調立法與司法工作之鵠的，歸根究柢在實現公平與正義，而其途徑可說無不與哲理有關。

原書此一版本經增訂後，共得論文十五篇，故即以「增訂本」加以表明。

馬學庸

民國一〇一年五月

原書前言

本書共收著者已發表的論文十二篇。各篇論文原來散見於各處，致不易得知；乃有集印成書之議。

著者數十年來，對法律與社會變遷之關係富有興趣而未斷觀察與研究。本書所集十二篇論文雖各有主題，而均未離上述興趣及觀察與研究之範圍，且無不與中國社會有關。故即以「法律與中國社會之變遷」為名。

至於所探討的問題，為方便計可以分為二部分。第一部分有關法律思想與社會制度，包括第一篇法律、道德與中國社會的變遷，第二篇儒家思想法律化與中國家庭關係之發展，第三篇個人在中國傳統與現代法律上之地位，及第四篇法律教育之前瞻與基礎法學。第二部分有關法律制度與社會變遷，包括第五篇美國憲法與中華民國憲法之制定及發展，第六篇龐德論中華民國憲法之發展，第七篇龐德論中華民國法律之發展，第八篇臺灣之土地改革——實行法治之一項範例，第九篇法律與科技發展，第十篇法律與國家考試，第十一篇近三十年法律與社會變遷之關係，第十二篇論共產中國社會主義法律制度之建立。

在第一篇、第二篇及第三篇中，著者指出中國傳統文化與中國法律現代化過程相互間已造成的影響，以及今後可能發生的關係。其中，對於如何協調仍然存在的傳統觀念與現

代西方化法律制度及其理論基礎，著者建議一方面重新詮釋儒家孔孟的思想，一方面借重西洋法律思想主流的理論，期能得一可行的途徑。第四篇在針對臺灣社會的實際情況，檢討法律教育與基礎法學之關係，亦多利用西洋法律思想主流的理論。

其次，在有關法律制度與社會變遷之各篇論文中，一部分係針對某一種特定的制度或現象，探討其與法律相互的影響，如土地改革（第八篇）、科技發展（第九篇）、國家考試（第十篇）等。此外，並單用一篇綜述近三十年來法律與社會變遷之關係（第十一篇）。一部分則係評論法律制度之建立、發展與社會情況之關係，如中華民國憲法與法律之建制（第五篇、第六篇、第七篇）及在中國大陸共產政權下，能否建立法律制度及如何建立法律制度等（第十二篇）。其中，有關中華民國憲法與法律之三篇論文，在借重西方學者客觀的意見或已有的成規，以求有助深入了解我國的制度。

各篇論文係寫成於不同時間；有幾篇之內容不受時間之限制，有幾篇則係以論文完成當初的實際情況為對象，故以略加補充為宜。且本書既以「法律與中國社會之變遷」為名，其範圍本可擴及中國社會之過去與未來。因此，另以一篇，從歷史的觀點，依時代的先後，檢討思想、法律與中國社會變遷的關係；同時並藉以對幾篇論文之內容，更事補充（第

十三篇)。在最後一篇（第十三篇）中，基於行文之需要，不免有重述以前各篇內容之處。因此，即以此篇代替本書之結論。

馬漢寶

一九九九年九月九日

目 錄

I、法律思想與社會制度 1

第一篇 法律、道德與中國社會的變遷 2

- 壹、緒言 2
- 貳、傳統法律的道德化 4
- 參、現代法律的西方化 8
- 肆、傳統道德與現代法律的距離 14
- 伍、傳統道德與現代法律的協調 17
- 陸、協調工作的最高準據 21
- 柒、結語 26

第二篇 儒家思想法律化與中國家庭關係的發展 27

- 壹、緒言 27
 - 一、孔孟人倫思想的原義 28
 - 二、孔孟人倫思想的法律化 33
 - 三、孔孟人倫思想與中國現行的法律制度 39
 - 四、孔孟人倫思想與今後中國家庭關係的發展 42
- 貳、結語 50

第三篇 個人在中國傳統與現代法律上之地位 52

- 壹、緒言 52
- 貳、個人在西方思想中之地位 53
- 參、個人在中國傳統思想中之地位 57
- 肆、個人在中國傳統法律上之地位 61

伍、個人在中國現代法律上之地位	64
陸、中國法律傳統與個人在現代法律上地位之關係	67
柒、結語	70

第四篇 法律教育之前瞻與基礎法學 73

壹、緒言	73
貳、法律教育與西洋法律思想	75
參、我國法律教育與基礎法學	79
肆、法律教育與品德教育	81
伍、結語	83

II、法律制度與社會變遷 85

第五篇 中國法制史之名稱與研究範圍 86

壹、緒言	86
貳、中國法制史之名稱	87
一、法與法律	88
二、制與制度	92
參、中國法制史之研究範圍	93
一、制度與思想之關係	95
二、史料之蒐集與運用	97
肆、中國法制史名稱與研究範圍之商榷	100
伍、結語	102

第六篇 美國憲法與中華民國憲法之制定及發展 105

壹、緒言 105

貳、美國憲法與中華民國憲法之制定 106

一、臨時政府組織大綱 106

二、臨時約法 108

三、天壇憲法，民國十二年、民國十四年中華民國憲法草案 109

四、省憲 109

五、五權憲法 110

參、美國憲法與中華民國憲法之發展 113

肆、結語 117

第七篇 龐德論中華民國憲法之發展 118

壹、緒言 118

貳、憲「法」之意義 120

參、憲法之「法」之重要 123

肆、憲「法」解釋基礎之建議 124

伍、憲「法」解釋方法之建議 127

陸、龐德建議之評論 130

柒、結語 133

第八篇 龐德論中華民國法律之發展 135

壹、緒言 135

貳、龐德建議之層次 136

參、法律之歷史的基礎 137

肆、比較法學之運用 139

伍、法典之解釋與適用 140

陸、統一解釋之重要 142

柒、龐德建議之評論 144

捌、結語 147

第九篇 臺灣之土地改革——實行法治之一項範例 149

壹、緒言 149

貳、臺灣土地改革之憲法基礎 152

參、臺灣土地改革之法律架構 153

一、普通法律 153

二、特別立法 155

肆、臺灣土地改革所生爭議之解決 160

一、司法機關 161

二、出租人與承租人間耕地租約之爭議 162

三、公有耕地放領之爭議 163

四、耕地徵收與耕地放領之爭議 165

伍、結語 167

第十篇 法律與科技發展 168

壹、緒言 168

貳、科技、法律與社會生活 170

參、法律與科技發展 175

一、十六世紀至十九世紀之科技與法律 176

二、二十世紀以來之科技與法律 179

肆、結語 185

第十一篇 法律教育與國家考試 187

- 壹、緒言 187
- 貳、總說 188
- 參、司法官與律師所受之法律教育及所經之國家考試 190
 - 一、修習科目與考試科目 190
 - 二、教學方法與考試方法 193
- 肆、司法官與律師二種主要國家考試之檢討 194
 - 一、司法官考試與律師考試辦法不同之情形 194
 - 二、司法官考試與律師考試辦法不同之後果 197
- 伍、結語 198

第十二篇 哲學對法律實務的影響 200

- 壹、緒言 200
- 貳、哲學與法律 201
- 參、哲學與立法 202
- 肆、哲學與司法 203
- 伍、結語 206

第十三篇 近三十年法律與社會變遷之關係 207

- 壹、緒言 207
- 貳、法律與社會變遷之關係——理論上的基礎 208
- 參、近三十年法律與社會變遷之關係——我國在臺灣之經驗 212
- 肆、結語 220

第十四篇 論共產中國社會主義法制之建立 221

壹、緒言 221

貳、「社會主義合法性」之意義 223

參、「社會主義法律制度」建立之困難 228

肆、「社會主義法制」與「法治」之差異 236

伍、結語 238

III、結論 239

第十五篇 思想、法律與社會變遷：歷史觀點下的中國經驗 240

壹、緒言 240

貳、西周社會之禮與刑 242

參、春秋時代之儒家與禮 245

肆、戰國時期之法家與法 247

伍、先禮後法之思想與制度 250

陸、中國法律傳統與法律西方化之困難 252

柒、臺灣社會與西方化法律之實施 257

捌、中國法律傳統與西方化法律之調和 260

玖、共產中國社會與法律制度之建立 264

拾、結語 268

著者簡歷 270

著作簡表 272

I

法律思想與社會制度

- 第一篇 法律、道德與中國社會的變遷
- 第二篇 儒家思想法律化與中國家庭關係的發展
- 第三篇 個人在中國傳統與現代法律上之地位
- 第四篇 法律教育之前瞻與基礎法學

第一篇

法律、道德與中國社會的變遷*

目次

- 壹、緒言
- 貳、傳統法律的道德化
- 參、現代法律的西方化
- 肆、傳統道德與現代法律的距離
- 伍、傳統道德與現代法律的協調
- 陸、協調工作的最高準據
- 柒、結語

壹、緒言

中國現行的法律，什九是以西方的制度為藍本。現代西方的法律，大體上是工業革命與都市革命的直接產物。在臺灣的中國社會，既然日益趨向工業化與都市化，其現行西方化的法律，亦應該日益有用。

不過，中國固有的法律觀念，深受儒家道德思想的影響，

* 本文原載《國立臺灣大學法學論叢》第一卷第一期（民國六十年十月），國立臺灣大學法律學系刊行。