

汉语法学文丛

法律思想与社会变迁

马汉宝 著

清华大学出版社

汉语法学文丛

法律思想与社会变迁

马汉宝 著

清华大学出版社
北京

版权所有, 侵权必究。侵权举报电话: 010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

法律思想与社会变迁/马汉宝著. —北京:清华大学出版社, 2008. 1
(汉语法学文丛)

ISBN 978-7-302-16166-0

I. 法… II. 马… III. ①法律—思想史—研究—中国 ②社会变迁—研究—中国 IV. D909.2 K207

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 147182 号

责任编辑: 方 洁 宋丹青

责任校对: 王凤芝

责任印制: 李红英

出版发行: 清华大学出版社

地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机: 010-62770175 邮购热线: 010-62786544

投稿咨询: 010-62772015 客户服务: 010-62776969

印 刷 者: 北京市清华园胶印厂

装 订 者: 三河市春园印刷有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 155×230 印 张: 26 字 数: 348 千字

版 次: 2008 年 1 月第 1 版 印 次: 2008 年 1 月第 1 次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 40.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题, 请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话: (010)62770177 转 3103 产品编号: 025591-01

二〇〇六年春，于“东亚法哲学研讨会”上得识北京清华大学法学院许章润教授。许教授为清华大学“汉语法学文丛”主编，承其建议汇集著者有关法律思想及法律制度之论文，交由清华大学出版社以简体字编印成册，并收入“汉语法学文丛”，认为可有助两岸法学之切磋及嘉惠更多习用简体字之学子。深以其意诚辞恳，乃同意其建议，进而商讨编印之内容。

按著者自一九五〇年起，在台湾及欧美多所大学从事法学之研究与讲授，主要领域之一为中西法律思想与社会变迁，数十年间所撰之有关论文颇多，而分散各处，收集原需费时。不过一九九八年，台湾大学法学丛书编辑委员会曾将著者所作并已发表之西洋法律思想专题论文七篇，以“西洋法律思想主流之发展”为名出版专书（“台湾大学法学丛书”98）。次年，复承台湾大学法学丛书编辑委员会将著者探讨思想、法律与社会变迁相互影响之论文十三篇辑印成书（“台湾大学法学丛书”99）。其中各篇论文虽分别在不同时期发表于不同学术刊物，因均与中国社会有关，故即以“法律与中国社会之变迁”为书名。

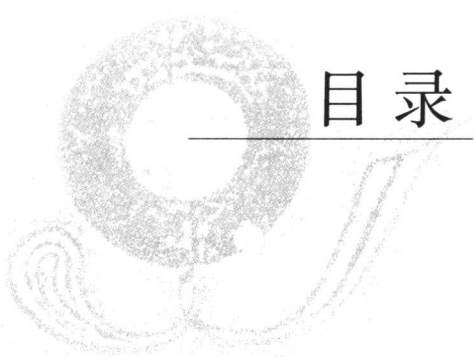
以上两书既属现成，内容亦均关法律思想及法律制度，因此商得许教授同意，即就此两书之内容加以整理、编排而合印为一册（以下称此册），并以“法律思想与社会变迁”为名。兹值此册付梓在即，爰略记其编印始末如上。

宜加说明者，原来两书各有“前言”一篇，分别概述该书之内容、各

篇论文之主题及集文之经过,兼重各篇论文撰写之时空背景。凡此均在为阅读之便。此二篇“前言”皆作为附录留印此册中,本序文对全册内容乃不另作简介,并希读者惠察。

马汉宝

2007年8月



目录

上 部

第一篇 法律、道德与中国社会的变迁	(3)
一、绪言	(4)
二、传统法律的道德化	(5)
三、现代法律的西方化	(8)
四、传统道德与现代法律的距离	(12)
五、传统道德与现代法律的协调	(14)
六、协调工作的最高准据	(16)
七、结语	(19)
第二篇 儒家思想法律化与中国家庭关系的发展	(21)
一、绪言	(22)
(一) 孔孟人伦思想的原义	(23)
(二) 孔孟人伦思想的法律化	(26)
(三) 孔孟人伦思想与台湾现行的法律制度	(29)
(四) 孔孟人伦思想与今后中国家庭关系的发展	(32)
二、结语	(37)
第三篇 个人在中国传统与现代法律上之地位	(38)
一、绪言	(39)
二、个人在西方思想中之地位	(40)
三、个人在中国传统思想中之地位	(43)

四、个人在中国传统法律上之地位	(45)
五、个人在中国现代法律上之地位	(47)
六、中国法律传统与个人在现代法律上地位之关系	(49)
七、结语	(51)
第四篇 法律教育之前瞻与基础法学	(53)
一、绪言	(54)
二、法律教育与西洋法律思想	(55)
三、法律教育与基础法学	(58)
四、法律教育与品德教育	(59)
五、结语	(60)
第五篇 美国宪法与“中华民国宪法”之制定及发展	(62)
一、绪言	(63)
二、美国宪法与“中华民国宪法”之制定	(64)
(一) 临时政府组织大纲	(64)
(二) 临时约法	(65)
(三) 天坛宪法, 民国十二年(一九二三)、民国十四年(一九二五) “中华民国宪法草案”	(66)
(四) 省宪	(66)
(五) 五权宪法	(66)
三、美国宪法与“中华民国宪法”之发展	(68)
四、结语	(71)
第六篇 台湾之土地改革——实行法治之一项范例	(72)
一、绪言	(73)
二、台湾土地改革之“宪法”基础	(75)
三、台湾土地改革之法律架构	(76)
(一) 普通法律	(76)
(二) 特别立法	(77)
四、台湾土地改革所生争议之解决	(80)
(一) 司法机关	(81)

(二) 出租人与承租人间耕地租约之争议	(81)
(三) 公有耕地放领之争议	(82)
(四) 耕地征收与耕地放领之争议	(83)
五、结语	(85)
第七篇 法律与科技发展	(86)
一、绪言	(87)
二、科技、法律与社会生活	(89)
三、法律与科技发展	(91)
(一) 十六世纪至十九世纪之科技与法律	(92)
(二) 二十世纪以来之科技与法律	(94)
四、结语	(98)
第八篇 法律教育与考试	(100)
一、绪言	(101)
二、总说	(102)
三、司法官与律师所受之法律教育及所经之考试	(103)
(一) 修习科目与考试科目	(103)
(二) 教学方法与考试方法	(105)
四、司法官与律师二种主要考试之检讨	(106)
(一) 司法官考试与律师考试办法不同之情形	(106)
(二) 司法官考试与律师考试办法不同之后果	(107)
五、结语	(108)
(一) 司法官与律师之教育应加强品德之培养	(108)
(二) 司法官与律师之考试及训练办法应力求一致	(109)
第九篇 近三十年法律与社会变迁之关系	(110)
一、绪言	(111)
二、法律与社会变迁之关系	
——理论上的基础	(112)
三、近三十年法律与社会变迁之关系	
——台湾之经验	(115)

四、结语	(119)
第十篇 思想、法律与社会变迁:历史观点下的中国经验	(121)
一、绪言	(122)
二、西周社会之礼与刑	(123)
三、春秋时代之儒家与礼	(125)
四、战国时期之法家与法	(127)
五、先礼后法之思想与制度	(128)
六、中国法律传统与法律西方化之困难	(130)
七、台湾社会与西方化法律之实施	(133)
八、中国法律传统与西方化法律之调和	(134)
九、结语	(137)

下 部

第十一篇 庞德社会利益说之理论的基础	(141)
一、绪言	(142)
二、庞德的社会利益说	(146)
(一) 社会利益说的理论渊源	(147)
(二) 现在文明社会的利益的调查	(162)
(三) 社会利益说的难关	(169)
三、结语	(175)
第十二篇 庞德论“中华民国宪法”之发展	(177)
一、绪言	(178)
二、宪“法”之意义	(179)
三、宪法之“法”之重要	(181)
四、宪“法”解释基础之建议	(182)
五、宪“法”解释方法之建议	(184)
六、庞德建议之评论	(186)

七、结语	(188)
第十三篇 庞德论中华民国法律之发展	(189)
一、绪言	(190)
二、庞德建议之层次	(191)
三、法律之历史的基础	(192)
四、比较法学之运用	(193)
五、法典之解释与适用	(194)
六、统一解释之重要	(195)
七、庞德建议之评论	(196)
八、结语	(198)
第十四篇 牛津哲学对法学之影响	(199)
一、绪言	(200)
二、牛津哲学	(202)
(一) 对语言的“用法”之重视	(203)
(二) 对语言的“用法”之扩充	(204)
(三) 对“通俗语言”之注意	(206)
三、哈特对于分析法学所提出之建议	(208)
(一) 分析法学的困难	(208)
(二) 法律文句的特性	(212)
(三) 哈特所提的建议	(222)
四、哈特所提出的建议之讨论	(228)
五、牛津哲学的伦理观与自然法学之关系	(237)
(一) 牛津哲学的伦理观	(238)
(二) 自然法学与规范伦理学	(241)
六、结语	(242)
第十五篇 自然法之现代的意义	(243)
一、绪言	(244)
二、自然法之历史的简介	(247)
三、自然法之晚近的理论	(255)

(一) 新经院学派的自然法	(256)
(二) 古典形态的自然法	(263)
(三) 重视价值的法学	(270)
四、自然法之现代的意义	(281)
五、自然法之批判的功用	(290)
六、自然法与综合的法学	(297)
七、结语	(302)
第十六篇 二十世纪的美国法律思想	(304)
一、绪言	(305)
二、二十世纪以前的美国法律思想	(306)
(一) 独立前后迄南北战争	(306)
(二) 南北战后迄第一次世界大战	(307)
三、二十世纪初期的美国法律思想	(308)
(一) 分析法学	(309)
(二) 历史法学	(310)
(三) 霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, 1841—1935)	(310)
四、二十世纪三十年代的美国法律思想	(313)
(一) 社会法学	(314)
(二) 法律唯实主义	(317)
五、第二次世界大战以后的美国法律思想	(327)
(一) 自然法思想的复兴	(328)
(二) 政策导向的法学	(338)
(三) 整体法学	(339)
六、结语	(342)
第十七篇 西洋法律思想近三十年之发展趋势	(343)
一、绪言	(344)
二、法律实证主义	(345)
三、自然法思想	(349)
四、社会学导向法学	(353)

五、结语	(358)
第十八篇 法律哲学与社会变迁之关系	
——以自然法思想与法律实证主义之消长 为例	(359)
一、绪言	(360)
二、自然法思想对欧洲大陆立法之贡献	(361)
三、法律实证主义之得势与欧洲大陆法典之关系	(362)
四、从社会变迁看自然法思想与法律实证主义之消长	(364)
五、结语	(365)
附录一：《西洋法律思想主流之发展》前言	(367)
附录二：《西洋法律思想主流之发展》绪论	(369)
附录三：《法律与中国社会之变迁》前言	(376)
附录四：马汉宝——融贯中西法律文化的笃行者 曾建元 杨湘钧	(378)
索引	(397)

上部

- 第一篇 法律、道德与中国社会的变迁
- 第二篇 儒家思想法律化与中国家庭
关系的发展
- 第三篇 个人在中国传统与现代法律上
之地位
- 第四篇 法律教育之前瞻与基础法学
- 第五篇 美国宪法与“中华民国宪法”之
制定及发展
- 第六篇 台湾之土地改革
——实行法治之一项范例
- 第七篇 法律与科技发展
- 第八篇 法律教育与考试
- 第九篇 近三十年法律与社会变迁之关系
- 第十篇 思想、法律与社会变迁：历史
观点下的中国经验

第一篇

法律、道德与中国社会的变迁^{*}

目 次

- 一、绪 言
- 二、传统法律的道德化
- 三、现代法律的西方化
- 四、传统道德与现代法律的距离
- 五、传统道德与现代法律的协调
- 六、协调工作的最高准据
- 七、结 语



^{*} 本文原载《国立台湾大学法学论丛》，第一卷·第一期，台北，台湾大学法律学系刊行，1971。

一、绪 言

中国现行的法律，什九是以西方的制度为蓝本。现代西方的法律，大体上是工业革命与都市革命的直接产物。在台湾的中国社会，既然日益趋向工业化与都市化，其现行西方化的法律，亦应该日益有用。

不过，中国固有的法律观念，深受儒家道德思想的影响，固有的法律制度，亦极富于伦理的色彩。其结果，法律实际上素被作为贯彻儒家道德的力量。现今台湾的中国社会，虽然一直在实施西方化的法律制度，但是法律与道德的传统，依旧影响社会生活的各面。换言之，不少法律与道德的传统，并未成为历史陈迹，而仍具有活力。

因此,研究台湾中国社会里法律与道德的关系,就必须对法律与道德的传统,深加注意。尤其近年来,当局与民间积极推行中华文化复兴运动,呼吁国人重振固有的道德,更足以证明此一判断之不虚。

本文之目的,在于探讨法律、道德与中国社会的变迁相互间的关系。不过,本文所谓“中国社会”,系指自先秦时代以迄一九四九年为止,在中国大陆上的中国社会以及自一九四九年以迄目前,在台湾的中国社会而言。

至于本文的步骤,拟首先说明在过去,法律如何受儒家道德的支配。其次拟指出这种法律与道德间的关系,对于法律西方化的影响如何。最后则拟以现代的法理学理论为根据,试就固有的道德与西化的法律之协调,找出一个途径。

诚然,本文的题目甚大,每一步骤所牵涉的问题也甚多。绝不是一篇短文所能说得透彻,所以也根本无此奢念。所望做到者,在就国人已经习知的某些问题,简单予以复述并择要加以强调;然后提出作者个人一点粗浅的见解,作为进一步探讨与切磋的基础。

二、传统法律的道德化

中国有其独特的文化,迄二十世纪初西方的思想与制度输入时为止,数千年间可说一脉相承,未受干扰。中国亦有其独特的法律观念,随固有的文化而延续不断,以迄二十世纪初西方的法律思想与制度因变法运动而输入时为止。

为明了固有的法律观念,必须从“法”与“礼”两个固有的概念以及其相互的关系着手。^① 一般言之,“法”指有关犯罪与刑罚之事。最早的法律文书之一,李悝的法经如此,自秦以迄清,历朝的法典亦复如

① 关于“法”与“礼”的概念以及二者的关系,可参考瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第六章,上海,商务印书馆,1947;杨鸿烈:《中国法律思想史》,上册,第三章,下册,第四章,台湾,商务印书馆,1964;高明:《明礼》,见《中国政治思想与制度史论集》(一),台北,“中华文化出版事业委员会”,1955。