

中國法律思想初探

林文雄 教授

國立臺灣大學法學叢書(133)

中國法律思想初探

林 文 雄 著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

國家圖書館出版品預行編目資料

中國法律思想初探／林文雄著 -- 一版 --
臺北市：學林文化，2002 [民 91]
面： 公分. -(國立臺灣大學法學叢書)
；133)

ISBN 957-0413-58-1(精裝)

1. 法律 - 哲學，原理-中國-論文，講詞等

580.192

91007071

中國法律思想初探

作 者： 林文雄
出 版 者： 學林文化事業有限公司
 臺北市重慶南路一段 13 號 5 樓
 電話：(02)23141078
 傳真：(02)23319972
 E-mail：law@sharing.com.tw
責任編輯： 蕭志明

登 記 證： 局版北市業字第 1190 號
— 版： 2002 年 4 月

郵撥帳號： 19168499 學林文化事業有限公司
定 價： 新台幣 380 元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。

ISBN 957-0413-58-1

序

今年是我退休年，使我警惕到時光奔馳，瞬間三十多年，再不出版，恐怕永遠沒有機會了。於是將多年來所寫中國法律思想論文，收集成一本書，命名為《中國法律思想初探》。

本書包括五篇論文，除第五篇外都曾發表於國內外學術性刊物上。發表的情形，附記於各該篇論文後，請參閱。

就本書總體來看，本書有以下三大特色：

第一點，以科學的方法，探討中國的法律思想。其中以第一篇「老子法律思想的研究」最為顯著。作者以分析哲學的立場，分析、批評老子哲學—「道」的理論，指出其方法論上的特色，並從西漢黃老政治的實行，批評「無為而無不為」方法的得失。

第二點，強調中國法律思想，在現代民主法治國家—台灣的意義。其中以第二篇「從現代的法治觀點看孔孟的法律思想」，可作為典型的例子。作者不但指出孔子、孟子法律思想的精義，並批評其與現代民主主義、法治主義是否相符。

第三點，重視中國法律思想與我國現有法制間的相互影響。關於這一點，可以本書第五篇「孫中山先生的法律思想與中華民國的憲法」作為代表。在本篇論文中，作者不但致力於顯示孫中山先生的法律思想對制定中華民國憲法的影響，並且也論述中華民國憲法的施行是否按照孫先生的建國時期順序進行。不僅如此，作者對孫中山先生的法律思想不吝給予歷史上應有的評價，並且對中華民國憲法在台灣的施行，也加以展望。

本書的出版，希望對於在台灣將要枯萎的中國法律思想教學與研究能注入一些活水。當然，正如本書的書名所顯示，希望本書的出版是第一次，而不是最後一次。至於法家的法律思想，也期待作者以後將有機會，多寫些有關法家的論文，以免有所偏頗—使人產生僅偏重探討儒家孔孟法律思想的錯覺。

本書能順利出版，首先要感謝「學林」慷慨答應出版這種學術性高，而銷路不見得好的書籍。台大法學叢書委員會以最快速度同意本書列入台大法學叢書133號，印象深刻。書後所附索引是由我兩位助理即沈靜萍小姐（台大法學碩士）主持，堯嘉寧小姐（台大法研所研究生）協助作成，相當辛苦，非常感謝。封面設計、編輯、校對則由「學林」蕭志明先生負責，我也要表示謝意。

林文雄

序於靜思書齋

2002. 4. 8

作者簡介

林文雄

民國25年11月生

現任：國立台灣大學法律學院教授

中國法制史學會理事長

台灣法理學學會理事長

主要著作：

1. 法實證主義（台大法學叢書七，1966初版、1993五版）
2. 老莊法律思想（中央文物供應社，1985）
3. 為權利而抗爭（耶林著，林文雄譯，協志工業叢書，1996）

目錄

壹、老子法律思想的研究	1
一、序 說	1
二、老子哲學的基本立場	13
(一)老子哲學成立的時代背景	13
(二)認識「道」的方法	19
(三)「道」的性質	29
三、老子的國家觀與法律觀	40
(一)老子的國家觀	41
(二)老子的法律觀	64
四、老子思想與西漢的政治	89
(一)西漢初年的黃老政治	89
(二)檢討黃老政治的得失	97
五、結 論	101
貳、從現代的法治觀點看孔孟的法律思想	107
一、序 說	107
二、現代的法治觀點	110
三、孔子的法律思想	111

(一)德 治.....	112
(二)人 治.....	114
(三)禮 治.....	114
(四)法治觀.....	116
四、孟子的法律思想	117
(一)自然法思想	117
(二)聖王論.....	118
(三)王道論.....	119
(四)民本思想.....	120
(五)五倫說.....	122
五、綜合檢討	124
(一)綜合檢討前的兩點注意.....	124
(二)孔孟法律思想的長短處.....	125
六、結 論	128

參、中國（台灣）法哲學の現狀と課題

.....	131
一、はじめに	131
二、法哲學の現狀を概觀.....	133
三、中國法思想の現狀	137
四、中國法思想の課題	143
五、むすび.....	147

肆、CONFUCIUS' LEGAL THOUGHT
IN THE LIGHT OF DEMOCRATIC
CHINESE SOCIETY..... 151

I. Introduction.....	151
II. What is Confucian Legal Thought?.....	152
III. What is the Democratic Chinese Society?..	155
IV. What are the Main Problems?.....	155
V. Conclusion.....	159

伍、孫中山先生的法律思想
與中華民國的憲法..... 161

序說	163
----------	-----

一、孫中山先生的法律思想及其哲學基礎 ...	166
(一)孫中山先生的法律思想.....	166
(二)孫中山先生法律思想的哲學基礎.....	172

二、孫中山先生的五權憲法思想	178
(一)孫中山先生的五權憲法思想.....	179
(二)孫中山先生的五權憲法與三權憲法的比較....	191

三、中華民國憲法的制定與施行	201
(一)中華民國憲法的制定.....	201
(二)中華民國憲法的施行.....	220

四、對孫中山先生五權憲法思想的批評與中華 民國憲法的展望	252
(一)評論孫中山先生的五權憲法思想.....	252
(二)展望中華民國的憲法.....	262

結論	268
----------	-----

人名索引	271
------------	-----

事項索引	273
------------	-----

老子法律思想的研究

- | | |
|----------------|--------------|
| 一、序 說 | 2「無為而無不為」的方法 |
| 二、老子哲學的基本立場 | 3理想國的藍圖 |
| (一)老子哲學成立的時代背景 | (二)老子的法律觀 |
| (二)認識「道」的方法 | 1自然與作為的對立 |
| 1反語言的方法 | 2自然法論成立的可能性 |
| 2反經驗的方法 | 3對實證法的態度 |
| (三)「道」的性質 | 4與儒法兩家法律觀的比較 |
| 1存在與當為合一的「道」 | 四、老子思想與西漢的政治 |
| 2「道」與「德」的關係 | (一)西漢初年的黃老政治 |
| 3「反」的理論 | (二)檢討黃老政治的得失 |
| 三、老子的國家觀與法律觀 | 五、結 論 |
| (一)老子的國家觀 | |
| 1老子國家觀的前提 | |

一、序 說

中華文化淵源流長，有五千多年悠久的歷史，代出聖賢，在世界文化史上占有重要的地位。日本人研究東洋史，是以印度與中國為主要對象。但從地理環境的距離與歷史文化的影響而言，日本人認為中國文化是東方文化的中心，這是很自然的。

在漫長的歷史中，中國的春秋戰國時代，雖然國家處於分裂割據的狀態，有所謂五霸與七雄，互相爭戰不休，人民生活艱難，生命財產均無保障，但與這種黑暗的政治時代成一強烈對比

的卻是中華學術思想正處於光明的創造時代。諸子百家，各抱悲天憫人的胸懷，提出撥亂反正、救世救民的主張，互相爭辯，造成中國學術思想最活潑、最自由的氣氛，促成學術上光輝燦爛的百花齊放，可以和古代希臘學術黃金時代比美。

諸子百家中，從文化與思想的觀點而言，似乎以儒家、道家、法家、墨家、名家、陰陽家等六家最具有重要性與影響力。漢太史公卻獨推崇道家。他說：

「道家使人精神專一，動合無形，贍足萬物。其爲術也，因陰陽之大順，采儒墨之善，撮名法之要，與時遷移，應物變化，立俗施事，無所不宜，指約而易操，事少而功多。」¹

現代中國代表性思想家之一的胡適先生，對於老子的無政府主義給予極高的評價。他說：

「經我仔細地加以研究，感到中國政治思想在世界上有一個最大的、最有創見的貢獻，恐怕就是我們的第一位政治思想家——老子——的主張無政府主義。」²

太史公認爲道家學說兼有各家的長處，而無其他五家的短處。這種主張，當然有其個人思想的淵源與其當代社會環境有密

¹ 「太史公論六家要指」 史記太史公自序 引自吳康編著 諸子學概要（民國58年 正中書局）181頁。

² 胡適 「中國古代政治思想史的一個看法」（收於胡適等著 胡適與中西文化 民國61年五版 水牛出版社）199頁。

胡適先生強調老子的無政府主義比世界上任何一個國家要早二千三百年。老子這種觀念不僅影響中國後來的思想，同時胡適先生推測十八世紀的歐洲哲學家似乎已透過老子書的拉丁譯本，受到老子學說的影響。（參閱 胡適「同上論文」203—204頁）

切的關連，不能百分之百加以贊同³。胡適先生讚賞老子的政治思想，雖有獨到的地方，值得注意。但胡適先生主張的所謂老子的無政府主義，用語上似乎不無斟酌商討的餘地⁴。無論如何，從上述太史公與胡適先生的發言，似乎可以概見老子思想在先秦諸子中的地位與其對世界思想史的貢獻。

老子思想在中國文化史、思想史、及哲學史上占有重要的地位，這一方面的著作論文亦很豐富。然而從法律思想史⁵方面，來介紹探討老子法律思想的著作與研究，卻非常貧乏⁶。我是法律哲學與法律思想的研究者之一，對於中國傳統法律思想研究成果的稀少，自不能推卸應盡的責任。是以不顧才疏學淺，勉為其難，選定老子法律思想的研究為題目，希望多少可以提出有關的問題，嘗試作一系統的考察，以期拋磚引玉，共襄盛舉。

³ 太史公習道論於黃子，思想淵源近於道家。他生於西漢初年，當時漢承秦治，實施黃老政治，道家盛行，儒家並未定於一尊，似乎對於他推崇道家的學說不無影響。（參閱 錢基博「附太史公談論六家要指考論」收於 錢基博 讀莊子天下篇疏記 民國59年台二版台灣商務 93—95頁）

⁴ 關於討論老子的思想是否無政府主義，請參閱本文後出老子國家觀的前提這一部分。

⁵ 關於法制史、法學史與法律思想史，三者之間有何區別？其簡要的區別可參閱 丘漢平 先秦法律思想（民國54年 二版 三民書局）9頁。

⁶ 我國法律思想方面的著作，例如有：梁啟超 「中國法理學發達史論」（收於 梁啟超 中國成文法編制之沿革 民國25年初版 46年台一版 台灣中華書局）61—114頁。

梅仲協 「先秦諸子的法律思想」（收於 社會科學論叢第三輯 民國41年 台大法學院刊行）1—24頁。

耿雲卿 先秦法律思想與自然法（民國62年 台灣商務）1—44頁。
等等。

本文的主要課題，在於解明老子的法律思想。法律是維護國家社會的強制規範，老子的法律觀與其國家觀，實有密切的關係，不能置之不理。我們知道老子的人生哲學、政治思想與法律思想，並不是互不相干。其哲學與思想是建立在一個宇宙論的基礎上。換言之，即建立在老子的一個完整系統的「道」的理論上。我認為不能忽略「道」的說明，而論老子的法律思想。因為這種只論表面，忽略實際的作法，正好像無根的樹木或沒有精神的軀殼一樣，毫無意義。老子的「道」是非常玄虛奧妙。因此我認為有必要一併解明其方法論的性格，以免掉入泥濘中，愈陷愈深而不能自拔。老子的法律思想不僅是老子的學說理論而已，而是曾經推行於中國現實的政治，並收到宏大的效果，即史稱西漢初年的「黃老政治」。關於這一點，詳情如何，為何發生宏大的效果，在法律思想史上深具探討的價值。以上就是本文研究的課題與其結構的概要。

開始進入本題以前，我認為有必要在序說中，對於老子這個人與道德經這本書以及老子的生平傳略，加以扼要的說明。

道德經一書究竟是否老子所作？老子究竟是何等人？這是研究中國思想史的人所必須先行解決的問題。因為思想包括法律思想在內，均非憑空的存在，必須要有其主體人物，也就是要有思想家。思想家產生其思想，必然是在某一特定的時代與社會背景之下。須先確定思想家的生存時代背景，才能了解其思想的意義，才能作適當的批評。思想家的思想表現記載於書籍，流傳於後世。今日我們研究思想家的學說，就是依據古代留傳下來的資料。如果不先確定這種資料的真偽，與著作的思想家是何人，就

不免發生張冠李戴，造成嚴重的思想紛亂與不可收拾的錯誤⁷。因此，雖然我並非歷史家，但是無論何人只要他想用正確的科學方法，從史料中探討老子的法律思想，他即不能不就上述兩個問題⁸，提出一點個人的見解。

先秦諸子中，最難考證的重要思想家，恐怕就是老子。重要的著作，即五千多言的道德經是何人所著，恐怕也是一個不能獲得一致結論的難題。所謂史料考證上的「千古疑獄」，正是一個恰當的比喻。直到目前為止，中外學者仍然就老子的人與書各執一說，衆說紛紛，莫衷一是。

比較著名的爭論有，老子是春秋時代的人或者是戰國時代的人⁹。例如胡適與馮友蘭、顧吉剛、錢穆等先生的爭論就是。梁

⁷ 關於古書辨偽及考證年代的必要，梁啟超氏有詳盡明確的說明，可參閱 梁啟超 古書真偽及其年代（民國62年台五版 台灣中華書局）1—10頁。

⁸ 關於哲學史料如何使用科學的方法來選擇、審定與整理，請參閱 胡適 中國古代哲學史（民國59年台一版 台灣商務）9—31頁。

⁹ 關於老子是否為春秋時代的人或戰國時代的人？同時老子一書是否老子作於春秋或戰國時代？或者老子一書並非老子所作，而另有其人作於春秋或戰國時代？李九瑞氏曾將中國各學者的看法加以列表，現在引用如下：

贊成春秋時作者	贊成戰國時作者	非老子本人作隱士 嫉亂世而思無事者
---------	---------	----------------------

啓超、徐復觀等先生對於這個問題，先後也有不同的意見¹⁰。更

吳子良	陳師道	黃震未列年代
黃方剛	葉適	
胡適之	崔述，認為楊朱之徒偽託	
張季善	牟廷相	
葉青	康有為	
唐立廣，認為是老	梁任公	
子遺言	張任父	
	錢賓四	
	張西堂	
	馮芸生	
	張季同	
	顧頡剛	
	譚戒甫	
	羅根澤	

引自 李九瑞 先秦十子思想概述（民國61年 台灣書店）63—64頁。

¹⁰ 據本人查閱梁啟超（1873～1929）氏有關老子究竟是春秋時代人或戰國時代人，發現梁氏的見解前後似有變動。其生前的著作，即先秦政治思想史（民國11年著作出版）與古書真偽及其年代（民國16年發表出版）中，在前者他折衷新舊兩說，認為老子一書最早不能在孔子以前，最晚不能在莊子以後；在後者他採新說，斷定老子不但出於孔子之後，而且更在孟子後。〔見梁著 先秦政治思想史（民國62年台七版 台灣中華書局）66頁。 古書真偽及其年代（民國62年台五版 台灣中華書局）56頁〕。換言之，梁氏在其生前著作中，從新舊折衷說變更為採取新說。

梁氏於其死後出版的著作，諸子考釋與「老子哲學」（均出版於民國25年4月，「老子哲學」一篇係附於老孔墨學派概觀一書後面）卻互相矛盾。在諸子考釋中，梁氏大致仍採新說；但在「老子哲學」一文中，梁氏卻採舊說，即他認為可以推定老子的生年應在周簡王末周靈王初，約在西曆紀元前五百七、八十年間。〔見梁著 諸子考釋（民國57年台三版 中華書局）50—53頁。「老子哲學」（民國59年台三版 中華書局）1—2頁，老孔墨學派概觀（民國59年台三版

有人認為老子不是歷史上的人物¹¹。縱然有人認為有老子這個人，但其姓名為何，仍有不同的意見¹²。

老子的道德經一書是否確為老子所著，這一個問題的答案，多到使人感到困惑。有人認為確實是老子所著的¹³。有人認為是李耳所著，而李耳與老聃並不是同一個人¹⁴。有人認為是老子的

中華書局) 39頁、45頁。]

由上述考察可見梁啟超氏對老子是否為春秋或戰國人這一問題，不但前後見解不同，其死後出版的著作所呈現的見解，更是互相矛盾。

徐復觀氏原來採取新說，即老子生於孔墨以後、莊子以前。雖然現行老子一書，其思想出自老聃，並非一人。現行老子一書，係由編纂而成，可能係成篇於莊子一書之後。簡言之，無論老子其人或其書均屬於戰國時代，這是徐氏原來的看法。

然而經過數年研討，徐氏對於其原來的看法，提出根本的修正。其新的看法，大致而言，可以說是採取舊說。即老子與孔子同時而略早於孔子，而現行老子一書當係老子所自著。簡言之，無論老子其人或其書均屬於春秋時代，這是徐氏現在的看法。〔見 徐復觀 中國人性論史附錄一 「有關老子其人其書的再檢討」 (民國58年 台灣商務) 464頁、475頁、480頁、490—493頁。]

¹¹ 歷史上並無老子這一個人，有不少的日本學者正採取這種看法。例如伊藤蘭、山片蟠桃、帆足萬里等人。

詳細請參閱 小島祐馬 中國思想史 (昭和43年第一刷 創文社) 105—106頁。

¹² 參閱 蕭公權 中國政治思想史(二) (民國43年 中央文物供應社) 181頁(註二)。參閱 胡適 中國古代哲學史 44—45頁。

¹³ 老子一書是老子所作，從史記太史公以後，即非常普遍。例如，司馬遷、胡適等等。

日本人有齊藤拙堂。參閱 小島祐馬 前揭書 107頁。

¹⁴ 參閱 馮友蘭 中國哲學史 (民國33年增訂八版 上海商務) 211—213頁。

范壽康氏似採馮友蘭說。參閱 范壽康 中國哲學史綱要 (民國59年台三版 台灣開明書局) 63頁。