

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。

此。换言之,传统的法律指刑法而言,并无现代所谓民法的概念。此外,法原称刑,起初并不公开,且专用以统治平民,而不及于贵族。

“礼”初指宗教仪节,嗣后则指贵族个人与社会的行为规则。迨封建制度瓦解,礼的范围先及于平民生活,继则扩及社会生活的全部。

礼与法两个概念,经儒家与法家二派学者分别采纳并加阐扬后,意义与内容均焕然一新。孔子所领导的儒家学者,认为理想的社会系植基于人伦、伦常或人与人的关系——其主要的五种,即君臣、父子、夫妇、兄弟及朋友。为维持人伦,乃建立种种行为规则,而即以“礼”名之。每一种伦常或人与人的关系,都有其理想。上述行为规则,即重在根据理想而要求关系两方面的人各尽其义务。例如在君臣一伦,其理想即君仁臣忠;在父子,则父慈子孝;在夫妇,则夫义妇听;在兄弟,则兄良弟悌;在朋友,则彼此有信是。换言之,依儒家之见,人应各依其在家族与社会中的身份地位,尽其在我。人人守礼,即是人人遵守适合其身份地位的行为规则。如此,人伦对待之理得以彰明,天下自然太平。

儒家亦深信,人性无论善恶,皆得藉道德教育,变化之改善之。故以正心诚意,为修齐治平的基础。以礼为名之行为规则,原在使人各守本分;遵礼,自可有助于规正人心而终臻治平之境。于此所应强调者,即以礼为名之行为规则,不可武断加以制定。依儒家之见,礼非但须符合道理,亦须体会人情。所以说:“礼也者,理也”(《礼记·仲尼燕居》),“礼者,理之不可易者也”(《礼记·乐记》)。故成文之礼,非合乎不变的道理,即不足当礼之名。又说:“礼者,因人之情而为之节文,以为民坊者也”(《礼记·坊记》);换言之,人固有之者,圣人因而导之以成礼是。因此,制婚礼,所以维夫妇之一伦,而婚礼之本,则为男女之情。制丧祭之礼,所以明父子之一伦,而丧祭礼之本,则为追慕之情。所以履行仪式与节目,原在彰明自然的人情并加以规范而已。

由此可知,礼一方面指具体的行为规则;另一方面亦指形成此等行为规则基础的原理原则。礼只需合乎原理原则,其形式或仪节,自可因时因地而不同。

“法”的概念，经法家学者之阐释，颇多新解。举其大者，如法须公开，且须一体适用于人；法具有绝对强制性，为贯彻其功用，且须严其刑罚。此为法家性恶说的结果；故法家主张治国以奸民为对象，而最有效的办法，莫过于赏善罚恶，一依法的客观标准而不计人的身份、地位与关系。此与儒家尊礼仪、崇教化，从变化心性以达治平之说，自属不合。儒家虽非否定刑罚的功用，但认为根除奸恶，长治久安，则唯赖礼教。礼法两个概念，由于儒法二家的经营，在理论与实际上，一时均成为抗衡的局面。

迨汉武帝当政，儒家始初被尊为正统。法家与其他各家，同受排斥。不过，法具有维持秩序、排难解纷的功用，已为当时所公认。事实上，其后每一朝代均有法典，内容亦日益详备。此一新形势，使法与礼的关系，由法礼相争转变为以礼制法。此一转变，对于中国固有的“法”的观念与法律制度，影响至鉅。举其大者言之，汉以后，历朝法典几乎都出于儒家学者之手。儒家的礼教或道德思想，弥漫一切立法。同时，解释法典与实际审理案件，亦无不以儒家的礼经为最后的依据。前已言之，中国固有的法典与司法程序，悉属刑事性质。其结果，儒家的道德规箴与法律或刑罚结合，而成为一种官式的制度。学者所谓“法律儒家化”或“儒家思想法律化”，即指此而言。^①

礼教影响过去立法，最典型的例子可说是唐律。唐律的基本原则之一，即是个人在家族与社会中的身份地位，为犯罪与否以及量刑轻重之决定因素。因此，在家族关系，尊长如加害卑幼身体，或者不罚或者减刑。反之，卑幼如加害尊长身体，必受刑罚且常加重其刑。这与维系前述人伦制度有关。妻卑于夫，双方关系虽常比诸兄妹，而事实上则类似父子。至于家族以外的犯罪行为、刑责之有无及量刑之轻

① “法律儒家化”(Confucianization of law)一辞，见 T'ung-tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Mouton and Co., The Hague, 1965, p. 267。“儒家思想法律化”(legalization of Confucianism)，见 John C. H. Wu, “The Status of the Individual in the Political and Legal Traditions of Old and New China”, in Charles A. Moore ed., *The Status of the Individual in East and West*, University of Hawaii Press, 1968, p. 394。

重,则常比照家族相犯的标准。^①

唐律的另一基本原则,则为孝道之维护。任何直接或间接危害孝道的行为,均受刑罚制裁。例如居父母丧,嫁娶或生子,皆受徒刑。因为居丧应尽哀,自不得有喜乐之事。父母或祖父母在,子孙别籍者,亦受身体刑。此外,故意损伤或残废身体,亦受徒刑。立法原旨,在于身体发肤,受之父母,不可毁伤,否则即属有亏孝道。^②

至于司法官吏根据礼教或儒家经典处理案件,则以汉朝董仲舒据《春秋公羊传》决事之例,最著。

上述以礼教为重心之“法”的观念与法律制度,延续至十九世纪中叶清末时为止,一直未有重大变化。其结果,中国人自然而然产生重礼轻法的态度。换言之,排难解纷、伸张正义,法律所担负的任务是次要的。

三、现代法律的西方化

自清末西方列强介入中国以后,继之即有以西方法制为模范的变法运动。中国修订法律之主要目的,可说在于收回因不平等条约而丧失的法权。事实上,西方列强明白表示,如果中国变更其法制,达到西方的标准,即愿放弃领事裁判权及其他形式的治外法权。^③

不过,自十七世纪以迄十九世纪末期止,西方的法律系以尊重个人权利及法律之前人人平等为道德基础。而自十九世纪中期起以迄同世纪的末期止,西方的一般法学理论与实务,均以法律专指实证法或严格意义的法律,完全与伦理道德分离。^④ 中国修订法律,既须符合此种标准,当然引起维护礼教法制人士的强烈反对。我们只需举出当

① 戴炎辉:《唐律通论》,第三章,台北,正中书局,1964。

② 有关条文,分见:《唐律·户婚》第七条“居父母丧生子”,第三十条“居父母夫丧嫁娶”;《唐律·斗讼》第六条“子孙不得别籍”,第五十七条“邀车驾挝鼓诉事”第二项。

③ 汪楫宝:《民国司法志》,谢冠生弁言,7~18页,台北,正中书局,1954。

④ Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Harvard University Press, 1962, pp. 57~58, pp. 90~94.

时争论最凶的一二事例，即足以说明这一点。依西方的标准，无丈夫的成年女子，如自愿与人性交，是其个人道德问题；故法无治罪之文。在中国固有法制，女子婚姻以外的性交行为，既为道德所不许，也为法律之所禁。故无夫奸罪，刑律向有专条。又西方法制既然重视个人权利，生命权为一切权利之本，故为维护生命，对任何人的侵害均可作正当防卫。中国的固有法典，对此虽有类似的制度，^①但是犯者如为尊亲属，则基于礼教崇孝的道理，卑幼即无正当防卫可言。所以，在修订法律者主张采用正当防卫及免除无夫奸罪名时，曾经遭受严厉的攻击。^②

修订法律的努力，终清之世，未能贯彻。不过，民国肇始以后，进展甚速。主要的法典，均在国民政府十六年（一九二七）定都南京后，次第完成。政府当时曾明令以国父孙中山先生的三民主义，为立法的最高原则。虽然，法律的制定与修订，在基本上仍是以西方法制的一般趋势为准则。例如民国十八年（一九二九）、十九年（一九三〇）公布的中国民法各编，系以德国、瑞士等国的民法为根据；而民国二十四年（一九三五）公布的中国刑法，则系以一九三二年的波兰刑法、一九三一年的日本修正刑法、一九三〇年的意大利刑法、一九二七年的德国刑法草案等为模板。^③ 由于主要的法典深受西方制度的影响，中国的现代立法终于将礼教的成分加以排除。新立法最大的特色，当然是民刑法的分立。论内容，变更最大的可说是民法的亲属与继承事项。主要的原因在于宗法制度的废除及男女平等原则的确立。宗法废除，故亲属分类悉以血统及婚姻为准，而继承权亦得扩及配偶、父母、兄弟、姊妹及祖父母。男女平等确立，故亲权得由夫妻共同行使，夫妻财产制度趋于綦详，而妾制亦不复存在。同时，妻子与女性卑亲属亦均得享有继承权。

中国制定新法，因为利用欧洲先进国家的制度为蓝本，采长去短，

① 例如《唐律·斗讼》第九条“两相殴伤论如律”第二项“后下手理直者减二等（至死者不减）”。

② 杨鸿烈：《中国法律思想史》，下册，323～330页。

③ 谢振民：《中华民国立法史》，910～976页、1128～1131页，上海，正中书局，1948。

所以制成的法典颇获西方学者的赞许。^① 不过,具备现代西方化的法典,并不一定表示西方所谓的“法治”已经实现。一九四九年以前大陆上的中国社会及目前在台湾的中国社会,在一点上颇为相同,即一般人均以法律以外的行为规范——亦即昔日所谓礼——为社会生活的实际准绳。换言之,在一般人心目中,使个人与个人之间的关系保持和谐,比遵守客观的法律规则更为重要。这种重视法外标准的观念与态度,对于现代西方化的法律之地位与效用,均有极大的影响。现在试从二方面,举例加以说明。

1. 人民对于法律准许行使或主张的私权,常不加行使或主张。传统的中国社会,原系以人与人的关系为基础。故要求个人与个人的对待行为,须各依适合其身份地位的方式为之。换言之,传统的中国社会系以义务为重,靠礼与法二种规范加以维系。个人尽其义务,非但是合乎道德,同时亦是遵守法律。因此,在中国历史上,乃无从发生西方所谓“权利”的观念。个人的权利与自由,本是西方法律的基础。中国人则迟至十九世纪中叶,西方思想输入中国时,始得而闻之。由于礼教与义务的价值观,继续不断影响社会生活,中国人的权利观念一直不易建立。但是我们必须记住,中国现行的法律,什九是模仿西方的制度,所以同样是以西方的权利观念为其基础。

诚然,西方世界在二十世纪之初,由于社会、经济及政治上的变化,即已产生一种新的团体意识以及对于社会的一种新的责任感。同时,此种新的意识与感觉,确实已经日益反映于西方的法律制度。不过,此种强调社会义务的观念,乃是个人主义充分发展以后的产物;目的在于缓和过甚的个人主义,以应付社会生活的新需要。中国未曾经历此一过程;因此,中国人一向重视义务的观念,并不能轻易即说,与西方新起的社会意识乃是不谋而合。换言之,西方的社会义务观念,是与个人的权利与自由牢不可分。中国人对于个人的权利与自由,如

^① Roscoe Pound, *Some Problems of the Administration of Justice in China*, National Cheng-chi University, Nanking, 1948, p. 5.