

近代中國法律與社會的距離 ——1950年代在臺法學家論述之一隅

胡學丞*

國民政府時期的民、刑法典底定之時，官方主流論述認為中國當時之民族精神係王道精神、係社會本位，與同係社會本位之法典正相適合。然而經過一段時間的施行，法律與社會彼此不夠適合的問題浮上檯面，且日益受到重視。藉由王伯琦（1909-1961）著作中的相關討論及其所對話之論述，可以窺見1950年代法學界對此問題之看法的一隅。這些看法大致可分為以下三種：改革人民觀念以合於近代化之法律、恢復適於今用之傳統法律、司法社會化。其中陳顧遠（1895-1981）主張中國傳統法律屬特殊之義務本位，與社會本位接近；徐道鄰（1906-1973）認為唐律以禮教為中心，重人與人之關係，故合乎當時西方立法的社會本位價值觀；陶希聖（1899-1988）顧慮當時之民法離開中國實際之社會制度、組織太遠，而提出司法社會化以補救。王伯琦則認為中國傳統法律屬義務本位，當時之社會制度及組織係屬團體主義，均與社會本位之法典不合，可藉「法教」與「君子」中關於獨立人格之概念，建立人民的個人觀念，進而使人民具備近代西方的社會觀念，以配合社會本位立法。儘管他們意見不一，但在這些受過近代法學教育的法界菁英眼中，追求法律近代化的同時，固有傳統對當時社會、文化的影響依然無可迴避。在這些意見之中，晚清修律以來的「自然主義與理性主義之爭」、「特殊主義與普遍主義之爭」依然存在。

關鍵詞：法律與社會、1950年代、社會本位立法、王伯琦、陳顧遠、徐道鄰、陶希聖

* 北京理工大學珠海學院民商法律學院助理教授

一、引言

在國民政府時期（1925-1948），制定近代化之法律一直是政府的要務之一。以民法與刑法兩種重要的大法而言，至 1935 年，終於大致底定。然而經過了多年的施行，終究與於一定程度上仍沿襲傳統之社會間存有相當距離。如費孝通（1910-2005）在初版於 1947 年的《鄉土中國》一書中即指出：「中國正處在從鄉土社會蛻變的過程中，原有對訴訟的觀念還是很堅固地存留在廣大的民間，也因之使現代的司法不能徹底推行……鄉間認為壞的行為卻正可以是合法的行為」。¹又有當代法史學者透過對國民政府時期之民法中數個議題的探討，指出該法內容雖堪稱為現代社會而制定，但亦忽略了不少民眾現實需要，而與社會生活懸隔。²

針對上述法律與社會間之距離問題，國民政府時期之司法界、法學界已出現了改善的呼聲與舉措。例如居正（1876-1951）在任司法院院長時，曾於 1935 年提出「司法黨化」，其目的之一即希望藉由黨義決獄、人民陪審等等方式拉近法律與社會之距離。同年居正又發起建立中國本位新法系，強調建立具民族固有法律文化特色之新法系，亦有相同之目的。³然此一問題在中國國民黨政府統治大陸期間似一直未能有效改善，汪楫寶（1888-1958）在其出版於 1954 年之《民國司法志》中即謂：「新司法制度，雖已行之四十餘年，默察社會輿情，仍不免有扞格之處」。⁴

至中國國民黨政府退守臺灣的初期，即 1950 年代，拉近法律與社會兩者之距離的呼聲與討論仍未停止。本文即採文獻分析法，從當時著名法學家王伯琦（1909-1961）關乎此距離問題的主張切入，並延伸探究其所評論、參考之他人相關意見，試圖探討：當時法學界如何看待此一距

-
- 1 費孝通，《鄉土中國》（1947 初版；南京，江蘇文藝出版社，2007），頁 62。
 - 2 張生，《中國近代民法法典化研究：1901~1949》（北京，中國政法大學出版社，2004），頁 217-275。儘管如此，國民政府之民法亦非完全忽視固有習慣，而是有採納部分習慣入法，參黃宗智著，張家炎譯，《法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較》（上海，上海書店出版社，2007），頁 173。
 - 3 江照信，《中國法律“看不見中國”——居正司法時期（1932-1948）研究》（北京，清華大學出版社，2010），頁 65-174。
 - 4 汪楫寶編著，《民國司法志》（臺北，正中書局，1954），頁 112。

離問題？其中有哪幾類看法？這些看法彼此間有何異同？這些看法的歷史與時代意義為何？這些看法來自於隨中國國民黨政府至臺的大陸法學家，雖然當時該政府已失去大陸，退至臺灣，但他們探討此距離問題時，空間上並未將討論之對象限縮至臺灣，仍是包括中國大陸；時間上則所論多自國民政府時期始。考慮到當時中華民國之法律施行於大陸的時間較施行於臺灣的時間長，他們的論述中也極少針對臺灣，故其所探討者很可能主要是中國大陸之社會與中華民國之法律的距離問題。儘管他們並非針對臺灣社會，但如今中華民國之法律實際上施行於臺灣已久，臺灣之漢人社會與大陸之漢人社會文化多有相同，中國大陸之社會與中華民國之法律的距離問題一定程度上於臺灣亦有之，若能深入探究這些前輩法學家對此問題的相關看法，則不只是了解當時他們如何看待法律與社會的關係，具有近代之法文化學術史方面的價值，⁵或亦有助於思考於今日臺灣宜如何處理臺灣社會與中華民國之法律的距離問題，而具有現實意義。

本文首先將介紹國民政府時期官方眼中的民法、刑法最高立法原則與主要精神，以及時人對此原則、精神之不同看法，以明王伯琦等人之主張的背景。其次，將王伯琦等人之關於法律與社會之距離問題的看法分類並加以說明，且特別就其中相互有所對話的徐道鄰（1906-1973）與王伯琦，比較分析他們的相關觀點。最後，闡釋王伯琦等人之論述的歷史與時代意義。

王伯琦之相關主張主要呈現在其出版於 1956 年的《近代法律思潮與中國固有文化》一書及數篇論文中，而其所評論、對話者多為與其處相同年代之法學家的看法或影響力長期未衰的見解。又王伯琦該書中有某些為其所參考之相關論述，由於出處不明，故本文中暫且擱置不論。學界對於王伯琦此書論述之研究已有不少，⁶然多將焦點放在對其主張的分

5 「法文化學術史」乃匿名審查人所提出，感謝匿名審查人的指點。

6 茲舉數種：俞江，《近代中國民法學中的私權理論》（北京，北京大學出版社，2003），頁 248-256；李啟成，〈從義務本位和社會本位的區別看中國法律的“進化”〉，《博覽群書》2006：8（北京），頁 53-57；孔慶平，〈道德抑或信仰：面對政治行動的法律理論——王伯琦《近代法律思潮與中國固有文化》疏解之一〉、〈作為手段或目標的治理：德治、禮治與法治——王伯琦《近代法律思潮

析，較少著墨他對其他法學家之看法的評論、與其他法學家之對話，本文則擬就此拾遺補缺。選擇以王伯琦為切入點難免受限於王伯琦之視域，僅能挖掘出當時相關看法之一隅，惟望以此為基礎，未來能盡量擴及全貌。

二、國民政府時期民法、刑法之最高立法原則、主要精神與時人異見

國民政府時期官方眼中的民法、刑法最高立法原則與主要精神，以及當時人們的相關歧見，是王伯琦等數位法學家探討近代中國法律與社會之距離問題時的基本背景，有必要先予交代。蓋一者官方對該最高立法原則與主要精神的詮釋具有權威性，是法學界探討相關問題時所難以迴避的；二者當時官方之主流論述是以社會本位為這最高立法原則與主要精神的重要內容，此論既合於當時西法之潮流，且似無人有異議，然對於社會本位的涵義，從官方到法學界諸公，理解不盡相同，進而對當時法律與社會間是否有相當距離、為何有這般距離、是否宜恢復舊律等問題，看法亦有別，1950年代王伯琦對官方主流論述、其他法學家之主張的批評即多基於這不盡相同處。因此對於這官方主流論述及時人之相關看法，確有需要先加說明。以下即對此基本背景，予以概略介紹。

（一）三民主義立法、王道精神與社會本位

依國民政府時期立法院的官方說法，當時立法之最高原則是三民主義，而近代各國之法理、法例都是可參考使用的工具。蓋1928年12月5日，立法院院長胡漢民（1879-1936）在其〈三民主義之立法精義與立法方針〉一文中表示：「世界已成的法律原理，能夠適合於我們立法之用

與中國固有文化》疏解之二》，收於氏著，《改造與適應：中西二元景觀中法律的理論之思（1911-1949）》（上海，上海三聯書店，2009），頁177-196、197-218；朱明哲，〈論王伯琦對法國學說的揀選與闡述〉，《清華法學》9：2（北京，2015），頁155-174。

的，當然可以拿來應用，然而我們立法最高原則必須是三民主義，近代法律的學理，最多不過祇足供我們立法的工具，而最扼要的，必須要我們所立的法能夠施行出來確實切合於國民的需要」。⁷

在這般「立法精義與立法方針」下所制定的民、刑法典，結果具有相當程度的「社會本位」色彩。之所以如此，原因之一在於當時立法院對三民主義的主流詮釋乃三民主義是以社會為本位。胡漢民任立法院院長時，即曾表示：「三民主義是要開創一個立法的新趨勢……照前面所已說過的歷史上立法的趨勢而言，中國向來的立法是家族的，歐美向來的立法是個人的，而我們現在三民主義的立法乃是社會的……即以社會的共同福利，或民族的共同福利，為法律的目標」。⁸另一個原因是當時立法主要參考、繼受西方法律及其學說，而當時之西方法學潮流，乃興起於 19 世紀末的新自然法及其所強調之社會本位立法。若追溯至 18 世紀，不少西方國家之法律是強調個人權利，以個人為本位，然至 19、20 世紀之交，這些西方國家的社會漸變而日益重視社會利益與團體福祉，原有個人本位的法律因無法適應此新的社會需要而不敷使用。於是這些國家一方面配合新趨勢，轉向社會本位立法，另一方面試圖在實證法外另覓理想，而倡導復興自然法。⁹

此外，依當時的官方說法，新制定完成的民、刑法典並具有「王道」精神。此所謂「王道」精神，內容除了有傳統的「仁恕」、「人情」，亦包括了社會本位的觀念。蓋胡漢民在其發表於 1929 年 11 月 18 日的〈民法精神〉一文中表示：「三民主義的立法乃合於總理所謂『王道』的」，而「所謂王道，我們中國人一定很容易明白，乃仁恕而公平的，以德服人的，不是以力服人的」；「我們立的法，乃以全國社會的公共利益為本位，處處以謀公共的幸福為前提，這便是王道」；而「世界各國的法律大都根

7 胡漢民，〈三民主義之立法精義與立法方針〉（1928），收於時希聖編，《胡漢民言行錄》（出版地不詳，廣益書局，1929），頁 50。

8 胡漢民，〈三民主義之立法精義與立法方針〉，頁 56-60。值得注意者，在這種詮釋中，「社會」是指全國社會，與「民族」是可以等同的。

9 馬漢寶，〈法律哲學與社會變遷之關係——以自然法思想與法律實證主義之消長為例〉，收於氏著，《西洋法律思想主流之發展》（臺北，作者自印，1999），頁 274。

本於羅馬法和《拿破崙法典》，這兩種法大都以個人為本位，而忽略了多數人的利益，故「不是王道，而是霸道」；兩者相較，「王道是本乎人情的，霸道是反乎人情的」。¹⁰這種「王道」包括社會本位的說法，或許是為了建構社會本位的傳統淵源，以提升社會本位立法的正當性。

以下略舉國民政府時期之民法、刑法的社會本位規範為例，就社會本位立法作具體的說明。

1. 民法方面

自 1929 至 1930 年間，國民政府逐步將民法典制定完成，並於 1931 年施行。依當時的官方說法，這部民法典是以三民主義為立法原則，是社會本位的、王道的立法，而在取材上，博參了各國最新立法例與傳統良好習慣。蓋胡漢民於〈民法精神〉一文中表示，在中國首部民法之制定過程中，應採取「最新的法例」，並「同時注重本國良好的習慣」，且「其中要有最高的原則、一貫的精神，以定去取斟酌的標準」，而這個標準就是「總理的三民主義」。¹¹

查此部民法之立法資料，不乏對社會公益之強調，如《民法總則起草說明書》中謂：「自個人主義之說興，自由解放之潮流奔騰澎湃，一日千里，立法政策自不能不受其影響。馴到放任過甚，人自為謀，置社會公益於不顧，其為弊害日益顯著。且我國人民本以自由過度，散漫不堪，尤須及早防範，藉障狂瀾……對於社會公益自應特加注意，力圖社會之安全。此編之所規定，輒孜孜致意於此點，如對於法人取干涉主義、對於禁治產之宣告限制其範圍、對於消滅時效縮短其期間等皆是」。¹²又如《民法物權編立法原則》中載：「所有人固得任意使用、收益、處分其所有物，然為社會公益及貫徹吾黨土地使用政策起見，不得不加以限制，

10 胡漢民，〈民法精神〉（1929），收於中國國民黨中央委員會黨史委員會編輯，《胡漢民先生文集》（臺北，中國國民黨中央委員會黨史委員會，1978）冊 2，頁 367-368、370。其實當時德國、瑞士之民法屬社會本位取向，且為最新法例而為國民政府所取法，不過胡漢民似乎略而不談，反而強調西方法律之個人本位色彩。

11 胡漢民，〈民法精神〉，頁 367。

12 黃源盛纂輯，《晚清民國民法史料輯注》（臺北，犁齋社，2014），頁 1897。

故特設明文以示其旨。」¹³由此可知此部民法之制定確實重視社會本位的原則。

民國首部民法典究竟有多少具社會本位色彩之內容呢？據當時民法之起草人之一傅秉常（1896-1965）所列，僅民法前三編就有 23 項堪稱社會本位的立法，包括：「妻之限制能力之撤廢」、「法人設立之限制」、「急迫輕率及無經驗者之保護」、「消滅時效期間之短縮」、「權利濫用之禁止」、「利息之限制」、「賠償責任之減免」、「過失責任之酌減」、「違約金之減少」、「連帶債務之限制」、「分期給付之利益」、「抵充債務之指定」、「分期買賣之寬大」、「租賃效力之擴大」、「租金減免」、「出租人終止契約之限制」、「受僱人之保護」、「著作人之保護」、「登記要件主義之採用」、「所有權行使之限制」、「取得時效期間之短縮」、「永佃權人之保護」、「典之規定」，均是基於平衡社會利益的考量而作規範。¹⁴

2. 刑法方面

國民政府時期，刑法兩經修訂，先是 1928 年的《中華民國刑法》，繼而是 1935 年的《中華民國刑法》（以下簡稱「新刑法」），至此，民國之刑法內容大致底定。

在官方論述中，與民法相同，當時刑法之制定亦以三民主義為立法方針，在立法過程中並有慮及當時西方之社會本位立法潮流，故亦係社會本位。其中社會本位特色最顯著者，非新刑法之總則中「保安處分」專章之增訂莫屬。¹⁵

所謂「保安處分」(Sichernde massnahmen)，係指法律對於無責任能力人或限制責任能力人，以及具特種危險性之有責行為人，以矯治、感化、醫療等方法所為之特別預防處置，可補充或代替刑罰，而其宗旨乃根治犯罪原因、預防犯罪，進而防衛社會。保安處分之所以產生，一方

13 黃源盛纂輯，《晚清民國民法史料輯注》，頁 1954。

14 傅秉常，〈新民法與社會本位〉，《中華法學雜誌》1：2（南京，1930），頁 1-11。關於這些社會本位立法的條文內容，可參黃源盛纂輯，《晚清民國民法史料輯注》，頁 918-919、921、923、925、927、935、938、960-963、967、971、978、989、994、999、1003-1004、1009-1010、1057-1059、1069-1070、1079、1081。

15 劉錫五編著，《五十年來中國立法》（臺北，正中書局，1963），頁 42。

面是由於 19 世紀末以降，歐洲之犯罪率激增，過去以意思絕對自由為刑事責任基礎、主要採客觀主義與應報主義的刑法對此束手無策，於是社會防衛受到重視，並需要新的法律手段抗制犯罪；另一方面是因為犯罪行為之生物決定論與社會決定論的興起，而此類論述認為犯罪成立之關鍵並非犯罪行為人之自由意思與犯罪行為，應將重點放在犯罪行為人的社會危險性，根治犯罪則須從犯罪行為人的生理、心理與環境下手，這就為如何抗制犯罪提供了新思路，著重特別預防的保安處分遂應運而生。¹⁶

20 世紀 30 年代前後，在主觀主義與社會防衛主義的刑事思潮影響下，將保安處分制度訂入刑法中已是世界立法潮流，而受到這股刑事立法潮流的影響，1935 年頒行之新刑法即增訂了「保安處分」專章。¹⁷觀「刑法起草委員會」於 1934 年呈報立法院核提大會公決之《中華民國刑法草案審查報告》所載：「至本會此次修正刑法標準有可得而言者，即年來刑事學理闡發益精，國際刑法會議復年年舉行，因之各國刑事立法政策自不能不受其影響。變動較大者，為由客觀主義而側重於主觀主義，由報應主義而側重於防衛社會主義」¹⁸，以及同年之《中華民國刑法修正案要旨》所載：「最近刑事政策注重社會之防衛，各國新訂刑法，關於保安處分一章規定頗詳。現行法對於少年犯及精神病人，雖有感化教育、監督品行及監督處分之規定，然嫌範圍太狹，本案特增設保安處分一章」¹⁹，可知確實如此。²⁰具體而言，新刑法規定之保安處分有七種：感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、保護管束、驅逐出境，²¹都是針對個人之預防犯罪的措施，有助於保護社會，維持社會之秩序。

16 韓忠謨，《刑法原理》（臺北，作者自印，1982），頁 494-496。更深入之介紹可參林山田，《刑罰學》（臺北，臺灣商務印書館，1992），頁 335-379；黃得中，《刑法上之保安處分》（北平，國立北平大學法商學院印刷部，1935）。

17 黃源盛，〈回顧與動向——民國二四年刑法及其八十年來修正述要〉，收於氏著，《晚清民國刑法春秋》（臺北，犁齋社，2018），頁 300-313；翁騰環，《世界刑法保安處分比較學》（上海，商務印書館，1935），頁 115-116。

18 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》（臺北，元照，2010），頁 1695-1696。

19 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，頁 1153。

20 由於 1935 年頒行之新刑法是 1934 年之刑法草案照案通過的結果，故就該草案之宗旨可視之為新刑法之宗旨。

21 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，頁 1203-1204。

（二）歧義的社會本位

前述代表官方之胡漢民所言的三民主義下之社會本位立法，與當時中國法學界對社會本位立法之理解，二者不盡相同。受到十九世紀末的新自然法及社會本位立法這股潮流的影響，最晚從 20 世紀 20 年代開始，中國法學界出現了「法律社會化」之說，主張社會本位之立法。值得注意者，雖然同樣是強調社會本位，代表官方的胡漢民之說是著重「社會的共同福利，或民族的共同福利」，再深一層言，是重視「社會的利益之互相調和」、「社會公共利益平衡」；²²當時之中國法學界則眾說紛紜，或認為是立法須符合社會需要，或認為是立法須顧及社會最大多數人之利益，或認為是立法須顧及社會全體之利益，或認為是立法須保障不適生存競爭者之生存，或認為是普及法律知識，對社會本位並未有統一的看法。²³其中立法須顧及社會全體之利益、須保障不適生存競爭者之生存兩種說法，較近於胡漢民對社會本位立法之解釋。這種對社會本位理解不一的情況，在王伯琦等人的相關論述中仍然存在。

（三）作為主流的「王道」說

上述胡漢民之「王道」說，當時亦未全然為人所接受。以民法而言，由於民國這首部民法典有 95% 的內容係襲自當時德國、瑞士之民法，讓人看起來似乎係一種枉顧民族性的全盤移植，使得胡漢民之新民法合於王道說遭到公然掠人之美的譏評。²⁴對此，吳經熊（1899-1986）提出解釋，其謂：「世界法制，浩如煙海……當然要費一番選擇功夫，方始達到具體結果。選擇得當就是創作」、「剛好泰西最新法律思想和立法趨勢，和中國原有的民族心理適相吻合，簡直是天衣無縫」。²⁵這番解釋大致合

22 胡漢民，〈三民主義之立法精義與立法方針〉，頁 64。

23 蔡曉榮，〈民國時期社會法理論溯源〉，《清華法學》12：3（北京，2018），頁 62-63。

24 吳經熊，〈新民法和民族主義〉（1931），收於氏著，《法律哲學研究》（北京，清華大學出版社，2005），頁 172、176。

25 吳經熊，〈新民法和民族主義〉，頁 172-173。所謂「泰西最新法律思想和立法趨

乎前述胡漢民在〈三民主義之立法精義與立法方針〉一文所言的立法方式，即以王道的三民主義為標準，可取用合此標準而切合國民需要的世界各國之法律原理。吳經熊又道：「胡漢民先生曾說新《民法》為我們民族性中根深蒂固的王道精神的表現……胡先生的論調確有見地」、「我們並非東施效顰地硬要模仿他們，實在是他們的思想先和我們接近，我們才去採取的」。²⁶換言之，吳經熊認為中國的民族性即「王道精神」，而這首部民法典之立法不但不是枉顧民族性的全盤移植，反而係經千挑萬選，方選出與中國民族性、最新西方法學思潮皆相合的德、瑞民法為主要取法對象。

吳經熊的這番解釋是否正確，暫且不論，但似乎是國民政府時期民法學上之通說，李啟成即指出當時不少重要民法學著作都有類似說法，²⁷且觀此說在 49 年後猶有採之者，可知此說影響深遠。蓋出版於 1982 年的《中國固有法律與西洋現代法律之比較》一書中仍謂：「現行民法……就其全部規定言，皆以社會公益為依歸，既迎合世界法學的新思潮，亦與我國傳統倫理上『仁』的思想相溝通，所以吳經熊先生說：『中國原有的民族心理，適相吻合』」。²⁸吳說之所以能有這樣深遠的影響，除了吳經熊本人之學術聲望外，另一原因或在於此說實是官方說法的延續與補充，較易得到官方的支持。

若依前述吳經熊、胡漢民之說，當時之民法與社會間似不應有多少距離，實則如本文引言所述，此兩者之間有相當距離。此距離產生之原因，至少有三點。其一，相較於適應社會，推行三民主義的社會革命、建設近代化法治更是當時立法的主要目標。1929 年 4 月 15 日，時任立法院院長的胡漢民發表〈新民法的新精神〉，當中即明白表示新制定的民法：「認習慣對於法律，僅能補充而已。因為我們知道我國的習慣壞的多，

勢」，係指 19 世紀末至當時的西方法學思潮：新自然法及其所強調之社會本位立法，在此影響下，當時之德國民法乃從個人本位邁向社會本位，成為社會本位立法之先河，而瑞士民法亦有此趨向。

26 吳經熊，〈新民法和民族主義〉，頁 176。

27 李啟成，〈從義務本位和社會本位的區別看中國法律的“進化”〉，頁 54。

28 林詠榮，《中國固有法律與西洋現代法律之比較》（臺北，中央文物供應社，1982），頁 257-258。

好的少。如果擴大了習慣的適用，國民法治精神更將提不起來，而一切政治社會的進步，更將紆緩了，如果那樣一來，試問我們如何去推行我們的主義與政策呢？」²⁹其二，從國民政府時期之民法、刑法制定施行至中國國民黨政府退守臺灣，很多時候中國大陸的不少地方是處於戰亂之中，無論政府抑或社會，欲拉近此距離都缺乏足夠的人力、財力、時間與心力。其三，國民政府時期的立法仍以廢除領事裁判權為實際上的主要目標，而刻意效法歐美，顧此失彼之下立法遂未能足夠適應國情。如長期任職於司法行政部的汪楫寶即曾就國民政府之立法指出：「推原當初改革動機，頗側重於獲得外人在華領判權之放棄。以是有關司法上一切新措施，大致皆就歐美成規，亦步亦趨。中西國情互異，自難完全適合」。³⁰由此可知，無論從當時政府的主要目標抑或客觀條件言，此距離之產生皆在所難免。

三、拉近法律與社會之距離的呼聲

王伯琦之著作中所提及之關於法律與社會之距離問題的論述，除了王伯琦自身之主張外，尚有遭其批評之其他法學家的主張，這些主張共可分為三類，均有意於拉近法律與社會之距離。第一類是主張改革人民觀念以合於近代化之法律（以下簡稱「改革觀念」），主張者為王伯琦；第二類是主張恢復傳統法律中適於今用者（以下簡稱「舊律新用」），徐道鄰、陳顧遠（1895-1981）兩位作此主張；第三類則是主張「司法社會化」，即要求法官在判案時須適應社會制度、社會組織，權衡社會利益衝突，作出公平判決，主張者是陶希聖（1899-1988）。茲就前述改革觀念之意見、舊律新用之意見及司法社會化之說，分別說明其內容與其間之爭論。

29 胡漢民，〈新民法的新精神〉（1929），收於中國國民黨中央委員會黨史委員會編輯，《胡漢民先生文集》（臺北，中國國民黨中央委員會黨史委員會，1978）冊4，頁848。

30 汪楫寶編著，《民國司法志》，頁112。

（一）改革觀念

就當時法律與社會間有相當距離此一問題，王伯琦於《近代法律思潮與中國固有文化》謂之為中國繼受而來之近代化法律背後的社會本位觀念，與中國傳統法律背後之義務本位觀念「貌合神離」，蓋其言：「自國民政府成立於南京後，整套的西洋最新立法，很順利地就移植進來，行之幾近三十年，似乎未曾覺其有所扞格。西洋的法律制度在中國生根了嗎？我們的法律觀念與西洋二十世紀的新思潮接軌了嗎？據我個人觀察，仍是有些貌合神離」。³¹他梳理西方立法之社會本位精神的歷史由來與真意，並將之與中國傳統立法之義務本位精神相較，闡明其所謂「貌合神離」。其指出在西方「到康德以後，個人的自然權利被抬得太高了，把個人與個人間的關係，即自然法中關於群律的一部分忽略了，終而致與理性主義脫了節。到十九世紀末，自然法復興了，亦就是理性主義復活了。所謂理性主義復活了，亦不過是說自然法中關於群律的一部分又被重視了，所謂重視，亦僅是取得其應處的地位而已，並非是把個人打倒了……所以非特個人未被打倒，而且仍是現代法律制度的中心」，簡言之，19世紀末以來西方之所謂社會本位立法潮流，並非意在推翻個人主義，而是針對過度偏重個人權利之法律，重新賦予社會利益其應有之法律地位。其認為中國傳統所有的是「己所不欲，勿施於人」的義務本位觀念，這觀念雖看起來與近代西方之社會本位觀念「貌合」，皆重視群體，但並無近代西方般獨立的個人觀念作為基礎，而無個人觀念，決不能有社會觀念，亦無從談起社會利益，故這觀念畢竟與近代西方之社會本位觀念「神離」。因此，如前節中吳經熊所謂「泰西最新法律思想和立法趨勢」和「中國原有的民族心理」的「適相吻合」，其實只「是形式的偶合不是觀念的貫通」，是西方在個人主義之基礎上追求社會利益的身影，看來與我們傳統義務本位觀念的身影近似而已。³²

31 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》（1956），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》（北京，清華大學出版社，2005），頁5。

32 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁49-58。朱明哲對此處吳、王二人看法上的差異有所分析，參氏著，〈論王伯琦對法國學說的揀選與闡述〉，頁161-165。

王伯琦並針對中國這數十年來之法律與社會脫節的問題，開出了三帖藥方，認為可以加速社會進步，使之跟上當時之法律。其一，「超前立法」，亦可稱為「法教」。蓋王伯琦以為：「早熟的立法，在其一時的效力方面，或許要打些折扣，但在啟迪人民意識方面，卻有極大的作用……尤其在一個社會需要重大的變革之時，此種立法上的手段，更為重要」，簡言之，即以先進之立法外鑠法意識上相對落後的人民，使其法意識跟上立法。對王伯琦而言，當時中國之社會本位立法大致上即「超前立法」。³³管見以為，王伯琦此說一定程度上以其所認為之西方法律的進步性，削弱繼受而來的西方法律在中國水土不服此問題的重要性。其二，藉由傳統修身之道德觀念，以發展獨立人格觀念。例如王伯琦建議或可發揚中國傳統思想中之「君子」的某些相關概念，蓋其認為如「君子矜而不爭」之「矜」、「君子和而不同」之「和」，皆與法律上之獨立人格概念頗為相近，若能予以發揚，未始不能相互溝通，進而建立個人觀念。³⁴其三，司法上運用法律時須講求機械邏輯。蓋王伯琦認為，若要使當時社會之舊道德觀念追上法律背後的新道德觀念，需要執法者嚴格執法；然當時不少人誤以為中國傳統的德治論與約 19 世紀末開始之西方的司法職務道德化潮流相同，遂提倡德治，藐視法律裡的邏輯體系，這顯然不利於嚴格執法；因此他主張司法實務上用法須講求機械邏輯，以助嚴格執法，進而改變社會之舊道德觀念，使之合於當時法律背後的新道德觀念。³⁵管見以為此方應是對「法教」的輔助。由上述三帖藥方中，可

33 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 72-77。

34 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 76-77。王伯琦這第二帖藥方可能是從胡適（1891-1962）的《中國哲學史大綱》卷上獲得靈感，蓋王伯琦此書數處參考了該書，而胡適於該書中曾言《大學》、《中庸》均重視個人而強調修身的功夫，見胡適，《中國古代哲學史》（收於季羨林主編，《胡適全集》卷 5，合肥，安徽教育出版社，2003），頁 434-436。又對這第二帖藥方，林端（1958-2013）曾提出批評，認為這種以中國傳統修身的道德觀念配上西洋的人格獨立觀念的做法，忽視了兩種法律文化的整體性與差異性，蓋不可能抽出一個文化的一個元素配上另一個文化的一個元素，就可水到渠成。參林端，〈中西不同法律觀的頡頏——繼受過程中的台灣法制〉，收於氏著，《儒家倫理與法律文化：社會學觀點的探索》（北京，中國政法大學出版社，2002），頁 332。

35 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 80-87、93；〈法治與德治〉（1957），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 233。

看出王伯琦認同社會本位立法。他認為當時人民在法意識上未能與社會本位立法配合，其中關鍵在於人民之法意識仍停留在義務本位，缺乏獨立之個人人格觀念。因此他主張若欲使人民之法意識能配合社會本位立法，則非先建立個人觀念不可，在個人觀念之基礎上，才能建立真正的社會觀念，實踐真正的社會本位，而其方法包括「法教」、發揚中國傳統之「矜」與「和」等概念、司法上用法時講求機械邏輯。

另外，王伯琦可能是為了使其建立個人獨立人格觀念之主張合乎政治正確，遂在將當時民法總則第二章章名之「人」解釋為個人時，連結了三民主義，而道：「至於我們的現行法律上，則充滿了個人獨立人格觀念，而且可以說，抽去了這一獨立人格觀念，我們的現行法律制度整個的必然垮臺，民法……第二章就名曰『人』……這是中國四萬萬五千萬的人，這是國本之所以立的『人』，亦就是民族主義的『民』，民權主義的『民』，更是民生主義的『民』。這個『人』字的精義倘不予以發揚，我敢說三民主義不會有真正實現之日」。³⁶惟王伯琦此對三民主義之詮釋強調個人之獨立，顯然與立法院之主流不同。立法院的主流解釋強調個人屬於社會，蓋胡漢民曾言：「總理又說：『個人無自由，惟團體才有自由』個人要把他的自由納在團體之中，而求團體之自由……所謂團體，總理的意思是指全社會或全民族的範圍而言……所以人之所以為人，全是因為他是社會一分子……他的權利義務，都是因為社會的承認才能存在，否則便無權利義務之可言。因此之故，總理於『民』的觀念，一定要說是『有組織的眾人』才是民，是『權利』的見地，一定要說『民權』而不說『人權』」。³⁷楊幼炯（1901-1973）受後來的立法院院長孫科（1891-1973）委託所作之《近代中國立法史》，亦有與胡漢民此說幾乎相同的內容，其謂：「孫中山先生以為……人之權利義務，皆由於社會之承認，方能存在，否則便無權利義務之可言。因此之故，孫先生對於『民』之觀念，則限於有團體有組織之眾人，對於『權』之觀念，則必言『民權』，而不泛言『人權』」³⁸，可見此說之權威性。

36 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁77。

37 胡漢民，〈三民主義之立法精義與立法方針〉，頁57-59。

38 楊幼炯，《近代中國立法史》（上海，商務印書館，1936），頁373。此一解釋在楊氏於1957年出版的著作中仍維持不變，見氏著，《中國近代法制史》（臺北，

（二）舊律新用

徐道鄰有取法某些中國傳統法律之規定的修法建議，其用意之一亦在藉此拉近法律與社會的距離。他在初版於 1945 年之《唐律通論》中表示：「一國之法律成就，絕不能由外鑠而來，亦非可一蹴而就，各國之法制史，皆不鮮明例」，而「我國現行法制，多接受外國法，而於中國法源，未甚措意。以故實施有年，終未能盡適國情。……故求我國法治發達，其現有法典，或尚須有待於調整。」。就當中所謂「中國法源」，其又以影響久遠之程度為標準，主張唐律最為重要。³⁹

除了唐律在中國法史上影響久遠外，徐道鄰之所以主張取法唐律以修法，另有一個理由，即其認為近代立法潮流所謂社會本位之立法在唐律中即有之。其嘗道：「唐律本於禮教，合乎道德，以社會為本位，以義務為原則，合乎晚近所謂公法觀念者也」⁴⁰，即是自理論方面論證此看法。由此亦可知徐道鄰並不反對社會本位立法。

具體而言，中國傳統法律中哪些規定值得取法呢？徐道鄰提出唐律中有部分社會本位之律文「最足資吾人借鏡」，且道：「今世之攻擊個人主義，而倡集體安全者，對之能無感乎？」這些律文為他稱作「社會防罪制度」，即唐律中利用社會組織「預防犯罪」之規定。此制度之內容基本上係規定在某些情況下，人民於犯罪發生時，被動而有動作義務，或有自動動作之義務，例如唐律之〈補亡律〉「隣里被強盜」：「隣里被強盜，及殺人，告而不救助者，杖一百」，以及〈雜律〉「見火起不告救」：「見火起，應告不告，應救不救，減失火罪二等」。⁴¹

徐道鄰曾於 1950 年代公開講演其前述之主張，而引來王伯琦之批評，由於相關內容較多，將於本文第四節詳述分析。

另一位提出可取法某些中國傳統法律之規定以修法者是陳顧遠。雖然就本文之主題而言，王伯琦對陳顧遠之說未有評論，且陳顧遠之相關

中華文化出版事業社，1957），頁 125-126。

39 徐道鄰，《唐律通論》（上海，中華書局，1947），頁 4-5。

40 徐道鄰，《唐律通論》，頁 2。

41 徐道鄰，《唐律通論》，頁 70-71。

著作多半是出版於 1960 年代，但王伯琦著作中關於中國法制史的內容，不少是參考陳顧遠之著作，而陳顧遠於 1950 年代已有與本文主題相關的著述發表，故茲亦將陳顧遠之說納入分析範疇。對當時法律與社會脫節的問題，陳顧遠亦有發現，其嘗道：「我國變法雖受西法影響，但萬變仍有其宗，文化並未驟改，民俗依然如故，故欲推求現行法制之實際效果，完成現行法制之靈活運用，自當以史實為貴，不應專尚學理」；其並提出了可於立法時酌採部分傳統舊律之建議：「或已有之成法久廢，而與時代需要漸相接近，亦可視其為新而回復之」。⁴²相較於王伯琦主張之將人民的法意識拉向歐美法律潮流之「法教」，管見以為陳顧遠較著意於固有社會文化與歐美法律潮流間取得平衡。必須注意者，此採「已有之成法」的主張並不能代表其一味守舊，蓋其復古之前提為「文化並未驟改，民俗依然如故」，復古之標準乃「與時代需要漸相接近」。陳顧遠所謂「時代需要」，是指世界法學趨勢。⁴³從他對法律發展之世界潮流的觀察與冀望，可得知其對「時代需要」的重視。20 世紀 60 年代時，他已注意到歐美法律之全球化趨勢，而謂：「歐美法制形態在近世以來，事實上已成為天之驕子，我國自清末變法，即已入其勢力範圍，現在要把它根本推翻，事實上是不可能的，而且在我個人的看法，法系為稱，乃係過去民族文化未能擴大交流時代的產物，今後法律應該慢慢走上統一之道」。⁴⁴他甚至進一步期許融合世界諸大法系之優點的世界法制能在未來出現。⁴⁵

中國傳統法律有何可能「與時代需要漸相接近」呢？陳顧遠認為之關鍵在於中國傳統法律乃義務本位，而此義務本位與作為近代潮流的社會本位兩者相近，其曾表示：「儒家的義務觀……很近於近代的社會本位看法」。然接近畢竟不是等同，其又指出兩者之不同處：「所不同的只是

42 陳顧遠，《中國法制史概要》（1964 初版；北京，商務印書館，2011），頁 15。

43 陳顧遠曾謂其他民族法系之義務本位與作為世界法學趨勢之社會本位完全不符，是「不合現代時宜」，由此可知其「時代需要」是指世界法學趨勢。參氏著，《中國法制史概要》，頁 55-56。

44 陳顧遠，《中國文化與中華法系》（1967），收於氏著，《陳顧遠法律文集》（北京，商務印書館，2018），頁 215。

45 陳顧遠，《中國法制史概要》，頁 14-15。

單純的義務觀念（按：指儒家的義務觀），在義務以外，不再另有一個權利觀念存在罷了」。⁴⁶此說法實與前述王伯琦的看法相同，均以社會本位與義務本位之差別在於是否有個人權利觀念為基礎，只是陳顧遠強調義務本位與社會本位兩者之相同處，王伯琦著重兩者之相異處。

陳顧遠之所以主張中國傳統法律之義務本位與社會本位接近，是因為其認為「中國固有法系之義務本位因其非如埃及、希伯來、印度等法系之宗教化，既有教會之勢力存在；而君權又受天道觀念及民本思想之限制，其非片面之義務可知。因而此種義務本位，自易接近今日之社會本位理論，不似他族最早在法律上所採之義務本位，完全不合現代時宜」。⁴⁷其〈中國文化與中華法系〉一文將此中道理說得更清楚：「過去所說的五倫……乃是將人類分為五個倫次，互有其義務存在，君禮臣忠，父慈子孝，兄友弟恭，夫良婦順，朋友之交相互以信，並未偏重某一方面的片面義務，所以與歐洲古代的義務本位就不相同，而含有社會公益的精神在內」。⁴⁸簡言之，他認為中國以外之其他文明之義務本位的義務乃單方面之義務，相較之下，中國傳統法律之義務本位的義務為雙方面之義務，具有社會公益精神，而接近社會本位。陳顧遠這種對中國傳統法律之義務本位的看法與王伯琦並不相同，蓋王伯琦認為中國傳統法律之義務本位是單方面之義務，而非雙方面。⁴⁹

（三）司法社會化

對於當時法律與社會間之距離問題，1956年陶希聖受邀在《建設雜誌》所辦之一次座談會中發表了公開講話。陶希聖既是法學家，亦是社會史家，對社會制度、社會組織素來重視。在這場講話中，他認為法典若不與實際社會制度、組織相適應，執行時必生諸多困難，而當時之民

46 陳顧遠，〈儒家法學的義務觀〉（1959），收於氏著，《陳顧遠法律文集》，頁147。

47 陳顧遠，《中國法制史概要》，頁55。

48 陳顧遠，〈中國文化與中華法系〉，頁209。

49 〈世界文化的前途（十八）：聯合國中國同志會第四九次座談會紀要〉，《大陸雜誌》5：1（臺北，1952），頁34。

法採德、日法系，條文雖繁多嚴密，卻有離開中國實際之社會制度、組織的問題，在親屬法上尤其如此。立法既已如此，或可自司法上補救，補救之法，乃「司法社會化」，即要求法官判案時詳析具體情節，心中不存成見以權衡不同社會利益，⁵⁰形成具體判斷，進而得出法理，找出適合的法條，並善用法律中已有之賦予法官裁量權的條文，折衷至當，公平判決。甚至其主張：「要使法條適應社會，解決社會問題，有時可能就是在判決中變更法律，如果不是這樣，那就是不公平的判決」。⁵¹這相當有自由法說的色彩，由此亦可見他對使法律適應社會之重視。

陶希聖此一「司法社會化」的看法，早在 1931 年其受聘至司法官訓練所教授親屬法時已有初步的主張。他當時對前來上課的司法官候選人言：「今日的問題在現行民法與歷史傳統及社會習慣相反。你們如對於這一矛盾不能了解，將來審理家族與婚姻的案件時，就會被這矛盾所困擾。法律解釋學只是分析法條，社會法律學就要解剖社會制度，使你們將來在司法實務上，有意識的活用法條以適應歷史傳統及社會習慣」、「你們將來審判有關家族與婚姻的訴訟，務須重視一般人民的家族組織與生活方式，然後下判決，才不至於破壞社會秩序，造成社會混亂」。⁵²

對於陶希聖的「司法社會化」之說，王伯琦將之解讀為「留戀於我們過去家族型的團體主義」、「偏向於現實社會型的團體主義」，是「立法貴嚴，責人貴寬」的另一種說法，而予以批判。⁵³王伯琦主張當下之急在於使人民各自建立獨立的人格觀念，在司法上講求機械邏輯，對於陶希聖這般強調作適應傳統家族制度之判決、有時可在判決中變更法律以求公平的主張，自然難以認同。必須一提者，若考察陶希聖之親屬法相關論述，則可知其對於傳統家族制度並非全然認同，且有改革之意見。例如早在 1928 年，他便主張立法上將傳統家長權轉化為親權，由國家監

50 權衡不同社會利益以做出公平之判決的說法，在國民政府時期另有胡漢民、居正等人提倡，參李文軍，〈民國時期的社會本位司法理念研究〉，收於陳金釗、謝暉主編，《法律方法》第 13 卷（濟南，山東人民出版社，2013），頁 117-118。

51 陶希聖，〈司法社會化〉，《建設雜誌》5：3（臺北，1956），頁 15-17。

52 陶泰來、陶晉生整理，《陶希聖年表》（臺北，聯經，2017），頁 110-111。

53 王伯琦，〈法律上實務與學說的距離〉（1960），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 329。

督親權之行使，並把取代族權之親屬會議的職權轉移至法院，以實現監護的公法化。⁵⁴其於 1949 年到臺灣後，仍有主張設立家事法庭，以代行傳統與習慣上之家長權。⁵⁵陶希聖這些主張一旦立法施行都會減少個人受制於家族此類團體的程度，由此可知王伯琦對於陶希聖「司法社會化」之說的解讀與評論尚有值得商榷處。

四、徐道鄰與王伯琦之辯

關於近代中國之法律與社會的距離問題，徐道鄰與王伯琦二位雖都有意於拉近此距離，但彼此看法相當不同，且互有對話。惟基於篇幅考量，前節中未能盡述，故於本節詳述其對話始末，並深入比較分析他們的主張。

前述徐道鄰所謂唐律是屬社會本位之主張，在其《唐律通論》出版九年後的一場法學座談會中遭到王伯琦的批評，而徐道鄰亦有所回應。此事之緣起，在於徐道鄰當時受邀擔任「聯合國中國同志會」於 1952 年所舉辦的一次學術座談會之演講人，其演講題目為〈唐律中的中國法律思想和制度〉，演講內容後收進徐道鄰所著《中國法制史論集》中，這場會議之紀錄則刊登在《大陸雜誌》第 5 卷第 1 期。⁵⁶以下將根據該場會議之紀錄，以及徐、王二氏之相關重要著作，分析雙方之論點。

據〈唐律中的中國法律思想和制度〉一文，當時徐道鄰主張唐律具社會本位之性質，而這性質表現在一方面將社會公益當作法律保護之對象，另一方面將維護社會公益之責任，加諸社會自身。徐道鄰稱後一方面為「社會防罪制度」，並列舉唐律中數條律文為例。徐道鄰道：「上面

54 白中林，〈親屬法與新社會——陶希聖的親屬法研究及其社會史基礎〉，《社會學研究》29：6（北京，2014），頁 193。

55 陶希聖，《夏蟲語冰錄》（臺北，法令月刊社，1980），頁 148。

56 關於該場會議之部分內容，亦可見涂懷瑩，〈記徐道鄰先生講唐律的一件往事——兼談「綜合法學」應用之一例〉，《中國論壇》2：11（臺北，1976），頁 38-39，惟與《大陸雜誌》所載不盡相同。由於涂文所載係其 24 年後的回憶，而《大陸雜誌》係於當年即刊載該場會議之紀錄，故本文採用《大陸雜誌》所載內容。又涂氏之文中將「王伯琦」誤印為「王伯璋」，特此說明。

這些條文，各位先生，或許以前沒有讀過。但是他們的內容，我想對於各位沒有一條是陌生的。就是因為這些法律觀念，從小說戲劇中，對於我們發生了深刻的影響，並反問：「它們是不是壞的條文，壞法律？」最後表示：「我們糊裏糊塗的把它們一筐子全部丟出去，我實在覺得有點可惜」。⁵⁷

比較徐道鄰在《唐律通論》與〈唐律中的中國法律思想和制度〉中對其唐律屬社會本位之說以及「社會防罪制度」的講述，兩處大致相同，所持立場亦未變。簡言之，徐道鄰以為唐律係社會本位，而其中可歸類為徐道鄰所謂「社會防罪制度」之律文，正符合當時刑事立法之預防犯罪的潮流，而值得立法者參考。⁵⁸

對於徐道鄰所謂唐律屬社會本位之主張，王伯琦持反對意見，其於座談會上表示：「舊律中的義務本位的義務觀念，與現代或吾國三民主義的社會本位的義務觀念，祇是形式的契合，不是實質的相同」，當中緣由在於「在千年前的唐代，雖是我國歷史上文物制度之極盛時代，但其政治是專制的，社會是封建的，獨立自覺的人格觀念尚不可期，法律的本位是偏重於義務的」，而「社會本位的法律，含有極濃厚的義務觀念，這與古代以義務為本位的法律很相像。但社會本位法律的義務觀念，仍是以權利為基礎的」。⁵⁹王伯琦之意，在於近代或三民主義之社會本位的義務觀念係以個人權利為基礎，唐律之義務本位的義務觀念雖與之形似，但非以個人權利為基礎，故不可等同視之。因此對王伯琦而言，唐律實非社會本位，其「社會防罪制度」之規定亦不宜予以採用。王伯琦在其〈從義務本位到社會本位〉一文中，對此中道理有一極清楚的說明：「有人說唐律是社會本位的立法，這未免是個很嚴重的矛盾或誤會……義務本位的法律與社會本位的法律，可說同是集體主義（collectivism）的產物，其不同之點惟在一有個人的獨立地位，一無個人的獨立地位而已。

57 徐道鄰，〈唐律中的中國法律思想和制度〉（1952），收於氏著，《中國法制史論集》（臺北，志文出版社，1975），頁 62-63。

58 此須說明者，徐道鄰所謂「社會防罪制度」，係供一般預防之用，與供特別預防之用的「保安處分」有功能上之差異，惟皆屬社會防衛、犯罪預防之潮流下的產物。

59 〈世界文化的前途（十八）：聯合國中國同志會第四九次座談會紀要〉，頁 34。

譬如說，別籍異財，為唐律之後歷代法律所禁止……祖父母、父母在，子孫在法律上的地位幾乎全被祖父母、父母吸收，自不能有獨立的人格觀念」。⁶⁰

徐道鄰在該場會議上，曾就聽眾提出的問題與批評作綜合回答，其中一段內容似乎是為回應王伯琦所言個人權利的問題：「唐律的社會本位，前幾年納粹德國的立法，頗有類似這一種的精神表現。他們打破了過去過分嚴格的形式主義，他們加強了一般人們對於鄰里的責任。納粹之所以要不得，是極權、侵略和不合理的種族優越感。社會本位的思潮，並不應該以此就被認為不好。不但如此，以講民主講自由的英美兩國來說，他們在工業法裡，最近有許多新的社會立法，大量的拘束了一般人民的契約自由。社會本位的思想，實在並不是和民主及自由不能相容的」。⁶¹簡言之，徐道鄰認為唐朝的法律與納粹德國、近代英美的立法都表現出了同樣的社會本位精神，而其中近代英美又重民主、自由，故可知社會本位立法與個人權利可以相容，言外之意，唐律的社會本位亦可以與個人權利相容。這一回應顯然不能讓王伯琦滿意，蓋王伯琦後來在〈從義務本位到社會本位〉中仍對徐道鄰的看法有所批評。此中原因，應在於兩人對社會本位之理解有所差異，蓋王伯琦強調個人權利為社會本位之基礎，而徐道鄰認為社會本位乃著重人與人之關係。⁶²徐道鄰就個人權利雖不反對，但很少提及，更未曾以個人權利為社會本位之基礎。既然兩人對社會本位的理解有別，自然對於唐律是否屬社會本位此一問題看法不同。

在這場座談會上，徐、王二人的對話有限，然若將徐道鄰之《唐律通論》與王伯琦之《近代法律思潮與中國固有文化》及相關著作作進一步的比較，可以了解到此二人不但對唐律的認知與評價不同，就與唐律密切相關的禮治亦持不同見解。

60 王伯琦，〈從義務本位到社會本位〉（1956），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁247。

61 〈世界文化的前途（十八）：聯合國中國同志會第四九次座談會紀要〉，頁36。

62 徐道鄰曾表示：「吾人於今日讀唐律，其最使吾人值思者，即其以禮教為中心之法律觀是也……夫以禮教為中心，故人與人之關係重，而社會為本位」。見氏著，《唐律通論》，頁28、33。

大體而言，徐道鄰對於唐律有相當高的評價，而這評價不僅是歷史意義上的，亦是近代法學意義上的。蓋他認為唐律「合乎輒近所謂公法觀念者也」、「其制度之謹嚴精慎，實不遜近代最新學說」，而「讀唐律可以培養合乎現代理想之法律觀念」。⁶³之所以有如此評價，是因在他看來，由於唐律是以禮教為中心，故其內容既重人與人之關係，而合乎當時西方立法的社會本位價值觀，且融法律、道德為一體，而符合當時西方法學中法律與道德漸相結合的思潮。⁶⁴他更進一步為禮治洗刷汙名：「我國自百年以還……列強為繼續其侵略，並強謂我國法律為野蠻為落伍，而逼其捨己從人，尤為不白之冤。逮習以為常，則我國學者亦自信其言為然而不疑，遂有謂禮治觀念乃文明幼稚之徵，或言棄禮治而專法治，乃法律進化必然云云者，不亦更可怪耶？」⁶⁵蓋在他眼中，固然在中國必須建立近代法治，「培養合乎現代理想之法律觀念」，但傳統禮教中心之法律觀念於近代社會本位、法律與道德趨合的法學潮流，是以專法治、棄禮治並不合理，近代法治與傳統禮治實可並行不悖。其且為傳統禮教之核心：家族主義辯護，指出近代流行的家族主義導致人民只知有家不知有國之說有誤。其理由包括：一者，家族主義只是方法，目的在國乃至天下，故家族不為至上，與國家未立於絕對衝突地位；二者，家族觀念不妨害是非觀念，在幾諫、容隱之外，若尊長窮凶極惡，大義滅親亦為《春秋》所許；三者，批評家族主義有家無國者，多主張有國無家，而此主張欲使人視父母如路人，乃有違人類天性，實無足取。⁶⁶

相較之下，王伯琦之主張大半站在徐道鄰的對立面。其認為唐律乃義務本位非社會本位已如前述，換言之，對王伯琦而言，唐律根本不符合此一近代法學潮流。相較於徐道鄰對唐律的重視，在王伯琦心中，近代西方法律才是進步的法律，其發展有全球化之趨勢，乃真正值得追求

63 徐道鄰，《唐律通論》，頁 2-3。

64 徐道鄰，《唐律通論》，頁 35、38。

65 徐道鄰，《唐律通論》，頁 35-36。

66 徐道鄰，《唐律通論》，頁 40-41。此一辯護所針對之問題，可追溯到晚清的家族主義與國家主義之爭，相關研究可參梁治平，《禮教與法律：法律移植時代的文化衝突》（上海，上海書店出版社，2013），頁 79-97；趙妍杰，《家庭革命：清末民初讀書人的憧憬》（北京，社會科學文獻出版社，2020），頁 21-35。

的，亦是不得不追求的法律，蓋其表示：「我們不必認為我們的法律是抄襲他國的，不是我們民族歷史土生土產的，而對之蔑視。地球的面積愈縮愈小了，四海真的是一家了，在地球上生活的人類，哪能再有絕對獨特的文化及法制」。⁶⁷此外，其並否定禮治，理由之一是基於社會變遷，蓋其謂「在今天這樣複雜流動的社會中，要想恢復家族核心的社會組織，以禮教為政治的手段，顯見其為不可能之事。我的意思是在指出要治國平天下，在今天不是禮教之所能奏功了」。⁶⁸另一理由其雖未明言，但從其主張中可以推知，即其反對禮治的目的：德治，以及禮治的基礎：舊道德。他之所以反對德治，是因其認為既要追求法治，便無法並行德治，蓋法律之適用必須運用邏輯，道德之適用則只能就個別具體情形衡量，因此行法之時必有部分道德被犧牲。⁶⁹他之所以反對舊道德，是因其認為舊道德落後。他推崇當時法典背後的新道德，主張「我們現時社會上的一般道德觀念，落在我們法律上的觀念之後很遠，要使我們法律上的一套新道德觀念在吾國生根，急需要執法者嚴格的執行」。⁷⁰

值得注意者，至 1957 年，徐道鄰的看法呈現出改變，而認為必須放棄禮教的法律觀。蓋他觀察歷史上人類文化與社會的演變，認為人類文化發展與商業發展密不可分，朝商業社會發展是大勢所趨，中國社會亦然，而「中國的禮教法律觀，主要的是農業社會的產品」，「羅馬法系之以權利為其中心思想，顯然是羅馬的商業社會的結果」，故「中國為什麼不能不放棄它固有的禮教法律觀，而須要走進以權利為中心的西洋法系的行列，也就有了很自然的解釋了。」⁷¹

67 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 75。

68 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 76。

69 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 93-94。

70 王伯琦，〈法治與德治〉，頁 233。

71 徐道鄰，〈法律概念的形成本〉（1957），收於氏著，《論社會與文化》（臺北，中央文物供應社，1958），頁 80。

五、王伯琦等法學家之論述的歷史與時代意義

使法律與社會無距離，是一種理想，而盡量拉近法律與社會的距離，則是一種對理想的追求。對於近代中國而言，此種理想之追求相當受到關注，蓋自晚清修律起，中國法律開始近代化，既繼受近代西法，同時衡量國情與舊律，而制定了新法，然由於中西法文化頗為不同，無論於立法階段抑或司法實踐，皆難免就新法草案或新法與當時中國社會間之距離問題有所爭議。以目前已知之史料而言，晚清修律時著名的禮法之爭中已可得見這類爭議。其實，若深一層考查上述王伯琦等法學家之諸意見背後的理論立場，相當程度上於清末禮法之爭時亦已有之。梁治平曾指出晚清禮法之爭有五個重要爭論，⁷²若借用此說來分析上述王伯琦等人的主張，其中的「為承認而鬥爭」、「道德（主義）與法律（主義）之爭」，在 1950 年代已隨領事裁判權的廢除、法學思潮上法律與道德的趨近而不成問題，「家族主義與國家主義之爭」於上述諸意見中未成為彼此爭議的焦點，惟「自然主義與理性主義之爭」、「特殊主義與普遍主義之爭」在這諸意見中依然存在。必須注意者，我們不能用這四種主義對王伯琦等學者作單一的歸類，因為他們的主張均為這四種主義不同比例的混合體，只是各有偏重而已。概言之，王伯琦較偏重理性主義與普遍主義，陳顧遠、徐道鄰、陶希聖則較偏重自然主義與特殊主義。

「自然主義與理性主義之爭」、「特殊主義與普遍主義之爭」在王伯琦等法學家的論述中依然存在，代表這些在當時依然是懸而未解的問題。而 1950 年代時的客觀條件已不同於晚清，一個重要的差別在於領事裁判權已廢，官方與法學界均有較大的自由就法律作適應社會現實的思考、研究與調整，無需再因顧慮廢除領事裁判權之目標而偏向西法。因此，陳顧遠、徐道鄰、陶希聖之偏重自然主義與特殊主義的論述在此時提出，相較於領事裁判權廢除前可謂更是時候，理應可以獲得更持平地看待。管見以為，徐道鄰對社會本位之看法固然值得商榷，但他確實在其對社會本位之理解下，就禮治與法治可以並行作出了合理的解釋，並

72 參梁治平，《禮教與法律》，頁 40-132。

有理有據地提出了「社會防罪制度」這般具體建議，而未止於抽象理論層面。陳顧遠主張復古之成法，但非凡古皆復，需與該成法相合之民俗、文化未變，且不違世界法學趨勢，考量不可謂不周到。陶希聖建議以社會化的司法彌補立法不近社會之失，較之耗日費時的修法，更有助於當下之急。這類論述的持續出現，也在一定程度上提醒了當時的立法者、司法界與法學界，追求法律近代化的同時，不宜忘卻仍受固有法文化相當影響的社會現實。當然這份影響會隨社會變遷而改變，立法或司法上亦應隨之調整應對；陳顧遠、徐道鄰與陶希聖就此點雖較少著墨，但亦有所表示。⁷³

至於王伯琦之關於社會本位的基本看法，據孔慶平的研究，在當時並非其獨家之見，但他應是近代中國法學家中就此為文較深刻者無疑。⁷⁴其培養人民之個人獨立人格觀念的主張，於 1950 年代之臺灣則恐不合時宜。蓋在近代中國，自第一次世界大戰爆發後，個人主義逐漸遭部分學人解釋為資本家不擇手段牟利的理論基礎，而至抗戰時，為救亡圖存，個人必須毫無保留融入民族這個集體成為天經地義，個人主義更遭到極負面的評價；⁷⁵到 1950 年代，雖抗戰已結束，但又逢國共內戰，1949 年中國國民黨政府更宣布戒嚴，如此氛圍中，集體主義自然依舊是主流，個人主義是以難興。雖然王伯琦提倡培養人民之個人獨立人格觀念是因其認為此觀念是社會本位之基礎，而中國社會對此相當缺乏，換言之，其是為了社會本位而如此主張，並非單純提倡個人主義，但於當時之環境下，這般看法恐也難廣被接受。儘管如此，在長期處威權統治下的戰後臺灣法學界，王伯琦此一主張或可謂為培養個人獨立人格之說留下了一顆種子。

73 如陳顧遠主張復古之前提是「文化並未驟改，民俗依然如故」，徐道鄰後來主張中國須隨社會商業化發展之大勢而放棄禮教的法律觀，陶希聖主張司法社會化尚包括了法官用法須「適應社會變化」。陶希聖此主張可見氏著，〈司法社會化〉，頁 15。

74 孔慶平，《改造與適應》，頁 61、63、72-75。

75 楊念群，《五四的另一面：『社會』觀念的形成與新型組織的誕生》（上海，上海人民出版社，2019），頁 181-182。

六、結論

國民政府時期的民、刑法典底定之初，官方主流論述認為中國當時之民族精神係王道精神、係社會本位，與同係社會本位之法典正相適合。然而經過一段時間的施行，法律與社會彼此不夠適合的問題浮上檯面，且日益受到重視。居正提出之「司法黨化」、建立中國本位新法系皆有處理此問題之意。

藉由王伯琦之著作的相關討論，延伸至其所批評、對話之其他學者論述，可以窺見 1950 年代臺灣法學界對此問題之意見的一隅。這些意見大致可分為以下三種。

在主張改革觀念之意見中，認為中國當時之民眾多半仍持義務本位觀念，故與屬社會本位之法典並未適合。如何使之適合呢？這種意見認為可藉「法教」與發揚「君子」中關於獨立人格之概念，建立人民的個人觀念，而後在此基礎上使人民具備近代西方的社會觀念，以配合社會本位立法。另外，在司法上用法之時須講求機械邏輯，如此可助「法教」。

在主張舊律新用之意見中，認為中國傳統法律是社會本位或接近社會本位的義務本位，既與近代法學潮流強調之社會本位立法至少一定程度上相合，又係屬中國固有傳統，較合於國情，故就該法律與社會相距太遠的問題，可恢復傳統舊律中合乎時宜的內容，以拉近兩者之距離。持此說者中，有人因認為中國傳統法律裡有社會本位之原則與內容，而遭到持改革觀念之意見者批判。

在主張司法社會化之意見中，認為當時近代化之法典已然制定，欲拉近法律與社會之距離，可從法官判案之裁量空間下手，在裁量空間中盡量適應社會制度，衡量社會利益，作出公平的判決。由於此說在當時偏向適應仍存在的傳統社會制度，而遭到持改革觀念之意見者批判。

持改革觀念之意見者一方面參考西方的社會發展過程，欲拾遺補缺而使中國人民之觀念與繼受自西方的社會本位立法相匹配，另一方面又向傳統取經，想藉傳統概念改革人民觀念，成就這補缺的計劃。持舊律新用之意見者亦向傳統取經，惟其非為改革人民觀念，而是看上了傳統

法律中有既符合當時之社會文化且合乎社會本位之立法潮流的內容，認為這些兩全其美的舊律施行起來必不會有法律與社會相距太遠的問題。持司法社會化之意見者則因認為相較於已近代化之法律，當時實際上之社會制度、組織仍有不少相當傳統，故主張法官在裁量時須考慮現實中的社會制度與組織，使法律與社會在實務上不要相距太遠。持這三類意見者都不反對甚至贊成社會本位的立法，⁷⁶也都不約而同、不同程度地採用傳統。在這些受過近代法學教育的法界菁英眼中，追求法律近代化的同時，固有傳統對當時社會、文化的影響依然是條難以繞過的大河，或至少是值得取法的豐富寶藏。

上述王伯琦等法學家之諸意見背後的理論立場，其實一定程度可上溯至清末的禮法之爭。晚清的「自然主義與理性主義之爭」、「特殊主義與普遍主義之爭」在這諸意見中依然存在。其中陳顧遠、徐道鄰、陶希聖較偏重自然主義與特殊主義，這類傾向在 1950 年代因領事裁判權已廢而較有發揮空間，有利於提醒當時的法界人士莫忘現實社會仍受固有法文化的影響；王伯琦則較偏重理性主義與普遍主義，惜其培養人民之個人獨立人格觀念的主張於當時的集體主義氛圍下並不合時宜。

1950 年代，中華民國之法律施行於臺灣的時間未久，而隨著時間的逝去，這套法律與臺灣社會之間的距離如何呢？上述法學界以中國大陸之社會與中華民國之法律的距離為主要探討對象的討論，是否隨著兩岸局勢的變化轉而聚焦於臺灣社會與中華民國之法律的距離？其討論的內容又是如何？「自然主義與理性主義之爭」、「特殊主義與普遍主義之爭」是否仍延續下來？凡此均涉及近代以來的法律繼受問題，皆值得將來進一步探索。

76 陶希聖雖未在〈司法社會化〉中明確提及社會本位，然自他其他著作中可知，他贊成社會本位，參陶彙曾編，《親屬法大綱》（上海，商務印書館，1928），頁 18；陶希聖，《夏蟲語冰錄》，頁 284。

徵引文獻

一、文獻史料

- 王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》（1956），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》，北京，清華大學出版社，2005，頁 3-113。
- 王伯琦，〈從義務本位到社會本位〉（1956），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 234-249。
- 王伯琦，〈法治與德治〉（1957），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 221-233。
- 王伯琦，〈法律上實務與學說的距離〉（1960），收於氏著，《近代法律思潮與中國固有文化》，頁 320-330。
- 吳經熊，〈新民法和民族主義〉（1931），收於氏著，《法律哲學研究》，北京，清華大學出版社，2005，頁 171-176。
- 汪楫寶編著，《民國司法志》，臺北，正中書局，1954。
- 林咏榮，《中國固有法律與西洋現代法律之比較》，臺北，中央文物供應社，1982。
- 胡漢民，〈三民主義之立法精義與立法方針〉（1928），收於時希聖編，《胡漢民言行錄》，出版地不詳，廣益書局，1929，頁 43-71。
- 胡漢民，〈民法精神〉（1929），收於中國國民黨中央委員會黨史委員會編輯，《胡漢民先生文集》冊 2，臺北，中國國民黨中央委員會黨史委員會，1978，頁 366-374。
- 胡漢民，〈新民法的新精神〉（1929），收於中國國民黨中央委員會黨史委員會編輯，《胡漢民先生文集》冊 4，臺北，中國國民黨中央委員會黨史委員會，1978，頁 845-853。
- 胡適，《中國古代哲學史》，收於季羨林主編，《胡適全集》卷 5，合肥，安徽教育出版社，2003，頁 191-541。
- 徐道鄰，《唐律通論》，上海，中華書局，1947。
- 徐道鄰，〈唐律中的中國法律思想和制度〉（1952），收於氏著，《中國法制史論集》，臺北，志文出版社，1975，頁 56-67。

- 徐道鄰，〈法律概念的形成功〉（1957），收於氏著，《論社會與文化》，臺北，中央文物供應社，1958，頁 72-80。
- 涂懷瑩，〈記徐道鄰先生講唐律的一件往事——兼談「綜合法學」應用之一例〉，《中國論壇》2：11，臺北，1976，頁 38-39。
- 陳顧遠，〈儒家法學的義務觀〉（1959），收於氏著，《陳顧遠法律文集》，北京，商務印書館，2018，頁 145-147。
- 陳顧遠，《中國法制史概要》，1964 初版，北京，商務印書館，2011。
- 陳顧遠，〈中國文化與中華法系〉（1967），收於氏著，《陳顧遠法律文集》，頁 203-215。
- 陶希聖，〈司法社會化〉，《建設雜誌》5：3，臺北，1956，頁 14-19。
- 陶希聖，《夏蟲語冰錄》，臺北，法令月刊社，1980。
- 陶泰來、陶晉生整理，《陶希聖年表》，臺北，聯經，2017。
- 陶彙曾編，《親屬法大綱》，上海，商務印書館，1928。
- 傅秉常，〈新民法與社會本位〉，《中華法學雜誌》1：2，南京，1930，頁 1-11。
- 費孝通，《鄉土中國》，1947 初版，南京，江蘇文藝出版社，2007。
- 黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，臺北，元照，2010。
- 黃源盛纂輯，《晚清民國民法史料輯注》，臺北，犁齋社，2014。
- 楊幼炯，《近代中國立法史》，上海，商務印書館，1936。
- 楊幼炯，《中國近代法制史》，臺北，中華文化出版事業社，1957。
- 〈世界文化的前途（十八）：聯合國中國同志會第四九次座談會紀要〉，《大陸雜誌》5：1，臺北，1952，頁 25-37。

二、近人研究

- 孔慶平，《改造與適應：中西二元景觀中法律的理論之思（1911-1949）》，上海，上海三聯書店，2009。
- 孔慶平，〈道德抑或信仰：面對政治行動的法律理論——王伯琦《近代法律思潮與中國固有文化》疏解之一〉，收於氏著，《改造與適應》，頁 177-196。
- 孔慶平，〈作為手段或目標的治理：德治、禮治與法治——王伯琦《近代法律思潮與中國固有文化》疏解之二〉，收於氏著，《改造與適應》，頁 197-218。

- 白中林，〈親屬法與新社會——陶希聖的親屬法研究及其社會史基礎〉，《社會學研究》29：6，北京，2014，頁 172-196。
- 朱明哲，〈論王伯琦對法國學說的揀選與闡述〉，《清華法學》9：2，北京，2015，頁 155-174。
- 江照信，《中國法律“看不見中國”——居正司法時期（1932-1948）研究》，北京，清華大學出版社，2010。
- 李文軍，〈民國時期的社會本位司法理念研究〉，收於陳金釗、謝暉主編，《法律方法》第 13 卷，濟南，山東人民出版社，2013，頁 114-122。
- 李啟成，〈從義務本位和社會本位的區別看中國法律的“進化”〉，《博覽群書》2006：8，北京，頁 53-57。
- 林山田，《刑罰學》，臺北，臺灣商務印書館，1992。
- 林端，〈中西不同法律觀的韻頡——繼受過程中的台灣法制〉，收於氏著，《儒家倫理與法律文化：社會學觀點的探索》，北京，中國政法大學出版社，2002，頁 299-356。
- 俞江，《近代中國民法學中的私權理論》，北京，北京大學出版社，2003。
- 翁騰環，《世界刑法保安處分比較學》，上海，商務印書館，1935。
- 馬漢寶，〈法律哲學與社會變遷之關係——以自然法思想與法律實證主義之消長為例〉，收於氏著，《西洋法律思想主流之發展》，臺北，作者自印，1999，頁 269-276。
- 張生，《中國近代民法法典化研究：1901~1949》，北京，中國政法大學出版社，2004。
- 梁治平，《禮教與法律：法律移植時代的文化衝突》，上海，上海書店出版社，2013。
- 黃宗智著，張家炎譯，《法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較》，上海，上海書店出版社，2007。
- 黃得中，《刑法上之保安處分》，北平，國立北平大學法商學院印刷部，1935。
- 黃源盛，〈回顧與動向——民國二四年刑法及其八十年來修正述要〉，收於氏著，《晚清民國刑法春秋》，臺北，犁齋社，2018，頁 291-330。
- 楊念群，《五四的另一面：『社會』觀念的形成與新型組織的誕生》，上海，上海人民出版社，2019。
- 趙妍杰，《家庭革命：清末民初讀書人的憧憬》，北京，社會科學文獻出版社，2020。

劉錫五編著，《五十年來中國立法》，臺北，正中書局，1963。

蔡曉榮，〈民國時期社會法理論溯源〉，《清華法學》12：3，北京，2018，
頁 58-75。

韓忠謨，《刑法原理》，臺北，作者自印，1982。

The Distance between the Modern Chinese Law and Society: One Aspect of the Discourses of the Jurists in Taiwan in the 1950s

HU Hsueh-chen*

When the Civil and Criminal Codes were stabilized during the period of the Nationalist Government (*Guomin zhengfu* 國民政府, 1925-1948), the official mainstream discourse held that China's national spirit at the time was that of the Kingly Way and was society-centered; it thus suited the society-centered Civil and Criminal Codes. However, after a period of implementation, the problem of law and society not fitting each other surfaced and received increasing attention. The relevant discussions in the writings of Wang Po-chi 王伯琦 (1909-1961) and other legal scholars provide a glimpse into the views of the jurisprudential circle on this issue in the 1950s. These views can be roughly divided into the following three types: reforming popular conceptions to conform to modern laws; restoring traditional laws that were suitable for modern use; and judicial socialization. Among these scholars, Chen Ku-yuan 陳顧遠 (1895-1981) argued that traditional Chinese law was special obligation-centered, and thus was close to being society-centered. Hsu Dau-lin 徐道鄰 (1906-1973) believed that the law of the Tang Dynasty was centered on the Confucian code of ethics, and valued the relationships between people, so it was in line with the Western society-centered legislation of that time; Tao Hsi-sheng 陶希聖 (1899-1988) was concerned that the civil law at that time was too far from

* Assistant Professor, School of Civil and Commercial Law, Beijing Institute of Technology, Zhuhai.

China's actual social system and organization, and proposed judicial socialization as a remedy. Wang Po-chi believed that traditional Chinese law was obligation-centered, and the social system and organization at that time were collectivist; these were inconsistent with the society-centered code. He recommended that "the Enlightenment of Law" (*fajiao* 法教) and the concept of independent personhood in the "Man of Virtue" (*junzi* 君子) could be used to establish a popular concept of the individual and lead the people to the modern western concept of society, in order to better fit the society-centered legislation. Although their ideas differed, in the eyes of these legal elites who had received a modern legal education, the influence of tradition on the society and culture of the time was still unavoidable, even as they pursued the modernization of law. In these opinions, "the Controversy between Naturalism and Rationalism" and "the Controversy between Particularism and Universalism" that had existed since the late Qing Dynasty revision of the law are still present.

Keywords: law and society, 1950s, society-centered legislation, Wang Po-chi, Chen Ku-yuan, Hsu Dau-lin, Tao Hsi-sheng