



探索与抉择

——晚清法律移植研究

A Study of the Legal Transplantation in Late Qing Dynasty

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

张德美 / 著

清华大学出版社

D929.52
1

0111530



201115300

探索与抉择

——晚清法律移植研究

A Study of the Legal Transplantation in Late Qing Dynasty

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

张德美 / 著



136034/01

清华大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

探索与抉择——晚清法律移植研究/张德美著. —北京:清华大学出版社,
2003

(比较法学丛书/高鸿钧、贺卫方主编)

ISBN 7-302-07135-7

I. 探… II. 张… III. 法律—研究—中国—清后期 IV. D929.52

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第073820号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

封面设计: 曹 铀

印 装 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 140×203 印张: 16.5 字数: 380千字

版 次: 2003年10月第1版 2003年10月第1次印刷

书 号: ISBN 7-302-07135-7/D·81

印 数: 1~4000

定 价: 28.00元

内 容 简 介

本书的价值在于对法律移植一般理论的探讨,以及对晚清法律移植实践的再认识。作者运用比较研究的方法,结合近现代欧洲、亚洲、非洲法律移植的史实,探讨了法律移植的原因、对象、方式及其效果。指出,法律制度是一个不断发展变化的过程,一个不断创新、继承与借用的过程。在法律移植方式上,本书从人类认识的一般规律和法律构成要素着眼,提出在移植外来法时,可以循序渐进地采用法理移植、司法移植、立法移植三种方式。晚清法律移植是近代工业化以后社会政治、经济、文化发展的必然要求。晚清政府出于强化集权与争取主权的需要,在移植外来法时取舍不同,致使新建立的法律体系呈现出明显的混合法样式。由于法理移植基础的薄弱和司法移植经验的不足,晚清立法中矛盾冲突之处甚多,这些教训值得后世的立法者、法官、法学家深刻反思。

本书适于高等院校、研究机构从事法律研究的教师、学生使用,对于立法实践部门的工作人员也有参考价值。

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“惟我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思;后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野鸾,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊陶片放逐与古罗马

陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代漻主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主权……凡此种种,或带有文化类型之印记,或标示族群生活之差异,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知,由比较而显。各族法律,或貌合而神离,或形殊而神似。同名异物,存名实之辩;异名同物,厘表里之别。

由是比较法生焉。西有希腊先哲首开先河,中有战国法家初执牛耳。纵观古代,法之比较虽发轫早而源流长,然仍显稚嫩。其零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体,独立一门。作为学术科目之比较法,实始于近代。西元十八世纪,法国孟德斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、漻、荷诸国,考辨诸族习俗,比较古今法律,于风物人情中寻法意,由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书,为近代比较法学奠基之作。其人其事颇具传奇色彩,遂为后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、漻诸国蔚然成风,或设讲席以授业,或创专刊以传道,或建学会以交流。西元一九零零年,首届

国际比较法大会开于巴黎,标志比较法学进入国际化之阶段。然此阶段之比较法学,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义,溢于言表。西人比较之意旨,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”,形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后,种族偏见渐弱,然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来,比较法学著述之丰,前所未有;功用之广,遍布立法、司法;学理之通,惠及法学各科。

吾华夏民族,得益农桑,泽被礼义,“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦,其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄,尊而滋傲,国人遂目比邻为蛮貊,视异族为夷狄,或夜郎自大、目空四海;或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹,有“番国佛朗机”、“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钩异,以娱视听;道闻途说,以炫机巧。考其究竟,实多因古时山隔水阻,交通滞塞,言语不通,鲜有接触。故直至盛唐,国人眼中之“西天”不过印度,亦不足为怪。其时西人眼中之中国,亦如烟如雾,若迷若幻。

列强自西徂东,国门洞开,当务之急,救亡图存。始办洋务,复议变法,西学东渐,“夷律”汉译。五大臣赴洋考察,虽得欧法皮毛,犹存借鉴之诚;众学子负笈旅

欧,任中西文化参差,亦竟比较之力。数十年间,西法如潮涌入,吾华夏几千年法统,竟成一曲挽歌!法学遂兴,然非汉家故物;比较因起,实多舶来新实。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会,相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修建立宪,为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业,其中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》、李祖荫之《比较民法》影响一代学人,至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》,虽未冠比较之名,实为比较法学之论坛也,其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时长辈学人,忆及当年盛况,颇多感慨,其情其景,宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代,千山万水,不成障碍,黄种白种,弗为隔阻,孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分,互为仇讎;中西两立,几断音讯。当此之际,比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启门户,恍如隔世;再度开眼,宛若梦醒。今是昨非,议补天之计;劫余思生,虑长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遽为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。遂译比较法学专著多

种,其中影响较大者,为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部,其卷帙浩繁,实属空前,中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部,篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效激力之愿。故联络学界同道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

序

人类早期文明的相对独立性,为文化发展的多元性打下了基础;而中古以后文明发展的交流、沟通,又为文化发展的一体化创造了条件。当然,这种多元性、一体化,均是一段时间文化发展的整体态势。在具体的民族、国度、社会里,其文明发展的路径又展现出多样性。文明发展的一体化特色和趋势,为法律移植提供了可能。

中国法律近代化,就其内容而言,是通过法律移植,摒弃传统的法律理论和法律体系,而吸收西方法律原则,仿效西方法律制度,进而建立一个以西方近代法律学说为内核,以西方近代法律制度为框架的法律体系。

“法律移植”从来就不是一个单纯的法律问题。多数情况下,法律移植总是与政权统治、政治改革相关联。可以说,法律移植既是一个法律问题,更是一个政治问题,或者说是与政治统治紧密相关的问题。在东方社会尤其如此。法律移植是否需要发动,法律移植采取何种模式,以及法律移植能否成功,首先取决于国家政治状况,而这些问题的解决,既需要具体从事法律移植工作的法律家们的智慧和行动,更需要政治家们对于政治蓝图的设计,需要政治家们对于政治利益的分配。“法律移植”问题的政治关联性,使得对于法律移植的研究,对于法律移植规律的探讨,以及对于法律移植成功与否的评价,均不可能越过政治层面。晚清法律移植,同样因政治原因而发动,因政治原因而

终结。

就社会发展的动因而言,只有内在的,才是必然的。法律变革,同样也有内在动因。严格意义上的法律变革,应是社会自身对于法律提出变革需求,法律遵循自身演进、发展规律实行的必然性变革。

清朝末年,社会转型,新的社会关系逐渐形成,对以调整社会关系为己任的社会规范也提出新的要求。但整体而言,传统法律体系尚能够满足维持社会秩序、调整社会关系的需要。直到20世纪初,以《大清律例》为主体规范的清朝传统法律体系,仍在忠实履行其职责,尚未形成与社会格格不入的法律危机。而正是在这一时刻,清政府决定全面变法修律,吸收西方法律理论,引进西方法律原则,通过移植,重新构建中国法律体系。由此可见,晚清法律变革,或者说,晚清政府通过法律移植构建新型法律体系,实现法律变革,其中起主导作用的动因,不是来自法律自身,而是来自当时社会内在的法律危机。

张德美同志以晚清法律改革为目标,认真研究在晚清法律改革过程中,改革者面对西方法律理论与中国传统法律精神的冲突而就法律移植所进行的探索和抉择。寒窗三年,成果一旦。我作为老师,深感欣慰。

朱 勇

2003年5月

前 言

法律移植是世界许多国家和地区法律发展过程中的常见现象,它的历史可以追溯至古罗马时期,甚至更久以前。中世纪后期法、德乃至更多的西欧国家对于罗马法的移植,近代日本、印度乃至大多数亚洲、非洲、美洲殖民地、半殖民地国家对于西方法的移植,为人们认识法律移植现象提供了范例。近代中国的晚清政府试图通过法律移植实现传统法律的转型,遗憾的是,这个自 1840 年后开始的过程由于清政府的灭亡而终结。今天,世界经济一体化的趋势促进了各国之间政治、文化的交流,在法律制度上不同法系之间、同一法系不同国家之间的相互渗透、相互融合的倾向更加明显。海纳百川有容乃大,中国法律的现代化既需要在薪火相传中承袭传统,也需要借他山之石以开拓创新。晚清法律移植曾经在中国开辟了一条会通中外发展本国法律制度的道路,从某种意义上说,即使今天,我们仍在这样的道路上小心翼翼地探索。回顾百余年前晚清的法律移植,无论其经验抑或教训,都值得后来人深刻反思。这也是本篇论文写作的初衷。

虽然法律移植现象久已存在,但成为学界关注的热点则缘起于 20 世纪 70 年代两位英国学者奥·凯恩-弗伦因德与阿伦·沃森之间那场著名的论争。此后相关成果不断问世,学者们的视野遍及五洲,他们的思维跨越古今。本书第一章关于法律移植的一般理论的探讨正是在借鉴部分前辈著述的基础上,

结合近现代欧洲、亚洲、非洲法律移植的史实,探讨了法律移植的原因、对象、方式及其效果。作者认为,法律制度是一个不断发展变化的过程,一个不断创新、继承与借用的过程。法律移植,是法的借用的一种形式,而后者,不仅包括对于外国法律制度的借鉴,也包括对于本国现存的其他社会规范的吸收。法律移植通常为一种政治力量所推动,他们也总是希望在维持社会稳定的前提之下,通过法律移植达到促进社会发展的目的。在选择法律移植对象时,他们或保守、或趋前,则依不同的政治、经济或社会目标而论。在法律移植方式上,本书从人类认识的一般规律和法律构成要素着眼,提出在移植外来法时,可以循序渐进地采用法理移植、司法移植、立法移植三种方式。法理移植是指一个国家受到外国法律观念的影响,对于外国法律思想、法律学说的吸收与借鉴;司法移植是指国家的司法机关在适用法律时直接援引外国的法理,对具体案件进行解释,形成针对特定具体问题的判例;而所谓立法移植,是指国家立法机关遵循法定程序,部分或全部参照外国法制定本国的法律。在法律移植过程中,由于人们移植的目的不同、选择的对象不同、采取的方式不同,外来法和本国法总是互相渗透,前者或多或少会被同化,其结果使移植后的法律常常体现为混合法的形态。

正如世界大多数国家法律发展的情形一样,中国法律制度的发展也是一个不断继承、借鉴和创新的过程。法律既然要反映社会进步,在其发展过程中就不可避免地与道德、习惯、宗教等社会规范相互影响、相互渗透,就不可避免地与外国法律相互借鉴、相互吸收。本书第二章大体描述了中国传统法律的发展状况,作者认为,由于中国封建法律文化发达以及自然环境相对封闭等原因,中国法律制度的发展体现为一种自给自足的形态,即从本民族伦理道德、家法族规、宗教信条等其他社会规范中,

或者从少数民族法制中汲取有益成分,促进自身的完善和发展,这种状况直至近代才有所改变。

本书第三、四章探讨晚清法律移植的原因。作者认为,伴随着晚清中央集权的日益衰落,以及近代工业化的开展,晚清社会结构日趋多元化。政治多元化是指参与政治的利益主体多元化,它一方面表现为地方势力集团的兴起,另一方面表现为近代政党的出现。经济多元化是指在中国被迫纳入资本主义世界的过程中,多元经济利益主体悄然形成。他们通过近代社团的形式组织起来,积极参与国家政治生活。随着工业化实践的开展以及中西方贸易的增加,人们在接受西方工业产品与技术的同时,也逐渐接纳了西方政治制度、法律思想、文化艺术。中体西用论为多元的、异质的文化提供了一种共存的模式。尽管新的、多元化的社会现实使晚清传统法律调整呈现出明显的滞后,因此随之而来的变革带有一种历史的必然性,但实际上促使清廷决心参酌中西全面实行法制改革的却是某些主观性的动机:其一是争取主权独立的要求,他们认为遵守与其他国家相同的规则会带来与其他国家相同的国际地位;其二是统一中央集权的要求,他们希望借助外来的政治法律模式,重新分配权力,在加强中央集权的同时获得社会的安定、国家的富强。

第五、六、七章从法律移植方式入手对于晚清法律移植做了全景式的阐述,同时讨论了相关法律移植的对象及效果问题。作者认为,门户开放以后,西方的政治法律思想逐渐传入中国。由于中外交涉所需,人们最初比较关注国际法学,但也有一些先进的中国人注意到西方宪政制度的优越性,并使之在晚清政治实践中发挥了初步影响。20世纪初,参酌中西进行政治法律的变革在朝野之间已形成共识。西方法学书籍大量传入中国,出国留学学习政法已成热潮,法政学堂如雨后春笋,西方法律制

度、法律理论通过上述渠道为官方、民间广为接受,为晚清立法、司法活动乃至政治改革提供了理论基础。然而晚清的法理移植固然造就了北洋民国时期法学的昌盛,但相对于晚清立法而言,毕竟为时已晚。法学基础的薄弱难免使立法者在选择西方法律时掂掇无方,晚清新律中的矛盾、抵牾之处所在多有。

晚清新政之前虽然司法官吏在中外交涉案件中对于外国法律已有所借鉴,但无论是中外交涉案件中的清廷大吏还是会审公堂里的中方委员,国事外交的巨大压力使他们在参考外国法律时难以形成自觉。新政实施以后,外国法律制度的先进性已为朝野普遍认同,清中央政府借鉴外国法律进行立法,各级审判机关在司法实践中也能在法无明文的情况下参照外国法律、法理,对于案件做出裁决,对于法律做出解释,完善本国法律制度的某些方面。但由于外来法律、法理输入中国的程度有限,加上司法官员素质的原因,从适用外国法的情况看,真正融会贯通的只是少数,多数人则是在传统法律的知识背景下对于外来法作了牵强附会的解读,因此晚清的司法移植始终未能给立法者提供经验。

晚清最后十年制定的法律法规,最大程度地体现着会通中西的立法思想。即便以今天的眼光来看,会通中西的方针并没有错,错在当时根本无法找到会通中西的立法者。当清廷以任用中国的律学家与外国的法学家共同起草法案来诠释、会通中西的立法思想的时候,可能不会料到中国律学家之于西方法理的一知半解、外国法学家之于中国民俗的全然无知,也许会结晶出一部蹩脚的法典。况且主持晚清立法的人均为清廷重臣,晚清动荡的政局、主持立法者个人的沉浮,不论对于立法的进程,还是对于法律的内容,都实际产生了消极的影响。

晚清的法案由各部院、修律馆,宪政编查馆起草,宪政编查

馆对于草案具有核订权,是实质意义的立法机关,资政院虽然有民意代表机关之名,但立法权基本上名存实亡。在立法实践中,清廷根据自身政治、经济、文化发展的不同需要,对于外来法在借鉴中有所取舍,对于本国法在批判中有所保留,其结果是晚清制定的新法在总体上表现为混合法的形式。在政治制度方面清廷基本上仿行日本宪政,他们试图通过在中央地方各种利益集团之间重新分配权力达到加强中央集权的目的,其结果却招致各方反对。在经济制度方面清廷出于振兴工商业、加强对外贸易的目的,在移植外来法时更注重追随国际潮流,无论哪个法系、哪个国家的法律,只要于己有用,一概照单接受,这就使得晚清的民商法规更能体现混合法的特征。然而由于清廷片面重视纵向法律关系的调整,所以在实践中,晚清的民商法规难以满足民间经济交往的需要。在移植外来法的同时,清政府对于民间习惯给予足够重视,为此曾组织民事、商事习惯的调查,但遗憾的是,在立法实践中外国先进法律与本国风俗习惯并未实现真正的融合。

在本书的结语部分,作者首先在批判法治“本土资源论”的同时,总结了日本法制现代化成功的经验。作者认为,在任何一个国家、任何一个时期,人们在移植外来法的同时,也总需要在梳理中选择本土法的合理因素。所谓“本土资源论”无非是运用西方后现代法学的理论对于中国本土法的再认识,它只强调本土法的实际存在,却并没有为人们提供利用本土资源的方法。晚清新政把日本明治维新作为楷模,而日本法制现代化确实存在值得借鉴的地方,比如他们法学研究的精深,他们司法经验的积累,以及在保持其个性的同时,灵活地采取行动以使自己适应不断变化的环境的能力,使得他们在通过立法实现外来法与本

土法的结合时显得游刃有余。

晚清以后,中国法律近代化的过程一直没有停止,然而晚清法律移植过程留下的经验乃至教训并没有引起人们足够的重视,已经发生的错误在某些时期再次重现。姑且不论那些导致法律发展变化的最终决定因素,或许中国文化优越论已经成为各个时期立法者的沉重负荷,他们在选择外来法与本土法时依旧困惑重重。当然,人们不应该指望通过一次立法解决法律移植过程中出现的所有问题,由于法律制度背后社会经济、政治、文化诸因素的极其复杂性,本土法与外来法因素的有机结合将是一个较长时期的过程。在这个过程中,法学家们必须不懈努力,在吸收外国法学成果的基础上建立自己独立的法学,藉此增强对于外来法与本土法中合理性因素判断的能力,这是统一、完善立法的理论基石。同时,法院制法的功能也应该得到充分的重视,他们通过援引一般条款、习惯或法理对于具体案件作出判决,反映社会道德观念、民间生活习俗的变迁,这是消弭外来法与本土法冲突的有效手段,并且可以在相当长的时期维护法律的稳定。

这本书是在作者博士学位论文的基础上修改而成,其中汇集了作者本人三年来对于法律移植理论以及晚清修律等许多问题的思考。由于作者学识有限,书中的一些观点固然难免粗陋。但作者既然抱定抛砖引玉之心,则不乏受教于方家的勇气。还有一点必须说明的是,书中在引用德国、日本、印度以及其他亚非国家的法律制度时,由于语言的障碍,所得原始资料极为有限,只能过多地借助他人的研究成果,致使有些论证未免单薄,