

中青年法学文库

上海市重点学科项目

外国法与中国法

——20 世纪中国移植外国法反思

何勤华 李秀清 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

上海市重点学科项目

外国法与中国法

——20 世纪中国移植外国法反思

何勤华 李秀清 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

外国法与中国法:20 世纪中国移植外国法反思/李秀清,何勤华著. —北京:中国政法大学出版社, 2002. 11

ISBN 7 - 5620 - 2293 - 3

I. 外... II. ①李... ②何... III. 比较法学—中国、外国 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 088935 号

书 名 外国法与中国法——20 世纪中国移植外国法反思
出 版 人 李传敏
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787 × 960mm 1/16
印 张 42. 25
字 数 730 千字
版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷
印 数 0 001 ~ 4 000
书 号 ISBN 7 - 5620 - 2293 - 3/D · 2253
定 价 58. 00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263. net
网 址 [http://www. cupl. edu. cn/cbs/index. htm](http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm)

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

作者简介



何勤华 1955年生，华东政法学院院长，全国外国法制史研究会会长，留学日本，教授，法学博士，法律史专业博士生导师，北京大学法学院兼职教授。1992年起，享受国务院政府特殊津贴。

自1984年以来在华东政法学院任教，讲授《外国法制史》、《西方法学史》、《西方法学名著精读》等多门课程。共出版《西方法学史》、《法律文化史论》、《英国法律发达史》、《中国法学史》（两卷）、《西方法学家列传》、《20世纪日本法学》等20多部专著及合著，在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》等刊物上发表论文130余篇。1999年，被评为“中国十大杰出中青年法学家”。

作者简介

李秀清 女，1966年生，华东政法学院副教授，法律史专业博士研究生，全国外国法制史研究会秘书长，留学日本、英国。

自1990年起在华东政法学院任教，讲授《宪法学》、《外国法制史》、《比较公法学》等多门课程。已出版《日本法律发达史》、《外国国民商法导论》、《东南亚七国法律发达史》、《外国法制史》等专著与合著，在《中国社会科学》、《环球法律评论》、《政法论坛》、《现代法学》等刊物上发表论文20多篇。



中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活

Ⅱ 总 序

现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

许多同志提出，在建设现代中国法和法学的过程中，要充分发挥传统中国的本土资源，这话不无道理。但是，当我们仔细审视我们的近现代史时，我们不得不承认，整个 20 世纪，对于中国法和法学的发展而言，始终处在一个不断学习、借鉴、吸收、消化外国经验的过程之中。当前我国法制中的各项制度、原则和用语，几乎都是从外国移植而来，只是结合了中国国情而已。事实上，外国法已经成为现代中国法的一个不可分离的重要的主体部分了。因此，对这一段历史过程进行系统的梳理和描述，对内中的得失进行反思，并探寻其中的规律性，是一个非常有趣、也是一个具有相当理论价值和学术意义的课题。

经过 3 年多时间的艰苦劳动，我们终于完成了这一课题。与我们以往的作品不同，本书在如下几个方面作出了新的探索：

注重史实 本书涉及的是 20 世纪中国移植外国法的整个历程，其中，最为着力的是 30 年代前后对西方法的引进和 50 年代以后对苏联法的移植，而在对这两个时期的论述中，我们注重对原始资料的收集和运用，有时，甚至就是各种档案史料的摘录和陈述。我们认为，对 20 世纪中国移植外国法的反思，只有在深入解读大量第一手的史料的基础上才能比较好地进行，只有让史实本身来说话，才能帮助读者对这一百年中国法的发展有一个比较客观、公正和全面

II 序

的了解。

设定专题 20 世纪中国法的发展与演变，线索错综复杂，内容丰富多彩，根据我们所掌握的资料，即使写出十卷本的巨著也不算多。为了突出重点，在一本 50 多万字的著作中，比较清晰和深刻地反映中国移植外国法的主要内容和基本特征，我们采用了在大体完整之体系下分专题研究的模式，即在每一章下，设几个专题，每个专题就是一篇独立的论文，整部书稿，由 28 篇论文组成。这种以写专题论文的方式来写著作，可以使我们的研究达到较为深刻的层次。

突出反思 本书的主旨是对 20 世纪中国移植外国法的反思。这一主旨，是针对中国学术界在寻找中国法和法学现代化道路方面的困惑和争论而提出。即自从 20 世纪初清末修律以来，在构建中国近现代法和法学体系时，到底是以西方法为主，还是以保存弘扬中国传统法律文化为基点，学术界是一直存在着困惑和争论的。即使在一百年之后的今天，中国在移植外国法和法学的基础上初步建立起了近现代法和法学体系的情况下，如上所述，我们对移植外国法的利弊得失还是存有疑虑的。因此，就非常有必要对已经过去的一百年中国移植外国法的实践作出深刻的反思。对此，我们除了专设第六章对移植外国法作出反思之外，还在每篇论文中，适当地作出我们的评论和说明，以使反思能够成为贯穿本书的基本线索。

本书的分工如下：何勤华：导论，第四章，第五章，第六章；李秀清：第一章，第二章，第三章。本书的许多内容，作为前期研究成果，已先后在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《环球法律评论》、《中外法学》、《法学》、《法学评论》、《现代法学》、《法商研究》、《政法论坛》、《法制与社会发展》、《政治与法律》、《法

律科学》、《犯罪研究》、《法学论丛》、《河南政法管理干部学院学报》等刊物上发表，值此本书出版之际，谨向编辑这些论文的朋友们表示我们诚挚的谢意。

本书是上海市重点学科项目，在完成本书的过程中，我们得到了上海市教委科研处领导的全力支持。本书能够顺利面世，也与中国政法大学出版社总编李传敢、责任编辑张越的辛勤劳动分不开。对此，均表示我们一片真诚的谢意。

本书跨越的岁月比较长，涉及的资料也很繁多，限于我们的学术功力，在处理资料和作出论述方面，肯定会存在一些不周全和不准确的地方，对此，恳请读者诸君予以批评、指正。

3年时间，说长也长，似乎记不得共有多少次的解读资料，认真梳理，苦思冥想，奋指疾输；说短也短，3年前构思框架、编写提纲的情形似乎还在眼前，历历在目，转瞬之间已是3年！真是“逝者如斯夫，不舍昼夜！”

著 者

于上海·华东政法学院

2002年10月1日

目 录

I 总 序

I 序

导 论

1 鸦片战争前中国法对外国的影响

12 鸦片战争后外国法对中国的影响

第一章 宪政法律

29 清末最后 10 年外国宪政的输入

65 织田万的《清国行政法》与清末行政法

76 “梁启超宪草”与民国初期宪政模式的选择

112 从平政院到行政法院

——民国时期大陆型行政审判制度探究

142 联邦制的理论和实践在近代中国

——北洋军阀时期省宪运动述评

173 50 年代中国移植苏联宪法的实践与理论

第二章 民商法律

202 中国近代民商法的嚆矢

——清末移植外国民商法述评

237	20 世纪前期民法新潮流与《中华民国民法》
264	民国时期移植外国商事立法论略
275	新中国婚姻法的成长与苏联模式的影响
293	新中国移植苏联民法模式考
330	苏联经济法理论的演变及其对中国的影响
353	当代中国民商立法移植外国法的新动向

第三章 刑事法律

364	法律移植与中国刑法的近代化 ——以《大清新刑律》为中心
393	《大清违警律》移植外国法评析
404	法的移植与民国时期中国刑法的变迁
428	50 - 60 年代中国刑事立法移植苏联模式考
457	当代国际刑法新潮流与 1997 年中国刑法

第四章 司法制度

471	西法东渐与中国司法的近代化
489	西方模式的选择与中国司法的现代化
512	关于 50 年代中国移植苏联司法制度的反思
546	新时期中国移植西方司法制度的问题分析

第五章 国 际 法

566	《万国公法》与清末国际法
592	略论民国时期中国移植国际法的理论与实践
605	50 年代后中国对苏联国际法的移植

第六章 百年法律移植之反思

- 617 一、关于法律移植语境中几个概念的分析
- 627 二、法律移植是法律发展的规律之一
- 629 三、法律移植是世界法律发展的一个基本历史现象
- 635 四、法律移植与中国法的国际化进程
- 637 五、法律移植与国家主权
- 639 六、法律移植与国家意识形态
- 641 七、法律移植与中国法的“本土资源”
- 644 八、法律移植与立法成本
- 646 九、法律移植与 21 世纪中国法的发展

- 649 附录：主要参考资料索引

导 论

【按语】 中国是古代世界五大法系之一中华法系的发源地，有过光辉灿烂的法律文化。但至近代，中国落后了。在受侵略、被奴役、痛苦屈辱之中，开始了移植外国法律、建设近代法制国家的历程。本导论分为两个专题，着力于对这一历程作一个比较概要的描述。

鸦片战争前中国法对外国的影响

法律，是人类文明的结晶。虽然，各个民族、各个国家、各个地区的法律受其经济、政治、文化的制约而在内容、范围、强制程度上并不相同，但其具有的调整人们之间的关系、规范人们的行为和稳定一定的社会秩序方面的功能是相通的。正因为如此，某一民族、国家或地区的法律从其形成开始，就或多或少地受到其他法律的影响。

在世界法律史上，古巴比伦的法律，曾受到了古埃及法律的影响，古希伯来的法律，受到了古埃及和古巴比伦法律的影响，古希腊的法律受到了古巴比伦法律的影响，古罗马的法律受到了古希腊法的影响，而罗马法又影响了古代欧洲其他各个国家法律的发展。

中国是一个文明古国，早在公元前 3000 年前后就出现了法律。在中国古代法的形成、发展过程中，也同样受到了其他民族法律的影响。同时，中国古代法也不同程度地影响了其他民族、国家、地区法律的形成和发展。受本书主题的限制，本专题主要阐述鸦片战争以前中国古代法对其他国家和地区的影响。

一、中国古代法对西方国家的影响

在中国古代，很早就与西方的国家建立了联系。从商周至战国，我国的丝绸就已经西北各民族之手少量地辗转贩运到中亚、印度等地。汉代，张骞等人出使西域，不仅到达了大月氏、乌孙等国，其副使还远至安息（伊朗）、身毒（印度）等国，从而开辟了一条从中国直达地中海的交通要道，即“丝绸之路”。〔1〕通过“丝绸之路”，中国的使臣虽然因受阻于安息而没有能够直接到达大秦（罗马帝国），但因大秦“与安息、天竺交市于海上”，〔2〕故其接受或承认汉王朝的某些风俗习惯，包括商品交易中的某些法律规范应属自然。

中国法律明显受到西方国家重视和注意，是从中世纪开始的。在马可·波罗（Marco Polo，约1254—1324）关于中国的游记中，就记载了当时中国元朝的婚姻家庭法律制度和刑罚制度：

“男子可以随意娶多少妻子。……妻子的数目这样没有限制，结果是他们的子女比其他任何民族为多。父亲死后，儿子又可以将父亲所遗下的妻子作为自己的妻子，只有生他的亲母是例外。他们不能以自己的姊妹为妻，但他们的兄弟死后，可以嫂子或弟媳妇为妻。”〔3〕

“他们管理司法的情形大概如下：当一个人犯了盗窃罪，不当处死时，即受一定数目的杖责，如七下，十七下，二十七下，三十七下，四十七下，或一百零七下。随所偷物品的价值和盗窃的情形而异。有许多人死在这种惩罚之下。如果盗了一匹马或其他应处死刑的物品时，盗贼即被判决死罪，用剑将他斩成两段。但他对于所盗的物件如果能够支付九倍价值时，便可免去一切刑

〔1〕白寿彝、高敏、安作璋主编：《中国通史》第四卷，上海人民出版社1995年版，第403页。

〔2〕《后汉书·西域传》。

〔3〕《马可波罗游记》，李季译，上海亚东图书馆1936年印行，第92页。马可波罗描写的元朝的这一婚姻家庭制度已为许多史料所证实。如《柏朗嘉宾蒙古行记》（何高济等译，中华书局1985年版，第29页）中就记载有：蒙古男子“在娶妻纳室方面，每个人都可以拥有他们维持其生活的妻妾数目，某人娶纳一百人、某人五十名、某人十人，多少各有所异。一般来说，他可以与自己所有的女亲戚婚配，唯有生身母亲、亲生女儿或一母同胞的姊妹例外……甚至在其父死后还可以续娶他的遗孀。另外，当长兄去世后，其弟可以续纳其嫂，除非是另一位年轻的同族兄弟坚持续纳之。”

罚。”〔4〕

众所周知,《马可波罗游记》被誉为中世纪西欧的一部权威纪实著作,被译成几乎所有的西方语言,在西方世界有着广泛的影响。因此,通过《马可波罗游记》,中世纪以后的西方人了解古代中国的法律文化,当是正常的事情。〔5〕

进入近代以后,西方学者对中国古代法的论述更多了,在德国学者莱布尼茨(G. W. Leibniz, 1646-1716)和黑格尔(G. W. F. Hegel, 1770-1831)、英国学者亚当·斯密(A. Smith, 1723-1790)、法国学者伏尔泰(F. M. Voltaire, 1694-1778)等人的作品中,都对中国古代法作出了论述(如莱布尼茨于1697年出版了《中国的最新消息》一书,内中收录了6种文献,其中有些内容就涉及了中国古代的法律〔6〕)。只是黑格尔和亚当·斯密的评价要低一点,而伏尔泰的评价要高一些:“中国人最深刻了解、最精心培育、最致力完善的东西是道德和法律。”〔7〕中国的法律能够与道德相结合,帮助人们树立善行:“在别的国家,法律用以治罪。而在中国,其作用更大,用以褒奖善行。”〔8〕

当然,在近代西方学者中,对中国古代法律关注最多,论述最为深刻的是孟德斯鸠(C. S. Montesquieu, 1689-1755)。他在1748年出版的名著《论法的精神》中,对中国的法律作了两方面的论述。

首先,孟德斯鸠从他一贯主张的共和政体、君主政体和专制政体三种政体

〔4〕同上《马可波罗游记》,第96页。马可波罗的这一记载,也与元朝的法律完全吻合。据奇格考证,元代有五种刑罚:笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑。而前三种刑罚,即是笞七下、十七、二十七、三十七、四十七、五十七。杖六十七、七十七、八十七、九十七、一百零七。徒一年,杖六十七;徒一年半,杖七十七;徒二年,杖八十七;徒二年半,杖九十七;徒三年,杖一百零七。参见奇格:《古代蒙古法制史》,辽宁民族出版社1999年版,第75-76页。

〔5〕关于《马可波罗游记》在西方的影响,可参见常宇文编著:《马可·波罗》,辽海出版社1998年版。

〔6〕这6种文献为:《1692年由一名在北京的葡萄牙传教士约翰·苏亚里奥所写的有关康熙皇帝颁布的宗教圣旨的记述》、《南怀仁神父有关在康熙皇帝关怀下于中国发表的天文学著作的某些片断》、《尊敬的冈明我神父致莱布尼茨的书简》、《尊敬的比利时人安多神父致莱布尼茨的书简》、《对1693、1694和1695年莫斯科赴北京使团的简单报告》、《张诚神父于1689年9月2日-3日赴俄国尼布楚城日记摘要》。莱布尼茨并为此书写了长达28页的序。参见〔法〕安田朴(Rene Etiemble, 1909-):《中国文化西传欧洲史》,耿昇译,商务印书馆2000年版,第382-384页。

〔7〕〔法〕伏尔泰:《风俗论》上册,梁守锵译,商务印书馆1995年版,第216页。

〔8〕同上伏尔泰书,第217页。

的理论出发,认为中国是由专制君主治理的大帝国,是一个“强大的专制国家”,“它的原则是恐怖。”〔9〕孟德斯鸠特别以关于“大逆罪”、“子罪父坐”和对妇女的奴役等为例说明这一点。他还以中国的法律制度为例子,详细论证了他的近代平等的、人道的、进步的刑罚观。比如,孟德斯鸠通过对中国关于“大逆罪”的规定的批判,提出了“法律的责任只是惩罚外部行为”的理论:“如果不谨慎的言词可以作为犯大逆罪的理由的话,则人们便可武断地任意判处大逆罪了。语言可以作出许多不同的解释。不慎和恶意二者之间存在着极大的区别。而二者所用的词句则区别极小。因此,法律几乎不可能因言语而处人以死刑。”〔10〕“人们处罚的不是言语,而是所犯的行为,在这种行为里人们使用了这些言语。言语只有在准备犯罪行为、伴随犯罪行为或追从犯罪行为时,才构成犯罪。”〔11〕

其次,孟德斯鸠也对中国古代法中的一些规定作了肯定,如他认为,中国法律关心“预防犯罪,多于惩罚犯罪,注意激励良好的风俗,多于施用刑罚。”〔12〕他特别举出抢劫的例子:“在中国,抢劫又杀人的处凌迟,对其他抢劫就不这样。因为有这个区别,所以在中国抢劫的人不常杀人。”〔13〕再如,孟德斯鸠认为,在中国,法律、风俗和礼仪往往混合在一起,而“这是养成宽仁温厚、维持人民内部和平和良好的秩序,以及消灭由暴戾性情所发生的一切邪恶的极其适当的方法。”〔14〕孟德斯鸠指出:“刑罚可以防止一般邪恶的许多后果,但是刑罚不能铲除邪恶本身。”〔15〕

〔9〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1982年版,下册,第172页;上册,第129页。

〔10〕同上孟德斯鸠书,上册,第197页。

〔11〕同上孟德斯鸠书,上册,第198页。孟德斯鸠曾在《〈论法的精神〉的档案》一书中,就中国的专制政体,补充了如下文字:“中国是一种混合政体,它在很大程度上由于皇帝的无限权力而酷似专制主义。中国通过对政府的限制以及以父母和孝道为基础的某种道德也多少具有一点共和国的特征,中国是由于一些严厉的法律和对于敢于冒险直谏的坚定行为的崇拜而又是一个君主国。这三种非常温和的事态和出自气候自然现象的形势使它延续下来了。如果该帝国的崇高伟大使之变成了一个专制政府,那么这可能是所有政府中的最佳者。”参见〔法〕安田朴(Rene Etiemble, 1909—):《中国文化西传欧洲史》,耿昇译,商务印书馆2000年版,第494页。

〔12〕同上孟德斯鸠书,上册,第83页。

〔13〕同上孟德斯鸠书,上册,第92页。

〔14〕同上孟德斯鸠书,上册,第312页。

〔15〕同上孟德斯鸠书,上册,第313页。关于孟德斯鸠对中国古代法律评述的归纳总结,详细可参见史彤彪:《中国法律文化对西方的影响》,河北人民出版社1999年版,第28页以下。

当然，由于地理环境、风俗传统、政治经济文化条件等多种原因，中国古代法对西方的影响主要限于学术界，对西方法律的制度层面以及民众的法律生活等方面，中国古代法并无大的影响。在立法、司法以及法律研究等方面受到中国古代法律比较大影响的，主要是中国周边地区的一些东方国家。

二、中国古代法对东方国家的影响

（一）对越南的影响

越南，在中国古代称“安南”，因其自秦至唐曾是中国版图的一部分，故从很早起就受到中原汉族法律文化的影响。日本学者牧野巽认为：“安南于秦汉时即接受中国文化，迨后汉马援之远征，遂完全成为中国之领土，直至唐末犹然，故此时代安南所行之法律，恐即以唐之律令为主也。”^{〔16〕}杨鸿烈也指出：“唐末之后直至明末清初，有黎一朝之法典仍以唐律令为主也。”^{〔17〕}

当然，上述牧野巽和杨鸿烈只是指出了在法律方面安南受唐律影响的线索。具体而言，黎利于1418年起兵，经10年奋斗，击退了明军，于1428年建立了黎王朝，虽此时中国已经进入明王朝统治时期，但黎王朝建制立法时并未完全模仿《大明律》，而是以唐律为主，参酌宋、元、明三朝的法律。主要表现在三个方面：

第一，在法典结构方面，黎朝的法典，其结构分为：名例、禁卫、军政、户婚、田产、盗贼、奸淫、殴讼、诈伪、违制、杂犯、捕亡、断狱、勘讼事例，共十四篇。比唐律略有增损，但基本上仿自唐律。^{〔18〕}

第二，在刑罚体系上，黎朝的刑罚也采用“五刑制”的体例，即

笞刑五：一十、二十、三十、四十、五十；

杖刑五：六十、七十、八十、九十、一百；

徒刑三：役丁（役妇），象坊兵（炊食妇），植田兵（舂室妇）；

流刑三：近州，外州，远州；

死刑三：绞，斩梟，凌迟。

这里，除了徒刑大不同于唐律、死刑中增加了“梟”和“凌迟”之外，基本上是仿自唐律的刑罚体系。

〔16〕 牧野巽：《安南黎朝刑律中之家族制度》，载《日佛〈法国〉文化杂志》新第6期；引自杨鸿烈著：《中国法律在东亚诸国之影响》，台湾商务印书馆1971年版，第492页。

〔17〕 前引杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，第493页。

〔18〕 前引杨鸿烈书，第503页。