

犁齋法史研究 卷二

法律繼受與近代中國法

黃源盛 著

國立政治大學法學叢書(55)

法律繼受與近代中國法

黃源盛 著

國家圖書館出版品預行編目資料

法律繼受與近代中國法／黃源盛 著.-- 改訂初版.-- 臺北市：

黃若喬出版：元照總經銷，2007 [民 96]

面；公分.--（犁齋法史研究. 卷 2）（國立政治大學
法學叢書；55）

ISBN 978-957-41-4463-1（精裝）

1. 法制史－中國

580.92

96005921

法律繼受與近代中國法

黃源盛 著

黃源盛，1955 年生於台灣雲林。東吳大學法學士、台北大學法學碩士、台灣大學法學博士，日本京都大學法學部研究員、訪問學者，東京大學東洋文化研究所外國人研究員。專長法史學，著有《漢代春秋折獄之研究》（碩士論文）、《沈家本法律思想與晚清刑律變遷》（博士論文）以及《中國傳統法制與思想》（1998，五南出版）、《民初法律變遷與裁判》（2000，政治大學法學叢書 47）、《法律繼受與近代中國法》等書，另有法制史相關學術論文多篇。近十年來致力於《民初司法檔案》的整編與研究，纂輯有《大理院民事判例全文彙編》、《大理院刑事判例全文彙編》及《平政院裁決錄存》等法制史料百餘冊。先後執教於國防大學國防管理學院、東海大學、台北大學、台灣大學、東吳大學等校。現專職政治大學法律學系教授，主講「法制史」、「刑法史專題」、「中國法律思想史」等課程。並自 2002 年 8 月起，兼職中央研究院歷史語言研究所研究員，主編《法制史研究》，推動各項法史學學術研究計畫。

序

如果，將中國的法律發展歷史簡分為二，其內涵源於自根性、本土性的，是屬於所謂的「固有法」或「傳統法」時期；觀其形式與實質內容，出自於外來的、近代的，這是屬於「繼受法」時期。揆諸法制史學研究的重點之一，可以說，就在法律文化「常」與「變」這個關鍵點上。

而所謂「變遷」，究其實，不外是連續性與非連續性的思考，或致果以求因，或得因以尋果，研究近代法制自必回顧傳統法制，何者有延續性？何者斷裂？期能細察其因果所在。當然，這可能要涉及兩個層面，一為傳統法律文化的特質，另一為傳統法律文化的價值。研究其特質是描述的工作，研究其價值則屬評價的層次。

在研究傳統文化的特質方面，尤應注意其變遷之經緯。因為法律既是一種文化產物，必有其經驗的宗承，有其沿革的省察。為何近代以來，中國與多數亞洲國家幾揚棄其傳統法制而繼受西方法制？代表東方文化的傳統中國法律與西方近代法律，究竟其本質差異何在？以個人、權利為本位的西方近代法制，何以得堂皇進入具有深厚文化積澱和歷史傳統的中國？又晚清法律近代化的步履何以如此曲折而蹣跚？

一九九八年十月，我的第一本法史學專著《中國傳統法制與思想》刊行，由於論述觸角跨越年代過長，篇幅也已超載，乃趁此次修訂改版機會，一拆為二，前半部分另成一卷，題曰《漢唐法制的當代詮釋》。而原屬於後半部分的七篇文字：〈中國法律文化的傳統與蛻變〉、〈晚清法制近代化的動因及其開展〉、〈晚清修律大臣沈家本〉、〈大清新刑律的禮法爭議〉、〈從傳統身分差等到近代平權立法〉、〈傳統中國「罪刑法定」的歷史發展〉以及〈晚清與日本刑事立法近代化的比較〉等，分別經相當幅度的整修後，再增補：〈岡田朝太郎與清末民初刑事立法〉、〈西法東漸中無夫姦存廢之爭〉、〈帝制中國最後一部

傳統刑法典》以及〈傳統中國法對日本刑事立法最後的影響〉等四篇近著，合併而成卷二，名為《法律繼受與近代中國法》。

所以，本書「亦新亦舊」，而不論舊作或新品，焦點幾乎全圍繞在「固有法與繼受法」這個主軸上，用意無它，乃試圖從近代法制變遷中窺探中國法律文化的轉折及其新動向；特別側重在傳統法文化的常與變，分析其不變的原因與蛻變的因緣及其發展軌跡。

晚清法制的變遷，是中國亙古未有之變局，自有其歷史與法學的內涵與深度；而歷史不是斷言，祇是例證；法律不應祇是空具軀殼，更須有其靈魂；重新回顧這段法制史實，相信會給予我們相當多的經驗與啟迪。

年少時，喜歡讀唐宋古文，〈秋聲賦〉尤其朗朗上口。歐陽子寫這篇文章時，已年過五十；也許，是宦海浮沈後的人生了悟，醉翁先生不再一意「悲秋」，而娓娓道出：人，其實可以不必栖栖於「思其力之所不及，憂其智之所不能」的堪憐情境。當年，祇是為賦新詞，懂解有限；而今，忽忽也已「黟然黑者為星星」，歲月悄悄地來到了生命中的秋天；「路已近時翻覺遠，人因中老漸知秋」。最近，搬回了闊別多年的外雙溪，門外依舊疊嶂千山，屋內還是「故紙」一堆。夜深不寐，聞有聲自東北來者，也想追音而出，卻見四無人聲，聲在楓紅林梢。

終日尋秋不見秋，歸來秋色已十分；如是因、如是緣、如是果。天地本有自然之運，學問的生命如此，生命的學問又何獨不然？是為改訂版序！

王雲五



二〇〇六年 丙戌

寫於外雙溪犁齋

目 錄

導論

第一章 中國法律文化的傳統與蛻變	3
壹、序說	4
貳、傳統中國法律文化的內涵及其特質	6
一、天人感通的法律基礎理論	7
二、以刑為主的法典編纂體例	9
三、以家族、倫理為本位的實質法律精神	13
四、父母官型的訴訟觀與訴訟結構	16
參、近代西潮衝擊與晚清法律的歷史轉折	18
一、由天人感通到人本實證	21
二、由以刑為主到六法體例	23
三、由家族、倫理本位到個人、權利本位	26
四、由父母官型訴訟到競技型訴訟	28
肆、百年法律繼受話滄桑	30
一、民初北洋政府時期的過渡性法制	30
二、南京國府時期法制的繼承與新創	33
三、一九四九年以後海峽兩岸法制的分歧路	37
伍、結論	39

上篇 外國法繼受的歷程

第二章 晚清法制近代化的動因及其開展	45
壹、引言	46
貳、晚清法制變遷的動因	47
一、領事裁判權的撤廢問題	48

二、歐日近代法典編纂的衝擊	55
三、傳統社會經濟結構的轉型	58
四、清廷救亡圖存的危機意識	61
參、晚清法制近代化的開展	65
一、修訂法律館的成立	65
二、外國法律法學文獻的編譯	69
三、新式法律學堂的創設	73
四、日本法學專家的延聘	79
肆、結語	85

第三章 晚清修律大臣沈家本

壹、序說	88
貳、沈家本的生命旅程	88
一、早歲志學	88
二、簡放知府	91
三、銜命修律	94
四、晚年餘暉	99
參、沈家本的著述	103
一、已刊行著書	103
二、自家收藏書的刊刻	108
肆、沈家本的變法修律思想	109
一、沈家本的中西法律觀及其會通改制	109
二、沈家本法的歷史觀及其修律理念	112
伍、結語	116
附錄、沈家本與晚清法典編纂關係略年表	118

第四章 岡田朝太郎與清末民初刑事立法 121

壹、緒說 122

貳、岡田朝太郎的學衛生平 123

一、變遷與重建的成長年代 123

二、客卿異鄉的九年歲月 125

三、桑榆餘暉 128

參、岡田朝太郎的主要學術著作 129

一、開基莫路的成名之作－《日本刑法論》 129

二、遊學歸來的取經成品－《刑法講義》 130

三、比較法學的先驅作品－《比較刑法》 130

四、蒼涼無力的秋涼之聲－《刑法論》 131

肆、岡田朝太郎刑事法思想的內涵及其特質 131

一、岡田刑事法思想的基本立場 132

二、岡田刑法學有關犯罪論與刑罰論的特色 136

伍、岡田刑法學對清末民初刑事法制的影響 144

一、岡田與晚清刑事立法 145

二、岡田與民元《暫行新刑律》及民四《修正刑法草案》 146

陸、結語 152

附錄、岡田朝太郎學衛生平與清末民初刑事立法關係略年表 154

第五章 帝制中國最後一部傳統刑法典 159

壹、前言 160

貳、晚清的新定專章與變通舊律例 161

一、新定專章 162

二、變通舊律例 163

參、《大清現行刑律》編修始末 176

一、編修的目的與任務 176

二、編定的體例與內容	178
三、編定的性質及其理念	182
肆、《大清現行刑律》在清末民初的實踐與轉型	184
一、宣統年間《大清現行刑律》的迴光返照	184
二、民初北洋政府《大清現行刑律》民事有效部分的適用實態	186
伍、結論	192

中篇 固有法與繼受法的頡頏

第六章 大清新刑律的禮法爭議

壹、緒說	200
貳、晚清禮法爭議始末	201
一《刑事民事訴訟法》草案的胎亡	201
二、由《刑律草案》到《修正刑律草案》	203
三、勞乃宣與沈家本關於舊義與新理之辯	205
四、資政院內的藍白對抗	207
五、餘波蕩漾	212
參、晚清《大清新刑律》禮法爭議的歷史意義	214
一、從法律繼受的觀點	215
二、從體制內改革的侷限性觀點	220
三、從社會變遷與法律變革的觀點	223
肆、結語	228

第七章 西法東漸中無夫姦存廢之爭

壹、序說	232
貳、傳統中國刑律中「姦非罪」的規範與法理	234

一、《唐律》中的姦非罪	236
二、《大清律例》中的和姦罪	238
三、唐清律中處罰「姦非罪」的理論基礎及其表徵	243
參、晚清變法修律中「姦非罪」立法的轉向與爭議	247
一、《大清新刑律》對姦非罪的規範轉型	247
二、禮法兩派對無夫姦存廢的辯難	250
三、社會變遷中價值重建與規範抉擇的困惑	260
肆、西潮衝擊下禮制與法律的纏結與走向	263
一、倫常禮教與法律秩序的分合界限	263
二、自由主義與個人主義思潮下的情慾與禮法	269
三、法益保護思想與社會價值觀念的轉變	273
伍、從無夫姦到通姦罪除罪化的百年滄桑	276
一、晚清禮法之爭平議	276
二、民國初期無夫姦罪的來去徘徊	278
陸、結語	282

下篇 從固有法到繼受法

第八章 從傳統身分差等到近代平權立法

壹、引言	288
貳、傳統法律身分秩序的差等性	289
一、皇室及官人官親的優遇	289
二、尊長權	292
三、男尊女卑	295
四、良賤有等	298
參、晚清沈家本的法律平等理念及其變革	300
一、統一滿漢法律	302

二、故殺子孫	304
三、夫妻相毆	307
四、禁革買賣人口與刪除奴婢律例	308
肆、結語	312

第九章 傳統中國「罪刑法定」的歷史發展 315

壹、序說	316
貳、傳統舊制中「罪刑法定」的虛與實	318
一、秦代	319
二、漢代	319
三、晉代	321
四、唐代	323
五、宋明清	325
參、晚清沈家本對比附援引舊制的改革及其爭議	326
一、沈家本的罪刑法定理念	327
二、沈家本與禮教派關於罪刑法定的歧見	331
肆、清末民國罪刑法定刑事立法的推移	339
一、清末罪刑法定的奠基	339
二、民國時期罪刑法定的開展	341
伍、結語	343

外篇 他山之石

第十章 晚清與日本刑事立法近代化的比較 347

壹、前言	348
貳、日本明治維新前法律的形成與衍化	350

一、日本固有法時期	350
二、繼受中國法時期	351
三、固有法與繼受法融合時期	353
四、中華法圈的迴光返照期	355
參、晚清與日本繼受近代歐陸法的比較	357
一、繼受的動機與其本質	357
二、繼受過程與特徵	362
三、繼受的效果	367
肆、結語	371

第十一章 傳統中國法對日本刑事立法最後的影響 373

壹、序說	375
貳、王政復古下《新律綱領》的實質內涵及其特質	377
一、法典編纂體例與頒布方式	377
二、「斷罪無正條」與「不應為條」	382
三、法律與義理混同的倫常條款	385
四、身分秩序差等的立法原則	390
五、應報刑罰理念與體系的殘存	392
參、《改定律例》的傳統過渡與近代轉型	395
一、脫亞入歐的法典形式體裁	396
二、由傳統刑律到近代刑法的過渡	397
肆、從法繼受觀點看明治初期刑律的傳統與轉化	399
一、維新的法創造與傳統律令法思想的頹頹	399
二、大東亞法秩序下中日法繼受地位的逆轉	403
伍、結語	405
本書各篇論著初出一覽表	407
索引	409

導 論

第一章 中國法律文化的傳統與蛻變

2 法律繼受與近代中國法



法/律/文/化/的 傳/統/與/蛻/變

壹 序說

貳 傳統中國法律文化的內涵及其特質

- 一、天人感通的法律基礎理論
- 二、以刑為主的法典編纂體例
- 三、以家族、倫理為本位的實質法律精神
- 四、父母官型的訴訟觀與訴訟結構

參 近代西潮衝擊與晚清法律的歷史轉析

- 一、由天人感通到人本實證
- 二、由以刑為主到六法體例
- 三、由家族、倫理本位到個人、權利本位
- 四、由父母官型訴訟到競技型訴訟

肆 百年法律繼受話滄桑

- 一、民初北洋政府時期的過渡性法制
- 二、南京國府時期法制的繼承與新創
- 三、一九四九年以後海峽兩岸法制的分歧路

伍 結論

壹、序說

從世界法制發展歷史看，不同的時代，各個種族或國家在攻伐征戰、異族橫侵、民族遷移、政經變革的過程中，法律常相互繼受與融合，其縱橫交錯的痕跡，斑斑可考¹。而翻閱中國歷史，無論藝術、宗教、哲學、建築……等等，各自在其發展的軌道上，也或多或少都受到外來文化的影響，惟獨律典和法學，從隋唐以至清末，代代相因，一直保持相當高度的同質性；直到十九、二十世紀之交，由於時局陵夷，迫於外鑠與內在的雙重壓力，導引了西方法制與法律的大量輸入，傳統中華法系終告離崩解體。

何以在整個以「漢文化」為主的中國歷史洪流中，但見政權的起仆興廢，而法文化的格局卻能超然獨立？不但絕少感受異族法文化的撼動，反而還能同化所謂「外來」的五胡、北朝、遼、金、元、清？甚至，東亞各國如朝鮮、日本、琉球、安南等也普遍受其影響²，孰令致之？

-
1. 關於外國法的繼受理論與歷史，詳參沢木敬郎，〈法の継受〉。收於伊藤正己編，《外国法と日本法》，「現代法14」，頁115以下，東京，岩波書店，1973年5月。在西洋法制史上，關於法的繼受，例如中世紀末期，德國固無法不足於適應當時的經濟活動，乃繼受具有商業化特質的羅馬法。十八、十九世紀各民族統一國家相繼產生，均認為統一的國家應有統一而可普遍適用的法律，而羅馬法自始即為統一帝國的統一法律，正足以適應此一新生的需要。況羅馬法所具有的高度法的理性及法的技術，非當時之其他法制所能望其項背。故自羅馬法之復生及羅馬法之繼受以後，各國相繼繼受羅馬法以形成各國的私法體系。例如1804年的法國民法典、1900年的德國民法典、1907年的瑞士民法典等是。有關德國繼受羅馬法的詳情，參閱戴東雄，《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》，台北，國立臺灣大學法學叢書(六)，民國70年10月。另參閱久保正幡，《西洋法制史研究》，頁367以下，東京，岩波書店，1952年。當然，在其他地區，也有所謂法的繼受。古代東方，希臘諸邦其法律彼此相互影響，而環地中海地區，也曾廣泛繼受希臘法。
 2. 詳參楊鴻烈，《中國法律在東亞諸國之影響》，頁1-36，台北，台灣商務印書館，民國60年4月。