

## 论清末外国法律的植入对中国法律文化传统的影响

金振朝

法律移植 ( legal transplant ) 是比较法学上的一个十分重要的课题, 其一般含义是: 特定国家 ( 或地区 ) 的某种法律规则或制度移植到其他国家 ( 或地区 ) [1]。与“移植”相近的词语, 学者们经常提到的还有借鉴、吸收、模仿、输入、影响、继受、本土化等, 有的学者专门对这几个词语作为分析, 并把它们都归入法律移植语境中的概念体系[2]。关于法律能否被移植的讨论, 多集中于对法律移植内涵的见解上的分歧, 如曾被广为引用的孟德斯鸠的一个论述“为某一国人民而制定的法律, 应该是非常适合于该国的人民的; 如以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话, 那只是非常凑巧的事”[3]常被认为是反对法律移植的经典论述。实际上, 从上述引文中, 我们只能看出孟德斯鸠反对的是照抄和直接套用外国的法律而已, 并非是对一国借鉴、吸收、改造和利用他国法律的可行性问题做出评价。按照何勤华教授对法律移植所作的宽泛理解, 法律移植是法律发展史中的一个必然规律, 中国从清末至现代的法律进化运动正是一个法律移植的过程也不难理解了。

如果说法律“移植”强调一种现象和过程的话, “植入”则是法律移植的客观结果, 即一个国家 ( 或地区 ) 对另一个国家或地区法律的吸收和采纳, 即植体 ( 被移植的外国法 ) 与受体 ( 内国法 ) 经过融合或改造而趋为一体, 也即植体在受体中得以存活。因为法律移植不一定是成功的, 所以植入不一定就是移植的必然结果。外国法律要成功移入内国, 除了外国法律本身更为进步和先进之外, 其与内国的法律文化传统之间的整合与协调甚为关键, 这与植物的“嫁接”以及人体器官的“移植”中的道理大体上是相通的。

从1840年鸦片战争至今, 德国、日本、英国、美国、前苏联的法律以及世界贸易组织规则都被试用植入中国, 但存活状况各不相同, 有的只存于史料记载, 有的存在于文化观念, 有的存于现存的制度和司法实践, 有的则如一纸空文束之高阁, 分析其中的原因, 我们不能不考量外国法律的植入与中国法律文化传统之间的关联。

### 一、外国法律对中国法律观念的改造

给法律文化下一个定义并不是一件十分容易的事, 因为观念层次的东西如同前述“法律移植”的概念一样大多存在争议。这里借用张中秋教授的定义, 即“法律文化是内化在法律思想的法律制度、法律设施以及人们的行为模式之中, 并在精神和原则上引导和们发展的一般观念及价值系统。它内存于思想、制度、设施及人们的行为模式之中并通过它们表现出来。”[4]中国的社会是不断发展和变迁着的, 法律文化也是如此。法律的滞后性、稳定性和继承性使得它具有保守的一面, 因而虽然政治的、经济的巨大动荡必然会使法律文化至少发生一些变化, 但不必然是同步的, 也不可能是完全断裂的。外国法律的移植, 则是这种变化起到加巨作用。

自鸦片战争以来, 外国法律对中国法律文化传统的影响无疑是相当深远的。而以清末法律改革至南京国民政府的“六法全书”体系的建立, 西方法律对中国法律文化传统的冲击最为剧烈。以下选取几方面试论述之。

#### (一) 西方法律文化的输入催生了人们的法律观念

鸦片战争前后, 林则徐、魏源等人“开始打开天窗看世界”, 翻译和编写了一些介绍西方地理、政治、文化等的书籍, 目的是“师夷长技以制夷”。虽然当时的统治阶级对此并未予以重视, 但介绍和引进了西方的一些制度和观念, 在当时奉行闭关锁国政策的清王朝统治下, 具有里程碑的意义。从洋务运动到1898年“戊戌变法”运动期间, 在洋务派的极力主张之下, 清政府选送留学生出国, 设立同文馆、江南制造总局、

大量翻译外国法学者作的法典,促进了中国早期的思想启蒙运动和政治变革。1901年开始的清末法律改革,正式开始大量仿效西方国家的先进法律制度,在各个大的法律部门制定了法典,并全面引入了西方的法律制度和原则。虽大多还来不及施行,清王朝即告崩溃,但西方法治传统也开始浸入中国法学界。政党制、契约自由、罪刑法定、无罪推定、审判公开等各种法律观念开始在中国知识界传播[5]。中国民国南京临时政府时期,仿行外国法律,进行了大量的立法活动。特别是在宪政体制上,移植美国制度,纵使袁世凯窃取了革命果实,然而民主共和观念已深入人心,使得一切复辟阴谋皆以失败而告终。诚然,“中国法律从传统向现代转变的革命进程,乃是内部因素与外来影响相互作用的历史产物”[6],但很难想象,在清末的法律观念培育和生长时期,如果没有西方法律制度及文化的引入和传播,仅靠国内因素何以能如此迅速地诞生一系列法律和社会变革。

## (二) 西方法律文化的引进促进了中国法学的发展

在清末法律改革中起到重要作用的人物首推沈家本。沈家本作为法理派的首要代表,在主持修律中力贯“融会中西”的修法宗旨,使得清末法律改革虽然是各种力量、因素条件平衡妥协的结果,但客观上取得了一些重要成果。其一,在法典结构上打破了诸法合体、民刑不分传统结构;其二,在法律范畴体系上大量引入中国古代法律里不曾有的法律概念、术语,如公司、保险、破产、陪审员、律师、检察官、自由心证、审判公开等;其三,引进了一些现代法律原则,如罪刑法定、公开审判、司法独立、区别物权与债权等。这些为中国的近现代法学的产生和发展,起到了基本的奠基作用,并且大多数概念和原则至今仍为我国法学界学者们沿用。

## (三) 西方法律的植入对人们行为模式的影响

清末修订的法律大多并未真正得到实行,但对后来中华民国“六法合体”法律体系的理论和司法实践起到了一定的铺垫作用。主要表现在以下几个方面:①西方的法律概念和原则继续得到传承;②继续仿效西方,确立了三民主义和王权宪法,并依此建立了“六法全书”体系;③彻底废除了旧律中的一些不合理制度,如凌迟、枭首等酷刑;④确立了由法典、单行法规、判例和解释构成的法律体系[7]。⑤从西方广泛引进了一些先进法律制度 and 原则,如自由心证、无罪推定、公开审判、律师制度等。虽然在国民党统治下建立的法律体系具有明显的法西斯主义色彩,但其不再只是停留在人们的观念和书面文字,而是在一定程度上付诸了实施。这使得外国法律真正对中国司法实践及人们根据对实在法的预期而采取的行为模式施加影响。

## 二、植入的西方法律融入中国的法律文化传统

中西法律文化传统存在着极大的差异。在法的形成上,中国古代“刑起于兵”,而古希腊、古罗马的法律从产生之初即是社会妥协的结果;在法的本位上,由于中国古代法律是经由氏族(部落)发展到宗教习惯,最后形成于国家(社会)中,日益集团化,而西方法律从一开始即与个人相联系;在法的文化属性上,中西法律文化传统分别体现为公法文化和私法文化;在法的精神上,分别是人治与法治;以及在法律文化价值取向上,分别追求无诉与正义等[8]。总体上,中国法律文化传统中比较强调法律的强制、制裁功能,偏重于集体利益而忽视个人利益,并长期实行人治而非法治,与西方法律文化传统更接近于现代法治社会相比,有些方面的确比较滞后。然而“法治”并非仅是存于西方国度,而是必须深植于“公民社会”。“公民社会”是法治社会的前提和基础。传统中国从来就没有“法治”的观念及事实,究其原因,就是因为中国从来没有作为法治前提的“公民社会”[9]。从清末法律改革至今的一百多年里,虽然文化深层的冲突使得“公民社会”的建立历经艰难曲折,但随着外国法的植入和中国社会内在进步因素的不断积淀,法治的土壤已日渐深厚,甚至西方法律的制度和观念已经被内化为中国法律文化传统的有机元素。以下择几个要点分析。

### (一) 西方的市民法伦理与中国的家族法传统

在儒家学说的深刻影响下,家族法在中国封建时代地法律体系中占有十分重要的地位。从宋朝以后,随着阶级矛盾的不断深化,统治者更加重视通过稳定国家内部的秩序,来巩固国家统治。宋以后,元、明、清三朝都出现了适用于的家族内的家族法,家长所拥有的管理、监督生产和支配家庭财产的权力,恰是封建小生产经济存在和发展的要求[10]。而西方法律注重个人权利,并将法律作为维护个人权利的手段。与此相对应的是广为流行的“契约观念”,即市民伦理,强调个人自由、平等和个性解放,甚至认为国家、家庭也是“契约”的产物。其植入中国之后,对中国传统法律文化中的“亲亲尊尊”、“三纲五常”等很快予以致命地摧毁。一方面是由于西方的民主、自由观念日益深入中国人心,另一方面也是中国社会向着市民社会迈进的结果。正如西方“契约”观念并不一定全部是精华一样,中国传统的亲属观念也并非都是糟

粕。中国的传统亲属伦理重视亲情、家庭、和谐，强调亲属之间无私的爱和温情，向来为人们所珍视，绝不会断然予以抛弃。因而，植入中国的市民法伦理，绝不是与中国亲属法观念的彻底决裂，而是吸收其中的平等、自由、民主等进步观念，代替具有浓厚封建色彩的宗法等级观念。所以中国的亲属法文化传统已具有不同的内容，建立在既注重人情，又讲究平等的法律文化观念上的其他法律制度也更符合中国的实际。

## （二）、西方法律与中国近代法律体系

清代沿袭历代以来的“诸法合体”的法典偏篆体例，因而主要的法律也只是《大清律例》。到了清末，内忧外患上加上社会发展，旧律的删改和新律的制定已是迫在眉睫。1902年，清政府任命沈家本、伍廷芳二人为修律大臣，1904年修订法律馆正式运作，开始修律。1905年，删除旧律，废除重刑完成。至1909年，旧律改造过程基本结束。在修订旧律的过程中，沈家本也开始着手制订新刑法。1907年编成《修正刑律草案》，引来守旧势力的反驳，并随后出现了著名的“礼法之争”。沈家本等欲大量吸收西方国家最新刑法理论，这一思想主要体现于《大清新刑律》中。因为它无论是在形式上还是内容上，都体现修律者采用西方近代刑法原则与制度的极大努力。形式上分总则与分则两编，采用编、章、条的编撰体制，其篇章排列不再以原六部职掌为顺序，完全是现代刑法典的结构；内容上，建立了以自由刑为主要新刑罚体系，实行刑罚法定主义，酌减死刑并在一定程度上体现了法律需前人人平等的精神。虽然从这部法典颁布到清朝灭亡前后不过9个月，已足显沈家本等人移植外国法律的努力。但由于守旧势力的反对，在当时还难以真正植入中国的法律体系，却对以后中国刑法的发展却有至为深远的影响。随后的中华民国临时政府和中华民国南京国民政府的刑法即为例证。

除了近代刑法典的制定外，近代民法与商法、刑事诉讼法与民事诉讼法，近代行政法等也在清末修律中相继产生。虽大多未及正式颁行，但一些西方法律制度已深深地植入人们的观念，近代中国法律体系也由此开始形成。

## 三、如何继承和改造传统——关于法律本土化的几点反思

法律的生成方式无外乎两种：一是完全依靠本地区、本民族的自发培育，即完全建立在“本土资源”上的法律；二是法律移植。无论是哪种，都不可能忽视一个十分重要的问题，即国际化与本土化的关系。自发生长的法律如果不关注别国法律的进展，不借鉴一切有用的制度文明，必将走向保守和落后；移植的法律如果不注重结合本国国情加以重塑和改造，则必将与现实脱节，至多停留于纸上的文字。

近代中国的特殊国情，决定了中国近代的法律改革和建设不可能像西方法律的近代化那样，为保障资产阶级的自由和民主。而是为了国家富强，摆脱外国侵略者的压迫，以恢复中国作为一个泱泱大国的尊严。在清末修律中，修律者的美好愿望最初是从收回治外法权开始，而所有这一切的根本目的，只是为了维护摇摇欲坠的清朝统治。因而，中国法律的近代化，表现出极为明显的功利性格[11]。

清末法律改革，引进在大量的西方法律观念和制度，在当时的环境下是十分必要的，而且符合历史发展的趋势。一方面，改革打破了固有的中华法系传统，吸收了世界先进法律文化成果；另一方面制定出来大量的法律在一定程度上与当时的社会现实脱节，广大民众还未受到近代法律观念的启蒙，统治阶层也只是将改革法律作为苟延残喘的不得已手段，且其内部也充满激烈的斗争和矛盾。在当时的政治、经济和文化条件下，无论是多么先进的法律制度移植到中国都难以“存活”。为此，笔者提出以下几点反思：

- 1、晚清的法律改革总体上说反映了一种历史发展的必然趋势，外国法律的植入带来的积极因素占主导地位。但是，此种评价不能离开当时的客观现实背景。“礼法之争”、现实颁行中的有限作用、法律改革的实质目的等使得其意义多存在于对观念的层面。这对于我国现阶段法律现代化的模式选择，即究竟是政府领导自上而下，还是由社会下层变革带动上层建筑变革，究竟是采用渐进式还是激进方式进行改革，究竟是由经济发展带动文化进步还是先发展文化再促进经济，提供了一种参照。

- 2、法学教育和法律文化观念的形成不能仅仅是“西洋化”，中国传统法律精神和法律原则及其现代价值是使中国法律文化延续传承和立足于世界强国之林的历史根基。不加改造地吸收外国法律，倡导“全盘西化”，“植入”就很可能转化为一种“侵入”，使中国法律的发展迷失方向。

- 3、法律的现代化，离不开中国整个系统，包括政治、经济、文化、教育、科技等的现代化。按照马克思主义的经典理论，经济发展才是一切制度变革的最终动因。与之相适应的政治、文化则是重要的本土资源。法律的移植不能脱离中国的现实，任何急功近利的加速现代化，都必将使法律与社会之间产生“落

差”。

4、究竟何为法治的本土资源？西方法律的植入不仅是西方法律对中国法律文化传统的改造，也使得相当多的西方法律制度作为世界共同的先进文化被中国法律文化传统所吸纳。中国的乡土已不再是从前的乡土，中国的现实也在不断变化。对中国法律文化传统的继承与改造，应当在民族性和本土化、全球性和国际化中寻求平衡。

#### 【注释】

- [1]沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社，第667页。
- [2]何勤华：《法的移植和法的本土化》，载北京大学法学院编《程序的正统性》，法律出版社2003年版，第44页。
- [3]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），商务印书馆1961年版，第6页。
- [4]张中秋：《比较视野中的法律文化》，法律出版社2003年版，第26页。
- [5]何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第17页。
- [6]公丕祥：《当代中国的法律革命》，法律出版社1999年版，第32页。
- [7]夏勇：《法治源流——东方与西方》，社会科学文献出版社2004年版，第181页。
- [8]参见张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1991年版。
- [9]范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版，第287页。
- [10]张晋藩：《中国法系综论》，载朱勇主编《〈崇德会典〉、〈户部侧例〉及其他》，法律出版社2003年版，第160页。
- [11]曹全来：《国际化与本土化——中国近代法律体系的形成》，北京大学出版社2005年版，第184页。

（原载《华中农业大学学报》2005年第4期）

### 发表评论

用户名：	<input type="text"/>	⊙ (3 - 20个字符)
电子邮件：	<input type="text"/>	⊙
用户评论：	<input type="text"/>	⊙

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：[law-culture@163.com](mailto:law-culture@163.com)

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720