

# 法律文化的「常」與「變」

## ——兼評黃源盛先生《法律繼受與近代中國法》

黃源盛，《法律繼受與近代中國法》（台北：元照，2007年3月）。

馬劍銀\*

### 要 目

- 一、引 言
- 二、「移植」抑或「繼受」？法律遷移的隱喻
- 三、法律與法律文化的「常」與「變」
- 四、法律移植的困境：從清末看當下
- 五、結 語

## 一、引 言

近代以降，中國社會與法律制度遭遇「數千年未遇之大變局」<sup>1</sup>，邁入了湍急的「歷史三峽」<sup>2</sup>。中國法學界甚至整個

---

\* 北京清華大學法學院博士生，中南財經政法大學法律文化研究院兼任副研究員。感謝業師高鴻鈞教授與學弟魯楠在通讀本文之後提出了寶貴的修改意見，當然，文責仍然由筆者自負。

1 李鴻章語，出自光緒元年李〈因臺灣事變籌劃海防摺〉，摺中云：「一國生事，諸國構煽，實惟數千年來未有之變局」，類似的措辭還見於其〈同治十五年五月復議製造輪船未可裁撤摺〉；梁啟超亦曾云李「固知今日為三千年來一大變

中國社會，一百餘年來的努力，歸根結底都是圍繞在如何走出「歷史三峽」，期使中國社會與中國法律制度得以成功轉型，成爲「現代化」的「法治」強國，實現「中華民族的偉大復興」。<sup>3</sup>鴉片戰爭徹底摧毀了幾個世紀以來西方人眼中所憧憬的「東方伊甸園」和「孔教烏托邦」<sup>4</sup>的中國形象，同時也迫使中國進入西方世界所主導的現代化進程。中國的現代化，一開始就被打上了屈辱與被動的烙印，早期的現代化運動，無論是林則徐、魏源所倡導的「開眼看世界」、還是洋務運動與戊戌變法，才開始真正醒悟到中國社會發展的正常路徑或「劇情主線」<sup>5</sup>被打破和扭曲的境遇。但是，這些都「遠未觸及具體法律領域的變革」（222頁）<sup>6</sup>。要爲中國法律現代化的起點「打個樁」，那麼，這個「樁」應該立於清末的立憲修律這一事件上，雖然這場運動並未真正成功，未幾，武昌首義，共和國取代了帝制，但正是這場運動，宣告了傳統中國法律制度與中華法系的終結，而國人的行爲模式和生活方式也因此面臨了巨大的變化。

關於清末立憲修律，歷史學、政治學、社會學與法學各個學科的學者都有頗多的研究，就法學界而言，其中之翹楚亦包括「南黃（源盛）北李（貴連）」，他們都以「沈家本」爲

---

局」，之後類似「數（三、二）千年未有（遇）之變局（大變局）」均源自此。參閱梁啟超，《李鴻章傳》（天津：百花文藝出版社，2000），頁44、45。

2 唐德剛語，參閱唐德剛，《晚清七十年》（長沙：嶽麓書社，1999），頁518附注。另見氏著：〈走出歷史三峽需時兩百年〉，載《明報》月刊（香港：1999年第6期），頁14-16。

3 「現代化」、「法治」與「民族復興」，構成了近代以降的「中國語境」，詳見馬劍銀：〈法律移植與法律認同——中國語境的法律現代性困境〉（北京：清華大學碩士論文，2005），第2章。

4 周寧，《想像中國——從「孔教烏托邦」到「紅色聖地」》（北京：中華書局，2004）。

5 柯文語，即story line，參閱柯文，《在中國發現歷史——中國中心觀在美國的興起》，林同奇譯（北京：中華書局，2002）頁171。

6 另見李貴連，〈沈家本中西法律觀論略〉，載氏著《近代中國法制與法學》（北京：北京大學出版社，2002），頁316-329。

切入點來研究清末立憲修律，<sup>7</sup>以點帶面，從而勾勒出清末修律的巨幅畫卷。《法律繼受與近代中國法》（以下簡稱《繼受》）一書就是黃源盛先生的代表作之一，該書以「法律繼受」為關鍵詞，通過從「固有法」到「繼受法」的法律現代化主軸，嘗試「從近代法制變遷中窺視中國法律文化的轉折及其新動向」，從而分析法律制度與法律文化「常」與「變」的因緣。雖然書中所載之文「亦新亦舊」，但無論是舊作或新品、還是全書體系的編排，其中都蘊涵了作者精深的史學與法學功底，透露出作者對「清末修律」這一艱辛的起步，在整個中國法律現代化百年歷程中的地位高屋建瓴式的把握，書中也不時散見黃先生的治學心得與人生體悟，其文字更是駕輕就熟、娓娓道來，猶如一位長輩講故事般的親切。

今年（2007）五、六月間筆者遊學於臺灣政治大學，得以與黃先生有數次深入交流，黃先生治學之嚴謹與為人之高潔，都令後學肅然起敬。黃先生書中所談之法律繼受議題，也是我近年來所關心之主題，因地利之便，早先閱讀此書，感想頗多，擬草寫「書評」，但作為中國法制史的「外行」，我也非常之惶恐，因為所謂學術評論，如果對所評論之對象不熟，或會不著邊際、把握不住分寸，從而貽笑大方，無論對作者還是讀者，都不甚尊重。但念及兩岸法史學界難得有此佳構，只好勉力而為，以一名法理學後學的眼光來觀察這本法律史著作，以《繼受》為文本解讀法律移植研究的幾個問題。

7 李貴連，北京大學法學院教授，他有關沈家本的著作有《沈家本評傳》（南京：南京大學出版社，2005）、《沈家本傳》（北京：法律出版社，2000）、《沈家本年譜長編》（臺北：成文出版社，1992）、《沈家本與中國法律現代化》（北京：光明日報出版社，1989）、《沈家本年譜初編》（合著，北京：北京大學出版社，1989）等；黃源盛教授有關沈家本的著作有〈沈家本法律思想與晚清刑律變遷〉（臺北：臺灣大學博士論文，1991），〈晚清修律大臣沈家本〉（《東海法學研究》9，1995）、〈從傳統身分差等到近代平權立法——兼論沈家本的法律平權理念及其變革〉，載《固有法制與當代民事法學——戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集》（臺北：三民書局，1997）等。

## 二、「移植」抑或「繼受」？法律遷

### 移的隱喻

黃先生的大作題中含「法律繼受」，而筆者更喜歡用「法律移植」來觀察、描述與指稱人類法律文明演進史上的法律遷移（legal transfer）現象——即一個民族／國家／地區的法律遷移到另一個民族／國家／地區的現象。在古今中外的法學文獻中，對於法律遷移現象的指稱，有許多術語，例如「移植」（transplant/transplantation/Verflanzung）<sup>8</sup>，「繼受」（reception/Rezeption）<sup>9</sup>、「流通」（circulation）<sup>10</sup>、「刺激」（irritant）<sup>11</sup>、「重置」（transposition）<sup>12</sup>、「適應」（adaption/adaptation）<sup>13</sup>、「輸出／入」<sup>14</sup>（export/import）以及「借用／借取」（borrowing）、「模仿／效法」（imitation）、「借鑒／參考」（reference）、「吸收」（assimilation）、「傳播」

8 最重要的例子就是Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1983.

9 例如戴東雄，《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》（北京：中國政法大學出版社，2003）。也有人將「reception」的中文譯作「接受」，例如（德）K. W. 諾爾，〈法律移植與1930年前中國對德國法的接受〉，李立強、李啟欣譯，林致平校，《比較法研究》，1998（2）。另外，還有人翻譯成「繼承」。參見（日）穗積陳重，《法律進化論（法源論）》，黃尊三等譯，（北京：中國政法大學出版社，2003），頁269-271。

10 E. M. Wise, "The Transplant of Legal Patterns", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38(Supplement), 1990, pp.1-22.

11 G. Teubner, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", 61 *Modern Law Review*, 1998, pp. 11-32.

12 Esin Örtücü, "Law as Transposition", 51/2 *The International and Comparative Law Quarterly*, 2002, pp. 205-223.

13 D. Nelken, "Towards a Sociology of Legal Adaptation", in D. Nelken & J. Feest(eds.), *Adapting to Legal Cultures*, Hart Publishing, 2001, pp.1-54.

14 Y. Dezalay & B. Garth, "The Import and Export of Law and Legal Institutions: international Strategies in National Palace Wars", 同上注引書，頁241-256；羅文幹：〈西洋法律之輸入〉，載《益世報·星期論文》（昆明，1929年1月29日）。