

中国近代成为大陆法系国家的原因及相关问题探析

王立民

摘要:中国近代大量移植大陆法系国家法律,并最终成为大陆法系国家的一个重要原因是中国不是英国的殖民地国家。这个原因长期被忽视,因此有必要加以重视,并进一步推进中国近代大量移植大陆法系国家法律并成为大陆法系国家原因的研究。中国近代虽被英、美等西方列强入侵,也被迫签订过不平等条约,但从整体上看,中国并没有成为英国的殖民地国家,逃脱了被强制移植英国法并成为英美法系国家的命运。近代中国的香港、威海卫租借地和英、美租界等一些被英、美入侵的区域也被移植过英美法系国家的法律,但这只存在于部分区域,没有改变中国是大陆法系国家的性质。与中国近代大量移植大陆法系国家法律并成为大陆法系国家相关,还有一些问题值得关注,这其中有:中国近代移植大陆法系国家法律是一种非强制性移植;英美法系国家法律比大陆法系法律复杂成为其被强制性移植的一个重要原因;大陆法系与英美法系国家的法律移植后的生命力都很强等。

关键词:中国近代史;法制近代化;英美法系;大陆法系;英国殖民地

DOI:10.16382/j.cnki.1000-5579.2017.04.014

中国近代在实现法制近代化过程中,一方面逐渐废止中国古代的法律,一方面又大量移植国外大陆法系国家的法律,并最终成为大陆法系国家。那么,中国近代为什么要大量移植大陆法系国家的法律,而不大量移植英美法系国家的法律并成为英美法系国家呢?目前关于这一问题的研究成果不少,但却忽视了其中的一个重要原因,即中国不是英国的殖民地国家。^①如果中国是英国的殖民地国家,中国近代便会被大量移植英国法而不是大陆法系国家的法律了。这一原因很重要,直接关系到中国近代移植法律的选择、中国近代法制的的面貌与近代法制的走向等一系列有关中国法制近代化的重要问题。总之,不能正确认识、理解这一重要原因,就不可能深刻认识与理解中国法制近代化,甚至还会造成误读。本文就此进行一些探索,从一个新的视角,发表自己的管见,与读者交流。

一 中国近代成为大陆法系国家的一个重要原因是中国不是英国殖民地国家

中国近代大量移植大陆法系国家法律并成为大陆法系国家的一个重要原因是因为中国不是英国的殖民地国家。如果中国是英国的殖民地国家,也摆脱不了移植英国法并成为英美法系国家的命运。从世界法制史角度来看,凡是被英国入侵,成为英国殖民地的国家,都被强制移植英国法而成为英美法系国家。17世纪中叶,英国经历了资产阶级革命以后,社会取得进步,开始逐渐摆脱封建统治,迈入近代门槛。18世纪中叶,英国又领先于世界上其他国家而进行了工业革命,取得明显成效,国家变得强大起来。随之而来的是英国大肆入侵其他国家,使其成为自己的殖民地

【作者简介】王立民,华东政法大学法律学院教授、博士生导师(上海,201620)。

① 有不少成果研究了中国近代移植大陆法系国家法律的原因,如:范忠信、叶峰:《中国法律近代化与大陆法系的影响》,载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期;杨晓莉:《对清末法律移植的思考与借鉴》,载《理论导刊》2010年第1期。

国家。英国的殖民地国家有很多,遍及欧洲、亚洲、澳洲、非洲、美洲。^①因此,英国便有了“日不落”之称。^②伴随着殖民地的增多和英国人口的增长,英国向外的移民潮出现了,19世纪达到了高潮。据统计,19世纪20年代,移民人数是25万人;19世纪30年代时,增至50万人;19世纪中叶达到了150万人;在滑铁卢大战后的65年中,英国移民多达800万人。^③英国人因此而遍及世界各地,尤其是在英国殖民地国家。

出于自身利益的各种考量,英国的殖民者也热衷于把这一法律移植到自己的殖民地国家。这正如一位英国检察官所言:“英国的普通法就是殖民地的普通法……如果让一个英国人随心所欲地去任何他想去的地方,他会理所当然地随身携带尽可能多的法律和自由。”^④由于英国的殖民地国家比较多,英国法也就被大量移植,广泛传播,其结果是,英美法系国家法律的影响超越了国家与种族的界限,几乎遍及全球。有人统计,以世界总人口大约为18亿来计算,约有3亿人口处在英美法系国家法律的统辖之下,与大陆法系国家法律统辖的人口差不多。^⑤

被入侵国在其成为英国殖民地国家以前,都有自己的法律,只是情况有所不同而已。其情况大致可以分为两类。一类情况是被入侵国的法律有了较为充分的发展。这些国家的文明程度比较高,已建有自己的法律体系,具有丰富的法律内容,印度就是如此。另一类情况是被入侵国的法律尚未充分发展。这些国家一般文明程度比较低,法律比较粗糙而简单,新加坡就是这样。^⑥但是,无论是哪种情况,英国殖民者都强制在那里推行自己的法律,以致英国法在那里得到施行。事实也是这样。先看印度。印度是个文明大国,拥有灿烂的古代文化,早在公元前2000年就已有恒河文化。以后发展起来的法律文化也不逊色,经过婆罗门教法、佛教法、印度教法与伊斯兰教法等发展阶段,其在成为殖民地国家以前,印度的法律已积淀很深,形成自己的体系,具有丰富的内容,而且还具有自己的特色,成为世界五大法系之一。^⑦1600年英国的东印度公司成立,19世纪中叶以后英王直接统治印度,使其成为不折不扣的英国殖民地国家。英国在其殖民统治时期,强制移植英国法,1726年还设立了专门施行英国法的皇家法院。19世纪中叶,英国法的各项制度都源源不断地移植到印度。^⑧印度理所当然地成为了英美法系国家。再看新加坡。新加坡的情况则与印度有所不同。新加坡的文明发展较晚,从一个渔村发展到公元10世纪才成为一个重要国际商贸港口,13世纪刚跨入独立国家的行列。14世纪多次遭到外国入侵,国际商贸港口一度变成破落的渔村。在英国入侵以前,新加坡的法律不发达,远不及印度。1819年英国侵入新加坡,1824年新加坡正式成为英国殖民地国家。于是,英国强行把英国法移植到新加坡,其标志是1826年的《第二次司法宪章》,其宗旨是新加坡法院应当依据英国法进行审判。^⑨从此,英国法蜂拥而入,新加坡不得不成为英美法系国家。可见,只要成为英国殖民地国家,不管其以往的国情与法律情况如何,无一例外地被强行移植英国法,成为英美法系国家。

英国在其殖民地国家移植自己的法律时,也会顾及殖民地国家的国情与原来的法律传统,加入一些它们的元素,使其更易被殖民地人民所接受。比如,印度的英国殖民者在制定法律的时候,“考虑到了地域性的特点,内容有稍异于英国法的地方”,但是,这些法律都由英国人制定,而且又经英国国会的批准,其中的所有术语等都来自于英国,因此西方学者便将印度殖民地国家的法典称为“盎格鲁—印度法典”。^⑩实际情况也是如此。在印度殖民地时期的法律中,除了英国法占主导地位以外,还有一些原印度法的元素。印度法律受宗教的影响比较大,还先后受到过婆罗门教、佛教、印度教与伊斯兰教等多种宗教的影响,其法律中不同程度地留有这些宗教的因素,其中的有些因素在英国殖民地时期还在使用,以

①④⑤ [美]约翰·亨利·威格摩尔著:《世界法系概览》(下),何勤华等译,上海人民出版社,2004年,第939—942页;第935页;第942页。

② [日]早川武夫等著,《外国法》,张光博等译,长春:吉林人民出版社,1984年,第4页。

③ [英]温斯顿·丘吉尔著:《英国民族史》第4卷,薛力敏等译,海口:南方出版社,2004年,第77—78页。

⑥⑦⑨⑩ 何勤华等主编:《东南亚七国法律发达史》,北京:法律出版社,2002年,第458页;第13—20页;第453—459页;第33页。

⑧ 何勤华主编:《外国法制史》,北京:法律出版社,1997年,第54页。

弥补当时法律的不足,特别是在属人的领域。比如,伊斯兰刑法与证据法在19世纪下半叶,还被印度教与伊斯兰教的教徒使用;印度教刑法在19世纪上半叶还在印度西部被使用;印度教的契约法和侵权行为法在19世纪70年代依然有效等。^①这从一个侧面证实,印度的殖民地时期法律实际上是英国法与原印度法的混合,原印度法仍然是其中的一部分,尽管是小部分。其他英国殖民地国家的法律也大致如此。于是,便有了“美国—英吉利法”、“加拿大—英吉利法”和“澳大利亚—英吉利法”等等称谓。^②英国法在英国殖民地国家都进行了移植并取得成功,没有例外,英美法系就此建立起来了。

近代以前,英国就有入侵中国的野心,但近代中国始终没有成为英国的殖民地国家,也没有被大量移植英国法,成为英美法系国家。1840年以前,英国就虎视眈眈,有侵略中国的图谋。1793年英国以庆贺乾隆皇帝80大寿的名义,派使团到北京,向清政府提出开放宁波、舟山、天津等地为商埠,割让舟山、广州附近地方和减税等无理要求,遭到清政府回绝。1808年英国又派军舰骚扰中国东南沿海,被击退。1816年英国凶相毕露,扬言要用武力使中国屈服。1840年英国以中国禁烟为借口,发动了鸦片战争。^③战争历时2年多时间,中国失败,1842年中英签署了不平等的《南京条约》。^④这个条约除了规定中国要大量赔款给英国外,还要求中国开放5个通商口岸和割地香港。“自今以后,大皇帝恩准英国人民带国所属家眷,寄居大清沿海之广州、福州、厦门、宁波、上海等五处港口,贸易通商无碍”;“今大皇帝准将香港一岛给予大英国君主暨嗣后世袭主位者常远守主掌,任便立法治理。”^⑤可见,这一条约有损于中国的独立与主权,但没有完全剥夺中国的独立与主权,中国没有成为英国的殖民地国家。以后,中英签订的一些不平等条约也是如此。中国近代不是英国殖民地国家,就有了移植大陆法系国家法律的机会,再加上其他一些原因,最终大量移植了大陆法系国家的法律,成为了大陆法系国家。如果中国近代是英国的殖民地国家,那连移植大陆法系国家法律的机会都没有了。

二 中国近代部分被英、美入侵的区域被移植过英美法系国家的法律

20世纪初,中国进行了大规模法制改革,开始全面走上法制近代化道路。此时,中国选择大量移植大陆法系国家的法律,其中主要是德国法,而不是英美法系国家的法律。^⑥中国会作这一选择的一个重要原因,是因为中国不是英国的殖民地国家。如果中国是英国的殖民地国家,也会像英国所有的殖民地国家一样,被强制移植英国法而成为英美法系国家。中国近代法制史也许会因此而改写,不是现在的模样了。中国近代虽没有成为英国殖民地国家,也没有大量移植英美法系国家的法律并成为英美法系国家,但不排除在有些受英、美入侵的区域被移植过英美法系国家的法律。这些区域包括有中国的香港、威海卫租借地和英、美租界等。

(一) 中国香港被移植过英国法

香港在鸦片战争后被英国占领,就类似于英国的殖民地地区并逐渐形成了一个由英国法、原有中国法律和习惯、香港政府制定的法律等综合而成的法律体系。^⑦英国法是其中的一个重要组成部分,也是

① 丘日庆主编:《各国法律概况》,北京:知识出版社,1981年,第258页。

② [美]约翰·亨利·威格摩尔著:《世界法系概览》(下),何勤华等译,上海:上海人民出版社,2004年,第938—939页。

③ 白寿彝总主编:《中国通史》第11卷,上海人民出版社,2004年,第131—132页。

④ 《南京条约》又称《江宁条约》等。

⑤ 王铁崖编:《中外旧约章汇编》(第1册),北京:三联书店,1957年,第31页。

⑥ 王立民:《论清末德国法对中国近代法制形成的影响》,载《学术季刊》1996年第2期。

⑦ 赵秉志主编:《香港法律制度》,北京:中国人民公安大学出版社,1997年,第1页。

香港的一个重要法源。1844年香港制定的《最高法院条例》就规定:“1843年4月5日香港成立本地立法机构后,现行之英国法律将在香港实施”。^①英国法中包括了普通法和衡平法、成文法等。普通法和衡平法是英国法的主要法源,也适用于香港,成为香港法律的主要法源。1966年的《英国法律适用条例》明文规定,普通法和衡平法的准则应在香港发生效力,只要它可适用于香港或其居民的情况或根据情况作了必要的修改。^②1976年香港的《最高法院条例》又进一步明确,英国的普通法和衡平法在最高法院执行。它规定,在一切民事案件中,普通法和衡平法应由最高法院执行,如同在英国高等法院和上诉法院执行一样。^③在香港适用的英国普通法与衡平法汇编在《全英案例汇览》和《每周案例汇览》等中。自1905年后,香港也自编在香港产生的判例,其中有:《香港案例汇编》、《地方法院案例汇编》和《香港刑事案例汇编》等。^④英国法中的成文法也是英国法的重要法源,其也被适用于香港。其中,最为重要的是《英皇制诰》和《皇家训令》。它们均对香港的政治制度、法律制度的基本原则和框架以及涉及香港社会运行中的根本问题作了规定。^⑤此外,经过枢密院命令的规定、经过其他法令的规定和经过法令本身明确或隐含的规定等也都属于英国的成文法,也都在香港施行。^⑥香港的英国法通过英国设在香港的法院切实加以实施。香港的法院分为5级,按其权力大小分别是最高法院上诉法庭、最高法院原讼法庭、地方法院、裁判署和各种专责法庭和审裁处等。^⑦它们均把英国法作为依据,进行审判。英国的普通法和衡平法、成文法都在香港实施就直射出英国法被移植到了香港。

1997年香港回归以后,原先在香港被移植的英国法被保留使用,即仍有法律效力,只要不与香港基本法相抵触,没被香港特别行政区立法机关作修改的即予保留。1990年制定的《中华人民共和国香港特别行政区基本法》明文规定:“香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改外,予以保留。”^⑧香港的英国法至今还在实施,香港成为中国现在唯一一个还在使用英美法系国家法律的一个区域。

(二) 中国的威海卫租借地被移植过英国法

1894年日本发动了中日甲午战争,中国又以失败告终,于1895年签订了不平等的中日《马关条约》。^⑨随后,西方国家加大了对中国的掠夺,以往没有出现过的租借地出现了。胶州湾、威海卫、旅顺大连、广州湾和九龙“新界”都被划为租借地。^⑩中国的租借地是一种租借国通过不平等条约,从中国租借一定期限的土地,划归为由租借国进行管理的区域。这使中国的主权进一步受损。中国的租借地都在沿海地区,而且以军港为其主要功能。^⑪在中国的这些租借地中,威海卫和九龙“新界”为英国的租借地,由英国进行管理。九龙“新界”的英国租借地适用中国香港的法律,是香港英国法的扩展与延伸地,与香港的法律融为一体。威海卫则不同。它原来是个很不发达的海湾,那里的居民以打鱼和耕种为生,适用的是清朝的法律。^⑫英国租借了威海卫并在那里取得了管理权。1898年中英签署的《订租威海卫专条》^⑬规定:英国“所租之地系刘公岛,并在威海湾之群岛,及威海全湾沿岸以内之10英里地方。以上所租之地,专归英国管辖。”于是,威海卫的法律发生了巨大变化,其中亦包括被大量移植英国法。

在中英自签订《订租威海卫专条》至1930年威海卫租借地收回的32年时间里,英国利用威海卫的

① 徐静琳:《演进中的香港法》(《序言》),上海:上海大学出版社,2002年,第1页。

②③④ 徐静琳著:《演进中的香港法》,上海:上海大学出版社,2002年,第23页;第24页;第25页。

⑤⑥ 赵秉志主编:《香港法律制度》,北京:中国人民公安大学出版社,1997年,第36页;第38页。

⑦ 张学仁主编:《香港法概论》,武汉:武汉大学出版社,2006年,第61页。

⑧ 国务院法制办公室编:《新编中华人民共和国常用法律法规全书》(第10版),北京:中国法制出版社,2004年,第91页。

⑨ 《马关条约》又称《马关新约》等。

⑩ 上海市政协文史资料委员会等编:《列强在中国的租界》,北京:中国文史出版社,1992年,第591页。

⑪ 王立民:《甲午战争后中国区域法制的变化》,载《中外法学》2016年第1期。

⑫ 邵宗日著:《英国租借时期威海卫法律制度研究》,北京:法律出版社,2011年,第286页。

⑬ 王铁崖编:《中外旧约章汇编》第1册,北京:三联书店,1957年,第782页。

管理权,在威海卫建立了自己的法制,制定了自己的法律。其中,包括了移植英国法。这种被移植的英国法主要由三大部分内容组成。第一部分是英国法的内容。英国曾制定法律,其中的内容均适用于威海卫租借地,《1901年枢密院威海卫令》即是如此。^①它的第一句话就明确这一英国法的适用范围与颁布时间。“关于英国在威海卫的管辖,枢密院特于1901年7月24日颁布法令如下。”随后,它规定了一些具体内容,内容分为序言、行政与立法机构、司法、刑事事务、民事事务、其他等6个部分,共有87条。依据它规定,英国在威海卫租借地具有行政、立法、司法等权力,威海卫租借地类似于英国殖民地,即“本属地如同国王陛下属地”。这里以其行政长官为例。威海卫租借地的行政长官就像一个英国海外殖民地国家的总督。“在本属地内,应设行政长官一名。行政长官的人选可随时由国王陛下以敕令方式任命。”这一行政长官具有行政、立法与司法权。他可“以国王陛下名义,根据其认为合理的条件,任命公职人员并设定其职责”;“行政长官可指定和颁布各种条例”;“以国王陛下名义,对由本属地内任何法庭、法官或治安法官定罪的罪犯,无条件的赦免,或者根据法律所赋予的条件进行赦免,或者缓予刑罚的执行,缓刑的期限由行政长官合理确定。”事实也是如此。在威海卫租借地存在的32年中,共有7位行政长官任职,他们都集立法、行政、司法权力于一身。^②除《1901年枢密院威海卫令》以外,还有其他一些英国法的内容也可被直接适用于威海卫租借地,其中包括有逃犯法、犯人转移法、殖民地海事法院法等等。《1901年枢密院威海卫令》规定:威海卫租借地“如同陛下属地,适用于《1881年逃犯法》以及《1884年殖民地犯人转移法》相关规定”;“《1890年殖民地海事法院法》的第2条第(2)至(4)款、第5条、第16条第(3)款之规定,适用于(威海卫租借地)高等法院。此种情况下,高等法院被视为殖民地海事法院,所述领地如同英国占领地一样。”英国法的内容直接被适用于威海卫租借地,就意味着其就是威海卫租借地区域内的法源,也是被移植进威海卫租借地这一中国区域的英美法系国家的法律。

第二部分是英国法的原则与惯例等。中国的威海卫租借地不仅被直接移植进英国法的内容,还同时被移植英国法的原则与惯例等。英国在威海卫租借地设有一个法院即高等法院,行政长官有掌理这一法院之责。《1901年枢密院威海卫令》规定:“在本属地境内,应设一处国王陛下威海卫高等法院”,“在正式任命法官之前,高等法院应由行政长官掌理。法官被正式任命之后,高等法院由行政长官或者法官掌理,或者由行政长官与法官共同掌理。”威海卫租借地的高等法院在审判案件时,可以把英国法的原则与惯例也作为审判的依据。这就意味着这些英国法原则与惯例也是威海卫租借地的法源,那里的人民也都必须遵守,违反者要承担相应的法律责任。《1901年枢密院威海卫令》规定:“法院在审理民事和刑事案件时,在其管辖权范围内,可视情况依据本法令其他条款之规定,遵守英格兰现行成文法及其他法律之原则,遵循英格兰法院或者治安法院的诉讼程序和惯例。”英国法的原则与惯例能在威海卫租借地实施的前提是,其已经被移植进威海卫租借地,成为威海卫租借地法律的一部分。否则,这种法律原则与惯例,不能成为威海卫租借地的法律。

第三部分是香港的法律。鸦片战争结束,香港被英国占领后,香港的法律变成了一种英美法系的区域法律。香港的法律也可以在威海卫租借地施行。《1901年枢密院威海卫令》规定:“根据情况需要,所有施行于香港法律和条例可以在适当修改后适用于或者直接适用于本属地。”英国法是香港法的一个重要组成部分,也是香港法的一个重要法源。香港法本身也属于英美法系,是一种英美法系国家法律的区域。这从一个侧面告诉人们,香港法律与威海卫租借地法律有同源之处,这就是英国法。香港的法律可以在威海卫租借地适用也能说明,英美法系国家的法律被移植进了威海卫租借地。事实也是如此。有学者深入研究了威海卫租借地法律后,下了这样的结论:“英租威海卫时期的许多法律制度都是引自于英国本土的或者根据英国法律所指定的香港的法律。”^③此话是真。

威海卫租借地的法律中,虽然也有中国法律和习惯的成分,但其只存在于私法领域;英国法则统辖

① 邵宗日等编译:《英国租借期间威海卫法令汇编》,北京:法律出版社,2012年,第9—26页。

②③ 邵宗日著:《英国租借时期威海卫法律制度研究》,北京:法律出版社,2011年,第40—41页;第282页。

整个公法领域,刑法与行政法等都是英国法的天下。威海卫租借地得到收回后,南京国民政府管辖了该区域,英国法也就逐渐退出了历史舞台。

(三) 中国的英、美租界被移植过英美法系国家的法律

由于西方列强的入侵,近代中国出现过租界,首先是上海英租界,其产生的依据是1843年的中英《五口通商附粘善后条款》。^①它规定,“广州等五港口英商或常川居住”,“中华地方官厅与英国管事官各就地方民情地势,议定界址,不许逾越,以期永久彼此相安。”1845年《土地章程》出笼。^②上海英租界的界域因此而被划定。^③以后,中国领土上又出现过其他租界,也都以不平等条约为依据。^④中国总共有10个城市,产生过27个租界。其中,上海、天津、汉口、九江、镇江、广州和厦门有过英租界,上海、天津存在过美租界,上海还另有过上海英美租界与上海公共租界。^⑤这些租界的英、美人通过租地方式取得土地,进行开发,管控租界。他们都是英、美在上海的侨民,实行侨民自治,形成“国中之国”。^⑥上海英租界、上海美租界及其以后的上海英美租界和上海公共租界的主要管控者都是英、美国人。自上海英租界成立租界内的管理机构工部局起,工部局的领导机构董事会中,英、美侨民就一直占有绝对优势。比如,1873年的工部局董事会共有9人组成,其中英国人6人,美国人1人,德国人2人。1903年的工部局董事会也有9人组成,其中英国人7人,美国人1人,德国人1人。^⑦英、美侨民管控上海的这些租界为其移植英美法系国家的法律原则与成文法内容提供了便利。事实也是如此。上海这些租界的租地方式采用的是英美法系国家中的“自治”原则,于是在租地的规定中,便由外侨在土地章程规定的区域内,自己向中国业主商定、订契约,最后租得土地,进行开发与利用。这与上海法租界由法国领事向租界内华人租地的规定就明显不同。^⑧其中的原因是上海英租界、上海美租界、上海英美租界与上海公共租界移植与适用的是英美法系国家的法律原则。不仅如此。这些租界还在制定本租界的规定时,参照了英美法系国家成文法的相关规定,移植了其中的一些内容,形成租界的规定。这又集中于英国的一些成文法。1853年英国颁行了世界第一部交通法规,1872年上海英美租界便以其为蓝本,移植了其中的内容,也制定了自己的交通规则,作出了道路上的车辆、行人都需左去右来的规定。这一规定直到20世纪40年代,移植了美国的右去左来的规定后,才得以改变。^⑨1875年英国实施了修改后的《公共卫生法》,成为世界上第一部内容比较完整的卫生法。上海英美租界又将其中的一些内容移植过来,成为自己的规定,加以施行。^⑩上海的英、美等租界是如此,中国其他城市中的英、美租界也大致如此。

中国的英、美租界是“国中之国”,其管理是在华的英、美国侨民的自治管理,即为英、美侨民管控英、美租界。他们建立了自己的立法机关,自己立法。在立法过程中,移植了英美法系国家的法律原则与成文法的内容并使其本土化,在租界施行。可见,近代中国从整体上来看,没有成为英国的殖民地国家,也没有被大量移植英美法系国家的法律,并成为英美法系国家。然而,由于英、美入侵了香港、威海卫租借地和英、美租界,英美法系国家的法律也被大量移植到这些区域。可以这样认为,中国近代没有大量移植英美法系国家的法律,而大量移植了大陆法系国家的法律,受大陆法系的影响大,成为大陆法系国家;但从中国的香港、威海卫租借地和英、美租界等区域来看,则受英美法系国家法律的影响大,成了中国英美法系区域;即便如此,这也无法改变近代中国属于大陆法系国家的属性。

① 王铁崖编:《中外旧约章汇编》第1册,北京:三联书店,1957年,第34—39页。

② 《土地章程》又被称为《地皮章程》、《地产章程》等。

③ 史梅定主编:《上海租界志》,上海:上海社会科学院出版社,2001年,第91—92页。

④ 王立民著:《中国租界法制初探》,北京:法律出版社,2016年,第39—40页。

⑤ 上海市政协文史资料委员会等编:《列强在中国的租界》,北京:中国文史出版社,1992年,第590页。上海于1945年产生英租界;1848年出现美租界;1863年英美租界合并成立上海英美租界;1899年上海英美租界改称为上海公共租界。

⑥ 费成康著:《中国租界史》,上海:上海社会科学院出版社,1991年,第1页。

⑦ 史梅定主编:《上海租界志》,上海:上海社会科学院出版社,2001年,第184—185页。

⑧ 王立民:《论上海租界法制的差异》,载《法学》2011年第7期。

⑩ 马长林等著:《上海公共租界城市管理研究》,上海:中西书局,2011年,《序言》第3页。

三 与中国近代成为大陆法系国家相关的一些问题

与中国近代大量移植大陆法系国家法律而成为大陆法系国家相关的原因,还有以下一些方面值得关注:

(一) 中国近代移植大陆法系国家的法律是一种非强制性的移植

世界上的文化大致可分为两种,即私文化与公文化。私文化是一种人们在日常生活中产生、发展,不需国家强力推行的文化,饮食、服饰等文化都是如此。它们在原始社会就已经存在,不依附于国家及其强力,自然而然形成、成长,直至今日,以后也会如此。公文化则与私文化不同,是一种由国家强力推行的文化,法律属于这种文化。这种文化不会在日常生活中逐渐产生、发展,而需通过国家强力推动,法律就是如此。它要经过国家制定或认可并由国家的强制力保证其实施。它产生、发展于阶级社会,依附于国家及其强力。世界上的法律都属于此种文化,大陆法系与英美法系国家法律也不例外。然而,从法律移植方式来区分,这两个法系法律的移植就有所不同了。大陆法系国家法律的移植可以是非强制性移植,即国家可以在自主状态下主动移植大陆法系国家的法律,也可以是强制性移植即国家在入侵国以暴力或以暴力相威胁情况下,被强制移植入侵国法律。英美法系国家法律的移植则为强制性移植,在殖民地国家或非殖民地国家中受英、美国入侵的地区强制性移植其法律。^①

近代中国就是非强制性移植了大陆法系国家的法律。那时的大陆法系国家没有用暴力或以暴力相威胁的手段,通过建立殖民地国家途径强制把自己的法律移植到中国,也没有在中国建立他们的立法、行政、司法等一整套国家机构。自清末法制改革以后,中国就开始主动大量移植大陆法系国家法律,直到南京国民政府时期,实现了中国法制近代化,成为大陆法系国家。清末法制改革时期,中国主动翻译国外的法典与法学著作,其中以大陆法系国家的为主;中国主动邀请外国法学专家来中国立法、讲学,也以大陆法系国家专家的为主;中国主动废除传统法律、制定近代法律,也以大陆法系国家特别是德国法为主等。最终结果是,中国形成了以“六法全书”为代表的成文法体系,具有大陆法系国家的基本特征。还有,日本在近代也采用这一移植方式,走上了一条非强制性移植大陆法系国家法律的道路,同样成了大陆法系国家的一员。^②尽管近代中国的香港、威海卫租借地和英、美租界等区域也被移植过英美法系国家的法律,但这种局部没有改变那时中国属于大陆法系国家的法律性质。英国对其殖民地移植英国法,是一种强制移植方式。英国用暴力手段占领他国领土,建立殖民地国家,然后强制地把自己国家的法律移植进去,在那里实施。这两种移植法律的方式有很大差别。

为了保证被移植的法律能够成活、发展,无论是采用非强制性移植方式还是采取强制性移植方式,被移植国家都要建立与之相适应的一整套机构,其中包括立法、行政、司法等机构。但是,这种建立的机构也有所不同。非强制性移植的大陆法系国家可以按照大陆法系的模式,自主建立这类机构。强制性移植的英美法系国家则只能由入侵国强制建立这类机构。近代中国是非强制性移植大陆法系国家法律,也是主动建立相关机构的国家。自清末法律改革以后,中国就主动建立了与移植大陆法系国家法律相配套的相关立法、行政、司法等机构。清末,在君主立宪体制下建立的资政院、内阁、大理院分别承担了国家的立法、行政和司法职能。^③以后,这类机构虽在名称、职能上有所变化,但始终存在,中国近代所移植的大陆法系国家法律也因此而运作起来。英国是强制性移植其法律到其殖民地国家的国家,也在其殖民地国家强制建立起这类机构。这里以澳大利亚为例。1770年英国海军上尉库克一行占领了澳大利亚东部,成为英国殖民澳大利亚的开始。以后,通过流放罪犯与移民等途径,促进了澳大利亚的人口增长,到1900年已达376万人。为了推行英国法与殖民的需要,英国在那里建立了立法、行政与司法机构。1858年澳大利亚联邦委员会成立,行使立法权;1855年至1900年间,澳大利亚的各个殖民地建

① 何勤华等著:《外国法与中国法》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第637—638页。

② [日]早川武夫等著:《外国法》,张光博等译,长春:吉林人民出版社,1984年,第5页。

③ 王立民主编:《中国法制史》,北京:科学出版社,2016年,第175—176页。

立了责任制政府,行使行政权。^①19世纪中叶,澳大利亚还建立了联邦高等法院,行使司法权。^②这些机构都由英国强制建立、运行。英国式相关机构的建立,使英国殖民地国家被强制移植的英国法能够站住脚并运作起来。英美法系国家的队伍也因此而渐渐发展、壮大了。可见,中国近代大陆法系国家法律的非强制性移植与英美法系国家法律的强制性移植的区别还不小。

(二) 大陆法系国家法律比英美法系国家简单是导致其可以被非强制移植的一个重要原因

导致世界近代不同法律移植的一个重要原因是法律的复杂性问题。那时,可以被移植法律的选择性很小,基本上就在当时的世界两大主要法系即大陆法系与英美法系国家法律中挑选。这两个法系国家法律的复杂性不同。大陆法系国家的法律相对简单,易被那些被移植国家所接受,可以通过非强制性方式进行移植。英美法系国家的法律相对复杂,不易被那些被移植国家接受,只能采用强制性移植方式强行在被移植国家进行移植。

大陆法系国家的法律相对简单,以成文法为主要特征,其法源无论是法律还是法规等,都有明文规定,一清二楚。适用这一法律时,只要把法条与案件结合起来,并依据法律的规定进行审判。它是一种从一般的法律规定适用到具体案件中去的过程,即是从一般到具体的过程。由于大陆法系国家的法律在立法过程中已实现了归纳,所以其在运用过程中只要演绎就行了。这种只要演绎的思维过程,对人们来说,困难较小。从这种意义上讲,大陆法系国家的法律相对简单,易被人民所接受,也可以通过非强制性方式来移植。当然,这也不排除大陆法系国家在其殖民地国家,也强制移植过大陆法系国家的法律,如越南和南美洲等一些国家。事实也证明,在移植大陆法系国家法律的国家中,许多都是采用非强制性方式进行移植,而且移植都比较成功,中国、日本等国家都是如此。

英美法系国家的法律就相对复杂,以判例法为主要特征,判例法中还有普通法与衡平法之分。英国法是其祖师爷。普通法是一种于公元11世纪,威廉征服不列颠以后,设立王室法院,进行巡回审判,集中各地审案时使用的习惯法,并将其适用于全国的法律。它的基本特点是:其核心内容是英国封建法;以习惯法为基础;表现形式为判例法;法官在普通法的形成与发展中发挥了重要作用等。^③到了公元14世纪,普通法趋于停滞状态,失去以往动力,其保守、僵化的一面逐渐显露出来,衡平法作为普通法的补充,应运而生。^④衡平法是一种大法官不按普通法的诉讼程序进行审案,也不受普通法的约束,而是依据公平、正义原则进行判决并形成的法律。^⑤它以公平、正义为最终目标,而且通过大法官的自由裁量来实现这一目标。^⑥普通法与衡平法是英美法系国家法律的主要法源。由于它们都是判例法,所以适用这一法律就有一个抽象与演绎的双重过程,即一个法官先要从具体判例中抽象出法律原则与规定,然后再适用于要审判案件的过程。这就是一个从具体到一般,再从一般到具体的过程。这种过程比仅从一般到具体的过程要复杂,要求也更高。英美法系国家法律比大陆法系国家法律的复杂,导致了被非强制性移植失去了可能,只能选择强制性移植了。

英美法系国家法律的复杂性源于英国法的复杂性,英国法的产生又有一些特殊性。首先,地理环境具有特殊性。英国在完全与大陆分离的岛屿上,是一个典型的岛国。其四周都是海洋,与欧洲大陆隔海相望。^⑦这样特殊的地理环境下产生的法律就特别适合英国。其次,政治上的博弈具有特殊性。这主要是指国王与封建贵族的博弈,突出表现在司法权上。在12至13世纪,国王借助自己的权力,将分散在各地由封建贵族在司法中使用的习惯法,以判例法形式收归中央,早于欧洲其他国家完成了司法的中央

①② 何勤华主编:《澳大利亚法律发达史》,北京:法律出版社,2004年,第4—10页;第341页。

③ 何勤华主编:《英国法律发达史》,北京:法律出版社,1999年,第24—25页。

④ [英]丹尼斯·基南著:《英国法》(上册),陈宇等译,北京:法律出版社,2008年,第12—13页。

⑤ 林榕年主编:《外国法制史新编》,北京:群众出版社,1994年,第273页。

⑥ 冷霞著:《英国早期衡平法概论——以大法官法院为中心》,北京:商务印书馆,2010年,《序言》第3页。

⑦ [美]约翰·亨利·威格摩尔著:《世界法系概览》(下),何勤华等译,上海:上海人民出版社,2004年,第1054页。

集权制,形成了普通法,取得了与封建贵族博弈的胜利。^①这样所产生的法律英国印记特别明显。最后,英国人有崇尚规则的特殊性。英国人原为古斯堪的纳维亚人中的一部分,曾居住于法国,后又迁到英国的罗洛部落。这一部落的人特别崇尚规则。以后,英国人便形成遵奉法律的传统,出现了整个英格兰都沉溺于法律学习的情况。^②英国有了法治的传统。^③这就对法律追求公平、正义的目标,提出了较高要求。这些特殊性综合起来,便产生了特殊的英国法,复杂的英国法。

英美法系国家法律的复杂性使移植国家望而却步,它们宁可移植相对简单的大陆法系国家的法律,在本国施行,移植这一法律就出现了可以非强制性的移植方式。英美法系国家法律的移植就是另一种状况。英国人喜好输出自己的法律,将其输出到殖民地国家,还美其名曰可以身在英国领土而受惠于英国法并得到英国皇室的保护。^④但是,被移植国家又不愿意强制性移植,于是英国不得不采取强制性移植方式,在殖民地国家强行推行英国法。也正因为如此,只有在英国殖民地国家才会在整体上被移植英国法,否则,就不会移植英国法,也不会成为英美法系国家。英国的殖民地国家越多,英国法就扩散得越广,英美法系的影响力也就越大。可以得出这样的结论:不是英国殖民地国家不会愿意移植英国法,也不会成为英美法系国家;没有英国的殖民地国家,世界上也不会形成英美法系;殖民地国家对英美法系的形成具有决定性意义。另外,在非英国殖民地国家中受英、美入侵的区域也会移植一些英美法系国家的法律,如中国近代的香港、威海卫租借地与英、美租界等区域。但是,这只是部分区域而已,无法改变中国整体的大陆法系国家的性质。

(三) 大陆法系与英美法系国家的法律移植后的生命力都很强

被移植后大陆法系与英美法系国家的法律都有很强的生命力,不仅会生根,还会开花、结果,持续向前发展。无论是非强制性移植,还是强制性移植都是如此。日本、中国等国家非强制性移植了大陆法系国家法律以后,经过百余年时间,仍在继续使用。澳大利亚、印度等国家被强制性移植了英美法系国家法律以后,历经百年以上时间,也在继续运用。世界上还没有出现过一个国家移植了大陆法系或英美法系国家法律后,再放弃大陆法系或英美法系国家法律的情况;也没有出现过一个国家先移植大陆法系国家法律,后来放弃这一法系国家法律,转而移植英美法系或其他法系国家的法律的先例;同样,也没有产生过一个国家先移植英美法系国家法律,后来放弃这一法系国家法律,转而移植大陆法系或其他法系国家的法律的事例。这两个法系国家法律各自的生命力都很强,不分上下。

英美法系国家的法律依靠殖民地的存在而被强制性移植到殖民地国家,当这些国家脱离了殖民统治而独立、自主以后,虽经过徘徊,但最后的结局都是继续采用这一法系国家的法律,不是放弃它而选用其他法系国家的法律。美国曾经有过这样的争论。在独立战争期间,殖民地的美国人民存在的对英国殖民者的对立情绪,影响到法学界人士对英国法的态度,甚至还在有些州出现了禁止适用英国判例法而引进大陆法系成文法的情况。^⑤反对继续使用英国法的观点认为,与大陆法系国家的法律相比较,“英国法似乎是封建的、野蛮的和粗劣的。”因此,持这一观点者强烈要求,改用大陆法系国家的法律。主张继续使用英国法的观点则认为,英国法“保护人与生俱来的权利,是一笔足资珍贵的遗产;它虽然在乔治三世统治时期一度受到歪曲,但仍不失是一种富有生机的现实制度。”因此,持这一观点者就竭力要求,英国法可以继续被使用,而不放弃。争论的结果是主张继续使用英国法的观点占了上风,美国因此而没有退出英美国法系国家行列。“事后看来,普通法在当时没有什么可怕的。像英语一样,它并没有受到什么威胁。法院继续运作,照旧审它的案件。”^⑥其他英美法系国家或多或少地有过这样的经历,但最后的结局都与美国一样,继续采用英国法,留在英美法系国家之列。

大陆法系国家的法律虽源于日耳曼法、罗马法,但其最终形成于近代,法国民法典和德国民法典为

① 程汉大主编:《英国法制史》,济南:齐鲁书社,2001年,《前言》第1—2页。

②④ [美]约翰·亨利·威格摩尔著:《世界法系概览》(下),何勤华等译,上海:上海人民出版社,2004年,第901页;第937页。

③ 李红海:《普通法的历史解读——从梅特兰开始》,北京:清华大学出版社,2003年,第329页。

⑤ 何勤华主编:《美国法律发达史》,上海:上海人民出版社,1998年,第13页。

⑥ [美]劳伦斯·M.弗里德曼著:《美国法律史》,苏彦新等译,北京:中国社会科学出版社,2007年,第103页。

代表的法典都是近代社会的产物,其法律体系、主要原则、重要内容等都基本能适合近代社会发展的需求,甚至到了当代都是如此。英美法系国家的法律源于英国盎格鲁——撒克逊人的法律,封建成分较多,但是进入近代以后,英国进行自我调整,不断摒弃封建成分,也实现了近代化,同样能适应近代社会发展的需求。^①可见,这两大法系的法律能被世界许多国家所移植,富有生命力,是因为其具有深刻的社会历史原因,而非偶然。法律的传承性很强,一旦生存又被长时间适用以后,就具有相对独立性并有传承效应。被移植的大陆法系与英美法系国家的法律也是如此。它们被移植并在被移植国家生根、开花、结果以后,就会代代传承。这种被移植法律的精神、原则、制度与内容会深入人心,法律的施行也会融入人们生活,它们都会成为被移植国家生活的一部分而被固化,不易被改变。这种传承并不意味着法律内容的僵化,而是有一个不断本土化的过程。在这一过程中,一方面,大陆法系与英美法系国家法律的精神、体系、原则、制度大多被移植与接受;另一方面,被移植国家原有的规定与适合本国的新规定也会融入新法律,以实现被移植法律的本土化。在大陆法系国家中,中国民法中关于典卖的规定,日本民法中关于永小作制度等,都是本土化的表现,均为法、德等大陆法系国家法律中所没有。^②在英美法系国家中,尼日利亚民法中关于土著土地法的规定,加纳关于扶植土著政权的土著权限规定等,也同样是本土化的表现,均为英、美等英美法系国家法律中所没有。^③通过被移植国家法律的本土化,使大陆法系与英美法系国家法律能适应近代社会,还能适用于每个被移植国家,这两个法系国家的法律也就能传承下来,而没有被淘汰。不过,这也造成了以下的结果:在大陆法系与英美法系国家中,每个成员国家法律的具体内容都不尽相同,都有自己特殊一面;每个成员国家虽都具有特殊性,但都是这两个法系国家的成员,如同一个家庭成员中的兄弟姐妹一般,即既是成员又不完全相同;相同的只是“血缘”,那就是这两个法系各自的法律传统与基本特征。中国近代自大量移植大陆法系国家的法律以后,不仅使其本土化,也使其不断得到传承,走上一条大陆法系国家的道路,始终没有改辙易帜。那时,中国虽然贯彻三民主义,采用典卖等一些制度等,都明显具有中国特色,但仍没有改变其大陆法系国家的面貌。

结 语

近代世界主要的两大法系均对近代世界法律的发展产生过巨大影响,是许多国家选择移植法律的主要目标。由于英国法的复杂性和产生条件的特殊性,以致其只能在英国殖民地国家被移植。英国通过强力强制地移植自己的法律到其殖民地国家,再加上美国法的原因,逐渐形成了大量的英美法系国家。大陆法系国家的法律相对简单,可以强制性移植,也可以非强制性移植,其选择的余地较大。中国近代虽被英国入侵,也被迫签订过不平等条约,但在整体上并没有成为英国的殖民地国家,因此在移植外国近代法律时,选定了移植大陆法系国家的法律,而不是英美法系国家的法律。这是中国近代大量移植大陆法系国家法律并成为大陆法系国家的一个重要原因。如果近代中国成了英国的殖民地国家,那中国也逃脱不了被强制移植英国法的命运,理所当然地成为英美法系国家了。近代中国的香港、威海卫租借地和英、美租界等一些区域,虽然也曾移植过英美法系国家的法律,但这只是中国的部分区域,没能改变中国是大陆法系国家的属性。近代中国不是英国殖民地国家的重要原因在考察与研究中国近代法律移植乃至中国法制近代化中,不可或缺。否则,中国近代成为大陆法系国家的原因分析就不完整,明显留有缺憾了。中国今天的法制建设是整个中国法制历史的一个组成部分,也是这一历史的延续。要全面、深刻理解今天的法治,不能不认识与其相关的法制历史,其中亦包括中国法制近代化过程中法系的选择。这就需要正确、全面认识中国近代选择大陆法系的原因,不能偏颇,也不能缺漏。这既是对中国近代化的客观认识的需要,也可作为当今法制建设中进一步借鉴世界法制文明提供一个方面的依据与帮助,其意义不小。

(责任编辑 唐忠毛)

① 何勤华等著:《法律移植论》,北京:北京大学出版社,2008年,第59—60页。

② 何勤华等著:《日本法律发达史》,上海:上海人民出版社,1999年,第46页。

③ 何勤华等主编:《非洲法律发达史》,北京:法律出版社,2006年,第202、211页。