

# 論大陸法傳統\*

## ——及其與大陸、台灣和澳門法制的關係

米健\*\*

在澳門過渡期內，澳門法律本地化無疑是至關重要的一個環節，這已是澳門各界、各階層的共識。所謂澳門法律，簡單地講就是以葡萄牙法律制度為模式，以葡國的幾個主要法典法及有關制定法為主要法律淵源，屬於大陸法傳統的法律。現時澳門法律本地化之所以將葡萄牙五大法典的中譯作為一項基本工作，恰恰是取決於葡萄牙法律的這一特點。那麼，何謂大陸法傳統？它是如何產生和發展的？它具有哪些特徵？與此同時，由於澳門的將來與大陸、香港及台灣興衰悠關，故它與後者的法律之間有何關聯？弄清這些問題，我們才能把握現行澳門法律的背景情況，才能使我們在法律本地化的過程中避免盲目並爭取主動。

### (一) 大陸法傳統的形成與確立

#### 1. 什麼是大陸法傳統？

大陸法傳統或大陸法系(os sistemas continentais)，是指淵源於上古羅馬法(jus romanus 或 jus civili le)並以其法律制度為基礎演進發展而成的法律傳統。因其產生與發展及至後來的“繼受”都發生在歐洲大陸，所以人們習慣上把它叫做“大陸法系”。這一法律傳統的最初形式，即古代羅馬社會的市民法(jus civili le)，現今所謂民法傳統即由此而來；由於它與羅馬法有最久遠的歷史關係，而且至今還大體上以羅馬法的制度、體例以及諸多法律原則為模式，故又稱其為“羅馬法傳統”(tradições romanas)或“民法傳統”(the civili l law tradi tion)。

\*本文部份內容取材於作者與江平教授合著的《論民法傳統與當代中國法制》。

\*\*北京中國政法大學副教授、澳門法律翻譯辦公室法律專家

## 2. 大陸法傳統的形成

大陸法傳統或法系起源於二千五百多年以前的羅馬國家，但它真正形成是在中世紀日耳曼各部族繼受羅馬法之後，這種繼受的主要依據或基礎是公元六世紀時由東羅馬皇帝優士丁尼（Justinianus）主持編纂的《民法大全》（Corpus Jurs Civilis）。《民法大全》將自羅馬建國以後的諸多法律、敕令、裁判官告示及法學家解答等，在整理、斟酌的基礎上加以匯編，實際是對以往羅馬法發展的全面總結，是集羅馬法之大成，但同時也宣告了羅馬法發展的終結。不過，最為重要的是，通過這部法律大全，羅馬人給後世留下了天才創造的、豐富的法律文化遺產，它直接產生了一個現今世界上影響最為廣泛，繼受國家最多的大陸法傳統。

十一世紀以後，歐洲在經歷了中世紀早期的長期戰亂紛爭之後，各民族國家已相繼大體完成了封建化過程。新的社會生產關係形成，帶來了新的較為穩定的政治局面和新的較有生氣的經濟環境，從而使社會經濟相應地得到發展。於是，近代資本主義的萌芽，中世紀商業城市開始出現。這種新的歷史條件所造就新的社會生產關係和新的社會生活關係，要求一種與其相適應的新的社會行為規範制度，而古羅馬人創造的法律及其制度恰好可以滿足這種需求。於是，羅馬法的復興成為必然。

對羅馬法復興起了最重要作用的是當時業已在歐洲，主要是在意大利城市形成的文化中心。作為中世紀歐洲第一所大學，博倫納（Bologna）大學最早講授教習羅馬法，它以產生培育了注釋法學派而尤負盛名，一度成為當時研究羅馬法的學術中心，吸引了各國眾多的學子，從而對羅馬法在意大利和意大利以外的傳播作出了重要貢獻。時至十三世紀，注釋法學派的工作因阿庫修斯的《注釋大全》（Accursius, 1182-1260 / Glossa Ordinaria, 1250）而發展到了一個新的階段，即評論法學派興起。該學派不像注釋法學派那樣僅以詮釋古典羅馬法為主，而是力求把羅馬法的解釋適用於當時社會發展的需要。“其結果，是在歐洲恢復了法的意識、法的尊嚴、法在保障社會秩序，使社會得以進步方面的重要性。”<sup>1</sup>

在意大利域外的歐洲，最先成功地繼受羅馬法的是德意志民族國家，他們的繼受也是從博倫納開始。一般說來，德意志民族繼受羅馬法首先開始於大學的法律教育。他們有計劃地大量培養年輕的法律專家，而這些年輕人無不以羅馬法為必修之科。因為當時“在歐洲所有大學裏，任何法律教育的基礎都是羅馬法，輔之以教會法”<sup>2</sup>，這種情況一直延續到十九世紀。雖然十五世紀以前德意志法學教育以寺院法為主，但後者與羅馬法有密切關係。羅馬法事實上是學習寺院法的必要基礎。正是在此背景下，中世紀德意志民族國家於十六世紀首先完成了對羅馬法的繼受。而中世紀羅馬法的復興和德意志對羅馬法的繼受，又直接產生了“羅馬普通法”（jus comune），“這是歐洲學術界完成的不朽作品。”<sup>3</sup>同時也是大陸法傳統得以形成確立的實質基礎。如果沒有這種變古代為現代，融個別為一般，化局部為一統的羅馬普通法，這一法律傳統就無從談起。

1. 勒內·達維《當代世紀法律體系》漆竹生譯，上海譯文出版社，1984年版第25頁。

2. 同1注書，第41頁。

3. 同前注書，第43頁。

### 3. 大陸法傳統的確立

大陸法傳統在歐洲大陸上確立是以近代資本主義國家的法典編纂為標誌的，其中最主要的是1804年的《法國民法典》，此前雖有一系列民族國家的法典編纂出現，但都未產生過像這部民法典那樣深的影響。如十七世紀斯堪的那維亞國家的民法典，其影響僅限於本地區或本國。另外，十八世紀還產生了由普魯士弗里德利希二世和奧地利約瑟夫二世主持編纂的法典，其影響也較為有限。這些早期民族國家的法典均在很大程度上以羅馬法為基礎。《法國民法典》的出現，對民法傳統的確立起了一錘定音的作用。它將發源於羅馬法，形成於中世紀德意志民族和其他民族繼受羅馬法的過程中的法律傳統，劃時代地以近代社會生活的思想觀念和生活內容集大成於一典。從此，一個嚴格意義上的，自成體系的民法傳統最終得以確立。作為大陸法傳統中的典型代表，作為當時和後世其它國家編纂法典的重要模式，法國法典編纂在世界法律史上具有非常重要的意義。

作為近代史上第一部重要法典，《法國民法典》實際上是“法蘭西法”，即“普通習慣法”和羅馬法長期融合的產物。前者是混亂不成文的，而後者是成文且統一的。《法國民法典》在形式上完全奉羅馬法——優士丁尼的《法學階梯》（*Institutes Justiniani*）結構為模式。不僅如此，在許多內容和原則方面，《法國民法典》都取材於《法學階梯》。所以，《法國民法典》無論是就其歷史源流言，還是就其現實內容而言，都確實體現為羅馬法傳統，即民法傳統的繼續與發展。該法典頒行後近百年內，不僅成了歐洲各民族國家的立法典範，而且還為東歐、近東、中美洲和南美洲甚至北美某些地區所仿效，即使在德國和意大利，它也長期地發生著影響。時至今日，比利時、盧森堡和荷蘭的民法典還依然受這部法典支配。

### （二）大陸法傳統的鞏固與發展

如果說1804年的《法國民法典》標誌著“民法”式傳統的確立，那麼，1896年頒佈的《德國民法典》則標誌著這一傳統的鞏固與發展。換言之，沒有後者，大陸法傳統也已是客觀存在，但由於後者的出現，民法傳統又得到了發展改進，從而使得這一傳統又獲得了在新的歷史條件下存續的生命力。《德國民法典》的歷史功績，它高於《法國民法典》之處正在於此。進一步說，《德國民法典》對近現代法律文化的意義在於：德意志人又在以往歷史已奠定的基礎上頒佈了與羅馬法有血脈之緣的《德國民法典》。這部民法典的誕生將已由《法國民法典》確立的大陸法傳統予以發展並使之在制度與技術上，原則與思想上，形式與內容上達到了新的時代高度。

與《法國民法典》相比，《德國民法典》不僅獨具風格，而且還在形式，內容方面有很多不同。究其原因，主要是兩部法典所處的歷史時代頗不相同。通常情況，“一部民法典編纂的特點根本上是要由它所賴以產生的特定的歷史條件來決定。”<sup>4</sup>《德國民法典》比《法國民法典》差不多晚了一個世紀，而在這一段歷史

---

4. 見茨威格特 / 科約茨，《比較法總論》（*Zweigert / Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*），J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 圖賓根，1984，卷一，第168頁及以下。

時期內，歐洲較為先進的幾個資本主義國家醞釀並且實現了重大的歷史轉折。《法國民法典》頒行之時，正值大資產階級奪權不久，尚為自由資本主義蓬勃發展之際；而《德國民法典》，頒佈之時則是自由資本主義向壟斷資本主義過渡且已經接近或已基本完成。因此，反映在這部法典中的思想與規範遠非像前者那樣激昂進步，相反，明顯地冷靜保守。就此，當代德國法學家拉德布魯赫(Radbruch)的評價較為中肯：“《德國民法典》與其說是 20 世紀的序曲，毋寧說是 19 世紀的尾聲。”<sup>5</sup>或如齊特爾曼所言：它是：“一個歷史現實的審慎終結，而非一個新的未來的果敢開端。”<sup>6</sup>然而無論怎樣，它畢竟反映了《法國民法典》限於時代而不能反映的社會關係。另外，由於受學說匯纂派的深刻影響，它在語言、技術、概念和結構諸方面獨樹一幟。歷史已證明，《德國民法典》的頒佈又把民法傳統發揚光大。它對後來意大利、希臘、葡萄牙及亞洲的日本、中國清末民初的法典編纂乃至當代中國的法律都有著直接或間接的影響。

### (三)大陸法傳統的基本特徵

大陸法傳統既是世界法律發展史上的最重要的法律體系之一，而它在當代世界的社會生活中又產生著如此廣泛深刻的影響，那麼，我們何以判斷並評論它的歷史發展和現實存在呢？為此，我們首先要明確這一傳統據以區別於其它法律傳統或法系的基本特徵。德國法學者茨威格特和科約茨(Zweigert\Kötz)曾就法系的劃分提出了他們的標準或應予考慮的要素：(1)一個法律秩序的發源與演進；(2)其獨特的法律思維方式；(3)特定的、有代表性的法律制度；(4)法律淵源及其解釋的種類；(5)思想因素。<sup>7</sup>

法國法學家達維則簡單地認為：“羅馬法學研究的恢復是標誌羅馬日耳曼法系誕生的主要現象。屬於這個法系的國家就是歷史上其法學家與法律實際工作者使用羅馬法學家的分類、概念與推理方式的那些國家。”<sup>8</sup>他們的觀點各有獨到之處，但基本特點還是一致的。就全面性而言，前一種觀點似更有啟發。其實，作為一種法律體系，大陸法傳統的特徵是多方面的，舉其大端可見之於以下幾點：

第一，發源於羅馬法，與羅馬法有直接或間接的歷史文化淵源。

如前所述，大陸法傳統還直接取義於羅馬法，即羅馬“市民法”這一概念。西羅馬帝國滅亡後，日耳曼各部族也都自覺或不自覺地汲取著羅馬法；中世紀中期羅馬法的復興，直接產生了大陸法傳統賴以形成的羅馬普通法。近代世界的第一個民法典——《法國民法典》無論是在歷史上、思想上、法律制度、法典體例上乃至許多具體規定方面，都與羅馬法有著不可分割的聯系。而此後近百年頒行的《德國民法典》也同樣如此。當然，兩個法典對羅馬法的借用與倚重有很大不同。此外，因受法國法和德國法影響而納入羅馬法或民法傳統的諸近代民族國家法典編纂，應視為間接源於羅馬法。

5.同 4 注書第 169 頁。

6.Deutsche Juristenzeitung, 1900, 3。

7.前注《比較法總論》第 79 頁。

8.勒內·達維《當代世界法律體系》第 49 頁。

第二，以法典法為主要法律淵源，法規法輔之。

法典法是大陸法傳統的最基本特徵，也是它區別於普通法律傳統的重要所在。早在羅馬國家時代，法律編纂就是其整個法律制度的核心。公元前450年《十二表法》的制定，可謂“民法”最古老的法典編纂。羅馬古典法時期以後，在羅馬法和羅馬法學得到空前發展的基礎上，曾相繼出現幾部法典，即《格雷高利法典》(Codex Gregorianus, 295 A. D.) 《赫爾摩格尼法典》(Codex Hermogenianus, 324 A. D.) 和《狄奧多西法典》(Codex Theodosianus, 435 A. D.)。西羅馬帝國滅亡後，又有幾部日耳曼習慣法與羅馬成文法雜糅的法典編纂，如：《狄奧多利克敕令》(Edictum Theodorici, 約500 A. D.)、《西哥特羅馬法》(即《簡明阿拉利克法典》)《及勃墾地羅馬法》(Lex Romana Burgundionum, 約 517 A. D.)。此外當然還有最重要的《民法大全》。中世紀晚期，歐洲又出現了《現代法學匯纂實用》(Usus Modernus Pandectarum)。除此之外，中世紀歐洲各國差不多都曾進行過法典編纂的嘗試，且無不受羅馬法影響。西班牙卡斯提爾國王，阿方索十世時曾編纂《七章法》(Siete Partidas, Código de Las, 1265 A. D.)。大概稍後時期，葡萄牙也出現了敕令的編纂(見本文第六部分)。到了近代，以法典作為主要法律形式更成了大陸法傳統的規律。如法國、德國及瑞士、意大利、西班牙、荷蘭、比利時、盧森堡、葡萄牙等無不如此。

不過，將法典法作為大陸法傳統的基本法源，並不應該忽視該法律傳統中的其它法源。特別是近現代以來，法規法和判例發揮著愈來愈重要的作用。它們彌補了法典的不足，為適應社會發展而不斷開拓著新的法律領域，創建著新的法律原則，已成為大陸法傳統中不可缺少的重要組成部分，以致沒有它們，一個完整的法律制度就無從談起。

第三，以民法為其法律制度的核心。

大陸法傳統的法律制度或法律體系，差不多均奉“民法”為核心。當然，此處所言民法是指作為一個法律領域意義上的民法。所以如此，有其歷史和社會的原因。如前所述，從歷史上看，該法傳統源於羅馬法，而且直接取義於“市民法”。實際上，我們現今所談的羅馬法，一般係指以“市民法”籠統概括的私法。無論“市民法”也好，羅馬私法也好，它們所含的主要內容恰恰基本上相當於近現代的民法範疇。於是，以羅馬法為基礎發展而成的法律傳統以“民法”自我標榜就成了自然。在此，民法始終是其法學與法制的重要基礎，其他法律部門通常是隨著民法的發展而發展。從社會方面講，民法制度或民法範疇反映著最一般最普遍的生活勞動關係，是處於一定社會制度下而生活、勞動和進步的人們無時不涉及的行為規則。因而，說明一個社會或國家的法律制度首先要著眼於民法制度，這也是理所當然的。正因如此，當今世界上大多數法學家仍視民法為該傳統的真正核心。“在某些國家，它甚至具有準憲法的性質”<sup>9</sup>這也說明了為什麼許多比較法學者在研究近現代民法法系乃至其他法系時，都以民法典或民事法律為主要的考察對象。

第四，法律的進步倚重於法學

雖然各個法系中的法律發展都無一例外地受法學影響，但像大陸法系這樣特別地倚重於法學則是其它法系所不及的。在羅馬法時代，促成羅馬法迅速發展成熟的重要因素就是羅馬法學的發達。可以肯定地說，如果沒有羅馬法學，就不可能有存

9. 格倫頓等著，米健等譯《比較法律傳統》第48頁，美國西方出版公司，1982。

留後世，千載享譽的羅馬法律。在羅馬共和國中期中至古典羅馬法時期以前，雖然法官法，即裁判官告示(Edictum Praetorum)極大地豐富了羅馬法，但這種裁判官告示也是經常地以法學家的見解或諮詢為依據<sup>10</sup>。古典羅馬法的繁榮，實際上可以說是羅馬法學的繁榮。德國當代羅馬法學權威馬克斯·凱薩爾(Max Kaiser)寫道：“前古典和古曲時期的，亦即在此期間獲得決定性發展的羅馬私法，體現為法學家法。它的思想上的創作者，即精諳法律的人們，並不是脫離現實的學者，而是實際法律生活中的人們——即使不一定是司法組織——他們直接地從法律生活中創造著他們的科學並轉而又以其學識直接服務於法實踐。通過這種法律適用、法律改進和法律科學的完美結合，羅馬法的這種生活現實性成為可能。”<sup>11</sup>

十一世紀開始的羅馬法復興，也正是始於法學，最後又歸結於法學，注釋法學派和評論法學派莫不如此。十八、十九世紀德意志國家的學說匯纂學派在德意志的法律發展過程中，也起著至關重要的作用。以至於大陸法傳統確立之後直到今天，法學始終是該法律傳統的重要組成部分。在此，它與普通法有明顯的區別，後者主要是判例法或法官法。所以，一般地說，大陸法傳統中法學家地位要高於法官，普通法傳統中則是法官的地位高於法學家；在法律發展史上，大陸法傳統中的法學家往往名垂後世，而普通法中的法官往往倍享殊榮<sup>12</sup>。不過，在大陸法傳統內部，也有愈來愈多的人批評或貶黜法學的作用。德國學者基希曼(Kirschmann)曾有一篇著名的論文——《論作為科學的法學的無價值》，索性直言不諱地說，“只要立法者三句話，全部的有關藏書就可能成為廢紙”<sup>13</sup>但直至今日，法學在該法律傳統中的地位並未動搖和削弱。

#### (四) 大陸法傳統與近現代中國法制

##### 1. 傳統法律改制的背景

和葡萄牙法制歸屬大陸法傳統的原因不一樣，中國法制納入大陸法傳統只是本世紀初才實現的。在此之前，中國法律完全建立在自身歷史文化傳統的基礎上，是自成體系並獨具風格的中華法律傳統，與以西方歷史文化傳統為基礎的大陸法律傳統和英美法律傳統相去甚遠。然而，自十九世紀中期以後，中國閉關鎖國的政策徹底失敗，面對西方強國的軍事與經濟力量，腐敗無能的清政府一籌莫展，屢屢喪權侮國，招致朝野同聲譴責。其結果，迫使當時的中國政府很不情願地開始正視越來越多的對外經濟交往和政治交往，並意識到以往中國那種與世隔絕自成一統的國策及相應的法律制度，根本不能適應時代的需要。此外，當時國內各種社會矛盾也不斷尖銳化，直接動搖著清王朝的統治。在這種情況下，中國朝野有識之士都努力探求擺脫危局和救國救民之道。他們大都認為，中國的失敗皆因政制與法制的落後與不完善，故中國的出路只能是改革政制與法制。但是由於當時的社會條件尚不成

10. 參見《索穆羅馬法》Rudof Sohm Institutionen 第 102 頁，Duncker&Humboldt/1917。

11. 《羅馬私法》Max Kaiser, Das Röemische Privatsrecht, 第 12 頁及以下，C.H.Beck 1966。

12. 《比較法律傳統》第 81 頁及以下。

13. 引自拉德布魯赫《法學導論》(Radbruch, Einfuehrung in die Rechtsvergleichung), 第 102 頁，K.F.Köehler/1958。

熟，政制改革終於以革新派失敗而暫告結束，不過法制改革卻得以進行並基本完成。當時進行法制改革的取向，就是參照西方法制，尤其是以大陸法系的法制為模式來建立一個能適合現代社會生活和對外交往的中國法制。經清末政府、北洋政府和民國政府的不斷努力，本世紀三十年代初時終於大體完成了傳統中國法律改制的工作，先後草擬並頒佈了幾部法典的草案，從而為現代中國法律發展奠定了基礎且規定了方向。現代中國歷史雖然曲折多變、政制更迭，但這種法律發展的方向或模式卻始終沒有改變。

傳統中國法律之納入羅馬日耳曼法系或民法傳統，自清末立法開始，至民國初立法完成。它大致體現為既有法律制度漸漸脫離了中華法律傳統的局限，並且從各項制度、創制方式、結構體例及實施過程等方面基本具備了大陸法傳統的特徵，從而開始與當代世界各國法律制度取得調諧。

中國近現代立法是近現代中國面向世界的必然結果。其發生的契機乃閉關鎖國的失敗。有學者認為，“近代我國立法運動最初之起源，遠在中日戰爭之後，而盛於清之末際”<sup>14</sup>而實際立法活動“實始於日俄戰爭之後，當時所謂士大夫認定日本以蕞爾小國竟能戰勝大國，咸歸功於日本立憲之結果。深信專制國家必難圖強，於是‘頒佈憲法’、‘召集國會’已成為一般知識階級之願望。”<sup>15</sup>

不過，根據當時的歷史情況看，清末立法活動醞釀既久，實際活動乃正式開始於1902年，即日俄戰爭前兩年。光緒二十八年，清政府在當時兩江總督劉坤一和湖廣總督張之洞等開明官僚的奏請下，正式下詔議定修律<sup>16</sup>。清廷修律之詔既出，社會頗有響應。同年，光緒皇帝又發出敕諭：“現行通商交涉，事益繁多，著派沈家本、伍廷芳將一切現行律例，按照交涉情形，參酌各國法律，細心考訂妥為擬議。務期中外通行有裨治理，等因，欽此。”<sup>17</sup>

兩年以後，即光緒三十年四月一日，清廷正式設立法律修訂館。自此，現代中國的法律改制工作實際展開。主要內容是派員出國考察西洋法制；選派人才出國留學以學習西洋法律；調查和修訂現有律例；聘用外國法律人士協助起草法律文本。其中，日本的法學家發揮了重要作用。

## 2. 清末中國傳統法制改革的大致過程

傳統中國法律實為禮刑合一或民刑不分，所謂“出禮入刑”恰恰說明了禮刑兩者作為傳統中國社會行為規範的作用及其彼此之間的聯系。正所謂“禮”多形成於“經”；“刑”多形成於“律”。前者非法條，後者才是法條。故刑事、行政立法在中國有史可鑑，而民事、商事立法在中國則難以援例。事實上，清末立法後來見

14. 楊幼炯《近代中國立法史》，第1頁；台灣商務印書館1967。

15. 同14注書第3頁。

16. 詔曰：“惟是為治之道，尤貴因時制宜，今昔情勢不同，非參酌適中，不能推行盡善。況近來地利日興，商務日廣，如礦律、路律、商律等類，皆應妥議專條。著各出使大臣，查取各國通行律例，咨送外務部。並著責成袁世凱、劉坤一、張之洞，慎選熟悉中西律例者，保送數員來京，听候簡派，開館纂修，請旨審定頒行。總期切實平允，中外通行，用示通變宜民之至意”（《大清光緒實錄》卷486）。

17. 《大清光緒實錄》，卷498；又見沈家本《刪除律例內重法折》。

諸成就的，對當代中國法律發展影響較大的，也恰恰是其民事和商事立法。當時，民律草案的編纂是在“遴選館員分赴各省探訪民俗習慣，再依據調查情況參照各國之成例，斟酌各省報告之表”的情況下完成。宣統二年(1910)有了初稿，後又多次修訂並增加立法理由。宣統三年，民律草案最後正式定稿，此即後來所稱《大清民律草案》。這部民律草案大體上是仿德、瑞、日三國民法例。

由於晚清中國面臨的中西方衝突首先是直觀和客觀地表現在對外商業貿易方面，故早在制訂《大清民律草案》提到日程上之前，清廷就先已擬議商律了<sup>18</sup>。光緒二十九年(1903)，清王朝正式開始修訂商律。在商律制訂過程中，清政府與西方列強簽訂的一系列通商條例成了重要的立法參照。由於商律門類繁多，短期內難以完成，故先行制訂了商人通例 9 條及公司律 131 條奏進。《大清公司律》於同年完成並依旨奉行。但該律過於簡單，不能適應當時的社會需要，因而 1908 年又由日本人志田鉀太郎主持起草商律。由於這個緣故，商律草案多取於日本商法，而後者又完全取於德國商法<sup>19</sup>。因此，宣統元年(1909)完成的商律總則和商行兩篇印於世後，以“未適國情”而受到各地商會的普遍反對。在此之後，商會自行在各地進行調查，在此基礎上參照各國有關新法例，編成“商法調查案史”。調查案史上陳清廷後，復交由各地農工部予以修纂。最後，新“商律草案”公佈，但只有總則和公司律兩篇。清王朝末年修訂民律與商律的同時，刑律和訴訟法律也有修訂。日本學者岡田朝太郎主持起草的《大清刑律》於宣統二年(1910)完成，清廷旋即命刊印頒行<sup>20</sup>。訴訟法草案則先由伍庭芳起草，並於光緒三十二年提交清廷，但該草案當時未有民刑之分。故後又在日人小河滋次郎的幫助下重新起草，並也於宣統二年草就民事和刑事兩部訴訟法草案。這是現代中國史上的第一部訴訟法草案。

### 3. 清末中國法律改革的基本特點

清末完成的各項立法草案，基本是追隨了大陸法律體系國家的模式，民法、商法、刑法乃至訴訟法皆不例外。《大清民律草案》是以《德國民法典》為模式，同時還在內容、風格甚至思想和原則上都深受德國學說匯纂派的影響；與此同時，也在許多方面受到瑞士和日本民法的影響。正因如此，從法律文化的角度來講，直接由清末法律改制所產生的清末立法，在很大程度上脫離了本民族社會歷史與文化的基礎，以致有不可能完全實現於本民族社會的缺欠。就商律、票據法、海商法而言，它們皆出於日本人志田鉀太郎一人之手，且多以日本商法為參照。而如前所述，日本的商法實際上完全是以德國商法為藍本，這裏所表現的承繼關係，表明了以清末立法為基礎發展起來的現代中國法制，亦繼承了大陸法律體系的傳統。除了上述有關商法領域的法律之外，清末立法中還涉及並草擬了破產法、銀行法及輪船公司注冊給照章程。這些法律同樣也是以大陸法系法制為模式。

18. “中國古重邦交。有清盛時，諸國朝聘，皆與以禮。自海道大通而後，局勢乃一變。始自葡萄牙，荷蘭諸國，假一席之地，遷居貿易，來往粵東：英、法、美、德諸大國連袂偕來，鱗萃羽集，其意亦求通市而已。淚乎道光已亥，禁煙烽起，倉促受盟，於是英以香港，開五口通商。嗣後法蘭西、美利堅、瑞典、挪威相繼立約，斯巴尼亞(西班牙)、義大里、奧斯馬加、葡萄牙、比利時均援英、法之例，訂約通商，海疆自此多事矣。見《清史稿》卷 153，志 128，邦交一。

19. 日本首部商法典草案是由德人呂思樂(Hermann Rösler)起草的，完全是以德國商法為模式。

20. 參見潘維和《近代中國民法史》第 123 頁。

然而，清末立法幾將完成之時，卻正是清王朝覆滅之時，故大部分立法尚未得以公佈實施。可是，它究竟大體奠定了當代中國法律發展的方向。清朝覆亡後，北洋政府和國民政府時期立法工作正是在此基礎上進行的，因而可以說它們是清末立法改制的繼續與完成。就此而論，清末立法改制對中國法律制度發展的歷史貢獻是不可抹消的。

#### 4. 清末法制改革的繼續與發展

清朝覆滅，民國建立。由於當時各種政治力量的對比結果，造成了北洋政權的建立。袁世凱執政之後，即以“民國法律未經議定頒佈”之故，頒令准援用前清法律及新刑律，除非其與民國國體抵觸而應失效力。1912年1月3日，民國參議院議決：所有前清時規定之《刑律》、《刑事民事訴訟法草案》，以及先後頒佈之禁煙條例、國籍條例等，除與民主國體抵觸而應廢止外，其餘均准暫時適用。同時，由於民律草案在前清時並未宣佈，無從援用，故凡有關民事案件仍適用前清律中的有關規定。

1914年，北洋政府農商部依清末資政院未議決公佈的《大清商律草案》為藍本，參考全國商務總會提出的商法調查案改訂商法。當年元月公佈《公司條例》，三月公佈《商人通則》，兩者均於九月一日生效。由於未經正式立法程序，故不稱“律”，而稱之為“例”。此兩例編制上以日本商法為模式，內容多取自德國新商法。與此同時，北洋政府也開始制定票據法。至1918年，復設修訂法律館，置總裁、副總裁、總纂、纂修及調查員等。該機構的設置，繼續了因清王朝覆亡而中斷的立法工作。1921年，修訂法律館編修的《民事訴訟條例》公佈。次年，在法國人艾思卡拉（Escara）的參與下完成《票據法》等的第二次草案，後每年提出一稿草案，直至1925年第五稿票據法草案，該法始得議定。與此同時，新的民法典草案也完成並公佈，是為晚清以來中國第二次民法典草案。不過該草案並沒有最後付諸實施。但這次民法修訂及其他立法最後確定了當代中國法制的基礎體例與結構，亦大體上完成了傳統中國法制實現自我突破而向西方法律傳統過渡的改造過程。

1929年，國民政府在北洋政府民法起草的基礎上再次草擬民法，歷時三年完成，是所謂第三次民法典草案，亦即現行台灣民法典的原身。該草案更多地以德國、瑞士民法為參照，同時也略受蘇聯民法的影響。總則、物、債三編先行頒佈，親屬、繼承兩編到了1931年始得制訂頒行。至此，晚清以來歷時近30年的現代立法工作終告初步完成，它最終將中國傳統的法律制度經過改造納入了大陸法法律體系之中<sup>21</sup>。

21. 當代中國比較法學者，國民政府時期東吳大學法學院院長吳經熊曾就此談過自己的看法：“就新民法從第1條至第1225條仔細研究一遍，再和德意志和瑞士民法和債法逐條對照一下，倒有95%是有來歷的，不是照帳騰錄，便是改頭換面。”台灣學者梅仲協也指出：“現行民法採德國立法例者，十之六七，瑞士立法例者，十之三四，而法、日、蘇聯之成規，亦嘗擷居一二。”而台灣的另一學者王仲琦則更加直接了當地認為，我們立法上所採用的，全套是西洋最新法律制度“（《法學論集》中華學術與現代文化論叢，第294頁）。不管這些學者的觀點是否完全中肯妥當，都至少表明了一個客觀事實，即當代中國法制即使沒有脫離本身民族的歷史文化傳統，也不完全是傳統的自身法律制度。取其折衷而言，當代中國法制是以西方民法傳統法制為模式而加以完全改造了的法制。因而，在其基本結構體系或表現形式上，它無疑是西方化的法律制度。

## （五）中國大陸與台灣法制間的關係

自清王朝覆亡至今，現代中國（以中國大陸論）史以1949年為界分成兩個截然不同的歷史階段。1949年以前，即中華民國時期，其法律制度直接繼續著清末民初立法過程中所確立的法律制度與體系；而1949年以後，即中華人民共和國，其法律制度則是在廢除民國時期立法的基礎上建立發展的新法律制度<sup>22</sup>。但必須明確，這種對舊法統的“廢除”，實際並非意味當代中國法律發展進程完全中斷，亦非意味中華人民共和國要完全擯棄中華民國的所有立法；它只是標誌著當代中國的法律及法律制度，在以往的基礎上開始了一個全新的歷史階段。實質上，中華人民共和國對中華民國的法律及其制度予以“廢除”，只是對其法律政策及反映在法律中的某些政治思想的否定。至於那些建立在一般社會生活內容和悠久歷史文化傳統基礎之上的法律思想、傳統觀念及相應的規範原則，中華人民共和國都必然要加以繼承和發展，這是不以執政者的意志為轉移的社會歷史規律；不論這種繼承和發展採用什麼形式，不論統治者如何宣稱，這都是必然要發生的歷史事實。

總之，作為中國法律發展史上的兩個不同歷史時期，中華民國時期的立法與現今中華人民共和國的立法有著必然的歷史與文化聯系，它自然體現著當代中國法律發展的民族性和連續性。不過，1949年以後，中國的立法與法制長久地未能正常發展。八十年代以來，中國的法制已得到逐步健全和迅速發展。我們有理由相信，未來中國法律在社會管理中將起到愈來愈重要的作用。

應該指出的是，1949年前後的法律與法制所存在的承繼關係，不僅僅在於其歷史文化上的聯系，而且還確實體現在中國大陸法學家對台灣法律的學習與借鑑，換言之，台灣法律對中國大陸法律的影響是不可否認的。在七十、八十年代之交，大陸法學者對台灣法律的研究與借鑑，對推動當時中國法學界的思考和實際法制建設起到了直接或間接的重要作用。所以產生這種情況，主要決定於兩個原因：首先，台灣與大陸法律本身都是一個法律傳統的繼續，有著共同的歷史文化及民眾基礎，故相互產生影響是自然而然的；其次，當時中國大陸剛從長期的大動亂中開始恢復，法律秩序實際完全是在廢墟上面重建，法學在中斷了十幾年之後，幾乎是荒蕪一片，而當時的政治和經濟形勢又十分迫切地需要法制的健全和法學的發展。在這種情況下，出現了中國大陸單方面偏重研究台灣法律的現象。不過，隨著大陸法學的發展與深入，隨著大陸對外開放政策的廣泛實施，大陸法律界考察研究的重點已從偏重於台灣轉向了世界，中國大陸學習借鑑外國法律的視角已愈來愈廣闊。而且，台灣與大陸法律界的影響與交流已從單向逐漸成為雙向。事實上，現今中國大陸法律制度和台灣法律制度已愈來愈顯現出共同性；而海峽兩岸法學者之間的相互交流與影響已愈來愈頻繁廣泛。去年，台灣法律界代表團正式訪問大陸，使兩岸法學者能夠聚首交流，而其成功之處或社會意義，更絕不限於法學領域。最近，台灣又以大陸中青年法學者為主，合作編纂出版了系統介紹大陸法律的叢書。可以預見，海峽兩岸法學交流勢必會逐漸加強，其結果，必然會促進兩岸法制的逐步接近。而在法律體系上，中國大陸與台灣的法律制度，過去、現在和將來都將以同屬大陸法傳統為基本特點。

---

22. 1949年2月，中國共產黨中央委員會決定廢除國民黨六法，同年9月，該決議在全國政治協商會議上得到確認。

## (六)大陸法傳統與現今澳門的葡萄牙法制

作為由葡萄牙在海外管治的一個特別地區，澳門自十九世紀中期以後開始逐步施行葡萄牙法律。如今，無論從理論上或從實際情況看，澳門法律，其中當然包括民事法律，原則上都就是葡萄牙法律在澳門的延伸；澳門現行民法即以 1966 年的《葡萄牙民法典》為基本法源<sup>23</sup>。不過，應該指出的是，葡萄牙立法機關在向澳門延伸適用其立法時，並非總是完全不加變動，它也往往作一些保留或修訂；而澳門的立法機關根據本地區實際情況，也經常作些必要的修訂和補充，《民法典》亦不例外<sup>24</sup>。但不管怎樣，澳門民法即葡萄牙民法是明確的。

像歐洲大多數國家一樣，葡萄牙法制亦歸屬於大陸法傳統，這主要是由它的歷史文化傳統本身所決定。具體講，作為一個歐洲國家，它的西方文化傳統源遠流長，它一開始就循著西方文化傳統的方向發展，並且也以此為其本身固有的特徵。當近代啟蒙思想運動蓬勃展開之時，葡萄牙也深受其影響。當時，它同樣正處於自由資本主義迅速發展，即“市民經濟”擴張之時。與此相應，其民族國家的各種因素也迅速成長，故它也面臨把這種自由資本主義的生產與生活關係加以確立和規範的任務；以往那種零散破碎的習慣或法規已不能適應充分發展了的社會政治和經濟需要。於是將以往的法律或習慣匯纂統一並整理提煉就勢在必行。當然，葡萄牙法制之納入大陸法律傳統，完全不是像近現代中國那樣通過法律改制實現，而是一個歷史文化傳統較自然地演進結果。

十五世紀中期至十七世紀初期，葡萄牙先後有三部重要的法律匯編，即阿豐索(Alfonso, 1446)、馬努埃羅(Manuelinas, 1521)和菲力蒲(Filipinas, 1603)等敕令集(Ordenações)等。這些敕令匯編可以說是後來葡萄牙法典編纂的民族傳統基礎，同時也是葡萄牙法律的重要內容。但它們所受羅馬法的影響卻是很明顯的。此外，這一時期的葡萄牙法學也在很大程度上受到羅馬法學及法國法學的很大影響。當時的學者羅舍·潘尼茨(Rocha Peniz)在其《格式實踐》(《Pratica formularia》)中大量參考了《法國民法典》和當時法國知名民法學家多瑪(Domat)的著述。同時，法學家克萊亞·泰勒斯(Correia Telles)又編纂出版了他的《葡萄牙法學大全》(《Digesto Portuguez》, 1825)。但引用這些外國法典最多的學者是在葡萄牙法律史上佔有重要地位的著名法學家柯艾留·羅舍(Coelho da Rocha)，他的《葡萄牙民法原理》(《Instituições de Direito Civil Portuguez》, 1848)是十九世紀葡萄牙最全面、最有影響的著作，而他是深受法國法和德國法影響的。在此背景下，葡萄牙在編纂制定民法典時也就極為自然地接受了以法國代表的，法典化的，從羅馬法承繼而來的大陸法律傳統。

1822 年，葡萄牙的第一個法典——政治憲法產生，它是葡萄牙近現代法典編纂的基石和開端。1867 年，《葡萄牙民法典》頒行，它確定了葡萄牙法律歸入大陸法傳統大家族的形式基礎。當時，德國哲學與法學對葡萄牙影響日漸深入，尤其是學

---

23. 這部《葡萄牙民法典》在 1966 年和 1967 年分別由葡萄牙共和國的法令和澳門總督的訓令正式延伸到澳門施行。

24. 曾作過幾次較大的修改，其中 1976 年有關永佃權、婚姻及不動產租賃的修訂甚為重要。但其中有關廢除永佃權的法令並未正式延伸到澳門生效。

說匯纂派對葡萄牙法律界影響更大。1896年《德國民法典》（BGB）頒佈，它更進一步影響了葡萄牙法律界。1966年葡萄牙頒佈了新民法典。它是目前歐洲大陸法國家中最後頒佈的民法典，因而可廣泛借鑑以前法典編纂的成果，其中尤以借鑑和汲取德國、意大利法律為多。

## （七）澳門現行法制與大陸、台灣法制的關係

澳門現行法制與大陸、台灣法制的關係可通過這三個地區法制的共同點和不同點加以闡明。

### 1. 同屬大陸法傳統

如前所述，無論是中國大陸和台灣的法律制度，還是以葡萄牙法制及其主要法典為基礎的澳門現行法律制度，實際都可歸於大陸法傳統，也就是說，這三個地區的法律制度有著共同的基本特點。因而，中葡雙方在澳門過渡期法律本地化方面，在明確未來澳門法制走向方面，相對於香港來說就比較容易溝通和調整。中葡雙方所以將葡萄牙的幾個主要法典翻譯成中文作為過渡期法律工作的重要內容，正是因為大陸法傳統的基本特點就是以法典法為主要淵源，而評價澳門法律本地化工作，也因此有了一個較為直觀的尺度。這個形成於歷史的特殊條件，使澳門法律本地化或過渡期建設十分偶然地多了一個有利因素。

### 2. 有共同的民族歷史文化背景

從整體上看，無論是大陸還是台灣及澳門（當然也包括香港），都是中國人或以中國人為主的社會，故理論上講，這幾個地區的法律制度當然都應是以中華民族的歷史文化為背景。不過，這並不意味著要否認或拒絕來自一個異民族歷史文化傳統的法制。其實，這個接受異文化傳統法制的問題早已在清末民初中國法律的改制過程中解決了，現在已不應再作無謂的爭議。但是，一個來自異民族的法律制度，不可能一點不作調整就能完全用於接受該法律度的社會之中，這是已為世界法律發展史所證明了的經驗。所以，反映葡萄牙法律文化的澳門現行法制，終究要同澳門社會的主流文化相結合。

### 3. 各地區法制的相互影響

澳門雖然長久以來是獨立的自治體或社會，但它本身的特殊政治、經濟條件及現代社會生產與生活活動的特點，決定了它不可避免地要受所處區域內其它地區的政治、經濟和法律影響。毫無疑問，澳門與大陸、香港、台灣現在和將來都必然會休戚相關，互為影響。法制方面也不例外。就長久以來的事實看，香港法律實務對澳門法律實務的影響極為廣泛。此外，在家庭、婚姻及繼承等領域，澳門在相當時期裏是以台灣（中華民國）民法典的有關規定為參照。不過，自1979年中葡建交以後，尤其是《中葡聯合聲明》發表以來，澳門已轉為以中國大陸的法律為參照，但這只是就理論而言。近年來，隨著澳門與大陸、台灣、香港的商業和經濟交往不斷擴大和頻繁，這三個地區的商事法律愈來愈多地滲透和影響著澳門有關法律領域。

事實上，在商業、經濟與文化等的交往中，各方面的影響總是相互的，但由於政治或經濟等的實力不同，這種相互的影響常常是有所側重的。如一般情況下，澳門的法律多是單向地受到香港、大陸及台灣法律的影響。

#### 4. 社會制度的不同

大陸、澳門、香港和台灣雖同為一國之地，但由於歷史的原因，卻有不同的社會制度。這種客觀現實決定了這幾個地區之間必然有不同的法制。不過，總體上講，這種不同主要還是表現在公法領域中的個別問題，如憲法、行政法、刑法及部分訴訟法內容等；而私法領域的法律制度，如民法、商法等，大多還是共同的，尤其是後者。而且，將來按一國兩制原則在港澳台地區實行社會管理，法律方面的相互影響與逐步接近乃是必然的。當然，因社會制度不同而產生的法制上差異，將始終是一個客觀的存在。因為，我們不能否認，社會政治制度與法律制度有著密切關聯。不同的社會政治制度，必然體現為不同的法律制度；不同的政治觀念，會引出不同的法制觀念。這意味著，大陸與澳門之間的法制在某種程度上必定有差異。但也應看到，因意識形態的分歧和價值觀念，包括政治、法律、經濟及道德觀念等的差異而造成的隔膜和衝突，隨著人類之間更廣泛、深入的溝通，將會愈來愈少。出於人類的共同本性，國際社會今天比以往任何時候都能本著求同存異的原則尋求共同發展。所以，大陸與澳門之間的現行法制儘管不同，但終究可以本著以上認識尋求調整和完善。

### （八）澳門法制的未來

以上對大陸法傳統及其與大陸、台灣和澳門法制的關係作了闡述。由此，可對澳門法制的源流及其所處的區域宏觀法律環境有一大致了解。至於香港，由於它的法制屬英美法系，故雖然其法制與澳門法制有相當的關聯，仍另當別論。那麼，在上述區域法律環境下，未來澳門法制應是如何呢？

根據《中葡聯合聲明》和《澳門基本法》的精神和原則，未來澳門法制將是在一國兩制基礎上建立起來的，獨立於大陸的，特別行政區的法制。其體說，澳門法律制度的建設與發展應依據以下幾個原則：

#### 1. 應為本地區自身的法制

長期以來，作為葡萄牙管治的一個地區，澳門所實施的法律基本上是葡萄牙法律或是以葡萄牙法律為參照的葡式法律。就現今澳門法律的實際淵源看，其中大部分法律均是從葡國延伸而來。在這些法律中，從人類社會普遍的生活與行為規範著眼，無疑有許多可以適用於澳門社會。但是，由於這些法律的立法背景畢竟不是澳門，故也有一些不能適用於澳門的法律。此外還應明確，將來澳門法律既非中國大陸法制，亦非葡萄牙法制。它須是澳門本身——特別行政區的法律。具體說，將來澳門的立法背景應是澳門地區社會；所代表的民意應是大多數居民的意願，而所反映的歷史文化傳統應是糅合了葡萄牙文化的，中國人的歷史文化傳統。

## 2. 以現行法律制度為基礎

根據《澳門基本法》第8條規定，澳門在一九九九年成為中國的一個特別行政區後，現有的法律、法令、各類規章及其他規範性文件，在不與《基本法》抵觸的前提下，並經澳門特別行政區立法機構或其它有關機構的立法程序後，均予以保留。這表明，未來澳門特別行政區法律制度將以現行澳門法律為基礎。

不過，現行澳門法律作為未來澳門特別行政區法律制度的基礎，並不意味著現行法律將全部過渡成將來特區的法律。在此，有內容和程序上兩方面的限制：首先，在內容方面，必須是不與基本法抵觸，且能反映澳門社會的實際情況；在程序方面，必須經特別行政區的立法機關的立法程序，方能視為特區的法律正式生效實施。

## 3. 以大陸法律傳統為模式

如前所述，澳門現行法制是以大陸法傳統為模式的，這當然是葡萄牙法制在澳門長久實施的直接結果。可是，這一結果恰恰又與中國大陸和台灣現行法制相偶合。因此，未來澳門法制在一九九九年以後，就沒有什麼理由改變現行澳門法律的傳統特點。就是說，它仍應以制定法，其中主要是法典法為基本法律淵源。所以，幾個主要法典在澳門是有重要意義的。當然，如前所述，這並不意味著排除英美式的案例法創制。

## 4. 與鄰近區域的法制相配合

在現代世界上，任何一個國家或地區的政治、經濟及社會生活都不可能完全孤立地存在，法律制度自然要反映這種關聯，在澳門情況更不例外。因此，要想使澳門法制的社會效應更好，澳門就不能忽略本地區立法可能與鄰近地區法制發生的關聯。而且，將來澳門是一個有別於大陸地區的特別行政區，故在一些法律制度方面不可能與大陸一致。但在許多領域，大陸、澳門、台灣及香港之間都可以就同類法律作可能的調整，以避免不必要的區域法律衝突。如在婚姻、繼承、時效、商業票據，證券及公司法律方面，均有不少可以考慮作出調整的問題。