

民初北京法律現代化的衝擊與回應 ——評介 *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing law in Republican Beijing (1910s-1930s)*

葉茲覲*

書名：*Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing
Law in Republican Beijing (1910s-1930s)*

作者：Ng, Michael H. K. (吳海傑)

出版社：London: Routledge

出版日期：2014

頁數：xiv+174 頁

—

中國由傳統到現代之巨變，可溯及日俄戰爭時期（1904-1905）。值此變局，晚清統治集團基於時況衡量，認為將外國制度「納為己用」是確保領導權威的解方；然而，現實操作上，如何調和新、舊法律體制與價值觀，實為立法者的重要挑戰。民國建

* 國立臺灣師範大學歷史學系碩士生

立（1911），中國進入共和國體的制度架構，確立制度成為民初政治菁英的首要之務。法律乃確保制度暢行的關鍵，更是現代化國家用於穩定社會秩序、保障人民權利與義務的原理原則。因此，民初政治菁英的制度設計中亦可見法律現代化的推動。

2014年*Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing Law in Republican Beijing (1910s-1930s)*一書出版。有別於以往研究，作者大量使用尚未公開的司法檔案、GIS（Geographic Information System，地理資訊系統），分析律師、警察活動範圍的時間變化。本書使用北京市檔案館館藏的犯案檔、北京市律師協會會員檔案、警務預算及團隊規模檔、邊區警察所檔案等文獻，透過個案分析，梳理辦案過程的交涉、搜查與訴訟內容等法庭上辯論攻防資訊，研討民初北京市的司法現代化。

過往研究缺乏對具有傳統文化底蘊且作為政經中心城市的法律改革與司法實務運作之探究。¹故本書聚焦北京之目的有二：一為提供個案研究，分析北洋時期的司法實務現代化；二為分析市內法官、警察、律師、罪犯專家等專業人才與時俱進的思維與做法。²以下首先說明各章之問題意識與概要，其次分析其內容。

二

本書旨在探求二十世紀早期中國政局步入現代化之際，在法律移植過程中，司法實務界面臨新法「實踐（*practice*，指傳統法律的轉變實踐。意在表達舊法律在新法律施行下，融入其中的轉變；體現傳統的連續性。）」的挑戰時，³司法人士如何各司其職，排除新法不合民情之處與保守勢力阻撓，使古老的首都——北京得以適應現代化的司法系統運作。全書除〈前言〉與〈結

¹ Michael H.K. Ng, *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing law in Republican Beijing (1910s-1930s)* (London: Routledge, 2014), p. 114.

² Michael H.K. Ng, *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing law in Republican Beijing (1910s-1930s)*, pp. 4-6.

³ Michael H.K. Ng, *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing law in Republican Beijing (1910s-1930s)*, p. 5.

論〉外，共分五章，分述如下：

〈前言〉略述本書時空背景、旨趣、各章要旨，以及研究方法。清末，清廷為了取回領事裁判權與朝向現代化發展，權責沈家本（1840-1913）與伍廷芳（1842-1922）展開法律編撰與修訂，以與國際社會接軌；同時，為了培育人才，派遣留學生赴日本與西歐先進國家，學習法律學與政治學。隨後，民國建立，第一屆參、眾議院開議後，陸續制訂、修改法律案，以利國家建設及共和體制之運作；然而，無論是清末或民初，每當執政集團欲進行制度變更和法律革新之時，守舊勢力總以維護儒家禮治秩序為由加以挑戰。⁴此外，縱使制度設計完備、法律規範亦完善，政治菁英與第一線操作新法的專業人員對進步立法的意涵理解，仍有待時間適應。

作者闡明，本書旨在還原與釐清民初法律移植的實踐過程、說明執法者如何透過法律的融合，讓傳統法律達到轉變與延續。這一群專業人員即為本書書寫要角，⁵各章根據第一線執法者，包括法官、警察、律師、罪犯等4種人物的活動，及其於法律現代化進程中所面臨的實際運作上的考驗與調適等現象，進行分析比較。

首章與次章主述傳統司法實務運作的遞嬗過程，以及警察勤務的專業化。現代訴訟制度之建立，始於沈家本草擬之《刑事訴訟法》草案；其參考德、日法律，並考量本國國情，草創四級三審制。然新、舊法制之銜接，考驗前線司法人員的運用。外國法學知識的引入、《暫定新刑律》等新法之頒布，使民初法官的裁量手段增加。法官除了精進法學知識，俾使新法適用恰如其分之外；提升實物證據的法律效力，降低過往法官的自由心證及僅聽取單方的陳述。本章清楚呈現司法人員對於新、舊法的選擇緣由，以及激進汰除傳統法之風險。

⁴ 黃慶林，《清末守舊派研究》（北京：人民出版社，2018），頁66-90。

⁵ Michael H.K. Ng, *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing law in Republican Beijing (1910s-1930s)*, p. 5.

在負責協助司法辦案之警察方面。八國聯軍之役後，清朝在日、德二國協助下，成立具有現代規模的警察部門，為中國的警務現代化奠定基礎；民初承繼清朝規制，使警察除了維持坊間秩序、維護國人與外國人安全外，亦須負責醫療救助、關懷弱勢等非本職責之工作。在民初社會秩序尚未穩定的背景下，「警察」更被官方形塑為社會改革的楷模，具有活躍表現。尤其是駐防北京之部隊，不時被交付各式勤務，穿梭於巷弄，使得官方得以掌握民間動態。⁶

第三章與第四章轉入探討律師執業人數與活動區域的成長，及其面對之挑戰。中國律師的出現，起自清廷派遣留學生赴日，學習新的法學知識。其學成歸國，對民初之政界生態、法律變遷，產生極大的影響。但作者也指出，北京作為中國帝制時代晚期首都，社會生活型態緩進，肇因於缺乏前衛性之變革；而律師的出現也未為北京社會帶來質變。

作者透過 GIS，進行以 5 年為期的交叉分析、比對，指出律師執業區域逐漸從工商業發達區拓展至外圍，並且基於交通因素，開業地點多鄰近警察局。然律師的收入源自客戶的法律諮詢、開庭辯護等，但北京市民對訴訟新制度抱持陌生與疑慮。因此，對比於上海較為優越的就業環境，北京律師的收入參差不齊。⁷

法律借鑒必定蘊含他國之法律精神於其中，然而法律條文中延伸出之細膩犯罪案型，則有賴於中國政府透過學者研究、制度規範等配套措施建置。第五章敘述司法人員在中國立法現代化過程中，如何理解隨新法而生的各式犯罪類型。其理解直接影響司法程序的進行，為法律實踐之重要環節。

〈結論〉除了說明本書之問題意識與研究創新外，又以貢塔·托依布納（Gunther Teubner）的法律刺激說（legal irritants），解釋清末民初法律移植的過程中，法律實務者在外國文本影響下，

⁶ Michael H.K. Ng, *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing law in Republican Beijing (1910s-1930s)*, pp. 49-50.

⁷ 孫慧敏，《制度移植：民初上海的中國律師（1912-1937）》（臺北：中央研究院近代史研究所，2012），頁47-51、頁67-68。

如何透過與傳統判例結合，達到法律現代化之初步成就。另一方面，作者藉由比較分析，再次闡述北京與上海因受到外國文化影響深淺之差異，使得兩都市之法律實務運作發展朝截然不同的方向展開。民初政局紛擾不斷，但法律現代化未曾停歇，於第一線實務操作者努力下，審判書為立法者提供往後之修法參考依據。

三

民國肇建，政治菁英汲汲營營於各項建設與制度層面的現代化，國家富強為此一時期各界人士的共同期盼。以「共和」為名的新秩序如何落實於社會，法律秩序的構建為當務之急。然而，法律現代化的開展，其直接影響面，包括「國家—人民」之間的往來具制度規範、「官—民」之間的權力翻轉、剝奪感的產生、人民的權利與義務更加明確。基於此，分析菁英與知識分子各自對中國的想像的辯論，具有研究意義。

作者研究領域為十九世紀至二十世紀香港及中國法律現代化的變遷，擅長比較研究與精細解讀史料，並運用GIS、剖析制度，關切新、舊法制交替時期政治、社會局勢之脈動與統治集團之應對手段。作為作者近期的研究成果，本書表現出作者對長時段脈絡下，於區域法制變革衝撞整體秩序的觀察。

本書對於民國早期北京司法實務運作的「傳統—現代」變遷，展開深入淺出的分析，讓閱者能夠更清晰地認識：在舊制度遭棄如敝屣，而新制度尚未步上正軌之際，包含律師在內的司法從業人員如何以漸進、併用之方式理解與使用新法。以下擬從研究關懷、章節安排、研究方法、史料運用與論點分析等五個方向說明。

就研究關懷而言，清末民初的中國面臨政治制度改造的關鍵時刻，法律現代化為不容忽視的課題。本書要旨為探究民初北京的司法界菁英如何化解來自新制度的衝擊，並透過與傳統司法實務經驗的結合，發揮出中庸精神。作者指出，本書以移植者為撰寫主角，以其在第一線的試驗、觀察論述，說明他們達到盡善盡

美的努力。⁸

此外，與本書討論範圍相近的《制度移植：民初上海的中國律師（1912-1937）》（2012）、《時窮節乃現：千年變局與民國律師》（2016）二書，⁹則以「權力」視角切入，分析民初律師在瞬息萬變的政治情勢中，如何適應與表現自身的存在價值，提升與推進法制現代化。此二書著重政治層面、上層結構的研討，本書側重制度變遷、下層結構的實務經驗，不僅顯示出研究取徑轉向，亦凸顯中國法律現代化的討論具有多種角度的可能。

「衝擊—反應」說剖析帝制中國的現代化蛻變；¹⁰然領導階層基於內部秩序的維持，以及保有統治的合法性、正當性，政制革新遂成為保衛政權的首選。上述研究顯示縱使國體變換，掌權者對「集權」至死不渝的嚮往，仍是使共和秩序無法扎根、民主制度難以推動，乃至於現代化建設緩不濟急之主因。¹¹

本書涵蓋理論與實務，仍有五點可再商榷。原因如下：一、本書缺乏對 1916-1928 年間南北軍閥對峙時期，對於立法者之法典制定、翻修，以及實務經驗者的應對分析。二、除了確保權威與推動現代化制度，改善外交處境亦是民初中央政府進行法律現代化之因。民初政府企圖藉由建立現代法律以廢除治外法權並取回領事裁判權。據此，法律從業者於外交折衝之間的貢獻，實有討論之必要性。三、本書主要考察刑事法律。然而，民國成立後，商業法規亦為民初法治重要的一環。其以活絡經濟、追求國家進步為宗旨，隨著現實狀況改變而不斷推陳出新。是故，民初商業法規的實踐狀況，亦值得探討。四、本書並未提及第一線司法人員是否參與現代法規的立法，亦未論及立法過程中，立法者是否

⁸ Michael H.K. Ng, *Legal Transplantation in Early Twentieth-Century China: Practicing law in Republican Beijing (1910s-1930s)*, p. 6.

⁹ 參見程騫，《千年變局與民國律師：時窮節乃現》（臺北：時英出版社，2016）。

¹⁰ Ssü-yü Têng and John King, *Fairbank China's Response to the West: A Documentary Survey, 1839-1923* (Cambridge: Harvard University Press, 1954), pp. 3-5.

¹¹ 郭寶平、朱國斌，《探尋憲政之路：從現代化的視角檢討中國 20 世紀上半葉的憲政試驗》（濟南：山東人民出版社，2005），頁 37-81。

徵詢第一線司法人員的實務經驗，以作為制訂法律的參考。因此，我們難以確認民初司法實務操作經驗是否得以影響法律制定，實屬可惜。五、本書以律師篇幅為多，而法官與警察同有歷史性因素殘存，卻不見作者對帝制時代衙門人員的書寫，其對制度變革的反應與後續動向，是值得分析的議題。

就章節安排而言，首先，各章標題不離「practice（實踐）」，顯示作者重視司法人員的參與，並因此特別分析司法人員對於新制度的對應作法。其次，各章的論述手法不同，第一章是透過新、舊制度轉變的應變措施，展現司法人員依時調整的用心；次章則是藉由 GIS 的長時段分析、比較警察在帝制時期的工作內容，及其與憲兵勤務的重疊等方式，闡述民初警察之專業性尚未被凸顯，且須肩負具援助工作的為難；第三章及第四章是以 GIS 的應用、人民對律師與訟師接受度消長，以及工會的產生及其運作等比較研究，描寫律師如何透過「實踐」，增加社會的認同；第五章是透過案例說明，在西方科技、理論的借重下，警察能夠料敵於前，防止社會案件的發生與犯罪率的提升。

就研究方法而言，本書特色為運用 GIS，將史料的發展沿革，加以數據化、立體化，利於變遷因素的分析。於史料運用方面，本書活用未公開之北京市檔案館的文獻進行個案分析，填補北京法律現代化研究之不足，亦顯示出時人對現代化改革的積極態度；從判決書可知法官審理的多方考量及學理應用，顯示出其調和新舊法制之作為。

就論點分析而言，首先，作者點出法律現代化確實漸進落實於司法實務；但制度變遷與權力糾葛是競爭關係，立法者欲透過制度改造，獲得政治利益；菁英則是欲經由制度改革，將國家正常化。¹²然而，雖已指出立法者實有政治利益的考量，但本書並未提及在司法實務上，是否遭遇過政治力的介入；¹³也未論及立法過

¹² Shiping Tang, *A General Theory of Institutional Change* (London: Routledge, 2011), p. 66.

¹³ 《臨時約法》中已司法獨立的觀念；但在現實面，因國情、普設法院的財源問題，致使政治力可能介入司法系統，成為民初政局揮之不去的課題。歐陽正，

程中的權力競逐等制度變遷、法律現代化的面向。其次，作者利用法律刺激說，表現司法從業人員的務實態度。但未深入對修法歷程說明，以判斷推動現代化決心。最後，作者提及北京的司法實踐，相較於上海，是較延遲，並以律師執業為實例；然並未對法庭上之論辯，進行比較。司法制度經民初立法，由地方進行事實審；而書面證據、交互詰問等訴訟程序是否在兩都市均有落實，則有待商榷。

綜合以上，本書優點有三：一、透過長時段研究與 GIS 的運用，探討民初北京司法制度的實踐與社會的接受度。此一方式有利於對時間、空間之議題的研究。二、面對「傳統—現代」，作者以法律現代化詮釋民初北京司法、警務界調適新法及共和體制得宜，鞏固民國政府的共和秩序。三、作者運用多方史料為敘述依據，並援引豐富的研究成果。至於可議之處，歸納有三：一、本書缺乏探討內政、外交情勢影響下的司法人員實務操作。二、民初司法尚難完全獨立，然於本書未見政治力介入司法個案之情況。三、本書偏重刑事法規，忽略民事、商事法規案例的探討，缺乏社會對刑案審判結果之討論。然而本書雖有不足，整體而言已是本領域的重要成果。

（責任編輯：王亭方 校對：林晉葳）