

# 法律繼受與法律語言的轉換

## ——以晚清《大清新刑律》的立法為例

黃 源 盛\*

### 要 目

- |                      |                          |
|----------------------|--------------------------|
| 壹、序 說                | (三)概念空缺下的創制新詞            |
| 貳、透過日本嫁接歐陸法的搖籃期      | 肆、《大清新刑律》立法過程中官員對和製漢語的思辨 |
| 一、日本箕作麟祥的筆路藍縷        | 一、不中不西的和製漢語，晦澀難解         |
| 二、張之洞、梁啟超等先覺者的倡議     | 二、不反對和製漢語，但宜有所轉化         |
| 三、留日人士的戮力參與          | 三、襲用和製漢語，有失國體            |
| 參、《大清新刑律》中法律術語的新與舊   | 伍、異質法繼受下新式法律用語的兩點省思      |
| 一、傳統律典舊詞的窘境          | 一、檢視法律用語的基準與解釋的必要性       |
| 二、和製漢語的逆輸入           | 二、法律語言是長期社會變遷的適應過程       |
| 三、修律大臣沈家本對法律新詞的態度與策略 | 陸、結 語                    |
| (一)概念完全對應下的直譯        |                          |
| (二)解釋性的意譯            |                          |

DOI : 10.3966/102398202016060145004

\*

輔仁大學法律學系教授，中央研究院歷史語言研究所兼任研究員。

投稿日期：一〇三年二月十六日；接受刊登日期：一〇四年十二月十七日

責任校對：林綠貞

## 摘 要

晚清修律大臣沈家本（1840-1913）所領導下的中國法律近代化，本質上，是一場異質法的法律繼受工程，其中，法律語言的轉換問題是繼受外國法過程中不可或缺的重要環節。而法律繼受與法律語言的相互關係是個大課題，由於牽涉過廣，本文為了聚焦，乃限縮研究範圍，僅論及《大清新刑律》立法繼受過程中的法律用語，而不及學理繼受與裁判繼受。

要處理的是，清末為何選擇以日本作為繼受歐陸法的過渡津樑？修律團隊中的成員如何面對傳統中國律典舊詞與歐陸法新語的轉換抉擇？而具有法、德與日本影子的這部新式刑法典，在法律語言上具有甚麼樣的特徵？立法過程中曾遭遇哪些困難？施行後的效果如何？又異質法繼受下新式法律用語的得與失為何？凡此皆屬大哉問，希望透過這段繼受外國法中所遭遇的辛苦際遇，尋繹若干法文化上的歷史與時代意義，也盼能提供作為當代社會面臨相關問題時的借鏡。

**關鍵詞：**法律繼受、法律語言、大清新刑律、沈家本、岡田朝太郎

## 壹、序 說

法的繼受（die Rezeption, Reception）或稱「法的移植」（Transplant），它是一種由於與異文化交融的社會變容過程，是法文化轉換的特殊現象。以繼受歐陸法來說，其中最基礎、也是最核心的，恐怕要屬法律語言的轉換問題。當不同的文化交流時，必定會帶來新事物和新概念，交流之初，彼此陌生；接觸伊始，語言隔閡，自然構成知識相融的阻力。而語言是文化思想的載體，為了吸收新文化、體驗新生活，以創造新語彙的方式，作為理解對方文化的起點，是應然，也是實然。

走出傳統，邁向近代；跨越中國，進入世界。這是晚清政府為了撤廢領事裁判權，在外力相逼下所作出變法修律的無奈抉擇，也是立法政策的總體方針<sup>1</sup>。回顧清末自光緒二十八年以迄宣統三年（1902-1911）這十年的變法修律期間，以《欽定大清刑律》（俗稱：《大清新刑律》，本文以此名之。）的修訂最受關注，而該法的第一次草案是在日本修律顧問岡田朝太郎（1868-1936）的主導下具體擬訂而成，其內容及篇章體例，多仿自明治四十年（1907）的《改正日本刑法》。要問的是，清末為何選擇以日本作為繼受歐陸法的過渡津樑？修律團隊中的成員如何面對舊律與新法的語言轉換抉擇？而具有法、德與日本影子的這部新式刑法典，在法律語言上具有什麼樣的特徵？施行之後的實際效果又為何？

眾所周知，語言與社會、政治、法制、文化密不可分，法律溝通必須使用語言，語言文字又賦予法律以具體的內涵，因而語言自

---

<sup>1</sup> 晚清繼受外國法的動因，除了為撤廢領事裁判權外，另有歐日近代法典編纂的衝擊、傳統社會經濟結構的轉型、清廷救亡圖存的危機意識等多種原因，詳參黃源盛，晚清法制近代化的動因及其開展，載：法律繼受與近代中國法，頁47-65，2007年3月。

然就成為法律溝通的前提要件。從既有的文獻看來，在語言學與史學的領域，以語言為素材，透過關鍵字語、核心概念、概念群的形成與發展，來觀察不同時代的制度與思想的轉變，儼然成為一條重要的研究支線。而對於法學領域，在特定的時空背景下，法律語言作為法律規範、法律制度乃至法律思想運載的工具，且常形影相隨，遺憾的是，在這方面的研究成果仍屬有限。十八世紀英國的哲學家大衛·休謨（David Hume, 1711-1776）曾說：

法與法律制度是種純粹的語言形式，法的世界肇始於語言，法律是透過詞語訂立和公布的；法律行為和法律規範也都涉及言辭思考和公開的表述與辯論，法律語言和概念的運用、法律文本與事實相關的描述與詮釋、立法者與司法者基於法律文書的相互溝通、法律語境的判斷等，都離不開語言的分析。<sup>2</sup>

旨哉斯言！法律語言與法律文化幾乎同步發展，法的繼受與法律語言的轉換不祇是靜態的翻譯工作而已，而是極為活躍的文化移轉現象。為了深入瞭解法律繼受與法言法語之間的相互關係，也為了聚焦，本文將限縮研究範圍，側重在法史層面，僅擬論及立法繼受過程中的法律用語，而不及學理繼受或裁判繼受，主要以光緒三十三年（1907）的《刑律草案》初稿、宣統二年（1910）的《修正刑律草案》，以及宣統三年（1911）最後頒訂的《欽定大清刑律》為實證的觀察對象，探究新刑律用語的來源，並將它置於傳統中國律典的發展脈絡與中外法文化的交流平臺上，討論其詞語特徵，同時，對於「以日為師」所引發的詞語之爭詳加析述，希望透過這段

---

<sup>2</sup> 引自徐運漢，法律語言運用的有益探索——評《法律語言運用學》，法制日報，2004年3月18日。

繼受外國法中所遭遇的法律語言轉換困境，尋繹若干法文化上的歷史與時代意義。

## 貳、透過日本嫁接歐陸法的搖籃期

從法的發展歷程看，在清末中國法律近代化進程當中，最值得一提的，莫過於外國法典與法學文獻的編譯，清季譯書事業本堪稱繁盛，無論數量或內容成效均屬可觀。大體說來，光緒二十年（1894）甲午戰前，以譯泰西書籍為主，尤重英、法人才的培養，惟太過囿於富國強兵之策，所務率屬西洋格致及軍事、工業之學。綜觀當時的編譯事業，無論京師同文館或江南製造局，均側重於工藝、科技，鮮有涉及政治或法律者<sup>3</sup>。經甲午敗戰，創鉅痛深，船堅砲利政策顯已失靈，有識之士對時局多所感悟，乃轉以圖謀政教、社會制度的變革。在翻譯外國法律文獻與法典的選擇上，最主要的來源以日語為主，日語可說是其他外來語進入中文法律詞語的橋樑，許多法語的、德語的法律術語，大量透過日語的中轉而進入了漢語世界。因為比起英語、法語或德語來，將日語譯成中文要便巧許多，這或許就是為什麼清末法律變革，五大臣考察西歐回來以後轉而向東瀛取經的重要原因吧！

維新人士康有為（1858-1927）曾提出：「變法者須自制度、法律先為改定」。就在這種思維激盪下，譯書範圍終漸擴及法政、經濟、社會等領域，更因朝野欽羨明治維新的成就，譯書重心漸趨

---

<sup>3</sup> 京師同文館於光緒14年（1888）以前，譯書凡二十種，涉及西政者不及半。江南製造局自同治7年至光緒6年（1868-1880），譯書凡一四三部，只「國史等書」稍涉及西政，且未出版。詳參張玉法，清季的立憲團體，1971年5月，頁33。另參閱鄭鶴聲，八十年來官辦編譯事業之檢討，載：中國近代史論叢，第一籍第七冊（維新與保守），頁17-33，1956年12月。

於日本，以為「日本維新以後，以翻譯西書為汲汲，今其國人於泰西各種學問，皆貫串有得，頗得力於譯出和文之文書」<sup>4</sup>。京師同文館乃於光緒二十二年（1896）添設東文館；翌年，梁啟超（1873-1929）也創辦大同譯書局於上海，專以翻譯日本書籍為主，而輔以西文，且以政學為先，而次始及於藝學。據統計，單就西方法學法律的輸入，自一八六四年美國傳教士丁韋良（William A.P. Martin, 1827-1916）譯出《萬國公法》後，維新派的譯書機構相繼出版了十八部外國法律法學著作，及至一八九五年維新運動失敗，法律法學輸入驟增，民間譯局遍及各省<sup>5</sup>。

天下事，幾無憑空而降者，一事之成，必有前人所走過的痕跡，晚清的法律近代化，本質上是一種異質法的繼受，所遭遇的第一個難題，自是要如何面對語言轉換的挑戰。而凡事常須回頭看，在譯介外來法的過程中，有一批先知先行者，投入了他們的心力，轉動了法律語言與法律文化的巨輪<sup>6</sup>。

### 一、日本箕作麟祥的筆路藍縷

日本明治維新初期，由於受「王政復古」運動的影響，法律、司法制度也與國政一般有再復古的傾向<sup>7</sup>。以刑律言，曾三度折衷

---

<sup>4</sup> 1902年，奏請設立譯書院，張靜廬編，中國近代出版史料·初編，頁50，1953年10月。

<sup>5</sup> 參閱黃福慶，清末留日學生，頁147-158，1983年6月。

<sup>6</sup> 針對《大清新刑律》的法律語言轉換問題，有關本節中知識份子及留日人士的倡議與參與過程，凡有所引述，除另標有註解者外，絕大部分是筆者從第一手史料堆中爬梳而來。詳參同黃源盛，同註1，頁69-73。

<sup>7</sup> 參閱西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格——日本の近代化におよぼし外国法の影響、裏面からの考察」比較法学3卷1號51-94頁（1967年）。

於中西之間，惟因復古的結果，阻礙了近代化的進程。不數年，法律體制全部改以「歐化主義」（Western Principle）為立法導向。而維新政府既決定繼受歐陸近代法制，首先想到的是，非有充分技術條件加以配套不可，因為法的繼受，並非一朝一夕所能竟其功，在繼受過程中，當然要考慮導入外國法的能力以及立法技術等方面的相互配合。

就導入外國法的能力來說，當時日本政府所考慮繼受的對象，以法國法及英國法為主，終因英國法律體制，與日本傳統法制扞格難通，而法國團體法精神與立法體系，較之以判例法為主的英國法，的確較適合日本國人的法律生活感情。此外，英國的判例體例，實在也較不易以立法方式快速繼受。尤其，當時的法國，擁有五部先進的拿破崙法典，並被許多國家所仿效，一時獨領風騷，向來現實功利價值取向的日本乃毅然決定引進法國法體制。問題是：若要繼受外國法，翻譯能力、法學的理解力，乃至於本身法學教育的培育等條件，自非全力配合不可。

藉由翻譯而輸入外來的法律文明，對日本而言，並非新鮮事。自七世紀中期以降，即有大規模繼受傳統中國律令體制的經驗；及至明治時代，透過翻譯輸入西歐文明，以設置翻譯官的方式來付之實施的型態，可說是依循先前繼受傳統中國律令體制的翻版。以維新時期前後來說，借用漢字嘔心翻譯法律譯詞的學者如西周（1829-1897）、津田真道（1829-1903）、福澤諭吉（1835-1901）、箕作麟祥（1846-1897）<sup>8</sup>等人都有相當非凡的業績。其

<sup>8</sup> 西周曾在著作中提出了改革日本文字的主張，體現出順應時代潮流，勇於改革創新的鮮明語言觀。參閱劉小珊、徐臻，日本明治啓蒙思想家西周的語言文字觀考述，東南亞研究，1期，頁91-94，2010年。津田真道，曾從事日本《陸軍刑法》、《新律綱領》，以及《民法》的編纂工作，詳參大久保利謙編『津田真道研究と伝記』みすず書房（1997年）。福澤諭吉，日本明治時

中，箕作麟祥出身於蘭學世家，明治初年法學者，慶應三年（1867）隨德川慶喜之弟德川昭武視察巴黎萬國博覽會後，留學法國，精通英、法文，初任翻譯官，旋轉大學中博士，奉命翻譯「法國法典」，兼任司法院推事，又由博士轉任文部大學教授。明治四年，由大外史轉權大內史。九年，任司法大臣。十年，轉司法大書記官。十三年，轉元老院議官，任民法、商法及破產法編纂委員、法律取調委員會委員、法典調查會主審委員。由於箕作麟祥一生中最主要的功業在於翻譯法國諸部近代法典，而當中許多和製漢語的法律辭彙又反過來影響晚清中國的繼受歐陸法，因此，與本文的主題最相關聯，貢獻也最為突出，乃僅以箕作氏為例來做說明。

事實上，自明治二年（1869）起，維新政府即對法國法典翻譯具有高度的興趣，參議副島種臣（1828-1905）曾於該年命請對法文有頗深造詣的年輕法學者箕作麟祥著手翻譯法國刑法典，箕作氏於同年底即已完成。當時的司法卿江藤新平（1834-1874）審閱後，對箕作氏的印象極為深刻，也由於該法典本身具有高度的品質，使江藤氏急欲將法國民法典也儘速譯出，乃隨即催促箕作氏再翻譯民法典，並囑付儘快將其餘拿破崙法典一併完譯，江藤氏甚至指示箕作「盡速譯之，誤譯無妨」<sup>9</sup>。就在箕作氏日夜奮勉下，以

---

期著名的思想家，主張「脫亞論」，深刻影響了明治維新運動。參閱丸山真男著，區建英譯，福澤諭吉與日本近代化，1992年。箕作麟祥於明治21年，授法學博士，任司法次長，23年敕轉貴族院議員，29年任行政裁判所長官，30年病逝，得年51，有日本「法律元祖」之稱。參閱山中永之佑「箕作麟祥」潮見俊隆、利谷信義編『日本の法学者』日本評論社1-26頁（1974年）。另參閱大槻文彥『箕作麟祥君傳』丸善16-18頁（1983年）。吉井蒼生夫「西歐近代法の受容と箕作麟祥」神奈川大学人文学研究所編『『明六雜誌』とその周辺：西洋文化の受容・思想と言語』御茶の水書房（2004年）。

<sup>9</sup> 該句日文原為「誤譯も妨げず，唯速譯せよ」，足見江藤新平係當時主張繼

不到五年的歲月，在明治十年（1877）左右，陸續譯出法國民法、憲法、訴訟法、商法、治罪法，並被日本文部省公諸於世，完成此一艱巨使命。此事在日本語言學家大槻文彥（1847-1928）所著的《箕作麟祥君傳》中有這麼一段記載：

在他翻譯當時，法律科學尚未發達，箕作氏對之一無所知，其後，又無一本注釋的書或字典可供參考，更無一位法律專家可供其諮詢。對於法文上的某些章節，他確實難於瞭解，尤其許多法律觀念，在日本傳統上根本就不存在，更因沒有相當於法文的字彙，使他困惑萬分。他也曾向漢學者請教，也未能獲得相同的用詞，而毫無幫助。這迫使他不得不自己發明一些法律名詞，但仍有人以其非源於日本而予以排斥。一些名詞如權利與義務，他是自一本中國有關英文《萬國公法》之譯述中加以引用。幾乎所有的法律名詞，如動產、不動產、相殺（抵銷）、未必條件等都是箕作氏經過苦心的研究後而發明的。<sup>10</sup>

法律語言的翻譯不同於一般的生活用語，它涉及法學和語言學等專業領域，而法律規範的背後有制度，制度的背後有其思想在指導著；不同的法律制度與法律思想，其所使用的法律術語，相互有別，各成系統。為了能準確地對應法律概念及專門術語，譯者除了必須具有確實掌握原語言（source language）和目的語（object language）的語言能力之外，還需通曉不同的法律制度甚至法律思想。對於日本當時負責翻譯法典的箕作氏來說，在缺乏相關知識背

---

受法國法的激進派代表。參閱穗積陳重『法窓夜話』岩波書店35、206頁（1980年）。另參閱野田良之著，藍瀛芳譯，日本的繼受西洋法律，法學叢刊，32卷4期，頁123-142，1987年10月。

<sup>10</sup> 詳參大槻文彥，同註8，88-89頁。

景，沒有參考書籍也沒有辭典，又乏人可供請益的情境下，要精確理解外國法典的內容，本身即是一大考驗，更遑論要將內容逐一轉換為本國文字，這可說是一種「獨創式的異文化變容方法」，其艱辛可見一斑。

若從語言系統來看，法語屬於拉丁語系，而日語屬性究竟歸屬何者，說法不一<sup>11</sup>，因為二者語言的結構差異性頗大，這也阻礙了法典文字的閱讀與理解。由於這是異質法的繼受，難免造成法律語言的過度外來化，過多新奇難解的法律用語，伴隨而來的，是民眾對法律的疏離感。就這一點，晚清與日本的繼受外國法處境雖十分類同<sup>12</sup>，但相較之下，日本是從「洋文」轉換成「和文」，比起中國是從「和製漢語」轉成「純漢語」要來得困難許多。另一方面，中國與日本同屬「漢字文化圈」，由於中日之間的漢字血脈交流歷史悠遠，加上日本法典中的專門用語幾乎都使用漢字詞彙，相當程度地加速了清末新式刑典編纂過程；透過和製漢語的大量輸入，則是降低許多在法律繼受過程中所可能遭遇到的語言轉換困境。

## 二、張之洞、梁啟超等先覺者的倡議

要繼受外國法，須借助他山，這是時代趨勢所使然，而取法的對象該如何抉擇，這也頗費思量！清末重臣張之洞（1837-1909）

<sup>11</sup> 有關日語的語系屬性，有一說認為屬阿勒泰語系；有一說認為屬漢語系；另有一說係屬阿勒泰語系和漢藏語系混合的新語系，由於語言學非筆者專長，在此不擬論列。相關資訊可參閱家本太郎等人「『日本語＝タミル語同系説』を検証する——大野晋『日本語の起源 新版』をめぐって」日本研究13期245-248頁（1996年）。

<sup>12</sup> 詳參大久保泰甫「法の繼受と語言」林大、碧海純一編『法と日本語』有斐閣149-158頁（1987年）。另參閱福島正夫「明治初年における西欧法の繼受と日本の法及び法学」仁井田陸博士追悼論文集編集委員會『日本法とアジア——仁井田陸博士追悼論文集（第3卷）』勁草書房183-188頁（1970年）。

在一八九五年間曾發表一篇名為〈勸學篇〉的論著，其中，提出透過遊學日本、翻譯日書以學習西學的主張。在遊學方面，張氏以路近省費、語文相近、日人已刪節酌改西書不切要的部分，以及風俗近、易仿行等理由，認為在遊學國別的選擇上，東洋應先於西洋<sup>13</sup>。在譯書方面，由於日本已將各種重要的西學書籍譯出，是以，間接透過日譯本來譯介西書，不僅省力，而且快速<sup>14</sup>。

張氏這種以日本為媒介作為汲取西學快捷方式的想法，也延續到後來的〈江楚會奏變法三摺〉中。關於遊學一項，他再度重申，日本教法最善、文字較近、課程較速、盼望學生成就之心至為懇切。再者，相較於遊學歐洲各國，遊學日本不但可節省三分之二的經費，又可加速學程及往返的時間，所以極力主張選派「志定文通者」前往東瀛，待其學成後返國擔任教席，以助興學<sup>15</sup>。此外，日本的風土、文字，皆與中國相近，僑居日本的中國人眾多，便於遊歷者向其求助翻譯、諮詢。尤其，明治維新的法律近代化，較清廷早約三十年，彼邦曾派員仿效西法，於諸多事項皆已斟酌國情改易過，頗適宜於中國仿行<sup>16</sup>。

至於譯書一項，張氏認為，日本與中國風俗民情相近，且日文較易通曉，如針對刪訂酌改西書而成的日譯本進行「二手」翻譯，可達精要且快速的效果<sup>17</sup>。除了遊學和譯書外，張氏以日本文武學

<sup>13</sup> 參閱張之洞，勸學篇，載：中華民國開國五十年文獻·清廷改革與反動，第8冊〈遊學〉第二、〈廣譯〉第五，頁425-426、427-429，1969年11月。該篇當時廣為刊佈，風行海內外，被稱為「留學日本宣言書」。

<sup>14</sup> 參閱同前註，頁427-429。

<sup>15</sup> 參閱張之洞、劉坤一，江楚會奏變法三摺，載：近代中國史料叢刊續刊，第48輯，頁120，1960年8月。

<sup>16</sup> 參閱同前註，頁124。

<sup>17</sup> 參閱同前註，頁183。

校皆有速成科，教法可彈性調整，剋期畢業，建議由出使大臣李盛鐸（1859-1937），協同日本相關部會共同籌畫，以日本為典範，酌擬大、中、小學各種速成教法，以應急需<sup>18</sup>。光緒二十二年（1896），維新主角之一的梁啟超在〈變法通議〉「論譯書」一節中也說：

日本自維新以後，銳意西學，所譯彼中之書，要者略備，其本國新著之書，亦多可觀，今誠能習日文以譯日書，用力甚鮮，而獲益甚巨。計日文之易成，約有數端，音少一也，音皆中之所有，無荊棘扞格之音，二也；文法舒闊，三也；名物象事，多與中土相同，四也；漢文居十六七，五也。故黃君公度，謂可不學而能，苟能強記，半歲無不盡通者，以此視西文，抑又事半功倍也。<sup>19</sup>

或許，英雄所見略同，談及翻譯日語的易成，張、梁二氏所言前後呼應，觀點相當一致。而世間有些事，往往又偶然多於必然；其後，張之洞、劉坤一（1830-1902）與袁世凱（1859-1916）除了舉薦沈家本（1840-1913）與伍廷芳（1842-1922）出任修訂法律大臣外，關於修律該如何循序漸進，也提出類同的建議：

近來，日本法律學分門別類，考究亦精，而民法一門，最為西人所嘆服。該國係同文之邦，其法律博士，多有能讀我之會典律例者。且風土人情，與我相近，取資較易。亦可由出使日本大臣，訪求該國法律博士，取其專精民法、刑法者各

---

<sup>18</sup> 參閱苑書義、孫華峰、李秉新主編，張之洞全集，第2冊，頁1401，1998年8月。

<sup>19</sup> 引自梁啟超，變法通議·論譯，載：飲冰室合集，頁66-72，1989年3月。

一人，一併延聘來華，協同編譯。如此規模既立，則事有指規，人有稟承，辦理自易。<sup>20</sup>

遵此思路，就這樣，在後來的變法修律過程中，清廷所聘請的五大修律顧問，岡田朝太郎、松岡義正（1870-1939）、志田鈺太郎（1868-1951）、小河滋次郎（1861-1925）及岩井尊文等幾乎都來自日本，而彼等對於晚清中國的法律近代化確實也締造了不可磨滅的績效<sup>21</sup>。

### 三、留日人士的戮力參與

清廷變革法制的政策既定，乃於光緒二十八年決定先成立編纂法典的專門機構，經過多番籌備，於光緒三十年四月初一日（1904年5月15日）正式成立「修訂法律館」。觀乎當時修訂法律館所在的刑部，其成員當中，對於傳統中國律例造詣之深固不待言，然對於外國新的法律未必多能熟稔<sup>22</sup>，因此，須覓幫手入館協助，沈家本上奏譯書時說：

經臣等酌擬大概辦法，並遴選諳習中西律例司員分任纂輯，延聘東西各國精通法律之博士、律師以備顧問；復調取留學

<sup>20</sup> 引自袁世凱，會保熟悉中西律例人員沈家本等聽候簡用摺，載：袁世凱奏議，頁476，1987年5月。

<sup>21</sup> 參閱黃源盛，同註1，頁79-85。

<sup>22</sup> 成員有郎中齊普、松武、饒昌麟、武瀛、恩開、豐秀、武玉潤、張西園、羅維垣、戈炳琦、楊履晉、王廷銓、員外郎段書雲、曾鑿、魏聯奎、郭昭、連培型、史履晉，主事是許世英、蕭之葆、周紹昌等。參閱光緒29年11月，刑部，進呈讀例存疑請旨飭交律例館以備採擇摺。

外國卒業生從事翻譯，請撥專款以資辦公，刊刻關防以昭信守各等因，先後奏明在案。<sup>23</sup>

從上述奏摺看來，沈家本與伍廷芳在擬定修律辦法後，有關人才遴選的部分，對象包括：諳習中西律例的司員、東西各國精通法律的人士，以及留學外國的學生。不過，巧婦終難為無米之炊，為調員、譯書之事，也曾奏請撥款充用，難得的是，竟獲得清廷大力的支援<sup>24</sup>，而當時負責翻譯外國法典及法律文獻者，主要是留學外國的畢業生。對於這段往事，於清末變法修律期間無役不與的董康（1867-1974）說過：

清自五口通商以來，政府昧於國際情形，法權寢失，外人遂攘有領事裁判權；李文忠馬關訂約，深知其弊，即於約內，聲明政府修改法律，即收回領事裁判權。迨團匪亂後，兩宮回蹕。翌年，派沈家本、伍廷芳為修訂法律大臣，奏請將律例館更名修訂法律館，派提調等職，開始進行。並擇留學生章宗祥、陸宗輿、曹汝霖充纂修，美人林某充顧問。（董康亦以校對，濫廁其間。<sup>25</sup>

在董康的記憶裡，當時曾調入館中的留日學生有章宗祥（1879-1962）、陸宗輿（1876-1947），及曹汝霖（1877-1966）等

<sup>23</sup> 光緒31年3月20日，修訂法律大臣奏請變通現行律例內重法數端摺，參閱清憲政編查館編纂，大清法規大全〈法律部〉，卷3，〈變通舊律例二〉，頁1741，1972年。

<sup>24</sup> 「交戶部，本日，侍郎伍廷芳、沈家本奏〈參酌法律請撥款摺〉，奉旨戶部知道，欽此，相應傳知。貴部欽遵可也。」詳參中國第一歷史檔案館編，光緒朝上諭檔，第29冊，頁365，1996年。

<sup>25</sup> 引自董康，中國修訂法律之經過，載：中國法制史講演錄，頁157，出版年月不詳。

三人，延聘作為顧問的外國法律博士有美國人林樂知<sup>26</sup>，此外，董康本人也以「校對」身分參與其中。後來，章宗祥自己談到了這件事：

自起草至提議，幾經討論，易稿數次，費時近十年，余始終參與其事。<sup>27</sup>

章宗祥，字仲和，浙江吳興（今湖州）人，幼時進私塾及當地書院讀書，中過秀才，光緒二十五年（1899）赴日本留學，光緒二十九年（1903）獲得明治大學法學士學位<sup>28</sup>。曾翻譯日人井上馨（1836-1915）所著《各國國民公私權考》與岩崎昌等所著《國法學》。章氏返國後即進入京師大學堂擔任教席，不久，清廷授予進士，繼任法律館纂修官<sup>29</sup>。因緣際會下，與沈家本結識，進而加入修律團隊。十年的修律期間，始終參贊其間，深得沈家本的信任<sup>30</sup>。光緒三十一年（1905）曾與董康合譯《日本刑法》，交由修律館出版；同年，又與董康聯手纂擬大清的《刑律草案》，該部草案稿本，在時間上早於由岡田朝太郎所主導完成的《刑律草案》，屬於近代中國法史上第一部由國人自己主持研擬的刑法草案<sup>31</sup>。

<sup>26</sup> 董康文中，林某何許人也？據筆者初步查考，係指林樂知（Young John Allen, 1836-1907）譯，萬國公法要略，1903年。

<sup>27</sup> 參閱章宗祥，新刑律頒佈之經過，載：文史資料存稿選編，第1冊，頁34，2002年9月。

<sup>28</sup> 參閱呂順長，清末中日教育交流之研究，浙江大學中國古典文獻學博士論文，頁97，2007年1月。

<sup>29</sup> 光緒29年（1903）11月19日〈大學堂為撥款交章宗祥採辦書籍儀器事致駐日大臣諮（稿）〉，參閱北京大學、中國第一歷史檔案館編，京師大學堂檔案選編，頁210，2001年8月。

<sup>30</sup> 參閱章宗祥，同註27，頁35。

<sup>31</sup> 該草案試圖引進近代歐陸法系的刑事立法體例，捨棄以往律例合編、六曹分

至於董康，字授經，江蘇武進人。光緒二十四年（1898）戊戌科進士，歷任法律館提調、刑部主事、大理院候補推丞。光緒三十一年九月（1905年9月），時任刑部郎中的董康，與王守恂（1864-1936）、麥秩嚴（1864-1941）等人，受派到日本調查裁判監獄事宜。翌年閏四月間抵達東京後，在司法省特派參事官齊藤十一郎（1867-1920）、監獄局事務官小河滋次郎等人的導引下，參觀了日本的裁判所和監獄<sup>32</sup>。依當時在旁協助的刑部員外郎王儀通（1863-1961）事後回憶，董康在日本「出則就齊藤、小河、岡田諸學者研究法理，入則伏案編輯，心力專注，殆無片刻。」<sup>33</sup>如此用心用力，實在難得！順此因緣，董康利用出國考察機會，廣為吸納西方法學新知，收穫頗豐。歸國後一年，即被授以修訂法律館「提調」的職務，成為沈家本最得力的左右手，深受器重。章宗祥回憶他與董康共同編譯新刑律草案的過往：

董（康）自開館後，熱心進行，與余討論研究最切，除會議日外，董與余每日輒在館編譯草案，雖盛夏不事休息。館為鑿興衛舊址，房屋已陳腐失修，兩日，地面出水，潮氣逼人，兩人對坐，余口譯，董筆述，至今猶能憶及當時情狀。<sup>34</sup>

由於章宗祥具有多年留學日本的經驗，較具精準掌握日語的理

---

職的舊律格局，採取「總則」與「分則」並列的立法技術。惟目前只見「總則」部分，至於「分則」是否曾經草擬？完稿與否？其詳仍有待查考。參閱黃源盛，晚清民國刑法史料輯注，上冊，頁3-34，2010年7月。

<sup>32</sup> 參閱沈家本，調查日本裁判監獄情形摺，載：光緒朝東華錄，頁5412-5413，1958年12月。

<sup>33</sup> 參閱沈家本，同前註，頁128-129。

<sup>34</sup> 參閱章宗祥，同註27，頁35。

解能力，翻譯工作主要由章氏口譯；董康則舊學根柢厚實，擔任筆錄，遇有困難問題，相互切磋以求解，此情此景，為繼受外國法律奠下了開基的礎石。

此外，須一提者，清末引進日本法律最為全面的一部書籍是《新譯日本法規大全》，該書由南洋法學張元濟（1867-1959）、劉崇杰（1880-1956）等據明治三十四年（1901）內川義章所編《現行類聚法規大全》第二版翻譯而來，光緒三十年（1904）又據第五版做了補譯訂正<sup>35</sup>，於光緒三十三年（1907）付梓問世。全書按照行政官廳順序劃分為二十五類，收錄法律、法規、敕令、規章等近三千件，另附有《法規字解》，這是譯自日本法律書籍中最大的一部書，對於晚清的外國法律繼受影響極為深遠，尤其對清末民初法律術語的形成與發展發揮了莫大的作用。

### 參、《大清新刑律》中法律術語的新與舊

傳統中國法典的編纂形式，主要特色是諸法混同而以刑律為主，時至晚清變法修律，由於受到明治維新法律近代化成功的刺激與啟迪，清廷決意追隨其後，接著，一連串透過日本繼受歐陸法的活動於焉開展。主其事者修訂法律館從事翻譯各國法規、編纂新律，雖原構想刑法、民法、商法、刑事訴訟法、民事訴訟法、法院編制法等「六法」草案同時並進，事實上，終清之世，除宣統元年（1909）頒布的《法院編制法》外，其中經資政院完成議決程序而正式頒布者主要是宣統二年（1910）的《大清新刑律》，而該律的初稿是由修律顧問岡田朝太郎用日本語所草擬，從而日本刑典中

---

<sup>35</sup> 參閱錢恂、董鴻禕，新譯日本法規大全（法規字解），總序，頁1-2，2007年10月。

的法律用語也就大量反映在新式的刑法典上，使《大清新刑律》除了承接傳統律典的詞彙外，大量出現了和製漢語的身影。沈家本說過：

夫今日法律之名詞，其學說之最新者，大抵出於西方而譯自東國，亦既甄其精意，編為條文，不獨難以古義相繩，即今義亦未能悉合。<sup>36</sup>

的確，仔細比對晚清《大清新刑律》與《日本改正刑法》，其中，頗多相同的漢字詞。這些漢字詞，或原為傳統中國法典的詞彙，或為漢譯西書、日譯報刊的語詞，這些共同詞彙，承載著近代中國法制歷史的過去與當代。

### 一、傳統律典舊詞的窘境

揚棄兩千多年來以家族、倫理、義務為指導原則的傳統中國法，而引進以個人、自由、權利為本位的歐陸近代法，不祇是法律規範本身，就連法律制度與法理思想也大相逕庭；當然，傳統律典的專門術語也往往不敷所用，此時，必須另謀他途以對。

詳察《大清新刑律》的法律術語，可以發現，其中僅有少部分詞彙保留了舊律裡的語意，而以「同義語」的方式進入新的刑律當中。以「牙保」一詞為例，《大清新刑律》第三百七十五條第二項關於贓物罪的規定：

搬運、受寄、牙保或收買贓物者，處二等至四等有期徒刑。

在舊律中，「牙保」原指牙人和保人。牙人，指舊時市集貿易中以介紹買賣其他交易為業的人，俗稱「牙儈」，相當於現代的仲

---

<sup>36</sup> 引自沈家本，釋貸借，載：寄移文存，卷四，頁2153，1985年12月。

介人，俗稱「經紀人」，負責仲介買賣雙方的交易；「保人」則指擔任買賣人和牙人的保證人，見證雙方的買賣。「牙保」這個詞彙，在《大清律例》「收留迷失子女」、「典買田宅」、「阻壞鹽法」等條皆曾出現過<sup>37</sup>。例如〈戶律·戶役〉「收留迷失子女」條規定：

凡收留人家迷失子女，不送官司，而賣為奴婢者，杖一百、徒三年；為妻妾子孫者，杖九十、徒二年半。若得迷失奴婢而賣者，各減良人罪一等。……若買者及牙保知情，減犯人罪一等，追價入官。不知者，俱不坐，追價還主。

至於「贓物」一詞，於傳統中國刑律中有所謂的「六贓」之名，係指六種非法獲取公私財物犯罪類型的通稱。《唐律·名例》：「諸以贓入罪，正贓見在者，還官，主；已費用者，死及配流勿徵，餘皆徵之。」可見，「贓」是傳統中國律典的法律術語。

「牙保」與「贓物」等詞彙於《大清新刑律》法條中的語意原則上不變，這是「相同用語、相同意義」的一種型態。

此外，《大清新刑律》延續舊律而來的法律術語，其語意的變化乃伴隨著法律制度、法律思想的轉換而意涵亦變。以「法例」一詞來說，《大清新刑律》第一章以「法例」為名，本章係規定刑法之效力，如關於時之效力（第一條）、關於人及地之效力（第二條至第八條），及刑法總則對於此外罰則之效力（第九條）等，故曰「法例」，此與《晉律》以降之所謂「法例」語同而義異<sup>38</sup>。

<sup>37</sup> 詳參田濤、鄭秦點校，大清律例，〈戶律·戶役〉、〈戶律·田宅〉、〈戶律·課程〉，頁180-181、198、257，1999年9月。有關「牙保」此一法律用語，在臺灣一直延續使用，直到2014年6月，《中華民國刑法》第349條第1項，慮及該用語詞義難解，乃將「牙保」修訂為「媒介」。

<sup>38</sup> 按傳統舊律中之所謂「名例」，其淵源有三：一是戰國時（406 B.C.）李悝所

再以「刑名」一詞為例而言，從《唐律》以迄《大清律例》均列有「徒」刑一項，《唐律疏議》曰：「徒者，奴也，蓋奴辱之。」徒刑之制或源於周代，《周禮》云：「其奴男子入於罪隸，女子入於舂槁。」自周以降，歷代徒刑名目不一，變化較大。概而言之，歷代徒刑的實質，皆為在一定的期限內，對罪犯實行強制勞役，以唐制言，「凡應徒者，皆配居作。」而所謂「居作」，即帶刑服勞役<sup>39</sup>。《大清新刑律》改採近代西方的刑罰制度，廢除酷刑，確立主刑與從刑相結合的刑名體系。依新刑律第三十七條規定，主刑有五，分為死刑、徒刑（包括無期徒刑和有期徒刑）、拘役和罰金；從刑有二，為褫奪公權和沒收。其刑罰制度與清律不同。其中，刪除了流刑，將「徒刑」分為有期與無期兩種，屬於近代法學所稱之「自由刑」，即剝奪人身自由的刑罰，此亦屬詞同而義有別。

有趣的是，部分詞彙在舊律裡的語意，與新刑律詞同而意涵迥然不同，這是「相同用語、不同意義」的一種型態。例如「內亂」一詞，傳統中國素重禮教綱常，在《唐律疏議》與《大清律例》中，所謂「內亂」指的是親屬相姦的亂倫行為，包括姦小功以上親，如姦伯叔祖母、堂伯叔母、姑、姨、兄弟妻、堂姐妹等，強姦祖父、父之妾或與之通姦等紊亂禮義的脫序行為。而在《大清新刑律》中的「內亂」則指「國內的動亂」，乃相對於「外患」而言，

---

纂《法經》六篇之〈具法〉，此為「名例」篇之本原，秦、漢律皆沿之；二是晉分〈具律〉而設「刑名」、「法例」，此是以名、例篇名之肇始，南朝諸律及北朝後魏律皆沿之；三是《北齊律》，並「刑名」、「法例」而創之「名例」，此為〈名例篇〉之首見，隋、唐律皆沿襲之。參閱劉俊文，唐律疏議箋解，上冊，頁14，1996年6月。另參閱黃源盛，同註31，頁39。

<sup>39</sup> 參閱劉俊文，同前註，頁28-35。另參閱戴炎輝，唐律通論，頁187，2010年1月，修訂2版。

舉凡企圖使用暴力變更國權、國土、國憲，對於國家內政安全加予危害者，皆屬之。換句話說，新刑律中的「內亂罪」，約相當於舊律中的「謀反罪」。內政為國家政治的根本，傳統中國舊律，臣民若對於國家圖謀不軌，欲破壞國家內部的存在，乃屬「謀反」的行為，對此《唐律疏議》除了將它列為十惡之首，規定在〈名例篇〉外，具體的犯罪類型主要體現於〈賊盜律〉<sup>40</sup>，《大清律例》基本上延續了《唐律》的遺緒。

語言與社會變遷一脈相連，在世世代代的文化傳承中，某些詞彙被繼續沿用而意涵不變，某些詞彙雖續延用，而其內涵已異，更多的是固有詞彙逐漸被排除在新世代的語彙使用之外，出現了許多新異的詞語。這些非傳統律典上固有的詞彙，例如「主刑」、「從刑」、「累犯」、「著手」、「未遂犯」、「告訴權」、「猶豫行刑」、「時效」等詞，又是循何種途徑進入近代新式的刑法典中？很值得細細追索。

## 二、和製漢語的逆輸入

傳統中國法文化經過長期的積累與沉澱，到了公元六五一年的李唐刑律，繼往開來，燦然大備，逐漸趨於定型，而《唐律》也成為中華法系的成熟之作。古代中國的法律語言，歷經象形文字、大

---

<sup>40</sup> 《疏議》曰：「而有狡豎凶徒，謀危社稷，始興狂計，其事未行，將而必誅，即同真反。」《唐律疏義·名例》：「稱謀者，二人以上。若事已彰明，雖一人同二人之法。」《唐律疏議·賊盜》，「謀反大逆條」（總248條）：「諸謀反及大逆者，皆斬；父子年十六以上皆絞，十五以下及母女、妻妾、祖孫、兄弟、姊妹若部曲、資財、田宅並沒官，男夫年八十及篤疾、婦人年六十及廢疾者並免。伯叔父、兄弟之子皆流三千里，不限籍之同異。即雖謀反，詞理不能動眾，威力不足率人者，亦皆斬；父子、母女、妻妾並流三千里，資財不在沒限。」

小篆書、楷書等階段的發展，反映著各個不同歷史時程的立法和司法景象。唐朝可說是帝制中國的鼎盛時期，政治、經濟、文化發展蓬勃，該時代的法律語言，既承繼了以往的成果，又蘊生其自身的特色，成為傳統中國刑律法律語言的代表，進而影響了宋、元、明、清各代，也間接為東亞周邊的國家如日本、朝鮮、安南、琉球等所繼受<sup>41</sup>。

其中，受影響既深且鉅者，以日本為最，在明治維新以前，律令的制頒，一路跟隨中國。期間，自中古奈良朝至平安期，其法律文體是純為「漢文體」，及至北條（1185-1333）及足利（1338-1573）兩個時代，其法律文體為「漢字日本文時期」，到了德川時代（1603-1868）乃至明治維新之後，則為「漢字與假名混用的時代」，惟不論是哪一種文體的時期，法令的專門術語都離不開「漢字」<sup>42</sup>。及至明治維新初期，由於受到「王政復古」政策的搖擺影響，仍參酌《養老律》、《唐律》、《明律》、《御定書百箇條》，以及《肥後藩刑法草書》等，於一八六八年擬訂了《暫行刑律》（《仮刑律》）。

一八七〇年，維新政府又仿《清律》，制定了《新律綱領》，其後，為適應社會的變化和各種制度的改革，並彌補《新律綱領》的不足，於一八七三年另制頒了過渡性的法典——《改定律例》。觀其內容，依然是立基於《新律綱領》的基礎上，在形式面，雖首次參酌歐陸法典，採逐行逐條的立法方式，然在體裁、內容方面，仍屬傳統中國式的刑法典<sup>43</sup>。可以說，日本在變法修律初期所制頒

<sup>41</sup> 參閱楊鴻烈，中國法律在東亞各國之影響，頁37-62，1971年4月。

<sup>42</sup> 有關日本法律文體三個時期的沿革，詳參穗積陳重『法律進化論（第2冊）』岩波書店303-319頁（1927年）。

<sup>43</sup> 參閱山中永之佑編『日本近代法論』法律文化社115-118頁（1995年）。

的《新律綱領》和《改定律例》，同樣與傳統中國律典有著「欲離還纏」的關聯性<sup>44</sup>。因此，《唐律疏議》和《大清律例》中的法律用語在該兩部前近代的刑法典中仍處處可見其蹤跡。

不過，歷史的走向有時是相當吊詭的，明治初年，整個國政猶溫存於「王政復古」的情境之中，幾經辯論，終改採「脫亞入歐」政策路線，該主意拿定後，中日法律交流的情勢產生了大逆轉。維新政府決定繼受歐陸法<sup>45</sup>，於明治十三年（1880）公布，十五年（1882）開始施行的《舊刑法》，不論形式上與實質內容，幾乎完全脫胎於法國拿破崙刑法典，這是日本脫離中華法系，邁出繼受法國法的第一步<sup>46</sup>。

此時，日譯法律用語反過頭來影響中國法律的近代化。早在光緒十三年（1887）黃遵憲（1848-1905）的《日本國志·刑法志》部分就已直接套用了大量的日譯法學語詞，諸如起訴、保釋、訊問、處分、附加刑、未遂、公訴、自訴、檢察官司等<sup>47</sup>，如果說，黃氏是日本近代法在中國的第一位翻譯者，也是首位輸入日本法的中國人，應不為過。但是，由於在知識結構上，《刑法志》的翻譯尚未完全突破傳統律學的範疇，光靠這些法律語詞仍然不足以建構一個完整的現代法學體系之所需。經驗告訴我們，法學語彙的大規

---

<sup>44</sup> 參閱黃源盛，傳統中國法對日本刑事立法最後的影響，載：法律繼受與近代中國法，頁373-382，2007年3月。

<sup>45</sup> 參閱松尾章一「天皇制法秩序の形成過程におけるボアソナード」法学志林71卷2、3、4合併號144-158頁（1974年）。另參閱野田良之著，藍瀛芳譯，同註9，202-204頁。

<sup>46</sup> 參閱新井勉「舊刑法の編纂(一)(二)」法学論叢98卷1號54頁（1975年）、98卷4號98-110頁（1976年）。另參閱夏目文雄「近代日本刑事立法史の研究」愛知大學法經論集通號26119-163頁（1959年）。

<sup>47</sup> 參閱李貴連，20世紀初期的中國法學（上），載：二十世紀的中國法學，頁12-23，1998年。

模擴張，是與法學各個學科領域的開拓同步進展的；相對地，法學學科的開拓也離不開法律語彙的增長，二者相輔相成；由於缺乏其他法學學科的比較，也沒有現代法學思想的指導，當時國人對它的理解還無法超越傳統律學的範疇，這是時代的局限性，也是法學學術史上未能將黃遵憲的《刑法志》當作直接影響近代中國法學伊始的一個重要原因<sup>48</sup>；嚴格說來，他祇是日譯法律詞語在清末傳入中國的開端者，而真正對晚清法律繼受發揮最大影響力的高峰期，發生在一九〇二年的變法修律之後。

或許要問：日語翻譯成中文有那麼容易嗎？以刑法來說，不論日本的《舊刑法》或《改正日本刑法》，條文規範中有關專門術語幾乎都是用「漢字」表示，尤其許多罪名的複合結構名詞帶有片假名。當翻譯成中文時，通常是先將這些假名一概刪去，然後將這些名詞最前面的表示賓格的字詞後置，並保留原詞最前面的「罪」字位置不變，即告成之。例如「私印私書ヲ偽造スル罪」變為「偽造私印私書罪」、「信用ヲ害スル罪」變為「妨害信用罪」、「墳墓ヲ發掘スル罪」變為「發掘墳墓罪」、「身體ニ對スル罪」變為「對身體之罪」、「略取及ヒ誘拐ノ罪」變為「略誘及和誘罪」等。

由日本語轉換成漢語之所以如此取巧簡便，主要與明治維新後的刑事立法技術上採取「漢文體」有直接的關係。日本法學者穗積陳重（1856-1926）指出：

日本自明治維新以後的立法分刑法、憲法與民商法三種系統。這三種系統的文體各殊，用語有異。與憲法系統之莊重

---

<sup>48</sup> 參閱王健，溝通兩個世界的法律意義——晚清西方法的輸入與法律新詞初探，頁240-243，2001年10月。另參閱崔軍民，萌芽期的現代法律新詞研究，頁150-153，2011年4月。

森嚴、民商法系統之平易通俗不同，刑法系統採取漢文體。它以純用漢文之中古「律」為遠祖，並以維新後混以「假名」的漢文體的《暫行刑律》和《新律綱領》為現時刑事法之始祖，其特性遺傳於其以後的刑事法律。基於這種傳統的理由，當明治十三年發佈《刑法》之際，乃專設一名非法學專業的漢文大家來擔任法典編纂委員。<sup>49</sup>

作為變革傳統律令的起點，日本近代刑法典是在翻譯和仿照法國法的基礎上制定的。既然政治、社會、經濟、文化情勢已有變化，時勢所趨，新法不得不創造新詞以表達新的概念。據粗估，當時的刑法條文，漢字幾達三分之二以上，新詞雖仍借助固有的漢字複合而成，但這些互相連屬構成的新詞的意涵卻往往無法從原字的意思中推出。正因為如此，譯文當中隨處可見對法律新詞概念的解釋，從這個意義上說，日本近代刑法當中實已包含了許多被日語化了的新的法律概念。

前已提及，清末雖以德國法為繼受對象，但透過日本法作嫁接，刑律草案的擬訂，主要以《改正日本刑法》為藍本，而由日本修律顧問參與具體編纂的表述方式和措詞，自然而然地充斥著日本法律的專門用語。兩相對照下，二者共通法律術語，數量眾多，包括：本刑、不為罪、不法、內亂、主刑、從刑、懲處處分、褫奪公權、假出獄、未決、未遂、牙保、正犯、從犯、誣告、共犯、累犯、著手、旅券、特許證、免許證、過失、證人、贓物、權利、公證人、告訴權等。

如此看來，《大清新刑律》是直接仿自《改正日本刑法》而來，而《改正日本刑法》又是由日本《舊刑法》修訂而成；因此，大量和製漢語的專門名詞輸入了中國的刑法典內，從法律文化交流

---

<sup>49</sup> 參閱穗積陳重，同註42，337-339頁。

史的觀點，明治維新以前，傳統中國漢字法律文體「輸出」日本，而維新之後的日本刑法漢字體又反向「輸入」中國，這可說是一種「逆輸入」。但須一提者，這並不等於說，經此途徑而來的所有新式法律詞語一定就是日本人創制的，詳加檢點下，仍有部分詞彙是經由中國人轉化後而略有出入的，為了醒目，圖示如下：

《大清新刑律》歷次草案與《改正日本刑法》部分用詞對照表<sup>50</sup>

1907年 《日本改正刑法》	1907年 《刑律草案》	1910年 《修正刑律草案》	1911年 《欽定大清刑律》
假出獄	暫釋	暫釋	假釋
常習	常業	常業	常業
略取	略誘	略誘	略誘
橫領	侵佔	侵佔	侵佔
阿片煙	鴉片煙	鴉片煙	鴉片煙
瘖啞者	聾啞者	聾啞者	瘖啞人
株券	有價證券	有價證券	有價證券
藥種商	藥材商	藥材商	藥材商
執行猶豫	猶豫行刑	緩刑	緩刑
姦通	和姦	和姦	和姦
辯護人／辯護士	律師	律師	律師
懲役	徒刑	徒刑	徒刑
法例	法例	法例	法例
富籤	彩票	彩票	彩票
心神喪失	精神病	精神病	精神病
教唆犯	造意犯	造意犯	造意犯
免許狀	許可書	許可書	許可書

<sup>50</sup> 本表之製作，主要參考下列諸書：(1)高橋治俊、小谷二郎共編『松尾浩也增補解題，增補刑法沿革綜覽』信山社（1990年）。(2)日本，司法省藏版『法律語彙初稿』司法省（1883年）。(3)黃源盛，同註31。

1907年 《日本改正刑法》	1907年 《刑律草案》	1910年 《修正刑律草案》	1911年 《欽定大清刑律》
利子	利息	利息	利息
手形	票據	票據	票據
科料	罰金	罰金	罰金
營造物	營造物	營造物	建築物
言渡	宣告	宣告	宣告
時效	時效	時效	時效

### 三、修律大臣沈家本對法律新詞的態度與策略

世界上的語言種類繁多，差別甚大，而每一種語言又各自有其語音、語法和詞彙系統。任何兩種不同的語言之間，存在著語言的不對稱性，表現在詞彙上自然會造成概念表達上的不對應。至於在語言轉換的過程中，則會出現詞彙空缺的窘境。換句話說，儘管兩種語言各自擁有豐富的詞彙，但在互譯中卻無法做到完全對應，加上文化背景的差異，互無對應詞或語義不對應的現象本就難以避免。

沈家本身為清末修律的領航人，雖舊律、國學功底兩深厚，卻從未踏出國門一步，並不熟諳外語，在變法修律工程啟動之前，也從未修習過任何西方近代法學，起初對於歐西及日本法制的長短未必能確切了然於心，難能可貴的是，面對從傳統走向近代的新式立法，他始終抱持「舊學商量加邃密，新知培養轉深沉」的積極策進的態度，甚至倡言：

將欲明西法之宗旨，必研究西人之學，尤必編譯西人之書。<sup>51</sup>

<sup>51</sup> 參閱沈家本，沈寄篋先生遺書·甲編，卷六，〈政法類典序〉，下冊，頁984，1964年9月。

欲究各國之政治，必先考各國政治之書。非親見之，不能得其詳；非親見而精譯之，不能舉其要。<sup>52</sup>

沈氏尤秉持「參酌各國法律，首重翻譯」的理念，推崇日本明治維新時「君臣上下同心同德，發憤為雄，不惜財力以編譯西人之書，以研究西人之學」的務實精神。為此，積極延攬歐、美、日歸國留學生，並透過正式外交途徑，搜購各國最新法典及參考書籍，斟酌取捨，進行大規模法學、法律文獻的翻譯，這是修訂法律館開館以來一項相當重要的工程<sup>53</sup>。他也深知，翻譯為制定新律的基礎，故推動翻譯工作極為審慎。曾說：

譯書以法律為最難，語意之緩急輕重，紀述之詳略偏全，抉擇未精，舛訛立見。從前日本譯述西洋各國法律多尚意譯，後因訛誤，改歸直譯，中國名詞未定，遂譯更不易言。臣深慮失實，務令譯員力求信達。<sup>54</sup>

從語言學的角度看，在漢和兩種語言中，法律名詞的「對象意義」和「概念意義」之間，一般可能會出現下列幾種情形：完全對應、不完全對應、完全不對應，以及對應意義的詞彙空缺。針對不同的情況，處理方式也隨之有異。具體來說，可以採用直譯、意譯、解釋、造新詞等不同的應對方法，以實現對象意義和概念意義的對等轉換原則。換個說法，在意義和語言完全對應的情況下，採用直譯的方法即可，在非完全對應的情形下，宜採用意譯的替換方法；至於在詞彙空缺和完全不對應的情形下，則不妨採用自創新詞或解釋的方法等。分析如下：

<sup>52</sup> 參閱沈家本，同前註，〈新譯法規大全序〉，下冊，頁984。

<sup>53</sup> 參閱黃源盛，同註1，頁70。

<sup>54</sup> 參閱光緒33年5月18日，修訂法律大臣沈家本奏修訂法律情形並請歸併法部大理院會同辦理摺，參閱清末籌備立憲檔案史料，下冊，頁838，1979年7月。

### (一)概念完全對應下的直譯

古往今來，儘管存在著多種法系、文化習俗、思維方式等諸多差異，但在法律語言的世界中，對象意義和概念意義相等的語言表達方法仍屬不少，這種對等性可以輕易體現在法律的專業術語中，例如竊盜、強盜、放火、殺人、傷害、姦淫、賭博等概念。

### (二)解釋性的意譯

在概念意義不完全對應，或對應意義詞彙空缺的情況下，有時直譯雖然可以直觀地傳達原術語的含意，卻也容易造成理解上的困難，此時，就需要採用解釋性的意譯，以期形式意義與實質內容得以兼顧。換句話說，離開外來詞原有的語音形式，而用本國語的構詞素材，根據外來詞的意義或構詞結構另創一個新詞，以表示其概念。不過，這未必與翻譯的原文具有完全相同的概念，也未必可說，翻譯用語可將舊的傳統法觀念重新詮釋。例如：律師、動產、不動產、告訴、緩刑、拘留、拘役等。

### (三)概念空缺下的創制新詞

比較棘手的是，有些術語，在中文世界中原本是欠缺的，此時，可以在慎重的基礎上大膽創造新詞，譯出之後就也從無到有了，這是一項開拓性，也是一項高難度的挑戰工作。在翻譯某些存在詞彙空缺的法律用語時，倘能採用造新詞的方法，既可儘量轉達了原術語的本義，又引進了新的法律概念，也因此豐富了繼受國法律語言的詞彙。問題是，中外社會的文化生活實態是不同的，近代西方人與傳統中國人的表像、感情、行為規範本質上有極大的差異，此時，造語者對於原語理解的正確度就相當重要了。

從《大清新刑律》的整個立法過程看來，沈家本對於新式法律術語的引進極為慎重，認為「律法一字一句，皆有關係，不厭再四

推求」。例如「法律效力」一詞，沈家本特別簽注表示，希望酌改「效力」二字。其原因在於，他認為該詞「恐華人不能盡解，必致誤會。」法律之於社會，關係甚大，如法律術語字義不明，使人民徒增疑惑，對於法律有效的落實自有妨害。而沈氏也預言，在法律繼受的道路上出現衝突是極其自然的事，他在簽注中說過：

語太落邊則不能混括，太混括又無界限，定法之難如此。<sup>55</sup>

一句話，道盡了法律繼受過程中法律術語轉換是如此的艱辛。

清末繼受外國法，在引進所稱「時效」、「主刑」，及「感化教育」等歐陸式法律用語時，採取了「外來語」(loan word)的造詞方法，將日本刑法上的法律術語移入《大清新刑律》中，以直接借用的方式形成新術語。對於文字系統相同的語言來說，「借用」是解決無對應詞的有效因應方法，但由於漢語語言系統的特點在於「因形見義」，文字符號承載了語意內涵，因此，在移入外國新的法律制度及法律概念時，在不同文化語境下容易成為法律語言翻譯的障礙和困難。茲將《大清新刑律》歷次草案有關法律用語的來源圖示如下：

《大清新刑律》歷次草案法律用語的來源示意表<sup>56</sup>

法律用語來源	例 示
因襲傳統中國律典詞彙	法例、徒刑、自首、造意、誣告、故買、妻親、乘輿、車駕、制、御、蹕、牙保、贓物、篤疾、廢疾、故意、過失、宗親、外親、恩赦、賭博、姦非、略誘、俱發罪、共犯

<sup>55</sup> 轉引自孫家紅，光緒三十二年章董氏《刑律草案》(稿本)所附簽注之研究，華東政法大學學報，頁118，2010年7月。

<sup>56</sup> 《欽定大清刑律》(1911.1)，學界一般習稱《大清新刑律》。根據晚清修律顧問岡田朝太郎所言，《欽定大清刑律》的修訂，前後歷經六案，分別為：

法律用語來源	例 示
源自日本的和製漢語	本刑、不為罪、不法、主刑、懲役、附加刑、懲處處分、褫奪公權、未遂犯、正犯、從犯、累犯、旅券、特許證、免許證、公訴權、著手、猶豫行刑（1907年的《刑律草案》用語）、假出獄（1907年的《刑律草案》用語）、時效、動產、不動產、公署、連續犯、併合罪、加減例、行刑權、視能、聽能、語能、陰陽、精神病、有價證券、拘留、總則、分則、墮胎、權利、姦淫、猥褻、教唆、感化教育、責任能力、內亂罪、瘖啞、準禁治產、仲裁、公證人、處刑、自由、故意、投票
自創新用語	律師、緩刑（1910年的《修正刑律草案》及1911年的《欽定大清刑律》用語）、暫釋（1910年的《修正刑律草案》用語）、假釋（1911年的《欽定大清刑律》用語）、公文

第一案、光緒三十三年（1907）脫稿，由法律館具奏且公布者；第二案、為對於第一案，參酌中央及地方官廳之簽注，因有增損，而於宣統元年十二月二十三日（1910.2.2）具奏者；第三案、乃以第一案為基礎，於宣統二年由憲政編查館加以修正者；第四案、為宣統二年冬，由資政院法典股對於第三案加以修正者；第五案、雖經資政院三讀通過〈總則〉，而〈分則〉不及議畢，暫從第四案之〈分則〉而成者；第六案、為對於第五案，以宣統二年十二月二十五日（1911.1.25）之上諭裁可軍機大臣之修正案者。本文所言《刑律草案》、《修正刑律草案》與《欽定大清刑律》，即分別為岡田氏所指之第一案、第二案和第六案。另第三案、第四案、第五案，因尚未發現可靠之史料文本，暫從略。惟經查：第五案之內容，與第六案間，僅二條文和少數文字之差異，並刪去第六案後附「暫行章程」五條。本表之製作，參考高橋治俊、小谷二郎共編，同註50，1-71、1555-1593頁。另參考，黃源盛，同註31，頁3-360。至於本「《大清新刑律》歷次草案法律用語的來源示意表」當中「例示」一欄所舉出的名詞，未註明出處者，就表示在歷次草案中都使用，而註明出處者，即表示僅在該草案中使用，或者是該草案首次出現。

法律用語來源	例 示
	書、毀敗、酒亂、從刑、拘役、侵占、彩票、宣告

上述表列中，法律用語的來源第一種是「因襲傳統律典詞彙」，以「造意」一詞為例，此即傳統中國法律術語。據《晉書·刑法志》引張斐〈注律表〉：「唱首先言謂之造意」<sup>57</sup>。《唐律·名例》：「諸共犯罪者，以造意為首，隨從者減一等。若家人共犯，止坐尊長。」《疏議》解曰：「共犯罪者，謂二人以上共犯，以先造意者為首，餘並為從。家人共犯者，謂祖、父、伯、叔、子、孫、弟、姪共犯，唯同居尊長獨坐，卑幼無罪。」「造意」這個用語自唐以降的宋元明清諸律均加以沿襲，直迄清末《大清律例》。而《大清新刑律》於第三十條第一項規定：「教唆他人使之實施犯罪之行為者，為造意犯，依正犯之例處斷。」傳統刑律中「造意」的意義為「唱首先言」，即首謀之人；但在繼受歐陸法後的第一部刑法典，雖仍襲用同一用語，但已轉成當代「教唆犯」的意涵了。

再以上述表列中的第二種「源自日本的和製漢語」來說，例如「猶豫行刑」一詞，按泰西往昔裁判官權限度，不待律例之明文，凡犯人情節可恕者，一任裁判官酌定，暫緩其刑之執行，各國之例皆然，日本於明治三十八年（1905）的刑法將其名為「執行猶豫」。而稽諸傳統中國舊律，惟以死罪擬斬監候、絞監候，入於秋朝審辦理者，比較接近「猶豫執行」之義，至軍流以下則無之。清末於光緒三十三年（1907）的《刑律草案》引進此一用語，於第六十三條規定：「凡具備左列要件者，受四等以下有期徒刑之宣告

<sup>57</sup> 參閱《晉書》卷30，〈刑法志〉，載晉張斐，〈注律表〉。

時，自審判確定之日起，於五年以下、三年以上之期限內，宣告猶豫執行。」當時有人以為「猶豫執行」一詞欠妥適，經過一番爭論後，乃於宣統二年（1910）的《修正刑律草案》中第六十三條，自創新的用語，改為「緩刑」，而最終於宣統三年（1911）定案的《欽定大清刑律》中，仍用「緩刑」一語，即暫緩執行之義，於第六十三條中規定：「具有左列要件而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者，自審判確定之日起，得宣告緩刑五年以下、三年以上。」<sup>58</sup>該用語施行以來，歷經北京政府時期（1912-1928）及南京國民政府時期（1928-1949），直迄當今的臺灣學術與司法實務界，並無不良反應。

至於談到第三種「自創新用語」，以「律師」一詞為例，傳統中國，在曹魏時曾設置有所謂的「律博士」官名，指的是「大理」或「廷尉」的屬官，共四人，職責為教授刑法，遞相傳受，均以儒生兼習律學<sup>59</sup>。而在宗教界，則尊稱佛教中精通律藏、善解戒律的僧徒為「律師」。晚清引進外來法，對於新式訴訟體制下，受當事人委託或法院的指定，依法協助當事人進行訴訟或處理有關法律事務的專業人員，並不仿效日本的「辯護士」用語，而轉借「律師」一詞，沿用至今，民眾均習以為常。

<sup>58</sup> 實際上，《欽定大清刑律》的擬訂，前後歷經六案，詳參同註56。另詳參黃源盛，同註31，頁3-360。

<sup>59</sup> 沈家本曾說：「蓋自魏置律博士一官，下及唐宋，或隸大理、或隸國學，雖員額多寡不同，而國家既設此一途，士之講求法律者，亦視為當學之務，傳授不絕於世，迨元廢此官，而法學自此衰矣！」詳參沈家本，同註51，卷三，〈法學盛衰說〉，下冊，頁938。

## 肆、《大清新刑律》立法過程中官員對和製漢語的思辨

前面說過，晚清法律的繼受是一種典型的「異質法」變容過程，當時出現留學日本、廣譯日書的熱潮，近代日本創制的漢字新語，隨著翻譯書刊傳入中國，這些的新的語彙衝擊著、也活絡著傳統中國的語文世界。

論及法學專門用語的中譯，從語言風格上講，理想的境界是要平易近人、用字精簡、文義暢達，尤要避免冷僻複雜、晦澀難明，但這談何容易！實際上，外來語的移入，其排斥效應正如同人體器官移植有所謂的「拒斥現象」一般，面對日譯新名詞的入侵，清末的官吏與學者，一時間，拒斥者似乎遠多於迎受者<sup>60</sup>，這場舊詞與新語的論爭，同時，也延燒到當時的修訂法律館與京外各衙門之間。

光緒三十三年（1907），第一次大清《刑律草案》出爐後，交由憲政編查館考核，再由京城的各部堂官以及各地方督撫，針對草案內容表示意見，回報編查館。其後，中央各部與地方督撫立即針對草案內容，展開熱烈討論。翌年，五月初七日，大學士、管理學部事務大臣張之洞首先發難，除了嚴厲抨擊倫常禮教條款的存廢外，摺書中一句「因成書過速，大都據日本起草員所擬原文，故於中國情形不能適合。」<sup>61</sup>，隱約為雙方即將展開的一場舊詞與新語之爭埋下伏筆。隨後，地方各省督撫也陸續上奏簽注<sup>62</sup>，針對草案

<sup>60</sup> 參閱黃克武，新名詞之戰：清末嚴復譯語與和製漢語的競賽，中央研究院近代史研究所集刊，62期，頁4，2008年12月。

<sup>61</sup> 參閱〈學部原奏〉，引自高漢成主編，大清新刑律立法資料匯編，頁187，2013年10月。

<sup>62</sup> 參閱高漢成，簽注視野下的大清刑律草案研究，頁27，2007年2月。

中的用語問題，多所訾病。綜合彼等言論，大致可歸類為下列三種類型：

### 一、不中不西的和製漢語，晦澀難解

兩廣總督張人駿（1846-1927）上奏：

今草案悉仿東瀛，名詞新異，語復拗折，注釋亦不盡明晰。如所謂行為、結果、執行、身分、地位、著手之屬，皆中國衢巷俚俗之談；又如猶豫行刑、假出獄、提起公訴權、時效與夫精神疾病暨篤疾、廢疾之視能、聽能、語能、機能、陰鷲之類，幾令人閱而目眩，或莫之能解。<sup>63</sup>

張氏認為，制定法律的目的，所以範圍天下、約束臣民。律文內容應該使官吏、人民均能知曉，然後司法者乃無歧誤，奉法者知所遵守。如今的《刑律草案》，內容充斥著仿自日本法典的怪異名詞，即使是通日文、能翻譯，或具有法律專業的人，在看過草案後，也無法清楚草案文義，更遑論一般不通日文，未習法律的地方官吏、士人百姓。他進一步指出，更訂刑律的目的，在期與各國政治躋身於大同，今文詞專襲用日本名詞，實與歐西迥異，何如仍用「中文」而另備譯本之為愈。

延續先前張人駿所點出的問題，江西巡撫馮汝驥（？-1911），對於新擬《刑律草案》，雖肯定其為「集列國之成規，溯法系之沿革，論述大要以明其注意，推見至隱以抉其理由，纂訂之劬，用心良苦。」但同樣針對新刑律草案沿用日本名詞的問題，提出質疑。他認為，編纂新律時，對於所參酌的各國通例，應該將其

<sup>63</sup> 參閱光緒34年7月15日（1908年8月11日）〈兩廣總督張人駿奏請將刑律草案詳加更訂摺〉，參閱政治官報，第284號，頁5，1965年7月。

意涵融入草案，而非一味地襲用文字：「今草案多用日本文法，如本章之提起公訴、時效、罹精神病，與夫散見各條之猶豫行刑、假出獄暨篤疾、廢疾之視能、聽能、語能、機能之類，常人似未易明瞭。」<sup>64</sup>

在眾多的簽注中，大多認為，應該使用中國自己的語言文法，不宜全襲日本東洋文詞。貴州巡撫在簽注中提出：

名從主人，春秋之義，監於成憲。書傳所稱法律者，期民之易知，使難犯而易避也。茲編中國之法律，而用日本之名詞，不特文難行遠，抑且多生歧義，弊害潛滋。蓋此種名詞入於和文，則婦孺能解，以中語則者宿難明。宋仁宗有言：「官吏且不能曉，百姓安從知之。」<sup>65</sup>

其後，閩浙總督松濤（?-1911）也表達了類似觀點：

又如新律名詞，悉仿照於日本，按其文義，實拘折而難通。凡所謂精神病、視能、語能、聽能、機能、陰鷲等類，中國本有明白曉暢字義，何必襲取外國俚俗之文，致多費解，此例文詞尤宜更定也。<sup>66</sup>

仔細端視此等說法，批判較激烈者，主要集中在草案第二章中關於精神病、第十二章猶豫行刑、第十三章假出獄、第十五章時效、第十七章文例中有關於篤疾、廢疾的規定等。何以矛頭會指向此處？一言以蔽之，這幾個章節明顯使用了過多的日本和製漢語，而這些名詞的新異造成了理解上的困難，其中，言之較切者有如安徽巡撫馮煦（1842-1927）原奏：

<sup>64</sup> 參閱高漢成主編，同註61，頁205-206。

<sup>65</sup> 引自貴州巡撫簽注，高漢成主編，同註61，頁217。

<sup>66</sup> 引自閩浙總督原奏，高漢成主編，同註61，頁209-210。

蓋法律為詩書之補助，即刑罰亦係教育之一端。若條文詞義與本國文學或相背戾，解釋不易，奉行遂難。……若我國文字，一字一義，誠能考求字書，推闡文義，何求而不可得。即法律名詞，宜因者因，宜創者創，亦非難能之事也。若似中非中、似西非西之日本文法，斷不可略相摹仿，使其浸入我國。倘更編諸法典，恐舞文弄法之輩又將利用此等文法自便私圖，其流弊尤有不可勝言者。<sup>67</sup>

說到《大清新刑律》條文中所使用的詞彙，不宜全然採諸日本法典用語，就清帝國臣民而言，自是當然之理。問題是，有無其它更好的因應之道？其間，有巡撫建議：參酌日本法典時，對於日人翻自中國的漢字，應一字一義考求字書、推闡文義，有淵源考據的典雅之字，不妨採用，至於俯拾俗字而失其真義的笨聲之詞，則應予摒棄。因為，法律除了是社會行為的規範外，同時還擔負教育的功能，條文詞義應符合國家使用語言的方式，以利於解釋、施行<sup>68</sup>。

也有巡撫認為，面對日本法典的漢字詞，應該先考求字書、推敲字義，同時，考察社會中是否既存有語義相似的詞彙，比較二者對於概念的表達程度，或者沿用既有詞彙，或者勇於創造新名詞。關於法典編纂過程中詞語的選用，透過數個候選詞彙的分析、辨異、比較，復以使用方式、使用習慣，以及詞與詞之間相互關係的考察；尤其，要留意名詞解釋的必要性，因為各種專門學科，必然有其專用名詞，只要逐字記明條文中虛字、實字用法，詳細標注新法與舊律的對應關係，即可使新刑律智愚共曉、順利推行。進一步，還要對於法律術語及法條中字、詞的批注說明，要能夠有系統

<sup>67</sup> 引自安徽巡撫奏摺，高漢成主編，同註61，頁195。

<sup>68</sup> 光緒34年7月29日（1908年8月25日）〈開缺安徽巡撫馮煦奏刑律草案略陳大要數端摺〉，參閱政治官報，第298號，頁8，1965年7月。

地建立體系，避免陷於望文生義或難於索解的迷惑之境。

## 二、不反對和製漢語，但宜有所轉化

在眾聲喧嘩裡，有持折衷見解者，彼等並不反對襲用日本的法律名詞，但也認為草案文義還是太晦澀，江蘇巡撫陳啟泰（1847-1909）奏云：

現時法律雖不能不採取新說，以期便於交涉，亦不能不兼顧內政，使無越於禮防。本此旨以決從違，則施行自無所扞格。至於採用日本名詞，驟見之雖覺新異，細按之尚屬簡賅，惟語句艱澀，頗多費解，未必智愚共曉；雖中律亦有非注不明者，而草案實為尤甚，此非名詞稍新之足病，實文義太晦而難明也。<sup>69</sup>

以《刑律草案》第七十二條為例，江南、江蘇的兩江提刑按察使司簽注清單中呈說：

本條所列起訴時效中斷之辦法，亦係仿照各國律法規定。……以素習中律者視之不無詫為新異，並嫌其繁瑣。但推究理由，亦猶中國承審官展限之意耳，既有前定起訴權之時效，則此條關於裁判一面亦不可不有，自應照行。惟預審、公判、搜查各名目，應請再酌為聲注理由，俾閱者共曉，並免裁判官藉詞延宕。<sup>70</sup>

事實上，大多數的簽注雖反對直接襲用日本法律用語，但並非一概盲目反對國家間語言文化的交流，而是主張在使用日本名詞文法時應該有所選擇和轉化，例如安徽巡撫即奏曰：

<sup>69</sup> 引自江蘇巡撫奏摺，高漢成主編，同註61，頁201。

<sup>70</sup> 引自兩江簽注清單，高漢成主編，同註61，頁302。

至於名詞文法，似宜精益求精，不宜專採諸日本。日本人以西書之名詞翻我國之漢字，有淵源故書而確有考據者，有俯拾俗字而失其真義者。我國修訂法律，取捨之間應有權衡，典雅之字不妨相仍，桀驁之詞概宜摒而不錄。<sup>71</sup>

此等說法，立論尚屬平允，可說是持折衷見解。

### 三、襲用和製漢語，有失國體

比較值得注意的是，有人無限上綱，把新名詞的輸入提升到「有失國體」的高度，認為使用外國法律詞語會傷及民族語言的純潔性，甚至會損及國家的尊嚴。貴州巡撫簽注舉日本為例：

日本變法之始，採用德、法兩國法律並聘外人代訂草案。今考日本六法全書均係東文，不參西語。蓋恐數典忘祖，後將見譏通人。我國因彼成規，何可不加考察？……國無論中外，莫不各有國文，亦莫不用全力為之保守。若全襲他人名詞，是代他人擴張其勢力，凡我人民遂不知不覺盡從他人之文教，而國體之盡失，不忍言矣。所關非細，安可忽諸！<sup>72</sup>

三法司之一的都察院，號稱「風憲衙門」，是法紀監督機關，也上奏：

參用洋律仍宜以中文達之，不必襲用外洋文法也。列邦之保存國粹不遺餘力，日令朝鮮習學日語，德在膠州設立德文大學，人不惜以全力擴張其國文、國語之勢力。我獨於明刑弼教之大典，拋棄國文而效法東洋，不但外人所竊笑，即反而自思亦於心不安、於理不順。夫中國之文，平正通達，盡人

<sup>71</sup> 引自安徽巡撫奏摺，高漢成主編，同註61，頁195。

<sup>72</sup> 引自貴州巡撫奏摺，高漢成主編，同註61，頁217。

能解。今草案文義多晦澀難解之處，若懸為禁令，不惟鄉愚不能領會，即素習中文者亦苦於索解之難。萬一引用之時或致誤會，則所繫更非淺顯。擬請飭令該大臣等於參用洋律之處，亦以中文達之，不必捨明白易曉之詞，故作騫澀難解之語也。<sup>73</sup>

綜覽上述意見，反對新刑律用語的人士，其實是「有心」的顧慮，並非無的放矢，也並非一句頑固、保守就可以輕輕帶過。不過，要思索的是，在襲用日本法律內容的同時，是否也要大部分襲用其專用術語？如果真有其必要，是否真的會嚴重到國體盡失乃至尊嚴淪喪？

以「假出獄」一詞的來源為例，「假出獄」與前述中的「猶豫行刑」相同，既非傳統中國律典中固有的詞彙，也未曾於古代漢籍中出現，同屬於「和製漢語」之列，而仔細查閱日本《舊刑法》與《日本改正刑法》的內容，均設有「假出獄」制度的專章。晚清修訂法律館在仿效日本法典編纂新刑律草案的同時，直接由日本法典借用了該詞彙，至於日本刑法典內何以會新造「假出獄」一詞來承載該制度的概念？這是有跡可循的，自隋唐以降，日本漢字文化與傳統中國就具有深厚的淵源。揆諸漢、唐時期，「假」字除有「不真」的語意外，還蘊含有「暫時」的意思。例如「假王」指「暫署之王」<sup>74</sup>，「假令」指「暫時代理縣令」<sup>75</sup>。在中日文化交流的過程中，「假」字漂洋過海，進入了日語系統，成為日本語的詞彙；

<sup>73</sup> 引自督察院奏摺，高漢成主編，同註61，頁208-209。

<sup>74</sup> 參閱史記·陳涉世家：「乃以吳叔為假王。」又〈淮陰侯傳〉：「不為假王以鎮之，其勢不定。」

<sup>75</sup> 參閱（唐）柳宗元柳先生集〈送薛存義之任序〉：「存義假令零陵二年矣。」

歷經時代的淬煉後，「假」字在日本，仍維持傳統，保有「暫時」的語意成分。是以，當日本於近代因繼受歐陸法，編纂新式刑法典之際，該詞彙也順理成章地成為日本人用以表達「暫行」概念的用語。

反觀中國，「假」字所具有「暫時」的語意內涵，在漢語詞彙系統的演變過程，至有清一代，或弱化、或消失，致使各地督撫見到這個詞彙時，難以理解，進而引起廣泛的議論與批判。不解的是，在一九一〇年的《修正草案》中，曾試圖將其改為「暫釋」，如此用語，言簡意賅，何以在一九一一年最後定稿的《欽定大清刑律》終仍名為「假釋」，箇中原因，尚待探索。

## 伍、異質法繼受下新式法律用語的兩點省思

世界上各種語系雖各自發源甚早，但至今仍未完全定型，它往往隨著政治、經濟、社會、文化、法制的向前推進，不斷會為既有的語言系統帶來活力，而產生新的詞彙，我們可以從這些詞彙中發現時代的印記。自清末繼受西方法開始，近代歐陸法系的法律術語包裹著西方特有的法律概念，進入了清末民初乃至當今的臺灣社會，這些原本非傳統中國既有的法律新詞，在與舊有詞彙相遇下，究竟碰撞出甚麼樣的火花？

### 一、檢視法律用語的基準與解釋的必要性

考諸「術語」一詞，源於拉丁語terminus，有「界限」、「邊界」的意思，指專業知識或專門活動領域中，為了準確表達抽象的專業概念或指稱具體的專門事物而建構的詞彙單位，通常為「詞」

或「片語」<sup>76</sup>。簡單說，所謂「術語」，即各個學科領域的專門用語，在專業範圍內表示相對單一或相對確定的專門概念。一般說來，法律語言之所以欠缺親和力，莫過於晦澀的專門術語和複雜的句法結構。而法律語句是由法律詞彙所組成，法律抽象的思維即理念，其核心部分，主要是以「術語」的形式存在，在現實生活裡，「法律術語」對於理解各項法律規章制度，扮演著重要的關鍵角色。

既然立法時專門術語的使用無法避免，而法律術語被用來表達一定的概念，最終的目的是要解決法律問題，因此，法律用語的適當與否，最後也會影響其解釋法律問題的功能<sup>77</sup>。必須面對的是，世間人，紛爭無數，而律條有限，倘欲以有限的法條，規範無窮的人事，勢必力有未逮。而考察中外古今法制歷史，凡是採「法典本位」的國家或社會，法律的條文，時而曖昧難明、時而概括抽象、甚至有所缺漏，這是無可避免的現實，而刑法上的用語，對於所要陳述的意思內容表達的清楚與否，當然會影響到用語作為理解工具的效益，此時，必須要靠法律闡釋才能明其真義。

換個說法，要將事物客觀化，必須立文字以申其意。而文字所代表的意義，往往變成概念上的意義，與被代表的那個本來意義，無法求其完全相同。除非「不立文字」，要立文字以成「法」，這是千古的難題；難怪，在前述中沈家本有「語太落邊則不能混括，太混括又無界限，定法如此之難！」的感喟。而律條之所以需要解釋，其理也在此。尤其，法律屬於抽象假設的社會生活規範，其條文中所使用語彙，多屬專門用語，與日常詞彙未必同解；由於立法

---

<sup>76</sup> 參閱馮志偉，現代術語學，頁1，1997年8月。

<sup>77</sup> 參閱黃榮堅，臺灣刑法學上若干用語之商榷，載：東亞法律漢字用語之整合，頁14，2007年9月。

時大多採「由具體而抽象」的方向，將眾多的事項以簡賅的文字制定為行為規範，想要以有限的文句包羅無窮無盡的具體事實；但在「由抽象到具體」的司法適用歷程中，由於法條簡要而人事百態，自非賴解釋不足為功。

究其實，法律語言的概念本具有高度的抽象性與相對性，以刑法言，立法者對於犯罪行為構成要件的相關事項，往往僅能設置一種抽象性的規定，而其具體的內涵或界限，則須委由適用法律者透過狹義的法律解釋、價值補充或漏洞填補等方法，委諸社會相當性的共識去釐清。立法者於立法之際，或受限於時空因素，或囿於表達的方法和能力，而無法精準著墨；而社會情狀時而變遷快速，法律一經制定公布，即難輕言作廢，修法通常又曠時廢日。從而，倘不運用法律的闡釋，將無法適應於現實社會生活所需。可以說，法律解釋的目標，是在釐清法規範的意義，以及探討社會變遷所引起之法律見解的調適問題。

當一九〇七年的《刑律草案》一出，於宣統元年正月二十六日（1909年2月16日）的〈著京外各衙門簽注新刑律草案論〉頒發之後，在京外各衙門所諮送的照章簽注中，以湖南巡撫岑春煊（1868-1944）的上奏，特別言及「解釋」一事：

今天下人多病新律文義之不明矣，專工一種學術，必有一種專有名詞，在各科學莫不皆然，何獨於法律而疑之？既舊律文義，沿自古昔，一字抑揚，生死繫焉。苟非專精，鮮能得解，何獨於新律而疑之？然而制定法律，必使椎魯之人均能互相曉諭、互相警戒，方可通行無阻。今總款之輩，尚苦文義之難曉，必待闔省官紳均有法律知識，俟河之清，其何能及？夫舊律習用已久，有律有例有案，尚賴律文之小注、諸家之詮釋，始能字明句晰。今新律雖亦分析沿革、理由、注意，然重於法理而疏於事實。竊謂頒行新律之科條，仍須仿

舊律之解釋。凡律文虛字實字引用之法，均須逐字注明。至舊律舊例舊案之中，凡某項之情節，應歸新律某項之範圍，均須詳細標準。如此則律文雖簡，解釋不厭其繁；律文雖疏，解釋蓋徵其密，智愚均可共曉，遠近方易推行。<sup>78</sup>

此番「解釋」之說，言詞懇切。事實上，晚清立法者早已注意到這一點，惟恐他日法律用語多歧，乃於立法時自行針對若干易起爭議之語詞先下定義，此即所謂的「立法解釋」。以《刑律草案》為例，在第十七章「文例」中，自第八十一條以迄第八十七條皆屬立法解釋的條文。按「文例」的規定，不僅關於刑律總則用語，其有關分則之用語為多。例如：第八十一條第一項曰：「凡稱乘輿、車駕、御及蹕者，太皇太后、皇太后、皇后同。」第二項云：「稱制者，太皇太后、皇太后同。」又如第八十三條規定：「凡稱吏員者，官吏、公吏依律例從事於公務之議員、委員、其他職員皆是。稱公署者，吏員奉行職務之衙署、局、所皆是。稱公文書者，吏員及公署應製成之文書皆是。」第八十五條規定：「凡援用別條所揭之罪，其罪應罰未遂、預備或陰謀者，本條並援用之。造意犯及從犯，亦同。」<sup>79</sup>此種「立法解釋」，雖與傳統中國舊律中的「夾注疏釋」方式有所差異，但仍古今相通，湖南巡撫之見，可說慧眼獨具，相當難得！

法律術語被使用時，雖然大都可以透過解釋來提供進一步的理解，惟法律作為一種社會生活的主要規範，基於現實功能意義之所需，不應該只是菁英知識，而應該是相當普遍人的知識，因此，一個好的法律用語，理想上應該更有助於普遍人對於其實質意義的快速而正確的理解。在此一認識下，對於法律用語最基本的訴求是：

<sup>78</sup> 引自湖南巡撫原奏，高漢成主編，同註61，頁216。

<sup>79</sup> 引自黃源盛，同註31，頁84-86。

意思表達清楚，一個與實質意義相貼切的表達文字才是一個好的法律用語；反之則不然。

## 二、法律語言是長期社會變遷的適應過程

法律繼受過程中最被強調的，當屬外來法律如何本土化的問題，而法律本土化的首要課題，即在於外來法律詞語的翻譯問題。回首來時路，繼受外來法已逾百年，法律語言何以至今還是令人望而生畏？問題到底出在哪？如果，將法律語言與日常語言所構成的雙語世界看成是分屬兩種法律文化，即內面法律文化（*internal legal culture*）與外面法律文化（*external legal culture*），兩者間的主要區別在於前者是指法律人；後者是指非法律人，雙方對於法律所持的觀點、見解與意識的不同<sup>80</sup>，此兩種文化迄今似乎仍無法充分交融。

實際上，法律術語的語源問題，本來就相當繁複和艱難，因每一個法律術語都有其自身生成、發展的獨立軌跡。二十世紀初，清帝國在日本法學專家的協助下，擬訂各項法律草案，啟動了繼受歐陸法的工程，逐步導入近代西方以個人、自由、權利為本位思潮下所建構的法律體系，承載著這些西方法律概念進入中國的，正是法律術語，也使得原本非傳統中國的法律詞彙，大量進入了漢語的法律語彙系統。

相較之下，日本由於有繼受外來法的長久經驗，有些翻譯而來的法律用語，輸入之初，或不瞭解其義，乃至在日常生活中偏離原義或被誤解，甚至其義混括而被使用。但他們往往並不過度排斥藉由這些翻譯用語，以瞭解繼受母國法的法律觀念。對日本人來說，明治維新以前的「中學」是外來文化，「西學」也是外來文化，既

---

<sup>80</sup> 參閱LAWRENCE FRIEDMAN, *LEGAL SYSTEM* (1975).

然能向中國學習文明，自然也能向西方學習文明。總而言之，先繼受之後，再逐漸去理解其意義，這是日本輸入異質法文化的一種特殊方式，而自古以來，日本人就是以藉由漢字這樣的作法，來接受異質文化的進入<sup>81</sup>。儘管如此，明治維新後的繼受歐陸法，由於法律用語的過度外國化，還是造成民眾對法律有嚴重的疏離感，而被多所指摘。

在異質法的繼受過程中，法律語言的轉換之所以如此被重視，主要原因或在於，語言不只是溝通的工具，它承載了意義、形成理解，而此種理解直接影響了一個人的認知與行動，也決定了一個人的自我認同與社會角色的定位；而這表現在人際之間的溝通與理解時，則形成社會慣習或社會共識，構成社會整體的結構性限制與機會。講穿了，法律術語的轉換，不僅僅是單純的語言轉換過程，而是一種跨語言、跨文化的行為，是一場在法律機制下進行的交融活動。其中涉及兩個重要的元素：一個是語言，另一個是文化。法律畢竟祇是文化的一部分，繼受方在進行跨法系的異質性法律術語轉換時，一方面要能確實掌握語言因素，注意到譯語的功能及國人是否能夠接受；另一方面，更要對於語言表像背後的法律文化要有透徹的認識，必須考慮社會文化的語境因素，才不致於產生太大的抗拒。

繼受外國法伊時，理論上，自要充分利用法律用語的轉化性功能，除了盡可能忠於原文，精準而靈巧的轉換成易於理解的本國文字外，更要顧及外國法的行為模式，是否能在本國社會的法律生活中，找到植根的基礎？申言之，歐陸法典的引進，不應只是停留在技術層面而已，更重要的是，應在其後的學說理論及裁判文書上，盡可能地咀嚼、體會翻譯用語的精義，進而學習繼受母國法的精髓

---

<sup>81</sup> 參閱柳父章『翻譯語成立事情』岩波書店36頁以下、190頁（1982年）。

文化，這才是重要的課題。當然，透過翻譯用語所為的文化輸入，也並非意謂著要全盤接受外國文化。無奈，清末這場繼受歐陸法運動，是在外力環伺下的「強制繼受」，時機極為敏感而緊迫，過程中除了引發實質內涵的「禮法之爭」外<sup>82</sup>，對於形式上由於新式法律術語的語言論爭，清楚地告訴我們，法律術語的選擇固有多種途徑，其中以襲用傳統舊詞，自較易為國人所接受。問題是，這是一場「異質法」的繼受，要從以「治民之具」為主要任務的傳統中國法，轉變為以「法益保護」為首要職責的近代歐西刑法，有時要能忍心暫時拋開本位思維，考慮如何適度擺脫自身所處的文化背景，甚至有時不得不驟然與原語言系統割裂，如此一來，新的法律語言勢必要經歷與社會文化相融合的過程，否則，註定命運多舛。

我向來以為，外國法的繼受不應只關注法典上的白紙黑字（*law in code*），尤應觀察嗣後司法實踐的適應性（*law in action*）。「法律的繼受並不祇是立法者一次的立法行為而已，而是長期社會變遷與法律變遷的適應過程！」<sup>83</sup>其成敗，應可在往後的法律適用及國民法律生活意識的落實程度上得到驗證。法律語言既是法律繼受的核心課題，其運用不也是如此嗎？《欽定大清刑律》公布施行後的隔年，清廷即已傾覆，隨之而來的民初北洋政府時期，從目前大理院所留存下來的大量解釋例與判例看來，新刑律頒布後，的確帶來一段相當時間的磨合期。在長達十六餘年當中，各級法院對於刑事案件的適用疑義滋生，而有關立法用語的疑竇紛繁，幸經大理院不厭其煩地詳於解釋，化解了不少疑惑<sup>84</sup>。此外，

<sup>82</sup> 詳參黃源盛，同註1，頁199-230。

<sup>83</sup> 參閱Manfred Rehbinder著，陳添輝譯，從社會學觀點探討外國法的繼受，司法週刊，1994年3月16日、1994年3月27日、1994年4月3日。

<sup>84</sup> 例如：民國4年1月6日，大理院覆奉天高等審判廳函，做了統字第194號解釋：「本院查刑律官員二字，第八十三條有一定要件，固非依法令從事于公

職司終審裁判的大理院推事，在判決文中，也克盡其職地詮釋新的法律用語，舒緩了不少法律適用上的語言困境<sup>85</sup>。

## 陸、結 語

道光二十年（1840），鴉片戰爭以後的中國，國門洞開，伴隨著炮艦進入的，除了資本主義的商品外，還有西方及東方列強的語言文化，民族的語言自會因為交往頻繁而產生量變乃至質變。要省思的是，自隋唐以迄明清，日本亦步亦趨地追隨中國的法律語言文化達千年之久，何以到了清末，情勢翻轉，反過來影響中國？清廷除了聘用日籍顧問幫同起草各類法案，更有大批留日歸國學生參與其間，從而《大清新刑律》中自然帶有濃濃的日本法文化烙印，這在那樣的時空背景下，或許情非得已！

清末一場因繼受西方法所引發的法典用語之爭，隨著刑律草案的歷次修訂，有堅持、有退讓。平心而論，沈家本等繼受外國法人士，本著開礦拓荒者的心懷，嘗試在滿布荊棘的處女地中，嘗試去做探勘的工作，終於開墾出一片可耕之地，以適合於法律近代化的播種，儘管拘囿於時空環境，於今看來，仍有諸多可議之處，但法律用語的轉換，本來就有先天困境的宿命，尤其，在異質法的法律

---

務之職員，當然不能包括于官員二字之內。至於該縣知事原詳所舉之例，如中央或該省有指定雇員辦公務之章程或成案者，其雇員自可認為刑律上之官員。」詳參郭衛，大理院解釋例全文，頁131，1972年6月。

85 例如大理院3年上字第221號判例謂：「查犯罪行為有積極、消極二要件，積極要件即犯罪實行之積極進行行為；消極要件即防止阻礙犯罪實行之消極行為，二者皆犯罪實行行為不可缺之要件。故犯人行為苟合於此二要件之一者，即為共同實行正犯強盜罪之強取行為，屬於積極要件；其把風即合於防止阻礙犯罪實行之消極要件，是強取、把風均應以共同正犯論。」詳參黃源盛，大理院刑事判例輯存〈總則編〉，頁966-970，2013年7月。

繼受，要把一種文字譯成另一種文字，常常遇到「詞」不達義的困難，問題的產生可能不在於譯者掌握和運用語言的熟練程度，也與語言自身的表現力無關，而在於根本不可能找到一個恰合其義的對應詞<sup>86</sup>。事實上，晚清新擬的刑律前後歷經六易其稿而成，期間，沈家本等修律人士投下了多少個晨昏雨晴的心力，克服了無數的艱難困苦，可以說字字皆辛苦，終於開創了兩千多年來一部刑律的嶄新局面，縱使仍有不夠信達，也不夠平易化的遺憾，實也不忍再多加苛責。

從立法繼受的角度看，法典律條固可循著理想而制頒，不過，社會是有惰性的，尤其，像中國這樣一個古老的國家，廣土眾民之外，更有其悠久的歷史文化與傳統包袱，一旦要改弦更張，來適應新法律所創造的一切，當然不可能一蹴可及。而法律語言的轉換為法律繼受過程中相當重要的環節，嚴格說來，法律繼受的主體不應該是立法者，而是法律適用的對象，立法者頂多祇是法律繼受的開拓者，而執法者或受法律拘束的人民才是法律繼受真正的主體，因此，必須特別重視法律語言的普遍性與平易性。

其實，為適應不同行業的需要，各行各業均有其專門使用的詞語，例如音樂界有快板、慢板、重奏、旋律等用語；美術界有素描、水彩、印象、潑墨等分法，數學界有機率、函數、平方根、代數、絕對值等詞彙，醫學界更有著數不清的專有名詞，如醣化血色素、微蛋白免疫比、肌酸酐、血中尿素氮等。而在法律領域，為表達特定的法律概念、指稱與法律相關的事物，自也有其專門使用的法律術語，這是法學專業的一種宿命？古今中外恐無所逃於天地之間！

縱觀晚清變法修律期間，為了能知己知彼，也為了能順暢地繼

---

<sup>86</sup> 參閱梁治平，法辨：中國法的過去、現在與未來，頁61，2002年11月。

受外來法，沈家本在他一手所創辦的「法律學堂」三年課程中，均列外國語文為必修課目，可見其重視之一斑。沈氏又一向治學嚴謹，鑑於先前日本譯述西洋各國法律多尚「意譯」，致訛誤過多，終改歸「直譯」，唯恐翻譯失實，除對傳統舊律用語做謹慎考訂外，又要求譯員「力求信達」，且對每件譯文，盡可能與譯者逐句逐字，反覆推敲，務得其解。這種由具歐西與日本近代法律觀念的法律專業人員擔任翻譯工作，又由精通漢文的修律大臣及專家，與原譯人員反覆推研譯本，如此大規模而有計畫翻譯各國法律和法學著作，業績豐碩，不但引進西方及日本的近代法學思想，為傳統法律文化注入一股新血，同時也為當時修訂新律提供了方向，為繼受歐陸近代法律開闢了生路。遺憾的是，或限於經費，或迫於時效，終未能多聘通才，故部分譯作中的潤色刪訂之功，仍有不足。

這段法律繼受的法言法語歷史，除了留予後人深刻的記憶外，因為語言問題所引起的議論，也可作為當代社會面臨相關問題時的借鑑。以輸入外國法律規範來說，語言是文化思想的載體，為了吸收新概念以直譯或意譯乃至創造新語彙的方式，是必然，也是應然。不過，為了避免望文生義、曲解詞意，也為了避免語言問題成為傳播、教育的障礙，在進行法律術語的轉換時，尤應注意漢語本身的語言結構、詞彙與語意的對應關係。此外，有關跨領域翻譯人才的培育以及法學雙語或多語詞典工具的加強<sup>87</sup>，想必也會增加語言轉換者的競爭力，是提高翻譯素質可茲參考的路徑。

時光匆匆，百年光陰在動盪、流離中過去了，一九一一年的《欽定大清刑律》隨著清王朝的傾頹，轉世投胎成民國元年的《暫

---

<sup>87</sup> 在1905-1911年間，就有約七部的法律詞書在日本出版社印刷後運往中國銷售，而這些詞書的編者或譯者正是中國留日學生，詳參屈文生，從詞典出發——法律術語譯名統一與規範化的翻譯史研究，頁131-137，2013年9月。

行新刑律》，再孕育民國十七年（1928）年的《舊刑法》，而終蛻化成民國二十四年（1935）的「現行刑法」，民國三十八年（1949）這部刑法典又花果飄零到臺灣來，施行迄今已逾一甲子。期間，隨著立法指導思想與刑事政策的轉變，內涵上多多少少有些變動，但法條的專用術語卻鮮見更易，難得的是，當年被指稱的「桀驁之詞」、「有失國體」等批判，經過數十年來的「法教」功能，如今大半已能適應，在具體案件的法律適用上也並無多大障礙，難道說，真得已能「泰然處之」？至於有關法律繼受過程中的學理與裁判繼受，以及對後世的影響與其得失成敗的總評價，牽涉甚廣，有待他日再當別論。

## 參考文獻

### 一、中文

1. Manfred Rehbinder著，陳添輝譯，從社會學觀點探討外國法的繼受，司法週刊，1994年3月、1994年3月、1994年4月。
2. 丸山真男著，區建英譯，福澤諭吉與日本近代化，1992年。
3. 中國第一歷史檔案館編，光緒朝上諭檔，第29冊，1996年。
4. 王健，溝通兩個世界的法律意義——晚清西方法的輸入與法律新詞初探，2001年10月。
5. 北京大學、中國第一歷史檔案館編，京師大學堂檔案選編，2001年8月。
6. 田濤、鄭秦點校，大清律例，1999年9月。
7. 呂順長，清末中日教育交流之研究，浙江大學中國古典文獻學博士論文，2007年1月。
8. 李貴連，20世紀初期的中國法學（上），載：二十世紀的中國法學，頁12-23，1998年。
9. 沈家本，調查日本裁判監獄情形摺，載：光緒朝東華錄，頁5412-5413，1958年12月。
10. 沈家本，沈寄篻先生遺書·甲編，1964年9月。
11. 沈家本，釋貸借，載：寄篻文存，卷四，1985年12月。
12. 屈文生，從詞典出發——法律術語譯名統一與規範化的翻譯史研究，2013年9月。
13. 林樂知（Young John Allen, 1836-1907）譯，萬國公法要略，1903年。
14. 苑書義、孫華峰、李秉新主編，張之洞全集，第2冊，1998年8月。
15. 孫家紅，光緒三十二年章董氏《刑律草案》（稿本）所附簽注之研究，華東政法大學學報，頁111-122，2010年7月。
16. 徐運漢，法律語言運用的有益探索——評《法律語言運用學》，法制日報，2004年3月。
17. 袁世凱，會保熟悉中西律例人員沈家本等聽候簡用摺，載：袁世凱奏議，1987年5月。

18. 高漢成，簽注視野下的大清刑律草案研究，2007年2月。
19. 高漢成主編，大清新刑律立法資料匯編，2013年10月。
20. 崔軍民，萌芽期的現代法律新詞研究，2011年4月。
21. 張之洞、劉坤一，江楚會奏變法三摺，載：近代中國史料叢刊續刊，第48輯，1960年8月。
22. 張之洞，勸學篇，載：中華民國開國五十年文獻·清廷改革與反動，第8冊〈遊學〉第二、〈廣譯〉第五，頁425-426、427-429，1969年11月。
23. 張玉法，清季的立憲團體，1971年5月。
24. 張靜廬編，中國近代出版史料·初編，1953年10月。
25. 梁治平，法辨：中國法的過去、現在與未來，2002年11月。
26. 梁啟超，變法通議·論譯，載：飲冰室合集，1989年3月。
27. 清憲政編查館編纂，大清法規大全〈法律部〉，1972年。
28. 清末籌備立憲檔案史料，下冊，1979年7月。
29. 郭衛，大理院解釋例全文，1972年6月。
30. 野田良之著，藍瀛芳譯，日本的繼受西洋法律，法學叢刊，32卷4期，頁123-142，1987年10月。
31. 章宗祥，新刑律頒佈之經過，載：文史資料存稿選編，第1冊，頁34-35，2002年9月。
32. 馮志偉，現代術語學，1997年8月。
33. 黃克武，新名詞之戰：清末嚴復譯語與和製漢語的競賽，中央研究院近代史研究所集刊，62期，頁1-42，2008年12月。
34. 黃源盛，晚清法制近代化的動因及其開展，載：法律繼受與近代中國法，頁47-65，2007年3月。
35. 黃源盛，傳統中國法對日本刑事立法最後的影響，載：法律繼受與近代中國法，頁373-406，2007年3月。
36. 黃源盛，晚清民國刑法史料輯注，上冊，2010年7月。
37. 黃源盛，大理院刑事判例輯存〈總則編〉，2013年7月。
38. 黃榮堅，臺灣刑法學上若干用語之商榷，載：東亞法律漢字用語之整合，頁9-36，2007年9月。
39. 黃福慶，清末留日學生，1983年6月。

40. 楊鴻烈，中國法律在東亞各國之影響，1971年4月。
41. 董康，中國修訂法律之經過，載：中國法制史講演錄，頁157-160，出版年月不詳。
42. 劉小珊、徐臻，日本明治啟蒙思想家西周的語言文字觀考述，東南亞研究，1期，頁91-94，2010年。
43. 劉俊文，唐律疏議箋解，上冊，1996年6月。
44. 鄭鶴聲，八十年來官辦編譯事業之檢討，載：中國近代史論叢，第一籍第七冊（維新與保守），頁17-33，1956年12月。
45. 錢恂、董鴻禕，新譯日本法規大全（法規字解），2007年10月。
46. 戴炎輝，唐律通論，修訂2版，2010年1月。

## 二、日 文

1. 大久保利謙編『津田真道研究と伝記』みすず書房（1997年）。
2. 大久保泰甫「法の継受と語言」林大、碧海純一編『法と日本語』有斐閣（1987年）。
3. 大槻文彦『箕作麟祥君傳』丸善（1983年）。
4. 山中永之佑「箕作麟祥」潮見俊隆、利谷信義編『日本の法学者』日本評論社（1974年）。
5. 山中永之佑編『日本近代法論』法律文化社（1995年）。
6. 日本，司法省藏版『法律語彙初稿』司法省（1883年）。
7. 吉井蒼生夫「西歐近代法の受容と箕作麟祥」神奈川大学人文学研究所編『『明六雜誌』とその周辺——西洋文化の受容・思想と言語』御茶の水書房（2004年）。
8. 西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格——日本の近代化におよぼし外国法の影響、裏面からの考察」比較法学3卷1號（1967年）。
9. 松尾章一「天皇制法秩序の形成過程におけるポアソナード」法学志林71卷2、3、4合併號（1974年）。
10. 柳父章『翻訳語成立事情』岩波書店（1982年）。

11. 夏目文雄「近代日本刑事立法史の研究」愛知大学法經論集通號26（1959年）。
12. 家本太郎等人「『日本語＝タミル語同系説』を検証する——大野晋『日本語の起源 新版』をめぐって」日本研究13期（1996年）。
13. 高橋治俊、小谷二郎共編『松尾浩也増補解題・増補刑法沿革綜覧』信山社（1990年）。
14. 新井勉「舊刑法の編纂(一)(二)」法学論叢98卷1號（1975年）、98卷4號（1976年）。
15. 福島正夫「明治初年における西欧法の繼受と日本の法及び法学」仁井田陸博士追悼論文集編集委員会『日本法とアジア——仁井田陸博士追悼論文集（第3卷）』勁草書房（1970年）。
16. 穗積陳重『法律進化論（第2冊）』岩波書店（1927年）。
17. 穗積陳重『法窓夜話』岩波書店（1980年）。

### 三、外 文

©Friedman, Lawrence (1975), LEGAL SYSTEM, New York: Russell Sage Foundation.

# **Legal Reception and Legal Translation: A Study Based on the Legislation of the Great Qing New Criminal Code in the Late Qing**

Yuan-Sheng Huang<sup>\*</sup>

## **Abstract**

The Chinese legal modernization, led by the Legal Reversion Minister Shen Jiaben (1940-1913), was an example of the reception between dissimilar legal cultures. Among all the related topics, the legal translation shall be one of the utmost critical aspects to observe. However, the reception and the translation of law are both complex issues. To narrow down the research scope, this article aims to concentrate on the legislative translation of the Great Qing Criminal Code while excluding the discussions on the theoretical and the judicial receptions.

This article seeks to answer the following noteworthy questions: Why did the Qing Government take Japan as the bridge to import the European Law? How did the members in charge of the legal reversion

---

<sup>\*</sup> Professor, Department of Law, Fu Jen Catholic University; Adjunct Research Fellow, Institute of History and Philology, Academia Sinica.

Received: February 16, 2014; accepted: December 17, 2015

coordinate the traditional terms with the foreign ones? What are the linguistic significances contained in the new code, which fuses the influences from France, Germany and Japan? What are the difficulties during the legislation and the effects after the promulgation? Moreover, what are the merits and the demerits of the outcome? By answering these essential questions, it is possible for the public to figure out the historical meanings of the legal reception. It is also hoped that the answers to the questions aforementioned shall benefit the problems we are facing today.

**Keywords:** Legal Reception, Legal Language, Great Qing New Criminal Code, Shen Jiaben, Okada Asataro