

MINSHI XIGUAN YU MINFADIAN DE HUDONG

民事习惯

与民法典的互动

——近代民事习惯调查研究

◆苗鸣宇 著

中国青年政治学院
法学文库

6

ZHONGGUO QINGNIAN ZHENGZHI XUEYUAN FAXUE WENKU



中国人民公安大学出版社

中国青年政治学院法学文库(6)

民事习惯与民法典的互动

——近代民事习惯调查研究

苗鸣宇 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

民事习惯与民法典的互动: 近代民事习惯调查研究/苗鸣宇
著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 5

(中国青年政治学院法学文库; 6)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 066 - 7

I. 民… II. 苗… III. 民法: 习惯法—调查研究—中国—近代
IV. D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 046166 号

民事习惯与民法典的互动

——近代民事习惯调查研究

MINSHI XIGUAN YU MINFADIAN DE HUDONG

——JINDAI MINSHI XIGUAN DIAOCHA YANJIU

苗鸣宇 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2008 年 5 月第 1 版

印 次: 2008 年 5 月第 1 次

印 张: 7.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 210 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 066 - 7/D · 062

定 价: 20.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

总 序

新中国的法学研究起步于20世纪50年代,改革开放以来不断发展,现在达到了空前的繁荣。当前,中国特色社会主义法律体系已经形成,建设社会主义法治国家的历史重任业已摆在了我们的面前,完备的法治需要先进的法律文化,先进的法律文化必然能推动完备法治的形成。当代中国的法律学者任重道远,我们应该有信心、有能力建立起中国特色的法学理论体系,创造出引领中国法治建设的先进的法律文化。

中国青年政治学院法律系的法学研究人员同样担负着这样的使命和责任,并参与其中。中国青年政治学院法律系成立于1993年,伴随着我国改革开放的深入和法治建设的进程,不断发展壮大。该系是一个年轻的教学科研单位,广大教师年富力强,绝大多数是改革开放以后在国内外著名大学取得博士学位的青年才俊。他们热爱法学教育事业,关心我国的法治建设,思想活跃,科研能力较强,科研成果丰富,把他们的优秀科研成果汇编成丛书,不仅是对他们的鼓励,也能够极大地促进我校法律科学研究,并为国家的法治建设作出独特的贡献。

基于这样的目的,我们编辑出版了《中国青年政治学院法学文库》(简称“中青法学文库”)。该文库以反映在中国青年政治学院法律系工作的法学者的研究成果,促进我国法治建设和法学的繁荣、发展,促进我校科学研究和人才培养,扶植学术新生力量为主要宗旨,由学院学术委员会和法律系学术委员会审慎选择我校法律研究人员的优秀学术成果,由中国青年政治学院逐年资助出版。中国人民公安大学出版社对本文库的出版给予了很大的支持,我们

在此表示真挚的感谢。

列入出版计划的相关书籍涵盖法学各个学科,观点新颖,思想丰富,学术规范,论证严密,不失为优秀的法学著作。学术事业是一个薪火传承的事业,今后,本文库将不断推出新人新作,希望中国青年政治学院法律系教师能够继续潜心治学、求真求新、务实严谨,并且凝聚成一个朝气蓬勃、锐意进取的学术团体,创造出更高、更有分量的学术成果,为繁荣我国的法学研究和法学教育事业贡献自己的力量。

王新清

中国青年政治学院常务副院长、教授

2008年1月18日

序

当今中国，与民法典各编相对应的单行法，如物权法、合同法、婚姻法、继承法等，大体上均已分别制订完毕。中国民法法典化的进程取得了长足进步。民法典的编纂已是大势所趋，众心期盼。

值此民法典将成未成之际，作为负有前瞻义务的学术界，理应提前将目光由民法典编纂中的理论架构问题转而投向民法典实施中的社会认同问题。

古今中外与民法典有关的立法、司法和守法实践都一再表明，民法是与人民生活关系最为密切的法律，民法典在规定、调整人民生活所涉及的民事法律关系的同时，也必须及时、准确地反映人民生活所涉及的民事法律关系的原貌，否则，民法典的精神只能停留在纸面上，而无法真正深入社会生活的各个角落，其作用与价值就会大打折扣。

要想使民法典能够真正走入民众的生活，很重要的一个方面就是发掘固有的民事习惯，将民事习惯与民法典的原则进行整合。民国时期民法与中国民众生活相隔绝的教训；台湾地区“民法”与中华民族固有民事习惯整合之后的有益借鉴都是前述观点的明证。遗憾的是，目前鲜有学人对我国民事习惯的现状进行研究，更遑论民事习惯的田野调查。

在这种历史大背景下，此领域内法制史学界目前所取得的研究成果就显得弥足珍贵。

清末民初，在中央政府主持下开展的民商事习惯调查搜集了全国各地民事习惯的大量原始素材，特别是民国初年的调查资料与报

告,非常完整地保留到了今天。法律史学界现在有一些学人正就此展开研究,他们的成果有益于了解中国固有的民事习惯,有益于探寻民事习惯与民事立法互动关系的发展脉络,从而掌握其内在规律,使民法典真正成为民众的生活习惯,从而得到良好的遵守。

本书是苗鸣宇博士在他的学位论文基础上完成的。博士毕业后的三四年时间里,他坚持不辍地继续搜集资料、梳理观点,力争将更丰富的资料、更科学的观点展现给读者。在对国民民事习惯调查报告进行深入研究,并获得初步成果之后,他还计划利用网络时代的科技手段对现存民事习惯进行一番调查,以期对民法典的编纂、实施有所助益,希望他的研究能够早日取得新成果。

郭成伟

2008年3月15日

目 录

导 言	(1)
一、问题的提出	(1)
二、研究的对象	(5)
三、本书的构想	(7)
第一章 民事习惯与民事法律的一般关系	(10)
第一节 基本概念	(10)
一、习惯	(10)
二、习惯法及其与习惯的关系	(18)
第二节 习惯、习惯法与制定法的关系	(21)
一、习惯、习惯法是法律的渊源	(21)
二、制定法对习惯、习惯法的过滤作用	(22)
三、习惯、习惯法对制定法的反作用	(26)
第三节 我国民法典编纂史上习惯的法源地位之演变	(30)
一、《大清民律草案》时期	(30)
二、中华民国《民律草案》时期	(34)
三、《中华民国民法》时期	(38)
小 结	(45)
第二章 民事习惯的调查、搜集与整理	(47)
第一节 民事习惯的调查与搜集	(47)
一、清末的民事习惯调查	(48)

二、民国的民事习惯调查	(60)
第二节 民事习惯调查资料的整理	(77)
一、清末民事习惯调查成果的整理	(78)
二、民国民事习惯调查成果的整理	(79)
三、《中国民事习惯大全》与《民商事习惯调查报告》 的比较研究	(86)
第三节 民事习惯调查的功能与现实意义	(97)
一、为法的创制提供参考和借鉴	(97)
二、为法的适用提供参考和借鉴	(100)
三、为习惯改良提供参考和借鉴	(107)
小 结	(110)
第三章 民事习惯的法定优先适用	(111)
第一节 《大清民律草案》与固有民事习惯	(112)
一、从条文数量和分布上分析	(113)
二、从具体内容上看	(115)
第二节 中华民国《民律草案》与固有民事习惯	(147)
一、从条文数量和分布上分析	(147)
二、从具体内容上看	(150)
第三节 《中华民国民法》与固有民事习惯	(177)
一、从条文数量和分布上分析	(177)
二、从具体内容上看	(180)
小 结	(196)
结 论	(198)
一、民事习惯是民法的活力之源	(198)
二、如何充分发挥民事习惯的作用	(202)

附录：《中国民事习惯大全》与《民事习惯调查报告录》 （2005 年版）记录对照简表	（205）
参考书目	（225）
后 记	（237）

导 言

一、问题的提出

中国历史上第一部正式颁布施行的民法典是1929年至1931年分编制定、陆续颁布的《中华民国民法》。在此前的传统中国社会中，一直没有成文的、专门的民法典，这是不争的事实。张晋藩先生认为：“至于中国古代之所以尚未形成一部单一的民法典，则是由中国古代的国情所决定的。譬如，在自然经济占统治地位的条件下，生产不依赖市场，从而限制了债权法的发展；专制主义的国家重公权、轻私权，视民间财产纠纷为‘细事’，缺乏制定民法的积极性，而超经济剥削的长期存在，也不能为民法发展提供广泛的‘私人平等’。此外，封建宗法关系的广泛影响和礼教思想的渗透与实际调整作用，也都妨碍了制定单一的民法典。”^① 怀效锋先生也曾有专文论及这一问题。^②

尽管《中华民国民法》是中国法制史上第一部正式颁布的民法典，但它的制定并不是中国民法法典化的最初尝试。中国民法法典化的工程开始于清朝末年。光绪二十八年四月初六（1902年5月13日）清廷颁布上谕称：

“现在通商交涉事益繁多，著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律悉心考订，妥为拟议，务期中外

① 张晋藩：《中华法制文明的演进》，法律出版社1999年11月第1版，第8页。

② 参见怀效锋：《中国古代民法未能法典化的原因》，载《现代法学》1995年第1期，第82~85页。

通行，有裨治理。俟修定呈览，候旨颁行。”^①

清末的修订法律活动从此拉开了序幕。5年之后，民法的近代化工作也开始了。光绪三十三年二月二十七日（1907年4月9日），修订法律馆开馆办事，下设两科，分别担任民律、商律、民事刑事诉讼律的调查起草工作。^②

既然中国古代没有成文的民法典，而“东西各国法律，有公法、私法之分”，其中“私法者，定人民与人民之关系，即民法之类也”。^③所以，根据当时的局势，清政府要迅速制定民法典，则该民法典的体系架构，甚至大部分内容都要向外国学习。随之而来的就是这样一个问题：学习、借鉴外国法律而成的新民律能不能做到“中外通行，有裨治理”？如果能，怎样才能做到这一点？

清末民律草案制定工作的主持者们对此有所考虑，并向中央政府表达了他们的意见。光绪三十四年五月二十五日（1908年6月23日），沈家本等修订法律大臣拟订了《咨议官章程》，并就此向清廷上奏称：

“臣等自开馆以来，督同提调各员，昕夕考求，悉心体察。凡关于东西各国法制，先以翻译最新书籍为取证之资，事虽繁重，尚有端绪可寻。惟各省地大物博，习尚不同，使非人情风俗纤悉周知，恐创定民商各法见诸实行，必有窒碍。与其成书之后多所推求，曷如削简之初加意慎重。”^④

以沈家本为首的修订法律大臣们已经认识到，学习、借鉴国外先进民法学理论知识与调查、甄选国内固有民事习惯都是制定民法

① 中国第一历史档案馆编：《光绪朝上谕档》第28册，第95页。标点为引者所加。

② 参见《修订法律大臣奏开馆日期并拟办事章程摺（并章程）》，载政学社印行：《大清法规大全卷二十下·吏政部·内官制二》，第11~14页。

③ 朱寿明编，张静卢等点校：《光绪朝东华录》，中华书局1958年12月第1版，总第5682页。

④ 政学社印行：《大清法规大全卷二十下·吏政部·内官制二》，第13页。

典的基础工程之一，并且是同等重要的，故而将两者相提并论。如果我们把民法典拟人化，则学习外国先进法学理论和调查国内固有民事习惯可以被看作是民法典借以站立的双腿。在修订法律大臣们上此奏折时，学习国外理论、译介国外最新法学书籍等事项已经取得相当进展，^①而民事习惯调查却尚未开展——两条腿的发育状况并不相同，一强一弱，一长一短。双腿长短不一，行走自然不能便利。这样先天不足的民事立法，即使颁布施行，也不能长久，这是不言自明的。基于对二者重要性及现实状况的以上认识，修订法律大臣们提出，学习国外民法理论固然事务繁重，但是与调查国内民事习惯相比，还是有头绪可寻的。如果要使制定出来的民法能够通行无碍，则必须尽可能详细地了解“人情风俗”，否则在施行过程中“必有窒碍”。因而，修订法律馆特意制定了《咨议官章程》提交清廷，由此开始了我国历史上第一次大规模的民事习惯调查活动。

《大清民律草案》起草完毕之后，由于种种原因，未能颁布实施，遂未能成为正式的民法典。民国初年，中华民国北京政府再度试图进行民法典的编纂工作。主持中华民国《民律草案》编纂的江庸先生曾经列举必须修正《大清民律草案》的三大理由，其中第2条就是：

“前案多继受外国法，于本国固有法源，未甚措意。如民法债权篇于通行之‘会’，物权篇于‘老佃’、‘典’、‘先买’，商法于‘铺底’等全无规定，而此等法典之得失，于社会经济消长盈虚，影响极巨，未可置之不顾。”^②

“本国固有法源”究竟是指什么内容，江庸先生没有作出明确

① 参见田涛、李祝环：《清末翻译外国法学书籍评述》，载《中外法学》2000年第3期，第355～371页。

② 谢振民编著，张知本校订：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年1月第1版，第748页。

的说明,但是他所列举的“会”、“典”、“先买”等实例则都是我国固有民事习惯的内容。可见,民事习惯在中华民国《民律草案》的编纂过程中仍然被看作是有重要意义的资源。

中华民国南京国民政府时期,民法典终于得以被正式颁布。这部民法典集前两次民律草案之大成,将外国民法学理论与中国固有民事习惯较好地进行了整合。《中华民国民法》的起草者认为:

“我国幅员辽阔,人口最多,各处所受之影响不同,社会及经济上种种进步,种种组织,未必到处能与其他种种进步及组织并驾齐驱,结果所至,各省各区域之风俗习惯,大相悬殊,且根深蒂固,牢不可拔者有之,且此等习惯,多因各地特殊情形,均有特殊之适用,一旦废除之,殊非易事,故对于全国应划一遵守之事项,拟规定为强制条文,间有各地不同不能划一之事项,拟规定为任意条文,或不规定之,而暂委之于习惯。”^①

从社会发展和人民生活的客观实际出发,认为习惯的作用是不能轻易否定的,进而将法律条文划分为“强制条文”和“任意条文”。对于那些各地虽有不同,但又不能整齐划一的事项,用任意条文的形式,使习惯对其具有法律效力。

在中国民法法典化的最初进程中,立法者对于我国固有的民事习惯一直保持着浓厚的兴趣。为了全面深入地掌握人民生活中存在的民事习惯,当时的政府有关方面还先后主持开展了若干次民事习惯调查,民事习惯调查成为了解民事习惯的主要途径,民事习惯调查的报告录也成了当时立法、司法的重要参考资料,更是我们今天研究当时民事习惯的第一手资料。但是,认识到了问题不等于解决了问题。立法者们认识到了民事习惯及其调查在民法典的编纂和适用过程中的重要性,但其重要性是否得到了充分肯定和体现,民事习惯与民事立法之间的关系如何,民事习惯调查对于民事立法是否

^① 中华民国《民法总则编立法原则》。转引自胡长清:《中国民法总论》(附录),中国政法大学出版社1997年12月第1版,第399~400页。

产生过影响，民法典究竟在多大程度上吸收和借鉴了民事习惯，写进民法典的习惯在司法实践中是否有所应用，习惯对于民法典的发展变化过程是否有影响等这一系列问题，仍然是我们今天所不熟知的。更为重要的是，当前这一历史时期正是新中国民法典制定的关键时期，回顾一下中国民法法典化早期的艰辛探索历程，应该是有益无害的。

二、研究的对象

（一）民事习惯

习惯的种类多种多样，如果参照法学理论上划分部门法的原则和方法，习惯也可以划分为民事习惯、商事习惯和刑事习惯等。这当然是与法律相对照的结果，因为仅就习惯本身而言，是无所谓“民事”还是“刑事”的。随着国家公权力的日益强大以及法律制度的逐步完善，有关犯罪行为和刑事责任方面的习惯，即刑事习惯的适用被完全排除了。《大清民律草案》和中华民国《民律草案》均采取民商分立的编纂方式，因而就清末民初的习惯调查活动是在两个方向上展开的，即民事习惯调查和商事习惯调查。到了南京国民政府时期，《中华民国民法》编纂工作的主持者认为中国没有独立的商人阶层，遂不再采用民商分立的法典编纂方式，而改采民商合一方式，所以此时的“习惯”调查就以民事习惯为主，虽也包括一定数量的商事习惯，但对商事习惯的调查已经不甚重视了。限于研究的水平和范围，本书仅就与民事习惯有关的内容展开论述。

（二）民事习惯调查活动

没有调查研究，就没有发言权。毛泽东同志说：“你对那个问题的现实情况和历史情况既然没有调查，不知底里，对于那个问题的发言便一定是瞎说一顿。瞎说一顿之不能解决问题是大家明了

的”。^①加之中国各地的风俗习惯差异又非常之大，所以要想充分了解民事习惯，民事习惯的调查活动就必不可少。《大清民律草案》、中华民国《民律草案》和《中华民国民法》的起草者们已经不自觉地实践了这一点。

对于民事习惯调查活动本身的重新审视和研究，其意义至少可以从两个方面来认识。首先，它能使我们客观地评价民事习惯调查活动成果的价值所在；其次，它能使我们清晰地看到旧时民事习惯调查活动的得失所系。

1933年，上海著名报人、新声通讯社的创办人严谔声编辑出版了《上海商事惯例》一书。该书绝不是中国法制史上第一部总结民商事习惯调查活动成果的著作，但却可以算得上是同类著作中第一部得到了法学家高度评价的。当时的法学大家吴经熊在为该书所作的序中详细列举了该书对于法学以及司法和立法的重大贡献。

吴经熊指出，《上海商事惯例》一书，是严谔声运用社会学的方法，注重实地考察的结果，这就是严谔声其人其书对于当时法学的贡献。他甚至认为，“这部书在我国学术界，可算是个开路先锋，其有功于社会学和法学，可与‘齐民要术’先后辉映”。在司法方面，吴经熊认为，这本书可以为那些从外地到上海法院来的推事和律师提供便利的参考，使他们不用事倍功半地自己去采访当地习惯。吴经熊对于该书在立法中的作用也给予充分的肯定：“即立法者也可将此书当作一个实鉴，因为立法的工作，不外改正习惯和保存习惯。晓得各地习惯的真相，才能知所采择。究竟何者应兴，何者应革，应有尽有，应无尽无。否则所兴的不免和社会生活方枘圆凿，格格不相入；所革的呢，更是无的放矢，重演群英会的

^① 毛泽东：《毛泽东选集》（第一卷），人民出版社1991年6月第2版，第109页。

喜剧。”^①

吴经熊先生对于习惯调查活动与法学、司法和立法之间关系的表述已经过去了整整 3/4 个世纪，但是当我们看到法社会学热潮方兴未艾的局面，思索法学研究方向与方法的时候；当我们贯彻“和谐社会”、“调判结合”不再简单地以法律效果为唯一标准来衡量司法实效的时候；当我们满怀期待地制定中国人自己的民法典的时候，这些语言仍然值得我们品味和沉思。有关当年的调查报告等资料记录显示，当年的民事习惯调查是卓有成效的。在中国这样幅员辽阔的国家，开展这样大规模的民事习惯调查活动，并且取得了这样的成果，其组织工作必然有值得我们加以总结、借鉴的地方。认真总结这些历史的经验教训，对于我们当前的法制建设同样有利。

三、本书的构想

从清末民初民事习惯调查得失研究现状出发，结合自身所处的专业领域，本人觉得，应当以一种法律史的宏观视角，把当前的民法典编纂活动放在一个更为广阔的历史背景下来考察，将其看作是中国民法近代化、现代化发展链条中不可或缺的一环。一方面，应当把目前正在进行的民法典编纂活动看作是清末、民国时期我国民法法典化努力的延续，切实总结历史的经验教训，少走弯路；另一方面，应当把民法的法典化看作是一个动态的、持续发展的过程，而不是静态的、毕其功于一役的终极行为，即使民法典制定完毕了，法典化的进程仍然不会终止，在民法典的适用过程中，仍然会有这样或那样的问题出现，法典的修订与完善只是时间早晚的问题——尽善尽美的法律仅仅存在于理想中。从某种意义上说，一部民法典的制定只是为后来的民法典提供了前进的阶梯，从而使后者

^① 参见张家镇等编著：《中国商事习惯与商法立法理由书》，中国政法大学出版社 2003 年 10 月第 1 版，第 478 ~ 479 页。