

第一章 绪 论

第一节 论题解说

一、民国初期的历史断限

在时间断限上，本书所言的“民国初期”起自中华民国建元，迄至南京国民政府成立，即 1912 年至 1927 年间的历史时段。这段历史主要是“北洋政府统治时期”。但从总体史的观点出发，我们不仅要看到军阀“实行个人专制的直接军事统治，既不讲‘文治’，更不讲‘法治’”〔1〕的政治史及其影响；还应通过翔实的历史材料，看到“民国初期”是中国总体历史连续发展的一个环节，是中华文明与西方文明广泛接触后，在经济有所发展的基础上实行政

〔1〕 李新等主编：《中华民国史》，中华书局 1987 年版，第 2 编第 1 卷（上）《北洋军阀的兴亡》（代序）。

治变革、文化重建、社会组织更新、追寻社会整体近代化，^{〔1〕}并取得一定成就的历史阶段。^{〔2〕}从法律史的角度观察，“民国初期”在吸收制定《大清民律草案》经验教训的基础上，矫正了清末修订民律时固有民法与继受民法简单统合的偏误，更为客观合理地将固有民法与继受民法整合为一个近代民法体系，既满足了当时各级司法机关和民间的规范需要，也为后来南京国民政府新民法典的修订完成作出了重要贡献。

二、中国民法近代化的涵义

由于民国初期民法近代化包容了极为丰富的内容，研究者可以从不同的着眼点、依照不同的方法、从不同的角度展开讨论。限于研究条件及个人学识，本书只就民法近代化中具有线索性、意义又比较重大的问题——固有民法与继受民法的整合，着重加以探讨。

中国古代没有独立的体系化的民法。^{〔3〕}民法近代化是将固有民法与继受民法整合成为一个既统一而又具兼容性

〔1〕“近代化”(early modernize)一词在时间意义上是指“现代化”(modernize)的早期阶段，在实质性意义上是指某一社会在物质基础、价值观念、社会心理、制度体系、组织形态等方面的总体变革，并达到一个更高层次的稳定发展状态。

〔2〕参阅居间时所撰文《北洋军阀时期史研究的新触角与新局面》，对北洋时期史作出了新的全面评价，该文载于《社会科学》1996年第7期。

〔3〕中国古代法典自《法经》以至《大清律例》皆以刑事法律规范为主体，其中间或设有民事规范，却也在刑事规范统摄之下。

的民法体系，以适应社会近代化总体需要的过程。中国民法近代化实质上是中国近代民法如何建构的问题。要说明这一问题，既要阐明中国近代民法规则的构成要素，更主要的还要阐明近代民法各构成要素是如何整合为一体，形成了一个怎样的民法体系。

（一）固有民法与继受民法

就近代民法的构成要素而言，可以说固有民法和继受民法是构成中国近代民法的两个基本因素。民国时期的法学家在论及中华民国民法典的规则构成时说：“我国民法，除亲属、继承两编中有不少之固有法外，其他之大部分多为继受法。”显然，这是将民法规则分为固有民法与继受民法两类。^{〔1〕}其实，不仅较为晚近的中华民国民法典是由中国固有民法和继受于西方之民法构成的；溯自清末修订《大清民律草案》，固有民法与继受民法就开始成为塑造中国近代民法的基本要素。民国初期构成《民律草案亲属编》、民国《民律草案》^{〔2〕}的法律规则，大理院创制、适用的民法规则也都包含了固有民法和继受民法。“固有民法”与“继受民法”作为建构中国近代民法的基本素材，

〔1〕 史尚宽著：《民法总论》，中国政法大学出版社1999年版，第4页以下。

〔2〕 民国十四年（1925年）至十五年（1926年）间编纂完成的《民律草案》，法律史学者有总体称之为“第二次民律草案”者，因民国四年（1915年）已有第二次亲属编草案，也有称《民律草案》为“第二次民律草案”（指第一、二、三、五编）及“第三次民律草案”（指第4编）者。草案原文本仅有《民律草案》之标题，本文为了将该草案与《大清民律草案》相区别，而称之为“民国《民律草案》”。

本文将其作为两个基本概念，特解说如下：

1. 中国固有民法。

中国固有民法作为客观规则起源甚早，作为一个法律概念则是一个“近代性词汇”，因为中国古代国家制定法是一个“化合物”（我们所说的近代意义上的各实体法规范、程序法规范在我国古代国家法典中有机地结合为一体，并无明确的区分），法律规则体系中有本末、先后之别，却没有公法、私法，实体法、程序法的决然区分。中国古汉语中有“民法”一词，见之于尚书孔传，〔1〕而作为私法法典“民律”、“民法”之称谓则产生于近代翻译西方法律之时。

19世纪七八十年代，同文馆化学教习法国人毕利干（Anatole Adrien Billequin）翻译的《法国律例》之中，将《法国民法典》译为《法国民律》，开始采用“民律”一词指称近代私法法典；此后清末、民初民法典草案皆称“民律”草案。

“民法”一词是由日文转译而来，20世纪初叶上海南洋公学译书院将《日本法规大全》（日本明治三十四年即1901年第三版）译成中文，其第三类法规为“民法”。光绪三十二年（1907年）修订法律馆参照南洋公学译本翻译完成《新译日本法规大全》，对系统化的私法法典亦采用“民法”之称谓。而中国固有民法则是借助西方近代私法概念形式，来指称生成于中国传统社会，规范民事生活，一切具有法

〔1〕 参见李祖荫所撰文《评胡长清氏著中国民法总论》，其第二目说明了“民法”一词的来源。该文附载于胡长清著：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，为编者后来收入。

之效力的法律规则、法律制度、法律用语、法律价值观念的总称。言其大者，中国固有民法包括国家法中有关亲属、婚姻、户役、田宅、钱债等民事制度，民间具有法之效力的民事习惯、义理准则等，以及贯穿各种民事制度之中的法律价值观念都属于固有民法的范畴。言其细微者，固有民法的许多法律用语，如关于民事主体者有“成丁”，关于债之关系者有“契头”、“契尾”，关于物权者有“祭田”（民间特种物）、“典”，关于亲属关系者有“长房”，关于继承制度者有“兼祧”等特有术语。^{〔1〕}

由于社会文化多方面的原因，^{〔2〕} 中国固有民法没有像西方民法那样形成相对独立的法律价值体系、私法学说、系统化的规则体系、专业化的法律实施机构等。民国初期中国固有民法是在没有形成完整体系的情况下，主要是以零散的形态参与民法近代化过程的。

2. 继受民法。

继民受法是指对中国近代民法形成产生一定影响，被中国近代民法所接受的西方各国民事法律规则、私法学说、

〔1〕 关于固有民法的一些特有术语可详参本文附录《固有民法与继受民法法律术语之比较》。

〔2〕 详参潘维和著：《中国近代民法史》，台北汉林出版社 1982 年版，上册第 5 章。潘维和认为中国古代民法不发达的原因主要是：文化上的王道主义、政治上的人治主义、社会上的人治主义、法制上的人治主义。

法律技术的总称。^{〔1〕}西方民法是继受法的母体，继受法来源于西方民法；但继受民法又是经过中国法律创制机制的选择、加工和改造，为中国近代民法接受的西方民法。那么我们要探讨继受民法，一方面必须以更为广泛的西方民法为总体参照，另一方面还要对以往的继受成果不断作出修正与再认识。

西方民法是多元的法文化“集合体”，按法系可以分为大陆法系和英美法系。就对中国近代民法影响较大的大陆法系而言，又可细分为以法国民法典为代表的拉丁派，以德国民法典为代表的日耳曼派，以日本民法典、瑞士民法典为代表的折中派，三个支系。不仅大陆法系的各著名民法典是中国继受的对象，与民法典密切相关的法律价值观念、私法学说、法律技术也都是中国继受的对象，例如，西方各国通行的权利神圣观念、私法自治观念，以及德国民法典的五编编制体例，潘德克顿法学抽象的法律概念——法律行为；日本民法典、瑞士民法典高度概括性的“法例”，民法社会化的新学说；日本民法典关于民事主体、身份制度的独特设置，等等。但与中国固有民法不同，西方民法是以理论化、体系化的形态参与中国民法近代化的。

〔1〕 本书在基本概念上采用“继受民法”而未采用“西方民法”，不仅因为民国时期法学家习惯于使用这一概念，还因为民国初期的民法近代化是在清末继受西方民法基础上进行的，民国初期讨论的许多民法问题已不是单纯的西方民法，而是清末继受的西方民法。所以，“继受民法”比“西方民法”具有更广泛的概括性，也能够更好地说明对西方民法的继受不是一次性便可完成的，对西方民法的理解认识是一个不断深化的过程。

（二）固有民法与继受民法的整合

中国固有民法与继受民法，两者在价值观念、制度规则形态、法律技术各方面存在着极大的差异。固有民法与继受民法的整合就是指，二者以新的共同的价值观念为基础，各自经过一定的转化，使两个原本差异极大的相互独立的法律子系统重新组成一个结构严密的统一的近代民法系统。^{〔1〕}

首先，固有法与继受法的整合是在一个新的共同的法律价值基础上进行的。这个新的价值基础既不同于固有民法的传统价值观念，也不同于西方民法的价值理念，它带有会通中外的特色，并且在一定程度上能够兼容固有法与继受法个性化的内在价值。其次，固有民法与继受民法都不是简单地汇集、结合在一起的，它们是经过一定的转化之后才成为中国近代民法规则体系的组成要素的。植根于农业宗法社会的固有民法要面对中国社会的近代变迁，逐步适应民主政治、商品经济的需要；例如，中国古代有家族制度，近代民法中有相应的“家制”，不过近代民法中的“家制”虽然属于固有民法的范畴，却又是经过改造的固有民法，其中家族尊长的权威、家族组织的结构都发生了变化。对西方民法的继受，也不完全是简单的转账誊录，清末以来立法机关是在比较西方民法的基础上，选择那些符

〔1〕 本书“法律整合”的概念及思路源于法律社会学的影响。参见〔英〕罗杰·科特威尔著：《法律社会学导论》。

合中国国情、能够促进中国社会发展的规则、学说、法律技术加以继受的。再次，固有民法与继受民法的整合最终体现了法律创制者回应中国社会发展的总体需要，对具有不同个性的两种法律系统在规则形式、规范价值方面进行系统化的逻辑设计，民法法典化就是这种理性设计的终极目标和最完善的表现形式。在民法系统化、理性化的过程中，法律创制者利用各种法律技术来协调固有法与继受法的个性冲突，力求使二者能够共同服务于统一的法律价值。

第二节 研究方法

固有法与继受法的整合与其说是法律技术独立发展的结果，毋宁说是法律事实随着社会文化发展不断生长的表现。因此在探讨民法的近代化时，本文采用了法律社会学的视角：不仅把民法视为解决纠纷的技术性工具，而且把民法理解为文化性的符号；那么固有法与继受法的整合就不单纯是法律问题，它与中国文化的整体价值取向密切相关，体现着国家与民间社会的互动关系；民法近代化同时也涉及到政治问题、社会问题、历史问题和文化问题。诚如法国的法律社会学家布律尔所言：“因为法律是社会群体意志的表现，所以对社会发生作用的一切因素都对该社会

的法律产生影响。法律社会学把法律看成是多种影响的产物。”〔1〕

法律社会学方法具有对法律规范进行多角度、深层次观察的优长，然而其包罗万象、杂而不专的弊端又不可不察。为了避免漫无边际或脱离主题的倾向，自当对本文具体研究方法及逻辑结构予以限定性说明：

一、规则分析的方法

民法近代化在微观视角上是根据社会需要对固有民法与继受民法进行规范选择，创制新的民法规则的过程；在宏观的视角上是推进包含固有的与继受的民法制度（具有同一功能的民法规范）、民法原则（体现不同层次民法价值的规范）、民法体系（民法规范的系统化、法典化）由统合到整合的演进过程。可以说，民法规则是体现民法从形变到质变的最小单位。而对民法的规则分析则是本文最基本的研究方法。〔2〕

规则分析是对组成规则的术语、概念、规则的类型（属于第一性规则还是第二性规则，二者的技术形态与功能的差别如何）、多个规则组成的规范的结构（假定、处理、

〔1〕〔法〕亨利·莱维·布律尔著：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社1987年版，第80页。潘大松等译：《法律的整合机制》，华夏出版社1989年版，第3章。

〔2〕需要特别说明的是，清末民初没有正式公布实施民法典，民法规则主要指民律草案、民事单行法、具有法源性的大理院判例解释例、习惯法等。

制裁)、规范的内容(法律关系主体、权利义务内容、法律关系客体)规范的组合(规范的制度形态)、规范的体系化(规范、制度的整合,乃至法典化)等问题进行语义的、逻辑的考察;以及通过具体的案例,来说明对固有民法规则与继受民法规则的选择。

二、法文化分析的方法

法文化是一个歧义丛生的理论范式,国内外学者已有数十个不同的定义。我在研究中倾向于采用“中义文化观”,^{〔1〕}把法律文化界定为有形的法律规范、法律制度、法律机构、法律设施以及立法、司法等法律活动与无形的法律思维活动(人们对法律的态度、信仰、价值评判等)相互作用交织而成的文化机制。又依照文化主体的不同,法文化可分为“外部法律文化”和“内部法律文化”,“外部法律文化是一般人的法律文化,内部法文化是从事专门法律任务的社会成员的法律文化”。^{〔2〕}民事习惯是典型的“外部法律文化”,条理是典型的“内部法律文化”,他们二者在民法近代化的过程中都发挥了重要作用。

〔1〕 详参刘作翔著:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第19页以下:三种文化观以及法律文化研究应对文化概念的定位。论者将文化观分为“广义文化观”、“中义文化观”、“狭义文化观”。“中义文化观”注重于“精神文化”(包括社会意识、社会规范、社会制度、组织机构等)层面的探讨,而剔除了“物质文化”作为文化的构成要素。

〔2〕 〔美〕弗里德曼著:《法律制度》,李琼英、李欣译,中国政法大学出版社1994年版,第223页。

从法文化的观点来看，民法绝不是一些零散的法律规范的简单汇集。民法作为法文化的子系统既具有法文化整体特征，又具有自身个性化的功能和价值。对民法的法律文化观察，便是在规范分析的基础上进一步探讨民法制度、民法体系背后所凝结的价值观念，以及人们在法律活动中对民法的态度、对民法的信奉。

三、国家与民间社会〔1〕相结合的分析方法

国家的核心是政治权力体制及其与之相适应的意识形态，政治权力体制为国家的形体，意识形态为国家的精神。国家政治权力体制和意识形态表达的是法律的官方权威层面。社会的核心是经济利益，具有不同经济利益要求的各阶层为实现各自的经济目的互相合作、互相制约、互相毁灭。国家与民间社会在政治经济生活中进行着不断的交往，结成互动的结构系统：国家为表层结构，民间社会为深层结构。

从民间社会层面来观察，民国初期的社会既有传统经济阶层（地主、自耕农、雇农等），又有新兴的经济阶层（资本家、产业工人、学生、军人等），还有介乎新旧之间的经济阶层（手工业者、士绅等）。这些不同的经济阶层在实现各自经济利益的过程中，与国家有着不同性质的交往，

〔1〕“国家与民间社会”是法律社会学的一种分析方法，对于民法史的研究而言，该方法强调的是既要注重对国家制定法的考察，又不能忽视民事习惯。

他们的经济利益要求体现为不同的政治要求。有的经济阶层其政治经济利益要求为国家所承认，有的经济阶层其政治经济利益要求为国家所忽略，有的经济阶层其政治经济利益要求被国家所压抑。从国家的层面来观察，民主共和国形式上是所有人的国家，但实质上国家只反映了部分人的政治经济要求；未被国家所承认的利益要求存在于“小传统”之中，并会影响到大传统的实际运作。民国初期民法的近代化是中国国家与民间社会系统近代化的一部分，深受国家与民间社会系统近代化总体进程的左右。

以上所述的三种研究方法有着不同的观察角度，同时他们又是紧密相关综合为用的。规则分析方法为法律文化的观察提供具体的问题点，使法律文化免于浮泛；法律文化的观察以条文式的规则为基础，通过规则透视到一个更加丰富而动态的法律变迁图景，展现规则背后从文化冲突走向文化整合的过程。规则分析、法律文化的观察需要在具体的国家——民间社会历史环境中进行，就不可缺少通过国家——民间社会的全面动态观察来提供一个真实的国家社会历史环境，民法规则的创制、法律文化的生长都是国家社会史的一部分；反而观之，民法规则中蕴涵的造法者的价值预设和期待，也要经历国家与民间社会的检验与接受。

第二章 民国初期民法近代化的 社会动力与制约因素

中国传统社会是建立于小农经济之上，王统、道统、族统三维共构的稳定结构。^{〔1〕}王统是政治统治的一维，以授命于天的君主为核心，以等级官僚体系为机体，以尊尊为原则，形成了一个纵向服从的社会运行系统。道统是社会文化意识的一维，以儒家纲常名教为主导，并兼容道家、佛家等其他文化因素，为官方和民间组织提供精神支柱。族统是民间组织的一维，以亲亲为原则，组织亲族的日常生活。王统、道统、族统这三个结构性因素，互相顺应，联结互动，共同维护社会稳定；但王统是整个社会共构的基础，“是具有能动整合作用的有形力量”。^{〔2〕}

〔1〕 参见高钟著：《文化激荡中的政府导向与社会裂变——1853 年—1911 年的湖北》，华中师范大学出版社 1998 年版，第 1 章第 1 节《中国传统社会的三维共构》。林毓生在《中国传统的创造性转化》（三联书店 1988 年版）论集中也提出并论证了同样的观点，他认为“传统中国社会具有高度整合性”，整合的基础是“普遍的王权”（和“王统”指的是同一对象）。

〔2〕 参见高钟著：《文化激荡中的政府导向与社会裂变——1853 年—1911 年的湖北》，华中师范大学出版社 1998 年版，第 218 页。

1912年元旦，中华民国临时政府创立于南京；同年2月12日，清帝下诏宣布逊位。至此，定型于秦汉之际、延续了两千余年的传统政治结构，随着封建帝制的消隐、王统的崩溃而趋于解体。王统的崩溃致使道统失去了政治保护，无遮拦地暴露在各种批评之下；并且道统的一些关键性道德范畴，如“忠”、“义”等一时失去了服务对象。族统是王统组织机制的缩影，王统的崩溃对其产生了巨大政治冲击；加之，1905年科举制度的废除、城镇经济文化的迅速发展，驱动乡村知识阶层向城镇流动，使得族统逐渐失去维持其正常发挥组织功能的士绅群体。在传统社会结构解体的过程中，新的稳定的社会结构未能迅速建立，20世纪初期之中国处在新旧交替的过渡时代。中国近代文化巨擘梁任公在论及中国当时社会性质时称：“今日之中国，过渡时代之中国也。……今日中国之现状，实如驾一扁舟，初离海岸线，而放于中流，即俗语所谓两头不到岸之时也。语其大者，则人民既愤独夫民贼愚民专制之政，而未能组织新政体以代之，是政治上之过渡时代也；士子既鄙考据词章，庸恶陋劣之学，而未能开辟新学界以代之，是学问上之过渡时代也；社会既厌三纲压抑虚文縟节之俗，而未能研究新道德以带之，是理想风俗上之过渡时代也。语其小者，则例案已烧矣而无新法典，科举议变矣而无新教育，元凶处刑矣而无新人才，北京残破矣而无新都城。”〔1〕“过

〔1〕 参见梁启超所撰文《过渡时代论》，载于《清议报》第82册。

渡时代”处于变迁状态的各种政治、经济、文化力量，既是推动民法的近代化的力量，也是制约民法近代化的限制条件。

第一节 社会经济的发展与民法近代化

社会经济生活的现实需要是民法发展演变的原动力。

公元前 5 世纪古罗马的《十二表法》，反映的是奴隶制城邦商品经济的法制需要；公元 6 世纪《优士丁尼法典》是建立在高度发达的商品经济水平之上，同时体现了封建经济关系在东罗马帝国的新发展；1804 年的《拿破仑法典》是自由资本主义经济关系的产儿；1900 年的《德国民法典》则体现了资本主义社会经济由自由竞争走向垄断的过渡性；1912 年的《瑞士民法典》则比较全面地反映了经济生活高度社会化的特征。

我国民国初期的民法近代化同样是社会经济生活变迁的一种回应。1840 年鸦片战争以来，中国开始置身于环球交通的开放世界之中。自清道光二十二年（1842 年）至民国十三年（1924 年），中国政府先后对外开放了 112 处商埠（其中依照条约开放 77 处，自行开放 35 处）。清道光二十五年（1845 年）至民国六年（1917 年），西方列强还在华强行开设租界 29 处，租借地 5 处，外国人居留地 14 处，

铁路附属地商埠 15 处。^{〔1〕} 通商口岸、租界、租借地、外国人居留地、铁路附属地商埠，这些地区首先成为中国近代经济的生长点，一定程度上带动了近代经济在城镇的迅速发展。中国城镇近代经济的发展，产生了许多新的社会民事关系，对民事法律规则提出了两方面的需要。一方面，民事生活增加了许多新的内容，需要新的民事法律规则加以调整。例如，传统民事生活中“物”一般仅指有体物，不包括无体物；但是随着近代运输业、仓储业、间接信用制度的发展，提单、存单等有偿证券都成为经济交往中的“物”。物的范围扩大了，民法要调整的社会关系也随之更复杂了。为了有效规范、调整这些新的社会经济关系，需要在固有民法之外创制有效的民商事法律规则。另一方面，城镇经济的流转速度大大加快了，乡村经济的流转速度也有所加快，从而在很大程度上改变了固有民事关系的性质和处理原则、调整方法。传统经济条件下不动产是最稳定的社会财富，因而也是民事法律保护的重点。但是近代经济中的货币资本及其他物质生产要素在经济流转的过程中，具有迅速实现价值转移、价值升值的能力；与近代经济财富相比，自然经济中的不动产其社会价值相对降低了。此外，不动产的价值实现方式也发生了改变，它不仅通过租金、典价的传统形式为所有权人、占有人带来价值增殖，更主要的是它作为生产投资，在生产过程中可以实现价值

〔1〕 参见张洪祥著：《近代中国通商口岸与租界》，天津人民出版社 1993 年版，第 321～326 页，第 330～333 页。

增殖。因此近代民法不同于固有民法，既要保障物的所有权不受侵犯，还要保障民事主体之间的交易安全，甚至有时保障民事交易安全的功能更为重要。不动产权利的保障方式也有所不同，除了物权保障方式之外，交易资格、订约能力、邀约与承诺的效力、违约责任等都倾向于采用严格的法定保护方式，这些内容在固有民法中都缺乏明确系统的规定。

社会经济的发展为民法近代化提供动力的同时，也设定了发展变化的限度。与城镇近代社会经济迅速发展形成鲜明对照的是，广大乡村却处于迟缓发展或少有发展的状态。^{〔1〕} 固有民法在传统自然经济占主导地位的地区，仍然是有效的行为规则；经济生活尚未改变的情况下，而变革与生活密切相关的民事法律，对于乡民而言变亦等同于不变。再有，身份法律制度与民族文化息息相关，普遍滞后于社会经济的发展变化，^{〔2〕} 中国固有身份法的观念、制度不仅在广大乡村，即便是近代经济相当发达的大城市都保持着一定的稳定性。

〔1〕 1912 年中国总人口 4.1 亿，城镇人口 3700 万；1928 年总人口增至 4.65 亿，城镇人口 4100 万，占总人口的 8.9%（参见赵文林著：《中国人口史》，人民出版社 1988 年版，第 510、511 页）。1914 年至 1918 年间，是中国近代经济大发展时期，但这一时期以传统方式经营的小农经济占国内总产值的 61.8%，传统、半传统的工商业经济占 35.5%，近代产业经济仅占 2.7%（周俊旗、汪丹著：《民国初年的动荡》，天津人民出版社 1996 年版，第 150 页）。

〔2〕 法国、德国、日本以及北美发达资本主义国家，实现夫妻平等、消除家长权，大都在 20 世纪 40 年代。