

民国初年“契约自由” 概念的诞生

——以大理院的言说实践为中心

周伯峰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字 01 - 2005 - 6209

图书在版编目 (CIP) 数据

民国初年“契约自由”概念的诞生 :以大理院的言说实践为中心/周伯峰
著. —北京 北京大学出版社,2006. 1

(法史论丛)

ISBN 7 - 301 - 10144 - 9

I . 民… II . 周… III . 契约法 - 研究 - 中国 - 民国 IV . D923. 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 133448 号

书 名 :民国初年“契约自由”概念的诞生——以大理院的言说实践为中心

著作责任者 :周伯峰 著

责任编辑 :付 芳 谢海燕

标准书号 :ISBN 7 - 301 - 10144 - 9/D · 1358

出版发行 :北京大学出版社

地 址 :北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 :http ://cbs. pku. edu. cn

电 话 :邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱 :pl@pup. pku. edu. cn

排 版 者 :北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者 :

经 销 者 :新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 14. 75 印张 219 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价 :23. 00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序 一

对于清末民初法律继受课题的探讨，相对于刑事法而言，民法法还是一片有待开垦的荒野。本书是伯峰在台湾政治大学法律学研究所的硕士论文，写作的主要论点在于检视当代民法最重要的基础原则之一——“契约自由”的概念。在民国初年（1912—1928），民法典尚未具备的年代究竟如何萌生？是否通过当时最高审判机构大理院的司法实践而出现？而这样的历史事实背后所代表的社会意义与文化意义又是什么？

作者首先通过“法律释义学”的方法，采集大量的相关案例，并特别针对“买空卖空”这种具体交易类型作深入的实证分析后，得出结论，“契约自由”概念的确是通过大理院的诠释而被继受到近代中国的法律实践之中。

在得出结论“契约自由”概念确实成为大理院解决民事纠纷的依据之后，作者更进一步借着法理学与法社会学的分析方法，观照大理院运用“契约自由”的概念所代表的社会文化意义，认为这是一种以建立在西方“启蒙式世界观”下的“授权模式”来取代传统中国社会“天理式世界观”下“治理模式”的典范移转过程。在这样的观点下，作者继续讨论中国法律近代化的相关问题，在结论处也点出了法律继受的可能性、法律本土化的实质意涵与法治国建立的理论反思。

可以看出，本书在研究与论述的方法上是具有“企图心”的，除了传统法律史史实的论证外，也想通过西方法理学与法社会学的理论来建构史观，并试着将两者相结合。其中，有些观点或有缺漏、或尚未成熟，但作者试着将法律史、法理学、法社会学等基础法学部门结合起来的努力是值得肯定的。也许，这正开拓出基础法学研究未来的另一个新方向。

伯峰资质聪慧，敏学而善巧思，个人忝为本论文的指导者，在写作过程中，常有机会相互辩难、寻思，共尝“困而知之”的苦与甘，近闻悉论文将由北京大学出版社付梓问世，得以面对更多同好，接受更深广的指正。我们期待着这一份善缘。

黄源盛

2005年5月28日写于木栅梨斋

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

序 二

周伯峰律师所著《民国初年“契约自由”概念的诞生——以大理院的言说实践为中心》一书,是有关中国近代法律史以及相关法理学问题的重要研究著作。这本书在下列几个方面吸引我,并且也显示了作者的研究能力。首先,本书以民国初年大理院的判决为研究材料,这是一笔到目前为止研究还不算多的史料。其次,作者以大理院判决中的契约自由观念为主要的考察对象。契约自由的观念必定存在于任何有契约制度的文化社群当中,自然也包括传统中国。但是传统中国始终未能清楚发展出契约“自由”的观念与论述,传统中国法也未能明确将之表彰为私法自治的基本原则。作者选择在传统与现代化交界阶段中的契约自由概念为研究主题,深具慧眼。再次,作者运用史料论证,尤其是通过对买空卖空的研究,论证证明在大理院的判决中,契约自由已经成为解决民事纷争所必须考虑的要素。此一发现,深具价值。最后,也是最重要的一点,作者由原本单纯的民国法律史研究,引申思考中国近代法律继受的问题,并提出此一继受,是以契约自由为代表、以后蒙世界观为观点的“授权模式”来取代以天理世界观为基础的“治理模式”。作者在此基础上,讨论了法律继受、法律本土化、法治国建立等重要基础法学问题,提出了许多重要的法理学见解,值得所有关心近代亚洲法律现代化问题者共同思考。

我个人认为,本书显现了法律史、法社会学与法理学等研究取径能够成功地结合成一种具有内在联系的基础法学研究,而不再是各自分离的领域,因此大大有助于法学研究未来的发展与丰富化。

颜厥安

2005年4月28日于台北

出版说明

当今社会是信息社会。信息的交流和互动使我们可以站在巨人的肩膀上俯瞰整个学科的发展,进而推动该领域学科的发展壮大。我国台湾地区的法学研究较为成熟,但目前大量读者还不易直接在祖国大陆购买台湾地区的书籍,而大量复印又有违著作权法的有关规定。在这种情况下,我社引进了一些已经在我国台湾地区出版的优秀法学著作。我们希望通过这种方式给祖国大陆读者提供一种获取信息的捷径,从而可以比较迅速地了解各个地区的教学和学术成果,为深入学习和研究打下更坚实的基础。

我们引进这些学术著作,主要目的在于介绍我国台湾地区的相关法学理论和方法,推动学术交流,促进学科发展,完善教学体系。而其著作者的出发点、指导思想、基本观点和结论等,属于学术范畴的讨论,均不代表北京大学出版社的立场和观点。

由于海峡两岸的具体情况不尽相同,为方便读者,经授权出版社同意,我们在排版时对原书的某些行文方式作了少量技术性处理。至于原书内容,我们遵从著者的意愿,未作任何改动。需要特别说明的是:(1) 台湾地区是中国不可分割的一部分,这是不争的事实。但目前由于特殊原因,台湾地区还实行本地区的法律、法规,包括“宪法”。学界从宪法的视角研究、审视法律已经成为一种趋势和必然。因此,从学术研究出发,对书中涉及的“宪法”规定及其分析,并没有加以删减。(2) 一些机关和机构,比如行政法院、学会等,系指我国台湾地区之机构,为了保持行文顺畅,并使读者明确地查证,一般按照原有的称呼,没有进行特别的处理。(3) 为了行文的简洁,对具体的法律、法规没有一一加以说明,因此如果没有特殊标注,书中所涉及的法律、法规均为我国台湾地区的法律。(4) 我国台湾地区法学领域有些用语与祖国大陆不尽一致。比如一些国际条约的翻译、学科设置等,为了保持作品原貌,也没有加以修改。特此一并声明,敬请读者注意,以免产生误会和质疑。

第一章 引言：一段空白的“过去”

若用宏观的角度看待历史,也许可以这样标示出“中国”社会两个重大的变动时期。第一个时期是战国时代,一个各种旧体制崩溃(礼崩乐坏),各种新的体制正在生成的时代,而新生成的体制系统经由秦帝国画出草稿,再由汉帝国为之修正确立后,从此沿袭运作不断,持续了约摸两千年,构成了所谓的传统社会。而这套系统在经过近两千年的运作之后,忽然间遇到了最严厉的挑战,一场从公元1840年鸦片战争后所发生的“近代化”挑战,而在此同时,也带来第二个最大变动的时期,这个时间点已经来到了中国最后一个帝国“大清朝”气数已尽,而第一个共和国“中华民国”初生的时候。

在这有清末季,民国肇始之时,政治上由专制皇权体制易改为民主共和体制,经济上西方资本主义的生产方式与观念也被带入了社会之中,各种社会制度、生活方式、文化都发生了变革。这些也许在速度与表现上给予我们的感觉,虽然没有像政治组织一夕而变那么快而明显的印象,但有变化是确定的事情。当然,法律制度也产生了变动,即在清末以沈家本(1840—1913)领衔主导的修订法律馆为核心,将原本惯行于传统社会的法律修改、废弃,改采与西方各国相同的现代西方法律,从事法律的近代化^①。换言之,法律制度的改变,就是在“继受”(reception; Die Rezeption)^②近代西方法律制度。

清末由沈家本所主导的“变法修律”只是整个法律近代化过程的开端,而“法律继受”一旦激活之后,就无法逆转地一直往前,这个过程亦延续到民

① 关于晚清法律近代化的相关介绍与讨论,参阅黄源盛:《晚清法制近代化的动因及其开展》,载黄源盛:《中国传统法制与思想》,台北:五南出版社1998年版,第271页以下。关于沈家本的简介,参阅黄源盛:《晚清修律大臣沈家本》,同上,第307页以下。

② 本书这里使用“继受”(reception; Die Rezeption)一词,是较通俗(也可能是需要更多反省)的说法,而其本意是指对某种文化、思想的接纳学习。不过对于这种改变(学习、接纳),有论者指出,我们不能只将它当作一种“过渡”(transition)过程来看待,而忽略其背后的权力关系,亦即不能忽略这亦可能是一套“殖民”(colonialism)、“自内殖民”(internal colonialism)的关系。参阅黄丞仪:《台湾近代行政法的生成——以“替现”与“揭露”的书写策略为核心,1885—1901》,台北:台湾大学法律学研究所硕士论文,2002年,第27页。

国成立之后。在民国建立之后,除了在立法层面上继续各种法律的拟定及法律草案的修改外,在司法层面上也开始了以西方法律观念为核心的实践。在司法实践之中,可以观察到,当时最高审判机关“大理院”(1912—1928)^③占有相当重要的一席之地。那么若想更进一步了解民国初年,在司法实务上是以怎样的方式来实践法律变迁(继受),那么,大理院所做出的判决是绝对不能错过的。在这样的想法下,也可能为民国初年的法制史研究找到一个可能的研究脉络^④。

正是在这种时代背景下,笔者挑定以大理院判决为本书主要的讨论对象。接下来则一一叙述,全书所要讨论的研究问题意识为何、此研究可能对话的对象,以及要如何进行这研究的方法,并对于各章的内容及成果作一概要的整理、介绍。

第一节 问题意识

虽说要以大理院判决为主要研究对象,但这仍是一个粗略的范围划定而已。若要讨论全部的大理院判决,就现有的档案资料来看^⑤,依笔者个人能力不敢做这种妄想,势必要更仔细地选定分析对象、界定讨论范围与提出更清晰的论题主张。换言之,即提出更为明确、有意义的研究问题。

第一项 民事判决为主要分析对象

本书计划将主要的研究对象限定于大理院所做的民事判决之中,而笔者选择以民事判决为讨论标的,大致上基于下面两点理由:

^③ 关于大理院的介绍,参阅黄源盛:《民初大理院(1912—1928)》,载黄源盛:《民初法律变迁与裁判》,台北:政治大学法学丛书(47),2000年,第3页以下。

^④ 对于民初法制史研究的相关讨论,参阅欧阳正:《民国初年(1912—1927)法制史研究刍论——中国法制研究的一个新方向》,载《空中大学社会科学学报》第三期(1995),第213页以下。另参阅欧阳正:《民国初年的法制改革与司法独立》,载《法制史研究》创刊号(2000),第80—81页。黄源盛:《大理院司法档案的典藏整理与研究》,同上注3,前掲书,第83页以下。

^⑤ 就目前现有的史料来看,由黄源盛教授所整理出的大理院判决原始档案,民事判决即计有《大理院民事判例全文汇编》二十六册、《大理院民事判例全文汇编》点校本十一册、《大理院民事判决汇览》二十五册,刑事判决则有《大理院刑事判例全文汇编》十七册、《大理院刑事判例全文汇编》点校本六册、《大理院刑事判决汇览》三十册。而目前大理院判决档案,全国共有两套,一套在国史馆,另一套典藏在政治大学基础法学研究中心。

一、“民事”观念在传统中国法制上的不可能性

首先,对于一定的“民事”(civil;bürgerlich)纷争,由独立的“民事”法院,依据特定的“民事”法理来做判断,这个对于学习现代“民事”法律的人们来说,是再平常不过的一个观念,甚至会认为这是理所当然,还有其他的选项吗?但想象一下,若将时间的指针往前回溯九十年以前,这件事还会是如此的理所当然吗?其实不是那么地想当然耳,反而会显得有点突兀,关键在于“民事”这个概念在传统中国法中其实是不可想象与不可能的。

有论者曾经提出传统中国法制的特色之一,就是在法典编纂上采取“诸法合体的法典编纂体例”,即在律典的结构形式上,基本上都是刑法典,但亦涵盖有关的民事法、程序法以及行政法等各领域,形成民刑不分、实体与程序混杂的诸法合体结构^⑥。但在这种法典编制的特色下,似乎就给人一种只有“刑事”没有“民事”的感觉,故而就有论者提出传统中国法制在法律体系上是“诸法并存、民刑有分”的说法^⑦,即除了有“刑事”规范外,亦有“民事”的规范与实践,并也提出一定的史料来加以支持。的确,若由律典中具体条文的规定,如《唐律》田土、钱债、户婚等等,似乎可以发现这与现代的“民事”法所要规范的问题差不多^⑧,另加上一些可见的裁判档案,其中亦有为数不少关于解决“民事”纠纷的裁判,而且现在也有不少关于传统中国法制上“民事”部分有意义的研究成果^⑨。那么,是否可以因此确认“民事”观念在传统中国法中的存在吗?笔者必须承认,在传统中国法制上关于如何处理、界定人与人之间生活资源的归属与发生分配纠纷时的规范与实践,本书也会处理到这部分的问题,但这与在此所特别标示出来“民事”观念是不一样的。

^⑥ 参阅黄源盛：《中国法律的传统与蜕变》，同注1，前掲书，第250页。

^⑦ 参阅张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，北京：法律出版社1997年版，第310页以下。

^⑧ 清末修律大臣俞廉三在奏呈《大清民律草案》的奏折上就说：“贞观准开皇之旧，凡户婚、钱债、田土等事，摭取入律，宋以后因之，至今未替，此为中国固有民法之明证”。参阅“修订法律大臣俞廉三摺编辑民律前三编草案告成缮册承览折”，载《清末筹备立宪档案史料》下册，北京：中华书局1976年版，第912页。

^⑨ 如日本滋贺秀三、寺田浩明，以及美国黄宗智等学者的研究成果。而讨论传统法制中的“民事”关系、“民法”史，现今似乎是一种相当主流的趋势。

在此所指涉的“民事”观念,正是西方近代化,尤其是西方近代资本主义生产方式兴起后,所谈的“民事”观念,其是指一种“市民”(civilian)或“资产阶级”(Der Bürger)间的关系,以一种独立的、可以从事理性(rational)计算,追求自己利益的个人形象为背景^⑩。现在通常所使用的“民事”法院、“民事”关系、“民事”法律这些词语,基本上都是在这个脉络下,而本书在此所用的“民事”也是在这样的意涵下。如果“民事”是指涉到这样的意义,那么,可以在传统中国法中找到这样的想法吗?答案似乎是“不可能”^⑪。而这在传统中国法中的“不可能性”居然在距今九十年前“出现”^⑫了。以实践“民事”法律(理)来解决“民事”纷争的“民事”法院做成了不少“民事”判决。这样的转变就令笔者相当的疑惑,它们是如何运作与实践这种“民事”法律(理)以及如何面对上述的“不可能性”的呢?这是笔者挑选民事判决作为研究对象的第一个理由。

二、大理院处理民事案件的处境

第二个以民事判决为研究对象的理由,在于大理院当时处理民事案件的处境。大理院处理民事案件的处境?不是应该与现在一样,大部分只要依照成文法律规定如《民法》各篇、《消费者保护法》等,做出判断就可以了?大理院当然与现在不一样,只要注意一下,现行民法典是在民国十八年(1929)公布施行的,就可以了解了。也就是说,在大理院存续期间(1912—1928)是没有现在所谓的《民法》,而且相对于当时的刑事法院,至少有《暂

^⑩ 这里就会涉及到“市民社会”的相关讨论,对于“市民社会”的语意脉络与法律特色介绍,请参阅颜厥安:《沟通、制度、民主文化》,载《台大法学论丛》30卷3期,第13—17页。

^⑪ 也许会有这样的质疑,因为笔者如此使用“民事”观念,中国传统法制上没有。笔者承认也接受这样的说法,不过,笔者正是要指出,在谈中国传统法制的“民事”时,很多研究没有把这点说出来,就直观(去脉络)地谈传统法上的“民事”规范或实践是如何如何,这正是笔者想要避免的“盲点”。从而这里带出一个法史学上的理论问题,即要去讨论“民法”史该要用什么观点?对于“民法”史讨论的系谱考察及相关反省,参阅徐忠明:《从西方民法视角看中国固有“民法”问题——对一种主流观点的评论》,载何勤华编:《法的移植与法的本土化》,北京:法律出版社2001年版,第501—534页。其实如果将笔者的想法推广一点,“行政”的观念,甚至“刑事”的观念在传统法制上都是“不可能”的,对此亦有相关的反省、讨论,参阅黄丞仪,同注2,第6—9页。

^⑫ 虽然本书只简单地使用“出现”两字,但其实这是一个具有复杂“动因”的“结果”,当然,这是与整个法律继受、变迁有关,可说是法律继受、变迁过程的具体化与实践。

行新刑律》^⑬可供作为适用法律之文本，当时并没有所谓“暂行新民律”可以作为依据。换句话说，在大理院当时要处理民事案件，基本上是没有太多“成文法”^⑭可供参考。

大理院在做民事判决时的处境，正是如上所述，处于“成文法”空白的状况下，但遇到问题又不得不处理。法院不得因无“法律”而拒绝正义，正是近代民法的精神之一。在这种条件、状况下，即形成了民事法源多样化的可能^⑮，并使大理院负担起部分的法律创造工作^⑯。这是大理院当时的时代“困境”，不过，这也为大理院提供了一个可以尽情挥洒的历史舞台，让其所作所为都更显示出它的特色与历史意义。如此一来，反而更令人好奇，大理院在对民事案件进行法律言说时，所采用的论据是什么，为何采用这样的论据，其在每次言说背后所想达到或建立的目标到底是什么？而这目标达到了吗？也正是在这种时代背景与历史意义之下，让笔者更想以大理院民事判决来观察民国初年法律的言说与开展。

第二项 “契约自由”的概念为主要讨论范围

虽说笔者选定以民事判决为主要讨论对象，但还是需要再进一步界定可能的讨论范围，因“民事”这个概念所可能包含的范围还是太广，从而民事判决这个研究对象就有必要再仔细挑出更精确的讨论范围。笔者计划以“契约自由”（freedom of contract；die vertragsfreiheit）的概念为本书的主要讨论范围，而选择以“契约自由”这个概念来界定讨论的范围是基于下面的理

^⑬ 关于《暂行新刑律》的介绍，请参阅黄源盛：《民初暂行新刑律的历史与理论》，同注1，前揭书，第453页以下。

^⑭ 这里的“成文法”指的是《大清现行刑律》“民事有效部分”及少数的单行法规，如《清理不动产典当办法》等。这里也许会有读者觉得疑惑，“刑律”怎么会有“民事部分”？这与《大清现行刑律》的性质有关，基本上《大清现行刑律》可算是最后一部传统法制的律典，故在编纂体例上，亦带有传统法制的特色，即“民刑不分”。也就是说其中还是有处理生活资源该如何分配的规范，而这规范亦经大理院所承认，作为成文法源的一部分。即大理院上字三四号判例：“民国民法典尚未公布，前清之现行律，除制裁部分及与国体有抵触者外，当然继续有效。至前清现行律虽名为现行刑律，而除刑事部分外，关于民商事之规定，仍属不少，自不能以名称为刑律之故，即误会其为以废。”参阅黄源盛，同注4，前揭文，第104—107页。

^⑮ 关于大理院民事判决所可能引用的法源，参阅黄源盛，同上注，前揭文，第104—113页。

^⑯ 关于大理院于司法过程中的立法契机，参阅黄源盛，同上注，前揭文，第67—70页。

由。

前面提到,所谓的“民事”是指“市民”或“资产阶级”间的关系,换言之,是理性个体、主体间的关系。规范这种关系的法律为“民事”法,或称“私法”,其主要的功能就在于提供能保障个体与个体理性的进行财产交换、经济活动的法律制度^{①7}。这种制度的设计以现代法律人所熟悉的“私法自治”的形式出现,即当事人得依其自由意思创设、变更及消灭其私法上的关系。也就是说现代民法的目的就在于达成“私法自治”的理念。“私法自治”的理念依据一般法律学说的看法,其内容主要有所有权自由、契约自由,等等^{①8},从静态面来看,是保障个体对于其财产的自由使用收益处分的支配权,即所有权自由;从动态面来看,则是个体与个体之间得自由通过法律行为缔结契约,进行财产移转变动,即契约自由。

在“私法自治”之中,一般学说认为以“契约自由”最为重要^{①9}。若说整个民事法律制度的设计就是在达成“私法自治”理念,而“私法自治”理念中又以“契约自由”最重要。这也就是说,如何通过法律行为来自由缔结契约进行财产移转的法律制度设计,自是民事法律制度的核心。如何达成“契约自由”既为民事法律制度的核心,则以大理院对于“契约自由”的意义与界限是如何操作,作为大理院民事判决的主要讨论范围,应能由此观察出大理院对于民事法律制度的主要观点与态度为何。此为笔者选定“契约自由”概念作为主要讨论范围的理由。

第三项 探求大理院法律言说后的社会文化意义

本书最终的问题意识就在于试着通过分析大理院讨论“契约自由”的法律言说(legal discourse),来呈现其所代表的社会文化意义,尤其是放在“法

^{①7} 这样的主张似乎忽略了民事法律对于婚姻与家庭这种非交易关系的规范功能,的确,民事法律对于婚姻与家庭亦有一定的规范,但这并不妨碍这里所主张的民事法以规范财产交换(经济活动)为主要核心,因为民事法的规范接近六分之五在规范财产交换关系。若再仔细观察民法亲属、继承两篇中的规定(尤其是继承),其实可说大部分还是规范财产间的关系(只是这关系渗入了某种身份要件),真正身份关系的规范说不定还比较少。

^{①8} 参阅王泽鉴:《民法总则》,台北:自版,2000年,第264—265页。陈自强:《契约之成立与生效》,台北:学林出版社2000年版,第6页。

^{①9} 参阅王泽鉴,同上注,第265页。王泽鉴:《债法原理(一)基本理论债之发生》,台北:自版,1999年,第80页。陈自强:《契约之成立与生效》,台北:学林出版社2000年版,第7页。

律继受”的相关脉络下讨论。其实,所有法律相关的活动,不论是法律学术或司法程序,最终都是在举出理由以支持对规范或人类个别行为是否正确或妥当的主张、判断,即在进行“法律论证”,而法律论证依据学者的看法,其实都是在进行一种语言活动 (speaking action),这种语言活动可以称之为言说 (discourse)^{②①}。所谓“法律言说”,简单地说,就指是法院或法学者对于某个法律问题或行为合法与否的判断说了些什么。这个世界上没有一种语言是可以任意说的,如同维特根斯坦 (Ludwing Wittgenstein, 1889—1951) 所认为的,世界上不可能有所谓“私有语言”,语言之所以可能发挥作用作为沟通的媒介,是因为有各式各样规则约束的活动,语言被框筑在特定的生活方式之中,亦即各式用途均有其原生所居的社会习惯,字词的意义受制于生活在特定生活方式中的人们如何信手拈来加以运用,一旦脱离运用的脉络,及从生活方式中抽离出来,便失去任何意义^{②②}。“法律言说”也是一样,其不会是随便乱说的,背后总有一定的模式在支持与限制,否则就没有所谓的“意义”可言。所以,当大理院使用“契约自由”这个概念的时候,就是代表着其运用着在“契约自由”概念背后的模式来进行法律言说,这样一来,就可以通过对大理院所进行的法律言说作分析,观察出其是以怎样的制度模式在运作法/不法的区别^{②③}。

制度之所以出现,绝不是凭空冒出来的,其是立基于一定的“脉络背景”之上。如资本主义的生产方式的出现,马克思 (Karl Marx, 1818—1883) 认为是社会经济条件改变所导致,韦伯 (Max Weber, 1864—1920) 则说是来自于基督新教合理性、禁欲的伦理观,这里不是要去讨论哪个说法比较对,而是

^{②①} 关于论证、言说等概念,请参阅颜厥安:《法、理性与论证》,载颜厥安:《法与实践理性》,台北:允晨出版社1998年版,第97—103页。

^{②②} 这就是“语言游戏”的概念,其出自维特根斯坦后期的代表作《哲学研究》,关于《哲学研究》的简介,可参阅Nigel Warburton:《经典哲学》,李培元译,台北:韦伯文化出版社2000年版,第245页以下。

^{②③} Mac Cormick就指出,通常在法律中都会使用各式各样的法律概念,如契约、所有权、信托、遗嘱、公司、证券、婚姻,等等。不过这些概念其实并不仅是一些语言上使用的词汇而已,而是分析了解法律规范体系所不可或缺的中介,而人们只能通过这些概念才能将看似独立存在的法律规范整理成相互关联的一批规则。See Neil MacCormick and Qta Weinberger, An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism, Dordrecht etc., D. Reidel, 1986, pp. 51—52. 中文参阅颜厥安:《规范、制度与行动》,载林继文编:《政治制度》,台北:“中央”研究院中山人文社科所2000年版,第5页。

借此指出他们的说法都告诉了我们,生活形式背后是有社会文化的脉络在支持着,没有那样的脉络就不会有那样的制度模式。当然,使用“契约自由”这样概念的法律制度,其背后自有其预设的“脉络背景”、社会文化条件。这就带进本书最重要的问题意识,当大理院在使用“契约自由”概念的时候,是以怎样的模式在运作,这模式的社会文化条件是什么?而当这个问题放进“法律继受”的脉络下时,就是当“契约自由”概念被使用时,对于原本非西方法律的地区而言,代表着怎样的社会文化意义?所以本书的书名《民国初年“契约自由”概念的诞生》其实意味着,笔者将要挖掘“契约自由”概念在民国初年出现的过程,以及探求这背后所隐藏的社会文化意义。

第二节 研究对象

在此,笔者试着指出,本书所能对话的研究对象是什么,并分析在相关论述中,有哪些值得进一步开发或延展之处,借此说明本书得以成立之基础与可能提供的价值何在。

第一项 民初法律史:重现荒烟蔓草中的风华

谈到“法律继受”^{②③}的问题,一般的焦点似乎都集中在清末沈家本所领导的变法修律的过程及其争议,以及民国十八年左右国民政府时期所定的各项法律,其订立的经过与之前的草案内容。相关研究的时间点不是集中在1912年之前,就是1928年之后,而1912—1928年之间可说是一片荒漠,似乎这段期间在法律继受过程中不曾存在一般^{②④}。自然该阶段的法律实况如何也是乏人问津,有论者曾经搜罗过与此时期(1912—1928)相关的中英文研究文献,而结论是数量有限,且讨论的范围与深度亦不如清末法律变革

^{②③} 关于目前“法律继受”研究论述的整理,参阅卢静仪:《近四十年来(1960—2000)有关“法律继受”研究概论著述》,载《法制史研究》创刊号,台北2000年,第239页以下。

^{②④} 如在一篇标题为《一九一二——一九四九年中国法制的变化——以民法之制定及施行为例》(陈添辉著,载《中国法制现代化之回顾与前瞻》,台北:台湾大学法学院1993年版)的文章中,虽然时间段标名为1912—1949年,但仔细阅读其内容,其实该文的讨论是集中在1930年以后,而且该文认为在国民政府时期后所颁布的民法典才是继受自外国的,至于在此之前所适用的法律,仍为中国“固有的民法”(即大清现行刑律),而如此论证的依据即为本书前述注13所提及的大理院上字三四号判例。

与国民政府时期法制建设的作品详细,寻绎其原因,大致上是因民初的历史背景、相关资料缺乏与意识形态作祟^⑤。若用荒烟蔓草来形容民初法律史的研究,与一片空白来说明该时期“法律继受”的论述,可能一点也不为过。

不过,近来这种状况似乎有改善的趋势,学界对于民初法制状况已能较平心讨论,并能体认到这是整个探讨法律继受过程所中不可或缺的一环。尤其在相关的档案史料重新被发现之后^⑥,民初法律史的研究似乎更展露出一线曙光。最近关于民初法律史研究的成果,首推黄源盛教授所撰写的《民初法律变迁与裁判(1912—1928)》一书,该书共有九则文章,分成上、中、下三篇,分别为“司法制度与裁判史料”、“刑事立法与司法实践”、“大理院判决与民事法源”,讨论范围包括民初司法裁判制度的综合介绍、刑事法制的开展与实践及大理院进行民事裁判的相关法理的运用^⑦。

与本书所欲进行的论述相关者,为《民初大理院》、《大理院司法档案典藏整理与研究》、《大理院民事审判与民间习惯》、《大理院关于诚信原则的法理及其运用》四则。前两则为进行讨论大理院法律言说(裁判)的背景资料,为本书研究的基础。《大理院民事审判与民间习惯》主要在讨论大理院如何适用民间习惯作为审判依据,为有关民事法源的探讨,《大理院关于诚信原则的法理及其运用》则主要在说明大理院如何在民事法律关系中运用“诚信原则”,该文以类型化观点整理出大理院对“诚信原则”的适用态样。这两篇文章,对于民国初年大理院建构现代民法的开展经过有着详尽而重要的介绍,唯其主要是以现代民法释义学的观点来对大理院的相关判决作分析与评价,较少触及大理院判决与社会实践的关系。本书认为可以在这样的论述分析基础上,进一步探讨在这样的法解释背后所运用的制度模式为何,而通过理解这样的模式,发掘出大理院的法律言说所隐含的法律社会文化意义究竟是什么。

^⑤ 参阅欧阳正,同注4,前揭文(1),第219—222页。

^⑥ 这其中最重要的当然是黄源盛教授所整理出的大理院相关判决、判例全文及平政院裁决全文。若是没有黄师历四寒暑,行千里路,芒鞋踏破,千金散尽,笔者想要做这样的研究亦不可得,而民初的法律运作实况,也将永远存在于主观猜测与恣意的无知之幕中。关于这段史料的整理经过,参阅黄源盛,同注4,前揭书,第95—100页。

^⑦ 关于该书的书评,可参阅曾建元、张茂霖:《寻找荒烟蔓草中的民初司法传奇——读黄源盛著〈民初法律变迁与裁判(1912—1928)〉》,载《台湾本土法学杂志》第17期,第243—247页。

在海峡对岸亦有相关的研究成果问世,即张生先生所著之《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》一书。该书本为张生先生的博士论文,经其改写而成。该书主要内容大致上在于讨论民国初期(1912—1927)大理院如何通过其判决、判例的见解,整合“固有民法”与“继受民法”,而达成渐进的民法现代化。该书作者在进行论述时,采取下面三种研究方法,“规则分析方法”、“法文化分析方法”、“国家与民间相结合的分析方法”^{②③},对于民初的法律言说不只以法释义学的角度观察,亦注意到其间的价值因素与社会实际的互动,这与本篇论文所欲采取的分析进路可说有异曲同工之处。且该书亦可谓为两岸近来以民初民事法律近代化过程为主题的第一本专著,开风气之先,并有相当高的参考价值。

唯该书以民法的全部(包括总则、债、物、亲属、继承)范围为考察对象,未免失之过广,某些论述自然易流于空泛,而且其中某些论述亦有值得再检视之处,如其提到大理院对于“固有民法”、“继受民法”之价值整合的方法为民法社会化^{②④},但近代民法的社会化理念是否真与其所谓“固有民法”^{②⑤}的价值观念可以整合?对于此点,王伯琦先生在其大作《近代法律思潮与中国

^{②③} 参阅张生:《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》,北京:中国政法大学出版社2001年版,第8—12页。

^{②④} 参阅张生,同上注,前揭书,第105—109页。

^{②⑤} 其所谓的“固有民法”的概念是指,“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”。参阅张生,同上注,前揭书,第4—5页。笔者认为这样一段简单的论述,还是无法令读者确实理解所谓“固有民法”为何,且于其后的论述之中,未对“固有民法”再多做阐释,径自进行论述与比较。我认为这样的处理态度似乎值得再商榷,因这似乎已经预设其所谓“固有民法”的观念已有“共识”存在,但笔者不认为是如此。对于传统法制是如何处理相关问题,至少需要作一粗略的概观,而非几句话带过,这样一来与近代民法所作的比较才有意义。

固有文化》中已提出相当多的疑问,认为这可能是一种“貌合神离”的结合^③。大理院是否真是采取这样的态度,本书暂持怀疑的态度,认为需要作进一步分析检视^④,本书正是希望通过缩小讨论范围,以便能更正确地做出分析,且认为要以“固有民法”作为分析论述与比较的对象,必须对之作更加严谨的论述,本书在进行相关的论述上亦将特别注意此点。本书将于该文所提出的基础之上,试着进行更加以精细的分析,从而对于民初民法近代化提出更深刻的观点与评价。

虽说目前民初法律史的研究状况,仍是荒烟蔓草一片,但其中所埋藏的却可能是风华无限,而有待人们去探寻。这里希望借由对相关史料的重新整理,并作系统的理论分析,而能将这段风华重现于世。希望通过本书,填补在“法律继受”相关论述中 1912 至 1928 年这段时间的空隙,使清末沈家本变法修律时所进行的法律近代化努力由谁承接,而后继者又是如何影响民国十八年(1929)以后的法制建设,这段承前启后的过程得以展现于“法律继受”论述中,以更完整“法律继受”的论述使持续至今的“法律继受”过程可以有更加清楚的认识与理解^⑤。最后,本书亦企图借由探究民国初年的法律言说,以发现其背后的社会实践背景,从而能为民国初年的社会史论述提供某些值得汲取的资源,进一步丰富民初历史的研究内容,使人们对于民初史的印象不再停留在只有政局动荡、军阀割据、列强相逼,一片混乱的政

^③ 参阅王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,台北:法务通讯出版社 1993 年版,第 43—53 页。王伯琦先生的这本小书(但内容的确是大作),虽然某些论证与陈述是有问题的,但其在里面所提的主要疑问,即传统固有法律文化与近代法律文化之间的辩证关系(笔者喜欢称为王伯琦式的问题意识),却是任何志在研究法律移植与本土化的研究者都必须响应的。张生先生的文章,笔者认为也是在这问题脉络下提出的见解。同样,笔者的论文,同样也是要试着去响应王伯琦先生的提问。另关于该书的介绍、书评,可参阅许家馨:《评王伯琦先生著〈近代法律思潮与中国固有文化〉》,载《法制史研究》创刊号,台北 2000 年,第 165 页以下。

^④ 有论者曾经这样提问:“中国传统法制向来道德与法律纠缠难分,如果说,道德为法律的最大渊源,并不为过。自唐以降,历代法典要皆一本于礼教,以义务为基础,以道德为旨归,道德观念入于人心。大理院判例的适用条理是否重义理与道德观念?有待实证发现。”参阅黄源盛,同注 4,前揭文,第 113 页。笔者认为大理院是否将传统法制的价值观念,以近代西方民法形式“整合”或“移植”进来,正如论者所言,需要实证资料的支持,而且是相当的数量资料支持,才可以做这样的论断。

^⑤ 有论者即指出,民国初年的法律发展的研究价值即在于这段历史过程为日后中国法律系统的演进提供了一个重要的基础。参阅,欧阳正,同注 4,前揭文(1),第 218 页。

民国初年“契约自由”概念的诞生

治史论述而已。

第二项 民事法学：寻找现代民法的基因

这里，一开始要由 1999 年的一则民事判决谈起，即台湾“最高法院”1999 年度台上字一三七六号民事判决。这则判决大意约是如此，在债务人对于债务有抵押人与保证人的情况下，依据最高法院 1930 年上字三三号判例意旨：“债务关系如于设定担保物权而外并有保证人者，该主债务人不清偿其债务时，原则固应先尽担保物拍卖充偿，唯当事人间如有特别约定，仍从其约定”，认定物之担保责任优先，即物保优于人保，而判决当事人（抵押人）要求对照（保证人）依据民法三百一十二条主张行使代位权，为无理由败诉^{③④}。

在上述的判决中，其主要的理据是最高法院 1930 年上字三三号判例意旨，而若读者曾看过大理院六年四三号判例要旨，会很惊讶地发现，最高法院的判例意旨与大理院的判例要旨几乎如出一辙。大理院六年四三号判例要旨：“债务关系如于设定担保物权而外并立有保证人者，该主债务人不清偿其债务，自应先尽担保物拍卖充偿，唯当事人间如有特别约定，或其担保物因事实上或法律上之障碍，不能供清偿之用，或不能清偿其全部而主债务人复绝无资历，或逃避无踪及其财产确系不易执行者，保证人及应分别担负代偿及补充之责任”^{③⑤}。

经由这样判决的连锁发掘，可以发现到“物保优先说”这个被实务见解延续至今^{③⑥}，甚至要对之进行改变还要通过物权法的修正^{③⑦}。大理院判决则

^{③④} 关于该判决的完整内容及评释，参阅蔡明诚：《物上担保与保证之责任优先问题》，载《台湾本土法学杂志》第 16 期，第 71—85 页。

^{③⑤} 参阅郭卫编：《大理院判决全书》，台北：成文出版社 1972 年版，第 141、191 页。

^{③⑥} 除台湾“最高法院”1999 年度台上字一三七六号民事判决外，相关的判例、判决，可参阅蔡明诚，同上注，前揭文，第 73—81 页。

^{③⑦} 《物权修正草案》第 879 条：“为债务人设定抵押权之第三人，代为清偿债务，或因抵押人实行抵押权致失抵押物之所有权时，该第三人于其清偿之限度内，承受债权人对于债务人之债权。但不得有害于债权人利益。债务人如有保证人时，保证人应分担之部分，依保证人应负之履行责任与抵押物之价值比例定之。抵押物之担保债权额少于抵押物之价值者，应以该债权额为准”。修正理由系，物上保证人的求偿权，不但涉及与债务人之关系，亦涉及与保证人之关系，颇为复杂，宜设有根本解决之“明文”。这可以看出，其就是要以“明文”的方式改变实务见解。