

RESEARCH ON MODERN LAW

主 编 李贵连
副主编 李启成

近代法研究

第一辑

- ◆ 民初大理院民事审判法源问题再探 黄源盛
- ◆ 近代中国法人制度的创设 黄章一
- ◆ “性法”、“天法”、“自然法”：清末的译论略述 程燎原
- ◆ 《安徽宪政调查局编呈民事习惯答案》说明 俞 江 尹华蓉 整理
- ◆ 司法判决书与中国近代法研究 李贵连 李启成



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

RESEARCH ON MODERN LAW

近代法研究

主 编 李贵连
副主编 李启成

第一辑



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

近代法研究/李贵连主编. —北京:北京大学出版社,2007.8

ISBN 978-7-301-12590-8

I. 近… II. 李… III. 法律-研究-中国-近代 IV. D909.25

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第119710号

书 名: 近代法研究(第一辑)

著作责任者: 李贵连 主编

责任编辑: 苑 媛 李 霞

标准书号: ISBN 978-7-301-12590-8/D·1831

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://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 19.75印张 338千字

2007年8月第1版 2007年8月第1次印刷

定 价: 36.00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,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

发 刊 词

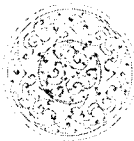
《近代法研究》经历各种磨难后,在海内外同行的支持下,终于与读者见面了,值得庆贺!庆贺中也带有抹不去的伤感。

2002年7月,北京大学下发校发[2002]158号文件,批准北京大学近代法研究所成立。嗣后,经教育部备案,自批准成立之日起以迄今天,春风几度,已历时四年。

回忆成立之日,我们曾有许多美好的设想,编辑出版发行《近代法研究》就是这些设想中的一个。但是,本所除了各自做些研究之外,当初的设想无一得以实现,甚至设想中的成立大会也没有开成。《近代法研究》的编辑出版发行也就遥遥无期了。为什么会有这样的结果呢?要寻找原因,首要的当然是我们的能力,能力不足而以致之。其次,这个所,是带“史”的所。在法学界,凡带“史”的研究,都是冷门中的冷门。北京大学的批准成立,不拨经费。法学院是我们的“挂靠”单位,当然也不给经费。不但不给经费,甚至人员也是一天天减少。对不少朋友的“北京大学的法史已边缘化”的玩笑,我向来都是一笑作答。在当今的年代,选择“法史”为职志者,如果没有被“边缘”的心理准备,那就最好不要选择“法史”,不要去做什么“法史”研究。

1840年是中国历史的分界点,中国近代社会从这时开始,这是学界大多数人的共识。但是,1840年以后的中国,在相当长的一段时间里,法与社会脱了节。直至19世纪结束,适用的法律仍然是传统的《大清律例》,流行的学术仍然是传统的律学。20世纪初年,因八国联军战争所带来的国耻,终于有了变法运动,由此而启动了法律制度的改革,由此而有了近现代式的法学。这是一个社会制度大变动的时代。当时的法制改革者,同时又是法学学科的建设者。要改革传统法制,就不能不研究传统法制。因此,适应改革的需要,中国法史的研究应时而生,应运而生。

20世纪初期的法律改革,把古代法变成历史、变成传统。与此同时,改革者移植西方法,制定规范近代中国社会之法。历时一个甲子,古代法与近代



社会不相适应的矛盾,终于开始化解。在历史惯性的作用下,新制定的近代法与近代社会也无法完全契合。也许正是这个原因,所以从20世纪初期的法律改革以迄现在,近一百年的时间,近代法紧随国家权力的新旧更替,采用废立形式,也在不断更替。这种更替,最明显的最发人深思的是宪法。从1908年清朝颁布《钦定宪法大纲》,到1982年公布《中华人民共和国宪法》,在不到80年的时间里,我们颁布、废除的宪法、宪法性文件,以及形形色色的宪法草案的数量之多,世界各国罕有其例,简直到了匪夷所思的地步。近代法的这种频繁更替现象告诉我们:转型期的近代中国社会,是一个不断演进的最后一定走向民主共和的尚未定型的社会。在这样的转型期里,对于一个拥有两千多年专制帝制传统的中国来说,20世纪初期的改革者,抛开适应专制帝制的古代法容易,而让新的民主共和之法来规范近代中国社会则是一个无比艰辛的过程。中国近代法的急剧更替,可以说是转型期社会的应有之义。

20世纪初期的法律改革者,出于改革的需要,开始了中国古代法的研究。而中国近代法则由他们的实践开始的。由于近代中国国家权力和法的更替频繁,20世纪80年代以前,近代法的研究一片空白。适应社会变革的需要,今天,不论是内地还是台湾地区,近代法的研究都已大有起色,成为学界比较热门的课题。从这个意义上说,本刊的出版发行也是时势造成。集合有志者,对近代法做出深入的科学的分析,为我国民主法制建设提供史的借鉴:这是本刊的目的。

《近代法研究》大致包括论文、旧文选登、资料和书评等栏目,在内容上注重法律在司法实践中的运作、法律和社会的复杂关系;在方法上讲究资料的严谨和充实,强调论从史出、小题大做,反对夸夸其谈和宏大叙事。编辑同仁希望本刊发表的作品能代表近代法研究领域中的前沿水平,能对近代法研究走向深入尽到一点绵薄之力。

最后,本刊得以出版发行,要感谢李启成博士,是他的努力,才使本刊得以顺利出版。

李贵连

2006年11月于燕北国寓所

目 录

论文

- 民初大理院民事审判法源问题再探 黄源盛 (1)
- 近代中国法人制度的创设
——以民初大理院的司法实践为中心的考察 黄章一 (27)
- “买卖”从可能变成不可能
——大理院如何运用《大清现行刑律》处理
“人口买卖”问题 周伯峰 (73)
- “性法”、“天法”、“自然法”:清末的译论略述 程燎原 (95)
- 诉讼与性别
——晚清京控中的妇女诉讼 胡震 (107)
- 张之洞与清末改定新律的两个问题 张振国 (127)

旧文选登

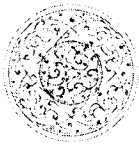
- 司法党化问题 居正 (137)

资料

- 《安徽宪政调查局编呈民事习惯答案》说明 俞江、尹华蓉整理 (154)
- 《听讼掣要》 阮祖棠 (259)

评议

- 司法判决书与中国近代法研究 李贵连 李启成 (265)
- 德治、礼治与法治之关系
——读王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》 孔庆平 (280)



同仁研讨

- 博雅法史研读会成立 (297)
张伟仁先生谈法史研究 (300)

附录

- 约稿启事 (310)
《近代法研究》编辑体例 (311)

民初大理院民事审判法源问题再探*

黄源盛**

摘要 从中外法律发展史看,不论哪一个国家的法制研究中,关于“法源”的探讨都占一席之地,而近代中国尤具特色。本文拟从民国初期(1911—1928)大理院的民事裁判中,针对其法源性深入着墨下列问题:

(一)在立法功能不彰及成文法欠缺的年代,大理院如何去探寻民事法规范的法源?其审判究竟根据哪些种类的法源?

(二)在民国初期,帝制中国的最后一部传统刑法典《大清现行刑律》,如何改头换面,变成民事裁判的法源依据?

(三)大理院时期“判例”的性质是否属英美法系中的判例法(case law)?论者争议持论的重点何在?

(四)民国正式的“民法典”尚未出世前,曾有《大清民律草案》(1911)及《民国民法草案》(1925)的编纂,该两次民律草案的性质及地位究竟该如何看待?

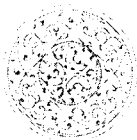
(五)大理院的法曹,在外国法继受过程中究竟扮演何等角色?如何落实外国法本土化的理念?

(六)大理院判例制度在近代中国的法制历史意义为何?

关键词 民国初期 大理院 民事法源 判例 外国法继受 司法机制

* 本文原题为《外国法继受と転換期の司法メカニズム—民国初期の大理院民事裁判における法源の诸问题》,曾于2005年12月3日,于日本京都大学COE“21世纪型法秩序形成プログラム”学术研究会上宣读,再经补充修订成中文本版。

** 台湾政治大学法律学系教授,“中央”研究院历史语言研究所兼任研究员。



一、序 言

大理院是民国初年北洋政府时期(1912—1928)的最高司法审判机关。时人常以此院与嗣后南京国民政府时期(1928—1945)的最高法院相类比。其实,此二者各为不同时空下的产物,体制及具体操作的生态环境迥异,不宜等同视之。

值得注意的倒是,这一被视为过渡性质的大理院,在其存续的十六年里,所发挥的司法功能究竟为何?在法制历史上的影响及其时代意义该如何评价?在上个世纪末之前,此类课题迄未为法史学界所关注,主要原因或与该院完整的判例与判决档案之犹未“问世”有关,致有系统的研究无法开展。

在1997年间,笔者向台湾的行政院国家科学委员会提出“民初司法档案整编专题研究计划”。获该会核准资助,遂于该年以迄2000年间,与参与该计划的伙伴,仆仆风尘,赴南京的“中国第二历史档案馆”及北京、上海、重庆,乃至日本的东京、京都等地的档案馆与图书馆,甚至古本书肆,搜寻材料。夸张地说,几乎“芒鞋踏破,千金散尽”,而换来的只是一堆“故纸”。再经过五年(2000—2005)的闭门整编,大半光阴与故纸书堆为伍,至今终于接近告成,完稿了《大理院民事判例全文汇编》、《大理院民事判决汇览》、《大理院刑事判例全文汇编》、《大理院刑事判决汇览》及附加产品《平政院裁决录存》等原件影印本及点校本近百册,倘因缘得成,将于近年内陆续出版。实际上,此批档案史料早被近水楼台的研究生们做为论文的写作题材,不断有学术论著出现。^①

有关大理院司法档案史料纂辑的始末,其间所遭遇的困难及解决经过,前已有详细叙述。至于大理院所涉及的各项历史问题,举凡制度的源流(包括大理院之统一解释法令权)、客观环境对大理院操作的影响(如政权不稳固、军阀干扰)、各种法源的属性及其位阶性、判例之作为一种判牍的文体及体制、外国法及外国判例的影响、人事的机制(包括在朝与在野法曹)等项,也

^① 援引此批平政院及大理院裁判史料作素材而完成的学术论著计有:张焯辉:《民初建立法治国的实践—以平政院裁决为中心》(台湾政治大学法律学系学土后法学组硕士论文,2003年);卢静仪:《民初立嗣问题的法律与裁判—以大理院民事判决为中心》(台湾大学历史学系硕士论文,2003年);黄圣荣:《大理院民事判决法源之研究》(台湾政治大学法律学系硕士论文,2003年);周伯峰:《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》(台湾政治大学法律学系硕士论文,2004年);黄章一:《清末民初法人制度的萌芽—以大理院民事裁判为中心》(北京大学法学博士论文,2006年);黄琴唐:《民初大理院对亲权的建构》(台湾政治大学法律学系硕士论文,2006年)。

均有所钩玄提要过。^①可以说,此举开启了学界赓续对大理院作大幅度且深刻的法史研究,填补了此段重要时期的历史空白。

从法制历史面的发展看来,任何国家的法制史研究中,关于“法源”的探讨都是不可或缺的。或者毋宁说,法制史的研究首先是从对“法律渊源”的论述开始的。而有关法源的解析,有着一一条必经的途径,就是要着眼于现实的诉讼场景,透过裁判事例,来揭示什么是被当做审判的依据?^② 追寻这个脉络,本文,便是想从民国初期大理院民事裁判中,针对其判决的法源性再做进一步的阐明。尤其,要对下列问题作一些精进的思考:在立法功能不彰及成文法不足的年代,大理院如何去探寻民事法规的法源?其审判究竟根据哪些种类的法源?大理院对这些法源持何种态度?当法源相互冲突时,规范间的效力高下又该如何解决?此外,大理院的民事判决先例在法学方法上的运用,究竟留给世人哪些值得省思的课题?

二、无民事法典如何进行民事审判?

——大理院民事纷争解决的法源顺序

民国初期,北洋军阀专横,政权更迭频繁,就刑事与民商事等法律虽先后设“法典编纂会”、“法律编查会”及“修订法律馆”等机构持续起草,但刑律仍援用蜕变自宣统二年(1910)的《大清新刑律》而成的《暂行新刑律》(1912)。^③至于民商事方面,因无现成法典可依,而职司审判的推事又不能以法无明文而拒绝裁判,对此,其判决根据的法源性究应为何?理论与实际的运作又是如何?这是一个相当有趣,也颇值得关注的问题。

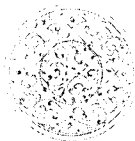
一般来说,在英美法系国家,法律由法院创造,判决即为法源,无待深论。而在欧陆法系国家,法律由立法机关制定,法院专司审判,其对具体案件所谓的判决是否即为具有约束力的法源,不无疑问。

传统中国法制,民事法向无独立专典。综观《唐律》以降,历代立法者不

① 详参黄源盛:《民初大理院司法档案的典藏整理与研究》,载台湾《政大法学评论》1998年第59期。另参阅黄源盛:《民初大理院》,载台湾《政大法学评论》1998年第60期。

② 参阅滋贺秀三:《清代中国の法と裁判》,其中第四,《民事的法源の概括的检讨—情·理·法》,创文社1984年版,第263—304页。另参阅大村敦志:《法源·解釈·民法学》,有斐阁1995年版,第21—78页。

③ 参阅黄源盛:《民初暂行新刑律的历史与理论》,载台湾《刑事法杂志》,第41卷6期,1996年12月。



以刑法、民法判然分离为必要,而并合民事规范于刑律之中。自晚清变法修律(1902—1911)以迄民国初期(1912—1928)以来,其间虽曾二度草拟民法典,唯因均未颁行,也无正式民法法典可言;而当时的制定法只限于少数单行民事法令,当然不足以适应社会的需要。因此,民初遇有法律缺而不备时,大体上是依据下列方法加以救济:

1. 清宣统二年四月间所颁行的《大清现行刑律》中不与共和国体相抵触的民事相关部分。

2. 民国成立以后所公布的民事特别法令。

3. 民事习惯、民法草案、判例及法理等。

由此看来,民国初期民事纷争的审判依据,成文法部分主要系源自《大清现行刑律》中的民事有效部分及少数民事特别法规;^①不成文法部分则有习惯法、判例、民法草案及法理等所构成。要问的是,民事审判法源的先后顺序如何?该由谁来认定?依据什么作认定的基准?

或许是历史的巧合,近世以来,如《德国民法第一草案》(1888)第一条:“法律无规定之事项,准用关于类似事项之规定。无类似事项之规定时,适用由法规精神所生之原则。”《瑞士民法》(1907)第一条规定:“凡在本律文字,或精神以内之事件,均受本律之支配;如审判官裁判时无可适用之律文,应依习惯法;如无习惯法,应依自居于立法者地位所应行制定之法规判断之,唯应斟酌于学说及法理。”日本明治八年(1875)六月八日,《太政官布告》第一百零三号“裁判事务心得”第三条载称:“于民事裁判,无成文法者,依习惯;无习惯者,推考条理而裁判之。”^②清末宣统三年(1911)间《大清民律草案》第一条,乃本于瑞士及日本民法(明治31年,1898)的立法例,规定“民事,本律所未规定者,依习惯法,无习惯法者,依条理。”然该草案终大理院时期并未颁布施行,值此成文法阙漏不备,而民事纷争日益繁多之际,法院判断案件自苦无所依据。于是,大理院的推事们,很灵敏地,于民国二年上字第六四号判例采取该条的法意,提出解决之道:

^① 参阅黄源盛:《帝制中国最后一部传统刑法典—兼论晚清刑事法近代化的过渡》,收于《刑事法学之理想与探索(四)—甘添贵教授六秩祝寿论文集》,台北:学林出版社2002年版,第505—546页。

^② 参阅我妻 栄編集:《旧法令集》,有斐阁,1968年,第32页。另参阅大河纯夫:《明治八年太政官布告第一〇三号“裁判事务心得”の成立と井上毅(一)(二)(三)》,日本:《立命馆法学》,1989年3·4号,1993年1号,1994年2月。另参阅野田良之:《明治八年太政官布告第三百号第三条の“条理”についての雑観》,日本:《法学协会百周年記念论文集》第一卷,东京:有斐阁,昭和五十八年(1983)十月。

本院查:判断民事案件应先依法律所规定,无法律明文者,依习惯法;无习惯法者,则依条理,盖通例也。现在民国民法法典尚未颁行,前清现行律关于民事各规定继续有效,自应根据以为判断。^①

然其所谓“法律明文”、所谓“习惯法”、所谓“条理”,究其意义为何?实质的内涵又如何?其所适用的先后次序是否绝对地不容许有例外?凡此皆在在扰人清思。兹分述如下:

(一) 法律

法律的意义如何?依权力分立后的民主共和政体来说,应系指出自于国家权力,经有权机关以立法程序所制颁的人类社会生活规范。不过,大理院上述该判例所谓“应先依法律所规定”的“法律”,是否即采如此狭义的见解,仍须斟酌。

由于民初政局浑沌,正式宪法并未产生,唯《临时约法》第十六条规定“中华民国之立法权以参议院行之”,第二十八条规定“参议院以国会成立之日解散,其职权由国会行之”。故依照《约法》,民初的最高立法机关自为国会。然十余年来,国会随政潮浮沉,并未能善尽立法之职,行政机关为应实际的需要,乃径行制定各种法规,颁布施行。其有关民事者,如《管理寺庙条例》、《清理不动产典当办法》、《国有荒地承垦条例》、《矿产条例》等,皆系中央行政机关制定颁布者。其有由省行政机关制定,呈准中央最高行政机关者,如《直省旗产圈地售租章程》是。其有由省行政机关制定,咨明司法部者,如《奉天永佃地亩规则》是。又有由司法机关制定,由行政机关核定者,如《京师拍卖铺底人对于房东借租暂行简章》是。^② 凡此等规范,无论其名称为“条例”、为“规则”、为“章程”、为“办法”,既为名义上“立法机关”所容许,又为实际之所需要,人民之所遵行,在这样特殊过渡时代不得已的情势下,谓其为广义性质的“法律”,似也未尝不可。

简要地说,此之所谓“法律”,系指当时最高立法机关及经其授权或经其容许的机关所订颁的法则,包括条例、章程、命令及规则等,是当时北京政府所公布施行者,不含各省省政府所颁发施行的“省令”。

以现代法学观念言,大抵上,“法律”的位阶效力是高于“命令”的。然而,

^① 详参黄源盛纂辑:《大理院民事判例全文汇编》(点校本)第一册,第7—12页,2005年修订稿,尚未正式刊行。

^② 以上各项条规之详细内容,请参阅蔡鸿源主编:《民国法规集成》,合肥:黄山书社1999年版。



在民国初年政局动荡、兵马倥偬，国会经常无法正常运作的情况下，期待制颁完全符合现代“法律”形式意义的民事法规显然是过于苛求。因此，在大理院时期，是否有法律与命令严格区分的位阶概念？犹待探讨。经查大理院三年上字第五九五号判例，对于山主或施主处分庙产，如有正当理由，而住持、僧道无故拒绝同意，或有特别习惯法则，认许施主、山主得独立为处分时，其效力为何？曾明确表示：

……又况内务部公布之《寺院管理规则》第四条，虽有住持及其他关系人，非经行政长官许可，不得将寺庙财产变卖抵押之规定。然此项规则系为行政上便利起见，对于行政长官明定其应有之职权，而非对于住持及其他关系人界以处分庙产之权利。故该条所称住持及其他关系人，自应以习惯法则及条理上可认为有处分权者为限，是本案被上告人对于该庙产所为处分是否有效，仍不得不依前开法则为断。^①

又例如大理院四年上字第二七号判决说：

至该省行政长官对于受灾商人所定之办法，无论其内容若何，而事关私法上之权利义务，亦不过一种劝谕，决不能有拘束债务人之效力。

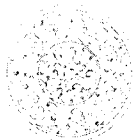
可以看出，大理院有时也认真想区分“法律”与“命令”的不同，认为在私法效果上，行政长官所发布的单纯命令，不但没有拘束法院的效力，对于当事人而言，也无拘束力。

（二）习惯法

从世界法制历史发展观察，在 18 世纪以前，或因法典未备，或因社会关系单纯，西洋各国几以习惯法为主要法源。迨 19 世纪，各国法典的制订如雨后春笋般的出现，司法判决乃笼罩在“法典万能”的思潮影响下；虽然如此，成文法与习惯法的地位关系，仍深切难离。

传统中国关于民事规范，如亲属、继承及物权等规定，亦大多渊源于习惯。盖习惯之能存在，足证人心已认知其为合理；而法律，理论上应为民意的表现，如果没有正当理由，自不能予以漠视。且社会既有此习惯，人民必习之以为安，法律如无其他理由，徒为违反习惯的规定，适足以纷乱社会的秩序。所以，法律之顺于习惯者，行之甚易；违于习惯者，自难推行；法律如无明文规

^① 黄源盛纂辑：《大理院民事判例全文汇编》（点校本）第一册，第 230—233 页。



绝争议,早在二年上字第三号的判例,对于习惯法的成立,即言其四个要件:

- (一) 要有内部要素,人人有法之确信心;
- (二) 要有外部要素,即于一定期间内,就同一事项反复为同一之行为;
- (三) 要系法令所未规定之事项;
- (四) 要无悖于公共秩序及利益。^①

其后,大理院又于六年上字第一四二二号判例中,再度明示:

习惯法之成立,固以多年惯行之事实及普通一般人之确信心为其基础,而此项事实与确信心尤必为法所未定之事项,或与法律规定(指任意性质之法)有特异之点,始得认其成立,如多年惯行之事实及普通一般人之确信心,与当时通行之法规全然符合者,则不过为人民奉行法规之事实与法规之印象(即人民关于法规之知识),而不能于法规以外,成为独立之习惯法,毫无可疑。

但是,这些要件都只是习惯法成立的内容实质要件,对于广土众民的中国而言,“五里同风、十里异俗”,习惯法应否更具有地理区域的要件?该由谁来负举证责任?如何为证据调查?而习惯法的效力是否一律应优于“条理”?尤其,大理院的判决动辄以所谓“公共秩序”、“经济秩序”、“交易安全”等近代西方民法新的理念来作为过滤、淘汰旧习惯的理由,对于一已行之久远,且为某特定族群所充分确信的习俗,是否会伤及人民的法律生活感情而扞格难入?就民初法制实态而言,这是个颇费思量的问题。

实际上,民初的中国社会是一个无数旧势力应改造而未改造,无数新势力求生而不得生的时期。部分既存的习惯,常常与社会现实的需要相反,而成为社会上许多新制度与新事业发展的障碍,在此种情状下,身为司法机关龙头的大理院乃掌握了时机,在判决中巧妙运用,直接或间接促进这些习惯的改变,似乎不再给这些所谓“不良习惯”有被适用的机会。

传统中国关于民事的规范,历来既甚多存于习惯;在新的民法典未颁布以前,法院诚有不能不援用习惯的理由。而大理院时期是否大量的采用“习惯”,以作为审判的根据?对于所谓“有背于公共秩序及利益”的习惯,又采取了哪些革新的态度?笔者已另有文章详细论列^②,此处不赘。

^① 黄源盛纂辑:《大理院民事判例全文汇编》(点校本)第一册,第1—6页。

^② 参阅黄源盛:《民国初期的民事审判与民间习惯—以大理院裁判史料为中心的考察》,收于《法制与礼俗》,台北:“中央”研究院历史语言研究所国际会议论文集,2002年6月。

(三) 条理

条理,有称之为“法理”者,系指自法律根本精神演绎而得的法律一般原则。简单地说,即适应时代环境需要,合乎理性的公平规则,它是法律价值的渊源。其性质为主观乎?客观乎?学说至为纷歧。^①一般而言,主观的公平观念不能人人尽同,往往因人性论、历史观、价值观甚至方法论而殊异其趣。倘审判官能任意依主观的公平观念为断案的基础,则易流于专横武断,甚至涉于离奇荒诞。当事人上诉时,又易为上级法院所废弃;诉讼当事人所信的公平,反不易求得,而判决基础亦易生摇荡不定的状态。所以,审判官的采用条理,不得不取则于外界,应寻求社会一般所信的公平规则,以为断案的标准。然此种规则何自而生?何自而来?又不一其说。

据观察,大理院实际上所采用的条理,除《大清民律草案》(1911)及《民法草案》(1925)等两次草案内容曾作为条理,酌采适用外,其渊源之萃萃著者,尚有如下数端:(1)判例,(2)法律的类推适用,(3)学说见解,(4)外国的法例,(5)义理与伦理道德规范等,在此无法一一细说。其中,最有争议的是,“判例”的性质到底何属?在本文的后阶段将有较详细的论说。兹先举大理院二年上字第第六四号判决为例:

本院查:判断民事案件应先依法律所规定,无法律明文者,依习惯法;无习惯法者,则依条理,盖通例也。现在民法典尚未颁布,前清现行律关于民事各规定继续有效,自应根据以为判断。至反于强行法规之行为,法律上盖认为无效,无效行为与取消行为异,审判衙门应不待当事人之声明,当然认定其无效,即不得以之为断定权利义务关系发生之渊源,此民法通理,而我国现行民事法规亦已采行者也。本案上告人所主张之遗嘱及被上告人所主张之亲族会,于现行法上虽无直接规定,然如律例中所称遗产户族公议,是即遗嘱及亲族会之变称,唯监护人制度毫无明文之可言,而征诸一般通认之习惯法,则又有与其异名同实者,托孤是也。托孤不必限于同宗,由最后行亲权者之意思而定,且其效力恒强于

^① 关于“法理”,日本法律通称为“条理”,《大清民律草案》从之。何谓“法理”?向来学者的意见不一,有谓“法理”,即事物当然之理者;有谓“法理”,即从法律全体精神所生之原理者。有以为法理,系指法律通常之理(General Principle of Law)而言,与事物当然之理固有不同,即与从法律全体精神所生之原理亦属有异。详参胡长清:《中国民法总论》,上海:商务印书馆1934年版,第32—33页。另外,有关“法理”在民法上之地位,详参黄茂荣:《法律漏洞及其补充的方法》,台北:植根法学丛书,基础法学(一),1987年,第97—116页。



他人之推选行为,是则本案已故伍何氏对于上告人假令果有遗嘱,或对于被上告人果有函托,则已无亲族会选任监护人之余地,乃被上告人主张函托,复谓其亲族会选任之有效,并以己为家长,当然应认为监护人为言,此种主张自非明确认定,其托孤事实为不存在,则法律上殊无理由之可言。^①

本例,大理院为了解决纷争,不得不尽力找寻民事法源,乃对于监护人制度征诸传统观念上的所谓“托孤”,其对于“条理”之推阐可真谓用心良苦!

实际上,根据我们的粗估所得,大理院判决中运用“条理”以作为审判依据者,为数相当多,甚至有可能超过“依法律明文”或“依习惯法”者;惟其所使用的“判决用语”并未统一,最常出现者,有依“民事法理”、“民法通理”、“现行法例”、“民事法例”、“民事法条理”、“现行规例”、“现行法则”、“至当之条理”、“民事法则”、“民商事条理”、“民事法之大原则”、“一般法例”、“民商事法例”等等。

举例来说,诚实信用原则乃民法中重要的“法理”之一,如果从法律发展历史着眼,其由来已远。“行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法”,斯即所谓为“诚信原则”,为司法实务上最重要的概括条款,不仅具有补充、验证实定法的机能,亦为法解释的基准,乃法律伦理价值的最高表现,犹若花花世界中的“淳风良俗”,而被称之为“帝王条款”。至于所谓的“情事变更原则”、“权利滥用禁止原则”、“暴利禁止原理”、“一般恶意的抗辩”、“禁止反言原则”、“不正竞业禁止的法理”等,莫不源于诚信原则,亦莫不受此大原则的支配。^②

不过,诚信原则的法理,或吸收于法律明文中,或潜藏于习惯内;终究属于一些抽象的价值理念,其如何能让审判者直接适用于个别具体的案件,这是我们所最关心的。我曾针对大理院十八则有关诚信原则的判例与解释例,作过详细的论证,发现大理院解释法律疑义,往往不厌长篇累牍,论证学理,引证事实,备极精详。至于适用法例,推阐法理,也常常能克服法律无明文,亦无习惯可援引的窘境,灵活运用法理,创造新的补充规范,尤其善用诚信原则,使民事纠纷的解决益臻合理与妥当。^③

^① 黄源盛纂辑:《大理院民事判例全文汇编》(点校本)第一册,第10页。

^② 参阅杨仁寿:《法学方法论》,台北:作者印行,1986年,第170—174页。

^③ 详参黄源盛:《大理院关于诚信原则的法理与运用》,收于氏著:《民初法律变迁与裁判》,台北:政治大学法学丛书47,2000年。