

民国初期民法的近代化

——以固有法与继受法的整合为中心

张
生
著

中国政法大学出版社

民国初期民法的近代化

——以固有法与继受法的整合为中心

张 生 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民国初期民法的近代化/张生著. —北京: 中国政法大学出版社, 2001. 12
ISBN 7-5620-2128-7

I. 民... II. 张... III. 民法—研究—中国—民国
IV. D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 092165 号

书 名 民国初期民法的近代化
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 850 × 1168mm 1/32
印 张 7.375
字 数 140 千字
版 本 2002 年 2 月第 1 版 2002 年 2 月第 1 次印刷
印 数 0 001—3 000
书 号 ISBN 7-5620-2128-7/D·2088
定 价 14.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

序

中华民国北京政府时期（1912年—1928年，亦称作“北洋政府时期”）。虽然政局动荡，民主政治由激昂归于消隐，但是这一时期民事法律的发展是令人瞩目的。我们可以从大量的司法档案材料中发现，清末以来“固有法与继受法”的二元对立，为民国北京政府的时期法律家们富有创造性的工作所打破：

其一，当时的大理院通过民事判例、解释例，以渐进的方式推进固有法与继受法的融合。中国自清末改法修律以来、解释例，以渐进的方式推进固有法与继受法的融合。中国自清末改法修律以来，由于内外患的压迫，法律界一直存在着一种借助于超前立法迅速实现法律的现代化的急迫心理。清末在较短的时间草订了《大清民律草案》，南京国民政府时期则迅速颁行了民法典。而民国北京政府在16年的时间里，虽然也曾两次修订《民律草案》，但主要是通过民事判例、解释例来创制适合时代需要的民事法律规范。可以说，民国北京政府对中国固有法的改造和对西方民法的继受，都是采取“持之以恒，行之以渐”的方法达成渐进式的发展，而不是通过立法行为达到毕其功于一役的速战。当时法律家平和的心态，循序渐进的方法都值得我们深为借鉴。

其二，民国初期对中国固有法和西方民法采取兼容并蓄的

2 序

态度，以司法实证作为整合固有法和西方民法的标准。如果说1840年的鸦片战争打破了中国知识界“天下中心”的偏见，那么1900年以后中国知识界对传统文化的自信逐渐丧失殆尽，开始陷入一种弱者的自卑。清末修订《大清民律草案》的时候，即以“折冲樽俎，模范列强为宗旨”，注重“世界通行之法则”、“后出最精确之法理”，对中国固有法未予措意。南京国民政府的民法典，按照民国法学家吴经熊的说法，“其百分之九十八的条文是有来历的，要么是转账誊录（西方民法），要么是改头换面”。比较而言，民国北京政府时期是中国近代最重视本国固有法的时代，当时的最高审判机关——大理院在规则形式上优先适用固有法（现行律民事有效部分、习惯法）；以西方民法作为次一级的法源（继受西方民法往往采用“条理”的形式），来补充、修正固有法的不足。就实质内容而言，当时的法律家以个案裁判的妥当性为目标，在固有法和西方民法之中合理选择司法准据，并无西优中劣之成见。纵然我们现在翻阅民初大理院的判解汇编，也不免会对大理院推事自信、稳健的从事风格大加赞赏。

其三，以固有法和继受法为基本材料，初步建构完成了稳定性与灵活性兼备的近代民事法律体系。民国北京政府时期虽然没有颁行民法典，可是当时的司法部以民法典的五编结构为框架，以制定法为纲，以大理院判例、解释例为目，建构了一个稳定性和灵活性兼备的民法体系：制定法（现行律民事有效部分以及当时颁行的民事法令）由国家立法机关颁行，是国家权威的体现，具有良好的稳定性，非经立法程序不能废改；大理院的判例、解释例按照内容分门别类地附编于相关制定法之后，它们可以根据大理院推事总会加以修改，能够满足社会不

断发展的需要。这一法律体系正是现代法学家所津津乐道的“回应型”。

张生是我指导的博士研究生，他在攻读博士学位期间对民法近代化问题产生了浓厚的兴趣，后来便以《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》作为毕业论文的题目。2000年他顺利地通过了博士论文答辩，并获得了博士学位。他又用1年多的时间对论文进行了修改，最终形成了现在这部作品。

迄今为止，专题研究民国初期民法近代化问题的专著寥寥无几，因此该论题本身在法律史学界颇具新意。同时，在书中作者不仅从规则创制的层面上探讨了民法的发展问题，而且以当时法律家的司法和立法行为来描述民事法律规则的创制过程，在具体的政治、经济背景中说明民事法律规则的社会意义。这也是本书些许可取之处。然而一本小册子尚且难以全面阐释民法近代化这一艰深主题，更深入、细致的研究工作有待进一步完成。培根曾说过：“对于一切事物，尤其是最艰难的事物，人们不应期望播种与收获同时进行，为了使它们逐渐成熟，必须有一个培育的过程。”中国法律现代化事业如此，法学研究工作也是如此。希望作者潜心治学，有更加优秀的作品问世。

朱 勇

2001年9月于北京

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 论题解说	(1)
一、民国初期的历史断限	(1)
二、中国民法近代化的涵义	(2)
第二节 研究方法	(8)
一、规则分析的方法	(9)
二、法文化分析的方法	(10)
三、国家与民间社会相结合的分析方法	(11)
第二章 民国初期民法近代化的社会动力与 制约因素	(13)
第一节 社会经济的发展与民法近代化	(15)
第二节 民主政治的确立与民法近代化	(18)
第三节 收回领事裁判权与民法近代化	(19)
第三章 民法近代化的退与进	(22)
第一节 民法近代化的形式退却：搁置《大清 民律草案》	(24)
一、财产法：继受德日民法	(25)
二、身份法：固有伦理法的承袭	(28)
三、从《总则编》观察继受之财产法与固有之身份法的	

2 目 录

形式统合	(32)
四、《大清民律草案》中活的因素	(35)
第二节 民法近代化的实质进步:	
现行律民事有效部分成为民事基本法	(37)
一、现行律民事部分的主要内容与体例	(38)
二、固有身份法: 伦理法精神与宪政民主政 体的抵触	(40)
三、固有财产法: 规范的缺漏及法律价值的 偏失	(41)
四、现行律民事有效部分成为民事基本法的 时代意义	(41)
第四章 大理院对固有民法与继受民法的初步整合	(45)
第一节 整合的权能基础及表现形式:	
大理院兼行民事法律创制职能	(45)
一、中央政府实行三权分立的困难	(45)
二、民法多元对民事司法的挑战	(46)
三、大理院兼行民事法律创制职能: 历史惯行 与权能分离	(50)
第二节 承担固有民法与继受民法整合的法律家	(55)
一、法律教育背景	(56)
二、职业状况	(57)
三、职业知识特征	(60)
四、大理院民庭推事的工作量与影响	(61)
第三节 大理院实现民事法律规范整合的主要方式:	
民事判例及其要旨汇编	(64)
一、大理院的民事判决、判例、判例要旨	(65)

二、判例与判例要旨的法源性	(66)
三、民事判例要旨的性质	(69)
四、民事判例要旨的整合效力	(74)
第四节 从个案观察固有民法与继受民法的 冲突与整合	(76)
判例一	(76)
判例二	(86)
第五节 从《法例》观察固有民法与继受民法整合之 方法	(98)
一、规范整合方法：法源的竞合与兼容	(99)
二、民法价值整合方法：民法社会化	(105)
第五章 固有民法与继受民法初步整合的 制度形态	(110)
第一节 亲属制度与独立人格	(111)
一、宗族、家庭、个人三者关系的重新定位	(112)
二、婚姻制度与独立人格	(123)
第二节 绝对物权的社会化	(128)
一、物权的绝对性与共享性及其社会文化基础	(128)
二、绝对物权的社会共享形态	(132)
第三节 小结：对大理院整合固有民法与继受 民法之评价	(142)
一、对固有民法与继受民法价值判断的 具体化	(142)
二、通过“第二性法律规则”对固有民法与继受民法 的冲突采取“理”的调和	(144)
三、民法的价值体系尚未明确	(145)

4 目 录

四、规范的不确定性	(148)
第六章 固有法与继受法的法典化整合	(151)
第一节 民法法典化之理想及其开展	(151)
一、民法法典化之理想	(151)
二、民国初期民法法典化的开展	(153)
第二节 固有法与继受法法典化整合的价值	
基础：民法社会化	(153)
一、民法社会化之潮流	(153)
二、民法社会化成为固有民法与继受民法整合的	
价值基础	(154)
第三节 固有民法与继受民法法典化整合的	
制度形态	(160)
一、个人与亲属关系	(160)
二、债法	(170)
三、物权	(174)
第四节 民国《民律草案》的影响	(177)
一、民国《民律草案》的实际效力	(177)
二、确立固有民法与继受民法法典化整合的价值	
基础	(179)
三、固有民法与继受民法法典化整合形态的法律	
术语、民事法律制度	(181)
四、民国《民律草案》对固有法与继受法之整合	
亦有未尽妥善之处	(184)
第七章 余论	(188)
一、超越三权分立的民法整合机制	(188)
二、民法近代化的渐进性	(191)

三、民族文化的重建与民法的近代化	(196)
附录〔一〕 民国初期民法近代化大事年表	(200)
附录〔二〕 固有民法与继受民法法律术语之比较	(204)
参考书目	(207)
后记	(217)

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）。

2 民国初期民法的近代化

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〕参阅居阅时所撰文《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，为编校者后来收入。

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、社会上的泛道德主义、法制上的汎文主义。

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。