

中国近代民法法典化研究

一九〇一至一九四九

张 生 著

中国政法大学出版社

中国近代民法法典化研究

(一九〇一至一九四九)

张 生 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国近代民法法典化研究:1901~1949/张生著. —北京:中国政法大学出版社,2004.5

ISBN 7-5620-2596-7

I. 中... II. 张... III. 民法-法典-研究-中国-1901~1949

IV. D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 044530 号

书 名 中国近代民法法典化研究
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.375
字 数 275 千字
版 本 2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2596-7/D·2556
定 价 24.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

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。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

张生，祖籍辽宁兴城，一九七〇年十月出生于河北省定州。现任中国政法大学副教授，硕士生导师。一九八九年九月被河北师范学院中文系录取，后转入该学院法律与经济管理系学习，一九九三年七月获得法学学士学位。一九九三年七月至一九九四年八月，在河北省抚宁县人民法院任书记员。一九九四年九月，赴西北政法学院攻读法律史专业；一九九五年十月，通过律师资格考试；一九九七年七月获得法学硕士学位。一九九七年九月，赴中国政法大学攻读法律史专业，二〇〇〇年七月获得法学博士学位。代表性的学术著作为《民国初期的民法近代化——以固有法与继受法的整合为中心》（中国政法大学出版社二〇〇二年版）；论文有：《〈大清民律草案〉摭遗》、《新见历史材料及其揭示的〈大清民律草案〉编订问题》、《民初大理院：最高审判机关兼行民事立法职能》、《中国近代行政法院之沿革》等。研究方向为近代法制史，并侧重于民法史。

序

法国、德国、日本等大陆法系国家，它们在实现民法法典化过程中，大多留下了丰富的立法资料。这些立法资料如同历史的路标一样，清晰地指示着当时立法者对民法典的构想，也为后来民法学和法典解释的发展奠定了基础。

在中国，虽然中国台湾“司法行政部”曾编辑了《中华民国民法制定史料汇编》（一九七六年六月刊行），其中收录了相当可观的清末民国时期的民事立法史料。但是，自《大清民律草案》、民国《民律草案》到《中华民国民法》，法典编订过程中的很多史实问题都有待考辨，很多理论问题仍需要今人重寻源流。

就史料考证、学理阐释言，清末民国时期的民法法典化是一个极为广泛的课题，法学界尚需予以更多的关注。张生同志以《中国近代民法法典化研究（一九〇一至一九四九）》为题，意在重述清末民国时期民法法典化的历史，已开此研究之端绪。

张生所作《中国近代民法法典化研究》有两个方面值得称道。其一，作者在资料收集和史实考证方面，着力颇多，初步描述了民法法典化的史境与进程。作者围绕着“民法法典化”的主题，收集、梳理、引用了有关的重要立法资料，例如清末的《修订法律馆全宗》、民国北京政府时期的领事裁判权协议与法权报告书、南京国民政府统计处的调查资料等，这些资料以往鲜有学者系统地梳理、引用过。作者还较为全面地收集、整理了参与法

2 序

典修订的法律家履历，编制了各个时期的《法律家履历简表》，使我们约略可以了解清末民国时期什么人参与了民法典的编纂、他们的教育背景、编纂法典前后的任职情况。其二，作者对民法法典化的阐释方法，具有一定的说服力。清末民国时期的民法法典化，是在复杂的政治、经济、文化背景下展开的，头绪繁多，牵涉面甚广，如何客观而全面地描述这个过程，具有相当大的难度。张生在“近代法典化研究”中选择了一种较为符合历史客观的阐释方法。该阐释方法以民法法典化为叙事线索，以政府、法律家、民众为事件主体（特别是以法律家为主要角色），大体揭示了清末民国时期法律家与政府合作造法，完成了回应性的民法体系（以民法典为制度框架、价值核心，以单行法、民事判例、民事解释为附属规范），实现了民法法典化的形式目标。可是，由于造法过程中对民众利益和愿望的忽略，政府在政治上并未实现民主化、在经济上并未切实解决民众生计问题，加之，国内战争、日本侵华战争的蔓延不绝，政府和法律家未能达成民法法典化的实质目标——以民法典为制度基础实现符合公平正义的法秩序。

《中国近代民法法典化研究》作为一部二十余万字的论著，难以全面阐释“清末民国时期民法法典化”这一宏阔的、艰深的主题。材料的发掘、史实的考证，有待进一步深入。目前，只是粗具轮廓。若能把当时主要法律家的立法行为、法学思想、观点的冲突与折衷，各展其详；若能在法典续造过程中，就具体当事人的诉求，法典与单行法、民事判例、民事解释的发展，各显其微；那将是更有说服力的一种研究。

清末民国时期的民法法典化事业，注入了当时一流法律家的智慧和理想，其法学成就何其丰富！法律家志业未酬的教训又何其深刻！这一主题，不仅应是当今法律史研究的课题，还应是立

法学、民法学深入探讨的领域。因为，民法法典化仍旧是我国法律家当前最为重大的立法任务，在短短几年的时间里要编纂完成一部民法典，并非易事。假如能在前人的基础上完成新法典的编纂，将是一件继往开来的伟业。假如一切从头开始，忽略本国以往的立法经验，所成之法典竟不若旧法典之妥当，亦难免招致国内外比较法学者之讥议，有负人民之深望！

一二感言，以为序。

朱 勇

二〇〇四年元月二十八日

目 录

序.....	(1)
前 言.....	(1)
第一章 绪 论.....	(7)
第一节 比较法视野中的民法法典化.....	(7)
一、近代以来民法法典化的含义.....	(7)
二、实现民法法典化的一般条件	(10)
三、小 结	(27)
第二节 研究中国近代民法的材料和方法	(28)
一、本文所依据的主要材料	(30)
二、研究方法及相应的概念体系	(33)
第二章 清末民法法典化	(36)
第一节 防卫性立法政策及民事立法的迟缓	(36)
一、专制政府的危机及其防卫性立法政策	(36)
二、修律计划中民律的缺位	(40)
第二节 《大清民律草案》的编订	(45)
一、筹议编订民法及修订法典之争	(45)
二、拟订《编纂民法之理由》(草稿)与确定 编纂计划	(65)

2 目 录

三、民事调查与编订民律草案条文稿	(71)
四、《大清民律草案》“说明稿”的编订	(78)
第三节 《大清民律草案》存在的问题	(82)
一、编订者及其编订方法	(82)
二、《大清民律草案》的规范缺陷	(87)
三、民事习惯调查对草案的影响	(89)
四、《大清民律草案》的社会适应性	(108)
第三章 民国北京政府时期的民法法典化	(114)
第一节 援用“现行律规定各条”及《民律亲属法 草案》的起草	(115)
一、搁置《大清民律草案》	(115)
二、援用“现行律中规定各条”——“现行律民事 有效部分”	(117)
三、《民律亲属法草案》的编订	(119)
第二节 大理院创制的准法典：民事判解要旨汇编	(120)
一、民事判例、解释例及其要旨	(123)
二、民事判解要旨的法源性	(131)
三、民事判解要旨的性质	(134)
四、民事判解要旨汇编的准法典化特征及其 局限性	(137)
第三节 民国《民律草案》的编订	(148)
一、第二次援用《大清民律草案》之议	(148)
二、编订民法典的外在压力	(149)
三、编订民国《民律草案》	(153)

第四节 变与不变：民国《民律草案》的改进与不足	(158)
一、民国《民律草案》的主要改进	(161)
二、民国《民律草案》未尽妥善之处	(168)
第四章 民国民法典的制定与实施	(172)
第一节 民国民法典的编订	(172)
一、南京国民政府及其立法体制	(173)
二、民国民法典的编订：党治政府与法律家的合作	(176)
第二节 从比较法的角度观察：民国民法典的优越性	(196)
一、三民主义之立法精神：自由、平等、博爱	(198)
二、注重民法典的体系功能	(206)
三、综合比较，兼采中外	(214)
第三节 从社会的角度观察：民国民法典与社会生活之悬隔	(217)
一、民事习惯在民法体系中的地位	(217)
二、民国民法典对先买权的否定	(222)
三、从固有法的“典”到民国民法典中的“典权”	(233)
四、民法典中的婚约制度：对外国法的全面继受	(248)
五、民法典对纳妾及妾之法律地位的否定性回避	(260)
六、小结	(265)

4 目 录

第五章 余论：中国近代民法法典化的历史检讨	
与展望	(276)
一、“法律家与政府合作的造法体制”之检讨	(276)
二、建构以民法典为核心的回应型民法体系	(281)
三、法律继受与社会法律秩序的生成	(284)
附 录	(289)
附录一 中国近代民法法典化大事年表	(289)
附录二 中国近代参与民法修订的法律家	(304)
附录三 主要参考文献	(326)
附录四 裁判文书索引	(348)
附录五 统计表索引	(350)
后 记	(352)

前 言

自光绪三十三年（一九〇七年），清政府开始讨论编订民律草案问题，至民国十九年（一九三〇年）南京国民政府立法院审议通过《中华民国民法》（本文以下简称“民国民法典”），在二十几年的时间里，中国实现了近代民法的法典化。在民国民法典告成之日，当时的法律家曾欣喜地向世人昭布：“中国已为一个有民法典的国家了，这是在法制史上何等重要、何等光荣的一页！”^{〔1〕}后人也曾感慨道：民国民法典的制定完成，“充分显示着一个古老民族如何在外来压力下，毅然决定抛弃固有传统法制，继受西洋法学思潮，以求生存的决心、挣扎及奋斗。”^{〔2〕}然而，在现代化早期，中国的政治、经济、文化、社会结构都处在急剧变动之中，法律家们制定了一部技术上比较成熟的民法典，可是制定民法典时预期的法秩序并没有生成。作为中国近代民法法典化的产儿，民国民法典没有成为建构民国时期民事法律制度的制度基础，却在一九四九年随着国民政府《六法全书》的被废除而成为历史，此后仅在中国台湾地区实施。

时至今日，清末民国时期法律家们在实现民法法典化过程中

〔1〕 吴经熊：《法律哲学研究》，上海法学编译社一九三三年版，第二十七页。

〔2〕 王泽鉴所撰文：“民法五十年”，载该氏所著《民法学说与判例研究》，中国台北三民书局一九九六年版，第五册。

2 中国近代民法法典化研究（一九〇一至一九四九）

的理想与失落，已很少被人们提起；当时法律家们关于民法法典化诸问题的思考，多已为时间所磨灭。可是，民法的法典化依然是我们当前最为紧迫的立法任务。对于二十世纪初叶中国民法法典化的历史，当时宏大的理想、刻苦的用心，以及最终悲哀的结局，我们有必要进行深刻的反省。因为目前也许我们还认识不清：中国近代的民法法典化究竟为什么遭到失败，我们今天能从去之不远的历史中能够借鉴哪些有价值的东西。

从民族文化的血脉传承来看，今天的法律职业者是近代法律家的继承人。也许今天的法律职业者们，理想着与旧日一样的理想，功利着与旧日同行们一样的功利，也担负着极为相似的历史使命：在政府的权威之下，以自己的学识和经验，编订一部适合民众社会生活需要的民法典。只不过，今天的法律职业者没有近代法律家那么巨大的外在压力，社会条件也更适合开展法典化的工作了。笔者希望通过对中国近代民法法典化历程的考证，使人们对中国近代民法法典化的认识更接近于客观真实，能够更加透彻地观察：（一）近代的清政府（一九〇二至一九一二年）、民国北京政府（一九一二至一九二八年）、南京国民政府（一九二七至一九四九年）作为形式上的法治政府，它们为民法法典化提供了哪些支持？对以民法典为制度基础的法律秩序的形成，又起到了怎样的作用？（二）在民法法典化过程中，为什么民众是一个被忽略的群体？参与立法的法律家是如何以民众的名义忽略民众的？与前两个问题紧密联系的问题是，（三）中国近代的以民法典为核心的民事法律体系，在很大程度上是法律家们学习西方民法的理想作品，它与当时的民众生活有多么大的距离？

为回答以上问题，本书以民事法律秩序作为大的阐释背景。在历史考证的基础上，笔者将民事法律秩序解构为主体和规范两个层面。属于规范层面的民法典（整个民事法律体系的制度框架

和价值核心),是由政府的权力行为,法律家的立法、司法、学术行为,民众的自治行为,互动共构而成的社会规范体。而民法法典化实质上是实现民事法律秩序的过程。因此,从实现民事法律秩序的目的出发,民法典既应反映民众生活的现实需要,又应体现政府与法律家的法制理想,是各主体之间进行规范交流、利益折衷的制度产物。依照民法典的社会制度属性,需要政府与法律家在制定民法典的时候,必须有效地沟通民众,以政府、法律家、民众三者所达成共识的社会的正义、共同接受的技术规范,来建构民法典。但就中国近代的民法史而言,政府与法律家是民法法典化的主角,两者主要从规范的形式理性着眼,在没有民众充分参与的情况下制定完成了民法典;制订完成的民法典(或草案)与民众的现实民事生活存在一定的距离,没有实现预期的秩序理想。

本书在论述次序上分为绪论、本论、余论三个部分。

在绪论部分,首先以法国、德国、日本、瑞士四个国家编纂民法典与法典续造的历史为参照系,从比较法的角度对“民法法典化”的概念加以阐释:以二十世纪的“民法法典化”而论,已不再是“法典编纂”的同义语,在社会变迁与法律秩序进化的压力下,民法法典化是首先是“创建以民法典为制度框架的民法体系的过程”,还是“以法典编纂为基础,以持续的法律续造为后继的社会过程”;其目标是“要在动态的民法体系之上实现符合正义的法律秩序”。进而总结得出,一个国家实现民法法典化的四个一般条件。其次,交代研究中国近代民法法典化所使用的主要材料、研究方法及其相应的概念体系。

本论部分,按照中国近代政权更迭与民法法典化的历史进程,分为清末(一九〇二至一九一二年)、民国北京政府时期(一九一二至一九二八年)、南京国民政府时期(一九二八至一九

四九年）三个阶段。

第二章“清末民法法典化”，分为三节。第一节“防卫性立法政策及民事立法的迟缓”，描述晚清的法律改革是按照专制政府的需要来展开的，富国强兵所需的刑法、诉讼法、商法均在优先考虑之列，而迟迟没有修订民法的计划。第二节“《大清民律草案》的编订”，较为细密地考证了从光绪三十三年（一九〇七年）至宣统四年（一九一二年）编纂《大清民律草案》的过程，其中涉及清末编订民律草案的计划、有关法典的论争，以及从草案大纲、“条文稿”到最后残缺的“说明稿”等问题。第三节“《大清民律草案》存在的问题”，从编订者的知识背景、立法方式，民事习惯调查对《大清民律草案》的影响，以及民事司法的状况三个方面分析了法典草案与晚清社会生活的距离。

第三章“民国北京政府时期的民法法典化”，分为三节。第一节“援用‘现行律规定各条’及《民律亲属法草案》的起草”，阐述民初国会否决《大清民律草案》后，“现行律规定各条”被作为民事实体法加以援引，同时，法律编查会起草了《民律亲属法草案》。第二节“大理院创制的准法典：民事判解要旨汇编”，分析了民初大理院民事判解汇编的法典特征，并为进一步编订民法草案提供了规范经验。第三节“民国《民律草案》的编订”，阐述了在外交压力之下，修订法律馆与大理院合作起草了民国《民律草案》。第四节“变与不变：民国《民律草案》改进与不足”，从社会变迁和规范整备的角度分析了民国《民律草案》的改进和存在的一些缺陷。一九二一年，民国北京政府再次准备援用《大清民律草案》，可是遭到大理院的否决。

第四章“民国民法典的制定与实施”，分为三节。第一节“民国民法典的编订”，阐述政府与法律家基于三民主义的法制理想，在紧密合作之下迅速编订完成了民国民法典。在南京国民政

府建立之初，即由法制局起草《民法亲属编、继承编草案》；及至国民政府立法院成立以后，迅速组织民法起草委员会负责编纂民法典。为编纂民法典，当时集中了国民政府一批最有影响的政治家和法律家，将三民主义立法思想与西方最新立法例萃编为一典。第二节“从比较法的角度观察：民国民法典的优越性”，通过立法精神、法典的体系结构与立法技术三个方面的分析，阐述了民国民法典在比较立法方面所取得的成就，不仅比清末民初的历次民法草案优越，而且称得上是当时世界上最完善的民法典之一。第三节“从社会的角度观察：民国民法典与社会生活之悬隔”，阐述民法典实施的困难，及其对一些重要社会问题的规定与社会现实生活的巨大差距。就制度设计而言，民国民法典是一部理想化的法典，在规范形式与规范功能上基本源自外国法；但是国民政府没有为民法典的实行创造良好的环境，并不支持继受于外国的法律规范在中国社会生根。

余论部分探讨了中国近代民法法典化的三个一般性问题。第一个问题是“法律家与政府合作的造法体制”，旨在揭示中国近代法律家无论是在编纂民法典还是进行司法解释的时候，具有一种借助西方权威的倾向，各种法律概念、制度的设定皆依从大陆法系标准，于法律规范的实证性注意不够；同时还具有一种维护“公共秩序”和“社会利益”的强烈价值偏好，民众个体私权的维护则是一个原则化的价值形式，并无实际落实的可能。第二个问题是“建构以民法典为核心的回应型民法体系”，旨在阐述民法法典化的目标并不仅仅是编纂一部法典，还需要以法典为框架建构一个民法体系。在以法典为核心的民法体系中，法典是各种法律渊源达成体系化的一个枢纽，并且这个体系应具有回应社会变化的功能。第三个问题是“法律继受与社会法律秩序的生成”，任何一个国家的民法法典化都会影响既存的民事法律秩序。中国

近代以来，无论是清政府还是民国北京政府、南京国民政府都希望通过民法法典化推进社会进步，因而，每一部民法典都包含改造社会的理想。但是，仅仅依靠法律规范的创制不足以生成新的民事法律秩序，相反法律规范必须与社会现实保持适应性，否则社会现实会自行寻找适合自己的各种形式的规范。通过对以上三个问题的分析，本文附带性地提出了“行使立法权的法律家在民法法典化中的职业操守”：行使立法权的法律家，不能尽其所能地发挥法学知识，不能单纯追求法律规范的先进性，而更应意识到民法典是民众生活的典则；同时，行使立法权的法律家，应把民法法典化视为法律家团体合作的事业，而不能试图通过法典编订完成民事社会生活的法制化，为其他法律家确定守则。