

博士文丛

BOSHI WENCONG

李显冬 / 著

从《大清律例》到 《民国民法典》的转型

CONG DAQINGLULI

DAO

MINGUOMINFADIAN DE ZHUANXING

——兼论中国古代
固有民法的开放性体系



中国人民公安大学出版社

从《大清律例》 到《民法典》的转型

——兼论中国古代固有民法的
开放性体系

李显冬 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

从《大清律例》到《民法典》的转型：兼论中国古代固有民法的开放性体系/李显冬著. —北京：中国人民公安大学出版社，2003.10

ISBN 7-81087-469-1

I. 从... II. 李... III. 民法—法制史—研究—中国
IV. D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 082894 号

从《大清律例》到《民法典》的转型

CONG DAQINGLULI DAO MINGGUOMINFADIAN DE ZHUANXING

李显冬 著

出版发行：中国人民公安大学出版社

地 址：北京市西城区木樨地南里

经 销：新华书店

邮政编码：100038

印 刷：北京蓝空印刷厂

版 次：2003 年 10 月第 1 版

印 次：2003 年 10 月第 1 次印刷

印 张：15.875

开 本：850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数：395 千字

印 数：0001~3000 册

ISBN 7-81087-469-1/D·374

定 价：33.00 元

本社图书出现印装质量问题，由发行部负责调换

联系电话：(010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

序

中国古代代表性的国家基本法典——从战国时期李悝作《法经》到清代颁行《大清律例》，其编纂体例都是以刑为主，同时也融合民事、行政、经济、诉讼等法律规范于其中。直到20世纪初沈家本修律，仿照大陆法系分别起草或制定了刑律、民律、商律、诉讼法和法院编制法等部门法，才最终打破了延续两千余年的传统的法典编纂体例。中国这种诸法合体的法典编纂体例，既是统治者立法经验的体现，也反映了当时立法技术水平的主观能动性。由于中国古代专制制度重公权、轻私权，使得刑事法律相对发达，刑事调整手段逐渐泛化，以致挤压了民事法律的生存空间，加深了民刑不分现象，进而产生了一种误解，即“中国古代只有刑法，没有民法”。

很长一段时间以来，此种中国古代“诸法合体、民刑不分”，故而没有民法的观点，不仅见诸于法制史教材和其他著作，也几乎是法学界的通说。美国学术界长期以来对中国法文化有一种基本的看法，即中国古代并无“真正的”民法可言。^①而日本有的法学家更曾因袭《古代法》作者梅因“大凡半开化的国家，民法少而刑法多”的观点，认为中国古代只有刑法而没有民法，所以是半开化、

^①黄宗智：《民法的表达与实践：清代的法律、社会与文化》，上海书店出版社2001年8月第1版，第13页。

文化低落的国家。^① 外国学者的这些观点,在一段时间内影响了中国法学界。特别是由于我们今天所谓的“民法”,在一般情况下是指近代法律体系中的一个以系统完整的民法典为其表现形式的、以权利为本位的基本法律部门,故直至目前依然有学者坚持认为:在中国传统的国家制定法系统内,是很难找到其完整的对应部分的。^②

我于1983年中国法律史学会第一次年会上即明确提出:“诸法合体、民刑不分”是中国古代法典的体例。如果就法律体系而言,却是“诸法并存,民刑有分”的。此后不久,我在著作中又具体指出:“中国古代法律体系是由若干部门法,如刑法、民法、行政法、诉讼法所构成的,是诸法并存的,也是民刑有分的。至于一部法典所采取的体例,或者是混合编纂,即所谓‘诸法合体、民刑不分’,或者是单独编纂,则是立法技术问题,是特定时代立法者的选择,当然这种选择也受到法律调整的需要和时代的制约。”

为了阐明上述观点,我不厌其烦地反复解释:“诸法并存,民刑有分”是从法律所调整的社会关系的特殊性和具体性以及由此而形成的法律体系而言的,由于形成法律体系的基础是社会关系,因此它是客观的社会发展的结果,而不是任何人主观意志的产物,至于一部法典采取哪种体例与结构形式,则是立法者主观决定的,是立法主体的立法思想、立法原则与立法技术的具体运用,是反映当时的立法水平的。因此,法典的体例与法律体系是完全不同的概念,二者不能混淆,也不容混淆,否则便会产生不符合历史实际的结论。

①李祖荫:《“古代法”小引》,见亨利·梅因:《古代法》,商务印书馆1959年2月版。

②张生:《略论民事习惯在民初司法中的作用》,载《人文杂志》2001年第4期,第20页。

1985年1月我在《政法论坛》上发表的《论中国古代民法研究中的几个问题》中再次指出：“在中国法制史领域中，对于中国古代民法的研究是非常薄弱的。既没有从事有关资料的收集和整理，专门性的论著也极为少见，可以说处于亟待耕耘的状态。为了全面地总结法制历史的经验，提供建设有中国特色的社会主义法制的历史借鉴，开展对于中国古代民法的研究，是十分必要的。”最近二十年来，在我撰写的学术论文中，曾从各种不同的角度对中国固有民法的问题进行过反复的论证。

我曾指出：“在封建社会，历朝代表性的法典都采取以刑为主、民刑不分的编纂形式，即在一部刑法典中包含某些有关民事法律纠纷的裁定规定。这种编纂形式曾经被认为是中华法系的一个特点。”但“不能以中国古代没有编订独立的民法典便断言中国古代没有民法。”

中国封建时代的法典采用混合编纂的形式也不是偶然的，是和自然经济长期占统治地位，“礼”所起的实际调整作用以及封建专制制度下统治的严酷等各种特定的条件分不开的，因而才得以长期延续下来，但决不能由此得出结论，说中国古代只有刑法而无其他法规。

我的上述观点得到了法律史学界的认同，对于开拓法律史学研究的视野，特别是对部门法史的研究，以及对传统法律文化的检讨与再认识，起了一定的积极作用。十几年来，我自己撰著和主编的部门法史就有《中国民法通史》、《清代民法综述》、《中国行政法史》、《中国刑法史稿》、《中国刑法史新论》、《中国民事诉讼制度史》、《中国司法制度史》等。

其实纵观世界法律的发展史，早期的法典采取诸法合体、民刑不分的体例，是带有共同性的。从古代东方国家的《汉穆拉比法典》、《摩奴法典》，到古罗马的《十二表法》和日耳曼各部族的《蛮族法典》，都是如此。即使是以发达的罗马私法著称的《查士丁尼

民法大全》，仍然包含有大量的公法规范。

西方国家近代部门法典的系统编纂，实际上始于19世纪初的拿破仑时代。拿破仑所领导和亲自主持编纂的以《法国民法典》为代表的5部法典，开辟了人类历史上法典编纂的新纪元。近代民族和国家的独立、统一运动不但促进了法典编纂运动，更导致了近代部门法概念的形成和部门法的划分。

然而在中国，直到19世纪中叶海禁大开以后，随着西方文化的输入与晚清按部门法修律，才最终打破了延续几千年诸法合体的体例，分别起草了民法、刑法、商法、宪法与诉讼法。由此可见，在历经两千余年的中国封建社会，虽然不乏盛世，但法律的发展却是极其迟缓的，无论形式与内容都充满了保守性、因袭性和排他性，这不是偶然的，是由中国古代的特定国情条件所决定的。

需要指出的是，中国古代虽有“诸法”的存在，但尚无“诸法”之概念。所以不能完全以现代部门法的概念加以衡量和苛求，而是须从中国法制历史的实际出发，恰当地运用现代法学知识进行具体分析。

由于任何一种类型的法律都是特定的社会关系的产物，社会关系是复杂多样的，因此，反映社会关系的法律规范的内容和法律调整方式也是复杂多样的。特别是构成一个独立形态的法律体系的法律规范，一方面需要具有内在的统一性，形成不可分割的整体；另一方面基于调整对象的差别，又划分成若干不同的法律部门，它们是既有区别而又不可分割的。这个法理学上的共同理论基础，也适用于中国古代的法律体系。事实上中国古代的法律体系，既包含有各种实体法，也包含有程序法；既融合诸法于一体，又分别作用于不同领域，这是基于社会关系的多样性客观地、历史地形成，并不取决于统治者的意愿。

中国古代民事法律虽然起源很早，而且发展至清朝也已呈现出法典化的趋势，但总的说来民事法律发展缓慢，始终没有形成相

对独立的民法典,这是由中国古代的国情条件所决定的。

光绪三十三年(1907年)五月,当时民政部在其奏章中说:“中国律例,民刑不分……历代律文户婚诸条,实近民法。”^①虽然这也是从法典体例着眼的,但却确认了一个事实,即中国古代存在着民法。

我曾经引用恩格斯“民法准则只是以法律形式表现的社会经济生活条件”,^②“民法不过是所有制发展的一定阶段即生产发展的一定阶段的表现,是纯粹私有制占统治的社会的生活条件冲突的十分经典性的法律表现”^③的观点,提出了中国古代是否没有民法、为什么没有一部独立的民法典以及对此需要进行重新认识的问题。

中国古代的法律文献中虽无民法一词,但有关债、田土、户婚等等民事法律规范,或规定于历代法典当中,或自成律令条例,经历了从无到有、由简趋繁的发展过程。^④

“两周金文民法”的存在,自不待言;汉墓中发现的刻于砖石之上的“买地卷”,所载“民有私约如律令”,不但反映了官府承认民间私约的法律效力的事实,而且可以看出中国古代合同法律思想的成熟与发达。至唐代,随着经济的和社会的发展,诸法合体的编纂体例也在不断冲击中发生了变化,出现了以唐六典为代表的独立的行政法系统。宋代的商品经济相对发达,民事法律规范增多。宋初为了稳定经济秩序,据《宋刑统》卷26记载:“及卖田宅……皆得本司文牒,然后听之。”在契约上加盖官印的称为红契,

①《光绪朝东华录·三十三年五月辛丑》,中华书局1958年版。

②《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第248~249页。

③《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1979年版,第454页。

④张晋藩:《论中国古代民法研究中的几个问题》,载《政法论坛》1985年5月。

是官府承认业主所有权的凭证,遇有争讼以红契为凭,“凡人论诉田业,只凭契照为之定夺。”^①凡“交易有争,官司定夺。止凭契约”,^②“考察虚实,则凭文书”。^③显然当时物权与债权制度业已相当完备。^④明清时期已开始出现资本主义的萌芽,各种调整民事法律关系的单行法不断增多,清朝制定的《户部则例》,就基本性质而言,已经具有民事法规的性质。

所以,尽管直到20世纪初清朝变法修律之前,中国基本上仍维持着固有的诸法合体的法典编纂体例,但绝不能由此得出中国古代没有民事性质的立法的结论。在漫长的中国古代社会中,虽然没有一部统一的民法典来调整财产关系和人身关系,但却通过有关的国家制定法及其他法律渊源,对有关物权、债权、婚姻家庭方面的各种民事法律关系,进行着有效的法律调整。中国古代民事争议的对象,大都是民间的田土、钱债以及户婚、继承上的纠纷,在重视公权益的专制主义国家的统治者眼里,此类纠纷一般不会引起社会的动荡与国家的危亡,也不会威胁人身与生命的安全,因此被视为“细故”或“细事”,实行一审终审制,经常以调处替代审理,调处不决才允许进行诉讼。^⑤

清朝对民事案件即实行“州县自理原则”,习惯上将其称为“州县自理案件”,限于事犯当地告理。州县官受理案件以后,根据案情可批令亲族、绅耆、邻右去调处,力求息讼于法庭之外。

①《清明集》。

②《清明集》卷五:《物业垂尽卖人故作交加》。

③《清明集》卷九:《质库利息与私债不同》。

④张晋藩:《中国古代民事诉讼制度通论》,载《法制与社会发展》1996年3月。

⑤张晋藩:《再论中华法系的若干问题》,载《政法论坛》1984年2月。

事实上由州县官当堂审理结案的比重是很小的。^①而且在古代民事审判中,由于强调转化的作用,多以民事手段强制被告履行应尽的义务,一般不以刑责。对于纯属民事的案件,尤其如此。在司法实践中,虽然刑事附带民事或民事附带刑事的案件,较为常见。不过对于此类综合性案件,其民事部分适用民事手段,其刑事部分适用刑事手段。特别对是否刑责、刑责多少,可以由州县官掌握,并非严格遵依刑律。以致有时刑责仅是象征性的,仅作为迫使当事人服从判决的一种威胁手段。当然如案件事涉人伦,严重侵犯了纲常名教,依然要动用刑罚。

既然民事案件的司法官可以灵活地适用不同的民事法律规范,在是否刑责的问题上又握有权宜之权,因此国家更严定司法官应负的法律责任。以清代为例,负责审理民事案件的州县官,必须亲理诉讼,擅自委派他人审理者,要负刑事责任。此外,州县官应受理而未受理民事案件,或违反审案期限,未经展限而过期结案,或由于故意、过失原因使判决有出入,等等,均须承担法律责任。

19世纪中叶以后,西方的法文化通过各种渠道输入中国,从此开始了两种法律文化的冲突和逐渐融合的过程。外国的经济侵略,破坏了中国悠久的占统治地位的自然经济结构,商品经济迅速发展,资本主义性质的民族工商企业已经在社会经济生活中占有一定的比重,这种新产生的生产关系以及由此而形成的复杂的财产关系,已经不是原有的民法规范所能调整的,资产阶级的代言人——改良派的思想家们,大声疾呼,要求制定商律、民律,以发展民族资本主义。

《大清民律草案》经过4年的时间,于宣统三年(1911年)九月编成,这是中国民法史上第一部按照资本主义民法原则起草的

^①张晋藩:《中国古代民事诉讼制度通论》,载《法制与社会发展》1996年3月。

民法典,尽管由于清朝的迅速覆亡未及颁行,但它毕竟第一次打破了诸法合体、民刑不分的旧体例,使民法典的编纂工作进入了一个具有划时代意义的新阶段。

《大清民律草案》是中国历史上第一部采取西方大陆法系国家民法的形式、原则与架构起草的民法。虽然其亲属法和继承法中表现了宗法礼治的影响和封建民法的遗痕,而且这个草案在民事权利平等的形式下,存在着事实上的不平等,又由于其起草过程中有简单的拿来主义倾向,有些规定不能不脱离中国的实际,故而此民律草案保留了封建性的内容,并且不符合中国的国情,但终究其已与近代资本主义民法开始接轨,使古老的中华法系揭开了新的一页,并为继起的民国政府和南京国民政府制定民法典奠定了重要的基础。

晚清起草制定民法的过程,还使得国人在法律观念上受到了一次实际启蒙教育。在长期封建专制统治下,由于重公权、轻私权,造成了人们缺乏私权观念,尤其是在利用法律维护个人的权益方面,官府设置了这样那样的障碍,显然,通过起草制定民法,用统一的民法典的形式来保护私权,无疑将提高广大民众的权利意识。

所以,如果说晚清修律是中国法律近代转型的开端,此后经过中华民国,至新中国成立,再到今天的改革开放,是中国法律向着现代化的目标前进所经历的几个阶段。那么,由于社会发展是永不停止的,因此法律的现代化也只有阶段性而没有终结。

显冬同志是中国政法大学的中青年教师,他出生“书香门第”,从小喜爱文、史、哲,“文革”历经磨难,年近三十才以家乡文科状元考入了当时的北京政法学院,成为“文革”后第一届法律本科大学生。大学毕业,他被分配至山西大学法律系任教,1986年年过三十五岁才终于如愿以偿,考回中国政法大学研究生院攻读硕士学位,后留校任教,一直从事民商法的教学和科研,著述颇丰。作为深受学生喜爱的中青年学者,在民法的教学和科研上已有一

定的学术积累。

所以,当显冬提出想以“清末改制”到“民国民法典”这一段法律史中民事立法的历史过程为题撰写他的博士论文时,我感到他的选题既具有理论价值,又有现实意义,故支持他对这一问题进行深入的探讨。

显冬从民法渊源的角度入手,对中国固有民法向近代民法的转型问题进行了有益的探讨。经过近三年的学习和资料收集,他阅读了大量的法律史方面的论文和专著,工夫不负有心人,在国人同仇敌忾、共抗“非典”的这个特殊的“闲暇”期间,他在几年来先后三稿的基础上,反复修改,终于完成了自己的博士学位论文。

中国人民公安大学出版社为推动我国法学研究的发展,愿意出版显冬的这部跨学科研究的学术专著,作为他的导师,看到他这部数十万言的研究中国固有民法向近代民法转型的学术成果,能够得到社会的承认,感到十分高兴。特予作序,以资鼓励。

张晋海

2003.12.

On the Model Transformation from the Codex of the Qing Dynasty to the Civil Code

——Concurrently on the Open Law Norm System of
Proper Civil Law in Ancient China

By Li Xian - dong Professor of law
China University of Political Science and Law

Abstract

This thesis is a thorough study of the issue whether or not there existed civil law in China. After undertaking a research in the legal history field in the past years through mass historical materials in addition to the official statutes, the author of the essay has concluded that in the legal history field, a great deal of historical materials are sufficient enough to illustrate the fact that in ancient China there, beyond doubt, had prosperous national and international trades, and that the historical facts prove that a large number of regulations applicable to acts and rulings to adjust the social relationships concerning trade did exist correspondently.

To view from the civil law sources in its substantial sense, not only can one discover the positive system of the proper civil law in ancient China, but also can generalize its specific mode of regulation, which, undoubtedly, will demonstrate a great realistic significance for the codification of the Civil Law Code of China.

从《大清律例》到 《民国民法典》的转型

——兼论中国古代固有
民法的开放性体系

摘 要

通过对中国古代有无民法的研究,本文认为,近年来法律史研究中对正律以外的大量史料的考证足以说明:既然中国古代曾有辉煌的国际和国内贸易是不争的事实,且调整这些社会关系的大量的行为规则和裁判规则的存在亦不容置疑,那么,只要转换思路,从实质意义上的民法渊源的角度来看问题,就不但可以发现中国古代固有民法的实在体系,而且能够概括出其特有的调整模式,这无疑对目前我国民法典的编纂,同样具有重要的现实的意义。

本文第一编研究了中国古代固有的民事法律规范,包括第一章中华法系的沿革及其特征;第二章中国固有民法之探源;第三章中国固有民法的调整模式及其成因。

第一章通过对中华法系的沿革及其特征的研究和考察,特别是对关于中华法系特点的各种学说的比较,从这些大同小异、各有侧重的学说中,归纳出了对中华法系法律调整特点的一般理解。即通常所谓的“引礼入法、礼法结合”,“家族本位,伦理入法”;“援法生例,以例辅法”;“牧民先治吏”,行政莫不皆有法式,“朝廷不为遥制”;“诸法合体,重刑轻民”等,进而从固有民法的渊源入手,

对中国固有民法进行了探源。论证了有商品交换就必然会有市场活动的行为规则,中国古代民法同样仅仅是以法律形式所表现的社会经济生活条件的立论。

第二章的研究还特别指出,了解中国古代民法的多种渊源是理解中国固有民法的关键。

中国古代“说经解律,引礼入法”,“礼”作为伦理道德和社会规范的总和,是调整民事法律关系的特殊形式的法;农业社会中的家族法,无疑是稳定财产与人身关系的基本行为规范;而且这两者都是中国古代对国法的重要补充形式。主要是对民事法律关系进行调整的传统习惯法,是弥补制定法不足的固有民事法律规范;地方官对习惯的认可,使得调整利益冲突的一整套地方性的行为规范得以确立。国家对民间交易习惯的适度放任,又表明中国古代也有“凡是不违法的就是合法的”理念。以有效调整民事关系的单行法为主干而构成的民事法律规范体系,尤其提醒人们注意,中国固有民法并不局限于律典。特别需要人们注意的是,中国古代“民有私约如律令”的理念,说明当时通过违法惩处而赋予了契约以法律效力。而中国古代“律例并用、以例辅律”的案例法,使古代民事诉讼“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也”。这不但证明“定例”是中国古代成文法的重要组成部分,而且说明中国古代存在着实质意义上的判例法。

第三章通过对中国固有民法的调整模式及其成因的研究,探讨了中国古代特殊民法体系形成的历史基础。特别是探讨了中国古代官方直接法律渊源中未作表述的依刑罚轻重为界限来确定的“州县自理案件”所具有的实用纠纷解决机制,亦即家族本位的诉讼外和解的广泛适用的正式司法制度与非正式司法制度的结合而体现出来的法律调整功能对民事立法的影响,得出了中国古代州县自理的诉讼模式不需要民法典的结论。

本文的第二编“清末改制”与《民法典》的起草颁行分为

两大部分,即第四章中华民族在清末的“借法自强”和第五章清末改制中的删律与法案起草。

清末的“借法自强”,是传统农业社会于列强入侵面前的被动选择,清末改制中的删律与法案起草,都只能是旧体制内民商立法的奠基工作;清末《大清律例》修订后的民事部分即所谓“现行律民事部分”是固有民法在旧律框架内形成的实质意义上的民事基本法,所以其在固有民法向现代民法的转型中就具有了极为重要的作用与意义。

中国历史上第一部民法典草案《大清民律》的诞生是中国固有民法在旧律体系外的重构,“奉夷为师”、取法日本和晚清民事习惯调查,以及当时民法的起草原则,特别是转抄誊录于德日民法典的概念与制度,都给今天的中国民法留下了“潘德克顿法学”的理论印记,奠定了民国初期民法近代化的规范基础。

而第五章清末改制中的删律与法案起草则对作为中国资产阶级权利的宣言,在民国初年多种民事法律渊源的综合运用,即民法典颁行前应对民事法律规范缺乏的临时措施的基础上诞生的,“竟清末改制未竟之业”而完成的《民国民法典》的起草颁行,进行了系统考察。

作者发现,民国民法典不但体现了理念的转变与民法功能的演化,而且其立法原则的确立,是清末改制以来民法学在更大规模上的新探索。其分编起草、分别通过的潘德克顿的五编体制,适应现代社会需要的法律原则和法律规则,不但为法律的发展留下了自我开拓的空间,而且反映了当时对民法基础理论的深入研究水平。故《民国民法典》不但顺应现代立法的趋势民商合编法典,奠定了中国“民商合一”立法模式的基础,而且民法典物权编作为私有财产神圣不可侵犯的宣言,防患于未然以“定分止争”,特别是其“准诸本国习惯”来“移植西方法律”,在“移植的法”与“长成的法”之间寻求恰当的连接与交融,为我们今天的民事立法依然留

下了宝贵的经验。当然《民国民法典》亲属编与继承编中新思想与旧传统的妥协也可使我们从中汲取宝贵的教训。

本文的第三编中国古代民法的本质属性,从民法概念的内涵与外延出发,在理论上对中国古代的法律规范进行了整合,以此作为考察中国古代有无民法的理论出发点。

本文从大陆法系的立法和学术多从私法的角度来定义民法的事实,提出公法与私法的区别无疑是民法法系的传统的基本区别,但传统观点同时也认为民法者市民社会之法,它其实是学说建构的产物,成为一种蕴涵政治哲学与社会哲学的价值体系。在本质上,民法作为调整市民社会一般生活关系的法律部门,是规定人们日常相互权利义务关系的根本法,兼具行为规范与裁判规范之双重性质。故传统民法的多重价值取向决定了中国古代固有民法的应有之意,即它是封建社会市场交换的行为规则。

中国古代肯定没有形式意义的民法,但“有法制必有法典”的思维定式显然有欠妥当,中国古代不可能没有实质意义上的民法,历朝法典中凡户婚钱债田土等事摭取入律,既然狭义的实质意义上的民法,其仅为私法之一部,而从广义的实质意义的民法的角度来看,凡有法律实质者不问形式皆可谓之,中国古代有无民法的争议因此也就迎刃而解,不应再成为问题。故以成文法为表现形式的民法的直接渊源之外的民法的间接渊源,即法律之外的其他法源,是我们理解中国固有民法法律渊源的多元结构的关键。

最后,作者从法典与法律规范系统的区分出发,来探讨中国古代有没有类似今天经济法的法律规范系统的问题,提出了自己的观点,认为传统的部门法划分的理论不可能一成不变。在指出传统的部门法划分的历史局限的同时,主张传统的法律部门的划分仅是当时社会发展到一定阶段的产物,法律体系要体现与时俱进的精神。进而在中国固有民法的研究中引入了新的“法律系统”的观念,提出既然法律本身就是一个社会系统工程,商品交换本来