

民商法史再研究： 史料、路径及方法

李婧 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民商法史再研究： 史料、路径及方法

李婧 著

本书系国家重点学科华东政法大学法律史学科资助出版
课题项目来源：教育部2012年青年基金项目（12YJC20052）



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法史再研究:史料、路径及方法 / 李婧著. —
北京:法律出版社, 2015.4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7639 - 3

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—法制史—研究—
中国②商法—法制史—研究—中国 IV. ①D923.02
②D923.992

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 045373 号

民商法史再研究:史料、路径及方法
李婧著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛晗
责任编辑 薛晗 慕雪丹
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 翟国磊

开本 A5
印张 8.5
字数 191 千
版本 2015 年 4 月第 1 版
印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7639 - 3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

引 言

在推进依法治国,构建法治秩序的当今,完善优化“法治具体路线图”的民商法是其中尤为重要的一环。民法及其所调整的私人领域,以及民法所维护的私人权利,是塑造法治日常性的最深层力量。如何实现民法的法典化,选择最为恰当的民商立法模式,建立健康合理的法源体系,培养私法领域法治的文化土壤与精神气质,是法律人对于时代应给予的精妙而实际的回应。

解决上述问题的思路有:从国际理论与民商制度寻找理论依据和制度借鉴,提供横向比较的借鉴资料,是当今法学研究的主要路径。而从历史的角度看,对近代以来民商事立法和实践进行研究,无疑也十分重要。民商法在中国走过了一百多年的发展历程,其所积累的经验与教训,应成为我们开展理论研究与制度设计的基点与出发点。

目前在法史学界对此领域的研究,无论是从宏观叙事,还是从微观制度方面,都是数量壮

观、内容广泛、角度多元。这些成果主要集中于五大方面:民商法制通史之编撰,具体民商法原则之探究,民商习惯法、制定法及其相互关系之探究,民商判例之探究,学术史之整理与反思。这些成果为本文的展开提供了丰富多元的理论供给和素材来源。

但目前以下领域还处于薄弱甚或“失语”状态:一是缺乏学术史视角下近代民商法学史的系统整合;二是随着资料的发掘和利用,近代商法中可供探研的空白点日益凸显,关注视野有待深入;三是传统研究专注于“立法史”的静态考察,忽视了以司法运作为核心的“实践史”。

基于上述的研究现状,本书立足于既往的研究成果,分别从四个部分尝试探索创新:第一部分,近代民商法史学史的梳理。本部分从一个学术史的视角,对民国时期和当代的民商法研究成果、主要观点进行梳理和检讨,并概括和总结了不同研究阶段的特点与不足。这从某种程度上丰富了当今学界民商法史学史的完整性。第二部分,近代民商法的立法历程与成果。法史的研究离不开律文之诠释与沿革考证,本部分梳理了中国古代民商法的资源与弊端,分析了近代民商法诞生的综合因素,并着力述评了近代2部民法典(草案)、6部商法典的内容、影响等问题,从而描述近代民商法嬗变的基本轨迹。需要指出的是,本节增添了近代金融立法的内容,详细剖析了金融法的历史渊源和基本视域。这对深化近代商法的研究无疑是一次有益的尝试。第三部分,是基于立法梳理基础上的,民商司法实践的探究。本部分阐述了近代民商案件的司法机关及其沿革,探究了民商案件的司法渊源,并通过具有鲜明时代特征的民事侵权案件、离婚案件的审理,剖析晚清、民初、南京国民政府时期司法适用的三大路径。第四部分,近代民商法学家与法律思想。何老师对此部分的研究较为深入,本部分已被

提起而未展开的近代法学家的作品,如陈瑾昆的《民法通义总则》、王家驹的《比较商法论·公司编》等,对其内容框架、学术影响等进行述评。同时对金融法的主要著作、研究视域进行了展示和阐述,以期拓展近代民商法学与法律思想的研究宽度。

近代民商法的研究,正如前所述,成果众多。因而这部分写作是着手容易、创新不易,且写且小心。本书力图“弥补盲点,弱化热点”,进行创新探索。具有如下特点:

一是商法史研究与民法史研究并进,凸显商法史的描述。本书加大了商事立法、商法学史的内容比重,有利于推动近代商法史研究的纵深。同时也有利于改变法律史“在研究领域的选择方面缺乏与其他法学学科的衔接”的弊端。二是司法史与立法史研究兼顾,着力司法史的铺陈。本书着力于民商事领域中司法审判的考察,通过诸多图表的归纳,展示了民初大理院民事结案实况、国民政府民事审判体系设置及地方审判厅民事结案情况,考察了民事领域中司法运作的实践,有利于实现法史研究方法的转变。三是法理分析与历史考据的结合,注重法理的剖析。本书揭示民法存续的内在因素,包括立法积淀,司法铺垫、时代需要和社会结构的内在要求等方面采取法理分析的方法。同时通过具体的司法判例考察司法适用,从法理角度揭示此过程中的调适与创新。

最后需要郑重指出的是,本书虽然在诸多方面尝试创新与重构,自觉投入了诸多心血与精力,但鉴于学识谫陋,愿弘力薄,因而研究的深度相当初步,定有不少偏颇不足之处,恳请专家、学者批评指正,以求修正。

目 录

第一章 历史与社会交错下的近代民商 法史学史 1

第一节 民商法史学史的历史溯源 1

- 一、研究集中于基础理论问题,尤其注
重民商法总则部分的探究 4
- 二、实体法和具体制度成为研究热点,
程序法研究成果较少 7

- 三、国别研究、比较法研究成为一大特色 11

第二节 民商法史学史的当代发展 12

- 一、宏观叙事:从《中国近代民法史》到
《中国法制史》(下) 12
- 二、微观深化:四维一体的建构 16
- 三、宏观推进与微观改革 26

第二章 近代民商法在中国的诞生 31

第一节 古代中国民商事立法 31

- 一、中国传统的民商法资源 33
- 二、中国古代民商法的弊端 36

第二节 社会变革与近代民商法的开启 38

- 一、民商事社会关系的变革与民商法的近代化 39
- 二、民商法理论的输入与民商法的近代化 41
- 三、立法机构与民商法的近代化 44

第三章 近代民商法律体系的完成 49

第一节 民事立法历程与成果 49

- 一、晚清时期:《大清民律草案》 49
- 二、北洋时期:《民律草案》 55
- 三、南京国民政府:《民国民法典》 64

第二节 商事立法历程与成果 74

- 一、晚清时期的商事立法 74
- 二、北洋时期的商事立法 84
- 三、国民政府时期的商事立法 96

第三节 金融立法的历程与成果 108

- 一、晚清银行立法的尝试:以英美为范例的中央银行立法
与仿效日本的专业银行立法 111
- 二、银行立法的推进:更加“倾日”的中央银行、专业银行
立法与迅速发展的监管立法 115
- 三、银行法体系的确立:完备的一般银行立法、系统的监
管立法与强化中的地方银行立法 119

第四章 近代民商法的司法实践 125

第一节 民商案件的司法机关:各级民庭的设立与职责 125

一、民商事司法机关的初建：晚清政府的尝试	126
二、民商事司法机关的沿革：北洋政府的发展	127
三、民商事司法机关的完善：南京国民政府的推进	129
第二节 民商案件的司法渊源：三足鼎立的构造	136
一、制定法	136
二、习惯	136
三、条理	142
第三节 民商法的适用	146
一、民初民商法的适用	147
二、南京国民政府时期民商司法实践	159
 第五章 近代民商法学家与法律思想	171
第一节 民法学家与其代表作	172
一、陈瑾昆与《民法通义总则》	172
二、戴修瓚与《民法债编总论》	174
三、王宠惠与《比较民法概要》	177
四、曹杰与《中国民法物权论》	178
第二节 商法学家与其代表作	181
一、熊元楷与《商法总则》	182
二、作新社与《商法泛论》	186
三、王家驹与《比较商法论·公司编》	188
四、王孝通与《保险法论》	192
第三节 近代金融法研究之嚆矢与发展	195
一、近代金融法研究之综括	196

二、近代金融法学研究之视域 200

第四节 近代民商法之总体思量 207

一、国际化与本土化并存 207

二、二元社会秩序中国家法与习惯法兼具 214

近代中国法制大事记 220

参考文献 255

第一章

历史与社会交错下的近代民商法史学史

第一节 民商法史学史的历史溯源

关于近代民商法学的研究始于晚清。一般认为 1902 年《泰西民法志》的问世,打开了中国民商法研究之门。由此至 1949 年,在变革与动荡中的近代中国,涌现出成批的民商法学家与代表性作品,为后人还原这一历史提供了借鉴与可能。

据统计,晚清至新中国成立,近代出版了各种民法学的教材、专著和资料汇编约 1200 种^[1]。其中,晚清至 1911 年,民商法研究成果以译著为主,出版了《民法原论》、《民法讲义》、《商法总则》等 16 部著作。1911 年修订法律馆草成了《大清民律草案》,为中国第一部民法草案。其

[1] 何勤华:《中国法学史》(第三卷),法律出版社 2006 年版,第 329、337 页。

因清政府覆亡而未及实施,但却开启了中国民法史上新的一页,亦成为研究中国近代民法制度的一个重要的逻辑起点。从1912年至1930年,关于民商法研究的著作大幅增加,专著、译著数量达到44部。李宜琛所著的《民法总则》、熊元楷所著的《民法总则》、王家驹所著的《比较商法论·公司编》是其中的扛鼎之作。

1930年南京国民政府参酌社会实际,趋同世界潮流颁布了中国第一部实质意义上的《中华民国民法》及建立了包括《票据法》、《破产法》等内容的商事法律体系,完成了六法体系的构建,并由此引发了近代民商事法研究的井喷式发展。1930年至1948年的18年间所出版的民商事著作达到了142部,是之前30年总和的2倍还多。其中李谟、黄景柏所著的《民法债编总论》、曹杰所著的《中国民法物权论》、王孝通所著的《保险法论》、王效文所著的《票据法释义》等书^[1],深刻影响了当时民商法律的理论与实践,也构建了近代民商法学科。

为活跃法律实践与理论研究,各地创办了诸多的法学杂志,刊登法学论文,以此作为阵地,宣传法律思想,引发法界争鸣。据粗略统计,从清末到1949年,陆续创办的法政杂志大约有150种。其中,清末有20余种;民初至1926年有30余种;1927年至1949

[1] 这些书目的主要内容和详细情况,参见何勤华:《中国法学史》(第三卷),法律出版社2006年版,兹不赘述。在此书未展开的近代民商法学代表作,本章将在第五章“近代民商法学家与法律思想”中全面铺陈并作评述。

年有90余种^{〔1〕}。

观察不同时间段中法政杂志的生长态势,可以发现,近代法政杂志的兴办,明显呈现出逐渐增多且日益偏向法律学一域的趋势。尤其是到了1940年代,新创、复刊和延办的法政杂志已是道异风多,蔚为大观了^{〔2〕}。这些杂志所刊登的民商法学论文约为2500余篇。其中,1911年《法学会杂志》、1922年创刊的《法学季刊》、1923年创刊的《法律评论》等杂志刊登了王宠惠、胡长清、李祖荫等著名学者较有深度的文章^{〔3〕}。

由上述可见,近代民商法的研究成果,数量众多、内容广泛、复杂万端。就其呈现的总体特征而言,有如下三点:

〔1〕 清末创办的法政杂志有:1900年创刊的《译书汇编》、《法政杂志》、《预备立宪官话报》、《宪政杂志》、《北洋法政学报》、《北洋学报》、《新译界》,1907年创刊的《中国新报》、《法政学交通社杂志》、《法政学报》、《觚报》、《大同报》,1908年创刊的《预备立宪会公报》、《学海(甲编)》、《法政介闻》、《福建法政杂志》,1909年创刊的《宪政新志》,1910创刊的《北洋政学旬刊》,1911年创刊的《法政杂志》、《法学会杂志》、《北京法政学杂志》、《法政浅说报》;民初至1926年间,主要的法政杂志有:1913年创刊的《言治》,1913年创刊的《宪法新闻》、《法政学报》,1916年创刊的《宪法公言》,1917年创刊的《政法学会杂志》,1918年创刊的《法政学报》,1922年创刊的《社会科学季刊》、《法学季刊》,1923年创刊的《法律评论》;1927年至1949年间,主要法政杂志有:1928年创刊的《上海法科大学月刊》,1930年创刊的《中华法学杂志》、《法政季刊》、《中央大学法学院季刊》、《法学丛刊》、《法学季刊》,1931年创刊的《现代法学》,1933年创刊的《法学专刊》,1934年创刊的《法治旬刊》,1944年创刊的《震旦法律经济杂志》、《宪政》,1948年创刊的《新法学》。参见程燎原:《近代中国法政杂志的兴盛与宏旨》,载《政法论坛》2006年第4期。

〔2〕 程燎原:《近代中国法政杂志的兴盛与宏旨》,载《政法论坛》2006年第4期。

〔3〕 这些论文的具体篇目及内容可参见何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃·民商法律篇》(第三卷),法律出版社2004年版。

一、研究集中于基础理论问题,尤其注重民商法总则部分的探究

从1905年严献章、匡一、王运震编辑的《民法总则》到1948年洪锡恒所著的《民法总则新论》,近代民商法学成果无论是从内容还是数量来看,都侧重于基础理论问题的厘清和追溯。从内容来看,近代民商法的一些基础理论问题得到学者的重点关注并达成一致,如中国古代是否存在民商法,民商事立法体例应如何,民事主体和行为能力应如何划分,近代中国移植大陆法系还是英美法系的民商法为妥,各地民商事习惯与国家法关系为何,如何协调发展等问题,学者都以自己的作品给予了回应。

从数量上看,在近代主要的193部民商法著作中,债、物权、亲属继承等领域的著作分别为20部、25部、43部,而以总则为书名或关键词的民商法学著作则为70多部,占到了总数的近40%。详见下表:

以总则为研究中心的近代民商法学著作

名称	作者(译者)	出版时间	出版商
民法总则	梅谦次郎著,严献章、匡一、王运震编译	1905年	湖北法政编辑社
民法要论(一卷)	上海作新社编译	1905年	作新社印刷局
民法总则(一卷)	张荣楣编述	1907年	太原,铅印本
商法总则	志田钾太郎著,陈汉第编译	1907年	丙午社
民法总则(一卷)	乾政彦著,李凤翔编	1909年	山西法政专门学堂铅印本
法学名著日本民法要义·总则编	梅谦次郎著,孟森译	1910年	商务印书馆

续表

名称	作者(译者)	出版时间	出版商
民法总则表解	上海科学书局编辑所	1911年	上海科学书局
商法总则	熊元楷	1911年	安徽法学社
民法总则	周大烈等	1912年	上海群益书店
民法纲要详解	胡祥翰	1913年	上海群学书社
民法总则	熊元楷等	1914年	安徽法学社
民法要览	东方法学会	1914年	上海泰东图书局
民律释义	邵羲	1917年	上海中华书局
民法修正论	李复昌	1923年	公慎书局
民法汇览	周东白	1924年	上海世界书局
民法总则	王立猷	1925年	上海群治大学
民律要义	黄右昌	1927年	北京京华印书局
民法要义	黄右昌	1927年	北京大学
民法总论	黄新民	1928年	上海光华书局
民法总则	欧宗佑	1928年	上海商务印书馆
中华民国民法总则评论	李祖荫	1929年	北京大学
中华民国民法总则	戴渭清	1929年	民治书局
民法总则释义	楼桐荪	1929年	上海新学会社
民法总则集解	郑爱谡	1929年	上海世界书局
民法总则新论	朱采真	1929年	上海世界书局
民法总则概要	张季忻	1929年	上海世界书局
民法纲要	蒋伯年	1929年	上海法学社
民法学概论	陈赓人	1929年	上海民治书店
民法总则	胡长清	1930年	上海商务印书馆
民法概论讲义	李祖荫	1930年	北京燕京大学法律系
民商法概论讲义	裘千昌	1930年	浙江省警官学校
民法通义总则	陈瑾昆	1930年	北平朝阳大学
民法概论	李亚儒	1931年	上海法学编译社

续表

名称	作者(译者)	出版时间	出版商
中华民国民法总则	郭元觉	1931 年	上海法学编译社
中华民法原理	刘陆民	1931 年	上海太平洋书店
新民法总则提要	肖志鳌	1931 年	上海神州国光社
民法总则	李宜琛	1931 年	北平著省书店
民法要论总则	余荣昌	1931 年	北平朝阳学院
民法总论	唐纪翔	1932 年	北平开明书局
民法总论(上、下册)	欧阳溪	1932 年	上海会文堂新记书局
民法总则新释	刘漱石	1932 年	南京书店
民法大意	魏先根	1933 年	中华平民教育促进会
民法总论	徐谦	1933 年	上海法学编译社
中国民法总论	胡长清	1933 年	上海商务印书馆
中国民法总论	吴学义	1934 年	上海世界书局
民法总则	胡元义	1934 年	北平好望书店
民法要论总则	吴学义	1934 年	上海世界书局
民法总则浅释	朱婴	1935 年	上海法学书局
新民法总论	石镇三	1935 年	上海会文堂新记书局
民法总论	曾志时	1936 年	朝阳学院法律评论社
民法总则详解	朱方	1936 年	上海法政学社
民法总则注释	张正学等	1936 年	上海商务印书馆
民法总则讲义	杨光湛	1936 年	广州中山大学
民法总则释义	史尚宽	1936 年	上海会文堂新记书局
民法总论	鸠山一郎著,刘云奇译	1936 年	北平仁和堂
中华民国民法总则	郭卫	1937 年	上海法学编译社
民法总则	蔡肇璜	1939 年	上海大东书局

续表

名称	作者(译者)	出版时间	出版商
民法总则要论	王俊楷	1939 年	长春益智书局
民法概论	胡毓杰	1941 年	京城印书局
民法总则之理论与实用	邓定人	1942 年	长沙商务印书馆
民法诠释(总则)	黄右昌	1944 年	重庆商务印书馆
中国民法总则详论	郝朝俊	1944 年	重庆中国文化服务社
民法法律行为理论全部	芮沐	1948 年	北平河北第一监狱
民法总则新论	洪锡恒	1948 年	上海昌明书屋

二、实体法和具体制度成为研究热点,程序法研究成果较少

法律作为近代救亡图存的工具之一,功利性、实用性、有效性是时人进行研究时不自觉的选择性标准,因而民商法的立法体例、具体制度,这些有利于经世治国的内容成为当时学者追逐的热点。而关于民商事司法程序的研究成果相对较少,商事诉讼、商事仲裁则几未涉及。

时人对民商法“实用性”的研究主要体现在两点:

一是提倡民商立法合一。他们从历史传统及其理论形成为出发点,认为瑞士的立法体例较之法德更适合中国国情,应使“泰西最新法律思想和立法趋势与中国原有的民族心理相吻合”^{〔1〕}。持此观点的作品主要有:朱学会的《民商法应否分立之商榷》(载《法

〔1〕 陈志武、沈凯:《中国民法学的萌芽与发展——20 世纪以来中国民法学发展历史》,载《成人高教学刊》2001 年第 2 期。