



民国时期 契约制度研究

李倩 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民国时期 契约制度研究

李倩 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民国时期契约制度研究/李倩著. —北京:北京大学出版社, 2005.3
(法史论丛)

ISBN 7-301-08156-1

I. 民… II. 李… III. ①契约法-研究-中国-民国 ②社会契约-研究-中国-民国 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 112543 号

书 名: 民国时期契约制度研究

著作责任者: 李倩 著

责任编辑: 明辉 李霞

标准书号: ISBN 7-301-08156-1/D·1004

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://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

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

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 11.5 印张 190 千字

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 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, 翻版必究

序

在清末民初中国法典化运动中,《大清新刑律》争议最多,《大清民律草案》的修订尤其艰难。清末、北洋政府都曾起草民法典,但只停留在草案阶段,没能正式通行;直到20世纪20年代末,才由南京国民政府正式颁布了一部完整的民法典。对于这样一个漫长而又复杂的立法过程,目前的研究并不充分,还存在一些有待商榷之处。李倩同志以民国时期的契约制度为中心所作的开创性研究工作,则从一个新的角度进行了有重要学术价值的探索。

作者没有停留在法条规范层面的研究,而是将目光扩及于民间活生生的契约实践的研究上,并认真比较了二者间的差异,以及司法机关在其中的立场,将民国时期的契约制度以一种生动的形象呈现给读者。在契约法的研究方面,李倩同志将其在民国时期的发展变化进行了细致的梳理,其中对于北洋政府时期《大清现行刑律民事有效部分》等问题的分析颇有新意。为了弄清民间契约实践的发展变化,作者阅读了大量的契约文书史料,并加以整理,特别指出近代中国民事契约与商事契约的不同发展特点。作者从社会经济条件、政治形势以及文化传统等不同方面,对民国时期契约制度特点成因的分析也是透彻而深刻的。特别是对我们当下社会主义市场经济条件下的民法典的制定工作更具现实的借鉴意义,近代民法法典化曾遇到的问题我们至今仍无法回避,对于历史经验,特别是近代立法经验教训的总结与升华,将有助于我们取得事半功倍的效果。

李倩是我指导的博士研究生,她从事中国法律史教学科研工作多年,针对学界缺乏近代契约制度研究,特别是缺乏民国时期契约研究的状况,通过多年的刻苦努力,在2003年完成了带有创新学术价值的论文《民国时期契约制度研究》。该论文在全面总结中国传统契约制度利弊得失的基础上,着重研究了中国的民国时期契约制度的近代化与本土化的过程及其基本规律,特别是在民国商事契约制度的研究上取得一定突破,填补了该领域的学术空白。她在该论文的基础上又进行了认真的修改,最终形成了这部作品。

令人感兴趣的是,作者与美国学者黄宗智虽没有直接谋面,但研究却有异曲同工之处,使人感到学术研究是没有国界的,是可以相通的。

我为这本书的出版而感到由衷欣慰,同时也希望作者借此机会,同更多的学者进行学习交流,在博采众家之所长的基础上,将近代契约制度这个问题继续研究下去,以期有更优秀的作品问世。

郭 伟

2005年2月19日

CONTENTS 目 录

前言	1
----	---

第一章 导论	5
一、“契约”要旨	5
(一) 中国传统契约概念	5
(二) 西方契约概念	6
(三) 本书“契约”概念的内涵与外延	7
二、关于“近代契约制度”	7
(一) 契约制度的结构	7
(二) 近代契约制度理念	9
(三) 从近代契约制度到现代契约制度	13
三、时间界定	14
四、材料与研究方法	15
(一) 材料	15
(二) 研究方法	17

第二章 中国传统契约制度	20
一、“官有政法,民从私契”——民间契约习惯 与国家契约法的关系	20
(一) 传统契约法的构成	20
(二) 国家契约法与民间契约习惯的关系	23
二、传统契约制度的特点	25
(一) 契约种类丰富,调整对象广泛	25
(二) 契约形式程式化	27
(三) 反映出强烈的宗法家族色彩	29

CONTENTS 目 录

(四) 契约行为具有“人格化”特征	32
(五) 广泛使用单契	34
(六) 契约行为重重受限	38
(七) 商事契约制度不发达	40
三、几点分析	41
(一) 自然经济下的财产制度	41
(二) 乡土社会下的身份制度	44
(三) 专制统治下的法律制度	45
 第三章 中国契约制度近代化的动因	49
一、经济动因——自然经济的破坏与商品经济的发展	49
(一) 自然经济的破坏	49
(二) 近代城市的崛起与商品经济的发展	51
二、思想文化动因——传统观念的转变与西方法学理论的引进	52
(一) “天赋人权”思想的引进与传播——由“主权在君”至“主权在民”	52
(二) “商政”思想的勃兴——由“抑商”转为“重商”	53
(三) 西方法学理论的引进——由“中学”转为“西学”	55
三、政治动因——近代中国的法律改革运动与资产阶级革命的积极推动	57
(一) 清末修律对近代法律原则的肯定	57

CONTENTS 目 录

(二) 辛亥革命对人性的解放	58
四、小结	61
第四章 民国时期国家契约法的变革	62
一、民国时期契约法的构成及其与民法的关系	62
二、民国时期契约法形式的发展变化	64
(一) 南京临时政府对传统的选择——《大清现行刑律民事有效部分》	64
(二) 北洋政府时期契约法的形式	65
(三) 南京国民政府时期民法法典化的影响	71
(四) 小结	76
三、民国时期契约法结构的变化——商事契约法的迅速发展	78
(一) 商事契约法的渊源	79
(二) 商事契约法的内容特点	80
四、民国时期契约法内容的发展变化	85
(一) 北洋政府大理院对《现行刑律民事有效部分》中契约法内容的取舍	85
(二) 南京国民政府对于北洋政府时期契约法的继承与发展	89
(三) 小结	102
第五章 民国时期民间契约实践的考察	105
一、商事契约的变革与发展	105

CONTENTS 目 录

(一) 合伙契约的变化	105
(二) 契约的成立方式多有改变	111
(三) 契约的内容由国定单方义务转向确认、保障双方的权利	114
(四) 格式契约大量应用	117
二、民事契约实践的变化	121
(一) 契约种类的丰富	121
(二) 国家对于契约的管理与干预加强	126
(三) 雇佣契约的发展	132
三、民国时期契约实践对传统的保留	135
四、民国时期契约实践与契约法的冲突及其司法解决	137
(一) 民国时期契约实践与契约法的冲突	138
(二) 司法机关对于冲突的解决	142
 第六章 对民国时期契约制度的总体分析与评价	 145
一、民国时期契约制度对传统契约制度的变革	145
二、民国时期契约制度的多元性特点及其成因	149
(一) 民国时期契约制度的多元性特点	149
(二) 民国时期契约制度特点的成因	152
三、民国时期契约理念的变化	158
(一) “义”与“利”及社会本位主义	159
(二) “仁”与“人格平等”, “家”与“契约自由”	161

CONTENTS 目 录

(三) “信”与“诚实信用”原则	162
四、从民国契约制度看法律移植问题	162
(一) 契约制度的近代化是一个社会系统工程， 其程度取决于国家经济、政治及文化的 综合发展水平	162
(二) 外来制度移植必须以理念的培养为其 重要前提	163
(三) 外来法律资源必须经过本土化才能 移植成功	165

附录 契约文书索引	167
参考书目	169
致谢	174

前 言

从身份到契约是人类历史发展的重大变化,亦是法律制度发展的重大转折,其社会影响是极其深刻的。因此,契约制度的研究,历来为人文社会科学界所倚重。当前,以契约制度作为独立的研究课题,在民法学研究中屡见不鲜,但民法学者的注意力多集中于契约法,特别是西方国家的契约法。在经济史学研究中亦有丰富成果,但经济史学者的兴趣在于契约文书背后的经济关系与社会发展水平。^{〔1〕}而以契约制度的历史演变为中心的法律史学研究工作,则正日益引起学者们的关注。法律史学者的使命首先在于“发现”与“解释”,发现契约发展历史的本来面目并解释其成因,从中汲取经验教训。但目前法律史学对于契约制度的研究成果主要集中于中国古代契约制度,中国近代的契约制度则尚未引起学者们的充分关注。^{〔2〕}

一些国外学者在论证其关于清代法律与社会的观点时,将其研究的范畴扩展至中华民国时期的“华北村庄”,认为它们之间存在着清楚的延续关系,就(包括契约纠纷在内的)民事诉讼而言,“民国时期的内容与从前没有什么本质上的不同”^{〔3〕}。这一观点引起了我的疑问,促使我将关注的焦点放在民国时期契约制度的各种“变化”上:(1)民国时期,国家契约法是否发生了近代化的实质性的变化,通过何种途径、何种方式进行近代化;(2)民间的契约实践发生了哪些变化,体现在哪些方面,这些变化与契约法的近代

〔1〕 民法学者的研究见傅静坤著:《二十世纪契约法》(法律出版社1997年版),及〔美〕格兰特·吉尔莫:《契约的死亡》(发表于1974年,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第3卷,法律出版社1994年10月版)等;经济史学者的研究当首推杨国桢的《明清土地契约文书研究》(人民出版社1988年版)。

〔2〕 国内学者对于民法史的研究,都对中国古代契约制度有所涉及,参见李志敏著:《中国古代民法》(法律出版社1988年版),孔庆明、胡留元、孙季平编著:《中国民法史》(吉林人民出版社1996年版),张晋藩著:《清代民法综论》(中国政法大学出版社1998年版)等。而国外亦有对于中国传统民法的论述,如日本学者滋贺秀三、寺田浩明等对于明清时期民间契约的研究(参见滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版),及美国学者黄宗智对于清代民法的研究(参见黄宗智著:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版)。

〔3〕 参见黄宗智著:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第23页。

化是否同步,是否存在冲突;(3) 国家司法机关又如何解决这一冲突;(4) 民国时期契约理念发生了哪些变化……本书据此从三方面来对民国时期的契约制度进行考察:契约法、契约实践(包括民间与官方)与契约理念;而一以贯之的,就是探寻其中的变化。

本书将研究的起始时间限定为民国伊始,而有意略过清末,原因在于清末时期并未正式实施近代契约法。虽然起草了一部《大清民律草案》,但其完成时已是1911年,由于清王朝的迅速崩溃而未及颁行^{〔1〕},因此无论是对于清末官方的司法实践还是民间的契约实践,其影响都是相当有限的。但是不可否认,清朝后期的政治、经济、文化,特别是包括《大清现行刑律》、《大清民律草案》等在内的法律,对民国前期的契约制度都产生了相当大的影响,因此本书将其相关内容放在第三章“契约制度近代化的动因”中加以论述。

本书力图从一个开阔、综合、多层次的视角来考察民国时期的契约制度,对民国时期契约法(应然性规定)进行静态分析的同时,兼及当时民间社会契约习惯的实然存在,并从民间契约文书以及官方诉讼档案史料入手,对当时契约制度的运作进行动态的实证考察。比较的方法是本书一个基本方法,只有通过比较,才能发现变化。本书不仅对传统的契约制度与民国契约制度进行了比较,对民国各历史时期的契约法进行了比较,还对民国时期国家的契约法与民间的契约实践进行了比较。而在这所有的比较当中,传统与近代、“国家法”与“民间法”是两条主要的线索。为此,本书第二章对中国传统契约制度进行考察,第四、五章从契约法与契约实践两方面对民国契约制度进行考察,在第六章兼及对民国时期契约理念变化的考察。

本书通过研究民国时期契约制度的变化,得出的主要结论是:第一,民国时期的契约法发生了近代化的实质性的重大变化。在形式上,以《中华民国民法》取代了《现行刑律民事有效部分》;在结构上,商事契约法得到了迅速发展;在内容上,契约法的近代化进一步深化,并实现了西方法与本土法的融合,中国近代契约法被推至最高水平。而在这一变革过程中,北洋政府大理院判例、解释例在将引进的西方契约法进行本土化方面发挥了突出的作用。第二,民国时期民间的契约实践发生了一定的变化(特别是商事契约实践,发生了区别于传统的变革),但没有与契约法的发展完全同步,我称之为“相对迟滞”,因为这种不同步远未达到国外一些学者所称之“背离”的程度。

〔1〕 参见张晋藩主编:《中国法制史》,高等教育出版社2003年版,第301—303页。

度。在民间契约实践与国家契约法发生冲突的个别情况下,司法机关都以国家法为依据裁断契约纠纷。第三,民国时期的契约制度各个领域、各个层次发展不同步,呈现出多元化的特点,仍不成熟,其原因在于民国时期政治、经济及文化发展的不平衡:民国时期契约制度的发展得益于资本主义商品经济的发展,得益于政治与法律的近代化,也在一定程度上得益于中国对于西学理解的深刻及新文化运动对于封建的破除。同时,买办资本主义在城市的畸形发展,市民阶层的缺失,农村经济的每况愈下,全国各地区经济发展的极不平衡,民族资本主义的艰难发展,封建传统的顽固影响,以及国民党一党专制的政治法律统治,又制约了民国契约制度的进一步发展。

近代契约制度是清末修律以来法律制度近代化中的一个产物,是模范列强以图自存的结果,在清末它以建立近代法律体系、收回治外法权为出发点,以救亡图强为最终归宿,在指导思想上未超出“中体西用”的范畴,在制度上也始终未能摆脱封建专制的窠臼。但进入民国以后,契约制度还是发生了很大的变化,得到了很大发展。民国时期契约制度是对传统契约制度的重大变革,它以私有财产权神圣、人格自由平等及私法自治为指导原则,并吸收社会法学理论,从而导致了契约法从理论到制度的重大变化。其中,契约法的变化过程反映了法律近代化的一个重要侧面,也反映了法律本土化的一个重要侧面。其基本路径,是固有法的承继与外来法的继受相结合,形成以商事为龙头、各种契约并进的发展态势。而民国时期契约制度所呈现出的多元特点则提醒我们,法律制度的近代化是一个社会系统工程,其发展程度取决于国家经济、政治及文化的发展水平。契约制度的近代化是一个不断发展的过程,也是西方契约理念、原则与制度逐渐变为本土资源的过程。在这一过程中,民国时期的司法机关,特别是北洋政府大理院以判例、解释例方式,所作的对于传统契约法的转化、民事习惯的取舍等法律本土化的努力,是弥足珍贵的经验。

当前,民法学界正在进行民法法典化这一具有重大意义的讨论,其争论之激烈,意见分歧之大是前所未有的。其思想未能统一的原因是多方面的,其中之一,就是缺乏对民法(包括契约制度)近代化经验教训的总结与升华,并以此为鉴,来为当前的立法工作服务(如借鉴清末民初民事调查的经验,对我国的民事习惯进行细致的调查)。特别是学术界对于本国民法历史的研究,缺乏相应的准备,人们言必称法国、德国、日本、瑞士……而对于中国,特别是进入民国以来民法近代化的历史,并没有给予足够的重视,似乎中国近百年来对于民法近代化的努力都白费了。要借鉴中国历史上的经验,而

不应脱离本国的国情。

还应特别指出,法律的近代化与现代化(包括契约制度的近代化)是一个统一的、连续的过程,而中国法律的近代化与现代化更是一个艰辛的历史发展过程,是一步步将移植西方的法律资源逐渐实现本土化的过程,其过程的每一历史阶段,都是不可或缺、不能割断的,都有其重要地位与价值。我们研究工作者,则要不断推进这样一个过程。

第一章 导 论

一、“契约”要旨

(一) 中国传统契约概念

在中国古代,契,本意为刻^{〔1〕};约,本义为绳索,亦有缠束之义^{〔2〕}。二字相连,即指人们在社会交往中,将事先约定的事项,用刀等工具,刻在金属、木材、石材等物质上,以此作为约束双方信守诺言的凭证。这个凭证,即可称为“契约”。当然,随着笔墨、丝帛、纸等书写工具的发明,社会交往的复杂,人们立约的方式日益丰富,契约的种类及称谓亦大大增多。

在历史文献中记载契约的称谓很多,诸如:判书、质剂、傅别、书契、约契、约剂等^{〔3〕};留存至今的明清时期民间契约中,还有大量以“卖契”、“典契”、“合同”、“分书”、“文约”等为名的契约文书。这些契约的内容涉及买卖、借贷、赠与、合伙、分家、入赘、立嗣、婚姻等诸方面的关系,甚至有国与国之间的盟约,如《战国策·燕策》:“必得约契”,这里的“约契”便是一种盟约。而刘邦与关中父老的“三章之约”,也未尝不可以视为一种广义上的契约。可见契约应用的历史之久,范围之广。无论取何种称谓,中国传统契约概念大体包括这样几层含义:第一,契约是一种凭证,“信”是其基本理念;第二,

〔1〕 通“契”,《说文》:契,刻也。

〔2〕 《说文》:约,缠束也。

〔3〕 如《周礼·秋官·朝士》:“凡有质者,有判书以治,则听。”见(清)阮元校刻:《十三经注疏》(全二册),中华书局1980年影印本,第878页。

《周礼·地官·质人》:“凡卖儗者质剂焉。”见(清)阮元校刻:《十三经注疏》(全二册),中华书局1980年影印本,第737页。

《周礼·天官·小宰》:“听称责以傅别。”见(清)阮元校刻:《十三经注疏》(全二册),中华书局1980年影印本,第654页。

《易·系辞》:“后世圣人易之以书契。”见(清)阮元校刻:《十三经注疏》(全二册),中华书局1980年影印本,第75页。

《战国策·燕策》:“必得约契。”见(西汉)刘向集录:《战国策》(下),上海古籍出版社1985年版,第1139页。

《周礼·秋官·司约》:“凡大约剂书于宗彝,小约剂书于丹图。”见(清)阮元校刻:《十三经注疏》(全二册),中华书局1980年影印本,第881页。

契约是约束双方(或多方)信守诺言的凭证,当一方违约时,他方得据此主张自己的权利,官府据此甚至可以对违约者施以刑罚;第三,在某些情况下,契约本身便是权利,如持有借据者拥有对特定债务的债权,持有卖契者即拥有对于某项田宅的所有权等。但无论是历史文献中,还是现存的明清契约文书中,常见“××契”、“××文约”的用法^{〔1〕},而“契约”二字相连出现的情形却并不多见。因此,笔者推测“契约”一词的出现,应是近代西方法文化传入以后的事。

(二) 西方契约概念

西方法文化中有“公法”(Public Law)和“私法”(Private Law)之分。该划分始于罗马法学家乌尔比安,他的划分标准是:规定国家公务的为公法,如有关政府的组织、公共财产的管理和官吏选任等法规;规定个人利益的为私法,如调整家庭、婚姻、物权、债权、债务和继承关系等的法规。公法规范是强制性的,不得由个人之间的协议而变更;而私法规范相对而言则是任意性的,可以由当事人意志来更改,对当事人来说,协议就是法律。^{〔2〕}另有关于“公法”与“私法”的解释,即:私法为规定私人相互之间关系的法(这里的“私人”在19世纪末期以后,也包括了法人),而公法则规定国家与个人之间关系的法。^{〔3〕}

受此说影响,西方近代法学理论中,法律意义之所谓“契约”,原分为“公法上之契约”与“私法上之契约”两大类。公法上的契约当以卢梭的《社会契约论》为代表,将契约观念引入政治领域,从而论证了权力正当性及有限政府理论。

而私法上的契约,又有广义和狭义之分。狭义的契约仅指债权契约,即以发生债的关系为目的的契约;罗马法及法、奥、英诸国均采此义。《法国民法典》1101条:“契约为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”^{〔4〕}

〔1〕 据日本学者岸本美绪观点,明清时期,“契”字多用在不动产买卖中,一般说来,尽管“契”与“约”、“字”的用法因地域和时期的不同有较大差异,但“契”似乎多用于重要而且正式的文书,“约”和“字”则给人一种略式文书的印象。当然很难说二者之间有质的差别。参见〔日〕岸本美绪:《明清契约文书》,载滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第281页。

〔2〕 参见周枏著:《罗马法原论》(上、下),商务印书馆1994年版,第92页。

〔3〕 参见谢怀栻著:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第4页。

〔4〕 李浩培等译:《拿破仑法典》,商务印书馆1979年版,第148页。

广义的契约,是指凡合意即可为契约,除债权契约外,还包括物权契约(物权的设立、移转,如设立抵押权的契约)与身份契约(如婚姻关系之成立、协议离婚、收养,等等)等,德国民法即采此说。^{〔1〕}

(三) 本书“契约”概念的内涵与外延

如前所述,在中国古代,仅就字面意义而言,契约本指用刀刻或用笔写,记录下来的,对双方具有拘束力的一种信物或凭证,其范围颇为广泛。而在近代乃至现代,契约的领域已扩及政治、经济、社会、法律、文化等方方面面。因此,有必要对本书所讨论的契约范围加以限定。

借用前述西方公法、私法的划分方法,本书关于契约的讨论范围,仅限于私法的范畴,尽管用这种方法来分析中国的法律制度有一定缺陷^{〔2〕},但它至少可以将国与国之间的盟约,以及其他非以个人利益为焦点的约定、协定排除在外^{〔3〕}。概言之,本书讨论的契约为,当事人以发生、变更或消灭某种权利义务关系为目的而达成的协议。同时将以“狭义的契约”即债权契约为主要考察对象,兼及物权契约和身份契约。其法律关系既包括财产关系,亦包括人身关系,但将以财产关系的契约为重点进行考察。由于史料的限制,本书将只讨论书面契约,而对口头契约不予涉及。

二、关于“近代契约制度”

(一) 契约制度的结构

契约制度应当包括以下内容:

首先应是契约法规范。它是构建一国契约制度的基础。它以国家立法为主要表现形式,指导人们进行正当的契约行为,同时在不当契约行为发生时,给予纠正。这种纠正或者是刑罚性的,如中国传统的契约法;或者是赔

〔1〕 关于契约的广义、狭义之分,参见谢怀栻著:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第166、187页。

〔2〕 特别是中国古代的法律制度,慑于君主的权威,国家的强制干预力及于社会的各个层次与角落,致使刑罚几乎成为调整一切法律关系(包括民事法律关系)的惟一手段,在这个意义上,甚至可以说无私法可言,而只有公法。

〔3〕 考虑到中国传统家族制度的影响,此处的“个人利益”亦应宽泛地理解。