

A LIBRARY OF
DOCTORAL
DISSERTATIONS
IN SOCIAL SCIENCES IN CHINA

中国
社会科学
博士论文
文库

民初民法中的
民事习惯与习惯法

李卫东 著

A LIBRARY OF
DOCTORAL
DISSERTATIONS
IN SOCIAL SCIENCES IN CHINA



民初民法中的
民事习惯与习惯法

——观念、文本和实践

李卫东 著

导师 严昌洪

审稿 曹宏举

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民初民法中的民事习惯与习惯法：观念、文本和实践/
李卫东著. - 北京：中国社会科学出版社，2005.12

(中国社会科学博士论文文库)

ISBN 7-5004-5377-9

I. 民… II. 李… III. 民法：习惯法-研究-中
国-民国 IV. D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 156887 号

责任编辑 易小放

责任校对 徐玲

版式设计 李建

出版发行 中国社会科学出版社

社址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮编 100720

电话 010-84029450 (邮购)

网址 <http://www.csspw.cn>

经销 新华书店

印刷 北京新魏印刷厂 装订 丰华装订厂

版次 2005 年 12 月第 1 版 印次 2005 年 12 月第 1 次印刷

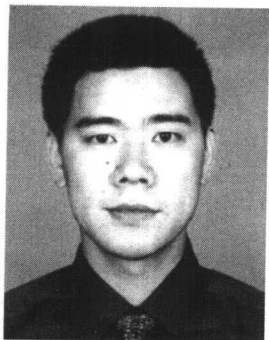
开本 880×1230 1/32

印张 10.625 插页 2

字数 264 千字

定价 24.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究



作者简介

李卫东 男，1971年8月生，湖北红安人。1992年于武汉大学获得历史学学士学位，1998年于西北大学获得历史学硕士学位，2003年于华中师范大学获得历史学博士学位。2003年入选武汉市“213人才工程”。现为江汉大学政法学院副教授，地方法治与社会工作研究所所长，中国社会科学院法学研究所博士后。主要从事中国近代法制史、城市社会史的研究。主要论文有：《参与和实践：辛亥革命与中国法制近代化》、《董必武法律思想中的破立观》、《从司法印纸看近代中国法制》、《晚清武汉的经济发展与社会变迁》、《海伦·斯诺：从个性看她的事业与婚姻》等。

内 容 提 要

民国初期，民法实践活动一直处在法典缺失的状态，给司法审判人员适用民事习惯留下了很大的空间。大理院通过判例和解释例确立了民事习惯在司法审判中的法律地位。

这一时期，社会各界对习惯与习惯法的讨论带有明显的社会和时代色彩。同时，以《清理不动产典当办法》为代表的部分单行法规则也反映了民初法律界在处理民事习惯等问题上法律观念和技术日渐成熟。在法律实践中，民事习惯与近代法律之间是一个双向互动的关系。

通过对民初国家法与民间习惯关系的考察，可以看到，民初国家加强了对社会的控制，国家与社会的关系常常处在紧张状态。在国家与民间社会的冲突中，国家占有明显的优势，社会存在的空间日益缩小。

《中国社会科学博士论文文库》 编辑委员会

主 任：李铁映

副 主 任：汝 信 江 蓝 生 陈佳贵

委 员：（按姓氏笔画为序）

王洛林 王家福 王缉思

冯广裕 任继愈 江蓝生

汝 信 刘庆柱 刘树成

李茂生 李铁映 杨 义

何秉孟 邹东涛 余永定

沈家煊 张树相 陈佳贵

陈祖武 武 寅 郝时远

信春鹰 黄宝生 黄浩涛

总 编 辑：李茂生

学术秘书：冯广裕

本书的出版得到“武汉市 213 人才工程”资助

总 序

在胡绳同志倡导和主持下，中国社会科学院组成编委会，从全国每年毕业并通过答辩的社会科学博士论文中遴选优秀者纳入《中国社会科学博士论文文库》，由中国社会科学出版社正式出版，这项工作已持续了12年。这12年所出版的论文，代表了这一时期中国社会科学各学科博士学位论文水平，较好地实现了本文库编辑出版的初衷。

编辑出版博士文库，既是培养社会科学各学科学术带头人的有效举措，又是一种重要的文化积累，很有意义。在到中国社会科学院之前，我就曾饶有兴趣地看过文库中的部分论文，到社科院以后，也一直关注和支持文库的出版。新旧世纪之交，原编委会主任胡绳同志仙逝，社科院希望我主持文库编委会的工作，我同意了。社会科学博士都是青年社会科学研究人员，青年是国家的未来，青年社科学者是我们社会科学的未来，我们有责任支持他们更快地成长。

每一个时代总有属于它们自己的问题，“问题就是时代的聲音”（马克思语）。坚持理论联系实际，注意研究带全局性的战略问题，是我们党的优良传统。我希望包括博士在内的青年社会科学工作者继承和发扬这一优良传统，密切关

注、深入研究 21 世纪初中国面临的重大时代问题。离开了时代性,脱离了社会潮流,社会科学研究的价值就要受到影响。我是鼓励青年人成名成家的,这是党的需要,国家的需要,人民的需要。但问题在于,什么是名呢?名,就是他的价值得到了社会的承认。如果没有得到社会、人民的承认,他的价值又表现在哪里呢?所以说,价值就在于对社会重大问题的回答和解决。一旦回答了时代性的重大问题,就必然会对社会产生巨大而深刻的影响,你也因此而实现了你的价值。在这方面年轻的博士有很大的优势:精力旺盛,思想敏捷,勤于学习,勇于创新。但青年学者要多向老一辈学者学习,博士尤其要很好地向导师学习,在导师的指导下,发挥自己的优势,研究重大问题,就有可能出好的成果,实现自己的价值。过去 12 年入选文库的论文,也说明了这一点。

什么是当前时代的重大问题呢?纵观当今世界,无外乎两种社会制度,一种是资本主义制度,一种是社会主义制度。所有的世界观问题、政治问题、理论问题都离不开对这两大制度的基本看法。对于社会主义,马克思主义者和资本主义世界的学者都有很多的研究和论述;对于资本主义,马克思主义者和资本主义世界的学者也有过很多研究和论述。面对这些众说纷纭的思潮和学说,我们应该如何认识?从基本倾向看,资本主义国家的学者、政治家论证的是资本主义的合理性和长期存在的“必然性”;中国的马克思主义者,中国的社会科学工作者,当然要向世界、向社会讲清楚,中国坚持走自己的路一定能实现现代化,中华民族一定能通过社会主义来实现全面的振兴。中国的问题只能由中国人用自己的理

论来解决,让外国人来解决中国的问题,是行不通的。也许有的同志会说,马克思主义也是外来的。但是,要知道,马克思主义只是在中国化了以后才解决中国的问题的。如果没有马克思主义的普遍原理与中国革命和建设的实际相结合而形成的毛泽东思想、邓小平理论,马克思主义同样不能解决中国的问题。教条主义是不行的,东教条不行,西教条也不行,什么教条都不行。把学问、理论当教条,本身就是反科学的。

在 21 世纪,人类所面对的最重大的问题仍然是两大制度问题:这两大制度的前途、命运如何?资本主义会如何变化?社会主义怎么发展?中国特色的社会主义怎么发展?中国学者无论是研究资本主义,还是研究社会主义,最终总是要落脚到解决中国的现实与未来问题。我看中国的未来就是如何保持长期的稳定和发展。只要能长期稳定,就能长期发展;只要能长期发展,中国的社会主义现代化就能实现。

什么是 21 世纪的重大理论问题?我看还是马克思主义的发展问题。我们的理论是为中国的发展服务的,决不是相反。解决中国问题的关键,取决于我们能否更好地坚持和发展马克思主义,特别是发展马克思主义。不能发展马克思主义也就不能坚持马克思主义。一切不发展的、僵化的东西都是坚持不住的,也不可能坚持住。坚持马克思主义,就是要随着实践,随着社会、经济各方面的发展,不断地发展马克思主义。马克思主义没有穷尽真理,也没有包揽一切答案。它所提供给我们的,更多的是认识世界、改造世界的世界观、方法论、价值观,是立场,是方法。我们必须学会运用科学的

世界观来认识社会的发展,在实践中不断地丰富和发展马克思主义,只有发展马克思主义才能真正坚持马克思主义。我们年轻的社会科学博士们要以坚持和发展马克思主义为己任,在这方面多出精品力作。我们将优先出版这种成果。

李锐

2001年8月8日于北戴河

序 言

本书从观念、文本、实践三个层面来讨论民国初年民法中的民事习惯和习惯法。虽然它的作者李卫东博士认为风俗习惯与本书所讨论的习惯有一定的距离，但以社会风俗为主攻方向之一的我却觉得两者像是近亲，因此当他选择此课题做博士学位论文的时候，我予以了肯定和支持。

习惯和习惯法在中国法律制度的形成和进化中作用可谓大矣。

从法律文本上看，历代律法有许多条文就是根据当时的习惯制定的，也就是本书中所说，法律往往要吸纳习惯，习惯本身就是法律的一个重要来源。这是因为，一方面，许多习惯在现实生活中已在对社会行为起规范作用，在制定法中加以肯定，使其律条化，容易被人们所接受。另一方面，把习惯变为法律条文，乃是因为统治者要利用法律来维护传统。比如，习惯上家庭中的尊长（如祖父母、父母）可以任意处罚子孙，而子孙辱骂了长辈则被认为是忤逆不孝。在唐律的斗讼篇中明确规定，子孙“置祖父母父母者绞，殴者斩，过失杀者流三千里，伤者徒三年”。反过来，如果是父母祖父母殴杀子女，其结果仅仅是“徒一年，以刃杀者徒二年，故杀者各加一等，……过失杀者各勿论”。作为一种普遍的社会习惯观念，这种规定在当时并没有人说不公平。统治者在法律中将“不孝”定为重罪，就是想以此维护封

建纲常伦理，并通过惩处“不孝”之罪来宣扬孝道，达到其通过教孝来教忠的目的。

从法律实践上看，民事审判中既常常以习惯来作为判决的依据，有时候又往往以习惯来变通制定法，反映了习惯的强大影响力。例如，律例禁止娶亲属妻妾，规定收兄弟妻者绞决。但根据民俗学调查和社会学研究，事实上我国历史上兄收弟妻，弟收兄嫂是相当普遍的现象，在习惯上称为“转夫”、“转车轴”等。较为穷苦的人家，因经济的原因，多有此习惯。所以嘉庆十九年不得不将旧律加以修改，改为绞监候。但实际上也很少追究，很少看到类似诉讼（参见瞿同祖《中国法律与中国社会》）。

还有制定法的力量所达不到的地方，习惯法成为实际的法律。美国的马士在《中华帝国对外关系史》中曾指出：“（中国）百分之八十以上人口，是照他们的习惯过他们的日常生活，他们的习惯也就是当地的习惯法，由他们自己解释，由他们自己执行。每一个村庄都是这种习惯法统治的单位，村中的父老们，虽然没有任何官方授予的权力，却行使着因年龄而享有的威权，并按照他们年轻时所学到的一切来解释他们祖先的习惯。”

既然习惯和习惯法在法律制度中具有如此重要的作用，那么，在民国初年新旧并存的过渡时代和传统法律观念发生转变、法律出现多元化现象的情况下，民事习惯被民法和审判实践大量采用，导致近代法律与传统习惯的互动与交融，是十分自然的。这是一个饶有兴味的课题，值得花力气去研究它。

然而这又是一个极其复杂的问题，研究这个问题，不仅需要作者占有详尽的史料，具有历史学的深厚功底，而且更需具备法学和社会学的理论素养。这对于一位年轻的博士生来说，确实具有很大的挑战性。

李卫东之所以敢于迎难而上，在于他有强烈的求知欲和勤学好问的精神。他在本书“后记”中写到一件事情：“记得还在念本科时，因为读了严老师一篇文章，我冒昧地敲开严老师的家门。严老师热情接待了我这位冒失的闯入者，对我提出的一大堆幼稚问题进行了耐心的解答。这次谈话激发了我对近代社会史的兴趣，使我在工作后开始涉足这一领域的研究，并进而转向对近代法律发展与社会变迁的思考。”这就是他勤学好问精神的一个最好的例子，也是我与他的缘分的开始。从那以后，我们接触的次數多了，哪怕是在西北大学攻读硕士学位期间，放假回汉，他都要来与我交谈学习的体会。后来他得到来我校深造的机会，做了我的博士研究生。这不就是缘分吗？

在攻博期间，除了做好所在学校的教学工作外，他潜心于对近代法律发展与社会变迁问题的思考，本书就是他思考所得。为了弥补法律知识的不足，他不仅涉猎法学方面的大量著作，而且到北京请教中国人民大学的法学和法律史专家张西坡教授等。为了搜集大量资料，他多次前往南京、上海等地档案馆，查阅了好几个全宗的案卷。因此，本书不仅史料翔实，而且论述深刻，结论中肯，是一篇近代法律史研究的力作。在论文评审和答辩中得到包括法学专家和史学专家的一致好评，认为他的论文“结构严谨，案例丰富典型，援用史实生动，语言文字雅达，既有科学性，又有可读性。……所讨论的问题和所运用的研究方法都颇具开创性，为中国近代法制史的研究作出了新贡献”。（邱远猷教授评语）

本书除了史料翔实、理论视野开阔等优点外，最突出之处，是作者将历史学、法学与社会史的研究结合得非常好，本书也因此成为“新法制史”的一篇成功的尝试之作。这也是我作为指导教师尤其感到高兴的一点。

正如李卫东自己所言，本书不是他对这一课题研究的终结，而仅仅是一个起点。有了这样一个好的起点，相信他将来的脚步一定会越走越坚实，脚下的道路一定会越走越宽广。

严昌洪

2005 年 6 月于武昌桂子山

目 录

序言	严昌洪 (1)
导论	(1)
第一节 研究缘起与论题解说	(1)
一 研究缘起	(1)
二 研究时段与范围的选择	(7)
三 基本概念解析	(10)
第二节 研究的观念与方法	(17)
一 本课题研究的历史与现状	(17)
二 “新法制史”的提出与回顾	(23)
三 本课题研究的方法	(31)
第一章 民初法律观念的转变和民事审判的风格与特征	(39)
第一节 过渡时代的社会和法律观念	(40)
一 近代社会变迁与民初新旧并存的时代特征	(41)
二 传统法律观念的转变	(48)
第二节 民初民事审判的风格与特征	(57)
一 民事审判的新变化	(58)

二	大理院及其判例机制	(64)
三	地方审判机关新旧并存的审判风格与特征	(73)
第二章	法律多元及习惯与习惯法在民初民法	
	中的地位	(86)
第一节	民初民法的多元化	(87)
一	多元的法律传统	(89)
二	民法实践中的多元法及习惯与习惯法	(94)
第二节	民法对民事习惯的广泛采用	(110)
一	民事习惯被大量采用的原因	(111)
二	民事习惯法律地位的确立与习惯调查活动	(121)
三	习惯法成立要件及其分析	(127)
第三章	社会法律观念中的习惯问题	(139)
第一节	社会习惯观念及其影响	(140)
一	传统法律观念与民众对习惯的认同	(140)
二	民初社会中的“习惯”观念	(145)
第二节	民法近代化过程中对习惯问题的讨论	(148)
一	晚清司法改革中对习惯的认识	(148)
二	民初法学界对于习惯问题的理论探索	(154)
三	民事习惯问题讨论的个案分析	(161)
四	外国法律人士对中国民事习惯与习惯法的	
	认识	(165)
第四章	民法文本中的习惯问题	(172)
第一节	民事立法与新旧并存的民法形态	(172)
一	清末立法对传统习惯的取舍	(173)