

睦鴻明 著

清末民初 民商事习惯 调查之研究

QING MO MIN CHU
MIN SHANG SHI XI GUAN
DIAO CHA ZHI YAN JIU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

睦
鴻
明
著

清末民初 民商事习惯 调查之研究

QING MO MIN CHU
MIN SHANG SHI XI GUAN
DIAO CHA ZHI YAN JIU


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

清末民初民商事习惯调查之研究/睦鸿明著. —北京:
法律出版社, 2005. 9
ISBN 7 - 5036 - 5821 - 5

I. 清… II. 睦… III. ①民法; 习惯法—调查研
究—中国—清后期②民法; 习惯法—调查研究—中国—
民国③商法; 习惯法—调查研究—中国—清后期④商法;
习惯法—调查研究—中国—民国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 101382 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周丽君 卞学琪	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/综合出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/787×960 毫米 1/16	印张/22.5 字数/294 千
版本/2005 年 12 月第 1 版	印次/2005 年 12 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	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	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/010-6399781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆分公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456	
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110	
书号:ISBN 7-5036-5821-5/D·5538	定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



《民商事習慣調查報告錄》(《司法公報》第242期)和《各省區民商事習慣調查報告文件清冊》(第1期,《司法公報》第232期)。
(首都圖書館收藏)



《安徽宪政调查局编呈民事习惯答案》，上中下3卷本。
(国家图书馆收藏)

法制科調查書凡例

一此書係遵照憲政編查館奏章分爲五部其各部中所問有彼此皆不可少者往往重複答者或兩答或註見某處均可一此書有一項中分數目者有一目中又分細目者答者逐條置答須寫全題按照另定答問式樣其所答文字不拘格式或用分類或列圖表均無不可總之以詳爲貴

一風俗習慣不但省與省異甚或同府同縣亦各不同答者或但就本人所居地方之風俗習慣作答或就本縣中各地之風俗習慣作答或兼及本省他州縣之風俗習慣均無不可書中有就各該地方情形答之等語並非限制之詞不必拘執

一各條之註因開列問題語多簡約恐詞不達意故畧作解釋間或雜引他處實事用以示例取便明瞭非題之正文也作答之

《直隸調查局法制科第一股調查書》4卷本（包括“民情風俗”、“地方士紳辦事習慣”、“民事習慣”、“商事習慣”、“訴訟事習慣”5部），图示为《直隸調查局法制科第一股調查書》之凡例（部分）。（国家图书馆收藏）



《调查湖北民事习惯报告书》草稿。

(国家图书馆收藏)

二分號坐莊之盈虧是否與本號合併計算 三分號坐莊若有停歇之時其人欠欠人之賬目是否均清 本號清理 四所有商業上之責任分號坐莊與本號是否一律負責 第五項 商業賬簿 一凡店舖行棧所必備之賬簿有幾種各重情形不同格式 亦別試分書幾種就圖係新要者詳顯其式 二提款買賣與欠賬實收記賬之方法若何 三每年總結之賬有無另記其總數之簿冊 四商業上入欠與欠人之賬是否各為一簿抑以往來之戶 分別試舉一二格式 五凡出支付銀錢貨物票者是否另有存根簿即專立一簿	監查通商範圍章程各舉一二式 六緊要賬本其邊縫有無頁數字樣 七賬簿是否永遠保存有無另製副本以備意外之事 第六項 商業用人 第一目 商業用人 一商業上之總理人有稱經理者有稱管事者有稱經手者 有稱當手者有稱掌櫃者是否貨物之進出某項之出入 皆歸一人經理抑有各以門類分任數人者 二總理人以下商業中人有幾種名目用人之權是否由總 理應用 三為分號之總理人是否有分號中之全權與本店總理人 相同
---	--

問答式報告書樣式，圖示為《安徽憲政調查局編呈民事習慣答案》之表述方式。（國家圖書館收藏）

直隸調查局法制科第一股調查書

第三部 民事習慣調查書

第一款 民事總問題

第一項 人民

第一目 人民之籍貫

一 本國人除普通籍貫以外其餘軍籍樂籍廬籍之類各該處有幾種并各畧述其沿革

二 按照 大清律所載良賤之賤者除買奴以外有無別種可稱為賤者現在旗人家中所有人口除本族及傭人外有幾等級其名稱籍貫若何

三 按照 大清會典編發罪人中有藝業能自謀生者文地保收管仍於月朔按名點驗所謂收管者是否聽其

陈述式报告书样式。图示为《直隶调查局法制科第一股调查书》之表述方式。（国家图书馆收藏）

二 分號坐莊之盈虧是否與本號合算計數 三 分號坐莊若有停歇之時其人欠欠人之賬目是否均由本號清理 四 所有商號主之責任分號坐莊與本號是否一律負擔 第五項 商業帳簿 一 凡店舖行棧所必備之帳簿有幾種各業情形不同格式亦須試分書重種類號碼關係要詳詳其式 二 賬款買賣與欠賬實日記記之方法若何 三 每年總結之賬有無另記其總數之簿冊 四 商業主上欠與欠人之賬是否各為一簿冊以往來之戶分別試舉一二格式 五 凡出交付銀錢貨物票者是否另有存根簿冊專立一簿	第六項 商業用人 一 商業上之總理人有無經理者有無經手者有無經手者有無經手者是否與本號之出入 二 總理人以下商業中人看幾種名目用人之權是否由總理人 三 為分號之總理人是否有分號中之全權與本店總理人相同
---	--

陈述式报告书样式，图示为《直隶调查局法制科第一股调查书》之表述方式。（国家图书馆收藏）

福建民商事習慣調查會第一期調查報告目錄頁數	
關於物權之習慣	
第一類不動產之典賣習慣	
一典數我政和	一
斷後盡賣高	一
九儘十八借南平	一
一我即絕建陽	一
典絕及買還光澤	二
贖田時期建陽	二
永不典絕政和	二

民國初年《福建民商事習慣調查會第一次報告書》，圖示為該報告書目錄。（田濤先生藏）

第一類 土地之範圍	二
第二類 不動產之一地兩主及分別權	三
第三類 不動產之管理	四
第四類 不動產之負擔	五
第五類 不動產之繼承	六
第六類 不動產之抵押	七
第七類 不動產之租賃	八
第八類 不動產之買賣	九
第九類 不動產之其他權利	十
第十類 不動產之其他權利	十一
第十一類 不動產之其他權利	十二
第十二類 不動產之其他權利	十三
第十三類 不動產之其他權利	十四
第十四類 不動產之其他權利	十五
第十五類 不動產之其他權利	十六
第十六類 不動產之其他權利	十七
第十七類 不動產之其他權利	十八
第十八類 不動產之其他權利	十九
第十九類 不動產之其他權利	二十
第二十類 不動產之其他權利	二十一
第二十一類 不動產之其他權利	二十二
第二十二類 不動產之其他權利	二十三
第二十三類 不動產之其他權利	二十四
第二十四類 不動產之其他權利	二十五
第二十五類 不動產之其他權利	二十六
第二十六類 不動產之其他權利	二十七
第二十七類 不動產之其他權利	二十八
第二十八類 不動產之其他權利	二十九
第二十九類 不動產之其他權利	三十
第三十類 不動產之其他權利	三十一
第三十一類 不動產之其他權利	三十二
第三十二類 不動產之其他權利	三十三
第三十三類 不動產之其他權利	三十四
第三十四類 不動產之其他權利	三十五
第三十五類 不動產之其他權利	三十六
第三十六類 不動產之其他權利	三十七
第三十七類 不動產之其他權利	三十八
第三十八類 不動產之其他權利	三十九
第三十九類 不動產之其他權利	四十
第四十類 不動產之其他權利	四十一
第四十一類 不動產之其他權利	四十二
第四十二類 不動產之其他權利	四十三
第四十三類 不動產之其他權利	四十四
第四十四類 不動產之其他權利	四十五
第四十五類 不動產之其他權利	四十六
第四十六類 不動產之其他權利	四十七
第四十七類 不動產之其他權利	四十八
第四十八類 不動產之其他權利	四十九
第四十九類 不動產之其他權利	五十
第五十類 不動產之其他權利	五十一
第五十一類 不動產之其他權利	五十二
第五十二類 不動產之其他權利	五十三
第五十三類 不動產之其他權利	五十四
第五十四類 不動產之其他權利	五十五
第五十五類 不動產之其他權利	五十六
第五十六類 不動產之其他權利	五十七
第五十七類 不動產之其他權利	五十八
第五十八類 不動產之其他權利	五十九
第五十九類 不動產之其他權利	六十
第六十類 不動產之其他權利	六十一
第六十一類 不動產之其他權利	六十二
第六十二類 不動產之其他權利	六十三
第六十三類 不動產之其他權利	六十四
第六十四類 不動產之其他權利	六十五
第六十五類 不動產之其他權利	六十六
第六十六類 不動產之其他權利	六十七
第六十七類 不動產之其他權利	六十八
第六十八類 不動產之其他權利	六十九
第六十九類 不動產之其他權利	七十
第七十類 不動產之其他權利	七十一
第七十一類 不動產之其他權利	七十二
第七十二類 不動產之其他權利	七十三
第七十三類 不動產之其他權利	七十四
第七十四類 不動產之其他權利	七十五
第七十五類 不動產之其他權利	七十六
第七十六類 不動產之其他權利	七十七
第七十七類 不動產之其他權利	七十八
第七十八類 不動產之其他權利	七十九
第七十九類 不動產之其他權利	八十
第八十類 不動產之其他權利	八十一
第八十一類 不動產之其他權利	八十二
第八十二類 不動產之其他權利	八十三
第八十三類 不動產之其他權利	八十四
第八十四類 不動產之其他權利	八十五
第八十五類 不動產之其他權利	八十六
第八十六類 不動產之其他權利	八十七
第八十七類 不動產之其他權利	八十八
第八十八類 不動產之其他權利	八十九
第八十九類 不動產之其他權利	九十
第九十類 不動產之其他權利	九十一
第九十一類 不動產之其他權利	九十二
第九十二類 不動產之其他權利	九十三
第九十三類 不動產之其他權利	九十四
第九十四類 不動產之其他權利	九十五
第九十五類 不動產之其他權利	九十六
第九十六類 不動產之其他權利	九十七
第九十七類 不動產之其他權利	九十八
第九十八類 不動產之其他權利	九十九
第九十九類 不動產之其他權利	一百

民國初年《福建民商事習慣調查會第一次報告書》，圖示為該報告書目錄。（田濤先生藏）

我三我之習慣

右據政和縣陳承壽員報告

斷後盡賣

古田人婚產業賣斷後賣生如蛋質不聊
生招得高買主索錢若干名曰盡賣其有
一田盡賣者次者陋習相沿頗為社會所
苦

古據古田縣陳承壽員報告

九條十八皆由平賣

南平賣買一切產業之契約有賣斷終賣

契典契三種凡出賣地山多賣斷契如出
賣田地房屋多用賣契或典契而即賣契
可以隨時推頂定明與典契無異其
間外并可隨時取贖終賣立契於賣契
均無妨礙隨時得請不取贖者其價
由山隨賣而再議其由再議者而再借
俗語謂之九條十八借買主得一果終
受累不堪地方不良之習慣有前此
者

右據南平縣陳承壽員報告

物權

二

福建民商事習慣調查會第一次報告書

民國初年《福建民商事習慣調查會第一次報告書》內容之一，圖
示為“物權習慣”部分的調查報告。（田濤先生藏）

序

晚清政府为立宪及起草民律、商律之需要,于各省区成立调查局,组织多方面力量对民商事习惯进行了广泛的调查;民国初年,北洋政府司法部于各省区审判机构创设民商事习惯调查会,开展了全国性的民商事习惯调查运动。这两次大规模、席卷全国的民商事习惯调查,组织严密、操作详尽、规模巨大,对推动中国法制现代化的历史进程颇有助益。

民商事习惯调查汇总了清末民初时期社会生活的风俗习惯。从现存的资料所反映的内容看,清末民初民商事习惯调查的地域几乎涉及所有省份;调查的内容涉及民法总则、物权、债权、亲属、继承等民事习惯,以及商事总问题、具体商事行为等商事习惯。这两次大规模的习惯调查,不仅为法律的创制提供了深厚翔实的资料,而且亦为司法审判更加合理和亲民提供了有益的资源。虽然清代末年的习惯调查和后来的民国习惯调查、编辑运动,因其内容的分散性、复杂性,未能全面、系统地反映于法律之中,但尊重本土习俗的调查运动对当代中国民法现代化仍有重要启示。任何类型的法律制度都是特定的社会关系的产物。民法制度的创制,如果不能基于广泛、深入地调查和汲取本土民俗、习惯资源,那么,创设的民法规范势必很难真实地反映一个国家特有的法律文化和民族性格。

在国家与社会的成长历程中,习惯作为一种特别的历史储存,往往是任何外在的力量都无法抹去的,它始终制约着人们的思想和行为。国家要颁行符合物质生活条件法权要求的“良法”,就应当尊重这一生成于社会物质生活条件中的丰富资源;司法和仲裁若要实现民商事裁判结论之质的提升和秩序和谐,亦应造就援用习惯进行裁判的品格。

睦鸿明教授是我指导的博士研究生,考虑到他比较擅长运用法

理学、法史学及法制现代化理论工具进行民法学方面问题的研究,因而建议他以清末民初这两次民商事习惯调查作为研究主题,撰写博士论文。他在对相关的历史资料进行广泛收集、筛选、考证的基础上,对这一选题进行了卓有成效的系统研究,2004年圆满地通过了论文答辩并获得博士学位。在学位论文的基础上,眭鸿明教授继续修改加工,最终形成了本书。这是可喜可贺的!

作者在书中着重解析了这两次调查运动的主客观动因及其价值取向,考察了清末民初传统习惯存在的社会机理,回顾了调查运动的启动、进展、地域范围和时间跨度,并对调查所设问题进行系统的梳理和分析,继而考证这两次调查运动对当时立法、司法和人们思想的影响程度。最后,该书结合当代市场经济发展和全球化现象,阐述了清末民初的民商事习惯调查运动以及传统习惯对当代中国法制现代化的历史启示。

本书选择了恰当的理论分析工具,并实现了资料的汇集整理与理论分析的有机结合,史实评判与现实借鉴的有机统一。作者提出了诸多值得关注的观点,如“遵从习惯是一种理性思维方式”,“习惯法权对于民商事立法具有先在性价值”,“要通过调查和吸纳习惯而防范‘法律殖民主义’”,“民法典的起草工作应当调查、梳理、认同和确认生长于社会生活中丰富的习惯资源,但是又不要把它视为移植西方法律的对立物”,等等。这些见解是很有见地的,其中的辩证态度也是恰当的。我衷心希望眭鸿明博士在今后的学术道路上不懈努力,争取新的学术业绩。

公丕祥

2005年11月1日于南京

前 言

一、本文的考察对象

在国家与社会的成长历程中,习惯作为一种特别的历史储存,留下了刻骨的记忆信号,往往是任何外在的力量都无法抹去的,并且始终制约着人们的思想和行为。清朝末年,宪政编查馆及修订法律馆为立宪及起草民律、商律草案之需要,于各省区成立宪政调查局,组织多方面力量对民商事习惯进行了广泛的调查;民国初年,北洋政府司法部根据审判官员的呈请,通告各省区审判机构创设民商事习惯调查会,也开展了全国性的民商事习惯调查运动。这两次调查运动,基本上反映了统治者对民商事习惯的立法和司法价值的认同。

清末民初的民商事习惯调查,一方面,为当时的相关法律的创制提供了深厚、翔实的资料;另一方面,这两次大规模的习惯调查运动本身,也是中国的法制近代化乃至法制现代化历史进程中的厚重一笔。本文便以这两次民商事习惯调查运动的起因、过程、范围、内容和结果为考察对象,试图回视民商事习惯调查运动自身的历史运作机理,解析习惯调查背后所隐含的国家与社会之间的互动逻辑,探悉民商事习惯调查运动对中国法制现代化的历史功绩。在肯认民商事习惯调查运动的历史价值基础上,反思现代社会的民商事立法的得失,期待那种基于广泛而深入地习惯调查之上,能够解决国家愿望与社会善良意识积累之间矛盾的现代民商事法律制度的出现。

为此,本文将广泛考察清末民初的民商事习惯调查的原因,启动的关联因素,调查状况和调查的主要问题,继而深入解析调查运动所涉及的民律总则、物权、债权、婚姻、亲属、继承、商事总问题、商事行为等习惯问题,在此基础上,着力分析这两次调查运动对当时的立法、司法和人的思想的影响程度,最后,结合当代市场经济和全球化现象,阐述清末民初的民商事习惯调查运动以及传统习惯对法制现

代化的启示。

本文将分六章,具体包括以下几个方面:

(一)清末民初民商事习惯调查的起因

为探寻清末民初民商事习惯调查的起因,首先要解析中国传统习惯存在的社会机理,而对习惯存在的社会机理的解析,势必要考察我国传统的国家与社会关系,以及清末民初国家与社会关系之间的重构现象。其次,要对清末民初民商事习惯的社会、文化和法制功能,进行全面地分析。

清末民初民商事习惯调查有其深刻的社会和经济原因。中国传统体制下特有的国家与社会既冲突、对立又协调、互动的结构,为国家制定法与民间习惯的并存奠定了坚实的基础;清末民初社会商品经济的发展和民间家族势力的拓展又为民商事习惯的广泛存在提供了基础条件。

在厘清清末民初国家与社会之特殊关系的基础上,将细致解析这两次民商事习惯调查的具体起因,剖析清末民初民商事习惯调查的主客观动因及其价值取向,并从动因的阐释中,界定清末民初民商事习惯调查之性质。清末民商事习惯调查直接起因于筹备立宪及修订法律的资料收集、编制与统计之需要,以及“求最适于中国民情之法则”之“良法”愿望。民国民商事习惯调查则更多地起因于满足民商事纠纷调处和审判的需要。

(二)清末民初民商事习惯调查的范围与过程

该部分首先考察清末民初民商事习惯调查运动的启动与进展情况;其次,将考证清末民初民商事习惯调查的地域范围和时间跨度;再次,要对清末民初民商事习惯调查材料的整理情况进行回顾和梳理。

清末民初民商事习惯调查规模巨大。清末调查涉及当时全国几乎所有省区,民国初年的民商事习惯调查也涉及当时的绝大多数省区。调查的收获也相当丰富,清末获得了近900册调查报告书,民初的民商事习惯调查则获得70余册报告书。清末民初民商事习惯调查的对象主要是各阶层的社会大众。在调查过程中,清末民商事习惯调查的组织者能够制定详尽的具体项目及调查问题,设有专门的