

范一丁
著

JINDAI
QIYUEFA SHIGAO

近代 契约法史稿

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

范一丁
——
著

JINDAI
QIYUEFA SHIGAO

近代 契约法史稿



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

近代契约法史稿 / 范一丁著. -- 北京 : 法律出版社, 2019
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3919 - 5

I. ①近… II. ①范… III. ①契约法—研究—中国—近代 IV. ①D923.62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 209271 号

近代契约法史稿 JINDAI QIYUEFA SHIGAO	范一丁 著	策划编辑 解 银 责任编辑 解 银 装帧设计 李 瞻
出版 法律出版社		编辑统筹 独立项目策划部
总发行 中国法律图书有限公司		开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
经销 新华书店		印张 36.5
印刷 北京虎彩文化传播有限公司		字数 682 千
责任校对 马 丽		版本 2019 年 9 月第 1 版
责任印制 张建伟		印次 2019 年 9 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)	
网址/ www. lawpress. com. cn	
投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn	销售热线/ 400 - 660 - 8393
举报维权邮箱/ jbwq@ 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、子公司销售电话:	
统一销售客服/ 400 - 660 - 8393/6393	
第一法律书店/ 010 - 83938432/8433	西安分公司/ 029 - 85330678
上海分公司/ 021 - 62071639/1636	重庆分公司/ 023 - 67453036
	深圳分公司/ 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 3919 - 5 定价: 158.00 元
(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

对中国近代契约法的认识,与对近代契约法史的认识不可分离。自晚清政府修订法律馆成立(1902年)以来,以对“西法”的移植为主开始了对近代民法,包括近代契约法的修订,至1929年5月23日南京国民政府公布并于同年10月10日施行民法典,此即是民法及契约法制度近代化完成的标志。在此期间,1911年完成的《大清民律草案》和1926年北洋政府制定的《中华民国民律草案》,既是这部中国法制史上第一部民法典得以最终完成的基础,也是民法包括契约法近代化处于不同阶段的一种反映,但事实上,它们只不过是近代契约法在其进化过程中存在的理想化文本。

显然,就近代契约法在近代各个历史阶段中的存在而言,若干契约法文本,包括最终颁布的民国民法典债编中的契约法,它们都不能被等同于近代契约法本身。二者的区别在于:前者只不过是后者存在的一种形式,而后者事实上是以其在现实社会生活中的存在而存在的。以此,本书对近代民事审判中契约纠纷案件适法情况的考察,目的并不仅在于对清末至南京国民政府初期就已完成了的契约法强制性变迁的实际效果作出评价,而是在于通过由此得出的相关结论,来对近代契约法的实际存在加以认识。在对近代民法史,包括对近代契约法史的研究中,关于其时代属性,相关研究中的说法是混乱的:或谓其为“近代”的,或谓其为“现代”

的,这些看起来似乎是随意的并不加以解释的说法,^①不仅在于其背后关于“近代”或“现代”民法的划分标准^②并不统一,而是在于这些关于近代民法史分期标准和近代史的分期标准实际上是不同的,^③以至于有关近代民法及近代契约法概念的定义出现了混乱。事实上,关于中国近代契约法,“近代”的界定,不仅应该包含其作为法的规则体系自身的特征,还应该包含其与近代中国社会发展史的联系。它们作为中国近代契约法的两个必要的组成部分,时常会因为对近代契约法文本的研究和对其进化史研究的不同研究方向而分离。“近代”的社会存在对契约法进化的意义,倒是往往被忽略了。而许多常见的,忽视了近代社会对契约法近代化意义的相关研究,其实并不是对近代契约法或近代契约法史的研究,而往往只是对近代契约法文本的

① 如张生认为民国民法典是与“当时”社会相脱离的,而是“为现代社会制定的法典”：“民国民法典‘集现代各国民法之精英’，而对中国固有法几乎没有进行功能性的采纳。……可以说，民国民法典是一部为现代社会制定的法典，却未必能够符合当时民众的需要”（参见张生：《中国近代民法法典化研究（1901～1949）》，中国政法大学出版社2004年版，第265页）。而朱勇等主编的《中国民法近代化研究》一书则将民国民法典包括在“民法近代化”范围内：“自20世纪初期发端的中国民法的近代化，经历了艰难的过程，先后产生《大清民律草案》、民国初年民律草案以及南京国民政府时期的“中华民国民法”。”而“中国民法的近代化”，是“以移植西方近代民法为主旋律，从法律理念、法律原则到法典结构、法律概念等，均直接吸收西方近代民法的基本框架。”（参见朱勇主编：《中国民法近代化研究》，中国政法大学出版社2006年版，第1～2页。）

② 民法学者梁慧星提出的近代民法与现代民法的划分标准是：近代民法是建立在“平等性”和“互换性”这两个基本判断标准上的，其理念是形式正义，价值取向是法的安定性等；而现代民法的基本特征是：平等性与互换性的丧失，其理念是实质正义，而其价值取向是社会妥当性，模式是具体的人格、财产所有权的限制、对私法自治和契约自由的限制和社会责任等，并且，其认为“旧中国民法”是属于近代民法（参见梁慧星：《从近代民法到现代民法法学思潮》，载梁慧星主编：《从近代民法到现代民法——梁慧星先生主编之中国大陆法学思潮集》，中国法制出版社、金桥文化出版社（香港）有限公司2000年版，第169～187页）。显然，依此标准，“民国民法”基本可归属近代民法范畴，而且，我国内地现实运行的民法，也基本上属于形式法学的近代民法。

③ 关于中国近代民法史分期，如朱勇等认为，中国法制近代化发端于晚清，自光绪二十八年（1902年），晚清政府以“务期中外通行，有裨治理”“汇通中西”为修律指导方针所开始的法律改革，而于1911年完成的《大清民律草案》，“开始了民法近代化的进程”（参见朱勇主编：《中国民法近代化研究》，中国政法大学出版社2006年版，第80页、第84页）。日本学者高见泽磨认为，1901年慈禧太后在八国联军逼近北京而逃亡途中的1901年1月29日，颁布了新政诏书，是“中国的近代西方式法律改革”开始计算的时间（参见[日]高见泽磨：《试论中国近代法史时代划分》，张生、张代恩译，载张生主编：《中国法律近代化论集》，中国政法大学出版社2002年版，第23页）。而对于上述近代民法史分期，以民国民法典作为民法近代化完成的标志，其是“中国第一部真正意义上的资本主义性质的民法典”（参见郑晓辉：《大清民律草案——外来法与本土法混合的产物》，载何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版，第185页）。在近代民法史分期标准的确立上，民法典的“资本主义性质”，是一个重要的参数。但是，关于中国近代史的分期，从“1840年的鸦片战争开始，到1949年中华人民共和国成立为止”，中国社会的性质是半封建半殖民地[参见潘念之：《中国近代法律思想史》（上册），上海社会科学院出版社1992年版，第3页]，这里适用的近代史分期标准，基本上是通行的标准，却不是以资本主义的发展阶段为依据的。

研究(常见的是将其与“古代契约制度”这个含义多重的对象,^①以及与现代契约法文本进行比较的比较法研究),或者只是对近代契约法生长史的记录和陈述。出现这种现象的原因之一,也许是由于近代中国在全盘西化口号下的法律移植本身,即意味着对近代中国社会现实的忽视,但基本事实仍然是:近代契约法并不仅是指近代之某一契约法文本,而是指在近代中国社会中实在的契约法。

以对“近代”的分期而言,清末和民国政府制定但未公布的民法草案中的契约法制度,如《大清民律草案》《中华民国民律草案》中的契约法条文,以及在现实生活中被运用的契约法规则,如清末民初大规模地对民商事习惯调查所呈现的于习惯法中存在的契约法,它们在其历史阶段中的存在,是应该被纳入中国近代契约法范围内的。而近代契约法的所指并不只是以法条形式的存在而言,如清末民初大理院判例所宣示的契约法规则,它们显然也是近代各阶段正在进化的契约法的重要组成部分。同样,民国最高法院判例和司法院解释例对民法典中契约法规则适用的示范,不仅是近代契约法真实存在的表现,而且是对其内容的补充。

不过,从普适性需要来看,对近代契约法的认知,只对靠近国家政治权力中心区域内契约法规则的适用及其演变进行研究,是远远不够的。因为关于近代契约法在近代中国社会更为广泛、普遍范围的实在,还需要通过对各地区高等法院及其以下各级地方法院,包括对县政府兼理司法、县司处审理的契约纠纷案件的考察,才能对近代契约法的实在状况得出较为确切的一般性认识。当然,这样的认识本身仍然还是很有限的,因为事实上除了将相关民事审判案例作为考察对象外,像清末民初民商事习惯调查资料(《民事习惯调查报告录》)包括如《上海商事惯例》对行规中存在的契约法规则所收录,也应该作为研究对象。然而,对那些在现实中以习惯法形式存在于民间的契约法规则(言其为“契约法”规则,是在于其以习惯法形式存在,且

① 学界较为常见的认识是,中国古代的民间契约是在国家法律之外形成的一个独立的领域,民间习惯与国家法律之间存在一个既独立发展又界限模糊的复杂关系。中国古代对契约的理解是将其作为一种制度安排,作为对民间经济来往的“立信”制度而存在的(参见霍存福:《中国古代契约精神的内涵及其现代价值——敬畏契约、尊重契约与对契约的制度性安排之理解》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第5期;李德嘉:《王者不得制人之私——以唐代官法与民契的关系为背景》,载《法学》2012年第8期)。“古代契约制度”作为有别于“古代契约法”的一个概念,在许多文章中使用。当然,以“制度”一词的宽泛(其英文为 institution,在《牛津大辞典》里被定义为:一种已经在一个民族的政治生活和社会生活中建立起来或长期形成的法律、风俗习惯、使用习惯、组织或其他因素;另一种遵从于一个有组织的社团或作为一种文明结果的有规则的原则或习俗。而在中国古代,“制度”则有法令、礼俗的规范之意,如《易·节》:“天地节,而四时成。节以制度,不伤财,不害民。”孔颖达疏:“王者以制度为节,使用之有道,役之有时,则不伤财,不害民也”),确实一定程度上比较适合表现中国古代主要是以习惯法形式存在的契约法,但不可否认的是,中国古代法律(如唐代律令)对契约的规制或指导,在总体上是:部分的民间事务靠习俗调整,部分的则由法律调整。国家承认“私契”的地位,并承认它的规则(参见霍存福:《论中国古代契约与国家法的关系——以唐代法律与借贷契约的关系为中心》,载《当代法学》2005年第1期)。

为官方所认可),它们于“近代”而言在不同地区和不同时期的存在,以目前这方面可能收集到的资料十分有限的情况来看,要获得这方面较为全面的认知是很困难的。在这一时期,有若干民国的社会学方面的调查资料,对存在于民间的契约法规则有零散的、片断似的介绍,如社会学研究中费孝通对江村经济及社会状况的调查中,间或涉及以习惯法形式存在的借贷契约法规则在农民实现交易的日常生活中的运用。^① 还有就是如李景汉于1929年对定县家村民间借贷情况的调查,主要是对近代农村负债情况的反映。^② 不过,类似的这些社会学调查对近代契约法研究可能提供的资料,也是极为有限的。

另外,对“近代契约”的收集和研究,如形成一定规模的对四川自贡盐业契约、贵州黔东南清水江流域延至清末和民国时期的部分林业契约的研究,所提供的那些仍然极具传统的契约样本,它们所记载的于契约条款中存在的契约法规则,包括签约方式中所显示的中人或保人制度,也应该是近代契约法实在的部分。除此之外,还有就是其他散在的对近代契约制度的研究,也提供了相当的于民间存在契约法规则,它们对近代契约法在社会群体中存在是有所反映。本书对这些资料有部分引用。不过,本书仍主要集中于对契约纠纷案例的研究,因为以此可以在细节上得见契约法近代化过程中,固有的契约法规则与外来法之间融合的具体情况。但需要说明的是,从认知的所获来看,对这方面的具体情况仍主要得见于清末及民初契约纠纷案例中。因为自民国民法典颁行后,民事审判中“依法审判”的原则,还是被较好地遵守的,所谓“融合”在制度的进化上实际已被否定。

以本书对南京国民政府时期民事审判中契约纠纷案例的考察发现,审判者对作为法条存在的契约法规则,在认知上是较为深入的,并且对法条的适用,多数都是恰当的,得出这个结论,似乎是令人惊讶的。对此,有可能被质疑是:以枚举法对选择案例的要求,本书的选择,是否符合社会科学研究中所应遵循的统计学标准?并且,这些即便是在来源上真实(多数来自历史档案),但保存资料条件(包括所存案例是否就已有先置的选择标准)不明的案例,它们所反映的实际状况是否有真实性?还有就是因本书所选择的案例有限(地区和数量有限),以这些案例的代表性本身,也

① 在农村,“村民通过航船出售稻米给城镇的米行”,而“米行必须与航船主保持友好的关系”,“航船主代表他的顾客向米行借米,并保证新米上市后归还”,米行作为“收购人出借大米不但可以获利而且也有利于保证大米的供应”(参见费孝通:《江村经济》,上海人民出版社2007年版,第183页)。这种由村民先行收取(以出借的方式)的给付,是基于其出售稻米的先付义务的,不同于官商经营中的收取“回扣”。“回扣”本身不具有可公开的合法性,因此很难与成文法中的契约制度相联系,但这种现象的存在,包括如上述由米行先付给村民的稻米,作为一种社会现象,应该是导致为先为给付的双务契约制度“中国化”的原因之一。

② 参见李景汉:《定县农村借贷调查》,载《中国农村》1935年第6期。

是值得怀疑的。对于这样的质疑,本书给出的回答也许并不令人满意。这是因为对与本书论题相关的资料收集,不可能具备当时性的条件,能够针对上述质疑作出说明的资料,一般来说是不存在的。这固然对研究结论的真实性和客观性会有影响,但是,因本书在各章节中所选择的案例来自不同地区同一个法院或不同法院的情况,当它们对得出某一结论所据之事实有相对类似的反映时(这主要是指近代契约法规则的位阶构造得以通过民事审判在相应层次上体现其效力的某一具体情况),它们本身及其所反映的事实真实性,还是相对可靠的。因此,对清末民初及至南京国民政府时期实在的近代契约法认知的正确性,还是有一定的细节存在作为支撑的。如对民初某一特别地区法院或县知事审理的契约纠纷案件进行专题研究中,对直隶高等审判厅所编的《华洋诉讼判决录》中收录的自民国三年(1914年)至民国八年(1919年)的契约纠纷案例的选择,以及在《塔景亭案牍》中,江苏句荣县知事许文潜1909~1911年审理的契约纠纷案件的判词的选取,是考虑到了二者于近代初期分别具有不同的典型意义:对于作为开放口岸的天津和相对闭塞的句荣县来说,它们各自代表了近代中国自由经济兴起的少数地区和仍处于小农经济状态的广大地区。《华洋诉讼判决录》中的契约纠纷案件,反映了外来的贸易规则与固有的契约法规则相融合后所生成的新的市场交易规则,即行业习惯在现实生活中存在的情形;而在《塔景亭案牍》中,句荣县知事许文潜在因袭传统审判方式的同时,也在少数判词中表达了对外来契约法规则的运用,如其在“史怀清控张德海等”一案中,对以“意思表示一致”作为契约成立要件的独特理解和运用方式,是让人感到新奇的。这两个看起来差别很大的地区通过契约纠纷案件的审理所反映出的情况,在性质上却是一致的,即二者在不同程度上证明了外来的契约法规则与固有的契约法规则融合后所生成的新规则,是有可能成为近代契约法的法源的,只不过由于近代法律变革之急促,这些新规则未及形成规模,就在制度的强制变迁下被迫停止了它们的自然生长。

另外,如民初《直隶高等审判厅民事第一厅判牍集要》中部分契约纠纷案件的审理,在标明契约法近代化印记这一点上,是具有典型性的:在《中华民国律草案》还未进入起草阶段的情况下,直隶高等审判厅民事第一厅已在审判中率先使用了“外国法理”;民国二年(1913年)直隶高等审判厅民一庭审理的“王调澜与竺连生因债务一案”,判决书中使用了若干近代契约法的新名词,例如“单独意思”“承诺”“拘束效力”“连带债务”“虚伪意思表示”,这些新名词与《大清民律草案》中的新名词相同,但此时《中华民国律草案》还未进入起草阶段,以判决书对契约法新名词的使用以及对近代契约法之“法理”的引用,显然与暂时有效的《现行律民事有效部分》无关。判决书已比较清楚地表达了“债权人”应为“单独意思”,其“选择意思”,不受

他人“借约”拘束的“契约自由”原则,是作出判决的依据。这些反映了契约法之传统与近代融合的具体例证,它们在细节上对“融合”过程的反映,是值得作进一步研究的。

至于通过对《民国时期江苏高等法院(审判厅)裁判文书实录》和《民国时期重庆法院审判案例集萃》这两部案例汇编中契约纠纷案例的解析,所呈现的自民国民法典颁布后,南京国民政府时期的江苏和重庆地区高等法院以下各级地方法院,包括县政府兼理司法和县司法处对契约纠纷案件的审理情况,反映出审判者对施行时间并不长的民典中的契约法规则已有较为深入的认识,且对契约法条文的引据,也是较为恰当的,审判基本上体现了公正性。这样的事实在让人感到惊讶的同时,对在制度的强制变迁下契约法完成近代化的速度,是多少感到有些意外的。也许像本书这样对来自这两部案例汇编中契约纠纷案件考察所得出的结论,并不能代表普遍情况,然而,这些研究结论所涉及的客观事实,却是很难被否定的。本书由此得出的这些结论,与某些概说式的相关论述有很大的不同,这种不同除了表明对史实的研究需要新观点和研究本身尚需进一步深入以外,具体化的研究路径的必要,在此是有明示的。

正是依循这样的具体化研究路径,本书对《大清民律草案》《中华民国民律草案》以及民国民法典中的契约法部分,不避烦琐,进行了全面的引述。并且,本书还对清末民初大理院和南京国民政府时期最高法院、司法院有关契约纠纷案件的判例、解释例要旨,做了较为完整的具体引录和分析。本书引录上述判例、解释例要旨的相对完整,得益于(台北)新陆书局编辑部,新陆书局于民国七十三年(1984年)6月出版的《“中华民国民法”判解、释义全书》(修订本)一书。该书系现代出版物,本人因偶然的机会购得。此书的标题,由钱国成所题。钱国成(1912~2010年),字君立,江苏常州人,“国立中央”大学法律系毕业,曾任上海地方法院候补推事;1970年8月,任台湾地区“高等法院”院长;1972年8月,擢升为“最高法院”院长,1987年卸任。该书对所载的民国民法之每一条文,均附相关判例、解释例要旨,如此,是本书引录的主要依据之一。另外,对于清末民初大理院判例和解释例要旨的引录,本书还以由中国政法大学出版社于2013年、2014年出版的郭卫编《大理院判决例全书》和《民国大理院解释例全文》为出处。而对清末民初大理院和民国最高法院、司法院判例、解释例要旨的法理认识和分析,以及在本书中对民国时期相关契约纠纷案件审判的法理依据的解析,均以史尚宽先生所著《民法总论》《债法总论》《债法各论》为主要参照。虽然史先生的著作是在中华人民共和国成立以后写成的,但其本人是民国民法的起草人之一,其上述著作具有与“近代”相关联的史实性,且其对契约法规则的论及,甚为详尽,为他著所不及。在本书中,这方面的内容占了相当的篇幅,

一方面,是出于对近代契约法所及内容引述的完整性需要;另一方面,则是因为这些内容的庞大,为了践行本书所依循的具体的研究路径,而不得不对上述相关内容引录完整,以求呈现该时期近代契约法的全貌。

不过,为了避免本书在中心论题下各部分内容比例失调,以及因对民国民法典中契约法条文及最高法院、司法院判例和解释例引录和解析内容过于庞大,而影响到其他部分内容的同等重要性,本书第三章第二节中的内容自第二点“契约的订立”以后,做了部分删节。当然,对此还需要说明的是,对清末民初大理院和民国最高法院、司法院判例、解释例要旨的法理认识和分析,虽然内容也是庞大的,却并未删繁就简,这是因为其不仅与近代契约法的相关文本存在有直接对应的关系,而且因为作为其“活法”存在的部分,同时具有近代契约法文本存在的基本特征,以此,其是与民国民法典一样具有同等重要性的。也正是这二者的存在,共同构了近代以制度的强制变迁所实现的契约法近代化目标之具体。

以本书的上述内容,实际上还涉及一个最为实际的问题,也就进行这样的考察,我们对近代契约法的认知,具体有哪些呢?对这个问题的回答,可见于本书各章节中对契约纠纷案件审判的解析及在案例前所加标题,即为解析所得出的主要结论。事实上,由于在制度的强制变迁下,民国民法典的颁行,虽然意味着契约法文本的近代化已终止,但契约法的近代化其实并未完成,因此,对近代契约法认知所获之具体,其实是难以得出全面的结论的(正如前述,现代中国社会就法治现状而言,其“近代化”是否已完成,还是有待研究的)。本书对这一时期自各地区高等法院以下各级地方法院,包括县政府兼理司法和县司法处对契约纠纷案件的审理情况的考察,所呈现的契约法近代化的情况,也只是局限于其在审判中存在的情况。而关于对近代契约法在社会现实生活中存在情况的认知,以本书的研究路径,不仅是无法涉及这个广大范围,而且如果进行这样的尝试的话,实际上已超出了对近代契约法史进行研究的法学范围,如黄宗智以“实践历史”的方法所进行的研究,试图克服法律与其所处的社会现实之间的隔离状态,但以其“实践历史”的方法所突出的人文社会领域现象的历史性,^①则显然是超出了“法律史研究领域”的。黄

^① 即如黄宗智所言:一方面,由于全盘引进西方法律,“中国的法律传统等于是被完全从当前的现实隔离了开来:它可能带有历史价值和中华民族的智慧,但它不具有对现实生活的意义;它可能有助于理解历代王朝,但对今天的现代化和市场化日程,对国家的立法、对人民的实际生活几乎毫无意义”,即“新法律代表的是一种没有历史的虚无主义”。而另一方面,“旧传统代表的则是一种没有现在,没有将来的历史”,“这是同一个问题的两个方面”,“就法律史研究领域来说,仍然不可避免地被置于与现实隔离的基本状态之中”(参见黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践——历史、理论与现实》卷3“序·为什么要建立新的法律历史与现实的研究”及第一章“导论:中国法律的实践历史研究”,法律出版社2014年版,“序”第1~2页、第3页,“导论”第2页)。

宗智先生某些所论有切中固弊之深刻,但其论述在整体上有所忽视的是,历史和传统的存在是不可被虚无化的。尽管受到自近代开始,乃至中国大陆自20世纪80年代改革开放后全盘引进西方法律潮流的打击,传统是仍在延续的,现实社会所要完成的法治化与尚未完成的法律“近代化”之间,其实是具有承继性关联的事实本身,就是证明。

事实上,本书止于南京国民政府时期民国民法典颁行所完成的契约法文本的近代化,以及按常见的近代史分期,对近代契约法未完成近代化的相关问题的研究,止于中华人民共和国成立以前,但并不因此认为这个为研究近代法律史而划分的期间,就等同于近代法律史的起止期间,也不认为在本书所划定的这个研究期间内契约法文本及契约法在社会现实生活中存在的各个部分这两方面的组成,就是近代契约法,而只是认为其是这个时期近代契约法的实在。这个问题,与曾经在近代史学领域被当作焦点的近代史分期问题,^①有某种本质上类似的关联:近年来,近代史分期问题的讨论中就有观点认为,自中华人民共和国成立至我国改革开放之前这段历史,应该被划归为“近代”,甚至有观点认为,在实现“现代化”之前,我们正在经历的这段历史,也应当被划归为“近代史”,虽然这种关于近代史下限确定应当随着研究者所处时代的后移而推后的观点,也同样存在一种将历史虚化的倾向,^②且与本书所持之应以社会发展是否实现工业化为“近代化”完成的划分标准不同,但这个问题仍然会引发讨论本身,说明“近代化”问题与近代史的划分标准,是既有关也无关的(包括相关部分和无关部分):如以国家政权的更替为标准将1949作为近代史的下

① 1840~1949年被近代史学界确定为近代史上、下期限,这方面的一些主要情况是:范文澜1947年明确将1840~1919年划为中国近代史的旧民主主义革命时期,1919年以后为中国近代史的新民主主义革命时期[参见范文澜:《中国近代史》(上编·第一分册),华北新华书店1947年版]。胡绳1954年提出分期问题,明确将近代史学科时限界定在1840~1919年(参见胡绳:《中国近代历史的分期问题》,载《历史研究》1954年第1期)。1956年5月26日至6月4日中国人民大学第六次科学讨论会上,林敦奎从社会性质的角度提出将中国近代史下限延至1949年,马鸿漠、杨遵道表示支持(参见杨遵道:《中国人民大学第六次科学讨论会上关于“中国近代史分期问题”的讨论》,载《历史研究》1956年第7期)。李新在为《中国通史半殖民地半封建社会时代(下)教学大纲(初稿)》所作前言中,也同意将1840~1949年作为一部完整的包括整个半殖民地半封建社会时代的通史(参见李新:《关于近代史分期的建议》,载《教学与研究》1956年第8期、第9期)。胡绳在1981年所著《从鸦片战争到五四运动》序言中提出:“在中华人民共和国成立已经超过30周年的时候,按社会性质来划分中国近代史和中国现代史,看来是更加适当的”(参见胡绳:《从鸦片战争到五四运动》“序言”,人民出版社1981年版,第1页)。但1997年胡绳在祝贺《近代史研究》创刊100期时却又再次改变了他曾经提出观点,其认为:“把1919年以前的80年和这以后的30年,视为一个整体,总称为‘中国近代史’是比较合适的”(参见《近代史研究》1997年第4期)。

② 关于中国的近代史的下限问题的讨论,在新的时代背景下,一些学者指出,中国近代史下限应当具有相对性和开放性。参见王也扬:《从中国近代史研究的下限问题说开去》,载《天津社会科学》2000年第5期;朱宗震:《中国近代史分期问题新思考》,载《上海行政学院学报》2001年第2期等。

限,则显然与本书所说的契约法是否完成“近代化”无关;但以社会“革命史”角度所作的划分,如就有观点认为1949年不是近代史下限,^①而社会“革命史”却并不是与契约法“近代化”全然无关的,因为革命所改变的社会上层建筑,就包括法律的变更。但诸如此类标准所确定的近代史下限,其实都不能作为契约法“近代化”是否完成的标志,这是因为契约法“近代化”完成的下限,只能相对于近代契约法本身而言,对此,以上关于近代史分期的讨论是给出了某些启示的。

不过,从那些对近代法实在的状况作的概括式研究(这类研究在近代法律史研究中也最为常见)得出的结论来看,如认为“中国法律文化近代化是失败的”、“清末的法制近代化是失败的”、^②中国近代民法法典化过程中政府和法律家只是把民法典作为社会改革的工具来加以利用、^③中国法制的近代化并没有完成等,^④这些结论与本书得出的认知,既有相通的部分,也有较大的差异。然而,这些结论虽然往往很难被否认,但同时也是难以得到完整证明的,对此,倒是可以从本书所引录的案例中找到某种印证:当事人双方在未发生争议,或已生争议却未诉至法院以前,在他们所立的契约中,是难以见到近代契约法规则踪影的。这样的事实可以说明的问题是,虽然有民国民法典的颁行作为标志,但这个标志只是契约法文本近代化完成的象征,却并非是契约法近代化已经完成的标志,或者说,于近代实际存在的契约法,才是所谓的近代契约法。而本书的相关研究正是围绕着这个中心来推进和展开的。

以上为本书之概要,是为序。

范一丁

二〇一八年五月二十日

① 关于中国的近代史的下限问题的讨论,在新的时代背景下,一些学者指出,中国近代史下限应当具有相对性和开放性。参见王也扬:《从中国近代史研究的下限问题说开去》,载《天津社会科学》2000年第5期;朱宗震:《中国近代史分期问题新思考》,载《上海行政学院学报》2001年第2期等。

② 如有观点认为:日本自公元645年“大化革新”后采中国唐制而加入中华法系,接受儒学的巨大影响,以刑为核心的成文法表现形式,民事领域的习惯法调整传统,法律规范中义务性条款的主导地位,法律教育的不发达与审判制度的不健全,注重调解、厌恶诉讼的法律意识,缺乏权利意识的法律观念,等等。然而,日本的法律文化近代化取得了成功,“而中国的法律文化近代化却归于失败”(参见陈鹏生、何勤华:《中日法律文化近代化之若干比较》,载《中国法学》1992年第2期)。还有对清末开始的法律近代化的研究认为,清末法制近代化失败的主要原因,可以概括为腐朽的领导主体、稳定的权力体制和统治阶级内部结构、脆弱的资本主义经济、保守的文化传统和牢固的儒学统治、极具蛊惑力的反对变革的理论5个方面的原因。参见艾永明:《清末法制近代化为什么失败——从中日比较的角度分析》,载《比较法研究》2003年第3期。

③ 参见张生:《中国近代民法法典化研究(1901~1949)》,中国政法大学出版社2004年版,第285页。

④ 参见姚辉:《中国民法的近代化及其当代课题——以中日两国民法近代化之比较研究为视角》,载《甘肃社会科学》2008年第3期。

第一章 清末民初近代契约法体系的初创	1
第一节 《大清民律草案》中的契约法制度	2
一、契约自由原则的引入	2
二、契约法规则	6
小结	14
第二节 商事习惯调查中体现的契约习惯法规则 ——以《上海商事惯例》为例	23
一、契约的内容	24
二、契约的履行	28
三、契约的订立	30
四、契约的效力	31
五、契约的担保	32
六、契约的转让和终止	34
七、对几类特殊契约的规定	35
小结	37
第三节 《民事习惯调查报告录》中反映的契约习惯法规则	47
一、契约的订立	47
二、契约的条款	51
三、契约的效力	55
四、契约的履行	59
五、担保	60

六、违约责任	62
小结	66
第二章 民初民法中的契约法(1911~1927年)	74
第一节 《中华民国民律草案》中的契约制度	74
一、契约的定义和基本原则	76
二、契约的分类	79
三、契约的订立和内容	93
四、契约的效力	98
五、契约的担保	100
小结	103
第二节 民初以司法实践对契约法的补充	108
一、大理院以判例、解释例所确立的契约法规则	109
二、民初地方审判实践中所确立的契约法规则	152
小结	304
第三章 南京国民政府时期的契约法(1928~1949年)	308
第一节 “中华民国民法”中的契约法	308
一、民事行为主体	311
二、法律行为	318
三、契约的成立(要约与承诺)	325
四、契约的内容与形式	327
五、契约的效力	329
六、契约的解除	331
七、违约责任	333
八、契约的保全	336
九、契约的担保	337
第二节 最高法院、司法院以判例和解释例对契约法规则的补充	341
一、对契约自由原则在内容上加以限制	345
二、契约的订立	354
第三节 近代契约法在地方民事审判中的存在	362
一、南京国民政府时期的地方民事司法制度	362
二、契约法原则及规则的适用——以江苏省民事司法裁判文书为中心的考察	

(1927 ~ 1949 年)	387
三、全国其他地区民事审判中对契约法原则及规则的适用情况	467
参考文献	551
后 记	564

第一章 清末民初近代契约法体系的初创

对据之于正史资料对中国近代史进行研究的某些海外观点来说,其所坦言的对清末“帝国上层的制度有较多的了解,而对人民大众的生活则知之甚少”^①的情况,以现存数量巨大的清代民间契约,似乎正好从某一侧面弥补了这方面的欠缺,因为民间契约所反映的虽然只是商品交易行为,但毕竟是社会民众日常生活的一面镜子。而我们以此对清末契约法制度进行认识,则更能真实地了解这一时期契约法规则的存在及运行情况,远比从《大清律草案》等尚未实际推行的法律中得到的东西要多。但无可否认的是,毕竟如《大清律草案》虽为“草案”,却集中反映了当时的民事立法思想及其契约法制定情况,对此是需要了解的,此为其一;并且,相对于自清末开始的近代“变法”运动而言,对清末民间契约习惯法的认识,亦有重要的研究意义和价值,此为其二。在这两种需要之间,应当充分注意到的是:虽然以“主要从事铜、瓷器、皮毛、丝绸和木材的生意”为主要内容的“中国国内贸易形成了当时世界上最大的单一型市场”,茶叶和丝绸等出口商品“仍属劳动密集型产品,不易受现代的影响”。^②但从19世纪60年代开始,“中国商人介入了以往洋行的贸易活动领域”(中介贸易),其“力量不断加强”,由此而产生的影响力也在逐步扩大,“1865年牛庄海关的报告指

① [美]费正清、刘广京编:《剑桥中国晚清史:1890~1911年》(上卷),中国社会科学院历史研究所编译室译,中国社会科学出版社1985年版,第33页。

② [美]费正清:《中国:传统与变迁》,张沛译,世界知识出版社2002年版,第297~298页。

出:……牛庄的中国贸易商人,在1864年的贸易旺季,单为租赁外国船就花费40万两。“大量进行的贸易,而且是有利可图的贸易,正从外国人手上向中国人转移。”^①除商人的兴起和近代商业影响力的扩大以外,“1850年之前的清朝财政收入主要来自农业,但到了19世纪末,商业财政收入已是1850年全国总收入的两倍有余”。^②“有限度的工业化已经开始”,其中“棉织业的成长尤为显著,1891年开始时只有11个工厂(6.5万匹),到了1928年增至120个厂”(385万匹)。^③类似情况可见之于如兵工业、钢铁业、水泥工业、矿业等。^④如唐廷枢、徐润和郑观应等著名企业家为代表的工业资本家的出现,为曾国藩建造出第一台蒸汽机的华蘅芳和徐寿,以及足以证明“本国人员能够操作大规模的土木工程”的詹天佑等人,^⑤他们作为近代科技人材,有可能为工业发展提供必要的科技生产力。以上述情况表明,有必要对近代商事立法中的契约法,作出不同于传统契约法的认识,如《民商事习惯调查报告录》所表现的,实际上“通行于清末民初”^⑥的各种契式,并不与成文法相同,即不同于《大清民律草案》中的规定,亦不同于在此以前清廷的成文法规定。

第一节 《大清民律草案》中的契约法制度

一、契约自由原则的引入

“依法律行为而债务关系发生,或其内容变更、消灭者,若法令无特别规定,须依利害关系人之契约。”^⑦即契约的成立,以“债务的发生、内容的变更、消灭”为唯一的条件,且决定于“利害关系人”的意志。该条规定虽未直接表达“意思自治”的契约自由原则,但是确认了契约的成立、变更和消灭,是以“利害关系人”之间“债”的发生、变更和消灭为条件的,与“身份”无关,亦与其他关系,主要是伦理关系无关,以此彰显了契约自由的原则。《大清民律草案》的制定,自光绪二十六年(1900年)12月10日,慈禧太后以皇帝名义发布《饬内外臣工条陈变法》上谕:“世有万古不易之常经,无一成不变之治法……”^⑧为肇端,光绪二十八年(1902年)发布修订现行律例上

① [日]滨下武志:《中国近代经济史研究》,高淑娟、孙彬译,凤凰传媒集团、江苏人民出版社2006年版,第102~103页。

② [美]费正清:《中国:传统与变迁》,张沛译,世界知识出版社2002年版,第359页。

③ [美]萧公权:《近代中国与新世界——康有为变法与大同思想研究》,汪荣祖译,凤凰传媒集团、江苏人民出版社2007年版,第262页。

④ 同上。

⑤ 同上书,第264~265页。

⑥ 参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第45~46页。

⑦ 《大清民律草案·民国民律草案》,杨立新点校,吉林人民出版社2002年版,第65页。

⑧ 沈云龙主编,沈桐生辑:《光绪政要》(第26卷),台北,文海出版社印行1963年版,第1552页。