

中国传统民事法律的
近代转型和未来展望

Zhongguo Chuantong Minshi Falü De
Jindai Zhuaxing He Weilai Zhanwang

郑显文◎主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国传统民事法律的
近代转型和未来发展

Zhongguo Chuantong Minshi Fa de
Jinda Zhuanxing He Weilai Zhanwang

郑显文◎主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国传统民事法律的近代转型和未来展望 / 郑显文主编. —北京: 中国法制出版社, 2019.5

ISBN 978-7-5216-0113-8

I . ①中… II . ①郑… III . ①民法—中国—文集 IV . ① D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 061616 号

责任编辑: 薛 强 (editor_xue@163.com)

李宏伟 (lihongwei@zgfs.com)

封面设计: 杨鑫宇

中国传统民事法律的近代转型和未来展望

ZHONGGUO CHUANTONG MINSHI FALÜ DE JINDAI ZHUANXING HE WEILAI ZHANWANG

主编 / 郑显文

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2019 年 5 月第 1 版

印张 / 26.75 字数 / 422 千

2019 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0113-8

定价: 86.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66054900

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

本书出版得到了上海市教委 2017 年科研创新计划重大项目“‘一带一路’沿线新发现的古代各民族的法律文书整理及研究”和上海师范大学第九期校级重点学科“法律史学”项目的资助

序 言

P R E F A C E

中国传统的民事法律制度不太发达，各个时期的民事法律规范大多散见于汉、晋、唐、宋、明、清时代的律、令、科、品、格、式、会典、则例等法律形式之中。中国古代从未制定过单独的民法典，中国古代是一个有民事法律规范而没有单独民法典的民事法律体系的时代。

从清朝末年起，中国开始借鉴西方大陆法系的民法体例，先后制定了《大清民律草案》、“民律二草”和《中华民国民法》等法典，初步构建了近代的民法体系，开启了中国法律近代化的先河。

在1949年中华人民共和国成立前夕，中共中央发布了《关于废除国民党六法全书与确定解放区司法原则的指示》，仿照苏联的民法体系编纂中华人民共和国成立后的民法典。虽然中国于1955年、1963年、1980年等先后起草和制定过民法典，但迄今为止仍没有颁布过一部完整的民法典。2017年3月15日颁布、同年10月1日开始实施的《民法总则》，标志中国民法典的立法逐渐走上了正轨。

为了深入探究中国传统的民事法律制度，对中国民法近代化的进程进行反思，为了对《民法总则》进行全面解读，为了对正在编纂的民法典中的债法、物权、婚姻、继承等法律篇目提供有益的借鉴经验，2017年11月，在上海师范大学召开了“中国传统民事法律的近代转型及未来展望”学术研讨会，会议共收到学术论文三十余篇，这本学术文集就是在上述成果的基础上编纂而成的。

“中国传统民事法律的近代转型及未来展望”学术研讨会主要围绕着三个方面的问题进行了讨论：其一，关于中国传统民事法律的探讨。主要成果有赵晓耕的《古今民法观念批判》，闫晓君的《汉代继承问题刍议》，郑显文的《宋代〈理欠令〉的成立及债法的变化》，吴海航的《元代官田侵害与民田交易纠纷的法律

规制》等论文；其二，关于中国近代民法转型的研究。主要成果有李启成的《从大理院审理的祭田案件看民事权利在近代中国的生成》，春杨的《中国传统契约文本形式中的守信及其近代转型》，张小也的《从湖北汉阳〈罗氏宗谱〉看清末民初中国乡绅的法律近代化》，龚汝富的《民国时期江西地区的民间谱牒纠纷及其解决机制》等论文；其三，关于现代民法未来展望的探讨。主要成果有朱庆育的《法典理性与民法总则：以中国大陆民法典编纂为思考对象》，高其才的《生活之法：村规民约规定的民事习惯》，于飞的《认真地对待〈民法总则〉第一章“基本规定”》，刘颖的《民法典中立法目的条款的表达与设计》，石文龙的《论禁止权利滥用原则在我国民法中的形成与确立》等论文。通过会议期间的学术交流，各位学者充分认识到不同专业、不同学科之间学术交流的重要性，大家一致认为这次会议的成功举办开拓了学术研究的视野，为将来法律史学和民法学研究的深入发展奠定了良好的基础。

法律史学是一门交叉性的学科。我们殷切希望法律史学界能够与法理学、民法学、刑法学、诉讼法学等不同法学学科之间展开密切的交流，能够与历史学、经济学、政治学、社会学等不同领域的专家学者展开更广泛的对话，从而提高法律史学研究的学术质量，为当前我国的法制现代化建设服务。

郑显文

2019年3月12日

目 录

CONTENTS

上 篇 中国传统的民事法律探源

古今民法观念批判	赵晓耕 003
论中国历史上的“并嫡”与“兼祧”现象	袁啸天 038
汉代继承问题刍议	闫晓君 048
再论东汉正卫弹的性质	南玉泉 061
宋代《理欠令》的成立及债法的变化	郑显文 078
元代官田侵害与民田交易纠纷的法律规制	吴海航 097

中 篇 中国近代民法的转型

中国传统契约文本形式中的守信及其近代转型	春 杨 115
从大理院审理的祭田案件看民事权利在近代中国的生成	李启成 125
从湖北汉阳《罗氏宗谱》看清末民初中国乡绅的法律近代化	张小也 144
民初大理院援用习惯所考量因素初探	尹 萍 162
“《现行律》民事有效部分”寻踪：无法可守的守法主义？	陈 颀 174
传统民事习惯对《中华民国民法·物权编》的影响	孙洪阳 184
民国时期江西地区的民间谱牒纠纷及其解决机制	龚汝富 204
民国时期民间借贷的利率习惯与司法适用	吕铁贞 226

从女子财产继承权的确立看民国时期民法近代化

郑全红 242

下篇 中国现代民法的未来展望

法典理性与民法总则：以中国大陆民法典编纂为思考对象	朱庆育 261
“以法治孝”的传统承继与现代转型	杨立民 290
生活之法：村规民约规定的民事习惯	高其才 307
国外习惯进入国家法之情况考察	蒋传光 316
认真地对待《民法总则》第一章“基本规定”	于 飞 336
《民法总则》第九章“诉讼时效”评析	刘保玉 354
民法典中立法目的条款的表达与设计	刘 颖 365
从民办学校法人归类看《民法总则》的创新与不足	环建芬 390
论禁止权利滥用原则在我国民法中的形成与确立	石文龙 405
后 记	421

上
篇

中国传统的民事法律探源

古今民法观念批判

赵晓耕*

一、中国传统“义利观”“公私观”与西方的“私权”观与近代民法^[1]的形成

中国古代历来重公轻私，不言私权，“权利”一词在中国古代很少使用，即便有，也常受到鄙视与不屑。不言私权并非私权不存在，只是它长期处于被忽视的地位，我国古代家族制度发达，因而“家族”代替了“个人”，“宗族或家”的共有财产代替了个人财产，私人权利和私人财产淹没和束缚在国家和宗族的阴影下。因此，虽然律令中自古就有婚姻、户役、田宅、继承、钱债、市厘等项目，但始终处于附属和次要地位，附属于刑事法规和行政法规中。民间这些

* 赵晓耕，中国人民大学法学院教授。本文初稿资料整理，由我指导的博士生逯子新编辑，特此感谢。

[1] “民法”一词在中国的古文献中最早出现于《尚书·孔氏传》，原文为“咎单，臣名，主土地之官，作明居民法一篇，亡。”但是此处的民法只是作为一个词语出现，这与现代法学意义上的民法不尽相同。现代意义上的民法，一般认为是对罗马法中市民法（Jus Civile）的沿袭，其最初只适用于罗马市民，到公元3世纪初，罗马境内的居民一律取得罗马公民身份，市民法与万民法（Jus Gentium）融合，形成了罗马法中的私法，且被一直称为市民法，市民法一词逐渐成为罗马法私法的总称，欧洲大陆法系一般都沿用了这名称，而英语则将“民法”一词称为“Civil Law”，也含有大陆法系的意义，而将源于拉丁语的“私法”（ius privatum）一词表述为 private law。而在中国，之所以将原来大陆法系中通称的市民法改称为“民法”，一般认为是源于日本。在西法东渐的早期，民法被称为“民律”，1880年清廷同文馆化学教习毕利干（Billequin, Anatole Adrien）最早将法国的一部分法律译成《法国律例》出版，其《法国民法典》译为《民律》。而将民律改为民法则是由于中国在法律近代化过程中借用了日语的原语汉字所致。大部分民法学者也都认同此观点。汉字“民法”一词用于现代法学意义，最早是由日本学者箕作麟祥在19世纪60年代翻译法国民法典时使用。而中国人在现代法学意义上使用民法一词则是以黄遵宪《日本杂事诗》中提到的“近又由司法省撰《民法》《刑法》二书，专用法兰西律，交元老院议之，未及颁行”为最早。

大量存在和发生的民事法律关系，其实就是私权在中国古代得以存在的证明，也是中国人私权观念的体现。

西方的“私权”观在法律中体现较为明显，罗马法中的市民法便是一个以权利为本位的私人权利体系。但后人据此妄议传统社会不注重“私权”，不无可议之处。古语有“拔一毛而利天下不为也”“人不为己天诛地灭”“三军可以夺帅，匹夫不可以夺志”等，该做何解？

（一）中国传统义利观与近代“私法”观念的形成

1. 传统中国的义利观

民法同“利”最为相关，因此，考察中国古代的民法根本无法绕开古人对“利”的理解。而“利”在中国古代高扬道德大旗的意识形态控制下，“耻于言利”成为基本的道德戒律。因此，“利”往往和“义”结合在一起成为中国古代士大夫的主流意识、人生观或者说正统知识学中的基本问题。

“义利观”是古人对“义”与“利”（道德与利益）的基本看法，是传统文化的重要组成部分。在儒家学说占主导地位的传统中国，人们的义利观是主张以“义”制“利”，以“义”节“利”。

孔子讲：

“君子喻于义，小人喻于利”。^[1]

孟子说：

“王何必曰利，亦有仁义而已矣”。^[2]

荀子也认为：

[1] 《论语·里仁》。

[2] 《孟子·梁惠王章句上》。

“义与利者，人之所两有也。虽尧舜不能去民之欲利，然而能使其欲利不克其好义也。虽桀纣也不能去民之好义，然而能使其好义不胜其欲利也，故义胜利者为治世，利克义者为乱世。”^[1]

儒家义利观的主要内容就是始终将宗法伦理的等级秩序置于物质利益之上，要求重义轻利、先义后利、以义生利、以道取利，见利思义。^[2]用最简短的语言来概括先秦儒家义利观的内容，应该是“重义兼利”“重义尚利”。^[3]

“义利观”在国家治理中的最大体现则是强有力地推行“重农抑商”的国策。商鞅变法特别是秦汉之后，重农抑商成为古代中国的一项根本经济政策。在中国古代社会，农为国家之大利，为国家之最适宜者，故亦为国家之大义。重农，即国家“重义”也。商为私人之利，为国家之害。抑商乃国家之“轻利”也。^[4]与之相适应，中国的传统法律在重农抑商方面也作出了许多规定。基于义利观的影响，在古人的观念中，法律只需要规定一些重大的关涉社会统治秩序，体现“义”的内容，而一向被古人看作是“细故”的民事关系则无须出现在官方制定的法律典籍之中。法律既然作为最不坏的规则，只能是“教民尚义”而非“导民逐利”。正如荀子说言：

“上重义则义克利，上重利则利克义。故天子不言多少，诸侯不言利害，大夫不言得丧，士不通货财。”^[5]

古人强调天子、诸侯、大夫等要作人民表率，“子帅以正，孰敢不正？”^[6]因此，在国家正统的法律典籍中不屑于提及“利”。这种“不言利”也正是古代政

[1] 《荀子·大略》。

[2] 赵晓耕、周子良、易清：《中国古代义利观对重农抑商法律传统的影响》，载《船山学刊》2008年第2期，第144页。

[3] 高晓红：《先秦儒家义利观及其现代意义》，载《学术界》2006年第5期，第221页。

[4] 赵晓耕、周子良、易清：《中国古代义利观对重农抑商法律传统的影响》，载《船山学刊》2008年第2期，第145页。

[5] 《荀子·大略》。

[6] 《论语·颜渊》。

府所倡导的思想意识和制度设计原则：官府不言利，“官不与民争利”，希望以此达到的效果则是民不相争利，从而稳固统治秩序，实现社会无讼和谐。即便是民众为了“田宅细故”的事情而对簿公堂，也并非仅仅是主张民事权利，依然是在“义利观”的指导下约束自己的行为。往往是以“要个说法”而展开的。在正常的传统社会结构中，人们的权利是依据礼义的秩序获得的。所以，“田宅钱债细故”之争，就不仅仅是在“争利”，也是在“争义”。这就如同现实社会中的许多百姓也常忿忿地说“打官司，争的就是这个理”是一样的道理。^[1]

不仅如此，“义利观”对中国传统法律的影响还表现为：其一，崇公抑私的法律观念；其二，平衡的权利义务关系；其三，以忠孝为核心的社会等级关系。这种道德上的义务又在法律上得到确认和强化，在很大程度上约束着人们对自身权利的认识、追求和维护。近现代民法上的交易、侵权等关系难以孕育、建立和发展，与此不无关联。^[2]因此，有学者认为“义利”关系实际上是物质利益与社会制度、规范之间的关系。但从历史经验与社会发展的要求来说，“义利”关系总是辩证的：一方面，“义”的产生源起于制“利”的需要，不具备调整利益关系功能的社会规范是不可能存在或是无意义的；另一方面，“利”的实现又必须在“义”的指导下进行，那种不能实现物质利益功能的社会规范同样是不可能存在或是可接受的。^[3]可以说“义利观”成为指导中国古代立法和司法实践中最重要的观念，也是中国古代民法思维难以同西方民法思维相混淆的主要观念原因。

2. 传统中国法的谦抑性价值追求

传统民法思维的特殊性在于古代中国对法的功能的认知与西方并不相同。古代礼法合一，虽然历朝开国君王建国之初都急于制定一部传世法典，也只有简约的法典才能体现出治理水平的高超^[4]，因此中国古代法典自北齐律开始，律

[1] 赵晓耕：《两宋法律中的田宅细故》，载《法学研究》2001年第2期，第151—153页。

[2] 赵晓耕、何民捷：《义、利之辩对中国传统法律文化的影响》，载《社会科学辑刊》2009年第3期，第67—69页。

[3] 许斌龙：《中国古代义利观的多重视角及其主导价值取向》，载《理论月刊》2005年第5期，第56页。

[4] 陈灵海：《唐代刑部研究》，法律出版社2010年版，第366—367页。

文数量逐渐呈递减趋势：北齐律 949 条，唐律 500 条，大明律 460 条，万历朝以后将问刑条例与律合编；大清律例律 436 条，例千余条。高度浓缩的律条体系中，严重的犯罪当然是裁判与惩治的重点，可以私力救济、社会自治的民事纠纷，当然不会占据很大的篇幅。^[1]这样我们能够看到的就是有关民事法的“不成体系”（见下文对当今部门法理论结构的批判），国家法典中按照今天的观念“民刑不分”的现象。否则在古人看来，法律繁多不仅不能体现出统治者智力水平的高超，反而还能导致“法令滋彰，盗贼多有”的局面。尤其是在民事领域，进行过多的立法，就等同于设置更多的国家干预，就有可能促使人们只讲法律，只讲利益，而不讲是非，在法律调整的利益范围内，“无所不用其极”地互相争斗。人皆有好利之心，古人云：“破山中贼易，破心中贼难”，法律像任何规范一样，也有边际效益，即所谓“过犹不及”。而这样的一种状态显然是不符合古人在“义”与“利”上的价值选择的，同时也不利于国家统治的稳固和社会秩序的长治久安。

除了对这种简约治理理念的追求之外，对法的作用的局限性古人也是认识得相当深刻。凡事都有度，否则物极必反，法深无善治^[2]。因此，法律也要有节制，这就是传统中国法的谦抑性。谦抑性的通常理解是法律应该保持克制，法律手段的适用需要被控制在合理的范围内。如果能够通过其他方式可以达到社会治理的效果，就应当尽量避免通过法律进行规制。这或许是古代中国中庸的智慧：法律应当宽简适中。因此，法的谦抑性也是中国古代的一种知识观或者士人意识。

千余年来的中国传统法律实践证明，天理人情也在法律实践中发挥着重要作用，国家依然在不遗余力地践行着道德治国的方略。况且，“则天而行”，“依时行法”，这些都反映了中国古代治理国家极力顺应或者模仿自然的朴素观念。^[3]制定过多的法律如同人为地制造干预自然规律的行为准则，因此，法律在古人看来只不过是一种“最不坏”的治理手段。况且，法律自身就有着“教人为恶”的天性。这也是古人将日常生活实践中常见的民事规则完全融入于“礼”这一

[1] 张生：《从社会秩序的角度解读中国“古代民法”》，载张中秋主编：《理性与智慧：中国法律传统再探讨》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 105 页。

[2] 对“法深无善治”的相关讨论参见赵晓耕、沈玮玮：《专业之作：新中国三十年（1979—2009）立法检视》，载《辽宁大学学报（社会科学版）》2010 年第 5 期，第 1—9 页。

[3] 参见季卫东：《法治中国的可能性——也谈对文化传统的解读和反思》，载《战略与管理》2001 年第 5 期，第 5—9 页。

富有道德教化与约束意义的形式中的初衷。

法律作为体现统治阶级意志的统治工具，看似就会给人以“冰冷无情”的感觉，而不像“礼”一样“温柔可亲”。在中国古代以刑为主的法典文化中更是如此。法家的立法前提即是人性恶，因此，“阳儒阴法”的治理模式必然在法律文本体现着过多的消极方面。法律被公布的那一刻，也是在向世人公布了诸多人性恶的行为。在这种意义上看，人们就知道如何来钻法律空子谋取利益，规避法律以对抗国家统治权威。所谓“以智相争，乱之首也”（此处不免受到“愚民”的指责，但“法律人”都知道：从改革开放初期的“我告你”到而今的“你告我呀”，我们确实开了“民智”，这背后的冷暖自知），这也是中国古代首次公布成文法时，叔向曾激烈反对的理由。

此后，虽然公布成文法成为历史之大趋势，但由于秦代实行“事皆有法式”的法家治国模式，历二世而亡，西汉中期以后，儒法合流，即使是立法，也依然遵循“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”的立法原则，直至唐律而达到顶峰。

3. 传统观念的断裂与“私法”观念的形成

在西法东渐的早期，民法被称为“民律”。1880年清同文馆教习毕利干（Billequin, Anatole Adrien）最早将法国的一部分法律译成《法国律例》出版，其中将《法国民法典》译为《民律》。《民律》介绍了大量《法国民法典》内容，使国人初步接触了西方的“私法”内容与观念。

（二）莫名其妙的“部门法理论”与“春秋决狱”（甲父乙与丙争言相斗……）

尽管法律部门的划分标准已经得到了学界的认同，但是许多新颁布的法律很难说是部门法中的某一类，甚或是实体法还是程序法都难以定论。部门法的自身分蘖和法律规范的迅速膨胀和发展，导致了各种现实弊端的出现。若还是坚持一成不变的法律部门的划分标准，则这些新问题可能都会无从解决。

“甲父乙与丙争言相斗，丙以佩刀刺乙，甲即以杖击丙，而误伤乙。甲当何

论？”^[1]这是中国古代的一个案例，案情并不复杂，但从现在法律理论出发，此案可能涉及对象打击错误、故意伤害、正当防卫、阻却违法事由、民事赔偿责任等诸多问题，从部门法理论角度，该案的處理將涉及刑法、侵权法、诉讼法等多个部门法。

二、近代民法典编撰体例中的“义利观”的失落

（一）《大清民律草案》的体例及其日本化

1. 修订法律馆与法律概念、术语和名词的日本化

据史籍记载，清廷继 1904 年设立修订法律馆之后，又任沈家本、俞廉三、英瑞为修订法律大臣。法律馆，酌设二科，分任民律、商律、民事刑事诉讼之调查起草。翻译各国法律是修订法律馆的重要任务之一。在沈家本的亲自主持之下，从 1904 年 4 月修订法律馆开馆起，到 1909 年止，法律馆完成了对十几个国家的几十种法律和法学著作的翻译。最初修订法律馆侧重对外国刑法进行翻译，其中日本法所占的比例最大。而到 1907 年，便逐渐开始翻译各国民法，包括《德意志民法》等 10 种。1907 年修订法律馆所译法律及法学著作涉及 11 个国家的 33 种，仍以日本居首，占了 15 种，并出现了少量英美法的译著。据统计，日本法规与法学著作的翻译已占到了当时全部译作的 38% 之多。^[2]

此外，在清末变法过程中，由于日本法律专家冈田、松冈、小河等人的到来，仅在短短的五六年里，刑法、民法、商法、诉讼法、监狱法等一批被冠以“大清”前缀的所谓“西法为体，中法为用”的法典草案便被起草出来。可以说，这一时期，不仅起草各种新法需依赖日本法律顾问的帮助，甚至在理解和述说这些陌生的法律概念、术语和名词时都有赖于日本专家的解说和诠释。^[3]《大清民律

[1] 《太平御览》卷六百四十。

[2] 李显冬：《从〈大清律例〉到〈国民民法典〉的转型：兼论中国古代固有民法的开放性体系》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 115 页。

[3] 李显冬：《从〈大清律例〉到〈国民民法典〉的转型：兼论中国古代固有民法的开放性体系》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 119—121 页。