

清末民初民法法典化动因探析

柳经纬¹, 吴克友²

(1. 厦门大学法律系, 福建厦门 361005; 2. 深圳发展银行, 广东深圳 518001)

【摘要】 清末民初, 内忧外患, 中国法制面临现代化的抉择。最终, 晚清以来的民事立法于西方两大法系中, 走上了大陆法系法典化民法的道路, 究其原因, 主要有: 五大臣的出洋实证考察、邻邦日本的影响、对世界民法认识的片面性、资本主义工商业的初步发展和民权的扩张、中华法系的成文法传统和制典习惯、当时法官偏低的素质等。

【关键词】 民法; 法典化; 动因

【中图分类号】D923.02 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1009-9093(2003)01-0001-03

众所周知, 中国法制的现代化始于晚清。清朝自鸦片战争以来, 政治上, 反侵略战争屡次失败, 农民起义风起云涌, 清王朝统治岌岌可危, “祖宗之法”的优越性受到怀疑。经济上, 伴随着殖民化的逐步加深, 外国资本主义经济占据了很大一部分市场, 民族资本主义有了一定的发展, 封建自然经济逐渐解体, 从而初步具有了工商业社会的特征。与之相适应, 中华法系的保守性、落后性、封闭性凸现。思想上, 西方资本主义政治法律思想和制度的侵入, 客观上开发了民智, 启蒙了权利意识, 变法之声高涨。在这种特殊的社会历史背景下, 资产阶级改良派和清政府内部的知识官僚迫切要求对封建法制进行深刻反省, 变“祖宗之法”, 以求励精图治, 挽救将倾的封建统治。1900年以后的十余年间, 晚清政治开始了大规模的从修律到制律的现代立法活动。民事立法是其重要标志。

1902年, 清廷派吕海寰、盛宣怀在上海修订各国商约, 英、美、日、葡均允诺: 待中国律例与外国律例一致时, 即放弃领事裁判权。^[1]同年, 为满足列强要求, 光绪帝颁旨: “现在通商交涉, 事宜繁多, 著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例, 按照交涉情形, 参酌各国法律, 悉心考订, 妥为拟议, 务期中外通行, 有裨治理。”^[2]这就决定了清末立法以西方化为现代化的主导方向, 民事立法亦是如此。

1907年4月, 民政部善耆等奏请制定民律, 指出: “窃以为推行民政。凡必速定民律。而后良法美意。乃得以挈领提纲。”^[3]同年九月, 清廷派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣, 参考各国成法, 体察中国民情, 主持修订民律。次年十月, 沈家本聘日本学者志田钾太郎、松冈义正起草民律, 一方面参酌世界各国民法的成例, 另一方面兼顾中国固有法系的特质, 博采各省民间习惯、民间礼俗, 于1911年完成《大清民律草案》五编。其中, 总则、债权、物权三编由松冈义正起草,

仿德、瑞、日三国民法成例, 于我国传统法制, 多未注意; 亲属、继承两编由朱献文、章宗元、高种、陈分任起草, 兼采旧制。其立法宗旨第一项即为“注重世界最普通之法例”。这部民律草案因清室灭亡而未及颁行。由于当时特定的历史环境, 《大清民律草案》存在“革故与求新, 两皆不澈底。的缺陷,^[3]但是, 它打破了延续几千年的中华法系旧传统, 创立了“诸法分体”、“民刑分立”的民法编纂新形式, 其法典化的体例模式确立了清末民初民法发展的基本方向, 从而深刻地影响了中国法制和社会。

中华民国临时政府成立后, 设立法典编纂会。由于编纂法典短期内不能完成, 所以, 就按照编纂民法典的要求, 先行完成民律亲属编草案, 但没有颁行。这是民初民事立法的最大成就。

北洋政府时期, 迫于法权调查会议召开在即, 遂以《大清民律草案》为蓝本, 调查各省民事习惯, 参酌各国最新之立法例, 于1925-1926年完成第二次民律草案。当时起草总则编者大理院院长余昌; 债编为修订法律馆副总裁应时和总纂梁敬, 物权编为北京大学教授黄右昌; 亲属、继承两编为总纂高种。该草案更加脱离了封建法的色彩, 增加了资本主义民法的内容。时值北洋政府内讧, 国会解散, 该民法草案未能完成立法程序而成为民法典。

1927年6月, 武汉国民政府设立法制局, 着手草拟各重要法典。因民法总则、债、物权各编暂时可以援用民间习惯及历年判例, 而亲属、继承之判例, 皆因袭数千年宗法之遗迹, 违背世界潮流, 遂按照制定民法典的要求, 先行起草民法亲属、继承两编, 主稿者分别为燕树棠、罗鼎, 至1928年10月完成, 送国民政府移付立法院核议, 但立法院其时尚未成立, 草案被搁置未行。

1928年南京国民政府成立, 次年1月29日立法院组成

【收稿日期】2002-04-18

【作者简介】柳经纬(1955-), 男, 福建寿宁人, 厦门大学法律系教授、博士生导师; 吴克友(1974-), 男, 安徽六安人, 深圳发展银行职员, 民商法学硕士。

民法起草委员会,其成员为傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀,并聘司法院院长王宠惠、法国人宝道为顾问。从1929年至1931年,民法总则、物权、债、亲属和继承五编先后颁布施行。至此,始于清末的民法法典化运动终有所成,诞生了我国历史上第一部正式颁行的民法典——中华民国民法典。

大陆法系和英美法系,是西方国家两大法制传统。前者以法、德为代表,以成文法尤其是法典法为特征。后者以英、美为代表,以判例法为特征。清末至南京国民政府时期,伴随着殖民化的加深,欧美法系侵入,民事立法不可避免地要受到西方民法的影响,但是,为什么晚清以来的民法现代化舍弃了英美法系判例民法模式,走上了大陆法系法典法道路呢?考察清末民初民事立法之历史背景,笔者认为有以下主要原因:

第一,清末五大臣出洋考察政治为民法法典化提供了实证基础。

晚清社会,内乱外患,清政府被迫变法修律,玩起了君主立宪的政治骗局。1905年,载泽等五大臣奉旨考察欧美和日本等九国政治,试图找到一条既能“外患渐轻”、“内乱可弭”,又能“皇位永固”的政治自救之路。基于这样一个出发点,经过实地考察,五大臣对法、德、日等国政治法律制度产生了浓厚的兴趣,推崇之情,溢于言表。对于日本,他们认为“至其法令法规,尤经彼国君臣屡修屡改,几费切磋,而后渐臻完善……总期节取所长,以备将来之借镜。”^[14]对于德国,他们认为,“其人民风俗,亦觉有勤俭质朴之风,与中国最为接近”,所以,“正当以德为借镜。”^[15]对于法国,他们认为,“其条规既整齐完整,精神尤固结流通,遗其粗而拮其精,可以甄采之处,良亦非鲜。”^[16]而对于英美两国的政治法律制度,则不以为然。他们认为,英国“一切政治规模与东方各国大有异同,考其政治之法,实数百年积渐修改,条理烦琐,仓猝未易洞悉源流。”^[17]而美国“为新造之国,魄力正雄,故其一切措施,难以骤相仿效。”^[18]五大臣的考察报告为晚清政府进行西方化的政治法律制度变革找到了出路,也为清末民事立法成文化、法典化提供了实证基础。

五大臣之一、时任法部尚书的戴鸿慈归国后称:“臣等考之东西各国,所以能臻强盛者,莫不经过法典编纂时期”,“此则编纂法典,乃预备立宪最要之阶级也。”^[19]所以,要实行君主立宪,必先完备法制,编纂法典。而完备法制,须“讲明法律性质也”,对民法而言,即要明确民法的国内法、成文法、私法、主法的地位和性质;须“编纂法律成典也”,对于民法而言,因为它是民事訴訟法的“依据”,为“刑措之原”,所以应制定民法典。^[10]据此可以看出,晚清立法阶层受到了大陆法系民法思想和法典化观念的深刻影响,对民法的认识趋于现代化,从而使晚清民法法典化具有深厚的理论基础。

第二,邻邦日本的影响是清末民法法典化的最直接原因。

日本在1868年明治维新后,产生变法修律的要求,在民法方面的成果就是颁布了1898年民法典。该民法典以德国民法典为蓝本,是“一部参照欧洲大陆各国法兼收并蓄的作品。”^[11]《大清民律草案》正是主要借鉴了这部民法典。应当看到,借鉴日本民法典有着特殊的历史背景。首先,明治维新前的日本和晚清政府都面临着收回领事裁判权的相同境遇,而日本虽“旧时唐法为多”,但“明治以后,采用欧法,遂为强

国。”^[12]所以,仿效日本实行君主立宪,制定各类法典,进行政治法律制度改革,就成为清政府理想的选择。其次,中日两国在地缘和文化上的亲和性为效法日本制定民法典提供了可能性。“中日两国政教同、文字同,风俗习尚同,借鉴而观,正无可疑虑也。”^[13]且两国“相距甚近,同洲同文,取资尤易为力。”^[14]因此,学习日法相当便捷,这对于急于改良政治、应付时局的晚清政府来说相当重要。

基于以上认识,日本法律在晚清统治阶层和知识阶层获得较为广泛的信仰。在翻译界,翻译日法成为主流;同时,聘请日本法学家帮助立法、讲学也成为一种时尚。此外,出于对日法的推崇,德国民法也受到了重视。出使德国的大臣戴鸿慈称:日本维新以来,“事事取资于德,行之三十载,遂于勃兴。中国近多歆羡日本之强,而不知溯本穷原,正当以德为借镜。”^[15]这种思路的直接结果就是沈家本主持下的法律馆翻译了德意志民法。所以,清末民事立法纳入大陆法系轨道,师承德、日,制定法典化的《大清民律草案》就不足为奇了。

第三,清末民初对世界民法认识的不完整、不确切是民法走向法典化的重要原因。

就法律翻译而言,晚清时,官方翻译了《德国民法典》,英美判例民法却得不到介绍,从而导致清末民事立法难于全面了解世界民法概况。而且,当时知识阶层对世界法系的认识片面化。梁启超称:罗马法系为“诸国定律之祖”^[15],以为罗马法系是世界唯一法系。时任大理院正卿的张仁黼将世界法系划分为四类,即中国法系、印度法系、罗马法系和日耳曼法系,认为“欧美诸大国”,皆属罗马法系和日耳曼法系。^[10]以后,修律大臣俞廉三认为“各国民法导源于罗马法系”,将世界民法分为拉丁系、日耳曼系、折衷系、俄罗斯系四种。^[16]

上述两种“四法系”的划分法或将英美法系纳入日耳曼法系之中,或不承认英美判例民法之存在,反映了清帝国立法者的认识局限。对世界民法认识的不全面导致了清末民事立法对英美民法的冷落,从而不自觉地走上了大陆法系成文民法、法典民法的道路。直到本世纪三十年代,仍有学者认为“世界著名的法系是罗马法和日耳曼法”,^[17]否认英美法系判例民法的存在。

第四,清末民初资本主义商品经济的初步发展和民权的扩张是民法法典化的根本原因。

近代中国走向世界的过程也是半殖民地化的过程。外国资本主义经济的入侵使得固有的自然经济模式迅速解体,由纯农业社会过渡到工商业初步发展的早期资本主义社会。建立在封闭的自然经济基础之上的刑民不分、诸法合体的封建性法典再也不能适应发展的经济关系和变化了的经济结构的需要。而民法本质上是商品经济的法,清末民初资本主义商品经济的发展客观上要求强化民法的优势地位,发挥民法的强势功能。民法的现代化就成为清末资本主义经济关系发展的逻辑必然。虽然,当时也是一个半封建的社会,但这并不妨碍民法典的制定,只不过使得两次民律草案和中华民国民法典不同程度地带有封建性残余而已。

伴随着民族资本主义的发展和西方政治法律思想、制度的输入,清末民初的社会结构发生了变化,出现了民族资产阶级和具有先进思想的知识阶层。出于政治生存和经济利益的考虑,他们领导开展了各种各样的争取民权、捍卫民权的

斗争。斗争的结果,一方面是民智大开,参政议政的热情高涨,公权得到扩张;另一方面,私权观念逐渐树立。平等、诚信、等价有偿的民法观念和讲究身份、重义轻利等封建道德思想二元并存,并在以后的历史发展中占据上风。

私法关系的出现和私权观念的渐次树立使民法有了用武之地,中国民法从传统走向现代化势所必然。而在当时特定的历史条件和历史背景下,法典化无疑就是民法现代化的基本方向。

第五,中华法系的成文法传统和制典习惯使得民法法典化具有深厚的民族心理基础。

公元前536年郑国子产“铸刑书为鼎”,“以为国之常法”,是为中国有成文法之始。公元前408年魏国李悝编纂《法经》,标志着第一部成文法典的诞生。秦汉以法为律,此后历代各朝纷纷因袭前朝法典,稍加变通,绵延至清,形成中华法系独具特色的制典传统。这种立法习惯培养了中华民族崇尚理性主义和演绎推理的思想方式,讲究概念的准确性和逻辑的严密性。

尽管中国历史上的成文法所采取的编纂结构是诸法合一、民刑不分,与资本主义国家的现代化法典有天渊之别;但是,两者至少在成文化、典章化等创制和运用法律的技术方法来看,具有形式上的近似性,“可以认为基本上同属一类”。^[18]由此衍生一个相同点,就是大陆法系推崇严格规则主义的立法方式、试图做到“法典之外无法”的思想,与崇尚典章化和严密逻辑的中国古代立法观念十分暗合。可以说,中华法系的成文法传统和制典习惯为清末民初民法法典化提供了深厚而悠久的民族心理基础。与此相反,英美法系以不成文法主要是判例法为最重要的法源,注重归纳的思维方式,强调具体制度和个案结论,这种过于经验化的思维习惯显然不易为嬗变中的中国社会和中华民族所接受。

第六,一个推断的结论是:清末民初淡薄的民法意识、偏低的法官素质使得判例民法没有独立存在的余地。

大陆法系国家要求法官严格适用现成的民法典,限制法官自由裁量权的发挥,而英美法系国家的法官除遵循先例外,往往还担任“造法”的功能,这就需要一大批具有良好的职业道德素养、精通民法精义的民法法官队伍(民法法官往往是民法学家)。我国封建王朝司法与行政不分,无独立之法院,更无独立之法官;封建法典民刑不分,审判官员也无独立的民法意识。在中国法制的近代化过程中,确立了司法、行政分立原则,建立了独立的法院系统和法官队伍;同时,受西方法治思想影响,公民法律意识有较明显的提高。但是由于清末民初内受独裁统治,外受列强压迫,公民法律意识的提高,主要表现为公法意识,尤其是民族意识、民主意识的高涨。相对而言,民法意识仍属淡薄。社会环境如此,自然也限制了法官民法意识的提高。所以,直至民初,仍“患无合格之司法官,而滥竽充数者比比皆是。”^[19]因此,旧中国法官淡薄的民法意识、偏低的业务素质使得“造法”难以实现,判例民法也就缺少独立存在和适用的物质基础,存在职业操作层面上的障碍。相反,适用民法比创制民法对法官要求为低,这就使民法法典化成为现实的选择。

清末民初民法法典化运动影响深远。中华民国民法典制定后,先施行于中国大陆,后施行于台湾省至今,始终是最重要的民法法源,在规范民事生活和裁判民事纠纷方面发挥着

巨大的作用。

注释:

中国封建法制民刑不分,民附于刑,因此单独的民事立法可以说是法现代化的标志。

参考文献:

- [1] 罗志渊.《近代中国法制演变研究》[M].台湾正中书局,1976.190.
- [2] 潘维和.中国历次民律草案校释[M].台湾:台湾汉林出版社,1982.12-13.
- [3] 潘维和.中国民事法史[M].台湾:台湾汉林出版社,1982.101.
- [4] 出使各国考察政治大臣载泽等奏在日本考察大概情形暨赴英日期折[A].清末筹备立宪档案史料(上册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [5] 出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏到德后考察大概情形暨赴法日期折[A].清末筹备立宪档案史料(下册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [6] 出使各国考察政治大臣载泽等奏在法考察大概情形并再赴英呈递国书折[A].清末筹备立宪档案史料(上册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [7] 出使各国考察政治大臣载泽等奏在法考察大概情形暨赴法日期折[A].清末筹备立宪档案史料(上册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [8] 出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏在美考察大概情形并赴欧日期折[A].清末筹备立宪档案史料(上册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [9] 法部尚书戴鸿慈等奏拟修订法律办法折[A].清末筹备立宪档案史料(下册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [10] 大理院正卿臣张仁黼奏修订法律请派大臣会订折[A].清末筹备立宪档案史料(下册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [11] 勒内·达维德[法].当代主要法律体系[M].漆竹生译.上海:上海译文出版社,1984.506.
- [12] 沈家本.新译法规大全序[A].李光灿评《寄文存》[M].上海:群众出版社,1985.384.
- [13] 伍廷芳.奏删除律例内重法析[A].伍廷芳集[M].台湾:中华书局,1993.
- [14] 光绪朝东华录卷九.
- [15] 梁启超.变法通议.
- [16] 大理院正卿臣张仁黼奏修订法律请派大臣会订折[A].清末筹备立宪档案史料(下册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [17] 修订法律大臣俞廉三等奏编辑民律前三编草案告成缮册呈览折[A].清末筹备立宪档案史料(下册)[M].台湾:中华书局,1979.
- [18] 严绂葳.世界两大法系之辩证的转换[J].东方杂志,1932(29):8.
- [19] 由嵘.从法典化传统看中国制定民法典的必要性[A].杨振山,[意]斯奇巴尼.罗马法、中国法与民法法典化[M].北京:中国政法大学出版社,1995.163.
- [19] 罗志渊.近代中国法制演变研究[M].台湾:台湾正中书局,1976.413-414.

(责任编辑:陈恭健)