清末民事习惯调查与《大清民律草案》的编纂

张　生*

内容提要： 有关资料表明，在清末制定民法典的过程中，虽然立法者极为重视本国民事习惯并进行了大量的调查工作，但在当时的条件下，难以将本国民事习惯采纳为成文法。从宣统三年完成的《大清民律草案》来看，本国民事习惯几乎没有对编纂民律草案产生直接影响。

关键词： 民法典　《大清民律草案》　清末民事习惯调查

清末在讨论编纂民律草案之时，参与议订法律的大臣均主张以民事习惯调查作为编纂民律草案的基础，并尽量将本国民事习惯采纳为成文法，以保证民律颁行以后能够适应本国社会之需要。于是，在修订法律馆的主持下，在全国范围内开展了大规模的民事习惯调查。然而，因为民事习惯调查进展缓慢，将本国民事习惯转化为成文法又存在着立法上的困难，致使编纂民律草案的过程中，难以将调查所得的民事习惯采纳为法典条文。再者，清末立法者都具有西方法学教育背景，对德国、日本、瑞士等国的民法极为熟悉，将外国民法条文拼合成本国法也更为容易。从宣统三年编纂的《大清民律草案》（本文以下简称民律草案）来看，该草案实际上是由外国法与本国制定法及传统礼制[1]拼合而成，而本国民事习惯对民律草案的编纂几乎没有产生任何直接影响。

一、清末立法者对本国民事习惯的关注

光绪二十八年（1902年）四月，清廷在变法上谕中称："现在通商交涉，事亦繁多，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，俟修订呈览，候旨颁行"。[2]这个上谕明示了两个重要问题：其一，修订新律的一般方法应是"参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议"，即要求立法者注重研究、参考外国法；其二，变法的目标是"务期中外通行"，即修订新律既要符合国际通行标准，能够得到外国的承认，又要符合中国实际情况，不能一味仿效外国法。

---

* 中国政法大学教授。

〔1〕本文依据史尚宽所著《民法总论》（中国政法大学出版社1999年版，第4页以下），将构成近代民法典的法律渊源分为中国固有法与继受之外国法、而中国固有法又包括国家制定法、传统礼制和民事习惯三部分。本文所称"中国传统礼制"是指除国家制定法、民事习惯以外、具有法律效力的儒家经义、道德。

〔2〕《大清光绪朝实录》，卷498。

清政府议订法律的大臣自光绪三十三年（1907年）开始筹议编纂民律草案。要使民律草案符合中国国情，在编纂之前就必须了解本国民事习惯。光绪三十三年（1907年）六月，法部尚书戴鸿慈在奏定修订法律办法时，向朝廷禀明："中国编纂法典（于）最后，以理论言之，不难采取各国最新之法而集其大成，为世界最完备之法典。然以实际言之，（取法外国）盖非立法之难，乃立法而能适于用之为难也"；为保证新编纂的民律草案能够适应实际需要，"先事之预备，则在调查习惯"。[3] 光绪三十三年（1907年）岁末，修订法律馆上呈《修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折》。在这一奏折中，修订法律大臣特别指出民事习惯对编纂民律草案的重要性："中国幅员广阔，各省地大物博，习尚不同，使非人情风俗洞澈无遗，恐创定法规必多窒碍。"[4]

至宣统元年（1909年）五月，修订法律大臣与各军机大臣商议民商各法的修纂宗旨时，沈家本、俞廉三均主张，制定一部近代化的民法典，除了学习大陆法系的普遍法则以外，还要将本国民事习惯采纳为成文法。当时，沈家本还具体阐述了甄别、采纳民事习惯的方法。他说："人类通行之习惯，各因其地，苟反而行之，则必为人所摈斥而不相容。固各地方之习惯，亦有强制力含其中者，是以国家法律承认之，或采之为成文法。然所谓习惯，有一般习惯与局地习惯之不同。一般习惯，可行于国内之一般；局地习惯，只行于国内之一部。国家当交通未发达时代，往往局地习惯多于一般习惯。我国现时修订法律，似宜承认，采为成文法，庶得因应而便施行。俟各省一律交通，法律逐渐改良，然后注意一般习惯，于修订法律甚为便利。"[5]

由上述可知，无论是清政府的最高决策层，还是具体负责修律的法律大臣，都认识到将民事习惯采纳为成文法是保证民律适应社会需要的基础，而进行民事习惯调查则是编纂民律草案的前提。

二、民事习惯调查与民律草案的编纂

按照宪政编查馆所定"预备立宪逐年筹备事宜清单"，[6] 修订法律馆应在宣统二年十二月以前完成民律草案的编纂。因此修订法律馆限定各地调查局在宣统二年（1910年）八月以前完成民事习惯调查。可是，编纂民律草案是严格按照预备立宪的时间表来进行的，而各地的民事习惯调查工作迟至宣统三年（1911年）春天才收尾，比原计划迟延了半年。这样就造成本应该先行完成的民事习惯调查却滞后于民律草案的编纂。

（一）民事习惯调查的开展

光绪二十九年（1903年）至三十二年（1906年），清政府先后编定完成《商人通例》、《公司律》、《破产律》，在此期间为配合商事立法，清政府已开始从事商习惯调查。光绪三十四年（1908年），清政府为编纂系统的民、商法典，由修订法律馆主持，在全国展开了大规模的民商事习惯调查。光绪三十四年（1908年）以后的民商事习惯调查，大体可以分为两个阶段：光绪三十四年（1908年）至宣统元年（1909年）为第一个阶段；[7] 宣统二年（1910年）正月至宣统三年（1911年）春为第二阶段。两个阶段的调查工作，都有极强的针对性。第一阶段的调查工作主要为

〔3〕《法部尚书戴鸿慈等奏拟修订法律办法折》，收录于故宫博物院明清档案部编：《清末预备立宪档案史料》，中华书局1979年版，下册，第841页。

〔4〕《修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折》，载《政治官报》，光绪三十三年十月初二日，第19号。

〔5〕《东方杂志》第7期，1919年。

〔6〕光绪三十四年（1908年），宪政编查馆与资政院会奏：《宪法大纲暨议院法选举法要领及逐年筹备事宜折（附清单二）》（故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，上册，第61页），在"预备立宪逐年筹备事宜清单"（第二清单）中列明：自光绪三十四年（1908年）着手编订民律，于第四年内由宪政编查官（即1911年内）核议定稿，于第六年内（即1913年内）颁行民律。

〔7〕修订法律馆在光绪三十三年十二月奏请派员调查民商事习惯，实际自光绪三十四年获准实行。参见《修订法律大臣奏编订民商各律照章派员分省调查折》，载《大清宣统新法令》，商务印书馆编译所1911年刊行，第16册。

编纂商律草案而进行，由修订法律馆派调查员到直隶、江苏、安徽、浙江、湖北、广东等地调查；各地的提法使、按察使兼任修订法律馆咨议官，协助进行调查。此次调查采取询问式的调查方式，即由调查员向地方士绅询问该地方的各种商事习惯，调查员对士绅的回答加以记录、汇编；同时，各地咨议官札饬下级州县长官询问调查各该地方商事习惯，将调查结果上报主管长官，再由主管长官转呈调查员或报送修订法律馆。[8]

第二阶段的调查工作，主要为编纂民律草案做准备，调查的内容侧重于民事习惯。在总结第一阶段调查经验的基础上，宣统二年（1910年）正月，修订法律馆制定《民事习惯调查章程》[9]十条和《调查民事习惯问题》[10]二百一十三问，以规范调查工作。为责成地方切实开展民事习惯调查，《民事习惯调查章程》第2条规定：以设在各省省会的宪政调查局（所）为主要调查机构，下属各州县的调查资料汇总于调查局（所）；修订法律馆所派出的调查员，只到设在省会的调查局（所）商同调查，不在深入各州县。《民事习惯调查章程》第4条还明确规定了问答式的调查方法："调查民事必得该省绅士襄助，方得其详，调查员应与面加讨论，至如何约集各处绅士会晤，临时语调查局或提法司、按察司酌量办理。会晤时将本馆问题发交研究，询以有无疑义，有疑而质问者，应即为之解释，并示以调查之方法、答复之期限。至该府厅州县绅士无人在省又不易约集者，应商由调查局或臬司，将问题发交该府厅州县地方官，转饬绅士研究，按限答复"。《民事习惯调查章程》对需要调查的主要内容列举如下："各处乡规、族规、家规"（第8条）；"各处婚书、合同、租券、借券、遗嘱等"（第9条）；此外，虽不在所列具体调查问题之内，"但不溢出于民法之范围，调查员均可收受报告本馆以备采择"。《民事习惯调查章程》第6条还特别限定民事习惯调查的期限和随时报告的程序："本馆民法起草在即，各处答复期限至迟不得过本年（即宣统二年）八月，其调查员自行调查所得，应随时陆续报告来京，不必俟事竣始行报告"。《调查民事习惯问题》按照日本民法典的篇章体例，分为总则、物权、债权、亲属关系、承继关系四编，为民事习惯调查提供了详细的提纲。《民事习惯调查章程》和《调查民事习惯问题》的制定，表明修订法律馆对民事习调查工作的布署极为周详、对调查的程序要求极为严格，更是对调查结果寄予了厚望。

宣统二年（1910年）二月，修订法律馆将《民事习惯调查章程》及《调查民事习惯问题》分发各省，民事习惯调查随即在全国展开。从中国第一历史档案馆现存的档案材料来看，虽然各省对民事习惯调查均极为重视、一般由地方督抚亲自督责调查工作，并且力争在宣统二年八月按期完成调查工作。每当调查资料汇编成册以后，均由督抚亲自签发咨送公函，将调查材料分别报送宪政编查馆和修订法律馆。可是，无论地方调查局如何尽力，民事习惯调查的实际进度仍然比原计划慢得多。《民事习惯调查章程》和《调查民事习惯问题》由北京送达各省省会，再由省会转发至下属各州县，在当时的交通条件下，一般需要一个多月的时间。[11]各府县把调查材料汇总到省城，再由省调查局加以编辑、审核、刊印成册，最后由各地督抚审阅、撰写咨送公函，报送京城各衙门，又需要一个多月的时间。这样，扣除调查公文在路途上所需的两三个月，从宣统二年二月到八月，调

〔8〕调查商事习惯之办法详参：《修订法律大臣奏编订民商各律照章派员分省调查折》，载《大清宣统新法令》，商务印书馆编译所1911年刊行，第16册。

〔9〕载于《江苏省自治公报》，第51期，1911年。

〔10〕连载于《江苏省自治公报》，第51至60期，1911年。

〔11〕清末只有少数省会城市有铁路交通，邮政业还算不上迅捷。以省会距离北京1000公里左右的省份为标准，公函自北京送达至省城，再由省城分发至下属各府县，大约需要一个月的时间。

查工作实际只有四个月左右的时间。在如此短的时间内，各省几乎都无法按期完成调查任务。[12]以下我们可以从两广总督、陕甘督抚呈送民事习惯调查的公函，来了解民事习惯调查的实际进度。

宣统三年二月初四，两广总督在呈送民事习惯调查报告册的公文中称："修订法律馆咨令司局协助调查民事习惯议案，业将编辑第一次、第二次报告书，先后详咨在案。兹各署陆续报道者又有三十处，督饬科长股员编订成帙，作为第三次报告书。现已缮校完竣，理合具文，详缴仰祈，鉴核转咨等情……。贵馆请烦察照施行，须治咨者，计送民事习惯第三次报告书二函共三十本。"[13]两广总督的公文说明了两个实际问题：其一，在修订法律馆限定的期限内，两广总督已经"按期"呈送了两次民事习惯调查报告；其二，至宣统三年，已超出调查期限的时候，下属各州县仍有大量调查报告（三十处地方，多达三十本的调查资料），报送到总督衙门。

宣统二年岁末，陕甘总督在呈送调查报告的公函中称："据甘肃调查局详称，案查前奉宪台札准，修订法律馆咨送调查民事习惯问题贰百册到局，当即属照依问题逐项调查，详细答覆以凭汇编。去后旋因限期迫促，又复一再严催之。甘省地居边徼，风气迟开，各牧令于此等问题旁咨博采，参考需时，势难依限答覆。迨至陆续齐赍，经本局科长率同股员覆加汇核编答，总册三本，呈请详赍前奉。本司覆核无异，理合具文，详请宪台鉴核，以一本存院备查，其余二本分咨宪政编查馆、修订法律馆，核办实为公便等情，到本督部堂，据此除分咨外，相应咨送。贵馆请烦查核，施行须至咨者。计咨送民事习惯答覆册一本"。[14]宣统三年三月，陕西巡抚在呈送调查公函中又称："修订法律馆咨催调查民事习惯问题依限答复等因，当经前宪政调查局并本两司，先后将各属依限填造，初二两次造赍日期详请咨明在案，并声明续列之宁陕等八处另文呈报，现据调查员陕西候补知府吴守廷禀称：'敬禀者，窃卑府前于宣统二年九月二十一日具禀，将续辑调查陕西南北两路民事习惯中、下二编，计十二册由邮恭呈，前后合为上、中、下三编'。宣统三年三月十二日"。[15]陕甘总督和陕西巡抚的公函更清楚地说明："因限期迫促"，"势难依限答覆"，只是由于修订法律馆"一再严催"，陕甘总督才"按期"（实际已经迟延了一个月）汇编完成三册民事习惯调查资料（实际上只有一册，为一式三份，一份留总督衙门，一份呈送宪政编查馆，一份呈送修订法律馆）；陕西巡抚在宣统二年九月仅完成调查报告的上编（占全部调查资料的百分之二十），中编、下编（占全部调查资料的百分之八十）都在宣统三年三月以后才完成。

以上的档案材料表明，两广、陕甘都是在宣统二年按期限报送少量调查材料，以应付中央政府；而大量的调查材料是在宣统三年春季呈送修订法律馆。由于政局动荡、清政府财政拮据、修订法律馆人力不足，中央政府无法对各省的民事习惯调查进行有效支持。因此，两广、陕甘的情况在全国具有一定的代表性，[16]在不到一年的时间里，各省很少能按计划完成民事习惯调查。而民事习惯调查的迟缓，势必影响到立法者对各地民事习惯的全面研究与采纳。

（二）编订民律草案及对民事习惯的采纳

---

〔12〕自光绪三十二年实行新政以来，清朝中央政府需要地方调查的事项极为繁多，宪政编查馆、度支部、巡警部、民政部等均有委托地方调查事项。中央委托地方进行调查带来了巨大的财力人力负担，各地不能按期完成调查任务实属正常。修订法律馆原本计划向全国派出调查员，后来因为人员短缺、经费紧张，改为主要由地方调查局承担民事习惯调查工作，亦将民事调查的财政负担转嫁给了地方政府。纵然是财政情况较好、交通近便的直隶省，也难以完成项目繁多的调查任务。

〔13〕中国第一历史档案馆藏：修订法律馆全宗（524－10－1），第18档，《咨头品顶戴署理两广总督兼管广东巡抚粤海太平两关事务 张为咨送事》。原档并无标点，标点为作者所加，以下档案材料皆是如此。

〔14〕中国第一历史档案馆藏：修订法律馆全宗（524－10－1），第18档，《钦命督察院督御史总督陕甘等处地方军务粮饷兼理茶马馆巡抚事 长为咨送事》。

〔15〕中国第一历史档案馆藏：修订法律馆全宗（524－10－1），第18档，《咨头品顶戴督察院副督御史巡抚陕西等处地方提督军务兼理粮饷会办盐政 恩为咨明事》。

〔16〕两广距离北京路程较远，但交通尚且便利，经济较为发达；陕甘距离北京的路程属于中等，当时的经济状况尚属中等。因此，两广和陕甘两个地区民事习惯调查的进展情况，在全国具有一定的代表性。

光绪二十八年（1902年）以来，清政府专注于修改旧律及编纂新刑律草案、民刑诉讼律草案。光绪三十三年（1907年）四月，民政部奏请厘定民律草案，[17] 清政府才于同年十月，命沈家本筹划编纂民律草案。鉴于我国古代没有独立的民法，编纂工作无可稽考，沈家本在修订法律馆内设民事科，专门负责民事法律的调查与起草，并在光绪三十三年十一月，从各部院衙门选拔了四位具有留学背景的本国法律家，负责起草民律草案的亲属、继承两编。[18] 从光绪三十三年十一月至宣统元年年底，经过一年多的起草，本国法律家已“拟订民律亲属法总则及第二章至第七章，拟订民律继承法总则及第二章至第六章”。[19] 宣统元年，修订法律馆尚未开展民事习惯调查，因此，可以推知，本国法律家编纂民律草案亲属、继承两编的时候，没有各地民事习惯调查资料可以依据。

光绪三十四年十月，修订法律大臣沈家本聘请日本法律家松冈义正为民律草案起草员，[20] 负责编纂民律草案的总则、债权、物权三编。至此，民律草案的编纂工作已全面展开。宣统二年（1910年），国内政治局势日益紧迫，立宪派的请愿运动与革命党的反清起义此伏彼起。清政府被迫将预备立宪期限由九年缩减到五年。相应地，预备立宪所应筹备事项均须提前完成。根据宪政编查馆大臣奕劻修正的“预备立宪逐年筹备事宜清单”，民律草案应在宣统三年（1911年）内颁布，次年正式施行。[21] 宪政编查馆所定新的立法计划，限定修订法律馆必须在宣统二年内完成起草工作，这等于是将编纂民律草案的时间又缩减了一年。仅用两年时间便要编订出一部中国亘古未有、条文数量繁多的法典，何其艰难！

在宪政编查馆立法计划的促迫之下，修订法律馆迅速按照德国、日本民法拟定了民律草案的条文稿。宣统二年十二月，也就是清政府所定的最后期限，修订法律馆将编纂完成的民律草案“条文稿”（只有条文1596条，没有详细的立法理由）上呈御览。[22] 在《奏为民律草案告成谨缮具条文进呈御览折》[23] 中，修订法律大臣对民律草案的编纂进程、立法原则、采纳民事习惯的情况均作了说明。该奏折称：

“……我国关于民事之法令，向乏专书，然权利义务之间，民俗已有其习惯，且其中有优尚各国者，臣馆迭经派员分赴各省详细调查陆续报告前来，业由臣等斟酌采用。惟是我国幅员辽广，各地习惯未能纤悉皆符。传曰：百里不同风，千里不同俗，戢若画一势所不能。本律为统一全国之典章，其必画一者，当以本律为标准，故悉著诸条文；其前（强）难画一者，不与本律相背驰，自可任依习惯。总则第一条所谓凡民事本律未规定者，依习惯，即此意义也。……且近今瀛海交通，我

〔17〕参见［清］朱寿朋编：《光绪朝东华录》，中华书局1958年版，第5册，总第5682页。

〔18〕根据《修订法律大臣奏开馆日期并拟办事章程折 附章程》（载《政治官报》，光绪三十三年十一月十四日，第61号）、《最近官绅履历汇编》（北京敷文社编，1920年初版，第一集，中国台湾文海出版社1970年影印本）和《民国人物大辞典》（徐友春主编，河北人民出版社1991年版），参与《民律草案》修订的人员均为经清政府考试及格的留学生，包括章宗元、朱献文、高种、陈箓。章宗元肄业于上海南洋大学，后入加利福尼亚大学，曾翻译有《美国民法考》（上海文明书局刊行）。朱献文毕业于日本东京帝国大学法科。高种日本中央大学毕业。陈箓留学法国巴黎大学，1907年获法学学士，曾翻译《法兰西民法正文》（商务印书馆1913年版）。

〔19〕参见《修订法律大臣奏筹办事宜折一并单》（载《政治官报》，宣统元年二月初二日第471号）、《修订法律大臣奏筹办事宜折一并单》（载《政治官报》，宣统元年十二月四日，第798号）。

〔20〕参见《光绪朝东华录》，第5册，总第6001页。又依据王健主编：《西法东渐》（中国政法大学出版社2001年版，附录），松冈义正1892年毕业于东京帝国大学法科，后任日本大审院民事科科长，1906年来华曾任清政府修订法律馆顾问，并在京师法律学堂任教，主讲民法、民事诉讼法、破产法。

〔21〕故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，《宪政编查馆大臣奕劻等拟呈修正宪政逐年筹备事宜折》，中华书局1979年版，上册，第91页。

〔22〕关于清末编纂民律草案条文稿的具体情况，可参见张生：《中国近代民法法典化研究》（中国政法大学出版社2004年版），第71页以下。

〔23〕修订法律馆全宗（524－10－1），第9档，《奏为民律草案告成谨缮具条文进呈御览折》（草稿）。现存的为奏折草稿，文稿有涂改，书写在“法律馆”格纸上，为正式奏折的草稿。目前，笔者在清末档案中尚未发现宣统二年的民律草案条文稿原文，以上奏折（草稿）是了解宣统二年民律草案条文稿的唯一材料。

国人民居留外国者既众，饮食讼狱迭起环生，按国际私法有应据其人本国法者，若我国民律未定，何是以资引用。此又法权所系，臣等所为兢兢注意者也。惟查各国编纂民律，往往穷数十年之力，始克成编，本律匆促成书，未敢递谓完善，然求适合于各国大同之法理与我国大端之习惯，业已具费筹酌。本律正条之下，尚有注释详细说明，以篇幅太长未及同时缮正。谨先缮具条文恭呈御览，伏乞饬下宪政编查馆考核。"

修订法律大臣在奏折中对编纂民律草案的进程，进行了十分巧妙的说明。本应将草案的条文和详细的立法理由（对条文逐条加以说明）一并进呈御览，可是修订法律馆在最后期限内完成的只有草案条文。修订法律大臣对此解释道："各国编纂民律，往往穷数十年之力，始克成编"，而中国编纂民律草案仅有两年时间；在如此仓促的情况下，"本律正条之下，尚有注释详细说明，以篇幅太长未及同时缮正"，"谨先缮具条文恭呈御览"。事实上，修订法律馆当时并未完成民律草案的立法理由，迟至次年九月也仅完成了前三编（即总则、债权、物权）的立法理由。[24] 奏折中所说"尚有注释详细说明"，纯属遁词；"本律匆促成书，未敢递谓完善"，则确属实情。

甄别、采纳民事习惯存在着诸多的立法困难。在短短的两年时间里，在没有全面调查资料的情况下，立法者如何能够全面研究各省民事习惯？如何能够将民事习惯细为甄别、详加采纳？因此，修订法律大臣对采纳民事习惯的问题，只能避实就虚。奏折中，修订法律大臣首先对本国民事习惯给予了很高的评价："……然权利义务之间，民俗已有其习惯，且其中有优尚各国者"。以此表明，重视民事习惯的态度。其次，对于尚未完成的民事习惯调查，只能含糊地加以说明："臣馆迭经派员分赴各省详细调查，陆续报告前来"；至于民事习惯调查的进度如何，怎样对民事习惯加以研究、甄别，都未明言。再次，就采纳民事习惯的情况，修律大臣笼统言之："业由臣等斟酌采用"。至于具体采纳民事习惯的条款，只提到两处：第一，对于难以强行划一的地方性民事习惯，通过民律草案总则第一条[25]来具体引用；第二，将"我国大端之习惯"采纳为法律条文。可是何谓"我国大端之习惯"，[26]极难确定。特别是在民事习惯调查尚未完成，无法进行系统分析的情况下，更加难以甄别采纳"我国大端之习惯"。

由上述可知，宣统二年十二月，修订法律馆虽然"按期"编纂完成了民律草案的条文稿，虽然修订法律大臣声称按照朝廷的上谕兼采"各国大同之法理"与"我国大端之习惯"；但是，在民事习惯调查尚未完成、修律极为仓促的的情况下，修律大臣所谓"斟酌采用民事习惯"，近乎虚言。

（三）民律草案对民事习惯的摒弃

宣统三年元月，修订法律馆又将已完成的民律草案条文稿，逐条添附按语，说明立法理由，历时八月完成了《大清民律草案》（说明稿）。[27] 宣统三年（1911年）九月，修订法律大臣俞廉三、刘若曾在进呈民律草案前三编时奏称：此次编辑要旨，约分四端：一、注重世界最普通之法则，二、原本后出最精之法理，三、求最适于中国民情之法则，四、期于改进上最有利益之法则。[28] 在此项奏折中，修订法律大臣所阐述的"四项编辑要旨"，则基本否定了以前采纳民事习惯的原则。

---

〔24〕故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，《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》，中华书局1979年版，下册，第912页以下。

〔25〕民律草案第1条规定："民事，本律所未规定者，依习惯；无习惯者，依条理。"对于该条文，本文以下有具体分析。

〔26〕根据《奏为民律草案告成谨缮具条文进呈御览折》来解释，"我国大端之习惯"大体上是指优良的全国普遍适用的民事习惯。

〔27〕只是到了宣统三年，修订法律馆向清朝皇帝上奏时，才将民律草案定名为《大清民律草案》。与民律草案条文稿不同的是，民律草案在每一编之前都有总的说明，在每一条文之下，都有具体说明。从现存的档案材料来看，宣统三年九月只编订完成民律草案前三编，后两编（即亲属、继承）仍须由修订法律馆会商礼学馆核议定稿；民律草案后两编何时最终完成，尚不清楚。

〔28〕〔29〕 故宫博物院明清档案部编《清末筹备立宪档案史料》，《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》，中华书局1979年版，下册，第912、913页。

其前两项要旨意在以大陆法系各国民法为楷模，惟在求同求新，与采纳中国固有法源毫无关系。第三、四两项要旨与采纳中国固有法相关，以下就第三、四项编辑要旨加以具体剖析。

修订法律大臣在阐述第三项编辑要旨——“求最适于中国民情之法则”时称：“立宪国政治几无不同，而民情风俗，一则由于种族之观念，一则由于宗教之支流，则不能强令一致。在泰西大陆尚如此区分，矧其为欧、亚礼教之殊，人事法缘于民情风俗而生，自不能强行规抚，致贻削趾适履之诮。是编凡亲属、婚姻、继承等事，除与立宪相背者酌量变通外，或取诸现行法制，或本诸经义，或参诸道德，务期整饬风纪，以维持数千年民彝于不敝。”在此特别值得注意的是，对于民律草案中的亲属、婚姻、继承等制度，“或取诸现行法制，或本诸经义，或参诸道德”，修律者并没提及将民事习惯加以规制、采纳为法典草案的条文。修律者所谓“现行法制”是指现行刑律的民事部分，“经义”与“道德”是指儒家经典中所阐述的义理和道德规范。“现行法制”、“经义”与“道德”，固然属于中国固有法的范畴，但是它们都是得到国家承认的、统一的法律渊源，与民事习惯不完全相同。

修订法律大臣在阐述第四项编辑要旨——“期于改进上最有利益之法则”时称：“……中国法制历史大抵稗贩陈编，创例盖寡。即以私法而论，验之社交非无事例，徵之条教反失定衡，改进无从，遑论统一。是编有鉴于斯，特设债权、物权详细之区别，庶几循序渐进，冀收一道同风之益。”[29]在此，修律者不但没有提及对民事习惯的选择采纳，而且其内容基本上是说明外国法如何优于本国民事习惯。

从以上民事习惯调查与编纂民律草案的实际情况来看，修订法律馆在宣统二年十二月已编纂完成民律草案条文稿，各省的民事习惯调查工作仍未最后完成；因此，不可能将大量的民事习惯采纳为草案的条文。在宣统三年编纂民律草案说明稿的时候，修律者已有条件将民事习惯纳入到立法理由之中。但是，就立法者所阐述的“四项编辑要旨”而言，修律者一改以往重视民事习惯的态度，认为在法典中采纳民事习惯不利于法律的统一，纵然是亲属、继承两编，“或取诸现行法制，或本诸经义，或参诸道德，务期整饬风纪”，也仅仅采纳了固有的制定法、儒家经义、道德，而弃置民事习惯于不顾。

三、民律草案中关于民事习惯的规定

从内容来看，民律草案中也有一些关于民事习惯的规定。当时民律草案的编纂者，要么是外国法律家，要么是本国留学生，他们是将外国民法中关于民事习惯的一般性规定转录到民律草案中来，还是将本国民事习惯转化成法典条文？对此需要加以深入具体的分析。本文以下主要从总则、债权与物权编（财产法制度）、亲属、继承编（身份法制度）三个方面来具体分析民律草案中的关于民事习惯的规定，以进一步具体说明民事习惯对民律草案的影响。

（一）总则编

民律草案第一条规定：民事，本律所未规定者，依习惯法；无习惯法者，依条理。有学者认为，该条从民事立法原则上强调了习惯的重要性。[30]不过，若是从比较民法的角度来分析，就会

〔30〕详参刘广安：《传统习惯对清末民事立法的影响》，《比较法研究》1996年第1期

发现这一条文源自外国民法，[31]不能以该条文来说明修律者对本国民事习惯的直接采纳。在中国编纂民律草案之前，大陆法系国家瑞士公布了一部最新的民法典草案——瑞士民法草案。草案第1条（法律的适用）规定："于文字上或解释上，本法已有规定之法律问题，一切适用本法（第一款）。本法无规定者，审判官应依习惯法；习惯法亦无规定者，应从己身为立法者所应设定之法则裁判之（第二款）。前项情形，审判官应准据确定之学说及先例（第三款）。"[32]民律草案的第一条正是由瑞士民法草案第一条改写而成，即将瑞士民法草案第一条的三款内容压缩成一个简略的条款。从该条文的规范目的来看，民律草案第一条与瑞士民法草案第一条的立法精神基本一致，旨在阐明：民法典的条文具排除其他非制定法渊源（判例、习惯法、学理）的适用效力；对于法典没有明文规定的问题，裁判官亦不能以"法无明文"而推卸裁判责任，此时应依照非制定法渊源——习惯法、条理来进行裁判。还需注意者，在这一条文中所谓的习惯法有其特定含义，[33]与普通的民事习惯不同，并不是说立法者直接确认民事习惯具有法律效力。

再有，根据编纂者所陈述的立法理由，民律草案总则编关于民事责任年龄的条文除了参照外国立法例以外，还依据了本国"旧有习惯"。总则编规定民事责任年龄的条文主要有以下三条：

第十条 满二十岁者为成年。

理由：谨按自然人达于一定之年龄，则智识发达，可熟权利害而为法律行为。然智识程度如何，若以之为事实问题，听审判官临时酌定，则遇有争讼须调查当事人之智识程度始得定之，既属困难又虑诉讼迟延。本案采多数立法例及旧有习惯，认定满二十岁为成年。此本条所由设也。

第十二条 未满七岁之未成年人，无行为能力。

理由：谨按无意思能力者，亦无行为能力，固属当然之事。未满七岁之幼者，虽不得谓为全无意思能力，然确有意思能力与否，实际上颇不易证明。故本案规定，七岁未满之幼者，为无行为能力人，以防无益之争论。

第十三条 满七岁之未成年人，其行为能力依后四条规定限制之。

理由：谨按满七岁之未成年人，智识上未完全，故与其行为能力特加以限制，所以保护其利益。[34]

从民国时期的《民事习惯调查报告录》[35]来看，各地习惯对于自然人达到成年的年龄没有一定之规，更没有自然人、民事权利能力、民事责任年龄等相关概念。虽然在《礼记·曲礼上》中载有："（男子）二十而冠，三十而有室。"但是，《礼记》为儒家经典，和民事习惯别为两物，并且《礼记》之中绝对没有"成年人"（二十岁以上）、"限制行为能力人"（七岁到二十岁）、"无行为能

[31] 据中国台湾法律史学者黄源盛考证："该草案（即《民律草案》）第一条似直接根据日本明治八年（1875年）太政官布告103号'裁判事务'第3条：'于民事裁判有成文法者，依成文法；无成文法者，依习惯；成文法与习惯均不存在时，则推考条理而判断之'。而来"。详参黄源盛：《民初法律变迁与裁判（1912——1928）》，中国台湾政治大学法学丛书第47卷，2000年刊行。如果进一步追究，日本这一民事法令并非日本法律家所创设，而是来自法国、德国民法学。1874年开始起草的"德国民法第一次草案"，曾规定：裁判官应依照本法进行裁判，本法没有规定的依习惯法；不存在习惯法的情况下，裁判官依照法理进行裁判。但是德国民法典在定稿时，该条文被删除。在立法中正式规定可以引用习惯进行裁判的是瑞士民法。

[32] 瑞士民法典于1900年公布讨论，1907年议决通过，1912年正式施行。瑞士民法典颁行后制定的其他各国民法多有类似的规定，例如土耳其民法典的第1条，暹罗民法典的第13、14条。参见胡长清主编：《各国民法条文比较》（总则编），上海汇文堂新记书局1937年版，第1、2页。

[33] 根据民初大理院1913年上字第三号判决理由，"凡习惯法成立之要件有四：（一）有内部要素，即人人确信以为法之心；（二）有外部要素，即于一定期间内，就同一事项反复为同一行为；（三）系法令所未规定之事项；（四）无背于公共之秩序及利益。"该判决理由系采自德国民法学说而做出。参见黄右昌编辑：《大理院判例解释·民法集解》，上海世界书局1928年增修版，第1页。

[34] 《法律草案汇编·民律草案》，民国修订法律馆编辑，1926年刊行，第十条立法理由的下划线为作者所加。

[35] 民国政府司法部1930年编辑出版，中国政法大学出版社2000年再版。

力人”（七岁以下）这样严格的区分。民律草案有关民事责任年龄的三个条文，作为一个整体，实际上都直接取法于德国民法，[36]和本国民事习惯无关。修律者之所以说“本案采多数立法例及旧有习惯”，一方面是，德国法上的成人年龄与中国固有礼制恰好一致；另一方面是，立法者为了掩饰过多地转录外国法，以免遭到保守派的反对。

（二）债权、物权编

基于“中国法制历史大抵稗贩陈编，创例盖寡”的认识，清末立法者本着“期于改进上最有利益之法则”，[37]特委托日本法律家松冈义正起草债权、物权两编。

民律草案的债权、物权制度多取法于“世界最普通之法则”，明显带有与欧陆、日本等国“一道同风”的特点。对于本国民事习惯，无论优良与否，修律者对其不加分析，一概视为不合时宜之物，未予采纳。清末曾任职于修订法律馆的著名法律家江庸，对民律草案财产制度未采纳本国民事习惯的做法，曾批评道：“前案（即民律草案）多继受外国法，于本国固有法源，未甚措意。如民法债权篇于通行之‘会’，物权篇于‘老佃’、‘典’、‘先买’，商法于‘铺底’等全无规定，而此等法典之得失，于社会经济消长盈虚，影响极巨，未可置之不顾。”[38]民国时期的法律家薛长炘，也曾对物权制度大加批评。他说：“我国民草，前三编为日人所起草，其总则、债权两编故不乏可议之处，而尤以物权编为不和我国民情习俗，亟宜修正。”[39]若是当时的修律者能对调查所得的民事习惯多加研究，采纳为成文法，何至遭到如此批评。

（三）亲属、继承编

与前三编不同，民律草案亲属、继承两编由本国法律家起草。可以说，这两编荟萃了整部法典草案中所谓“最适于中国民情之法则”。同时，亦有学者指出：“民律草案的‘亲属’和‘继承’两编，系修订法律馆会同礼学馆起草的，因而吸收传统伦理和习惯的内容较多。如‘亲属’编中分亲属为宗亲、外亲及妻亲，规定‘同宗不得结婚’，‘结婚须由父母允许’，……等等。‘继承’编中含有宗祧继承和遗产继承的区别，不规定女子有继承权，等等。”[40]

但是，在此仍需深入推究的是，这些规定是源自固有的国家制定法、儒家经义、道德，还是采纳了民事习惯。以亲属编第一条第二款[41]为例，民律草案将亲属分为宗亲、外亲、妻亲三类，此种对亲属的系统分类在《民事习惯调查报告录》中未曾有见。依据该条立法理由及所附三张《亲等图》，可知《民律草案》中的亲属分类由传统的《服制图》推演而来。《服制图》自《大明律》开始已被置于律典之首，属于封建国家制定法的一部分；清末修订现行刑律时，仍将《服制图》作为“民事有效部分”的内容保留下来。因此，“亲属分为宗亲、外亲及妻亲”系“取诸现行法制”，与民事习惯无涉。再如，“同宗不得结婚”，源自儒家经典《周礼》，而“现行律民事有效部分·婚姻门”之“娶亲属妻妾条”又有法律上的明确规定；“结婚须由父母允许”既见于“现行律民事有效部分·婚姻门”之“男女婚姻条”所附条例，同时法国、德国、日本民法亦有确认“家长主婚权”之相近规定；继承分为“宗祧继承”与“财产继承”，见诸“现行律民事有效部分·户役门”之“立嫡子违法条”，日本民法亦有“家都继承”与“财产继承之区分”，如此等等。《民律草案》亲属、

〔36〕德国民法第2条规定：满二十岁，为成年；第104条第1项、第106条规定：未满七岁者，无行为能力，满七岁之未成年人，限制其行为能力。此外，法国、日本、瑞士等国民法有大体相同之规定，例如法国民法第488条规定：满二十一岁，为成年；日本民法第3条规定：满二十岁，为成年；瑞士民法第14条第1款规定：满二十岁，为成年。参见胡长清主编：《各国民法条文比较》（总则编），上海汇文堂新记书局1937年版，第13页以下。

〔37〕故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，《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》，中华书局1979年版，下册，第913页。

〔38〕江庸：《五十年来中国之法制》，载《最近之五十年——申报五十周年纪念》，申报馆1924年刊行。

〔39〕薛长炘：《对于民草物权编修正之意见》，《法律周刊》，第27期，1924年1月1日。

〔40〕详参刘广安：《传统习惯对清末民事立法的影响》，《比较法研究》1996年第1期。

〔41〕民律草案前三编条文连续编排，亲属、继承两编条文均独立编排。

继承两编的制度皆有渊源，但这些渊源并非民事习惯，而是以前的制定法和儒家经义、道德。

四、余 论

民事习惯是一种法律事实，它反映民间社会固有的交往方式，无论修律者对其主观好恶如何，都应该在一定限度上遵从它。清末在讨论民律草案立法宗旨时，政府的一些法律大臣都已认识到这一点，均极为重视民事习惯，主张将其采纳为成文法。但是在编纂法典草案的过程中，由于时间极为仓促，立法者未及对调查所得的大量民事习惯进行深入分析，民事习惯对民律草案的影响微乎其微，整部民律草案主要是由外国民法（主要是德国、日本、瑞士民法）与中国制定法及儒家经义、道德拼合而成。清末立法者将民事习惯排斥在法典之外，固然回避了立法技术上的困难，加快了法典编纂的进程，使得法典更理想化、更符合西方民法的标准，可是却给法典的社会适用性带来了实质性的损害。诚如一位法学家所言："法律条文可以循着理想创造制定，而社会是有惰性的。尤其是像我们这样的古老民族，有其悠久的历史文化，要一旦改弦更张，来适应新法律所创造的一切，当然不是一蹴即及的事。历史法学派认为法律是民族精神的表现，只能自然的长成，无可人为的创造。从某一方面来讲，确是真理。"[42]

排斥本国民事习惯的《大清民律草案》，遭到当时著名法律家的猛烈抨击，最终变成了废案。[43] 而民律草案制定的过程及其被废弃的命运，不能不引起我们对法典制定方式的一点思考，那就是：作为一个有着独特国情的国家，立法者是否需要关注社会现实，是否需要关注反映社会现实的民间习惯规则？民法典不是法律家的私人理论作品，可以循着理想去设计，法律家在编纂法典时，对仿效外国法、对运用纯理论的规则时应该保持适度的节制和谨慎。

Abstract: According to the related documents, in the process of the Civil Code drafting in the end of Qing Dynasty, although the legislators regarded local civil customs very much and made a great lot of investigation of them, it was still difficult to adopt local civil customs as the statute law under the conditions of that time. From the Draft of Qing Civil Code completed in the third year of Xuantong Dynasty, we could see that local civil customs exert little influence to the compilation of the Draft of Civil Code.

Key words: Civil Code, the Draft of Qing Civil Code, investigation of civil customs in the end of Qing Dynasty

〔42〕王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，中国台湾法务通讯社1989年版，第67页。

〔43〕民国北京政府时期曾两度将清末制定的民律草案提出讨论，拟修订之后公布为正式法典，但两度遭到否决。详情可参见张生：《中国近代民法法典化研究》，中国政法大学出版社2004年版，第115页和148页以下。