

世界之眼光 中国之问题

——民国时期比较法研究对立法实践的影响

黄涛涛

摘要 | 民国比较法研究对当时的立法有着直接的现实影响。民国时期多部法律在起草过程中,都经历了介绍各国法律内容,举例西方的立法技术,探讨法律与国情的结合,进而对草案的各项议题进行讨论等环节步骤。本文将选取最为重要的宪法、刑事法律和民事法律为分析范本,考察民国时期法典编纂与比较法研究的关系。

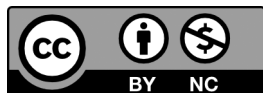
关键词 | 民国;立法;比较法

作者简介 | 黄涛涛,中山大学法学院,法学博士,广东省司法厅工作人员。主要研究方向:中外法律史。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



亨利·梅因爵士认为,为国内立法提供参考资料源“这即使不是唯一的功能,也是比较法学的首要功能。”^[1]“事实上,差不多整个20世纪期间,世界各国立法无不以法律比较为其立法改进的重要途径,而在此进程中比较法学几乎无处不在,其作用与影响如此重要与深远,以至于已经成为当代世界发展与进步不可或缺的重要手段。”^[2]比较法律作为立法者援助的价值在民国时期得到了人们的普遍认可,“盖阐明固有文化,兼采各国之长,本系我国近数十年来之立法政策。”^[3]可以说,比较法贯穿于民国法律生成的全过程。因此,本文将民国比较法研究放在中西法律文化交流和近代法制变迁的双重背景下加以论述,考察民国比较法研究在目标、方法和成就上的发展与当时巨大的社会变迁是否相适应,分析一门外来学科与其赖以存

续的法律实践之间的交相作用。

有比较法学家认为:“尽管比较法乃是我们今天文化环境的组成部分,而且常常构成某种话语风格,但要确定其精确的效果相当困难。”^[4]但民国比较

[1] [英]亨利·梅因:《西方和东方的村落共同体》,转引自[英]施米托夫:《比较法律科学》,韩光明译,《比较法研究》2001年第4期。

[2] 米健:《比较法学与近现代中国法制之命运》,《现代法学》2005年第2期。

[3] 龚铖:《比较法概论》,杨东霞勘校,北京大学出版社2008年版,第2页。

[4] [德]哈德·格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》,清华大学出版社2002年版,第12页。

法学研究与中国近代法制命运的密切联系是显而易见的,特别中国近代法制变革是一种受外因诱导的传导性变革,一直处于法律继受国的位置,基本呈现为“单向接受”的状态,比较法对实定法的作用更为明显。^[1]中国近现代法制以法律比较为起点,其发展遵循着法律比较这一基本途径,法律比较对于中国近代法制建设具有不可或缺性,“比较法学与近现代中国法制建设是共命运的”。^[2]中国学者对外国法律制度和法学的比较、鉴定乃至最终选择贯穿于整个中国近代法制与法学转型过程的始终。

比较法学是革新法律技术的最佳工具,是启动法制改革的重要外部刺激因素。在20世纪学术愈益世界化的整体语境下,比较法更有其独特价值。通过比较法研究,不仅开拓了视野,更全面、更准确也更直观了解到外国的先进立法经验,掌握了更多的可供自身借鉴的立法信息,比较法数据的更新和获取构成了良好法律起草实践的一部分。而且,通过必要的比较法理论铺垫,还能够起到一种观念先导的作用,这种先导作用能够推动民众固有观念的转变,从而使外来法更易获得民众认同。

民国比较法研究与当时的法律制度建设的独特关联模式,为该学科的发展提供思考空间和基本素材,并使该学科逐步摆脱边缘化的地位。学者在从事比较法研究时主要围绕紧迫而繁重的立法使命进行思考、著述,使得这一时期的比较法研究具有很强的实践冲击力。民国比较法研究与民国时期的法律制度建设的独特关联模式,为该学科的发展提供思考空间以及基本素材,也使其研究具有了明显的注重借鉴的特点,我们甚至可以看到某一领域比较法研究的活跃期或兴奋期与某部法律的立法周期存在同步性。

比较法研究本身是基于自身理解,而对法律领域内各种异质因素的重新整合。因此,民国比较法研究的现实影响主要体系借助“参各邦立法,斟酌本国情势”的比较法方法构筑中国近代法律体系,即在立法领域发挥重要作用。杨幼炯先生就曾指出民国时期的法律制定继续沿用了清末时期的比较立法模式:

“具体言之,中国今日立法事业之改造,应从立法政策与立法技术两者为入手。要求解决此两大问题,吾人首应以本国之政治理想为骨干,比较各个法律学者之学说与各国立法之先例而抉择以从,俾完成国人所期待之法律。”^[3]

“立法事业至繁,欲以一朝一夕之时间,网络社会万种之情状,详瞻靡殆,绝不可能。故需参

考外国立法之经验,采集其法律,以补自国法律之不备”。^[4]

民国时期多部法律在起草过程中,都经历了介绍各国法律内容,举例西方的立法技术,探讨法律与国情的结合,进而对草案的各项议题进行讨论等环节步骤。本文将选取最为重要的宪法、刑事法律和民事法律为分析范本,考察民国时期法典编纂与比较法研究的关系。

一、比较法对民国宪政立法的影响

民国宪法制定本身就是法律移植的结果,三权分立、人权、司法独立等制度与观念更是移植的成就。近代外国宪政文化的输入,主要有两方面原因。一方面,新兴的资产阶级基于自身阶级利益,视西方的政治体制为“良法美意”,把学习、移植西方政体作为努力目标;另一方面,西方列强出于各自目的,也极力推动中国政治体制形式上的西化。于是中国在宪政文化及其制度上,借鉴和移植外国宪政文化一直未有停止。民国时期,有学者曾对此评论到:

“吾国维新动机以感受外力压迫为主因,故国内政治思潮恒与世界有关,且有几分摹仿性质。前清之宪政运动,开口必曰日本如何如何。辛亥以后之共和运动,开口必曰法国如何,美国如何。欧战后之改造运动,不曰俄式革命如何,即曰德式革命如何。”^[5]

实践中,立法者始终坚持比较立法的运作模式。例如,1933年,立法院根据《立法院组织法》“立法院得增量裁并各委员会”的规定,成立了“宪法起草委员会”和审查委员会委员。起草委员会非常重视对各国宪法制度的借鉴,组织编译各国宪法,

[1] 罗荣渠:《现代化新论——世界与中国的现代化进程》,北京大学出版社1993年版,第116页。

[2] 米健:《比较法学与近现代中国法制之命运》,《现代法学》2005年第2期。

[3] 杨幼炯:《今后我国法学之新动向》,载何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃》(第一卷),法律出版社2003年版,第382页。

[4] 杨幼炯:《今后我国法学之新动向》,载何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃》(第一卷),法律出版社2003年版,第383页。

[5] 愚厂编:《〈省宪辑览〉之甲编‘省宪概论’》,载夏新华等编:《近代中国宪政历程:史料荟萃》,中国政法大学出版社2004年版,第644页。

以备起草参考。“吾国今为共和，今草宪法，先举各共和国之宪法，辩其得失，决所从违，以备吾国择焉”。^[1]这种比较立法的运作模式，也深刻影响了民国宪法的基本原则与制度构建。民国多部宪法所具有的联邦主义特色、对人民权利所采取的宪法保障主义、分权与制衡原则，以及“大法官会议”等一系列具体制度，都是充分比较西方各国宪法制度，并进行创造性移植的产物。

近代中国的宪政建设基本沿用了法律移植的路径。《钦定宪法大纲》试图移植德、日的一元君主立宪制，宪法重大信条十九条试图移植英国的议会君主立宪制。中华民国历经南京临时政府、北洋政府、南京国民政府不同时期，在这些时期颁布了多部宪法性文件和法律，它们不同程度地受到域外宪政制度的影响。具体分析如下：

1. 1911年12月3日，各省都督府代表联合会制定了《临时政府组织大纲》，并于次年进行了修正。《组织大纲》被评价“精神极似美国宪法”，^[2]有学者分析到：“‘组织大纲’以美国国家制度为蓝本，确立临时政府为总统制共和政府，实行三权分立的政体原则，临时大总统既是国家元首，又是政府首脑，负责行政各部工作”。^[3]

首先，《组织大纲》明确借鉴了美国宪法的联邦制原则。曾参与《组织大纲》制定的江苏都督程德全、浙江都督汤寿潜等曾指出：“美利坚合众国之制，当为吾国他日之模范。美之建国，其初各部颇起争端，外揭合众国之帜，内伏涣散之机，其所以苦战八年，收最后之成功者，赖十三州会议总机关，有统一进行，维持秩序之力也。”^[4]联邦主义成为制定《组织大纲》的核心指导思想。

其次，《组织大纲》仿美国宪法实行严格的总统制。《组织大纲》对临时大总统权力的规定是借鉴了美国宪法第2条关于总统权力的规定。

最后，在一些具体制度的设计上也借鉴了国外，尤其是美国宪法的规定。例如，关于临时大总统副总统的选举方式、参议员的产生方式都是直接参考美国宪法的有关规定的。

2. 1912年《中华民国临时约法》也大量借鉴了国外宪法的规定。

第一，确立以责任内阁为核心的法国式共和立宪制。《临时约法》具有明显的责任内阁制特征。各政党在比较各国政制后，普遍选择了法国式责任内阁制。例如，共和党就认为：

“政府之形式，有法国制与美国制之分。美以

总统当政治之冲，对于国民负责任，故称为总统制。此乃系绝对的三权分立之结果，意在使立法、行政、司法三部彼此不受牵制，各独立行其职权。而其弊遂致立法、行政不相联络，政治之进行，反多阻滞。且总统于任期内除有叛逆行为外，无更置之法。若政府与立法部意见齟齬，相持不下，则最终之解决，恐有内乱之纷扰。法国制则以内阁负政治上责任，总统居元首之地位，匪独政事不集矢于总统，且足以调和立法部与政府之意见，使政治易于进行。两者相衡，法制为善。”^[5]

第二，借鉴美国主权在民思想，明确了国民在国家的地位。《临时约法》第1条明确规定：“中华民国由中华人民组织之。”第2条则规定：“中华民国之主权，属于国民全体。”这些规定的思想背景是美国独立宣言和美国宪法的基本原理。

第三，借鉴美国宪法，对人民权利作了全面、详细的规定。《临时约法》对人民自由和权利的规定是空前的，这无疑也是与移植美国、法国等国宪法有密切关系的。其中，第5条、第6条和第12条等，与美国宪法的相关规定基本一致。

第四，借鉴西方，特别是美国宪法三权分立原则。《临时约法》第4条规定：“中华民国以参议院、临时大总统、国务院、法院，行使其统治权。”立法权、行政权、司法权三权分立的政体体制在《临时约法》中体现地特别明显，意在建立分权、制衡的资产阶级新国体。

3. 以《临时约法》为基础的1913年《中华民国宪法草案》（即“天坛宪草”），进一步延续了上述移植西方宪政制度的进程，加大从制度层面主动接受域外宪政文化的力度和广度，以法律形式

[1] 张玉法：《宪法新闻》（第7册），经世书局1985年版。

[2] 谢振民：《中华民国立法史》（上），中国政法大学出版社2000年版，第304页。

[3] 夏新华：《让历史告诉未来》，载夏新华等编：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，中国政法大学出版社2004年版，第14页。

[4] 谢振民：《中华民国立法史》（上），中国政法大学出版社2000年版，第43页。

[5] 《各政党对于宪法最近之主张》之“共和党对于内阁制及领土规定之主张”，《宪法新闻》第三期、第五期。转引自：夏新华：《民初法国宪政文化对中国立宪的影响》，《求索》2008年第5期。

确认民主共和国体以及立法、行政、司法三权分立模式。关于人民权利的规定和立宪技术,同样能够溯源到域外国家,尤其是美国、法兰西和巴西等国家的宪政文化。个人自由与权利理念进一步渗入到立法中,特别在第三章“国民”中,对个人自由权利作了比较详细的规定,这显然是受到法国“人权宣言”的影响。一些具体制度也因为借鉴对象的变化而发生变化。例如,原有的一院制的国会制度,因为采取美国国会制度,而改由参议院、众议院两院组成。^[1]这些规定也影响后来的中国历史上第一部正式颁行的宪法——1923年《中华民国宪法》。

4. 1946年12月25日公布的《中华民国宪法》,虽然在许多方面适应中国当时政治专制的“实际国情”而做出了许多本土化的“创造”,但在总体上移植西方宪政思想和制度的格局并没有改变,尤其在以下方面表现尤为明显。

第一,关于国体原则的规定。“总纲”规定“中华民国基于三民主义,为民有民治民享共和国”(第1条)。孙中山“三民”主义思想是对林肯总统民有民治民享思想的继承和发展,这两种政治理念都被明确写入宪法,并成为国体原则和政体原则的确认,也成为了国家宪政的基础。

第二,关于人民自由权利的借鉴。《中华民国宪法》第二章“人民之权利与义务”中第7条公民在法律一律平等的规定,第8条关于人民权利程序保障的规定,以及第11条、第13条、第14条、第16条关于宗教自由、言论及出版自由、集会自由和请愿权利之规定都与美国宪法极其相似。另外,《中华民国宪法》还借鉴了美国宪法的宪法保障主义,采用宪法保障主义而非宪法限制主义。

第三,关于中央与地方关系的借鉴,《中华民国宪法》对中央和地方的事权采列举法(见第十章之第107至111条),列举中央事权33项,省事权12项,县权11项,遇有未列举事项发生时,其事权有全国一致之性质者属于中央,有全省或全县一致之性质者属于省或县。这些规定与美国宪法极为相似。使其具有浓厚的联邦制色彩。

此外,一些具体制度的设计也是在借鉴国外宪政制度的结果。例如,关于总统权力的规定,关于宪法解释的规定,关于立法委员的规定,甚至关于总统宣誓誓词的规定,都能找到相应的国外制度蓝本。

二、比较法对民国刑事立法的影响

民国的刑事立法受到域外刑法文化的强烈冲击。吸纳西方刑事立法原则,运用西方先进的立法技术,引进西方刑法制度,对中国刑律进行变革,是民国时期刑事立法发展的主线,西方刑法理论和制度的发展和引进,也是推动中国刑法的现代化进程的重要力量。通过比较法研究,使域外刑法资源与国内情势较好结合,也促使中国传统刑法理论与西方刑法理论的融合。

1912年开始实施的《暂行新刑律》,既继承了《大清新刑律》移植外国刑法的成果,延续了中国刑法的现代化进程;同时,对《大清新刑律》不符合共和国体制的内容加以删除,同时进一步吸收当时先进的刑法理论,如刑事近代学派的主观主义的立法理论,刑罚宽和的原则等等。宝道就曾指出:

“(《暂行新刑律》)显受日本刑事立法之影响,间接被德国立法所浸润。日本立法之本身,大都即袭其新颖之法学观念也。依其最新之形式,予意即指现在所讨论之刑法,尚在草案中者,可谓除其散布数条外,该法典之外形,系为西方文化之国家所编纂,极少中国之特征;其异于欧洲大陆中部之刑法法典,较埃及、丹麦、苏俄、印度、英国殖民地、法国中印度等国之刑法为希。而在科学与统系上,胜于19世纪末或20世纪初期欧洲颁行之刑法法典,且在表面上与实质上,较法国刑法、德国刑法、奥国刑法、比国刑法、希腊刑法,及瑞士联邦中教邦之刑法等类,为时代化也。”^[2]

《暂行新刑律》继承了《大清新刑律》所引进进步的刑法理论,如“罪刑法定”原则、“罪刑相适应”原则、“刑罚人道主义”原则等。同时,《暂行新刑律》也吸纳了刑事近代学派的理论。包括:一是体现犯罪主观主义的立法理论,如累犯罪,第19条规定,已受徒刑之执行,更犯徒刑以上之罪者为再犯,加本刑一等。第20条规定,三犯以上者,加本刑二等。此条充分考虑了犯罪人主观恶性因素。二是体现新派恤刑,即刑罚宽和的原则,如宥减章第50条规定,哑哑人或满80岁犯罪者,得减本刑

[1] 具体分析可见乔利民:《论〈天坛宪草〉对域外宪政文化的借鉴》,载《湘潭师范学院学报》2009年第1期。

[2] [法]宝道:《中国刑法典之修正》,载王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第164页。

一等或二等。三是借鉴新派特别预防主义的思想，即认为刑罚以改造犯人，使其重新适应社会生活为目的。如在假释章的第66条规定：“受徒刑之执行，而有悛悔实据者，无期徒刑逾10年后，有期徒刑逾刑期二分之一后，由监狱官申达司法部，得许假释出狱。但有期徒刑未满足三年者不在此限。”

此外，在体例编排上，《暂行新刑律》总则部分按照现代刑法立法的原理加以编写，刑法分则体系，采用三分法的分类标准，其排列顺序是国家法益——社会法益——个人法益。对于各种具体犯罪类型的法定刑，则采用现代立法通行的相对法定刑为原则，绝对法定刑很少。可以说，《暂行新刑律》在理论及体例编排上折衷了当时国际先进刑事学派的理论，使其具有了明显的现代刑法特色。^[1]

1915年，法律编查馆起草完成了《刑法第一次修正案》。《刑法第一次修正案》，在体例上较《暂行新刑律》没有太大的改变，在内容中，则增加了一些维护礼治的内容，如在总则中增加亲族加重一章，增加无夫奸内容等，在趋附世界刑法潮流方面有所倒退。

1919年，修订法律馆在参考各邦立法，斟酌本国情势的基础上，制定出《刑法第二次修正案》。与《暂行新刑律》及《刑法第一次修正案》相比，《刑法第二次修正案》更多地吸收了近代西方国家的刑法原则和制度。在体例结构、刑法原则以及具体制度等方面，均有一定的进步。在内容上，也更多地参酌了各国立法，借鉴了西方刑法制度。《刑法第二次修正案》因大规模参酌西方最新立法例，被认为：“实较前有显著之进步，为民国以来最完备之刑法法典。”^[2]“其修正内容，对于学说，法例，既概取其新，而习惯民情，则兼仍其旧，准酌至善，采择极精，诚为一代法典之大观也。”^[3]

以《刑法第二次修正案》为基础，1928年，南京国民政府制定了《中华民国刑法》。这部刑法将《刑法第二次修正案》所确立的主要原则和制度转化为正式的立法，从实践上确定了《刑法第二次修正案》的时代性。1928年中华民国刑法实际上是此前10多年民国刑事立法实践演变过程的持续和一个阶段性产物。它对外国法律制度的移植实际上是此前刑事立法所采取的广泛参酌外国立法例的手段的必然结果。它的出台，客观上也体现了20世纪20年代末30年代初的民国立法对大陆模式的追随。^[4]

1935年颁行的《中华民国刑法》被誉为20世纪上半叶中国最为完善的现代刑法典，该法所体现

出来的现代刑法体系与立法技术，也是通过比较立法达到的。官方曾这样记载当时立法的情形：

“年来刑事学理阐发益精，国际刑法会议复年年举行，因之各国刑事立法政策，自不能不受其影响。变动较大者，为由客观主义而侧重于主观主义，由报应主义而侧重于防卫社会主义。然各国社会环境不同，修改法典自应按照实际需要，在可能范围内力求推进，绝不能好高骛远，标其立异。现行法施行数年，既已深入于一般法官及民众心理之中，自不宜多事变动，故本会一方参酌最近外国立法例，如一九三二年波兰刑法、一九三一年之日本刑法修正案，一九三〇年之意大利刑法，一九二八年之西班牙刑法，一九二七年之德国刑法草案，一九二六年之苏俄刑法等，以资借镜。一方复依据考察所得，按照我国现在法官程度、监狱设备、人民教育及社会环境等实在情形，就现行法原有条文斟酌损益，以期尽善。”^[5]

1935年中华民国刑法在顺应世界立法潮流一个重要变化就是采纳了本世纪二三十年代以来西方部分国家刑法中的主观主义与社会防卫主义；另外，新增入“保安处分”一章，以加强对特定犯罪和犯罪人的特别预防。凸现出新刑法的时代性特征，也表明了南京国民政府的立法者追逐世界刑事潮流的努力。

三、比较法对国民民事立法的影响

在民国时期，是以大量移植西方近代民法作为推动民法近代化的根本途径，中国民法典的制定是一种跟进式的学习，显露出很强的抄袭痕迹。1930年颁布的《中华民国民法》共5编29章1225条，不仅是中国历史上第一部颁布实施的民法典，而且它以西方先进国家的民法典为楷模。它着重参考了德国民法和瑞士民法，同时亦吸收了日本民法、法

[1] 孙西用：《民国刑事立法概论》，江西师范大学2005年硕士学位论文。

[2] 谢振民：《中华民国立法史》（下），中国政法大学出版社2000年版，第903页。

[3] 吴镇岳：《对于改定刑法第二次修正案之意见》，载《法律评论》1923年第8期。

[4] 何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第415页。

[5] 《中华民国史法律志》，（台湾）国史馆1994年编印，第496页。

国民法以及苏俄民法和泰国民法的经验。《中华民国民法》的颁布施行,标志着中国民法近代化的完成。本节将以《中华民国民法》为契点,对国民民事立法中的比较法运用进行分析。

南京国民政府在起草民法典时,明确要贯彻“参以国法例,准诸本国习惯”的立法原则。参与民法典起草的傅秉常先生也指出:“起草民法,是先由德文译成中文、译成英文、译成法文,再由英文法文转译成中文,然后将此三种中外文对参,(看)文意有否歧异;直到与德文原意无差分毫,始成定章。可知当日照抄,是何等审慎周密!”^[1]可以说,民国的立法是在对西方各国优秀法典的精心研究,以及明智的选择、发展和推敲而制定。《中华民国民法》借鉴外国法涉及的国别较多,视野较为开阔,它在一定程度上带有集20世纪二三十年世界民法新发展、新变化成果之大成的色彩。由于该民法典是当时世界各大国民法典中最后制定的一部,广泛借鉴了各国的经验教训,立法者结合中国传统习俗和现实生活的实际需要,对于世界上先进的法律原则、法律制度以及法律本位的价值导向进行了有选择的比较、借鉴和吸收,因此获得较高的评价。

“我们试就新民法从第一条到第一千二百二十五条仔细研究一遍,再和德意志民法及瑞士民法和债编逐条对校一下,其百分之九十五是有来历的,不是照帐誊录,便是改头换面。”^[2]梅仲协也指出:“现行民法,采德立法例者,十至六七,瑞士立法例者,十之三四,而法、日、苏之成规,亦尝截取一二,集现代各国民法之精英”。^[3]庞德也认为“在制定法典时,运用比较法能够在西方世界的两大法系中作出明智的选择,即现代法典的总体模式,不同法典的特定条款,甚至英美法就特定问题发展出的特定规定作出明智的选择。”^[4]可以说民国民法典是立法者将比较法学运用于立法的成功实践。

(一) 体例上的借鉴

中国学者在20世纪20年代初曾就民法典体例,特别是民商合一还是民商分立问题引发了讨论,作了较系统深入的理论研讨,表明对商法独立性问题有了一定的理性反思和“文化自觉”。^[5]

大部分学者主张民商合一的立法体例。例如,胡长清就认为:

“查民商分编,始于法皇拿破仑法典。维时阶级区分,迹象未泯,商人有特殊之地位,势不得不另定法典,另设法庭适应之。欧洲诸邦,靡然相效,以图新颖。然查商法所订定者,仅为具

有商业性质之契约,至法律上原则或一般之原则,仍须援用民法。而商法最重要之买卖契约,且多灾民法中规定。是所谓商法者,仅为补充民法之用而已,其于条例,固已难臻美备。……吾国商人本无特殊地位,强予划分,无有是处。此次订立法典,允宜考社会实际之状况从现代立法之潮流,订为民商统一之法典。”^[6]

有关讨论也在一定程度上影响了立法决策。1929年5月,当时的立法院长胡汉民、副院长林森建议制订民商统一法典。胡汉民等拟定的《民商法划一提案审查报告书》,详述采纳民商合一的八方面理由,其中一个理由就是从比较法的角度提出的,他认为:

“意大利为商业发达最早之国,而其国之学者,主张民商合一为最力。英美商业今实称雄于世界,而两国均无特别,瑞士亦无之。俄国1893年以后的四个民法草案均包含商法在内。似此潮流,再加以学者之鼓吹提倡,则民商合一,已成为世界立法之新趋势,我国何可独与相反?”

国民党政治会议采纳了他们的意见,决定将通常属于商法总则之经理人及代办商、商行为之交互计算、行纪、仓库、运送营业以及承揽运送等内容,均编入民法债权编,其他商事法规不能编入者,则

[1] 展恒举:《中国近代法制史》,台湾商务印书馆1973年版,第410页。

[2] 吴经熊:《法律哲学研究》,上海法学编译社1933年版,第27页。

[3] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,“初版序”。

[4] [美]庞德:《以中国法为基础的比较法和历史》,载王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第86页。

[5] 相关文章有:胡长清:《新民法债编编别上之特色民商法之合一》,载《法律评论》第七卷第十六期,民国十九年版;[法]约翰·爱斯嘉拉:《中国私法之修订》,载《法学会杂志》第八期,民国十一年版;李圻:《商法之沿革及其系统》,载《法学会杂志》第五期,民国十一年出版。施霖:《民商法合一之理由》,载郭卫主编:《现代法学》第一卷第九号,世界书局民国二十年。朱学曾:《民商法应否分立之商榷》,载《法学会杂志》第一期,民国十年版。

[6] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第26页。

另定单行法规。

（二）社会本位思想的引进

《中华民国民法》贯彻社会本位的立法精神得到充分表现。

在立法的过程中，社会本位一直是立法者反复强调的一个原则。国民政府立法院院长胡汉民曾说：“世界各国的法律大都根本于罗马法和拿破仑法律，这两种法大都以个人为本位，而忽略了多数人的利益。这不是王道，而是霸道。我们不然，我们立的法乃是以全国社会的公共利益为本位，处处以谋公共的幸福为前提。”^[1]“以这种法律制度同我们中国历史上家族主义的法律制度比较，在原则上实在远比我们中国家族的制度落后一步。因为欧美以个人为立法的单位，而中国则已进而以家族团体为单位了。”^[2]时任修订法律馆协修的江庸在所列举的立法理由中也曾提到：“前案（民律第一次草案）仿于德日、偏重个人利益，现在社会情状变迁，非更进一步以社会为本位，不足以应时势之需求。”^[3]

胡汉民等人对有关问题的梳理无疑是存在断章取义、甚至谬误之处，但确实使《中华民国民法》体现了20世纪初西方民法中社会本位立法思想的新变化，开始注重社会公益，并具体体现在所有权、契约、侵权等领域。

首先，在物权方面修正了所有权神圣的私法原则。二十世纪初，各国纷纷调整法律规定，对所有权绝对这一原则实行一定程度的限制。《中华民国民法典》也跟随潮流，对所有权绝对原则的修正，主要体现在两个方面：第一，所有权的行使，必须结合相应的义务。这种义务，是为了社会公共利益或者他人的利益考虑的。如第794条规定：“土地所有人开掘土地或为建筑时，不得因此使邻地之地基动摇或发生危险，或使邻地之工作物受其损害。”第二，所有人不得滥用所有权。《中华民国民法》第148条规定：“权利之行使不得以损害他人为主要目的。”第765条规定：“所有人于法令限制之范围内得自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉。”可以看出，《中华民国民法》采纳了世界通行的相对所有权的原则。

其次，在债权方面进一步限制契约自由，强调社会本位立法。二十世纪初，为了保证经济生活的正常进行，西方国家积极干预经济生活，在法律层面上就表现为私法公法化现象。《德国民法典》以及《瑞士民法典》等就在保持契约自由原则的同时从多方面对其进行限制。《中华民国民法》主要从

两个方面限制契约自由原则。第一，对意思自治原则的限制。《中华民国民法》规定，包含意思表示行为在内的法律行为，不得违反“强制或禁止之规定”（第71条），不得违背公共秩序和善良风俗（第72条）。这些规定限制了意思自治原则，实际上也就是限制了契约自由原则。第二，对契约内容的限制。为了保证经济交往过程中的实质上的公正，尤其是维护社会弱者的利益，《中华民国民法》对于一些可能导致显示公平的契约内容进行了限制，包括借贷利率、违约金数额等。

再次，在侵权行为法方面，采用了过错责任原则和无过错责任原则结合的方法。19世纪中期以来各国也通过立法、司法，逐步确立了某些特定领域的无过错责任原则。民国民法典在借鉴各国立法的基础上，仍实施过错责任原则，但在某些特定领域也部分实施无过错责任原则，以维护弱者的利益，保证实质的公平。《中华民国民法》第184条确定过错责任为一般原则：“因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法加损害于他人者亦同。违反保护他人之法律者，推定其有过失。”在侵权责任的认定方面，《中华民国民法》综合了过错责任原则与无过错责任原则，前者以维护个人自由、保障个人权利为目的，后者则以保护弱势群体、维护社会公益为目标，这体现了中国立法者利用法律比较对于世界法律发展趋势的把握，也体现了立法者对于中国的法律传统、对于中国现实国情的思考。

（三）进一步确立平等原则

《中华民国民法》立法者在一般意义上吸收了西方人格平等原则。在立法技术上一改日本、德国亲属法的风格，采纳了最新的苏俄民法，兼采英美国家的亲属法令，不仅在总则确立了男女平等原则，而且贯彻到亲属、继承两编具体的家庭身份关系中。比如《中华民国民法》第13条、第15条关于

[1] 胡汉民：《我们的民法乃是以王道精神采取最新法例，保存良好习惯》，转引自朱勇：《私法原则与中国民法近代化》，《法学研究》2005年第6期。

[2] 胡汉民：《三民主义之立法精义与立法方针》，转引自朱勇：《私法原则与中国民法近代化》，《法学研究》2005年第6期。

[3] 谢振民：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第748页。

行为能力的条文,都不分男女,一并规定。第969条规定姻亲,民法中凡有血统关系的亲属,统称血亲,不再有旧律有宗亲、外亲之区别。第972条规定,婚约由男女当事人自行订定,传统的父母主婚权为法典所抛弃。此外,该法第1052条关于离婚条件的规定,根本打破旧律宽于男而严于女之陋习^[1]。如有学者评价“这部法律是当时除苏联以外,世界唯一一部规定男女平等的民法。”^[2]

另外,《中华民国民法典》第1000条规定了冠姓,妻以其本姓冠以夫姓,赘夫以其本姓冠于妻姓,但当事人另有订立者不在此限。史尚宽以为,民法妻以本姓冠以夫姓,赘夫以其本姓冠以妻姓,以示男女平等之意,然如有男或有女在社会上已有相当之地位及声誉,变更姓氏不免遭受损害,故许夫妻另为协定,妻不必冠以夫姓,赘夫亦不必冠以妻姓,实为最进步及合于现状之有强性的立法^[3]。

(四)具体制度的创新

在其他制度上,《中华民国民法》也充分借鉴当时世界最新立法成果,制度更新力度并未减弱。

《中华民国民法》所规定的离婚制度,是在比较借鉴近代西方资本主义各国亲属法规定的基础上,博采众长而制定的。它仿照西方分为两愿离婚和判决离婚两种。对离婚原因的规定,亲属法采取具体的列举主义,并兼有责主义和破裂主义,与日本旧民法(第813条)极为相似。此外,在亲属法中,还吸取了西方新教会教规的别居制度。“别居制度,发生于旧教会法。该法,因绝对禁止离婚,故有是认离婚制度代用的别居制度之必要。但别居之作用,不尽为离婚之代用,而有其他种种之机能。故承认离婚之近代法制,大概同时设置别居制度焉。”^[4]

关于婚姻的效力。《民国民法典》主要参照了德国民法典的“婚姻共同生活”,瑞士民法的婚姻共同体,以及瑞典的“夫妻互负诚实及协助之义”的规定。欧陆各国此规定显然受教会主义立法影响。《民国民法典》引入受教会主义影响的欧陆各国立法理念,对中国传统夫权进行改造。

南京国民政府改造婚姻财产上的效力制度进行较大改造。民国的夫妻财产制为法定制及约定制两种形式,法定制为联合财产制。这一设计采德国与瑞士法例,实行两者并用。

亲等制度则采用全新的近代西方世数亲等制而弃传统宗法等级制。而世数亲等制中关于亲等的计算,成为立法上重大的争论问题,中央政治会议议决,放弃寺院法,采用罗马法。其理由是:“世

界各国,用罗马法者居多,罗马法之计算,依血统之远近,定亲等之多寡,合于情理。寺院法源于欧西宗教遗规,其计算亲等,不尽依亲疏之比例,如两系辈数不同,从其多者定亲等之多寡,则辈数较少之系,往往不分尊卑,同一亲等,于理不合。”^[5]

另外,从立法技术的角度看,1930年代的中国民法典既继承了德国民法概念精确、体系完整的优点,同时也避免了德国民法过分强调立法专业化忽视其民众化的缺陷,它的大多数规定,采用了适合中国本土的法学语言。与制定该法典的梅仲协先生认为,这一点是参照《瑞士民法典》的结果,同时也是尽力涤除早期立法方案中存在的日本语口气的结果^[6]。

五十岚清曾指出:“日本民法典是比较法的产物”^[7]。如果将五十岚清的这种判断用于民国时期其他法典,也是准确的。民国立法者几乎一致认为,从比较法方面尽可能收集各国立法资料,并进行批判性判断,对于立法工作是必不可少的。“考察各国法制之异同,斟酌其得失”,“借外事之例,以资说明”,通过比较法,从众多外国制度蓝本中,选取最适合解决“中国问题”的内容,借鉴外国的法律制度以缩短探索的过程,减少失误的代价,比较法能提供重要的舆论和智力支持,是推动相关立法的多种合力中的重要力量,比较法的准备工作在所有重大的立法中都可以看到。从中,我们也可以看到法典创制与比较法研究互动发展的良好状况。这是民国比较法学发展中极为重要的一面。

[1] 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203页。

[2] 谢怀轼语。

[3] 史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第261页。

[4] [日]栗生武夫:《婚姻法之近代化》,胡长清译,中国政法大学出版社2003年版,第116页。

[5] 谢振民:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第781页。

[6] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第19页。

[7] [日]五十岚清:《日本民法在比较法中的位置》,载渠涛主编:《中日民商法研究》,法律出版社2003年版,第19页。