

从刑律到民法：“现行律民事有效部分”生成考论

段晓彦^{1,2}

(1. 福州大学 法学院,福建 福州 350108;2. 吉林大学 法学院,吉林 长春 130012)

摘要:研究源自《大清现行刑律》的“现行律民事有效部分”何以能够作为民初民事审判的主要依据。分析认为,《大清现行刑律》的内容、结构和在清末的实施是重要铺垫,民初政治和法制环境造成的民事审判法源的缺失是客观使然,深层原因是当时中国社会的经济、社会基础没有根本改变;经过立法与司法“合力作用”下的“现行律民事有效部分”,它的适用促使完整意义上的民法近代化进一步推进,虽为过渡之用,却构成了民法近代化历程中古今中外民法交汇的“枢纽”。

关键词:《大清现行刑律》;“现行律民事有效部分”;法源;大理院;民法近代化

中图分类号:DF092

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2016)03-0116-08

清末变法修律,初步脱离传统中华法系的“民刑混同”,而继受近代西方“六法”体系^[1]。刑法方面于宣统二年(1910)颁布《钦定大清刑律》,民事方面于宣统三年(1911)完成《大清民律草案》,但因清廷覆亡并未颁布实施。辛亥鼎革,政权易手,刑律则援用由《钦定大清刑律》蜕变而成的《暂行新刑律》,新政权无法在短时间内建立起一整套完整的民法体系,为克服“无民法典将如何进行民事审判”这一难题,前朝的“旧刑律”作为民初的“新民法”适用则成为当时的克服难题之道:作为帝制中国最后一部传统刑法典的《大清现行刑律》^[2],却在民初回光返照,以一种新的生命形态存续于民初的法制舞台,这就是“现行律民事有效部分”。从1912年民国元年到《中华民国民法典》颁布(1929)的近20年里,“现行律民事有效部分”一直作为主要民事法源在民事审判中适用^[3]。《大清现行刑律》本为前清的“刑律”,但在民初却作为“民法”适用,实属近代中国民法史上有趣和特殊之处。“现行律民事有效部分”是

如何生成的,即“刑律”到“民法”是如何转变为“民法”?促使二者转型的深层原因又是什么?司法中如何去调适“旧刑律”作为“新民法”适用的难题和矛盾?凡此,都是近代民法史研究亟待厘清的课题。本文试图对以上问题进行探讨。

一、《大清现行刑律》作为民事法源的固有基础

(一) 立法基础

“现行律民事有效部分”源自《大清现行刑律》,而《大清现行刑律》作为备过渡时期之用的法律,又是从《大清律例》脱胎而来。自光绪二十八年(1902)清廷下诏变法修律以后,清末修订律例的内容可以分成两个方向,一是对旧律例的整理与变通,一是制订新律,而这两方面的工作事实上是同时进行的。前者分别从删削条款、删除重法、消减死罪条目与改革行刑旧制、禁止刑讯、禁革买卖人口与删除

收稿日期:2016-05-06

基金项目:国家社会科学基金项目(14CFX008);教育部人文社会科学研究项目(12YJC820022);中国博士后科学基金资助项目(2014M551164);福建省高校杰出青年科研人才培育计划(JAS14307)

作者简介:段晓彦(1981-),女,河南南阳人,福州大学副教授,吉林大学博士后。

奴婢律例、统一满汉法律6个方面对《大清律例》进行删改,而这些改革都被纳入《大清现行刑律》中;后者主要是从删除总目、厘定刑名、节取新章、简易例文等方面改造《大清律例》,而《大清现行刑律》便是这种修订和改造的结晶。

《大清现行刑律》经过反复修改,于宣统二年(1910)4月7日颁行,共36卷,律文389条、条例1327条,后附《禁烟条例》12条,《秋审条例》165条。主要内容和结构为:卷首除奏疏外,有律目、服制图、服制。主文一共分为30门,分别为名例、职制、公式、户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市厘、祭祀、礼制、宫卫、军政、关津、厩牧、邮驿、盗贼、人命、斗殴、骂詈、诉讼、受赃、诈伪、犯奸、杂犯、补亡、断狱、营造、河防。

《大清现行刑律》的内容有不少是属于处理“民间细故”即所谓的“民事”规定。比如户役、婚姻、钱债、田宅等。其实在编修《大清现行刑律》过程中,已有“分别民刑”的主张:“现行律户役内承继分产、婚姻、田宅、钱债各条应属于民事者,毋再科刑,仰蒙俞允通行在案。此本为折衷新旧,系指纯粹之属于民事者言之,若婚姻内之抢夺、奸占及背于礼教违律嫁娶,田宅内之盗卖强占,钱债内之费用受寄,虽隶于户役,揆诸新律俱属形式范围之内,凡此之类均应照现行刑律科罪,不得谥为民事案件致涉轻纵,合并声明。”^[4]但据笔者和相关学者研究,《大清现行刑律》编订中并未实现“分别民刑”^[5],其实现是在民初大理院司法过程中(本文第四部分将会详细分析)^[6]。不过一个不可忽视的事实是,就《大清现行刑律》条文的结构形式,确实有一些条文已经不再附属于刑罚的规范底下,而是独立作为单一的民事条文。当然,这样的现象并非从《大清现行刑律》才开始出现,在《大清律例》的条文中已有无刑罚效果的单独民事条文出现,不过《大清现行刑律》可以说扩大了这方面的趋势。加上之前提出的“分别民刑”,虽仅为主张,这些为《大清现行刑律》在民初当作民法适用作了思想和立法上的准备。

(二) 司法基础

《大清现行刑律》堪称是旧王朝进入夕阳西下之时传统中国法中的最后一道光辉,于宣统二年(1910)4月7日。奉上谕颁行。然不到数月的时间,宣统二年(1910)12月25日即又颁行《大清新刑律》,那是否意味着后法废止了前法《大清现行刑律》究竟在清末夕阳西下之时是否付诸实施?关于《大清现行刑律》的效力问题,可以从下列奏折和实

证中寻找答案。

宣统二年(1910年)4月7日,《大清现行刑律》奉上谕颁行,奕劻、沈家本在奏折中说:“自经明诏颁布之后,各省督抚、都统、将军承领新律,函电交至,待用孔殷。”彼等“将以刊行的《现行刑律案语》,并两次清单,先行通咨各省,以供援引。”^[7]

可见,《大清现行刑律》在钦定本尚未正式刊印告竣前,就已经被援引处理实际案件。《各省审判厅判牍》中的裁判史料,更为《大清现行刑律》在当时的适用提供了实证。在此分别摘录刑事和民事判词两则。

保定地方审判厅审判的“诱拐妇人图卖未成案”(属奸拐门):

(案件事实略)……

援据法律某条及理由:查现行例载:诱拐妇人不分已卖、未卖,但诱取者,被诱之人若不知情,为首,拟绞监候。又律载:受寄所卖人口之窝主不知情,处八等罚各等语。此案田得和因刘王氏托伊找主佣工,辄敢起意将刘王氏诱拐价卖,殊属不法。查刘王氏被诱并不知情,自应按例问拟,田得和合依诱拐妇人不分已卖、未卖,但诱取者,被诱之人若不知情,为首,拟绞监候例,拟绞监候。被诱之人业已给亲完聚,尚无殴逼奸污重情,照例入于秋审缓决。王凤山虽不知诱拐情由,惟既经田得和告知欲将刘王氏价卖,犹敢容留在家,代为说合,亦应按律问拟。王凤山合依受寄所卖人口之窝主不知情,处八等罚律,拟处八等罚,追所罚银存俟报解。王凌云价买刘王氏为子妇,本干律拟,第事属未成,且一经盘出诱拐情由,即行畏惧送还,并报知警局,获犯究办,且属自首,应照律免罪。刘王氏被诱并不知情,律得不坐,业由其夫刘喜领回完聚,应毋庸议。于宣统三年四月初八日判决。(刑)^[8]

该案是发生在宣统三年(1911)2月期间,而于宣统三年(1911)4月8日判决,根据“援据法律某条及理由”部分,本案是援引了《大清现行刑律》的例文和律文进行审理和判决的。

再看同样发生于宣统三年(1911)2月期间,由天津地方审判厅审理的“典卖田宅不税契”一案(属田宅门):

(案件事实略)……

(判决之理由)查律载:凡典卖田宅不税契者,将价一半入官。虽直省税契新章有光绪三

十四年以后典契补税等语,然此乃指加价而言,非谓旧律可废也。此案杨行五所执之典契价四百吊,即使是真,但未税契,应将典价一半入官,断令蒋继卿出钱一百六十吊,杨上林出钱四十吊给杨行五,其入官半价,杨上林等实属无力,从宽免缴,至赎回亩数照杨上林之对契系二十七亩,照杨行五之白契系二十一亩,均不足为凭,荒地无粮,熟地有粮,有粮即有地,自应以完粮之亩数为断。查此地虽经杨行五当种,而花户仍系蒋姓,每年上下忙由杨行五交钱,蒋继卿完粮,合照粮串之数目折合亩数如数收地,以杜争执,杨行五虽不具结,而自知理屈无可狡展,但借口贫老以相要求,姑念业已播种,准予仲秋收割后,蒋继卿等交钱,杨行五交地,在沧州完结。蒋继卿、杨上林遵已具结,杨上林对契、杨行五白契均注废存卷备查。至杨振春之转卖与孙行三九亩地,经沧州已断给蒋继卿钱四十吊作为绝卖,已在州具结,应毋庸议。案已判决,一面具咨呈覆盐运司署,并附还司卷,一面移知沧州查照备案。此判^[8]。

该案适用的法律,即为《大清现行刑律》中的“典卖田宅”条。

依《各省审判庭判牍》中的裁判史料,按照晚清的民刑事划分标准——“罪之有无”与“理之曲直”,就刑事案件,共辑录刑事判词117则,就判词反映的审理案件所适用的法源关涉到《大清现行刑律》者有4类:一是在案件事实已经清楚的前提下,直接引用《大清现行刑律》的相关规定定罪量刑的案件共有89个,占整个刑事案件数的76.1%;二是通过对《大清现行刑律》的相关条款的解释进行审理的案件,共有5个,包括根据立法者原意所作的解释,以及对律注的解释等;三是比附援引《大清现行刑律》律条和例文进行审理的案件,共5个;四是法官认为要用“新法”作为裁判依据,案件共3个,但因“新法”尚未制定,或虽已制定,但尚未生效,故只有援引《大清现行刑律》的相关条款来审理^[8]。这4类案件最主要的法源都是《大清现行刑律》共102个,占全部刑事案件的87.0%^[9]。民事判词共78则,其中适用《大清现行刑律》中具有民事性质条款进行判决的有14个,占整个民事案件的18.0%^[9]。此类案件主要分布在户婚门、族制门、田宅门中。

可见,《大清现行刑律》虽于清宣统二年(1910)4月7日颁布施行,距离清朝覆亡亦仅数月时间,但其毕竟有效法律,当然应在司法实务中发挥作用。

尤其是《大清现行刑律》中的民事条款已作为主要法律根据适用于判决民事案件,这一事实本身也因隐含了社会对民事法规的迫切需求,因为《大清现行刑律》中相当于民事性质的条款是晚清各级审判厅所能运用的惟一有效成文法规。源自《大清现行刑律》的“现行律民事有效部分”能够在民初被确立为民事法源与社会潜藏的这种需要是有关系的。且《大清现行刑律》在清末司法实践中的适用,也为“现行律民事有效部分”确立为民事法源适用提供了铺垫和基础。

二、《大清现行刑律》在民初之转型

清末变法修律,虽有宣统三年(1911)的《大清民律草案》的编订,但因未完成立法程序,清廷便覆亡。没有民法典,究竟根据什么进行民事审判?1912年3月10日,临时大总统颁令:

现在民国法律未经议定颁布,所有从前施行之法律及新刑律,除与民国国体抵触各条应失效力之外,余均暂行援用,以资信守,此令。

据此令文,前清施行的法律,只要与共和国体不抵触者,一律为民国政府所承继。3月中旬,司法部长伍廷芳认为解决当前困难的方法是援用前清法律,但应经参议院承认,于是呈请临时大总统咨请参议院审议:

窃自光复以来,前清政府之法规即失效力,中华民国之法律尚未颁行,而各省暂行规约,尤不一致。当此新旧递嬗之际,必有补救方法,始足以昭划一而示标准。本部现拟就前清制定之民律草案、第一次刑律草案……由民国政府声明继续有效,以为临时适用法律,俾司法者有所依据,谨将所拟,呈请大总统,咨由参议院承认,然后以命令公布,通全国一律遵行,俟中华民国法律颁布,即行废止^[10]。

司法总长上述呈文明确提出,在民国继续有效的民事法律是为宣统二年(1910)编纂的《大清民律草案》。临时大总统在咨请参议院议决时称:

查编纂法典,事体重大,非聚中外硕学,积多年之调查研究,不易告成。而现在民国统一,司法机关将次第成立,民刑各律及诉讼法均关紧要,该部长所请,自是且要之图。合咨贵院,请烦查照前情,议决见复^[10]。

4月3日,参议院历经3次审议、法律审查会协商、议员们反复磋商后作出决议:“当新法律未经规

定颁行以前,暂酌用旧有法律,自属可行。所有前清时规定之法院编制法、商律、违警律,及宣统三年颁布之新刑律、刑事民事诉讼律草案,并先后颁布之禁烟条例、国籍条例等,除与民主国体抵触之处,应行废止外,其余均准暂时适用。惟民律草案,前清时并未宣布,无从援用,嗣后凡关民事案件,应仍照前清现行律中规定各条办理。惟一面应由政府飭下法律局,将各种法律中与民主国体抵触各条签注或签改后,交由本院议决公布施行。”^[9]

关于民法方面,该决议明确否决了司法部长所提出的援用《大清民律草案》的主张,原因是其未经过立法审议和公布程序而宣布:“嗣后凡关民事案件,应仍照前清现行律中规定各条办理。”这里的“前清现行律”即《大清现行刑律》,在此明确指出其作为民初民事法源的地位。但是,《大清现行刑律》毕竟是一部刑律,如何从中抽离选择出一些用于民事审判的条文,形成“现行律民事有效部分”?该决议也明确指出:“惟一面应由政府飭下法律局,将各种法律中与民主国体抵触各条签注或签改后,交由本院议决公布施行。”这其实是援用前清法律应作的前提工作。

但后来政权更迭,南京临时政府很快交权于北洋军阀势力,1912年4月1日,临时大总统孙中山辞去,4月5日,南京临时政府迁往北京,参议院于4月6日最后一次会议后准备迁往北京,4月8日,南京临时参议院休会,这一立法程序在南京临时政府时期并未完成。

面对立法未竟之难题,当时最高司法机关大理院变困难为机遇,大理院3年上字第304号判例曰:

民国民法法典尚未颁布,前清之现行律,除制裁部分及与国体有抵触者外,当然继续有效。至前清现行律虽名为《现行刑律》,而除普通刑事部分外,关于特别刑法、民商事及行政法之规定仍属不少,自不能以名称为刑律之故,即误会其已废^[11]。

从上述判例可知,从《大清现行刑律》中区分出“现行律民事有效部分”的关键点有两个:一为“除去制裁部分”,二为“删除与国体相抵触者”。大理院8年上字832号判例进一步细化了实施细则:

民国民律未颁布以前,现行律关于民事规定除与国体有抵触者外,当然继续有效;即其制裁部分,如民事各款之处罚规定(例如处某等罚罪亦如之等语),亦仅不能据以处罚,关于处罚行为之效力仍应适用,以断定其为无效或得

撤销。故若引用该律文以判断行为之效力,而不复据以制裁当事人,则其适用法律即不得谓为错误^[11]。

该判例不仅继续强调将“现行律”从“刑律”转化为“民法”的关键在于“删除与国体相抵触者”和“去除制裁”,而且还关注到了如何“去除制裁”,即“去除制裁后法律效果应做如何的转换”这一问题。大理院依循的方法和逻辑是将《大清现行刑律》的刑法规范解释为所谓的“强行规定”或“禁止规定”,根据近代民法理论,违反强行禁止规定的行为,其效力或属无效,或得撤销^[3]。

随着民事纷争日益繁多,大理院的推事们不仅将民事法源仅限于“现行律民事有效部分”,也在不断地发掘着其他的法源,大理院2年上字64号判例谓:

本院查:判断民事案件应先依法律所规定,无法律明文者,依习惯法;无习惯法者,则依条理,盖通例也。现在民国民法法典尚未颁行,前清现行律关于民事各规定继续有效,自应根据以为判断^[11]。

至此可知,在民初由于法制不完备带来的民事审判法源的困难,大理院在司法过程中是援引以下几种法源解决:第一,法律规定:《大清现行刑律》中不与共和国体相抵触的部分,即“现行律民事有效部分”和民国成立以后所公布的民事特别法令;第二,民事习惯;第三,条理:包括民法草案、判例及学说理论等。

至此《大清现行刑律》实现了由“前清旧刑律”到“民初新民法”的转变,以另一种生命形态——“现刑律民事有效部分”且属于位居第一顺位的民事法源存续于民初的民事司法实践将近20年。而民律草案在当时是作为“条理”适用的^[2],“现行律民事有效部分”。位阶效力要高于民事习惯和条理。台湾法史学者黄源盛云:“如果说《大清现行刑律》民事有效部分为民初大理院时期的实质民法,诚有其道理在。”^[2]

三、民初援用“现行律民事有效部分”的原因

“现行律民事有效部分”作为《大清现行刑律》在新时期继续焕发生命力的体现,是在民初为解决民事审判法源困难的情况下出现的一种非常有趣且有深意的现象。然而这一现象的出现是有多方面原

因的。

第一,辛亥革命前和革命过程中,中华民国缔造者们集中考虑的是如何推翻帝制,对包括建立新法制在内的如何建设国家之具体举措则无暇顾及或考虑较少。1912年之后,频年内乱,政局不稳,可谓百政废弛。此期间,作为民治精神象征的国会饱受摧残,导致其成绩不彰。在立法方面,虽也有一些成绩,但主要集中于根本法和选举国家元首这两件事情上^[12]。对于国家的基本法律则明显关注不够,直接导致一些基本法律不完备,甚或阙如,尤其在民法领域,这种情况尤为突出。

民商法与各国习尚高度相关,必须有一个明确的立法方针。然而,民国初处于新旧文化激荡,东西思想冲激,民事法律本来即深受各国风俗国情所左右,但是在“如何使民族本位文化遗留与时进化”,“如何使中国国情与外国法制兼容并蓄”,“如何使怀古之论调与求变求新之学说各得其所”等重要课题尚无法获得社会成员的普遍共识前,主政者为了避免争议鼎沸,也有意无意延宕了民商法典的编纂工作,因此造成了民事法源的短缺。这就为《大清现行刑律》继续发挥效力,即“现行律民事有效部分”的确立提供了契机。

第二,民初法学水平也难以承担短期内完成体系赅备的民商法典的任务。学者蔡枢衡于《中国法学的病与药》一文中,曾以“质低量微”来形容民初至抗战时期法学研究的水平:

“量微”情形怎样?微到法学每一部门不能找到一二册书,或一二册较好的书。低到什么程度?低到这国那国的情形都晓得,问到中国相关的规定竟茫然。……教室的讲义几乎是千篇一律,法学书籍十九是刻板公式;法学论文中除了学究式的文章外,不是今人说古话,便是中国人传播外国人对外国人说的话。再不然,便会常常幼稚的难以形容^[12]。

法学研究的支撑在于法学教育,然而民初法学教育不论学制与教学成果,仍难以形成一个专业性的法学研究社群,更遑论以学人的影响力促成立法机关实现法典化的理想。终清朝之世,进行新式的法学(科)教育者,仅有3所正式大学,分别为北洋大学法科、山西大学堂以及京师大学堂政治科,然而不仅在量上较先进欧美各国尤瞠乎其後,整体的师资与教学效果也无法相提并论。这些新式法科教育充其量仅能教授基础的法学知识,无法造就法学通才。即使到了1922年,全国亦仅有国立大学5所、

私立大学7所与教会大学14所;而法学教育能称步入轨道者也仅有北京大学、朝阳大学与东吴大学等3所学校^[12]。

第三,《大清现行刑律》并未被《大清新刑律》取代而失去效力。相反,《大清现行刑律》在清末的司法实践中继续发挥着作用。根据《各省审判厅判牍》中的裁判史料,无论是刑事案件还是民事案件,都与《大清现行刑律》有直接或间接的关系。同时从判牍中的几则判词观察,其判决文之结构,也是采取先为案件事实(或诉讼事实)——依法论事(援引法律各条及理由)——判决结论,其体例已逐渐趋于继受欧陆法的格式,尤其是用《大清现行刑律》中的一些条款作为民事案件的审理依据,为民国初年如何解决成文民事法源的缺失提供了实践经验和思维范式上的准备。

“南洋法政学社诸法学家,本法理之思想,为新法之预备,将各省审判厅已发现之批词、判牍、公牍之类,不殚手续,广为搜罗,精心研究。取其法理详明,体裁精新,读之可以因象求义,因义求神,旨趣错落,妙谛无穷者,汇集成编……以为将来之司法官之资助材料,与审判厅之组织方法。则是编之有功于法界者,岂浅鲜哉?”^[8]这是东明黄河法政河务研究所法政科教员费县人赵元熙在其所作之序中的表达,道出了编辑《各省审判厅判牍》的原因所在。

从潘绍基为《各省判牍厅判牍》所作序即可了解到,潘氏作为当时的法官,面临“苦旧者既不适于时用,而新者所译,又系他国条件,不切事情,遇有疑难,颇费裁判”的特殊境况,曾向其表兄汪聘廉厅丞求助。汪庆祺存稿尽管是其从事检察工作的经验累积所荟,但在基层法院法官潘氏看来却是“公牍为多,判词鲜少,是又限于阶级,为位所局,仍难资以引用”。希望有人编辑此类能为司法官直接提供参考的书籍。《判牍》之编辑印行,在很大程度上就是应此种需要而产生的^[8]。而其中的司法经验为《大清现行刑律》在民初继续散发生命力而成为民事审判的法源,即“现行律民事有效部分”的出现作了司法上的铺垫。

第四,更为根本的是,作为“现行律民事有效部分”这一传统法存续基础的中国社会的经济、社会基础无发生根本改变。在清末民初社会转型中,传统小农生产为主体的自然经济开始解体,但近代化的工商业经济体系尚未形成;旧有的宗法家族制度发生了改变,但传统的家族模式依然存在;传统礼教和宗法伦理观念虽受到质疑,但西方自由民主的精

神还远不被人民理解;有些国民开始意识到可以用先进的法律来维护自己的权益,但大多数人对此并没有清晰的认识,当新颁布的法律打破传统习惯构建的旧有利益格局时,许多人对新法采取排斥态度^[13]。费孝通对当时的乡土社会进行实地调查后得出了这样的看法:“法治秩序的建立不能单靠制定若干法律条文和设立若干法庭,重要的还得看人民怎样去应用这些设备。更进一步,在社会结构和思想观念上还得先有一番改革。如果在这些地方不加以改革,单把法律和法庭推行下乡,结果法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了。”^[14]貌似现代宪政框架背后,旧有的传统文化和习俗还在主宰和影响人们的思维方式,新法全面推行的时机还不成熟,社会上仍存在着传统法生存的土壤及对传统法的需求^[15]。而作为中国传统法延续的“现行律民事有效部分”,正适应了当时的此种需求。

四、从“刑律”到“民法”的司法调适

《大清现行刑律》本为“清朝”的“刑律”,并未伴随清廷覆亡而失效,却以另一种形式——“民法”为民初司法机关援用。换句话说,《大清现行刑律》在民初焕发了新的生命力,这种“新的生命力”的体现便是“现行律民事有效部分”。这种现象在革命的场合是相当普遍的,对于一个新的政权而言,通常只废除宪法或某些最富有政治意义的法律,代之以其它规范,而在其它规范上则延续前一政权的法律,以维持政权与社会秩序的稳定^[16]。此种现象在中国法制的历史上亦是相当常见,例如唐朝延续隋律,清朝延续大明律等,但这种延续和承继首先是通过后朝的专门立法行为完成的。

根据前文考证,“现行律民事有效部分”被确立为民事法源,经历了大总统颁令、司法总长伍廷芳的建议、大总统的咨请、参议院的决议和大理院的判例等几个过程和阶段。值得注意的是,根据参议院继续援用前清法律的决议,还应由南京临时政府法制局对清末法律中与民主共和相抵触的各条进行删改,之后交南京临时参议院再行议决,才算真正完成立法程序。但由于政权更迭造成的局势动荡,导致这一立法程序并未进行下去^[17-18]。北京政府于1912年4月30日公布删修新刑律与国体相抵触各章条。但并未包括对《大清现行刑律》的删修活动和成果,期间和之后也未看到有关对“现行律民事有效部分”的立法活动。由此也导致“现行律民事有效部

分”这一法源有以下的特殊性和适用难题。

第一,从法律呈现形态来看,“现行律民事有效部分”并非严格意义的制定法,无明确统一的内容范围。它是当时特殊时空背景下立法不完善的产物,虽然内容源自《大清现行刑律》,但《大清现行刑律》中的哪些内容构成“现行律民事有效部分”,在立法上未能将《大清现行刑律》继续沿用的各条挑出,未形成统一的法律文本样态。

无明确统一的内容如何适用于司法实践?这是摆在司法机关面前的第一道难题。作为当时最高司法机关的大理院,在适用“现行律民事有效部分”时,依据案件事实,援用“现行律”的律文或条例,通常以“现行律载”、“查律载”、“查例载”的表述形式,或者直接引用律(例)文,发挥类似于“法官造法”的功能,创造了大量的判决例和解释例,通过这些判决例和解释例,可以逐一确认“现行律民事有效部分”具体律(例)条的效力和内容。据笔者考证,《大清现行刑律》中的服制图、服制、名例、户役、田宅、婚姻、钱债、市廛门、斗殴、犯奸、河防门类共11门被继续适用^[6]。

第二,从内容性质来看,在经由删修《大清律例》而编订《大清现行刑律》的过程中,一些所谓应属典型的民事规定(如户役、田宅、婚姻、钱债等门)的律(例)文,并未实现所谓的“毋再科刑”,只是刑罚方式的变化,将《大清律例》中的死、流、徒、杖、笞等刑罚措施变成了死、遣、流、徒、罚金,其实并未完全去除刑罚措施^[6]。由《大清现行刑律》延续而来的“现行律民事有效部分”,也未事先通过立法程序去除刑事制裁,但却作为民事法源适用于民初的民事司法审判,甚为特殊。

相关条款未去除刑事制裁措施如何用于民事审判?这是司法机关遇到的第二大难题。经过研究发现,大理院的处理依循这样的逻辑。

首先,对于那些违反“现行律民事有效部分”但确实应受刑事制裁的行为,则适用《暂行新刑律》调整,即刑事的归刑事,民事的归民事。

其次,对于那些仍带有刑罚制裁效果且适用于民事审判的律(例)文,去除制裁的方式有两种:一种是以明示方式除去去除制裁部分,在判决中直接表明“关于治罪一节不适用”或“处罚一节不再适用”。第二种是以默示形式,或直接在裁判中略去制裁后果,或在判决中虽引用带有制裁措施字眼的条文,但会按照民事的逻辑得出相应的后果。

最后,去除制裁部分后,在行为模式和法律效果

上转变方式有3个:一是大理院的推事们运用近现代西方民法理论和方法,将《大清现行刑律》中的刑事法规解释为“禁止规定”或“强行规定”,从而转化成民事法规而进行援用,民事行为如果违反刑法的强行规定,效力或属无效,或得撤销;二是对于违背“现行律”规定的行为,大理院会在“无效”和“可撤销”之外,直接创设新的法律效果;三是大理院的法曹们依据行为的内容本身,斟酌案情实际和律条原意,直接推演出其它相应的行为模式作为法律效果^[6]。

第三,从法律精神来看,由于“现行律民事有效部分”是《大清现行刑律》在民初生命力继续,虽然大总统令明文宣称与国体抵触的前清法令并非继续有效,但是以传统价值作为基础而编定的《大清现行刑律》,基本上是对中国传统社会秩序和社会关系的维持,这与民国宣示的自由平等理念是有所背驳的。

面对“旧的律文如何适应新的社会情势和法律制度”这一难题,研究大理院判决(例)和解释例可知,其具体方法有:运用法律解释,探求律条的内涵和意旨;兼顾法律条文和情理,妥当处理判例间的冲突;运用类推,补充漏洞;假借律(例)文,援引其它法源。新的法学方法的运用,对大理院调适“旧律文”与“新社会、新制度”之间的矛盾起到了重要的作用,保证了“现行律民事有效部分”的正常运转^[6]。

大理院克服“现行律民事有效部分”适用难题的过程,也是透过司法实践将“旧刑律”调适为“新民法”的过程,经由法律概念的对接、民法理论的融合和权利观念的渗透,完成了对“现行律民事有效部分”的创新。民初接近二十年的司法适用进一步证明了传统法律的存留并非是落后的反动之举,在消解立法与大众冲突的同时,实践中也产生了适应社会需求的法律原则与规则,实现了对固有法律的继承与创新。

五、结语

著名历史学者杜维运曾语:“历史的精彩之处,往往就在变与不变之间。”^[18]也许是各种因缘巧合,源自《大清现行刑律》的“现行律民事有效部分”在正值中国社会更迭,新旧法制交替的民国初年,承中国传统法之续而实施近二十年,大理院扮演“摆渡人”的角色,以“现行律民事有效部分”为载体,折中权衡中西法理,从法律概念、法学理论、民法原则到

权利观念,对其进行改造和创新。在那个所谓“军阀混战”“生灵涂炭”的北洋政府时期,却创造了近代中国法制史上“另类的精彩”。而经过立法与司法“合力作用”下的“现行律民事有效部分”,它的适用促使完整意义上的民法近代化进一步推进,其虽为过渡之用,却构成了民法近代化历程中古今中西民法交汇的“枢纽”。

参考文献:

- [1] 黄源盛.民初大理院与裁判[M].台北:元照出版有限公司,2011.
- [2] 黄源盛.法律继受与近代中国法[M].台北:元照出版有限公司,2007.
- [3] 黄圣棠.大理院民事判决法源之研究(1912~1928)[D].台北:台湾政治大学,2003.
- [4] 上海商务印书馆编译所.大清新法令1901-1911点校本:第7卷[M].曾尔恕,薛梅卿,杨育棠,点校.北京:商务印书馆,2010.
- [5] 陈新宇.“分别民刑”考——以《大清现行刑律》之编纂为中心[J].法制史研究,2006(10):253-282.
- [6] 段晓彦.《大清现行刑律》与民初民事法源:大理院对“现行律民事有效部分”的适用[J].法学研究,2013(5):142-161.
- [7] 故宫博物院明清档案部.清末筹备立宪档案史料[M].北京:中华书局,1979.
- [8] 汪庆祺.各省审判厅判牍[M].李启成,点校,北京:北京大学出版社,2007.
- [9] 李启成.晚清各级审判厅研究[M].北京:北京大学出版社,2004.
- [10] 中国科学院近代史研究所.辛亥革命资料[M].北京:中华书局,1961.
- [11] 黄源盛.大理院民事判例辑存(总则编)[M].台北:元照出版有限公司,2012.
- [12] 李贵连.二十世纪初期的中国法学(续)[J].中外法学,1997(5):3-22.
- [13] 费正清.剑桥中华民国史[M].杨品泉,译.北京:中国社会科学出版社,1993.
- [14] 费孝通.乡土中国生育制度[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [15] 李琳.《现行律民事有效部分·婚姻门》研究[D].北京:中国社会科学院,2009.
- [16] 凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:中国大百科全书出版社,1995.
- [17] 曾代伟.《暂行新刑律》辨正[J].法学研究,1987(6):78-81.
- [18] 杜维运.史学方法论[M].北京:北京大学出版社,2006.

From criminal law to civil law: a study on forming of “The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs”

DUAN Xiao-yan^{1,2}

(1. School of Law, Fuzhou University, Fuzhou 350108, Fujian, China;

2. School of Law, Jilin University, Changchun, 130012, Jilin, China)

Abstract: “The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs” was the basic civil law in early Republic of China. Analysis suggests that its content, structure, and the implementation in late Qing Dynasty are the important basis. It’s objective that political and legal environment caused the deficiency of legal resource of civil trial law. The deeper reason is that there was no fundamental change in economic and social foundation of China’s society at that time. “The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs”, which was the resultant action of legislation and judicature, promotes the further development of civil law modernization. It is for the transition, yet it served as a “bridge” communicating the imperial China and modern Chinese civil law in Modernization of Chinese civil law.

Key words: *The Great Qing Current Criminal Law*; “The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs”; legal resource; Dali Yuan; modernization of Chinese civil law

(上接第 84 页)

the noumenon; symbiotic axiology seeks the value orientation of harmonious coexistence among subjects; symbiotic ethnics includes two concepts, symbiotic justice and symbiotic duty, aiming to realize the promotion of social welfares; symbiotic development mainly involves the improvement of symbiotic relationship, the improvement of symbiotic order, and the optimization of symbiotic structure, aiming to realize the symbiotic development of all kinds of civilization. As to current time dilemma and civilization crisis, symbiotic philosophy reexamines and interprets the subjectivity, the axiology, the ethics and the historical outlook on development from the perspective of symbiosis, providing a unique perspective and analysis dimension for the research of social phenomenon and problems.

Key words: symbiosis; symbiotic philosophy; symbiotic ontology; symbiotic axiology; symbiotic ethics; symbiotic development