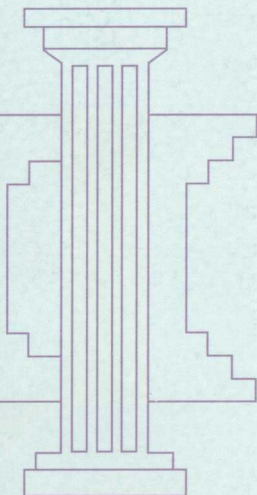


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

民法物权

〔日〕松冈义正 口述 熊元楷 编 李明倩 点校

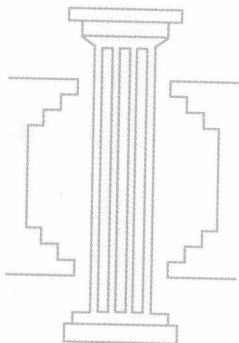


上海人民出版社



014043881

D913.04
456



「日」松冈义正 口述 熊元楷 编 李明倩 点校



民法物权

宋民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

D913.04
456



北航

C1731745

上海人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

民法物权/(日)松冈义正口述;熊元楷编;李明倩点校. —上海:上海人民出版社,2013
(清末民国法律史料丛刊. 京师法律学堂笔记)
ISBN 978-7-208-11953-6

I. ①民… II. ①松… ②熊… ③李… III. ①物权法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 287098 号

责任编辑 曹怡波

封面装帧 王晓阳

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

民法物权

[日]松冈义正 口述

熊元楷 编

李明倩 点校

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 15.5 插页 4 字数 158,000

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11953-6/D·2405

定价 38.00 元

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

民法物权

京學
師堂
法筭
律記

总 序

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本

学术问题,并未因时光流逝而丧失其价值。相反,这些问题对于当代法学教育工作者而言,仍然意义重大,具有不可替代的参考作用。

法律辞书的编纂汇集了民国时期法律学者的群体智慧和力量,选入本丛刊的民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》即为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬堂等十余位著名法学家的倾心合力之作。该辞书收录了中外重要的法律名词、中外法学家与立法者的生平简介、各种法律制度及相关重要事件,并对通用术语附有英文、德文、法文、意文、拉丁文等5种语言,成就了西方规范化学术成功嫁接到中国传统法律资源的典范。

清王朝的迅速灭亡以及随后十余年中国政局的动荡大大延缓了中国建设近代国家法制框架的进程。至南京国民政府成立,国内政局大体得以稳定。南京国民政府在详细参酌中外立法的基础上,短短数年间,建立了中国近代法的完整体系。“汉译六法”的出版对这一体系的形成功不可没。其所述者,或可激活我们对现代外国法学研究核心问题的深思凝虑。

清末及民国时期大学法律教育的基础讲义、法律辞书以及“汉译六法”奠定了中国近代在接受西方法律传统的同时构建自身法学知识谱系及其价值内涵的文本基础。本丛刊遴选出的书卷各本受制于一己之认识,偏颇难免,然我们秉承开放心态,尽可能纳入诸种重要作品,力求达至开放性及代表性之旨意。

囿于出版年代久远及书籍保管不善,这些法律史料已不便直接翻阅,藏有这些史料的图书馆也多将其作为特藏书,给借阅者加以

诸种限制。如本丛刊的出版能为广大读者带来查阅、研习之便利，那将是对我们精心整理这些文献的最大回馈。

是为序。

何勤华

华东政法大学外国法与比较法研究院

2013年12月1日

点校者序

20世纪初,清政府迫于内忧外患的种种危机,开始变法修律。与之相伴的是晚清新式法学教育的蓬勃开展。沈家本在为冈田朝太郎的《法学通论讲义》题写的序言中曾经提到:“余恭膺简命,偕新会伍秩庸侍郎修订法律,并参用欧美科条,开馆编纂。伍侍郎曰:‘法律成而无讲求法律之人,施行必多阻阂,非专设学堂培养人才不可。’余与馆中同人金甌其议。于是奏请拨款设立法律学堂,奉旨俞允。”^①

1906年9月,应修律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请,清政府创办了京师法律学堂,它是中国历史上第一所专门的官办法律学堂^②。此后,法学教育蓬勃发展,自1906年京师法律学堂创立始,全国兴起了一股学法的热潮,中国的法学教育也步入了一个全新的阶段。京师法律学堂主要招收清政府各部属员,学制仅三年^③,毕业后“派

① 沈家本:《寄穆文存》卷六,“法学通论讲义序”。

② 中国历史上开办讲授近代法律的第一个教育机构是1895年创办的天津中西学堂,它也是中国第一所近代性质的大学,设立之初即有法科,时称“律例学门”。参见刘伯穆:《中国的法学教育——现状、问题与方向》(1923年国际律师协会第三届年会论文),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。

③ 参见李贵连:《二十世纪初期的中国法学(续)》,载于《中外法学》1997年第5期。

充京外警务裁判官。其部署及各省按察司应用人员”^①。同时,为了保证教学质量,传播新式法律知识,沈家本“乃赴东瀛,访求名士”^②,请来了冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎等日本法律精英。这些日本法律学者来华,在帮助立法修律的同时,还在法学教育之中充当了重要角色。据统计,1909年,在华从事法政教育的日本教习共有19人,仅次于理科教育与实业教育的教习数量^③。

与此同时,具有开拓视野的日本学者们还带来了最新的法律资料。以京师法律学堂讲师所授为蓝本,由安徽宿松熊氏三杰熊元翰、熊元楷、熊元襄等人编辑,1911年安徽法学社出版的《京师法律学堂笔记》正是这一时期法律教育的内容写照。这套教材自然成为了当时法律人的必读书目,也是中国法律近代化的晚清样本。

二

无论晚清的变法修律还是法学教育,日本法无疑都是扮演了最为重要的参照角色。松冈义正,便是传播日本法、帮助中国建构新型法律体系的一位日本学者代表^④。

松冈义正(1870—1939),日本著名民法学家。1892年毕业于东京帝国大学法科,曾获得法学士学位,并于1916年被授予法学博士学位。在1906年来华前,他任东京上诉法院推事。1906年被修律

① 《北京五日报》,第20期,光绪三十二年五月六日。

② (清)沈家本:《法学通论讲义序》,载于《寄簃文存》卷六,第26页。

③ 汪向荣:《日本教习》,中国青年出版社2000年版,第176页。

④ 清政府最初选定聘请的日本法律学者有四位,即冈田朝太郎(刑事法)、松冈义正(民事法)、志田钾太郎(商法)和小河滋次郎(监狱学)。他们四人既帮助立法修律,又承担法律教育工作。四人之外的其他日本学者,往往只担任法律学堂的教习,而不承担立法工作。参见李贵连:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版,第98—99页。

馆重金聘请为法律顾问。在和清政府约定的三年聘期里,他在法律学堂承担了民法总则、物权、债权、亲族法、相续法、民事诉讼法和破产法的讲授^①。而当时这些法律,中国都没有现成的文本,所以,他基本上就是以日本的相关法律和理论为讲授依据。冈田朝太郎、岩井尊闻等几位日本学者的授课情况基本类似。

熊元楷是松冈任教京师法律学堂期间的优秀学员之一。熊元楷(1880—1961),字矩恒,小字养廉,学籍邑廪生,光绪丙午会考优贡第十七名,丁未科朝考一等第七十六名籤分江苏补用知县^②。与其兄熊元翰一同考入京师法律学堂乙班,1911年以最优等^③成绩第四名毕业,成绩为八十二分三七,给副贡出身^④。历任江苏吴县地方检察厅检察官^⑤、直隶高等审判厅推事^⑥、直隶第一高等检察分厅检察官^⑦、司法官甄录试及初试监事委员^⑧,1922年派任上海地方检察厅主任检察官^⑨、1931年又任司法部行政部科长等职务^⑩。在职期间熊

① 李政:《中国近代民事诉讼法探源》,访问网站 <http://www.aisixiang.com/data/22675.html>,访问日期 2013 年 8 月 25 日。

② (清)张灿奎等纂:《中国地方志集成 安徽府县志辑 14 民国宿松县志(一)》,江苏古籍出版社 1998 年版,第 458 页。

③ 此处的最优等需要说明一下,1911 年京师法律学堂乙班毕业及甲班补习学员,除因病未考及扣考各生外,共计应考学员三百六十三名。按平日学期分数平均计算依次排列取,最优等九名,优等九十一名,中等一百六十一名,下等八十名,最下等二十二名,中等以上者均奖给副贡出身(参见《奏设政治官报》,文海出版社 1965 年版,第 76 页。)

④ 《奏设政治官报 42》,文海出版社 1965 年版,第 76 页。

⑤ (清)张灿奎等纂:《中国地方志集成 安徽府县志辑 14 民国宿松县志(一)》,江苏古籍出版社 1998 年版,第 458 页。

⑥ 《司法公报》1916 年第 65 期,第 47 页。

⑦ 震旦月报馆编:《近代史料丛刊三编 第 38 辑 震旦月报 第 2 册》,文海出版社 1988 年版,第 227 页。

⑧ 《政府公报》1919 年七月二十五日第一千二百四十五号命令,第 145 册第 584 页。

⑨ 《政府公报》1922 年 1 月 15 日二千一百十号议决书,第 184 册第 171 页。

⑩ 《司法公报》1931 年第 149 期,府令四。

元楷审判过著名案例,单单《华洋诉讼判决录》中就记载了其许多断案案例,例如《周筱舫与德商北清商务公司因批货纠葛一案》、《徐永元与华顺洋行因债务纠葛一案》、《朱云卿与恒丰洋行因债务纠葛一案》等^①。

如前所述,熊氏兄弟等人对京师法律学堂日本教习的讲义整理编辑,传播开来,描绘出近代法律部门的轮廓。这不能不提到其进行法学传播的阵地——安徽法学社。

1909年,熊元楷与同为京师法律学堂毕业的熊元翰、熊元襄,以及同窗熊仕昌等人共同筹措资金,在北京琉璃厂西头、商务印书馆对门电话南局121号的北京棉花上六条创办了安徽法学社,这是当时国内第一个传播西方法学原理和法律制度的民间出版组织^②。该社一方面编辑发行法律书刊,另一方面还广泛开展法律学术研讨活动。

自创社以来,短短的十年间,安徽法学社就出版了一系列丛书,而且内容质量堪称经典,许多书目一版再版,供不应求。粗略统计了安徽法学社1911年至1918年出版书目^③,附表如下:

书 名	著 者	编辑者	出版时间
《法学通论》	冈田朝太郎	熊元翰	1911年
《法学通论·宪法》	冈田朝太郎	熊元翰	1911年
《国法学上》	岩井尊闻	熊元翰	1911年
《国法学下》	岩井尊闻	熊元翰	1911年

① 参见直隶高等审判厅书记室编:《华洋诉讼判决录》,何勤华点校,中国政法大学出版社1998年版,第30—291页。

② 关于熊氏三杰,详见沈伟:《熊辑〈京师法律学堂笔记〉的那些人那些事——走近熊氏三杰与安徽法学社》,全国外国法制史第26届年会论文集(尚未出版),第228—240页。

③ 《现行刑事法规大全》为熊元襄等人编辑,槐荫山房出版发行,该表引自沈伟:《熊辑〈京师法律学堂笔记〉的那些人那些事——走近熊氏三杰与安徽法学社》,全国外国法制史第26届年会论文集(尚未出版),第228—240页。

(续表)

书 名	著 者	编辑者	出版时间
《刑法总则》	冈田朝太郎	熊元翰	1911 年
《刑法分则》	冈田朝太郎	熊元翰	1911 年
《民法总则上》	松冈义正	熊元翰、熊元楷、熊元襄	1911 年
《民法总则下》	松冈义正	熊元翰、熊元楷、熊元襄	1911 年
《民法物权》	松冈义正	熊元楷	1911 年
《民法债权总论各论》	松冈义正	熊元楷、熊元襄	1911 年
《商法第一编总则》	志田钾太郎	熊元翰	1911 年
《商法·会社、商行为》	志田钾太郎	熊元襄、熊仕昌	1911 年
《商法第四编·有价证券、船舶》	志田钾太郎	熊元楷、熊元襄、熊仕昌	1911 年
《法院编制法》	冈田朝太郎	熊元襄	1911 年
《刑事诉讼法》	冈田朝太郎	熊元襄	1911 年
《民事诉讼法》	松冈义正	熊元襄	1911 年
《破产法》	松冈义正	熊元楷、熊仕昌	1911 年
《监狱学·附监狱律》	小河滋次郎	熊元翰	1911 年
《国际私法》	志田钾太郎	熊元楷、熊仕昌	1911 年
《平时战时国际法》	岩井尊闻	熊元翰、熊元襄	1911 年
《经济学》	未署名	熊元楷、熊元襄	1912 年
《财政学》	未署名	熊元楷、熊元襄	1912 年
《熊氏判牍》	熊元翰	/	1914 年
《约章新编》	熊元育	/	1914 年
《国际诉讼条约》	熊元翰	/	1914 年
《现行法令解释汇编》	熊元翰等	/	1914 年
《熊批史阙》	(明)张岱	熊佐虞	1918 年
《检察制度》	熊元翰, 熊材达	/	1918 年

上表中前二十二册即是著名的《京师法律学堂笔记》：第1册《法学通论》（冈田朝太郎，以下简称冈田）、第2册《法学通论·宪法》（冈田）、第3册《国法学上》、第4册《国法学下》（均为岩井尊闻）、第5册《刑法总则》、第6册《刑法分则》（均为冈田）、第7册《民法总则上》、第8册《民法总则下》、第9册《民法物权》、第10册《民法债权总论各论》（均为松冈义正）、第11册《商法第一编总则》、第12册《商法·会社、商行为》、第13册《商法第四编·有价证券、船舶》（均为志田钾太郎）、第14册《法院编制法》、第15册《刑事诉讼法》（均为冈田）、第16册《民事诉讼法》、第17册《破产法》（均为松冈义正）、第18册《监狱学·附监狱律》（小河滋次郎）、第19册《国际私法》（志田钾太郎）、第20册《国际法》（岩井尊闻）、第21册《经济学》、第22册《财政学》（此两册未署原著者名）。由于该套讲义涉及法学之各个学科，故对中国近代法学的诞生与成长起了巨大的作用。

三

《民法物权》一书由熊元楷基于松冈义正所讲授内容，参酌松冈氏著作编辑而成。共11章，基本章目与主要内容如下：

章次	章名	主要内容
第一章	物权法之概念	规定物权法之概念、内容以及全书体系
第二章	物权总论	规定物权的意义、种类、效力、取得、丧失以及对抗
第三章	占有权	规定占有权的意义、种类、效力、取得、变更、消灭、准占有以及共占有
第四章	所有权	规定所有权的意义、种类、内容、限制、效力、取得及丧失方式

(续表)

章次	章名	主要内容
第五章	地上权	规定地上权的起源、意义、效力、取得及消灭方式
第六章	永小作权	规定永小作权的起源、意义、效力、取得及消灭方式
第七章	地役权	规定地役权的起源、意义、种类、效力、取得及消灭方式
第八章	留置权	规定留置权的起源、意义、效力、取得及消灭方式
第九章	先取特权	规定先取特权的起源、意义、种类、顺位、效力、取得及消灭方式
第十章	质权	规定质权的起源、意义、种类、效力、取得及消灭方式
第十一章	抵押权	规定抵押权的起源、意义、效力、取得以及消灭方式

需要说明的是,松冈先生为中国起草民法时,并未设置先取特权规定,故讲授时亦从省略。因此该书第九章“先取特权”,系熊元楷编辑时,特别补辑,以阐明日本民法体系。

《民法物权》一书对我国后继的民法体制特别是物权法体系的建立产生了实实在在的深刻影响。本文将撷取书中在当时具有开拓性和先进性的若干原则与制度,简要分析该书特色之处及对后世影响。

第一,形成了最初在中国讲授的物权法知识框架。自1896年物权概念被写进《德国民法典》之后,物权法就如同春草般蔓延开去,为许多国家所接受,如日本、瑞士、意大利、奥地利等,并且作为《民法典》的基干法律加以对待。反观我国,学界对中国历史上有无民法意见分歧,即便存在一些民事法律规范,也因为长久以来“诸法

合体,以刑为主”,而湮没于浩瀚的刑事法律规范中,更不要说形成独立的民法体系,而物权、物权法等概念、制度在我国古代法律中也是难觅踪迹。晚清正是我国尝试为物权立法的第一个阶段。这主要赖于松冈义正在京师法律学堂讲授的民法物权课程,第一次将近代大陆法系物权法的知识体系完整地输入中国。

其讲义体系以及结构安排,也影响了民国时期物权法著作的体系框架。比如,民国时期著名法学家曹杰的《中国民法物权论》于1937年由上海商务印书馆出版,全书共分绪论和本论两个部分。绪论里,设第一章,物权法概论;第二章,物权概论。涉及物权通则、所有权、地上权、永佃权、地役权、抵押权、质权、典权、留置权、占有权等十章,另有附录一篇。其主要原则和基本制度都受到松冈氏的影响。

第二,奠定了中国物权法指导理念的基本走向。松冈在授课过程中旁征博引,充分展现其对西方法学原理的熟识,介绍了诸多西方国家的相关法律制度和法律文化,几乎在介绍每项法律制度时都会溯源罗马法,进而介绍历史上法国法、意大利法、德国法以及日本法对此的认知。在这个过程中,松冈并没有全盘照抄《日本民法典》,而是直奔《德国民法典》,将大陆法系德国民法的概念体系引入中国。松冈义正等人在本国自接受法学教育时起即深受德国法学的影响,在帮助中国制定民法典之时,可能认为日本民法典的个别规定不尽合理,因此将德国法学的某些观点和主张吸收进来^①。这不仅体现在《民法物权》的编排与内容中,还体现在《大清民律草案》之

^① 孟祥沛:《〈大清民律草案〉法源辨析》,载《清史研究》2010年第4期。

中。这部草案虽然由于清朝的覆亡而未及正式颁行,但却为民国政府有条件地加以援用,并为以后历届政府编纂更加完善的民法典奠定了基础。

松冈作为《大清民律草案》的主要指导人和直接起草者,使草案五编编名和次序,与《德国民法典》完全相同,而不全同于日本民法典,体例结构取自德国民法典。特别是在物权编中主要规定了对各种形式的财产权的法律保护及财产使用内容等^①。物权编的章目分配与《民法物权》多有共通。

《大清民律草案·物权编》共7章164条,基本章目与主要内容如下^②:

章次	章名	条 目	主 要 内 容
第一章	物权通则	第 978—982 条	规定物权的基本概念、物权分类、产生及消灭
第二章	所有权	第 983—1068 条	规定所有权通则、不动产所有权、动产所有权、共有
第三章	地上权	第 1069—1085 条	规定地上权的产生、地上权人的权利义务、消灭
第四章	永佃权	第 1086—1101 条	规定永佃权的产生、永佃权人的权利义务、消灭
第五章	地役权	第 1102—1124 条	规定地役权的产生、永佃权人的权利义务、消灭
第六章	担保物权	第 1125—1260 条	规定担保物权的通则、抵押权、土地债务、不动产质权、动产质权
第七章	占有	第 1261—1360 条	占有的产生、种类、占有人的权利义务、消灭

① 具体可参见熊元楷编辑:《民法物权》,安徽法学社刊行,物权总论部分。

② 松冈先生所拟《大清民律草案·物权篇》的体系,详见杨立新点校:《大清民律草案·民国民律草案》,吉林人民出版社2002年版。