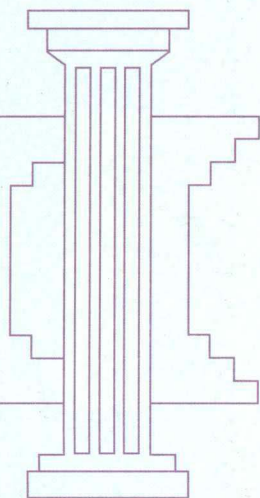


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

国法学 (上)

「日」岩井尊闻口述 熊元翰编 高珣点校



上海人民出版社



清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

国法学（上）

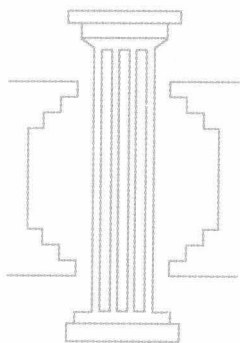
上海人民出版社



〔日〕岩井尊闻 口述 熊元翰 编 高珣 点校



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FOUNDATION



图书在版编目(CIP)数据

国法学. 上/(日)岩井尊闻口述;熊元翰编;高
珣点校. —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 978-7-208-11980-2

I. ①国… II. ①岩… ②熊… ③高… III. ①国法—
研究 IV. ①D997.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 296947 号

责任编辑 屠玮涓

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

国法学(上)

[日]岩井尊闻 口述

熊元翰 编

高珣 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 8.75 插页 4 字数 88,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11980-2/D·2412

定价 22.00 元

京師法律
學堂
算記

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

一、关于该丛书

晚清新政时,在沈家本、伍廷芳等人的倡导下,清政府开始设立法律学堂,以培养和储备裁判人才,满足变法修律所需。1906年清政府建立起中国历史上第一所官办“法律学堂”,后改名为“京师法律学堂”,沈家本为管理该法律学堂的事务大臣。熊元翰、熊元楷、熊元襄三兄弟曾就读于此,并以优异成绩毕业。毕业后,他们于1909年筹集资金,在北京创办安徽法学社。该社一面开展各色法学研讨,一面编辑发行各类法律书刊,开清末民初西方法学传播之先河。他们将自己在京师法律学堂学习时所记录的听课笔记整理出版,称之为《京师法律学堂笔记》,也有称为“法律丛书”的,丛书共计二十二册,基本上涵盖了当时京师法律学堂开设的全部法律课程。这套丛书是安徽法学社发行的各类书刊中影响最大的。

本书《国法学》(上)为“法律丛书”的第三册,与第四册《国法学》(下)组成完整的《国法学》。根据书中例言所示,该书为“日本岩井氏所讲述,岩井氏讲义甚略,而口译甚繁。编者斟酌损益,略者补之,繁者删之,不合中文体例者改正之。稿凡数易,而后成书”。可见,影响本书内容的有三位人物,一为原讲授者日本的岩井尊闻教授,二为口译者,三为编辑者。

京师法律学堂的师资主要来自日本,冈田朝太郎、志田钾太郎、松冈义正、小河滋次郎等是其中的重要代表。他们大多曾任教于日本大学,既是著名的法学家,同时亦有丰富的实践经验。他们在中国既在京师法律学堂讲课,又直接参与到晚清的变法修律之中。与上述四位赫赫有名的人物相比,本册的讲授者岩井尊闻在近代中国的名气与影响力要小许多。据第四册《国法学》(下)的点校者,毕业于日本京都大学的魏敏博士考证,岩井尊闻毕业于东京帝国大学法学部,毕业后被任命为海军负责会计的中尉,还曾参与日俄战争,战后被清政府聘任在法律学堂任教三年,期满后回国从事律师职业。他早年学习德国法,从中国任教回日本执业以实务工作为主,从事商事、刑事方面的法律实务工作,未见有影响的专著。魏敏博士考证,清政府聘任岩井氏的月俸为银 350 元,与志田钾太郎的银 950 元、冈田朝太郎的银 850 元、松冈义正的银 800 元、小河滋次郎的银 800 元相比,不及其余四人的一半。虽其余四人或多或少参与清廷的修律工作,但岩井氏不及他们的一半,可看出影响力要小许多。从其经历亦可以看出,岩井氏来中国之前,并未担任教学工作,选择讲授《国法学》,可能与其早年学习德国法有关,书中的观点可见受德国法影响的痕迹。

关于本书的翻译者,该册中没有明确注出,参考其他资料,当时在京师法律学堂帮助课堂翻译的,有曹汝霖、章宗祥、江庸、汪有龄等。^①他们的翻译多为口译,且在翻译时会根据讲课情况进行一定的阐释,因此本册例言中讲“口译甚繁”。基于他们多是留学日本学习

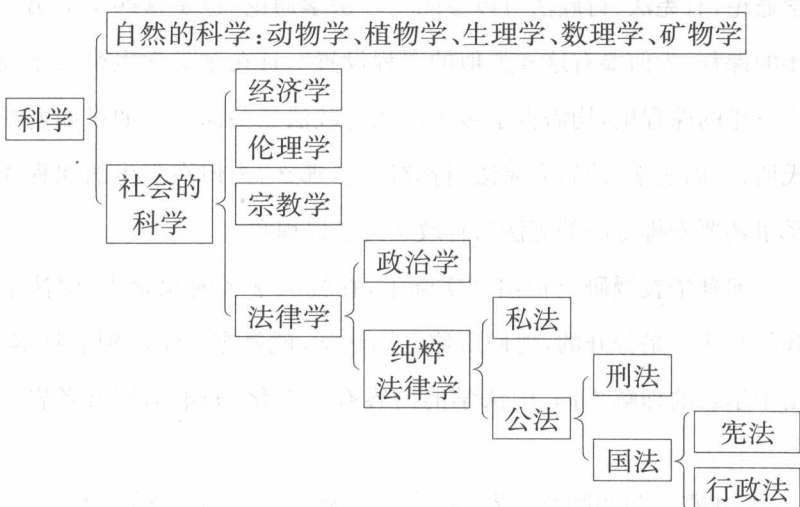
^① 庞昭、邝良锋:“留日法政学生与近代法学体系的构建”,载《学术论坛》2011 年第 5 期。

法律的中国人,他们的翻译应是相对准确的。编辑者在编辑时,“斟酌损益,略者补之,繁者删之,不合中文体例者改正之”,由于是对课堂讲授的翻译,与学术专著相比,在编辑成书时,需要编辑者所做的加工是比较多的。本册的编辑者为熊元翰(1873—1950),字砚恒,安徽宿松人,为三兄弟之长,他是光绪二十八年(1902)的举人,初任吏部主事,后考入京师大学堂法科,以优异成绩毕业,担任过京师地方审判推事和民二庭庭长,是中国早期接受近代法学教育、推动法制近代化的代表。

二、何谓国法学?

本册题为《国法学》,但何为“国法学”?当时的人们是如何认识“国法学”的?今天我们为何不提“国法学”了?

本册内容中并没有对国法学进行定义,仅提到国法学之位置及其分类,如下图所示:



岩井氏从划定研究范围出发,认为“国法学者,以研究宪法、行政法为目的之科学也”。据何勤华教授研究:“国法学(die Wissenschaft des Statsrechts)一语,是德国学者的创造,其体系的奠定,是由伯伦知理(J. K. Bluntschli, 1808—1881)于19世纪60年代完成的。在19世纪60年代以后出版的德国宪法学著作中,一般都称宪法学为国法学,如伯伦知理的《一般国法学》(1855年)、前述盖尔伯的《德国国法学纲要》、拉邦德的《德意志帝国国法学》,都是以国法学命名的。日本学术界继承了德国的模式,在初期的宪法研究中,其成果大多也是以国法学的名义发表的,如一木喜德郎(1867—1944)的《国法学》(1899年)、有贺长雄(1860—1921)的《国法学》(上、下,1901—1902年)等。”^①正是在此背景下,出现了岩井氏的这册《国法学》。

但我们仔细查阅京师法律学堂的课程设置,“国法学”为其三年制“正科”学生第一年的学习课程。而在该册例言中有“冈田氏讲法学通论,有宪法、行政法可以参照”。“法学通论”也是这些学生第一年的课程,为何要有这样类似的课程设置?且在这类学生第二年及第三年的课程里,均需再学习宪法及行政法二门课程。如果如岩井氏所言《国法学》即研究宪法、行政法的,那么,为何在学生的课程体系里还要安排专门的宪法与行政法宪法课程呢?

何勤华教授研究指出:“实际上,在德国学者的观念中,国法学和行政法学是分开的,他们所称之国法学,就是宪法学。到了日本,由于学者的理解不同,国法学的内容有了变化,如本书原著者岩井

^① 何勤华:“中国近代宪法学的诞生与成长”,载《当代法学》2004年第5期。

就认为,宪法与行政法关系密切,两者不可分离,如讲公用征收法,必先说明宪法上的规定,然后再阐述行政法上的方法,才能对公用征收法有一个完整的了解。因此,宪法与行政法应当合在一起讲。本书在讲到行政官厅时,大量内容就是行政法上的。20世纪20年代之后,日本学术界开始改变了这一做法,宪法和行政法开始分开(尽管研究者仍然是横跨两个领域,如美浓部达吉和佐佐木一等都是既搞宪法,又搞行政法),出版的作品也不再混在一起,国法学这一术语,也慢慢从法学领域消失。”^①可见,《国法学》包含宪法与行政法的提法可能与日本学者的理解有误有关,随着研究的深入,日本学界慢慢回归到与德国学者一样的国法学即宪法学的认识。但在岩井氏授课时,岩井氏所理解的国法学还存在,只不过可以想见得到,当时的争议日渐增多,于是作为一种介绍,在京师法律学堂的课程里,既安排了国法学,也安排了可能日益增加并为更多人认同的独立的宪法学与行政法学课程。

查阅上海图书馆近代馆的图书、报刊等资料,可以查到的关于“国法学”的著作记录共有14条,期刊论文记录49条。其中最早出版的是1902年由日本译书汇编社发行、由岩崎昌及中村孝所著的《国法学》,最晚出版的是1931年5月由上海商务印书馆出版的日本学者笈克彦的《国法学讲义》。从这些著作中可以看出,在这三十年历程里,对国法学的理解经历了与日本学界一样的变化。早期的著作多接纳国法学包含宪法与行政法的观点,至1931年由上海法学编译社著,上海会文堂新记书局出版的《国法学问答》就已不是了。

^① 何勤华:“中国近代宪法学的诞生与成长”,载《当代法学》2004年第5期。

在《国法学问答》中,第一条是这样的问答。“问:何谓国法学?”“答:最狭义之国法为宪法。国法学即宪法学。自来各国对于宪法学之观念,其种类有二:(一)一般宪法学;(二)特殊宪法学。一般宪法学者,研究一般国家宪法之学也;特殊宪法学者,分别研究各国宪法之学也。要之无论为一般,为特殊,皆不外为公法学之一种。故谓国法学为公法学之一种可也。”可见,此时讲的国法学已不包含行政法学。可见,由于20世纪初,日本学者将国法学的概念引入中国,但与国法学概念相关的争议也进入中国。至20世纪20年代后,日本学者明确国法学即宪法学后,中国学者也逐步采纳了这一概念。如是,于宪法学之外再加一个同一层级的曾引起争议的“国法学”已无必要,因此,日后的中国,也不再提国法学一说了。

三、本册内容简析

本册内容包括绪论及本论两部分。绪论解决两个问题,一阐释研究国法学须了解的相关问题。岩井氏介绍了研究国法学“宜知法律与政治之区别”、“宜知法律与政治之关系”、“宜知研究之目的”及“国法学之位置及分类”四方面内容;二阐释国法学之研究对象——国家。阐述“欲明国法学之根本观念,必先知国家”。认为国家为无制限的政治团体。本论部分在本册中包含两编,第一编阐述国家之根本观念,第二编介绍统治权之活动范围、领土及人民。

从本册阐述的内容来看,有不少观点值得称道。如书中提到的“女子为有人格”。“男女结婚,乃由于精神之作用,而夫妇之关系起”;又如“人民皆有一切行为之自由”;再如讲到人民的请愿权,岩井氏认为“有此规定,则人民得以之警醒国家之懈怠,维持个人之利

益”，等等，这些观点体现了对人的尊重，既有对传统处于男尊女卑地位下女子地位的尊重，也体现了在个人与国家的关系上，对个人权益的尊重。当然，书中也有不少观点未必有说服力或有些提法未必准确。如书中提政治团体之发达，认为经历游牧时代、封建时代、警察国家及法治国家四个时期。这种分期未必准确，且认为警察国家为封建国家的扩大等，未必具有说服力；又如书中说“中央集权，惟法国最先，故其成法治国亦最早”，也并不准确。作为课堂的讲授，许多观点可能是岩井氏个人的理解或讲课现场的即兴发挥，加上他本人原不是专门研究国法学的，因此这些不足是可以理解的。

全书还有两个突出的特点，第一，全书具有论理性较强的特点。全文内容的展开具有较强的逻辑性，在提出某一观点时，注意从逻辑上进行论证。论证时注意对各种可能性的一一排除，以自然得出作者的观点。这一写作风格在整册书中体现十分明显，当然，这也使得读者阅读起来较为费力，但深入其论证之中，会体会到逻辑的力量；第二，该书内容十分关注中国的问题，在讲到国家、领土、人民等问题时，在介绍完日本及其他国家的情况后，岩井氏往往还增加他对中国如何应对这些问题的建议，甚至有的建议是非常明确且有针对性的。

可以想见，在 20 世纪初期的中国，近代法学观念刚刚传入，当岩井氏在京师法律学堂讲授该门课程时，对于中国第一批的法科学生来讲，必然会带来最为直接且积极的影响。

四、其他需要说明的问题

笔者在点校时，所做的主要工作即标注标点，补缺漏及改正错

误之处。在笔者点校该书时,留下的最大遗憾是原文中涉及的外国人名、地名,大部分笔者无法查证。这些人名、地名有英文、德文或日文的,只是以音译体现,笔者很难查证。如“机关二字,英语曰握罗卡”,将“机关”音译为“握罗卡”,要不是前面有提“机关”二字,实在无法猜想得出“握罗卡”为“机关”。可能由于英语或德语先翻译为日语,再由日语翻译为中文,其中的偏差就很大了。所以,笔者在点校时,尽力从上下文中查到有效的信息,查证到部分的人名、地名,加上笔者不识德文或日文,给查证带来更大的困难,因此仍有很大部分,无法查证。还好这些内容不影响对本书的阅读。同时笔者也深感到今天我们在写作时,遇到外国人名、地名、书名等专有名词时,一定要写下原文,以方便阅读者查证。此外,对于一些读者一眼即能明白的一些近代用语,或读者能明白的一些日语用词,笔者均不修正或标注,以尽量保持与原文的一致性。

当然,由于时间及水平所限,点校工作肯定还有不少错漏,还请各位读者谅解。祝大家阅读愉快。

高 珣

写于 2013 年 10 月

凡 例

一、本丛书为“清末民国法律史料丛刊”之“京师法律学堂笔记”。由熊元楷、熊元襄、熊元翰编辑。

二、原书为竖排，现改为横排。原文中“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字，现统改为简体字。异体字在不损原意的情况下，径改之。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者，一律以现在通行之标点代之。

五、原书文字有脱讹倒衍者，点校者予以更正，并加注释说明。

六、原书对外来语之翻译文字，如国名、人名，一律保持原貌，加注释说明。

七、原书中有些字、词在现代汉语中依然保留其义项者，如“发见”、“豫审”等，一律不作改动。

八、原书无段落划分或段落划分不清者，在点校、勘校时做适当划分。

九、原书所引之事实、数字及其他相关资料确有错误者，加注释说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。

例 言

本编为日本岩井氏所讲述。岩井氏讲义甚略，而口义甚繁。编者斟酌损益，略者补之，繁者删之，不合中文体例者改正之。稿凡数易，而后成书。

讲国法学者，分宪法、行政法为两大部分，是为德国学派。岩井氏则谓宪法与行政法关系密切，须彼此互相发明。如讲公用征收法，必先说明宪法上之规定，次说明行政法上之方法，则所谓公用征收者，始能了然。故讲宪法时兼及行政法，而讲行政法时从略。

冈田氏讲法学通论，有宪法、行政法可以参照。

统治权之主体，德国学者有两说：第一说，以君主为统治权之主体；第二说，以国家为统治权之主体，而以君主为国家之机关。冈田氏主张第一说，岩井氏则主张第二说。两说各有理由，读者以己意判断，择善而从，可免墨守一家学说之弊。

编者识