

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

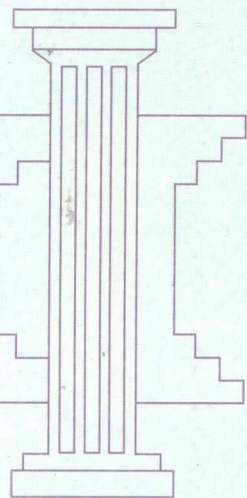
主编 何勤华

国法学 (下)

上海人民出版社



〔日〕岩井尊闻 口述 熊元翰 编 魏敏 点校



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 (下)

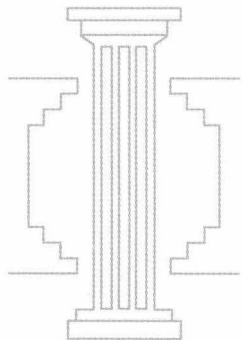
上海人民出版社



「日」岩井尊闻口述 熊元翰编 魏敏点校



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FUND PROJECT



图书在版编目(CIP)数据

国法学. 下/(日)岩井尊闻口述;熊元翰编;魏敏点校. —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 978-7-208-11988-8

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第310496号

责任编辑 屠玮涓

特约编辑 刘益民

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(下)

[日]岩井尊闻 口述

熊元翰 编

魏敏 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 20.25 插页 4 字数 211,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11988-8/D·2416

定价 48.00元

京師法律
學堂
英文
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,力求达至开放性及其代表性之旨意。

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

本书为京师法律学堂笔记系列之一，一般认为该系列笔记是安徽宿迁之熊元翰、熊元楷、熊元襄三兄弟与安徽凤阳之熊仕昌等人整理编辑而成，因此也简称为“熊氏辑《法律丛书》”。其使用的主要资料是京师法律学堂任职之日本法学专家主讲、浙江钱塘汪有龄口译的授课资料。作为刊行出版社的安徽法学社，乃熊元襄与胞兄弟熊元翰、熊元楷、熊元育筹措资金，于宣统元年（1909）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租用房屋创办，是当时国内第一个集中传播西方法学思想和法律知识的民间组织。本套《法律丛书》是其出版的众多法律丛书之一，计二十二册。本书乃其中之第四册，为《国法学》之下部。《国法学》由教习岩井尊闻讲授，分上、下两部（上部为丛书之第三册），为熊元翰所辑。熊元翰（1873—1950），字砚恒，乃三兄弟之长。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，并以优异成绩毕业，担任过京师地方审判厅推事和民二庭庭长，可见其深谙法学理论和当时的中国司法实践。熊元翰先生编辑法律丛书多册，但唯《国法学》的编辑多费工夫：“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。”^①因此本书的

^① 见本书“例言”。

内容除了岩井先生的书面讲稿以外,还多补充了其在讲台上口述的部分,加上熊元翰先生的删补,本书也就更有其不可替代的史料价值。以下,就对与本书相关的背景知识做一个简要的介绍,笔者学识有限,但祈对读者有所裨益。

一、京师法律学堂

1901年1月,光绪帝颁布上谕,决定实行新政。此次新政的内容包括改革行政制度、变法修律、设新式学堂、废科举、实行新的财经政策等。1905年4月,沈家本和伍廷芳联合署名向清廷上奏《删除律例内重法折》时便奏请了“拨款设立法律学堂”,言道:“在京师设一法律学堂,考取各部属员,在堂肄习毕业后,派往各省为佐理新政分治地方之用。”其后1906年,学部大臣孙家鼐向朝廷所上的奏本中又提及设法律学堂:“原奏内称,新律修订,亟须储备裁判人才。宜在京师设一法律学堂,考取各部属员,入堂肄习。毕业后派往各省,为佐理新政,分治地方之用。课程比照大学堂奏定学科,酌量损益。常经费,每年约银四万两,由各省分筹拨济。开办经费约需银三万两,请归户部筹拨……大学堂政治专科法律学门所列科目备详中西法制。原系储备佐理新政之用,惟须俟预备科及各省高等学堂毕业学生升入。现在预备甫设,专科尚未有人。伍廷芳等所请专设法律学堂,实为当务之急,自应准如所请。”如是,1906年10月,中国第一所官办法律学堂得以成立。沈家本被任命为管理该法律学堂的事务大臣。法律学堂最初直属修订法律馆,翌年改为法部直属,并正式改称为“京师法律学堂”。

学堂成立以后,沈家本和伍廷芳等人一起,制定了“设学总义

章”、“学科程度章”、“职务通则”、“讲堂规条章”、“礼仪规条章”、“图书馆规条章”“经费规条章”等规章制度,对学堂进行管理。法律学堂“以造就已仕人员研精中外法律,各具政治智识,足资应用为宗旨,并养成裁判人才,期收速效”。即招收清政府各部属员入学,毕业后派往各省,为佐理新政分治地方之用。其学制为二。

其一曰“正科”,三年毕业,课程设置如下。

第一年:大清律例及唐明律、现行法制及历代法制沿革、法学通论、经济通论、国法学、罗马法、民法、刑法、外国文、体操;

第二年:宪法、刑法、民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法、裁判所编制法、国际公法、行政法、监狱学、诉讼实习、外国文、体操;

第三年:宪法、刑法、民法、商法、大清公司律、大清破产律、民事诉讼法、刑事诉讼法、国际私法、行政法、财政通论、诉讼实习、外国文和体操。

其二曰“速成科”,一年半可毕业。速成科开设的课程有大清律例及唐明律、现行法制及历代法制沿革、法学通论、宪法大意、刑法、民法要论、商法要论、大清公司律、大清破产律、民刑诉讼法、裁判所编制法、国际法、监狱法、诉讼实习,共 14 门,其学制比较短,对理论性的课程多以“要论”的形式做简单介绍,并且没有外语和经济学等课程的设置。其目的是快速培养具有基本法学素养的学员,以使其在短期内成为政府急需的可用之法律人才。

京师法律学堂的师资主要为访求自日本的专家。首先是东京法科大学教授冈田朝太郎博士(1868—1936)^①。1906 年 9 月,沈家

^① 关于冈田朝太郎的学术研究可参考西英昭:“冈田朝太郎著作目録”,(日本)《东洋法制史研究会通信》第 15 号,2006 年 8 月 21 号刊行。

本以重金聘来冈田博士作为修订法律观调查员兼法律学堂教员。其除了参与法律学堂的课程教授以外,还参与刑律的修订。除冈田博士以外,法律学堂还聘请了其他专家学者。最初沈家本想聘请的是同为法学博士的大审院判事(即裁判官)板仓松太郎和大审院检事(即检察官)丰岛直通,但因为在薪金问题上双方未达成一致而作罢。其后日方又推荐与冈田博士同为东京法科大学教授兼东京高商教授的志田钾太郎博士,因其为商法专家,学术地位和冈田博士比肩,因此也要求与冈田博士相同待遇。但沈家本以法律学堂经费有限而委婉拒绝,并提出注重实践经验,即使没有博士学位亦可的条件。其后经过多番周折,沈家本在梅谦次郎的推荐下,于1906年10月还是以重金聘请了时任东京控诉院的部长判事(又被称为“松冈科长”,于1908年升任日本大审院判事)松冈义正(1870—1939),以担任民事法律方面的专家。其后于1908年5月和10月分别又以重金聘得监狱学专家小河滋次郎(1864—1925)(日本司法省监狱事务官)和之前为日本方推荐过的商法专家志田钾太郎(1868—1951)。根据南里知树先生所编的《中国政府雇佣的日本人》^①,这四位学者皆以“法典编成及法学教习”之职位为清政府所聘,其中除小河滋次郎以一年半为聘期外,其他三位学者皆以三年聘期为满。由于师资有限,各位学者除了担任各自所长的部门法教育以外,还分担一些其他的法律讲义。如冈田博士除了担任刑法学的课程以外,还教授法学通论、法院编制法等课程。

^① 《日中問題重要関係資料集》第3卷:《近代日中関係史料》第2集,南里知树编《中国政府雇用の日本人》,近代日中关系研究会,1976年出版。

二、岩井尊闻

关于京师法律学堂招聘的日本法律专家,现存之研究围绕前面所述之学者多有叙述,而对《国法学》之讲习者——岩井尊闻却很少涉及。那么,岩井尊闻是怎样一个人物呢?因为史料有限,很难完整地展现其经历,现就笔者所掌握的史料——叙述之。

首先是先生的研究领域。在日本的诸图书馆中可查阅到的学术论文和著作如下:(1)“不作为犯”;(2)“民事欺诈和刑事欺诈”;(3)《时事管见》(第1—3辑);(4)《新旧票据法异同辩要领》。^①由此,可以看出其研究领域涉及刑事、民事等,反而很少关于其在中国教授的“国法学”之相关研究。再由发行(3)和(4)的出版社之“岩井尊闻律师事务所”可知,其在20世纪30年代已经成立了自己的律师事务所。另外,在1915年的新闻报道中,还可寻得岩井先生作为民事案件中被被告的代理律师之信息^②。

其次是先生的身世。日本学者西英昭先生在其论文中通过《帝国大学出身名鉴》对岩井先生的身世进行了调查,其内容如下:岩井尊闻(1877.3.19—?),奈良县人岩井尊美之长子,在奈良县郡山中学、第五高等学校学习后,明治三十六年(1903)毕业于东京帝国大学法学部“独法科”(“独法”即德国法,笔者注),同年7月被任命为海军主计中尉(所谓“主计”乃指军队中负责会计的军人,笔者注),

① “不作为犯”,岡田朝太郎校阅发行《刑事论集》第1号,有斐阁1902年3月出版。“民事詐欺と刑事詐欺”,《刑事论集》第3号,有斐阁书房1903年4月出版。《時事管見》第1冊,大同书院1927年9月出版。《時事管見》第2輯、第3輯,岩井尊闻法律事務所1931年出版。《新舊手形法異同辯要領》,岩井尊闻法律事務所1932年10月出版。

② (日本)《法律新聞》,“講と掛込金の返還”,(大正)4年(ハ)第1253号,大阪区裁判所,1915(大正4)年12月15日刊行。

明治三十七年(1904)被任命为主计大尉,明治三十七年、三十八年参加日俄战争,依其功被授予旭日双光章勋五等鸚勋章。战后为清国政府所聘,兼任(日本的职位依然保留,笔者注)法律学堂教习三年,期满归朝。后登记为律师,在大阪开业。明治四十二年(1909)留学德国,于柏林大学研究商法、刑法,视察欧美各国后归朝,继续开展其律师业务至今。((《帝国大学出身名鉴》,校友调查会,1932年)^①由此可见,岩井先生谙熟德国法,并且其研究生涯并不长,虽然归国后有留学之经历,并研商法、刑法,然归国后最终还是以实务工作为主,而著述并不多见。

如是看来,岩井先生来华以前在日本学术界或者实务界似乎并没有多大影响,似乎也并没有关于国法学的专著。其法学本科毕业后就开始了海军中的文官生涯,那么作为为沈家本认同的、与冈田先生和松冈先生等其他日本专家同台教习的岩井先生是如何得以被聘请来华的呢?很遗憾,笔者所掌握的史料并不能给出答案,能找到的唯一联系就是冈田朝太郎先生校阅发行的《刑事论集》第1号就刊登了岩井先生洋洋洒洒的长达107页的“不作为犯”这一事实。冈田先生在该刊的发行说明中言道:当时日本关于刑法和刑事

^① 原文为:君は奈良県人岩井尊美の長男にして明治10年3月19日を以て生る。夙に奈良県郡山中学、第五高等学校を経て、明治36年東京帝国大学法学部独法科を卒業し、同年7月海軍主計中尉に任命、37年同大尉に任命せられ、37、38年日露戦役に従軍し、功に依り旭日双光章勲五等鸚勲章五級に叙せらる。戦後現役の儘清国政府に招聘せられ、法律学堂に於て教習三カ年なし、満期帰朝す。後ち弁護士を登録し、大阪に於て開業す。明治42年独乙に留学、柏林大学に於て商法刑法の研究をなし欧米各国を視察帰朝し、爾来引継ぎ弁護士を開業、一般法律事務に従事し現在に至る。(『帝国大学出身名鑑』(校友調査会・1932)イ(中)151頁)。详细参考西英昭:“清末民国时期法制關係日本人顧問に関する基礎情報”,《法史学研究会会報》(12),2007年刊行,第114—130页。

诉讼法的教科书、注释书、参考书等很多,但很少有举至今很少论及的、最有意思、很难于实践中适用的和被广泛运用的等等问题,通过调查其沿革、比较学说、参酌判例立法例来进行充分研究的单行本论说,《刑事论集》的刊行目的就在于补此遗漏^①。而作为该书刊的首次刊行,其所选的单行本论说就是岩井先生的大作。因此,可以推测出冈田朝太郎先生在来华之前就认识岩井先生,而岩井先生通过他的推荐来华亦不是全无可能。

另外,在《中国政府雇佣的日本人》所附之资料“中国政府僱聘日本人人名表(1903—1912)”^②中亦寻得岩井尊闻先生之名字,相关记载内容如下。

月俸	职名	司掌	在本邦之官职	被聘年月	期限	出生地
银 350 元	京师法律学堂教习	国际公法、国法学教授	海军大主计	M40, 11 (1907 年 11 月)	3 年	奈良

由此可知,岩井尊闻先生是在冈田先生和松冈先生之后被聘来华,主要担任国际公法和国法学的教习,签约年限亦为 3 年。至于其月俸“银 350 元”,这与前面所提四位专家的月俸差别颇大。如冈田先生的月俸为“银 850 元”,松冈先生的为“银 800 元”,在岩井先生

① 前注冈田朝太郎校閱发行《刑事论集》第 1 号,原文为:“刑法、刑事訴訟法に関し、今日まで日本文を以て公にされたる教科書、注釈書、参考書の類は、之を他の法令に関するものに比ねるに、其数頗る多し、而れども特に其中の題目にして、從來余り論及せざるもの、最も興味あるもの、適用上甚だ困難たるもの、極めて広く適用あるもの等に就き、沿革を調べ、学説を比較し、判例立法例を参酌し、十分なる研究を遂げたる単行論説に至りては絶無の姿なり、今回刑事論集の発行を企てたるは此欠点を補はんとする微意に出づ。”

② 前注南里知树所编《中国政府雇佣的日本人》附表 1。

之后被聘请的小河先生的月俸为“银 800 元”，志田先生的最高，为“银 950 元”。这一方面是因为这四位先生都是以修律调查员兼任法学教习的身份来华，而岩井老师并不担任修律的工作；另一方面也不得不考虑到四位先生或是法学博士并在日本国内为大学教授，或是在日本国内的司法机关任职，而岩井先生则任职于海军部队，其与学科的匹配性和学术地位等亦大有不同。

三、国法学

在京师法律学堂的课程设置里，国法学是作为基础学科设置在正科的第一年中，同时我们又可以看到，在第二年的学科中还设置有宪法学。那么，所谓的国法学又是什么呢？它和宪法学有什么差别？根据日语词典《大辞林》的解释，其对应的德语单词为 Staatsrechtslehre，意为：“1. 以国家为对象，从法学角度考察其法之性质、形态、权限的分配等的学问。2. 关于宪法的学问。”仅就这个解释来看，很难区分国法学和宪法学。日本宪法学者穗积八束在其《国法学》的讲义中言道：“凡为国法之材料者皆和民法及其他法律所出相同，并无为国法特设之法律”，并将国法的渊源分为：宪法、习惯法、国际条约、行政命令及基于自主权的法律规定、皇家的家法。^①由此，国法学中的“国法”二字不应该仅仅限定为“宪法”这一种法律。在熊元翰的总序中，将法律分为公法和私法，公法调整的是国家与个人的关系，而私法调整的是个人与个人的关系。同时公法中

^① 穗积八束述，永泷久吉编辑：《国法学》（东京法学院 23 年度第 3 年级讲义录），东京法学院明治 23（1890）年出版，第 1—5 页。

又包含两种,一种是“国家组织之法律”,即“国法”;一种是“统治人民之法律”,即“刑法”,并将“国法”定义为:“以研究宪法、行政法为目的之科学也”。由此可见,“国法学”在当时作为研究宪法和行政法的学问之统称。另外,在熊氏辑法学丛中除了《国法学》以外,还有冈田朝太郎先生的《法学通论》之“宪法”卷和“行政法”卷^①,被辑于本丛书的第二册。两者相较而言,虽然在体例之编排上大有不同,但内容所涉之范围并无大异。岩井先生并未刻意区分宪法与行政法,而是统分为四编,即从国家、统治权、统治机关和统治作用四方面分别叙述。不过两者讲述的重点各有不同,除了“讲述互有详略”,“可资参照,使读者不致墨守一家之说”^②以外,就笔者之管见,冈田先生的讲义更偏重当时日本和中国制度的比较,而岩井先生更偏重日本和西方国家制度的比较^③,这大约和冈田先生参与当时清政府法律之修订因而更为了解中国制度息息相关。

以上为本书之相关背景知识的简单介绍。点校者以为读本书不可不知其时代背景,书中一些见解亦是基于当时学界之通说,并不一定皆能适用于今日。然而,岩井先生在其著作中纵引该国制度之历史以铺垫陈述之,横涉各国相关制度以比较之,有提纲挈领之效,为当时的学人了解与国法相关的制度提供了良好的素材。另

① 冈田朝太郎先生之《法学通论》本为十卷,分为总说、宪法、行政法、民法、商法、刑法、裁判所构成法、诉讼法、国际私法、国际公法。熊氏所辑《法律丛书》将宪法和行政法合编出版。

② 熊氏所辑《法律丛书》第二册:《法学通论》(宪法、行政法)中熊元翰所识之例言。

③ 比如说:冈田先生在“行政法”一卷中的第一编“第二章 官治行政机关(官厅)”的“第二节 地方官厅之组织与权限”中分别列有“清国之列(例)”和“日本先行地方官制之要职”。而《国法学》中就多列德国、英国、法国等与日本比较而言之。

外,书中在引述诸多西方学者之言说时,多直接使用音译之中文,对于没有添注原文和没有添注其所引学者言说出处之部分,校者才疏学浅,未能将其与当代之译法一一对应,故多沿用其音译之名。同时,本书为外国学者以母语教习,能者从旁翻译,学生听以记之,故些许漏错在所难免,点校者只在能力范围中进行了一些修订。至于文中常出现日语中的汉字词汇,如请负(承包)、申込(申请)、手当(津贴)、手数料(手续费)、检束(束缚),等等,推测应该是译者仓促中漏译之词,当然其中不乏民国时期常用的词汇,如行政诉愿(行政复议),点校者皆对其以注释的形式进行了说明,但并不能臻于完善。总言之,由于点校者自身水平有限,经验不足,点校中存在的问题,尚祈读者指正。

魏 敏

2013年4月5日于四帖半之陋室