

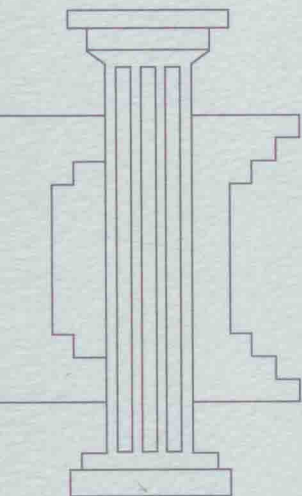
清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

民法总则（上）

「日」松冈义正 口述 熊元楷 熊元襄 编 李婧 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

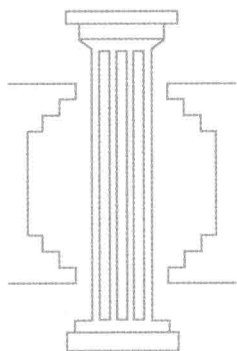
主编 何勤华

民法总则 (上)

上海人民出版社



〔日〕松冈义正 口述 熊元楷 熊元襄 编 李婧 点校



图书在版编目(CIP)数据

民法总则. 上/(日)松冈义正口述;熊元楷,熊元襄编;李婧点校. —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 978-7-208-11889-8

I. ①民… II. ①松… ②熊… ③熊… ④李… III.
①民法—总则—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 262366 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

民法总则(上)

[日]松冈义正 口述

熊元楷 熊元襄 编

李 婧 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 10 插页 4 字数 99,000

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11889-8/D·2387

定价 26.00 元

京師法律學堂
筆記

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

—

公元 166 年后汉时,大秦(即古罗马国)王马可·奥勒留(Marcus Aurelius, 126—193, 161—180 年在位)遣使来中国,开始与中国建立外交关系。这是有文献记载的中西方文明第一次接触。^①此后至 1840 年鸦片战争,一千多年间,在东西方交往中,中国一直处于领先地位,为世界经济文明之中心。13 世纪末马可·波罗(Marco Polo, 1245—1324)以其亲身经历,向欧洲人描述了中国的富饶、文明,而对于当时的欧洲人来说,“相信三千里以外能有这样一个强大的帝国,它胜过欧洲最文明的国家,似乎很荒谬”^②。然而长时间、最发达的封建统治,中国却没有孕育出与之相适应的民事法律体系。^③

① 见[美]马士·宓行利:《远东国际关系史》,姚曾廙译,上海书店出版社 1998 年版,第 14 页。

② [法]弗朗斯瓦·魁奈:《中华帝国的专制制度》,谈敏译,商务印书馆 1992 年版,第 25 页。

③ 就中国古代是否存在民法及是否为一个独立的法律部门,自民国以来,学界争议不断。以梁启超、王伯琦为代表的学者持否定说。梁启超认为:“我国法律之发达垂三千年,法典之文,万牛可汗,而关于私法之规定,殆绝无之”。(见梁启超:《论中国成文法编制之沿革得失》,《饮冰室合集·文集之十六》,中华书局出版社,第 52 页)王伯琦的看法相似:“公法与私法,民法与刑法等名词,原系来自西洋,如其意义在吾国未有变更,则谓吾国在清末以前,无民事法可言,谅无大谬”。(见王伯琦:《民法总则》,台北:“国立编译馆”1963 年版,第 15 页)他们一致认为:私法的概念是在清末由西方国家传到中国,清末以前即便是有用来调整民事关系的律令(如历代律令中几乎都有户役、田宅、婚姻、钱债等篇),也还是属于公法的范畴,而不是旨在调整平等主体之间关系的民事法律。(转下页)

法制的变革往往与政局的变动直接相联。1895年的甲午中日战争彻底摧毁了清政府“祖宗之法不可改”的抱残守缺,1901年8月20日,慈禧发布变法谕旨,开始了“辛丑变法”。自此,封建法律从制度和体系上发生根本性的变革,中国的法制开始走上近代化的道路。封建时期比较薄弱的民法也迎来了急速变化、发展的契机。

为了仿效西法,所采取的一项重要措施就是开始翻译出版西方国家的著名法典和法学论著。1862年北京同文馆的设立,揭开了中国官方有组织地正式引进与翻译西方法律、法学著作的序幕。其后,上海、广东等地纷纷效仿,从而形成了数十个公私出版机构引进、翻译西方法律和法学著作的潮流,翻译了诸多颇具影响、反映世界立法潮流的民法作品。1880年,在当时刑部尚书王文韶的倡导下,在同文馆任教的法国人毕利干(Billequin Anatole Adrien, 1837—1894)将《法国民法典》译成中文,定名为《法国律例》。该书近一半的篇幅是民律部分。这是西方资产阶级民法第一次正式传入中国^①。清末的修订法律馆成立,则是近代重要的民商事立法机

(接上页)而以杨鸿烈、胡长清等为代表的学者则持肯定说。他们认为:中国古代虽然没有一部专门的民法典,但是在历代的律令中从来不乏调整民事法律关系的法令。“户役、田宅、婚姻、钱债者,皆民法也。谓我国自古无形式的民法则可,谓无实质的民法则厚诬矣。”(见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第16页)

本文认为中国古代不存在西方现代意义上的民商法概念,并没有形成各自独立的法律部门,但是却客观存在着民商事关系,并通过一定的法律手段进行调整。在中国古代的法典中,也真实存在诸多关于调整财产、商事行为及与财产、商事有关的人身关系的法律。同时,古代民间的习惯法也是调整民事关系的重要手段。这些都说明中国古代虽不具有现代形式意义上的民法,却存在实质上的民法。在历代律令、习惯法中都可以探寻到古代民事法律的痕迹。

^① 何勤华:《中国近代民商法学的诞生与成长》,《法商研究》2004年第1期。

构。从其设立至1911年清王朝灭亡,在沈家本等人的努力下,修订法律馆翻译出十几个国家的几十种法律和法学著作^①。

除了官方组织翻译、研究西方的民事法律及法学著作以外,民间团体和学者个人也在进行这一项工作。其中,熊元楷、熊元襄兄弟便是其中的代表,其编辑的《民法总则》(上)也称得上那个时代的杰出之作。

二

熊元楷、熊元襄,安徽宿松人,出身书香世家,为清末民初著名的法学家。熊元楷曾任民国初期直隶高等审判厅民庭的推事,著作有《民法总则》(上、下)、《民法债权总论》、《商法总则》、《商法·有价证券法》、《破产法》、《国际私法》等^②。熊元襄(1883—1924),字燮恒。他于清宣统元年己酉科拔贡朝考一等,钦用江苏补用知县。后于京师法律学堂最优等第一名毕业后,派充中央司法会议会员,曾任司法部刑事司司长。后被司法部派充审查法官考试事宜,调充日本留学生监督处总务科主任。回国后,他被调任京师地方检察厅检察长、京师法官典试委员会审查员,之后又被调任安徽省检察厅厅长、安徽审判厅厅长等职^③。

① 1909年,沈家本对翻译工作作了一次统计,此次统计表明,所翻译或部分翻译的民商法律及论著逐渐增多,并且涉及的国家也相应增加,有日本商法、德国海商法、日本民法、德国民法总则条文、法国民法、奥地利民法、日本票据法、美国破产法、德国破产法、美国公司法论、英国公司法论、日本加藤正治破产法论、日本奥田义人所著继承法等;这一时期民商法律及论著的翻译无论在数量还是质量上,均较以前有较大改进。

② 见直隶高等审判厅书记室编辑《华洋诉讼判决录》,何勤华点校,中国政法大学出版社2003年修订版,第89—120页。

③ 冈田朝太郎口述、熊元襄整理、吴宏耀点校:《刑事诉讼法》,中国政法大学出版社2012年版,前言。

1909年,熊元襄与同为京师法律学堂毕业的熊元楷、熊元翰等兄弟共同筹措资金,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。期间,他们编辑并出版《熊氏判牍》、《熊氏判决》、《约章新编》、《现行刑事法规大全》等法学作品,其中影响最为深远的则是1911年出版的《京师法律学堂笔记》^①。

这些法学作品共22册,系由熊氏兄弟将他们在京师法律学堂学习期间的听课笔记,结合立法资料及其他相关著作整理、编辑而成。涉及除法律史以外法学的各个分支学科,包括:冈田朝太郎的《法学通论》、《法学通论·宪法行政法》、《刑法》(总则、分则)、《法院编制法》和《刑事诉讼法》;岩井尊闻的《国法学》(上、下)和《国际法》;松冈义正的《民法总则》(上、下)、《民法物权》、《民法债权总论各论》、《民事诉讼法》和《破产法》;志田钾太郎的《商法总则》、《商法·会社、商行为》、《商法·有价证券、船舶》和《国际私法》;小河滋次郎的《监狱学》。

本卷点校的则是其中松冈义正的《民法总则》(上)。松冈义正(1870—1939),是日本著名的民法学家。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,任东京上诉法院推事。1906年被修律馆重金聘请为法律顾问,直接参与了《大清民律草案》的起草工作。

^① 冈田朝太郎口述、熊元襄整理、吴宏耀点校:《刑事诉讼法》,中国政法大学出版社2012年版,前言。

民法典与社会结构有血肉联系,尤其是其中的亲属、婚姻、继承部分,关乎中国礼制传统。所以,《大清民律草案》共五编,其中的亲属编和继承编由陈录(巴黎大学法学学士)、高种(日本中央大学法学学者)、朱献文(赴日留学生)起草。而技术色彩比较浓厚的总则编、物权编和债权编,则由松冈义正起草。作为一个日本人,松冈并没有全盘照抄《日本民法典》,而是以《德国民法典》为立法样本。松冈指导并直接参与起草的《大清民律草案》的五编编名和次序,与《德国民法典》完全相同,而不全同于《日本民法典》。松冈无意利用自己的位置,把自己国家的法律强加给中国。相反,他真心希望中国直接学习到那个时候世界上最新出炉的、最先进的民法——《德国民法典》。

松冈不仅主持了清末的民事立法,还直接走上讲台,传播法制理念。松冈到北京后,首先到京师法律学堂讲课,承担了民法总则、物权、债权、新族法、相续法(继承法)、民事诉讼法和破产法的讲授。而这些法律,当时的中国都没有现成的文本。所以,他基本上就是以日本法律和理论为讲授依据。他的讲授,经汪有龄口译,并由熊元襄依据讲堂笔记和讲者的著述,编辑成书,作为“京师法律学堂笔记”的重要组成部分,于清宣统三年(1911年)印行,此后连年再版,广为行销。

三

《民法总则》(上)为松冈授课的重要组成部分,经过熊氏兄弟的编辑而成。其在例言中,便已说明:“本编本于日本法学士松冈义正所讲授,并参酌松冈氏及他氏之著书,汇辑而成。”其主要内容分为

绪论和第一编两部分。其中绪论五章:民法之本质、民法之意义、民法之沿革、民法之内容及其分类;民法之系统。第一编六章:民法法规;民法之渊源、民法之效力、民法之适用、民法关系、权利及义务。根据以上的目录,可以知晓本卷的以下信息:

首先,本卷解构了现代民法总则的若干重大问题。在绪论部分,作者诠释了民法的性质、意义,梳理了从罗马法至近代民法的变迁历程,以及不同法系中民法的分类及内容。松冈认为民法是取代道德,维持国家秩序的行为规则,为近代社会所必不可少。且作为实体法,民法是“关于人类行为之法则”,“民法不完备,国家秩序必受其敝”^①。民法具有实质意义与形式意义,民法实质意义为与公法相对应的私法,是调整民事关系的社会规则体系。形式意义为民法法典,是“有公力之法律书也”,“包含关于民事一切之法,即法令及惯习法”^②。

作者以比较法的视野,对不同时段民法的发展进行了梳理,阐述了近代民法的沿革。作者认为民法的发展经历了三个阶段:一是古代罗马的萌芽阶段。罗马法中的市民法是近代民法的发源,也是最为广义的民法;二是在欧洲中古时期,民法即私法,但其内涵较罗马法窄,较今日民法广。三是民法在近世,民法法典的编纂,各国情况不同,作者通过比较英国、法国、德国、日本等国的民事立法,认为中国应与日本一样,民法的制定有利于收回领事裁判权,立法应以中国国情为依据。

① 熊元楷、熊元襄编辑:《民法总则》(上),安徽法学社 1911 年版,第 5、6 页。

② 熊元楷、熊元襄编辑:《民法总则》(上),安徽法学社 1911 年版,第 20、22 页。

此外,绪论中,作者还阐述了民法的分类、所应包含的内容等问题。

其次,本卷建构了现代民法总则的理论体系。松冈根据其对德国民法的理解,以第一编六章的篇幅,对近代民法法规、渊源、效力、适用等方法论进行了开拓性的研究。初步建构了现代民法方法论体系,为清末民国制定、适用民法提供了参考的思路。

他认为“民法法规者,乃以组织民法之各条文所定之法则”,“除亲族法、相续法外”,大多是非强行法规。依据不同的法律传统,各国的民法渊源也各不相同,大致包括制定法、习惯法等。因“惯习法及制定法各有短长”,因而“两者并用,而不偏于一方,为善良之立法政策”。此外,民法渊源还有条约、学说、判例等。民法的效力分为时间效力、空间效力。松冈以法定利息为例,阐述了民法的溯及力问题。民法的适用,即民法的实施,其实施主体是国家,具体是裁判所。适用的原则有三:一是确定民法适用的必要之事实;二是确定适用的法则;三是将可用的法规与审判事实相对照,审慎适用。

在说明了以上基本问题后,松冈对民法关系、民事权利义务等核心问题进行了详细介绍。他从法律关系的概念引出民法关系的概念,即“民法的法律关系”;又从权利义务的概念引出民法的权利及义务概念。松冈在分析了中外学者关于权利义务的学说之后,分别从权利的目的、权利的主体、权利的目的物、权利的本质及内容等方面详细阐述了权利及义务。并且从财产权、非财产权,绝对权、相对权,专属权、非专属权,主权利及从权利等方面,详细剖析了民法的各种权利义务分类及内容。

总之,《民法总则》(上)以较为详实的篇幅,流畅的语言,完整的体系,以德国、日本等大陆法系的民法理论为基础,介绍了民法总则的基本内容,对现代民法进行了较全面的研究和阐述,对民法各项制度的起源及其流变作了详细介绍,从而使后人对民国时期的民法理论和实践有了多层次、全方位的了解,是近代民法学的代表性著作。

李 婧

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

本编本于日本法学士松冈义正所讲授，并参酌松冈氏及他氏之著书，汇辑而成。间附己见，则加按字以别之。

编中引证日本民法及他法条文，直称某法某条。间引他国法，则冠以其国名。

编中名词，悉仍其所固有。非习见者，间附解释。

本编讲授宗旨，在阐明立法之本原，故略条文而详学说。松冈氏官判事久，又历充大学讲师，阅历最深，著作宏富。本编所述，尤为精详。间有缺漏，均经提出质问，反复释明。实较他氏民法著书为完备。

松冈氏为我法律馆起草民法之一员。故本编内容，多涉及我国民事立法上之计划，阅者勿仅视为日本民法之解释论可也。

编者识