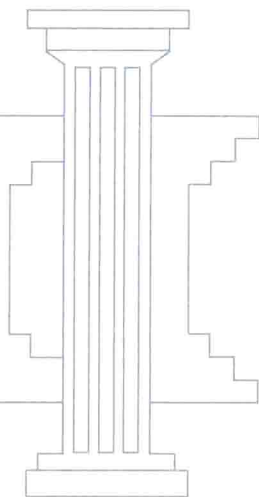


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

法学通论

〔日〕冈田朝太郎 口述 熊元翰 编 何勤华 点校



上海人民出版社



民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

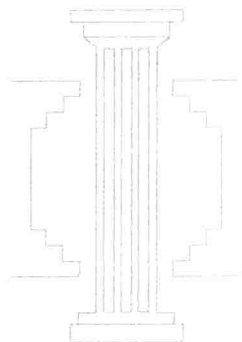
主编 何勤华

法学通论

上海人民出版社



〔日〕冈田朝太郎 口述 熊元翰 编 何勤华 点校



图书在版编目(CIP)数据

法学通论/(日)冈田朝太郎口述;熊元翰编;何勤华点校. —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 978-7-208-11839-3

I. ①法… II. ①冈… ②熊… ③何… III. ①法学—
概论 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 246187 号

责任编辑 屠玮涓

封面装帧



清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

法学通论

[日]冈田朝太郎 口述

熊元翰 编

何勤华 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 10.5 插页 4 字数 103,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11839-3/D·2367

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

—

《法学通论》一书，是安徽宿松熊氏三兄弟编辑出版的“京师法律学堂笔记”的第一种，由熊元翰编辑，原作者是日本法学博士冈田朝太郎，是冈田在京师法律学堂所作的讲义的记录。

冈田朝太郎(1868—1936)，是日本著名法学家，1891年从东京帝国大学法科大学法国法科毕业后，进入研究生院专攻刑法，1893年受聘为法科大学的讲师，第二年升任副教授。1897年赴德国、法国留学，在德国时曾师从著名刑法学家李斯特(F. Liszt, 1851—1919)学习。1900年回国后出任东京帝国大学法学部教授。1906年接受中国政府邀请，来中国担任修订法律馆调查员兼法律学堂教员，协助立法大臣沈家本(1840—1913)从事立法调查、法律教育以及近代法典的编纂工作。当时，冈田在京师法律学堂讲授日本法有多门课程，如法学通论、宪法和行政法、刑法等。1915年回到日本，在早稻田大学、明治大学等学校担任兼职教授。^①

本书编辑者熊元翰，安徽宿松人氏，早年留学日本，回国后在北京从事法律实务工作，并在京师法律学堂充任教习。除编辑本书之

^① 关于冈田朝太郎的详细事迹，参见何勤华著《中国法学史》第三卷，法律出版社2006年版，第720—721页。

外,还编辑了《法学通论·宪法、行政法》、《国法学》、《民法债权》、《商法总则》、《刑法总则》、《刑法分则》、《民事诉讼法》等。

“京师法律学堂笔记”,是熊元翰等熊氏三兄弟根据日本学者在京师法律学堂所作的讲义,辅之以日本学者相关的论著、教材,参之以自己对法律知识的理解和对中国现行法律的认识,编辑而成。如本书“总序”中所说,共有 22 册。本书是其中的第一册。

二

在日本,“法学通论”主要讲述法和法学的一些基本理论和知识,有一点类似于我们现在出版的“法学概论”的性质,但比“法学概论”要更加深刻一些,一般都要探讨一些法哲学(法理学)的问题。如当时影响比较大的另一位日本学者织田万(1868—1945),其所写的《法学通论》(于 1907 年由商务印书馆出版,译者刘崇佑)一书,其前半部分就论述了法学的性质、分类、法学流派、各国法制之变迁,以及法律的定义、分类、渊源、效力、变更、解释和制裁、国家与政权、权利和义务等法理学的问题。

本书的情况与一般的法学通论的书稍有不同,它主要论述的是法理学的内容,全书分二编。第一编法令篇,涉及的问题有科学之种类及法学之位置、法之意义与其由来、法学之种类与法学通论之范围及其效用、国家国体政体及国家之种类、法之分类、法之效力、法之制裁等;第二编,权利义务论,涉及权利的概念、分类,义务的概念和分类,权利义务之主体和客体,权利义务之取得、丧失、变更及其原因,法的行为之分类、时效等。作者指出,由于本套丛书中,以后的各册将涉及宪法、行政法、民法、商法、刑法、诉讼法、国际法等

各个部门法,故本书没有涉及部门法的内容。

在第一编法令篇中,作者首先论述了科学之种类及法学之位置。作者认为:“科学者,辨识物、心两界之原理者也。”它分为物的科学和心的科学,心的科学分为文学和国家的科学,国家的科学又分为五个领域,法学就是其中之一,另外四个领域则是公德学、经济学、社会学和政治学。

其次,作者对法之意义与其由来及种类进行了阐述。作者指出,法在中国的古义就是平正如水,而后慢慢演变成为“正直”、“典型”和“规则”之义。“法者,由人类经营共同生活之必要而来者也。治者对于被治者之命令,则为国内法;国家与国家间所存之规则,则为国际法。故得一言以蔽之曰:法者,乃人类国家的生存之规则也。”

再次,作者阐述了法的种类,分国内法和国际法两个部分,在国内法中,又依次论述了宪法、行政法、民法、商法、刑法、裁判所及检事局构成法、诉讼法和国际私法。^①

第四,作者对法学的种类(如沿革法学、比较法学、法理学等)做了界定,对法学通论的范围和效用进行了分析,认为前者主要涉及国内法和国际法整体的要点,其细节则由各个部门法研究;后者即效用主要有三:提高国民法律素养;补充其他学术之不足;成为进一步深入学习法学全体的入门阶梯。

第五,关于国家、国体、政体及国家之种类。作者认为:“国家者,主权、臣民、领域(领土)三者相合而成之政治团体也。”其中,主

^① 当时日本学术界,将国际私法视为国内法,所以,他们所说的国际法,仅指国际公法(当时还没有国际经济法的概念和学科)。

权是支配一国之权力；臣民，是指有无限服从其主权之资格者；领域或称版图，是主权专行其权力的区域。国体，就是“主权所在之形式”，如君主国、贵族国、民主国等。政体，就是“主权行使之形式”，“统治作用之外形”，如是三权分立，还是君主集权等。由国体和政体之配合到何种程度，就产生了君主专制国、君主立宪国、民主立宪国等不同的国家形式。

第六，法的分类。一般分为六种：成文法与不成文法；公法与私法；普通法与特别法；强行法与任意法，前者一般在公法之场合，后者是在私法领域；主法与助法，即实体法和程序法；固有法与继受法，前者是在本国内产生发达的法，后者就是从外国移植进来的法律。

第七，法之成立及变更与其消灭。有三种情况：（1）成文法之成立及法律与命令之区别。一般而言，“成文法成立于有立法权者履行一定之格式而制定之时”，一般而言，法律之制定，比较严格，而敕令、命令的制定，程序就比较简单。（2）成文法之变更及消灭。在日本，要变更法律者，程序比较严格，必须要有议会协赞、天皇裁可；而变更命令，则法律就可以了，但日本宪法同时也规定，法律不得变更或废止天皇大权所发之命令。（3）习惯法之成立及变更与消灭。习惯法之成立，一般须有成文法之明文或精神予以认可，并不得与公共秩序及善良风俗相冲突；习惯法成立以后，与成文法具有同等之法律效力；改、废习惯法，不得以命令，而必须以法律为之。此外，习惯发生变化或消亡时，习惯法也应该随之变化或消亡。

第八，法之效力。首先，法具有时间上的效力，在日本，一般由官报做出通告。其次，是对人与地的效力。日本的法律，采用属人主义和属地主义相结合的折衷主义，即日本法律的效力支配国内全

境；支配国外之日本人；支配一定之在外国的外国人（即在公海上捕获海盗等）。

第九，法之解释、适用和制裁。解释有立法解释、学理解释和比附援引（类推解释）三种，第三种只在极少数场合（如民事诉讼）被允许。在日本，适用法律主要由行政机关和司法机关来承担，而以司法机关为主。法的制裁，主要有行政上的强制、罚金等；官员为民办事（办公）上的惩戒（谴责、减薪和免职等）；民事上的丧失人格、丧失亲族权和赔偿等；刑事上的刑事处罚（刑罚）等。

三

本书第二编，论述的是权利义务问题。作者认为，“权利者，国法上所附于吾人且从而保证之之力也”。一般而言，权利被分为：（1）公权与私权；（2）积极权与消极权（作为之权利和不作为之权利）；（3）绝对权与相对权，前者指“与他人所负一律不可侵之义务互相对立之权利”（主要是公权），后者即相对权，指“与他人之特定作为及不作为之义务互相对立之权利”（如领事裁判权等）；（4）主质权与助质权（如国家主权不可侵犯为主质权，对于侵犯之国家，要求其赔偿，为助质权）；（5）得以转移之权利（如物权、债权等）与不得以转移之权利（如人身权、日本华族之世袭财产等）；（6）国际法权与国内法权。

作者认为，与权利相对的义务，指“吾人行为之检束，而为法所强制者也”。一般分为公义务与私义务；积极义务和消极义务；对立义务和孤立义务，前者与权利相对应，后者只有义务没有权利，如兵役、纳税等；主质义务和助质义务，与上述主质权和助质权相对应；

可以转移之义务与不可以转移之义务；国际法上的义务与国内法上的义务。在日本，权利义务的主体，一是自然人，二是法人。而客体，在公权上，有求国家保护之权利（客体为利益）、参政权（客体为行为），以及各种自由权（客体为事实）等。在私权上，客体有受人身权保护的生命、身体、名誉等，有受亲族权保护的子女以及其行为等，有受财产权保护的有体物以及人的作为与不作为等。在国际法权上，客体有国境、内治、外交和名誉等。作者认为，义务之客体，就是与权利之客体相对应者，如与人身权相对应的义务的客体，就是不得伤害他人的生命、身体和名誉等。

作者认为，权利义务之取得，有原始取得、传来取得等。权利义务的丧失，主要是主体与权利分离，义务也相应不复存在。权利义务的变更，分主观的和客观的两种情况。前者有主体之更改，如权利义务之转移，主体之增减，如共有者之增加等；后者即客观的变更，也有两种情况，一是性质发生变化，如所有权变为求偿权；二是分量之变更，如果树结果实造成的所有权量的增加等。而所有产生上述权利义务之取得、丧失和变更等的原因，都在于法的事实或行为的变化。

从上述权利义务之变化中引出法的行为之后，作者对法的行为的分类，如积极行为和消极行为、适法行为和非法行为、预期行为和非预期行为、一方之法的行为和双方之法的行为、要式之法的行为与非要式之法的行为、有偿之法的行为与无偿之法的行为、主法行为与从法行为，以及附条件之法的行为与附期限之法的行为，进行了详细的分析论述。最后，作者还对时效作了阐述。

四

在清末民初,我国最先是从西方引进法学著作,如1864年由美国传教士丁韪良(William Martin, 1827—1916)翻译引进的《万国公法》,1884年由法国学者毕利干(Billequin, 1837—1894)翻译引进的《法国律例》,以及之后由丁韪良与另一位英国传教士傅兰雅(J. Fryer, 1839—1928)翻译引进的一批西方国际法的作品。这些作品,虽然以国际法为主,但里面也包含了一些法理学、法学通论的内容。如《万国公法》中就包含了自然法、权利、法治、罪刑法定、法的人道主义等法理学的内容。

进入20世纪以后,随着中国派往日本的留学生的逐步增加,从日本翻译引进法学著作的活动也得以迅速开展。1902年,中国翻译引进了第一本日本法学通论的著作,作者是矶谷幸次郎(生卒年月不详),译者则是当时的著名史学家王国维先生(1877—1927),由商务印书馆出版。^①之后,关于法学通论的译著和专著开始陆续出版,如1907年,推出了上述织田万的《法学通论》,1911年,推出了中国留日学生孟森(1868—1938)著的《新编法学通论》,均由商务印书馆出版。但影响比较大的是本书。

由冈田朝太郎所讲授、熊元翰编辑的本书,一方面,吸收了上述日本各法理学学者的研究成果,关于法的概念、性质、效用和分类,关于法学的内涵以及其在整个国家科学体系中的地位,关于权利义务的形成、变更、丧失以及其主体、客体和分类等,基本上都是日本的通说,代表了日本法学家的主流观点。另一方面,本书是京师法

① 本书已由中国政法大学出版社点校后重新出版(2006年,何佳馨点校)。

律学堂的笔记,为了适合讲授,讲授者对法理学科的内容以及学界的最新的理论研究成果,已经予以浓缩简略,并结合中国的法理学研究的实际情况,进行比较系统的整合。因此,在本书中,不仅有日本法理学的基本内容,还不时地阐述中国学界对法、法学以及权利义务等的认识现状。因而对当时的中国法学界,尤其是法理学界,具有重要的理论指导意义和实践价值,对中国开展法理学研究、形成中国自己的法理学和法学通论体系,也具有重要的参考价值。笔者注意到孟森上述《新编法学通论》一书的内容,与本书非常相似,虽然不能肯定孟森曾经听过京师法律学堂的法学通论课程,但孟森在写作自己的专著时曾接触过京师法律学堂的笔记,则是非常有可能的。^①

此外,作为京师法律学堂的笔记之一,本书具有法学教科书的各项特征,如内容比较简略,体系比较完整,以讲解概念术语为主,语言文字比较通俗,等等。同时,由于本书是将日本教师的课堂讲授笔记译成中文,加上可能时间比较仓促等诸种原因,本书显得比较口语化,有些用语比较生硬,甚至也有一些语句就是日语原文(如辨济,即“偿还”;相手方,即“对方”等),未能翻译成中文,对不懂日语的读者而言,理解起来会感到有点困难。尽管具有这些特点,但本书作为一本比较早期的、概论性的、比较系统讲解日本法理学的教科书,对中国之后法理学的发展所产生的影响,则无疑是巨大的。

^① 孟森的书虽然比本书早一年出版(1911年出版),但京师法律学堂讲授法学通论的课,从1906年就开始了。当然,孟森留学日本法政大学,接触的是日本主流的法理学,本书阐述的也是日本主流的法理学思想,在互不交流的环境下所述内容比较相似,也是可能的。

由于勘校本书的时间比较匆忙,加上原作破损比较严重,在勘校过程中可能会出现一些错误,对此,敬请读者诸君批评指正。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2013年3月5日

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，加注说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。