

《大清民律草案》摭遗

张 生*

内容提要:现有资料的发掘和最近搜集所得的新资料表明,清末编订民律草案是一个艰难而又曲折的过程,经历了修订法律权之争、拟订《编纂民法之理由》(草稿)与确定编纂计划、开展民事调查与编订民律草案条文稿,以及编订《大清民律草案》说明稿的几个事件。清末政治形势日益紧迫致使当时的修订法律馆不可能按照既定的立法计划进行编订,最终完成的《大清民律草案》也难免存在着一些严重的缺陷。

关键词:大清民律草案 清代法律史 民法史

《大清民律草案》是中国第一部近代意义上的民法典草案,其编纂体例与制度内容是否妥当,自民国时期以来即成为法律学者讨论的重要问题。然而,由于清末政局动荡,档案资料散失严重,近代以来的法律学者对《大清民律草案》编订过程的描述却甚为简略。例如,江庸^[1]、董康^[2]虽然都论及该草案,但是对其编订过程却略而不谈。杨幼炯依据《修订法律大臣俞廉三等奏编辑民律前三编草案告成缮册呈览折》^[3],简略地介绍了该草案的编订过程:“迨至光绪三十三年宪政编查馆议覆修订法律办法,认立法应设专官。遂于是年派沈家本、俞廉三、英瑞为修订法律大臣,创设修订法律馆,招致欧、美、日本之留学生分科治事。聘日人松冈义正氏担任起草民律,宣统三年前三编告成,后二编由法律馆会同礼学馆订立,亦于是年脱稿,即所谓《大清民律草案》者,实为我国第一次民法草案也。……前三编为松冈义正氏起草,后二编则由朱献文、高种和两氏分任起草。”^[4]这段文字已经是对《大清民律草案》较为详细的描述了。

此外,民国时期的学者谢振民编著的《中华民国立法史》^[5],当代中国台湾民法学者潘维和编著的《中国近代民法史》、《中国历次民律草案校释》^[6],中国台湾“国史馆”编撰的《中华民国史法律志

* 中国政法大学法学院副教授。

[1] 江庸:《五十年来中国之法制》,载《最近之五十年——申报五十周年纪念》,申报馆1924年刊行。

[2] 董康:《前清法制大要》,载《法学季刊》,第2卷第2期,1924年10月。另见《中国历届修订法典之大略》,载《法学新报》,第44卷第2号。

[3] 收录于故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版。

[4] 杨幼炯:《近代中国立法史》,商务印书馆1935年初版,本文引自中国台湾商务印书馆1966年增订版,第73页。

[5] 谢振民编著、张知本校订:《中华民国立法史》,正中书局1937年初版,中国政法大学出版社2000年版。

[6] 均为中国台湾汉林出版社1982年出版。需要修正的是,依据《最近官绅履历汇编》第一集(北京敷文社1920年刊行,中国台湾文海出版社1970年影印本),杨幼炯所称“高种和”,应为“高种”;谢振民编著、张知本校订的《中华民国立法史》(正中书局1937年初版)也将“高种”误为“高种和”;而潘维和在《中国历次民律草案校释》中,将“高种”误为“高种分”。

(初稿)》^[7],日本法律家松本蒸治主编的《中华民国民法·总则》^[8],日本学者岛田正郎所著《清末近代法典的编纂》^[9],其中亦有大体相同的简单描述。20世纪80年代以后,中国大陆出版的有关近代民法的著述,多采纳杨幼炯和谢振民对《大清民律草案》编订过程的描述。^[10]

笔者挖掘《清末预备立宪档案史料》中有关的民事立法材料,广泛查阅了清末政治官报、清末民国时期出版的法律书刊等,并对中国第一历史馆藏的民事立法资料进行了初步的梳理。在此基础上,笔者对《大清民律草案》的编订过程进行了较为深入的考证。从目前所收集到的资料来看,清末编订民律草案是一个艰难而曲折的过程。其间,虽未发生如德国民法史上的“法典论争”,日本民法史上的“施行派”与“延期派”的论争;但是,清政府职司立法的大臣们在筹议编订民律草案的过程中,曾发生过“修订法律权”之争;修订法律馆为编订民律草案开展了内容广泛的民事调查,民律草案的篇章结构也曾由“瑞士与德国的混编体例”改为“德国式编纂体例”;至宣统二年(1910年)年底修订法律馆匆忙完成了民律草案的“条文稿”。^[11]宣统三年(1911年)九月以后,又在“条文稿”的基础上形成了附具立法理由的“说明稿”。^[12]由于当时清政府国势岌岌、编订时间紧迫,最后修订法律馆仓促完成的《大清民律草案》只有前三编的“说明稿”;直至清政府覆亡,民律草案后两编(“民律亲属编草案、继承编草案”)的“说明稿”仍由修订法律馆会同礼学馆核议,尚未定稿。

一、修订法律权之争

光绪六年(1880年)同文馆曾翻译出版《法国律例》,其中第五种法律为法国《民律》^[13],这是中国近代全面了解西方民法之始。光绪二十七年(1901年)八月,慈禧太后颁布《变法自强谕》,奠定仿行西法之政策;次年四月,清政府再下《派沈家本等修订现行律例谕》,命沈家本、伍廷芳将一切现行律例按照交涉情形参酌各国法律,悉心考订。此后,沈家本先后主持修订了《刑事民事诉讼法草案》(光绪三十二年成稿)、《大清刑律草案》(光绪三十二年完成预备案、光绪三十三年完成第一案)、《法院编制法草案》(光绪三十三年成稿);在各项重要法典之中,唯独编订民律草案的工作迟迟未能展开。

光绪三十三年(1907年)四月初四日,《南方日报》刊载了一篇题为《急宜编订民法》的文章。这篇文章一经刊出,随即被当时颇具影响力的《东方杂志》转载,在朝野上下产生了较为广泛的影响。^[14]是月,清政府民政部在上奏中提出,民法与刑法均关乎国家治道,二者不可偏废,并奏请:“飭下修律大臣,斟酌中土人情政俗,参照各国政法,厘定民律,会同臣部奏准颁行。”根据光绪三十二年(1906年)清政府颁行的新官制,原来的户部分为民政、度支两部,而民政部继承了原来户部管理户籍、财产的职权。因此,民政部参与编订民律的请求尚属合理。于是,清政府迅即批复民政部:“如所议行”,从而将起草民律的职责交由修律大臣和民政部共同承担。^[15]

[7] 中华民国史法律志编纂委员会编撰:《中华民国史法律志(初稿)》,中国台湾“国史馆”1994年刊行。

[8] 松本蒸治主编:《中华民国民法·总则》,日本中华民国法制研究会刊行,昭和十七年刊行。

[9] 载岛田正郎主编:《东洋法史论集》第三集,创文社昭和五十五年。

[10] 需要特别指出的是,李贵连先生在《沈家本传》(法律出版社2000年版)中,有对《大清民律草案》编订过程的进一步考证,超出了民国时期的成说。

[11] 依据笔者在中国第一历史档案馆发现的《奏为民律草案告成谨缮具条文进呈御览折》(草稿,收录于修订法律馆全宗524-10-1,第7档,1999年笔者曾在《修订法律馆全宗》第5档见到该奏折草稿,最后一次是在第7档内见到,但该奏折本不该收录在第7档,有可能是查阅者将其混装了文档),宣统二年完成的民律草案只有法条,没有详细立法说明,笔者将其称作“条文稿”。

[12] 相对于宣统二年完成的“条文稿”,笔者将附具立法理由的《大清民律草案》前三编和“民律亲属编草案、继承编草案”统称为“说明稿”。

[13] 参见[法]毕利干译:《法国律例》,同文馆光绪六年(1880年)版,其中《民律》共为22卷。

[14] 参见《东方杂志》第四卷第六期。

[15] 朱寿朋编:《光绪朝东华录》,中华书局1958年版,第5册,总第5682页。

清政府确定编订民律草案的权责之后,大理院正卿张仁黼、法部尚书戴鸿慈相继对修订法律大臣把持“修订法律权”提出异议。^[16]光绪三十三年(1907年)五月初一日,主要针对“修律大臣会同民政部厘定民律”的问题^[17],张仁黼一日之内连上《修订法律请派大臣会奏折》、《修订法律宜妥慎进行不能操之过急片》两道奏折。在这两个奏折中,张仁黼提出了全面的“修订法律办法”:其一,应“组织立法之机关”,由法部、大理院主持修订法律,其他部院堂官、地方督府参订;其二,“明订法律之宗旨”;其三,“讲明法律性质”;其四,“编纂法律成典”;其五,“修订法律宜妥慎进行,不能操之过急”。^[18]

张仁黼的两个奏折,虽然是泛论修订各种法律之方法,但是他的奏议以德国、日本编订民法典为佐证,侧重讨论民法典的起草,可以说是自清末修律以来对修订民律的第一次全面讨论。很显然,张仁黼试图通过展现他对民法的深入了解,来改变清政府令“修律大臣会同民政部共同厘定民律”的决定,进而将民律的起草权及其它法律的修订权,从修律大臣手中夺至法部和大理院的掌控之下。

光绪三十三年(1907年)六月,在修订法律大臣沈家本愿意交出民律起草权的情况下,法部尚书戴鸿慈再上《修订法律办法折》。^[19]戴鸿慈在比较分析了德意志、意大利、日本编订民法典以及英国在印度的立法之后,提出了中国修订法律所应采取的“主事之政策”,“行事之机关”,“议事之方式”。其中,戴鸿慈所主张的“主事之政策”,颇为合理,略谓:“于守成、统一、更新三主义兼而有之”;而“行事之机关”、“议事之方式”则与张仁黼的主张相呼应,旨在由法部与大理院主持修订法律。

光绪三十三年(1907年)九月,经宪政编查馆建议,清政府对大理院和法部争夺修订法律权的上奏作出批示。清政府的谕旨包括了以下内容:(一)否定了由法部、大理院主持修订法律的主张,而“修订法律馆仍归独立,与部院不相统属”,并“著沈家本、俞廉三、英瑞充修订法律大臣”;(二)采纳法部尚书戴鸿慈的建议,修律应“兼用守成、统一、更新三主义”,参考各国成法,体察中国礼教民情,妥慎修订新律,具体办法由修订法律大臣负责另行拟定;(三)明定起草民律及其它法律草案的期限,在刑律草案第一次草案定稿之际,特别强调修律工作“应以编纂民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸法典,及附属法为主”,限定三年之内,“所有上列各项草案一律告成”。^[20]该上谕否定了法部和大理院主持修订法律的主张,明确了修订法律馆独立的修订法律权,同时也限定应在三年内完成民律及其它法律的起草。至此,修订法律权之争暂告一段落。

光绪三十四年(1908年)五月,修订法律馆开始进行民律等法律草案的编订,辽沈道监察御史史履晋再次挑起修订法律权之争。该御史在上奏中称:“礼学馆宜专派大臣管理,与法律馆会同商订,以

[16] 自清政府开始修订法律、施行官制改革以来,张仁黼、戴鸿慈即与沈家本存在理论分歧和权力摩擦。关于张仁黼、戴鸿慈与沈家本的矛盾,可参见张从容所撰博士论文:《晚清司法改革的一个侧面:部院之争》,第二章、第三章(中国政法大学法律史专业博士论文,2003年)。

[17] 张仁黼(及以下提到的戴鸿慈)在奏折中所指的“修订法律权”,应包括除宪法以外的刑律、民律、商律、法院编制法、刑事民事诉讼法等法律的修订权,但当时刑律草案、法院编制法草案、商律草案、刑事民事诉讼法草案多已完成初稿或将近脱稿,当时只有民律草案的编订权是最后一个可以竞争的领域;再者,民律与礼教风俗的关系更为密切,张仁黼、戴鸿慈等所持的礼教法律观有更大的发挥空间。由此可见,张仁黼、戴鸿慈在奏折中所争取的修订法律权,主要是指向民律的编订权。

[18] 收录于故宫博物院明清档案部编:《清末预备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版,第833页以下。研究近代法律史的学者比较熟悉这两个奏折的内容,在这里不做更多的分析;笔者特别提起注意的是,这两个奏折都与修订民律密切相关。

[19] 《修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院办理折》,收录于故宫博物院明清档案部编:《清末预备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版,第837页。沈家本之所以做出妥协,一则,他正忙于《刑律草案》、《现行刑律》和《法院编制法草案》的收尾工作,无暇他顾;二则,沈家本也自感对民律及民法理论不甚了解,难以担当起草之责;三则,当时沈家本以法部右侍郎之职出任修订法律大臣,在职级上与大理院正卿张仁黼相同(都是正二品),但是要受到法部尚书戴鸿慈的节制。

[20] 参见《宪政编查馆大臣奕劻等奏议复修订法律办法折》,载《光绪朝东华录》,第5册,总第5765页;又见于故宫博物院明清档案部编:《清末预备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版,第837页。

维礼教而正人心。”^[21]当时清政府正在讨论刑律草案和刑事民事诉讼法草案,礼教派与法理派争论极为激烈,史履晋主张由礼学馆与法律馆会同商订起草民律及其它法律,即是站在礼教派的立场上,以礼学馆分削修订法律馆的编订权,意图将礼教派的主张贯彻于新律之中。鉴于礼教为封建王朝意识形态之根基,特别是修订法律馆在修律过程中也存在忽略本国礼教、一味模仿西方的问题,清政府从平衡礼教派与法理派的角度考虑,既不能断然否定史履晋的提议,又不能妨碍修律的专业性和工作进度。于是,清政府会议政务处在议复该御史的奏折中,首先指出,“近日修律大臣多采外国法律,于中国礼教诚不免有相妨碍之处”;继而又认为,“礼学馆会同修律大臣详细商订一节,揆诸情事,似多窒碍”。至于在新律中应保存礼教的问题,会议政务处建议:“应请敕下学部,择其有关礼教伦纪之条,随时咨会法部暨修律大臣虚衷商榷,务期宜于今而不戾于古,庶几责任不纷,而可以收补偏救弊之益。”^[22]最终,清政府采纳了会议政务处的建议,编订民律草案的工作仍由修订法律馆独立完成,只是由学部、法部、修律大臣会商议订“有关礼教的法律条文”(主要是亲属、继承两编的条文)。

在修订民律草案的过程中,发生了上述两次修订法律权之争,清政府每次均坚决地维护了修订法律馆相对独立的权力地位,这主要是由于当时的最高统治层深知,民法是各种法典之中条文最为繁杂的,私法理论又是极为艰深的,惟有专业人员才能胜任此项工作。因而,并未准许大理院、法部、礼学馆介入修律工作。

二、拟订《编纂民法之理由》(草稿)与确定编纂计划

(一)《编纂民法之理由》(草稿)所反映的民律草案大纲

从光绪三十三年(1907年)四月到九月,依照清政府的上谕,由“修订法律大臣会同民政部共同厘定民律”。在这五个月内,虽然法部、大理院曾向修订法律大臣争夺民律草案的编订权,但是修律大臣与民政部却并没有观望等待,而是迅速着手拟定民律草案的大纲。修律大臣与民政部的起草意见集中体现在当时拟定的《编纂民法之理由》(草稿)之中。^[23]

《编纂民法之理由》(草稿)的内容有两点最为值得注意。第一点,该理由书建议民律草案采取法国、德国、日本通行的民商分立的体例;此种选择主要不是基于学理,而是根据中国立法之实际需要:“(民商分立)其学理上果正当与否,现尚为未决之问题。惟在中国,民商二法典使之并存于世,实际上颇为便利也”。第二点,该理由书编列的民律草案大纲,采纳了当时世界上最新的民法篇章结构——第一编总则,第二编亲属,第三编继承,第四编债权,第五编物权,主要受瑞士民法的影响,同时具有与德国民法混编的特征。^[24]

[21] 《掌辽沈道监察御史史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折》,载《政治官报》,光绪三十四年五月二十四日,第234号。

[22] 《会议政务处奏议复〈御史史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折〉》,载《政治官报》,光绪三十四年八月初一日第300号。

[23] 中国第一历史档案馆藏档案:修订法律馆全宗(524-10-1),第7档,《编纂民法之理由》(草稿)。修订法律馆全宗第7档,共收录光绪三十二年及光緒三十三年间的九件档案材料,第一历史档案的编目名称为“民政部等咨送法律馆关于违警律、民律、粤省惩治赌博专章等律例之抄奏稿及唐宗愈编《法律学概论》”。《编纂民法之理由》为草稿,书写于法律学堂的格纸之上。《编纂民法之理由》中没有注明拟定机关和具体完成日期,但从其行文方式来分析,该件很有可能是由民政部主持、由执教于法律学堂的教席或是该学堂学员拟定的(因为修订法律馆拟定的草案文稿之中,都有“本馆字样”,而该件中并没有),应该是在光绪三十三年十月以前拟订的,在修订法律馆成立以后,自民政部移交给修订法律馆的。

[24] 瑞士联邦议会于1907年12月10日议决通过了《瑞士民法》,并于1912年1月1日将《瑞士民法》和修订后的《瑞士债法》(作为民法的第五编)同时施行,该法为当时最新民事立法方案。《编纂民法之理由》(草稿)所拟民律草案的五编体例,除第一编总则,受德国民法影响以外,第二至五编与瑞士民法(引言、第一编人法、第二编亲属法、第三编继承法、第四编物权法、最后为独立的《瑞士债法》)大体相同,总的特点是身份法律制度在前,财产法律制度在后;所不同的是,在《瑞士民法》采取“民商合一”的编纂方式;并且物权法在债法之前,债法为独立的单行法。

(二) 宪政编查馆与修订法律馆的编订计划

宪政编查馆是清末预备立宪的中枢机关,清政府整个修律计划都由它议定,并统筹协调各部门付诸实施。对于修订民律草案,宪政编查馆从宏观协调的层面,曾先后制定了三个时间表。第一个时间表是在光绪三十三年(1907年)九月提出的,在确定由修订法律馆负责修律的同时,限定三年之内完成民律、商律、法院编制法、刑事民事诉讼律草案。^[25]由于起草民律是修律工作中最为繁巨的一项,在准备不足的情况下,三年之内完成起草工作是相当困难的。于是光绪三十四年(1908年)八月,宪政编查馆与资政院会奏《宪法大纲暨议院法选举法要领及逐年筹备事宜折(附清单二)》,在“预备立宪逐年筹备事宜清单”(第二清单)中,列明:自光绪三十四年(1908年)编订民律,修订法律馆办;于第四年(即1911年)核订民律,宪政编查馆办;于第六年(即1913年)馆颁布民律,宪政编查馆与修订法律馆同办。^[26]这是宪政编查馆关于编订民律的第二个时间表,起草民律的时间仍然是三年多,但除了起草之外还有两年核定稿的时间。因此,第二个时间表与第一个时间表相比,在时间上显得稍微宽松一些。

可是到了宣统二年(1910年)十月,国内政治局势日益紧迫,立宪派的请愿运动与革命党的反清起义此起彼伏。清政府被迫将预备立宪期限由九年缩减到五年。相应地,预备立宪筹备事宜均须提前完成。按照宪政编查馆大臣奕劻修正的“预备立宪逐年筹备事宜清单”,民律草案应在宣统三年(1911年)颁布,在次年正式施行。^[27]这是编订民律草案的第三个时间表,该时间表将颁布民律草案的时间提前了两年,把原来起草(用三年时间)与核定(用二年时间)共五年完成的工作,压缩在三年内完成,这无疑增加了修订法律馆起草民律的难度。

为了编订民律草案,修订法律馆从技术操作的层面,也制定了严密的编订计划。光绪三十三年(1907年)十月至十一月间,沈家本连上《修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折》、《修订法律大臣沈家本等奏议复朱福诹奏慎重私法编别选聘起草客员折》、《修订法律大臣奏开馆日期并拟办事章程折附章程》、《修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折附清单》等数道奏折,从而形成了修订法律馆编订民律的具体计划。

光绪三十三年(1907年)十月二日,沈家本在《修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折》中,陈明编订民律的全面工作计划:一、购置、翻译外国最新法典及参考书籍,以便参考采用,调查本国礼俗、习惯;二、慎选通晓外国法政之人才,任提调、纂修,延聘外国法律专家帮同编订;三、经“再三确核”,每年需经费十万两,并坚持此项经费已“无可再减”。^[28]

光绪三十三年(1907年)十一月十四日,沈家本上《修订法律大臣奏开馆日期并拟办事章程折》。修订法律馆上奏的《修订法律馆办事章程》旋即得到清政府的批准。据《修订法律馆办事章程》规定,修订法律馆分设两科,第一科掌关于民律、商律之调查起草,第二科掌关于民事诉讼律、刑事诉讼律之调查起草(第二条);同时设译书处、编案处、庶务处,为编订新律之辅助机构(第三、四、五条);仿照各部设咨议官之例,甄访通晓法政、品端学萃之员,分省延请,不必到馆办事,专备随时咨商(第十一条);馆中修订各律,凡各省习惯有应实地调查者,得随时派员前往详查;其关于各国之成例,得随时咨商各国出使大臣,代为调查,并得派员前往详查(第十二条)。^[29]以上可见,修订法律馆第一科专门负责有

[25] 参见《宪政编查馆大臣奕劻等奏议复修订法律办法折》,载《光绪朝东华录》第5册,总第5765页;又见于故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,下册第837页。

[26] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,《宪政编查馆大臣奕劻等拟呈修正宪政逐年筹备事宜折》上册,中华书局1979年版,第61页以下。

[27] 同上书,第91页以下。

[28] 《修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折》,载《政治官报》,光绪三十三年十月初二日,第19号。又见《光绪朝东华录》第5册,总第5766页。

[29] 《修订法律大臣奏开馆日期并拟办事章程折附章程》,载《政治官报》,光绪三十三年十一月十四日,第61号;又载《光绪朝东华录》,第5册,总第5803页。

关民律的调查与起草;而民事调查既包括对国外民法资料的调查,也包括本国有关民事的礼制、习惯,其调查方法有间接调查和直接调查两种。

光绪三十三年(1907年)十一月十四日,针对度支部对修订法律馆的拨款意见,沈家本上奏了《修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折附清单》。^[30]在该奏折中他特别指出,修订法律馆每年十万两的预算,“委系再三确核,无可减省”。沈家本开列出了一个“每年需银十万零一千八百零八两”的预算清单。在该清单中,除了经常费用以外,其主要开支有三项:其一为聘用外国法律专家,招揽本国留学人员;其二为购置、翻译外国法律书籍;其三为调查本国礼制民情、印制各种资料。^[31]从修订法律馆光绪三十四年以后的经费收支来看,清政府在经费十分拮据的情况下,仍然基本满足了修订法律馆在经费上的需要,每年给与十万两左右的拨款。^[32]

(三)关于“私法编别与选聘外国法律专家”的论争

自光绪三十三年(1907年)十月二十七日,修订法律馆正式开馆办事,至同年十一月十四日,沈家本已将本国修订人员调配到位,惟有选聘外国法律专家一事尚在踌躇之中。^[33]沈家本在奏折中曾说:“提调二员,业由臣等开单请简,仰蒙准派在案;奏调任用各员,自奉旨后,亦均陆续到馆。……至延聘外国法律专家,尤宜慎重,臣等现正详细斟酌,俟聘定后另行具奏。”^[34]光绪三十三年(1907年)十一月二十二日,翰林院侍读学士朱福洗上《奏慎重私法编别选聘起草客员折》,就修订法律馆采取的“私法编别”提出了质疑;就“选派外国法律专家”的迟疑不决提出了建议。从目前的材料来看,朱福洗与沈家本关于“私法编别与选聘外国法律专家”的论争,是清末编订民律草案过程中发生的唯一一次具有法学学术意义的论争。^[35]

在《奏慎重私法编别选聘起草客员折》中,针对“私法编别”问题,朱福洗反对修订法律馆所采取的“民商分立体例”。他认为:“日本修订民商法时,梅谦次郎曾提议合编,以改约期近,急欲颁行而不果。中国编纂法典之期后于各国,而所采主义学说不妨集各国之大成,为民商法之合编。”就“聘请外国法律专家”的问题,朱福洗主张:“聘请日本法学博士梅谦次郎为民商法起草员,而以中国法学生参议”。^[36]归结到一点,朱福洗的建议就是:中国编订民律应借鉴日本的经验,聘请日本最好的法律家

[30] 光绪三十三年十一月初四日,度支部提出,“现在庶政待兴,无事不需经费”,修订法律馆请求每年拨款十万两,数额“未免过巨”。最后议定:仍照每年三万两的额度给修订法律馆拨款。度支部的奏议参见《修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折附清单》,载《政治官报》,光绪三十三年十一月十四日,第61号。

[31] 《修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折附清单》,载《政治官报》,光绪三十三年十一月十四日,第61号。

[32] 中国第一历史档案馆藏档案:修订法律馆全宗(524-10-1),第16档,《修订法律馆三十四年收支经费年表》表明修订法律馆在光绪三十四年获得拨款“平银十万五千一百六十八两五钱六分”;又根据修订法律馆全宗(524-10-1),第15档,《修订法律馆试办宣统四年岁入预算报告册(附比较表)》,该馆岁入经常门为九万五千二百九十二两二钱八分八厘;岁入临时门为一千五百两。以往认为,清政府“最后确定,照原法律馆之数,每年拨给三万两”的说法(见李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第261页),似乎不确。

[33] 根据黄源盛所撰文《大理院民事审判与民间习惯·叁、清末民初民事立法过程中的习惯调查与体现》(载黄源盛《民初法律变迁与裁判(1912—1928)》,2000年初稿,中国台湾政治大学法学丛书第47种),以及《最近官绅履历汇编》第一集,(北京敦文社编,1920年初版,中国台湾文海出版社1970年影印本)和《民国人物大辞典》(徐友春主编,河北人民出版社1991年版),参与民律草案修订的人员均为经清政府考试及格的留学生,包括章宗元、朱献文、高种、陈葆。章宗元曾翻译有《美国民法考》(上海文明书局刊行),陈葆曾任修订法律馆纂修,翻译《法兰西民法正文》(商务印书馆1913年版)。

[34] 《修订法律大臣奏开馆日期并拟办事章程折附章程》,载《政治官报》,光绪三十三年十一月十四日,第61号;又载《光绪朝东华录》第5册,总第5803页。

[35] 本文第一部分所述“修订法律权之争”,其中虽然包含“礼教与法律关系的问题”,“外国制定民法的经验问题”,但是就这些问题并未产生争议。“修订法律权之争”本质上是政府机构的权力之争。

[36] 《修订法律大臣沈家本等奏议复(朱福洗奏慎重私法编别选聘起草客员折)》,载《政治官报》,光绪三十四年十月十五日,第373号。

梅谦次郎帮助中国起草民律草案,并采纳梅谦次郎的学说,采取民商合编体例。^[37]

将近一年以后,修订法律馆才对朱福诜的意见做出反应。光绪三十四年十一月,沈家本上《修订法律大臣沈家本等奏议复〈朱福诜奏慎重私法编别选聘起草客员折〉》,在该奏折中沈家本首先肯定了起草民律应以日本、德国民法为范本:“臣等伏查欧洲法学统系约分德、英、法为三派,日本初尚法派,近则模范德派,心慕力追。原奏所陈确有见地,臣等自当择善而从,酌量编订。总之无论采用何国学说,均应节短取长,慎防流失。”其次,反驳了朱福诜“民商合编”的主张:“查自法国于民法外特编商法法典,各国从而效之,均别商法与民法各自为编。诚以民法系关于私法之原则,一切人民均可适用;商法系关于商事之特别例,惟商人始能适用,民法所不列者,如公司、保险、汇票、运送、海商等类,则特于商法中规定之,即民法所有而对于商人有须特别施行者,如商事保证、契约、利息等类,亦于商法中另行规定。凡所以保护商人之信用,而补助商业之发达,皆非民法之所能从同。合编之说似未可行。”

再次,关于“聘请外国法律专家”的问题,沈家本解释道:“臣等一再斟酌,以聘用外人至有关系,不得不加意慎重。遂于今年三月馆事粗定后,派令臣馆提调、大理院推事董康前赴日本详细访察。该员在日本将及半载,深悉梅谦次郎为该政府随时顾问,必不可少之人,断非能轻易聘用。访有日本法学博士志田钾太郎为商法专家,名誉甚著。禀经臣等公同商酌,聘充臣馆调查员。电请出使日本国大臣胡惟德妥定合同,约其来京。此外,另订旧在京师之日本法学博士冈田朝太郎、小河滋次郎、法学士松冈义正,分任刑法、民法、刑民诉讼法调查事件,以备参考。臣等仍督同编纂各员,限定课程分类起草,一面派员调查各省民商习惯随时报告,总以酌采各国成法而不戾中国之礼教民情为宗旨。此臣等日与编纂各员所兢兢致慎者也。”^[38]

依照沈家本的看法,梅谦次郎确实是日本最好民法学家,但是难以聘得;在时间较为紧迫的情况下,最便捷、有效的办法,就是聘用已在中国国内的日本法学家松冈义正。因此,就在议复《朱福诜奏慎重私法编别选聘起草客员折》的这个月(光绪三十四年十月),沈家本还奏请聘用松冈义正帮助编纂民律草案。该请求,迅即得到清政府的批准。^[39]

从理论上讲,朱福诜所主张的“实行民商合编”、“聘用梅谦次郎为民律起草员”,都是合理的。可是,若如其所言,再翻译相关外文资料、深入研究“民商合一”的理论,再等待日本政府和梅谦次郎本人的同意,那是绝对不能按时完成编订任务的。因此,沈家本在“私法编别”和“聘用外国专家”的问题上,只能退而求其次,做出较为现实的选择。

三、开展民事调查与编订民律草案条文稿

仿法国、德国、日本编订民法典的先例,当时修订法律馆计划以民事调查作为编订民律草案的事先预备,在民事调查的基础上再进行民律的编订工作。可是,在编订民律草案的过程中,由于时间紧迫,修订法律馆不得不在从事民事调查的同时就开始了民律草案的起草。

(一)民事调查的开展^[40]

[37] 梅谦次郎(1860—1910年)日本明治民法的三位主要起草人之一,1906年作为日本法政大学的总裁来中国访问,其民法学著作《民法要义》曾被译成中文(《日本民法要义·总则编》,孟森译述,商务印书馆1910年初版;《日本民法要义·债权编》,孟森译述,商务印书馆1911年版;《日本民法要义·亲属编》,陈与荣译述,商务印书馆1911年初版;《日本民法要义·相继承编》,金泯澜译,商务印书馆1911年初版;《日本民法要义·物权编》,陈承泽、陈时夏译述,商务印书馆1913年版)。笔者推测,清修订法律馆当时极有可能提出聘请梅谦次郎的要求,但是梅谦次郎由于事务繁忙并未允诺。

[38] 《修订法律大臣沈家本等奏议复〈朱福诜奏慎重私法编别选聘起草客员折〉》,载《政治官报》,光绪三十四年十月十五日第373号。其调查职务应为:冈田朝太郎帮助从事刑事法律调查,松冈义正帮助从事民事法律调查;小河滋次郎帮助从事诉讼法调查。

[39] 《光绪朝东华录》第5册,总第6001页。

[40] 民事调查与民事习惯调查是两个概念,民事调查包括民事习惯调查。

依照沈家本在《修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折》中的陈述,清末民事调查应包括三方面的内容,即调查外国民事法律资料(外国民法、民事法律著作等)、调查本国礼制、调查全国各地的民事习惯。

自光绪二十八年实行变法以来,清政府即开始通过多种途径调查收集外国法律资料。清政府的驻外使节,派往欧陆、日本的考察大臣,以及专门的司法调查员,一般都负有购置、收集外国法律资料的任务。修订法律馆还聘请多名日本法律家为调查员,通过日本法律专家调查欧陆各国的有关法律资料,其中日本法律家松冈义正曾专门负责调查民事法律资料。光绪三十三年(1907年)十月,修订法律馆成立以后,该馆还曾通过外务部收集外国法律资料。^[41]

从修律大臣历年的办事情形来看,调查、收集、整理、翻译外国法律资料,与修律任务相一致。光绪三十三年(1907年)五月,修订法律大臣主要从事编订刑法草案、诉讼法草案,当时翻译完成的外国法律资料有二十六种,基本都是有关刑法、诉讼法方面的;还有已开始翻译尚未完成者十种,其中一种为德意志民法。^[42]

至宣统元年(1909年),在修订法律馆翻译的外国法律资料之中,民法已占相当比例。宣统元年二月,修律大臣报告,作为起草民律的准备,已开始翻译了日本民法(未完)、德国民法(未完)、法国民法(未完)、奥国民法(未完)。^[43]宣统元年十二月,修律大臣报告,已编辑完成释法律名词,译德国民法总则条文,译德国亲属法条文,译奥国民法总则条文,译奥国亲属法条文,译瑞士民法总则条文,译瑞士亲属法条文,译法国民法总则条文,译法国民法失踪条文,译法国民法亲属条文,译日本冈松参太郎所著民法理由总则、物权、债权(未完),译日本奥田义人所著继承法,译日本法律辞典(未完)。^[44]从修订法律馆在宣统元年翻译完成的民法资料中,我们可以看到,当时翻译最多的外国民法资料是有关民法总则、亲属两编的,正是已拟定好的民律草案大纲(第一编总则,第二编亲属,第三编继承,第四编债权,第五编物权)的前两编。

对本国礼制的调查是民事调查工作的一个重要方面。实行变法以前,清政府没有独立民法的观念,调整民事法律关系的规则散见于地方志、官府通例、官绅牧令书和民间习惯。而地方志、官府通例、官绅牧令书包含了地方官绅依照礼制调处民事纠纷的具体规则,因此,这些材料对编订民律具有重要的参考价值。光绪三十三年(1907年)十一月,修订法律馆曾通过宪政编查馆向礼学馆及各地方政府收集地方通志、官私刊印各书,以调查礼制资料。^[45]从民律草案的最后文本——“说明稿”来看,传统礼制对编订民律草案的亲属、继承两编产生了直接影响。^[46]

民事习惯调查是民事调查工作中最为艰巨的一项调查任务。光绪三十四年(1908年),清政府为编纂民、商法典,由修订法律馆主持,在全国展开了大规模的民商事习惯调查。^[47]光绪三十四年(1908年)以后的民商事习惯调查,大体可以分为两个阶段。光绪三十四年(1908年)至宣统元年(1909年)为第一个阶段,宣统二年(1910年)正月至宣统三年(1911年)春为第二阶段。两个阶段的调

[41] 中国第一历史档案馆藏档案:修订法律馆全宗(524-10-1),第18档,保存有《咨外务部等索取外国法律图书资料之文书》。

[42] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,《修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折》下册,中华书局1979年版,第838页。

[43] 《修订法律大臣奏筹办事宜折并单》,载《政治官报》,宣统元年二月初二日第471号。

[44] 同上,载《政治官报》,宣统元年十二月四日,第798号。

[45] 中国第一历史档案馆藏档案:修订法律馆全宗(524-10-1),第18档,保存有《修订法律馆咨宪政编查馆具奏编纂法典需用各省通志府州县志及官私刊行各书片》。据该片记载,宪政编查馆曾按照修订法律馆要求,送达广州通志一部一百二十册。

[46] 参见民国北京政府修订法律馆1926年编辑刊行的《法律草案汇编》第一册,《大清民律草案·民律亲属草案》、《大清民律草案·继承草案》。

[47] 光绪二十九年(1903年)至光绪三十二年(1906年),清政府先后编定完成《商人通例》、《公司律》、《破产律》,在此期间为配合商事立法,清政府已开始从事商习惯调查。

查工作,都有极强的针对性和应急性。第一阶段的调查工作主要为编纂商律草案而进行,由修订法律馆派调查员到直隶、江苏、安徽、浙江、湖北、广东等地调查。^[48]第二阶段的调查工作,主要为编纂民律草案做准备,调查的内容侧重于民事习惯。在总结第一阶段调查经验的基础上,宣统二年(1910年)正月,修订法律馆制定《民事习惯调查章程》10条和《调查民事习惯问题》213问,以规范调查工作。^[49]可以说,修订法律馆对民事习惯调查工作的布署极为周详,对调查的程序要求极为严格,更是对调查结果寄予了厚望。然而,民事习惯调查的进展却比预定计划要慢,调查资料的运用也存在极大困难。修订法律馆原计划在宣统二年八月基本完成对全国民事习惯的调查;可是由于财政拮据、人员短缺,各地大量报送民事调查资料一般延迟到宣统三年二月以后。^[50]并且,甄别采纳民事习惯也存在着困难,诚如当时任职于修订法律馆的董康所言:“法律馆调查报告已汗牛充栋,资料愈多编辑愈难”。^[51]实际上,民事习惯调查既没有按期完成,对调查所得的资料也难以甄别采纳,因此可以说,民事习惯没有对编订民律草案产生直接影响。^[52]

(二)民律草案“条文稿”的编订

光绪三十三年十月修订法律馆改组成立以后,即按照《编纂民法之理由》(草稿)中开列的民律草案大纲(第一编总则,第二编亲属,第三编继承,第四编债权,第五编物权)开始编订。在宣统元年,修订法律大臣先后两次将修订法律馆已办事宜缮具清单恭呈御览,在“已办事宜”中涉及到编订民律的有:宣统元年二月已“拟订民律亲属法总则及第二章,拟订民律承继法总则”,^[53]宣统元年十二月已“拟定亲属法草案第三章至第七章,拟定继承法草案第二章至第六章”。^[54]

至宣统二年十二月,也就是清政府所定的最后期限,修订法律馆编纂完成了民律草案的“条文稿”(只有条文1596条,没有详细的立法理由)。在修订法律馆拟定的《奏为民律草案告成谨缮具条文进呈御览折》中,修订法律大臣对民律草案的编纂进程、立法依据均作了说明。^[55]该奏折(草稿)称:

“兹民律草案业已告竣,内分五编三十七章,都一千五百九十六条,谨将修订之程序与本律之大旨,敬为我皇上缕析陈之。……我国关于民事之法令,向乏专书,然权利义务之间,民俗已有其习惯,且其中有优尚各国者,臣馆迭经派员分赴各省详细调查陆续报告前来,业由臣等斟酌采用。惟是我国幅员辽广,各地习惯未能纤悉皆符。传曰:百里不同风,千里不同俗,戢若画一势所不能。本律为统一全国之典章,其必画一者,当以本律为标准,故悉著诸条文;其前(强)难画一者,不与本律相背驰,自可

[48] 详参《修订法律大臣奏编订民商各律照章派员分省调查折》,收录于《大清宣统新法令》,商务印书馆编译所1911年刊行。

[49] 分别载于《江苏省自治公报》第51至60期,1911年。

[50] 自光绪三十二年实行新政以来,清朝中央政府需要地方调查的事项极为繁多,宪政编查馆、度支部、巡警部、民政部等均有委托地方调查事项。中央委托地方进行调查带来了巨大的财力及人力负担,各地不能按期完成调查任务实属正常。纵然是财政情况较好、交通近便的直隶,也难以完成项目繁多调查任务。修订法律馆原本计划向全国派出调查员,后来因为经费紧张,改为由地方调查局承担民事调查事务,亦将民事调查的财政负担转嫁给了地方政府。陕甘总督和陕西巡抚的公函清楚地表明:“因限期迫切”,“势难依限答覆”,只是由于修订法律馆“一再严催”,陕甘总督才“按期”(实际已经延迟了一个月)汇编完成三册民事习惯调查资料(实际上只有一册,为一式三份,一份留总督衙门,一份呈送宪政编查馆,一份呈送修订法律馆);陕西巡抚在宣统二年九月仅完成调查报告的上编(占全部调查资料的百分之二十),中编、下编(占全部调查资料的百分之八十)都在宣统三年三月以后才完成。参见中国第一历史档案馆档案:修订法律馆全宗(524-10-1),第18档,《钦命督察院御史总督陕甘等处地方军务粮饷兼理茶马馆巡抚事 长为咨送事》、《咨头品顶戴督察院副御史巡抚陕西等处地方提督军务兼理粮饷会办盐政 恩为咨明事》。两广大量报送民事调查资料亦在宣统三年二月以后,参见中国第一历史档案馆档案:修订法律馆全宗(524-10-1),第18档,《咨头品顶戴署理两广总督兼管广东巡抚粤海太平两关事务张为咨送事》。

[51] 董康:《前清法制大要》,《法学季刊》第2卷第2期,1924年10月。

[52] 关于民事习惯对编订民律草案的影响,笔者将专门撰文讨论。

[53] 《修订法律大臣奏筹办事宜折 并单》,载《政治官报》,宣统元年二月初二日,第471号。

[54] 同上文,载《政治官报》,宣统元年十二月四日,第798号。

[55] 修订法律馆全宗(524-10-1),第7档,《奏为民律草案告成谨缮具条文进呈御览折》(草稿)。现存的为奏折草稿,文稿有涂改,书写在“法律馆”格纸上,显然不是上奏的正式奏折文本。

任依习惯。总则第一条所谓凡民事本律未规定者,依习惯,即此意义也。……且近今瀛海交通,我国人民居留外国者既众,饮食讼狱迭起环生,按国际私法有应据其人本国法者,若我国民律未定,何是以资引用。此又法权所系,臣等所兢兢注意者也。惟查各国编纂民律,往往穷数十年之力,始克成编,本律匆促成书,未敢递谓完善,然求适合于各国大同之法理与我国大端之习惯,业已具费筹酌。本律正条之下,尚有注释详细说明,以篇幅太长未及同时缮呈。谨先缮具条文恭呈御览,伏乞飭下宪政编查馆考核。”^[56]

目前,笔者在清末档案中尚未发现宣统二年的民律草案“条文稿”,以上奏折(草稿)是了解宣统二年民律草案“条文稿”的唯一材料。该奏折(草稿)为我们提供了有关编订民律草案“条文稿”的三方面的内容:其一,民律草案“内分五编三十七章,都一千五百九十六条”,这说明该“条文稿”基本上已是民律草案的定稿,宣统三年以后完成的“说明稿”(包括《大清民律草案》前三编和“民律草案亲属草案、继承草案”两部分)只是在此基础上增加了注释,条文数量未增减一条;其二,民律草案是在甄采“适合于各国大同之法理与我国大端之习惯”的基础上编订而成的,不过“我国幅员辽阔,各地习惯未能纤悉皆符”,各地习惯难以强行划一,修订法律馆无法将民事习惯采纳为民法条文,只能通过草案第一条“法例”,对民事习惯加以概括性承认;其三,修订法律馆虽然如期编订完成了民律草案条文,但是由于时间极为紧迫,只进呈了条文,条文之下的“详细说明”未能及时缮呈。^[57]

依据现有的材料,还有一点是无法说明的,那就是宣统二年民律草案(“条文稿”)的篇章顺序(第一编总则,第二编债权,第三编物权,第四编亲属,第五编继承)与光绪三十三年民律草案大纲所列的篇章顺序(见《编纂民法之理由》草稿:第一编总则,第二编亲属,第三编继承,第四编债权,第五编物权)不一致。^[58]为什么会发生这种改变,尚无法解释。

四、《大清民律草案》“说明稿”的编订

宣统二年(1910年)十二月修订法律馆奏呈的民律草案“条文稿”只有一个总的说明,各编、各章、各条均无具体说明,宪政编查馆难以考核。因此,由修订法律馆继续完成“详细说明”,这等于修订法律馆合理地宽展了编订民律草案的期限。宣统三年(1912年)九月,修订法律馆奏呈《修订法律大臣俞廉三等奏编辑民律前三编草案告成缮册呈览折》,此时将“民律草案”正式定名为“大清民律草案”。^[59]然而,修订法律馆只编订完成了前三编的“说明稿”,后两编的“说明稿”则需要会商礼学馆才能最后定稿。根据修订法律馆1911年铅印本《大清民律草案》,该“说明稿”共分四册,只有总则、债权、物权三编,并且第三编物权之末有“大清民律草案终”的字样。这说明,清政府仿照日本颁行民法的办法,拟先公布前三编(总则、债权、物权),亲属、继承两编待修订法律馆与礼学馆会商后再另行公布;也就是说,在宣统三年九月定稿的只有《大清民律草案》前三编,后两编当时并未定稿。^[60]

本文在“修订法律权之争”部分已经说明,清政府曾否定了御史史履晋“请求礼学馆参与议定新律”的建议。可是到了宣统三年(1912年)正月,在签注、讨论《新刑律草案》的过程中,为了纠正新律

[56] 中国第一历史档案馆藏档案:修订法律馆全宗(524-10-1),第7档,《奏为民律草案告成缮具条文进呈御览折》(草稿)。

[57] 当然也存在着这样的可能性,那就是修订法律馆尚未完成对全部条文的详细注释,“以篇幅太长未及同时缮呈”作为延误期限的借口。

[58] 修订法律馆在宣统三年刊行的《大清民律草案》(前三编),和“民律草案亲属编、继承编”,总计是37章、1596条。

[59] 收录于故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版。

[60] 日本政府于1896年4月27日公布民法前三编(总则、物权、债权),于1898年6月21日公布民法后两编(亲属、继承),全部民法于1898年7月16日施行。参见[日]北川善太郎著,李毅多、仇京春译:《旧民法的延期实施与明治民法的公布施行》,载《日本民法体系》,第105页。

摒弃礼教的问题,经大学堂监督刘廷琛提议,清政府批准礼学馆会同法律馆议定新律与礼教相关的条文。^[61]宣统三年九月,修订法律馆将《大清民律草案》前三编上呈御览,同时将“民律亲属编草案、继承编草案”的“说明稿”交付礼学馆共同商订。但是,数日之后辛亥革命爆发。宣统三年十一月,旋即由袁世凯组织新内阁。在袁世凯改组成立的新内阁中已经没有礼学馆这个机构^[62],所谓“(《大清民律草案》)后二编由法律馆会同礼学馆订立”,只是在宣统三年的九月到十月间的事情,在仅仅一个月的时间里,礼学馆已经难以有所作为。因此可以说,“(《大清民律草案》)后二编由法律馆会同礼学馆订立”,在清末很可能没有形成实质性的结果。

从民国初年出版的一些《大清民律草案》(或《民律草案》)的版本来看,在清朝最后风雨飘摇的岁月里,没有最后将“说明稿”的前三编与后两编合为一体;民律草案的后两编称作“民律亲属编草案、继承编草案”,没有和“说明稿”的前三编统称为“大清民律草案”。中华民国元年(1912年),新华书局曾印行(中国图书公司代发行)《中华民国暂行民律草案》^[63],共分八册,在首册扉页上印有“法律馆原本”;正文之前以“法律馆民律前三编编纂大意”为序言;在第八册之末,印有“民国暂行民律草案终”。再有,中华法政学社1912年刊行的《民律草案》,将总则、债权、物权前三编,与亲属、继承编合刊;但是,前三编条文编号是连续的(从第一条至第一千三百六十六条),而后两编则分别是第一条重新编排。中华法政学社1913年刊行,并多次再版的《新编中华六法全书》^[64],其中第六至十一册为《民律草案》,其前三编连为一体,而后两编则分别编列条文序号。时至1926年,民国北京政府修订法律馆编辑的《法律草案汇编》,其中收录之《大清民律草案》,前三编条文为连续序号,后两编仍分别编排。

因此,《大清民律草案》有两种版本,一种版本是清末“修订法律馆原本”,这个版本的《大清民律草案》只是前三编的“说明稿”,并未与后两编合为一体,如修订法律馆宣统三年铅印的《大清民律草案》;民律草案的后两编有单独的名称——“民律亲属编草案、继承编草案”。另一种版本的《大清民律草案》是在编订活动终止以后,由民国时期的民间出版机构或法律编订机关完成的^[65],将修订法律馆的《大清民律草案》(前三编的“说明稿”)与尚未完成的“民律亲属编草案、继承编草案”合编,最典型的版本是民国北京政府修订法律馆民国十五年(1926年)刊行的《法律草案汇编·大清民律草案》。无论何种版本,《大清民律草案》均是一部没有经过前后统编而最后完成的草案。

五、余 论

清末有关编订民律草案的讨论始于光绪三十三年(1907年)四月,至最后修订法律馆完成“说明稿”,前后历经四年半的时间。在修订该草案的过程中,清政府为修订法律大臣和修订法律馆提供了当时一切可能的条件,诸如确立并维护独立的编订权、调配国内最好的法律人才、尽可能地提供经费,等等;惟独无法给与修订法律馆的就是充裕的编订时间。

也正是因为编订的时间极为紧迫,最后完成的民律草案虽然在形式上具有会同中西的特征:前三编主要取法德、日民法典,后两编甄采本国礼制。可是,无论是在继受外国法方面,还是规制采纳本国

[61] 从讨论《大清刑律草案》开始形成惯例,礼学馆有议定各种法律草案中有关礼教的条文。参见《大清宣统政纪实录》,卷48。

[62] 清内阁印铸局编:《宣统三年冬季职官录》,宣统三年十二月发行,本文依据中国台湾文海出版社1968年影印本。

[63] 之所以要将《大清民律草案》改为《中华民国暂行民律草案》,是因为民国初年,尚未制定各项新的法典,民国政府临时大总统袁世凯提请参议院将清末各项法律草案暂时加以援用。后来《大清刑律》、《法院编制法》被援用,改称《暂行刑律》、《暂行法院编制法》;但参议院没有通过援用《大清民律草案》的决议。

[64] 中华法政学社刊印,至民国四年(1915年)五月,已出版第十次增订版。

[65] 据《民国时期总书目·法律卷》(北京图书馆编,书目文献出版社1990年版,第261页)所载,1911年宪政编查馆曾编辑《民律草案》的“说明稿”,将前三编与后两编“民律亲属编草案、继承编草案”的“说明稿”合编为一书,名之为《民律草案》。但是,笔者搜遍国家图书馆及其分馆,至今未能见到此书。

固有法方面,民律草案“说明稿”都存在着严重缺陷。清末任职于修订法律馆的著名法律家江庸曾指出《大清民律草案》的缺点,他批评道:“(一)前案仿于德日,偏重个人利益,现在社会情状变迁,非更进一步,不足以应时势之需求。(二)前案(即《大清民律草案》)多继受外国法,于本国固有法源,未甚措意。如民法债权篇于通行之‘会’,物权篇于‘老佃’、‘典’、‘先买’……,而此等法典之得失,于社会经济消长盈虚,影响极巨,未可置之不顾。(三)旧律中亲属、继承之规定,与社会情形悬隔天壤,适用极感困难,法曹类能言之,欲存旧制,适成恶法,改弦更张,又滋纠纷,何去何从,非斟酌尽美,不能遽断。”^[66] 民国时期的法律家薛长炘在评价《大清民律草案》时也曾说过:“我国民草,前三编为日人所起草,其总则、债权两编故不乏可议之处,而尤以物权编为不和我国民情习俗,亟宜修正。”^[67]

本文限于材料,只能在已有的研究基础上拾遗补阙,期于使人们对中国第一部近代民法草案的了解更接近于历史真实。而对《大清民律草案》编订过程更加详尽的考证,还有待进一步的深入开展。

Abstract: According to the historical materials already found and the recent new materials, it was a hard and complicated course of drawing up the Draft of Civil Code at the end of Ching Dynasty, which experienced many incidents such as the disputes of the power of law revision, the drawing up of the draft of the reasons for the codification of civil law, the design of the codification plan, making civil investigations, drawing up the draft of civil code and the explanation to it. However, the situation at the end of Ching Dynasty made the related bureau unable to codify the civil code according to the above-mentioned perfect legislation plan, as a result of which there inevitably existed some serious defects in the Draft of Ching Civil Code finally achieved.

Keyword: the Draft of Ching Civil Code, legal history of Ching Dynasty, civil law history

[66] 前引[1],江庸文。

[67] 薛长炘:《对于民法物权编修正之我见》,《法律周刊》第27期,1924年1月。