

新見史料及其所揭示的 《大清民律草案》編訂問題

張 生*

一、有關編訂《大清民律草案》的資料

自民國初期以來，關於《大清民律草案》的編訂問題似乎已有定論。1935年初次刊行的《近代中國立法史》一書，比較早地介紹了《大清民律草案》的編訂過程；¹1937年初版的《中華民國立法史》，²對《大清民律草案》的介紹與《近代中國立法史》一書近乎相同。雖然，後來潘維和編著的《中國近代民法史》、《中國歷次民律草案校釋》等，³臺灣，國史館編撰的《中華民國史法律志（初稿）》，⁴李貴連所著《沈家本傳》，⁵對《大

* 中國政法大學法學博士，中國政法大學法律系副教授。

1 楊幼炯著，《近代中國立法史》，商務印書館1935年初版，本文引自臺灣商務印書館1966年增訂版。

2 謝振民編著、張知本校訂，《中華民國立法史》，正中書局1937年初版，中國政法大學出版社，2000年版。

3 均為漢林出版社1982年出版。

4 中華民國史法律志編纂委員會編撰，《中華民國史法律志（初稿）》，國史館，1994年刊行。

5 李貴連著，《沈家本傳》，法律出版社，2000年版。

清民律草案》的編訂過程有了進一步的深入研究。但是，有關描述《大清民律草案》編訂過程的論著，⁶主要依據的是《修訂法律大臣俞廉三等奏編輯民律前三編草案告成繕冊呈覽折》，⁷從法典內容的方面評述較多，從立法過程的角度描述較少。論者基本上將編訂《大清民律草案》的過程簡略地歸結為：光緒三十三年開始起草民律草案，宣統三年，前三編告成，後二編由法律館會同禮學館訂立，亦於是年脫稿。例如楊幼炯在《近代中國立法史》中稱：「迨至光緒三十三年憲政編查館議覆修訂法律辦法，認立法應設專官。遂於是年派沈家本、俞廉三、英瑞為修訂法律大臣，創設修訂法律館，招致歐、美、日本之留學生分科治事。聘日人松岡義正氏擔任起草民律，宣統三年，前三編告成，後二編由法律館會同禮學館訂立，亦於是年脫稿，即所謂《大清民律草案》者，實為我國第一次民法草案也。……前三編為松岡義正氏起草，後二編則由朱獻文、高種和兩氏分任起草。」⁸

近幾年，筆者在中國第一歷史檔案館查閱檔案資料的過程中，在《修訂法律館全宗》中發現了幾件零散的有關編訂《大清民律草案》的檔案資料。這些新見⁹的有關編訂《大清民律草案》的檔案資料主要有：

1、〈編纂民法之理由〉（草稿），中國第一歷史檔案館館藏檔案，收錄

- ⁶ 除了以上提到的一些著述以外，還有日本法律家松本蒸治主編的《中華民國民法·總則》（日本中華民國法制研究會昭和十七年刊行），日本學者島田正郎所著《清末近代法典的編纂》（載島田正郎主編，《東洋法史論集》第三集，創文社昭和五十五年），以及二十世紀八十年代以後，中國大陸出版的有關近代民法的著述，這些著述大體未能超出《近代中國立法史》和《中華民國立法史》對《大清民律草案》編訂過程的描述。
- ⁷ 收錄於故宮博物院明清檔案部編《清末籌備立憲檔案史料》，中華書局 1979 年版，下冊。
- ⁸ 楊幼炯著：《近代中國立法史》（商務印書館 1935 年初版，本文引自臺灣商務印書館 1966 年增訂版，第 73 頁）。又依據《最近官紳履歷彙編》第一集（北京數文社 1920 年刊行，文海出版社 1970 年影印本）。楊幼炯所稱「高種和」，應為「高種」；謝振民編著、張知本校訂的《中華民國立法史》（正中書局 1937 年初版）也將「高種」誤為「高種和」；而潘維和在《中國歷次民律草案校釋》中，將「高種」誤為「高種分」。
- ⁹ 筆者所稱「新見」資料，並不是說檔案資料和其他資料是的新，這些都是既存資料；所謂「新見」資料，是說筆者是第一次接觸這些資料，並且筆者在已公開出版的中國法制史和民法學著述中，未曾見到其他學者系統地運用這些史料。

於〈修訂法律館全宗〉（524-10-1），第 7 檔。

- 2、《奏為民律草案告成謹繕具條文進呈禦覽折》（草稿），中國第一歷史檔案館藏檔案，修訂法律館全宗（524-10-1），第 7 檔。¹⁰
- 3、〈欽命都察院都御史總督陝甘等處地方軍務糧餉兼理茶馬館巡撫事 長為咨送事〉、〈咨頭品頂戴都察院副都御史巡撫陝西等處地方提督軍務兼理糧餉會辦鹽政 恩為咨明事〉、〈咨頭品頂戴署理兩廣總督兼管廣東巡撫粵海太平兩關事務 張為咨送事〉等，以上三則有關民事習慣調查的檔案資料均收藏於中國第一歷史檔案館，〈修訂法律館全宗〉（524-10-1），第 18 檔。

第一歷史檔案館所藏上述檔案資料比較零散，尚難以系統地說明《大清民律草案》的編訂過程。为了更好地利用這些檔案資料，筆者還查閱了清末《政治官報》、《內閣官報》¹¹中的有關資料，從中粗略地摘錄出有關編訂《大清民律草案》的以下幾則奏摺：

- 1、〈掌遼沈道監察御史史履晉奏禮學館宜專派大臣管理與法律館會同商訂折〉，載《政治官報》，光緒三十四年五月二十四日，第 234 號。
- 2、〈會議政務處奏議復御史史履晉奏禮學館宜專派大臣管理與法律館會同商訂折〉，載《政治官報》，光緒三十四年八月初一日第 300 號。
- 3、〈修訂法律大臣奏擬修訂法律大概辦法折〉，載《政治官報》，光緒三十三年十月初二日，第 19 號。
- 4、《修訂法律大臣奏開館日期並擬辦事章程折、附章程》，載《政治官報》，光緒三十三年十一月十四日，第 61 號。

¹⁰ 1999 年 4 月，筆者在修訂《法律館全宗》第 7 檔，發現了該奏摺（草稿），2003 年 9 月再去查找，該檔案原件已不在第 7 檔之內。

¹¹ 筆者之所以選擇《政治官報》、《內閣官報》作為輔助性資料，是因為官報基本反映了光緒三十三年九月至清帝退位期間的各種國家政治活動，具備史料的可靠性和系統性（參見《影印〈政治官報〉附〈內閣官報〉序》）；再者，官報中收錄的諭旨、折奏等為全文，較之《光緒朝東華錄》、《大清德宗實錄》等所摘錄的內容更為翔實。

- 5、《修訂法律大臣沈家本等奏議復〈朱福詵奏慎重私法編別選聘起草客員折〉》，載《政治官報》，光緒三十四年十月十五日第 373 號。
- 6、〈修訂法律大臣奏籌辦事宜折、並單〉，載《政治官報》，宣統元年二月初二日第 471 號。
- 7、〈修訂法律大臣奏籌辦事宜折、並單〉，載《政治官報》，宣統元年十二月四日，第 798 號。

此外，筆者還收集了清末民初的一些出版物，如（清）內閣印鑄局編輯的《宣統三年冬季職官錄》（宣統三年十二月刊行，本文依據中國臺灣文海出版社 1968 年影印本）、清政府修訂法律館編輯的《大清民律草案》（宣統三年原本），《中華民國暫行民律草案》（新華書局民國元年印行）等，以為佐證。

上述檔案資料及相關資料大致可以形成一個資料系統，雖不足以說明編訂《大清民律草案》的全過程，卻揭示出一些尚未引起人們注意的問題。

二、問題之一：有關《大清民律草案》的編訂進程

根據目前掌握的資料，筆者將《大清民律草案》的編訂過程劃分為以下三個階段：光緒三十三年四月至光緒三十三年十月，擬訂民律草案大綱；光緒三十三年十一月至宣統二年年底，修訂法律館完成民律草案初稿（因當只奏呈草案條文，沒有逐條的立法說明，筆者將其稱作「條文稿」）；宣統三年九月，修訂法律館在民律草案初稿的基礎上，完成民律草案「說明稿」（每一條之後都附具了立法理由，筆者將其稱作「說明稿」），其中前三編以《大清民律草案》之名上奏，民律親屬編、繼承編草案說明稿由修訂法律館與禮學館共同議訂。以下詳言之：