



“十三五”国家重点出版物出版规划项目



比较法文丛

何勤华 主编

41

“《现行律》民事有效部分” 集解四种

沈尔乔 熊飞 史文 郑爱淑 编辑
陈颐 点校



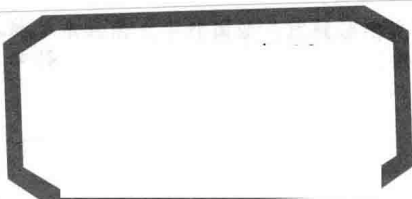
法律出版社
LAW PRESS · CHINA





上海市人文社科重点
国家项目

院建设项目
目



比较法文丛

何勤华 主编

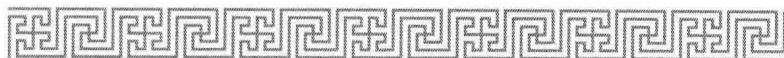
41

“《现行律》民事有效部分” 集解四种

沈尔乔 熊飞 史文 郑爱淑 编辑
陈颐 点校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

“《现行律》民事有效部分”集解四种 / 沈尔乔等
编著;陈颐点校. —北京:法律出版社,2016. 11
(比较法文丛 / 何勤华主编)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0316 - 5

I. ①现… II. ①沈…②陈… III. ①民法—研究—
中国—民国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 288996 号

“《现行律》民事有效部分”集解四种

沈尔乔 等编著
陈 颐 点校

编辑统筹 财经出版社
策划编辑 沈小英
责任编辑 解 钊
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 64.25

字数 1192 千

版本 2016 年 12 月第 1 版

印次 2016 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0316-5

定价:198.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



陈 颐 法学博士，华东政法大学教授。

- 现代西方的政党、民主与法治
- 民国《合作社法》的孕育与影响
- 拉丁美洲国家民法典的变迁
- 唐代刑部研究
- 澳大利亚行政裁量司法审查研究
- 解读约因：英美合同之效力基石
- 战后美国国家安全法律制度研究
- 论英国警察权的变迁
- 英国租借时期威海卫法律制度研究
- 英国慈善信托制度研究
- 罪刑法定原则在近代中国
- 比较法视野下的民事公益诉讼
- 律简身份法考论：秦汉初期国家秩序中的身份
- 先秦诸子政治法思想萌芽研究
- 中国法律文化对东南亚的影响
- 1947年宪法体制下的中央立法权研究
- 现代日本人的法律生活
- 英国租借期间威海卫法令汇编
- 韩国法专题研究
- 中华民国宪法史
- 俄罗斯国家与法的历史
- 中国古代佛教法初探
- 走近文明的橱窗：清末官绅对日监狱考察研究
- 全球警务机制研究
- 生命法学论纲
- 华洋共处与法律多元
- 教会法原理
- 英国证据法史
- 法律翻译与法律移植
- 近代契约华工法律
- 近代华侨法律研究
- 苏联法学教育研究
- 文教与政教
- 西法东来的样式：西班牙殖民时期的菲律宾法研究
- 董康法学文选
- 美国食品安全法制与伦理耦合研究（1906~1938年）
- 英国议会政治
- 自贡盐业契约研究
- 彝族习惯法及调解机制研究
- 慈善捐赠的世界图景——以罗马法、英美法、伊斯兰法为中心
- “《现行律》民事有效部分”集解四种

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代,我国也先后出版了诸如:茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999 年版)等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

众所周知,21 世纪的中国已步入法制建设的攻坚阶段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开发达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的

研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有比较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英分社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。

何勤华

于华政人可居

2010年9月19日

前 言

“《现行律》^①民事有效部分”在近代中国法律史上是一个古怪的存在。

按理,清末修律引入了全套西洋近代的法律国家体系,这一法律国家体系无疑与民初共和政体更为贴近,清末修律的成果应该被民初政权全部接纳才对(当然“除与民国国体抵触各条应失效力”外)。然而,在北洋时期,旧律的核心部分以“《现行律》民事有效部分”之名存续至北洋政府垮台。

“《现行律》民事有效部分”的条款不算多。据笔者统计,整个北洋时期最高司法当局大理院的判例与解释例中援引的《现行律》律文不过 20 条,条例不过 26 条,与《大清现行刑律》全部 389 条律文、1327 条例相比,所占比例不过才 5.14% 与 1.96%。^② 但恰恰是这些为数极少的条文,构成了旧律的核心部分。

中国旧律与中国传统社会政治秩序高度契合,其核心落足于“三纲五常”。三纲之中,“君为臣纲”无疑是传统政治秩序的核心,也是旧律绝大部分规则的依托;而“父为子纲”、“夫为妻纲”则是这一政治秩序所依托的社会秩序的核心。虽然由于国家统治结构与能力的限制,“父为子纲”、“夫为妻纲”所主导的日常社会秩序规范的大部分并未能纳入以刑罚管控为基本手段的律典的范畴,而是隐没于堂皇的

^① 所谓《现行律》即《大清现行刑律》,民国时期多径称为“现行律”、“现行律例”,大理院各判例、解释例中通常也直接使用“律”字来指称。

^② 对律文的统计未进一步统计律文各节的引用情况,如果统计律文各节引用情形,则实际引用的比重会更低。

庙堂之下的晦暗的乡土之“理—礼”^①之中,但律典中残留的部分(以传统所谓“户婚田土”为核心的律条)无疑是这一社会秩序规范的中枢。

《大清新刑律》——《暂行新刑律》废止了“君为臣纲”;“君为臣纲”所依托的“父为子纲”、“夫为妻纲”虽然在《大清民律草案》中大部分被废止了,但初建的民国政府并未承继《大清民律草案》的事业,而是继续维持“《现行律》民事有效部分”的效力,颇令人诧异。^②

同样令人诧异的是,尽管大理院三番五次确认了《现行律》民事部分的效力,^③但究竟《大清现行刑律》中哪些律文、条例属于“《现行律》民事有效部分”,则从未见大理院官方说明过。^④

此外,大理院既然确认了《现行律》民事部分的效力,在立法未曾变更之前,自当严格适用《现行律》有关各条,然而实际情形并不如此。大理院有时强调严格遵从《现行律》,有时又刻意回避乃至明确排除《现行律》的适用,有时又明目张胆地歪曲《现行律》,但大理院同样并未给出究竟司法该如何适用《现行律》的明确说明。^⑤

以上种种,足见所谓“《现行律》民事有效部分”之混乱。为尽可能呈现作为北洋时期民事司法首要法源的“《现行律》民事有效部分”,遂有本书之汇辑。

本书汇辑编者所见民国时期关于“《现行律》民事有效部分”著述四种[沈尔乔、熊飞编辑《〈现行律〉民事有效部分(附〈户部则例〉)》,杭州武林印书馆1918年版;史文编辑《〈现行律〉集解》,上海共和书局1919年版;郑爱诤编《〈现行律〉民事有效部分集解》,上海世界书局1928年版;郑爱诤编《〈现行律〉民事有效部分新解释》,上海法政学社1929年版],以期呈现时人对于“《现行律》民事有效部分”的理解与解读。同时附录清末编定、颁行《大清现行刑律》上谕、奏折,民国政府关于确认《现行律》民事部分效力相关文献,《大清现行刑律》服制图、服制以及户役、田宅、婚姻、钱债4门全部律例及相关其他各门律例(同时附载参与《大清现行刑律》编定的吉同

① 这是笔者杜撰的词,庙堂之下的规范很大程度上来自宣导的礼制秩序,这一礼制秩序与朴素的“天理人情”纠缠在一起,构成了庙堂之下生活世界规范的核心,但与其说这一“理—礼”的规范世界是规则式的,不如说是情境化的、个案式的。

② 此一问题牵扯甚多,须另拟专文详述,此处不赘。

③ 大理院确认《现行律》民事部分效力的判例、解释例,参见本书附录二第三部分。

④ 1919年5月《司法公报》第90期“考镜”栏目刊载的奉天民商事习惯调查会编印的《〈现行律例〉关于民事有效部分》,很难视为大理院“《现行律》民事有效部分”的官方版本。且该版本多有错误,如“同姓为婚”条已删而未奏复但仍予列入等。参见本书附录六·1“《现行律例》关于民事有效部分(奉天民商事习惯调查会编印)”。

⑤ 大理院只是很无奈地在统字第五七六号(1917年)解释例中称:“现在民法尚未颁行,该律(即《现行律》)民事部分,虽属有效,而适用之时,仍宜酌核社会进步情形以为解释,不得拘迂文义,致蹈变本加厉之弊”。

钩的解说),修订法律馆《〈大清现行刑律〉案语》以及宪政编查馆《核订〈现行刑律〉》有关民事部分,与《现行律》民事有效部分相关的大理院判例、解释例要旨,以及编者所能获见的11种《现行律》民事有效部分律例汇编(为免繁琐,与已著录文献择取律例相同者,仅存其目,不录全文),以呈现《现行律》民事部分之来龙去脉。

本书得以完成,得益于诸多师友的慷慨相助。厦门大学法学院吴旭阳教授、中国社科院近代史研究所李在全研究员、华东政法大学法律史研究中心孙晓鸣老师、华东政法大学图书馆王丽老师、上海社科院法学所孟祥沛教授、华东政法大学龚汝富教授、复旦大学法学院韩涛老师、上海师范大学法政学院汪强老师、华东政法大学法律古籍整理研究所王沛教授、王捷老师、中国政法大学马龙君博士、中国人民大学法学院徐奕斐博士等诸位师友协助寻找复制了本书诸多文献;华东政法大学法律史研究中心何勤华教授、李秀清教授、龚汝富教授、洪佳期教授,华东政法大学法学院戴永盛教授,中国社科院近代史研究所李在全研究员、浙江省高级人民法院黄寒法官、上海师范大学法政学院汪强老师、英国曼切斯特大学法学院卢然博士、华中科技大学法学院俞江教授等师友为本书汇编的文献线索、汇编体例提供了巨大的帮助;法律出版社沈小英社长、解锟博士、陈妮编辑、刘晓萌编辑的倾力相助,使本书得以面世。业师何勤华教授慨然为这一无助于学术 GDP 的项目提供出版资助,并于百忙之中审读全稿,尤令弟子铭恩在心。当然,书中所有错漏,均当由我本人承担。

陈 颐

二〇一五年八月

凡 例

一、本书系沈尔乔、熊飞编《〈现行律〉民事有效部分(附〈户部则例〉)》(杭州武林印书馆 1918 年版),史文编《〈现行律〉集解》(上海共和书局 1919 年版),郑爱诤编《〈现行律〉民事有效部分集解》(上海世界书局 1928 年初版)、《〈现行律〉民事有效部分新解释》(上海法政学社 1929 年版)四书编校再版。原书内容,除广告页外,悉数辑出,有文必录。

二、原文为繁体字、竖排版的,改为简体字、横排版。

三、原文所用繁体字、异体字,改为简体字和正体字。如改动有损原意,则予以保留。原文表述如“如左”、“如右”统改为“如下”、“如上”。但直接引用者,仍保留“如左”、“如右”表述。

四、原文中的无法辨识的字符,以方框□标明。可填补者,则另在其后的方括号〔 〕内注明。

五、原文中的错字,仍予保留,但加上圆括号(),用下标格式排版。校正的字则在該字后以方括号〔 〕标明。

六、原文中的衍字,仍予保留,但加上圆括号(),用下标格式排版。

七、原文中的漏字,在方括号〔 〕内增补。

八、一些不易在正文中以前述符号标明的错误,则在脚注中予以注明或说明。所有注释一律采脚注,每页重新编号。所有注释皆为编校者所加,不另注明“——编校者注”等字样。

九、原文中使用年号纪年、民国纪年的,均在方括号〔 〕

内标明公元纪年;^①为免繁琐,书中民国大理院判例、解释例等的文号及公布日期中使用民国纪年的,不再另行标注,可参看附录七《民国纪年与公元纪年对照表》。

十、原文无标点或标点不合现代汉语使用规范者,一律依据现代汉语阅读习惯和规则标点、改订。原文未使用书名号的,现统一增加书籍书名号;除少量法律、法规全称酌加书名号外,简略表达的法律、法规等不增加书名号。

十一、本书所有《大清现行刑律》条款,均以中宋字体标明;本书所有民国大理院判例、解释例,最高法院判例、解释例,司法院解释例等,均以仿宋字体标明,以示显目。

十二、本书所有《大清现行刑律》条款,均据海南出版社 2000 年影印宣统二年〔1910 年〕七月仿聚珍版《钦定大清现行刑律》校订;本书所有《户部则例》条款,均据同治十三年〔1874 年〕校刊本校订;书中所有民国大理院判例、解释例要旨均据大理院编辑处编《大理院判例要旨汇览》(三卷本,大理院收发所 1926 年订正再版)、大理院编辑处编《大理院判例要旨汇览续编》(大理院 1924 年版)、大理院编辑处编《大理院解释例要旨汇览》(第 1 卷,大理院收发所 1919 年版)、郭卫编《大理院解释例全文》(上海法学编译社、会文堂新记书局 1931 年第 6 版)、朱鸿达主编、郑爱淑编辑《现行法有效大理院解释例全集(1913—1927 年)》(世界书局 1933 年版)、郭卫编《大理院判决例全书》(上海法学编译社、会文堂新记书局 1932 年第 3 版)校订,但各判例、解释例的提要系各编纂者所加,故不予统一。其余参校文献,随文另行出注。

十三、本书所有《大清现行刑律》条款均标明编校者制作的序号,以便检索、参照。条款序号编排方式参见附录三“《大清现行刑律》有关民事部分”的“说明”。

十四、本书各部分原书所录大理院判例、解释例同时使用“《现行律》、《现行刑律》、《现行律例》、《现行例》”等词指称《大清现行刑律》,本书不予统一,但一律加上书名号;使用“现行法例”一词指称《大清现行刑律》的,则不加书名号。

十五、本书各部分原书所录大理院判例、解释例在引用《大清现行刑律》条款时,“门”、“条”二词使用混乱,有以“门”指“条”的,有以“条”指“门”的,均不予统一。

十六、本书各部分原书所录大理院判例、解释例,最高法院判例、解释例,司法院解释例的文号详略不一,现径行予以统一,不再专门标明。^②

① 因民国之前采阴历月日,该公元纪年与公元纪年绝对年份或有出入。

② 大理院、最高法院判例原书有称“判决例”者,因恐涉及大理院、最高法院判决性质的理解问题,不予更动。但本书编校者则统一使用“判例”一词。

总 目

前 言	1
凡 例	1

《现行律》民事有效部分(附《户部则例》)

律师 沈尔乔 编辑

序(陆咸)	3
序(熊飞)	5
自 序	7
凡 例	9
现行〔律〕民 _(律) 〔事〕有效部分总目	11
服制图	15
服 制	23
户 役	28
田 宅	46
婚 姻	57
钱 债	82
户部则例	87
户口	87
田赋	88

《现行律》集解

史 文 编辑

弁 言	99
目 录	101
户 役	103
田 宅	121
婚 姻	126
仓 库	141
钱 债	142
市 廛	146
礼 制	147
厩 牧	148
贼 盗	150
斗 殴	151
犯 奸	153
河 防	156

《现行律》民事有效部分集解

郑爱淑 编

编辑大意	159
序	161
目 录	163
第一章 婚 姻	165
第二章 承 继	205
第一节 宗祧承继	205
第二节 遗产承继	227
第三章 亲 属	246
第四章 亲 子	248
第一节 嫡子	248
第二节 庶子	249

第三节 嗣子	249
第四节 奸生子	249
第五节 养子	250
第五章 家 制	255
第六章 财 产	260
第一节 不动产	260
第二节 动产	273
第七章 钱 债	274
第八章 买 卖	280
第九章 损害赔偿	282
第十章 礼 制	288
附:服 制	290
附:服制图	295

《现行律》民事有效部分新解释

郑爰淑 编

凡 例	305
叙	307
目 录	309
第一章 婚 姻	311
第二章 承 继	373
第一节 宗祧承继	373
第二节 遗产承继	402
第三章 亲 属	428
第四章 亲 子	430
第一节 嫡子	430
第二节 庶子	431
第三节 嗣子	431
第四节 奸生子	431
第五节 养子	432
第五章 家 制	438
第六章 财 产	444

第一节 不动产	444
第二节 动产	459
第七章 钱 债	461
第八章 买 卖	470
第九章 损害赔偿	472
第十章 礼 制	479
附：服 制	481
附：服制图	486

附录一 编定、颁行《大清现行刑律》上谕、奏折等

颁行《现行刑律》上谕	499
沈家本等：拟请编定《现行刑律》以立推行新律基础折	500
奕劻等：议奏沈家本等《奏请编定〈现行刑律〉》折	502
沈家本等：编订《现行刑律》告竣谨缮具黄册恭候钦定折	504
沈家本等：编辑《秋审条款》附片	506
奕劻等：核议沈家本等奏《编定〈现行刑律〉告竣缮具黄册恭候钦定》折	507
奕劻等：请飭修订法律大臣另编重订《现行律》片	509
宪政编查馆：咨法部通行京外审判及问刑衙门遇有民事案件须遵奏定各节办理文	511
奕劻等：呈进《现行刑律》黄册定本请旨刊印颁行折	512

附录二 民国政府关于确认《现行律》 民事部分效力相关文献

一、临时大总统令	519
二、参议院议决《新法律未颁行以前暂适用旧有法律案》相关文献	520
三、大理院判例、解释例关于《现行律》民事部分效力相关文献	523

附录三 《大清现行刑律》有关民事部分

一、《大清现行刑律》律目	535
二、服制图	541
三、服 制	549

四、户役	553
五、田宅	565
六、婚姻	575
七、钱债	588
八、其他有关各条	592

附录四 《〈大清现行刑律〉案语》、《核订 〈现行刑律〉》有关民事部分

一、户役	633
二、田宅	654
三、婚姻	671
四、钱债	693
五、其他有关各条	698

附录五 大理院判例、解释例要旨(《现行律》 民事有效部分相关)汇辑(附检索表)

附录六 各种“《现行律》民事有效部分”文献汇录

1. 《现行律例》关于民事有效部分奉天民商事习惯调查会编印,载《司法公报》第 90期(1918年)	839
2. 《现行律例》关于民事有效部分〔存目〕北京大学1918年版	849
3. 《现行律例》关于民事有效部分〔存目〕(原载《民律大意》,文蔚阁印)	850
4. 《现行刑律》关于民事有效部分〔载余绍宋、李祖虞、余荣昌合辑《实用司法法令 辑要》(中),《司法公报》发行所1919年版〕	852
5. 前清《现行刑律》关于民事有效部分〔存目〕(载周东白编辑《前清〈现行刑律〉 民事有效部分·商法合刻》,上海世界书局1924年版)	884
6. 前清《现行刑律》关于民事有效部分〔存目〕(载周东白编辑《大理院判例解释· 民法汇览》,世界书局1924年增修再版)	885
7. 《大清现行律》民事继续有效部分及《户部则例》(载黄荣昌编辑:《最新司法法 令判解分类汇要·民例之部》,中华图书馆1923年版)	886