

二十世纪中华法学文丛 ①⑥

民法总论

史尚宽 著

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

民法总论

史尚宽 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总论/史尚宽著;张谷校勘。-北京:中国政法大学出版社。

2000.2

ISBN 7-5620-1944-4

I. 民… II. 史… III. 民法-总则-中国 IV. D923.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 05877 号

责任编辑 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 河北省〇五印刷厂

开本 850×1168 1/32 25.375 印张 630 千字

2000 年 3 月第 1 版 2000 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1944-4/D·1904

印数:0001-5000 册 定价:43.50 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803 或 62228801

声明: 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷、百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧

美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不公，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达6000余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近30余年，中国法律和法学一派凋零。70年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治理我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪上半叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁灭的危险。由于印刷技术

低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辨读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法律特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是50至70年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及50年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品。因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近20年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了6位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案，确定书目，选择版本，并以口头或书面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

志绩扬芬：史尚宽及其民法全书

(代总序)

史公尚宽先生，生于1898年农历元旦，^{〔1〕} 故字旦生，安徽桐城人，性厚重而颖悟，十一岁能文章，十五岁留学日本，由京都第三高等学校而东京帝大法律系，获法学士学位。1922年赴德国入柏林大学研究法律，^{〔2〕}〔3〕 越二年转法国巴黎大学研究政治经济。1927年返国，历任中山大学、中央大学及政治大学教授。

1928年参加广东建设厅附设之劳动法起草委员会，越二年，卒成劳动法典草案，就中史先生起草劳动契约、团体协约、劳动诉讼、劳动救济数章。后立法院劳动立法，多取材于此。史先生1929年入立法院，任立法委员，^{〔4〕} 对劳动立法皆得参加之机会，并起草其中的团体协约法，遂有其与兄长史太璞合著之《劳动法原论》（1934年上海初版）问世。1929年1月29日，立法院第10次

〔1〕 史著《物权法论》自序，未署“中华民国四十六年一月三十一日夏历元旦适为著者六十诞辰”，可证。

〔2〕 1921年9月29日，北京政府大总统徐世昌特任许世英为安徽省长。许主皖时，曾选送了一批学生出国留学，如史尚宽、方希孔、陈仿先、杨亮功、张果为、汤先志、高语罕、章伯钧等，他们后来都成为政界文坛的名流。见洪绪“许世英也做过好事”，载《读书》1998年第3期。又，民国元年袁世凯任命许世英为大理院院长，数月调章宗祥继任，许任司法总长。许世英于1921年出版的《司法计划书》中，尝就组织法院、培养司法人才、实行律师制度、改造监狱等问题加以分析，提出实行措施。由此可见，许选送史尚宽出国当在1922年，且非出于偶然。

〔3〕 《中国法学家辞典》（王玉明主编，劳动出版社1991年10月版）页105谓史“又曾入相村大学法律研究所”，“相村”当为“柏林”之误。

〔4〕 见谢振民编著、张知本校订《中华民国立法史》下册附录十六“立法院立法委员表”，中国政法大学出版社2000年版。

会议议决指定委员傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀组织民法起草委员会，至1930年12月26日民法第五编公布，史先生得以躬逢其事，居功甚伟。抗战初，任“立法院法制委员会”委员长，1941年转任“考试院”秘书长兼“法规委员会”主任委员，1947年当选为“第一届国民大会”代表。1948年任“总统府”国策顾问。1949年去台后，任教于法商学院、东吴大学。1952年任“考选部长”，1958年任“司法院”大法官，1969年任法官训练所所长。惜于1970年11月12日寅时因胃癌不治逝世于台大医院，同月25日安葬于台湾省台北县八里乡米仓村飞雁山墓园，享年73岁。

史尚宽先生是著名的法学家，公余复从事著述，涉猎的领域包括民法、宪法、行政法、劳动法和刑法。据不完全统计，其生前出版的专著包括：

1. 劳动法原论（初版于1934年）
2. 民法总则释义（初版于1936年9月）
3. 民法原论总则
4. 法学概论（初版于抗战后期之重庆，系为中央训练团党政高级训练班之讲义，共148页，计分五章：法的意义、法与权利义务、立法程序、立法原则、立法技术）
5. 法制（初版于抗战期间，系为中央政治学校公务员训练部高等科之讲义，共124页，与刘克儁、谢冠生共同讲述，分三部分：民法及商事法规大要、刑法大要、法院组织大要）。
6. 立法程序及立法技术（1943年12月版于重庆，系中央训练团党政训练班讲演录，凡32页）。
7. 行政法要旨（初版于1944年6月之重庆，系中央训练团党政军事管理人员训练班讲演录，凡22页，包括行政法的概念、法治行政、行政权的界限、行政行为、行政执行及罚则等。）

8. 行政法论（当版于1956年之前）
9. 信托法论（1946年2月初版，其序曰：信托为一极端复杂之法律关系，所牵涉之范围甚为广泛，若非对于民法、民事特别法及其他有关实体或程序法规，具有深切体会，实难以窥其全貌）
10. 土地法原论
11. 债法总论（上、中、下）（1954年初版于台湾，凡80余万言，1956年“教育部”张其昀“部长”签发学字第陆号“教育部”奖金证书，谓：“史尚宽先生……于民国四十五年三月十经本部学术审议委员会审定为四十四年度学术奖金法科得奖人，由部依照规定颁给金质奖章一枚，奖金新台币贰万圆”）
12. 物权法论（1957年初版于台湾，凡50余万言）
13. 债法各论（1960年初版于台湾，凡89万余言）
14. 亲属法论（1964年初版于台湾，凡70余万言）
15. 继承法论（1966年初版于台湾，凡50万言）
16. 民法总论（1970年8月8日初版于台湾，凡60万言）

史尚宽先生逝世后，其遗属又编辑刊行史公尚宽法学论文选集之一《民刑法论丛》（1973年2月）和之二《宪法论丛》（1973年6月）。前者系就其去台后所发表之法学论文数百篇中，精选有关民法、刑法论文60篇汇集而成，计收法律思想7篇、民法研究19篇、刑法研究11篇、民刑综合研究13篇、劳动法研究9篇，约60万言。后者系“宪法原论”之未成品，史先生本计划完成民法全书后，即着手撰写“宪法原论”，未克成就。其所藏宪法参考书籍，嗣应当时台大法律系系主任王泽鉴博士之请，悉数赠与该校研究图书馆。而就先生法学论文中关于宪法、考选、法学教育方面之论文50余篇，辑为一佚，都50余万言。其遗属并重刊《民法总则释义》（1973年8月）。

史尚宽先生近千万字著述之中，影响最大也最具学术价值者，

当推“民法全书”，包括：民法总论、债法总论、债法各论、物权法论、亲属法论、继承法论，约420万字。其写作顺序，史先生自己作了交待：“民法作者多始于总则，次及其他各编，著者反先债总、债各，而以次及于物权、亲属、继承，最后始重写总则，虽有异于常规，然其中亦不无一理，盖以总则为各编之领纲，（必须彻底了解各编之详细内容，而后能豁然贯通，调和综合，于博中求约），繁中取简，以明其表里精粗，知其原委常变，方可领会其运用之妙。实于演绎方法之中，兼寓有归纳之意。”（见《民法总论》自序）

史著“民法全书”取材特广，资料丰富。史尚宽先生精通日、德、英、法四国语文，每著一书，都尽力搜集相关的最新材料。如写债各时，因在我民商合一，各种之债，涉及德日等国商法之内容颇多，因时势之进展，德日商法法典，均有重大之变更，而瑞债曾有不少之修正（尤其保证债务已变更其原来面目），法国之民商法亦不为例外。为求与时俱进，保持现实正确，所引用各国法典条文及所参考各国原著，均以最新资料为依据（见《债法各论》自序）。是故，王泽鉴博士亦谓民法全书之特点在于资料丰富（见王泽鉴《民法学说与判例研究》第五卷第16页）。

史著“民法全书”以“西学为用，中学为体”。史尚宽先生每著一书，莫不探本溯源，比较综合，虽多采择各国学说及判例，但都要以“民国民法”规定而定取舍与变通，衡情度法，使所借鉴者因应国情和法意。譬如，“民国民法”亲属一编，系基于自由平等博爱之精神而制定，原已超在德、法、日诸国之先，虽盱衡世界最新立法及学说，但仍鉴于我固有之人伦，以定取舍。不鹜于形式的机械的平等之虚名，而求实质的有机的平等之真谛，不偏于个人私欲之满足，而求一家之共存共荣。

史著“民法全书”运思周详，多有引申，探讨问题，开阔视野，颇有启发性。如债法总论中，对陷债务人于给付迟延之“催告”（此于一般教材简略带过），则分别讨论催告之性质、催告之方

法、催告之时间及场所、催告是否应定有犹豫期间、催告之内容、催告之附款、催告之特别要件、催告之费用、催告之效力等，条分缕析，示后学以研究之津梁。

史著“民法全书”上述诸特点，要求读者必须先具备民法之基本知识，最好是先读完较为简明之教科书，对于“民国民法”之条文有所记诵，并就相关制度详列各国法条，明其差异，就问题有所思考，而后去读，方能真正体会作者之苦心孤诣。

需要指出的是，史尚宽先生毕竟是“民国民法”起草人之一，在其“民法全书”杀青之前，民法学者曾有许多著述，其中对民国民法之弊，不乏摘发。“民法全书”面对这些指摘，不免有左袒之处，此不可不注意。例如，“民国民法”第113条规定：“无效法律行为之当事人，于行为当时，知其无效或可得而知者，应负回复原状或损害赔偿之责任。”学者间通说认为该条为立法例上所未有，^{〔1〕}无效法律行为之效果可按不当得利、侵害行为及物上返还请求权而为解决，似无必要另立专条（见梅仲协《民法要义》165段注、余荣昌《民法要论总则》212页、胡长清《中国民法总论》政法大学出版社328-329页、王伯琦《民法总则》202页、李模《民法总则之理论与实用》修订版288页）。但史氏于《民法总论》中仍持《民法总则释义》中之见解。再如代理权之授予，学者间通说非为债之发生根据，但史著《债法总论》中仍泥于“民国民法”之体例而为论述。

还需要注意的是，史先生去世后，“台湾民法”于总则、亲属、继承、债法通则都有修正，读者应核对，现行条文，以明其变化，益可知史著“民法全书”对“台湾民法”修正多有贡献。

总之，作为中国历史上第一部民法典的起草人，作为迄今为止独立完成“民法全书”之第一人，这两项第一，足以使史尚宽先生

〔1〕李祖荫氏谓第二次民律草案第177条与第113条类似，巴西民法第158条亦同。另见郑玉波《民法总则》第323页注三。

及其“民法全书”彪炳青史，烛照千秋

鉴于史著“民法全书”的学术价值，及其对我国民法学研究之影响，^{〔1〕}学者需求甚殷。全书共六册，分别由张谷校勘民总、葛云松校勘债总、姚欢庆校勘债各、张双根校勘物权法论、赵冠群校勘亲属法论、陈传法校勘继承法论、勉力为之，精力、学力有限，谬误之处，望海内法彦有以教之。

明焦竑笔乘续四云，蜀相毋公（按毋昭裔也），蒲津人，先为布衣，尝从人借文选、初学记，多有难色。公叹曰，恨余贫不能力致，他日稍达，愿刻版印之，庶及天下学者。后果显于蜀，乃曰，今可以训（按酬也）宿愿矣。因命工日夜雕板，印成二书，复雕九经、诸史，两蜀文字由此大兴。叶德辉氏评论说，积金不如积书，积书不如积阴德，是固然矣。今有一事，积书与积阴德皆兼之，而又与积金无异，则刻书是也。今之学子视毋昭裔，何其幸运。我们应当感谢史公尚宽先生，也应当感谢参与校勘之诸君。

张谷、葛云松谨识

2000年元旦前夕

〔1〕张淳：“对情势变更原则的进一步研究”（载《南京大学学报》哲社版1999年第1期）文中指出：“目前我国大陆地区法学界已有的关于情势变更原则的研究成果，从其核心内容方面看还基本上是停留在史尚宽先生在四十年前就已取得的研究成果的理论水平上。”此仅为全豹之一斑耳。

自序

民法总则为民法各编之冠，总汇民法共同适用之原理原则，非将民法各编融会贯通，难以识其原流与体系，而窥其全豹。关于总则部分，余曾著有《民法总则释义》及《民法原论总则》二书，然以内容简略，时迁事移，有待增补。迁台后，摒弃一切，悉心著作，二十年来，已先后完成《债法总论》、《债法各论》、《物权法论》、《亲属法论》、《继承法论》五大巨册，约三百六十万言。内容既较丰富，资料亦属新颖，上述两书相形之下，已显不相称。为求完整，爰将民法总则一编，名为“民法总论”，更新面目，充实内容，以期前后贯串，首尾呼应。尤其以理度法，以法衡情，于总则之原则中求各编适用上之妥当，于一般理论中求其与社会事实之切合，俾得识民法之真谛及其脉络关连，以资综合应用，触类旁通，使知适用之途多端，不可拘于一隅。民法作者多始于总则，次及其他各编，著者反先债总、债各，而以次及于物权、亲属、继承，最后始重写总则，虽有异于常规，然其中亦不无一理，盖以总则为各编之纲领，必须彻底了解各编之详细内容，而后能豁然贯通，调和综合，于博中求约，繁中取简，以明其表里精粗，知其原委常变，方可领会其运用之妙。实于演绎方法之中，兼寓有归纳之意。如将债法以后各编研读以后，再从头细究总则，必可加深了解。本书系据上述关于总则两书，大加增改，费时三载，始底于成，计约六十万言，虽尽量参照新著及最近学说判例，综合比较，衡以立法原则，并鉴于世界趋势而定取舍与立论，以期有一完整体系的民法著

述，但以著者才疏学浅，舛谬之处，在所难免，尚祈斯学先达有以教之。然因此一书，使夙所殷望之“民法全书”得以如愿完成，亦著者之幸也。

目 录

绪 论

第一章 法、私法与公法	(3)
一、法之意义	(3)
二、私法与公法	(4)
第二章 民法与民法法典	(6)
一、民法之意义	(6)
二、民法法典之编制	(6)
第三章 民法之法源	(8)
一、制定法	(8)
二、非制定法	(9)
第四章 民法法规之种类	(11)
一、固有法与继受法	(11)
二、实体法与程序法	(11)
三、普通法与特别法	(12)
四、原则法与例外法	(12)
五、强行法与非强行法(任意法)	(12)
第五章 民法之效力	(14)
一、关于时之民法效力	(14)