

二十世纪中华法学文丛

民法法律行为理论
之全部
(民总债合编)

芮沐 著

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

芮沐 著

民法法律行为理论之全部
(民总债合编)



中国政法大学
出版

图书在版编目(CIP)数据

民法法律行为理论之全部/芮沐著. - 北京:中国政法大学出版社, 2003. 1

ISBN 7-5620-2316-6

I. 民… II. 芮… III. 民法 - 法的理论 - 中国
IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 007854 号

- 书 名 民法法律行为理论之全部
出 版 人 李传敦
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 15.125
字 数 360 千字
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2316-6/D·2276
印 数 0 001 - 5 000
定 价 31.00 元(精装本)
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zt5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>
-

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

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

II 总序

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“民刑不分，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，多达六千余种，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，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，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，以期发现和治疗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失的危险。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、法制特色，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。即使是五十至七十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，还将涉及五十年代以后台湾、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，凡近二十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，我们特聘请了六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

IV 总序

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之，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。

自序

本书属稿，远在抗战以前。乃因参考书遗留家乡，焚毁无余，待欲尽力搜求，设法将资料弥补，奈抗战频年，播迁各地，此点竟无从办到。出版之事，图之久矣，兹者终于刊印，亦算了却心愿。但因历年拼凑，虽略有心得，究不能补原始之缺于万一，殊引为怅耳。

当初起草之时，随身有书可查，只图方便，引证疏简，符号标帜俱皆脱漏；及至书籍完全毁失，疏简的引证，亦成为毫无价值。兹已将所有原文，其出处，以及参照各书之页数号码，尽数删去矣。甚且参照之语原系某一学者之意见，年月一久，不敢断定其必为某人所说者，亦即迳以“一部分学理”，“德国学者”，“法国学者”等名词代替之。搪塞之处，自属难免。

好在此书目的并不在表示通达，而只在尝试一个实用法律的方法；一切排比、堆砌、汇集的场面自不需要。书中凡有引证，必系著者本人认为最中肯的一种，或虽非认为中肯，至少亦属事实上流行的说法非特予指明或讨论不可者，始予列入；其他意见纯为比较参照之用者，一概从略。但就另一面言，此等先进学者之主张既为著者所心折，即视之已化为本人的学问，亦似无不可。

著者另一点须引咎的，乃是本书内容之偏忽不均，纲目异列。著者本性，平日处世做事，惟求解决问题，往往忽略细节，此种个

2 自序

性表现于文字一面的，亦甚明显。自己不喜欢的材料，认为无问题之题目，往往即予摒弃。甚多处所，本可详述的道理，却只寥寥数语，例如民法总则关于法人一章，甚且整个搁置不提。至于其他场合，现行法或只有一二条文，著者反不惮烦琐，东西参证，加以详叙。

然本书最大遗憾乃在：著者本欲尝试一个法学新方法，而实际却未能明显表达此方法于适当程度。此点非但减少著作的客观价值，且亦证明本人主观意志之失败。盖平素对于法学，认为最不能有助于了解与应用法律的，莫若概念法：概念之排比与堆砌，学者纵费尽心力，为之分析，结果往往仍不能使事物关系明晰。反之，一旦设立，概念即易引起成见，此种成见牢固不破，无形中即左右我人的实际判断，为危害非浅显。试举数例阐明此意：

例一：民事确认之诉，依其概念，须由权利人提起。至实体法上另一概念，则谓旧法下女子无继承权。从此二概念予以推论，则依旧法女子就其丈夫之遗产不得提起确认之诉。现设令丈夫甲于现行继承法施行前死亡，遗产未经分割，其长子丙于战时房价高涨时，不得兄弟丁戊及母亲乙之同意将之出售；丁戊远行他方，对于此事未及顾问，其母因生活无着，提起诉讼，确认其长子丙与第三人买卖无效。最高法院将其诉驳回（判例遗失，各要旨汇编中亦不见选载），其理由根据于女子无继承权及确认之诉非权利人不得提起之两概念。然试就该案事理一为探讨，则在我国旧制下，女子虽无财产上之继承权，但当时女子之地位尚别有其他强烈性之保障：女子既嫁，丈夫死亡，因而居于家长地位者，且有甚宏大之权力。现行律民事有效部分，据大理院判例四年统字第二二八号谓：“卑幼私擅用财之条例，据本院历来判例解释如下：（一）卑幼私擅处分其父兄之财产，与处分他人财产同，无论契约之相对人是否善

意，其物权移转契约为无效；（二）父亡母存者，虽家产已传诸其子，而其子已达成成年，然非得其母之同意，则不论其家产由其子或母管理，不得私擅处分，违者其母苟未追认，有撤销之权”。旧法所以保障年老家属者，观此判例，可见一斑；乃在奢言男女平等之现代法下，因援用旧法之故，年老母亲反不得社会保障，岂非甚怪。然而最高法院如此判定者，究何故耶？女子无继承权一概念在作祟耳，或曰依现行法亲属编年老母亲为家属，彼可以扶养权利人之立场请求救济；我民法之趋势，利于大家庭制之取消，故凡非继承权人者，不再予以保障。然此皆非最高法院判决所提出之理由，此后者所根据之理由全盘着重女子无继承权之一端，在方法论上，此实有甚可批评者。且也，在现行制下，丈夫死亡，遗产若未分割，妻与子女依法皆有应得之继承权。本案中旧法固不得其用，新法亦未克用及；青黄不接，是非无准，此岂非概念论之误事乎。

例二：民法第九一九条规定：“出典人将典物之所有权让与他人时，如典权人声明提出同一价额留买者，出典人非有正当理由，不得拒绝”；传统学说为此作确定的解释者，有二十四年上字第三六二三号，二十九年上字第一〇一三号，二十九年上字第二〇号等最高法院判例。其中二十九年上字第二〇号判例指示最为明切：“出典人将典物之所有权让与他人时，如典权人声明提出同一之价额留买者，出典人非有正当理由不得拒绝，固为民法第九一九条所规定。惟此仅为典权人与出典人间之权义关系，出典人违反此项义务，而将典物之所有权让与他人时，典权人仅得向出典人请求赔偿损失，不得主张他人受让典物所有权之契约为无效……”。此判例之成立，依著者揣想，必由于最高法院受先买权已被取消之一概念之影响。依此概念法，先买权原则上既被取消，此物权性之特权，不论在任何情形下，即不得再予存在。按先买权之所以取消，实有

其至理，依大理院二年上字第三号之判例：“吉林习惯，对于本族本旗本屯卖地时有先买之权，此种习惯不仅限制所有权之处分作用，即于经济之流通，地方之发达，均不无障碍，为公共秩序及利益计，断难予以法之效力”；大理院三年上字第二三九号判例亦谓：“本族本旗本屯之地亩先买权与原垦户先买权根本理由不同，未可以彼例此”；“盖本族本旗本屯之人与他人所有地亩并无特别利害关系，而原垦户则于所垦地亩辛勤开辟，现阅数十百年，平日即倚为生命，原业主于出卖之时予以先买权，于事甚便，于理亦顺，即于公共秩序及利益，亦绝无违背之可言，断非本族本屯人之素无关系者所可同日而语”；此项解释实属精辟无比。我民法就租赁关系（包括房屋租赁耕地租赁），将物权性先买权取消，亦与上述大理院各判例原理相合；承租人与土地之关系究非密切，且租赁契约为债的关系，由此契约，不能产生任何物权性之权利，自亦显然。退而至于永佃权之场合，法律不予以物权性之先买权，我人亦尚以为可通，然此已有讨论余地。至在典权，则各方当事人之情势全异。固也，典制所引起之纠纷过多，一部分学者对此制之是否必予规定已表怀疑，然若我人暂时非维持典制不可者，则典制亦自有典制之固有原理，司法者解释法律时，必须与此原理相合，自为理所当然。兹由典而取得物权者，民法第九二三条订有明文，再缘此典制之原理以寻求解释，则由典而取得物权之理由，乃因典权人一面在议典时已出甚高代价，而他方面又于典物之享用保有长期并广泛之使用状态；观此，立法者使典权人嗣后取得所有权，于情理甚称，是故在典制下因典而取得更强之物权，并非事无前例。

再进一层论之，我人目前所以欲将物权之先买权取消者，其故究何在？私意揣度，此必系占有人之需要保障与权利人之契约自由，利害相比，立法者认权利人之契约自由为较有更强之保障价值

耳。然则此权衡之标准若认为适当，则凡占有人利益需要更重大之保障时，契约自由之概念理应让步，似极明显。契约自由之经济动机乃在维持资产流通，然在典权，我人究不能谓：在第三人受让之情形下始是流通，而遇典权人受让所有权即非流通，然则流通情形既同一，我人却仍坚持保障出典人者，自惟全在其意志自由之一点，其他原因殆不可想像；然此意志自由之一点以与典权人对典物之利益相权衡，其保障需要究极微弱。或谓：依现制规定，典权人未能因买卖而取得典物所有权时，虽无物权保障，彼要仍有债的损害赔偿权可以行使。虽然，损害赔偿权究有何用耶，以典权人已经长期享受此典物之现状计，我人若令丧失占有与权利，损失必难估计：离别之痛苦与迁移之困难犹其余事耳。最高法院之判例不顾先买权所以取消之理由，亦不顾典权人与出典人彼此利害之对比，呆滞于先买权取消之概念，固执于契约自由之立场，此为概念法不合用之又一证明。

例三：某法律刊物有法律问答案一，谓：“某甲幼时以父母之命订婚于乙女，卒为女方家庭所压迫，于十八岁结婚，嗣后感情益劣，势不相容，某甲数度自杀，均遭救得生，光阴荏苒，迄今已十三年矣。某甲婚姻失意，飘泊外方，诳称业已物故，以示决绝，五六年间毫无音信，乡里间亦信以为真。三十年冬，某銜命返乡视察，重申离婚之意，乙女亦知无可挽救，允与签约离婚，俾物质生活得以安定解决，但为保持其在乡里之颜面，于签约之前二日，突要求某甲书一秘密字据，某甲因职务在身，欲求迅速解决，乃遂允之，事遂成。旋经双方联合请求官厅备案，登报周知。其秘密字据全文为：‘余妇○○○为成全本人今后之幸福，签订离婚字据，此种离婚字据仅系本人为取得第三人之信用，便利重婚而成立，并未与○○○实际上脱离关系，民国三十一年二月十一日某甲’。二月

后某甲心有未安，乃具函通知乙女，详叙理由，否认秘密字据之拘束力。一年之内，乙女毫无反响。卅二年十月，某甲遂与丙女正式结婚。后上项经过遂为丙女所侦悉，因呈请法院确认为甲妻之身份”。

该刊编者之解答谓：“就所附秘密字据全文以观，甲与乙所订之离婚字据应认为虚伪表示，依照民法第八十七条第一项上段之规定，自属无效。但若丙与甲结婚时，丙并不知悉甲乙间之离婚系虚伪表示者，则依同条下段之规定，乙不得以离婚无效对抗善意之丙，丙自得诉求法院确认其为甲之妻之身份”。本解答中应用条文主义，而忽略方法，明显特甚。此解答中最重要之出发点，即在认定题中甲乙之离婚字据为虚伪表示，由此再作推论，乃必然的用及民法第八十七条。然细察各种法制之背景，及其原理与关系，民法总则编第八十七条当不能用。盖我国法律目前虽对人事关系未用登记，然将来登记办法必然设立，殆可预测。结婚离婚既皆为有方式之行为，凡有方式之行为，合乎方式者即属成立，不合乎方式者即为无效，意思表示之是否虚伪，此处实谈不到。男女二人若依法定方式结婚，对第三者言，即为结婚成立；除当事人间有戏剧式嬉谑性之行为者，此结婚当有绝对效力。此点立法理由，于民事诉讼法第五七八条中可明见之；离婚当然亦属如是。且我民法对于任何法律行为采取表示主义，凡经表出者，理论上即应以此为解释之标准。本问题中有二表示行为：一属公开合法的，一属秘密的。若依该刊物解答所提示之方法，则虚伪表示无效，离婚即不能成立，因而甲乙间仍为夫妇，且因不能对抗丙之故，甲丙间亦成夫妇，该解答之结果，事实上即为甲乙丙三人造成重婚状态；虽甲不致对此重婚有所举动，但在理论上，重婚一点非但利害关系人可请撤销，刑法上甚且成立重婚之罪。再者，依此解答，虚伪表示之不能对抗第

三者，必须此第三者系属善意，然则恶意如何？在此场合，我人将主观因素分为善意恶意，实属无目的及意义可言。但反之，我人若摒弃概念论之方法，而对离婚行为之性质及第八十七条是否可以应用于亲属编之立场略予审察，然后解答，则甲乙二人之离婚如能合乎法定条件者离婚一举即行生效，（此系绝对效力，可以对抗任何第三人，固不论第三人是否善意，实亦谈不上善意恶意也），而该第三人与甲之婚姻有效成立，此中不必提及虚伪表示之概念。我人贪图概念之方便，势必放弃合理的方法而获得毫不实际的答案，概念论之为害有如此者。

观此三例，可知法学方法实大有推阐提倡之必要。社会舆论以学法者为咬文嚼字，空言囂张，大都因学法者缺乏正确方法。我人若继续忽略事理之真实，而竟播弄取巧于概念工具之间，法学之前途诚非乐观。一般人士认法学为轻而易举之学问，法学者当自负一部分责任。著者有感于此，颇愿以新方法表达法学之哲奥，奈因民法编制之限制，自认可忽略之题材仍未能全弃，乃力不从心，除零星场合略予讨论外，此著重事理之新方法竟未能圆满阐叙。著者兹于本序中略加提示，亦所以为内疚之胸怀致歉。

作者草就此书，参考最多者有下列各书，谨为介绍。Von Tuhr, Allgemeiner Teil; Heck, Grundriss der Schuldverhältnisse; Planck, Kommentar; Capitant, Droit civil; Planiol, Droit civil; 洪文澜著民法债编通则释义。其余参考书籍虽不在少，但著者受益者，主要确为上述各书。著者未将 Enneccerus 一书列入，乃因其全用概念法，未便推荐。

本书作成有赖至友数人之协助颇多，汤宗舜君最初为余修稿，崔道录君最后加功校对；其余李祖敏君，黄懋先君，段麟君，童介凡君各位先后为余缮写抄录；劳神之处，谨表感忱。

8 自序

及至最后，事隔数年，纸张弥贵，求印不得，又启焦虑，乃复承河北第一监狱吴典狱长访丞先生特力协助，始克付梓。终于赶工两月，于本年秋期开学时出版，此又河北第一监狱第三科王科长馨吾先生及印刷主任刘芝棠先生之友情至谊所以促成也，其中送稿张文先生奔走甚劳，尤为感激。以上各位兹皆道谢。

一九四八年十一月一日

序于北京大学中老胡同寓所

目 录

总序	(I)
凡例	(I)
自序	(1)
第一章 权利与义务	(1)
第一节 权利	(1)
一、权利与法益	(1)
二、权利主体	(3)
三、权利之分类	(7)
第二节 义务	(25)
一、义务概念之分析	(25)
甲、权利与义务之关系	(25)
乙、义务之目的	(26)
丙、义务与非义务之区别	(27)
二、义务之主体	(29)
三、义务之内容	(30)
四、义务与责任	(31)
第二章 权利之行使	(35)
一、概说	(35)
二、行使权利之限制	(39)