

中国近代法学译丛

何勤华 主编

民法原论 (第一卷)

【日】富井政章 著

陈海瀛 陈海超 译

杨廷栋 修正

王兰萍 点校



中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

民法原论(第一卷)

【日】富井政章 著

陈海瀛 陈海超 译

杨廷栋 修正

王兰萍 点校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法原论/(日)富井政章著;王兰萍点校. —北京:
中国政法大学出版社, 2003.6
(中国近代法学译丛)
ISBN 7-5620-2439-1

I. 民… II. ①富…②王… III. 民法—法的理论
—日本—近代 IV. D931.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 051778 号

书 名 民法原论(第一卷)

出 版 人 李传敢

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 北京博诚印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 14.125

字 数 205 千字

版 本 2003 年 7 月第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷

印 数 0 001—3 000

书 号 ISBN 7-5620-2439-1/D·2399

定 价 32.00 元

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>

☆☆☆☆☆

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。

中国近代法学译丛

编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐

曲 阳 吴旭阳 张 谷

曾尔恕

民法原論

日本法學博士富井政章原著
福建閩縣陳海瀛起譯述

上海商務印書館藏板

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有分量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

2 总序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、本译丛主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作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。

三、原书所用繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。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，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。

2 凡 例

如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

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、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及译丛每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

点校序言

一

富井政章（一八五五年—一九三五年），是日本近代民法学家。他最初在日本东京外国语学校学习法语，一八七七年由外国语学校毕业去法国留学。进入法国里昂大学法律系学习，毕业后又入研究生院深造，以名列第二的成绩取得法学博士学位（日本同时代的另一位民法学家，梅谦次郎名列第一）。在法国留学时，富井政章以优异的成绩享誉里昂，有这样的传说：当时在里昂的咖啡馆里，学生们只要一见到日本人便会停止讨论法律问题。一八八三年回国，由穗积陈重（日本同时代的著名法学家）推荐，担任东京帝国大学教授。在东京大学给学生开设民法讲座，一直到一九一八年。在日本旧民法实施问题的争论中，他与梅谦次郎主张“慎重论”。一八九三年，作为法典调查会的主任委员，参加日本新民法的起草工作。一八九八年被任命为日本民法草案起草委员（该起草委员只有三人，另两位委员是穗积陈重和梅谦次郎）。后历任由天皇指定的贵族院议员，立命馆大学校长，枢密

2 点校序言

顾问官等职。他精通法国法和德国法，是位名副其实的大陆法专家、民法专家，他在日本私法学发展史上留下美名。其著作《民法原论》被称为是具有重大影响的法学名著。

杨廷栋（？—？），字翼之。江苏吴江人。早年入日本早稻田大学学习法政。一九〇〇年参加中国留日学生团体励志会。同年十二月参与发刊《译书汇编》。又任《国民报》编辑。一九〇二年十二月任上海《大陆》杂志笔政，为宪政改革鼓与呼。一九〇六年加入预备立宪公会，并成为该会重要骨干。后积极从事立宪活动和国会请愿活动。一九一〇年八月，被选为各省咨议局联合会审查员。辛亥江苏独立后，出任江苏都督府外务局次长。民国成立后，任交通部秘书长等职。曾编辑《咨议局职务须知》一书，商务印书馆出版。他为本书写了出版叙言，言明：“人生无一日可脱民法之范围也。”指出了民法在一国法律体系中之重要地位，这是翻译出版本书的原因之一，之二他极力推崇富井政章著《民法原论》，认为是“鉴别精微征引繁复，非寻常著述所及。”

有关译者陈海瀛、陈海超的生平资料未能查到，我们只间接推知，他们均是清末东渡日本，学习法政的中国留学生。

二

《民法原论》第一卷包括绪论和总论第一编民法、第二编私权之本质及分类、第三编私权之主体、第四编私权之客体、第五

编私权之得丧等五编，主要系统地讲述了民法总则的相关概念、学说、原理、原则和制度。

绪论共四章，通过法律之观念、法律之学术、法律之分类以及权利之观念，讲述法律之基本概念及其框架构成。法律之观念一章中，作者从“法律者，实维持社会生存之秩序，增进全国国民之幸福，所必不可缺乏之规则也。”进而指出了“人类共同生存之规则，非第法律，道德宗教亦所以羁束各人之心术行为，定吾人互宜遵守之本分者也。”引出法律与道德的区别与联系。我们知道现代法理学仍然把法律与道德的关系问题当作其基本问题，作者简明的论述让我们看到了百年前关于此问题的观点，让我们寻到了现代观点之源流。对法律之根本观念，作者从关于此问题的几种学说，如神义说、自然法说、历史法说论起，到“余今下法律之定义曰：法律者，本主权作用，制定人间外部关系规则，而一般有强制力者之谓也”的国家强制说。在法律之学术一章中，作者站在哲学的高度，从科学与艺术这一命题论起，引申出法学与法术的关系，可见其理论之哲学基础。他说：“世人所称为法学，法律学者，为科学乎？抑为艺术乎？科学者，就多数现象，知悉其普通原素之谓也。艺术云者，求完成某事，而知应用最当方法之谓也。”“研究法律，亦不可无此二目的。就普通或特别之法律现象，求得其普通原素者，属于法学。解释一国法律，应用之于裁判及其他实事，则法术也。顾法术不本法学所研究之原理，则不能完全达其目的。故法学者本也，法术者末也。”进而认为“专以研究关于法律诸科之原理为目的者，曰法理学，或曰法律哲学，法制史亦属此类。民法、商法及其他多数科目，

4 点校序言

则包含学与术之二者。”“法学既为法术之基础，则似法学先法术而发达。”“故自有法律现象以后，必法术先开，法学乃接踵而起。复赖法学之力，益使发达。二者相需，法律进步，于是著焉。”

在法律之分类一章中，作者只就法律最重要之种类言之，即可以明民法之性质也。其实已将法律近代化中出现的法律种类一一做了扼要的阐述，这些法律种类包括：国法与国际法，公法与私法，成文法与不成文法，固有法与继受法，实体法与程序法，普通法与特别法，强行法与任意法。在论及成文法与不成文法时，他提出：“惯习法的效力（与成为法之关系），常与成文法之发达成反比例。文化未开之世，重惯习法，微特有补充成文法缺漏之效力，且足以改废成文法。今世成文法渐备，编纂法典之后，务以其所规定者，解决各种事物，惯习法之效力，于是渐衰。”揭示了法律是由不成文法向成文法演进的发展规律。在权利之观念一章中，作者阐明了法律与权利的关系，他指出：“近世学者，亦有以二者为同一物者。惟有客观观察（法律），主观观察（权利）之差异而已。”“古来最盛之说，则谓权利先法律而生，法律惟承认之保护之而已。”“权利为人类相互之关系，是从一方言之。……有对待之他人，始能行使权利，是权利仅为人类关系之一方，必有与权利对立之义务。……定此权利义务之两主体，彼此有相互关系，是为法律关系。”此等法律关系之核心乃权利义务之关系也的解说，在一百多年前日本人的著作里就解释得十分清楚。权利的性质，他特别推崇冈松博士的权利论。在论述时他介绍了能力说、自由说、利益说，但“以余之见，下权利

本质之定义，则必谓权利者，于人格相互关系之间，此方对于他方，能享受一定利益之法律上能力也。”“据以上所云，则权利之存在，必具三大要件：（一）法律；（二）主体（权利者及义务者）；（三）目的是也。”提出了他的权利观。

总论共五编，民法、私权之本质及分类、私权之主体、私权之客体和私权之得丧。

第一编民法，包括民法之本义及性质、民法之沿革、民法之内容及分类、民法与惯习法之关系、民法与特别法之关系、民法之解释和民法之效力等七章。民法之本义及性质一章，首先讲解民法一词的来源。“民法之名称，乃日儒箕作麟祥氏，翻译法兰西法典始用之。法文又发源于罗马，顾罗马时仅为市民法之意义，与近世所谓民法，范围不同。……今日法国民法，尚不用私权之名，而袭用市民权之语，实因民法之名称，尚与罗马法之观念，同时并存故也。”民法属私法、属普通法的这种界定被一直固守。其后“民法二字之类意，渐脱罗马市民专用之范围，而与公法相对，成为私法之一种。又与商法及其他特别法迥殊，故今日所谓民法者，乃国内私法中之一部，并为私法中之普通法也。”有关民法之含义，有广狭之殊。就广义言，除民法法典外，有关民事之各种法令及惯习法，皆可包含在内。质言之，即实质上有有关民事之成文法及不成文法之总称也。……就狭义言，则所谓民法者，特指民法法典而言。他说：“余则确以狭义为然。”民法之为私法、实体法，实为法律学者之通论，仅就其普通性质言之而已。然属于公法及手续法之规定，亦有列其中者。他认为：日本民法，犹各国法典，由固有法及继受法之二种而成。其中亲属编

及相续编之规定，属固有法者居多。日本民法，属于继受法者亦居多。实广采文明各国立法例及学说之长。故为日本旧民法（一八九〇年）模范之法国民法，及近世有最完备定评之德意志民法（草案），皆为最重要之参考材料，其他意大利、西班牙、比利时和荷兰等，属于法国法系之诸国法典，及介于法德两法系间之瑞士债务法（一八八九年）亦足以为研究之资料。作者关于广义民法、狭义民法的界线，民法属私法、实体法，但也有属于公法、手续法的内容，以及日本民法继受法与固有法所占比重中，强调固有法在民法中的分量，均反映了日本在法制近代化过程中注重本土法律传统的特色。关于民法属强行法还是属任意法，他说：谓民法全部为强行法固非；谓全部为任意法亦非。强行法与任意法之区别，仅就各法律中之各条而言，民法中并含两种之规定者甚众，无论何部，皆混入两者之性质。余试于民法中，略示此两种规定之例，如总则中有关权利能力、行为能力与法人之规定，及有关时效之规定，大都属于强行法。物权无论矣，即亲属编、相续编之规定，除有关夫妇财产契约等少部分外，亦多属强行法。反观债权编中，有关契约之规定，除各契约之本义，及权利行使之期间外，多属任意法。民法中强行法的制度，如法人、时效等，任意法的制度，如各种契约。这些对民法的固有性、继受性和民法的强行法、任意法的论述都是很简明而确切的。

在民法之沿革一章中，作者讲述了日本法的发展历史。他说：往古之大宝令，尝酌采外国制度，汇纂以为法规。明治维新以降，政府钦奉天皇誓言，竭力输入泰西文明，改革制度，以定国是。此时尤以编纂法典为至亟之务。编纂法典之目的，在定明

确之成文法规，以革各地之惯习，使全国人民得以安全生存于法治之下。又拟改正与欧美诸国所协订之条约，因久损国威，妨碍主权之领事裁判制度，亟须撤废故也。追溯了从大宝令起，日本就效仿中国的唐律，明治维新后又为了废除领事裁判权，而引进西方法律，编纂部门法典成为当务之急。日本在法制近代化中与中国有如此相似之起因，难怪中国要从日本法间接继受西方法律，以实现中国法律近代转型。清末民律草案的制订就是沈家本聘请日本法学家志田钾太郎和松冈义正，在充分借鉴日本民法的条件下，主持编纂民法总则、债权和物权三编。

在民法之内容及分类一章，明确民法所以定吾人私法关系上之权利义务者也，顾其权利义务之主体者有二：一则个人与他人之关系，有应享之权利，及应尽之义务；一则为家族或亲族团体之一员，享受生自家庭或亲族关系之权利义务，将亲族法、相续法包括在民法中。在论及财产法在民法中之地位时，他指出：“个人所有之权利义务，范围虽广，要不外财产上之权利义务。法律关系缘之而始生；权利亦缘之而始起，即所谓物权是也。”债产生的原因：“人间欲望增高，需要日繁，必不能仅以外界事物，以充其生活资料，盖不得不有赖于他人之劳力。且外界物体，非藉他人劳力，不能利用之者亦多，求达其目的，乃生债权之关系。”又指出：此债权法所以随社会之进步，而与物权法并占民法之重要部分也。亲族、相续关系由民法调整的理由在于：“有夫妇然后有亲子，自是而进，血亲姻族，互有关系。是等关系，虽多属道德范围，然应有法律规定者，亦复不少。亲族法规定此等关系者也。人类死亡以后，生前之法律关系，不得不有所

变更，此为相续法所以设也。”从而界定了物权法、债权法、亲族法和相续法的范围。作者又因为各种权利义务，不可无总则以统之，故各国法典中特设人格权一编以统之。在民法分类问题上，作者介绍了两种论理编别法：一曰罗马式编别法，分人事法、物件法、诉讼法三编。二曰论理编别法，近世最盛行于德国，分总则、物权法、债权法、亲族法、相续法等五编。德意志帝国新民法亦采用之。所异者，不过以债权为第二编，冠于物权法上而已。学者称为德意志式编别法，这种编排能纠正罗马式编别法的缺点，遥出于前式之上云。日本新民法，即采用德意志式编别法，分为总则、物权、债权、亲族、相续五编。与德国民法异者，先物权而后债权。这里需要指出的是《民法原论》第一卷仅仅涉及上述民法总则的具体内容，后四编，即物权、债权、亲族和相续为民法分则的内容，应该在续卷论之。可惜未能见到后卷的中译本，在此我们不能完整领略富井政章《民法原论》的原貌，我们感到十分遗憾。

在民法与惯习法之关系的论述中，作者认为：民法制定之前惯习法居国内法中最重要之一部。凡成文法未规定之事项，俱适用惯习法。制定民法之际，对于惯习法，将仍保其所有之效力，抑或在何等范围内始可保有其效力？日本法例第二条以明惯习法之范围。（一）法令所未规定之事项有补充之效力，以此惯习补充成文法，为第二法源而适用之。（二）法令中特别指定之时有优先之效力，此例认惯习法有优先效力。又惯习不与公共秩序相反，而当事人确有从其惯习之意，亦可从其惯习。此惯习不得谓惯习法，而予以其当然之效力。不过当事者无特别表示其意思之