

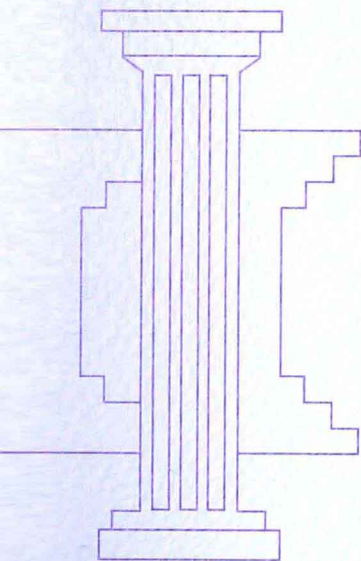
清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

民法总则 (下)

「日」松冈义正口述

熊元楷 熊元襄 编 陈融 罗云锋 点校



上海人民出版社



国
法
津
史
料
丛
刊
·
京
师
法
津
学
堂
笔
记

主
编
何
勤
华

民法总则 (下)

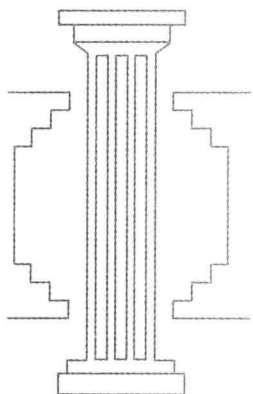
上海人民出版社



〔日〕松冈义正 口述 熊元楷 熊元襄 编 陈融 罗云锋 点校



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FUND PROJECT



图书在版编目(CIP)数据

民法总则. 下/(日)松冈义正口述;熊元楷,熊元襄编;陈融,罗云锋点校. —上海:上海人民出版社, 2013

(清末民国法律史料丛刊. 京师法律学堂笔记)

ISBN 978-7-208-11906-2

I. ①民… II. ①松… ②熊… ③熊… ④陈… ⑤罗… III. ①民法—总则—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 275101 号

责任编辑 屠玮涓

特约编辑 刘益民

封面装帧 王晓阳



清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

民法总则(下)

[日]松冈义正 口述

熊元楷 熊元襄 编

陈 融 罗云锋 点校

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 22.25 插页 4 字数 230,000

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11906-2/D·2391

定价 56.00 元

京師法律學堂
筆記

总 序

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本

学术问题,并未因时光流逝而丧失其价值。相反,这些问题对于当代法学教育工作者而言,仍然意义重大,具有不可替代的参考作用。

法律辞书的编纂汇集了民国时期法律学者的群体智慧和力量,选入本丛刊的民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》即为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬堂等十余位著名法学家的倾心合力之作。该辞书收录了中外重要的法律名词、中外法学家与立法者的生平简介、各种法律制度及相关重要事件,并对通用术语附有英文、德文、法文、意文、拉丁文等5种语言,成就了西方规范化学术成功嫁接到中国传统法律资源的典范。

清王朝的迅速灭亡以及随后十余年中国政局的动荡大大延缓了中国建设近代国家法制框架的进程。至南京国民政府成立,国内政局大体得以稳定。南京国民政府在详细参酌中外立法的基础上,短短数年间,建立了中国近代法的完整体系。“汉译六法”的出版对这一体系的形成功不可没。其所述者,或可激活我们对现代外国法学研究核心问题的深思凝虑。

清末及民国时期大学法律教育的基础讲义、法律辞书以及“汉译六法”奠定了中国近代在接受西方法律传统的同时构建自身法学知识谱系及其价值内涵的文本基础。本丛刊遴选出的书卷各本受制于一己之认识,偏颇难免,然我们秉承开放心态,尽可能纳入诸种重要作品,力求达至开放性及代表性之旨意。

囿于出版年代久远及书籍保管不善,这些法律史料已不便直接翻阅,藏有这些史料的图书馆也多将其作为特藏书,给借阅者加以

诸种限制。如本丛刊的出版能为广大读者带来查阅、研习之便利，那将是对我们精心整理这些文献的最大回馈。

是为序。

何勤华

华东政法大学外国法与比较法研究院

2013 年 12 月 1 日

点校者序

民法一词,源于罗马法的市民法(jus civile)。作为调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的财产关系与人身关系的法律规范的总和,民法充分反映了特定时代背景和人文精神。近现代各国立法运动,无不以民法典为中心。包含总则、债、物权、亲属及继承的五编制民法典体例,为德国立法例,也为中国等国继受。其中的民法总则编,为大陆法系德国支系民法(如日本、韩国、泰国等)独有,英美法无,法国民法典及瑞士民法典也不采纳。总则编的体例及内容,充分反映了德意志法学特有的哲理性、抽象性及概念化的思维方式,也是德国法学家对罗马法长期精深研究的产物。

中国的第一部民法典,完成于 1931 年,其体裁及内容,大体采纳《德国民法典》,参酌《日本民法》,其中的《民法总则》,于 1929 年 5 月公布,同年 10 月 10 日实施。本书《民法总则》(下)出版之时,正是中国学人在广泛吸纳外域法制,而用心酝酿本国法典的特殊时期。该书包括三部分,即第七、第八及第九章。第七章私权之主体,首先阐述了私权主体的基本理论,然后从多角度论述了自然人和法人这两大私权主体。第八章私权之客体,首先探讨私权客体的基本理论,然后详细论述了有体物及无形的生活资料这两大私权客体的意义及种类。第九章私权之取得及丧失,则论述了导致私权之取得、丧失及变更的法律事实和法律行为的意义、种类等相关内容。

该书的突出特点是论述充实、引证广泛及说理透彻。相关论述的深度和广度绝不亚于现代著作。例如,关于自然人的限定能力,作者分别论述了未成年人、禁治产者、准禁治产者、妻、相手方之保护几种情形。关于自然人住所,作者详细阐述住所的设定、废止、变更、代用及假住所几种情形。而且,该书尤其重视跨国视野的比较研究,折射出近代中国人“吸取西法精华为中用”的学术精神和时代使命。针对每一具体问题,作者都首先探讨其法理价值、可能存在的现实问题,然后追根溯源至罗马法,再比较法国法、德国法、日本法,乃至西班牙法、奥地利法的相关学理和立法规定,最后立足于中国的历史背景和国情,提出学术观点及立法建议。同时可贵的是,该书注重理论联系实际,使复杂和精致的法理得以生动形象的语言鲜活呈现,易于激发阅读兴趣。

该书编辑者熊元楷及熊元襄,都曾在近代法学界产生过较大影响。熊元楷独立完成过《民法债权总论各论》,与熊仕昌合作完成《国际私法》及《破产法》,与熊元襄的合作著作除了本书外,还有《商法第一编总则》及《商法第四编有价证券》。熊元襄独立完成的作品包括《法院编制法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》等。上述所有书籍都由安徽法学社印行。

该书由陈融博士(华东师范大学法律系副教授)及罗云锋博士(华东政法大学人文学院副教授)负责点校。点校主要是根据现代汉语和法学用语习惯,对原书中的标点符号、错别字、译名等做了更正。总之,点校工作立足于呈现前辈的优秀成果,使其更好地为当代学界发挥作用,杜绝对原书意思做任何变动。

陈 融

2012年9月

凡 例

一、本丛书为“清末民国法律史料丛刊”之“京师法律学堂笔记”。由熊元楷、熊元襄、熊元翰编辑。

二、原书为竖排，现改为横排。原文中“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，现统改为简体字。异体字在不损原意的情况下，径改之。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者，一律以现在通行之标点代之。

五、原书文字有脱讹倒衍者，点校者予以更正，并加注释说明。

六、原书对外来语之翻译文字，如国名、人名，一律保持原貌，加注释说明。

七、原书中有些字、词在现代汉语中依然保留其义项者，如“发见”、“豫审”等，一律不作改动。

八、原书无段落划分或段落划分不清者，在点校、勘校时做适当划分。

九、原书所引之事实、数字及其他相关资料确有错误者，加注释说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。

例 言

本编本于日本法学士松冈义正所讲授，并参酌松冈氏及他氏之著书，汇辑而成。间附己见，则加按字以别之。

编中引证日本民法及他法条文，直称某法某条。间引他国法，则冠以其国名。

编中名词，悉仍其所固有。非习见者，间附解释。

本编讲授宗旨，在阐明立法之本原，故略条文而详学说。松冈氏官判事久，又历充大学讲师，阅历最深，著作宏富。本编所述，尤为精详。间有缺漏，均经提出质问，反复释明。实较他氏民法著书为完备。

松冈氏为我法律馆起草民法之一员。故本编内容，多涉及我国民事立法上之计划，阅者勿仅视为日本民法之解释论可也。

编者识

目 次

总序(何勤华)	1
点校者序(陈融)	1
凡例	1
例言	1
第七章 私权之主体	1
第一节 私权主体之观念	2
一、意义	2
二、种类	5
三、员数	6
第二节 自然人	7
一、意义	7
二、种类	8
三、人格之始期	9
四、权利能力	16
五、行为能力	27
六、限定能力	38
七、住所	71

八、不在者	80
九、人格之终期	90
第三节 法人	97
一、意义	99
二、种类	102
三、法人之设立	106
四、权利能力	114
五、行为能力	119
六、法人登记	122
七、法人之住所	125
八、法人之机关	126
九、法人之变更	143
十、人格之终了	145
十一、清算	149
十二、法人之监督	158
十三、社员之地位	161
第八章 私权之客体	166
第一节 私权客体之观念	166
一、意义	166
二、种类	167
三、财产	168
第二节 物即有体物	171
一、意义	171
二、种类	175
第三节 无形的生活资料	198

一、意义	198
二、种类	199
第九章 私权之得丧及变更	200
第一节 私权之得丧及变更之观念	200
一、私权之取得	200
二、私权之丧失	205
三、私权之变更	207
第二节 法律事实	209
一、意义	209
二、种类	210
三、效力	216
第三节 法律行为	217
一、意义	218
二、种类	220
三、成分	229
四、要件	231
五、代理	260
六、附款	283
七、不完成	304
第四节 时(期日及期间)	314
一、意义	314
二、指定	315
三、期间计算法	315
四、时效	320

第七章 私权之主体

享有权利者,称曰权利者,或权利之主体。负担义务者,称曰义务者,或义务之主体。故公权之主体,乃有公权者。私权之主体,乃有私权者也。公权之主体,当于国法学中说明,故今专说明私权之主体。

上古权利思想不发达,并无权利主体之名,中古时始有之,罗马法所谓 *Persona*,近世以为权利之主体。此语最初意义,为假面人,其解释有三:(一)*Capent*,人格;(二)*Status*,身分;(三)*Homo*,人类。当时谓一个人有数个 *Persona*,言有数个身分也,如为父为子为夫是。又有解作奴隶者,其说甚繁。近世学者,废弃一切解释,专取人格之意。人格即指假面人,因优伶戴假面,必是仿佛一人也。而人格之意义,又分为三:(一)自由人;(二)人之集合体;(三)物之集合体。当时谓奴隶为自然人,自由人所以别于奴隶,自奴隶之制废,自然人皆有人格。故今日谓自由人为自然人,人之集合体,为会社、为公私法人,物之集合体,为相续财产。然相续财产,是否法人罗马法不认为法人学说各异。第一说,谓无相续人之相续财产,即为法人,此说为萨毕尼^①所主张,因古

^① 萨毕尼,即萨维尼(F. C. Von Savigny, 1779—1861),德国近代法学家,历史法学派代表。

时法典有“不分明之相续财产作为法人”之语,故推阐其义,日本即采此说;第二说,谓无相续人之相续财产,不过物之集合体,谓之财团,为国家所保护,不得为法人,不得有自由人之人格,此说为勃令夫^①所主张;第三说,认相续财产有人格,因此财产将来必有相续人,故预以法人看待,此说为伊埃林克^②所主张,究之无相续人之相续财产,有无人格,至今尚无定论。

第一节 私权主体之观念

一、意义

私权之主体,有二个意义。其一,指示得享有私权者;其二,指示现享有特定之私权者。

壹、得享有私权者,即有权利能力者也。夫权利能力,为取得权利之前提要件,非即权利也。故有权利能力者,虽可得有权利。而无权利能力者,即不得有权利。又现有特定之权利者,虽有权利能力,而有权利能力者,非即当然有特定之权利者也。至于向如何之人,付与权利能力欤,对如何之人,称曰人格者欤,此乃立法政策之问题,当视社会之情况定之。就近世言,以人有权利能力,故人为权利之主体。又为人之资格,乃人格也。故有人格者,为权利之主

① 勃令夫,不详。

② 伊埃林克,上册译为伊埃林克,即耶林(Ihering, 1818—1892),德国著名法学家,新功利主义法学创始人,著有《为权利而斗争》等。

体。要之，权利之主体，乃有权利能力者，而人即系人格者也。

取得权利，必须有权利能力，故谓之前提要件，例如人格者，能与人缔结契约。取得权利，以其有权利能力故也，牛马无权利能力，即不能取得权利。特定之权利，有一定之目的物，例如欲取得此书籍，必先有买卖之手续，不能以权利能力，当然取得之，但此就财产权而言。生命权，乃生而有之者，有权利能力，当然取得权利，盖此种权利，实与权利能力，同时发生。（言同时而不言同一，因权利与权利能力不同。）

法律者，社会之反应也，故制定法律，当适合社会之情况。考之法制史，古时法律，多与今不同，并不足为怪，盖古今社会情况不同。古代之法律，不适用于今日，今之法律，必不适用于将来。中国唐律、明律、大清律，及欧洲现行法律，号称完备，然历时既久，即不适用，以不合社会情况故也。现时社会情况，凡人皆有人格，无论男女老幼，皆为人格者，皆有权利能力，人人皆为权利主体，故古代有人身买卖，今则绝无其事。

貳、现享有特定之私权者，即以自己之名享有私权者也。夫以自己之名，享有私权者，乃私权之名义者，非私权之行使者也，又非私权之受益者也，是以第一。私权之主体，但有权利能力足矣，不必有意思能力也。然权利之实行，若非有意思能力者为之，则不能达其目的。故非有意思能力之一私人，不得实行权利，譬如不有意思能力之狂者及幼者之权利，由其法定代理人行使是也。但权利之享有，与