

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

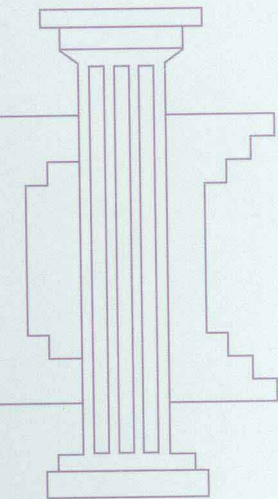
主编 何勤华

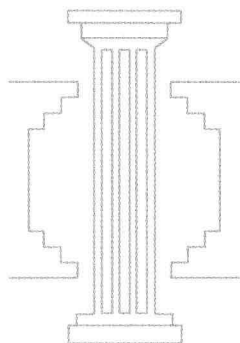
民法债权总论·各论

「日」松冈义正 志田钾太郎 口述

熊元楷 编 何佳馨 杨艳 点校

上海人民出版社





〔日〕松冈义正 志田钾太郎 口述 熊元楷 编 何佳馨 杨艳 点校

民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

民法债权总论·各论

上海人民出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

民法债权总论:各论/(日)松冈义正,(日)志田
钾太郎口述;熊元楷编;何佳馨,杨艳点校. —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 978-7-208-11841-6

I. ①民… II. ①松… ②志… ③熊… ④何… ⑤杨
… III. ①债权法—研究—世界 IV. ①D913.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 247672 号

责任编辑 赵蔚华

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

民法债权总论·各论

[日]松冈义正 志田钾太郎 口述

熊元楷 编

何佳馨 杨 艳 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 20.25 插页 4 字数 210,000

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11841-6/D·2369

定价 50.00 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

点校者序

—

本书《民法债权总论·各论》，是京师法律学堂笔记中的第十册，由熊元楷编辑。

熊元楷(1881—?)，安徽宿松人，清末民初比较活跃的法学家，因掌握日文，对日本法律也很熟悉，估计是留日法科学生。

熊元楷曾任民国初期(1915年前后)直隶高等审判厅民庭的推事，在“日商加藤确治与索松瑞等因违约涉讼一案”和“赵荫南与德商爱礼司洋行因拖欠货款一案”等十多个华洋诉讼上诉案中，熊元楷都担任审判长或推事的职务。尤其是前一案，熊元楷写的判决书竟长达25 000余字，陈述案由、阐述法理之详细可见一斑。^①

熊元楷的主要著作有《民法总则》(上、下)、《民法债权总论》、《商法第一编总则》、《商法第四编有价证券法》、《破产法》、《国际私法》(以上各书均为编译，由安徽法学社于1912年出版)等。

熊元楷的事迹，主要见于上述由安徽法学社1912年前后出版

^① 参见直隶高等审判厅书记室编辑《华洋诉讼判决录》，何勤华点校，中国政法大学出版社2003年修订版，第89—120页。

的一套 22 册京师法律学堂笔记著作。

二

《民法债权总论·各论》一书,分为两个部分,第一部分为民法债权总论,第二部分为民法债权各论。

第一部分《民法债权总论》,原是日本学者松冈义正在京师法律学堂所作的讲义,经编辑者记录整理后,结合松冈的其他民法著作,以及日本现行民法、日本新旧商法、德国和法国等欧洲国家的民商法等文献一起编辑,由安徽法学社于 1912 年作为“法律丛书”第十册公开出版。

松冈义正(1870—1939),日本法学家。生于东京市本乡区元町。明治二十五年(1892 年)7 月毕业于东京帝国大学法科大学,通过司法官考试。1895 年后出任东京地方裁判所判事、东京控诉院判事。1903 年出任调查会辅助委员、东京控诉院部长。

1906 年 11 月受清政府聘请,来华任清政府修订法律馆顾问,起草民律,并在京师法律学堂讲授民法、民事诉讼法和破产法。1908 年 9 月,任日本大审院判事。1912 年 2 月任东京控诉院部长。1913 年 2 月任日本法律取调委员会委员。1916 年 5 月任大审院判事。同年获法学博士学位。1921 年 6 月任大审院部长。

1924 年 12 月参加在荷兰海牙召开的国际私法万国会议。同年以民事诉讼为专题,遍访欧美各国的相关设施和实际状况。1926 年 4 月担任司法研究委员会委员。1927 年 4 月因对民事诉讼法改正作出的贡献而获旭日重光勋章。同年,出任强制执行及竞卖之相关

法律改正调查委员会委员。^①

《民法债权总论》，共有五章，分别为第一章债权法之概念，有性质、内容、系统三节；第二章债权总论，有意义、种类、目的物、效力四个部分；第三章债权之当事者，有意义、多数当事者之债权、连合债务关系、连带债务关系、不可分债务关系等六节；第四章债权之变更，有概念、债权之让渡、债务之引受三节；第五章债权之消灭，分为概念、辨济、相杀（抵消）、更改、免除、混同六节。

三

第二部分《民法债权各论》，原是日本学者志田钾太郎在京师法律学堂所作的讲义，经编辑者记录整理后，结合志田的民法债权著作，以及梅谦次郎（1860—1910）在法政大学的讲义录一起编辑，与上述《民法债权总论》合并为一册，由安徽法学社于1912年作为“法律丛书”第十册公开出版。

志田钾太郎（1868—1951），是日本著名民法、商法专家。1894年毕业于东京帝国大学法科大学，入研究生院专攻商法，选择的研究题目为“公司法与保险法”。同年，他与粟津清亮（1871—1959）、玉木杰三郎（1870—1945）三人一起组织了保险学会（它比1899年成立的德国保险学会早了3年），第二年并开始编辑出版《保险杂志》（后改名《保险学杂志》）。

1896—1898年，志田出任法典调查会商法修正案起草委员的辅

① 松冈义正的事迹，见《日本法曹会人物事典》第三卷，R327/45/H；《昭和物故人名录》（日外アンシエツ，1983年刊），R281—74H（由日本明治大学法学部冈野诚教授提供）。

助委员,同年受派遣赴德国研究商法。回国后于1903年获得法学博士学位,并任东京帝国大学商科和法科教授,东京高等商业学校(一桥大学的前身)教授。在他的建议之下,明治大学于该年创设了商学部。

1908年,志田钾太郎受聘来华,担任清政府修订法律馆顾问,负责起草商法,于1911年完成(简称“志田案”)。与此同时,志田钾太郎接受中国政府委托,开始了票据立法的事业。他考查外国之票据法成例,斟酌中国票据运作的习惯,于1909年拟定票据法草案,计三编十三章九十四条。

在参与立法的同时,志田在京师法律学堂讲授商法等课程,出版了《民法债权各论》(即本书)、《商法第一编总则》、《商法·会社、商行为》、《商法第四编·有价证券、船舶》(京师法律学堂笔记第11册,第12册,第13册,均由熊元楷编辑,安徽法学出版社1912年版)等。此外,志田为了配合中国的商事立法,还发表了一些关于中国商事法制建设的论著,主要有:《各国商法法典之编纂史略》(《法学会杂志》第1卷第1—2期,1911年)。

1912年7月,志田钾太郎回到日本。1926年起担任明治大学商学部部长,1940年至1943年任明治大学校长。志田钾太郎的事迹,主要见于坂口光男:《志田钾太郎》,载《ジュリスト》,第1155号,1999年5月。

《民法债权各论》除序言外,共分四编,即第一编契约,设总则、赠与、买卖、交换、消费贷借、使用贷借、赁贷借、雇佣、请负、委任、寄托、组合、终身定期金、和解14章;第二编无因管理;第三编不当得利;第四编不法行为(侵权行为),涉及不法行为的定义和效力。

四

受篇幅限制,本序仅就《民法债权总论·各论》一书中若干重要的问题作一些介绍和评述。

1. 债权法之概念及其意义

作者首先对债权法之概念进行了界定:“债权法者,规定债权的法律关系之法规之全体也。”^①由于法律规定债权者,不仅有民法,也有商法,因此,民法中的债权法规,只是债权法之一部分。学界研究债权法,也不仅以民法典为限。

债权法规定债权之法律关系,而此关系是基于人们的法律行为或法律行为之外的事实而发生,如契约、无因管理、不当得利、侵权行为等。在大陆法系各国的民法中,受罗马法的影响,都规定了一般的债权,而对一些特别的债权,如票据法上的债权,则由商法或票据法来加以规定。

法律规定债权,在社会生活中具有重要的意义。因为所谓债权,就是特定的私人,使另一特定的私人为某一定的行为或不行为之权利也。^②其意义,可以从三个方面来观察:一是在本质上,所谓债权,从债权人角度来看,它是一种债权关系;而从债务人角度来看,则它是一种债务关系。二是从债权之目的来看,古代罗马法,是以债权为羁绊债权人、债务者的手段,因此债权关系成立以后,彼此不能分离;而近代法律,以债权为货物交换之媒介手段,故允许其分离。三是从债权之效力来看,对特定之人,债权具有相对的效力,使

① 参见本书第7页。

② 参见本书第10页。

为目的物之行为或不行为,是积极的效力。这与物权不同,物权对于一般之人,有绝对效力,任何人都不得侵害,所以是一种消极的效力。^①

2. 债权之种类与目的物

在罗马法上,债权分为契约上之债权,准契约上之债权,侵权行为上之债权和准侵权行为上之债权四种,法国、德国等后世立法受此影响,也大体分为四种。日本民法典进行了简化,将债权分为基于法律行为之债权和基于法律行为之外事实上之债权两种。实际上,就是将债权分为契约之债和侵权行为之债,这大概是近代各国的通例了。

关于债权的目的物,按照作者的观点,主要指债务者之行为与不行为(作为与不作为)。它与债权之目的不同,债权之目的是债权人所享受之利益。这种利益,是通过债权以及债务者的给付义务得以实现。按照日本民法典的规定,债务者对于债权人负有种种义务,如交付目的物之义务(作为,给付),或不为特定之行为的义务(不作为),或让债权人使用所有物的义务(使用),或承担肉体上、精神上劳动之义务(劳务)。债务者履行这种种义务,则债权人就可以享受经济上之利益,故作为、不作为、使用、劳务等等,均为债权之目的物。^②

3. 债权之当事者

债权之当事者,就是债权者与债务者。前者有请求给付的权

① 参见本书第12页。

② 参见本书第15页。

利;后者负有给付的义务。债权人与债务者之间结成的关系,就是债的关系。日本民法规定了多数当事者之债的关系,包括:

(1) 连合债务关系,即债务者虽有数人,但各自就自己所承担的部分负担债务;或者债权人虽有数人,各自就其债权部分拥有权利。

(2) 连带债的关系,即债务者数人各自负担全部之债务,债权人得对于债务者一人,同时或顺次对于总债务者,请求全部或一部之履行,而债权人一旦受领了全部之履行,则总债务者因此免其债务。

(3) 不可分债的关系,由为债务目的之给付不可分而生,分为性质上之不可分,和当事者之意思不可分两种。^①

(4) 保证债务,即在他人不履行其债务时,而由保证人履行之债务也。此时,“他人”就是主债务者,而保证债务之人,就是保证人。在保证债务中,一是其性质也是连带债务;二是保证债务为从债务,不是独立之债务;三是保证债务是在主债务不履行之时才必须履行。

4. 债权之变更和消灭

债权之变更,是指债权之目的及主体之变更而言。债权之目的变更,如因债务者应任其责之事由而特定物消灭,则特定物引渡之债权,变为损害、赔偿之债权,等等。债权之主体之变更,如在一般继承或特定继承中,继承人将前主(被继承人)之债权与他项权利同时继承,或在经济贸易交往中甲让渡债权于乙,等等。债权的变更,还有一种现象就是债权之特定继承,因法律行为(契约或遗嘱)、

^① 详细的阐述参见本书第94页。

法院裁判或法律上之规定,对债权进行了处分。^①

债权之消灭,有多种原因,如辨济(履行了给付),相杀(当双方互为债权债务者时,债权债务自然相抵消灭),更改(即签订了新的契约,产生了新的债务而消灭了旧的债务),免除(因一方抛弃债权之单独行为而免除了另一方的债务),混同(即发生了债权人及债务者之两资格归于同一人之事实,日本民法将混同视为债消灭之原因,但规定不得损害第三者的利益),等等。

5. 债权各论之诸问题

本书之第二部分,是编辑自志田钾太郎的债权各论之著述,同时参考了梅谦次郎在法政大学的债权讲义。编辑者指出,发生债权之事实,主要有二:法律行为和法律行为之外的事实。前者主要为契约,后者则包括三个方面:适法行为(如无因管理、不当得利等),违法行为和非行为之事实。^②

在现代各国民法典中,民法债权之各论主要涉及上述契约、无因管理、不当得利和侵权行为等领域。在契约领域,作者首先明确了契约的定义:“二以上之当事者欲使生私法上之效果,互相表示意思,其意思之合为一致者,曰契约。”^③

在明确了契约的定义之后,编辑者对契约的各个种类如赠与、买卖、交换、消费贷借、使用贷借、赁贷借、雇佣、请负、委任、寄托、组合、终身定期金、和解等作了详细的分析和论述。这当中,终身定期金和和解这两类契约有点特殊性,需要专门作点评述。

① 详细参见本书第112页。

② 详细参见本书第147页。

③ 参见本书第153页。

终身定期金,是指当事者之一方(定期金债务者)约定,至自己或对方或第三者之死亡时为止,而定期给付对方或第三者以金钱或其他物的契约(日本民法第 689 条)。^①如果以遗嘱的方式,定明至对方(接受遗嘱者)或第三者之死亡为止,于定期内给付金钱或其他物于对方者,就称终身定期金之遗赠,准用关于终身定期金的契约之规定。

和解,是指当事者约定互为退让,以止存于其间之争之契约也。^②所存之争,是否为裁判上之争,又其让步,仅关于法律关系有争与否,皆可不问。和解之后,当事者从前所主张之权利,因和解而变更其状态,或因和解认为当事人之一方有权利之确证,则其权利因和解而移转于其人,或认为当事者之一方没有权利之确证,则其权利因和解而消灭。故和解有附与之效力,又有消灭之效力,又有认定之效力。

债权各论部分,除了契约之外,还有无因管理、不当得利和侵权行为为三个方面。

无因管理(本书都用“事务管理”一词),是指没有义务而管理他人事务的行为。^③主要有三个要件:一是此事务必须是他人之事务;二是须为他人事务做出了管理之行为;三是必须是在法律上没有管理之义务。而这种管理义务,主要包括管理注意义务、管理继续义务和计算之义务等。而在和主人(因无因管理而受益之人)的关系上,主人必须做出三种补偿:一是费用之偿还;二是债务之负担;三是在违反本人之意思之情况下,主人就现受利益之限度内负担偿还之义务。

① 参见本书第 281 页。

② 参见本书第 282 页。

③ 参见本书第 285 页。

不当得利,是指无法律上之原因,因他人之财产或劳务而受利益与损失于他人之谓也。^①其要素有三:有利得;有损害;无原因。在不当得利之情况下,原则上必须予以返还,但也有例外,一是非债务辨济(偿还),对此,不得为返还之请求;二是不法原因之给付,如甲乙赌博,甲败乙胜,甲因此对于乙有所给付即不法原因,对此也不得请求返还。^②

侵权行为(本书均称为“不法行为”),就广义而言,为法律所不得为之行为;就狭义而言,为侵害他人权利之行为;就最狭义而言,为因故意或过失侵害他人权利且加损害之行为。日本民法第709条规定的是最狭义之侵权行为。其要素有三:权利受到侵害;造成了损害;具有故意或过失。具备了这三个要素,侵权行为就成立,做出侵权行为之人就必须负赔偿之责。

做出侵权行为之人就必须承担侵权之责任,这是原则,但在此人是无能力者、未成年人、心神丧失者之场合,就出现了例外,侵权人就可以不负或少负责任。在受雇佣者(如奴仆等)之场合,其承担的责任也将有所减轻。因建筑物、种植的竹木等造成的损害,应否负赔偿的责任,将视情况而定。按照日本民法的规定,侵权行为之时效,除不当得利以及刑法上之犯罪之外,原则上为3年内必须提出求偿;过20年后,则整个侵权行为失效。

五

《民法债权总论·各论》一书,是中国最早引入的外国民法学作

① 参见本书第291页。

② 参见本书第292页。

品之一。原著者松冈义正和志田钾太郎,都是日本著名民商法学家。该书作为京师法律学堂的讲课笔记,虽然简略,但也融入了松冈、志田毕生研究民法债权的心得,以及其从事民事立法、司法实践的经验。概括地说,本书有两个特点:

第一,本书虽然简略,但却基本上涵盖了近代民法债权总论和各论的各个方面(主要内容),如债权法之概念、性质、内容、体系、意义、种类、目的物、效力、当事者、债权、债务关系,债权之变更、让渡,债务之引受,债权之消灭,以及赠与、买卖、交换、消费贷借、使用贷借、赁贷借、雇佣、请负、委任、寄托、组合、终身定期金、和解等。由于本书是中国近代最早一代的民法债权著作,因而本书在内容上对之后出版的同类著作起到了示范的作用。

第二,不仅在内容上,本书是之后学界出版的民法债权总论、各论类书的范本,而且在框架体系、篇章布局、表现形式等方面,本书也开创了一个先例。从清末民国所出版的各类民法债权总论和各论的书来看,其债权总论的体系,如有代表性的李谟、黄景柏著《民法债编总论》(上海大东书局 1932 年)一书,就涉及债之意义,债之发生,契约,无因管理,不当得利,侵权行为,债之标的,债之效力,分割之债,连带之债,不可分之债,债之消灭(有清偿、提存、抵消、免除、混同等方式)等。

在民法债权各论方面,有代表性的著作如戴修瓚著《民法债编各论》(上海法学编译社,上册 1930 年,下册 1933 年)一书,就包括了绪论、买卖、互易、交互计算、赠与、租赁、使用借贷、消费借贷、雇用、承揽、出版,以及委任、经理人及代办商、居间、行纪、寄托、仓库营业、运送营业、承揽运送、合伙、隐名合伙、证券、终身定期金、和解、