

書 叢 法 政

論則總編債法民國中

著 榮 妻 我
譯 恆 錫 洪

行發館書印務商

我妻榮著
洪錫恆譯

政法
叢書

中國民法債編總則論

商務印書館發行

譯者弁言

本書出版於民國二十二年三月十五日，同年四月間，譯者在京得見原本，當爲研究之便，曾將解釋最爲精審之條，陸續摘譯，藉與他著比較。硯友見之，頗有慫恿全譯付刊者。人事匆匆，未暇顧及。零稿隨行篋而奔走，瞬已數年。近悉本書原著在國內之銷數頗多，而譯本則未見售，爰草草以竟是稿。

本書內容，在原序凡例中，已有忠實之介紹，毋待再贅。可注意者，在比較各國法文之下，闡明本法精義，高處着筆，誠有可佩。所論條文未妥之處，吾人雖不敢絕對贊同，但在追遡急就立法之沿革，實宜引爲今後實務上之參考。本書譯文，頗欲保存本來面目，於是以我人章句結構之體例言，容有不然之處。顧此本係逐譯中難免之事，所幸閱讀此等專著，當不較及文彩，譯者本亦無求信達雅兼備之奢望也。至於原著所稱「我民法」，爲行文之便，均改爲「日民法」，其他語意，一仍其舊。惟第二百四十九條係屬誤刊，經予改正，并附說明數語。附錄部分，本有用語對照及其凡例中說明之一段，以與譯本之閱讀無關，均未予以保留。條文索引，爲我人稽查之便利，已爲倒置地位。其他內容，未敢徑爲重要增減。

日籍法律著作之華譯多矣。硬譯作品，本爲二十年前之物，迄今仍有銷售。年來我國各種法律陸續頒行，著作更如雨後春筍，頗屬大有進步。以譯者讀書未多，似曾見及若干國內學者著作徵引日人關於日本法律專著，間有

未盡加以斟酌。又因兩國條文規定及其解釋有難混同之處，遂成遼東白頭，我亦白頭之解。如與本書內容有可對照之點，不難成爲本書應用上之意外收穫。既可悟著作之難言，抑以述而不作之義，復足爲本人淺薄之解嘲。

譯者到滬以來，因職務繁劇，精力有限，頗已大違往日讀書習慣。是稿係將舊稿聯綴成書，晨夕中與管城子緣，倉卒藏事，容或謬誤失察，環境關係，審訂潤色，已屬不遑，尙祈大雅有以正之。

中華民國二十四年三月十五日譯者識於上海地方法院民庭

序

本書爲民國二十年（昭和六年）十一月本會所刊中華民國民法總則之續編，關於本會之宗旨與組織，在前總則序文中，已述及之，茲不復贅。

本編及施行法之逐譯，與關係條文上應加說明之實際的慣例等，以本會會員村上貞吉所刊中華民國民法債編爲基本。而各該條外國法立例之詮索，日本民法及判例之比對、批評、註釋、及用語對照、索引等，則由本會會員東京帝國大學教授我妻榮及該大學院學生廣瀨武文任之，與總則編同。且較該書更爲精密周詳，以是知著者努力之不易，而本書價值之彌珍，亦可信而不疑矣。對於中國所採民商統一主義之理論的批評，則由擔任商法之本會會員東京帝國大學教授法學博士田中耕太郎及助教鈴木竹雄着筆，作爲本書之序論。

本書之完成，有如上述，不憚可稱爲日本學界近來惟一之精審著作，並希望爲中國學界所歡迎之寶貴參考。意者國府之立法當局，亦宜加以閱覽，藉覘己所創製之新法，在鄰國之學界，有如何之評解。尤其各該條之註釋與批評，不僅示中國法官以適用本法之注意，且予立法當局將來修正本法之指南，在中國之立法與司法上，竊自誇有絕大之貢獻，抑亦惟日學界方能爲之。

日華相鄰，縱不免有一時政治利害之衝突，而兩國文化之相互提攜，乃必然之命運，毋可諱言。方今中國刷新

制度改良司法之際，在承襲漢唐以來中華文化，且折衷於近代西洋文化已達進化之日本，恰屬適當之模範。讀先總理孫文「我們要使中國強盛，日本就是最好的榜樣」之語，思過半矣。

本會由上述之見地，將來當繼續爲中國新法之研究，以其所得，刊行著作，今觀本書之內容，益感本會設立意義之重大，是爲序。

中華民國法制研究會會長
帝國學士院會員法學博士
松本烝治

凡例

一 本書爲民國十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行中華民國民法債編通則之註釋，係已刊中華國民民法總則之續編。翻譯以村上貞吉之力爲多，而材料之蒐集與整理，則由廣瀨武文力成之，便宜上稱爲我妻榮一人之著作，實則爲村上我妻廣瀨三人之合著。而序論全文則由田中耕太郎鈴木竹雄兩氏筆成之。

一 各條之立法例，以日民法爲主。故與日民法最近似者，僅列日民法條文，而省略其他立法例者亦非無之。立法例中所揭『日民』係日本民法，『德民』係德國民法（*Bürgerliches Gesetzbuch*），『瑞民』係瑞士民法（*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*），『瑞債』係瑞士債務法（*Schweizerische Obligationenrecht*），『法民』係法國民法（*Code civil*）之略稱。又各國法條之上記載（類似）或（同旨趣）者，爲法條有類似或同旨趣之內容或有類似或同旨趣之目的之義。而法條上無何等記載者，則爲內容相同。至外國法條之翻譯，則採東季彥譯『全譯德意志民法』，辰巳重範譯『瑞士民法』，及水口吉藏譯『日本民法商法對比瑞士債務法』者爲多。記之以表謝意。

一 各條所述『與日本民法之比較』係採日本通說及判例所確定之理論，故忽略少數反對說之情形，亦非絕無。又對重要制度，加以『前註』，在本法上闡明其制度之本質，必要時更以之與日民法及德瑞民法之相當制

度比較，而以『對照表』示之。故欲了解本法內容之概略者，先於前註及對照表中得其概念，然後細讀此前註及表中所指各條之說明，方感便利。

一 各條之『註釋』以認為有必要者為限。蓋本書之目的，不僅與日民法之比較，並且指出立法例上日德瑞法各法相當條文之註釋，則本條相當條文之內容，自可臻於明確。

一 各條之『批評』僅在指摘本法理論的結構之不備。以本法蒐集日德瑞法各法之精髓，往往欠缺本身之統一而陷於矛盾。本書批評，即努力指摘於此。至討論本法果能適合於中國之現狀與否，在本書之批評中，實屬尤關必要。但立論及此，不得不一面審察中國之向來習慣，及一般社會人士之法律思想，一面明了中國之戶籍、登記、公證及其他一切司法制度之運用實狀，與法官之實質。故在本書中我人僅對二三重要之點，表示希望與感想，與在總則編者相同。其他悉予保留，以待中國司法制度今後稍為完備之日。

一 在引用日德瑞法各國之學說時，以二三代表的學說為限，蓋此僅以指示研究之方針為已足。

一 卷末之『條文索引』為欲知本法之規定與日民法規定相當者而作成。至本書本文之說明，則專以本法之規定為基礎，且闡明與此相應之日民法規定。反之如欲知日民法之制度或規定，在本法有若何之規定者，應依卷末條文索引之所示，以閱讀本書。

- 鳩山總論……………鳩山秀夫博士著增訂改版日本債權法總論
- 鳩山各論……………鳩山季夫博士著增訂日本債權法各論
- 末弘各論……………末弘博士著債權各論
- 末弘全集……………末弘博士著債權總論（載現代法學全集）
- 我妻全集……………我妻榮著債權法（載現代法學全集）
- 總 則……………中華民國法制研究會編中華民國民法總則
- Oertmann, Komm.……Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen,
II Recht der Schuldverhältnisse.
- Staudinger, Komm.……Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einföhrungsge-
setze, II Recht der Schuldverhältnisse.
- Ennecerus, Lehrb.……Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II Recht der Schuldverhältnisse.
- Dernburg, Pand.……Pandekten.

¹MotiveMotive zu dem Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das

Deutsche Reich, II, Recht der Schuldverhältnisse.

Protokolle.....Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des

Bürgerlichen Gesetzbuchs, II.

Oser, Komm.Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V, Das Obliga-

tionenrecht.

序論

民法債編制定之沿革及其民商統一主義

(一) 中華民國十八年三四月間，民法總則既經立法院審查竣事，立法院長胡漢民等，即着手起草債編，仿總則編制定之例，先定立法原則。惟其時關於編纂民法典之全局，有一先決問題，即於民法典之外，另訂商法典抑採民商統一主義是也。於是胡氏與特別委員林森氏等，爲種種檢討協議後，於同年三月提出第一百八十次中央政治會議，主張一典主義，立論要旨，以爲除公司、保險、票據、及海商等法規有特殊之性質，不能併合於民法典外，其他均可規定於民法典，既免法典條文之蕪雜，亦符國民黨體念人民權利之至意。該會遂於胡氏等外，加推戴傳賢、王寵惠二氏爲特別委員，以作審查，同年六月第一百八十三次會議中，將渠等所作成之「民商劃一提案審查報告書」議決通過。茲譯其報告書如次。

考各國立法例，有於民法法典外，另訂商法法典者，有不然者，我國今將從事法典之編訂，原提案主張民商法統一，詳加研究，亦韙其議，茲將理由分述如左。

(二) 因歷史關係，認爲應訂民商統一法典也。商法之於民法之外，成爲特別法典者，實始於法皇路易十四。維時承階級制度之後，商人鑒於他種階級，各有其身分法，亦遂組織團體，成爲商人階級，而商法法典漸亦相

因而成。此商法法典別訂於民法之外者，乃因於歷史上商人之特殊階級也。我國自漢初弛商賈之律後，四民同受治於一法，買賣錢債，並無民商之分。清末雖分訂有民法法典及商法法典之議，民國成立以來，亦沿其說。實則商人本無特殊之階級，亦何可故爲歧視耶。

(二)因社會進步，認爲應訂民商統一法典也。反對民商法典統一者之言曰，商法所定，重在進步，民法所定，多屬固定，故民商不便合併，此在昔日之陳迹，容或有之。不知凡法典應修改者，皆應取進步主義，立法者認爲應修改即修改，與民商合一與否無關。例如英國民商合一，而公司法施行後，亦有數次之修改，而德國爲民商分立之國，乃商法之改變，遠不如英國。於此可見不當以法典之進步與否，而斷定民商之應合一與否也。考之學說，盛倡民商合一之論者甚多，如意國之維域提氏 (Viyonte)，法國之他賴氏 (Thaller)，德國之典爾伯氏 (Dernburg)，其著者也。

(三)因世界交通，認爲應訂民商統一法典也。反對民商法典統一者之言曰，商法具有國際性，民法則否，此亦狃於舊見之說也。民商合一，對於商事法規，應趨於大同與否，立法者儘可酌量規定，並不因合一而失立法之運用。且民商劃分之國，其法典關於本國之特別規定者，亦不一而足也。

(四)因各國立法趨勢，認爲應訂民商統一法典也。意大利爲商業發達最早之國，而其國之學者，主張民商合一爲最力，英美商業，今實稱雄於世界，而兩國均無特別商法法典，瑞士亦無之，俄國一八九三年民法第一草案，一八九六年民法第二次草案，一九〇六年民法第三草案，一九〇七年民法第四次草案，均包商法在內。

似此潮流，再加以學者之鼓吹提倡，則民商合一，已成爲世界立法之新趨勢，我國何可獨與相反。

(五) 因人民平等，認爲應訂民商統一法典也。人民在法律上本應平等，若因職業之異，或行爲之不同，即於普通民法之外，特訂法典，不特職業之種類繁多，不能普及，且與平等之原則不合。

(六) 因編訂標準，認爲應訂民商統一法典也。昔時各國之商法，以人爲標準，即凡商人所爲者，均入商法，德國於一八九七年所訂之商法亦然。法國自大革命之後，以爲不應爲一部分之人，專訂法典，故其商法，以行爲爲標準，即凡商行爲均入於商法典。然何種行爲，係商行爲，在事實上有時頗不易分，我國如亦編訂商法法典，則標準亦殊難定。

(七) 因編訂體例，認爲應訂民商統一法典也。各國商法之內容，極不一致，日本商法分爲總則、會社、商行爲、手形、海商五編，德國商法無手形，（票據）法國則以破產及商事裁判所組織法訂入商法法典，體例紛歧。可知商法規定之事項，原無一定範圍，即劃爲獨立之法典，亦止自取煩擾。再法典應訂有總則，亦取其綱舉目張，足以貫串全體也，而關於商法，則不能以總則貫串其全體。

(八) 因商法與民法之關係，認爲應訂民商統一法典也。在有商法法典之國，其商法僅係民法之特別法，而最重要之買賣契約，仍多規定於民法，而民法上之營利社團法人，仍須準用商法，則除有特別之情形如銀行交易所之類外，民法商法牽合之處甚多，亦何取乎兩法併立耶。且民商劃分，如一方爲商人，一方非商人，適用上亦感困難，因民商法相關聯之處甚多，而非一般人所能意料者。

要之各國民商法典，近時趨勢，凡民商劃一之國，鮮有主張由合而分者，其他民商劃分之國，其學者主張由分而合者則甚多，其所以至今尚未實行，蓋因舊制歷年已久，而理論實力，一時之間，尙未能推翻之耳。而趨勢則已大定也。且在無特別商法法典之國，如英美等，不過無歐洲大陸之所謂商法法典，而實則關於商人之各種法規，燦然具備。是民商合一與否，與商業之發達，並無關係。茲當百度革新之時，發揚總理全民之旨，應訂民商合一法典，殆無疑義也。

此項審查報告書送交立法院。胡漢民等先後擬定民法債編立法原則十五項，提出中央政治會議，於第一百八十二次會議中，推定胡漢民、王寵惠、戴傳賢、趙戴文、陳果夫及孔祥熙等六人爲特別委員，從事審查。經各特別委員修正後，提出於同年六月五日第一百八十三次中央政治會議，決議通過。即時送交立法院，由該院特設委員會，根據此項原則，起草債編各條。同年十月第二百零二次中央政治會議，又將債編立法原則第三項中「利息滾入原本」一項，加以修正（本法第二〇七條）送交立法院採擇。由此特別委員等僅於四五個月，起草債編條文六百零四條完竣後，提出立法院，於同年十一月五日經該院第五十八次會議通過。於同年十一月二十二日，由國民政府以命令公布之。

（二）本編規定，有六百零四條之多，而日民法債權編規定，僅三百二十餘條，實遠較日民法爲廣。是不外採用上述民商法統一主義之結果，茲在本論之前，先將此統一主義，稍加批評。

法國自一六七三年之商事勅令以來，對傳統的民商二法典之分離，已有激烈之爭論，在前世紀之末葉，一時

主張統一論之學者不少，頗佔優勢。一八八一年瑞士債務法成立，尤可謂統一論勝利之表徵。最近如一九二三年俄國民法，亦採統一主義。是故前述審查報告書所稱民商二法統一主義，爲世界立法及學說之最新趨向，雖過於誇張，在回遡最近之過去，猶未必誤。惟時至今日，決難謂統一主義，猶屬有力，不過尙能克服舊學說而已。例如意國學者維域提氏，嘗爲統一論之健將，自一九二五年以來，則已改爲劃分論之說。是審查報告書以統一主義，係不爭之新趨勢，中國不能獨後云者，不得不謂爲反乎最新之事實。新學說之趨勢，要在趨於探求商法特性之方面。因之承認在商法之範圍，有異於一般私法之原理，民商二法典分離主義，遂得確立其理論的基礎。

審查報告書中羅列民商統一主義之理由甚多，已如上述，茲順序作下述簡單之檢討。

第一：基於沿革之理由。各國商法之劃分，與其謂非沿革之遺物，毋寧以商法之特性爲沿革之後盾。中國往昔，縱有舊習，但在近代商業勃興之際，對於新興之商業，須與一般私法爲特異之處置，固爲事實上所需者，殊不能徒以沿革之理由排斥之也。換言之，向來商事法規，所以不與一般私法區別者，祇以商業範圍狹小簡單，無爲特殊處置之必要，若謂近代商業亦適用之，則斷非所許。

第二：主張商法之進步性質，與立法修正之難易無涉。然民商法在其對象之社會狀態與進展之程度上，自屬不同，故要求修正之程度亦相異，民法典中有商法之規定者，商法之修正自有遲延之虞，但在事實上，終難否認。畢竟第二點理由，並不充分，未免抹煞事實。尤其徵引英國事例，甚有未妥，以英國僅以公司法爲特別法，故易於修正，且此正爲維持商法特別法主義之一事例。

第三：亦與上述同，各國民法，固各有其特色，商法則因商事有世界性，有趨於國際化之勢，此項傾向，更不得以條約等爲參考，故欲適應國際的進展，仍有以商法爲特別法之必要。例如維域提氏，亦曾堅持此論調。

第四：關於立法之趨勢，已如前述矣。惟如統一論者所援引之瑞士債務法，實非其成功之事例，不若謂爲失敗之事例。且今立法事業之趨勢，決非趨向統一也。

第五：基於平等之理由，實止爲表面之觀察，如另訂商法，決無害於法律上之平等。此項關係，祇在適應商事之必要而爲妥當之處置，並非與商人以特殊之地位。是故勞動法之制定，並不反乎平等者，正與斯旨相同。

第六：因民商兩法難於區別之理由。此點當爲劃分主義之有力非難。然事物之界限不明，比比皆然，不得僅以此故而否認商法範圍之存在。祇有對此界限之確定努力爲之耳。

第七：主張編制有系統之商法典，頗有困難。但商法既不如民法之有系統，當然不能倣民法之爲特別法。然亦不能以此卽謂商法不能成爲有系統之商法典，實有其保留之餘地。

第八：堅持商法爲民法之特別法，若行分離，則適用困難。然既已爲適應商事之需要，而制定爲特別法矣，則其規定於同一法典與否，毫無關係。今欲避免此項困難，壓抑商事之需要，或強納商事原理於民法中，無論如何，均係實質上之不當。

民商二法統一論之主張，缺乏根據，已如上述。惟最後一言，應行注意者，卽中國所實現之民商法統一主義，其範圍實遠不如瑞士債務法之廣泛。蓋關於倉庫、運送、承攬運送、居間、行紀、經理人、隱名合夥、及交易計算等規定，固

已包羅於民法中，而以公司、保險、票據、及海商之一大部分，各成特別法，獨立於民法之外。此外關於商業登記、商號、商業帳簿等項，未有規定。（最後一種未有新法，前於民國三年之商人通例中曾有規定，但依民國十六年八月十二日國民政府命令，准暫時繼續援用，）換言之，已移入民法典中者，僅保險法以外之商行為，及商法總則之一部，其他廣大之部分，並未形成合一之法典，仍對民法處於特別法之地位。然則關於編訂此項特別法之領域，實際上所收效果，竟與以商法爲民法以外之一法典者無異，或且更甚。故以上對統一論之批評，不適用於不合一之部分。要不過對於合一部分及其基礎理論而言。