

主编 何勤华 殷啸虎

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书【第二辑】

比 较 民 法

——
债
编
通
则

著者 李祖荫

勘校 魏琼

中国方正出版社

第三版 增订本

中国政法大学民商经济法学院教授 王利明 主编

比较民法

——债编通则

王利明 主编

中国政法大学出版社

中国政法大学出版社

主编 何勤华 殷啸虎

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书【第二辑】

比较民法

——
债编通则

著者 李祖荫

勘校 魏琼

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较民法: 债编通则/李祖荫著. —北京: 中国方正出版社, 2006. 10

(华东政法学院珍藏民国法律名著丛书·第2辑)

ISBN 7-80216-161-4

I. 比… II. 李… III. 民法: 比较法—世界 IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 126005 号

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书 (第二辑)

比较民法——债编通则

著者 李祖荫 勘校 魏 琼

责任编辑: 陈学军 贾奕琛

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 66562755

编辑部: (010) 59596615 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: pound008@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京安印刷厂

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 9.25

字 数: 251 千字

版 次: 2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80216-161-4

定价: 20.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

总 序

近代上海不仅是经济文化发展的中心，同样也是法学教育的重镇。据不完全统计，近代以来出版的法学著作中，至少有三分之二是在上海出版的。上海以其海纳百川的博大胸怀，为中国法学的发展，做出了与其地位相符合的巨大贡献。

新中国成立后，根据国家统一部署，由复旦大学、南京大学、厦门大学、安徽大学、震旦大学、上海学院、东吴大学法学院等校的法律系，复旦大学、南京大学、沪江大学、圣约翰大学四校的政治系，以及沪江大学的社会学系，合组成立了华东政法学院。这些院系原有的法学文献和资料也统一归并到华东政法学院。因此，可以说，华东政法学院汇集了原华东地区大部分的近代以来出版的法学书籍。虽然后来华东政法学院经历了“两落三起”的曲折历程，以及“文化大革命”的浩劫，但在学院历任领导和广大教师的努力之下，大部分法学书籍得以保存下来。这些书籍对于促进华东政法学院乃至上海地区的法学教育、推进和繁荣法学研究起了相当重要的作用。

然而，由于出版年代和当时印刷条件等方面的原因，这些书籍大多已经不便于翻阅，加上这些书籍多为“孤本”，从文献资料保存的角度而言，也一般都作为馆藏书而不再出



借。这无论是对读者研究、还是对这些书籍作用的发挥，都是十分不利的。为此，在华东政法学院领导的关心、支持下，在中国方正出版社的帮助、策划下，我们决定对民国时期出版的一些至今仍有较高学术价值的著作进行整理，并以“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”的形式勘校出版，以满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

丛书第一辑十二本自去年出版之后，受到了学术界和法律实务界的广泛好评，也得到了法学、历史学、政治学和社会学等各个专业师生的认可，这给了我们以极大的鼓舞。针对这一形势，我们又组织力量，继续整理、校勘，推出了本丛书的第二辑（十二本），其中有王宠惠的《中华民国刑法》，吴经熊的《法律哲学研究》，黄右昌的《罗马法与现代》，李祖荫的《比较民法——债编通则》等，以进一步满足读者的需要。

本丛书的勘校工作仍由华东政法学院法律史研究中心和图书馆负责，参加勘校工作的主要是华东政法学院的教师及其他研究人员。由于我们的学识有限，勘校过程中可能会存在这样或者那样的问题和缺陷，恳请广大读者批评指正。

何勤华 殷啸虎
于上海·华东政法学院
2006年4月

勘校前言

李祖荫（1899—1963），字廉寿，湖南祁阳人。20 世纪 20 年代中叶获北京朝阳大学法学学士学位后，负笈日本，后获日本明治大学法学学士学位。后任回国燕京大学、北京大学讲师、教授。1939 年回湘任湖南大学教授，讲授民法等课程。1941 年担任法律系主任。1945 年文法学院分立，由法律、政治、经济三系成立法学院，李祖荫担任院长。

湖南大学法律系自 1941 年恢复至后来享誉中南，李祖荫居功至伟。如聘请黄右昌、戴修瓚、王觐、罗鼎、赵宝义、丘日庆等著名法学家来校任教等。尤其值得称道的是，李祖荫在白色恐怖盛行之时，毅然聘请有红色教授之称的李达先生来湖南大学法律系任教，讲授法理学。李祖荫办学态度务实，注重学生司法实务技能之培养。在他的主持下，法律系在 1941 年设立了民众法律顾问所，凡有询函问者都给与详细答复，社会效果很好。1943 年法律系设立模拟法院，以培养学生的诉讼事务能力。

李祖荫所主要研究者为民法，著有《民法概要》、《中华民法总则评论》等书。在法制史、比较法学、法学方法论上，李祖荫也成绩斐然，先后著有《法学方法论》、《比较民法——债篇通则》、《清史刑法志注释》、《中国法制史》等。

湖南解放前夕，李祖荫任省教育厅长，参与湖南和平解放运动。中华人民共和国成立后，李祖荫受邀任中央人民政府法制委员会委



员、全国人大常委会法制室主任、国务院参事，1963年在编写《中国法制史》时猝然逝世。^①

二

《比较民法——债编通则》一书，由北平朝阳学院于1933年出版。它是李祖荫的主要著作，在一定意义上，也可以说是民国时期惟一的一本比较系统的比较民法著作，^②全书以中华民国民法第二编“债”第一章“通则”为中轴，以法、德、日、俄、意、荷、美、西、葡、瑞士、瑞典、土耳其、泰国、比利时、智利、阿根廷、巴西、墨西哥、秘鲁、委内瑞拉、奥地利、印度、洪都拉斯等二十多个国家的民法规范，以及美国纽约州民法典、瑞士马尔塔州民法典等十多个西方联邦制国家中的州民法典，英美国家民法学家的著作如英国詹克斯（Edward Jenks）的《英国民法汇纂》等为参照系，对债的发生、债的标的、债的效力、多数债务人及债权人、债的移转、债的消灭等专题（从民国民法第153条至第344条，共涉及条文192条）作了详细的比较研究。最后，作为附录，本书收录了1930年5月5日施行的《民法债编施行法》。

在写作方法上，本书在运用各国资料，对每一款条文进行比较时，前面先都附上“某某之立法例”，以对该款所涉及内容作概念、历史演变等专题背景介绍。比如，在对“第一款契约”进行阐述时，作者是这么展开的。

〔契约之立法例〕契约（Contractus, Contract, Vertrag, Contrat, Kontrakt, Contratto, Szerződés）一语，义有广狭。狭义契约者，仅指

^① 本节史料由湖南大学法学院院长单飞跃教授提供。

^② 中华民国时期，除李祖荫之外，还有王宠惠、罗文干和胡长清等人发表了比较民法的研究成果，但他们的论述或者非常简略或者没有完成。



发生债的关系之契约也。一曰债权契约，罗马法及法、奥、意、捷克^①、日本、苏俄等国民法，均采此义。广义契约者，指以发生私法上效力为标的之契约也。不独债法上之契约为契约，即如物权设立移转之合意、亲属编之婚约、夫妻财产契约等，亦何莫非契约。德国民法以契约规定于总则编法律行为章之第三节（第一四五条至第一五七条），自系采自广义。

两者相较，广义为优。瑞士、土耳其两国虽以契约规定于债务法中（瑞债第一条至第四十条，土债同之）。然查瑞、土两国，均于民法法例中规定“债务法通则中关于契约之成立履行及解除等规定，于民法上之其他关系准用之”（瑞民第七条，土民第五条），是形式上似采狭义主义，而实质上已采广义主义，脉络贯通，运用飞灵，询佳构也。

还瞻我国，第一次民律草案仿德国民法，以契约分为两处规定，一在总则编法律行为章之第二节，查其内容，第二〇一条至第二〇四条规定要约及失其效力，第二〇五条至第二〇七条规定承诺，第二〇八条至第二一二条规定契约之成立，等是。一在债权编契约章之第一节，本节更分三款，一为契约之成立及其内容，自第五一三条至第五三〇条；二为契约之效力，自第五三一条至第五四二条；三为契约之解除，自第五四三条至第五五七条等是。

第二次民律草案则分三处规定，一在总则编法律行为章之第三节，第一三五条至第一四六条。二在债编通则章债之发生节之第一款，自第二二四条至第二四五条。三在债编第二章，以契约二字统括二十二种之有名契约。

据上述观之，我两次草案，均采广义，毫毋庸置疑。新民法概以《契约》定于债编，自系采取狭义，又无准用于其他契约之明文。则除债务契约外，他如婚约，夫妻财产契约等，只能为解释上的准用而已，其弊一也。

^① 此处应为捷克斯洛伐克共和国，该国由捷克和斯洛伐克两个民族共同建立，成立于1918年10月28日，解体于1993年1月1日。——编辑注



不特此也，且于债之发生节中之第一款，既定契约，又于债之效力节中之第四款，复定契约，匪特肢解整个的契约，而且杂糅契约效力与债之效力，其弊二也。

冀除斯弊，应将债之效力中之契约，并入于债之发生中之契约，并须于总则编法例中增加如瑞士、土耳其两国民法之明文，前后贯串，理论顺通矣。

（中华民国民法典）的相关条文

第一五三条 当事人……

（中外各国民法典的相关条文规定）

〔一草〕（1911年清民律第一草案）……

〔二草〕（1925年中华民国民律第二草案）……

〔德民〕……

〔瑞债〕（瑞士债务法）……

〔俄民〕……

〔法意债草〕（1927年法、意两国共同债务法及契约法草案）……

〔泰民〕……

〔土债〕……

〔法民〕……

〔意民〕……

〔荷民〕……

从本书上述所引内容可见，本书旁征博引，纵横驰骋，对债编总则作了非常详细的比较研究。随着作者之笔触，我们得以全方位地了解各国关于债的总则的历史沿革及最新规定。就债编的起源而言，作者就作了非常详尽的考证：

稽古代法典，债法之规定，殊不多见，巴比伦之《哈姆拉比法典》中仅有“寄托”与“债权之实行”等节目。罗马法仅以物权、继承、债权三部，同隶于物法，并无独立之地位。……探厥缘由，盖



因债法之成立，以社会文化达于一定之程度为前提，社会文化幼稚，人民交易单简，债法一项，用途狭隘，故债法在民法沿革史上，发达自较他法为迟。

债法在民法中居独立之地位而与物权法分别规定为一编者，实创始于德国法系之民法。惟其编次，则不无差异，有列债法于第二编，物权法于第三编者，一七五六年之《巴阔里雅民法草案》首创其例。德国民法，我民律第一、第二两次草案，及新民法，德国《哈诺威民法》，《暹罗（泰国）改正民商法》等仿之。有列债法于第三编，物权法于第二编者。一八六五年之《萨克逊民法》首创其例，日本、荷兰、巴西、苏俄等国民法，均师承之。《西班牙民法》虽属法国法系，然其第三编曰“债务与契约”亦可属之此式。更有列物权法于第二编，债法于第四编者，如智利民法是。至若瑞士、土耳其两国则以债务法为单行法，印度则仅有契约条例，法、义两国已编订共同债务法及契约法草案，是均别树一帜者。

因此，加上正文中对各国关于债的法律条文的系统比较，说本书是一部关于各国民事立法中关于债的通则规定的百科全书，也并不过分。作者在本书自叙中阐述了写作本书的原因。

非常可惜的是，至民国解体，一直没有看到作者所撰《比较民法》另外五卷的出版。仅仅债编通则的比较，作者已经给了我们这么多的知识与启示，如果另外五卷也能面世的话，肯定又能成为我国近代法学史上的一笔重要财富。斯人已逝，只能寄希望于我国新一代的民法学家了。

三

这次勘校，勘校者所用的底本，是北平朝阳学院于1933年出版的原作，制作比较精良，保存得也比较完整。勘校者是华东政法学院法律学院的副教授魏琼博士，她在华东政法学院法律本科毕业之后，又先后读完了中国法制史的硕士和外国法制史的博士，并多年从事经济法的教学与研究，并与我一起主编了《西方民法史》和《西方商



法史》两本著作，因而对比较民法研究这一领域比较熟悉，这为她勘校《比较民法——债编通则》一书打下了很好的基础。

由于我对《比较民法——债编通则》一书作过一点研究，手头也收集了一些李祖荫生平事迹方面的资料，故勘校者让我为本书写一前言，这样，就有上面这些文字。而对于前言中的错误，以及全书勘校中的不足，笔者以及勘校者真诚地希望广大读者予以批评指正。

何勤华

于上海·华东政法学院

2006年9月

自 叙

国于坤輿者七十余，而编制民法法典之国，几于五十。^①不有比较，焉知优拙？然则比较民法尚已第国俗殊异，文辞隔阂，沟贯棣通，诚非易事。历览中外法家之述作，已可知其梗概。

我国王宠惠博士著《比较民法》，仅见其导言。^②罗文干博士著《比较民法》，成止于九章。^③法之拉姆伯尔氏（Lambert）于一九零三年著《比较民法作用论》；^④罗甘氏（Rogain）于一九零四年著《比较民法概论》，荦路蓝缕，实启山林；德国海德尔堡大学法学部长海诗赫墨氏（Karl Heinsheimer）与前最高法院院长西孟司氏（Simons）谋编《现行世界民事法》，椎轮甫具，而海氏云亡；柏林大学名誉教授西勒革尔白格博士（Franz Schleglberger）与海里芝（Carl Heinrici）、马鲁诗（Julius Magnus）、米哲（Oscar Mügel）、西孟司

① 参照拙著：《世界民法史纲》绪言，见《法律评论》。

② 王宠惠著：《比较民法》导言，见《中华法学杂志》第二卷第三号。

③ 罗文干著：《比较民法》，见《司法讲习所讲义录》第一期第一号、第二号。仅见九章，第一章 各国法律制度源流；第二章 各国民律中规定之所在地；第三章 外国人；第四章 次等身分；第五章 私生子及认知；第六章 立嗣；第七章 成年；第八章 亲权；第九章 扶养义务，等是。

④ 今译为“朗贝尔”，1866—1947，1903年出版的《比较民法作用论》，今译为《比较民法的作用》。参见李秀清等著：《20世纪比较法学》，商务印书馆2006年版，第50—66页。——勘校者注



(Simons) 等博士著《比较民商法辞典》，功成之期，尚属遥辽。^①

近观东瀛，如岡松参太郎博士之注释《民法理由》；川名兼四郎博士之《民法》，厘列各国民法条文之数目，而未及其内容；今年三月，我妻荣教授著《中华民国民法债权总则》中列“立法例”一项，而于德、日、法三国民法，瑞士债务法而外，一无征引，甚矣。比较民法之难也。

祖荫不才，窃志于斯，读法以还耆之成癖，万里购求兼金弗恤，幸得师友之襄助，蒐集三十余国之条文。新者如土耳其国民法及债务法；暹罗国^②改正民商法；法、义〔意〕两国共同债务法及契约法草案；匈牙利国民法改正案；洪都拉斯国民法草案。多方罗致，度^③诸一室，讲授之余，辄憩其中翻译纂组，几忘寝馈。起丁卯迄癸酉，次第草成《比较民法》，“总则编”、“债编通则”、“债编分则”、“物权编”、“亲属编”、“继承编”等六卷，都八十余万言，藏之篋衍。孳因读学之便先刊《债编通则》，广资就正。余者，亦谋陆续出版。

予因此而有所感焉，双亲送读，逾二十年。既不能扬名声，以显父母，又不犹升斗，以禄养其亲。今春二月，父大人七十又一；夏五月，母大人六十又六，弧帨寿辰，适值国难，不敢称觴。静言思之，惟有著书，始克慰我双亲，乃取旧稿，重事懂理，午夜灯孜孜不息，两大人顾而乐之，仰承色笑。因以自慰，作而曰：“年年惟愿有书著，长在双亲色笑中。”是为叙。

中华民国二十二年十月十日

麋寿李祖荫自叙

于澹云轩之比较民法室

① 西氏等著：《比较民商法辞典》(Rechtsvergleichendes Handwoerterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslands)，分为数部。第一部叙述各国民法编纂史，一九二七年至一九二九年出版；第二部依德文字母次序，叙述各国民商法名辞，一九二七年至一九三〇年出版，现仍续刊。余所藏两部，费国币百四十余元。

② 泰国旧称。——勘校者注

③ 度，读 guī，〈书〉，放东西的架子。放置、保存。——勘校者注

本 著 简 号

- 【一草】我国民律第一次草案（清宣统三年即 1911 年前清法律馆稿）
- 【二草】我国民律第二次草案（民国十四年即 1925 年修订法律馆稿）
- 【德民】德国民法（1900 年）
- 【法民】法国民法（1804 年）
- 【日民】日本国民法（1898 年）
- 【义民】义国民法^①（1865 年）
- 【瑞民】瑞士国民法（1907 年）
- 【瑞债】瑞士国债务法（1911 年）
- 【土民】土耳其国民法（1926 年）
- 【土债】土耳其国债务法（1927 年）
- 【和民】和兰国民法^②（1835 年）
- 【鲁民】美国鲁西安纳州民法^③（1825 年）
- 【暹民】暹罗国改正民商法（1925 年）
- 【俄民】苏俄民法（1922 年）
- 【西民】西班牙国民法（1888 年）
- 【日商】日本国商法（明治三二年）
- 【法义债草】法义两国^④共同债务法及契约法草案（1927 年）

① 即意大利民法。——勘校者注

② 即荷兰民法。——勘校者注

③ 今译为“路易斯安那州”。——勘校者注

④ 即法国、意大利两国。——勘校者注

目 录

自叙	(1)
本著简号	(1)
债编通则	(1)
第二编 债	(3)
债法之地位	(3)
债法之命名	(5)
债编内容之比较观	(5)
第一章 通则	(10)
第一节 债之发生	(10)
债之发生之立法例	(10)
第一款 契约	(14)
契约之立法例	(14)
第二款 代理权之授与	(33)
代理权之授与之立法例	(33)
第三款 无因管理	(40)
无因管理之立法例	(40)
第四款 不当得利	(52)
不当得利之立法例	(52)
第五款 侵权行为	(65)
侵权行为之立法例	(65)
第二节 债之标的	(95)
债之标的之立法例	(95)
第三节 债之效力	(117)



债之效力之立法例	(117)
第一款 给付	(122)
第二款 迟延	(133)
第三款 保全	(144)
第四款 契约	(148)
第四节 多数债务人及债权人	(176)
多数债务人及债权人立法例	(176)
第五节 债之移动	(204)
债之移动之立法例	(204)
第六节 债之消灭	(222)
债之消灭之立法例	(222)
第一款 通则	(228)
第二款 清偿	(230)
第三款 提存	(252)
第四款 抵销	(262)
第五款 免除	(270)
第六款 混同	(271)
附录 民法债编施行法	(274)
参考书目	(276)