

大 學 用 書

# 中國歷次民法草案校釋

潘 維 和 著

東亞法律叢書  
漢林出版社發行

大 學 用 書

中國歷次民法草案校釋

潘 維 和 著

② 東亞法律叢書



究必印翻 · 有所權版

編主華榮刁 書叢律法亞東

# 中國歷次民律草案校釋

基本定價：平裝伍圓  
精裝陸圓

著作者 潘 維 和

發行人 刁 榮 華

發行所 漢 林 出 版 社

臺北市重慶南路一段63號908室

電話 三七一九八七五

郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 各 大 書 局

印刷者 吉 豐 印 刷 公 司

中華民國七十一年一月初版  
新聞局局版業字第一四九三號

# 自序

余深自慶幸，近二十年來多係過著讀書、教書、寫書的生活，從人生的少年、青年、邁向中年，其間偶或兼有業務行政如任律師、法律系主任等職，然學以致用，亦淺嘗則止。在十餘年間先後完成法學專著六種，唯自知孤陋僭妄，匪敢足以述作，僅能引爲個人學園生涯之紀念。其中「中國民法通義」及「中國民事法史」兩書於五十八年及五十九年完稿後，尙蒙當代法學界元老張知本老先生賜序，獎愛後進之恩義，令人感奮難忘。

著者濫竽各大學法律學教授有年，講課與研究原以「中國法制史」爲主，但擔任「民法」課程，則始於五十三年迄今未嘗間斷；在公私文武各校開課，除法律系尙有政治、社會、行政、新聞、經濟、商學、銀行保險、企業管理、國際貿易、大衆傳播、兒童福利、警察、軍法、憲兵等科系。本書係中國歷次民事立法

專題研究，包括私權觀念與社會規範、民事責任與法律關係、民事立法與法律本位、中國近代民事立法的時代背景、國民政府時期民事立法的經過、國民政府時期民事立法之特色等項，且對中國民法之評價及其修正意見，多所論列。尤其大清民律草案（即第一次民律草案）暨國民國民法律草案（即第二次民律草案）之原始資料，更爲珍貴，特加整理校正，以供研究及立法上之參考，深信其必能有助於民法修訂之改進。惟疏漏之處，定所難免，尙望方家教正。今承刁榮華教授之審閱，得以刊行，書名曰：「中國歷次民律草案校釋」，並列入東亞法律叢書之一，衷心感激。效學棟傳文樹、陳義仲任原稿謄錄之勞，內子祝劍鎔女士係余臺大法學院校友，同窗同心而又同好之雅，則負責全書校讀之責，誌此申謝留念。

中華民國七十年五月二十七日

潘維和識於華岡中國文化大學

# 中國歷次民律草案校釋目錄

## 中國歷次民事立法評論

### 第一章 序 說

第一節 私權觀念與社會規範

第二節 民事責任與法律關係

第三節 民事立法與法律本位

### 第二章 中國民法之演進

第一節 中國近代民事立法的時代背景

第二節 國民政府時期民事立法的經過

第三節 國民政府時期民事立法之特色

### 第三章 民法各編內容述要

第一節 總則編

第二節 債編要義……………五七

第三節 物權編要義……………七一

第四節 親屬編要義……………七六

第五節 繼承編要義……………八一

## 第四章 中國民法之評價……………八五

第一節 綜論……………八五

第二節 從中國固有法系而言……………八六

第三節 從立法沿革而言……………八九

第四節 從立國主義而言……………九七

第五節 從立法原則而言……………一〇〇

第六節 從立法技術而言……………一二五

第七節 從社會變遷而言……………一三〇

第八節 從民法現代化主流而言……………一三二

## 第五章 中國民法之修正……………一四三

第一節 中國民法修正之必要……………一四三

第二節 中國民法修正之芻議……………一四四

第六章 結語.....一五〇

大清民律草案——第一次民律草案

第一編 總則.....一五五  
第二編 債權.....一九七  
第三編 物權.....二八七  
第四編 親屬.....三二八  
第五編 繼承.....三四八

國民律草案——第二次民律草案

第一編 總則.....三六三  
第二編 債編.....三九一  
第三編 物權.....四六五  
第四編 親屬.....五〇三  
第五編 繼承.....五三七



# 中國歷次民事立法評論

## 第一章 序 說

### 第一節 私權觀念與社會規範

人類文化演進，需要乃理想根源，理想者，事實之母也，事實又為典章制度之先導，就中西法律史而言，亦復如此。在法律未發達前，固係由法律產生法律思想，但在法律相當發達後，則法律思想更可推進法律典制，此從現代「文化法律學」、或「法律社會學」等觀點觀之，尤見其然（註一）。因此，基於國家民族文化背景或社會結構乃至於自然環境之差異，而形成不同的法系（Legal System）。不僅表現於法律哲學，抑且反映於實體法、程序法。易言之，任何國家的任何一種法律之產生及發展，均不能離開時間、空間、事實三度要素（註二）。在公法方面，較為顯明，在私法方面，更為深入，我中華法系孕育於農業社會，西方法系發皇於工商社會，其民事法律關係中之責任觀念，大異其趣，東方文化崇仁恕、尚禮義、輕個人，而西方文化具有強烈地法律至上、權利本位、放任思想，茲請進而以比較法學及沿革法學的觀點，對中西私法責任，探本究源、試加解析。

人類法律思想或私權觀念，與其民族性格或社會型態，有着密切關係法律（*Retch, Law, droit, diritto*）者，賦有公力強制性之社會生活規範也；民法（*Juscivile, bürgerliches Retct,*

*droit civil, civil law* )者，泛指私法全體之統稱也。中國之所謂「民法」一詞，初見於尚書孔傳，惟其語意與現代法上之「民法」原不相同。人類係社會動物，為謀生存發展，必營互助群居生活，且隨文明進步，人際關係趨於頻繁複雜（註三）。國家社會秩序之維繫，除道德、禮儀、習俗、宗教等規範外，時至今日最顯著或最低限度者，即為法律。人類生活有兩大本能，即阿本漢氏（*Appenhimer*）所謂「飢與愛」（*Hunger und Liebe*），吾國自古聲名文物，典章制度洋溢乎世界，重倫常、尚禮義，對人類生存發展及其指導法則，先哲亦有類此看法，東方西方事理共昭，心同理同（註四）。基於兩大本能，並由此衍生為經濟生活及保族生活。發生所有權（*Proprietor* *Sachenrecht*）與人身權（*Personenrecht* or *Standesrecht*）。於是其投入法律生活秩序，具有支配性與排他性。私權觀點由之而生（註五），形成豐富而生動之私法關係。在權利義務方面，構成財產關係與身份關係，亦即財產法如債事、物權等是。身份法如親屬、身分繼承等是。在生活形態上，財產法所規律之對象屬於利益社會（*Gesellschaft*），身份法所規律之對象屬於本質社會（*Gemeinschaft*），而私法或民事法之內容亦備乎此（註六）。

本節附註：

註一：參見文化法律學大師哥勒爾（*Kohler*）：“*Philosophy of Law*”（*Althecht* 英譯本第七〇頁）

註二：吳經熊博士「法律的三度論」（*Juridical Essays and studies*）

註三：參閱 *H. Maine*：“*Ancient Law*” new edition 1930 chap II. P. 180 ~ 185.

註四：陶希聖「中國的社會形態——並論中國的禮與律」載中華文化復興月刊第六卷第五期。

薩孟武「中國政治社會史」第一冊，第一頁。

告子曰：「食色性也」（見孟子：「告子上」）

孔子曰：「飲食男女，人之大慾存焉」（禮記卷二十：「禮運」）。

註五：荀子曰：「禮起於何也？人生而有欲，欲而不能無求而無度量，則不能不爭，爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮義以分之，以養人之欲，給人之求，使欲必不窮乎物，物不必不屈於欲，兩者相待而長」（荀子「禮論篇」）。

註六：古代法上之繼承，偏重於身份繼承如羅馬法上之人格繼承；中國固有法上之繼封、襲爵等是（參見陳朝壁著羅馬法原理下冊第五四頁五五頁，載炎輝著中國身分法史第一〇八頁至一一一頁。）

## 第二節 民事責任與法律關係

民法之性質爲普通法、私法，亦爲國內法、實體法。西諺有二云：「有社會即有法律，有法律斯有社會」（*Ubi Societas ibi jus, Vbi ju, ibi societas*）。民事的法律關係亦即私法上的權利義務關係。由潛在的或顯在的，實質的或形式的，局部的或全部的。人類生活之進展，由個人而至群體，先家庭而後社會。迨國家組織形成與強化，法律乃是共守的強制性生活規範，若以現代法律體系言之，憲法爲國家根本大法，在政治性的社會中，具有至高無上的效力。然吾人若從法律觀念之起源或法律生活之演進觀之，則寧可認爲民事法乃社會生活根本大法。蓋公法上主體與客體、權利與義務、權力與責任等觀念，究根本求，莫不導源於私權規範的民法思想擴張之、強化之、光大之，公法與

私法之區分，亦趨於明顯。在日常社會生活中，民法實高居於主導地位，吾人謂民法乃基本的社會生活根本大法，洵不爲過。惟處今日之世，時異勢移、國家社會組織益臻強固，私法公法化趨勢，日益顯著，特較不易理解耳。是必欲言民法必言私權（Private right），必認權利存在爲前題。夷考「權利」一詞來自日本。日本則譯自法語之 *Le droit*。法語之 *droit* 自拉丁文 *directum* 變化而來，日文則翻譯西文而來，綜其原義不外正直之義（註一），日人譯曰「權利」本不妥當。蓋在吾國，「權利」二字連用，其例罕見，漢桓寬鹽鐵論：「或尙仁義，或務權利」（註二）。其義亦鄙矣。至清末變法，推行法典編修運動，接受西洋法律思潮，正視權利在社會生活關係中之作用，在民法立法不得不改語更張，如大清民律草案第二編稱爲「債權」（註三），固不論法律本位如何演變，立法精神如何創新，則大體言之，世界各國民法法典莫不以權利爲其主要環節與中心觀念。吾國清末民初民事立法亦然，揆其所規定者，不外兩種權利，即財產權與身分權是也。所以吾國固有法律思想中，雖着於傳統禮教公義之說，而鄙薄私人權利之念，泊乎清末變法，對於私權概念與民事法律之結合，舊傳統與新思潮，在理論上與實際上，終無由排拒而予融滙於無形，是爲不爭之史實（註四）。

凡不履行法律上之義務（*duty*），即發生法律上之責任（*Responsibility Burden*），在民事方面，尤見其然。義務與權利本爲相對之概念，權利之本質爲利益及致此利益於實現之意思力，義務之不履行固屬權利之侵害而發生責任，故民事責任即爲不履行義務時在民法上所處狀態之謂。現代法律之成立，通常雖以強制力（*enforce*）爲其主要要素，但對於違反法律者必須負法律上責任，有時並得接受法律制裁之一種。吾國固有法法上雖公法如行政法、刑事法等發展較迅速而完備，惟私法

如債事、商事、物權、親權、繼承等，多委諸禮制習俗或消極地予違反者以制裁，自古早有民事責任與刑事責任區別之規制與事例，周禮大司寇：「以兩造禁民訟，入束矢於朝，然後聽之；以兩劑禁民獄，入鈎金三日，乃致於朝，然後聽之。」鄭注：「訟謂以財貨相告者」，此即民事事件。「獄謂相告以罪名者」，此即刑事事件。唐明律以後民刑區別漸趨顯著，清末變化，刑律與民律分別起草，民刑區別始告明確。稽諸法制史的發展，中外各民族對於刑事責任（刑罰權之確立）與民事責任（侵權行為之觀念），大率淵源於復讐，而復讐又多屬民族或血緣團體之間的報復（註五）。嗣後隨著國家組織強固發達之後，政治權威確立，始以賠償方法解決，繼而確立一定賠償數額，再進而確認侵權行為對各人權利及社會公益之危害，依其情狀或予財產上處罰如贖罪金（*Wergild*）或加諸其他刑罰，於是一般圖騰（*Totemism*）與塔布（*Taboo*），血族復讐（*Blood Revenge*），演變為「賠償」、「扣押」等，再分析為民事與刑事的明確法制（註六），吾國固有法上，關於民事責任之規定如「償而不坐」、「坐而不償」、及「令修立而不坐」等條款是。又純為民事違制而科以刑事處罰者如婚姻及收養違律，買賣標的物行濫、短狹、債務不履行等條款是（註七），在形式上亦將民法與刑法分別立法（註八），唯吾人應特予注意，民事上義務與責任，在觀念上並非相同，要言之，責任係義務人不履行時在法律上，為使權利人能實現權利的內容的擔保也（註九）。

本節附註：

註一：「權利」一詞來自日本，日本即譯自法語之 *Le droit*，法語之 *droit* 自拉丁文 *directum* 變化而來。而 *directum* 即為古典拉丁 *rectum* 及 *Ous* 字之通俗語，*rectum* 之意義為真或實，亦即英語 *right* 德

語 *recht* 之來源 *Jus* 之意義爲法，權利而又爲 *justitia* 之變化，*justitia* 卽法語及英語 *justice* 正義之意，故在羅馬法 *Jus* 字卽訓法，又訓權利，而又含有正義直道之意義。由此可見，自羅馬法以來，以至今日歐美各國，所謂權利者，實正義直道之意也。是與吾國之所謂權利，在概念上判然不同。日人譯爲權利，實因其昧於兩者文義（其詳參閱胡長清「中國民法總論」，商務印書館，民國五十三年三月台一版，九至十二頁。史尙寬「民法總論」，民國五十九年一月台初版三至五頁。我妻榮「民法總則」，岩波書局，昭和二十六年，五頁。）

註二：見桓寬「鹽鐵論：雜論篇」並參閱陳顧遠「從中國文化本位上論中國法制及其形成發展並重新評價」中華法學協會出版，五十七年八月，第五十頁。

註三：大清民律草案，清宣統三年（一九一一）修訂法律館擬訂「中國第一次民律草案」（見「前北京政府司法行政部法律草案彙編」，民律之部十五年八月）。

註四：中國固有法系數千年中禮與法相依存之關係，清末民初法典編修時，民事私權觀念與傳統團體主義思想調和的過程，請參閱王伯琦「近代法律思潮與中國固有文化」，司法行政部四十五年，台北初版，三二頁以下，林咏榮「一元化的禮法觀」中華法學協會五十七年出版，第二三頁。

註五：請參閱潘維和「唐律家族主義論」，台北嘉新文化基金會，民國五十三年九月初版，第六三頁，第九五頁。

註六：參閱 M. Smith: "The Development of European Law" chap 1.

註七：唐律「雜律」一〇、三〇、五五，唐律：「戶婚」二六、八、一〇。

註八：請參閱潘維和「清末民初中國民法現代化之研究」第一四九頁。

註九：民事責任，在學理上可分爲人的責任或物的責任，有責任與無限責任，通常有義務則有責任，但在事實上應有例外，即「義務中有無限責任」者如自然債務是。而責任中，亦有無義務者，如物上擔保責任是。又「權利」、「義務」、「責任」三者爲權利人義務人之間，個人與社會間的協同調和的生活關係。現代法上「所有權常有義務（*Eigentum Verpflichtet*）意即權利義務之不可分的關係（參見德國民法二二六條、一〇二〇條、三九七條，瑞士民法二條、蘇俄民法一條、日本民法第一條三項）。

### 第三節 民事立法與法律本位

論者嘗執法律本位演進之說，有權利本位與義務本位，個人本位與社會本位的觀察。或拘泥於拿破崙法典權利中心、自由思想、個人主義的批評，認爲二十世紀八十年代之民事立法，應完全棄蓋從新，改弦而更張之，吾人認爲曠觀當世各國民法及吾國現行民法，權利中心或私權保護的觀念，仍充塞乎全部法典之主要條文，惟加強權利人或私權主體之社會的職能（*Social Function*）行使權利應兼涵義務，如權利濫用之禁止（*Abuse of right*），誠信原則之確立等，均爲私法發展之新形式。自有人類以來，私權觀念尤其生活資料支配及血緣身分應爲與生俱來之現象，此爲法律史家所公認之事實。在西方學說自羅馬法以來，此種生活規範臻於完備，在中國固有法，歷代律令並不忽視，惟偏重對私權侵犯者之處罰。而民事責任之成爲社會規範可散見於禮制、風俗、習慣等，至爲廣泛，唯缺

少統一的形式之民法典而已。中國古代民事立法不發達原因雖多，要不外文化上的王道主義，政治上的人治主義，社會上的泛道德主義，法制上的泛文主義諸端（註一），至大清民律草案於清末宣統三年九月初五日宣布，分總則、債權、物權、親屬、繼承等五編，都一千五百六十九條，此為中國法制史上第一次，將民事私權觀念，民事責任統一規定的法典草案，嗣後民國十五年北京政府修訂法律館宣布第二次民律草案，民國十八年至二十年現行民法典各編陸續公布實施，至今將近半個世紀，時移勢異，思想背景與社會環境，均大有變化，六十三年十月起，朝野正矚望民法典的修訂，吾人願重溫人類法制史上私權保護觀念與民事責任制度演進的軌跡，一代巨典，損益至當；民法乃私法之母，修訂之後，筆者忝列末度，深信任何法律，必須個體與團體兼重，自由與安全調和，原則與技術兩全，集中外之精華，防一切之流弊，才能成爲「爲民所需，爲民所信，爲民所行」之法律。

本節附註：

註一：請參閱潘維和「中國民事法史」上冊第一〇三頁、六二七頁。



## 第二章 中國民法之演進

### 第一節 中國近代民事立法的時代背景

#### 第一項 清末民初現代化運動的序幕

#### 一、中國民法典產生之前奏

我國在明末清初之際，歐風徐來，西力東漸；文化思潮，社會制度，受西方之影響，西潮之激盪，迨至清末朝野憬悟於變法圖強之重要，且十八世紀以來，國權獨立，民主自由，社會平等的呼聲已高唱入雲，並進而發為種族的、政法的、經濟的革新運動已普遍全世界。各國競以創立民主法治為急務，英、美、法諸國政治之形成，專制之俄國，因大彼得之改革；萬世一系之日本，因明治之維新，亦採行代議制度。民主政治風行，獨裁專制政體，先後為之傾覆，或隨之改革。當此之時，各國立法事業亦蓬勃發展，如德意志的統一法典，法蘭西的拿破侖民法典，美利堅的成文憲法，日本明治時代的法典編纂，均為此一時代下的業績。吾國現代化運動，風雲際會，否極泰來，清季末葉一則因政治社會之窳敗，二則受帝國主義之侵凌內憂外患，國力衰頹，國權淪喪，國格凌夷。此種情勢，自鴉片戰爭以後，益趨每下愈沉，於是各方殷望匡濟之策，先有自強運動、洋務運動，繼之以維新運動，終至