

商
行
爲

朝
陽
大
學
講
義

江
庸
題



中華民國六年

月付印

非賣品



朝陽大學校出版

公記印刷局印刷

商行爲講義目錄

第一章 總則

第一節 商行爲之意義

第二節 商行爲之種類

第三節 商行爲之通則

第一款 代理

第二款 契約之成立

第三款 連帶債務

第四款 保證

第五款 商行爲給付之目的時期及處所

第六款 交互計算

第一項 總說

第二項 交互計算之性質

第三項 交互計算之效力

第四項 交互計算之解除

第四節 關於商人之通則

第一款 注意之義務

第二款 諾否承知之義務

第三款 物品保管之義務

第四款 供務報酬之請求權

第五款 墊付金貸金等利息請求權

第六款 不屬自己動產之處分

第五節 商人間之通則

第一款 債務人遲延責任之開始

第二款 法定利息

第三款 留置權

第四款 拍賣質物之催告

第五款 時效

第二章 買賣

第一節 一般商行爲之買賣

第一款 賣主之供託權及拍賣權

第二款 承攬買賣時決定其目的物形狀數量容積等之權

第三款 確定期買賣之解除

第四款 包裝重量之除去

第二節 雙方商行爲之買賣

第一款 買主檢查之義務

第二款 買主保管物品之義務

第三節 買賣特別規定之準用

第三章 牙行

第一節 牙行之意義

第二節 牙行之義務

第三節 牙行之權利

第四節 牙行營業規定之準用

第四章 運送承攬營業

第一節 運送承攬人之意義

第二節 運送承攬人之義務

第三節 中間運送承攬

第四節 運送承攬人之權利

第五節 運送承攬人營業規定之準用

第五章 運送營業

第一節 總說

第二節 物品運送

第一款 運送狀

第二款 提單

第三款 運送人之權利義務

第四款 連帶運送

第五款 質權之競合

第三節 旅客運送

第六章 倉庫營業

第一節 總說

第二節 倉庫業業人之權利及義務

第三節 倉庫證券

第七章 保險

第一節 保險之要素

第二節 保險之組織

第三節 保險之種類

第四節 保險法

第五節 保險法之淵源

第六節 損害保險

第一款 總則

第一項 損害保險之意義

第二項 保險契約之地位

第三項 損害保險契約之種類

第四項 損害保險契約之當事人

第五項 爲他人締結之保險契約

第六項 保險費

第七項 保險價額

第八項 保險要約證及保險證券

第九項 危險

第十項 損害填補

第十一項 損害之通知及防止

第十二項 保險金之支付

第十三項 保險目的之轉讓

第十四項 保險當事人之破產

第十五項 保險契約之解除

第十六項 重複保險

第十七項 再保險

第二款 火災保險

第三款 運送保險
第七節 生命保險

商行爲講義 據商律草案第二編

戴修瓚編

第一章 總則

商行爲編。爲商律中之一。其中規定。有一般商行爲所共同者。有各種商行爲所特有者。而總則之規定。卽一般商行爲所共同者。而其最重要者。首推闡明商行爲特質之規定。次之卽爲一般商行爲所共同之規定。且成爲民律原則之例外者。蓋以商事情形。最宜捷簡。而普通規定。類多繁重。揆諸商事。鑿柄難行。因設例外。以濟其窮。然及近代。社會進步。人事日繁。而尙簡捷者。非特商事。而民事亦然。於是民商二律統一之議興矣。但此種議論。或可成功於將來。尙難實行於今日。惟商律之規定爲民律所吸收。次第減少。則比較東西各國之新舊商律。誠爲彰明較著者也。

疏 古無所謂商律也。清光緒二十九年。始頒布商律計商人通例九條。公司律百餘條。至民國三年九月一日。廢止。繼時志田博士所草之商律總則編。商行爲編。已脫稿。法制局譯成。後坊間製有印本。公司票據海商各編。雖亦譯出。而坊間尙無售本。然不過草案而已。不足謂爲法律也。迨至商人通例。公司條例。頒行。而商事成文法規以出。觀附則所稱。商事條例。應速行頒布云云。卽指商行爲編而言。惟至今尙未頒行。故本講義仍據商律第二編講述之。研究商行爲宜與民法比較觀察之。例如民法有關於買賣之規定。商行爲亦有買賣之規定。究其異同。而考其繁簡。斯得三昧之道。商律對於民法。乃特別法。非例外法。第就商行爲一編言之。則爲民法之例外法。民商統一說。擬將商律中之例外編爲民律上之原則。而以公司票據等編作爲單行法。其範圍不以商事爲限。觀日德舊商法條文。皆較新商法爲多。尤以商行爲編爲甚。足知近世立法主義。皆力將共同之點。消納於民律中。平是商律條文自然減少也。

(參攷) 攷各國立法例。爲商行爲專設一編者。創自德國。而該法系諸國。多採用焉。法法系諸國。則皆僅於第一編商一般中。就各種商行爲。設其特別規定耳。無爲專設一編者。至於西葡二法。及南美諸國。屬該法系者。於第二編設商行爲之一般規定。及各種商行爲之特別規定。而題爲

商事契約。其體裁似與德近。然其包含公司及票據之規定。主義有別。題爲商事契約。語辭過狹。決非相類。若夫志田氏之商律草案。則倣德國。爲商行爲專設一編者也。

〔疏〕南美各國。昔多爲西葡之殖民地。故與西葡同一法系。商行爲中。包有契約與單獨行爲二種。如追認撤銷催告等。皆單獨行爲也。僅名商事契約。殊嫌疎漏。

第一節 商行爲之意義

商草第一百〇四條曰。商人在其商業上所爲之法律行爲。爲商行爲云云。此乃法定之定義也。今分晰說明之於左。

第一 商行爲者。法律行爲也。或謂意思表示。卽法律行爲。德國民律及我國民律草案亦嘗混用焉。夫意思表示。固爲法律行爲之要件。而常爲其主要部分。然法律行爲中。契約則須當事人彼此合意而始成立。要物契約。則於意思表示以外。尙以移轉占有爲要件。故二者非同一。是於法律行爲以外。尙有意思表示。又意思表示。以發私法上之效果爲目的。乃由法律認此意思之效力。而賦與之以法律上之效力者。若通知催告。法律必賦與以法律上某種效力。不問當事人有無如斯之欲望。故嚴格論之。自不屬於意思表示。近世學者。概以準法律行爲稱焉。惟使準用法律行爲之規定耳。是法律行爲以外。又有準法律行爲。茲謂商行爲爲法律行爲者。非必專指法律行爲而言也。法律行爲一部分之意思表示。例如契約之要約。及準法律行爲。例如催告通知。亦在其中焉。故商律中所謂商行爲。非純爲法律行爲。時亦有法律行爲類似之行爲也。

疏 如婚姻法律行為也。男子有為夫之意思，女子有為妻之意思，法律從而認定之，使成為夫妻推之買賣、貸借等皆然。此即法律認此意思之力，而賦與以法律上效力之說也。如債權讓與之通知（民草四一〇條）原債權人將轉讓之觀念通知於債務人已足通知之後，其債權之讓與無效，或被撤銷，則債務人可本於已通知之事實與債權人對抗，不問債權人通知時計及將來債務人有向自己對抗之事實否也。又如債務履行之催告（民草三三三條）債務人屆清償期受債權人之催告後，即負遲延之責，債權人催告時，不過祇向之討債而已，未必欲使此後支付法定利息及負賠償損害之責，而法律上不問表意人（催告人）本意如何，即付與以法律上之效力，以保護債權人，此即法律必賦與以法律上效力，不問當事人，有無如斯之欲望之說也。

第二 商行為者，商人之法律行為也。商人之法律行為，始可謂為商行為。故法律行為，是否為商行為，由其行為之主體，是否為商人而定。商人云者，商業之主體之人也。但非商人，之法律行為，苟為對於商人之法律行為，亦得謂為商行為。（商草一〇五案參照）

疏 均是購米食戶為之，為民事行為。米商為之，為商行為。惟食戶而購自米商，亦得謂為商行為，亦適用商律，以便於商人焉。

第三 商行為者，商人之法律行為，且係在其商業上所為者也。凡商人之法律行為，非可即謂為商行為，必須其商業上所為之法律行為，始為商行為。質言之，商行為者，商人在商業上之法律行為也。何為商業？商人通例第一條所列舉各種營業是，而稱為商業上之行為者，謂須其行為直接或間接關係於商業者也。否則不過為普通民事行為而已。然商行為與民事行為，在實際上，有難判別者。故法律特設推定之規定曰：商人之法律行為，及他人對於商人之法律行為，推定為商人在商業上所為者。（商草一〇五條）以濟其窮。

疏 婚姻法律行為也。商人結婚，亦民事行為，而非商行為。因法決不因其係商人而特設關於商人結婚之規定。故也。且在其商業上云云，指其行為直接或間接與商業上有關係而言。如米店買米，乃直接關係於營業之行為，為直接的。

因開設米肆而修理門面乃間接關係於營業之行爲爲間接的。他若因資本不足而借款因米糧過多而租堆棧皆然。要皆商行爲也。至所謂與商業無關係之行爲即民事行爲。惟實際上甚難區別。如店舖主人建築房舍前作舖房後作住宅或借款半作資本半作家用爲何種行爲耶。法爰設推定之文以濟其窮。惟既曰推定則與「視爲」(看做)語氣異。苟與實際不合者。仍不以商行爲論。例如商人結婚決不能以商行爲視之。蓋「推定」於實際相符時方見適用。非若「視爲」之已作一

定者也。

(參考)在商事法。商行爲之地位。甚爲重要。故各立法例於商行爲之觀念。概不聽諸學者之解釋。而常爲其規定。試考規定之方法。得分爲四。(一)定義主義。又稱爲抽象主義。即懸一定之標準。以爲一切商行爲之概念。而抽象的規定之者。如西葡二商法是。(二)列舉主義。又稱爲具體主義。即就凡可爲商行爲者。一一列舉之。如法商德舊商法及日現商法是。(三)例示主義。又稱爲折衷主義。即一面因規定共通之概念。而抽象的下其定義。而他面又恐義涉曖昧。凡重要之商行爲。復悉例示之。如日舊商法是。(四)新定義主義。又稱爲新抽象主義。即先於商業。採列舉主義。以定商行爲之基礎。然後於商行爲。抽象的下其定義。以爲其共通之概念。如德現商法及商草是。

疏 定義主義其定義曰以營利之意思所爲貨物轉換之行爲曰商行爲云云。即懸一抽象之標準。以爲一切商行爲之概念。然範圍不明。適用不便。如承攬居間營業皆非貨物轉換之行爲。非前述定義所能包舉。欲救其弊。而列舉主義出焉。此主義範圍明瞭。適用便利。然商事至繁。終不免挂一漏萬之憾。而例示主義生焉。舊商規定曰商交易云者。謂由買賣貨貨及其他販賣方法。以產物商品。或有價證券之轉換。而圖利。或爲生計之意思。直接所爲之利權行爲也。(日舊商第四條)其文字極冗長。約言之。自以產物以下爲抽象的。以上爲例示的。囊免解釋困難。惟如此則兼前二主義之短而失前二主義之長。斷難採用也。定定義主義。弊在範圍不明。列舉主義。弊在挂漏。此主義兼而有之。故也。至新定義主義。雖爲抽象的。然與舊定義不同。故曰新定義主義。蓋何謂商業。既經商人通例列舉。爲十有七種。則商行爲之範圍自能一定。凡與此定義相合者。即可適用。實兼前二主義之長也。

第四節 商行爲之種類

商行爲之分類方法繁多。商律學者多詳舉焉。然於商律之適用。多無實益。今舉其重要者於左。

第一 固有商行爲與補助商行爲。買賣及其類似行爲。稱爲固有商行爲。而其他行爲。稱爲補助商行爲。其理由。蓋以買賣發達最早。其他行爲。不過因補助買賣而發生。故設此分類焉。然此種分類。與其謂爲法律的分類。不若謂爲經濟分類之爲當也。且縱令有此分類。於商律之適用。亦毫無差異也。

疏 有無相通而買賣生從。古已然矣。因有買賣而各種行爲以出。例如因買貨資本不足而借款。則貸金業生焉。千里負販輸送不便而運送業生焉。慮生損害無法填補而保險業生焉。買主賣主情形隔膜介紹須人而牙行業生焉。故皆曰補助商行爲也。然此特經濟上沿革發達之先後。不同非法律上之分類。蓋無論何種商行爲其適用法律殊無二致也。

第二 基本商行爲與附屬商行爲。某種行爲得獨立爲商行爲者。此之謂基本商行爲。附屬於商人始得爲商行爲者。此之謂附屬商行爲。質言之。用爲基礎。以定商人意義之商行爲。卽以之爲業。卽爲商人者。是爲基本商行爲。商人因營業所爲之法律行爲。是爲附屬商行爲。

疏 如借貸行爲在普通人爲之非商行爲。所謂行爲之本身。非商行爲也。若商人因資本不足而借款。則爲商行爲。不過爲附屬商行爲。而非基本商行爲。因決無專以借款爲業而不爲他事者也。凡探列舉主義之立法。此點甚形重要。如日本商法曰。以自己之名。以商行爲業者。曰商人。云云。是商人由商行爲而生。商行爲母也。商人子也。故其商行爲爲基本商行爲。先定商行爲後定商人。曰商。其他各編要皆以商行爲爲基礎。例如以商行爲爲業之團體。曰會社。以商行爲爲目的之船舶。適用海商法等是也。

第三 實體商行爲與形式商行爲。行爲之內容。具有商行爲之實質者。此之謂實體商行爲。由行爲之方法。而法律視爲商行爲者。此之謂形式商行爲。前者具有商行爲之實質。無論方法如

何皆爲商行爲。後者乃由方法而視爲商行爲。是其行爲無商行爲之實質。不過在其行爲之方法。有商業之規模布置。因視爲商行爲耳。

疏 如輪船公司運往以運送客貨爲營業。故其運送客貨行爲爲實體商行爲。因其與商行爲定義本旨相符故也。如漁業不列舉於商人通例中。則漁業公司非商業可知。因其與商行爲之定義不符故也。惟就其方法言之。大漁業公司設有牌號。有經理人。其他設備亦莫不與商業公司同。故商人通例規定非商人而與商人有同一之設備者。經註冊後視爲商人。故其行爲視爲商行爲。即形式商行爲。亦可適用商法。曰形式商行爲者。因僅就形式上法律許其爲商行爲也。此分類於我商章及商人通例頗形重要。

第四 一造商行爲與兩造商行爲。法律行爲於當事人一造係商行爲者。此之謂一造商行爲。於其兩造均係商行爲者。此之謂兩造商行爲。商人與非商人彼此所爲之行爲。多爲一造商行爲。商人彼此之行爲。多爲兩造商行爲。

疏 如非商人向商人借款。非商人一方爲普通行爲。在商人一方爲商行爲。即一造商行爲也。商人與商人互爲借貸。即兩造商行爲也。

若一國律令於法律行爲中。當事人一造係商行爲者。僅規定其一造適用商律。而相對人不適用之。則此分類甚爲緊要。

第五 絕對商行爲與相對商行爲。商律純以爲商行爲而列舉之者。此之謂絕對商行爲。商律所列舉之行爲。因以爲營業而始爲商行爲者。此之謂相對商行爲。稱爲相對者。以其有以爲營業之條件也。

疏 日商二六三條規定如下。(一)投機購買及其實行行爲。所謂投機購買。即因價廉而購買。以冀昂價出售之謂。(二)投機賣却及其實行行爲。所謂投機賣却。即本無貨物。因價昂而先期豫售。後再廉價買貨以充之是也。所謂實行行

爲即在他處購買以充之之行爲是。(三)在交易所所爲之行爲。即凡貨幣交易所證券交易所等皆屬之。(四)關於票據及其他商業證券之行爲。所謂其他商業證券。如貨單提單存單等是。上述四種行爲。不論爲之者爲商人。抑普通人。皆爲商行。故謂爲絕對商行。而在商草必商人在商業上。爲此等行爲。方爲商行。若普通人爲之。則仍適用民律。與日本不同。因日本以是爲絕對商行。爲無論偶然爲之。以及此爲業者。皆爲商行。爲也。日商二六四條所列舉之十二種行爲。皆爲相對商行。爲即保險運送出版兌換等是。以相互保險言。其行爲自體本不成爲商行。爲。(相互保險。在於救相互濟。非爲營利)故必以此爲業。如保險公司者。方爲商行。爲即相對商行。爲。相對者。因有其行爲。尚須具備。以此之爲業。條件方爲商行。爲故也。

以上所述。爲學者之分類。然其中有於商律之適用。無實益者。亦有雖或能貢獻實益。而於商草。則無此必要者。夷考其由。蓋以商行爲之實質如何。在立法上。主義攸分。而商行爲之分類。亦因而繁多矣。今略述之於左。

(一) 主觀主義 此乃以商人爲基礎。而定商行爲者。據此主義。蓋先定商人。然後商人在營業上之行爲。斯爲商行。爲。是先有商人。然後有商行。爲。故無所謂基本商行。爲。及絕對商行。爲之分也。此種主義。在中古商人法時代。曾盛行一時。現行各國法中。僅德國新商法採此主義。而商草亦倣焉。

疏 中古時代(意大利都市時代)謂商法者。商人之法也。商人之行爲。商行爲也。德新商法曰。爲營業主體之人。爲商人。商人在營業上之行爲。爲商行。爲。本草案倣之。主觀主義。以人爲主。謂商人與普通人異。因重視商人。之故。故制定商法使之適用。先有商人。然後有商行。爲。其所以無基本商行。爲者。因商人爲母。商行爲子。故也。其無絕對商行。爲者。因主觀主義。其商行。爲均以條件構成。決無行爲自身。當然爲商行。爲之事故也。

(二) 客觀主義 此乃依行爲之本質。而定商行爲者。據此主義。某種行爲。以其本質。定爲商行。爲。其爲之者。是否商人。其行之也。是否營業。均非所問。是先有商行。爲。然後有商人。故在此主義所

謂商行為。僅有絕對商行為及基本商行為也。然未見其實例焉。

疏 客觀主義立法家以商法適用於商事。民法適用於民事。純以行為為準。凡行為帶有民事性質者。劃為民事行為。適用民法。帶有商事性質者。劃為商事行為。適用商法。故為此行為者。是否商人。在所不問。要皆認為商行為。如日商二六三條所列舉之四種行為是。凡以此為業者。為商人。其行為可以定商人之意義。故亦稱為基本商行為。又此主義不問為之者。是否商人。皆為商行為。即無條件之可言。故亦無所謂相對商行為。此主義範圍太小。施行不便。故未見實例焉。

(三) 折衷主義。此乃併用主觀客觀兩主義。而定商行為者。據此種主義。某種行為。以其本質。由

商律列舉之。以為商行為。某種行為。亦由商律列舉。然以為營業。始為商行為。故前者為絕對商行為。後者為相對商行為。且復以兩種行為為基礎。而定商人。故共為基本商行為。此種行為。現行各立法例。多採用焉。如日商法二六四條。乃規定絕對商行為者。第二六三條。乃規定相對商行為者。第四條。乃規定基本規行為者。是。

疏 折衷主義。即以某種行為。之帶有商事性質者。列舉為商行為。不須具備條件。所謂絕對商行為是。此採用客觀主義之點也。某種行為。雖帶有商事性質。但須附以之為營業之條件。方為商行為。例如運送一事。在普通人遷居搬運器。具為民事行為。商人為營業而為之。則為商行為。以營業為條件。此略採用主觀主義之點也。併合兩主義。而又定之曰。以商行為為業者。曰商人。不論其行為。係絕對商行為。抑相對商行為。要皆基本商行為也。

商律草案。乃做德法。採主觀主義。故其商行為之分類。應如左。

第一 純然商行為與推定商行為。凡商人在商業上之法律行為。此之謂純然商行為。更分為二。即(一)營業商行為。謂商人以為營業所為之行為。(二)附屬商行為。謂商人因為營業所為之行為。是也。商人法律行為及他人對於商人法律行為。推定為商人在營業上所為者。此之謂推定商行為。

疏 行爲與商行爲之定義相符合者曰純然商行爲。例如保險公司以保險爲業其保險行爲即純然商行爲。又屬於營業商行爲。他若運送公司之運送行爲銀行之貸借行爲皆然。若保險公司因資本不足而借款乃爲營業便利計並非專以此爲業爲附屬商行爲。運送公司爲博顧客之歡心求營業之發達計附帶保險亦爲附屬商行爲。若夫推定商行爲即不問實際上與商行爲之定義相合與否以法律推定爲商行爲是也。

第二 一造商行爲與兩造商行爲。其區別及意義如何。前已言之矣。商草第一百零六條規

定曰。法律行爲中當事人一造係商行爲者。兩造均適用本編之規定云云。是規定一造商行爲其當事人兩造均適用商律也。但有特別規定則不在此限。例如一一七條及一一八條是。

疏 如普通人向商人借款雙方用均適商律。即白〇六條之例所謂特別規定者。例如六厘之法定利率限於兩造商行爲時方能適用是也。

夫在商草其商行爲之分類。同乎德國新商法。甚爲簡捷。非若德國舊商法及日本商法更有絕對相對之分者。蓋以其間立法主義大相逕庭。即德舊商與日現商。依折衷主義。而商草乃依主觀主義也。

疏 商草所謂商行爲皆以商人營業上爲條件。蓋皆爲相對商行爲。無所謂絕對商行爲也。本編通則皆對於民法之特別規定以圖便捷。其無特別規定者一依民法宜注意。

第三節 商行爲之通則

第一款 代理

凡代理之事項。悉依民草之規定。然商草關於代理。設有左列之特別規定。

第一 商行爲之代理。代理人雖不明示代本人者。對於本人亦生效力。(商草一百〇八條)

據民草代理行爲之生其效力也。須有二要件。一爲實質的要件。謂代理人之爲代理行爲也。須

於代理權內。即須有代理權限。是一爲形式的要件。謂代理人之爲代理行爲也。須以本人名義。即標明爲本人是。(民草二二三條參看)

疏 在普通情形由爲行爲之人負責。在代理情形。則由本人負責。故相對人可向本人請求履行債務。所謂形式要件。即爲代理之方法。如甲對乙言爲丙買物。乙即負交付價金之責是。

夫在商草。商行爲之代理人。其須有代理權限。即須實質的要件。較諸民草。亦無所異。至於代理人所爲之意思表示。未明示代本人者。即缺形式的要件者。其效力如何。則民商兩法之規定。大相背馳矣。即違民草。在原則上。其意思表示。視爲自己而爲。惟相對人明知其行使代理權。或可得而知者。及以代理爲營業者。則以爲例外。(民草二二三條二二四條參看)然據商草。在商行爲之代理。雖不明示代本人者。對於本人。亦生效力。是以對於本人生效力爲原則。夫商草對於民草。所以生此差異者。蓋以商業交易。最重簡捷。而代理人之爲某種行爲也。必一一分別標明爲本人。豈不憚煩。亦甚不便。故商草特設此簡易規定也。但相對人不知另有本人。僅信用代理人。而與爲交易者。必強其對於本人。始可請求。亦有受意外損害之虞。故商草使對於代理人。仍得請求履行。以保護焉。(商一〇八條但書)由此言之。相對人向本人。或向代理人。均得請求履行。取舍先後。亦隨意也。

疏 在民法上。甲代乙向丙買物。並未聲明代理意思。原則上。丙可向甲請求交付價金。對於乙。不生效力。曰可得而知。即因過失。而不知之。反面曰。以代理爲營業者。如牙行是。曰以爲例外。即代理人雖不聲明代理意思。亦不負責。商事代理行爲。較民事爲夥。故曰商業交易。最重簡捷也。民草規定。非本人負責。即代理人負責。無二者均負責之場合。商草則爲加重相對人保護。計使相對人有選擇權。變更權。故先向本人行使權利。無效果。再向代理人行使可也。

第二 以商行爲爲目的之任意代理權。不因本人之死亡而消滅。(商草一〇九條)據民草任意代理權(即民草之規定代理權)因其原因之法律關係終結而消滅。(民草二二五條參看)而本人之死亡。是爲委任關係終結之原因。故在民草任意代理權。是因本人之死亡而消滅。然此種規定。在商業界。最爲不便。故商草特設例外規定。使任意代理權。不因本人之死亡而消滅也。

疏 意定代理原於特授權特授權原於信用關係其人死亡信用喪失代理關係因而消滅商事於此情形如老東甫故經理人遽行解任少東接辦諸事棘手其不利益實甚故設特別規定焉

第二款 契約之成立

對於要約。與以承諾。而契約即成立者。萬國法理所攸同也。受要約人。拒絕承諾。或要約人。撤回要約。而契約即不成立者。又事理之所當然也。其他契約之性質。要約與承諾之條件。及其效力等。皆於民草。設有一般規定。而商行爲契約。亦當適用焉。且均屬於民律之研究。故應不贅。唯商草於契約要約之效力。特設規定。故不得不稍述之也。

凡契約之要約。定有承諾期間者。不論其爲向對話人或爲向非對話人。均於其期間內。不得撤回。(民草二〇一條參看)蓋以要約人之定承諾期間。實已默約於其期間內。不撤回要約。且受要約人。因欲爲承諾。或爲種種之調查。或施多方之預備。亦事所當然。若使要約人。得隨時撤回。則受要約人。必受意外之損失。故使要約人。於承諾期間內。不得撤回要約。質言之。要約於承諾期間內。存續有效也。若承諾之通知。於期間內。到達於要約人。則是對有效之要約。與以承諾。其契約當然成

立(民草二〇五條參看)又要約定有承諾期間者。不論爲向對話人或爲向非對話人。凡逾此期間內者。均失其效力。(民草二〇四條二項參看)蓋推測要約人之意思。其要約當時。既定有承諾期間。則在期間內。若無承諾。即不欲復結契約矣。而要約即使無效。故承諾之通知。若於期間內。不達到於要約人。即於期間後達到於要約人。則是對於無效之要約。與以承諾。其契約當然不成立矣。以上所述。爲要約定有承諾期間者之效力。其所認規定。於民商二法。毫無差異也。

疏 日本民法商法此點規定各殊。故有特設規定之必要。中國民律由松岡氏起草。商律由志田氏起草。志田氏疑民草係依日民規定。故於此亦設特別規定。實則松岡氏係本自德氏。而德氏則民事要約與商事要約規定相同也。

反之。要約未定承諾期間者。其效力如何。據各立法例。有於民商二法。各異其規定者。茲以民草與商草兩相比較。明其是否差異。而論其得失。故分別向對話人及向非對話人而說明焉。

疏 日本民法規定。向時話人爲要約。而未定承諾期間者。縱不即時承諾。仍保留其要約之效力。即要約人須受其拘束。苟相對人繼予承諾。其契約即成立。故要約人欲免其拘束。非聲明撤銷不可。日本商法規定。非即時承諾。不生效力。故如

甲向乙商購物。議價未妥。可再向丙商購之。乙不能追加承諾。強甲以必買。所以保護要約人也。否則甲須並買乙丙二家之物。未免吃虧。若每次聲明撤銷。又嫌煩瑣。故對於民法設一例外規定。我民商二草案規定趣旨相同。無特設規定之必要也。

第一 向對話人 據民草向對話人之要約。未定承諾期間者。非即時承諾。不生效力。(民草二

〇三條) 是要約當時。若無承諾。而要約即失其效力。嗣後雖有承諾。乃對於無效之要約。已不能成立契約矣。至於商草。規定對於當事人一造或兩造爲商行爲對話契約之要約。若受要約人。不即爲承諾。即失其效力云云。(商草二〇一條) 此二規定。皆就向對話人之要約。未定承諾期間者。規定其效力。一則謂非即時承諾。不生效力。一則謂不爲承諾。即失其效力。其文雖殊。其

旨則一。故民商二章之規定。實所謂異曲同工也。夫於某事項。民律既有規定。而於商律。復設規定者。蓋以普通規定。在於商事。窒礙難行。因設例外。以濟其窮耳。若夫商章與民章之規定。旨意攸同。則商章一一〇條之規定。終不免贅疣之譏矣。

疏由是觀之。要約後。不即承諾。經過若干時日。方承諾者。則該要約。已失效力。其契約。不成立。不能拘束相對人。

第二 向非對話人 據民章向非對話人之要約。未定有承諾期間者。要約人於承諾通知之相當期間內。不得撤回(民章二〇二條)蓋所以保護受要約人也。其理由與定有承諾期間者同。所謂承諾通知之相當期間者。謂依普通交通方法。承諾通知能達到於要約人之期間也。質言之。此種要約。於承諾通知之相當期間內。效力存續。若承諾之通知。於期間內。達到於要約人。則是對於有效之要約。與以承諾。而契約即成立矣。惟逾承諾通知之相當期間者。失其效力。是要約已無效。雖與以承諾。不能成立契約矣。(二〇四條二項參看)至於商章。亦規定對於當事人一造或兩造為商行為隔地契約之要約。若受要約人。於相當期間內。不發承諾之通知。即失其效力云云。(商章一一一條)商章所謂隔地契約之要約。即民章所謂向非對話人之要約。而復同謂于相當期間內。若無承諾。即失其效力。故商章一一一條與民章二〇四條二項亦異曲同工。而商章一一一條。亦不免有贅疣之譏也。

疏如北京人甲向上海人乙為要約。其通知相當期間。即通信往返期間。及籌畫猶預期間。非十日莫辦。若用電報。則六日即足。且民關於此點。在期間內。不能撤回。與中章同。惟中章逾相當期間者。失其效力。日民則逾相當期間者。其

要約依舊有效。逾期之承諾仍可成立。契約要約人欲免其拘束，非特別聲明撤銷不可。隔地契約由隔地者問譯來，似不如用非對話人字樣爲當例。如以電話爲要約，雖係隔地者間，而當事人可立即承諾，因係對話人之要約故也。

商草第一百十二條規定曰：依前二條規定，不生效力之承諾，適用民律第一〇一條之規定云云。夫承諾須對於有效要約爲之，始可生其效力。在前二種情形，或因不卽爲承諾，或因於相當期間內不發承諾之通知，而要約業因失其效力，故嗣後對之，雖爲承諾，亦不生效。故曰：不生效力之承諾。至此種承諾，如何處理，則適用民律。果爲何條，雖未指明，想係民律第二百零七條，卽視爲新要約是也。蓋不生效力之承諾，雖不能成立契約，然法律因圖交易之便宜，許原要約人得以爲新要約也。

〔圖〕 遲延之承諾，如不作爲新要約，其契約成立之程序如下：(一)北京人甲向上海人乙要約；(二)乙之承諾遲延，因而無效；(三)甲重爲要約；(四)乙更承諾，契約成立。計須經往復四種程序，作爲新要約，其契約成立之程序如下：(一)北京人甲向上海人乙要約；(二)乙承諾遲延，作爲新要約；(三)甲予承諾，契約成立。經往復三種程序，已足較前簡捷矣。

第三款 連帶債務

據民草之原則，數債務人，負可分給付之義務，而無特別之意思表示者，各債務人以平等之比例，負債務。(民草四八二條參看)故債權人欲享受債務人連帶之利益，須另有特約也。然在商業交易，因重信用之趣旨，期履行之確實，故商草對於民草，認反對之原則，數人因其一人，或全體所爲某種商行爲之行爲，而負擔債務者，其債務各自連帶負擔之。(商草一九九條)卽民草以分擔主義爲原則，而商草則推測其爲連帶，蓋所以期債權人權利之確定也。然連帶之必要，豈特商事民

事亦然。故德民於數人由契約共同負債務者，亦推測其為連帶債務（德民四二七條）也。由立法論言之，當於民律以連帶主人為原則。故德國之例為最善。然我國民商二章規定攸殊。茲據商草說明之於左。

疏 民草規定不可分給付當然不能由各債務人按比例分担。例如數人負給付牛一頭之義務，可分給付而當事人又無特約者，民草探分割主義。例如甲乙丙丁戊五人共負債百元，則每人分担二十元。若在商事恆預期某日將收款若干而預將此款貸與他人，屆時不能領受，則對於所預貸之人無術應付而信用失矣。因其不確實故使各債務人連帶負擔焉。苟當事人欲免除連帶責任須有特約方可。若德民之規定即將商法所應規定者吸收於民律中也。

第一 數人因某種商行為之行為而負債務者，其行為不必於數人全體。係商行為。即僅於其中一人係商行為。而其債務亦全體連帶負擔之。

疏 如甲乙丙三人共買丁米價千元。若三人皆係米商固悉為商行為無疑。若三人中甲為米商乙丙供食用附於甲而購買之。此時以甲言為商行為以乙丙言非商行為。律規定亦使甲乙丙三人對丁負連帶責任。所以保護債權人也。非然者交易之先須一一考查如債務人中孰為商人孰非商人以明責任未免太繁瑣矣。

第二 數人因上述規定而負担連帶債務也。必債務所由生之行為為於債務人係商行為。

疏 如甲乙二人向銀行共同借用千元。甲供家用乙供旅費。在甲乙兩方言皆非商行為而在銀行一方言則為商行為。即債權人為商行為也。此時甲乙不負連帶責任。

第三 數人之債務由上述規定為連帶債務也。其債務所由生之行為須為同一之行為。若由各別行為負担債務。縱令有數債務人。非連帶債務也。

疏 如甲乙丙三人共同買丁米千石為同一行為。即負連帶責任。若三人者各別對丁負有債務。則無連帶責任之可言矣。

第四款 保證

據民草之規定。債權人未證明向主債權人強制執行而無效果者。保證人得拒絕履行保證債務。
 (民草八六八條德民七七一條)蓋保證債務為從債務。債權人應先向主債務人請求履行。於未
 向主債務人請求之前。不得向保證人請求也。然在商業交易。因欲使債權之實行迅速簡便。故商
 草第一百二十條規定曰。左列各款情形。保證人與主債務人。負擔連帶債務。而所謂各款情形
 如左。

疏 民草規定至強制執行尚無效果。則是債權人就索債一事。已盡能事。山窮水盡。不得不向主債務人主張矣。此因主債
 務人為主保證人為從。先主後從當然之理也。惟自請求履行至強制執行無效果。其間須歷經若干時日。殊不迅速。先
 向主債務人主張。後向保證人主張。
 殊不簡便。故商草設特別規定焉。

第一 主債務人因商行為而負擔其債務者。在此情形。其債務須於主債務人為商行為。故債

務雖於債權人為商行為。不生連帶之責任也。

疏 如甲為營業而向銀行借款。乙為保證人。則因甲之行為係商行為。甲乙應負連帶責任。若丙為家用而向銀行
 借款。丁為保證人。則因丙之行為為民事行為。僅銀行一方係商行為。丙丁不生連帶責任。仍適用民律規定。

第二 保證為商行為者。保證為商行為者。謂商人為其營業而自為保證。於保證人為附屬商
 行為。

疏 如甲為小商人。欠銀行千元。不能歸還。銀行告甲曰。汝可向丙處借款還我。我為汝担
 保。是甲之保證行為。乃為營業而為之者。即附屬商行為也。則甲乙對丙負連帶責任。

在上述二種情形。主債務人與保證人。雖以各別之行為。負擔債務。而其債務。則各自連帶負擔之。
 由此觀之。則商行為之保證。無民律上所謂催告之抗辯及檢索之利益。至於保證人有數人時。則

適用連帶之原則。而無分別之利益。此於民草亦然。(民草八七五條參看)

疏 主債務人因自己與債權人之主債務契約而負責任。保證人因自己與債權人之保證契約而負責任。乃各自之行爲。而非共同行爲。惟商草爲債權確實計。使主債務人保證人連帶負責。無主從先後之分。因之債務屆清償期。債權人得逕向保證人請求履行。而置主債務人於不顧。實際上保證人變爲第一位債務人焉。所謂催告抗辯。即債權人向保證人請求履行時。保證人可要求其先向主債務人催告之抗辯也。所謂檢索之利益。即債權人經催告後。主債務人仍不履行。更向保證人請求履行。保證人可言主債務人雖不履行。而主債務人確有資力。應先聲請強制執行。如無效果。余方履行是也。此在日民規定。保證人有此二種抗辯。民草規定。債權人非證明強制執行無效果。保證人不負責任。二者稍有不同。如甲向子借款。乙丙丁三人爲保證。則三人當然負連帶責任。與民草同。無分別利益可言。

第五款 商行爲給付之目的時期及處所

商草關於商行爲給付之目的時期及處所。以第一百二十一條及第一百二十二條。對於民草。設特別規定焉。蓋考其由。蓋所以保護債務人。而且求適於商業情形也。茲分別說明於左。

第一 商行爲給付之目的。無特約者。從應爲給付者慣習。(商草一一二)據民草當事人於債權之目的。無特約者。應給付何物。設有種種規定。以爲準繩。(民草三二六條至三二九條三三三條至三三四條)然商草特定爲依應爲給付者慣習。以便債務人也。

第二 商行爲給付之時期。則依左列規定。

甲 商行爲給付之時期。無特約者。依應爲給付者慣習。(商草一一二)民草關於債務履行時期。設有各種規定。以爲準繩。(民草三四九條以下三六六條以下)然商草。則特定爲依應爲給付者慣習。

乙 商行爲之給付。非在普通營業時間內。不得爲之。或爲請求。(商草一二二) 據民草債權之履行。及其請求之時間如何。若無特約。雖在履行時期之終止。(民草二七一條參看) 亦得爲之。然於商業情形甚不適宜。故商草特定。非在普通營業時間內。債務人不得履行債務。而債權人亦不得請求履行也。

疏 如二月十日爲最後之日。則其時期終止爲夜十二時。在民事上縱遲至十二時給付亦可免除責任。而在商家恆有營業時間普通多自上午九時起至下午五時止。如逾五時以後。即不能再爲給付。此後遲延責任悉由債務人負擔。

第三 商行爲給付之處所無特約者。以應爲給付者慣習。(商草一二二) 按民草給付之處所。若特別之意思表示或法令無特別規定者。特定物之交付。須向債權關係發生時其物所在之處所爲之。(民草三四六條) 金錢之支付。須向支付時債權人之住址或營業所爲之。(民草三四七) 其他之給付。須向債權發生時之債務人住址或營業所爲之。(民草三四五條) 而商草則使應依屬給付者慣習。

第六款 交互計算

第一項 總說

商人營業。爲繼續的交易之生。源源不絕。且在信用稍已發達之社會。彼此交易。鮮以現金。故相對人。不問爲商人爲非商人。與平常爲交易者間。必生貸方借方之關係。交易頻繁。則其關係益然增。

其多數之貸借關係。每及清償期。若兩造須一一以現金結算。則不僅生無益之手續費用及危險。且有固定資本不能產生之嫌。故在近世之商業社會。兩造之貸借關係。不一分別以現金結算。而於一定期間。停止其貸借計算。至其期間之終末。就貸借關係之合計。為抵消計算。僅其贖餘。由借方支付。以除上述之不便。與弊害。此種方法。為交互計算。故交互計算云者。商人間又商人與非商人間。在平常交易。就一定期間內交易所由生之債權債務總額。約相抵消。而支付其贖餘之契約也。茲分晰說明於左。

疏 貸者對於人享有財產上債權之謂。中國謂之人欠。借者對於人負有財產上債務之謂。中國謂之欠人。

第一 交互計算者。抵消計算之契約也。即就當事人兩造所生數多債權債務之總額。約相抵消。而付其贖餘。故非就各債權債務。分別約為抵消。乃包括數多之債權債務。使在計算上。恰如一宗債權債務。以相抵消。而付其贖餘也。

第二 交互計算當事人之一造。須為商人。故非商人兩造。彼此雖就一定期間交易所生之貸借關係。結抵消計算之契約。其為一種特別無名契約。固自有效。然非商草所謂之交互計算也。

疏 非交互計算契約。不能適用商草關於交互計算之規定。

第三 交互計算當事人。須平常繼續為交易。且其關係。須可互生債權債務者。故偶爾交易者。人間與均以現金交易交易者間。交互計算之契約。固無由以成立也。

第四 依交互計算可處置之債權債務。限於以金錢之給付爲目的者。此於法文固未明示。然有同種目的。且爲當事人兩造所生之債權債務。而常適於相抵消者。事實上於金錢債權債務以外。不能想像也。(民草四六五條參看)

第五 依交互計算可處置之債權債務。須爲本於一定期間內交易所生者。若無特約。其期間爲一年。(商草二二九)

疏 中國習慣以一節爲一期。如元旦至端陽節。端陽節至中秋節。中秋至年終。共爲三期。

第二項 交互計算之性質

交互計算。在法理上。性質如何。茲說明之於左。

第一 交互計算者。諾成契約也。故無須特別之方式。僅由當事者之合意而成立者也。

第二 交互計算者。抵銷之豫約也。學者或以一種獨立之無名契約稱之。然不免背戾於交易之狀態。及當事人之意思。非適當之說也。

第三 交互計算者。附屬的商行爲也。蓋商人之結交互計算。均爲營業之便。其當事人兩造均係商人者。爲兩造商行爲。其一造係商人者。爲一造商行爲。

第三項 交互計算之效力

交互計算。由其效力。於當事人間。生所謂交互計算關係。而此種關係。實包括列左之數項事件。

第一 以一定期間內所生之債權債務算入計算中。

至期間如何。若無特約。則爲一年。前既言之矣。(商二二九條)至所謂以債權債務算入計算中者。乃各債權債務。不分別實行。惟至其後應爲抵消時。以此債權債務之額。爲計算上一項目而記入於計算書中之謂也。又

(一) 算入之要件。須其債權債務。至清償期。不至清償期者。不得算入。

疏 如六月底結算。則十二月到期之債。不得算入。

(二) 算入之效果。其效果約分爲二。

(甲) 算入之效果。在一時停止債權債務之作用。故其結果如左。

A 其債權不得分別請求履行。故時效亦非分別進行。(民草三二一條)

疏 民法以得請求履行之日起。時效進行。蓋應請求而不請求。是債權人之懈怠也。此因有交互計算特約。不得分別請求。無懈怠可言。若使分別進行。未免太苛。故有此規定。

B 債務人不得爲其履行。又無須爲其履行。故不負遲延之責。(民草三六六條三六七條)

疏 因法律上禁止履行。非債務人自不履行。故不負遲延之責。

C 其債權僅爲計算中之一項目。不得分別而轉讓之。故不得以爲質權之目的。(民草二

二四二條)

疏 於計算中。債權人失處分權。設定質權亦處分也。故不得爲之。

(乙) 夫由算入停止債權債務之作用。固生前述之結果。由他方面觀之。若謂各債權債務。乃因

算入而絕對的各失其獨立之存在。則不可也。故其結果又如左。

A 担保各債權之各担保。以及對於各債權之各第三共同債務者之責任。均不失其效力。

但以因計算書之承認。自交互計算所生之贖餘及該債權之範圍內爲限。(商草一三

二條一三三條)

疏 如就八十元之墊款。設定担保。則雖有交互計算特約。而担保之範圍。仍以該墊款八十元爲限。不及於他之款項也。

B 各債權無妨各生其利息。(商草一二八條)

疏 各宗債權有利息者。仍生利息。無利息者。仍不生利息。各不相干。

第二 由計算書之相互承認而算定贖餘。

即至交互算期間之終末。各當事者均各截止計算書之記入。閉鎖計算。對照其貸方借方之總額。而互相抵銷。以算定贖餘。且互承認其真正焉。此種承認之效果。在算定抵銷之贖餘。贖餘算定。則其結果如左。

疏 閉鎖簿記學名稱。畫一橫線。即不再記入。於相當期間內。不提出異議。視爲默認。贖餘歸入新帳。發生新債務。

(一) 當事者不得就各項目述異議。但計算書有錯誤或遺漏者。不在此限。(商草一三〇條)

疏 如某項條件未成就。某項期間未到來。應先事審查。一經承認。即不得抗議。至錯誤遺漏。乃程序上事。與事實無關。當然得以更正。

(二) 其算入計算書中。編為項目之各債權債務。均歸消滅。另發生應支付贖餘之新債務。故

(甲) 其算入計算書中。編為項目各債權之担保及為共同債務人之第三人之責任。以消滅為原則。但以算定贖餘及該債權之範圍內為限。債權人仍得行使其權利。(一三二條一三三條) 若算定贖餘。不即履行。而相約以之繼續算於新計算中者。則所謂担保及為共同債務人之第三人之責任。全歸消滅也。

疏 担保為從債務。主債務消滅。則從債務當然消滅。此原則也。但在一定範圍內。仍不消滅。範圍維何。即贖餘較所担保之該債權額為多時。則以該債權額為限。例如該債權額三十元。贖餘五十元。則担保額為三十元。因負責不得逾越原所担保之債權額故也。反之。贖餘較所担保之該債權額為少時。則以贖餘為限。如贖餘三十元。該債權額五十元。則担保額亦為三十元。此因法為保護債權人。雖使對於從隨主消滅之原則。成一例外。而亦不超過必要範圍也。又法所使担保。不即消滅者。恐贖餘有不能支付之虞。始不問當事人之意思如何。使繼續負擔担保之責也。若當事人約定不為即付。則是彼此相信使之消滅。担保自無不可。

(乙) 支付贖餘之新債務。依普通時效而消滅。其計算書中各項目之債務。是否有短期時效。非所問也。

疏 如舊債務中有一年時效者。有二年時效者。均非所問。仍依五年時效之規定。

第三 計算閉鎖之日以後。就算定贖餘。得附法定利息。(商草一三二條) 此法定利息。於交互計算當事人兩造均係商人時。為百分之六。(商草一一七條) 於一造係商人時。則為民事法定利息百分之五。(民草三三〇條)

第四項 交互計算之解除

交互計算關係之一般終了原因。適用民律之規定。唯就其解除。則商草設有特例。(商草一三五條)曰。各當事人不問何時。得解除交互計算契約云云。此蓋因交互計算契約。以當事人彼此互相信用而成立。而存續者。若其信用不存續。則使各當事人。得自由解除交互計算關係者。甚爲得策也。且於此情形。得直閉鎖計算。而請求支付贖餘者。不待言也。

第四節 關於商人之通則

第一款 注意之義務

據民草之原則。凡法律上苟無特別之規定。(民草三二五條七八四條九一八條)則各人所担負之注意義務。僅有通常人之注意而已。(民草二條)惟商人則不然。商人當爲商行爲時。所担負之注意義務。必須有通常商人之注意也。(商草一〇七條)

〔疏〕 通常商人之注意。較通常人之注意爲重。

第二款 諾否通知之義務

據民草。凡契約之要約人。不得以其要約拘束相對人。故無論如何情形。要約之相對人。承諾與否。無通知之義務。即不發通知。亦不得視爲業已承諾其要約。(民草二〇一條以至二〇八條)然在商業上。爲交易之成否。應期其迅速起見。爲商人對於顧客。應維持其信用起見。故使商人負担應通其諾否之義務。而違反其義務者。則視同業已承諾其要約。以爲其制裁。此商草第一一三條所

以規定曰。商人受平常其商業上顧客屬於商業部類契約之要約。應速發諾否之通知。若怠於通知。即看做承諾要約者云云。對於民草特設例外也。

疏 民律上要約人縱聲明如不答覆視為承諾之旨。然受要約人置之不理。仍不生拘束之效力。而在商事要約。則被否認。要約人尙可向他人為要約。不至失交易之機會。故以迅速為宜。若受要約人置之不理。顧客必生惡感。以後不願再與之交易。於受要約人之營業上。亦多不利也。通常違反義務。固可請求損害賠償。然須審查其有無損害。及其損害之數額。諸多不便。故此處不以損害賠償為制裁。而以看做承諾為制裁。蓋要約人之損失。在於交易不成立一點。看做契約成立。則要約人已如願以償。損害賠償之精神甚適合也。負諾否通知義務者。要件有三。(一)商業上之顧客。(二)係平常有來往之顧客。(三)該要約係屬於商業部類者。故如偶然照顧及婚姻之要約。不在此限。因前者缺第二條件。後者缺第二條件也。故

第三款 物品保管之義務

民法原則上。無論何人。除依法律規定(例如民草三三五條九一八條)或因意思表示而特負有義務者外。對於他人以契約之要約及其他目的所送致之物品。概無保管之義務。然而為商業上交易之確實與信用起見。不能以此種原則為滿足。故商律草案之規定曰。商人在其商業上所收受之物。或有價證券。應負擔保管之義務云云(商草一一四條)顧此種義務。若毫無制限。而使商人負擔。亦非公平適當。故又必規定其義務之制限。凡其物價額。不能償保管費用者。其物易損敗者。或因保管致受損害者。則準用第一一一條之規定。條文雖未記明。想係第一四一條。故凡在此情形者。皆許其供託或競賣。蓋可以準用買賣成立。買主拒絕受領目的物。或不能受領者。賣主得供託其物或競賣之規定者也。(商草一一四條但書及一四一條)

疏 在民律上如甲以衣服携至乙家求購乙言暫留二日余斟酌買否則是承認代爲保管倘有損失乙當負責若乙言汝可携歸余不願買甲強留而去倘有損失乙不負責在商律上則商人恆以貨樣送交顧客非使顧客負保管之義務不足以維持交易之安全也所謂其物價額不能償保管費用者如土石之類是其物易損敗者如暑天之魚肉是因保管致受損害者如火藥煤油是上述情形在日商規定不負保管義務之外不須有何等處置故即拋棄遺失亦無不可惟如此則待顧客未免太苛商草爰規定其供託(提存)競賣(拍賣)方法免除責任不能逕置不理否則仍負責任此雙方兼顧之規定較日商爲進步也日供託則提存原物日競賣則提存價金

第四款 供務報酬之請求權

民法上除顧備承覽(民草七一七條七四三條)等特別規定外凡爲他人供給勞務者苟當事人間並無特約則不請求供務之報酬是爲原則然而商人營業以營利爲主眼自不宜適用此種無償原則故商草第一一五條規定曰商人就其商業上因爲他人爲行爲或供勞務或担負管理保管及其他供務者得請求相當之報酬云云蓋對於民律爲一例外之規定也

疏 日爲行爲指爲法律行爲言日供勞務指爲事實行爲言前者生法律上之義務後者則否商業上當然得以求報酬無須特別約定假如成衣鋪人爲顧客作冰人則不得請求報酬因其非商業上行爲故也

第五款 墊付金貸金等利息請求權

商業第一一六條規定曰商人於其商業上所爲金錢之墊付消費貸借或消費寄託得請求其日以後之利息云云此條用意與前款說明相同茲不贅述

疏 民草規定借款不約明利息者不得請求付息商草反是即不約明亦可請求

第六款 商人不屬自己動產之處分

商草第一三六條規定曰商人讓與或典質其商業上不屬於自己之動產受得人善意信其有爲

所有人處分其物之權能者。適用民律中爲自無權利人受得權利之人利益所設之規定云云。此條文句頗費解釋。蓋條文中所謂民^律中爲自無權利人受得權利之人利益所設之規定云者。其義殊不明瞭。然此係指民律第一〇二七條一二一一條（參照一二七八條一二七九條）之規定而言者。殆無庸疑。是故就本條分析解釋。當爲左之兩項。

疏

商人對於他人之動產讓與或設定質權後如無處分權則取得權利人不得取得權利損害殊甚非所以維持商人之信用也。繼承取得須前主有處分權後主方可取得權利此原則也。但物權編之即時取得則爲例外。

第一 商人關於商業上以不屬自己之動產讓與於人而其讓受人係善意者則依民律第一〇二七條而取得其所有權。

第二 商人於其商業上以不屬自己之動產典質於人而受質人係善意者則適用民律一二一一條而取得質權。

疏

商人於資本欠缺時恆典質物品以通融資本無處分權而爲處分質權人可依占有規定而取得質權原所有人只能對於商人請求損害賠償也。

然而此條規定實不過適用民律於商草中殊無特別規定之價值也。

疏

本節規定一造商行爲即可適用。下節規定則須兩造商行爲方能適用。

第五節 商人間之通則

第一款 債務人遲延責任之開始

據民草之規定債務人於清償期後受債權人催告給付之時起若給付有確定期限者自到期時

起。其遲延責任。即始開始。(民草三六六條、三六七條)然在商人間之關係。若以特別催告。爲債務人遲延責任之條件。則於商業上。迅速與確實之目的。殊不相符。故商草做德國商法之例。凡因兩造商行爲所生之債權(金錢債權)得自履行期到時起。請求利息。(商草一一八條並參照民草三七一條)惟關於利息債權。則不在此限。(商草一一八但書並參照民草三七三條、三三二條)蓋重利之禁止。即在商業上。亦無解除之理由也。

〔疏〕民草無確定期限者。自債權人催告時起。債務人任遲延之責。即自此時起。應付法定利息也。商草即一到履行期。債務人即負遲延之責。不須特別催告也。

第二款 法定利息

據民草之規定。其法定利息。爲每年百分之五。(民草三三〇條)然商業上之法定利息。較諸普通民法上法定利息爲高。此乃各國一般之通例。故商草就兩造商行爲所生之債務關係。規定其法定利息爲每年百分之六。(商草一一七條)此蓋對於民律百分之五之例外也。

〔疏〕商人因營業所得之利益。較厚。故法定利率不妨稍高。且可促債務人之履行。與迅速確實之旨相符。法德民四厘。商五厘。意奧民五厘。商六厘。

第三款 留置權

民法理論上。關於留置權之性質。及範圍等。雖有種種學說及法例。而關於商法上之留置權。則就此等問題學說及法例。大抵相同。蓋中國民草。做德國民法之例。關於留置權之規定。(民草三五二條至三五四條)其概要如左。(一)留置權。乃爲對於債權人之要求而拒絕給付之權利。(辨抗

權) (二)留置權單純有債權的效力(對人的效力) (三大抵債務人因該債務之同一關係而對於債權人有請求權之時則認其有留置權) (四)有交付物件義務之人關於其物之費用或由其所生之損害有請求權者則得留置其物而拒絕交付。至於商律草案則倣德國商法及其他多數商法法例設有留置權之規定而對於右列民律規定成爲重要之例外也。茲分析說明之於左。

疏 各國民法關於留置權之規定互異分別言之(一)留置權發生之緊要。有債權與留置權或反對債權須相關聯者有非然者(二)效力之強弱有認有拍賣權者有非然者(三)目的之體態有限於有體物者有推及於行爲者(四)對抗之廣狹有認爲對人權者有認爲對世權者(五)性質之種類有認爲抗辯權者有認爲債權者(民草三五三條等規定曰債權人未向自己爲給付前自己亦將拒絕給付即推及行爲也)至一五四條規定例如甲託乙保管一馬致所墊之飼養費及因該馬傳染已馬致死所損失之費用可一併請求償還。

第一 條件

(甲)商法上留置權僅限於因兩造商行爲所生之債權始可適用(商草一二三條)惟其債權不必直接與留置物有關亦不必與留置物占有之設定行爲相關連。斯則與民律上之留置權異矣。

疏 所以與民律異者商人彼此係日常往來交易積有信用此造執管彼造數多之貨物其交付也亦鮮有一一請求其債權夫既如是若其行使留置權亦拘守民律之條件是此造徒執彼造之貨物而其債權則不得以爲担保彼造且得謂與該債權無關而任意收回則此造必致常受意外之損失故使由兩造商行爲所生之債權即得扣留彼造之貨物不問是否與該債權相關聯也例如甲商人託牙行乙買丙商人貨物爲兩造商行爲共買貨二批皆由乙墊款第一批貨已由乙交甲甲未支付墊款第二批中先交款尚未交貨第一批欠款與第二批貨物雖不相關聯而在商法上則得以留置。

(乙)商法上留置權僅存於債務人所屬之動產及有價證券(商草一二三條)是故第三人所屬

之物及委任等類。單純之證明書。則無留置權也。

疏 不能推及行爲。且其物須係債務人所
有。民律則即第三人之物亦可扣留。

(丙) 商法上留置權。不特債權已到償還期時有之。此之謂通常留置權。在左列各款情形。亦得行

使之。此之謂緊急留置權。(商草一二五條)

疏 商業上貴迅速。重確實。故於通
常留置權外。又有緊急留置權。

(一) 債務人停止支付

疏 留停止支付。為破產之先
聲。危險甚大。故亦可扣留。

(二) 債務人之財產。開始破產程序。

(三) 對於債務人財產之強制執行無所得。

疏 前期債權。經執行。尚無效果。
則未到期之債權。更無論矣。

通常留置權。若當事人有反對約定。則可以除去。(商民一二三條二項)而緊急留置權不然。

疏 緊急行為。乃關於公益之規定。因此等情形。有特別保
護債權人之必要。故不以當事人意思除去之。

第二 効力

(甲) 商法上留置權。雖不過為對於債務人之對人權而已。然對於繼承債務人權利之第三人。依

普通原則。仍得與之對抗。(商草一二四條一二五條)

疏 債務人因其貨物被債權人扣留。意將被扣留之貨物賣與第三人。以阻滯其扣留。若此時不與以對世權。則法律規定留置權直向虛文。故不但於第三人惡意知情。或債務人與第三人之行為係屬虛偽時。可以對抗。如偽裝賣與之第三人。即第三人係屬善意。亦可對抗。因動產以交付為要件。此時既未交付。自不能向債權人主張所有權也。惟被扣留之物件本為第三人所有。則可以取回。自不待言。

(乙) 商法上留置權。不僅為單純拒絕物之交付之權利。且有類似質權之效力。蓋債權人得以留

置物充債權之償還。並對於一切債權人。與夫以留置權可對抗之第三人。均得有優先權也。

(商草一二六條) 惟其要求償還之實行方法。須依民律質權之規定。(民商一二二〇條以

下) 以上述所。皆為商法之特別規定。此外關於商法上留置權。當然可以適用民律規定也。

疏 民草上留置權與商草上留置權之差異如下。(一) 民草上留置權之債權。須與反對債權。或留置物相關聯。而商草上留置權之債權。則僅由兩造商行為所生者。無須與留置物相關聯也。(二) 商草上留置權存於有體物。即

動產及有價證券。而民草上留置權則推及於行為。(三) 商草上留置權其留置權之物。須為債務人所有。而民草上留置之物。則不問是否為債務人所有。(四) 商草上留置權有尋常緊急之分。而民草上留置權則否。(五) 商草上留

置權認有拍賣權與質權相類似。而民草上留置權則無此強大效力。

第四款 賣去質物之催告

商草一三七條規定曰。設定質權行為。係雙面商行為者。關於賣去質物。其中催告期間。定為十日云云。又第一三八條曰。前條規定。於牙行運送承攬人運送人及置藏業者。所有之法定質權。準用之云云。此項條文。蓋對於民法上所定賣去質物之催告期間。為一種特別規定。而短縮其期間者也。(參照德民一二三四條二項) 然試觀民草一二二〇條二項。則以賣去質物之手續。全部讓諸執行律之規定。而執行律則至今尚未發布。無從知也。

疏 拍賣之先對於債務人發通知催告其履行於法定期間內仍不履行方可拍賣至法定期間商草定為十日所以使為相當之準備也。法定質權對於設定質權而言即依法律規定當然發生之質權也。牙行代客購買貨物墊付貨價於客未支付墊款以前對於貨物有留置權。催告後仍不交價可拍賣貨物運送承攬人運送人皆棧。置藏業者如堆棧貨棧是即自修造房屋代客存放貨物之營業也。其棧租即對於客商之債權而以堆存之貨物供担保焉。

第五款 商法上之時效

商法上以短期時效為原則。此為各國一般法例之所從同。故商草一三九條亦倣此例而規定曰。因雙面商行為所生之債權。除本律有特別規定外。若五年不行使。即因時效而消滅。但法令定有短時效期間者。不在此限云云。(商草三三九條)蓋以商業交易尚敏捷。重確實。故商草定此短期時效也。

疏 如民草規定一年三年等短期時效仍應適用。

第二章 買賣

買賣為商業之樞紐。發達最早。他種商業交易皆賴以興。故買賣在商業交易中極為重要。然商業以外。民事交易素已廣行。其根本原則於民律上亦皆已定矣。商律惟設有特別規定耳。且其中有適用於一般商行為者。有於兩造商行為始可適用者。茲分別說明焉。

疏 法國商法只一〇九條規定買賣因民法已有詳密規定故也。德商及瑞士債務法稱之曰商買賣以別於民法上之買賣。

第一節 一般商行為之買賣

第一款 賣主之供託權及競賣權

在普通買賣關係。其債權人之遲延責任。自應依一般民法之規定。(民草三七五條以下四四五條以下等) 惟商律草案。則就買主拒絕受領目的物。或不能受領之情形。設有特別規定。(商草一四一條) 即賣主得就左列方法。擇用其一也。

疏 不能受領如買主遷居住址不明。若因此使賣主之責任永不免除未免太苛。故設特別規定焉。

(一) 供託 賣主得爲供託。以免其債務。但供託後。須速對於買主。發送通知。此與民草規定(四四五條四四六條) 相重複。故商草中。實無須特別規定也。

疏 供託民草稱曰。指提存原物言。與競賣之拍賣原物而提存其價金者不同。

(二) 競賣 賣主得定相當期間。爲催告後。競賣其物。但競賣易於損敗之物。並無庸爲催告。其由競賣所得競賣價金。須由賣主供託。但得以其全部或一部。充當買賣價金。此爲對於民草四五七條。成爲例外規定。蓋求其與商業上迅速確實之主義相適合者也。至競賣後。賣主須對於買主發通知者。則與供託之情形相同。無須贅述。

疏 就民草四五七條言。拍賣之要件有二。(一) 清償之標的物。須不適於提存。或其物有滅失之虞者。而商草則不論。是否有此等情形。均得拍賣。(二) 須經審判衙門之允許。而商草則僅須催告。若係易損敗之物。即不催告亦可。

第二款 承攬買賣時決定其目的物之形狀數量容積等之權

茲所謂承攬買賣者。即約定由承攬人供給材料。完全承攬事業之謂也。依民草之規定。(民草七五六條二項) 此種契約。除有特別意思表示。或承攬人所供給之物。對於承攬事項之目的物。

僅爲附屬物及其他從屬物者外。均視爲買賣契約。故名之曰承攬買賣。在承攬買賣之際。關於其目的物之形狀數量容積及其他事項之決定權。將爲誰留保。因此遂發生其決定權所在如何及決定權不行使之結果如何等問題。民草於此種情形。並無直接適切之規定。故不得不適用民草五一九條至五二〇條以爲斷。然商業上貴迅速。尙確實。則民草之規定。尙不能滿足。此商草一四三條。所以關於此種情形。設有特別之規定也。茲說明其要領於左。

疏 定作人所支付之金錢非純然承攬之報酬尙有物品價金在內。故就其一部言。類似買賣契約。曰僅爲附屬物及其他從屬物云者。如成衣店做衣。只代出棉線鈕扣。則其價較衣料輕微。應以衣料爲主。故仍視爲承攬契約也。有特約者亦然。民草五一九條等。略曰。給付由當事人一造指定者。須依條理指定之。指定是否合於條理。有爭執時。審判衙門須以判決指定之。當事人於指定有遲延者。亦同云云。條理之解釋。有謂爲法例者。有謂爲習慣者。余以後者爲當。但習慣之有無及欠明確者。有時易生爭執。非經法院判斷。不可程序。繁重商業上大感不便。此商草所以特設規定也。

第一 於此種情形時。買主有決定權。同時亦有其義務。

第二 買主不行使其決定權。或怠於行使時。則賣主得行使左列權利之一種。

疏 買主指定作人言。賣主指承攬人言。賣主代爲行使。即無須經審判衙門之決定也。

(甲) 賣主得代買主。行使其決定權。但爲決定後。須速通知買主。生指定相當期間。使買主得於此期間內。爲相當之決定。買主於其期間內。不通知決定於賣主。則賣主之決定。卽生效力。

(乙) 賣主得請求損害賠償。或解除契約。賣主得準用民律第五二七條規定。請求損害賠償。或解除買賣契約。商草一四一條之所規定也。該條文句中。僅規定依民律某某條字樣。並未指

定何條。然參照德國商法。必爲民草五三七條也。

疏 賣主或請求損害賠償或解除契約。只能擇一行之。但須實有損害方得請求賠償。

第三款 確定期買賣之解除

商草一四五條規定曰。依買賣之性質或當事人意思表示。非於一定時日或一定之期間內爲履行。不能達契約之目的者。其時期已過。而當事一造。不爲履行。若相對人不即時請求其履行。視與解除契約同云云。是爲對於民草五四三條及五五二條。規定其例外。以期符合商業上迅速之主義。蓋民法上以有解除之意思表示爲必要。而商行爲買賣。則無須也。

疏 如今日結婚在飯莊包訂喜筵。若明日方做成。則失訂約之目的。故特設定曰。視爲解除。即不待當事人意思表示。法律即強使解除也。若在民草須先由相對人催告再不履行。方可解除。商草則規定較嚴也。

第四款 包裝量重之除去

依重量計算價金之商品。應否除去包裹之重量。民草中並無明文規定。故不得解釋當事人之意思。表示以決定之。至商民則仿德國法例。以爲乃商業上屢生之疑問。宜有一定之準據。故商草一五一條規定曰。依重量計算價金之商品。應除去包裝之重量。但有反對特約。或履行地習慣者。不在此限。包裝之重量及容量。從履行地之習慣云云。

疏 如裝米之蘇袋。貯煤之荆筐。盛油之鑊皮。皆包裝也。除去包裝。若須一一秤其輕重。未免不便。故特設此規定焉。

第二節 雙方商行爲之買賣

第一款 買主檢查受領物及通知其瑕疵或數量不足之義務

民律上若買賣目的物有瑕疵或數量有不定時。則買主於一年內。有請求減少價金。或解除契約。或請求損害賠償之權。(應參看民草五六七條五八條五七一條五七二條五七五條五八五條等)然此種規定。實背戾商業尙迅速。貴確實之主義。故商草倣德日商法之成規。就此種情形。而規定買主有檢查物品及通知瑕疵或數量不足之義務如左。

疏 商人交易事項繁多。若逾年尙可退貨。則交易之狀態不易確定。且與信用有妨。故特設規定焉。

第一 買主受領其目的物後。應迅速依業務之普通次序檢查之。若發見有瑕疵或數量不足。即應對於買主。速發通知。(商草一四六條)買主怠於通知者。不得就目的物述異議。但檢查時不能即發見瑕疵病或不足者。則依次之規定。(商草一四六條二項)

疏 業務普通次序。各行不同。檢有瑕疵。通知買主。後可換無瑕疵之貨。或減付價金。或補足重量。

第二 買主受領目的物後。即時不能發見之疵病或不足。至於日後。始發見者。亦須對賣主。速發通知。買主怠於通知者。不得就目的物述異議。若受領後六個月以內未發見者亦同。(商草一四七條)

疏 當時未發見。至六個月內。方發見。亦可。陳述異議。較民草之一年期間爲短。

第三 賣主故意不告知買主疵病或不足者。不適用前二條規定。(商草一四八條)而依民草之

規定也。

疏 前條規定所以保護善意買主若惡意買主則無保護之必要。日依民草規定者即一年內得以行使也。

前三條規定於賣主交付約定以外之物者。以賣主可預見買主非絕對不承認其代物者為限適用之。此乃商草一四九條規定。倣德國商法所特別加入之條文也。考德國商法適為三七八條。但同條規定於賣主交付約定以外之數量時亦適用之。此則稍異耳。蓋對於民草代物清償拒絕權之原則（民草四三五條之裏面解釋）設例外之規定也。

疏 例如甲買乙之醬油百斤。乙想甲或欲鹽乃以鹽百斤代之。則適用前述規定。甲當時檢明後可將鹽退回。惟逾六個月期限者則否。民草代物清償原則上可以拒絕受領。觀民草四三五條。曰債權人受領他種給付以代債權標的之給付者。其給付與清償有同一之效力云云。裏面解釋債權人不願受領自無不可。德商規定例如甲買乙醬油百斤。乙交付百五十斤。甲如不欲購此多量可於法定期內拒絕五十斤之收受。理與前同。

第二款 買主保管物品之義務

據民草之原則。若於前款情形。而買主解除契約時。則買主無保管其物品之義務。（民草五四四條）惟在商業上。則重信用。此種規定殊有未妥。故商草倣各國之成規。特設例外之規定。使買主負擔保管其物品之義務。但易於損敗之物。則買主應拍賣之。而供託其價金。并須對於賣主速發通知。（商草一五〇條一四一條）

第三節 買賣特別規定之準用

前兩節所說明。乃商草關於賣買所設之特別規定。左列二種情形亦準用之。

第一 有價證券之賣買（商草一五二條）

〔疏〕有價證券之買賣無論商人爲之抑普通人爲之均準用商行爲中關於買賣之規定。因有價證券發達較遲且有輾轉流通之效用如依民律程序未免複雜故特設規定焉。

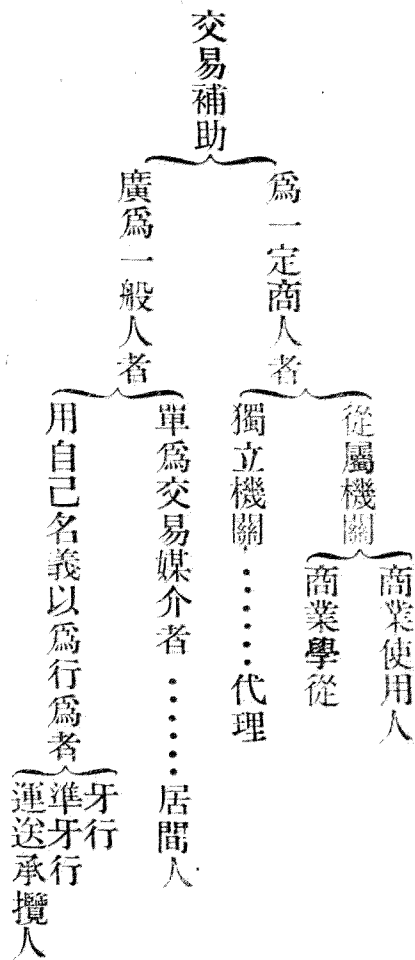
第二 承攬以供出之材料製作不代替之動產而移轉於相對人者（商草一五三條）此實不必要之規定。蓋民草七五六條二款凡承攬人以供出之材料製作物品而移轉於相對人者不問其物品爲代替物爲不代替物均視作買賣。故此種承攬爲商行爲時當然適用商草內買賣之規定。無須明文規定者也。至於德國民法不以此種不代替物之承攬爲買賣故不得有準用之規定也。

第三章 牙行

第一節 總說

牙行乃包代採辦行銷之所。其由來尙矣。而功用既興。推行益廣。蓋營業之規模闊大。則交易之範圍自廣。因派遣商夥。至遠地收貨及銷貨。既須重給薪修。復須住房租店。而貿易之衰旺不定。經常之費用徒耗。更恐所用非人。鞭長莫及。或有意外之損害。且人地生疎。尤多不便。自有包買包銷之法興。既可免茲所述之弊害。且可利用牙行之信用經驗。以推廣其貿易。卽就產戶及用戶而論。亦少週折。然則牙行乃交易之補助機關。且爲不可缺者也。夫爲交易之補助之機關者。豈獨牙行。凡商業使用人商業學徒代理商居間人運送承攬人等。蓋皆補助機關也。（參看商人通例二九條五

六條六〇條商草一八三條) 今將牙行與其他商業上補助機關其地位關係如何略為圖解如左。



疏 採辦指為買主言。行指指為賣主言。蓋外來莊客相互交易之先。素不相識。必先調查其本店信用如何。該莊客有無代理權。以免坐受損失。有牙行為之負責。則便莫大焉。民律上委託非法行為。乃事務行為也。居間人單為交易媒介。使雙方以其一己名義自行訂約。居間人不負何等責任。換言之。即媒介之結果。於居間人不生何等權利關係也。

第二節 牙行之意義

牙行云者。謂以自己之名義。於他人(委託人)之計算。担任買賣動產或有價證券為業者也。(商草一五四條) 茲分析說明之於左。

第一 牙行者。為動產或有價證券之販賣買入者也。故不動產之買賣及為買賣以外之行為

者均非牙行。惟後者爲準牙行。準用牙行之規定。(商草一八一條)而前者則應依民法一般之原則者也。

疏 代爲買賣以外之行爲如代辦運送保險等是。且商權規定動產解釋上有價證券包括在內。商草則明示有價證券也。

第二 牙行者。因他人之委託。於其計算。以爲買賣者也。因他人之委託。於其計算云者。即買賣所生之損益。全歸委託人之謂也。然而牙行之買賣。究竟於他人之計算爲之。抑於牙行自身計算爲之。則爲事實問題。固非可以概論也。

疏 牙行媒介行爲之結果。雖歸屬於委託人。但事件完了之後。可按委託人所得利益之大小。提取行用。是爲自己利益。乃其主要之目的。間接以利益歸屬委託人。雖然此特牙行個人之希望耳。法律上則以行爲之利害歸屬委託人也。

第三 牙行者。以自己名義爲買賣者也。是故牙行。自爲其買賣之當事人。凡因買賣所生之權利義務。皆歸其自取得自負擔之。惟其權利義務之實質。乃爲損益。此則依前項之說明。全歸於委託人也。

疏 牙行之關係。可從三面觀察。(一)牙行與委託人之關係。適用民法委任契約之規定。商律上無研究之必要。(二)牙行與相對人之關係。爲買賣行爲。其行爲係以自己名義爲之。若與民法代理直接對於本人生效力者異。因之由其行爲所生之效力。直接及於牙行。例如牙行買賣。須交付價金。受標的物。牙行買賣。須交付物品。領受價金。是不過取得權利之後。再移轉於委託人。或先向相對人履行義務。再據委任關係向委任人求償。與商行爲上代理之相對人可對於本人或代理人選擇行使權利者不同。(三)相對人與委任人之關係。此爲間接的。

第四 牙行者。於他人計算爲買賣。且以爲營業者也。牙行既爲營業。故爲商人。至其委託人之是否商人。則非所聞也。

疏 由是觀之。非以之爲業。偶爾爲之。非牙行也。牙行亦可自行買賣。以期多獲利益。然仍不失其牙行資格也。

第三節 牙行與委託人間之關係

第一款 總說

牙行與委託人間之法律關係。卽委託關係是也。故商草牙行營業一章之內。苟無特別規定者。皆應依民草關於委任之規定。(商草一五五條二項。民草七六五條以下)惟商草關於牙行營業之特別規定。極爲繁雜。茲分說於左。

第二款 牙行之義務

牙行對於委託人之義務。商草之中。雖有種種特別之規定。然尋其義務之根源。要不外乎左列二種。

第一 牙行爲担任行爲。應保護委託人之利益。(商草一五七條前半)

疏 担任行爲。卽與相對人爲買賣行爲也。曰保護委託人之利益。如賤買貴賣是。

第二 牙行爲担任行爲。應有常規之注意。(商草一五六條並參照商草一〇七條。民草七六六條)

疏 常規注意。指商人之常規注意而言。未達此注意程度。而有過失。如因而生有損害。可請求賠償。

由上述二種根源。故牙行對於委託人之義務。商草中遂有諸種規定。茲列舉於左。

第一 牙行應從委託人之指命。蓋牙行既受人委託，則委託人之指命，苟不出乎其担任行爲性質之範圍外者，無論如何，皆應遵從。（商草一五七條後半）惟依民草七六九條，可無須遵從其指命者，始無庸遵從耳。若牙行違反遵從指命之義務，則委託人得主張牙行所爲之担任行爲，爲係牙行於其自己計算而爲者，但依民律七六九條，牙行須從委託人指命者，及牙行通知已爲担任行爲時，並通知賠償行爲結果之一切損害者，則不在此限。（商草一六〇條）又牙行所爲買賣代價，若與委託人所指命之代價有差額時，委託人接受牙行担任行爲之通知後，苟不表示前項主張，則視作已承諾其代價之差異，並（商草一六一條一二六條）反之。若牙行所爲之担任行爲，較利於所指命者，則其結果，亦應悉歸於委託人。（商草一六三條）

疏 民草無從指示，即實有不能從其指示情事，或委任人若知有此情事，亦表同意者，無須遵從。例如委任人之指示，確有錯誤，勉強遵從，及與本人之意思相反，此兩段之例也。指示雖未錯誤，而現在情形與指示大相逕庭，強遵從，反與大不利益，此後段之例也。違反指示，即爲違反義務，如生有損害，本可請求賠償，但損害之有無及其程度，調查殊難，不如此以委任人拒絕承受作爲制裁，拒絕承受之結果，其損失如何，一概歸於牙行。曰通知賠償行爲結果之一切損害者，例如牙行曾言一切辦法，吾自專之，如有損害，吾任賠償，則委任人必須承受，不得拒絕。一六一條及一六二條規定，例如委託人託牙行買米，定最高價每石不得過八元，而牙行以八元二角買之，通知委任人後，委任人若當面拒絕，原無不可，否則法律上視爲承任其差額，又委託賣貨，而賣價較預定之最低價減少者亦然。如委託人託牙行賣米，每包九元，乃賣至十一元，牙行亦不能主張以多賣之二元歸屬自己。

第二 牙行若無委託人同意，不得於相對人爲前付或賒欠。若違此義務，則牙行應自負危險。但爲担任行爲地，有前付或賒欠之習慣者，不在此限。（商草一七一條）

疏 前付指買貨時，牙行先交價金於相對人言，賒欠指買貨時，牙行先交貨而相對人緩交價金言，不得委託人之同意而逕爲之。則日後生有危險。（例如相對人被產無資力履行義務時）則牙行應任賠償之責。担任行爲地指牙

行爲買賣
之地方言。

第三 牙行爲担任行爲後。(爲買賣契約後) 應對於委託人速爲其行爲之計算。並負將其行爲所得者交付於委託人之義務。牙行關於其担任行爲所爲之計算。應準用商草二〇五條之規定。凡牙行於委託人間。關於担任行爲之一切問題。皆以此爲惟一之標準。(商草一五八條)

疏 如賣貨或買貨若干相對人爲誰。是否現錢交易。應開一帳單通知於委託人。由所得者指買得之貨物或賣得之價金言。將來計算。悉以此帳爲準。

第四 牙行通知爲担任行爲時。應指定担任行爲之相對人。若違反此義務。則牙行對於委託人。負履行其行爲之責任。(商草一五九條)

疏 通常情形。相對人不履行義務。牙行始負履行之責。但有特約或習慣。或其事由係不可歸責於牙行者。則否。本段規定。苟牙行不指定相對人。則不問相對人是否履行。二由牙行任履行之責。二者不同也。

第五 牙行於其担任行爲之目的物有毀損或不足時。應負通知委託人之義務。牙行自委託人或自第三人(相對人)受領其目的物。若其外形有易知之毀損或不足者。應負通知之義務。夫牙行原不必有檢查目的物之義務者也。(參看商草一四六條以下) 惟於目的物有易知之毀損或不足。而猶怠於通知。違反義務。則對於委託人始負賠償損害之責耳。(商草一六四條) 若因目的物易於損敗。或因目的物交付後。發生變更。恐致價格減少。則牙行應請求委託人爲處分。其無請求之餘暇。或委託人怠於命處分者。則牙行得依商草一四一條之規定而競賣之。

(商草一六五條)

疏 牙行對於委託人無買賣關係。當然無檢查目的物之義務。

第六 牙行以常規之注意保管担任行爲。目的物之義務。若違此義務。則關於目的物之喪失及毀損應負其責。(商草一六七條)

疏 常規注意以普通牙行所注意者爲準。

第七 保管中之目的物若委託人特有指命時。牙行有付諸保險之義務。(商草一六八條)

第八 牙行爲担任行爲。若相對人不履行債務時。則牙行對於委託人仍應負給付義務。而與相對人已爲履行者相同。但有特別之意思表示。或担任行爲地有反對之習慣者。不在此限。(商草一六九條)

疏 權利義務係相對人與牙行間所發生者。委託人不能向相對人主張。故須由牙行負責。

第三款 牙行之權利

牙行對於委託人有種種之權利。茲述於左。

第一 牙行爲担任行爲終結後。得請求規費。此項規費之請求。若有特別意思表示。或締結契約地有反對習慣者。則不在此限。至牙行所爲之担任行爲。若因委託人之事由而中止者。亦得請求規費。(商草一七二條並參照一一五條)

第二 牙行因担任行爲所支費用、規費、前付消費貸借及其他一切債權、就左列各種上、有質權或準質權。

疏 因担任行爲所支出之費用、如保管費、是其一切債權、如房租、保管費。

甲 於牙行所占有之担任行爲目的物、此則爲物上質權。(商草一七三條)

疏 如委託人交付米百石於牙行、委託其買却、則牙行就其貨物上有物上質權。

乙 歸牙行所有之担任行爲目的物、乃嗣後應移轉於委託人者、此則爲準質權。(商草一七四條)

疏 如牙行爲委託人買自相對人之貨物、歸牙行所有、對於自己所有物無質權可言、故曰準質權。

丙 牙行因担任行爲所取得之債權、亦嗣後應移轉於委託人者、此則爲準權利質。(商草一七五條)

疏 如牙行將委託人之貨物賣與相對人、相對人所欠交之價金、有權利質、因須依債權讓與程序方能移轉於委託人也、此較日商之僅有留置權者效力爲強。

第三 委託人若拒絕受領目的物、或不能受領、或有爲其他處分之義務而懈怠者、則準用商草

第一四一條、牙行得供託或競賣之。(商草一六六條)

第四 牙行若就有取引所或市場市價之商品、或有公定市價之有價證券而担任爲其買賣者、則無委託人之反對指命、牙行卽有介入權。(商草一七六條參照民草二一七條)此所謂介入

權者。即自爲担任行爲之相對人。而爲其行爲目的物之賣主買主之謂。惟牙行實行介入權時。應注意左列各款。

疏 委託人託牙行賣貨。而自買之。或託其買貨。而自賣之。即行使介入權也。考民草規定代理人不得爲本人對於自己爲法律行爲。蓋因一法律行爲當專人兩造之利害常相反對。一人兼之則恆難以偏私致生不公平之弊。但此種限制。乃預防私人利害之衝突。而設者。毫無衝突。則即不設限制。亦無不可。故牙行雖爲委託人之代理人。於此情形。亦許其自爲買主或賣主也。

甲 牙行須向委託人通知。既爲担任行爲。同時並明示實行介入權之旨。若不明示其旨。而僅

向委託人通知。既爲担任行爲者。則視作於委託人之計算與相對人爲担任行爲。(商草一

八〇條一項並參照一五九條) 其反乎此規定之特約。不生效力。(商草一八〇條二項)

疏 委託買貨。則當通知曰貨已買妥。且係我爲賣主云。委託賣貨。則當通知曰貨已賣出。且係我爲買主云。蓋不實行介入牙行與相對人間所生買賣關係。須經轉移程序。方能歸屬於委託人。實行介入。則牙行與委託人間。視爲有賣主與買主間之關係。此外別無相對人。因其如此。故結果不同。觀民草三六一條規定曰。債權關係發生後。非因歸責於債務人之事由。致不能給付債務人。免其義務云云。牙行既已實行介入。則所謂不能給付之事由。以牙行本人定之。若牙行不將介入之旨通知委託人。縱非因牙行本身之事由。致不能給付。仍由牙行負責。此所以保護委託人而防牙行之欺瞞也。因其爲關於公益之規定。故縱有不通知之特約。亦不生效力。

乙 其買賣代金。應依牙行實行介入權。而發通知時之取引所市價定之。(一七七條)

疏 市價逐日不同。故以發通知時之市價爲準。此法雖甚公平。實則牙行仍可上下其手。例如委託人託其賣貨。預料數日價必低落。乃遲五日發通知。則委託人仍受不測之損害。德商於此設救濟之法焉。即遲發通知。致物價低落者。委託人得向牙行請求差額。以制裁之。所謂差額。即應發通知日之價與實發通知日市價之差額也。

丙 牙行得請求普通之規費。關於担任行爲普通之費亦同。(商草一七八條)

丁 牙行因有上列三種請求權。故有前述質權之担保。

第四節 牙行與第三人(担任行爲之相對人)之法律關係

牙行乃用自己名義與第三人爲担任行爲者也。凡其與第三人間因該行爲所生之權利義務皆歸屬於牙行。(商草一五五條)是故其權利義務轉爲委託人之權利義務時必更依一般原則而實行移轉於委託人所必要之法律上手段。至牙行因担任行爲所取得之債權亦必有移轉之手段者。自不待言。(商草一七〇條)顧此種債權縱在移轉之前其於委託人與牙行之間及牙行與債權人之間亦視爲委託人之債權。(商草一七〇條二項並參看商草一七五條)此乃特別之規定。蓋專爲牙行破產之際保護委託人利益者也。除此特別規定外就牙行與第三人間之關係並無特應注意之事項。

疏 相對人爲賣主時所交付之貨物歸牙行所有。應依移轉方法歸屬於委託人。反之相對人爲買主時牙行交付貨物於相對人後對於相對人有債權。應依債權讓與方法移轉於委託人。方能取得債權人資格。而主張債權也。惟爲保護委託人計。在未移轉債權之先。牙行之普通債權人不得就其債權視爲牙行所有。而主張以之供清償之用也。

第五節 牙行營業規定之準用

前所述者爲關於牙行營業之規定。而商草更定左列情形亦應準用其規定。

第一 本章規定於牙行在營業上用自己名義於他人之計算担任買賣以外行爲者準用之。牙行以外商人在自己營業上用前式方法担任某種行爲者亦同。(商草一八一條)

疏

如上海牙行代北京之委託人買賣。担任運到北京則代買爲一事運送又爲一事。非一行爲也。惟仍準用本章之規定。又雖非牙行而與牙行類似之行爲亦然。

第二 承攬人以供出材料作製之不代替動產之交付委託担任者。視作本章所規定買賣之委託。

疏 如委託人託受任人代畫山水一幅(不代替物)併代供給畫紙受任人承諾委託人與畫師締承攬契約則權利義務直接由受任人發生。不過日後將權利義務移轉於委託人耳。惟在德國民法不代替動產不得為承攬買賣之標的物故商法特設規定焉。我民草只言動產未著明代替不代替字樣。自可包舉一切無須在商草別設規定也。

第四章 運送承攬營業

第一節 總說

用自己名義於他人送貨之計算而担任交付運送品於運送人或海船運送人以爲營業者。卽爲運送承攬人。(商草一八三條)若就此定義分晰說明。則大略與前章牙行營業之說明相類似。自應毋庸詳述。願運送承攬人本來之營業行爲(担任行爲)並不在物品之運送。而在運送之包代。蓋凡運送物品以及關於運送之一切行爲。全由一手經承也。(參看商草一八五條一八六條並參照一五四條一五六條一五七條)雖然運送承攬人之本來營業行爲。固代運送之包代。第如後節所述。營是業者。卽有廣汎之介入權。(參看商草一九二條)故在實際上。無不兼營海陸運送業者也。

運送承攬營業與牙行營業極相類似。是故商律草案中。定明凡運送承攬營業章內無特別規定者。則應準用牙行營業之規定也。(商草一八四條)茲僅就其特別規定說明如下。

疏 如轉運公司以承攬運送物品爲業。而攬客貨行李。而與輪船公司訂約。其性質與牙行相似。因係以自己名義爲之故也。就歷史之觀之。運送承攬人實由牙行進步而來。最初牙行一面代買貨物。一面代爲運送。嗣後商業發達。運送之途日遠。輪船鐵路更迭頻番。非熟悉情形者。鮮能措置裕如。而運送承攬業出焉。例如由天津運至倫敦中途銜接。不斷於商業上便利殊甚。考瑞士西班牙葡萄牙商法。運送承攬人與運送人幾無區別。牙行與運送業本應依次規定。不可分開。惟因運送承攬業與牙行相似。故於牙行運送業之間規定運送承攬業。而德國商法則列運送承攬業於牙行之前。職是故也。

第二節 運送承攬人之權利

運送承攬人之權利。規定於本章內者。列舉於左。

第一 運送費及規費之請求權。

疏 運送契約雖由運送承攬人締結。而損益則概歸送貨人。猶之牙行以由担任官爲所生之損益歸諸委託人也。

甲 運送費之額 運送承攬人對於送貨人請求運送費時。其費額不得昂於其與運送人或

海船運送人所約定之額。(商草一八七條)

乙 請求規費之時期 運送承攬人將運送品交付於運送人或海船運送人後。得請求規費。

(商草一八九條一項並參照商草一七二一條及本講義二十七頁)

疏 此指無特約時言。如有特約。則從下段規定。

丙 運送費之特約 運送承攬人與送貨人約定一定之運送費者。不得另請求規費。但有特

約者。不在此限。(一八九條二項)

疏 德國商法以包運送費規費於一處者。適用運送業之規定。因其與運送業無異故也。

第二 運送費規費及其他對於送貨人之債權有法定質權。此種質權以運送品爲目的。而運送品又須以尙爲運送承攬人所持有或其有價證券歸自己占有爲限。(商草一九〇條)蓋運送承攬人依商草二二四條之規定。可以自居送貨人之地位而處分運送品。茲所謂法定質權。乃指彼時之運送品而言者也。

疏 曰他債權如代爲整理包裝之費用是。口有價證券如提單是。依前所述運送承攬人請求報酬之時期。在交貨之後。而質權又以其所持有爲限。則是所謂質權似乎有名無實。但可自居於送貨人之地位。有中止運送處分運送品之權利。即相對人不履行債務時。可返還或拍賣運送品以供清償之用也。運送人所發之提單有二種作用。一爲收受貨物之證明。一爲委託人取貨時之證券。凡運送有提單者。運送承攬人須占有提單。無提單者須占有貨物方能行使質權。

第三 介入權

運送承攬人若無特約。皆得自爲運送。在此情形。運送承攬人則有與運送人或海船運送人同一之權利義務。並得請求運送費及其他普通所生之費用。(商草一九二條並參照商草一七六條以下)夫運送承攬人既有如此廣汎之介入權。故學者中或謂近世運送承攬業可分二種。一爲牙行的運送承攬業。即用自己之使用人及運送具以爲運送者。是。二爲運送企業。即利用大規模之交通機關以爲運送者。是。若其專爲包代而不自爲運送之運送承攬業。於立法上實無須認許也。

疏 牙行之介入權有一定條件。而運送承攬人無之。牙行的運送承攬業規模狹隘。爲準牙行附於牙行之後。如代人搬家之大車。是運送企業則規模較大。如轉運公司。是。現在運送承攬業多兼理運送事業。專爲包代之事甚少。無須

別設專章也。

第三節 中間運送承攬

運送承攬人遇有必要情形得使用中間運送承攬人或必須使用中間運送承攬人。中間運送承攬人云者。即運送承攬人在運送中途爲使其運送銜接起見所指定之同業者是也。事實上往往有於最初之運送承攬人外發生多數中間運送承攬人之例。於此情形其中間運送承攬人之權利如何即對於委託人之權利如何。商草中有特別規定。茲述於左。

疏 例如由上海經美大陸至倫敦中途由桑港至紐約須更火車運輸則上海之承攬人可指定桑港之承攬人爲收貨人再由桑港承攬人指定紐約承攬人爲收貨人紐約承攬人再運至倫敦交貨其間交貨人與桑港紐約承攬人間生有法律關係。爰有特設規定之必要焉。

第一 中間運送承攬人有代前運送承攬人行使其權利之義務。(商草一九一條一項)

疏 如前例上海桑港兩承攬人未得規費已將貨物交付紐約承攬人之手。應由紐約承攬人代前二人行使賣權如置之不顧則負代爲履行之責。

第二 中間運送承攬人若代送貨人對於前運送承攬人之權利而爲清償則取得該承攬人之權利。(商草一九一條二項) 此蓋適用民法上代位清償之法理者也。(民草三四四條)

疏 如前例桑港承攬人代送貨人墊付費用於上海運送人則取得上海承攬人對於送貨人之權利。

第三 中間運送承攬人若代前運送承攬人而清償其對於運送人所負之債務則取得該運送人之權利。(商草一九一條三項三三五條一九〇條)是亦應用民法上代位清償之法理。當然

應有之規定。

疏 實際上多貨到即交運費。如前例桑港承攬人代上海承攬人付運費。於運送人則取得運送人對於上海承攬人之權利。此種權利爲原始取得。耶抑繼承取得。耶前者不繼承前主之瑕疵。後者則繼承前主之瑕疵。學說不一。就本案解釋以繼承取得較當。

第四節 運送承攬人之義務

運送承攬人之義務。商草中之規定如左。

第一 運送承攬人於担任事項。應有常規商人之注意。(參照商草一五六條)担任事項。維何。蓋

即選擇運送人中間運送人及交運事項是已。(商草一八三條)

疏 關於運送承攬人應注意事項。立法例不同。有使負一切責任。而概指規定者。有僅將應注意事項列舉。訂明此外不負何等責任者。商草採後例。即除選擇運送人中間運送人之當否及交運事項之妥否外。其他事項。概由運送人等負責。就立法論言。爲保護送貨人計。應以前例爲。

第二 運送承攬人不能證明其非因自己或使用者怠於注意者。不得免運送品喪失毀損及遲延之損害賠償責任。(商草一八六條)是乃普通證明責任原則之例外。而所以使運送攬承人之責任重大者也。

疏 所謂喪失。指除物質消滅外。包一切不能交付之情形言。(如被稅關扣留)所謂毀損。指物質未消滅而生有瑕疵。所謂遲延。依契約定之無契約者。從習慣此其一也。民法上應負責之情形。以故意過失爲限。此則自怠於注意。較民法責任爲重。此其二也。民法上對於使用人之故意過失負責者。除就選任監督不注意之負責。即對於自己之行爲負責也。此則無論選任監督之如何。使用人苟有上述情事。即須負責。乃對於他人之行爲負責。此其三也。考訴訟通例。由主張權利人(即受貨人)負立證之責。此則由義務人(運送承攬人)負證明之責。惟證明不易。敗訴後每至賠償此其四也。

第三 運送承攬人之責任。既知斯重大。故使因一年之時效而消滅。其起算點自受貨人受領運送品之日起算。惟其期間。關於運送品全部喪失者。則自應交付之日起算。若於運送承攬人知運送品之喪失或毀損者。不適用之。(商草一九三條)

疏 逾時太久則當事人之立證及審判衙門之調查均感不便。故縮短時效期間。曰應交付之日。即依契約或習慣應交付之日。因此時運送品全部滅失無領受之事。即無領受之期。故也。條文應於一運送承攬人知運送品之喪失或毀損一字義之下。加一而。出於惡意。五字。以昭明顯。惟此時應依民律之三十年時效乎。抑依商草之五年時效乎。學說不同。余謂一三九條五年時效之規定。僅雙方商行爲所發生之債權方能適用。此處委託人與運送人之間。有時爲雙方商行爲。有時爲一方商行爲。因送貨人不盡爲商人。似應分別情形於雙方商行爲時爲五年。一方商行爲時爲三十年。

第五節 運送承攬業規定之準用

商草一九四條載明本章規定於運送承攬人以外商人在其營業上以自己名義於他人計算担任以運送品交運送人或海船運送人運送者準用之。(參照一八一條)此條意義至顯。自毋待說明。

疏 如代理商牙行爲本商或委託人買貨交付運送時準用之。

第五章 運送營業

第一節 總說

凡使物品或旅客從一處移轉至他處之事實上作用稱之曰運送。若當事人兩造約定爲運送之法律行爲。則名之曰運送契約。就運送契約之性質言之。雖有主張雇傭說事務委託說者。然均不

足採用。實則一種承攬已耳。

疏 主雇傭說者謂轉賣物須盡相當之勞務。彼造對之與以報酬。雇傭契約內容相合。惟雇傭以勞力爲主。而運送以設備爲主。殊不妥。主委託說者謂運送人受送貨人之委託。而爲運送。與委任契約內容相同。惟委任在民草上。以無報酬爲原則。此則反是。又。民律上委任契約。特約報酬者。乃勞務之補償。而運送費中。則於勞務補償之外。尚有設備費之補償。故通說以之爲承攬契約。因運送之事。係以運送事項包辦。於運送人對於完成事項之結果。而與以報酬。與承攬契約之內容正適合也。

第二節 運送之種類

運送依觀察點之不同。可爲種種之分類。茲述其重要者如左。

疏 第一係就運送目的物而分類。第二係就運送之處所而分類。第三係就運送之器具方法而分類。

第一 物品運送與旅客運送。德國一般學者。有主張通信運送者。蓋即以書函電報電話之通

信爲一種運送者也。夫書函之由一處移動至他處者。乃不過通常物品運送之一種。而以電報爲通信者。亦僅可視作一種承攬契約。並非運送契約。至以電話爲通信者。則不特不能視爲運送契約。並不能視爲承攬契約。而與借貸借相類似者耳。

疏 運送之標的物須係有體物。電報則無體可言。蓋以打若干字電報之事。包辦於電報局。故可視爲承攬契約。至於電話則各戶備置電機。名其報酬曰租金。與借貸借相似。不能視爲承攬契約也。

書函之移送爲物品運送。既如上述。則以此爲營業者。自屬運送營業。惟依近世各國之例。大抵以此爲郵政業。屬於官營。遂設有特別法焉。

第二 陸上運送與水上運送。水上運送更。可分爲內水運送（江河湖泊港灣之運送）與海上

運送二種。海上運送在英德法及其他諸國。皆定有特別之法規。而商草亦採同樣之主義。至內水運送。雖亦應有特別法規。但日本商法及中國商法。則與陸上運送設同一之規定。(商草一九五條)是故學問上對於海上運送稱陸上運送者。則包含純然陸地運送與內水運送二者而言也。由此觀之。則商草運送營業之規定。乃適用於廣義之陸上運送者矣。

疏

英國有商船條例。德國於商法中置海商法一編。乃商法之特別法。不適用一般之規定。商草稱曰海船法。即海商法也。

第三 船舶運送鐵道運送車馬運送人力運送。船舶運送有海上內水之分。海上之船舶運送。各國有特別規定。而內水之船舶運送。則無中國商草。乃以與陸地運送為同一之規定。若德國則關於內水船舶定有特別。此乃可採為先例者也。鐵道運送。各國概不問官營與私營。而各有特別法規。惟私法的事項發生。而無特別法之規定者。則商草運送營業之規定。亦可通用。至車馬人力等之運送。其以為營業者。自應通用商草運送營業之規定。更無待論也。

疏

長江大湖雖與海上不同。而與陸上亦異。如使適用關於陸上運送之規定。亦殊不便。各國皆有鐵路運輸規則。對於商行為之運送。一章為特別法。鐵路運送人之權利義務。較普通運送人為重。為行政上便利。劃一計。有特設規定之必要。例如何時開車。裝載貨物如何辦法。運送費如何計算。責任由何人負擔。均應制定強行法規。不宜任私人自行訂定。概德國商法於鐵路運送章。規定交貨受貨及賠償責任等事。參議亦即斯旨。

等三節 運送契約當事人

運送契約之當事人有四。運送人。送貨人。受貨人。及旅客是已。茲分別說明之於左。

第一 運送人 商草內載在陸地江河及其國內水上。以運送物品或旅客為業者。為運送人等

語(商草一九五條)是故海上運送人不在商草所謂運送人之內(參照商草一八三條)而單純之搬運勞力人亦非所謂運送人也。蓋單純勞力人並不得謂爲以運送爲業故也。

疏

口其他國內水上各湖泊港灣是。單純之搬運勞動人如拉車之夫荷物之夫是此等人藉純粹勞力糊口法律關係極形簡單不得謂爲營業也。

第二 送貨人 卽用自己名義而委託運送人運送物品之人。質言之卽運送契約之當事人是也。送貨人不必運送品之所有人亦不必以自己計算爲委託者也。

疏

送貨人非物之所有人時如代他人與運送人締約時是不以自己計算而委託運送時如運送承攬人代送貨人交貨於運送人是。

第三 受貨人 卽在運送目的本應領受運送品之人是也。受貨人雖非運送契約之當事人然

依法律規定亦應有運送契約上之權利義務。自屬運送關係上重要之當事人也。

疏

如甲至津交貨於運送人乙令其運至上海交丙收受則丙爲受貨人當甲乙締約之初丙非當事人未與聞締約之事惟甲乙締約之目的在使丙收受貨物故法律之規定受貨人取得權利和負義務以達締約之目的焉質言之受

疏

貨人之權利隨運送行爲之進行而漸次增高也。

第四 旅客 旅客卽在旅客運送契約時爲運送人之相對人者也。然有時旅客自身不締契約而由他人締結之者。

疏

如甲由京赴盛河與車行訂約乘車北行其隨行之僕從宅眷亦爲旅客而非締約之。

第四節 物品運送

第一款 運送狀

送貨人與運送人締結運送契約時。爲使受貨人知悉契約內容起見。大抵作成書面。卽以受貨人爲受取人。而記載其主要條項。此種書面。卽運送狀是也。運送狀概由送貨人交付於運送人。更由運送人將該書面與運送品送至到達地。而同時交付於受貨人。受貨人接受該書面後。卽知悉運送契約之條項。因而比照書面之記載。與送到物品。審查無誤。而後受取之。是爲普通之習慣。蓋運送狀之作成。雖非運送契約之成立要件。然於實際上。誠爲最有益之書面。是故送貨人因運送人之請求。必須交付運送狀。此乃運送契約成立之效果所當然也。(商草一九六條)

疏 如甲在津與乙締運送之。他乙送貨至上海交付於丙。則貨物數量若干。報酬若干等。丙皆不悉。故以運送狀爲要中。國習謂之發貨之單。與運送品同時交付於受貨人。實際上亦有先將貨單寄與受貨人。再由受貨人持單取貨者。

運送狀中。應記明左列各款事宜。並須由送貨人簽名。但亦得以刻板代簽名。(商草一九七條)

疏 簽名所以證明責任之所在。刻板卽蓋戳也。

第一 運送品之種類、重量或容積及包裝之種類數目記號。

疏 包裝完整。貨物不易受損。與運送人之責任大有關係。

第二 到達地。

第三 依稅關、租稅、警察之規定。所應添具之必要文件。

疏 驗關之單、納稅收據。均應載明單上。

第四 關於運送費之事項。若係前付。則其金額。

疏 例如運米百包其一包運費若干百包共費若干均應記載。

第五 受貨人之姓名或商號。

第六 運送狀之作製地及其年月日。

此外有認爲必要之事項。自可記入於運送狀之中。

運送狀中所記載之事項。應期其正確完全。而應由送貨人對於運送人負責任。(商草一九八條)

又運送品交付於受貨人以前。所必須添具之一切文件。適合於稅關租稅及警察法規之規定。送貨人應負交付之於

運送人之義務。(商草一九八條中載有未交付受貨人以前等語實德國商法之誤譯)

疏 常送貨人交運時外。有包裝運送人無開視之權。故如實爲下品而故弄上品者。應由送貨人負責與運送人無涉也。

第二款 提單

提單云者。即運送人所交與送貨人之運送品收據。而同時用以爲處分運送品之證券也。故送貨人得請求運送人製作提單。(商草二〇〇條)而送貨人受領提單後。因運送人之請求。亦應製作其繕本簽名交付之。(商草二〇三條)

疏 中古時代地中海沿岸商業繁盛。埃及土耳其之貨物與西方貨物互易。由海船裝運時。付有載貨證券。因動產移轉以交付爲要件。若於交運之後。欲行賣貨。可依證券讓與方法爲之。其後陸上運送亦依此辦理。

第一 提單記載事項 提單內應記明左列各款事宜。而由運送人簽名於其上。

一 運送品之種類、重量或容積及包裝之種類數目記號。

三 到達地。

四 依稅關租稅警察之規定所應添具之必要文件。

五 送貨人之姓名或商號。

六 運送人之主營業所。

受領運送品人或其指命人之姓名或商號。製作提單為指命式而未記明指命人姓名

或商號者。則以送貨人視為指命人。(商草二〇二條)蓋凡提單不得用無記名式也。(商草

二〇七條)

疏 證券之形式凡三。即記名式指命式無記名式是也。記名式僅記有一定之人之姓名。指命式則權利人所指定之人亦可行使權利。無記名式則無論何人凡證券所持人皆可取貨。提單則或為記名式或為指命式而無無記名式一種。以沿革言之。古代僅有記名式。純依票背簽名方法而為讓與。商人頗感不便。而指命式出現。今票據即未記有指命意旨。除有特別意思表示。如書明不准轉讓他人。外。皆可指命他人。二者幾無區別矣。第四項有姓名商號故不許用無記名式。若未記名則法設推定之文。只送貨人或其指命人可以取貨也。

第二 提單之特質

一 提單在法律上當然為指命證券。是故非指命式(即記名式)之提單。若未禁止背書者。皆得以背書讓與之。(商草二〇六條二項)又提單中所指定之受貨人。或依背書讓受提單者。認為有受領運送品權利之人。(商草二二七條)

疏 背書讓與方法悉依票據法上規定。

二 提單爲物權的證券。(即讓證券) 蓋提單爲債權證書。而特與以物權的(物件代表的)

效力。是故提單之讓與其效力。與讓與運送品同。(商草二〇六條二項)

疏 如提單記明見單付貨及受貨人持提單請求交付貨物爲債權關係。曰與以物權之效力者即提單移轉同時運送品之所有權亦移轉也。

三 提單爲形式證券。凡製作提單時。其運送人與受貨人間。關於運送事項。應依該提單之

所定。若運送契約條項並未記明於提單內者。則除該提單有特別規定外。對於受貨人

效力。(商草二〇五條)然而運送人與提單所持人(似即送貨人之謂)間。無論提單如何記

載。關於運送事項。仍依運送契約之所定。(商草二〇四條)

疏 凡權利義務以券面所標明者爲準。曰形式證券。例如提單上載明米百石。不能主張交付油千斤。即以券面文義爲準。不許以事實推翻文義也。否則讓受人恆受意外之損失。與票據轉流通之旨相背。惟送貨人乃當初

與開訂約之人。契約內容固之畢悉。既無損失可言。自妨依事實辦理也。

四 提單爲受戻證書。(即引換券證)是故製作提單之時。非以之相引換。不能請求運送品之

交付。(商草二二二條二一八條)

疏 如不將提單收回。則有二重取貨之虞。於運送人殊不利益。曰受戻者贖回也。

第三款 運送人之權利義務

第一項 運送人之義務

凡運送人依運送契約之所定。實負完全執行其運送事項之義務。此種義務。即承攬契約上之義務。

務也。蓋商草所規定之運送人一切義務。皆從此而生。茲分別說明之於左。

第一 運送人若不能證明自己或運送承攬人或其使用人關於運送品之受領交付保管及運送並未怠於注意者。則就運送品之滅失毀損及運送遲延不得免損害賠償之責。(商草二〇八條二二三條) 惟交付貨幣有價證券使爲運送者。苟不明告其種類及價額。則運送人不負

損害賠償之責(商草二〇九條)

疏 (一)範圍以受領交付保管運送四種爲限。(二)程度以是否怠於注意爲準。昔時運送人之責任。探事變責任主義。即因天災地變以致滅失毀損者亦須負責。自運送人即保險人之格言。現今法商法一〇三條一〇四條尚存此制。他國則以責任太重且有保險制度發生。用不任意責任主義。即責任之有無。以是否注意爲準。已注意仍發生損害即不負責。德日商法及商草探之。惟德法於鐵路運輸。探用事變責任主義。三、賠償之原因。以滅失毀損遲到爲限。以外者依民法。(四)他人之行爲。即運送人對於運送承攬人或自己使用人之行爲。應負責任。是五、舉證之責任。是否怠於注意。由運送人負舉證之責。程途過遠。行時中途免運。送承攬人爲之照料。一切故於運送人之下。添運送承攬人焉。貨幣及有價證券。係貴重物品。通知之後。則可喚起注意。用特別方法爲之保管者。並未通知。誤用普通方法管理。一有滅失毀損。遺使負責。未免過苛。故以明告其種類價額爲負責之條件焉。

如上所述。運送人負損害賠償之責。而商草關於其賠償額有左列特別規定。

疏 損害賠償之額。先決定應否賠償。次決定其應賠償之額。

一 運送品全部滅失者。其損害賠償之額。依應爲交付時到達地之價格定之。(商草二一〇條) 至運送品遲到者。亦準用之。(商二一一條但書)

疏 如四月一日。在上海交付。則就是日之上海價賠償之。如四月一日。值千元。十日。值八百元。如運交十日。則應賠償差額二百元。

二 運送品一部滅失或毀損者。其損害賠償額。依實爲交付時到達地之價格定也。(商草二

一一條

疏 因此時尙有物可交。故賠償差額可也。

三 因前二項情形勿用交付運送費關稅及其他費用。應自賠償額中扣除之。(商草二二〇

條但書及二二一條二項)

疏 如由津運滬之行至煙台即滅失則在上海
上之夫役費關稅均已節省應扣除之。

四 如運送人有惡意或重大過失時。應負賠償一切損害責任。(商草二二二條)

疏 依民律損害賠償之原則有契約不履行之賠償及侵權行為之賠償前者額少而後者額多因並問接損害亦須賠償故也。例如因運送人之重大過失將價值千元之行滅失而受貨人已預與入並約違約金百元則此百元雖非

運送契約直接發生乃間接損害者亦須賠償。

第二 送貨人得對運送人請求中止運送返還運送品及其他處分。於此情形。運送人亦得請

求既已運送部分之運送費墊付金或得請求其他處分之費用。(商草二二四條一項民草七

八一條七六九條七七五條七八〇條並參照商草二一九條) 惟送貨人此種權利。運送品已

運至到達地而受貨人請求交付後即歸消滅。(商草二二四條二項並參照二二六條) 如發行

提單。而送貨人請求返還運送品或請求為其他處分時。則應返還其提單。如果提單未經返還。

則運送人對於該提單之正當占有人。即應負損害賠償之責。(商草二二八條)

疏 民法上承攬契約。定作人可請求承攬人中止承攬事項。須賠償其費用。其費用與之相似。既已運送部分之運送費。應按程途遠近比例請求。且墊付金如原金保險費是。日其他處分之費用。如託牙行賣貨之規費是。日其他

處分如甲託乙由津運貨至滬預期可獲厚利及彼運之後接到滬電該貨價大跌落乃中止之若再返還則運費大而成本重乃使在烟台賣却焉。送貨人之此種權利學者命名各殊有追及權處分權指命權三種余以指命權說較當此等權利自運送契約成立後交付物品時而發生至受貨人請求交貨後而消滅（僅對於到達地尚不消滅）若送貨人指命在前受貨人請求交貨在後則以送貨人之指命為準反之若受貨人請求交貨在前而送貨人之指命在後則不從其指命焉。提單所有人即物之所有人故須提單與貨物互易方可處分如送貨人未交出提單即請求處分運送人從其指命則日後有正當權原之提單占有人請求交貨運送人不能與之對抗若非正當例如提單由竊取而來者則否。

第三 運送人對於受貨人（茲所謂受貨人者即廣義之受貨人凡可認為真有受領運送品權利之人皆屬之）有交付運送品之義務（商草二二七條二二〇條）

疏 廣義受貨人例如原受貨人以提單轉讓於他人則讓受人即受貨人。

凡運送人責任既如上述而關於其責任消滅商草又有特別規定茲說明如左。

第一 運送人之責任因一年短期時效而消滅（商草二二五條）此則與前述運送承擔人責任之時效全然相同。

疏 責任既重若永久負擔未免過苛故有一年短期時效之規定。

第二 運送人之責任於受貨人（廣義）不留保異議而受領運送品且支付運送費及其他費用時即行消滅但運送品有不能即時發見之毀損或一部滅失而受貨人於交付後十日內對於

運送人發通知者則不在此限。

疏 曰留保異議如言貨物暫收異日查出短少毀損情形則須賠償此時仍依一年時效也。如不留保異議則推定已承認運送人完全履行義務故有此規定也。但書規定十日內未發見或發見而未通知則仍消滅必發見而通知者方

依一年時效。

以上規定。於運送人因惡意或重大過失致有毀害者。不得援用。(商草二二六條)

疏 以上規定。所以保護善意運送人也。若係惡意或有重大過失。則無保護之必要。例如運送人料定受貨人性情癡呆。故意乾沒一部是也。

第二項 運送人之權利

凡運送人之權利。大抵本於運送契約。而在商草。關於此項權利。亦有左列特別規定。

第一 運送費請求權。運送人自有運送費之請求權。願運送品之全部或一部。因不可抗力而

滅失者。運送人不得請求運送費。若運送人已受領其運送費之全部或一部者。應返還之。(商

草二二四條一項。民草五三四條) 但運送品之全部或一部。因其性質或疵病或送貨人之過

失而滅失者。則運送人仍得請求運送費全額。(商草二二四條一項。民草五三五條)

疏 運送契約與民法上承攬契約相似。承攬契約乃有價契約之一。於完成事項後。當然得以請求報酬。運送契約大抵相同。至請求報酬之時期。原則上在交付貨物於受貨人時。(即事項完成時) 惟可定前付契約。民草五二四條

規定。雙務契約當事人。一造所負之給付。因不能歸責於當事人兩造之事。由致不能給付者。無向相對人請求對待給付之權利。此處法意略同。運送契約亦雙務契約之一也。民草五三五條曰。雙務契約當事人。一造所負之給付。因歸責

於相對人之事由。致不能給付者。不失其受對待給付之權利。商草二二四條規定。即斯意也。

第二 運送品之供託或競賣權。運送人於左列情形。得將運送品供託或競賣。

一 運送人不能確知受貨人(廣義)於此情形。運送人得將運送品供託之。並得定相當期

間。催告送貨人。請求指命運送品之處分。若送貨人不為指命。則得競賣運送品。又運送人為

供託或競賣者。應對於送貨人速發通知。而凡商行為買賣時。關於賣主供託競賣權之規定。

均應準用。(商草二二五條)

疏 運送人之交付運送品一方為權利一方為義務不能因受貨人之不受領即永久負保管之義務也。民律提存之規定所以保護義務人蓋經提存後可免除義務與履行同也。相當期間按距離之遠近及通信之便否而定。受貨人若有指命則從其指命若無指命則留寄物之一部充自己之需酬費用其餘則提存之。

二 受貨人(廣義)拒絕受領或因障礙不能受領時。此種情形亦應準前列情形為之。惟在運送人為競賣以前應先定相當期間。催告受貨人。使速為受領。如逾期不受領。再行對於送貨人為催告。又運送人為供託競賣時。除通知送貨人外。對於受貨人亦應通知之。(商草二二七條)

疏 有指命則從其指命無則拍賣。前項情形因不知受貨人故不發通知。則知受貨人故亦須對之發通知。

第三 法定質權 運送人就運送品上有法定質權。蓋所以担保運送契約上之債權也。關於此項法定質權應準用運送承攬人所有法定質權之規定。(商草二三五條)

第三項 運送人對於受貨人權利義務

運送契約之當事人即運送人及送貨人。至受貨人(廣義)則不過所指示之人。而應將運送品交付之而已。乃單純之第三人。非契約當事人也。然而運送品既須交付於受貨人。而運送費等類。又須待運送品交付之際始可取得。是則受貨人在運送之經過中亦不能不加入運送關係之內。此法律所以必須規定受貨人在運送關係上之權利義務。以使受貨人法律上之位置明確者也。夫

受貨人法律之位置。既由法律上直接規定。則其權利義務。決非因運送契約而生者。從可之矣。

疏 受貨人非締約之人。乃第三人。如法律不特設規定。則受貨人無請求交付物品之權。不能受領運送品。無交付運送費之義務。則運送人之運費。無從取償。殊難達訂約之目的也。德學者有謂受貨人之權利。乃根據於運送契約。謂運送契約係爲第三人利益所締之約。受貨人即享受利益之第三人也。然就商草解釋則否。以有明文規定故也。或謂受貨人之取得權利。乃由於送貨人移轉而來。然如此則一經移轉。送貨人權利即消滅。而實際常有送貨人與受貨人之權利同時存在者。可知其說不常。

受貨人對於運送人有左列之權利。

第一 運送品未到達前之權利。

一 提單正當所持人。關於運送品之處分。其權利與送貨人同。(商草二一九條二一四條參看)

疏 正當所持人有指命權。原所有人即不能行使指命權。

二 受貨人對於運送人。爲保全運送品。得爲一切必要處分。且有託運送人以必要事項之權利。(商草二一五條一項)但運送品交付之請求。非由送貨人指命運送人時。不得爲之。(商

草二一五條)

疏 前段指有提單而言。此段則否。受貨人之指命權。僅得於保全一點爲之。範圍極狹。故如請求中止運送。返還運送品。則所不許。受貨人在中途請求交付。非有送貨人之指命。不得爲之。

第二 運送品到達後之權利。受貨人不問是否爲自己利益起見。均得以自己名義。對於運送

人主張因運送契約所生之權利。但送貨人既行使運送品處分權。(商草二一六條一項)之際。

不在此限。但此規定頗與第二一四條二項失其均衡。蓋運送品到達後而受貨人未請求交付以前。送貨人亦有處分運送品之權。則是茲所謂送貨人未免與之有衝突。究竟其優劣如何。不能無疑。竊以為送貨人之權利當較優也。

疏 曰為自己利益如領受之後歸屬自己所有是不為自己利益如領受之後歸屬他人所有是。二一四條規定送貨人之指命權貨物雖到達標的地點命權不因而消滅此時受貨人亦有同一之指命權。二權利競合宜分優劣而免衝突。即荷送貨人於受貨人未請求交付前而為指命則嗣後受貨人之指命不生效力。但受貨人之請求在先者不在此限。若受貨人拋棄其權利於請求交貨之後則送貨人之指命權因之回復。

受貨人受領運送品後對於運送人即負支付運送費及其他費用之義務。(商草二二三條)此項義務之外又有各種義務若參照看運送供託競賣權之規定(商草二二六條)即可推知也。

第四款 連帶運送

數運送人相繼担承同一之運送者稱之曰連帶運送。關於連帶運送應有左列之注意。

疏 相繼運送有三(一)部分運送即數運送各各自獨立担任運送之一部者。申言之送貨人劃定運送區或而與各區域之運送人締結契約者。或運送人完結自己之運送後再以送貨人之代理人名義與其他運送人締結運送契約者。皆是此等運送人間並無連帶責任。如由京至滬分為二區即京至津火車路為一區津至滬輪船路為一區各個獨立不相牽連第一區運送人只就本段之事負責第二區所生之損害則不負責第三區運送人亦然。又由運送人以送貨人名義與他運送人訂約為代理關係若以自己名義為之則為運送承攬業與此不同。(二)同一運送契約即一運送人包攬運送之全部再以自己名義分交各運送人運送或自己完結一部分後始以自己名義交其餘部分於各運送人運送者。是此項情形對於送貨人負責者僅主運送人一人其餘運送人之行為不過視為主運送人之使用人而已。例如甲以貨物交乙包運由京至滬乙就京津一段與丙訂運送之約由津至滬一段與丁訂運送之約此與運送承攬相似。此前段之例也。又如京津一段乙自行運送而以津滬一段交戊運送此後段之例也。此及其他運送既視為主運送人之使用人。故此等人如就滅失毀損遲延等事怠於注意者須由主運送人負責。(三)連帶運送與部分運送相似第責任不同詳見下文。

第一 連帶運送之成立及其性質。凡繼他運送人之後續為運送之運送。依明示默示之意思

表示以加入於該運送契約而受領最初之運送狀及運送品者。則成爲連帶運送。是故連帶運送之際。其各運送人對於送貨人各爲獨立運送契約之當事人也。(商草二二一九條一項)

疏 部分運送如運送人有一運送狀而連帶運送則僅一運送狀轉於數運送人之手。可知原運送狀之交付不啻契約後運送人之收受運送狀即爲承諾蓋獨立契約也。

第二 連帶運送人之權利義務

對於送貨人及受貨人之關係。各連帶運送人對於送貨人及受貨人其權利義務與普通單獨運送人所有之權利義務無以異。若最初運送人交付提單後。繼運送人之權利義務亦依提單所記載者爲標準。(商草二二二一條二〇五條) 然而連帶運送之際。因各運送人有法律上連帶責任。是故運送品有滅失毀損遲到之情形。則其原因不問應歸責於各運送人中之何人。而各運送人對於送貨人或受貨人均須連帶負責。(商草二二一九條二項) 各運送人間之關係應依一般連帶債務關係之法理。自不待言。至各運送人對於送貨人及受貨人之權利。可否亦視爲法律上連帶債權。(民草四九九條以下) 則以爲決非連帶。不過其間有後列之關係耳。

疏 如不連帶負責則責任發生地點究在何區不易證明。即多互相推諉。非所以保護送貨人。此即連帶運送與部分運送之異點。若一運送人已爲賠償而實際上係因他運送人之行爲致生損害。則可求償。若損害發生之處所不明。應由各運送人分擔責任。此指連送人之內部責任而言也。

第三 連帶運送人間之關係

一 最後運送人之代理義務。運送契約中若無特別條項。則最後運送人於交付運送品時。

應代行前運送人之權利。而於此情形，苟最後運送人就運送品上尙存續其質權者，則前運送人之質權亦應存續。（商草二二〇條一三四條一七三條）

疏 如運送人之契約係屬獨立，如無特別規定，則質權非當然存續也。

二 後繼運送人之代位權。前運送人若既受領後，繼運送人之償還，則前送人之權利債權及質權，即移轉於後繼運送人。（商草二二二條民三四四條）至前運送承攬人受後繼運送承攬人之償還，或受後繼運送人之償還者，亦準用之。（商草二二三二條）

疏 如由京運送之貨，京站脚行費用由通運公司代付，則該公司可取得脚行對於送貨人之權利，猶之民法上代位清償也。

第五款 運送營業法規之準用

上述之運送營業規定，於運送人以外商人在其營業上担任陸上國內水上之物品運送者，準用之。

第六款 質權之競合

當送交一件運送品時，往往有各種法定質權互相競合。此時應以發生在後者爲優先。（商草二三四條一項）茲列各法定質權如下。

- 一 牙行之質權（商草一七三條）
- 二 運送承攬之質權（商草一九零條）

三 運送人之質權 (商草二三五條一九零條)

四 倉庫營業人之質權 (商草二七零條)

疏 即在同一運送品上有數種質權並存也。此時應分先後之序。例如上海人甲託北京牙行乙買貨。乙墊付價金。並自
 己應得之規費。對於代買之貨物。有法定質權。嗣乙與運送承攬人而締約。丙應取得規費等。對於代買之貨物。有法
 定質權。丙又交貨於運送人丁。使之運送。至滬。丁應取得運送費等。對於送貨物。有法定質權。丁運貨至滬。交倉庫業戊存
 貨。戊應取得倉料等。對於該貨物。有法定質權。若義務人將上述各種債務完全清償。或不能清償。而就質權標之物。賣
 得金。分配於各債權人。而有餘。或適合固無問題。若不足清償。則依法定次
 序。最後者即倉庫營業人。有優先權。有餘。再以次清償。運送人等之債權。

第五節 旅客運送

關於旅客運送。應說明事項甚少。茲舉其大要如左。

第一 運送人對於旅客所受損害之責任。運送人不能證明非自己及其使用人怠於注意者。

應負賠償之責。(商草二二七條二項) 惟審判衙門定損害賠償額時。則應斟酌被害人及其家族

狀況耳。(商草二二七條二項及民草九八條以下)

疏 物品發生損害。應以物價定賠償之標準固也。但人身無價格之可言。不能準用前述之規定。故應斟酌
 被害人之地位而定之。例如一家所倚爲生活人。傷亡則額多。此外尙應視其人之職業高下如何也。

第二 運送人對於旅客行李之責任。

甲 旅客已交付於運送人之行李。在此情形。運送人雖未另行請求運送費。然其責任。則與

物品運送人同。(商草二三八條並參照商草二〇八條)

疏 旅客行李有交付運送人者。有隨身攜帶
 者。前者如箱籠鋪蓋是後者如提包是。

乙 旅客未交付於運送人之行李。若於此際而有滅失毀損之情形。則運送人除自己或其使用人有過失外。不負賠償損害之責。(商草二三九條)

疏 如提包等物。旅客多隨身攜帶。既在其自己監督之下。不應概由運送人負責。只以自己或使用者有過失為限。應為賠償。與前述之以怠於注意為準者不同。蓋此是否有過失為準。責任較前為輕。且此立證之責在旅客也。

第六章 倉庫營業

第一節 總說

凡為他人藏置及保管其物品。而以担任此藏置保管之事項為營業者。即為倉庫營業。(商草二四〇條) 是故(一)因倉庫營業所生之法律關係。乃寄託之關係。(民草七八三條以下商草一五條) 惟(二)其受寄物。必限於動產。而(三)其藏置處所。必須在所設備倉庫之內。則其特色也。所謂倉庫云者。無論地上地下水。上水中。凡適於貯藏物品。而為有形之建造物者皆是也。又凡營業人所設備之倉庫。其由於自己所有。抑租自他人。均非所問也。

疏 倉庫營業於藏置之外。尚須保管。若藏置之後。即置之不理。非倉庫營業也。民草寄託標的物。不分動產不動產。倉庫營業在於堆存貨物。無不動產一種。此其一也。堆存穀米多在倉庫。若堆存煤炭木石。則空地即可。又如煤河炸藥。存於地下。冰塊魚肉。存於水中。此其二也。

國家對於倉庫營業。有干涉主義。有放任主義。在干涉主義。則凡經營倉庫者。必須有一定資格及官署之許可。而開業時。又須提出保證金。如有侵權行為。則受特別之制裁。而平時則賦與特權。使博公眾之信用。在放任主義。則不然。以倉庫營業為自由營業之一種。毫不加特別之限制也。法國

採干涉主義。英德比採放任主義。商草及日商均依後例。

疏 採干涉主義使之提出保證金有侵權行為時除私法上負損害賠償責任外尚加以公法上之制裁以爲倉庫營業與一般人利害關係甚重非加重其責任委託人不安心也採放任主義以爲責任太重則無人爲之從是業者反爲無信用之人更不能達立法之真目的也

第二節 倉庫營業人之權利及義務

因倉庫營業行爲所生之法律關係乃寄託關係也。故倉庫營業人與寄託人間之權利義務苟商草中無特別規定者即應適用寄託之一般原則。(民草七八三條以下商草一一五條)自無待論。今茲僅就商草中特別規定說明之如左。

疏 民草寄託契約以無報酬爲原則倉庫營業反是。

第一 倉庫營業人之權利。

一 保管費、墊付金及其他費用之請求權。倉庫營業人於契約內雖未明定保管費當然有取得之權。(商草一一五條)即墊付金及關於受寄物之費用亦得請求之。(民草七九四條七七四條七七五條)惟倉庫營業人非至受寄物出庫時不得請求其支付。如受寄物一部出庫者則得依比例請求其一部之支付。(商草二六九條)

疏 曰墊付金如保險費是。曰關於受寄物之費用如包裝費是。

二 法定質權。庫庫營業人關於上列各種請求權在受寄物上有法定質權。但以受寄物依

持有或其有價證券歸自己占有者爲限。(商草二七〇條)

三 同種類受寄物之混合權。受寄物爲代替物者。則倉庫營業人若有寄託人之特命。即可將受寄物與同種同質之他物相混同。混同之際。倉庫營業人應從其包括受寄物之內。以各所屬部分。交付有受領權之人。(商草二六七條)

疏 混同之後。不必交付原物。例如甲乙丙三人之油貯於一池。各三分之一。則就其中之三分之一。交付於甲可也。

四 供託權競賣權。寄託人拒絕寄託物之受領。或不能受領者。倉庫營業人得供託或競賣其物。關於此事之程序。則應準用買賣時。賣主供託權競賣權之規定。在競賣之際。倉庫營業人應從競賣代價內。扣除自己之債權額。而以其餘額交付於寄託人及其他正當權利人。如競賣代價不能償還債權額之全部者。則倉庫營業人應將其事由。記明於賬簿之內。(商草二七六條)

疏 由其他正當權利人如牙行運送承攬人運送人等對於其物有法定質權時。是將事由記明於賬簿內。以便日後清償。

第二 倉庫營業人之義務

一 受貨物之受領保管及保險。此項義務。大抵與牙行之義務相同。(商草二六五條又一六四條至一六八條)但受寄物喪失毀損時。而倉庫營業人不能證明其非出於自己或使用人之怠於注意者。則仍應負賠償之責。(商草二六四條)又受寄物因有變質變色之虞及

其他事由。恐致減少價額時。應負通知義務。若其減少價格事由。價庫營業人以通常之注意。所不能發見之者。則不負其責。

疏

寄託人指命牙行代爲保險。牙行始有保險之義務。

倉庫營業人於寄託契約內。如未定有保管期間。則非自受寄物入庫之日起。經六個月後。不得返還之。但有不得已事由者。不在此限。(商草二七一條並參照民草七九一條)

疏

若隨時返還。寄託人一時難得藏置之處。所爲保護寄託人計。故特設規定也。所謂不得已之事由。如倉庫營業人欲倒閉改業時是。

二 許寄託人檢點提出或處分受寄物之義務。寄託人在倉庫營業人之營業時間。得隨時對於倉庫營業人。請求許其檢點寄託物。或提出寄託物。或爲保存上必要之處分。至受寄物之質權人(即質證券所持人)亦得請求許其檢點。(商草二六八條)

疏

使之隨時檢點。以便包裝損壞。隨時更換是也。前段保管期限。乃對於營業人之義務規定。寄託人自無妨隨時取去。否則不能隨時出售也。自保存上必要處分。始加厚包裝。起至受寄物質權人僅許檢點。不准提取。因其保存權利備是已足。

三 倉庫營業人責任之消滅

甲 寄託人若受領寄託物。并支付保管及其他費用。而不留保異議者。則其對於倉庫營業人之請求權。即歸消滅。而關於此事之詳細情形。並應準用運送人責任消滅之規定。(商

草二七七條二八八條)

乙 倉庫營業人因寄託物喪失毀損所生之責任。自出庫之日起算。經過一年。因時效而消滅。但寄託物全部喪失者。則應自倉庫營業人對於正當受領權人（證券所持人或寄託人）發通知之日起算其期間。

此外尚有倉庫營業人之權利義務。俟於倉庫證券章節中。更爲說明。茲不贅。

第三節 倉庫證券

第一款 總說

倉庫證券。乃與運送關係之提單相類似。即當寄託物在倉庫營業人手內時。而爲便於寄託人之利用起見。因寄託人之請求。由倉庫營業人所發行之證券是也。關於此項證券之發行。各立法例主義不同。茲別爲二類說明如左。

第一 干涉主義與放任主義。干涉主義。蓋發行倉庫證券。必須特種人（例如公司）而經特許者。始有此權利。且其證券。必爲指命證券。凡記名式無記名式。皆所不許。若放任主義。則不然。關於證券發行權及證券之形式。皆無所限制。如德國則採干涉主義。而其他諸國。概用放任主義。吾國商草。乃師後例。

疏 干涉主義之條件（一）須係公司。因其資力雄厚。以堅證券之流通信用。（二）許可。因資力是否充裕。須經審核也。（三）證券須指示式。若記名式之依債權讓與方法移轉。及無記名式之依交付方法移轉者。皆所不許。附記名式。特讓須經同意。程序繁雜。無記名式。無前手姓名。即失求償之途。信用不優。厚也。若夫指命式。則異是。前手後手。有跡可尋。依次求償。信用較厚也。

第二 單券主義與複券主義。單複並行主義。複券主義者。即必須同時發行兩張倉庫證券（商草則稱為複數倉庫證券）之主義。所謂存證券（預證券）及質證券（質入證券）之兩種是已。如法比意奧乃採用此主義。若單券主義者。乃祇須發行一張存證券（商草則稱為單一倉庫證券）之主義。例如德意志和蘭西班牙諸國法例及日本舊商法是已。單複並行主義。即於前兩種方法中。由當事人擇一以行之者。是以俄國商法及日本新商法。即其實例。商草亦然。此三種主義。其利害得失如何。學說紛紜。莫衷一是。竊以為複券主義較善也。

疏 複券主義與金融社會最便。與發行倉庫證券之精神相合。蓋轉讓與典質券不相妨。持券人可收充分之利益也。例如現時貨價低落而急需現款。未便以賣貨籌款。乃以質證券出質。以借款。俟貨價昂貴後。再以存證券賣却之。此處分上便利之說也。貨物存於行棧。不能生利。有質證券流通於世。與多一宗現款同。此金融上便利之說也。若夫單券主義。則只證券一紙。既質即不能售。賣致有因貨價之低落。需款之孔殷。廉價出售者。有先經典質。嗣後價昂而無款償。質證券不能取回。徒喚奈何者。不如複券之為符也。據日本舊商法採用單券主義。及改正之時。學說爭論極烈。現行商法採用複券主義。而實際上貨物一經典質。人多不肯購買。已不能收複券之效用。委託人仍多使倉庫營業人發行單券。故近日學者主張恢復單券派頗不乏人。然此乃日本金融未發達之故。若至金融發達之時。則複券主義當然可收效益也。

第二款 複數證券之發行

倉庫營業人遇寄託人之請求。即須發行複數證券（存證券與質證券）而交付之。（商草二四一條）此複數證券。又必須有連續之形式。而同時發行者（商草二四三條一項）若僅請求其一券。則倉庫營業人無須應其請求。

複雜證券。須各券相連續。而各券內並記載左列事項。更須經倉庫營業人之簽名。（商草二〇二

條二四三條二項)

〔疏〕請求發行複數證券。抑單證券。寄託人有選擇權。又複數證券連續之形式如何。法未規定。大抵證券號碼相同。並用一騎縫印。

一 受寄物之種類、性質、數量及包裝之種類記號。

二 寄託人之姓名或商號。

三 保管之處所。

四 保管費。

五 定有保管期間者其期間。

六 受寄物交保險者其保險金額、保險期間及保險人之姓名或商號。

七 證券之製作地及年月日。

八 表示其證券之爲複數。並分別載明存證券或質證券字樣。

上述要件除第五款及第六款外。如缺其一。則倉庫證券即非有效。

〔疏〕第五第六各項有訂明者。有不訂明者。如不訂明。則毋庸記明。

在證券之正當所持人。對於倉庫營業人。得請求其將寄託物分割爲各部分。並就各部分各別發行倉庫證券。而使之交付於己。惟此時該所持人。應將從前之複數證券。返還於倉庫營業人。(商二四六條一項)至分割寄託物及交付證券之費用。則應由所持人負擔之。(商草二四六條)倉

庫營業人將複數倉庫證券交付於寄託人時其賬簿中應記明第二百四十二條第一款第二款第四款至第六款所揭事項及製作證券之年月日

疏 分寄託爲數部或各部分發行數券出售時最爲便利返還前證券則倉庫業不至受損。

第三款 複數證券之性質

複數證券之一般性質應注意於左列各項

第一 存證質券證券在法律上當然爲指命證券。故不問是否爲指命式。凡存證質證券均得爲背書。但券內記明禁止背書者則不在此限。若夫無記名式乃法律所不許。(商草二四九

條二〇七條)

疏 除有禁止爲背書明文外不問爲記名式指命式當然可以依背書方法讓與。若倉庫營業人記載禁止背書之旨則只可依民法債權轉讓法得倉庫營業人同意後方得讓與。至無記名式以交付爲移轉條件其間前手後手之連續關係不明因之無求償之途。信片薄弱難於流通故不准發行。

至於倉庫證券之背書更應有左列注意事項

(甲) 未經典質者即不得將複數證券各別爲背書(商草二五二條二項)

疏 存證券所持有人須同時轉讓存質兩券於一人或先將質證券典質然後轉讓存證券二者必居其一決不得先獨轉讓存證券蓋既轉讓存證券則該所持人已失其寄託物之所有權縱有質證券亦因處分權喪失苦無所用。又質證券若未經典質尙未能發揮其固有之效力故不得分別轉讓也。質證券之第一背書爲設定質權第二背書以後方爲移轉質權若未經典質則無債權關係存在實權爲從權利既無所附麗即無人收受直與廢紙同也。

(乙) 複數倉庫證券用連續形式爲背書者應將被指命人姓名商號及背書之年月日記明於

存證券內。並由指命人簽名。(商草二五一條一項)

疏 曰復數證券。用連續形式爲背書者。指同時將存質二券用背書方法轉讓於一人時而言。惟證券雖有存質二紙。然轉讓時。只在存證券上爲背書。因出售貨物與設定質權無干故也。又交付質證券與讓受人者。以便讓受人可以設定質權。而發揮復證券之效用。且物之所有權。因轉讓已不屬於原所持人之手。即令仍存質證券亦無所用也。

(丙) 複數證券各別爲背書者。其各券內所應記明之事項。與前相同。

疏

即先就質證券爲設定質權之背書後。就存證券爲讓與之背書。有兩券交付於同一人者。有各別交付於二人者。前者如先質於乙後賣於丙是。

第二 存證券及質證券爲物權的證券。凡作成存質兩證券時。苟非用存證券。則不得處分其寄託物。(商草二四七條)蓋謂存證券之正當所持人。卽有受領寄託物之權利。其交付存證券亦卽與交付寄託物有同一之效力者也。

疏

未作成證券者。寄託人一經請求交付貨物。倉庫營業人卽須交出而發行證券者。則否。

第三 存證券及質證券爲形式證券。凡作成倉庫證券時。在倉庫營業人與證券所持人之間。關於寄託事項。依券內所載者爲準。此之謂形式證券。(商草二四五條)

疏

不得以票外事實推翻票面文義。如票面記來百包。寄託人不能主張實係百二十包。營業人亦不得謂實係八十包也。

第四 存證券及質證券爲贖回證券。凡作成存質兩券。非與寄託物相交換。卽不得請求返還。此定則也。(商草二七二條)但質證券與存證券相離而輾轉流通之際。若存證券之正當所持人。能將質證券上債權全額及其償還期以前之利息。供託於倉庫營業人者。則雖在該債權償

還期以前亦得請求返還寄託物。又兩券分離流通時。而其寄託物係同種同質并可分割者。則存證券正當所持人亦得將質證券上債權全額之一部及其償還前之利息供託於倉庫營業人。按比例以請求寄託物一部之返還。並記明於存證券及賬簿內。而其寄託物一部之出庫費用。即應由存證券正當所持人負擔。(商草二七四條)要之如上所述。質證券上之債額。尙未至償還之期。而其寄託物業經出庫時。則質證券正當所持人所有之權利。應即存在於其供託金額之上。(商草二七五條)

疏 兩券分別流通。存證券所持人依法亦可提取貨物。如典質六個月月利一分。於未屆清償期時。可將元本並六個月之利息一併提存。庶質權所持人無受損之虞。自無妨返還寄託物也。又如價值六千元之貨質得六千元。則提存二千元後。可請求返還價值二千元之貨。全部返還。則將證券收回一部返還。則存證券仍在。存證券所持人。之手以便賣却餘貨。記明於存證券者。防日後再請求返還貨物全部也。記明於賬簿者。存根備查也。

第五 存證券及質證券可以再行交付。凡喪失倉庫證券者。其所持人可以供託相當之担保。而請求更爲發行交付證券。惟於此情形。倉庫營業人即應記明其事由於賬簿之內。(商草二

六三條)

疏 提供担保始得請求更爲發行證券者。防已遺失之證券歸屬於正當所持人。營業人應其請求返還寄託物。致受意外之損失也。例如證券遺失爲甲拾得。甲之占有雖非正當。若甲以背書方法先偽造寄託人之姓名。僞爲讓與自己。自己再依背書方法轉讓與善意無過失之丙。丙爲正當所持人。此時持券主張權利。倉庫營業人不能拒絕。若交付寄託物之後。嗣後發行之證券所持人。又來取貨。又須交付。則倉庫營業人受有損失。可就所提供之担保以資取償。

第四款 質證券

關於質證券應特別注意之事項如左。

第一 質證券之背書

甲 質證券之第一背書 在質證券之內為第一背書者應記明債權額及利息並其償還期

(商草二五三條一項)而因有第一背書即發生寄託物典質之效力(商草二五二條)又

第一質權人若不將質證券為第一背書所應記載事項記明於存證券內並簽名則不得以

質權對抗第三人(商草二五三條)

質權人與存證券所持人記之效力至在質證券上署名蓋印而發生此時對抗之效力尚不發生如甲以質證券與質於乙甲署名於質證券後即生效力惟甲尚有存證券存於乙須署名存證券上則當甲讓與存證券於丙時丙一覽而知其業經設定質權可斟酌貨物而由相當之價金譬如原貨價值萬元借款六千元設定質權內可出四千元買其存證券此所以防後手之受損失也此時以記明之事實諸質權人始不記明則對後手不能主張權利第三人者指丙丁戊等嗣後之存證券所持人及倉庫營業人而言蓋質權人行使權利當向倉庫營業人為之當營業人接到存證券應先審查質證券未交到之故及借款數額利息之如何即從寄託物中扣留一部以為質權之標的物故記明質權意旨極形重要也考對抗方法各國主義不同約有四種(一)存證券記入主義商草及日商比國債務法是反對者謂以後之質權人對存證券上之符合與否記載多不安心即倉庫營業人亦難確知其內容因其並未向質權人通知故也(二)帳簿記入主義謂設定質權時須將其事實記載於倉庫營業人帳簿之上質權人並在帳簿上記明已將質權事實記入於帳簿字樣此法之優點後之質權人及倉庫營業人均可知悉質權事實權利得以確保(三)劣點交易遲緩因與倉庫營業人距離遠諸多不便且商人借款抵押極秘密不欲人知如此則適暴露法國探之(四)選擇主義即折衷主義雖兼二者之長併兼二者之短(四)兩券主義將典質之事併記載於兩券之上而無債權數額僅記會典質字樣已足帳簿上亦然此為質權成立要件非對抗要件也雖較為周密惟方法太繁於交易上亦多不便與國探之

乙 質證券之第二以後背書 在質證券內為第二以後之背書者即發生第一背書所記債

權及其担保質權讓與之效力也(商草二五二條)

第二 質證券正當所持人之權利及義務

甲 受清償之權。質證券正當所持有人至券面所記之償還期即可受券面債權及其利息之清償。其應爲清償之債務人即存證券之所持有人。而其所負債物爲寄託物上物的有限責任。是故存證券所持有人對於質證券所持有人即爲債務人也。然而存質證券常分別展轉讓與以致債權人與債務人各不相知。於是清償質證券所持有人之債權。不得不在倉庫營業人營業所爲之。(商草二五五條)

疏 借款係最初存證券所持有人經手。理論上言之。債務人似即最初存證券所持有人。然此乃物的責任。債務人爲現在之證券所持有人。惟其責任以寄託物爲範圍。如不能清償債務則拍賣之結果。除儘償還倉庫料及其他法定債權外。以其餘額清償債務。縱有不足亦不能再行主張也。又此債權爲索取債權。應就倉庫營業人之營業所索取之。則通常金錢債權債務人送交於債權人者異。

乙 請求競賣之權。質證券所持有人至清償期尙不能受債權額之清償時。得請求將寄託物競賣。但非經過拒絕證書作成後十日。即不得爲此項請求。(商草二五七條) 此種拒絕證書須依票據法之規定作成之。(商草二五六條) 而寄託物競賣之際。應由倉庫營業人從競賣內將所有競賣費用。應繳租稅保管費及墊付金等。如數扣除後。即以其餘額交與質證券所持有人。而換取其質證券。若競賣代價內扣除前列費用墊付金後。以餘額充償券面債權額及利息。並拒絕證書作成之費用。而有賸餘時。則倉庫營業人即應交與存證券所持有人。而換取其存證券。(商草二五八條) 又競賣代價。若不能償還券面債權之全部者。倉庫營業人即應將已付之金額。記明於質證券及帳簿之內。而返還其證券也。(商草二五九條)

疏 拒絕證書者證明債權人拒絕履行之事實之證書也。其作成期為滿期日及滿期後二日共三日。有公正證書之性質。一部償還仍將質證券交還於質證券持有人以便行使權利之用與票據同。

以上所述關於競賣之規定存證券所持有人提供供託金將寄託物一部運出倉庫時質證券所持有人就供託金上之權利自應準用。又倉庫營業人因存證券所持有人受領寄託物遲延之結果實行受寄物競賣之時質證券所持有人就其競賣代價上之權利亦須準用之。(商草二七五條二項二七六條二項)

丙 請求償還之權。質證券所持有人先就寄託物(或供託金或競賣代價)受償還後尙有不足者得對於背書人按其不足之數請求償還。凡票據律中償還請求之規定皆準用之。(商草二六〇條) 若質證券正當所持有人至償還期尙未能受清償而不作成拒絕證書者或雖作成拒絕證書而從作成之日起算於十五日內不請求競賣寄託物者則其對於背書人之請求權即為喪失也。(商草二六一條)

疏 曰背書人指質證券上之背書人言。例如甲以證券轉入乙丙丁戊之手。戊當向前手求償時應將證券及拒絕證券一併送交其求償權可對於前手選擇行使不以其直接前手之丁為限且可對於前手中之一人主張履行全部。或請求人不得主張分扣。前手中之任一人已為償還對於自己之前手仍不失求償權。例如丁償戊款則丁對甲乙丙三人皆可求償與票據法意相同也。拒絕證書逾期未作成或作成而未依法定方式均不能發生效力。自拒絕證書作成之日起算十五日內不請求競賣即喪失請求權者蓋使之迅速行使權利以便前手(償還義務人)之責任早日卸除乃保護前手之規定也。

丁 質證券所持有人權利之時效。質證券所持有人對於存證券所持有人之請求權從償還期起算。經過一年。因時效而消滅。其對於質證券背書人之請求權從就寄託物受償還之日起。經

過六個月而消滅。至質證券背書人對於其前者之請求權。則從爲償還之日起算。亦經過六個月而消滅。(商草二二六二條)

疏 民草之三十年時效商業上不甚適合且權利之保護既已優厚無須過長也。曰寄託物受償還之日即由倉庫營業人將拍賣金交付之日。如背書人對於後手已爲償還對於前手尚有求償權其時效從自己對於後手爲償還之日起算。

第五款 單一證券

倉庫營業人如遇寄託人請求發行單一證券時。即須依其請求發行之。(商草二四一條)而關於單一證券之事項。大抵與複數證券之存證券同。故其說明。概從省略。

凡發行單一證券時。亦可用該證券。而就寄託物上。以設定質權者。此乃各國法例之所同也。(商草二四八條)

疏 寄託人請求何種證券。倉庫營業人即須交付某種證券。不得拒絕。單一證券買後不能再與。後不能再賣。因一度賣却所有權已屬他人。處分權自不存。在既質之後證券已歸質權人之手。別無證券存在。更無法別圖賣却也。

第七章 保險

第一節 保險之要素

吾人棲息大地之上。似甚安逸而無患。然洪水汎濫。轉瞬之際。桑田變爲滄海。大火暴發。頃刻之間。華屋頓成瓦礫。命有死生。而事有成敗。凡一切危險。莫不出於吾人意想之外。驀然發生。而惱苦無量。於事吾人當思有以避之。其手段有二。一則先事預防。二則臨時鎮壓。若手段已盡。猶不能免。則

惟有圖善後之策。使災難雖生。苦痛可除。而保險之制尚焉。故保險者。實使吾人免由災難而受痛苦也。其道維何。即衆多之人。恐由同種危險。受其損害。因以利害攸同。結爲團體。若其中偶有受損害者。則共同分担以補償之。是也。今列舉其要素於左。

第一 危險

危險一語。在於保險。有二意義。一示危險之程度。一指危險之事故。前者謂危險之增減。後者謂危險之發生。茲所謂危險。即後者之義。於保險之成立。爲不可缺。故以保險是項稱焉。且危險得分爲天然危險及人爲危險。前者如洪水暴風霖雨旱魃死亡衰老等事。後者如盜難失火破產拐帶殺傷戰爭等是。要之此等危險。何時發生。難以預測。不幸發生。則吾人必受損害。而覺痛苦。因進而圖保險之方。故危險是爲保險之第一要素。今述其必要之條件於左。

疏 如家宅有火災之險。若其旁設炸藥庫。則危險增加。

一 危險者。其發生須不能預測。其不能預測。得分爲二。不能測及不確定是。且不能預測是指將來。非謂現在。又須爲受動的。非自動的。

疏 如洪水爲不能測及死亡爲能測及而不確定。

二 危險者。須可發生損害。即其事故發生。吾人必因而受損害。始可謂爲危險。否則不可。損害云者。吾人所有金錢上之利益。受其損傷之謂也。

三 危險者須爲同種類。蓋恐受同種類之危險者，不啻同病相憐，且利害攸同，自相結合，組成一保險團體也。例如懼身後蕭條者相聚而行生命保險是。

第二 結社協力

危險之生，必有損害。以一人担之，甚覺苦痛。衆人分担，無關痛癢。故懼同種類危險之衆人，自相結合，組成團體。若一人因危險之發生，受有損害，則由衆人分担之，使無困苦一人。而於衆人亦無大損。故保險之目的，乃由衆多數之結合以遂行其損害之補償。其人數愈多，則其結果愈佳也。若夫僅由自己分割危險，或分割危險之目的物，或分割損害者，非保險也。何則？蓋以非衆人分担也。故結社協力，爲保險之第二要件。

〔疏〕

分割損害，有由一己自爲者，其法凡三：(一)如水田一段，分植稻藕芋頭，以期豐穫一畝。(二)如洋油百箱，分置兩處，以避危險減小。(三)如一人開設乙丙二商店，以乙店之盈餘補丙店之不足，此二者皆非所謂保險也。

第三 資力之貯蓄

危險之損害，由衆多人數分担，固可減受害者之苦痛。而於衆人亦無大損。然一時支出，爲額較巨。不若先事貯蓄其資力，以湊成日後之支出。卽預期一定之災害，使結社諸人，次第繳出，而由時間之經過，以蓄積其協力。其始也，繳納之額甚微。於結社諸人，甚易爲力。不覺其難。及歲月久遠，則積成巨額，足以補償大損害矣。而災害之分担，更覺完美。此資力之貯蓄，是所以謂保險之第三要素也。惟其繳納之額多寡如何，是爲難決之問題。蓋繳出額過少，則不足以補償。過多則

又無益。故應量定災難發生之次數。而適當定之。即所以須調查災難之近真率也。或以保險之數理的要素稱焉。

保險實備上述三要素。而以災難之互相救濟爲目的。故與賭博彩票之類。自異其本質。蓋前者之目的。在互相救濟。而後者之目的。在個人獲利。前者爲救世制度。使世人不憂慮其災害。而得安心從事於事業。故法律特爲設規定。俾有所遵守。以資發達。而後者仍賭個人之運命。冒險射利。是徒足以長世人僥倖之心。有害於世。故法律禁之。要之。保險制度之發達。於世人之功德。誠非淺鮮。而以海上保險。火災保險。人命保險爲尤最。此乃世人一般所深知。不待言也。

疏

賭博彩票無損害可言。非保險也。海上營業危險較大。

第二節 保險之組織

保險者。以分派危險之損害爲目的。由結社協力與資力貯蓄而成立者也。至其實行。即衆多之人如何集合。所結團體。以何性質。團員彼此關係如何。事務經營如何。担任等是也。當分爲三種。相互保險組織。營業保險組織。及折衷保險組織。是也。

第一 相互組織

衆多之人。因懼同種危險。組織社團。以此社團當保險經營之衝。使每團體員各繳納若干。而以救濟團體員之由危險受災損者。此之謂相互保險組織。

此種組織之特質。在保險團體。僅由同危難者。以救濟之目的。互相組織。毫無他義。故團體員皆爲救濟者。而復爲受救濟者。且繳納總額。若救濟危難而有餘。則當返還於各團體員。若猶有不足。則亦當向各團體員追補。是誠符於分損損害之精神。而卽保險之所由生也。

疏 保險之精神。由相互救濟分損損害而來。

相互組織。乃以欲受救濟者組織團體。而團體卽以救濟之爲目的。是團體與團體員利害攸同。故性質單純。毫無他義。然保險收效。必規模闊大。彼相互組織之社團。重在團體員彼此之信用。故募集社員。勢須審慎。而規模自必縮小。且保險勢須久遠。而相互組織。則因人爲基礎。視生死爲轉移。自不得久存。且相互組織。其繳納總額。若救濟危難。尙有不足。更須追補。則繳納之多寡。自不一定。卽社員之責任。常不一定。計此三端。皆爲相互組織之缺點。而第二種組織生矣。

疏 團員減少。則損害分損。爲大人多不肯爲之。

第二 營業組織

懼同種危險。欲受救濟者外。別有營業者。以救濟爲營業。自當保險經營者之衝。自負救濟危難之責。復欲使受救濟者繳納若干者。此之謂營利保險組織。

在營利組織。欲受救濟者爲懼危險者。施救濟者爲營業者。當經營之衝者爲營業者。非欲受救濟者。所組織。且經營之。以所收受之繳納總額。救濟危難也。餘則爲自己之利益。虧則自負其損。

失以謀利焉。故經營者雖曰以救濟危難爲目的。而實亦以謀利爲經營也。此種組織。各立法例多限以股分有限公司行之。故其保險團體。重在資本。不重股東。而可以久存。可以自由募集股東。可以收集大宗資本。且繳納總額。雖不足以填補損害。亦自負擔。故繳納之額。卽其責任常爲一定。又欲受救濟者與保險經營者利害攸分。故於保險經營。毫無懸念。惟圖己利。而經營者亦必力圖節省。減少繳納。以吸引世人。要之。相互組織之弊端。營利組織。皆足以彌補之。且保險之勃興。亦與有力焉。然營利思想。乃其特質。亦足以釀成不德之舉。於繳納則力圖增加。於填補則務求趨避。而礙保險之進運。於是乎第三種組織生矣。

第三 折衷組織

在營利組織。其保險經營者。提出一部盈餘。以分派之於各欲受救濟而爲繳納者。卽營利組織。而近於相互組織者。故以折衷組織稱焉。其分派利益方法。有以一定比例分派營業者之利益者。有於利益附一限制。其超過部分則分派之者。更有以其一部利益利用於共同之目的者。此種組織。創自英國。極投時好。然實所謂分派利益者。亦不過保險經營者曾取過分之繳納。然後藉分派利益之美名。而返還之。以取悅於爲繳納者。惟在保險經營者。資力得以充實。無填補維艱之患。而爲繳納者。若不受危險。尙有收回繳納之便。其投時好。良有以也。

疏

如人壽保險公司以利益之一部建設病院。保險員有病得無償診察。又如
火災保險公司以利益之一部設置消防器。保險家發生火災可無償救護。

保險之經營有私營與公營之別。私人之經營其由來尙矣。公人之經營乃輒近之發達。私人之經營有個人行之者。有合夥行之者。有公司行之者。個人經營其特色在簡便。然弊端繁多。而基礎不固。故甚不振。合夥組織其特色爲互相救濟。合乎保險之精神。然規模勢難闊大。其基礎亦較個人經營稍鞏固耳。亦其不振之原因也。現歐美各國用此種組織者亦尙不少。如英國之友愛合夥是。至於公司經營則以規模闊大。基礎鞏固。凌駕其餘。故盛行焉。

公人經營例如國家及其他自治團體。經營保險是有自經營而自實行者。有非然者。卽自治團體所經營常兼經營與實行。而國家所經營則其實行常委任之於自治團體。國家唯監督之耳。公人保險有強制者。有任意者。例如德國之勞動保險以各人收入爲標準。定一定之範圍。強其加入保險。其彰明較著者也。蓋使淺見之徒。積有恆產。養其恆心也。公人保險又有許獨占者與非然者。又有以營利爲目的者與非然者。此種方法爲用得宜。莫不有利而無弊。是以足以見公人經營較私人經營優美。其益盛行。非無因也。

第三節 保險之種類

第一 損害保險與生命保險

一定事故偶然發生。若生損害。因而填補之。而有損害保險。人有生死。勢所必至。因其生死支付一定金額。而有生命保險。前者之目的在填補財產上之損害。所以稱爲損害保險。後者之目的

在救濟生命上之危難。所以稱爲生命保險。揆茲二者。經濟上之觀念固同。而法律上之性質則異。故法律分別規定之也。

疏 生壽保險如約壽至七十歲以上則與若干元是與死亡保險之惠及其家族者不同。在法律上觀察死亡爲一定之事實可謂爲條件不得謂爲損害。故不能包括於損害保險中。不過在經濟上觀察損害保險在賠償其生活費用。生命保險在填補其身後家族之生活觀念略同也。

損害保險。由保險之處所分爲海上保險及陸上保險。前者謂對於航海危難之保險。後者謂海上保險以外之一切保險。與前者相對待而稱也。復由保險之種類分火災保險及運送保險。生命保險。由人之生死分爲死亡保險及生存保險。前者謂因人之死亡支付一定金額之保險。後者謂因人之生存支付一定金額之保險。

第二 營業保險及相互保險

保險由經營者是否以爲營業而分爲營業保險及相互保險。前者謂因以謀利所營之保險。後者謂互相救濟所營之保險。揆茲二者。其經濟上之觀念均爲數多之人恐由同種危險而受損害。因結成團體以分担之。莫不攸同。惟法律上之性質。在前者担任保險之保險人。與懼危險之要保險人。締結契約。因以射利。在後者則懼危險者自結團體。以當經營之衝。而圖救濟之實。卽一以營利爲目的。而一不以營利爲目的。故大相逕庭矣。商人通例第一條所列舉之保險。乃謂保險營業。商草第七章之損害保險及第八章之生命保險。亦咸謂營業。故商法所謂保險。係指

營業保險。而相互保險。以無營利之目的。不得謂爲營業。故非商法所謂保險也。

第四節 保險法

保險法者。規定由保險所生之關係者也。此種關係。由保險之組織。得分爲二。一爲保險關係。即經營者與要保險人之關係。一爲團體關係。即經營者與組成經營團體之社員之關係。前者生於營業組織。後者生於互相組織。故保險法規得分爲相互保險法及營業保險法。復得分爲保險關係法及團體關係法。營業保險。係商法所謂保險。故營業保險法。乃商法中之一部分。而相互保險。以無營利之目的。故相互保險法。亦無商法之性質也。

保險之效益甚大。而弊害亦多。奸譎之徒。居爲奇貨。而流毒於世。須由國家干涉。防其弊而收其利。且歐洲各國。多利用保險制度。以維持國家之安甯。又保險制度之性質。更須明定。俾利害關係者。知所遵循。而保險關係。亦易於成立。於是乎一面設公法的法規。以嚴經營之監督。而防杜其弊害。一面設私法的法規。適用於保險關係。以明確其權義也。竊考各立法例。保險公法之規定方法。得分爲三。一採用放任主義者。如荷蘭比利時是。二採用干涉主義者。如德國奧國是。三採用折衷主義者。如英美國是。保險私法之規定方法。得分爲二。一以特別法規定之者。如德國瑞西是。二編入商法典中者。如法國荷蘭比利時是。

疏

曰公法的法規。如日本之保險業法。專爲國家監督而設。放任主義。重在營業由自干涉。主義重在防止弊端。折衷主義。則並探之。奈以干涉主義爲愈。蓋保險事業。應歸國家經營。如不從此。亦應嚴事監督也。

第五節 保險法之沿革

險保之興尚矣。上古茫昧。靡得而知。泰西古代之湊集合夥。我國古代比保之制。亦寓保險之義。然與茲所謂保險之迥乎異矣。竊考保險之制。於十二世紀創於猶太人。行於意大利。蓋當是時。國法國王對於猶太人。下逐客之令。彼等相率遷之意大利路。途遠。恐輸送財產。或致損失。因組成團體。期以分担。而保險之制。遂勃興於意大利。嗣後交通發達。遂推行於歐洲各國矣。迄至近代。歐美各國。俱視爲經國要政。極力經營。進步之速。日新月異。將不知伊於胡底。

疏

古代奴隸欲脫其階級。有疾病合夥死亡合夥等組織。又中國之幣。平倉豐年儲米備荒年之用。二者皆相互保險與營業保險不同。

保險種類之中。發達最早者。首推海上保險。火災保險次之。生命保險最遲。保險組織之中。先發達者。爲相互組織。漸及營利組織。古代希臘羅馬之冒險貸借。其先聲也。

疏

古代海上商業獲利倍蓰。無指南針。海盜盛行。有資本者。乃約有筋力胆量者。從事經營。而分其利潤。即冒險貸借也。

保險律令於第十四世紀末葉。始見之於吉諾巴之法令。(一三六九年)。次之西班牙巴魯色那之法令。(一四三五年)。規模粗具。學者多以保險法之濫觴稱焉。然內容皆極複雜。法規兼乎公私。迄至路易十四世之海商條例。(一六八一年)始集爲法典之一部。而編纂保險。故各國咸於商法典中設海上保險一編矣。然迄至輓近。其立法例之態度。漸次變更。即於海上保險以外。更設一般保險之規定矣。如和蘭比利時意大利及西班牙等國商法典是。至於一九〇八年之瑞西保險契約

法及德國保險契約法。則更進一步。以民事特別法之形式。而獨立爲單行法。與商法典分離矣。保險公法。亦另以單行法頒布焉。如一九〇一年德國之保險業法是。

我國古制寓保險之美意者。不少概見。然如現今所謂保險制度。實所罕睹。乃近數十年自外輸入。故其律令。古亦鮮有。及至前清末葉。以編纂律令。爲經過要政。於光緒三十四年十月初旬。延聘日本法學博士志田鉀太郎。草擬商律。至民國元年六月脫稿。所謂商律草案。卽其一部。而其殘部。已由法制局譯出。尙未刊行。此之謂志田案。考志田案於商行爲編中。設損害保險及生命保險之規定。於海船法中。設海上保險之規定。似欲以保險私法之規定。編入商法之中。然此案並未頒布。成爲私之草案而已。降及民國三年。設法典編查會。專以編纂各種律令。然爲時尚淺。未有成案。故我國之保險法規。將編入商律中乎。抑以單行律而頒布乎。尙爲一問題也。

第五節 保險法之淵源

試考一般保險法之淵源。而分別其系統。大別爲三。法國法系。德國法系。及英國法系是也。歐洲大陸諸國。初皆欽慕法國法系。專事模倣。自十七世紀至十九世紀中葉。法國法系曾盛行一時。及德國法系興。彼醉心法國法系者。皆改弦易轍。以倣效之。迄至晚近。德國法系之盛。亦莫可與競矣。至於英國法系。則獨樹一幟。茲分別述之於左。

疏 大陸派受羅馬法之影響。英國法則獨立發達。多本於習慣法。非他國所能探賈。

第一 法國法系

法國法系。原濫觴於一八〇七年之法國法^商。第二編自第九章至第十四章。規定海上保險。更於民法第一九六四條。規定保險爲射倖契約之一種。其對於保險事業者。則有商法典第三十七條。一八六七年之股份公司法。一八六八年之保險公司條例。一八七五年之保險公司註冊條例。及其他條例等也。

屬於此法系者。爲比利時、荷蘭、意大利、西班牙、葡萄牙、希臘及南美中美諸國之商法。

第二 德國法系

德國法系自一七三一年於漢堡。自一七六六年於普魯士始肇萌芽。及一七九四年普魯士更頒布海上及其他保險律令。一八七一年以來。普魯士商法典第五編第七百七十八條。乃至第九百條。規定海上保險。然降及一九〇八年。頒布保險契約法及其施行法。遂離商法而獨立矣。且曾於一九〇一年。頒布私營保險業法馬。

屬於此法係者。瑞西、澳大利、匈牙利、丁抹、諾威、瑞典及俄國是也。

第三 英國法系

英國法系。多源於普通法。然亦次第頒布條例。以濟其窮。

屬於此法系者。美國及加拿大是也。

第六節 損害保險

第一款 總則

第一項 損害保險之意義

損害保險云者。卽一種有償契約。而約定填補其因偶然一定事故所生之財產上損害者是已。茲分述如下。

第一 損害保險爲填補損害之契約。故生左列二種結論。

甲 意圖僥倖利益之契約。非保險也。例如賭博及彩票。其獲利益。乃因偶然之事故。固同乎保險。然乃所以僥倖射利。非所以填補損害。與保險異矣。

乙 超過保險之超過部分。則爲無效。保險金額。以不超過其保險目項之價額爲準。若超過之者。卽稱爲超過保險。超過保險。往往使被保險人爲希圖保險金起見。以致於敢爲犯罪或詐欺行爲。是故損害保險金額。超過損害保險目項價額者。其超過部分不生契約效力。（商草二八五條）若夫生命保險。非填補損害之契約。乃附條件而支付金額之契約。故超過保險。並非所禁也。損害保險。雖不許爲超過保險。然爲一部保險（又稱爲不足保險）者。則仍有効。蓋一部保險。乃以保險目項價額之一部付諸保險者。實無須禁止也。

附

如甲之房屋價值千元。而保險千五百元。則有超過保險。其超過之五百元無効。法恐甲希圖鉅金。故爰其房屋致社會經濟受損失也。如保險八百元。則爲一部保險。無流弊可言。自無不可。

填補損害常以銀錢。此之謂保險金額。

第二 所應填補之損害須爲財產上之損害。商草二八四條規定曰。損害保險之目項以財產上利益爲限云云。此項利益。學者以被保險利益稱焉。至於財產上利益者。蓋卽可以銀錢估算之謂也。此條文之規定。在劃定締結損害保險契約之範圍。使爲被保險利益者。僅限於銀錢上之利益。各立法例。莫不攸同。夫考現今各立法例。雖以銀錢不可估算之利益。均有保險之傾向。獨於損害保險。均限制如斯之嚴者。蓋恐其濫用而生變端也。

疏 歐美有學年保險徵兵保險前者如家道貧寒預計兒童及年無力人學乃付之保險以便及年後由公司供給學費焉後者如恐充兵後家計難支預付保險將來充兵後由公司供給其家用。

被保險利益固無須爲現存之利益也。凡就事物自然之趨勢。苟無意外之障礙。常可期其能得者。皆可爲被保險利益也。(商草三二一六條二項)至若單純所希冀之利益。則不得以爲被保險利益。

疏 曰單純希冀例如甲以一元買彩票一張希冀得頭彩萬元乃付之保險。若曰得彩則余願出保險費。不得彩則由公司賠萬元在所不許。

被保險利益亦不必存在於確定有形物之上。故集合物保險、債權保險及再保險亦皆有效。

疏 集合保險如以圖書一室牛羊一羣付之保險是債權保險乃對於人之信用保險。債務不履行由公司賠償再保險卽原保險之公司再保險於他公司也。

第三 損害所生之原因須爲一定之事故。保險契約若約定無論其貨因何滅失或紛失時卽給與保險金。則當無效。何則。蓋其事故未一定。無由以測定危險故也。保險之事故。學者稱爲保

險事故。且無分天災與人爲也。

〔疏〕保險公司計算保險費。恆將災害之次數平均計算而定其賠償額。若約無論何種事故。皆須賠償。則危險之測定無從。公司之損害斯鉅。法所不許。曰事故指實際上事件言。危險指可以發生事故之狀態言。二者不同。事故發生不問其原因如何。例如火災。險或因地震發雷而燃。燒或因鄰家失火而蔓延。均由保險公司賠償。

第四 爲損害原因之一定事故須爲偶然。 保險事故果發生與否。未能確定者。卽爲偶然。是故

非以偶然事故不得爲保險。此種偶然不確定之狀態。學者以危險稱焉。

所謂偶然。卽發生與否未能確定者。不必爲客觀的。卽主觀的亦無不可。蓋當事人兩造均信爲不確定之事故。卽可爲保險事故也。(商草二一九八條)

〔疏〕客觀的就事故之性質不能確定。言主觀的就當事人之意思不能確知。二者均無不可。如海上保險。船主貨物所有主對於該船之是否遇險。沈沒不能預知。事實上五月一日在南洋沉沒。而五月三日在上海保險。則是保險之事。反在危險發生之後。其契約仍舊有效。但有反對之特約。則否。始言事故發生在締約前者。則無效云云是也。

第五 一造約定填補損害。而他一造須對之約定給與報酬。 此卽所謂有償契約也。其所約定之報酬。稱爲保險費。必以銀錢定之。(商草二一八三條五項)

第二項 保險契約之地位

損害保險之契約。在法理上性質如何。茲說明之於左。

第一 保險契約者。諾成契約也。 保險契約。其在古代。亦曾作爲要式契約。然及現今。則無以爲

要式者矣。

疏 保險要約證為供要約人便利之用。保險證為締約後證據之用。並非保險契約成立要件。故曰諾成契約。

第二 保險契約者有價之雙務契約也。

第三 保險契約者獨立之契約。蓋其契約自有特別之名稱。而非民商律中所定之他種有名契約也。

疏 保險契約在民律契約章各節中無所歸屬。故為獨立契約。

第四 保險契約者射倖契約也。保險事業就其事業論。並非有射倖之性質。然就各保險契約言之。則有射倖之性質矣。

疏 如房屋保火險。萬元年納五十元之保險費。第一年房屋被焚。得有萬元。是以五十元而得萬元。與賭博相似。故曰射倖契約也。

第三項 損害保險契約之種類

我國商草於損害保險分則中。僅規定火災及運送兩種。然而損害保險之種類。實不止此。茲列舉其重要者於左。

第一 依保險事故所分之種類。

- (一) 火災保險
- (二) 運送保險
- (三) 海上保險
- (四) 電害保險
- (五) 水災或風災保險
- (六) 盜難保險
- (七) 戰爭保險
- (八) 水道保險
- (九) 失職保險
- (十) 同盟罷工保險

疏 (一) 海上保險。分船舶保險及載貨保險二種。(二) 德奧地方電災甚多。農民為填補損害計。付諸保險。謂為電害保險。(三) 水管理於地下一經炸裂。則水液漫溢。物品淹濕。有污損之虞。付諸保險。謂為水道保險。(四) 有職業之

人恐一旦失職生計維艱付諸保險謂之失職保險。(十)工人資本家時起衝突一但罷工則原料空存機器虛置於資本家甚不利益爲填補此損害計付諸保險謂爲同盟罷工保險。

策二 依被保險利益所分之種類。

- (一) 動產保險。
- (二) 不動產保險。
- (三) 集合保險。
- (四) 債權保險。
- (五) 責任保險。
- (六) 再保險。

(一) 如家中所有之器具備付保險謂之集合保險。(二) 以債權人之言討之保險謂之債權保險。(三) 例如運送人責任發時須賠償受貨人之損害乃付之保險由保險公司任賠償之責爲責任保險之一種。(六) 再亦保險者即此公司因責任太重乃以保險目項之已担任保險全部或一部更在他保險公司保險是也。

第四項 損害保險契約之當事人

保險契約之當事人維何。保險人及要保險人是已。其由保險而受損害之填補者。曰被保險人。要保險人之締結契約。常爲自己。故多兼爲被保險人。然亦得爲他人締結契約。於此情形。則其他人爲被保險人矣。今分說於左。

疏 如牙行以委託人之貨物付之保險。則牙行爲要保險人。委託人爲被保險人。二者非屬於同一之人。

第一 保險人 何謂保險人。凡以担任填補因偶然一定事故所生之損害爲業者是也。(商草二七九條) 卽保險營業人是已。保險營業人。因保險事業之性質。多限於股分有限公司。其理由前已述之矣。茲不復贅。

第二 要保險人 何謂要保險人。蓋謂與保險人締結保險契約之相對人也。夫締結保險契約之當事人。常以自己之被保險利益付諸保險。希自受其損害之填補。故要保險人多復爲被保

險人於此情形。乃要保險人以自己之名義爲自己而締約契約。故有請求保險金之權利。而又負支付保險費之義務也。

第五項 爲他人締結之保險契約

要保險人之締結保險契約也。非必限於爲自己。亦得爲他人爲之。(商草一九四案)此種契約曰爲他人締結之保險契約。其要保險人與被保險人算其人矣。何謂爲他人爲之。蓋謂以自己之名義於他人之計算。而以被保險利益付諸保險也。於此情形。保險金請求之權利。被保險人當然取得之。保險費支付之義務。則由要保險人負擔之。(商草一九四條後殘)夫此契約之締結。係以要保險人之名義。而契約上之權利義務。似應共歸於要保險人。然要保險人獨負擔契約上之義務。而被保險人則取得契約上之權利者。蓋其保險契約。原以向被保險人爲給付故也。(民草五二九條參照)唯在民草自第三人對於允約人表示享受其利益之意思時。其權利成立。而在商草被保險人雖不表示享受之意思。亦當然取得契約上之利益。此則民商兩草互有差異耳。爲他人所締結之保險契約。有受他人之委任而爲之者。有未受他人之委任而爲之者。二者異其效果。今分別述之於左。

疏 如牙行運送人倉庫營業人委託人送貨人與保險公司締結保險契約。即爲他人締結之保險契約也。此時與牙行所爲担任行爲相同。締約時以自己名義爲之。不過其利益歸屬他人而已。被保險人非締結之當事人。惟保險契約告成。則被保險人對於保險公司。即有請求之義務。若受保險人以代理人資格而締約。則由保險契約所生之權利義務。直接利於本人。發生效力。故被保險人當然負支付保險費之義務也。

第一 受他人之委任而爲保險契約者。

在此情形。他人爲被保險人。取得保險請求權。而要保險人則對於保險人負擔支付保險費之義務。(商草二一九四條)然要保險人之爲保險契約也。乃於其被保險人之計算。故要保險人對於被保險人當然有保險費之求償權也。(民草七五五條參照)

疏 民草受任人處理事務支出費用當然得以求償理與此同。

第二 未受他人之委任而爲保險契約者。

在此情形。要保險人未受委任爲他人締結契約。而以其事由告知於保險人者。其契約上之權利即歸於他人。而支付保險費之義務。則由要保險人負擔。(商草二九五條一項)唯因未受委任。故其對於被保險人求償保險費也。不可不依事務管理之原則也。

疏 前者之求償根據委任之規定。後者之求償根據管理事務之規定。兩者不同。即與本人意思相合。或推測本人之真意而爲之。得以逕行求償。否則僅依不當利得求償。即須經被保險人受益之範圍內。方得求償也。例如房屋未被焚燒。被保險人未得保險金時。則於險費。空由要保險人支付。決無取償之途也。

又若要保險人未受委任爲他人締結契約。而不告保險人以其事由者。則其契約無效。(商草二九五條二項)

據上所述。在爲他人之保險契約。此他人(被保險人)乃僅有請求保險金之權利。並無支付保險費之義務。然而要保險人若已受破產之宣告。則保險人對於此他人亦得請求保險費之支付。但

此他人願拋棄其保險金請求權者。則不在此限。(商草二〇五條)

第六項 保險費

損害保險。乃有償之雙務契約。故約定支付保險費。爲其契約之成立要件。蓋以保險費若不一定。則當事人一造之給付。尙未確定。而雙務契約。不能有效也。契約成立。負擔支付保險費之義務者。厥惟要保險人。其契約之爲自己爲他人。非所問也。保險者乃保險人以危險之負擔。移諸保險人。而保險費則爲其危險移轉之對價。應支付於保險人者也。故保險費應根據過去之統計。預測將來之危險。而算定焉。此之謂純然保險費。然保險人之經營保險。原爲營業。必須有其營業費。有相當利潤。又預測危險。恐或失算。亦當有以補充之。故須一一估計。加諸純然保險費。而定保險費焉。此之謂營業保險費。或契約保險費。而要保險人所當支付者也。保險法所稱保險費。亦卽謂此營業保險費也。

疏 民律上契約成立。其給付須確定。或得以確定保險契約之約定保險費。亦卽此旨。

保險費之支付。應在何時。考諸習慣。多爲前付。而徵諸法律。亦似認之。蓋保險中。返還保險費之文字。常散見故也。但有特約者。不在此限。

疏 實際上。以交第一次保險金時。契約成立。卽於始期爲之也。

保險費之支付。應在何處。據商草一二三條。應從爲給付者。慣習。但有特約者。不在此限。

在保險契約。負擔危險者爲保險人。而其危險。於保險期間中何時最重。無由測定。質言之。卽危險不得按時期而分派。此之謂危險不可分。夫保險費者。負擔危險之報酬也。危險既不可分。則爲其報酬之保險費。亦不可分。此之謂保險費不可分之原則。故保險人苟經負擔危險。則縱令其後危險不至於生。而保險費尙得請求全部也。保險費之支付義務。經過一年。則因時效而消滅。（商草三二〇條）

疏 一年之保險料百元。分十二期繳納。此不過分期繳納而已。金額固爲百元也。故若第一期業經繳足。房屋拆毀不能免除以後十一個月繳付保險費之義務。因第一月之危險卽由公司負擔故也。又若已交五十元後。房屋被焚。餘五十元實際上由賠償金扣除之。

第七項 保險價額

保險價額維何。乃謂被保險利益之銀錢的價額也。而損害之生。無過於斯。實爲損害之最高限度矣。商草以損害保險目項價額稱焉。夫保險爲填補損害之制度。不生損害。何有保險。而保險價額以上。無生損害。故被保險利益。惟得於保險價額範圍內得付諸保險。然則保險價額。又爲被保險利益。得付諸保險之最高限度矣。其超過部分則無效。（商草二八五條）故在保險契約。保險價額爲保險金及保險費決定之標準。蓋以保險金不得較多於保險價額。而保險費復比例於保險金而計算也。若保險期間中。其保險價額減少。則原定之保險金及保險費。理應減額。然保險價額增減無常。若使保險金及保險費亦隨而變更。徒致繁冗。故非情形過甚。不可許之。卽損害保險價額

在損害保險期間中過於減少者。要保險者始得對於損害保險人請求將來減少損害保險金額及損害保險費。(商草二九二條)

疏 如房屋價值萬元則萬元即保險價額。保險金只能少於此數不能多於此數。因損害祇能少於萬元不能超過萬元。如灰燼之餘破瓦碎石等尚值二千元。若以值萬元而保險萬二千元則超過之二千元無效。

保險價額常於締保險契約時一定。然亦有以之委諸日後之評定者。此則甚少。其契約中定有損害保險價額者。則損害保險人非證明其價額甚過當不得請求減少。(商草二九三條)

疏 於損害發生時評定價額評定費用原則上由保險人負擔。習慣上多係託要保險人代為調查而評議之。如有爭議則請人公斷。其公斷費用則雙方負擔。至調查費用則由要保險人自行負擔。保險價額與保險額金有礙。因法律上不許保險金超過價額故也。

第八項 保險要約證及保險證券

保險契約為諾成契約。故其要約承諾應依照普通諾成契約之一般原則者。自無待論。惟茲所應注意者。尚有左列二端。

第一 保險要約證。損害保險人得請求要保險人作製要約證。但要約證中應記明之事項。由損害保險人定之。(商草二八〇條)要約證所記載之事項。須正確完全。否則要保險人對於保險人應負責任。(商草二八一條一九八條)

疏 習上由保險人備有一定格式之單。由要保險人自行依式填寫交與保險人。

第二 保險證券。要保險人得請求保險人作製損害保險證券。(商草二八二條)而證券內應

記明左列各款事宜。由保險人簽名。(商草二八三條)

- 一 保險之目的。
 - 二 保險人應担負之危險事項。
 - 三 定有保險價額者，應記明其價額。
 - 四 保險金額。
 - 五 保險費及其支付方法。
 - 六 定有保險期間者，應記明期始及其終期。
 - 七 受損害填補之人，若係要保險人以外之人，應記明其姓名或商號。
 - 八 在保險人之主營業所及從營業所締結契約者，應記明其營業人。
 - 九 保險契約之年月日。
 - 十 保險契約之作製地及其年月日。
- 以上諸款外，事實上多有將諸種精細事項記入證券之中者。保險證券在法律上非有特別之效力。僅就事實問題可爲重要證明之書據耳。故與代表券面權利之有價證券，其性質迥然不同。

疏 名曰保險證券其實並無證券之效力。僅證書而已。故證書滅失權利仍舊存在。

第九項 危險

危險之存在。即保險存在之要件。前既言之矣。故其存否增減。直接影響於保險契約之效力。不待言也。今將本法所規定關於危險之變動。分述如左。

第一 危險之消滅。危險既為保險之要素。故若其危險全不發生時。保險契約即當全歸無效。無論已至僅一部不生危險時。其一部契約亦當歸無效也。惟於此有足致疑者。即遇有以上情形時。保險料是否當照常支付耶。其既行支付之後。又當如何處置之耶。此則保險人責任開始前。非因要保險人或被保險人之行為。而保險目的之全部或一部應歸保險人負擔之危險不能發生者。保險人應返還保險費之全部或一部（中商草三〇七條）惟保險人所得請求之金額。即與其應行返還保險費半額相當之數目（日商四〇九條中商草三〇八條）須於其中扣除之耳。

〔疏〕如運送保險當貨物發運時。被稅關扣留貨物。房屋保火險因修築馬路拆去全部。則是保險目的物已滅。此時如未到保險期。則應返還保險費於被保險人。至返還保險費半額相當之數目者。則因締約時有調查費。交際費。不獨受損失也。宜使保險公司。

第二 特別危險之消滅。保險契約之當事者。斟酌特別之危險而定保險費之額者。在保險期限中。其危險消滅時。要保險人得向將來請求保險費之減額。（日商四〇〇條中商草三〇〇條）

疏 危險不可分。故祇曾經一日即由任危險全部不得減已往之額。曰特別危險。例如原保險之房屋為深堂。深堂引火物件較普通房屋為多。其危險乃特別危險。其後深堂停業變為住宅。則變為普通危險矣。又如房屋之旁為火藥庫。附近一帶危險較多。故保險費亦多。後火藥庫遷移。其特別危險消滅。只普通危險存在。二者均可請求減費也。

第三 危險之變更增加。危險之存否。即保險契約存否之所由分。故其變更增加。亦於契約之效力有影響。不過其影響依危險變更增加之原因而有不同耳。分述如後。

(一) 由於可歸責於要保險人或被保險人之原因。此則限在保險期間中有顯著之變更增加時。保險契約失其效力。(日商四〇一條中草案三〇九條)

疏 危險之變更無常。若稍有變更即使契約失效。則是保險契約永無有效之日。故於變更增加不甚顯著時。仍保有其效力。若危險程度與訂約時已大相逕庭。當準人之一造易受不可恢復之損失。故使之失效也。

(二) 由於轉讓保險目的之原因者。此則失效之限制與前項同。且亦可作當歸責於被保險人之原因解也。惟因條文各異。故特分別列舉。至其說明。容後保險目的之轉讓項下述之。

日商法四〇四條二項中草案三〇一條

疏 如甲以居住之房屋保火險。後賣與乙。供深堂之用。是因轉讓增加特別之危險矣。

(三) 由於不可歸責於要保險人或被保險人之原因者。此則限在保險期間中有顯著之變更增加時。保險人得為契約之解除。祇對將來生效力耳。(日商法四一一條一項中草案三一一條)

〇條

疏 此時計其聲明解約者。因與預計不也。相合。故惟並非當然失效。不過經一造聲明後。得以解除契約。向將來生效耳。又危險增加。要保險人負通知之義務。如違反之。則視為從危險變更增加時。失其效力。因保險人對於危

險增加非當然可知悉也。又經通知之後，保險人亦須聲明解除契約否，則視為原約繼續有效。雖不通知而保險人明知有此事由者亦然。

第十項 損害填補

保險契約訂立後，在要保人交付保險費之義務。在保險人生損害填補之義務。其應填補之損害，須由偶然一定事故而生者。前既言之矣。茲就損害填補之額，分別說明如左。

第一對於全部保險之填補額。全部保險，乃以保險價額之全部付諸保險。故對於此項損害之填補額，保險人應負擔其全部。

疏 如以值萬元之房屋，保險萬元，即全部保險也。如被火災，則須賠償萬元。

第二對於超過保險之填補額。凡屬超過保險，其保險金額超過保險價額之部分者無效。故祇於其有效之殘餘部分，負填補損害之責也。

疏 如以值萬元之房屋，保險萬五千元，則超過之五千元無效。如發生損害，則只填補萬元。餘五千元無填補之義務。蓋填補以有損害為前提，若超過部分無損害可言也。

第三對於一部保險之填補。此則保險人所負擔之損害額，當依保險金額對於保險價額之比例而定之。（日商法三九一條中草案二九〇條）

疏 如以值百萬元之船舶，保險八十萬元，一部保險也。如船舶遇險，係全部損失時，賠償八十萬元。一部損失五十萬元，其賠償額依比例定之，即四十萬元。式如左。

$$\frac{\text{保險金額}}{\text{保險價額}} \times \text{損失額} = \text{賠償額} \quad \text{即} \quad \frac{80}{100} \times 50 = 40$$

保險人應填補之損害額，依發生損害地之特價定之。至計算損害額必要之費用，例應歸保險人

負擔(日商法三九三條中草案三二七條)

疏 通例係保險人要求被保險人代為調查。一估計單。其調查費及作成估計單之費用由被保險人負擔。故實際上被保險人亦負擔一部分之費用。物價因時期地方不同。不可無一定之標準。例如船舶由暹至倫敦。在印度孟買口岸發生損害。應依孟買之時價定之。

又此項填補額。既與保險價額為比例。故若當事人既已定明保險價額時。保險人非證明其價額有過當後。不得請求減少填補額也。(日商法三九四條中草案二九三條)

據上所述。填補損害。固屬保險人之義務。但商法中亦定明有不負填補責任之損害數端。列舉如左。

(甲) 因戰爭及其他變亂而生之損害。非有特約。保險人不任填補之責。(日商法三九五條中

草案三一四條)

疏 如已保險之船舶在海上被潛水艇擊沉。若無特約。不賠償。現今歐西各國多於此訂有特約。遇有潛水艇等危難。亦由公司負擔賠償之責。故其保險費亦加數倍。且其他變亂如地震水災等是。等事情發生。較少。故原則上。不負責任。

(乙) 因保險目的之性質。或瑕疵等。自然消耗而生之損害。保險人不任填補之責。(日商法三

九六條中草案三一五條)

疏 如魚肉自行腐敗。冰自塊行溶。解。機器自然磨損。則無庸賠償。

(丙) 因要保險人或被保險人之惡意。或重大過失而生之損害。保險人亦不任填補之責。(全

條)

疏 如甲以房屋保火險本可撲滅而置之不理或故意放火冀得鉅金均不填補所以保護社會公益也

除以上諸例外。保險人所負擔之危險。無論情形如何。皆當為之填補損害也。故中草案三一六條規定曰。損害保險之目項生。應歸損害保險人担負之損害以後。其目項雖因非損害保險人担負之保險事故而滅失者。損失保險人亦不得免填補之責任。

疏 火災保險公司所負担之危險為火災。若已保險之房屋燒去一部。殘餘部分旋被洪水沖刷。則已燒之部分仍須賠償。保險人不能主張縱不燒燬亦受損害而毫不任責也。

第十一項 損害之通知及防止

損害之通知及防止。乃要保險人或被保險人當然之義務。今別述之如後。

(一) 損害之通知 保險人於保險目的所應負擔之損害發生時。若要保險人或被保險人

已知之。即應從速通知保險人。(日商法四一二條中草案三二三條)

蓋法所以設此規定者。乃特與保納人以調查損害之機會者也。

疏 遷延過久。證據恐致消失。實情形反難調查。如違反此等義務。保險金之請求權縱不喪失。而保險人發生賠償之責任。時被保險人負擔之。通例於付保險金時扣除。

(二) 損害之防止 被保險人應竭力防止損害。(日商法四一四條中草案三一二條) 至因

此開支之必要。或有益費用及填補額。雖超過保險金額時。保險人亦應負擔之。(同條但書) 蓋此舉不僅為保險人減輕負擔。且為國家經濟計。亦甚重要也。至若保險僅為一部者。則應

按保險價額對於保險金額之比例使保險人負擔此項費用。(同條二項)

疏 所以減輕保險人之責任且恐災殞天物與國家經濟有妨例如火災保險保險人不得持有保險金之可以填補損失而坐視不救違反此義務雖不喪失保險金請求權亦須由被保險人負擔損害賠償之義務也。日商法益就消極言曰必要就積極言(後者為房屋延燒救火之費用是)曰填補額如因起火恐被延燒將房屋拆去一部或因注水將屋內器具毀壞合計其數即填補額也此種辦法似乎加重保險人之負擔然如無此規定則當救火之時被保險人必多所顧慮經濟不利故法使超過之額亦由保險人負擔也。如價值萬元之房屋保險七千元被火燒後消防費用百元應由保險人與被保險人按三七比例分扣即保險人負擔七十元被保險人負擔三十元是。

第十二項 保險金之支付

支付保險金乃保險人之義務也。故若因保險事故而生之損害其損害及於被保險利益之全部時固當支付保險金之全部。如其損害止於一部時則按其對於全部之比例支付保險金之一部可也。至保險金支付後當有如何效力試再述之如左。

(甲) 取得物權 保險目的之全部滅失而保險人已支付保險金額之全部時取得被保險人於其目的所有之權利。(日商法四一五條中草案三一八條) 至僅一部保險者其保險人之權利依保險金額對於保險價額之比例而定之。(同條但書)

疏 如以值萬元之房屋保險萬元全被燒燬賠償萬元則灰燼之餘應歸保險人所有依損害賠償之原則應由賠償額內扣除惟估計價值易生爭執不如直捷了當以灰燼之餘直歸保險人為愈也。至若一部保險則就灰燼之餘保險人與被保險人生共有關係譬如以值萬元之房

保險七千元則應有部分保險人十之七被保險人十之三。

(乙) 取得請求權 損害因第三人之行爲而生者保險人對於被保險已支付其負擔額時即於其金額之限度取得要保險人或被保險人對於第三人所有之權利。(日商法四一六條一

項中草案三一九條一項）又若保險人對於被保險人僅支付其負擔額之一部時。僅得於不侵害要保險人或被保險人之權利範圍內。行使其對於第三人之權利也。（同條二項）

疏 例如甲以房屋保火險後。因鄰人乙之重大過失。被火延燒。此時被保險人有二種權利。即一對於保險人請求保險金額之權利。一對於乙請求賠償損害之權利。惟後者多用訴訟方法遷延。日恆不確實。故不若依保險契約行使前者之權利為得。惟既得保險金。即不宜再行使對於乙之請求權。有不當利得之嫌。法特設規定焉。例如保險金五元。而僅付七千。則保險人只可請求乙對於自己履行七千元。餘三千元仍歸諸被保險人焉。若保險金全部支付。則對於乙之請求權爾後完全移轉於保險人。

保險金支付義務之時效。不得經過一年也。（中草案三二〇條）

疏 支付保險金通例於二週內為之。履行期既短。時效無妨。因之而短。此所以有一年時效之規定也。日本商法為二年。

第十三項 保險目的之轉讓

被保險人轉讓保險之目的時。推定因保險契約而生之權利。亦係同時轉讓可也。惟於此情形。設有因被保險利益之所屬。一旦變更。而其危險程度。亦即顯生變更或增加時。保險契約即應失其效力。（日商法四〇四條一項及二項。中草案三二〇一條一項及二項）

疏 目的移轉乃相對的消滅契約之效力。亦應因之喪失。此理論上應如是也。由法設例外規定。推定目的轉讓同時保險亦隨之轉讓。以保制度於社會有益故也。惟既曰推定。苟有與推定相反之事實。如當事人明定不隨同轉讓時。則推定者當然失據也。又依法律規定。債權之轉讓須通知義務人。方生轉讓之效力。此乃本於法律之規定。而生者。與以當事人之意思而讓與者異。故適用通知等規定。亦保人通常無支付保險費之義務。此時之推定亦只推定權利不能並支付保險費之義務。而不推定。因有時保險費由要約人支付故也。如甲以住居之房屋保火險。後轉讓於乙。乙供作澡室。或鑄造鐵器之用。則乙非當然取得保險權利。以保護保險人也。

第十四項 保險當事人之破產

保險當事人之破產。其影響必及于保險效力。故不可無法爲維持之也。茲分述如下。

疏 保險契約之締結以信用爲前提。經破產則信用喪失。故別設法以濟之。

(甲) 保險人之破產。保險人受破產之宣告時。要保險人得使供相當之担保。或令解除契約。若

要保險人不爲担保之請求。而僅行使解除權時。其解除祇能對將來生效力。(日商法四〇

五條一項及二項中草案三〇二條) 至其已行支付之保險費。不得請求返還也。

疏 以前之危險曾經負擔。依不可分原則。已付之保險費。不得請求返還。僅將來不付保險費已也。

(乙) 要保險人之破產。于此情形。亦準用前項規定。其不同者。要保險人若已交付保險費之全部時。即不必爲契約之解除耳。(日商法四〇五條三項中草案三〇四條)

疏 要保險人破產。則將來能否支付保險費。未可預卜。故有此規定。至要保險人已將保險費全付。則爾後之責任。在保險人。故無庸解除。

要保險人若係代他人爲之。縱令要保險人已受破產之宣告。保險人仍得對於保險人請求保險費也。惟若被保險人已拋棄其權利時。即應視爲無支付保險費之義務者耳。(日商法

四〇六條中草案三〇五條)

第十五項 保險契約之解除

契約以不得由當事人一方之意思解除爲原則。然保險法對此有數例外。歷述如左。

(甲) 保險人之責任期間開始以前。在保險人之責任期間開始以前。要保險人得爲契約全

部或一部之解除。(日商法四〇七條中草案三〇六條) 於此之時。保險人得請求與其應返還保險費半額相當之全額。(日商法四〇九條中草案三〇八條)

疏 如要保險人中將貨物付諸運送保險於開運之前被海關扣留此時保險人之責任尚未開始。自可解除契約。依通則契約解除應回復原狀。則保險費之全部皆應返還。惟法律只許請求歸還保險費之半額。例如已付百元則可扣五十元以填補保險人締約之費用。若前此尚未交付則保險人對於被保險人尚得請求支付五十元。

(乙) 隱秘或偽告 締結保險契約之當時。由要保險人之惡意或重大過失而不告知重要事實。或於重要事項為偽告者。保險人得為契約之解除。此項解除權。即在危險發生後。亦得行之者也。但若保險人知其事實。或由於過失而不知者。不得行之耳。又自保險人知其解除原因之時起。一個月間不行使解除權時。解除權即歸消滅。其自契約之時起經過三年(日商作五年)者亦同。

疏 締約之時。要保險人對於保險人負告知事實之義務。蓋保險費用以當日之情形為準。而其資料全恃要保險人之報告。苟出於虛偽。則保險人可以解約以資保護。所謂重要事項者。即保險人若知事其情。即不締約。或不以同一之約款締約。是惟保險人明知其事。或其不知由於過失。則不必加厚保護也。

保險人為契約之解除時。其解除祇能對將來生效力。然使其解除在危險發生之後者。則於既生之責任。亦不負担。故雖保險金額已支付。仍得請求返還也。惟若要保險人證明其保險事故之發生。非本於未告或偽告之事實者。不在此限耳。(以上日商法三九九之二及三九九之三條中草案二九六及二九七條)

疏 例如要保人偽告事實，火災保險公司與者訂約，雖房屋被焚，款已交付，仍可請求返還。

(丙) 保險當事人之破產。此則在前第十五節已述之矣。

(丁) 危險保險變更或增加。此則在前第十節已述之矣。

第十六項 重複保險

重複保險者。於同一之目的為數個之保險契約也。此數個之保險契約。若各為獨立之一部。而并存者。本無所謂重複。倘合計其保險金之總額。實已超過保險價額時。其超過之部分。即不啻有數重之保險也。於此情形。依超過保險應為無效之原則。將認何部分為超過部分。而作為無效。又在有效之部分。其各保險人負擔之比例應如何耶。是則應其保險契約之結於同時或異時而有別。分述如左。

疏 如以房屋一所價值萬元。分別在甲公司保險四千元。丙公司各保險三千元。自無重複保險問題發生。若在甲公司保險八千元。丙公司各保險三千元。則係超過四千元。究竟無效之部分。屬於某公司之問題也。

(甲) 同時重複保險。同時重複保險者。于同一之目的同時締結數個保險契約之謂也。此數

個之保險契約。如其簽日相同者。即可推定其契約係同時為之也。(日商法三八七條二項

中草案二八六條二項) 凡同時重複保險。其總保險金額超過保險價額時。其超過之部分

應作無效。(日商法三八六條中草案二八五條) 至于不作為無效之部分。由保險契約等

按照其各自保險金額之比例而定負擔填補之責任。(日商法三八七條一項中草案二八

六條一項

疏 保險證券皆記明年月凡日同者推定係同時爲之。與事實相反者無妨推翻。如值五百萬元之船舶分別編三海上保險契約甲四百萬元乙二百萬元丙百萬元其七百萬元則超過保險價額之二百萬無效。餘五百萬元船舶失險時以上除五百萬元以其得款分別與四百萬二一萬一百萬相其得款即爲公司應賠償之額也。

(乙) 異時重複保險。異時重複保險者於同一之目的相繼爲數個保險契約之謂也。此種保

險如其契約上保險金額之總計超過保險價額時應由前之保險者先行負擔填補損害。若以其負擔額填補全部損害猶有不足始歸後之保險人負擔之。(日商法三八八條中草案二八七條)

疏 如前例甲公司保險在前乙次之丙又次之則甲賠償四百萬元後不足三百萬元由乙公司賠償丙公司絲毫不負責任。

重複保險契約不問其係同時爲之抑係相繼爲之其各當事人之權利義務皆自其契約當時業已確定非可因前後契約而變更之也。故雖或對於一保險人拋棄其權利義務時而其影響不及於他保險人也。(日商法三九條中草案二八九條) 保險價額之全部既付保險似已無更爲保險契約之餘地矣。然有如左列各情形者以被保險人並無二重利得之弊故法律認許之也。(日商法三八九條中草案二八八條)

疏 如前例甲公司應分擔補救額被保險人拋棄之則乙丙兩公司不能代甲公司賠償仍由自己應賠償之數已足。又如與各公司先後締結被保險人對甲公司拋棄權利對於乙丙兩公司亦不能求償。即乙公司只賠償百萬元丙公司絲毫不賠償也。蓋彼此權利各自獨立非如此規定不足妨止保險人與被保險人並同舞弊也。

第一 約定以對於前保險人之權利轉讓於後保險人。

疏 如以值萬元之房屋在甲公司保險五千元後與乙約以對於甲之權利轉讓於乙不妨有效因之發生損害亦由乙賠償。

第二 與後保險人約定拋棄對於前保險人之權利全部或一部。

第三 約定以前保險人不填補損害爲限始由後保險人填補損害。

疏 此種特約往往有之初前保險人資力喪失不能達保險目的也。

如上所說既經全部保險而又訂結若斯之條件附契約者無他恐前保險人之資力或有所不足恃也或有稱此種保險爲外觀上之超過保險者故以置諸重複保險項下並論之亦宜。

疏 上述之外有應注意者數端(1)被保險利益不相同時不生重複保險問題如甲以自己房屋設定抵押權於乙甲乙各別保險即對於同一目的物爲二個保險契約也然甲乙之利益各不相同甲之保險所以防所有權喪失乙之保險所以防担保物消滅致債權有名無實非重複保險也(2)危險不同者不生重複保險之問題如甲之房屋一方保火險一方保水險一方保盜險危險之發生不同自非重複保險也(3)保險期間不同不生重複保險問題如第一次保險契約告終第二次保險契約開始自屬各不相妨也。

第十七節 再保險

保險事業之足使必要危險之分配得以實行危險之負擔力得以鞏固保險人之支付能力得以確實被保險人之地位得以泰然安處者有二種方法。一曰共同保險。二曰再保險。共同保險乃多數保險人就一被保險人所提出之保險契約彼此分担之謂。再保險乃一保險人所接受之契約一或全部更有他保險人自其手承受之謂也。後項保險在最初之保險人稱曰原保險人其對

此與被保險人所已締結之原保險而爲第二保險之人。卽所謂再保險人。與原保險人所訂之契約目的專以填補其所負擔危險責任爲主。非若原保險人對被保險人之在直接負擔填補損害。故學者稱再保險亦責任保險之一種也。

疏 共同保險者如百萬之金額約由甲乙丙三公司共任填補之責。就契約外部言直爲一體。若德保險法規定重複保險與共同保險無區別。二者皆負連帶責任。故被保險人請求保險金時可向任一一人請求之。再保險者如甲以價值百萬元之船舶在乙公司保險百萬元。乙恐無力負擔。乃將其一部分之六十萬元分別保險於丙丁二公司。如遇災害則先由丙丁向乙賠償。再由乙向甲賠償。故再保險契約專在負擔責任問題也。

再保險有時又可自立於原保險人之地位。而以其責任轉令他保險人負之。故再保險雖轉行之亦無妨也。

疏 如甲公司將承辦之保險在乙公司付之保險。乙更向丙公司付之保險。則乙立於原保險人及再保險人之地位。

再保險事業利益極大。歐美各國通行已久。而德國尤盛。其設在梅來克之明亨再保險公司。規模壯闊。自一千八百八十年以來。已推爲世界之冠。至於俄國。當金幣制度創行之際。財政部大臣維忒。因其國商人往往以再保險之事託之外國公司。不免有金貨外溢之弊。力勸其國保大險業者。聯合創立再保險公司。蓋以其事業之關於本國金融者。誠非小也。

疏 再保險可聯合多數公司之資力。以從事保險。與結社協力之性質最爲適合。

第二款 火災保險

火災保險。乃相約填補由火災而生之損害者。實損害保險中之最重者也。總則之外有左列特別

規定。

疏 損害所險中以火災保險連送保險爲多法特就二者設規定焉。惟二者之外他之損害保險尙有應特設規定者立法家應注意。

第一 火災保險證券。火災保險證券中於普通保險證券所應載事項外其特別當記事項有

二即火災建築物之所在構造及用法其一也。以動產付火災保險者其收藏建築物之所在構

造及用法其二也。(日商法四二二條中草案三二二條)

疏 日建築物所在如在炸藥庫附近則危險生應行記明。是日構造如木造者較硬石造者易生危險。日用法如供澡堂之用較供居住之用易生危險是。

第二 當填補之損害。由火災而生之損害不問其由於天災或由於人爲保險人均應任填補

之責固已。(日商法四一九條本文中草案三二二條本文)至若因消防或避難等必要處分

以致保險目的生有損害者雖屬間接行爲亦當填補否則填補之趣旨不能達矣。(日商法四

二〇條中草案三二二條)

疏 日天災指雷災燒是日人爲如放火災燒是。日火災燒消防隊爲救護起見拆去房屋一部此損害應由保險公司填補。如日烟薰致窗戶焦糊以人因避險而打破窗此等損害皆應賠償。

由火災而生之損害雖不問原因如何皆當填補。但亦有二例外列舉如左。(日商法四一九條

但書中草案三二二條但書)

一 因戰爭或其他變亂而生之損害非有特約保險者不任填補之責。

二 因保險目的之性質或瑕疵等自然之消耗及因被保險人之惡意或重大過失而生之損

害保險人不任填補之責。

疏 如以火藥付之保險而自行炸裂此因性質之說也。失火焚燒本易撲滅而竟坐視不救此因保險人惡意之說也。

第三 保管者所爲之責任保險。保管他人或租借人之物者。因法規或契約既管對保物所有者。負有損害賠償責任。欲將其賠償責任作爲被保險利益。付諸保險。一旦火災若起。即可自保。險人受取保險金。以之賠償保險物所有者。於此情形。保管物所有者。既非被保險人。當然無保險金之請求權也。特法以使所有者直接得損害填補額爲便。故亦作爲變例而認之。（日商法

四二一條中草案三二四條）

疏 如倉庫營業人有交付原物於委託人之義務。以賠償之責任。付諸保險。此保險契約雖與委託人無涉。爲防倉庫營業人消費詐特設此規定焉。

第三款 運送保險

運送保險。乃相約填補運送中所生之損害者。亦爲一種之損害保險。故可適用其總則也。此所謂運送。指廣義之陸上運送而言。即關於陸上及內水上（湖川港灣）之運送也。故海上運送。不包在內。論其規定。亦有二三特殊之處。列舉如下。

第一運送保險證券。運送保險證券中。於普通保險證券應載事項外。尙有特別當記事項數端。即第一運送之路程及方法。第二運送人之姓名或商號。第三運送品之受領及交付處所。第四定有運送期間者。其期間是也。（日商法四二五條中草案三二五條）

第二責任期間 運送保險其保險人之責任自由運送人受領運送品時始。至交付於受貨人或提單之認^真正所持人時止。是爲保險人之法定責任期間。凡在此期間以內或遭火災或被盜失。苟當事者間無別項特約。均應由保險人任填補損害之責也。(日商法四二三條中草案三二七條)

疏 在一般保險危險須有一定。如火災保險以火災爲限。盜難保險以盜難爲限。而運送保險則否。在運送中或被盜難或破水火之災。除當事人以特約限定外。均須任賠償之責。蓋因運送之目的在於到達一定之處。所有危險目的即不能達到故也。

第三保險價額 以運送品付運送保險者。以發送時之送地價額與至到達地之運送費及其他費用定運送保險價額。至若因運送品到達所得之利益以有特約爲限。亦得算入運送保險價額中也。(日商法四二四條中草案三二六條)

疏 例如由京至漢口貨價千元運送費五十元脚行費十元關稅十元合爲千零七十元即以之定運送保險價額之標準。超過此額之保險其超過部分無效。此原則也。但有特約者不在此限。

第四運送之中止變更 保險契約非有特約。因運送上之必要。雖一時中止運送或變更運送路程及方法者。仍不失其效力也。(日商法四二六條中草案三二八條)惟此須出於必要。並係暫時之事。且祇限於中止運送或變更路程及方法者。否則得(中草案三〇九及三一〇條)俾失效力或行使解除權矣。(日商四〇一條及四一一條中草案三〇九條及三一〇條)

疏 中止變更運送等事。雖有特足時增加危險。但此爲運送不可免之事。例如由火車運送。因大水沖斷鐵路。一時不能通行。須暫行停運。或改由船運。是若遠使之失效。則無效之事。必至時時發生。與運送之精神不大適合矣。

第七節 生命保險

生命保險有廣狹二義。在廣義則合一切關於人之生死而支付金錢者。凡終身生命保險。年金保險。婚姻保險。養老保險。徵兵保險等皆括其中。在狹義則僅指終身生命保險。中草案第三百二十九條云。以擔任關於人之生死支付一定金額爲業者。爲生命保險人。味其語義似爲廣義。然卽其以下各條觀之。其規定之實質。又多祇關於狹義者。惟察其第三百三十條（日商四三〇條）既云生命保險證券中須載明保險契約之種類。則契約之目的。並非僅限於一端也。又可知矣。

疏 年金保險。防年老失業無以爲生。婚姻保險。防因婚姻發生費用無力負擔。養老保險。如約。十歲以前死亡。活至七十歲以後。由公司支付保險金。爲恐慌保險。混生生死二者而兼有之。公司方面總有支付保險金之時也。徵兵保險。防充兵役無力贍家而爲之。中國之人壽保險。以定期生命保險爲多。如以十年爲期。十年內死亡者。則支付保險金。此與賭博相似。若終身生命保險。則保險公司一定有賠償之日。故其年納之保險費較多。如被保險人早夭。公司卽得不償失。如被保險人享大年。則應支付之保險金。由保險料扣除外。尚有賸餘也。

生命保險以支付關於人生死之一定金額爲主。是其與損害保險根本相異之處。其他除可準用損害保險總則各條（日商法四二九條二項及四三三條一項。中草案三三五條二項及三三九條一項）外。尙有幾多特殊規定。分述如左。至可準用條項。其說明理由。已見前者。不贅列也。

疏 生命保險以人之死亡條件成就爲前提。不以損害之有無爲前提。此生命保險與損害保險之異點也。

第一 保險金受領人 生命保險於要保險人及被保險人外。另有所謂保險金受領人。蓋被保險人曾以其身付諸保險。其資格當然不得爲保險金受領人之當事者也。惟要保險人得同時

為被保險人。亦可同時為保險金受領人。即要保險人得以自己或他人之身體付諸保險。而以自己或第三者為權利者也。於茲再將關於保險金受領之制限。分別述之。

圖 在損害保險。被保險人祇有權利。並無義務。故保險金受領人。即被保險人。因其以自己之利益付諸保險。而被保險人。即其利益之主體。故而在生命保險。則以人之生死為條件。而付諸保險。故自生自死毫無損害之發生。不過條件成就而已。當然不得為保險金受領人也。但實際上未必盡然。有時三資格可屬一人者。如甲以其生存為條件。付諸保險。自行要約。自行受領保險金。是有三資格分屬三人者。如甲以乙之死亡為條件。付諸保險。使丙為保險金受領人。是有三資格分屬二人者。如甲以自己死亡為條件。自行要約。使丙為保險金受領人。是所謂三資格者。即一要保險人。二被保險人。三保險金受領人。合諸保險人。則有四人存在者。在損害保險。則僅要保險人。保險人。被保險人。三種人。而別無保險金受領人。此二者之異點。一在損害保險。其危險之發生與否。不能預定。生命保險。則可預定。此二者之異點。二在損害保險。以損害為前提。生命保險。以生死為前提。此二者之異點。三。

(甲) 定因他人死亡而支付保險金額之保險契約時。要保險人訂結契約時。應得被保險人生命人之同意也。但被保險人自為保險金受領人時。固不須有此同意也。轉讓因此契約而生之權利。亦應得被保險人之同意。至若要保險人而為被保險人時。其保險金受領人之欲轉讓權利。或被保險人而兼保險金受領人時。其承受該項保險金受領權利之人。更為轉讓者。均非得其人之同意不可者也。(日商法四二八條中草案三三二條)

疏 以他人之死亡為條件。而支付保險金。如締約時。不得被保險人同意。則要保險人常故意致之死地。而圖得保險金。且海惡風有偽以婢為己女付之保險。故殺之以得保險金者。法特設法以防之。考英國法。須要保險人因被保險人之死亡。有金錢利害。方許締此保險契約。西班牙。葡萄牙。法。須要保險人與被保險人有金錢上利益。或愛情者。方可。日本。舊商法。要保險人須須係被保險人之親族。或繼承人。方可。德國。瑞士法。則只得被保險人同意。即可締約。不限定其資格。日本新商法。採之較為得當。

(乙) 受領保險金額者為第三人時。於此情形。要保險人倘不表示特別意思。其第三人當然

享受保險契約之利益。固已。即或要保險人已表示特別意思指定或變更保險金受領人之權利。然若未及行使該權利而死亡時。其保險金受領人之權利。亦應自此確定。而不能由其繼承人剝奪者也。(日商法四二八條之二中草案三三二條)

(丙) 受領保險金額者與被保險人相異時。於此情形。受領人倘或死亡。要保險人得更指定保險金受領人。此項權利。如要保險人未及行使而死亡。應以保險金受領人之繼承人爲保險金受領人。(日商法四二八條之三中草案三三三條)

如上所述。無論何種情形。要保險人於訂結契約後。指定或變更保險金受領人時。非將其指定或變更通知保險人後。不得對抗之。又指定被保險人以外之人。爲保險金受領人時。並應得被保險人之同意也。(日商法四二九條中草案三三四條)

第二 生命保險證券 生命保險證券中。於普通保險證券所應載事項外。有特別當記事項三。即第一保險契約之種類。第二被保險人之姓名。第三定有受領保險金額之人者。其人之姓名是也。(日商法四三〇條中草案三三〇條)

第三 保險金之支付 此爲當然之事。惟若有左列各款情形者。保險人不負責也。(日商法四三一條中草案三三七條)

(甲) 被保險人因自殺決鬪犯罪或執行死刑而死亡者。

(乙) 被保險人由保險金受領人故意致死者。但若其人係僅得受領保險金額之一部者。保險人不能免支付餘款之責。

疏 如甲乙應各得保險二千元。因被保險人係甲致死。則保險公司僅對乙支付一千元已足。

(丙) 被保險人由要保險人故意致死者。

有以上甲乙兩種情形時。保險人並應將爲被保險人積存之金額返還於要保險人也。至其返還義務之時效。祇以二年爲限。(日商法四三三條之二。中草案三三八條)

第四 死亡之通知 要保險人或受領保險金額之人知被保險人死亡時。應從速發通知。此其義務也。(日商法四三三條。中草案三三六條)

第五 生命保險契約之解除 要保險人或被保險人有隱秘或僞告時。保險者得爲契約之解除。(中草案三三五條) 其趣旨與前關於損害保險之解除權無異。故不贅也。

疏 因職業之種類。關係人之生存死亡者各異。如海船水手時有溺死之虞。火車司機危險亦較常人爲大。如不告知。則保險費無適當之標準。保險人易受意外之損害也。

