

民法
詮
解
總則
編(上)

黃右昌著

司法院法官訓練所主編
商務印書館印行



NO. 1121.

黃
右
昌
著

民
法
詮
解

總
編
(上) 則

司
法
院
法
官
訓
練
所
主
編
商
務
印
書
館
印
行



3 0477 2826 0

增訂再版例言

一、本書初版，係著者民國三十年法官訓練所講稿。其中引用法條，截至現在，有全部修正，其條文次序，較舊法更動者，例如農會法、工會法、著作權法、違警罰法。有廢止舊法，另立新法，其名稱亦不同者，例如國民工役法，另定爲國民義務勞動法，獎勵工業技術暫行條例，另定爲專利法，查禁敵貨條例，禁運資敵物品條例，另定爲戰時管理進出口物品條例。有修正一部分條文者，如優待出征抗敵軍人家屬條例。諸如此類，不勝枚舉。再版關於此點，在重排不致過多之範圍內，摘要更正，其詳具載補編。並依整理現行法規原則八點之七，將修正二字，一律刪去。另將本書引用法令公布及修正年月日列爲一表，以便參考。（見補編附二）

二、本書章節，均依民法法典次序，爲有系統研究。另創格式曰解、曰點、例如第一編總則第一解，爲本編之總說明。第一章法例第二解，爲本章之總說明。第三解爲本章之逐條說明，以下類推。於每章或每節總說明之第一點，則用簡單摘要，以賅括本章或本節條文之要旨。摘由號數用壹、貳、叁、肆、伍、陸、柒、捌、玖、拾數目字，其下括弧內簡寫之數目字即摘由之條。其他在性質上不能於逐條說明者，均於總說明中分點說明之。

增訂再版例言

三、總說明中注重過渡時期法令之適用，尤以民法總則施行法（簡稱總施）最關重要。故關於附屬法上的法人，寺廟的獨立財產，外國人，外國法人，依其類別，列於總說明中。又以第四章法律行為，為整個民法的中心，尤非逐條說明，所能澈底了解。故關於法律行為之立法例、定義、及分類、第五節代理與債編第一章、第一節、第二款代理權之授與有共同說明之必要，均於該章節總說明中，分點詳述。

四、逐條說明，每條分為四點，第一點，該條摘由，以次為關係條文，參考條文，參考他國條文。第二點立法例。第三點釋本條之意義。第四點判解，僅有判例者為判例，僅有解釋者為解釋，變更者刪去，適用者增添。雖便利上有合併二條以上說明者，或每條僅有兩點說明者，則因條文之性質使然，為數極少，通體一律，以示整齊而便稽考。

五、逐條說明之第一點，稱關係條文者，為民法，（定有原則者載原則第幾目）民法各編施行法。稱參考條文者，為其他與該條文有關係之法令。參考他國條文，稱德民、法民，瑞典、泰（即暹羅）民、俄（即蘇聯）民者，謂該國民法。稱瑞債者，謂瑞士債務法。第四點判例，根據國民政府關於民國十六年三月以後，北庭大理院判決之案，一概無效之明令，引用大理院判例，以十五年截止，最高法院判例，以十七年開始。

六、收回法權，涉外法律關係，日益增多，比較各國立法例而研究其異同，於審判上應依當事人之本國法時，裨益甚大。故將初版第一點所引參考他國條文，另於補編中就與我民法條

文類似者列舉。此次再版引用之參考他國條文與補編第二點立法例所列舉者一致。

七、現代各國民法著作，已由教科書的民法時代，進於特殊問題的研究時代。本書隨現代之要求，以學理與實用並重。對於有關現行法令參考，及特殊問題之研習，特別注意，於每章或每節之後，列有實用問題，以資練習。（見補編附一）

八、關於他國學者之譯名，現尙未有標準譯音，坊間民法著書，關於譯名，人各不同。本書引用他國學者人名，在再版中便於更正者，均用漢譯。原名另按字母次序，列表以便稽考。（見補編附三）

九、民法爲大法典，先進各國，無不有數次草案以資折中。我國民法，制定較晚，然亦有第一次草案，（即大清民律草案）與第二次草案，（全文見法律草案彙編及拙著民律要義附錄）故本書逐條說明之第一點，間有引用，簡稱一草二草。

十、本書初版訛字頗多，脫漏不少（例如引用條文數目字顛倒或多出，解釋例脫漏年月日，判例脫漏年次，外國文字脫漏變音符號，占有誤爲佔，公布誤爲佈等）。然以業經發行，無從正誤。此次再版，均加更正。

十一、上列二、三、四、五格式，係本管見，亦即著作物內容之一部。續編，物權編，親屬編，繼承編，均依此式編整。除物權編全部脫稿，不久出書外，餘亦陸續編稿，次第完成，期竟全功。合併聲明，以杜仿照。

十二、民法學科，莫殫莫究，條文之規定有限，社會之事實無窮，而立法例及學說，又至爲繁
頤，喪亂以來，典籍淪失，參考深成困難，全書緒論大體參酌舊著法律的革命，法律的
新分類。本論大體參酌舊著民律要義而加以充實。然以學力及時間有限，疏漏舛誤，知
所不免。斟酌損益，俟之異日。海內闕達，幸賜指教。

目錄(上)

緒論

- 第一解 民法在法律的新分類中之地位……………一
 第一點至第八點
- 第二解 民法在固有法律的分類中之地位……………二九
 第一點至第四點
- 第三解 民法之法源……………三五
 第一點至第三點
- 第四解 民法之編別及其內容……………三九
 第一點至第三點
- 第五解 民法之效力……………四三
 第一點至第三點
- 第六解 民法之解釋……………四六
 第一點至第五點

第七解 法律與權利	五二
第一期至第三期	
第八解 公權與私權的新分類	五三
第一表 第二表	
第九解 私權的新分類	五五
第一點至第三點	
第十解 民法與無形財產權之關係	六七
第一點至第三點	
第十一解 私權之保護	七五
第一點至第三點	
第十二解 關於官署違法處分損害之救濟	七九
第一點至第四點	
本論	
第一編 總則	八七
第一解 本編之總說明	八七
第一點 第二點	

第一章 法例	八八
第二解 本章之總說明	八八
第一點 第二點	
第三解 本章之逐條說明	八九
第一條至第五條	
第二章 人	一〇四
第四解 本章之總說明	一〇四
第一點至第五點	
第一節 自然人	一一六
第五解 本節之總說明	一一六
第一點 第二點	
第六解 本節之逐條說明	一一七
第六條至第二十四條	
第二節 法人	一六八
第七解 本節之總說明	一六八
第一點至第七點	

第一款 通則	一九一
第八解 本款之總說明	一九一
第一點至第七點	
第九解 本款之逐條說明	一九四
第二十五條至第四十四條	
第二款 社團	二二八
第十解 本款之總說明	二二八
第一點 第二點	
第十一解 本款之逐條說明	二二九
第四十五條至第五十八條	
第三款 財團	二五三
第十二解 本款之總說明	二五四
第一點至第四點	
第十三解 本款之逐條說明	二六〇
第五十九條至第六十五條	
第三章 物	二七四

第十四解 本章之總說明·····	二七四
第一點至第五點·····	
第十五解 本章之逐條說明·····	二八八
第十六條至第七十條·····	

民法詮解 總則編（上）

緒論

第一解 民法在法律的重新分類中之地位

本解應說明者八點

第一點 民法爲根本法（或譯準據法）

民法者，規定人類私權關係的根本法也。根本法 *Haupgesetz, Droit fundamentalis, Fundamental Law* 有一，一爲憲法，一爲民法，其他非憲法的附屬法，即民法之附屬法 *Nebengesetz, Droit accessoire, Accessory Law* 也。

歐戰以後，憲法多注重於社會化 *Socialization of the Law* 方面，同時民法，亦由是而擴大而注重於社會化方面，故憲法民法，在現代爲公法私法之混成物 *Mischgebilde*，亦即公法私法崩壞之最大原因。一九一四年，世界大戰，促進俄德之社會革命，其基本精神，即在於所有權的限制（地主權之社會化）與勞動法的整嚴。而其歸宿之點，即在於憲法民法之擴張與溝通。故在今日，不能稱憲法爲公法，民法爲私法，而通稱二者爲一種根本法可也。



公法私法的區別，有三種學說，（一）目的說 以保護公益爲目的的者爲公法，以保護私益爲目的者爲私法，從此學說，則親子婚姻中頗多公益之規定，抑將謂爲公法乎？（二）實質說 以規定權力（即不對等）關係之法律爲公法，規定權利（即對等）關係之法律爲私法，從此學說，則未成年入服從親權，含有權力關係，抑將謂爲公法乎？（三）主體說 以規定國家與國家及國家與私人之法律關係者爲公法，專規定私人與私人之法律關係者爲私法，從此學說，則於現代社會化的法律，不足以說明之。蓋建立中國本位新法系，自當確認三民主義，爲法學最高原理，民族民權民生即民有民治民享「The government of the people, by the people, for the people」，所有法律，都是民衆的法律，乃必強爲分曰：何種法律，爲國家與國家之關係，或國家與人民之關係，謂之公法，何種法律，爲人民與人民之關係，謂之私法，豈不與建國大綱第一目及三民主義相刺謬耶！不寧唯是，民事訴訟法，規定實行權利及履行義務之程序法，如以實體法的民法爲私法，則程序法的民事訴訟法，亦爲私法，自無異說，乃德國學者謂爲公法，法國學者謂爲私法，足見界說之不明，蓋學說愈多，則剖析愈難，根本取消，反而透澈，此余所以不憚喋喋力主推翻公法私法之區別而以根本法附屬法代之，並於拙著法律的革命及法律的新分類中，另闢一法律的新分類也。著名學者，如德之耶凌 Ihering 英之奧斯丁 Austin 日之岩田新均同此主張。至吸收現代法學思想，介紹他國法律制度，則有公權私權之區別，已足應用，因法字權字，大陸法系諸國（羅 Jus De Recht 法 Droit 義 Diritto）都是通用

也。英國不同，Law與Right，不相通用。我國民法，係繼受羅馬法系之大陸法系，故不能與英美系統爲同一之論調。

第二點 民法爲國內法

國內法 Nationalrecht, Droit national, National Law 與國際法 Internationalrecht, Droit international, International Law 爲相對的區別，實則國內法中，亦有國際法，如私法國費利克斯 Foelix 所創，英美學者，則稱爲法律的牴觸 Conflict of Laws or Polarized Law) 卽我國之法律適用條例 Rules for the Application of Laws 是。此英美學者，以私國際法認爲國內法之理由也。

從前所謂國際公法，均爲保護世界強大民族對弱小民族實行侵略主義者而設，所謂平等互惠，皆是欺人之談，如軍隊軍艦，非得主權國許可，不得侵入其領土以內，爲國際法所規定，而各帝國主義者，未得我國許可，動輒派遣多額之軍隊軍艦，侵入我國，則所謂國際法者，不是爲保護世界全體民族的利益而爲強大民族對於弱小民族支配及榨取之一種工具也。故余所謂國際法，不僅如從來學者所稱之平時國際公法，戰時國際公法，而帶有研究爲全世界民族謀利益之國際法也。申言之，卽今日之國際法，非僅指國家與國家之關係而言，而爲一種團體的法規也。故國際團體法 International Corporation Law (內分三大部分：曰國際社會團體法，曰國

際職業團體法，曰國際智識團體法），為國際法的重要精神，蓋世界經濟之發達，促進國際的分工，同時促進各國法律文化學術的國際化，（例如國際民法國際著作權法國際工業所有權法國際票據法國際商法等）所謂為帝國主義或國家主義而設之平時戰時國際公法，已無研究之價值矣。

第三點 民法含有社會法團體法之性質

社會法（或社會化法）*Sozialrecht; Sozialisierungsgesetz* 對待之名辭，以為國家法或國家法 *Staatsrecht*，國法之範圍，舊日學者立論，有廣狹二義，以廣義言之，恆兼有憲法行政法刑法裁判法四種，蓋謂憲法定國家與其機關及其人民之關係，為確定國家之根本，憲法既立，始有行政法，行政法者，補充憲法以施行一國之政務也。若刑法乃國家對於構成國分子之行為不行為，而規定其犯罪刑罰之法，若裁判法，乃定審判權行使之順序及法院組織之法，故皆可屬於國法。世界文明，法律演繹，逐日加多，於是刑法學裁判法學，遂離國法學而為獨立之學科，言國法學之範圍者，復分廣狹二義，廣義國法學，含有憲法行政法二種，狹義國法學，則祇憲法一種而已。

更就國家之性質言之，國家之性質，合分子與有機二說而觀，乃得真相，蓋國家之原質，乃組織物質與精神的交通之社會層累而成，其始由各個人共同生活意思，吸合而為共同團體，積共同團體心理所結合，有物質與精神之交通，則為層累之社會，組織層累之社會而統一之，是為國家，國家統一各分子，有構成國家資格者之意思，故國家為公共團體，然國家與分子，各

有成立存在之目的，故國家又為特別團體，國家統一各分子心理所發動，確定共通生活之意思以為其意思，故國家為事實上的人，法律雖為國家所規定，而國家實由法律公認而成立，故國家又為法律上的人。是由國家之性質言之，則所謂國法者，亦不外一種特別之團體法而已。

吾人就廣義言之，以以上四種為國法，不啻以凡對內的舊派學者所稱之公法為國法也。以法律的社會化眼光觀之，既不主張公私法之區別，則廣義的國法之名稱，不能認其存在，若就狹義言之，則歐戰以後，各國憲法，已將傾向國家主義之法制，變而為傾向社會主義之法制，而為憲法之民法混成物，所謂狹義的國法學（即憲法）之名稱，亦不能存在矣。

團體法 *Genossenschaftsrecht; Corporation Law* 之名稱，見於席兒曼 *Sherman* 氏一九一七年所著羅馬法與近世 *Roman Law in the Modern World*。羅馬法上之團體，據席氏所述，可分六種：（一）公團體 *Public Corporations* 如國家城鎮是。（二）宗教團體 *Religious associations* 如教士學校者。（三）慈善團體 *Eleemosynary Corporations* or *Charitable foundations* (*Piae Causae*) 如貧兒院等。（四）商業團體及實業組合 *Commercial Companies and industrial associations*。（五）政治集社 *Political Clubs*。（六）社會及公眾利益之組合 *Social and mutual benefit associations*。自一以下，為準公團體。此外尚有私團體 *Private Corporations* 者，其發展之原因，於經濟及政治有關也。

二十世紀之法律，漸由個人主義 *Individualism* 而趨於集合主義 *Collectivism*。據費

邊研究社 Fabian Research Department 幹事柯爾 G. D. Cole 之著書，而知勞動組合之種類有不勝枚舉者也。大抵每一團體之設立，內部必有章程以規律自身，外部則國家必制定條例以保護團體之發展，如英國一八七一年勞動組合條例一九〇六年勞動組合爭議條例一九一三年勞動組合條例一九一七年勞動組合（合併）條例其最著者也。此等內部章程及國家所頒布之組合條例，即團體法也。

籍兒克 Gierke 氏排斥羅馬法思想之專橫，謀日耳曼法律思想之復活，創法人有機體說，見其所著德國團體法論 *Das deutsche Genossenschaftsrecht* 及德國團體學說 *Genossenschaftstheorie und die deutsche rechtsprechung*。

以國家爲立場，國家內包含有許多原子，所謂國家以內有社會也。以世界爲立場，則世界爲一個的社會，所謂社會之內有國家也。個人爲各個獨立之原子，所謂原子的社會觀 *Individualistischatomistische Weltanschauung* 羅馬及第十八世紀之自然法，屬於此種觀察。團體爲各個人之集合體，所謂全部的社會觀 *Kollektivistisch universalistische Weltanschauung* 德國及現代之團體主義，屬於此種觀察。

人之始生，便爲家族團體之一員，與父母兄弟，營共同生活，及年長入校，與同學營共同生活（羣育），後來爲農爲工爲商或爲宗教團體之一員，或爲市鄉的公民，在在須和他人保持一種共同生活之關係，此由人與人的關係所造成之家族學校工會村落宗教團體國家等之總和，

普通稱爲「社會」，所謂人爲社會的動物，卽指此而言也。

團體法與社會法並論之理由，有二要義：其一團體有公團體私團體，及團體法團體人之分，國家及地方自治團體，爲公團體之團體法兼團體人，公司農會漁會工會商會等，爲私團體之團體法兼團體人，公團體爲經濟主體時，與私團體無有區分，蓋社會與國家，本來非全然各別者，卽國家爲社會之一體樣，而社會爲國家之前提的基礎，申言之，卽國家爲社會中最大之特別團體而已，此並論之理由一也。其二法律制度，政治組織，家族狀態，社會思想，乃至學術藝術，爲社會底上層建築，而生產關係，則基礎建築也，如家屋然，基礎一變，則家屋的全體構造，都生變化，生產關係，一有變化，則建築上面之各種制度，因之變化，故生產關係變史，足使整個的社會，一新面目，且以團體法爲上層建築，社會法爲基礎建築，基礎一生變化（經濟），則團體之構造亦隨之，此並論之理由二也。

自法國大革命以自由平等博愛爲當時立法三大原則，由警察國家而變爲法治國家，由專制政體而變爲立憲政體，由罪刑擅斷主義而變爲罪刑法定主義，由此產生之法律，偏重個人主義，立憲制度，不外尊重個人權利之自由，罪刑法定主義，亦不外爲個人之保護，法律之權利思想及行爲本位論，爲個人主義之結果。一七八九年之人權宣言，極端表示保護天賦人權，以爲神聖不可侵犯，故有言論自由，出版自由，集會自由，信教自由等之規定。一八〇四年公布之拿破崙法典，極端尊重個人之自由，由此演成四個原則：一意思自治之原則，二、契約自由之

原則，三、責任基於過失而生之思想，四、所有權不可侵犯。拿破崙法典，雖極端保護個人自由，然對於平等博愛之原則，則未能兼顧也。自十九世紀末以至今日，法律受莫大之變化，自由放任主義廢，而國家干涉主義行，個人無自由，團體始有自由，法律由權利本位而趨於社會本位，此種新趨勢，名為法律之社會化。我國民法立法原則，係根據三民主義，即自由平等博愛之三原則，同時兼顧，亦即社會主義本位之立法也。就三民主義言之，求民族之自由平等者，民族主義也，求人民之自由平等者，民權主義也，求經濟之平等及民生之解決，即民生主義，亦即博愛之精神。約言之，民法之根本精神，為三民主義之精神，務求自由平等博愛三原則之平均發展也。

就整個的民法抽象的言之，係依據社會政策而立法（社會立法），則全部皆為社會法，若就民法各編具體的言之，則左列各點，亦為社會本位初期特放異彩之立法例：

子 關於公法之保護 一、自然人人格權之保護（民一七條一八條），二、法人設立之限制（民三〇條），三、消滅時效及取得時效期間之縮短（民一二五條至一二七條一四七條七八條），四、表示主義之採用（民八六條八七條八八條至九二條），五、物權登記要件主義之採用（民七五八條），六、占有之保護及即時取得之規定（民九四三條九四四條九六〇條八一條八八六條），七、結婚撤銷效力之限制（民九九八條），八、非婚生子女之請求認領權（民一〇六七條），九、糾正父母對於子女權利之濫用（民一〇九〇條），十、親屬會議對於

監護人之監督，（民一一〇六條一一一三條）十一、扶養之義務，（民一一一四條一一一七條至一一二〇條）十二、限定繼承之容許，（民一一五四條至一一六二條）十三、遺產管理人之選置，（民一一七七條）十四、繼承特留分之規定。（民一二二三條）

丑 關於平等之原則 一、妻之行爲能力限制之撤廢，（民一三三條）二、男女均得爲家長，（民一一二四條）三、夫婦均得以他方通姦爲離婚條件，（民一〇五二條）四、收養子女須得他方配偶之同意，（民一〇七四條）五、男女平等繼承，（民一一三八條）六、配偶互有繼承權，（民一一四四條）七、非婚生子女與婚生子女之平等待遇，（民一〇六五條）八、債權人債務人間之平等，民法關於債務人之保護規定，不鮮其例，最著者爲關於抵充債務之指定，（民三二一條）分期買賣請求支付全部價金之限制等規定。

寅 關於家屬利益之保護 一、父母對於子女有保護及教養之權利義務，（民一〇八四條）二、父母濫用其權利時，得由最近親屬或親屬會議糾正之，（民一〇九〇條）三、家長管理家務，應注意於家屬全體利益。（民一一二六條）

卯 關於民族健康之增進 一、明定結婚之最低年齡以祛早婚之害，（民九八〇條）二、防制遺傳所生不良之影響，禁止近親相婚，（民九八三條）三、根據優生學原則，對於不治之惡疾及重大不治之精神病，得爲解除婚約及離婚之原因。（民九七六條一〇五二條）

辰 關於無過失之賠償責任 一、正當防衛逾越必要程度，不問其就逾越之原因有無過失

之賠償責任，（民一四九條）二、緊急避難因逾越危險所能致損害之程度之賠償責任，（民一五〇條）三、因自助行為之損害賠償，（民一五一條一五二條）四、無意識或精神錯亂中所爲行為之賠償責任，（民一八七條四項）五、無行為能力人或限制行為能力人之賠償責任，（民一八七條三項）六、僱用人之賠償責任（民一八八條二項）七、無權代理人之賠償責任。（民一一〇條）

已 關於契約自由之限制 一、急迫輕率及無經驗者之保護，（民七四條）二、違約金之減少，（民二五一條二五二條）三、出租人終止契約之限制，（民四五九條）四、利息之限制。（民二〇三條二〇五條二〇六條）

午 關於斟酌義務人之經濟狀況及其他情事責任之酌減 一、損害賠償責任之減輕，（民二一八條二一七條）二、過失責任之從輕酌定，（民二二〇條二項）三、違約金之酌減，（民二二五條）四、分期給付或緩期給付之利益。（民三一八條）

團體法在民法上，則社團財團，（民二五條至六五條）爲一切團體之準據法。次之則合夥或隱名合夥，爲二人以上之團體，（民六六七條至六九九條七〇〇條至七〇九條）家爲永久共同生活爲目的而同居之親屬團體。（民一一二條）在附屬法，則公司法（十八年十二月三十日公布二十年七月一日施行）上之公司爲以營利爲目的而設立之團體，（公司法一條）合作社法（二十三年三月一日公布二十八年十一月十七日修正公布）上之合作社，謂依平等原則，在

互助組織之基礎上，以共同經營方法，謀社員經濟之利益與生活之改善，而其社員人數及股金總額，均可變動之團體。（合作社法一條）他如農會法（十九年十二月三十日公布同日施行）二十六年五月二十一日修正公布同日施行）上之農會，漁會法（十八年十一月十一日公布十九年七月一日施行二十一年八月五日公布修正第四條第七條）上之漁會，工會法（十八年十月二十一日公布同年十一月一日施行二十年十二月十二日修正同日施行二十一年九月二十七日公布修正第二十三條二十二年七月二十日公布修正第三條）上之工會，商會法（十九年三月三日公布同日施行二十七年一月十三日修正公布）上之商會，教育會法（二十年一月二十七日公布同日施行）上之教育會，在民法上為公益社團法人，在非常時期人民團體組織綱領，（二十九年六月一日公布）及非常時期人民團體組織法，（三十一年二月十日公布施行）則均包括於職業團體之中也。至於以前之人民團體組織方案，（二十二年六月十五日第四屆中執委會七十五次常務會議通過）人民團體整理辦法，（二十三年四月二十六日第四屆中執委會二一八次常務會議通過）人民團體整理辦法，（二十三年四月三十日中央民衆運動指導委員會頒行）以及各種人民團體組織法規，只可於不牴觸該綱領及組織法之範圍內，保有其效力。復查國防最高會議第四十二次決議中央對於民衆組織訓練及宣傳所決定之方針，授權於軍事委員會政治部執行之。又中央常會第一五五次會議決議社會部改隸行政院後，所有人民團體之組織程序，應全部劃歸社會部主管，依社會部組織法（二十九年十一月十一日公布）第七條，關於人民團體之組織訓

及各種人民團體相互關係之調整聯繫，均屬社會部組織訓練司之職掌也。

第四點 民法大部分具有經濟法之性質

子 總說

德國學者對於經濟法之著作，幾如雨後春筍，其形為特別之法境，實為最近之趨勢，唯界說尚不一致，有以經濟法 *Wirtschaftsrecht* 與勞動法 *Arbeitsrecht* 為社會法之內包者，其理由有二：（一）以唯物之辯證法，解釋歷史，則社會構造及變革，皆以生產方法為基礎，法律不但是經濟的產物，乃是經濟條件的背影，法律家幻想以為自己依先天法則而為裁判，但此法則，不過是經濟的反射而已，管子所謂「倉廩實而知榮辱，衣食足而後禮義興」，孟子所謂「制民之產，必使仰足以事父母，俯足以育妻子，樂歲終身飽，凶年免於死亡，然後驅而之善，故民之從之也輕，今也制民之產，仰不足以事父母，俯不足以育妻子，樂歲終身苦，凶年不免於死」，此惟救死而恐不贍，奚暇治禮義哉？」故經濟問題一日不解決，則所有法律，都是一種具文，此經濟法為社會內包之理由一也。（二）社會立法法逐漸進展，所有保護資本家的法律，如禁止勞動者團結，禁止勞動者罷工（我國從前治安警察法即其一端已經革命政府廢止）等等，皆有不能存在之勢，故社會法中之勞動法，許容勞動協約，（此協約有拘束勞資雙方之效力）穩定最低工資，繼續工作之八小時制，解決勞資爭議，社會保險，罷工不受刑法或違警法之約束等等，皆為表現社會法之最重大的精神，此經濟法為社會法內包之理由二也。有以團體法與

經濟法並論者，其理由以近代主要現象，個人的經濟活動之外，尤須有團體的經濟活動，團體內部，雖以個人爲其組織之原子，而團體於個人經濟之外，自有其獨立之經濟，此說於說明團體法與團體人之意義，最爲適當。有以勞動法爲經濟法之內包者，赫德曼 Heffemann 魯斯鮑 Nussbaum 魯普夫 Numpf 枯洛替 Knott 哥爾底史米德 Goldschmidt 等是。有將勞動法除外，而以經濟法爲促民商二法統一代替商法之總名稱者，卡斯克魯 Kaskel 多賀 Do. Now 等是。要之經濟法爲搖動公法私法的界限之一大關鍵，旗幟非常鮮明，蓋自歐戰以後，社會狀況，發生巨變，法律現象亦隨經濟而引起莫大之變化，於是公法之領域，乃侵入私法之範圍，最著者人民團體組織，侵入總則社團，勞動法侵入債編雇傭，土地法侵入物權編等是。欲以舊時法律眼光，適用於新時代之生活，匪惟不能致用，亦且難自圓其說。此經濟法之性質及研究，所以爲新時代之產物也。

丑 各著作家論經濟法之要旨

一 赫德曼氏之說

氏以經濟文字，涉於寬泛，而以經濟精神之文字爲適當，經濟精神者，謂於一切地位皆可得到有效利用之意也。Idee eines höchstmöglichen Ausnutzendürfens aller Lagen 故動的狀態，實爲其特色。氏將經濟法的主要法律，分爲四種：

1 合作法 das Recht der Verbände

2 經濟的契約法 *das Wirtschaftliche Vertragsrecht*

3 勞動法 *das Arbeitsrecht*

4 土地法 *das Bodenrecht*

此等見解，即勞動法，亦基於經濟精神而構成經濟法一部分也。

二 魯斯鮑氏之說

氏以戰時戰後發布之經濟的法規全體，總括之而立於經濟法名稱之下，大戰期內，德國實行所謂國家的總動員，對於其國內之經濟組織，及私人之財產權利，國權干涉，幾無所不用其極，戰事告竣，德人蒙莫大之損失，為處理戰後政治上經濟上之紛亂困難，不得不頒布無數之經濟法令以資應付，民商法學者，一般皆冷淡視之，而大學之講義及著述，常有系統的編制，於是魯氏將德國戰時戰後新發生之經濟法規為系統之研究，而加一形容詞曰，新經濟法 *das neue Wirtschaftsrecht* 與卡斯克魯綜括戰後各種勞動法規而名曰新勞動法 *das neue Arbeitsrecht* 者，用意相同。

要而言之，氏之所謂經濟法者，不過法典外各種經濟法規之集團而已，非其自身有統括性而能成一特別法境也。氏之新經濟法內容如左：

1 貨幣及資本之流通 *Geld und Kapitalverkehr*

2 貨物交易及供給契約 *Warenhandel und Lieferungsverträge*

3 公共經濟之擴張 *Ausdehnung der öffentlichen Wirtschaft*

4 不動產法 *Grundstücksrecht*

5. 勞動法 *Arbeitsrecht*

6. 債務人及其權利之保護 *Schuldnerschutz und Rechtsschutz*
氏以勞動爲經濟法之一種，見解與赫德曼同。

三 魯普夫氏及林洛替氏之說

二氏立論之立場，以爲從前法學，專尚理論，（卽所謂概念法學）於社會上實際之生活，相距甚遠，近世產業之勃興，社會生活及經濟生活，生革命的變動，因之從前法律，與社會及經濟之距離，相差甚遠，於是因合新時代之思潮，不得不以適應社會上實際的生活，而求「法與經濟之接近，*Annäherung von Recht und Wirtschaft*」。此二氏立論之主旨也。

林洛替氏，分法律全體爲一般國民法 *Allgemeines Staatsbürgerrecht* 與經濟法 *Wirtschaftsrecht* 二大別，前者以國民經濟一員之資格，規個人與人關係的一般的法律關係法規之總稱也。後者規律各種職業階級特有之經濟生活特別關係的法規 *lex Specialis* 之總稱也。其構成部分，爲（一）商法，（二）工業法，（三）交通運輸法，（四）農業法，（五）手工業法。魯普夫亦基於同一之論調而內容與之稍異，其內容爲（一）商人商業及交通，（二）銀行及交易所，（三）工業經營及社會問題，（指勞動法）（四）農業及林業，（五）自由職業。依二

氏之見解，經濟法之內容，雖未明揭勞動法之名目，而其中含有關係勞動之法規，則固昭然若揭也。

四 哥爾底史米體之說

氏之大旨，以經濟法與經濟政策，有相伴之關係，勞動與社會政策，有相伴之關係，而綜合凡關於組織經濟 *Organisierte Wirtschaft* 之法規，稱曰經濟法，以生產之改良增進爲其立場，勞動調協爲目的，而不主張階級鬭爭也。其經濟法之內容如下：（一）緒論，（二）總論：論經濟法之意義及本質，經濟政策的基礎，經濟官署，經濟自治，經濟裁判，企業合同，企業與經營，經濟的契約法，經濟的物權法。（三）各論：各種之物質及天然力之經濟，土地法，商業及金融組織，手工業組織，交通運輸法。

五 卡斯克魯氏之說

氏謂欲定經濟法之觀念，有先須根本攷察者三事，經濟法混公私法爲一鑪，其一也。受經濟法之適用者爲何項人民，其二也。受經濟法之適用者，其何項法律關係，已爲他法規之所規定，因而經濟法之所保留者爲何，其三也。

以私法的規定，而常用公法的手段，爲德國新立法技術上之特徵，理論上及經濟上，同有密切關係之事項，欲令其各自之規定，互收調和之效，自以兼具公私法性質之一種法規直接規定之爲宜，民法上關於租屋契約之規定，與保護房客條例，有不可分離之關係無論矣，如就勞

法觀之，則除私法上勞動契約之外，公法上之雇傭強制法，及公法之補助行為，亦為構成其內容之一部，此即公私法時有銜為一鑰之例證，經濟法為一羣公法與私法之所合組而成，雖理論上公私法性質，各有所屬，而相互之內容，具有密切之關係，以合併統一，較為適當也。

經濟法之規定，概適用於企業者。企業者，指以自己之計算，以繼續的獲得利益為目的，而經營工業商業交通業及農業者而言。

企業者之何種法律關係，應受經濟法之支配，欲明乎此，須知企業者之何種法律關係，已受經濟法以外他種法律之關係之支配。

企業者與消費者間之關係，如買賣契約，承攬契約，及消費貸借契約之締結等等，已為民法（或商法）之所規定，關於此等契約之規定，因應時勢之需要，非時加修正不為功，然若全從民商法中，除去此類規定，殊足以破壞將來民商二法之統一，非計之得，故此類規定，不能不列為經濟法內容之一部也。

企業者對於勞動者關係，為勞動法應規定之事項，此種關係，最初固為營業法 *Gewerbeordnung* 之所規定，然因勞動法規之發達，變變乎形成具備一種獨立體制與系統之勞動法而為獨立之法典，於此情形，企業者蓋以僱主 *Arbeitgeber* 之資格而行動者也，故經濟的企業者與僱主之資格，常不一致，即經濟法僅規律企業者之經濟的企業方面，而不能規律僱主的方面之勞動法，因之規律僱主的方面之勞動法，不能屬於經濟法之範圍，祇可謂經濟法與勞動法相

提並論，而構成姊妹理論 Schwesterdisziplin 之性質可也。

氏之經濟法內容

1. 經濟人法 Wirtschaftliches Personenrecht
2. 經濟物法 Wirtschaftliches Sachenrecht
3. 經濟公安法 das Recht der Wirtschaftspolizei
4. 經濟合同法 das Recht der Wirtschaftsgemeinschaft
5. 共同經濟法 das Recht der Gemeinwirtschaft
6. 經濟官署 Wirtschaftsbehörden 及經濟爭議 Wirtschaftsstreitigkeiten
7. 國際經濟法 Internationales Wirtschaftsrecht

綜觀卡氏經濟法之內容，非指經濟法規之集團，實涵有固有法理而成爲獨立之法境，與勞動法同時占有職業的特別法之地位，換言之，即勞動法爲被僱者階級之特別法，經濟法爲企業者階級之特別法也，卡氏以經濟法成爲一特別法境之觀念，實於前揭學說外，別開生面者也。多賀氏之說，以十九世紀以來，經濟交通，異常發展，因之經濟法規之地位，蒸蒸日上，乃就從來枯燥的法律制度之中，別開生面而自成一範圍，以形成一「經濟法」固有之法境，於是下定義曰：經濟法者，定各人滿足其關於經濟生活之大小農工業及商業等等之營利行爲的法規之總稱也。因之多氏之所謂經濟法，與企業者法 Unternehmensrecht，同一趣旨，而故意將

勞動者除外，蓋與卡氏同一見解也。

余綜合諸說而下經濟法之定義如左：

經濟法者，謂規定關於國家經濟社會經濟個人經濟的法規之總稱也。據此以觀，則與財產權 *Vermögensrecht* 不同，財產權爲私權中之一，（其他尚有債權無形財產權）屬於個人權，（即人權）經濟法則包國家社會個人三者而言也。以廣義言之，則總則之社團，與合作社法，及其他職業團體各法規爲團體法兼經濟法之部分，物權法與土地法水利法同爲經濟法之部分自以合併研究爲宜。若就狹義言之，則主物之處分及於從物之規定，（民六八條二項）權利濫用之禁止，（民一四八條）所有權行使之限制，（民七六五條七七二條七七四條）排水，（民七七五條至七七七條）疏水，（七七八條）過水，（七七九條七八〇條）用水，（七八一條至七八五條）之規定及使用他人土地之規定，（七八六條七八九條及七九二條）通行與樵牧及尋查物與氣響侵入之規定，（七九〇條至七九三條）危險損害之預防，（七九四條七九五條）新築禁止之告知（七九六條）因附合混合加工取得動產所有權之規定，（民八一一條至八一四條）承租人及佃權之保護，（民四二五條四五七條四五九條四六〇條八四四條）土地法更就自耕佃及屋荒救濟時之房屋承租人，爲特別保護。其他所有權以外之財產權，就中著作權保護之大體的規定，（五一八條五一九條至五二七條）所有權以外財產權取得時效之準用，（七七二條）所有權以外財產權共有之保護，（八三一條）準占有之保護，（九六六條）皆直接關於社會經

濟之規定也。

第五點 民法含有勞動法之一部分

子 民法上關於勞動法之規定

勞動問題爲社會問題之中心，故關於工人保護，民法讓諸勞動法規定之，僅就僱用人及受僱人間之平等關係，作一大體的規定而已。（民四八三條四八四條四八七條四八八條）

勞動問題之中心，從性質上言之，精神的勞動與肉體的勞動，爲第一類。從範圍上言之，指揮的勞動與執行的勞動，爲第二類。從品質上言之，熟練的勞動與不熟練的勞動，爲第三類。從僱傭上言之，獨立的勞動與不獨立的勞動，爲第四類。從性別上言之，男子的勞動與女子的勞動，爲第五類。從年齡上言之，成年的勞動與童年的勞動，爲第六類。從團體上言之，有組織的勞動與無組織的勞動，爲第七條。在此七類勞動中，每一類的前者，統比每一類的後者，資產多，競爭少，生活鞏固，反之每一類的後者，統比每一類的前者，資產薄，競爭多，生活不鞏固。換言之，就是前七類是尋常苦痛的勞動，後七類是非常苦痛的勞動，所以現在的社會問題及勞動問題的中心，不在乎前而實在乎後也。

僱傭契約 *Dienstvertrag, Contract du louage, Hiring Contract* 從普通方面觀察，當然可以包括勞動契約在內，蓋契約工作時間年限等等，均可包於僱傭之中。從特種方面觀察，則不能包括勞動契約 *Contract of labour* 在內也。

丑 勞動契約之特質

勞動契約之特質何在？簡言之：即勞動契約之標的物，為勞動者之「勞力」，不是「貨物」，所以勞動契約，不可與別種買賣契約，同一看待，而其本身，在現在的資本制企業發展之下，獨自具有四種特性：

一、因為勞動契約所支付的目的物，於勞動者既是勞力，不是貨物，則勞動者在締結勞動契約之時，不但是出賣其勞力或其技能之一部，同時並不得不將其與生命不可分離之人身自由，同時出賣，因為現在工場中所有設施，極難完備，如空氣之緊張，瓦斯之瀰漫，房屋之齷齪，病菌之流傳，風紀之卑下，無一不是對於勞動者之身心，大有妨害，但是勞動者為解決生活問題起見，却不得不強為忍受，所以勞動契約，獨自具有特性，此特性即勞動契約之締結，勞動者自由，實與筋力技能一同變賣也。

二、因為勞動契約所支付之目的物，既是勞力，然則勞動者，為何不愛其自身之勞力而以之出售於人；純粹是為解決生活問題起見，但是在企業者方面，却是不然，彼等之所以購買勞力，在現在的資本制企業發達之下，純粹是由贏利方面着想，換言之，就是勞動契約之締結，於勞動者為生死問題；於企業者為損益問題，所以在締結契約的時候，於企業者便可恃其財產之淫威，而非至某種最低價格不買，但是勞動者則絕不能視其生命之能耐餓，而非至某種供價不賣，所以勞動契約本身，又顯出第二種特性，即締結契約時，雙方的財力不平等。

三、因爲勞動契約所支付的目的物，於勞動者既是勞力，勞力是人民身體構造之一部，絕不能人人一致，因此各種不同的身體，當爲各種不同的管理，然在現今的工廠制度之下，強者與弱者，在勞動條件上，都不能不受一種機械的分配，所以在弱者方面，便特別感受不利，於是勞動契約的本身，又顯出第三種特性，卽是機械。

四、勞動契約所支付的目的物，既是勞力，勞力是不可以應市場之需要而生產的，所以一到勞動市場衰敗的時候，勞動者的生活，便感受特別痛苦，因此勞動契約，又顯出第四種特性，就是勞動者的勞力，是不可以生產調和市價的原則支配之。

據以上四點，勞動契約，有其特質，與普通雇傭契約，應有分別，換言之：在雇傭關係未進化時代，法律爲資本人家之保護，不足深責，而在現今之勞動契約，因爲締約者雙方之財力不平等，國家如果不設特別規定，勞動者永無自由之可言，因此勞動立法，爲現在勞動契約盛行時代的產物，而勞動契約，應軼出於民法雇傭契約之外也彰彰矣。

寅 約法上關於勞動法之規定

一、關於職業團體之組織。人民爲改良經濟生活，及促進勞資互助，得依法組織職業團體。（約法第三十九條）

二、關於勞資間之調協互利原則。勞資雙方，應本調協互利原則，發展生產事業。（約法第四十條）

三、關於保護勞動原則之實施。爲改良勞工生活狀況，國家應實施保護勞工法規，婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，施以特別之保護。（約法第四十一條）

四、關於勞工保險制度之實施。爲預防及救濟由傷病廢老而不能勞動之農民工人等，國家應施行勞動保險制度。（約法第四十二條）

卯 各種勞動法概要

一、勞動契約法。二十五年十二月二十五日公布，施行日期另定。計分五章：一曰總則。二曰勞動者之義務。三曰僱方之義務。四曰勞動契約之終了。五曰罰則及附則。除該法有規定外，準用民法之規定。

二、最低工資法。二十五年十二月二十三日公布，都二十三條，其最低工資率，在成年工，以維持其本身及足以供給無工作能力親屬二人之必要生活爲準。在童工工資，不得低於成年工最低工資之半數，均就當地生活程度及各工業工人情況，依上開標準定之。按法定最低工資，體察現在國內經濟情形及勞工狀況，實施頗多窒礙，該法定爲分區施行，施行日期另定。

三、團體協約法。十九年十月二十八日公布，二十一年十一月一日施行，計分五節：一曰總則。二曰限制。三曰效力。四曰存續期間。五曰附則。都三十一條。所稱團體協約者，謂僱主或有法人資格之僱主團體與有法人資格之工人團體，以規定勞動關係爲目的所締結之書面契約，故又可屬於團體法或經濟法之分類，然爲主仍屬於勞動法也。

四、勞資爭議處理法。十九年三月十七日修正公布，同日施行，三十二年五月三十一日全部修正公布施行，最初公布日期，爲十七年六月九日。計分六章：一曰總則。二曰勞資爭議處理之機關。三曰勞資爭議處理之程序。四曰爭議當事人行爲之限制。五曰罰則。六曰附則。都四十三條。

五、工廠法。十八年十二月三十日公布，二十年八月一日施行，二十一年十二月三十日修正公布，同日施行。計分十二章：一曰總則。二曰童工女工。三曰工作時間。四曰休息及休假。五曰工資。六曰工作契約之中止。七曰工人福利。八曰工廠安全與衛生設備。九曰工人津貼及撫卹。十曰工廠會議。十一曰學徒。十二曰罰則。十三曰附則。都七十七條。

六、工廠法施行條例。十九年十二月六日公布，二十年八月一日施行。二十一年十二月三十日修正公布，同日施行。都三十八條。

七、工廠檢查法。二十年二月十日公布，同年十月一日施行，都二十條。

八、工會法。計分十三章，一曰總則。二曰設立。三曰會員。四曰職員。五曰會議。六曰經費。七曰監督。八曰保護。九曰解散。十曰市縣總工會。十一曰聯合會。十二曰罰則。十三曰附則。都六十五條。工會法施行細則，依工會法第六十四條之規定，由社會部擬訂，呈請行政院核定之。

九、職工福利金條例。都十四條。凡公營之工廠鑛場，或其他企業組織，均應提撥職工福

利金，辦理職工福利事業。

十、最低工資辦法公約。本公約係第十一屆國際勞工大會通過，經立法院於十九年一月十八日一屆七二次會議議決，國民政府同年三月三日批准。都十一條。

十一、工業工作兒童最低年齡公約。本公約係二十三屆國際勞工大會通過，旨在限制工廠業僱用童工，以保兒童身心健康，第八條對於我國另有特殊規定，於我國國情，尚無不合，與我國勞工法規，亦無牴觸，於二十八年七月二十二日立法院四屆一七〇次會議通過，同年十月二十四日國民政府批准，都十六條。

第六點 民法包海法與空法

海法 *Seerecht, droit maritime, maritime law* 名稱，羅馬時代，早已有之，最早者為邏地亞海法，*lex Rhodia* 為今日歐洲諸國共同海損之準則，嗣後行於地中海者，有 *Consolato delmare* 海法。行於大西洋者有 *Oleron* 海法。行於波羅的海中央之哥體瀾底者，有 *Wisby* 海法。

海法者，關於海事法律規則之總稱也。依此定義，則海法為關於海事法規之總稱，主要雖係關於海商之事，實不僅以海商法（即海船法）為限，凡與海有關係之法，均包含之。

空法 *Air Law* 名稱，為余所創，對於海法而言，余主張法即是權，權即是法，故稱為海法與空法也可，稱為領水主權與領空主權也，亦無不可。申言之：即昔日之社會科學，僅為平面

的，今日之社會科學，爲平面的兼立體的也。

空法者，關於空事法律規則之總稱也。依此定義，則空法者，主要雖關係於航空之事，實不僅以航空規則爲限，凡與空有關係之法，均包含之，故狹義的空法，可名曰 Aeronautical Law，而廣義的空法，則可名曰 Air Law。

最初法律，通是規定陸上之事項，間有關於天（即空）水（即海江河等等）者，均附屬於領土之法規，自海法發達後，除開海法而外，通是陸上法規，最近航空事業發達，而空法亦感覺與海法對峙之必要矣。

在民法上登記限於不動產，動產則無須登記，然在海法上之船舶，其所有權之移轉，或抵押權之設定，非經登記，不得對抗第三人。（見十九年十一月二十五日公布二十年一月一日施行之海商法第十一條第三十七條）空法上之航空器，其所有權之移轉，抵押權之設定及其租賃，非經登記，不得對抗第三人。（見三十年五月三十日公布之航空法第十八條）又關於海商法第十三條至第十六條，及第十八條至第二十一條船舶共有之規定，於其有航空器準用之。（航空法第十九條）又船舶除海商法，航空器除航空法，有特別規定外，均適用民法關於動產之規定。（海商法第八條航空法第十六條）此外抗戰時期，爲保障人民之生命財產，有防空法。（二十六年八月十九日公布施行）據此則海法空法，爲民法之附屬法，同時又爲民法之特別法也。

第七點 民法含有原則法例外法

原則法 *Jus Commune*, *grundsätzliches Recht*; *regelmissiges Recht* 對於例外法 *Jus singulare*; *singuläres Recht*: *Ausnahmsrecht*; *regelwidriges Recht* 而言，爲學理上分類，非立法上用語也。有以原則法卽一般法，例外法卽特別法者，然大有差異，卽關於特定之事項，適用一般的法律者，爲原則法，以例外除去之者，爲例外法，例如民法九四八條「以動產所有權或其他物權之移轉或設定爲目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護」，次條卽規定「占有物如係盜贓或遺失物，其被害人或遺失人，自被盜或遺失之時起，二年以內，得向占有人請求回復其物。」卽關於同一之事項，而有原則與例外之規定也。又如權利能力之始期，原則始於出生，例外未出生之胎兒。權利能力之終期，原則死亡，例外死亡宣告。（民六條至九條）是民法中，含有原則法例外法也。又一個條文中，亦同時含有原則法與例外法者，有「但書」之規定者，多如此，然但書之規定，亦不盡爲例外法，例如民法八六條之但書，一四六條之但書，反爲原則法也。此區別之實益，卽原則法可用擴張解釋，而例外法須用嚴格解釋 *Exceptio est strictissimae interpretationis* 也。原則法與中央政治會議立法院據以制定法律之原則，大有區別，不可混同，例外法坊本有譯爲單行法者，然對待之名稱，無複行法或變行法，顯屬錯誤，應予更正。

第八點 民法包時際法過渡法

時際法 Das intertemporale Recht者，法律效力之關於時者也，我現行法制上，不用時際法之名稱，關於時際法之規定，有定於直接法 Direktes Recht 中者，例如憲法草案第八章之規定是。有以間接法 Indirektes Recht 規定其標準者，例如法律施行日期條例，及法律施行達到日期表（二十一年十二月二十二日公布）之規定是。有另定施行法，Einführungsgesetz 以之爲直接法之附屬法者，即民法總則施行法，（共十九條）債編施行法，（共十五條）物權編施行法，（共十六條）親屬編施行法，（共十五條）繼承編施行法（共十一條）是。

過渡法 Übergangsgesetz 者，因一時環境之需要而制定之法令也。有冠以非常時期字樣者，例如非常時期民事訴訟補充條例，（三十年七月一日公布施行），非常時期人民團體組織法，（三十一年二月十日公布施行），非常時期農工商團體維持現狀暫行辦法，非常時期營利法人維持現狀暫行辦法，（均於二十七年四月二十二日國府以命令公布施行），非常時期難民移墾條例，（二十八年五月六日公布，同日施行，三十年二月十四日修正公布第二條第二十四條第二十八條），非常時期工鑛業獎勵條例，（三十年十二月十七日修正公布施行）。有冠以暫時字樣者，例如獎勵工業技術暫行條例，（二十八年四月六日公布施行，三十年一月六日修正公布第三條，現專利法已經公布，該法施行之日，此條例歸於廢止。）遺產稅暫行條例，（二十七年十月六日公布二十九年七月一日施行），遺產稅暫行條例施行條例，（二十八年十二月三十一日公布自遺產稅暫行條例施行之日施行），縣司法處組織暫行條例，（二十五年四月九日

公布三年之施行期間已滿，二十八年四月五日國民政府令著自民國二十八年四月九日起延長三年，三十一年四月三日令著自民國三十一年四月九日起再予延長三年，三十二年九月二十八日修正公布第九條三十三年九月二十三日全文修正公布並將標題暫行二字刪去。有冠以戰時字樣者，例如戰時管理進出口物品條例，戰時地價申報條例，戰時地籍整理條例，戰時征收土地稅條例，戰時房屋租賃條例。有冠以戰區字樣者，例如司法行政部公布之戰區巡迴審判辦法是。

民國元年三月十二日大總統通令，現行律例，不與民國國體政體牴觸者，一律有效，此令所謂不牴觸者一律有效之法，即過渡法也。

民國十六年八月十二日國府通令，略稱一切法律，亟待制定，現行法律，不與黨綱黨義牴觸者，一律暫准援用，所謂一律暫准援用之法，亦過渡法也。今則各種法令，漸臻完備，依此通令而暫准援用之法，已漸有減殺之趨勢矣。

第二解 民法在固有法律的分類中之地位

本解應說明者四點

第一點 民法在普通法特別法類中爲普通法

普通法 *Jus general*; *gemeingültiges Recht*; *droit general*; *general Law* 特別法 *Jus speciale*; *Partikularrecht*; *droit special*; *special Law* 之區別，以地人事三者爲標

準，施行於特定之地域，或適用於特別身分之人，或特定事項之法，為特別法。施行於全國領域之內，適用於國民全體，及一般事項之法，為普通法。民法規定人類生活日常發生之法律關係，故為普通法。青海省之番例條款（地）優待出征抗敵軍人家屬條例，出征抗敵軍人婚姻保障條例（人）獎勵新發明新製新式樣之專利法（事）為特別法。其區別之實用，即特法先於通法而適用 *lex specialis derogat legi generali* 也。然此相沿之區別，不過為相對之名稱，例如公司法對於民法，雖為特別法，而對於特種股分有限公司條例，（三十九年三月二十一日公布施行）則又為普通法也。又在適用上，特法亦非全然排斥通法之適用，例如土地法對於民法物權，各種職業團體，對於民法社團，普通法常居於補充的地位，其適例也。

普通法就原文論，應譯為一般法，以與德國普通法 *Pandekten* 及英國之普通法 *Common Law*（與衡平法 *Equity Law* 對立者）有別。又普國地方法 *Landrecht* 日人譯為普國普通法，或普國國法，本著已更正之。唯普通法特別法沿用已久，標題上姑仍其舊。

在階級制度崩壞，及平等的法律旗幟下，一般法之分量，當然較多於特別法之分量，蓋一般法為通行於全國之地，全國之人，及普通一切事項，換言之，即憲法與民法的分量之擴充也。特別法僅於陸海空軍人，及青海西藏蒙古等地方制定之，因有特殊情形也。從前以商法為民法之特別法者，今則因民商二法統一之結果，商法不為與民法對峙之法典，商法名稱，已不存在，而關於商行為之各規定，分別容納於債編之中，（債編四〇〇條五七六條六一三條六二

二條六六〇條）其商人通例，（即商總則）則另有商業登記法（二十六年六月二十八日公布施行）以替代之，故不能統稱凡商事法爲民事特別法，從沿革上，應祇以商業登記，公司，票據，海商，保險，爲民事特別法。此外提存法，（二十六年一月七日公布施行）農倉業法，（二十四年五月九日公布）保險業法，（二十四年七月五日公布）修正交易所法，（二十四年四月二十七日修正公布施行）破產法，（二十六年一月十一日公布）修正交易所法，（二十四年四月二十七日修正公布施行）七條條文公布施行）皆民法的附屬法也。簡言之；特別法之範圍，取狹義的，附屬法的範圍，取廣義的也。附屬法可以包括特別法，特別法不能包括附屬法也。

第二點 民法在實體法（又名主法）程序法（又名助法）類中爲實體法

實體法 *Materielles Recht*; *droit Materiel*; *substantive law* 規定權利義務之所在及其範圍之法律。程序法 *Formelles Recht*; *droit formel*; *adjective law* 規定實行權利及使其履行義務之程序之法律也。此種區別，僅由法律之全體觀察之，非能於各條規定，貫徹其性質者也。民法爲實體法，早成通說，但關於程序法之規定，亦有列其中者，例如關於法人登記事項之規定，拾得遺失物呈報之規定，及親屬編繼承編規定中，亦有報告官署呈報法院之明文，似皆屬於程序法，蓋以關係密切，不便分離，不得已亦揭載於民法之中，從理論上言之，先有實體法，然後有程序法，但在法制史上，例如羅馬十二銅標法，則民事程序法，反先發達，而

爲實體法發達之嚆矢，普通稱民法商事法爲實體法，民事訴訟法，強制執行法，非訴事件程序法，破產法，不動產登記法，戶籍法，拍賣法，提存法，爲程序法。

第三點 民法含有固有法與繼受法之成分

固有法 *Landes-oder Volks-oder Rassen-eigenthümlichkeit des Rechts; Loi Naturel, Native law* 關於地方人民種族固有之法制也。繼受法 *Rezeptionsrecht; Loi acceptée; Accepted law* 繼受外來法律之謂也。外來之繼受方法有兩種，曰習慣法的繼受，曰立法的繼受。習慣法的繼受例最著者，爲十五世紀後半十六世紀前半德國繼承羅馬法是也。立法的繼承例最著者，爲比利時義大利之繼受拿破崙法典，土耳其繼受瑞士民法法典是也。我國關於地方人民種族，雖有固有法制，然民刑不分，阻礙法學之進步不少，如前清現行律戶婚及雜律各篇中，多關於承繼婚姻債權物權之規定，雖規定之形式，爲處罰之律條，而其實質，則同時爲解決民事之法規，清律源於明，明源於唐，唐源於隋，隋本於北齊後周，均偏重刑的方面，民法則在禮制之中，故謂我國無形式的民法則可，謂無實質的民法，則不可也。

氣候山川風土，及其他外界現象，鼓鑄民族，甲起乙仆，上下四千餘年，優勝劣敗，昭於歷史，其適應於民族之民法法 *Stammesrecht* 與地方法法，*Landrecht* 各有特性，時爲消長，如斯拉夫民族，有斯拉夫固有之法，日耳曼民族，有日耳曼固有之法，英吉利國民，有英國固有之法，歐洲中世，爲民族性的法律參差錯落之時代，今則交通頻繁，文物制度，互相灌輸，

法律進步，一日千里，駸駸乎有同歸一轍之勢，釋氏萬法歸一之語，移於法界，於是民法工商事等法，亦含有國際性質，（即私國際法）而屬人主義之法律，遂一變而爲以屬地主義爲原則，屬人主義爲例外矣。

我國民法，產生甚晚，必須參考豐富，乃能折衷至當，故除物權編中之典權，係固有法，及親屬繼承兩編中，有不少之固有法外，其他之大部分，多爲繼受法。

第四點 民法含有強行法（又名命令法）任意法（又名容許法）之成分

強行法 *Jus Cogens*; *zwigendes Recht*; *droit impératif*; *imperative law* 者，其法規所規定之法律關係之內容，不許當事人意思變更者也。任意法 *Jus dispositivum*; *nichtzwigendes Recht*; *droit facultatif*; *dispositive law* 者，其法規所規定之法律關係之內容，不過爲當事人意思之補充者也，解釋法律之際，其法規爲強行法，抑爲任意法，應予注意，蓋法律皆有強行力，所謂任意法，一旦定爲適用之時，與強行法無異，唯當事人得預先表示反對意思以逃免其適用而已，違背強行法規之行爲，多爲無效，亦有不爲無效而加以別種制裁者，民法實兼有此二種法規之性質，總則中關於能力及法人之規定，及關於時效規定之大部分，多屬強行法，物權編及親屬（除夫婦財產契約之少部分）繼承二編中之規定，皆強行法也。債編關於契約之規定，多爲任意法，（因法國民法之制定當時，契約自由之原則占有勢力，故相沿用，但近來加以限制）關於利息限制，則爲強行法。

民法各條，應分別爲兩大類：（一）必須遵守之強制條文，（二）可遵守可不遵守之任意條文，凡任意條文所規定之事項，如當事人另有契約或能證明另有習慣者，得不依條文，而依契約或習慣，凡任意條文，於各本條明定之。（中政會本編原則第二目）

第五點 民法爲成文法

成文法 *jus Scriptum*; *geschriebenes Recht*; *droit écrit*; *Written law* 由主權者制定於文書之法律也。民法全部，皆爲成文法，（即民法法典）不文法 *jus non scriptum*; *Gewohnheitsrecht*; *droit non écrit*. *unwritten law* 者，僅依主權者之認定而有法之效力者也，其主要爲習慣，民法上認有補充成文法及優先成文法之規定。

凡法律有條文者，不適用習慣，是成文法之效力，實超於習慣也。惟我國幅原遼闊，人口最多，各處所受之影響不同，社會及經濟上種種組織，未必到處能與其他種種進步及組織，並駕齊驅，結果所至，各省各區域之風俗習慣，大相懸殊，且根深蒂固，牢不可破者有之，且此等習慣，多因各地特殊情形，均有特殊之適用，一旦廢除，殊非易事，故對於全國應劃一遵守之事項，規定爲強制條文，間有各地不同不能劃一之事項，規定爲任意條文，或不規定之而暫委之於習慣。（中政會本編原則第二目之說明）

成文法與不文法，孰優孰劣，衡者多矣，歷史派則謂不文法由多數國民之習慣發生，非若成文法制定於少數立法者之手，故能與世變移而適合民情。雖然，不文法之缺點，欠明確與劃

一，往昔交通未便，民俗簡約，法律無須周密，近世交通大啓，一切契約，及其他之法律關係，益形複雜，於是益求成文法之完備，以確定吾人之權利義務，甚至法律與習慣相背而爲立法家所不遑恤者，往往有之，故世愈文明，則立法機關愈備，而不文法亦駸駸乎進於成文法而漸臻精密矣。

第三解 民法之法源

本解應說明者三點

第一點 總說

法源 *Fontes juris, Rechtsquellen Source, sources du droit, Sources of law* 凡直接的間接的構成民法法規一切之法則，爲民法之法源，大別之爲制定法及非制定法，凡國家之意思，依一定之形式而表示者，爲制定法，其內部要素，爲國家之意思，外部要素，爲依一定之形式國家意思之表示，其表示之方法及形式，則依各國憲法而有異。制定法可分爲四種：曰法律，曰命令，曰自治法，曰條約。非制定法，可分爲三種：曰習慣，曰判例，曰法理。

有以宗教爲民法之法源，此在印度之馬魯法典，猶太之摩西十戒，回回之科蘭經典，及歐洲中世之寺院法，現今歐洲諸國中，關於婚姻離婚法則，可作如此說明，我國民權時代之民法，不採用之。

第二點 制定法

一、法律。法規制定標準法第二條，關於現行法律之變更或廢止者爲法律案，應經立法院三讀會程序之通過。又治權規律行使案載：一切法律案，非經立法院議決，不得成立。又應經立法院議決之事項，在中華民國訓政時期約法，國民政府組織法，立法程序綱領，均有詳明之規定。抗戰軍興，爲適應非常之需要，依照國防最高機關議決，凡經認爲有緊急處置必要之事項，得不依平時程序，爲便宜之措施，事後仍按立法程序，送立法院，此外一切應經立法院議決事項，均應先送立法院審議通過，然後呈請國民政府公布。

中央政治會議，（五全大會後改中央政治委員會，現由國防最高委員會代行其職權）依立法程序綱領，制法律案之原則，交立法院，據以制定法律，立法院有意見時，得陳述意見於政治會議，請其復議，民法五編之原則，即由中央政治會議所制定。

二、命令。各級政府，爲執行法律或基於法律之委任，得制定施行法律之規則。抗戰時期，國防最高委員會委員長，認爲有緊急處置之必要時，得不依平時之程序，以命令爲便宜之措施，（國防最高委員會組織大綱於二十八年一月二十九日第五屆五中全會修正通過）前者爲執行命令或委任命令，後者爲緊急命令也。

三、自治法。於國家制定法律之外，地方自治團體，本其自治立法所制定之自治法，亦爲民法法源之一，例如縣參議會，於不牴觸中央現行法令之範圍內議決之單行規章，鄉鎮民代表會議決之自治規約，保民大會議決之保甲規約是。（參照三十年八月九日公布之縣參議會組織

暫行條例 鄉鎮組織暫行條例)

四、條約法。條約法者，含於已公布國際條約之法律的規定也。國際條約，依法公布後，有拘束人民之力，故條約中之民事規定，爲民法法源之一，例如通商條約，著作權條約，工業所有權條約等，其中含有民事規定者不少。關於條約之國內的效力，議論不一，有謂條約爲國家間之契約，只能拘束國家自身。若直接對於人民，非將其內容變成法規時，不能有何等效力。有謂條約，雖一面爲國際間之契約，然他方條約爲國家之意思決定，其公布即爲對於人民之表示，當然發生拘束人民之力，故實際上，各國憲法，多規定條約有國法之效力，例如德憲四條，日憲一三條是。此等有國內法之效果者，通稱爲條約法，(Vertragsgesetz) 條約既與法律有同等之效力，當然可以變更法律，法律亦可變更既訂之條約，不過國家類負違反條約之責而已。

第三點 非制定法

一、習慣。見本論第三解第一條說明，於此不重述。

二、判例。英美學者，稱爲判例法 (Case law, Judge-made law) 在英與美，裁判所自身，對同級或上級裁判所作之判例，普通皆有拘束力，因兩國成文法較少，故判例大有發展之餘地，在歐洲大陸及日本，裁判所原則上不受同級或上級裁判所下判決之拘束，然亦不妨引用，蓋實際上，往往一判決既定之後，其後遇同樣之事件發生，如無特別反對之理由，必

仍下同樣之判決，以同樣判決，屢經援用，人民之間，遂成習慣而生法律之效力，即所謂判例法也。

法院判例，是否為法律之淵源？於法律上有拘束力乎？無拘束力乎？為法學上一重要問題，其解決之方法，羅馬法系與英美法系，判然不同，謂判例非法律者，以司法官僅適用法律，非作成法律者，判例不過得為發生習慣法原因耳，羅馬法系諸國，除西班牙外，均採同一主義，且有以明文規定於此法典者，普國地方前加篇第六條規定，審理案件，不得徇法學家之意見及法官之判例。奧國民法第十二條規定，判例不得作為有法律之效力。法國民法第五條之規定，其用意略同。質言之：羅馬法系諸國，其法院之判例，祇可視為參攷之資料，於法律上毫無拘束力，此其原則，縱或有例外，皆無關重要。英國所採主義，與羅馬法系諸國，大相逕庭，蓋英國法律，多屬習慣法，而習慣法多淵源於判例也。考英國之法官，引用成案，在三世紀，已有所聞，其始不過備聽訟之參考，從違與否，一任法官之自由裁奪，與現今羅馬法系諸國之判例無異，繼而成案日多，引用日廣，積之既久，生拘束力，遂成爲不易之例，有二原則，爲吾人所應注意者，（1）凡與成案相同或類似之案件，各級法院，均應遵守其各該本院之判例。（即最高法院亦不能違背此原則）（2）凡與成案相同或類似之案件，下級法院，應遵守同級或最高法院之判例。此二原則，爲一切判例之基礎，然亦不見諸律文，蓋出自判例也，故稱判例爲判例法，或稱判例爲法官制定法，殆謂其與法律有同等效力也。雖然，依英國

主義，法官果有立法權與否，學者聚訟紛紜，墨守成規，難以應變，此非議英國判例主義之言也。依據前例，知所適從，此認許英國判例主義之言也，然無論何種制度，有利必有弊，英國判例制度，約略言之，其利有三：一曰法律之確定。蓋判例既有約束力，則凡有成例可援者，即有一定之標準，而人民之權利義務，不至時為動搖。二曰法律之發達。夫制定法條文簡約，固有賴乎判例法以補其未備，是判例法最足以促法律之發達也。三曰法律之縝密。蓋有一判決，即有一成例，則其法律之細密，遠非他國所可及者，此其利也。然其弊亦有三：一曰法律之固執。蓋判例既定，縱或按之法理，未盡得當，亦須遵守，欲矯正之，殊非易事，故其效力於法官之自由裁量，大有妨礙。二曰法律之強辨。蓋判例既有一定，而社會狀況，變幻無窮，則法官以為不合時宜，亦不敢公然違背，惟有強辨案情之異同，巧為趨避。三為法律之繁瑣。英國既以判例為法律，而判例日增，其數百年之判決，於查檢及援用上，至為煩雜，判決錄且日出無已，此其弊也。比年以來，英美判例，訾議漸多，而其國內之尊重判例，已不如前，在大陸諸國，則判決錄之編訂，日益慎重，而判例之引據，亦隨而加增，將來羅馬法系及英美法系，或有趨於適中制度之一日，未可知也。

三、法理。見本論第三解第一條說明，於此不重述。

第四解 民法之編別及其內容

本解應說明者三點

第一點 羅馬式德國式

民法法典之編制有二式：一曰羅馬式，*Institutiones System* 羅馬式者，取法於嘎尤七 *Gaius* 之法律教科書，優帝 *Justinianus* 以之編纂法典中之 *Institutiones* 所襲用之編製法也。內容共分三編，第一編人法。第二編物法。第三編訴訟是也。法國民法，即倣此制，第一編人事，第二編財產及所有權之種種變更，第三編所有權取得法，其與 *Institutiones* 稍異者，不過將訴訟法一編除外而已。荷，比，西，葡諸國民法，及日本舊民法，皆與法民法大同小異，均屬於羅馬編制式者也。羅馬式之缺點，一、概為原則的規定，缺少可為他部分前提之總則。二、同為財產法，而未區別性質全異之物權與債權。三、置關於人格及能力之規定，以及親屬關係之規定於財產編。四、繼承祇視為財產取得之一法。一曰德國式，*Pandekten System* 取法德國普通法大家著述所為之編制法也，其特色一者在於債權物權親屬繼承四編之前，冠以總則一編，以規定各種法律關係之通則。一者於分財產權為兩大部分，曰債權，曰物權，以辨明其性質。首探此編制式者，厥為索遜 *Sachsen* 地方法，（一八六三年）第一編為總則，第二編物權，第三編債權，第四編親屬，第五編繼承。巴威里 *Bavaria* 地方法（一八六一年）與此式同，唯將第二編與第三編位置更易，先債權，後物權，德國一千九百年一月一日施行之民法，*Bürgerliches Gesetzbuch* 依巴威里式，我民法同。日本民法，依索遜式。瑞士民法第一編人事，第二編親族，第三編繼承，第四編物權，其外形雖似羅馬式，然其實質，則近

德國式也，蓋瑞士於一八八一年曾發布債務法，一九一二年修正，其規定即相當於債權編也。

第二點 民法之內容

各國民法之正式公布，其先無不有數次之草案，（德國民法草案共有三次）我國民法公布以前，有二次草案，第一次爲大清民律草案，內容爲總則，債權，物權，親屬，繼承，全部條文，都一千五百六十五條，稱爲第一次草案。

第二次爲修訂法律館所草擬，第一編總則，第二編債，第三編物權，第四編親屬，第五編繼承，全部條文，都一千五百一十四條，（物權親屬繼承係余起草）稱爲第二次草案。

民國十七年十二月立法院成立，起草民法，依中央政治會議一六八次會議議決之民法總則編立法原則，計十九日，並參照第二次草案，內容分爲七章，都一百五十二條，十八年五月二十三日公布，十月十日施行。其施行法十九條，十八年九月二十四日公布，與總則同日施行。債權編原則，係中政會一八三次議決，計十五日，債編內容分二章，都六百零四條。十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日爲施行期，施行法十五條，十九年五月五日，與債編同日施行。

民法債編，遵照中央政治會議民商法統一之原則，參酌瑞士，蘇聯，泰國之成規，凡性質上便於在民法合一規定者，如通常屬於商法總則中之經理人，（債編五五三條）代辦商，（債編五五八條）通常屬於商行爲中之交互計算，（債編四〇〇條）行紀，（債編五七六條）倉庫，

(債編六一三條)運送營業，(債編六二二條)承攬運送，(債編六六〇條)均一一編入民法債編。凡不宜在民法合一規定者，商業登記，商號及商業帳簿，通常屬於商法總則之規定，則另定商業登記法。公司，票據，海商，及保險，則分別另訂公司法，票據法，海商法，及保險法。蓋因此等特別事項，常與商界習慣有關，而商界習慣，又常有變易，故須另訂法規，修改較少困難也。此等法規，對於民法法典而言，則稱爲民事特別法。

物權編原則，係中政會二百零二次議決，計十五目，全編內容，分十章，二百一十條，十八年十一月三十日公布，十九年五月五日爲施行期，施行法十六條，十九年五月五日，與物權編同日施行。

親屬編原則，係中政會二二六次議決，計九目，全編內容，分七章，一百七十一條，十九年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行，施行法十五條，二十年一月二十四日公布，五月五日施行。

繼承編原則，係中政會二二六次議決，計九目，全編內容，分三章，八十八條，施行法十三條，公布施行日期，與親屬編同。

全部條文都一千二百二十五條。

第三點 民商二法統一之理由

主張民商二法統一之理由有四：(一)羅馬法無民商二法之區別，商法獨立，起源於義大

利同行公會之職業法，全出於沿革上之理由，毫無學理上之根據。(二)商法獨立，違反商法世界的性。(三)商法獨立，存商與民之階級制度。(四)商法獨立，無運用商法之程序以爲補助。(即商事訴訟法)不合理論。(五)商法範圍，亦不確定，日本分總則，公司，商行爲，票據，海商，五編。德國商法，無票據。法國則以破產法，及商事法院組織法，訂入商法法典，究以何者爲相當之標準。(六)法典應訂有總則，取其綱舉目張，足以貫串全體，關於商法，則不能以總則貫串，如其有之，亦不過與民法總則，爲重複之規定，殊無足取。(參照拙著民律要義總則編一七頁至二十一頁及胡院長漢民向中政會請訂民商統一法典提案理由書)

第五解 民法之效力

本解應說明者三點

第一點 關於時之效力

一、法律不溯既往，Das Prinzip der nicht rückwirkend 爲羅馬法以來所公認之原則，法國民法，普國地方法等諸國之法律，皆襲用之，且以之定於民法中，例如法國民法二條是。蓋舊法下所確定之法律關係，以新法變更之，實有害於社會生活之安全也，然法律不溯既往之原則，不過以之定解釋法律之標準而已，以法律規定某法規，有溯及力，固無妨也，例如民法總則施行法第三條親屬編施行法第四條，卽其例也。

二、適用法律，應注重施行日期及廢止日期，蓋施行以前，法律之效力，尙未發生，廢止

以後，法律之效力，業已消滅，原則上自無拘束力之可言。故於新舊法律交替之間，必賴時際法（卽施行法）以爲調劑，現行民法全部，係分三期施行，總則以民國十八年雙十節爲施行日期，並頒布其施行法。債編物權編，以民國十九年五月五日爲施行日期，並頒布其施行法。親屬編繼承編，以民國二十年五月五日爲施行日期，並頒布其施行法。

第二點 關於人之效力

民法爲一般法（卽普通法），凡一般人皆適用之，此所謂一般之人，有兩意義：（一）不問所在地如何，凡中國人皆適用之，謂之屬人主義。（二）不問國籍如何，中國內住之人皆適用之，謂之屬地主義。中古以前，專行屬人主義，近世國家觀念發達，漸以屬地主義與屬人主義爲併立的原則，故今之國法，以其國家人民主權之結果，不問所住地如何，適用於其一切之國民。又以其領土權之結果，支配其國內所在之一切外國人，故中國民法，適用於住在中國內之中國人，固不待言，在外國之中國人，在內地之外國人，亦同受其支配，乃爲原則也，然各國皆採取同一主義，引起國際間法律之衝突，而內外人之情形，亦各異其趣，往往發生不便，爲免此衝突與不便，故有私國際法之發生，對於上述之原則，多設例外規定，卽我法律適用條例第五條以下之規定是也。

第三點 關於地之效力

一國之民法原則，於其國境內之人民，無論其爲本國人，或外國人，皆適用之，但此原

則，亦有種種之例外：

一、雖爲自國之領土，不適自國之民法者。例如蒙藏及青海甘肅地方，民國以來，蒙番人民訴訟事件，仍適用理藩院則例及番例條款是。（參照十八年八月二十三日司法院指令司法部院字一四三號解釋理藩院則例及番例條款在未經頒行新法前准酌予援用令）又稱爲準私國際法云。

二、私國際法之效果，於自國領土內，不適用自國之民法者。私國際法者，於審判涉外的私權關係，決定應用何國法律之國內法也。有以間接法定之者，我國之法律適用條例（七年八月五日公布同日施行暫准援用）及日本之法例是。有定於直接法中者，如法國民法是。有定於時際法中者，如德民治施行法是。各國立法例雖不一致，然其爲國內法則一也。

三、領事裁判權之結果，外國人不適用所在國之法律者。我國昔日，昧於外情，疏於法律，許外國以領事裁判權，外國人民，在中國領土內，不受中國法律之支配，因此國權喪失一部分之作用，自對德奧宣戰，從前條約消滅，二國領判權喪失。俄國舊政府消滅，條約失效，俄人在中國境內者，亦受中國法律之支配矣。其他各國在華領判權，在一九二一年華盛頓會議，由英、美、法、義、日、比、荷、葡等國集議，派人赴華考察法制，以作撤銷之張本，一九二七年到華考察，並刊有考察報告書，截至現在，仍在進行中。一九四一年，（民國三十年）因奮勇抗戰四年之結果，美國國務卿赫爾與我國郭外長換文，允於遠東和平恢復後，取消在華領判

權，並修改不平等條約。同年七月四日，英卡爾大使，與郭外長換文，候遠東之和平恢復時，英國政府，願與中國政府，商討取消領事裁判權，交還租界，並根據平等互惠原則，修改條約，則領事裁判權之撤銷，為期已不遠矣。

領事裁判權，與治外法權有別，英文以 *Extraterritoriality* 為領事裁判權，以 *extraterritoriality* 為治外法權，易滋混用，前清道光二十二年，（一八四二年）中英江寧條約，次年中美條約，即坐此誤認而失敗，此二字照拉丁語意，*Ex* 為 *Consular jurisdiction* 領判權，*territorial* 為 *extraterritorial* 治外法權。

第六解 民法之解釋

本解應說明者五點：

第一點 確定事實問題

於適用法律之先，不可不先確定事實問題，然法律有時將事實確定，如能舉出反證，此推定即可推翻，例如民法九條十一條一二四條二項一五三條二項七九九條八一七條九四三條九四四條一〇六三條一項等是也。然有時縱舉反證，亦不能推翻者，例如民法一八四條二項是也。有時視為有此事實，毋庸以反證推翻者，例如民法七條，二二條，二三條，四〇條二項，一〇一條，一一四條，一三二條至一三六條，一八五條二項，三七九條三項，三八七條，四九一條三項，五二三條一項，五五八條二項，五六六條一項等是也。除此以外，一切事實，須依證據

決之，法院於其證據之當否，應自由決定之，所謂自由心證主義也。事實關係既定，對此關係，應適用何種法律，及如何適用之問題，卽入於法律問題，而法律問題解釋之必要生矣。

第二點 文理解釋

文義解釋者，基於法令之字義文義所爲之解釋也，文字文章，爲法意之表現，故法令之真意，首須依此決之，又須以從制定當時之意義解釋爲原則，若漫因時勢之變化，隨字義文法之變遷而爲解釋，則解釋自爲立法者，必致司法與立法混同，而害及法律之安固性，夫法者規矩也，準繩也，得任意伸縮者，非規矩準繩也，若以現在使用之尺度爲不便利，祇有改正之一途，不改正而得加以自由伸縮者，非尺度也，在未改正以前，仍須依之，所謂惡法勝於無法者，此之謂也。

法令之文字文章，以就通常意義解釋之爲原則，然法律非法學者專有之物，乃國家之意志，對於一般國民公布者，故除有專門意義之外，概須依社會交易上一般觀念 *Verkehrssanschauung* 解釋之，一粒之粟，使格致家觀之，亦謂之獨立之有體物，然在法律上，於三釐之粟，不發生權利觀念，須以其一定之集合狀態，始爲權利單位，管中煤氣放散，化學家雖不謂之滅失，而吾人則目煤氣之所有權，因其標的物（煤氣）之滅失而消滅矣。

第三點 論理解釋

論理解釋者，對於文理解釋之名稱，謂依推理之作用而闡明法律之本義者也，申言之，卽

關於法規個個之文字，依一般推理之原則（即論理法則）而確定法規之義也。此解釋有三要點：

一、宜研究其所繼受之法及其所參考之資料。例如德國民法，瑞士民法，瑞士債務法，及我第一次民律草案，第二次民律草案等。

二、宜研究與他法規關係之處。即一法規與他法規之關係，不可不貫通其意義，何也，蓋法令中之一法規，非孤立存在也，必與他法規相合，而後成整個之法令，一條一項，皆與全部有密切之關係，故法律之系統，各部之關係，及立法之理由，與立法當時之狀況，凡與其所解釋之法律有關係之規定，皆可彼此對照，究其聯絡而供為參考。又如法令之草案理由書，最高立法機關之議事錄，雖非直接確定立法者意思之材料，然可供推測立法者意思之材料，亦當涉及以資補助。

三、宜研究適合於社會化。法規者，立法者所適應於社會之情況而制定者也。故不適合社會化者，不得謂為立法者之意思，解釋法規者，尤宜參酌習俗，體察人情，勿徒拘泥文字間也。

第四點 文理解釋與論理解釋之關係

有謂論理解釋，為於文理解釋尚不能明晰法規之意義時而始應用之者，非也，二者不過其解釋之方法，其於確定立法者意思之點，固相同也，故當確定意思時，二個方法，皆可適

用，故論理解釋，非爲補充性質，卽文理解釋，亦不過類近於法規之意義，不得直爲確定某意義也。

文理解釋與論理解釋，結果不同時，究從何結果以確定法規之意義乎？有謂文理解釋結果，比論理解釋廣汎者有之，狹小者有之，二者相牴觸者有之，此時以何結果爲立法者之意思乎？余則信爲應從論理解釋之結束，何則，法規之文字，不過爲立法者表示其意思之符號及方法，不得以符號方法而左右表示意思之本體也，故法規之解釋，確定立法者之意思，不得僅依文字以爲斷，固不得從一般論理之原則當然所生之結果以爲立法者之意思也。例如二二七條之強制執行，應解爲須有判決裁定和解筆錄等或其他之執行名義，八一二條二項所稱之主物，應解爲主部分，九三九條應解爲其他之法定留置權，一三六條二項應解爲時效因強制執行之聲請而中斷，卽其一例。於是法規解釋，又細別爲四種：

一、擴張解釋

此解釋法卽擴張法規文字之意義以爲法規之意義也，蓋文理解釋結果，比論理解釋結果狹小時，不得不從論理解釋之結果，故生此解釋法，質言之，卽附加法文所不包之意義也。例如民法九一七條二項，九一八條二項，只言同一之權利，而未及義務，故應爲擴張解釋。

二、限縮解釋

此解釋法，卽縮少法規文字之意義以爲法規之意義也，蓋文理解釋之結果，比論理解釋結

果廣汎時，亦不可不從論理解釋，故生此解釋法，質言之，即除却法文所包含之意義也。例如七七二條所用所有權以外財產權，依文理解釋，債權在內，然消滅時效，已定於總則論，依限縮解釋，債權應行除外，八二八條依文理解釋，應有共有人全體之同意，然歷來判例，屬全事實，各房房長或各柱柱長同意，亦可有效。

三、反對解釋

反對解釋者，於規定一定事項之法規，就反對事項而為反對意義之解釋也。然嚴格論之，所謂反對解釋者，為一論法而非解釋，故稱為反面論法，亦無不可，應注意者，反對解釋，非一切法規皆可用也，必於規定一切事項之法規，限於某事項而當生效果時，對其反對事項而不發生結果，故得為反對解釋，例如民法七十二條，法律行為，有背於公共秩序，或善良風俗者無效之規定，民法九一三條，約定之期限，不滿十五年者不得附有到期不贖即作絕賣之條款，若以不背公序良俗為目的之法律行為，若以滿十五年而附此條款，可為有效之反對解釋是。

四、類推解釋

類推解釋者，謂於某事項無適用之法規時，而應用其規定類似事項之法規也，蓋法律者，制定且實現人類的新生活新需要新權利的一切規則也，然宇宙之事物無窮，法律之規定有限，故有時對於某事項無適用之法規者，必然之勢也，於是法遂有不備欠缺之結果，所謂類推解釋者，即於法之不備欠缺時，比附援引而應用者也，例如代理人之簽名與總則第三條但書不符，

應依債編五五三條解釋之，德國民法第一草案第一條凡法律未規定之關係，可應用規定與之類似之法律，即明示以得爲類似解釋也，德國民法，雖無如此規定，而一般學者，則固以類似解釋爲當然也。我民法屢用「準用」字樣，係明示類推適用，有時雖不用「準用」二字，然用其他語句，亦可表示同樣之意者有之，例如民法九五七條之規定是。惟準用與適用不同，準用非全適用所引用之規條，應依事項之性質而變通適用者也，有謂之爲擴張解釋者，然超過或程度之類推，不復得謂之解釋，故類推解釋之根據，乃在於法律之不備欠缺，不得不依法理以判決之者也。

第四點 解釋之機關及請求者

解釋之機關，由立法院解釋者，爲立法解釋，例如解釋舊工會法各疑點是。由司法院解釋者，爲司法解釋，憲草一四二條，憲法之解釋，由司法院爲之，民法與憲法，一爲私權關係的根本法，一爲公權（政權治權）發動的根本法，則民法之解釋，自亦由司法院爲之。

請求解釋法令，按司法院統一解釋法令及變更判例規則（十八年二月四日司法院公布施行）第三條第一項，以公署公務員及法令所認許之公法人爲限，故以個人資格請求解釋，其不合固屬顯然，其以個人資格請求而經由公署或法令所認許之公法人照轉者，仍不能認爲公署或該公法人之請求解釋。

第五點 自由法說之利弊

關於法律解釋及適用，有所謂自由法說 *Freirechtstheorie*，實爲最近法律帶有社會化之一發現，自由法者，即審判官若於法律現定，有不明瞭或欠完備時，可依利益之較量，（稱爲利益法學 *Interessenjurisprudenz*）與價值之判斷，（稱爲目的法學 *Zweckjurisprudenz*）不拘於法律之文字而尋出活的法律 *Das lebende Recht* 以適用之，我國所稱陶侃用法，恆得法外意者，即此意也。此說在二十世紀之初，德法兩國一派學者主之最力，或稱新自然法說，此派學者最注重於正當平衡之裁判，以法規不過爲審判官一般的指南，審判官應於法規以外，用科學自由探究的方法，以發現基於事物本性之法律而判斷之，蓋擺脫從來之概念法學與論理法學，而趨於利益法學與目的法學者也。此說雖可補助法律之不逮，能使法律自由發達，以適應社會之要求，但以如此變更法律之權，賦之審判官，設使不得其人，流弊亦不堪設想，此則自由法說之缺點也。

第七解 法律與權利

個人主義衰落，則權利之概念變遷，權利的內容，不是個人的利益，不是個人的自由意思，而應當是一種社會職能，社會爲達其社會的及經濟的目的而賦與個人以各盡其職責的能力，此即所謂權利，所以法律的進化，是由義務本位到權利本位，由權利本位到社會本位也。法律之本位者，即法律立腳點之重心觀念也。法律本位之普通觀念爲權利，故以法律爲權利之規定，法律學爲權利之學，乃現代學者之通說，因此有主張法律權利，同爲一物，自羅馬

法以來，訖德法義諸國，率名二者以同一之語，*ius*；*Recht*；*Droit*；*Diritto*。現代學者，皆主法律權利，同時存在，不過觀察點之不同，客觀的觀察為法律'*Objektives Recht*，主觀的觀察則為權利'*Subjektives Recht*也。

◎權利非法律之絕對本位，法律之進化，雖由義務本位移於權利本位，究非以此為終局，即法律因義務之強行而擁護權利，然義務之強行，及權利之擁護，尚非法律終局之目的，而為其手段，其終局之目的，即不外社會生產利益之保護促進，故法律非義務本位，亦非權利本位，而以社會本位，為法律之理想，雖未可一蹴而企，然其為自然之趨勢可知也。故當個人不自覺時代，法律為義務本位，及個人自覺時代，法律進於權利本位，及社會自覺時代，法律遂不得不更為社會本位焉。今殆為第三期之開始，故今日之法律解釋，應為社會本位，今日法律之適用，應為社會本位，今日之立法，亦為社會本位也。

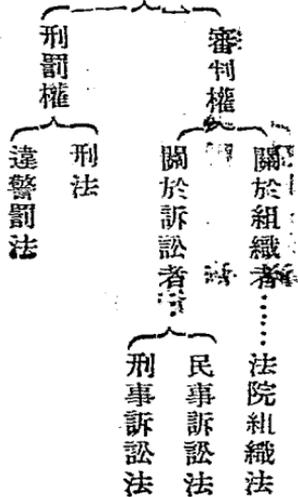
第八解 公權與私權新分類表

表一

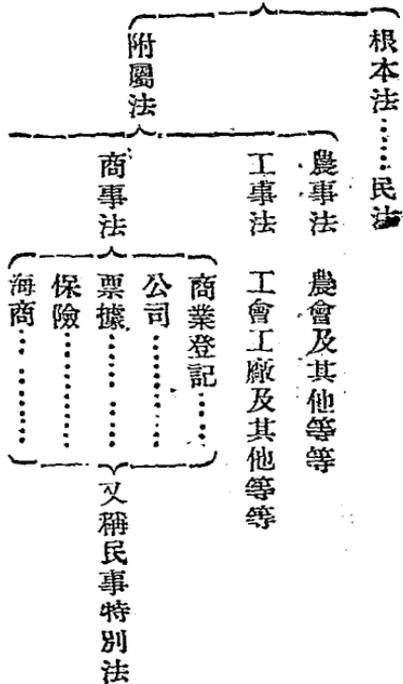
公權發動的根本法	
治權 共通的根本法	政權 共通的根本法
治權的根本法……	政權的根本法……
<ul style="list-style-type: none"> 五院組織法 國府組織法 	<ul style="list-style-type: none"> 建國大綱 訓政時期約法 中華民國憲法 四權行使程序法

表二

由治權中司法權發動的附屬法



私權發動的



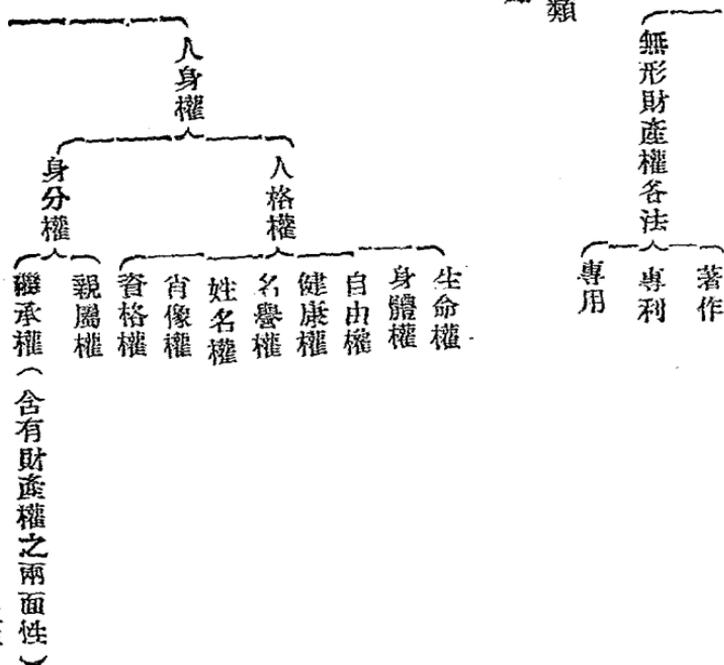
表一

第九解 私權的新分類

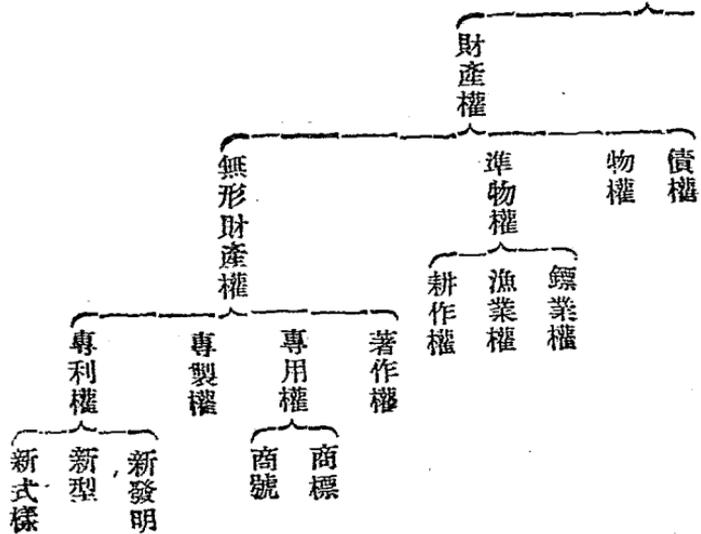
本解應說明者三點

第一點 表解

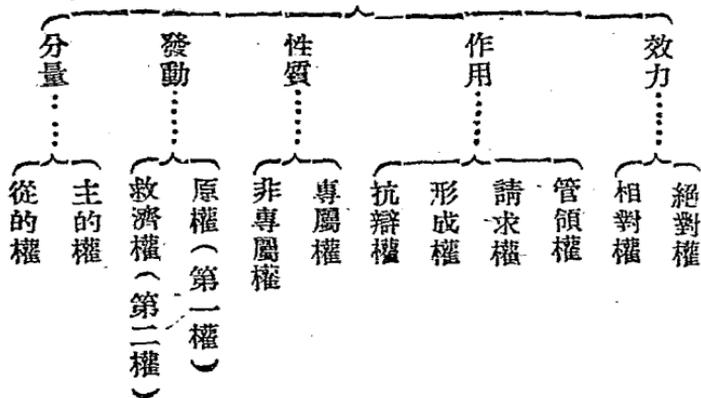
民法總論 總則編



私權分類之兩大標準



從兩大標準而生之細分類



第二點 第一表之簡單說明

子 總說

人身權者，與人格或身分不可分離之私權，而與財產無直接關係者之謂也。其存於權利人自身上之權利爲人格權，其存於有一定身分關係之人之身上之權利爲身分權，非人身權之權利，則爲財產權，其內容均見右表。

丑 說人身權

一、生命權 是否爲獨立之權利，學說及立法例，尚不一致，有認生命權爲獨立之權利者，有認爲身體權之一部者，余從前說。侵害生命，是否亦成立損害賠償請求權而歸繼承人繼承者，甲說侵害生命，與喪失生命（即權利主體消滅）之間，理論上實不無多少之間隔，自應解爲被害人已取得損害賠償請求權，繼承人得爲繼承權。乙說生命權被侵害之瞬間，其權利主體，既然消滅，則損害賠償請求權，尙未發生，繼承人自屬無由繼承，余從甲說。

二、身體權 得爲侵權行爲之客體，學說上殆屬一致，貞操應認爲自由權及身體權之一部，非獨立之權利。

三、健康權 是否爲獨立之權利，學說及立法例，尙未一致，有認其爲獨立之權利者，有認其爲身體權之一部者，余從前說。身體權係肉體的構造，健康權係生理的機能，侵害健康，即生理的機能，成爲不良的狀態也。

四、名譽權 名譽爲人類社會上之評價，其得爲侵權行爲之客體，亦成通說，信用爲名譽權之一種，但亦有認爲獨立之權利者。

五、自由權 自由權是否爲獨立之權利，學說及立法例，尙未一致，甲說，除居住自由權營業自由權信教自由權等各個人之自由權外，更有抽象的自由權者。乙說，除各個之自由權外，別無抽象的自由權者，余從甲說，卽人類之活動，不受不當拘束之權利，其活動有屬於身體上者，有屬於精神上者，民法上所謂自由，賅二者言之，精神上自由之侵害，如詐欺及脅迫是。

六、姓名權 甲說，認姓名爲獨立之權利。乙說，不認爲獨立之權利，如因詐稱姓名而名譽受有損害，卽以其爲對於名譽權之侵害者，余從甲說。

七、肖像權 是否爲獨立之權利，尙無定論，有以爲身體權之一部者，有以爲名譽權之一部者，有謂對於他人任意爲照像或寫生，屬侵害其身體自由及名譽者，亦有認其爲獨立之權利者，依余所信，應認肖像爲獨立之權利。

八、資格權 *Right of qualification* 此權利爲余所獨創，余以四個政權及由五個治權所發動之權能爲公權，於此以外，卽不能再有公權之類別以滄系統，刑法第三十六條，雖沿用舊日褫奪公權之名辭，而其意義，則明指資格權而言也。資格權受侵害時，依其他法律之規定救濟之，例如依刑法妨害投票罪以爲救濟，及各種選舉法上所載選舉人確認當選人資格不符得提

起選舉訴訟，被選舉人資格不符，經法庭判決確定者，爲當選無效是，資格權就其所附麗之主體，抽象的言之，則爲私權中之人格權，例如社員權代理權是。就其所發動權能之根據，具體的言之，則又爲公權中之各個權也，例如選舉權被選舉權是。

商號權在法律上之性質若何？學說紛紜，就公權與私權言之，則商號權爲私權而非公權，自絕對權與相對權分之，則商號爲絕對權而非相對權，唯商號權究爲人格權，抑爲財產權，從前據商人通例而爲解釋者，謂商號權之性質，因註冊之前後，其效力頗有差異，未註冊之商號，爲廣義姓名權之一種，無排斥他人使用之效力，惟他人濫用時，得依第一次民律草案（草案一條以下）之規定，請求救濟，已經註冊之商號，則發生商號專用權而爲無形財產權之一，得排斥他人之使用，（舊商人通例十九條二十條）且得以自由轉讓，（舊商人通例二十一條）就舊商人通例言之，註冊前之商號，爲人格權，註冊後之商號，爲財產權，此舊派學者，所以將關於商號判例及解釋，附於姓名權之後也。

商號權雖爲財產權，非物權，亦非債權，乃以無體物爲客體之權利，與商標權正相類似，故同稱爲專用權，且商號權爲絕對權，僅於同一縣市區域內，且爲同一營業者，有對抗之效力，（商業登記法二十一條）與普通絕對權對抗一般人者，其效力殊形薄弱，以之列入無形財產權，誠爲適當。又商號得以轉讓，（同法二〇條）而姓名權不能，商號須爲登記，始有對抗第三人之效力，其於營業上用特別印章時，亦須聲報，（同法十七條）而姓名權無此必要，且

戶籍法上，亦無關於姓名特別登記之規定，習慣上亦極少用本人姓名以充商號者，故從商業登記法及戶籍法觀察之，決不能以商號權為姓名權之一種而屬於人格權也。

寅 說財產權

一、債權 債權者，以特定人之行為或不行為為標的之權利也。其要求之行為為物之給付時，其物謂之債權之標的物。

二、物權 物權者，直接管領物而可對抗一般人之權利也。從民法六六條六七條觀之，似以有體物為標的，然九〇〇條，八八二條，則無體物，亦為其內容也，但須為特定物及獨立物，故定着物，亦得獨立為物權之標的。（民六六條八七六條）民法上之物權，為所有權，地上權，永佃權，地役權，抵押權，質權，典權，留置權。占有為事實而非權利。

三、準物權 即民法物權編以外之物權而準用民法物權之規定者也。例如漁業權視為物權，準用民法關於土地之規定。（漁業法五條）入漁權視為物權，但除繼承及轉讓外，不得為權利之標的。（同法一一條）中華民國領域內之鑛，均為國有，非依鑛業法取得鑛業權，不得探採，（鑛業法一條）探鑛權，採鑛權，均為鑛業權。（同法四條）鑛業權視為物權，除鑛業法有特別規定外，準用關於不動產諸法律之規定。（同法一二條）又鑛業法第二條所列各鑛，除第九條所定國營，及第十條所定國家保留區外，中華民國人，得依鑛業法取得鑛業權。（同法五條）土地法上之耕作權，視為物權，除土地法有規定外，準用民法關於永佃權各條規

定。(土地法一九七條)公有荒地，分配墾民耕作，於墾竣後，無償取得耕作權，並適用土地法關於耕作權之規定。(非常時期難民移墾條例一九條)所謂準物權者，即指上開漁業權、礦業權、耕作權等而言也。

四、繼承權 繼承者，繼承人繼承所繼人所有一切權利義務之權利也。從繼承死者之人格，及遺產繼承，不以宗祧為前提之點觀之，則繼承權具有身分權財產權之兩面性也。

五、無形財產權 無形財產權者，以人之智能信用創作無形的利益為內容之私權也。查獎勵工業技術暫行條例，其中規定之獎勵，僅限於首先發明，而於實用新案，及意匠創作，則未予規定，經濟部歷辦呈請專利各案，論其真有發明價值者，為數無多，而能創立合於實用之新案，及合於意匠之創作者，則不乏其例，值茲非常時期，一切關係國防民生事業，所需於工業技術者至多，倘對國人關於工業技術之貢獻，不予獎勵，實無以資提倡而昭勸勉，故將獎勵工業技術暫行條例，於二十八年二月十八日修正公布，其要點關於物品或方法首先發明者，給以專利權五年或十年。關於物品之形狀構造之裝置配合而創作合於實用之新型者，給以專利權三年或五年。關於物品之形狀色彩或其結合而創作適於美感之新式樣者，給予專利權三年。專利權以全國為區域，並得讓與或繼承。(獎勵工業技術暫行條例一條二條及一二條)至關於著作權者，則有著作權法，(十七年五月十四日公布同日施行)及其施行細則，(同上)關於專製權者，工業獎勵法(二十七年六月七日修正公布施行)第二條第五款，中華民國人民所辦工

業，合於第一條各款所載情事之一者，准在一定區域內，享有五年以下之專製權，爲獎勵方法之二種。非常時期工鑛業獎勵條例（二十七年十二月一日公布施行三十年十二月十七日修正公布施行）第二十條，依本條例獎勵之工廠，合於工業獎勵法第一條第二款之標準者，仍得依法爲專製權之呈請。關於專用權之商標權，則有商標法（二十四年十一月二十三日修正公布）及其施行細則。（十九年十二月二十日實業部公布二十年一月一日施行二十一年九月三日修正第三十七條各項條文公布施行）二十九年十月十九日，明令公布增加商標法第三十七條「關於商業專用權之事項，有提出民事或刑事訴訟者，應俟評定之評決確定後，始得進行其訴訟程序。」原三十七條以下條文，順次遞改，適用時應予注意。關於專用權之商號權，則於商業登記法第十七條至第二十五條規定之。

第三點 第二表之簡單說明

子 以效力分類者

曰絕對權 *Absolutes Recht* 有謂之爲得對抗一般人之權利，而相對權 *Relatives Recht* 爲對抗特定人之權利，有謂相對權爲要求特定人之行爲或不行爲之權利，絕對權爲要求一般人不行爲之權利，亦有稱之爲對世權與對人權者，通謂人格權物權繼承權爲絕對權，債權爲相對權，然此分類，依以下之理由不甚澈底。（一）絕對相對之分類，非兩分權利之法，有全兩不屬者，例如撤銷權（所謂形成權）之多數，皆無相對之義務人。（二）物權雖得對抗一般人，

然於制限物權，定限物權，則不能對抗其標的物之所有人，不免帶有相對權之意味。

丑 以作用分類者

一曰管領權 *Beherrschungsrecht* (或稱支配權) 謂直接行使於標的上之權利也。例如物權，直接行使於物體之上，無形財產權，亦得直接行使權利於無形利益之上，故亦屬管領權，管領權既有排他性，即使他人不得為同一之行爲也，然不無例外，通行權是也。管領權有禁止他人妨害其行使之作用，然此不可侵性，乃爲權利之通有性，非獨限於管領權也。

二曰請求權 *Anspruchsrecht* 謂要求他人之行爲或不行爲之權利也。債權自其作用觀之，請求權也。然請求權，不限於債權，卽如物權，無形財產權，親屬權，繼承權等絕對權，亦發生請求權，蓋絕對權常包含防止他人侵害之意義，所謂物權的請求權 (或稱物上請求權) 者，卽絕對權被侵害之時，或有被侵害之虞之時始發生之要求他人行爲或不行爲之權利也。物上請求權之主要者，一爲原狀回復請求權，以原狀回復爲目的，故又稱爲救濟權，與純粹之債權，稍異其趣，惟於其性質所許之範圍內，準用債權之規定，故標的物返還請求權，不得與原權分離而轉讓之。一爲損害賠償權，以支付金錢爲目的，故爲債權，請求權多藉訴權以行使，然與訴權不同，請求權爲私權之保護，訴權則促成國家司法權之發動，故訴權爲公權，請求權爲私權也。

三曰形成權 *Gestaltungsrecht* 塞克兒 *Secker* 創之，謂因一方之行爲，使權利創設變更或

消滅之權利也。齊特兒曼 Nitzermann 分私權爲得爲權 *Darfrecht* 要爲權 *Sollrecht* 及能爲權 *Kannrecht*，茲從通說，用形成權之名稱。屬於形成權者，爲準物權，（鑛業權漁業權耕作權）此等權利，非以現在特定之物爲標的，其標的爲無形之利益，不過將來權利人，依特定之行爲，得使發生確定存續變更或消滅特定之法律關係而已，故可稱爲能爲權，蓋依自己一方之行爲，得享有法律上效果之權利也，屬於此種權利者，除上述準物權之外，有在發生權利者，例如無權代理之承認權（民一七〇條一項）及其他承認權。（民一一五條是）有變更權利者，例如債之選擇權（民二〇八條）是。有在消滅權利者，例如撤銷權，（民一一四條以下）抵銷權，（民三三四條以下）解除權，（民二五四條以下）回贖權，（民九二三條九二四條）離婚權，（民一〇五二條）繼承拋棄權（民一一七四條以下）等是。

四曰抗辯權 *Einrede, exception* 妨礙相對人行使其權利之對抗權也。例如先訴之抗辯權，（民七四五條）同時履行抗辯權。（民二六四條）有以拒絕相對人請求給付之給付拒絕權（*Leistungsverweigerungsrecht*）爲抗辯權者，然抗辯權不僅限於拒絕給付，乃對抗其他一切之請求也，例如抵銷權行使之對抗，（德民三九〇條）是，抗辯權之抗辯，普通稱爲再抗辯 *Replik*，不得謂之爲對於請求給付之對抗也。給付拒絕權以外之抗辯，有稱之爲反對權 *Gegenrecht* 者。抗辯權者以相對人所有請求權之存在及有效爲前提之反對權也，與否認相對人有權利存在之異議 *Rechtsverneinnde Einwendung* 不同，但訴訟法上之抗辯云者，指被告人用爲防禦方法

之一切主張而言，故權利否認之異議，亦爲訴訟法上之抗辯權也。抗辯權因其效用，可分爲滅却的抗辯權，與延期的抗辯權，前者謂有滅却請求權效力之抗辯權，例如抵銷之抗辯。後者謂祇可使其效力延期之抗辯權，例如同時履行抗辯。德民以消滅時效發生滅却的抗辯權。（德民二二二條我民一四四條）有謂抗辯權爲形成權之一種者，然形成權乃有使權利創設變更或消滅之作用，而抗辯權原則上只有停止請求權行使之效力，故抗辯權爲一種特殊權利也。

寅 以性質分類者

專屬權 *Höchstpersönlicher Recht* 專屬於一身之權利也。性質上唯其權利人得享有之，即不能依讓與或繼承而移轉於他人之權利也。例如親權，及公務員卹金享受權，公務員退休金領受權，均不得扣押讓與或供擔保，（公務員卹金條例第二十條公務員退休法第一四條）不獨權利有專屬與非專屬之分，義務亦然。財產權一般爲非專屬權 *libertragbares Recht*，然由委任契約及僱傭所生之權利義務，多爲專屬性。應注意者，民法第二四二條，所謂專屬於債務人本身之權利，乃爲行使專屬權，與前述之享有專屬權有別，例如因侵權行爲所生之損害賠償請求權，行使之專屬權也，終身定期金權，享有之專屬權也。

卯 以發動分類者

四原權（第一權）*Sactioned or primary Right*、曰救濟權（第二權）*Remedial or Secondary Right*，由權利侵害發生之原狀回復或損害賠償之請求權，謂之救濟權。其原來

之權利，謂之原權。此爲英美學者所爲之區別。

辰 以分量分類者

自主的權 *Selbständiges recht* (或稱主權利)，獨立成立之權利也。曰從的權 *Nebenrecht* (或稱從權利)，擔保他權利之效力，或爲增大其效力而附隨之權利也，例如留置權，質權，抵押權之於債權，地役權之於需役地所有權，或利息債權之於原本債權是也。上述救濟權，於某意義之下，似亦可稱爲從的權，然不同者有下列各點：(一)救濟權爲請求權，而從的權，則多爲管領權。(二)救濟權因原權利之侵害，當然發生，從的權與主的權，一併發生，或依特別設定行爲而發生。(三)救濟權以原權利之缺損爲前提，而從的權則以主的權之存在爲前提，故救濟權有因主權利之消滅而始發生者，從的權則與主的權並存共滅，而且以隨之移轉爲原則。(民一四六條二九五條八六二條)要而言之，救濟權原爲權利之變形，從的權爲主的權之增加也。

第十解 民法與無形財產權之關係

本解應說明者三點

第一點 總說

民法七六二條所稱所有權及其他物權，其他物權對於所有權而言，卽用益物權之地上權，永佃權，地役權，限制物權之典權，擔保物權之抵押權，質權，留置權是也。七六三條所稱所

有權以外之物權，即指上開之其他物權，與土地法所稱之所有權以外權利，同其意義。至七七二條所稱所有權以外財產權之準用，指其他物權，準物權，無形財產權而言，唯債權不在其內，因債權之請求權，雖因消滅時效而消滅，債權之本身，並未因時效而取得也。八三一條所稱所有權以外財產權之準用，則債權，其他物權，準物權，無形財產權，均解為包括在內也。可讓與之債權，及可讓與之無形財產權，均得為質權之標的物也。

第二點 關於無形財產權的商號專用權之判例及解釋

1. (一) 已經註冊之商號，如有他人冒用，或故用類似之商號而為不正之競爭者，該號商人，得呈請禁止其使用。

(二) 所謂商號之類似者，原指具有普通知識之商品購買人，施以普通所用之注意，猶有誤認之虞者而言。(二十年最高法院上字二四〇一號判例)

2. 已登記之商號，添設支店於他人已登記同一商號之縣市者，當聲請登記時，應於其商號附記足以表示其支店之字樣，始准登記，此為商業登記法第二十一條第二項所明定，商業登記法施行細則第三十四條，雖有他人登記前業經使用之商號，不受商業登記法第二十一條限制之規定，惟此種效力，僅在同一縣市內有之，若於他人已登記同一商號之別一縣市，添設支店，仍應受商業登記法第二十一條第二項之限制。來咨所稱呈請登記之商號，於他人已登記同一商號之縣市内，先已使用其商號，開設支店者，自應准予登記，如其用本店商號，開設支店，已

在他人登記之後，則該支店之商號，非照本店之商號，附記足以表示其支店之字樣，不得准予登記，至僅於本店之商號，附記支店兩字，尚不足以資區別，必附記其他足資區別之字樣而後可。再商標通例，於商業登記法施行後，已不適用，茲照來咨請求解釋原意，依商業登記法之規定，予以解答。（二十九年五月十四日司法院院字第一九九七號）

3. 商號之創設，與使用意義不同，創設係選定某文字為商號之意思表示，使用即以已創設之商號，行用於商業之謂，商業登記法施行細則第三十四條但書，所謂創設在前，係指商號之創設，在他人登記之商號創設之前而言。（二十九年十二月二十八日司法院院字第二一〇四號）

第三點 關於無形財產權的商標專用權之判例及解釋

1 (一) 修正商標法第十四條，所稱「普通使用方法」，謂祇以一般常用之方法，表示於商品中，如以某種文字，表明其為何人製造，何地出產，以示與他人有別之類，此種表明，既非商標，故不受商標專用權之效力所拘束。若竟以他人已註冊之商標完全相同之文字用之商標中，自不能僅以普通使用之方法論。（二）同條但書所稱「同一姓名商號」，即姓名與商號相同，或商號與姓名相同，亦包括在內，故雖係普通使用方法，而以惡意使用與他人已註冊之商標同一之姓名或商號者，即與本規則相合。（二十五年九月二十六日司法院院字一五三七號）

2 商標法第三條之規定，係專為商標審查員發見二人以上於同一商品以相同或近似之商

標，各別呈請註冊時，應如何分別准駁而說，故呈請註冊時之時字，雖不限於同日，而先後時期，要均在聲請程序中，始得由審查員，依該條所定孰先使用之標準以定准駁。若一方之呈請，已在他方之商標審查登記或實行註冊以後，則商標局自身應受拘束，非依同法第二十八條第二十九條所定異議及評定等程序，不能變更，自無再行適用該條之餘地。（二十五年十二月七日司法院院字一五九二號）

3 襲用他人夙著盛譽之註冊商標，使用於非同同一商品，如其性質相同或相似，易使人誤認其商品為他人出品而購買者，即屬欺罔公眾之一種，自應適用商標法第二條第四款之規定。至同條第六款係對於使用同一商品之標章所加之限制，與商品之性質相同或相似者有別，不得援引該款僅以同一商品為限。（二十六年一月七日司法院院字一六一一號）

4 商標法第四條所謂類似，係指比較兩商標，雖稍有差異，而大致相同，易使人誤認者而言，例如將兩商標並置一處，細為比對，雖有差別，而異時異地，分別觀察，在倉卒之間，又難以辨認者是。至同法第二條各款，所謂近似，與本條所謂類似，一係指近似於他人之標章，一係指與自己之商標類似，在文義上雖無甚懸殊，但對己對人，其限制既有寬嚴之別，則用語程度，自不無深淺之差。（二十六年一月七日司法院院字一六一二號）

5 使用商標之商品，依商標法第二十五條規定，固應於商標法施行細則內規定之，而關於標定之方法及其範圍，既無明文限制，則甲商請准註冊之商標，如指定使用於某類商品，縱未

列舉各商品之名稱，亦應認其商標專用權，及於全類，乙商不得以相同或近似之商標，指定使用於同類中某一商品，至該商品，在實際上是是否為甲商所未使用，在所不問。（二十六年五月十九日司法院院字一六七六號）

6 商標法第二十七條關於呈請再審查之期間，既定明自審定書送達之日起，三十日以內，則此項期間，自應由審定書送達之日起算。（二十六年十月十二日司法院院字第一七一〇號）

7 仿造第三人商標，出售同一商品，其仿造行為，既在他人將該商標依法註冊（登記）以前，自不發生仿造已登記商標之問題，即使在他人註冊後，知情而仍繼續出售，亦不負刑法上之責任。（二十七年六月十三日司法院院字第一七三八號）

8 商標法第二條第八款以他人之商號作為商標，呈請註冊，須得他人承諾之規定，係為保護他人之權利而設，若他人之商號，並未依法註冊，當不生權利關係，倘不得承諾而以之作為商標，請求註冊，該他人殊無請求撤銷之權。（二十七年十月四日司法院院字第一七八九號）

9 以自己之商號，作為商標，呈請註冊，如其商號文字之組織，特別顯著，既與商標法第一條規定相合，即應准予註冊。（二十七年十月十八日司法院院字第一七九四號）

10 院字第一六一一號解釋，係以襲用他人夙著盛譽之註冊商標為前提，因商標之註冊，依商標法第二十五條第一項，應就各商品之類別，指定其所使用商標之商品，如原註冊商標，指定商品為中藥中鹿茸，而襲用其商標使用之商品，為鹿角鹿膠，或所指定商品為剪類，而襲用

其商標使用之商品，爲小刀針鉗，雖使用之商品，並非同一，而與註冊商標指定商品之性質實屬相同，或相似，易使購買者誤爲他人出品，故認爲有欺罔公衆之虞，（近似他人註冊商標使用商品分類之基準，與襲用他人註冊商標使用商品分類之基準不同），並非謂同法施行細則第三十七條所列同項同類，其性質不似或不相似之商品，亦應在限制之列。（二十七年十月二十九日司法院院字第一八〇一號）

11 註冊之商標，已依商標法第二十五條，於呈請時，就該法施行細則內，僅指定其商標使用用於某類中之一種商品，則其專用權，當然不及於全類。（二十七年十一月七日司法院院字第一八〇八號）

12 合夥商號使用之商標，原由兼任經理之合夥人，以經理名義呈請註冊者，如該合夥人退夥，將股份轉讓與他人，並改由其他合夥人兼任經理，與移轉管業有別，既不影響商標專用權，自不適用商標法關於移轉註冊之規定。（二十八年一月十九日司法院院字第一八三六號）

以下爲行政法院判決（依行政訴訟法第四條就其事件有拘束各官署之效力）

13 商標之近似與否，應以隔離的觀察，爲判定之標準，縱令兩商標對照比較，能見其差別，然異地異時而各別觀察則易見者，仍不得不謂爲近似，放凡商標無論在外觀上，觀念上，其主要部分近似，有足以惹起混同誤認之虞，而其附記之部分，雖不近似，仍不得不得不謂爲近似之商標。（二十六年行政法院院判字第二〇號判決）

14 依司法院解釋商標法第一九條第四項，（現行法第一八條第四項）第六條第二項，（現行法第二十七條第二項）第二九條第一項，（現行法第二八條第一項）第三六條（現行法第三五條）所定，乃就不服撤銷處分等項，對於訴願法第五條（現行法第四條）所定之提起訴願期間而設之特別規定等語，而訴願法第五條第一項規定之意義，顯係包括提起再訴之期間，則上開商標法各條所列，得於六十日內，依法提起訴願之特別規定，自亦應包括再訴願在內，爲當然之解釋。（二十六年行政院判字第三二號判決）

15 人民對於商標案件，不服再審查之審定，提起訴願及再訴願，其訴願期間，商標法已載有特別明文，自不能適用訴願法之規定。（二十六年行政院判字第三六號判決）

16 商標取得專用權後，原有排斥他人使用近似商標於同一商品之權，然他人使用於同一商品之商標，並不與其取得專用權之顯著部分近似，自不能排斥他人之使用。（二十六年行政院判字第四〇號判決）

17 商標之是否近似，應總括其全部，以隔離的觀察，認定其有無混同或誤認之虞以爲斷。（二十六年行政院判字第四八號判決同年判字五六號同旨二十七年判字第二〇號同旨）

18 商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權後，他人不得於同一商品，以相同或近似之標章，作爲商標，呈請註冊。（二十六年行政院判字第五三號判決）

19 組成商標之圖形文字，有主要部分，有附屬部分，若以主要部分，從隔離的觀察，確與

他商標有所近似，其附屬部分，雖呈互異之外觀，仍不得不謂為兩商標之近似。（二十七年行政法院判字第七號判決同年判字第十號判字第一四號判字第四七號同旨）

20 商標法第一條第三項載商標所用之文字，包括讀音在內等語，是兩商標名稱之文字，讀音相類，足以發生混同誤認之虞者，仍不得不謂為商標之近似。（二十七年行政法院判字第八號判決）

21 襲用他人夙著盛譽之註冊商標，使用於非同一商品，如其性質相同或相似，易使人誤認其商品為他人之出品而購買者，即屬欺罔公衆之一種，自應適用商標法第二條第四款之規定。（二十九年行政法院判字第十五號）

22 商標經核准註冊後，發見其與他人早已註冊之商標圖形近似商品同一，於依法評定時，自應評定其註冊為無效。（二十七年行政法院判字第一九號判決）

23 修正商標法第一條，載欲專用商標者，應依本法呈請註冊等語，此在舊商標法，亦有如此規定，可知商標註冊，已取得專用權，而並不違背註冊時之本法者，（即舊商標法）雖與修正商標法有所違背，要不能由利害關係人，於同法施行後，始行請求評定作為無效。（二十七年行政法院判字第二四號判決）

24 商標法第四條，載同一商人於同一商品使用類似之商標，以作聯合商標為限，得呈請註冊，所謂類似，係指比較兩商標，雖稍有差異，而大致相同，易使人誤認者而言。（二十七年

行政法院判字第四四號判決)

25甲乙兩人，於同一商品，以相同或近似之商標，各別呈請註冊，經審查員審查，均認為合法，登載於商標公報者，如僅甲在六個月內，以實際最先使用商標為理由，對於乙之呈請註冊，提出異議，雖經審定認乙為實際最先使用商標之人，亦祇能將甲之異議駁回，至甲之呈請註冊，若在六個月內，未經乙或其他利害關係人提出異議，則依商標法第二十六條第一項之規定，自應仍予註冊。(二十九年十一月十九日司法院院字第二〇八一號)

第十一解 私權之保護

本解應說明者三點

第一點 公證

民法三〇八條，一一八九條，一一九一條，及票據法一〇一二條等規定，認公證制度，為證明私權之前提，公證制度，我國尚在試辦之期，二十四年七月三十日，司法行政部呈准公布公證暫行規則，二十五年二月十四日呈准公布公證暫行規則施行細則，公證費用規則及公證簿冊書表格式，同時指定首都地方法院管轄區域，為公證施行區域，於同年四月一日施行，其他各地方法院，可試行公證制度者，准其呈明辦理。嗣後各省地方法院，陸續呈請開辦公證者，截至現在，統計僅有三十八處，於是司法院試擬施行公證制度原則，計有八項：(一)地方法院，設公證處，有必要時，得於管轄區域內適當處所，設公證分處。(二)公證處因當事人及

其他關係人之聲請，得就法律行為，或其他關於私權之事實，作成公證書，或認證私證書。

(三) 公證事務，由司法行政部部長，指定地方法院推事專辦或兼辦。(四) 辦理公證人員，於職務上簽名時，應記載某法院公證處及其官職。(五) 聲請作成公證書或認證私證書，以言詞或書面爲之。(六) 聲請作成公證書或認證私證書，應繳納公證費，繳納公證費時，應購司法印紙，黏貼於定式之用紙。(七) 作成公證書或認證私證書時，得由公證處，將當事人及其他關係人，合攝相片存查。(八) 就以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量爲標的之請求所作成公證書，載明應逕受強制執行者，得依公證書執行之。連同公證暫行規則草案，送立法院制定法律，查公證制度，現代各國立法例，大抵專設公證人，辦理公證事務，我國現行公證暫行規則，由法院推事專辦或兼辦公證，此項辦法，原係試辦性質，而非各國之所謂公證制度也。二十七年十二月二十五日立法院四屆一四七次會議議決，公證暫行規則，暫時毋庸經立法程序，制定法律，仍照中央准予試辦之旨趣，逕由司法院請准繼續試辦相當時間，以試辦期內之成績，爲將來制定公證法時之參考。

(上略) 值茲非常時期，社會經濟，往往發生變化，人民所爲之法律行爲或其他關於私權事實，極須有明確之憑證，若多數法院，及時施行公證制度，則人民遇有所爲之法律行爲或私權事實，即可向法院請求公證或認證而得保障，縱不得已而成訴訟，法院亦易調查裁判，因之推行公證制度，實屬刻不容緩，嗣後凡已開辦公證之法院，應由各該管院長認真整頓，以期人

民多收公證之實益，其未開辦公證之法院，統限本年底一律成立公證處，並隨時具報備核，萬一有不能如期舉辦者，亦須陳明理由，以憑核奪，仰即轉飭所屬各地方法院遵照辦理。（二十年七月五日司法部訓令訓字第二〇九二號）

第二點 登記

登記爲確保私權真實，證明身分，取得法人資格，發展社會事業等之制度，物權編中關於不動產物權，依法律行爲取得設定喪失及變更者，非登記不生效力，在未定關於物權之登記法以前，不適用登記要件主義之規定，其詳於物權編述之。此外（一）關於法人者，有法人登記規則，（十八年十二月二日司法行政部公布同日施行）適用於民法總則之財團或以公益爲目的之社團而有獨立財產之法人，由法人事務所所在地之地方法院或縣司法機關之登記處管轄之。（二）關於公司者，有公司登記規則，（二十年六月三十日前實業部現改經濟部公布，同年七月一日施行）適用於以營利爲目的之社團，其登記之主管官署，在省爲實業廳，無實業廳者，爲建設廳，在院轄市爲社會局。（三）關於以宗教爲目的之寺廟，其獨立財產之登記，依寺廟登記規則，（民國二十五年一月四日內政部公布共十四條十七年十月二日之寺廟登記條例廢止之）其登記之主管官署，在縣市爲縣市政府，在院轄市爲社會局，在特殊行政區，爲各該主管官署，故寺廟之登記，不依民法之規定而爲聲請。（四）關於慈善團體者，有監督慈善團體法施行規則，（依據十八年六月十二日公布同年十月十五日施行之監督慈善團體法一四條制定由

行政院於二十一年六月十八日修正公布施行。其登記之主管官署，在省會爲民政廳，院轄市爲該市政府社會局，各縣市爲縣市政府。（五）關於人事登記者，爲戶籍法（二十三年三月三十一日修正公布同年七月一日施行）及其施行細則，（二十三年六月五日內政部公布同年七月十日施行三十年行政院五一八次會議修正交內政部公布）其主管官署，在中央爲內政部，省爲民政廳，院轄市爲警察局，縣市政府，爲民政科或警察局，鄉鎮公所，爲民政股戶籍幹事。（六）關於商業者，爲商業登記法，（二十六年六月二十八日公布同日施行）及其施行細則，（二十七年五月十八日前實業部現改經濟部公布同日施行）其登記之主管官署，在縣爲縣政府，在市爲市政府，在院轄市爲社會局。（七）關於著作權者，爲著作權法，及其施行細則，其註冊由內政部主管。（八）關於專用權者，商標向商標局呈請註冊，商號與商業登記之主管官署同。（九）關於專利權之呈請，主管官署爲專利法上所定之專利局。

第三點 訴訟

使實體法的民法得以實行者，爲民事訴訟，曰形成之訴，以權利變更或創設爲標的之訴訟也。曰給付之訴，以請求行爲或不行爲爲標的之訴訟也。曰確認之訴，以求確認法律關係存在或不存在爲標的之訴訟也。其關於所有權者，有所有物返還之訴，所有權保全之訴。其關於占有者，有占有收回之訴，占有保持之訴，占有保全之訴。又因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序，得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害，其請求之

範圍，依民法之規定。

第十二解 關於官署違法處分損害權利之救濟

本解應說明者四點

第一點 訴願再訴願

訴願，再訴願，依訴願法（二十六年一月八日修正公布同日施行都十三條）之規定，凡人民因中央或地方官署之違法或不當處分，致損害其權利或利益者，得提起訴願，其管轄爲：（一）不服縣市政府之處分者，向省政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會，提起再訴願。（二）不服省政府各廳之處分者，向省政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會，提起再訴願。（三）不服省政府之處分者，向中央主管部會，提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願。（四）不服院轄市各局之處分者，向市政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會，提起再訴願。（五）不服院轄市之市政府處分者，向中央主管部會，提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願。（六）不服中央各部會之處分者，向原部會提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願。（七）不服五院或直隸國民政府各官署之處分者，向原院或原官署，提起訴願。

第二點 行政訴訟

行政訴訟之受理機關，有設特種法院者，即行政法院是也。大陸各國，因襲羅馬法系，視

國家爲神聖之物，故行政訴訟，另設行政法院以受理之，至於英美，向以人權著稱，法治觀念發達，人民對於國家行政機關之違法處分，均由普通司法機關受理之。

人民因中央或地方官署之違法處分，致損害其權利，經依訴願法提起再訴願，而不服其決定，或提起再訴願逾三個月不爲決定者，得向行政法院，提起行政訴訟。已向五院或直隸國民政府各官署提起之訴願，以再訴願論。提起行政訴訟，得附帶請求損害賠償，除適用行政訴訟之程序外，準用民法之規定，但民法第二百一十六條規定之所失利益，不在此限。對於行政法院之裁判，不得上訴或抗告。行政法院之判決，就其事件，有拘束各關係官署之效力。行政法院，得指定訴事，或囑託普通法院，或其他官署，調查證據，有民事訴訟法第四百九十二條所列各款情形之一者，當事人對於行政法院之判決，得向該院提起再審之訴，再審之訴，應於二個月內提起之。（以上均見二十六年一月八日修正公布同日施行之行政訴訟法）

第三點 訴願與行政訴訟之區別及其關係

子、行政訴訟之受理，屬於特種行政法院，而訴願之受理，仍爲該違法處分之直接上級機關。

丑、行政訴訟之受理機關，須依行政訴訟法之規定爲之，而訴願之受理官署，則依訴願法之規定爲之。

寅、凡不服違法處分之再訴願，經決定後，得依法提起行政訴訟，而不服不當之處分者，

以其利益所涉較輕，故通常以再訴願之決定，爲最終之決定。

卯、行政法院之判決，就其事件，有拘束各關係官署之效力，而訴願之決定，則僅有拘束原處分或原決定官署之效力。

第四點 司法機關與行政官署受理人民訟爭之分界

一、不服直屬各省政府主管廳之官署（例如稅務局之於財政廳省會工務處之於建設廳）處分，應依訴願法第三條，比照同法第二條第一款規定，以省政府爲訴願機關。（二十六年五月十九日司法院院字第一六七七號）

二、行政官署，放領官產，雖係基於行政行爲，爲國家處理公務，而其所爲放領之行爲，則係代表國庫，與承領人訂立民事法上之買賣契約，所賣官產，如爲土地法第八條所列不得私有之土地，其因履行買賣契約而訂立之物權契約，法律上當然無效，無待於上級行政官署之撤銷。至物權契約，是否無效，及物權契約無效時，其債權關係如何，官署與承領人間有爭執者，應向法院提起民事訴訟以求解決。再人民對於行政官署，認爲官有而放領之產業，主張係其私有，祇得提起民事訴訟，請求確認或回復其所有權，不得提起訴願，請求撤銷領案。院字第一六五九號解釋，關於上述兩點，應予變更。（二十八年九月十三日司法院院字第一九一六號）

附原咨（行政院據江蘇省政府呈轉咨司法院）

查同一事件，可認為行政處分，提起訴願，亦可認為司法事件，訴請法院裁判，因行政法之救濟方法，與民事法上之權利，原不相妨，其得依法提起訴願之人，如有民事法規之依據，亦自得另向司法法院起訴，（參前大理院六年上字第六七一號判例）關於放墾官產，原屬於行政官署之職權，係公法上之行政行為，故發現該項地畝，依法令不應屬於私人所有者，該管上級官署，自得本於監督權而撤銷之，若行政官署，誤認私產為官產而放領，是即侵權行為，原所有人，亦自得向司法機關，提起民事訴訟，惟關於放領官產事項，公法私法適用之界限，每多混淆，尤易啓人民之爭執，亦屬實情。（下略）

三、（一）人民對於私權之爭執，係屬普通民事範圍，應由該管法院，受理審判。

（二）關於公共水利，及交通事業，行政官署，因公益上之必要，固可為適當之處置，但需用人民私有土地時，應依照土地法所定徵收程序辦理，若其時土地法尚未施行，應依照土地徵收法辦理。（二十六年行政法院判字第四號判決）

四、人民對於官產，爭執為其私有者，係屬私權關係，應由普通司法機關受理，該管行政官署，要未可遽以行政職權，自為處斷。（二十六年行政法院判字第十八號判決）

五、市房捐規則，有財政局估租征捐之規定，（指上海市房捐規則第九條至十一條）經按照對於租戶，以其租約為憑，改正租額，徵收房捐，並將其自建自居部分，予以估價值捐，於法並無不合。（二十六年行政法院判字第一七號判決）

六、關於官荒承認事項，固爲行政官署所主管，但是否官荒，若有爭執，則屬普通民事訴訟事件，應由該管司法機關受理審判，非行政官署所得逕行處置。（二十六年行政法院判字第
三三號判決）

七、人民爭承山場，訴願官署，依據事實決定，將該山場歸其分承，自得情法之平，再訴願決定，予以維持，要無不合。（二十六年行政法院判字第三四號判決）

八、地方荒地承領限制章程，（廣東省荒地限制章程第三條）有凡領荒地，以與該荒地利害關係密切者有優先權之規定，爭領荒地之雙方，如皆有利害密切關係，則准由雙方分領，卽難謂爲不合。（二十六年行政法院判字第三七號判決）

九、給領荒地，固係行政官署之職權，而當事人如因承領爭執，發生私權關係者，其性質屬於民事訴訟，應由普通司法機關，受理審判。（二十六年行政法院判字第四一號）

十、（一）私權之確認，應屬於普通法院之權限。

（二）法院確定判決，除依法得以提起再審之訴外，其裁判確定力，不因何而失效。（二十六年行政法院判字第四六號判決）

十一、給領荒地，固屬行政官署之職權，若承領後，人民就所領地，發生私權誰屬之爭執者，其審判權則屬於普通司法機關，判決一經確定，行政官署，對於領案，自不能任意變更。（二十六年行政法院判字第五七號判決）。

十二、給領官地之處分，固屬行政官署之職權，惟一經合法放領之後，其所有權即移轉於承領人，若有人對於該地，以憑契耕管有年爲主張，出而爭執，則屬私權關係，應由普通法院受理審判，要非行政官署所得逕爲處置。（二十七年行政法院判字第十一號判決）

十三、人民對於行政官署，依法放領之荒地，事後主張爲其所有，因而發生爭執者，原屬私權關係，應由普通法院，受理審判。（二十七年行政法院判字第二二號判決）

十四、（一）佃權確認之訴，係屬民事範圍，應由該管普通法院，受理審判，要非行政官署所應處斷。

（二）兼理司法之縣政府，對民事案件，誤用行政處分形式，仍應以民事裁判論。當事人如有不服，應依通常訴訟程序救濟。（二十七年行政法院判字第二九號判決同年判字第四五號之二同旨）

十五、省單行法規，既規定各縣市票，在該省取締規則頒行後新發行者，應處罰金，縣政府依照處罰，於法尙無不合。（二十七年行政法院判字第三一號判決）

十六、（一）國家與人民因私權關係發生爭執者，屬於民事訴訟，應由普通司法機關，受理審判。

（二）提起行政訴訟，得附帶請求損害賠償者，以因官署之行政處分違法，致損害其權利爲限。（二十七年行政法院判字第三二號判決同年判字第四五號之三同旨）

十七、提起行政訴訟，以人民因官署之違法處分，致損害其權利為先決要件。（二十七年行政法院判字第三三號判決）

十八、商人向官署認包捐稅，係屬官署與人民之契約行為，如因違約與否而有所爭執者，應屬普通民事範圍。（二十七年行政法院判字第四五號之一）

十九、同一官產，經官署先後兩次價賣者，人民訴請確認此項價賣行為之效力，固屬私經濟關係，應由通常法院，受理審判，若行政官署，因人民呈請救濟，發見有重賣事實，自應通知後之承買人，領還所繳標價，繳銷執照，自亦行政上適當之措置，不能指為非法。（二十七年行政法院判字第四八號判決）

二十、准承荒地，屬於行政事件，而要求私人履行契約，屬於民事事件，二者性質不同，其管轄機關，亦各有別。（二十八年行政法院判字第五號）

二一、屬於公共團體所得使用權之公水，主管行政官署，於不妨害其使用之限度，原得以其餘水，准許其他公共團體使用。（二十八年行政法院判字第六號）

二二、依契稅條例第八條，匿價處罰之規定，應以認定確證為先決問題，不能由行政官吏，自由心證，比擬推定而為處罰之根據。（二十八年二月二十八日判字九號）

二三、行政官署，對於已經放領之官地，事後認為人民所私有，自行撤銷領案，而原領人仍就該地承領權有所爭執者，應屬普通民事範圍，由該管法院受理審判，俟判決確定後，再請

依法辦理。(二十八年二月二十八日行政法院判字第十號)

二四、聲請土地所有權登記，必須審核土地確為該聲請人所有，方得予以登記，否則以未取得之權利，聲請登記，而登記機關，予以駁斥，自難謂為違法。(二十八年二月二十八日行政法院判字第十一號)

二五、確認私權，及高地與低地因引水發生爭執，均屬民事訴訟範圍，非行政官署所得逕行處斷。

所謂公共水利事項，主管行政官署，因公益上必要，得為適當之處置者，係指公共河川等客觀上任何人不得主張私有者而言。(二十八年四月二十二日行政法院判字第十九號)

本論

第一編 總則

第一解 本編之總說明

本編應說明者二點

第一點 本編之內容

本編於十八年五月二十三日公布，同年十月十日爲施行日期。計分七章，第一章，法例。第二章，人。內分兩節：規定自然人，法人。法人中更分：通則，社團，財團三款。第三章，物。第四章，法律行爲。內分六節：規定通則，行爲能力，意思表示，條件及期限，代理，無效及撤銷。第五章，期日及期間。第六章，消滅時效。第七章，權利之行使。都一百五十二條。十八年九月二十四日公布民法總則施行法都十九條，自本編施行之日施行。

第二點 本編之重要性

一、民法總則，至爲重要，蓋民法各編，如債編物權編親屬編繼承編及各種附屬法，皆以此爲基礎，故實用法律，非先從研究民法總則編入手不可，民法實用者，研究現行有效民法，如何適用於具體事件，以爲裁判之預備者也。與專就民法一切學理，爲抽象的研究者，異其旨

趣，知民法之原理原則者學也，知之而應用於實際者術也。不學無術，古有明訓，故研究民法實用，雖與抽象的研究民法學理不同，然究非以民法學理為基礎，無由運用現行民法於具體事件，而為正當之解釋，應時代實際之需要也。故民法在法律的重新分類中所占之地位，及固有的法律的類別中所占之地位，民法之來源，民法之編別及其內容，民法之效力，民法之解釋，法律與權利，公權與私權的新分類，私權的新分類，民法與無形財產權之關係，私權之保護，關於官署違法處分之私權救濟，均應首先深切注意，而為講授總則者之責任，特於本編緒論第一解至第十二解分析述之。

二、民法總則，不獨適用於民法分則各編，凡一切民事之無特別規定者，皆適用之。

三、民法為規定人類私權關係的根本法，故總則所說明者，為私權之主體，私權之客體，私權之得喪變更及行使。

第一章 法例

第二解 本章之總說明

本章總說明者二點

第一點 本章之立法例

法例者，法律全部適用之通則也。他國民法，有首揭關於法例之規定者，瑞士、土耳其、蘇俄、泰國及法國是。有不設此規定者，德、日是，我民法從瑞士等國之立法例。

第二點 本章之內容

壹 法律之補充方法及其適用順序(一)貳 習慣能生法律效力之要素(二)參 必要使用文字時應具之要件(三)肆 判斷一次表示數量之標準(四)伍 判斷數次表示數量之標準(五) 法例應爲法律全部適用之通則，而本章除第一第二兩條外，其第三第四第五各條，係關於意思表示之規定，應否規定於法例中，學者間不無議論，然與法律之實用無關也。

第三點 本章之逐條說明

第一條 民事，法律所未規定者，依習慣。無習慣者，依法理。

本條應說明者四點

第一點 本條係示明法律之補充方法，及其適用順序。其關係條文爲原則第一目，本編六八條，債編三一四條三七二條四二九條四三九條四五〇條二項三項四九一條二項五三七條五七〇條五七九條五九二條六三二條，物權編七七六條七七八條七八五條二項七八六條三項七九〇條七九三條八〇〇條八三四條八三六條八三八條八四六條九一五條。參考他國條文爲瑞民一條二項奧民一條日本法例二條泰民一三條一四條土民一條。

第二點 立法例

本條前段之立法例，尙未一致，甲說，法律惟限於成文法，習慣則無法律之效力，巴敦Baden地方方法六條，索遜地方方法二八條，皆明定習慣僅能解釋當事人之意思，無法律之效力。法

國學者多數從此見解。乙說，習慣與法律有同等之效力，德國歷史法學派之宿論，德國制定新民法時，曾採入條文，後雖刪除，然已成通說。丙說，習慣相對的有法律之效力，瑞士民法第一條第二項「本法未規定者，審判官依習慣。」奧民十條「習慣須法典定為可以適用時，始可適用。」日本法例二條「習慣僅限於為法令之規定所認，及關於法令無規定之事項為有效。」本條立法例，採取丙說。

本條後段之立法例，德民第一草案一條，「法律無規定之事項，準用關於類似事項之規定，無類似事項之規定時，適用由法規精神所生之原則」。奧民七條，「無類推之法規時，依自然法則以判斷之。」瑞民一條二項「本法未規定者，審判官依習慣，無習慣者，依自居於立法者地位所應行制定之法規判斷之。」日本裁判事務心得，「無明文者依習慣，無習慣者依條理，」前大理院二年上字六四號判例「判斷民事案件，應先依法律所規定，法律無明文者，依習慣法，無習慣法者，依條理」。

各國法典，大都規定凡民法中無規定者，適用習慣，若無民法規定，又無習慣可以援用時，應如何處理之處，各國立法不同：（一）有規定由法官準用最近似之條文者。（二）有規定由法官從法律中所推廣而得之法理者。（三）間有規定法官，應自視為處於立法之地位，以立法之觀念而處理之者。以我國情形而論，自宜採用上述之第二種辦法也。（中政會本編原則第一目之說明）

第三點 釋本條之意義

其一、民對刑事而言。通常所謂民事，有廣狹二義。廣義的民事，包括商事，而言。狹義的民事則否。現行民法，已就商事之一部，收羅於債編中，不復採商法典主義，則此所謂民事，顯屬廣義的民事。法律係指一切關於民事之法律，民法法典，及特別民事法規，如商業登記法，公司法，票據法，海商法，保險法，不待言矣。即其他農、工、商、鑛等特別法規，如農倉業法，農會法，土地法，難民移墾條例，水利法，工業獎勵法，專利法，特種工業保息及補助條例，農鑛工商管理條例，工鑛業獎勵條例，商會法，工會法，工業同業公會法，商業同業公會法，輸出業同業公會法，團體協約法，勞動契約法，勞資爭議處理法，鑛業法，漁業法，漁業法，交易所法，破產法，遺產稅暫行條例等等，凡與民事有關之法律，皆包括在內也。不稱本法所未規定，而稱法律所未規定，係概括一切法律言之。誠以社會事物，變化萬端，立法者決難收集無遺，而法院又不能就法律所未規定事項拒絕裁判，自不能不有補充之方法，曰法律所未規定者依習慣，無習慣者依法理，即民事法上最適當且最普通之補充方法也。

其二、習慣。有有法之效力者，有無法之效力者，此所謂習慣，專指有法之效力者言。習慣能生法之效力，其要素有二：（一）須有習慣之事實，即就同一事項，反覆而為同一行為。（二）須有法之觀念，即受此習慣支配之人，信為法而守之是也。至習慣有無，乃事實問題，苟當事人主張之習慣，為他造所否認，即應由主張習慣者，負舉證之責任。

其三、法理。法理之有法律效力，近世學者多否認之，然裁判官不能拒絕裁判，苟遇法律無規定之事項，而習慣與判例上又無先例之時，自不得不依據法理以濟法律之窮，近世民法認法理為法源者甚多，例如德民法第一草案第一條，義大利法例第三條第二項，奧國民法第七條，瑞士民法第一條第二項等，皆有明文之規定，本條後段之規定仿之。

其四、近世民法學者，仍以條理即是法理之見解，如此解釋，與現行法改民草本法為法律之旨趣不合。法理者，正當之法理也。（客觀的）條理者，自然之道理也。（主觀的）兩者多具相同之點則可，直無區別則不可也。實用法理之方法如左。

（一）現行法之類推適用，即事件為法律所未規定，且無習慣可據時，依其相類事件之法律解決之。例如現行法無廢除繼子之規定，可就對於養子終止收養關係之法律，類推適用是也。

（二）外國法律及判例，不與中國社會情形相違反者。

（三）中外學說，不與中國社會情形相違反者。

（四）舊法及法律草案之不與現行法精神相抵觸者，有時亦可作為法理採用之。

法理後於習慣而適用，習慣後於法律而適用，固為本條顯著之文義，但習慣優於法律適用之時頗多，例如民法六八條三一四條三七二條四二九條四三九條五三七條五七〇條五七九條五九二條六三二條七七六條七七八條七八五條七八六條七九〇條七九三條八〇〇條八三四條八三

六條八三八條八四六條九一五條是也。此乃法律付與習慣以優先效力，非習慣本身，具此效力也。又判例能否優先於習慣而適用？須視判例之內容定之。判例之內容，如係解釋法規，自得優先於習慣而適用。（見第四點判例5）若其內容並非解釋法規，則不能優先於習慣而適用也。

第四點判例（附解釋例）

1. 與成文法牴觸之習慣，不能認為有法之效力。（二十一年上字二〇七三號）

2. 部刊之民商習慣調查錄，所載習慣，係據縣承審員個人之報告，祇足以供參考。有無法之效力，自應另為審認。（二十一年上字二一三一號）

3. 法律所未規定者方依習慣，若承租人未得出租人承諾，將租賃物全部，轉租於人，出租人得終止契約，法律既有明文，則當事人自無主張應依習慣之餘地。（二十一年上字三二五三號）

4. 廣州市清理舖底頂手辦法，為關於廣州市舖底頂手之特別法，當然應先於其他法例而適用，何得以其他地方關於訟爭舖底之判例，攻擊原審適用法則為不當。（二十一年上字二二三二號）

5. 判例之內容，須屬於解釋法規者，始能優先於習慣而適用，否則僅為一種條理，其適用順序，在習慣之後。（二十一年上字一〇一三號）

6. 物權除民法或其他法律有規定外，不得創設。先買權在民法及其他現行法律，既無規

定，所稱南昌市習慣，凡遇有店屋出賣，房客有優先承買之權，縱令屬實，自亦不得適用。
(二十二年上字七四一號)

7. 習慣仍屬事實，當事人主張有利於己之事實，依法本應負舉證責任。如該事實於法院已甚顯著，或為其職務所已知者，雖可無庸舉證，而法院在裁判前，亦須令對造當事人，就此辨論，否則仍難採取。(二十二年上字第二七九號)

8. 習慣事實，於法院知已顯著，或為職務上已知者，雖非經當事人之提出，亦得審酌及之。但裁判前，應令當事人就其事實有辨論之機會。(二十二年上字三一二號互見民法二八三條二七六條)

9. 有同一或類似之法律理由時，應認同一或類似之法律效果，為法理上所當然。依舊法所立之嗣子女，固非與民法上之養子女，全然同一，而其以他人之子女為子女，則與養子女無異。故民法親屬編施行後發生之終止嗣子關係事件，應就民法關於終止收養關係之規定，類推適用。(二十二年上字七四八號)

10 標賣為特種之買賣，依法理應於標賣人為賣定之表示時而成立。若標賣公告內，定有表示賣定之方法，則在標賣人未依其所定表示賣定之方法，為賣定之表示以前，出最高價之應買人，自不得為買定之主張。(二十二年上字三一六號)

附解釋例

民法親屬編施行後所發生廢繼事件，應依民法總則第一條，以終止養子女收養關係之法條，作為法理採用。（二十三年二月二十九日院字一一七四號）

解除契約，應向他方當事人，以意思表示為之，新校長對教員，未經表示解約，雖有不另發聘書，為默示解約之習慣，亦不生效力。（二十五年二月七日院字一四一〇號）

第二條 民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定習慣能生法律效力之要素，其關係條文，為本法三六條七二條一八四條一項，參考條文為法律適用條例一條，參考他國條文為瑞民一條二項日法例二條。

第二點 立法例

本條係前條之補充規定，立法例與前條同，唯習慣能生法之效力，其成立之體素心素，係就習慣本身自然之發展而言。而其前提則（一）須為法律所未規定，（二）須不背於公共秩序或善良風俗。第一前提，前條已有明文揭示，本條特補充第二前提耳。顧以此等前提與成立之二要素合併，稱為習慣法成立之要件有四者，前大理院判例中，已迭見之。此等理論之異同，於實際適用上，毫無影響。

第三點 釋本條之意義

習慣係有時代性之事實，昔日視為良善之習慣，今日已不能援用，或今日視為良善之習

慣，經過相當時期，又不能援用者，比比皆是。矯正惡習慣，固屬立法者之職責，而司法上解釋運用，亦頗具矯正效力。例如賣產先儘親族承受，在封建時代，非不視為良習，前清因其有措勸之弊，加以禁止，今則因其有害社會經濟，據為該習慣不能適用之理由，即以其違反本條之規定也。又司法上對於習慣，須曲體社會情狀，例如：結婚須具公開儀式，並須二人以上之證明，為法律所明定，本無適用習慣之餘地。惟貧苦之家所撫養童媳，有於其成年時，乘除夕之便令其圓房者，在某地幾成為通常之習慣。司法院以此等習慣，並不違反本條之規定，而法律有明文規定，又不許援用習慣，因以解釋救濟之。（見第四點）謂法律上所謂公開儀式，祇須有婚姻當事人以外之人在場參與，而證明之人，亦不限定何種資格，蓋以其有父母兄弟姊妹等類之人在場，即合法定結婚儀式，庶不致使民間感覺不便也。

第四點 判例（附解釋例）

1. 凡習慣法成立之要件有四，一、有內部要素，即人人有確信以為法之心。二、有外部要素，即於一定期間內，就同一事項，反復為同一之行為。三、係法令所未規定之事項。四、無背於公共之秩序及利益。（二年大判上字三號）

2. 因船長之故意或過失所加於他人之損害，若謂可以免責，則因貪利而為過重之積載，或過量之拖帶，將毫無民事上責任，弁髦他人之生命財產，其弊何可勝言，是故此項舊習，即使屬實，而為公共秩序計，亦斷難予以法之效力。（三年大判上字七三三號）

3. 習慣之有法律上效力，尤以不害公益爲其要件之一，如所主張商號負債，不能涉及家產之辦法，於交易安全，實有妨礙，縱令果屬舊有之習慣，亦斷難認爲有法律之效力。（三年大判上字九八八號）

以下爲最高法院判例

4. 習慣法之成立，須以多年慣行之事實，及社會一般人之確信心爲其基礎。（十七年上字六一三號）

5. 習慣法則，應以一般人所共信不害公益爲要件，否則縱屬舊有習慣，亦難認爲有法的效力。（十七年上字六九一號）

6. 親房欄產之習慣，不惟舊律有明文禁止，且足長親房把持措勒之風，於社會經濟，毫無實益，不能認爲有法之效力。（十八年上字一三四六號）

7. 賣產應先儘親房之習慣，有背於公共秩序，不能認爲有法之效力。（十九年上字一七一〇號）

8. 習慣法則之存在與否，兩造有爭執者，除當事人依法提出證據外，依現行法例，并應由法院依職權調查之。（二十年上字一三三〇號）

9. 婚約必須雙方均有確定之婚姻當事人，始得許其訂立，若一方尙無子女，而與現有子女之一方，預訂養媳契約，以待生育或抱養子女後，再爲婚配，是不特於對方子女之利益，顯有

妨害，且與婚姻之本旨不合，縱使訂約地方，確有此種習慣，於法亦不應認為有效。（二十年上字二二〇七號）

10 習慣法之成立，其外部要素，須於一定期間內，就同一事項，反復為同一之行為為要件。（二十一年上字三三四號）

11 習慣事實，為習慣法成立之基礎，其調查程序，與調查爭執事實同，應據當事人提出之證據，或法院調查之結果認定之。（二十一年上字二一三一號）

12 民法物權編施行前之條例，承租房屋人，得依習慣而認許其有先買權者，以租期較長，或無期者為限，否則不獨限制所有權人之處分自由，且於地方之發達，及經濟之流通，不無影響，為維持公共秩序及利益計，縱該地方有此習慣，亦難認其存在。（二十一年上字五九九號）

13 親房先買之習慣，歷來判例，不認為有法之效力。（二十二年上字八一三號）

附解釋例一則

福建高等法院呈，據龍溪地方法院呈稱：龍溪習慣，貧民每於除夕令兒與媳開始同居，有至生子尚未舉行結婚儀式者，亦有終身未補行者，事實上已為人妻，社會上亦以人妻視之。但結婚為要式行為，此種婦女究視為已結婚？抑視為未結婚？云云。司法院為下列之解答，依民法第九百八十二條，結婚固應有公開之儀式，及二人以上之證人。但儀式及證人之身分如何，

法律本無限定。若於除夕舉行拜祖；或其他公開之儀式，并有家族或其他二人以上在場，可爲證人，卽不能不認爲與該條所定之要件相符。（二十二年八月八日院字第九五五號）

第三條 依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。

如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。

如以指印，十字或其他符號，代簽名者，在文件上經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。

本條應說明者四點

第一點 本條係示明必要使用文字時應具之要件，其關係條文爲民法三〇八條一項三二四條四二二條四六二條一項五三一條六一五條六一七條六二四條六二五條七三〇條七六〇條八二六條九〇四條九〇八條九七二條一〇〇七條一〇七九條一〇九九條一一五六條一一七四條一一八九條。參考他國條文爲德民一二六條俄民二八條瑞債一三條至一五條泰民一五條日明治三十三年法律十七號關於商法中應署名之件。

第二點 立法例

本條之規定，與泰國民法總則第二章法之適用第一五條所規定者相同。此外德民一二六條俄民二八條瑞債一三條至一五條亦有同樣之規定。本條從多數之立法例。

第三點 釋本條之意義

一、法律行爲，有要式的，與不要式的。所謂依法律規定有使用文字之必要者，即要式的一種。何者有使用文字之必要，既曰依法律規定，則必以民法及其他法律中有明文者爲限，例如：不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之。（債編四二二條）不動產物權之移轉或設定，應以書面爲之。（物權編七六〇條）兩願離婚者，應以書面爲之。（親屬編一〇五〇條）拋棄繼承權，應於知悉其得繼承之時起二個月內，以書面向法院，親屬會議或其他繼承人爲之。（繼承編一一七四條）及公司法上之章程，認股書，票據法上之票據，其最著者也。

二、法律規定必要使用文字，其文字內容，必有證明權利義務之重大關係，故必須親自簽名，而依現在國民教育程度，不少不能簽名之人，故又以印章，指印，十字或其他符號爲簽名之代用。惟所簽之名，所蓋之章，所捺指印，（習慣有用腳指印者法不認之）所畫十字，或其他符號。（如花押或寫押字等類）如爲當事人所否認，則非實施核對或鑑定之程序不可也。

三、代理人之簽名，其效力如何，應依五五三條爲類推之解釋，蓋私權關係之法律行爲，除性質不許代理者外，簽名於法律行爲之書據，代理人本優爲之。曰必須親自簽名，事實上不免發生困難。例如，旅居外國之人，欲與其鄰人爲不動產物權之移轉或設定，委託友人代立書據交寄印章，則恐生他故，非攜往外國，由本人簽名不可，豈不浪費時間經濟，故事實上不能親自簽名，而能證明代理權之代理人代爲簽名者，應依據代理法則及五五三條之類推解釋，不

能詣簽名之效力，不直接及於本人。

四、關於本條之判例，以前多係反面的。蓋關於證明權利義務之文字，皆係採實質的真實主義，與本條規定必採簽名或代用簽名之形式者，頗不一致，故略而不錄。又實用上應注意者，當事人提出之文字，如非法律規定必要使用者，仍祇問其實質上是否真實，不能以本條之形式相繩也。

第四點 判例（附解釋例）

賣契於賣主及各中人名下，均未簽押或蓋章，該書據即未具備法定方式。（二十二年上字二二三五號）

解釋例

訂立移轉或設定不動產物權之書面，以十字代簽名者，雖有證明人二人以上，但亦僅簽十字時，該立書面人之代簽名，不能與簽名生同等效力，惟此項法律行為法定方式之欠缺，可因補正而仍有效。（二十八年八月三日院字一九〇九號法條三條三項）

第四條 關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準。

第五條 關於一定之數量，以文字或號碼為數次之表示者，其表示有不合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以最低額為準。

右二條爲便利上合併說明爲左之四點

第一點 右二條均悉示明判斷數量之標準。第四條之參考條文，爲票據法四條。參考他國條文，爲瑞債七二三條泰民二七條，第五條之參考條文，爲泰民二八條法民一一六二條。

第二點 立法例

契約之解釋，首須尊重當事人之意思，如法院已盡審判上之能事，而當事人之意思仍不明時，則應以文字爲標準，蓋仿泰國民法第二七條立法例。但票據法第四條「票據上記載金額之文字與號碼不符時，以文字爲準。」蓋於票據之流通性，故不問當事人之意思如何，而有此確定之標準，次條規定同文字或同以號碼表示數目或容量，而文字與文字，或號碼與號碼不一致時，如盡審判上之能事，而仍不能決定當事人之意思，則應爲債務人之利益，以最低額爲準。蓋仿泰國民法第二八條立法例與法民一一六二條一項「如有疑義時，應爲諾約者（債務人）之利益解釋之」之規定，同其趣旨。

第三點 釋右二條之意義

子、一定之數量，謂以文字或號碼表示之數目或容量。如洋若干圓，油幾斤，鹽幾斤，柴幾斤，米幾斗，地幾畝，布幾尺等，表示一定之數量文字，即大寫數字或小寫數字。表示一定數量之號碼有二種：

（一）固有號碼，即「1111×8」上上上上（二）傳來號碼，爲1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 與 I II

ⅡⅤⅤⅤⅤⅤⅤⅤⅤⅤⅤ。前爲亞拉伯號碼，後爲羅馬號碼，但羅馬號碼唯用於鐘表及海船噸數，通用爲亞拉伯號碼。

丑、右二條所揭情形，前條指一次表示數量者。後條指數次表示數量者。一次表示數量者，無論文字所示數量，是否較號碼爲多，總以文字爲準。數次表示數量者，則比較文字數碼，孰爲最低額爲準？惟解釋意思表示，重在探求當事人真意，如當事人真意與號碼所示數量相符，則不論號碼是否爲最低額，亦不論是否與文字同時表示，總應以號碼爲準。蓋此時法院能決定號碼所示數量，爲當事人原意故也。故必須法院不能決定何者爲當事人之原意，始有右二條之適用。所謂法院不能決定，必須法官已盡其職權上調查之能事，仍不能得相當資料，憑其自由心證判斷之謂也。倘尙有可以決定之途徑，自不能率採此法定證據法則。

寅、一次表示數量，文字與文字不符，以何爲準？例如：吾人與蒙人藏人訂立合同，繕寫漢文蒙文或藏文各一份，其中彼此數量不符，又如吾人與英國人訂立合同，亦有同樣情形，此爲實際上能有之事實。法條中所謂文字，似專指漢文而言，然蒙文藏文英文及其他外國文，不能謂非文字。上開問題，如謂必應以漢文爲準，頗嫌無礙，遇此情形，其決定方法有三：（一）查明合同中有無特別記載，如云本合同發生爭執時應以何種文字之合同爲準，則當事人原意甚明，無待他求。（二）如合同中無上項記載，則設法探求當事人之原意。（三）如仍不能決定孰爲當事人之原意，卽以行爲地文字所表示者爲準，較爲合理。

第四點 判例

1 所謂法院之自由心證者，原指以據調查後所得之心證而言。若法院本未為相當之證據調查，則心證之根據已失，所謂法律上之判斷，決不能保其無誤。（三年大判上字三〇三號）

2 為發見真實起見，法院得體當事人辯論之意旨及調查證據之結果，以自由心證判斷事實上主張之真偽。（四年大判上字三六一號）

3 商業賬簿，以清簿及流水簿為重，紅賬抄自清簿，如有錯誤，自以流水清簿為憑。（十九年最高法院上字三六三號）
互見民訴法三五八條）

第二章 人

第四節 本章之總說明

本章應說明者五點

第一點 本章之內容

本章所謂人，包含自然人及法人。第一節第六條至第二十四條規定自然人。第二節第二十五條至第六十五條規定法人。外國人，外國法人，則於本編施行法中規定之。

第二點 本章之立法例

私權主體之立法例，各國法律不同，有祇認自然人為私權之主體者如法國民法是。法國大革命後，個人主義，極占優勢，不認團體人為私權之主體，惟於特別事項，間接認其存在，

（法民五三七條六一九條九一〇條）現代民法，爲滿足人類社會生活之慾望，若僅認自然人，殊形不足，各國民法所謂私權之主體，通常指自然人與法人。有選用私權主體字樣而不區別自
然人法人者，蘇俄民法是。有區別自然人及法人而無共通之總稱者，如瑞士土耳其日本泰國等
民法是。有於人之總稱內，分自然人及法人者，如德國民法是。本章之立法例仿之。

第三點 外國人之權利能力

外國人於法令限制內，有權利能力。（民總施二條日民二條）

外國人者，無中華民國國籍之自然人也。可分兩種：一爲有外國國籍之人，二爲無外國國
籍之人，亦無中華民國國籍之人。同時有外國國籍與中華民國國籍者，不得謂之爲外國人。而
中華民國國籍之取得與喪失，一依國籍法之規定。關於外國人法律上之待遇，自外國人無權利
主義，經過相互主義，而進於平等主義，雖爲現代進化之一般原則，然主義亦稍有異同：有取
條約相互主義者例如法國（法民一一條）。然實際上國際條約多爲保護外國人之私權而鮮有限
制之者。亦有取法律相互主義，例如奧國（奧民三三條）。其他諸國法律，多取平等主義。關
於平等主義，自一八二九年荷蘭民法先以明文規定（荷民二條）。一八六五年之義大利民法仿
之（義民三條）。至一八九六年之德國民法，認爲當然，不爲規定。本條規定，亦原則上承認
平等主義也。德國民法施行法第三一條爲防本國人受不平等待遇，保留對外國或其國民取報復
手段。日本民法第二條，明定得依法律命令或條約，限制外國人之權利能力，本條所謂法令。

條約自亦包含在內。依現行條約及法令，外國人之權利能力受有限制者，有如左列：

- 一、外國人不得有土地所有權。（土地法七條）
- 二、外國人不得有森林、礦產、荒地、漁場、鐵道之權利。（土地法一七條及國民政府二十年十一月十六日令）
- 三、外國人不得所有中國船舶。（海商法三條）
- 四、外國人不得受造船獎勵金。（造船獎勵條例一條）
- 五、外國人不得所有中國航空器。（航空法八條）
- 六、外國人不得經營民營公用事業。（民營公用事業監督條例十一條）
- 七、外國人不得爲交易所之經紀人或會員。（交易所法一〇條、一一條）

參考之一

外國女子，嫁與中國人爲妻，於其爲中國人妻時，依國籍法第二條之規定，已取得中華民國之國籍者，其婚姻關係，雖因重婚而經法院宣告撤銷，但國籍法並無因此而喪失其已取得之中華民國國籍之規定，則其已取得之中華民國國籍，自不因之而喪失。（二十七年五月二十八日司法院院字一七二七號）

參考之二

中國與各外國通商條約，祇許外國人得於通商口岸租地起蓋房屋。雖光緒二十九年中美續

議通商行船條約第三條：准許美國人於已開或日後所開爲外國人居住通商各口岸中，已定及將來所定爲外國人居住合宜地界之內，得租借或承租地基自行建造房屋行棧，然並不能解爲准許外國人得於中國享有土地所有權，或於租界以外，承租土地。（八年大判上字九一九號）

參考之三

收回威海衛租借地專約及協定第一三條第一項規定：『凡從前威海衛公署所發給外人依照法定格式之地畝契據，應換給承租契據，其格式與中國官廳新近發給前鎮江英租界地主之契據相同。每畝應納登記費一元。』

參考之四

國民政府二十年十一月十六日命令，查國內森林鑛產荒地漁場鐵道及各項企業，無論公有私有，均與國家主權有關，亦爲國民生計所繫，依國家各項法令，如未經中央主管部核准，決不許自與外人締結任何租售或類似租售之契約，自東三省事變發生以來，國家多故，難保無昧良玩法之徒，假借名義，喪權自私，用特重申禁令，所有國內森林鑛產荒地漁場鐵道，及各項企業，無論爲地方政府公私法團或私人所有，凡未經中央主管部核准而私與外人訂立租售或類似租售契約者，一概無效，以維國權而重民生，此令。

參考之五

戰區或接近戰區各項事業限制辦法五項（二十八年八月二十九日經濟部參字三三四四六號）

函司法行政部轉各級法院知照

一、各漁業權人鑽業權者之更名，或其權益之移轉抵押變更，及林業承領人國營鑽產權承租人或取得特種營業權者之更名，應一律呈經濟部核准，凡未經核准者，均爲無效。二、各農場林場牧場漁場鑛場工廠或公司之場所及設備與其投資之不動產，非呈經濟部核准，不得移作別用，或抵押於他人。三、各公司股份移轉抵押，或股東更名，應一律呈報經濟部備案。凡未經報部者，均爲無效。四、各公司依法按屆提足公積金，所有積存之公積金，非呈報經濟部核准，不得提支動用，並應存放國家銀行，其已存放於已註冊之商業銀行，或地方銀行，不便改存者，亦應呈經濟部核准備案。五、各公司或其他事業主辦人或代表人，與外商訂立有關於權益之合同或契約，非呈經濟部核准，一律無效。

第四點 關於外國法人之規定

子、外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。（民總施十一條原則第十目德民施行法五六條）

其一、外國法人之認可，依法律及條約之規定。在中國境內，外國法人之設立，營業，及分設支店，應受中國法律及規章之支配。經認可之外國法人，與同種類之中國法人，有同等之權利能力及行爲能力。但法令或條約另有規定者，不在此限。外國法人，受中國法院之監督及管轄。（原則第十目）

其二、何謂外國法人？則有數說：甲，以法人設立人國籍，定法人之國籍者，謂之設立人主義。乙，以設立地之所在，定法人之國籍者，謂之設立地主義。丙，以法人設立所準據之法律定其國籍者，謂之準據法主義。丁，以法人之住所所在定法人之國籍者，謂之住所地主義。

其三、何謂法人住所，其說有二：

一、營業中心說

謂法人之主事務所所在地，與其營業之中心點所在地不同時，則應以營業之中心為其住所，即於內國有營業中心者，為內國法人，應服從自國之法律。

二、主事務所所在地說

即以法人事務執行之中心所在地，為法人之住所，我民法二九條亦以明文規定。又依法律適用條例第三條「外國法人經中國法認許成立者，以其住所地法為其本國法。」故我國法律原則上，可謂採取住所地主義，即在中國有住所（即主事務所）之法人為中國法人，在外國有住所之法人為外國法人，蓋主事務所置於何處，為設立人之自由，然若僅以主事務所所在地定法人之國籍，則為免除內國法之適用，而置有名無實之主事務所於外國者，得以遂其姦詐之計。故國際法學會一八九一年於漢堡會議，議決股份有限公司之國籍，應以無詐欺而設定法律上事務所所在之國，視為其本國，即所以防此弊也。然若僅以營業中心定法人之國籍，則有時不免發生困難，例如保險業，運送業及銀行業等，其營業範圍往往及於數國，究以何國為營業中心，

有時不易決定也。故依我民法，內國法人事務所之所在地，以內國爲限，不得在外國，無論營利法人或公益法人，不問其設立行爲或營業在外國與否，惟於我國有主事務所者，始得依我民法之規定，登記爲法人。苟於我國內無住所者，則不得計其爲內國法人。如法人於成立後，而移其住所於外國者，則可視爲已喪失內國外人之資格。反之，外國法人，如將其住所移於中國，則不得繼續爲外國法人，其取得中國法人資格與否，則應視其是否依中國法登記以爲斷。如以於中國營業爲目的，而故意設事務所於外國，則爲虛僞之主事務所，法律不保護欺詐，不得承認其爲外國法人，故以在中國營業爲目的者，必須依中國法爲登記，並置主事務所於中國。（義商二三〇條，日商二五八條，荷商一一〇條，阿根廷商二八六條；凡在內國有營業中心之公司，應依內國法之規定，登記爲內國公司。立法例可資參照。）如實在外國有住所之法人，雖同時在我國經營商業，仍不失爲外國法人，如在中國設有分事務所，則應依民法總則施行法一三條爲登記。要之，我國原則上採用住所地主義，但在內國有營業中心者，不得在外國有住所，故無在外國有住所之我國法人，亦應無在我國有住所之外國法人，然事實上則大不然。蓋因在我國有領事裁判權之國，其在租界或租借地有住所之法人，仍依其本國法設立而爲其本國之法人，不服從中國之法律，我國亦無權干涉，故以目前情形言之，對於此等外國法人，惟有消極的一概不承認其成立之方法，即在中國承認其爲法人，亦應使其服從中國法律（本施行法一二條）。此本條所以規定外國法人除依法律規定外，不認其成立也。關於此項法律之制定，尚、

非其時，故依民法之規定，除外國之公法人（國家）已依條約承認其有法人資格者，其餘之外國法人，則均應依民法施行法第一五條之規定定其權利義務。

附判例一則

外國人在中國開設洋行，無論其洋行之設立按其本國法制，是否合於法人之組織，按中國現行法令實無認外國洋行爲法人之明文。（七年大判上字一一五八號）

附司法院解釋例三則

1. 外國法人，如係以營利爲目的之社團，而未依特別法（公司法）取得法人資格者，不能以法人名義起訴，但依照民法第五五條，得由經理人代表商號爲原告或被告或其他一切訴訟上行爲，如係財團或以公益爲目的之社團而有獨立財產者，在未經中國認許成立以前，應依民法總則施行法第一五條規定辦理。（十九年十月十六日司法院指令）

2. 外國公司，在十八年十二月二十六日公布之公司法，未定期施行以前，應依照公司條例及公司註冊暫行規則及公司註冊暫行規則補充辦法，向註冊所註冊，經註冊所核准後，即可認爲法人成立，無須向法院聲請登記。（同上）

3. 外國教堂，於租界外購置土地，既在前清末葉，自應僅受內地外國教會租用土地房屋暫行章程第六條之限制，……外國教會依上開章程，既許以教會名義爲私法上之法律行爲，實質上已認許爲法人，惟民法第三〇條係以登記爲法人成立要件，其未依法登記者，應即令其補行

登記，始得列名爲訴訟當事人。（二十年二月二十四日司法院電院字四四五號）

以上解釋，則外國之公司得依公司法及其登記法登記而承認其法人資格。公益社團及財團，則須有法律上之根據，經認許始得登記而取得訴訟當事人能力。此種解釋，未免過寬，與立法原意不符，對於公司至少其住所所在中國境內（租界或租借地）或僅有名義之住所在外國，而其營業中心在中國者，應強其依中國法登記爲內國法人，否則亦不應承認其爲外國法人，至於外國之公益社團及財團，則更不應承認其法人資格，此各國之通例也。

歐美各國對於外國法人，惟認許公法人與營利法人，而對公益法人，例不認許，依日本民法第三六條「除國與國之行政區劃及商事公司外，不認許外國法人之成立，但依條約及許者，不在此限。」我國民法，既委於其他法律之規定，將來修改法律適用條例時，自可增加相當之規定。然在目前雖採嚴格解釋，亦無妨礙，蓋依我民法第四〇條第三項規定，「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力，」故外國公司，雖承認其法人資格，亦得有訴訟當事人能力，不過不能以法人之資格，爲營業及取得權利而已。

丑、經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力。外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。（民總施十二條）

外國法人權利能力之範圍，可分爲一般約權利能力，與特別的權利能力。

其一、何謂一般的權利能力

即關於其法人資格存否之問題，應依外國法人之本國法及章程定之，應依其本國法決定者，有下列問題：即（一）關於法人成立者，例如法人果具備成立之實質的與形式的要件與否，如何事實應使法人之設立無效，法人之消滅原因如何等問題是也。（二）關於法人機關之組織及權限者，例如法人機關之人數、性質、種類及法人對於內部外部之關係。代表權之範圍（但代表權之限制應依法爲登記並不得對抗善意第三人民法二七條）是也。（三）關於社團與社員之關係者，例如其社員之權利義務如何，股份及社員權是否得讓與之問題是也。（四）法人得爲何種行爲，即法人行爲能力及違法行爲能力如何之問題是也。然其對於外部之關係，行爲能力及違法行爲能力如何等問題，於中國之公共秩序交易安全有關者，就其在中國之行爲，不得因其本國法無規定而免其責任。

其二、何謂特別的權利能力

即已經認許之法人對於個人私權如何程度得享有之問題，爲民總施行法一二條一項之所定，即關於特別的權利能力之規定也。特別權利能力，除法人性質上不得享有之權利，及法令（條約包含在內）不許外國人享有者外，與同種類之中國法人有同一之權利能力，即不爲差別待遇之意，但依其本國法不得享有者，在中國亦不得享有之。

民總施行法一二條二項規定經認許之外國法人，其服從中國法律之義務與中國法人同，此規定在將來領事裁判權撤廢，本係當然，無須特別規定，然在今日，外國人每藉口領事裁判

權，不服從中國法律，故特規定經認許外國法人，應服從中國法律，不獨應服從關於法人之法律所定之義務，即其他法律所定之義務，例如納稅義務，亦應服從。

寅、外國法人在中國設事務所者，準用民法總則第三十條、第三十一條、第四十五條、第四十六條、第四十八條、第五十九條、第六十一條及前條之規定。（民總施一三條）

外國法人經認許者，得在我國執行其目的事務，然其事務之執行應服從我國一切之監督法規，固不待論，如其目的事務違反公共秩序或善良風俗者，不得爲之，亦不得認許其法人之存在。如在我國設事務所者，則應與我國爲同一之登記，其未爲登記者，不承認其成立，然此種登記，並非發生一新的法人資格，不過因此在中國始得主張其爲法人而已。

卯、依前條所設之外國法人事務所，如有民法總則第三十六條所定情事，法院得撤銷之。（民總施一四條）

外國法人事務所之目的或其行爲，有違反公共秩序或善良風俗者，法院得撤銷其登記而封閉其事務所，因此在中國即喪失其爲法人之資格。

辰、未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任。（民總施一五條）

外國法人在中國雖未經認許，然若以其名義與他人訂立契約而可不負責，則一般公衆，易受其害，故應與行爲人同負其義務。左列判例，可資參考：

1. 外國公司，未依法向中國官廳註冊，自應認為未經認許其成立之外國法人。（二十一年上字二八二號法條民總施一五條）

2. 民法總則施行法第十五條之行爲人，本係外國法人之代理人，因法人未經認許成立，故行爲人應與法人連帶負其責任，此與代理人之行爲，其效力直接及於本人者，不能同論。（二十二年抗字七四八號法條民總施一五條）

第五點 關於舊派學說之改正

現代各國法律，所用 *Persona*, *Person*, *Personne* 文字，即權利之主體也。大都指自然人而言。法人 *Juristic Persons* or *Juridical Persons* 即法律上認為團體法上之團體人也。自然人之存在，不恃乎法律，法人則必賴法律承認而始存在也。有以法律上所謂人指有人格者而言，限於羅馬法之 *Persona* 而來，不知羅馬法上 *Persona* 有二意義。一曰 *Caput* 即人格之意，一曰 *Homo* 即世俗之所謂人，故奴隸亦 *Persona* 也。人格唯生來自由人及被解放者有之。奴隸爲人格大減等（即無人格），然奴隸不失爲 *Homo* 也。十九世紀林肯放奴以後，身體自由，視爲天經地義，則自然人之有人格，並不藉乎法律之賦與及承認，然則以有人格者謂之法人，無人格者謂之合夥，均以羅馬法之 *Caput* 與德民 *Rechtstfährigkeit* 認爲一致，其觀念之誤，奚待煩言。我民法二十六條，四十五條已糾正之。且人格權中，依余之新分類，共有八種，其可用於法人者，僅精神的自由權，名譽權，資格權而已。法人有人格，不免有語病也。

第一節 自然人

第五解 本節之總說明

本節應說明者二點

第一點 本節之內容

壹 權利能力之始期及終期(六)貳 胎兒利益之保護(七)叁 死亡宣告之失蹤年限(八)肆 死亡宣告之時之推定(九)伍 失蹤人財產管理之方法(一〇)陸 同時遇難者同時死亡之推定(一一)柒 自然人之成年年齡(一二)捌 未成年人行爲能力之有無(一三)玖 禁治產之原因及宣告與撤銷(一四)拾 禁治產宣告之效果(一五)拾壹 能力之保護(一六)拾貳 自由權之保護(一七)拾叁 人格權保護之抽象的規定(一八)拾肆 姓名權之保護(一九)拾伍 任意住所之設定及限制(二〇)拾陸 法定住所之規定(二一)拾柒 住所擬制規定之一(二二)拾捌 住所擬制規定之二(二三)拾玖 住所之廢止(二四)

第二點 本節之立法例

各國法律，關於自然人之規定，亦不一致。有於自然人章，分列若干節，規定私權之享有、能力、住所、及失蹤者，如日本民法是。規定人格、能力及失蹤者，如泰國民法是。規定人格及身分登記者，如瑞士民法土耳其民法是。德國民法及蘇俄民法，雖不分節，但亦顯分段落。德民爲權利能力、成年、禁治產、住所、姓名權、及死亡宣告。俄民爲權利能力、行爲能

力、住所、及死亡宣告。本節之立法例仿之，規定權利能力、死亡宣告、行爲能力、及權利保護、與關於住所之法則。

第六解 本節之逐條說明

第六條 人之權利能力，始於出生，終於死亡。

本條應說明者四點

第一點 本條規定權利能力之始期及終期，其關係條文，爲民法一二四條一〇六二條一一六六條二項一一三八條一一四〇條一一四七條，參考條文爲民訴法四〇條一項戶籍法五一條至六一條八〇條至八六條，參考他國條文，爲瑞民一一條三一條一項德民一條日民一條法民八條俄民四條泰民三九條二項士民八條二七條。

第二點 立法例

他國立法例，有只定出生爲始期，而以因死亡終止爲當然之事，認爲無須規定者。我民法從瑞士，土耳其及泰國立法例，明定以死亡爲終期。

據羅馬法之主義，則出生係胎兒與母體全然分離之事實。據醫學上之見解，則出生係胎兒固有生活伊始之事實，故胎兒不必自母體分離，如能呼吸空氣，卽爲出生事實之發生。本條出生之意義，立法例係採用羅馬法，卽指胎兒與母體全然分離之時也。

羅馬法，普魯士法，巴威里法，索遜法等，有關於怪胎兒 *Monstrum* 之規定。然自今日之

醫學上言之，凡人體胎產者，必人而非異物，縱有多少之變形，不得謂之非人。故我民法無所謂怪胎兒之規定。又羅馬法於懷胎後，不經六個月出生者，謂之不熟兒 *Abortus* 卽流產也，法民二一四條，亦有此規定，我民法不採用之。

孿生子 *Gemellus, Zwilling, Jumeau, Twin* 出生之先後，立法例如普魯士地方第一章第十五條設有明文，我二草第七條，「孿生子應以誕生之先後，定其長幼。」說文，孿，一乳兩子也。方言，自關而東，趙魏之間，謂之孿生，秦晉之間，謂之儻子（案儻者連也，子連生也），陳楚之間，凡人獸乳而雙產，謂之孿孿，（孿又作孿），廣韻，孿又作孿（案孿儻音相似）。空同子（李夢陽）曰，雙生以後爲兄者，味化理者也，凡產必前動，謂之回轉，無礙則首始下，首下則生矣。卽以受氣先後疑，則回轉時，先氣者先出矣，斯造化至妙之幾，所以全母子者也，予亦雙生子先生者，體大差長，亦獨先齟。西京雜記，霍將軍妻產二子，疑所爲兄弟，霍光聞之曰：昔殷王祖甲，一產二子，曰囂曰良，以囂爲兄，以良爲弟。近代鄭昌時，文長倩，一生二男，滕公一生二女，李榮生一男一女，並以前生爲長，今霍氏亦宜以前生爲兄焉。按外國孿生子以後生爲長，與中國習慣不合，應以先生爲長。

不具者 *Infans* 除九九五條，得爲婚姻撤銷之原因外，亦無特別限制其權利能力之規定。

第三點 釋本條之意義

其一、權利能力，始於何時，終於何時，影響於各種法律，關係至鉅，例如：胎兒之母，

能否代胎兒借債，未取得遺產繼承權以前死亡之子女，其直系血親卑親屬，能否代位繼承，皆須依本條之規定解決之。

其二、出生本一單純之事實，即法律事實之自然的事件也。惟何謂出生，學者主張，頗不一致。依現在通說，出生必具兩種條件：（一）脫離母體而獨立呼吸；（二）保持其生命而出生。至臍帶之斷否，與保持其生命時間之長短，則非所問。此點在繼承法上之關係，至爲重要。蓋依次條及繼承編之規定，胎兒有遺產繼承權，假如胎兒有兄弟二人，其父已於胎兒出生前死亡，其父遺產，應作四份平均繼承（胎兒，兄，姊，各一，其父之配偶一）。此時胎兒若未保持其生命而出產（死產），則不能取得繼承權，其先所保留之一份，仍爲父之遺產，應由生存之三人平均繼承。反是胎兒若確係保持生命而出生，縱出生後頃刻即死，在此頃刻間，已取得應繼財產，該產即已成爲胎兒之遺產，依法應由胎兒之母繼承。可知出生之條件，非可等閒視之。

其三、死亡亦一單純之事實，即法律事實之自然的事件也。通常以呼吸斷絕，及心臟停止鼓動爲死亡之徵象。至死亡之原因如何（病死自殺或其他遇害等），則非所問。死亡爲權利能力之終期，係屬當然之事實，惟因利害關係，實際死亡時期之先後，常易發生爭執，尤其以繼承法上之爭執爲最多，例如夫妻各有財產，並未生有子女，惟妻有祖母存在，假使夫妻係同時死亡，若妻先死一刻，則夫與妻之祖母同爲繼承，妻之祖母，僅得妻財產三分之一，反是若夫

先死一刻，則妻繼承夫財之全部，並妻自己財產之全部，悉併歸妻之祖母一人。似此出入甚鉅，豈能免爭。

第四點 司法院答復之件

僑居外國之中國人民民法上能力，及親屬繼承關係事件，依所在國法律，應適用該僑民之本國法律時，中國法律，既對之無反對之規定，自應適用中國法。（司法院答復日司法大臣調查事項五點之一）

第七條 胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。

本條應說明者三點

第一點 本條規定胎兒利益之保護，其關係條文，為民法一九四條一一四七條一一九條一〇六七條，參考條文為民法四〇條二項，參考他國條文為德民八四四條一九二三條一一七八條日民七二一條九六八條九九三條一〇六五條俄民四一八條法民七二五條瑞民三一條土民二七條泰民三九條。

第二點 立法例

胎兒利益之保護，立法上有取概括主義，凡關於胎兒之利益，概視為既已出生，如瑞士土耳其及泰國是。有取個別規定主義者，如德日及蘇俄之民法是，本條規定，原則上蓋取概括規定主義。

第三點 釋本條之意義

一、本條係權利能力始期之例外，所謂胎兒 *Nasciturus* 卽我國載籍上所謂遺腹子或姦生子也。與親屬編所稱懷胎（民九八九條九九〇條）及受胎期間之受胎（民一〇六三條）意義不同，此觀於親屬編一〇六條五二項繼承編一一六六條二項規定之文義，可以知之。

二、胎兒未出生前，爲母體之一部，不能獨立生存，其不得爲權利主體，固無庸疑。然法律爲豫計胎兒將起之利益，須特行保護。各國立條例，有以胎兒將來保其生命出生爲條件，直視爲權利主體者。有於完全出生後，始溯及既往取得權利者。本條之規定，係採前說而變通之。蓋以胎兒將來保其生命出生爲條件，僅關於個人利益之保護，視爲既已出生，與直視爲權利主體有別，其結果則利益於胎兒者，視爲既已出生，不利益於胎兒者則否。故關於損害賠償請求權（民一九四條），認領請求權（民一〇六七條），繼承權（民一一六六條），胎兒皆得享有。至受遺贈之權利，德民二一七八條，日民一〇六五條，有此規定。本法雖無規定，然既取概括主義，則受遺權，當然包括在內也。對於胎兒有權利之人，不得對其母爲請求，以中斷消滅時效。又在爲胎兒之時期，不負扶養之義務。

第八條

失蹤人失蹤，滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告。

失蹤人爲七十歲以上者，得於失蹤滿五年後，爲死亡之宣告。

失蹤人爲遭遇特別災難者，得於失蹤滿三年後，爲死亡之宣告。

本條應說明者四點

第一點 本條規定死亡宣告之失蹤年限，其關係條文爲原則第三目及第四目民總施三條，參考條文爲民訴六二九條六二四條六二五條，參考他國條文爲德民一三條至一七條日民三〇條俄民一二條瑞民三四條三六條土民三〇條三一條泰民七四條法民一二條一一五條一二九條。

第二點 立法例

權利能力之終期，原則死亡，但遇有因失蹤杳無消息，生死無從斷定時，失蹤人之財產及法律關係，勢不能長久處於不確定之狀況，故各國法律，均有例外之規定：

甲、法國制，以生死不明時期，分爲三期，逐漸爲死亡之推測，此制不確定狀態之時期過長，於失蹤人年齡及失蹤原因，均不顧及，結果於利害關係人之權利得喪，不能確定，我民法不採用之。

乙、英國制，凡人失蹤七年後，推定其死亡，但此項推定無劃一適用之範圍，蓋因其各種關係之不同而異也。此制本不完備，祇可行於判例法之國家。

丙、德國制，法院因利害關係人之聲請，得宣告失蹤人死亡，其失蹤時期爲十年，而有四例外：（一）失蹤人未達三十一歲以前，不得宣告死亡。（二）失蹤人已達七十歲，其時期縮短爲五年。（三）從軍服務之人因戰爭而失蹤者其時期爲三年。（四）航海失蹤者，按其行駛

之遠近，縮短爲一年至三年。我民法之立法例，大體上仿之。

失蹤人失蹤應經過一定期間，法院始得因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告，其期間之長短，各國立法例不同，而期間又有普通期間與特別期間之別，在瑞民爲五年及一年，日民爲七年及三年，（日民稱失蹤人爲不在者稱死亡宣告爲失蹤宣告）德民爲十年，五年及三年，但其一九一六年四月十八日法律對於因戰爭之失蹤，縮短特別期間。本法則規定普通期間爲十年，對於七十歲以上之失蹤縮爲五年，特別期間定爲三年，關於期間之起算點，德國民法規定普通期間，自最後音信起算，在戰爭失蹤，則爲戰爭終止之時起算，船舶失蹤，則自船舶沉沒之時起算，危難失蹤，則自危難已去之時起算，我民法雖無規定，自不妨爲同一之解釋。

第三點 釋本條之意義

其一、死亡有真實之死亡，與法律上推定之死亡。真實死亡，祇須死亡之事實發生，權利能力，即因之消滅。法律上推定之死亡，則非經過一定時期，並履行一定程序，不能發生效力。蓋人類在社會共同生活中，其權利義務，若久懸於不確定之狀態，固有害利害關係人之利益。但求此等狀態確定之故，至推定爲死亡，使其權利能力，歸於消滅，決不能不特昭慎重。各國民法，特設失蹤制度，以明文規定失蹤至若干年，始得因利害關係人之聲請，由法院爲死亡之宣告，蓋一面重視失蹤人之權利，一面又兼顧利害關係人之利益也。本條定普通失蹤時期爲十年，七十歲以上之失蹤爲五年，遭遇特別災難者爲三年，且各綴以「滿」「後」字樣，聲

請人非證明已滿此等年限，即不能要求法院為死亡宣告之准許。

其二、本條所定失蹤年限，並無絕對理由，不過參考各國法典，斟酌社會情形，著為明文，以免爭執已耳。此等年限，稱為法定年限。年限屆滿後，利害關係人聲請為死亡之宣告與否，固屬自由，而年限尚未屆滿時，則絕對不許為此聲請也。又為此聲請之人，必與失蹤人有法律上利害關係，否則為聲請人不適格，縱在法定年限屆滿以後，其聲請仍應予以駁斥。所謂利害關係人，例如失蹤人之繼承人，配偶，法定代理人，受遺人，及因失蹤人死亡得受領保險金人，失蹤人之債權人，及應為失蹤人之繼承人之債權人，依繼承而其債務人之財產應增加之時，亦為利害關係人。至死亡之宣告，應以判決為之，觀於民法第九條，及民事訴訟法第六二九條之規定，極為明顯。惟管轄法院（即失蹤住所之一審法院）應於聲請後宣告前，踐行公示催告程序，在民事訴訟法第六二四條，第六二五條著有明文，應併參照。

其三、關於失蹤年限之起算點，本條並無明文規定。在第一第二兩項，各種立法例，有以得最後音信之日為準者，有從其次年起算者。應以前者為合理。在第三項，有以災難消弭之日為準者，有以災難發生之時為準者。按災難之情形不一，如因海難、地震、水火等災而失蹤，以災難消弭之日為準，固亦合理。如因戰爭失蹤，則為戰爭延長之故，在戰爭未消弭時，不能為死亡之宣告，頗感不便。似又以災難發生時起算為合理。在未具有體判例以前，應分別斟酌情形定之，未可一概論也。關於期間之計算，可參照民法第一二一條及第一二三條之規定。

其四、施行法關於失蹤之規定：

第三條 民法總則第八條、第九條及第十一條之規定，於民法總則施行前失蹤者，亦適用之。
民法總則施行前，已經過民法總則第八條所定失蹤期間者，得即為死亡之宣告，並應以民法總則施行之日，為失蹤人死亡之時。

法律不溯及既往，為施行法第一條之原則，但第三條之規定，則可溯及既往。申言之，關於死亡宣告之規定，於民法施行前之事項，亦應適用，蓋我國向無此制度，而有溯及的適用之必要也。其已經過民法第八條所定之期間，則不依第九條之規定，以判決所確定死亡之時推定其為死亡，而以民法總則施行日為失蹤人死亡之時。

第四點 判例

訴訟之承受，以當事人死亡而發生，其有以失蹤為理由而請求承受訴訟者，則非經過宣告死亡後相當之期間，不能准許。（二十一年最高法院判例上字二三七三號）

第九條 受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡。

前項死亡之時，應為前條各項所定期間最後日終止之時，但有反證者，不在此限。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定死亡宣告之時之推定，其關係條文為民法一二一條，民總施三條，參考條文為民訴六三一條六三二條六三六條，參考他國條文為德民一八條一項法民一一二條一

一五條一二一條一二九條瑞民三八條土民三四條俄民一二條二項日民三一一條泰民七五條。

第二點 立法例

其一、關於死亡宣告之效果

一、有規定「視爲死亡」者。如日民第三一條俄民第一二條泰民第七五條，在未撤銷宣告以前，不許更舉反證。

二、有規定「推定爲死亡」者，如德民第一八條，瑞民第三八條，土民第三四條，許主張其未死亡者，提出反證，本條之立法例仿之。

死亡之推定，與視爲死亡者，在適用上亦有區別，例如基於死亡宣告請求人壽保險金之支付時，在推定死亡主義，則保險公司，得不請求撤銷宣告，而於該訴訟舉本人尙生存之反證。在視爲死亡主義，則保險公司不得先請求宣告之撤銷。

其二、關於失蹤宣告效力發生之時期

一、宣告之日或宣告確定之日，與國民法之舊規定採取之。（奧民二七九條）

二、裁判上認定之日爲死亡之日，法國民法（一二九條）採取之。

三、最後音信或災難發生之日爲死亡之時期，瑞士民法採取之（瑞民三八條），德民法（一八條）及奧民之新規定（一八八三年修正）則併用二三之兩主義。

四、失蹤期間滿了之日，日民（三一一條）及泰民（七五條）採取之，本條之立法例仿此。

第三點 釋本條之意義

一、宣告死亡，與真實死亡生同等之效果，即法律關係，因死亡而發生者，至是亦發生。法律關係因死亡而消滅者，至是亦消滅。故何時為失蹤人死亡之時，實際上極關重要。惟宣告死亡，究與真實死亡有確實之時者不同，其勢不能不出於推定。本條第一項，即明推定之準則，以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡，即死亡之效果，從推定為死亡之時而發生也。

二、死亡之時，雖得以判決推定，然不得由法官自由之意思而為推定，必須受前條各項之限制。即前條第一項情形失蹤未滿十年，第二項情形失蹤未滿五年，第三項情形失蹤未滿三年，不得率行推定。且各該期間，若未至最後日終止之時，仍不得謂為期間滿了。所謂最後日終止之時，即與起算日相當之前一日午後十二時也。但仍應注意民法一二一條第二項但書情形。

三、宣告死亡之判決，雖計推定死亡之時，然出於推定者，未必即與真正事實相符，苟有反證證明死亡在推定日時之前，或在推定日時之後，仍應從其真正日時也。

第十條 失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，依非訟事件法之規定。

本條應說明者四點

第一點 本條規定失蹤人財產管理之方法。其參考條文為非訟事件徵收費用暫行規則，參考他國條文為德民一九一一條一九一五條法民一二〇條至一三四條日民二五條至二九條

泰民六四條至七三條瑞民三九二條三九三條。

第二點 立法例

他國立法例有以之規定於民法總則中者，如日本泰國是。有於親屬編內規定不在者財產之管理方法者，如德國瑞士是。我民法則不為規定而讓於非訟事件法。

第三點 釋本條之意義

一、失蹤距死亡之宣告，其期間甚長，已如第八條所規定。在此期間中，其人之身分上關係，固無何等影響，惟財產上關係，若無人代為處理，必有滅失之虞，自不可無管理方法之規定。管理方法讓諸非訟事件法之規定，特於本條揭明其旨。

二、非訟事件法，尙未制定，但非訟事件徵收費用暫行規則（共八條）則於十九年五月三日由司法行政部公布，同日施行。

第四點 解釋例

失蹤人之財產，既由其親屬代為管理，關於失蹤人應負擔之捐稅義務，自應令該財產管理人負責。（二十八年二月二十七日院字一八五四號）

第十一條 二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其為同時死亡。

本條應證明者三點

第一點 本條係規定同時遇難者同時死亡之推定，其關係條文為民一一四七條民總施

三條，參考他國條文爲德民二〇條瑞民三二條二項土民二八條二項法民七二〇條至七二二條。

第二點 立法例

關於此點，立法例有三種：甲、不設明文之規定者，如日民是。乙、設同時死亡之推定者，如德民瑞民是。惟瑞民三二條二項，規定數人死亡，如不能證明其一人後於他人死亡時，視爲同時死亡。其死亡並不以同時遇一共同危難爲條件，卽一死於家，一死於礦山，一死於海灘，一死於車覆，俱無不可。此點與德民法須死於共同危難者有別。丙、設後死之推定者如法民是。此立法例源於羅馬法而來，在昔羅馬法，父子同遭難而死，子若成年，則推定爲父先死子後死者，子未成年，則推定爲子先死父後死者。今日法法系諸國猶則效之。

第三點 釋本條之意義

其一、本條係第八條第三項及第九條之補充規定。法律上之推定，是否與真正事實相符，殊不可知。而既已不能證明，則舍推定外，別無他法。惟推定方法如何？不有明文，終乏根據。本條所謂二人以上同時遇難，卽不論同時遇難者爲若干人，祇不能證明死亡有先後時，均推定其爲同時死亡。惟適用上應有利害關係人之聲請，例如，同時遇難者有五人，其中惟三人有利害關係人之聲請，則僅能就三人爲同時死亡之推定，其餘二人，仍不能推定爲同時死亡也。

其二、以上各條關於死亡宣告，及死亡宣告之撤銷，其程序應依民事訴訟法特別程序之規

定，固不待言，惟關於死亡宣告之撤銷，影響頗鉅。特就撤銷原因及效力，說明如左：

死亡宣告之撤銷，原因有二：

一、死亡宣告之不法。

二、確定死亡日時之不當。

死亡宣告之不法，例如：失蹤人現尚生存是也。失蹤人尚生存時，若死亡宣告之效力，仍使存續，則有害本人及利害關係人之利益，當然應許其不服，以訴請求撤銷。又確定死亡日時之不當，例如：未依職權調查證據，未經法定程序催告，或推定不依法律是也。此時亦應許利害關係人訴請撤銷。（民訴六三二條）

死亡宣告撤銷後，原則上即生左列效力。（民訴六三六條）

一、生絕對效力。

二、生溯及效力。

生絕對效力者，其效力不祇及於當事人，對於第三人亦生效力也。生溯及效力者，謂撤銷之效力，非從撤銷時始發生，乃追溯宣告時即發生也。但此原則，若絕對適用，則法律關係，轉有紛雜之虞。故民訴六三六條但書，又特設兩種例外：

一、死亡宣告後撤銷前，以善意而爲之行爲，其效力不變更，例如，受死亡宣告人之配偶，與人再婚確係善意之時，不因撤銷死亡之宣告而失效也。

二、因死亡宣告而取得財產之人，若因撤銷而失權利，惟就現存之利益負歸還之義務，例如因繼承取得財產者，若其財產現均存在，則悉數歸還。若已耗去一部，則祇將其剩餘財產歸還即可。

第十二條 滿二十歲爲成年。

本條應說明者四點

第一點 本條規定人之成年年齡，其關係條文爲原則第五目民法一二四條一一八六條九七三條九八〇條，參考他國條文爲瑞民一四條一項一五條德民二條至五條日民三條法民四八八條俄民七條土民一一條一二條泰民四〇條。

第二點 立法例

各國人之生理發達，有遲早之不同，故民法上所規定之成年年齡立法例極不一致。如丹麥、西班牙、葡萄牙民法，規定二十五歲爲成年，奧民規定爲二十四歲，荷民規定爲二十三歲，德國法國規定爲二十三歲，泰國爲二十一歲，日本瑞士爲二十歲，蘇俄土耳其爲十八歲。關於訂立勞動契約之行為能力，有減低年齡者。如西班牙在民法成年年齡爲二十五歲，然依其勞動法第四條十八歲以上男女均得由本人訂立勞動契約，十四歲以上十八歲以下未婚男女，如經其父母或祖父母同意，而獨立分居者，亦無庸得其同意而訂立勞動契約。又關於結婚年齡，遺囑年齡，各國立法例均較成年年齡爲低。我民衆亦然。（民一一八六條、九八〇條）

第三點 釋本條之意義

一、成年之人，能獨立為有效之法律行為，即所謂有行為能力者也。人至何時，始有行為能力？從實質言之，人之智能，與年俱進，必達相等之年齡，智能始完全發達，能以熟權利害而為法律行為。惟人類智能之發育，因人種氣候風土文化等差異，而有遲早不同。故以若干歲為成年，各國立法例不一，已如上述。中國古制，男子二十而冠，女子十五許嫁而笄。雜記、女雖未許嫁，年二十而笄，禮之。是男女至二十均為成人也，不過女子未至二十許嫁，則因許嫁即為成人而已。隋令男女三歲以下為黃，十歲以下為小，十七歲以下為中，十八歲以上為丁。明清以年十六為成丁。在本法未頒行前，法院關於民事方面，即援清代修正之現行律所規定，以十六歲為成丁。惟成丁之制，係為賦課及兵役而設，與民法上成年制度，趣旨各異。故前訂之民律草案及本法總則，皆不採十六成丁之制，而參酌古今中外，以滿二十歲為成年。

二、關於年齡之起算點，本法第一二四條明定年齡自出生之日起算，則所謂「滿」，須計至與出生日相當之前一日，殊無可疑。是日以前為未成年人，從是日起，始為成年人。關於法律行為之效力如何，因此大有差別。惟已滿二十歲與否，係屬事實問題，其證明方法，端在證明出生之年月日，而出生之年月日，以依據戶籍法製作之「出生登記簿」為最有力之公證證明，未實行戶籍法以前，則祇能依普通證據法則證明之。至於無法證明，則本法一二四條第二項，所謂「出生之日無從確定時，推定其為七月一日出生。知其出生之月而不知其出生之日

者，推定其爲該月十五日出生」。於適用本條時，亦可參照。

第四點 解釋例

生前囑托他人，對於未成年之繼承人應繼遺產，永禁變賣，繼承人於成年後，竟行變賣，受託人無撤銷權。（二十六年四月二十六日院字一六五六號）

第十三條 未滿七歲之未成年人，無行爲能力。

滿七歲之未成年人，有限制行爲能力。

未成年人已結婚者，有行爲能力。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定未成年人行爲能力之有無，其關係條文爲原則第六目民法七五條至八五條九六條一八七條一四一條，參考他國條文爲德民一〇四條一〇六條一一四條九〇六條俄民七條九條瑞民一四條一七條法民四七六條一四四條一四五條泰民四〇條四六條土民一一條一四條。

第二點 立法例

其一、關於年齡之區分

(甲) 一個階段主義 *Einheitsstufen-system* 僅分成年與未成年，未成年人，原則上爲限制行爲能力人，是否無行爲能力，則視事實上有無意思能力而定。採此主義者，英、美、法、日、

義，比等國。(乙)數個階段主義 *Vehtretgensystem* 羅馬分幼者(七歲以下)未婚年者(男十四歲女十二歲以下)未成年者(二十五歲以下)三個階段，近來各國，多分為二級，如蘇俄以未滿十四歲為一級，滿十四歲至十八歲為一級，(俄民七條二項九條)德民以未滿七歲為一級，滿七歲至二十一歲為一級。我民法立法例，亦分二級。

其二、關於未成年人之緩衝制度

(甲)結婚自治產制 *Emancipazione* 即未成年人因結婚成爲自治產人，法國民法是。(乙)成年宣告制 *Volljährigkeitserklärung* 即滿二十歲之未成年人，得依監護法院之決定宣告爲成年，德國民法是。(丙)結婚成年制 *Heirat macht mündig* 即未成年人於婚姻後，取得成年人全部或一部之能力也。瑞士兼採成年宣告制，泰國民法(四〇條)採結婚成年制，本條第三項，仿泰國立法例，捨成年宣告制而採用結婚成年制。

第三點 釋本條之意義

其一、未成年人之行爲能力，應分階段，乃基於人類智能與年俱進之自然事理，未滿七歲之未成年人，通常尙乏意思能力，故法律上認爲絕對無行爲能力。滿七歲以後，智能逐漸發展，即意思能力漸見充足，故法律上認爲相對無行爲能力。絕對無行爲能力人之行爲，係無效行爲。而相對無行爲能力人之行爲，則得以撤銷之行爲也。相對無行爲能力人，本法稱爲限制行爲能力人，限制行爲能力人之行爲，於法亦有不許撤銷者如左：(八四條，八五條，八三條)

(一) 法定代理人豫定目的允許處分之財產，關於其處分財產之行爲。

(二) 法定代理人允許獨立營業，關於其營業上之行爲。

(三) 法定代理人允許爲他人服勞務，關於其勞務上之行爲。(勞動契約法第三條應併參照)

(四) 限制行爲能力人用詐術使人信其爲有行爲能力，或使人信其爲已得法定代理人之允許者。

其二、未成年人在七歲以上者，本祇有限制行爲能力，而獨於已結婚者，則認爲完全有行爲能力，蓋婚姻年齡，法律上已有明白限制，(民九七三條)而未成年人之結婚，並應得法定代理人之同意，(九七四條)自與舊習幼娶童養之情形不同也。

第四點 判例(附解釋例及參考資料)

1. 未成年人，依法在一定年齡內，無行爲能力，其行爲應由行使親權人或保護人爲之代理。(四年大判上字一二七四號)

2. 成年男女，訂定婚約，應雙方意思一致，始能認爲合法成立。(十八年最高法院上字二〇八二號互見民法九七二條)

3. 守志之婦，惟於其子成年以前，有代子管理家政之權，子既成年，除有其他法律上之理由外，即應由子自行管理，其母無復主張代爲管理之餘地。(十八年上字六五七號互見民法一

○八六條)

4. 未成年之子，於父亡之後，於法應由其母行親權。(二十年上字四〇五條互見民法一〇八九條)

5. 父母爲未成年子女所訂婚約，未經其子女追認，自無拘束該子女之效力，如本於此項婚約，以不正方法，使其履行者，縱使有成婚之事實，亦不得謂該婚約已正式成立。(二十年上字六七二號互見民法九九七條)

6. 父母爲未成年子女所定之婚約，苟其子女成年後，有一方不同意時，許其訴請解約。(二十年一月二日上字一二號)

附解釋例

一、不達法定年齡結婚者，在未撤銷前，有行爲能力。(二十四年五月二十八日院字一二八二號)

二、據廣東省政府呈准英國駐廣州總領事函詢中國僑民，住居英國境內，其家屬在本國代彼結婚，法律是否認爲有效婚姻等由，轉請核復到院。查婚姻成立之要件，依法律適用條例第九條，應依當事人各該本國法，原函所稱家屬代彼結婚，當指代訂婚約而言，關於婚約，依中國民法第九百七十二條規定，婚約應由男女當事人自行訂定。又同法親屬編施行法第四條，載民法親屬編關於婚約之規定，除第九百七十三條外，於民法親屬編施行前所訂之婚約，亦適用

之等語。又中國法院歷來判例，婚約非由男女當事人自行訂定者，必經其本人追認，始能生效，是家屬代訂之婚約，無論在民法親屬編施行前後，凡事先得男女當事人同意，事後亦未經追認者，在法律上自不能認爲有效。（二十七年二月九日司法院咨字第一號）

三、民法第九百八十九條但書，所謂已達結婚年齡之當事人，係包括雙方而言。故須雙方當事人，均達結婚年齡，方受不得撤銷之限制，若有一方未達結婚年齡，則雙方當事人，均不受其拘束。（二十七年九月十四日院字一七八三號）

四、父母爲其未成年之子女與他人解除婚約，所受敗訴之判決，關於訟費部分得向該父母執行者，以該父母係判決所列之訴訟當事人爲限，若僅列爲法定代理人，卽不問其子女有無私財，均不得就法定代理人之財產，予以執行。（二十八年二月三日司法院院字第一八四二號）
附司法院答復日本司法大臣調查事項五點之二

未成年之僑民，選定監護人，應由其利害關係人召集親屬會議選任之，召集手續，並無一定，親屬範圍，原則上爲直系血親尊親屬，三親等內旁系血親尊親屬，及四親等內之同輩血親。

民法第十三條第二項之限制行爲能力人，由監護人代之爲法律或訴訟行爲，自無窒礙。至限制行爲能力人，如經法定代理人（監護人）之允許，獨自爲法律行爲，惟因其不能獨立以法律行爲負義務，無訴訟能力，故不得自爲訴訟行爲。

第十四條 對於心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己事務者，法院得因本人，配偶，或最近親屬二人之聲請宣告禁治產。

禁治產之原因消滅時，應撤銷其宣告。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定禁治產之原因及宣告與撤銷。其關係條文為原則第七目（關於第一項）民法七五條民總施四條民法第九編人事訴訟程序第三章五九三條至六二〇條，參考他國條文為德民六條法民四八九條至四九二條五一二條俄民八條日民七條至一三條泰民五四條一項五九條一項。

第二點 立法例

各國立法例，大別二派：甲、法國派 法民設禁治產與準禁治產之區別，對心神喪失人宣告禁治產，以不得自為法律行為為原則。對精神耗弱人及其他類似之人，宣告準禁治產，以不得自為法律行為為例外。日泰亦同。乙、德國派 德民不設禁治產準禁治產區別，概須宣告禁治產，但同一禁治產而其效力則不一致，即因精神痛而受宣告者，為無行為能力人，因精神耗弱，浪費，酗酒，而受宣告者，為限制行為能力人。瑞俄民法，大體從之。我民法不分別，與德民同。於概為無行為能力人之點，又與瑞俄相似也。

第三點 釋本條之意義

其一、釋意義及程度

心神喪失之人，失其意思能力，精神耗弱之人，非無意思能力，但於行爲之利害得失不能了解而已。二者雖有程度上之差異，然須至不能處理自己事務，始合於本條所定之條件。夫心神喪失者，非絕對無回復之時，精神耗弱者，非絕對無了解利害得失之時，回復與了解時所爲之行爲，不能謂係無效行爲，但就各個行爲，證明其有效無效，最感困難，法律爲保護此等人及其相對人之利益，特設禁治產制度，使此等人不自爲法律行爲，而由監護人代爲之，實爲適宜之立法政策。惟禁治產之原因，雖屬存在，然非經法院宣告，不能即視爲禁治產人。蓋禁治產之制度，一面固爲保護其利益，一面又爲剝奪其行爲能力，自不得不出以慎重之手續也。

其二、釋宣告

一、法院宣告禁治產，非基於聲請，不得爲之，則得爲聲請之人，須以明文規定，始足杜濫行聲請之弊。本條許本人得聲請者，以心神喪失者，有時回復，精神耗弱者，有時亦了解利害得失也。配偶，或最近親屬，得聲請者，以其利害關係最切也。最近親屬須二人，防偏私也。所謂最近親屬，依親屬編之規定，不論血親姻親，直系旁系，均包括在內。但以與禁治產人親等最近者爲限，例如，尙有一親等二人以上存在時，則二親等以下之人，即非最近，若二親等以上，已無人存在，則三親等之人，亦爲最近。

二、禁治產事件，專屬禁治產人住所地之法院管轄。（即普通審判籍所在地之第一審法

院）法院受理聲請後，應審酌聲請人所表明之事實及證據，依職權爲必要之調查。並非就應禁治產人之心神狀況訊問鑑定人後，不得爲禁治產之宣告。至禁治產之宣告，以裁定行之。其程序不得公開，皆與普通訴訟程序不同。

其三、釋撤銷

禁治產之原因消滅，即爲禁治產宣告之原因事實，已不存在。此時應依有聲請權人之聲請，爲禁治產宣告之撤銷。惟本條所謂禁治產宣告之撤銷，與民事訴訟法第六一二條禁治產宣告之撤銷不同。茲舉其不同之點如左：

一、本條之撤銷，係基於聲請人之聲請，以裁定行之，（民訴六〇〇條）而民事訴訟法第六一二條之撤銷，則基於聲請人提起撤銷禁治產宣告之訴，以判決行之。

二、本條之撤銷，係就已發生之宣告效力，使其從撤銷時起歸於消滅，故撤銷前禁治產人自爲之行爲無效，而監護人代爲之行爲則有效，民事訴訟法第六一二條之撤銷，係認禁治產宣告之裁定爲無理由而撤銷之，自初不生宣告效力，故撤銷前禁治產人自爲之行爲有效，而監護人代爲之行爲，應屬無效。惟民事訴訟法爲保護第三人利益，在六一三條特定「在撤銷禁治產宣告前，監護人所爲之行爲，不失其效力。」

其四、施行法關於本條之規定

民法總則施行前，有民法總則第十四條所定之原因，經聲請官署立案者，如於民法總則施

行後三個月內，向法院聲請宣告禁治產者，自立案之日起，視為禁治產人。（民總施四條）此係規定民法總則施行後禁治產之宣告，得溯及於施行前發生效力，蓋以施行前之立案，雖不能盡合民法之規定，如確有民法所定之原因，亦應維持其效力。

第四點 解釋例

1. 民法總則施行前既經宣告之禁治產人，未經依法聲請撤銷，自不因民法總則之施行而失效。若禁治產之原因消滅，應依民法總則第十四條第二項之規定，撤銷其宣告。至準禁治產之制度，民法總則並無規定。又民法總則施行前，僅經聲請批准立案認為禁治產人而未經宣告者，則須有民法總則第十四條所定之原因，於民法總則施行後三個月內，向法院聲請，經法院宣告禁治產者，從立案之日起，視為禁治產人。（二十年三月二十一日院字四七四號）

2. 民法總則施行前宣告準禁治產者，依該施行法第一條規定，其宣告效力，仍應存續。若在未撤銷宣告以前，其行為為能力，不能謂已當然恢復。（二十一年六月七日院字七四九號）

民法無準禁治產之規定，浪費者之利害關係人，不得聲請宣告。（二十四年十二月三十一日院字一三八五號）

心神喪失者，既有補助人，儘可以自己名義，為宣告禁治產之聲請。（二十七年十月二十日院字一七九六號）

第十五條 禁治產人，無行為能力。

本條應說明者四點

第一點 本條規定禁治產宣告之效果。其關係條文，爲民法七五條七六條九六條九八四條一一〇條一一三條一一八六條一二一〇條，參考他國條文爲德民一〇四條一〇五條俄民八條法民五〇九條瑞民一七條土民一四條。

第二點 立法例

甲、宣告上之區別 分禁治產宣告，與準禁治產宣告。對於心神喪失人宣告禁治產，對於心神耗弱人，宣告準禁治產，法民、日民、泰民均屬之。（法民四八九條至四九二條，日民八條至一三條，泰民五四條一項五九條一項）浪費、酗酒、及放蕩生活等，在他國立法例，亦有定爲禁治產之原因者。（德民六條，法民五一三條，瑞民三七〇條，泰民五四條、五九條）

乙、能力上之區別 無禁治產及準禁治產之分，概宣告爲禁治產，但因其宣告原因之不同，而行爲能力亦有區別者，即規定因精神病受宣告者無行爲能力。因精神耗弱浪費酗酒而受宣告者，有限制行爲能力，如德民是（德民六條、一〇四條、一一四條）。亦有不問宣告之原因如何，因其有無判斷能力，而法律行爲能力有不同者，即無判斷能力之禁治產人行爲，原則上不能引起法律上之效力，而有判斷能力之禁治產人，經其法定代理人之同意，始得因其行爲負擔義務。（瑞民一八條、一九條）

丙、不爲宣告上之區別 亦不爲能力上之區別，凡禁治產人，皆爲無行爲能力，爲蘇俄民

法所採取之主義，本條之立法例仿之。唯蘇俄民法於心神喪失及精神耗弱外，則以浪費爲禁治產之原因。（俄民八條一九二七年十一月十四日刪去浪費）我國民法所定範圍，較俄民尤狹，蓋注重社會一般之利益，於交易上不欲多設限制也。

第三點 釋本條之意義

其一、禁治產之宣告，生（一）創設的效力即一經宣告，非俟宣告撤銷，不問禁治產人有無意思能力，其行爲不生效力，即精神回復常態，仍不免爲無行爲能力人。（二）絕對的效力，不獨對於聲請人，對一般人，均發生效力也。關於禁治產人之行爲，有規定不當然無效，僅得撤銷者，如日民是。有視宣告之原因如何，規定其絕對無效力者，如德、奧、法、俄、民法是。我民法則採概爲無效主義，因所定宣告之原因極少，而並以達於不能處理自己事務之狀態爲條件，實無特爲區別之必要也。

其二、禁治產宣告之效果：（一）禁治產人，無行爲能力。（二）禁治產人應置監護人。蓋因禁治產人，不能處理自己事務，不許其自爲法律行爲，而又不可無代爲處理事務之人，代之爲法律行爲故也。第二效果，規定於親屬編第四章監護之第二節，本條惟規定第一效果耳。按多數立法例，以心神喪失者爲禁治產人，以精神耗弱及聾啞浪費者，爲準禁治產人，準禁治產人，有限制行爲能力，與本法專用禁治產一種，概視爲無行爲能力者，異其旨趣。本法既不設準禁治產制度，則聾啞浪費等人，如不能處理自己事務，除依其程度認爲精神耗弱，使之受

禁治產之宣告外，無他法也。

其三、對未成年人，能否為禁治產之宣告，本法並無明文。按未滿七歲之未成年，無行為能力，禁治產人亦無行為能力，二者效果全同，宣告禁治產，殊無何種實益。惟滿七歲之未成年人，有限制行為能力，與禁治產人之絕無行為能力者，其效果顯有不同。此等未成年人如有禁治產之原因，自得為禁治產之宣告，使其限制行為能力，進而為無行為能力，至未成年人已結婚者，法律上明認為有行為能力，於有禁治產原因時，自得為禁治產之宣告。

第四點·判例

1. 心神喪失之人，不得有效為法律行為。故若獨立與他人訂立契約，其保護人自得請求撤銷之。（七年大判上字一〇二二號）

2. 得行民事法規，於禁治產雖無明文規定，然實際上，因心神喪失等情形，可認為民事無能力人者，應由其同居近親任監護之責而代之為法律行為。其所同居近親，自應先父或母，依次始及於妻，故無能力人，如有必要情形，處分其財產時，有母在者，即由其代理而不能由其妻越權為之。若違此而與他人訂立負擔義務之契約，並不得其母之同意或追認，則應認為無效。（十年大判上字一六一一號）

第十六條 權利能力及行為能力，不得拋棄。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定能力之保護。其關係條文爲民法六條一三條，參考他國條文爲瑞典二七條一項俄民一〇條士民二四條一項。

第二點 立法例

各國民法，對此權利能力之用語，有稱爲「私權之享有」者，如法國日本是。有稱爲「人格」者，如德國瑞士是。用語雖殊，而意義則一也。

人格 *Personlichkeit* 較財產之保護，尤爲重要，拿破崙法典以下，多注重個人契約之形式的自由，而忽視人格之保護，德民、泰民祇設保護姓名權之規定。（德民一二條泰民四二條）。俄民亦僅定限制權利能力，及行爲能力的行爲無效。（俄民一〇條）。而於能力、自由、人格權、姓名權之保護爲規定者，以瑞民、士民爲始。（瑞民二七條至三〇條士民二三條至二六條）。本條至十九條之立法例仿之。

拋棄不問其爲全部或一部，均所不許，瑞民設有明文規定，我民法無之，解釋上自屬相同。

德國學者籍兒克 *Gierke* 謂權利能力，爲人格權者，胥耳德兒 *Holter* 謂權利能力爲享有權利之資格者。然權利能力，爲取得權利之基礎（主體），觀念上究與權利各別，如卽以之爲人格權，則取得人格權之基礎，將無從說明也。我民法因人格二字，有偏於身體生命、名譽、健康等人格權之意義，所以不用人格而用權利能力也。

凡人皆有權利能力，瑞民十一條一項，奧民十六條，以明文規定之。彼時距廢止奴制未遠，故有此規定之必要。我民法以屬當然，不設規定。且權利能力，以平等為原則，不因性別、年齡、身份、種族、階級、宗教、國籍而有差別（俄民四條二項）。然例外亦有設限制者，如外國人之權利能力，應受法令之限制，其適例也。（我民總施二條）

第三點 釋本條之意義

其一、總說

本條規定適合於法律的社會化，即表示不僅保護個人兼有維持社會之涵義。蓋權利能力若許拋棄，則失其為權利義務之主體。行為能力若許拋棄，則成爲無行為能力人，不惟其人格受損，必生強弱侵凌之弊，且於社會公益，亦有妨害，故以明文禁止之。不特權利能力及行為能力之全部，不許拋棄，即各個能力之拋棄，亦所不許。例如自願爲奴隸，固爲法所不許，即如婚姻能力，遺囑能力，負擔義務之能力，或處分其財產之能力，亦不許任意拋棄者也。但所謂權利能力，不得拋棄，不可與權利之拋棄相混。

其二、權利能力與行為能力之區別

一、權利能力 *Rechtifähigkeit* 者，享受權利之能力也。質言之，即具有私權主體之地位或資格也。民法由義務本位，進爲權利本位，由權利本位，進爲社會本位，乃現代法律進化的趨勢。不過個人不自覺時代，法律爲義務本位。及個人自覺時代，法律進於權利本位。及社

會自覺時代，法律遂不得不更爲社會本位。今殆爲第三期之開始耳。不曰權義能力，而曰權利能力者，從第二期本位立論也。

11、行爲能力 *Handlungsfähigkeit* 者，能生法律上效果之行爲能力也。即法律行爲能力 *Geschäftsfähigkeit*（通說以廣義的行爲能力，包法律行爲能力，不法行爲能力，狹義的行爲能力專指法律行爲能力而言）。民法所謂行爲能力，即規定無行爲能力人，制限行爲能力人，除此以外，概爲有行爲能力人。與刑法上責任能力規定之方式相同。法民法行爲能力，單稱能力 *Capable*，曰民從之，我民法稱行爲能力，從德國例。

三、行爲能力之有無爲區別法律行爲有效無效之一大原因，民法上關於行爲能力之規定，爲強行法（不許當事人以意思表示變更之）而非任意法。

四、有權利能力者，在民訴法上，有當事人能力，（民訴四〇條）能獨立以法律行爲負義務者（即有行爲能力者）有訴訟能力。（民訴四五條）

其三、行爲能力與意思能力，識別能力，責任能力之區別

一、行爲能力與意思能力 *Willensfähigkeit* 不可混同，意思爲法律行爲之要素，缺意思能力之行爲，不能謂之爲行爲，是以無意思能力之人，謂其亦無行爲能力則可，然無行爲能力之人，謂其即無意思能力則不可也。如未滿七歲之未成年人（例如購買食物），及禁治產人（例如瘋人心精神明白時），有時在事實上精神上，亦儼然有意思也。無行爲能力而有權利能力

者，如嬰兒及瘋人是，有行為能力而無權利能力者，如羅馬法之奴隸是。

二、不法行為能力者，即侵權行為之能力也。（通說以違法行為，侵權行為，為廣義之不法行為，侵權行為，為狹義之不法行為。）為侵權行為之人，應擔負法律上之制裁，謂之責任能力 *Zurechnungsfähigkeit*，民法以其行為時有無識別能力為標準，分別定其責任能力。（民法一八七條）識別能力，瑞士民法一六條至一九條稱為判斷能力 *Dreistufähigkeit*，意思能力與識別能力，當以心理上之程度，及前提（意思）與結果（識別，即對於行為及其法律上之效果或事實之結果，認識及豫期）而細分之。

三、刑法上之責任能力，與民法上之責任能力，雖規定之範圍，各有不同，而其意義則一。如行為應否不罰或減輕，屬於刑法上責任能力問題。（刑法一八條至二〇條八六條八七條六三條）侵害他人權利應否賠償損害，屬於民法上責任能力問題是。故意與過失之辯甚多，通說以故意者，認識其行為之責任而敢為其行為之決意。過失者，因不注意而欠缺事實之認識也。

第十七條 自由不得拋棄。

自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定自由權之保護，其關係條文為民法七二條，參考條文為訓政時期約法一一條至一五條中華民國憲法草案一一條至一六條刑法二十六章之妨害自由罪二九六條至

三〇八條，參考他國條文爲瑞民二七條二項俄民一〇條土民二四條二項及二十六年三月五日國民政府批准之禁奴公約十二條，參加者達四十二國。

第二點 立法例

瑞民二七條二項「無論何人不得轉讓自由之自由。或於有害於法律或善良風俗之程度，限制其自由權之行使」。土民二三條二項同旨，本條之立法例仿之，餘參照十六條之第二點，不贅。

第三點 釋本條之意義

其一、本條規定適合於法律之現代化。現代憲法，認人民之諸種自由，（人身自由，信教自由，言論自由，財產自由）爲人民之基本權利。蓋卽謂國家權力，不能侵犯之權利也。其列舉於條文之中者，以美十三州，權利宣言，與法國大革命時代之人權宣言爲嚆矢。歐戰後各國新憲法，尤其是德俄，認憲法民法，在現代爲公法私法之混成物，而注重於憲法與民法之溝通，故民法上之重大原則，憲法中亦規定及之，我國憲法草案，尙未經國民大會之通過，故憲法之重大原則，民法亦應有規定，此其一。自由權亦係一種私權，在民法若無明文，或致誤解爲可以適用私權自由處分之原則，故本條仿瑞士，土耳其民法之例，以明文規定之，此其二。

其二、私權關係，雖以自治 *Privat Autonomie* 爲原則，在人權思想發達時代，契約自由，遺囑自由，社團設立自由，個人意志自由等原則，因以確立。凡私生活之法律上效力，應

由個人意思解決之，幾成絕對原則。然現代法律，爲社會本位之開始，意志自由之原則，在社會立法之原則上，漸加限制：（一）使定型化之契約，受國家之監督，如工廠之服務規則。是。（二）使定型化之契約約款，依經濟力之均衡，爲自由之協定，以定其規範，例如團體協約，租賃規範協約是。（三）契約之強制成立，例如：勞資爭議處理法第七條之強制協約是。（四）對契約之內容，設以限制，以縮小當事人自由約定之範圍，卽任意法之強行化如勞動契約是。（五）保險法上之強制規定，除有利於被保險人者外，不得以契約變更之。（保險法第六條）

其三、自由除受社會立法之限制外，在國人自覺時代，無論何人，均享有法律上之自由。自由若許拋棄，則人格必受缺損，故以明文禁止之。惟所謂自由，有積極消極之兩方面，例如吾人有著作及出版之自由，固可自由著作及出版，亦可自由不著作及出版也。民法之大部分，皆重視當事人意思，獨本條與前條之禁止規定，其拋棄雖出於當事人意思，亦屬無效，可謂極保護人格權之能事。又自由無絕對的，乃社會共同生活所要求，蓋一人絕對自由，卽有妨害他人之自由，例如：甲絕對自由主張與乙結婚，此時若爲乙之自由意思所不願，則甲須犧牲自己之自由，始不致妨害乙之自由。又如第二次全國代表大會婦女運動決議案「離婚結婚絕對自由」，然一方願離一方不願離者，則不能適用此決議案。（十七年一月十八日上字一〇號判例一月十四日上字四七號同旨）至於未成人之結婚離婚，更須得法定代理人之同意。（民法九八一條一〇四九條）故自由不能漫無限制，事理至爲顯明。惟限制過當，則人格受損，不能達

人格權保護之目的。本條第二項，明定自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限，若逾越此範圍而爲自由之限制，卽爲法所不許。

第十八條 人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害。

前項情形，以法律有特別規定者爲限，得請求損害賠償，或慰撫金。

本條應說明者四點

第一點 本條爲人格權保護之抽象的規定。其關係條文，爲民法一八四條一九二條至一九五條九七九條九九九條一〇五六條，參考條文爲刑訴法四九一條，參考他國條文爲瑞民二八條土民二四條德民八二三條。

第二點 立法例

人格權 *Personlichkeitsrecht* 者，權利人自身上所存之權利也。人格權被侵害，當然特加保護，各國立法例，多於民法債編侵權行爲中規定之。德國民法祇明認姓名權之 *Namenrecht* 爲人格權（德民一二條），至生命身體自由名譽等，是否認爲人格權，學者頗有爭論，有謂德民法第八二三條所規定之身體自由名譽等，爲法律所保護之生活資料 *Lebenszettel*，而非權利，柯薩克 *Cosack* 客樂蔑 *Crohme* 蒲朗克 *Plank* 晏典曼 *Indemann* 葉涅擇魯 *Enneccerus* 等主張之。有謂此種資料，既爲法律所保護，當然爲一種權利者，德仁布喜 *Dernburg* 李斯替 *List* 呂文費耳 *Lüwenfeld* 哈賢布喜 *Hachenburg* 庫越別克 *Kuhrenbeck* 等主張之。本條之立法例，採取後

說。至日本民法七〇條規定生命身體名譽等之保護，學說解釋，亦不一致，松本蒸治謂爲日民法承認人格權之根據，川名兼四郎反對之。餘參照第十六條第二點之說明，不贅。

侵害 *Atteinte illicite* 謂不法之侵害。瑞民二八條明定以不法（無權）*illicite, unberufte* *l'weise* 爲條件。侵害之行爲得爲作爲 *facere* 或不作爲 *non facere*。

第三點 釋本條之意義

一、人格權卽生命權身體權健康權名譽權自由權姓名權肖像權資格權八種。商號專用權屬於無形財產權，不屬人格權之姓名權。資格權爲余所獨創，均於緒論第九解述之。肖像權既認爲人格權之一種，故專侵害肖像者有之。（商標法第二條第八款）侵害姓名，同時並侵害其肖像者有之。（見本條第四點上字九〇五號判例）

二、所謂受侵害，乃基於加害人之故意或過失，所爲之不法行爲也。此等侵害，自得訴請法院除去之，惟僅許訴請除去，有時仍不能達保護之目的。例如生命已被殺害，身體已被傷害之時，該侵害已無從除去，卽不能不許其請求損害賠償，或慰撫金，但以法律有特別規定者爲限。所謂法律有特別規定者，例如民法一百八十四條一百九十二條至一百九十五條各規定是也。至於民法一九條、九七九條、九九九條、一〇五六條所規定，雖非財產上之損害，亦得請求賠償（卽慰撫金），蓋非財產之損害範圍，受損害人不易證明。而依侵權行爲之規定，則受害人有證明其損害之責，故法律特爲規定，以免除其舉證之責。損害賠償與慰撫金之區別，前

者爲物質上有形之損害賠償方法，後者爲精神上無形之損害賠償方法。

第四點 判例

1. 名譽受侵害者，（名譽爲人格權之一種）除得請求屏除其侵害外，並得於法律所許之範圍內，請求損害賠償或慰撫金。（五年大判上字九六號）

2. 名譽與名節，係屬兩事，未便混爲一談。再醮之婦，假令卽爲失節，要不能遂謂其並無名譽可言。（六年大判上字八六四號）

3. 慰藉費固爲廣義賠償之性質，究與賠償物質有形之損害不同，賠償物質有形之損害，例如：醫藥、殯葬、扶養、等費皆是，而慰藉費則係以精神上所受無形之痛苦爲準據。若僅就被害人或其家屬精神上所受無形之痛苦，判給慰藉費，自應審核各種情形，例如：被害人之地位家况及與該家屬之關係，並加害人或其繼承人之地位資力，均應加以斟酌。（八年大判私上七七號）

4. 生命權係人格權之一種，人格權被侵害者，被害人或其家屬，自得對於加害人，請求賠償其物質上有形之損害，例如：醫藥、殯葬、扶養等費及慰藉費。（慰藉其精神上所受無形之痛苦）（九年大判私上七四號）

5. 未得他人同意，擅將其肖像改換姓名，爲自己售藥之廣告，致使社會上發生不良影響，明係合於民法第一百九十五條，不法侵害他人名譽之條件，在被害人請求賠償此項非財產上之

損害，亦即民法第十八條第二項慰撫金之一種，並不以財產上受有實際之損害爲要件。（二十年最高法院判例上字九〇五號）

第十九條 姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定姓名權之保護，其關係條文，爲原則第八目，參考條文爲姓名使用限制條例一條至七條戶籍法第三節人事登記之聲請第一款至第九款商業登記法第十七條至第二十五條，參考他國條文爲瑞民二九條土民二五條德民一二條泰民四二條。

第二點 立法例

見十六條第二點

第三點 釋本條之意義

其一、略述姓名源起

姓者人所生也，古者因生以賜姓，所以表明其所生，爲婚姻之別也。三代以前，姓氏分而爲二男子稱氏婦人稱姓氏以別貴賤貴者有氏賤者有名無氏，故姓可呼爲氏，氏不可呼爲姓。姓以別婚姻，故有同姓異姓庶姓之別。三代以後，姓氏合而爲一，皆所以別婚姻，而以地望明貴賤，於文女生爲姓，故姓之字多從女，如姬姜嬴妘媯姑之類是也。（見通志氏族略）名，稱號也，所以紀世別，既冠又字之，別伯仲也。一家之人，以姓同，以名字別，人以名爲符號，故

若干人，亦曰若干名。人口繁殖，聚而成族，族者大家也。紀氏族之譜系者曰族譜，又曰家乘，南史賈希鏡，祖弼之，廣集百氏譜記，專心習業，於是譜學從此名家。村塾雜字書，以姓氏編爲韻言者，曰百家姓，傳爲兩浙錢氏有國時小民所著，趙乃國姓冠首，錢奉正朔次之。此外姓牘，（明陳士元撰）姓氏尋源，（清張澍撰）姓氏解紛，（清黃本驥撰）皆不若百家姓之通俗流行最廣也。

其二、本條規定之理由

一、本條與十七條同爲具體的規定十七條之理由，前已述之。惟姓名權係人格權之一種。前條已就人格條受侵害之保護方法，與本條爲同樣之規定。本條何以重爲規定？蓋因（一）前條之損害賠償請求權，以法律有特別規定者爲限。而民法第一百九十二條至一百九十五條各規定，未涉及姓名權受侵害之損害賠償。（二）前條之受害人，祇得請求法院除去其侵害，而請求損害賠償，則須有法律之特別規定。此其所以有本條之特別規定也。

二、本條與前條所稱受侵害，須已實現侵害之事實，若僅有受侵害之虞，請求預防，則非法文涵義所及，例如：他人預備冒用自己姓名，或預備拘束自己自由，祇能以他項方法預防，尙難援用受侵害之條文，請求法院除去也。至姓名權受侵害之情形，例如：被人盜用影射，或自己使用被人妨害之類均是。侵害須爲不法，故意或過失，在所不問。

其三、受本條之保護者應確定本名

本條規定姓名權受侵害者得請求法院除去其侵害並得請求損害賠償。此種請求權，自係指侵害其代表本體之姓名權益而言，若一人使用多名，對於本身姓名權，已生問題，則對財產權，更難確定，故確定財產權人之本名，實為保障人民權益必要之圖。抗戰以來，一切經濟動態，政府雖力圖控制，而事實上每多窒礙，例如社會金融，商業市場，投機居奇，數見不鮮。徒以此種行為之主體人，姓名不易證實，政令取締，尤感困難，加以國家各種稅務之推行，每因一人多名而有取巧倖逃之機會，非特稽征棘手，抑且妨害國家稅源，若不設法糾正，則奸宄日多，莫由制裁，實為國家建立財政經濟新制度之障礙。此姓名使用限制條例之所由產生也。依此條例，凡中華民國人民之本名，以一個為限。以登記於戶籍上之姓名為本名。其使用姓字或別號者，應表明其本名。財產權之取得設定移轉或變更，應使用本名，或表明其本名。共有財產使用堂名或其他名義者，應表明其有人之本名，共有人總數超過二十人者得僅表明代表人之本名。意圖避免納稅義務而不使用本名，又不表明本名者，處以漏納稅額一倍至十倍之罰金。意圖避免統制法令之限制，取得不法利益而不使用本名者，處一年以下有期徒刑拘役或五百圓以下罰金。對於公務員合法之調查，應用本名報告，其不使用本名，又不表明本名者，處拘役或一百圓以下罰金。

第四點 判例（附解釋例）

匾額僥泛用閩鄉之名義，既於個人名稱權，無所侵損，即無訴求保護之必要。（十九年最

高法院判例上字一七四三號)

養子女不得兼用本姓。如以本姓加入姓名中，祇能認爲名字之一部，至兼承兩姓宗祧，參照民法第一〇八三條之旨趣，不生法律上效力。(二十五年十二月二十五日院字一六〇二號互見民法一〇七八條)

第二十條 以久住之意思，住於一定之地域者，卽爲設定其住所於該地。

一人同時不得有兩住所。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定任意住所之設定及限制，其關係條文爲原則第九目民法八條二九條三一四條，參考條文爲公司法四條票據法一七條二一條一一七條海商法一二〇條破產法二條六九條民訴法一條一三六條及其補充條例二條刑訴法五條五五條刑法一七三條一七四條一七八條至一七九條三〇六條一項三〇七條三二一條一項一款法律適用條例二條三條一八條二三條國籍法三條五條戶籍法四條五條縣各級組緡綱要第六目戶口普查條例二條三條五條社會救濟法三五條國民義務勞動法一三條，參考他國條文爲德民七條法民一〇二條一〇三條瑞民二三條日民二一條泰民四三條俄民一一條土民一九條。

第二點 立法例

其一、古來住所，有採形式的標準者，例如羅馬法以設家神之祭壇及置財產之大部分，爲

住所之要件。今日交通發達，各地皆可活動，祭祖，置產及經商，散在各地，本籍與住所，多不一致，形式的標準，雖有明確法律關係之優點，已不足適應今日之生活狀態。現代立法，基於生活之實質關係，就各種法律關係，具體的決定住所之觀念，而以久住之意思為主觀的要素 *Aninus*，所謂久住之意思，指有繼續居住其處所之意思而言，故即一時離去其處所，（例如行商，留學，在外就職等）仍有回歸其處所之意思者，亦不失其有久住之意思。住於一定之地域，為客觀的要素 *Corpus*，所謂須有住於一定之事實者，亦並非毫無間斷，故一時離去其處所，而有時常回歸其處所之事實者，亦不失為住於一定之地域。瑞士土耳其泰國採此立法例。

其二、關於住所之設定，有採純客觀主義者，謂住居之事實，財產之所在，營業之範圍等，與住居之意思，俱不過為客觀之事實，應依此事實而認定住所之所在。有採折衷主義者，謂於住居之客觀的事實外，尚須有主觀的久住之意思。（瑞民二三條、土民一九條、泰民四三條）本條從瑞士等國立法例，採取折衷主義。

其三、關於住所有明定一人不得同時有兩住所者，謂之單一主義，例如瑞民、土民、泰民等是。（瑞民二三條、土民一九條、泰民四三條）有規定一人得同時有二個以上之住所者，謂之複數主義，例如德民是。（德民七條二項）本條第二項所定，蓋從瑞泰之立法例。

第三點 釋本條之意義

其一、人類之生活，必於一定之土地，利用人類與土地之關係，以定法律上之關係，實為

古今各國所共認之立法政策。此等人與地之關係，得分爲現在地，居所，營業所，住所四種。本條第一項已舉示住所之意義，至一人能否同時有二個以上之住所，各國立法例不一，有採單一主義者，有採複數主義者，已如上述。本條第二項採用單一主義，明定一人同時不得有兩住所，則住所祇能以一處爲限。故已有住所之人，如另欲設一新住所，卽非將其原來之住所廢止不可。以實際言，一人同時有二個以上之住所，易使法律關係，紛雜錯亂，頗不適宜。此等強制規定，在立法政策上，應認爲正當。

其二、住所設定，爲事實行爲，非法律行爲，故關於行爲能力之規定，不適用住所之設定。然爲發生法律上效力之行爲 *Rechtshandlung*，其設定應爲有意思能力之人。本條於任意設定住所之外，於次條卽規定法定住所者，蓋以此也。

其三、住所在本法及其他法律上之效果。

一、在本法上以離去向來之住所或居所者爲失蹤人。

二、在本法上法人以其主事務所之所在地爲住所。

三、在本法上債務之清償原則上於債權人之住所地爲之。

四、在民事特別法上（一）公司法上：公司以其本店所在地爲住所。（二）票據法上：爲行使或保全票據上權利，對於票據關係人應爲之行爲，應在票據上指定之處所爲之。無指定之處所者，在其營業所爲之。無營業所者，在其住所或居所爲之。（三）海商法上：關於船舶碰

撞之訴訟，以先向被告之住所或營業所在地起訴爲適宜。

五、在破產法上，和解及破產事件，專屬債務人或破產人住所地之法院管轄，債務人或破產人有營業所者，專屬其主營業所所在地之法院管轄。主營業所在外國者，專屬其在中國之主營業所所在地之法院管轄。又破產人非經法院許可，不得離開其居住地。

六、在民刑訴訟上，民訴由被告住所地之法院管轄。在戰區者依民訴補充條例第二條之規定，得由居所地之法院管轄。刑訴案件由犯罪地或被告之住所居所或所在地之法院管轄。

關於民訴當事人書狀之送達，於應受送達人之住所事務所行之。關於刑訴之送達，被告自訴人，告訴人附帶民事訴訟當事人，代理人，辯護人，或輔佐人，爲接受文書之送達，應將其住所或事務所，向法院或檢察官陳明，如在法院所在地，無住居所或事務所者，應陳明以在該地有住居所或事務所之人，爲送達代收人。

七、在私國際法上，當事人無國籍者，依其住所地法。住所不明時，依其居所地法。經中國法認許成立之外國法人，以其住所地法爲本國法。在中國有住所或居所之外國人，依其本國法，有須置監護人之原因，而無人行監護事務者，或在中國受禁治產之宣告者，其監護依中國法。契約要約地與承諾地不同者，契約之成立及效力，原則上以發要約通知地爲行爲地。若受要約人於承諾時，不知其發信地者，以要約人之住所地，視爲行爲地。

八、在國籍法上外國人或無國籍人，繼續五年以上，在中國有住所，及成年，品端，自立

等條件，呈請歸化者，內政部得許可之。但外國人現於中國有住所，其父或母爲中國人者，雖未繼續五年，及成年，自立之條件，經國民政府核准者，亦得許可歸化。

九、在戶籍法上一縣或一市區內，有住所三年以上，而在他縣市內，無本籍者，以該縣或市爲本籍。一人不得同時有兩本籍。其已有本籍，而在他縣市内，有住所或居所滿六個月者，及無本籍或本籍不明，而在一縣市内，有住所或居所未滿六個月者，均以該縣或市爲其寄籍。一人不得同時有兩寄籍。

十、在新縣制上，中華民國人民，無論男女，在縣區域內，繼續居住六個月以上，或有住所逾一年以上，年滿二十歲，經宣誓登記後，爲縣公民。

十一、在戶口普查條例上，人口之居住所，於普通查記全國或一地域內全部戶口，在指定時刻之靜態時最爲重要，戶分普通戶，營業戶，公共戶。人口分常在人口，謂在所查戶內，常時住宿或營業或辦事之人口。現在人口，謂於普查標準時刻適在所查戶內之人口。

十二、在社會救濟法上，人口稠密地區，住宅不敷居住時，縣市政府得修建平民住宅，廉價出租或修建宿舍，免費或廉價供平民暫時住宿。在國民義務勞動法上，築路、水利、自衛、地方造產、及其他地方公共福利，均爲義務勞動事項。勞動地點，距服務者住所五公里外者，應給膳宿。

第四點 判例

1. 爲人妻者負與夫同居之義務，固不得以夫之住所爲住所。但其夫並無住所者，則妻自得獨立設定住所，無許其夫藉口同居義務，而強其妻隨同遊浪之理。（七年大判上字八六三號）

2. 民事訴訟之普通審判籍，應依住所定之。所謂住所者，即以久住之意思，而住於一定地域之謂。（二十一年最高法院上字二七一七號）

第二十一條 無行為能力人及限制行為能力人，以其法定代理人之住所爲住所。

本條應說明者四點

第一點 本條係法定住所之規定，其關係條文爲民法一〇〇二條一〇六〇條，參考他國條文爲德民八條至十一條瑞民二五條士民二〇條俄民一一條泰民四五條法民一〇八條日民八八〇條。

第二點 立法例

瑞民二五條『妻以夫之住所爲住所，子以其行使親權之父母住所爲住所，被監護人以監護主管官署之所在地爲住所。夫之住所不明或妻有爲別居之權利時，妻得有獨立之住所。』德民一〇條『妻與夫共住所，但夫在外國設定住所，妻未隨行其地，並不負隨行之義務時，不在此限。夫無住所，或妻與夫不共住所時，妻得有獨立之住所。』同一一條『婚生子與父共住所，非婚生子與母共住所，養子與養父母共住所，子於有效廢止住所前，保有其住所，子達於成年

者，其後所爲之認領或收養契約，對於子之住所，不生影響。『土民二〇條，俄民一條，泰民四五條，法民一〇八條，日民八八〇條，均有規定，本條從多數立法例。

第三點 釋本條之意義

其一、何謂法定代理人

法定代理人在本編第四章第五節中，既無稱法定代理者謂依法律規定授與代理權之代理之明文。依本法之規定，嚴格解釋之，以由法律明文規定者，爲法定代理人，父母爲其未成年子女之法定代理人（一〇八六條）未成年人之監護人，（卽一〇九一條一〇九四條之法定監護人，一〇九三條遺囑監護人及一〇九四條末款之選定監護人）禁止產人之監護人（一一一〇條至一一三條）均爲受監護人之法定代理人（一〇九八條）他如失蹤人之財產管理人，（一〇條）日常家務夫妻互爲代理人（一〇〇三條）胎兒之母爲遺產分割之代理人。（一一六條二項）親屬會議選定之遺產管理人。（一七七條）法院爲法人選任之清算人。（三八條）爲法人代表人之董事。（二七條）法院選任之破產管理人。（破產法六四條）其他依法令得爲訴訟上行爲之代理人。通說雖以之爲法定代理人，然依我民法一〇八六條及一〇九八條及民訴法五二條之用語解釋之，似應稱爲準法定代理人也。

其二、何謂法定住所

一、關於住所之一般立法例及學說，皆分爲任意住所法定住所兩種。任意住所，卽任當事

人意思自由設定之住所，苟合於前條所定之條件，不論何時何地，皆得爲住所之設定，法律上別無限制也。法定住所，須依法律之規定定之，不能任當事人之意思自由設定者也。本條所稱即法定住所之一般規定。

二、關於法定住所之立法例，大率以未成年之子女，應以父母之住所爲住所，妻應以夫之住所爲住所，我民法中之法定住所，除本條規定外，尚有未成年之子女，以其父之住所爲住所，贅夫之子女，以其母之住所爲住所。（一〇六〇條）及妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所之規定（一〇〇二條）大體上似與各國立法例相同。但所謂法定代理人未必皆爲未成年入禁治產人之父母，或其直系尊親屬，例如：禁治產人之妻，爲夫之法定代理人，及由親屬會議爲未成年入選定之法定代理人，（監護人）此等強以該法定代理人之住所爲住所，理論與事實，均嫌不適。且親屬法既有上開兩條之規定，本條即係該兩條以外之一般規定，似專於上開例示及其相類之情形而設，較之一般立法例，似爲特殊，在適用上，未必不感受困難。

第四點 解釋例

履行爲能力人及限制行爲能力人，依民法總則第二十一條，自應以其法定代理人之住所爲住所，若無法定代理人時，應以其自己之居所，視爲住所。（二十年三月二十一日）

第二十二條 遇有左列情形之一者，其居所視爲住所。
一、住所無可考者。

二、在中國無住所者。但依法須依住所地法者，不在此限。

本條應說明者三點

第一點 本條係關於住所擬制規定之一，其參考條文爲票據法一七條法律適用條例二條二項三條，參攷他國條文爲瑞民二四條士民二〇條日民二二條二三條。

第二點 立法例

居所 *Wohnort, residence* 謂因暫時之目的所居住之地，其與住所之區別，依客觀主義，則以與處所關係之深淺爲標準。我民法係採折衷主義之立法例以意思之久暫爲標準，即暫時爲特定之目的而居住者爲居所，以永久之意思而居住者爲住所。

第三點 釋本條之意義

一、居所者，缺乏久住意思之條件，而有暫時居住事實之處所也。暫時並非須爲短時間之意，如有於特定事業之終了後，移轉於他處之意思，即得稱爲暫時之居住，例如商人之經商，學生之寄宿，雖一居多年，仍不失爲居所也。以居所視爲住所，則因住所而生之法律上效果，於居所亦同。所謂住所無可考，包括全無住所，及住所不明兩種情形而言。所謂在中國無住所，謂在中國有住所而在中國無住所。其在中國無住所，而在外國亦無住所者，則可謂住所無可考。又在中國無住所，不專指外國人之僑居中國者言，即中國人亦包括在內。至其人在外國有住所與否？則非所問。總應以在中國之居所，視爲住所。但依私國際法應適用住所地法時，

則不得視在中國之居所爲住所而據以適用中國法。否則即與私國際法規定應依住所地法之意旨相反也。

二、因住所而生之法律上效果，蓋有種種，已如前述。苟住所無可查考，或在中國無住所，則因住所而生之法律上效果，無從實現。例如甲欲對乙提起訴訟，而乙之住所無可考，或在中國無住所，則不能定乙之普通審判籍，該訴訟即無從提起，不便實甚，故有以居所視爲住所之擬制規定。蓋住所採單一主義，如不與居所以住所之效力，適用頗感不便，一人不得同時有兩個之住所，而居所則可釋爲不受此限制也。

第二十三條 因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所。

本條應說明者三點

第一點 本條係關於住所擬制規定之二，其參考條文爲民訴法一三三條，參考他國條文爲法民一一一條日民二四條。

第二點 立法例

本條之擬制，即日民第二十四條所謂假住所是。蓋當事人住所遠隔，於實際上有不便利時，便得與住所有一效力之暫時住所，至爲適宜，假住所即應此等需要而存在者也。法國民法選定住所 *d'exception de domicile* 須以書面爲之，我民法無此規定，自難爲同一解釋。

第三點 釋本條之意義

其一、住所關於一切行爲有效力，選定住所則惟關於特定之行爲有效力。是爲二者之區別。所謂特定行爲，例如買賣行爲，訴訟行爲等是。

其二、以居所視爲住所之擬制規定，本條亦與前條同，但其不同之點有三。

一、前條之擬制，係爲本無住所或住所不明者而設。本條之擬制，則爲住所遠隔者而設。

二、前條之居所，不待當事人臨時選定，祇須有居住之事實已足。本條之居所，則須當事人有臨時選定之行爲。

三、前條之居所，除第二款但書外，關於一切法律上效果，皆與住所同。本條之居所，則限於因特定行爲選定者，關於其行爲，與住所同。

第二十四條 以廢止之意思，離去其住所者，卽爲廢止其住所。

本條應說明者三點

第一點 本條規定住所之廢止，其關係條文爲民法二〇條，參考他國條文爲德民七條三項法民一〇三條泰民四四條。

第二點 立法例

廢止舊住所，同時設定新住所，在他國立法例，有以爲住所之變更，就此特設規定者，法民一〇三條之規定是。惟廢止住所，與設定住所，既已各別規定，則住所之變更，卽可分別適用廢止與設定之規定，殊無就此特設規定之必要。

第三點 釋本條之意義

一、住所可以任意設定，即可以任意廢止，廢止者消滅其現任住所之謂也。至是否選定新住所，則非所問。凡以廢止之意思而離去其所住地域者，即為廢止住所。故雖有廢止之意思（心素），而並未實行離去所住地域。或雖離去所住地域（體素），而並無廢止之意思。皆不為廢止住所。此亦與住所之設定，須具心素體素者，同一趣旨。

二、廢止住所後，如不設定新住所，則因住所而生之法律上效果，應查照上開第二十三條辦理，即以居所視為住所焉。

第二節 法人

第七解 本節之總說明

本節應說明者七點

第一點 本節之立法例

有以其與自然人同屬權利之主體，不區別何者為自然人，何者為法人者，如蘇俄民法總則（俄民總第二章）有將法人獨立為一章節，以之次於自然人之後者，如德、泰、瑞士、土、日等國民法是。但其內容，亦不一致，德民法總則第一章之第二節法人，分三款：一社團二財團三公的法人。第一款社團之下，分兩項：一通則，二社團登記。泰總則第六章，法人分兩節，一法人之設立及效力，二財團。瑞士民法第一編，第二節法人，分三款：一通則，二社

團法人，三財團法人。士民與瑞民同。日民法總則第二章，則分四節；一法人之設立，二法人之管理，三法人之解散，四罰則。我民法之編別，從瑞、土立法例，但不稱社團法人財團法人，而稱曰社團財團，即從德、泰之立法例，且有準則與未準則，許可與未許可之涵義在內也。

德國自歐戰以來，盛倡產業社會化 *Sozialisierung*，即一為生產手段及生產分配之社會化，對契約自由及所有權之絕對，加以限制。二為企業組織之社會化，對團體之態度，由放任而趨於獎助，此點於民法上之貢獻，影響甚大。

以一定之財產，達一定之目的，大陸各國採財團制度。而英美則採信託制度。不以其財產為獨立之主權，乃將其財產歸屬於其委託人，以其委託之財產，稱為委託財產，與其固有財產，判然各別，於受信託人之資格及其監督管理等，規定均為嚴密，以保障信託關係之永續。我國近年間有行之。

第二點 法人制度之必要

以社會的組織體與構成組織體之個人，同為活動之主體，為近世社會之一現象。於是法人制度，應運而生。就社團言之，二人以上互約出資，經營共同事業，固可用合夥方式，然合夥為契約，祇生合夥人間之權義關係。合夥財產，屬合夥人全體之公共共有，（債六六八）其合夥財產，不足清償合夥之債務時，各合夥人，對於不足之額，負連帶償還之責。（債六八一）雖

依商業登記法第九條之規定以爲救濟，而其辦法亦甚複雜，故合夥人負有債務，該股分即有不能免於債權人之扣押，（債六八五）而合夥之基礎動搖。如用社團組織，則社員縱聲明退社，或其個人負有債務，亦不致影響於法人之組織。此社團制度之必要也。以一定之財產，達一定之目的，如不用財團組織，個人負有債務，此一一定之財產，終不免債權人之扣押，如其人死亡，繼承人即有中止該事業處分其財產之自由，則其所希望之目的，必不能達，如用財團組織，則此項財產，屬於法人本身，縱設立人負債或死亡，亦不致影響於法人之組織。此財團制度之必要也。

第三點 法人之定義

法人之定義，視其所依據之學說，而人各不同。法人著名之學說有三：

甲、擬制說 *Fiktionstheorie*，薩威尼 *Savigny* 唱之，主旨以法人有權利能力，由於法律之擬制，故爲擬制人 *Persönficta*，普火他 *Puchta* 溫格兒 *Unger* 祖述之。

乙、否認說 *Negationstheorie*，屬於此說者，有無主財產說，布靈泚 *Brinz* 倡之，柏克兒 *Baker* 宗之，大旨以爲特定人而存在者，爲屬人財產，爲特定目的而存在者，爲目的財產，受益人主體說，耶凌 *Jhering* 倡之，普蘭涅耳 *Planial* 宗之。管理人主體說，哥耳德兒 *Hölder* 倡之，賓德兒 *Binder* 宗之。

丙、實在說 *Realitätstheorie*

1、組織體說 *Organisationstheorie*，此說爲米碩德 *Mechoud* 所首倡，德仁布喜 *Dernburg* 薩利列士 *Salielles* 費里 *Ferrara* 宗之，略謂法人以具有一定目的之社會或財團爲基礎，其本質爲一個組織體，此種組織體之成立，實由於無形之抽象觀念，非法所能創也，蓋法人之存在，本爲社會自然發生之事實，社會因種種之必要，而發生特種之現象，國家之有制定法則，謀所以規範之，斷無根本上加以否認之理，故基礎條件已備者，當然不能不以爲法人而認許其存在。

二、團體人說 *Theorie der Verbandpersönlichkeit*，柏色列兒 *Beseler* 倡之，籍兒克 *Gierke* 集此說之大成，略謂權利主體，不可不具意思，有起因於個人獨立之生活，不藉外力而個人當然具有者，爲個人意思。有起因於人類共同之生活，須依賴社會之力，集合共同意思，成爲團體意思，其發生情狀，雖欠自然，究與自然人的團員，同有獨立之意思及生活，法律對此團體，予以一定之人格，是謂團體人。

余採取實在說，並綜合我國現行法律之規定，及適用上之必要，從新下法人之定義如左：法人者，法律上認爲團體法上之團體人也。

何謂團體法 *Genossenschaftsrecht* 已於緒論第一解第三點述之。團體人當然有團體法，而團體法不一定爲團體人，猶之親屬法上，有家屬關係者，必爲親屬關係，而有親屬關係者，不一定爲家屬關係也。

第四點 團體之分類

甲、公團體，準公團體（即人民團體），私團體。

政治團體，國家，地方自治團體，為公團體。農會，漁會，工會，商會，工業、商業、輸出業同業公會，學生會，婦女會，文化團體，宗教團體，公益團體，慈善團體，自由職業團體，及其他經中央核准之人民團體，為準公團體即人民團體。（余意農民銀行，合作社，亦屬準公團體）民法上之社團財團，及特別法上之社團，為私團體。

乙、職業團體，特種職業團體，自由職業團體。

農會，漁會，工會，商會，（航業公會）為職業團體。海員工會，鐵路工會，郵務工會，電務工會，為特種職業團體。律師團體，會計師團體，醫藥師團體，新聞記者團體，工程師團體，教育會，國立大學，獨立學院，教育部立案之大學，獨立學院之教育團體，為自由職業團體。

第五點 時際法（施行法）中關於法人之規定

子、依民法總則之規定，設立法人須經許可者，如在民法總則施行前，已得主管官署之許可，得於民法總則施行後三個月內，聲請登記為法人。（總施第五條）

設立須經許可之法人，為公益社團及財團，既經許可而尚未設立者，得於總則施行後，無須再受許可，即可聲請登記為法人。

五、民法總則施行前具有財團及以公益爲目的社團之性質而有獨立財產者，視爲法人，其代表應依民法總則第四十七條或第六十條之規定作成書狀，自民法總則施行後六個月內，呈請主管官署審核。

前項書狀所記載之事項，若主管官署，認其有違背法令或爲公益上之必要，應命其變更。依第一項規定經核定之書狀，與章程有同一效力。（總施第六條）

此係承認民法施行前已存在而有法人性質之財團及以公益爲目的之社團爲法人，其以前法律上爲法人與否，在所不問，然使其代表人呈報章程或捐助章程內應記載之事項，加以審核，經核定後，則與章程或捐助章程有同一之效力。又此規定，不適用於營利法人（即公司），蓋公司另有公司法也。

寅、依前條規定，經主管官署核定者，其法人之代表人，應於核定後二十日內，依民法總則第四十八條或第六十一條之規定，聲請登記。（總施第七條）

代表人其所提出書狀經核定後，應即依民法第四八條或第六一條爲章程之登記。然此登記，非設立之登記，蓋於登記前已視爲法人也。

卯、第六條所定之法人，如未備置財產目錄，社員名簿者，應於民法總則施行後，速行編造。（總施第八條）

此係規定過渡之補救方法，蓋民法施行前，此等組織，未能合於民法之規定，於民法總則

施行後，其活動則不能不依民法之規定也。

辰、第六條至第八條之規定，於祠堂，寺廟，及以養贍家族爲目的之獨立財產，不適用之。（總施第九條）

本編施行法第九條規定，其立法例與日民施行法二八條所定「民法關於法人之規定，對於神社，寺院，祠宇及佛堂，暫不適用」略同。此種獨立財產，不得爲法人，不過謂在民法上，不當然視爲法人，而有本編施行法第六條至第八條所定之義務。如依民法之規定，聲請登記爲財團法人，固無不可。關於寺院，依日本判例，則以之當然爲法人，瑞士民法對於宗教上之財團，則規定其法人資格之取得，並無須登記。我國關於寺廟，則有監督寺廟條例，其第六條第一項規定寺廟財產及法物，爲寺廟所有，由住持管理之，第五條寺廟財產及法物應向該管地方官署呈請登記。可謂已承認其因登記而取得法人資格。至於祠堂，依前大理院判例，則以之爲公共所有。他如祭田祀產，同族之中所設置供一定用途之公產，皆認爲公共所有。而養贍財產，則因其有無獨立性，或以其所有權仍屬於設定養贍之人，或以爲公共所有。按此種獨立財產，一方面則有基本財產，他方面則有信徒僧侶族人等之人的團體，此種人的要素，於一定團體組織之下，多少參與其物的要素之管理及其目的之完成，其性質實介於社團及財團之中而具有兩面性者，且此種獨立之財產，對於公益，並無妨害。故對於其取得法人資格，似無加以限制之必要。然實際在訴訟法上之當事人能力，不因其爲法人或非法人而有區別。蓋因民訴第四

十條第三項規定非法人之團體設有代表人或管理人者，有當事人能力也。

已、依民法總則規定法人之登記，其主管官署為該法人事務所在地之法院。

法院對於已登記之事項，應速行公布。並許第三人抄錄或閱覽。（總施第十條）

法人登記規則（十八年十二月二日司法行政部公布同日施行），係適用於財團或以公益為目的之社團而有獨立財產之法人，其以營利為目的之社團應依照民法第四十五條之規定適用特別法（即公司法），關於法人登記，依本編施行法第十條及法人登記規則，其主管官署為該法人事務所在地之法院，或縣司法機關之登記處。在特別法上之營利社團，依公司法登記規則之規定。

其主管官署，在省為實業廳。無實業廳者為建設廳。在院轄市為社會局。在以宗教為目的之寺廟，其獨立財產之登記，依寺廟登記規則，（二十五年一月四日內政部公布共十四條十七年十月二日公布之寺廟登記條例廢止之）在縣市為縣政府市政府。在院轄市為社會局。在特殊行政區，為各該主管官署，無須向法院為登記。慈善團體依監督慈善團體法施行規則（十九年七月十九日行政院公布二十一年六月十八日修正），設立慈善團體，應先得主管官署之許可，再依民法社團或財團之規定，將應行登記之事項，造具清冊，呈經主管官署核定。其財產在五千元以下者，彙報備案，五千元以上者，專報備案。主管官署，省會為民政廳，院轄市為該市政府社會局，各縣市為縣市政府。亦不向法院為之。

第六點 過渡法上關於團體（包團體法團體人）之規定

子、關於農工商團體現狀之維持者

據非常時期農工商團體維持現狀暫行辦法（二十七年四月二十三日公布），凡戰區之農工商團體會員大會之舉行，及職員之改選，均延期辦理。在延期內，原任職員，不得解除責任。違反此規定者，其決議與改選無效。又戰區農工商團體，應由其幹事長，副幹事長，或理事，或執行委員會主席，或常務委員，將延期辦理情形，呈由其住居地或鄰近之主管官署，轉報經濟部備案。但在院轄市，得選呈經濟部。無幹事長副幹事長主席常務委員時，其呈報得由幹事或執行委員爲之。以上辦法，接近戰區之農工商團體援用之，但須呈經主管官署轉請經濟部核准。按此項辦法，已於三十三年七月二十五日國民政府明令廢止。

丑、關於營利法人現狀之維持者

據非常時期營利法人維持現狀暫行辦法（二十七年四月二十三日公布），凡戰區或接近戰區之營利法人，關於股東會之召集，及董事監察人之改選，均得延期辦理，（但官商合辦之官股董事監察人，不在此限），董事監察人，在延期內，不得解除責任。在延期時，應由其執行業務之股東或代表公司之董事，列舉理由，呈請經濟部核准。在延期內，公司法上所規定應向股東會報告之事項，執行業務之股東，或代表公司之董事，應以可能方法通告或公告各股東。營利法人，無代表公司之董事時，上項在延期時在延期內之行為，由其他董事或監察人爲

之。

自抗戰發生後，政府爲維持營利法人原有組織，制定有非常時期營利法人維持現狀暫行辦法公布施行，已如上述。該辦法規定戰區或接近戰區之營利法人，應維持原有狀況，股東會之召集及董事監察人之改選，均暫延期舉行，原有之董事監察人，在延期內，不得解除責任，其目的在防止奸人竊入，致事業因有破壞之虞，施行以來，尙有相當成效。惟僅就營利法人，維持其固有組織，對於各項事業之權益移轉抵押或變更，尙未一律加以限制，其資產之運用範圍，及限制擅與外商訂立合約，亦尙未有規定，仍未足盡維持保護之能事。因此經濟部又於二十八年八月呈奉行政院核准規定戰區或接近戰區各項事業限制辦法五項。（見本論第四解第三點參考之五）

寅、關於人民團體之組織者

三十一年二月十日公布之非常時期人民團體組織法，爲一切團體法之準繩，茲分述其要旨如左：

其一、主管機關

人民團體之主管官署，在中央爲社會部，在省爲社會處，未設社會處之省，爲民政廳。在院轄市爲社會局。在縣市爲縣市政府。但其目的事業，應依法受該事業主管官署之指揮監督。（第二條）

其二、組織

人民團體，因同一業務而結合者，爲職業團體。（第三條）各種職業之從業人，均應依法組織職業團體，並應依法加入各該團體爲會員。各種職業團體，依法許其有級數之組織者，其下級團體均應加入各該上級團體爲會員。（第四條）職業團體之會員，除法律另有規定外，以現在從事本業者爲限。（第五條）凡具有兩種以上人民團體之會員資格者，得同時加入兩種以上之團體爲會員。（第六條）關於人民團體組織之區域，除法令另有規定外，以行政區域，爲其組織區域。（第七條）在同一區域內，除法令另有規定外，其同性質同級者，以一個爲限。（第八條）人民團體均應置理事監事就會員中選舉之，其名額依下列之規定：（一）縣市以下人民團體之理事，不得逾九人。（二）省或院轄市之人民團體之理事，不得逾二十五人。（三）中央直轄人民團體之理事，不得逾三十一人。（四）各級人民團體之監事名額，不得超過該團體理事名額三分之一。（五）各級人民團體，均得置候補理事，候補監事，其名額不得超過該團體理事監事名額二分之一。以上各款理事監事名額，在三人以上時，得按名額多寡，互選常務理事，常務監事一人至五人，必要時，並得就常務理事中，選舉一人爲理事長。（第九條）各職業團體，置書記一人，以曾經訓練合格之人員充任，必要時，得由主管官署指派。其他人民團體，遇必要時，亦可照此辦理。（第十條）

其三、發起人數

人民團體之發起人數，除法令另有規定外，應依下列之規定：（一）縣各級人民團體之組織，應有十五人以上之發起。（二）中央直轄及省或院轄市之人民團體之組織，應有三十人以上之發起。（三）依法有級數組織之人民團體，應先組織其下級團體，有過半數之下級團體組織完成時，得發起組織其上級團體。（第十一條）

其四、章程應載事項

人民團體之章程，應載明下列事項：一、名稱。二、宗旨。三、區域。四、會址。五、任務或事業。六、組織。七、會員入會出會及除名。八、會員之權利與義務。九、職員名額權限任期，及其選任解任。十、會議。十一、經費及會計。十二、章程之修改。（第十二條）

其五、許可及立案

人民團體之組織，應由發起人，向主管官署，申請許可，經許可後，主管官署，應即派員指導。（第十三條）人民團體，經許可組織，其發起人，應即推定籌備員組織籌備會呈報主管官署備案。（第十四條）人民團體於召開成立大會前應將籌備經過連同章程草案，呈報主管官署並請派員監選。（第十五條）人民團體組織完成時，應即造具會員名冊職員略歷冊，連同章程各一份呈報主管官署立案，並由主管官署造具簡表轉送目的事業主管官署備查。（第十六條）人民團體經核准立案後應頒發立案證書及圖記。證書及圖記之式樣及頒發規則，由社會部定之。（第十七條）

其六、罰則

人民團體，違反法令，妨害公益，或怠忽任務時，主管官署，得分別施以下列之處分：

(甲)警告 (乙)撤銷其決議 (丙)整理 (丁)解散。職業團體經解散後，應即重行組織。下級主管官署爲丙款或丁款之處分時，應經其上級主管官署之核准。關於甲款及乙款之處分，目的事業主管官署，亦得爲之。(第十八條)

其七、附則

現行法令關於人民團體組織之規定，與本法不牴觸者，仍適用之。(第十九條)

卯、關於職業團體會員入會之強制與退會之限制

依據非常時期人民團體組織綱領第八目制定之非常時期職業團體會員強制入會與限制退會辦法(二十九年九月中執會一五五次議決送國防最高委員會核定交行政院公布自公布日施行)第一目、凡合於下列各種職業團體(1農會 2漁會 3工會 4商會 5同業公會 6律師公會 7會計師公會 8新聞記者公會 9醫師公會 10藥師公會 11工程師公會)法定會員資格之從業人員或團體，均應加入當地業經依法設立之各該團體爲會員，非因廢業或遷出團體組織區域或受永久停業處分者，不得退會。第二目、凡拒絕入會之各業從業人員或下級團體，應由各該業團體，限期勸令加入，逾期仍不遵辦者，應予警告，自警告之日起，十五日內，仍不接受者，得由各該團體呈請主管官署，分別予以下列之處分：甲對各業從業人員：1罰鍰 2停業。乙對各業下級

團體：1 整理 2 解散。甲乙兩項各款處分之標準，除法令另有規定者外，由主管官署，視情節輕重酌定之。第三目、凡違反第一目所規定退會之限制者，亦適用第二目所規定之處分。第四目、第二目所規定之停業處分，不適用於農民時，得由當地農會，呈請主管官署限制其不得享受農貸農倉之權利，或不准其參加合作社及享受農會舉辦事業之利益。

第七點 關於各種團體法規（包團體法團體人）之解釋

1. 自由職業團體組織辦法案

（略）查國民會議代表選舉法施行法中，所稱新聞記者，律師，醫師，工程師，會計師等自由職業團體，其組織法規，過去尙無規定，茲經本部呈准中央規定，凡自由職業團體之組織，應依照人民團體組織方案，及民法關於法人之規定辦理。有特別法者，並須依特別法辦理。其發起人暫定爲二十人，組織以縣市爲區域，但有特殊情形，經省黨部之核准，得以省爲區域。（略）（第三屆中執委員會一二九次常會通過二十年三月二日中央訓練部令行）（按三十年一月十一日公布同日施行之律師法第九條二項地方法院登錄之律師滿十人者應於該法院所在地設立律師公會本辦法應將律師除外）

2. 法人經主管官署許可後，法院仍有審查關於登記事項及程序之權。（二十年二月十九日院字第四四三號）

3. 聲請登記，應納登記費。（二十年一月二十二日院字四一五號）

4. 登記之方式及簿冊，應依法人登記規則第二條，第二十六條至第二十九條各條，及司法行政部頒發之法人登記簿冊格式辦理。（同上）

5. 查農會多為貧苦農民所組織，自可援照工會法，准其免繳登記各費，惟職業團體中，應以農工會為限，其他團體，不得援以為例。（二十年八月四日司法行政部函中央執行委員會訓練部公字第三〇六號）

6. 以營利為目的之法人固應準用公司法登記之規定，惟公司法未施行前，（按公司法及其施行法二十年七月一日施行）經註冊所核准註冊即可認為法人成立，毋須向法院聲請登記。（二十年二月十九日院字第四四三號）

7. 工商同業公會法施行細則第十條，所謂主體人，自係指公司行號之股東或號東而言。（二十二年十一月二十八日院字一〇〇四號）

8. 工商同業公會會員代表，如僅與委員法定人數相當，或不足，應行改選人數時，可另推代表以備選任。（二十二年十二月九日院字一〇〇九號）

9. 商會及工會同業公會之會員代表，如未經會員撤換，或受除名處分，其代表資格，當然繼續存在，於改選職員時，自應就原舉派之會員代表中選任。（二十二年十二月七日院字一〇〇七號）

10. 違背同業公會會章之其他處分方法，應以會章所載明者為準。（二十三年十二月十九日

院字一一六一號)

11 工商同業公會之委員，脫離該業，或其代表之商店歇業時，其委員資格，自應喪失，如離去原店後，在他店服務，縱更推為代表，其舊資格亦不存在。(二十三年十二月十九日院字一一六二號)

12 工商同業公會委員改選時，其會員代表，不足被選人數，又不能另推代表，在現行法令上，尚無救濟方法。(二十三年十二月二十九日院字一一七一號)

13 工商同業公會法，對於代表之年齡，並無限制，則該會代表及職員之年齡，自不受商會法第十條之限制。(二十三年十月十七日院字一一一四號)

14 同業之公司行號，均應強制加入同業公會。(二十三年十二月十九日院字一一六一號)

15 同業公會，舉行選舉，可由他人代為出席，惟應證明其代理權之存在。(二十四年二月二十二日院字一三三五號)

16 僅在初中畢業，雖曾服務教育界一年以上，不得為教育會會員。(二十四年十二月十八日院字一三七五號)

17 教育會會員，喪失資格，既應退會，自無須通知其出席大會，但如對喪失資格有爭執，而大會欲予除名，應依法定人解決之。(二十四年十二月十九日院字一三七八號)

18 教育會會員大會，應由幹事會理事會召集之，上級教育會，召集會員大會時，應由直接

下級教育會會員大會，選舉同數代表出席，如以通訊方法，選舉縣教育會會員大會出席代表，於法無據。(二十四年十一月二十二日院字一三四八號)

19 (一) 一人同時在本區域內，開設兩個以上之同業商號，得以一人為代表，祇能行使一個選舉權或表決權。

(二) 組織工商同業公會之公司行號，不以註冊者為限。(二十五年二月十八日院字一四二七號)

20 工商同業公會聯合會，依工商同業公會法，僅訂明準用關於同業公會之規定，則聯合會代表之選派方法及類數，應如何準用，須就事實上斟酌情形定之。(二十五年四月三日院字一四六九號)

21 團體協約法第十二條規定，團體協約，得規定工人團體現任職員因辦理會務得請假之時間，但至多每月平均不得超過三十小時等語。既定明每月平均，自應祇許其就每月分別平均計算，不得合併全年平均計算。(二十五年九月一日院字第一五二八號)

22 商會執行委員或監察委員，於舉行商會法第十九條改選時，既經留任者，不得再行當選，故留任之執委又當選為監委，或留任之監委，又當選為執委，其當選為無效，不生執監兩職能否擇一而就之問題。(二十五年九月二十八日院字第一五四六號)

23 律師公會，係職業團體之一，其關於會長之選舉，係本於會員之私權作用，應屬於民法

關係，即該章程第三十一條，將選舉事項，與提議決議事項，分款列舉，亦係就兩者之性質，顯示區別，同章程第三十四條所定得由司法行政長官宣示爲無效者，既僅以第三十一條第三款所定之議事爲限，則會員依民法關係，就此提起確認無效之訴，自非法所不許。（二十五年十一月十日院字一五七〇號）

按司法行政部訓令三〇八〇號令行之會長制律師公會標準會則，及理監事制律師公會標準會則，因三十年一月十一日公布之律師法第十一條至第十三條，採理監事制，該訓令失效。

24 商會職員之改選，依商會法第十九條僅規定任期及改選方法，至改選會之召集違法，或當情事，該法既未訂明，由其監督官署得以行政職權宣告有選舉結果爲無效，則遇有此項發生，祇可依私法關係，由會員提起確認無效之訴。（二十五年十二月十日院字一五九四

25 同業公會主席，雖會判處有期徒刑，嗣經假釋出獄，尙未期滿，如無商會法第十三條所列各款情事之一，又未經同法第十七條會員大會之議決，將其除名，自不能否認其會員代表出席之資格。（二十七年六月四日院字第一七三一號）

26 人民團體法令中，如無禁止吸食鴉片，或有賭癖者，爲會員或職員之明文，即不能因吸食鴉片或有賭癖而拒絕其入會爲會員或當選爲職員。（二十七年七月十二日院字第一七四七號）
附中央執行委員會社會部致司法院原函

查關於人民團體會員吸食鴉片，除文化團體組織大綱，監督慈善團體法，婦女會組織大綱，漁會法，及國內僑務團體組織辦法等，已有規定，不得為會員外，至農會法工會法商會法均無明文規定。(下略)

按二十六年五月三十一日修正公布之農會法第十四條，二十七年一月十三日修正公布之商會法第十二條，已有吸食鴉片不得為會員之規定，唯工會法尚無明文。

27 某婦既由甲縣，嫁適乙縣，依戶籍法第四條，妻以夫之本籍為本籍之規定，則其本籍屬於乙縣，自不得參加甲縣同鄉會之組織。(二十七年七月二十七日院字第一七五一號)

28 未入籬業公會之鄉民，以在車站及碼頭有起卸貨物之權，對於已入籬業公會之工人，訴請確認，司法機關即應就其訴之有無理由，予以裁判。(二十七年十月十七日院字第一七九三號)

29 修正商會法第十七條第二項但書之規定，係為第一次改選，而委員人數為奇數時而設，所謂得多一人，係對照第一項所定之半數言，不得解為可多可少，故留任者之一方，祇許多一人，不許少一人。(二十七年十二月三十一日院字第一八二九號)

30 各地漁業區管理所主任，或其他現任公務員，如合於漁會章程會員之資格，自得為該會會員，惟由會員被選為理監事，則因官吏服務規程第十一條所定之限制，自不得兼任此項職務，其以非會員當選為理事時，亦同。(二十七年十二月十四日院字一八二五號)

31 教育會法，並無會員得請他人代替出席之規定，如由他人代替參與選舉，其所投之選舉票，自屬無效，惟被選人除去該票，仍能當選者，亦不因此而受影響。（二十七年十二月二十四日院字一八二七號）

32 商業同業公會會員代表，依商業同業公會法第十四條規定，既以有中華民國國籍者為限，則其所代表之會員，亦當然受此限制，至中華民國人民，因經理或代理外籍輪汽船，而自行設立之公司行號，如無外人資本，自得加入商業同業公會為會員。（二十八年二月十三日院字第一八四五號）

33 營重要商業者，在同一區域內之同業，雖僅四五家，且因本小，未用夥工，仍應為同業公會之組織，至公會職員，自可於會員四五人中，互選執行委員監察委員各一人，而以其餘二人或三人，為普通委員，並供改選職員之用，又未經指為重要之商業，在同一區域內，有同業七家以上，依同法第五十七條組織公會者，其職員之互選及改選，如採用上述辦法，尤不生人數不足之問題。（二十八年七月十八日院字一九〇一號）

34 舊工商同業公會法第四條第一項係規定訂立章程時，出席代表人數之最少限度，其所謂代表三分之二，係指全縣或全市公司行號代表總數之三分之二而言，新商業同業公會法第十條第十二條第一項之規定，與舊法第四條第七條趣旨相同。（二十八年七月十九日院字一九〇二號）

35 商業同業公會，應分設執行委員，監察委員，惟人數得各僅選一人。（二十八年八月三日院字一九〇八號）

36 理髮業爲商業之一種，如未經經濟部指定爲商業同業公會法第二條所稱之重要商業，固不在應依同條組織商業同業公會之列，惟在同一區域內，有同業七家以上者，得設立商業同業公會，至理髮師爲職業工人，自得組織職業公會。（二十八年十一月二十九日院字一九三九號）

37 中華民國人民具有農會法第十三條所定資格者，不分男女，亦無論是否家長，均得爲農會會員，院字第四八零號及第五九零號解釋，係就農會法第十六條第一二兩款，加以解答，亦非以農戶爲參加農會之單位。（二十九年二月二十日院字一九五九號）

38 商業同業公會法於執行委員會，或監察委員會之召集人未設明文，如該法施行細則，亦無規定，得以公會章程定之，章程未定明者，得以會員大會之決議定之，大會未議定者，得以執行委員會或監察委員會之決議定之，委員會未議定者，各執行委員，或各監察委員，皆得召集之。其執行委員互選常務委員者，各常務委員，皆得召集之。至執行委員會，與監察委員會職權，各不相同，自應分別開會。（二十九年二月十三日院字第一九六二號）

39 公會會員代表之表決權，選舉權，以其所繳會費，比照單位，計算權數，爲修正商會法第十三條第二項所明定，公會會員，依同法第二十九條第一款之甲，就該公會所負擔會費之數

額比照單位時，其不足單位之數，達於一單位二分之一者，依同法第十三條第一項，及第二十九條第一款乙之規定，應認其權數為二分之一，其不滿二分之一者，不計算權數，所繳會費，不因此而受影響。（二十九年五月二日司法院院字第一九九五號）

40 縣市以下各級農會所設之幹事長副幹事長幹事按諸立法本旨，副幹事長應協助幹事長，處理會務，幹事應受幹事長之指揮，處理會務，毋庸組織幹事會，舉行會議。至省農會所設之理事監事，與縣市以下各級農會所設幹事長，副幹事長，幹事，性質不同，自有分別組織理事會監事會之必要。（二十九年五月十七日司法院院字第一九九九號）

41 非常時期人民團體組織綱領第四條，固規定各種人民團體之成立，均應先經政府之許可。惟此所謂政府，非專指縣政府而言。律師應於地方法院所在地，設立律師公會，既為律師章程第二十四條所明定，（按即律師法九條二項）律師公會之成立，即無須先經縣政府之許可。至律師公會，應受中國國民黨之指導，及所在地地方法院首席檢察官之監督。關於抗戰動員工作，並受軍事機關之指揮，已於非常時期人民團體組織綱領第十一條，律師章程第二十五條，（按即律師法十條）分別定有明文，縣政府對於律師公會，自無監督指揮之權。（二十九年十一月二十八日司法院院字第二〇九六號）

42 漁會以增進漁業人之智識技能，改善其生活，並發展漁業生產為目的，漁會法第一條定有明文，故漁會會員，除漁會法第五條第一項所稱營水產之製造運輸保管及各業者外，惟漁業

法第一條所定意義之漁業人，始得爲之。代客買賣魚類，或自行販賣魚類之行店，既非漁業法第一條所定意義之漁業人，又非以水產之製造運輸保管爲營業，自不得爲漁會會員。漁會法第三條第四款雖將籌備漁業共同販賣事項，列爲漁會任務之一種，然其所稱漁業共同販賣，顯與漁業以外之商人，自設行店所爲之販賣有別，不足爲販賣魚類之魚行，得爲漁會會員之論據。至漁會法施行規則第五條所稱之行店，係指依漁會法之規定，得爲漁會會員之行店而言，如營水產之製造運輸保管各業者，所設之行店是也。代客買賣魚類，或自行販賣魚類之行店，並不包含在內，不能據以斷定此種行店，亦得爲漁會會員。此種行店，既不得爲漁會會員，自可依法組織商業同業公會，院字第五百號，及第九百號，關於此部分之解釋，應予變更。（三十年三月十一日院字第二一六二號）

43 商業同業公會法第三條，既僅規定兩類以上之重要商業，得於同條所定情形，合組商業同業公會，重要商業之同業公會，與非重要商業之同業公會於同法第五十七條第一項但書所舉各條，又有適用與否之別，重要商業與非重要商業，自不得合組商業同業公會，即兼營重要商業，與非重要商業者，亦未便准予合組，惟依同法第五十七條第一項之規定，非重要商業，並非必須設立同業公會，兼營重要商業設立同業公會外，如就非重要商業另設同業公會，確有困難，不妨暫緩設立。（三十年六月十八日院字二二〇一號）

44 教育會依國民大會代表選舉法附表四之規定，固爲同法所稱之自由職業團體，惟其他法

合所稱之文化團體，如依該法令之本旨，可解為包含教育會在內者，仍不妨解為文化團體。
(三十年八月二日院字二二二二二號)

第一款 通則

第八解 本款之總說明

本款應說明者三點

第一點 本款之內容

- 壹 法人成立之依據(二五) 貳 法人之權利能力(二六) 參 法人之行為能力(二七) 肆 法人之責任能力(二八) 伍 法人之住所(二九) 陸 法人以登記為成立要件(三〇) 柒 法人以補行登記或變更登記為對抗第三人之要件(三一) 捌 法人主管官署之監督權(三二) 玖 處罰董事之監督權(三三) 拾 撤銷法人許可之監督權(三四) 拾壹 法人董事聲請破產之責任(三五) 拾貳 法人之解散(三六) 拾參 法定清算人之產生(三七) 拾肆 選任清算人之產生(三八) 拾伍 清算人之解任為法院監督清算職權之一(三九) 拾陸 清算人之職務及法人解散之效力(四〇) 拾柒 清算程序所適用之法則(四一) 拾捌 清算之檢查為法院監督清算職權之二(四二) 拾玖 清算人之處罰為法院監督清算職權之三(四三) 貳拾 法人剩餘財產之歸屬(四四)

本款係規定社團財團共通之法則。

第二點 團體人（法人）之分類

余既於本節第四點爲團體之分類，在本款無爲法人分類之必要。爲適用上起見，姑分三類：

子、公法人私法人

此區別之標準，學說紛紜，任何標準，皆非絕對，其情形與區別公法私法之標準相同。余既不主公私法之區別，當然無公法人私法人之區別。蓋以地方自治團體爲公法人，大抵一致，至於公共團體，如商會、工會、工業同業公會等，是否爲公法人，則甚有爭執，蓋法人分爲公私二種，原來不甚妥當，且不必要。有謂公法人有區別之必要者，關於民事發生：（1）訴訟之管轄問題，即應起訴於普通法院，抑起訴於行政法院。（2）債之執行問題，即依民訴之強制執行，抑依稅法之徵收方法。（3）法人對於不法行爲，是否負責任等。關於刑事發生是否否有瀆職罪之成立，文書偽造是否爲公文書偽造，抑爲私文書偽造等之問題。然此等問題，應依關於各該法人之特別法而爲個別決定，非可依其法人之爲公爲私，而爲一概之決定也。今爲適用上姑擇克樂米 *Crome* 所謂依其目的事業之公私以區別之。德仁布喜 *Daribus* 所謂對於國家有特別利害關係及受特別之保護者爲公法人，反是爲私法人，以定公法人與私法人之區別。所謂適用上者，即民訴法第二條，司法院統一解釋法令及變更判例規則之三是。

丑、社團法人財團法人

社團以人爲其成立之基礎，財團以財產爲其成立之基礎，以營利爲目的之社團，其取得法人資格，依特別法之規定採準則主義外，以公益爲目的之社團及財團，均採許可主義，於登記前概應得主管官署許可。故未準則之營利社團，及未許可之社團及財團，認爲有組織體之團體而非團體人，彼以我民法之社團及財團，爲社團法人及財團法人之簡稱者誤也。

寅、營利法人公益法人

以營利爲目的之社團，依特別法之規定，其取得法人資格採準則主義。以公益爲目的之社團或財團，採許可主義，於登記前，應得主管官署之許可，已如上述。至於既非公益，又非營利，如學會，俱樂部等之組織，屬於何類？既有公益又有營利之組織，如合作社之人人爲我，我爲人人，又屬於何類？有謂應作爲中間社團者，余以爲不如仿德國民法立法例分有經濟目的之社團，（如合作社）無經濟目的之社團，（如學會俱樂部）較之中間社團，界說稍爲明晰。

第三點 未登記前之社團與財團

法人非向主管官署登記不得成立，則於未登記前，尚不得稱爲民法之社團財團，即不能稱爲團體人，然設立社團人，於登記前已爲社團之組織，其內部關係，可適用社團之規定，蓋內部關係之規定，非基於其爲法人，（團體人）乃基於其爲社團之本身（團體法）也。而對外關係若準用社團之規定，則有害第三人之虞，而且團體人與非團體人之區別，無由實現，應準用合夥之規定，財團未登記前，應準用信託之規定。依德國民法第五四條「無權利能力之社團，

適用合夥之規定，以合夥之名義對於第三人所爲之法律行爲，行爲人個人負責，如爲數人時，應負連帶之責。『此種社團稱爲無權利能力之社團（Verein ohne Rechtsfähigkeit）。此外瑞典六二條，土民五六條，均有類此之規定。日本民法，關於此點無規定，學者多主張亦有無權利能力社團之存在。

第九解 本款之逐條說明

第二十五條 人非依本法或其他法律之規定，不得成立。

本條應說明者四點

第一點 本條規定法人成立之依據，其關係條文爲民總施五條至八條，參考他國條文爲日民三三條泰民七八條。

第二點 立法例

甲、自由設立主義 System der freien Körperschaftsbildung，此主義於中世紀商事公
司之勃興時代採取之。

乙、立法特許主義 Oktroisystem，即依元首之命令或議會之立法，一法律設立一法人，
例如中央銀行法，中國農民銀行條例，中國銀行條例，交通銀行條例，縣銀行法是。

丙、行政許可主義 Konzession system，即依一般法規，以行政處分，對各個法人之設
立，予以許可。我民法關於以公益爲目的之社團採之。

丁、準則主義 Normativsystem，即法律規定法人之設立要件，如具備者當然成立法人，無須特許或許可，我公司法上之公司採之。

右列主義，現各國通行者，爲行政許可主義及準則主義。有單採準則主義者，如瑞士土耳其民法是，（瑞五二條六〇條土四五條五三條）有對於財團採行政許可主義，其他之團體，採準則主義者如德泰民法是。（德八〇條泰八五條）有對於營利之社團，依特別法採準則主義，而對於公益之社團及財團，皆採許可主義者，如日本民法是，（日三四條三五條）我民法仿日例，對公益之社團財團，採行政許可主義。（民法四六條五九條）營利之社團採準則主義。（民法四五條）

第三點 釋本條之意義

一、法人成立，即指開始取得團體法上之團體人的資格而言，就法人本身之主觀言之，稱爲成立，就設立人之客觀言之，則爲設立。設立與成立，學者雖有主張應分階段者，而實際上究係同一觀念。所謂依本法之規定，固專指民法而言，然民法總則施行法中，關於法人補充之規定甚多。該施行法第五條至第十條，尙爲施行法之性質。而第十一條至第十五條，則爲補充法之性質。蓋關於外國法人之如何成立？及民法關於法人之規定，何者能適用於外國法人？民法總則中，並未設有明文，故於施行法中補充之。施行法第十一條，所謂外國法人除依法律規定外，不認許其成立，即係本條之補充規定。

二、其他法律，係指一切法律，規定以何者爲目的（又稱宗旨）之團體（即團體法），並規定其團體爲團體人（法人），舉其著者，如公司法第一條，第三條。商會法第一條第三十六條第四十一條及第二條。商業同業公會法第一條，第六條。工業同業公會法第一條第四十八條第四條第五十八條。輸出業同業公會法第一條第五十二條第六條。農會法第一條第二條。工會法第一條第二條。漁會法第一條第二條。教育會法第一條第二條。合作社法第一條第二條均是。又銀行是否爲法人？銀行法中雖無明文，但該法第二條云銀行應依公司組織，非經財政部核准，不得成立。而公司法第三條又明稱公司爲法人，則銀行法亦即本條所謂其他法律之一，似無可疑。惟既稱其他法律，即須經立法程序成立之法律，始足以當之。若僅係行政命令，不足以爲團體法上之團體人（即法人）成立之根據。

第四點 解釋例

中國銀行，交通銀行，中國農民銀行，雖均爲經國民政府特許之銀行，但依國民政府公布之各該銀行條例第一條規定，係特許其爲某種銀行，或特許其以某種事實爲其營業之標的，依照股份有限公司組織或設立之，則各該銀行既應依照股份有限公司組織或設立，自應適用關於一般股份有限公司所適用之法規，即應同受公司法及公司登記規則之適用。又中國銀行及交通銀行之條例，係公布於公司法施行以前，其第一條所稱，依照股份有限公司條例云者，自係指該條例公布時及公布後關於股份有限公司所應適用之一切法規而言。（二十七年五月三日院字

一七二二號解釋例)

第二十六條 法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定法人權利能力之範圍，其關係條文爲民法一八條一九條一一一四一六條一一二三條一〇八四條一一三八條，參考他國條文爲瑞民五三條士民四六條泰民俄民一三條日民四三條。

第二點 立法例

甲、有規定除專屬於自然人之權利義務外，法人之權利能力，完全與自然人同者，瑞士土耳其泰國民法是。

乙、有規定法人僅享有財產上之權利負擔財產上之義務者，如蘇俄民法是。

丙、有規定法人僅於其章程或捐助行爲目的之範圍內，享受權利負擔義務者，如日本民法是。(法國一九〇二年法律，經認可之社團，非得官署之承認，不得受贈，是又特例。)

本條從甲之立法例而稍加限制。

第三點 釋本條之意義

其一、專屬於自然人之權利義務，即私權分類中之專屬權 *Höchstpersönliches Recht* 也。

團體人（即法人）之權利能力，原則上與自然人無異。（實在說）但有二種限制：

一、因於法令之限制。此為聲明的規定。限制自然人之權利能力，須以法律為之。（參照十七條二項）而限制團體人之權利能力，則得以命令為之。

二、因於性質之限制。即專屬於自然人之權利義務，性質上非法人所得享受或負擔也。至何者為專屬於自然人之權利義務？應依各個權利義務之性質定之，分釋如左。

1. 關於財產者 財產權及關於財產之義務，原則非專屬於自然人，法人均得享受或負擔之。惟性質上亦有專屬於自然人者，例如基於親屬關係之扶養請求權及扶養義務，卹金領受權退養金享受權等是。

2. 關於人格者 凡以人格關係為內容之權利義務，法人並非全不得享受或負擔。惟以身體存在為前提之權利，如身體權，生命權，身體的自由權等；性質上非法人所得享有，此外之人格權，如名稱權，名譽權，資格權，精神的自由權等，則法人亦得有之。

3. 關於身分者 專以自然人之身分為前提之權利義務，法人自不得享受或負擔，如戶長權，家長權，親權，法定繼承權等是。反之不專以自然人之身分為前提之權利義務，如社員權，包括受遺權等，法人自得有之。

其二、團體法上之團體人，既有權利能力，當然有訴訟當事人能力。而團體法上之團體，其代表人或管理人亦同。民事訴訟法第四十條第一項及第三項之規定，至為明瞭。故法人得為

民事原告或被告，毫無可疑。至法人得爲刑事被告否？依現行刑法之規定，應採否定說，而得爲刑事告訴人，（例如對法人犯毀棄損壞罪時）則爲理論與事實所准許也。

其三、法人之權利能力，自何時起至何時終，民法雖無規定，然依民法第三〇條之規定，可解爲始於登記，依第四〇條第二項之規定，可解爲終於解散後清算終了時。

第四點 解釋例

刑事訴訟法第三條所稱自訴人，以自然人或法人爲限，未經依法註冊之外國公司，既未取得法人資格，其以公司名義委任代理人提起自訴者，應不予受理。（二十年八月七日院字五三三號）

法人爲被害人時，得由其代表人提起自訴。（二十五年一月三十日院字一三九四號）

第二十七條 法人須設董事。

董事就法人一切事務，對外代表法人。

對於董事代表權所加之限制，不能對抗善意第三人。

本條應說明者四點

第一點 本條規定法人之行為能力。其關係條文爲公司法一三八條至一五一條，參考條文爲農會法二一條至二三條工會法一六條漁會法八條商會法一六條商業同業公會法一八條工業同業公會法一七條輸出業同業公會法二〇條合作社法三四條，參考他國條文爲德民二六條瑞

民六九條日民五二條至四條土民六二條俄民一六條泰民八八條。

第二點 立法例

瑞士及土耳其之立法例，以董事 *Vorstand* 爲社團及財團所同具之執行機關，規定於法人通則中。社員總會 *Mitgliederversammlung* 爲社團所獨具之意思機關，規定於社團中，我民法仿之。日本民法，特設監察 *Aufsichtsrath* 機關，我民法無明文，應委諸法人章程之訂定。

董事人數，德日民法均有規定，德民二八條規定『以數人組織董事會時，其決議之方法，依第三二條及三四條關於總會決議之規定，對於董事之意思表示，以對於董事一人表示爲已足。』日民五二條第二項規定『董事有數人者，於章程或捐助行爲無特別規定時，法人之事務，以董事之過半數決之。』瑞、土、蘇、泰對董事人數，則不設明文。我民法立法例仿之，解釋上設一人或數人均可，關於決議，如章程無規定，依一般之原則，以過半數決之。（參照公司法一四四條）

董事缺額時，應如何補充，立法例有以明文規定者。例如德民二九條規定『董事缺額時，由法院依當事人之聲請，選任臨時董事。』日民五六條規定『董事缺額，如因選任遲誤發生損害之虞，由法院因利害關係人或檢察官之請求，選任臨時董事。』我民法無明文規定，自可以章程補充之。

法人代表權所加之限制，對於第三人，法人能否主張無效，立法例有以所加之限制是否登

記爲區別。其已登記者，對於第三人爲有效，（德民二六條二項六四條）有以因第三人之爲善意惡意而爲區別。對於善意之第三人，不得對抗。（日民五四條）本條第三項，係從日本之立法例。

第三點 釋本條之意義

其一、董事之名稱，除本法與公司法用之外，農會法工會法漁會法及合作社法則稱理事，且均定有人數。而商會法及各同業公會法，採委員制，稱爲執行委員。然無論用何名稱，其爲執行機關則一也。

其二、法人雖有權利能力，究不能自行活動，其行使權利，必待諸自然人。代法人活動之自然人，其性質若何，學說殊不一致，而法人有無行爲能力之問題，即由此見解而決。今就見解相異之學說，約舉如左：

（一）代理人說。謂該自然人之行爲，仍爲其自身之行爲，不過效力及於法人耳。此說結論，即謂法人無行爲能力。四年大判上字二二三七號採之。

（二）機關說。謂法人之有董事等，如自然人之有手足，即係藉以活動機關，該董事等所爲之行爲，即係法人之行爲。此說結論，乃謂法人有行爲能力。十四年大判上字一九六號採之。各國民法及其學者之解釋，雖不一致，而本條之規定，則可解爲係採第二說，即認法人有行爲能力。

其三、法人須設董事，係一種強行規定，無論社團財團，皆不得違反此規定。設有未設董事之法人，法律即不能認其成立。故本條第一項之規定，一面表明其爲法人之機關，一面亦爲法人成立要件之一。惟董事之爲法人機關，（一）係執行法人業務之機關，而非作成法人意思之機關也。故爲執行機關。（二）係法人對外之代表，而非代理人也。故又爲代表機關。（三）董事人數雖不一定，而應常置一人以上，爲事務之處理，故又爲常設機關。至董事人數如何，是否要奇數，應否組織董事會，以及執行方法如何，不外以法人內部之章程取決之。

其四、董事之權限有二：（一）法人代表權。（二）事務執行權。本條第二三兩項，即董事關於法人代表權之規定也。所謂董事就法人一切事務對外代表法人，極言其代表權之廣泛，凡屬法人目的事務範圍內之行爲，董事均得代表法人爲之，亦得代表法人受之，不問其爲訴訟外之行爲，抑訴訟上之行爲，亦不問其法律行爲，抑事實行爲，此種權限，稱曰代表權，與代理權有別。蓋代表機關所爲之行爲，乃法人之行爲，且不以法律行爲爲限，非如代理人所爲之行爲，係代理人之行爲，僅其效力及於本人，且以法律行爲爲限者可比也。不過董事代表法人之行爲，多仍準用代理規定。至對於董事代表權所加之限制，能否對抗第三人，本條第三項仿日民法例（見第二點），凡對董事代表權所加之限制，不問其係由章程訂定，或由總會決議，（此專指社團法人言）亦不問其已否登記，祇須第三人不知其限制，法人即不得以該限制向第三人主張有效。惟第三人仍得承認其有效而已。至董事對內關係，則法人對其代表權所加

限制，董事仍應遵守，如不遵守，法人對董事主張無效。

第四點 判例

1. 凡法人為訴訟行為者，以其董事為法律上代理人，如由董事以外之人，為訴訟行為，則須有法律之委任。（四年大判上字二三三七號）

2. 法人之董事或其他名義之代表，原屬法人之機關，故凡就法人目的範圍內之事務，以法人名義所為之行為，即為法人之行為，其效力應直接及於法人。又國家所置機關之長官，係該機關之代表，其執行機關職務所為之行為，亦應同一論之。（十四年大判上字一九六九號）

第二十八條 法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，與該行為人，連帶賠償之責任。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定法人之責任能力。其關係條文為民總施一二條二項一五條債編一八八條，參考他國條文為瑞民五五條德民三一一條士民四八條日民四四條泰民八九條。

第二點 立法例

（一）無責任說：此說謂法人無不法行為，但其說明理由，並不一致。有謂法人於法律所認許之目的以內，始能存在，越此目的之行為，即非法人之行為者。有謂董事等係為法人代理人，自僅限於合法行為，始能代理，不法行為，即無代理可言者。此等論據，均於理論及實際

有背。

(二)有責任說：此說雖爲多數立法例及學說所取，但其說明理由，亦不一致。有謂法人原有意思能力，自得爲侵權行爲者。有謂法人對於其董事等行爲負責，乃因其選任及監督有誤者。有謂法人對於董事等行爲負責，並非法人本身有過失，不過法律尊重交易安全，定爲一種特別責任者。有謂法人負責之根據，當於董事等之性質求之，既以之爲執行機關，則於其機關職務上之行爲，自屬當然負責者，此等理論。以最後說較爲自然。

第三點 釋本條之意義

一、本條之規定，明係採用有責任說，其有責任能力之理由如何？雖有上述諸說，究與實際適用上，無甚影響。惟如以董事等之選任及監督有誤爲負責理由時，則法人有時對於他人之損害，可不負賠償責任。(參照債編一八八條二項)但本條之規定，並無此免責條件。祇須其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，即應負責賠償。至該行爲是否爲執行職務之行爲，則屬事實問題而爲負責之要件，自須依行爲之性質及實際情形定之。

二、法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，既應負責，爲此加害行爲之自然人，即董事或職員，自不能反不負責，法律命該行爲人與法人負連帶賠償責任，立法政策，實爲適當，但此僅就對外關係言之，若法人與其董事或職員間之內部關係，則法人於對他人賠償後，得對該行爲人求償，自屬當然。

三、本條之規定，於外國法人亦適用之，如爲已經認許之外國法人，應援民法總則施行法第十二條第二項所稱前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同，爲適用本條之根據。如爲未經認許之外國法人，則應援同施行法第十五條所稱未經認許成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任，爲其負責根據。

第二十九條 法人以其主事務所所在地爲住所。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定法人之住所。其關係條文，爲本節四八條一項三款六一條一項三款，參考條文爲法人登記規則一條公司法四條法律適用條例三條，參考他國條文爲瑞民五六條士民四九條泰民八〇條德民二四條八〇條日民五〇條。

第二點 釋本條之意義

一、法人既有權利能力，且有行爲能力，責任能力，自有設定住所之必要。惟法人之住所，無使離其事務所而獨立存在之必要。蓋執行法人事務之處所，卽爲法人活動之根據地，以事務所所在地爲法人之住所，於理論實際，均爲適當。但法人之事務所，並不限於一處，若有兩個以上之事務所時，究以何處爲其住所？非有明文，易滋疑竇。本條明定以主事務所所在地爲住所。卽謂各事務所中，以較爲主要之事務所爲法人之住所也。例如依公司組織之商店，有

總店分店，以總店爲主事務所時，即以總店所在地爲住所也。其僅有一事務所者，自應即以該事務所爲住所，尤不待言。

二、住所法律上之效果，前曾分別舉示（見第二十條第三點），除性質與法人不相容（例如失蹤歸化）者外，餘均可以參照。

第三十條 法人非經向主管官署登記，不得成立。

本條應說明者四點

第一點 本條規定法人以登記爲成立要件。其關係條文，爲民總施一〇條一三條，參考條文爲法人登記規則一條公司法五條，參考他國條文爲瑞民五二條德民二一條土民四五條日民四五條。

第二點 立法例

有採登記要件主義者，因登記始取得法人資格，（德民二一條瑞民五二條一項）有採登記對抗主義者，法人未經登記，不得對抗第三人。（日民四五條）我民法採登記要件主義，財團社團，皆以登記爲成立要件。在瑞士民法則公之團體，無經濟目的之社團，及特殊財團，無須登記。（瑞民五二條二項五九條六〇條八〇條）

第三點 釋本條之意義

一、法人將其應登記之事項，記載於國家所備之公簿，稱爲法人之登記。大別爲（一）設

立登記。(二)補充登記。(三)變更登記。(四)消滅登記。本條所謂登記，係指設立登記言，即法人於成立時所爲之登記也。其應登記之事項，第四十八條之社團第六十一條之財團各有詳細規定，俟後述之。本條既認設立之登記，爲成立要件，法人如未向主管官署登記，縱其設備內容，極臻完備，祇得認爲事實上之成立，爲團體法上之團體而非團體法上之團體人也。

二、法人於其存續中，屬於主管官署（行政機關）之監督，如文化團體之上級監督機關爲教育部，慈善團體之上級監督機關爲內政部，而其直接監督，則爲縣市政府也。而本條及第四十八條第二項，第六十一條第二項所謂主管官署，則係關於法人登記之主管官署，與普通所謂主管官署有別。民法總則施行法第十條，就此有明文規定，其第一項云，依民法總則規定法人之登記，其主管官署，爲該法人事務所所在地之法院。第二項云，法人對於已登記之事項，應速行公布，並許第三人抄錄或閱覽，即示明法院爲法人登記之主管官署也。

三、本條之規定，係屬強行法規，不但民法總則施行後設立之法人，應當遵守，且溯及民法總則施行前，命其一律遵守。本編施行法第五條，第六條第一項及第七條，均有規定，如不登記，即不得成立。又依本編施行法第十三條所載，外國法人亦準用本條之規定，在中國設事務所時，亦須登記。

第四點 解釋例

慈善團體，依慈善團體法施行規則，得許可設立之主管官署，設立許可後，未依法向主管

官署登記，雖在該規則施行前成立，依民法不得成立爲法人，自不能認爲有法人資格。（二十年二月六日院字一四〇七號之一）

第三十一條 法人登記後，有應登記之事項，而不登記，或已登記之事項有變更，而不爲變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。

本條應說明者二點

第一點 本條規定法人以補行登記或變更登記爲對抗第三人之要件。其關係條文爲本節四八條一項六一條一項民總施一三條，參考條文爲法人登記規則五條，參考他國條文爲德民六七條六八條七一條日民四六條。

第二點 釋本條之意義

一、本條前段，爲補充登記，後段爲變更登記。補充登記，卽法人應登記之事項，於登記時有所遺漏，或登記時尙未確定，嗣後始確定者，均應補行登記。何者爲應登記之事項？在社團爲第四十八條第一項列舉之事項，在財團爲第六十一條第一項列舉之事項。登記時有所遺漏者，例如有主事務所及分事務所，而僅登記主事務所是，登記時尙未確定嗣後始確定者，例如出資方法，（專指社團言）董事代表權之限制，存立時期等，其性質皆不妨於登記後確定也。至變更登記，係指已登記之事項，有所變更，應就其變更之內容，更爲登記而言。已登記之事項，何者可以變更，法律並無限制，祇須不違反第三十六條之規定，殆無不可爲變更登記也。

二、補充登記及變更登記，係爲保護第三人之利益而設，不爲此等登記之事項，僅不得以該事項，對抗第三人，即關於該事項之行爲，不得對於第三人主張有效（就法人有利方面言）或無效（就法人不利方面言）是也。至法人之內部關係，則不因未爲此等登記而妨礙其效力。又本條規定，依民法總則施行法第十三條，於外國法人在中國設事務者亦準用之。

第三十二條 受設立許可之法人，其業務屬於主管官署監督，主管官署，得檢查其財產狀況，及其有無違反許可條件，與其他法律之規定。

本條應說明者二點

第一點 本條係就設立許可之法人規定主管官署之監督權。其關係條文爲本節四六條五九條，參考他國條文爲德民四三條四四條瑞民八四條士民七七條日民六七條泰民九一條。

第二點 釋本條之意義

一、依本法規定，受設立許可之法人有二，一爲以公益爲目的之社團，一爲財團。此等法人非先受設立許可，法院即不得允許登記，其成立較以營利爲目的之社團，尤爲嚴重，其業務自應屬於主管官署監督，此所謂主管官署，即管轄法人目的事業之行政機關，凡中央主管各部之總長，及屬於各部之地方行政長官地方政府，均應包括在內。至監督權行使之方法：（一）有檢查財產狀況，以明其有無弊端，能否發展其目的事業或維持，應否聲請破產等事。（二）有無違反許可條件，以明其應否撤銷許可。（三）有無違反其他法律之規定，以明其應否糾正，

並是否應依第三十六條之處置。所謂其他法律，已於第二十五條第三點說明之。

二、須受設立許可之法人，如在民法總則施行前，已得主管官署之許可，得於民法總則施行後三個月內，聲請登記爲法人，係民法總則施行法第五條所明定。是民法總則施行前受許可之法人，亦應適用本條也。

第三十三條 受設立許可法人之董事，不遵主管官署監督之命令，或妨礙其檢查者，得處以五百圓以下之罰鍰。

第三十四條 法人違反設立許可之條件者，主管官署，得撤銷其許可。

右二條便利上合併說明爲左之四點

第一點 右二條均係實行監督權所定之制裁方法。其關係條文爲本節四三條二五條二六條，參考條文爲公司法二二二條六條，參考他國條文爲日民八四條三款七一條德民四三條四四條瑞民七八條。

第二點 立法例

依日本非訟事件法，罰鍰應依非訟事件法，不適用刑事訴訟程序，（日非訟事件法二〇八條）。我國現尙未制定非訟事件，可準用行政執行法之規定。依德國非訟事件程序法第三三條之規定，罰鍰之處罰，應預定期間爲警告，董事清算人，於期間內，不依法規之所命，始得加以處罰，故處罰之原因，非爲法規之規定，而在於官廳之警告，故一次因不依官廳之命令被處

罰者，仍不依法規之所命，國家得再爲警告，如再不從時，則再爲處罰，所謂一事不再理之原則，不適用之。依日本民法及非訟事件法（二〇七條以下），則無須警告，卽得爲處罰，故處罰之原因，在於法規之違反，不在於警告之不從。

第三點 釋右二條之意義

一、受設立許可之法人，既應受主管官署之監督，代表該法人之董事，卽有服從監督命令，及不妨礙檢查之義務。董事如違反此義務，自須有法律上制裁方法，方可達監督之目的，本條定爲得處以五百圓以下之罰鍰，卽實行監督權所定制裁方法之一也。

二、設立許可之條件，係獲得許可之合法根據，猶言合於某條件則應許可，不合於某條件則不能許可也。若以合於某條件獲得許可，而檢查結果，顯不合於某條件，卽爲違反設立許可之條件。例如法人設立時，聲明財產總額爲十萬圓，因而獲得許可，乃檢查結果，僅足五萬圓之類是也。此時主管官署，或糾正之使合於設立許可之條件，或逕撤銷其許可，不妨自由處置也。此亦實行監督權制裁方法之二也。

三、第三三條係妨礙監督權行使之制裁，第三四條則係監督權行使後所得結果之制裁，是其區別之點也。

四、罰鍰與罰金不同

罰鍰 *Ordnungsstrafe* 謂民事上之金錢罰，與罰金之爲刑事罰者有別。故罰鍰不適用刑法

總則之規定，卽再犯不加重，如有數個之違反行爲，就其各個行爲處罰，不適用併合論罪之規定。罰鍰應依非訟事件法，不適用刑事訴訟程序，日非訟法二零八條，有此規定。我國尙未定非訟事件法，依行政執行法第二條第二項，罰鍰應以書面限定期間，預爲告戒，（德非訟事件程序法三三條同旨）在非訟法未定前，可準用之。

第三十五條 法人之財產，不能清償債務時，董事應卽向法院聲請破產。

不爲前項聲請，致法人之債權人受損害時，其有過失之董事，應負賠償之責任。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定法人董事聲請破產之責任。其參考條文爲破產法一條五七條五八條，參考他國條文爲德民四二條二項日民七〇條二項八四條六八條瑞民七七條土民七〇條。

第二點 立法例

日民對於董事怠於聲請破產有處罰之規定，（日民八四條五款）德民規定聲請有遲延時，有過失之理事團員，對於債權人有賠償因其遲延所生損害之責，此理事團員負連帶債務人之責（德民四二條二項）。我民法無怠於聲請之處罰，而第二項，頗與德民相同。日破產法，以債務超過爲法人破產之原因，我破產法則未爲此規定。

第三點 釋本條之意義

其一、第一項之釋明

一、法人之財產，係以設立人之出資或捐助為基礎，由此基礎所生之孳息，連同基礎財產，概為法人獨立所有，與出資或捐助之設立人無涉，此乃法人有權利能力之當然結果，法人既有權利能力，同時並有行為能力，則為法人目的事業之活動，或由發展而致富裕，或因衰落而負債務，自屬常有之事，苟法人之財產，至於不能清償債務，在法人本身，固可以解散或其他方式了結之，而法人之債權人，則不免因此受損，法律故命該法人之董事，應即向法院聲請破產，蓋債務人之總財產，為其一切債務之總擔保，債務人所負債務之數額，超過其財產總額時，債權人即不能受滿足之清償，為使各債權人得受平均分配計，而有破產制度，應使自然人與法人一律適用也。

二、不能清償債務，謂債務人不能為清償之客觀的狀態，與停止支付有別。蓋一為狀態，一為行為。例如閉店逃亡，則為停止支付之默示的行為。我破產法，則以停止支付推定債務人為不能清償（破產法一條）。停止支付又與債務超過*Überschuldung*不同，蓋債務超過，有不停止支付者，亦有停止支付而非債務超過者。

其二、第二項之釋明

董事於其法人財產不足清償債務時，應即向法院聲請破產，係屬法律所命之義務，故違反此義務者，應使負賠償責任，惟須具備左列條件：

一、須債權人受有損害，所謂債權人受損害，非謂不得滿足之清償，——即為損害，乃謂

應聲請破產之時而不聲請，致嗣後所得分配成數，更爲減少也。蓋以不能清償債務爲破產原因，其不能得滿足之清償，卽屬當然結果，自難以之爲賠償理由。

二、須董事有過失，卽能注意或應注意而不注意之謂，如應聲請而不聲請，或早應聲請而延緩聲請皆是。

至賠償責任之程度，應以債權人實際所受損害，及董事過失之輕重爲衡。

第三十六條 法人之目的或其行爲，有違反法律，公共秩序或善良風俗者，法院得因主管官署，檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定法人之解散。其關係條文爲民總施一四條，參考條文爲農會法四二條工會法四五條四六條商業同業公會法四四條工業同業公會法四三條輸出業同業公會法四七條漁會法一八條教育會法三四條合作社法五五條，參考他國條文爲瑞民七八條俄民一八條土民七一條泰民九三條。

第二點 立法例

瑞民七八條『社團法人之目的，違法或違反善良之風俗時，推事因該主管官廳或利害關係人之訴解散之。』俄民一八條土民七一條泰民九三條同旨。

第三點 釋本條之意義

其一、法人之目的，如違反法律，公共秩序或善良風俗，在應受設立許可之法人，根本即不能獲得許可。在不須受設立許可之法人，如以違法之目的，聲請為設立登記，亦必為登記機關所不允許，其法人應屬無從成立，何至發生解散問題？然本條所謂法人之目的違法，則有下列兩種情形：（一）舊法時代成立之公司，因新法之施行而成為違法者，例如鴉片公賣時代，以販製鴉片為目的組設公司，因禁烟法之施行而成為違法之類。（二）聲請允許或設立登記時，隱蔽其真正目的，朦混成立，嗣後乃發見其目的係違法者，例如以運送貨物之目的為聲請，而其實際之目的，乃在運送違禁物之類，自足為解散之原因。至法人之行為違法，隨時可以發見，惟所謂違反法律，須違反現行法之強制或禁止規定，若僅違反任意法規，尙難即為解散原因，又目的或行為之違反公共秩序或善良風俗者，類皆即違反法律所強制或禁止，但法律不能就違反公共秩序或善良風俗之事項，一一為強制或禁止之規定，且所謂公序良俗，常因時代而異其觀念，故特與違反法律一語，連綴並舉，使用法者得實際之便利。

其二、法人違法，雖得解散，但解散係使法人停止活動，其目的事業，不能繼續進行，非可輕率行之。故必由法院依法宣告，而得向法院為解散之請求者，限於左列：

一、主管官署。此所謂主管官署，乃管轄法人目的事業之官署，主管官署，得為解散法人之請求者，以其對於法人之目的事業有監督權也。

二、檢察官。檢察官乃代表國家之機關，有糾正及檢舉人民違法之職責，故對於法人違

法，得向法院爲解散之請求。

三、利害關係人，即對於法人違法之結果，有法律上利害關係之人，例如公司之股東債權人等是也。

其三、外國法人在中國設事務所者，如有本條所定情事，法院得撤銷之，爲民法總則施行法第十四條所明定。可知外國法人在中國設事務所者，亦須受中國法律之支配也。

其四、附屬法上法人之解散

農會以違反法律，情節重大者，監督機關，得令其解散之。工會以違反法規，情節重大以及破壞安寧秩序，或妨害公益者，主管官署得解散之。商業同業公會，工業同業公會，輸出業同業公會，則以違反法令逾越權限，或妨害公益情事者，主管官署，得以解散爲最後之處分。漁會則以行政官署依法所爲之處分，爲解散事由之一。教育會則以違背法令情節重大時，該官監督機關，經其直接上級機關之核准，得解散之。合作社則以解散之命令爲解散情事之一，與本條之規定，不盡相同，附屬法對於根本法有補充之效力適用時應併參照。

第三十七條 法人解散後，其財產之清算，由董事爲之。但其章程有特別規定，或總會另有決議者，不在此限。

本條應說明者四點

第一點 本條規定法人之清算人產生情形之一。其關係條文爲本節五八條五七條六五

條，參考條文爲公司法二〇五條，參考他國條文爲德民四八條日民七四條。

第二點 立法例

日民第七四條規定「除破產外理事爲其清算人」，蓋破產應依破產法之規定，屬於破產管理人之職務。本條所謂解散，其原因蓋有種種，如設立許可之撤消，（民三四條）破產，（民三五條）宣告解散，（民三六條）社團全體社員三分之二以上之可決，（民五七條）事務無從進行，（民五八條）因目的不能達到（民六五條）等是。除破產外，均應爲清算以了結一切事務，釋：應與日民法例同。

第二點 釋本條之意義

其一、法人之解散，其方法有三：

一、由法院宣告解散。此即前條所規定，社團財團均適用之。又依第五十八條之規定，其解散亦須由法院宣告之，惟專適用於社團。

二、由總會決議解散，此爲第五十七條所規定，亦專適用於社團。

三、由主管官署解散，此爲第六十五條所規定，專適用於財團。

其二、至法人解散之原因，除上流解散方法中，各有一定原因，繫於所引各該法條外，更有左列原因。

一、撤銷許可。受設立許可之法人，於主管官署依第三十四條撤銷其許可時，其法人即屬

不能存續，自足爲解散之原因。

二、宣告破產。法人之財產不能清償債務，依第三十五條宣告破產時，亦已不能存續，故足爲解散之原因。

其三、法人無論依何種方法與何種原因解散，總應以清算程序，結束解散後之事務。清算程序者，以消滅被解散法人之法律關係爲標的之程序也。破產法所定程序，與民法有異，因破產解散者，應依破產法，故此所謂清算程序，惟適用於因破產以外原因解散之法人。

其四、執行清算之機關，稱曰清算人。清算人應由何人充任？及如何產生？即爲本條解決之問題。依法文規定，其趣旨如左：

一、清算人原則由董事充任，董事係法人執行業務之機關，且對外代表法人，以之充任清算人，最爲適當。故於章程無特別規定，或總會無另有決議時，即爲當然之清算人。故可稱爲法定清算人。

二、章程有特別規定者依章程。社團應訂定章程，爲第四十七條所明定。財團應訂立捐助章程，亦爲第六十條所明定。關於清算人之由何人充任，雖非章程中必應記載之事項，而章程中如已就此特設規定，即應依章程所定，蓋董事爲清算人非強行規定，而章程有優先於上開原則之效力也。

三、總會另有決議者依決議。此惟適用於社團，社團之總會，係決定社團之最高意思機

關，其權能可以變更章程，故總會之決議，有優先於章程所定之效力。

第四點 解釋例

（號） 法人委任訴訟代理人，應由其代表人爲之，始爲合法。（二十六年六月九日院字一六八九）

第三十八條 不能依前條規定，定其清算人時，法院得因利害關係人之聲請，選任清算人。

本條應說明者三點

第一點 本條規定法人之清算人產生情形之二。其參考條文爲公司法二〇五條二項，參考他國條文爲德民四八條八八條日民七五條瑞民五八條。

第二點 立法例

日民七五條，法院得以職權選任清算人，本條明定法院因利害關係人之聲請，始得選任清算人，自不能與日民爲同一之解釋。

第三點 釋本條之意義

清算既爲法人解散後之必要程序，苟清算人不能依前條之規定產生，自必另有產生方法，不妨礙法人事務之結束。本條定爲法院得因利害關係人之聲請，選任清算人。因清算人之職務重要，而法院對於清算事務，又有監督職權，由法院選任清算人，於理論實際，均屬適當。

也。惟須由於利害關係人（例如債權人及法人財產之歸屬權利者）之聲請，法院不能依職權選行選任，至選任之程式，應依非訟事件法。如非訟事件法別無規定，則應依民事訴訟法，於為相當之調查後，以裁定行之。

第三十九條 清算人法院認為有必要時得解除其任務。

本條應說明者三點

第一點 本條規定法院監督清算職權之一，其關係條文為本款四二條，參考條文為公司法二〇六條，參考他國條文為日民七六條。

第二點 釋本條之意義

所謂解除清算人任務，係清算未終結前，反於清算人意思使其退職之處分也。法院對於清算實行其監督權，固可於清算中隨時為此處分，但以有必要情形為限。所謂必要，即清算人於其職務有不法或不當之行為，抑或有特種事實上之需要時是。不僅對於法院所選任之清算人得為此處分，即對於依其他情形產生之清算人，亦得為此處分。蓋法人之清算，本屬於法院監督也。（見第四十二條）

第三點 解釋例

公司法第二〇六條第二項，乃就法院未認清算人有解任必要時特設之規定，如法院認公司解散後之清算人，有解任之必要，自得解除其任務。（二十五年二月七日院字一四一一號）

第四十條 清算人之職務如左：

一、了結現務。

二、收取債權，清償債務。

三、移交賸餘財產於應得者。

法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視為存續。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定清算人之職務及法人解散之效力。其參考條文為公司法五二條二〇七條，參考他國條文為德民四八條四九條八八條日民七三條七八條瑞民五八條。

第二點 立法例

甲、清算法人說 法人因解散全然失其權利能力，然若此則其財產成爲無主體，甚爲不便，故依法律之規定爲清算之目的，特設一獨立之清算法人 *Genossenschaft in Liquidation* 者，謂之清算法人說。德國學者克樂米，著 *普瀾克*，籍兒克主張之。

乙、同一法人說 謂法人因解散不失其權利能力，惟失其生產能力 *Produktive Seite* 雖不能繼續爲新事業，然於清算目的之範圍內，尙有同一法人之存續者，謂之同一法人說，德國商事判例及英國公司法均採是說。我公司法第五二條採取之。

在清算法人說，則法人本身專屬之權利義務。（例如法人存續期間爲一定給付之義務）因

解散而消滅，不移轉於清算法人，而在同一法人說則否。

丙、擬制存續說 謂法人因解散雖失權利能力，然因法律之擬制，於清算目的範圍內，至清算之終結止，視為存續而繼續同一性者，謂之擬制存續說。德民四九條二項，日民七三條採取此說。我民法從德日民法例。

第三點 釋本條之意義

一、本條第一項，將清算人之職務，設列舉規定。第一款所謂了結現務，即法人解散時業已着手而未完結之事務，均應由清算人了結之，凡不屬於二三兩款之一切收束事務，悉包括在內，此時法人雖不得更為新行為，但因了結現務而為新行為，則無不可。第二款所謂收取債權，謂收取已屆滿債期之債權，其債權尚未屆期，或條件尚未成就者，如為清算之必要，得轉讓與他人，或以換價之方法收取之，否則應劃入剩餘財產。所謂清償債務，依第四十一條之規定，準用股份有限公司清算之規定，故清算人就任後，應以公告方法催告債權人報明債權，對於明知之債權人，並應分別通知。（公司法二一四條六二條）已屆清償期之債務，自得為清償，未屆清償期之債務，得拋棄期限之利益，提前清償之，期限不確定之債權，附條件之債權，應如何清償，法無明文，應由鑑定人以估價方法清償之，債權人如不受領或有不能受領之情事，則應為提存。第三款所謂移交剩餘財產於應得者，謂法人財產清償債務後，尚有剩餘，應由清算人移於應得者，何人為應得者，依第四十四條之規定。有疑問者，我民法及公司法，

關於公告，未明定其有除斥之效力，即於公告期內未報明債權之債權人，是否於 餘財產移交後，尚得請求清償之問題是也。（參照日民八〇條）

二、本條第一項各款之行爲，稱爲清算行爲 Liquidationsakt 第二項之規定，採擬制存續說，所謂清算終結，在清算則爲清算程序之終了，即剩餘財產之交付。然若宣告破產，則無須清算程序，應解爲破產程序之終了。

第四十一條 清算之程序，除本通則有規定外，準用股份有限公司清算之規定。

本條應說明者三點

第一點 本條係示明清算程序所適用之法則。其參考條文爲公司法五二條至六九條二〇九條至二一四條，參考他國條文爲瑞民五八條泰民九四條。

第二點 立法例

法人解散後之清算程序，各國民法多設規定，我國民法，則從瑞民（五八條）泰民（九四條）之立法例，準用股份有限公司清算之規定。

第三點 釋本條之意義

清算人之產生，任免，任務，及清算之監督，贖餘財產之歸屬，本通則已有規定，自可依照適用，但本通則所規定，不能謂已就一切清算程序，包括無遺。故本通則所未規定者，於本條示明準用股份有限公司清算之規定。既不致用法者感受準據之困難，亦可避免立法上之重複

也。股份有限公司清算之規定，即公司法第二百零九條至第二百一十四條之規定是。

第四十二條 法人之清算，屬於法院監督，法院得隨時為監督上必要之檢查。

本條應說明者二點

第一點 本條規定法院監督清算職權之二，其關係條文為本款三九條，參考他國條文為日民八二條。

第二點 釋本條之意義

法人之清算，係結束法人解散後之一切事務，以消滅被解散法人之法律關係為標的，已如前述。可知其關係極為重要，非有適當之監督不可。法律命其屬於法院監督，蓋以法院處理事務能一切依據法律，而以公平為主旨故也。監督權之行使，雖有種種，而隨時為監督上必要之檢查，實為實行監督權之根本方法，所謂隨時，乃極言法院之檢查，可依其自由意思，無論何時，均得為之，但亦以有必要情形為限。至何為必要，雖可依法院主觀之見解而定，然一般見解以為不必要時，法院應斟酌之。又檢查方法，法律並無限制，如調閱文卷簿冊，清查財產狀況等均是。

第四十三條 清算人不遵法院監督命令，或妨礙檢查者，得處以五百圓以下之罰鍰。

本條應說明者二點

第一點 本條規定法院監督清算職權之三。其關係條文為本款三三條三九條，參考他

圖條文爲日民八四條三款。

第二點 釋本條之意義

一、法人之清算，由清算人爲之，法院關於監督清算之職權，名義上雖係向法人行使，實際則係向清算人行使，故在監督職權行使中，定有制裁清算人之方法兩種：一爲解除清算人任務，即第三十九條所規定。一爲處以五百元以下之罰鍰，即本條所規定。罰鍰之性質，雖係一種秩序罰，但既由法院處分，如非訟事件法別無規定，即應依民事訴訟程序，以裁定行之。至何時得處清算人以罰鍰，即不遵法院監督命令時，或妨礙檢查時均是。

二、妨礙檢查，本可包括於不遵法院監督命令之內，茲乃分別言之，可知不遵監督命令一語，涵有廣狹二義，本條係就狹義之不遵監督命令而言。例如命其收取某種債權而不收取，命其清償某種債務而不清償之類。若命其呈驗某種簿冊而不呈驗，命其報告某種財產狀況而不報告，或拒絕閱覽卷牘，清點財物等，則屬於妨礙檢查之範圍，此條與第三十三條之制裁董事同一趣旨。

三、法人對於其清算人因執行職務所加於他人之損害，應否與清算人負連帶賠償責任，法無明文規定，觀於第二十八條之立法精神，當然可解爲類推適用於清算中之法人也。

第四十四條 法人解散後，除清償債務外，其剩餘財產之歸屬，應依其章程之規定，或總會之決議。

如無前項章程之規定，或總會之決議時，其贖餘財產，屬於法人住所所在地之地方自治團體。

本條應說明者四點

第一點 本條規定法人贖餘財產之歸屬，其關係條文爲本款二九條，參考條文爲法人登記規則六條，參考他國條文爲德民四五條四六條八八條日民七二條泰民九五條瑞民五七條士民五〇條。

第二點 立法例

法人清算後贖餘財產之歸屬方法，各國法律，多規定首依章程之規定或總會之決議者，如德民四五條八八條泰民九五條一項日民七二條是。本條之立法例仿之。

無章程之規定或總會之決議時，則有規定應屬於類似目的之法人，無須似目的之法人時，始屬歸國庫者，如泰民九五條日民七二條是。有規定即屬於國庫，但其財產須以合於法人之目的使用者，如德民四五條四六條是。我民法從德民之例，而略爲變通。

第三點 釋本條之意義

其一、法人解散後，有無贖餘財產，至清算終結時，其狀況必已大白。然必須清償債務後始可將贖餘財產，歸屬於應得者。即有尚未到期之債務，亦須按上開第四十條第二點之說明辦理。至誰爲贖餘財產之應得者，依本條規定，其解決方法如左：

一、依章程之規定。此不論社團財團，均可適用。

二、依總會之決議。此僅適用於社團法人。然如社團法人總會決議之歸屬方法，與其章程之規定相牴觸時，將何所適從？此時自應依總會之決議，蓋總會依第五十條第二項第一款，本有變更章程之權能也。

三、屬於法人住所所在地之地方自治團體。此亦不論社團財團，均可適用，於章程無規定或總會無決議時之唯一辦法，所謂法人住所所在地之地方自治團體，即法人主事務所所在地之縣、市、縣以下之鄉鎮是也。

其二、本條第二項歸屬之性質，有謂地方自治團體為法人之繼承人者，有謂可準用關於無人繼承之規定者，有謂法人消滅成爲無主物，故屬於地方自治團體，然繼承編不以法人之解散爲繼承開始之原因，故不得認爲繼承人，如謂應依繼承之規定，則地方自治團體，應包括繼承法人之債權債務，然在法人清算，有賸餘財產交付於地方自治團體，故不得依繼承法人之原則。又無主物屬於公有，乃指不動產言，（土地法一二條）動產不一定爲公有，故亦不能引用。結局祇有解爲地方自治團體依法律之規定，直接取得財產。

其三、法人清算終結，並將賸餘財產歸屬於應得者，法人即因之消滅。此時應否爲消滅登記？本法雖無明文，然以前應登記之事項，於登記已經消滅者，準諸變更登記之規定，自亦應登記，如不爲登記，即不得以之對抗第三人。至其登記方法，應依塗銷登記之方法爲之。（參

照法八登記規則第五條

第四點 解釋例

已解散之慈善團體，其贖餘財產，如依民法應屬於其住所所在地之地方自治團體時，該地若無合法地方自治團體，應由該地地方官署，暫為保存，俟有合法地方自治團體時歸屬之。
(二十五年二月六日院字一四〇七號之二)

第二款 社團

第十解 本款之總說明

本款應說明者二點

第一點 本款之內容

壹 營利社團取得團體人之資格(四五) 貳 公益社團取得團體人之資格(四六) 參 團體內部章程訂定必要事項之記載(四七) 肆 社團設立登記之必要事項(四八) 伍 內部團體法有與外部團體法相輔之效力(四九) 陸 總會為社團最高意思機關及其權限(五〇) 柒 社團總會之召集(五一) 捌 社團總會之決議(五二) 玖 社團變更章程之決議為特別決議之一(五三) 拾 社團社員關係之脫離(五四) 拾壹 社團社員脫離關係後之權利義務(五五) 拾貳 社團總會決議之無效(五六) 拾參 社團法人之決議解散為特別決議之二(五七) 拾肆 社團法人之聲請解散(五八)

第二點 與財團之分別

本編就私團體之分類，係採用社團與財團之分類方法，已於第七解第四點說明之，社團法人者，以社員爲成立要件之法人也。法人成立後，設立人仍爲其分子，稱曰社員，由社員組織總會，爲法人之意思機關。其設立時雖亦須訂立章程，惟因有意思機關，仍得於設立後，隨時變更，故社團法人有彈性，與財團法人一經捐助行爲設立後，別無意思機關，捐助入亦非爲其分子，可稱有固定性者，異其旨趣，是爲社團與財團顯著之區別。

第十一解 本款之逐條說明

第四十五條 以營利爲目的之社團，其取得法人資格，依特別法之規定。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定營利社團取得團體人資格之方法，其關係條文爲民總施一三條，參考條文爲公司法五條，參攷他國條文爲德民二二條二三條瑞民五九條十民五二條日民三五條。

第二點 立法例

德國法制，分爲有經濟目的之法人 *Wirtschaftliche Oder ökonomische Körperschaften* 與無經濟目的之法人 *Nichtwirtschaftliche Oder nicht ökonomische Körperschaften*。民法上之社團法人，僅爲無經濟目的之社團法人，但一二特別法之無經濟目的之社團法人，不在此限，至特別法上之社團法人，當依德國特別法或依聯邦地方法定之，日本民法，社團法

人，最主要者，即公益社團法人，（日民三四條）營利社團，則準用商事會社（公司）之規定，（日民三五條）本條營利社團係沿日民法用語，對於既非公益又非營利之社團，無所歸屬，不如德國用語之妥當。

第三點 釋本條之意義

一、營利者，謂以分配利益於社員爲目的之營業也。營利社團 *Geschaftsvereine* 者即純經濟目的之社團，謂以社員之利益爲目的將團體之利益分配於社員之社團也。故無社員之社團，不得爲營利法人。營利不以對外營利事業爲限，例如相互保險亦爲營利，在民商法分立之國，營利法人，更有商事公司及民事公司之分，我國既不認商行爲之存在，自無庸爲此區別。關於營利法人，如公司法有特別規定者，應依特法先於通法適用之原則，適用公司法，無規定者，則可適用民法關於社團之規定。

二、法文上雖僅就取得法人資格一事，命其應依特別法之規定，其實際除該事項外，特別法如有規定，仍應先適用特別法，乃屬當然之理。又本條規定，依民法總則施行法第三十條，於外國法人在中國設事務所者亦準用之。

第四十六條 以公益爲目的之社團，於登記前，應得主管官署之許可。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定公益社團取得團體人資格之要件。其關係條文爲民總施五條至八

條一三條，參考他國條文爲德民二一條瑞民六〇條俄民一五條土民五三條日民三四條。

第二點 立法例

社團以人爲其成立之基礎，故必有設立人 *Bestandende*。公益社團之設立人，究須幾人？除德民法明定其須七人外，（德五六條）各國立法例多無明文規定，我民法亦然。本條與日民法例，同採許可主義，（日三四條）依德瑞民法，將法人分爲有經濟目的社團，與無經濟目的社團兩種，（德二一條二二條瑞五九條六〇條）德民有經濟目的社團與無經濟目的社團俱爲準則主義，（德二一條）瑞民則均爲自由設立主義。（瑞五二條二項六〇條）

第三點 釋本條之意義

一、公益社團 *Idealer Verein* 者，謂以公益爲目的而不分配所得之利益於社員之社團也。公益社員須積極的以公益爲目的之外，尙須消極的不以營利爲目的，故同時以公益及營利爲目的者，仍視爲營利社團，卽有經濟目的之社團。此等社團之成立，祇須登記，與本條之許可與登記並行者不同，例如合作社法其顯著者也。（合作社法九條一〇條）

二、公益社團於登記前，應得主管官署之許可，爲公益社團法人成立前之特別要件，亦可謂與營利社團法人成立之程序上區別也。所謂主管官署卽管轄法人目的事業之行政機關與第三十二條第二點說明同。所謂許可，卽對於公益社團付與團體人資格之行政行爲也。許可行爲，須與設立及登記相待，始能成爲團體人。故設立行爲，（卽所訂章程）如本係無效，並不能因

許可而變爲有效，許可後不爲登記，其團體人仍不能謂已經成立。所以如此慎重者，蓋以公益影響於社會之利益及繁榮者至大，於國家之政策上，不能不特爲監督也。

三、本條規定，依民法總則施行法第十三條之規定，於外國法人在中國設事務所者亦準用之。此外與民法總則施行法之關係尙多，可參照同法第五條至第八條之規定。

第四十七條 設立社團者，應訂定章程。其應記載之事項如左：

- 一 目的。
- 二 名稱。
- 三 董事之任免。
- 四 總會召集之條件程序及其決議證明之方法。
- 五 社員之出資。
- 六 社員資格之取得與喪失。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團章程訂定必要事項之記載。其關係條文爲本節三〇條，參考條文爲公司法二條二項一三八條合作社法九條，參考他國條文爲德民五七條五八條瑞民六〇條二項土民五三條二項俄民四條日民三七條。

第二點 立法例

日民規定總會須爲定期之召集，每年至少一次者，（日六〇條）我民法未有明文，一任章程之訂定，與德民三六條前段瑞民六四條一項士民五七條一項之立法例同。關於決議證明方法之規定，係德民第五八條第四款之規定，蓋期決議之明確，以防董事之作弊也。又德民五七條，日民三七條，均以事務所爲必要記載事項之一，我民法則僅以之爲登記事項，（見次條三款）其結果社團之事務所，較爲易於移動。

第三點 釋本條之意義

一、章程 (Minriehung, Satzung, Statut) 規定法人內部之組織及其他重要事項之規則，其性質如何，不無爭議，然爲法律行爲，則無疑問。至於爲何種之法律行爲，胥耳德兒，若朗克，謂之爲契約，籍兒克，茹兒特曼，謂之爲合同行爲 Gesamtkart。現今多主後說，蓋以章程之訂立，爲各設立人平行的意思表示之一致，以創設團體人之效力，而非各設立人交錯的意思表示之一致，以發生一定權義關係之效力也。故與其謂之契約，不若謂爲合同行爲也。

二、設立社團，應訂章程，係屬強行規定，與設立財團之應訂捐助章程同。但財團以遺囑捐助時，尚有不訂捐助章程者，社團則並無例外，章程所應記載之事項，社團亦較財團爲煩，財團祇訂明法人目的及所捐財產爲已足，社團則應記明如本條所列舉之六項，六項以外之事項，並非禁止記載，不過記載與否，可任設立社團人之自由而已。

三、目的係設立社團之根本理由，名稱則係別於他種社團之對外表示。董事係法人機關，

其產生與去職，不可漫無準則，總會爲社團之最高意思機關，其召集之條件程序及其決議證明之方法，乃社團中極關重要之事項。社員之出資及社員資格之取得與喪失，一面於社團組織有利害關係，一面又爲社員本身之利害關係，故均應於章程中明白記載。惟上開事項，本法已有規定者，其章程記載之內容，不得與法律有所牴觸，自屬當然。

第四十八條 社團設立時，應登記之事項如左：

- 一 目的。
 - 二 名稱。
 - 三 主事務所及分事務所。
 - 四 董事之姓名及住所。
 - 五 財產之總額。
 - 六 應受設立許可者其許可之年月日。
 - 七 定有出資方法者其方法。
 - 八 限制董事代表權者其限制。
 - 九 定有存立時期者其時期。
- 社團之登記由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之，並應附具章程備案。
- 本條應說明者三點

第一點 本條規定社團設立登記之必要事項，其關係條文爲本節三〇條總施一〇條，參考條文爲法人登記規則一條至四條，參考他國條文爲德民五五條五九條瑞民六一條七民五四條日民四六條。

第二點 立法例

有謂民法上之社團，專指公益社團，此拘泥於日本立法例之誤，蓋在日民公益社團，因受許可而成立，而登記不過爲對抗要件，在我民法，則以登記爲一切法人成立之要件，公益法人，則更另須許可耳。在日民營利社團，準用關於公司之規定，而我國營利社團之取得法人資格，雖依公司法之規定，然公司法無規定者，仍有適用民法之必要。又本條第二項日民無此規定，於其非訟事件法一一七條一二〇條規定之。

第三點 釋本條之意義

一、本條所謂主管官署（即主管法院）與法人設立許可之主管官署不同。依民法總則施行法第十條第一項規定，法人之登記，其主管官署，爲該法人事務所所在地之法院。又法人登記規則第一條規定，法人登記，由法人事務所所在地之地方法院或縣司法機關之登記處管轄，在日民法第四五條第一項法人自設立之日起，二星期內，應於各事務所之所在地爲登記。我國無明文規定，如受設立許可之社團，長不登記，雖有不能成立爲團體人之不利，然因董事之怠慢，則於社團本身及第三人，皆不利益，故主管官署於設立許可時，應於許可書內，限定其爲

登記日期，以爲許可之條件。

二、法人之設立登記，乃法人成立之要件，民法第三十條，已有明文規定，本條特別舉其應登記之事項，除目的，名稱，與章程之應記載者相同外，事務所爲法人執行事務之處所，並爲法人之法定住所，凡有二以上之事務所者，必以其一爲主事務所，其餘則皆爲分事務所。故主事務所及分事務所，皆爲必要登記之事項，惟僅設一事務所者，即以該事務所爲住所，自無須稱之爲主事務所也。章程僅須記載董事之任免，而登記則須記載董事之姓名及住所者，因訂立章程時，董事尙未產生，而登記時，則非有特定之董事，不能爲登記之聲請，此特定董事之姓名及住所，以其對外爲法人之代表，對內爲法人之執行機關，故定爲必要登記之事項。財產總額，所以表現法人資力之大小。出資方法，亦與之有相互關係。至應受設立許可者，其許可之年月日，限制董事代表權者其限制，定有存立時期者之時期，皆爲法人設立時之重要事項，故均定爲必要登記之事項。

三、上開必要登記之事項，其登記程序，由董事向主管官署行之。即董事應具登記聲請書，並附具前條所開章程，向法人主事務所及分事務所所在地之地方法院行之。（參照本編施行法第十條）

四、本條規定，依本編施行法第十三條，於外國法人在中國設事務所者，亦準用之。

第四十九條 社團之組織及社團與社員之關係，以不違反第五十條至第五十八條之規定爲

限，得以章程定之。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定內部團體法有與外部團體法相輔之效力。其參考條文爲公司法一五條，參考他國條文爲德民二五條四〇條瑞民六三條土民五六條。

第二點 立法例

我民法關於社團之登記，從瑞士之立法例，（瑞民六三條土民五六條）規定甚爲簡略，除不違反法律及公序良俗外，頗有待於內部章程之補充。又本條與德民二五條之規定相當，但德民第四〇條列舉得以章程變更之規定。而我民法則以第五〇條至第五八條皆爲強行規定，結果有異。故變更補充章程，應依變更章程之程序。（民法五〇條二項一款）

第三點 釋本條之意義

社團之組織，指社團內容之全體言，例如以董事爲執行機關，以總會爲最高意思機關，關於董事之任免及權限，總會之召集及決議等是。社團與社員之關係，指社團與其組織員之法律關係言，例如社員何時得退出社團，社團何時得開除社員，退社及開除之社員，對社團財產有無請求權，對其應分擔之出資有無清償義務等是。民法第五十條至第五十八條，就上開組織與關係，固有相當規定，但法律之規定，僅爲社團所應準據之一般原則，不能就一切詳細情事，包舉無遺，故應許社團以章程定之，惟章程仍不得與法律牴觸，故曰以不違反第五十條至第五

十八條之規定爲限云云。又法人通則第二十五條至第四十四條中，所有關於法人組織之規定，乃社團財團所應共同遵守者，本條雖未併言不能違反，而社團訂立章程時，不能與之違反，自屬當然，無待明文規定。

第五十條 社團以總會爲最高機關。

左列事項，應經總會之決議：

一 變更章程。

二 任免董事。

三 監督董事職務之執行。

四 開除社員，但以有正當理由時爲限。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定總會爲社團最高意思機關及其權限。其參考條文爲公司法二〇條二一條四二條合作社法九條一四條二〇條二一條二五條二八條三四條四五條至五一條商會法一六條二〇條二項三項二二條至二七條商業同業公會法一八條二一條二二條至二九條工業同業公會法一七條二三條至二九條輸出業同業公會法二〇條二六條至二二條農會法二一條至二三條三四條至三六條工會法二一條至二三條漁會法一二條一四條教育會法二八條二九條三〇條銀行法二六條，參考他國條文爲德民三二條日民六三條瑞民六四條至六六條土民五七條至五九條。

第二點 立法例

各國立法例，亦不一致：關於第一項者，瑞民六四條一項，日民六三條，關於第二項者，瑞民六五條日民三七條三八條德民二七條三三條，關於第二項一款者，日民三八條德民三三條，關於第二款者，日民以之為章程必要記載事項，但專依其章程之規定，（日民三七條五款）任瑞民六五條二項，德民二七條一項，雖以之為總會之權限，然德民明定章程，得另為規定，（德四〇條）瑞民亦可同樣解釋。（瑞六三條）關於第四款者，日民以之為章程必要記載事項，但專依其章程之規定。（日三七條六款）瑞民於六五條一項之外，於七二條二項許於章程規定社員資格喪失之理由，同條第三項規定如無此項規定時，於有重大之理由時，依總會之決議。

第三點 釋本條之意義

一、總會一名社員總會 *Mitgliederversammlung*，為社團最高意思機關，非執行機關，亦非代表機關也。總會可分為二種：即定期總會 *Ordentliche Mitgliederversammlung* 與臨時總會 *Ausserordentliche Mitgliederversammlung*。定期總會有規定至少每年應召集一次者，（日民六〇條）我民法未為規定，一任章程之訂定。（德民三六條瑞民六四條士民五七條）臨時總會，由董事認為必要時召集之。（德民三六條日民六一條）我民法雖無此明文，然可如此解釋，如有一定人數社員之請求，董事亦應召集臨時總會。（民法五一條二項）但附屬法上之人，其會員大會之定期會議，與臨時會議，則均有詳細規定。（參照第一點參考條文）

二、總會權限，有取概括主義者，即規定社團之事務，除委任於董事或其他社團機關者外，概依總會之議決行之。（日民六三條德民三二條）亦有探例示主義者，如瑞民主民是。（瑞民六五條一項，土民五八條一項）即社員之入社開除，董事之選任及未委任於其他社團機關之一切事務，均依總會之議決。本條惟就社團之重大事項，規定應經總會之議決，然總會權限，並不以此為限。凡事務未依章程法律明定屬於董事或其他機關者，解釋上均屬總會議決之權限範圍。蓋以總會為社團最高意思機關也。惟本條第二項第二款所定董事之任免，第四款所定之社員開除，亦同時為章程必要記載事項，（民法四七條三款五款）惟章程上關於此等事項之規定，應受本條之限制，此點較德日民法均有不同。（參照第二點）

三、吸食鴉片或有賭癖者，如章程無禁止為社員之明文，自亦可以為社員（參照本節第七解第七點26）但本條第四款之開除社員，得以之為正當理由，是為當然。

第五十一條 總會由董事召集之。

如有全體社員十分一以上之請求，表明會議目的及召集理由，請求召集時董事須召集之。董事受前項之請求後，一個月內不為召集者，得由請求之社員，經法院之許可，召集之。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團總會之召集。其參考條文為公司法一二八條人民團體職員選舉通則六條合作社法四六條四七條商會法二二條二三條二四條商業同業公會法二二條二三條二

四條工業同業公會法二三條二四條二五條輸出業同業公會法二六條二七條二八條農會法三四條工會法二一條漁會法一二條一三條教育會法二八條，參考他國條文爲瑞民六四條日民六〇條六一條日商法一六〇條二項德民三六條三七條士民五七條英公司法六六條。

第二點 立法例

關於請求召集必需之社員人數，瑞民及日民爲五分之一，（瑞民六四條二項日民六一條二項）德民爲十分之一，（德民三七條一項）我民法仿之。但日民法所定五分之一，得由章程變更。瑞士民法爲強行法規，（瑞六四條六三條）我民法亦然。

第三點 釋本條之意義

一、召集 *Berufung* 者，謂向社員發出開總會之通知也。請求 *Verlangen* 者，謂社員對於董事所爲總會召集之請求也。社團之總會非常設機關，惟依法有召集之權者，依法定程序之召集而成立，於會議之終了而完畢，故全部社員，偶然會合而爲決議，不得爲社員總會之決議。

二、關於召集之條件及程序，他國民法，多有設規定者，（日民六二條德民三二條一項瑞民六七條三項士民六〇條三項）我民法則以之爲章程應記載事項。（四七條四款）然依人民團體職員選舉通則（二十二年二月九日第四屆中央執行委員會第五十七次常務會議通過）第六條規定：各地人民團體職員之選舉，須於十日前由各該團體通知各選舉人。此項團體，如爲社團組織，自應適用此規定，然召集之通知，須於十日前達到者，此因召集不過爲計劃之通知，卽於

十日前爲完成召集之程序，嚴格論之，非意思表示，似可解爲探發信主義，不適用民法第九十五條之達到主義也。總會之召集，不過爲總會成立前提之要件，不因此而卽生總會成立之效果，故未依法召集者，其社員雖會合，仍非總會正式之決議也。

三、第二項係規定社員召集總會，蓋董事如受合法之請求而堅不肯召集時，若不設救濟方法，仍不能達其目的，故本條特規定得法院之許可，乃由社員召集，以防止董事之專橫。（德民三七條二項日商法一六〇條英公司法六六條）

第五十二條 總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之。
社員有平等之表決權。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團總會之決議。其關係條文爲本編五三條五七條，參考條文爲公司法二〇條二一條四二條一二八條合作社法四八條四九條五〇條商會法二五條二六條商業同業公會法二五條二六條工業同業公會法二六條二七條輸出業同業公會法二九條三〇條農會法三五條三六條工會法二三條教育會法二九條三〇條，參考他國條文爲德民三二條三四條三五條日奧六五條六六條瑞民六七條士民六〇條。

第二點 立法例

德民三二條一項三段，瑞民六七條二項，相當於本條第一項。日民六五條二項，瑞民六七

條一項，相當於本條第二項。又決議事項，社員與社團有反對之利害關係者，其社員不得表決。關於此點，他國民法多有以明文規定之者（德民三四條瑞民六八條土民六〇條日民六六條）我民法雖未設明文，解釋上自屬相同。然該社員仍爲出席總會之權利，故仍應對之爲總會召集之通知。無表決權之社員投票時，惟其投票爲無效，其決議並不爲無效。關於決議之方法，他國民法，有許以全體之書面同意代替總會之召集者，（瑞民六六條二項土民五九條二項德民三二條二項）即可不開總會，由全體社員以通信方法表示同意。我國民法惟社團變更章程之決議，許各社員以書面爲之，關於其他議決，則無明文規定，如有總社員三分之二以上之書面同意，自可解爲有效之決議。至於表決權可否由他人代理行使，有明定其不得由他人行使者，如德民是。（德民三八條）有規定得由代理人行使者，我民法無明文規定，解釋上應爲肯定，蓋表決爲意思表示，依其性質，得由代理人行使之。（民法一〇三條）

第三點 釋本條之意義

其一、釋社員權之性質

社員權 *Mitgliedschaftsrecht* 者，社員對於社團所有權利義務之總稱也。是否認爲獨立之權利？甲說：社員權爲各種權利義務之集合，而非獨立之權利者。乙說：社員權爲獨立之權利，各種權利義務係基於此權利分派而生者。其中有物權說，債權說，身分權說。然社團之財產，爲社團自身之所有，社員無何種物權之可言，社員對於社團以公益權（五二條一項二項五

條二項三項五六條一項）爲要素，而利益分配及剩餘財產分配之自益權，不過其常素而已。且公益社團，並無所謂自益權，謂爲債權，亦不妥當。至身分權，爲專屬權，常附着於權利人之一身，無移轉性，不能讓與或繼承，在公益社團之社員資格，因其不得讓與或繼承，或可強解爲身分權，（德民三八條瑞民七〇條三項明定不得讓與或繼承）而在營利社團之社員資格，則於法定條件內，可以轉讓，（公司法二九條七六條一二三條一九五條二項二一六條二項）故身分權，在民商合一之下，亦不能概括社員權之全體。社員權既非財產權中之物權債權，亦非人身權中之身分權，究爲何種權利，多數學說以之爲獨特之權利者。余以爲社員權者，與社員資格相終始之權利，應解爲屬於人身權中人格權第八類資格權之範疇。籍兒克所謂社員權爲社會法上之關係，不能以通常物權債權之個人法上的觀念繩之。與余之主張相同。

其二、釋決議及表決

一、決議 *Beschlusfassung* 者，謂同一內容之社員意見達於一定之數，即合同行爲是也。總會之成立，須有合法之召集，已如前述。關於爲總會成立所必要之出席人數，我民法無明文規定，除章程有規定外，解釋上有二人以上之出席爲已足。關於決議，各社員應有平等之表決權，蓋公益社團，不以營利爲目的，不應因出資或其他情事等而爲區別。（日民六五條瑞民六七條士民六〇條）

二、本條第一項係規定表決所必要之人數，第二項係規定表決權平等之原則，德瑞民法，

雖有同樣之規定，然得以章程變更之。（瑞民六七條二款六三條二項德民三二條四〇條）至爲議決時，社員雖有贊成反對之自由，然既經爲合法之決議，則雖反對之社員，亦應受其拘束。決議爲過去的 *imperfectum*，議決（表決）爲現在的 *perfectum* 也。

第五十三條 社團變更章程之決議，應有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或有全體社員三分之二以上書面之同意。

受設立許可之社團，變更章程時，並應得主管官署之許可。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團變更章程之決議爲特別決議之一。其關係條文，爲本節三一條，參考條文爲公司法一八六條至二〇〇條商會法二六條一款商業同業公會法二六條一款工業同業公會法二七條一款輸出業同業公會法三〇條一款農會法三六條一款工會法二三條一款漁會法一四條一款教育會法三〇條一款，參考他國條文爲德民三三條日民三八條瑞民七四條土民六七條。

第二點 立法例

本條第一項之立法例，仿德民三三條一項日民三八條一項瑞民七四條土民六七條，第二項之立法例，仿德民三三條二項日民三八條二項。

第三點 釋本條之意義

本條係規定社團變更章程之決議方法，蓋以變更章程，關係重大，故於出席社員之人數及同意社員之人數，皆加以限制。章程無論其為必要記載事項或任意記載事項，其變更皆應依本條之規定。社團目的，為章程應記載事項之一，故目的之變更，亦可解為章程之變更。然社團之權利能力，依法人之目的而定，苟其目的變更，則權利能力之基礎亦隨之而變更，故僅為舊法人而存在之權利義務，不當然移於新法人，例如以教育為目的之社團變更其目的為宗教社團時，則可免其義務。又對於變更目的不同意之社員，亦得自由退社。受設立許可之社團，非得官署之認可，不得變更章程，蓋公益社團，如許其自由變更章程，則有超出許可範圍之虞，尤其是目的之變更，與設立之許可，同其性質，更有此必要也。關於議決所必需人數，依德日民法之規定，皆得以章程變更之，（日民三八條德民四〇條）我民法與之不同。

第五十四條 社員得隨時退社。但章程限定於事務年度終或經過預告期間後，始准退社者；不在此限。

前項預告期間，不得超過六個月。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團社員關係之脫離。其關係條文為本節五〇條，參考條文為公司法四〇條合作社法二七條商會法二〇條二六條三款商業同業公會法二一條二六條三款工業同業公會法二〇條二七條三款輸出業同業公會法二三條三〇條三款農會法一八條一九條工會法一五條漁

會法七條三款教育會法三〇條二款三款，參考他國條文爲德民三九條瑞民七〇條士民六三條。

第二點 立法例

關於預告期間之限制，德民規定爲二年，（德民三九條）瑞民爲六個月，（瑞民七〇條）我民法仿瑞士立法例。

第三點 釋本條之意義

社員 *Mitglieder* 爲社團之組成份子，社員資格之取得，於設立時設立人當然爲社員，設立後則須加入社團始爲社員。不問何種社員，皆有退社之自由，然章程得限其於事務年度終了，或經過預告期間後，始准退社，蓋一方雖保護社員個人之自由，而他方又應保護社團之利益也。社員因退社而脫離關係，由於自動，其自動的開除，亦爲脫離關係之原因，但有一定限制，即須有正當理由是也。（民法五〇條瑞民七二條士民六五條六七條）

第五十五條 已退社或開除之社員，對於社團之財產，無請求權。但非公益法人，其章程另有規定者，不在此限。

前項社員，對於其退社開除以前應分擔之出資，仍負清償之義。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團社員脫離關係後之權利義務。其關係條文爲本節四七條五款六款，參考條文爲公司法四四條四五條合作社法二八條三〇條三一條，參考他國條文爲瑞民七

三條士民六六條。

第二點 立法例

瑞七三條，「已退社或開除之社員，對於社團法人之財產，無何等之權利，關於出資，應按其曾爲社員之期間，負其責任」，士民六六條同旨，本條之立法例仿之。

第三點 釋本條之意義

一、就社員之權利（即資格權）方面言之，社員退社無章程限制者，自退社之日，喪失社員之資格，有章程限制須於事務年度終始得退社者，自其事務年度終了之日，喪失社員之資格，須經過一定之預告期間者，自其期限屆滿之日，喪失其社員之資格，社員如被開除，自總會決議之日，喪失其資格。（參照公司法四二條合作社法二八條）在公益法人，其設立在於公益之增進，不應因個人之退社而受影響，故以明文規定已退社或開除之社員，對於社團之財產無請求權；即不得請求分配贏餘，亦不得請求退還其已爲之出資，然在非公益法人，則法律無加以限制之必要，苟其章程另有規定，則依其規定。而在營利法人，則法律明定應退還其結餘之出資，（公司法四四條）合作社法亦明定社員得依章程之規定，請求退還其股金之全部或一部。（合作社法三〇條）

就社員之義務方面言之，則不因其喪失社員資格而終了，即對於退社或開除以前應分擔之出資，仍不能免其義務。所謂以前應分擔之出資 *Balance* 者，即章程內所定社員之出資，（本

節四七條）其出資之多寡，應按其爲社員時期之長短定之，如規定每年應出若干，則應按其年中在社之時期，計算其應出之部分，如章程限定於事務年度終始得退社者，則對於其全年之出資，均負清償之義務。蓋非如此不足以維持社團之信用而有損害於一般公眾也。唯本法所定此項社員義務，惟以其應出資之部分爲限，而在營利法人，則尚不止此，例如無限公司之股東，於登記退股後二年內，對於登記前之公司債務，仍負連帶無限之責任。（公司法四五條）無限責任或保證責任合作社之社員，對於出社前合作社債權人之責任，自出社決定日起，經過二年，始得解除。（合作社法三一條）

第五十六條 總會之決議，有違反法令或章程者，對該決議原不同意之社員，得請求法院宣告其決議爲無效。

前項之請求，應於決議後三個月內爲之。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團總會決議之無效，其參考條文爲公司法一三七條工會法三五條農會法四二條商業同業公會法四四條工業同業公會法四三條輸出業同業公會法四七條漁會法二五條，參考他國條文爲瑞典七五條士民六八條德商二七一條。

第二點 立法例

決議無效之宣告 *Nichtigkeitserklärung*，在瑞典稱爲撤銷 *Anfechtung*，用語雖有不同，

而其效果則一也。在德國依其商法第二七一條之規定，須於三個月內提起撤銷之訴 *Anfechtung*，故法院對於違反公序良俗或強行法規之決議，不足法定人數之決議，或損害社員特別權之決議等，皆認為當然無效。瑞士民法則明定惟得撤銷。（瑞民法七五條）蓋若許隨時得主張無效，則社團之生活，極不安定，故應以得撤銷為原則，當然無效為例外，如決議有違背公序良俗，或其決議之事項，不在社員議決之範圍者，（例如決議廢棄社團與第三人之契約）自應無效，否則僅得為撤銷之原因。我民法規定得請求宣告決議無效，解釋上應與瑞民相同。

第三點 釋本條之意義

總會之決議，須由有召集總會權限之人召集之，總會所為之決議，如社員未經召集，偶爾聚合而為決議，或由無召集權之人所為之召集，則總會根本等於未召集，其決議當然無效，不在本條適用範圍之內。本條係規定社員對於總會之決議有違反法令或違背章程時之救濟方法，對於決議未同意之社員，均得於決議後三個月內請求宣告決議無效，此種宣告之請求，在非訟事件法未定以前，應以訴之形式為之。決議一經宣告無效，則對於一切之人，即自始皆為無效，此種訴權如長不行使，則難期社團之安定，故規定應於決議後三個月內為之，逾此期間，則不得請求。瑞士民法，定為自知其決議後一個月內，得提起撤銷之訴，所定期間，較我民法為短，然我民法不問社員對於決議知與不知，均以三個月為限，實際上較瑞士民法為嚴。又我公司法第一三七條復將此項期間，縮短為一個月，其限制更甚矣。有謂本條之規定，惟於決議

之方法或程序上有違反法令時，始適用之，如決議之內容有違反法令時，則其決議當然無效，不在本條適用範圍之內，否則總會容易以決議爲違反法令之行爲矣。然社團之安全與個人之利益，應同時兼顧，苟其決議未違反公序良俗，亦未超出決議權限之範圍，而未同意之社員，又於三個月內，未爲無效宣告之聲請，則以維持該決議之效力，較爲妥當。決議無效宣告之效力，爲確認而非創設，卽決議無效之宣告，溯及決議當時，發生效力。

第五十七條 社團得隨時以全體社員三分二以上之可決解散之。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團因決議而解散，爲解散特殊原因之一。其參考條文爲公司法四六條二〇一條二〇三條二二六條合作社法五五條商會法三二條，參考他國條文爲瑞典七六條德民四一條土民六九條日民六八條二項六九條。

第二點 立法例

在瑞典七六條總會得隨時議決社團法人之解散。在德民四一條社團得因社員總會之決議而解散，此決議如章程無特別規定時，應有出席社員四分之三之可決。本條仿德民之立法例而略有不同，卽德民爲四分之三之可決，本條爲三分二以上之可決。

第三點 釋本條之意義

本條所謂社員三分二以上之可決，非指出席社員三分二以上之可決，乃須出席社員之表示

贊成者，占社員總數三分之二，始可為解散之決議，關於法人一般解散之原因，本編第三六條，已有規定，本條及次條，乃規定社團解散之特殊原因。蓋總會一般決議，只須出席社員過半數之可決，而為解散決議，則須有全體社員三分之二以上之可決者，以解散為團體人之終了，不可不特別慎重也。關於決議之法定人數，在德瑞日等國民法，俱許以章程變更。我民法則為強制法規，不許以章程減低此項決議之法定人數。

第五十八條 社團之事務，無從依章程所定進行時，法院得因利害關係人之聲請解散之。
本條應說明者三點

第一點 本條係規定社團因聲請而解散為解散特殊原因之二。其關係條文為本節六五條，參考條文為二草七四條，參考他國條文為德民七三條日民六八條一項二款二項二款。

第二點 立法例

社團事務，無從依章程所定進行時，有謂為當然解散之原因者，（二草七四條日民六八條一項二款）有謂不過為解散社團之遠因，社團非當然解散者越格新別格兒 *Regelsberger*，司安普 *Stöber* 主張之。有謂可為解散之原因，如有變更其事業之可能，即不解散者，籍兒克主張之。本條從第二說。又社團是否因社員之缺亡而解散者，各國立法例，亦不一致：有社員僅存一人即須解散者，（二草及日舊民法）有社員減至所定之數，即須解散者，（德民七三條）有須社員全體缺亡，始能解散者，（日民六八條二項二款）有縱使全體缺亡，亦無須解散者，

（荷民一七〇〇條）我民法無明文規定，然社團以社員爲成立之要件，苟非有二人以上之社員，社團無由存續，自應歸於解散。

第三點 釋本條之意義

一、本條規定，與本節第六五條關於財團所定者，互相對應，社團之事務，不能依章程所定進行時，社團不因之當然解散，惟得爲聲請解散之原因，蓋社團之目的事務，雖依章程所定無從進行，然苟可以變更其目的事務而繼續其存在時，自不得謂社團當然消滅，即其目的事務無法依章程變更，而其事務絕對無從進行時，亦不應以之爲當然解散。蓋此種絕對無從進行之狀態，果自何時成立，不易斷定，則社團解散之時日，甚不確定，易生糾紛，故不如經法院審定而後宣告其解散也。

二、社團之事務無從依章程所定進行，謂因法律之更改或情形之變更，不能進行，即不問其爲法律上之不能，或事實上之不能。苟其目的事務，無從依章程所定進行時，即得爲審判上解散之原因。德瑞兩國民法，均未就社團爲此項規定，惟日本民法第六八條第一項第二款，規定社團之目的事業成功不能時，爲社團當然解散之原因，然所謂當然解散，究以何時爲解散之時期，殊不明確，利害關係人，謂對於社團之解散有利害關係之人，不獨社員，即社團之債權人，或社團積餘財產之歸屬人，亦包含在內也。

第三款 財團：

第十二解 本款之總說明

本款應說明者四點

第一點 本款之內容

壹 財團取得團體人之資格（五九）。貳 財團捐助章程之訂立（六〇）。參 財團設立登記之必要事項（六一）。肆 財團捐助章程之內容及補充（六二）。伍 財團組織之變更（六三）。陸 財團董事行為無效之宣告（六四）。柒 財團目的及組織之變更得為團體人解散之原因（六五）。

第二點 寺廟獨立財產之登記

子、登記之主管官署

依寺廟登記規則：在縣市為縣市政府，在院轄市為社會局，在特殊行政區為各該主管官署（參照第二節第七解第五點辰）。

丑、寺廟獨立財產已登記者為團體人，未登記者受團體法之保護。

一、依寺廟登記規則之規定，凡為僧道住持或居住之一切公建築或私家獨建之壇廟寺院觀庵（天主耶回及喇嘛除外），除依關於戶口調查及不動產登記之法令辦理外，並應依該規則登記之。其登記之舉辦，為總登記（每十年舉行一次），變動登記（每年舉行一次）二種。新成立之寺廟，應於成立時，聲請登記，其登記手續，與總登記同。登記包人口登記，（即僧道

「僧尼道士女冠」之法名或姓名性別年齡俗家姓名籍貫及出身出家時之年月及年齡在廟有無執事隸屬本廟或暫居現住或他往教育程度會否受刑事處分會否入國民黨）財產登記，（即寺廟本身及附屬或享有之一切不動產與動產）法物登記，（即宗教上歷史上或美術上有關係之佛像神像禮器樂器經典雕刻繪畫及其他應行保存之一切古物）登記之機關，在縣市為縣市政府，在院轄市為社會局，在特殊行政區……威海衛管理公署，設治局等……為各該主管官署。登記之聲請，有住持者為住持，無則由管理人聲請之。若於通告後，逾期延不登記，及新成立之寺廟，不聲請登記者，應強制執行登記。如無特殊理由，並得撤換其住持或管理人。如有呈報不實，或有故意隱蔽情事，經發覺後，除強制執行補行登記外，並得撤換其住持或管理人，其情節重大觸犯刑章者，並送法院究辦。此寺廟登記規則之大概也。凡寺廟依此規定而為登記者，即為財團法人。

二、人民固有信教之自由，然所崇拜之偶像，亦須係釋教道教或有關歷史政治文化之意義，故如稗官小說所產生之偶像及淫祠，則地方官署，應剴切開導，勸其變更目的，改設有意識之偶像並兼辦公益之事業而始可准其登記。昔狄仁傑為江南巡撫使，奏焚淫祠一千七百餘所，獨留夏禹吳太伯季札伍員四祠，時論美之。杜牧所以有南朝四百八十寺多少樓臺烟雨中之句也。民國成立以來，內政部曾有調查神祠存廢標準之頒布，（十八年十月二十一日內政部通令）此等應廢之神祠，不但不能因登記而認為團體人，且亦不能受團體法之保護也。

三、在民法及各種法令未制定公布以前，前大理院關於寺廟財產之判例，亦可解爲認爲獨立財產，以杜絕住持之侵占，以所有權屬於寺廟，管理權屬於住持，監督權屬於施主，有行政官署者爲行政官署。前大理院關於寺廟判例照民律草案章節，以之列入第三節之財團法人，非可解爲因此而取得法人資格，不過認爲獨立財產可受財團之保護而已。有謂監督寺廟條例第六條第一項之規定，已承認其有法人資格，余則以爲非依同條例第五條之規定，向該管地方官署，呈請登記，則仍不得依第六條之規定而爲財團法人也。監督寺廟條例爲實體法，寺廟登記規則爲程序法。

四、總之，本編施行法第九條之規定，關於寺廟，爲一種特殊情形，其認爲獨立財產者，所以杜絕住持之侵占，其不明認爲團體人者，所以維持登記爲法人成立要件之主旨，如依寺廟登記規則而爲登記，則爲財團法人矣。

第三點 其他之獨立財產

寺廟未依法令登記，其獨立財產，亦可受團體法之保護，觀於監督寺廟條例第二條至第四條之規定，可以推知。祠堂未登記者，應視爲公有（見拙著民法詮解物權編共同公有引用四年大判上字二三八號九年大判上字七九九號）。養贍家族爲目的之獨立財產，範圍大者如義莊，（宋范文正公於姑蘇近郭買良田數千畝爲義莊歷史美之）依民法之規定登記者，爲財團法人，未登記者視爲公有共有，祭田祀產，小清明會亦同。範圍小者，如以扶養個人爲目的，其

所有權仍屬於設定養贍之人（七年大判上字一一三六號），其他則依契約之訂定，（例如債編之終身定期金）或法律之規定。（例如親屬編之扶養義務）

第四點 獨立財產之判例（附解釋例）

屬於前大理院者

1. 凡寺院產業，由施主捐助者，即為公產，該寺院之代表人，（住持）對於此種產業，僅有管理之權，而不能任意處分。（三年上字三三號）

2. 公立寺廟及其廟產，縱為施主以一定目的所捐助，一經捐助之後，則其所有權，即不屬於原施主而屬於寺廟，因之原施主之間，自不生何等共有關係。至廟宇並廟產，應歸何人管理，及其收益如何使用，應由何人決定，自應本於原施主之意思，以定何人有此權利。若原施主無別樣意思時，則此等權利之應歸何人，自以有無正當取得此等權利之事實為斷。（三年上字一六一號）

3. 山主或施主處分廟產，如有正當理由，而住持僧道無故拒絕同意，或有特別習慣法則，認許施主山主，得獨立為處分者，則僅得行政長官許可，亦得為之。（三年上字五九五號）

4. 凡施主捐助之產，其所有權屬諸寺廟，住持非得原施主或其後人之同意，並經該管行政機關核准後，不得私擅變更捐施之目的而為處分。（四年上字二〇四號）

5. 由施主捐助之廟產，純為宗教公產，其所有權不屬於原施主，亦不屬於住持，而專屬於

該寺廟，故其住持管理不當，或有他種情弊，施主雖可出而干涉，要不能擅行收回管理。（五年上字二五五號）

6. 地方公廟之保存，原施主或其後人，固有權過問，其對於處分廟產，亦有同意之權，若僅以住居於該地方毫無關係之人，藉詞於地方公益，爲圖謀私利之計，妄行纏訟，自爲法所不許。（五年上字八二二號）

7. 向來寺廟置產，僅由住持僧人出名者，實屬數見不鮮，自非另有佐證，足證明確係寺僧以私財置買，卽不得輒指寺僧領名之廟產，爲其所私有。（六年上字七九九號）

8. 寺院產業，由施主捐助者，卽爲私產，該寺院之住持，對於此種產業，僅有管理之權，而不能任意處分。若由住持私置之產業，則其所有權，卽屬之該住持，該住持當然有完全處分之權。（六年上字一〇〇九號）

9. 寺廟財產，應由住持管理，除獨力建設之私廟外，雖在該寺廟之原施主（或其繼承人）苟未經住持同意，亦不能因撥充公益事項，徑以稟官，處分廟產。（七年上字八二二號）

10. 寺廟財產，由施主捐助者，雖爲宗教公產，然當此行政監督設備尙未完善之時，爲保持公益起見，自應予施主以監督之權。故本院歷來判例，均認施主，對於寺廟及其財產，於相當範圍內，可以監督。（八年上字七七五號）

11. 住持在未喪失其身分以前，當然有管理廟產之權，如果確無能力，則除依法有應行改選

住持之情形外，法院得依利害關係之聲請，選任代行管理之人。（八年上字八四五號）

12 寺廟財產，除可以證明係一家或一姓建立之私廟外，凡由施主捐助建設之廟產不屬於原施主，亦不屬於該廟之住持，而專屬於寺廟，在原施主固不能仍主張為個人所有，在住持亦不能以久歸僧人管理，遂認為僧人之私產。（九年上字一七三號）

13 由公衆捐集認為地方公有之寺廟，其依法成立之代表地方公益團體，於該寺產處分之當否，亦應有權過問。（九年上字四五八號）

屬於最高法院者

14 民法總則施行前，凡個人以一定目的，捐施其財產供公衆之用，而並未保留其所有權或共有權者該財產即為有特定目的之獨立財產，在當時應視為財團法人，至民法總則施行後，縱因該施行法訂明，不適用法人之規定，或因未踐行法定程序，不克遽以法人稱之。但既具有獨立之性質，原施主即不得以所有人或共有人之資格，更行處分。（二十二年上字六一〇號）

15 凡由施主捐助之公產，其所有權專屬於公之機關，該管理人非經主管官署核准後，自不得私擅將該財產，訴由原施主收回管業。（二十二年上字一一九〇號）

附解釋例

一、私人建立管理之寺廟，既不適用監督寺廟條例，本院第四二三號解釋中所屬二字，不包括該寺廟在內。（二十三年九月三日院字一一〇二號法條監督寺廟條例一條）

二、院字第八一七號，關於監督寺廟條例第三條解釋，所謂利害關係人，係指該寺廟之住持，或建立之私人，及與有關係之教會而言。（二十三年十二月十九日院字一六四號法條同上三條）

三、寺廟住持亡故，尙未遴選住持，祇可認爲暫缺，不得謂之寺廟荒廢。（二十四年三月四日院字一二二八號法條同上五條）

四、寺廟住持，違反監督寺廟條例第八條規定，擅將廟產典賣，不生典賣效力，若該住持物故，其承繼住持職務人，倘與擅行典賣之事無干，不適用同條例第一一條之規定。（二十五年一月三十日院字一三九二號）

五、不屬當地教會之寺廟，其住持被革逐，應用該管官署遴選新任住持，教會無權參與。（二十七年九月二十六日院字一七八八號之一）

已入會之寺廟，其住持無論由傳授，或公推，苟不違反慣例，又無爭執，教會不得變更。（同上號之二）

院字第八一七號，所謂徵集當地僧侶意見，不限於關係寺廟，凡宗教相同之當地僧侶均屬之。（同上號之三）

第十三解 本款之逐條說明

第五十九條 財團於登記前，應得主管官署之許可。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定財團取得團體人之資格。其關係條文爲本節四六條民總施六條至九條，參考條文爲監督慈善團體法三條六條及其施行規則三條至七條二十一年九月內政部公布之各地方慈善團體立案辦法，參考他國條文爲德民八〇條日民三四條泰民八五條八七條九六條。

第二點 立法例

日本民法祇承認公益財團，瑞士民法，無此限制。瑞士民法，關於家屬財團，(Familienstiftung) 特爲規定。(瑞民五二條八七條) 家屬財團，認爲一家之幸福，一家全部經濟上之保障，及增進教育或身體上及精神上之福利，爲其家屬之紀念或爲一家之親睦及名譽之維持所設之獨立財產，自始即承認其成立，並不以登記爲取得法人資格之要件。我民法雖無類此規定，然對於此種財團，應使受團體法之保護。

第三點 釋本條之意義

財團法人者，以供一定目的之獨立財產爲中心，而依法成立之團體人也。社團有公益社團，及純經濟目的之營利社團，有經濟目的之社團，財團 *Stiftung* 性質上不得以營利爲目的，自無營利財團之可言，然以公益財團爲限，抑於公益財團以外，是否承認有經濟目的財團之存在。日本民法，則只承認公益財團。(日民三四條) 瑞士民法，無此限制。我民法亦無限定以公益爲目的之明文，理論上亦有有經濟目的財團之存在，故如經營學校之財團，或以慈善爲目

的之救濟院等，固無問題。即各省會館各縣同鄉會各縣會館及其他各種團體，如其組織合於財團之規定，皆得聲請為財團法人之登記。（司法院院字第五〇七號解釋）然無論其為何種財團，均應得主管官署之許可，始得聲請登記，適用上並無區別。

第四點 判例

設立財團法人之人，已向主管官署，為允許設立之聲請者，其繼承人不得撤銷其生前之捐助行為。（三年大判上字一二號）

第六十條 設立財團者，應訂立捐助章程，但以遺囑捐助者，不在此限。

捐助章程，應訂明法人目的及所捐財產。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定財團捐助章程之訂定。其關係條文為本節四七條六二條三〇條三一條繼承編一一八九條至一二二條，參考條文為公證法四條，參考他國條文為德民八一一條八三條八五條瑞民八〇條八一一條八三條日民三九條四一條泰民八六條土民七三條七四條七六條。

第二點 立法例

財團之設立，是否必須訂立章程，德國及日本民法，不設捐助行為與設立行為之區別，財團設立人之捐助行為，即認其為設立行為者。（德民八一一條八三條日民三九條）。泰國民法，設捐助行為與設立行為之區別，即財團設立人於捐助行為外，尚須訂立章程者。（泰民八六

條)。本條從泰國立法例。關於捐助行為之效力，發生於官署為許可之時，德國民法第八〇條第二項明定捐助行為於受許可前，捐助人得撤回之。依瑞士民法規定，財團法人有須登記而後成立，有無須登記者，解釋上俱以於捐助之公證文書作成後，則不得撤回。依我民法，捐助行為以官署之許可為效力發生之期，雖無明文規定，自應解為於受許可前，得撤回之。以遺囑為捐助行為者，遺囑人捐助之意思，有拘束繼承人之效力，繼承人不得撤回。如官署不為許可，則與遺贈之拋棄生同一之結果。捐助行為之撤銷，則以有法律上之撤銷原因時為限，始得為之。

第三點 釋本條之意義

一、財團法人之設立行為 *Stiftungsgeschäft*，謂以設立財團法人為目的出捐一定財產之要式行為也。即設立財團者，應以書面記載法人目的及所捐財產。其以遺囑為捐助者，依遺囑之方式為之。（繼承編一一八九條以下）社團之設立，解釋上至少應有二人以上之設立人，而在財團，則僅以一人之設立人為已足。

二、設立財團，須捐出一定財產，其財產之種類，並無限制，如係確實，即為債權亦可。然此財產之出捐，須以設立財團為目的。至於法人成立後而捐助以財產者，則為一般之贈與或遺贈，非本條所定之捐助行為也。捐助行為與贈與或遺贈，性質上雖不同，然為無償之點則一，故關於瑕疵擔保之規定，（債編四一一條）及關於特留分之規定，（繼承編一二二五條）

雖未如日本民法有準用之明文，（日民四一條）解釋上亦應準用於捐助行為。又社團章程應記載之事項，有六款之多，（本節四七條）而財團捐助章程之應記載事項，僅限於法人目的及所捐財產（參照瑞民八一條）者，蓋以財團多以公益為目的，苟其根本要件已具，不妨使其易於成立，而其組織及管理方法，依本節第六二條之規定，得由法院代為補充之。

第四點 判例（各該判例於獨立財產仍可適用）

1. 凡為公衆利益，以一定之目的方法，設置特定財產者，關於該財產之管理，與管理人之選定，皆應以規條訂定，若規條內關於此等重要事項，遺漏未載，而已有成規，實行多年，為略利害關係人所確守，自不得以規條無明文而即否認其存在。（三年大判上字一一五二號）

2. 捐施財產，指定專供特種之用，并另選董事經營者，亦為有效規條。（四年大判上字二〇三號）

3. 原施主若僅係以其財產供公衆一時之使用，而未捐施其所有權者，則該施主及其後人，自得任意收回，而於其所定目的消滅時，得以自由處分，毫無疑義。（五年大判上字一〇八九號）

4. 以一定之公益目的，捐助特定財產，設立財團法人，就其財產之管理及管理人之選任，皆應以規條定之，若規條內無此規定，得以利害關係人之聲請，由法院為之補定。若於維持目的及保存財產上有必要之情形，利害關係人，并得請求變更，其未規定規條而有成規可循者，

應推定捐助人之意思，從其成規，以有必要情形爲限，雖成規亦得求其變更。（九年大判上字一〇五號）

第六十一條 財團設立時，應登記之事項如左：

- 一、目的。
 - 二、名稱。
 - 三、主事務所及分事務所。
 - 四、財產之總額。
 - 五、受許可之年月日。
 - 六、董事之姓名及住所。
 - 七、限制董事代表權者其限制。
 - 八、定有存立時期者其時期。
- 財團之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之，並應附具捐助章程備案。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定財團設立登記之必要事項。其關係條文爲本節四八條，參考條文爲法人登記規則四條九條各地方慈善團體立案辦法，參考他國條文爲瑞民八一條二項士民七四

條二項日民四六條。

第二點 釋本條之意義

本條係規定財團應登記之事項，與第四八條關於社團所定者，無甚區別；不過因其性質上之不同，稍有差異，即本條第五款與第四八條第六款文字，稍有不同，蓋以社團有應受設立許可與無須受許可者之別，而財團則均應受設立許可也。又本條無第四八條第七款之規定，以財團性質上只有捐助之財產，無社員出資之可言也。

第六十二條 財團之組織及其管理方法，由捐助人以捐助章程定之。

捐助章程所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備者，法院得因利害關係人之聲請，為必要之處分。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定財團章程之內容及補充。其關係條文為本節二七條三二條五二條四七條四九條六一條，參考他國條文為瑞民八三條士民七六條日民四〇條。

第二點 立法例

瑞士民法八三條財團法人之機關及管理方法，依捐助章程Stiftungsurkunde定之，所定之組織不完全時，監督官署，應為必要之處分。不能為合於目的之處分時，監督官署，務應使其財產歸於其他有同種目的之財團法人所有。但設立人聲明異議，或捐助章程明有反對之規定

者，不在此限。土民七六條日民四〇條略同，本條亦略仿之。

第三點 釋本條之意義

一、捐助人有規定財團之組織及其管理方法之權。關於財團之組織，其應設之機關爲董事（本編二七條）捐助人得以自己爲董事，董事是否以自然人爲限，解釋上亦不妨指定其他法人充之。蓋其他法人之爲董事兼任此職務，並無害於財團法人之獨立也。財團法人之機關，於董事以外，普通以另設一監督機關爲宜，財團得就職員之選舉，財產用途之支配等，另設一特殊機關。例如設立人或受益人會議，族人會議，評議會等，關於此種會議，可準用關於社團總會決議（本節五二條）之規定。其決議應受主管官署之監督，自不待言。（本節三二條）財團無社員之可言，然得有一定範圍之人無償的爲一定之出捐。管理方法之重要者，爲財團資金之收集存放及支出，其存放應以安全之方法爲之，其支出應以使用於財團之目的範圍內者爲限，其規定爲基金者，只能動用其孳息，不得動用原本。

二、利害關係人，即對於財團之存在有利害關係之人。如財團之受益人，債權人及捐助人之繼承人或受託人等，受益人是否對於財團之給付，有訴訟上之請求權，則不能一概而論。先應斟酌捐助人之意思，捐助章程，得以明文賦與受益人以請求權，或明定其無此請求權，例如規定受益之給付，由財團機關決定之，則受益人無請求權。又依捐助章程所定給付規則之解釋，亦可定其有無此項請求權，例如規定對於受益人應給付一定之數額，則應爲肯定之解釋，

如規定其給付之數額，屬於財團之自由裁量，則應爲否定之解釋。但財團機關，一旦決定爲一筆給付，則受益人因此已取得債權，其有訴訟上之請求權，自不待言。

三、所謂必要之處分，其主要者爲捐助章程之擴充，財團機關人選之決定等，捐助人未定機關之組織，或所定機關之組織不完備，例如未設監督機關，或定機關之設立而未定其選出方法及任期者，法院均得爲之補充。依瑞士民法，此種處分權，屬於主管監督官署，我民法爲慎重起見，以之屬於法院。蓋在社團，有總會得隨時爲必要之決議，而在財團則無此意思機關也。又捐助章程法定之應記載事項，只爲財團目的及所捐財產，未涉及組織及管理方法之記載，而捐助入未必皆諳於法律，能於捐助章程爲詳細之規定，若不予法院以補充之權，則財團之事業，將無從進行也。

第四點 判例（各該判例仍可適用於獨立財產）

1. 財團法人所屬財產之使用，固得依其設定時之目的定之，然其設定之目的安在，自應以設定當時及其後之條款，或其他種種確切之證據爲認定之根據。（二年大判上字一二二號）

2. 個人爲公益起見，以自己財產，經營一定目的之事業者，該財產即屬於一定目的之使用，故用其於一定目的以外之時，則利害關係人，得請求主管官署，予以禁止。（三年上字一〇五三號）

3. 凡以自己之財產，捐助於一定目的之下者，該財產之集合，即爲法律上權義之主體，此

項財產之管理人，於財產之計算消費等項，自須加以相當之注意，若不加注意，而反藉管理人地位以消耗其所產者，則審判機關，得因利害關係人之請求，以裁判撤銷其管理權，其以前取得管理權之原因如何，皆可不問。（三年上字一〇五七號）

第六十三條 爲維持財團之目的或保存其財產，法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請，變更其組織。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定財團組織之變更。其關係條文爲本節五〇條六五條，參考他國條又爲瑞民八五條八六條土民七八條七九條泰民九二條日民六八條。

第二點 立法例

財團之目的及其組織，能否變更，有不設明文規定，解釋上於財團目的不能達到，或因情事變更，致其目的違反公益時，祇能爲解散財團之原因者，如泰國及日本民法是。（泰民九二條日民六八條）有設明文規定，即爲維持財團之目的及財產，或貫徹設立人之意思起見，於一定情形之下，主管官署，得變更其目的或組織者，如瑞士及土耳其民法是。（瑞民八五條八六條土民七八條七九條）本條從瑞士立法例。

第三點 釋本條之意義

本條係仿瑞士土耳其民法，規定財團已設立後，法院得變更其組織，即對於捐助章程所定

之組織，亦得爲變更。與前條所定法院所爲之章程補充或爲其他處分者不同。蓋財團之存在爲選定之目的，而其組織不過爲達其目的之手段者。然組織之變更，不能有害於法人之同一性，自不待言。變更其組織，有爲維持財團之目的者，例如因從來之機關不能具備必要之專門知識及經驗將財團管理權移交於其他機關。有爲保存財團之財產者，例如從來之組織過於複雜，費用過大，應使其簡單。或組織過於疏漏不足保障財產之安全，應使其嚴密是也。捐助章程，定有財團事務所所在地者，其事務所所在地之變更，亦應解爲組織之變更，即應依本條之規定爲之。

第四點 判例

凡由私人捐出供一定用途之財產，其所有權固不屬於原捐主，或其後人，而其使用之目的，則非經原捐主或其後人同意，不得奉行變更，（如原捐主不盡明晰則應得多數捐主之同意）如果變更目的，確有正當理由，而原捐主或其後人，無故拒絕同意，得請求法院以裁判代之。在未經合法變更目的以前，原捐主或其後人，對於違反原定目的之使用，自得請求禁止。（九年度判上字五八號）

第六十四條 財團董事，有違反捐助章程之行爲時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定財團董事行爲無效之宣告。其關係條文爲本節五六條五〇條二項三款，參考條文爲監督慈善團體法二條一一條監督寺廟條例一一條寺廟登記規則一一條一二條。

第二點 釋本條之意義

對於董事違反章程之行爲，得由法院宣告其爲無效，以之與第五六條相比，則本條所定者，保護財團，較爲周到，其不同之點有三：即（一）在社團則此項宣告無效之請求，有行使期限之限制，而本條則否。（二）在社團總會決議有違反法令或章程時，皆爲請求宣告無效之原因，而本條則單舉違反捐助章程，解釋上董事之行爲，如違反法令，則自始即爲無效，無論何人，得隨時主張，無須待法院之宣告也。（三）在社團爲對該決議原不同意之社員，向法院爲宣告無效之請求，財團非如社團有總會以監督董事職務之執行，（本節五〇條二項三款）故與利害關係人以聲請宣告無效之權。此項聲請，在未依非訟事件法規定其程序以前，自準用民事訴訟關於起訴之程序。又捐助章程，不以捐助人所定者爲限，即法院所補充者，亦包含在內。

第三點 判例（各該判例在民法施行後非法人之獨立財產可引用此判例而受保護）

1. 財團法人之董事，若僅逾越法人目的範圍，與他人結處分財產之契約，則純爲無權代理行爲，無論其有無圖害法人及圖利自己或第三人之意思，與實際上法人是否受害，對於法人，均不能發生效力。（六年大判私訴上字三八號）

2. 財團法人之董事，僅於法人目的範圍內，有代理法人之權。故與他人所締結分法人財產之契約，亦以不逾越法人目的範圍者為限，始能認為有效。（同上）

附解釋例

多數人為一定目的所捐助之財產，非少數人，因管理不當，即可移充別用，倘未得全體同意，稟官處分，被害人除得請求撤銷處分外，並得對於加害人，提起民事訴訟。（二十三年一月三十日院字一〇二六號）

第六十五條 因情事變更，致財團之目的不能達到時，主管官署，得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要之組織，或解散之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定財團目的及組織之變更，得為團體人解散之原因。其關係條文為本節五八條三五條三六條及六一條一項八款，參考條文為監督寺廟條例八條一〇條，參考他國條文為德民八七條瑞民八六條八八條士民七九條日民六八條一項二款泰民九二條。

第二點 立法例

德民八七條財團之目的不能達到，或有害公益時，主管官署，得為其他目的之指定，或廢止財團。關於目的之變更，務求適合於設立人之意思，就中應使財團財產之收益，依設立人之意思，歸於應收得之人。主管官署為目的變更上之必要，得變更捐助章程，於變更目的及捐助

章程前，應徵求財團董事之意見。瑞民八六條州主管官署，如財團受聯邦之監督者，聯邦參議院，得因監督官署之請求，於諮詢財團之最高機關後，變更財團之目的。但以本來之目的，別有其他之意義或效力，而財團之現狀，明與設立人之意思相背馳時爲限。於同一情形，得廢止或變更有害於財團目的之負擔或條件。同八八條財團不能達其目的時，法律上視爲解散。財團目的違法或反於善良風俗時，得由推事解散之。本條仿德民之立法例，並與瑞民略同。

第三點 釋本條之意義

所謂財團之目的不能達到，例如因財團之財產全部喪失，或繼續的喪失而無恢復之希望，不能達其目的，或因受益人之全無而失其目的。但財團之目的，得因組織之變更而繼續維持者，非此所謂目的之不能達到也。所謂捐助人之意思，謂捐助入設立財團之意思，即變更其財團之目的，務使其類似於其原來之目的，如於捐助章程預指定其他目的之時，自應依其指定，財團既已設立，則不能以捐助人之意思解散之，然捐助入得於捐助章程內預定解散之事由。本條財團之目的，由捐助入於捐助章程指定後，原則上不能變更。然其目的不能達到時，苟非變更其目的，則財團即歸消滅，爲維持公益計，不若繼續維持其財團，故本條於不背捐助入意思之範圍內，予法院以變更其目的之權。目的既已變更，則就變更之目的有關之必要組織，不得不爲相當之變更。其與前條不同者，前條所定之變更組織，乃爲維持原來之財團目的，而本條所定者，乃維持變更後之目的也。維持財團之存在，固爲要圖，然苟財團之繼續存在，已無實

益，或甚困難，或依捐助章程之規定宜於解散者，則解散之。

第四點 判例（於非法人之獨立財產可以適用）

1. 凡多數人爲一定之公益事業，捐集財產，而不能視爲各施主（即捐助入）所共有者，則該財產，即係爲一定目的所設置之財產，苟非其目的已達，或已不能達，及法令或原訂規條，有別項規定者，自應專以充原定公益事業之用。其以之移充他項公益事業之用者，原則上除應經該省行政長官之許可外，並須得施主或其後裔全體之同意，惟於施主後裔人數過多，無從徵取其意見時，始以主要施主之意思爲準。（五年大判上字五〇八號）

2. 財團法人因目的不能遂行，或其他事故，歸於解散者，若依原立規條，須舉人清理，或有董事擔任清理，固應聽其結束職務，否則法人解散，無人清理之時，原施主自得代法人爲一切有益之行為，或爲之結束職務，稟官立案，或企圖再與以竟前志，要皆受官監督，不得稍涉偏私。（五年大判上字八二〇號）

第三章 物

第十四解 本章之總說明

本章應說明者五點

第一點 本章之內容

壹 不動產之意義（六六）貳 動產之意義（六七）參 主物從物之區別及其實用（六八）肆

天然孳息法定孳息之意義（六九）伍 天然孳息法定孳息之歸屬（七〇）

第二點 物爲私權之客體

私權之客體 *Objekt* 亦稱曰私權之物體 *Rechtsgegenstand*，凡充吾人生活之資料者皆是。私權之客體，對於主體而言，立於支配之地位者爲主體，受支配者爲客體，主體一而客體萬，宇宙有形無形之屬，息息與吾人之精神身體，隱相接觸，而主客支配之關係，各隨其分量而肆應無爲約略分之，則人格權以己之人格爲客體，身分權以他人之人格爲客體，知能權以己之精神作用爲客體，而繼承權則以全體財團爲客體者也，債權則以他人之給付（包行爲不行爲）爲客體者也，物權則以各種物爲客體者也。故權利之客體，依各種之權利而有不同，而私權之客體，並不以物爲限，德國民法第一次草案，將關於物之規定，列於物權編，第二次草案以來，揭於總則編，瑞士民法及土耳其民法，規定於物權編，我民法則從德日俄法民法之例，對於權利之客體，不爲一般之規定，惟置關於物之規定於權利主體之次，蓋以物不獨爲物權之客體，而於債之標的，及親屬權繼承權之內容，亦有直接或間接之關係，故定於總則編中也。

第三點 物之意義

物者，除人身體外，謂有體物及物質上能受法律支配之天然力也。

物之一語，有廣狹二義，主張廣義解釋之學者，不論物之有體與否，皆謂之物。反是在主張狹義解釋者，僅認有體者爲物。德日民法，屬於狹義解釋，故定有體者爲物，（德民九〇條

日民八九條）據余所信，當以廣義解釋爲是，蓋因德日民法關於物權編之內容，均容納權利抵押，權利質等規定，與其立法之旨趣不符故也。我民法三四八條，八八二條，九〇一條，以物與權利爲對稱，則物之定義，當取廣義解釋也。

近世權利之範圍，因科學之進步而逐漸推廣，有昔日以爲物理上之物，而今日以爲法律上之物者，吾人所能支配者，已超出有體物界，例如電氣爲力之一種，而有竊用之行爲者，依刑法第三百二十三條電氣關於本章之罪以動產論之規定，照竊盜罪處斷。關於此點，日本大審院，亦採有罪說。（參照日本明治三十六年五月二十一日大審院第一刑事部宣告）法國於竊盜電氣，認爲有罪。德國則以法界反對之結果，定爲無罪，對於電氣，別制定一種新法律。由此觀之，電氣固物理上之物也，因科學發明，而物理上之物，本吾人權力所能達到，法理上卽生支配與對抗之關係矣。定義所以將能受法律支配之天然力，亦與有體物同視也。以天然力認爲民法上之物者，首推瑞士，瑞民七一三條之規定曰：其性質上可動之有體物，及能受法律上支配之天然力而不屬於土地者，爲動產所有權之標的物。我民法於物未下定義，自可與瑞民爲同樣之解釋。

所謂能受法律上支配之天然力者，如日月星辰，整然有體，而在人身作用範圍之外，爲權利所不能及，是物理學上所謂物，非法律上所謂物也。耳目口鼻，亦整然而有體，然人身作用之所自出，乃爲構成權利主體之一部分，究不得謂之爲物。要而言之，必離於吾人精神作用之

範圍，而又爲精神作用所能役使者，方爲物之真諦，是故爪離於指，髮離於首，脫離於吾人體之知覺作用以外，而又爲知覺作用所能支配，在法律上卽不妨謂之爲物也。

死者之屍體，得爲所有物與否，議論紛紛，有謂死體非物，不過爲人格之殘餘。有謂死體爲不許先占之無體物。有謂死體雖得爲所有權之物體，然係不融通物。有謂死體爲繼承人所有物者。日本暎道文藝則謂本人生前處分時，其處分有效，不僮爲某特定人所有權之物體，且有交易能力，反之未爲有效處分時，則死體爲不許先占之無主物。不過因爲埋葬，得爲事實上處分而已，至本人生前行爲，或遺囑處分屍體時，原則上當然有效，但處分之內容，不得有傷風化，反之繼承人及其他之人，對於屍體，不得爲法律之處分。（參照日本法學博士暎道文藝民法要論二六二頁）川名兼四郎亦謂屍體得成立所有權，爲繼承財產之一部，屬於死者之繼承人，（參照日本法學博士川名兼四郎民法總論一三五頁）余以爲此問題，不能純依理論，須根據其國社會一般之心理解決之。

第四點 物之分類

除不動產動產，主物從物，原物孳息之分類，在本編中有明文規定，於第十五解逐條說明外，此外沿革上學理上尚有種種分類在適用上有必要而爲本編所未規定者，特述於左：

子、有體物無體物

有體物無體物之分，濫觴於羅馬法，各國法律，靡然從風，所謂有體物（*Res Corpor-*

als 德 *Körperliche Sachen* 法 *choses Corporelles*, 英 *Corporeal things*) 卽有體性。謂有占領一定空間而存在之性質也。如固體液體氣體，皆具有此性質。反之無體物 (*Res incorporales* 德 *unkörperliche Sachen* 法 *Choses incorporales* 英 *incorporeal things*) 卽無體性，如香味色熱音聲行爲等，雖爲吾人官覺所接觸，而非法律上所謂物。

羅馬法學家尤士蓋尤斯 *Gaius* 曰，物之爲物，或有體，或無體，凡五官所能觸覺之物，爲有體物。五官所不能觸覺，而法律上認其存在之物，如債權及其他權利者，爲無體物。優帝法典，襲取是說，各國法律，受其影響，分物爲有體及無體，日本舊民法，奧國，美國路奚安拿州，Louisiana 及拍托里科 *Porto Rico* 等民法，皆有明文規定。俄國舊民法，關於物之分類，與此略同。法國民法，間接承認無體物。(*法民五二六條五二九條五三〇條*) 若英國民法，則物之定義，包括所持物與訴訟物兩種，所持物卽有體物，訴訟物卽無體物。所謂訴訟物者，凡關於債債或違背契約等，須經訴訟程序，方能實行之請求皆是，至其範圍之廣狹，尙無確定標準。以上諸國，均襲取羅馬法之分類者也。然其分類，在昔日羅馬，有重大關係，蓋有體物之移轉，須依一定之形式，而無體物則否，此種分類，在今日已屬毫無意味，且有體無體之分，未免舉物與權利，渾而爲一，而物之意義，不能顯明。故德國瑞士日本泰國民法僅有稱物者指有體物之規定，(*德九〇條瑞七一三條日八五條泰九七條*) 其關於無體物，如信用，名譽，權利則僅以本名名之。

有體物之分爲動產不動產，固屬無疑義，至於無體物，則各國不同，羅馬法對於無體物，不認有動產不動產之區別。德法系諸國，稱物者以有體物爲限，故關於此問題之原則，採羅馬法主義，惟因無體物之性質，認有例外，如日本民法八十六條三項，無記名債權，雖屬無體物，然其權利，與證券要不可須臾離，直認證券爲債權，殆無不可，故規定其爲動產。又如德國民法一千〇一十七條對於地上權，適用土地之規定。瑞士民法六百五十五條則逕規定凡登記於土地冊之獨立及永久權利，皆爲不動產。其餘各國，若法法系及英美法系諸國，皆沿襲歐洲中古習慣，於無體物，亦分爲動產與不動產焉。

丑、單一物集成物（亦名集合物件）及聚合物（亦名物件集合）

單一物（*Deinfache Sachen* 法 *Choses simples* 英 *Simple things*）者，謂形體上獨立而成個體之物也。縱令依化學等觀察，有多數組織部分之存在，苟其部分不失個性而能獨立成爲一體，仍不失爲單一物也。例如樹木牛馬布帛字畫等是。

集成物（*Fieres composita* 德 *Zusammengesetzte Sachen* 法 *Choses Composees* 英 *Compound things*）由多數之物結合而成一體，而其結合部分，雖不致失其結合前所有之性質，然法律上爲使其各部分受同一之處置，故視之爲單一物，例如家屋船舶等是。由此觀之，集成物實不過單一物中之一種而已。故學者併稱單一物，集成物，爲廣義之單一物（*Res singulares* 德 *Einzelachen* 英 *Choses singulieres* 英 *Singular things*）云。

聚合物之意義有二：（一）許多之單一物或集成物，因當事人之意思，事實上集合一處，從交易上之便宜而附以一定之名稱者，稱為事實上聚合物，（亦名物件集合）（羅 *universita facti, universitas rerum distantium* 德 *Sachgesamtheit, sachebegriff* 法 *universa lité de fait* 例如羊羣、圖書館畜牧場商店是。）（二）法律上物及權利，總括而附以一定之名稱者，稱為法律上聚合物，亦名權義集合）（羅 *Universitas Juris, Rechts-gesamtheit, universitas iuris* 德 *Rechtsgesamtheit, Rechtsgemeinschaft* 即民法之包括財產是也。例如繼承財產，家屬特有產，妻之特有產是。

區別之實用，即集合物件，權利存在於物之全部，物件集合，權利存在於物之各部。
寅、融通，不融通物

此區別羅馬法以來盛行之，然其意義，甚不明確，故若不以融通物，解為不得為所有權及其他私權之標物（羅 *res extra nostrum patrimonium* 德 *rechtsunfähige Sachen*）（如日月星辰等）則在物之分類中，殊覺毫無實益，因法律上之物，當然指得為權利之標的物而言也。故不融通物，不可不解為缺乏交易力及最受限制之物（羅 *res extra commercium, Verkehrsunfähige Sachen, Choses in aliénables*）也。本此意義，則不融通物，可分為左之五種。

一、公共物 公共物者，不許個人獨占之物也。例如空氣流水海洋海岸等是。此等公共

物，雖不妨取其一部而專有之，然無一般之交易力。

二、公有物 公有物之種類有二：一爲國家或公共團體，因經濟上目的所使用之財產，例如國有省縣有之山林是。一爲公共目的所使用之物，例如要塞官署監獄兵營及其附屬物等是。此等物件，在公共之目的廣續中，多受行政法上之限制，卽所謂行政財產 *Verwaltungsvermögen* 是也。雖能爲所有權之標的，然無一般的交易力。

三、神物及古物 例如寺廟院觀之財產，墳墓及被古物保存法所認爲之古物等，雖能爲所有權之標的，然無一般的交易力。

四、公用物 公用物者直接供公衆使用之物也。例如道路河川學校醫院圖書館等是。此等物體，在撤廢其公用之目的以前，亦不能有交易力。

五、禁制物 猥褻之文書圖畫，鴉片及吸食鴉片之器具，模造之銀幣及兌換券，疫死之獸肉等，或爲法律禁止收藏，或爲法律限制私有，凡爲法律所禁止收藏者，絕對不能以之爲私權之客體，爲法律所限制收藏者，雖然以之爲所有權之標的，然不能如普通物品之流轉於社會，故二者均不得爲私權之客體也。

蘇俄民法，以土地（國有）爲不融通物外，法律上所稱不融通物者，尙有二種。

（1）收歸國有，及歸地方所有之企業，及其一切附屬物，鐵路及其車輛，並收爲國有之輪船，收歸地方所有之建築物，均爲不融通物，此項物件，並不得由管理之機關，讓與或抵

押，亦不得清償債務。（俄民二二條）（2）軍械，軍裝，爆炸物，飛機，電報，及無線電之財產，已經取消之有價證券，超過法定酒精成分之酒品，以及烈性之毒物，均為不融通物。（俄民二三條）我土地法第八條亦有第一項之土地不得私有及第二項不得變為私有之規定。

卯、代替物不代替物

代替物（羅res fungibiles德Vertretbare Sachen法Choses fungibles英things fungible）其個性不為社會所注重，得以同種類同品質同數量之物代替之也，例如金錢穀米等是。反是則為不代替物（羅res non fungibiles德unvertretbare Sachen法choses non fungibles英things non fungible）如牛馬書畫等是。此種區別，淵源於羅馬法。我第一次草案一百七十一條有之。我二草以此區別，由交易之觀念而定，非物之自然區別，刪之。

代替物與不代替物區別之實用，於債編最有關係，即消費借貸與消費寄託，僅得以代替物為其客體。（債四七四條六〇二條）又債權人之請求以給付代替物為標的者，得聲請法院，依督促程序，發支付命令。（民訴五〇四條）解釋例之一

交易所法第一條規定，得設交易所，以為買賣之物品，參照同法第二十八條所舉物品之種類，係專指動產中，富有代替性，能依標準物以為買賣之物品而言。若房屋等類，屬於不動產者，自不包括在內。（二十六年一月十一日院字一六一九號）

解釋例之二

代替物之借貸，本應由借用人返還與該物種類品質數量相同之物，無論返還時物價如何高漲，其所漲之價，即非利息，即不生利息過本之問題，至關於償還物價之規定，依專為借用人約定返還時，不能以物返還者而設，如因返還逾期，物價高漲，並非不能以物返還，即不得適用此規定，即使折價償還，亦應以實行返還時之物價為準。（二十八年四月十九日院字一八七五號互見民法四七八條）

解釋例之三

強制執行，依強制執行法第四條之規定，應依執行名義為之，其為執行名義之確定終局判決，僅命債務人交付一定之動產，而未判明不交付時，應支付金錢若干者，執行法院，不能因債務人無該動產，可供同法第一百二十三條之執行，逕對債務人之其他財產為執行，雖關於動產執行之規定，依同法第一百二十五條，於第一百二十三條之執行準用之，然亦不過於性質所許之範圍內，得為準用；（例如第四十六條第四十八條第四十九條，得將條文所載查封動產字樣，變為取交動產之意義，予以適用，）不得將執行名義所載動產之交付，變為金錢之支付而適用之。至民事訴訟法第五百十八條，許就得易為金錢請求之請求，聲請假扣押，無非為保全變為金錢請求後之強制執行起見，債權人仍須日後得有業經變為金錢請求之執行名義，始得拍賣扣押物，以其賣得價金，清償債權，若執行名義，係命債務人交付一筆之動產者，究不得逕

對其他會被假扣押之財產，爲變價清償之執行，院字第一七八五號解釋，應予變更。惟強制執行法第一百二十七條所謂債務人應爲之行爲，並無如補訂民事執行辦法第二十九條除去物之交付之明文，執行名義命債務人交付之動產，爲金錢以外一定數量之代替物者，其代替物之交付行爲，亦包含之。此項代替物，爲債務人或對債務人負有交付義務之第三人占有者，固應依同法第一百二十三條，第一百二十六條之規定執行，無適用第一百二十七條之餘地，若債務人及對債務人負有交付義務之第三人，並不占有，則無從依第一百二十三條第一百二十六條之規定執行，此際債務人，依執行名義，本應採買此項代替物而交付之，債務人不爲此項行爲者，依同法第一百二十七條之規定，執行法院，得以債務人之費用，命第三人代爲採買交付，此項費用，由執行法院，斟酌該代替物現時價格，及其他情事，定其數額，命債務人預行支付，命支付費用之裁定，卽爲同法第四條第二款後段之裁判，債務人不支付時，得以之爲執行名義，對於債務人之一切財產爲執行。（三十年一月三日院字第二一〇九號）

辰、消費物不消費物

消費物（*Reses Consumptibiles* 德 *Verbrauchbare Sachen* 法 *Choses Consumptibiles* 英 *things Consumed in use*）者，依其本來用法非消耗之讓與之不得使用之物也。例如煤米油鹽是。金錢之使用，其物質雖未消費，然對於使用者等於消費之結果，故亦謂之消費物也。不消費物（*Reses non Consumptibiles* 德 *unverbrauchbare Sachen* 法 *choses non consumptibi*

le *things not consumed in use*)者依自然之使用，不失其形體之物也，例如家具船舶是。但消費物解釋爲易於消費之物，未免失之太狹，且與交易上之觀念不合。我第一次草案百七十二條曰稱消費物者謂依通常使用方法，即歸消耗或可讓與之物，此即取廣義之解釋也。(德民九二條，法民一八九二條，泰民一〇〇條)由此觀之，不獨煤米油鹽爲消費物，即金錢法幣，亦屬消費物矣。消費物與不消費物之區別，實淵源法國民法(法一八九二條)我一草仿德國民法之例，亦沿用之。但此種區別，亦非絕對，例如書籍在書肆，其使用方法在讓與，故爲消費物，若在圖書館，其使用方法，儘可閱覽，又爲不消費物矣。我二草不存此條，亦與代替物同一理由。總之，區別之實用，非爲消費物，不得爲消費借貸之標的物，(債四七四條)非爲不消費物，不得爲使用借貸之標的物也。(債四六四條)

已、特定物不特定物

特定物 (*res certae destinatione* Sachen法 Choses individuellement déterminées *things in specie*)者謂以當事人之意思，具體的指定之物也。如某城某胡同某房屋是。不特定物 (*res incertae destinatione* Sachen法 Choses déterminées *things in genere*)者惟以數量種類容積所指示之物也。如土地若干畝，白酒若干斤是。此區別非由物之性質絕對而生，乃當交易之際，基於當事人之意思使然，例如甲在重慶南岸，購一別墅房地，其面積十丈，似特定矣，然南岸之地域殊廣，甲之所購者，果在何所乎？則必當事人表示

意思之後，始成特定物也。

特定物與不特定物區別之實用，於債權最爲顯著（債二〇〇條至二〇二條三三四條三六四條）茲舉二例以明之：（一）所有權移轉之異，以買賣言之，當購買之初已指定某物，則買賣契約成立，此物即視爲買主所有，若未經指定，泛言買物時，買賣契約雖成立，物權亦不屬於買主，例如甲至乙店，以法幣一萬元，購米十石，契約成立矣，又有丙至，亦以法幣一萬元，購米十石，甲不能責乙，謂其以己之米，轉販與丙也，若甲已指定某倉某色之米，而乙即以此米，賣之於丙，方可責乙之違約，何則，一特定，一不特定故也。（二）債務人所負義務之異，此於危險問題，關係最鉅，例如甲往乙店，定購古鼎，買賣成立，尙未送至甲宅，適鄰街失火，延及乙店，古鼎被燬，則受損者，是甲非乙，甲固不能向乙索償，且所欠之貸價，尙宜全交於乙，蓋特定物之物權，即時已屬於買主，而火災又非賣主之罪也，反之甲但云購鼎，未經指明，適值火災，乙店被燬，若乙已受甲金錢，仍當以鼎交諸甲，或退還原金，何則，物非特定，甲固不能受此損失也。

特定物與不特定物之區別，不能與代替物不代替物相混，唯特定物，通常爲不代替物，不特定物，通常爲代替物。故學說及立法例，視爲同一者不少，（參照日本富井政章民法原論總論二八二頁鳩山一郎民法總論二七二頁）然特定與不特定之別，因當事人之意思而生，代替與不代替之別，因交易上之性質而生，故特定物，不一定爲不代替物，而不特定物，亦不定爲代

替物也。例如某馬某房，自交易上性質言之，爲不代替物，且通常視爲特定物，然因當事人之指定方法，爲不特定物者有之，即指示蒙古產三歲之馬百匹，一棟萬元之房五棟是。反之錢米，自交易上性質言之，本爲代替物，且通常視爲不特定物，然因當事人之意思，亦可成爲特定物，即指某倉之米，某箱之銀是。

關於不特定物，他國有以明文規定者，（泰民九九條）我民法無之。
午、可分物不可分物

因分割而喪失本來之性質者，爲不可分物（*res indivisibiles* 德 *unteilbare Sachen* 法 *Choses indivisibles* 英 *indivisible things*）如馬一匹，房一所是。雖經分割而其本來之性質不變者，爲可分物（*res dividuae* 德 *teilbare Sachen* 法 *Choses divisibles* 英 *divisible things*）如土地酒肉是。凡物之分析有二：有形體上之分割，有思想上之分割。思想上之分割者，數人就於一物，各有其一分權利之謂也，其有關係，卽於是生，此種分割，不論其形體上之爲可分物不可分物，皆得存在者也。形體上之分割者，非徒將一物分裂而爲兩部分之謂也，必其分割無害於其物之本質，被分割之各部分，仍保持其同一之作用，始得謂爲真正之分割也，例如一桌一椅，物質上將其分割之時，則立時失其桌椅之效用，故此等物，皆屬於不可分物。形體上一般可分割之物如土地或由數量而成之動產是。土地得依晝界爲分割，房屋依我民法規定與土地爲各別之不動產，故將其與土地分離，不得謂之爲分割。煤米油鹽之類，因分割不過只生數

量之變更，故當然爲可分物。

以上所述，皆民法所謂性質上之可分物及不可分物也。但性質上雖爲可分物，而以當事人之意思，視爲不可分，固亦無妨，其實益於債權中多數債權人，或多數債務人用之。又雖可分割而需費甚鉅，或因分割顯然損失其價值時，法律上亦恆作爲不可分物，其實益於物權中共有物之分析用之。（民法二七一條，二九三條，八二三條，八二四條，八五三條，八六八條，八六九條，九三二條，日民四二七條，四二八條至四三一條）。

第五點 過渡法上關於不融通物之規定

戰時管理進出口物品條例附表甲，所稱下列物品，應由主管機關核准，方准進口，列舉計有七類，即槍械子彈，軍用品製造炸藥或軍用毒氣，航空器材，爆發物料，無綫電器材，麻醉藥品，注射器及注射針，空白及未在市面發行之簽字紙幣，如未經主管機關核准領用護照，完全爲不融通物。第二類之物品，種類甚多，如棉，麻，毛質之花邊衣飾綉貨，酒，紙菸等類。除依該條例第七條之規定，向財政部申請特許進口，未經財政部特許進口者，亦爲不融通物。第三類之絕對禁止進口者，如內藏刺刀之手杖，手槍式電筒，攙有黃磷白磷之火柴，淫書淫畫及誨淫物品，完全爲不融通物。又該條例公布後，原有之查禁敵貨條例，禁運資敵物品條例，已不適用，業經國民政府明令廢止，合併註明。

第十五解 本章之逐條說明

第六十六條 稱不動產者，謂土地及其定着物。

不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定不動產之意義。其關係條文爲債編二四一條一項，四二二條，四四二條，四四五條，四五〇條三項，五一三條，五三四條一款二款，五五四條二項，物權編七五八條至七六〇條，七六九條，七七〇條七七三條至八〇〇條，八六〇條，八六五條至八六八條，八七五條，九一一條，九六〇條二項，親屬編一一〇一條，參考條文爲土地法一條七條至一七條一八條至二〇條二一條至二五條三二條至三五條三八一條至三八三條二五九條二項及其施行法一七條，九一條，強制執行法七五條至一一四條，參考他國條文爲德民九四條至九六條，法民五一七條至五二〇條，五二二條至五二六條，日民八六條，泰民九八條，一〇四條瑞民六四二條，六四三條，六五五條。

第二點 立法例

不動產以土地爲主要，爲各國立法例所從同。至關於定着物，則所採之主義，稍有不同。依德國民法第九四條至第九六條，不動產惟限於土地，其定着物就中如建築物爲其重要成分（*Wesentliche Bestandteilen*），故亦爲不動產。法國民法分不動產爲四種，一曰性質上之不動產，二曰用法上之不動產，三曰標的上之不動產，四曰契約上之不動產。性質上之不動產，

爲主指土地及其附屬而言。用法上之不動產，與後述之從物觀念相似。標的上之不動產，指以不動產爲標的之權利而言。契約上之不動產，對出租金或出收穫物一部租借土地之人依契約留置獸類於土地也。（法民五一七條至五二〇條）日民泰民，於土地外，另設一定着物之觀念。（日民八六條泰民九八條）定着物之內容，與德國所謂重要成分相同，而其觀念則有別，日本所謂定着物者，爲獨立之不動產，而在德民則爲土地之成分，蓋源於羅馬法地上物屬於土地（*Superficies solo Cedit*）之思想也。瑞民亦然。（瑞民六四二條，六四三條，六五五條）本條第一項規定，從日泰立法例。又日本以立木爲特別之物權，而另有立木法（明治四十二年法律二十二號）之規定，不適用日民總則八十六條定着物之規定，而本編則以土地之出產物，爲土地之部分，不得專以部分爲權利之標的。

第三點 釋本條之意義

一、在經濟史及封建制度上，不動產較動產，其價值爲重大。然今日情形變更，動產之中，如船舶，航空器，有價證券，亦有重大價值，今後此點不足爲不動產區別之重大理由。惟就得移轉與不得移轉之點觀察之，則可爲法律上區別之根據，例如審判管轄問題，因時效取得權利之問題，移轉方法之問題，及私國際法上法律適用之問題，皆有區別之必。此外有特種權利，視爲不動產者，例如漁業權視爲物權，準用民法關於土地之規定。（漁業法五條）鑛業權視爲物權，準用關於不動產諸法律之規定。（鑛業法一二條）

二、定着物 *Fest Verbundene Sache*，謂依交易上之觀念，固著土地以達其經濟上之目的而尚未構成土地成分之物也。故以暫時之目的附着於土地者，例如爲建築所設之工作廠，不得謂爲定着物。即與土地附着爲土地之一部者，例如子種植物亦非定着物。故民法之定着物，與德國所謂重要成分之性質不同，非爲土地之一部，而爲獨立之物，不因定着而失其獨立之性質也。土地與定着物，得各別爲所有權之標的，出賣土地，不當然失其建築物之所有權。定着物之主要者，爲房屋及其他工作物。

三、不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分，此所謂不動產，主要指土地而言，（但建築物上亦非無出產物）土地之出產物（*Erzeugnisse und Ausbeute des Grundstücks*）謂土地之有機的及無機的出產物，有機的出產物，謂樹木稻粱之類，無機的出產物，謂沙石之類。與天然孳息之由有機物直接產出及無機物之依其用法所收穫者，微有不同。凡物之部分，不得單獨爲權利之標的，故上述之土地出產物，於未分離以前，不得以之爲權利之標的。

四、爲該不動產之部分，與爲物之成分，我民法顯有區別，不動產之部分（即物理的從物）雖合主物爲一體得於主物以外而成一物，例如子種樹木，雖合土地爲一體，爲土地的部分而非土地之成分，得於土地之外，而爲存在，反之家屋之柱樑，土地之土砂，以及麋之髓，鹿之茸，蠟之刺，雞之毛，則爲物之成分，（或稱重要成分）本法於總則編，用該不動產之部分，於物權編用物之成分，則可知部分與成分有區別也。

第四點 判例及解釋例（左列判例用語係照第一次草案規定適用時應予注意）

1. 凡土地之定着物，及地內未分之出產物，爲土地重要成分，應隨土地之所有權爲轉移。而所謂定着物者，卽非變更土地之形狀，或減損土地之利用，卽不能搬動之物是已。若既非地內產物，又非定着物，則爲獨立之動產，雖附置於地內，而不必隨土地之所有權爲轉移。（三年大判上字八六九號）

2. 土地房屋，應認爲各別之不動產。（三年大判上字八九二號）

3. 賣約內但稱掃土杜賣田地宅院，對於該竹木，尙無明示保留，如別無其他證據，足以證明竹木，須待另行處分，不在此次出賣之列，則本於民法條理，定着於土地之種植物，應視同一體之原則，該項竹木，當然認爲係與土地一體出賣。（六年大判上字一七九號）

解釋例

（一）物之構成部分，除有如民法第七百九十九條之特別規定外，不得單獨爲物權之標的物，未與土地分離之甘蔗，依民法第六十六條第二項，爲土地之構成部分，與同條第一項所稱之定着物爲獨立之不動產者不同，自不得單獨就甘蔗設定抵押權，以此項抵押權之設定聲請證記者，不應准許，惟當事人之真意，係就將來收穫之甘蔗，爲設定動產質權之預約者，自甘蔗與土地分離，並由債權人取得占有時，動產質權，卽爲成立。

（二）未與土地分離之甘蔗稻麥，雖因其爲土地之構成部分，不得單獨爲不動產物權之標

的物，然將來與土地分離時，即成爲動產，執行法院，於將成熟之時期，予以查封，並於成熟後收穫之而爲拍賣或變賣，自無不可，其執行既以將來成爲動產之甘蔗稻麥爲標的物，即應依對於動產之执行程序辦理。（二十九年四月二十六日院字第一九八八號）

附四川高等法院二十九年二月七日原呈（據內江地方法院呈稱轉）

查本院（指內江地方法院）近來辦理民事訴訟強制執行等事件，曾發生疑義數點：

（一）內江地方，常有土地所有人，或承租人，在甘蔗未與土地分離以前，即以之單獨抵押債權人不移轉占有而供擔保之習慣，依民法第六十六條第二項，甘蔗即出產物，在與土地未分離以前，本不失爲土地（即不動產）之部分，但在民法物權編抵押權章有關條文，又無不動產之部分，單獨可爲抵押權標的之規定，則前開取得以甘蔗供擔保權利之債權人，是否應認其有抵押權之效力。又本院現正奉令辦理不動產登記，爲當事人就取得前述以甘蔗供擔保之權利，聲請爲抵押之登記時，應否准許，均不無疑義。

（二）與土地未分離之甘蔗穀麥等類，在強制執行中，可否單獨爲查封拍賣之標的物，如可供查封拍賣，是否應依不動產執行之程序辦理。

第六十七條 稱動產者，爲前條所稱不動產以外之物。

本條應說明者四點

第一點 本條係消極的規定動產之意義。其關係條文爲本編一二七條二款物權編七六

一條七六八條八〇一條至八一六條八八四條至八九九條九二八條至九三〇條九四八條至九五一條九六〇條二項，參考條文爲強制執行法四五條至七四條，參考他國條文爲法民五二〇條至五二二條五二七條至五二九條五三一一條五三二條瑞民七一三條日民八六條泰民九八條二項一〇四條二項。

第二點 立法例

羅馬法上，動產有他動產 *res mobiles* 自動產 *Res. se moventes* 之別，本法大體上無此區別，然債編四二八條，物權編七九一條，則明有之。至關於先占，各國民法及我民律第一次第二次草案，則將捕獲之野棲動物，馴養之野棲動物，蜂羣，列舉之。本法八〇二條，則均包含於動產之中。

動產不動產之分類，各國立法例上，最爲重要，然其原因，則古今不同，蓋上古以狩獵爲生，進而畜牧，進而業農，何莫非與土地有密接之關係，一人產業，舍土地外，可屈指數，其重視不動產，理有固然，及至中古封建時代，其制度以土地爲基礎，土地所有權與統治權，合而爲一，其重不動產之心理，曾未稍減，觀於動產卽賤業之言，可以知之。今則工業發達，動產種類，日增無已，其效用不亞於動產，價值且有過之，然而各國至今，尙保存此分類者，則以兩物之性質，本有不能強同者也。是故各國法律，因歷史之關係，經濟之狀況，及其他社會之情形，關於動產不動產之法律，至爲分歧，約略言之：(壹) 最狹者爲羅馬法，蓋羅馬惟以

物權法，有動產不動產之別，其區別方法，根本上以物之本性為標準，凡依其性質而能遷移轉運者為動產，凡依其性質不能轉運或遷移者為不動產，今之羅馬法系諸國，皆採用此主義。唯因各種習慣及關係，類皆設有例外，其物本不動而認為動產者有之，其物本動而認為不動產者亦有之，即如法國民法有所謂因用法之不動產，蓋法國無主物從物之分，故土地所有人，因在其土地之用而設備之動產，以不動產論，（法民五二四條）所以使其與土地受同一之命運，此例外之最著者也。其餘各種例外尚多。各國法律略分兩派，第一派，何者為動產，何者為不動產，悉列舉之，法國，義大利，舊俄羅斯，英國，及其餘多數國是也。第二派，回復動產不動產本來之自然標準。例如日本民法，以土地及其定着物為不動產，餘皆為動產，我國一二兩次草案，則以土地及房屋為不動產，若德國民法，則選用土地二字，而不用不動產之名稱，皆所以免困難之例外也。（貳）最廣者為英國法，蓋英國不獨於物權法親屬法，（夫婦財產關係）分別動產不動產，且於繼承法亦然，但英國法系，稱動產不動產者，不過取便讀者，實則英國分類，不曰動產不動產，而曰實產人產，其分類之法，不以物之本性為標準，故何者為實產，何者為人產，非熟讀強記不可，然一攷其由來，則遠因於訴訟法，英國古代，分訴訟為實體訴訟，及對人訴訟、實體訴訟敗訴者，必須將請求之原物交還，方能結案，對人訴訟，則賠償損失，即可結案，無須原物之交還。故用實體訴訟之物，名之曰實產，適用對人訴訟者，名之曰人產，因實體訴訟，多用於土地及關於土地之權利。對人訴訟，多用於土地及關於土地權利以外

之物。故人產實產之分，與動產不動產，大致相同，惟沿革既異，其不同之點，亦復不少也。
(查) 無此區別者，為蘇俄民法，其私人間不能流通之財產，非於法律明定範圍之內，不能為權利之客體。(俄民二〇條) 全國土地，一律收歸國有，佔有土地，僅許使用，(俄民二一條) 建築家屋，則於一定條件之下，置於私有權支配，蓋私人之土地所有權，既經取消，故財產亦無動產不動產之區別，此又僅有之例外也。

第三點 釋本條之意義

一、動產 (*Res mobiles* 德 *bewegliche Sachen*, *Mobilien*, *Fahrnis sachen*, *Immovables*, *meubles*) 者無須毀壞原物而得以移動之物也。例如桌椅牛羊等是。不動產 (*Res immobiles* 德 *unbewegliche Sachen*, *Immobilien*, *Liegenschaften* 法 *immovables*, *immeubles*) 者，不能移動之物也，例如土地房屋是。土地為地球之一部分，不能用人力移動之，其為不動產無疑。此外定着於土地之物，如家屋及溝渠石堤等，以其非毀損原物，不能與土地分離，故應視為不動產。其與土地未分離之產物，如播種於田畝之子種，種植於土地之植物，則認為土地之部分。房屋一項，就理論言，亦土地之定着物也。故德民法於土地房屋，未設若何之區別，我國律例，向來認田宅為各不相涉之獨立物體，(參照現行律戶律門田宅之規定，及前大理院三年上字八九二號判例) 故凡附着或連屬於房屋之物，即應解釋為房屋之重要部分。惟以暫時目的，附着或連屬於房屋之物，不在此限。物為動產或為不動產，法民五一六條以下有明文

規定。我民法亦以物應屬於動產或不動產之一。前條既規定不動產之範圍，則其剩餘之部分，即推動產之範圍矣。

二、日本民法八六條三項規定無記名債權，視為動產。在權利的證券化時代，關於權利之移轉，以證券之授受行之，故證券雖非動產，因交付而移轉，其移轉方法，全與動產相同者，則為無記名證券，例如無記名公債，金庫券，中國農民銀行土地債券（中國農民銀行土地債券法三十一年三月二十六日公布施行）車票等是。如於本編明定無記名證券，視為動產，則債編第二章第二十一節無記名證券之規定，除可準用動產外，規定即可從簡。其他關於無記名證券之處，（例如九五一條）亦毋須特為規定。無記名證券，如被盜或損失，可用民事訴訟公示催告之程序。（民訴法五五四至五五六條）我第一次草案九八〇條四項，二草七四九條四項規定，關於動產物權讓與之規定，於無記名證券準用之。

三、動產之中，其法律上之待遇，有與不動產相類似，對於登記及抵押，設特別之規定者，例如船舶航空器是。（參照海商法一一條、三七條、航空法一七條、一八條、日商五四〇條、六八六條）

第六十八條 非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，為從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。

主物之處分，及於從物。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定主物從物之區別及其實用。其關係條文爲債編三六二條物權編八一二條二項，八六二條，參考他國條文爲德民九七條九八條日民八七條瑞民六四四條六四五條俄民二五條泰民一〇二條一〇三條。

第二點 立法例

甲、不動產是否得爲從物

在日民之解釋，不動產亦得爲從物，例如花園馬廐偏屋之於正屋是，德民則規定從物限於動產，蓋德民不動產之爲獨立物或爲他物之成分，全因登記以定之。（德民八九〇條）我民法關於從物，雖無限制其爲動產之規定，然以非主物之成分爲要件，故在交易下可視爲獨立之物，方得爲從物，例如灌溉用之工作物，農業用之建築物，對於耕地之關係，亦可視爲有主從之關係。

乙、概括規定與個別規定

主物與從物區別之必要，在使從物隨主物之命運。（日民八七條二項，俄民二五條二項，瑞民六四四條一項，泰民一〇二條三項）但從物隨主物運命之程度，各國立法例，亦不一致。我國民法及日本瑞士等民法，則取概括規定，令從物隨主物之處分，德民則取個別規定，其相異之點有二：

一、我國民法所謂處分者，指關於物上權利義務之設定變更或消滅所爲之一切法律行爲也。而德民之規定，則限於讓與主物，或於主物上設定限制物權，例如設定質權，地役權，以及爲遺贈時，其從物始隨主物之運命，故其適用之範圍爲狹。（德民三一四條、四九八條、九二六條、一〇三一條、一〇九六條）

二、我民法本條第二項所規定主物之處分，及於從物，解釋上爲任意規定（Dispositive Vorschriften），如當事人不爲特別反對意思表示時，則適用之。（日民八七條二項，瑞民六四四條一項，俄民二五條二項但書）反之德民所規定者，爲意思解釋之規定（Auslegungssregeln）。無須當事人有特別之約定，如依周圍情事可知當事人有反對之意思，則從其意思，惟意思不明時，始適用之。

丙、何者有主從之分何者無主從之分

各國立法例，別爲三派：第一派，惟不動產爲主物時，乃有從物，英國是也。第二派惟動產得爲從物，德國是也。查德民法對不動產祇可使甲不動產爲乙不動產之重要成分，（德民八九〇條二項及其土地登記法第五條）斷不能使其爲從物，（德民九七條）其不同之點，則重要成分，爲他物之一部分，不能獨立自成一物而爲私權之客體。若從物則獨立自爲一物，仍不失私權客體之資格。第三派，動產及不動產，均有主物從物之分，羅馬日本是也。至於法國民法，雖不承認此分類，然其條文，有所謂用法上之不動產，用意與此略同。至其規定之法，有採列

舉主義者，如法國民法五百二十四條所列之不動產是。有採折衷主義者，如德國民法九十七條九十八條是。有採概括主義者，如日本民法八十七條，瑞士民法六百四十四條是。文明日進，需要愈多，社會情狀，日趨複雜，列舉主義，難免掛漏之譏。惟概括主義，以事實上之問題，委之執法者之自由裁量，既無背於法理，又適合乎習俗，實為最善之立法例。本條第一項第二項之規定，即採概括主義者也。

第三點 釋本條之意義

其一 主物與從物

從物(*Res accesoriae, quasi pars, Neben Sachen, zubehör, pertinenzen, appartenance, Choses accasories,英accessory things*)者，非主物(*Res principales,德Haupt sachen,法Choses principales,英Principal things*)之成分，常助主物之效用，而同屬於一人之謂也。

其二 得為從物之要件有四

(一) 主物與從物，須各為獨立之物，例如鑰之鎖鍵，船之帆檣，場圃常備之農具等是。故一物之構成部分，非從物也，例如角未離鹿，羽未離雞，為物之一部，既離之後，則為獨立物，毫無主從之關係。唯應注意者，我民法既認土地及其定着物，為各別之不動產，則從物之解釋，自不能如德民法第九十七條一項，僅以動產為限，故具有從物性質之不動產，而附屬於

主物之不動產亦有之，例如馬號之於房屋是。

(二) 從物須與主物，同屬於一人所有，例如房主以甲房之風窗，移設於乙屋，此可解釋風窗爲從物，若其風窗爲他人所有，則不能解釋爲從物矣。但此點在德民法，不問風窗之屬於何人，均可成爲從物。蓋我民法爲保護從物所有權之旨趣，而德民法則爲保全經濟上利益之旨趣也。

(三) 須非主物之成分，例如葡萄園之棧柁，門戶之門，大輪之救生艇，可解釋爲從物，然如家屋之柱樑，桌椅之四足，斷難以從物解釋之。

(四) 須常助主物之效用，例如鑰之於鎖，抽屜之於桌，卽爲常助主物之效用，故爲從物。反是若以古今圖書集成一部，任意指定其爲書店之從物，或對於房屋內懸掛之書畫，強行解釋爲房屋之從物，卽與此處所述原理相反矣。

以上所云，交易上有特別習慣者，雖合於四種要件，仍不作爲從物，如洋爐之烟囪，米麵之麻袋，在交易上之習慣，不作爲洋爐米麵之從物也。

其三 物理的從物因用法的從物

以法理言之，主物之所有權，包含從物。從物有二：一物理的從物，二因用法的從物是也。物理的從物者，謂合物理上主物爲一體之物也，例如子種從其播種後，植物從其種植後是。因用法的從物者，謂物之所有者，從物之用法而使其物附屬於自己之所有物也，例如附屬家屋之

玻璃木板，附屬船舶之帆篙櫓權是。玻璃木板，帆篙櫓權，得於房屋船舶以外，而獨立存在，故非物理的從物而爲因用法之從物也。此因用法而使附屬之物，既非主物成分可於主物以外而成一物，故必爲主物所有人之所有時，始有從物之性質。若爲他人所有時，則失其從物之性質也。本編以物理的從物，爲物之部分，（見六六條）而於因用法之從物，除本條外，又於物權編八六二條規定之。該條所謂從物者，即本條所謂從物隨主物處分之從物也。此點與德國比較之，其不同之點有二：德國民法，以建築物爲土地之重要成分，（德九四條）而本條則稱爲土地之定着物，其不同一也。德國民法九十七條之規定曰：動產中不爲主物之成分，而有供爲主物經濟上之目的，且其對於主物，又有與此性質相當之表見關係者，則爲從物。又在交易上，不視爲從物者，則非從物。第二項因他物經濟上之目的，雖一時使用其物，不生從物之性質，又從物雖一時由主物分離，亦不失從物之性質。綜釋該條意旨，雖爲因用法之從物之規定，然不以主物從物同屬一人爲條件，純着眼於經濟上之利益。我民法則以主物從物同屬一人所有爲條件，着眼於從物所有人之保護，其不同二也。

其四 工廠之機器是否爲工廠之從物

此在我國民法，解釋上甚爲重要，蓋以之爲從物，則得與工廠一同抵押，否則不得爲抵押權之標的也。依德民第九一八條規定，供營業用之機器及其器具，農業上之農具及家畜等，視爲從物。奧民第二九七條，規定器具與不動產結合者，如得不動產所有人之同意，於登記簿上

記明該機器屬於他人之所有時，始不視為其不動產之附屬物。我國既無明文規定，解釋上應以其機器是否常助工廠之效用，而並同屬於一人所有以爲斷。最高法院亦係採此解釋，即機器得依交易習慣爲工廠之從物，同爲抵押權之標的。（民八六二條）否則機器性質，本爲動產，不得單獨設定抵押權也。

其五 區別之實益

主物從物區別之實用，在於處分主物時，從物亦同其運命，蓋以主物與從物，各爲獨立之物，而有相互爲用之關係，從物不隨主物之運命，則各失其能，足以妨害經濟之效用，如鑰，主物也，鑰匙，從物也，買錶而不附鑰，則錶之所有人，不能得其效用，此法律上區別主物從物之實益也。

第四點 判例（附解釋例）

民法總則第六十六條規定稱不動產者，謂土地及其定着物。工廠中之機器，雖有附着於土地者，然其性質，究可離土地而獨立，申言之，卽不必定着於土地，自應認爲動產，故在民法物權編施行後，就機器設定質權，固非移轉占有，不生效力，然在物權編施行以前，尙無法定明文限制，苟該地方一般交易觀念，以工廠之機器，不移轉占有而設定擔保物權，已成習慣，在審判上卽亦不妨認其有擔保物權之效力。（十九年最高法院上字第一〇四五號互見民法六六條八六〇條八六二條）

附解釋例

工廠中之機器生財，如與工廠同屬一人，自爲工廠從物，若以工廠設定抵押權，除有特別約定外，其效力及於機器生財，聲請登記時，雖未一併註明，與抵押權之效力，不生影響。（二十五年六月六日院字一五一四號互見民法八六二條）

院字第一四〇四號解釋，所謂工廠之機器，可認爲工廠之從物者，凡該工廠所設備之機器皆可認爲從物，至工廠與機器，非同屬於一人，機器固不能單獨爲抵押權標之物，工廠如未得所有人許可，亦不得以之爲抵押權之設定。（二十五年十月三日院字一五五三號互見民法八六二條）

第六十九條 稱天然孳息者，謂果實，動物之物，及其他依物之用法所收穫之出產物。稱法定孳息者，謂利息，租金，及其他因法律關係所得之收益。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定天然孳息法定孳息之意義。其關係條文載在次條，參考他國條文爲德民九九條一〇〇條日民八八條泰民一〇五條法民五八三條五八四條瑞民六四三條二項。

第二點 立法例

甲、關於孳息與原物之立法例

一、孳息（羅 *Fructus* 德 *Fruichte* 法 *Fruits*）者，由原物所生之收益也。產生此收益之物，

謂之原物（羅 *substantz* 德 *Muttersache, stammssache* 法 *Chose originare*）原物是否以物爲限，各國立法例，亦不一致，有必須其爲物者，如瑞士、日本、泰國等國民法是。（瑞民六四三條日民八八條泰民一〇五條）有無須其爲物，卽由權利所生之收益，亦爲孳息者，如德國民法是。（德九九條）我民法仿德國立法例，不但有機物直接產出之物與依物之用法所收穫之出產物，謂之孳息。（天然）卽因法律關係所得之利益，亦爲孳息。（法定）

二、法法系諸國法典，不設關於孳息之通則，惟於用益權之規定中，載孳息權取得之規定殊覺不當，我民法總則中，既規定關於物之一般通則，則關於孳息之事項，自以一併規定爲宜。

乙、關於天然孳息本質之立法例

天然孳息（羅 *Fructus naturales* 德 *natürliche Früchte* 法 *unmittelbare Früchte* 法 *natural Fruits, fruits naturels*）之本質如何，立法例由來有三學說。

一、定期收穫之生產物說，此爲法國一般學者所主張，乃以收穫之時期，定物之性質者也。然天然孳息，依一定收穫時期者固多，而隨時收穫之物，無害其爲天然孳息者，亦復不少，例如鐵物石材等是也。又如牛犢，亦不能視爲定期收穫，然無害其爲孳息，總之定期收穫，不過常爲認知孳息與否之材料，若直以之定物之性質，則未免本末倒置矣。

二、不消耗其原質而收穫之生產物說。此說解孳息觀念，失之太狹，與前說無異。蓋此說

關於有機生產物，雖毫無謬誤，然近世一般所謂孳息者，不限於有機生產物，例如鑛物石材，雖逐漸消盡其原物，然普通亦視為孳息之一種，無庸疑也。

三、依物之用法而收穫生產物說。所謂依物之用法者，依物之合於經濟上目的之方法之謂也。例如耕種田地以收穫物，飼養牧牛以取乳汁之類是也。此說日民法採用之。

丙、關於法定孳息本質之立法例

法定孳息(羅Fructus civiles德Juristische Früchte, mittelbare Früchte法legal Fruits Civilis, Fruits legals)之本質，學說紛歧，法國學者，稱之為擬制的孳息，而未與以明確之界說。德國民法，則稱之為本於法律關係所發生之收益(Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht Vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt) (德九九條三項)日本民法，則稱為使用該物對價應受之金錢及其他之物。(日八八條二項)本條仿德國民法而範圍稍廣。

第三點 釋本條之意義

其一，定何為孳息，其要點有二：(一)明孳息權利人所應得之物。(二)當應償還孳息價格時，得定其義務之範圍也。關於質權(八九〇)租賃(四六一)物之歸屬(七六六)占有(九五四條九五八條)等事項，即可見其實用矣。(參照次條第一點關係條文)

其二，天然孳息，非原物之成分，(構成部分)必產生為獨立之物，始稱孳息。但對於未

分離之孳息 (Fructus stantes et Pendentes; stehende und hängende Früchte) 亦不妨用孳息名稱也。(即我民法所稱不動產之部分) 其爲有機的生產與否，及生產方法之爲天然，或人工，均非所問。例如牛乳爲乳牛之天然孳息，菓子爲菓樹之天然孳息，無論矣。即鑛石亦得爲鑛山之天然孳息，反是地中掘出之埋藏物，以其非生產物，故非孳息。又加工於生產物之物，非天然孳息，例如牛乳爲乳牛之天然孳息，而由牛乳製成之酪，非牛乳之天然孳息，灌木爲山林之天然孳息，由灌木製成之木炭，則非山林之天然孳息也。但原物產出之天然孳息，不妨附加他方，例如稻粱非子種肥料之孳息，乃田地之孳息也，(但稻粱未分離時同時爲不動產之部分) 牛犢非牡牛之孳息，乃牝牛之孳息也。

其三，所謂依物之用法所收取之出產物，其理由以凡充孳息之要素，皆不外從物之用法而收取，如耕作地之土地，其生產物，從耕地之用法而爲收取，鑛物石材，從鑛山石坑之用法而爲收取，此外凡孳息無不皆然，唯於此稍有疑問者，庭柯之菓，耕牛之乳，本可以爲孳息，然庭園爲散步之用，耕牛爲耕田之用，如以從物之用法爲孳息之要素，則庭柯之菓，耕牛之乳，即不得爲孳息矣。本條改爲果實動物之產物及其他依物之用法所收穫之出產物，則上例之得爲天然孳息，即無問題矣。德國民法九十九條所謂物之孳息 Fruchte einer sacho 者，即包括物之出產物 Die Erzeugnisse der sache 及依物之用法所收取之其他利益 Die sonstige Ausbeute, welche aus der sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen wird 也。其

所謂出產物者，即指一切有機之出產物而言，與日常之觀念甚合，而礦物之出產物，則須依其用法之採取，始得稱爲孳息，亦甚適於現代經濟之觀念。瑞士民法第六四三條二項規定天然孳息爲定期之出產物及一般觀念上爲依物之用法所收穫之收益。我民法係折衷德瑞民法所採取之定義，即植物之果實，動物之產物，爲植物動物本身自然的之有機的出產物者，則不問其爲依物之用法而收穫者與否，皆爲天然孳息。其他如石材鑛產無機物，則須依物之用法而採取者，始爲天然孳息。又如山林之樹，雖爲有機物，然爲山之出產物，爲該不動產之部分，亦應依其用法而採伐者，方得爲天然孳息。有謂本條第一項所規定之天然孳息，與日民第八八條一項所定之天然果實，意義完全相同，即不問其爲果實或動物之產物，均須爲依其用法而收穫者，方爲天然孳息，不知民法所舉之果實及動物之產物，並非例示之規定，乃指一切植物之果實及一切動物之產物而言。又產物即生產物與出產物之意義微有不同。生產物爲自然有機的，應屬於出產物之一種，故本條第一項末段所稱及其他依物之用法所收穫之出產物，係與果實動物之產物相對列。

其四，法定孳息，非由物直接生產，然亦必先有原物或原本而後發生，與天然孳息同，如地租，房租，金錢利息之類是。法定孳息之要件有三：

一、原物不以物爲限，即由權利所生之收益，亦爲孳息。此點與日泰等國民法原物必須爲物者不同。

二、法定孳息，爲因法律關係之收益，所謂法律關係，指一切法律關係而言，其基於法律行爲，或基於法律之規定在所不問。故因租賃關係所得之租金，固爲孳息，即因履行遲延所得請求之遲延利息，亦不失爲孳息。

三、因法律關係所得之收益，所謂收益，一般謂以物或權利之使用收益委於他人所得之對價。收益多爲定期。其非爲定期者，以非可視爲原物之代價者爲限。

第七十條 有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息。有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定天然孳息法定孳息之歸屬。其關係條文爲債編二三九條二五九條四款四二一條四六一條五四一條五九九條物權編七六六條八三二條八四二條八六三條八八九條八九〇條九一一條九三五條九五二條九五四條九五八條親屬編一〇一九條一〇八八條一一〇一條繼承編一二〇四條，參考他國條文爲德民一〇一條瑞民六四三條法民五八五條五八六條日民八九條泰民一〇五條。

第二點 立法例

取得天然孳息之立法例有二：一爲生產主義 *Produktionsprinzip* 即於原物施用生產手段者，始有取得其孳息之權，德國固有法採用之。一爲原物主義 *Substanzialprinzip*，即視天然

孳息爲原物之一部，有原物之所有權或其他權利者，孳息亦歸其取得，法、德、瑞、日、泰、等國之民法採用之。（法五八五條德民一〇一條一款、瑞民六四三條一款、日民八九條一款、泰民一〇五條一款）自保護勞動階級方面言之，自以生產主義爲合理，自社會一般觀念方面言之，均注意孳息分離時之權利人，至孳息之生產人爲何人，非所重視，且孳息必於原物分離時始爲獨立之物，此時誰於原物有權利，始歸誰取得，本條第一項係採原物主義，但對於耕作地之承租人因租賃關係終止時未及收穫之孳息，得請求出租人償還之，（債四六一條，德民五九二條，九九八條）蓋對於採原物主義之救濟的規定也。至法定孳息，則以其與原物本非一體，隨時可以收取，然以分秒計之，則不勝其煩，故本條第二項按照權利存續期內之日數，爲計算取得孳息之標準，亦爲各國立法例所從同。（法民五八六條德民一〇一條二款日民八九條二項德民一〇五條二款）

第三點 釋本條之意義

一、天然孳息與原物分離時，屬於其時之有收取權利之人。有收取天然孳息權利之人，爲原物之所有人（民七六六條）地上權人（民八三二條）永佃權人（民八四三條）典權人（民九一條）質權人（民八八九條、八九〇條）留置權人（民九三五條）善意之占有人（民九五二條九五四條）承租人（民四二一條）受任人（民五四一條）夫（民一〇一九條）父母（民一〇八八條，一一〇一條）受遺人（民一二〇四條）等。天然孳息於未分離前，收取權利之人有變更

之時，則收取權利屬於後繼之人，例如甲種稻於田，於未收穫之前，讓與其田於乙，則乙取得收取其稻之權利。分離 Separation, Trennung 者謂由原物脫離而爲一獨立體，其分離之原因由於天然，或由人爲，由有收取權利人之行爲，或由第三人之行爲，其行爲適法或不適法，皆無關係。苟一直分離，則屬於其時之有收取權利之人，不過有收取權利之人，不得反於經濟方法，濫用原物耳。（民四三八條、四五五條）

二、法定孳息，按權利存續期間之日數，屬於其時之有收取權利之人，蓋權利存續期間，孳息可以時時發生，以時計算，未免過煩，故以日計算之。其起算點，依本編第五章各條之規定。（參照本編一二〇條至一二二條）有收取法定孳息之權利之人，例如收取利息之債權人，收取租金之出租人，收取地租之地上權設定人，收取佃租之永佃權設定人，均按其權利存續期間，取得孳息。

三、關於孳息之返還，參照編二二九條，二五九條四款、五九九條及物權編九五八條規定之，抵押權之效力，及於天然孳息，於物權編八六三條規定之。



中華民國三十三年六月重慶初版
中華民國三十四年四月重慶增訂第一版
中華民國三十四年十二月上海增訂第一版
中華民國三十五年五月上海增訂第二版

(* 37836 A 滬報紙)

民法詮解——總則編(上)一冊

定價國幣肆元陸角

印刷地點外另加運費

* 版 翻 *
* 權 印 *
* 所 必 *
* 有 究 *

著 者 黃 右 昌

主 編 者 司 法 院 法 官 訓 練 所

發 行 人 王 雲 五
上 海 河 南 路

印 刷 所 商 務 印 書 廠 館

發 行 所 商 務 印 書 館
各 地

中央圖書雜誌審查委員會
免審證免字第七六號

