

一之書叢學法

論 總 法 民

著 谿 陽 歐

冊 上

版 出 社 譯 編 學 法 海 上

行 發 總 局 書 記 新 堂 文 會

中華民國二十年九月出版
中華民國二十一年五月再版

有 著
作 權

著 者

歐 陽

谿

出 版 者

上海法學編譯社

印 刷 者

上海會文堂新記書局

發 行 者

上海會文堂新記書局

總發行所

上海

河南路
三馬路
北首路

會文堂新記書局

分發行所

北平
漢口
廣州

琉璃廠
交通路
永漢北路

會文堂新記書局

民 法 總 論

上 冊

定價大洋一元四角

外埠
加郵費

民法總論上册目錄

緒論

第一章 民法之概念……………二

第一節 民法之語源……………二

第二節 民法之意義……………三

第二章 民法之本質……………四

第一節 民法爲國內法……………五

第二節 民法爲私法……………六

第三節 民法爲實體法……………八

第四節 民法爲普通法……………九

目錄

第五節	民法爲制定法	一〇
第六節	民法爲任意法而略兼強法	一一
第三章	民法之淵源	一二
第一節	制定法	一三
第二節	習慣法	一六
第一款	習慣法之要素	一七
第二款	習慣法之效力	二〇
第三款	習慣法與成文法之比較	二三
第三節	法理	二四
第四節	判例及學說	二六
第五節	條約及外國法	二七
第四章	民法之效力	二八

第一節	關於人之效力	二八
第二節	關於地之效力	三〇
第三節	關於時之效力	三一
第五章	民法之沿革	三五
第一節	各國民法之沿革	三五
第二節	我國民法之沿革	四一
第六章	民法之解釋	四六
第一節	強制解釋	四七
第二節	學理解釋	四九
第七章	民法上之權利(附義務)	五三
第一節	權利之本質	五三
第二節	權利之類別	五六

第一款	財產權及非財產權	五八
第二款	絕對權及相對權	六六
第三款	專屬權及非專屬權	六八
第四款	主權利及從權利	六九
第五款	原權及救濟權	七一
第六款	請求權抗辯權支配權及形成權	七三
第三節	義務	七七
第一款	義務之觀念	七八
第二款	義務之類別	七九
第四節	義務與權利之關係暨法律之本位	八〇

本論

第一編 權利之主體……………八三

第一章 權利主體之概念……………八四

第一節 權利能力之概念……………八六

第二節 意思能力之概念……………八七

第三節 行為能力之概念……………九〇

第四節 責任能力之概念……………九三

第二章 自然人……………九四

第一節 自然人之概念……………九四

第二節 自然人之權利能力……………九五

第一款 權利能力之範圍……………九六

第二款 權利能力之始期……………九八

第三款 權利能力之終期……………一〇一

第四款 外國人之權利能力	一〇三
第三節 自然人之行為能力	一〇七
第一款 有行為能力人	一〇八
第二款 無行為能力人	一一二
第一項 未滿七歲之未成年人	一一三
第二項 禁治產人	一一五
第三款 限制行為能力人	一二二
第四節 自然人之人格保護	一二五
第五節 自然人之住所	一二九
第一款 住所之概念	一二九
第二款 住所之要件	一三一
第三款 住所之種類	一三三

第四款	住所與居住	一三五
第五款	住所之效果	一三八
第六款	住所之設定及廢止	一三九
第六節	自然人之失蹤及死亡宣告	一四〇
第一款	概說	一四〇
第二款	失蹤	一四二
第三款	死亡宣告	一四三
第二章	法人	一五〇
第一節	概說	一五〇
第一款	法人制度之沿革	一五一
第二款	法人之本質	一五三
第三款	法人之種類	一五九

第四款 法人之能力	一六五
第一項 法人之權利能力	一六六
第二項 法人之行為能力	一六九
第三項 法人之責任能力	一七二
第五款 法人之組織	一七七
第一項 法人組織之概說	一七七
第二項 董事	一八二
第三項 總會	一九一
第六款 法人之住所	二〇二
第七款 法人之成立	二〇三
第八款 法人之登記	二〇七
第九款 法人之變更	二〇九

第十款	法人之監督	二二二
第十一款	法人之消滅	二一五
第一項	解散	二一七
第二項	清算	二二三
第二節	社團法人	二二八
第三節	財團法人	二三五
第一款	財團之設立	二三六
第二款	捐助行爲	二三九
第三款	章程之變更及補充	二四四
第四節	外國法人	二四六

民法總論

歐陽谿著

緒論

法律者、社會生活之規範依公權力而強行者也。人之所以異於禽獸者。厥惟共同生活之組織。即人類非有共同生活之社會。決不能爲生存繼續之發達。欲謀生存繼續之發達。勢不能不有彼此互助之精神。因互助之結果。而社會生活。愈形發達。因發達之結果。而人類之知識。乃愈趨進步。故個人與社會。互爲因果。遂演成由個人而社會。由社會而國家。以漸進於世界大同之趨勢焉。當此演進之過程中。其賴以維秩序而保安寧者。端在社會生活之規範。即所謂法律是也。然法律非僅國家有之。國家以前之原始社會。亦有之。不過原始社會。僅有自然存在之法律。而國家社會。乃有人爲制定之法律。故學者間稱前者爲自然法。稱後者爲人定法。此自然法與人定法。均依社會力即公權力而強行。因強行力之強弱及目的與主體

之關係。於是更有公法私法之區別。而社會生活之規範。乃益臻完成。茲特就私法中之民法言之。

第一章 民法之概念

法律之學。種類繁多。其最切近人類生活關係者。首推民法。故民法之研究。甚為重要。茲就民法之語源及民法之意義分節說明之。

第一節 民法之語源

民法之語源。出自羅馬。羅馬有市民法(*Jus civile*)與萬民法(*Jus gentium*)之別。前者適用於羅馬人與羅馬人間。後者適用於羅馬人與外國人及外國人與外國人間。惟市民法不及萬民法之簡易。故最後為萬民法所合併。泊尤斯喜尼安(*Justinianus*)帝羅馬大法典完成。二法之區別。幾無復存在。但後人沿襲舊名。仍稱該法典為市民法。迄中世歐洲諸國盛行羅馬法

時代。相沿未改。遂成爲今日民法之語源。但當時所謂市民法者。不僅屬於私法。卽公法亦包含之。不僅屬於實體法。卽程序法亦包之。今之民法。則專指實體法中之私法而言。其意義稍有變遷耳。至萬民法一語。實爲今日國際法之語源。故羅馬之市民法。可謂爲各國民法之始。而萬民法則可謂爲國際法之始。

第二節 民法之意義

民法之意義。除奧國民法特別訂明外。其他各國民法。均無明文規定。類皆取決於學說。雖其間之主張。不必盡趨一致。然綜合多數之學說。其所稱之民法。大抵指規定實體上權利義務之私法而言。私法之中。有採民法商法并立主義。與採民商法合一主義之不同。其在民商法並立主義之國。則所稱民法。具有廣狹二義。廣義之民法。係指私法之全體。凡屬於私法性質之成文法及習慣法均賅括之。商法亦爲民法中之一部分。其適用廣義民法所賅之事項。總稱之曰民事法規。狹義之民法。則係與商法相對待。卽除去商法部分。始稱之曰民法。其

適用商法規定之事項。又別稱之曰商事法規。普通所稱之民法。概屬狹義。我國在新民法未頒行以前亦然。今則仿瑞士立法例採用民商法合一主義。其觀念稍有變更矣。

又民法之意義。有實質上與形式上之不同。實質上之意義。凡屬私法。均包含之。形式上之意義。則單指成文法之民法法典而言。我國從前法與律之用語。顯有區別。律僅指成文法言。法則爲一切法律之總稱。故統稱民法。乃指私法之全體。其稱民法法典者。則爲民律。德法及瑞士各國。亦復相同。惟日本法與律不加區別。其民法法典。亦簡稱民法。與我國現制所稱之民法相同。惟日本係採民商法并立主義。其民法之範圍較狹。我國現係採民商法合一主義。民法所包括之範圍較廣。此則適用上所宜注意者。

第二章 民法之本質

民法爲規定實質上權利義務之私法。業已說明。茲就民法之本質。分述如次。

第一節 民法爲國內法

法律有國內法與國際法之別。國內法者、依一國主權範圍內所施行之法也。國際法者、依數國家之認定。規定國家相互間權利義務之法也。前者僅由一國家之認定。故限於所認定國家主權行使之範圍內生效。後者依數國家之認定。故得行於國際間。通常所稱之法律。屬於前者。國際間適用之國際公法。屬於後者。國際法是否爲法律。學者間尚多非難。其詳應由國際公法研究之。國內法之爲法律。則爲一般所公認。無俟詳加說明。民法係規定一國民族之私人生活關係。其屬於國內法。甚爲顯明。至民法之效力。具有民族性之特質。故對於外國人。雖於主權能支配之範圍內。仍得使其不適用。常藉國際私法以補充之。如國籍法及法律適用條例中規定涉外某種法律關係。應適用某國法律。卽其例也。故國際私法。可謂爲民法之補充法。仍屬於國內法之範圍。不可以國際法視之。輒近學者雖有主張應制定國際民法。以資國際私人間之適用者。然各民族之風俗習慣。互有不同。非如商事中之海商票據等法之

易趨一致。故此種主張。只可實行於將來。今則僅爲理想上之學說。因各民族之特質。尙未可驟進於大同也。

第二節 民法爲私法

關於公法私法之區別。其採用標準。學說紛紜。甚有倡爲不應區分公私之學說者。如英之奧斯丁氏。(Austin) 德之修羅曼氏。(Schlossmann) 日本之乾政彥氏、及富井政章氏等屬之。惟此種區別。創自羅馬。各國法律。悉踵行之。對於學理上之研究。甚著實效。欲併予混淆。其勢難能。故不足採。茲特就區分說中之主要者說明之。

第一、利益說。此說以法律保護之利益爲標準。卽關於保護公益之法律。爲公法。關於保護私益之法律。爲私法。

第二、主體說。此說以法律關係之主體爲標準。卽規定至少一方以國家或其他公共團體爲主體之關係者。爲公法。規定私人相互之關係者。爲私法。

第三、關係說。此說以法律規定之關係爲標準。更分左之兩說。

(甲)規定權力服從關係者。爲公法。規定權利平等關係者。爲私法。

(乙)規定統治關係者。爲公法。規定非統治關係者。爲私法。

以上三說中。第一說所謂公益私益之保護。其界限極不明晰。蓋法律之規定。由一方面觀之。雖係關於公益。而自他方面觀之。則又關於私益。如刑法係保護公益法規。固屬公法。然由一個人之地位以觀。則實所以鞏固個人生命、身體、自由、名譽、財產之法規。是又屬於私益之保護。故此種分界。殊不足採。第二說以規定一方以國家或其他公共團體爲主體之關係者。爲公法。其規定私人相互關係者。爲私法。其主張更不足採。蓋國家及公共團體有時立於私經地位而與私人發生關係者。仍應受私法上之支配。卽不能謂私法僅規定私人相互關係。甚屬顯明。至第三說中之甲說。以服從或平等爲公私之劃界。亦屬欠妥。蓋公法中關於選舉事項之規定。係屬平等關係。而民法中關於父母子女之規定。則轉爲服從關係。是此說又不免有公私倒置之嫌。惟最後乙說。主張以統治關係爲標準。頗稱允當。蓋國家或公共團

體。以統治關係之資格與私人所生之法律關係。雖應受公法上之支配。若其以非統治關係之資格。與私人發生法律關係時。則當然應受私法上之支配。如國家與人民締結契約。或其他普通債權債務之關係。係以私人資格為之者即屬非統治關係之資格。勢不能不受私法上之支配也。民法係非統治關係之規定。故為私法。

第三節 民法為實體法

法律有實體法與手續法之別。其規定權利義務之存在、性質、及範圍者。稱實體法。一曰主法。其規定關於權利義務運用之手段者。稱手續法。一曰助法。又曰程序法。民法及特別民商事法。屬於前者。民事訴訟法、非訟事件法、登記法、破產法、提存法、戶籍法等。屬於後者。但民法法典中。亦間含有手續法之性質。如關於法人設立登記等程序。即其例也。又民法施行法。雖係規定施行之程序。但在指示新舊法之適用。故仍屬實體法。至國際私法如國籍法及法律適用條例等。其規定有關於實體者。亦有關於程序者。是又屬於實體法與程序

法混同之法律矣。

第四節 民法爲普通法

普通法與特別法之區分標準。因地與人及事項三者而各異。分言之。(一)以地爲標準時。其施行於領土一般之法律。爲普通法。僅施行於領土內一部分之法律。則爲特別法。(二)以人爲標準時。其施行於全國一般民衆者。爲普通法。僅適用於特定身分之人者。則爲特別法。(三)以事項爲標準時。其規定關於一般且比較廣大範圍之事項者。爲普通法。僅關於特別且比較狹小範圍之事項者。則爲特別法。民法之適用。可通行於領土之全部。又適用於一般民衆。更係關於普通廣大範圍事項之規定。故屬於普通法。

普通法與特別法之區分。非絕對的。乃相對的。即甲法對乙法言。爲普通法。而乙法對丙法言。又可爲普通法也。如民法法典者。關於私法全體之法規也。就民商法分立主義之國家言。其對於私法關係中之商法。則民法爲普通法。商法爲特別法。若僅就商事言。則商法爲關

於商事全體之法規。對於僅關於商事中之票據、保險、公司、海商等法。則商法爲普通法。而票據法、保險法、公司法、海商法等。又均爲特別法矣。

普通法與特別法之區別。不僅於法令相互間爲然。卽同一法規中。亦可爲此種區別。如法律行爲不違反強制或禁止之規定者爲有效。(參照民法第七一條)此普通之規定也。若係限制行爲能力人之法律行爲。則除不違反強制或禁止之規定外。更須得法定代理之允許。始爲有效。(參照民法第七條)則爲特別之規定矣。是前者可謂爲普通法。而後者又可謂爲特別法。

要之。普通法與特別法之區分。其實益在「特別法優於普通法」之原則。卽特別法與普通法並存時。應先適用特別法。必特別法無規定時。乃能適用普通法。如關於商事中之公司或票據事項。必先適用公司法或票據法。公司法或票據法無規定時。始能適用商人通例。商人通例無規定時。始以民法之適用爲補充。卽其例也。

第五節 民法爲制定法

法律有制定法與自然法之別。制定法即成文法。一稱人定法。又稱現實法。自然法一稱不文法。又稱習慣法。自然法者。社會生活自然發生之原則規範也。制定法者。即對社會生活之原則規範加以人爲制定之法規也。前者如習慣法理等屬之。後者如民法保險法公司法票據法海商法等屬之。又凡普通所稱之法律。概指制定法言。以制定法概具有強制通行之效力。而自然法必限於不違背社會生活之根本原則。即不違背善良風俗者。始具有法律相等之效力也。故民法第一條云。「民事法律所未規定者。依習慣。無習慣者。依法理。」蓋所以示法律適用之次第。而爲律無明文時之救濟也。近世一般國家。其民法類皆由立法機關制定。而以成文法爲原則。惟英國則因崇尚自然法而採用不文法。今亦大有轉入成文法國之趨勢云。

第六節 民法爲任意法而略兼強制法

任意法者。對於法律之規定。可由私人意思變更之之法也。強制法者。對於法律之規定。不許以私人意思變更之之法也。公法類屬強制法。私法類屬任意法。民法、私法也。故爲任意

法。惟此種區分。乃相對的。非絕對的。蓋公法亦有任意性。而私法亦有強制性者。如選舉權。公權也。選舉法容許人民拋棄其選舉權。是公法兼有任意法之實例也。權利能力、行爲能力、及自由。私權也，民法禁止個人之拋棄。（民法一六條及一七條）是私法兼有強制性之實例也。故民法在原則上爲任意法。而例外又略兼強制法。大抵有關於公益之規定者。屬強制法。其許當事人以特約變更規定者。則爲隨意法。其詳可於各條文中研究之。

此外尚有列民法爲固有法與繼受法者。然此係編纂法典時採取材料問題。與民法之本質無甚關係。故不敘列。至固有法與繼受法之區分。詳拙著法學通論中。茲不贅。

第三章 民法之淵源

法律之淵源。一稱法源。從來此項用語。學也間頗有種種命意。或謂爲法規之材料。或謂爲法規形成之原力。或謂爲法規形成之機關。或謂爲法規形成之態樣。茲之所稱。係專指民法之淵源。質言之。乃構成民法之一切資料之謂也。構成民法之資料。其主要者爲制定法與習

慣法。而法理、判例、學說、條約及外國法等。亦均爲民法之淵源。茲分節說明如次。

第一節 制定法

制定法者、乃國家之意思依一定之形式所表示之法律也。其概要已於前章第五節中敘明。此種制定法。有二大要素。即內部要素與外部要素是也。茲分述如左。

第一、內部要素。制定法、一稱成文法。其內部要素。爲國家之意思。即國家爲維持社會之安寧秩序計。以自己之意思。將維持安寧秩序需要各事項。發表於外部。使人民遵守之。是爲制定法。發表於外部之事項。大別爲二。(一)係國家所創設者。如關於電氣事業之法規等是。(二)非國家所創設者。如本諸道德、宗教、條理、習慣、學說、判例、條約及外國法等所制定之法規是也。無論爲國家創設及非國家創設。皆以國家之意思爲之。是爲內部之要素。

第二、外部要素。制定法之外部要素。即法律應具備一定之形式也。國家之意思。非以一

定形式表現於外部。則國民無從知其爲法律而遵守之。故國家意思之表現。須具備一定之形式。此種形式之表現。各國之立法例。不必完全相同。大抵具備一定之形式者。卽生強制之效力。人民有遵守之義務。其不具備一定之形式者。卽不生強制之效力。人民亦無遵守之義務也。茲舉審查法律形式之標準點如左。

(一)是否基於權限之制定。凡法律之制定。必需具有立法權限者。始得爲之。若不屬於立法權限內之法律。人民當然無遵守之義務。以其無強制通行之效力故也。

(二)是否經立法機關之表決。法律須由立法機關之制定。並須經法定手續之表決。若僅由立法機關制定。而未經過法定手續之表決時。則僅可認爲一種草案。而不能認爲真正之法律。如我國民律草案、商律草案等。均未經立法機關之表決。卽自始不發生法律上之拘束力。其明證也。

(三)是否依法公布。法律雖經立法機關之表決。尙應經過公布程序。始能生拘束人民之效力。雖英國之法條。一經國王之裁可。卽認爲有效之法律。但多數立法例。則法律非

經公布。不能生效。而公布之是否合法。又須視會否經過法定機關及法定程序以決定之。且公布與施行。尚有區別。非可混同。有於公布日同時施行者。亦有另定施行期間者。前者如稟據法於十八年十月三十日公布。即於公布日施行屬之。後者如民法總則於十八年五月二十三日公布。至同年十月十日施行屬之。要之。法律必須別有明令。始得施行。其在施行以前。尚無拘束之效力也。

(四)法律之實質、是否違背根本法。根本法即憲法。其無憲法者則以約法或其他宣言代替之。如我國臨時約法及現在國民代表會議制定之約法。與美國之獨立宣言、法國之人權宣言等。類皆具有代替根本法之效力是也。國家之政權。既定有根本大法。則凡關於立法、司法、行政、監察、考試諸大端。均須依據根本法行之。否則。根本法既同虛設。其他普通法律。更無效力之可言矣。故凡法律之實質違反根本法時。亦不應發生法律上之效力。惟關於此點。學說上之主張。固有不同。即各國憲法之規定。亦未趨一致。蓋法律是否違背憲法。須經審判官之審定。普魯士憲法第二條。則明定審判官無此項審

查權。美國憲法。則明認審判官有此項審查權。兩國之立法例。適相反對。日本憲法雖無明文規定。惟多數學者。類贊同前說。然法律既違反根本大法。究應以不發生效力爲宜。故著者採取後說。

以上四點。爲制定法之外部要素。此外關於立法理由之當否。亦有認爲應予審查者。然此屬立法者之權限。非立法者以外之權限也。故理由雖有不當。而屬於普通所指之惡法時。人民亦不能不因其具備外部要素而遵守之。卽所謂惡法亦法是也。

第二節 習慣法

習慣法者、與法律有同一效力之國民習慣也。習慣法卽爲不文法。已於前章第五節中言之。惟學者間亦有認習慣法僅爲不文法之一種者。但多數學說則以習慣法與不文法完全一致。本書採之。茲分述習慣法之概要如次。

第一款 習慣法之要素

習慣法亦有內部要素與外部要素之別。前者基於國家法律效力之賦與。後者則為國民永續通行之習慣。茲分說如次。

第一、內部要素。習慣法之內部要素。乃國家付以與法律有同一效力之行為。而非僅國民所有之確信也。蓋習慣與習慣法。尙有區別。習慣云者。關於同一種類之事物。人民認為繼續通行之標準也。其由習慣而成為習慣法時。學者間之解釋。頗不一致。茲舉其重要者如左。

(一)人民確信說。此說以人民對於從來所行之習慣。信為法律而遵守之。即成為習慣法。其主張蓋根據國民總意說而來。歐洲中世羅馬帝政時代。盛行此說。然既稱為習慣。自必為人民所確信。究竟確信之性質。確信之時期。確信之變更。其標準點應如何認定。均無正確之說明。故此說殊難成立。

(二)永續慣行說。此說以人民對於某種習慣。永續通行。幾若天經地義而不變者。其習慣即成爲習慣法。英法學者多倡導之。然既稱曰習慣。自必已經過長久之期間。更須永續通行。始得成爲習慣法。此種永續時期。究應以多少歲月爲標準。迄無明確之界限。是此說亦不足採。

(三)國家默認說。此說以習慣苟爲國家所默認。即成爲習慣法。十八世紀之頃。歐洲學者。多主是說。近世德意志民法學者俾尼古氏仍主張之。然所謂默認者。究係何種表示。殊無一定標準。是默認之習慣與不默認之習慣。仍無區別。故此說亦非正當。

(四)法院認定說。此說爲英國學者所倡導。謂習慣苟爲國家法院所採用以爲判決之資料者。即成爲習慣法。然法院僅有司法權而無立法權。若以法院所採用者即有法律之效力。是予司法官以立法權。將至法權濫用。危險滋多。故此說仍不足採。

(五)法定要件說。此說以習慣合於法律規定之要件時。即成爲習慣法。否則。仍爲單純之習慣。而不能與法有同一之效力。惟此種要件。各國立法例。頗不相同。其在英國。

則以(1)自古行之。(2)繼續行之。(3)無爭無疑行之。(4)確定者。(5)有強制力之習慣者。(6)適於條理者。(7)不背於法律及其他之習慣者爲要件。德國則以(1)須爲同一行爲。(2)須爲多年之習慣。(3)須爲法律上之習慣。(4)不問爲人民個人之習慣與人民團體之習慣。(5)不反於善良風俗完全之理性爲要件。我國除與英德要件大體相同外。(1)須有習慣之存在。(2)須不背於公共秩序或善良風俗。(3)須法律無規定。(4)須國家認定時。其習慣乃成爲習慣法。此說之法定要件。雖各國不必盡同。然必各隨其國法之規定決之。究屬允當。故本著採之。

第二、外部要素。習慣法之外部要素。卽國民永續通行之習慣也。分言之。

(一)須爲國民多數之習慣。習慣法之外部要素。須爲國民多數之習慣而非一個人之習慣。一個人之習慣。只爲一個人之偏性。不足認爲與法有同一效力之習慣。又習慣法之外部要素。不必爲國民全體之習慣。亦不必爲國內一般所通行之習慣。如商人間所行之商事習慣。僅行於商人之一部。又如各地方之習慣。僅行於國內之一部。皆不失爲與法相

同之效力。其明證也。

(二)須爲法律上認識之習慣。習慣法之外部要素。須國民對於其習慣有法律上之認識。卽凡一種習俗。必對於同一種類之事物。一般有法律上之確信力。卽有社會規範之效力者。始得稱爲習慣法。若僅爲事實上之慣例。尙無法律卽社會規範之性質者。乃屬單純事實之習慣。不能認其爲習慣法也。如年節昏喪之餽送。雖成爲一般習慣。但不具社會規範之性質。卽不能以法律上之習慣視之。其明證也。

(三)須爲永續通行之準則。凡一種習俗。必須永續通行者。始能成爲習慣法。若僅爲一時慣行之習俗。尙不能以習慣法視之。至究應經過若干歲月。始能發生法律上之效力。則應依社會上一般觀念決之。

第二款 習慣法之效力

關於習慣法之效力。各國立法例及學者間之主張。頗有出入。茲就其主要者言之。可別爲左

之三說。

第一、無法律效力說。此說主張習慣法無法律之效力。其要旨以習慣爲社會自然發生之規範。而非國家制定之法律。故不認其有強制通行之效力。法國學者多主此說。現代拉丁 (Pardou) 民法第六條。沙克遜 (Saxen) 民法第二十八條。均明定習慣僅能解釋當事人之意思。無法律之效力。且禁止新習慣之發生。卽除明文所特許外。不生何等效力。而法律制定以後。更不許新習慣發生是也。

第二、效力均等說。此說以習慣法與成文法有相等之效力。後出之習慣法。依後法勝前法之原則。並有變更前出成文法之效力。羅馬法、德意志古代法。及歐洲中世羅馬法皇所頒布之寺院法。皆本此旨。現時德意志民法施行法第二條。規定民法法典所稱法律。爲一切法規。卽係明認習慣法與成文法有同等效力之存在。現今德國多數學者。均主張習慣法有變更成文法之效力。

第三、補充效力說。此說以習慣法有補充成文法之效力。卽成文法無規定時。得以習慣法

補充之是也。普魯士國法緒論第三條。凡不爲法典所規定之習慣。皆無效力。奧國民法第十條。習慣法須法典定爲可以適用時。始能適用。日本法例第二條。規定習慣法僅限於爲法令之規定所認者。及關於法令無規定之事項者。始能有效。瑞士民法第一條。則規定限於無成文法時。始能適用習慣法。殆皆認習慣法有補充成文法之效力也。

以上三說中。應以補充效力說爲適當。故我國民法第一條明定民事法律所未規定者。依習慣。蓋卽認習慣法僅有補充成文法之效力也。但此係就一般原則言。若就例外觀之。有時習慣法亦有較優於成文法之效力。卽成文法雖有明文規定。而習慣法得以凌駕之。先資適用。其效力且較成文法爲強。學者間稱此種效力爲優先效力。如民法第七七六條、第七七八條、第七八一條、第七八四條、第七八五條、第七八六條、第七九三條、第八〇〇條、第八三四條一項、及第八三八條各規定。均註明另有習慣者。從其習慣之類屬之。蓋因事關公序。暨涉及土地之事項。其積久相沿之習慣。既不背於公共秩序及善良風俗。未可因法規編訂遽予拋棄故也。又日本商法第二條「關於商事。本法無規定時。適用商慣習法。無商慣習法時。適

用民法。」之規定。更爲一種例外。卽商習慣法對於商法。有補充效力。對於民法。有優先效力。是又補充效力與優先效力併爲認定者也。

第三款 習慣法與成文法之比較

法律既有習慣法與成文法之別。一國法律。究宜以成文法爲主。抑應以習慣法爲主。亦不可不略加研究。關於此點。德意志學者間。曾有劇烈之爭論。卽所謂薩比尼氏與德保氏之「法典爭議」是也。（參照拙譯法理學大綱第五章）薩比尼(Savigny)以歷史法學派之眼光。主張法律應爲國民確信及國民意思之產物。不宜輕於立法。致妨礙社會自然之進展。蓋因當時德保氏(Thibaut)主張編纂共通法典。以謀德意志民族之統一。而爲反對之論調也。此種爭論。幾閱八十餘年。迄一八九六年。始折衷兩種學說。而完成德意志之民法法典。表面上雖從德保氏之法典編纂論。而實際上仍不背薩比尼氏之國民確信說。卽民族精神論之真詮也。至習慣法與成文法併存之理由。則因二者互有短長。可互相補助。故文明各國。咸並重之。

習慣法爲社會生活之自然規範。其利益有二。(一)合於社會之實情。(二)可與社會共變遷。其弊亦有二。(一)難於證明。(二)不易統一。成文法爲國家制定之人爲規範。其利益有三。(一)使社會統一。(二)使交易敏活。(三)易於證明。但亦有二弊。(一)不盡合社會之實情。(二)不能爲詳盡之規定。蓋兩者之內容。各有短長。勢不能不以習慣法之長。補成文法之短。更不能不因習慣法之短。佐以成文法之長。雖近世各國。類以成文法之制定爲急圖。卽夙以習慣法爲基本法之英國。亦有傾向成文法之趨勢。然過視成文法。將不免專著眼於法律之人爲性。而忘却法律之自然性。殊不足以表現民族之眞精神。此又國家立法政策上所最宜注意者也。

第三節 法理

法理者、乃法律之原理。卽推定社會上當然必應之處置也。如事親以孝。處友以信。及一切當然應遵守之事理。均屬之、日本民法稱爲條理。我國民法則易爲法理。卽第一條所定「民

事法律所未規定者。依習慣。無習慣者。依法理。」蓋法理爲法律之原理。其意義較普通條理二字爲精確也。

法理是否爲民法之淵源。學說上頗涉紛歧。奧國民法第七條云。凡無可類推之法規時。則細察當時情況。依自然之法則以爲斷。瑞士民法第一條第二項云。審判官不能發見法律之規定時。可依習慣法。習慣法有缺時。則可依自爲立法人所當定之規定以判斷之。日本裁判事務心得云。無明文者、依習慣。無習慣者、依條理。蓋皆明認法理有補助法律之效力也。法理既有補助法律之效力。其足爲立法當時所採取之資料。無俟詳言。卽其爲法律之淵源。更無待深論。惟學者間因法理由審判官之主觀判斷而定。若認爲法源。不免有與審判官以立法權之嫌。此種主張。殊爲過慮。蓋法理既爲事物當然之原理。則是非之心。人皆有之。審判官行使裁判時。萬不能憑一己之私見。是其所非。而非其所是。則法律上與審判官以此種判斷權。究未必純係主觀作用。且不背自由裁量之原則。故著者不敢貿然贊同。仍認法理爲民法之淵源。蓋社會情狀。至爲繁複。人事滄桑。變遷靡常。欲盡以成文法網羅之。其勢固屬難

能。卽悉以習慣法補助之。其情亦未必盡當。苟法律不設此種規定。則審判官對於律無明文之法律爭議。將至拒不裁判而貽當事人以損失。殊背法律保護人權之本旨。此民法所以特設法理有補助習慣之效力。而以天理人情之自然法則。爲裁判上之救濟方法也。

第四節 判例及學說

判例者、卽以法院之判決爲慣例、而認爲有法律之效力也。英美法系以判例爲原則法。其最著也。學說者、卽以學者對於法律上之見解、而認爲有法律之效力也。往時羅馬採用三十九大家之學說以爲法律。其明證也。此種判例與學說。對於法律上之補助。極著效益。故亦爲法律之淵源。惟少數學者以審判官及學者均非立法者。其所爲之判決或見解。僅足爲成文法或習慣法之資料。而不能直認之爲法律之淵源。然資料及淵源。其名雖異。其實相同。旣足爲成文法或習慣法之資料。當然可認爲法律之淵源。且各國編纂民法法典之際。其取材於判例及學說者。不一而足。以之爲民法之淵源。尤爲允當。其詳於拙著法學通論法律淵源中敘

及之。

第五節 條約及外國法

條約者、國家與國家間所締結之國際條約也。外國法者、外國所制定之法律也。條約之關於民事者。如通商條約、著作權條約、工業所有權條約等屬之。外國法之屬於民事者。如民法典、商法法典、及其他涉及民事之各法規均屬之。此兩者是否爲民法之淵源。學者間主張不一。有謂條約係國家與他國家間之國際契約。人民無服從之義務。不生法律上之效力。卽不能認其爲法律之淵源。外國法係他國家所制定之法律。本國人民無遵守之義務。更不足認其爲法律之淵源。此種主張。雖不能認爲毫無理由。然條約之批准。屬於國家意思之決定。條約之公布。又爲國家對於人民之表示。其對於人民發生拘束力。甚爲顯明。各國立法之際。其以條約爲參考資料者。實例甚多。故條約應認爲民法之淵源。至外國法爲立法時參考之資料。更無俟詳述。普通所稱之固有法與繼受法。卽由外國法爲法律之淵源而爲之區分也。

如歐洲各國之繼承羅馬法。日本從前之繼承隋唐法。即皆外國法爲法律淵源之實例也。我國以商法之一部併入民法中。亦係採瑞士民商合一之旨。故兩者均應認爲民法之淵源。

第四章 民法之效力

民法之效力云者。卽民法適用之範圍也。民法適用之範圍。可別爲關於事者、關於人者、關於地者、關於時者之四種。關於事之範圍。卽係限於私法關係各事項。已於第二章民法本質中敘及之。茲僅就人地時三者分述如次。

第一節 關於人之效力

關於人之效力云者。卽民法對於如何之人始能適用之謂也。民法爲普通法。其適用之範圍。及於國民之全體。卽有拘束一般國民之效力。茲之所謂一般者。具有兩種意義。(一)不問其居住何處。凡隸本國國籍者、均屬之。(二)不問其國籍如何。凡在本國領土內者、均屬之。

前者謂之屬人主義。後者謂之屬地主義。中世以前之國家。類採屬人主義。如從前之猶太、土耳其、及羅馬。僅有猶太人、土耳其人、及羅馬人之法律。而無猶太國、土耳其國、羅馬國之法律。其明證也。迨至封建時代。諸侯并立。各據土地。互相長雄。其所屬領土以內。無論內外人民。均應受法律之支配。於是遂由屬人主義而變爲屬地主義。如近世之英美法系。尙屬此種主義。其明證也。惟此兩種主義。各趨極端。殊非所宜。故近日乃有折衷主義之發現。而以屬地主義與屬人主義兩者併用、爲原則。卽凡於本國領土內之人民。不問其國籍如何。除有特別原因外。一律適用本國之國法。而對於本國領土外之人民。不問其所在地如何。除有特別原因外。亦一律適用本國之國法。我國及日德諸國之民法。均採此種折衷主義。故我國民法之效力。不僅適用於國內之中國人。卽國外之中國人、及國內之外國人。均得一體適用。惟自清季以來。以條約允許外國在中國有領事裁判權。致使居留中國國境內之一部分外國人。不受我國法律之支配。故民法對有領事裁判權各國在中國之人民。暫時頗不適用。然自動收回法權之議。政府已決計實行。不久當有支配外國人之效力。是尤著者所引領

切躋者。

第二節 關於地之效力

關於地之效力云者。即民法適用於如何地域之謂也。民法關於地之效力。與關於人之效力。具有密切之關係。故應與前節互相參照。

民法爲普通法。故關於地之效力。以通行全國領土爲原則。即領海、領空、亦包含之。此原則雖似與關於人之效力之原則相矛盾。然關於人者。則以屬人主義爲原則。而加以屬地之特例。關於地者。則以屬地主義爲原則。而加以屬人之特例。二者相依。而民法之效力。乃得以調和。茲述關於地之效力之特例如次。

(一)關於身分、能力、親族、繼承各事項。不依在留國之民法而從其本國民法之規定。

(二)在內國之外國軍隊及船艦。暨依法享有治外法權者。亦不適用在留國之民法。而從其本國之民法。

(三)關於特別區域。應適用特別法。而不能依普通民法之規定。如我國之蒙古、西藏。日本之朝鮮、台灣等處。均各適用其特殊習慣之特別法是。

(四)如有不屬於何國之土地時。除依國際法之原則外。則由住在其土地之人行其本國法。其在於公海或公空之內者。則行其船舶或航空機所屬國之國法。是皆關於地之效力之特例也。

第三節 關於時之效力

關於時之效力云者。即民法應在何時始能適用之謂也。茲分述其原則如次。

第一、民法自施行日生效。凡法均定有公布施行之期間。蓋所以使人民周知法律存在之方法也。公布之日。與施行之日。不必相同。自公布以至施行之日。稱爲周知期間。其經過此期間之法律。即完全發生法律之效力。民法亦然。我國民法總則編於十八年五月二十三日公布。同年十月十日施行。總則施行法、於十八年九月二十四日公布。同年十月十日施

行。債編、於十八年十一月二十二日公布。十九年五月五日施行。債編施行法、於十九年二月十日公布。同年五月五日施行。物權編、於十八年十一月三十日公布。十九年五月五日施行。物權編施行法、於十九年二月十日公布。同年五月五日施行。親屬編、於十九年十二月二十六日公布。二十年五月五日施行。親屬編施行法、於二十年一月二十四日公布。同年五月五日施行。繼承編、於十九年十二月二十六日公布。二十年五月五日施行。繼承編施行法、於二十年一月二十四日公布。同年五月五日施行。即皆自施行之日始發生強制進行之效力也。

第二、民法之效力不溯及既往。法律之效力。以不溯既往爲原則。即法律僅適用於該法有效後發生之事項。而不得溯及其效力於施行日以前所生之事項者也。民法亦然。此種原則。羅馬時之法律。業已通行。近代各國。更多以明文規定。我國民法各編施行法。均揭明此旨。如總則施行法第一條。規定民事在民法總則施行前發生者。除本施行法有特別規定外。不適用民法總則之規定。債編施行法第一條。規定民法債編施行前發生之債。除本施

行法有特別規定外。不適用債編之規定。物權編施行法第一條。規定民法物權編施行前發生之物權。除本施行法有特別規定外。不適用物權編之規定。親屬編施行法第一條。規定關於親屬之事件。在民法親屬編施行前發生者。除本施行法有特別規定外。不適用民法親屬編之規定。繼承編施行法第一條。規定繼承在民法繼承編施行前開始者。除本施行法有特別規定外。不適用民法繼承編之規定。均係採用不溯既往之原則也。蓋法律關係各事項。既因受舊法之支配而發生法律上之效果。若更使受新法之拘束而轉生變化。則人民之生活。既因法律之更改而受動搖。社會之秩序。亦將因法律之變革而致紊亂。殊背法律保護共同生活之本旨。況新法之制定。在適合社會之新趨勢。與舊法時代所發生之事項。其情形未必符合。強令適用。殊非所宜。此不溯既往之原則所由立。而民法各編施行法。均特設特別之規定也。

第三、不溯既往之範圍。不溯既往之原則。雖爲一般所公認。但其適用之範圍如何。學者間頗多爭議。依普通學說之主張。謂此原則在不使新法剝奪舊法既得之權利。是曰既得權

。即人民依舊法已得之權利。如由買賣贈與繼承諸原因而取得之財產。及由契約而得之債權。皆不得因新法之施行而害及之是也。然僅限於既得權。其範圍未免過狹。茲更申述其要點如左。

(一)不溯既往之原則。僅爲解釋上之原則。而非立法上之原則。此種原則。僅能使審判官受拘束。即審判官解釋法律時。應以不溯既往爲標準。若立法者因公益之必要而制定有溯及力之法律。固不受此種限制也。如我國民法各施行法第一條之規定。則係採用此種見解。

(二)不溯既往之原則。僅有相對效力而無絕對效力。審判官於解釋法律之際。欲斷定其有無溯及效力。應依左列之標準。細察其規定之內容。

(子)凡法律中關於事實之規定者。雖以支配將來之事實爲原則。但亦應區別其內容。即(一)若該事實爲法律關係發生之原因時。則凡在舊法時已發生之法律關係。不因新法而受牽動。(二)若該事實係對於新法所規定之法律關係爲其變更或廢止之原因時。則

該法律關係雖係成立於舊法時代。亦應依新法變更或廢止之。如民法施行前所發生之債權債務關係。得依民法之規定。由清償、抵銷、及其他事由而變更消滅之。即其例也。

(丑)凡法律中關於權利之規定者。不僅能支配將來發生之權利。即現在業已存在之權利。其種類若為同一時。亦當受新法之支配。如民法施行前之物權。亦當從民法規定之效力。即其例也。

第五章 民法之沿革

民法之沿革者。即關於民法進化之過程也。茲分各國民法之沿革與我國民法之沿革而約略說明之。

第一節 各國民法之沿革

世界各國之民法。其發達恆較刑法爲後。且其初類屬習慣法。漸次乃進於成文法。而其稍具成文法之雛形者。厥惟羅馬之十二銅標。十二銅標者。即以銅製之牌。鑿於都市。以揭示法律。因其數爲十二。故以十二銅標稱也。其公布在羅馬建國後三百零三年。卽紀元前四百五十一年。內分（一）提傳程序。（二）審問程序。（三）執行程序。（四）家長權。（五）繼承及監護。（六）所有權及占有。（七）不動產。（八）私犯法。（九）國法。（十）宗教法。（十一）爲第一至第五之補遺。（十二）爲第六至第十之補遺。其原文早毀於兵。今僅記其概略而已。至民法之漸次發達。大體與各種法律爲一共同經過之程序。茲略述其順序之概要如次。

第一期、古代法時代。此時代僅有專制君主之命令。無所謂成文法。關於民事之適用。特注重習慣法。故法律之效力。僅屬於局部。尙不能普及社會生活之全般。

第二期、嚴格法時代。此時代由主權所定之成文法。漸著效用。一般公私事項。均以成文法爲正義之執行。關於法文之解釋適用。特爲嚴格之注重。故一方生鞏固國家主權強大之結果。他方更認鞏固國家主權強大爲必要。

第三期、自然法及衡平法時代。此時代對於嚴格法主義。發生反動。其結果促進世界國際社會觀念之發達。而以自然法、衡平法、萬民法、爲補正國法之資料。其主眼如次。

(一) 尊重個人人格爲權利之主體。

(二) 由形式趨重實質。

(三) 崇尚信義。

(四) 限制不當得利。

第四期、法律成熟時代。此時代因併用自然法衡平法運動之主張。國法漸臻完備。國際法亦漸形發達。於是法律遂由義務本位之狀態。一變而爲權利本位。其主眼可別爲左之二點。

(一) 個人之平等。

(二) 社會生活之安定。

第五期、法律社會化時代。社會生活。日益複雜。社會政策。深感必要。乃由個人主義。

代以集合主義。由自由放任主義。進爲國家干涉主義。而法律爲社會生活規範之真面目。亦極形發揚。前此以個人爲本位之法律。遂轉而爲社會本位之觀念。此種趨勢。名曰法律之社會化。於是老弱者貧乏者之保護法。及以集合契約爲中心之勞働法等。皆因此新傾向而益趨重要。因此新傾向之結果。對於原來法律上之大原則。頗有種種限制。茲述其概略如左。

- (一)財產權行使之限制。即權利之背於社會生活者。禁止濫用。
- (二)契約自由之限制。即契約雖基於當事人之自由。但以不得違背法規爲要件。
- (三)處分權之限制。即關財產上之處分。應受法律之限制。
- (四)債權者及被害者之請求權完全滿足之限制。
- (五)無過失損害賠償責任。及被僱者之行爲、對於雇主之責任。
- (六)變更從來共有物、及無主物之觀念而爲公有物。
- (七)關於一家家族在社會上利益之保護。

上述五期。爲民法發生發達之沿革。至民法編別之沿革。可大別爲羅馬式與德意志式之二種。分述如次。

第一、羅馬式編別法。羅馬式之編別法。其法典計分三編。一人法。二物法。三訴法。蓋羅馬人身分最重。以家長爲本位。關於身分之規定。謂之人法。故列人法第一。有人斯有物。故定物法第二。有人與物。乃發生權利義務之關係。因權利義務之爭執。而訴訟以起。乃列訴法第三。嗣後荷蘭、比利時、西班牙、葡萄牙、奧大利、法蘭西及日本舊民法均仿效之。奧國民法分三編。(一)人事編。(二)財產編。(三)人事及財產通則編。法國民法亦然。(一)人事編。(二)財產編。(三)所有權取得編。其系統均屬於羅馬式。

羅馬式之編別法。學者間頗多批難。如不設關於權利義務共通規定之總則。對於人格及能力事項。復與親屬關係混合規定。債權法不另行分編。而訴訟法混入實體法之中。其最著者也。嗣後承襲羅馬式諸國。雖除去訴訟編。並縮小物權編之範圍。增長債權法之地位。然究無補於羅馬式之缺陷也。

第二、德意志式編別法。德意志式之編別法。與羅馬式相對立。其民法之編次。共別爲五。第一總則編。第二物權編。第三債權編。第四親屬編。第五繼承編。惟物權債權之次序。頗有出入。有列物權爲第二編而居於債權之先者。亦有列債權爲第二編而居於物權之先者。前者因物權之發達。較債權爲先。其效力亦較債權爲強。故列物權第二。爲沙克遜民法所首倡。日本現行民法從之。後者因債權於人類生活之需要。關係最鉅。且爲取得物權之方法。故列債權第二。爲德意志民法所首創。我國舊民法草案從之。現行民法。仍係採此種主義。瑞士民法亦然。但僅分爲人事、親屬、繼承、物權四編。而債權則另頒債務法行之。是又爲德意志式之變格也。

德意志式之特點有五。(1)特設關於權利義務共通規定之總則編。(2)不列訴法。以免實體法與程序法相混淆。(3)物權債權各設專編。(4)特置親屬編。俾免人格及能力等與親屬關係混淆。(5)繼承不僅爲取得財產之方法。故特設專編。凡此均德意志之特點。而較羅馬式之編別法爲優良者也。

第二節 我國民法之沿革

我國法律。居世界七大法系之一。法律發達之沿革。可大別爲五期。自伏羲至陶唐。爲法律萌芽時代。自陶唐至商末。爲法律成熟時代。自周初至戰國。爲法律發達時代。自秦漢至清季。爲法律因襲時代。自清末至現在。爲法律鼎新時代。民法之沿革。亦復相同。茲就其概要說明之。

第一期、萌芽時代。我國法律。肇始於大皞伏羲氏。易繫辭下卷云。「古者包犧氏之王天下也。仰則觀象於天。俯則觀法於地。觀鳥獸之文、與地之宜。近取諸身。遠取諸物。於是始作八卦。以通神明之德。以類萬物之情。作結繩。爲網罟。以佃以漁。蓋取諸離。」此爲體會天地自然之大法適用於人類社會之始。約當西歷紀元前三千四五百年間。去民國紀元前五千三四百年也。

自時厥後。學術產業。代有進步。國家建置。亦次第完成。於是法律制度。陸續誕生。易

繫辭下卷云。「神農氏作。——日中爲市。致天下之民。聚天下之貨。交易而退。各得其所。」是爲民事中關於商法規之始基。又「重門擊柝。以待暴客。」是爲公安制度之始基。至「上古結繩而治。後世聖人易之以書契。百官以治。萬民以察。」則爲記事文書及契約制度之淵源。是卽萌芽時代之概略也。

第二期、成熟時代。唐虞之際。典章文物。大有可觀。堯典曰。「克明俊德。以親九族。九族既睦。平章百姓。百姓昭明。協和萬邦。黎民於變時雍」是爲宣示政綱之誥令。又曰。「乃命羲和。欽若昊天。歷象日月星辰。敬授人時。」是爲頒布歷法之誥令。舜典曰。「象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。扑作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。」卽爲頒布刑法之誥令。蓋象者、法也。典者、常也。象以典刑云者。國有常法、以資遵守也。流者、放逐之義。流宥五刑者。凡犯五刑之罪而情有可宥者。卽不執行五刑。而僅放逐於他方也。鞭爲刑具。鞭作官刑者。以鞭爲治官事之刑也。扑卽夏楚。亦刑具也。不勤於業者。則以扑撻之。故扑爲專用於教育之刑。金卽罰金。情有原而法不能恕者。可令其納金以

贖之。眚者、過失也。災者、害也。眚災肆赦者。因過失而罹法者可以赦免也。怙者、不悛也。怙終賊刑者。則凡怙惡不悛者。應終以刑治之也。故虞書可稱爲我國最初之成文法典。成於距今四千三百年前。約當西歷紀元前二十三世紀之頃。直可認爲世界最古之法典也。厥後夏啓甘誓之作。『予惟恭行天罰。左不恭於左。汝不恭命。右不攻於右。汝不恭命。御非其馬之正。汝不恭命。用命賞於祖。不用命戮於社。予則奴戮汝。』實開軍法之先河。商書伊訓之篇。『判官刑。儆於有位。曰。敢有恆舞於宮。酣歌於室。時謂巫風。敢有殉於貨色。恆於遊畋。時謂淫風。敢有侮聖言。逆忠直。遠耆德。比頑童。時謂亂風。惟茲三風十愆。卿士有一於身。家必喪。邦君有一於身。國必亡。臣下不匡。其刑墨。』是爲後代官刑之所本。此卽成熟時代之概略也。

第三期、發達時代。周代禮樂刑政。集於周官。上自王朝。下至庶民。內自王畿。外抵藩服。所有動定興居。衣食服物。乃至死生吉凶。人事變遷各事項。靡不悉具一定之法度。總覽周禮一書。實包含憲法、行政法、土地法、租稅法、教育法、民刑商事法、乃至訴訟

法、國際法種種法規。實爲我國最完全之法典。完成於周成王初年。約當西歷紀元前一千一百年。民國紀元前三千年也。

周官組織。以六官爲綱。天官冢宰。總御百官。謂之治官。地官司徒。職司教化。謂之教官。春官宗伯。職司典禮。謂之禮官。夏官司馬。職司軍政。謂之政官。秋官司寇。職司刑獄。謂之刑官。冬官司空。職掌工事。是爲工官。六官皆率屬六十。各有職事。復於各職事之中。遇事爲具體實質之規定。并詳列其手續。故周官一書。又實爲實體法與程序法兼備之法典。而與禮記、儀禮等書。同爲關於民事事項之重要法規也。

戰國初期。魏李悝集列國之法與歷代之制。作法經六篇。東西學者咸以此爲吾國法典之始。其內容一盜法。二賊法。三囚法。四捕法。五雜法。六具法。秦商鞅改法爲律。更令民五家相保。十保相連。而實行連坐之制。其不告姦者腰斬。告姦者與斬敵首同賞。匿姦者與降敵同罰。民有二男以上。不分異者。倍其賦。有軍功者各以率受上爵。爲私鬥者、各以輕重被刑。令旣具。更徙木立信。行之十年。道不拾遺。家給人足。民皆勇於公職。怯

於私鬥。鄉邑大治。此即發達時代之概略也。

第四期、因襲時代。漢高祖入關。頒布三章約法。即殺人者死。傷人及盜抵罪。餘悉除去。秦法。久之、三章不足以應用。蕭何乃取李悝法經六篇。更增戶律、興律、廩律三篇。號九章律。而民事之戶婚事件。始以明文規定。其後歷魏、晉、唐、宋、元、明、清各朝。雖律例編纂。時有所聞。然類皆因襲舊制。核其性質。大半屬諸刑事。而民事迄少發達。且公法私法。互相混淆。而實體手續。更鮮區分。沿至清季。列強藉口法律幼稚。致有領事裁判權之設。不能不引爲因襲時代之缺憾也。

第五期、鼎新時代。前清末葉。始從事立法事業。若商律、公司律、法院編制法、刑事訴訟律、民事訴訟律等。或僅擬具草案。或已公布施行。然綜其次第。大抵程序法較先。實體法次之。刑事立法較先。民事立法次之。民法法典之編纂。肇始於清光緒三十三年。設立修訂法律館。聘日人松岡義正氏起草。共分五編。脫稿於宣統三年。即所謂前清民律草案是也。民國肇興。仍繼續編纂法典事業。初設法典編纂會於法制局。旋改隸於司法部。

易名曰法律編查會。後仍稱修訂法律館。對於從前民律草案。重加修改。泊民國十四年三月二日。由軍政府以明令公布。同年七月十四日。復奉令延期施行。迄十八年五月二十三日。乃由國民政府公布重新制定之民法總則編。而債編物權親屬繼承各編。亦次第公布施行。遂成爲今日最新改良之完全民法法典。而中華法系之榮譽。遂因鼎新之機運而日進無疆矣。至各編公布與施行日期。已於關於時之效力中敘及。故不贅。

第六章 民法之解釋

民法之解釋云者。卽確定民法意義之謂也。民法之意義。包含甚廣。非有正確之解釋。則適用上必感困難。故解釋之重要。幾與立法無異。各國咸重視之。學者間且以法律學爲法律解釋學。蓋因法律類係抽象之規定。必待具體之解釋故也。此種解釋之需要。不僅民法爲然。其他之成文法及習慣法等。均無不然。

解釋法律之方法。可大別爲強制解釋、與學理解釋之二種。茲分節說明如次。

第一節 強制解釋

強制解釋者。其所解釋之意義。即視爲法律之真正意義。有一定之效力。對於人民及法律之執行者。均能發生強制力之謂也。因其具有法律之效力。一稱法律解釋。又因其解釋具有威權。亦稱有權解釋。此種解釋。就一般法規言。可細別爲立法解釋、司法解釋、及行政解釋三種，茲分述如次。

第一、立法解釋。立法解釋者。即由立法機關以法律解釋法律之謂也。此種解釋方法。可細別爲二。其一、於本法中特設規定者。如民法總則第六十六條、至第六十九條。及刑法中特設文例之規定等屬之。其二、另定法律以爲解釋者。如民法總則施行法、債編施行法、物權編施行法、親屬編施行法、繼承編施行法。以及其他各法之施行細則等均屬之。此種解釋。完全以法律解釋法律。故有拘束一般之效力。惟於此有應行注意者。即凡參與立法機關或起草人所爲法律之見解及言論。不生拘束之效力。以其係個人之私見。並非國家

之意思故也。

第二、司法解釋。司法解釋者。即司法官對於法律所爲之解釋也。此種解釋。由司法官獨立自行其意見。不必問立法者之意思如何。與上級官之意思如何。而僅憑自己之知識與學力以爲法律上之見解也。其最具有威權者。厥惟最高法院之解釋例及判決例。以最高法院爲全國最高審判機關。且有統一解釋法令之權。故其對於請求解釋事件所爲之解釋例。固有拘束全國司法機關及人民之效力。即其對於人民訴訟案件所爲之判決例。各司法機關及人民。亦咸有遵守之義務。惟其效力。只限於司法部分。較諸立法解釋爲稍遜耳。

第三、行政解釋。行政解釋者。即行政機關關於法律施行事項。對於下級機關所爲之解釋也。此種解釋。下級機關應絕對遵守。但其效力。僅以行政機關爲限。且除該施行事項以外。即無拘束力。

以上三種。前二種於民法攸關。後一種則純屬行政範圍。與民法無涉。特敘之以供學理上之參考耳。

第二節 學理解釋

學理解釋者。即僅依學識及理論上之見解以闡明法律之意義者也。因其不具法律上之威權。故一稱無權解釋。又以其出自學者間之自由意見。一稱私見解釋。又曰自由解釋。此種解釋。雖乏法律上之強制力。然往往有精慎周詳。足供國家機關之參考。而為強有力之根據。且更為法律之淵源者。故此種解釋。亦關重要。茲大別為文理解釋、論理解釋、反面解釋、及類推解釋四者而說明之。

第一、文理解釋。文理解釋者。即依據文字之意義與文典之法則、以闡明法律之內容者也。一稱文字解釋。又曰文典解釋。此種解釋。雖一以法文之字義為主眼。但一字含有數義者。所在多有。故當實施解釋時。應注意次之四原則。即（一）須以平易通常之意義解釋之。（二）須注意法文用字之慣例。（三）須貫通法律之全部。不可斷章取義。（四）須攷慮法律之安定性及社會之情狀。以上四點。為文理解釋之四原則。必四者兼備。始能闡明法律之

內容。否則。謬誤滋多。真義轉失矣。

第二、論理解釋。論理解釋者。即不必拘泥於字句。而由推理作用以闡明法律之意義者也。但法律上之文字。亦須兼顧。故論理解釋、與文理解釋。常有輔車相依之勢。二者不可偏廢。茲述論理解釋之種別如次。

(甲)當然解釋。當然解釋者。即推究立法者之本旨、與法文之理論、以釋明法律之意義者也。如禁止人力車通行。則凡汽車馬車均當然不得通行之類屬之。

(乙)擴張解釋。擴張解釋者。即擴張法文之意義、以闡明法律之內容者也。蓋社會事物之情狀。千差萬別。法律勢難賅括而無遺。不可不擴充其意義以解釋之。如殺人放火。表面上似係指有積極行為言。然消極行為。有時亦足構成殺人放火之罪。是即適用擴張解釋之明證也。

(丙)縮小解釋。縮小解釋者。即縮小法文所規定之範圍。以闡明法律之意義者也。一稱限制解釋。此種解釋。與擴張解釋相反。即擴張解釋。係伸張法律規定之範圍。而縮小

解釋。則縮小法律規定之範圍也。如民法上之土地所有權。雖及於地之上下。但亦有相當限制。而不能上至天空。下至地底。皆可絕對行使其權利。是即縮小解釋之適例也。

(丁)變更解釋。變更解釋者。即變更法文通常之意義。而以特殊之理論解釋之之謂也。如民法所稱之善意、惡意。與通常所指之善意、惡意不同。其所謂善意者。係指不知情者言。其所謂惡意者。係指知情者言。是即變更其意義以爲解釋之適例也。

(戊)補正解釋。補正解釋者。即對於法文之錯誤。而設法以爲之補正者也。蓋當制定法律時。因立法者之不熟練或不注意。致發生違反其真意之規定者。亦爲事實上所難免。勢不得不設法以匡正之。惟此種解釋。極爲危險。非立法者確有明顯之錯誤時。不宜輕於採用也。

(己)沿革解釋。沿革解釋者。即以法律成立前歷史之材料以闡明法律之意義者也。如舊日之成文法、習慣法、判例、學說等。足以釋明法文之疑義者。均可援用爲根據之類是。

第三、反面解釋。反面解釋者。即對於法文所規定之事項而可由反面以推論其結果者也。此種解釋。本爲論理解釋之一。但以其係反面之推求。故特列爲一項。如民法第二條規定。『民事所適用之習慣。以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。』由反面推論。則凡屬違背公共秩序或善良風俗之習慣。均不能適用。即其例也。

第四、類推解釋。類推解釋者。即法律對於特定事項無規定時。而擇取關於類似事項之規定以解釋之之謂也。此種解釋。刑法上絕對禁用。而民法學者。則主張得採用之。惟類推解釋之性質。學說上尙乏定論。大別之約有立法說、處分說、與解釋說之三種。第一說、認此種解釋之性質。等於立法。第二說、則主張係審判官之一種處分。第三說、則主張仍係一種解釋方法。著者認第三說爲當。蓋社會情事。千差萬別。欲盡以法條規定之。其勢難能。擇取類似之規定以解釋之。乃審判官應盡之職責。既非立法。亦非處分。而實爲一種正當解釋之方法也。

第七章 民法上之權利（附義務）

民法上之權利者。即關於民法上所認定之權利也。分述其概要如次。

第一節 權利之本質

關於權利本質之學說。約分兩派。即權利否認說與權利肯定說是也。茲分說如次。

第一、權利否認說。權利否認說。即根本不承認權利存在之學說也。其所持理由。頗不一致。有謂權利係法律之反射作用。僅有法律而無權利者。亦有謂權利僅屬一種抽象之形容詞。而不能爲具體之存在者。更有謂僅爲各個權利之存在。而無一般權利之觀念者。然此等主張。徵之理論及實際上。均有不合。故無足採。

第二、權利肯定說。權利肯定說者。即承認一般權利觀念存在之學說也。細別之又有意思說、利益說、與折衷說之三種。分述如次。

(甲)意思說。此說爲德儒康德氏(Kant)及海格爾氏(Hegel)所主張。即謂權利爲法律所付與之意思力。人類欲全其生活。非有意思力不可。但自然意思力。僅屬腕力。不得謂之爲權利。必法律付與之意思力。始得謂之爲權利。故權利者。基於法律而創造者也。然意思爲一種手段。此外須有一定之目的。此說僅注重單純之意思。而不知有目的。故亦無採取之價值。

(乙)利益說。此說爲德儒耶林氏(Hering)所唱。即主張以利益爲權利之本質。雖足以補意思說之缺陷。然從實際上觀察。其在法律上享有權利者。不必常受利益。而享受利益者。又不必盡有權利。此說以權利與利益混同。亦難認爲允當。

(丙)折衷說。此說係折衷意思說、與利益說以定權利之本質。即謂權利者、由意思力與利益相結合者也。耶林氏之徒。雖贊成此說。而仍偏重利益。海格爾氏之徒。雖贊成此說。而仍偏重意思。故此說仍不免爲學者所非難。

以上三說。均不足採。茲更就著者所見而爲權利之定義曰。

權利者。由法律制定以保護人格者之特定利益也。

由右之定義而分析說明之。

第一、權利者利益也。茲所謂利益。非指金錢上之利益。乃指具有滿足之意義言。如行使所有權。則可使用、收益、或處分其物以滿足自己之利益。又如行使債權。則可請求他人為金錢物品之給付。或使履行某種行為。以滿足自己之利益均屬之。此種利益。並不以直接滿足為限。即由間接以滿足之者。仍不失為權利。如基於代理權所得之利益是也。

第二、權利者人格者之特定利益也。人格者、係指法律上具有人格者言。即得為權利之主體者也。權利之主體為人。人有自然人與法人之別。其詳容後述之。茲之所謂權利者。即指自然人與法人之特定利益。非自然人與法人以外之利益。蓋除自然人與法人以外。不能為權利之主體故也。

第三、權利者法律所制定也。權利是否因法律而制定。抑法律僅為權利之保護。從來學者議論紛紜。至近世學者。則羣以義務先法律而存。權利後法律而生。即所謂由義務本位

進而爲權利本位是也。

(參照拙譯法理學大綱
第十二章法律之本位)

彼天賦自由之說。雖爲一時自然法學派及政治

家所主張。然係基於政治上之作用。而非法律上之權利也。法律上之權利。乃法律所明認之利益。其非經法律所明認者。雖有利益。亦不能行使。卽不得視爲權利。故曰權利者。法律所創定也。

第四、權利者因法律之保護而存在也。權利不僅爲法律所創定。更須賴法律之保護。其無法律之保護者。仍不得謂之爲權利。如所有權本基於法律之設定。苟有侵害所有權之人。而法律不加以保護。則所謂所有權者。將徒有其名。且漸至無存在之希望矣。故必法律於設定所有權後。仍加以相當之保護。庶所有權被侵時。特施以相當之制裁。然後所有權乃能存在。故曰權利者。因法律之保護而存在也。

第二節 權利之類別

法律有公私之別。權利亦然。惟此種標準。學說紛紜。其詳已於拙著法學通論中敘及之。民

法爲私法。故其所應研究者。厥惟私權。惟關於公權私權之概要。亦不可不略加說明。即公權者、公法上之權利也。私權者、私法上之權利也。公法上之權利。係由統治關係而生。私法上之權利。則非由統治關係而生。詳言之。卽凡立於統治關係時。國家或公共團體對於私人所有之權利。或私人對於國家或公共團體所有之權利。是爲公權。而公權以外之權利。則爲私權也。

公權私權之別。不在其主體而在其行爲之性質。故雖國家或公共團體爲主體。而其行爲之性質屬於財產權之範圍者。仍得爲私權。如公共建築物之管理經營、及一切普通買賣行爲均屬之。又雖以私人爲主體。而其性質屬於統治關係時。仍得爲公權。如選舉權、行爲請求權等屬之。又此二種權利之區別。不在其發生之原因。如特許權本基於行政權之作用而發生。而其實質則在保護私人之利益。故仍屬於私權。裁判權本因防止個人間之紛爭而發生。而其實質則在維持國家之安寧秩序。故仍屬於公權。其明證也。又公權私權之區別。不在其是否關於財產上之利益。如親權本與財產上之利益無關。而不失爲私權。租稅徵收權純係關於財產

上之利益。而不失爲公權。其明證也。

公權之分類。屬於公法學之範圍。民法爲私法。故僅就私權之種類說明之。

第一款 財產權及非財產權

財產權及非財產權。乃以私權內容爲標準而區別之權利也。分述如次。

第一、財產權。財產權者、得以金錢計算之權利也。換言之。卽支配不害權利主體所有之人格或地位之本質得以分離之法律貨物之私權也。法律貨物。有可與人格地位分離者。有不可與人格地位分離者。前者如日用器具雖分離而無礙於本質屬之。後者如身體因分離而失其存在屬之。故凡因分離而無害於人格或地位者。謂之財產權。其有害於人格或地位者。謂之非財產權。財產權之種類。通常以物權債權爲主要。而智能權亦附麗其中。茲分列如次。

(甲)物權。物權者、不俟他人之行爲。直接支配其物之權利也。各國民法。對於物權。

概有明確之規定。惟其編制。頗有不同。羅馬法則分爲(一)所有權。(二)役權。(內分人的役權、及物的役權二種。人的役權更別爲用益權、使用權、住居權、奴隸使用權四種。)(三)永佃權。(四)地上權。(五)質權。(包含抵當權。)(德國則分爲(一)所有權。(二)地上權。(三)役權。(內分地役權用益權二種。)(四)先買權。(五)土地負擔。(六)抵當權、土地債務、及定期土地債務。(七)質權。(內分動產質權、權利質權二種。)(法國則爲(一)所有權。(二)役權。(內容同羅馬法)(三)動產質權。(四)抵當權。(認地上權爲所有權之一種形式。至不動產質權、永佃權、優先權、留置權等。則均認爲債權。)(瑞士則爲(一)所有權。(二)役權。(內分地役權、用益權、及其他役權。)(及土地負擔。)(三)不動產擔保。(內分抵當擔保、附債務及定期金。不動產擔保、附債權之發行。)(四)動產擔保。(內分質權、留置權、權利質、當業質、證券質等。)(日本則爲(一)占有權。(二)所有權。(三)地上權。(四)永佃權。(五)地役權。(六)留置權。(七)優先權。(內分一般優先權、動產優先權、不動產優先權。)(八)質權。(內分動產質權、不動產

質權、權利質權。) (九) 抵當權。我國民法。物權編之編制。則以物上之法律關係爲標準。蓋物上之法律關係。有可以管領物之全部效用者。有僅爲管領物之一部效用者。而物之效用。大體不外物之使用、收益、及處分。故我國民法物權編。首列以物之使用收益及處分之全部效用爲內容之所有權。次列以物之使用收益及處分之一部效用爲內容之限制物權。其屬於以物之使用收益爲內容者。則爲地上權、永佃權、地役權、及典權之四種。其以物之處分爲內容者。則爲抵押權、質權、(內分動產質權、及權利質。) 及留置權之三種。而吾人欲享有物之使用收益及處分等效用。非對於物有事實上之管領力不可。故更設占有之規定。而以之殿於全編之末。其詳當由物權編研究之。

(乙) 債權。債權者、權利人使他人爲積極行爲或消極行爲之權利也。質言之。即特定人間請求爲特定行爲之法律關係也。享有請求特定行爲之權利之一方。是爲債權方面。其享有債權之人。即爲債權人。反之。應負擔其請求義務之一方。是爲債務方面。其應負擔債務之人。即爲債務人。合之稱曰債權當事人。故債乃特定人間之關係。就債權人言

面言之。則曰債權。就債務人方面觀之。則曰債務。總括債權人債務人間之全體法律關係。即曰債權關係。或債務關係。各國民法。均設債權編之規定。我國民法。則因債權二字。僅能表示債權之一方。而不能賅括債務。兼不免有保護資產階級之傾向。故特別去權字。僅以債稱。庶債務方面。亦得有特別之保護。此即我國民法之特點也。至債權發生之原因。有獨立發生及附隨他項法律關係而發生之別。民法債編。則僅就獨立發生之重因原因特別規定。如契約、代理權之授與、無因管理、不當得利、及侵權行為五種是也。其由他項法律關係而發生者。則附隨各該法律關係規定之。如因物權關係(即共有)及親屬關係所生之債是也。其詳應於債編研究之。

(丙)智能權。智能權者、即因精神活動之產物取得法律上保護之權利也。智能權一稱專用權。又曰無形財產權。其目的專為保護精神上之權利而設。蓋精神上之作用。關係文化極鉅。苟無法律以保護之。則權利無所歸屬。文化難期發達。此近世各國所以對於智能權之保護。均有詳備之規定也。如著作權、特許權。意匠權、商標權等皆是。茲更分

述其要略如左。

(1) 著作權。著作權者、即關於學說著述上之權也。關於著作權之性質。學者間之主張不一。有謂著作權爲所有權。宜屬之物權者。因所有權可以隨意處分支配。著作權亦然。或自行出版。或售贈他人。均無不可。故認爲所有權。又有謂著作權宜屬之債權者。因著作權係供社會一般人之利用。一般人因受著作作品之影響。必增進相當之智識。應對於著作者爲相當之報酬。此報酬即爲債權發生之原因。故宜列入債權。兩種主張。雖亦各具理由。但所有權之目的物。以有體物爲限。而著作係精神上之作用。與有體物不同。即不能以所有權視之。債權者乃特定人間請求爲特定行爲之法律關係。著作權并無相對之特定人。其著作品是否爲社會所歡迎。著作人亦難預定。與債權之性質有別。且著作不必以獲得報酬爲目的。有專以發表意思爲主旨者。有以昌明絕學爲己任者。尤不可以債權目之。我國民法雖列出版於債編之中。(參照民法第五一五條至第五二七條)然係指出版契約。非指著作權之本體。著作權既爲精神上之作用。故應以屬之智能權

爲適當。近日各國有所謂著作同盟。卽專爲保護著作權而設。凡翻印書籍。未經著作
者之許可。卽應負賠償責任。同盟各國。合爲一體。我國現雖置身局外。但文化日開
。著作日富。且於債編中已特設專節（債編第二
章第九節）規定。其保護之周詳。較之同盟各國
。有其過之。無不及也。

(2) 特許權。特許權者、專用發明之權利也。發明之階段有三。(一)構思。(二)實驗
。 (三)完成是也。構思僅憑理想。實驗則根據理想而爲技術之製作。完成則更因製作
而進於實用矣。其經過此三階段者。卽認爲藝術上之發明。所有發明之物品。國家當
與以專用權。俾資獎勵。如各國關於機械之發明者。卽予以機械之專賣權。關於槍砲
之發明者。卽予以槍砲之專賣權。他人不得仿造之。其明證也。

(3) 意匠權。意匠權者、以美觀的構思而爲美術品之發明之權利也。此種意匠權之作
用。不在於物品實質上之創造。而在形式上之美觀。蓋人類之心理。競尙新奇。凡有
鮮麗之作品。靡不爭相購置。故美術品之發明。於工業上之交易。關係至鉅。法國最

獎勵之。故巴黎工藝。特擅專長。美次之。英次之。我國亦宜極力獎勵。以謀美術上之發展也。

(4) 商標權。商標權者、於製作之商品。加以特定之記號。而專用此記號之權利也。意匠權爲獎勵工藝而設。商標權則爲振興商務而設。商標於國家經濟上。大有關係。因商標爲信用之標的。欲求貨物之暢銷。端賴商標之信用。故各國均有保護商標之法。至商標權究屬何種權。亦有種種學說。有主張宜屬之人格權者。有主張宜屬之智能權者。今從後說。以商標既爲商品之標識。亦不外爲精神之作用。自應以屬諸智能權爲宜也。

第二、非財產權。非財產權者、非以金錢計算之權利也。換言之。乃支配非害權利主體之人格或地位。即不得分離之法律貨物之私權也。通常稱之爲人身權。以其與權利主體之本身有密切之關係。而爲不可分割之權利也。惟人身權與人格權有時同義。不如稱之爲非財產權之較爲精確也。非財產權中。可大別爲人格權及身分權之二種。分述如次。

(甲)人格權。人格權者、即以人格爲標的之權利也。此種權利之特徵。在與權利主體之人格相終始。質言之。即人格存在。權利亦隨之存在。人格消滅。則權利亦隨之消滅。而爲絕對不可分離之權利也。細別之。約有七種。

(1)生命權。即保持個人生命安全之權利。

(2)身體權。即保持個人身體安全之權利。

(3)自由權。即保持個人身體意思自由之權利。

(4)名譽權。即保持個人在社會上所有地位之權利。

(5)信用權。即保持個人在社會上所有信用之權利。

(6)姓名權。即禁止他人盜用個人自己姓名之權利。

(7)肖像權。即禁止他人傳播個人自己影像之權利。

(乙)身分權。身分權者、即以身分爲標的之權利也。此種權利之特徵。在與權利主體之身分相終始。細別之。約有四種。

(1) 親屬權。即父母對於子女及夫對於妻之權利。

(2) 家長權。即家長對於家屬之權利。

(3) 監護權。即監護人對於被監護人之權利。

(4) 繼承權。即繼承人關於繼承上應享有之權利。

第二款 絕對權及相對權

絕對權及相對權之區分。係以私權之效力為標準。茲分別說明如次。

第一、絕對權。絕對權者。可以對抗一般人之權利也。詳言之。即其權利之所在。權利人有請求一般人均勿加以侵害之權利。而一般人亦均有不為侵害其權利行為之義務也。如房屋為甲之所有權。甲有請求一般人勿加侵害其房屋之權利。一般人亦均有不侵害其房屋之義務。苟鄰舍之樹枝。遮蔽甲屋之光線。或樹根滋生屋內時。甲得主張其所有權以除去之。並不問該樹之為何人所有也。是為絕對權。但此種權利。有時亦因第三者之權利而受限

制。如所有人貸借其所有物於第三人時。則對於此第三人。不得完全行使其所有權是也。歐洲大陸諸國。謂之絕對權。英美學者。稱對世權。其義均同。絕對權之內容有三。(一)以有體物爲目的者。如動產不動產之所有權屬之。(二)以無體物爲目的者。如智能權屬之。(三)以人爲目的者。如以子爲目的之親權。以妻爲目的之夫權屬之。親權夫權。雖對於特定之一私人而行。但對於該特定人可主張之。而對於一般人亦得主張之。一般人且均有不得妨害其親權或夫權之義務。故亦屬之絕對權。學者間稱身分權爲絕對權。其理由實基於此。

第二、相對權。相對權者、乃得對抗於特定人之權利也。換言之。即得以請求特定人爲一定行爲之權利也。故有此權利者。不僅得向特定人請求勿侵害其權利。並得請求該特定人爲權利內容之行爲。如甲爲債權人。乙爲債務人。甲不僅得向乙請求勿妨害其權利。並得請求乙爲債務之履行是也。但此種權利。有時亦得對抗第三人。如第三人買受債務人之財產。顯有妨害債權人之權利時。則債權人得以其債權之效力對抗之。使之取消其買賣。是

又相對權之特例也。茲之所謂相對權者。僅指對於特定人之權利言。故學者間稱相對權爲對人權。蓋所以表示與絕對權爲對世權相對待之意義也。

相對權之最著者爲債權。而法人與社員間之權利。亦可謂之相對權。如法人可令社員交付資本金。是爲法人得以對抗社員之權利。社員可自法人總財產中支取利息。是又社員得以對抗法人之權利。皆屬於債權外之相對權。

第三款 專屬權及非專屬權

專屬權與非專屬權之別。係以是否得爲權利之讓與爲標準。茲分述如次。

第一、專屬權。專屬權者、不得讓與之權利也。換言之。即常附着於權利人一身之權利也。此種權利之特質。不能讓與或繼承。其權利之主體。若有變更時。則該權利即失却其效力。如夫權不得與爲夫之地位相離。親權不得與爲親之地位相離。以及人格權之不得與其本人之地位相離等屬之。

專屬權有廣義與狹義之別。從廣義言。則僅指不能由他人行使之權利爲專屬。如股東權雖不能由他人行使。而可以讓與、繼承是也。從狹義言。除專指其歸屬(即不許讓與繼承)爲專屬外。不必行使之權利。亦認爲專屬。故在此狹義權利中。有僅不許讓與繼承而可由他人行使者。如終身定期金是。亦有不許由他人行使者。如夫權是。

第二、非專屬權。非專屬權者、專屬權以外之權利。換言之。即可以讓與之權利也。此種權利。具有移轉性。不因讓與繼承而失其效力。故稱非專屬權。如物權、債權、及專用權等。皆可移轉讓與於他人。即其例也。

第四款 主權利及從權利

主權利與從權利之區別。乃以是否得爲獨立存在之權利爲標準。分述如次。

第一、主權利。主權利者、獨立存在之權利也。換言之。即不待他權利而能獨自存立之權利也。如所有權可不待他權利而獨立存在。即屬於主權利。故主權利又稱爲獨立權利。

第二、從權利。從權利者、必附屬於他權利始能存在之權利也。換言之。即以他權利爲其成立及存在之要件之權利也。如地役權常附屬於所有權而存在。擔保物權常附屬於債權而存在。是地役權與擔保物權均爲從權利。卽其例也。故從權利又稱爲附屬權利。

主權利與從權利之區別。在保交易上之安全。茲更就二者之關係而說明之。(甲)主權利不成立。從權利亦不成立。主權利消滅。從權利卽不能獨存。如甲乙間之債權爲主權利。其利息債權、抵押權。則爲從權利。倘債權自始無效。則利息債權及抵押權。亦當然無效。又如債務業已清償。債權歸於消滅。則利息債權及抵押權。亦歸於消滅。卽其例也。雖事實上有時先清償主債權。而後清償利息債權。或抵押權先消滅而債權後消滅者。然係基於當事人之特約及合意。乃例外情形。非原則也。(乙)取得主權利時。卽取得從權利。如取得債權時。卽同時取得利息債權及抵押權之類是。(丙)主權利及從權利可以同時移轉。但不得將從權利單獨移轉。如將債權讓與他人。則利息債權及抵押權。可以同時讓與。而不能僅將利息債權及抵押權單獨讓與之類是。蓋因從權利爲附屬權利。故其發生、消滅、移轉。均以附隨主權利

爲原則也。

第五款 原權及救濟權

原權及救濟權之區別。乃以是否直接由法律發生之權利爲標準。茲分述如次。

第一、原權。原權者、法律直接發生之權利也。詳言之。卽生於法律之自然。不俟他人侵害而始存在之權利也。如所有權直接由法律發生。而不俟他人之侵害始行存在。是爲原權。故原權又稱爲第一權。

第二、救濟權。救濟權者、非法律直接發生之權利也。詳言之。卽他人侵害原權時、因救濟而生之權利也。如所有權爲原權。若他人對此種原權加以侵害時。則所有人因防止其侵害。可請求侵害人回復原狀或賠償其損害。此項請求權。乃因他人之加害行爲而發生。是爲救濟權。故救濟權又稱爲第二權。

原權與救濟權之區分。爲英美學派所唱導。茲更述其關係之要點如次。

(甲)原權破而救濟權生。即救濟權之發生。純係救濟原權。苟原權不受侵害。則救濟權當然無存在之必要。故救濟權之發生。乃以原權被侵爲前提。

(乙)原權有法律上之效力。乃因救濟權之存在。原權之所以具有法律上之效力。全賴救濟權之維持。若無救濟權以保護之。則原權實等於虛設。如所有權之得由所有人完全行使其使用、收益、及處分之權者。乃因所有人有排除他人侵害之救濟權。始能保持其所有權行使之效力。其明證也。

(丙)凡絕對權均屬原權。相對權則有屬原權者。亦有屬救濟權者。絕對權乃可以對抗一般人之權利。他人均有不得侵害其權利之義務。故皆屬原權。相對權則因其身分或契約而生。其由身分或契約而得之權利。屬之原權。其由於不正之損害而發生損害賠償之權利。則屬之救濟權。

(丁)原權有絕對權或相對權。救濟權則常爲相對權。如所有權乃原權。屬於絕對權。關於生命、身體、名譽、自由等權利。亦同。其因身分或契約而生之權利。雖爲原權。然其性

質屬相對權。故原權有絕對權與相對權二種。至救濟權則爲對於原權被侵害而始生。其所對抗者皆爲特定之人。故純屬相對權。

第六款 請求權抗辯權支配權及形成權

請求權、抗辯權、支配權、及形成權之區分。乃以權利之作用爲標準。茲分述其概要如次。

第一、請求權。請求權者、得請求他人爲一定行爲或不爲一定行爲之權利也。其請求爲一定行爲者。是爲積極請求權。如請求爲債權之給付屬之。其請求不爲一定行爲者。是爲消極請求權。如請求勿侵害其所有權屬之。又請求權有僅能一次行使者。亦有能繼續或反復行使者。前者如債權請求爲全數之清償或買賣請求爲一次之給價屬之。後者如電燈之請求繼續納費或房屋之請求繼續納租等屬之。前者爲一個請求權。固無疑義。後者是否係一個請求權。抑係數個請求權。學者間之主張。頗有出入。有以爲數個請求權者。有以爲一個請求權者。亦有主張應視其發生之原因而定者。三說中應以最後說爲適當。

請求權有絕對請求權、與相對請求權之別。絕對請求權。一稱物上請求權。相對請求權。一稱對人請求權。茲分述如次。

(甲)絕對請求權。絕對請求權者。乃對於一般人行使之請求權也。此種請求權。係基於物權、無體財產權、親屬權等之絕對權而發生。故一稱物的請求權。其內容在請求不為一定行爲。故恆屬於消極請求權。

(乙)相對請求權。相對請求權者。乃對於特定人行使之請求權也。此種請求權。係基於債權、社員權等之相對權而發生。故一稱人的請求權。其內容不僅在請求爲一定行爲。並得請求其不爲一定行爲。故兼屬積極請求權與消極請求權之二種。而適爲債權之內容。

請求權與訴權有別。從來學者對於請求權與訴權。往往混同。其實訴權爲程序法上之權利。乃個人請求國家爲裁判權之發動。屬諸公權。請求權則爲實體法上之權利。其內容在請求爲某行爲或不爲某行爲。屬諸私權。兩者之性質。顯有差異。

第二、抗辯權。抗辯權者、得拒絕他人所請求行爲之權利也。即他人請求爲某行爲或不爲某行爲之際。可對之行使反抗之權利。故一稱對抗權。又稱曰給付拒絕權。

抗辯權可細別爲二。有僅屬暫時制止請求權者。稱爲延期抗辯權。如同時履行之抗辯、保證人之抗辯屬之。有永久制止請求權者。稱爲永久抗辯權。如我國民法及德國民法關於消滅時效之抗辯屬之。凡請求權經永久抗辯。即歸消滅。

又請求人對於相對人之抗辯權。可更爲反對之主張。其行使此種反對之主張者。謂之再抗辯權。其性質與抗辯權無異。但與訴訟上所稱之抗辯不同。蓋訴訟上之抗辯。乃被告用爲防禦方法之一切主張。有純爲訴訟上之抗辯者。亦有屬實體上之抗辯者。惟其內容係否認請求權之存在。或主張請求權之已經消滅。究與抗辯權之性質迥殊。

第三、支配權。支配權者、得爲特定行爲之權利。即就於權利客體得爲法律所許之行爲之權利也。其內容有二。(一)爲權利人得支配客體之力。(二)爲權利人請求他人不爲一定行爲之力。其作用更細別爲二。(子)排他性。一稱獨占性。即請求他人勿爲同一之支配是也。

。(丑)禁止妨害性。即請求他人勿妨害其支配是也。故就其支配之客體觀之。可別支配權爲左之四種。

(一)物權。即以物爲客體。

(二)準物權。即以權利爲客體而依物權之原則適用之。

(三)無形財產權。即以無形之智能創作物爲客體。如著作權、特許權、商標權等屬之。

此名稱爲德儒戈里氏 (Kohler) 所倡。法國學者除著作權外。概稱曰工業所有權。爲現時國際條約所沿用。

(四)人格權。即以權利人本身爲客體。其種類已於本節第一款中述之。

第四、形成權。形成權者、得依特定行爲使生法律上一定效果之權利也。申言之。即依權利人一方之行爲。使權利發生變更、消滅、或生其他法律效果之權利也。此名稱爲德仔塞克耳氏 (Seckel) 所創。奧德滿氏 (Ortmann) 等從之。日本學者多沿用此名。其特質在能以單獨行爲發生法律上之效力。此權利未行使以前。對於原存之法律關係。毫無變化。不過

有引起變化之可能性。學者間從此著眼。故稱曰能爲權，又此權利一經行使之後。則對於原存之法律關係。必發生一種變化。學者從此著眼。乃稱爲形成權。此形成權中具有種種形態。有使新法律關係發生者。如無權代理之承認權屬之。有使原法律關係變更者。如選擇債務之選擇權屬之。有使原法律關係消滅者。如撤銷權、撤銷訴權、抵銷權、解除權等屬之。此外如前列之抗辯權。足以阻止相對人請求權之效力。亦可認爲形成權之作用。形成權與支配權之異點。即在無支配之客體。其與請求權之異點。即在非要求他人爲一定行爲。又此種權利。無相對應之義務。更與普通權利不同。

第三節 義務

義務之範圍極廣。卽凡吾人對於自己或他人及外物所有之責任。均包含之。故有道德上之義務。有宗教上之義務。有社交上之義務。有法律上之義務、及其他種種義務之別。茲之所謂義務者。僅指法律上之義務言。分述如次。

第一款 義務之觀念

義務者、法律上強制個人行爲或不行爲之責任也。依此定義而分析之。

第一、義務者責任也。責任者、非指何等規定言。乃指其必當服從法律規範之謂也。凡負法律上之義務者。欲不受法律之制裁。則必就法律之所命而避法律之所禁者。乃克有濟。此義務所以認爲責任也。

第二、義務者行爲或不行爲之責任也。行爲指作爲言。不行爲指不作爲言。一爲積極責任。一爲消極責任。法律之作用。卽對於一個人命令其某行爲或不爲某行爲者也。吾人苟不欲觸犯法律之規定。則凡法律所命令之行爲。有進而爲之之責任。法律所禁止之行爲。有避而不爲之之責任。此義務所以爲行爲或不行爲之責任也。

第三、義務者法律之強制責任也。義務之範圍甚廣。前已說明。故欲區別義務之屬於法律、或不屬於法律時。應以有無強制力爲標準。其放棄責任而法律不加制裁者。則爲法律外

之義務。其放棄責任而應受法律之制裁者。則爲法律上之義務。此義務所以又爲法律之強制責任也。

第二款 義務之類別

義務之種別。可由種種觀察點而區分之。茲述其主要者如次。

第一、積極義務及消極義務。積極義務者。即應爲一定行爲之謂也。消極義務者。即不應爲一定行爲之謂也。前者以作爲爲義務。後者以不作爲爲義務。買賣應貨物兩交。是爲積極義務。不得毀壞他人物品。是爲消極義務。故凡對於絕對權之義務。概屬消極。而對於相對權之義務。則有消極與積極二種。

第二、孤立義務及對立義務。孤立義務者。不與權利相對待之義務也。對立義務者。與權利相對待之義務也。私法上之義務。多屬後者。如不毀壞他人所有物之義務。係與所有者之權利相對應。清還債務之義務。係與債權者之權利相對應。其明證也。公法上之義務。

則多屬前者。如當兵納稅之義務。別無相對應之權利。其明證也。

第三、公法上之義務及私法上之義務。公法上之義務者。公法所規定之義務也。私法上之義務者。私法所規定之義務也。前者如憲法、刑法、行政法、民刑訴訟法、規定之義務屬之。後者如民法及民事特別法、所規定之義務屬之。

第四、第一義務及第二義務。第一義務與第二義務之區別。係與權利之原權及救濟權（即

一權第
二權）相對應。第一義務者。即以不侵害他人之原權而存在者也。換言之。即不侵害他人

權利之義務也。第二義務者。即以不侵害他人之救濟權而存在者也。換言之。即侵害他人權利時所應受制裁之義務也。如不可侵害他人之所有權。是為第一義務。侵害他人權利時應負損害賠償之責。是為第二義務。故第一義務破。而第二義務生。亦猶原權破而救濟權生也。

第四節 義務與權利之關係暨法律之本位

權利與義務。自一般言之。兩者固常相對立。故多數學者遂認義務爲權利必有之現象。且謂權利之反面。卽爲義務。而義務之反面。卽爲權利。然從公法上觀之。其僅有義務而無權利者。所在多有。如當兵納稅之義務。其明證也。卽就私法言。亦不乏有義務而無權利之實例。如登記及公告之義務。均無相對應之權利。又其明證也。故權利與義務必相對待之主張。究難認爲允當。

又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。甚有唱權利先法律而存在者。然從實際研究。此種主張。究與社會進化史及法律發達史之內容相違。蓋權利觀念者。乃人類社會於某程度進化後爲法治之產物而發生者也。故有法律之處。不必具有權利。更何能認權利先法律而存在耶。考人類社會進化之第一步。於團體凝固現象之前而第一發生者。厥惟義務觀念。而社會之重心力。卽因此義務之強要而發生法律。故義務先法律而存在。而法律乃由義務本位而發生發達者也。其最初發生發達之義務。對於社會重心力之最高權力。爲服從之義務。因此服從之結果。遂對於同團體員之他人、

爲法律上義務之確定。而權利觀念。乃對此同團體員之結果而發生。更因個人之發展充實。由個人與最高權力對抗之結果而確定發達者也。至是遂由義務本位而移於權利本位焉。

法律之進化。雖由義務本位移於權利本位。但強制義務與保護權利。究非法律終局之目的。法律終局之目的。在於維持人類之共同生活。促進社會之公共利益。故法律之理想。終應以社會本位爲依歸。但理想非一躍而至。故當個人不自覺時代。法律爲義務本位。迄個人自覺時代。法律爲權利本位。洎社會自覺時代。法律遂不能不進爲社會本位。今已爲第三期之開始。故今日之法律解釋。應爲社會本位。今日之法律適用。應爲社會本位。今日之立法政策。亦應爲社會本位。而我國今日之民法。乃基於社會本位。而以注重社會公益、力求男女平等、保護私人經濟。實行民商合一之旨。遂闢世界法律之新紀元焉。

本論

第一編 權利之主體

吾人於研究權利主體之前。應先特別注意者。厥惟法律關係。法律關係者。卽以法律規定人類之生活關係也。人類欲全其生活。不可不有維持其生活關係之規範。故道德家則有道德規範以支配其生活關係。宗教家則有宗教規範以支配其生活關係。而國家則有法律規範以支配人類之生活關係。其以法律上之規範支配人類之生活關係者。是爲法律關係。法律所規範之內容。大抵不外聽許、強要、或禁止之三點。質言之。卽不外爲權利義務之規定。故法律關係。又可謂爲權利義務之關係也。生活關係之要素有三。(一)生活者。(二)生活資料。(三)生活者相互間。或生活者與生活資料間之聯絡。法律既爲規定生活關係而設。故法律關係之要素。亦可大別爲三。卽(一)權利義務之主持者。學者間稱爲權利義務之主體。一簡稱權利

之主體。(二)權利義務依據之資料。學者間稱爲權利義務之客體。一簡稱權利之客體。(三)主體相互間或主體與客體間之聯絡。學者間稱爲權利義務之得喪變更及行使。一簡稱爲權利之得喪變更及行使是也。民法總則編之內容。卽就此三要素而規定其共通適用之原則。著者爲便於研究計。特分爲四編。第一編權利之主體。第二編權利之客體。第三編權利之得喪及變更。第四編權利之行使。惟茲之所謂權利。係指私權方面言。因民法係私法。其所規定者卽爲私權之關係故也。茲依次而說明之。

第一章 權利主體之概念

權利之主體云者、卽得享受權利負擔義務而於法律上具有人格者也。我國民法單稱曰人。德國民法則稱曰人格者。其種類有二。卽自然人與法人是也。古代法律。雖自然人亦不必具有法律上之人格。如奴隸制度時代之奴隸。家族制度時代之家屬。皆無法律上之人格。卽不能爲權利之主體。其明證也。亦有本非自然人而具有法律上之人格者。如人類組織之社會團體

。法律上認其有人格。即可爲權利之主體。又其明證也。近代多數立法例。類探平等主義。凡屬自然人。固得爲權利之主體。即依法具有人格之法人。亦得爲權利之主體。故我國民法總則第二章所規定人之意義。乃包括自然人與法人而言。與通俗之所謂人者有別。與日本民法所稱之人。亦復不同。蓋日本民法上之人。與通俗所稱之人。其義均僅指自然人言。我國修正民律。亦同此旨。惟現行民法則係採取廣義。比較上實爲精確。

又權利主體。與享有特定權利者。其義不同。享有特定權利者。係指權利現實歸屬之主體言。即權利人之義也。茲之所謂權利主體。係指在法律上得享有權利之資格言。即有權利能力者之義也。雖有時權利人亦稱爲權利之主體。其實質究與享有法律上權利之資格者不同。蓋權利主體。係指享有權利之名義者言。而權利人則指權利之行使者與權利之受益者言。故前者爲權利之享有。僅有權利能力足矣。不必爲有思想能力之人。且不必爲享受利益之人也。後者爲權利之實行。不僅具有權利能力。且須具有思想能力。其無思想能力者。須由法定代理人行使之。故實際上必爲有思想能力之人。且更恆爲享受利益之人。是即兩者區別之要點

也。

關於權利主體中應先研究者。厥惟權利能力、意思能力、行爲能力及責任能力之四種。茲分節說明其概念如次。

第一節 權利能力之概念

權利能力者。即享有權利之能力。申言之。即得爲權利主體或義務主體之資格者也。此種權利能力。僅爲享權利負義務之前提要件。非即實質上之權利也。古代法律。權利主體之資格。與義務主體之資格。不相一致。如羅馬時代之奴隸。在法律上僅有義務能力。即僅有義務主體之資格。而無權利能力。即不有權利主體之資格是也。近世各國。廢除奴隸制度。於是權利能力。與義務能力。始相符合。其具有權利主體之資格者。同時亦具有義務主體之資格焉。惟權利能力。有公法上之權利能力、與私法上之權利能力二種。公法上之權利能力。不必盡人皆有。如司法官吏須具有法定資格。其明證也。私法上之權利能力。則不問爲自然人

與法人、或本國人與外國人。皆享有之。民法係私法。故茲之所謂權利能力。係指私權能力。(即私法上之權利能力)言。至公權能力。(即公法上之權利能力)應讓公法學中說明之。

權利能力。非天然之能力。乃法律上賦與之能力。如古代奴隸之無權利能力。與現代法人之具有權利能力。純基於法律上之予奪。其明證也。此種權利能力。既基於法律之創設。故各人於其生存中。均得享有。且凡關於權利能力之規定。均與公共秩序有關。屬諸強行法規。各人不得任意拋棄其權利能力。並不得讓與、限制、創設或變更之。如民法第十六條規定權利能力不得拋棄。蓋即禁止個人為權利能力之讓與、限制、創設、或變更。致妨礙其個人之人格權也。又我國民民法係採平等保護主義。無論自然人、法人、中國人及外國人。均視為具有權利能力。而為權利之主體。

第二節 意思能力之概念

意思能力者。即具有普通辨別之意識能力之謂也。申言之。即對於通常事物具有意思上之認

識力與預見力之謂也。其爲民法法典所明認者。厥惟沙克遜民法十八條。他國民法。則鮮有明白規定。僅爲學者間之用語而已。至意思能力之本質。應就法律行爲及侵權行爲之關係比較說明之。

第一、意思能力與法律行爲之關係。關於此點。學說上計分二派。

(甲)法國法學派。法國法學派。分行爲能力爲天然能力與法定能力之二種。法定能力。

由於法律之規定。天然能力。則基於人性之本然。意思能力者。即基於人性之本然而屬諸天然能力者也。與法定能力相對待。故必兼有法定能力與天然能力二者。乃得認爲有行爲能力。而爲法律上之行爲能力人。法國法系諸國之立法例及學說。多主張之。(國法

民法第九〇一條、第一〇八條)瑞士民法第十六條。且明認意思能力爲判斷力。蓋即以意思能力爲法律行爲之要件也。

(乙)德國法學派。德國法學派之主張。則謂意思能力爲意思表示之要件。而非行爲能力之要件。即當實行法律行爲之際。其欠缺意思能力者。認爲意思表示要件之欠缺。而與

行爲能力無關。德國民法卽係採此見解。(參照德國民法第一〇四條、第一〇五條)普魯士及奧國民法亦同。

(參照普魯士國法第一部第一章第二五條、第二九條、第四章第二〇條、第二九條、) 我國民法之見解。亦

屬此派。

第二、意思能力與侵權行爲之關係。關於此點。亦分兩說。甲說謂侵權行爲無須責任能力

。故不以意思能力爲要件。乙說則謂侵權行爲。須具有責任能力。故以意思能力爲要件。

惟意思能力與責任能力。是否爲同一觀念。學者間之主張。尙有出入。著者則認意思能力

與責任能力僅爲名義上之差異。其內容實相一致。故關於此種主張。應以乙說爲當。

以上係關於意思能力之本質。至意思能力判定之標準。學者間及立法例亦有不同。大別爲左之三種。

(甲)生理主義。生理主義之主張。謂意思能力有無欠缺。應以精神狀態爲標準。卽凡精神

狀態欠缺者。斯爲欠缺意思能力。反是、則爲具有意思能力。日本民法(參照日本民法第七

三九) 及法國民法。(法國民法第九〇一條、法國刑法第六四條)均係採此主義。

(乙)心理主義。心理主義之主張。謂意思能力是否欠缺。應以心理作用爲標準。卽凡心理作用不完時。斯爲欠缺意思能力。反是、則爲具有意思能力。瑞士民法及奧國刑法。均採此種主義。其詳於瑞士能力法第四條、舊債務法第三十一條、及奧國刑法第二條規定之。

(丙)折衷主義。折衷主義之主張。謂意思能力有無欠缺。應以精神狀態及心理作用二者爲標準。故凡精神狀態有欠缺者。固爲意思能力之欠缺。心理作用有欠缺時。亦爲意思能力之欠缺。輒近學者。多從此種主義。

以上三主義中。應以折衷主義爲正鵠。蓋必着眼於生理及心理二者。乃能得真確之判斷也。如精神病人之欠缺意思能力。是基於生理上之判斷。而酗酒人之欠缺意思能力。乃基於心理上之判斷。其明證也。

第三節 行爲能力之概念

行爲能力者。卽人之行爲有發生法律上效果之能力也。與權利能力。不可混同。權利能力。

係僅享有法律上權利之資格。而行爲能力。則爲實行權利之資格者也。權利能力。僅指私權之享有。行爲能力。則爲私權之實行。故有權利能力之人。不必具有行爲能力。而凡有行爲能力之人。則必具有權利能力。此兩者區別之要點也。

又行爲能力與意思能力。亦有區別。行爲能力。雖以意思能力爲要件。但意思能力。僅屬於生理及心理之狀態。而行爲能力。則爲法律賦與之資格。故有行爲能力之人。雖皆爲有意思能力之人。而有意思能力之人。又不盡爲有行爲能力之人也。

行爲能力。有廣狹二義。廣義之行爲能力。乃法律行爲能力、不法行爲能力、及特別行爲能力之總稱。分述如次。

(一)法律行爲能力。法律行爲能力者。即得爲法律行爲使之有效之能力也。分言之。第一、法律行爲須有一定要件。即當事者欲使生一定法律上效力之意思表示而生法律上效力之行爲也。一稱適法行爲。如買賣行爲屬之。第二、有效之法律行爲云者。乃法律所允許之行爲而不得取消之行爲也。如行爲能力人所爲之買賣行爲屬之。

(二)不法行為能力。不法行為能力者。乃得為不法行為責任人之能力也。分言之。第一、不法行為者。即違背法規侵害他人權利之行為也。一稱違法行為。如甲毀損乙之所有物之行為屬之。第二、責任人因違法行為所生之損害。須具有責任能力者。始負損害賠償之責任。若無責任能力人之行為。雖加損害於他人。仍不負損害賠償之責。如未滿七歲人之行為及禁治產人之行為屬之。(參照民法第一三條及第一五條)故不法行為能力。係指具有不法行為能力之責任能力言。

(三)特別行為能力。特別行為能力者。乃得為特別行為使之有效之能力也。特別行為。係法律行為以外之適法行為。如代理人欲為自己與本人之法律行為。須得本人之許可(民法一〇六條)是也。法律行為以外之適法行為。學說上稱特別行為。而法律行為。則稱為一般行為。故所稱特別行為能力。係指得為有效之特別行為之能力言。

以上三種。係廣義之行為能力。狹義之行為能力。即僅指第一種法律行為之能力言。民法總則所規定之行為能力。係採狹義。又民法關於行為能力之規定。大抵與公共秩序有關而為強

行法規。故拋棄、限制、創設、變更。均不得任意爲之。雖民法第十六條僅規定行爲能力不得拋棄。但依類推解釋。當然不能由私人任意限制、創設或變更之也。

第四節 責任能力之概念

責任能力者。即關於其行爲有負法律上責任之能力也。換言之。即基於一定之行爲具有法律上制裁之力量也。權利之主體爲人。前已說明。但人因其智識程度及精神狀態之不同。又可別爲能負責任、及不能負責任之兩種。凡具有通常之智識程度及通常之精神狀態者。爲有責任能力。反之、則爲無責任能力。有責任能力者之行爲。依法應負責任。即其爲法律所不允許之行爲時。(違法行爲) 依法應負損害賠償之責任是也。無責任能力者之行爲。依法不負責任。即其爲法律所不允許之行爲時。依法不負損害賠償之責任是也。對於無責任能力者之行爲。學者謂係一種自然界之現象。其行爲之結果。與其人之精神。無因果關係。不能認爲真正之違法。故其行爲雖明屬違法。依法仍不處罰。蓋以其人之精神能力。不能預見其行爲之有

無危險。自不能施以法律上之制裁也。質言之。即其人之智識欠缺。無意思上之識別力。法律上不能不特別保護之。

責任能力與意思能力。是否一致。學者間之主張。頗有不同。有謂責任能力為對於法律上負責之能力。而意思能力則為個人辨別事物之能力。兩者各有區分者。亦有主張具有辨別事物之能力即具有法律上負責之能力。兩者完全相同者。著者採取後說。

第二章 自然人

第一節 自然人之概念

自然人者、具備人類之形態而為權利義務之主體者也。人之意義有二。通俗所稱。係指人類。即天然生存之最高等動物也。法學所稱。係指人格者。乃法律上認為權利之主體者也。茲所謂人者。係從第二義。但因其與法人有別。故稱曰自然人。古代人類。不必均為權利之主

體。前已說明。今則奴隸制廢。凡屬人類。皆得爲權利之主體。學者因其具有人類之形態。一稱有形人。

自然人從法律上觀察。可得爲種種區別。卽從年齡上觀之。則有成年人與未成年人之別。從精神狀態觀之。則有行爲能力人、限制行爲能力人、及無行爲能力人之別。從國籍之內外觀之。則有內國人及外國人之別。從男女兩性觀之。則有男子及女子之別。其詳容後說明之。又從生理學上研究之。更有一身而兼具男女兩性者。俗謂之雌雄人。法律上不認其爲男女兩性之存在。必須用鑑別之方法。其屬男性之組織較多者。則確定其爲男子。其屬女性之組織較多者。則確定其爲女子。因男女間之區別。在我國民法採男女平等主義。雖比較上無關重要。而在採男女不平等制度之他國。則此種區分。關係最鉅。不能不有鑑定之必要也。至鑑定之方法。屬諸醫學家之範圍。茲不備述。

第二節 自然人之權利能力

關於權利能力之意義。前已說明。茲特就權利能力之範圍、權利能力之始期、權利能力之終期、及外國人之權利能力四點。分別說明如次。

第一款 權利能力之範圍

權利能力之範圍者。即關於權利能力行使之劃界也。權利能力既屬享受私權之能力。則何者始有此種能力。又其行使之界限如何。均不可不加以研究。茲述其原則如次。

第一、權利能力。凡自然人皆享有之。此種原則。依我國民法第六條之規定。可認為凡屬人類。均得享有。更無須另設專條也。瑞士民法第十一條第一項。關於此點。特設明文規定。似覺贅敘。

第二、權利能力。凡出生之自然人當然享有之。權利能力。既為盡人享有。則凡已出生之自然人。即當然取得此種能力。如我國民法第六條規定人之權利能力。始於出生。其明證也。雖他國戶籍法。規定出生尚應履行呈報程序。但屬人口登記問題。與權利能力無涉。

第三、權利能力。凡自然人皆平等享有之。權利能力。本以平等享有為原則。惟因國籍關係。各國立法例。致有本國人與外國人之區分。外國人之權利能力。當設專節述及。本國人之權利能力。則法律上一律平等。不因性別、年齡、身分、種族、階級、宗教而有差別。雖妻不有夫權。學者間認為一種例外。但係基於生理上之自然。非法律上之歧視。故仍不礙平等享受之原則。

第四、權利能力。凡自然人於法律範圍享有之。權利能力。係自然人之人格權。故凡在法律範圍以內。各自然人皆享有之。且不許自行拋棄。(民法一六條)倘人格權受侵害時。被害人
有請求法院救濟之權。(參照民法一八條)蓋凡在法律範圍以內。各自然人均得享有之。其踰越法律範圍以外時。則應受法律上之制裁。因自然人雖各有保護自己人格權之權利。但亦均負有不得侵害他人人格權之義務也。

第五、權利能力。凡自然人於生存期間繼續享有之。權利能力。既為出生之自然人所享有。故凡自然人於生存期間。均得繼續享有此種能力。換言之。若非生存期間之自然人。即

不能享有此種能力。如民法第十六條規定人之權利能力。終於死亡。其明證也。故凡未出生之自然人。固不得享有權利能力。即凡已死亡之自然人。亦不得享有權利能力。惟胎兒以將來非死產者爲限。關於其個人利益之保護。視爲既已出生。(民法第七條)是爲例外之規定。而終不害生存期間繼續享有之原則也。

第二款 權利能力之始期

權利能力之始期者。即自然人之權利能力。應以何時爲起點之謂也。關於此點。民法上設有原則與例外之規定。茲分述如次。

第一、原則。人之權利能力。始於出生。此種原則。各國民法。均是認之。如我國民法第六條。德國民法第一條。瑞士民法第三十一條。日本民法第一條。皆有明文規定。即其例也。惟關於出生之概念。未經定明。故學者間頗多異說。茲就出生之意義分別說明之。

出生者、乃爲人類之嬰兒。依自力保有其生命。而自母體分離之事實也。故其要件有三。

(一)須以自力保有其生命。即須不爲死體而產生。其爲死體而產生者。不得謂之出生。因之不有權利能力。亦不有自然人之人格。至嬰兒是否依自力保有其生命。乃事實問題。當以分娩時在場各人之證言及法醫學上之實驗定之。依一般之通說。大抵以嬰兒能完全呼吸空氣時。認爲保有其生命。

(二)須與母體全然分離。凡未與母分離者。是爲胎兒。尙不能獨立存在。僅屬母體之一部。而非完全之人類。即不能具有權利能力。但出生後切斷臍帶與否。於胎兒之獨立呼吸無關。又其出生係基於自然。抑出自人爲。亦可不問。蓋近日醫學發明。常有用手術而生者。故僅與母體分離足矣。

(三)須離母體後仍然生存。即離母體後。須仍然保持其生命。惟保持之久暫、及有無生活能力。又其形態有無異狀。均所不問。

凡具以上三要件者。始得謂之爲出生。至出生之先後。應以離母體之先後爲準。普魯士國法第一章第十五條對於雙生子曾設明文規定。其出生之先後不明者。則以抽籤定之。我國

民法雖無規定明文。但亦可作同一解釋。

關於出生之存否及其時間。若因法律上重要關係發生爭議時。應以通常之證據方法證明之。惟欲達立證之目的頗難。故各國關於人類之出生。均須依法登記。既可以詳知一國人口之總額。復足為出生事實上之證明。法至善也。

第二、例外。胎兒為母體之一部。非自然人。故以不有權利能力為原則。惟各國立法例。對於胎兒之保護。曾設例外之規定。就其主要者言之。約有絕對主義、與相對主義之二種。

(一)絕對主義。凡關於胎兒個人之利益。以將來保有生命為要件。均視為既已出生。而為權利之主體。此主義為羅馬法所創。普魯士、瑞士等民法均倣之。

(二)相對主義。僅限於特定事項。為保護胎兒之利益。始視為既已出生而為權利之主體。德意志、法蘭西、及日本諸國民法從之。

我國立法例。則規定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。

（民法第七條）

既汎稱個人利益之保護。而不設列舉之規定。則凡關於胎兒應享私權上之利益。均包含之。其屬第一主義。甚為顯明。

又關於胎兒享有權利能力之性質如何。學者間之主張。約有擬定說與條件說之二種。前者謂胎兒之權利能力。乃法律所擬定。於出生前即已享有。法國學派。多主此說。後者謂胎兒之權利能力。乃以出生為條件。須待出生以後。即以非死產者為限。始能遡及既往而取得出生前所發生之權利。德國學派。多主此說。我國民法。係採後者。細繹法文。其旨自明。

第二款 權利能力之終期

權利能力之終期者。即自然人之權利能力。應以何時為終點之謂也。自然人之權利能力。既以出生為要件。則其權利能力之享有。當然只限於生存。故前述權利能力之範圍第五點。以自然人於生存期間繼續享有為原則。換言之。若自然人不能生存而既已死亡。即應喪失其權

利能力。而不能為權利之主體。蓋自然人既已死亡。即視為死體。依法不能認其具有人格。其理由與死體之胎兒相同。故我國民法。明定自然人之權利能力。終於死亡。（民法第六條）而瑞士民法第三十一條亦特設明文規定。他國民法雖乏明文。當亦可以死亡為權利能力之終點也。

惟死亡係指自然之死亡言。即完全斷絕呼吸之謂也。故必完全斷絕呼吸之自然人。乃認為喪失法律上之人格。而為權利能力之終止。若僅係死亡之宣告。則與自然之死亡不同。雖民法第九條規定受死亡之宣告者。亦推定其為死亡。但不過對於生死不明之人。為法律關係之確定。若其人實際生存。固仍得為權利之主體也。

關於死亡之證明、與死亡時期之證明。我國民法僅就宣告死亡人及同時失踪人設推定之準則。（民法第八條第九條第一條）此外雖乏詳明之規定。但凡主張死亡之事實者。應負舉證之責任。是又可依一般舉證方法而為當然之理論也。

第四款 外國人之權利能力

外國人者。卽不有本國國籍之人也。就我國言。凡不有中國國籍之人。皆爲外國人。其無任何國籍之人。亦爲外國人。反之。有中國國籍之人。固非外國人。卽有外國國籍而又有中國國籍之人。亦非外國人。民法總則施行法第二條所稱之外國人。係專指外國之自然人言。與日本民法所稱之外國人同義。至外國法人。則於民法總則施行法第十二條規定之。與日本民法第二條及第三十六條之規定相同。

外國人享有權利之範圍。有公權與私權之別。私權以外國人亦得享有爲原則。以受條約法令之限制不得享有爲例外。公權則視其性質定之。無所謂例外與原則。蓋公權中有以愛國心爲必要者。亦有不然者。如爲官吏之公權。以愛國心爲必要。外國人無愛內國之心。是以各國立法例。皆以不許外國人享有此種公權爲通則。其不以愛國心爲必要之公權。則可使外國人享有之。如訴權與愛國心無關。故以外國人享有訴權爲通例。訴權一曰保護請求權。使外人

有提起訴訟之權。足徵保護之公平。不使外人有爲官吏之權。係基於立國之方略。此種規例。最屬持平。

至私權之享有。則除有害國家之利益者加以限制外。外國人幾與內國人同。卽所謂內外人同等主義是也。但此種主義。非一蹴而幾。由歷史上考之。實經過種種變遷而來。茲述其沿革之概要如次。

第一期、敵視主義。敵視主義者。卽視外國人爲仇敵之主義也。此種主義之觀念。咸視外國人爲仇敵。每一相遇。輒謀殺害。故對於外國人。恆設種種虐待方法。其不能享有私權。更無論矣。此種主義。爲狩獵時代所盛行。其時人民。因生產上之能力。尙未發達。欲維持其生活。必行使攘奪手段。故內外之界限甚嚴。而以非種必鋤爲主眼。

第二期、差等主義。差等主義。一稱不平等主義。卽雖不仇視外國人而爲輕視外國人之主義也。如我國向目外國人爲夷狄而自稱天朝。其明證也。此種主義之觀念。恆重視內國之禮教。而輕視外國人之文化。外國人僅有互市之權。若入內國住居。則常被陷害。蓋當中

古之初。人類由狩獵時代。漸進於畜牧及農業時代。人民之團結力漸強。而生產力亦較進步。故其對外觀念。不採敵視主義。而與外國人相接近。不過仍以不平等主義出之耳。

第三期、條約相互主義。條約相互主義者。即關於外國人之權利。互以條約訂定之之主義也。如甲國人在乙國得享有之權利。乙國人在甲國亦得享有之。彼此訂立約章。共昭信守。即其例也。蓋外國不許內國人享有之權利。而內國竟讓外國人享有之。其損於國家之威權。無俟詳論。故彼此權利之範圍。應以條約限定之。此主義為中古以來國家所採用。蓋由農業時代進於工商業時代。彼此交通益繁。始悟外國人之文化。與內國人無甚差別。於是遂由歧視之心。漸進而為約定之旨。現在瑞典、法蘭西、比利時等國。皆採此種主義。惟條約僅由外交家以意思定之。對於私權之範圍。不能逐一規定。且不能適用於無條約國之外國人。故此種主義。仍非完善。

第四期、法律相互主義。法律相互主義者。即關於外國人之權利。互以法律規定之之主義也。其內容與條約相互主義略同。惟變條約為法律。比較上可以持久。且更確實。故瑞士

、匈牙利、奧地利諸國採之。然人事紛紜。欲將一切私權。悉行規定。亦屬難能。且對於無國籍之外國人。不能適用。是此種主義。亦未盡善。

第五期、內外人同等主義。內外人同等主義。一稱平等主義。即外國人在法律上之權利。一以平等爲原則之主義也。此種主義。最爲完善。有條約國之外國人。可以適用。無條約國之外國人。亦可以適用。有國籍之外國人。可以適用。無國籍之外國人。亦可以適用。而爲近世最進步之主義也。其創始者爲荷蘭。於一千八百二十九年公布之民法第二條規定之。自後意大利、德意志、日本諸國。均相繼採用。我國民法總則施行法第二條。亦係採此種主義。惟關於特別權利。則得以法令限制之。如外國人不得有不動產所有權及礦業權等。其最著也。日本法令。並限制外國人無日本銀行股東權。凡喪失日本國籍之人。享有外國人所不能享有之私權者。限一年內將該私權讓渡與日本人。逾期即作爲無主物。歸屬於日本國庫。是皆例外之限制也。

以上所述。係就平時之外國人言。若爲交戰國之外國人。則關於私權之範圍。從來約有兩種

主義。即（一）戰時絕交主義。（二）對敵貿易自由主義是也。前者則於國家間發生戰爭時。彼此經濟絕交。後者則國家間雖發生戰爭。而私人間仍可貿易自由。從歷史上觀察。大體係由第一主義漸進而為第二主義。惟當歐洲大戰之頃。各國間仍採第一主義。如關於封鎖海口及絕斷餉糈等。即其例也。

第三節 自然人之行為能力

行為能力之意義。前已說明。就自然人之行為能力觀察。可大別為三種。即（一）有行為能力人。（二）無行為能力人。（三）限制行為能力人是也。此種區分。係基於法律上之設定。即以意思能力之完全與否為標準。其意思能力完全者。即與以完全之行為能力。稱為有行為能力人。反之。其通常意思能力未成熟之人、及有欠缺意思能力常態之人。則不與以完全行為能力。即所謂無行為能力人、及限制行為能力人是也。惟何者為無行為能力人。何者為限制行為能力人。各國立法例。約有二主義。（一）法律上既規定一種無行為能力人。又規定一種限

制行爲能力人。是曰形式主義。德意志及瑞士民法採之。(二)法律上僅就限制行爲能力人設有規定。至何者爲無行爲能力人。則概從事實上決定。法律上不設明文。是曰實質主義。法蘭西及日本民法採之。我國民法。效法德瑞。兼定兩種。以未滿七歲之未成年人及禁治產人。爲無行爲能力人。以滿七歲以上尙未結婚之未成年人。爲限制行爲能力人。(參照民法第一三條第一五條)至外國人之行爲能力。應依其本國法爲原則。此又法律適用條例第五條所明定者也。茲就自然人行爲能力之種類。分款說明之。

第一款 有行爲能力人

有行爲能力人者。即於法律上能爲完全有效之法律行爲之自然人也。換言之。凡能單獨因法律行爲取得權利或負擔義務之自然人。皆稱爲有行爲能力人。此種自然人所爲之法律行爲。除別有無效或撤銷之原因外。在法律上均絕對有效。他人對此種人所爲之法律行爲亦然。至何種自然人始爲有行爲能力人。我國民法設有原則及例外之規定。即(一)成年人。(二)已結

婚之未成年人是也。分述如次。

第一、成年人。成年人者、即已達法定年齡之自然人而具有行為能力者也。其未達法定年齡之自然人。則以不具有行為能力為原則。以其智識尚未充分發達故也。關於成年問題之研究。本有兩種主義。其一、為智識主義。其二、為年齡主義。智識主義、係依智識發達之程度。為行為能力有無之標準。在理論上雖非無據。但實際上智識之是否發達、究難為正確之判定。勢不得不採用年齡主義。即不問事實上各人之智識程度究竟如何。而僅就年齡上為概括之規定。凡滿足一定年齡者。法律上均認為有同等智識。而與以行為能力。蓋自通常言之。智識經驗。本與年齡之增長為正比例。其達到一定年齡時。當然可認為具有相當之能力也。此一定年齡。學說上稱為平均年齡。因其係依一般年齡為標準。而非以各個人之智識為準則也。

人類智能發達之平均年齡。係因生理發育狀態及風土習慣而各殊。故關於成年制度。各國立法例。頗不相同。茲分成年時期與年齡計算兩者。說明如次。

(甲)成年時期。關於成年時期之規定。各國立法例互有出入。英吉利、法蘭西、意大利、德意志、美利堅、俄羅斯等國。係以二十一歲為成年。荷蘭及西班牙等國。係以二十三歲為成年。奧大利、匈牙利。係以二十四歲為成年。丹麥、智利等國。係以二十五歲為成年。日本、瑞士。則以二十歲為成年。我國與日本同屬黃種。智能大概相同。且援『男子二十冠而字』及『女子二十而笄』之禮制。以二十歲為成年。(民法一)實屬相宜。雖近日學者間對於現制成年問題。頗多批評。然屬諸立法範圍。茲不具及。

(乙)年齡計算。關於年齡計算方法。各國亦有出入。因與成年制度攸關。特分列如次。

- (一)年計。年計者、即計算年份不扣足月日之計算法也。如本年十二月三十日出生。便算一歲。到明年一月一日。就算兩歲。以後遞增一歲。我國習慣上係採此種計算法。從前成了制度。(大清律以十六歲為成了)亦係以年計算。惟此種方法。甚不正確。各國法例。均不採用。

(二)月計。月計者、即計算月份不計算年度之計算法也。如本年九月出生之人。必俟

明年九月。始算滿足一歲。即其例也。日本明治六年第三十六號布告。曾設定月計法。旋因仍欠精確。遂予廢除。

(三)日計。日計者、即以出生之日爲年齡計算之方法也。如本年六月五日出生。扣足明年六月五日始算一歲。即其例也。我國民法第一百二十四條第一項規定「年齡自出生之日起算。」即採此法。但「出生之日無從確定時。推定其爲七月一日出生。知其出生之月而不知出生之日者。推定其爲該月十五日出生。」此又爲同條第二項所規定。蓋七月一日、適當一年之半。十五日、適當一月之半。以此折衷制度爲根本救濟方法。甚合人類生活之慣行也。

(四)時計。時計者、即以時刻爲計算年齡之方法也。如本年六月五日午時出生。必扣足明年六月五日午時。始算一歲。即其例也。此種方法。過於瑣細。僅爲星相家所採用。各國法例。亦排斥之。

第二、已結婚之未成年人。已結婚之未成年人者。即未達法定年齡之自然人。因其已經結

婚。遂認其爲有行爲能力之謂也。此爲行爲能力之例外。另於民法第十三條第三項規定之。即「未成年人已結婚者。有行爲能力。」蓋係仿法蘭西及瑞士民法婚姻補充成年之制度而來。（參照民法四七六條、一四四條、一四一四條、瑞民法一四條二項、及九六條）因其人已達結婚年齡。即男滿十八歲。女滿十六歲。（參照民法九八〇條）雖尙未成年。不妨使令具有行爲能力之資格。俾臻實際上之便利也。惟關於此種例外。著者不無批難。即（一）失男女平等之原則。（二）促進早婚之習尙。其詳當於親屬編中論及之。

第二款 無行爲能力人

無行爲能力人者。即絕對無法律行爲能力之自然人也。此種人在法律上無以自己之意思表示使法律行爲成立之資格。故無行爲能力人之意思表示無效。（民法第七五條前段）學者間一稱爲無意思能力人。至意思無能力之原因。得大別爲精神不成熟、及精神不健全之二種。前者如未滿七歲之未成年人屬之。後者如禁治產人屬之。茲分述如次。

第一項 未滿七歲之未成年人

未成年人之智識程度。尙未充分發達。其行爲能力。若使與成年人負同一責任。自必受無窮之損害。法律爲保護未成年人之權利計。故不與以行爲能力。此非輕視幼者。乃所以爲幼者設特別之保障方法也。惟關於此點。各國立法例對於責任年齡之區分。其所採制度。有刑事責任與民事責任之不同。大別之約有二分制、三分制、及四分制之別。茲分述如次。

第一、二分制。此種制度。僅分年齡爲成年與未成年二期。達於法定年齡者。則爲完全有行爲能力之人。是爲成年人。未達法定年齡者。則爲限制行爲能力之人。是爲未成年人。未成年期中。法律上不更加區別。其行爲是否絕對無效。須視其實際有無意思能力而定。法蘭西、日本、比利時、盧森堡、挪威、奧大利等國。均採此制。

第二、三分制。此制除分成年與未成年二期外。於未成年中。又分二期。卽絕對無能力與相對無能力是也。絕對無能力之人。稱爲無行爲能力人。相對無行爲能力之人。稱爲限制行爲能力人。而成年者則爲有行爲能力人。合之共分三級。至達何種年齡爲絕對無行爲能

力。何種年齡爲限制無行爲能力。更以達何種年齡爲有行爲能力。則各由法律特別訂定。此制係根據羅馬法之四分制而來。近代芬蘭、英吉利、美利堅、德意志、墨西哥、瑞典諸國採之。

第三、四分制。此制除成年人爲一級外。對於未成年人更分三級。其創始此種制度者爲羅馬。卽以未滿七歲之未成年人。爲最低級。次以男子七歲以上、十四歲未滿。女子七歲以上、十二歲未滿。爲第二級。再次以男子十四歲以上、至二十五歲未滿。女子以十二歲以上、至二十五歲未滿。爲第三級。各異其限制之程度。滿二十五歲者、爲成年人。卽屬第四級。近世俄羅斯、意大利、葡萄牙、巴西、西班牙、丹麥、挪威、奧地利、土耳其諸國採之。

以上三制度中。二分制過於簡略。四分制涉於繁瑣。其係折衷至當最合情理者。厥惟三分制。故我國民法。均採之。其在刑事。則以十三歲未滿、爲絕對無責任時期。十三歲以上至十六歲未滿。爲減輕責任時期。滿十六歲以上。爲完全負責時期。(參照刑法第三十條第一第二兩項)其在民事

。則以未滿七歲之未成年人。爲絕對無行爲能力。稱無行爲能力人。滿七歲以上之未成年人。爲相對無行爲能力。稱限制行爲能力人。其滿二十歲以上者。爲有完全行爲能力。稱有行爲能力人。（參照民法一二條、一三條一項二項）茲之所論。係指絕對無能力之自然人言。即從出生之日起算。凡未滿七歲之未成年人。概認爲毫無行爲能力。絕對不得由自己爲有效之法律行爲也。其詳於民法第七十五條、第七十六條、及第九十六條規定之。

第二項 禁治產人

禁治產人者。即因精神不健全。依法爲禁治產之宣告而喪失其行爲能力者也。詳言之。即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。而爲禁治產之宣告之自然人也。（民法一四一條一項）禁治產制度之設立。其理由有二。即一方在保護本人之利益。他方在維持社會之安全。蓋自然人所以禁止自治其產業者。純因其具有精神上之障礙。此種障礙。有暫時回復者。有不易辨別者。不問其係病中之行爲。抑係回復時之行爲。概使無效。在本人之利益。固受法律上之保護。而不易辨別之精神病入。亦使一般

人知其無行為能力。不致輕與交易。免受不虞之損害。是即此種制度設立之本旨也。惟關於禁治產之立法例。各國頗不一致。就其最著者言之。約有左之三系。

(一)英吉利系。英國法律。係採放任主義。對於個人之法律行為。無所謂禁治產制。縱因個人之精神喪失。依法宣告不得自行管理財產。不能遂謂其為無行為能力人。其法律行為之應否有效。仍須視其精神喪失與其行為之關係決之。

(二)法蘭西系。法蘭西民法。與英國系不同。內分禁治產、與準禁治產兩種。對於心神喪失之自然人。依法為禁治產之宣告。並特置監護人。以不得為法律行為為原則。對於心神耗弱或其他類似耗弱之自然人。依法為準禁治產之宣告。並特置保佐人。以得自為法律行為為原則。惟對於特定重要之法律行為。須得保佐人之同意。日本民法仿之。我國舊民律草案。亦仿此制。現行民法。則僅設禁治產之規定。

(三)德意志系。德意志民法。不問禁治產與準禁治產。均一律為禁治產之宣告。惟內容仍有二種。即凡因精神病而受宣告者。為無行為能力人。因精神耗弱、浪費、酒癖等原因而

宣告者。則爲限制行爲能力人。其實質仍與法蘭西民法相同。我國舊民律修正案。係仿此制。現行民法。名義上雖僅屬禁治產之一種。似與德國系民法相同。然此種禁治產人。概定爲無行爲能力人。(民法一五條)而有限制行爲能力人。實質上究有區別。此適用上所宜注意者。

以上爲關於禁治產制度之概要。至禁治產宣告之要件、禁治產宣告之效力、與禁治產宣告之撤銷。均不可不詳加研究。茲更分述如次。

第一、禁治產宣告之要件。各國立法例不必盡同。茲依我國民法第十四條第一項之規定說明之。

(一)心神喪失、或精神耗弱。致不能處理自己事務者。心神喪失。係指精神喪失常態者言。即缺乏識別能力之謂也。此種人之精神作用。全無辨別自己行爲之能力。如瘋狂癡之類。心神喪失常態。繼續不能處理事務屬之。若僅係一時偶然狀態。如泥醉人等則不包含在內。法律雖無明文。然按之禁治產制之旨趣。固應爾也。精神耗弱。係指精神

虧損者言。卽其精神特別低弱。致不能處理自己事務之謂也。如神經極端衰弱病。雖非全無識別能力。但已衰弱至不能處理自己事務之程度時。不能不有保護之方法也。蓋此種制度。原爲保護精神病人及第三者之利益而設。故凡具有心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之事實者。始得依法爲禁治產之宣告。

(二)須有本人、配偶、或最近親屬二人之聲請。禁治產之宣告。關係被宣告人之利害極大。故非有法定資格人之聲請時。縱具有前項要件。仍不得爲禁治產之宣告。依民法第十四條之規定。關於禁治產宣告之聲請權人有三(一)本人。(二)配偶。(三)最近親屬二人是也。配偶、係夫或妻之一方。代他方罹精神病人爲聲請。最近親屬、係親等最近之人代罹精神病人爲聲請。因二者之關係密切。其聲請甚屬可靠故也。至本人之得爲聲請。係指精神間斷或精神回復時之情形言。本人自知罹病不能處理事務。徑向法院聲請爲禁治產之宣告。以資保護。固亦事實所恆有。法院依其請求而許之。蓋在保護精神病人之利益而杜無謂之紛爭也。至親屬之範圍。詳民法第九百六十七條至第九百七十條中。

茲不贅。又各國立法例。有認國家機關得爲聲請者。如法國民法第四百九十一條。瑞士民法第三百六十九條。日本民法第七條。皆有明白之規定是。蓋禁治產制度。原在維持公益。國家機關。自應有聲請之權。我國民法草案。本認檢察官有聲請資格。惟現行民法無之。究不能不認爲係立法上之疏略也。

(二)須法院爲禁治產之宣告。禁治產因宣告而發生效力。故雖具有前二項之要件。而未經法院宣告時。仍不能受法律上之保護。至禁治產之宣告程序。由民事訴訟法第五百五十九條至第五百七十一條規定之。茲不贅及。

第二、禁治產宣告之效力。禁治產須經法院宣告。始發生法律之效力。前已說明。惟此種效力。究係發生創設效力。抑僅發生認定效力。各國立法例。頗有出入。德意志及日本現行民法。屬諸前者。日耳曼古法。屬諸後者。我國民法係仿日、德立法例。其結果約得左之二原則。

(甲)禁治產因宣告而確定。即無論何人。非經依法爲禁治產之宣告。不能作爲禁治產人。

又凡經依法爲禁治產之宣告後。其未經撤銷該項宣告前。亦不能認爲非禁治產人。

(乙)禁治產既經宣告。乃發生絕對效力。即凡經法院爲禁治產之宣告後。不僅對於聲請人生效。即對於一般人。亦生拘束之效力。

本上二種原則。故被宣告人在法律上之地位。遂因宣告而受拘束。茲分述其概略如次。

(子)無行爲能力。禁治產人無行爲能力。本爲民法第十五條所明定。惟各國立法例中。

有採限制能力主義者。一稱相對無能力主義。又稱撤銷主義。即受禁治產宣告人。僅限

於精神喪失時之意思表示爲無效。若心神回復時之意思表示。雖在禁治產中。苟事實上

可以證明者。仍爲有效。法蘭西及日本民法採之。

(參照法國民法第五〇二條、第一一二五條、第一〇三四條、日本民法第九九八條。)

亦有採行爲無能力主義者。一稱絕對無能力主義。又稱無效主義。即精神病人受禁治產

宣告後。認其毫無行爲能力。絕對不許自爲法律行爲。德奧民法均採之。

(參照德國民法第一〇四條、

第一〇五條、第一三一條、奧國民法第八五六條。)

我國民法。亦仿此制。

(參照民法第七五條、第七六條第九六條。)

蓋禁治產之宣告。原期

避證明有無心神喪失之繁難。若仍採限制能力主義。則於禁治產宣告中。須更爲事實上

之證明。始能判定其效力。殊失此種立法制度之本旨。我國民法採取絕對無能力主義。甚爲適宜。

(丑)應置監護人。 禁治產人既無行爲能力。故凡爲禁治產之宣告者。均應置監護人。
(民法第一
一〇〇條) 監護人之資格。依民法第一千一百一十一條規定之順序定之。即(一)配偶。(二)父母。(三)與禁治產人同居之祖父母。(四)家長。(五)後死之父或母、以遺囑指定之人是也。其不能依此規定定其監護人時。由法院徵求親屬會議之意見選定之。

第三、禁治產宣告之撤銷。 自然人經法院爲禁治產之宣告後。即喪失行爲能力。縱其人之精神已回復原狀。亦不能爲有效之法律行爲。尚須經過法定程序。對原來之宣告。予以撤銷之裁定。始能認爲非禁治產人。故民法第十四條第二項。特設明白之規定。即禁治產之原因銷滅時。應撤銷其宣告是也。所謂禁治產原因之消滅。係指已無心神喪失或精神耗弱諸病狀言。質言之。即其人之精神狀態。業已回復。兼有處理自己事務之能力者也。關於撤銷宣告之程序。詳民事訴訟法第五百七十二條至第五百八十五條中。凡受撤銷宣告禁治

產之裁定時。其人之行爲能力。即行恢復。與未宣告禁止治產以前。完全相同。惟另有其他限制行爲能力之原因者。其行爲能力。仍應受限制。此又係關於撤銷宣告之效力也。

第二款 限制行爲能力人

限制行爲能力人者。即其行爲能力受法律上之限制之自然人也。詳言之。其人非絕無行爲能力。亦非完全有行爲能力。僅於一定限度之內認爲有行爲能力之謂也。其與無行爲能力人之異點。即無行爲能力人。除法律別有規定外。絕對不能由自己爲法律行爲。限制行爲能力人。則自己非絕不能爲法律行爲。惟自己所爲之行爲。除法律別有規定外。必經他人爲意思之補充。始能完全生效。如民法第七十七條規定限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示。應得法定代理人之允許。即其例也。又限制行爲能力人、未得法定代理人之允許所訂立之契約。須經法定代理人之承認。始生效力。是又民法第七十九條所明定。而由他人爲意思補充之適例也。

至限制行爲能力人之種類。我國民法。僅有滿七歲以上之未成年人一種。且以未結婚者爲限。(民法一三條二項三項)蓋已滿七歲之自然人。較之未滿七歲之未成年人。智識雖覺進步。而較之已滿二十歲之成年人。則仍爲薄弱。故法律對於其行爲能力。仍予以相當之限制也。惟法蘭西法系諸民法。(如法蘭西、日本、意大利等)對精神耗弱者、聾者、啞者、盲者、浪費者、五種自然人。尙有宣告準禁治產制度。以限制其行爲能力。我國民法則除精神耗弱爲宣告禁治產之原因外。其他則概無限制明文。不能不認爲立法上之疏略也。

滿七歲以上至滿二十歲之成年期。其間精神發達之程度迥異。十七八歲人之智識。殆與成年人相近。而與八九歲之人距離甚遠。故滿七歲以上之未成年人。均一律待遇。原非定則。且因家庭及職業關係。對於將近成年之自然人。有宜提早賦予行爲能力之必要者。此各國法例所以類有補充成年制之特別規定也。此種規定。大別爲三。即(一)自治產制(二)成年宣告制(三)婚姻成年制是也。分述如次。

第一、自治產制。自治產制。一稱解放未成年制。即凡已婚之人滿十五歲。或無父母之人

滿十八歲。得依法定程序。解放其未成年人之限制。使得管理其財產之制度也。此制肇始於羅馬。法蘭西法系諸國採之。(參照法國民法第四七七條)

第二、成年宣告制。即對於未成年人依照法定條件及法定程序。得由監護法院或行政官署。宣告其為成年人之制度也。德意志民法第三條至第五條。瑞士民法第十五條。即為此種制度之規定。

第三、結婚成年制。未成年人已結婚者。即取得與成年人相等之能力。法蘭西、西班牙、意大利、匈牙利、瑞士、諸國採之。我國亦採此制。如民法第十三條第三項規定。『未成年人已結婚者。有行為能力。』其明證也。

關於結婚成年制之設。學者間雖不無批難。然婚姻法定年齡。業於民法第九百八十條明白規定。即『男未滿十八歲。女未滿十六歲。不得結婚。』是比較上仍有相當之限制。尙不致陷於恣意早婚之流弊也。

第四節 自然人之人格保護

法律對於自然人之權利能力。採平等保護主義。故凡屬自然人。均具有法律上之人格。一律平等。因貫徹此種平等之主旨。必須人格者自行尊重。且互相尊重。其有不自尊重或互相尊重時。則別有防止糾正之方法。以資救濟。此人格保護之規定所由設也。各民法總則中。其設此項規定者極寡。我國則仿瑞士立法例。於總則中明白規定。茲分兩項說明之。

第一、消極保護。消極保護者。即禁止各人自爲墮落人格之行爲也。其有爲此類行爲時。絕對不生法律上之效力。分述如次。

(一)能力不得拋棄。自然人之權利能力。爲構成人格之要件。行爲能力。爲實現人格之要件。雖非權利之實質。但關係人格權甚鉅。不能任各人自行拋棄。否則。人格墮落。殊失人類平等之原則。故我國民法第十六條。明定權利能力及行爲能力。不得拋棄。瑞士民法第二十七條。亦設同樣之規定。以資保護。即不問其拋棄之原因如何。暨爲全部

或一部之拋棄。均不能認爲有效。蓋此二種能力。非僅關係個人之權利。並且影響社會之安寧。自不能與一般私權上之利益同視。故不許個人自行拋棄也。

(二)自由不得拋棄、或濫加限制。自由爲人類重要之權利。各國憲法。多設明文保護。惟其性質屬於私權。若無特別規定。自難禁其適用私權自由處分之原則。故民法第十七條第一項。特規定自由不得拋棄。以資保護。惟個人依自己之意思。就一部分之自由。加以限制。亦爲社會生活中應有之事實。如以契約負特種不作爲之義務。卽其例也。故個人限制自己之自由。雖爲法所不禁。然用不正之方法。限制自由。如有違背公共秩序或善良風俗者。則法律不能不加以制止。此民法第十七條第二項。所以又有自由之限制。以不背於公共秩序或善良風俗爲限之規定也。

第二、積極保護。積極保護者。卽對於人格被侵害之人。與以除去其侵害或請求賠償之權利。俾保全其人格者也。民法對於積極保護之方法。計分人格權受侵害、與姓名權受侵害之二種。分述如次。

(一)人格權受侵害時。人格權者、乃與人格不可分離之權利也。如關於生命、身體、名譽、自由、身分、及能力等權利均屬之。凡此等權利受侵害時。被侵害人得請求法院除去其侵害。以資保障。故民法第十八條第一項。特規定人格權受侵害時。得請求法院除去其侵害。以人格權關係重大。實較財產爲重。不可不有積極之保護也。

人格權受侵害之情形於法律上有特別規定者。受侵害人更得向加害人請求損害賠償、或撫卹金。以免無端之損害。蓋僅得請求屏除。不過一種防衛方法。惟於屏除侵害之訴權外。更得請求損害賠償及其餘慰卹之金額。使加害人知所做悞而不敢輕於嘗試。則人格權之保護。始臻周到。此民法第十八條所以特設第二項之規定也。惟特別規定一層。甚屬重要。即受侵害人能否請求財產上之損害賠償或精神上之苦痛撫慰。須視法律有無特別許其請求之規定決之。蓋人格上各種利益。通常本不應以金錢計算。故受侵害時。亦以不用金錢填補爲原則。若有應用金錢補救之必要時。則法律須特別規定之。我國民法對生命、身體健康受侵害者。許其請求損害賠償。(參照民法第一九二條、第一九三條)對生命、身體、健

康、自由、名譽、受侵害者。許其請求慰撫金。以賠償非財產上損害之金額。（參照民法第一九四條、第一九五條）此外則無明文規定。

（二）姓名權受侵害時。姓名權者、因表異於他人之稱號而為個人之專居權也。姓以示其家。名以示其人。故姓名實為區別人已之要具。近世立法例。姓名非經登記。不得對抗善意之第三人。即改名亦須經主管官署之許可。且以一人一名為通例。惟徵諸我國習慣。一人表異於他人之稱號。不下數種。除成年入世之印名。通常認為真正姓名外。家庭呼喚。則有乳名。族譜記載。則有派名。更有所謂字與別號者。其他著述家、藝術家、為表示其著述或藝術上之特性。往往使用別名。此等稱號。其所以表示個人之效用利益。常與真正姓名相等。然稱謂過多。良非所宜。究不如以一人一名為允當也。

我國民法第十九條對於姓名權之保護。具有兩種方法。其一、他人僭用同一姓名冀奪取其利益時。本人得向法院提起屏除其侵害姓名權之訴。以資保護。其二、他人僭用同一姓名致損害其利益時。本人更得向法院提起請求損害賠償之訴。以彌補其損失。又所謂

姓名者。不限於真正之氏名。凡慣用名號。均包含之。蓋我國習慣。既雜用多名。則凡屬所以表異於他人之名號。自應併予保護也。德國民法第十二條、瑞士民法第二十九條之規定。與我國民法略同。

第五節 自然人之住所

第一款 住所之概念

住所者、人類所定爲久住之地域也。詳言之。卽人類以永續居住之意思而住處於一定地域之謂也。日本民法稱曰人類生活之本據。德國學者稱曰人類生活關係之中心點。一稱曰人類於法律上所憑據之中心點。其義均屬相同。蓋人類之生活。必有相當之處所。於此相當廣汎處所之範圍內。更必有適於其生活關係之集中地域。此生活集中之地域。是爲人類生活之根據地。卽民法第二十條第一項所規定之住所是也。

關於住所之觀念。法國學者與德日學者之主張。頗不相同。法國學者。係指人與處所間所成立之法律關係言。屬諸抽象之處所。德日學者。係指人類生活之集中地言。屬諸具體之處所。我國民法。係採後說。從嚴格言。住所爲生活之根據地。惟自然人始能有之。德國學者所謂住所能力。蓋專指自然人之住所言。至法人雖以其主事務所所在地爲住所。(民法第(二九條))然基於法律之擬制。究非法人亦有此種住所能力也。

我國舊制。人與地最有密切之關係者。厥惟籍貫。籍貫者、個人所屬一家之入籍地也。我國素重家族主義。個人爲家族之一分子。僅隸於一家之下。而以一家爲一戶。須登錄於所在地之籍簿。是爲戶籍。凡人戶均以籍簿爲準。倘有脫漏詐冒變亂情事。則律有定罰。(參照前清律例戶律)

故個人所屬之一家入籍何地。其個人之籍貫。即依一家之籍貫定之。此種籍貫。既爲納賦服役之根據。又爲應試服官之劃界。於公法上具有最大之效果。惟按之實際。在當日交通不便時代。籍貫與生活集中地。已多不符。今日文運大啓。交通頻繁。生活之本據。更隨時變遷。籍貫制度。除於戶籍法施行時。應採爲戶籍所在地外。關於私法上殊乏重要之關係。

故現行民法僅設住所之規定。

第二款 住所之要件

住所之要件有三。(一)須爲所住之處所。(二)須爲一般生活之中心點。(三)須有久住之意思是也。分說如次。

第一、須爲所住之處所。住所乃指所住之處所而言。法國學者雖認人與處所間所成立之法律關係爲住所。然依一般通說及我國立法例。則應以所住之處所爲住所。換言之。卽屬具體之住所。而非抽象之住所也。但所住之處所。係指人類生活之本據。並非指住宅之本身言。住宅僅爲人類居住之第宅。與住所不同。故是否住居於獨立之房屋。與住所之要件無關。

第二、須爲一般生活之中心點。住所須爲所住之處所。業已說明。然僅爲生活之處所。而非爲個人一般生活之中心點者。仍不得謂之爲住所。蓋各人關於一般生活。恆以一定處所

爲中心而集中統一之。俾臻生活之安定。住所者、法律鑒於此種生活安定狀態而承認設定者也。故無此種狀態者。卽無承認設定之必要。如一時旅居之旅館。雖爲居住之處所。但非生活之中心點。卽不得視之爲住所。又病人所居之醫院。雖爲其人特別生活之中心點。然非一般生活之本據。仍不得以住所視之。

第三、須有久居之意思。人類居住之處所。外觀上雖爲一般生活之中心點。若其人主觀上並無久居之意思時。仍不得謂之爲住所。久住之意思云者。卽其人於常住之處有以爲生活中心點之意思之謂也。常住係指常久居住言。但非絕對不能間斷。倘係偶爾出遊。仍不失爲常住。故久居之意思。實爲住所設定之必要條件。若僅有常住之事實。而無常住之意思。卽不能視之爲住所。如兵士之於兵營。囚人之於監所。雖有住居之事實。而無常住之意思。均不能稱之爲住所。其明證也。

設定住所。既係以久居之意思爲要件。勢必具有意思能力者。乃得爲設定住所之行爲。其係無意思能力之人。當然不能設定住所。德意志民法。關於此點。曾設有明文。卽無行爲

能力人、或限制行爲能力人。非得法定代理人之同意。不能設定或廢止住所。(德民法第八條)日本民法雖未明白規定。學者間係取同一解釋。我國民法雖無禁止之明文。但依第二十一條無行爲能力人及限制行爲能力人以其法定代理人之住所爲住所之規定。當然亦與德國立法例同一見解。

第三款 住所之種類

住所有任意住所、與法定住所之別。茲分述其要旨如次。

第一、任意住所。任意住所者。以自己之意思設定之住所也。凡以久住之意思住於一定之地域者。卽爲設定其住所於該地。(民法第二〇條第一項)故住所之設定。各國立法例。頗有不同。就其主要者言之。約有左之三種。

(甲)必要主義、與自由主義。必要主義者。卽人於法律上不得不有住所之主義也。英法瑞士等國。均採此見解。自由主義者。卽設定住所與否。一任個人之自由。法律上不加

干涉之主義也。德日學者多從此見解。我國民法。既有住所之規定。似以必要主義爲原則。

(乙)形式主義、與實質主義。形式主義者。人之住址。認爲存在原籍地。而僅依其所呈報於公署而決定者也。實質主義者。必其人曾定爲生活之本據。始能稱之爲住所者也。我國舊制。係採前者。現行民法。則採後者。

(丙)複數主義、與單數主義。複數主義者。卽一人同時得設定數個住所之主義也。德意志民法採之。(德民法第七條第二項)單數主義者。卽一人同時不得設定兩個住所之主義也。瑞士民法採之。(瑞民法第二十條第二項)我國民法第二十條第二項特設限制之規定。係採單數主義。蓋人類生活之本據。理論上不能有二處故也。

第二、法定住所。法定住所者。不問本人意思及事實之如何。法律特爲設定住所之謂也。

此項法定住所。各國民法多有規定。(參照德民法第九條、瑞民法第二五條、法民法第一〇五條至第一〇九條、意民法第一八條、蘇俄民法第一一條第二項)如軍人以衛戍地爲住所。妻以夫之住所爲住所。嫡子以父之住所爲住所。私生子以母之住所

爲住所。卽其例也。我國民法則僅規定無行爲能力人、及限制行爲能力人。以其法定代理人之住所爲住所。（民法第二一條）蓋以此等人行爲能力既不完全。須受其法定代理人之保護。不如其法定代理人之住所爲住所。乃能確定法律上之效力而臻事實上之便利也。

第四款 住所與居所

住所與居所。習慣上每多混同。茲特比較說明之。居所者、因一定之目的而爲暫時繼續居住之處所也。其有無特定生活之目的。則非所問。如學校寄宿舍之於學生。醫院之於病人等皆爲居所。卽其例也。其與住所之區別。卽在有無久住之意思。故就住所言。其居住之時間。最初原無一定。而就居所言。則恆有因一定目的而爲暫時居住之意思。惟所謂暫時者。並非卽屬最短之時間。如爲經商而僑居異地。初本無久住之決心。然而五年。或而十載。雖爲期較久。若尙無設定該地爲其住所之意思。仍僅得視之爲居所。而不能稱之爲住所也。故居所係暫時性質。一人不妨同時有數個居所。住所係久住性質。一人同時不得有兩個住所。

（民法第二〇條第二項）此居所與住所區別之概要也。

又居所與現在地不同。現在地爲現時停駐之地。而居所則須爲暫時繼續居住之處。如家住長沙。留學上海。歸家省親。至漢口停留一宿。則長沙爲有住所。上海爲有居所。而漢口則爲現在地也。又有特因營業而設居住之處所。謂之營業所。此爲商業或其營業之根據地。與住所或居所同設一地者有之。不相一致者有之。更有所謂第宅者。係自然人居住之宅所。與住所居所各有區別。不能混同視之也。

居所於一定情形之下。可視爲住所。與住所有法律上相等之效力。就我國民法所規定者說明之。約有次之三種。

第一、住所無可考者。住所爲人類生活之本據。在法律上關係甚大。故當住所無從知悉時。則以其居所爲住所。適用關於住所之規定。（民法第二二條第一款）至并無居所之人。則其現在地卽爲居所。更可適用住所之規定。蓋不如此解釋。則游蕩靡定之人。將不得受住所規定之

效用也。

第二、在中國無住所者。此項規定。非其人無住所。乃指在中國境內無住所者言。如僑居中國之外國人或返國之華僑等。凡在中國無住所者。均以其居所視為住所。(民法第二二條第二款)俾得受因住所而發生法律上之效果。惟依國際私法之原則。須從住所地之法令者。則不可以其無住所於中國。即以居所為住所。致起國際上之爭議。此民法第二十二條第二款所以特設但書之規定也。

第三、因特定行為選定居所者。因特定行為選定居所時。關於該特定行為。其選定居所。與住所有同一之效力。如在南京有住所之甲。與在漢口有住所之乙。訂立合夥契約。選定上海為關於合夥行為之居所。則法律上關於合夥行為。即以上海之居所為住所。其明證也。此種選定居所。法意民法稱為特擇住所。(法民法第一二一條、意民法第一九條)日本民法稱為假住所。(日民法第二四條)以其與普通住所有異也。住所祇限於一處。已為民法第二十條第二項所明定。然當為特種法律行為。因當事人住所遼遠。實際上甚感不便。故法律特許當事人關於特定行為。於本住所外。得選定特別住所。使發生法律上住所之效果。以謀當事人之便利。並非關

於一切法律行為。均可適用住所之規定也。綉釋民法第二十三條「因特定行為選定居所者。關於其行為視為住所。」之規定。其旨自明。

第五款 住所之效果

住所之效果。係指住所對於法律上所生之效力言。民法對於自然人之住所所以特別規定者。原在確定一切法律關係。俾謀生活上之便利。故住所於公法及私法上均發生相當之效力。茲述其重要者如次。

- (一)住所為決定普通審判籍之標準。(參照民事訴訟法第二條、第三條、第四條、第二〇條)
- (二)住所為決定債務清償地之標準。(民法第三一四條第二款)
- (三)住所為決定國際私法上應適用何國法律之標準。(法律適用條例第二條第二項、第三條、第一八條但書、及第二三條第四項)
- (四)住所為歸化及回復國籍之必要條件。(國籍法第三條第二項第一款、第四條、第五條、第一六條)
- (五)住所為失蹤制度之根據。(參照死亡宣告之說明)

(六)住所爲接受通知送達之處所。(參照民法第九五條、第九六條、第九七條、民事訴訟法第一三七條、第一三八條)

(七)住所爲決定繼承開始地之標準。(參照民事訴訟法第一六條)

(八)住所爲決定破產事件管轄法院之標準。

第六款 住所之設定及廢止

住所之設定。已於住所之要件中說明。各國立法例關於住所之設定。其情形頗不一致。有以住於一定地域爲已足者。有於住於一定地域外。更須有久住之意思者。法日民法係採第一義。我國民法。則採第二義。即無論何人。以久住之意思。而又住於一定之地域。爲使其承受因住所而生之法律關係。即認爲設定其住所於該地是也。(民法第二十條第一項)

住所既係依自然人之意思而設定。當然亦可依自然人之意思而廢止。即所謂廢止住所是也。廢止住所。亦具有法定要件。即一須有廢止之意思。二須實行離去其住所。倘僅有廢止之意思而無離去其住所之實行。固不得認爲住所之廢止。即已離去其住所而無廢止之意思者。亦

不能認爲住所之廢止。前者如住上海者思徙居北平。後者如住北平者暫遊上海。皆不得謂爲廢止住所也。故必有廢止之意思。且有離去其住所之行爲。始得稱爲廢止住所。質言之。廢止住所者。以廢止之意思離去其住所之謂也。(民法第
二四條)

第六節 自然人之失蹤及死亡宣告

第一款 概說

自然人因生活上之關係。爲種種之活動。固不必全無離去其住所或居所之事實。若偶爾離去。其行蹤仍屬顯明者。當然不發生法律上之問題。倘已離去從來之住所或居所。其行蹤既無從查明。生死亦無可稽考時。則法律爲保護個人權利及社會公益計。不能不設特別救濟之方法。卽所謂失蹤與死亡宣告制度是也。

失蹤制度。由來甚古。羅馬法對於自然人失蹤時。卽稱爲失蹤人。規定應設置管財人。使代

管理其財產。其期間以失蹤人之生死在裁判上確定時爲止。德意志古法。則無管財人之制。過自然人失蹤時。直接由其繼承人承繼之。若失蹤人歸來。仍將財產返還。此兩種制度。各有所偏。均難認爲完善。依羅馬法則失蹤人自失蹤後。非經裁判上證明其確實死亡。其財產將永由管財人代爲管理。繼承人無直接繼承之權。於理究有未合。依德國古法。失蹤人自失蹤後。其財產遂逕由繼承人繼承。俟失蹤人歸來時。仍行返還。在事實上亦諸多不便。故兩者均無足採。近代立法例。則折衷羅馬法與德意志古法。將失蹤分爲數期。由法律分別保護。但其制亦有二派。卽法蘭西法派與德意志法派是也。(一)法蘭西法派。分失蹤爲三期。第一期、推定其人尙未死亡。僅爲之設管理財產之方法。第二期、則宣告其失蹤。而使繼承人暫爲財產之占有。第三期、則由繼承人確實占有其財產。且有完全處分財產之權。惟對失蹤人別無宣告其爲死亡之程序。(參照民法第一一五條、第一二二條、第一二五條、第一二九條、第一三二條)(二)德意志法派。則分爲兩期。第一期、對失蹤人設法爲之管理財產。第二期、則於失蹤後經過一定期限。依法爲死亡之宣告。俾與死亡者生法律上同一之效力。(參照德民法第一三條、第一九二條)瑞士及日本民法。均採此制。

（參照瑞民法第三五條、日民法第二五條至第三二條）我國民法亦然。其程序約分失蹤後之財產管理及死亡宣告之二種。

（參照民法第八條至第一一條）

第二款 失蹤

失蹤云者、卽其人離去從來之住所或居所而生死不明之謂也。自然人失蹤之要素有二。其一、須有離去其住所或居所之事實。至有無復返之意思。則非所問。其二、須其人生死不明。卽離去其住所或居所後。音信杳然。存亡莫卜是也。具此二種要素者。始稱之爲失蹤人。若離去其住所或居所尙能確知其生存者。我國民法尙不能以失蹤人視之。關於此點。與日本民法第二十五條及德意志民法第一千九百十一條所規定不在者之範圍不同。

失蹤人失蹤後未受死亡宣告前。其所遺留之財產。不可不有管理之方法。否則。其財產必至散失損敗。非第有害失蹤人及利害關係人之利益。國家之經濟。亦將受無形之影響。故各國立法例。對於失蹤人財產之管理方法。均有明文規定。德民法於親屬編規定之。（德民法第一九一一條）

（日民法第
二五條）其於管財人之選任改任及取消。管財人之性質及權限。與管財人之權利及義務等。均有詳明之規定。我國民法第十條。僅規定「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。」即失蹤人所遺留之財產。如已自行置有管理人者。則國家宜有以監督之。如未置有管理人者。國家更應置管財人以管理之。此均屬於管理之範圍。其詳應依非訟事件法定之。蓋係採概括主義而非採列舉主義也。

第三款 死亡宣告

死亡宣告者。即失蹤人經過法定期間後。依利害關係人之聲請。由法院予以宣告。推定其為死亡之謂也。此種用語。係根據德國民法。日本民法則稱為失蹤宣告。其內容仍與死亡宣告相同。因日本民法稱失蹤人為不在者。故認死亡宣告為失蹤宣告也。至法國民法所規定之失蹤宣告。實際上并無推定死亡之效力。與我國民法死亡宣告之內容不同。瑞士民法雖亦有失蹤宣告之規定。但是否有推定死亡之效力。學者間之解釋。尚不一致。我國民法所以仿日德

立法例設死亡宣告之制度者。蓋以自然人之生死。於其財產及親屬間之法律關係。影響甚大。雖對失蹤人之財產。定有管理方法。（民法第一〇〇條）然僅屬暫時管理。究非確定辦法。苟任其長此遷延。非第有害利害關係人之利益。即於國家經濟。亦大有妨礙。故對於生死不明之人。經過一定期間。應爲死亡之宣告。俾財產上及親屬上之法律關係。早日確定。此死亡宣告制度設立之本旨也。茲分述其內容如次。

第一、死亡宣告之要件。死亡宣告之要件。係指法院對失蹤人爲死亡宣告時所應具之要件言。依民法之規定。約有左之二種。

（一）失蹤後須滿一定期間。死亡宣告之制度。原以其人失蹤過久。不能不確定法律關係而設。故非失蹤後經過一定期間。不得爲之。此種期間。依民法第八條之規定。又有普通與特別之殊。分述如次。

甲、普通期間。凡失蹤人失蹤滿十年後。生死仍不明者。法院得爲死亡之宣告。

（民法第八條一項）此十年之期間。是爲普通失蹤期間。凡屬通常失蹤毫無別種情形者。均適

用之。至期間之計算方法。自應依民法第一百二十一條及第一百二十三條之規定。其起算點當從失蹤之日開始。此失蹤日、依一般學者之主張。應解為最後有音信之日。蓋此後既無音信。當然應以該日為失蹤之開始也。又普通失蹤期間。各國立法例。頗有不同。德意志定為十年。日本定為七年。瑞士則為五年。大抵依交通便否為準。我國地域廣闊。做效德意志立法例。尚屬適宜。

乙、特別期間。凡因特別情形失蹤。其死亡比較上易於推測者。則法律為謀私權早日確定起見。特將失蹤期間縮短。以昭便利。是為特別失蹤期間。即不適用普通失蹤期間之規定。其期間短於十年也。依我國民法之規定。更有左之二種。

(子)關於老年失蹤人之失蹤期間。老年人之失蹤。較普通人易為推測。故民法第八條第二項特設規定。即「失蹤人為七十歲以上者。於失蹤滿五年後。為死亡之宣告。」蓋以年登古稀。離去向來之住所或居所。又滿五年。已足為死亡之推定。不必延至十年。始為死亡之宣告也。

(丑)關於特別災難之失蹤期間。凡遇特別災難。如水災、火災、戰爭之類。因而失蹤者。其死亡之推定。更較老年人為易。故其期間更特別縮短。即民法第八條第三項規定「失蹤人為遭遇特別災難者。得於失蹤滿三年後。為死亡之宣告。」是也。蓋當水火兵燹之際。其人離去從來之住所或居所後已滿三年。當可為死亡之推定。不必延至十年。且不必延至五年也。

以上兩種特別期間。其計算法及起算點。均與普通失蹤期間同。惟二人以上同時遇難。不能證明其死亡之先後時。推定其為同時死亡。此又對於共同遇難而設特別之規定。(民法第一一一條)蓋既同遇天災不可抗力。因而失蹤。其死亡之距離。必不相遠。儘可為同時死亡之推定。以免事實上發生無謂之爭議也。

(二)須因利害關係人之聲請。法院對於失蹤人為死亡之宣告。須基於利害關係人之聲請。其無利害關係人為死亡宣告之聲請時。不得逕行宣告。蓋死亡宣告。於個人權利攸關。不能橫加干涉也。此所謂利害關係人。係指對於失蹤人之身分財產有利害關係之人言。

。如失蹤人之配偶、繼承人、法定代理人、財產管理人、受遺贈人、及因其死亡得領取保險金之人皆屬之。又失蹤人之債權人及繼承人之債權人。以因繼承而增加其債務人之財產時爲限。失蹤人之債務人以因失蹤人死亡而免除債務時爲限。亦均爲利害關係人。即國庫於失蹤人全無繼承人并遺產繼承權利人之時爲限。亦可謂爲利害關係人。法院必須得此等利害關係人之聲請。始能爲死亡之宣告也。

以上爲死亡宣告之要件。至死亡宣告之程序。即應由何種法院管轄。利害關係人應依何方式聲請。及法院根據聲請。應爲如何之調查並實行宣告。應於民事訴訟法研究之。

第二、死亡宣告之效力。死亡宣告之效力。係指法院對於失蹤人爲死亡之宣告後。所生一切法律關係之效力言。關於此點。日本民法與德國民法所取之主義。頗不相同。日本民法規定視爲死亡。(日民法第三一條)即凡宣告死亡後。不得更舉反證以證明其人尙未死亡。德國民法。則定爲推定死亡。(德民法第一八條一項)即凡宣告死亡後。其主張死亡者。固無須再行證明。其欲爲反對之主張者。仍得提出反證以推翻之。兩者相較。應以德國民法爲優。我國國民

法仿之。(民法第九條第一項及第二項)故對於死亡之時期。定為以判決內所確定死亡之時。其確定判決此死亡時之標準。則定為應為失蹤期間終止之時。(即第八條各項所定最後日終止之時)且仍許反證。蓋皆根據德意志民法之精神也。此外關於死亡時期之規定。更有相異之二主義。(一)以最後音信之日為死亡時期。此為法蘭西民法所取。瑞士民法從之。(瑞士民法第三三八條二項)(二)以宣告之日為死亡時期。此為奧大利舊民法所取。德國多數聯邦法從之。因足為參考之資料。故附及之。宣告死亡之效力。係創設性而非認定性。質言之。即該宣告死亡之裁判。並非認定死亡之效力。乃生創設死亡之效力也。此種效力。非相對發生。乃絕對發生。質言之。凡失蹤人一經死亡宣告。不僅對於有利害關係之聲請人。發生推定死亡之效力。即對於社會一般人。亦應發生推定死亡之效力也。至該效力所及之範圍如何。從來立法例及學說。頗不一致。就其主要者言之。則有左之三種。

- (一)宣告死亡之效力。僅及於財產關係。此為德國普通法時代多數學者所主張。
- (二)宣告死亡。與自然死亡無異。凡本人所有之一切法律關係。如財產關係、親屬關係。

均因之消滅。此爲日本多數學者所主張。

(三)宣告死亡後。財產關係。固全然變動。親屬關係。則特設明文限制之。此爲德意志

瑞士民法所取。(參照德民法第一三四八條
瑞士民法第一〇二條)

以上三說。各具理由。我國民法關於此點。雖別無明文。然以人之權利能力終於死亡之法律觀之。(民法第六條)死亡宣告。既爲死亡之推定。則其效力。自包含一切法律關係言。故著者採取第二說。

第三、死亡宣告之撤銷。宣告死亡。本屬法律之擬設。故於死亡宣告後。被宣告人實際尙屬生存者。亦爲事實所常有。如被害人業已生還。或就某一事件舉出被宣告人尙屬生存之反證。則死亡之推定。卽爲完全推翻。更不待撤銷其宣告也。故我國民法與德國民法。均無撤銷死亡宣告之規定。日本民法則定有明文。蓋日本民法。係視爲死亡。(日民法第三一條)乃確實認定之義。不得僅以反證推翻。必對於死亡宣告。更行宣告撤銷。始能消除死亡之效果也。

我國民法。係採推定之義。固無庸爲撤銷死亡宣告之規定。但被宣告之人。實際尙屬生存。或實際死亡之日。與宣告死亡之日不符時。其於本人及利害關係人之法律關係。影響甚大。自應許其聲請撤銷。以資保護。惟撤銷死亡宣告之程序。屬於民事訴訟法之範圍。茲不具及。

至撤銷死亡宣告後。其人之權利能力及公法上之一切關係。均應回復原狀。此又無待特別規定而爲當然之效果也。

第三章 法人

人爲權利之主體。計有自然人與法人之別。關於自然人之概要。業於前章說明。本章特就法人之概要。分述如次。

第一節 概說

第一款 法人制度之沿革

法人制度。係由人類社會逐漸發達而來。以法人係人類社會之組織體。由法律賦予權利能力。始與自然人同爲權利之主體也。社會組織體之最早發生者。爲血族團體。卽由家族關係而結合。其次爲部落團體。其次爲都市團體。又其次爲宗教團體。迨文化日進。人類之公共心愈形發達。深知欲建立偉大事業。決非一手一足所能奏效。必賴羣策羣力。共謀合作。乃克有濟。於是以各種公益私益爲目的之共同組織體。日益推廣。法律對於此種組織體。因事實上之需要。逐漸賦予權利能力。遂關今日法人制度之大觀焉。

法人制度。濫觴於羅馬。最初僅認羅馬帝國及國內各行政區劃爲有人格之組織體。迨帝政以後。私法上之團體。雖亦有賦予權利能力者。然僅以元首所允許者爲限。且皆依公法之性質推定之。德意志古法。法人之觀念。亦先從國家及市鎮之財產能力發生。拿破崙法典。距今僅百餘年。雖間接承認法人有權利能力。(參照民法第六一
九條、第九一〇條)但尙無直接關於法人之規定。意

大利奧大利各國民法。關於法人之規定。仍極簡單。至普魯士國法及撒克遜民法。對於法人始有相當規定。德國新民法。更加詳密。而法人制度。乃建立規模。日本民法。大體仿效德國。規定雖稱詳密。但究不如最近瑞士民法尤為精密周詳也。我國社會組織體發達之沿革。與各國大致相同。私法上之組織體。如宗教慈善各團體。甚形發達。即其明證。惟法律上法人之觀念。則係淵源外國法。至民法公布。乃有成文之規定。就中以採仿瑞士立法例為最多。

又法人制度之發達。原係應社會事業之需要。蓋社會日益進步。各種文化事業。規模宏遠。自然人之生命有限。個人能力。又甚薄弱。欲經營偉大事業。恆非個人能力所能勝任。必須集合多數人共同經營之。雖合夥方法。亦不外共同經營之一種。惟合夥僅於各個人間生一種契約關係。不能成立一個獨立之人格。終不免為各個人之生命及財產所制牽。殊難達到偉大悠久事業之目的。又個人資力雄厚者。雖可以大宗財產。經營偉大事業。然本人生命有限。一旦死亡。繼承人可自由處分。亦難達到悠久事業之宏願。故法律對於有一定目的及個人集

合。及有一定目的之財產。賦予權利能力。俾得離開自然人別具獨立人格。可大可久。以促社會文化之進步。此法人制度設立之本旨也。

第二款 法人之本質

法人與自然人。均因法律付與權利能力而爲權利之主體。故就法律上之人格而論。兩者之性質。完全相同。惟就法律據以付與權利能力之基礎而論。則兩者實有顯著之差異。蓋自然人之基礎。爲天然之存在。屬諸有形之人類。故一稱有形人。法人之基礎。爲意思之想像。無自然人之形態。故一稱無形人。或意識人。法律所以對於此無形人或意識人而付與以人格。則在滿足吾人之需要。其理由已於前款說明。茲不贅及。惟關於法人之本質。卽法人在法律上之構造如何。古今學說。頗不一致。就其最著者言之。約有法人擬制說、法人否認說、及法人實在說之三種。茲分述如次。

第一、法人擬制說。此說發源於羅馬法。蓋關於法人最初之見解也。羅馬法以權利之主體

僅限於自然人。如非自然人而認爲權利之主體。則純係法律上之假設。並非有實際之存在。故法人僅爲法律所擬制。此說爲意大利後期註釋派所倡導。至德儒薩比尼氏 (Savigny) 著『近世羅馬法論』一書。闡發更詳。浦夫達氏 (Puchta) 溫差特氏 (Windscheid) 福爾納氏 (Ferra) 等從之。一時風靡。遂爲十九世紀前半最有勢力之學說。雖其主張之內容。微有出入。其要旨則皆謂權利主體。本以自然人爲限。特因社會生活之關係。有於自然人以外另設權利主體之必要。故法律遂假設一種自然人以外之人格。付與權利能力。使爲權利義務之主體。是爲法人。故法人之人格。實基於法律之擬制。是卽此派主張之概要也。

第二、法人否認說。此說係認擬制說之主張爲不當。大旨以法人本無形體。不能爲實際之存在。而別立他說以說明之。其主張可大別爲左之三種。

(甲)無主財產說。此說謂法人財產。係屬無主。蓋財產有屬人財產與目的財產之二種。其爲特定自然人所存在者。是曰屬人財產。其因特定目的而存在者。是曰目的財產。法人卽此無主之目的財產。申言之。卽欲達一定之目的而爲缺乏權利主體之財產也。故此

說一稱目的財產說。爲浦甯志氏 (Pütz) 所唱導。

(乙) 受益人主體說。此說爲耶林氏 (Thring) 所唱導。略謂權利爲法律上所保護之利益。故利益所歸屬之人。卽享受利益之人。方爲權利主體。然利益所歸屬。僅限於自然人。法人非眞爲權利主體。不過爲形式上機械的權利人而已。就社團法人言。其爲權利主體者。乃受利益之社員。就財團法人言。則享受利益之貧民、孤兒、病人等均足認爲眞正之權利主體也。

(丙) 管理人主體說。此說爲黑爾德氏 (Holder) 賓德氏 (Binder) 等所唱。略謂法人非實際存在。乃由自然人相互間之法律關係而設。就利己之社團法人言。其處分權之社員。實爲權利主體。就利他之社團法人、財團法人。及公法人言。其有處分權之管理人。實爲權利主體。故管理人乃依其職務上之權利。享有法人之財產。而爲法人之主體也。第三、法人實在說。此說係反對法人擬制說及法人否認說而生。卽主張法人爲實體存在之學說也。其中又細別爲二派。分述如次。

(甲)團體人說。此說爲基爾開氏(Gierke)所首唱。一稱有機體說。又曰團體人格說。其要旨謂法人之本質係團體人。團體人者、個人所構成之團體。而在各該個人以外。有獨立之意思、與獨立之生命者也。此種團體之意思與生命。既獨立存在。故其生活生長。爲一個有機體之存在。與自然人之存在。完全相同。故稱之曰團體人。申言之。自然人係自然統一體。而團體人則爲社會統一體也。社會統一體。並非其構成分子之總計。乃超越構成分子之上。具有獨立之意思與生命也。試就歷史上各種社會所產生之文化觀之。如權力組織、法律、道德、言語、經濟等。皆非一個人所能產生之物。亦非由各個人所產同種之物集合而成。此就客觀上足證明個人以外。實有社會統一體之存在也。更就吾人內部推之。一方感覺自我之統一。他方則感覺自我爲某社會之一部。卽所謂大我小我之別。此就主觀上足以證明實有社會統一體之存在也。法律對此實在之社會統一體。付與權利能力。是爲法人。故法人爲實在之團體人。

(乙)組織體說。此說爲法國學者黑丑氏(Mechoud)薩勒由氏(Sallies)及意國學者費

拉氏 (Ferrero) 等所唱導。德國學者多附和之。其要旨略謂法人在法律上雖爲具有獨立意思之組織體。但其意思。非如自然人所有之自然意思。乃爲法律所認定之意思。申言之。法人機關所決定之意思。卽爲法人獨立之意思。其所以成爲獨立之意思。乃本於法律之規定。而非出於法人之知覺者也。

以上諸說。各有短長。茲更分別評論之。其一、擬制說之觀念。惟自然人始真爲權利之主體。蓋以權利主體須有意思。法人無意思。故不能爲權利之主體也。此種見解。未免誤謬。其實有意思者。不必爲權利主體。如古昔之奴隸。法律上不認爲具有權利能力。其明證也。又無意思者、非不能爲權利主體。如嬰兒、精神病人。均具有權利能力。其明證也。故意思之有無。實不足爲權利主體之標準。況自然人之爲權利主體。並非天然生成。乃基於法律之付與。與法人之基於法律之付與而爲權利主體者。完全相同。若謂法人之權利能力。係出於法律之擬造。則自然人之權利能力。亦當認爲法律所擬造。是此說之主張。殊乏採取之價值。其二、否認說之共通立腳點。在偏重自然人。以爲法律專爲自然人生活而設。故惟自然人得

享受權利而為權利之主體。非自然人即不能為權利之主體。此說殊與法律現象相背馳。蓋法律不僅為自然人之個人生活而設。實為自然人之共同生活而設。故於自然人外。當然有共同團體之組織。此種組織。既離自然人而為獨立之一體。自不能不認為具有人格而為權利之主體。以應社會生活之需要。況今日文化進步之社會。更不能以學說否認法人之存在。此說各派之主張。究不免有誤解權利觀念之嫌。如目的財產說。不察權利之本質。竟認有無主權之權利。如受益人主體說。直以利益為權利。而不知權利係法律上得主張其利益之手段。如管理人主體說。將權利與權利之處分權混為一談。至謂管理人之處分權為權利。而忘却被處分之權利乃屬於法人。故均無足取。其三、法人實在說。於自然人之個人生活外。劃出社會的共同生活。證明法人之實際存在。此種主張。比較上極有價值。惟有機體說謂團體人有團體意思。為獨立的生活。與自然人之有自然意思而為獨立生活者完全相同。關於此點。多數社會心理學者頗不贊同。就法理推之。其說亦不無訾議。蓋此說力主團體意思之實在。以為團體得為權利主體之根據。不免仍信意思為權利。而惟有意思者始得為權利之主體。其背馳法

理。幾與擬制說相類似。且以獨立生活之團體人爲法人之本質。尤欠貫通。法律所認爲法人者。其本質係多屬獨立生活之團體。但法律所認定之法人。必須具備一定之條件。非獨立生活之團體。悉皆認之爲法人也。又法律所認定之法人。亦不必盡爲獨立生活之團體。如財團法人乃財產之集團。專供一定目的之用。與社會統一團體。性質迥殊。是團體人不必盡爲法人。而法人亦不盡爲團體人。不能不認爲有機體說之缺陷也。組織體說。不認法人之本質爲獨立生活之團體。(即有機體)而認法人爲人類之社會組織體。此種主張。最爲精確。蓋組織體既於觀念上可爲現實的存在。而又非具體的實在之團體人。推之一切法人。均相吻合。非如以上各說之囿於一偏也。

第二款 法人之種類

法人之種類。大別爲公法人與私法人之二種。私法人中再分爲社團法人與財團法人。社團法人中。更有公益法人與營利法人之別。茲分述如次。

第一、公法人與私法人。公法人與私法人之區別。本為一般所是認。惟其區別之標準。則學者之主張。互有異同。就其最著者言之。約有六說。(一)有以法人所為事業之公私為區別之標準者。然同一性質之事業。由國家為之則為公。由私人為之則為私。如學校、鐵路、航空、鑛業等皆是。故此說殊不足採。(二)有以團體員之加入是否基於強制為區別之標準者。然財團法人及公共建築物。均無團體員之可言。將至不能為公私之區分。且團體員之加入。應受強制。雖為公法人之通例。究非公法人之要件。是此說亦無足採。(三)有謂應依設立人之公私以為區別之標準者。即以國家設立者。為公法人。私人設立者。為私法人。此種主張。就私法人方面觀察。雖無不合。然從公法人方面觀察。殊有未當。如國家設立之銀行、及其他營利之公司等。仍應適用私法人之規定。其明證也。故此說仍難認為允當。(四)有謂應依是否對國家負有遵行其目的之義務以為區別之標準者。即以對國家負有完成其事業之目的者。為公法人。否則。為私法人。此種主張。亦有未當。蓋同一性質之事業。究不能因其對國家是否負有義務。以為公私之區別。如同為鐵路公司。其對國家

負完成義務者。謂爲公法人。反是、則爲私法人。非第顯背區別公私之實益。抑亦不合社會之趨勢矣。(五)有謂應依其目的是否爲謀私人利益以爲公私區別之標準者。此種主張。就私人經營之事業。雖可謂爲在謀私人之利益。若就國家經營之鐵路、鑛業等事業言之。則顯係非爲私人謀利益。而究不失爲私法人。故此說仍難認爲適當。(六)有謂應依是否爲權力組織以爲區別之標準者。卽以屬於權力組織者。爲公法人。屬於權利組織者。爲私法人。此種主張。雖較前五說爲當。然關於權力權利之界限。未據詳悉說明。亦難認爲盡善。

以上諸說。均難贊同。茲特依法人基於法律成立之要件爲標準而區別之。則公法人者、係具備公法所規定之要件而成立之法人也。私法人者、係具備私法所規定之要件而成立之法人也。公法人之特徵。在能行使統治權或分擔統治權作用之一部。公法人中又有國家、地方團體、或其他公共團體之別。國家須具備如何要件。始能成立。在現代國家。已具有共通之觀念。固無待法律另爲規定。至地方團體及其他公共團體之爲公法人。則有待於公法

之規定。必由國家以自治法或其他公法付與一定權利。使分擔一部統治權之作用。乃能認爲公法人。故凡具備公法所規定之要件而成立者。是爲公法人。其在此等法人以外之法人。則爲私法人。學者間稱公法人爲國家的法人。稱私法人爲社會的法人。私法人必須具備私法所規定之要件。始能成立。故民法第二十五條。特設「法人非依本法或其他法律之規定。不得成立。」之限制。

公法人之內容。詳見行政法。私法人之內容。則於民法規定之。惟此等公私法人。均能於私法上爲權利之主體。公法人在私法上爲權利主體時。除有特別規定外。仍應適用私法之規定。關於此點。在瑞士及德國民法。均有明文。（參照瑞民法第五九條、德民法第八九條）我國民法雖無規定。當應從此種見解。又私法人亦得以明文許其爲公權之主體。且通常類多負擔一定公法上之義務。如納稅、當兵。其明證也。

第二、社團法人與財團法人。民法爲私法。其所規定者爲私法人。私法人中。大別爲社團法人與財團法人二種。社團法人者。以自然人之社團爲成立要件之法人也。簡稱曰社團。

財團法人者。以捐助行爲爲成立要件之法人也。簡稱曰財團。一般學者。均主張社團法人爲人之集合。財團法人爲財產之集合。然在社團法人。僅稱曰人。未免與民法所規定人之意義相混。又人之集合。不過表示爲社團法人組織之基礎。而非確認爲社團法人成立之要件。若在財團法人。則其成立之基礎。並非普通之財產。而以捐助行爲爲必要。故著者不取一般之通說。而特以成立之要件爲兩者區別之標準。卽社團法人須具有二個以上之自然人組織之團體時。法律始能付與權利能力而爲權利之主體。財團法人須於捐助行爲成立並生效時。法律始能付與權利能力而爲權利之主體。社團法人、因以社團爲成立之要件。故法人成立後。其設立之自然人。仍爲組成之分子。稱曰社員。更由該社員組織社員總會。爲法人之意思機關。對於設立時所訂定之章程。仍得隨時變更。故社團法人有伸縮性。反之。財團法人、因以捐助行爲爲成立之要件。其組織之內容與目的暨財產等。卽完全由該捐助行爲而確定。此捐助行爲。卽爲財團法人成立之基本要件。其成立後。別無所謂社員。亦別無所謂社員總會。蓋捐助入既依一定目的。訂立捐助章程。將財產捐出。組成具有

人格之財團法人。則此後惟依捐助章程辦理。不能擅行變更。故財團法人有固定性。助捐人亦無自由伸縮之餘地。此兩者區別之要點也。

第三、營利法人與公益法人。社團法人中。更有營利法人與公益法人之別。（民法第四五條及第四六條）營利法人者。以營利爲目的、並分配其利益於各社員之法人也。分配利益。爲營利法人終局之目的。故爲達其目的計。偶以公益事業爲手段。仍不失爲營利法人。又所分配之利益。不限於積極的利益。卽消極防止經濟上之不利利益。亦不失爲營利法人。如消費合作社、相互保險公司等均屬之。公益法人者。以公益爲目的之法人也。公益之義。就文字觀察。係指團體自身以外之公共利益而言。如政治、宗教、學術、技藝等社團均屬之。惟依此解釋。則凡目的不在謀公共利益、又不在營利之團體。皆無由成爲法人。如社交團體、運動團體等。將不能認其爲權利之主體。殊與社會上之實際生活不便。故著者主張應從廣義解釋。凡法人之終局目的不在營利者。概稱爲公益法人。依此見解。則其終局目的在謀公共利益者。固爲公益法人。卽消極不以分配經濟上之利益爲終局目的者。亦屬公益法人。推

而至於非以營利爲終局目的。而僅以營利爲達其目的之手段者。亦不失爲公益法人也。我國民法之分類。係仿日本民法。(日民法第三四條第三五條)故就字義言。如此解釋。似覺牽強。然從立法上之精神觀之。則公益與營利字樣。究不如仿德意志及瑞士民法(德民法第二一條第二二條、瑞民法第六〇條)明定爲以經濟爲目的之法人。與非經濟爲目的之法人二種。比較上更爲妥善也。

營利法人與公益法人之分類。僅就社團法人言。若財團法人。既無社員。又不能以分配利益於社員爲終局目的。故僅有公益法人而無營利法人。是又財團法人之特質也。

營利法人。其取得法人資格。應依特別法之規定。此爲民法第四十五條所明定。如各種公司之組織。應依公司法之規定。其明證也。故民法關於法人各規定。以適用於公益法人爲原則。對於營利法人。須以特別法爲準據。必特別法無規定時。始能依民法行之。此即特別法優於普通法之原則。而爲適用上所最宜注意者也。

第四款 法人之能力

法人之能力。大別爲三。即（一）權利能力。（二）行爲能力。（三）責任能力、是也。分述如次。

第一項 法人之權利能力

法人之權利能力。即法人在法律上得爲權利主體之能力也。茲分三點說明之。

第一、權利能力之範圍。法人既享有人格。當然具有權利能力。惟其範圍如何。各國立法例及學說。約有兩種主義。其一、爲取法人擬制說者之主張。謂法人乃對一定目的創設之人格。故僅限於其目的之範圍內。始有權利能力。此爲日本民法所明定。（日民法第（四三條））彼邦學者。亦多爲同一解釋。其二、爲取法人實在說者之主張。謂法人爲實在之團體人。其權利能力之範圍。原則上與自然人無異。惟例外專屬於自然人之權利。性質上非法人所能享有者。始不得享有之。此爲瑞士民法所明定。（參照瑞士民法第二（二條及第五三條））德國學者亦多主是說。我國民法第二十六條。明定「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。」大體係仿瑞士民法。認法人並非僅限於其目的之範圍內。始

具有權利能力。其權利能力之範圍。原則上與自然人相等。但例外有二種限制。即因於法令之限制、與因於性質之限制是也。分述如次。

(一)因於法令之限制。法人與自然人之人格。同為法律所付與。其權利能力。當然得依法令限制之。彼外國自然人。法律猶定明須於法令限制內始有權利能力。(民法總則施行法第二條)

則法人定明須於法令限制內。始有權利能力。乃屬必然之理論。惟民法第二十六條所謂「於法令限制內。」蓋指得以法令限制之之義。倘法令別無限制之明文。則法人之權利能力。固仍與自然人無異也。(參照日民法第四三條)

(二)因於性質之限制。法人非自然人。故凡專屬於自然人之權利義務。法人不得享有之。此為民法第二十六條但書所明定。關於此點，瑞士民法。曾設明文規定之。(瑞民法第五三條)他國民法雖乏明文。但學者間之解釋。均趨一致。茲更分述性質上之限制如次。

(甲)關於財產者。財產權及關於財產上之義務。法人均得享受或負擔之。但其中依性質應專屬於自然人者。則不在此限。

(乙)關於人格者。凡以人格關係爲內容之權利義務。並非法人完全不得享受或負擔之。但屬於以身體存在爲前提之權利。如身體權、生命權、身體行動之自由權、及姓名權等。則惟自然人有之。而非法人所能有。反之。如稱號權、名譽權、及精神上之自由權等。則非僅自然人所獨有。法人亦得享有之。

(丙)關於身分者。凡關於身分上之權利義務。其專以自然人之身分爲前提者。法人不得享受或負擔之。如戶主權、親權、夫權、家長權、遺產繼承權等。則惟自然人有之。而非法人所能享有。其明證也。反之。如社員權、包括受遺權等。凡不以專屬自然人之身分關係爲內容之權利義務。則非僅自然人所獨有。法人亦得享有之。

第二、公法上之權利能力。法人既具有法律上之人格而爲權利之主體。故其權利之享有。不僅私法上爲然。即公法上之權利。亦得享有之。惟法人應享有何種公權。須視成文法之規定決之。日本立法例。於市、町、村制各自治法規中。明認法人有特種選舉權。我國現尙無此種規定。但依民事訴訟法第四十一條第一項。規定有權利能力者。有當事人能力。

法人既有權利能力。當然有爲訴訟當事人之權。此卽法人具有公權能力之明證也。

第三、權利能力之始終。自然人之權利能力。始於出生。終於死亡。已爲民法第六條所明定。至法人權利能力之始終。雖無明文規定。但其權利能力既出於法律之付予。則在法律未承認法人人格以前。當然無權利能力。其權利能力之開始。須在法人正式成立之時。蓋法律既認法人成立。卽不外爲權利能力之付與。其與自然人之出生。完全相同。故法人權利能力之始期。應以成立時爲限。實爲當然之解釋。惟法人何時始爲成立。一般立法例每就法人之種類而異其規定。我國民法及公司法。概以登記時認爲成立。其詳容後說明。至法人權利能力之終期。應以消滅時爲限。蓋法人既經消滅。卽與自然人之死亡無異。法律上不能不認爲喪失權利能力也。至法人如何始歸消滅。亦容後敘之。

第二項 法人之行爲能力

法人具有權利能力。業已說明。惟法人不能自行活動。其行使權利。必待諸自然人。關於自然人代法人活動之行爲。其性質若何。學者間之主張各異。故法人究竟有無行爲能力。卽係

依此見解而決定。茲就其主要者言之。約有左之二派。

第一、代理人說。此爲持法人擬制說者所主張。謂法人乃法律所虛設。並非實在。既無意思能力。自無行爲能力。董事及其他代理人之行爲。不過爲法人之代理。此種代理行爲。仍爲自然人之行爲。而非法人之行爲。特依代理之規定。其效力及於法人。故其結論。認法人無行爲能力。

第二、機關說。此爲持法人有機體說者所主張。謂法人與自然人同。乃意思之有機體。當然有行爲能力。今日通說雖不認法人爲有機體。但認法人爲實在之社會組織體。其內部實具有各種機關。爲法人意思之發動。董事卽法人之機關。恰如自然人之手足然。該董事等之行爲。實爲法人機關之活動。應認爲法人本身之行爲。而非屬自然人之行爲。故其結論。以法人具有行爲能力。

以上兩說。德意志及日本民法。未明白規定。(參照德民法第二六條、日民法第四四條第五七條)其學者間之解釋。互有異同。瑞士民法第五十四條。則規定「法人於法律及章程所需之機關構成時。卽取得行爲能

力。『蓋係採取後說。我國民法雖無此項明文。然依第二十七條第二項「董事就法人一切事務。對外代表法人」之規定。則法人具有行爲能力。甚屬顯明。蓋代表與代理不同。代表係機關與人格間之關係。代理則係獨立兩人格間之關係。以董事代表法人。即以董事爲法人之機關。故董事之行爲。實爲法人自身之行爲。法人既有行爲能力。當然得爲單獨適法行爲。此又無俟重加解釋也。

法人之行爲能力。亦有一定之範圍。即其權利之行使。應以在其權利能力以內爲限度是也。故法人除對於法令所限制及自然人所專有之權利。無行爲能力外。其他一切事項。均具有行爲能力。惟法人之成立。以目的爲要素。超越其目的以外之活動。是否尙有行爲能力。不無研究之價值。著者以法人既爲實在之社會組織體。當然具有自主活動之價值。故除前述法令及性質兩種限制外。其他一切事項。不問直接與法人目的有無關係。凡屬於維持發展法人之生存活動範圍以內者。法人皆有行爲能力。即就法人之目的而論。除毀滅其生存目的各事項外。法人亦均具有行爲能力也。至如何爲毀滅其目的。應各就具體事項決之。如煤油公司爲

廣告計。對某種慈善事業。捐助巨款。不爲毀滅其目的。若將全部資產贈與他人。則爲毀滅其目的。又如水災急賑會爲籌集賑款。附營一種商業。不爲毀滅目的。若贈與他人巨款。挪作不正之耗費。則爲毀滅目的矣。故凡除毀滅其目的以外之活動。法人皆具有行爲能力。是即法人行爲能力之範圍也。

第三項 法人之責任能力

法人有無責任能力。從來學說及立法例。頗涉紛歧。大別之、約有二派。即無責任說與有責任說是也。所謂法人有無責任能力。係指法人於其機關如董事或其他職員因職務上之行爲。即因執行職務加損害於他人時。應否負賠償義務而言。茲分述如次。

第一、無責任說。此爲持法人擬制說者所主張。其要旨以法人無不法行爲。細別之、更有二種。即（一）謂法人於法律所認許之目的以內。始能存在。超越其目的之行爲。即非法人之行爲。故法人不負責任。（二）董事既爲法人之代理人。其代理範圍。自應以合法行爲爲限。若加損害於他人。則爲侵權行爲。屬於不法。不法行爲、實無代理權之可言。法人對

此種無權代理之行爲。應不負責。此兩種主張。係因誤解法人爲虛設。故其理論與實際不符。殊無採取之價值。

第二、有責任說。此爲持法人實在說者所主張。其理由亦不一致。細別之、更有三種。即（一）謂法人原有意思能力。自得爲侵權行爲。此爲持團體法人說者之結論。（二）謂法人對於董事等行爲負責。乃因其選任及監督之誤。此爲法國學者之理論。（三）謂法人對於董事等行爲負責。並非法人本有過失。不過法律爲保護交易安全計。特定法人有此種特別責任。此三說雖理由各執。但以著者之眼光。法人對於董事等因執行職務加損害於他人時應負責任之根據。當求之於董事等之性質。董事如係法人之代理。則法人實無責任之可言。董事既爲法人之機關。則於其機關執行職務之行爲。實爲法人自身之行爲。當然應負賠償責任。故近世立法例及學說。均認法人有責任能力。（德民法第三一條第八六條及第八九條）我國民法第二十八條「法人對於其董事、或職員。因執行職務所加於他人之損害。與該行爲人連帶負賠償之責任。」之規定。亦取此說。

法人對於其董事或職員因執行職務所加損害於他人之行爲。應負賠償之責。業已說明。惟法人之責任能力。須具備一定要件。始能發生。即（一）須法人之董事或職員爲加害行爲。（二）法人之董事或職員須因執行職務加害於他人是也。分述如次。

一、須法人之董事或職員爲加害行爲。法人應負責任之根據。係以董事等爲法人之機關。

故凡非法人之機關有違法行爲。法人不能負責。德意志及瑞士民法。規定極明。（德民法第三一條、

瑞民法第五五條）我國民法規定法人於其董事職員有加害行爲時應負責任。其精神亦在明定法人之

責任能力應以其機關之行爲爲要件。蓋取法人實在說。不能不設此項規定也。惟董事雖爲

法人之機關。而職員二字。涵義甚廣。凡受法人之委任或僱用而爲之處理事務者。通常均

稱爲職員。揆之民法法人有責任能力之法理。似不應從廣義解釋。且受僱人因執行職務不

法侵害他人之權利時。僱用人亦負賠償責任。在債編更另有規定。（民法第一八八條）其與法人立

於僱傭關係之職員。均可依此決其責任。則民法第二十八條之職員。應以與法人有機關關

係者爲限。實爲當然之解釋。故法人之責任能力。須以董事或其機關之職員有違法行爲時

。始能成立。所謂法人機關之職員者。係指有代表法人資格之職員言。凡法人組織之章程上所規定者均屬之。

二、法人之董事或職員。須因執行職務加害於他人。法人對其董事或職員所爲之加害行爲。並非一概負責。惟限於因執行職務時所爲之加害行爲。乃負賠償責任。所謂因執行職務云者。係指其加害行爲。與職務之客觀上有不可分離之關係言。若其執行職務僅予加害行爲以偶然之機會。兩者並無不可分離之關係。卽不得謂之因執行職務。如董事與他人訂立契約。施用詐欺或強迫之手段。致使他人受害時。是爲因執行職務所生之損害。法人應負賠償之責。董事利用訂約之機會。竊取他人之財物。不得謂爲因執行職務之加害行爲。法人當然不負責任。其適例也。

以上二點。均爲法人負責之要件。惟董事或職員爲加害行爲時。是否須有故意或過失。民法第二十八條並未明白規定。關於此點。應解爲與自然人相同。如該行爲在自然人須有故意或過失始負責任者。則在法人亦以該董事等有故意或過失爲必要。如該行爲在自然人不須有故

意或過失亦應負責者。則在法人亦無須該董事等有故意或過失。仍應負賠償之責也。(參照民法第一

八四) 條

法人雖應代機關負責。但爲法人機關之自然人。並不能因之免除責任。瑞士民法關於此點。

規定極明。(瑞民法第五
五條第三項)我國民法亦規定法人與行爲人負連帶責任。連帶負責者。關於損害

各負全部賠償責任之謂也。卽法人與行爲人各負賠償損害全部之責。受害人得任意向法人或行爲人之一方或兩方。同時或先後請求爲全部或一部之賠償。以達到賠足其損害全部爲止之目的。其內容與連帶債務同。(參照民法第
二七三條)

民法只規定法人與該董事等對被害人之外部關係。若董事對法人之內部關係。則另爲一事。如董事等係違背職務或其他契約上之義務。致加損害於他人時。則法人所負之賠償責任。對於該行爲人亦有損害賠償請求權。蓋自然人擔任法人之機關。應以善良管理人之注意。爲法人處理事務。旣因不慎之加害、使法人連帶負責。是該行爲人違背善良管理之義務。當然應對法人負損害賠償之責也。

第五款 法人之組織

第一項 法人組織之概說

法人之本質爲社會組織體。前已說明。組織體者、非天然生成之一體。乃依人類意思所構成之一體也。人類以意思認定一定之目的。因欲達到認定之目的。同時樹立實行其目的之基礎。(社員或財產)並具備實行其目的之手段。(機關)而後獨立之組織體始克構成。此等要件。概稱之曰法人之組織。法人之組織。原則上須有書面之訂定。是爲章程。依民法第四十七條及第六十條之規定。設立社團者。應訂定章程。其應載事項。爲(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。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。準此以觀。章程者、實法人之根本組織法也。其效力幾與國家之憲法相等。變更章程時。須依特別程序行之。(參照民法第五三條)其手續之嚴重。亦幾與修改憲法無

異。組織又屬專指實行其目的之手段言。是為狹義的組織。民法第二節中所稱之組織。如所謂社團之組織、(民法第
四九條)財團之組織。(民法第
六二條)等。類係專指實行其目的之手段言。屬諸狹義。故狹義之組織。僅指其機關之構成言。此又適用上所宜注意者。茲分法人之機關、法人機關之構成、及法人機關之構成員三點而說明之。

第一、法人之機關。法人為社會組織體。非有天然之意思能力。故須設一定地位。使自然人居之。以為法人意思之發動。此發動之意思。即視為法人之意思。而非仍屬自然人之意思。法人因有此種意思。乃能對內對外為種種之活動。以實行其組織之目的。此地位謂之法人之機關。機關之用語。出自生物學。乃構成有機體之一部分。其作用在為有機體實行其活動。並非獨立生存之個體。儼如人之眼耳手足然。持法人有機體說者。既謂法人為有機體。則法人當然具有機關。吾人係認法人為社會組織體。自難依生物學之意義以法人當然具有機關。惟法人依其組織設定發動意思之地位。其地位對於法人之關係。完全與機關對有機體之關係相等。故即借用其原義。稱為法人之機關。

法人之機關云者。即實現法人活動之地位也。屬諸構成法人之一部。無獨立生存之能力。故在法律上不能為權利義務之主體。惟具有代表法人之權能。凡為法人而為之行爲。得直視為法人之行爲。而非仍屬自然人之行爲。

法人機關之行爲。與代理人之行爲異。代理者、代理人於代理權限內以本人名義向第三人為意思表示、或由第三人受意思表示。而直接對本人發生效力之行爲也。（民法第一〇三條）代理人為獨立人格者。雖被代理人即本人為法律行爲。其行爲仍係代理人之行爲。不過因代理關係。行爲之效果。及於被代理人。不能因其對被代理人生效。遂認為被代理人之行爲也。法人之機關不然。屬諸構成法人之一部。無獨立之人格。故機關之行爲。即法人之行爲。

第二、法人機關之構成。法人之機關。為法人實行一定目的之手段。乃法人必要之組織。其組織之內容。應依章程定之。以章程為法人之組織法也。惟民法為因法人具有權利能力。其組織之內容影響於社會甚鉅。不能全任設立人之自由訂定。故關於必要之機關、與其

重要之構成方法。特設一共同標準。凡法人皆須遵守之。其違反此標準者。不生法律上之效力。故章程僅得於違背民法所定之共同標準外。法人始有自由訂定之權。（民法第二七條、第四九條、第六二條）其因民法規定設立之機關。可稱為法人之法定機關。其係因章程自由設立之機關。可稱為法人之任意機關。

法人之法定機關。大別為董事與總會二種。董事則不分社團或財團均須設置。為法人通有之必要機關。總會則僅為社團之必要機關。財團因無社員。故無設置總會之餘地。董事及總會之構成。除由民法規定外。得由章程訂定之。惟章程中有必須記載之事項。如關於董事之任免。與總會召集之條件程序及其決議證明之方法是也。（民法第四七條三四兩款）至於法人之任意機關。其種類與構成方法。均由章程訂定之。如關於顧問、評議、監察等職、及其任免方法。則屬諸隨意添註事項。可一任設立人於章程中隨意註載是也。

第三、法人機關之構成員。法人機關之構成員。係指居於實現法人活動之地位者言。即構成法人機關之人格者是也。法人之機關。本無人格。而構成法人之機關者。則非具有獨立

之人格不可。故法人機關之構成員。均具有法律上之人格。與機關迥不相同。茲述其異點如次。

(一)機關不能爲權利義務之主體。機關構成員則具有人格。本於構成機關之地位。得爲權利義務之主體。

(二)機關有僅由一個構成員構成者。亦有由二個以上之構成員始能構成者。

(三)機關不能變更。而機關之構成員。則可以變更。

機關與機關之構成員。既不相同。則法律上之用語。自應加以區別。故總會爲法人之機關。而其構成員則稱爲社員。此即用語上之差異也。惟董事亦爲法人之機關。其構成員則仍稱董事。此點未免相混。以著者之主張。爲法人機關之董事。應改稱董事會。始免與構成員之董事混淆。但民法對於此點既未加以區別。則凡關於董事之規定。究竟係指機關言。抑係指機關之構成員言。須就各該條文決之。如民法第三十五條第二項所稱有過失之董事。應負賠償之責任。此董事係指機關之構成員言。其第二十七條所定法人須設董事。董事

就法人一切事務對外代表法人。此董事係指機關言。其明證也。

第二項 董事

董事爲法人必要之機關。茲分董事之性質、董事之任免、董事之權限、董事相互間之權限、董事職務之監督、及董事之構成員六點而說明之。

第一、董事之性質。董事者、法人之機關也。因其執行法人之事務。故爲執行機關。又因其應常置董事一人以上。故爲常設機關。又因其就法人一切事務。對外代表法人。故爲代表機關。

董事爲社團及財團所不可缺之機關。故民法第二十七條第一項明定法人須設董事。至董事之員數及任免方法。雖得由章程任意訂定。但以章程或社員總會之決議。不設置董事時。則爲法律所不許。蓋法人不能自行活動。若無對外之代表機關。則人格無從實現。故法律明定以設置董事爲法人之要件也。惟此爲組織上之必要。實際上縱董事全部缺亡。於法人之存在無關。不過宜從速補充。以免代表機關之虛懸耳。

董事之名額。不必爲數人。卽僅置一人亦可。大抵人數之多寡。應視法人事務之繁簡而定。惟設置數人時。其行使職權。自應組織董事會。關於此點。德意志民法。定有明條。
（參照德民法
第二六條）我國民法雖無規定。事實上固應當然如斯也。

第二、董事之任免。董事之任免。係指董事之選任及免職言。在社團法人。必由總會行之。惟總會以如何條件及如何方法任免董事。則須於章程中明白訂定。（民法第五〇條二項、第四七條三款）俾免爭議。在財團法人。任免董事。應依捐助章程行之。若章程規定不完全時。法院得因利害關係人之聲請。爲必要之處分。（民法第六二條）以資救濟。

社團法人之董事。是否必由社員中選出。亦應依章程定之。其無規定時。應解爲社員以外之人。亦可被選爲董事。此際所選出之人。雖非法人之構成分子。但既隸屬於法人。則應視爲法人機關之構成員。又董事之資格。法律有消極之限制者。自應從之。如褫奪或停止公權之人。不得以之充董事。其明證也。

董事選任行爲。在法律上性質如何。學者間頗多爭執。少數說主張爲單獨行爲。多數說主

張爲一種契約。著者採用後說。蓋董事之責任甚重。若謂選任董事。不待本人承諾。卽爲成立。純係法人之單獨行爲。按諸理論及實際。均有不合。故應解選任行爲爲選者與被選者間要約承諾之契約。被選者一經承諾。遂由此發生代表法人之義務。其契約與委任相似。關於委任之規定。得類推適用。庶無流弊。至董事之辭職或罷免。則應認爲屬於單獨行爲爲原則。卽法人之罷免董事。與董事聲明辭職。均可由一方表示生效。但一方於不利於他方之時期爲罷免或辭職者。對他方應負損害賠償之責。(參照民法第五二八條及第五四九條)

第三、董事之權限。董事之權限有二。其一、爲代表權。其二、爲事務執行權。分述如次。

(一)代表權。代表權者、表現法人活動之權能也。董事爲法人之代表機關。卽就法人一切事務。對外代表法人。此爲民法第二十七條第二項所明定。故凡屬於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。不問其爲訴訟上之行爲。抑爲訴訟外之行爲。又不問其爲事實行爲。抑爲法律行爲。董事均有代表法人之權能。是

爲代表權。其性質與代理權有別。蓋董事爲法人之代表機關。其所爲之行爲。乃法人之行爲。且不以法律行爲爲限。若代理人所爲之行爲。則爲代理人之行爲。而非本人之行爲。不過其效力及於本人。且僅以法律行爲爲限。是二者之間。顯有不同。惟董事代表法人爲行爲或受行爲時。仍以準用代理規定爲適宜。德意志及日本民法。關於此點。設有規定。我國民法雖無明文。亦可爲同一解釋。

董事之代表權。範圍至廣。凡法人一切事務。均包涵之。但代表權之範圍。得以章程加以限制。如章程訂定非經總會議決董事不得處分不動產之類。卽爲對於代表權之限制。此種限制。就對內關係言。董事應切實遵守。其不遵守時。法人不能認其行爲爲有效。此爲當然之事理。惟就對外關係言。董事違反其限制時。法人能否對第三人主張其行爲無效。卽能否以其限制對抗第三人。關於此點。從來之學說及立法例。約有四主義。(一)無論第三人是否善意。其限制均爲無效。(二)無論第三人是否善意。其限制均爲有效。此二說僅屬學說上之主張。(三)其限制已經登記者。認爲有效。此爲德意志民法所

取。(德民法第二六條、第二八條、第六四條、及第七〇條)(四)不得以其限制對抗善意之第三人。此為日本民法所取

。(日民法第五三條)我國民法第二十七條第三項。係採最後主義。與日本民法相同。故凡對董

事代表權所加之限制。不問其係由章程訂定。或由總會議決。亦不問其已否登記。並其所加限制之內容如何。凡第三人不知其限制者。即為善意之第三人。法人不得以該限制向善意之第三人主張有效。惟對於非善意之第三人。始得對抗之。又關於此種舉證責任。應解為限制之舉證。由法人為之。善意之舉證。應由第三人為之。蓋限制之內容。第三人無從預知。故應由法人舉證。第三人是否已知其內容。法人無從查考。故應由第三人舉證也。

(二)事務執行權。董事之事務執行權。與代表權有別。代表權係對外關係。為法人與第三人之關係。事務執行權係對內關係。乃董事與法人之關係。董事既為實現法人之活動而設。當然有執行法人事務之權限。且同時並有執行之權利與義務。至其執行之範圍及方法。應依法令及章程定之。其在社團法人。且有服從社員總會決議之義務。但該決議

如違反強行法令及章程時。則不生服從之義務。

董事對法人之關係。與委任人受任人之關係相似。故其執行事務。亦應準用關於委任之規定。其無報酬者。應以與處理自己事務為同一之注意。其有報酬者。並應以善良管理人之注意為之。（民法第五三五條、並參照
總民法第二七條第二項）

董事執行事務。應依法人內部之規定。故民法不特設明文。惟左列事項。極關重要。民法特規定由董事行之。即所謂法定事務執行權是也。

甲、聲請登記。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。（民法第四
八條二項）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。（民法第六
一條二項）

乙、召集總會。此為民法第五十一條所明定。即總會由董事召集之是也。

丙、聲請破產。此為民法第三十五條所規定。即法人之財產。不能清償債務時。董事應即向法院聲請破產。若不為破產之聲請。致法人之債權人受損害時。其有過失之董

事。應負賠償之責任是也。

丁、清算財產。此爲民法第三十七條所規定。卽法人解散後。其財產之清算。由董事爲之是也。但其章程有特別規定，或總會另有決議者。不在此限。

第四、董事相互間之權限。董事有數人時。應組織董事會。前已說明。惟其相互間之權限應如何行使。亦不能不詳加研究。卽凡章程已有訂定者。應依章程辦理。其無訂定時。則應分別對內對外關係論之。在對內關係。應依多數之表決。我國舊民法草案第九十條第一項。及修正案第六十條第一項。均有規定。德意志及日本民法亦然。（參照德民法第二八條、日民法第五二條二項）

（現行民法雖乏明文。自應從此解釋。至對外關係。則有全員代表說、過半數代表說、及單獨代表說之三種。依現行民法之規定。應以單獨代表說爲原則。卽法人對於第三人爲意思表示時，得由董事一人爲之。第三人對於法人爲意思表示時。亦得向董事一人爲之。蓋依民法第二十七條第二項董事就法人一切事務對外代表法人之規定。僅稱董事。應解爲董事一人有代表法人之權限也。（參照舊民法草案第九〇條二項、修正案第六〇條一項、暨舊民法第二八條二項）惟第三人知有董事會行使

權限之限制時。則應依民法第二十七條第三項之規定行之。

第五、董事職務之監督。董事職務之監督。係指董事執行職務時應受如何之監督言。關於

此點。應分別社團財團論之。在社團法人。置有總會。其監督權由總會行使之。董事執行職務。是否遵守章程及總會之決議。由總會隨時審查。倘有違背。得議決撤銷之。(參照民法第五

條二項三款)在財團法人。既無總會。則應依捐助章程辦理。若捐助章程定有監督機關者。(如

監察人之類)自當由該機關行使監督權。其無特設之監督機關、或雖有監督機關而執行職務之董

事。有違反捐助章程之行為時。法院得因利害關係人之聲請。宣告其行為為無效。(民法第

六〇條)是利害關係人及法院。亦可認為財團董事之間接監督機關也。

董事之行為。經撤銷、或宣告為無效時。無論在社團、或財團。其對於第三人之效力。均應依前述限制董事代表權之規定分別定之。

第六、董事之構成員。董事之設置。原在實現法人之活動。故董事之構成員。通說以自然人為限。惟構成總會之社員。通說既許以法人充之。則以法人構成董事。由該法人之董事

。代表法人執行董事職務。於理自屬可行。況由多數法人組織一社團法人。即由各社員之法人中。舉充董事者。亦非無適例。如銀行公會之董事。係由各銀行選充。其明證也。

董事之構成員。具有獨立之人格。與法人之機關不同。故董事之構成員。本於構成法人機關之關係。對於法人享權利。負義務。其權利義務之關係。除法律別有訂定外。應準用關於委任之規定。（參照民法第五三五條、第五四〇條、第五四一條、第五四六條、及第五四七條）

又董事之構成員。除正式董事外。尚有臨時董事及特別代理人之二種。分述如次。

〔甲〕臨時董事。臨時董事者。因董事缺額。未經原定任用程序。僅由法院依利害關係人之聲請所選任之董事也。其權限仍與正式董事無異。唯於正式董事選任後。當然失去董事之地位而已。關於此點。舊民律草案第九十二條。及修正案第六十條第二項。曾仿德日民法設有明文規定。（參照德民法第二九條、日民法第五六條）現行民法雖無明文。但董事為法人不可久缺之機關。其構成員如有缺額。不能依章程即時選出時。不能不有臨時董事之選任辦法。以資事實上之救濟也。

(乙)特別代理人。特別代理人者。即因特定事務。於董事外所設置之特別構成員。關於該事務。有代理法人爲一切法律行爲之權限者也。此種代理制度。德意志民法。曾設有規定。(參照德民法第三〇條)我國舊民律草案第九十四條亦然。均許以章程設置之。現行民法雖無明文。但謀事實上之便利。亦不能不有此特別辦法也。

第三項 總會

總會爲社團法人必要之機關。茲分總會之性質、總會之種類、總會之召集、總會之決議、及總會之構成員、五點而說明之。

第一、總會之性質。總會者、社團法人之必要最高決議機關也。分述之。

(一)總會之決議。爲社團法人之意思。故總會爲社團法人之意思機關。

(二)總會由社員全部構成。一稱社員總會。且惟社團法人有之。財團法人因無社員。故無總會。社團法人則非設總會不可。苟以章程訂定不設總會。在法律上亦不生效。(民法第

四九條)故總會爲社團法人之必要機關。

(三)總會關於社團法人之事項。有最高議決權。就中重要事項。有必經總會議決者。依民法之規定。大別爲五。即(一)變更章程。(二)任免董事。(三)監督董事職務之執行。

(四)基於正當理由開除社員。(五)社團之自行解散是也。(民法第五〇條二項及第五七條)以上五項。關

係社團之人格存亡。故必經總會之議決。此外凡未經章程定明屬於董事及其他職員之權限各事項。總會皆有議決權。如清算人之選定。贖餘財產之歸屬。其最著者也。(民法第三七條

第四條)總會之權限。既屬廣泛。又關係社團之存亡。故爲最高機關。惟就此等事項。只

有決議之權。對外既不能爲社團之代表。對內亦不能爲事務之執行。故總會爲社團之最高決議機關。

第二、總會之種類。總會以分定期總會及臨時總會爲通例。定期總會。係依法律及章程之訂定。於每年定期所開之總會。臨時總會。則因臨時必要事項所開之總會也。故定期總會、一稱普通會。臨時總會、一稱特別會。兩者之區分。乃以開會之時期爲標準。非以其權限與性質之差異爲標準而區別之也。

第三、總會之召集。總會之召集者、乃向各社員發出開會之通知也。關於召集之性質。有主張爲意思表示者。有主張爲觀念表示者。前者稱法律行爲說。後者稱通知說。著者則認第二說爲是。蓋總會並非社員之任意集合。須因召集始能成立。故召集行爲。於法律上實有重大之效力。惟此效力。與行爲人之意思無涉。不過因召集行爲。具有希望各社員於所定日期處所爲實行開會之觀念而已。故通知說較法律行爲說爲當。

總會之開會。由董事召集之。在定期總會。董事應依照章程。按期召集。在臨時總會。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時。董事須召集之。如董事受此項請求後、一個月內不爲召集者。得由請求之社員經法院之許可召集之。(民法第五一條)又法律雖未明定董事得召集臨時總會。但董事如因社團利益認爲有開臨時總會之必要時。應解爲亦可由董事召集之。至召集總會之條件及程序。應於章程內訂明。業爲民法第四十七條第四款所規定。召集時自應遵守。故通知之方法。亦應依章程行之。如別無訂定時。則應依適宜之方法爲之。又開會之目的。所關極鉅。自以預行通知爲宜。

第四、總會之決議。決議者、各社員之意見達於一定數量之同意者也。申言之。各社員對於所爲討論之事項。依其表決權。各表示其意見。同一內容之意見。達於一定數量時。卽認爲對於該事項之決議是也。茲將關於決議各方法分述如次。

- (一)出席社員須達定數。總會須有若干社員出席始得開會。民法別無明文。自應依章程訂定之。若章程並無訂定。則應解爲至少須有社員三人以上出席。始能開會。蓋依民法第五十二條第一項之規定。總會決議。以出席社員過半數決之。故至少須有社員三人出席。始能得過半數之決議也。學者間有主張最少數亦可開會者。然如係二人出席。一可一否。其數相等。無從得過半數。此種主張。顯與民法規定不合。故無足取。惟茲所謂三人以上之出席亦得開會者。係指對於通常事項言。若屬特別事項。如變更章程之決議。則須有全體社員過半數之出席。始能開會。此又爲民法第五十三條第一項所明定者也。
- (二)社員有平等之表決權。總會之決議。乃事實上各社員共同意思之表示。而成爲法律

上社團法人意思之表示。共同意思。各社員非依法定手續。不能作成。其作成之共同意思。即認爲社團法人之意思。有拘束總社員之效力。故法律上對於各社員作成共同意思之權利。稱表決權。此表決權係社員於總會中表示自己意思之權利。於總會之決議。最關重要。各社員之出資。既不必相同。而身分勞績之差。亦爲事實上所難免。法律苟無明文規定。則爭端滋多。莫衷一是。故民法第五十二條第二項特定各社員有平等之表決權。即不問出資之多寡。身分之高下。而以一人一票。爲平等之表決。蓋所以杜紛爭而昭劃一也。此與股分公司股東之表決權不同。(參照公司法第一二九條)適用上宜注意及之。

(三)表決須達定數。決議須達定數之表決權。始爲成立。至定數究係若干。則因通常事項與特別事項而不同。前者稱爲通常決議。後者稱爲特別決議。通常決議。以出席社員過半數決之。(民法第五十二條一項)特別決議。則有二種。其一、爲變更章程之決議。此項決議。極關重要。蓋社團之章程。等於國家之憲法。實非通常決議之可比。故民法第五十三條第一項特設明文規定。其要件如係出席表決時。則(1)須有全體社員過半數之出席。(

2) 須有出席社員四分之三以上之同意。如有書面表決時。則須有社員三分之二以上之書面同意。其二、爲解散社團之決議。此項決議。關係社團法人人格之存亡。未可以普通決議行之。故民法第五十七條亦設特別規定。須以全體社員三分之二以上之可決。始能生效。此則不分出席表決與書面表決。總須達此定數。始能爲解散之決議也。

以上所述。係關於決議之法定方法。若決議之程序。違反法定方法或其他法令或章程之規定時。其決議在社團內部。尙非當然無效。惟對該決議原不同意之社員。得於決議後三個月內請求法院宣告其決議爲無效。經法院判決認爲無效時。其決議始溯及議決時失其效力。倘三個月內並無社員向法院請求。或請求而被駁斥。則該決議雖有瑕疵。仍非無效。(參照民法第五六條) 董事或其他職員。不能不遵照執行也。至對該決議有利害關係之第三人。能否隨時主張其決議爲無效。民法未設明文。但決議既屬違反法令及登記之章程。爲保護第三人利益計。自應解爲認第三人得隨時主張其決議爲無效。其請求訴權。不受民法第五十六條第二項之限制也。

又決議在法人內部尙非當然無效。係就違反普通決議之程序言。若其決議之內容。顯有違反強行法規者。則其決議根本上不生效力。無論何人。均得隨時爲無效之主張也。

第五、總會之構成員。總會之構成員爲社員。社員者、構成社團法人之主要分子。而有對於法人取得一定權利及負擔一定義務之資格者也。茲分社員之資格、與社員之權利義務而說明之。

(一) 社員之資格。 社員之資格。可否移轉。卽有無專屬性。應分別說明。在營利社團。則社員之資格。得因讓與或繼承之方法而移轉於他人。其無專屬性。自不待言。若公益社團。其社員之資格如何。在德國民法則明定爲有專屬性。不能讓與或繼承。(德民法第
二八條)我國民法雖無明文。應可爲同一解釋。蓋此項社團之社員。既係參與公益。自不得與公司或其他營利社團之股東同視。致違反公益法人之目的也。

至社員資格之取得與喪失。雖應以章程訂定。但亦具有條件。分述如次。

(甲) 取得條件。 社團法人之設立人。通常當然取得社員之資格。其他之人。苟不違反

章程之規定。自亦得爲社團法人之社員。又雖與章程不符。如係依民法第五十三條之程序辦理者。自仍得許其入社。

社員入社。在法律上性質如何。學者間之主張不一。有謂係新社員與舊社員全體之契約者。有謂係新社員與社團之契約者。著者採取後說。蓋此種契約。非因通常債權債務之關係而發生。乃因社員與法人間之權利義務而發生。故不能認爲新舊社員之契約。而實爲新社員因入社關係與社團之契約也。

(乙)喪失條件。社員資格之喪失。亦具有一定條件。卽除依章程訂定外。社團法人消滅時。社員資格當然喪失。又公益社團之社員。凡本人死亡者。亦當然喪失資格。其次退社或開除。均爲喪失社員資格之原因。民法第五十四條第一項明定社員得隨時退社。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。又同條第二項明定退社預告期間。不得超過六個月。至開除社員。須有正當理由。且應經總會之決議。民法第五十六條第二項。規定甚明。倘被開除之社員。認該決議有違反法令

或章程者。得於決議後三個月內請求法院宣告其決議爲無效。（民法第
五六條）

已退社或開除之社員。對於社團之關係。事實上更發生兩種問題。其一、持分應否返還。其二、責任應否繼續是也。學者間對此兩種問題之解答。其主張各有不同。關於第一問題。約分兩說。（一）肯定說。謂章程中如無禁止返還之規定。則該社員對於社團財產應有之持分。可以請求返還。蓋社員因有持分。始能取得社員資格。既已出社。則持分自應返還。且出社係與法人脫離關係。若持分不予返還。不得謂爲完全脫離。此說係以保護社員爲主旨。故主張應予返還。（二）否認說。謂章程中如無可以返還之規定。該社員對於社團財產應有之持分。不得請求返還。蓋社團係因達特定目的之必要而有相當之財產。若社員財產。許其返還。則社團因財產減少。勢必不能達到特定之目的。此說係從保護法人方面着眼。故主張社員持分。不能返還。以上兩說。互有短長。我國民法以保護社團之存立爲原則。維持個人之權利爲例外。故於第五十五條第一項。明定出社社員對於社團財產應有之持分。無請求返還之權。但非公益法人

。即以營利爲目的之社團。其章程另有規定者。則從其規定。換言之。公益法人。絕對不許返還。營利法人。則相對依其章程之規定行之。蓋公益法人。不能不顧全法人之存續。而營利法人。又不可不注重個人之權利也。

至第二問題責任應否繼續之點。亦分兩說。其一、謂社員既經出社。則與社團完全脫離關係。所有社團原有債務。應由社團自行清理。不與社員個人相涉。此說蓋爲保護社員個人方面着想。故主張責任不繼續。其二、謂社員自出社之日起。以後關於社團所生之債務。雖不應負責。然於未出社前所有之債務。則不可不負責任。不能因一旦出社。遂置身事外。蓋第三者所有之債權。即社團所負之債務。恆有因社員個人之關係而發生者。倘因出社之故。毫不負責。非第有傷法人之人格。抑且妨礙第三者之權利。故應以繼續爲宜。以上二說。後者之理由實較前說爲充分。故民法採取後說。於第五十五條第二項。特定出社社員對於其退社或開除以前應分擔之出資。仍應負責償之義務。蓋一方保護社團之權利。他方兼顧及第三者之利益。實爲正當之規定。

(二)社員之權利義務。社員具有獨立人格。得以其社員之資格。對於社團法人享有權利、負擔義務。茲述其要略如次。

(甲)社員之權利。權利與社員之資格相終始者。統稱曰社員權。就法律所規定者言之。如出席總會之權。(參照民法第五二條一項)請求或自行召集總會之權。(民法第五一條二項三項)請求宣告

總會違法決議無效之權。(民法第五六條一項)參與總會決議之權。(參照民法第五二條一項)均是。此等權

利中。最後參與總會決議之權。極關重要。稱曰表決權。民法特於第五十二條第二項明定社員有平等之表決權。即不因出資多寡、或身分高下而有差異。惟該條規定。尚非強制法規。仍得由章程爲反對之訂定。但社員總會。應不許爲反對之決議。故章程初無反對規定時。則表決權應爲平等。若僅由總會決議對於特定社員。定爲不平等或加以剝奪時。其決議應不生法律上之效力。

社員權之性質。應認爲一種特殊權利。而爲身分權之一種。其內容則以參與社團之事務爲其主要成分。惟在營利社團社員權中之利益分配請求權。則其性質屬於債權。與

普通社員權有別。

(乙)社員之義務。義務亦與社員資格相終始。統稱曰社員義務。其最重要者爲出資義務。出資義務。本應於章程中訂定。如就其數額無特別訂定時。應解爲各社員平等出資。

社員之權利義務。又可依章程所定區爲普通與特別兩種。前者屬於一般社員所通有。後者則爲特定社員所獨有。此種特別獨有之權利。亦不能以總會決議侵害之。德國民法第三十五條、暨我國舊民律草案、第一百四條、修正案第六十六條。關於此點。均有明文規定。現行民法雖無明文。亦可從此見解也。

第六款 法人之住所

法人之住所。爲業務活動之中心。與自然人之住所爲生活之本據者。其情形完全相同。蓋法人既具有權利能力。關於一切法律關係。不能不有一中心地域也。法人之住所。依民法第二

十九條之規定。以其主事務所之所在地爲住所。德意志、日本、及瑞士民法。亦復相同。（德民法第二四條、日民法第五〇條、瑞民法第五六條）事務所云者。法人在事實上執行事務之處所也。其爲執行中樞。總管全部事務者。稱爲主事務所。此外則爲分事務所。法人因事務發達。恆有設置多數事務所者。其中必以一事務所爲業務之中心。是爲主事務所。此主事務所即爲法人之住所。其他則不認爲法人之住所而爲業務上之分處。蓋法人在法律上之人格。與自然人同。因確定法律關係。亦不能同時有兩個住所也。（民法第二〇條二項）其僅設一個事務所之法人。則以該事務所爲住所。此爲當然之解釋。無待另行規定也。法人之主事務所及分事務所。均應於設立時登記。（民法第四八條一項三款、第六一條一項三款）既登記之主事務所。如事實上已非執行業務之中心時。是爲法人住所之變更。應即履行變更登記。分事務所變更時亦同。

第七款 法人之成立

法人之成立云者。法人取得法律上之人格。即開始具有權利能力之謂也。成立係就法人之主

觀言。若自設立法人之客觀言之。則爲設立。故法人之成立。與法人之設立。其觀念畢竟相同。惟法人須具備何種要素始克成立。從來立法例頗不一致。就其主要者言之。約有左之五主義。

第一、放任主義。此主義法律不定法人之要件。各私人得自由設立法人。無待國家許可。

故一稱自由設立主義。卽凡以設立法人之意思。創設社會組織體時。其組織體卽成爲法人。歐洲中世曾採此主義。就尊重創設法人之自由觀之。非無足取。惟法人之內容。不能明確。法人之制度。甚形紊亂。其有害於交易之安全。良匪淺鮮。故無足採。

第二、特許主義。特許主義。一稱立法上之特許主義。每成立一法人。須先制定一種法律。各法人須各依該法律始能成立。卽法人之成立。須經立法機關之特許者也。此主義與放任主義相反。全不認法人設立之自由。故在普通法人。亦不便採用。僅對於與國家有特殊利害關係之法人行之。如日本之橫濱正金銀行及日本銀行。與我國之中央銀行交通銀行中國銀行。均先以立法程序。制定單行章程。其明證也。

第三、許可主義。許可主義。一稱行政上之特許主義。即依法律所定之要件。設立社會組織體時。須經行政官署之許可。始能成爲法人者也。此主義於法人之成立。每多不便。然爲防止法人濫設計。不得不採用之。故各國立法例。凡認爲關係較重之法人。多採此主義。如日本民法對於公益法人。(參照日民法第三四條)德意志民法對於營利社團法人及財團法人。(參照德民法第二二條第八〇條)均須經許可。始得成立。即其明證。

第四、準則主義。準則主義者。法律預定法人所必要之條件。凡具備條件之社會組織體。毋須行政官署之許可及其他國家之干涉。即得成爲法人者也。此主義無放任主義及特許主義之短而有其長。各國立法例。多採用之。日本民法對於營利法人。瑞士民法對於非經濟的營利法人。(瑞民法第六〇條)皆以依法定要件設立時。即爲法人之成立。其適例也。

第五、登記主義。登記主義者。即依法定要件設立社會組織體時。更須依法定程序登記。始能成立法人者也。準則主義、雖可令法人制度保持統一。然官署及一般人均無從確知法人之內容。信用尙屬薄弱。惟實行此種主義。則關於法人內容各要件。均公開登記。俾資

查考。庶法人之信用卓著。交易上之安全可期。故德意志民法對非經濟的社團法人。(民

法第二條)瑞士民法在原則上對一切社團法人及財團法人。(參照瑞民法第五二條)均採此主義。

以上五主義中。各國立法例。取前二主義者極少。取後三主義者較多。我國民法係採登記主

義。凡法人非經向主管官署登記。不得成立。(民法第三〇條)故無論社團法人及財團法人。均須經

主管官署登記時。始能取得法律上之人格而為權利之主體。其未經登記以前。尚不能認為法

人也。惟以營利為目的之社團。其取得法人資格。須依特別法之規定。(民法第四五條)如公司非在

本店所在地主管官署登記後。不得成立。(公司法第五條)是即由特別法規定之實例也。故法人之設

立。以登記為要件。登記以前。須先有法人之設立。此種設立行為及程序。社團及財團不同

。容後分別述之。又除營利社團法人外。無論設立社團或財團。在登記以前。更須先得主管

官署之許可。(民法第四六條第五九條)未得許可者。不能逕行登記。故我國法人之成立。除營利社團外

。必須經過三階段。即(一)須先有設立之事實。(二)須經主管官署之許可。(三)須向主管官

署登記是也。

第八款 法人之登記

法人之登記云者。將關於法人之成立及存續事項。登錄於公簿之謂也。法人成立時。是否以登記爲成立要件。抑僅以登記爲對抗要件。各國立法例。頗不一致。日本民法則認登記爲對抗要件。(日民法第四五條)即法人非經登記。不得對抗第三人。德意志民法。則認登記爲成立要件。(德民法第二二條)即法人非經登記。不得成立。我國民法亦然。(民法第三〇條)茲將登記之種類。分述如次。

第一、設立登記。設立登記者。即於法人設立時所爲之登記也。其應登記事項。規定於民法第四十八條及第六十一條中。容後詳述。凡法人非經履行此種登記程序。則不能認爲成立。(參照民法第三〇條)

設立登記。在須經許可設立之法人。應於主管官署之許可後爲之。此爲民法第四十六條及第五十九條所明定。惟依民法總則施行法第五條之規定。凡依民法總則規定。應經許可之

法人。如在民法總則施行前。已得主管官署之許可者。不再經許可。逕得於民法總則施行後三個月內。聲請登記爲法人。其不經登記者。不能認爲成立。

第二、補充登記。補充登記者。卽法人登記後有從新應登記之事項時所爲之登記也。此種

登記。僅爲對抗要件。其不爲此種登記者。則不能以之對抗第三人。(民法第三一條)

第三、變更登記。變更登記者。卽以前登記之事項有變更時所爲之登記也。此種登記。亦

僅爲對抗要件。其不爲此種登記者。亦不得以其變更事項對抗第三人。(民法第三一條) 至其登記

方法。應依更正登記之方法行之。(參照法人登記規則第五條)

第三、消滅登記。消滅登記者。卽以前曾經登記之事項消滅時所爲之登記也。民法關於此

點。無明文規定。然以前應登記之事項。於登記後已經消滅者。準諸變更登記之規定。

(民法第三一條) 自亦應重行登記。如不爲此種登記時。自亦不得以之對抗第三人。至其登記之方

法。依法人登記規則第五條之規定。應依塗銷登記之方法爲之。

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。又法人登記規則第一條。亦定明法人登記。由法人事務所所在地之方法院或縣司法機關之登記處管轄。

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。此爲民法總則施行法第十條第二項所明定。蓋所以提高法人之信用也。至聲請登記人。在解散前則爲董事。在解散後則爲清算人。此又法人登記規則第四條至第八條所明定者也。

第九款 法人之變更

法人之變更云者。卽法人之組織或目的有所變更、而仍不失法人之性質者也。故法人之變更。係同一法人爲內部之變更。非原法人消滅而另產生一新法人也。惟法人之目的。不啻法人之生命。目的既殊。幾與生命更新無異。似不得謂法人人格。仍屬同一。然法人係以社員或財產爲成立之基礎。若在同一基礎之上。於相當程度擴張、減縮、或變易其目的。亦不得謂法人之人格業已更新。不過變更須有一定限度。倘全然脫離原有之目的、而另改爲獨立之目

的時。則不得謂爲法人之變更。應視爲法人之消滅。

法人之變更。其內容有社團與財團之別。茲分述其概要如次。

第一、社團法人之變更。社團法人之目的、及各項重要組織。均由章程訂定。故變更章程。卽爲社團法人之變更。惟章程爲社團法人之根本法。法人因事實上之必要。雖可隨時變更。但變更章程。事體重大。須依左列程序行之。

(一)須經總會決議。章程爲社團之根本法。欲謀變更。必經總會之決議。以總會爲社團法人之最高機關也。(民法第五〇條)總會爲此項決議時。更須依特別程序行之。不能適用普通

事項決議之手續。蓋普通事項之決議。雖僅以出席社員過半數決之。(民法第五二條)而變更

章程之決議。則必須有全體社員過半數之出席。始能開會。更須經出席社員四分三以上之同意。始能決議。其未開會而以書面表決時。則須有全體社員三分二以上之書面同意

。始能認爲決議。(民法第五三條)蓋章程變更。關係法人之人格。不能不鄭重出之也。德意志

民法對於此點。規定尤嚴。卽法人變更目的時。非經全體社員同意不可。(參照德民法第三三條)

蓋以社團之組成。原爲社員目的之結合。變更目的。自須經全體社員各人之贊同。不能以多數爲服從之強制。惟我國民法既無明文。變更目的。自可適用變更章程之規定。無須社員全體爲各別之同意。但此際凡不同意之社員。在理論上應解爲可自由退社。庶不背最初結合之本旨。

(一)須經主管官署許可。 變更章程時。在公益社團法人。卽凡受設立許可之社團法人。除依特別程序決議外。並應得主管官署之許可。(民法第五三條二項) 蓋主管官署許可設立法人。原以章程爲根據。茲既將章程變更。則其內容自有不同。不得不再請其核准也。至變更章程。如涉及登記事項。更須爲變更登記。此又無俟另行規定也。

第二、財團法人之變更。 財團法人與社團法人不同。財團係因捐助行爲而成立。故一經成立。卽永受捐助章程之拘束。除捐助章程定有變更方法外。法人內部並無隨時變更章程之機關。其目的及組織等。就法人自身言。實爲永久不變。惟爲應付世變及維持設立法人之本旨計。常有由國家機關量爲變更者。關於此點。日本學者解釋彼國民法。持否認說。德

國民法及學者之主張。則持肯定說。(德民法第八七條)我國民法第六十三條之規定。係仿德國民法。蓋就理論言。國家機關雖無變更財團章程之權。然就實際論。究不能不由國家機關量爲變更。以全公益之目的也。惟變更須具備一定要件。茲分列如次。

(甲)變更目的之要件。(1)須因事情變遷。致財團之目的不能達到。(2)須由主管官署爲之。(3)須斟酌捐助人之意思。(參照民法第六五條)

(乙)變更組織之要件。(1)須因維持財團之目的或保存其財產。(2)須由法院爲之。(3)須因捐助人董事或利害關係人之聲請。(參照民法第六三條)

第十款 法人之監督

法人之監督云者。即國家機關、對於法人之活動、予以監督之謂也。約分法人業務之監督、及法人清算之監督兩種。茲述其概要如次。

第一、法人業務之監督。凡受設立許可之法人。即公益法人。其業務之監督。屬於主管官

署。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。(民法第 三二條)此蓋以法人既經許可設立。其業務狀況。不可不有嚴密之監督。否則。法人財產。或致耗散。其登記條件。或相違反。其援據法律。或不符。官署漫不加察。勢必名不符實。任意取巧。殊背國家保護公益之本旨。故必與主管官署以監督權。同時並規定監督之方法。庶足以貫徹設立許可之精神。主管官署為貫徹其監督之目的。得為左列各處分。

(一)隨時檢查法人之財產狀況、及其業務有無違反許可條件、及其他法律之規定。倘董事妨礙此項檢查。或不遵主管官署之命令時。得處以五百元以下之罰鍰。(民法第三二條及第三三條)茲所謂罰鍰。乃為實施監督所科之秩序罰。與罰金不同。故不能適用刑法之規定。且於無故意或過失之際。仍可處罰。

(二)法人違背設立許可之條件者。主管官署得撤銷其許可。(民法第 三四條)法人因具備許可之條件。經主管官署之許可。始取得權利能力而為權利之主體。其違反設立許可之條件時。主管官署得斟酌情形。撤銷其許可。實為當然之理論。蓋許可係賦與法人以權利能力。

撤銷許可。爲剝奪法人之權利能力。主管官署既具有賦與法人人格之權。即當然具有剝奪法人人格之權也。

(三)法人之目的、或其行爲。有違反法律公共秩序、或善良風俗者。主管官署得請求法院將其解散。(民法第三六條)蓋法人之取得權利主體之資格。固有一定之目的與行爲。其目的與行爲合於法律、公共秩序、或善良風俗者。固應許其繼續存在。否則。主管官署不得不有請求法院將法人解散之權。俾免妨害社會之公益也。

第二、法人清算之監督。法人之清算。屬於法院監督。清算者、法人解散後整理并結束財產之程序也。其詳容後說明之。不問法人之目的如何。其清算程序。完全一致。且影響甚鉅。故由法院行使監督權。法院得隨時爲監督上必要之檢查。如清算人不遵法院命令或妨礙檢查者。得處以五百元以下之罰鍰。(民法第四二條、第四三條)

以上所述。在設立許可之法人。其業務之監督權。屬於行政官署。(參照民法第三二條)在因故解散之法人。其清算之監督權。屬於司法衙門。(民法第四二條)此種分別規定。實具有立法精神。蓋法人

業務之進行。必賴官署之保護提倡。其性質屬諸行政。故應以主管行政官署監督之。法人既經解散。則業務隨之終止。清算制度。係確定權利義務、防止財產上之訟爭而設。其性質屬諸司法。故以所轄之司法衙門監督之。兩者監督主體之殊異。非偶然也。

第十一款 法人之消滅

法人之消滅云者。法人之權利能力終止之謂也。法人與自然人異。不能適用民法繼承之規定。設定繼承人。故法人如發生不得繼續存在之事由時。自應禁止其為實行目的之活動。而為財產關係之整理。將贍餘財產移交於應得之人。俾資結束。此即法人消滅之程序也。故法人之消滅。約有二階段。第一階段為解散。即禁止其為實行目的之活動。第二階段為清算。即整理并結束其財產關係也。迨清算完畢。法人乃歸於消滅。與自然人之死亡無異。

法人雖經解散。並非即時喪失其權利能力。特其權利能力。因解散而大受限制。凡關於實行目的之積極活動。均被禁止。僅於清算事務範圍內得為必要之活動而已。此際法人之權利能

力。限於清算。依民法第四十條第二項之規定。可稱爲清算法人。

清算法人與原法人之人格。是否同一。學者間之主張不同。就其最著者言之。約有左之三說。

第一、人格終了說。此說以法人宣告解散。其人格卽行終了。不能視爲權利義務之主體。

清算係一種特別手續。並非法人之人格。仍然存在。

第二、人格更新說。此說以法人宣告解散。卽移其權利義務於以清算爲目的之新法人。故解散以前爲舊人格。清算中則另爲一種新人格。

第三、人格繼續說。此說以法人雖經解散。其法律關係未經完全清理。責任尙未解除。應認其人格依然存續。必俟清理完竣。法人人格。始完全消滅。與自然人之死亡相同。

以上三說中。依第一說之主張。法人解散後。其人格卽行終了。則凡與法人有法律關係之權利人。概受危險。清算之制度。亦等於虛設。故此說殊無採取之價值。第二說雖較第一說爲優。然人格既屬更新。則舊人格當然喪失。何能再移轉其權利義務於新法人。故此說亦欠完

善。惟第三說以法人解散。人格依然存續。必俟清算終了。乃能解除法律關係。其主張最爲合理。故民法採之。對於法人解散後。其財產之清算。仍以董事行之爲原則。(民法第三七條)且規定法人至清算終結止。在清算之必要範圍內。視爲存續。卽其明證。

清算法人。既視爲清算目的範圍內繼續存在之原法人。故原法人對內對外各關係。在清算目的之範圍內。依然存續。總會仍爲法人之機關。得監督清算。法人之債權人。仍爲法人之債權人。並非爲清算人或餘產歸屬人之債權人。法人之債務。亦仍屬法人自身之債務。

法人消滅之原因。爲解散與清算二種。前已說明。茲更分述如次。

第一項 解散

解散者。法人因有一定情事發生。而爲權利能力喪失之第一要件也。解散之原因。約有次之五種。

(一)撤銷許可。撤銷許可者、卽法人違反設立許可之條件時。主管官署得將其許可予以撤銷之謂也。(民法第三四條)許可爲法人成立之要件。撤銷許可。實爲法人解散之原因。故撤銷許

可。與許可同爲對於法人之一種行政處分。其關係極屬重要。必合於民法規定之條件。始得爲之。其未合法定條件而爲撤銷時。其撤銷雖非當然無效。但得由行政程序聲請救濟。使自初不生法人解散之效力。

(二)宣告破產。宣告破產者、法人之財產不能清償債務時。法院因董事之聲請而爲破產之宣告者也。此爲民法第三十五條所明定。法人一經宣告破產。即應停止原有活動。其效力與解散同。蓋法人之資力。全在財產總額。若法人所負之債。已超過其財產總額。仍聽其繼續活動。非第有損第三人之利益。抑且妨礙社會上之安全。故民法設法人破產制度。以資保護。即法人之財產、不能清償債務時。董事應即向法院聲請破產。倘董事因過失不爲破產聲請。致法人之債權人受有損害時。該有過失之董事。應負損害賠償之責任。蓋董事爲法人之代表。其財產狀況。知之最悉。倘明知法人負債過多。不足清償。而竟因過失不爲破產之聲請。致法人之債權人受損害時。則該董事不能不負賠償責任。俾免任意遷延。致債權人之利益。無憑保護也。

(三)宣告解散。宣告解散者。即法人之目的或其行爲。有違反法律、公共秩序、或善良風俗時。法院得因主管官署、檢察官、或利害關係人之請求。將該法人予以解散之宣告者也。
(民法第三六條)此種制度。不問社團法人或財團法人。均可適用。且規定應由法院宣告。蓋法人究竟有無該項情形。應以法院審定爲當也。至宣告解散之管轄及程序。另由非訟事件法規定之。又外國法人在中國所設事務所所有此情形時。法院得撤銷其事務所。此則民法總則施行法第十四條所明定者也。

宣告解散。有專屬於社團者。亦有專屬於財團者。茲分述如次。

甲、專屬於社團者。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。此爲民法第五十八條所明定。蓋社團法人之目的。既無成功之希望時。不能不設救濟方法。俾免利害關係人之利益受損。故民法特予法院以解散之權。但須因利害關係人之聲請行之。

乙、專屬於財團者。因情事變更。致財團之目的不能達到時。主管官署得解散之。此爲

民法第六十五條所明定。蓋財團法人成立之基本要件有二。(一)須有公益事項之目的。(二)須有捐助行為之財產。倘公益事項。發生變故。或捐助資財。難以繼續。則財團之目的。必不能達到。法律為保護社會公益計。不得不明定救濟方法。故凡對於情事變更致目的不能達到之財團。由主管官署斟酌捐助人之意思。得變更原來之目的及其必要之組織。以謀財團之存續。其無存續之可能時。始施以解散之處分。因解散情節較重。必須原定之目的絕對不能達到時。乃能採此最後之手段也。

(四)總會議決。總會為社團法人所獨有。故總會議決之解散。亦惟社團法人適用之。即民法第五十七條規定社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之是也。蓋社團既由社員所組成。當然可由社員總會決議解散。惟解散即喪失法人人格。關係最屬重要。未可以普通決議程序行之。故特定須有社員三分之二以上之可決。始生解散之效力。若僅採第五十二條第一項之決議形式。則法律上不認為有效。因解散為特別重要事項。不能不取嚴重手續也。

(五)社員缺亡。社員缺亡。亦僅爲社團法人解散之原因。惟社員缺少至何種程度。始應解散法人。從來學說及立法例頗不一致。就其重要者言之。約有左之四主義。

(甲)社員減少一人。即須解散法人。此主義日本舊民法採之。

(乙)社員減至所定數時。始能解散法人。此主義我國公司法。定爲無限公司一人。股份有限公司七人。(公司法第四六條一項四款、及第二〇一條四款)德意志民法。定爲二人。(德民法第七三條)日本商法。在無限公司、及兩合公司。則定爲一人。在股份有限公司、則定爲六人。

(丙)須社員全缺。始能解散法人。此主義爲撒克遜、普魯士、日本等民法所採。德意志學者中。亦多主此說。

(丁)社員全數缺亡。亦無須解散法人。此主義荷蘭民法採之。

以上四說中。應以第三說爲允當。蓋社團法人原由社員所組成。既有社員。即可再邀人入社。以資補充。而社員總會。亦可望組成。自不能以社員有缺亡。遂認爲法人解散之原因也。我國民法。關於此點。雖無明文。當應解爲社員全缺。始能解散法人。

法人之解散。關係第三人之利益甚大。自應履行登記程序。俾衆周知。民法關於此點。亦無規定。殊嫌疏略。只得援據第三十一條之規定。認爲法人解散時。係一種登記事項之變更。如不爲變更登記時。則不得以之對抗第三人。

法人解散後。依經過清算程序之結果。除清償債務外。其賸餘財產。應歸屬何人。不可不有明確之規定。民法關於賸餘財產之歸屬。與德意志瑞士及日本立法例。大致相同。(參照德民法第四五

條、瑞民法第五七條、日民法第七二條)

即以依其章程之規定或總會之決議爲原則。(民法第四四條一項) 惟其章程無明確規

定。又無總會決議時。則以之歸屬於法人住所所在地之地方自治團體。(民法第四四條二項) 此所謂法人住所所在地之地方自治團體。卽法人主事務所所在地之縣、市或省、區也。

又民法第四十四條第二項所規定情形。學說及立法例。尙有左之三方法。

(一)當然歸屬於法人之設立人及其繼承人。此在有經濟上目的之法人。固稱允當。其於無經濟上目的之法人。則殊有未合。蓋公益法人之出資。其設立人之目的。在謀公益之發展。非在餘利之分潤。若以其賸餘財產歸屬於設立人或繼承人。非第有背設立人之初衷。勢

必誘起設立人或繼承人之利慾。促法人之解散。使個人之私圖。其影響社會利益。良匪淺渺。

(二)收歸國庫。此在自然人無相當繼承人時。雖屬可採。若在法人。則未必然。蓋公益法人。類為謀地方公益而設。以地方公益之資產。遽行收歸國庫。未免有摧殘地方公益之嫌。故亦難認為允當。

(三)供類似該法人目的地方事業之用。公益法人之設立。其目的既在地方公益。自應以歸屬地方自治團體為宜。該法人目的但應仍充類似事業之用。不得恣意處分。

以上三說中。應以第三種方法為適當。我國民法採之。其以法人住所所在地之地方自治團體為限者。以住所為法人主事務所之所在地。可推定為該法人最初之公益目的也。

第二項 清算

清算者、以消滅被解散法人之法律關係為目的之程序也。詳言之。即稽核法人之資產與債務。行使權利。履行義務。而以其賸餘財產交付於權利歸屬者之各種行為之總稱也。故清算於

法人解散後。爲一種必要之手續。卽法人之債權。應如何收回。法人之債務。應如何償付。其賸餘之財產。應如何交付權利歸屬者。非經此清理手續。無從了結解散法人之一切法律關係也。但此項清算。係專指宣告解散之法人言。(民法第 三六條)若係聲請破產之法人。(民法第 三五條)則應適用破產法之規定。而不適用此種清算程序。故學理上謂法人由破產而解散時。因破產而法人之法律關係告終。法人由破產以外之原因而解散時。因清算而法人之法律關係告終。此卽破產與非破產適用法規之異點也。

清算中之重要事件。可大別爲清算人之任免。清算人之職務。清算人之權限。清算之程序。及清算終結之效力五點而說明之。

第一、清算人之任免。法人不能由自己實施清算。故必須設置清算機關。使實施法人之清算事務。是名曰清算人。其對法人之關係。與董事對法人之關係相同。惟因其職權限於清算。故以清算人稱之。俾免與董事相混。所有關於董事各規定。以不抵觸清算目的爲限。清算人得適用之。

清算人之選任。依次之三種情形決之。即（一）章程對於清算人有明白規定。或總會以決議選出清算人時。應從其規定或議決行之。（民法第三七條但書）（二）如無章程規定或總會議決時。則以董事爲清算人。（民法第三七條前段）（三）如無規定或議決。又無可爲清算人之董事時。則法院得因利害關係人之聲請。選任清算人。（民法第三八條）此蓋因董事熟悉內情。以之充任清算人。於處理事務。最屬便利。故定爲原則應由董事充任。惟章程另有規定。或總會另有議決時。自應從之。又依此等方法不能產生清算人時。法律爲保護利害關係人之利益計。特許法院因利益關係人之聲請選任之。

清算人之解任方法。自亦得依章程之規定與總會之決議定之。民法因清算人責任重大。更於第三十九條規定清算人法院認爲有必要時。得解除其任務。此項規定。不僅適用於法院選任之清算人。即對於選任以外之清算人。（學說上一稱法定清算人）亦適用之。蓋清算人責任甚重。自應謹慎將事。恪供厥職。倘有不適於其職務或不忠於其職務之重要事故。法院認爲有解任之必要時。自得依法解除其職務。以免妨害法人及第三人之利益。

第二、清算人之職務。清算人之關係既鉅。其所擔任職務。不可不明白規定。故民法第四十條第一項特定清算人之職務如次。

(一)了結現務。現務係指法人業已舉辦尙未完竣之事務言。清算人須將法人解散前所未終結之一切事務。完全結束。俾資終了。

(二)收取債權。法人之債權。已屆清償期者。可請求債務人如數清償。其未至履行期者。可將附期限或條件之債權。換價計算。如無換價計算之必要時。則應歸併贖餘財產中。

(三)清償債務。法人所負之債務。清算人應從速清償。以免第三人之利益受損。至清償手續。依民法第四十一條。可適用股份有限公司清算之規定。此項清償。亦以已至履行期者爲限。其履行期專爲法人之利益而設者。則得拋棄之而預行清償。

(四)移交贖餘財產於應得者。此即專指法人之債權債務兩相抵銷。尙有贖餘之財產言。此項財產之歸屬方法。依民法第四十四條之規定行之。即第一、章程如已規定贖餘財產應

歸屬之人。或雖未明定其人而已訂明指定其人之方法者。則從其規定。第二、章程雖無規定。而在社團法人總會已有決議者。其財產之歸屬。應從其決議。第三、章程既無規定。總會又無決議時。其贖餘財產。應歸屬於法人住所所在地之自治團體。蓋贖餘財產之歸屬。務宜適合法人設立之本旨。若法人之本身已自有歸屬之人時。固當從其意思。否則。歸之地方自治團體。供一般公共類似事業之用。比較上尙與公益法人之本旨相符。

第三、清算人之權限。關於清算人之權限。民法雖無明文規定。但依第四十一條。可適用公司法第二百零七條之規定行之。即清算人於執行清算事務之範圍內。除法律另有規定外。其權利義務。與董事同。是清算人就清算事務。有代表法人之權。其因執行職務加損害於他人時。清算人應與法人負連帶賠償之責任。又清算人因完成其職務故。更有爲必要一切行爲之權。如關於償還法人債務之必要限度。得價換法人之財產。又於交付贖餘財產於歸屬權利者數人之必要限度。得價換法人財產是也。

第四、清算之程序。清算甚關重要。手續亦極複雜。故民法自第三十七條至第四十四條。均爲關於清算之規定。但僅屬清算之大綱。而未詳清算之細目。因此項細目之規定。屬諸特別法之範圍。公司法股份有限公司清算節中既明白規定。凡民法所未及規定者。均得適用之。(民法第(四)一條)即公司法第二百零五條至第二百十四條所規定是也。

第五、清算終結之效力。清算終結。即指清算人終了法人之現務。收取債權。償還債務。及移交賸餘財產於應得者而言。此等事務終了時。清算之職務即行告終。而法人之人格。遂完全消滅。與自然人之死亡相同。此可依民法第四十條第二項之規定而爲當然之解釋也。

第二節 社團法人

社團法人係由自然人之集合而成。從其目的言之。有公益社團與營利社團之別。其詳已於法人之種類中述之。(見本章第一節第三款)茲僅就社團設立之要件分述如次。

第一、共通要件。即公益社團及營利社團共同設立之要件也。計別爲三。

(甲)須有設立人。社團法人既爲自然人之集合體。故必須有設立人二人以上。始得設立。德民法第五十六條對登記後之社團。須有七人以上。日本商法則對股份有限公司。定爲須有七人以上。羅馬法則須有三人以上。我國公司法對於無限公司。定爲須有二人以上。股份有限公司須有七人以上。(公司法第一二條、及第八七條)民法關於社團法人究須若干。雖無明文。然從社團之性質解釋。自應以二人以上爲要件。若僅屬一人。在英國雖有單獨法人之稱。我國民法則殊難認許爲自然人集合之社團也。又設立人不必爲自然人。即法人亦得爲之。設立人於法人成立後。通常爲該法人之社員。但不爲社員亦可。蓋設立人是否當然爲社員。乃屬於社員資格問題。應依章程定之。

(乙)須訂立章程。訂立章程。亦爲設立社團法人之要件。故民法第四十七條定有明文。章程者、規定法人內部之組織及其他重要事項之準則也。訂定章程。須以文字表示設立社團法人之合意。應將法定要項。分款訂明。故訂定章程。爲社團法人之設立行爲。須

以書面爲之。若僅用口頭將設立必要各事項訂妥。只爲設立社團之準備行爲。不得謂之訂定章程也。

章程具有定款。卽所謂應記載之事項也。定款可分爲必要事項與任意事項二種。前者爲法律規定事項。乃必要不可缺之事項。後者係隨意添注事項。而一任設立人之隨意注載者也。必要事件。各國立法例。頗有不同。我國民法則定爲左列六項。(民法第

(一)目的。設立社團。必有一定目的。其目的專屬公益。抑專屬營利。均須於章程中特別注明。

(二)名稱。名稱係表異於他人之稱謂。爲人格權之一。法人既具有人格。故不可不定專有之名號以謀法律上之保護。

(三)董事之任免。董事對外代表法人。對內則爲執行法人業務之常設機關。故董事之良否。與法人之關係甚鉅。其選任及黜免方法。不可不於章程中明白規定。但此可細別爲二。

(1) 董事之選任。董事有由社員中選任者。有自社員外選任者。前者以法人之組員爲限。後者乃選有名望之第三者充之。而不限於組合該法人之社員。其選任之內容。均須於章程中訂定。俾社一切爭議。

(2) 董事之黜免。董事既爲法人之代表。若其違反忠實之義務時。不可不有罷免之權。否則。必蒙重大之損害。至黜免方法。有由總會議決者。有出於本人之自行辭職者。其詳細方法。均須於章程中訂定之。

(四) 總會召集之條件程序及其決議證明之方法。總會爲社團法人之最高意思機關。依民法第五十條之規定。有變更章程、任免董事、監督執行、及開除社員之特權。其召集之條件及程序等。必須訂定，但不得與民法第五十一條之規定相抵觸。又總會議決證明之方法。如表決票之保存。或議事錄之製作等。均須於章程中訂明。俾免爭議。

(五) 社員之出資。社團爲自然人之集合體。其組成員必有二人以上。是爲社員。社員

出資之多寡。不必一律。其出資之方法。與社團之財產狀況。極有關係。故必須規定於章程中。又資產本非社團之要質。然絕無資產。亦無由達組設之目的。且爲杜社員間之爭議計。卽有不必出資時。亦不可不於章程中訂定之。

(六)社員資格之取得與喪失。社員既爲社團法人之基本組織。其資格之如何取得。與因何喪失。所關極鉅。自應於章程中詳細訂定。以資遵守。

以上六款。爲必須記載事項。苟缺其一。其章程卽無法律上之效力。至隨意事項。則一任組合當時之附註。而無法律上之強制。惟一經訂入。卽爲章程之一部。嗣後如須變更。須依變更章程之程序行之。

(丙)須經登記。法人非經向主管官署登記。不得成立。此爲民法第三十條所明定。故設立社團。其應登記之事項。依民法第四十八條第一項之規定。卽(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。以上九款。爲社團設立時應登記之事項。至登記之手續。則由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。并應附具章程備案。

(民法第四
八條二項)

蓋社團因登記而成立。爲保護第三人利益計。不可不有詳細之規定也。

第二、各別要件。即公益社團或營利社團各別應具之要件也。分述如次。

(一)公益社團設立之要件。以公益爲目的之社團。即凡以政治、宗教、學術、社交、及其他非經濟上目的之社團均屬之。此種社團法人之設立。在實行登記前。須先得主管官署之許可。即兼採登記及許可兩主義也。蓋該項社團。既以公益爲目的。必其設立之宗旨與內容完全符合。方免冒濫而期實效。否則。假公益之名。行漁利之實。其貽害於社會者甚大。故民法第四十六條特定以公益爲目的之社團。其於登記以前。須經主管官署之許可。蓋爲杜冒濫全公益而設也。

(二)營利社團設立之要件。以營利爲目的之社團。其取得法人資格。依特別法之規定。此爲民法第四十五條所明定。即所謂準則主義。無須主管官署之許可而可逕行請求登記

也。如準據公司法組織之公司。須在本店所在地之主管官署登記。始行成立。卽其例也。若準據學校組織法組成之學校。其設立登記前。更須得主管官署之許可。則爲準據主義兼許可主義。屬於公益社團設立之要件。而非營利社團之要件。是又兩者設立手續上之異點也。

以上爲社團設立之要件。至設立行爲之性質。與普通契約不同。法人之設立行爲。卽訂定章程。乃以二人以上設立人之合意爲要素之法律行爲也。此種行爲。可稱爲合同行爲。一曰共同行爲。蓋契約之成立。雖亦基於合意。但各當事人之目的。彼此不同。從而對各當事人所生之法律效果。亦各有異。如買賣契約。一方在取得貨物。一方在受領代價。兩方之目的有別。而所生之效果不同。其他各種契約。靡不如是。至有同一目的之各當事人。因意思之一致而生同樣之法律效果者。則惟社團法人之設立行爲爲然。故學者稱之曰合同行爲。以示與普通契約有別。

社團法人設立以前。發起人間。恆先成立一種創設法人之契約。此發起人團體。學者稱爲發

起人合夥。此發起人合夥。乃爲設立行爲之準備行爲。即相約設立法人之預備契約也。

又社團法人之最高機關爲總會。構成總會之主要分子爲社員。故社員與總會。皆爲社團法人獨具之必要機關。民法規定極詳。(參照民法第四七條至第五八條)因於本章第一節第五款第三項。(即法人之組織中)

分別述及。故不重敘。

第三節 財團法人

財團法人。係因使用於特定目的由財產上之集合而成立之法人。其性質不在計較財產上之利益。即不以營利爲目的而專以公益爲目的。故屬於公益法人。細別之又有公共目的、與私益目的之二種。前者如學校醫院屬之。後者如親族救濟會屬之。然均非經濟爲目的。非如社團中之營利法人專以營利爲目的者然。故社團有公益法人與營利法人之別。財團則純屬公益法人而非營利法人。又社團之組織。以自然人爲基礎。故有社員。且有社員總會。財團之組織。以財產爲基礎。故無社員。且無社員總會。此財團與社團之異點也。茲就關於財團之設立

、捐助行爲、及捐助章程之變更及補充各要點。分述如次。

第一款 財團之設立

財團法人設立之要件。約有次之四種。

第一、須有設立人。財團法人雖以財產爲基礎。但不可無設立人。惟此項設立人。不必爲二人以上。卽一人單獨設立亦可。

第二、須有捐助行爲。設立財團。應訂立捐助章程。卽應以文字將捐助財產之目的及設立財團之意思明白規定者也。惟用遺囑設立財團法人時。則須按遺囑方式辦理。如遺囑可以口頭生效者。則無須訂立章程。此爲民法第六十條第一項所明定。蓋設立財團。最重信憑。故以訂立章程爲原則。惟事實上常有以遺囑設立財團者。遺囑又類多以口授出之。此際只問遺囑是否與法定方式相符。不必以捐助章程之訂否爲標準也。

捐助章程。既爲財團設立之要件。(除遺囑捐助外)則關於此項章程之必要記載事項。亦不可不有

明確之規定。即（一）財團之設立。既有特定之目的。則關於設立法人目的。自應於捐助章程中訂明。（二）自然人既不求報償捐助資財以供公益法人之用。則其財產之捐額。亦不能不於捐助章程中詳細載明。以昭核實。故民法第六十條第二項特定法人目的及所捐財產。均應於捐助章程中訂明。

財團既由捐助行為而設立。自應以設立人之意思為意思。故其組織之內容及財產之管理方法。均應由捐助入於捐助章程中詳細規定。以免爭議而昭信守。此為一定之原則。惟該捐助章程所定。其組織有不完全。或重要之管理方法有不具備時。法院得因利害關係人之聲請。予以必要之處分。免致妨礙利害關係人之權利。蓋法人具有人格。組織不良。固無裨於社會之公益。管理不善。亦難期業務之進行。均不能不由法院予以必要之處分。以補充捐助章程之缺陷。此民法第六十二條設立之本旨也。

董事為財團之代表。其行為是否適當。與財團極有關係。蓋適當之行為。雖當然有法律上之效力。若其行為顯有違反捐助章程之規定時。則法院得因利害關係人之聲請。宣告其行

爲爲無效。此爲民法第六十四條所明定。蓋一方在防止董事之越軌行動。他方則維持財團之特定目的。兼以保護利害關係人之相互利益也。

第三、須經許可。財團法人之設立。於實行登記前。須得主管官署之許可。此爲民法第五十九條所明定。其所採主義。與第四十六條以公益爲目的之社團同。蓋同係公益法人。不能不採同等之限制。以杜冒濫而重公益也。

第四、須經登記。法人非經向主管官署登記。不得成立。此爲民法第三十條所明定。財團既係法人之一。當然於許可後。更須聲請登記。實爲一定不易之原則。至財團設立時應登記之事項。爲（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。（民法第六一條第一項）以上八款。與社團應登記事項。大致相同。（參照民法第四八條）惟社團列有出資方法。而財團無之。因財團係由捐助行爲而成。其所捐財產。已由捐助章程中訂明。（參照民法第六〇條二項）無庸重行列入也。

至財團之登記手續。由董事向主事務所及分事務所所在地之主管官署呈請登記。並應附具捐助章程備案。（民法第六一條二項）亦與社團之登記手續相同。（參照民法第四八條二項）蓋無論社團財團。均與社會之利益有關。不可不有一致之規定也。

第二款 捐助行爲

捐助行爲。爲財團設立之基本要件。茲分捐助行爲之性質、捐助行爲之撤銷、及捐助財產之歸屬時期、三點而說明之。

第一、捐助行爲之性質。捐助行爲者。乃捐出資產以設立財團爲目的之單獨行爲也。詳言之。卽自然人因達特定之目的。不求報償而捐助其財產。使繼續完成其目的而爲片面之法律行爲也。此種行爲。無須二人以上交換意思表示。故非契約。又不須二人以上意思之合。故非合同行爲。只憑設立人一方指定目的捐助財產。一方爲設立財團之表示。卽爲完成。故爲無相對人之單獨行爲。卽不以對他人表示爲要件也。雖設立財團須得主管官署之

許可。但此係將已成之捐助行爲呈報官署。並非對官署爲意思表示也。故設立人訂立捐助章程後。尙未向官署請求許可。卽行死亡或喪失能力時。其捐助行爲。仍非無效。可由其繼承人或法定代理人據此既成之捐助行爲呈請許可。

捐助行爲是否以捐助財產爲要素。學者間之議論。頗不相同。少數學者謂設立財團法人。無須捐出財產。其財產並無須現時存在。多數學者則或以捐出一定財產與確定一定目的。爲設立財團行爲之成立要件。民法係從後說。故規定捐助章程。應訂明法人目的。及所捐財產。(民法第六〇條二項)卽凡未將法人目的及所捐財產依法定方式表明。則不能認爲財團法人之成立也。但所捐財產。不必以物權性質之財產爲限。卽債權性質之財產亦可。故不必現實將所捐財產提出。卽單以意思表示表明於將來一定時期提出一定財物亦可。此時如設立人於法人設立後。尙未將財產提出。則對於法人應負出資之義務。董事可根據捐助章程請求出資。又所捐財產之種類。亦不加限制。不動產、動產、或其他財產均可。又捐助行爲。僅限於在社團成立前爲之。若成立後之捐助。則爲贈與或遺贈。不能謂之爲捐助行爲也。

法人成立前之募捐與應募。在法律上性質如何。則應就具體情形決之。未可一概論也。

捐助行爲。有出於生前之處分者。有出於彌留之遺囑者。前者須依捐助章程訂定之。後者須依遺囑之方式爲之。故均爲要式行爲。又捐助行爲。係無相對人之單獨行爲。即於設立人有數人且相互間另定有契約者亦然。其與社團之異點。即社團之設立人。必須二人以上。而財產之設立人。則類僅爲一人。故社團之設立行爲。爲共同行爲。而財團之設立行爲。屬單獨行爲。又捐助行爲與章程。我國舊民律草案。顯有區別。所稱規條。即爲財團之章程。現行民法係仿德意志、日本、瑞士等民法。將捐助行爲與章程定爲一事。捐助行爲。即應以章程或遺囑爲之。(民法第六〇條一項)同時並應將財團之組織及其管理方法。均於捐助章程中訂明。(民法第六二條前段)故捐助行爲。兼具有法人規則之性質。

第二、捐助行爲之撤銷。捐助行爲。可否撤銷。各國立法例頗不相同。茲分述如次。

(一)設立人。捐助行爲。苟具有法定撤銷之原因。不問其已否在許可設立之後。設立人自得撤銷其捐助行爲。惟是否能由設立人自由撤銷。日德民法。頗有不同。日本民法係

以捐助行為準用贈與之規定。故凡未立書件者。得由設立人撤銷。其立有書件者。則不得撤銷。(日民法第四一條、第五〇條)德意志民法定為未經許可設立前、得撤銷之。其在已請求許可設立之後。則須向該許可官署聲明。若已經許可設立時。則不得撤銷。(德民法第八一條二項)我國民法。關於此點。未設明文。就理論言。法人未成立以前。法律上既未賦予權利能力。則設立人自有中止設立之自由。故應從德國民法之解釋。設立人得撤回之。

(二)繼承人。設立人之繼承人。對於捐助行為。可否撤銷。各國立法例亦不一致。瑞士民法則以明文許其得以撤銷。(瑞民法第八二條)日本民法因適用遺囑之規定。在遺囑未生效力前。雖可撤銷。若遺囑已生效力後。則不得撤銷。(日民法第四一條二項)德意志民法則定為在聲請允許或為其他之公示後。不得撤銷。(德民法第八三條)我國民法對此亦無明文。自現行繼承法例言之。其行為有妨礙繼承權者。不問已否許可。應解為得請求撤銷。

(三)債權人。捐助行為之撤銷。瑞士民法認債權人亦得為之。(瑞民法第八二條)我國民法對此亦無明文。惟合於債權人之撤銷權者。應解為得撤銷之。(參照民法第二四四條一項)

第三、捐助財產之歸屬時期。捐助人所捐之財產。以何時始歸屬於法人。各國立法例。約有左之二主義。

(一)物權主義。此主義爲日本民法所取。即財產經捐助之後。於法人設立許可時。當然歸屬於法人。(日民法第
四二條)

(二)債權主義。此主義爲德意志民法所取。即原則上財產經捐助之後。仍屬設立人或其繼承人所有。不過法人設立後。得向設立人或其繼承人請求移轉。(德民法第八二
條第八四條)我國民法對此雖乏明文。但依照舊民律草案第一百五十條、第一百五十一條、及第一百五十四條各規定。大致可與德國民法爲同一解釋。茲分述如次。

(甲)設立人生前捐助財產。於許可設立時尙生存者。設立人應即移轉所捐財產於法人。此爲原則。但凡僅以意思表示即得移轉之權利。於許可設立時。即直接歸屬於法人。無須更行請求移轉。

(乙)設立人生前捐助財產。未經許可設立即已死亡者。依德國民法及我國舊民律草案之

規定。視為自設立人死亡時起。卽已歸屬於法人。此爲例外辦法。現行民法未設明文。應解爲仍依原則。除已歸屬於法人者外。仍應由法人請求移轉。

(丙)設立人以遺囑捐助財產者。設立人之繼承人或執行遺囑人。應於許可設立時。移轉所捐財產於法人。法人對於繼承人、或執行遺囑人。亦有此項請求權。

第三款 章程之變更及補充

財團之設立。基於捐助行爲。此種行爲。一方在捐助財產。一方在訂立章程。故民法上稱曰捐助章程。捐助章程中。應訂明法人目的及所捐財產。更須規定財團之組織及其管理方法。(民法第六〇條二項及第六二條前段)其效力甚爲顯著。惟此項章程所訂定財團之組織及目的等。究竟能否加以變更或補充。應分別說明如次。

第一、章程之變更。捐助章程已訂定之組織及目的。能否加以變更。應分捐助入與國家機關說明之。

(一)捐助人。財團之性質。與社團不同。社團之設立人爲社員。關於其目的或組織。可由社員總會決議變更之。財團之設立人爲捐助人。自財團成立後。卽脫離關係。故對於財團之目的或組織。理論上應無變更之權。如事實上認爲必要時。只能依民法第六十三條之規定。聲請法院變更之。

(二)國家機關。國家機關是否有變更財團法人捐助章程之權。學說上頗不一致。日本學者解釋彼國民法。主張不能變更。德意志民法則規定可以變更。(德民法第八七條)我國民法係仿德國立法例。故以明文規定之。(民法第六三條)但須具左列各要件。

(甲)變更組織之要件。細別有三。(1)須因維持財團之目的或保存其財產。(2)須由法院爲之。(3)須因董事或利害關係人之聲請。

(乙)變更目的之要件。細別有三。(1)須因事情變更致財團之目的不能達到時。(2)須由主管官署爲之。(3)須斟酌捐助人之意思。

第二、章程之補充。財團法人之組織及其管理方法。應由捐助人以捐助章程定之。此爲財

團設立之原則。但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。爲必要之處分。(民法第六二條)必要之處分云者。卽於必要限度。代爲補訂。或指定關係人代爲規定之謂也。此蓋以財團無意思機關。與社團之有社員總會者不同。故於其章程有未盡事宜時。不可不有補充之方法也。惟此僅就訂有捐助章程言。若以遺囑捐助時。對於法人之組織及管理方法。毫無訂定。究應如何辦理。民法未設明文。事實上無疑問。以著者之主張。民法既未責令捐助人以遺囑訂明法人之組織及管理方法。則此際縱無規定。自不得謂其遺囑爲無效。特此等規定若毫不存在。財團法人之目的。殊無由達到。故應採類推解釋。準用民法第六十二條第二項關於捐助章程之規定。由利害關係人請求法院爲必要之補充。以爲財團法人活動之準則。此外捐助章程得任意添附各事項。惟以不違背民法之規定爲限。否則。其添附爲無效。

第四節 外國法人

法人與自然人同爲權利之主體。自然人因國際之不同。有本國人與外國人之別。法人亦然。茲就外國法人之意義。外國法人之認許。外國法人之權利能力。及未經認許之外國法人四點。分別說明如次。

第一、外國法人之意義。外國法人與本國法人區別之標準。學說上之主張不同。有以法人之住所地爲區別之標準者。有以法人之設立人或社員之國籍爲區別之標準者。有以法人設立行爲之完成地爲區別之標準者。有以法人設立時所依據之法律爲區別之標準者。著者係採最後之主張。卽外國法人者、係依外國法律成立之法人也。本國法人者。係依本國法律成立之法人也。就我國言。凡依據中國法律成立之法人。是爲中國法人。反之。凡依據外國法律成立之法人。則爲外國法人。蓋社團財團所以獲得權利能力。係基於法律之賦與。各國法律對社團財團賦與權利能力。均須具有一定條件。其非具備法定條件者。該國法律不得承認爲法人。故法人依據何國法律成立。卽認爲何國法人。此種標準。甚屬正確。至主張以法人住所屬於何國。卽爲何國法人。此在國際私法上雖爲有力之學說。但住所卽主

事務所。主事務所設在本國。僅爲本國法人成立之一要件。不能以此一要件遂決定法人之國籍。且依外國法律成立之法人。在中國設立主事務所者。實例甚多。若以其主事務所所在中國。卽認爲中國法人。是於設立時避免中國法律之監督。成立後則同受中國法律之保護。揆諸情理。詎可謂平。故此說在我國殊無採取之價值。蓋法人非依民法及其他法律之規定。不得成立。業爲民法第二十五條所明定。則凡依外國法律創設之法人。自不能認之爲中國法人。應稱之爲外國法人。必依中國法律創設之法人。始能認之爲中國法人也。惟法人須經登記始能成立。而登記又須向其主事務所或分事務所之主管官署行之。(參照民法第三〇條、第四八條二項、及第六一條二項)故設立法人。最低限度須於中國有分事務所。且須向中國主管官署實行登記。但雖在外國設主事務所。若係依據中國法律設立者。仍可向中國主管官署登記而爲中國法人，故法人是否爲中國法人。抑係外國法人。只能依法律決定。不能依主事務所所在地決之。亦不能依設立人之國籍決之。更不能依設立行爲之完成地決之。設立人雖全爲外國人。或設立行爲之完成地。雖在外國領域。若係依中國法律成立。則皆可認爲中國法人。

反之。雖設立人爲中國人。或設立行爲之完成地雖爲中國領域。若係依外國法律成立。亦當視之爲外國法人也。至其設立之目的。是否爲中國謀利益。則非所問。不過非關中國利益之法人。如爲財團或非以營利爲目的之社團。則中國主管官署可以否認其成立。以公益法人之設立。於登記前須得主管官署之許可也。（民法第四六條及第五九條）

第二、外國法人之認許。國家之法律。其效力僅能及於一國之領域。此爲一定不易之原則。故外國法人。雖由外國法律賦與權利能力。在中國法律上。究非當然亦具有權利能力。欲在中國法律上亦享有權利能力。尙須另經中國之認許。此點乃與外國自然人不同。蓋外國自然人係當然具有權利能力。而外國法人。則非當然具有權利能力也。認許云者。卽承認該外國法人在中國法律上具有法人資格之謂也。該外國法人經認許後。始能認爲權利之主體。其實質仍視爲外國法人。並非因認許遂由外國法人而變爲中國法人也。故中國認許之外國法人。必該法人在外國法律已享有權利能力者始可。若其在外國法律尙未取得法人資格。則中國當然不能認許其爲外國法人也。（參照民法總則施行法第一一條、第一二條）

各國立法例。對於外國法人。類以不認許爲原則。以認許爲例外。蓋各國對於法人之成立。各具有立法理由。在甲國認爲有利者。在乙國則未必有利。故無對外國法人概予承認之必要也。但今日文化進步。國際交通。益趨繁密。爲國際貿易便利計。亦不能不變通辦理。故各國多設例外。對於特種外國法人。與以認許。至其認許之方法及範圍。可分三類。

(一)個別認許主義。卽其認許。須對各個特定外國法人分別爲之。此爲奧大利舊民法所取。

(二)國別特許主義。卽與某特定國約定對某種類之法人相互認許之主義也。此爲法國立法例所取。

(三)一般特許主義。卽限定某種類之外國法人。不問屬於何國。一般予以認許之主義也。德意志、瑞士、英吉利、美國、日本等立法例均採之。

我國對外國法人。除依法律規定外。不認許其成立。爲民法總則施行法第十一條所明定。卽外國法人之應否認許。其認許之種類及方法。均須依法律之規定。故外國法人除依法律規定。取得認許資格外。在中國法律上一概無權利能力也。我現行法律尙無直接認許外國法人之規定。惟民法總則施行法第十三條。規定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（民法總則施行法第一二條）之規定。是無論其爲何種法人，如準照中國同種類之法人。履行其同一成立之程序。則在中國法律上即認許其成立爲外國法人。故外國之公益法人。如經中國主管官署許可及登記。外國之營利法人。如經向中國官署登記。即視爲中國認許之外國法人。此項規定。對外國各種法人。均與以取得認許之機會。並無種類之制限。又其取得認許之方法。全與中國法人之成立相同。並無中外之區別。故從立法精神論。實屬寬大公平。較各國立法例爲優。惟學者間以外國法人之認許。全與中國法人成立相同。是直等於中國法人之設立。並非外國法人之承認。然施行法第十三條之規定。係指既成之外國法人在中國設事務所者言。縱準用中國法人成立程序。究與設立法人完全不同。又有謂外國法人不在中國設立事務所者毫無受認許之途。未免於國際交通有礙。然該外國法人既不_在中國設立事務所。是根本上即無在中國境內十分活動之意思。不予認許。究不能認爲妨害國交也。

依前述規定。受認許之外國法人。如其目的或其行為有違背公共秩序或善良風俗時。法院得將其事務所之許可或登記撤銷之。（民法總則施行法第一四條）即不復認許其爲外國法人也。就此項條文觀察。法院可不待聲請。有自動爲該項撤銷之權。然法院除於訴訟中發見該外國法人有前述情形。得逕予撤銷外。仍有待於檢察官或利害關係人之聲請。蓋法院以不告不理爲原則也。

第三、外國法人之權利能力。外國法人。係依外國法律成立之法人。其權利能力之範圍。自應依該外國法律定之。與同種類之中國法人。不必盡同。若外國法律賦予之權利能力。中國亦悉予承認。將至中國法人之權利能力。與外國法人之權利能力。彼此歧異。待遇上極感不便。故民法總則施行法第十二條。規定凡經認許之外國法人。認爲與同種類之中國法人有同一之權利能力。該外國法規定之範圍如何。在所不問。若中國無確切同種類之法人。其權利能力。應解爲依類似之中國法人定之。

惟中國法人所享有之權利。非外國法人所能盡行享有。其理由恰與外國人不能盡行享有中

國人所有之權利相同。故外國法人僅得於法令限制內。與中國法人有同一之權利能力。若法令特定外國法人不能享有之權利。則外國法人即不能享有之。就現行法令言。其對外國法人特加限制者。爲土地所有權。荒地承墾權。承領荒地造林權各種。(參照外國教會租用土地房屋暫行章程第六

條、國有荒地承墾條例第四條、森林法第一二條二項)

權利與義務相對待。經認許之外國法人。其權利之享有。既與中國法人相同。則其義務之負擔。亦自應與中國法人無異。此固當然之理也。其詳於民法總則施行法第十二條第二項規定之。

第四、未經認許之外國法人。外國法人。須經中國認許。始能取得權利能力。其未經認許者。在中國法律上當然不認其具有人格。即不得爲權利之主體。倘以此種法人名義、與他人爲法律行爲時。其行爲因欠缺一方當事人之要件。當然不能認爲成立。蓋法人尙未具有人格。不能因此享權利、負義務。相對人亦不能對之主張權利、責其履行。理論固應如是也。惟依此辦理。則行爲之相對人。必蒙不測之損害。法律爲保護相對人計。特規定實際

爲此項法律行爲之自然人卽行爲人。就此項法律行爲。與該出名之外國法人。負連帶責任。

○（民法總則施行
法第一五條）卽因法律行爲該外國法人名義上所負義務。或因其不履行所生之損害。

相對人仍得向該法人或該行爲人請求履行或賠償。該法人或行爲人均不得藉口其行爲無效。而拒絕其請求也。此項規定之主旨。純係保護相對人而設。其著眼點在使行爲人負行爲之責。以免相對人憑空受害。並非承認該外國法人爲有人格。承認該法律行爲爲完全成立也。否則。該法人既有人格。則該行爲人又無須連帶負責。而民法總則施行法第十二條所謂經認許之外國法人之規定。直等贅設矣。關於此點。參照德國民法第五十四條。及瑞士債務法第六百二十三條之規定。其義自明。無俟贅敘。

