

大 學 叢 書

中 國 民 法 總 論

上 冊

胡 長 清 著

商 務 印 書 館 發 行

大 學 叢 書

中 國 民 法 總 論

上 冊

大學叢書委員會

委員

丁燮林君 李權時君 胡適君 郭任遠君 傅斯年君
王世杰君 余青松君 胡庶華君 陶孟和君 傅運森君
王雲五君 何炳松君 姜立夫君 陳可忠君 鄒魯君
任鴻雋君 辛樹幟君 翁之龍君 陳裕光君 鄭貞文君
朱經農君 吳經熊君 翁文灝君 曹惠澤君 鄭振鐸君
朱家驊君 吳澤霖君 馬君武君 張伯苓君 劉秉麟君
李四光君 周仁君 馬寅初君 梅貽琦君 黎照寰君
李建勛君 周昌壽君 孫貴定君 程天放君 蔣夢麟君
李奮華君 乘志君 徐誦明君 程演生君 歐元懷君
李奮田君 竺可楨君 唐鉞君 馮友蘭君 顏任光君
顏福慶君
羅家倫君
顧頡剛君

0929.6
809
31

大 學 叢 書
中 國 民 法 總 論

上 冊

胡 長 清 著
中 央 政 治 學 校 教 授



3 1797 4975 3

商 務 印 書 館 發 行

弁言

(一)關於民法著作，大陸諸國及日本多已由教科書的民法書之時代，進於特殊問題研究之時代，我國因民法法典頒行未久，即教科書的民法書，求其內容充實能適合於法典精神者，亦不多見，著者因是不揣陋陋，特就歷年在中央政治學校所授之民法講稿編成此書，以爲研究我國民法法典者之參考。

(二)本書分緒論及本論兩部分，本論之章節款項，大體以民法法典之編制爲主，俾讀者得以瞭然於我國民法法典之體裁及精神。

(三)法律行爲，在民法法典中最重要而最難，苟無澈底了解，則於把握民法全部至感困難，故本書本論部分對於法律行爲一章敘述較詳，至緒論部分，則獨詳於新民法汎論一章，其他各章，因涉及法理學及法學通論，故從簡略。

(四)立法院起草民法法典時，著者曾列席參加，本書之理論方面，即多得之委員會之啓示，本書之資料方面，亦多得之委員會之供給，用誌一言，藉申謝意。

(五)本書援引現行法律各國法例及名家學說，往往參以己意，評其得失，班門弄斧，極知僭妄，第以講學辨疑，例固宜然，初非立異鳴高，好爲便給也，明達君子，尙乞諒之。

(六)民法一科，繁博深遠，難於究詰，民法總則，係全部民法共通適用之通則，尤為難乎其難，本書之一字一句，著者雖均曾加以相當斟酌，第為學力及時間所限，謬誤疏漏，仍所不免，海內閱達，幸教正之。

中國民法總論上冊目次

緒論

第一章 現代民法之趨勢

第一——所有權之限制 第二——契約自由之限制 第三——無過失損害賠償責任之確

立 第四——遺產繼承之限制

一

第二章 民法汎論

第一節 民法之概念

第一——民法之語源 第二——廣義民法及狹義民法 第三——形式民法與實質民法

第二節 民法之性質

第一——民法爲國內法 第二——民法爲私法 第三——民法爲普通法 第四——民法

爲實體法

目次

一

六

六

七

第三節 民法之編制……………九

第一——羅馬式編制法 第二——德國式編制法 第三——羅馬式編制法及德國式編制

法之優劣

第四節 民法之效力……………一〇

第一——關於時之效力 第二——關於人及地之效力

第五節 民法之解釋……………一一

第一——解釋之必要 第二——解釋之方法(一)法律解釋(二)學理解釋 第三——類推

適用

第三章 新民法汎論……………一四

第一節 我國編纂民法之沿革……………一四

第一——有清以前之民法 第二——第一次民法草案 第三——第二次民法草案 第四

——新民法

第二節 新民法與歷次民法草案之比較……………一八

第一——總則編之比較 第二——債編之比較 第三——物權編之比較 第四——親屬

編之比較 第五——繼承編之比較

第三節 新民法與民商兩法之合一……………二二五

第一——民商法合一之經過 第二——民商法合一之理論 第三——民商法合一之實際

第四節 新民法與習慣……………二二九

第一——習慣與習慣法 第二——習慣之成立要件 第三——習慣之效力

第五節 新民法與法理……………三三二

第一——法理之意義 第二——法理與自由法說 第三——法理之效力

第六節 新民法與判例……………三四

第一——英美法與判例 第二——判例法之得失 第三——新民法與判例

第四章 私權汎論……………二三八

第一節 私權之本質……………三三八

第一——權利之本質 第二——權利之意義 第三——公權與私權

第二節 私權之分類……………四一

第一——人身權與財產權 第二——支配權請求權及形成權 第三——絕對權及相對權

第四——主權利及從權利

第三節 民法與私權.....四四

第一——法律之本位 第二——民法與私權 第三——民法總則與私權

本論

第一章 法例.....四九

第一——概說 第二——民事法則適用之順序 第三——法律行為之方式 第四——確定數量之標準(一)以文字為標準(二)以最低額為標準

第二章 人.....五六

第一節 概說.....五六

第一——私權主體與人 第二——各國立法例

第二節 自然人.....五七

第一款 概說.....五七

第二款 權利能力.....五八

第一項 概說	五八
第一——權利能力之性質	二一
第二——權利能力之範圍	二一
第二項 權利能力之始終	五九
第一——始於出生(一)須胎兒與母體完全分離(二)須胎兒與母體完全分離後尙係生存	五九
第二——終於死亡	六二
第三項 胎兒之權利能力	六二
第一——胎兒及其保護之必要	二一
第二——胎兒權利能力範圍	三三
第三——胎兒權利能力之性質	三三
第四項 外國人之權利能力	六四
第一——外國人之意義	二一
第二——外國人之權利能力(一)沿革(二)平等主義之限制(三)我民法施行法上之規定	二二
第三款 死亡宣告	六七
第一項 概說	六七
第二——立法理由	二一
第二——各國立法例	二一

第二項 死亡宣告之要件……………六九

第一——實質要件(一)須爲失蹤人(二)須經過一定期間(甲)普通期間(乙)特別期

間 第二——形式要件(一)須因利害關係人之聲請(二)須由法院爲死亡之宣告

第三項 死亡宣告之效力……………七二

第一——認定爲死亡之形式 第二——認定爲死亡之時期 第三——效力之範圍(一)橫

斷的效力之範圍(二)縱斷的效力之範圍 第四——同時死亡之推定

第四項 未宣告死亡前財產之管理……………七六

第四款 行爲能力……………七七

第一項 概說……………七七

第一——行爲能力之概念 第二——行爲能力與權利能力 第三——行爲能力與意思能

力 第四——行爲能力之態樣

第二項 有行爲能力人……………七九

第一——概說 第二——成年之時期 第三——未成年制度之緩衝

第三項 無行爲能力人……………八一

第一目 概說	八一
第二目 未滿七歲之未成年人	八二
第三目 禁治產人	八三
第一——概說(一)立法理由(二)各國立法例	
第二——禁治產宣告之要件(一)實質要件	
(甲)須爲心神喪失人或精神耗弱人(乙)須至不能處理自己事務之程度(二)形式要件(甲)	
須因一定之人之聲請(乙)須由法院爲禁治產之宣告	
第三——禁治產宣告之效力(一)爲	
行爲能力人(二)設置監護人	
第四——禁治產宣告之撤銷	
第四項 限制行爲能力人	八九
第五款 人格之保護	九〇
第一——各國立法例	
第二——能力之保護	
第三——人格權之保護(一)抽象規定(二)	
具體規定(甲)自由權之保護(乙)姓名權之保護	
第六款 住所	九三
第一項 概說	九三
第一——住所之意義	
第二——住所與本籍居所現在地及營業所之區別	
第三——住所	

在法律上之效果

第二項 任意住所.....九五

第一——任意住所之設定(一)設定住所之自由(二)設定住所之單一(三)設定住所之要件

(四)設定住所之性質 第二——任意住所之廢止

第三項 法定住所.....九八

第四項 居所視為住所.....九九

第一——概說 第二——居所視為住所之情事(一)住所無可考者(二)在中國無住所者

(三)因特定行為選定居所者 第三——居所之效力

第三節 法人.....一〇一

第一款 通則.....一〇二

第一項 概說.....一〇二

第一——各國立法例 第二——法人制度之必要 第三——法律對於法人之態度

第二項 法人之本質.....一〇五

第一——法人擬制說 第二——法人否認說(一)無主財產說(二)受益人主體說(三)管理

人主體說 第三——法人實在說(一)有機體說(二)組織體說

第三項 法人之分類.....一〇八

第一——公法人與私法人 第二——社團與財團 第三——營利社團與公益社團

第四項 法人之設立.....一一二

第一——自由設立之禁止 第二——設立之許可 第三——設立之登記

第五項 法人之能力.....一一四

第一目 概說.....一一四

第二目 權利能力.....一一五

第一——權利能力之始終 第二——權利能力之範圍(一)法令上之限制(二)性質上之限制

制

第三目 行爲能力.....一一七

第一——法人有無行爲能力 第二——法人之行爲由何人爲之乎 第三——機關以何種

方式爲其行爲乎

第四目 侵權行爲能力.....一一九

第一——法人有無侵權行為能力 第二——侵權行為之要件（一）須為法人機關之行為

（二）須為執行職務之行為 第三——連帶責任

第六項 法人之機關..... 一一二

第一目 概說..... 一一三

第二目 董事..... 一一三

第一——董事之性質 第二——董事之人數資格及任免（一）董事之人數（二）董事之資格

（三）董事之任免（甲）任免董事之方法（乙）任行為之性質 第三——董事之職權（一）對

外代表法人（甲）代表之意義（乙）對於董事代表權之限制（二）對內執行事務（甲）聲請登記

（乙）編造財產目錄及社員名簿（丙）聲請破產

第七項 法人之住所..... 一二七

第八項 法人之監督..... 一二八

第一——監督之機關 第二——監督之方法 第三——不服監督之制裁

第九項 法人之解散..... 一二九

第一——概說 第二——解散之事由（一）撤銷許可（二）宣告破產（三）宣告解散 第三

——清算(一)概說(二)清算人之種類及其任免(甲)法定清算人(乙)選任清算人(丙)指定清算人(三)清算人之職務(甲)了結現務(乙)收取債權(丙)清償債務(丁)移交賸餘財產於應得者(四)清算之程序 第四——賸餘財產之歸屬(一)依其章程之規定或總會之決議(二)屬於法人住所所在地之地方自治團體

第二款 社團

第一項 社團之設立

第一——社團之設立人 第二——社團章程之訂定(一)訂定章程之性質(二)章程記載之事項(甲)必要事項(乙)任意事項 第三——社團之登記(一)社團設立之登記(二)社團設立後之登記

第二項 社團之社員

第一——社員之資格(一)社員資格之取得(二)社員資格之喪失(甲)退社(乙)開除(丙)社員已退社或開除時之權義關係(三)社員資格之專屬 第二——社員之權義(一)社員之權利(二)社員之義務(三)社員權之性質

第三項 社團之總會

- 第一——總會之性質 第二——總會之種類(一)定期總會(二)臨時總會 第三——總會之權限(一)變更章程(二)任免董事(三)監督董事職務之執行(四)開除社員但以有正當理由時爲限 第四——總會之召集 第五——總會之決議(一)表決權(二)決議之方法(甲)通常決議(乙)特別決議(三)決議之無效
- 第四項 社團之解散.....一五四
- (一)總會決議之解散(二)社團事務無從依章程進行之解散
- 第三款 財團.....一五六
- 第一項 財團之設立.....一五六
- 第一——財團之設立人 第二——財團章程之訂立(一)設立財團以訂立章程爲必要乎(二)章程記載之事項(甲)必要事項(乙)任意事項(三)章程之補充 第三——財團之登記(一)財團設立之登記(二)財團設立後之登記
- 第二項 捐助行爲.....一六〇
- 第一——捐助行爲之性質 第二——捐助行爲以捐出財產爲必要乎 第三——捐助行爲之撤銷 第四——捐助財產之歸屬

第三項 財團之變更·····	一六三
(一)財團組織之變更(二)財團目的之變更	
第四項 董事行爲無效之宣告·····	一六四
第四款 外國法人·····	一六四
第一——外國法人之意義 第二——我民法施行法上之規定(一)外國法人之認許(二)外國法人之權利能力(三)外國法人之設立及撤銷(四)未經認許之外國法人	

中國民法總論

緒論

第一章 現代民法之趨勢

第一 所有權之限制

所有權自羅馬法以來，即爲自由無限制之觀念所支配。日耳曼法之所有權觀念，雖帶有團體的色彩，然因繼受羅馬法之結果，固有優點，亦漸次消滅。十八世紀個人主義勃興，所有權自由無限制之說，大受歡迎。一七八九年法國人權宣言，乃有所謂「所有權神聖不可侵犯」之規定。彼十八世紀有名之拿破崙民法法典（一八〇三年公布一八〇四年施行），即脫胎於此。然因所有權之絕對自由，一面促進資本主義經濟組織之發達，一面即釀成有產階級與無產階級之鬭爭。十九世紀之德國民法（一八九六年公布一九〇〇年施行），爲救弊補偏起見，爰

於第二二六條規定：「權利之行使，不得專以損害他人爲目的。」二十世紀初葉之瑞士民法（一九〇七年公布，一九一二年施行）亦於其第二條規定曰：「行使自己之權利……須以誠實及信用爲之。」「權利之顯然濫用，不得受法律之保護。」所有權遂由絕對自由之時期，進於相對自由之時期。然僅此所有權之外部的限制，仍不足以補救所有權自由無限制之流弊，及一九一九年德國新憲法頒行，始於其第一五三條第三項規定：「所有權包含義務，於其行使，應同時顧及公共之利益。」一九二三年一月一日施行之蘇俄民法，亦於第一條明定：「私權，以不違反社會的經濟的目的，而行使者爲限，受法律上之保護。」所有權遂由相對自由之時期，漸進於不自由之時期。所有權之在今日，既喪失其「所有權人之權利」的性質，則將來之趨勢如何，可想見矣。至限制所有權之具體方法，要而言之，則有二端。其一，所有權客體之限制。即所謂法律的不融通物之增加，如合作組織之發達，大規模工商業之公營，以及公用物無主物之公有是。其二，所有權效力之限制。所有權之不能濫用固矣，對於其效力尙有若干之限制，如各國民法關於相鄰關係之規定，其著例也。

第二 契約自由之限制

因產業發達之結果，個人財富之大部分，建築於約束的形式之下。換言之，即依他人履行約束之結果，實現其一己之利益，藉以形成個人財富之大部分。促進此種趨向者，固爲個人主義之勃興，然同時因社會分業之結果，而其效益著。故自法國民法頒行以來，契約自由（Freedom of contract），遂成爲十九世紀各國民法之骨幹。通常所

謂契約自由，其含義有二：（一）爲意思之自由，即吾人之意思，有無上之價值，無論何種拘束，苟由吾人之自由意思所選擇，不問其實質如何，皆屬有效。（二）爲形式之自由，曩昔無論何種契約，皆須履行法定之方式，今則祇以實質上有合意之事實爲已足，不以履行一定方式爲必要。雖然，所謂契約之自由，須視雙方當事人實力均衡與否以爲斷，否則契約自由云者，純爲經濟支配階級之自由，多數經濟上之弱者，惟供其壟斷犧牲而已。徵之事實，即屬如是。故自二十世紀以還，遂有限制契約自由之傾向。撮其大要，約有二端：其一，由個人契約，進於集合契約。蓋各個勞動者，能力薄弱，不足以對抗挾有雄厚物力之資本案，於是，由個人契約，進於集合契約，以爲改進勞動條件之保障。着此先鞭者，厥爲一九一一年瑞士債務法關於集合勞動契約之規定。他如一九一八年之德國，一九一九年之法國，一九二二年之蘇俄，一九二六年之意大利，皆以特別法令規定之。其二，契約內容之限制。契約之成立，固以當事人之合意爲必要，然如內容爲不合法，亦足影響於社會之健全。故近世各國民法，爲矯正契約自由之弊害起見，多設不得違反強行法規及公序良俗之限制。舉其著者言之，例如德國民法第一三四條規定：「違反法律上禁止規定之法律行爲，於法律無特別規定時，無效。」同法第一三八條第一項規定：「違反善良風俗之法律行爲，無效。」瑞士債務法第二條第一項規定：「以不能或不法或違反善良風俗爲內容之契約，無效。」是即此，可知契約自由之運命矣。

第三 無過失損害賠償責任之確立

無過失不負損害賠償責任，爲羅馬法上最大之原則。此主義傳入德國普通法，愈見其適用之擴張。近世各國法律，亦多受此原則之支配。夫自通常狀態言之，爲維持社會之安寧幸福，關於侵權行爲之損害賠償責任，固以採用過失責任主義爲已足。但自十九世紀以來，因工商業之發達，大企業之勃興，新交通機關之昌明，縱令企業者已爲相當之注意，對於職工及第三人所生之危險，不但不能減免，且有逐漸增加之傾向。如因無過失，即不負損害賠償之責，則此無辜之職工及第三人，勢將橫罹慘禍，無從補償。衡諸事理，夫豈云當。於是一般學者，創爲無過失損害賠償責任之說，以濟其窮。顧負責之根據如何，則學說紛紜，尙未一致。有謂在企業性質上，應由企業者負擔利益及損害者。有謂因證明有無過失甚爲困難，故縱無過失亦應負責者。有謂在獨占的大企業，已將必要的賠償額算入經費之一部者。余則以爲應分別情形以爲決定，殊難一概而論。雖然，所謂無過失損害賠償責任，究不過學說上之主張，其以此主義訂入民法法典者，則自一九二三年一月一日施行之蘇俄民法始。其第四〇四條規定：「如鐵道、電車製造工場、燃料商人、野獸所持人、爲建築或其他設備等，足使周圍發生異常危險之企業或個人，苟非證明損害出於不可抗力，或被害人自身之故意，或重大過失，則對於異常危險所生之損害，負賠償之責。」又第四〇六條規定：「依第四〇三條至第四〇五條之規定，於加害人縱不負損害賠償義務時，法院亦得斟酌加害人之財產狀況，與被害人之財產狀況，命加害人負賠償之義務。」此外，一九二八年之匈牙利民法草案，亦有同樣之規定。

第四 遺產繼承之限制

人類原始時代，本無繼承之觀念。有之，自家族團體成立之時始。惟在曩昔，家長權之繼承，與財產權之繼承並行不悖，家長權既不可分，而由一人繼承，則財產權之繼承亦然。繼承此財產權者，多屬長子，是為長子繼承制度。此種制度，顯失公平，故自法國大革命後，一七九〇年三月十五日布告廢止長子繼承制度以來，以拿破崙之威力，意大利、西班牙、葡萄牙等國，莫不廢除長子世襲財產制度，而採均分繼承之原則。其他各國，靡然從風，均分繼承，遂成為近世各國一般通行之制度。雖然，無論長子繼承均分繼承，均非絕對完善之制度。舉其著者言之，約有三端。其一、繼承權源之不當。財產權之享有，惟直接用腦力或腕力之生產者有之（美國獨立宣言），否則依封建勢力所得之財產，則其權源為不當。遺產繼承，乃其著例。其二、影響社會之健全。吾人幸而生於富有之家，則坐擁鉅資，為所欲為。不幸而生於貧苦之家，則竭盡智力，難期溫飽。影響社會之健全，莫甚於此。其三、與民法公法化之精神不合。吾人由公法而得之參政權，僅以自身為限，而於性質相似之財產權，則反可由子孫繼承，衡諸民法公法化之精神，為不可通。故現代一般學說，頗有限制遺產繼承之傾向。其具體辦法，不外二種：其一、遺產繼承稅之徵收。此說美之 Beard 主張最力。氏謂破壞遺產繼承之特權，不必採取革命手段，祇須徵收遺產累進稅，即足以達破壞此種特權之目的。近世各國，已多採用此法。其二、遺產繼承數額上之限制。以此訂為明文者，厥為一九二三年一月一日施行之蘇俄民法，其第四一六條規定曰：「繼承，於扣除死亡者之債務，其遺產總額未逾一萬盧布之範圍，依以下規定，許其為法定繼承及遺囑繼承。」本條雖已於一九二六年二月二十八日廢止，然要不失為限制遺產繼承辦法之一種。

第二章 民法汎論

第一節 民法之概念

第一 民法之語源

民法（德 *Bürgerliches Recht* 法 *Droit civil* 瑞 *Zivil Recht*）一語，淵源於羅馬法之市民法（*Jus civile*）。市民法，對於萬民法（*Jus gentium*）而言。在昔羅馬，其固有之法律，惟限於羅馬市民適用之。對於非羅馬市民之外國人，則適用合於該人民之習慣法，此種習慣法，遂別成統系，對於其固有之市民法，稱為萬民法。市民法不及萬民法之簡當易行，漸次為萬民法所合併，及 *Justinianus* 帝編纂羅馬法全典（*Corpus juris civilis*），已無復市民法與萬民法之區別。惟自用語之沿革論之，萬民法為國際法之語源，市民法則為私法之語源。現時德、法、瑞等國關於此語之名稱（見前），均係由市民法轉譯而來，日人箕作麟祥又轉譯法語 *Droit civil* 為民法我國因之。

第二 廣義民法及狹義民法

民法，就其範圍言之，原有廣狹二義。廣義民法，指私法全體而言，凡屬於私法性質之成文法及不成文法，皆包括之。商法，亦即廣義民法中之一部。狹義民法，則係舉商法立於對待地位之稱謂，即除商法以外之私法，謂之狹義民法焉。但此區別，惟在民商兩法對立之國家有之，我國現因民商兩法統一之結果，已無復此廣義民法狹義民法之區別矣。

第三 形式民法與實質民法

民法，又有形式民法與實質民法之別。凡屬私法，均稱民法，此實質之意義也。單稱命名為民法法典（德稱 *Bürgerliches Gesetzbuch*，法稱 *Code civil*，瑞稱 *Civilgesetzbuch*）之民法為民法者，此形式之意義也。我國往昔，法與律有別，法為總稱，律則單指成文法。故統稱民法，乃指私法全體。稱民法法典，則曰民律。今則不區別法之與律，即稱民法法典，亦曰民法。此即形式意義之民法。本書所敘述者，亦即以此為主。

第二節 民法之性質

第一 民法為國內法

法律，有國際法與國內法之分。國際法（*International Law*），指國際團體間之法律，即國際公法而言。國內法（*National Law*），則謂在一國主權之下所施行之法律。通常所謂法律，多指國內法。民法係在一國主權之下，

規範一國民族私生活關係之法律，故民法爲國內法之一種。

第二 民法爲私法

法律，有公法 (Public Law) 與私法 (Private Law) 之分。規定國家與國家間及國家與私人間之法律關係者，爲公法。規定私人與私人間之法律關係者，爲私法。民法，乃規定私人與私人間之法律關係，無國家關係介於其間，故民法爲私法之一種。然亦非無關於公法之規定（例如第四三條。）所謂民法爲私法者，不過就其通性言之耳。

第三 民法爲普通法

法律，有普通法 (General Law) 與特別法 (Special Law) 之分。施行於全國領域，適用於國民全體，以及關於一般事項之法律，謂之普通法。否則謂之特別法。民法，乃規定各人日常生活所發生之法律關係，故民法爲普通法之一種。反是如公司法，票據法，保險法及海商法等，僅爲關於特定事項之法律，則屬民法之特別法。

第四 民法爲實體法

法律，有實體法 (Substantive Law) 與程序法 (Adjective Law) 之分。規定權利義務之存否性質及其範圍之法律，爲實體法。規定行使權利及履行義務之手續之法律，則爲程序法。民法，乃規定人格者相互間權利義務關係之法律，故民法爲實體法之一種。民法雖由實體法的規定而成，然亦非無關於程序之規定，所謂民法爲實體

法者，不過就其主要規定言之而已。

第三節。民法之編制

第一 羅馬式編制法

羅馬式編制法 (Institutiones System) 始於羅馬法學者 Gaius 之法律教科書，為優帝法律階梯 (Institutiones) 所採用，分民法為人事法、物件法及訴訟法之三編。法國民法做之，刪去訴訟法，而分物件法為二，即第一編人事法，第二編財產法，第三編財產取得法。荷蘭、比利時、義大利、西班牙、葡萄牙諸國民法及日本舊民法從之。奧國民法，分人法、物法及總則之三編，是又羅馬式編制法之變體也。

第二 德國式編制法

德國式編制法 (Pandekten System) 乃德國法學者 Hugo Thibaut 等研究德國普通法所創設之編制法，分民法為總則、債權、物權、親屬、繼承之五編。但就中有列物權為第二編者，如一八六五年 Sachsen 民法是。日本現行民法做之，亦有列債權為第二編者，如 *Bovarie* 民法草案是。德國現行民法做之，我民法即從此編制法者也。此外，瑞士民法分人格、親屬、繼承及物權之四編，債權則另訂為債務法，蘇俄民法分總則、物權、債權及繼承之四編，親屬則另訂為單行法，是又德國式編制法之變體也。

第三 羅馬式編制法及德國式編制法之優劣

羅馬式編制法，其缺點頗多。(一)無全部民法共通適用之總則。(二)親屬法與關於人格及能力等事項之規定相混。(三)債權法與物權法之規定相混。(四)訴訟法與實體法之規定相混。承襲羅馬式編制法之各國，雖刪去訴訟法，並表明債權法之地位，然羅馬式編制法之其他缺點，仍依然存在。德國式編制法，則(一)首設總則編，以爲全部民法共通適用之通則。(二)債權物權，各爲一編。(三)以關於人格及能力之事項規定於總則，親屬則獨立爲一編。(四)因繼承而取得之財產，比其他之財產取得，有特殊之性質，故特設專編規定之。凡此諸端，皆德國式編制法所以優於羅馬式編制法者也。雖然，德國式編制法亦非無可訾議，以故近人 *Menger* 主張(一)親屬法，應列第一。蓋以親屬制度不問有產無產，同一適用，故其編次不應後於財產法。(二)其次，應規定大多數國民有利害關係之財產法，而以物權居先，債權居後。(三)最後，則規定繼承法。蓋繼承，僅與有產者有關故也。此種編制，求諸近代民法，惟瑞士民法大體近之。

第四節 民法之效力

第一 關於時之效力

舊法時代發生之事項，新法時代成爲問題者，究應適用新法抑應適用舊法？有一原則以支配之，即法律不溯

既往之原則(Prinzip der Nichtstetwirkung)是此原則。於羅馬法時即已通行。近世各國法律亦有以明文定之者。(法國民法第二條日本舊法例第二條)我國民法總則施行法、民法債編施行法、民法物權編施行法、民法親屬編施行法及民法繼承法施行法均首揭此旨(各該法第一條)以爲適用上之準據。但此原則僅爲解釋上之標準而非立法上之限制。故關於某種事項縱在民法施行前業已發生。明定其適用民法之規定亦屬無礙。如民法總則施行法第三條之規定其一例也。

第二 關於人及地之效力

依一般法理。國權係對於其國之人民及其領土而存在。對於其國之人民者。謂之人民主權。對於其國之領土者。謂之領土主權。因有人民主權。故凡屬本國國民。不問其在本國。抑在外國。皆應受本國法律之支配。因有領土主權。故凡住居本國領土之內者。縱爲外國人。亦應受其國法律之支配。前者即法律關於人之效力之原則。後者即法律關於地之效力之原則。此不僅一般法律爲然。民法關於人及地之效力。亦不外是。但對此原則。非無例外。如涉外法律關係。即其一例。關於涉外法律關係。我法律適用條例(民國七年八月五日教第三二號)規定頗詳。可參照得之。

第五節 民法之解釋

第一 解釋之必要

法律之解釋 (Interpretation) 不但爲闡明法律意義之方法，且足以補立法之不足。蓋縱係以法律專家從事立法事業，然當其法於實地應用之際，亦不免有種種之疑義發生，如不加以解釋，則將失所準據。矧社會爲流動的，法律爲固定的，以固定之法律適用於流動之社會，不有解釋，將無以濟法律之窮，此法律所以有待於解釋也。惟自自由法說 (Freirechtstheorie) 興，解釋法律之法，丕然一變，苟非於民法總則揭櫫解釋法律之標準，恐不能得解釋之正鵠耳。

第二 解釋之方法

一 法律解釋

以法律解釋法律，謂之法律解釋 (Authentische Interpretation)。法律解釋，其法有二，有明定解釋於法令中者，有發布法令以解釋既存之法令者，無論其爲何種方法，法律之意義，經此解釋，卽爲確定，故通常稱爲有權解釋，或強制解釋。但此解釋，係以立法手段爲之，與其稱其爲解釋，毋寧謂其爲法令，從而吾人非服從其解釋，乃服從其法令之自身。

二 學理解釋

以學理解釋法律，謂之學理解釋 (Wissenschaftliche Auslegung)。學理解釋，通常又分爲文字解釋及

理論解釋。僅依法條之文字，以定法律之意義者，謂之文字解釋 (Sprach wissenschaftliche Auslegung)。搜集可供解釋該法條之一切參考資料，依推理方法以定法律之意義者，謂之理論解釋 (Logische Auslegung)。全離法條之文字，僅依推理方法以爲解釋，固屬不可；然全捨推理方法，惟依法條文字以爲解釋，亦有未當。故此兩種解釋，不過解釋方法之抽象的區別，於具體的解釋法律之際，固未有不兩法併用者也。

第三 類推適用

與法律解釋似是而非者，卽類推適用 (Analogie) 是也。關於特定事項，法律無直接規定，而擇取關於類似事項之規定，以適用之者，謂之類推適用 (德民第一草案第一條)。此於法律無規定時，始有必要，故類推適用，不得謂之法律解釋 (與我國舊律之比附援引甚屬相似)。在刑法上，主張用類推適用者尙少；但在民法學者，則幾一致主張得爲類推適用焉。(註)

(註)關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：「類推解釋之性質如何，學說上尙無定論，有立法說處分法與解釋說三說，第一說謂直接立法，第二說謂係審判官二種處分，第三說謂仍係一種解釋方法，余以第三說爲正當。蓋法律如網，法條特網之綱耳，綱舉則目自張，社會情事千錯萬綜，欲盡以法條規定之，乃不可能，規定一事項，對於其他類似事項，亦應使一同支配，審判官就類似事項適用類似規定，自係一種解釋也。」(陳著民法通義總則二九頁)

第二章 新民法汎論

第一節 我國編纂民法之沿革

第一 有清以前之民法

我國古無所謂法典，有之，自李悝之法經始。法經計分六編（盜法、賊法、囚法、捕法、具法），然皆屬於刑事。商鞅傳之，改法爲律。漢相蕭何更加惺所造戶與廡三篇，謂之九章之律。於是戶婚之事亦入於律。魏因漢律爲十八篇，改漢具法爲刑名第一。晉命賈充等增損漢魏律爲二十篇，於魏刑名中分爲刑名及法例二者。宋齊梁陳及後魏因而不改。爰至北齊，併晉律刑名法例爲名例，又增戶婚一卷，後復改名例爲刑名。周大律二十五篇，復特別婚姻一卷。隋因北齊，更爲名例。唐因於隋，定爲十二卷，而戶婚田土錢債等事之規定爲漸詳矣。（註一）宋元皆因唐律之舊，篇目稍有移易。明初以中書析爲六部，而修律亦分吏、戶、禮、兵、刑、工六曹，形式爲之一變。大清律例仍首名例，次吏律二卷，戶律七卷，禮律二卷，兵律五卷，刑律十一卷，工律二卷。（註二）戶律分列七目，共八十二條，雖散見雜出於刑律之中。然所謂戶役田宅婚姻錢債者，皆民法也。謂我國自古無形式的民法則可，謂無實質的民法則厚誣矣。

(註一) 漢律十二卷：曰名例，曰衛禁，曰職制，曰戶婚，曰廩庫，曰擅興，曰賊盜，曰關訟，曰詐僞，曰雜律，曰捕亡，曰斷獄。

(註二) 大清律例，首名例，次吏律二卷：曰職制，曰公式，曰律七卷：曰月役，曰田宅，曰婚姻，曰倉庫，曰課程，曰錢債，曰市廛，禮律二卷：曰祭祀，曰儀制，兵律五卷：曰宮衛，曰軍政，曰關津，曰廩牧，曰郵驛，刑律十一卷：曰賊盜，曰人命，曰關訟，曰罵詈，曰訴訟，曰受贓，曰詐僞，曰犯姦，曰雜犯，曰官捕，曰斷獄，工律二卷：曰營造，曰河防。

第二 第一次民法草案

我國前清末葉，經庚子敗衄，朝野始憬然思變法以自強，故關於法律之改良，亦為相當之準備。光緒二十八年，派已故前清法部尚書沈家本及前外交總長伍廷芳為修律大臣，其時專注重修訂刑律，於私法尙未着手編纂。迄至光緒三十三年，憲政編查館議覆修訂法律辦法，認立法應設專官，遂於是年派沈家本、俞廉三、英瑞為修訂法律大臣，設修訂法律館，招至東西洋留學生，分科治事，聘日人松岡義正博士，使其擔任起草民律。宣統三年，前三編告成，後二編由法律館商同禮學館訂立（主其事者為高种、朱獻文等），亦於是年脫稿。即所謂大清民律草案者是也。本草案計分五編，第一編總則，三二三條。第二編債權，六五四條。第三編物權，三三九條。第四編親屬，一四三條。第五編繼承，一一〇條。大體倣德日民法，清亡，遂擱置之。（本草案原文見前修訂法律館印行之法律草案彙編。）

第三 第二次民法草案

法典編纂事業，自民國成立後，附設法典編纂會於法制局，以法制局長兼會長，設纂修八人。未幾改隸於司法

部，更名為法律編查會，以司法總長兼會長，置副會長一人，編查員若干人。嗣後又更名為修訂法律館，置總裁二人，副總裁二人，總纂二人，纂修若干人。嗣又改為總裁一人，先後充任會長及館長者，為章宗祥、梁啓超、董康、王寵惠、江庸、羅文幹、馬德潤及余榮昌。參與修訂事務者，其人甚多，舉其要者，則石志泉、陸鴻儀、羅文幹、余榮昌、黃右昌、朱學曾、吳柄權、應時、王鳳源及李忻諸人。最先着手起草民刑訴訟法，俟民事訴訟條例及刑事訴訟條例於民國十年先後公布施行，始着手編訂民法法典。維時法權調查會議開會在即，全部民法即於民國十四年緊先完成，次第頒布。是為第二次民法草案。本草案亦分五編，第一編總則，二二三條。第二編債，五二一條。第三編物權，三一〇條。第四編親屬，一四一條。第五編繼承，一二五條。總則及物權較第一次草案變動甚少，債編間採瑞士債務法，親屬及繼承則多取材於現行律民事有效部分及歷年大理院判例。本草案雖經司法部通令各級法院作為事理引用，然究未成為正式法典焉。（本草案原文見法律草案彙編）

第四 新民法

國民政府奠都南京，前法制局即毅然以完成民法法典為己任。民國十七年夏初着手起草及親屬繼承（親屬法起草者燕樹棠，繼承法起草者羅鼎）。歷時五月，始得成案。計親屬法八二條，繼承法六四條。未及呈經公布施行，該局即奉命結束。及民國十七年十二月立法院成立，翌年一月二十九日該院第十次會議指定傅秉常、焦易堂、史尚寬、林彬、鄭毓秀（未幾鄭辭改王用賓充任）五委員為民法起草委員會委員，由傅委員召集開會，並聘司法

院院長王寵惠、考試院院長戴傳賢及法人寶道 (Paroux) 爲顧問。該委員會當即組織成立，遵照中央政治會議第一六八次會議決議之民法總則編立法原則，於是年二月一日開始起草，歷時三月，開會凡三十餘次，民法第一編總則起草完竣。全編計七章，一五二條，於同年四月二十日該院第二十次會議決議通過，呈經同年五月二十三日國民政府明令公布，以是年十月十日爲施行期。同法之施行法，計十九條，亦於同年九月二十四日公布，與總則編同時施行。該會自民法總則編提交大會通過後，復遵照中央政治會議第一八三次會議決議之民法債編立法原則，及編訂民商法統一法典案，於十八年四月二十九日開始起草民法債編。自夏徂秋，先後開會凡一百二十餘次，審議再四，始克成稿。全編計二章，六〇四條，於同年十一月五日該院第五八次會議決議通過，呈經同年十一月二十三日國民政府明令公布，以十九年五月五日爲施行期。同法之施行法，計十五條，亦於同年二月十日公布，與債編同時施行。該會因民法債編費時較久，故於該編脫稿後，即遵照中央政治會議第二〇二次會議決議之民法物權編立法原則，於十八年八月二十一日開始起草民法物權，先後開會凡四十餘次，於同年十一月完成。全編計十章，二百一十一條，於同年十一月十九日該院第六一次會議決議通過，呈經同年十一月三十日國民政府明令公布，以十九年五月五日爲施行期。同法之施行法，計十六條，亦於十九年二月十日公布，與物權編同時施行。至親屬繼承兩編，因與本黨黨綱及各地習慣關係甚大，故民法起草委員會極主鄭重，一面商同該院統計處製定調查表多種，發交各地徵求習慣；一面就前北京司法部之習慣調查報告書妥爲整理，並將各種重要問題分別交付該

會各委員顧問秘書纂修等比較各國法制詳加研究。逮此兩編立法原則於中央政治會議第二三六次會議決議通過後，該會即於十九年秋初着手起草，兩法先後於是年冬間完成。親屬編計七章，一百七十一條，於同年十二月三日立法院第一百二十次會議決議通過，呈經同年十二月二十六日國民政府明令公布，以二十年五月五日為施行期。同法之施行法，計十五條，亦於二十年一月二十四日公布，與親屬編同時施行。繼承編計三章，八十八條，與親屬編同日於立法院第一百二十次會議決議通過，呈經同年十二月二十六日國民政府明令公布，以二十年五月五日為施行期。同法之施行法，計十一條，亦於二十年一月二十四日公布，與繼承編同時施行。此莊嚴偉大之民法法典，先後兩年，全部完成，不可謂非我國立法史上一大可紀念之事業也。

第二節 新民法與歷次民法草案之比較

第一 總則編之比較

新民法與第一次民法草案及第二次民法草案不同之點甚多，茲就總則編言之：（一）第一次草案於總則編首設法例一章。第二次草案無之。新民法總則則參酌最新法典，如暹羅民法，蘇俄民法，摭拾全編共通適用之法則訂為法例，弁緒編首。但其內容則與第一次草案不同。（二）第一次草案於第二章人，倣日本民法，設若干節。第二次草案則從德國民法，不復另設節目，並將行為能力規定於法律行為章。新民法大體從之。（三）第一次草案

做法日民法，規定妻爲限制行爲能力人之一種。第二次草案採男女平等主義，特行刪除。新民法從之。(四)第一次草案做法日民法，設禁治產與準禁治產之區別，對於禁治產置監護人，對於準禁治產置保佐人。第二次草案則從德國民法，統稱禁治產，而於親屬編中分別置保護人或照管人。新民法亦祇設禁治產之一種，但惟置監護人。(五)第一次草案既於法人章特設通則，而財團法人又多援引社團法人之規定，殊欠妥洽。第二次草案則將兩種法人共通適用之規定完全歸納於通則中。新民法從之。(六)第一次草案分法人爲社團法人及財團法人，社團法人又分經濟的社團法人及非經濟的社團法人，經濟的社團法人於特別法中規定之，非經濟的社團法人及財團法人則以經主管衙門允許而成立，而以登記爲對抗第三人之要件。第二次草案亦分法人爲社團法人及財團法人，但社團法人則分爲公益的社團法人及非公益的社團法人，公益的社團及財團以得主管官署之許可而成立，非公益的社團及財團則祇以訂立章程發表成立團體之意思爲必要，登記亦不過爲對抗第三人之要件。新民法一如第一第二兩次草案，分法人爲社團及財團，但社團則分爲營利社團及公益社團，營利社團於特別法中規定之，公益社團及財團，則均非向主管官署登記不得成立，且於登記以前須得主管官署之許可。(七)第一次草案關於外國法人之規定，僅有一條。第二次草案定爲專款，以之次於社團法人及財團法人之後。新民法則於民法總則施行法中規定之。(八)第一次草案對於主物從物未設規定。第二次草案特爲增入。新民法從之。(九)第一次草案及第二次草案均於法律行爲中設有契約一節，規定一般契約之通則。新民法則以契約爲發生債權債務之

原因，而於民法債編中規定之。(十)第一次草案及第二次草案，對於法定代理及意定代理，設有詳細規定。新民法僅於總則編規定二者共通適用之法則，而以法定代理意定代理分別於債編及親屬編規定之。又第一次草案有複代理之規定。第二次草案無之。新民法亦然。(十一)第一次草案第六章為期間及期日，第二次草案統稱期限，不設期日及期限之區別。新民法則仍改從第一次草案。(十二)第一次草案第七章做日本民法，規定取得時效及消滅時效，並設有共通適用之通則。第二次草案則從德瑞民法，將消滅時效規定於總則編，取得時效規定於物權編。新民法從之。

第二 債編之比較

其次就債編言之：(一)第一次草案稱民法第二編為債權。第二次草案則僅稱曰債，債權債務均可包括，且隱寓保護債權人債務人雙方之注意在內。新民法從之。(二)關於債之發生之原因，就第一次草案之編別觀察，似為契約、廣告、發行指示證券、發行無記名證券、管理事務、不當利得及侵權行為之七種。第二次草案則略做瑞士民法，以契約、懸賞廣告、無因管理、侵權行為及不當得利，為債之發生之原因。新民法大體從之，但將懸賞廣告附入契約之後，而以代理權之授與獨立為一款。(三)第一次草案第一章第五節債權之消滅為清償、提存、抵銷、更改、免除及混同六種。第二次草案則以更改解釋上原可包括於債權之讓與中，故不為規定。新民法從之。又第二次草案設有通則一款，新民法從之。(四)第一次草案第二章契約，除通則外，以買賣、互易、贈與、使用借貸、借貸、貸

借、使用貸借、消費貸借、雇傭、承攬、居間、委任、寄託、合夥、隱名合夥、終身定期金、博戲及賭事、和解、債務約束及債務承諾、保證、爲各個契約關係。第二次草案第七章各個契約關係之規定，與之大同小異。新民法則因民商兩法合一之結果，而將商人通例中之經理人及代辦商，商行爲中之買賣、交互計算、行紀（即牙行）、倉庫、運送營業、及承攬運送等增入，不稱爲各個契約關係，而稱曰各個之債。（五）第一次草案以貨樣買賣及試驗買賣定爲特種買賣。第二次草案從之，但無特種買賣之名稱。新民法則一如第一次草案，特設特種買賣之名稱，並做瑞士民法增入分期付款買賣及拍賣。（六）第一次草案及第二次草案均將租賃析而爲二，一爲使用租賃，一爲用益租賃。新民法則從德國民法，統稱租賃，不設區別，就中關於耕作地租賃之規定，則隱與德國民法之土地租賃相當。（七）僱傭與勞工問題有關，我國既擬編訂勞工法典，故新民法關於僱傭之規定，較之第一次草案及第二次草案尤屬簡略。（八）第一次草案及第二次草案均無關於出版之規定。新民法則從瑞士民法，以之訂爲專節。（九）關於提存、行紀，及倉庫諸端，我國尙非十分發達，故新民法僅訂原則，不如歷次商行爲草案規定之詳密。（十）第一次草案有指示證券及無記名證券之規定。第二次草案無之。新民法則一如第一次草案，特爲增入。（十一）第一次草案以債務約束及債務認諾爲各個契約之一種。第二次草案亦有關於債務約定及債務承認之規定。新民法則逕爲刪除。（十二）第一次草案及第二次草案均認賭博爲契約。新民法則無復賭博之規定。

第三 物權編之比較

復次就物權編言之：（一）第一次草案以抵押權、土地債務、不動產質權及動產質權併為一章，稱為擔保物權。第二次草案則刪去擔保物權之名稱。新民法從之。（二）第一次草案以取得時效規定於總則編。第二次草案做瑞士民法，於不動產所有權節規定不動產之取得時效，於動產所有權節規定動產之取得時效。新民法則做德國民法，以取得時效規定於所有權之通則中。（三）法律條文有屬首要者，有屬次要者。有應規定於民法法典者，有應規定於行政法規者。所謂次要條文，例如野棲動物及蜂羣等所有權之歸屬是。所謂應規定於行政法規之條文，例如土地所有人相鄰間之經界關係是。第一次草案及第二次草案均以之訂為專條，新民法則不設規定。（四）第一次草案及第二次草案關於遺失物之拾得，依特別法令定之。新民法則做日本民法，於動產所有權中設有相當規定，無須另訂特別法。（五）第一次草案做德國民法，設土地債務之規定。第二次草案以我國無此習慣，就目前經濟狀況而論，亦無採用之必要，特為刪除。新民法從之。（六）第一次草案做德國民法，祇設關於不動產質權及動產質權之規定。第二次草案則做日本民法，增入權利質權，且將不動產質權、動產質權及權利質權併為一章，並特設通則，以為共通適用之準據。新民法則因我國無不動產質權之習慣，祇規定動產質權及權利質權，且不設通則規定。（七）我國習慣有典而無不動產質，第一次草案規定不動產質而無典。第二次草案則典與不動產質同時規定，均有未當。故新民法無復關於不動產質權之規定，對於典權則特設專章規定之。（八）第一次草案及第二次草案均做日瑞民法，以留置權為雙務契約之效力，而稱為給付之拒絕。新民法則做德國民法，明認留置權

有物權之效力，而於物權編第九章規定之。

第四 親屬編之比較

民法親屬，自大清草案以迄於法制局草案，計有四種之多，茲述第一次草案及第三次草案與新民法不同之點如次：（一）第一次草案及第三次草案均以宗法爲主，分親屬爲宗親、外親及妻親。新民法則以血統及婚姻二者爲歸，分親屬爲血親及姻親。（二）第一次草案及第三次草案關於親等之計算，均採寺院法親等計算法。新民法則因親屬分類既已根本改革，則改從羅馬法親等計算法。（三）第一次草案從日本民法，無關於婚約之規定。第三次草案則從德瑞民法及我國習慣，對於婚約特設專節規定之。新民法亦然，但以婚約爲非要式行爲，與第三次草案頗有不同。（四）第一次草案及第三次草案均以妻爲限制行爲能力人，此種規定，顯與男女平等之原則不符。新民法則無復此種不平等之規定。（五）新民法從增進種族健康着眼，以不治之惡疾及重大不治之精神病爲解除婚約及離婚之原因，爲第一次草案及第三次草案之所無。（六）第一次草案及第三次草案關於結婚之形式要件，均從日本民法採法律婚主義。新民法則從我國習慣，採事實婚主義。（七）關於離婚之條件，第一次草案及第三次草案均寬於男而嚴於女。新民法則從男女平等立場，無復男女歧視之差別。（八）第一次草案無關於夫妻財產制之規定。第三次草案從日本民法增入。新民法則從瑞士民法，對於夫妻財產制規定極詳。（九）第一次草案及第三次草案均稱妻所生之子爲嫡子，非妻所生之子爲庶子，此外復有嗣子、養子及私生子等名稱。

新民法則以由婚姻關係受胎而生之子女爲婚生子女，否則謂之非婚生子女，無復嫡庶私生之區別。且因廢止宗祧繼承之結果，祇規定養子而無嗣子。(十)關於親權，第一次草案及第三次草案均極廣大。新民法則縮小親權之範圍，且從義務方面規定，而不從權利方面規定。(十一)關於監護，第一次草案及第三次草案均設有監督監護人之規定，且許檢察官以公力干預。新民法則不設監督監護人之規定，而以監督監護權界諸親屬會議，俾避免公力之干涉。(十二)第一次草案及第三次草案均對於家制設有專章，第三次草案規定尤詳，家長之權力甚爲強大，且做美國之家產扣押免除法特設關於家產之規定。新民法雖亦規定所謂家，然內容單簡，家長之權力甚爲薄弱，且無關於家產之規定。

第五 繼承編之比較

民法繼承編草案，自大清草案以迄於法制局草案，計有三種之多，茲述第一次草案及第二次草案與新民法不同之點如次：(一)第一次草案雖無關於宗祧繼承之規定，然已隱示宗祧繼承與遺產繼承之區別。(如以含有宗祧繼承之性質而繼承財產者爲繼承人，僅承受死者遺產之人爲承受人是。)第二次草案對於宗祧繼承及遺產繼承各設專章規定之，而於宗祧繼承規定尤詳。新民法則祇設關於遺產繼承之規定，無復宗祧繼承之遺跡。(二)第一次草案及第二次草案均不認女子有遺產繼承權。新民法則不問男女，均於遺產繼承均屬平等。(三)第一次草案及第二次草案均不認配偶有遺產繼承權。新民法則明定配偶有相互繼承之權利，且從德國民法不

設一定之順位。(四)關於繼承人對於被繼承人之債務所負之責任。第一次草案以被繼承人之財產償還爲原則。第二次草案則從日本民法，分無限承認與有限承認。新民法從之，而以有限承認爲限定之繼承。(五)第一次草案關於遺囑之方式，規定甚簡。第二次草案則從日本民法，定爲自立、公正、代筆及口授之四種。新民法從之，並增入密封遺囑，共爲五種方式。(六)第一次草案第二次草案及新民法雖皆有特留分之規定，然三者相較，以新民法依情感之親疏而定特留分之多寡爲合理。(七)第一次草案及第二次草案均對於債權人或受遺人之權利(即遺產與繼承人固有財產之分離)設有專章規定，新民法則否。

第三節 新民法與民商兩法之合一

第一 民商法合一之經過

編纂民法債編之始，首應解決者，卽民商兩法是否合一之問題。商法之與民法對立，不過一種沿革，在理論上殊無重要之根據，以是各國學者盛倡民商合一之說，如意之 Vivante 氏，法之 Thaller 氏，德之 Dernburg 氏，瑞士之 Munzinger 氏，荷蘭之 Molongrat 氏，日之梅謙次郎氏，皆其著者。及一九〇一年瑞士債務法公表以後，(瑞士債務法開民商兩法合一之先河)其說益盛。我國學者如朱學曾氏，於其所著民商法統一論中，主之亟力，一時學者從而和之，此民國十年十一年事也。卒以格於衆議，未克實現。晚近如蘇俄民法，暹羅民法，均實行民商

統一潮流所趨，幾成定論。我國於民法總則編公布以後，爰由立法院院長胡漢民、副院長林森，向中央政治會議提議，請訂民商統一法典，以符本黨全民精神。其提案有云：「查民商分編，始於法皇拿破崙法典，維時階級區分，蹟象未泯，商人有特殊之地位，勢不得不另定法典，另設法庭，以適應之。歐洲諸邦，靡然相效，以圖新穎。然查商法所訂定者，僅爲具有商業性質之契約，至法律上原則或一般之通則，仍須援用民法。而商法上最重要之買賣契約，且多在民法中規定，是所謂商法者，僅爲補充民法之用而已。其於條例，固已難臻美備，且社會經濟制度遞嬗，信用證券日益發達，投資商業者風起雲湧，一有限公司之設立，其股票與債券類分散於千百非商人之手，而簽發支票匯票等事，昔日所謂之商行爲，亦非復商人之所專有，商行爲與非商行爲之區分，在學說上彰彰明甚者，揆諸事實，已難盡符。……吾國商人本無特殊地位，強予劃分，無有是處。此次訂立法典，允宜考社會實際之狀況，從現代立法之潮流，訂爲民商統一之法典。」經中央政治會議決議，交胡委員漢民、戴委員傳賢、王委員寵惠審查，胡漢民等認爲應訂民商合一法典，並縷陳理由八項，提請公決，復經中央政治會議第一八三次會議決議照審查意見通過，交由立法院遵照起草，此即我國民商法統一之經過。

第二 民商法合一之理論

民商兩法應行合一之理由甚多，茲就民商法劃一提案審查報告書，撮其要點如次，以見民商法合一理論之一般。（一）商法之於民法以外成爲特別法典者，實始於法皇路易十四，維時承階級制度之後，商人鑒於他種階

級各有其身分法，亦遂組織團體，成爲商人階級，而商法法典漸亦相因而成。此商法法典別訂於民法法典之外者，乃因於歷史上商人之特殊階級也。我國自漢初弛商賈之律後，四民同受治於一法，買賣錢債，並無民商之分。清末雖有分訂民法法典及商法法典之議，民國以來亦沿其說，而實則商人本無特殊階級，亦何可故爲歧視。(二)反對民商法典合一者之言曰：商法所定，重在進步，民法所定，多屬固定。此在昔日之陳迹，容或有之，不知凡法典應修改者，皆應取進步主義，立法者認爲應修改即修改，與民商合一與否無關。例如英國民商合一，而公司司法施行後亦有數次之修改，而德國爲民商分立之國，乃商法之改變遠不如英國，於此可見進步與否，並不在民商之合一與否。(三)反對民商法典合一者之言曰：商法具有國際性，民法則否。此亦狃於舊見之說，民商合一，對於商事法規應趨於大同與否，立法者儘可酌量規定，並不因合一而失立法之運用。(四)昔時各國之商法，以人爲標準，即凡商人所爲者，均入於商法，德國於一八九七年所訂之商法亦然。法國自大革命之後，以爲不應爲一部分之人專訂法典，故其商法以行爲爲標準，即凡商行爲均入於商法。然何種行爲係商行爲，在事實上有時頗不易分，我國如亦編訂商法法典，則標準亦殊難定。(五)各國商法之內容，極不一致，日本商法分爲總則、公司、商行爲、票據及海商五編。德國商法無票據，法國則以破產法及商事法院組織法訂入商法法典。可知商法應規定之事項，原無一定範圍，而劃爲獨立之法典，亦止自取煩擾。再法典應訂有總則，取其綱舉目張，足以貫串全體，關於商法則不能以總則貫串其全體。(六)在有商法法典之國，其商法僅係民法之特別法，而最重要之買賣契約，仍多規定於民法，而民法

上之營利社團法人，仍須準用商法。則除有特別情形，如銀行交易所之類外，民法商法牽合之處甚多，無取於兩法之併立。且民商劃分，如一方爲商人，一方非商人，適用上亦感困難。（原文見立法院秘書處編立法專刊第一輯二三頁以下。）

第三 民商法合一之實際

民商法之統一，其範圍如何，徵之各國法律，尙未一致。瑞士債務法，除以行紀、運送契約、經理商及代辦商、支付委託、寄託契約等（第十五章至十九章）規定於第二編外，第三編則規定商事公司有價證券及商號，舉凡無限公司、兩合公司、股份公司、組合、票據、支票、票據類似及其他指示證券、無記名證券、商業登記商號及商業帳簿（第二章至第三章）在通常屬於公司法、票據法及商法總則者，均一一訂入，所探範圍，頗爲廣汎，至在蘇俄民法債權，除於第九章規定委託契約外，第十章規定公司，計分五節，第一節普通組合，第二節無限公司，第三節兩合公司，第四節有限責任公司，第五節股分公司，而於第十一章規定保險。蘇俄因另有票據法，故於債務法中將票據部分除外，然同時訂入保險，較之瑞士，又復稍異。他若暹羅民法債編，除將各國民法所同具之買賣、互易、贈與等契約，詳爲規定外，而於第十九章規定交互計算，第二十章規定保險，第二十一章規定票據，第二十二章規定合夥及公司，較之瑞士及蘇俄，更爲廣汎矣。我新民法，則係遵照中央政治會議民商法統一之原則，參酌瑞士、蘇俄及暹羅諸國之成規，凡性質上能與民法合一規定者，如通常屬於商人通例之經理人及代辦商，通常屬於商行爲之交互計算，

行紀、倉庫、運送營業及承攬運送，均一一訂入民法債編（第二章第三節第十一節第十三節及第十五節至第十七節）。其性質特異，不能與民法合一規定者，如公司、票據、海商及保險等，則分別另訂公司、票據、海商及保險等特別法。考所以另訂此等特別法之理由，不外下列四端：（一）因公司、票據、海商、保險等事項，商界習慣日新月異，如訂入民法法典，則修改困難，頗為不便。（二）海商法、保險法中大部分之事項，具有行政性質，如訂入民法法典，則於學理上為不可通。（三）關於公司、票據、海商、保險等事項，我國已編有各種草案，祇須就原案稍加修改，即可頒行，較之訂入民法法典，輕而易舉。（四）若必強將此等事項訂入民法法典，則卷帙浩繁，檢閱不便。我民商兩法合一之範圍，較之瑞士、蘇俄及暹羅等國法律，誠不無廣狹之別，然其立法原則則固無可非難也。

第四節 新民法與習慣

第一 習慣與習慣法

習慣 (Custom) 與習慣法 (Customary Law) 有無區別，學說不一。德國學者謂其大有區別，即：（一）一為事實，一為法律；（二）一為社會所通行，一為國家所承認；（三）一則須當事人自己援用，一則審判官有適用之義務。法國學者則謂習慣法即習慣，二者並無區別。我新民法不稱習慣法而稱習慣，似與法國學說相同，實則不然。蓋在外國，如瑞士各邦原有習慣法之稱謂，但確有一種成文的習慣法存在，故我新民法為避免混淆起見，不稱習

慣法而稱習慣。實則民法所謂習慣，應與德國學者所稱之習慣法，同一解釋焉。

第二 習慣之成立要件

前大理院判例謂習慣之成立要件有四：（一）有內部要素，即人人確信以為法之心；（二）有外部要素，即於一定期間內，就同一事項，反復為同一之行爲；（三）係法令所未規定之事項；（四）無背於公共之秩序及利益（前大理院判決二年上字三號）。我國學者解釋民法上之習慣，則意見紛歧，殊不一致。（註一）余以為事實上之習慣，具有法之效力者，斯即民法上之所謂習慣。準此以解，習慣之成立要件有二：第一，須有習慣存在。習慣云者，即於一定期間內，就同一事項，反復同一為之之習俗也。第二，須具有法之效力。習慣必如何而後具有法之效力，自不外由於國家明示或默示所承認。（註二）民法上之所謂習慣與單純之習慣，其重大不同之點，即在於此。至（一）法令所未規定之事項，則與習慣之成立要件無關。蓋法令所未規定之事項一語，祇能表示習慣僅有補充法律之效力，初不能以習慣之成立要件目之也。（二）無背於公共之秩序及利益，亦不能為習慣之成立要件。良以習慣之具有法之效力，既係由於國家所承認，則背於公序良俗之事，自無自而生。我民法第二條所謂：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」亦不過對於習慣之限制，而示法官以適用之準繩而已。

（註一）我國學者余戰門氏說明習慣之成立要件云：「習慣法之成立要件有二：第一，須習慣。習慣云者，依同一榜樣繼續運行之習俗之

謂。第二，須有法之觀念。法之觀念云者，受其習慣支配之人，信其習慣為法而守之之謂也。習慣法具備上述要件，即為成立。」（余著民法要論）

則二六頁二七頁)陳亮生氏則以爲習慣成爲法律須有下列四種要件：(一)須有習慣存在；(二)須不背於公序良俗；(三)須法律無規定；(四)須經國家承認。(陳氏前揭一一頁至一三頁)

(註二)習慣之所以成爲法律，尙有四說：(一)意思說 (Willenstheorie)；(二)確信說 (Überzeugungstheorie)；(三)慣行說 (Gewohnheitstheorie)；(四)國家承認 (Gesetzgebungstheorie)。前大理院判例，以人人信以爲法之心，爲習慣成立之要件，即採第二說。依余所信，應以第四說爲當。蓋既稱曰法，自必以國家承認爲必要，始合於法理故也。

第三 習慣之效力

習慣之效力如何，學說及立法例尙未一致，要而言之，約可分爲三說：(一)絕對無效說。此說以爲法律惟限於成文法，習慣則無法律之效力。現時如 Baden 國法第六條，Sachsen 國法第二八條，皆明定習慣僅能解釋當事人之意思，無法律之效力。法國學者多數從此見解。(二)絕對有效說。此爲德國歷史法學派之宿論。德國於新民法制定之際，曾明定習慣與法律有同等之效力，嗣後雖刪除此條，但在通說固仍主張習慣可以改廢法律也。(三)相對有效說。此爲現今一般之通說，各國法律亦多從之。如奧國民法第十條規定：『習慣，須法典定爲可以適用時，始可適用。』日本法例第二條規定：『習慣，僅限於爲法令之規定所認，及關於法令無規定之事項，爲有效。』瑞士民法第一條第二項規定：『本法未規定者，審判官依習慣。』皆明認習慣有補充成文法之效力。我新民法以其於實際甚爲相宜，故於第一條前段規定：『民事，法律所未規定者，依習慣。』以明示習慣在原則上有補充法律

之效力。但依特別規定，習慣有優先效力者，則不一而足，是又不可以不知耳。（註三）

（註三）習慣之有優先效力者，例如民法第六八條，第三〇七條，第三一四條，第三七二條，第四二九條，第四三九條，第四六六條，第四六八條，第五三七條，第五七〇條，第五七九條，第五九二條，第六三二條，第七七六條，第七七八條，第七八五條，第七八六條，第七九〇條，第七九三條，第八〇〇條，第八三四條，第八三六條，第八三八條，第八四四條，第九一五條是。

第五節 新民法與法理

第一 法理之意義

關於法理，日本法律通稱條理，我國歷次民法草案從之，新民法則改稱法理。何謂法理，我國學者之意見，頗不一致，有謂法理即事物當然之理（Die Natur der Sache）者，有謂法理即從法律全體精神所生之原理者。（註一）余則以為法理，指法律通常之原理（General Principle of Law）而言。與事物當然之理固有不同，即與從法律全體精神所生之原理亦屬有異。蓋如謂法理為事物當然之理，則與歷次民法草案所謂條理無異，彼立法者逕用條理二字即可，奚必改條理為法理哉？又如謂法理為從法律全體精神所生之原理，則是所謂法理，仍屬解釋法律之範圍（學理解釋中之組織解釋），此時不能謂法律無規定，自非此之所謂真正之法理焉。故余以為法理，即法律通常之原理，例如歷來辦案之成例及法律一般之原理原則是。

(註一) 陳克生氏主第一說，陳者略謂：『所謂法理，究竟其意義如何，現今學者，尙無明確之解答，謂爲事物當然之理，或無大礙。』陳氏之主此說，亦有相管理由，即『若解法理爲參酌法律精神所得之原理，則仍屬解釋法律之範圍，而爲組織解釋或目的解釋之一種，此時尙不能謂法律無規定，亦非此之所謂真正之法理也。』故陳氏最後主張改法理爲情理，其說略謂：『以余所見，宜釋情理，蓋法理係法律之原理，仍以法律爲前提，此則於法律外有獨立之存在，我國以前，即係以人情天理與國法並重，情理即人情天理也。』(陳氏前揭一六頁一七頁) 余按陳氏則反駁陳氏之說，而謂法理即從法律全體精神所生之原理。其言曰：『法理二字之意義如何，學者有解爲即前述之自然事理，與民法草案所謂條理無異者。但如斯解釋，全置法條文字於不顧，殊難謂爲適當。余則以法理者，應認爲從法律全體精神所生之原理之義。』但余氏對於陳氏不認法理爲法律原理之理由，未加解答。最終則歸咎於立法之不當，而謂：『所謂法理者，仍不外法律自身，不能獨立有其存在，而爲民法之法源。』(余氏前揭二九頁)

第二 法理與自由法說

自由法說 (Freirechtstheorie) 乃二十世紀初期新生之學派。其說略謂：於國家法律之外，有所謂自由法 (Frei Recht) 存在，審判官於法律規定不明瞭或不完備時，應根據事物之本性 (la nature des choses positives) 用科學方法，自由探究 (la libre recherche scientifique) 以發現其所適用之法律。此說始於法國 (法國之 Gény 氏) 而昌於德國 (德國主此說者最多如 Stampe, Flavius, Rumpf, Rümelin, Brütt, Löning 等) 及奧大利 (如 Ehrlich, Wuzel, Kraus 等) 繞近以還，幾有風靡全世之概。但在我民法之所謂法理，係指

歷來辦案之成例及法律一般之原理原則，仍有其客觀價值之存在，與自由法學派純憑審判官個人之理想，即主觀的判斷 (Subjektive Vernunft)，以發見其所適用之法律者，自有其不同之點在也。(註二)

(註二)關於此點，陳克生氏與鄧見不同，陳著謂：「法理之存在，果為主觀，抑為客觀，學說上亦不無爭議，然天地間果有絕對之真理與否，在今日難離下此斷語，故所謂法理，究仍屬審判官之主觀判斷，而謂條理能於客觀存在之說，一時尙難首肯也。」(陳氏前說一六頁)

第三 法理之效力

社會情狀，複雜萬端，且變動不居，莫能究詰，欲悉以成文法律之，固不可能，即繼以習慣，亦常無適當之習慣可資準據，故各國法律多認法理有補充法律及習慣之效力。如德國民法第一章案第一條：「法律無規定之事項，準用關於類似事項之規定。無類似事項之規定時，適用由法規精神所生之原則。」奧國民法第七條：「無類推之法規時，應熟思審慮，依自然法則以判斷之。」瑞士民法第一條第二項：「本法未規定者，審判官依習慣。無習慣者，依自居於立法者地位所應行制定之法規判斷之。」日本裁判事務心得：「無明文者，依習慣。無習慣者，依條理。」皆舉此。我新民法從之，而於第一條後段規定：「無習慣者，依法理。」

第六節 新民法與判例

第一 英美法與判例

英美法系以判例著。蓋英美法多屬不成文法，而成文法多淵源於判例也。考英國法官之引用成案，始於十三世紀，其初不過備訴訟上之參考，從違與否，一任審判官之自由裁量。繼而成案日多，引用日廣，遂發生一定之拘束力。其拘束力爲：（一）凡與成案相同或類似之案件，各級法院均應遵守其各該本院之判例。（二）凡與成案相同或類似之案件，下級法院應遵守同級或上級法院之判例。反之在大陸法系，則因審判官祇能適用法律，不能制定法律，遂不認判例有強大之效力。其以明文規定於民法者，如普國民法前加篇第六條：「審理案件，不得徇法官之意見及法官之判例。」奧國民法第十二條：「判例，不得作爲有法律之效力。」法國民法第五條之規定，其用意略同。

第二 判例法之得失

英美法系之採用判例法（*Jurisprudence*）固矣，判例法之得失，亦有可得而言者，請先言其長處。（一）判例法之確定。蓋判例既有拘束力，則凡有成例可援者，即有一定之標準，而人民之權利義務不至時生動搖。（二）判例法之發達。制定法條文簡約，大有賴於判例法之補充，因是判例法適足以促進法律之發達。（三）判例法之縝密。在制定法固欲網羅萬象爲精密詳細之規定，實則條文雖多，而事變無窮，往往窒礙叢生，窮於應付；判例法則有一判決，即有一成例，無論對於何事，皆可運用自若，蓋以其富於縝密性故也。雖然，判例法之短處亦復不少。（一）判例法之固執。蓋判例既定，即按之理事未盡得當，亦須遵守，故其結果對於審判官之自由裁量，大有妨礙。（二）

判例法之強辨。同一判例，表面上之理由雖屬相同，但細按其各個事實則不盡一致，審判官於援用之際，頗難一一加以區別，自惟強辨案情之異同，以圖了事。（三）判例法之繁賾。判例爲日愈久，數量愈多，卷帙浩繁，不可勝紀，於檢查及援用上均極感不便。比年以來，英美學者頗有注重法典主義之傾向，而大陸諸國對於判決例之援用，則又日見其多，將來大陸法系，與英美法系，或有趨於適中制度之一日，未可知也。

第三 新民法與判例

在大陸法系諸國中，德國法可爲法典主義之代表，我國自前清末年改革法制以來，即繼受德國法律，制定各種法律草案，其非採判例法制度，固可知矣。惟是各種草案，遲遲未能頒行，關於民事部分，所可資爲審判之準據者，則惟前清現行律例及其他法令之限於國體不牴觸之民事部分而已。民事法規，既缺焉未備，於是前大理院，乃採取法理，著爲判例，以隱示各級法院以取法之矩矱，各級法院遇有同樣事件發生，如無特別反對理由，多下同樣之判決，於是於無形中形成大理院之判決而有實質的拘束力之權威。大理院曾先後就歷年判決刊爲判例要旨，匯覽正編三卷，續編二卷，承法之士無不人手一編，每遇訟爭，則律師與審判官皆不約而同，而以「查大理院某年某字某號判決如何如何」爲訟爭定讞之根據，此種現象，迨於今之最高法院時代，猶不稍殺，縱謂我國自民元迄今，係採判例法制度，亦無不可。今者，各種重要法典雖已次頒行（民法法典即其中之一），而前大理院及今最高法院之判例，仍將不失其補充法律及習慣之效力，則可斷言。（註）惟新舊各種判例，瑕瑜互見，要在慎所選擇，庶不

至釀成流弊耳。

(註)前大憲院及今最高法院之判例，將以其爲習慣適用之乎？抑以其爲法理適用之乎？我國學者之意見，殊不一致。陳克生氏以爲判例固有時足以促社會之注意，供立法之參考，而爲成文法或習慣法之資料，然審判官究非立法者，如謂其所爲之判斷即有補充法律之效力，則未見其當。(陳氏前揭一七頁一八頁)余戰門氏則謂：『夫法院依其本來之性質，原祇能適用法律，不能制定法律，故其判決亦祇能拘束該一定事件，不能拘束他事件。但實際上往往一判決例既定之後，其後遇同樣之事件發生，如無特別反對之理由，必仍下同樣之判決。同一判決屢經採用之時，人民之間遂生信念而成爲習慣，此即所謂判例法也。故判例法仍廣義習慣法之一。其所以與一般之習慣法異者，蓋一般之習慣法淵源於一般人民自己所爲之慣行，而判例法者乃淵源於法院之判決者也。』(余氏前揭二八頁)陳余兩氏之說，均經贊同，蓋陳氏之說拘於法典主義之理論，而忽於我國固有之狀態，余氏之說亦不免將習慣法與判例法混而爲一，故依余所信，法院判例，在我國現行民法之下，不妨以其爲法理採用之。

第四章 私權汎論

第一節 私權之本質

第一 權利之本質

權利之本質如何，學說頗多，茲舉其重要之學說如次：（一）意思說（Willentheorie）即權利者，意思之支配力（Willensherrschaft）也。此說為 Hegel, Savigny, Windscheid 等著名學者所首唱。其說殊難贊同。蓋若依此說，則是法律上無意思能力之人，例如未成年精神病人等，將不得享有權利矣。又此說謂無意思能力人置有法定代理人，即所以補充其意思。不知法定代理人祇能代為行使權利，而享受權利者仍為無意思能力之本人。此說固終不可通。（二）利益說（Interessentheorie）即權利者，利益也。此說起源於英國實利主義者之理論，近世 Jhring, Dernburg 等主張之。其說亦難贊同。蓋在法律上有權利者不必常受利益，而受利益者不必盡有權利。此說以權利與利益相混，固未見其可者也。（三）自由說。即權利者，吾人自由行為之範圍也。果如此說，則是吾人自日常言行，以訖一舉一動，無一而非權利矣。權利之本質，固如是乎？（四）應有部分說。即權利者，吾人對於生

活資料之應有部分也。此說雖有相當之見地，然應有部分之實質如何，不能明瞭，亦不足取。（註一）

（註一）本書所述之各種學說，係以是認權利之存在為前提，此外非無否認權利之存在者，但其所持理由，則不一致。有謂權利不違法律之反對作用，故僅有法律而無權利，有謂權利僅屬形容之詞，並無何種實體之存在，亦有謂僅有所謂個個之權利，而無一般權利之觀念。是等理由，微之實際及理論，均有未合，實不足取。

第二 權利之意義

權利之本質如何，學說紛歧，已如上述。茲依余所信，下權利之定義曰：權利者，法律為特定人，因充實其所認許之利益，對之所付與之力也。準此以解，權利之意義可就兩方面觀察之：（一）權利之內容，為法律上之特定利益。蓋人類之目的，在求生存，欲求生存，即不能不取得適應於其生存之事物，人類與事物間所生之關係，謂之利益。此利益，為法律之所認許，即所謂法律上之利益。（二）權利之外形，為法律上之力（*Rechtliche Macht*）。法律因充實其所認許之利益，不能不付與一種之力，即所謂法律上之力是也。例如所有權有為使用收益處分其物之法律上之力，債權有要求他人作為或不作為之法律上之力是。（註二）

（註二）何謂權利，為民法學上最難解決之問題，茲例示二三。甲曰：學者代表之學說，以見一般。（一）中島玉吉謂：「權利者，為特定人，因充實法律所認之特定利益（事實），法律對於特定人所賦與之力（法規之力）也。」（中島民法釋義總編四四五頁）（二）鳩山秀夫謂：「權利者，享受特定利益之法律上之力也。」（鳩山日本民法總論二四頁）（三）長島毅謂：「權利者，人類在活資料上所有之法律上之」

支配力也。」（長島民法論一八頁以下）（四）陳克生氏謂：「權利者，特定人格者，關於特定行為所有之法律上之狀態也。」（陳氏前揭三頁）（五）余戰門氏謂：「權利者，法律許吾人正當得為某行為之狀態也。」（余氏前揭一二頁）（六）黃貺馨氏謂：「權利者，人格相互之關係，而此一方對他一方，所享有一定利益之法律上能力也。」（黃氏民律要義總則編四七頁）

第三 公權與私權

權利有公私之別，乃假定法律有公私之分。即公權者，公法上之權利也。私權者，私法上之權利也。何謂公法私法，其說不一，要而言之，約有三說：（一）目的說。此說謂以保護公益為目的之法律為公法，以保護私益目的之法律為私法。其說殊難贊同，蓋在物權法中多屬關於公益之規定，如依此說，將謂物權法為公法乎？（二）實質說。此說謂規定命令服從關係之法律為公法，規定個人對等關係之法律為私法。其說亦難贊同，蓋在親屬法中不無命令服從之規定，如依此說，將謂親屬法為公法乎？（三）主體說。此說謂規定國家與國家間及國家與私人間之法律關係者為公法，規定私人與私人間之法律關係者為私法。依余所信，大體上應以此說為合理。（註三）

（註三）公法私法之區別如何，為民法學上最難解決之問題，我國學者多採主體說，大體上亦以此說為是，本書從之。（余氏前揭二頁，黃氏前揭九頁。）但陳克生氏則獨探關係說，即規定統治關係之法律為公法，規定非統治關係之法律為私法。（陳氏前揭四頁五頁。）日本有力學者如中島玉吉、鳩山秀夫等亦採此說（中島前揭九頁至十一頁，鳩山前揭一頁。）余則以為其說非是，夫憲法者，規定統治關係之法律也，其為公法，殆無可疑，然一九一九年德國憲法則於共同生活事，中規定婚姻親子之關係，是明明於公法之中規定統治關係以外之非統治關係矣。

執此說者其稱何嗣以自解乎？

第二節 私權之分類

私權，因觀察之標準不同，得爲種種之分類，茲述其重要之分類如左。

第一 人身權與財產權

私權，以其客體爲標準而分類，可分爲人身權及財產權。人身權 (Personenrecht) 者，存於自己或他人之身上 (即以自己或他人之身體爲其客體餘同解) 之權利也。非人身權之權利，則爲財產權 (Vermögensrecht)。(註一) 人身權可分爲人格權及身分權，財產權可分爲債權、物權、準物權及無體財產權。人格權 (Persönlichkeitsrecht) 者，存於權利人自身上之權利也。舉凡生命權、身體權、自由權、姓名權及名譽權皆屬之。身分權 (Personenstandsrecht) 者，存於有一定身分關係之人之身上之權利也。舉凡家長權、親權、婚權、監護權及繼承權皆屬之。債權 (Obligationenrecht) 者，存於他人之行爲上之權利也。物權 (Sachenrecht) 者，直接存於物上之權利也。準物權者，直接存於一定權利上之權利也。無體財產權 (Immaterialgüterrecht) 者，存於精神所產出之無體物上之權利也。舉凡著作權、專賣權、商標權及特許權皆屬之。

(註一) 何謂財產權，欲下一明確之定義，甚爲困難。自來論財產權者，不外下列諸說。(一) 財產權者，以經濟利益爲客體之權利也。然則

無經濟上利益之權利，如好友之書簡，愛妻之遺髮等，將不得謂財產權乎？（二）財產權者，得為處分行爲之客體之權利也。然則如債權等事，屬於一身之權利，將不得謂爲財產權乎？（三）財產權者，以得處分之利益爲客體之權利也。然如使人唱歌或奏樂等之權利，並無何等可以處分之利益，將不得謂爲財產權乎？故本書不下財產權之定義，僅曰非人身權之權利，爲財產權。

第二 支配權請求權及形成權

私權以其作用而分類，可分爲支配權請求權及形成權。支配權（*Beherrschungsrecht*）者，直接支配權利客體之權利也。例如人格權，身分權，物權，準物權及無體財產權是。支配權，於支配作用外，同時有於自己之支配範圍內，禁止他人妨害之作用，此作用，通常稱爲禁止權（*Verbotungsrecht*），但禁止作用，不能離支配權而存在，自不能認爲一種獨立之權利。請求權（*Anspruchsrecht*）者，要求他人作爲或不作爲之權利也。請求權，爲 *Windscheid* 氏所發明，於法學上實爲較新之觀念。請求權，通常可分爲絕對請求權（*Absolute Ansprüche*）與相對請求權（*Relative Ansprüche*）。前者係對於一般人之請求權，其內容乃在要求不爲一定行爲，故恆爲消極請求權。舉凡由物權或其他支配權所生之請求權皆屬之。後者係對於特定人之請求權，其內容不僅在請求爲一定行爲，並得請求不爲一定行爲，故有積極請求權與消極請求權之二種。此二種請求權，足爲債權之內容。（註二）形成權（*Gestaltungsrecht*）者，因一方之行爲使某種權利發生變更或消滅之權利也。形成權之名，始於 *Seckel*，已漸爲一般學者所承認，但有稱爲能爲權（*Recht der rechtlichen Konnens*）者，亦有稱爲變更權

(Recht auf Rechtsänderung)者，本書則從通說，用形成權之名稱。形成權有在發生權利者，例如對於無權代理之承認權是（第一七〇條第一項）。有在變更權利者，例如選擇之債之選擇權是（第二〇八條以下）。有在消滅權利者，例如撤銷權（第一一四條以下），抵銷權（第三三四條以下），解除權（第二五四條以下）及繼承拋棄權（第一一七四條以下）是。

（註二）關於請求權，尙有種種之問題，例如請求權與債權之關係，請求權與訴權之區別，以及請求權與抗辯權之關係等，因其與債權有關，故本書暫不置論，俟於債編總論中述之。

第三 絕對權及相對權

私權以其效力所及之範圍爲標準而分類，可分爲絕對權及相對權。絕對權（Absolute Recht）者，對於一般人請求其不作爲之權利也。舉凡人格權，身分權，物權，準物權及無體財產權皆屬之。有此權利者，得請求一般人不得侵害其權利，而其特色，則在義務人之不一定，與權利本質在於不行爲。相對權（Relative Recht）者，對於特定人請求其爲一定行爲之權利也。例如債權是。有此權利者，不僅得請求特定人不得侵害其權利，並得請求其爲該權利內容之行爲，而其特色，則在義務人爲一定，與權利本質在請求爲一定之行爲。雖然，在從來區別絕對權及相對權者，多謂絕對權乃一般人負有不得侵害其權利之義務之權利，相對權則爲特定人負有不得侵害其權利之義務之權利，故稱前者爲對世權（Right in rem），後者爲對人權（Right in Personam）。不知縱屬相對

權，一般人亦負有不得侵害其權利之義務，此種區別，殊欠充實。但應注意者，在相對權，一般人雖負有不得侵害其權利之義務，然此義務之存在，乃相對權之結果，而非相對權之本質；反之在絕對權，其一般的義務之存在，則為絕對權之本質，而非絕對權之結果耳。

第四 主權利及從權利

以私權之相互關係為標準而分類，可分為主權利及從權利。主權利 (Belständigiges Recht) 者，得獨立存在之權利也。從權利 (Nebenrecht) 者，以主權利之存在為前提之權利也。從權利對於主權利而言，如留置權質權及抵押權之於債權，地役權之於需役地所有權，以及利息債權之於原本債權是。從權利既以主權利之存在為前提，故原則上，主權利消滅，則從權利亦隨之消滅，主權利移轉，則從權利亦隨之移轉（第二九五條第三〇四條第三〇七條）（註三）

（註三）此外權利之分類甚夥，不克一一細舉，惟不可不知者，即有主權與無主權分類之不當是也。蓋權利乃附屬於主體而存在，無主體則無所謂權利，此種分類之不當，甚為顯然。雖然，權利似亦有無主體而存在之時，例如胎兒之損害賠償請求權及無記名證券遺失後之狀態之類，不知前者，其請求權在胎兒未出生前尚未發生，不生無主存在之問題。後者，前主證券上之權利，已因遺失而消滅，亦不生無主存在之問題。

第三節 民法與私權

第一 法律之本位

法律之本位云者，法律之中心觀念或法律之立足點也。法律乃人爲之規範，自有其一定之中心觀念，依其演進言之，可分三期：（一）義務本位時期。此爲法律最初之本位時期，良以人類進化之始，即在固結團體，以禦強敵，而固結團體之要件，首在犧牲小己，事事服從，於是形成義務之觀念，法律遂以此義務觀念爲其中心觀念。（二）權利本位時期。迨後，個人主義逐漸發達，法律遂由義務本位進於權利本位。於此時期，一般通說均謂法律爲規定權利之工具，而以法律學爲權利之學。且有執法律與權利同時存在之說，以法律爲客觀的權利（*Objectives Recht*），權利爲主觀的法律（*Subjectives Recht*）者。（三）社會本位時期。個人主義發達之結果，於不知不覺中釀成種種之流弊，於是學者主張，法律最終之目的不在於權利之保護，而在於社會生活之安全與健全，法律之中心觀念亦隨之而變，此即所謂社會本位者是也。

第二 民法與私權

法律之本位，已如上述，就我民法法典大體言之，固以權利爲其中心觀念者也。蓋我民法法典所規定者，不外兩種權利：其一，財產權，即第二編債及第三編物權所規定之各種權利是。其二，非財產權，即第四編親屬及第五編繼承所規定之各種權利是。故就我民法法典之體裁言之，其係以權利爲立法之中心觀念，實無疑義。雖然，權利本位與義務本位，其得失如何，頗難遽斷。即在社會本位的立法，亦不過在求權利與義務之衡平，藉以確保社會之安

定及健全，初非置權利與義務於不顧。我民法法典雖大體以權利為其中心觀念，而於社會之安定及健全亦多所顧及，以余觀之，縱謂其為社會本位初期特於異彩之立法例，似無不可。（註一）

- （註一）我民法注重社會利益各條，亦有可得而言者，例如（一）妻之限制能力之撤廢（第十三條第十五條）；（二）法人設立之限制（第三〇條）；（三）急迫利率及無經驗者之保護（第七四條）；（四）消滅時效期間之短縮（第一二五條至第一二七條及第一四七條）；（五）權利濫用之禁止（第一四八條）；（六）利息之限制（第二〇三條第二〇五條第二〇六條）；（七）賠償責任之減免（第二一七條第二一八條）；（八）過失責任之酌減（第二三〇條）；（九）違約金之減少（第二五一條）；（十）連帶債務之限制（第二七二條）；（十一）分期付款之利益（第三一八條）；（十二）抵充債務之指定（第三二一條）；（十三）分期買賣之寬大（第三八九條第三九〇條）；（十四）租賃效力之擴張（第四二五條）；（十五）租金之減免（第四五七條）；（十六）出租人終止契約之限制（第四五九條第四六〇條）；（十七）受僱人之保護（第四八三條第四八七條第四八八條）；（十八）著作人之保護（第五一八條第五一九條等）；（十九）登記要件主義之採用（第七五八條）；（二十）所有權行使之限制（第七六五條）；（二一）取得時效期間之短縮（第七六八條等）；（二二）永佃權人之保護（第八四四條）；（二三）典之規定（第九一二條第九二六條）等皆是。

第三 民法總則與私權

我民法法典大體以權利為立法之中心觀念，已如上述，而總則原屬各種私權共通適用之通則，故就其內容以言，亦不外以私權為全編組織之中心。第一，關於各種私權通則之通則，即民法總則第一章法例之規定是也。第

二、關於私權主體之通則。私權之主體，指享有私權之人格者，法律上之人格者，其種類有二：一為生物界之人類，即自然人。一為具有人格之社會的組織體，即法人。無論何種權利及義務，自然人及法人皆得享有或負擔之，故民法總則特於第二章第一節規定自然人之通則，第二章第二節規定法人之通則。第三、關於私權客體之通則。私權之客體，固不限於物，然物於私權客體中，具有重要之性質，故民法總則第三章特設物之通則之規定。第四、關於私權變動之通則。私權變動之原因有二：其由於人之行為而生私權之變動者，為行為。其由於人之行為以外之事實而生私權之變動者，為事實。前者又分為二：適應法律而為法律所容許之行為，為合法行為。違反法律而為法律所不容許之行為，為違法行為。而法律行為，為合法行為之主要部分，故民法總則特於第四章規定法律行為之通則。此外，時效，與夫權利行使之限制，不但對於民法全部均有其適用，且無一而不與私權之變動或行使有密切之關係，故民法總則特於第五章規定期日及期間之通則，第六章規定消滅時效之通則，第七章規定權利之行使。其以權利之行使殿諸全編之後者，蓋又於保護權利之中，微寓限制之意者也。（註二）

（註二）研究總則有應注意者二事：其一、總則之規定為通則（原則）之規定。既為通則之規定，則民法全部自應有其適用，但實際上於各個法律關係規定其特別（例外）者，不在少數。此種特別，以在親屬繼承兩編為最多。此不可不注意者。其二、總則之規定為抽象的規定。所謂抽象的規定，非必徒離空論，而其所根據者仍為各個具體的法律關係。此種具體的法律關係，於研究總則之際，亦不可忽。此應注意者二。

本論

第一章 法例

第一 概說

法例者，民法全部適用之通例也。法例，在民法英文譯本作 Application and Interpretation，蓋又適用與解釋之意。外國民法有首揭關於法例之規定者，有不然者。前者如瑞士、土耳其、蘇俄及暹羅是。（註一）後者如德國及日本是。我國第一次民法草案總則編設有法例一章，第二次草案逕為刪除，現行民法則從瑞士等國立法例，摭拾民法全部適用之通則冠諸編首，統曰法例，允稱的當。惟如誠實信用之法則（Treu und Glauben）解釋法律之標準等，宜規定於法例者，而規定於債編，或竟不為規定；反是如法律行為之方式，確定數量之標準等，宜規定於法律行為章者，則規定於法例，是否適當，不無可議耳。

（註一）法例二字，由來甚久，古稱其法，魏稱刑名，晉稱刑名法例，北齊則稱名例，隋以後從之，其詳見本書緒論第三章第一節第一。瑞士民

法不稱法例，而稱序則，共十條，第一條規定法律之適用，第二條至第四條規定法律關係之內容，第五條規定民法與州法之關係，第七條規定債務法之通則，第八條至第十條規定證據法則，土耳其民法大體與瑞士同，暹羅民法亦稱序則，共三條，第一條規定法典之名稱，第二條規定法典施行之日期，第三條規定法典之效力，蘇俄民法稱根本規定，共三條，第一條規定私權之保護，第二條規定私權之爭執，第三條規定土地關係等之特別，我第一草案則稱法例，共三條，第一條與現行民法第一條相當。

第二 民事法則適用之順序

我民法第一條規定曰：「民事法律未規定者，依習慣。無習慣者，依法理。」此即規定民事法則適用之順序。依此規定，民事法則適用之順序當爲：（一）法律；（二）習慣；（三）法理。我民法所以予習慣及法理以補充法律之效力者，良以宇宙森羅萬象，所有事事物物之民事關係，尤屬叢雜萬端，法律規定縱詳，亦難綜括無遺，而法院對於民法案件又不得以法無明文拒絕裁判（民法第四條明定此旨），故實有不能不依賴習慣及法理以爲補充者在也。習慣及法理之意義若何，已於本書緒論中述之，茲不贅；顧所謂法律者，其意義若何，則屬疑問？考中外學者嘗分民法之法源爲二：（一）制定法；（二）非制定法。制定法通常，又別爲三種：（一）法令；（二）自治法；（三）條約。彼所謂制定法者，即我民法第一條之所謂法律也。（註二）余則以爲我民法所謂法律，係指特別別民事法令及民法法典而言。所謂特別別民事法令，又不懂以公司法票據法保險法海商法爲限，舉凡現行有效之一切民事關係法令均屬之。（余意不但如通常所謂狹義的民事關係法令，即廣義的民事關係法令如商事關係法令，農工關係

法令等皆是。其詳參照司法院編纂增訂國民政府司法例規卷中。惟此項法令，至爲夥顯，吾人殊難一一列舉耳。

(註三)

(註二)關於此點，外國學者之著作如何，言之甚長，姑置勿論。茲就我國著有權威之民法著作言之：(甲)黃陂氏分民法之法源爲二：(一)制定法；(二)非制定法。制定法又分爲四：(一)歷朝律例；(二)自治法；(三)條約；(四)禮制。(非制定法則分習慣法條理及判例三種)。(黃氏前揭二一頁至二七頁)(乙)余戰門氏亦分民法之法源爲二：(一)制定法；(二)非制定法。制定法又分爲三：(一)法令；(二)自治法；(三)條約。(非制定法祇習慣法一種)。(余氏前揭二五頁至三〇頁)(丙)陳克生氏亦分民法之法源爲二：(一)成文法(即制定法)；(二)習慣法。彼所謂成文法，則泛指民法法典、民商事法、自治法及條約等。(陳氏前揭七頁至一六頁)此種解說，非不允當。第稍覺煩瑣，似不如謂民法第一條所謂法律，係兼指一切特別民事法令及民法法典，較爲概括。

(註三)此所謂法令，包含法律及命令而言。法律與命令之區別，於國民政府遷都南京之始，頗爲混亂，及民國十七年三月一日立法程序法施行(本法共十條見商務印書館發行增訂國民政府現行法規第三類一頁)，始有一定之標準。關於十八年五月十四日公布法規制定標準法六條，法律與命令之區別益見顯明(立法院秘書處編立法專刊第一輯六〇頁)。惟在事實上，尙非完全遵循此項標準耳。

第三 法律行爲之方式

法律行爲，有須方式者，有不須方式者。前者謂之要式行爲，後者謂之非要式行爲。近世各國法律，皆以非要式行爲爲原則，要式行爲爲例外，我民法亦然。要式行爲之中，有以使用文字爲必要者，有須履行文字以外之法定方

式者。前者例如我民法第七六〇條規定不動產物權之移轉或設定應以書面爲之是，後者例如我民法第九八二條規定結婚應有公開之儀式及二人以上之證人是。（註四）如依法律規定，法律行爲須依方式爲之，且有使用文字之必要，其辦法如何，苟無明文規定，難免不生疑問。故我民法特從德瑞立法例，於第三條規定曰：『依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。如以指印十字或其他符號代簽名者，在文件上經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。』（德民一二六條）債第十三條至十五條）即：（一）依法律規定必須使用文字之法律行爲，其文字得不由本人自寫，但須親自簽名。自寫（通常稱自書親書或親筆），對代寫（通常稱代書代字或代筆）而言。夫文字者，所由供異日證明之用者也，自以由本人自寫爲適當，但如本人不欲自寫或不能自寫，則不妨請由他人代書，其必須親自簽名者，蓋所以表明本人是認代寫文字之正確也。（二）簽名原則須親筆爲之，但例外亦可用他種方法以爲替代，謂之代簽名。簽名（亦稱署名）云者，謂本人自己書寫自己之姓名也。代簽名者，謂本人不自己書寫自己之姓名，而以蓋用印章，或捺指印（通常稱指紋或母印），或畫十字，或用其他符號（例如畫花押等）以代之也。雖然，印章與指印十字或其他符號，其效力則有強弱之差，即：（甲）以印章代簽名者，其蓋章與簽名有同等之效力。（乙）以指印十字或其他符號代簽名者，則須有二人簽名證明，始能發生效力。良以簽名爲本人獨具之筆迹，印章亦係本人獨有之標誌，二者之正確完全相同；若夫指印十字或其他符號，既不若蓋章之慎重，尤不似親自簽名之真實，故以有二

人簽名證明其正確之必要。(註五)

(註四) 要式行爲，以使用文字爲必要者爲最多，茲舉民法債編爲例：如第三〇八條第一項，第三二四條，第四二二條，第四六二條第一項，第五三一條，第六一五條，第六一七條，第六二四條，第六二五條，第七三〇條等，均是。至須履行文字以外之一定方式者，則除結婚(第九八二條)及懸賞廣告之要約(第一六四條第一項)而外，尙不多見。

(註五) 我民法第三條既明謂依法律之規定有使用文字之必要云云，一若專指法定要式行爲而言，實則不然，蓋約定要式行爲，在我民法並不禁止，故如原非要式行爲而當事人約定須依一定方式，且以使用文字爲必要者，自應類推適用民法第三條之規定。雖然，二者之效力則不相同，即在違背法定方式者，其法律行爲原則上爲無效(第七三條)，反之在未完成約定方式者，則推定其法律行爲不成立(第一六六條)。

第四 確定數量之標準

一 以文字爲準者

吾人於訂立文件，關於一定數量之記載，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼自以兩相符合爲常；然在事實上因使用者之故意過失或其他原因，致表示之數量彼此懸殊，亦所恆有，於此之時，究應以文字所表示之數量爲準，抑應以號碼所表示之數量爲準，不無疑問。故我民法特從暹羅民法，於第四條規定曰：「關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準。」(暹民第二七條) 卽法院於審判此等認爭之際，應先推求當事人之原意以爲裁判，如已盡審判上

之能事，仍不能決定何者為當事人之原意，則依文字決之。其以文字為準者，則又因文字之書寫通常較為鄭重也。（註六）

（註六）我國使用於一定數量之文字，通常用壹貳叁肆伍陸柒捌玖拾等字，所以昭鄭重而防改竄也。至使用於一定數量之號碼，則有兩種：一為固有號碼，即一、二、三、四、五、六、七、八、九、十是。此種號碼，商界通稱蘇州號碼，蓋者起於蘇州歟？一為傳來號碼，即1、2、3、4、5、6、7、8、9、10是。二者相較，自以傳來號碼為簡明。

二 以最低額為準者

吾人關於一定數量之表示，或以文字為之，或以號碼為之，原屬自由，然如數次所為之表示，其內容完全相同，固無問題，否則究應以最高額為準，抑應以最低額為準，不無疑問。故我民法特從暹羅民法，於第五條規定曰：「關於一定之數量，以文字或號碼為數次之表示者，其表示有不符合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以最低額為準。」（暹民第二八條）即數次所表示之數量如彼此不符，不問其為文字與文字表示數量之不符，號碼與號碼表示數量之不符，或文字與號碼表示數量之不符，均應由法院推求當事人之原意以為裁判，如法院已盡審判上之能事，仍不能決定何者為當事人之原意，則依最低額決之。其以最低額為準者，蓋又所以保護債務人也。（註七）

（註七）關於第四條及第五條之規定，各國多以之規定於要領法，我則以之規定於民法總則編，但在要領法（十八年十月三十日公布

施行) 第四條復股類似之規定曰:「票據上記載金額之文字與號碼不符時,以文字為準。」民法係票據法之普通法,票據法未規定之事項,自應適用民法總則之規定,票據法第四條之規定,實無必要。

第二章 人



第一節 概說

第一 私權主體與人

無論何種權利，必有其附麗之主體，私權亦然。私權之主體維何？即所謂人者是也。此之所謂人，指人格者（Person）而言。法律上之人格者，不以自然人（natürliche Person）為限，即社會的組織體之法人（juristische Person）亦是。我民法上之所謂人，蓋即從此意義者也。（註一）然此係指廣義之人而言（例如泛稱當事人第三人權利義務人利害關係人之類），非無用作狹義，專稱自然人為人者（例如失蹤人未成年禁治產人法定代理人限制行為能方人之類），要在視其性質如何以區別耳。自然人與法人雖同為法律上之人格者，但法律之於人格，其在自然人，則祇須係屬人類之單純事實發生，法律即付與之；至在法人，則法律定有一定之要件，必有適合其要件之事實發生後，法律始付與之，斯又二者不同之點也。

（註一）往昔之所謂人（人格者），專指自然人而言，且有縱為自然人，而亦不認其為人者，例如羅馬法上之奴隸是。至自然人以外，而認

其爲人者，則不一而足：（一）認超自然之物爲人者，例如古代羅馬法以神天使惡魔等爲人是。（二）認動物爲人者，例如古代埃及以貓、暹羅以白象、猶太及希臘以動物爲人是。（三）認無生物爲人者，例如古代羅馬法以神社爲人是。

第二 各國立法例

關於私權主體之立法例，各國法律不同。有祇認自然人爲私權之主體者，如法國民法是。良以法國自大革命以後，個人主義極占優勢，故其民法不認社會的組織體之法人爲私權之主體。（註三）但在近世民法，所謂私權之主體，則通常兼指自然人及法人而言。顧其用語尙非一致，有選用私權主體字樣，而不區別自然人及法人者，如蘇俄民法是。有區別自然人及法人，而無共通之稱謂者，如日本、暹羅、瑞士及土耳其等國民法是。有區別自然人及法人，而統稱其爲人者，如德國民法是。我民法，則從德國立法例，實爲進步之編制。

（註二）法國民法第一編人事，第一章至第四章與我民法關於自然人之規定相當，而無關於法人之規定。但就特種事項亦間接承認法人之存在，如第三五七條第六一九條及第九一〇等條，其者例也。

第二節 自然人

第一款 概說

各國法律，關於自然人之規定亦不盡同。有於自然人章，分列若干節，規定私權之享有，能力，住所及失蹤者，如

日本民法是規定人格能力及失蹤者，如暹羅民法是規定人格及身分登記者，如瑞士民法及土耳其民法是有雖不分節，然亦顯有段落可尋，而係規定權利能力，成年，禁治產，住所，姓名權及死亡宣告者，如德國民法是規定權利能力，行為能力，住所及死亡宣告者，如蘇俄民法是。我民法則從德國及蘇俄之立法例，雖不分節，但亦顯分段落，而係規定權利能力，死亡宣告，行為能力，人格保護及住所之五事焉。

第二款 權利能力

第一項 概說

第一 權利能力之性質

權利能力 (Rechtsfähigkeit) 之性質如何，學說尙未一致，有謂權利能力為人格權即權利者，如德國學者 Gierke 氏之說是。有謂權利能力為享有權利之資格者，如德國學者 Holder 氏之說是。日本及我國學者大抵從第二說，余亦謂然。蓋權利能力雖為取得權利之基礎，然在觀念上究與權利各別存在，如即以之為人格權，則取得人格權之基礎將無從說明故也。又所謂權利能力，不但指享有權利之能力而言，即負擔義務之能力（即義務能力 Rechtsverpflichtbarkeit）亦包含之。不過我民法原則上係權利本位的立法，故從權利方面立論，而稱之為權利能力耳。但依鄙見，似以改稱「權義能力」為適當。

第二 權利能力之範圍

關於權利能力之範圍，有應注意者四：（一）凡人皆有權利能力。此在外國法律有設明文規定者，如瑞士民法第十一條第一項，奧大利民法第十六條及日本舊民法人事編第一條之規定是。良以彼時距奴隸制度之廢止未遠，故有此規定之必要。我民法則以其事屬當然，不設規定。（二）凡人當然有權利能力，即凡人於出生後，即當然取得權利能力，與已爲出生之呈報與否無關。惟所謂當然，與天賦人權有別，換言之，吾人之所以有權利能力，亦不外爲法律所付與而已。故有稱自然人亦法人者，洵的論也（Ludemann § 24）。（三）權利能力以平等爲原則。即人之權利能力，不因性別年齡身分種族階級宗教國籍而有差別（蘇俄民法第四條第二項有明文規定）。然此指原則而言，例外亦有不平等者，如外國人之權利能力，其適例也。（四）權利能力限於法律之範圍內。此在外國法律有設明文規定者，如瑞士民法第十一條第三項及土耳其民法第八條第二項之規定是。我民法惟於第二六條規定「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。」而於自然人則以其事屬當然，不設規定。

第二項 權利能力之始終

第一 始於出生

自然人之權利能力，於出生（Geburt, Naissance）爲始，爲各國法律之所同，我民法亦於第六條前段規定此旨（舊民法第一條、日民法第一條、瑞民法第三一條、土民法第二七條、暹民法第三九條）。惟何者謂之出生，其說不一，依余所信，須具備左列兩種要件，始能謂之出生。（註一）

(一)須胎兒與母體完全分離。胎兒如未與母體完全分離，因在生理上尙未獨立成爲一體，故不能謂之出生。但胎兒一旦與母體分離，即謂之出生，臍帶之切斷與否，則非所問。雖然，學者非無以切斷臍帶爲出生之要件者，如依此說，則是權利能力之始期，將爲人之意思所左右，其說之不足採，至爲顯然。又出生之由於自然，抑由於人爲，亦非所問。不過出生之由於人爲者，有時不免構成刑法上之犯罪（墮胎罪）耳。

(二)須胎兒與母體完全分離後尙係生存。自然人人格之基礎，在於生存之人類，故出生，以胎兒與母體分離後尙係生存爲必要。至決定出生後是否生存之標準如何，則其說不一，有謂應依已否哭泣以爲決定者，余則以爲應視其獨立呼吸空氣與否決之，至曾否獨立呼吸空氣，在法醫學上自有其驗斷之方法，無足慮也。胎兒出生後苟係生存，其生存時間之長短，與夫有無生育能力，以及具備常人之形狀與否，均非所問，是不待言。（註二）

於此有一問題，即孿生子（Gemellus, Zwilling, Jumeau, Twin）出生之先後是也。關於此點，外國民法有說明文規定者，如普魯士國法第一章第十五條之規定是。我民法第二次草案第七條亦明定：「孿生子應以誕生之先後，定其長幼。」現行民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同，如出生之先後不明，則一如普法，以抽籤定之。

（註一）關於出生之學說，約言之有四：即陣痛說，一部露出說，全部露出說及獨立呼吸說。陣痛說，以胎盤發動，在婦感覺腹痛時爲出生時。

說非是，妾在妊娠之難產者，常有腹痛數日，尚未分娩，如依此說，則是胎兒於數日以前，即已出生，有是理乎！一部露出說，以胎兒一部露出母體時，始出生。此說殊難贊同，蓋知依此說，則胎兒無論其爲頭部足部，一旦露出母體，即不能不認之爲人，徵諸常識，固如是乎！全部露出說，以胎兒全部與母體分離時爲出生。此說亦難贊同，蓋知依此說，則胎兒之以死體分娩者（即所謂息胎），亦不能不認其爲人，此不但與常識不合，即依我民法第七條之規定言之，亦未見其當。獨立呼吸說，則以胎兒與母體分離而能獨立生存時爲出生。民法學者，多採此說。

（註三）外國法律，有以生育能力（Vitalitas）爲必要者（否則謂之不熱兒，Abortus）。如法國民法第三一四條之規定是。此種規定，爲我民法所不採用。蓋是否有生育能力，不外依下列兩法以爲斷定：（一）由醫生檢驗；（二）視其懷胎已否經過百八十一日。其在前者，不但認定困難，且不勝其煩；其在後者，不但局外人無從知悉，即在妊娠本人亦往往不能確知其受胎之日爲何日也。又在外國法律，有以具備常人^之形狀爲必要者（否則稱爲畸形兒，Monstrum），如羅馬法^其德國民法第一章第一七條至第二二條之規定是。此種規定，亦爲我民法所不採用。蓋必在何種程度，始與常人之形狀無異，頗難立一明確之界限故也。

第二 終於死亡

自然人之權利能力，既以出生爲始，自應以死亡爲終。惟關於此點，外國法律多以其事屬當然，不設明文規定。我民法則從暹羅、瑞士及土耳其之立法例於第六條後段明定人之權利能力終於死亡。良以我國歷來法制，常有於人已死亡仍認其有人格之存在（如追贈官爵及戮屍之類），本條後段之設，乃所以免誤解也。惟此之所謂死亡，指自然之死亡而言（以呼吸完全斷絕之時爲準），不但羅馬法上人格減少之制度，德國法上喪失自由及捨

身宗教之制度，以及英國法上無保護（*Outlaw*）之制度爲我民法所不採用，即通常所謂法律上之死亡（死亡宣告），亦無本條規定之效力，蓋受死亡之宣告者雖亦推定其死亡，然如實際尙係生存，其權利能力仍屬存在故也。（註三）

（註三）如上所述，自然人之權利能力既始於出生，終於死亡，則出生及死亡之事實及其時期如何在法律上之關係，甚爲重大，欲主張其權利者，自應負舉證之責。惟舉證一事，甚爲困難，故各國法律多設出生死亡登記之制度，以備將來證據之用。瑞士及土耳其以之規定於民法中，據日審則於民法以外另訂戶籍法規定之，我國亦然。

第三項 胎兒之權利能力

第一 胎兒及其保護之必要

胎兒（*Nasciturus*）者在母體內之兒也。即自受胎之時起，至出生完成之時止，謂之胎兒。胎兒爲母體之一部，不能獨立生存，原則上固非權利能力人，然胎兒遲早終須出生，直接保護胎兒，即間接保護將來出生之人類，此在各國刑法所以對於墮胎特設專章（我刑法第二三章即規定墮胎罪），而於民法亦規定胎兒享有權利能力者也。

第二 胎兒權利能力範圍

胎兒有權利能力固矣，但其權利能力之範圍如何，則各國法律尙未一致。有採概括主義，凡關於胎兒個人利

益之保護，均視爲既已出生者，如暹羅民法、瑞士民法及土耳其民法是。有採列舉主義，僅限於特種事項，爲保護其利益，始視爲既已出生者，如德國民法、日本民法及蘇俄民法是。（註一）我民法則採概括主義，於第七條規定，凡關於胎兒個人利益之保護，均視爲既已出生，以期保護之周洽。（但學者有謂概括主義失之太寬，易滋流弊者，當并政章民法原論一一八頁參照。）

（註二）德國民法關於胎兒個人利益之保護，僅以侵權行爲之損害賠償（第八四四條）、繼承（第一九三條）、遺贈（第二一七八條）三者爲限。日本民法亦僅限於侵權行爲之損害賠償（第七二一條）、家督相續（第九六八條）、遺產相續（第九九三條）、遺贈（第一〇六五條）之四者。蘇俄民法則僅祇於繼承之一端（第四一八條備考）。

第三 胎兒權利能力之性質

胎兒之權利能力，其性質如何，學說殊不一致。有謂胎兒之權利能力，乃法律所擬制，於出生前即已有之者，是謂擬制說（Fiction）。此說法國學者主張之，日本學者亦間採此說（法學新報二四卷一號松本丞治論文參照）。有謂胎兒之權利能力，乃以出生爲條件，須待出生以後始能溯及既往，而有出生前之權利能力者，是謂條件說（Bindingung）。此說德國學者主張之，日本學者亦間採此說（中島氏前揭九三頁）。以上兩說，以條件（解除條件）說爲合理，故我民法採之。此就我民法第六條「以將來非死產者爲限」之用語觀察，實無可疑。（但余鈺門氏則謂我民法係採擬制說，余氏前揭三六頁參照。）（註三）

(註二)於此有一問題，即胎兒之法定代理人是也。我民法關於此點，無明文規定，但在解釋上胎兒關於其利益之保護，既定為其母出生，自應從第一〇八六條以胎兒之父母為其法定代理人。至胎兒之性別如何，在我民法上不成問題，但在探家督相續之國家，例如日本，則有研究之必要。(日本法曹記事二四卷九號參照)

第四項 外國人之權利能力

第一 外國人之意義

關於外國人與本國人之區別，各國法律頗不相同。據我現行國籍法而下外國人之定義曰：外國人者，無中華民國國籍之自然人也。(註二)此定義，有應注意者：(一)凡無中華民國國籍之人，皆為外國人，其在外國有無國籍，在所不問，故所謂無國籍人，亦為外國人。(二)此之所謂外國人，以自然人為限，此不但就國籍法解釋如此，即就民法總則施行法第二條解釋亦然，蓋關於外國法人已另於同法第十二條設有規定故也。

(註一)現行國籍法共二十條，十八年二月五日頒行，其要點為：(一)下列各人屬中華民國國籍：(a)生時父為中國人者；(b)生於父死後，其父死時為中國人者；(c)父無可考或無國籍，其母為中國人者；(d)生於中國地，父母均無可考或均無國籍者。(二)外國人有下列各款情形之一者，取得中華民國國籍：(a)為中國人妻者，但依其本國法保留國籍者，不在此限；(b)父為中國人，經其父認知者；(c)父無可考或未認知，母為中國人，經其母認知者；(d)為中國人之養子者；(e)歸化者。(三)中國人有下列各款情形之一者，喪失中華民國國籍：(a)為外國人妻，自請脫離國籍，經內政部許可者；(b)父為外國人，經其父認知者；(c)父無可考或未認知，母為外國人，經其母

認知者（第一條第二條第十條）

第二 外國人之權利能力

一 沿革

關於外國人在私法上之地位，自來有三種主義：（一）禁止主義，此主義為古代羅馬及日耳曼法所採用。在此主義之下，無論何種私權，均以不許外國人享有為原則。（二）相互主義，此主義又分為二：（甲）法律相互主義，此主義為奧國民法所採用，在此主義之下，凡外國人之本國依法律與我國人以私權者，我國對於其外國人亦照樣與之。（乙）條約相互主義，此主義為法國民法所採用，在此主義之下，凡外國人之本國依條約與我國人以私權者，我國對於其外國人亦照樣與之。（法民第一一條）（三）平等主義，此主義為近世各國法律所採用，在此主義之下，無論何種私權，外國人均與本國人同等享有為原則。以上三種主義，自以平等主義為適當。良以私權與公權不同，公權關係國家之生存，私權則惟於個人之生存有關，對於外國人，固不宜與以公權，以免危及國家之生存，然如私權亦吝而不與，則將害及其個人之生存矣。

二 平等主義之限制

關於外國人在私法上之地位，近世各國法律雖多採平等主義，但亦非無若干之限制。惟此種限制，常因國內情形及對外政策而不同。茲舉各國重要之限制如次：（一）土地所有權受限制者，如日本、瑞典、挪威、德國、瑞士、

羅馬尼亞及美國少數之州是。(二) 船舶所有權受限制者，如日本、墨西哥、巴西、英國、匈牙利、瑞典及美國加利佛尼亞州是。(三) 通商權受限制者，如瑞典及丹麥是。(四) 礦業權受限制者，如日本是。(五) 漁業權受限制者，如日本、美國、墨西哥、智利、法國、西班牙、奧大利、匈牙利、瑞典及挪威是。(六) 訴訟救助受限制者，如日本、德國、奧大利、匈牙利、法國、比利時、荷蘭、西班牙、葡萄牙、瑞士及羅馬尼亞是。(七) 起訴須保證者，如日本、英國、巴西、比利時及匈牙利是。

三 我民法施行法上之規定

關於外國人之權利能力，我民法以之規定於民法總則施行法，其第二條規定曰：「外國人於法令限制內，有權利能力。」依此規定，我民法固亦採平等主義者也。惟外國人究非本國人可比，故關於特種權利能力，仍得依法令限制之。如土地所有權（註二）與夫森林、礦產、荒地、漁場、鐵道及各項企業之所有權（註三）均不許外國人享有，其著例也。惟應注意者，我國近百年來為不平等條約所束縛，就目前之實際狀況以言，外國人之權利能力似應依照下列之標準，以為決定。（一）條約已許予之權利，在條約未廢除以前，外國人仍得享有。（二）條約未許予亦未禁止限制之權利，縱無法令禁止限制，外國人不得享有。（三）條約或法令所禁止限制之權利，外國人則絕對不得享有。

（註二）前大理院八年上字第九一九號判決：「中國與各外國通商條約，祇許外國人得於通商口岸租地起蓋房屋，雖光緒二十九年申

美續議通商行船條約第三條准許美國人於已開或日後所開爲外國人居住通商各口岸中，已定及將來所定爲外國人居住合宜地界之內得租借或承租地甚自行建造房屋行棧，然並不能解爲准許外國人得於中國享有土地所有權，或在租界以外承租土地。又九年上字五九三號判決：「外國人除教堂有特別條約外，無在中國購置土地之權，故外國普通商人購買土地，其買賣契約根本上不能認爲有效。」

(註三) 國民政府二十年十一月十六日命令：「查國內森林續產荒地漁場鐵道及各項企業，無論公有私有，均與國家主權有關，亦爲國民生計所繫，依國家各項法令，如未經中央主管部核准，決不許自與外人締結任何租借或類似租借之契約。自東三省事變發生以來，國家多故，雖保無味良玩法之徒假借名義，竄權自私，用特重申禁令，所有國內森林續產荒地漁場鐵道及各項企業，無論爲地方政府公私法團或私人所有，凡未經中央主管部核准，而私與外人訂立租借或類似租賃契約者，一概無效，以維國權，而重民生。此令。」

第三款 死亡宣告

第一項 概說

第一 立法理由

死亡宣告 (Todeserklärung) 者，失蹤人失蹤經過一定期間後，法院因利害關係人之聲請，對之宣告其爲死亡之制度也。各國法律多設有死亡宣告或失蹤宣告之制度，雖其規定不盡相同，然於結束失蹤人以從來之住所爲中心的法律關係，則屬一致。良以人之生死，影響於其身分上及財產上之法律關係至爲重大，如離去向來之住所生死不明，則身分上及財產上之法律關係無從結束，殊非所宜，死亡宣告制度之設，卽所以結束失蹤人以從

來之住所爲中心的法律關係也。

第二 各國立法例

失蹤人失蹤，滿一定期間後，其法律關係應如何結束，各國法律不同。要言之，不外下述兩種之制度：其一，法國之失蹤宣告制，其二，德國之死亡宣告制。法國民法分失蹤人之時期爲二：（一）失蹤之時期（La période d'absence）。於此時期，使失蹤人受失蹤之推定。失蹤推定，由利害關係人聲請法院爲之。失蹤人受失蹤之推定後，如其財產之全部或一部有管理之必要，則由法院爲之設定管理人（法民第一一二條）。（二）失蹤宣告之時期（La déclaration d'absence）。於此時期，使失蹤人受失蹤之宣告。此時期更分爲二：（甲）財產假占有之時期（La période de l'envoi en possession provisoire）。即失蹤人設有財產管理人者，於受失蹤推定後十年，未設有財產管理人者，於受失蹤推定後四年，由其繼承人聲請法院，爲財產之假占有（法民第一一五條第一二二條）。（乙）財產確定占有之時期（La période de l'envoi en possession définitif）。即自假占有之時起經過三十年，或失蹤人之年齡已達百歲，則由繼承人聲請法院，確定占有其財產焉（法民第一二九條）。（註）反之德國民法，則於失蹤人失蹤，經過一定期間後，法院即得依利害關係人之聲請，爲死亡之宣告。所謂一定期間，因情形而不同，通常爲十年，例外爲五年三年二年或一年（德民第一三條至第一七條）。（近代各國法律多採德國民法之制度，我民法亦然。）（日民第三〇條俄民第十二條瑞民第三五條土民第三一條暹民第七四條）

(註)余戲門氏謂：依法國制，分生死不明之時期爲三期：第一期，使其人受失蹤之推定；第二期，使其人受失蹤之宣告；第三期，即推定其人之死亡。(余氏前揭三七頁三八頁。)推定其人之死亡云云，殊非的語，蓋法國制所以異於德國制者，即一係宣告其失蹤，一係宣告其死亡，如據法國民法最終結果亦係推定其爲死亡，則與德國民法無所區別矣。細釋法國民法顯係分失蹤之宣告爲財產占有及確定占有之二期，似不能謂確定占有即屬推定其人之死亡。

第二項 死亡宣告之要件

第一 實質要件

據我民法第八條規定，死亡宣告須具備左述兩種之實質要件。

一 須爲失蹤人之失蹤

失蹤者，離去向來之住所或居所，而生死不明之謂也。此失蹤之人，即失蹤人。依此以解，則失蹤人之失蹤，須具備下列兩種要件：(一)須有離去向來之住所或居所之事實。但以此事實爲已足，失蹤人之有無復歸之意思，則非所問。(二)須生死不明。所謂生死不明，指生固不明，而死亦不明而言。換言之，即其生其死，毫無音信。如失蹤人本身或第三人尙有音信可通，尙不能以生死不明目之。至生死不明，是否已至足以推測其死亡之程度，則非所問。(註一)

(註一)關於此點，陳克生氏與鄧見不尙，陳著略謂：「何謂生死不明，即有足以推測其死亡之情形也。必須已達此程度，始得謂之失蹤，而

後起算期間，許於期滿時聲請宣告死亡（參照德民三〇四條）。若僅一時蹤跡不明，而尚未至足以推測其死亡之程度，竟許得聲請宣告死亡，實與立法本旨相違也。（陳氏前揭六八頁）余則以為此種理論，以之解釋瑞士民法，尚無大誤，我民法關於此點，係採德日立法例，實無為此嚴格解釋之必要。

二 須經過一定期間

所謂經過一定期間，依我民規定，有普通期間與特別期間之別，茲述如左。

甲 普通期間

在通常之失蹤者，依我民規定，經過十年後，法院得依利害關係人之聲請，為死亡之宣告（民法第八條第一項）。但失蹤人在七十歲以上者，則以經過五年為已足（同條第二項）。（註二）此十年及五年之期間，即普通期間。此項期間，何以定為十年或五年，則係繼受德國民法之結果，殊無何種之深意（德民第十四條）。至期間之起算點，我民法一如德日民法未設明文規定，在解釋德國民法者多謂應以最後音信之日為起算點，日本多數學者從之，余亦謂然。

（註二）余戴門氏對於此點，頗有批評。余著略謂：「又此期間，依各國立法例，多因失蹤人年齡之老幼而有伸縮。即失蹤人為未成年者，須達於成年，始得為死亡宣告（舊草四條二項）德民一四條一項但書）而失蹤人為七十歲以上之老年時，得於滿五年後，即為死亡宣告。民法於後者，亦有同樣之規定，而於前者則未採取，權衡上自欠允當。」（余氏前揭三九頁）其說可供參考。

乙 特別期間

依我民法規定：「失蹤人爲遭遇特別災難者，得於失蹤滿三年後，爲死亡之宣告。」（同條第三項）此三年之期間，即特別期間。特別災難，指戰爭海難等之一切災難而言。關於此點，德日民法，設有例示規定。我民法無之，蓋係從瑞士、蘇俄、暹羅等國之立法例。至期間之起算點，德日民法亦設有詳細規定，我民法無之。余以爲解釋上應以遭遇災難之日爲起算點，不因災難種類之不同而有差別焉。（註三）

（註三）陳克生氏仍守前說，略謂：「我國民法，即不問其爲普通期間或特別期間，均定爲自失蹤時起算，自應解爲係自足以推測死亡之情形發生時起算也。必自此時起，足以推測其死亡之情形，繼續至十年或五年或三年，始爲失蹤期間屆滿，然後得聲請宣告死亡。」（陳氏前撰六九頁）

第二 形式要件

一 須因利害關係人之聲請

依我民法第八條規定，死亡之宣告，須因利害關係人之聲請爲之。準此以解，則宣告死亡，須由於利害關係人之主動，法院不能以職權干涉，殆無可疑。利害關係人，指因失蹤人之生死，而有法律上之利害關係者而言。舉凡失蹤人之配偶、繼承人、法定代理人、財產管理人、債權人、受遺贈人及生命保險金受領人等皆屬之。國庫是否爲利害關係人，學說上頗有爭論，依余所信，應以否定說爲是。（註四）

(註四)關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳者謂：「又國庫，在失蹤人全無繼承人並遺產繼承權利人之時，亦得爲利害關係人。」(陳氏前揭六九頁)不知依我民法第一一八五條規定，所謂無繼承人承認遺產時，其遺產於清償債權並交付遺贈物後，如有賸餘，歸屬國庫，乃無人承認繼承時之解決辦法，並非認國庫爲繼承人，似不能以利害關係人目之。

二 須由法院爲死亡之宣告

依我民法第八條規定，失蹤人失蹤，經過一定期間後，法院得因一定之人之聲請，爲死亡之宣告。準此以解，則死亡宣告，自須由法院爲之。但法院之爲此宣告與否，則有裁量之自由，此就第八條之「得」字解釋，蓋屬當然者也。至法院宣告死亡之程序，我民事訴訟法第五八六條至第五九五條規定頗詳，可參照得之。

第三項 死亡宣告之效力

第一 認定爲死亡之形式

關於認定爲死亡之形式，各國法律不同。有視爲死亡者，有推定爲死亡者。前者如日本民法蘇俄民法及暹羅民法是。(日民第三一條俄民第十二條第二項暹民第七五條)後者如德國民法瑞士民法及土耳其民法是。(德民第一八條第一項瑞民第三八條第一項土民第三四條第一項)二者之效力，頗不相同。今以受死亡宣告者之繼承人向保險公司請求生命保險金爲例：如採推定爲死亡之立法例，則保險公司如能證明其人現尙生存，即可拒絕保險金之支付。如採視爲死亡之立法例，則保險公司非先爲撤銷死亡宣告之聲請，不能拒絕保險金之支付。

自法律關係劃一之點觀察，固以視爲死亡之立法例爲合理，但在民法則採推定爲死亡之立法例者也（民第九條第一項）。至死亡宣告之效力，不但對於受死亡宣告之人及聲請爲死亡宣告之人發生，對於一切利害關係人皆發生（是爲絕對的效力），則爲兩種立法例之所同。

第二 認定爲死亡之時期

關於認定爲死亡之時期，學說及立法例頗不一致。（一）有以最後音信或災難發生之日爲死亡之時期者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第三八條第二項土民第三四條第二項）。此立法例與事實相反，殊不足取。蓋最後音信或災難發生之日，其人實際尙屬生存故也。（二）有以裁判宣告或宣告確定之日爲死亡之時期者，如奧大利民法及蘇俄民法是（奧民第二七九條俄民第十二條第二項）。此立法例，亦難贊同，蓋如依此立法例，則死亡之時期，不免爲聲請人之意思及裁判之遲速所左右故也。（三）有以審判官認定之日爲死亡之時期者，如法國民法及比利時民法是（法民第一三〇條比民第一二九條）。此立法例，亦未見其當，蓋原係失蹤人之生死不明，始聲請法院爲死亡宣告，乃以死亡時期委諸審判官之心證，能期其必無錯誤乎？（四）有以法定期間最後日終止之日爲死亡之時期者，如德國民法日本民法及暹羅民法是（德民第一八條第一項日民第三一條暹民第七五條）。以上四種立法例，比較上以此立法例爲合理，蓋此立法例與民法因失蹤人失蹤，經過一定期間，得爲死亡宣告之法意，甚相符合故也。（註）我民法即係採此立法例，而於第九條第二項規定：「前項死亡之時，應

爲前條各項所定期間最後日終止之時。」但設有但書規定，即「但有反證者，不在此限。」所謂反證，即法院調查之結果，如發見真實死亡之時期與推定死亡之時期不符，則依其真實死亡之時期是。至死亡宣告判決之效力，究爲創設的，抑爲宣示的，學說上頗有爭論，余則以爲死亡宣告判決，僅有宣示的效力，而無創設的效力。（註二）

（註一）余襲門氏對於此點，頗有批評，余著略謂：「此立法主義，雖不致因聲請人之意思或裁判進行之遲速，有伸縮期間左右權利之弊，然理論上亦實有不可通之處。故立法欲採此主義時，要不能不加以多少之變更。民律草案關於死亡宣告發生效力之時期，規定爲（一）在第四條第一項至第三項情形，以得爲死亡宣告之日，爲判決內確定死亡之時期。而（二）在第四條第三項情形，則以遺失英離之日，爲判決內確定死亡之時期，理論上較爲適合。」（余氏前揭四二頁）其說可供參考。

（註二）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：「宣告死亡之效力，乃創設（Konstitutiv），而非認定（Declarativ）」（德日學者多持反對說。）申言之，即該宣告之裁判，並非認定死亡，乃係創設死亡。（陳氏前揭七〇頁）余則以爲死亡宣告判決，不過對於具備死亡宣告之法定要件者，予以死亡之宣告，實僅有宣示的（認定的）效力，而無創設的效力。

第三 效力之範圍

一 橫斷的效力之範圍

關於死亡宣告橫斷的效力之範圍，自來有三種學說及立法例：（一）死亡宣告之效力，僅及於財產關係。此爲德國普通法時代之通說，暹羅民法即採此說者也。（暹民第七五條。）（二）死亡宣告之效力，不僅及於財

產關係，且及於身分關係。(三)死亡宣告之效力，原則上及於一切關係，但對於婚姻則屬例外。有婚姻非當然解銷，必須配偶已為再婚，始為解銷者，如德國民法是(德民第一三四八條)。有不認婚姻之解銷，縱配偶已為再婚，如其人歸還，亦得請求撤銷其再婚者，如法國民法是(法民第一三九條)。以上三說，第一說及法國民法，與死亡宣告制度之目的不合，固不足採取；但第二說亦難贊同，蓋如依第二說，則是其人一旦歸還，非再行結婚，不能為婚姻關係之繼續。故依余所信，應以德國民法之規定為合理(陳克生氏探第二說陳氏前揭七一頁)。

二 縱斷的效力之範圍

關於死亡宣告縱斷的效力之範圍，有下列兩點可指：(一)失蹤人如於他地尚屬生存時，並不受死亡宣告之影響。換言之，即仍有權利能力，與普通之自然人無異。(二)失蹤人一旦歸還，以前之法律關係，固非撤銷宣告，不能復活，但歸還後之新法律關係，縱未撤銷宣告，亦能生效成立，不受牽制。良以死亡宣告，非殺害失蹤人之制度，不過結束其以向來之住所為中心的法律關係故也。(註三)

(註三) 余著謂：「死亡宣告之判決，雖生推定死亡之效力，然既云推定，則不得與真正之事實相對抗，故受死亡宣告之人，若一旦生還，自應喪失其效力，自不待言。」(余氏前揭四三頁) 此種推理，殊難贊同，蓋所謂推定，不過主張失蹤人之現屬生存者得舉反證以排除其效力之適用，並非當然喪失死亡宣告之效力。如欲喪失死亡宣告之效力，自非經過撤銷宣告之程序不可。關於撤銷死亡宣告之程序，我民事訴訟法第五九六條至第六〇〇條規定甚詳，可參照得之。

第四 同時死亡之推定

二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，是否推定其為同時死亡，各國法律有證明文規定者，有不然者。前者如德國、國民法、瑞士民法及土耳其民法是（德民第二〇條、瑞民第三二條、土民第二八條、第二項）後者如日本民法及法國民法是。其在前者，既推定其為同時死亡，則主張其死亡者無須舉證，其在後者，則應由主張其死亡者負舉證之責，如不能舉證，則依訴訟法之原則，應受敗訴之判決。二者相較，自以第一種立法例為合理，故我民法從之（民法第一一條）（註四）

（註四）在普羅馬法，於二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，固推定其為同時死亡，但如係父子同時遇難，不能證明其死亡之先後時，子為未成年人，推定其子先死亡，子為成年人，則推定其子後死亡。此係基於體力弱者先於體力強者而死亡所為之區別。德國等國法律，則推設二人以上同時遇難，推定其為同時死亡之規定，不因其為父子而有差別。臺灣等國法律既認所謂代位繼承，即無設此差別之必要也。

第四項 未宣告死亡前財產之管理

失蹤人未受死亡宣告前，其財產之管理如何，各國法律殊不一致。就其立法體例以言，亦不相同。有以之規定於民法總則中者，如日本民法及暹羅民法是（日民第二五條至第二九條、暹民第六四條至第七三條）；有以之規定於民法親屬中者，如德國民法是（德民第一九一一條）；有民法中不為規定，而以之規定於非訟事件法者，

如瑞士民法及土耳其民法是。我民法則從最後之立法例，於第十條規定：「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。」非訟事件法尚未頒行，其內容如何，尙難臆斷。

第四款 行爲能力

第一項 概說

第一 行爲能力之概念

凡自然人，一旦出生，即取得享權利負義務之地位，固矣。然欲享權利負義務，則不可無一定之原因。其原因維何，即事實與行爲是也。行爲，有爲法律所允許者，有爲法律所不允許者。前者通常稱爲合法行爲，後者通常稱爲違法行爲。合法行爲，通常又分爲二，一爲法律行爲，一爲法律行爲以外之合法行爲。違法行爲，通常亦分爲二，一爲侵權行爲，一爲侵權行爲以外之違法行爲。此之所謂行爲能力（Handlungsfähigkeit），自廣義以言，可謂其係兼指合法行爲能力及違法行爲能力而言。自狹義以言，可謂其係單指合法行爲能力言之。自最狹義以言，則惟法律行爲能力爲此之所謂行爲能力，而法律行爲以外之合法行爲能力不包含之。德日學者多主此說，余亦從之。

第二 行爲能力與權利能力

行爲能力者，人之行爲能發生法律上一定之效力之能力（資格或地位）也。行爲能力與權利能力不同，有無享權利負義務之資格，乃關於權利能力之問題。其行爲能否發生法律上一定之效力，則關於行爲能力之問題。

二者之性質既不相同，故有有權利能力而無行為能力者，例如未滿七歲之未成年人及禁治產人。是有行為能力而無權利能力者，例如古代羅馬之奴隸是。

第三 行為能力與意思能力

意思能力 (Willensfähigkeit) 者，能判斷其行為之效果之能力也。法律行為能力是否以有意思能力為必要，學說及立法例頗不相同。法國學者分行為能力為天然能力及法定能力，天然能力，即指意思能力而言，必此二者兼而有之，始為有行為能力人。瑞士民法即從此理論（瑞民第十三條）。反之德國學者則謂意思能力，乃意思表示之要件，而非行為能力之要件，欠缺意思能力，則祇意思表示不生效力，而與有無行為能力無關。德國民法即採此見解（德民第一〇四條第一〇五條）。就我民法解釋，與德國民法相同（民法第一三條第一五條第七五條）。

第四 行為能力之態樣

人之行為能力，就其態樣言之，通常固可分而為三：（一）有行為能力人，（二）限制行為能力人，（三）無行為能力人。但在各國法律則不盡一致，有祇分有行為能力人及限制行為能力人者，如法國民法及日本民法是。茲舉日本民法為例：日民係以成年人為有行為能力人，未成年人禁治產人準治產人及妻為限制行為能力人（日民第三條以下），何人為無行為能力人，則不為規定，解釋上依其有無意思能力決之。有分有行為能力人無行為

能力人及限制行爲能力人者，如德國民法及瑞士民法是。茲舉德國民法爲例：德民係以成年人爲有行爲能力人，未滿七歲之未成年人精神病人及因精神病宣告禁治產之人爲無行爲能力人，滿七歲以上之未成年人及因精神耗弱酗酒浪費宣告禁治產之人爲限制行爲能力人（德民第一〇四條至第一一四條）。我民法則大體從德瑞立法例，以成年人爲有行爲能力人，未滿七歲之未成年人及禁治產人爲無行爲能力人，滿七歲以上之未成年人爲限制行爲能力人（民法第十二條至第十五條）。

第二項 有行爲能力人

第一 概說

有行爲能力人（Geschäftsfähiger）者，於法律上能爲完全有效之法律行爲之人也。換言之，即能獨立依其法律行爲享權利負義務之人，爲有行爲能力人。各國法律，多以成年人爲有行爲能力人，就我民法解釋亦然。但有例外，即所謂未成年制度之緩衝是也。

第二 成年之時期

各國法律固多以成年（Volljährigkeit）爲區別有無行爲能力之標準，但其成年之時期如何，則不一致。有以二十五歲爲成年者，如丹麥民法是。有以二十四歲爲成年者，如奧大利民法是（奧民第二一條）。有以二十三歲爲成年者，如荷蘭民法是（荷民第三八五條）。有以二十一歲爲成年者，如法國民法及德國民法是（法民第

四八八條德民第二條。有以二十歲爲成年者。如日本民法瑞士民法及暹羅民法是（日民第三條瑞民第一四條第一項暹民第四〇條）。有以十八歲爲成年者。如蘇俄民法及土耳其民法是（俄民第七條第二項土耳其第一條第一項）。我國古無成年之制度。及前大理院判決。始以十六歲爲成年。此係以成丁爲成年之誤。時論非之。（註一）現行民法則參酌冠筓舊制及多數立法例。以滿二十歲爲成年（民法第十二條）。（註二）成年人爲有行爲能力人。我民法雖無明文規定。但在解釋上則毫無疑義。

（註一）前大理院三年上字第七九七號判決。『現行律以十六歲爲成丁。成丁之人自應認爲有完全行爲能力。故其行爲如別無無效或廢銷之原因。當然應認爲完全有效。』維時陳宗蕃氏亦主成丁爲成年之說（法學會雜誌一卷五號陳著民法上未成年人之制度論文）。余竊謂氏駁之。略謂：『前清入關之初。編查人丁。三年一次。民年六十以上開除。十六以上增註。由此觀之。成丁之制。專爲公法上賦役徵免之標準。與私法上成年之制度。毫無關係。世人每誤以成丁爲成年。而學者亦有謂冠筓爲禮制上之成年。而成丁爲法律上之成年。且謂成丁制度非僅爲賦役之標準。實與行爲能力有關。是蓋未明中國禮與法之關係。其意見不免陷於錯誤也。』（余氏前揭五〇頁）

（註二）我國古禮。有與成年相當之制。卽冠筓是也。禮記云：『已冠而字之。成人之道也。』又云：『二十曰弱冠。』是男子冠禮既行。卽爲成人。至女子則以加笄之禮。爲成人之表示。周制云：『女子許嫁。笄而禮之。稱字。』禮記云：『女子雖未許嫁。年二十而笄。』是女子亦以二十歲爲成人。不過未至二十而許嫁。則因許嫁卽爲成人而已。

第三 未成年制度之緩衝

各國法律所以以成年爲區別有無行爲能力之標準者良以吾人之智識經驗通常與年俱進未達相當年齡之人多不能熟權利害使之獨立爲法律行爲難免不受損害故設此形式標準以保護之雖然同爲未成年人而發育程度未必相同且有因特殊情形非自爲法律行爲不可者故各國法律多設未成年制度之緩衝以濟其窮但其方法則不一致有採結婚自治產制(Emancipazione)者如法國民法是(法民第四七六條)未成年因結婚成爲自治產人)有採宣告成年制(Volljährigkeitsklärung)者如德國民法是(德民第三條第一項)滿二十歲之未成年人得依監護法院之決定宣告爲成年)有採結婚成年制(Heirat macht mündig)者如暹羅民法是(暹民第四〇條)有兼採宣告成年制及婚姻成年制者如瑞士民法及土耳其民法是(瑞民第十四條第二項第十五條第一項土民第十一條第二項第十二條第一項)我民法則大體從暹羅立法例於第十三條第三項規定「未成年人已結婚者有行爲能力」以其爲未成年制度之緩衝。(註三)

(註三)此種緩衝規定原屬未可厚非惟我國早婚之弊牢不可破民法親屬編雖有男未滿十八歲女未滿十六歲不得結婚之限制(民法第九八〇條)然如違反此種限制而結婚僅得由當事人或其法定代理人向法院請求撤銷(民法第九八九條)並非根本無效且縱使撤銷亦惟向將來發生效力(民法第九九八條)今則未成年人一經結婚卽有行爲能力事實上恐不免發生流弊耳

第三項 無行爲能力人

第一目 概說

無行為能力人 (Geschäftsunfähiger) 者，於法律上絕對不能為有效之法律行為之人也。換言之，即絕令事實上曾為法律行為，亦不發生法律上之效力者，為無行為能力人。以何人為無行為能力人，各國法律不同，已如前述，我民法則大體從德瑞立法例，而以未滿七歲之未成年人及禁治產人為無行為能力人。其以未滿七歲之未成年人為無行為能力人者，因此等之人，智識經驗均極薄弱，且在事實上亦鮮能自為法律行為，故無予以行為能力之必要。至以禁治產人為無行為能力人，則又因其心神喪失或精神耗弱，已至不能處理自己事務之程度，為保護本人及第三人起見，不能不剝奪其行為能力也。

第二目 未滿七歲之未成年人

未滿七歲之未成年人為無行為能力人，已為我民法第一三條第一項所明定，固無疑義；但關於此點，各國法律則未盡一致。有祇分成年未成年，而於未成年中不設何種之階段者，如法國民法、日本民法、瑞士民法及暹羅民法是。有除分成年未成年外，而於未成年中復設若干之階段者，如羅馬法、德國民法及蘇俄民法是。就中有分為三個階段者，如羅馬法，無論男女皆以未滿七歲為第一段，男子已滿七歲未滿十四歲，女子已滿七歲未滿十二歲為第二段，男子十四歲至二十五歲，女子十二歲至二十五歲為第三段是。亦有分為兩個階段者，如德國民法，以未滿七歲為第一段，七歲至二十一歲為第二段（德民第二條第一〇四條第一款第一〇六條）；蘇俄民法，以未滿十四歲為第一段，十四歲至十八歲為第二段是（俄民第七條第二項第九條）。吾人之智識經驗，常因年齡之長幼

而不同，自事實以言，自以後之立法例爲合理，惟羅馬法區分未成年之階段爲三，殊嫌繁瑣，故我民法從德俄民法之兩階段制，而以未滿七歲之未成年人爲無行爲能力人。

第三目 禁治產人

第一 概說

一 立法理由

對於心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己事務者，法院得因一定之人之聲請，宣告禁治產（*Entmündigung, interdiction*）。受此宣告之人，爲禁治產人（*Entmündigter, interdict*）。禁治產制度之設，其目的有二，一以保護精神障礙之本人，一以保護與之交易之相對人。良以有精神障礙之人，其法律行爲原應無效，但欲主張無效，則對於行爲當時之精神狀態應負舉證之責，禁治產制度之設，即所以避免舉證之困難。至若與之交易之相對人，如不知其爲精神障礙人而與之交易，則不免因法律行爲之無效致受不測損害之危險，禁治產制度之設，又所以使相對人不至因此受不測之損害也。

二 各國立法例

關於禁治產之立法例，各國法律不同，大別之可分爲二派：其一，法國派：法國民法設禁治產與準禁治產之區別，對於精神喪失人宣告禁治產，以不得自爲法律行爲爲原則；對於心神耗弱人及其他類似之人宣告準禁

治產，以不得自爲法律行爲爲例外（法民第四八九條至第四九二條）日民法及暹羅民法從之（日民第八條至第一三條暹民第五四條第一項第五九條第一項）其二德國派德國民法不設禁治產與準禁治產之區別，概須宣告禁治產，但同一宣告禁治產，而其效力則不一致，即因精神病而受宣告者，爲無行爲能力人，因精神耗弱浪費酗酒而受宣告者，爲限制行爲能力人（德民第六條第一〇四條第一一四條）瑞士民法及蘇俄民法大體從之（瑞民第一六條至第一九條俄民第八條）我民法，於不分禁治產與準禁治產之點，似德國民法之立法例，於概爲無行爲能力人之點，則又似俄國民法之立法例。

第二 禁治產宣告之要件

一 實質要件

甲 須爲心神喪失人或精神耗弱人

被宣告禁治產之人，須爲心神喪失人或精神耗弱人，此就我民法第一四條第一項之規定觀之，固無疑義；但心神喪失（Geisteskrankheit）與精神耗弱（Geistschwache）之區別如何，則學說紛歧，尙未一致。有謂二者係性質上之區別，即其人之精神陷於病的狀態，爲心神喪失；非陷於病的狀態，不過判斷能力遜於常人，爲精神耗弱者。有謂二者乃程度上之差異，即全然欠缺意思能力，爲心神喪失；非全然欠缺意思能力，不過其意思能力不甚完全，爲精神耗弱者。余則以爲心神喪失與精神耗弱，皆其人之精神作用有一定之障礙，自此

點立論，應以後說爲是。（註一）至精神障礙之由來，究由於先天，抑由於後天，則非所問。但精神障礙，有爲暫時者，有爲常態者，此之所謂心神喪失或精神耗弱，係指後者而言，否則僅一時之精神障礙，實無與以特加保護之必要。但所謂常態（état habituel）與無間斷（état continu）有別，故縱一時平復而復萌故態者，仍不失其爲常態焉。

乙 須至不能處理自己事務之程度

被宣告禁治產之人，不僅以心神喪失或精神耗弱爲已足，且其心神喪失或精神耗弱須至於不能處理自己事務之程度，此就我民法第四〇條第一項之規定解釋，實無可疑。（註二）良以禁治產制度之設，原在保護精神障礙人之利益，而精神障礙則有重大與輕微之分，苟未達於致不能處理自己事務之程度，而亦剝奪其爲法律行爲之能力，是欲利之而實害之，故我民法從瑞士及蘇俄之立法例，特設一定程度之要件，以限制之。

（註一）依照各國立法通例，宣告禁治產之原因原可大別爲二：一由於精神之障礙，一由於一定之性癖。前者如精神病及精神耗弱是，後者如浪費酗酒及行爲不檢是。（德民第六條，瑞民第三六九條第三七〇條，法民第五四條第五九條，日民第七條第一一條。）我民法之宣告禁治產，僅以有精神障礙者爲限，而於一定之性癖則付闕如。學者對於此點（尤其對於浪費）頗多非議（余氏前揭五四頁，陳氏前揭六三頁六四頁）。余則以爲我民法自有其立法上之見地，良以無行爲能力制度，不宜太濫，否則即足以影響社會之健全。此我民法所以特從蘇俄民法釐

以精神障礙爲禁治產之原因也（俄民第八條）。矧自醫學見地以言，浪費而成爲性癖之人，其精神作用即雖謂其絕對健全，苟已至影響於其家庭生活之程度，未始不可解爲精神耗弱已至不能處理自己事務之程度乎？

（註二）關於此點，陳克生氏與鄧見不同，陳著有云：「所謂心神喪失或精神耗弱，（中略）二者僅屬程度之差異，即在前者，其意思能力甚形欠缺，在後者，其意思能力較爲薄弱，只須因此精神障礙致不能處理自己事務者已足，並不須完全喪失意思能力。」（陳氏前揭六四頁）
依此以解，則是以致不能處理自己事務爲精神耗弱有之要件，立法本意，實非如是。

二 形式要件

甲 須因一定之人之聲請

依我民法第一四條第一項規定，禁治產之宣告，須因本人配偶或最近親屬之聲請爲之。準此以解，則宣告禁治產，須由於一定之人之聲請，法院不得以職權干涉，殆無可疑。其許本人得爲聲請者，蓋精神障礙人於精神回復原狀時，有設法保護其利益之必要故也。其許配偶或最近親屬得爲聲請者，蓋此等之人與精神障礙人關係最切，且知之最深故也。至何謂最近親屬，頗費解釋，依余所信，當係指精神障礙人親等較近之親屬而言，其爲血親姻親，抑爲直系旁系，應非所問。

乙 須由法院爲禁治產之宣告

依我民法第一四條第一項規定，禁治產之宣告，應由法院爲之。但法院爲此宣告與否，則有裁量之自由，

此就法文所用之「得」字解釋，實無可疑。法院宣告禁治產之程序，我民事訴訟法第五九條至第五七一條規定頗詳，可參照得之。

第三 禁治產宣告之效力

一 爲行爲能力人

宣告禁治產之第一效力，即受宣告之人爲無行爲能力人。關於此點，爲我民法第一五條所明定。但在各國法律，則非一致。有以因精神病受禁治產宣告之人爲無行爲能力人，因其他之原因受禁治產宣告之人爲限制行爲能力人者，如德國民法及瑞士民法是（德民第一〇四條第一一四條、瑞民第一七條第一九條第一項）。（註三）有凡受禁治產宣告之人皆爲無行爲能力人者，如蘇俄民法是（俄民第八條）。我民法則從蘇俄立法例，以禁治產人爲無行爲能力人。（註四）

（註三）關於此點，法日民法之規定，頗爲奇特。即禁治產人之行爲並非無效，惟得可以撤銷。準禁治產人則與限制行爲能力人同，原則上得爲一切之行爲，但對於一定之行爲須得保佐人之同意（法民第五〇二條第五一三條、日民第九條第十二條）。法日民法之所以惟認禁治產人之行爲爲得撤銷之行爲者，因法日民法祇分有行爲能力及限制能力之二種，是否絕對無行爲能力，則視其實際有無意思能力定之故也。

（註四）余戰門氏對於此點，頗有批評，余者略謂：「但我民法則均以之爲無行爲能力，立法上不無可商榷之處，何哉？蓋心神喪失與精神耗弱，其爲性質之差異，抑爲程度之差異，學者間雖不無爭論，但其兩者之意思能力既顯有不同，斯其行爲能力即不應不設區別，乃理之當然。」

也。(余氏前揭五五頁)其說可供參考。

二 設置監護人

宣告禁治產之第二效力，則爲爲禁治產人設置監護人。關於此點，爲我民法第一一〇條所明定。但在各國法律則非一致。有禁治產人置監護人，準禁治產人置保佐人者，如日本民法及暹羅民法是（日民第八條第一條，暹民第五四條第一項，第五九條第一項）；有禁治產人概置監護人者，如德國民法及蘇俄親屬法是（德民第一七八〇條，俄法第六九條）。我民法則從德俄立法例，爲禁治產人置監護人，使其代禁治產人爲法律行爲焉。（註五）至應以何人爲監護人，我民法第一一一條設有明文規定，可參照得之。

（註五）余戰門氏對於此點，頗有批評，余著略謂：「但因精神耗弱被宣告禁治產之人，並非全無識別能力，如上所述，此種禁治產人，亦必令其監護人代爲法律行爲，則不免失之過慮，且實際上於禁治產人轉多不利，敢斷言也。」（余氏前揭五五頁）其說可供參考。

第四 禁治產宣告之撤銷

因其人有禁治產之原因，故有宣告禁治產之必要，如其原因既已消滅，自無復繼續此項宣告之理由，故我民法第一四條第二項規定：「禁治產之原因消滅，應撤銷其宣告。」（德民第六條第二項，日民第九條）所謂禁治產之原因消滅，自係指禁治產人已無心神喪失或精神耗弱之障礙而言。禁治產宣告一經撤銷，則禁治產人即回復其行爲能力，與未經宣告時同，是爲當然，無待深論。至撤銷禁治產之聲請應由何人爲之，以及撤銷之程序如何，

我民事訴訟法第五八一條至第五八五條規定頗詳，可參照得之。惟撤銷禁治產之聲請與撤銷禁治產之訴不同。我民法則係指前者而言，是不可以不辨耳。（註六）

（註六）關於此點，余與門氏與露見不同，余者謂：「民法上禁治產宣告之撤銷，與民事訴訟法上禁治產宣告之撤銷（民法五七一條以下）有區別也。前者之撤銷，係將一度已有效發生之宣告效力使其向將來消滅（創設的效力），故宣告後撤銷前禁治產人自爲之行為常無效，而監護人代爲之行為爲有效。而後者之撤銷則反之，後者之撤銷，乃因不服禁治產宣告之訴，嗣前宣告之裁定爲無理由而撤銷之，故撤銷之結果，與未爲宣告同（認定的效力）。因之撤銷前禁治產人自爲之行為，應爲有效（民法五七八條後段），而監護人代爲之行為，應爲無效。」（余氏前揭五六頁）不知我民事訴訟法關於撤銷禁治產之規定，顯分爲二：一爲撤銷禁治產之訴，規定於第五七一條至第五七九條，一爲撤銷禁治產之聲請，規定於第五八〇條至第五八五條，撤銷禁治產之聲請，即與我民第一四條第二項禁治產宣告之撤銷相當，「民法上禁治產宣告之撤銷，與民事訴訟法上禁治產宣告之撤銷有區別云云」似非的論。

第四項 限制行爲能力人

限制行爲能力人 (Beschränktgeschäftsfähiger) 者，法律行爲能力受有限制之人也。限制行爲能力人，非如無行爲能力人絕對無行爲能力，亦非如有行爲能力人完全有行爲能力，實介於此二者之間，而其行爲能力法律上受有一定之限制。其限制維何，即其爲法律行爲須得法定代理人之允許是也。（民法第七八條第七九條。）至以何人爲限制行爲能力人，各國法律不盡相同，我民法則從德國立法例，惟以滿七歲以上之未成年入爲限制行

爲能力人（民法第一三條第二項。）其以滿七歲以上之未成年人（Minderjähriger）爲限制行爲能力人者，因此等之人，較之未滿七歲之未成年人，其知識經驗固屬進步，但許較得失，審查利害，究不若成年人之周密，故以之爲限制行爲能力人，以保護之。（註）

（註）於此有一問題，即妻之行爲能力是也。關於此點，各國法律不同，有以之爲無行爲能力人者，如日耳曼古法、英國普通法及北歐諸國如瑞典（一七三四年）挪威、丹麥（一六八三年至一六八七年）之固有法是。有以之爲限制行爲能力人者，如法國、意大利、西班牙、葡萄牙及日本是。有以之爲有行爲能力人者，大多數國法律從之。我國歷次民法草案均從日本立法例，以妻爲限制行爲能力人。此種規定，顯與男女平等之原則不符，故新民法無復妻爲限制行爲能力人之規定。

第五款 人格之保護

第一 各國立法例

人格權（*Personlichkeitsrecht*）者，與吾人之人格不可分離，而與財產無直接關係之權利也。人格權較之財產權尤爲重要，其應特加保護，固屬當然；惟各國法律多於民法債編侵權行爲中規定之，其以之規定於總則編者，則自晚近始。彼百年前之法國民法及繼受法國民法之日本民法無論矣。（註一）即十九世紀模範立法之德國民法及最近頒行之暹羅民法，亦祇設保護姓名權之規定（德民第十二條、暹民第四二條）。（註二）團體之立法之蘇俄民法，亦惟規定限制權利能力及行爲能力之契約爲無效（俄民第一〇條），而於自由權姓名權及一般

人格權之保護，並無何種之明文。關於人格之保護規定最詳者，厥維瑞士民法及土耳其民法（瑞民第二七條至第三〇條、土民第二三條至第二六條），我民法之設，蓋又從瑞士及土耳其之立法例者也。

（註一）日本民法第七一〇條雖規定生命身體自由名譽等之保護，但是否認爲權利，則學說紛歧，尙未一致。有謂第七一〇條即爲日本民法承認人格權之根據者（松本蒸治氏註釋民法全書一卷五四頁），有謂權利固必須有法律之保護，然法律所保護者，不能皆謂爲權利，（中略）故日本民法無論從任何方面觀察，皆不能謂其承認人格權之存在者（川名兼四郎：日本民法債權學照）

（註二）德國民法，除認姓名權（Namensrecht）爲人格權而外，是否認生命身體自由名譽爲人格權，則在德國學者間頗有爭議。有謂德民第八二三條所規定之生命身體自由名譽等，雖爲法律所保護之生活資料（Lebensgut），而非權利者（主此說者爲 Cosack, Crohme, Planck, Knecceornis 等），有謂此種資料既爲法律所保護，當然爲一種權利者（主此說者爲 Dernburg, Läwenfeld, Hachenburg, Kuhlenbeck 等）

第二 能力之保護

權利能力與行爲能力，雖一爲享權利負義務之能力，一爲有效爲法律行爲之能力，而非權利，然此二者與人格權之完全與否，關係極大，故我民法特從最新立法例，於第一六條規定：『權利能力及行爲能力，不得拋棄。』以保護之（瑞民第二七條第一項、土民第二三條第一項、俄民第一〇條）。拋棄，不問其爲全部或一部，均所不許，瑞士民法設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。

第三 人格權之保護

一 抽象規定

我民法關於人格權之保護，於第一八條設有抽象的規定曰：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害。前項情形，以法律有特別規定者爲限，得請求損害賠償或慰撫金。」（瑞民第二八條、士民第二四條）所謂人格權受侵害，指生命身體自由名譽貞操姓名等權利之受侵害而言。此等權利如受侵害，其首要之救濟方法，卽爲請求法院除去其侵害，此人格權爲絕對權當然之結果也。除得請求除去其侵害外，並得請求損害賠償或慰撫金。但此項請求，以法律有特別規定者爲限。所謂法律有特別規定，例如民法第一八四條及第一九二條至第一九五條之規定是。其詳俟於民法債編總論中述之，茲不贅。

二 具體規定

甲 自由權之保護

自由權者，吾人之身體的或精神的活動，不受不當拘束之權利也。自由權原屬私權，如法無明文不許拋棄或不當限制，難免不生私權得自由處分之誤解，故我民法從最新立法例於第一七條規定：「自由，不得拋棄。自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。」以明示之（瑞民第二七條第二項、士民第二三條第二項）。本條之設，蓋亦所以保護人格之健全也。至何謂公共秩序善良風俗，俟於法律行爲通則中述之，茲

不贅。

乙 姓名權之保護

德國、暹羅、瑞士及土耳其等國民法，皆有保護姓名權之規定。我民法從之，亦於第一九條明定「姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償。」（德民第十二條、暹民第四二條、瑞民第二九條、土民第二五條）惟在瑞士民法及土耳其民法對於姓名權特設保護之規定者，因其保護方法與一般人格權不同，我則第一八條與第一九條之內容大體無異，尙難謂其已貫徹具體的保護姓名權之法意耳。（註三）

（註三）姓名權亦爲人格權之一種，此爲近世一般之通說，惟我民法既於第一八條設有保護人格權之規定，而於第一九條又復規定姓名權之保護，實有重複之嫌。或謂瑞民及土民亦係就此二者分別規定，我民法從之，似無不妥。不知瑞民及土民所定之保護方法不同，即一在於侵害之除去，一在於使用權之確認，訴之種類既有不同，故須分別規定之也。至我民法獨於總則就姓名權規定其得構成侵權行爲以發生損害賠償請求權，有謂係因債編內一般侵權行爲無規定者（陳氏前揭七四頁）此說係誤解民法第一八四條第一項前項所謂權利，係專指財產權而言，有以致之，其爲不當，無待深論。

第六款 住所

第一項 概說

第一 住所之意義

何者謂之住所 (Domicilium, Wohnsitz, Domicile) 自來學說頗不一致。有謂生活之中心爲住所者。有謂法律上活動之中心爲住所者。有謂主要住宅之所在地爲住所者。有謂常住之地爲住所者。前之二者係從主觀方面下住所之定義。學者稱爲主觀主義。後之二者係從客觀方面下住所之定義。學者稱爲客觀主義。但在我民法上之所謂住所。則指以久住之意思。住於一定之地域者而言。是又應從折衷主義以下住所之定義焉。(註一)

(註一)關於此點。陳克生氏與鄒見不同。陳著略謂：「住所者。人所定爲久住之地域也。日本民法稱曰人之生活之本據。德國學者稱曰人之生活關係之中心點。或人於法律上所憑據之中心點。其義均屬相同。」(陳氏前揭七四頁)不知日本民法係採主觀主義。德國學者亦係從主觀主義下住所之定義。但就我民法第二〇條第一項解釋。其採折衷主義則無可疑。乃謂其義均屬相同。似非的論。周新民氏民法總論一〇八頁亦同此誤解。

第二 住所與本籍居所現在地及營業所之區別

住所與本籍不同。本籍者。吾人之戶籍之管轄區域也。住所所以久住意思住於一定地域爲已足。本籍則須依登記定之。其轉籍除籍亦然。且其效力。亦迥不相同(二十年十二月十二日公布之戶籍法參照)。住所與居所亦異。居所者。吾人因暫時之目的所居住之處所也。其詳俟後述之。又住所與現在地不同。現在地者。吾人現時置身之處所也。現在地固與住所不同。即與居所亦異。法國學者嘗說明三者之區別曰：住所者。法律上之處所也；居所者。事實上之處所也；現在地者。偶然之處所也。其說可供參考。又住所與營業所亦異。營業所者。吾人特爲營業而居住之處

所也。住所與營業所固不相同，但在事實上則多屬一致。

第三 住所法律上之效果

因住所而生之法律上之效果，不一而足，就民法言之，有爲決定失蹤之標準者，例如第八條之規定是；有爲決定清償債務之標準者，例如第三一四條第二項之規定是；其次就訴訟法言之，有爲決定土地管轄之標準者，例如民訴法第二條及刑訴法第一三條之規定是；有爲決定書狀送達之處所者，例如民訴法第一三七條及刑訴法第一九四條之規定是。此外，有爲決定法律適用之標準者，例如法律適用條例第二條第二項第三款第一八條及第二三條第四項之規定是。有爲歸化及回復國籍之條件者，例如國籍法第三條第二項第一款第四款及第五條之規定是。有爲決定本籍及寄籍之條件者，例如戶籍法第四條第一項第一款及第五條第一款之規定是。

第二項 任意住所

第一 任意住所之設定

一 設定住所之自由

凡人是否必須設定住所，則因立法例而不同。有採必要主義，凡人於法律上不能不有一定之住所者，如法國民法及瑞士民法是（法民第一〇二條、瑞民第二四條）；有採自由主義，即設定住所與否，概屬自由者，如德國民法學者解釋彼國民法是。就我民法解釋，其係採取自由主義，實無可疑。故無論何人，縱不設定住所（即無

住所 (Wohnsitzlosgkeit) 亦屬無疑。

二 設定住所之單一

關於設定住所之單複，各國法律頗不一致。有採複數主義，即得同時設定二以上之住所者，如德國民法是（德民第七條第二項）。有採絕對的單一主義，即不得同時設定兩住所者，如暹羅民法是（暹民第四三條）。有採相對的單一主義，即原則上不得同時設定兩住所，而於工商業之營業所則屬例外者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第二三條第二項第三項土民第一九條第二項第三項）。自避免法律關係複雜之點立論，自以絕對的單一主義為合理，故我民法從之（民法第二〇條第二項）。（註）

（註）設定住所，究應採單一主義，抑應採複數主義，在日本民法學者間頗有爭論，有謂應採單一主義者，如鳩山、穗積、中島諸氏は（鳩山氏前揭一〇九頁、穗積重遠氏民法總論一六六頁、中島氏前揭二二六頁）。有謂應採複數主義者，如我妻、末弘、藥師、齋藤諸氏は（我妻、末弘氏關於住所之意見說與單一說法協四七卷三號、藥師、寺氏住所之複數，志林二五卷一號、齋藤、常三郎氏關於住所之考，法政四二卷一號）。

三 設定住所之要件

設定住所之要件如何，各國法律亦不一致。有採主觀主義，以生活之本據為其住所者，如法國民法及日本民法是（法民第一〇二條、日民第二一條）。有採客觀主義，以居住於一定之地域為其住所者，如德國民法及

蘇俄民法是（德民第七條第一項俄民第一一條第一項）有採折衷主義，以久住之意思住於一定之地域爲其住所者，如瑞士民法土耳其民法及暹羅民法是（瑞民第二三條第一項土民第一九條第一項暹民第四三條）。我民法則採折衷主義，於第二〇條第一項規定：「以久住之意思，住於一定之地域者，卽爲設定其住所於該地。」久住之意思，學者稱爲主觀的要件（Animus），住於一定之地域，學者稱爲客觀的要件（Corpus），必此兩種要件同時兼備，始爲住所之設定。但所謂久住之意思，指有繼續居住其處所之意思而言，故縱暫時離去其處所而有歸還之意思者，仍不失爲有久住之意思。又所謂久住之事實，亦非毫無間斷，故縱暫時離去其處所而有時常歸還之事實者，亦不失爲有久住之事實。

四 設定住所之性質

設定住所之性質如何，學說不一。有因設定住所爲須意思之行為，遂謂其爲法律行為者。此說殊難贊同。蓋設定住所，祇須有久住之意思與久住之事實，法律卽與以住所之效果，初非吾人有因其住所而生法律上效果之希望，法律始與以住所之效果也。設定住所，固非法律行為，但究爲法律行為以外之適法行為，抑爲事實行為，學者之見解亦不一致。依余所信，應以事實行為說爲當（余載明氏探準法律行為說前揭六二頁陳克生探準事實行為說前揭七八頁）。

第二 任意住所之廢止

住所既許自由設定，其得自由廢止，蓋屬當然。故我民法第二四條規定：「以廢止之意思，離去其住所者，即為廢止其住所。」（德民第七條第三項）依此規定，廢止住所，亦不可不同時兼備主觀及客觀之要件，所謂主觀要件，即廢止其住所之意思；所謂客觀要件，即離去其住所之事實。但廢止住所與變更住所不同，即廢止現住所，而非同時設定新住所者，謂之廢止住所。反之，廢止現住所，即同時設定新住所者，則謂之變更住所。關於變更住所，惟法國民法設有明文規定（法民第一〇三條），他國民法無之，我民法亦然。

第三項 法定住所

法定住所，對任意住所而言。以久住意思住於一定地域，即以該地為其住所者，為任意住所（Gewillkürter Wohnsitz, Domicile volontaire），已於前述；反是不問本人是否以久住意思住於一定地域，而法律逕以某地為其住所者，則為法定住所（Gesetzlicher Wohnsitz, Domicile legal）。關於法定住所之規定，各國法律不盡相同。我民法惟於第二一條規定：「無行為能力人及限制行為能力人，以其法定代理人之住所為住所。」（德民第八條法民第一〇八條日民第八八〇條瑞民第二五條第一項土民第二〇條第三項俄民第一一條第二項暹民第四五條）（註一）我民法之所以設此規定者，蓋因設定住所雖非法律行為，然以有設定之意思為必要，無行為能力人及限制行為能力人其意思能力既非健全，故應以其法定代理人之住所為其住所。（註二）

（註一）德國、瑞士、土耳其、蘇俄及暹羅等國民法均於總則編設有妻以夫之住所為住所之規定，我民法總則無之，嗣因適用上發生疑義，

茲於親屬編第一〇二條明定：「妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所。」以解決之。

(註二) 余載門氏對於此點，頗有批評，余著略謂：「但法定代理人如爲未成年人禁治產人之父母或其直屬尊屬時，則此種規定雖與各國立法例之主義不同，尙屬不無理由。如爲此等人以外之人時，亦猶未成年人或禁治產人必以其住所爲住所，則事實上及理論上均屬其不當也。」(余氏前揭六二頁) 其說可供參考。

第四項 居所視爲住所

第一 概說

居所 (Wohnort, Residence) 者，吾人因暫時之目的所居住之處所也。居所與住所之區別，卽在一無久住之意思，一有久住之意思，而於住於一定地域之點，則屬相同。因其無久住之意思，故多係以暫時之目的住於一定之地域。但所謂暫時，與短時間之義有別，故如因經商留學居住於某地者，初係暫時居住之意思，乃一居多年，苟非設定住所於該地，仍不失其爲居所焉。(註一) 我民法對於住所固採單一主義，對於居所則無限制，無論何人得同時有二以上之居所，自不待言。

(註一) 關於此點，瑞士民法第二六條設有明文規定，卽：「以就學之目的居住於某處所，或被收容於教育上之營造物，教養所，病院或監獄者，非設定住所於該地。」土耳其民法第二一條之規定同。

第二 居所視爲住所之情事

一 住所無可考者

此之所謂住所無可考，包含全無住所，雖有住所而所在地不明之兩種情形而言。有謂住所無可考，係專指住所不明言之者，實非確論。

二 在中國無住所者

所謂在中國無住所，亦有兩種情形，有在中國無住所而在外國有住所者，有在中國無住所而在外國亦無住所者。關於後者，屬於住所無可考之一種。此之所謂在中國無住所，則專指前者言之。在中國無住所而在外國有住所者，非我民法效力之所及，自應以中國之居所視為住所；但因法律適用法之規定，須依住所地法者，則不能以其在中國無住所，即以居所視為住所，適用中國之法令。故我民法第二二條第二款特設但書規定曰：「但依法須依住所地法者，不在此限。」蓋非設此但書規定，則將發生與法律適用法規定應依住所地法之法意相反之結果故也。（註二）

（註二）我國學者，解釋民法第二二條之規定，頗為曖昧。周新民解釋住所無可考曰：「有無住所，無由查考，是與無住所相同，即以其居所視為住所。」（周氏前揭一〇九頁）陳克生氏解釋在中國無住所曰：「此不問為中國人或外國人，只須在中國無住所，即應以其在中國之居所視為住所，至其在外國有無住所，亦可不問。」（陳氏前揭七九頁）余蔭門氏之解釋本條第二項之但書，則又以爲對於第一第二兩項均應適用。（余氏前揭六二頁）

三 因特定行爲選定居所者

依民法第二三條規定：「因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所。」（法民第一一一條日民第二四條）學者通常稱爲契約上之住所，實則選定住所，不限於契約，即以單獨行爲爲之，亦無不可。例如某甲對於某乙通知，某地爲本人之住所是。法國民法，選定住所須以書面爲之，我民法既無此規定，自難爲同一之解釋。至選定住所所以別於住所者，即一爲法律行爲（即依意思表示爲之），一爲事實行爲。一係關於特定行爲爲有效（例如清償債務及訴訟行爲之類），一係關於一切行爲爲有效。一則不能自由廢止及因本人之死亡而消滅，一則可以自由廢止及因本人之死亡而消滅。

第三 居所之效力

居所，乃事實上之住所，於法律上無何種效力之可言，但於我民法第二二條及第二三條之情事則否。其說此例外者，因我民法對於住所非採必要主義及複數主義，如不與居所所以住所之效力，則不能受因住所而生之法律上之效果故也。但在第二三條之情事，往往於選定住所以外，尚有其本來之住所，本住所與選定住所是否立於排斥關係，固應依當事人之意思決之，但如當事人之意思不明，則以推定其有排斥本住所之意思爲適當。

第三節 法人

第一款 通則

第一項 概說

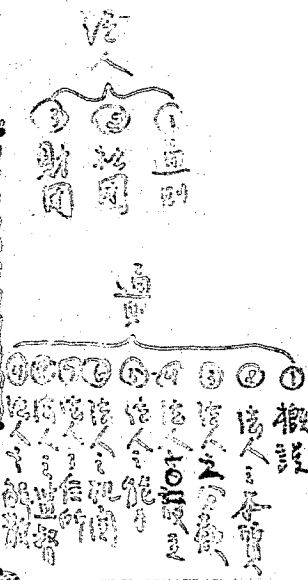
第一 各國立法例

法人 (Juristische Person, Legal Person) 者，具有人格之社會的組織體也。法人與自然人同為法律上之

人格者 (Person) 固為近世各國法律之所同，但其立法體例，則未一致。有以其為與自然人同屬權利之主體，而不區別何者為自然人，何者為法人者，如蘇俄民法總則是（俄民總第二章）有將法人獨立為一章節，以之次於自然人之後者，如日本民法德國民法暹羅民法瑞士民法及土耳其民法是。但其內容，亦不相同。日本民法總則第一章第二章法人，凡四節，第一節法人之設立，第二節法人之管理，第三節法人之解散，第四節罰則。德國民法總則第一章第二節法人，凡三款，第一款社團，第二款財團，第三節公法上之法人，而於第一款之下復分兩項，第一項通則，第二項登錄社團。暹羅民法總則第六章法人，凡兩節，第一節法人之設立及能力，第二節財團。瑞士民法第一編第二節法人，凡三款，第一款通則，第二款社團法人，第三款財團法人。土耳其民法，與瑞士民法同。我民法就其編別以言，係從瑞士及土耳其之立法例，但不稱社團法人，而稱社團財團，則與德國民法及暹羅民法同。

第二 法人制度之必要

以社會的組織體，與構成組織體之個人，同為活動之主體，此不但在外國自來為然，即在我國從前亦復如是。



惟其始也，不過僅爲單純之社會的組織，初非以其爲獨立之人格者，而能爲權利義務之主體也。迨乎近世，社會日進，於是法人制度，應運而生。請就社團以言：今夫二人以上互約出資經營共同事業，固不妨以合夥之形式爲之，然合夥者，契約也，合夥既爲契約，則祇爲合夥人與合夥人間之權義關係（民法第六六七條），且合夥財產係屬於合夥人全體所共有（民法第六六八條），故如合夥人一旦聲明退夥，即須取其股份以去（民法第六八六條），且也如合夥人負有債務，則該合夥人之股份即不能免於債權人之扣押（民法第六八五條），如是，則合夥之基礎發生動搖矣。反之，如其爲法人，則無斯弊。蓋法人，乃離其社員而爲獨立之人格者，其財產，屬於法人之本身，社員縱聲明退夥或其個人負有債務，亦不至影響於法人之組織，此社團制度所以有必要者也。次就財團以言：吾人欲以一定之財產達一定之目的，固不必以財團之形式出之，然如個人負有債務，則此一定財產即不能免於債權人之扣押，且也吾人一旦死亡，繼承人即有中止該事業處分其財產之自由，如是，則吾人之目的根本陷於覆滅矣。反之，如其爲法人，則無斯弊。蓋既以其爲法人，則此項財產屬於法人之本身，縱設立人負債或死亡，亦不至影響於法人之組織，此財團制度所以有必要者也。（註一）

（註一）欲以一定之財產，達一定之目的，大陸各國係採財團制度，英美各國則採信託制度。在採信託制度者，非以其財產爲獨立之主體，乃將其財產歸屬於其委託人。其所委託之財產，稱爲委託財產，與其固有財產列然各別，而於受託人之資格及其監督管理，均設有詳密規定，以保障信託關係之永續。我國近年間有經營此項事業者，其成續尙非昭著耳。

第三 法律對於法人之態度

各國法律對於法人之態度，因時代之變遷而不同。遠者無論矣，請自法國民法以迄於較近之趨勢言之：法國大革命之際，個人自由之思潮，達於頂點，以爲法人制度足以拘束個人之自由，妨害社會之進步，維時之法國民法即無直接關於法人之規定，雖對於特殊事項間接承認法人之存在，然亦探特許主義以限制之（法民第五三七條、第六一九條、第九一〇條等），是爲法律對於法人禁止之時期（十八世紀）。嗣因個人經濟活動自由之結果，助長資本勢力之發達，於是學者主張以資本團體設立之自由，爲個人經濟活動自由之延長，德國民法，即於此時應運而生，故不但關於法人之規定最爲詳備（德民第二一條至第八九條），且捨法國民法之特許主義，而採所謂準則主義，以助長法人制度之發達，是爲法律對於法人放任之時期（十九世紀）。顧自歐戰以還，各國法律對於法人之態度爲之一變，良以資本團體設立之自由，適足以釀成市場獨占及階級鬭爭之流弊，於是不能不一面承認法人之存在，一面則加以適當之干涉，此就一九二一年蘇俄新民法關於法人之規定觀之（俄民第一三條以下），不難知其梗概也。於此時期，可稱爲法律對於法人助成之時期（二十世紀）。（註二）

（註二）德國自歐戰以還，盛倡所謂產業社會化（*Sozialisierung*），所謂產業社會化，有兩種涵義：其一，生產手段及生產分配之社會化；其二，企業組織之社會化。前者如對於所有權之絕對及契約自由之原則加以限制，後者則爲對於團體法之態度，由放任而趨於助成。其於後者，對於私法上之供獻甚爲深刻。

第二項 法人之本質

關於法人之本質如何，學說不一，要而言之，可分爲左列之三說。

第一 法人擬制說

法人擬制說 (Fiktionslehre) 起源甚古，德國歷史法學家 Savigny 之力而益昌。(註一) 其說略謂：權利能力，惟自然人有之，但惟自然人有權利能力，實際上甚爲不便，故法律對於法人亦予以權利能力，不過法人之有權利能力，乃由於法律之所擬制，故謂之擬制人 (Person ficta, Personan representata)。至何故惟自然人有權利能力？則主張擬制說者爲之解答曰：權利者，意思力也，既惟自然人有意思作用，故惟自然人始有權利能力。不知自然人之有權利能力，亦由於法律之所付與，與法人同，其有無意思作用，在所不問。脫非然者，則是純無意思作用之嬰兒及精神病人將失其爲權利之主體矣。矧既謂惟自然人有權利能力，乃對於自然人以外之物亦擬制其有意思，又何能真有意思乎？此 Brinz 氏所以以「掛衣於無釘之壁」之譬喻譏之也。

(註一) 羅馬法中法人之思想，即以擬制說爲骨幹，蓋在羅馬之法律思想，分法律爲二，一爲爲國家而存在之法律，一爲爲個人而存在之法律，前者惟國家爲惟一最高之人格者，其他之地域團體不迨受國家權限所委託，而無獨立之人格，從而團體人格之觀念惟私法關係有之。私法關係乃純粹個人間之關係，惟個人能爲權利義務之主體，團體乃法律所擬制其爲個人者，是之謂擬制人。此說迄於 Savigny 氏而益昌，Savigny 氏於其所著現行羅馬法論第二卷，對於法人之意義類種沿革及其成立消滅組織乃至權利，敘述極詳。其警語有曰：「法人爲人工的

單純權利之主體，即僅因法律上之目的而被承認之人格者。德國學者 Puchta 氏及奧國學者 Tugler 氏均顯達其說，嗣以 Guenouk 氏翻譯之功，而輸入於法，轉輸入於英、比、美諸國，大有風靡全世之概。

第二 法人否認說

擬制說既不能說明法人所以為權義主體之根據，於是學者創為法人否認說 (Negationstheorie)，不承認其有實體之存在，然於說明法人財產歸屬之根據，則學說紛紜，殊不一致，要而言之，可分三說：

(一) 無主財產說 (Theorie der Subjektlosen Vermögen) 此說為 Brinz 所首倡，Hecker 氏宗之。其說略謂：法人之財產，本為無主，其為特定自然人而存在者，謂之屬人財產 (Personenvermögen)，其為特定目的而存在者，則謂之目的財產 (Zweckvermögen)。

(二) 受益人主體說 (Theorie der Destinatärs, Gemessentheorie) 此說為 Jhering 所首倡，Planial 氏宗之。其說略謂：法人之財產，非屬於法人之本身，乃屬於因法人而受利益之個人。舉例以言，如社團之財產，屬於社員，財團之財產，屬於貧人病人及其他因財團而受利益之個人是。

(三) 管理人主體說 (Amstheorie) 此說為 Hölder 氏所首倡，Binder 氏宗之。其說略謂：法人之財產，非屬於法人之本身，乃屬於管理其財產之自然人。舉例以言，如國家之財產，屬於國家之元首，學校之財產，屬於學校之校長是。

以上三說皆由實證的考察法人制度之存在，或則以其利益所歸爲法人之本體，或則以現實存在之財產或現實活動之管理人爲法人之本體，較之擬制說固屬進步，然不能說明各國現行法律之規定，蓋在各國法律未有不認法人之實體的存在故也。且就現代法律思潮以言，法律所尊重之實體，並不限於個人及財產，否認說僅就個人及財產說明法人之本體，亦非現代法律思潮所可贊同也。

第三 法人實在說

擬制說及否認說既均不能說明法人所以爲權利主體之根據，於是學者創爲法人實在說（Realistische-
orie），主張其爲實體之存在，其說又分爲二，茲述如左：

（一）有機體說（Organisetheorie）此說爲 Beseler 氏所首倡，Gierke 氏集此說之大成，其說略謂：吾人之生存於社會也，有兩種之生活，一爲個人意思，一爲共同意思（Gemeinwille），共同意思相合，成爲團體之意思，故其團體自有其獨立之意思及生活，法律則對此團體予以一定之人格，是之謂團體人（Verbandspersonlichkeit）。（註一）雖然，此說亦不免於誤解，蓋此說之前提要件，在於具有意思能力者，始得爲權利之主體，不知得爲權利主體者，固不必以有意思能力爲前提也。矧所謂實在意思，必有其能爲意思原因之物質（Substranz）團體意思云云，不過個人意思之集合，尙難謂其獨立實在者乎？

（註一）Gierke 氏爲近代偉大之法律家，於一九二一年秋始歸道山，其所著德國團體法論（Das deutsche Genossenschaftsrecht）

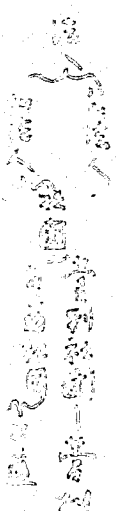
德國國體學說論 (Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung) 及德國私法 (Deutsches Privatrecht) 皆屬不朽之名著。Gierke 氏之根本思想，在圖謀日耳曼法律思想之復活，以排斥羅馬法律思想之專橫。日人平野義太郎所著「民法上之羅馬法思想與日耳曼思想」爲此問題極好之參考書。

(二) 組織體說 (Organisationsstheorie) 此說爲 Mechoand 氏所首倡，Dermburg, Sallies, Ferara 諸氏宗之。其說略謂：法人之基礎，不在於其爲社會的有機體，而在於其有適於爲權利主體之組織。此項組織，卽具有一定目的之社團或財團是也。此說於承認法人實在之點，較之法人否認說固屬進步，不以意思作用爲說明權利能力之根據，且可免於法人擬制說及有機體說之非難。故近世各國學者，多主此說，余亦從之。(註三)

(註三) 我國學者亦多採組織體說，惟余錢門氏則探實在說中之有機體說，並批評組織體說之不當曰：「以上所述，乃法人有機體實在說也。學者又有謂法人非如自然人之真有意識，乃因有組織足以發表其意思而達其目的，故法律亦賦與以人格，是以法人之實在，非有機體實在，而爲組織體實在也。殊不知法律所謂意思者，不能僅從生理學及心理學上觀察之，應從社會學上觀察者也。換言之，卽法人者，有其一定之目的，爲達其目的，有其一定之活動，蓋與自然人無異，故在社會學上觀之，不失其爲有機的動物體者也。因之法人之實在，仍可謂爲有機體之實在者也。且採組織體說之時，每謂自然人爲具體的實在，而法人爲抽象的實在，尤易與假脫說相混，故余不取也。」(余氏前編七二頁)

第三項 法人之分類

第一 公法人與私法人



公法人與私法人之區別如何，自來學說頗不一致。有謂二者之區別應依社會通念以爲決定，頗難定一絕對之標準者（主此說者 Gerke 氏）有謂應依其目的事業之公私以爲區別者。有謂應依設立者之公私以爲區別者（主此說者 Orome 氏）有謂對於國家有特別利害關係及受特別之保護者爲公法人，反是爲私法人者（主此說者 Dernburg 氏）有謂對於國家負有應依據公法實行其目的之義務者爲公法人，反是爲私法人者（主此說者 Köhn 氏）有謂權力團體爲公法人，權利團體爲私法人者（主此說者 Mayer 氏）以上諸說均偏而不全，依余所信，公法人私法人之區別與公權利私權利之區別同，應依其所根據之法律以爲決定。即依據公法而設立之法人爲公法人（*Öffentlich-rechtliche juristische Person*），依據私法而設立之法人爲私法人（*Privatrechtliche juristische Person*）。前者例如國家及地方自治團體是。後者例如依據民法而設立之社團財團，依據公司法而設立之各種公司是。（註一）

（註一）國家在法律上之觀念如何，學說頗多，要而言之，可分三說：（一）國家客體說：此說以統治者爲國家之主體，土地及人民爲國家之客體，其說殊難贊同。蓋（甲）此說將國家構成要素之土地人民立於國家之外，與現代法學思潮不合。（乙）若依此說，則是統治者死亡，國家即隨之而消滅，新統治者即位，將另成一新國家。（二）統治關係說：此說以國家爲治者與被治者間之關係，其說亦難贊同。蓋（甲）若依此說，則統治主體如有更迭，國家即將隨之而更迭，統治內容如有變化，國家亦將隨之而變化。（乙）國家乃活動力之主體，故可對外締結條約實行戰爭，如以其爲統治關係，則無締結條約實行戰爭之理由。（三）國家法人說：此說爲公法學界之通說，即國家爲獨立之人格者，即法人，余亦

從之。但有非難此說者曰：如以國家爲法人，則必國家未成立以前，先有法律而後可，顯微之事實，殊不知是。余則以爲不然，蓋國家與法律有相互不可分離之關係，國家一旦成立，則法律即同時存在，世固未有無法律之國家也。

第二 社團與財團

私法人又可分爲社團與財團。社團 (Verein Körperschaft, corporation) 者，以社員爲其成立基礎之法人也。財團 (Stiftung, Fondation) 者，無須社員，而以捐助財產爲其成立基礎之法人也。(註二) 通說謂社團爲人之集合 (Universitas personarum)，財團爲財產之集合 (Universitas bonorum)，頗近於泛，實則無論社團財團均不外爲人與財產之集合，不過一以人爲其成立之基礎，一以財產爲其成立之基礎而已。社團與財團成立之基礎既不相同，因之二者之組織亦不一致。申言之，卽社團既以人爲其成立基礎，故社團成立後，設立人卽爲其構成分子，是爲社員，由其社員組織意思機關，其設立時雖亦須訂立章程，但因有意思機關，故社團之目的及其組織可以隨時變更。反之財團既以捐助財產爲其成立基礎，故財團之目的及其組織由捐助行爲而確定，於其成立以後，設立人既非其構成分子，亦別無所謂意思機關，故財團之目的及其組織不得隨時變更。此學者所以謂社團富有彈性，而財團富有固定性者也。

(註二) 我國學者，或謂社團財團爲社團法人財團法人之簡稱 (陳氏前揭八六頁) 或逕稱社團法人財團法人 (徐氏前揭七二頁) 氏前揭一四一頁) 似有未當，蓋社團財團云云，已足表示其爲法人，不必再綴以法人二字，此係從德國民法運羅民法之用語，非社團法人財團

法人之節釋也。一語之微，似亦不可以不辨。

第三 營利社團與公益社團

社團又可分爲營利社團與公益社團。營利社團（*Geschaftsverein*）者，以營利爲目的之社團也。何謂營利，其說不一。有謂應視社團之目的事業而定，如其目的事業性質上爲經濟行爲，卽爲營利者（主此說者 Planck, Croné 諸氏）有謂不僅須其目的事業性質上爲經濟行爲，且須分配其所得之利益於各社員，始爲營利者（主此說者 Staudinger, Hilder, Gierke, Innecerus 諸氏）依余所信，應以後說爲是。準此以解，則財團無可受利益之社員，財團必爲公益法人，實無可疑。（註三）至何謂公益社團，其說不一。有謂以公益爲目的之社團，爲公益社團者。有謂非以營利爲目的之社團，爲公益社團者。前者誠不失爲正當之解釋，但對於既不以營利爲目的，又不以公益爲目的之社團，不能包括，故依余所信，應以後說爲是。（註四）

（註三）余載門氏於其民法要論總則，係分爲公益法人、非公益法人、營利法人、非營利法人，且謂財團不應以公益爲目的者爲限，非公益財團之存在，於實際上頗多便宜（余氏前揭七三頁七四頁）。於其所起草之第二次民法草案總則，即一本此旨，而爲第二七條至第二九條之規定。此種論理及規定，似未見其當否。（一）非營利法人可屬於公益法人（廣義的）之範圍，非公益法人可屬於營利法人之範圍，殊無另定門類之必要。（二）財團無可受利益分配之社員，性質上祇能爲公益法人，而不能爲營利法人（即非公益法人），所謂實際上頗多便宜，吾人殊難想像也。

(註四)關於此點，應歸咎於我民法用語之不當。蓋營利與公益之區別，本極廣漠，且依此區別，則營利社團，必有營利之積極條件，公益社團，則除須有公益之積極條件外，尚須有非營利之消極條件，若然，則是既不以營利為目的，亦不以公益為目的之社團，例如社交俱樂部及學術研究會等，均不得謂為社團矣。我民法係從日本民法用語之誤，如從德國、瑞士及土耳其等國民法，改稱有經濟目的社團與無經濟目的社團，則無斯弊。(日民第三四條第三五條、德民第二二條第二三條、瑞民第五九條第六〇條、土民第五二條第五三條。)

第四項 法人之設立

第一 自由設立之禁止

在個人主義達於高潮之時代，法人之設立，全屬自由，此種理論，頗與現代社會連帶主義立法之原理不符，故各國法律多由自由設立之時期進於干涉或助長之時期。我民法第二五條規定：「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。」(日民第三三條、暹民第七八條)即所以明示禁止自由設立之意旨也。(註一)所謂法律，係指由立法院依三讀會之程序通過，經國民政府公布之各種法規而言，各種命令，自不包含之。我國現行法律得許設立法人者，例如依公司法而設立之公司(公司法第三條)、依工會法而設立之工會(工會法第一〇條)、依商會法而設立之商會(商會法第二條)、依漁會法而設立之漁會(漁會法第二條)是。

(註一)我國學者有謂我民法第二五條係表明法人與自然人同，其人格係依法律所付與，且謂依條例或命令亦可創設法人者。如周新氏於其所著謂：「法人的設立，(中略)其人格自與自然人的格無異，皆由法律所賦與，惟自然人因出生而有人格，其本體成立，即同時發

生權利能力；法人必須依民法或其他法律所規定的手續，始得享有人格（參二五條）。法人的設立，既須依民法或其他法律之規定，始能成立，則必得依條例或命令創設之，已無疑義。」（問氏者民法總則一四六頁）其為護解，至為顯然。

第二 設立之許可

關於法人之設立，除自由主義（System der freien Körperschaftsbildung）外，尚有下述三種之主義：每設立一法人，必須制定法律，或經國家元首之許可者，曰特許主義（Okroyssystem）。以許可，即本於既存法規，認許法人人格之行政處分，為法人設立之要件者，曰許可主義（Konzessionssystem）。法律先定一定之要件，合於此要件之團體，即當然享有人格者，曰準則主義（Normativsystem）。自由主義失之過寬，特許主義失之過嚴，各國法律均少採用（但法國仍採特許主義）。適用最多者，則為許可主義及準則主義。有純採準則主義者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民法第五二條第六〇條，土民法四五條第五三條）。有惟財團採許可主義，其他法人採準則主義者，如暹羅民法及德國民法是（暹民法第八五條，德民法第八〇條）。有以營利為目的之社團依特別法採準則主義，而以公益為目的之社團及財團概採許可主義者，如日本民法是（日民法第三四條第三五條）。我民法則從日本立法例，除以營利為目的之社團，其取得法人資格，依特別法之規定採準則主義外，以公益為目的之社團及財團，於登記前，概應得主管官署之許可（民法第四五條第四六條第五九條）。（註二）主管官署，即管理法人目的事業之官署，例如慈善事業，以內政部為其主管官署，文化事業，以教育部為其主管官署是。但法律不曰主管

各都，而曰主管官署者，蓋法人設立許可之權，得由主管各部委任於受其指揮監督之地方官署故也。

(註二)我民法除營利法人外，一切之社團及財團均採許可主義，是否允當，不無疑問。考我民法所以採許可主義者，蓋因以公益為目的之法人，與公共秩序及公益福利關係甚大，故必經主管官署之許可，以防濫設。但我民法之所謂公益法人，係從廣義解釋，即既非以公益為目的，又非以營利為目的之法人，亦屬公益法人，此等法人與公共秩序及公益福利並無關係，實無經主管官署許可之必要。

第三 設立之登記

登記者，將法人之成立及其存續事項登錄之於公簿之謂也。法人之設立，是否必須登記，各國法律不同。有採登記要件主義者，如德國民法對於社團，暹羅民法對於財團，瑞士民法及土耳其民法對於非以經濟為目的之社團是（德民第二二條，暹羅民第八五條，瑞民第五三條，土民第四五條）有採登記對抗主義者，如日本民法是（日民第四五條）。我民法則無論社團及財團均採登記要件主義，即「法人非經主管官署登記，不得成立。」（民法第三〇條）法人既非經主管官署登記，不得成立，則法人之欲取得權利能力，自須依法登記而後可。主管官署之許可，不過為認可其可以設立法人之行爲，初非一經許可即取得權利能力也。法人登記之主管官署，依我民法總則施行法所定，即該法人事務所在地之法院是（民法總則施行法第一〇條，法人登記規則第一條）。

第五項 法人之能力

第一目 概說

法人能力

權利能力

關於法人之能力問題，有應注意者三：一爲法人於何種範圍內享權利負義務，是爲權利能力之問題。一爲法人因享權利負義務得爲何種之行爲，以及由何人以何種方式爲之，是爲行爲能力之問題。一爲法人對於其機關所爲之侵權行爲應否負損害賠償之責，是爲侵權行爲能力之問題。凡此三者，皆與關於法人本質之學說有關，本書既探法人實在說中之組織說，則此三種問題，自不難迎刃而解。至法人有無公權能力，乃公法上之問題，法人有無犯罪能力，乃刑法上之問題，法人有無訴訟能力，乃訴訟法上之問題，應於其各本法中研究之，茲不贅。（註一）

（註一）法人有無公權能力，即得享有公權與否，各國法律雖不相同，但大多數之國家皆認法人得享有一定之公權，如日本市制第十二條第三項町制第十二條第三項商業會議所法第十二條之規定，即其一例。法人有無犯罪能力，自來學說不一，主張擬制說者謂法人無犯罪能力，主張實在說者則謂法人有犯罪能力。各國刑法明定法人得爲犯罪主體者固不多見，但依據各種特別法規認法人有犯罪能力，則屬事實。（日本此種特別法達百種之多，參照拙譯日本刑法總論二五頁至三二頁。）至法人有無訴訟能力，則依法人有無權利能力及行爲能力決之。法人既有權利能力，自有得爲原告或被告之能力，即訴訟當事人能力。法人既有行爲能力，自有得爲訴訟行爲之能力，即訴訟行爲能力。關於此點，外國民法有說明文規定者，例如蘇俄民法第十三條後段之規定是。

第二目 權利能力

第一 權利能力之始終

法人既爲法律上之人格者，其有享受權利負擔義務之能力，即權利能力，固屬當然；但權利能力之始期如何，

則我民法無明文規定，不無疑問。依余所信，依我民法第三〇條：「法人非向主管官署登記，不得成立。」以為解釋，法人之權利能力應始於登記，蓋無可疑。關於此點，外國法律有明定法人依登記取得權利能力或人格者（德民第二一條瑞民第五二條第一項暹民第八五條第二項），可為吾說之證明。至權利能力之終期如何，我民法亦無明文規定，余則以為應以法人解散後清算之終了，為其終期焉。關於此點，俟於法人消滅中述之，茲不贅。

第二 權利能力之範圍

法人權利能力之範圍如何，各國法律不同，有惟享有財產上之權利負擔財產上之義務者，如蘇俄民法是（俄民第一三條）。有在章程或捐助行為所定之目的範圍內，享權利負義務者，如日本民法是（日民第四三條）。有除專屬於自然人之權利義務外，與自然人享有同一之權利負有同一之義務者，如瑞士民法土耳其民法及暹民法是（瑞民第五三條土民第四六條暹民第七九條）。我民法則大體從最後之立法例，於第二六條規定：「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。」依此規定，法人之權利能力有左列二種之限制。

（一）法令上之限制 法人之權利能力既為法律所付與，其得由法律加以限制，蓋屬當然。我民法第二六條前段之設，實不外一種聲明的規定。但限制法人之權利能力，與限制自然人之權利能力稍有不同，即一則得以命令為之，一則須以法律為之，此又法文解釋上無可疑義者也。至所謂於法令限制內，不過得以法令限制之

意，在法令未特設限制以前，仍與自然人有同一之權利能力，又不待言。

(二)性質上之限制 法人之權利能力，性質上之限制如何，應分別論之。(一)就財產權言之：外國法律有限制公益法人取得財產之數額者，有特種法人取得一定數額以上之財產須得官署之許可者（德民施行法第八六條，普民施行法第六條第七條）；我民法既無明文限制，法人得享有一切財產上之權利負擔一切財產上之義務，蓋無可疑。(二)就人格權言之：以自然人之身體存在為前提者，例如生命權身體權身體的自由權等，法人自不得享有或負擔。反是不以自然人之身體存在為前提者，例如稱謂權名譽權精神的自由權等，法人仍得享有或負擔。(三)就身分權言之：以自然人之身分存在為前提者，例如親權家長權遺產繼承權等，法人自不得享有或負擔。反是不以自然人之身分存在為前提者，例如監護權受遺贈權社員權等，法人仍得享有或負擔。(註三)

(註二)於法令上及性質上兩種限制之外，我國學者有謂法人尙「因目的而受限制」者（岡氏前揭一三五頁一三六頁）此在解釋日本民法或無大誤，但以之解釋我國民法，則與立法精神不無齟齬。蓋在日本民法係採法人擬制說，故於其第四三條規定：「法人，依法令規定於章程或捐助行為所定之目的範圍內，享權利負義務。」因之解釋日本民法之學者對於何者謂之目的範圍，討論頗詳，我則係從德法兩國立法例採法人實在說，故法人原則上與自然人享同一之權利負同一之義務，除法令上及性質上之限制外，實無「因目的而受限制」之可言。

第三目 行為能力

第一 法人有無行為能力

法人有無行為能力，因對於法人本質所採之學說而不同。主擬制說者謂：董事爲法人之代理人，董事之行為爲其個人之行為，而非法人之行為，不過其行為之效力及於法人而已，故法人無行為能力之可言。（主此說者，Hübner氏。學者稱爲代理人說 Theorie der Stellvertretung。）反之主實在說者謂：董事乃法人之機關，非法人之代理人，董事職務上之行為，非其個人之行為，乃法人自身之行為，故法人自有其行為能力，不過依其機關以爲行動而已。（主此說者，Regelbörger氏，Gierke氏。學者稱爲機關說。）外國法律有明定法人有行為能力者，如蘇俄民法瑞士民法及土耳其民法是。（俄民第一六條，瑞民第五四條，土民第四七條。）我民法雖無明文規定，但既採法人實在說，則法人之有行為能力，是不待言。

第二 法人之行為由何人爲之乎

法人者，無形之權利主體也，故法人之行為，畢竟有賴於自然人之活動，始能實現。此自然人所爲之行為，於一定場合，認爲法人之行為。而此自然人，即法人之機關。故屬於法人行為能力範圍內之行為，由其機關爲之，認爲法人之行為。（註）至何者爲法人之機關，應依法人內部之組織決之。通常爲董事（Vorstand），董事以外，如社員總會（Mitgliederversammlung），清算人（Liquidator），監察員（Aufsichtsrath）及其他之職員，皆是。關於此點，俟於法人之機關中述之，茲不贅。

(註)何者爲屬於法人行爲能力範圍內之行爲，或民法無明文規定，解釋上應依第二六條之規定決之。蓋第二六條雖係規定權利能力之範圍，但既不能逾越範圍享受權利負擔義務。如許其逾越範圍而爲享受權利負擔義務之行爲，不但無此必要，且於理論不遜。故余意法人行爲能力之範圍，應依第二六條之規定決之。

第三 機關以何種方式爲其行爲乎

法人之機關，應以何種方式爲其行爲乎？此問題，亦因對於法人本質所採之學說而不同。主法人擬制說者謂應以代理人之名義爲之，主法人實在說者則謂應以代表人之名義爲之，我民法既採法人實在說，則法人之機關應以代表方式爲其行爲，實無可疑（通常爲甲法人董事乙某）。此不但學理上爲然，即就第二七條第二項董事就法人一切事務，對外代表法人之規定解釋，亦應如此者也。

第四目 侵權行爲能力

第一 法人有無侵權行爲能力

法人有無侵權行爲能力，因對於法人本質所採之學說而不同。主擬制說者謂法人無侵權行爲能力，但其所持之理由則不一致，有謂法人惟於法律所許之目的範圍內，始能存在，逾越目的範圍之行爲，即非法人之行爲，故法人無爲侵權行爲之能力者。有謂董事既爲法人之代理人，則其所代理者，自以合法行爲爲限，對於侵權行爲，無代理之可言，故法人無爲侵權行爲之能力者（*Quaeritur system II S. 316*）。反是採實在說中之有機體說者則

謂：侵權行為者，故意或過失不法侵害他人權利之行為也。如無故意或過失，即不能成立侵權行為，而故意或過失，則以有意思存在為必要。準是，法人之有無侵權行為能力，自應依其有無意思能力決之。法人既有意思能力，即當然有為侵權行為之能力（主此說者為 Gierke, Derselbe, Regelsberger 諸氏）。但本書既採實在說中之組織體說，故余以為法人有無侵權行為能力，應就董事之性質求之。如前所述，董事既為法人之機關，則董事因執行職務所為之侵權行為，即法人之侵權行為。自應由法人負其責任。我民法第二八條之立法理由，即在於此。

第二 侵權行為之要件

一 須為法人機關之行為

法人之行為，由其機關代表為之，故惟法人機關所為之侵權行為，法人始有任責之可言。所謂法人之機關，依我民法第二八條規定，範圍甚廣，舉凡董事及其他之職員皆屬之。但如其職員，與法人係屬僱傭關係，則解釋上法人應依民法第一八八條之規定負其責任。其詳俟於民法債編總論中述之，茲不贅。

二 須為執行職務之行為

法人之機關，惟於其職務行為範圍內，代表法人，故法人惟就其機關因執行職務所為之侵權行為，負其責任。良以必其機關因執行職務所為之行為，始為法人之行為故也。至執行職務之範圍如何，其說不一。有謂應以法人之意思為標準者，有謂應以執行職務之外表為標準者，有謂應以機關之意思為標準者。依余所信，應以最

後說爲是。其詳俟於民法債編總論中述之。茲不贅。(註)

(註) 法人之機關爲授權行爲時，是否須有故意或過失，我民法無明文規定，俟余所信，應與通常之情形同。即在通常情形，須有故意或過失始負責任，則法人之機關亦須有故意或過失始負責任。在通常情形無須有故意或過失亦負責任時，則法人之機關縱無故意或過失亦負責任。

第三 連帶責任

關於法人之董事或其他職員所爲之侵權行爲，是否由法人單獨負責，各國法律尙未一致。有明定由法人單獨負責賠償之責者，如德國民法及日本民法是。(德民第三一條、日民第四四條第一項。)有明定不但法人應負責賠償之責，即行爲人自身(即法人之機關)亦應負責賠償之責者，如瑞士民法及土耳其民法是。(瑞民第五條第三項、土民第四八條第三項。)就法理立論，固以德日立法例爲是，但就保護交易安全立論，則又以瑞士立法例爲宜。我民法所以明定由法人與行爲人(即機關)連帶負責賠償之責者，即所以促法人機關之注意，藉以保護交易之安全也。

第六項 法人之機關

第一目 概說

法人乃無形之權利主體，故必依其機關以爲活動，與自然人必依其耳目手足以爲活動，正屬相同。法人之機

關，可大別爲二：一曰意思機關，一曰執行機關。前者卽社員總會（Mitgliederversammlung）是，後者卽董事（Vorstand）及其他職員是。董事爲社團及財團所同具之機關，故我民法以之規定於法人通則中，社員總會爲社團所獨具之機關，故我民法於社團中規定之，此蓋從瑞士及土耳其之立法例者也。於董事及總會以外，外國法律有特設監察（Aufsichtsrath）之一機關者（如日本民法），我民法不爲規定，而以委諸法人章程之訂定焉。（註）

（註）董事及組成總會之社員，爲法人之機關，係指對外而言，但對內仍有其獨立之人格。換言之，卽董事及組成總會之社員，仍可與法人發生種種權義之關係。例如董事對於法人，有執行職務之義務及請求報酬之權利，社員對於法人，有出資之義務表決之權利是。

第二目 董事

第一 董事之性質

董事者，對外代表法人，對內執行職務之通常且常設之機關也。就其對外代表法人言之，董事者，代表機關也。就其對內執行職務言之，董事者，執行機關也。代表法人及執行職務固非專由董事爲之，然通常必爲董事，故董事者，代表法人及執行職務之通常機關也。又法人對外對內之關係，不可中輟，故解釋上必常設置一人之董事（民法第二七條第一項），是董事又爲法人必要且常設之機關矣。

第二 董事之人數資格及任免

一 董事之人數

關於董事之人數，外國法律有設明文者，如德國民法及日本民法是（德民第二六條第一項、日民第五二條第一項）。有不設明文者，如瑞士、土耳其、蘇俄及暹羅等國之民法是。我民法亦未設明文，解釋上設一人或數人之董事，均無不可。至董事之人數究屬如何？是否必為奇數？應否組織董事會？以及執行職務之方法如何？則不外取決於法人之章程。（註一）

（註一）董事為數人時，其對內對外之關係如何，德國民法及日本民法均設有明文規定。德民第二八條：「以數人組織董事時，其決議之方法，依第三二條至第三四條關於總會決議之規定。對於董事之意思表示，以對於董事一人表示為已足。」日民第五二條第二項：「董事有數人者，於章程或捐助行為無特別規定時，法人之事務以董事之過半數決之。」我民法無明文規定，俟余所信，應以從德國民法之規定解決為宜。

二 董事之資格

關於董事之資格如何，各國法律多不設明文規定，我民法從之。一般通說多謂法人之董事，必為自然人，但不以社員為限，余亦謂然。至董事之其他積極的消極的資格，應依設立章程以為決定，自不待言。（日本民法施行法第二七條規定：剝奪公權者及停止公權者，無為董事之資格。）

三 董事之任免

（甲）任免董事之方法 關於董事之任免，依社團財團而不同，社團董事之任免，應於章程中訂定之，而其任免，則屬於社員總會之決議（民法第四七條第五〇條第二項第三款）。財團董事之任免，應以捐助章程訂

定之所定之組織如不完全，則法院得因利害關係人之聲請，為必要之處分（民法第六二條）。

(乙) 任免行為之性質。關於任免行為之性質如何，學說不一。有謂選任行為及解任行為均為單獨行為者。有謂選任行為為契約行為，解任行為為單獨行為者。余則以為選任行為及解任行為均為契約行為，此種契約，頗與委任契約相類似，如法人章程別無關於任免之訂定，解釋上自應準於關於委任契約之規定（民法第五二八條以下）。

第三 董事之職權

一 對外代表法人

(甲) 代表之意義。董事有對外代表法人之權，為我民法第二七條第二項所明定，此種規定，為各國法律之所同（德民第二六條第二項，日民第五三條，俄民第一六條，瑞民第六九條後段，土民第六二條後段，暹民第八八條第一項）。我民法所以不云代理而云代表者，良以董事為法人之機關，而非兩人格者間之獨立關係故也（代理則為兩人格者間之獨立關係）。董事既為法人之代表，其得為之行為，自不以法律行為為限（代理則限於法律行為），即事實行為及違法行為，董事亦得為之，不過董事於為法律行為時，解釋上自應適用關於法律行為之規定耳。

(乙) 對於董事代表權之限制。依我民法第二七條第二項規定，董事有就法人一切事務，對外代表法人

之權固矣。但對於此項權限所加之限制，其效力如何則學說及立法例頗不一致。有謂對於董事代表權所加之限制，全然不能以之對抗第三人者。有謂對於董事代表權所加之限制，全然可以對抗第三人者（德民第二六條第二項）。有謂對於董事代表權所加之限制，如已登記，即得以之對抗第三人，否則即不能以之對抗第三人者。亦有謂對於董事代表權所加之限制，能否以之對抗第三人，應視第三人之爲善意惡意以爲決定者（日民第五四條）。以上四說，第一說保護第三人失之過厚，第二說保護第三人失之過薄，均不足取。第三說介於二者之間，似較允當。然第三人有隨時檢閱登記簿之煩，亦殊不便。故我民法特採第三說，於第二七條第三項規定：「對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。」（註二）（註三）但依第四八條第一項第八款及第六一條第一項第七款規定，限制董事代表權者，其限制應爲登記，是又以登記爲免除證明責任之方法焉。

（註二）余竊問氏謂此四說，應以第二說爲合理。其說略謂：「殊不知此法雖屬前三法一偏之弊，一見雖似簡便而且公平，但慮惡之善惡，最難確證，結局仍歸之於法人之不利。益。以立法論，欲保護公益法人之利益，而又使第三人不敢縱格外之困難，則仍以採取第二說爲宜（董事第五八條三項參照）。」（余氏前揭一〇二頁）其說可供參考。

（註三）日本民法，於法人與董事利益相反之時，設有選任特別代理人之規定，其第五七條規定曰：「關於法人與董事利益相反之事項，董事無代理權。於此情形，應依前條之規定選任特別代理人。」我民法無之。又日本民法設有委任復代理人之規定，其第五五條規定曰：「董事，以未因章程捐助行爲或總會之決議所禁止者爲限，得委任他人爲特定行爲之代理。」（德民第三〇條）我民法無之。日本民法尙有選任臨時

董事之規定，其第五六條規定曰：「於董事有缺額時，如因遲誤而有發生損害之虞，法院依利害關係人或檢察官之請求，選任臨時董事。」（民第二九條）我民法亦無明文，均有待章程之補充及有權者之解釋。

二 對內執行事務

董事有對內執行事務之職權，外國法律有設明文規定者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第六九條，土民第六二條）。我民法無之，余以為解釋上應屬相同。至執行事務之範圍及其種類如何，固應依章程及總會之決議決之，但就現行法解釋，左列事務，董事則有應為執行之義務。（註四）

（甲）聲請登記 凡設立變更及消滅之登記，在法人解散前，均應為董事聲請為之（民法第四八條第一項第六一條第一項法人登記規則第四條第五條）

（乙）編造財產目錄及社員名簿 財產目錄者，記載財產種類及其數量等之簿冊也。社員名簿者，記載社員姓名及其住所等之簿冊也。前者為社團財團所同具之簿冊，後者則為社團所獨有之簿冊，依我民法總則施行法第八條之類推適用，此等簿冊，應由董事編造，蓋無可疑。（註五）

（丙）聲請破產 法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產，此為我民法第三五條第一項所明定。破產之聲請，應由董事為之者，因董事對於法人之財產狀況知之最悉故也。董事因過失不為此項聲請，致法人之債權人受有損害時，我民法並明定其應負賠償之責。（同條第二項，德民第四二條第二項）。

(註四)於此有一問題，即董事對於執行事務之注意程度是也。關於此點，德國民法第二七條第三項明定其準用第六六四條至第六七〇條關於委任之規定，我民法無之，依余所信，解釋上應屬相同，吾人既主張董事之選任為類似委任契約，則依據民法第五三五條，如董事受有報酬，其執行事務，應以善良管理人之注意為之，反之如未受有報酬，則以與處理自己事務為同一之注意為已足。

(註五)財產目錄(Inventaire, Inventar od. Inventur, Inventory)為法人不可少之簿冊，我民法無明文規定，但在民法總則施行法第八條則有關於財產目錄之規定，學者頗有批評其不當，且謂直使第三二條之規定失其根據者(余氏前揭九二頁)但余則以為可依類推適用，以補民法之失。其於社員名簿亦然。

第七項 法人之住所

法人既為法律上之人格者，自因為訴訟上或訴訟外之一切活動，而有設定住所之必要，故我民法第二九條規定：「法人以其主事務所之所在地為住所。」(德民第三四條日民第五〇條瑞民第五六條土民第四九條暹民第八〇條)事務所者，法人執行事務之處所也。法人之事務所，如屬單一，自應以其事務所為住所，反是如有兩處以上，則以其主事務所為住所，其餘之事務所即分事務所，則相當於自然人之居所。至何者謂之主事務所，其說不一，有謂應以法人事實上執行事務之處所為主事務所者，有謂是否主事務所，應依其登記以為區別者。依余所信，應以後說為是。我民法以主事務所及分事務所為法人之必要登記事項者，即在於此。(民法第四八條第一項第三款第六一項第三款。)

第八項 法人之監督

第一 監督之機關

關於公益社團及財團之設立，我民法既採干涉主義，故於其設立以後，仍畀國家機關以監督之權。但其監督機關，則因情形而不同。依我民法規定，法人於其存續中，屬於行政機關（主管官署）之監督，法人於其解散後清算中，則屬於司法機關（法院）之監督（民法第三二條前段第四二條前段）。其屬於行政機關之監督者，良以於法人存續中，其監督之目的，在檢查其業務是否違反公益故也。其屬於司法機關之監督者，良以法人既經解散，其監督之目的，在依清算保護利害關係人之私益故也。

第二 監督之方法

關於監督之方法，亦因情形而不同。其屬於主管官署之監督者，在檢查其財產狀況，及其有無違反許可條件與其他法律之規定（民法第三二條後段日民第六七條第二項）。法人之財產狀況，於財產目錄記載甚詳，自可檢查得之。至是否違反許可條件，則應就法人之性質以為決定，是不待言。若夫其他法律，則包含甚廣，就法理以言，即有無違反命令，亦在主管官署監督之列。其屬於法院之監督者，則在隨時為監督上必要之檢查（民法第四二條後段日民第八二條第二項）。其監督方法甚為概括，蓋所以期事實上之便利也。

第三 不服監督之制裁

爲貫徹監督法人之旨趣起見，我民法特明定不服監督之制裁。但亦因情形而不同，即董事不遵主管官署監督之命令或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰（民法第三三條、日民第八四條第三款）。法人違反設立許可之條件者，主管官署並得撤銷其許可（民法第三四條、日民第七一條）。此不服主管官署監督所加之制裁也。如清算人不遵法院監督命令或妨礙其檢查，亦得處以五百元以上之罰鍰（民法第四三條、日民第八四條第三條）。此則屬於不服法院監督所加之制裁。（註）

（註）我民法第三三條規定「受股立許可法人之董事」云云，一若本條之適用僅限於已受股立許可法人之董事，實則不然，蓋民法上之法人（公益社團及財團），依第四六條及第五九條，未有不經許可而能成立者，「受股立許可法人」云云，不無語病。又第三二條「受股立許可之法人」及第四八條第一項第六款「應受股立許可者其許可之年月日」均同有語病。

第九項 法人之解散

第一 概說

法人之解散（Auflösung, Dissolution）者，法人人格消滅之原因也。法人之人格，是否一經解散即歸消滅，學說及立法例頗不一致。有主張人格消滅說，謂法人一經解散，人格即歸消滅，而其財產屬於社員共有者。有主張清算法人說，謂法人一經解散，人格即歸消滅，解散後之法人，則屬於以清算爲目的之一種獨立法人者。有主張同一人格說，謂法人雖經解散，然必至清算終結時止，始歸消滅者。有主張假存續說，謂法人雖因解散而人格消滅，然

以法律之假設，至清算終結時為止，在清算之必要範圍內，視為存續者。以上四說，各有短長，我公司法採第三說（公司法第五二條），民法則採第四說，於第四〇條第二項規定：「法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視為存續。」（德民第四九條第二項，日民第七三條）（註一）清算中之法人既於清算目的範圍內，視為存續，則法人本來之目的，自應歸於消滅，是不待言。

（註一）關於此點，余戰門氏與鄒見相同（余氏前揭八一頁）。陳克生氏則似採同一人格說，陳者略謂：「法人雖經解散，然其權利能力，並不因之即行喪失，其向來之權利義務，仍屬於法人，蓋解散之效力，不過停止法人之活動，而變更其原有之目的（中略）。」「民法用視為字樣，亦非擬設規定，不過謂法人原來之目的，應變更為清算之目的而已。」（陳氏前揭一〇七頁）周新民氏與陳氏之見解相同（周氏前揭八一頁）。

第二 解散之事由

一 撤銷許可

依我民法第三四條規定：「法人違反設立許可之條件者，主管官署得撤銷其許可。」撤銷許可，是否為解散之事由，我民法雖無明文規定，但在解釋上應為解散之事由，則無可疑。蓋既撤銷其許可，則與未經許可同，法律上已失其存續之根據故也（日民第六八條第一項第四款）。

二 宣告破產

依我民法第三五條第一項規定：「法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。」法人既經宣告破產，則其事業即無由繼續，法律上應爲解散，亦無可疑（德民第四二條第一項，日民第六八條第一項，第三款，瑞民第七七條，土民第七〇條）。惟在我民法，法人之宣告破產，與自然人不同，即法人以其財產不能清償債務，即債務超過（*Überschuldung*）爲已足，自然人則以支付不能爲必要。關於此點，係從德國及日本之立法例（瑞土民法反是），蓋法人之財產已至不能清償債務，如仍任其存續，不但第三人將因此受不測之損害，且有害於公益故也。

三 宣告解散

依我民法第三六條規定：「法人之目的或其行爲，有違反法律，公共秩序或善良風俗者，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。」（瑞民第七八條，俄民第一八條，土民第七一條，暹民第九三條）宣告解散，爲法人解散之事由，至爲顯然。至其解散，必由於法院之宣告者，蓋因有無違反法律及公序良俗之情事，應以法院認定爲宜，且所以避免行政機關之非法干涉也。（註二）（註三）又此之所謂違反法律及公序良俗，自係指法人於其成立以後，因情事變遷致違反法律及公序良俗而言，如於設立之際，其目的及行爲即違反法律及公序良俗，則法人自始即無由成立矣。

（註二）撤銷許可，宣告破產及宣告解散之三者，對於社團財團均有其適用。此外，我民法對於社團財團尙設有特殊解散事由之規定，其

屬於社團者，例如第五七條及第五八條之規定是。其屬於財團者，例如第六五條之規定是。其詳俟後述之。

(註三) 各國法律，關於法人之解散，多設有公示之規定，如德國民法須爲公告（德民第五〇條，日本民法須爲呈報（日民第七七條）是。雖日民法雖所取之手續不同，然於必須公告之點，則無二致。我民法於法人設立之始，既限制資產，而於法人解散以後，亦無公示之規定，立法主義，似欠貫徹。

第三 清算

一 概說

清算之情形有二：一爲破產時之清算，一爲其他解散時之清算。此之謂清算，則指後者而言。法人雖經解散而喪失其人格，然於解散前所發生之法律關係，不能不有以結束之。清算 (Liquidation) 云者，即以結束、被解散法人之法律關係爲標的之程序也。此種程序，謂之清算程序，當清算之任者，謂之清算人，其所爲之行為，則通常稱爲清算行爲 (Liquidationsakt)。

二 清算人之種類及其任免

清算人可分爲三：一爲法定清算人，一爲選定清算人，一爲指定清算人。其選任及解任，則因清算人之種類而不同，茲述如左：

(甲) 法定清算人 依我民法第三七條規定：「法人解散後，其財產之清算，由董事爲之。」（德民第四

八條第一項日民第七四條）是爲法定清算人。董事爲清算人時，對於法人之關係，與原有之關係同，其辭任及解任，自應準用關於委任之規定（德民第四八條第二項）。但依我民法第三九條規定：「法院認爲必要時，得解除其任務。」（日民第七六條）其許法院得解除其任務者，蓋因法人之清算屬於法院之監督故也。

（乙）選任清算人 清算人，原則上固應由董事任之，但依我民法第三七條但書之規定，以章程或總會決議選任董事以外之人爲清算人，自無不可（德民第四八條第一項但書日民第七四條但書）是爲選定清算人。選定清算人，與法定清算人同，亦與法人立於委任之關係，其辭任及解任，自應準用關於委任之規定。法院於認爲必要時，亦得解除其任務（民法第三九條）。

（丙）指定清算人 依我民法第三八條規定：「不能依前條規定，定其清算人時，法院得因利害關係之聲請，選任清算人。」（日民第七五條）是爲指定清算人。指定清算人，爲一種之公職，社員固不得隨意將其解任，然得隨意辭任，則不待言。至法院於認爲必要時，得解除其任務（民法第三九條），是又指定清算人性質上所應有者也。（註一）

（註一）余咸門氏解釋我民法第三九條，謂祇於指定清算人有其適用（余氏前揭八四頁），余則以爲應從廣義解釋，此不但就第四二條言之，法院本其監督作用，有解除法定清算人及選定清算人任務之權，即就第三九條之部位（次於第三七條第三八條之後）言之，亦屬當然之解釋。

三 清算人之職務

依我民法第四〇條第一項規定，清算人之職務如左（德民第四九條第一項前段日民第七八條第一項）。

（甲）了結現務 法人解散時已經着手而未了結之事務，不問其事務之性質如何，均應由清算人了結之，是為現務之了結。外國法律有明定因了結現務，得為新法律行為者（德民第四九條第一項中段），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。

（乙）收取債權 法人對於他人享有債權者，應由清算人收取之，是為債權之收取。其得收取之債權，自以已至清償期者為限，如其期限尚未屆至，祇能以換價之法收取之。其不能以換價之法收取者，應劃入贖餘財產，自不待言。又所謂他人，社員亦是，例如對於社員請求其為出資義務之履行是。

（丙）清償債務 法人對於他人負有債務者，應由清算人清償之，是為債務之清償。清償債務，則不以已至清償期者為限，如其清償期係專為法人之利益而設，自得拋棄其期限之利益，提前清償（民法第三一六條）。又此之所謂債務，係指法人於解散前所負之債務而言，至法人於解散後對於歸屬權利人之債務，則法律另有規定，自不包含在內。

（丁）移交贖餘財產於應得者 法人之財產，如於清償債務後尚有贖餘，應由清算人移交於應得者，是為贖餘財產之移交。至何人為贖餘財產之應得者，我民法第四四條設有明文規定，俟後述之。

四 清算之程序

關於法人解散後之清算，我公司法規定頗詳，故我民法特從瑞士及暹羅等國立法例，於第四一條規定：「清算之程序，除本通則有規定外，準用股份有限公司清算之規定。」（瑞民第五八條、暹民第九四條）以免規定之重複。所謂準用股份有限公司清算之規定，即準用公司法第二〇九條至第二一四條之規定是。（註二）

（註二）余載門氏對於此點，頗有批評，余著謂：「民法關於此等重要清算程序，不直接規定而定爲準用公司法者（第四一條），蓋仿瑞士民法者也。殊不知瑞士因其債務法頒布施行於民法之前，故不得已而設此規定，我國固無仿效之必要。且瑞士民法，於營利法人始令其依債務法關於公司之規定爲清算，而於公益法人則僅令其依合夥之規定爲清算而已，是亦不可不知也（瑞民第五八條、第五九條）」其說可供參考。

第四 贖餘財產之歸屬

法人無繼承人，故我民法第四四條規定，法人解散後，除清償債務外，應依左列次序，以定其贖餘財產之歸屬。

（一）依其章程之規定或總會之決議 關於此點，各國法律不同，有以之歸屬於章程或決議所定之人爲第一順位者，如德國民法、日本民法及暹羅民法是（德民第四、五條、日民第七三條、暹民第九五條第一項）。有原則上以之歸屬於公共團體（即聯邦州區坊鎮）例外始歸屬於章程或決議所定之人者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第五七條第一項、土民第五〇條第一項）。我民法則從德國及日本之立法例，於第

四四條第一項規定：「法人解散後，除清償債務外，其賸餘財產之歸屬，應依其章程之規定或總會之決議。」我民法所以以章程或決議所定之人為第一順位者，蓋法人之財產，原為社員所出資，或為設立人所捐助，自應首由此等之人合法定其處分之方法故也。

(二)屬於法人住所所在地之地方自治團體。如無章程之規定或總會之決議，其賸餘財產應如何處置，各國法律不同。有以之歸屬於國庫者，如德國民法是（德民第四六條）。有以之歸屬於類似目的之法人，無類似目的之法人，始歸屬於國庫者，如日本民法及暹羅民法是（日民第七三條第二項第三項暹民第九五條第二項第三項）。我民法則略師瑞士及土耳其之立法例，於第四四條第三項規定：「如無前項章程之規定或總會之決議時，其賸餘財產，屬於法人住所所在地之地方自治團體。」所謂地方自治團體，例如縣市以及區坊鎮之屬是。我民法所以以其歸屬於地方自治團體，而不歸屬於國庫者，蓋民法上之法人，係以公益為目的，以其歸屬於地方自治團體，俾其使用此項財產於公共事業，較之歸屬國庫，適合於社員或捐助人之意思故也。（註）

（註）於此有應注意者：（一）依章程規定或總會決議所指定之歸屬權利人，祇有一種可得期待之權利，此種權利與財產繼承權相類似，自得以章程或決議變更之。（二）因法人之解散，其期待權變為完全之財產權，但有謂其為債權者（主此說者 Cosack 氏 Heinein 氏），余則以為係與財產繼承權相類似之一種財產權，如已確定其為賸餘財產，而清算人不為交付，則歸屬權利人應以所有權之訴，請求其交付。（三）其歸屬於地方自治團體，即法人之繼承人者（主此說者 Windelband, Brinz, Stohle 諸氏），實則非

是，蓋法人之解散，並非繼承開始之原因，且係以其廢餘財產歸屬於此項團體，與繼承之爲包括的繼承，尤不相同。

第二款 社團

第一項 社團之設立

第一 社團之設立人

社團以人爲其成立之基礎，故必有其設立之人，是謂設立人（Begründer）。公益社團之設立人，究須幾人，除德國民法明定其須七人外（德民第五六條），各國法律多無明文規定，我民法亦然。在學說上有謂須爲三人者，其理由以爲設立人如僅爲三人，則於意見不一致時，即無由解決。余則以爲不然，蓋縱爲二人，如意見不能一致，亦無妨以章程定其適當解決之法，例如由第三人決定，或由年長者決定是。故依余所信，我民法既未限定設立人之人數，解釋上自以僅有二人爲已足。至設立人之爲自然人法人，以及設立以後是否必爲社員，均非所問。

第二 社團章程之訂定

一 訂定章程之性質

設立社團，應訂定章程，此爲我民法第四七條所明定。章程（Einrichtung, Satzung, Statut）者，規定法人內部之組織及其他重要事項之規則也。（註）關於訂定章程法律上之性質如何，學說不一，有謂其爲契約者，如 Fölscher, Planck。諸氏是有謂其爲共同行爲者，如 Gierke, Oetmann。諸氏是。但在現在一般通說，均謂

其爲共同行爲(Gesamttat)依余所信，亦以此說爲是。夫在訂定章程以前，各設立人間誠有訂立發起人契約(Gründer Gesellschaft)者，然此係訂定章程以前之準備行爲，不可與訂定章程相混。訂定章程，乃在依各設立人平行的意思表示之一致，以創設一定之新人格，而非依各設立人交錯的意思表示之一致，以發生一定之權義關係，故應謂其爲共同行爲，而不應謂其契約。(註二)

(註一)章程二語，在法律上原有兩種意義，一指具體的書面，一指抽象的規則。法律稱章程時，因多指前者而言，但有時亦指後者言之，例如民法第五三條所謂變更章程是。蓋在具體的書面無所謂變更故也。

(註二)於此有一問題，即設立前之社團，其性質如何是也。設立前之社團，尙未取得人格，學者稱爲無權利能力之社團(Verein ohne Rechtsfähigkeit)或限制能力之社團(Beschränktrechtsfähiger Verein)，其性質如何，我民法無明文規定，關於此點，德國民法可供參考。德國第五四條規定曰：『無權利能力之社團，適用合夥之規定。其以此社團之名與第三人所爲之法律行爲，由行爲人單獨負責。數人爲法律行爲時，負連帶債務人之責任。』(德民第六二條)士民第五六條略同。(

二 章程記載之事項

(甲)必要事項 章程記載之事項，有屬於必要者，即我民法第四七條所列舉之事實是。(德民第五七條第五八條)日民第三七條)瑞民第六〇條)第二項)士民第五三條)第二項)俄民第一四條。)凡屬必要事項，均須於章程記載之，如缺其一，則章程不生效力。

(A)目的 所謂目的，指社團之目的事業而言，社團之目的如何，須正確記載之，俾得明瞭其事業之性質。

(B)名稱 社團之有名稱，與自然人之有姓名同，其必須記載者，所以資識別而便於稱謂也。

(C)董事之任免 董事為社團必要之機關，故其任免，須於章程中記載之。所謂任免，應作廣義解釋，舉凡人數資格任期以及任免方法等均屬之。

(D)總會召集之條件程序及其決議證明之方法 總會亦為社團必要之機關，故其召集條件程序及決議證明之方法等，均須於章程中記載之。其詳俟於總會中述之。

(E)社員之出資 所謂出資，應作廣義解釋，舉凡出資之數額，出資之方法，出資之種類，以及財產之種類等均屬之。

(F)社員資格之取得與喪失 所謂社員資格之取得與喪失，即關於社員入社退社及開除等之條件程序及其時期是。社員為社團成立之基礎，故其資格之得喪須於章程中記載之。

(乙)任意事項 除第四七條所列舉之事項外，其他之事項，均得於章程中記載之。此我民法第四九條所以明定：「社團之組織及社團與社員之關係，以不違反第五〇條至第五八條之規定為限，得以章程定之」也。
(瑞民第六三條土耳其民第五六條)我民法關於社團之規定，係從瑞士民法及土耳其民法，甚為簡略，除不違反

法律及背於公秩良俗外，頗有待於章程之補充，此設立人於訂定章程之際，所不可不深切注意者也。至任意事項，一旦載入章程，即爲章程之一部，在未依法變更以前，社團社員、董事及其他之職員均有絕對遵守之義務，自不待言。

第三 社團之登記

一 社團設立之登記

社團設立登記者，社團設立時所爲之登記也。我民法對於社團之設立，採登記要件主義，即非經向主管官署登記，不得成立。此點已於前述，茲不贅。至社團設立時，應登記之事項，我民法則於第四八條第一項設有明文規定，即：(德民第五九條)日民第四六條第二項(瑞民第六一條第三項)土民第五四條第三項。

(A)目的。

(B)名稱。

(C)主事務所及分事務所。法人以主事務所之所在地爲住所(民法第二九條)，其分事務所，在解釋上具有居所之效力，故均應登記之。

(D)董事之姓名及住所。

(E)財產之總額。

(F) 設立許可之年月日 原文作：「應受設立許可者，其許可之年月日。」頗有語病，蓋我民法上之社團，係專指公益社團而言，依第四六條之規定解釋，無不經許可而能設立之社團故也。

(G) 定有出資方法者，其方法。

(H) 限制董事代表權者，其限制。

(I) 定有存立時期者，其時期。

又依我民法第四八條第二項規定：「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。」（德民第五五條日民第四六條第二項。）法人登記之主管官署，與法人設立許可之主管官署不同，即一為司法官署（法院），一為行政官署。此依我民法總則施行法第一〇條第一項及法人登記規則第一條之規定觀之而自明。我民法所以以司法官署為法人登記之管轄機關者，蓋又從各國立法之通例也。至登記程序，法人登記規則規定頗詳，可參考得之。

二 社團設立後之登記

社團設立後之登記，其情形有三：於登記後有應登記之事項時所為之登記，曰補充登記。於已登記之事項有變更時所為之登記，曰變更登記。於曾經登記之事項已消滅時所為之登記，曰消滅登記。我民法對於補充登記及變更登記於第三一條規定曰：「法人登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為

變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。蓋探登記對抗主義者也。所謂不得對抗第三人，即在未登記以前，社團不得以其事項與第三人對抗之謂。第三人仍得以其事項與社團對抗，則不待言。消滅登記，我民法無明文規定，余以為應依塗銷登記之方法塗銷之（法人登記規則第五條）。如未為此登記，則解釋上自亦不得以之對抗第三人。

第二項 社團之社員

第一 社員之資格

一 社員資格之取得

社員為社團成立之基礎，設立人於社團成立以後，固得當然為社團之社員，然其他之人，則非入社，不能取得社員之資格。關於入社，外國法律設有明文規定（瑞民第七〇條，土民第六三條），我民法無之，而之以委諸章程之記載焉（民法第四七條第六款）。至社員入社之法律上性質如何，則學說殊不一致。有以其為新社員與舊社員全體之契約者，有以其為新社員與社團之契約者。依余所信，應以後說為是。社團與合夥不同，合夥非法律上之人格者，故合夥人之入夥，非解為新合夥人與舊合夥人全體之契約，則無由說明。反之，社團為法律上之人格者，新社員之入社，自以解為新社員與社團之契約為是。不過此種契約，在發生新社員與社團間之社員關係，與一般契約之發生債權債務殊難相提並論耳（松本蒸治氏日本商法公司論九七頁）。

二 社員資格之喪失

社員之資格，因社員之死亡或社團之消滅而喪失，是爲當然，故我民法不設明文規定，我民法所規定者，惟人爲的資格之喪失，即退社及開除。茲述如左：

(甲)退社 社員自動的與社團脫離關係者，是謂退社。社員一經入社，如永遠不許退社，則不但無此必要，且未免過於拘束社員之自由，故我民法許其任意退社，但應遵守章程所定之限制。即「社員得隨時退社，但章程限定於事務年度終，或豫告期間後，始准退社者，不在此限。」（民法第五四條第一項、德民第三九條第一項、第二項、前段、瑞民第七〇條第二項、土民第六三條第二項）且明定：「前項豫告期間，不得超過六個月。」以確保社員退社之自由（民法第五四條第二項、德民第三九條第二項後段）。

(乙)開除 社員被動的與社團脫離關係，是謂開除，亦稱除名。社員一經入社，如無論何種情形均不得開除，則有時對於社團殊爲不利，故各國法律多有開除社員之規定，我民法亦然。但其限制甚嚴，即除經總會之決議外，尚須有正當之理由（民法第五〇條第二項、第四款、瑞民第七三條第三項、土民第六七條第三項）。有無正當理由，解釋上不無爭議，余以爲開除之事由如何，不妨於章程中明白記載之（瑞民第七二條第一項、土民第六五條第一項）。

(丙)社員已退社或開除時之權義關係 社員已退社或開除，應喪失社員之資格，固不待言，但其權義

關係如何，苟無明文，難免不生疑問。故我民法就權利關係，特於第五條第一項規定曰：「已退社或開除之社員，對於社團之財產，無請求權。但非公益法人，其章程另有規定者，不在此限。」（瑞民第七三條第一項）民第六六條第一項（其無財產上之請求權者，蓋為遂行社團之目的起見，不致因社員之退社或開除而影響其存續也。至若非公益社團，則無此必要，故認為例外。所謂非公益社團，則指既非以公益為目的，亦非以營利為目的之中性社團而言（例如社交俱樂部及學術研究會之類）其次就義務關係，特於第五條第二項規定曰：「前項社員，對於其退社或開除以前應分擔之出資，仍負清償之義務。」（瑞民第七三條第二項）土民第六六條第二項（其立法理由，與已退社或開除之社員無請求權同。

三 社員資格之專屬

社員之資格，有無專屬性，即能否讓與或繼承，我民法無明文規定，外國法律有明定其不得讓與或繼承者，如德國民法及瑞士民法是（德民第三三八條、瑞民第七〇條第三項）依余所信，民法上之社團，係以公益為目的，社員乃以公益權為其權利之中心，故其資格，與營利法人之股東不同，解釋上自不得讓與或繼承。

第二 社員之權義

一 社員之權利

社員之權利，有共益與非共益之別。共益權者，為完成社團之作用，參與其事務之權利也。依我民法規定，例

如出席總會之權利（民法第五二條第一項）、請求或自行召集總會之權利（民法第五一條第二項第三項）、請求宣告總會不當決議無效之權利（民法第五六條第一項）、及參與總會表決之權利（民法第五二條第二項）是。非共益權者，以其爲社團之一員，社員個人所享受之權利也。例如利用社團設備之權利是。

二、社員之義務

社員之義務，亦有共益與非共益之別。共益義務者，爲完成社團之作用，參與其事務之義務也。例如出席總會之義務，參與表決之義務，及執行業務之義務是。非共益義務者，以其爲社團之一員，社員個人所負擔之義務也。例如出資之義務是。關於社員之出資，我民法係從德日立法例委諸章程之訂定，但在外國法律，則有明定如章程無出資之訂定，於遂行社團之目的及償還其負債之限度內，各社員應爲平等之出資者（瑞民第七一條第二項）土民第六四條第二項）此種規定，可爲我民法適用上之參考。

三、社員權之性質

社員權（Mitgliedschaft）者，社員對於社團所有權利義務之總稱也。社員權是否獨立之權利，其說不一。有謂社員權，爲各種權利義務之集合，而非獨立之權利者。有謂社員權爲獨立之權利，各種權利義務係由此權利分派而生者。依余所信，應以後說爲是。但在後說之中，有謂其性質爲債權者，其說殊難贊同。蓋社員對於社團無請求分派盈餘之權利故也。有謂其爲物權者，其說亦難贊同。蓋社團之財產爲社團自身之所有，社員無何種

物權之可言故也。亦有謂其既非債權，亦非物權，而為一種獨特之權利者。此說在民法學界為多數說（其詳參照余氏前揭一〇五頁以下）。依余所信，社員權固係一種獨特之權利，但依我民法解釋，則應以其屬於身分權之範疇。蓋社員權者，與社員資格相終始之權利也，且其內容，以參與社團之事務為其主要成分，謂為身分權之一種，不亦宜乎？（註）

（註）社員之權利義務，可分為普通社員權與特別社員權之二種。各社員所享有之權利義務，為普通社員權。特定社員所享有之權利義務，為特別社員權（Sonderrecht）。普通社員權，固得以總會之決議變更之，特別社員權能否以總會之決議強制的變更，頗屬疑問。關於此點，外國法律有明定：「非社員之同意，不得以總會之決議限制其特權」（德民第三五條）者，我民法無之，余以為解釋上應屬相同。

第三項 社團之總會

第一 總會之性質

總會，亦稱社員大會（Mitgliederversammlung, general meeting）。社員大會者，社員全體所組織之最高且必要的社團之議決機關也。析言之：（一）總會為社員全體所組織之機關。所謂為社員全體所組織，指非社員全體有表決權不能成立總會而言，非謂社員全體皆須出席於總會，或行使其表決權。（二）總會為社團之最高機關。此點為我民法第五〇條第一項所明定（瑞民第六四條第一項士民第五七條第一項）。最高機關云者，即社團之事務，除以章程委任於董事或其他職員外，皆須以總會之決議行之，如其決議不違反法律命令或章程。

董事或其他職員均有服從之義務是。(三)總會爲社團之必要機關。財團無社員，自無總會之可言。反之社團以社員爲其成立之基礎，故以總會爲其必要之機關。(四)總會爲社團之決議機關。決議機關者，依決議方法，決定法人意思之機關也。總會雖爲決議機關，然欲實現其決議，則有賴於董事或其他職員之執行，故總會非執行機關，亦非代表機關，僅爲內部決定社團最高意思之機關。

第二 總會之種類

一 定期總會

定期總會 (Ordentliche Mitgliederversammlung) 亦稱常會或例會。定期總會，外國法律有明定每年至少須召集一次者，如日本民法是 (日民第六〇條)。我民法祇於第五一條第一項規定：「總會，由董事召集之。」(德民第三六條前段、瑞民第六四條第一項、土民第五七條第一項) 而於召集之時期，則委諸章程之訂定 (民法第四七條第四款)，一年召集一次，或半年召集一次，均無不可。

二 臨時總會

臨時總會 (Ausserordentliche Mitgliederversammlung) 對定期總會而言，通常於必要之時召集之。何者謂之必要，外國法律，有明定其由董事認定者，如德國民法及日本民法是 (德民第三六條後段、日民第六一條第一項)。我民法未設明文，余以爲解釋上應屬相同。其次，則爲社員之認定。關於此點，我民法第五一條第

二項設有規定曰：「如有全體社員十分一以上之請求，表明會議目的及召集理由，請求召集時，董事須召集之。」（德民第三七條第一項、日民第六一條第二項、瑞民第六四條第二項、土民第五七條第二項）是為少數者之權利（Minorityrecht）。其必須表明會議目的及召集理由者，蓋便於董事對各社員發召集之通知也。祇須具備上述之要件，董事即應召集臨時總會，否則予此少數社員以召集權。即「董事受前項之請求後，一個月內不為召集者，得由請求之社員，經法院之許可，召集之。」（民法第五一條第三項）我民法係從德國民法之立法例，蓋所以濟事理之窮者也。（德民第三七條第二項、日本商法第一六〇條、英國公司法第六六條。）

第三 總會之權限

關於總會之權限，各國法律不同。有採概括規定，即社團之事務於董事或其他機關不能處理時，概由總會之決議處理者，如德國民法及日本民法是（德民第三二條、日民第六三條）。有採例示主義，即總會決議社員之入社及驅除，選任董事，及決議未委任於社團其他機關之一切事務者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第六五條第一項、土民第五八條第一項）。我民法則採列舉主義，於第五〇條第二項規定：「左列事項，應經總會之決議。且其決議，為特別決議之一種。此點俟後述之，茲不贅。」

(一)變更章程 社團之章程，與國家之憲法相當，變更章程，即變更社團之目的及其組織，故應經總會之決議。且其決議，為特別決議之一種。此點俟後述之，茲不贅。

(二)任免董事 董事，為社團必要之機關，故其任免，應經總會之決議。蓋所以昭鄭重也。至社團其他之機

關。除章程另有訂定外，解釋上毋庸經總會之決議，自不待言。

(三) 監督董事職務之執行 關於此點，外國法律有另設監察人，使其監督董事職務之執行者（日民第五八條第五九條），我則以監督董事之權界之總會（瑞民第六五條第二項，土民第五八條第二項），第此種立法，是否妥當，不無疑問耳。（註一）

(四) 開除社員但以有正當理由時為限 此點已於前述，茲不贅。

我民法雖採列舉主義，但非謂其他事項即無須經總會之決議，此就總會為社團最高機關之點解釋，實無疑義。

(註一) 我民法以監督董事職務之執行界諸總會，依余所信，似有未當。蓋總會非常設之機關，且其召集又須經過一定之程序，乃以監督董事之權界之，是直有名而無實。別在我國黨部及政府均有常設之監察機關，以當監督執行之任，為訓練民衆之黨政常識計，似亦有另設監察機關之必要。（以黨例之社員總會如黨員全體大會，董事如執行委員，監察如監察委員。）

第四 總會之召集

總會之召集者召集權人向各社員發出開會之意思表示也。召集，究為意思表示，抑為觀念表示，其說不一。依余所信，應以其為觀念表示。（註二）關於此點，俟於法律行為中述之。召集，為總會成立之要件，且須由召集權人為之。何人為召集權人，因情形而不同，通常固為社團之董事（或出於自己之意思，或由於社員之請求），然亦有經

法院許可，由社員自行召集者，即上述第五一條第三項之情形是也。至關於召集之條件及程序，外國法律有須至少於五日前，表示其會議目的之事項，依章程所定之方法而為召集者。（日民第六二條參照，此外德民第三二條第一項中段瑞民第六七條第三項土民第六〇條第三項亦設有對於會議目的事項應為適法通知之規定。）我則以之委諸章程之訂定（民法第四七條第四款），召集權人應依據章程之訂定而為召集，是不待言。

（註二）關於此點，陳克生氏與鄭見相同，陳著略謂：「蓋總會如上所述，非社員之任意集合，須因召集始能成立，故召集行為，於法律上誠有重大之效力，但此效力，與行為人之意思無涉，召集行為，要僅表示希望各社員於所定日時處所開總會之觀念而已，故余以第二段為是。」（陳氏前編二一九頁）

第五 總會之決議

一 表決權

凡為社員，固不可無表決權，但表決權之範圍如何，則依法人之性質而不同。民法上之社團，既純以公益為主，故我民法從一般立法通例，於第五二條第二項明定：「社員有平等之表決權。」（日民第六五條第一項）瑞民第六七條第一項（土民第六〇條第一項）所謂平等之表決權者，即各社員之表決權均屬平等，不因出資之多寡或其他情事而生變動也。（註三）（註四）關於表決之行使，外國民法多明定其得以書面為之（德民第三二條第二項）日民第六五條第二項前段瑞民第六六條第二項（土民第五九條第二項），我民法祇於變更章程

設有規定，依余所信，一切之表決，自不妨爲同一之解釋。（註五）又社員如與社團之利益衝突（Internessen-Kollision），外國法律有明定其無表決權者（日民第六六條、瑞民第六八條、土民第六一條），我民法未設明文，自應以之委諸章程之訂定焉。

（註三）關於此點，余載門氏爲下列之批評曰：『非公益法人，法律無強其表決權必爲平等之必要，民法未設例外規定，亦屬不當。』（余氏前揭九五頁）其說可供參考。

（註四）社員之表決權，乃不得讓與或拋棄之權利。查如許讓與，則表決權將集中於一人之手，又如許拋棄，則總會即無由成立故也。但棄權與表決權之拋棄不同，棄權乃表決權之不行使，於事實無不許之理由。

（註五）又表決權可否由代理人行使，我民法無明文規定，關於此點，外國法律有明定其得由代理人行使者，如日本民法是（日民第六五條第二項後段）。有明定其不得委託他人行使者，如德國民法是（德民第三八條後段）。依余所信，應以日本民法爲是。查表決係屬意思表示故也。

二 決議之方法

（甲）通常決議 通常決議者，即依出席社員之多數決議之決議也。我民法第五二條第一項：『總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之。』此即關於通常決議之規定（德民第三二條第一項、瑞民第六七條第二項、土民第六〇條第二項）。所謂本法有特別規定，例如關於變更章程及解散社團之規定是。通常

決議，既以出席社員過半數同意爲已足，則實際究有若干社員出席，自非所問。不過僅有一人出席，事實上則屬無從開會耳。至我民法所以不設出席社員之限制者，蓋又爲事實上之便利計也。（註六）

（註六）如必須一定社員出席，始能開會，則往往因出席社員不足法定人數而至流會，於是不能不用所謂假決議之辦法，以救濟之。此項假決議，在法律上原無何種之效力，但於將來成立合法總會時，得因追認而生溯及既往之效力。此種辦法，徒滋糾葛，故我民法對於通常決議不設出席社員之限制，蓋所以期事實之便利也。日本民法無關於通常決議之規定，一般通說均謂非有社員二人以上之出席，出席社員過半數之決議，其決議不能成立。

（乙）特別決議 特別決議者，即不依通常決議方法之決議也。依我民法規定，其情形有二：

（A）變更章程之決議 我民法第五三條第一項規定：「社團變更章程之決議，應有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或有全體社員三分之二以上書面之同意。」（德民第三三條第一項）民第三八條第一項、瑞民第七四條、土民第六七條。其特設出席社員及同意社員名額之限制者，蓋因變更章程，事關重大，非特加限制，不足以昭鄭重，而杜流弊也。但我民法祇云變更章程，變更目的是否適用本條，則屬疑問。依余所信，應以肯定說爲是。不過社團既已變更目的，則舊社團消滅，新社團成立，其依變更章程之程序爲之者，蓋所以省略舊社團清算之程序及新社團設立之程序也。新舊社團既失其同一性，則在原則上，原不同意之社員得自由退社，自不待言。又我民法第五三條第二項規定：「受設立許可之社團變更章程時，並應得主

管官署之許可。關於此點，與德國民法及日本民法同（德民第三三條第二項，日民第三八條第二項）蓋又所以期立法政策之貫徹也。

(B)解散社團之決議 關於解散社團之決議，外國法律有以其依通常之決議者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第七六條第六七條第二項，土民第六九條第六〇條第二項）有以其依特別之決議者，如德國民法及日本民法是（德民第四一條，日民第六八條第二項第一款第六九條）我民法則從後之立法例，於第五七條規定：「社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之。」關於解散社團之決議，學者有謂苟非全體社員可決，即屬多數壓迫少數者（Sobbe 氏，Dernburg 氏主此說）此說殊難贊同，蓋社團如因少數者之反對，即不能解散，詎非以少數壓迫多數乎？又有謂不同意解散之少數社員，不妨與多數社員分離，另為社團之繼續者（Windesheid 氏主此說）此說亦難贊同，蓋少數社員既有繼續社團之權利，則多數社員即無不得分割社團財產之理由，對於兩者均感不便。我民法第五七條之設，即一方暗示解散社團無須全體社員之可決，一方即以承認總會有解散決議權為前提。

三 決議之無效

總會之決議，有拘束全體社員之效力，固不待言，然如有一定之情事，則得請求法院宣告其決議為無效，此即所謂「決議無效之訴」者是也。依我民法第五六條第一項規定：「總會之決議，有違反法令或章程者，對該

決議原不同意之社員，得請求法院宣告其決議為無效。〔瑞民第七五條土民第六八條〕所謂總會決議違反法令或章程，不但指決議自身違反法令或章程，即總會召集之程序或其決議之方法違反法令或章程時亦是。但祇以其決議違反法令或章程為已足，至是否侵害法人之利益，在所不問。又得為決議無效之請求者，以原不同意之社員為限。蓋既已同意於其決議，即無復請求宣告無效之理由故也。至其社員是否曾充董事，則非所問。雖然，此項請求權，原為保護少數社員利益而設，如久不行使，亦殊失當，故我民法特於同條第二項規定：「前項之請求，應於決議後三個月內為之。」否則即喪失決議無效之請求權。此項請求，解釋上固應適用非訟事件法之規定，但在未依非訟事件法規定其程序以前，自不妨適用民事訴訟法關於起訴之程序。至提起此項訴訟以後，應否中止其決議之執行，適用上亦屬疑問。依余所信，應即中止其決議之執行，以免發生不可回復之困難。又關於決議無效宣告之效力如何（即為創設的抑為確認的），學者之意見殊未一致，依余所信，應解為有確認之效力，即決議無效之宣告，溯及決議當時發生效力焉。

第四項 社團之解散

社團除適用通則關於法人解散之規定外，我民法尙對於社團設有特殊解散之規定。茲述如左：

一 總會決議之解散

社團原以社員為其成立之基礎，得由總會決議解散，是為當然。不過依我民法規定，須全體社員三分之二以

上之可決耳（民法第五七條）。此點已於前述，茲不贅。此所謂總會解散之決議，指總會即時使社團解散之決議而言，如其決議定有條件或期限，則屬解散原因之決議，而非解散之決議。

二 社團事務無從依章程進行之解散

社團之事務，無從依章程所定進行時，能否為解散社團之原因，學說尙未一致。有謂其為當然解散社團之原因者（日民第六八條第一項第二款）有謂不過為解散社團之原因，而社團非因之當然解散者（Goldberger 氏、Stobbe 氏主此說）。亦有謂雖為解散社團之原因，然如有變更其事業之可能，即不解散者（Oertke 氏主此說）。我民法則從第二說，於第五八條規定：「社團之事業，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。」良以社團必有其一定之事業，如因法令之改正，或其他之情事，無從依章程所定而為進行，即無再令其繼續之必要，以之為審判上解散之原因，固甚允當也。（註）所謂利害關係人，不但社員，即社團之債權人及其賸餘財產之歸屬權人亦是。

（註）於此有一問題，即社團是否因社員之缺亡而解散是也。關於此點，各國法律不同。有社員減少一人，即須解散者，如日本舊民法是。有社員減至所定之數，即須解散者，如德國民法是（德民第七三條）。有須社員全體缺亡，始能解散者，如日本民法是（日民第六八條第二項第二款）。有縱使全體缺亡，亦無須解散者，如荷蘭民法是（荷民第一七〇〇條）。我民法無明文規定，依余所信，社團既以社員為其成立之基礎，苟非有二人以上之社員，則社團無由存續，此時社團自應歸於解散。（陳氏前揭一〇六頁余氏前揭一一一頁與本書見解不同。）

第三款 財團

第一項 財團之設立

第一 財團之設立人

財團與社團同，固亦須有設立人，但社團以社員爲其成立之基礎，故解釋上須有二人以上之設立人，反之財團既非以社員爲其成立之基礎，故解釋上僅有一人之設立人，亦無不可。此其不同之點。

第二 財團章程之訂立

一 設立財團以訂立章程爲必要乎

財團之設立，是否必須訂立章程，各國法律不同。有不設捐助行爲與設立行爲之區別，財團設立人之捐助行爲，即認其爲設立行爲者，如德國民法及日本民法是（德民第八一條第八三條日民第三九條。）有設捐助行爲與設立行爲之區別，即財團設立人於捐助行爲外，尙須訂立章程者，如暹羅民法是（暹民第八六條。）我民法則從暹羅立法例，於第六〇條第一項規定：「設立財團者，應訂立捐助章程。但以遺囑捐助者，不在此限。」（註）準此以解，即財團設立人以生前處分爲捐助者，於捐助行爲外，尙須訂立章程。反是以遺囑爲捐助者，則以遺囑代之，無另訂章程之必要。其設此例外者，蓋依我民法規定，遺囑須依照一定之方式以書面爲之（民法第一一八九條以下。）其對於財團之目的及其所捐財產當必有所記載也。

(註)關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：「我國舊民法草案，定爲捐助行爲與章程爲兩事，現行民法則仿德日瑞等國民法，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，故同時應將法人之組織管理等事項，亦應訂明，故捐助行爲，一面亦有法人規則之性質。」(陳氏前揭一二六頁)

二 章程記載之事項

(甲)必要事項 財團之章程與社團之章程同，亦有其必要記載之事項，如有欠缺，除能依法補充外，則章程不生效力。依我民法第六〇條第二項規定：「捐助章程，應訂明法人目的及所捐財產。」又依第六二條第一項規定：「財團之組織及管理方法，由捐助人以捐助章程定之。」依此規定，財團章程必要記載之事項，應如左述：

(A)目的。

(B)所捐財產。

(C)組織及管理方法。

(乙)任意事項 除上述三種必要事項外，他如名稱、事務所、董事之任免、監督董事執行職務之方法，以及廢餘財產之歸屬等，均不妨於章程中記載之。但既載入章程，則爲章程之一部，在未依法變更以前，財團、董事及其他之職員均有絕對遵守之義務，自不待言。

三 章程之補充

按我民法第六二條第○項規定：「財團之組織及管理方法，由捐助人以捐助章程定之。」同矣。然如未以章程定之，則不可不為適當之救濟，此我民法所以於同條第二項明定：「捐助章程所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備要者，法院得因利害關係人之聲請，為必要之處分」也。（日民第四〇條瑞民第八三條第一項士民第七六條第一項。）我民法所以予法院以補充章程之權者，蓋財團與社團不同，社團以總會為其意思機關，故章程縱有疏漏，亦不難於為適當之補充；反是財團則並無所謂意思機關，苟非予法院以補充章程之權，則財團之事業即將無由進行故也。雖然，得由法院補充者，僅以財團之組織及管理方法為限，如屬目的及所捐財產，則不能補充。蓋此二者，係財團基礎中之基礎，如得由法院補充，則不啻以法院為設立人，且難保其不與設立人之意思相背馳故也。

第三 財團之登記

一 財團設立之登記

財團與社團同，非經向主管官署登記，不得成立。此點已如前述，蓋亦採登記要件主義者也。至財團設立時，應登記之事項，我民法則於第六一條第一項設有明文規定，即（日民第四六條第一項瑞民第八一條第二項士民第七四條第二項。）

(一)目的。

(二)名稱。

(三)主事務所及分事務所。

(四)財產之總額，即捐助財產之總額。

(五)受許可之年月日。

(六)董事之姓名及住所。

(七)限制代表權者，其限制。

(八)定有存立時期者，其時期。

財團應登記之事項，與社團異者，即無關於出資之方法，良以財團以捐助財產爲其成立之基礎，無復所謂出資故也。至登記之處所及聲請人，亦與社團同，即「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。」（同條第二項）以資考核。

二 財團設立後之登記

財團設立後之登記，與社團同，亦有補充登記變更登記及消滅登記之三種。我民法規定其二，並採登記對抗主義。即「法人登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不爲變更之登記者，不得以其

事項對抗第三人。」（民法第三一一條、日民第四六條第二項）至財團之消滅登記，解釋上與社團之所違同，茲不贅。

第二項 捐助行為

第一 捐助行為之性質

捐助行為（*Stiftungsgeschäft*）者，以捐出財產，設立財團為目的之單獨行為也。就我民法解釋，捐助行為與設立行為係屬二事，已於前述，茲不贅。捐助行為為單獨行為，在學說上原無異議，惟此種單獨行為是否須有相對人，則有爭執。有謂其無須有相對人者，有謂其係以主管官署為相對人者，依余所信，應以前說為是。蓋財團之設立，固須得主管官署之許可，然不能謂請求主管官署之許可，即係以主管官署為其捐助意思表示之相對人。又捐助行為，固屬單獨行為，然於數人共同設立財團時，相互間訂立契約，亦所常見，此時相互間之關係，應受契約之支配，自不待言。

第二 捐助行為以捐出財產為必要乎

捐助行為，是否以捐出財產為必要？學說尙未一致。有謂財團，非認其財產為法人，故捐助行為不以捐出財產為必要。有謂財團成立之基礎在於財產，如無財產，即無由成立財團（*ohne Vermögen keine Stiftung*），故捐助行為以捐出財產為必要。依余所信，應以後說為是。蓋在社團，以社員為達其目的之手段，財團既無社員，即不可

不另求所以達其目的之方法，其方法維何，即財產是也，故捐助行為自以捐出一定財產為必要。但所謂捐出財產，不必為現實之捐出，即每年捐出若干財產，或以某項財產之收益為財團之財產，亦無不可（同說 *Hülfer, Staudinger, Dernburg, Enneccerus* 諸氏）。但僅有取得財產之單純希望，則財團無由成立，自不待言。

第三 捐助行為之撤銷

捐助行為，能否撤銷，各國法律殊不相同，可分三方面言之。其一，本人能否撤銷，有明定未經設立許可前得撤銷者，如德國民法是（德民第八一條第二項）。有未立書件得撤銷，已立書件不得撤銷者，如日本民法是（日民第四一條第五〇條）。其二，承繼人能否撤銷，有明定其得撤銷者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第八一條、日民第七五條）。有遺囑發生效力前得撤銷，發生效力後不得撤銷者，如日本民法是（日民第四一條第二項）。有於聲請允許或為其他公示後不得撤銷者，如德國民法是（德民第八三條）。其三，債權人能否撤銷，有明定其得撤銷者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第八二條、土民第七五條）。我民法關於此等之點，均無明文規定，依余所信，本人能否撤銷，應視財團已否登記決之，如財團已為登記，即不得撤銷。（註一）繼承人能否撤銷，應視其是否侵害特留分決之，如侵害特留分，則得依第一二二五條之規定，按其不足之數扣減之。債權人能否撤銷，則視是否合於第二四四條第一項之要件決之，如具備該項之要件，自得聲請法院撤銷之。

（註一）關於此點，陳克生氏與鄧見不同，陳氏以為本人能否撤銷，「我民法就此未設明文，以從德國民法解釋之為是。」（陳氏前揭一

二七頁)即在許可設立以後,不得撤銷之。不知就我民法解釋,許可不過設立財團之階段,與德國民法以許可為設立財團之惟一要件者根本不同,故本人能否撤銷,應視其已否向法院登記決之。余與門兵之見解亦與陳氏同(余氏前揭一一四頁)。

第四 捐助財產之歸屬

設立財團時所捐助之財產,法律上當然歸屬於財團乎?抑設立人僅負移轉財產之義務乎?關於此點,各國法律不同,有採物權主義,即捐助財產當然歸屬於財團者,如日本民法是(日民第四二條)。有採債權主義,即設立人僅負移轉財產之義務者,如德國民法是(德民第八二條至第八四條)。我民法無明文規定,余以為應依當事人之意思決之,如不能依當事人之意思以為決定,則應與日本民法為同一解釋,而採物權主義。即「以生前處分為捐助行為時,捐助財產,自財團設立登記(日民為許可)之時起,組成財團之財產,以遺囑為捐助行為時,捐助財產,自遺囑發生效力之時起,視為歸屬於財團。」良以財團,原以財產為其成立之基礎,故於財團成立之時,其捐助財產,自應當然歸屬於財團;至遺囑發生效力之時,財團原未成立,其以捐助財產視為歸屬於財團者,蓋又所以避免繼承人之不當處分也。(註二)

(註二)關於此點,陳克生氏與鄙見不同,陳者謂:「我民法就此亦未證明文,余見大致可與德國民法為同一解釋,即如次述(甲)設立人生前捐助財產,於許可設立時尙生存者,設立人應於許可設立時,移轉該財產,此為原則。但有一例外,即專以意思表示得移轉之權利,於許可設立時,歸屬於法人,無須更行請求移轉。(乙)設立人生前捐助財產,未經許可設立即死亡者,依德國民法及我國舊民法草案,係於此時設一例

外，視爲自該時起即已歸屬於法人，此爲特別規定，現行民法無明文，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，設立人之繼承人或遺囑執行人，應於許可設立之時，移轉該財產，法人此時亦僅有此請求權。〔陳氏前揭一二八頁〕

第三項 財團之變更

財團之目的及其組織，能否變更，各國法律不同。有不設明文規定，解釋上於財團目的不能達到，或因情事變遷致其目的違反公益時，祇能爲解散財團之原因者，如日本民法及暹羅民法是。〔日民第六八條暹民第九二條〕有設明文規定，即爲維持財團之目的及財產，或貫徹設立人之意思起見，於一定情形之下，主管官署得變更其目的或組織者，如瑞士民法及土耳其民法是。〔瑞民第八五條第八六條土民第七八條第七九條〕夫自理論以言，財團之設立人，於財團設立後，即脫離關係，固不能變更其目的及組織，然如於維持財團之目的及財產，或其目的不能達到時，監督官署，亦無變更其目的或組織之權，則不但不能貫徹設立人之意思，且非所以顧全社會之公益，故我民法特從瑞士土耳其之立法例，設左列之規定。

一 財團組織之變更

財團變更其組織，依我民法第六三條規定，須具備次述之要件。即：(一)須爲維持財團之目的或保存其財產。(二)須因捐助人董事或其他利害關係人之聲請。(三)須由法院爲之。〔瑞民第八五條土民第七八條。〕

二 財團目的之變更

財團目的之變更，依我民法第六五條規定，須具備次述之要件。即：（一）須因情事之變更，致財團之目的不能達到。（二）須斟酌捐助人之意思。（三）須由主管官署爲之（瑞民第八六條、土民第七九條）。依我民法規定，如具備上述之要件，不但得變更財團之目的，且得變更其必要之組織或逕解散之。關於此點，殆又從德國民法之立法例（德民第八七條），但與德國民法微有不同，即在德民，不但目的不能達到，即其目的因情事變更妨害公益，亦得變更其目的或解散之。

第四項 董事行爲無效之宣告

董事爲財團必要之機關，依我民法解釋，其執行業務原應服從主管官署之監督，但我民法猶以爲未足，特於第六四條規定：「財團董事，有違反捐助章程之行爲時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效。」其與利害關係人以聲請宣告無效之權者，蓋財團非如社團，而有總會以監督董事職務之執行（民法第五〇條第二款）也。此項聲請，與第五六條請求法院宣告總會決議爲無效同，在未依非訟事件法規定其程序以前，自應適用民事訴訟法關於起訴之程序。

第四款 外國法人

第一 外國法人之意義

關於外國法人與本國法人之區別如何，學說頗不一致。(一)有以設立時所依據之法律為標準，即依據本國法律而成立者為本國法人，依據外國法律而成立者為外國法人，是為準據法主義。(二)有以設立地為標準，即設立地在本國者為本國法人，在外國者為外國法人，是為設立地主義。(三)有以社員之國籍為標準，即社員皆為本國人或多數為本國人者為本國法人，反是社員皆為外國人或多數為外國人者為外國法人，是為社員國籍主義。(四)有以事業地為標準，即事業地在本國者為本國法人，在外國者為外國法人，是為事業地主義。(五)有以住所地為標準，即法人在本國有住所者為本國法人，在外國有住所者為外國法人，是為住所地主義。就我民法解釋，則係採準據法主義，蓋依民法第二五條，法人非依法律之規定，不得成立，故依據中國法律而成立之法人為中國法人，依據外國法律而成立之法人為外國法人，實無可疑。不過依我民法第三〇條第四八條第二項及第六一條第二項之規定，法人非經向其主事務所或分事務所所在地之主管官署登記，不能成立，縱採準據法主義，自不免與住所地主義歸於同一之結論耳。

第二 我民法施行法上之規定

一 外國法人之認許

一國之法律，無超越國境之效力，故依外國法律而成立之法人，即外國法人，非當然為中國法律上之人格者；且在公益法人，此國認為有利，而彼國認為有害者，亦所常見，如當然為中國法律上之人格者，不但與法理不

合，即在國家政策亦未見其當，此我民法總則施行法第十一條所以規定：「外國法人，除依法律規定外，不認許其成立」也。（日民第三六條第一項。）所謂認許，無創設的效力，換言之，即不過承認已依外國法律成立之法人，在中國亦為法人，初非一經認許，即使外國法人成為中國法人，或在外國尚不能成為法人者，而亦成為法人也。至認許外國法人之範圍，我民法極為抽象，凡依中國法律而能成為法人者，皆不禁其成立焉。（註一）

（註一）認許外國法人之方式有二：（一）特許主義，即非一一經政府之許可，不能認其為法人。（二）一般認許主義，即關於某種類之法人，概括的認許其為法人。我民法祇云法律規定，余見以為係採一般認許主義。又在外國法律有明定外國法人為國家之行政區域，及商事公司當然認許其成立，無須履行何種之程序者（日民第三六條第一項。）我民法未設明文，余以為解釋上除商事公司應依據公司法認許其成立外，國家及其行政區域在中國發生私法上之關係時，應當然認許其成立，無須履行何種之程序。

二 外國法人之權利能力

外國法人，雖依中國法律認許其為法人，然不過對於依據外國法律已成立之法人予以承認，苟無特殊規定，其權利能力之範圍，自應依其本國法決之。若然，則往往同一種類之法人，其權利能力常因本國法與中國法之差異而不同，對於交易之安全影響極大。故為使其整齊劃一起見，我民法總則施行法特於第十二條第一項規定：「經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力。」（日民第三六條第二項）但在中國無同種類之法人時，其權利能力如何，則屬疑問。依余所信，解釋上應依其本國法決之，不過仍應

遵守法令之限制耳。所謂法令之限制，即外國人所不能享有之權利，及依法律或條約所不能享有之權利，仍不能享有是（日民第三六條第二項但書）（註二）

（註二）民法總則施行法第十二條第二項規定：『前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。』此種規定，殊覺蛇足，蓋外國法人既依中國法律認許其爲法人，自應服從中國法律，實無設此規定之必要。

三 外國法人之設立及撤銷

依中國法律認許其成立之外國法人，有在中國設有事務所者，有未在中國設有事務所者。如未在中國設有事務所，則不能強其履行設立程序，且無須強其履行設立程序。反是如在中國設有事務所，則該外國法人將在中國經營其目的之事業，從而自有令其履行設立程序之必要。此我民法總則施行法第一三條所以明定：『外國法人在中國設事務所者，準用民法總則第三〇條第三一條第四五條第四六條第四八條第五九條第六一條及前條之規定』也。第三〇、三一、三二等條已於前述，可參照得之。又同施行法第一四條規定：『依前條所設之外國法人事務所，如有民法總則第三六條所定情事，法院得撤銷之。』此在中國法人如其目的或行爲，有違反法律，公共秩序或善良風俗時，法院得爲解散之宣告，外國法人雖無宣告解散之可言，然法院亦得以職權，或依主管官署檢察官或利害關係人之請求，撤銷其在中國所設之事務所，以阻止其爲目的事業之經營焉。

四 未經認許之外國法人

未依中國法律認許成立之法人，在中國既非法律上之人格者，自無權利能力之可言，但事實上此種未經認許之外國法人，在中國為法律行為，實所常見，故我民法總則施行法第一五條特定其責任之歸屬。即「未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人為法律行為者，其行為人，就該法律行為，應與該外國法人負連帶責任。」其須負連帶責任者，蓋所以保護與其為法律行為之相對人也。（註三）

（註三）關於此點，余戰門氏頗有批評，余著略謂：「未經認許其成立之外國法人，如在中國以其名義與他人為法律行為時，該行為人就其行為須負責任，是屬當然之理（參照舊章九四條）。而民法總則施行法，乃定為其行為人就該法律行為，應與該外國法人負連帶責任，夫一不認許其外國法人之人格，而一面又令其負責任，是實矛盾之規定矣。」（余氏前揭一一九頁）其說可供參考。

加
郵
費
一
元

加
郵
費
一
元

中華民國二十三年四月初版
中華民國二十八年六月六版

(35678平A)

☆大學叢書
(教本)

中國民法總論二冊

本書實價國幣壹元伍角

外埠酌加運費郵費

版權所
翻印必究

著者 胡長清

發行人 王雲五
長沙南正路

印刷所 商務印書館

發行所 各埠商務印書館

(本書校對者程運公)

