

法學叢書之一

# 民法總論

徐謙著

國立中央圖書館台灣分館



3 1111 012994214

上海法學編譯社

會文堂新記書記書局發行

國立臺灣圖書館典藏  
由國家圖書館數位化



# 民法總論目錄

## 緒論

### 第一章 現代民法之基本觀念

第一節 民法所規定之生活範圍

第一款 私法之範圍

第二款 民法之範圍

第二節 近世民法之原則及其改準之趨向

第一款 個人主義民法之三大原則

第二款 三大原則之改準

### 第二章 民法之意義及其性質

目錄



一三

一〇

八

八

五

一

一

一

一

第一節	民法爲國內法及其國際化	一四
第二節	民法爲私法及其公法化	一五
第三節	民法有爲普通民法有爲特別民法	一六
第四節	民法爲實體法有時爲程序法	一六
第五節	民法爲固有法亦爲繼受法	一七
第六節	民法爲原則法兼爲例外法	一八
第七節	民法爲強行法兼爲任意法	一九
<b>第三章</b>	<b>民法之法源</b>	二〇
第一節	民法法典	二一
第二節	民法法典以外之成文民法法規	二二
第三節	習慣民法	二三
第四節	判例民法	二五



第五節	法理·····	二六
第四章	民法之編纂·····	二七
第一節	編纂之體例及其內容·····	二七
第二節	我國民法之構成及總則編之內容·····	三〇
第五章	民法之解釋·····	三三
第六章	民法之效力·····	三六
第一節	關於「時」之效力·····	三六
第二節	關於「人」之效力·····	三八
第三節	關於「地」之效力·····	三九
第七章	民法上之權利義務·····	三九
第一節	民法上之權利·····	三九
第二節	私權之種類·····	四一

第一款	財產權與人身權	四一
第二款	絕對權與相對權	四二
第三款	支配權、請求權、抗辯權、形成權	四三
第四款	專屬權與非專屬權	四六
第五款	獨成權與附屬權	四七
第六款	原權與救濟權	四八
第三節	民法上之義務	四八
第一款	義務之觀念	四八
第二款	義務之類別	四九

本論

第一章 法例



第一節	編載法例之必要	五一
第二節	法例中所規定之準則	五二
第一款	規定適用民事法規之準則	五二
第二款	規定使用文字之準則	五四
第二章	私權之主體	五七
第一節	總說	五七
第二節	自然人	六三
第一款	自然人之權利能力	六二
第一項	權利能力之發生	六三
第二項	權利能力之消滅	六六
第三項	權利能力之範圍——外國人之權利能力	六七
第二款	自然人之行為能力	六九

第一項 總說	六九
第二項 有行為能力人	七一
第三項 無行為能力人	七二
第一目 未滿七歲之未成年人	七六
第二目 禁治產人	七七
第四項 限制行為能力人	八一
第三款 自然人之住所	八二
第四款 自然人之人格保護	八七
第五款 自然人之死亡宣告	九〇
第三節 法人	九七
第一款 總說	九七
第二款 法人之分類	一〇六



第三款	法人之成立	一一〇
第四款	法人之能力	一一三
第一項	法人之權利能力	一一四
第二項	法人之行為能力	一一五
第三項	法人之責任能力	一一八
第五款	法人之機關	一二一
第一項	董事	一二二
第二項	臨時董事	一二八
第六款	法人之住所	一二八
第七款	法人之登記	一二九
第八款	法人之監督及罰則	一三一
第九款	法人之變更	一三三

第十款 法人之消滅·····	一三五
第一項 解散·····	一三六
第二項 清算·····	一三八
第十一款 社團·····	一四二
第一項 社團之設立·····	一四三
第二項 社團之社員·····	一四六
第三項 社團之總會·····	一五〇
第十二款 財團·····	一五四
第一項 財團設立之要件·····	一五五
第二項 捐助行為·····	一五七
第十三款 外國法人·····	一六〇
第二章 私權之客體·····	一六四



第一節	總說	一六四
第二節	物	一六六
第一款	物之意義	一六六
第二款	物之分類	一六九
第一項	動產與不動產	一七〇
第二項	主物與從物	一七四
第三項	其他之分類	一七六
第三款	物之孳息	一八二
第一項	孳息之意義	一八二
第二項	孳息之分類	一八三
第三項	孳息之取得	一八六
第四章	私權之得喪變更	一八八

第一節 總說……………一八九

第二節 法律行爲……………一九八

第一款 法律行爲及意思表示之本質……………一九九

第二款 法律行爲之分類……………二〇七

第三款 法律行爲之目的（法律行爲之要件或內容）……………二一七

第一項 行爲人須有行爲能力……………二一八

第二項 目的之確定（對於法律行爲之解釋）……………二三〇

第三項 目的之可能……………二三七

第四項 目的之合法……………二四〇

第五項 目的之社會性……………二四三

第六項 法律行爲之方式……………二五四

第四款 意思與表示之不一致……………二五六



第一項	故意之不一致	二五九
第一目	真意保留	二五九
第二目	虛僞表示	二六二
第二項	無意之不一致	二六七
第一目	錯誤	二六七
第二目	誤傳	二七七
第五款	有瑕疵之意思表示	二七九
第一項	總說	二七九
第二項	因受詐欺而爲之意思表示	二八〇
第三項	因受脅迫而爲之意思表示	二八八
第六款	意思表示發生效力之時期	二九七
第一項	總說	二九七

- 第二項 非對話人間之意思表示發生效力之時期……………二九八
- 第三項 對話人間之意思表示發生效力之時期……………三〇五
- 第四項 向無行為能力人或限制行為能力人爲意思表示之生效時期……………三〇六
- 第七款 意思表示之解釋……………三〇九
- 第三節 條件及期限……………三一—
- 第一款 條件……………三一三
- 第二款 期限……………三三六
- 第四節 代理……………三四四
- 第一款 總說……………三四四
- 第二款 代理中之三面關係……………三六一
- 第一項 本人與代理人相互間之關係(代理權之存在)……………三六三
- 第二項 代理人與相對人相互間之關係(行為之當事人)……………三七三



第三項	本人與相對人相互間之關係(法律效果之歸屬者).....	三七九
第三款	代理權之限制及撤回.....	三八〇
第四款	代理權之消滅.....	三八三
第五款	無權代理.....	三八六
第一項	表見代理.....	三八七
第二項	狹義之無權代理.....	三八八
第六款	復代理.....	三九一
第五節	無效及撤銷.....	三九四
第一款	無效.....	三九五
第二款	撤銷.....	四〇一
第六節	期日及期間.....	四一四
第一款	總說.....	四一四

第二款	期日及期間之意義	四一六
第三款	期日及期間之計算	四一七
第七節	時效	四二三
第一款	總說	四二三
第二款	消滅時效	四二八
第一項	消滅時效之意義	四二八
第二項	消滅時效之適用範圍	四三一
第三項	消滅時效之期間	四三三
第四項	消滅時效期間之開始及其完成	四三八
第五項	消滅時效之中斷及不完成	四四〇
第一目	消滅時效之中斷	四四一
第二目	消滅時效之不完成	四五三



第六項 消滅時效之效力…………… 四六一

第七項 關於消滅時效之強行規定…………… 四六四

## 第五章 私權之行使…………… 四六七

第一節 總說…………… 四六七

第二節 行使權利之限制…………… 四七〇

第一款 禁止權利濫用之一般的規定…………… 四七二

第二款 關於限制權利之各種情形…………… 四七四

第三節 關於私權之保護…………… 四七八

第一款 自衛行為…………… 四八一

第二款 自助行為…………… 四八七

民法總論



# 民法總論

徐

謙著



## 緒論

### 第一章 現代民法之基本觀念

#### 第一節 民法所規律之生活範圍

民法所規律之範圍

民法者，規律私人生活關係之私法法規也。故欲探求民法所規律之生活關係之範圍，即須首先說明私法對於公法究占若何之領域，繼須說明民法對於私法究居若何之地位；而後民法之概念，不難由此而得也。

#### 第一款 私法之範圍

私法之範圍

緒論 第一章 現代民法之基本觀念

人類進化達於一定之階段時，遂形成一有一定社會組織之國家，而在此有定組織之社會生活中，可分爲『國家的生活關係』與『私人的生活關係』之二種，例如國家之組織，公權之運用，公秩之維持等關係，皆屬於前者；而社會經濟之組織，家族之成立，私權之行使等關係，則屬於後者。申言之，即前者之生活關係爲公法關係，其規律此公法關係之法規即爲公法；後者之生活關係爲私法關係，其規律此私法關係之法規即爲私法。

公法與私法

區別公私法之兩標準

區別公私法之標準，原爲學者間爭論莫決之問題，欲加詳述，應屬於法理學之範圍，故本書於此，僅就與上述標準相異之主要學說，而論此兩者立論之相互關係，藉以明瞭私法之地位。所謂相異之學說者，即係以『支配關係』爲區別公私法之標準也，換言之，即以『支配關係』或『命令服從關係』爲公法關係；而以『非支配關係』或『平等對立關係』爲私法關係也。此說立論之旨趣，自與上述以『生活實質』爲標準者不同。對此兩說之當否，姑不具論；惟就兩說之關係，加以考察：



則兩者所認定之私法關係之範圍，自昔日觀之，其大部分原屬彼此一致；嗣因近代社會變遷之結果，而兩者所認定之範圍，實已不能彼此一致矣。

兩標準之  
一致

先就兩標準之一致而言：考近世個人主義之法律思想，原以極端保障個人自由爲法律之根本使命。但在社會生活中，若認個人有絕對之自由，毫無若何之強制，勢必爲強者所假借，反爲保障自由之障礙，故於某種範圍內，不能不認強制力之存在；且爲保障個人應得之自由，行使最小限度之強制，原爲組織國家之使命，法人權宣言中所謂『保護天賦人權』，及『反抗壓制』者，實即以此理論爲根據。因之近世立憲國制定之法律，除規定支配國家生活者，係以命令服從爲原理外，其他規定支配私人生活（如身分及財產關係）之法規，無不以平等對立爲原理。可知貫徹此種原理所得之結果，不期而使上述兩說已趨於一致：即認私人生活關係及受平等對立原理所支配之生活關係，皆不失爲私法關係也。

兩標準之  
抵觸

然自十九世紀至二十世紀之時代，因社會變遷之結果，以致私人財產關係，發

生重大之變化，而上述兩標準之一致，遂亦隨之而破壞。今就土地關係及勞動關係而言，對於此種最重要之財產關係，現已漸有特別法之制定，所謂「社會的立法」是也。此種立法之旨趣，即在對於個人財產關係，須於某種程度內，認定國家得為積極之干涉。由是今後立法上之指導原理，不得不於私法範圍內，拋棄平等對立之原理，轉變為強制服從之原理，而向以平等對立關係為私法關係者，乃不能自完其說矣。

由此觀之，若於今日猶欲貫徹以平等對立關係為私法關係之學說，則所有以前之私法關係，即應縮小其範圍；而漸次為社會的立法所吸收之私人生活關係，即應劃入於公法範圍之內，此所以有所謂「私法公法化」之說也。於是如何之私法關係不注應化為公法？如何之私法關係應保持其平等對立之原理？即成為研究私法者所不可意之問題矣。

探求指示  
私法範圍  
之原理

其次，若於今日仍欲維持凡屬身分及財產關係皆為私法關係之學說，則須明瞭





身分及財產關係中，現代實已具有平等對立與強制服從兩原理互相錯綜之現象；更須研究吾人生活關係中向以平等對立為最高原理者，今後應以如何原理為其代替？此亦現代研究私法者所不可忽也。

民法之範圍

## 第一款 民法之範圍

私法與民法  
商法之民法化

民法固為規律私法關係之原則的私法，但非私法之全部。除此原則的私法之外，則有所謂『特別私法』——商法，即可為此最主要之適例。蓋商法專適用於私法關係中之『商事』關係，其與民法之適用於一般私法關係（即民事關係）者，自各有其適用之範圍，故民法對於商法則立於原則法（即一般法，普通法）之地位，而商法對於民法則立於特別法之地位。惟私法關係中之民事與商事，同為私人生活關係中之事項，在實質上諸多互相牽涉，實有難於截然劃分之理由。在以民商二法彼此並立之國家，原係基於沿革上之理由，認定商人為一特別之階級，應受特別法之

保護，故制定商法爲獨立法典，而與民法法典立於並立之地位。實則今日如仍以民商二法並立，不僅法律適用上易生混雜紛亂之弊害，且於交易上之安全與敏活，亦常被其阻礙，故今日主張民商二法統一者，已成爲普遍之趨向，其在民商統一之國家，極少由合而分之主張，而在民商劃分之國家，大都力倡由分而合，因之我國制定民法時乃鑒於各國立法之趨勢，本諸全民同等之旨趣，訂立民商合一之法典，一面將以前商人通例中之經理人（三五條）與代辦商（八五條），以及商行爲中之交互計算（四〇條）、行紀（五七條）、倉庫（六一條）、運送營業（六二條）、承攬運送（六六條）等編入於民法債編之中；一面另將公司法（十八年二月二十六日公布）、保險法（十八年十二月三十日公布）、海商法（十八年十二月三十日公布）、交易所法（十八年十月三日公布）、定爲單行之商事法規，而商法之名稱，則早已廢止矣。雖現在如英美瑞士等國仍有商法之用語，亦不過學說上概括各種商事單行法規，以之對於普通民法爲一總稱而已。似此商法併入民法之趨向，卽謂爲商法之民法化。



其次，現代對於土地及勞動等關係，既已基於社會的立法原理，相率而有土地法、勞動法之制定，是則此種法規之對於民法，自亦居於特別法之地位。吾人研究此種社會的立法時，其中應視為屬於民法範圍而加以說明者固多；惟既形成特殊之法規，即令以私法視之（此類特別法規，有以公法視之者；有以私法視之者；有以經濟法視之者，且有以社會法視之者，甚至有棄公私法之區別標準而視之者，究之此為待決之問題），亦當置於普通民法法規之外，而視為特別民法法規之一部。吾人處此社會關係日益繁複之現代，對於凡由私法關係中之特殊事項所制定之單行法規，皆須注意因何脫離普通民法之範圍；且須研究其相互之關係。我國對此社會的立法之趨勢，現已逐漸頒行土地法、工廠法等單行特別法規矣。

吾人於此所須注意者：即在私法關係之廣大範圍中，既有『商事關係』，『勞動關係』等等特別關係之分類，則此種特別關係之主要原理，自與普通私法關係有別。試以淺近之例言之，商事關係，自較一般私法關係，偏重於『自由競爭』之原

理，勞動關係自偏重於「團體協調」之原理。不過由此特殊原理所制定之特別法，亦能影響於一般私法關係之原理。蓋各種特別法中之特殊原理，不過在全體私法之原理中爲其具體表現而已，以故吾人研究一般私法關係（即民法）時，必須注意此等特別法之原理，以謀與之相適合而後可。

## 第二節 近世民法之原則及其改進之趨向

現代民法，究應以何者爲其指示之原理？此爲現代民法學者所應擔負之重大問題。故於本節即須追求近世民法之根本理論。及其改進之趨向。茲分爲下列兩款略述之。

### 第一款 個人主義民法之三大原則

個人主義民法之根本理論，即在「絕對尊重個人之人格」。由此理論之具體表

近世民法  
之原則及  
其改進之  
趨向

個人主義  
民法之三  
大原則



個人意思自由之原則

現，遂構成『個人意思自由』，『自己責任』，及『個人財產尊重』之三大原則。

(1) 個人意思自由之原則 個人意思自由之原則，含有二種意義，即在私法關係中，個人所取得之權利及所負擔之義務，原則上須基於個人之意思，此其一；且由個人意思所表現之行動，亦須以自由為原則，除違法外，法律須保護之，此其二。例如契約自由之原則，即屬此種原則之主要表現。

自己責任之原則

(2) 自己責任之原則 自己責任之原則云者，即謂私法關係中，因個人違法之行為，而負損害賠償責任之原則，申言之，即個人對於他人所為之加害行為，不負責任，惟對於自己所為之加害行為，始負責任，且其自己之行為，須係本於自己之意思活動，質言之，即以自己之故意或過失為原則，故又稱為『過失責任』。此原則，又常包含非侵害他人權利則無責任之意義。

個人財產尊重之原則

(3) 個人財產尊重之原則 此即以個人財產為絕對不可侵，而加以保護之原則，如『所有權之絕對性』及『繼承制度』，即此原則最主要之表現。

以上三原則，實導源於法國大革命之人權宣言，而最爲徹底的具體規定者，則爲一八〇四年之法國民法，其他各國，亦相繼效法，遂令當時封建社會之私法關係，爲之根本顛覆。就人類文化發達之點言之，此三大原則之私法，確已有其歷史上之功績。

三大原則  
之改進

## 第二款 三大原則之改進

三大原則促成近代資本主義組織之發達，對於人類文化史上固有極大之貢獻；然因資本主義發達之結果，又令人類生活中之經濟關係，形成極不平等之現象，由是此三大原則之弊害，乃日進於明顯，勢不得不探求改進之方法，以從事於救濟。茲從私法之立場言之，可得以下數種改進之理論。

交易安全  
之理論

(1) 「交易安全」之理論 吾人經濟生活中之交易關係，如欲貫徹個人意思自由與財產絕對尊重之原則，勢必促令吾人於交易上蒙受不測之弊害。於是貧困



重視公序  
良俗之觀  
念

般交易之安全，即不得不犧牲個人之利益，拋棄「絕對以個人爲本位」之立場，進於「團體本位」之立場，藉以注重社會之公益。例如我國民法總則對於法人則取干涉主義(二五)，並規定解散後，其賸餘財產得歸屬於地方團體(四四)，對於消滅時效，則縮短其期間等是也。

(2) 重視公共秩序善良風俗之觀念 因此種觀念之應用，遂至否認上述三大原則爲絕對之理論。就契約而言，昔認自由締結者，今則惟認遵守公秩良俗之內容，始受法律之保護，因之契約之內容，自須以不背公秩良俗爲其訂立之標準。又就損害賠償責任而言，今則認爲雖未侵害他人之權利；但以違反公秩良俗之方法而致損害他人者，亦負賠償之責任。

(3) 否認權利之濫用 個人主義之法律思想，原認個人權利具有絕對性，故對於權利，不僅有行使之自由，並有不行使之自由；然現代法律思想，則認爲不背乎公秩良俗者始有其自由，否則視爲權利之濫用，濫用權利者，不僅不生合法之效

否認權利  
之濫用

果，且因此損害他人者，亦負賠償之責任，故行使權利者固有不得濫用之限制，即有時不行使權利者亦爲法律所不許，換言之，權利不行使之限制，亦可謂爲權利行使之義務。

以上三種改進理論，確與前述三大原則以極多之修正，例如「增高團體之地位」，使爲私法關係之主體，以及在損害賠償論中，成立「無過失責任」之理論皆是也。因之向來惟以個人爲私法關係之主體者，今則改爲增高團體之地位，而使之與個人相並立，且有時認其具有個人以上之價值，又向來所謂過失責任者，今則改爲凡因大企業中所生之災害，不問有無過失，均由企業者絕對負賠償之責任。

似此種種新理論之表現，確係對於個人主義民法理論之一大修正，而成爲現代民法之基本觀念。惟總括此等理論，使於現代私法關係中，構成新理論之一貫體系，正爲民法學者急待努力之任務。故於本書緒論中，特先爲論列，藉供學者之探討



## 第二章 民法之意義及其性質

民法之意義

民法之意義，除奧國民法以明文規定外，其他各國皆委之於學說。前章對於現代民法之基本觀念，既已說明其大略，讀者當能由此基本觀念之中，獲得民法之概念。茲就民法之意義而言，可分之爲實質上之意義與形式上之意義兩種：在實體上凡爲私法關係中一切權利義務之規律，而以保護私人法益爲主要目的者，斯爲民法在實質上之意義；此外，單稱民法法典爲民法者，則爲民法在形式上之意義。我國向視法與律有不同之意義，以法爲法律規範之總稱，以律爲成文法之專稱，故總稱民法，即有全部私法之意義在內，單稱民律，必指民法法典而言。德法瑞士諸國，亦與此同。日本則無法與律之區別，直稱民法法典爲民法，我國現行民法亦然，此即形式意義之民法。

民法之性質

根據上述民法之意義，茲復進而說明民法在法律上之性質，可得如下之分類。

民法爲國  
內法及其  
國際化

## 第一節 民法爲國內法及其國際化

法律就其制定主體與其施行範圍之不同，可分爲國內法與國際法。國際法爲國家間共同遵守之法律，即指國際法而言。國際法是否爲法律，尙爲學者間爭論未決之問題，此問題之詳細討論，應屬於國際公法之範圍。國內法則爲一國主權下所施行之法律。民法既爲規律一國人民私法關係之法律，自爲國內法無疑。惟一國民法，有時對於主權所能支配之外國人，乃使之不受其適用者，故對於涉外法律關係應適用何國民法之規定，則不能不有國際私法之應用。惟就其對於民法具有補充法之性質而言，仍不失爲國內法也。此外，私法關係漸有私法國際化之趨勢者，則有所謂國際著作權法、國際工業所有權法、國際票據法、國際商法等已成爲實際上之問題，此後發生世界統一民法之運動，亦意中事耳，以故近日學者，漸有高倡民法之大同性，而有制定國際民法之主張也。惟就法律發展之現階段而言，一國民法，多



爲適合一國之民族性而制定，自應視爲國內法之一部。

## 第二節 民法爲私法及其公法化

公法私法區別之標準，已於第一章大約言之矣。民法既係規律私法關係一部分之法規，自屬於私法無疑。惟自社會的立法精神逐漸實現以後，即生公私法混淆之現象。凡私法中含有公法性質之規定者（如我國民法總則編中關於董事清算人罰則之規定——三三條），固可謂爲公法被私法所吸收；但公法中含有私法關係之規定者，更日益增加，例如一九一九年德國新憲法於『共同生活』章中，規定婚姻親子之關係，是明明於公法之中，規定私人生活關係之事項。其他以社會的立法精神，吸取私法關係中之事項，定爲特別單行法者，所在皆是，因之前屬於民法部分中之事項，今則逐漸被屏除於民法之外，而以社會的立法之精神，形成具有公法性質之單行法規，如土地法，勞動法等是也。此種公法吸收私法之趨向，即所謂私法之公

法化。惟民法中最主要之內容，既為規律私法關係之法規，故仍不失其私法之性質。

### 第三節 民法有為普通民法有為特別民法

民法有為普通民法有為特別民法

就形式意義之民法法典與其性質上規律一般私法關係之意義言之，即為普通民法；其他特別商事法或具有民法性質之單行法，則為特別民法。惟通常所謂民法者，皆指此普通民法而言。普通民法與特別民法之關係，即在特別民法對於普通民法有補充或變更之作用，且有優先適用之效力，必於特別民法無規定時，始適用普通民法之規定。

### 第四節 民法為實體法有時為程序法

民法為實體法有時為程序法

實體法係規定吾人法律關係中權利義務之存否、性質、及範圍之法律，亦稱為**主法**；程序法係規定實行此種權利義務之手段之法律，亦稱為**助法**。民法既於實質



民法爲固  
有法亦爲  
繼受法

上爲規定私法關係中權利義務存否等之法規，自屬於實體法，而非訴訟法、破產法、登記法等之程序法。然民法亦非全體均由實體法而成，其中亦間有關於程序上之規定，而兼有程序法之性質者，例如關於法人之設立（三四條）、登記（三〇條）、及清算（四一條）之規定是也。惟就大體言之，關於法人之設立登記等之規定，原爲編訂上之便利，始納入於民法之中，仍應以之屬於實體法之體系，自不待言。

## 第五節 民法爲固有法亦爲繼受法

固有法者，即以本國社會固有之規範爲規定內容之法律；繼受法者，即以承受他國之法律爲規定內容之法律。簡言之，即固有法爲本國所固有之法律；繼受法則爲外國傳來之法律。繼受外國法，又有習慣繼受與立法繼受二種，前者如十三世紀十四世紀時德國之繼受羅馬法是；後者如比利時，意大利之繼受拿破崙法典是。惟

民法既係規定一國民族私法關係之法規，自應以本國之民族性爲其規定之準據，故民法之內容，須側重採取固有法之精粹，始能推行無阻。然當世界文化匯合之現代，因國際交易之頻繁，國際資本主義之發達，一民族或一國家自不能營其往昔之孤獨生活，勢必處處感受他民族或他國家之刺激誘導，以促進其發達，於是他國之良法美制，遂有繼受之必要。要之民法既爲一國私法中最重要之法規，其中具有世界性之部分而與國情不相抵觸者，尤當妥爲繼受，促進民法內容之完善。以故我國民法總則編與債編之內容，多由繼受法而成；而物權編與親屬編及繼承編之內容，則多由固有法而成也。

## 第六節 民法爲原則法兼爲例外法

民法爲原則法兼爲例外法

原則法爲就某種事項在一般情形上所適用之法規；例外法爲就該事項如有特別情形時則排斥原則法而供適用之法規。例如我國民法第六條規定「人之權利能力，



始於出生，終於死亡」者，即爲原則之規定；而第七條規定「胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生」者，則爲例外之規定是。且同一法規中亦含有原則法與例外法之成分，例如民法總則編之規定對於債編之規定常爲原則法，而債編之規定對於總則編之規定則多爲例外法是（第一條第三）（七條參照）。原則法與例外法區別之實益，即在解釋時須特別注意二者之關係，以求事實上不忽視二者各有其合理性爲適當，不應拘於例外法即須嚴格解釋，原則法即須擴張適用之成見，蓋有時例外法反須擴張適用，而原則法或須嚴格解釋也。

## 第七節 民法爲強行法兼爲任意法

民法爲強  
行法兼爲  
任意法

強行法者，即就法律關係中所定之內容，不問當事人之意思如何，必須適用之法規。任意法者，即該內容，不過爲當事人意思之補充或解釋，其適用與否，可依當事人自由意思定之之法規。民法規定中何者爲強行法？何者爲任意法？可由法文

文句中有無明示以決之，例如條文中若載有可依當事人之特別訂定，或特別意思表示，或特約等等語句者，則爲任意法規；否則爲強行法規也。

又如物權、親屬、繼承等編，則多爲強行法，而債編則多爲任意法。惟債編中之任意法，原係基於契約自由之原則，乃爲個人主義之產物；然在社會的立法時代，對於契約自由已加種種之限制，是則債編中之任意法，勢必日漸減少而無疑。

民法之  
源

## 第二章 民法之法源

民法之法源云者，即謂構成現行民法法規全部內容之來源也。此種來源，可分爲下列數種：（一）爲成文民法法典，即通常所稱之民法；（二）爲民法法典以外之成文的特別民法，即特別民法法規；（三）爲習慣民法；（四）爲判例民法。另將法理及學說等等列於四者之后。茲爲分述如左。



## 第一節 民法法典

民法法典爲法典中最大之部門，民法法規之大部分，多被羅致於其中，故成爲民法最重要之法源。惟於此處所須注意者，卽載入民法法典中之法規，非必盡屬於民法法規之性質。試就法人董事之罰則而言，卽具有廣義的刑罰法規之性質，又就債編中關於強制執行方法之規定而言，卽具有民事訴訟法規之性質。但此等法規之所以載入民法法典者，不過爲編列之便利計耳；實則民法法典中除此極少數之規定外，皆爲民法法規也。

成文法主義  
與不文  
法主義

其次，民法法規固多有編爲法典者，然亦有不編爲法典者。例如英國及美國各州，至今尚無成文民法法典，專以判例法爲民法之根據，此卽所謂採取不文法主義者是也。但在歐洲大陸則不然，當十八世紀末葉至十九世紀初葉時，歐陸諸國，皆因中央權力之強大及自然法論之勃興，以致民法法典，相繼編成，其中如一八〇四

典型的民法法典

年之法國『拿破崙法典』，一八一一年之奧國民法，及一八九六年之德國民法，皆採成文法主義，而成爲民法中最典型之法典。

特別民法法規

## 第二節 民法法典以外之成文民法法規

民法法典固然包括民法法規之大部分，終難網羅其全部，因之除民法法典以外，不能不有其他包含民法法規之單行法，以爲民法法典之補助。此種特別民法法規，自亦形成民法之法源。例如我國著作權法（十七年五月十四日公布）、土地法（十九年六月三十日公布）、礦業法（十九年五月二十六日公布）、森林法（三十年一月四日公布）、漁業法（十八年十一月十一日公布）等等單行法，皆於其規定中包含若干民法法規之內容。故吾人研究民法時，固當以民法法典爲中心，但民法法典以外之特別民法法規而與民法有直接關係者，皆應作爲考察之對象。



## 第三節 習慣民法

對於同一種類之事物由多數人繼續通行而視為準則者，謂之習慣。此種習慣，一經國家承認其為法律規範而強行之者，則為習慣法。我國民法第一條所謂習慣者，即指此習慣法而言。此種習慣法因其具有民法上之效用，故又稱為習慣民法。習慣民法，常隨社會生活之變遷而發生，而存在。誠以民法法典及特別民法法規均極完備之國家，終不能網羅繼續發展之習慣，故於民法法典之外，不得不以習慣民法為民法之補助，而使為民法之法源。

惟須注意者，即成文民法與習慣民法在效力上究有如何關係之問題。申言之，即成文民法固能排斥習慣民法之適用，而習慣民法是否能排斥成文民法之適用之問題。就我國民法第一條第二條之規定觀之，明明惟認習慣法僅有補充之效力。然就最近法律思潮言之，似應對於此問題尚有研究之餘地。蓋自十九世紀末葉至二十世

紀之初期，歐陸諸國因中央集權之結果，而認成文法典爲法律規範之唯一泉源，否認習慣法之存在，又因當時自然法論勃興之結果，惟主張宇宙間有恆久不變之法則，遂亦否認習慣法之效力。後因歷史法學派之繼起，乃否定國家權力爲法律唯一泉源之思想，肯定習慣法之地位，當德國編纂民法時，對於習慣法之效力問題，曾有極大之爭論，爭論之結果，僅決定以學說解釋習慣法之效力，尙未於法典中加設何等之規定；及至瑞士民法編訂時，始於其第一條明示習慣法有補充成文法之效力，固可謂爲立法上進步。然依最近法律思潮之表現，則更重視習慣法之地位，不僅認其具有補充成文法之效力，抑且進而認其與成文法有對等之效力。誠以社會生活之變動無窮，習慣之效用，已有日漸擴張之趨勢，自應視其與成文法具有對等之效力，方能適應新事實之要求也。至若說明習慣民法之本質，則應屬於法理學之範圍，故缺而不論。



## 第四節 判例民法

法院判決之先例，即爲判例。其本質若何，亦屬於法理學上之問題，故於此處僅就判例在事實上之關係論之。

就英美兩國而言，既無民法法典，僅有不文民法，故認判例爲民法最重要之來源。然在成文民法之國家，其認判例爲民法法源之程度，自必低於成文民法之國家，因而事實上對於同級法院或上級法院之判例，是否認其具有法律上之拘束力，自亦不免發生若干之疑難；惟此拘束力一經有其事實上之存在以後，則判例法遂由之而生。故成文民法之國家，雖認判例僅有事實上之拘束力，然既發生若干事實上之判例民法後，即司法上應認其與成文民法居於同一之地位，而成爲民法之法源。

論者或謂承認判例法之結果，將使司法權侵入立法權之範圍，殊失立法與司法分立之精神。不知立法與司法之分立，不過大體上爲運用主權之分擔，實則理論上



決難令其有絕對之分離；且承認判例法之存在，表面上雖似認定法院有立法上之職能；然此種職能，亦不過認其對於裁判各個具體事案之先例，得據爲同一具體事案之判斷，而付以法律之效力而已；以之與立法機關制定一般抽象法規之職能相比較，決不可同日而語也。

## 第五節 法理

法理

我國民法第一條所謂之「法理」，不能以之與法律之原理相混同。蓋法律之原理，仍須以法律爲前提；而該條所謂之法理，則於法律之外，有其獨立之存在，申言之，即在現實社會生活關係中凡應如此處置及當然如此遵循者皆謂之法理。

法理是否獨立爲民法法源之問題，實難一言而決。就我國民法第一條之意義觀之（參閱奧國民法第七條，瑞士民法第一條第二項），當無成文法及習慣法可資適用時，審判官須依法理以爲判斷。是則審判官用爲判斷者，名雖依據客觀之法理，實則多含主觀之論斷，如



以此主觀之判斷爲獨立之法源，是不啻與審判官以立法之職能，故正確言之，實不能謂法理爲民法之法源；惟據法理所下之裁判而形成判例民法者，當以民法法源視之。

除以上各節所述數種民法法源外，他如學說、外國法、道德等等雖可間接形成民法之法源，惟以皆非直接供爲民法法規之適用者，不能視爲直接之民法法源，故不詳論。

民法之編纂

## 第四章 民法之編纂

### 第一節 編纂之體例及其內容

編纂之體例

民法之編纂云者，即經國家以極有系統之方法，本諸一定之內容，而構成一民法法典之謂也。就不文法國之英美而言，其民法法規，諸多由不文法而成，自無編

緒論 第四章 民法之編纂

纂民法法典之可言。然在其他採取成文法主義之國家，則有編纂民法法典之必要。至其編纂之體例，大都不外羅馬式及德國式二種。羅馬式係分民法爲人法，物法，及訴訟法三編，法荷比意西葡諸國民法，皆倣此式。羅馬式之缺點，即在未設其通各種權利義務之總則，而將人格及能力事項與親屬關係相混合；且債權法亦未另行分編又將訴訟法併入於民法之中，使程序法與實體法相混雜，而表現其最大之缺點，至於德國式之編制，則分民法爲總則、債權、物權、親屬、繼承五編。就債權物權兩編之先後而言，有列物權爲第二編者，亦有列債權爲第二編者。其列物權爲第二編者，爲薩克遜民法所首創，因視物權較債權爲重，故列物權於債權之前，日本民法亦效之。其列債權爲第二編者，在以債權爲取得物權之取得方法，故列債權於物權之前，德國民法，原採此例，我國現行民法效之。

至於瑞士民法，雖採德國式，惟僅分爲四編，第一爲人事編，第二爲親屬編，第三爲繼承編，第四爲物權編；而以債權另由債務法規定之，此爲德國式之變體。



此外，則有最近蘇俄式之編制（一九二三年一月一日施行），其編制式分爲四編，第一編爲總則，第二編爲物權，第三編爲債權，第四編爲繼承，而以親屬法另於身分登記、婚姻、親子關係等法典中規定之；且將公司法規定於債權編之中，此雖與德國式之編制相類似，但以其另有立法之精神，自不能謂爲全屬於德國式之編制。

至就編纂民法之內容而言，則以各個時代立法精神之不同，以及社會生活基礎之變遷，自亦因時因地而各異，大別之，可分爲個人主義之民法，協調主義之民法，及社會主義之民法三種。個人主義之民法，前已大約言之，如羅馬法以及一八〇四年之法國民法皆爲此種民法最主要之適例。協調主義之民法（前亦言之，即本於社會的立法精神之民法），係以社會改良政策爲其編纂之精神，如德國現行民法及瑞士現行民法，皆有此最顯著之表現。社會主義之民法，則以達於社會主義目的爲其編纂之精神，今之蘇俄民法，即爲此惟一之適例。

我國民法  
之構成

## 第二節 我國民法之構成及總則編之內容

我國法律制度，發達最早，且於崇尚禮儀之中，實含私法規範之意義，此中國法系所以成爲世界五大法系之一也。惟歷代關於法典之訂定，多趨重於公法方法，而無獨立私法之成立，尙書孔傳，雖已有民法之名稱，歷代律文戶婚諸條，雖已足爲解決民事之法規；然其所規定者，多爲處罰之律條，以之與現代所謂民法者相比較，自難等量齊觀。迨至海通以後，吾國始知法律之不完備，決難適應時代之要求，遂於清季光緒二八年派沈家本、伍廷芳等爲修律大臣，專注於刑律之修訂，又於光緒三三年派沈家本、俞廉三等設立修訂法律館，始探大陸立法主義，從事於民律之起草，計分五編，前三編係由日人松岡義正起草而成，後二編係由朱獻文、高种起草而成，卽所謂舊民律草案是也。惟此舊民法草案，大部分係繼受外國法（直接倣效日本，間接倣效德國）而成，自與我國國情，諸多抵觸，迨入民國後，乃經修



訂法律館修改，刪除舊民草總則編中關於權利之行使（現行民法又已編入）及擔保之規定，增加物權編中關於典權之規定。此即所謂新民律草案（一度將總則編及債權編公布施行）是也。及至國民政府成立，復經立法院重加訂定，始將總則編（十八年五月二十三日公布，同年十月十日施行）、債編（十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行）、物權編（十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行）、親屬編，繼承編（同於二十年一月二十四日公布，同年五月五日施行）依次頒行，我國民法，遂由此告成矣。

總則編之  
內容

本書既以論究總則編為範圍，故於此處僅就其內容加以提綱之說明。

我國民法之內容，誠然力求注重社會之公益，以期適應時代之潮流，合於今日立法之精神；惟處於現代社會生活關係之下，自不能超越現行制度之範圍，因之民法之主要內容，仍須以個人為中心，以權利為本位，明言之，即吾人觀察一般私法關係時，必須處處置眼於個人（並與個人相同之法人）權利之得喪變更；因而居此

私權主體之地位者，自當視之爲私法關係中之基點，故總則編於第一章法例之後即於第二章規定『人』爲私權之主體。其次，即於第三章規定『物』爲私權之客體，而示以支配各『物』之共同原則。嗣於第四章之『法律行爲』、第五章之『期日及期間』。第六章之『消滅時效』中，再就私權之得喪變更等等事項中之最普遍者，而定其共通之原則。申言之，即『法律行爲』一章所規定者，在對於一切具體的法律行爲（如債編中之買賣、互易等）而示以一般所能適用之抽象的原則；『期日及期間』一章所規定者，在對於法律關係中發生『時』的繼續問題時，而示以計算之標準；『消滅時效』一章所載者，在對於由一定狀態之繼續而喪失權利時，示以原則上之規定。此外，則於最後第七章規定『權利之行使』，而示行使私權之標準。以故本書之組織，擬分全體爲五章，即第一章爲法例；第二章爲私權之主體；第三章爲私權之客體，第四章爲私權之得喪變更，第五章爲私權之行使，俟於本論中逐加說明之。



研究總則  
編時所應  
特加注意  
之點

惟於此處有應特加注意之二點：（一）即總則編所規定者，既爲原則上之規定，故於各種法律關係中，對此原則之規定，極多例外或特則之規定。例如債編中之買賣、與互易固能適用總則編中『法律行爲』之規定；但須注意買賣與互易中各有不少之特則。（二）即總則編既係從具體關係中爲其普遍之規定，自應純採抽象理論形式；但其規定之本意，並非純爲抽象理論而制定，乃爲以此抽象規定適用於具體關係而制定，以故吾人研究總則編時，不應徒爲抽象理論而立論，必須處處顧及抽象規定所由從出之具體關係；且須顧及抽象規定適用於具體關係時所生之效果。『勿爲理論而理論』之一語，實足爲吾人研究總則編時最宜注意之警句。

民法之解  
釋

## 第五章 民法之解釋

任何法規皆須藉文字爲其表現之符號；然其所表現者，是否完全能達法律之真意，有時不無解釋上之疑難，蓋使用文字之技術，常覺有時而窮也。以故法律有欠

解釋之必  
要

明瞭或不詳盡之疑義發生時，無論其疑義係顯現於法文之表面，或係隱匿於法文之裏面，皆足隱蔽法律之真意，如欲闡明其真意，則非加以正確之解釋不為功。

法律解釋之目的，原在闡明成文法本身之真意（習慣法與判例法亦常有解釋之必要），民法法典既係抽象的原則規定，且係法典中最大之部分，若不確定其法文之真意，即難充分發揮其在法律上之效用。故欲闡明民法法文所發生之種種疑難，須於解釋上有特別注重之必要。

解釋之種類

就其解釋之效力言之，可分之為強制解釋與學理解釋二種，所謂強制解釋者，係出於具有解釋權者之解釋，其解釋之本身，亦具有法律之效力，故又稱為有權解釋或公的解釋，如立法解釋、司法解釋是也。所謂學理解釋者，係出於學者之意見，其解釋雖無強行力，亦具有學理上之價值，故又稱為無權解釋或私的解釋。至就解釋之方法言之，則有種種不同。如文理解釋、論理解釋、類推解釋等是也。欲就此等解釋，詳述其得失，細論其內容，亦不應屬於民法總論之範圍，因詳述此等解



釋之任務，大都以讓諸法理學爲適當，故本章僅略而論之。

惟與法律解釋有關者，尙有現代所謂『自由法論』之學說。此說主張於國家法律之外，更有『自由法』之存在，所謂自由法者，即解釋法律或適用法律時，由個人自由產生之法律也。申言之，即審判官若於法律規定有不明瞭或欠完備時，可依利益之較量與價值之判斷，而以自己之意思，自由制定法律以適用之；且謂適用法律時，其最關重要者，並非法律，而實爲審判官。審判官之職責，惟在較量各當事人間之利益及社會之利益以下裁判，法律不過爲審判官一般的指導，審判官於法規之外，可依據事物之本性，用科學之方法，自由探討，以發現法律也。惟此說雖可補助法律之不備，能使法律自由發達，適應社會之要求；但以如此變更法律之權力。賦諸審判官，則不免輕視法文；設審判官不得其人，流弊必大，此又自由法論之缺點也。

民法之效

## 第六章 民法之效力

民法對於吾人社會生活關係所適用之範圍，已約於第一章說明矣。其所適用之範圍，即其效力所及之範圍，茲從種種見地論之，可分之爲對於「事」之效力，對於「時」之效力，對於「人」之效力，對於「地」之效力四種。茲所謂「事」之範圍者，即指私法關係之事項而言，如民事商事是也，是普通民法規所適用之範圍，自以無特別民法爲限，此固勿待深論，故於本章僅就後之三者述之。

關於時之效力

### 第一節 關於「時」之效力

凡法律及於「時」之效力，皆有一通行之原則：即法律惟就其效力所發生後之事項，始得適用之，所謂「法律不遡既往」之原則是也。我國民法各編施行法，皆揭此原則，如民法總則編施行法第一條，定明民事在總則編施行前（民法各編公布

法律不遡既往之原則



日期及施行日期已詳第三章第二節)發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法總則之規定。其餘債編、物權編、親族編、繼承編，亦各於其施行法第一條，明定此旨。此外之特別民法亦莫不皆然。

惟吾人所須注意者，即此不遑及之原則，僅係法律在適用上之原則，並非立法上之原則，立法仍可不受其拘束。故於立法上認為必要者，亦有就過去之事項，載明得適用新法之規定。故我民法各編施行法就民法中種種之規定，亦認其多有遑及之效力，例如總則施行法第二條第六條，第十六條至第十八條，債編施行法第二條至第八條，第十條至第十三條，物權編施行法第二條，第四條至第七條，第九條至第十三條等是也。其他特別民法中，認有遑及效力者，亦復不少；尤其基於社會政策所定之特別民法，在解釋上多認其具有某種程度之遑及效力。此等情形，須於各個法規中分別研究之，茲不多述。

關於人之  
效力

## 第二節 關於「人」之效力

民法若因國家行使「人民主權」之結果，自當不問該國人民係在本國抑在外國，均須適用之。若因國家行使「領土主權」之結果，自當對於居其領土內之內外國人，皆須通用之。故本國民法，不僅適用於本國領土內之本國人；亦可適用於領土外之本國人及領土內之外國人。然若貫徹此種理論，勢必對於涉外之私法事項，多感不便，故現代各國皆於本國內亦認外國法之適用，而有創設「國際私法」法規之必要，此種法規，有於民法中規定者，如法國民法是；有於民法施行法中規定者，如德國民法施行法是；有以單行法規定者，如日本法例及我國法律適用條例是。

至若一國內與他國締結不平等條約，承認他國有領事裁判權，致令有此裁判權者之居留民，不受居留國民法之適用者，則為一時特殊之變例。



期於地之  
效力

### 第三節 關於「地」之效力

民法原以適用於一國之全部領域爲原則，故不能踰越其國之領土、領海、領空而行使；且於其國之領土、領海、領空內不可不行使。惟對此原則，亦有種種之例外：（一）本國民法，因有治外法權或行使領事裁判權之結果，亦得行之於外國者。（二）本國民法，亦得行於外國領海上之本國軍艦及公海上之本國船舶者。（三）有時雖爲本國領域，亦有不適用本國民法者，如朝鮮、台灣之不適用日本民法。蒙古、西藏於實際上之難適用我國民法是也。

## 第七章 民法上之權利義務

### 第一節 民法上之權利

民法上之  
權利

緒論 第七章 民法上之權利義務

權利有公權與私權之分，此種區別，係與公法私法之區別相對應，質言之，即以國家生活之利益爲內容之權利爲公權；以私人生活之利益爲內容之權利爲私權。民法既係以保護私人（法人在內）權利爲其最大之任務，故民法上之權利，自係私權無疑。惟法律之所以承認權利者，非僅保護私人已也；且須以維持社會及使其日臻發達爲最終之目的，故近代漸認權利僅於社會上認爲合理者始得享有之，於是個人本位（即權利本位）之觀念，漸由社會本位（或稱義務本位）所代替。但此種趨向，亦不過使私人權利於某種程度內受其限制耳，實則於現行社會制度之下，吾人經濟生活之關係，仍以私權之活動爲中心，仍以個人居社會經濟組織中最重要之地位。例如物價雖有時受國家之干涉，而買賣契約仍發動於買賣之當事人，又如勞動條件雖漸受國家之限制，而勞動契約仍係發動於勞動者與廠主之個人。是則私權之活動，實可謂爲民法中之全部內容。茲就私權之種類，分述如左。至於詳論私權之主體與客體，及其活動之範圍，俟於本論中逐一說明之。



私權之種類

## 第二節 私權之種類

私權可依種種之標準而分類。茲就其重要者述之。

財產權與人身權

### 第一款 財產權與人身權

財產權

私權中最主要之分類，厥爲財產權與人身權（包括人格權及身分權而言）二種，此分類之標準，係以私權之標的而區別者，申言之，即以財產爲私權之標的者爲財產權，而以人格或身分爲私權之標的者爲人身權。就財產權言之，財產權固爲以經濟利益爲標的之權利，然亦不能包括無遺。在債權中亦有無經濟上之利益，而專以精神之愉快爲標的者，如約定他人歌舞是也；又在物權中亦有無經濟上之利益，而仍得爲法律上之所有權者。如好友書簡，愛妻遺髮是也。要之此等僅於精神上具有價值之私權，不過屬於私權中極少數之事例，而財產權中最主要之內容，如債權

人身權

、物權、準物權、無體財產權等，仍係以經濟上之利益為標的也。

至於人身權中，則含有人格權與身分權之二種。所謂人格權者，係以人格為標的之權利，此權利之特徵，即在與其主體之人格相終始，如生命權、身體權、自由權、名譽權等是也。而所謂身分權者，係以身分為標的之權利，此權利之特徵，即在與其主體之身分相終始，如家長權、親權、繼承權等是也。

## 第一款 絕對權與相對權

絕對權與  
相對權

絕對權

以私權效力所及之範圍為區分之標準者，則有絕對權與相對權之二種。所謂絕對權者，係以得能請求一般人不得為一定行為為內容之權利也。有此權利者，因得請求世人勿侵害其權利，故謂不行為之請求權。絕對權由此種請求權而成者固多；然包含他種權利者亦不少。要之絕對權之特徵，即在義務人之不一定，與請求內容限於不行為之二點。就物權、人格權、繼承權等最主要之內容言之，皆可謂為絕對



相對權

權之適例。其次，所謂相對權者，係以請求特定人爲一定行爲之權利也。有此權利者，不僅得向特定人請求勿侵害其權利，並得請求其爲該權利內容之行爲。故此種權利之特徵，則在義務人恆爲一定，與其內容係請求爲一定行爲之二點。就債權最主要之內容言之，可爲相對權之適例。

### 第三款 支配權、請求權、抗辯權、形成權

支配權  
請求權  
抗辯權  
形成權

支配權

以私權之作用爲其區分之標準者，則有支配權、請求權、抗辯權、形成權四種。所謂支配權者，就其作用言之，即係權利人有支配客體之力；或權利人有要求他人不爲一定行爲之力也。而後者之作用，又可分爲二種，一即要求他人勿爲同一之支配，是謂排他性或獨占性；二即要求他人勿妨害其支配，是謂禁止妨害權，又就支配權所支配之客體言之，亦可分爲種種，有以「物」爲其支配之客體者，如物權是也；有以權「利」爲其支配之客體而可適用物權之原則者，如準物權是也；有以

「無形之智能創作」爲其支配之客體（例如著作權、特許權、商標權等是）者，如無體財產權是也；有以「權利人本身」爲其支配之客體者，如人格權是也。

## 請求權

所謂請求權者，就其內容言之，乃在請求他人爲一定行爲或不爲一定行爲之權利也。請求爲一定行爲者，是爲積極請求權，請求不爲一定行爲者，是爲消極請求權。又請求權有僅能行使一次者；亦有能繼續或返覆行使者。其行使一次者，固係一個請求權；其繼續返覆行使者，是否爲一個請求權？抑爲數個請求權？應視其生之原因而定之。次就請求權之類別而言，可分爲絕對請求權與相對請求權二種。絕對請求權爲對於一般人之請求權，凡由物權或其他支配權所發生之請求權，皆屬之。相對請求權爲對於特定人之請求權，凡爲債權之內容者，皆屬之。

## 抗辯權

所謂抗辯權者，乃對於請求權之反抗權也。其內容即在拒絕絕請求人所請求之給付，故又稱爲對抗權或給付拒絕權。就其種類言之，則有延期抗辯權與永久抗辯權二種。延期抗辯權者，係暫時得能拒絕他人請求權之權利。換言之，即得一時妨



止他人行使請求權之權利。例如同時履行之抗辯權（二六條）拒絕代為清償之抗辯權（七四條）是也。永久抗辯權者，係永久得能拒絕他人請求權之權利，換言之，即絕對得使他人請求權歸於消滅之權利，例如消滅時效後債務人之抗辯權是也。此外，則有所謂再抗辯權。此即對於抗辯權之反對主張，故又稱為抗辯權之反對權，其性質與抗辯權同。此種權利，不僅在訟爭中表現為訴訟法上之權利；即於訴訟外亦多表現為民法上之權利。

所謂形成權者，就其性質言之，即能以單獨行為發生法律上之效力之權利也。申言之，即能由一方之行為而創設或變更或消滅其他權利，或使發生其他法律上效力之權利，此種權利在未行使以前，對於原有之法律並無何等變化，不過有引起變化之可能性，學者因之稱為能為權。且此種權利一經行使以後，必對於原有之法律關係發生一種變化，學者因之又稱為形成權。二者在本質上原無差別，不過能為權之命名，係就權利之狀態而言，而形成權之命名，則就權利之作用而言也。又就形

成權之種類而言，有使勅法律關係發生者，如無權代理之承認權是；有使原法律關係變更者，如選擇債務之選擇權是；有使原法律關係消滅者，如撤銷權、抵銷權、解除權等是也。此外如上述之抗辯權有阻止相對人請求權之效力，亦可謂為形成權之一種。至於形成權與上述支配權不同者，在其無支配之客體；其與上述請求權不同者，在其非要求他人為一定之行為。故形成權在私權中，形成一獨立權利之特色，而不容輕易看過也。

#### 第四款 專屬權與非專屬權

依私權是否專屬於權利人之一身為標準，得分之為專屬權與非專屬權二種。所謂專屬權者，乃專屬於權利人一身之權利也。此種權利，不能讓與或繼承，如人格

專屬權

權、身分權均屬於此。但亦不無例外，如家長權之得繼承；財產權中亦有專屬權（例如由委任契約或僱傭契約所生之權利及終身年金權等）是也。



所謂非專屬權者，乃指專屬權以外之權利而言。此種權利，均有移轉性，故拋棄、讓與或繼承，無不可能。然亦有得拋棄而不得繼承者，如委任人對於受任人之權利是，有得拋棄得繼承而不得讓受者，如解除契約權，終止契約權是；又有得拋棄得繼承且得讓受者，如普通財產權皆是也。

獨存權與  
附屬權

第五款 獨存權與附屬權

依私權之相互關係爲標準，可分之爲獨存權與附屬權。所謂獨存權者，即無他種權利而能獨自存立之權利（又稱爲主權利）。所謂附屬權者，即以他種權利之成立及存在爲要件之權利（又稱爲從屬權）。附屬權既係附屬於獨存權之權利，故其發生、消滅或移轉，均以隨從獨存權爲原則，例如質權、抵押權、留置權對於債權之關係，地役權對於要役地所有權之關係，及利息債權對於原本債權之關係是也。

原權與救濟權

## 第六款 原權與救濟權

此種區分，亦係以私權之相互關係爲標準。所謂原權者，即不待他人之侵害行爲而原來存在之權利。所謂救濟權者，即原權受侵害時因救濟而發生之權利，例如返還標的物請求權、回復原狀請求權、損害賠償請求權是也。

民法上之義務

## 第三節 民法上之義務

義務之觀念

### 第一款 義務之觀念

義務者，即在法律上應爲一定作爲或不作爲之拘束也。義務既受法律上之拘束，自呈強制之狀態，而與道德上宗教上之義務不同。且此處所謂之義務，并非公法上之義務（如當兵義務及納稅義務等），乃係私法上之義務。民法上所規定之義務



，自屬於後者無疑。

惟吾人於此所須注意者，厥爲義務觀念發達之趨勢。就法律思想之發展而言，義務觀念，發生最早，後以人類已有個人之自覺，乃漸由義務本位，而進於權利本位；及至近代漸因社會之自覺，又有由權利本位而復歸於義務本位之趨勢（即係社會的立法之趨勢，前已屢言）。此後私法關係中，加強義務之規定，亦意中事也。

## 義務之類別

### 第一款 義務之類別

民法上之義務，亦得由種種之觀察，分爲下列數種：

#### 第一 積極義務與消極義務

義務既以應爲一定作爲或不作爲爲內容，故前者稱爲積極義務，例如爲他人從事勞務，及給付某物於他人之義務是。而後者則稱爲消極義務，例如不可侵害他人財產之義務，及不可毀損他人名譽之義務是。

積極義務  
與消極義務

對立義務  
與單存義務

## 第二 對立義務與單存義務

所謂對立義務者，係與權利相對應之義務，此種義務，乃係權利之反面，可分之爲對於相對權之義務，與對於絕對權之義務，前者含有積極義務與消極義務二種；而後者則僅有消極義務一種。所謂單存義務者，係單獨存在之義務，其與對立義務不同者，即在其反面無對應權利之存在。

主義務與  
從義務

## 第三 主義務與從義務

主義務與從義務之區別，係與主權利與從權利之區辨相對應。即主義務係與主權利相對應之義務，例如債務人所負償還債務之義務是。從義務係與從權利相對應之義務，例如保證人之擔保義務是。

第一義務  
與第二義務

## 第四 第一義務與第二義務

第一義務與第二義務之區別，係以發生義務之程序爲標準，即不可侵害他人權利之義務，是謂第一義務；僅因侵害而生之賠償義務，則謂第二義務。



# 本論

法例

## 第一章 法例

編載法例  
之必要

### 第一節 編載法例之必要

民法爲內容浩繁之法典，其條文數量之多（我國全部民法共一二二五條），遠非其他法典所可比擬。故就立法之技術而言，舉凡民法各條所規定之事項，有爲適用於全部之法則者，宜將其列諸編首，作爲總括之規定。此種立法技術，不僅於法條中可免重複之規定，且於系統上可收組織完整之效果，此現代各國之民法，所以多於編首設立法例一章，而爲全部法則之總括的規定也。如瑞士、暹羅及蘇俄之民法是；然亦有不設法例者，如德法及日本之民法是。我國民法則從前例，特於編首

設法例一章(一—五條)，規定可爲適用於民法全部之法則，實即認爲編制上有其必要也

法例中所  
規定之準  
則

## 第二節 法例中所規定之準則

法例既爲民法全部法則之總括規定，自必其規定之法則可供全部民法之適用，非僅供總則編之適用也。就其內容觀之，要不外規定下列可以適用於全部民法之標準法則：一即規定適用民事法規之準則；二即規定法律行爲中使用文字之準則。茲爲分述如左。

規定適用  
民事法規  
之準則

### 第一款 規定適用民事法規之準則

民事之統  
圖

民事有廣狹二義，廣義之民事，係指全部民事而言，換言之，即除國家生活之事項外，凡係社會生活中之各種事項皆屬之；狹義之民事，係專指商事以外之民事而言。故在民商二法分立之國家，民事與商事既經劃分，則其所謂民事者，自係商



事以外之民事，然在民商二法統一之國家，民事與商事既不劃分，則其所謂民事者，自係民事與商事之統稱。我國既採民商統一主義，則民法第一條所稱之民事，其將商事包括於民事之內，已不待言。惟除商事以外之特殊民事而受特別民法法規之適用者，就其本質（如森林法、鑛業法、漁業法、土地法等所規定之事項，多含有民事之性質）而言，仍多屬於民事之範圍；不過此種民事，須受特別民法適用之拘束耳。

民事之範圍，已如上述；而此民事所適用之法律若何，自不能不規定一定之準則，依我國民法第一條所載：「民事，（應先依法律規定；）法律未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」觀之，即為規定適用民事法規之標準。可知民事上所適用之規律，應依次以法律、習慣、法理為限。關於習慣法與法理之說明，已於緒論中述之矣（參照民法之法源一章），原無重論之必要。茲欲說明者，則有下列之三點。

（一）即民事上所應首先適用之法規，並非以民法法典為限，舉凡民法法典以外之

公司法、票據法、保險法、海商法以及自治章程、條例、條約並其他特別民法法規中所規定者，皆可適用之。故民法第一條不曰先依「本法」規定；而曰先依「法律」規定者，即係此意。惟適用此等法規之順序，應儘先適用民事特別法之規定，如無特別比法爲其規定者，始得適用普通民法之規定。（二）即如無此等民法法規爲其規定時，始得適用習慣法；惟適用習慣法時，須以不背公序良俗者爲限<sup>（二）</sup>；反而言之，如係違反公序良俗者，自不得適用之。至於何者方爲公序良俗之標準，當由社會生活中一切經濟利害所構成之基礎及由此反映之觀念而定之。（三）即民法與習慣法皆無規定時，始得適用法理爲最後之補救；惟此法理之不能直視爲法規，前已言之矣，可知最後所適用之法理，並非視爲法規而適用之，乃以法規處於窮盡時，不得不依此可爲民事規律之法理，而濟法規適用之窮也。

## 第一款 規定使用文字之準則



使用文字  
之規定

民事關係中之法律行爲，固有使用文字而以一定之書面訂定者，亦有不然者。究之使用文字與否，當視法律上有無明文之規定以爲斷。法律如無明文規定時，其使用與否，全屬當事人之自由；如法律有明文規定必須使用文字時，當事人之法律行爲，即須訂定一定之書面，方能證明法律行爲之成立或權利義務之存在。若不依照法定之方式，除法律另有規定外，其法律行爲爲無效（七三）。民事關係中之法律行爲，明定須使用文字者甚多，例如不動產物權之移轉或設定（七六）夫婦財產契約之訂立及變更或廢止（七〇）、兩願離婚（一〇五）、作成遺囑（九條）、不肖子之租賃（四二）、處理權之授與（五三）、經理人之特別委任（五五）、代辦商之特別授權（五八）、終身定期金之契約（七三）等，皆須使用文字，訂立一定之方式也

使用文字  
之種類

至於使用文字之種類，法文中雖無明白之規定，要以使用普通文字爲原則。若當事人約定使用外國通用文字時，法律亦可認爲有效。但以號碼使用於書面時，須

與使用文字分別視之也。

使用文字  
之方式

又就使用文字之方式言之，依民法第三條之規定，則不外下列三種：（一）即作成書面時，雖不限於本人自寫；且必須本人自簽姓名。（二）即本人如不能親自簽名，而用自己印章代之者，其效力亦與自簽姓名相同。（三）即本人如不能簽名，復無印章代替時，亦可於他人代書本人姓名之下，捺用指印，或畫十字，或用其他符號代替簽名；但必須經二人簽名證明，始與親自簽名生同一之效力。

使用文字  
與使用號  
碼之效力

復次，關於使用文字與使用號碼時之效力若何？法例亦有一定之規定。蓋以書面中關於數量之記載，如僅以文字或專用號碼表示者，自於解釋上不生若何之問題。惟以文字及號碼為同時表示或以此二者各為數次表示，致其表示有不符合而生爭執時，法院如能推知當事人之真意者，自應以當事人之原意為依據，如不能推知時，則對於同時以文字及號碼為一次之表示而有不符者，應以「文字」所記載之數量為標準（四）。又對於以文字或號碼為數次表示而致文字與文字不符或號碼與號碼不



符者，應各以「最低額」之記載爲標準(五)。又對於同時以文字或號碼爲數次之表示而有不符者，則應以「文字所載之最低額」爲標準。此種規定之理由，無非爲免實際上之爭議，而期適用上之便利也。

私權之主體

## 第二章 私權之主體

總說

### 第一節 總說

私權之主體與權利能力

#### 第一 私權之主體與權利能力

居今日而云私法關係，可直謂爲社會構成分子間之權利關係，故私法關係之心，可直謂爲權利關係之中心，此權利關係之中心，卽所謂「私權之主體」是也。因而吾人研究民法總則時，卽於法例之後，緊接研究私權之主體。茲於本節中，擬就研究私權主體時先應注意之問題，說明如次：

權利能力

(一) 權利能力 所謂「權利能力」者，即具有私權主體之地位或資格也。各國民法對此權利能力之用語，有用爲「私權之享有」者，如法國日本是；亦有用爲「人格」者，如德國瑞士是。惟使用私權之享有一語，殊與取得某一特定權利之意義相混，不能包含一般的具有私權主體地位之意義；且使用人格一語，亦有偏於生命、名譽等人格權之意義。故我國民法採用「權利能力」一語，可謂較爲適當也（

參照  
六條）

義務能力

(二) 義務能力 在現代法制之下，就一般而言，凡有權利者，同時皆爲負有義務者，決非古代奴隸僅有義務毫無權利者可比。故於現代而云權利能力，同時即有「義務能力」之含義。不過爲說明民法係以權利爲中心之結果，以致不並稱權利義務能力，惟稱權利能力耳。

具有權利  
能力者

## 第二 具有權利能力者

我國民法規定具有權利能力者，總稱之曰「人」，而分「人」爲「一切自然人



「與法律上所認定之『法人』二種。

權利義務，原為法律上之觀念，因而權利能力，自亦為法律上之觀念。是權利能力之有無及其範圍若何？當依法律之規定以為斷。然法律之為物，又係各個時代本其不同之觀念而成之社會規範，以故何者方有權利能力之問題？終須依各個時代之社會思想而定之。

自然人

(一) 自然人

一切自然  
人有平等  
權利能力  
之原則

凡屬自然人皆有權利能力，此為現代法律所認定之原則。惟此原則之認定，實有其經過之歷史。在昔大家族制度之下，惟家長始有完全之權利能力，其餘服從家長權之家族成員及奴隸，則僅有極狹之權利能力，或竟無之。後因經濟之發達，以致社會經濟之主體，漸由家族而移於家族構成分子之個人，由是家族各成員之權利能力，遂增大其範圍。然以後又因封建經濟之關係，益增階級與職業之差異，以致個人之權利能力，發生極大之差別；迨至近世個人主義之勃興，法國大革命之結果

，始令一切自然人在其私法關係之範圍內，皆有平等之權利能力，而成爲近代法律之根本原則。我國民法第六條之規定，亦不外以此爲根據。

且我國民法所稱之自然人，並不因男女性而有差異，舉凡關於權利能力之始終，行爲能力之限制，人格之保護等規定，適用於男子者，自皆適用於女子，此爲男女絕對平等之原則，非如他國限制女子之權利能力及行爲能力可比也。

又在一切自然人具有權利能力之原則中，對於「外國人」亦包含之，此爲現代法律之特色，我國亦然（參照民法總則施行法第二條）。雖於其他法令中對於外國人之權利能力不無若干之限制，究之撤廢往昔歧視外國人之障壁，承認內外國人平等之原則，不可謂非現代立法之進步。

法人

(二) 法人

法人者，即除自然人之外而得爲權利義務之主體者也。故凡一團體並不因其構成分子之增減或變更，而影響其爲權利義務之主體，此爲各國所同然。惟法律對於



人法之構成與活動，究應出於禁遏之態度？抑應出於助長之態度？則依各時代及各地之法律而有種種之差異。當個人主義極盛時代之民法，認有權利能力者，惟限於個人；團體不過於最少限度內可視為例外之個人耳。然至二十世紀資本主義經濟組織發達之社會，不得不認團體有其獨自之存在，而與個人並為權利義務之主體。此種趨勢，實以資本集中之財產的集團（如各種公司）為先驅。及至最近，所有對抗資本團體之各種職業團體及勞動團體，遂亦相應而有急速之發達，同於團體中占重要之地位。此等團體在社會生活中，皆認其於獨立作用之範圍內，一如自然人生而具有權利能力之地位。且因此等法人思想之進步，隨而對於各種團體之理論，亦發生極大之影響，致令向以私法關係僅為個人相互關係之法律思想，根本為之動搖；而認私法關係中個人與團體並重之理論，遂代之而興矣。

### 行為能力

### 第二 行為能力

自然人與法人既各具有權利能力與義務能力之地位，然則如何取得特定之權利

與義務（例如從事於買賣，贈與之行爲）？斯爲權利主體在行爲能力上之問題。就自然人而言，須視其智能之發達如何，而爲其能爲行爲與否之決定，如係完全不能行爲者，自須設立一定之保護人以保護之。又就法人而言，則須視其行爲之形式如何，而爲其權利義務是否發生變動之決定。

## 強行規定

## 第四 權利能力與行爲能力係強行規定

一人之有權利能力或行爲能力與否？不僅以時代之社會思想爲根據，且於社會交易關係有直接之影響，以故法律對於此等能力之有無、廣狹、始終等等之規定，皆爲強行規定，不得以個人之思想左右之，例如與無權利能力人締結契約，以及設立法律所不許之法人等行爲，皆於法律上不生何等之效力是也（參照一六條）。

此種強行規定，決不可與個人間約定不爲某種特定行爲之拘束相混同，蓋縱令爲此拘束，亦不能直接左右法律對於權利能力與行爲能力之規定也。惟由此契約所拘束之範圍，如足妨礙個人將來在社會上之活動與向上者，亦爲法律所不許，例如



一定年限以上之受雇，處分將來之全部財產等，多為各國法律所禁止者是也。但拘束個人契約究應至於若何之程度？則為依據各時代之社會情形及倫理思想而決定之重要問題，非於抽象上所能定之也。

自然人

## 第二節 自然人

### 第一款 自然人之權利能力

權利能力  
之發生

#### 第一項 權利能力之發生

##### 第一 權利能力以出生為始期

權利能力  
以出生為  
始期

凡自然人皆由出生而取得權利能力，此即所謂權利能力之「始期」(六)也。權利能力既以出生為始期，即須確定何時為出生？方能決定取得權利能力之時期。茲所謂出生者，乃指與母體分離而言；但須以出生後保有生命而能獨立呼吸者為限，

否則雖與母體分離，仍不得謂爲出生，故死產與產後卽死者，自不能謂其具有權利能力也。至於未出生而亦認其具有權利能力者，則爲例外之規定。

第二 對於胎兒之例外規定

胎兒之保護

權利能力之始期，係以出生爲原則。然若絕對適用此原則，使胎兒毫無權利能力，勢必發生不利胎兒，反乎人情之情事，故各國法律，多設例外之規定，我國民法亦然（七），對於胎中之兒女，以日後非死產者爲條件，得視爲既已出生，藉以保護其利益，例如由他人之不法行爲而生之損害賠償請求權是也。

保護胎兒利益之範圍

關於保護胎兒利益之範圍，各國立法例有採絕對主義者，卽凡屬胎兒之利益，均視爲既已出生，如羅馬法及普奧荷瑞諸國民法（普國普通法一部一一條，奧民二二條，荷民三條，瑞民三一一條二項）是；有採相對主義者，卽胎兒應加保護之利益，均以法律特定之，如德日諸國民法是（德民八四四條四項又一〇二三條，日民七二）。我國民法第七條汎稱「個人利益之保護」，卽指胎兒在民法上應有之利益而言，自應解爲採取絕對主義也。



胎兒得有  
權利能力  
之性質

其次關於胎兒得有權利能力之性質，亦有兩說，（一）即擬設說，謂胎兒之權利能力，乃法律所擬設，在其出生前即已有之，此為法國學者所主倡。（二）即條件說，謂胎兒之權利能力，乃以出生為條件，須待出生後，始能遡及既往，而有出生前之權利能力，此為德國學者所主倡。我國民法第七條明定『胎兒以將來非死產者為限』，自應解為採取條件說也。

出生之證明

### 第三 出生之證明

關於出生之證明，戶籍簿以及其他書面之記載，固可為有力之證據；然亦決無不可動搖之效力。如有醫師或產婆之證明以及其他材料可資證明者，亦可依據一般之舉證法則，由主張因出生而發生一定法律上效力之一方，負舉證之責任。法律關於出生之證據，既無一定之限制，自得由各種事實證明之。

關於雙生  
及性別之  
出生問題

### 第四 關於雙生及性別之出生問題

出生之先後，應以離母體之先後為標準，此於法律關係中確定人之長幼，關係

甚大。普國國法第十五條就雙生子定有明文。我國民法雖無明文規定，亦應爲同一之解釋，以先離母體者爲長。又對於出生之先後不明時，普國法亦明定以抽籤法定之。我國民法亦無明文，故事實上除依其父母之意思定之外，亦惟有依此法而定之。

至於出生之人，在事實上，男性或女性必屬於一；中性人當爲法律所不認，故卽於有疑問時，亦須按諸實際決定其爲一性。

權利能力  
之消滅

## 第二項 權利能力之消滅

### 第一 權利能力以死亡爲終期

自然人之權利能力，惟因死亡而消滅。換言之，卽權利能力惟以死亡爲終期，此爲我國民法第六條所明定。蓋近代既認一切自然人有完全之權利能力，排斥舊時所定之法外人及準死之制度，故認自然人之一般權利能力，惟以死亡爲其消滅之原因。至於後述之宣告死亡，雖爲確定一定期間內生死不明者之權利關係起見，得推



定其爲死亡；但若實際上仍尙生存，則其權利能力並不因此而消滅。

死亡之證明

## 第二 死亡之證明

關於自然人之死亡及死亡時期之證明，較之出生之證明更爲重要；且其證明，更多困難，因之各國法律，多設推定之規定（參照民法法七二〇條以下，德民法）。我國民法僅就宣告死亡人及同時失蹤人，設有推定之規定（九條一）。此外，自應依一般舉證法則，由主張死亡之事實者負舉證之責任。

權利能力之範圍

## 第三項 權利能力之範圍——外國人之權利能力

就自然人之「一般權利能力」言之。原無範圍之限制。然就「特別權利能力」言之，其中對於外國人及敵國人，亦不無一定之限制。

外國人

## 第一 外國人

外國人之中，有確有外國國籍者，亦有無任何國之國籍者（無國籍人）；又本國人之中，有僅有本國國籍者，亦有兼有外國國籍者（二重國籍人）。要之凡無我

國國籍者，皆謂爲外國人。惟本段所說明者，乃以外國之自然人爲限，至於外國之法人，俟於後述法人節中說明之。

我國民法總則施行法第二條規定「外國人於法令限制內有權利能力」。此即基於近代認內外人一律平等之原則，前已言之矣。

內外人平等之原則

各國立法例中，亦有以本國人在他國所享有之權利爲標準而與外國人以同等待遇者，即所謂相互主義是也（法奧民法即採此主義）。惟現代各國，則多採平等主義之原則；且採相互主義之各國，亦於事實上與採平等主義者仍得同一之結果；即如德瑞兩國民法，雖無若何規定，究不外認平等主義爲當然。然對此原則，亦不無若干例外之限制，此亦各國所同也。關於各國具體上之限制，當於各法令中研究之。

例外之規定

。茲就最重要者而言，各國對於特定權利能力，限制外國人享有者，要不外不動產所有權、礦業權等而已。至於以不平等條約之根據，衝破此種限制者，當別論矣。

敵國人

## 第二 敵國人



行爲能力

關於戰爭中限制敵國人之特別權利能力，或禁止與敵國人交易之問題，若就昔日絕對憎惡敵國人之觀念論之，自須絕對限制或禁止之。迨後漸於敵國領土及勢力範圍內，對其居住者及營業者，僅於不得已之情形中爲保護戰爭國之利益計，始加以相對之限制或禁止。然當前次大戰時，各國又不期而破壞此相對限制之精神矣。

## 第二款 自然人之行爲能力

### 第一項 總說

意思能力  
與行爲能力

欲知行爲能力之意義，當以明瞭意思能力之意義爲前提。所謂意思能力者，卽於精神上能判斷自己之行爲應得如何結果之能力也，無此能力者，卽無行爲能力。蓋吾人之行爲，既生法律上之效果，故常須有此意思能力，方能認其具有行爲能力也。

自然人生而具有取得權利負擔義務之地位，已如前述。然有權利能力者，不必

皆有行爲能力，故於事實上取得各個權利，負擔各個義務時，須有種種之原因，方能實現。此種原因，多由本人之行爲而成。可知本人之行爲，不論爲合法行爲，抑爲不法行爲，既然皆生法律上之效果，自必行爲者有認識其行爲應得如何結果之意思能力，始有行爲能力之可言。蓋現代法律之根本原理，唯在以個人自己之意思，取得權利，負擔義務；若行爲者無此意思能力時，自不能謂其行爲之結果，係本於行爲者之意思，而使之負法律上之責任。故意思能力，亦可謂爲責任能力之實質要件。

責任能力

行爲能力，既以意思能力爲前提，故行爲能力之有無或限制，自須以行爲者意思能力之有無或有無之程度爲標準。因之各國立法例，大都分自然人之行爲能力爲三種，（一）卽有行爲能力者，（二）卽無行爲能力者，（三）卽限制行爲能力者。我國民法亦然，故對於何者爲有行爲能力者，何者爲無行爲能力者，何者爲限制行爲能力者，皆以明文規定之。



行爲能力  
之證明

關於行爲能力之舉證責任問題，應解爲由主張爲有無行爲能力人或限制行爲能力人之一方，負證明之責任。

外國人之  
行爲能力

至若關於外國人之行爲能力，以依其本國法爲原則，我國法律適用條例第五條已明定之。

有行爲能  
力人

## 第二項 有行爲能力人

凡於法律上能爲完全有效之法律行爲者，皆爲有行爲能力人，換言之，即能獨立由法律行爲而取得權利或負擔義務之人也。具有此種能力者所爲之法律行爲，除另有無效或撤銷之原因外，皆絕對爲有效。至於何種自然人始爲有行爲能力人？我國民法雖無明文規定，但從民法規定未成年人及禁治產人爲無行爲能力者觀之，可得反面之解釋，應認成年人及非禁治產人爲有行爲能力人。蓋就通常言之，凡達法定成年後及成年而非精神喪失者，自能本其智識經驗，而有熟計利害之意思能力也。

成年之年齡

關於成年年齡之規定，因各國種種實際情形之不同，其立法例自難一致，有定為二十五歲者，如丹麥是；有定為二十四歲者，如奧大利是；有定為二十三歲者，如荷蘭西班牙是；有定為二十一歲者，如英美法德意比等國是；有定為二十歲者，為瑞士日本是；亦有定為十八歲者，如蘇俄是。我國民法第十二條規定「滿二十歲為成年」者，蓋亦本諸我國實際情形定之也。

又我國民法第十三條第三項對此成年年齡之原則，亦設有例外之規定，即「未成年人已結婚者，有行為能力」。蓋既達婚姻年齡之程度，雖非法定成年人者，亦使其能獨立而為法律行為，以期便於實際情形也。惟我國早婚之弊，亦為實際上之情形，似此以婚姻補充成年之制度（參照法民四七六條一四四條一四）（五條，瑞民一四條二項又九六條），亦不無討論之餘地。

無行為能力人

### 第三項 無行為能力人

無行為能力人云者，即絕對無為法律行為能力之人也。故此種人即於實際上已



無行為能  
力制度與  
社會的意  
義

爲法律行爲，亦絕對不生效力。依我國民法之規定，凡「未滿七歲之未成年人」及「禁治產人」，皆爲無行為能力人（一三條一項，一五條）。

惟吾人於社會的意義上研究無行為能力之制度時，有不得不重加申述者數點。原來無能力之制度，係由貫徹意思能力之理論而成，此種理論，即謂惟有基於判斷力之行為始有權利義務之可言，其爲個人本位之法律思想，已無容疑。然而現代之法律思想，已由個人本位漸進於團體本位矣，因而此種意思能力之理論與由此理論而成之無能力制度，即不能不受若干之影響。茲爲分析論之。

意思無能  
力者之賠  
償責任

先就影響於不法行爲之責任而言。無意思能力者損害他人時，似無賠償之可言；但此損害者如爲富豪時，則須令其賠償損害，始於現代團體生活中，深合平衡之觀念。故由鑛業、鐵道、大工業家等經營企業所生之損害（例如由鑛毒、列車事故、工場災害等而生之損害），今則不問是否企業家之故意過失，大都認其負有賠償之責任，此即所謂無過失責任是也。如德國民法（八二）瑞士民法（五四條）且於某種

程度上以明文定之矣。

意思無能  
力者在法  
律行為上  
之責任

又就法律行為而言。惟有判斷行為應得如何結果之能力者，始生交易行為之效力，此於行為者一方固極為有利；然當現代經濟交易極形繁複極宜迅速之社會，若因一人缺乏意思能力而致其行為為無效或撤銷，則於經濟關係上，必受重大之打擊；且審查一人行為能力之有無，而致影響多面之關係，殊礙經濟交易之發達。故就現代團體生活之實際觀之，為團體上經濟交易之發達，則不能不犧牲個人之意思能力也。

要之團體本位之法律思想，對於「無意思能力則無法律效果」之理論，以及本此理論而立之無能力制度，皆不能認為決難動搖之大原則，皆須為團體本位之理論所拘束，此吾人於現代社會中，對此無能力制度之存在理由所應注意者一。

其次，無能力制度雖於本體上為其行為人之利益而設；然亦有不利者在，例如勞動團體或其他職業團體以及地域團體在其團體行動時，若因團體中之一人缺乏意

團體行動  
與個人意  
思能力



無產者與  
無能力者  
之制

思能力而使團體行動爲無效，勢必團體與個人皆受不利之結果。故在團體行動中，所有個人本位之意思能力及行爲能力之制度，皆須受相當之限制；且於現代社會組織中，因團體行爲之日益加多，則由此而生之制度，亦必日益加多也。此吾人於現代社會中，對此無能力制度之存在理由所應注意者二。

復次，無能力制度，原以保護精神能力不完全者之財產爲目的。換言之。即使無能力者之財產，不致受不當之損失。由此可知總則編之無能力制度，惟於精神能力缺乏之『有產者』，始有防止財產喪失之實益；至若精神能力不發達之『無產者』爲得生活資料而爲法律行爲時，似無若何保護之可言；且在現代社會中，精神能力不發達之無產者，自較有產者爲多，故爲防止精神能力缺乏者之不爲生存競爭落伍者起見，已非總則編之無能力制度所能達其目的。近代勞動法及其他特別法中以特別重視未成年人之保護者，卽此故也。此吾人於現代社會中，對此無能力制度之存在理由所應注意者三。

惟是我國民法既規定無能力之制度，即須就其所認為無能力者分別論之。

第一目 未滿七歲之未成年人

未滿七歲  
之未成年  
人

我國民法既以滿二十歲為成年期，故未達此法定成年期者，自為未成年人。惟此處所謂未成年人者，則為『未滿七歲』之未成年人，而認為絕對無行為能力之人也（一三條）。

考各國立法例關於成年與否之區分標準，向有二種主義。（一）即二分主義，僅分年齡為成年與未成年二期，達於成年者，自認為完全有行為能力，如未達於成年者，則僅認為有限制行為能力。至若是否絕對無行為能力，則須視其實際上有無意思能力而定，此為法日等國民法所採之主義。（二）即數分主義，除分年齡為成年與未成年之二期外，又於未成年期中，分為未滿七歲之未成年人及已滿七歲之未成年人二階段，凡未滿七歲者，無論其有無意思能力，皆完全視為無行為能力，此所以防止實際上無益之爭執也。此種規定，原創自羅馬法，近世如德奧諸國亦做此



例，我國民法從之。

誠然，人類之精神能力，皆係逐漸而發達，原非一時所能成熟者。法律以一定年齡之距離，遽為區別能力之標準，勢必昨日為無能力者，至今日而有之，似於實際上為極不合理之方法；要之以一定標準定能力之有無或限制者，原為求達無能力制度之目的，不得已而使然也。

禁治產人

## 第二目 禁治產人

禁治產之  
意義

### 第一 禁治產之意義

禁治產云者，即為自主能力之反面，凡有自主能力人之行為，皆不受他人之干涉，而能獨立行使或處分其權利。反之，行為能力如受禁止，則不能自為權利之主宰，凡法律上有效之法律行為，皆須由他人主持之，此即禁治產之名稱所由來也。受此禁治產之宣告者，即稱為禁治產人。至於民法設此禁治產制度之理由，要不外一則可以保護本人之利益；二則可以維持社會生活之安全。

立法例

關於禁治產之立法例，可大別之爲三種。(一)爲英國派，其對於個人之法律行爲，多取放任主義；即令精神喪失者受精神喪失之宣告後，不得自行管理財產；然不因此認爲無行爲能力人，故不設禁治產之制度。(二)爲法國派，其於民法中設有禁治產與準禁治產之二種，對於心神喪失人則宣告禁治產，爲之置監護人，禁治產者不得自爲法律行爲；另對於精神耗弱人則宣告準禁治產，爲之置保佐人。準禁產人惟於特定重要之法律行爲，始須得保佐人之同意，日本民法倣之。(三)爲德國派，其於民法中不設禁治產與準禁治產之區別，概爲禁治產之規定；但以精神喪失者爲無行爲能力人；而以精神耗弱者爲限制行爲能力人。我國民法雖倣德國民法之規定，僅設禁治產之一種；然我國民法則概定禁治產人爲無行爲能力人，而未定其有限制行爲能力人，其於實際上能否推行無弊，亦不無研究之餘地。

## 第二 禁治產之宣告

禁治產之  
宣告宣告之要  
件

關於禁治產宣告之「要件」(二四條)，可分爲下列兩點說明之。



實質上之要件

(一) 須「心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者」。此爲實質上之要件。所謂心神喪失或精神耗弱者，皆爲自然人精神作用上之病態，不過二者僅有程度上之差異，即前者之意思能力，極爲欠缺；後者之意思能力，則較爲薄弱。要之凡因精神之障礙，以至不能處理自己事務之程度者，即已構成禁治產之實質要件，固不須完全喪失意思能力也。且此精神之障礙，有僅爲一時者，其於此時所爲之法律行爲，應爲無效，民法另有明文規定之（七五條）；又有爲常態者，此乃長期疾病之繼續狀態，故各國民法皆以此爲禁治產之要件，而加以保護之也。

形式上之要件

(二) 須有「禁治產宣告之聲請」。此爲形式上之要件。依我國民法之規定（一四條），對於禁治產之宣告，（甲）須由法院爲之；（乙）須基於一定之聲請人。至於宣告程序，則規定於民事訴訟法之中；故民法僅能對於聲請宣告之人設有明文，即本人或配偶或最近親屬二人皆得聲請是也。此處既汎稱最近親屬二人，自不以直系親屬爲限，亦不限於幾親等，祇於親等內較爲最近者即可耳。

宣告之效

其次，關於禁治產宣告之「效果」，亦可分為兩點說明之。

宣告在律  
律上之效力

(一) 禁治產宣告後，就其所發生之效力言之，一經宣告，即行確定，換言之，即無論何人，非經宣告，皆不能為禁治產人；而一經宣告之後，則非經撤銷，亦不能為非禁治產人。且宣告後，發生絕對之效力，不僅對於聲請人為然，即對於一般人亦然。

禁治產人  
在法律上  
之地位

(二) 禁治產宣告後，就受此宣告者在法律上之地位言之，不外下列二點，(甲) 應置法定代理人。民法對於此點雖無明文規定；但就第七十六條及第九十六條觀之，已極明瞭。此種法定代理人，自係以監護人充之。關於此點之詳細說明，應讓諸親屬法論之範圍。(乙) 即無行為能力。此為民法第十六條所明定。申言之，即禁治產人自為之法律行為或自受之法律行為皆為無效是也。此種規定，係做德與民法所採之無效主義，概定其行為為無效；非如法日民法所採之撤銷主義，對其行為，僅得撤銷，或僅不得對抗，而不認其為無效者可比也。



### 第三 禁治產宣告之撤銷

茲所謂禁治產宣告之撤銷者，並非指由宣告不服之訴以致撤銷而言；乃謂受此宣告者之精神能力業經回復，已無禁治產宣告之必要時，由一定人之聲請而撤銷之也。簡言之，即由禁治產原因之消滅而撤銷其宣告。此爲民法第十四條二項所明定。其撤銷之效力，在使禁治產人回復以前未經宣告時之行爲能力，故其精神雖已回復，而尙未經撤銷其宣告者，亦不能謂爲非禁治產人。又如尙有其他限制行爲能力之原因者，其行爲能力，自應仍受限制。至於撤銷之程序，亦當於民事訴訟法論中說明之。

限制行爲  
能力人

### 第四項 限制行爲能力人

限制行爲能力人云者，即謂法律行爲能力須受限制之人也。其未受限制之法律行爲固得單獨爲之；然其已受限制之法律行爲，則須得法定代理人之允許，始得爲之，如係單獨爲之者，自爲無效。就締結契約而言，更須經法定代理人之承諾，始

爲有效。故第三人對限制行爲能力人爲法律行爲時，須通知達於法定代理人，始能發生效力也。依據我國舊民法草案對於限制行爲能力人之規定，除滿七歲之未成年人以外，尚以準禁治產人及妻爲限制行爲能力人；現行民法則不然，既無準禁治產之規定，復於妻之行爲能力不加若何之限制，是則現行民法所定之限制行爲能力人，僅爲滿七歲之未成年人而已（一三條）（二項）至於雖爲未成年人而已結婚者，則爲有行爲能力人，其不能以限制行爲能力人視之，已如前述矣。

住所

### 第三款 自然人之住所

#### 第一 設定住所之必要

設定住所  
之必要

法律以吾人之住所或居所爲標準，而定法律關係者極多，蓋吾人生活關係與住居場所所有極密切之關係也。我國民法第二十條載有『以久住之意思，住於一定之地或者，卽爲設定其住所於該地』，是明定有設定住所之必要。關於設定住所之標準



形式上之住所與實質上之住所

，向不一致，羅馬法以『設置家神祭壇及大部分財產之場所』爲住所之要件，此即基於『形式上』之標準；然時至今日，則以各人輾轉移地之活動，所有設祭祖先之場所，設置財產之場所，經營事業之場所，以及親屬大部分之居所等，皆多散置於各地，終非形式上之標準所能維持。故今多依實質上之標準，而爲住所之設定，換言之，即以吾人生活中心之場所爲住所，如法意荷比德日諸國民法皆以此爲標準。我國民法所謂以久住之意思，『住於一定之地域』者，即指事實上以該地爲生活中心而言，自應解爲採取實質上之標準。申言之，即主觀上須有久住之意思；客觀上須有常住之事實，而後住所之要件構成矣。

複數住所與單一住所

此外，關於住所之設定。又有取複數主義者與取單一主義者之不同。前者即許一人同時得能設定數處住所。如德國民法是（德民第七條二項）；後者不許一人同時設定數處住所，如瑞士及我國民法是（瑞民第二三條二項，我民第二〇條二項）。又依我國民法第二十一條之規定，無行爲能力及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所，此即所謂

法定住所

與任意住所

『法定住所』是也（法定住所，係與任意住所相對稱）。

復次，應與住所區別視之者，則有下列數種：（一）為本籍。此係戶籍或原籍所在之場所，僅表明自然人所生之家與鄉土之關係，不盡與住所為一致；（二）為營業所。此係商業或其他營業之根據地，亦不盡與住所同在一處；（三）為現在地。此係現時停駐之處所，自與住所不同；（四）為居所。為與住所之差別，應於后段特別說明之。

居所

## 第二 居所

居所云者，即暫時繼續居住之處所也，其與住所不同之點，在其並無久住之意思，自不能設定該處為住所。但居所有時在法律上之效力，亦得視為住所者，依我國民法第二十二條之規定，遇有左列情形之一者，其居所視為住所。

住所視為住所之要件

（一）住所無可考者 此可包含完全無住所與有住所而無由得知之兩種情形而

言。



在中國無住所者

(二)在中國無住所者 此指住所不在中國（例如僑居中國之外國人），僅於中國有居所而言。故不問其人爲內國人或外國人，應視其居所爲住所。但本項亦有例外之規定，即依國際私法之原則，次依住所地之法令時，不能以其無住所於中國，即以居所視爲住所，而適用中國之法令；設於此時仍適用中國之法令，即有背依住所地法令之法意也。

選定居所亦得視爲住所

此外，我國民法又採自由設定住所之原則。如因當事人之特定行爲而選定居所者，就其行爲，亦得視爲住所<sup>(二三)</sup>。因係視同住所，故又稱爲假住所。此種情形，有依『法律之要求』而選定者，例如訴訟當事人與本住所相距遙遠，法律上爲便利計，得命其設一與住所有一效力之居所，而爲訴訟文書之送達，惟此時所選定之居所，當事人自得自由變更或廢止之。又有依『當事人之契約』而選定者，例如住於上海之某甲，與住於天津之某乙，結成買賣契約，關於其買賣之特定行爲，乙以住於上海之某處爲選定居所時，法律上亦可視爲與本住所有一之效力也。

住所之效果

第三 住所所在法律上之效果

民法及其他法律對於住所皆附與一定之法律效果，茲就其最重要者言之。

(1) 爲確定債務履行地之標準(三一四條二項)。

(2) 爲確定失蹤之標準(八條)。

(3) 爲確定審判籍之標準(民訴法第二條)。

(4) 爲受送達之處所(民訴法第一三七條)。

(5) 爲確定破產事件管轄之標準。

(6) 爲確定國際私法上應適用何國法律之標準(法律適用條例第二條二項，第三條，第一八條，第二三

項四)。

(7) 爲取得國籍之要件(國籍法第三條二項一)。

第四 住所之廢止

住所之廢止

住所之廢止者，即以廢止之意思，離去其住所之謂也。此與變更住所不同。所



謂變更住所者，乃係廢止現時住所，更設新住所；而廢止住所，則係廢止現時住所，不新設住所。至廢止後，是否再行設定住所，當依事實決定之。蓋住所既許各人自由設定，亦應許各人自由廢止。其廢止之要件，亦須於主觀上有廢止現時住所之意思，客觀上有離去其住所之事實。故雖有廢止之意思。而不實行離去；或雖離去其住所，而無廢止之意思，尙欲歸還者，皆不得謂爲住所之廢止。

#### 第四款 自然人之人格保護

##### 第一 關於人格保護之立法例

吾人生活關係中之人格與財產，皆爲私權中最主要之標的，故法律對於財產權如債權物權等，無不設有極詳細之規定，是則對於財產權之保護，亦應有適當之規定，方稱完善。惟各國立法例關於保護人格權之規定，殊不一致，有於民法中明認人格權者，如德國瑞士等國是（德民八一三條，瑞民二八條）；有於民法中不明認人格權者，如日

本民法是（七〇條）。我國民法，則做前者之立法例，明定人格權之保護。然德瑞兩國民法關於人格保護之規定，亦有編列之不同，德國民法係以之載於債權編中；而瑞士民法則以之載於總則編中，我國民法，蓋做瑞士之例，亦規定於總則編中，實於編纂上較為適當也。

## 第二 人格保護之方法

人格保護之方法，依我國民法之規定，可分為消極與積極兩方面言之。

能力之保護

所謂消極的保護方法，不外下列二種：（一）即權利能力與行為能力之保護。

蓋自然人之權利能力，原係得享權利之資格，其行為能力，原係得為法律行為之資格，二者皆與吾人人格權之維持，有極密切之關係；若將二者之全部或一部，任意拋棄，不僅不能保護個人之利益，抑且不能維持社會之公益，故我民法特以明文規定：二種能力不得拋棄（一六條），此即所謂強制之規定是也。故不問其拋棄之原因若何，亦不問其拋棄者係全部或一部，皆為無效，庶於人格權不至有缺損之虞矣。（



自由權之  
保護

二) 卽自由權之保護。蓋吾人於法律範圍內享受種種之自由，原爲吾人人格之活動，若將自由權任意拋棄，或濫加限制，亦必於人格權受莫大之缺損，故我民法十七條特別規定兩點如下：(甲)自由不得拋棄；(乙)自由之權限，以不背公共秩序或善良風俗爲限。此種規定，與不許拋棄能力之規定，同出於兼顧個人及社會之理由，而防強者迫令弱者拋棄其自由或限制其自由之弊也。

人格權之  
保護

其次，所謂積極的保護人格之方法，亦有下列二種：(一)爲人格權之保護，各國民法大都以侵害人格爲侵權行爲，而規定保護之方法。我國民法亦然，卽人格權受侵害時，第一得請求法院除去其侵害；第二得請求損害賠償或慰撫金(一八條)。依此規定，故吾人之生命、身體、健康、自由、名譽或節操如受他人不法之侵害時，皆得請求屏除之，設被害人不能自行請求，其親屬亦得代爲請求之。惟人格權受侵害時，被害人或其親屬能否請求損害賠償或慰撫金，則須視法律有無特別之規定以爲斷。蓋單純的人格受侵害時，既難如財產損害之得以金錢估計，自應限於有明

姓名權之  
保護

文規定者，始得請求賠償，如我民法第一百九十五條之規定，卽其最顯著之適例。惟因侵害人格而致受財產上之損害者，亦可不待特別規定，對此損害，請求賠償，例如因身體或健康受侵害之結果，以致支出醫療費用者，自得請求賠償是也。（二）爲姓名權之保護。民法對於姓名權特設保護之規定者，實始於德國，我國從之。（德民一二條，瑞民二九條，我國民法一九條）。蓋姓名權爲區別人已而生之人格權，關係匪淺，若姓名使用權受侵害時，則不問其侵害之情形究係被他人盜用影射，抑係自己使用而被他人妨害，皆得請求加害人屏除其侵害並阻止之；儻因此而受損害，並得請求賠償。此種規定，所以獨於總則編中載入者，一由於姓名權利有關個人對外活動之全般作用；二由於債編中之一般侵權行爲無此規定故也。

死亡宣告

### 第五款 自然人之死亡宣告

死亡宣告

#### 第一 死亡宣告制度之設立



自然人離去其住所或居所，而至去向不明與生死莫測時，勢必其身分上及財產上之法律關係，皆陷於不確定之狀態，故為防止其財產之荒廢計，為其配偶者及繼承人之利益計，且為國家之經濟關係計，皆有善後處置之必要，此死亡宣告制度之所由設也。惟各國對此制度之立法例，大抵分失蹤人為數期，各有不同之規定，就法國制度言之，則採『不在宣告制』，而分之為三期，第一期為不在之推定，法院得由利害關係人之聲請，為保護其財產之處置；第二期為不在之宣告，法院得由假定繼承人之聲請，宣告為不在者，而使假定繼承人假有其財產；第三期則自不在日起算逾三十年後，或不在人若生存計已達於百歲時，法院得於聲請後，使其繼承人完全占有其財產，并得處分之（法民一一五條，一二一條，一）。又就德國制度言之，則採『死亡宣告制』，而分之為二期，第一期為其財產之管理；第二期為死亡之宣告，即失蹤達於一定期間後，則宣告其死亡，使與死亡發生同一法律上之效果（德民一三條，一九一一條）。瑞士及日本民法，大抵均仿德國制（瑞民三九條，日民二五條至三二條）我國民法

亦然，規定失蹤人失蹤後未受死亡宣告前，設管財人管理其財產；若經過法定期間後，即爲死亡之宣告，而生死推定之效果（八條下）（一〇條）。然我民法仍有與德國不同之點，即關於失蹤人財產之管理，德國民法係規定於親屬編中（一九一）（一條）；而我民法則明定依非訟事件法之規定（一條）（〇）；且關於死亡之宣告，德國民法明定未滿二十一歲者不得爲之（一條四）；而我民法則無此限制也。

## 第二 死亡宣告之要件

死亡宣告  
之要件

失蹤人須具備一定之要件，依照一定之程序，始可受死亡宣告，據我民法第八條之規定，其要件及程序如下。

須失蹤人  
生死不明

（一）須失蹤人生死不明 所謂生死不明者，即有足以推測失蹤人死亡之情形也。必須達此程度，而後能起算期間，許於期滿時聲請宣告死亡；若僅一時失蹤不明，而尚不足推測其死亡，自不能立即聲請宣告死亡，違反立法之本旨。故宣告死亡，須由法院偵查，認爲生死不明，足以推測其死亡而後可。



(二) 須滿法定期間 此法定期間，依各國之規定，有普通期間與特別期間兩種。所謂普通期間者，即原則上，凡失蹤人須經過一定之普通失蹤期間，而後可為死亡之宣告也。其在德國民法則定為十年<sup>(德民一)</sup>；日本民法則定為七年<sup>(日民三〇條一)</sup>；瑞士民法則定為五年；我國民法係仿德制定為十年<sup>(八條一項)</sup>。至於所謂特別期間者，即因失蹤人之失蹤係有特殊情形（如失蹤人年老或遇特別災難者），而可縮短其失蹤之期間也。其在德國則定為五年或三年<sup>(德民一四條二項，一五條一項)</sup>；日本則定為三年<sup>(日民三〇條二項)</sup>；瑞士則定為一年；我國民法係仿德制定為五年或三年<sup>(八條二項三項)</sup>。

關於上述期間之計算法，當依民法一二一及一二三條之規定；至其起算點，因有普通失蹤期間與特別失蹤期間之不同，故在前者之起算點，德日學者多解為應從最後之音信時起；而後者之起算點，德日民法均另設詳細之規定。我國民法既不問其為普通期間或特別期間，均自失蹤時起算，即應解為自有足以推測死亡之情形發

生時爲起算點，必自此時起，繼續滿十年或五年三年者，始爲失蹤期間屆滿，而爲宣告死亡之聲請也。

須經法院  
宣告

(三)須經法院宣告 法院依據利害關係人之聲請，偵知已具上述一二兩項之要件，且爲公示催告後，尙無生存事實之呈報者，始能爲死亡宣告之判決。至於死亡宣告之程序，應於民事訴訟法中規定之。惟茲所謂利害關係人者，即指凡與失蹤人有利害關係之人而言，如失蹤人之繼承人，繼承權利人、配偶、法定代理人、財產管理人、受遺人、及因其死亡而得保險金之人皆屬之；他如失蹤人之債權人。失蹤人繼承人之債權人、及失蹤人之債務人因失蹤人之死亡得免債務者亦屬之；又國庫若於失蹤人全無遺產繼承人時，亦得爲利害關係人。

死亡宣告  
之效力

### 第三 死亡宣告之效力

死亡宣告後，究係『視爲死亡』，抑係『推定死亡』，各國亦不一致，日本民法係『視爲死亡』，乃爲確定之義，故在未經撤銷其宣告前，不得以反證推翻之；



而德國民法則定爲「推定死亡」，僅係姑爲測定之義，故欲爲反對主張者，仍得提出反證以推翻之。我國民法係從後者，定爲死亡之推定（九條一項），故對於死亡宣告無撤銷之規定。惟因撤銷死亡宣告或更正死亡時期而有利益之人，仍得提起撤銷之訴。至於撤銷之程序，亦於民事訴訟法中規定之。

其次 死亡宣告後，究應對於何種法律關係發生其效力？各國亦不一致。日本民法則認爲一切法律關係，均因之而消滅，並無例外之規定；而德國民法則認爲財產關係雖完全變動，然婚姻關係並非當然消滅，須至配偶者再婚時始歸於消滅。我國民法既無明文規定，則推定死亡之效力，自應解爲及於一切法律關係，方爲適當。但所謂一切法律關係者，自以失蹤人在宣告失蹤地（即失蹤人之住所或居所）之財產及身分關係爲限。蓋失蹤人受死亡宣告後，苟於實際上尚係生存於他處者，自與普通自然人無異，仍有其權利能力也。

復次，受死亡之宣告者，究應以何時爲死亡時期之標準？亦有種種不同，有以

法院宣告之日或其宣告確定之日爲死亡之日者，如奧之舊民法是也；有以法官判決所定死亡之日及失蹤期間屆滿之日爲死亡之日者，如奧之新民法及德國民法是也；有以最後音信或危難發生之日爲死亡之日者，如瑞士民法是也。我國民法，可謂係採德奧之例，明定受死亡之宣告者，以判決內所定死亡之時日，推定其爲死亡（九條一項）。至判決內所定死亡之時日，除另有反證外，應以失蹤期間最後日終止之時爲死亡之標準，非可由法院任意定之也（九條二項）。

此外，失蹤人如係二人以上，而其失蹤之原因，又係同時遇難者，則其死亡時日之先後，自亦應有確定之標準。儻有事實證明其先後，當可免除爭論；否則，法律上即可推定其爲同時死亡，因之判決內確定死亡之時日，即不妨認二人以上之死亡爲同，蓋既係同時遇難，又復別無證明，故除推定其爲同時死亡外，實無他法也（一條一）。



## 第二節 法人

### 第一款 總說

#### 第一 創設法人制度之必要

創設法人  
制度之必  
要

法人者，即自然人以外之得為權利義務之主體者也。故民法規定凡於一定目之下由人的集合而成者（社團），以及凡於一定目的之下由捐集財產而成者（財），皆為法人，而使其具有權利能力之地位。然則此法人制度之創設，究有若何之必要？此為吾人研究法人時所應首先解答之問題。

社團制度  
之作用

先就社團言之：吾人人類之社會生活，無論處若何時代及若何地方，皆非僅以個人為中心，必於個人之外，另有大小強弱無數之團體為社會之構成分子，方能達到社會生活之目的。且此團體之存在，並不因其構成之個人常有變更或增減而受根

本之影響，仍於社會關係中表現其『獨立之地位』，以達其一定之目的。故吾人觀察各種團體之內部關係時，足知團體構成員之自由活動，須於某種程度內受團體之限制，庶能對於外部發揮其強大之能力，以盡發展人類文化之作用，即所謂『社會的作用』是也。

財團制度  
之作用

次就財團言之：人類社會中非以個人私益爲目的而從事於財產之集合者，常爲吾人所習見，例如爲教育事業所捐助之財產，及爲公共圖書館所募集之財產皆是也。此種財產之管理，固能託諸個人或團體爲之；然此財產須與其個人或團體之固有財產相區別；且此財產並不因其個人死亡或團體消滅而歸於烏有；否則，此種財產所負之使命，將無由完成。此各國法律爲使此種財產達其一定之目的計，所以有財團法人制度之創設也（大陸諸國多設財團法人制度；英美諸國則設信託制度，其爲達此目的則一也）。

法律對於

第二 法律對於法人所取之態度



法人既於社會生活關係中具有重要之地位，則法律對於法人之成立，自須本其必要之態度，設立一定之規定。惟法律對於法人之規定，因有時代性與民族性之差異，遂有禁止、放任、助長、強制等等不同之態度，欲加詳述，固不屬於研究民法之範圍；然於以下敘述各種學說說明法人本質之連繫上，不能不就近世法律對法人所取之態度，作大體上之考察，蓋以此等說明法人本質之學說，實與當時法律對法人所取之態度，有極密切之關係故也。

先就近世法律對於社團之態度言之：當法國大革命時，個人自由之法律思想已達於頂點，竟認社團爲束縛個人自由，妨害社會進步之障礙物，因而當時法律除重視個人之外，惟認國家之存在；至於國家以外之團體，則不問其目的若何，皆受法律之禁止，即令有認社團之必要，亦須於原則上依主權者之命令或法律之特別規定以行之，似此『反社團之態度』，固於當時社會狀態下，盡其歷史上之功績。究之認人類社會生活僅由個人與國家之二要素而成之觀念，原爲蔑視事實之態度，故此

態度在十九世紀之過程中，自須陷於改革之運命，而爲此改革之動力者，實卽由於資本集中後大有設立公司之要求，由是各國之法律，對於各種公司之設立，不得不棄前之『禁止主義』，進而採取『準則主義』，申言之，卽凡組織公司係依一定之規則者，大都皆可自由設立之，僅於小部分採取許可主義，須得行政官署之許可耳。

除此資本組織之外，各國對於以公益爲目的之團體，亦取設立自由之態度，如瑞士民法近更超出準則主義，進而採取自由設立主義是也（參照瑞民<sub>六〇條</sub>）。要之十九世紀之後半期，亦以經濟上之要求，不得不主張團體設立之自由，因而法律遂亦不得不棄其十八世紀以來禁止之態度，而漸推移於放任之態度。

近世法律對於財團之態度

次就近世法律對於財團之態度言之：在個人自由之法律思想下，財團亦不得不與社團歸於同一之運命。然個人活動自由之結果，個人對其私有財產之處分，既有絕對之自由，遂認個人有以自己之財產，組織財團法人之自由，因而法律之態度，



亦不得由禁止而進於放任。

然至二十世紀時，法律對於社團之態度，復呈轉變之趨勢。蓋已取得設立自由之資本團體，因其組織托拉斯及新的加，獨占市場，威脅一切之結果，遂令各國之法律，不得不傾於阻遏之態度（尤以美國爲最著）。惟爲利用托拉斯等之組織計，亦不得不於國家監督之下，採取企業合理化之手段，戰後德國所行產業社會化之強制制度，卽其適例。

且吾人於此尤須注意者，則爲勞動團體之發展。蓋具有政治目的或社會目的之職業團體及勞動團體，原自法國革命以來，備受各國嚴厲之壓制；幾經鬭爭，始於十九世紀後半期，首先打破公法上禁止之規定，繼於私法上獲得獨立團體之地位。然至二十世紀時，各國法律爲以合理方法期達規律勞動關係之目的計，又須棄去放任之態度，進而助長勞動者之團結，或顯示強制之傾向。

要之二十世紀時，法律對於社團之態度，已非基於個人自由之放任主義。故爲

社團全體構成員之共同利益計，對內則須規律構成員之行動，對外則須發揮其強大之能力，方使社會生活關係之全體利益，合於法律之目的，此吾人於現代法律思想中，知其已由個人本位而移於團體本位矣。

法人之本質

第三 法人之本質

法律既認法人為獨立之權利主體，然則法人之本質若何？此為公私法學者論爭之重大問題，在近世法律學中，固已大放光彩，欲為詳述，自非屬於本書之範圍，故此處僅就主要之學說說明之。

擬制說

(一) 擬制說 此說謂權利義務之主體者，惟限於自然人之個人，故自然人以外而得為權利義務之主體者，究不過為法律所擬設。主此說者，當以德之沙費尼(Savigny)為主要之代表。其在個人意思支配一切之『反團體』旗幟之下，確已盡其適切之任務。然此說僅認自然人之個人為權利義務主體之理論，殊為今日法律思想所不許，蓋人格本為法律所創設，自然人與法人既於法律上擔負同一之社會作用



具有同一之價值，自於法律上無所軒輊，皆有同一之人格，故此說認法人為法律所擬設而非實體之存在者，非確論也。

法人否認說

(二) 法人否認說 此說之主張，不外認定法人之本體，如係法律所擬設，則除個人或財產之外，終無法人實體之存在。屬於此說者，又有下列之三派。

無主財產說

(1) 無主財產說 此說認為法人之本體，原係一無主之財產體，其為特定之自然人而存在者，是曰屬人財產，其為特定目的而存在者，是曰目的財產。此說以布林茲(Brunz)主張為尤力。

受益人主體說

(2) 受益人主體說 此說認為享有法人財產利益之多數個人，即為實質上之主體，而所謂法人者，不過形式上為權利之歸屬者而已。由此論之，則社團法人之真正權利者，乃為社員，而財團法人之真正權利者，則為貧者病者及困財團而受利益之人也。耶林(Helm)即為此說之主倡者。

管理人主

(3) 管理人主體說 此說認為現實上擔任法人財產之管理者，即為法人之主

體說

體。赫爾德 (Holder) 賓德 (Binder) 等主倡之。

此等法人否認說，尚能於實質上觀察法人制度有其存在之理由，故有以利益之歸屬爲法人之本體者，有以現實上存在之財產或現實上活動之管理人爲法人之本體者。以之與擬制說認定法人爲法律所擬設（卽除現實的個人或財產之外，不認另有他物之存在）之理論相比較，亦有不可忽視之功績。然從現行法之解釋觀之，終不能否定法人本身之存在；且於實際考察中，應知法律所重視之實體，並不限於個人與財產。是法人否認說之不合於現代法律，已不待煩言而解矣。

實在說

(三) 實在說 此說謂法人並非法律所擬設之空虛物，乃係社會中之一實在物。又因其觀察點之不同。可分爲有機體說與組織體說之二種。

有機體說

(1) 有機體說 此說爲基爾克 (Tiele) 在其不朽名著之德國團體法論及團體學說論中所主倡。其認吾人社會生活中，常有不少之結合體，此結合體一經組成後，卽成爲統一體，有其『固有之生命』，確與自然人無異；不過自然人爲自然的



有機體，具有個人之意思；此統一體則爲「社會的有機體」，具有「團體之意思」。而對此社會中實在之統一體，認其具有權利義務之主體地位者，卽爲法人。

此說力倡團體具有重要之社會作用，對於個人主義法律思想，與以根本上之批評，而至征服擬制說等反團體之思想，確有不可湮滅之功績。然其研究之主要點，不免以社會學與法律學相混同，故自社會方面觀之，固可謂法人爲一有機體，有其實體之存在；但自法律方面觀之，則法人之所以得爲權利義務之主體者，乃本諸法律而使然；若謂其不待法律規定而能逕自存在者，非確論也。

組織體說  
(2) 組織體說 此說不謂法人之實體爲社會的有機體，而謂其在法律上爲有獨立意思之組織體。法之米休 (Meuhou) 沙列由 (Salhielles) 等主倡之，日本多數學者亦然。

此說矯正前說立於法律論之圈外，僅謂法人爲社會有機體之觀念，力主法人爲法律上之組織體，其在實在說中，已較有機體說爲進步，故由法律論之立場言之，

實可謂爲正確也。

法人之社會作用與社會價值即其在法律上之根據

惟吾人於此所須注意者：即社會生活中，團體原能自發的活動，有其獨立之生命，不應以法律之力，濫加禁遏或擬制之也。故欲問法人爲實在體之本質若何？當先明瞭社會生活中除個人以外，法人亦能因其擔當獨立之社會作用，而有得爲權利主體之社會價值。是法人在法律上之根據，惟在有此作用與價值耳。至若何者方有此作用與價值？當就社會生活之實際情形與其反映之法律思想，併相研究而定之。

法人之分類

## 第一款 法人之分類

現代社會中，法人之種類，實極繁多，其由民法所規律者，不過係一少部分，其他大部分，多由特別法規之；然民法之規定，能適用於特別法所規律之法人者亦不少。蓋民法中基於法人根本理論之規定，除特別法無特別規定外，自能適用之也。今爲避免繁難計，僅就法人中最主要之種類，分述如左。



第一 公法人與私法人

關於公私法人區別之標準，向來學說紛紜，莫衷一是，就其大要言之，有謂公法人係以公益爲目的，私法人非以公益爲目的者；有謂私法人能爲私權之主體，公法人不能爲私權之主體者，此皆僅以某種單一之標準爲區別，忽視全面之觀察。設吾人爲總括之考察時，即知公法人固以公益爲其主要之目的；然私法人而以公益爲目的者亦不少，如公益法人是也。又私法人固能爲私權之主體；然公法人亦能爲私權之主體，如享有私法上之財產是也。故爲公私法人之區別時，應作全面之觀察，視其主要之目的與職務若何，以及是否強制加入與有無特權賦與諸點而定之。是則凡依公法規定之法律事實所產生，而以行使及分擔公的職務爲主要目的者爲公法人，例如國家、地方團體（省縣市等）、公共團體（如水利組合、水產組合、畜牧組合、森林組合等）、營造物法人（如國立學校、郵政、電報、鐵道等）是也。凡依私法規定之法律事實所產生，而以經營私的事業爲主要目的者爲私法人，例如民法

及其他特別私法所認定之社團法人及財團法人皆是也。

## 第二 社團法人與財團法人

私法人中，可分爲社團法人與財團法人二種。社團法人者，係以社團（人的集合）爲成立要件之法人也，簡稱曰社團。財團法人者，係以捐助行爲（財產集合）爲成立要件之法人也，簡稱曰財團。故社團須有二人以上之組織體，法律始能認爲私權之主體；財團須於捐助行爲成立並生效時，法律始能認爲私權之主體。因之社團成立後，設立人仍爲其分子，而稱爲社員，由社員組織總會，成爲社團之意思機關。當其設立時，固須訂定章程；然因有意思機關，亦可於設立後隨時變更之，故謂社團爲富於彈性性之法人。反之，財團既須以捐助行爲爲成立之要件，則其目的及組織並財產等，即須完全由此行爲確定之，而此行爲遂成爲決定財團之根本意思，其成立後，別無意思機關，其設立人，亦非構成分子，故謂財團有固定性者，即此意也。



### 第三 營利法人與公益法人

我國民法，明分社團爲二種：一爲以營利爲目的之社團，二爲以公益爲目的之社團（四五條、四六條）。前者可簡稱爲營利法人，例如民事公司及商事公司是也。後者可簡稱爲公益法人，例如以政治、宗教、學術、技藝、慈善及其他社會公益爲目的之團體，皆屬之。此種分類，係仿日本民法之規定（日民三四條、三五條），日本學者，已謂其不合於理論與實際，故自立法言之，不如仿德瑞民法（德民二一、二二條，瑞民六〇條）分爲營利法人與非營利法人，較爲妥當。蓋依營利與公益之區別，則營利法人，必須有營利之積極條件；公益法人，則除須有公益之積極條件外，並須有非營利之消極條件。是不以營利爲目的亦不以公益爲目的之社團，如社交俱樂部、運動俱樂部等，則必無所歸屬矣。至若一面以營利爲目的，一面又以公益爲目的之社團，則惟有以營利法人視之也。

法人之成立

### 第三款 法人之成立

#### 第一 關於成立法人之立法例

立法例

法律對於法人所取之態度，前已述其變遷之大約矣。茲就成立法人之立法例所採之主義言之，不外左列數種。

自由成立主義

(一) 自由成立主義 採此主義者，對於法人之成立，無須何種形式上之要件，惟須具備法人之實質（即多數人之結合與團體之規則）時，即承認其人格。瑞士之非營利法人屬之。

特許主義

(二) 特許主義 採此主義者，對於法人之成立，必須特受命令或法律允許。各國之國家銀行及其他特殊銀行，多係依此而成立，欲加研究，自屬於各種特別法之範圍。

許可主義

(三) 許可主義 此即須得主管官署之許可始能成立之主義，凡財團法人及公



益社團法人多適用之。

準則主義

(四) 準則主義 此即以法律豫先規定法人設立之要件，凡依此要件而設立者，不須官署之許可，當然成爲法人。惟採此主義，通常須負登記之義務。如營利法人（公司）。則以依此主義爲適宜。

強制主義

(五) 強制主義 此卽於一定之範圍內，對於法人之設立，國家加以強制之主義。法人之應採此主義者，亦復不少，欲加研究，自亦屬於各特別法之範圍。

惟就我國民法之規定言之，關於財團法人及公益社團法人。係採許可主義（四條五）；關於營利社團法人，則採準則主義（四條五），並規定無論何種法人，均須經主管官署登記，始得成立（三條）。

今就上列數種主義，爲統一之考察時，亦可知其各有短長。蓋社會生活中，使自發之團體完成其社會作用計，固以自由設立主義最爲適當，然因其內部組織難爲一般人所明瞭，實於營利法人中不免害及交易之安全。許可主義固可矯正此弊，

然因須得主管官署之裁量，不免阻礙團體之發展。準則主義有時或可補此兩種缺點。至特許主義與強制主義，則各有其特殊之作用，不能用爲一般法人之原則。要之此等主義。固各有所長。亦有其短。故於立法上宜考量團體之目的。分別採用適當之主義而後可。我國民法對於法人所取之態度，已如上述。惟吾人所須注意者，對於公益以外之非營利團體，不妨採用自由設立主義，俾其有充分發展之機會。至於強制主義，原爲國家積極干涉私人經濟關係之重要手段，其適用之範圍，今後或有日漸擴大之趨勢，亦未可知。

## 第二 法人須依法律而成立

法人須依  
法律而成  
立

我國民法，明定『法人非依本法或其他法律之規定，不得成立』(二五)條。蓋法

人與自然人之人格，同爲法律所賦與，故本條揭示排斥自由設立主義，明定法人之組織，須依法律規定始得成立之一大原則。就本條之解釋而言，其所謂『法律』者，自無命令之意義在內。因法人之設立（即人格之賦與），爲重大之事項，故須依



「法律」之規定，較爲慎重。至其所謂「其他法律」者，即指其他特別法而言，如規定商事公司之公司法是。可知民法上之法人，須依民法之規定而成立，其他法律上之法人，須依其他法律之規定而成立也。

#### 第四款 法人之能力

法人之能力，可分爲三點說明之，（一）即權利能力，（二）即行爲能力，（三）即責任能力。此等能力問題，與法人之本質論有密切之關係，故關於法人之學說，自從擬制說移於實在說以後，其能力之範圍，遂逐漸擴大矣。就現代之法理觀之，不外下列之趨勢，（一）認法人之權利能力，除以男女性及年齡身體等爲前提之權利義務原非法人所能享有以外，其他凡屬法人目的範圍內之權利義務，皆得享有之。（二）認法人之行爲能力，凡於社會關係中其所負擔之必要任務，皆得從事完成之。（三）認法人之責任能力，凡以法人絕大之信用爲背景所爲之不法行爲，

權利能力

者爲法人自身之責任，須賠償之。茲爲逐項說明如左。

### 第一項 法人之權利能力

法人既爲私權之主體，自有權利能力。惟其範圍若何？則有兩種立法例之不同

：（一）謂法人僅於其目的之範圍內始有權利能力，此爲日本民法所明定（日民四三條）

。（二）謂法人之權利能力，原則上與自然人無異，不過例外關於自然人所專有者，不得享受之，此爲瑞士民法所明定（瑞民五三條）。我國民法則從瑞士之例，明定「法

人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力，但專屬於自然人之權利義務，不在此限」（二六條）。可知我國民法，認定法人並非僅限於其目的之範圍內始有權利能力，原則上乃與自然人相等；不過有左列二種限制耳。

#### 第一 基於法令之限制

基於法令  
之限制

法人之所以有權利能力，原爲法律所規定，則其權利能力之範圍，自得以法令限制之，此與自然人所同然。惟限制自然人之權利能力，係基於「法律」之規定；



而限制法人之權利能力，則基於「法律及命令」之規定，此爲二者之不同點。就法人受此限制觀之，亦與外國人（自然人）之應受此限制相同。至於所謂「在法令限制內」者，即指得以法令限制而言（如食鹽專賣，鐵路國有，非私法上之法人所能經營者，即應受其限制，不得爲權利義務之主體是也），故於法令未特設限制者，自與自然人無異，仍得享有同一之權利能力也。

基於性質  
之限制

## 第二 基於性質之限制

我國民法明定專屬於自然人之權利能力，非法人所得享有者，此乃仿自瑞士民法之規定（瑞民五）（三條）。他國民法雖無此項明文，當然有此同一之解釋。例如自然人所專有之親權、生命權、身體上之自由權等，自非法人所能享有之；但非專屬於自然人之稱號權、名譽權、精神上之自由權以及包括受遺權等。法人仍得享有之。

行爲能力

## 第二項 法人之行爲能力

法人行爲

### 第一 法人行爲能力之意義

本論 第二章 私權之主體

能力之意義

法人爲取得其權利能力範圍內之權利義務，或管理處分其已享有之權利義務，自於實際上有行爲之必要，此爲自然人所同然（關於行爲能力問題，自然人與法人亦有不同之意義，故於效果上，自然人如係無能力者，其行爲自歸無效；然在法人行爲能力範圍以外之行爲，雖不能成爲法人之行爲，仍無影響於法人之權利義務）。惟法人之行爲，終必待諸自然人行之，故關於代替法人活動之問題，因學說各異，致有謂法人爲有行爲能力者，亦有謂法人爲無行爲能力者：依擬制說之主張，則謂法人原無行爲能力，不過依其代理人之行爲，得以取得權利義務耳。然依實在說之主張，則謂法人既有團體之意思，則本此意思所表現之法人機關之活動，自爲人之行動，不能謂法人爲無行爲能力也。

瑞士民法，更以明文規定法人爲有行爲能力者（瑞民法五五四條五五條），我國舊民律草案亦

然（舊民草六二條）。現行民法雖無此明文，但自解釋言之，其認法人有行爲能力，自無疑

義（參照二七條二項及五〇條一項之規定）。



何人實現  
法人之行為

## 第二 何人實現法人之行為

法人之行為，畢竟須由自然人實現之，故自然人於一定之場合所爲之行為，即認爲法人之行為。而此代法人爲行為之自然人，即謂法人之「機關」。凡屬法人行爲能力範圍內之行為，皆可由此機關行之。至於何人成爲法人之機關，當由法人之內部組織而定之。就一般而言，法人係以董事爲其機關(二七條)。董事以外之清算人，雖亦具有爲法人機關之地位，但以一定之範圍爲限(四〇條)。不若董事之權限，能就法人一切事務，對外代表法人也(二七條項)。法人對於董事之代表權，亦得加以限制；惟其限制不得對抗善意之第三人(二七條項)。

## 第三 法人機關在行爲上之形式問題

法人機關與法人之關係，較之本人與代理人之關係，尤爲密切。因之董事在其行爲之形式上，應如代理行爲須表明係爲本人（即法人）而爲之，始符代表法人之實。然於事實上，難免董事不無冒名營私之情事，故就其營私之行爲言之，在不知

法人機關  
在行爲上  
之形式問  
題

者當認爲法人之行爲而成立（因其行爲係屬於法人行爲能力之範圍），否則知其爲董事個人之行爲時，則不生法人行爲之效力，應視爲個人行爲而成立也。

責任能力

法人有無  
責任能力  
之問題

第三項 法人之責任能力

第一 法人有無責任能力之問題

對此問題之答案，殊不一致。就法人擬制說而論，因其認定法人本身不能有行爲（無行爲能力），自不認法人有責任能力。若依實在說論之，法人既依其自身之意思而爲行爲，則其行爲自能有時加損害於他人，此行爲即成爲法人自身之不法行爲，須由法人負賠償之責任。我國民法規定「法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責任」（二八條），是明認法人具有責任能力也。

不法行爲  
之要件

第二 不法行爲之要件

關於法人不法行爲之成立要件，就我國民法第二十八條之解釋而言，須注意以



下之二點。

須爲法人  
之董事或  
職員所爲  
之行爲

須因執行  
職務所加  
於他人之  
損害

(一) 須爲法人之董事或職員所爲之行爲  
能認爲法人之行爲者，應以其董事或職員之行爲爲限。至於總會雖亦爲法人之機關；然因其對於外部無若何行動，故無責任能力之可言

(二) 須因執行職務所加於他人之損害

法人之董事等惟於執行職務之範圍內，始能代表法人，換言之，即董事等之行爲惟於職務行爲之範圍內，始能成爲真正之法人行爲。否則，如爲職務範圍以外之行爲，乃爲單純個人之行爲，其不能成立法人之不法行爲。自不待言。惟此所謂職務範圍內之行爲，必須於外形上足認爲該董事等之職務行爲，或與之有密切關係之行爲，即可成立。故在此職務上所爲之行爲，則不問其爲侵權行爲與否，亦不問其爲作爲或不作爲，且不問其爲法律行爲或事實行爲，只須因此而加損害於他人者，即成爲法人之不法行爲，法人應負連帶之責任。

至於董事或職員爲加害行爲時，是否須有故意或過失，法律雖無明文規定，亦可解爲應與自然人相同，關於此點，俟於說明不法行爲中詳述之。

### 第三 董事或職員本身之責任問題

關於董事等爲不法行爲之責任問題，可分爲下列數點說明之。

董事或職員本身之責任問題  
法人與董事等之責任

(一) 法人負責時，該行爲人是否亦應負責之問題，如依擬制說論之，其認董事之行爲，僅係董事個人之行爲，故雖法律有特別之規定而使法人負責時，亦於董事個人行爲不生若何之變化，仍應視爲董事個人之行爲，由其負不法行爲上之責任。然由實在說論之，則認爲董事之行爲，係吸收於法人之組織中而成爲法人之行爲，早已失其個人行爲之意義，不能視爲該行爲人之責任。且實在說之論者，復主張董事等之行爲，同時具有組成法人行爲與自己個人行爲之二面關係，在前一關係中發生團體之責任，在後一關係中發生個人自身之責任。我國民法，卽本此意義，而使該行爲人連帶負責。蓋一則促其執行職務時有特別之注意；一則保護被害者之利



董事等對  
於法人之  
責任

職務外為  
行為之責  
任

法人之機  
關

益，使其對於法人本身與該行為人，皆可行使其損害賠償請求權也。

(二) 董事或職員對於法人之內部關係，應以善良管理人之注意，行使其職務，儻違反此種義務而致損害他人時，法人亦可令其負賠償之責任。且董事等如違反職務或其他契約上之義務而致損害法人時，法人自亦有賠償請求權。

(三) 董事等於職務外所為之行為而致加害他人時，既不能成為法人之行為，自非法人之責任。然法律對之，不問其中是否因法人之共同不法行為而成立，一併規定法人須負連帶之責任者，無非為顧全團體之信用，保護第三者之利益計耳。

### 第五款 法人之機關

執行法人之事務及決定法人之意思者，皆為法人之機關。執行事務之機關，可稱為執行機關。如董事及其他職員是也。決定意思之機關，可稱為決議機關，如社員總會是也。後者惟社團法人始須具備，前者則為財團法人及社團法人均須具備之

常設機關。構成此等機關之自然人，可統稱之爲機關組織員，其在執行機關者，則稱之爲職員，其在決議機關者，則稱之爲社員，此等人員對外代表法人與第三人之關係，乃以單純組織員之資格行之，並無個人獨立之人格。至其對內與法人之關係。仍有個人獨立之人格，發生種種權利義務之關係，如董事對於法人既有執行事務之義務，卽有請求報酬之權利；社員對於法人有爲社員之權利及其出資之義務是也。

我國民法對於法人之組織，係將董事規定於法人之通則中，而以總會規定於社團之內，故本處僅於次項說明董事，而將總會於以後說明社團時述之。至於監事及董事以下之職員，則爲法人之任意機關（非若董事爲法人之必要機關）其得依法人章程規定之，自不待言。故於法條中略而不備，茲亦略而不贅。

## 董事

## 第一項 董事

## 董事之選

## 第一 董事之選任與解任及退任



任與解任  
及退任

選任

董事爲法人必須設備之機關，此爲民法第二十七條第一項所明定。其選任之方法，得由章程定之（四七條）；且社團董事之任免，並須經總會之決議（五〇條二）。

至於董事之人數，雖無明文規定，自應解爲不限制，可視法人事務之繁簡而定之。得能充當董事者，自以自然人爲限，故不能以法人充當法人之董事。且董事之資格，如法律有消極之限制時，自應從之，故如褫奪或停止公權之人，禁止其充當

董事者，即不得以之爲董事。

選任行爲

關於選任行爲之性質，有謂之爲單獨行爲者，有謂之爲契約者，惟多數學者皆從後說，蓋董事責任，至關重大，若不經被選人承諾，即須負擔，殊爲失當，故選任行爲在法律上之性質，應解爲係由委任或類似委任之契約而取得董事之地位。

解任及退任

董事之解任及退任，自亦應從章程或捐助行爲之規定，惟此規定如不完全時，法院得因利害關係人之聲請，爲必要之處分（六二條二項）。

登記

董事之任免與其姓名住所及其代表權之限制，皆爲應行登記之事項（四八條四款及八條四款）。

董事之職務及權限

六一條六款及七款。如不登記，則不得以之對抗善意之第三人（三一）。

第二 董事之職務及權限

董事之職務及權限，可分為對外（法人代表）與對內（事務執行）二種。董事既有從事於此等行為之權限，同時即負有善為處理之義務。如誤此職務之執行，須對法人負責。此義務之根據，一如前述係由類似委任契約而生也。

法人代表

（一）法人代表

董事對外代表法人，此為民法第二七條第二項所明定。故凡屬法人之行為，董事均得代表為之，此種權限，稱曰代表權。惟此代表權，不可以之與代理權相混同，蓋由代表機關所為之行為，直屬於法人之行為，且不以法律行為為限，舉凡事實行為亦得為之；至若代理人所為之行為。則為代理人之行為，不過其效力及於本人，且僅以法律行為為限，二者之區別，顯然可見。惟他國法律，亦有規定董事代表法人為行為時，得準用代理規定者，我國民法雖無此種規定，亦應有此同一之解釋。





代表權之限制

代表權之範圍，原以及於一切為原則；然因左列之情形，亦得加以限制。

制限之一

(1) 受章程及總會之限制 此種限制，如關於一定之行為，須得總會之同意，或須各董事共同代表之類是也。惟其限制之程度，須令董事不失為代表機關之本質；且其限制，並不得以之對抗善意之第三人(三一)。

制限之二

(2) 法人與董事之利益相反時 董事對此利益相反之事項，不應有代表權。

他國民法(參照德民三〇條)對於此點，有許法人得設特別代理人代表法人而為之。其權限

特別代理人

雖限於該事項，然其為法人之機關，亦與董事相同。至於董事中之一人與法人之利益相反時，則可由其他董事代表為之。我國民法雖無此項明文，亦應解為得以章程訂定之。

制限之三

(3) 複任權之限制 法律為重視董事之職務，除由章程或總會之決議不加禁

止外，本不宜允許他人複行代任董事之職務；然就某一特定之行為，亦不妨使他人

代之之(參照日民五五條)。我國民法亦無此明文，應可準用關於代理之規定。

事務執行

(二) 事務執行

董事處理法人一切事務，維持法人內部組織，此為對內關係，已如上述。茲就董事應行事務中之最重要者，述之於次，但非僅僅以此為限，自不待言。

聲請登記

(1) 聲請登記 凡屬法人應行登記之事項，董事皆須聲請登記之(三一條，又法人登記規則四)。

編造財產目錄及社員名簿

(2) 編造財產目錄及社員名簿 董事應行此種事務 已為民法總則施行法所明定(該法第八條)。所謂財產目錄者，即法人之積極或消極財產之總目錄(即關於貸方及借方之表冊)也。其所以必須編造者，在使法人財產狀況明確，以備監督者之檢查及便於第三者之知悉，且能由此防止董事個人財產與法人財產之混同，故董事不僅於設立法人時，應編造『基本財產目錄』，且於成立後，關於『年度財產目錄』亦應編造之。



至於社員名簿，乃記載全體社員之姓名，而使他人得悉法人係由何人組織之簿冊也。如有變更，即須訂正。

### 召集總會

(3) 召集總會 總會為社團之最高機關，社團非由集會之決議，即不能開始活動，故董事必須召集之（五一條一項）；但有全體十分之一以上之社員，表明會議目的及召集理由，請求召集時，董事亦須召集之（五一條二項）；若董事受此請求後，於一月內不為召集者，得由請求之社員呈經法院許可後，逕行召集之（五一條三項）。蓋恐董事有故意不召集之情事，故設此特別規定也。

### 為清算人之權限

(4) 為清算人之權限 法人解散時，原則上係以董事為清算人（三七條），故董事有為清算人之權限。

### 聲請破產

(5) 聲請破產 法人如至不能清償其債務時，董事即須聲請破產；否則應負損害賠償之責任（三五條）。

### 董事相互

### 第三 董事相互間之權限問題

### 本論 第二章 私權之主體

問之權限  
問題

董事如有數人時，其相互間所發生之權限問題，除章程有特別之規定及由總會決議外，應由董事會以多數決之，此通例也。

臨時董事

## 第二項 臨時董事

臨時董事者，即因正式董事出缺，不及經過一定程序另選董事，得由法院依利害關係人之聲請，臨時選任之董事也。其權限仍與正式董事無異，不過於正式董事選出後，即失其地位耳。我國民法雖無此項明文；然董事為法人不可欠缺之機關，設正式董事一旦出缺而又不及選出繼任董事時，自應有此救濟之辦法也。

法人之住  
所

## 第六款 法人之住所

法人在其法律關係上，亦有設立住所之必要，此與自然人所同然。故民法規定「法人以其主事務所所在地為住所」(二九條)。所謂主事務所者，即法人據為統率一切之處所也。法人設立時不於該處登記，則不能以之對抗第三者。若法人設有數事



務所時，應以其樞要之事務所爲主事務所，其他之事務所則爲分事務所。又若章程中所定之住所而於事實上已失其主事務所之實效時，亦可視爲主事務所已移於他處。至於住所所在法律上之效果，因其與自然人節中所述者相同，故略之。

人之登

## 第七款 法人之登記

法人之登記者，即將法人之成立及其存續之主要事項，登錄於其主管官署之公簿也。其登記究爲法人之成立要件？抑爲法人之對抗要件？各國立法例殊不一致，如德國民法係從前者（德民二），日本民法則從後者（日民四）。我國民法既明定法人非向主管官署登記不得成立（三），是以登記爲其成立要件，已無疑義。至其登記之處所，自須於法人主事務所及分事務所所在地之主管官署行之（八四條二項、六一條二項）。茲就登記之種類，說明如左。

### 第一 設立登記

此即於設立法人時所行之登記。其應登記之事項，已爲民法所規定（四八條）（六一條）。否則，法人不得成立（參照三）（參照三）。且在應經許可後始能設立之法人（如以公益爲目的之社團及財團），其設立之登記，應經主管官署許可後始能爲之（四六條）（五九條）。惟在民法總則施行前已得主管官署之許可者，亦可不再經許可，逕於民法總則施行後三個月內，聲請登記爲法人（民法總則施）（行法第五條）。

補行登記

第二 補行登記

此即法人登記後，尚有應登記之事項時，所爲之登記。不爲此種登記，則僅不得以之對抗第三人（三一）（條）。

變更登記

第三 變更登記

此即曾經登記之事項有變更時所爲之登記。不爲此種登記，亦不得以之對抗第三人（三一）（條）。

消滅登記

第四 消滅登記



此即曾經登記之事項已消滅時所爲之登記。民法雖無此明文，然法人登記規則中，則有此規定（該規則五條）。如不爲此登記，自亦不得以之對抗第三人。

法人之監督及罰則

## 第八款 法人之監督及罰則

### 第一 屬於主管官署者

屬於主管官署者

監督

凡受設立許可之法人，其業務皆由主管官署監督之。主管官署隨時得以其職權檢查法人之財產狀況及其有無違反許可條件或其他法律之規定（三二條）。蓋以法人之設立，既須經主管官署之許可，則其成立以後，自以主管官署監督其執行業務爲適當。

罰則

受設立許可法人之董事，如不遵主管官署之命令或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰（三三條）。此所謂罰鍰者，係爲實施監督所科之秩序罰，原與罰金不同，故不能適用刑法之規定，縱無故意過失，亦得處罰之。惟法人本身原無犯罪之能

力；且前大理院亦有法人不能處罰之解釋（統字一八四號）及一二六五號），故僅得對其不遵監督命令或妨礙檢查之董事，處以罰鍰，此亦多數立法例所同也。

至於法人違反設立許可之條件時，主管官署得撤銷其許可（三四條）。且法人之目的或其行為如有違反法律或公序良俗時，主管官署並得請求法院解散之（三六條）。

## 第二 屬於法院者

關於法院者

法人之清算監督權與法人之解散權，皆屬於法院。故法院隨時得以職權為監督上必要之檢查（四二條）（四三條）（四六條）。清算人如不遵法院監督命令或妨礙檢查時，得處以五百元以下之罰鍰（四三條）。

監督及罰則

關於解散清算之所以與業務執行異其監督機關者，蓋由於解散清算為財產之結束，對於法人之目的，已無若何之關係，且此結束與第三者之關係，至為密切，故以屬於法院監督為適當。



法人之變更

## 第九款 法人之變更

法人就其章程或捐助行為及其組織與目的等是否得能變更之問題？以及如何變更之問題？須視法人之本質決定之。

### 第一 社團法人之變更

社團法人之變更

先就社團法人「章程」之變更而言：其章程訂定以後，是否得能變更？各國立法例殊不一致，英國係將章程分爲基本章程與非基本章程二種，因之規定前者不許變更，後者則許變更。我國民法則無此區別，惟規定社團法人之章程，得經社員總會之決議變更之（五〇條）。不過關於變更章程之決議，須以極慎重之形式行之（參照 五三條）；且規定受設立許可之法人（即以公益爲目的之社團）變更章程時，除經極慎重之決議外，並應得主管官署之許可（五三條 二項），蓋其設立時既經干涉，則變更章程時亦應干涉也。

目的之變更

次就社團法人目的之變更而言：學說及立法例亦不一致，有謂目的為法人生命，絕對不能變更者，認為變更法人之目的，即無異消滅法人，創設新法人；有謂法人之目的，並非不能變更，不過以此為法人最重要之事項，須得全體社員之同意，始能有效。以前我國民法新草案係採前說（五六條），德瑞等國民法則採後說（德民三三條，瑞民七四條）。我國現行民法關於此點，雖無明文規定，自應解為得能變更之，蓋非如此，即不足以應時勢之變遷，合於社團之活動性也。

財團法人之變更

第二 財團法人之變更

財團法人之本質，原與社團法人不同：因社團之設立人為社員，故其章程等等之變更，皆得由其決議機關行之。至若財團之設立人，則為捐助人，此捐助人自以捐助章程組成財團後，即立於財團之外，並非立於意思機關之地位，故無直接變更或補充其章程之權限，有此權限者，惟法院與主管官署而已。

捐助章程

先就財團章程之補充而言：若其捐助章程之內容有不完備時，自難達其捐助行



之補充

爲之目的，故法院得由利害關係之聲請，爲必要之處分（六二條），而謀其他適當之補充。蓋財團既無意思機關從事於章程之修正，則其章程未盡之事宜，自應有此補救方法也。

捐助章程  
之變更

組織之變  
更  
目的之變  
更

次就捐助章程之變更而言：財團已由捐助章程訂定之組織及目的，既不能由捐助人自行變更，故其變更之要件，我國民法則以明文定之。其關於變更組織之要件：不外（一）須爲維持財團之目的或保存其財產；（二）須有捐助人或董事或利害關係人之聲請；（三）須由法院爲之（六三條）。至關於變更目的之要件：不外（一）須因情事變更，以致不能達到財團之目的；（二）須斟酌捐助人之意見；（三）須由主管官署爲之（六五條）。要之此種變更之方式，不外於干涉之中，仍須尊重捐助人之意見也。

## 第十款 法人之消滅

法人之消  
滅

意義

法人之消滅，直可謂爲法人能力之終止。當法人消滅之原因發生時，即須停止其積極之活動，清理其財產關係，而將賸餘之財產移交於應得者。故在法人消滅之過程中，特須研究『解散』與『清算』。

解散

## 第一項 解散

解散之意義

### 第一 解散之意義

法人之解散者，即謂法人已不能繼續令其有積極之活動，僅能令其於清理其財產關係之範圍中，活動至清理終了後而歸消滅之存續狀態也。故此時法人之權利能力，並非因解散而全歸消滅，不過限制其範圍。此種受限制之法人，即稱曰『清算法人』，在其清算之必要範圍內，得視爲存續（四〇條）。

### 第二 解散之事由

解散之事由

設立許可之撤銷

（一）設立許可之撤銷 法人受設立許可後，如違反其設立許可之條件：主管官署仍得撤銷之（三四條）。許可一經撤銷，即構成法人解散之原因。



(二)破產 法人之財產不能清償債務時，董事即應向法院聲請破產（三五條）

。法人一經宣告破產，即構成解散之原因。董事如因過失不為破產之聲請，致法人之債權人受損害時，應負賠償之責任（三五條一項）。法人破產之條件，有與自然人不同者，即在不須支付不能，只須債務超過之一點。蓋無論何種法人，均須有相當之財產，如其財產至於不能清償債務時，自應宣告破產，以免第三人因此受損也。

法人違反法律或公序良俗者

(三) 法人之目的或其行為有違反法律或公序良俗者 法人具有此種原因時，法院得因主管官署或檢察官或利害關係人之請求，宣告解散之（三六條）。此種解散之

原因，不問社團或財團，皆應適用之。其所以定由法院宣告解散者，蓋以是否具有此種解散之原因，實以法院審查為宜也。至在中國設有事務所之外國法人，如有此種原因時，法院得撤銷其事務所（民法總則施行法一四條）。

社團事務無從依章程所定進行時

(四) 社團事務無從依章程所定進行時 此時法院得因利害關係人之聲請解散之（五八條）。此種解散原因，僅能適用於社團。蓋以社團之目的事業既無法期望其成

功，則不如解散之，較爲適當也。

因情事變遷致財團之目的不能達到時  
能達到時

（五）因情事變遷致財團之目的不能達到時 此時得由主管官署解散之（六五條）

。此種解散原因，亦僅能適用於財團。至其是否不能達目的，當依當時社會觀念而決之。

社員之決議

（六）社員之決議 社團得隨時以全體社員三分之二以上之決議解散之（五七條）。

蓋社團本由社員所組成，其得以大多數社員之意思解散之，自屬當然。

社員缺亡

（七）社員缺亡 社團之社員應缺少至於若何之數額，始得解散，立法例殊不一致：有規定缺少一人，即須解散者（如日本舊民法是）；有規定減至所定之數額，即應解散者（如德國民法七三條，日本商法七四條二）；有規定社員全缺，始得解散者（如薩克遜普魯士日本等國民法是）。我國民法無此明文之規定，然於解釋上，應依法人之性質及實際之情形而定之。

清算

## 第二項 清算



第一 清算之意義

法人解散後，須依清算之程序以結束之。所謂清算者，即處理被解散法人之殘餘財產，而以消滅其法律關係爲極終目的之程序也。清算之程序，可分爲二種，一即破產時須依破產法所定之程序，使破產管財人嚴格從事於財產之清理；二即屬於破產以外之一切解散原因時，則使清算人爲財產之清理，民法所規定者，專適用於後者之清算。惟民法中所定清算之程序有未詳細者，亦可準用股份有限公司清算之規定，此爲民法第四十一條所明定。關於清算之程序，皆爲強行規定，不得以章程或總會之決議，另定不同之程序。蓋以清算之程序，關係第三者之利害甚大也。

清算人之地位

第二 清算人之地位

清算人爲清算法人之機關，其地位頗與理事相類似，故於清算法人之能力範圍內，對內則有執行內部事務之權限，對外則有代表法人之資格，因之所有執行職務之方法，代表之形式，以及不法行爲之責任等，皆可解爲同於理事，以之適用關於

理事之規定。

### 第三 清算人之任免

清算人之  
任免

清算人選任之方法，依民法之規定，則除章程有特別規定或總會另有決議外，關於法人解散後其財產之清算，係由董事爲之<sup>(三七)</sup>，此原則也。若不能依此原則之規定，確定清算人時，法院亦得因利害關係人之聲請，選任之<sup>(三八)</sup>，此例外也。

關於清算人之解任方法，自亦得依章程或總會決議而定之。且民法中更規定法院認爲必要時，得解除清算人之任務<sup>(三九)</sup>。蓋法人之清算，既屬於法院之監督，若清算人有不忠實或不能勝任等情由時，法院自有解任之權也。至解任後，或另行選任清算人，或由利害關係人聲請選任清算人，均無不可。

### 第四 清算人之任務

清算人之  
任務

(一) 聲請及登記 清算人於開始清算前，應向主管官署爲解散之聲請及解散

聲請及登



註

之登記(參照舊民草一二五條一項，新民草四三條，日民法七七條一項)。我國現行民法雖無此明文；然爲使主管官署及大衆皆知解散之事實，自應有此手續也。

了結現務

(二) 了結現務 此卽法人解散時。其業已著手而未完結之事務，應由清算人完結之(四〇二條一項一、二款)。然因了結現務而不得不新爲法律行爲者，亦無不可。

收回債權

(三) 收回債權 此卽請求法人之債務人，向法人爲債務之清償(四〇二條一項一、二款)。但未至清償期者，自不能請求清償，可劃入贖餘財產之中。

清償債務

(四) 清償債務 清償法人所負之債務(四〇二條一項一、二款)，亦以已至清償期者爲限。如其清償期限專爲法人利益而設者，則得拋棄，而預先清償之。

移交贖餘財產於應得者

(五) 移交贖餘財產於應得者 法人於清償債務後，如尚有贖餘財產，自應移交於應得者(四〇三條一項一、二款)。其贖餘財產，究以何人爲應得者？則須分別論之，在營利法人係以分配利益於社員爲目的，故清算後之贖餘財產，自應分配於社員；若在公益法人既不以謀私人利益爲目的，自不能採此同一之方法，我國民法對於此點，則

規定：法人解散後，除清償債務外，其賸餘財產之歸屬，應依章程之規定，總或會之決議行之（四四條一項），此原則也。如無章程之規定或總會之決議時，其賸餘財產，則屬於法人住所所在地之地方自治團體（四四條二項），俾將其財產經營類似之地方公益事業，以符公益法人之本旨，此例外也。

（六）清算完結後之登記及呈報 清算完結後，清算人欲使利害關係人及主管官署知其解散之事實業經終了，自應向法人住所地之登記所聲請登記，並向主管官署呈報清算完結。至是清算人之任務已歸終了，而法人即因之完全喪失其能力，而歸消滅矣。

## 第十一款 社團

社團

我國民法於法人節中，係先規定法人之通則，次規定社團，再次規定財團，因之本書亦以此為編列之順序，而於本款為社團之說明。至若關於法人之通則，已在

完結後之  
登記及呈  
報



上述各款中說明者，自無重加說明之必要。故本款僅就社團之特殊內容述之；再於下款說明財團之特殊內容，以求與法條編列之秩序相適應。

## 社團之設立

### 第一項 社團之設立

社團設立之要件，有爲公益社團及營利社團所共通者；有僅爲公益社團或僅爲營利社團所獨有者，茲爲分述如左。

要件

共通之要件

#### 第一 共通之要件

須有設立人

(一) 須有設立人 社團之成立，因以人之集合爲基礎，故須有設立人。社團究須若干設立人，其設立方爲有效，各國立法例殊不一致，有規定須有三人者，如羅馬法是；有規定須有七人以上者，如德之民法是（德民五六條）。我國公司法規定股份有限公司須有七人以上之發起人（該法八七條），是與德之民法相同。惟民法中關於設立人並無額定之限制，應解爲最低限度須有二人以上方可設立（公司法第十二條已規定無限公司須有二人以上）。如有二人以上，則不問其爲自然人或法人，均無不可

須訂定章程

(二) 須訂定章程 章程爲法人內部組織及其他重要事項之規則，換言之，卽爲社團活動之根據。故德日民法皆規定設立社團，須先有設立行爲，其設立行爲，又須以訂定章程之要式行爲爲之（德民五七條，日民三七條）。訂定章程既爲要式行爲，自須以書面爲之；否則應爲無效。

訂定章程  
行爲之性質

契約說與  
共同行爲說

關於訂定章程，設立社團之法律行爲，既須二人以上爲之，則此法律行爲之性質若何？向有二種學說：(一) 爲契約說；(二) 爲共同行爲說。惟就此項行爲之目的與效果而言，設立人互相間並非以成立權利義務關係爲目的，乃以創設權利主體爲目的，以期各當事人發生同一意義之法律效果，故近世學者多從後說。至於各設立人互相間之得預先成立發起人契約，自屬當然。

茲據我國民法之規定，應記載於章程中之事項，則可分爲二種。

(1) 必要事項 章程中必須記載之事項，則有(一)目的、(二)名稱、(

章程之必要事項



章程之  
任意事項

三) 董事之任免、(四) 總會召集之條件程序及其決議證明之方法、(五) 社員之出資 (六) 社員資格之取得與喪失等項(四七) 條。若有缺略，章程即歸無效，而法人之設立行為，亦必因之無效。

(2) 任意事項 除上列必要事項外，其餘之事項如社團之組織及社團與社員之關係等，亦可由設立人任意記載於章程之中；惟不得違反第五十條至五十八條之規定(四九) 條。任意事項一經記載於章程之中，即成爲章程之一部，不得任意變更，如欲變更，則須依變更章程之程序以行之。

故凡經訂定於章程中之事項，及至變更時止，社團及董事並社員皆須遵守之。如總會之決議違反章程者，其不同意之社員，得於決議後三個月內請求法院宣告其決議爲無效(五六) 條。故民法對於變更章程之程序，特規定須出以極慎重之方式也(五三) 條。

須經登記

(三) 須經登記 社團設立時應登記之事項，則有(一) 目的、(二) 名稱、

本論 第二章 私權之主體

一四五

(三)主事務所及分事務所、(四)董事之姓名及住所、(五)財產之總額、(六)應受設立許可者其許可之年月日、(七)定有出資方法者其方法、(八)限制董事代表權者其限制、(九)定有成立時期者其時期等項(四八條)。否則即不能發生法律上之效果。

各別之要件

## 第二 各別之要件

獨屬於公益社團者

(一)獨屬於公益社團者 公益社團於登記前，應得主管官署之許可(四六條)。

此為設立公益社團特須具備之要件，故許可行為須與設立行為及登記三者並相具備，始能完全成立。

獨屬於營利社團者

(二)獨屬於營利社團者 民法惟規定營利社團取得法人之資格，獨能依特別法之規定(四五條)。此所謂特別法者，當以公司法為其最著之適例。

社團之社員

## 第二項 社團之社員

社員之資格

### 第一 社員之資格



社員爲組織社團之主要構成分子，有向法人取得一定權利及負擔一定義務之資格。社員資格有無專屬性，當依法人之性質決定之，（八條）係營利社團之社員，因其資格得以讓與或繼承之方法移轉於他人，自無專屬性之可言。然公益社團之社員，其資格是否有專屬性？若依德國民法之規定觀之，則已明定其有專屬性，不得視爲讓與或繼承之標的（德民二八條）。我國民法雖無此明文，然於解釋上，亦應認其有專屬性，蓋以公益社團之社員，乃係參與公益之資格，自不能與公司或其他營利社團之股東同視也。

社員資格  
之得喪

## 第二 社員資格之得喪

（一）資格之取得 設立人訂定社團章程並經主管官署許可後，當然取得社團社員之資格。此外合於章程之規定，或經總會之決議，經過入社之程序者，自亦得能許之入社。

關於社員入社在法律上之性質若何？原爲學說上論爭之問題。有謂社員入社係

新社員與舊社員全體間之契約關係者；有謂此係新社員與社團之契約關係者。要之社員入社，乃係社員與法人間成立種種權利義務之關係；並非社員與社員間之關係，故應以後說為適當。

資格之喪失

(二) 資格之喪失 社員因法人消滅或本人死亡，當然喪失其資格，自無說明之必要。惟茲所應說明者，則為退社與除名而已。

退社

(1) 退社 社員入社以後，若絕對不許其退社，則不僅剝奪社員之自由，且能因此害及社會之公益，故法律規定以隨時得能退社為原則，然若章程限定須於事務年度終或經過預告期間後始准退社者，則當依章程所定辦理之(五四條一項)；惟此預告退社期間，不得超過六個月(五四條二項)，蓋防期限過長之弊也。

除名

(2) 除名 社員入社後，若不許有除名之處分，則於社團甚為不利，故民法規定如有正當理由并經總會之決議時，得開除社員(五〇條二項四款)。開除社員必須經此程序者，蓋防濫行除名之弊也。社員對於除名之決議，得向法院提起調查除名理由



是否正當之訴，自不待言。

關於業經退社或除名之社員，其對於社團之財產關係若何？則視法人之性質而定之，如非公益法人，自得以章程規定退社或開除之社員對於社團財產有請求權；然在公益法人中若認此等社員對於社團財產亦有請求反還之權，則公益事業，即不免因此而受極大之影響，故應不認其有此請求也（五五條一項）。

且已退社或開除之社員，對其退社或開除前所應分擔之出資，仍負清償之義務（五五條二項），蓋以此種原應負擔之債務，不能因退社或開除而免除，以致影響法人財產之動搖也。

### 第三 社員之權利義務

社員之權利義務

（一）社員之權利 凡與社員資格相終始之各種權利，可總稱之爲「社員權」。此社員權有爲法律所規定者，有爲章程所訂定者。前者如出席總會，平等表決（五二條二項），請求召集總會（五一條二項），以及請求法院宣告總會之不當決議爲無效（五六）。

項(一)等權利是也；後者如利用法人之俱樂部及圖書館之權利等是也。

社員之義務  
『(二)社員之義務 凡與社員資格相終始之各種義務，可總稱之爲「社員義務」。其中最要者，厥爲出資之義務。至於應按如何比例而定出資之數額？我國民法無此明文；惟在解釋上，則除章程有特別規定外，各社員對於法人之目的事業及賠償債務所必需之金額，通常自以平等出資爲適當。』

### 第三項 社團之總會

社團之總會

#### 第一 總會之意義

總會爲社團之最高機關(五〇條)，係由全體社員組織而成者也。因其決議表現爲社團之意思，又可稱爲社團之意思機關，且爲社團之必要機關。總會既爲全體社員之組織體，則凡屬社員，均須出席總會，有其平等之表決權，故開會時，若對於某一社員未發召集之通知，或禁止某一社員行使其表決權，自不能認其開會爲有效。惟開議事項若與某一社員有特別利害關係者，則應使其不參與此次之會議(參照德民



三四條，日民六六），我國民法對此雖無明文，亦應以此為當然法則。

## 總會之召集

### 第二 總會之召集

總會非由社員任意所能集合，必須因召集始能開會，故召集行為，在法律上具有重大之效力。我國民法規定召集總會之權，原則上雖屬於董事（五一條）；惟董事

召集總會時，有出於自己之意思者；亦有出於社員之意思者，前者即由董事依章程所定或認為必要時而召集之，後者則由全體社員十分一以上之請求，表明會議目的及召集理由時而召集之（五一條）（二項）。此外尚有經法院之許可，由社員自行召集者；惟自行召集之先決條件，必俟董事受社員請求後一個月內不為召集時，始得為之（五一條三）。

召集總會之條件及程序，民法定明應於章程載明之（四七條四）（款前段）。至於通知之方法，自亦應依章程或總會決議規定之，如無規定，即當選擇適當之方法通知之。通知書中，並應預先載明會議之事項，如未預先通知者，亦可於會議時以臨時動議討

論之。

定期總會  
與臨時總會

由上述召集情形之不同，而有定期總會與臨時總會之區別，前者係由董事依章程之規定，按期召集之，後者則由社員主動（即上述五一條二三兩項之情形）召集之。至於董事是否得能召集臨時總會？民法雖無明文，但董事認為在社團利益上有開總會之必要時，應解為亦得召集之。

總會之權  
限

## 第二 總會之權限

民法規定社團之事項，應經總會決議者，則有（一）變更章程，（二）任免董事，（三）監督董事職務之執行，（四）開除社員等項，惟開除社員之決議，須限定具有正當之理由，非可任意議決之。以上數種權限，不過就其重大者加以特別之規定；至若其他法人之事務，凡未經章程或法律定明屬於董事之權限者，自亦應經總會之決議，以之屬於總會當然之權限。

總會之決  
議

## 第四 總會之決議



決議之方式

(一) 決議之方式 各社員對於討論之事項，依其平等之表決權，表示其意見時，已有同一內容之意見達於一定數額者，即謂爲決議。故參與決議之方式，至關重要，各國民法，多有明文規定，如德瑞日等國則明認得以書面行使表決，我國民法雖未特設明文，然自五十三條第一項所載『或有全體三分之二以上書面之同意』一語觀之，其認得以書面表決，已無疑義。至於得使他人代表表決權與否，日本民法亦設有允許之規定，我國民法固無明文，然於解釋上，表決既係意思表示，自由由他人代理也（參照一〇三條一項）。

決議之成立

(二) 決議之成立 決議之事項，因有通常決議事項與特別決議事項之不同，故決議之成立亦有不同。在通常決議時，我國民法則規定除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之（五二條一項），蓋依會議制之通則也。惟此規定，僅有補充章程之作用，故如章程載定更須多數決議者，則應從章程所定，始得成立。若在特別決議時，其決議之方法，當較爲嚴重，依我國民法之規定，關於變更社團章程之決議，

應有全體社員過半數之出席，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（五三條一項），始得成立。蓋以變更章程，關係重大，故其決議應較通常事項為慎重也。又關於解散社團之決議，則更規定須有全體社員三分之二以上之可決（七五條），始得成立，蓋亦不外出於慎重也。

決議之效力

（三）決議之效力

決議為多數社員之意思，因而構成社團之意思，自有拘束全體社員之效力。惟其決議，若侵害社員之特別權，或獨使某一社員負特別義務或較其他社員負更大之義務，或剝奪社員之普通權利等，應均無效。至若違反法令或章程之決議，就其性質言之，本屬無效，故民法規定得由原不同意之社員於決議後三個月內請求法院宣告無效（五六條）。

財團

第十二款 財團



財團設立  
之要件

須有設立  
人

## 第一項 財團設立之要件

### 第一 須有設立人

財團須有設立人，此與社團相同。惟社團爲由社員構成之團體，故其設立人須達於一定之數額；而財團則爲非由社員構成之團體，故其設立人卽爲一人亦可。

須訂立捐  
助章程

### 第二 須訂立捐助章程

設立社團，須訂定章程，設立財團，亦須訂立捐助章程。惟社團未訂立章程，卽不得成立；而財團則以訂立捐助章程爲原則；但以遺囑捐助者，得以遺囑代之。

(六〇條  
一項)

捐助章程或遺囑所應記載之事項，亦可分爲必要記載事項與任意記載事項二種。關於法人之目的及所捐之財產，卽爲捐助章程中必須記載之事項(六〇條二項)。

其他關於財團之組織及其管理之方法，固亦應由捐助人以章程定之；惟章程中所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備者。法院得由利害關係人之聲請，爲必要之處分(六二條)。故財團設立人除於章程中應記載一定目的及財產之必要事項外，其

他關於未定之名稱事務所及任免董事等事項，則可由法院依聲請後補充之，此即所謂任意記載之事項。

捐助章程如爲董事違反時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效，<sup>(六四)</sup>蓋對於捐助章程之執行，既無監督機關從事監督，故不得不另有此救濟之法也。

須經許可

### 第三 須經許可

財團之設立，關係於公益者尤大，故於登記前，應先得主管官署之許可<sup>(五九)</sup>也。

須經登記

### 第四 須經登記

民法規定財團設立時須經登記之事項，則有下列數種：即（一）目的、（二）名稱、（三）主事務所及分事務所、（四）財產之總額、（五）受許可之年月日、（六）董事之姓名及住所、（七）限制董事代表權者其限制、（八）定有存立時期



者其時期等項是也（六一）。

捐助行爲

## 第二項 捐助行爲

性質

### 第一 捐助行爲之性質

捐助行爲者，係以設立財團爲目的而捐出財產之單獨行爲也。故捐助行爲須由二種意思表示相結合，始能成立，即一在設立一定之法人，一在捐出一定之財產，二者缺一，自不能認其成立。雖間有少數學者，亦曾主張設立財團，並無須捐出財產，且該項財產亦無須現時存在。然在多數學者之主張，則均謂捐出一定財產與確定一定目的，爲設立財團行爲之成立要件。故我民法規定設立財團者，應於捐助章程中訂明法人目的及所捐財產（六〇）條。也

惟所謂捐出之財產，亦不必限於物權性質之財產，即債權性質之財產亦可，換言之，即不必現實將所捐財產提出，即僅表示在將來一定時期，提出一定財物者，亦屬有效，如到期而不提出，當負出資之義務。

捐助行爲，惟限於法人成立前爲之，若於法人成立後捐助者，則爲贈與或遺贈，不得謂爲捐助行爲也。

又捐助行爲，有以生前之處分爲之者，有以遺囑爲之者，前者必依訂立章程爲之，後者必依遺囑之方式爲之，故皆爲要式行爲，且捐助行爲既爲單獨行爲，故即令設立人有數人在其相互間另定契約時，亦不失爲單獨行爲。其與社團之設立不同者，即社團之設立行爲，必爲二人以上之共同行爲；而財團之設立，類多以一人爲之，故其設立行爲，不必爲共同行爲也。

捐助行爲  
之撤銷

## 第二 捐助行爲之撤銷

捐助行爲，得由本人及其繼承人或債權人撤銷與否，各國立法例殊不一致，茲爲分述如左。

本人爲撤  
銷者

(一) 本人爲撤銷者 捐助行爲成立後，若有法定之撤銷原因發生時，本人自得撤銷之。惟無法定撤銷原因，本人得能自由撤銷與否？立法例殊不一致，日本民



法定爲捐助行爲係以遺囑爲之者，準用遺贈之規定，若於生前爲之者，則準用贈與

之規定，故不立書件者，得撤銷之，立有書件者，則不得撤銷（日民四一條）。德國

民法則定爲：在未經許可設立前，得能撤銷；若已爲設立許可之聲請。則須爲撤銷

之聲明；然在許可設立後，則不得撤銷（德民八一一條二項）。我國民法對於此點，未設明文

，可解爲法人未成立以前，應使設立人得能撤銷之。

（二）繼承人爲撤銷者 繼承人得爲撤銷與否？立法例亦不一致。瑞士民法明

定繼承人得以撤銷（瑞民二二條）；日本民法既以之適用遺囑之規定，則於遺囑發生效力

後，不得撤銷，未發生效力時，則得撤銷（日民四一條）；德國民法則定 聲請允許或

爲其他公示後，不得撤銷（德民八一三條）。我國民法對此亦無明文，可解爲除另有法定原

因外，應以繼承人不得撤銷爲原則。

（三）債權人爲撤銷者 關於此點，瑞士民法明定得以撤銷（瑞民八一二條）；我國

法亦無規定，然在解釋上，如有害及債權時，債權人亦可撤銷之。

繼承人爲  
撤銷者

債權人爲  
撤銷者

捐助財產  
之歸屬

### 第三 捐助財產之歸屬

設立財團時所捐助之財產，究應歸屬於何方？立法例亦不一致：有規定原則上財產經捐助之後，仍屬設立人或其繼承人所有，不過法人得向之請求移轉而已（參照德民八二條八三條八四條）；有規定財產經捐助之後，如法人已得設立許可，當然以之歸屬於法人（參照日民法四二條）。我國民法亦無明文規定，惟捐助行為既係無償處分財產之單獨行為，則既經捐出之財產，除有撤銷原因得以撤銷外，自應完全屬於法人所有，此時不過僅有移轉之程序耳。

外國法人

### 第十三款 外國法人

意義

#### 第一 外國法人之意義

外國法人者，簡言之，即依外國法律而成立之法人也，與外國法人相對稱者，則為本國法人（民法總則施行法一二條），即依本國法律而成立之法人也。自然人既有區別內外



國人之必要，法人更無論矣。惟關於區別之標準，在自然人之以國籍定之者，原無若何之問題；但法人究應以何者爲其區別之標準？學說亦不一致：其以設立人之國籍爲標準者，則爲設立人說；其以設立時所依據之法律爲標準者，則爲準據法說；其以設立行爲地爲標準者，則爲設立地說。其以主事務所所在地爲標準者，則爲住所地說。凡此種種，皆可謂爲民法及國際私法中有力之學說。我國民法關於此點，別無明文；惟法人須依法律始能成立，已爲民法所明定（二五），是則必依中國法律創設之法人，始能認之爲中國法人，此外若依外國法律創設之法人，自應認之爲外國法人也。

外國法人  
之認許

## 第二 外國法人之認許

社團或財團之活動，現已處處發生國際上之關係，若居今日尙視外國法人在本國內全無權利能力，殊不合理，故現代各國之民法，多於一定範圍內，認許外國法人在本國內亦有權利能力。故外國法人若於中國成爲法人，尙須經中國之認許。所

謂認許者，即謂承認該外國法人於中國亦得爲法人而有權利能力；並非謂外國法人一經認許，即變爲中國法人，究之其爲外國法人如故也。惟經中國認許之外國法人，必須其在外國實已成爲法人者始有認許之可言。且此實已成立之外國法人，並須依中國法律得能成爲法人者，始得受中國之認許，故我民法總則施行法明定：外國法人，除依法律規定外，不認許其成立（該法一  
一條）。是則外國法人欲受中國之認許，自須依中國法律之規定始得成立。他國立法例且有以明文規定外國或外國行政區域及外國商事公司等，應認許其成立者（如日民三  
三條一項）。我國民法則無此明文，但此等法人在中國發生私法關係時，應依中國法律認其爲私法上之權利主體，亦屬當然。

又依民法總則施行法之規定：凡經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力，負同一之法律義務（該法一  
二條）。此種限制之結果，如外國法人在其本國所有之權利義務而爲中國所不能有者，自不能許其有之；反之，如其本國所不能有之權利義務而爲中國法人所能有者，仍應許其與中國法人同



等有之。至令外國法人與本國法人具有同等能力之機會者，亦不過爲現代各國所認之原則；但在例外上凡屬外國自然人所不能有之權利能力，外國法人自不能有之；其因條約而受限制者，更無論矣。

外國法人在中國設有分事務所者，自應準用關於中國法人之規定（民三〇條三一條四一條五條四六條四八條五九條六）。從事於登記及許可等等應進行之事項。至其事務所之撤銷，亦爲民法總則施行法所明定（一四條）。其撤銷後，自復歸於未經認許時之原狀矣。

### 第三 未經認許之外國法人

未經認許  
之外國法  
人

未經認許之外國法人，其在中國既不能視爲法人，自無權利能力之可言；惟此種未經認許之外國法人，實際上亦有在中國與他人爲法律行爲者，故民法總則施行法設有救濟之規定，即此時之行爲人對於該法律行爲應與該外國法人負連帶之責任，（該法一五條）蓋所以保護該法律行爲之相對人也。

私權之客體

### 第三章 私權之客體

總說

#### 第一節 總說

私權客體之意義

##### 第一 私權客體之意義

吾人生活關係中凡一私權之成立，必須具有二種要素，一即私權之主體（已於前章述之矣）；二即私權之客體。所謂私權之客體者，即為私權主體所應享有之社會利益，此種利益，即為充實私權內容之必要條件，苟缺乏此種條件，私權仍無由成立，以故吾人之私權，必須以一定的社會利益為其客體（即私權之對象）。

私權客體之種類

吾人生活中所必需之社會利益，本極繁多，因之私權之客體，遂有種種之不同。例如人格權，則以與人格權主體不可分離之利益（即生命、身體、自由、名譽等）為客體；物權則以存於外界之物為客體；債權則以他人之行爲為客體；親屬權則



總則編中  
規定物之  
理由

以親屬上之特定關係爲客體；繼承權則以繼承人所應繼承之權利義務爲客體；且至近世，尙有所謂無體財產權，亦於私權之客體中，占有重要之地位，如著作權、商標權、發明權等，皆以精神產出之無形利益爲客體者是也。

要之形成私權客體之社會利益，多隨社會之發達而變遷，因之法律爲適應此變遷而加以保護之私權客體，自必日漸繁複也。

## 第二 民法總則編中規定『物』之理由

關於上述種種私權之客體，本應於各個私權之類別中研究之，方稱適當。就『物』論之，因其爲物權中最主要之客體，似應於物權編中規定之，較爲適當。惟是『物』在債權中，亦成爲債權之目的物，間接居重要之地位；且在其他私權中，亦與『物』有不少之關係，故我民法特於總則編中就『物』設有一般之規定，此亦多數立法例所同然也。

## 第二節 物

物之意義

### 第一款 物之意義

法律上之  
物與物理  
上之物

關於物之意義，因自物理上之觀察與自法律上之觀察而有不同。在物理上之所謂物者，係就物之本身與其性質言之。至法律上之所謂物者，則在觀察物與人之關係，換言之，即物在法律上，不過為一社會的觀念。是則物雖以足供吾人生活資料之自然性為要件，然因各時代各地方之文化與經濟基礎之不同，以致物之觀念，亦不得不隨之而變遷。近世且因科學之發達，舉凡各種自然力以及其他無體物，已漸能受吾人之支配，供為吾人生活之資料，可知物之意義，已不能從極狹義之解釋，僅以特定之有體物為限也。

各國民法對於物之規定，殊不一致，有謂包括有體無體一切之物而言者，為法



國法系諸國之民法是（參照法民五一六條以下，意民四〇六條以下，奧民二八五條，普通法英之）；有謂僅指有體物而言者，如德國法系之民法是（參照德民第一草案七九〇條，日民八五條，及我舊）；又有於原則上認物僅爲有體物，而另加以補充之規定者，爲暹羅民法設有「財產包含物及無體物之能有價值並可充使用者」一條是；並有不定物之界說，僅於條文中明示法律上之所謂物者，如瑞士及蘇俄之民法是（參照俄民法第三條，蘇俄民法第三章）。要之民法中明定物爲包括有體物及無體物而言，固然含義過廣；然認物僅限於有體物，又未免含義過狹；且就補充之規定觀之，亦有掛一漏萬之嫌，故我民法特仿瑞俄先例，不定物之界說，惟於第三章中僅規定動產與不動產及主物與從物而已。

我國民法關於物之意義雖未明定；但法律上之所謂物，必爲吾人所能支配，並可供爲生活資料之獨立物體，且係存於外界，而非屬於人身者爲限。茲就此意義，分晰說明如左：

物須在人  
力所能及  
之範圍內

(一) 須在人力所能及之範圍。物有非人力所能及者，如日月星辰及地球空氣等是也。此等物體雖為物理上之物；然在事實上不能為吾人所支配，自不得謂為法律上之物。惟因時代之進化，以及人智之發達，亦能逐漸擴張吾人支配物體之範圍，例如電流在昔日為人力所不能支配者，今則供為吾人之運用矣。(參照刑法三  
四〇條二項)。

物須為吾  
人所需要

(二) 須足為吾人所需要。凡物能為私權之客體者，以其得能滿足吾人生活之需要也。否則，雖為物理上之物，而不能成為法律上之物，例如一粒之米，一滴之酒，雖為物理上之物，但以其不能滿足吾人之需要，自不能成為法律上之物也。

物須為獨  
立之物體

(三) 須為獨立之物體。所謂獨立之物體者，即能獨立有其個體，而非物之成分也。物之成分，雖為物理觀念上之物，然不能成為法律觀念上之物。如就一隻鞋櫛觀之，雖為物之成分，究不能獨立為物權之客體。惟原物解體後，其成分得能獨立為一體，足供吾人生活之需要者，亦得為物權之客體。例如房屋拆毀後之木料，牛馬死後之皮毛是也。



物須爲外  
界之一部  
而非屬於  
人身者

(四)須爲外界之一部而非屬於人身者 所謂物須爲外界之一部者，卽指不能以人之身體爲物權之客體而言也。昔以他人之身體爲絕對之支配物者，此係以他人爲奴隸之制度，已爲近世法律所否認。至若對於自己之身體，雖能成爲人格權之客體，究非物權之客體，故以自己身體之一部供爲擔保者，自爲近世法律所不許。然就自己身體一部分割之齒牙毛髮等物言之，自屬於本人之所有，若以之爲處分之標的而成立契約行爲時，亦可於不背公序良俗之限度內，認其爲有效，如爲理髮或拔牙以及取血而得報酬之契約是也。

此外，就屍體遺骸言之，原爲特種之物體，故在此種物體上，亦得成立所有權；惟此所有權，須依習慣法屬於喪主，專以埋葬義務爲其內容，不得如普通所有權而爲使用收益之處分也。

物之分類

## 第一款 物之分類

本論 第三章 私權之客體

動產與不  
動產

動產與不  
動產區別  
之基礎

## 第一項 動產與不動產

### 第一 動產與不動產區別之基礎

物依種種之標準，得爲種種之區別，就中尤以動產與不動產之區別爲最重要，此爲歷來法制所同認。其區別之理由，不外下列二種：（一）認不動產在經濟上之價值，遠勝於動產；尤在封建制度中，更須以不動產爲其階級存立之基礎（卽世襲財產），而有特別保護之必要，此後各國民法對於不動產權利之得喪變更，特與以嚴格之規定者，卽此故也。（二）認動產常能移轉場所，而不動產則不然，因之對於動產不動產所有之權利而爲公告時，須用各不相同之方法，近世立法例，大都對於不動產採用登記制度，就其得喪變更皆登諸公簿中且公告之；對於動產之占有，則認僅於事實上得能支配時，卽可成立，勿容使用其他登記及公告之方法，

上述之理由，亦不免隨時代之變遷而改進。蓋於近世交易中，所謂有價證券，雖非不動產，却有重要之價值，占財產之重要地位；設於今日僅認不動產始有重要



## 不動產

之價值而保護之，殊允當，故現代法制對於交易界此種新進之事實，漸有重視之傾向。惟動產與不動產既有其性質之不同，法律自應認其有區別之必要，故現代各國民法，除蘇俄新民法（俄民二）（一）外，莫不有其區別之規定。

### 第二 不動產

依我民法之規定：「稱不動產者，謂土地及其定着物」也（六六）（條）。認土地爲不動產，各國立法例，原無差異；惟對於建築物及其他附着於土地之物，是否視爲不動產，則因各國之習慣而定之。羅馬法及德國民法（九三）（條）至（九六）（條）則以定着於土地之上之建築物，視爲土地之構成物；法國民法（五二）（條）至（五七）（條）則採列舉主義，將不動產一一列舉之；日本民法（八六）（條）則以土地及其定着物（指建築物及竹木而言）爲不動產；瑞士民法（六四）（條）至（六五）（條）則以土地爲不動產，其重要構成部分，亦包含於土地之中；英國法亦以土地爲不動產，而將土地產出物、定着物、以及置於土地上之物或水均包含之。我國民法既於第六十六條第一項明定土地及其定着物爲不動產，顯係採用

日本民法之規定，並於同條第二項明定：『不動產之出產物尙未分離者，爲該不動產之部分，』可知已與不動產分離之出產物，其爲獨立之物，已不待言。茲就民法對於不動產所規定之意義，分晰述之如左。

土地

(一) 土地 土地者，係指一定範圍之地面並包含其上下（空中與地中）而言，故如地中之砂石等物，當然爲土地之構成部分，不能視爲已與土地分離之獨立物。

礦物

關於地中之礦物，固可視爲土地之構成部分；但鑛業法基於國家經濟上之理由，認爲一定之礦物，不屬於土地所有權之範圍，而歸於國家之所有（鑛業法第一條），故凡地中之礦物，應另以獨立之不動產視之。

土地之數量

又土地本爲無限之連續物；但爲計算之便利計，亦得以人爲之方法，區分其數量，故土地在未爲正當分割手續以前，仍當視爲整一之物。關於此點，因在所有權之成立上，最爲重要，應讓諸物權法中詳論之。



土地之定  
着物

(二) 土地之定着物 土地之定着物云者，即謂非以暫時爲目的附着於土地之物也。所謂附着者，即指固定附着於土地，不易移轉其地位者而言；故尙未至與土地不能分離之程度者，不得謂爲定着物，如假山是也。又所謂非以暫時爲目的者，即較爲永久之義，故爲臨時目的而附着於土地之建築物，如喪葬時所架之棚，亦不得謂爲定着物。要之，必其繼續附着於土地而被使用，且依社會之經濟觀念，認爲有與土地相獨立之價值者，始得謂爲土地之定着物，惟通常所謂土地定着物者，即僅指房屋及其他建築物之不動產而言也。

動產

### 第三 動產

依我民法之規定：「稱動產者，即爲前條<sub>(六六條)</sub>所稱不動產以外之物」<sub>(六七條)</sub>也。各國立法例關於動產之規定，亦不一致，有採列舉主義，而將動產一一列舉者，如法國民法是<sub>(五二八條至五三六條)</sub>；有謂動產係指不動產（土地）以外之一切有體物而言者，如英國法是；有以土地及其定着物以外之物爲動產者，如日本民法是<sub>(八六條二項)</sub>

（一）。我國民法即採日本之規定，明示動產之範圍。

主物與從物

區別之理由

## 第二項 主物與從物

### 第一 主物與從物區別之理由

從經濟上之作用而觀察物時，可分為主物與從物二種，前者即為有獨立效用之物，後者即為附屬於主物而補助其效用之物。在交易關係中，關於主物之買賣與借貸或擔保時，固須常將附屬於主物之從物包括之；然當事人亦得以其意思為任意之主張。故法律關於「處分權之歸屬」問題，為避免爭執計，特設主物與從物之規定而令從物常從主物之運命處分之。

### 第二 主物與從物之意義

主物與從物之區別，原始於羅馬法，其後法德日瑞蘇俄等國民法亦多以明文定之（法民五四六條，德民九七條，日民八七條，瑞民六四四條，俄民二五條）。惟各國關於此點之立法例，殊不一致，有謂主物與從物均不限於動產者，如羅馬法及日本民法是；有僅限於動產者，如德



國民法是；亦有以主物從物須屬於一人所有者（他國則無此限制），如日本民法是。依我民法之規定：「非主物之成分，常助主物之效用而同屬於一人者，爲從物」（六八條一），其大旨係與日本民法所規定之意義相同；惟我民法則有但書之規定，（項前段），如交易上有習慣者，仍應依其習慣（六八條一）。茲就此法文所規定之意義言之，從物則須具備以下之要件：即（一）須非主物之成分，而爲與主物相獨立之物，例如墳地之小屋，農田之莊房，均爲從物；反之，如梁柱之於房屋，輪軸之於機械，則不得謂爲從物也。（二）須常助主物之效用，而非僅以補助一時爲目的之物，例如鍊之於錶，鑽之於箱，均爲從物；反之，如附於錶鍊之圖章，掛於客廳之字畫，則不能謂爲從物也。（三）須從物與主物同屬於一人之所有，例如房屋與門窗須爲一人所獨有，二者始生主從之關係；否則二者如係二人所分有，自不能謂門窗爲房屋之從物。但此三要件即令具備時；若依交易上之習慣，本不視爲從物者，仍不得以從物論。

主物之處  
分及於從  
物

### 第三 主物之處分及於從物

此爲我國民法第六十八條第二項所明定，故對主物爲買賣或讓與之處分時，其處分行爲之效力，當然一併及於從物。惟此規定，並非強制規定，當事人亦得爲反對之意思表示，自不待言。

### 第三項 其他之分類

學理上之  
分類

物之分類，在民法總則編中以明文規定者，僅爲動產與不動產，主物與從物，原物與滋息（俟於第四項述之）等數種。此外，學理上尚有種種之分類，而爲法文中所未規定者，茲特說明如左。

#### 第一 融通物與不融通物

融通物與  
不融通物

融通物與不融通物之區別，乃以物之能否作爲私權客體，及於法律上能否處分者爲標準，換言之，即以物之有無交易能力爲標準，故得能交易之物，即爲融通物，不能交易之物，即爲不融通物。通常之物，多爲融通物，無庸說明。茲應說明者



## 公有物

，厥爲不融通物。依普通學者所舉之種類，可大別如左：

(一) 公有物 凡屬國家或公共團體所有之物而使用於公共目的者（例如行政財產或公務用物之官署建築物），即爲公有物。然此公有物爲公使用之目的，一經廢止後，自得以之爲交易之標的。至於公有物之中，亦有僅供國家或公共團體之私用者，如公有林野及有價證券等收益財產是也。此等收益財產，自與一般私人之財產無異，故不能置於公有物之列。

## 公用物

(二) 公用物 公用物者，即供公衆使用之物也。其所有權之歸屬，並不限於國家或公共團體，即普通私人亦得占有之，就此點而言，顯與公有物有別，如公川公道，即爲公用物最主要之適例。所謂公川公道者，即依法令認爲有關公共利害之河川道路，不得以之爲私權之客體也。故爲不融通物。

## 禁制物

(三) 禁制物 禁制物者，即依法令之規定，在交易上受禁止之物也，例如鴉片嗎啡等毒害品，偽造變造或模造之通貨，猥褻之文書圖畫等皆屬之。且依日本法

律之規定，其貴族之世襲財產，亦為禁制物。又依蘇俄民法之規定，舉凡軍械、爆炸物、軍用品、航空機、電報及無線電機、已被廢棄之有價證券、超過法定限制之酒類、以及劇烈藥品等，均為私人間不得流通之物（參照俄民二三條）。可知禁制物之範疇，當依一國法律制度之特殊性而定之。

## 第二 單一物與合成物及集合物

單一物與  
合成物及  
集合物

此種區別，乃以物之分割能否保全其個體為標準。所謂單一物者，即形體上為獨立一體之物也，不問其為自然之一體，或為人為之一體，抑為社會觀念上之一體，要之其構成部分，須已失其獨立性。例如馬一匹，牛一頭，梨一個皆屬之。所謂合成物者，即由數個獨立物結合而成之物，在交易上得視為一體者也，例如一棟房屋，一個鐘錶，一隻鑲寶石之戒指皆屬之。所謂集合物者，即由多數單一物或合成物所集合而成之物，亦稱為物之集團，例如畜羣或一商店之全部商品是也。此集合物雖非一物；惟因當事人之意思或法律之規定，不能不以一物視之。



可分物與  
不可分物

此種區別，對於吾人在某物上是否成立獨立物權時，極關重要。故就一般而言，單一物僅能爲一個物權之客體，自不待言。合成物在普通情形上雖亦僅能爲一個物權之客體；惟有時對其一部分仍得成立獨立之權利（如對於樹木之果實是）。又集合物雖不能包括爲一個權利之客體；然就其集合狀態中具有特別之價值而言，亦可視爲一體，以之爲抵押權之設定。

### 第三 可分物與不可分物

此種區別，係以物之能否分割爲標準。凡物不因分割而變更其性質或減少其價值者，即爲可分物；其因分割而變更性質或減少價值者，則爲不可分物。例如土地、布疋、金錢、穀米等屬於前者。而牛、馬、房屋等則屬於後者。

可分物與不可分物之區別，在民法上亦甚重要。例如共有物之分割若爲可分物時，則依自然之分析而分配之；若爲不可分物時，原則上則須賣得其價金而分配之（八二）（四條）。又如多數當事人之債，其標的物爲可分物時，則以平均分受或分擔爲原則

(二七) 條)；若爲不可分物時，各債權人僅得爲債權人全體請求給付，債務人亦僅得向債權人全體履行給付(二九三) 條一項)。

消費物與  
非消費物

#### 第四 消費物與非消費物

此種區別，係以物之性質是否因使用而歸消耗爲標準。因之凡物依通常使用方法，使用一次以後，再不能使用於同一之用途者，卽爲消費物，如穀、米、油、鹽、金錢等是也。反之，物經一次使用而仍不變其主體，且能以同一使用之方法用至二次以上者，則爲非消費物，如衣服、書籍、房屋等是也。此種區別，與借貸及寄託，極有關係，因之消費物可爲消費借貸及消費寄託之標的，不消費物可爲使用借貸及通常寄託之標的。

代替物與  
不代替物

#### 第五 代替物與不代替物

在一般交易中，有着眼於物之個性者，有着眼於物之種類者，前者在交易上不能以他物任意代替之，故爲不代替物，如房屋、字畫等皆屬之。反之，後者在交易上



得以同種同量同數之物代替之，故爲代替物，如金錢穀米油鹽等皆屬之。此種區別，在債編中頗爲重要，例如消費借貸及消費寄託僅能以代替物爲標的者是也。（四七條）

六〇）。

特定物與  
不特定物

#### 第六 特定物與不特定物

此種區別，非以物之性質爲標準，係於交易上以當事人之意思爲標準，因之凡依當事人之意思，具體指定之物，卽爲特定物，例如特定某縣某區某村之土地，或某街某巷之房屋是也。反之，惟依當事人之意思，泛指某種品類某種數量之物，則爲不特定物，例如僅云若干畝地若干斗米是也。此種區別之實益，多發生於債權之中。（二〇〇條一項及三一四條）；至若物權之效力，則僅以及於特定物之上爲原則。

學者中有謂特定物及不特定物之區別，易與代替物及不代替物之區別相混者；實則二種區別，各有不同，代替物及不代替物之區別，係在一般交易中爲客觀之區別，而特定物與不特定物之區別，係在具體交易中爲主觀之區別。就通常言之，代

替物雖常爲不特定物；然依當事人之意思，亦不妨爲特定物，例如寄託金錢，約定返還金錢原物是也。又不代替物雖常爲特定物；亦得依當事人之意思而爲不特定物，例如以不代替物爲種類債權之標的是也。要之代替物及不代替物，係以物之性質爲區別；反之，所謂特定物及不特定物者，非爲物之本身之區別，實爲該交易方法之區別，故由嚴格意義言之，特定物與不特定物之區別，實不能謂爲物之區別也。

物之孳息

### 第三款 物之孳息

意義

#### 第一項 孳息之意義

物之孳息者，即由原物或原本所產生之收益也。惟各國立法例對於物之孳息，各有不同之規定，有僅以物所產生之收益爲孳息者，如法日民法是；有於此外尙以權利產生之收益爲孳息者，如德國民法是。我國民法（六九）規定物之孳息，係仿德國民法，除認物所產生之孳息外，對於因法律關係所得之收益，亦稱爲孳息。故由



物產生之收益，即稱爲天然孳息，由法律關係產生之收益，則稱爲法定孳息。因之產生天然孳息之物，即謂爲原物，而產生法定孳息之物（即資金），則謂爲原本。關於物之孳息，有以其規定之實益多在物權之中，而以之規定於物權編用益權之中者，法國法系之民法，大都如是。有以孳息之一般原則，規定於民法總則編者，如德國法系之民法是。我國民法，係從後例。

## 孳息之分類

### 天然孳息

## 第一項 孳息之分類

### 第一 天然孳息

意義

關於天然孳息之意義，學說亦不一致，有以定期收穫之物爲孳息者，有以不消耗原物所收穫之物爲孳息者。有謂依物之用法所收穫之物爲孳息者。在此數說中，如依第一說論之，則非定期收穫之物，如牛之生犢，雞之產卵，將不得爲孳息矣；又就第二說論之，則須有機的產生物，始得爲孳息，至於無機的產生物，如鑛產物等將不得爲孳息矣。由此觀之，當以第三說較爲適當。我國民法明定「稱天然孳息

者，謂果實、動物之產物、及其他依物之用法所收穫之出產物』（六九條一項）殆即採此第三說也。茲就此定義分晰言之：

須爲果實

（一）須爲果實 物之孳息在未與其所由產出之原物分離以前，僅爲原物之構成成分，不能爲一獨立物；必其已與原物分離而能獨立爲一體以後，始能謂爲物之孳息也。例如園中之瓜果，樹上之果實，在其已與原物分離後，自得爲物之孳息；然在未與原物分離以前，雖能視爲價之標的，究不能視爲物之孳息也。

須爲動物之產物

（二）須爲動物之產物 動物之產物，須具有下列之條件，始得謂爲物之孳息。即（甲）須爲原物所產出，例如牛所產生之犢，雞所產生之卵是也；至若畜牧場之牛與養雞場之雞，因其非盡由原物所產出，故不能皆謂爲孳息。（乙）須其產出無損於原物，例如牛之生犢，雞之生卵，因其無損於產出之原物，故得謂爲孳息也。

須爲依物

（三）須爲依物之用法所收穫之出產物 此所謂依物之用法所收穫之出產物者



之用法所  
收穫之出  
產物

，即依經濟上之目的，使用原物所收穫之出產物也，就有機的出產物而言，如因農作而收穫穀物，因畜牛而取乳者是；就無機的出產物而言，如因開鑛而得鑛物者是。反之，非依經濟上之用法所收穫之出產物，如倉庫中之穀麥，耕牛之乳汁，以及地中偶然發見之埋藏物等，自不得謂為依物之用法所得之孳息也。

法定孳息

## 第二 法定孳息

意義

依我民法之規定：『稱法定孳息者，謂利息、租金、及其他因法律關係所得之

收益』（六九條）。茲就此定義分晰言之：

利息或租

（一）須為利息或租金 此所謂利息或租金者，即因容許他人使用其物所得之對價，換言之，即因他人使用其物而給與之報酬。依德國多數學者對其民法之解釋觀之，均認法定孳息為請求給付對價之權利。我國民法第六九條第二項之規定，既與德國第九九條之規定大旨相同，自亦應從廣義解釋之。故就租賃契約而言，承租人因使用租賃物，即須支付一定之租金（四二條）；又就消費借貸契約而言，借用人因

消耗借用物，即須支付一定之利息或其他報酬（四七條）。此租金與利息之爲法定孳息

，固無論矣；即因債務遲延而得請求之利息（二三三條一項），或因契約解除而應返還之利

息（二五九條一款）亦可謂法定孳息也。

（二）須爲因法律關係所得之收益 我國民法既仿德國民法明定法定孳息有由

法律關係而生者，是即不以使用物之法律關係爲限；此外，使用權利之法律關係，

亦可因之發生法定孳息也。此所謂收益因法律關係而生者，即指以特定法律關係爲

其基因而言，至其究因法律行爲而生，抑因法律規定而生，則非所問。

### 第三項 孳息之取得

#### 第一 天然孳息之取得

孳息之取得  
天然孳息之取得

天然孳息在未與原物分離以前，既爲原物之一部，當不發生收取問題；至其已與原物分離時，應歸何人取得？則因各國立法例所採主義之不同，致有不同之規定

，德國固有法，原採「生產主義」，即認天然孳息，應歸孳息生產中原來提供資本

因法律關係所得之收益



或勞力之人所取得，例如甲於所有之原物上，已經播種施肥，而以之讓與於乙，其由原物產生之孳息，仍屬於甲，得以其爲獨立之物而處分之。此外，羅馬法以及法德日瑞諸國民法，則採『原物主義』，即認天然孳息，應屬於分離時享有原物所有權或其他權利之人，例如甲於今日向乙購得結有果實之樹，而爲樹之所有人，則以後由樹分離之孳息，亦應歸甲收取之（參照法民五八五條，德民一〇一條）。我國民法，係採『原物主義』，明定『有收取天然孳息權利之人，於其權利存續期間，取得與原物分離之孳息』（七〇條一項）。依此規定，凡天然孳息一經與原物分離，則有收取其權利之人，當然取得其所有權，無須更行占有也。至於何人有此權利，應就其分離時對於原物之法律關係而定之，不僅所有人占有人地上權人永佃權人典權人有此權利；即如承租人及借用人（使用借貸）亦得有此權利。

民法不採『生產主義』，而採『原物主義』者，蓋以一般社會制度，均側重於孳息分離時之權利人；至其生產中孰爲助力人（即曾出資本或勞力之人），則非所

採取原物  
主義之理  
由

原物主義  
之補救規  
定

注重。惟徵之實際情形，純採『原物主義』，亦不無缺點，故我民法亦在  
，而設補救之規定也（參照我民四六一條，德  
民五九二條九九八條）。

法定孳息  
之取得

## 第二 法定孳息之取得

法定孳息非與原物爲一體，原無與原物分離之可言，自可隨時繼續發生之，故  
有收取法定孳息權利之人，於其權利存續期間中，可按日收取之；若收取權利人前  
後不同，則各按其收取權利存續期間之日數，使之收取。例如利息之計算。即以債  
權存續期間之日數爲標準，租賃之計算，即以土地房屋所有權移轉之日爲標準是也  
。故我民法關於此點之規定，即仿法德日諸國民民法於七〇條第二項明定之（法民五八  
民一〇一條，日  
民八九條二項）（六條，德。惟德國民法限於定期收入物，始得依此原則，此外之法定孳息  
，則定爲應歸屬於交付時之收入權利人取得之。

私權之得  
喪變更

## 第四章 私權之得喪變更



# 第一節 總說

法律關係

## 第 法律關係

吾人社會生活關係中，凡受法律所規律者，稱曰「法律關係」。惟吾人社會生活關係，並非悉爲法律所規律，其受習慣與道德及宗教所規律者亦不少。在昔原始社會中，人類之生活關係，極少受法律之規律；後以社會進化，法律制度，漸臻完備，舉凡以前受他種規範所規律者。至是漸爲法律所規律，因之法律所規律之範圍，亦日漸擴大。故在現代法治國家中，吾人生活關係之大部分，皆受法律所規律，換言之，即現代人類大部分之生活關係，大都成爲法律關係矣。

吾人一定之生活關係，其所以須受法律之規律者，即因此生活關係所生之效果，終非純賴道德宗教及習慣之力所能保障，必依法律之力始克保障之，故在法律關係中，對於一定之生活關係，不能不與以法律之保障，而使其發生一定之效果，

法律效果  
與法律要件

此種效果，即稱曰「法律效果」；發生此種法律效果之生活關係，則稱曰「法律要件」。

法律效果  
與權利變動

## 第二 法律效果與權利變動

現代之民法，大都以權利爲本位，已屢如前述矣。故民法上所有法律之效果，終不外於「權利之變動」，申言之，即權利之得喪變更也。誠然凡屬法律要件，非皆直接發生權利之變動，例如法定代理人對於限制能力人之行爲予以同意，雖僅擴張其能力，並非直接發生權利之變動；然有此同意，限制能力人始能成立完全之法律行爲，即係間接影響於權利之變動。由此論之，故民法上之法律效果，係皆直接或間接發生權利之變動。茲就此變動之內容，分述如左：

私權之取得

(一) 私權之取得 私權與其新主體相結合時，即稱爲私權之取得，或稱爲私權之發生。其取得之方法，可分爲「原始取得」與「繼承取得」，前者即不基於他人既得之權利，而爲獨立取得之權利，故又稱爲「絕對的發生」，例如無主物之先

原始取得



與繼承取得

包括繼承與特定繼承

移轉取得與設定取得

私權之喪失

絕對的喪失與相對的喪失

占，遺失物之拾得，時效取得等是也。後者則基於他人既得之權利，而為繼承取得或傳來取得及移轉取得之權利，故又稱爲「相對的發生」。此種繼承取得，因包括繼承前主（即原權利人）之權利義務，與個別繼承前主之權利義務之不同，又可分爲「包括繼承」與「特定繼承」，前者如繼承、包括遺贈、公司合併等是；後者如普通權利之讓渡是。又因仍舊繼承前主之權利，與將前主權利內容之一部作爲別種之權利而繼承之不同，可分爲「移轉取得」與「設定取得」，前者如所有權之讓渡，債權之讓渡等是；後者如在所有權者之所有物上設定地上權抵押權等是也。

（二）私權之喪失 私權之喪失者，即權利脫離其主體之謂也（又稱爲私權之消滅）。此與私權取得之形式相同，亦可分爲「絕對的喪失」與「相對的喪失」，前者即權利本身歸於消滅，例如因物之消失，而致消滅其所有權是；後者即爲權利之移轉，其權利雖脫離其前主，尙有他人爲其新主，例如買賣之結果，就原主方面觀之，固爲權利之喪失；然就新主方面觀之，乃爲權利之取得，其權利本身，決不

因此而消滅，故僅可謂相對的喪失。

私權之變更

(三) 私權之變更

私權之變更者，即私權不失其同一性；不過變更其容態之

主體的變更

謂也。其變更可分爲下列三種：(一)爲『主體之變更』。如上述繼受取得或權利

之移轉，即其適例。(二)爲『內容或客體之變更』。此種變更，又可分爲『數量

客體的變更

的變更』與『性質的變更』二種，前者如所有權客體之擴張或減少等是，後者如以

交付特定物爲目的之債權，因債務不履行而變爲請求賠償損害之債權是。(三)爲

作用的變更

『作用之變更』。此種變更，雖可稱爲廣義的內容之變更；但從狹義方面言之，作

用與內容仍有區別，例如不能對抗第三人之權利，變爲得能對抗之權利，附有條件或期限之權利，變爲無條件或無期限之權利是也。

### 第三 法律要件與法律事實

法律要件  
與法律事實

(一) 民法上之法律要件，就中最主要者，厥爲『人之行爲』，人之行爲中，

法律要件

因損害他人須令賠償之違法行爲，固爲重要；然較此更爲重要者，尚有『法律行爲



法律行爲

契約行爲  
合同行爲  
單獨行爲

法律行爲  
與意思表  
示

意思表示  
合法律行  
爲之本體

『。法律行爲中，可分爲三種言之，即（一）爲買賣借貸之契約行爲，（二）爲設立社團法人之合同行爲，（三）爲財團法人之設立行爲或遺囑等之單獨行爲，任何法律行爲，皆爲吾人欲得一定之效果而爲之，故基於吾人之意思，使生法律效果之法律行爲，其在現代私法關係中，實已成爲最主要之法律要件，此爲稍加觀察社會之實況時所易理解也（參照下節第一款）。

（二）法律行爲，既於現代民法上爲主要之法律要件，故現代法學者，就法律行爲之本質，從事於理論上之分析，發見各種法律行爲之共通原則，實已盡其極大之任務。就其成效而言，其最顯著者，即在從事於法律行爲之分析，必先闡明意思表示之本質；更就意思表示而爲心理學上之分析，闡明其與他種類行爲之差異。茲分爲二點說明之：

（1）凡係契約之法律行爲，原由要約與承諾二種表意而成。故從個人意思自由（即自治）之立場而言，契約之本體，即可謂爲要約與承諾之意思表示。且不僅

契約如此，即契約以外之合同行爲及單獨行爲，亦莫不如此。是則如欲闡明所有法律行爲之共通原理，非先就構成其本體之意思表示，而研究其性質不爲功。

意思表示  
與其他行  
爲

(2) 其次，在心理學上從事於此意思表示之分析時，則所有意思表示之行爲，皆不外欲生一定效果之表示，因之可分爲感情之表示與知悉之表示。又雖同一之意思表示，然在私法上個人之意思表示，既得自治，故法律有認其爲個人所欲生之效果者，或基於其他之理由，有認其爲異於個人所欲生之效果者，此亦須區別言之。

法律要件  
與法律事  
實

(三) 所謂契約等等法律要件，既須有意思表示之要素存於其中，是則發生一定法律效果之法律要件，更須有組成之要素存於其中，此種要素，即稱爲「法律事實」。法律事實，構成具有獨立法律效果之法律要件，其與化學中之原子，係由單獨原子或與其他原子相結合而成者，極相類似。故在某種關係中，使生法律效果之一切自然界之事實，皆可爲法律事實，申言之，即凡私權之得喪變更，必基於一定



法律上之事實與事實上之事實

之原因，方能發生一定之結果，其結果，即為法律上之變動，其原因，即為法律上之事實。惟自然界之事實，亦非均有法律上之意義，其有法律上之意義者，自為法律上之事實。其無法律上之意義者，則為事實上之事實。欲就此點為詳盡之說明，自應讓諸各別之場所，惟為理解意思表示在一切法律事實中之地位，亦應將法律事實分類說明之。

法律事實之分類

#### 第四 法律事實之分類

法律事實之分類，極形繁複，惟就其最重要而且最普通者言之，則可大別為基於人之精神作用者（容態）與非基於人之精神作用者（事件）。茲為分晰述之。

基於人之精神作用

（一）基於人之精神作用者（容態） 此種事實，可稱之為『容態』，而分為『外部的容態』與『內部的容態』二種。

外部的容態

（1）外部之容態（行為） 吾人行為中如散步之事實，因其不生何等法律上之效果，自不能視為法律事實之行為。又吾人之行為，不僅可分為積極運動之『作

爲』，與消極狀態之『不作爲』；且可分爲『適法行爲』與『違法行爲』。

合法行爲  
與違法行  
爲

(甲) 合法行爲 此即法律所允許而確保其效果之行爲。更可分之爲『意思表示』與『意思表示以外之行爲』二種。

意思表示  
與意思表  
示以外之  
行爲

子 意思表示 例如契約之要約與承諾，法人之設立或遺囑等係以發生一定效果爲目的者，皆爲意思表示，法律因之認有發生表意者所欲得之效果，關於此點，當於以後詳論之。

丑 意思表示以外之行爲 此可稱爲法律的行爲或準法律行爲。在合法行爲中，法律不問其行爲者願意與否，如認爲合法者，須使其發生一定之效果。又視其精神作用如何，可分爲左列三點論之。

A 意思通知 例如無能力者之相對人所爲之催告，或要求債務履行之催告，即屬於要求他人行爲之意思通知；又如債務履行之拒絕，則屬於拒絕自己行爲之意思通知。法律對於此等情形，不問行爲者之直接意思如何，皆使發生無能力人行爲



之撤銷或追認、時效中斷、履行遲延、解除權成立等等重要之效果。故意思表示之內容（意欲）與法律上之效果，二者之關係，並非常為一致也。

B 觀念之通知 例如招集社員總會之通知 承諾遲到之通知是也。通知者雖不發表何等直接之意欲；而法律對此通知，却與以一定之效果。

C 感情之表示 例如具有離婚之法定原因時，夫妻之一方為感情之表示而加宥恕者是也。

(乙) 違法行為 違法行為者，即法律對於有礙社會生活之行為，為鎮壓或排除其結果，而與以一定之效果也。法律為達此救濟之目的，一方對於行為者課以一定之刑罰；一方有令行為者對於被害者填補其損害。關於刑罰之研究，自屬於刑法之範圍。民法惟能規定加害者對於被害者有損害賠償之關係，所有違法行為中之債務不履行與不法行為，亦應於債編中研究之。

內部的容態 (2) 內部的容態 此雖基於人之精神作用；但於外部並無何等之表現。因其

態

觀念的容態與意思的容態

精神作用之不同，又可分之爲二種。

(甲)觀念的容態 此即對於一定之事實，知或不知之容態也。法律對於知悉者，即名之曰惡意，對於不知者，則名之曰善意。要之因善意與惡意之分別而法律效果不同者，皆係法律事實也。

(乙)意思的容態 此即對於一定之效果，欲與不欲之容態也。隱藏之意思，雖難影響於法律效果；然如第三者爲債務之清償時，可爲意思的容態之適例。

不基於人之精神作用者

(二)不基於人之精神作用者(事件) 此即所謂自然之事實。例如時之經過、人之生死、物之破壞、果實之成長等皆非基於人之精神作用，純爲自然界之事實者是也。事件中關於人之生死及時之經過，在法律上最關重要，前者構成繼承時之法律要件，後者則構成時效之法律要件。

法律行爲

## 第二節 法律行爲



法律行為  
及意思表示  
之本質

## 第一款 法律行為及意思表示之本質

### 第一 法律行為自由之原則

現代所謂法律要件之最主要者，厥為法律行為，前已言之矣，因而吾人之私法關係，大部分皆由法律行為所構成。就吾人身分關係而言，概由一切身分上之法律行為而成立，就財產關係而言，概由一切財產上之法律行為而成立。惟此種狀態，實為近世法國大革命以後所產出。至若法國革命以前之情形，凡財產上及身分上之法律關係，大部分係由人之原有身分所決定。後因個人自由之主張，本其反抗之精神，歷經苦鬥，始以法國大革命為一轉變之時期，漸認法律之前，人人皆有平等之權利能力。由是人之意思始得以此為基礎，自由構成一切法律關係，此即人類文化『由身分關係變為契約關係』之一大進步也。

經此轉變後，在私法上所表現者，不僅有締結契約之自由；舉凡遺囑之自由，

由身分關  
係變為契  
約關係之  
進步

契約之自由  
法律行為  
之自由  
營業之自由

法律行為  
自由之原  
則在現代  
社會中之  
意義

社團設立之自由等，亦皆承認之，此即所謂「個人法律行為之自由」。而法律行為之自由，又不外「個人意思自由」之表現。此等私法上之原則，若由經濟立場言之，亦可謂為「營業自由」之原則。

法律行為自由之原則，破壞十八世紀末葉之封建狀態，促進十九世紀資本主義文化之發達，固不失為人類文化史上之偉觀。然在資本主義文明達於極度之社會中，此法律行為自由之原則，早已失其原來主張之意義。蓋今日之社會，個人相互間之貧富，既有絕大之懸殊，則個人間意思行為之自由，實不能認其毫無限制也。且個人間之意思行為，亦不能出於真正之自由，試就資本家與勞動者，地主與佃農，以及鐵道、電車、電燈、水道等大企業者與其被雇者各個相互間之契約而言，決不能純從當事人真正自由意思決定之，質言之其契約之內容，要不外一方能為自由之決定，他方惟能服從其決定耳。處此社會狀態之下，法律行為自由之原則，不能保持其在以前私法關係中之正當作用，已極顯然。若於社會狀態變遷後，仍欲維持此



法律行爲自由或意思自由之原則，已不可能，蓋此原則已失其存在之意義，決難規律現代個人間之私法關係，故本書於序論中已述及個人主義民法之三大原則，必須加以種種之修正也。

修正法律行爲自由之原則，若依意思表示之理論而言，即在根本否認個人意思之絕對性。在昔法國革命時之主張，原係依據自然法論之理由，認爲個人之意思有絕對無限制之自由，因之法律遂以此爲原則，而承認其效力。此種原則，爲破壞當時封建制度之障壁計，不得不本個人之自由意思，從事於自由之競爭，以之爲私法關係中之正當規範。然在今日社會狀態中，既然個人間之契約，多爲一方當事人之自由所決定，自不能有自由競爭之存在，故須以法律之力或團體之力限制個人意思之自由，始能建立切於實際之私法關係。誠然居今日經濟組織之下，仍須以私法關係中之某種部分委諸個人意思之活動，始能獲得適當之效果者，在所難免；要之，爲適應現代全部私法關係之要求，決不能單憑個人之意思，視爲唯一之手段。故於

今日仍欲適用法律行爲自由之原則，必須視其是否合於現代法律之思想與社會之實際以爲斷。

現代各國對於法律行爲之自由，固多容許；然其所持之態度，則與昔日不同。法國民法雖採個人主義；然於立法上亦加以適當之限制矣；德國民法則已採用限制個人主義（亦稱連帶主義）之原則，法律上雖承認有個人之自由，但須以不背社會國家共同生活之精神爲限度。蓋現代私人生活關係，既已日趨於社會化，無產者與資本家利害之衝突，既亦日趨於尖銳化，是立法政策即採限制主義，尙恐難應社會之要求，其不能採取個人主義，已無疑義。故現代個人之法律行爲，不僅不能違背公序良俗（我民七二條），且須受種種特別法（如勞動法、住宅法、農耕法）之限制，因之吾人在私法關係中活動之範圍，自須與現代法律精神相適應而後可。

## 第二 意思表示與法律行爲之關係

意思表示爲法律行爲不可缺之要素（即構成法律要件之法律事實），此爲現時

意思表示  
與法律行  
爲之關係



之通說，故欲知法律行為之本質，不可不先知意思表示之本質。就從來之通說論之，認為意思表示在心理上之經過，須以下列三點為要件：（一）即個人決定欲得一定效果之意思（效果意思）；（二）即具有發表該意思之意思（表示意思）；（三）即以該意思之發表為有價值之行為（表示行為）。在前二點中，無非以個人在內心上所決定之效果意思為主眼。惟以內心之意思為意思表示之本體，而使之發生法律上之效果，殊令相對人易受不測之損害，故不得不認有各種之例外；且吾人如欲排除個人意思絕對自由之觀念，進而採取個人間之生活關係須以客觀事實為其規範之理論時，則意思表示，應於客觀上以表示行為為其本體，較為正當。茲特詳為說明之。

表示行為

（一）表示行為 社會生活中個人間之交涉，皆以外形上之行為為媒介。故欲意思表示發生法律上之效果，須先有足令他人推斷自己係何意思之行為。此表意上具有價值（表示價值）之行為。即謂為「表示行為」。表示行為，普通雖以語言文

字爲之，然亦有於語言文字之外，依舉動而成立者；且有依沉默之態度，而亦具有一定之表示價值者，要之凡係足令他人推斷自己有一定意欲之積極行爲或消極行爲，皆謂爲表示行爲，故意思表示，得分爲『明示』或『默示』之二種，此種區別，亦不過於表示價值上有大小之差耳；而其發生法律上之效果則一也。表示行爲既係有意識之舉動，故睡眠中之舉動，及受不可抵抗之強制舉動，雖有行爲之外形，亦不得謂爲有表示行爲之價值。但現代私法關係中，亦有純依行爲之外形而收行爲之效果者，例如票據行爲及有價證券之作成等純賴行爲之外形而爲交易是也。究之此係私法關係中之商事行爲，自應以特殊之例外視之。

## 效果意思

(二)效果意思 表意者之表示行爲，須能推斷其有欲生一定效果之意思，此種意思，即謂爲『效果意思』。效果意思之內容，即表意者於社會關係中法律認其應生法律之效果，故如親子間對於細物之借貸，友人間在儀禮上之約束，以及純係宗教上之約束等，皆不發生法律上之效果，僅能發生道德或宗教上之問題，因之具



有此種內容之意思，不得謂爲效果意思。又表意者表示不生法律效果僅係德儀之意思時，法律亦可於原則上認其不生法律上之效果，自無效果意思之價值；惟此理論之適用，並非簡單之問題，其最重要者，厥爲債務中關於「德儀上之支付」，以及「不爲強制執行」等等約束之問題，欲就此爲適當之解決，當視當事人意欲之內容究至若何之程度，而認其應否發生法律效果也。

效果意思，既係須依表示行爲之外形始能推斷之意思，故行爲者如因偶爾之錯誤或其他之理由，致令意思與表示不相一致時，若從其表示之意思，使生法律效果，則未免對於行爲者失於過酷，因之法律爲兼顧本人之地位與其對方之地位，有時亦得否認應依意思表示所生之效力。由此言之，則效果意思，亦可分爲二種：卽在內部事實上之意思，可謂爲「心中之效果意思」；而依表示所推斷之意思，則可謂爲「表示上之效果意思」。通說雖以前者爲意思表示之本體；惟爲保護表意者之利益計，應視前者不過爲意思表示之一要素耳。

表示意思

(三) 表示意思 依通說論之，則除上述「表示行爲」與「效果意思」之外，尚須以「表示意思」爲意思表示之要件，換言之，即行爲者當爲表示行爲時，必須自己有爲表示行爲之「意識」。依此理論，自須以表示意思爲效果意思與表示行爲之連絡意思，苟缺此連絡意思，是縱有表示行爲，而意思表示亦將不能成立矣。反之，依惟以表示行爲爲「意思表示之中心」之理論而言，則雖缺乏表示意思亦於意思表示之成立，無關重要也。

### 第三 法律行爲之成立與其效力之發生

法律行爲  
之成立與  
其效力之  
發生

法律行爲之成立者，即得認爲法律行爲而成立之謂也；其效力之發生者，即謂得能發生合於法律行爲內容之效力也。法律行爲成立之要件有三：(一) 須有當事人；(二) 須有內容；(三) 須有意思表示。三者缺一，法律行爲即不成立。惟欲使三者具備之法律行爲發生效力，更須具備發生效力之要件：舉凡當事人須有一般及特別之權利能力；法律行爲須有適當之內容；意思表示須與當事人內心之意思爲



一致等等皆是也。茲須注意者：卽有效之法律行爲，其效力固因成立而發生；然亦有不因成立而發生者，例如遺囑卽爲後者之適例。又依表意者之意思最能左右效力發生之時期者，則爲條件及期限。凡此等等，自須逐漸說明之；此處不過爲明瞭意思行爲之成立與效力發生之區別，特先示以大略耳。

#### 法律行爲 之定義

#### 第四 法律行爲之定義

法律行爲之定義，民法上雖無明白規定，學者間雖亦見解各異；然就上述法律行爲及意思表示之本質觀之，亦能得其概念：卽法律行爲者，係指以意思表示爲要素之法律要件而言，申言之，卽凡具此法律要件，法律依據表意人之所欲，使生私上之效果者，斯曰法律行爲。

#### 法律行爲 之分類

#### 第一款 法律行爲之分類

法律行爲，得依種種之標準而分類，茲舉其重要者如左：

#### 本論 第四章 私權之得喪變更

單獨行爲  
契約共同  
行爲

第一 單獨行爲、契約、共同行爲

此係以表示行爲之容態爲標準而分類，茲爲分述之。

(一) 單獨行爲 單獨行爲，係由一方之意思表示即能成立之法律行爲，亦稱「一方行爲」。換言之，即此種行爲，僅須一方爲意思表示，無須得相對人之同意，即可發生法律效力。如捐助行爲、債務免除、遺囑、以及私生子認知等，皆爲單獨行爲之適例。但此所謂一方之意思表示，雖僅以一人一個意思表示爲已足；但亦非以一人一個意思表示爲限，故偶然由多數當事人爲同一之意思表示，具有同一之意義者，仍不失爲單獨行爲，例如由數人同爲捐助行爲是也。

有相對人  
之單獨行  
爲與無相  
對人之單  
獨行爲

單獨行爲又可分爲有相對人之單獨行爲與無相對人之單獨行爲二種，前者須對於特定人爲之，例如承認、撤銷、及債務免除等是；後者無須對於特定人爲之，例如捐助行爲是。

契約

(二) 契約 由二個以上相對應之意思表示而成立者，即爲契約。申言之，即



廣義的契約與狹義的契約

契約係由當事人雙方意思表示（即要約與承諾）之合致而成立之法律行為也，故又稱爲「雙方行為」。就契約係由多數當事人交相表意，各有區別之意義而言，此即與共同行為不同之處。共同行為與單獨行為在民法上均無共通原則之規定；不若契約於債編中除示以共通之原理外，尚有極詳盡之規定，如買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、雇傭、承攬等等是也。

契約原有廣狹二義，就廣義言之，契約不僅以成立債之關係爲限，即以成立物權關係或身分關係爲目的之法律行為，亦可稱爲契約。若就狹義言之，則惟限於成立債之關係者始稱之爲契約。德國民法係從前者（德民一四五條）；法國民法則從後者（法民一一條）。我國民法既規定契約於債編之中，顯係依從狹義之解釋；惟依前大理院判例觀之，凡以物權關係，親屬關係或繼承關係之成立或消滅爲目的之法律行為，皆爲契約，此又係從廣義之解釋也（因新舊民草均仿德國民法，從廣義之解釋，特於總則編中設契約之規定故也）。

共同行爲

(三) 共同行爲 由二個以上具有同一趨向之意思表示而合成之法律行爲，卽爲「共同行爲」，亦稱「協同行爲」。故各當事人須皆有同一之意義同一之內容，始得成立共同行爲，如社團法人之設立行爲，卽其適例，他如決議、選舉等，亦可列入其中。

共同行爲  
與契約之  
異點

共同行爲與契約是否相同？學說上頗不一致：有謂共同行爲爲契約之一種者，有謂共同行爲與契約截然不同者。究之從意思表示之「數量」言之，共同行爲須有二個以上之意思表示相合致，此與契約相同者；但從意思表示之「趨向」言之，則與契約有異，因契約係由二個以上趨向不同之意思表示而成立；而共同行爲則由二個以上同一趨向之意思表示而成立；因之契約之意思表示，其內容及效果，均係彼此相反，不過彼此有「相反而實相成」之作用；至於構成共同行爲之意思表示，其內容及效果均係彼此相同，純爲平行合流之一致，故二者相較，終有差別也。

要式行爲

第二 要式行爲、不要式行爲



不要式行爲

此種分類，係以表示行爲是否須用一定之形式爲標準。故構成法律行爲要素之意思表示，須依一定之形式（例如作成書面）始能成立者，稱爲『要式行爲』；其不須依一定之形式（即方式自由）亦得成立者，則稱爲『不要式行爲』。近代法律對於法律行爲之形式，大都以不要式爲原則，而以要式爲例外，故一般之行爲，皆爲不要式行爲。然爲使當事人之舉動特加慎重計，爲使法律行爲之存在特別明瞭計，爲使某種權利之範圍便於明瞭計，而使法律行爲成爲要式者，自亦不少，例如遺囑、婚姻、票據等是也。

生前行爲  
死後行爲

### 第三 生前行爲、死後行爲

此種分類，係以法律行爲發生效力之時期爲標準。故因行爲者之死亡而發生效力之法律行爲，即爲『死後行爲』，亦稱『死因行爲』，例如遺囑及遺贈是也。除此死後行爲以外之一切法律行爲，皆爲『生前行爲』，例如買賣、贈與、借貸等一切法律行爲皆是也。至若生命保險契約，因行爲人生前即負有支付保險金之義務，

故亦爲生前行爲。

獨立行爲  
補助行爲

#### 第四 獨立行爲、補助行爲

此種分類，係以法律行爲本身是否含有獨立性爲標準。凡無獨立性之行爲如『同意』，『允許』等，即爲『補助行爲』；反之，有獨立性之行爲，則爲獨立行爲

主行爲  
從行爲

#### 第五 主行爲，從行爲

此種分類，係以法律行爲是否基因其他法律行爲而成立爲標準。凡以他種法律行爲或他種法律關係之存在爲前提而始成立之法律行爲，即爲『從行爲』；爲從行爲之前提之法律行爲，則爲『主行爲』，例如夫婦財產契約係以婚姻之成立爲前提，質權設定契約係以債權之存在爲前提。故婚姻與債權皆爲主行爲，夫婦財產契約與質權設定契約皆爲從行爲。從行爲對於主行爲既有從屬關係，則從行爲自受主行爲之支配，而與其同命運。至於主從關係密切之程度，則因各種行爲之差別而不同



## 第六 債權行爲、物權行爲、準物權行爲

此係以法律行爲發生效果之種類爲標準而分類，茲分述之如次：

(一) 債權行爲 凡以發生債權債務之效果爲要素之法律行爲，卽爲「債權行爲」。債權行爲，有以契約成立者（學說上稱爲債權契約），如買賣借貸等是；有以單獨行爲成立者，如特定名義之遺贈是。

(二) 物權行爲 凡使物權發生得喪變更之效果之法律行爲，卽爲「物權行爲」。其中有以契約成立者（學說上稱爲物權契約），如所有權之讓與是；有以單獨行爲成立者，此則極爲少數。

(三) 準物權行爲 物權行爲以外之非屬於債權行爲者，卽謂爲「準物權行爲」，例如債權之讓與，債務之免除，無體財產權之讓與等行爲，雖與普通物權行爲有別；然其直接所引起之法律關係，終與物權行爲相類似，故稱爲準物權行爲。

要因行爲  
不要因行爲

第七 要因行爲、不要因行爲

此種分類，係以給付行爲是否得與其原因分離爲標準。凡爲財產之給付，事實上須有給付財產之原因始能成立者，卽爲「要因行爲」，亦稱「有因行爲」，通常之債權行爲屬之。反之，不須有給付財產之原因亦得成立者，則爲「不要因行爲」，亦稱「無因行爲」，通常之物權行爲、準物權行爲、及票據行爲皆屬之。要因行爲缺乏原因時，其給付行爲則爲無效。例如成立買賣契約時，買受人因取得財產權而負給付價金之義務，出賣人因受領價金而負移轉財產權之義務，是此財產之給付，均須互有原因，始能成立一法律行爲；設有一方債務不成立時，買賣卽歸無效，他方當事人自亦無債務之可言，反之，如係無因行爲，則其原因之存否，毫無影響於其效力，卽令缺乏原因時，亦不過僅生不當利得之返還義務。例如本票之發出，卽係無因行爲，故因支付價金而發出本票時，卽令價金債務不存在，其票據仍非無效，不過僅依不當利得負返還之債務而已。



有償行爲  
無償行爲

### 第八 有償行爲、無償行爲

此種分類，係以當事人之給付是否有對價爲標準。在給付行爲中，凡有對價關係者，即爲「有償行爲」；其無對價關係者，則爲「無償行爲」。前者如買賣、互易、交互計算、租賃、僱傭、承攬、以及有利息之消費借貸皆是也；後者如贈與、使用借貸、以及無利息之消費借貸皆是也。

### 第九 有相對人之行爲、無相對人之行爲

此種分類，係以意思表示是否向特定人爲之爲標準。凡對於特定相對人而爲意思表示者，即爲「有相對人之行爲」；非對特定相對人而爲意思表示者，則爲「無相對人之行爲」。前者如撤銷、承認、及解除等是也；後者如遺囑及捐助行爲等是也。故前者須俟相對人受領其意思。後者則不以受領爲必要。

### 第十 設權行爲、變權行爲、廢權行爲、保權行爲

此種分類，則以私權之發生、變更、消滅、以及保存或確定爲標準。凡法律行

設權行爲  
變權行爲  
廢權行爲  
保權行爲

有相對人之行爲  
無相對人之行爲

爲以發生權利爲標的者，即爲「設權行爲」，例如物權之設定是；其以變更權利爲標的者，即爲「變權行爲」，例如權利之讓與是；其以消滅權利爲標的者，即爲「廢權行爲」，例如債務之免除是；其以保存或確定已存之權利爲標的者，即爲「保權行爲」，例如對於得撤銷行爲之追認是。

第十一 現實行爲、非現實行爲

現實行爲  
非現實行爲

此種分類，係以是否另有實現意思表示之行爲爲標準。故於意思表示之外，尙須有現實之成分始能成立之法律行爲，即爲「現實行爲」，例如寄託須以物交付於他方始能成立者是；此外之法律行爲，均爲「非現實行爲」。通常法律行爲，惟以意思表示爲要素，無須其他要素即能成立，此原則也；然若法律行爲尙須有其他要素始能成立者，則須法律另有特別之規定，或當事人另有特別之訂定。

第十二 完全行爲、不完全行爲

完全行爲  
不完全行爲

此種分類，係以法律行爲是否完全發生效力爲標準。凡能完全發生效力之法律



法律行為之目的

行爲，即爲「完全行爲」；反之不能完全發生效力者，則爲「不完全行爲」。後者又可分爲三種：（一）爲「無效」之行爲，即完全不能生效之行爲；（二）爲「得撤銷」之行爲，即不能確定有效之行爲；（三）爲其他不完全行爲，如附停止條件之行爲及無權代理行爲是也。

### 第三款 法律行爲之目的（法律行爲之要件或內容）

法律對於當事人欲生效果之法律行爲，並非皆須承認之，必須本諸一定之理由，認爲適當者，始能加以助力，而確定其應得之效果。故當事人對於法律行爲之效果發生爭執時，須先明瞭該法律行爲之目的（即當事人依其法律行爲所欲發生之效果），法律方能決定應否加以助力之態度；當其決定態度之先，自須就該法律行爲所確定之目的果否可能？及依現代法律精神之見地應否允許等等而審查之。因而吾人研究法律行爲之目的（即其內容或要件），須先就下列諸點於本款說明之：即（

一) 爲行爲人有無行爲能力？(二) 爲目的是否確定(法律行爲之解釋)？(三) 爲目的是否可能？(四) 爲目的是否合法？(五) 爲目的是否合於社會性？(六) 爲法律行爲之方式。且除研究此等要件之外，尚須於本款以下研究當事人之意思與其表示是否爲一致？及其一致時是否出於意思決定之自由？茲就前列六點先爲說明之。

### 第一項 行爲人須有行爲能力

行爲人須  
有行爲能  
力

法律行爲，係以行爲人有行爲能力爲其一般之有效要件，故無行爲能力人之行爲，與限制行爲能力人之行爲，以及有行爲能力人在無意識或精神喪亂中所爲之行爲，自爲『不完全行爲』，法律對之，自亦分別定其適當之態度，茲爲分述之。

#### 第一 無行爲能力人

無行爲能  
力人

無行爲能力人之意思表示爲無效，此爲民法第七十五條前段所明定。故無行爲能力人不問其實際上有無意思能力，其於財產上之一切行爲，概不得自爲或自受意



思表示，必須由法定代理人代爲或代受意思表示，方生效力<sup>(七六)</sup>。無行爲能力人既不得自爲或自受意思表示，更不得爲他人之代理人，自不待言。

無行爲能力人之法定代理人（即指行使親權人及監護人而言），與限制行爲能力人之法定代理人，彼此權限實有不同，後者具有代理權及能力補充權，前者僅有代理權。故限制行爲能力人如得法定代理人之允許，尙得自爲法律行爲；而無行爲能力人之法律行爲，則必須法定代理人完全代理，不得自爲之。然代理行爲亦有一定之限度，不僅關於身分上之行爲，法定代理人不得代理，即財產上之行爲，亦有因法律之規定，或性質之限制者，亦不得代理之。

有行爲能力人所爲之意思表示，在原則上固屬有效，然在意識或精神錯亂中所爲之意思表示（例如在睡夢、泥醉、疾病昏沉中、或偶發之精神病人在心神喪失中所爲之意思表示）則與無意識之表示無異，故亦認爲無效<sup>(七五條後段)</sup>。

## 限制行爲

### 第二 限制行爲能力人

#### 本論 第四章 私權之得喪變更

能力人

限制行為能力人既非如無行為能力人絕對不得自為或自受意思表示，亦非如有行為能力人完全得能自為或自受意思表示，故其自為或自受之意思表示，以應得法定代理人之允許為原則；以不須經其允許為例外。茲為分述如左：

應得法定代理人允許之行為

(一) 應得允許之行為 限制行為能力人之法律行為，既應得法定代理人之允許，始生效力(七七條前段)；是則未得允許之法律行為，究應有如何之效力？立法例對

於此點，尚不一致，有不問其未得允許之法律行為究為單獨行為，抑為契約，均認為得能撤銷者，如日本民法是（我國前大理院判例仿此）；有規定單獨行為為無效，而認契約得因承認而生效者，如德國民法及我國現行民法是。要之，單獨行為與契約之性質既有不同，則其行為人應負之責任自亦有別，故法律仍宜分別規定之。

屬於單獨行為者

(1) 限制行為能力人所為之單獨行為 此種行為如未得法定代理人之允許，根本使之無效(七八條)。故不問其為有相對人之單獨行為（如契約解除、債務免除），抑為無相對人之單獨行為（如捐助行為），法律為保護限制行為能力人之利益，不



屬於契約者

令蒙受損害計，自應使其無效也。

(2) 限制行為能力人所訂立之契約，其未得法定代理人允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始能生效<sup>(七八條)</sup>。此種承認，不僅法定代理人在事後得能

爲之；即限制能力人在其限制原因消滅後（即未成年人已成年或結婚），亦得自爲承認<sup>(八一條)</sup>。

不須允許之行爲

(二) 不須允許之行爲 限制行為能力人關於財產上之行爲，雖以得法定代理人之允許爲原則；但有左列情形之一者，不待法定代理人之允許，即可獨立爲之。

因純獲法律上利益而爲之行爲

(1) 因純獲法律上利益而爲之行爲 此所謂純獲法律上之利益者，即指專得權利或專免義務及其他專得法律上之利益毫無損害而言。惟就純獲利益之範圍言之，立法例亦有不同：有僅定爲專得權利，或專免義務之行爲者，如日本民法是，我國舊民法從之；有汎定爲純獲法律上利益之行爲者，如德國民法是，我國現行民法從之<sup>(七七條)</sup>。至於何種行爲方可謂爲純獲利益之行爲？則應依其法律行爲之性質

而定之，故如限制行為能力人所爲之雙務契約、有償契約、以及抵銷行為等雖獲經濟上之利益，亦不得獨立爲之；必如贈與之承認、遺贈之承認等專得權利之行為，或如接受債務之免除及解除或終止專負義務等專免義務之行為，以及其他專得法律上利益之行為（例如爲第三人契約享受利益之表示），始得獨立爲之。

因日常生活所必需而爲之行為

(2) 因日常生活所必需而爲之行為 何種行為爲日常生活所必需之行為？應依社會見解及限制能力人之年齡與身分而定之。

因法定代理人允許處分財產而爲之行為

(3) 因法定代理人允許處分財產而爲之行為 限制行為能力人雖無處分財產之能力；然若法定代理人認爲有允許其處分特定財產之必要而爲允許時，限制行為能力人在其允許之範圍內，即得爲處分行爲（八四條）。所謂處分行爲者，係指對其財產上之權利得爲變更消滅或限制之法律行為而言，申言之，即得法定代理人之允許後，不僅對於該財產得爲管理或保存及改良之法律行為，即物權行為或債權行為亦得爲之。惟其允許處分之財產既經指定一定目的者，限制能力人自應於該目的之範



因法定代理人允許獨立營業而爲之行為

圍內處分之，例如有親權者以額定金錢交於未成年入爲修學費用時，未成年入即得本此目的自由處分之是也。

(4) 因法定代理人允許獨立營業而爲之行為 限制行爲能力人本無獨立營業之能力；然若法定代理人認爲有允許其獨立營業之必要而爲允許時，限制能力人關於其營業，即有完全行爲能力（八五條一項）。惟限制能力人於開始營業後，法定代理人若發見其有不勝任之情形時，仍得將其允許撤銷或限制之（八五條二項）。

關於允許營業之規定，各國立法例亦有不同：有規定允許之營業，僅以一種或數種之營業爲限者，如日本民法是；有規定允許之營業，不加種類之限制者，如德國瑞荷等國民法是。我國民法既汎稱允許營業，自係依據後者之規定，故凡商業、農業、工業、鑛業等皆可屬於允許營業之範圍。

法定代理人之權限代理權與能力補充

(三) 法定代理人之權限 法定代理人之權限有二：即「代理權」與「能力補充權」是也。所謂代理權者，即指法定代理人得代爲或代受意思表示，使其效果直

權

接歸屬於限制能力人而言；所謂能力補充權者，即係『允許權』及『承認權』之總稱。法定代理人有允許限制能力人自爲或自受意思表示之權限，是曰允許權。其對限制能力人自爲而未經允許之契約，有與以承認之權限，是曰承認權。茲就允許與承認之實質分述如次：

允許權與承認權

允許之性質

(1) 允許 允許云者，即贊同限制行爲能力人自爲或自受意思表示之法律行爲也。此種允許行爲，不僅爲單獨行爲，亦可謂爲補助行爲，故就其『性質』而言，實與日本民法所稱之『同意』無異，應適用關於法律行爲及意思表示之規定。又就允許之『方法』而言，通常係向限制能力人爲之（應於限制能力人未爲或未受意思表示前爲之）；但依民法一一七條之規定時，亦得向相對人爲之。又就允許之『效力』而言，允許既係僅能補充限制能力人之能力，使其得爲完全有效之法律行爲，是其自身已無獨立性之可言，不過僅有促令他人行爲得爲有效之效力耳。

承認之性質

(2) 承認 承認云者，即係追認限制能力人自爲而未經允許之契約，使其發



生與已經允許者有同一效力之法律行為也。此種承認行為，亦為單獨行為，且係補助行為，自亦適用關於法律行為及意思表示之規定。其承認之方法，應於限制能力人訂立契約後以意思表示為之（六一條）。其表示行為，固應向法定代理人之相對人為之（六一條）；但向限制能力人為之，亦應認為有效。故限制能力人自為而未經允許之契約一經承認後，應自訂立契約時起即生效力，非自承認時起始生效力也（五一條）。

相對人之  
承認

（四）相對人之保護 限制能力人未得法定代理人允許而為『單獨行為』時，民法確定其無效，原於相對人無何等不利益之可言；其在無相對人時，更無論矣。然若限制能力人未得允許所訂之『契約』則不然。此未得允許所訂之契約，在未經驗以前，既非確定有效，亦非確定無效，乃居於不確定之地位。儻令此不確定之狀態長期存續，相對人勢必因此感受不利，故法律為保護相對人之利益計，特許其行使『催告權』或『撤回權』以救濟之（八〇條至八二條）。又若限制能力人所為之法律行為（此應不問其為單獨行為抑為契約），在其具有欺詐情形，已對其無保護之必要

時，則其行爲雖未得允許，亦應認爲有效，此亦保護相對人之道也。(八三)。茲將催告與撤回二點，分別說明於后。

催告

(1) 催告 限制能力人未得法定代理人允許而訂契約時，其相對人爲確定該契約是否有效，得定一個月以上之期限，催告法定代理人是否承認；又限制能力人於限制原因消滅後，尙未自行承認未經允許所訂之契約以前，其相對人亦得向本人（前係限制行爲能力人，現已成爲有行爲能力人）爲同一之催告。若法定代理人或本人不於所定期限內爲確答時，即視爲拒絕承認(八〇條及八一條二項)。茲將催告之性質、方法及效力分述之：

催告之性質

(甲) 催告之性質 法律准許相對人行使催告之權利，即爲「催告權」。此催告權，乃爲形成權之一種，使由催告發生法律上一定之效果。惟就催告之本質言之，祇能謂爲要求他人確答是否承認之一種觀念表示，原與行爲人之意思無關；不能直謂爲法律行爲或意思表示；但以其爲類似法律行爲之一種，自應準用關於法律行



爲及意思表示之規定。

催告之要件

(乙) 催告之要件 催告須於未經承認前，向法定代理人爲之；須於限制行爲能力之原因消滅後，向其本人爲之。但無論向何方爲之，均須定一個月以上之期限。若未定期限或定有期限而不在一月以上者，均應認爲無效。其期限之起算，則準用民法第九十四條及九十五條之規定，應從催告時起，即發生效力。

催告之效力

(丙) 催告之效力 受催告人在所定期限內確答承認，其法律行爲即應遯及成立時而發生效力；若係拒絕承認，則其法律行爲自始即不發生效力；因其不爲確答而視爲拒絕承認者亦同。就確答承認之性質而言，乃係向相對人爲承認之意思表示，自應適用一般意思表示之規定；至於確答拒絕承認與不爲確答時，不過同爲一種觀念表示（前者爲明示，後者爲默示）；惟以其類似法律行爲之故，亦可準用意思表示之規定。

撤回

(2) 撤回 限制能力人未得法定代理人之允許而訂契約時，其相對人不僅得

能行使催告權；且若不願契約成立，亦可於未經承認前行使『撤回權』。但於訂立契約時知其未得允許，而仍與之訂立契約者，則不許撤回之（八二條）。茲將撤回之性質、要件、方法、及效力等分述之：

撤回之性質

（甲）撤回之性質 法律准許相對人有撤回之權利，是曰『撤回權』。此撤回權亦為形成權之一種。即使已經成立之要約或承諾，自始即歸無效之意思表示，自應適用關於意思表示及法律行為之規定。

撤回之要件

（乙）撤回之要件 撤回之要件，（一）須在法定代理人對於契約之有效承認到達相對人以前為之；又於催告以後，亦可為之。（二）須在訂立契約之當時，相對人不知未得允許者為之；以後雖已知之，亦無妨於撤回權之行使。

撤回之方法

（丙）撤回之方法 撤回為有相對人之單獨行為，應以意思表示為之。惟其意思表示，如在限制原因未消滅前，應向法定代理人為之。如在限制原因消滅後，則應向本人為之。



撤回之效力

(丁) 撤回之效力 未得允許所訂之契約，與通常契約不同。通常契約由要約及承諾結合成立時，要約及承諾之效力即歸消滅，自不能再行撤回；若係未得允許之契約，在其未經承認以前，要約及承諾之效力尚係存續。故所謂撤回契約者，直指撤回契約之要約及承諾而言也。

撤銷權之剝奪

(3) 對於限制能力人之撤銷權之剝奪 剝奪限制能力人之撤銷權，亦係保護其相對人之道，蓋法律賦予限制能力人以撤銷權者，原以保護其利益為目的。然若限制能力人使用詐術，使相對人信其為有行為能力人，或使相對人信其已得法定代理人之允許時，法律即無加以保護之必要，應使其法律行為為有效(八三條)。此所謂使其法律行為為有效者，乃指逕由法律認其行為為有效而言，申言之，即相對人不僅不得表示撤回；且不須行使催告。又限制能力人不僅不得主張無效；且不須表示承認。故適用此項剝奪撤銷權之規定時，應具次述之要件：

剝奪撤銷權之要件  
須出於故意

(甲) 須限制能力人出於故意 此所謂故意者，即謂限制能力人有使相對人就

該法律行為信其爲有行為能力人，或已得法定代理人允許之故意也。

須曾用詐術

(乙) 限制能力人曾用詐術 此所謂詐術者，即指具體事實上曾用積極詐欺手

段而言，例如偽造已成年之證書，或偽爲已得允許之書信是也。

須相對人陷於誤信

(丙) 須相對人陷於誤信 所謂誤信者，即謂相對人因限制能力人使用詐術而誤信其爲有行為能力人或已得法定代理人之允許也。

須因誤信而爲法律行為

(丁) 須因相對人誤信而爲法律行為 限制能力人雖用詐術，而相對人並未因其行詐而爲法律行為時，其間仍無因果關係。故必相對人因誤信其爲有行為能力人，或已得允許而爲法律行為時，始得適用此項之規定。

目的之確定

## 第二項 目的之確定（對於法律行為之解釋）

意義

### 第一 意義

法律行為之目的云者，即指行為人欲因該法律行為所生之效果而言，質言之，即法律行為之內容也。惟法律行為之目的（即內容），終不外由意思表示之目的（



法律行為  
之解釋與  
意思表示  
之解釋

即效果意思之內容)而定之，蓋以意思表示爲法律行為之要素故也。

然就契約之內容(目的)發生爭執者言之，大都非以組成契約之要約或承諾兩種意思表示之內容爲問題，乃以兩種意思表示內容中合致之部分(即構成契約內容之部分)爲問題，故普通不曰意思表示之解釋，而曰法律行為之解釋。但就解釋兩者之標準言之，並無不同也。

法律行為及意思表示所生之效果，須由表示行為所決定，前已言之矣。故法律行為之解釋，即在明瞭表示行為之意義。蓋組成表示行為之言語舉動，多有曖昧或不完全之缺憾，故欲使之明瞭或完全，即爲解釋之第一任務。又因普通人多缺乏法律知識，其意思表示自多不合於法律，故欲使其合於法律之適用，即爲解釋之第二任務。要之欲使當事人所有不完全不明瞭以及不合法律之表示行為，至於完全明瞭而且合於法律之程度，足令當事人欲達之目的，得有法律援助之基礎者，皆非賴此解釋不爲功。

解釋與心中之意思

解釋法律行為之任務，亦有解為在於探求表意人之真意（內心上之效果意思）者；惟此種見解之誤點，在以法律行為之效果，皆歸於個人之真意。其錯誤之來源，要亦出自個人意思自治之思想。不知意思表示，必須專賴表示行為始得實現。至於內心上之效果意思，其在錯誤時，雖能左右法律行為效力之有無；究不能謂其皆能影響法律行為之內容也。

解釋之標準

各國立法例對於法律行為解釋之一般的標準，亦有特設規定者（法民一一一五六條至一一一六四條）；我國民法對此雖無明文，然就此解釋之本質論之，其重要之

標準，亦可約舉如下：即（一）當事人所企圖之目的；（二）習慣；（三）任意法規，（四）誠實信義之原則等是也。此外，亦有以從事於意思表示之言語舉動，列入解釋之標準者；然此言語舉動，毋甯視為組成表示行為之要素，蓋吾人之言語舉動，皆須以具體事項為背景，始有適切之意義，離此具體事項，即無何等意義，故不能僅以言語舉動為解釋之標準也。



內容不確定之法律行為爲無效

當事人所企圖之目的

法律行爲之內容，若已依種種標準而尚不能確定時，其法律行爲，自爲無效。故學者多以目的之確定。爲法律行爲之有效的要件。茲就下列標準分述之。

## 第二 當事人所企圖之目的

解釋法律行爲之第一標準，即在探求當事人所欲達之社會目的或經濟目的，藉以明瞭其法律行爲之全部內容，俾能與其目的相適合。故德國民法（三三）規定解釋之標準，可不拘於其所使用之辭句，務求察知當事人真正企圖之旨趣。即令當事人隱匿之意思不易探及；亦不能不盡量探求以爲解釋之根本標準。我國民法亦仿德國之規定，特明示之（九八）。

習慣

## 第三 習慣

法律行爲所使用之辭句，應從其行爲之場所及當事人所屬之階級習慣或其他交易習慣而解釋之。且不僅解釋辭句如此，即對於法律行爲之全部內容，亦應依據此等習慣決定之。蓋吾人之表示行爲，大都爲習慣所支配，故以習慣爲解釋之標準。

極合於實際。各國民法多有此種規定（例如日本民法）；我國民法則無此明文；但在實際上亦應有此解釋也。

事實之習慣

惟茲所謂習慣者，乃「事實之習慣」，並非民法第一條中所稱之習慣（習慣法），前者僅在社會上缺乏法律之觀念；而其不能背於公共秩序或善良風俗，則與後者相同也。故以習慣為解釋法律行為之標準時，須以不背公秩良俗為要件。如係違背公秩良俗之習慣（即與強行法規不同之習慣），根本已無效力之可言，自不能用為解釋之標準。且在實際上，若有異於任意規定之習慣存在時，此習慣並能優先任意法規而為解釋之標準。至對於強行法規與任意法規皆不存在之事項，如有習慣存在時，此習慣得為解釋之標準，更無論矣。

任意法規

#### 第四 任意法規

法律行為之內容如與強行法規不能相容時，其法律行為自不能認為有效。然其內容若僅異於任意法規時，則可從其內容，發生效力。蓋法律於某種限度內，允許



表意人之自由故也。

若依其他標準，皆不能確定法律行為之內容時，即以任意法規為確定之標準。換言之，即任意法規可次於習慣而為解釋法律行為之標準也。

任意法規  
之二種解  
釋作用

任意法規之解釋作用，大體可分為兩方面觀察之：（一）在意思表示欠缺時，可以之為補充；（二）在意思表示之意義不明時，可以一定之意義解釋之。前者於法文中常多使用『限於無別項規定』之文字，以表現任意法規在解釋上之作用；後者於法文中常多使用『推定』之文字，以表現其同樣之作用。任意法規因有此兩種之作用，又可稱為『補充法規』與『解釋法規』。惟就其補充意思表示不完全之分或解釋其不明瞭之部分而為區別者，亦不過僅有程度上之異差。實則二者之作用，皆不外對於法律行為之內容，使其完全而且明瞭而已。

誠信之原  
則

#### 第五 誠信之原則（法理）

德國民法第一五七條明定：『契約，應顧及交易之習慣，依照誠信之原則，解

釋之』。我國民法雖無此明文；然爲法律行爲之解釋時，如係以表示行爲決定其客觀之意義，自須應用誠信之原則（或法理），以爲解釋之標準。且由個人意思行爲處理私法關係時，須此意思行爲之內容合於法理，更爲當然之結論。故不論係以當事人之真意爲解釋之中心，抑以習慣或任意法規爲解釋之標準，要不外使法律行爲之內容，能在法理或誠信之原則上爲其具體之表現。故無其他標準可資解釋時，此誠信之原則，遂成爲獨立之標準。

#### 第六 解釋法律行爲爲法律問題

解釋法律行爲爲法律問題

法律行爲之解釋，既在對於表示行爲決定其應有之意義，故非事實之確定（卽對自然界之事實發生與否之決定），乃係法律對此事實之判斷，因而對於法律行爲之解釋，並非事實問題，乃爲法律問題。惟其屬於法律問題，故得以此爲三審之理由。至若當事人究係使用若何言語文字？究有若何客觀事實或習慣等問題？則爲事實問題，而非法律問題。對此事實問題，雖能以證據確定之；究不能謂法律行爲