

中華民國法學會主編

法學叢書

# 民法原論總則

史尚寬著

大東書局印行

345.01  
3093  
c.2.

640

目錄

|               |    |
|---------------|----|
| 民法法典之編制       | 一  |
| 三 民法之法源       | 三  |
| 四 民法法規之種類     | 四  |
| 五 民法之解釋       | 七  |
| 六 民法之效力       | 九  |
| 七 民法上之權利義務    | 一  |
| 八 我國民法之經過     | 一五 |
| 九 新民法之特色與立法精神 | 二四 |
|               | 二八 |

# 第一編 總則

第一章 法例 ..... 四七

第二章 人 ..... 五〇

第一節 自然人 ..... 五〇

第一款 自然人之權利能力 ..... 五〇

第二款 自然人之行為能力 ..... 五九

第三款 人格之保護 ..... 六六

第四款 住所及居所 ..... 六九

第二節 法人 ..... 七三

第一款 通則 ..... 七三

第一目 法人之意義及種類 ..... 七三

第二目 法人之設立 ..... 七四

第三目 法人之權利能力 ..... 七六

|             |           |     |
|-------------|-----------|-----|
| 第四目         | 法人之行為能力   | 七七  |
| 第五目         | 法人之侵權行為能力 | 七七  |
| 第六目         | 法人之機關     | 七九  |
| 第七目         | 法人之住所     | 八〇  |
| 第八目         | 法人之登記     | 八一  |
| 第九目         | 法人之監督     | 八一  |
| 第十目         | 法人之解散     | 八三  |
| 第十一目        | 清算        | 八五  |
| 第二款         | 社團        | 八八  |
| 一、社團之意義及種類  |           | 八八  |
| 二、社團之設立     |           | 九〇  |
| 三、總會        |           | 九一  |
| 四、社員        |           | 九六  |
| 第三款         | 財團        | 九八  |
| 一、財團之意義及其類別 |           | 九八  |
| 二、財團之設立     |           | 九九  |
| 三、財團之組織及管理  |           | 一〇一 |

四、董事行為無效之宣告

..... 一〇三

五、財團目的之變更

..... 一〇四

第四款 外國法人

..... 一〇四

第三章 物

..... 一一二

第一節 物之意義

..... 一一二

第二節 物之種類

..... 一一六

第三節 動產與不動產

..... 一一九

第四節 主物與從物

..... 一二二

第五節 孳息

..... 一二四

第四章 法律行為

..... 一二八

第一節 通則

..... 一二八

第一款 法律行為之意義

..... 一二八

一 法律要件與法律上之效力

..... 一二九

二 法律事實

..... 一三一

三 法律上之行為

..... 一三二

|           |                         |     |
|-----------|-------------------------|-----|
| 四         | 法律行為之本身.....            | 一三四 |
| 第二款       | 法律行為之種類.....            | 一三六 |
| 第三款       | 法律行為之成立要件.....          | 一三八 |
| 第四款       | 法律行為之方式.....            | 一四三 |
| 第二節       | 行為能力.....               | 一四四 |
| 第一款       | 概說.....                 | 一四四 |
| 第二款       | 無行為能力.....              | 一四六 |
| 第三款       | 限制行為能力.....             | 一四七 |
| 一         | 限制行為能力人.....            | 一四七 |
| 二         | 法定代理人之代理權與同意權.....      | 一四八 |
| 三         | 限制行為能力人未得允許所為行為之效力..... | 一五〇 |
| 四         | 相對人之保護.....             | 一五〇 |
| 五         | 限制行為能力之例外.....          | 一五三 |
| 意思表示..... | 一五六                     |     |
| 第三節       | 意思表示.....               | 一五六 |
| 第一款       | 概說.....                 | 一五六 |
| 一         | 意思表示之意義及其成立階段.....      | 一五六 |
| 二         | 意思主義與表示主義.....          | 一五七 |

|   |             |     |
|---|-------------|-----|
| 三 | 意思表示之種類     | 一五八 |
| 四 | 非真意之表示      | 一五九 |
| 二 | 意思之缺乏       | 一五九 |
| 一 | 虛偽表示        | 一五九 |
| 二 | 錯誤          | 一六三 |
| 三 | 意思之瑕疵       | 一六七 |
| 一 | 詐欺          | 一六八 |
| 二 | 脅迫          | 一七〇 |
| 三 | 撤銷權之行使期間    | 一七一 |
| 四 | 意思表示之效力發生時期 | 一七二 |
| 五 | 意思表示之解釋     | 一七六 |
| 四 | 條件及期限       | 一七八 |
| 一 | 條件          | 一七八 |
| 一 | 條件之意義       | 一七八 |
| 二 | 條件之種類       | 一七九 |
| 三 | 條件之成就與不成就   | 一八〇 |
| 四 | 附條件法律行為之效力  | 一八一 |

|     |                 |     |
|-----|-----------------|-----|
| 五   | 不容附條件之法律行爲      | 一八三 |
| 六   | 假裝條件            | 一八四 |
| 第二款 | 期限              | 一八五 |
| 一   | 期限之意義           | 一八五 |
| 二   | 期限之種類           | 一八六 |
| 三   | 期限之屆至           | 一八七 |
| 四   | 附期限法律行爲之效力      | 一八七 |
| 五   | 不容附期限之法律行爲      | 一八七 |
| 第五節 | 代理              | 一八八 |
| 第一款 | 代理之意義性質及種類      | 一八八 |
| 第二款 | 代理權及代理之效力       | 一九一 |
| 第三款 | 代理人之能力及其意思表示之效力 | 一九五 |
| 第四款 | 次代理人            | 一九七 |
| 第五款 | 代理權之限制          | 一九八 |
| 第六款 | 代理權之消滅          | 二〇〇 |
| 第七款 | 無權代理            | 二〇四 |
| 第六節 | 無效及撤銷           | 二〇五 |
| 第一款 | 無效行爲            | 二〇六 |



第二章 得撤銷之行爲 ..... 二〇九

第三款 須第三人同意之行爲及無權處分 ..... 二一四

第五章 期日及期間 ..... 二二八

第一節 期日期間之意義 ..... 二二八

第二節 期間之計算法 ..... 二二九

第六章 消滅時效 ..... 二三三

第一節 概說 ..... 二三三

第二節 消滅時效之客體 ..... 二三五

第三節 消滅時效之期間 ..... 二三八

第四節 消滅時效之進行 ..... 二四一

第五節 消滅時效之障礙 ..... 二四三

第一款 消滅時效之中斷 ..... 二四三

第二款 消滅時效之停止（不完全） ..... 二五三

第六節 消滅時效之效力 ..... 二五九

第七節 消滅時效利益之拋棄 ..... 二六二

第七章 權利之行使 ..... 二六七

第一節 權利濫用之禁止 ..... 二六八

第二節 自衛行爲 ..... 二七〇

第一款 正當防衛 ..... 二七〇

第二款 緊急避難 ..... 二七三

第三節 自助行爲 ..... 二七六

附參考書目錄 ..... 二八一

# 民法原論

總則

史尚寬著

## 緒論

### 一 民法之意義

民法有實質的意義與形式的意義。實質的意義又有廣狹之分，廣義的指私法之全體而言，狹義的指商法以外的私法而言。形式的意義乃指依法典形式制定之民法法典。茲分述之如次。

#### 1. 實質的意義

廣義之民法爲私法之全體；私法爲法之一部，故先說明法之概念，次說明私法之意義。

法者，依社會中心力，就中依國家權力以強行之社會生活規範也。人類爲社會的動物，彼此關係至形錯雜，不可無一定之行爲準則，以爲生活之常規。此種行爲之準則，稱爲社會生活之規範，得有種種，概而言之，曰宗教之規範，曰道德之規範，曰禮俗之規範，曰技術之規範，是爲第一次社會生活之規範。社會生活漸次發達，社會之中心力集中於會長或數元老之手，將第一次社會生活規範中有強行之必要；且有強行之可能者，漸次強

行之，是為第二次社會生活之規範，即為法律。社會結合以一定之土地與人民為基礎，而成鞏固團體，即為國家。其中心力即為國家權力。法律因國家之權力，益發達而底於完成，是為最完全之法律。

私法者對於公法而言也。私法與公法區別之標準極不一致，可分為三大派。

(一)目的說 以保護公益為目的者為公法，以保護私益為目的者為私法。

(二)關係說 謂公法為權力關係，私法為平等關係。

(三)主權說 謂規定國家或公共團體雙方或一方為主體時之關係者為公法，規定私人相互間之關係者為私法。

然公私利益有時難為截然之區別，故第一說不足採。公法不盡為權力服從關係，例如國際公法為規定國與國間對等之關係之法，然不得謂為私法，故第二說亦不足取。又國家或公共團體與私人間之關係之規定，不盡為公法，例如國家購置物品亦為民法中之買賣，故第三說亦非確論。是以公法私法之分，不可不另求標準，惟可就其實質而為定義曰「規定國家生活之法曰公法規定社會生活之法曰私法」。

廣義言之，國家生活即為社會生活之一形式，然組織及維持國家團體之人類生活，（國家生活），與以種類之生存繼續為目的之人類生活，仍可別而觀之，社會生活於此意義，則與國家生活為對立之名詞，民法即為規定此狹義的社會生活準則之法。普通憲法、行政法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、國際公法等，稱為公法，民法（商法）稱為私法。近時國家對於私法關係漸採積極的保護甚為抑制之態度，故私法有時不免帶有公法之色彩，所謂社會法（勞動法）經濟法，即為公私法混合之境域，是又不可不注意者。

狹義之民法：此乃指不關於商事之私法而言。商法規定民法未規定之事項，例如商號商業登記，或規定民

法原則之例外，例如商行爲通則及關於買賣之規定等，故民法爲一般法，商法爲特別法。我國民商合一，不復有商法之稱，故所稱民法，乃廣義之民法，即包括民事特別法而言也。

## 2. 形式的意義

民法法典謂以法典形式制定而命爲民法之成文法，是爲形式的意義之民法，然此形式的民法不能網羅實質的民法規定之全部，在民商分立之國尙有商法及其系統之特別法，在民商合一國家則別有民事特別法，民法法典以外，關於民法規定散見於各種成文法者甚多，例如土地法、著作權法、專利法、團體協約法、勞動契約法、工廠法、礦業法、漁業法、航空法及其他有關法令，不勝枚舉。此外尙有不成文民法，有如後述。不獨此也。而且民法法典亦含有不少之公法規定，例如關於禁治產之宣告、死亡宣告、法人設立之許可及其撤銷，占有之訴等規定。是以民法法典與實質的意義之民法，二者範圍頗有懸殊。

## 二 民法法典之編制

民法法典之編制有二式，一曰 *Institutioes* 式。又曰羅馬式。一曰 *Pandectae* 式，又名德國式。羅馬式者。取法於凱由斯 *Gaius* 之法律教科書。Justinianus 帝以之編纂其法典中之 *Institutione* 所襲用之編制法也。其內容共分三編。第一編人事 (*Persona*)。第二編物件 (*Res*)。第三編訴訟 (*Actio*) 是也。法國民法即倣此制。第一編人事。第二編財產及所有權之種種變更。第三編所有權取得法。其與 *Institutiones* 稍異者，不過將訴訟法一編除外而已。荷、比、西、葡諸國民法及日本舊民法，皆與法民法大同小異，均屬於羅馬編制式者也。茲略述羅馬式之缺點如下。

一 概爲原則的規定，缺少可爲他部分前提之總則。

二 同爲財產法，而未區別性質全異之物權與債權。

三 置關於人格及能力之規定以及親屬關係之規定，於財產編。

四 繼承只視爲財產取得之一法。

德意志式者，取法於德國私法學者之著述所爲之編制法也。羅馬法繼承於德，德學者加以研究新設編制之法。其特色，一者在於債權、物權、親屬、繼承四編之前，冠以總則一編。以規定各種法律關係之通則。一者在於分財產權爲兩大部分，曰債權、曰物權，以辨明其性質。首採此編制式者。厥爲沙克遜(Sachsen)民法(一八五二年草案成一八六三年施行)。第一編爲總則，第二編物權，第三編債權，第四編親屬，第五編繼承。然巴威民法草案(一八六一)依此次序，但將第二編與第三編顛倒，首債權後物權，德意志民法依之。日本現行民法則依沙克遜式，我民法則依巴威式。瑞士民法第一編人事，第二編親族，第三編繼承，第四編物權。其外形雖似羅馬式，然其實質則近德式也。蓋瑞士於一八八一年曾發布債務法，一九一二年修正，其規定即相當於債權編也。

### 三 民法之法源

民法之法源者，構成民法法規之一切法則也。大別之爲制定法及非制定法。制定法可分爲四種。(一)法律，(二)命令，(三)自治法，(四)條約。非制定法可分爲三種。(一)習慣法，(二)判例，(三)法理。

## 一、制定法

制定法者，國家之意思依一定之形式而表示者也。故制定法內部要素，為國家之意思，外部之要素，為依一定之形式國家意思之表示。其表示之方法及形式，則依各國憲法而有異。因表示形式與表示機關之不同，而有法律、命令、自治法、條約之區別。

1. 法律 法律有形式的與實質的二義，實質意義者，凡有法律實質之法規，不問其形式如何，皆謂之法律。形式的意義者，凡由議會通過或經人民創制複決制定之者，皆稱為法律是也。此處所稱，係指形式的而言。即憲法上所謂法律，係與命令為對稱者也。民法法典為法律，殆無疑義。民法法典不能盡收民事之規定，故其他法律為補充或限制民法者稱為民事特別法。其實質亦為民法之一部也。

2. 命令 命令者，不經立法機關議決由執行機關所發布之法規也。

3. 自治法 於國家制定法律之外，公共團體本其自治立法所制定之自治法，亦為民法法源之一。在憲法賦與地方自治權甚大之國家，其公共團體關於民事之立法，亦有自由之餘地也。

4. 條約法 條約法者，合於已公布國際條約中之法律的規定也。國際條約依法公布後，有拘束人民之力，故條約中之民事規定，為民法法源之一。例如通商條約、著作權條約、工業所有權條約等，含有民事規則，亦不少也。原來關於條約之國內的效力，議論極不一致。有謂條約為國家間之契約，只能拘束國家自身，直接對於人民非將其內容變成法規時，不能有何等效力。有謂條約雖一面為國際間之契約，然他方條約為國家之意思決定，其公布即為對於人民之表示，當然發生拘束人民之效力。實際上各國憲法多規定條約有國法的效力（日憲一三條。德憲四條），此等有國內法之效果者，通稱為條約法（Vertragsgesetz）。條約既與法律有同等之效

力，當然可以變更法律，法律亦可變更既訂之條約，不過國家須負違反條約之責而已。

## 二、非制定法

1. 習慣法 習慣法者慣行社會生活之規範，依社會之中心力，承認其為法的規範以強行之不成文法也。有國家以前之社會及初期之國家，習慣幾占法律之全部，迨國家生活發達，文字普及，漸採用成文法，而民法則仍滯留於習慣法之境域。自十八世紀至十九世紀之初，中央集權各國為謀國法之統一，大規範編纂法典，欲將民法法規悉羅入而無遺。一八〇四年之拿破崙法典，一八一一年之奧國民法典，皆有否認習慣法效力之傾向。十九世紀歷史學派學說漸盛，排除成文法萬能之思想，一八九六年之德國民法關於此點未設規定，一九〇七年瑞士民法第一條始明定習慣法對於成文法有補充的效力。

2. 判決例 學者稱之為判例法 (Case Law, Judge-made Law, Judikaturrecht)。判例法云者，裁判所之判決例，成爲法律之謂也。判例法在國法上占重要之位置者，英美是也。在英與美，裁判所自己，同級或上級裁判所作之判例，普通皆有拘束力。因兩國成文法較少，故判例大有發展之餘地。在歐洲大陸及日本，裁判所原則不受自己，同級或上級裁判所下判決之拘束，然亦不妨發生判例法。蓋實際上往往一判決既定之後，其後遇同樣之事件發生，如無特別反對之理由，必仍下同樣之判決。以同樣判決屢經援用之時，人民之間遂成爲習慣，而發生法律之效力。此即所謂判例法也。

3. 法理 制定法不能將事事一切規定爲法規，而習俗與判例上又無先例之時，則只有依自然之法理以判斷，固爲當然之事也。法理之有法律效力，近世學者多否認之。然裁判官不能拒絕裁判，苟遇法律無規定之事項，自不得不依準法理以濟法律之窮。近世法典認法理爲法源者甚多。例如德民法第一草案第一條，意大利法例



第三條第二項，與國民法第七條，瑞士民法第一條第二項等，皆有明文之規定。我國民法第一條規定，「民事法律所未規定者，依習慣。無習慣者，依法理。」民國二年上字第六四號大理院亦有同樣之判例。近世學者認法理爲法源之一者甚多。在德則有 Kohler, Ring, Hedermann 在日本則有梅謙次郎美農部達吉穗積重遠等。

#### 四 民法法規之種類

民法法規云者，以組織民法各個之條文所定之法則也。其種類甚多。略舉之如下。

##### 一 固有法與繼受法

固有法者，其社會生活發達之結果，以應地而生之規範爲內容之法律也。繼受法者，繼受外來法律之謂也。外來之繼受方法，有兩種。曰習慣法的繼受。曰立法的繼受。習慣法的繼受之例最顯著者，爲十三世紀與第十四世紀在德繼承羅馬法是也。立法的繼受之例最顯著者，爲比國意大利之繼受拿破崙法典，土耳其繼受瑞士民法法典是也。我國民法除親屬繼承兩編中有不少之固有法外，其他之大部分多爲繼受法。

##### 二 實體法與程序法

實體法又名主法，確定權利義務之所在及其範圍之法也。程序法一曰助法，規定實行權利及履行義務之程序也。此種區別，僅由法律之全體觀之，非能於各條規定之中貫徹其性質者也。卽如民法之中非全爲實體法規，亦含有程序的規定。如法人關係夫婦關係設定之規定，既可稱之爲實體法，亦可稱之爲程序法。理論上先有實體法，然後有程序法。但在法制史，則民事刑事程序法反先發達，而爲實體法發達之誘因。普通稱民法，商法爲實體法。民事訴訟法，人事訴訟程序法，非訟事件程序法，破產法，不動產登記法，戶籍法，拍賣法爲程