

張正學
曹傑 著

民法總則註釋

商務印書館發行

張正學
曹傑著

民法
總則
註

商務印書館發行

中華民國二十六年五月初版
中華民國三十六年五月四版

◆(37327.1)

民法總則註釋一冊

定價國幣柒元

印刷地點外另加運費

著者

張正傑
曹傑

發行人

朱經農
上海河南中路

印刷所

商務印書館
商務印書館

發行所

商務印書館
各地

版 翻
權 印
所 必
有 究

(本書校對者胡達聰章德宣)

敘言

本書之目的，主爲釋明吾民法法典，以便於實務家。故於沿革，批評，比較等處，特避免之，專致力於實際上各種問題之解決。

本書於外國書之參考，多不引用，蓋引用外國書，對於不通其國語者並無何等實益；對於通曉其國語者，徒招蛇足之譏；不過於必要處，往往揭示外國法之條文或名家學說，以期明瞭吾民法之意旨。

本書採德日民法書之註釋體，於各章節之前，置總說明，以照顧關於全章全節之事項；於各條之釋義，偶亦分其段落，俾便閱覽。

本書爲共同著作，從第一章起至第四章第三節止，由張正學擔任之。從第四章第四節起至第七章止，又緒論五章，由曹傑擔任之。然當脫稿時，均經互相參照，庶前後義理，不致矛盾。至民法其餘各編，當於業餘盡其全力註釋，若夫完成之期，則不敢預定也。

中華民國二十五年七月 日

目錄

緒論

..... 一

第一

民法法典之成立

..... 一

第二

民法之組織

..... 七

第三

民法之性質

..... 九

第四

民法之解釋

..... 一二

第五

民法上之權利義務

..... 一六

第一章

法例

..... 三〇

第二章

人

..... 三八

第一節

自然人

..... 三九

第二節

法人

..... 六〇

第一款

通則

..... 六六

第二款

社團

..... 九〇

目錄

第三款	財團	一一四
第三章	物	一二二
第四章	法律行為	一四五
第一節	通則	一七〇
第二節	行為能力	一七八
第三節	意思表示	一九六
第四節	條件及期限	二三四
第五節	代理	二五一
第六節	無效及撤銷	二七六
第五章	期日及期間	二九四
第六章	消滅時效	三〇一
第七章	權利之行使	三三一

民法總則註釋

緒論

第一 民法法典之成立

(一)世界兩大法系之對立及其溝通 法系云者，即法律系統或法律宗派之謂。詳言之，即一國或數國間之法律，具有獨特之性質，自成系統，能與他民族之法律判然分別之謂也。古今來之法系，爲數甚多，舉其犖犖大者：有(1)印度法系，(2)回回法系，(3)猶太法系，(4)中國法系，(5)羅馬法系，(6)海洋法系或英國法系六種。今日世界，殆爲羅馬法系與海洋法系所平分，代表前一法系之國家，爲德瑞日俄法比意等國；代表後一法系之國家，爲英美等國及澳洲加拿大等地。此兩大法系之造成，是因大陸等國與英美歷史風俗人情種種之不同，所謂一爲成文法，一爲不成文法是也。英美法以判例著考，英國法官之引用成案，始於十三世紀，其初不過備訴訟上之參考，從違與否，一任審判官之自由裁量，繼而成案

自多，引用日廣，遂發生一定之拘束力，儼然有與成文法同等地位，所以彼邦人士有「法官造法」之稱也。反之，在歐洲大陸諸國，則受羅馬法之影響較久。羅馬法全典中之印斯梯突式（*institutiones*），殆爲歐洲諸國法典編纂之楷模，至於上級法院所爲之判例，僅以之與學者之意見或理論同視，而爲法律上之一種參考資料而已。但從另一方面觀之，上級法院既就法律中之缺漏與疑義，以判決爲之補苴，人民對此判決，自足引其尊信心理。人民既重視判決例，甚或依據判決例所示之法律行爲，而形成其權利義務，若法院自身，反不知尊重，任意取捨，殊有礙生活之安全，所以大陸諸國，近亦有注重判例法之傾向。況成文法，縱欲網羅萬象，而爲詳密之規定，實則條文簡括，事變無窮，往往窒礙叢生，難於應付，若有判決例可援，卽不致無所遵循，是法院因襲成例，形成此趨向者，亦無足怪。故判例法在大陸諸國，形式上雖無拘束力之可言，在實質上亦儼然有其地位，此故近世大陸諸國學者頗注意判例之研究也。在英美之判例法，以其量之宏富，質之縝密，似可應用裕如；然因拘束先例之原則過嚴，其結果亦殊有礙審判官之自由裁量，而與成文法有同一之流弊，於是有平衡法出，藉謀補救。學者中更不乏唱法典編纂之說者，雖一時未能見諸實行，然各種單行法之頒布，則日見增多，已不能謂爲純然採判例法制。準斯以言，成文法與判例法，將有趨於適中制度之定向，是亦大可尋味之事也。

（二）吾國民法制定前之私法狀態 吾國上古以血統爲基礎，宗族制度盛行，以宗子統轄族人，事

無大小之別，皆以慣習處斷之，向無成文之私法。益以儒家思想，重禮治而輕法治，於是言法言禮，門戶各別。所謂法者，殆指刑罰法而言，關於人事社會生活事項，則納諸禮制範圍，如周禮儀禮禮記諸書，條分縷舉，言之纂詳，後世式遵，遞遺勿替，而歷代之典章，私家之著述，更不勝枚舉。自漢定九章之律，於李悝之法經六篇以外，（盜法賊法囚法捕法雜法具法）加戶與廛三篇，於是戶婚之事，亦入於律，是爲有成文私法之嚆矢。自漢以迄隋唐，雖略有增損，然亦側重刑法，無關宏旨。唐律定十二篇，其戶婚篇中，關於婚姻錢債諸事，規定較詳，宋元因之，不過篇目稍有移易耳。明代以中書析爲六部，（吏戶禮兵刑工）卽以六部名稱，冠律之名，加以名例律，是爲七律，形式爲之一變。清律初亦因之，其後雖代有修訂，均無大更易，至光緒末年，始大加修改，分爲三十六卷，首爲律。自服制圖服制卷一卷二爲名例，卷三職制，卷四公式，卷五戶役，卷六田宅，卷七婚姻，卷八卷九倉庫，卷十課程，卷十一錢債，卷十二市廛，卷十三祭祀，卷十四禮制，卷十五宮衛，卷十六軍政，卷十七關津，卷十八廩牧，卷十九郵驛，卷二十至卷二十二賊盜，卷二十三人命，卷二十四二十五鬪毆，卷二十六罵詈，卷二十七訴訟，卷二十八受贓，卷二十九詐僞，卷三十犯姦，卷三十一雜犯，卷三十二捕亡，卷三十三卷三十四斷獄，卷三十五營造，卷三十六河防，定名爲現行刑律。然其戶役婚姻田宅錢債，一面爲刑罰之規定，一面爲私法上權利義務之規定。此外，在各部尙有其則例，如戶部則例等，亦可爲民法之一部。民國肇興，除關於刑罰部分，因另頒刑法而失效外，其中民事部分與國體無抵觸。

者，仍認爲有效，此吾國以前私法狀態之概略也。

從上述之沿革觀之，可見吾國自古雖無形式的民法，然有實質的民法，蓋自漢律以後，如人事戶婚，已見規定，不過雜於刑法之中，而無獨立之形式。且當時國家與社會，所注重者不在於法，而在於禮，如周禮儀禮禮記，以及後代之各種專典，（唐之六典明之通典清之通禮會典）於尊卑名分之別，上下等級之辨，與夫婚姻喪節之儀文，益復詳爲規定，以爲朝野共由之法，則名爲禮制，實亦有私法之性質存焉。陰律例及禮制以外，尙有足述者，卽自民國肇興，法規未備，且以時代之推移，思想之嬗變，舊日律例中之民事部分，有與社會實際相差過遠者，有缺焉不詳者，前大理院乃採取法理，著爲判例，於是無形中形成大理院之判決，而有實質拘束力之權威。迄至最高法院成立，民法頒行以前，判例數字迭增，社會人士幾奉爲訟爭之依據，下級法院亦資爲審判之準繩，於是此種判決例，無形中亦具有實質的民法之意味，此又吾國民法制定前私法狀態史之一頁，爲研究沿革上所不可不知者也。

（二）民法編纂之動機 民法法典編纂之動機，固有種種，舉其主要原因，不外下列數端：（1）舊時法律過於簡單，不足以適應現今複雜之社會生活。（2）一面採取世界最新立法原理，一面參酌固有習俗成規，以期建設新中國法律系統。（3）完成中國法制，以謀收回領事裁判權。

在歷史學派以法律乃可以成立之物，非可以創造之物，且以法律爲一民族精神之表見，由民族思

想慣習風俗積聚而成，在民族思想慣習風俗未臻統一以前，不可全以他國社會發生發達之法律爲規定之內容，因而不主張從速編纂法典者，如德國學者薩威尼（Savigny）即持此見解最有力之人也。有謂民族思想慣習等之統一，須由法律之統一始能成就；而法律之根本須依據正義及理性，未可俟其自然發達，即習慣勢力亦未可視之過重者，如德國學者提波（Thidant）即爲主此說之代表，故當德國有編纂法典之動機時，亦有兩派之爭論。在吾國，雖無如斯劇烈爭論，然亦有一部分人，信以法典編纂過於倉卒，未必通行無礙而能於社會相適應者，此則狃於歷史學派之誤解，徵之前述三種原因之主要性，殊未可以成功過速，加以非難也。

（四）民法編纂之經過 前清末葉，庚子亂後，朝野始憬然圖變法自強。光緒二十八年派沈家本、伍廷芳爲修律大臣，當時注重修訂刑律，而關於私法之編纂，尙未議及。至光緒三十三年設修訂法律館，聘日人松岡博士擔任起草民法前三編，至後二編，則由本國人起草。（主其事者高种朱獻文等）宣統三年脫稿，所謂大清民律草案，即第一次民法草案是也。民國成立後，先附設法典編纂會於法制局，未久改隸於司法部，更名爲法律編查會，後又獨立改爲修訂法律館，廣聘專家，從事訂正各種法典草案，至民國十四年完成，是爲第二次民法草案是也。國民政府成立後，奠都南京，成立法制局，毅然以完成民法法典爲己任。十七年夏初，着手起草親屬繼承兩編，歷時五月脫稿，未及呈請公布，法制局即奉命結束。至十七

年十二月成立立法院，內設民法起草委員會，於翌年二月開始起草，先成立總則編，於十八年五月二十三日經國府公布，是年十月十日施行。嗣後債編物權編亦陸續脫稿，於十八年十一月間經國府公布，十九年五月五日施行。至親屬繼承兩編，則以關係甚大，委員會極主鄭重，一面徵求各地習慣，一面就各國法制詳加研究，於十九年秋初着手起草，是年冬間完成，呈請國府於同年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行。至是，吾國始有整個民法法典，是亦立法史上一大可紀念之事也。

（五）民法編纂之方針 吾國以三民主義爲立國基礎，三民主義是一切建國工作的最高原則，而立法是建國工作之一，當然不能離開三民主義。三民主義立法特點，乃立於全民族利益的基礎上，一方面不能完全因襲傳統上禮法分治觀念；又一方面不能倣效歐美的個人本位制度。易言之，三民主義的立法特點，乃以社會的共同福利，或民族的共同福利爲法律目標，其立法之方針：第一、爲謀社會之安定；第二、爲謀經濟事業之保養與發展；第三、爲求社會各種現實利益之調節與平衡。本於上述之原則，表現於民法上幾個具體問題者，約歸納於下列數端：一爲所有權之限制（第一四八條第七六五條第七七三條以下）；二爲契約自由之限制（第七一條第七二條第七四條第二一九條）；三爲無過失損害賠償責任之確立（第一八七條三項四項，第一八八條三項）；四爲遺產繼承之相對限制（第一一四五條第一一八七條）；五爲利息債權之限制是也。（第二〇三條至第二〇七條）

除以上所述者外，尚有一大可注意之點，即民商法合一制定是。民商法應否合一，在理論上固有積極與消極兩說；然吾國自漢弛商賈之律，四民同受治於一法，由來已久，在商人既無特殊地位，自無獨異之理，否則成爲法律以保護特殊階級利益而設，非爲全民族利益而設矣。故民商法合一之理論，實爲基於三民主義立法原則之當然結果，毋待多言。惟爲免除法典條文揉雜起見，有依其性質上另訂單行法爲宜者，則分別訂立單行法規（如公司股票據海商保險等法）然僅係一種單行法，與土地法破產法殆立於同一地位者也。

第二 民法之組織

民法法典編制之形式有二：一爲羅馬式或法律階梯式（*institutions system*）編制法，一爲德意志式或法律會典式（*Pandecten System*）編制法，茲述其概略如次：

（一）羅馬式編制法 此組織方法導源於羅馬法律家給雅斯（Gains）氏作十二銅表法之解釋，分爲三部：第一編爲人事法（*Jus Quod ad Personam Pertinet*）第二編爲財產法（*Jus Quod ad Res Pertinet*）第三編爲訴訟法（*Jus Quod ad Actiones Pertinet*）。此分類法，爲優帝法典之法律階梯（*institutions*）所採用，雖成立四編，然只爲各編之分量相均爲出，其根本觀念仍出於給氏之法

律教科書，蓋無疑也。其分實體法爲人事與財產兩種，實有相當之根據。法國民法及法國法系之民法，做此體例，除去訴訟編，將第二編財產法分爲二，合之人事法，成爲三編，即法國民法第一編人事法，第二編財產及所有權之變形，第三編所有權取得之方法。荷比意西葡諸國民法及日本舊民法，均與法國法同，至奧大利民法，雖亦取三分法，第一編爲人法，第二編爲物法，（凡債權物權均包含於其中）然於第三編置總則，斯爲羅馬式之變體也。

（二）德意志式編制法 此爲羅馬輸入德國後，爲德國學法研究之分類法也。始自何人不明，要爲一種新創設無疑，依此法分民法全部爲五編：第一編總則，第二編物權，第三編債權，第四編親屬，第五編繼承。薩克森（Saxony）民法（一八五二年草案一八六三年施行）首採用之，惟巴弗利亞（Bavaria）一八六一年之民法草案，則置債權於物權之前。德國民法倣之，其理由以債法在交易上最爲切要，且債權法以其他各編之規定爲前提者甚少。反之，其他各編之規定，以債權法爲前提者較多故也。（見德民法理由書三頁。）然對此種見解，學者亦有批評之者。吾民法即倣此體例，於第一編設共通規定，爲全部民法適用之通則，以冀避免重複，於第二編及第三編，爲純然財產權之規定，惟因物權與債權性質各異，故使各自獨立爲一編。於第四編規定親屬關係，最後一編規定特別權利義務移轉原因之繼承遺贈，可謂純然之德國式，而日本現行民法，則從薩克森式之編制法也。此外如瑞士民法，第一編爲人格，第二編

爲親屬，第三編爲繼承，第四編爲物權。關於債權，則另訂單行法。蘇俄民法，分總則、物權、債權、繼承四編。關於親屬及監護事項，另訂單行法，均爲德意志式之變體而已。

第三 民法之性質

民法二字，導源於羅馬法之市民法，當時指適用於某特定國家市民之法律，以別乎爲各國國民所共遵守之萬民法，與自然法也。至優斯提尼安帝（Justinianus）編纂統一法典，已無市民法與萬民法之名稱，惟自用語之沿革上論之，萬民法爲國際法之語源，市民法則爲國內私人間權利義務關係規律之語源，故現代民法二字，專指私法而言。

民法者，主爲私法的原則法也。與民法曾於第一條，揭民法之定義，吾國民法與其他各國民法，均不採此態度，其性質如何，一任之於學說，可謂適當。然一案各國民法法典之內容，主爲包含學說上所謂私法之原則，雖往往有置關於公法性質之規定者，亦僅出於便宜上之例外。又關於私法事項，亦非悉網羅之無遺，僅定其原則而已。在民商法分立之國家，民法係與商法對待而稱，故關於商事，悉讓之於商法。在吾國，固不爲此區別，然有依事項之性質，不能納諸民法法典中，而有另訂單行法之必要者，尤不在少。此外，關於手續之規定，亦多讓諸各種程序法，如民事訴訟法、戶籍法、破產法、登記法等等，雖民法內間有插

入程序部分之規定，亦無非從於立法便宜之例外耳。

公法與私法之區別，其理論極久，而其標準則欠分明。蓋公法與私法分野，發源於羅馬，因羅馬法之傳播而流入諸國，故其由來有如此之久者。在普通的傳統觀念，即以民商法爲私法，以憲法、行政法、刑法、民刑訴訟法爲公法。今若基於學理上之根據，定其區別之標準，則見上述沿革觀念之標準，殊不切當。反之，若依學理而爲說明，則衆說紛紜，是亦極感困難之事也。

沿革上說明學說之變遷，於羅馬古代，以此爲從事於法律之事務家及學者之區別。即稱從事於公共事務及公共執法之政治者爲公法家；稱處理市民間法律事務之人，爲私法家。故非依法律而分類，乃依人而分類，然公法與私法之區別，實濫觴於此時代。降及後世，以之爲法律本體之區別，舉其學理上分類之方法有三：（一）以法律所保護之利益，求公私法之標準。即公法爲確保公益爲目的，私法爲確保私人利益爲目的，然以利益之界限不能分明，致生種種解釋：通說以公益爲社會全體之利益，私益爲個人之利益，是即所謂利益說是也。然利益之觀念，其自身既不明瞭，同時，一切法律凡關於私益者，即不能謂與公益無關，尤其在社會本位之立場觀察，一切法律均應以達保護社會全體利益爲目的，故此說殊不足取。（二）以法律關係之主體而爲分類。即以定國家及其他公共團體爲法律關係雙方或一方主體之法，爲公法；規定私人相互間之關係之法，爲私法。此說固較前一說爲優，然有陷於機械論之憾，且與

實際情形未合。信如斯說，則當國家爲財產權主體，或與私人爲一種買賣行爲時，亦將不受私法支配矣。有是理乎？（三）求其區別標準於法律關係之性質。卽以規定權力關係（不對等關係）之法爲公法，以規定權利關係（卽對等關係）之法爲私法。此說在理論上，固甚痛快，然其結果將以國際公法爲私法，以民法中關於親權行使之規定爲公法，與現在法學之情感生衝突，故未能有多少勢力也。

如上所述，學說之紛紜如此，故有從根本上否認此種區別者。自一九一九年德國憲法於共同生活中，規定婚姻親子之關係之後，他國新憲法，亦多有舉私人生活事項（如所有權之限制等）爲原則的規定者，故公私法區別之標準，誠然已被動搖。惟現時一般之通說，仍以規定關於國家之組織及統治作用之法爲公法；其規定與國家組織及統治作用無關之法爲私法。蓋公法與私法之區別，應基於個體與社會之觀念。在現今之社會，個人相集合營社會生活，故一方爲社會之一員；同時於他方，仍有個人之存在。人不失其個人之存在，屬於一家，則與其家族營共同生活，屬於一村一鎮以及屬於一縣一省，更大而言之，屬於一國，屬於一國際團體亦然。此等大小社會團體，更爲法律關係之主體，卽權利義務之主體，此今日之實際現象也。故法律規定事項，可分爲：以一個人因其個體對他一個人之關係者；以一個人因其社會之一員，對於團體之關係及團體相互間之關係者。前者所謂個人法，後者所謂社會法，更於社會團體中，分別爲有統治作用之政治團體，與無統治關係之團體二種：國家及自治團體，屬於前者；家族及