

D90
40

黃右昌著

民法
詮解

總則
編(上)

司法院法官訓練所主編
商務印書館印行

宇
廿五、十七
廿五日

增訂再版例言

一、本書初版，係著者民國三十年法官訓練所講稿。其中引用法條，截至現在，有全部修正，其條文次序，較舊法更動者，例如農會法、工會法、著作權法、違警罰法。有廢止舊法，另立新法，其名稱亦不同者，例如國民工役法，另定為國民義務勞動法，獎勵工業技術暫行條例，另定為專利法，查禁敵貨條例，禁運資敵物品條例，另定為戰時管理進口出口物品條例。有修正一部分條文者，如優待出征抗敵軍人家屬條例。諸如此類，不勝枚舉。再版關於此點，在重排不致過多之範圍內，摘要更正，其詳具載補編。並依整理現行法規原則八點之七，將修正二字，一律刪去。另將本書引用法令公布及修正年月日列為一表，以便參考。（見補編附二）

二、本書章節，均依民法法典次序，為有系統研究。另創格式曰解、曰點、例如第一編總則第一解，為本編之總說明。第一章法例第二解，為本章之總說明。第三解為本章之逐條說明，以下類推。於每章或每節總說明之第一點，則用簡單摘要，以賅括本章或本節條文之要旨。摘由號數用壹、貳、叁、肆、伍、陸、柒、捌、玖、拾數目字，其下括弧內簡寫之數目字即摘由之條。其他在性質上不能於逐條說明者，均於總說明中分點說明之。

三、總說明中注重過渡時期法令之適用，尤以民法總則施行法（簡稱總施）最關重要。故關於附屬法上的法人，寺廟的獨立財產，外國人，外國法人，依其類別，列於總說明中。又以第四章法律行為，為整個民法的中心，尤非逐條說明，所能澈底了解。故關於法律行為之立法例、定義、及分類、第五節代理與債編第一章、第一節、第二款代理權之授與有共同說明之必要，均於該章節總說明中，分點詳述。

四、逐條說明，每條分為四點，第一點，該條摘由，以次為關係條文，參考條文，參考他國條文。第二點立法例。第三點釋本條之意義。第四點判解，僅有判例者為判例，僅有解釋者為解釋，變更者刪去，適用者增添。雖便利上有合併二條以上說明者，或每條僅有兩點說明者，則因條文之性質使然，為數極少，通體一律，以示整齊而便稽考。

五、逐條說明之第一點，稱關係條文者，為民法，（定有原則者載原則第幾目）民法各編施行法。稱參考條文者，為其他與該條文有關係之法令。參考他國條文，稱德民、法民、瑞民、泰（即暹羅）民、俄（即蘇聯）民者，謂該國民法。稱瑞債者，謂瑞士債務法。第四點判例，根據國民政府關於民國十六年三月以後，北庭大理院判決之案，一概無效之明令，引用大理院判例，以十五年截止，最高法院判例，以十七年開始。

六、收回法權，涉外法律關係，日益增多，比較各國立法例而研究其異同，於審判上應依當事人之本國法時，裨益甚大。故將初版第一點所引參考他國條文，另於補編中就與我民法條

文類似者列舉。此次再版引用之參考他國條文與補編第二點立法例所列舉者一致。

七、現代各國民法著作，已由教科書的民法時代，進於特殊問題的研究時代。本書隨現代之要求，以學理與實用並重。對於有關現行法令參考，及特殊問題之研習，特別注意，於每章或每節之後，列有實用問題，以資練習。（見補編附一）

八、關於他國學者之譯名，現尚未有標準譯音，坊間民法著書，關於譯名，人各不同。本書引用他國學者人名，在再版中便於更正者，均用漢譯。原名另按字母次序，列表以便稽考。（見補編附三）

九、民法為大法典，先進各國，無不有數次草案以資折中。我國民法，制定較晚，然亦有第一次草案，（即大清民律草案）與第二次草案，（全文見法律草案彙編及拙著民律要義附錄）故本書逐條說明之第一點，間有引用，簡稱一草二草。

十、本書初版訛字頗多，脫漏不少（例如引用條文數目字顛倒或多出，解釋例脫漏年月日，判例脫漏年次，外國文字脫漏變音符號，占有誤為佔，公布誤為佈導）。然以業經發行，無從正誤。此次再版，均加更正。

十一、上列二、三、四、五格式，係本管見，亦即著作物內容之一部。債編，物權編，親屬編，繼承編，均依此式編纂。除物權編全部脫稿，不久出書外，餘亦陸續編稿，次第完成，期竟全功。合併聲明，以杜仿照。

十二、民法學科，莫殫莫究，條文之規定有限，社會之事實無窮，而立法例及學說，又至爲繁
顯，喪亂以來，典籍淪失，參考深成困難，全書緒論大體參酌舊著法律的革命，法律的新
分類。本論大體參酌舊著民律要義而加以充實。然以學力及時間有限，疏漏舛誤，知
所不免。斟酌損益，俟之異日。海內閎達，幸賜指教。

目錄(上)

緒論

第一解	民法在法律的新分類中之地位	一
第一點至第八點		
第二解	民法在固有法律的分類中之地位	二九
第一點至第四點		
第三解	民法之法源	三五
第一點至第三點		
第四解	民法之編別及其內容	三九
第一點至第三點		
第五解	民法之效力	四三
第一點至第三點		
第六解	民法之解釋	四六
第一點至第五點		

第七解 法律與權利

第一期至第三期

五二

第八解 公權與私權的新分類

第一表 第二表

五三

第九解 私權的新分類

第一點至第三點

五五

第十解 民法與無形財產權之關係

第一點至第三點

六七

第十一解 私權之保護

第一點至第三點

七五

第十二解 關於官署違法處分損害之救濟

第一點至第四點

七九

本論

第一編 總則

第一解 本編之總說明

第一點 第二點

八七

八七

第一章	法例	八八
第二解	本章之總說明	八八
第一點	第二點	八九
第三解	本章之逐條說明	八九
第一條至第五條		
第二章	人	一〇四
第四解	本章之總說明	一〇四
第一點至第五點		
第一節	自然人	一一六
第五解	本節之總說明	一一六
第一點	第二點	
第六解	本節之逐條說明	一一七
第六條至第二十四條		
第二節	法人	一六八
第七解	本節之總說明	一六八
第一點至第七點		

第一款 通則	一九一
第八解 本款之總說明	一九一
第一點至第七點	一九一
第九解 本款之逐條說明	一九四
第二十五條至第四十四條	一九四
第二款 社團	二二八
第十解 本款之總說明	二二八
第一點 第二點	二二八
第十一解 本款之逐條說明	二二九
第四十五條至第五十八條	二二九
第三款 財團	二五三
第十二解 本款之總說明	二五三
第一點至第四點	二五三
第十三解 本款之逐條說明	二六〇
第五十九條至第六十五條	二六〇
第三章 物	二七四

第十四解 本章之總說明·····	二七四
第一點至第五點·····	
第十五解 本章之逐條說明·····	二八八
第六十六條至第七十條·····	

民法詮解 總則編（上）

緒論

第一解 民法在法律的新分類中之地位

本解應說明者八點

第一點 民法爲根本法（或譯準據法）

民法者，規定人類私權關係的根本法也。根本法 *Haubtgesetz*, *Droit fondamentalis*, *Fundamental Law* 有¹，一爲憲法，一爲民法，其他非憲法的附屬法，即民法之附屬法 *Nebengesetz*, *Droit accessoire*, *Accessory Law* 等。

歐戰以後，憲法多注重於社會化 *Socialization of the Law* 方面，同時民法，亦由是而擴大而注重於社會化方面，故憲法民法，在現代爲公法私法之混成物 *Mischgebilde*，亦即公法私法崩壞之最大原因。一九一四年，世界大戰，促進俄德之社會革命，其基本精神，即在於所有權的限制（地主權之社會化）與勞動法的整嚴。而其歸宿之點，即在於憲法民法之擴張與溝通。故在今日，不能稱憲法爲公法，民法爲私法，而通稱二者爲一種根本法可也。

公法私法的區別，有三種學說，（一）目的說 以保護公益爲目的者爲公法，以保護私益爲目的者爲私法，從此學說，則親子婚姻中頗多公益之規定，抑將謂爲公法乎？（二）實質說 以規定權力（即不對等）關係之法律爲公法，規定權利（即對等）關係之法律爲私法，從此學說，則未成年入服從親權，含有權力關係，抑將謂爲公法乎？（三）主體說 以規定國家與國家及國家與私人之法律關係者爲公法，專規定私人與私人之法律關係者爲私法，從此學說，則於現代社會化的法律，不足以說明之。蓋建立中國本位新法系，自當確認三民主義，爲法學最高原理，民族民權民生卽民有民治民享「The government of the people, by the people, for the people」，所有法律，都是民衆的法律，乃必強爲分曰：何種法律，爲國家與國家之關係，或國家與人民之關係，謂之公法，何種法律，爲人民與人民之關係，謂之私法，豈不與建國大綱第一目及三民主義相刺謬耶！不寧唯是，民事訴訟法，規定實行權利及履行義務之程序法，如以實體法的民法爲私法，則程序法的民事訴訟法，亦爲私法，自無異說，乃德國學者謂爲公法，法國學者謂爲私法，足見界說之不明，蓋學說愈多，則剖析愈難，根本取消，反而透澈，此余所以不憚喋喋力主推翻公法私法之區別而以根本法附屬法代之，並於拙著法律的革命及法律的新分類中，另闢一法律的新分類也。著名學者，如德之耶凌 Ihering 英之奧斯丁 Austin 日之岩田新均同此主張。至吸收現代法學思想，介紹他國法律制度，則有公權私權之區別，已足應用，因法字權字，大陸法系諸國（羅 Jus Cive Recht 法 Droit 義 Diritto）都是通用

也。英國不同，Law與Right，不相通用。我國民法，係繼受羅馬法系之大陸法系，故不能與英美系統為同一之論調。

第二點 民法為國內法

國內法 Nationalrecht, Droit national, National Law 與國際法 Internationalrecht, Droit international, International Law 為相對的區別，實則國內法中，亦有國際法，如私國際法 Private international Law, Droit international privé，（此名稱係一八四三年法國費利克斯 Foelix 所創，英美學者，則稱為法律的抵觸 Conflict of Laws or Polarized Law）即我國之法律適用條例 Rules for the Application of Laws 是。此英美學者，以私國際法認為國內法之理由也。

從前所謂國際公法，均為保護世界強大民族對弱小民族實行侵略主義者而設，所謂平等互惠，皆是欺人之談，如軍隊軍艦，非得主權國許可，不得侵入其領土以內，為國際法所規定，而各帝國主義者，未得我國許可，動輒派遣多額之軍隊軍艦，侵入我國，則所謂國際法者，不是為保護世界全體民族的利益而為強大民族對於弱小民族支配及榨取之一種工具也。故余所謂國際法，不僅如從來學者所稱之平時國際公法，戰時國際公法，而帶有研究為全世界民族謀利益之國際法也。申言之，即今日之國際法，非僅指國家與國家之關係而言，而為一種團體的法規也。故國際團體法 International Corporation Law（內分三大部分：曰國際社會團體法，曰國

際職業團體法，曰國際智識團體法），爲國際法的重要精神，蓋世界經濟之發達，促進國際的分工，同時促進各國法律文化學術的國際化，（例如國際民法國際著作權法國際工業所有權法國際票據法國際商法等）所謂爲帝國主義或國家主義而設之平時戰時國際公法，已無研究之價值矣。

第三點 民法含有社會法團體法之性質

社會法（或社會化法）*Sozialrecht*；*Sozialgesetz* 對待之名辭，以爲國法或國家法 *Staatsrecht*，國法之範圍，舊日學者立論，有廣狹二義，以廣義言之，恆兼有憲法行政法刑法裁判法四種，蓋謂憲法定國家與其機關及其人民之關係，爲確定國家之根本，憲法既立，始有行政法，行政法者，補充憲法以施行一國之政務也。若刑法乃國家對於構成國家分子之行爲不行爲，而規定其犯罪刑罰之法，若裁判法，乃定審判權行使之順序及法院組織之法，故皆可屬於國法。世界文明，法律演繹，逐日加多，於是刑法學裁判法學，遂離國法學而爲獨立之學科，言國法學之範圍者，復分廣狹二義，廣義國法學，含有憲法行政法二種，狹義國法學，則祇憲法一種而已。

更就國家之性質言之，國家之性質，含分子與有機二說而觀，乃得真相，蓋國家之原質，乃組織物質與精神的交通之社會層累而成，其始由各個人共同生活意思，吸合而爲共同團體，積共同團體心理所結合，有物質與精神之交通，則爲層累之社會，組織層累之社會而統一之，是爲國家，國家統一各分子，有構成國家資格者之意思，故國家爲公共團體，然國家與分子，各

有成立存在之目的，故國家又為特別團體，國家統一各分子心理所發動，確定其通生活之意思以爲其意思，故國家爲事實上的人，法律雖爲國家所規定，而國家實由法律公認而成立，故國家又爲法律上的人。是由國家之性質言之，則所謂國法者，亦不外一種特別之團體法而已。

吾人就廣義言之，以以上四種爲國法，不啻以凡對內的舊派學者所稱之公法爲國法也。以法律的社會化眼光觀之，既不主張公私法之區別，則廣義的國法之名稱，不能認其存在，若就狹義言之，則歐戰以後，各國憲法，已將傾向國家主義之法制，變而爲傾向社會主義之法制，而爲憲法之民法混成物，所謂狹義的國法學（即憲法）之名稱，亦不能存在矣。

團體法 *Genossenschaftsrecht*; *Corporation Law* 之名稱，見於席兒曼 *Sherman* 氏一九一七年所著羅馬法與近世 *Roman Law in the Modern World*。羅馬法上之團體，據席氏所述，可分六種：（一）公團體 *Public Corporations* 如國家城鎮是。（二）宗教團體 *Religious associations* 如教士學校者。（三）慈善團體 *Eleemosynary Corporations or Charitable foundations (Piae Causae)* 如貧兒院等。（四）商業團體及實業組合 *Commercial Companies and industrial associations*。（五）政治集社 *Political Clubs*。（六）社會及公眾利益之組合 *Social and mutual benefit associations*。自以下，爲準公團體。此外尚有私團體 *Private Corporations* 者，其發展之原因，於經濟及政治有關也。

二十世紀之法律，漸由個人主義 *Individualism* 而趨於集合主義 *Collectivism*。據費

邊研究社 Fabian Research Department 幹事柯爾 G. D. Cole 之著書，而知勞動組合之種類有不勝枚舉者也。大抵每一團體之設立，內部必有章程以規律自身，外部則國家必制定條例以保護團體之發展，如英國一八七一年勞動組合條例一九〇六年勞動組合爭議條例一九一三年勞動組合條例一九一七年勞動組合（合併）條例其最著者也。此等內部章程及國家所頒布之組合條例，即團體法也。

籍兄克 Gierke 氏排斥羅馬法思想之專橫，謀日耳曼法律思想之復活，創法人有機體說，見其所著德國團體法論 *Das deutsche Genossenschaftsrecht* 及德國團體學說 *Genossenschaftstheorie und die deutsche rechtsprechung*。

以國家為立場，國家內包含有許多原子，所謂國家以內有社會也。以世界為立場，則世界為一整體的社會，所謂社會之內有國家也。個人為各個獨立之原子，所謂原子的社會觀 *Individualistischatomistische Weltanschauung* 羅馬及第十八世紀之自然法，屬於此種觀察。團體為各個人之集合體，所謂全部的社會觀 *Kollektivistisch universalistische Weltanschauung* 德國及現代之團體主義，屬於此種觀察。

人之始生，便為家族團體之一員，與父母兄弟，營共同生活，及年長入校，與同學營共同生活（羣育），後來為農為工為商或為宗教團體之一員，或為市鄉的公民，在在須和他人保持一種共同生活之關係，此由人與人的關係所造成之家族學校工會村落宗教團體國家等之總和，

普通稱爲「社會」，所謂人爲社會的動物，卽指此而言也。

團體法與社會法並論之理由，有二要義：其一團體有公團體私團體，及團體法團體人之分，國家及地方自治團體，爲公團體之團體法兼團體人，公司農會漁會工會商會等，爲私團體之團體法兼團體人，公團體爲經濟主體時，與私團體無有區分，蓋社會與國家，本來非全然各別者，卽國家爲社會之一體樣，而社會爲國家之前提的基礎，申言之，卽國家爲社會中最大之特別團體而已，此並論之理由一也。其二法律制度，政治組織，家族狀態，社會思想，乃至學術藝術，爲社會底上層建築，而生產關係，則基礎建築也，如房屋然，基礎一變，則房屋的全體構造，都生變化，生產關係，一有變化，則建築上面之各種制度，因之變化，故生產關係變更，足使整個的社會，一新面目，且以團體法爲上層建築，社會法爲基礎建築，基礎一生變化（經濟），則團體之構造亦隨之，此並論之理由二也。

自法國大革命以自由平等博愛爲當時立法三大原則，由警察國家而變爲法治國家，由專制政體而變爲立憲政體，由罪刑擅斷主義而變爲罪刑法定主義，由此產生之法律，偏重個人主義，立憲制度，不外尊重個人權利之自由，罪刑法定主義，亦不外爲個人之保護，法律之權利思想及行爲本位論，爲個人主義之結果。一七八九年之人權宣言，極端表示保護天賦人權，以爲神聖不可侵犯，故有言論自由，出版自由，集會自由，信教自由等之規定。一八〇四年公布之拿破崙法典，極端尊重個人之自由，由此演成四個原則：一、意思自治之原則，二、契約自由之