

張建成 著

修訂版

民法總則概論

中華民國八十年五月



張建成著

修訂版

民法
總則
概論

中華民國八十年五月

中華民國八十年五月

民法總則概論（全一冊）

定價：新台幣貳百伍拾元

著者：張建
發行人：張建 成

總經銷：東大圖書股份有限公司

三民書局

印刷廠：永裕印刷廠

臺北市西昌街一六八號

電話：三〇六八〇六四

版權所有
翻印必究

台內著字第三七五九七號

修訂版叙例

一、本書初版因參考外文書籍，遂譯中文，匆促成章付梓，頗多疏漏舛誤，茲特修訂。

二、本書第一編緒論，爲廣汎的論述，要點有：(一)社會與法律之關係。(二)社會規範與法律規範之區別。(三)法律與道德正義相互之關係。(四)民法之意義、法源、性質、效力、解釋。(五)民法之立法趨勢，沿革及編制。(六)權利，義務，及責任之意義與種類。並說理舉例，明示義務與責任之不可混同。(七)法律規範與技術規範倫理規範之關聯。(八)民法與刑法之特質，及民法與刑法之重要區別。使讀者得以明瞭日常生活必需之法律要義，及研究法律學之基本概念。

三、本書第二編本論，依民法總則，就各章節款中之規定各事項，闡明義理，徵引條文，或法院判例與解釋，均經分別註明，以便稽閱。

四、民法總則，爲全部民法共同適用之通則，範圍廣泛，本書謬誤之處，仍所難免。尙乞法學宏達有以教之。

修訂版民法總則概論 目錄

第一編 緒論

第一章 社會與法律之關係	一
第二章 社會規範	四
第三章 法律規範	七
第四章 法律與道德正義	一二
第五章 民法之意義	一八
第六章 民法之法源	一九
第七章 民法之性質	二二
第八章 民法之效力	二四
第九章 民法之解釋	二八
第十章 民法之立法趨勢	三三
第十一章 民法之沿革及編制	三七

第十二章	權利與義務	三九
------	-------	----

第十三章	民法與刑法	五六
------	-------	----

第二編	本論	六五
-----	----	----

第一章	法例	六五
-----	----	----

第二章	人	七二
-----	---	----

第三章	自然人	七三
-----	-----	----

第四章	法人	九六
-----	----	----

第五章	社團	一二四
-----	----	-----

第六章	財團	一三六
-----	----	-----

第七章	外國法人	一四三
-----	------	-----

第八章	物	一四八
-----	---	-----

第九章	法律行為與意思表示	一六二
-----	-----------	-----

第十章	法律行為之附款條件	一九〇
-----	-----------	-----

第十一章	代理	二〇八
------	----	-----

第十二章	無效及撤銷	二二〇
------	-------	-----

第十三章	期日及期限	二二七
------	-------	-----

第十四章	消滅時效·····	二三一
第十五章	權利之行使·····	二四七

第一編 緒論

第一章 社會與法律之關係

社會是一羣之人共同生活的集合體。人是社會的動物，個人不能離羣而索居，沒有一個人能夠離開社會生活，也沒有一個人不與其他之人發生關係，人與人之關係，乃相互的關係而存在，社會種種的現象，因之而形成。惟社會的性質與範圍，則因時因地因事而有不同。就其性質方面言，因夫婦的結合，子女的生育，而產生血統關係的社會；國家或地方自治團體，則係以地域為基礎而形成政治組織的社會，營利社團，公益社團，學會，商會，工會，農會，漁會，基金會，宗親會，同鄉會，校友會等組織，則係為著特定的目的而結合的社會。至於言其範圍，從極小的一家，一族起，或較大的一里（鄰），一鄉（鎮），一社區，一縣轄市，或更大的一省，一縣，一直轄市，到最大的國家組織，甚至於大同世界為止，無一不可稱之為社會。人類之於社會生活，自古迄今，在事實上，沒有一個人一天離開社會，個人都是生存於社會之中，這個事實，任何人無法加以否認。

上面所述之各種社會，必須依據法律而成立。例如營利社團的各公司及銀行，均須依公司法及銀行法之規定辦理。法律思想的起源，相傳始於西洋希臘。希臘亞理斯多德（Aristotle 384-322 B.

C) 亞氏私淑於柏拉圖，以其卓越天才，更探討擴張及於蘇格拉底，亞氏的名著倫理學及政治學，集希臘哲學思想與法律思想之大成。亞氏說：「一切國家，都是一種社會組織」。(註一)他認為良好的政治，必須按照法的正軌進行，法律是規範在這社會生活中的人類的行動，對於一般的要求，是同樣的，內容是一致的。國家有兩種法：一為自然法 (Physikon dikaiōn)，是基於人類的理性而自然存在的，一為制定法，(nomikon dikaiōn) 是由國家或君主所制定的，這兩法對於後世法學的理論發生極大的影響。(註二)任何社會，必須有法律之規定。關於法律之概念，另叙於後列「法律規範」章中，於茲不論。在二十世紀的現代，人類的活動，已由地面而至太空，社會情勢，錯綜複雜，每個人處處和他人發生關係，人類生活，自始至終，都是社會生活，個人與社會之間，具有「有福同享、有禍同當」的關係，密切而不可分離。在人羣共處之後，相互依賴而為生活，個人與個人之間，個人與全體之間，利害衝突自所難免，欲求解決之道，不得不有其共同遵守的規範，然後社會才有秩序，羣的生命，才可維持和發展，維護社會秩序的規範甚多，法律則是最重要的一種。無社會，法律無從發生，無法律，社會無法維繫。要使社會健全發達，必須有安寧的社會秩序，因為社會秩序安寧，每一個人事業，或國家公共建設，皆可在一定計畫之下，按步向前進行，達到成功之目的。反之，如果在「眾暴寡強凌弱」，或「只圖私利，不顧公益，違法擾民」的社會秩序紊亂狀態下，人人不能安居樂業，個人事業，固然不能進行，國家公共建設，更是無從做起。在人口不斷的增加，新式交通工具的發達，人文日形進步的現代社會，人與人的接觸頻繁，社會秩序的維護，更見法律的重要。即在範圍較小的社會，或者在原始社會時代的生活，亦均有其共其遵守之法則。法律的功效，一方面保護

國家社會的公共利益；另一方面，保護個人的生命、身體、名譽、財產。有了法律，奸惡的人，不敢侵害國家社會的公益；有錢有勢的人，亦不敢欺侮無錢無勢的人。政府官吏，亦不敢貪污違法。無錢無勢的人，亦可依賴法律的保護，而安居樂業。國家社會的事務，因有法律的規定，人民能够安居樂業，社會方可以健全的發展。

在人煙稠密，交通發達的大都市社會裏，關於公路、鐵路、各路口、飛機場，各種車輛、停車場、停車站、人行道、地下道、單行道、騎樓、天橋、各大港口及港河沿岸碼頭各處所設之交通標誌，及對於各種駕駛人、行路人之管制，必須訂定嚴厲而詳明的交通法規則以「規範」之，方可以維護社會秩序，保護交通安全，法律之於社會生活牽連之關係，乃其本質使然。德儒耶林 Jhering 有謂：「法律是社會生活要件」，拉丁諺語：「有社會必有法律，有法律斯有社會」，這些成諺語，確屬不刊之論。任何社會，如果沒有法律規範，則難以存在。上面所謂「規範」，即指示人類實現一定目的之社會法則。規範可大別之爲二：一爲社會規範；一爲法律規範，於後列第二第三兩章中，分別敘述之。

（註一）參照周大中著，法律思想闡微八頁。梅仲協著法學緒論一〇六一—一〇八頁。

第二章 社會規範

社會規範，是人類自律作用，以自律約束其行爲，而達到其求生存與進化之目的，學者有稱社會規範爲行爲規範或文化規範。人類社會生活，在通常情形之下，莫不受社會規範的支配。因人類不能離羣而索居，而與其同類息息相關，社會生活之於人類，可以說是人類天性的要求。假如一個人生活在孤立狀態時；正如希臘亞理斯多德所說：「人就不能自給自足。」（註一）此與我國荀子所說：「離居不相待則窮」，同一旨趣。在文化方面，亦無從進化。

人類最初的社會生活，團體生活，當推「部落」，有團體能合羣，在一羣體之中，團員與團員間，在相互生活上，就某種「當爲」（Ought to be），或「不當爲」（Nor ought to be）的事情，與團員間相互的關係，必須有某些爲全團員所共同信守的規則，以構成社會連帶相依的利害關係。爲維持這種關係，一個團體中之各團員，都感覺有規則需要，就已有的規則，共同遵循，沒有的規則，也繼續的創設。如果一個社會團體，什麼規則都沒有，該社會秩序，固然無法維持，社會團體，亦不能存在。不過人類社會生活，也有許多的行爲規則，未筆之於書，未載之於典，然卻爲組成社會團體的每個人所必須遵守的，道德即其一例。

社會規範，是與社會組織相結合，而成立社會生活之條件。人類爲實現其某種價值或達成某種目

的（如克服自然），經其「當爲」的評價，一面依其知性，就許多能够設想的社會生活方式中，抉擇一種最能實現其某種價值或目的之理想社會組織，而成爲該社會生活之模型；另一面依其感性，公認該社會生活之模型爲「正當」，得以繼續的共同生活，而求其安定與發展。且在該社會組織體系之下，抉擇一種理想的社會法則，這種法則，即是所謂之社會規範。（註二）。惟社會規範，雖要求受規律人應予遵守，因其爲任意性，遵從與否，全憑各個人的選擇，而有違反之可能，對於違反者亦有種種的制裁方法。例如良心所責備，團體所不容，社會所不齒，輿論所攻擊，儒教所謂五倫，基督教及天主教所謂神罰，佛教所謂因果報應等之制裁是。

社會規範，視其規律人類意思行動的形態，學者亦有分爲行爲規範與裁決規範兩種：前者是要求人類爲一定行爲，或不行爲之規範；後者是客觀的調整人類社會生活關係的規範。社會規範，除法律規範外，包括道德禮儀，習慣等規範。如果某種規範的要求，被全體社會意識，公認爲絕對不可違反的，則具有強制性，即集社會全體之力量，而強制各個人服從之。若不遵守社會規範，例如持刀殺人，則不惟影響其人之生活，且破壞全體社會之生存，則必須絕對禁止。蓋人類生活之利益，集中於兩個重心，即個人與社會。社會規範，乃對個人與社會的利益，爲關聯的規定，其有違反衝突之時，則爲之調和融洽，藉以維護社會秩序的安寧，保護社會公共的利益。個人與社會，是一有機體，社會乃由構成分子的個人集合而成，互助合作，和諧而不衝突。又因其各個人的協力工作，社會始能活動自如，沒有離開社會的個人，也沒有離開個人的社會，社會和個人，如同一物的兩面，社會的公共利益，亦即是個人的公共利益，個人的生活發展，繫於社會生活的發展，個人的生命，才有發展之可

能。我國民法第七十二條規定：「法律行為，有背於公共秩序，善良風俗者無效」。所謂公共秩序，即社會之公共利益。所謂善良風俗，即社會之道德禮儀。公共秩序與道德禮儀，皆為吾人日常社會生活之規範，任何人之行為，不得與之違反。故公共利益應優先於個人利益，以維護整體社會的健全發展。

(註1) Vinogradoff *Common Sense in law* p.3.

(註2) 參照中華叢書·法律辭典三〇一、三〇二頁。

第三章 法律規範

一、法律之定義，歷來學者所下之定義，雖各有其見地，極不一致。茲就一比較平允之定義分析說明之：

「法律爲社會生活之規範，依公信力或公權力強制執行之規範」。依此定義，法律之特點有左列三項：

(一)法律爲社會生活之規範 法律爲社會生活的產物，因社會生活而存在。法律的對象是人，它是社會生活上，人與人間相互關係的規範。人類社會生活，在原始的社會；有原始社會的法則，進而至於封建主義，極權主義，民主主義，資本主義，三民主義，社會主義，其社會各有其相互適應的法律，以構成其社會連帶相依的關係，爲其社會生活之準繩。法律即是人類社會生活行爲的規則，凡生活於社會的人，均須受社會裏法律的支配。如果有人作出某種違法犯罪的行爲，必須受法律之制裁。法律與道德、宗教等，雖同爲社會生活規範，但法律則爲其中最重要的一種。

(二)法律是社會生活之強制規範 「強制」係依外部之力，對於適用法律規範的個人，強制其爲規範之遵守，如果不遵守，則予以違反規範的制裁。例如民法上不履行債務，即予強制執行，（民法第二二七條）。侵權行爲，則須負損害賠償責任（民法第一八四條）等規定是。多數學者認爲「強制」

是法律的要素，法律如無強制，等於無光之大。亦有些學者，認為許多的法律，固然都附有強制的制裁，只是爲達到其目的所用的手段，強制並不是法律的要素。因在法律裏面，有未附強制的規定，縱使違法，亦無法加以制裁。有些國家憲法上，如德國聯邦憲法第二十一條，關於選舉人應依良心投票的規定，我國民法上關於夫妻同居義務的規定，（民法第一千零一條），即其例證，鄙見亦表贊同。所謂強制，只爲達到法律規範之目的所用的手段，對於違反規範的人，可依外部之力量，強制其服從而已。

（三）法律爲依公信力或公權力執行之規範 公信力是公眾所認同的意識，而生的力量；公權力是關於公法的運作，而生的力量，兩者各具支配的力量，同爲社會公私生活之規範。維繫公信，固有賴於公權，行使公權，亦不能無視於公信，兩者同具心理上之強制作用，可生向善去惡之效果。且行使公權力之效果，又常以公信力之強弱爲前提。如果社會公眾的全部或大多數，對於某種法律沒有認同的意識，則雖有法律，亦等於具文，而削弱人民守法的精神。法律貴在實行，凡屬難於實行的規範，皆不宜納入於法律規範以內。法律所要求的，只在使各種行動，合於共同生活的正義之實現。法律尤須隨時代而進步，適應社會公眾的需要，使社會公眾隨時表達意識，立法機構應定期訪問選民，接受評鑑，已有的法律，應修改的從速修訂，未有的從速制定，修訂法律時，並須防特權分子的私見介入於法律，而損害公信力與公權力。社會爲有機體之結合，以繼續其共同生活，因而發生統一之社會力量。社會發達至完全之組織時，是爲國家，現代執行法律之權，屬於國家，公信與公權，兩者相輔相成，國家之公權力，亦即社會公信力之表現，凡依公權力或公信力執行之規範，皆可謂之法律。美國法理學者維納格拉多夫（Sir Paul Vinogradoff）有謂：「法律乃是關於對人與對物的權力之行使與

歸屬，被社會所施行，所強制的規範體系。」(A set of rules imposed and enforced by a society with regard to the attribution and exercise of power over person and things)。他所下定義，含有法律須具公信力與公權力之旨趣，亦足以採取。(參照維氏 Common Sense in law p. 29)。

二、法律規範之類別 蘇聯考庫諾夫 (Korkounov) 將法律規範，分爲倫理規範與技術規範兩種，茲分述於後：

(一)倫理規範(Ethical norms) 倫理規範，是以人類的天性爲基礎，爲直接表現道德觀念之規範。在原始的社會，人們就已有認爲「應爲」與「不應爲」的事情，道德意識，即潛伏滋長於其間，即使不制成爲法規，各個人都知道遵守，只依其健全的常識而爲行爲，便不致有違反倫理規範情事。倫理規範，係指示人類選擇行爲之標準，而確立指導之原則，用以調和個人間營求各種目的之衝突，及個人與社會利益之衝突。社會愈發達，人們交往亦愈多，個人絕不能離開社會而生活。且人生之各種目的，常同時競合，欲求完全達到，勢所難能，個人與社會利益之衝突，亦所難免，必須依各個人的德義判斷，而選擇決定，何種目的，應自行犧牲，何種目的，應求其實現。對於個人與社會利益，亦作同樣的選擇決定，以構成社會連帶相依的利害關係。如果不遵守倫理規範，其個人對於社會生活的調和，則完全被破壞，不僅影響其個人欲達到之目的，社會全體的利益，亦生重大之影響。倫理規範爲義務性，人們應絕對的服從，它的直接目的，在於社會生活秩序之維持，以及正義之表現。任何社會組織，凡屬組成該社會中之一分子，有遵守的倫理規範義務。否則，對於違反的人，加以譴責，其情節重大的，則予以法律上的制裁。但其拘束人類行爲之方法及程度，則與法律規範，有其差異。

(二)技術規範 (Technicaet norms) 技術規範，係爲人類完成其一定目的，而指示其行爲之準則。例如建築法，各種教育法，及商事法中之保險票據等法。這類規範，常依其人付與該目的之主觀之價值判斷；而選擇決定，人們爲達到某種目的，原有若干手段，可選擇那一種手段最合理的，需要具有專門學識來決定，凡欲爲技術的運用，必須先有一定之目的存在，技術本身，只是完成目的之手段，人類於選定目的以後，必須遵從技術規範而爲行爲，若不遵從此種規範的指示，則無法使其某一種目的，達到圓滿完成。現代科學發達，社會生活規範之中，關於技術法律，日益增多，應由具有專門學識的專家，參與制定，且須使人民易於瞭解。技術法規，因有發明的性質，純爲成文法所創設，多不適用習慣法。惟在整個法律規範之中，目的性與正義感，技術的與倫理的，兩者並存，卻不容否認，因此兩者形對立的情形，並非絕對的不能調和。法律本身之目的，端在於人類社會生活中，求正義之實現。例如建築法，教育法，雖爲物理的或心理的的法則之應用，然有關人類公共安寧與福祉時，此類技術規範，亦是以法律規範的形態與性質而存在。是作爲社會生活之一切規範，皆成爲法律規範，似未可截然劃分。又如保險法，法律須考慮保險之目的，使其法律關係適合其目的之規定，而同時對於保險人、要保人、及被保險人間之權利義務，仍應使其與正義不相違背。至於票據法之目的，重在票據使用便利，保護交易安全，因其爲經濟流通之工具，亦須依據法律的基本觀念，使其受正義之支配，關於發票人付款人受款人承兌人背書人等之權義，均分別規定之。技術規範與法律規範，兩者有其關聯之規定，考氏劃分之見解，非篤論也。

考氏又將倫理規範，分爲道德規範與法律規範兩種。(註二)舉其要點如左：