

民法總則概要

「考試準備」政法概要叢書

世界書局印



民法總則概要

總說

一 什麼是民法？

答

我們生活於社會，一方面須與國家發生關係，這種關係是公的，規定這種關係的法律稱為公法，如憲法、刑法等；一方面又須與私人發生關係，生出各種權利義務，這種關係是私的，規定這種權利義務的法律稱為民法。我們人類生活差不多全部都與這種權義有密切關係，換言之，這種權義簡直是我們的日常生活。譬如我們賴以生活的布

帛米菽的賣買，以及我們相倚而生活的父母妻子的關係，前者關於財產，後者關於身分，這都規定於民法之內。民法中的總則編規定享受這種財產權和身分權的主體，親屬編承繼編規定這種身分權，而物編債編規定這種財產權，所以民法是規定我們日常生活的法律。拿民法和憲法比，憲法不過規定國家的組織，以及國家和人民的關係，而民法卻是規定私人與私人的權義關係；所以沒有憲法，不過國家的活動沒有準據吧了，然沒有民法，則人民的生活卻無所保障，不能安定了。拿民法和刑法比，刑法不過對於犯罪加以制裁，就好比人生了病，用藥石一般；而民法將人民日常生活規定，那就好比布帛米菽了。人可以不生病，而不用藥石；但不能不生活，而不用布帛米菽；所以民法是至爲重要的。英國法學者梅因氏 *Maline* 說

道：一國文化的程度可比較他的刑法和民法的分量而判斷，半開化的國家民法少而刑法多，文明的國家刑法少而民法多。梅氏的話很有見地啊！

以上的論究是民法實質上的意義。這種意義還有廣狹之分。廣義的民法包含私法的全部，狹義的民法是與商法對待的名稱。我國現在立法的趨勢很傾向於將民商法合為一編，把僅關於商事的法律依其性質訂為單行法，那麼，在我國將來，這種狹義民法的意義必須改變了。除實質的意義之外，民法尚有形式的意義。這就是指那具備法典形式的民法。本書所述就是根據這具備形式意義的民法法典。

我國自有史以來，法這個字只指刑法說的。民法這名稱還是根源於羅馬的市民法 *Jus civile* 英美法中稱為 *Civil law* 日本譯為民法，我國也就用了

這個名稱。

二 現在的民法總則有什麼特點？

答

要編訂一部完美的法典，須要注意二個基本的原則：第一，要順應現代的潮流；第二，要適合本國的國情。不順潮流，法律反足以妨害社會的進步；不合國情，法律也不能極其效用。更其在我們中國，這二種原則比較的格外重要，因為一方面我們承數千年封建制度的流毒，社會的落伍是無可諱言的，同時世界正在突飛猛進，長足的追趕猶恐不及，萬無故步自封的餘地。我們果然要促進社會，追逐文明；我們也須顧及現狀，培養社會。現在訂定的民法總則是不是盡善盡美，我們不敢武斷地肯定，須得待諸專門學者長時間的探討；但是我們統觀全文，至少我們覺得

立法者很能注意着上述的二種重要原則，很明顯地表現了幾種特點：

(一)創造的精神 世界上有二大派立法的思潮：一派以爲法律是生長的，所以只能跟隨社會，不能超越時代；一派以爲法律可以創造的，不必跟隨社會，應當超越時代，促進文明。這二派爭執至今，未有定論，我們也無須去論定孰是孰非；可是我們中國正需要猛烈的改革，那麼，創造的立法也正適合這種需要。這部民法總則已毅然決然的採納了這種創造的精神，譬如男女平等的原則，我們社會尙未充分容納，立法者根據了潮流的趨勢，已把他確定了。

(二)三民主義化的 國民政府是以黨治國的政府，以實現黨綱黨義爲第一要義。立法爲治國之大本，那當然非貫徹黨的主義不可了。所以民法總

則規定自由之不得拋棄（第十七條），那是民權主義的表現；處處又顧到公共秩序，善良風俗（第二條第卅六條等），那是民族主義的表現；又對於團體的利益，社會的利益，非常注重（第六十五條第四十四條等），那是民生主義的表現了。

（二）社會主義化的 自十九世紀以來，個人主義大爲昌明，立法也受了影響，以致近代除了蘇俄的民法之外，差不多都是個人主義的立法。弊之所趨，社會的利益，團體的利益，反被個人的利益所妨害；所以現代法學思潮中也有社會法學派的突起，以之補偏救弊。我們的立法者很能見到這點，在總則中很注重團體的利益，如對於法人採取干涉主義，並規定法人解散後，他的剩餘財產應歸屬於地方自治團體（第四十四條），對於消滅

時效，把時間縮短等（第一百二十五第一百二十六第一百二十七等條）。

（四）習慣的採取 習慣是一國的國情，如其立法者完全把習慣抹殺，就不合法律須適於國情的立法大原則。但是習慣的採用主張不一：拿破崙法典絕對不承認習慣可以作為法律採用；後來自然法學派就反對這種主張，以為習慣可以補充法律的遺漏；更有一派簡直主張習慣應和法律處於同等的地位；而英美法系全部的法律差不多由習慣蛻化而來。可是我們若過甚推重習慣，勢必使不良的習慣影響於社會的進化；所以我們的立法是採取了自然法學派的主張，認習慣可以補充法律，但只限於良好的習慣（第一條第二條）。由此，我們更可以見得這部民法總則頗受了英美法系的影響。原來我們中國向來是受大陸法系的影響，大陸法系都用的成文法典，而

英美法系都用的不成文的習慣法。前者易於凝滯，而長於穩定；後者易於適應潮流，而失於散漫。我們立法者能見到二者之失，擷取二者之長，所以形式上雖然還是採用大陸法系的製定法，而精神上亦採取了英美法系習慣法的精神，認習慣可以補充法律，使法律不致凝滯。

(五)男女平等的確定 自天賦人權說以來，男女平等的思潮日益高張，我們國民黨早已確定為政綱之一。歐美各國女子的地位雖然比較我國高些，但多數國家的法律還認妻為限制能力人。世界上號稱最富於民主精神的英國，最近工黨的宣言及政綱內，還在那裏大唱要澈底實現法律上，社會上，經濟上，男女一律平等之說。現在我們的民法竟把男女的界限完全消除，在立法者固然僅依據黨綱吧了，可是在我國社會裏，這種立法的創造

精神至少是偉大而勇敢的。

(六)最新編制的採用 民法總則編之編別各國都不同。我們的總則係參照最新的編制，如蘇俄、暹羅，及最新法、意二國的共同民法草案。於編首設法例一章，將所有能適用於全部法則的條文歸納在那裏。自然人與法人本都分章的，現在他們合爲一章，條文也減少了。契約一節捨去了，按照他的性質，分置在親屬債權等編內。代理一章僅規定法定代理，及意定代理的共通原則，把其餘的規定都歸入債權編委任章中了。這樣一來，簡明清晰，自具特色了。

三 民法應該怎樣解釋？

答

民法是規定私人權利義務關係的抽象條文，他的目的是要適用到具體的事實；可是人事萬變，不能雷同，而民法的條文有限，一成不變，以有限固定的條文去規律無限而變動的事態，那就非借助於解釋的方法不可了。所以解釋是使法律生命化，在適用法律時是很重要的。解釋方法可分爲二種：

(一)有權解釋 有權解釋也稱爲立法解釋。國家因爲要闡明某種法律的眞義，另訂一種法律來解釋他，或者就在那種法律中，設有解釋的條文。這種解釋是強有力的。

(二)學理解釋 這是不用立法的程序來解釋法律的方法，又可分二種：

(1)文理解釋 這就是依照法律所用的文字去說明他的內容。但研究文

字意義的時候，須根據二大原則：(a)須照立法時候那文字所包含的意義，因為解釋的目的在於發明立法的用意。文字的意義是跟着時代變遷的，倘不依據立法時的意義，不是解釋變了立法嗎？(b)須照通常的意義，因為法律是民衆的法律，不是專門學者所專有的，所以除非那文字是專門的術語，應該用專門意義去解釋，凡是通常的文字都須照通常意義去解釋的。

(2)論理解釋 這是用推理的方法去解釋法律的意義。換句話說，就是不拘泥於文字形式的意義，而依據邏輯的法則去推求其實質上有一貫系統的意義。不過法律上的論理解釋是與文理解釋對待的名稱，凡是在文字形式的意義之外，去解釋法律，都可以稱為論理解釋，不必處處依據

邏輯上的法則；所以學者有稱之謂文字解以外之解釋，也有稱他爲法律學的解釋。可是我們須明白這裏所謂推理和尋常的推理不同，不可徒憑主觀理智的空想，卻要有所依據。大概在推理的時候，須依據下述的幾點：（一）立法的材料，（二）法律的沿革，（三）法條和法律全體的關係，（四）立法的理由，（五）法律上原則，（六）立法的原因（七）立法的目的，（八）立法的一貫主義。在理論解釋之中，還有所謂當然的解釋，就是以大例小，以小例大。

（三）文理解釋和論理解釋的關係 法律的解釋雖然有文理和論理的二種方法，但這不並是說用了一種方法，就可把那一種方法忽略過去。法律的解釋既在發見立法的意思，所以不妨把二種方法同時並用。若結果相同，

當然沒有問題；若有歧異，取捨之間，就不可不依據下列的標準了。

(1)擴張解釋 文字的意義範圍甚狹，但推理的結果確然發見立法者要把法文比較廣泛的適用，那就須得把意義擴張了。

(2)限縮解釋 反之，文字的意義廣泛，論理的推斷應該縮小，文字的意義就應限縮了。

(3)反對解釋 凡法律對於一定的事項，沒有規定，因此，推定對於相反的事項，不能適用。這是反對解釋。

(4)類推解釋 有時候法律對於某種事項，沒有什麼規定，但對於類如的事項，已有規定。這裏就可用類推的方法來解釋了。

四 民法效力的範圍怎樣？

答

在適用民法的時候，有四個關於效力的先決問題應該解決，就是

：（一）什麼事項才適用民法？（二）民法適用於那種人？（三）民法適用的區域怎樣？（四）民法的效力及到什麼時候？

（一）關於第一個問題 我們知道民法是規定私人的權利義務的法律，所以只有民事的事項，才受他的拘束。

（二）關於第二第三兩個問題 關於民法的效力有二種主義，就是屬人主義和屬地主義。依照前者，民法的效力只及於本國的人民；依照後者，及於全國領土，居於領土內的民衆，不問是本國人或外國人，一概適用。古時都以屬人主義爲原則，近世國家的領土觀念發達，都採取了屬地主義爲原則，同時也折衷於屬人主義，使本國人在外國的也受本國法的拘束，學

者有稱這種辦法爲折衷主義的。我民法就是採取這主義，所以一方面他的效力及到全國的領土，拘束領土內一切人民，同時對於居住外國的本國人民也一般適用。可是我們不要誤會外國人在我們中國不受我國法律的制裁，這是不平等條約內領事裁判權的障礙，是一時的病態。我們相這不合理的障礙的末日就要到來。

(三)關於第四個問題 自羅馬法以來，法律上有一個公認的原則，就是法律不能溯及既往；因爲社會貴於安定，倘使既確定的權利，因新法而常生變動，不是反使社會騷擾，反悖了設立新法的本旨嗎？但是這個原則只能拘束法律的解釋，不能制限立法，立法時若有溯及的規定，就不能算違反這個原則。以上是說的法律關於既往的效力，至於將來的效力，除法律

有期間的規定外，是永久而沒有限制的。

第一章 法例

一 民法施行後，若發生案件，民事法律上並沒有規定時，怎樣辦理？

答

人事之錯綜複雜，因緣變化，萬難預測。無論怎樣完備的法律，想把人事網羅盡淨，是不可能的。但法官受理案件之時，決不能因

爲無法律條文之依據，就可不予受理。在這種場合，各國大抵依照習慣，

習慣也沒有時，英美法系國家都由法官依照條理 *Legal principle* 判斷，瑞

士民法規定由法官自處於立法者的地位時，依照他應行制定的法律而爲之