

民法總則新釋

民 法 總 則 新 釋

劉 漱 石 編 著

南 京 書 店 出 版

一 九 三 二

中華民國二十一年八月初版

民法總則新釋

版 權 所 有 翻 印 必 究

編 著 者

劉 漱 石

發 行 者

南 京 書 店

總 發 行 所

南 京 太 平 路
上 海 河 南 路
南 京 書 店

特 約 經 售 處

開 封 龍 文 書 莊

分 售 處

各 省 各 大 書 局

每冊實價大洋八角

民法總則新釋目次

編後寫在卷首

前論

總則條文及釋詞

第一章 法例……………一三

第二章 人……………一六

第一節 自然人……………一六

第二節 法人……………三二

第三章 物……………五八

第四章 法律行為……………六三

第一節 通則……………六七

第二節 行為能力……………六九

民法總則新釋——目錄

二

第三節	意思表示	七四
第四節	條件及期限	八二
第五節	代理	八七
第六節	無效及撤銷	九三
第五章	期日及期間	九八
第六章	消滅時效	一〇二
第七章	權利之行使	一一五
附錄		一二一

民法總則新釋

前論

自來學者研究法學有兩種方法：一種是系統的論列，一種是就現行法逐條解釋。前者屬於靜態的，後者屬於動態的。本書係用後一種方法：就現行民法逐條詮註，參以立法上學說及主義，以期按索簡易，引起研究法學者的興趣。

無論研究何種科學，首先得對於那種科學具有一般的概念，這差不多是治學的基本工作。在研究民法的條文以前，對於牠的意義、性質、編別、民商法分合的理論，現代法學潮流影響於民法精神的異趣，和我國現行民法的優點，都先要明白地瞭解和認識，因此，本書的前論實為應有而必要。

(一)

民法是人民日常生活的準繩，牠的語源遠出於羅馬市民法。但現代的民法，却和市民法的原義不同。因為市民法為羅馬固有的法律，僅限於羅馬的市民適用，牠的性質不盡屬私法，凡是公法的規則，也包含在內。當羅馬盛時，被征服而聚集在羅馬的他邦人民相互間或他邦人民和羅馬市民間的爭執，由羅馬特設法官，參酌各

邦慣例，作爲審判的依據，積久遂成爲法律，就是所謂萬民法。後來羅馬的版圖拓大，萬民法的適用區域隨而擴張，漸漸地排除市民法，而消失兩者的差別，市民法就成爲現今各國民法的語源。可是現代民法的實際是和市民法不同而屬於私法的範圍。

民法又有廣狹二義：廣義概括私法全體，即民法法典及關於民事的一切法令和習慣法；狹義僅指民法法典，本書即以後者爲研究的對象。

民法的性質，學說上最普通的主張是：

一 民法是私法：私法是規定個人生活的關係，所以別於規定團體生活關係的公法。

二 民法是普通法：普通法可適用於一般的事物，所以別於僅限某事某物適用的特別法。

三 民法是國內法：國內法是規定國內一般人民的關係，所以別於規定國際間人民關係的國際法。

四 民法是成文法：成文法是由法定機關經過立法手續而制定，所以別於不文法，雖然各國立法例有適用習慣和法理的例外，但以制定的成文法爲原則。

五 民法是實體法：實體法是規定權利義務的實體，所以別於規定施行手續的程序法。

六 民法是隨意法而兼命令法：隨意法基於當事人的意思而設定，命令法有強制施行的効力。中政會（中央政治會議，下仿此）民法總則編立法原則所稱：「（一）必須遵守之強制條文，（二）可遵

守可不遵守之任意條文」前者即命令法，後者即隨意法。

(二)

民法編纂的部別，所以表示全體法理和各部的關係，各國民法的編別法，大別爲下列兩種。

(一)羅馬式編別法：此式倡於羅馬法學者額尤斯，爲幼斯締尼帝法典所採用，把民法分做(1)人事，編(2)財產編，(3)訴訟編。民法沿用這種編別法，分(1)人事，(2)財產及所有權之變更，(3)所有權取得方法，而刪除訴訟一編，西班牙，意大利，荷蘭，比利時，奧地利，葡萄牙及日本舊民法都屬於這個系統。

(二)德意志式編別法：一八六五年沙遜民法分做(1)總則，(2)物權，(3)債權，(4)親屬，(5)繼承，五編；德意志帝國新民法沿用這種編別法，把債權提在物權的前編。日本新民法採沙遜式，我國民艸從德新民法的編制。

羅馬式編別法不置總則，關於私權的共通的原則無統一的規定，而僅散見於各編，殊嫌散漫，重複和缺漏。物權和債權的性質不同，牠把債權附屬於物權編中，致失債權的重要性，而物，債觀念亦互混不明。至於人格，能力及親屬關係併在人事編裏，更嫌其編纂方法的不科學，不精細。並且，訴訟關係是一種程序法，混入實體法中，尤爲一大缺點。所以我國現行民法採取德意志式編別法，分總則，債編，物權，親屬，繼承五編。

(三)

民商兩法的劃一和分立，成爲近代法學者間一大論爭，攷之各國立法例，民商合一是英美法上的特質，大陸法系則商法於民法之外另成獨立的法典。主張民商法分立的學者，其理論：（一）是商人有特殊情形，應該受特別法律的保障；（二）商法獨立可以保持法典的整齊性；（三）商法所定重在進步，民法所定多屬固定；（四）商法具有國際性，民法祇適應本國的國情，不適於世界化。這些論點，我們試加以深刻的研究：（一）人民在法律上應立於平等的地位，若因職業和行爲的不同而特訂法典以爲保障，那末，社會上職業種類的繁多，立法者將不勝其繁而窮於應付，以特種法律治特種的人，亦不合平等的原則。從前各國的商法，係以人爲標準，凡商人所做的事，都規定於商法，例如德國一八九七年所訂的商法。法國大革命後以爲不應爲一部分人專訂法典，遂以行爲做標準，凡是商行爲都規定於商法。但是事實上何種行爲係商行爲，頗難有明確的標準，如其一方是商人而一方不是商人，適用上將立感困難。（二）各國商法的內容極不一致，體例紛歧：日本商法分總則，會社，商行爲，手形（票據）海商五編；德商法無手形，法國把破產法和商事裁判所組織法訂入商法；於是可以看出商法應規定的事項，原無一定的範圍，而商法的總則又不能貫串全體。並且有商法法典的國家，商法既爲民法的特別法，關於最重要的買賣契約，仍多規定於民法，民法上的營利社團法人，仍須準用商法，如有特別情形如銀行交易所之類外，民商法牽繫的地方很多，所謂保持法典的整齊性，又將何以自圓其說？（三）民法的規定較

商法爲固定，此在法制史上容或留有陳迹，但法典的規定和修改應循着進化的途徑，實爲立法本身的問題，而不是民商法分立的理論根據。例如英國是民商合一國家，公司法施行後已經過數次的修改，德國民商分立商法的改變反不如英國，這完全是社會進化做牠的原動力，初無關於法典的分合。（四）商法具有國際性，證以一八六五年的英國電信條約，一八七四年的萬國郵政條約，和一八九〇年的萬國鐵道貨物搬運條約，固應承認牠底趨勢，但對於商事法規的應趨於大同，儘可在民商合一的法典內酌量以爲規定，期不失立法精神的運用，亦不礙於商法國際性的發展。而且民商分立的國家，其商法典亦不免適應本國國情的特殊規定，假使各國都有獨立的商法，關於商事問題的認識互異，商法的國際性不轉因立法上的特殊性質而消失嗎？商法既非同民刑法在性質上顯異的差別，而僅爲民法的特別法，其運用的程序原係適用民事訴訟法，則實際法又何必強爲分立，徒增煩瑣？所以，近代各國學者如意大利的維域提氏，法蘭西的他賴氏，德意志的典爾伯氏，都盛倡民商合一的理論；英美兩國握國際貿易的霸權，原來就無所謂商法；即是大陸法系國的瑞士，也採民商合一的立法例；俄國一八九三年民法第一冊案，一八九六年民法第二冊案，一九〇六年民法第三冊案，一九〇七年民法第四冊案，都包括商法而爲劃一的規定。學說和立法例既已蔚成世界立法的新趨勢，民商分立國家的學者，亦漸主由分而合，不過新的理論實力，一時還未能推翻悠長的舊制。我國在十八年中政會第一八三次會議議決編訂民商法統一法典案，立法院依據該案的原則，把商法總則中的經理人和代辦商，商行爲中的交互計算，行

紀、倉庫、運送營業和承攬運送各種事項，一併歸入民法債編，這是我國立法上一個趨新的進步。

(四)

法律不是烏托的玄想，也不是機械的定律，牠是依據社會現象來規定人類生活的準繩，和社會的經濟基礎有密接的聯繫。人類的共同生活固然有動搖法律的力量，而切合實際的法律實有維持社會秩序的效能。我們曾經聽到無政府主義者反對法律的論調，但他們是偏於理想而徒托於自由的迷夢；我們也曾經聽到共產主義者詛咒法律的謠言，但他們是憑着階級意識的衝動和憤激；主觀的蒙蔽，使他們蔑視了法律底社會存在的價值。封建時代國家的法律保護貴族、地主的利益，資本主義國家的法律保護資產階級的利益，原是時代背景必然的反映，祇能說是統治階級底自私和立法者的謬誤，而不能貶損法律的本身。治法學者當首先具有這個客觀而深刻的觀念。

法律既為時代的社會的產物，人類的生活和社會的組織是隨着時代的輪齒不斷地前進的，到了法律不能適應民生的需要和阻礙社會的進步底時候，舊有的法律必因而解體，新的法律觀念遂應運而生。求之中外法制史，可知法律決非古董式的文化，且社會進化的動力亦不容其保守而存續。產業革命以後，新的經濟關係產生了新的政治思想，經濟的自由主義影響到立法方面而成為個人主義和法律制度，法律以權利為本位，牠所保護的是個人的權利。雖然歐美法學有十八世紀唯心主義派和十九世紀唯物主義派的爭議，但各國的立

法精神都是以個人爲出發點，拿破崙法典就充分代表這種精神，尤其在私法上個人主義的色彩更爲濃厚。十九世紀下半期以還，由於資本主義的發展而發生社會現象的矛盾，人類的生活更日趨複雜化，經濟的社會的思潮蓬勃地激蕩，法學者爲使法律與社會生活相適應，於是社會法學派的崛起，法律社會化始成爲近代立法的新趨勢。因此，社會羣體的公益優越於個人的私益，從前以個人主義爲中心的法律上傳統思想，將漸被社會連帶主義的理論所撲滅。而民法上關於自由、財產、契約、宗族關係、損害賠償責任等項，遂爲進化法則所支配而建設起新的觀念。

我國的立法精神是怎樣的呢？看了胡漢民先生的立法院開會辭便可以明白，現在撮要引出幾段話來解答這問題。胡先生說：

『在這破殘的舊國家當中，要重新創造一個三民主義的國家起來，建國的計劃要整個的，建國的工作也要整個的。這就無異是說，國家今後的政治、經濟、教育、法律、財政、種種的計劃，雖要從各方去分工進行，而同時必須以三民主義爲總出發點，才能建設得起一個整個三民主義的中國。』

「現在中國的目標，是要建設三民主義的國家，所以立法的精神，就要注重整個的民族、社會生活和社會力量之規範，而使之集向於三民主義之實際建設，在這一立法精神之下，立法者就不能如歐洲十八世紀唯心主義的法律家，祇是偏重於主觀的理解，亦不能如十九世紀唯物主義的法律學者，祇是注重物質的環境

對於法律的影響，而忘記了法律是爲人而立的，不是人爲法律而設的。

「我們現在的立法，不但要擁護人民的利益，而且要保障以民族精神民權思想民生幸福爲中心的一切新組織和新事業。

「從前立法，祇是注重農業社會的家族經濟之關係，而現在我們所要的立法，便要注重農業與工業並進的民族之經濟關係。

「中國向來的立法是家族的，歐美向來的立法是個人的，而我們現在三民主義的立法乃是社會的。『可見社會生活和社會生存是法律所由產生的源泉。法律上所以要承認生命財產之安全，這完全由於社會的安全，不是純粹爲個人的安全，社會的生存寄托在牠的成員身上，社會的財產寄托在個人身上，社會的利益也寄托在個人身上，爲了這個緣故，所以個人才須受法律的保障。』

於此可知我國的立法，不單是法律的社會化，更獨有其三民主義化的特質，而民法的精神和效用，亦可從原則上得到正確的認識了。

(五)

我國立法趨勢，既如上述，民法在未起草以前，由中政會分別規定各編的原則，立法院即據此原則制定全部民法，成爲我國自來最完整的法典，可謂革命後一大建設。試就新民法內容作系統的尋譯，有些地方雖尚有

商榷之餘地，而其顯著的優點可得而列舉如下：

一 編制體例的進步：各國民法關於總則編的編制互有差別，本法（即現行民法以下仿此）編別法雖採德意志式，而於總則編另仿選羅、蘇俄民法及法意共同民法草案的新例，把全編通用的法則訂為法例一章，又併合自然人與法人為一章而減少其條文，契約依其性質而分別規定在債和親屬等編，代理祇規定法定代理和意定代理其共同適用的條文，其餘的便置於債編委任章中，有提綱挈領之功，無瑣碎蹂躪之病。

二 適用習慣的限制：習慣是自然形成的人類行為的標準，各國立法例對於習慣的效力亦各有不同。我國土地遼闊，人口衆多，禮俗互異，舊日習慣中自然不免有些因時代變遷和社會進步而違反潮流，或牴觸黨義，或不合國情，若昧於現實而徒事拘常泥舊，必致阻礙新組織新事業的發展，革命將一無意義之可言。本法採用習慣，僅限於法律所未規定的場合，其習慣更須不背公共秩序或善良風俗，限制綦嚴，庶無礙於社會的進化。

三 社會公益的注重：個人主義的法律既顯呈弊害，社會連帶主義遂倡導立法的新趨勢，三民主義的立法精神原欲促進整個的民族的生活和社會力量，民法保護社會公益實為其應有的任務。本法對於法人採干涉主義，並覲定法人解散後的賸餘財產應歸屬於地方自治團體，限制禁治產宣告的

範圍；縮短消滅時效的期間；諸如此類，都表現漸趨於社會化的途徑。

四

男女平等的確立：本黨對內政策早已確立男女平等的原則，國民政府爲實現本黨主義而立法，自應本此原則明定男女平等的法律，一洗數千年男尊女卑的舊污。本法否認妻爲限制能力人和單獨的夫權之存在；女子無論未嫁已嫁，對於個人財產均有完全處分的權能，對於父母的遺產都有繼承權；父母得共同行使親權，離婚條件不寬於男而嚴於女；其他一切權利義務關係，初不因男女的性別而有所軒輊；是男女平等已由主義而通過於法律，爲我國法制史上放一空前的異彩。

五

宗法制度的摧毀：我國先秦的政治以禮治爲中心，禮記上「親親尊祖」的學說衍爲當時的宗法制度。後世所謂儒家者流，祖述陳義，更從而變本加厲，所以遞嬗到今日的社會，還留着宗法的潛勢力在支配大部分人的心理。宗法制度的流弊，使得家族制度超過社會意識而畸形發展，養成親屬的依賴和自私；在「父老子之天也，夫者妻之天也」這種僵化無情的論理教條之下，家庭流於極端專制而獨見親權萬能，子女喪失人格的獨立，陰鬱慘苦地做了家庭的奴隸或商品，連職業和婚姻都沒有選擇的自由，間接的影響是阻却社會的進化。本法改進親屬的分類，以血統和婚姻爲主而分爲配偶、血親和姻親三類，在遺產繼承上亦不以宗祧繼承爲前提；於家庭置重家長的義務，管理家務應注意家屬全體的利益，家長不分性別；關於扶養的規定，獎勵親屬互助和個人經濟的獨立；直系血親兄弟姊

妹家長家屬相互間，夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間互負扶養的義務，因負擔扶養義務事而不能維持自己生活的，免除其義務；雖然家族制度因適應環境的要求還適度的保存着，而二千餘年來支配我國社會的宗法，牠的壁壘在法律上已被摧毀無遺了。

民法總則新釋

三