

新民法總則提要

漢文題

神州國光社出版

蕭志鰲編

新民法總則提要

神州國光社出版

新民法總則提要



中華民國二十五年五月出版

實 價	分 售 處	印 刷 所	發 行 所	出 版 者	著 者
八 角	各 大 書 局 各 省 神 州 國 光 社	神 州 國 光 社 上海新開路福康路 電話三一〇九〇號	神 州 國 光 社 上海河南路第六十號 電話一二三九八號	神 州 國 光 社	蕭 志 鰲

自序

法律，係促進社會之寶筏，表彰文化現象之利器，國家愈發達，法律愈精密。一國之法，苟精密矣，未有不蒸蒸日上者。所謂法強則國治，法弱則國衰，是法律之良窳，實關於時代之精神，至深且鉅。然則法律之所以爲法律，豈無故哉。

夫法律爲「社會生活之規範」，在營共同生活上，爲不可或缺之保障。社會苟非營共同生活則已，如其爲共同生活，則不可無法律，亦不許其無法律。蓋社會既係羣居團體，則人與人間，終不無相互不關係，既有相互之關係，則難去相互之衝突，爲避免此衝突，捨法律之外，別無他圖。是法律之產生，有自來矣。

法律之重要，誠如上述。則法律之編纂，正國家唯一之要務。顧中國之法律思想，發達雖早。唐虞之世，載在史冊，周代以後，蔚然可觀。然皆側重於公法方面，對於私法，尙付闕如。推原其故，大抵國人缺乏法學之灌輸，且於一般法理觀念，殊少深刻的探討，抑知自來吾國法律，充滿封建遺毒，其立法之趣旨，重在一國之少數特殊階級，足

以憑藉而專橫，其於人民私權之保障，每置諸度外而罔顧，積是之由，故私法之觀念，遂獨見其簡陋。反讓歐西法律思想之均衡，無偏頗之弊，專美於前，良可嘆也。

原夫私法之重要者，厥惟民法。民法在法律上之地位，不次於憲法刑法之需要。蓋憲法不過係規定國家之一種組織現象，以及國民與國家之關係，而民法則係規定私人與私人的權利義務之關係。無憲法則國家之活動，無一定之準繩而已。無民法則人民日常生活，永無保障，無保障則生活不安寧，而社會將形糾紊矣。其次刑法係規定國家刑罰權之行使。換言之，國家對於人民之犯罪，予以制裁之一種制度。猶如病者施以藥石為救濟之方法。與民法規定人民日常生活者，迥然有異。人民可以調攝身心，使勿患病，但不能阻止日常勿生活，而免除法律之保護。故民法較刑法，其孰為重要也可知。明乎此，國民對於民法需求之迫切，更毋待言。

吾國民法，至前清末年，因庚子之亂敗衄後，朝野上下，始憬然思變法以圖自強，而民法方於此時，有多少之準備，即今所稱之舊民草。然一時匆率從事，不免有欠精嫌簡之處，是以及後數年，有新民草之編訂。就其形式而觀，新民草雖整齊周密，較舊

民草爲可取，然歷時既久，國情幾番變遷。新舊民草之在今日，已成過去，核與社會潮流，諸多悖謬，實不足以應新時代之需求。迺者國民政府，有見及此，爰就民法整個全部，加以整頓，今新民法總則既已頒布矣，則今後中國之民法，行見普及國民一般心理，而與大憲諸國輾追逐矣，曷勝引慶。

余既深感吾國法學之退步，而尤有憾於私法如此之幼稚，故每亟欲起而鼓舞，以引起國人之注意。無如綆短汲深，弗克濟事者數矣。今值國府新法頒布，正與不佞初衷相脗合。爰不辭謏陋，依據立法原則，支配現代最新法理，用客觀的態度，作公正的討論，草成是書，以獻國人，抑亦足以一紓己志歟？是爲序。

著者識 一九三十，三，十一日。

趙序

民法之目的不外四端：一曰維持社會之平和，二曰維持社會之現狀，三曰確保個人之自由，四曰保護社會之利益。民法之效用廣矣，然我國法律之學尙甚幼稚，倘非好學之士，細繹條文，窮研法理，以爲探討之準繩，則治法者必感大海乘槎，茫然不知所向之苦！今蕭君志繁編民法總則提要一書，索序於余，余略一展閱，知其所祖述者，爲社會法學派，而治學則採社會學研究的方法，其法律思想，又能鎔冶權利本位與義務本位於一爐。余思此書出後，爲治法律學者之指針，而足以一新法學界之耳目，可操券以待也。

中華民國十九年冬月韻逸趙琛謹序

例言

- 一 本書係根據民國十八年五月廿三日，國民政府頒布民法總則編而論述的。
- 一 本書以淺顯文字，簡單文句，說明關於民法上一般系統諸重要問題，定名為新民法總則提要，蓋欲依此而便初學之研究。
- 一 本書論述之對象，純以整個的法學，作公平的說明，絕無偏頗之弊。
- 一 本書依全部條文，次第敘述，在相當範圍內，盡力發揮，如可節約者，力求簡潔，以期無冗繁之憾。
- 一 本書除將各項條文，約略評述外，間多加以舉例引證，以求實際與理論相調和，而引讀者容易領會。
- 一 本書共十萬餘言，分緒論與本論兩端，緒論係論述法律一般必要的說明，計六大節。本論則說明民法上各種根本問題，共十四章。
- 一 本書因時間匆促，將付剞劂，未及詳加校訂，魯魚亥豕，在所難免，深望大雅君子，

進而教之是幸。

一 本書承趙教授韻逸先生，多方指導，始克有成，併此誌謝。

新民法總則提要目錄

緒論

一 法律之概念……………一

(一) 神意說……………二

(二) 命令說……………二

(三) 自然派……………三

(四) 歷史派……………三

二 法律之定義……………三

(一) 宗教主義神意授與說……………四

(二) 自由主義調和意志說……………四

(三) 命令主義主權發布說……………五

(四) 國家主義強行規則說……………六
(五) 著者之意見……………七

三 法律之淵源……………九

(一) 直接淵源……………一〇
(二) 間接淵源……………一〇

四 法律之分類……………五一

(一) 成文法與不成文法……………一五
(二) 公法與私法……………一六
(三) 普通法與特別法……………一八
(四) 主法與助法……………一九
(五) 固有法與繼承法……………二〇
(六) 強行法與隨意法……………二一
(七) 國內法與國際法……………二一

五 法律之效力 二二

(一) 法律效力關於時者 二二

(二) 法律效力關於地者 二五

(三) 法律效力關於人者 二八

六 法律之解釋 三〇

(一) 立法解釋 三一

(二) 文字解釋 三一

(三) 論理解釋 三一

(四) 著者之意見 三一

本論

第一章 民法之本質 三五

新民法總則提要

四

- (一) 民法爲私法……………三五
- (二) 民法爲普通法……………三六
- (三) 民法爲隨意法……………三六
- (四) 民法爲規定私法的原則……………三六

第二章 民法之沿革……………三九

- (一) 舊民律之編訂……………四〇
- (二) 新民律之編訂……………四一
- (三) 新民法之編訂……………四一
- (四) 新民法立法之精神……………四一
 - (1) 適習用慣之限制……………四一
 - (2) 社會公益之注意……………四二
 - (3) 本黨政綱之實行……………四三
 - (4) 最新法例之採用……………四三

第三章 民法之內容與編制……………四五

一 民法之內容……………四五

(一) 民法總則……………四五

(二) 物權法……………四五

(三) 債權法……………四五

(四) 親屬法……………四六

(五) 繼承法……………四六

二 民法之編制……………四七

(一) 羅馬式……………四七

(二) 德意志式……………四七

(三) 新舊民法編制之內容……………四七

(四) 最近立法院編制之趨勢……………四八

第四章 民法之法例與效果……………四九

一 法例·····	四九
(一) 補充法律之途徑·····	五一
(二) 使用文字之方法·····	五三
(三) 決定數量之標準·····	五五
二 效果·····	五六
(一) 適用關於法律效力之說明·····	五六

第五章 民法上之權利義務····· 五九

一 權利之本質·····	
(一) 權利自由說·····	五九
(二) 權利利益說·····	五九
(三) 權利力也說·····	五九
(四) 民法上權利之定義·····	六〇
二 權利之內容·····	六一
(一) 公權與私權·····	六一

(二)公權與私權之區別	六二
(三)民法上權利之歸屬	六一
三 義務之意義	六二
(一)義務與權利	六二
(二)義務與權利之界說	六三

第六章 私權之類別

六五

(一)基於權利之目的而區別	六五
(二)基於權利之效力而區別	六七
(三)基於權利之作用而區別	六七
(四)基於權利之關係而區別	六九
(五)基於權利之主從而區別	七〇

第七章 私權之主體

七一

一 自然人	七二
-------	----

甲 權利能力	七二
乙 行爲能力	七六
丙 責任能力	九〇
丁 住址	九二
戊 死亡宣告	一〇〇
己 人格保護	一〇四
二 法人	一〇六
甲 通則	一〇六
乙 社團	一二五
丙 財團	一三一

第八章 私權之客體 一三五

甲 私權客體之意義 一三五

乙 私權客體之種類 一三六

(一) 請求權之客體 一三六

(二) 支配權之客體……………一三七

(三) 物之觀念……………一三九

(四) 物之種類……………一四二

第九章 私權之得喪變更……………一四九

(一) 私權之取得……………一四九

(二) 私權之喪失……………一五一

(三) 私權之變更……………一五二

第十章 法律事實……………一五三

(一) 法律事實之意義……………一五三

(二) 法律事實之分類……………一五三

(1) 自然之事實……………一五三

(2) 事實之行爲……………一五四

第十一章 法律行爲……………一五七

甲 通則……………一五七

(一) 法律行爲之意義……………一五七

(二) 法律行爲之種類……………一六〇

(三) 法律行爲之要件……………一六七

(四) 法律行爲之能力……………一七〇

(五) 意思表示……………一七六

(六) 條件及期限……………二〇二

(七) 代理……………二一九

(八) 無效及撤銷……………二三六

第十二章 期日及期間……………二四五

(一) 期日及期間之意義……………二四五

(二) 期日及期間之計算法……………二四六

第十三章 消滅時效 一五三

(一) 總論 一五三

(二) 消滅時效之意義 一五六

(三) 消滅時效之期間 一五九

(四) 消滅時效之效力 一六一

(五) 時效之中斷及其效力 一六二

(六) 時效之不完全及其效力 一六八

第十四章 權利之行使 一七三

(一) 權利行使之本位 一七三

(二) 權利行使之範圍 一七四

(三) 權利行使之擔保 一七八

(四) 權利行使之責任 一六〇

新民法總則提要

一 法律之概念

法者：力也，所謂力，社會力也。於公權力狀態之下，爲人類行爲之規範也。人類營共同生活，相互作用，每因意志各殊，利欲攫心，思發揮其利己本能，要獲得其安寧幸福，爾虞我詐，彼敗此傷，斯衝突遂起。法律者，爲避免此衝突，維持社會和平秩序，藉團體力之作用，對於其構成社員，具有強制之性質者也。故曰：法律者，社會力也。

法律之背景爲社會，顧社會之形成，因時代之變遷，常變更其組織，而社會之自體，其變動進化，無時或息，原始之社會，與今日之社會，野蠻之社會，與文明之社會，截然不同，精神大異，法律爲社會力之一種狀態，以時間之觀察，亦常變幻其形象，可無容疑。然則法律者，謂爲社會之產物，豈無故哉！

民族之文野，風俗之厚薄，胥與法律有莫大之關係，是以巴斯加有緯度三度之

差，則顛覆成文法全部之評，故同一時代，同一地域，因文化程度之差池，雖接境而處，刑罰不同，法規各異，如自然界，依其環象，而動植物各呈異觀。由此以言：法律之爲學，條理萬端，千般變化，思從中抽繹進化之理法，觀察過去之變遷，發現一定之普通性，求法律現象表現之社會力，誠戛戛乎其難。是故法律者，極精深極綿密之學問，非專心致志，竭窮鑽研，曷足以語其項背耶？

所云法律之觀念，乃指法律之本質。換言之，卽就整個的法律，由客觀的觀察，而求其概括之觀念也。夫道德定善惡，經濟決貧富，而以道德爲理想，以經濟爲本源，律人生行事之臧否者，厥惟法律。考法律的目的，縱不外爲維持社會之秩序，而法律之根本概念，純係社會之變動而轉移，從歷史之遞嬗，交通之發達，因時地之不同，而異其作用者也。

最古對於法律之概念，有謂本於神意說。例如羅馬法典，印度法典，及其他希臘，波斯，埃及，亞刺比亞等法典，都說法律是神授。其後又有分析法學派，主張法律乃主權者命令說。創之首者，爲英之法學家奧士丁（Austin）其言曰：『社會中一切成法，

(positive Law) 皆爲主權者之創造物，乃主權者依立法或司法之作用，直接制定之，或委任其他機關以制定之者也。』此說雖較前爲合理，然備受各種之批難，究亦不足以說明法之本質。自希臘中世哲學派興，以『人從自然生活而來。』於是各國學者，相率主張法律乃基於自然的法則，承認法是宇宙大法則，絕對存在，萬古不易的條理。當是時，此說亦崇拜一時。泊德國學者倡歷史派出，自然法學派幾乎被其壓倒。按歷史派，謂『法律乃相對的存在，因時間空間而變遷。』前者爲個人自由的說明，後者乃國民精神的說明。而究兩派之主張，權衡得失，勝利終當屬諸後者，此晚近現代法學者，多承認法爲動的社會科學之一部分，蓋與上述法律概念之精神，初無二致也。

一一 法律之定義

何謂法律？此學法律者，所最難決之問題也。法律之本質，既如上述，則法律之定義，從可知矣。雖然！自古以來，論法之本質，則異口同聲，任所發揮，而下法之定義，亦人殊，莫衷一是。夫法律之所以爲法律，理無二轍，固非可任意移易，強驚新奇。今人各

異詞，羣言淆亂者，其故何耶？此亦無非法律之爲物，虛茫縹渺，深奧精密，以表面上而觀，雖婦人小子，亦耳聞之熟，然一叩其究竟，則能道其詳者幾希！英國某法學家有言：「於一切人類的科學中，表面上最簡單之觀念，實反足令人最難明瞭。」斯言良不我欺。茲就其犖犖大者，舉其學說，試評騭之，並紓以所見。

第一、法律者蓋神之意，所以令正禁不正之規則也。此說爲宗教主義法學家所倡。謂人類社會，由血族團結而成，崇拜祖先，乃爲鞏固其團結之唯一要目，故古代東西國家，皆以法律爲神意，蓋其祖先之遺訓先例，卽其時之法律，苟屬血族之份子，胥恪守而無違，此法律由神授所由來也。然一按此說，則絕謊謬，夫祖先之遺訓，爲對於該團體一部份之誥誡，他無所與焉。而究遺訓爲遺訓，法律爲法律，豈容混爲一談。雖然，此乃往古社會未明，民智未開，因其人民心目中，已滿佈神明之思想，故有如是之云。今日文化發達，文明進步，對於神之觀念，已本敬而遠之之本旨。凡一切事物，富有相當之認識與評判，無盲目以崇拜也明甚。

第二、法律者本自由之大原則，使調和人與人之意志之條件也。此說爲自由主

義法學者所倡。原夫自由二字，爲人類生存最大之需求，西諺有云：『不自由毋甯死。』是則自由者，誠人生之寶貝也明矣。顧自由之爲物，貴得其宜，若漫無限制，則反足構成禍根焉。夫人與人之意思，每因其自由之無止境，故終將使人皆相犯，而自由受其困耳。法律者，爲保護人類之自由，用以調和意志而加以限制之條件也。審如是，法律之目的在自由，法律之手段在限制，此固不可厚非者。然法律所以保護人之自由，而有時反消滅人之自由者有之。如未成年之無行爲能力，心神喪失人之免責任能力，是法律者，非斯處所云已也。

第三、法律者主權者之意志命令國民行爲之規則也。此說爲命令主義法學者所倡。最盛行於中世紀者。以法律爲國民行爲之規則，固無不當。惟以出於主權者之命令爲要素則悖矣。蓋命令之發布於成文法，或可行之，然在習慣法則否，須知習慣法之由成，乃基於民間之先例，漸次積成慣習，而後成爲習慣法。謂此習慣法，由命令構成，於理殊覺不通，且法律既爲主權者之命令，則除國民外，君主之自身，似可不受限制，然法律具有最高性，雖一國之元首，有觸犯者，仍可予以制裁，則至尊至大之君

主，亦須服從法律，可無疑也。果謂法律爲主權之命令，此說不能闡明耳！不特此也，法律若爲主權者之命令，於解釋國際法，則例外矣。蓋君主之命令，僅能及於國內，而不能及於國際，庸詎知國際法亦法也。對於本國人民，具有拘束之性質，謂爲法律，亦無不可。今日多數學者，僉承認國際法，亦法律之範圍，可毋贅述。則是謂法律乃主權者命令行使之結果，殊欠不當。

第四、法律者國家之強行規則也。此說爲國家主義法學者所倡，乃最新之說明。按此說承認法律，必具三要件，即規則、強行、及國家是。曠觀是說之本旨，自較前三說爲正確，其立說之理由曰：凡宇宙間所有萬象，皆有一定之秩序，法律者，所以表章一定秩序之準繩，豫想其有何種原因，必有何種結果，斯法律所以爲規則。然規則之拘束人身，固不僅法律爲然，舉凡道德、宗教、習俗等，皆與形體有拘束之效力。惟道德、宗教、習俗，僅支配人之良心，其遵守與否，悉取放任政策，無由施以勒行。法律則異是，盜人之財產，雖欲不究，法律所不許也。殺人之生命，雖欲不懲，法律所不容也。此其所以異於道德等者，亦惟此耳！故曰強行。雖然！有此規則之準繩，有此強行之性質，必有其

強行之權力，此權力惟國家有之。國家云者：一定人民，於一定之領土，服從於一定之主權，因而組織之團體也。故國家與法律有密切之關係，有國家然後有法律，有法律惟國家能運用，捨此則不能。彼社會無統一之權力，雖處共同生活之下，究無一定之主權，無產生法律之權能，其惟國家始占有之。此所以言法律者：國家強行之規則也。綜上而觀，此說似可無疵矣。惟余尙嫌其處詞之未週密，未足以副法律定義之精神。今姑爲法律下一定義如左：

法律者於公權力下營社會生活人類行爲之強制規範也。

茲就此定義分析說明之：

法律者規範也。規範者，人類行爲之價值評判的根本觀念也。宇宙間一切事物，皆有一定之法則在其中。論語曰：有物必有則。故如自然界動植物之榮枯蕃息，日月星辰之晦冥出沒，悉有自然之法則，支配於其間。人類生存於自然現象，亦有一定之準繩，以律其行爲，例如『勿殺人勿姦淫』『當行正義當行正道』是皆有一定之觀念，此種內容之表現，即云『規範』。法律者，亦無非要求此規範之實現，故曰法

律爲規範也。

法律者強行之規範也。人類行爲之標準，顧不止法律一端，他如道德，亦規範也。然道德之遵守與否，悉聽個人之自由意志，法律則非遵守不可。蓋道德之目的，在於希望如此，而法律之目的，則爲應當如此。道德者訓誡之者也。法律者命令之者也。一以示愛人之本務。一以明害人之節制。一以標識人生之性情。一以規定國民之行爲。兩者各有其獨立之目的也。法律之所以異於道德者，僅此已耳！史達姆拉謂「法與其他規範之區別，在於法爲強要的法規，不問服從於下者之承認與否，而決然自主的要求實現。」斯言可以喻矣。

法律者社會生活之強制規範也。往昔社會組織未備，思想簡單，交通未便，無社會生活之可言，縱有法律，將焉強制？如唐堯時，有老人擊壤而歌曰：鑿井而食，耕田而飲，帝力何有於我哉？又如個人漂流於孤島中，過魯濱孫之生活，團體僻處於窮谷間，作桃花源之世外，與人絕殊，不相往來。如斯亦無法律存在之必要。誠以法律乃社會發達之產物，人類營共同生活，其精神相互作用，故每因意志之不調和，而至於相

爭奪，社會秩序，混亂糾紛，民生生計，杌隉不安，以此而無法律，則國幾不國，危矣殆哉！此法律之所以不宜缺於社會生活文明時代者也。

法律者於公權力下強行之規範也。夫法律既爲強行規範，需要於社會生活固矣，然必有有力者，以行使此強行之規範，欲使此強行之規範實現，惟國家始克當之，所云公權力者，實指於斯。蓋國家之於人民，有統治之關係，構成國家之要素，由土地人民主權二者，集合而成。人民爲國家一份子，故有服從命令之義務，法律者，乃國家制定頒布，用以維持和平狀態之手段也。彼社會自體，無此項權力，其構成之社員，處於平等地位，無統馭之意志，不能施行法律，故必有國家爲前提，而後法律之爲用，始可得而言焉。

三 法律之淵源

法律之淵源一語，其意義有種種，或謂指形成法律之原動力，或謂指構成法律之機關，或謂組成法律之材料。然詳論之，則可知前二者，係指法律之制定而言，如法

律之經議會提案議決裁可，而後公布是也。茲所謂淵源，實偏重於後者無疑。此種組成法律之材料，可分直接淵源，與間接淵源述之：

(一) 直接淵源

法律直接淵源云者，乃謂淵源之本身，具有法律之效力者也。例如命令，自治法，及其他民刑各法典是。近世東西各國，皆以成文法一端，爲法律之直接淵源。蓋不成文法之長成，由於裁判官之認定，而生效力，其變遷蛻化，原無一定之標準，且不成文法之範圍，視社會之進步而逐漸減少，大有爲成文法引收之勢，雖素以不文法墨守之英國，其成文法近亦益見其多矣。至於成文法完成之手續，則依制定公布而行之耳。

(二) 間接淵源

間接之淵源，乃謂淵源之本身，雖無拘束之效力，但依特種之行爲，賦以同等之效果耳。間接淵源之材料，有下列各種：

(1) 習慣 自塔爾德闡明人類有模倣性以來，爲心理學家所公認。故一人之

行爲，他人卽從而模之，由是馴至千幾百人，皆反覆以爲常，習慣遂隨之而生，吾國古書禮記有云：『相觀而善之謂之摩。』（摩與模同）又大學說：『一家仁，一國興仁，一國讓，一國興讓，一人貪戾，一國作亂。』若此者，悉爲說明習慣之道理，是以習慣一生，牢不可破，其關係於社會人類之關係，甚覺有力，立法者採以爲用，亦屬應爾。然習慣由於何時，始成爲法律，自古各國主張，罔不一致，如英國謂須充實七條件而後方可目爲法律。卽（A）須自由流行。（B）須繼續流行。（C）須無爭無疑而流行。（D）須確定。（E）須有強制力。（F）須適於條理。（G）須不背法律及其他之習慣法等是也。德國學者議論殊多，今舉較著之學說曰：（A）須爲同一之行爲。（B）須多年之習慣，而其年數，則不外依審判員之決定。（C）須爲法律上之習慣。（D）須不反善良之風俗，及完全之理性等是。他又有法庭認定說。國家默認說。人民之確信其習慣可謂法律時，而成爲習慣法說等等。聚訟紛紛，礙難舞斷。要之，習慣者乃多年慣行之事實，以不背於善良風俗爲人類行爲之標準，而無敢或違之者。其足爲法律間接之淵源，非虛語也。

(2) 宗教 古代以法律爲出於神之意思，故法律由宗教而來，可無深論。近世社會，雖屬文明，但受宗教之感化者，慨不少見，如歐洲中世紀之寺院法，亦有專本於宗教之義旨而制定。他如日本之家督相續，法蘭西之禁止離婚，一爲本諸不絕祖先廟祭之旨。一爲出於天主教加特利克宗之教旨。此外各國民刑訴訟法，有證人宣誓之規定，是皆足爲法律間接淵源之一證。

(3) 學說 學說者，乃學者所下法理之見解也。學說本爲學者之私見，非有法律之效果。其所以欲使有法律之效力者，厥有二因。其一爲直接採用學者之意見，而賦以法律之效力。其二爲法官聽訟時，取學者之見解，以供參考之資料。前者之例，如周斯機尼安帝採三十九大法律家之學說，編成法律會典。(Digest) 後者之例，如維特西哀德之羅馬法論，供法國某部份裁判所之參考是也。

(4) 條理 條理者，正道正義之謂也。法律之本質，乃固定之物體，一經成立，不能任意變更，社會中凡百現象，縱橫錯雜，日新月異，演化極迅，一時法律之制定，當不能羅網殆盡，靡有子遺，故必有其他以補不及，斯條理尙焉。所謂條理，乃法官審判案

件，遇新事實之發生，無法律條文，或慣例可援引時，由裁判者本正理公道，衡情度勢，以處理之者也。各國民法編，多有明文之規定曰：『凡法律上有條文者依條文，無條文者依習慣，無習慣者依條理。』德民法第一草案第一條，奧民法第七條，瑞民法第一條第二項，日本明治八年第一零三號佈告屬之。我國暫行民律第一條，亦有如此之規定。新民法第一條，仍本此精神，僅將條理易爲法理，意亦在斯耳。

(5) 判決例 依法律之明文，以確定國民之權義，是固然矣。然法律之條文，簡易短縮，往往有一事之發生，定讞引律，意似是而實全非，差之毫釐，謬以千里，於此之時，法官得下自由判決，或援前例以科罰之，蓋法官之職務，雖在適用法律，而非制定法律。但社會事理，情形複雜，既如上述，則有時法律有疑義時，甯勿根據判例以判斷耶？此判例足爲法律淵源者，與條理之運用，如出一轍。觀於梅因在古代法中所舉之論證，可以明矣。

(6) 條約 條約者，國與國因相互間合意所訂之條文也。條約之效力，雖僅能拘束當事之國家，於國家個人，非條約之主體，無遵守之義務，然一造之締結，與他造

締結國訂約時，果不能拘束于他國家之人民，究不能履行條約之義務，且人民爲國家構成之主體，國家既受條約之束縛，即使人民自身，無直接受條約之拘束，然國家依別種形式而發布命令，是無異人民亦受條約之限制矣。故曰條約者，亦法律之淵源也。

(7) 外國法 往昔社會交通未達，各國人民，老死不相往來，雞犬之聲不聞。故其國之制定法律，亦惟基於一國之風俗民情，此自然之理也。今日文明大開，交易頻繁，環球萬國，如紓一梭，取外國法之所長，補本國法之所短，固理亦常者。雖然，採用外國法云者，非謂將外國法自身，一取襲入本國，即發生效果。必也經本國立法之主權，予以酌奪而後始有效耳。繼受外國法，有直接繼受，與間接繼受二種。以純然手段，採用外國法律，列入我國內法者，直接繼受是也。以外國法律，爲模範斟酌損益，採其體裁，挹其精神，以爲制定法律之補助者，間接繼受是也。前者如十四世紀德意志之採用羅馬法之例，後者如比利時意大利之採用拿破崙法典之例。我國歷次制法，無不模倣東西各國之法制，最近編制新民法，係參酌最新法典，如暹羅蘇俄等民法，及最

新之法意共同民法草案等，蓋亦可知矣。

四 法律之分類

依其觀察點之不同，學者間關於法律之分類，甚不一致，茲舉其普通之別者。

(一) 成文法與不成文法

成文法又稱爲制定法，乃筆之於書，且依一定之手續與形式，而公布之者也。不文法又稱習慣法，乃不以文字書就，且不須公布形式，而默認與法律有同等之效力也。故不文法與成文法，正悉得其反。在古社會組織簡單，所謂法律，多數爲不成文法，凡有訴訟，皆依施政者之自由審判而已。及後國家生活逐臻完備，文字之使用日益普及，民智亦漸發達，乃集審判之實例，與從來之習慣，記載於文書，以爲共同遵守之標準，由此觀之，成文法之發生，實較不文法爲遲，然至今各國，尙多保守不文法之效力，最顯著者，爲英國。此其中不能無故，曷有以言之：初十八世紀末葉，一方面因各國日益強大，中央集權之勢已成，國法統一之望遂起。他方又因自然法論之理想，風靡

一時，各國遂相競爲成文法。如一八零四年法蘭西之拿破崙法典，一七八六年奧大利之若瑟夫法典，是其顯例。且因此有輕視不文法之勢。泊乎十九世紀，歷史學派之說盛行，成文法遂遭其影響，逐漸減少其萬能之觀念，一八九六年之德國民法，一九零七年之瑞士民法，皆不設若何規定，且明認成文法與習慣法，有同等之效力，視不文法爲成文法之補充性質焉。

(二) 公法與私法

區別公法與私法，學說各異，舉其要者有左列三說：

(1) 依法律之目的而區別之者。此說謂以保護公益者爲公法。以保護私益者爲私法。此爲羅馬以來所通行之說。然何爲公益？何爲私益？究難分別，且由實際而觀，公益與私益，互爲關係，例如妨害秩序罪，固國家之公益矣。然個人之利益，亦因之而受影響，蓋個人起居安寧，賴國家爲保護，一旦因秩序之受妨害，而危及其身，又如買賣契約，原不過個人之私益關係，然使買主取物而不予價，賣主受價而不予物，則國家之經濟，因之紊亂，國家之生存，不能安全，豈獨私人利益已哉？故以公私益爲區

別之標準，其不當也可知。

(2) 依法律之主體而區別之者 此說謂規定國家與個人之關係者爲公法，規定個人與個人之關係者爲私法。其區別亦未能判然，何也？蓋誠如此說所云：規定國家與人民之關係，如憲法定國家與臣民之關係，刑法定國家與罪人之關係，曰公法。規定個人與個人之關係，如民法商法定私權存在之關係，曰私法。固矣。然國家自身亦有爲財產權之主體，或與私人爲買賣行爲，皆須受私法之支配，則是國家與私人之關係，未必盡屬公法，又如民事訴訟法，爲關於人民相互間之訴訟手續，近代學者已列入公法中，則公私之區別，究非此足以說明也。

(3) 依法律之實質而區別之者 此說以規定權力關係者爲公法，以規定權利關係者爲私法。前者爲不平等關係，後者爲平等關係，詳言之：卽凡一個人，惟對於國家，始有服從義務，否則構成平等權利者，個人平等所有也。權力者，國家所獨占也。因權力關係曰公法。因權利關係曰私法。雖然，此亦不能盡善，蓋公法規定平等關係者有之。（如選舉權之享有）私法規定不平等關係亦有之。（如親屬權之行使）若

如上述所云，將謂（A）子服親權，妻服夫權，含有權力關係，亦爲公法乎？（B）國際法所定爲對平等關係，亦屬私法乎？殊不知父子夫婦國際等關係，皆法律特定其爲自然或人爲之不平等或平等。天下事固無絕對平等與不平等之分，故以權力權利爲區別之標準，於理論上亦嫌其未徹。

要之前述三說之中，論以得失，當以第二說爲勝。蓋以國家爲私法行爲，受私法支配而批難之者，獨不思國家爲私法上之行爲，非國家以國家而動作，乃以私法上之法人而動作，當此之時，當視爲一私人而非國家可矣。然又有難者，謂國家爲唯一國家之外，不容有第三種資格之存在，余謂此未足以爲當，蓋法律上事項，依其形式而成者甚多，不僅國家，卽一私人，亦不妨併有官吏及私人之資格，凡一主體而有二種資格者，於法律固不足怪耳。

（二）普通法與特別法

普通法與特別法，其區別之點，可因下列三種說明之：

（1）因地域之範圍而區別 普通法爲施行於一國全體之法，特別法爲施行

於一國中某部份之法。例如日本行於全國之民刑法者，普通法也。其限於臺灣所行者，特別法也。此區別在德意志帝國及北美合衆國等聯邦制國家區別尤明。

(2) 因人民之範圍而區別 有拘束國內一般之人民者爲普通法。僅拘束國內特殊之人民者爲特別法。所云特殊，乃從其身分地位職業而觀之也。如刑法，爲對於全體人民皆適用之，是曰普通法。懲治土豪劣紳條例，乃僅對於土劣階級犯法者始能適用，是曰特別法。

(3) 因事項之範圍而區別 適用於一般事項者曰普通法。適用於特別事項者曰特別法。如民法爲對於一切民事上行爲，屬普通法。商法惟對於商事上之行爲，屬特別法。然此乃相對之區別，非絕對的判斷，蓋此法律對他法律，固爲特別法，而他之法律，對於他之法律，又可爲普通法，如前述商法，對民法爲特別法，然對於交易所法匯兌條例則爲普通法矣。

(四) 主法與助法

規定權利義務實體之法律者爲主法。規定實行權利義務之手續之法律者爲

助法。主法又稱實體法。助法又稱形式法。若就主法助法名詞解釋，則助法乃補主法之不足，換言之，即主法與助法，所以完成法律關係也。民法屬前者之例，刑事訴訟法屬後者之例。雖然，若謂法律中僅含實體部份而已，或僅含形式部份而已，則殊不然，蓋如憲法中或規定議院彈劾之手續，行政法中或規定行政訴訟之手續，民法中債務關係實質上之要件，與形式上之要件，一併規定，凡此皆法理上之常見，誠如是，則主法與助法之區別，要當視其法規之實質如何，孰為偏重於一方，而判定之可矣。

(五) 固有法與繼承法

固有法，為基於本國之社會趨勢風俗人情因而制定之者也。繼承法，為模倣或採用外國法律而制定者也。國家之所以有繼承法者，乃發源於交通頻繁時代，前已言之。近世各國，採繼承法之適用，實居多數。普通除民法親族相續之規定，注重於固有法外，其他多偏重繼承法，如歐羅巴之法律，則繼承於羅馬法，比利時民法，則繼承法蘭西民法，此其例也。繼承法又可區分為母法與子法，被繼承之法律，謂之母法，繼

承之法律，謂之子法。如上例歐羅巴之法律，對於羅馬法，則爲子法，羅馬法對於歐羅巴之法律，則爲母法，法蘭西之民法，對於比利時之民法，則爲母法，比利時之民法，對於法蘭西之民法，則爲子法矣，是宜併行注意。

(六) 強行法與隨意法

強行法者，有絕對適用之效力，不因私人意思而定去從也。隨意法者，容許個人之自己意思，可以免於適用法律也。前者如刑法，不問私人之意思如何，必強制執行，故被害者，雖欲以自己意思，免加害者受法律之制裁，不可得也。後者如民法契約之規定，如當事人無特別意思表示時，始從法律之規定。否則悉聽當事者之意思也。故如債權人欲免債務人之債務，法律不得干涉耳。

強行法又分命令法，禁止法，二種。即當爲與不當爲是也。命令法者，如使人民服兵役納租稅是。禁止法者，如不許賭博行爲盜竊行爲是。故命令法可稱爲積極強行法，禁止法可稱爲消極強行法。

(七) 國內法與國際法

國內法爲規定關於國家內部之關係。國際法爲規定關於國與國相互之關係。國際法又分二種，一爲國際公法，一爲國際私法，前者卽規定國家間應遵守之法律，後者卽規定關於個人行爲，宜適用何國之法律，學者間有謂國際法，非法律者。蓋謂法律必有制裁，而國際法不過兩者之拘束，無所謂制裁也。又有謂國際私法非國際法，而爲國內法，良以各國法律，千條萬目，不能無所牴觸，國家乃制一法律，以調和。所云調和，決非二個以上之國家合定，乃一個國家之自由設定，故曰非國際法，而爲國內法也。然反對之者，謂國際法亦有制裁，如戰爭是。他如違法行爲，則有金額之賠償，破壞中立，則有船舶之捕獲，非制裁而云何？至國際私法，雖有近國內法，但絕對不能目爲國內法，夫國內法係規定國內之事物，國際法乃規定國家間之事物，兩者之內容，異其精神，而兩者之目的，殊其作用，安能遂所欲云，謂國際私法卽國內法，而抹煞其他一切勿論耶？議論紛紛，莫衷一是，至今尙無確詰也。

五 法律之效力

法律者，於何時何地適用之？且何人當遵守之乎？凡此皆法律效力之問題也。茲分段析述如下。

第一法律效力之關於時者。法律關於時之效力，即法律施行期限之有效之謂也。夫法律雖因公布而生拘束力，然使其生遵守之效力者，必設有一定之期間，此法律施行期限所由生也。然施行期限之方法如何？普通別之有二。即（A）自公布之日，經一定期限，而當一般行於全國者。（B）自立法機關依距離之遠近，而各異其期限者。此兩者惟視其時之社會情形而用，無所分良窳也。法律施行期限，又有通常特別二種。由公報刊布到達各府縣，經一星期後，或自法律公布之日起，經二十日以上（如新刑法二月公布至七月施行）者，為通常施行期限；其有專條規定明示其自公布之日即施行，或先期接有官發印電及文書者，為特別施行期限；自羅馬法典以來，各國關於時之效力，視為最緊要者，即法律無溯及既往之大原則也。論者謂法律欲溯及既往，則為莫大之暴虐，有昨所謂廉正者，今可變為罪惡，昨由正當所取得之權利者，今可歸於消滅，此決非所以保持公共之安寧。且法律者為禁止或命令其事，使

溯及既往，則是對於過去事實，得命令或禁止之矣。是於法律未成立之前，已生遵守之義務，其不當可知矣。雖然，未可概論耳。法律溯及既往，有時並非暴虐，而適爲恩惠者，例如取消從前過重之租稅，減輕過去太苛之刑罰，不特無害，且有益也。抑更有進者：縱使法律之明文，雖不記載溯及既往，而解釋上若不圓通變化，竟有不能奏其效者，所謂不能以詞害意是也。如解放婢女之法律，當然以溯及既往之婢女解釋之，規定女子得爲財產承繼權，亦當然以溯及既往之女子解釋之。故有云所謂法律不溯及既往之原則者，非立法上之原則，乃法律適用之原則也。余認兩說，各有其理。要以法律無溯及力爲原則，有溯及力爲例外，由司法權者衡得失，以審判之可焉。

於茲有一問題，卽新法律發布之時，有跨於新舊二時代之行爲，將依新法而決之乎？抑依舊法而決之乎？按此問題，於刑法言之：則舊法時代之犯罪，發覺於新法時代，或發覺於舊法時代之犯罪，而判決於新法時代時，悉從新法之規定。但犯罪時處罰之刑，與判決時處罰之刑，有輕重時，準照其輕判斷。日本刑法第三條第二項云：『若所犯在頒布以前，而未經判決者，比較新舊二法，從輕處斷。』我舊律刑法草案第

一條：『本律於凡犯罪在本律頒布以後適用之。』第二項續謂『其頒布以前，未經確定審判者亦同。但頒布以前之法律，不以爲罪者，不在此限。』民國十七年新刑法第二條明定『犯罪時之法律，與裁判時之法律，遇有變更者，依裁判時之法律處斷。但犯罪時法律之刑，較輕者，適用較輕之刑。』皆本此旨也。夫法律以維持現社會公共之利益，則新法之發生，必有更愈於舊法之運用，勿待深論，而其所以規定適用較輕之刑者，其理由非本於不害罪人之既得權，特出於國家施仁之觀念耳。

第二法律效力之關於地者 法有屬人法與屬地法之分。屬人法者，其法律追隨於本國人民，不論其人民身在何地，皆必服從其本國之法律也。屬地法者，其法律限於其疆域內，凡在其國內之中外人民，皆須服從之者也。古代多爲屬人法，今代概爲屬地法。蓋古之法律，其主權僅及於酋族之長，故古代乃依其人而異其法律，毋庸計及屬地法。洎中古以降，國家之構成，其政治團體，必有一定的土地區劃。且因交通發展之結果，土地與人民，胥有密切之關係，故由屬人主義，一躍而幾於屬地主義。今日世界各國，更承認屬地法，最居重要，是不能不加諸意也。茲略言其主要原則之大

概如次：

凡法律關於地之效力，以不越出其疆域所及之處，則無不可行之者，此普通之通則也。然有各種之特例，法境與國境，不必一致。如有治外法權之國家，其自國之元首，大總統公使軍艦軍隊等，雖在他國之土地內，可不受其國之法律限制，概服從本國之法律，此蓋基於條約國互認治外法權之行使，本於國家獨立主權之必要而生。若謂此等人物，必服從滯在國之法律，則不能完全代表本國之主權，故互為尊重起見，特規定此例，不從外國法，仍依本國法。（中華民國新刑法第二三條可以參照）至於領事裁判權之行使，係由不平等條約之束縛，非當然應有之權利。有獨立能力之國家，務去其桎梏。世界各國，惟我國與土耳其，有此領事裁判權。今土耳其已廢去取消，獨吾國依然存在，為救國計，正吾國人所痛心疾首，設法以冀收回之也。

他如物之私權，如動產與不動產，仍採屬地主義，例如甲國人於乙國置有土地時，則關於土地所有權，不從甲國之法律，而從乙國之法律，動產物權亦然。然反對者，謂不動產固當從所在國之法律，惟動產則當從所有者之本國法。其理由如下：

(一)若動產從所在地法，則一人有動產於數國時，必各從其所在地法，殊覺不便，故不如從其本國法之爲愈。

(二)動產之性質，便於轉移，故每人爲之處分，而動產日異其地，若謂必遵守所在地之法律，將使日異其法，殊於一般人民，大不利益，故不如從其本國法之爲佳。

右列反對說，雖覺有理，但使有國籍相異之兩人，共有一財產，其將依誰之本國法乎？故其說不足採也。可知。

私法上之法律行爲，及其效力，從當事者之意思，而定其應適用之法律，此本契約自由之原則所公認也。雖然，亦有當事間意思不明時，則將如何？曰以締結地之國法爲依歸。（卽行爲地）如日本與美國締結契約於英國時，不從日本之法律，亦不從美國之法律，而從英國之法律，蓋以行爲地在英國故也。至因契約以外之原因之債權成立變更消滅等效力，則當從其所發生原因之所在國法律。（如事務管理不當則爲不法行爲）遇訴訟時，則從其爲訴訟之國之法律以處理之，此皆當然解釋

之結果耳。

第三法律效力之關於人者 無論何人，皆須服從本國法律，此固理之常者。自布丹倡主權說以來，主權之觀念，甚為發達，不但本國人民，在本國領土內，應服從本國法，即外國人民，在本國領土內，亦應服從本國法，此無他人而犯罪，實與犯罪地之安寧秩序，大有關係，故必受國家權力之支配也。我新刑法第三條規定：『本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。』第五條云：『本法於凡在民國領域外，犯左列各罪適用之。』觀此可以明甚，然亦有左列諸例外，試簡言之：

法律之效力，雖屬國民皆應一律遵守，然一國之元首，或主權者之自身，則不能及之，何則？主權云者，謂於國家享有最高權之個人，或個人之集合體也。法律既由主權之制定，當無使其受法律支配之理。且縱云主權亦國民之一份子，乃受託於國民而行使主權，亦須負服從法律之義務，則不惟不能保其尊嚴，實有損礙國威，彼國家元首，多屬構成主權之份子，在政治上，有最高地位，故仍使其不負責任。觀於英之主權，乃其國王與上下院共掌，而其國王則全無負法律之責是已。要之，法律之效力，不

及於主權，爲古今中外通則，毋待贅述也。

除主權或元首而外，在留外國之國民，從其在留國之法，蓋法律效力，既有支配其在疆域內之人民，則凡他留外國者，亦應受該國統治權下之統轄，誠以人生之生活，當無死守一定之土地，有因留學游獵旅行考察時，留住於國外者，恆不少見，則是從其在留國之法律，蓋至當也。

茲又有三項適用本國法者：卽人民之身分及能力，憲法上國民之義務，及國際法上治外法權諸規定也。蓋凡親族關係，或由親屬上所生之權義，皆因其國之氣候風俗人情而有密切之關聯，使之永從其國之法律，理所必然，例如我國以二十歲爲成年，有行爲能力，他國以二十五歲爲成年，始有行爲能力，則如已達本國之年齡，在國內爲婚姻，赴之留在國，雖尙未達成年者，仍爲有效。反之如在本國尙未達成年，而於留在國爲婚姻者，仍不得取得本國夫婦之身分是也。所謂憲法上國民之義務者：如徵兵納稅等是。此蓋由於國籍之關係，非他國所得過問，故應從本國法。至治外法權，則因國家獨立權之觀念，前已述之，以之應用本國法，尤易明澈可知。

六 法律之解釋

法律之解釋云者，乃闡明法律意義之方法也。法律有疑義發生，每易引起是非之爭執，有時字句隱匿不明，有時意義所指曖昧，究以何種理由爲當？將依立法之本旨而解決乎？抑依文章之用語爲依歸乎？此法律解釋問題所由生也。

法律解釋之重要，尤以後進國爲然，蓋後進國家，其法律之制定，多由繼承法而來，法律既多採用繼承法，每因其國特有之制度，與本國固有之習慣風俗，多所扞格，若無一定之方法，以闡明確定其意義，勢必使法律之效用，將末由貫徹其主張，是以法學對於法律之解釋，至關重要，近代各國，未有不重視者。然則法律解釋之必要，於此可以概見矣。

且法律之解釋，不獨在闡明法律之真義，尤可補助立法之所不及，誠以立法事業，專藉一二人之擬成，雖彼富有學識經驗，善於籌劃週全，然一旦見諸實行，則理論常多與事實相背馳，苟不加以解釋，不知何所從違，於適用時，輒生困難，而究法律爲

固定不變，社會事物則轉運嬗遞，以固定之法律，逐變化之事物，不加解釋，何以濟法律之窮？是則法律之有彈力性之作用，歷長久之時間而不移易，其立法之原則者，抑亦法律解釋之功。故曰：法律之解釋，能助立法所不及，意即在斯。

法律解釋之功用，既如上述，然法律之解釋方法如何？自來學者，所舉甚多，試就其較著者，簡略分述如左：

(一)立法解釋 此為基國家創設法律之自身，所賦與之解釋也。其解釋之權，出於有適用法律權之人，解釋之基礎，具有法律之效力，故亦稱為有權解釋，有權解釋之方法，有明示其解釋於法令中者；有待請求解釋而發布於法令中者；要之皆出於立法手段，以主觀的見解，而闡明確定其意義也。

(二)文字解釋 此為就法律條文上之文字，加以詳密探討，而求法律內容之解釋也。法律之意思，依條文而為表示，故就條文之文字，加以解釋，即足明瞭法律之真義。即使有時法律條文之意義，必待他法以解釋者，然亦不能反於文字用語之本義，而後就其相當範圍內，以文字解釋方法，闡明法律之真義為

限耳。或稱爲文理解釋，其義從同。

(三)論理解釋 此爲依推理之作用，以闡明法律之真義，所下之解釋也。蓋文字解釋，有因法律條文上文字之意義隱匿不明，或同一條文而文字有具數個以上意義者，仍不能達闡明法律之真義，故應依論理解釋，始免拘泥於法規個個之文字，而爲一般推理的解釋也。

此外尙有所謂反面解釋，類推解釋，限制解釋，擴張解釋等，要皆不脫論理解釋之範圍，故不贅述。

謹按右述三大原則，皆不能成爲獨立解釋之方法，試依立法解釋論之：

立法之本身，既爲創設法律之權限，則解釋法律，當然不能免於立法之意思而爲轉移，其流弊所至，豈獨有背法律之神聖，抑且有戾立法之本旨；故晚近多數學者，皆不主張，而惟擁護後述二種。但僅依文字解釋，亦不能稱爲蕙事，蓋文字解釋，雖爲解釋法律學之第一步，然不能不賴他種方法以助其成，苟以此種見解，以爲解釋法律，其結果可生下列諸弊端：(A)法律之解釋，非以研究文字之意義爲目的，而實以

闡明法律之意義爲目的，文字雖爲表現意思之符號，然不過爲一種媒介機關，非謂此便足闡明法律之意義也。故文字解釋，乃不完全之解釋。此其一。(B)法律解釋，與古典解釋不同，若現在社會之法律，盡如羅馬時代之法律，則吾人可以古典視之，以文獻學的或註釋古書的方法以解釋爲已足。然究現代社會之法律，並非古典，乃爲支配現實的活動不居的共同生活之規範，故其解釋方法，當不能與古典解釋同日而語，然則僅依文字解釋，更不能闡明法律之意義，可以明矣。此其二。(C)法律之術語，隨處皆是，僅依文字解釋，則錯誤殊多，卽雖法律術語以外之文字，亦常有不依通常之意義，而須稍爲變更其意義以解釋，始能與實際生活相接近者：如『物』『因果關係』等詞若從物理上及哲學上之意義解釋，而不依法律上特別之意義以解釋，則與實際生活，相距甚遠。法律之解釋，不能僅依文字解釋之方法，在在足以打破其迷惑之觀念，故法律解釋，非文字解釋，可以副其使命。此其三。以上幾點，可以證明文字解釋，非爲完全之解釋，毋待費詞。再從論理解釋，以行觀察，所謂論理，究無一定之準繩，凡一切學問，皆須以論理爲基礎，固不限於解釋法律者。夫論理解釋，人皆知爲

依推理之作用，以解釋法律，然天下事絕對不必以理論爲解決事實之前提，况云法律，更無庸受純理之拘束，且論理解釋之中，間亦有不獨依論理方法以行解釋者；故論理之名詞，殊欠適當，彼文字解釋中，亦尙有依論理解釋之必要，豈區區以論理解釋爲然耶？準是而觀，論理解釋，不足爲解釋法律之獨立方法，蓋亦彰彰明較著矣。

總而言之，統而言之，文字解釋與論理解釋，二者實相依互而集大成，解釋法律，不得專憑理論，亦不可拘泥字句，而應以文字解釋的原則爲經，以論理解釋的原則爲緯，尤須注意下列各點：(A)立法之材料。(B)法律的沿革。(C)立法的理由。(D)法律的原理。(E)立法的目的。(F)法律的全部關係。(G)實際的結果。(H)立法的貫一主義。夫然後法律的眞義，始得由解釋之方法以闡明之；否則若固執文義之是求，或論理的推定，少有不失正當之鵠的者，願吾學者，深長思之。

本論

第一章 民法之本質

法律爲人類營社會生活之規範，前已論之詳矣。民法爲法律之一部份，故亦爲社會生活規範之一種。吾人日常生活之所需，國家經濟繁榮之所託，皆賴民法之保障而生效果，誠如是，有社會生活之時代，卽有民法之產生，非必待有國家而後民法始能存在也。顧國家能支配一切，國家生活爲社會生活最發達之形式，居今日而言民法，則應專指規律國民生活之國家法律之一部份，非此不能說明也。

然則民法之本質，究爲如何？此因時地之不同，而生互異之結果；蓋民法之名稱，始於羅馬，迄於今日，其所經歷之時期，若是其遠且久，而其通行之地域，又復寥廓邁越，故對其性質之觀察，各有迥異。自來說明民法之本質有種種，茲就普通所云，探其梗要如左：

民法者私法也，此爲歐洲法律的發展上，與以極大之影響者，用以別於公法。蓋

如刑法行政法，有適用於公的效力，直接與國家生活，有密切關係。反之，民法爲規定關於私權上之權利義務，特着重於私人之法律行爲，而間接始及於國家者也。

民法者，對於私法中爲普通法。因關於私法之法律，固不僅民法一端，他如商法，亦私法也。但商法規定事項爲商事，適用於商人一部份而已。民法規法事項爲民事，有適用於全國一切民事之效力，故商法對於私法爲特別法，民法對於私法則爲普通法也。

民法對於法律爲隨意法，此爲基於尊重個人之意思而來！例如積務關係，其最著者，與刑法規定之精神，截然大異，故刑法屬強行法，民法屬隨意法。

以上爲說明民法之本質，其犖犖大者。他如羅馬人謂民法爲適用於某特定國家市民之法律，又謂由習慣法而成的及由議會立法而制定的普通法爲民法。前者用之以別於爲各國國民所共遵守之萬民法，後者用之以別乎由官憲的告示而成立之法律。要之，民法乃規定私法一般的原則，乃吾人日常生活中日常關係之法律也。故民法之本質，因社會生活之變遷，國情風俗之移易，其內容不無差異，原非放諸

四海而皆準，施之百世而不悖也。

第一章 民法之本質

第二章 民法之沿革

民法沿革云者：民法發達之史跡也。民法屬法律之一種，法律常隨社會而轉移，故民法亦當隨社會之發展而變化，茲章所論，爲中國民法之大概，餘均從略。

民法之稱，始自羅馬，自一八零四年法蘭西拿破崙倡人權主義以來，人民要求權利之保障，實由此作其嚆矢。民法者，私權關係之結晶品也。顧中國之民法，發達幼稚，考其原因，大抵民族性使然，雖自唐虞以來，已有法典之編纂，迄於成周，法律制度燦然大備，降至近代，法律之發達，更形複雜，上下四千餘年，法典之數，斑斑可考，然皆傾向於公法方面，於私法殆無與焉。時至今日，民法法典，尙未完備，立法前途，不可不引爲遺憾者也。夷考吾國民法，雖古無專書，然其概要備詳：周禮地官司市，以質劑結信而止訟，鄭註質劑謂兩書一札而別之，言保物要還。又質人掌稽市之書契，同其度量，壹其純制，巡而考之，是爲擔保物權之始。又媒氏掌萬民之判，凡娶妻入子者，皆書之，是爲婚姻契約之始。又秋官司約之治民治地治功治摯諸約，鄭註謂治者理其相

抵冒上下之差，大率不外租挈經界功事往來等項，實即登記之權輿。其他散隸六典者，尙難縷舉，特不盡屬法司爲異耳。漢興，蕭何承秦六篇，律加廡興，戶三篇，迄於後周，皆名戶律，北齊以婚事附之，名爲婚戶律，隋開皇以戶在婚前，改爲戶婚律。清復損益明制，戶律分列七日，共八十二條，較爲完週，雜見於刑律之中，當其時，雖爲解決民事之法規，但其規定之形式，仍爲處罰之律條，與真正完全之民法，實爲簡略，故如親屬法之婚姻離婚養子繼承物權債權等，僅規定大綱而已。至光緒末年，國事蜩螗，知圖自強，首在變法，於是迭派大員，考查歐憲，延攬通儒，纂就法規，自此民刑分典。初光緒二十八年，上派沈家本伍廷芳爲修律大臣，然其時尙注重刑法，私法之編纂，猶未顧及。迨光緒三十三年，憲政編查館，議覆修訂法律辦法，認立法應設專司，於是年派沈家本俞廉三英瑞爲修訂法律大臣，招東西洋留學生，分科治事，聘日人松岡義正博士，負責起草民律，該律共分五編，宣統三年，脫前三編，後二編由朱獻文高种等起草，於同年告成，卽今所稱之舊民律草案是也。

舊民律立法之精神，多繼承外國法而來，最顯著者，卽做採大陸法系。蓋是時修

訂法律館所聘之人，大都爲東洋留學生，直接師法外國法制，謂稍適合於中國社會現狀者，遂不惜生吞活剝，張冠李戴，迨後社會進步，此種法律，多不足以應時世之要求。至民國肇造，國體變更，往者之法律，又一如履敝，思從新草就，又非倉猝可以將事，乃將舊律刪改，除與共和國體，大相背謬，悉數除去外，餘多保留，不大更張面目，由大總統於民國三年三月十日頒布施行，是曰暫行新民律。

近幾年來，以黨治國之我國，本法治之精神，圖臻於善，立法院於成立之初，首爲民法總則編之編訂，蓋灼知整頓民法之統一，不容遲遲以決也。故於民國十八年四月，由立法院開會，凡數十次，一準中央政治會議立法之精神，脫就民法總則編，以正義公平爲標準，以國情黨義爲依歸，計分七章，共一百五十二條，較之舊民草八章三百二十三條，縮減一半有奇，卽比新民草五章二百二十三條，亦去三分之一，條文有減於前，精神倍增於昔，堪爲吾國第一次民法之最新者也。（此外債權編物權編尙在討論中）茲就此次新民法特色之點，（以下簡稱新民法）摘述如次：

（一）適用習慣之限制 新舊民草第一條法例，凡民事本律所未規定者，依習

慣，無習慣者依條理。其曰習慣，固無標準，吾國幅員寥廓，禮俗異殊，全國習慣，至爲不齊，有此地所謂久行習慣，他處則以爲非，有現已悖逆潮流不適國情者，尙遵守無悔，究與立法本旨，大相逕庭，矧今日黨治國家，凡與黨義黨綱相背馳者，悉不容其存在，則是習慣之運用，豈能放任輕視？故新民法規定其未經法律規定者，始得援用習慣，（第一條）而其適用習慣之界限，尤以不背公共秩序善良風俗爲依歸。（第二條）夫然後法制區分既嚴，法治收效自速，於人民行事，免藉習慣爲口實，應三思而後行，立法之用意，豈偶然哉？

（二）社會公益之注意 自個人主義之說興，世界各國，自由解放之聲，洋洋乎盈耳，風聲所播，卽立法政策，亦貽其影響，其終也悉至放蕩形骸，人各爲謀，圖一己之私，置他人於不顧，其流弊何堪設想！晚近以來，由個人主義進至社會主義，其目的要以社會全體福利爲前提，一洗從前個人主義之弊端，吾黨既以三民主義爲治國方針，而圖社會之健全，更爲吾黨治國必要之政策，故此編訂民法總則時，對於此點，特加注意，如對禁治產宣告之限制，（第十四條參照）法人設立之干涉，（第廿五條

以下參照）時效期限之縮短，（第一百廿五以下三條參照）文字應用之效力，（第二條參照）皆視國情而定，較之前民律自爲完密妥善也。

（三）本黨政綱之實行 中國國民黨對於政綱第十二條：明定男女平等之原則，以副國民革命之本旨。前民律對於女子行爲能力之限制，財產處分之拘束，悉與吾黨促進女權發展之意，大不符合。夫圓臚方趾，天賦既無軒輊，權義關係，享負自無區分，中國歷年對於男女不平之積習，牢不可破，今日青白國家，洗舊刷新，急期期促其實現，而女子平等解放之呼聲，更不容緩者也。然使不藉法律爲之規定，曷足倡收效果，故此次立法院，對於女子限制行爲能力，概行刪去，並使個人財產，得以自由處分，皆設專條訂定於民法總則編中，將來全部法典，必本此旨做去，男女平等之精神，庶幾可以達到，政綱之實行，端賴於此。

（四）最新法例之採用 法例爲全部法則之概括規定，然各國法典，互有不同，法例亦各殊異。立法既重適用，採取尤貴新鮮，此次編訂民法總則，搜集各國最新法典，如暹羅蘇俄等民法，最新法意共同民法草案，擇尤取精，例如自然人與法人之合

併一章，代理法定與意定適用之共同規定，死亡宣告之探德國例，法人設立之從日本例，此外契約之依其性質，分列於其他各編中，有條不紊，舉綱挈領，字句則簡白易晰，體例又新穎易明，堪稱至善之制定也。

第三章 民法之內容與編制

民法之內容云者，民法所規定全體關係之範圍也。民法爲私人權利義務之維持，其着眼乃私法行爲之效果，然民法之內容，究係何若？曰：有下列各種，請申言之：

(一) 民法總則 規定私法關係之一般原則，提綱挈領，冠於民法第一編者，謂之民法總則。質言之：卽權利之發生變更消滅及其作用之共通原則也。本書所云，卽繫於此。

(二) 物權法 私權關係之最要者，厥惟財產權。蓋人類尋常生活，須賴外界之事物以維持，最初利用事物，不過爲一種事實上之關係，迨自我之觀念發現，人類各占一定之物體，以應時世之要求，因思保障其所有權之行使，不許他人加以侵害，故有生法律上之關係。物權者，個人於物上有直接支配其服從之效力也。規定此種物權之法律關係，謂之物權法。

(三) 債權法 債權者，特定人對於特定人要求其行爲或不行爲是也。人類生

活之需要，顧不止物體一端，他如勞力勞心，亦社會生活之常態，夫物體有限，需要無窮，以有限之物體，供無窮之需要，自屬不能，故必輔以他項行爲，以助其發展。且雖有物體之存在，使不假他人之利用，亦不能達其目的。而債權者，所以補物權之不及，而使日常生活之完備也。規定此種法律關係，謂之債權法。（此次債權法之編訂將權字刪去，不曰債權篇而曰債篇，蓋其中寓意出於保護弱者，但若名之爲債務法，又失法律保護權利人之利益，故不偏頗于一方而折衷其間，名之爲債篇也。）

（四）親屬法 完成人類之關係，始於夫婦，蓋人不能孤存，至少必有配偶，有配偶而後有親屬，故親屬關係，實起源於夫婦，可以無疑。然親屬關係，至爲複雜，使不有適當之規範以支配之，何能保長久之安全，故規定此種法律關係者，謂之親屬法。

（五）繼承法 繼承二字，乃基於其人的生命死亡後而生效力，繼承之範圍，有財產繼承與宗祧繼承，前者謂人死之後，以繼承其財產權上之權利義務爲目的；後者謂其人死亡乏嗣繼後，專以繼承其血脈宗祧爲目的是也。規定此種法律關係，謂之繼承法。

上述五種，爲說明民法內容之大概。茲再言民法之編制：

民法之編制者，立法機關依民法內容，隨社會之需要，而編纂者也。從來各國民法編制之方法有二：一爲羅馬式，一爲德意志式。羅馬式編制法，蓋起於法家給雅斯（Gaius）之法律教科書（*Institutiones*）弗烈克法典及拿破崙法典是也。其編制爲三：第一編爲人事編，第二編爲財產編，第三編爲訴訟編。（包括人法物法在中）今之荷蘭法蘭西比利時西班牙意大利奧大利各國民法，皆取羅馬式之編制法。

德意志式編制法，爲起於一八六五年之索遜民法，此編制較前爲特色，亦今之最通行者。內容分全部爲五：其一爲總則編，二爲物權編，三爲債權編，四爲親屬編，五爲繼承編。首先採此編制法者，爲薩克森民法，次爲巴比倫民法，草案惟將第二第三兩編倒置，以債權列於物權前，日本民法採薩克森式，德國民法，採巴比倫式，我中國舊民律草案，仍採德國式，最近新民法之制定亦如之。惟編制稍異耳。（見前述新民法第四項最新法例）其可注意者，則近代立法聲中有統一民商法典之舉，蓋謂民法所規定，在理論上與實際上，有密切之關係，同爲日常生活之規定，同爲財產運用之關係，不過一則規定原則，一則規定細目，願原則與細目，乃程度之差別，非性質

之異殊。英美法系諸國，皆民商法不分，近代歐陸學者羣倡民商法統一之論，日本學者亦附和之。雖然！民商統一與否，非僅恃乎理論，又須按諸實際，商法中能與民法合併者，惟限於總則編中及商行爲編中之一部份，他如公司法，票據法，保險法，海商法，其規定之內容，涉於特殊之件，似應令其分立爲特別法之爲當也。

第四章 民法之法例與效果

冠於篇幅之首，以爲全部法則之總括規定者，謂之法例。各國法典，對於民法之編制，有設法例者，亦有不設法例者。前者如瑞士暹羅蘇俄之民法是，後者如德國法國等民法是。惟民法各條所規定，有爲適用全部之法則，尤宜另列一篇，庶免彼此重複，本章所由設，蓋卽基此理由。

人類爲謀保持安全而需要法律，顧社會人事，縱橫錯雜，白雲蒼狗，變化萬端，無論法律如何新穎，條文如何完備，思將一切人事網羅盡淨，不但爲事理所不能，亦爲時代所不許，但國家設立法律，所以定解決法律關係之爭執，苟法官受理案件，遇律無明文可依據時，不得藉口推諉，拒絕受理，於此之時，不可無他道以通變濟窮，此各國所以有補充法律之規定也。

考各國民法，關於法律無明文可依據者，大抵規定依照習慣辦理。無習慣時，則各國立法，主張不同，有規定由法官準用最近似之條文者，有規定由法官推演法理

以處理之者，亦有規定法官應自視處於立法者之地位以立法之觀念處理之者。然近似條文，非可必得，援引既多困難，而立法之權，授諸法官，尤易滋生流弊，是以各國多從第二原則，以爲處理之標準。我國大理院二年上字第六四號判例有云：『判斷民事案件，應先依法律所規定，法律無明文者依習慣法，無習慣法者依條理。』又舊民草第一條規定：『民事本律所未規定者依習慣法，無習慣法者依條理。』最近國民政府立法院頒布新民法於第一條亦設有『民事法律所未規定者依習慣。無習慣者依法理』之規定。若此者，其立法之精神，初無二致，要皆予法律以伸張之處，不致因法律之窮，而生困難之感也。惟新民法所異於舊民草者，厥有二點：（一）條文不曰民事本，法而曰民事法律，蓋當此各國民商兩法統一潮流呼聲最高之際，吾國民商法亦有合併之趨勢，若果將來能見諸事實，則民事除本法規定外，尙有其他法規，如公司保險海商票據等法，亦爲民事之範圍，故以法律一語統括之，自覺較爲適宜。（二）條文用法理二字，而不襲稱條理者，以條理文字，意涉含混，不如法理意義之明顯，況當此法治時代，易爲法理，更足表揚立法之精神，加之以吾國歷來判例，多用法

理一語，則是條文之修正，非無關痛癢也。總之，習慣如何適用？法理如何援引？非分析研究，不能明其全豹也。以下簡述之：

(一) 習慣 習慣的意義，已詳於法律間接淵源中，茲再申其義而論之：習慣云者，人民對於同一事項，在一定期限內，反覆爲同一行爲的法則之謂也。習慣爲一般人民樂於遵守之法則，以之爲法律之適用，揆之人情，最爲確當，且法律之創定，無非取之於民間之習慣，擇其合於倫理的規範者，參酌之以爲立法材料，則謂習慣爲法律補充法，未有不可者也。雖然，習慣有良窳之別，習慣果爲善良，未始不爲他山之助，習慣若爲腐化，既與時代潮流不合，尤與社會進化有關，倘不明以取捨，而一律妄用，其流弊所及，何堪設想，故本法第二條明示民事適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限，卽本此旨。至何謂公序良俗，此非就客觀批評，不能妄下定義，要而言之，公共秩序善良風俗，非僅爲倫理的觀念，乃爲一種合於正義衡平之尺度，凡一切行爲，當以社會一般的大利益爲前提，公序良俗，亦不能去此例外，但公序良俗之標準，因人因地因時而有區別，譬如娼妓賣淫，係迫於生活而出此，不能謂爲違背

公序良俗，但良家女子，若有如此行爲者，則爲違背公序良俗矣。中國有兼祧習慣，外國則禁止之，兼祧行之中國，則不能謂爲違背公序良俗，兼祧若行之外國，則爲違背公序良俗矣。古時禮教制度統治之下，束腰纏足，認爲美舉，無傷於公序良俗，然在今日民族解放時代，則謂爲違背公序良俗矣。故處今日而言公共秩序善良風俗，當以廿四紀眼光，注重於社會適合的思潮，國家採用的政策，以行觀察而判斷之斯可矣。

(二)法理 法理的說明，含有哲學之作用，與習慣的意義，明而清晰者，自較難於認識，然法理之觀念，必有其一種普通的見解，法理究爲何物？不能不就抽象中，以解答之。法理云者，推定社交上必應之處置及一切當然遵奉之途徑之謂也；事親以孝，交友以信，斯爲事理之當然，法理亦無非本此當然之原則，與理智之觀念，而求合於社會規範之準繩耳。原夫是非之心，人所常有，人類秉天賦以本能，凡事理之適當與否，雖一己之主觀不能評判，然一旦訴之客觀的理解，不難得其平，而排其紛，故法理之援引，貴有高尚之人格，與夫嚴正之理智，否則法理自法理，難免予有權者以專橫，斯又有背於正義公道之大原則也。

法理之援引，不獨應以理智之觀念，爲合理之評判，凡有權威學者之學說，以及各國所公認的法律原則，與先例，或先人的全經驗所得之結晶，皆應顧慮思考之。此外吾國以黨義黨綱爲建國基本方略，對於確定法理，靡不有相關聯之處，故援引法理，亦當注意及此。

或謂適用習慣與法理之規定，其權限受諸法官，未免易生弊端，反不如適用法條較爲妥善，然吾輩既認法律無絕對完備之處，故適用上亦當無絕對圓滿之奏效，彼法律乃一卷文字，其自身無活動之能力，孰得孰失，惟有法官訓練得宜，與法典本質，固無關重要。夫天下事有利必有弊，利之所趨，弊亦隨之，固無絕對的利益可言也，豈獨法律已哉！亦惟聽諸事實而後謀其利之擴張，求其弊之減少耳。

除此之外，有應說明者：即（甲）使用文字之方法。（乙）決定數量之標準。以下分述之：

甲 使用文字之方法

依法律規定，有使用文字之必要者，即法律上明定某種法律行爲，以訂立書面

爲必要也。此種書面，所以證明法律行爲之成立，或權利義務之存在，原則上應由本人自寫，以免他日之爭議，然吾國教育，尙未普及，不能自寫文字者，實占多數。苟不明定方法，使知恪守奉行，則社會交易，將形挫頓，經濟流通，必受影響，故本法規定例外，得不由本人自書，惟須具備相當形式要件，有如下列各種方式之一：（一）簽名。指自己書寫姓名而言；例如契約當事人趙甲與李乙，爲田產之買賣，依法律規定，其買賣契約，有使用文字之必要，則趙甲李乙二人，須將自己名字，親自簽明於契約上是也。（二）印章。加蓋印章，以替代簽名，其效與自己簽名同，蓋印章亦爲特定人姓名權之專有，他人不得僞造，刑法第十四章設有僞造文書印文罪之規定。是印章亦無異於簽名，有同一之效力也。（三）指印十字或其他符號。此爲基於習慣上代簽名之方法，凡不親自簽名，又不加蓋印章，祇須在書據上，印以指模，畫以十字，或其他符號，如花押之類皆可，但此必須經二人簽名證明，始能與簽名發生同等效力，蓋此種使用文字方法，不如簽名之正確，爲昭慎重起見，非有人證明，不得輕率從事。例如前例趙甲與李乙，爲買賣契約，因皆不能自書姓名，甲用十字，乙用指印，然後又邀錢丙魏丁二

人爲之簽名證明，則其契約，有完全發生之效力耳。（本法第三條規定）

乙 決定數量之標準

關於一定數量之記載，大抵基於財產權而發生，財產在民法上占有重大之地位，故數量之記載，亦遂視爲必要矣。數量記載，與表示意思，若爲明確一致，自無問題發生，反之若因當事人之疏忽過失，致數量與表示不相一致，有文字及號碼，爲同時表示，而其表示與數量，彼此不一致時，應以文字所表示之數量爲準乎？抑以號碼所表示之數量爲準乎？又有文字或號碼爲數次之表示，而其表示，彼此不一致時，應以最低額爲準乎？抑以最高額爲準乎？法律苟無明文以規定，則事實之爭，勢所難免，此本節所由設也。試解答之：

關於第一問題，同時以文字及號碼表示者，其表示與數量，有不符合時，法院應推求當事人之原意定之。如其不能推知當事人之原意者，應以文字所表示爲準。蓋文字較號碼正確，而不容易改變故也。（本法第四條規定參照）

關於第二問題，以文字或號碼，爲數次之表示者，其表示有不符合時，不問其爲

文字與文字不相符合，號碼與號碼不相符合，或文字與號碼間互不符合，亦應以當事人之原意定之。如其不能推知當事人之原意者，比較其所表示之各種數量，以其中之最低額爲準。蓋數量低額，則人無貪婪之心，以冀塗改增多也。（本法第五條規定參照）

總之上述解決數量之標準，所以杜實際之爭議，而期適用之便利，立法之理由，盡至此耳。

民法之法例，誠如前述。民法之效果，可再撮要言之如次：

所云民法之效果，即指民法在法律地位上取得其效果之謂也。關於法律之效力，已詳述於緒論中，民法爲法律之一部，其效果當與法律同，毋待贅疣，茲爲分章說明便利起見，特爲補充述及其一二：

民法之效果，亦因時地人事而不同，此與述法律之效力，如出一轍，不贅。民法爲私法，故其效果，準用於私法方面，與刑法之適用不同，如債權債務之行爲，即民法所及之範圍，內亂外患之犯罪，非民法所及之範圍，此宜注意。

民法爲普通法，與商法爲特別法異。故如契約屬於民法，商行爲屬於商法。

民法中又有民事訴訟法，此乃補充法之一種，係僅對訴訟關係之特定法律，與刑事訴訟法同。

他如治外法權之例外，領事裁判權之結果，概與法律之效力，無以異也。於茲尚有一問題，即國際私法之效果，雖於本國領土內，亦不適用本國民法，蓋自主權觀念發達，各國因欲盡量行使其主權，結果常致各國法律之支配，時相衝突，且內外人物狀態，各有不同，若以同一之法律繩之，則實際上諸多不便，此種特徵，於私法上尤爲著。國際私法者爲調和此涉外私法關係之法律也，故爲決定應適用何國之國內法之性質者，厥惟國際私法。與民法之內容，大相逕庭也。各國關於此項之規定，有以單行法規定之者，如日本法例是。有於民法中定之者，如法國民法是。亦有於民法施行法中定之者，如德國民法施行法，及我國之法律適用條例是。各國之立法，紛紛不一，要皆法律關於人的效力之例外，民法效果之不及，亦僅此耳。

第五章 民法上之權利與義務

權利者，法律之產物也。無法律則無所謂權利，無權利則無須法律，是權利與法律，有不可須臾離之事也。近世之通說，甚且以法律爲權利之學問，未可以厚非也。雖然，權利之觀念，未有若是之簡單，而權利之本質，究緣何而生，此不能不加以探討，吾輩研究法學，對於權利之重要，不得漠然視之，尤於民法中更須加諸意也。自來言權利者，其學說各殊，挈其要者有三：

(一) 權利自由說 此說謂法律所以保護人民之自由，人苟於自由之限制內，行使其動作，則屬權利，若踰此限制，卽爲法律所不許，則非權利也。

(二) 權利利益說 此說謂權利者，乃法律保護之利益，英國學者多數倡之，然此說備受各方之批難，蓋所云利益，究以何者爲標準？係精神上之利益？抑物質上之利益？於此不能無疑也。

(三) 權利力也說 此說謂權利，乃『力』之作用，由強者而與之者是也。故以

權利可以限制他人之力者，力也。可以排斥事實上之暴力者，亦力也。其力之自身，即權利耳。

右列諸說，瑕疵參半，皆未足以副權利實質之精神，近世學者，多否認之，余今採取日本法學家穗積博士所定權利本質之意義，爲之說明如左：

權利者，乃人格者因法律之保護，得以貫徹其利益之主張之可能性也。換言之，即法律賦與人格者，以特定之法律上的力之謂也。人類營社會生活，必有一種資料，爲欲達生活之目的，有藉資料之必要，惟其欲求資料之存在，應使其人得以貫徹其利益之主張，苟不爾，則個人必不能生活，個人既不能生活，又何賴社會之需要，此社會制度，所以應認個人得主張其利益，以對抗外來之人或團體者也。雖然，生活資料之關係，非可盡稱爲權利，必其利益爲法律所保護，始得倡言權利，故曰，依法律保護之利益之可能性也。於茲所謂利益，非僅主張有形之利益，即無形之利益亦在其中，不特此也，利益之外，凡主張物質之支配，對方之作爲，或不作爲，與乎關係之維持變更等等，皆權利之目的也。夫法律所以承認個人得貫徹利益之主張者，非僅爲私人

之法益已耳，蓋於社會之發達，秩序之維持，與有莫大之關係焉。故言權利之本質者，須依整個的觀察而決定，未可以片面論之也。

所云權利有公私之分，民法者，私法也。故論民法上之權利，當屬諸私權，此種區別，係以公法私法之區分相對立，而自實際上言之，以國家生活之利益爲內容之權利者，謂之公權，以社會生活之利益爲內容之權利者，謂之私權。但民法中公權之規定者不少，公權中之私權規定者，亦不絕無，試述其應注意者三點：

(一)此區別之標準，不能因權利之主權爲誰而定。如個人固得有選舉權參政權等公權，而國家與公共團體，在財產關係，亦得有私權，如契約行爲是。

(二)此區別之標準，不能以權利之如何發生而定。如因私權之侵害，而生之訴權，公權也。因違背公法上之義務，得生私法上之損害賠償請求權，私權也。

(三)此區別之標準，不能依有關於財產上之利益與否而定。如親屬關係，乃關於相續之規定，無財產上之目的，私權也。官吏關係之俸給權，有經濟上之目的，公權也。

上述爲說明民法上權利之大概，今依次述民法上之義務如下：

民法上之義務云者，謂受法律上之強制，負特定作爲或不作爲之責任也。試就此定義分析之：

義務者責任也。責任者，謂其處於某種狀態之下，須當服從其規則者也。違背此規則，亦應受法律之制裁，欲免此制裁，則非服從其規則不可。故曰：義務者責任也。義務者行爲或不行爲之責任也。行爲云者，應爲某事之謂也。不行爲云者，勿爲某事之謂也。前者爲積極行爲，後者爲消極行爲，一爲命令其爲之之責任，一爲禁止其勿爲之之責任，故人類苟不欲犯法律之規定，於行爲與不行爲，須受拘束之責任焉。

義務者法律上所強制之行爲與不行爲之責任也。人類負行爲與不行爲，固不止法律一端，他如道德之行爲，宗教之行爲，倫理之行爲，皆行爲之限制者。然道德等行爲爲與不爲，毋待強制，惟法律之行爲，則非此不可，故云強制之責任耳。前者如須博愛仁慈等是。後者如須納稅徵兵是。

從普通之觀念言之：權利與義務，常相對峙，有權利卽有義務，無權利卽無義務，此一般之通論，近代學者多承認之，實則謬也。蓋如取消權形成權解除權等，無須義務與之對立，登記公告等義務，概由一方之行爲，他方並無權利以報應也，學者稱此爲孤立義務，故以權利與義務常相對立者，未足以云然也。

第六章 私權之類別

私權因觀察之不同，而生種種之類別，今述其重要者於下：

第一基於權利之目的而區別。此區別以私權之目的爲內容之標準，質言之，卽爲權利內容之有形無形的利益之謂也。汎稱權利之目的，錯雜繁多，茲僅摘述其主要者，如下列數種：

(一) 人身權 人身權云者，謂吾人依其位置受法律之賦與而生之權利也。人身權以無財產上直接關係爲目的，又得分之爲二：

(1) 人格權 人格權者，權利者在法律上得爲權義主體之資格，而其資格與權利人有不可分離之利益爲目的之權利也。法律使吾人得維持其生存，許吾人一經出生，卽享有人格權，不得任意讓與或拋棄，例如自己之姓名權，關於自己之生命身體名譽自由等私權，皆他人不可侵害者也。

(2) 身分權 身分權者，謂人格者一定之身分，有不可分離之利益爲目的之權

利也。凡爲人類，皆有此權利，乃隨法律之賦與而取得之，苟因一定之身分喪失，此種權利即歸消滅，例如親屬權，夫權，妻權，監護權，繼承權等皆屬之。

(二)財產權 財產權者，以有經濟上之利益爲目的之權利也。自來定財產權之義，異議雖多，要皆不能離去金錢估計之價值，與權利主體相關係之一點。日本橫田博士謂：『財產權重要之性質，在乎滿足吾人之需要而已。』此爲破除財產權，非僅以經濟上之利益爲目的之主張，近代學者，多贊同之。吾輩述財產權，亦不能墨守成見，勿以辭害意，當就其共通之原理，而述其本質焉。茲列言財產權之種類如下：

(1)物權 物權者，直接管轄其特定物爲目的之權利也。故如所有權抵押權地上權永佃權等，皆屬物權之範圍。

(2)債權 債權者，特定人對於特定人以特定行爲爲目的之權利也。所謂行爲，包括作爲與不作爲，通常稱爲給付，例如債務之履行，動產之給付，皆屬之。

(3)無體財產權 無體財產權者，存於精神上之智能創作，以無形之利益爲目的之權利也，如著作權特許權商標權等是也。

第二基於權利之效力而區別 此區別以私權效力所及之範圍爲標準而分類。可別爲二種：

(一)絕對權 絕對權者，得以對抗一般世人之權利也。人類既占有所有物，常慮外界之侵占，苟不藉法律之保障，無以保持其固有之狀態，故法律許此有對抗第三者之權利，而此權利，且對一般而言，或稱爲對世權，例如物權，親屬權，人格權，皆絕對權。換言之，卽此權利絕對不許他人加以侵害也。

(二)相對權 相對權者，謂僅得以對抗特定人之權利也。此與絕對權相對立。蓋凡事物雖可對抗外來之人，但其效力，無絕對行使之權利。例如買賣行爲，僅買賣雙方之權利，賣主只得向買主請求給付價金之行爲，買主亦僅得向賣主請求交付物體之權利也。此外他人無與焉。故債權屬於相對權。

第三基於權利之作用而區別 此區別以私權之作用爲標準而分類者也。普通分支配權請求權抗辯權三種，試分述之：

(一)支配權 支配權者，就權利之客體，於法律容許內，得直接支配其標的之

權利也，例如物權無體財產權等屬之。普通以親屬權亦為支配權，余謂此未足以取蓋如親屬權中之父權夫權有近於人身權之嫌，且與現代潮流有所不合，夫構成支配權作用之權利者，一方以其得支配其權利之客體，他方又於自己支配範圍內，具有排斥他人勿使侵害之消極作用，然其重要，尤以支配權利為前提，若以親權之關係，視為權利之作用，實未為當也。

(二) 請求權 請求權對於他人要求其行為或不行為之權利也。請求權之觀念，為保護所有權而設，其特點在於欲實行享受為權利內容之利益，常待於他人之行為或不行為，請求權之主要者，為債權。其與債權之關係有二學說。其一以請求權為債權本身之內容，其一以債權為本諸請求權所從出。近世學者，多從前說。至於由物權所生之請求權，有賠償損害之請求權，與避免妨害之請求權，前者為物權被損害後，請求賠償利益之行為，後者為物權未受侵害前，有危險之可能性，請求避免其發生之行為是也。其與物權之關係，亦有二說。(A) 以之為物權之效力，而不以之為獨立權利。(B) 以之為從權利所發生之獨立權利。學者間採第二說。

(二)抗辯權 抗辯權者，反對現存請求權，使不能履行之權利也。抗辯權爲對請求權之保障，蓋謂對於請求者，因有惡意之發現，禁止其行使之義務耳。抗辯權並非消滅相對人之請求權，不過因其反抗之力，有將其效力抵制之作用而已。此與否認權利之異議，同其性質，又請求者對於對方之抗辯權，有所謂抗辯權，卽對於抗辯權之反抗辯權也。其性質與抗辯權同，不贅。

第四基於權利之相互而區別 此區別因發生法律關係爲標準而分類也。基於權利相互而區別者，有左列二種：

(一)原權 原權者何？法律上自然存在之權利也。此種權利，以不待人之加害，而自然生存於法律上。例如所有權不俟侵奪卽生法律之保護是也。故又稱原權爲第一權。

(二)救濟權 何謂救濟權？因權利之被侵害，而後始生之權利也。故救濟權之發生，必緩於原權，其必待原權爲他人侵害後，始得主張救濟權，此其與前述不同之點也。又稱救濟權爲第二權，以其次於第一權耳。

第五基於權利之主從而區別。此區別以定權利之效力如何爲標準之權利也。簡言之有二：

(一)主權利。主權利者，獨立存在之權利也。凡權利不待他種行爲附帶而生效力者，稱爲主權利。例如債權、物權爲主權利，以其獨立成爲一種權利也。

(二)從權利。從權利者，附帶於他種權利而存在。換言之，爲保障或增大主權利之效力也。例如留置權、質權、抵押權，附屬於債權。地役權附屬於要役地所有權，皆主從權利之例證也。故從權利必以主權利存在爲要件，主權利消滅，則從權利隨之消滅。主權利變更，則從權利亦隨之變更，此一定之理，毋待深論也。

第七章 私權之主體

私權之主體云者，於法律上之地位，具有權利義務之資格也。僅享有權義之資格，稱爲權利能力，有此能力與此資格，始得爲權利之主體。古代未開化以前，有所謂奴隸制度者，其奴隸不能視爲權利之主體，以其無具有此項資格之主體也。今者社會進步，代趨文明，凡法律皆以平等爲原則，不論何人，法律胥與以同一能力，不因其身分性別年齡宗教教育財產而有所差別耳。雖然，能爲權利之主體者，固非人莫屬，惟法律之所謂人，不限於自然人，自然人以外，舉凡人類之團體，或物之團體，亦權利之主體。蓋人類團體，雖無與自然人之單純事實發生後，即取得權利能力，但法令於限制內，容許與自然人有同等之人格，苟一定之條件完備，亦得享受權義之資格。故曰：人類或物之團體，亦權利主體也。稱此項團體之人，謂爲法人，以視與自然人有以異耳。自來說明權利主體章中，有以人之一語，專屬於自然人，而以法人另列一章者，例如法日等國之民法是。此其編制，揆以情理，實未足取，蓋自然人與法人，同得爲權

利之主體，冠以人之一字，爲共通之名詞，自屬確當，奚可以人爲專屬於自然人之一種，而以法人別爲一章乎？舊民律以人爲專指自然人，甚至於法文不標出自然二字，實不足以副現代立法之精神，吾新民法則不分章，以人分爲自然人與法人二節，本章分別說明之：

(一) 自然人

自然人者，爲具有生命及肉體組織之人類，而爲權利之主體也。故自然人又稱爲有形人，今代進步之國家，皆視自然人具有權利義務之資格，然自然人之享有權利能力，始於何時？終於何時？此爲法律上最關重要之問題，不能不加諸研究焉。

甲 權利能力

(1) 權利能力之發生

徵之各國之文獻，僉以爲自然人之權利能力，始於出生，終於死亡，德民法第一條，日民法第一條，舊民律第五條，皆同具此精神。新民法第六條規定『人之權利能力，始於出生，終於死亡。』其義一以貫之。惟所云出生與死亡，以何程度爲標準，此點

爲法學者所最注意，試述其要件如左：

(一) 產生完全爲原則。產生者，卽胎兒與母體分離之謂。完全者，以其離母體後，能藉其自力獨立呼吸之意也。從來定出生之學說有六：(A) 陣痛說 (B) 發聲說 (C) 斷臍說 (D) 一部產出說 (E) 全部產出說 (F) 獨立呼吸說。近世多採第六說。蓋謂人類生活，常藉空氣以生存，而空氣之吸引，尤視呼吸之存續，胎兒未出生前，以母之呼吸爲呼吸，至出生後，卽能獨立呼吸，故以產出完全後，能獨自呼吸爲取得權利之始期，蓋至當也。本段以產生完全，亦惟視此爲標準可也。

(二) 生體保存爲例外。上述胎兒以完全出生，始享有權利能力爲條件，則凡胎兒未出生前，卽不得爲權利能力，固矣。然胎兒既存在於母體，必有產生之一日，實爲未來權利之主體，此其間之關係，至爲密切，故藉法律之保護，實不容緩也。各國立法例，對於胎兒保護之方法，各有不同，有絕對承認胎兒之利益，視爲既生者，如瑞士民法是。有相對承認胎兒之保護，按照具體情形，特行規定者。(例如不法行爲之賠償損害請求權) 如法德日及舊民法是。吾新民法，則採前例，以其較善於後例。

也。但必以非死產者爲限。其生命時間之長短，則非所問，所云生體之保存，亦卽此故。

(2) 權利能力之消滅

上述爲說明權利能力發生始期之大概；茲另述權利能力消滅之原因：

權利能力之消滅云者，卽人格者消滅其權利能力之資格者也。換言之，卽人格因死亡而終了，各國民法，關於權利能力之消滅，皆無特設規定，誠以人既死亡，當然爲消滅權利之原因，毋待述者。自瑞士民法三十一條，明言『人格因死亡而消滅其權利能力』之規定，近代已有倣效者。我國暫行律，不設死亡爲消滅權利之規定。吾新民法第六條，則言明『權利能力始於出生終於死亡』蓋亦採取最新之法例者。雖然，人格因死亡而消滅權利能力是固然矣。然究以何種程度爲標準，不能無以言之：

(一) 脈搏停止說 此說謂人之死亡，以達至脈搏停止，卽視爲人格之消滅。

(二) 心臟鼓動停止說 此說謂人格時期之終了，須至心臟鼓動停止後，始得稱爲死亡。

右列二說，揆以事理，自應以(二)說爲當，蓋人之死亡，雖有已達於脈搏停止之

時，而心臟猶有未停止鼓動者，往往有復甦之希望，故於脈搏停止後，心臟鼓動未停止以前，猶未達至死亡時期，尙得享有權利主體存續之資格也。

今有一問題，卽外國人在本國，有無權利能力？關於此點，基於權利能力不依年齡身分宗教性別教育財產而區別之原則，原無差異。惟此乃國籍問題，國內人與國外人在法律上之地位，爲定權利義務之主體，則不能無所差異於其間，按古代社會因宗教之觀念濃厚，人格之享有權利，常受宗教之支配，故同國人卽同教者，得享受權利。外國人卽異教者，則不得享受權利。於此之時，外國人之無若何權利，顯而易見。卽古之日耳曼民族，亦不承認外國能享有權利，蓋基於封建之勢，爲欲行使其統治權所從生也。及法之法學者孟德斯鳩出，對此大加攻擊，以爲外國人之不能享有權利，乃基於外國人無權利主義之結果，今日歷史進化，經相互主義乃至平等主義，外國人之於相當範圍內，固亦得享權利能力，法國民法，採取條約相互主義，卽外國人於其本國依條約予我國人以權利者，我國對於該外國人亦予以同樣之權利焉。與大民法，則取法律相互主義，卽外國人於其本國予我國人以權利者，我國對該外

國人亦予以同樣之權利也。荷蘭民法，首先取用平等主義，對於權利能力視內外國人一律平等，繼之者為意大利民法。近世各國立法例，除美國諸州對東洋民族之特別權利能力，設特種限制外，他國莫不採用平等主義。我新舊民法雖無明白規定，但此已成爲自明之理，無須繁冗加入焉。

乙 行爲能力

行爲能力云者，爲取得法律行爲之能力也。換言之，即依其人之意思表示，使其行爲於法律上爲有效成立之條件也。故行爲能力與意思能力有密切之關係，無意思能力即無行爲能力，然此不可混爲一物，蓋意思能力，乃心理上之能力，包含『認識』與『預期』兩種條件爲前提。認識者，謂行爲者認識其行爲之本體，可生法律上之效果也。預期者，謂行爲者雖未確認其行爲之結果爲何？但預想其行爲，必達於某種狀態，與法律克如其預期所發生之行爲也。行爲能力則乃法律上之能力，其有無使此能力發生有效，不因意思能力而斷定。前者爲心理上抽象之名詞，後者爲法律上抽象的作用，兩者微有差異，惟其間有關係而已矣。

行爲能力又與權利能力不同，權利能力，指得爲權利義務主體之資格而言。行爲能力，則指親自取得權利或擔負義務之行爲之資格而言。後者以意思爲要素，而前者則否，法律雖認自然人皆得享有權利爲原則，但自然人非皆有意識能力者，故有權利能力之人，未必卽有行爲能力也。

所云行爲能力，有廣狹二義：廣義之行爲能力，兼指法律行爲能力適法行爲能力與不法行爲能力。（責任能力）狹義之行爲能力，則專指法律行爲能力而言。本段所欲言者，卽此狹義之行爲能力。

行爲能力之本質，由實際的觀察，皆爲強行之法規，不許當事人之意思表示而變更，茲分別行爲能力之種類有三：卽（1）有行爲能力（2）無行爲能力（3）限制行爲能力。說明於后：

（1）有行爲能力

具有得爲法律行爲之資格者，稱爲有行爲能力。但自然人至如何程度，始有行爲能力，依各國立法例，必具左列二要件：

(一)已達成年 成年者，個人達至一定年齡，可為法律行為之標準也。蓋人必至成年，而後智識充分發達，能自熟計利害，堪與其他社員營共同生活，此成年制度所由生也。顧人類智能之發育程度，使為事實問題，若委諸審判者臨時酌定，則遇有事件爭訟時，必調查當事人之智識程度，而後判定，既生手續之困難，又慮訴訟之遲滯，究非立法之本旨，此成年時期之標準，有藉法律規定之必要。按各國關於成年年齡，參差不一，有最多至廿四歲者，如丹奧是。亦有最低至十六歲者，如波斯是。他又以廿三歲為成年者，如荷蘭西班牙是。以廿一歲為成年者，如英美德法俄意比等是。我國則按國人生理發育與習慣之關係，規定二十歲為成年。暫行律與新民法皆如之。(本法第十二條規定)與我國同樣辦理者，瑞士與日本是也。關於年齡之計算法，以自出生之日起算，滿足廿年為成年之始期，是宜併行注意。

(二)有識別力 識別云者，謂能辨識法律效果之意思，有此力量，稱為識別力；學者所謂意思能力是也。凡人達於法定年齡，雖皆有行為能力，但若缺乏意思之認識，於法律上尚屬無效，如心神喪失者精神病者是。除此而外，凡有識別力，而至於成

年者，皆有行爲能力也。暫行律第九條明定「達於成年兼有識別力者有行爲能力」此尤爲彰明較著。我新民法則無規定，蓋從多數立法例，要之，具有識別力，爲構成行爲能力之要件，自無可費言耳。

如上所述，行爲能力以達於成年兼有識別力爲必要，苟無識別力之成年人，或有識別力之未成年人，均不得主張行爲能力。但有例外，未成年人而已結婚者，亦有行爲能力，蓋謂未成年人而已結婚，大都生理發育完全，智識必已發達，爲事實之便利計，定爲有行爲能力耳。（本法第十三條三項規定）

於茲不能已於言者：卽各國法典，對於婦女已結婚者，（妻）類多加以限制，我國民法暫行律第九條：「達於成年兼有識別力者，有行爲能力，但妻不在此限。」又第二十二條：「妻之行爲能力，依後四條規定限制之。……」此種立法，殊屬悖理，其理由：無非謂「尊重夫權」與「維持室家之和平」等語。夫權利能力，以不論年齡性別身分教育爲原則。行爲能力，以僅指未達成年與無識別力爲要件，若妻者，既不因身分而有區別，又非有識別力與達成年之障礙，而視爲限制行爲能力，究妻之

無完全行爲能力，爲犯權利能力之資格乎？抑違行爲能力之標準乎？舊民律既明定人因成年有識別力，即取得行爲能力，而尤獨以妻爲例外，立法之不平，孰有甚於此。即基其所持之理由，亦未爲當，蓋夫妻結合，原爲平等，夫權婦權之尊重，室家和平之維持，皆爲當然之理，法例僅謂因「尊重夫權」而限制妻之行爲能力，因「維持室家之和平」而使妻受法律行爲之限制，其視男女之輕重，未免太苛，近世國家文明，社會沿進，凡一切皆以平等爲原則，矧於男女更無軒輊，吾中國歷來對於女子之鄙視，已趨極端，不平之積習，亦指不勝屈，值茲以黨治國之中國，創立黨綱，刷新振新，一洗蒙垢積污之弊，而對於男女平等之主張，更爲吾黨期望之殷，故以妻爲限制能力之一點，有悖本黨之政策，概行刪去，不復採用，不因男女性別而有差異，且示婦人於其財產權，得以自由處分。所以保護女子之行爲能力，持高法律之地位也，豈獨吾黨黨綱之實行已哉，婦女解放之成功，端於此卜之矣。

(2) 無行爲能力

無行爲能力者，絕對不具有得爲法律行爲之能力也。詳言之，即其行爲不僅於

法律上受限制，乃法律視其毫無行爲能力也。學術上稱此項爲絕對無行爲能力，蓋對於有行爲能力與限制行爲能力而言也。

各國對於行爲能力之有無，恆以年齡之多少爲標準。但年齡之標準若何？各國立法例向分兩種主義：（A）定期主義，即以法定年齡爲成年期標準，達於法定之成年年齡，爲有行爲能力，未達法定成年年齡，爲無行爲能力，此主義法英及日本採用之。（B）階段主義，即達成年期者，雖皆有行爲能力，但對未成年者，非一律無行爲能力，惟將其分爲數階段，凡未達某年齡，視爲絕對無行爲能力，達某一定年齡者，視其有行爲能力。然須受一定之制度，迨達成年期，而後視其具有完全行爲能力焉。此主義羅馬法導其源，德奧民法相繼採用之。吾新舊民法，皆採階段主義。蓋如定期主義所云，以單純之成年期，視爲有無行爲能力之標準，於理殊不可通，人類智識之發達，乃漸進而非固定，斷非一達成人年齡，其智能全然成熟，反之未達成年，即噩噩渾渾，如豕鹿也。今依新民法之規定，述無行爲能力之條件如左：

（一）未滿七歲之未成年人 人類之智能與年俱進，幼稚時代之智識，與長成

時代之智識，其斷別力大相懸殊，而法律上行爲之效果，亦隨之大異，自應明白規定。本法參酌多數立法例，以未滿七歲之未成年人爲完全無行爲能力。（第十三條第一項）但人格因出生而取得權利能力，未成年人既無行爲能力，其所爲之法律行爲爲無效，往往不能行使其權利，且私權之行爲能力與權利能力，法律不許其拋棄爲原則。則是苟無補救之方法，勢必使事實常悖於法理，故立法特許無行爲能力者，得設法定代理人（行親權人或監護人）替其行使權利能力焉。

（二）禁治產人 禁治產者何？審判衙門對於常有心神喪失之情形，因法定人之請求而爲宣告禁治產，使其爲無行爲能力者也。法律設禁治產制度之目的，一爲保護常有心神喪失之狀態者之利益，一爲將心神喪失者之病症預告於衆，使社會一般明瞭其究竟，而保護交易之安全也。夫犯禁治產宣告之人，其精神既受損失，於利害關係，常不能辨別是非，使於此而不設法救濟，實有戾於保護私權之目的。不特此也，人不能離羣而獨立，爲一般所公認，社會生活，卽人類羣居合作之場所，普通對於有心神喪失，判別甚難，使心神喪失者，散處於社會全體，則人因不知其爲心神喪

失，與之爲財產上交易之事，則日後其所爲之法律行爲，終歸無效，其貽意外之損害，何堪設想，故爲保護社會一般交易安全起見，不能捨禁治產制度，誠如是，禁治產設施之重要，不言可喻矣。雖然，禁治產之宣告，關係極大，非具相當之條件，不能爲禁治產之聲請，試述其要件於后：

A 要常有心神喪失之情形 因心神喪失，而爲禁治產宣告之原因固矣。然使其心神喪失，乃係一時之病況，頃刻間亦回復其狀態，究與社會或本身，無甚關切，則何須於禁治產？必也其心神喪失，具有繼續性質之時間性，換言之，卽其病態無間斷的連續存在之謂，所云『常有』卽此意也。故因一時之心神喪失，如麻睡大醉熱病，皆不得爲禁治產宣告之原因，但有常有狀況者，不問其屬於何種類，因何種類而發生，則爲構成禁治產之唯一條件耳。

B 要由有請求權者之聲請 禁治產之受宣告，爲無行爲能力之起點，故審判者，必待有請求權者之聲請，始可爲之宣告，依歷來對於有請求權之人，法律規定有種種。我暫行律十九條規定：『對於常有心神喪失之情形者，審判衙門，須因本人配

偶三等親內之宗親，監護人保佐人或檢察官之聲請，宣告禁治產。』新民法第十四條云：『對於心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己事務者，法院得因本人配偶，或最近親屬二人之聲請，宣告禁治產。』其示得為請求權之範圍，與前微有異耳。要之，禁治產之宣告，必經有請求權之聲請，此為不易之理。至於請求權之資格，則視法律之規定如何，以為判之可矣。

禁治產之宣告，因其人有禁治產之原因。（常有心神喪失之情形）禁治產之原因消滅時，禁治產之宣告，亦當然撤消，惟其撤消之有效，應依禁治產之程序以處理。并由有權聲請者，為撤消宣告之主張，蓋所以保護其法益為限也。新民法第十四條二項言：『禁治產之原因消滅時，應撤消其宣告。』亦即此意。

各國法典，對於禁治產宣告之原因規定有四：（A）心神喪失（B）精神耗弱（C）因疾病或其他原因致不能處理自己事務（D）因浪費有陷自己或父母妻子於經濟窮困之虞。我新民法僅限於心神喪失，精神耗弱，並不能處理自己之事務者為止。蓋以吾國之習慣，與各國有以異耳。所云精神耗弱，如聾者啞者盲者皆屬之。此

外人之死亡，爲撤消宣告之原因，此爲當然之見解，新民法雖無明白規定，但此爲法律上一定之理，勿待瑣屑也。

(3) 限制行爲能力

限制行爲能力者，非如無行爲能力之絕對無行爲能力，亦非如有行爲能力之完全有行爲能力，乃介乎兩者之間，而其行爲，須受法律相當之限制也。或稱此項爲相對的行爲能力。普通對於限制行爲能力，規定有三種：卽(A)滿七歲以上之未成年人。(B)準禁治產。(C)妻。關於第二第三兩項，除妻之限制行爲能力，與吾黨男女之原則相悖謬，已於上述闡明外，準禁治產之制度，亦已爲吾黨立法所不採，誠以我國經濟情形，與各國迥異，若禁治產之人多，而其無行爲能力，恐未盡爲衆所週知，則於交易或其他事務的進行，不無妨礙，故新民法特屏棄之，所以維持公衆之利益，而保社會之安全爲鵠的也。以下專指滿七歲之未成年人一項述之：

新民法規定以二十歲爲成年，所以定法律行爲效力之標準也。故如未滿七歲之未成年人，法律認其絕對無行爲能力，以其意思能力非常薄弱故也。若已滿七歲

之未成年人，其意思能力，較之未滿七歲者，必稍成熟，權衡利害，亦必優過，欲使其與未滿七歲之未成年人，同等待遇，究未爲當。雖然，滿七歲之未成年，較之幼者，縱爲發達，然終有不及成年期之處，使其獨斷爲法律行爲，必蒙不測之損害，法律爲保護其利益計，許其得設法定代理人，以限制其行爲能力。所謂法定代理人，卽父母監護人。是我舊民草第十四條一二兩項明示之，惟新民法則付闕如，似嫌太疏簡耳。

前述法定代理人之權限，係兼指『代理權』與『同意權』兩者而言，與單純代理權之禁治產監護人有異。代理權者，代未成年人爲法律行爲之權利也。同意權者，予未成年人以同意，使補充其法律行爲爲有效之權利也。惟此處所謂法律行爲，專指財產上之法律行爲，而非指身分上之法律行爲，蓋後者之法律行爲，特着重於本人之意思，法定代理人不得爲之越俎也。茲分述限制行爲能力之法律行爲，爲

(一) 財產上之法律行爲 (二) 身分上之法律行爲二種：

(一) 財產上之法律行爲 滿七歲之未成年人，欲使負擔義務之行爲，應得法定代理人之同意爲原則。然若泥屯繩墨，有時反於未成年人有不利時，究非正宜之

理，故法律特設例外之規定，於下列各種情形之下，許未成年人不須法定代理人之同意，得以獨斷爲法律行爲焉。

A 專取得權利或免除義務之行爲 法律所以使未成年人之法律行爲，須受限制者，以其易招損害，而蒙不利者也。若專取得權利，祇有權利可享受，而無義務可負擔，例如受他人之贈與是。免除義務亦然。蓋免除云者，可使現在負擔之義務，歸於消滅，不再負他種義務之行爲也。例如受債務之免除是。若此者，皆有利無弊，故法律特許其得獨斷行之者。

B 法定代理人允許其處理財產時 此項可分兩種情形：即（一）法定代理人預定目的，許未成年人處理之財產；（二）法定代理人，不預定目的，許未成年人處理之財產。前者謂此財產，未成年人於目的預定範圍內，得自由處分。例如未成年人之父母，以一定之金錢，交付未成年人，爲修學之費用，則未成年人於其修學之目的範圍內，若購紙筆書籍，皆可自由處分，毋須經法定代理人之同意也。後者謂其財產，法定代理人不預定目的範圍，未成年人亦得自由處置其財產。例如未成年人之父母，

每月以一定之金錢，給未成年人爲零用，則未成年人得將其金錢隨意處分也。惟上述所云財產，原不以金錢爲限，所謂處分，亦不限於所有權之移轉，然實際多以金錢消費爲常耳，如前例其較著也。

C 法定代理人允許未成年人爲營業時 滿七歲之未成年人，其智識發達，既高未滿七歲之未成年人一等，若達於與成年人相近之年齡，其智識幾與成年人相埒，其因家庭之經濟生計，或自己練習職業計，有營業之能力，而足爲營業之可能時。法定代理人自應許其爲一種或數種營業，爲當然之理，既經允許之後，則未成年人之對營業與成年人同一能力，故由其營業所生之一切行爲，均得單獨爲之，毋須再經法定代理人之允許也。

D 法定代理人允許未成年人爲服勞務時 未成年人如因智識發達之故，堪爲他人服勞務時，經法定代理人同意後，自得爲單獨行爲，故未成年人受允許爲他人服勞務後，對於勞務法律關係之成立變更改消滅及其履行義務，與成年人有同等能力，即未成年人對於勞務契約之締結解除或履行，均得自由主張，不必經法定代

理人之同意也。

關於C D兩項，未成年入得不須法定代理人同意之規定：如未成年入有不勝營業，或不勝爲他人服勞務時，法定代理人得將前項之允許，撤消或制限之。但其撤消與制限，不溯及既往，僅向將來發生效力已耳。

(二)身分上之法律行爲 此項法律行爲，與財產法律行爲，適成相反。蓋財產法律行爲，以得法定代理人允許爲原則。而身分上之法律行爲，則無庸得法定代理人之允許爲原則。前者以保護未成年入之利益，後者爲尊重個人之意思，其性質各殊，故如關於婚姻親子嗣續遺囑等之身分上法律行爲，皆得獨斷行爲，而免請示於法定代理人之同意也。我舊暫行律與日本同其主義，皆於此等行爲設有明白之規定。

上述限制行爲能力之原則與例外種種，乃基於舊民草之立法精神而言。最近新民法別無專條規定，其用意不可捉摸，余謂此項規定，爲當然之必要，新民法藐視而抹煞之，實未敢贊同也。質諸賢哲，以爲何如？

丙 責任能力

責任能力者，因故意或過失，而侵害他人之權利，在法律上須受制裁之資格也。侵害他人之權利，必受法律之制裁，負此制裁之義務，謂之責任，能負此責任之資格，謂之能力，故如僅有責任，而無能力，不得稱爲責任能力，必也兼斯二者，而後責任能力，始克生法律之效果焉。

能負責任能力之有無，視侵權者有無行爲能力以爲斷，行爲能力之要件，又以有識別力與否以爲準，故如心神喪失或未滿七歲之未成年人，皆無責任能力，縱由其行爲至於侵權，亦不負責，抑責任能力之發生，必有客觀之要件，客觀之要件爲何？卽因故意或過失是也。故意者，對於作行爲或不作爲，預見其結果，且容許其發生之心理狀態。過失者，注意義務之欠缺。換言之，卽因注意並能注意之義務，因注意之不足，以致不預見，或預見之，仍不能使其防止之心理狀態也。負有責任能力之人，必因故意或過失，而實行侵害他人之權利，始生法律裁判之責任，否則雖有侵權，猶未實行侵害，不得負法律之責任耳。

所云民法上之責任，與刑法上之責任有異。蓋其根本性質與目的不同故也。刑法上之責任，係爲防衛社會之安寧起見，其主要目的，在於矯正違反社會性之人。反之，民法上之責任，不過爲保護被害者起見，其主要目的，在於賠償其被告之損害，故負刑法上之責任，稱爲犯罪，其制裁必受國家之刑罰。負民法上之責任，稱爲不法，其制裁僅負賠償責任。兩者之觀念不同，斯遂異其法律效果也。

關於責任能力，吾新民法無明文規定，考德日兩國之民法，對於責任能力，皆規定於債權編中，而於總則篇，則付闕如，此種體裁，殊有焦點，吾國舊暫行律，不採此制，而於一般的不法行爲，揭其主要條件，於總則中以爲共通之原則，今新民法之內容，竟異於此，其視責任能力，將繫諸行爲能力之若何，付諸審判官之自由判斷，抑別有專章分別說明歟？吾輩述民法總則編，覺於此有不盡妥者。蓋責任能力，與權利能力行爲能力，同爲法律行爲中最重要之問題，新民法僅規定後二者，而拋棄前者，於立法政策，殊欠平允，縱云不規定於總則編，而散見於各處，亦非完善之策，誠以立法之方針，貴密而毋遺，賤高而驚遠，雖徒刪減條文，於實際無裨於事，故與其因噎而廢

食，孰若聽之爲愈也。

丁 住址

(1) 住址之意義

住址者，人類生活之中心點也。凡人須有一定之區域，設定住址，以決定其法律上之地位，而爲其權義之準據，此現代學者，所以承認住址爲必要者也。顧住址之名稱，易與其他相類似者相恍惚。依羅馬法之原則，定住址之意義，須具兩大要素：卽（A）主觀的，與（B）客觀的兩種。主觀的要素云者，須其人於此地，有常住之意思。換言之，卽指有連續居址其地域之意思也。故如一時離去其現居之處所，而於若干期內，有歸回其處所之意思者，仍不失爲常住之意思。客觀的要素云者，須有實行住址意思的外部狀態之存在。質言之，卽該意思與事實，須相並而行，不能缺去其一也。故如對於一定之處所，有常住的意思，而無常住的實行，不得稱爲住址。德國瑞士美國英國，及吾舊暫行律，皆取此主義。新民法第二十條云：『以久住的意思住於一定之地域者，卽爲設定住所於該地』其義從同。

所云住址與其他相類似之區別者，約如下述：即如本籍居所現在地營業所第宅等是也。本籍爲吾人戶籍所在地，依形式呈報而成立，乃爲戶籍法所定，與住址不必一致。居所爲人暫時繼續居住之場所，乃一時滯留的意思，與『常居之事實』之住址，自亦不同。但有例外，遇住所無可考時，或中國無住所者，除與國際私法有牴觸外，其居所視爲住所。（新民法第二十二條規定）此蓋爲使法律便利計也。現在地爲其人現時停住之地，亦係一時之性質，與立法上之住址有別。營業所爲商業或其他營業之根據地，與住址不必盡同一處，故亦與住址異。第宅則爲吾人居住之宅所，如家庭之駐居，然此乃有形之稱，與法律上所云抽象的住址不同。總之住址之意義，爲基於法律所制定之抽象作用，以常居及事實爲要件，自與上述種種差異，此住址之所以爲住址也。

關於住址之設定之個數，各國立法例，有許同時得設二處之住址，有不許同時設二處之住址者。羅馬法及德國等民法，取前者之例。英德日及吾舊暫行律，取後者之例。新民法有『一人同時不得有兩住所』之規定，是亦承認住址不許有二處者。

也。誠以住址若許設數個以上，則法律關係，因之複雜，裁判上極感困難，故立法上自以採用一個住所爲宜。

(2) 住址之種類

住址之分類，美國法學家霍吞(Wharton)分爲出生住址，任意住址，及法定住址三種。余認出生住址一項，爲附於任意住址，或法定住址之中，似毋庸別樹一幟，且實際上未見其特色，故黜之，僅分住址爲(甲)任意住址(乙)法定住址二者：

(一) 任意住址 此項住址，爲基於各個人之自由意思，設定之住址也。又分爲本住址與假住址二種：

A 本住址 本住址者，即通常關於事實生活之根據也。

B 假住址 假住址者，依當事人之特定行爲所選定之處所，而其行爲與處所，視與住址有同一之效力也。假住址之發生，爲基於法律之要求，或當事人之契約而存立，此制度惟法日民法承認之，德國則無此規定，法學者又稱爲選定住址。新民法第二十三條規定：『因特定行爲選定居所者，關於其行爲視

爲住所。』是皆法律對於假住址之規定也。

上述任意住址以自由設定爲原則，故其廢止亦以自由意思廢止爲宜。惟廢止須以法律規定之，如有廢止住所之意思，而不實行，或雖離去其住所，而無廢止之意思者，均不得爲住所之廢止。新民法第二十四條有明白之規定，卽此意也。

(二)法定住址 此項住址，爲基於法律所規定。換言之，卽不問本人有無選定住址之意，而法律逕就某處所，爲其住址之謂也。此制度各國民法多承認之。依新民法所定其情形有二：

A 無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所。此爲新民法第二十一條所規定。蓋無行爲能力及限制行爲能力之人，其行爲能力，既須經法定代理人之允許，而後有效，自應與法定代理人同一住所，此自然之理也。

B 法人以其主事務所之所在地爲住所。法人與自然人既同具有人格，亦應有住址，惟自然人之住址，有可以自由選定，而法人則否，故新民法第二十九

條特設如是之規定。日本民法第五十條從同。

以上二種，爲新民法總則所規定。其他各國又有現役軍人以其衛戍地爲住址。（德民法第九條至十一條瑞士民法第二十五條）海員以其自願的居住最多之陸地爲其住址。（美國某法庭之判例）吾舊暫行律，更有妻以其夫之住址爲住址。（第四十條）服從親權人以行親權人之住址爲住址。（第六十四條）就中關於妻以夫之住址爲住址一項，乃基於往者妻爲限制行爲能力之規定，今國民政府既認妻爲平等主義，則妻自有獨立能力，不必強以夫之住址爲住址也。其餘各條，爲吾新民法所未採取者，姑錄之，以供參酌可矣。

（3）住址在法律上之效力

住址爲人與處所之法律關係，故於公法私法上均發生種種之效力，茲示其重要者如左：

（一）民法上住址之效力

A 住址可爲決定失蹤之標準。

B 住址可爲債務履行之根據。

C 住址可爲締結契約之地點。

D 住址可爲法人登記之事項。

E 住址爲定遺囑或繼承及財產之地點。

(二) 民法上以外各法住址之效力

A 商法上住址之效力

1. 住址爲公司訂立章程應記載之事項。

2. 住址爲票據行爲之必要。

B 訴訟法上住址之效力

1. 住址爲審判管轄之標準。

2. 住址爲裁判上期間之伸長及附加之標準。

3. 住址爲公文書狀送達之地點。

（三）國際法上住址之效力

1. 住址爲決定國際私法上準據法之標準

2. 住址爲決定戰時財產權之標準。

D 國籍法上住址之效力

1. 住址爲取得國籍之要件。

2. 住址爲歸化國籍之根據。

4) 失蹤

失蹤者，人格者離去從來之住址或居所，久無音訊，且至生死無可考之謂也。故失蹤必須(A)離去其住址或居所之事實。(B)須生死無可考。夫失蹤與住址，關係最爲密切，有不可不研究者。然失蹤之宣告，於法律關係之影響，至深且鉅，非具一定之要件，不得輕率行事。吾新民法第十條規定：『失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，應依非訟事件法之規定。』所以保護失蹤人之利益起見也。茲說明其大概如左：

(一) 管理人之選任 失蹤人一經失蹤後，其財產關係，須設管理人以管理，前已

述之矣。然失蹤人如未置管理人，或失蹤中管理人之權限已消滅者，將如何辦理，於此之時，失蹤人住址之初級法院，因利害關係人或檢察官之聲請，得代選定管理人，至日後本人自置管理人時，乃撤消其命令。

(二) 管理人之改選 失蹤人未失蹤前，雖有管理人之設置，然其管理有不當處，初級法院，亦得因利害關係人或檢察官之聲請，改選管理人。

(三) 管理人之職務 管理人既受失蹤人之寄託，代管理其財產，自應加以善良之注意，如於保存範圍外，有必要處置時，得賣却之，而存儲現金。

(四) 管理人之担保及權利 管理人為失蹤人管理財產，其關係綦重，為保全雙方利益計，法院一方得命管理人提存損害之担保，一方應予管理人以相當之報酬，由失蹤人財產中支付之。

上述關於失蹤人財產管理之制度，蓋淵源於羅馬法。近世各國，多採用之。在昔法蘭西民法，對於失蹤人，不遽視其為死亡，而依失蹤期之長短，分為三個時間。第一期為失蹤人管理其財產。第二期宣告失蹤，使繼承人暫時占有其財產。第三期對於

財產確定占有，對於失蹤人直推定其為死亡。德國與瑞士民法，則於規定財產管理而外，復設死亡宣告，及失蹤宣告，推定失蹤人為死亡，吾新舊民法及日本均採取後者之立法例。惟日本民法對於管理失蹤人之財產，規定於民法之中，吾國新民法及舊暫行律，則規定於非訴訟程序法中，蓋此為程序法之種類，毋須規定於實體法中，此其所以異於日本民法者，亦僅此耳。

戊 死亡宣告

(1) 死亡宣告制度之必要

死亡宣告者，乃生死無可考之失蹤人，經過一定時間，尙無回復之狀態，法院因利害關係人之聲請，為推定其為死亡之宣告也。夫失蹤人一經宣告失蹤，若至生死無可考時，對於其財產上及親屬上之法律關係，永難確定，不特有害於利害關係人之利益，即國家經濟，亦有深受其影響者。為保護利益計，不得不推定其為死亡，此國家所以有死亡宣告制度之必要也。近世各國法制，若法若奧若德若瑞，皆對失蹤人生死無可考時，有死亡宣告之規定，吾舊暫行律第五十六條，新民法第八條從同。

(2) 死亡宣告之要件

吾新舊民法既對失蹤人有失蹤宣告之規定，復有死亡宣告之明文，是其中不無注意之處，此死亡宣告要件之不可具備也。試依新民法規定情形述之：

(一) 須至生死無可考或遇危難時 生死無可考云者，即生死不明之謂也。人而至於生死不明，其在法律關係，易生損虞，自不得不為死亡之宣告，惟所云不明，不必經過一般人之證實，僅請求人或法院承認證實為已足。遇危難者，遭特種情形，可生死亡危難之可能也。學說上稱為危難失蹤，以其與普通失蹤有異也。

(二) 須經過一定時間 人格雖云失蹤，未必即至死亡，故非至法定時期，尚不得生法律之效力，所云一定時間，立法上規定有下列二種：

A 普通時間 失蹤人如至生死不明時，滿足十年後，得為死亡之宣告，此新民法第八條所明示也。

B 特別時間 失蹤人以滿十年後為死亡宣告之原則。惟有例外，若(A)失蹤

人爲七十歲以上者，得於失蹤滿五年後爲死亡之宣告。(第八條二項)(B)失蹤人爲遭遇特別災難者，得於失蹤滿三年後，爲死亡之宣告。(第八條三項)蓋此爲特殊情形，良以人至七十歲以上，其生命時間，自與普通人有異。而特別災難(如戰爭上航海上或其他不可抗力等災難皆屬之)更爲明瞭之事，其死其生，較易證實，故無須延至十年，反有害於法益也。

(三)須有利害關係人之聲請 失蹤人欲爲死亡宣告，必須利害關係人之聲請，此爲慎重起見計，自不庸任所進行，此法律所以明白規定之也。(本法第八條規定參照)

各國關於死亡宣告之時期，至不一致，新民法爲採取德國制者，惟稍有差異，德國法律，法院於失蹤人失蹤滿十年後，因利害關係人之聲請，推定其爲死亡，但有四例外：(A)失蹤人未達廿一歲者，不得宣告死亡。(B)失蹤人已達七十歲者，其時間縮短爲五年。(C)從軍服務，因戰失蹤者，其時間爲三年。(D)航海失蹤者，按其行程之遠近，縮短爲一年至三年以上之制云云。新民法於死亡宣告之效果，與德制相異

者有二：(A)死亡宣告不因成年與否，而有區別，即未成年之失蹤者，其得受死亡之宣告，與成年同。(B)遇特別災難者，不設例示之規定。蓋一因未成年人，亦自有其法律關係，則此種法律關係，亦應使之因死亡宣告而確定。一因特別災難之種類，非法律所可預測，舉例規定，轉有掛漏之譏也。(註)

(註) 參照樓桐蔭新民法總則編釋義第八頁

(3) 死亡宣告之效力

失蹤人受死亡宣告後，推定其為死亡，此其效力也。自來關於死亡宣告之效力，學者主張紛紛，舉其要者有三：(A)最後音訊之日(B)宣告審判確定之日(C)法定時間終結之日。新民法採用第三主義，德國民法亦如之，舊暫行律從同。

新民法所採之主義，以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡，但判決後忽生反證，證明本人尚生存者，法律亦無強制其為死亡之能力，由此歸結，得二定律如后：

(一)原則 以失蹤者一經普通或特別時間終止之日，即為審判官於判決日確定其為死亡日之標準。(新民法第九條)

(二)例外 若有反證時，得依其確實死亡日期，爲其死亡發生效力之日，而不適用原則之規定。(新民法第九條第二項但書)

此外失蹤人如逢二人以上同時遇難時，不能證明其死亡之先後，推定其爲同時死亡，新民法第十一條規定，所以防無益之爭議也。

舊暫行律於死亡宣告章中，有死亡宣告之程序，(第五七條)死亡宣告之撤銷，(第五九條)皆規定於總則編中。吾新民法則無之，蓋死亡宣告之程序，與死亡宣告之撤銷，係規定於民事訴訟律中，自無須繁文列入，新民法編制，可謂確當，茲不具論。

己 人格保護

人格爲具有權利者本身之權利，故人格權之重要，視財產爲尤甚。法律對於財產，如債權物權等，既設有詳細保護之規定，關於人格權自應亦有保護之必要；惟各國規定之者甚少，僅瑞士較有詳密之規定，我新舊民法對人格權之保護，規定於總則編中，殆爲做取瑞士者。茲述其大要如左：

(一) 相對的保護 其情形有二：

A 權利能力及行爲能力不得拋棄（新民法第十六條） 凡人如將權利能力及行爲能力之全部或一部拋棄，其人格必受損缺，故法律特禁止之，以均強弱而杜侵凌之弊，例如人不得鬻其身爲奴隸是。

B 自由不得拋棄（新民法第十七條） 自由爲法治國人民應享之權利，人若拋棄其自由，人格亦必受其損害，是以法律不許拋棄，所以防強凌弱衆暴寡，而收自由之效果。但自由非絕對不可限制，如於不背公共秩序或善良風俗之範圍內，亦自由權之一種，蓋此非特不爲違法，抑亦公平之道也。如除去公路交通之障礙是。（第十六條第二項）

(二) 絕對的保護 其情形亦有二：

A 人格權之保護 人格權爲自然人天賦之權利，不許他人加以侵害，如有違背之者，得請求法院除去其侵害。（新民法第十八條） 其於特定範圍內，得請求損害賠償或慰撫金，蓋爲救濟其損害之虞，而杜未來之禍也。（新民法

第十九條第二項

B 姓名權之保護 姓名權亦爲身分者一種特殊之權利，有對抗侵害之效力，與人格權同爲法律保護之目的；姓名權之特質，在於專用姓名權，不許他人援用者。故如姓名權受侵害時，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償，所以保全其人格也。（新民法第十九條）雖然，社會生齒日繁，姓名權之保護，若無一定之方法，難去其雷同之弊，舊暫行律第五十二條有示『姓名權須依戶籍法登記之，並非登記後，不得與善意第三人對抗。』其立法殊覺週密，惜乎新民法別無規定，抑亦另行訂編於其他法規歟？審判者，其亦接情衡理，善於取捨可矣。

二 法人

甲 通則

(1) 法人之沿革

法人之制度，不始見於近世，徵之羅馬法時代，即已稍具萌芽，然其發達，實在歐

洲中葉以後；蓋當是時工商業勃興，商事公司繼起，公司法規之完備，爲促進法人發達之大原因。洎乎近代，物質文明，社會進步，因國民公共心之發達，與社會經濟之需要，舉凡大規模之產業，以及永久建設之公共事業，非個人所能創設，須藉法人以進行。誠以個人，一方既感自力之不週，他方又覺合作之易成，於是由多數人集合之團體，依其協作之羣力，共謀全體之利益。此晚近各國法律，關於法人之規定，日趨詳密者。故如最古法國民法，僅間接推定法人之存在，與其他各國做效法系而制定法典者，亦已增訂法規，以期適用。至若編纂在後之德日瑞等國民法，皆設專章以規定，吾新舊民法從之，斯亦足見法人發達之大概矣。

(2) 法人之意義

法人非自然人，而爲社會的組織體，法律承認其有權利能力，與行爲能力之主體也。法人與自然人之人格，同爲法律之創設。所異者，一爲天然之存在，一爲社會之需要。故學者又稱法人爲無形人，以其別於自然人也。顧自十九世紀以來，各國學者對於法人之觀念，尙聚訟紛紛，莫衷一是，爰就犖犖大者，略述於後：

(一) 法人擬制說 此說爲德歷史法學家沙費尼(Savigny)所首倡。其意謂祇自
然人始得爲權利主體，非自然人而爲權利主體者，不過法律之擬制而已。非
有實際之存在也。試觀沙氏之言曰：『法人爲人工單純擬制之主體，……即
僅因法律上之目的，而承認其爲人格者。』蓋已肯定承認法人不過形式上
之存在也。其說亦嘗風靡一時，在德有帕殊塔(Puchta)等祖述之，在奧有英
格(Unger)等採用之，然至近世已受多數學者痛斥之。

按此說之謊謬，在立法上之根據，誤將自然人與權利主體之觀念，混爲一談，
以爲僅自然人得爲權利之主體，他皆無有之者。然從法律之目的言，凡能應
社會之需求者，皆得認爲權利之主體，由此而言，權利主體之觀念，固不限於
自然人，其備有法律所認定之要件，且有一定之組織，概得稱爲權利之主體，
非僅自然人已也。

(二) 法人否認說 此說亦不承認法人有實體之存在，即否認其人格爲法律所
創設也。細別之可分左列三派：

A 無主財產說 此說爲布林斯 (Pring) 及柏克 (Becker) 二氏所倡，謂法人之財產，本爲無主，其爲特定自然人存在者，曰屬人財產，爲特定目的存在者，曰目的財產。初固無所固定也。此說之誤點，亦在誤認權利之主體，僅自然人所獨占，與前述同出一轍。

B 享益者主體說 此說爲耶林 (Jhering) 所倡，謂法人之財產，僅因實際享受利益之個人，爲權利之主體，蓋基於『權利爲法律所保障之利益』的主張者。依此學說，不但與實際不合，且與各國現行法規相反。誠如所云，權利爲享受利益之個人所享有，則其範圍，恆有變動，與法律認定權利屬於法人之自身，其道大相悖馳，是亦此說之疵點也。故不足取。

C 管理者財產說 此說爲赫爾德 (Holder) 及賓德 (Binder) 等所倡。彼輩以權利意思說爲基礎，以管理財產之人，爲權利之主體，此說之不足取，與前同。

(三) 法人實在說 實在說謂法人非法律之擬制，而爲實體存在者也。又可分爲

二派：

A 有機體說 此說或稱爲團體說，爲基爾克 (Cierke) 所倡，基氏謂法人係一團體人，與自然人同爲實在的人格，其所異者，惟在構成人格一點，自然人之所以爲人格者，在於自然的有機體，法人則爲社會的有機體，至於此構成有機體之自然人，並非獨立之人格，不過爲其構成之分子而已。然法人與自然人，同具有意思，如社團法人則有『社員之總合意思』，財團法人則有『捐助行爲意思』，故法人與自然人，人格雖殊，而意思則一也。此說於摘斥擬制說外，復唱道法人之社會作用，厥功甚偉，然以有機體爲權利之主體，其理由亦不甚充足。

B 有組織體說 此說爲法學者密秀 (Mechod) 薩萊伊 (Saleille) 及意學者斐納 (Ferare) 等所倡，德國學者亦有附和之者。彼輩謂法人之實在，非有機體，而爲組織體。換言之，乃於法律上有獨立意思之組織體，不過此種意思，非如自然人中之自由意思，乃法律所認定之意思，蓋本於法律規定而存在也。

此說雖與前說同認法人爲實體之存在。然一則謂爲自然上之存在，一則謂爲法律上之存在，一則謂其意思爲自然意思，一則謂其意思爲法律意思，二者迥然有別，晚近學者，多贊同此說者。余亦認其大體爲確當也。

組織說之所以爲近代所推崇者，以權利乃特定人格，關於特定行爲所有之法律狀態也。故權利主體，必屬統一體，自然人乃自然的統一體，無須考究之必要。法人非自然的統一體，乃法律認定之統一體。有此統一體，而具有一定之要素者，自得爲權利主體之資格。依新舊民法而論，無論社團財團，皆就一定之目的，備一定之財產，而規定其能實行其目的之意思，以組織者也。故認法人爲權利主體，自與理論相吻合，誠以法人非目的財產，雜然之集合，乃有規條或捐助行爲所表現之目的及意思組織而成之統一體，法律對此統一體，而付以人格，亦屬當然之事，毋庸加以否認也。

(3) 法人之種類

法人可依種種之標準，而分成下列各類：

第一 公法人與私法人

以行使或分担國家統治權之作用爲目的者爲公法人。以經營私事業爲目的者爲私法人。公法人依公法規定之法律事實而生，例如國家及國家以外之地方團體（如省縣城鎮鄉等）與公共團體（如水利組合畜牧組合森林組合等）是。私法人依私法規定之法律事實而生，如公司及產業組合同業組合工會商會農會等是。

公法人與私法人之區別，不在於其所得享之權利義務爲公私而區分，乃在於遂行其目的事業有無特別強行的方法；換言之，卽有無統治權的發動而存在爲標準。具有統治權之發動而存在者，稱爲公法人，無統治權之發動而存在者，稱爲私法人。

法人雖有公私之別，均能爲私法上權利之主體。但公法人在私法上爲權利主體時，除有特別規定外，仍應適用私法規定。

第二 社團法人與財團法人

社團法人與財團法人，同屬於私法人之範圍，而非公法人之範圍。社團法人以

二人以上之社團員爲其構成分子之法人，財團法人以提供一定之財產爲特定之目的之法人。前者以社團員爲基礎，後者則否，而以財產爲其中心，故社團法人必有社員總會，財團法人無社員總會，而有依規條及捐助行爲，而執行事業之董事會。

社團法人與財團法人，不僅其成立之要件不同，且目的亦異，社團法人雖有爲公益而設，但大數爲營利而生，如民事公司商事公司屬之。財團法人則專爲公益而設，雖以一定之財產，供一定之目的，然此乃其構成之基礎，非其設立之目的，如學校醫院屬之。不特此也，社團法人與財團法人之組織，亦不同其性質。社團法人爲社員之構成體，其社員總會爲全體總意思機關，總會對於已定之規條，如認爲不適情勢時，得依多數意思變更或修改之。財團法人則不然，依其當時設立之意思，規定規條及組織，爲永遠共守之規範，執行法人事業之董事機關，不能任意變更其組織，亦無變更其捐助行爲之職限。故前者爲有彈力性，得以自由活動，後者爲固有性，不可以自由變更。此其組織不同，亦社團法人與財團法人區別之特點也。

依新民法規定，以社員爲構成之集合體之法人，（社團法人）與以財產爲構

成集合體之法人（財團法人）不稱之爲社團法人，與財團法人，而簡稱之爲社團或財團。基其立法之理由，以爲社團財團，於未登記或許可前，在法律上尙未取得人格，不能稱爲法人，其必至已經登記或許可者，始得爲法人，故依斯處所云社團法人與財團法人，當就法律所認可或登記而取得人格者，方爲確當。本章所以仍用舊名者，良爲敘述便利計，姑且從權，而於此附加聲明，以免於法理上有所牴觸耳。

第三 有經濟目的之法人與無經濟目的之法人

社團法人中，可別爲有經濟目的之法人，與無經濟目的之法人二者。關於此二者之區別，學說有二：（A）宜視其所經營之事業，性質上是否爲經濟行爲之意思。（B）宜視其最終目的，是否在圖社員利益。前者屬客觀主義，後者屬主觀主義，多數學者採取後說，余亦贊同。

由上而言，無經濟目的之法人，乃有經濟目的之法人之反比例，質言之，卽不以利益分配於社員爲目的者也。故如宗教政治學術技藝祭祀社交，及其他以社會公益爲目的者屬之。日本民法將無經濟目的之法人，稱爲公益法人，有經濟目的之法

人稱爲營業法人，其義皆未爲概括，蓋如社交俱樂部運動俱樂部，純係以社員之歡娛爲目的，既無營利之性質存乎其間，亦無公益目的爲其鵠矢，信如是言，將無所屬矣。故採用上仍以有無經濟目的之法人爲正當。

新民法關於有經濟目的之社團，讓於特別法中規定。民法中所編訂者，爲非經濟目的之社團，是宜併行注意。

(4) 法人之能力

法人在法律上既與自然人同爲實在之人格，自不論其法人之屬於財團社團，皆從法令規定，得享有權利能力，行爲能力，責任能力，茲分次說明於下：

(一) 法人之權利能力

法人之權利能力，因各種分類之不同，非如自然人之劃一，其得爲權利能力，與自然人微有差異，試就法人權利能力之範圍，及法人權利能力之始期述之：

A 法人權利能力之範圍 依新民法規定，法人之權利能力，須受限制大致有二：

1. 從法律上所生之限制 權利能力，乃由法律所賦與，故亦由法律加以限制。

新民法第二十二條：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。」所云限制，即為受法律之拘束，故法人之權利能力，較自然人為尤狹，外國立法例，有限制法人之權利能力，不許有領有土地及某定額以上之財產者。（德民法施行法第八六條普魯士施行法第六條）我新舊民法無如此之規定。要之，法人在法律上，須受限制，徵之歷史，無諱言也。

2. 從性質上所生之限制 法人雖於法令限制內，得享受或担负義務之能力，但專屬於自然人之權利義務，不在此限。（新民法第廿六條第二項但書）蓋法人與自然人，其人格之基礎，不在身體，故以身體為前提之權利，法人不得享有，如親屬權生命權身體權，皆與法人無與焉。反之，不以身體之存在為前提之人格權，如自由權名譽權及名稱權，法人概得享有之。他如繼承權，法人亦得主張之。

B 法人權利能力之始期 原則上以法人之成立，為享受權利能力之始期，然法人之成立，以何程度為標準？依新民法規定，無論以公益為目的之社團或財團，

於登記前以得主管官署之許可時，爲權利能力之始期，非以公益爲目的之社團或財團，於訂立章程或表示團體意思時，爲權利能力之始期，以營利爲目的之社團，其權利能力之始期，則依特別法規規定焉。（新民法第四十五條）

（二）法人之行爲能力

法人有無行爲能力之問題，與自然人有無行爲能力之問題，其義不同，決定法律行爲，是否能發生效力，爲自然人之有行爲能力之問題。決定法律行爲，能否撤消，爲自然人之無行爲能力之問題。反之，法人之有無行爲能力問題，乃決定法人究竟有行爲其目的與否之問題，非法人之行爲能力能否撤消之問題也。

論法人有行爲能力與否之問題，須以法人有無意思能力爲前提，依主張擬制說者，謂法人無意思，乃法律之擬制而存在，董事非法人單純之機關，董事與法人，爲兩個相異之人格，董事行爲，卽法人之代理人，故法人無行爲能力。依主張實在說者，謂法人爲實在的，與自然人同有意思。董事不過單純爲法人之機關，自然人之意思，由生理之作用而發生，法人之意思，由一定之形式而成立，基於此意思，由法人機關

發動之，與自然人相同，故法人應有行爲能力，多數學者，採實在說。要之，論法人之意思時，不可謬執爲生物學的或心理學的之義，須由法律學的或社會學的見地以評判，本於抽象之觀念，而推定其有思维能力也。意思行爲既確定，則法人之有行爲能力，從而可知矣。

(二) 法人之責任能力

在絕對不承認法人有思维能力之學者，對於由意思活動之行爲能力，且否認之，故因故意或過失之不法行爲，而生之責任能力，自在否認之列，然法人之無行爲能力，吾輩既批難於前，則其由不法行爲所生之結果，自應使其負擔賠償，此屬當然之事。董事者，法人之機關也。董事既爲法人之機關，則董事之行爲，卽法人之行爲，董事行爲之不法，卽法人自身之侵權，因其侵權而使其負責，蓋至當也。新民法第二十八條：『法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人負擔賠償之責任。』與舊暫行律第六十三條規定：『法人於其機關行職務之際，所加於他人之損害任賠償之責』從同。所異者，舊暫行律所云侵害，僅負賠償之責，新民法則

明定與該行爲人，負連帶之責，蓋一以明法人之責任，一以使執行職務者，格外慎重，非偶然也。

(5) 法人之設立

法人之設立云者，法人之取得權利能力之謂也。法人與自然人，雖同受法律賦與以人格，然自然人既係自然之主體，其人格與生俱來，故在法律，自無何等限制。惟法人之創設，縱其活動含有社會經濟價值，苟非具備一定設立之要件，一切應爲之手續，則不能取得法人之人格耳。新民法第二十五條：『法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。』基此立法之根據，則法人與自然人之人格，當不可混爲一談也明矣。從來各國對於法人設立之主義有四，試臚列說明如后：

(一) 自由設立主義 謂法人本體之存在，由設立法人者之自由意思，不受何種限制或干涉，法律當然賦與人格者也。依此主義，則法人之設立，必致濫設，其流弊不堪以道里計，故今多數不採用之。

(二) 立法特許主義 卽先以法律制定特許條件，法人成立時，必先合此條件，且

須經國家元首之特許，而後始取得法人之人格，依此主義，法人之設立，必一經立法機關之特許，其結果尤失之太嚴。

(三) 行政許可主義 乃謂本於現存之法規，由行政處分（如登記）與以許可之主義也。此主義以法人之成立，先基於法律之規定，及成立之後，再經國家之許可，即為法人人格之取得，非如前述特許主義為一種立法手續，兼受元首之特許為必要，此其不同之點也。

(四) 國家準則主義 以法律規定其成立之要件，依此要件而設立者，即當然成立法人，毋庸經國家之特許，或行政之許可也。

右述四種主義，前二者既有過寬或太嚴之弊。而後二者，則有各長之處，故新民法兼採第三第四兩主義。以法人之設立，須先照民法或其他法律規定，并須得主管官署之許可，而後法人始取得權利能力之資格焉。

(6) 法人之制裁

法人之設立，既以採取干涉主義為原則，故法律設有種種必要之限制。新民法

規定有如左列：

(一)登記 法人須向主管官署登記，方得成立，此新民法第三十條所明定也。誠以法人一經設立，其行爲在法律上有莫大之影響，爲保護利害關係人之損益，及圖交易之安全，而有登記制度之必要，故如法人登記後，有應登記之事項，而不登記，或已登記之事項有變更，而不爲變更之登記者，不得以其事項，對抗第三人。(第三十一條) 蓋所以杜防欺詐，而保第三者之利益，非僅形式之作用已也。

(二)監督 法人設立後，其權限應受國家之監督，方爲適宜，新民法規定受設立許可之法人，其業務屬於主管官署之監督，主管官署得檢查其財產狀況，及其有無違反許可條件，與其他法律之規定。(第三十二條) 苟有發見違反設立許可之條件者，主管官署可以撤消其許可。(第三十四條) 蓋此爲干涉設立之結果，使其喪失權利能力，爲其應使之權限也。故如受設立許可法人之董事，不遵主管官署之命令，或妨礙其檢查者，主管官署得處以五百元

以下罰鍰。(第三十三條)所以儆效尤耳。然此爲一般法人之通例，此外尙有關於財團及社團的監督，我民法設有各別規定，俟於述社團財團中說明之。

(7) 法人之住址

法人與自然人，同有其人格，則亦應有住址之規定，是爲當然之理。惟法人之住址，與自然人不同，自然人的住址，總有居留的事實，而法人究屬無形，自無居留事實之可言。故法律規定以法人之事務所，視爲住址，然法人之事務所，並不限於一處，我國立法對於住址，不許同時有二個以上之複數，於此情形，將何辦理，依新民法規定，以其主事務所之所在地爲其住所，與立法之精神，固大脗合也。

(8) 法人之解散

法人之解散，亦猶自然人之死亡，有消滅人格的效力，解散之原因不一，依新民法規定說明於下：

(一) 破產 法人之財產，不能清償債務時，董事應向法院聲請破產，此爲法人解

散之大原因。蓋法人既無資力，若任其存在，實有害於公益，故使法人機關之董事，負聲請破產之義務。苟董事不為破產之聲請，致法人之債權人受損害時，其有過失之董事，應負賠償之責任。此新民法第三十五條所明示者也。

(二)許可之撤銷 法人因違反許可條件，主管官署得撤銷其許可。(第三十九條) 既經受許可之撤銷，則法人當然歸於消滅，是亦解散之一原因。

(三)法人之目的或行為違法時 法人之目的或行為，苟有違反法律與夫公共秩序或善良風俗時，若果任其存在，非特無益，而且有害，故法律許法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。(第三十六條)

法人之解散，雖為使法人喪失其權利能力之確定狀態，然關其財產之必要處分，關係綦重，未可遽爾視為淨盡，是亦猶自然人之受傷致命者然。自然人之受致命傷，雖明知終歸一死，然於受傷之餘，未必臆斷為遽於死亡，法人之解散，與此正相類似焉。然則法人解散後，其手續為何如乎？曰有清算在。清算者，為了結法人之債務，將其財產平均分配於各債權人也。清算之目的，在於使債權人之得受平允清償，清算

之範圍，在法人破產之程度內舉行，故於解散後尙存續之法人，必經清算人之清算也。

關於法人之清算，有應注意者，即法人在解散後，於清算期間內，其法律上之地位爲何若是也。對於此點，各國立法例，頗不一致，有主張法人人格完全消滅說者。

（其財產爲社員所公有）有主張清算法人說者。（在清算期內有獨立的清算法人人格）有主張同一物說者。（以法人自解散至清算終結止仍舊繼續存在）有主張假存續說者。（以法人在清算的目的範圍內視爲繼續存在）吾新民法從德日民法先例，取假存續說，定爲法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視爲存續也。

法人於解散後，既爲人格存續時間，則其財產應有負責爲清算之人，依新民法規定，由董事充任，是其原則。（第三十七條）但有例外，如其章程有特別規定，或總會另有決議者，不在此限，其不能遵照前條規定，決定清算人時，法院得因利害關係人之聲請，選任清算人。（第三十八條）清算人如不能勝任不忠實等，法院認爲必要時，得解除其任務。（第三十九條）清算人之職務，在於（A）了結現務（B）收取

債權清償債務（C）移交賸餘財產於應得者。此法律所明定也。（第四十條）

清算之程序，除新民法有規定外，準用股份有限公司清算之規定。（第四十一條）清算期內，法院有監督之權，得隨時爲監督上必要之檢查，所以防不法之舉動也。（第四十二條）如有不遵法院監督命令或妨礙檢舉者，得處以五百元以下之罰鍰。（第四十三條）

清算了結後，除清償債務外，其賸餘財產，歸於何屬？各國立法例不一，有歸屬設立人或其繼承人者。有歸屬國庫或地方團體者。亦有以照章程所定或總會之決議以處理之爲原則，如章程未經規定，或總會並無決議時，則定爲應屬國庫者。惟歸屬國庫，雖爲補助公益，然與社員設立法人之初意，相去太遠，故新民法兼顧個人之意旨，及社會公益，定爲若無章程規定或總會無決議時，其賸餘財產，屬於法人住所所在地之地方自治團體。（新民法第四十四條參照）

乙 社團

(1) 社團設立之要件

社團爲人集合之團體，其目的有二：一爲有經濟目的之社團，一爲無經濟目的之社團。前者其取得法人之資格，依照特別法中規定，已於前述之矣。新民法所規定者，爲屬於後者之一種。以下專就無經濟目的之社團言之：

社團之設立其要件有三：

(一) 章程之訂立 章程者，爲社團組織及活動之基礎也。設立社團，須先由設立者訂定章程，以爲社員共守之法則，此各國立法例，無殊異者。章程之內容，可分二種：(A) 任意記載事項。其記載與否，可由設立者自由決定，如總會之開會時期，總會之決議方法等是也。(B) 必要記載事項。爲法律所強制必要的記載，若缺其一，視爲無效，依新民法規定，有左列各種：

A 目的 B 名稱 C 董事之任免 D 總會召集之條件程序及其決議證明方法 E 社員之出資 F 社員資格之取得與喪失

(二) 主管官署之許可 主管官署之許可，爲一種行政處分，所以杜法人濫設之弊，故法人雖訂立章程後，於登記前，未得主管官署之許可者，不得視爲法人。

(新民法第四十六條規定)

(三)主管官署之登記 登記爲法人不可缺之手續，故社團設立，必由社團的董事，向其事務所及分事務所所在地之官署，請求登記，並應附具章程備案，新民法關於社團應登記之事項凡九：

A 目的 B 名稱 C 主事務所及分事務所 D 董事之姓名及住所 E
財產之總額 F 應受設立許可者其許可之年月日 G 定有出資方法者
其方法 H 限制董事代表權者其限制 I 定有存立時期者其時期

(2) 社團之組織

社團法人以社員爲基礎，以總會及董事爲活動機關，故社團之組織，不外乎社員、董事及總會三種，分述如左：

(一) 社員 社員爲社團構成份子，而對於法人有取得權利或負擔義務之專屬資格者也。所云專屬，即不得讓與或繼承，此蓋以無經濟目的之法人，其社員資格，具有公益性質，與有經濟目的之法人之股東不同故也。社員之取得專

屬資格，以入社時爲始，入社之方法，可分二種：其一爲設立社團之設立人，爲當然取得資格。其二爲社團設立後，本章程之規定，而取得社員資格。兩者之取得方法雖殊，而其權利義務則一。由權利方面言：社員取得資格後，有下列各種權利。(A)表決權。總會之決議，除法律有特別規定外，概須經社員表決，且不論其身分之如何，出資之多寡，胥一律平等享有。(新民法第五十二條)(B)請求召集會議權。如有全體社員十分之一以上之請求，表明會議目的及召集理由，得請求董事召集之。(新民法第五十一條)(C)得變更章程之決議權。章程爲社團重要事件，須慎重將事，然章程非絕對無疵，如果覺有不妥時，得經全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或全體社員三分之二以上之書面同意，爲社團變更章程之決議。(新民法第五十三條)惟須得主管官署之許可，始生效力，蓋爲綦嚴故也。(新民法第五十三條第二項)(D)請求宣告總會決議無效權。總會之決議，如有違反法令或章程者，對該決議原不同意之社員，得請求法院宣告其決議爲無效，就其義

務方面言：社員之義務，最重要者，爲出資義務，悉照民法所規定，其或在退社或開除以前，應分担之出資，仍負清償之義務，（第五十九條第二項）此其大較也。

社員之權利義務，既以取得資格爲要件，則社員之權利義務，自因其資格之喪失而消滅；喪失的原因，除法人消滅，或本人死亡，爲當然的喪失原因外，依新民法規定，尙有二種：（A）退社。（B）開除。退社可隨社員任意自由，但章程規定於事務年度終，或經過預告期間後，始准退社者，不在此限，惟預告時間，不得超過六個月。（第五十四條第一第二兩項）開除，須經總會決議，並須有正當理由，始得爲之。否則不可遽行也。要之，已退社或開除之社員，對於社團之財產，無請求權，但非公益法人，其章程另有規定者，則屬例外。（第五十五條第五項）

（二）董事 董事爲法人執行的機關，關於法人一切事務，對外均由董事爲之代表，且其代表權所及之範圍，爲無可限制，如對於董事代表權所加之限制，不

得爲對抗善意第三人，此董事之職務也。除此之外，董事有召集總會之權。（第五十一條）其因社員請求召集會議時，亦應接受其請求，至於董事之任，免須由總會決議定之。

（三）總會 總會爲社員最高機關，非僅多數社員之集合，乃係一種組織體。因其決議爲社員之意思，故亦稱爲意思機關。總會之權限，爲決議事項，凡左列情形，胥受總會之決議。如（A）變更章程（B）任免董事（C）監督董事職務之執行（D）開除社員（以正當理由爲限）等屬之。總會之召集，由董事舉行，總會之決議，由社員過半數決定之。所云決議，即達於一定之同意。詳言之，即各社員，關於現爲問題之事項，依其表決權，各表示其意見，同一內容之意見，達於一定數也。

（3）社團之解散

解散者，因有解散事由發生，法人已確定將喪失其權利能力之狀態也。社團之解散，依照通則辦理外，尙有下列二種，如左述：

(一)自動的解散 自動解散，爲社員自願意思之行動，凡有全體社員三分之二以上之可決時，得隨時解散社團。(第五十七條)

(二)被動的解散 被動解散，非本於社員多數之同意，乃因社團之事務，無從照章程所定進行時，法院因利害關係人之聲請，而解散之。(第五十八條)

丙 財團

(1)財團設立之要件

財團者，因特定與繼續之目的，所使用財產之集合，而成之法人也。其目的有公益與私益二種；公益之目的，如學校醫院是。私益之目的，如親屬救助是。財團無論公益與私益，均應具備後列諸要件：

(一)應訂立捐助章程 設立財團，須有捐助行爲。捐助行爲者，由一方之法律行爲，蓋爲特定與繼續之目的，不求報償，而處置其財產，因之設立財團者也。財團不因捐助行爲，不得成立，故應使其負訂立章程之責。(第六十條)但以遺囑捐助者，則依遺囑規定，不必強其應爲之方式。(第六十條但書)抑財

團之性質，須有一定目的，及所使用之財產，均應於捐助章程中訂明之。（第六十條第二項）

（二）應得主管官署之許可 財團法人於登記前，應得主管官署之許可，此為原則，與設立社團同。

（三）應向所在地之主管官署登記 財團為法人財的集合，關係頗重，故其內容如何，亦應詳細規定。登記為行政處分之一種，社團然，財團亦然。財團設立時，應登記之事項如下：

（A）目的 （B）名稱 （C）主事務所及分事務所 （D）財產之總額
（E）受許可之年月日 （F）董事之姓名及住所 （G）限制董事代表權者其限制 （H）定有存立時期者其時期

右列財產之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之，並應附具捐助章程備案。（第六十一條第二項）

（2）財團之組織及變更

財團之組織，與社團不同，因其爲捐助行爲，故其組織及管理法，由捐助人以捐助章程定之。（第六十二條）惟章程中所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備者，法院得因利害關係人之聲請，爲必要之處分。（第六十二條第二項）

財團之組織，能否變更，此爲一重要問題。按財團與社團，性質有殊。社團設立之設立人，卽爲其社員，故於其目的或組織，得經法定手續隨時變更，若財團之設立人，既自財團成立後，卽脫離關係，是其目的或組織，當不能與社團視爲一律，然財團之不能變更組織，乃相對的不能，非絕對的不可，蓋實際有認爲必要者，不可不變更其組織，以保全其目的，故財團之變更組織，亦爲事理所應爾也。徵之各國立法例，其立法精神從同。吾新民法第六十三條規定：『爲維持財團之目的，或保全其財產，法院得因捐助入董事或利害關係人之聲請，變更其組織。』又第六十五條『因情事變更致財團之目的，不能達到時，主管官署得斟酌捐助入之意思，變更其目的及必要之組織。』是皆承認財團之組織，得以變更之也。

財團董事，亦爲財團之代表機關，其職限依通則所規定，然董事如有違反捐助

章程之行為時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行為爲無效。（第六十五條）
誠以捐助章程爲設立財團人本意之所在，董事如有違背者，自當使其失效力，以防流弊，蓋至當也。

（3）財團之解散

民法關於財團之解散，以維持其存續目的起見，不輕予以解散爲原則。蓋財團設立，原爲進行公益，使輕予解散，有背於捐助人之意思，殊非獎勵財團之道，然立法本旨，既對於法人之設立，採干涉主義，則其結果，遇必要情勢時，不得不爲解散，故除通常解散法人之程序而解散外，如因情勢變遷，不能達到目的時，得斟酌捐助人之意思，認爲無繼續存在之必要者，得解散之。（第六十五條參照）

第八章 私權之客體

私權之客體，爲對於「主體」而言。即構成權利內容之生活資料也。立於權利活動地位，得享受法律上一定之社會利益者，謂之「主體」。爲享受一定社會利益之內容，而藉成於一定對象者，謂之客體。稱此對象爲生活之資料，故云私權之客體，爲構成權利內容之生活資料也。

學者間有不用客體一語，而易爲標的二字者，謂客體爲僅對主體而言。若以私權之主體，爲自然人及法人時，則與之對待之客體，不可不屬於自然人及法人，蓋因法律關係，惟於人格者間，方見其存在故也。而標的則異是，乃指「得爲權利內容其物」之謂。與本章所欲述之要領，正相符合，非如私權客體之縮小其範圍也云云。余謂此未足盡然，客體二字，非作如是解，乃係指構成權利內容之必要資料，吾輩研究法理，當不能以辭害意，且爲清晰論述計，自應以客體爲宜，故本章不採標的其名，而名之爲私權之客體。意即在斯。

然則私權之客體爲何？此因權利之本質不同，而區別微有差異，就其大較而言，可分爲請求權之客體，與支配權之客體二種。分述如次：

第一 請求權之客體

請求權之客體，在於義務人之行爲，即本於意思動作之狀態也。故行爲須有二要素：(A)須有一定動作。雖有意思而未表現於外者，不得謂之行爲。(B)須本於意思作用。雖有動作，而係出於強制，不得稱爲行爲。

行爲須由義務者之意思動作，始得爲請求權之客體，否則非斯處所云然也。何以言義務人之行爲，爲請求權之客體，如債務關係，即其例證。債權人對於債務人，要求其履行債務，其要求權利行爲，屬於債權人，被要求行爲，屬於債務人，而其行爲之結果，不外爲要求履行義務之實現。他如物權之請求除去妨害權，一方有請求之權利，他方有行爲之義務，前者屬於主體，後者屬於客體，良以後者爲前者之請求對象也。要之義務人之行爲，爲請求權之客體，徵之上述，可以明矣。

行爲又可分爲作爲與不行爲，即積極行爲與消極行爲，如前例要求履行義務，

是積極行爲。請求除去妨害，卽冀其勿再爲妨害之動作，是消極行爲也。

第二 支配權之客體

支配權之客體，例證甚多，舉其要者，約如左述：

(一)物 物爲支配權之客體，於物權中尤爲顯著。蓋吾人對於所有物，得自由處分。換言之，卽其人行使於物上有直接支配之權利，故物得爲私權之客體，於立法中，實占多數。

(二)權利 權利可爲支配權之客體者，如地上權可爲抵押權之客體，債權可爲質權之客體是。

(三)自身 得以自身爲支配權之客體者，如人格權是。蓋如生命名譽自由姓名等私權，皆權利者自身人格之客體也。

(四)他人 凡在權利以外之人，得爲支配權之客體者，如親屬權其客體爲其子，繼承權其客體爲財產，是皆非以本人之行爲爲客體，其必待他人之動作，而後始得支配之也。故云他人亦爲支配權之客體。

(五)精神的創作 此即由人之智能作用而成之無形物，故亦稱爲智能創作，如著作發明等是。蓋此種僅限於本人之行爲，得爲客體，至於他人，不能模倣其動作也。

(六)利益的集合 以利益集合而成爲支配權之客體者，如土地工作物，特定財團，可作總括的抵押權是。又如日本鑛業抵當權，其私權客體，存於鑛業權上。是亦利益之集合，得爲支配權客體之一證也。

綜上而觀，私權之客體，錯雜繁多，然無論請求權之客體，與支配權之客體，關於一物之一點，實有莫切之關係，誠有以申言之。所謂義務人之行爲，就其直接者言，固爲權利行使之目的，而間接無非實現權利內容其物。物權之所有權，直接間接皆指於物，固無論已；若債權直接之目的，雖在他人之特定行爲，然其間接之目的，多在金錢，物也。即非金錢之債權，乃工事之債權人，對於建築人爲契約，建築人負建築之義務，直接之目的，在於建築人之行爲，間接之目的，在於所建築者，亦物也。至若親屬權中之目的，雖爲身分之規定，對物殊少關係，然亦不能謂爲絕無，如行親屬人直接

管理其子之身分，間接即管理其子之財產，財產又關於物矣。他如權利，繼承權，利益的集合，精神的創作，及自身等等，無一能離於物，蓋權利如地上權之爲抵押權，利益的集合，如財團之供担保，繼承權之直接在財產，是皆與物最爲密切。若自身之客體在人格，人格雖爲抽象之作用，然侵害者，得請求損害賠償，或相當卹金，卹金非物而何？精神創作，如著作作品，未得著作權人之承諾，不得複製發行，著作作品又非物爲誰？若此者，私權之客體，多屬於物，故民法總則中特於此詳爲規定焉。夫權利之客體，雖因文明之進步，而有次第增加的傾向，然物尚不失爲其中之重要，且除物以外之諸種客體，應俟於各種權利章中另爲詳述，此總則編所以僅對於物，有特加規定之必要也。茲將物之觀念，及物之種類，分述如后：

一 物之觀念

法律上所謂物，與物理學上所謂物，二者不同其範圍，法律上物之觀念，乃係基於時代之要求，爲供人類生活之需要，以自然的性質爲基礎，因之而構成者也。故法律之所謂物，與物理學上所稱之物，劃然區分。顧法律上之物的觀念，雖不能完全無

視物理上之要件，然亦不能脫離物理要件之拘束，蓋法律所云物之觀念，實由於物理學上的觀念，爲其根據，不過一爲研究物之本身，一爲研究物之關係，二者範圍有差，而其中不無關聯者也。

自來定物之觀念，各國立法例，大有差別，有認物爲包括有體物與無體物二種。但將一切權利，悉劃除無體物範圍內者，如法國法系諸國民法是。有認物僅指有體物者，如德日民法是。有認物在原則上專指有體物，而另設一般條文爲補充者，如暹羅民法是。又有不設物的界限，不過在條文中，例示物的意義者，如瑞士及蘇俄民法是。

按認物僅爲有體物者，與近世社會趨勢，大不相容，夫謂權利中僅有有體物，爲其客體，其結果未免失之太狹，蓋如無記名之債權，準占有，準共有，一般先取特權，權利質，地上權，永佃權之抵當等，將視爲物之例外。對於今日科學時代，電氣無體物發明之迅速，必離去其範圍矣。又如以物爲兼指有體物無體物二者，雖足破除前說之弊竇，然又過其廣泛，因其將權利歸入無體物中，難免使民法上之物權債權，難以清

晰眉目。他如暹羅民法之以物，專指有體物爲原則，而加以補充，亦究難週詳，轉有掛漏之嫌，吾新民法斟酌損害，比較利弊，採取瑞士及蘇俄的立法例，不設抽象的定義，而用例示之方法，規定各種物之意義，是爲最新立法之精神，反觀吾舊暫行律民法，襲德日之後塵，以物爲單指有體物，爲近世多數所批難，處今黨治國家，立法與時代並重，貴能洞悉扼要，新民法於此，誠可駕凌而上者也。

由斯而言，物之觀念，乃人類以外自然界之一部，能給吾人之需要，不必限於有體物，得爲吾人所支配之物體也，試分釋之：

(一)物乃自然界之一部 在昔羅馬時代，以奴隸亦視爲物，然近世之觀念，已不容認。所謂物者，蓋在人類以外爲自然界之一部，如木石鳥獸蟲魚金屬等是也。

(二)物乃供給人類之需要 足爲權利客體，以其能滿足我人生活之需要故也。電學之發明，藝術之發展，皆隨人類之慾望而沿進，反之苟非生活之需要，雖有物理上之存在，然非民法上所謂物。至其能否以金錢估計，則非所問。

(三)物不必限於有體 往者以物之觀念，僅對有體而言，然其弊端，前已述之。故如有價證券，可為留置權之客體。登記為獨立繼續權利存在之標的，皆物也。

(四)物須能受吾人之支配 民法上所稱之物，雖不以占有空間之面積為要件，然為人類所得支配之一點，則屬重要，蓋如日月星辰，不能以吾人之意思支配，非民法所云之物也。

二 物之種類

依新民法分物之種類，僅如左述：

(1) 動產及不動產

動產與不動產之區別，自古已有，但自沿革言，最初僅有動產，得為私人所有，土地乃屬於團體，徵之封建制度，較為顯著，迨後封建制度廢止，土地始許私人占有，動產與不動產，至是遂劃然區別。古時不動產在經濟上之價值，恆較動產為重視，故法律待遇亦隆，降及近世，此種社會價值，雖已崩頽，然尚不失為生活根據之立腳點。要之動產及不動產，性質各殊，於權利得失，至有關係，此立法所以有明示區別之必要。

也。

近世各國，除蘇俄取消私有制度，不設動產與不動產之區別外，餘均無不詳爲規定，不過各國立法例，微有不同，羅馬法以不動產與動產區別之標準，以物之本質決定之，凡能移轉遷徙的物體，謂之動產，否則稱爲不動產。然因各國經濟情形之不同，習俗之差異，採取此主義者，又分二派。一爲列舉主義；將何者爲動產，何者非動產，用列舉方法規定。法國民法採用之。一爲標準主義；即依動產與不動產的自然標準，以區別其爲動產與否，如日本明定土地及附着物爲不動產是也。我國新民法採此主義，於第六十六條規定：『稱不動產者，謂土地及定着物。』又第二項云：『不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分。』是蓋採取日本立法例者。除不動產以外之物，則屬動產。（第六十七條）英國不設動產與不動產之區別，而稱爲實產與人產，此區別爲根據於訴訟法，蓋古時英國以訴訟分爲實體訴訟及對人訴訟二種。前者多適用於土地權利的爭執，敗訴者應將原物交付，稱此物爲實產。後者敗訴人可無須交付原物，僅負賠償損失，而適用此訴訟之物，稱之爲人產。總之此種區別，乃

形式上之不同，而實際上與動產不動產之差別，大致相似，初無悖於原來本旨耳。

(2) 主物與從物

主物與從物，乃二者相互間一定之關係也。此區別羅馬法即已見之。近世各國，概多以明文規定。惟所取之主義，不盡一致。如羅馬法及日本民法，不必限於動產，即不動產亦有此區別。德瑞民法，則以從物，僅限於動產，又日本民法及我新舊民法，主從二物，須爲一人所有，他國民法，則無此條件。總之主從物體，既於學說異其見解，自應以明文規定爲宜。

何謂主物？即無他物之關係，而成獨立存在之物體也。何謂從物？乃附屬他物，而立於隨從地位之物體也。二者之性質各殊，而其成爲單一之物體則一也。依新民法規定，從物須具備四種要件：(A) 須主從二物各爲獨立物。如船上之櫓，鎖上之匙。(B) 須非主物的成分。如電扇火爐，非房屋之成分。輕養二氣，即水之成分。(C) 須常助主物的效用。如房屋之門扇窗鍵，畫圖之顏色墨料，皆爲增加主物效用。(D) 須屬於一人所有。如鎖與匙，雖有主從之關係，然使鎖爲甲有，匙爲乙有，雖具體有主從要

件，亦不能發生主從問題。此四者爲主從物區別之標準。然苟交易上有特別習慣者，縱不欠缺上述四種條件，亦當視爲例外，而從其習慣辦理焉。（新民法第六十八條）

主物從物區別之實益，在其處分之歸屬，如主物之處分，其效力及於從物，故如買賣房屋時，其窗戶門牖等類，雖未明載於契約，當然附隨於主物，移轉其權利於買主，是自然之理也。（新民法第六十八條二項參照）

（3）原物及孳息

孳息者，由原物所生之收益也。原物者，孳息所從出之母也。規定孳息之實益，法國法系，不設於總則中，而規定於物權用益權之一部。德國法系，則將孳息之取得，編訂於總則編，吾新舊民法從之，孳息可分爲下列二種：

（一）天然孳息 從來說明天然孳息，學說不一，我新民法取日本立法例，定爲稱天然孳息者，指果實或動物的產物，及依物之使用所收穫之出產物也。果實如梨樹所產之梨子，柑樹所產之柑子，動產的產物，如牛羊之生殖，鷄鴨之產卵，所謂依物之使用，所收穫之出產物，乃係指適合物之經濟上目的之方法，

依用法而取得產出物之意思。如耕田地而獲五穀，畜牛羊而得乳汁是。然此不必限於自然規律所生之產物，即由人工而依法取得者，尚不失為天然孳息，如鑛山因人工而取得鑛物，山林因人工而取得樹木，是皆出產物之範圍。⁶⁸天然孳息未與原物分離時，屬原物之一部分，未有獨立存在，不能視為取得孳息，必自其分離始。法案雖無明文規定，然此為當然解釋之結果，毋待深論也。

(二)法定孳息 德國認物或權利，基於法律關係所生之收益，相為法定孳息。其範圍頗覺廣泛。日本民法則認法定孳息，僅為物使用之對價，所收取之金錢，或其他之物，我新民法第六十九條下半段規定：所謂法定孳息，指利息租金或其他法律關係所得之收益，其用義與日本同。

因使用金錢而給付之報償，謂之利息。因使用物品而給付之報償，謂之租金。因使用他人之商標而給付之報償，謂之法律關係所得之收益。故法定孳息，必具下列諸要件。(A)須以原物存在為前提，如利息租金其顯例者。(B)

須由原物所使用之代價。故如其物因買賣而得之代價，非茲所謂法定孳息。(C)須爲金錢或其他之物之報償。此如請求權之權利，不能目爲法定孳息。要之法定孳息，乃基於法律之規定而生，與天然孳息，由於自然之產物，顯有不同也。

天然孳息與法定孳息，爲歸於何屬？此爲法律上最重要問題，不可不明白規定者。按各國立法例，規定不同，大別之可分二主義。(A)生產主義。主張對於原物施行生產的方法者，當然取得孳息之權利。質言之，卽於孳息生產中提供資本或勞力之人，爲取得孳息當然之利益也。德國採用之。(B)原物主義。主張孳息屬於享有原物所有權者之權利。羅馬法及德法意瑞日等國民法採用之。吾新民法採多數立法例，從其後者。惟天然孳息之享有權利人，限於其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息。(第七十條)至於法定孳息爲使用權利之報酬，其孳息與原物非爲一體。故應按照權利存續期間內之日數，取得其孳息。(第七十條，第二項)夫然後法律之道，始得平允，立法之

用意，豈偶然哉？

物之種類除上述三種外。學者間尙有分物爲（A）有體物與無體物。（B）替代物與不替代物。（C）融通物與不融通物。（D）可分物與不可分物。（E）單一物集成物及聚合物。（F）特定物與不特定物。（G）消費物與不消費物等等。新民法皆捨棄之。故本章論述，亦付闕如。

第九章 私權之得喪變更

私權之得喪變更云者，即私權之取得喪失及變更是也。可分三項述之：

(一) 私權之取得

私權之取得爲何？乃私權與某特定人格相結合之謂也。（自然人及法人）私權之取得，分爲原始取得與繼承取得二種。不基於他人既存之權利，而獨立取得者，謂之原始取得。反之基於他人既存之權利，而取得者，謂之繼承取得。前者如先占取得時效等是。後者如買賣契約及讓與等是。繼承取得，又可分爲下列各項：

(甲) 創設繼承與移轉繼承 此就其繼承之權利觀察而言：創設繼承，即不消滅前主之權利，僅就其現存之權利中，取得其與此相異之新權利也。如地上權抵押權質權等屬之。蓋此等權利，並非已存在於前主所有權，其所取得者，乃與前主所有權相異之各種新權利也。移轉繼承，即前主之權利，移轉於後主之謂。質言之，因他權利之作用，不變更其內容，以移轉於他人耳。故移轉繼承，

不特不消滅舊權利，且不發生新權利，惟見權利主體之變動而已。如贈與或繼承，因特定之結果，而使某權利脫離於原主，歸屬於後主是。

(乙)特定繼承與包括繼承 此就繼承之原因觀察而言：特定繼承，乃各別之權利，根據各別之原因，而取得繼承之謂。故如斯處所云，苟其繼承之原因，爲各具獨立性質，則其所繼承之權利，可不問其分量，卽令繼承全部，亦得稱爲特定繼承。如以同一之契約爲買賣，包括數個不動產，皆屬特定繼承之例。包括繼承，謂其取得權利，根據單一之原因，作爲一體，而繼承之。如遺產繼承，包括遺囑之取得是。然其取得標的物，乃各別承受，非多數權利義務，合成一團，以被繼承也。

區別原始取得與繼承取得之特質。爲(A)繼承人之權利，不能較前主之權利更爲優良，故附着於前主權利之瑕疵，或限制等，當然移轉於繼承人。(B)繼承人要主張自己所取得之權利，須負舉證其前主權利存在之義務。(C)繼承人亦得取得從權利。(D)繼承人不能取得前主權利以外之權利。此乃繼承性質當然之結果，故

雖在創設繼承其取得之權利，亦必屬於設定權利人而後可。

(二) 私權之喪失

私權之喪失，即權利與其主體脫離之謂。此與私權之取得，適成相反，可分爲(甲)相對的喪失，與(乙)絕對的喪失。述之：

(甲)相對的喪失 此爲原有權利，因他人爲其主體，而處於喪失權利之地位。例如買賣契約之結果，賣主失去其物之所有權，買主從而取得之。但此等行爲，權利人雖喪失其原來權利，然由其權利之本體觀之，乃權利主體之變更，非權利主體之消滅，故曰相對的喪失，亦名之爲主觀的喪失。

(乙)絕對的喪失 此即權利之本身，絕對不存在之謂。換言之，不待他人之取得，而權利客體已歸於完全消滅也。絕對的喪失，有因人之行爲者。有因自然事變者。如債務免除，物權拋棄，屬於前者。因罹於水火災而蕩盡物產，則屬後者。此等權利喪失，自權利者方面觀之，固與前述相對的喪失無異，惟自權利客體方面觀之，則其喪失不僅變更權利本體之狀態，且直因此而消滅，所云絕

對的喪失，即此之故，亦名之爲客觀的喪失。

(三) 私權之變更

所謂私權之變更，即權利不失其存在基礎，惟其內容，與主體發生變更已耳。簡述如次：

(甲)主體之變更 此發生於權利移轉之時，因享受權利之主體變更，而生新舊交代之狀態，與權利之客體，並不影響之也。如繼承開始，前主雖云死亡，而權利客體如故，不過主體變更而已。

(乙)內容之變更 此爲權利實質之變更，可分四種如左：

A 分量之變更 例如債權內容，因一部清償，而減少其負擔之類是。

B 性質之變更 例如附條件之權利，變爲無條件。債務履行，因故意遲延，而生損害賠償之類是。

C 種類之變更 例如金錢債權，或易以股票者是。

D 效力之變更 例如使用貸借，轉爲消費貸借者是。

第十章 法律事實

法律事實者，發生私權上效力之法律現象也。凡權利之得失變更必有一定之事實，以爲之因，始能發生法律關係之內容，稱此事實爲法律現象。惟宇宙間所發生之一切事實，並非均可爲法律關係之內容，而可爲法律發生之內容之事實，又與一般之事實，不同其性質，欲使其事實，足爲發生法律之效力，必具備法律要件。法律要件者，指惹起法律效果之全體而言，有此要件，而構成事實關係，卽法律事實是也。

法律事實之發生，不外基於吾人之意思，與自然界偶然發生之事跡，並非法律所創造，乃法律就此事實，認其一定之效果而已。

法律事實之分類，至爲繁雜，就其要者，可分爲自然之事實，與事實之行爲二種：

(甲) 自然的事實 自然事實，有容態與事件之別。容態又有外部與內部之分，由於人之精神作用的身體動靜，稱爲外部的容態，由於發生法律效果之一定之精神作用，稱爲內部的容態。事件卽不以吾人之精神作用爲要素之事實，

如出生死亡，身體狀況，（心神喪失等）拾得遺失物，發見埋藏物等是。要之無論容態與事件，其結果雖殊，然其既備法律要件，而成爲法律事實，皆生法律上之效力，則無以異也。自然事實中以時之觀念爲居重要，如一定時間，不行使權利，則其權利，因時效而消滅，卽其例證。惟此民法總則編，有設專條之規定，其說明當詳於後。除此之外，關於人之事實，非屬於人之行爲者。如天然孳息，死亡宣告，住址設定，皆有形的自然事實。卽如內部事實，所謂不知善意惡意等等，亦爲自然事實之法律事實也。

（乙）事實之行爲 事實之行爲者，基於人之意思活動作用而生者也。蓋吾人意思，不必因某事項而表現，亦有因不爲某事而發動者。前者稱爲積極行爲，後者稱爲消極行爲。

人之行爲，不因積極與消極，而有差異。皆能生法律之效力，或不生法律之效力。不生法律之效力，與本章無關重要，故無討論之餘地。能生法律之效力，則爲法律事實所欲言者，稱之爲法律行爲。說明之可如左列：

A 法律行爲 卽以私權之得失變更爲目的，使其發生效力之行爲也。其詳細俟於下章述之。

B 侵權行爲 因故意或過失，侵害他人之權利之行爲也。侵權行爲之法律上效力，爲損害賠償之請求。換言之，卽因侵權行爲之結果，行爲者須負損害賠償之責任也。

C 適法行爲 適法行爲，乃適應法律爲法律所容許之行爲也。例如住所之設定，無主物之占有，皆於私法可發生效果之事實耳。

D 違法行爲 乃法律上認爲有妨害社會公共生活之行爲。爲鎮壓此行爲，而賦以一定之法律效果。刑法者，以刑罰爲目的者也。私法者，以填補損害爲目的者。今之所探討者，爲私法上之違法行爲。私法上之違法行爲，可分爲不法行爲，及債務不履行兩種。債務不履行，乃債務人侵害債權之行爲，其性質與不法行爲無異。惟民法對於債務不履行之要件，及其效果，皆有特別規定，而不適用關於侵權行爲之規定焉。

第十一章 法律行爲

甲 通則

一 法律行爲之意義

羅馬法無法律行爲之觀念，其起源在德意志之自然法，至一八零五年，始創於秀俄（Hugo）秀氏於其所著 *Dandecten* 一書，有用 *Actus juridici* 文字，該字在當時，乃爲合法行爲之總稱，係對於不法行爲而言。及沙費尼出（Savigny）附以一定之界說，遂爲學者所遵循。德國普通法，其最先採用者，及其制定民律時，亦沿用此語。日本民法中，所採用此名詞，蓋由德語之 *Rechtsgeschäft* 轉譯而來，卽英語之 *juristic act*（法語之 *Acte juridique*，其義同一。然此亦非其固有之用語，乃係由德法傳至，吾國新舊民法，則沿襲日本之用語焉。

法律行爲之定義若何？日本及我國民法，皆無明白規定。學者間亦各異其見解，茲姑就研究之所得，爲之下一定義曰：法律行爲者，乃法律事實之一種，以意思表示

爲要素，法律根據意思表示，而使其發生私法之效果也。析述如左：

(1) 法律行爲乃法律事實之一種。即法律行爲，爲私權發生變更消滅之原因。凡致私權變動之原因，雖不止法律行爲，但法律行爲，實爲占重要之地位。此近世私法學者，莫不詳爲研究者，謂爲法律事實之一種，誰曰不宜。

(2) 法律行爲係以意思表示爲要素。法律行爲，與意思表示之關係，從來學說不同，約而言之，可分二說。自沙費尼始，以迄德國新民法以前，德國多數學者，直以意思表示，即爲法律行爲。晚近德國多數學者，以意思表示，非法律行爲，不過爲法律行爲之不可缺的要素而已。日本舊學者，殆皆主張前說。但近日學者，則多從後說。余亦以後說爲當。蓋如要物契約，要式行爲等，均不以一個意思表示，爲其成分也。要之法律行爲，必以意思表示爲要素，則毋諱言。蓋法律行爲，乃人之自治行爲，以欲發生一定效果意思，爲其基本意思表示，即效果意思之表示，故法律行爲，決無不含有效果意思之表示，爲其基礎也。關於意思表示本質之說明，俟於另節中詳之。

(3) 法律行爲爲發生私法之效果。所謂私法者，乃別乎公法而言。法律效果有公私之別，民法上之法律行爲，亦僅在使發生私法效果爲限，故如審判及其他官廳之命令處分，屬於主權作用之公法行爲，不得視爲私法上之法律行爲，關於私法效果之法律行爲，其範圍若何？學說有二：(一) 謂法律行爲，以直接發生私權之得失變更爲限，是狹義之主張者。(二) 謂法律行爲，不以直接發生私權之得失變更爲已足，卽間接於私權得失變更有所影響者，亦法律行爲，是廣義之主張者，例如許可同意屬之。多數學者採用後說，余亦贊同。

(4) 法律行爲根據意思表示發生私法效果。此爲法律行爲與其他『法律上之行爲』區別之標準。亦卽此法律行爲之特徵，蓋如一切之法律效果，雖皆爲法律所賦與，然法律之賦與法律效果，有從當事人之所欲，或不顧當事人之意思若何，而悉以法律定之者。法律行爲，則概尊重當事人意思，而賦與私法效果。換言之，法律行爲，係因表意者之意欲，而法律克如其意欲，賦與效果者也。故如因無主物之先占，遺失物之拾得，雖可發生私法上之效果，然此非

基於當事者之意思表示而來，即非法律行爲也。

由法律行爲所生之效果，雖根據行爲者之意思表示，然未必常與行爲者之真意相適合。法律有時除發生當事者所欲之效果外，並賦與當事者所不預期之種種效果。如買賣契約，賣主須負瑕疵擔保之責任，不必根據當事人之意思表示，法律當然認定之。故如此種情形，毋庸與真意完全合致，僅其主要的效果，基於意思表示，斯已足矣。

於茲有須注意者，如因不法行爲所生損害賠償之義務，雖非行爲者之所欲，然法律上必發生損害賠償之效果者，則非法律行爲也。更進一層，即使有時行爲者，欲爲損害賠償，而爲不法行爲，然法律上必發生損害賠償之效果者，並非根據於不法行爲之意思，故雖有欲爲損害賠償之意思，而毀壞他人之器物者，仍爲不法行爲，而非法律行爲。

二 法律行爲之種類

法律行爲之種類，有依（一）以其意思表示之狀態爲標準而分類。（二）根據法

律行爲之效果而分類。(三)根據對於其他法律行爲之關係而分類。普通說明法律行爲，其種類約如下述：

第一 單獨行爲契約合同行爲

單獨行爲者，由一方之意思表示，而成立之法律行爲也。故亦稱爲一方行爲。單獨行爲，可分爲相對人之單獨行爲，與無相對人之單獨行爲。前者如催告撤銷追認解除等是。後者如遺囑債務免除捐助行爲及私生子認知等是。此種行爲之主要，屬於前者。

契約以有相對應的二個以上之意思表示相合致，爲其成立要件之法律行爲也。亦稱雙方行爲，如買賣贈與貸借等屬之。

合同行爲，乃由同一內容同一意義之意思表示之合致，而成立之法律行爲也。亦稱爲協定行爲。自其須二個以上之意思表示相合致之點而言，是與契約同。但其各個意思表示，非有互相對待之內容，乃同一方向同一內容之法律行爲也。故其意思表示之合致，乃屬平行之合致，與成立契約之意思表示，可爲交錯之合致異。此二

者區別之特點也。如社團法人之設立行爲，土地共有人共同設定地役權之行爲是。關於契約之本質，有於另節再行詳述者，卽於總則編設有詳細之規定，如德國民法是。有不置諸總則中，而歸諸債權編說明者，如日本暹羅土耳其瑞士等民法是。按契約之性質，大部分屬於債權編者居多。至如關於身分上之契約，亦應於親屬法中定之。我舊民草從德國例。今國民政府則從最近多數立法之趨勢，不設置於總則編，讓於債權編述之。故本章依其本旨，不另於下節再行說明契約之本質焉。

第二 生前行爲與死後行爲

生前行爲，卽當事人在有生以前，定其發生法律效果之法律行爲也。死後行爲，惟於當事人一方死亡後，可生法律效果之法律行爲也。如買賣賃借生命保險契約，屬前者之例。遺囑遺贈，屬後者之例。蓋一則以生命存在爲前提，一則以生命死亡爲效果，此二者區別之特徵。

生前行爲與死後行爲區別之實益，在於法律上效力發生時期之差異。生前行爲之效果，發生於當事人之生前。死後行爲之效果，發生於當事人之死後。然死後行

爲，爲明確其法律關係之必要，故通例屬於要式行爲。

第三 要式行爲與不要式行爲

其法律行爲之意思表示，必須依法定形式，始成立法律效果者，謂之要式行爲。如遺囑婚姻繼承等是。反之其法律行爲之意思表示，不須依法定形式，而可成立法律效果者，謂之不要式行爲。近世各國立法例，概以不要式爲原則，以要式爲例外，此蓋由於現代經濟發達之趨勢，尊重形式自由之本旨，故凡各種契約，大都不定程式，以照通例爲便也。

要式行爲與不要式行爲區別之實益，可保存關於法律行爲成立之證據，且有區劃法律行爲之協議，與法律行爲成立之利益，非僅予當事者以深思熟慮之機會已也。

第四 有償行爲與無償行爲

二者之區別，在於當事者雙方所爲之給付，是否有發生財產上相對價之關係。其給付有對價者，曰有償行爲。其給付無對價者，曰無償行爲。買賣雇傭，爲有償行爲。

之例。贈與捐助，爲無償行爲之例。

有償行爲與無償行爲區別之實益，在適用法規之差異。前者如買賣須受買賣法規之支配。後者如贈與僅受贈與法規之支配是也。

第五 要因行爲與不要因行爲

二者之區別，在於給付財產之原因，是否得與法律行爲分離而存在。非有給付之原因，不得成立法律效果者，曰要因行爲。通常債權多爲要因行爲，蓋債權若欠缺原因，則其行爲不得成立，如無給付代金之約，不能成立買賣。無施恩惠之約，不能成立贈與是也。不須給付之原因，而能成立法律效果者，曰不要因行爲。如票據上之義務是也。

要因行爲與不要因行爲區別之實益，在使其受益行爲發生效力。即要因行爲，其原因不被實現時，其法律行爲，當然無效。不要因行爲原因，在法律行爲以外，故其實現與否，其法律行爲不受影響，僅發生不當利得，請求權是已。

第六 主行爲與從行爲

主行爲者，其法律行爲，無須他種法律關係之存在，而可發生效果者。買賣贈與，皆主行爲也。反之其法律行爲，須以其他法律關係存在爲前提，而始發生效果者，卽從行爲也。如夫妻財產契約，爲婚姻之從契約。保證契約，爲債權之從契約是。

二者區別之實益，在定其從屬之關係。換言之，卽從行爲之法律運命，須受主行爲或主法律關係之支配，此與主物從物區別之實益略同。

第七 現實行爲與非現實行爲

凡於意思表示而外，尙須以其他之行爲，爲必要之法律行爲者，曰現實行爲。如消費貸借契約，設立質權契約，須以交付標的物之現實行爲爲必要者屬之。反是則爲非現實行爲，如買賣讓與，於締結契約時，僅因當事人之意思表示合致，卽可成立，不以現實行爲，爲必要者是也。

二者區別之實益，在決定其法律行爲，是否有獨立性。現實行爲須以他行爲爲必要要件，故其行爲失去獨立之重心。非現實行爲，則不以其他行爲之作用爲前提，僅其意思表示爲已足，故其行爲有獨立性。

第八 財產上之行爲與身分上之行爲

財產上之行爲，以欲發生財產上之效果之意思表示爲要素之法律行爲也。如物權債權等行爲，皆屬於此。身分上之行爲，以欲發生身分上之效果之意思表示爲要素之法律行爲也。如婚姻親屬繼承及私生子認知，皆屬於此。

第九 債權行爲物權行爲及準物權行爲

債權行爲者，欲發生債權關係之意思表示的法律行爲也。學說上稱爲債權契約，如買賣贈與等是。物權行爲者，欲直接發生物權上之變動之意思表示的法律行爲也。學說上稱爲物權契約，如所有權之讓與是。準物權行爲者，欲發生物權上變動以外之意思表示之法律行爲也。此與物權行爲，不容相混，如債務之免除著作權之讓與是。

第十 設權行爲變權行爲廢權行爲保權行爲

設權行爲者，以發生私權爲標的之法律行爲也。如物權之設定是。變權行爲者，以變更私權爲標的之法律行爲也。如權利之讓與是。廢權行爲者，以消滅私權爲標

的之法律行爲也。如債務之免除是。保權行爲者，以保全或確定已存之權利爲標的之法律行爲也。如得撤銷行爲之追認是。

三 法律行爲之要件

法律行爲之要件，可依左列而分類：

第一 成立要件

成立要件，爲法律行爲所不可缺之要件。換言之，卽法律行爲，若不具備此要件，則其行爲，不能生私法上之效果，然則法律行爲之成立要件爲何？此因各種行爲而有差異。如債權行爲，須有債務之存在爲要件，遺囑行爲，須以一定方式爲要件，均宜分別而論。但自一般言之，則意思表示，實爲法律行爲不可或缺之要件，故言法律行爲，當以意思表示爲成立要件焉。

第二 有效要件

有效要件云者，以已成立之法律行爲，使發生法律效果時，所不可缺之要件也。法律行爲，未備此要件，雖已成立，然不能惹起法律之效果。此種要件，又可分爲形式

要件，與實質要件二種。試分釋之：

(甲)形式要件 此即法律行為，應須一定之程式者，方為有效。原夫私權之變動，為尊重個人之意思，欲使法律關係之發生變更消滅，得以自由，交易敏捷，自以不要式為原則。然因社會經濟變化之結果，有不得不以法定方式，使其成立確實者，此形式要件所必要也。例如支票，須經本人親自簽名或蓋章，或經二人簽名證明以指印或十字或其他簽號代替簽名是耳。新民法第七十三條規定：『法律行為不依法定方式者無效……』即此之意。惟法律另有規定者，則屬例外。(第七十二條但書)

(乙)實質要件 實質要件，亦本於法律所規定，故如有違反其要件者，其法律行為歸於無效，或得撤銷之。實質要件，可別為下述各端：

A 須其內容不違反強制或禁止之規定 此為貫徹法規之用意，蓋強制或禁止之法規，必其行為，良堪注意者，苟有違反而不遵循，自應使其行為，受法律之限制。新民法規定，如有違反此項行為，其法律行為為無效，但其規定，並不

以之爲無效者，又不在此限。（新民法第七十一條參照）

B 須其內容不違反公共秩序及善良風俗 此爲維持高尚之道德，蓋法律行爲，若違反公共秩序及善良風俗，雖於國家不以爲罪，然使國民道德日趨卑下，殊有悖於立法之本旨。故新民法第七十二條特設明白的規定，使其行爲無效，蓋至當也。至其公序良俗之標準，依當時當地之情形決定之。此已於述法例中詳之，茲不贅。

C 須其情形無失公平之弊 此爲基於公平之原則，故如法律行爲，係乘他人之急迫，輕率，或無經驗，使其爲財產之給付，或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲，或減輕其給付。（新民法第七十四條規定）例如甲因失足溺水，向乙求救，在乙僅一舉手之勞，而乃向甲索重金，可謂乘人之急迫。又如甲因事匆匆外出，遺失金錶一隻，爲乙拾得，後經察覺，向乙取回，詎乙竟謂非以百元報償不可，可謂乘人之輕率。他如甲初次來申，坐汽車到某目的地，照普通車價以三元爲足，而車夫則

強索須三十元，可謂乘人之無經驗。要之此種情形皆失均衡，如有其一行為，即爲不法，其財產之多少，在所勿問，但爲顧全社會之公益，及維持法律之效力，不得逾一年，應爲前項之聲請也。（第七十四條二項）

違反公平之行為，應受法律之限制，各國立法例，頗不一致。德國民法規定無效，蘇俄民法則規定得爲撤銷，最近法意民法更爲精密之規定，新民法爲保護無智識及被壓迫人民計，許得撤銷，而不視爲無效，是蓋採用法意立法例者。

四 法律行爲之能力

法律行爲以意思表示爲成立要件，而意思表示，又藉夫行爲能力以爲判。有行爲能力之人，其智識已告成熟，則其意思表示，自能安全，無須法律加以限制。反之，其無行爲能力，或限制行爲能力者，其智能既不能與有完全行爲能力相等，則其待遇，自不能與有完全行爲能力同一。法律爲保護此種行爲人之利益，並使相對人之安全計，規定其限制如左：

(一) 無行爲能力之意思表示

新民法第七十五條規定：無行爲爲能力人之意思表示無效。蓋爲保護無行爲能力之利益也。所謂無行爲能力，即本法第十三條第一項規定未滿七歲之未成年人，及第十五條規定之禁治產人是。此等無行爲能力人，其智識極形幼稚，若使其意思表示爲有效，而發生法律效果，必致常有損害之虞。矧無行爲能力，既無取得權利，或負擔義務之能力，則其所爲之表示，純係無真意之作用，自應使其不生效力，此自然之理者。

雖然，人類不能脫離社會而生活，更不能免除法律現象而生存，圓臚方趾，權義絕無軒輊，無行爲能力，雖其意思表示無效，然此非絕對的原則。蓋人類雖無行爲能力，但不能不需要行爲能力，以應付一定之事實，法律爲適應此種事實上之要求，更從而規定無行爲能力，由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示，此爲保護無行爲能力之結果，爲當然規定之必要。所謂法定代理人，即行親權人及監護人等是。與此無行爲能力相類似者，爲無意識或精神錯亂之人。蓋此種不健全之人，其

意思表示與無行為能力，有同樣之危害。法律本衡平匡正之本旨，亦視其所爲爲無效，如在睡夢泥醉中之精神病者，其意思表示與無行為能力者無異，故直認爲不發生法律上之效力。

(二) 限制行為能力人之意思表示及其他

限制行為能力，卽本法第十三條第二項所定滿七歲以上之未成年人是也。此人雖其智能程度，較無行為能力者爲尤強，然非臻於完全成熟，苟放任其自由，究屬有損無益。法律爲保護限制行為能力人之結果，設定種種限制，有如左述：

(甲) 意思表示之限制 限制行為能力人之欲爲意思表示，或受意思表示須得法定代理人之允許，始生效力，此新民法第七十七條所明定也。

(乙) 單獨行為之限制 新民法第七十八條規定：『限制行為能力人，未得法定代理人之允許，所爲之單獨行為無效。』蓋此爲負義務之影響，非此無足保全其利益也。

(丙) 訂立契約之限制 訂立契約，亦法律行為之一種。限制行為能力，既無完全

行爲能力，故如欲爲契約之訂立，須得法定代理人之允許，或承認始生效力。（第七十九條）允許謂事先而言。承認指事後而言。例如限制行爲能力人甲，與相對人乙爲婚姻契約，須先得法定代理人丙允許後，始發生法律上之效力。其事前未經代理人之同意，而逕爲契約之作成者，事後必由丙加以承認，方有效果。否則其行爲歸於無效。惟限制行爲能力人，若於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約，其承認與法定代理人之承認，有同一之效力。（第八十一條規定）如前例甲因未成年而受限制行爲能力，故其訂立婚姻契約，須得法定代理人之允許，苟甲達於成年，而變爲有行爲能力，則其自己有自主的能力，既經本人之承認，自與法定代理人之承認，無以異耳。雖然，限制行爲能力之利益，應受法律之保護固矣。然在契約相對人之利益，末由免契約之義務，不免厚彼薄此，殊非公平之道。法律爲保護相對人之利益計，許相對人有承認催告權，得於一月以上之期限，徵詢法定代理人確實答覆是否承認。（第八十條規定）其限制能力於限制原因消滅後，亦準用

之。(第八十一條二項)苟法定代理人或限制能力人,接受催告後,不於法定期間內,爲確實答復者,概視爲拒絕承認。(第八十條第二項及第八十一條第二項參照)又限制行爲能力,所訂之契約,未經承認前,苟不願其契約之成立,相對人得將契約撤回,蓋此際法律關係,尙未完成,爲保護相對人利益之結果而設。然若訂約之初,明知限制行爲能力人未得法定代理人之允許,而猶故意與之訂立契約,不許主張撤回,所以示惡意之制裁也。再限制行爲能力人,有時竟用詐術,使人信其爲有行爲能力人,或已得法定代理人之允許者,則不能同日而語。例如限制行爲能力人,欲使人信其有行爲能力,將戶籍簿之偽造抄本,出示相對人,因與之爲交易,或用偽造法定代理人允許締結契約之書信,使相對人信其已得法定代理人之允許,因與之爲訂定是也。此種情形,毋須予限制行爲能力人以保護,故法律直認其行爲爲無效。要之立法政策,以公平爲原則。權衡利害,無微不至也。

上述爲說明限制行爲能力人,所加之限制,是爲原則。但有時得享受種種行爲

能力去此限制者，則屬例外。依新民法規定，列述於后：

(1) 其意思表示在純獲法律之利益者。蓋此均於限制行爲能力人有益無損，例如受相對人之贈與，或受債權之拋棄，皆爲單獨取得權利行爲，故雖未得法定代理人之允許，亦不妨認爲有效。(第七十七條)

(2) 依其年齡及身分爲日常生活所必需者。此爲當然之理，毋須加以限制，不待贅述。(第七十七條規定)

(3) 關於一定財產之處分。此爲基於法定代理人允許其自由處分後，有完全行爲能力。如法定代理人以特定財產，許限制能力人有處分能力，限制能力人，得就該財產之目的範圍內，自由處分之。

(4) 關於獨立營業之能力。限制行爲能力人之智識，如已發達，足爲營業時，法定代理人，自應許其獨立營業，此時之行爲能力，卽與完全有行爲能力者同視。蓋欲由其營業而生之法律行爲，均得敏捷故也。如允許後有不勝營業之情形時，法定代理人，得將其允許撤銷，或限制之。惟其撤銷或限制，不溯及於

既往，僅對將來而發生效力耳。（第八十五條規定）

五 意思表示

（一）意思表示之意義

意思表示爲法律行爲之要件，前述之矣。然意思表示，究何意義？曰，意思表示者，吾人欲發生私法上效果爲內容之心理作用，表現於外部之行爲者也。依此定義，分析意思表示之要素，可如左述：

（甲）效果意思 此爲意思表示之主觀要素，卽行爲者須存有欲發生私法上效果之意思。申言之，卽人類藉其法律行爲爲根據，而生精神作用爲內容之意思也。故效果意思，不僅以單純希望爲前提，且有進而企其發生效果之內部傾向，爲其本體耳。

效果意思，不惟在發生社會經濟上之效力，抑須基其『意欲』之法律行爲，以收法律之效果。蓋法律既設法律行爲制度，以爲支配吾人之法律關係，自應使其意思，基於法律行爲以收其效果，爲必要也。

乙)表示意思 法律行爲，爲意思與表示而成立之基本要素。吾人既有『意欲』發生效果意思之觀念，尤必有其他之作用，表彰於外部相聯絡。表示意思者，使人之容態，爲意思表現之必要意思也。人類有其發生私法效果之意思，然苟蘊藏於內部，雖有意思，無從表現，法律上對其意思，絕對不能與以效果，故表示意思與效果意思之間，若欠缺其聯絡之作用，仍不得稱爲意思效果。

(丙)表示行爲 此爲意思表示之客觀要素。乃表意人於有前述意思外，尙須有『表示價值』之行爲也。表示行爲，應具次列二要件：

A 須其行爲本於意識之作用 卽表示行爲，應備有行爲意思。故如睡眠之動作，及因暴力之舉動，皆無意識之作用，不得稱爲表示行爲。

B 須其行爲足以推知其內部之效果意思 此卽表示行爲之表示力，所謂表示價值者是也。表示行爲之作用，必由此而推定其一定意思之存在，方足爲構成意思表示之要素，故苟其行爲不能表現其意思之所在者，非表示行爲之真義也。

至於表示行爲之標準，除有特約及法律規定外，不能以表意者一方之主觀以決定，須從信義之原則，按照各種情形，以能探悉其具體事實之公平的客觀標準決定之。

行爲有作爲與不作爲二種。前者之表示行爲，其有價值與否，依客觀判斷，顯而易明。後者其意識作用，既存於內部之不動作，其有表示價值與否，頗難確定。徵之各國，如希臘有點頭之例，我國亦然，是蓋承認不作爲亦有表示價值者。然此又不能牢守繩墨，須照客觀標準，以能推定其內部之效果意思者爲限。

意思表示之構成要素。誠如上述，意思表示之理想作用，在於真意與表示之完全一致。始生私法上之效果。然人生實際，未必常能達此理想，往往有真意與表示適成相反，而變爲內外動作不相符合時，於此之際，其意思表示之效力爲何？如自來有學說三種，簡述於下：

(一)意思主義 主張此主義者，謂意思爲法律行爲之要件，故着重於真實之意

思，若意思與表示不相一致時，應以真意之所在爲依歸。反之則其行爲完全無效。

(二)表示主義 主張此主義者，謂意思藏於內部，他人不得而知，其能惹起法律效果者，蓋藉表示之手段，而探得之。故爲保全交易計，即使與其真意不合，亦應使之有效。

(三)折衷主義 主張此主義者，謂前述二主義，各趨極端，皆未爲當。故折衷其間，對於不表示真意之當事人，固應保護，而對於無過失之相對人，亦宜兼顧，此所以有原則與例外之採用也。

按右述前二主義，各有偏頗。意思主義之根據，係着眼於個人之自治而說明，意思表示之拘束力，其保護表意人之利益，可謂週全，然於相對人之利害，絕不顧及，則往往貽相對人，因誤信其意思表示爲有效，而蒙莫大之損失，究失衡平之道。至表示主義之根據，端在保護無過失之相對人，以謀交易之安全，然其結果，又置表意人，因其不預期之法律效果，深受損害，未免厚此薄彼，亦非良善之策。若折衷主義，則無上

述之弊，一方兼顧當事者雙方之利益，一方保護交易之安全，此其所長者也。自來各國多採取此主義，日德民法然，我新舊三次民法亦然。要之意思主義與表示主義之爭，非可根據法律行為及意思表示之理論而決定，尤須顧及當事人之公平保護，及社會經濟之安全，斯可矣。

(二) 意思表示之種類及其方法

意思表示之種類，可分爲下列各種：

(甲) 獨立之意思表示與不獨立之意思表示 前者之意思表示，不待他種意思表示，而能獨立發生私法上之效果。例如債務之免除，遺囑之作成是。後者之意思表示，必待他種意思表示，而後始發生私法上之效果。如買賣契約之訂立，總會社員之表決是。

(乙) 明示之意思表示與默示之意思表示 此種意思表示之區別，學說有三：

(一) 基於言語或文字表示者，謂之明示。基於其他方法者，謂之默示。(二) 基於相對人用一定方法，得以即時了解其真意者，稱爲明示。否則稱爲默示。

(乙)基於本來意思，以適當手段而表示者，爲明示。反之則爲默示。要之此種區別，得以直接由表示以推知意思者，爲明示之意思表示。得以間接由表示以推知其意思者，爲默示之意思表示。

(丙)直接之意思表示與間接之意思表示 吾人因某種意思而表示者，稱爲直接意思表示。非因某種意思而表示，乃由他人推定吾人所欲爲之法律行爲的意思者，稱爲間接意思表示。

(丁)特定之意思表示與不特定之意思表示 不基於特定人而爲意思表示者，謂之不特定之意思表示。例如拍賣契約，非對於特定人而爲表示是。基於特定人而爲意思表示者，謂之特定之意思表示。例如婚姻契約，乃對於特定人而爲表示是。

意思表示之種類，約如上述，茲請言其方法：

意思表示通常以言語或文字爲原則，要在能使其意思傳達得以了解時，不問何種方法，皆可發生法律之效力。但有例外，爲法律所規定，不能不遵守者，試言之：

(一)約定方式 約定方式，本亦基於當事人之自由選擇，法律不加限制，然當事者既有特別之約定方式，則非依照約定之方法，以表示意思者，不生效力。例如單純之沈默，依大理院判例，不能認為默示，然若有特約，假定沈默亦作默示者，其意思表示，即作為約定方式矣。

(二)法定方式 法定方式，亦稱為要式的意思表示。此因基於特種情形之下，法律規定其意思表示，須依一定之方式，始能發生意思表示之表示力者也。立法設定此種之理由，不外為保存證據或防禦詐欺與錯誤是耳。此理易明，茲不贅述。

(二)意思表示之非真意及有瑕疵

意思表示之非真意，即意思與表示之不一致。換言之，其真意隱藏於中，而表於外者，則與真實相反之意思。蓋內外之企圖與動作，兩不符合者也。依此情形，若以意思為重，即不能認為有效之意思表示，吾新民法既認意思與表示一致之原則，又為保全交易起見，特定此原則適用之界限，而在此界限內，認其意思與表示為有效，本

節所論，即在於此。

意思表示與真意不合之情形，可分爲（一）故意的，與（二）偶然的二種：

（甲）關於故意的，又可別之爲二：

A 對於相對人隱蔽真意時（真意保留）

B 與相對人通謀而爲非真意之意思表示時（虛偽表示）

（乙）關於偶然的，亦可分爲左列二者：

A 表意人不知其不一致而誤爲意思表示時（錯誤）

B 表意人母欲使其不一致而爲傳達不實時（意思傳達不實）

此外有有意思與表示，雖非完全不一致，而其意思表示，係由於他人不法干涉之結果，而任意成立者，尙有二種情形如左：

（一）由於詐欺之意思表示

（二）由於脅迫之意思表示

右述二種意思表示，非本於意思之欠缺，乃因不法之干涉而生瑕疵者也。故亦

稱爲有瑕疵之意思表示。

前列（一）真意保留（二）虛偽表示（三）錯誤（四）意思傳達不實（五）詐欺（六）脅迫，皆屬於非真意與有瑕疵之意思表示之範圍，以下分別說明之：

一 真意保留

（A）真意保留之意義

真意保留者，表意人無欲爲其真實意思所拘束，而爲之意思表示者也。其目的不必出於欺罔，或加害相對人，而由於戲謔者，亦事所常有。例如甲向乙借銀壹千元，乙戲謂可免償還，而爲贈與之表示，其實乙全無贈與之真意，而甲竟不知其爲戲言也。此種情形，亦有稱爲心中保留者。然其義一也。故真意保留，須具三要件：（一）須有意思表示之存在。（二）須其真意與表示爲不符合。（三）須表意人自知表示，與真意不符合。二者具備，而後始得名之爲真意保留。缺一則不可也。

（B）真意保留之效力

真意保留之效力，立法例有二：（甲）德國民法，分爲心中保留，及諧謔表示二者。

前者不因之無效，後者則歸無效。(乙)日本民法，則不問心中保留，或諧謔表示，除相對人明知其非真意外，均爲有效。新民法第八十六條規定『表示人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲意思表示者，其意思表示，不因之無效，但其情形爲相對人所明知者，不在此限。』是蓋採取日本立法例者。綜觀之，可得二定律如左：

(1) 原則 表意人之真意相對人無從了解所在時，其意思表示爲有效。蓋所以保護相對人之利益也。

(2) 例外 表意人之真意，相對人明知其不一致者，其意思表示爲無效。蓋此所以明示其應注意之義務，毋庸有過當之保護耳。

二 虛僞表示

(A) 虛僞表示之意義

虛僞表示者，乃表意人與相對人通謀，而爲非真意之意思表示也。此與真意保留不容相混，蓋前者由雙方當事者之通謀，使表意人隱藏真意。後者則由表意者一方隱藏其真意。虛僞表示之目的，大抵在欺罔第三人，例如債務人甲，欲免債權者之

強制執行，故意與乙通謀，將財產之一部分，借轉與相對人乙是也。故虛偽表示之成立要件有四：（1）須有意思表示之存在。（2）須真意與表示之不一致。（3）須表意人自知其不一致。（4）須與相對人通謀。自（1）至（3）與前述之真意保留相同。惟第（4）目，則爲虛偽表示特殊之點也。

（B）虛偽表示之效力

虛偽表示之效力，德國民法定爲絕對無效。日本定爲相對無效。以表意人與相對人通謀，而爲虛偽意思表示者，其意思表示無效。但對於善意第三人，則不能承認無效。依德國立法例，則善意第三人，每因不知表意人之虛偽，而誤認其意思表示爲真實，致貽損害，法律不加保護，殊欠公平之道。故本法採取日本法例，於第八十七條規定『表意人與相對人通謀，而爲虛偽意思表示，其意思表示無效。但不得以其無效，對抗善意第三人』是也。然有時此種行爲，表意人却隱藏他項法律行爲。例如債務人爲免除財產的扣押，將財產假爲讓與他人，此際雖無讓與意思，而竟隱藏租賃契約於其中，關於此種隱藏行爲之效力，學者間頗有爭執。新民法特爲明白規定：虛

偽意思表示，隱藏他項法律行爲者，適用關於該項行爲之法律。（第八十七條第二項）

要之，虛偽表示之效力，表意人如欲誤第三人與相對人通謀，而爲虛偽表示者，其意思表示無效，是其原則。惟其虛偽表示無效之結果，不得與善意第三人對抗，則屬例外。

三 錯誤

（A）錯誤之意義

錯誤云者，乃認識與對象之齟齬，即觀念與事實不一致，而爲非真意之意思表示者也。錯誤有爲法律所規定，有不爲法律所規定。前者如誤認撤銷爲無效。後者如誤認狼爲犬之類。錯誤之成立，必其意思與表示爲不一致。申言之，其錯誤有致意思欠缺之性質，及程度者爲標準也。

與錯誤有相混者，即不知情一語是。不知情係出於表意人不知其事實而爲意思表示者。此與錯誤情形略似，故本法直認其與錯誤相同。（第八十八條參照）對

於錯誤或不知情，可以分爲下列二端：

(1) 意思表示內容之錯誤 此種錯誤，無一定之標準，須就各種法律行爲以決定之。但大抵不外乎當事人標的物，及法律行爲三種。如甲負乙銀五百元，及期待往賠還，因誤識其人，而投諸丙，是當事人錯誤之例。某學校擬購民法五十部，囑庶務員繕函定購，而庶務員竟繕作刑法五十部，是標的物錯誤之例。買賣契約，須有要約與承諾，而後成立。乃有甲與乙爲買賣契約之規定，不經承諾，而誤以沉默爲合意之表示，是法律行爲錯誤之例是也。

(2) 當事人之資格或物之性質的錯誤 此爲基於交易上，認爲重要者，所謂當事人資格之錯誤，如信用未成年人有行爲能力，與之爲交易之行使，物之性質的錯誤，如認銅器爲金器之類，與之爲買賣行爲是。有此情形，其錯誤視與前項之錯誤，無以異耳。

(B) 錯誤之效力

關於錯誤之效力，各國立法例不一，英美採取無效主義，德奧採取撤銷主義，爲

兼顧表意人及社會一般之利益，自以撤銷主義爲較公允。本法從德奧先例，認爲意思表示內容有錯誤，或表意人若知其事情，卽不爲其意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但此以其錯誤或不知情，非由表意人自己之過失爲限。（第八十八條第一項）因當事人之資格，或物之性質而生錯誤者，其效力從同。（第八十八條第二項）

四 意思傳達不實

（A）意思傳達不實之意義

非由表意人與相對人爲直接之意思表示，而由其他媒介的作用，因之使其傳達爲不實者，謂之意思傳達不實。例如表意人以使用電話局及其他傳達機關，表示其意思，其電話局或其傳達機關，爲不實之傳達是也。本法第八十九條規定：『意思表示，因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定，』辦理之可耳。

（B）意思傳達不實之效力

意思傳達不實之情形，與表意人陷於錯誤者無異。日本民法不設規定，德國民

法則規定與錯誤同視。我新民法取德國立法例，許意思傳達之不實，得主張撤銷之。關於第三、第四兩項，其撤銷權之行使，自意思表示後，經過一年而消滅。蓋此種權利，若許長久存續，則法律關係，永難確定，為保護利害關係人之利益計，應設明定之必要，洵妥當也。（第九十條規定）

錯誤及傳達不實之意思表示，均得為撤銷之原因，固矣。然當其表意之時，相對人或第三人確信其表意為有效，其後因撤銷而受損害者，法律雖不禁其撤銷，然不可不使其賠償，因撤銷而生之損害。否則無端使相對人或第三人受其損失，殊不足以昭平允。雖然，表意人之表意，含有得行撤銷之原因，如為受害人所明知，則是出於故意，又或受害人，雖非明知，然可得而知。因自己之不注意，而不知者，則是出於過失，即令受其損害，亦不得要求表意人賠償也。（第九十一條規定）

五 詐欺

(A) 詐欺之意義

詐欺 (Fraud) 云者，欲相對人陷於錯誤，故意表示虛偽事實，令其因錯誤而為

意思表示者也。依此定義，析述如左：

(1) 詐欺須故意爲虛僞事實之表示。故意者，明知並有意使其發生之謂。虛僞事實者，隱蔽真意之所在，而爲欺罔之行爲之謂。故意爲虛僞事實者，明知或得知其事實不真實，而故爲虛僞之表示，且信其表示必爲相對人所信仰，因而爲意思表示也。例如甲以敗絮之柑，爲之粉飾，僞稱爲新從某地購來，以引誘買主。是其故意爲不真實之表示，並確信其目的，必能達到耳。

(2) 詐欺須使人陷於錯誤爲目的。故如戲謔或說謊，意近恢諧，雖在使人爲誤聽，然非詐欺之本義。必也施以種種手段，爲之誘惑，使人深信不疑，墜入其彀，方得謂爲詐欺。是以雖有詐欺之僞行，而無心構成他人以錯誤爲目的者，非詐欺也。

(3) 詐欺須相對人竟因陷於錯誤而表示意思。卽詐欺之構成，由錯誤而爲意思表示。申言之，乃若無錯誤之因，必不致詐欺之果。例如因誤信人言，而爲締結契約之類是。故若表意人本欲爲或種意思表示，而適爲欺罔所乘，卽不能

謂因詐欺而表示其意思。譬如某校擬與某建築公司爲承攬契約，該公司因將種種浮言，敘述其工程如何完善，價金如何廉約，以促進其契約之完成，此際建築公司，雖用詐欺手段，使某校如其言，但某校之錯誤，固非該公司所構成也。要之，詐欺須以表意人因詐欺行爲，而生錯誤之認識，直接爲其意思表示之動機爲限。否則縱有單純詐欺之行爲，而無惹起因果關係者，均不得謂爲詐欺。

(B) 詐欺之效力

凡意思表示，須以其表意之自由，始生法律之效力。若表意人因受詐欺而表示其意思，並非出於自由，故我民法規定：『被詐欺而爲意思表示者，得撤銷之。』（第九十二條參照）是與德國民法同其精神。（德民第一二三條第二項）蓋所以保護相對人之利益，其錯誤之結果如何均可勿問，皆生撤銷之效力。但日本民法，關於詐欺之效力，雖同採撤銷主義。（日民第九十六條）惟以被詐欺，而陷於錯誤者爲限。苟被詐欺人之陷於錯誤，屬於法律行爲之要素錯誤，則其意思表示，直歸無效，而

不僅撤銷已也。詐欺之效力，雖以撤銷爲原則，但有左列二例外：

(1) 詐欺由第三人所爲者。於此之時，其撤銷效力，僅以相對人明知其事實，或可得而知者，始得撤銷。蓋詐欺若出於第三人，則其行爲，並非相對人之故意，爲維持交易之安全，及善意之相對人，自應使其明知或可得知之事實爲限。例如甲向乙買土地，託丙爲經紀人，丙竟欺甲，抬高其價，乙未之知，則負其責者，可歸諸丙，而甲乙間之買賣契約，不得撤銷。反之，若乙與丙，事前已有通謀，則其結果，甲可主張撤銷，蓋相對人若有惡意，自毋庸加以保護也。(第九十二條但書規定)

(2) 詐欺不得對抗善意第三人。本法第九十二條第二項規定：「被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以對抗善意第三人。」此與日本民法規定相同。蓋詐欺乃被詐欺人雙方之事實，其情形如何，第三人多不得而知。例如張受李之欺，讓不動產於張，張讓受後，知受詐欺，轉讓於黃，如黃不知張被詐欺之事實，而讓受之，則黃爲善意第三人，張欲行使撤銷權，只得向李爲之，而不得與

黃相對抗是也。

六 脅迫

(A) 脅迫之意義

脅迫 (Compulsion) 者，故意爲不正危害之預告，使人生恐怖，而爲意思表示之行為也。大理院三年上字一零七一號民事判例有云：『所謂脅迫，恐嚇，必其言論舉動，有足以使被脅迫恐嚇之人，發生恐怖心，致陷於不能不遵從之狀態，而爲此言語舉動之人，亦必使他人身體上或精神上，受其壓迫，發生恐怖心之故意。』審如是，則脅迫之意義明矣。脅迫與強暴有別，強暴者，爲施強蠻之暴力，使人屈服，如用腕力勒人銀錢之類，此時被害人僅爲他人之傀儡，絕無意思存乎其間，與脅迫由於恐怖，而決定行爲，生有瑕疵者不同耳。故脅迫之成分有四：(1) 必有危害之預告。預告者，未來之表示也。危害預告之範圍，不獨關於身體生命而已。卽對於財產自由名譽等，如足使其因預告，而生畏怖者，皆屬之。(2) 危害須爲不正。不正之觀念，較不法爲廣，申言之，不正卽事理之過當，其標準依客觀而決定，例如甲謂乙曰：『汝不與我結婚，則

殺汝。』或曰：『汝不賄我，則告汝犯罪。』此皆不正之舉動，其不正出於手段或目的，則非所問。要之，危害預告，須出不正，故如某地因多賊，乙新從他處遷居於此，鄰右告以須注意，此其危害之預告，不獨非不正，且有善意在，自不得構成脅迫也。(3)須脅迫人因脅迫而生恐怖心。蓋雙方勢力若相等時，不成爲脅迫行爲，必也表意人受其脅迫，而陷於恐怖之狀態，惟陷於恐怖之狀態如何，當依表意人一方之主觀而決定，蓋人之強弱不同，斯感覺遂有差異，不能執甲以例乙也。(4)須因陷於恐怖而爲意思表示。此卽危害表示，與意思表示，有因果關係，故縱使脅迫者之危害表示，不足以使被脅迫者生恐怖心，或生恐怖心，而猶未爲意思表示，皆不成爲脅迫，故以意思表示，起於恐怖之原因，爲脅迫之結果，斯可矣。

(B) 脅迫之效力

被脅迫之意思表示，被脅迫人得撤銷之。且其撤銷權，絕對不受限制。與詐欺不同其性質。故如(一)詐欺出於第三人，不得撤銷。脅迫則可以撤銷之。(二)詐欺不能對抗善意第三人，脅迫則不論如何，對於善意第三者，概得主張撤銷。此蓋被脅迫人

失真意自由之程度，較受詐欺者爲重，故保護亦宜較週之爲愈也。

上述詐欺與脅迫，皆有瑕疵之意思表示，其得行使撤銷權，固如前云。然因詐欺或脅迫而爲意思表示，其撤銷權亦非絕對無限制。本法第九十三條規定：『前條之撤銷，應於發見詐欺或脅迫終止後，一年內行之。但自意思表示經過十年，不得撤銷。』蓋此所以保護交易之安全，而使權利狀態，無永不確定之弊也。

(四) 意思表示之效力及其解釋

甲 意思表示效力發生之始期

意思表示效力發生之始期，因時間空間之不同，而分爲對話人與非對話人之區異，以下分別說明之：

(甲) 對話人間意思表示發生效力之時期 對話人云者，直接可通達其意思表示之人也。故自近代電話發明以來，雖有空間之距離，然其意思發動，可使相對人直接了解，自亦屬於對話人間之意思表示。往者日本以對話與非對話，在於隔地與否爲區分，時至今日，其義已不可解。故論對話與非對話，當以直

接能否傳達其意思爲標準可也。向對話人間爲意思表示，其效力發生於何時？德日民法學者，分爲了解主義與達到主義二派。主張達到主義者，僉以爲對話人間之意思表示，若以了解主義爲原則，每因相對人之故意或怠惰，以致不能了解意思表示者，事實上在所不免，應以達到主義爲當。主張了解主義者，則謂相對人於對話時，因方言之不同，與風俗之差異，不能即時了解其意思表示，若法律遽令其有效，不免顯失公平，故意思表示，不獨意思須達到相對人，並須待其了解後始爲有效，此奉行了解主義之見解也。我新舊民法皆採用了解主義，誠以我國土地遼闊，方言繁雜，言語不同之關係，智識程度之差別，皆有與焉。立法爲保護相對人之利益，故亦採用了解主義耳。

(乙)非對話人間意思表示發生效力之時期 非對話人者，別乎對話人而言也。人類營社會生活，東西各一，法律行爲，彼此綦異，爲本時代之需求，與應交易之敏捷，所以有對話人之外，又有非對話人者也。非對話人間發生意思表示效力之時期，自來立法例有四主義，列舉如左：

A 表意主義 此即意思表示之外部具備，即時發生效力也。如繕就書信，擬就文件，效力即於此時發生矣。

B 發信主義 表意人於其意思外部具備後，離開自力支配以外之時爲發生效力之標準也。如書信已投入郵政筒者是。

C 達到主義 亦即受信主義，以表意人之意思，到達於相對人，爲發生效力之時。如書信已送達是。

D 了解主義 即須相對人，已接其意思表示，達於了解事實時，始能發生效力。如書信已拆閱是。

右述四主義，第一第四有過寬與太嚴之弊。以表意主義言之，意思表示之外形既具，即爲效力發生之時，然其實際，知與不知，無從得悉，於完成法律行爲，竟無解決之機會，於理殊不可通。反之，了解主義，依前述對話人間，採取之理由，似應認爲妥善，然其缺點，相對人對於發生不利益結果之意思表示，得以掩耳閉目之手段，以爲隱避。且因其故意或怠惰，致妨礙其效力之發生，實際上仍多扞格。故以上二主義，各國

立法例，少有採用之者。夫意思表示效力發生，是否能適當保護，表意人及相對人雙方之利益，是否能適合社會之需求，與環境之要求，須依客觀之事實以決定之。第一、第四兩主義，所謂表意，所謂了解，皆為主觀之事實。其外部狀態，頗難認識，惟第二、三之發信主義，與達到主義，則係客觀事實，可無上述之嫌。雖然，發信主義，以表意人既置意思之通知其自力支配之外，即為發生效力之時，於交易上之活敏，誠具厥功。然意思表示一經發送，雖未達到，亦置不問，且有時因遲緩或紛失，致意思未能接到，而強於發信時，使生效力，未免有悖情理。抑表意人一方，雖將意思通發，其結果有全未得意思到達於相對人，而相對人已受其拘束，是亦不免有美中不足之譏。達到主義則不然，須其意思表示通知，直接到達於相對人時，始能發生效力，而無上述紛失或遲延，致受不當之束縛，意思表示既達到矣，則意思通知之認識，亦從而入於相對人實力支配範圍之內，自可免如發信主義之有扞格難行之累也。日本民法，採用發信主義，最為有力。我國新舊民法，則從德國例，採取達到主義。（第九十五條參照）

所謂達到，不必相對人占有取得事實為必要，僅意思表示入於相對人得以自

由了解之狀態爲己足。故如表意人以書信面交相對人，其爲達到，固不待論。卽已交付相對人之住居，或家人，或投入其受信箱內，仍爲達到主義之眞義耳。

依達到主義爲發生效力之始期，其結果有如左述：

(1) 意思表示未達到前，相對人可以撤回，但撤回之通知，先行達到，或同時達到，則不生效力。(第九十五條規定)

(2) 不達到之意思表示，或遲延之到達時，其所生之障礙，歸責於表意人。

(3) 意思表示之通知未達到以前，表意人忽告死亡，或喪失行爲能力，或其行爲能力受限制，其意思表示，不因之失其效力。(第九五條第二項)

於茲有應注意者，卽意思表示之受領能力，從客觀的觀察，卽爲達到，從主觀的觀察，則屬受領，故意思表示之受領，與意思表示之達到，其義一也。受領能力，非法律行爲，亦非意思表示，是以不適用關於行爲能力之規定。惟受領非在可得而知之狀態不可，既欲知之，自須具有一定之能力，此本法第九十六條所由設也。

受領能力，基於有行爲能力，始得主張。惟行爲能力而外，尙有無行爲能力與限

制行爲能力二者。無行爲能力，與限制行爲能力，雖無完全領受能力，但非絕對不需要受領能力。關於無行爲能力，與限制行爲能力，其法律行爲，既已取決於法定代理人爲原則，則其受領能力，自非法定代理人莫屬。本法第九十六條規定：『向無行爲能力或限制行爲能力爲意思表示時，以其通知，達到其法定代理人時，始生效力。』是蓋所以保全其利益耳。

又相對人之居所不分明，或表意人不知相對人之姓名，苟非基於自己之過失，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達爲意思表示之通知。（第九十七條規定）

乙 意思表示之解釋

（A）解釋之意義

解釋云者，意思表示有欠缺明瞭時，依或種方法，以探悉其真意之所在也。意思表示，發生何種效力，須視其何種法律行爲以爲判，意思表示之解釋者，所以確定其意思表示之意義也。解釋意思表示，須在意思表示之內容，求其真意。至表意人內部

之真意何若？則可不問，即令就意思表示所得之真意，與當時本人內部之真意不符，亦僅發生意思與表示不一致之問題，仍不失其爲正當之解釋。

(B) 解釋之方法

意思表示之解釋，在於探求真實之意思，此與法律之解釋，不同其性質，新民法第九十八條規定：『解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。』故凡足以闡明其表示行爲之意義者，皆宜參酌揀擇之，要在能下正確之判斷，無唯一根據於文字，以致轉失真意也。民國二一年大理院上字第八十五號判例云：『審判衙門解釋當事人之意思表示，雖有種種方法，要當就其當時之一切情形，爲全體之通觀，決不能拘泥文字，致失當事人之真意。』觀此則解釋意思表示之方法，彰彰明較著矣。

六 條件及期限

甲 條件

(一) 條件之意義

條件云者，當事人任意附加於其意思表示之限制，使繫諸將來客觀不確定事實成否之法律行為之附款也。依此定義，分析述之：

第一 條件者法律行為之附款也。附款謂附隨於法律行為之條款；換言之，即法律行為之當事人，依其意思表示，對於法律行為之效力，所加之限制也。當事人爲意思表示其目的，或不欲其效力完全發生，或發生矣而不欲其永久存續，因而施以種種之限制，謂此限制，即條件也。故條件不能獨立存在，雖其自身爲意思表示之一部，然條件之效力，固非待決於他種意思不能存在。例如附款件之買賣契約，條件即存於買賣契約之中，並非於該契約而外，尙別有附條件之意思表示也。

第二 條件者當事人所加之任意限制也。條件乃當事人於法定範圍內，許其自由，得自定法律關係。故條件不可不依當事人自由意思所加之限制，苟由於法律或事務之性質，當然發生結果之限制者，非條件也。例如婚姻之一定儀式，遺囑之發生效力，皆與條件不容相混。蓋婚姻遺囑，爲獨立之法律行為，以法律所規定爲要件，均非茲所謂條件也。

第三 條件者不確定之事實也。民法上所謂條件，必為一定之事實。例如甲與乙約，汝如錄取承審員，予則將屋租汝，此『錄取』即事實也。但事實之發生，必本於不確定，蓋條件之目的，在乎限制當事人意思表示之效力，若非不確定，則毋庸限制，此條件之所以為條件也。故曰條件為不確定之事實。

第四 條件者繫於客觀不確定之將來事實也。條件為不確定之事實固矣。然不確定究作何指？謂主觀的不確定乎？抑客觀的不確定乎？解決此問題，自來學說有三：（1）主觀說。（2）客觀說。（3）折衷說。各國學者皆採客觀說，誠以主觀的不確定，依其人之觀察，定允條件之事實，苟其人之主觀錯誤，則難免背條件之真義。例如A向B說，十五日如若月圓，給B一千元，月圓始於十五，乃一定之理，即使A缺乏常識，以為此為不確定，亦稱為主觀的不確定，其不能充為條件也可知。反之，如以客觀為不確定之標準者，則可得公平之道，蓋以一般客觀之認識，自無偏頗之弊。如甲謂乙曰：明天若下雨，我給汝金錶一隻，其下雨之事實，能否確定，未可遽斷，必待及時而後決也。至折衷說雖在調和二派，然其說亦蒙蔽未明，轉不若客觀說之為善，吾新民

法師日本先例，採用客觀說，實至當也。又所云客觀的不確定，須屬將來之事實，如過去或現在之事，在實際上業已確定者，雖於當事人不知之間，亦不得藉充條件，是宜併行注意焉。

(二) 條件之種類

依本法之規定條件，分爲二種：

- (1) 停止條件 停止條件者，當事人所附加之意思表示之限制，使其法律行爲之發生效力，繫於不確定事實成否之謂也。故停止條件，必該條件成就時，法律行爲始能發生效力，若條件之成否，尙未確定，則法律行爲之效力，亦不能確定焉。例如張與李約，你若出洋留學，余則贈汝旅費一千元，在李未出洋之前，其條件尙未成就，則千元無須贈與，其效力之發生，尙在停止狀態之中也。
- (2) 解除條件 何謂解除條件？當事人所附加之意思表示之限制，使其法律行爲之消滅效力，繫於不確定事實成否之謂也。故解除條件，必該條件成就時，法律行爲之效力，卽行消滅。若條件不成就，則法律行爲之效力，卽可存續，而

條件之成否，尙未確定，則法律行爲之能否繼續有效，亦未能確定焉。例如今贈汝旅費一千元，如汝一年內，不出洋留學，該款仍須返還，蓋千元已給付，法律行爲已生效力，但不能實現出洋留學之事實，則解除條件成就，而其效力即歸消滅也。

石述二者，乃因其制限法律行爲效力之狀態不同，而生之區別。法律行爲所規定，以此極關重要，但學者間有謂條件，祇停止條件一種而已。不認解除條件與停止條件之區別者。然以理論言之，停止條件，係從效力之發生爲標的。解除條件，係從效力之消滅爲基礎。即以不設區別之理由，以爲解除條件成就，爲停止條件之不成就，停止條件成就，爲解除條件之不成就。然一爲肯定之意思表示，一爲否定之意思表示，兩者之目的不同，而區分尤覺適宜也。Windschied等主張不設區別，日本川名氏主張必須區別，近世各國，多從區別說。本法亦本時代之要求，認爲有區別之必要，故特爲規定之。除此之外，學者又按各種條件性質之不同，更區別爲下列各種條件，試簡述之，以供參照：

(A) 積極條件與消極條件 此因條件事實內容之不同之區別。以某種事實之實現爲內容的條件，是爲積極條件。反之以某種事實不實現爲內容的條件，是爲消極條件。例如丙與丁約，汝若能與甲女結婚，余當薦汝到某公署爲祕書。又如丙謂乙曰：汝若勿賭博，余當免除汝的債務。前例爲積極條件，後例爲消極條件。

(B) 隨意條件偶成條件及混合條件 此因條件構成材料之不同而生之區別。隨意條件者，由當事人一方之自由意思，決定其成否之謂也。如甲以房屋出租於丙，言明每月除房租一百元外，尙須幫貼什費五十元，丙如願意，則契約完成，如不願意，則契約解除，此皆基於當事人之自由意思以決定成否也。偶成條件者，條件之成否，不能全由當事人之意思自由決定，須繫於第三者之意思，或外界之事物變動之謂也。如婚約須待父母之同意爲條件，是前者之例。旅行須待天晴爲條件，則屬後者之例。混合條件者，條件之成否，不僅須取決於個人之意思，尤須取決於他種事實，換言之，兼有上述二種條件之性質。

之謂也。如天熱經吾父親許可後，A 決定與 B 同到西湖遊覽是也。

(C) 真正條件與假裝條件 此因條件性質真偽之差異而生之區別。凡以上所列舉的條件，法律認其條件與以效力，稱之為真正條件。反之名稱上雖為條件，而實質上無條件之效力者，稱之為假裝條件。下揭各種即其例也：(1) 法定條件。此依法律所規定，為法律行為發生效力之要件也。夫既謂為依法律所規定，當不能任意限制之。既無限制之可能，則嚴格論之，當不能謂為條件，如本法第七十三條規定是。(2) 既定條件。乃條件之成就或不成就，於法律行為時，已生確定之狀態也。凡條件必屬於將來不確定之事實，若現在及過去之事實，既已確定，自不得謂為條件。蓋既定條件，本非真正條件，當事者所為法律行為，竟以構成其內容，此種法律行為之效果如何，必先於公共秩序及善良風俗，別無違反，而後定其有效無效，凡條件在法律行為之當時，既已成就者，其為停止條件，則該行為為無條件，若為解除條件，則無效。又條件之不成就，於法律行為之當時，既已確定者，其為停止條件則無效，若為解除

條件則爲無條件。皆屬當然之理，無庸贅文敘述也。(3)不法條件。凡違反公序良俗之事項，及強制法規之規定，而爲目的者，謂之不法條件。不法條件，既爲法律所不容，則不能發生效力，不能發生效力，則不能稱爲條件明甚。例如甲與乙約，汝若能殺丙，則贈汝一千元，是其行爲根本已違法，故絕對應予否認也。(4)不能條件。其成就在事實上及法律上，皆不可能之條件也。若爲停止條件時，其法律行爲無效，若爲解除條件時與無條件同。例如謂汝若上天撈月，落海探珠，當贈汝十萬元，則屬前者。又如謂今給汝十萬元，如太陽不能自西出，十萬元仍歸屬於余，則屬後者。凡此凡絕對不可能之事，故不能條件，亦非條件也。以上所述，假裝條件種種，日本民法有明文規定，吾新舊民法則無有之。蓋此爲當然之事理，不待知者而後知也。法律不設贅文，較爲適宜耳。

(二) 條件之決定

真正之條件，必經二級：其一條件成否未定之時代，其二成否決定之時代。而其決定之方法，不外二端，即條件成就及條件不成就也。以下分述之：

(1) 條件之成就 條件之成就者，條件內容實現之謂也。在積極條件，於爲條件內容之事實發生變動時，條件卽爲成就。例如謂某甲結婚，則以某甲有結婚事實時，爲其條件之成就。在消極條件，於爲條件內容之事實不發生變動時，條件卽爲成就。例如謂某乙若勿吸鴉片，則以某乙之不吸鴉片爲事實時，爲條件之成就。惟有例外，因條件成就，而受不利益之當事人，如以不正當行爲，阻其條件之成就者，視爲條件已成就。(第一百零一條) 如甲與乙約，汝若與丙女結婚，當將住宅轉租與汝，但甲因恐住宅之轉讓，故意捏造事實，向丙女說乙之品行，如何不端，阻其結婚事實之成就，此際之附條件，自當使其成就，方足以保護相對人之利益也。

(2) 條件之不成就 條件之不成就，與條件之成就，適成相反，卽在積極條件，於爲其內容事實確定不發生時，爲條件之不成就。在消極條件，於爲其內容事實確定發生時，條件卽爲不成就。如前述條件成就之例，以反面觀之，卽得其結果。但此爲其原則，苟因條件成就，而受利益之當事人，如以不正當行爲，促

其條件之成就者，視爲條件不成就，是其例外也。（第一百零一條第二項規定）譬如甲與乙約，汝若與丁女結婚，當贈以千元，乙卽爲受利益之當事人，若乙詐與丁女結婚，或用詐欺之手段，以瞞聳甲之視，其條件爲成就，此際衡之以法律，則視爲與未結婚等耳。

（四）條件之效力

條件之效力，因條件種類之不同，而有差異，又因條件成就之前後，而有分別。茲依次說明之：

（1）停止條件之效力 附有停止條件之法律行爲，應於何時發生效力，各國立法例不一，有認從條件成就時，發生效力者。有溯諸法律行爲成立時，發生效力者。本法從德國民法例，於第九十九條規定：『附停止條件之法律行爲，於條件成就時，發生效力。』是以當事人不表示溯及既往之意，意爲限也。附停止條件之法律行爲，既以條件成就時，爲效力之發生，則在條件未成就之前，其法律行爲之效力，爲不確定之狀態。例如A與B爲贈與契約，A謂B曰，本

屆考試縣長，你如錄取，余當贈與二千元。其錄取與否，在條件未成就以前，是不確定的。換言之，其贈與契約之法律行爲，並未完全成立，不過一種期約而已。

(2)解除條件之效力 本法第九十九條第二項規定：『附解除條件之法律行爲，於條件成就時，失其效力。』是亦與上述以不溯及既往爲原則。但解除條件，雖於條件未確定之前，其法律行爲，已發生完全之效力。此與停止條件不同之點。惟其效力之消滅，基於條件之成就。例如甲出租房屋一所，與乙約明俟甲生子後，乙須將房屋返還，此種租賃行爲，在生子之條件未成就以前，爲有效力，至條件成就以後，即失其效力矣。

上述停止條件與解除條件，一以使法律行爲生效，一以使法律行爲失效。在原則上以不溯及既往爲標準。但當事人如有特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。(第九十九條第三項)此爲尊重個人之意思，爲民法上特殊之精神也。

附有條件之法律行爲，其條件成否確定時之效力，誠如上述。然有一種情形，卽條件成就與否未確定間，其法律行爲之效力如何？依學者之見解，以爲法律行爲之附有停止條件者，其當事人之一造，於條件成就前，有因條件之成就，當然取得本來權利之權利，則他造有尊重此權利之義務。又法律行爲之附有解除條件者，其當事人之一造，雖有取得本來之權利，然對於他造因條件成就所取得本來權利之權利，有尊重之義務，卽他造有此種權利，故附條件義務人，不得害及附條件權利人之利益，苟有害之，則爲不法行爲，相對人須負損害賠償之責任。（第一百條規定）

至若條件之成就，因不當行爲，而阻止其成就與條件之不成就，因不當行爲，而阻止其不成就其效力之影響如何，悉照原則之規定辦理可耳。

乙 期限

（一）期限之意義

期限云者，當事人任意加於其意思表示之限制，使繫諸將來確定屆至之事實的法律行爲之附款也。分析之說明如下：

第一 期限者法律行爲之附款也 此點與條件之本質同，不贅。

第二 期限者當事人所加之任意限制也 此與條件亦略似，故依法律或事物之性質，當然應有之限制，非茲所謂期限也。如恩惠期限展緩期限之類屬之。

第三 期限者可以屆至之事實也 期限之於事實須屬可以屆至，如約定民國二十年一月一日，將某項債務償清是也。反之，如期限爲不可屆至，則非期限，如甲欠乙債務一千元，約定來年陽曆二月三十號償還，亦不得謂爲期限，何則？蓋二月無三十號其日也。

第四 期限者將來確定可以屆至之事實也 可以屆至之事實，爲期限之要素。然屆至事實，又必屬於將來可確定者。蓋過去與現在，皆不能爲法律行爲附款之組成內容。又所謂事實，須爲確定的狀態，此點與條件大異。原夫條件之事實，無論爲相對的或絕對的不確定。由當事人一方觀察，總有不可預料之數，若期限之於將來，則無所謂不確定。如云二十年一月一日，雖在未來，然爲確定之狀態，則無庸疑。或有反對者，謂期限亦有不確定事實在其中。例如李與張約，待張結婚之日，李贈以留聲

機一副，張之結婚，究在何時？是法律行爲之附有不確定期限也。然此等契約，與其置着於時日，謂爲附期限之法律行爲，毋庸着重於結婚之事實，謂爲附條件之法律行爲，更爲得也。

(二) 期限之種類

依本法之規定，期限之種類，可分爲左列二種：

(1) 始期 於此期限屆至前，停止法律行爲效力之發生，或履行之謂也。如甲約乙自下月十五日，將所有權讓與於丙是也。

(2) 終期 於其期限屆至前，停止法律行爲效力之消滅之謂也。如甲與乙爲所有權讓與之設定，但爲期至某年某月某日止之類是。

除上爲法律所規定外，學者又將期限分爲：

(一) 確定的期限 確定期限者，預定將來可以確定之限期也。如約定明年國恥日或國慶日爲期限之類。

(二) 不確定的期限 不確定期限者，將來不可確定之期限也。如A與B約定俟

A 死後，將財產一部分，捐助慈善事業之類是。但不確定期限。現世學說多認為條件，而列入期限中，前已述之，故不贅陳。

(三)可能期限 可能期限者，限定有可能性之謂也。通常期限，多屬此類。

(四)不可能期限 不可能期限者，絕對無可能性之謂也。如以二月三十號為清償期是。

(三)期限之屆至

限期之屆至，與條件之決定同。詳言之，期限之屆至，亦必經二級，其一屆至前時代，其二屆至後時代是也。然期限以如何方法決定屆至與否，依左列諸端辦理：

(1)以期限定之 以期限之滿了為期限之屆至，如云今年起五年後即回國，故五年之期間滿了，即期限之屆至也。

(2)以事實定之 以該事實之發生為期限之屆至，如云待余明年營業興隆時，當給汝升學，故營業興隆之事實發生時，為期限之屆至。

(3)期限利益之拋棄 期限為當事人間任意附加之條款，自通常之理論觀察

之，則期限之利益，多由債務承受之，故債務人有時不欲爲其期限所拘束，得任意拋棄其利益。例如債務未屆履行期，而先清償債務是也。期限利益既經拋棄，即視爲期限之屆至，理之常也。惟當事人若有特約，不許其輕易拋棄期限之利益者，尤當別論。要之，期限可以拋棄其利益，但不得因此而害及相對人。

(4) 期限之喪失 期限爲法律行爲附款，其得失亦當由法律以評判。苟期限有因下列或種情形發生時，視爲期限之屆至。如(A)受破產之宣告，此時應由管轄衙門催告債權，按數分配其利益，即時清償。(B)毀壞担保或減少担保，例如抵當房屋而毀壞之，或毀壞其一部分。(C)負供担保之義務，而不供担保，例如約與質物而不履行等是耳。

上述(3)(4)兩項，本法雖無明文規定，然此爲一般通論，故附帶說明之，毋庸
法文指定焉。

(四) 期限之效力

期限之效力，可分二點說明之：

(1) 始期之效力 此即期限屆至時，發生法律行為效力之謂也，故期限未屆至前，其法律行為無效。(第一百零二條規定)

(2) 終期之效力 此即期限屆滿時，消滅法律行為效力之謂也。附終期的法律行為，於期限屆滿時，失其效力。故如期限未屆滿之先，效力依舊存在，此與解除條件，同其性質也。(第一百零二條二項規定)

附期限之法律行為，雖因期限的屆至與否，而效力有不同。但期限未屆至之前，一方有享受之權利，他方有應盡之義務。故各當事人於期限未屆至時，不得害相對人因期限屆至所受之利益。如有違反者，準照附條件法律行為之規定，要求負損害賠償之責任。(第一百零二條第三項)

條件有溯及既往之例外，期限則不然，故於附期限之法律行為所發生之效力，不能依當事人之特約，變更法律之規定，此與條件不同之點也。期限既為確定之事實，自與不確定之情形不同，故如當事人有欲為其自己利益計，阻止期限之屆至，或

促進期限之屆至，皆爲不可能之事實，與條件之因不法阻止行爲，而生結果者有以迥異。此法律之所以別無規定，亦卽與條件區分之特徵焉。

七 代理

(A) 代理制度之由來

徵之羅馬法上無代理之制，當其時凡一切之法律行爲，均須行爲人躬親其間，雖有特種行爲，容許代理之必要，然如現代之所謂代理制度，實未見其能想及也。蓋羅馬古代交易之事甚簡，家長之權獨重，凡依奴隸及家族所取得之財產，爲家長所占有，卽一切行爲，亦必親由家長自爲之，其他無與焉。是以雖無代理之制，於實際上無甚窒礙。洎乎羅馬末葉，代理制度，始見萌芽。法國民法，初開其端，德國民法，則充其密。其後日本民法，瑞士債務法，（一九一一年修正）吾民律新舊草案，亦相繼設詳細之規定矣。審是，則代理制度者，乃隨時代之進步，而發達之新法律也。時至近代，工業革命之勝利，社會生活，日趨繁煩，地球領域，益見擴大，以繁煩擴大之時代，專藉個人獨力之活動，殊不足以充其需要。矧自奴制廢止以來，人人在法律上，有享受權利

之資格，若無代理制度，則事事須由個人自爲法律行爲，既慮能力之不週，復感實際之不能。充其極也，無以實現其權利之價值，彼無行爲能力者，固勿論已。卽有完全行爲能力者，有時因天災疾病失蹤，或其他原因，至不得自爲意思表示，或自受意思表示，將使交易形諸衰頹，而進化轉悲遲滯也。此豈立法之所宜耶？各國法律，有見及此，爲保護利益之安全與補助能力之欠缺計，本國民公共心之發達，與經濟流通之結果，所以有代理制度之由興耳。

(B) 代理之意義

代理云者，以他人之名義，所爲之意思表示，或以他人之名義，而受第三人之意思表示，其效力直接及於該他人者也。爲表意或受表意之人稱曰代理人。該他人稱曰本人。而第三人者卽代理行爲之相對人也。茲依此定義，分析其性質如次：

(1) 爲或受意思表示乃代理人自身之行爲。代理人之意思表示，何故能對本人發生效力，從來學者說明此理由，約有三說：(一) 本人行爲說，謂代理人乃基於本人之授權行爲，而爲意思表示，故代理人所爲之意思表示，卽本人之

意思表示。(二)共同行爲說，謂一方由授權行爲而爲意思表示，他方由代理行爲，而生意思表示，是兩者之行爲相組合，而後構成代理也。(三)代理人行爲說，謂在代理爲意思表示者爲代理人，受其效果者爲本人，爲或受意思表示之當事人，與受其效果之當事人，分離獨立者也。按前二說，皆不脫羅馬法之窠臼，謂意思表示僅能拘束表意人之原則，其結果常與事實相反，以本人行爲說之理由言之，其缺點有如下述：(A)本人爲法人，或無意思能力者時，有使代理人不能爲法律行爲之結果。(B)關於意思欠缺，影響於意思表示之效力，就本人決定其事實之有無，與本法第一百零五條上半段之規定相違。(C)無行爲能力人或限制行爲能力人之意思表示無效或撤銷，若依此說，凡無行爲能力人或限制行爲能力人，由代理人所爲之意思表示，皆可主張無效或撤銷，於理未當，故此說不足採。以共同行爲說之理由觀之，其缺點亦有二：(1)依此說固足以說明由授權行爲所生之代理，但不足以說明法定代理。(2)授權行爲之意思表示，與代理行爲之意思表示，二者各有獨立

性，若依此說，直以授權行為之意思表示，為組成代理行為之意思表示之一部，是有混而為一之弊，故此說亦不足採。若以代理人行為說言之，則無上述之嫌，蓋此說之根據，謂行為與效力相關係，非因於自然之因果關係，而基於法律之規定，故法律有使生效果之全權，僅使其效力歸屬於本人，是事實與真理，初不相違悖也。德日民法及吾新舊民法，皆採此說。

(2) 其法律效果直接對於本人發生效力。基於代理人行為說之結果，為或受意思表示屬於代理人自身，則其效果直接屬諸本人。質言之，代理人行為之效力，與本人之行為效力，有同一之價值也。所謂直接，別乎間接而言，即法律效果，非先向代理人而發生，然後移轉於本人，乃本人從始即有此權利，因法律規定，不得不如是辦理耳。又法律效果，對本人直接發生效力，必須本人具有受法律效果之資格。故如未出生之胎兒，或未設立之法人，與無特別權利能力之外國人，雖以內國人為其代理人，要皆不能取得此權利焉。

(3) 代理常就意思表示而存在。法律行為之代理云者，即有其構成要素之意

思表示，而代理之意也。故僅就契約之要約，或就契約之承諾，皆得稱爲代理。代理因爲他人之意思表示，倘非爲意思表示之代理，不得爲民法上之代理。基此理由，不法行爲與侵權行爲，固不得稱爲代理。卽事實行爲，若非爲意思表示而爲者，亦不能謂爲代理。例如應酬儀式，託人代行是也。於茲有應注意者，代理須爲法律所允許，苟其性質，必本人自身親爲意思表示者，如親屬婚姻遺囑等之法律關係，皆因其人之身分，而固有之權利，概不得成立爲代理也。

(4)代理須以本人之名義而爲代理行爲。代理既非因代理人自己固有之資格，而爲此行爲，乃係代他人之意思表示，而爲代理，故代理人於爲代理行爲時，須以本人之名義，明示於相對人，此法律承認代理制度當然之解釋也。學術上稱此爲顯名主義。代理明示本人名義之方法如何，法律雖無規定，但必能使一般人，得以認識其爲本人而行爲焉可。關於顯名主義，有二例外：(一)代理人雖不明示本人之名義，然相對人明知或可得而知，係爲本人而爲代

理者，其效力可向本人直接發生。(二)於商行爲時，代理人雖不明示本人之名義，而相對人知其行使代理權利，其代理權所爲之意思表示，其效力均對本人直接發生。

(C)代理之種類

本法僅分代理爲法定代理，與意定代理二種。法定代理云者，其代理權發生之原因，非根據本人之意思表示，乃依法律所規定而授與者也。意定代理云者，其代理權發生之原因，非本於法律所規定，乃基於本人之意思表示而成立者也。例如行親權人爲子之法定代理人，監護人爲被監護人之法定代理人，屬於前者。訴訟當事人本於意思之合致，委託律師出庭辯護，屬於後者。除此之外，學者又分代理爲下列各種：

(1)一般代理與特別代理 此區別之標準，在於代理權之範圍，不受限制，而有一般或概括的代理之權限者，爲一般代理。僅於特定行爲有代理之權限者，爲特別代理。如父對子，有一般代理之權限。律師對訴訟當事人，僅有特別代

理之權限是也。

(2) 積極代理與消極代理 爲本人爲意思表示者，謂之積極代理，亦稱動方代理。爲本人受意思表示者，謂之消極代理，亦稱受方代理。如甲代乙爲買賣之要約，屬前者之例。若甲代乙爲買賣之承諾，屬後者之例。

(3) 直接代理與間接代理 直接代理者，直接對於本人發生法律上效果之代理行爲也。間接代理者，自爲法律行爲之當事者，先受其法律之效果，而更移轉於本人之行爲也。民法上所謂代理，皆指直接代理。間接之代理，如商法上之牙行是。蓋牙行以自己之名義，代本人爲法律行爲，所有損益，全歸本人，於牙行無干也。以嚴格論之，間接代理，皆非真正之代理，故近代各國立法例，多否認之。

(4) 有權代理與無權代理 有權代理者，基於代理權之代理也。真正代理，僅此一種而已。無權代理者，非基於代理權之代理也。此因交易上認爲必要，直認其代理有法律上之效果，如表見代理是。何謂表見代理？卽在本人方面，存有

受代理權之外觀，與第三人竟信爲有權代理者，法律爲保護第三人計，應使本人受其拘束，此即表見代理之情形也。例如甲將『已授與代理權於乙』之事，通知於第三人之丙，其實乙並未接受代理權，而甲未之知也。此種區別之標準，在實際上有無代理之權限，以爲別可矣。

(5) 數代理與復代理 數代理者，二個以上爲意思表示之代理也。故復代理，非依數個代理人之協力同意，不能爲代理之獨斷，如設定清算會之代理人，不僅一人有代理之權限，乃凡屬清算會之代理人，皆有共同代理之權限也。復代理者，第一位之代理人，以其代理權之全部或一部，所選任爲本人之第二位之代理人也。故其性質與前完全不同，如甲委乙爲律師，乙又委丙爲幫辦是耳。

(6) 一方代理與雙方代理 何謂一方代理？即代理權人僅爲當事人一方爲意思表示之代理也。民法上所謂之代理，以一方代理爲原則。但有例外，即雙方代理是。何謂雙方代理？即代理人就同一之法律行爲，爲當事人間雙方爲意

思表示之代理也。故(1)苟經本人之許諾，其事關於公益，不妨許雙方代理。(2)其法律行爲，係履行債務，則弊無自滋，雖雙方代理，亦不妨也。

(D)代理之效力

代理人爲或受意思表示，其效力直接對本人發生，此代理制度之大原則也。(本法第一百零三條及第二項參照)蓋代理人爲意思表示，係使本人與第三人發生關係，代理不過爲一種媒介機關而已。代理既屬媒介之一種，故權利能力問題，當就本人而決定，雖代理人爲權利能力，而本人適爲外國人，其權利能力受有限制者，應從其限制，本法縱無明文規定，但此爲當然之理，毋庸贅述。又代理人不必爲完全行爲能力人，即使爲限制能力者，其意思表示，並不因此而受影響。(第一百零四條)要之代理之效力，乃根據於代理權而發生。苟(1)代理人實際上無代理權，而爲他人爲意思表示，其效力若何。(2)代理行爲，超越其代理權範圍時，其效力若何。(3)代理人之爲意思表示，因發生瑕疵而受影響，其瑕疵之事實，應如何決定。以上種種，得依本法所規定，解答如次：

第一關於代理人無代理權限時 此際之代理人，若無代理權，以他人之名義，所爲之法律行爲，對於善意第三人，若因此而誤信其有代理權，致受其損害者，無代理權人，應負賠償之責。（本法第一百十條）例而丙假乙名義，僞稱代乙向甲爲意思表示，若甲不知其情，而受損害之結果者，丙應負其責任也。

第二關於有代理權人而超越其權限之範圍時 以純理而論，苟非代理人於代理權限內，所生之一切行爲，而超越其權限以外者，其結果之損害，本人當不負責。然爲保全交易計，第三人若有正當之理由，信爲有權限時，雖代理權人超越其權限以外之行爲，仍使本人負其責任，此蓋無非近代社會經濟發達，交易之事日煩，代理人之權限，至如何程度，每不易測，若使其超越代理權之行爲，而不認其有對本人發生效果，誠非保護相對人之道。日本民法第一百十條定：『代理人爲其權限外之行爲，第三人有正當之理由，信其有權限時，本人應負其責。』即此之謂也。本法雖無同樣之規定，但若遇此情形時，不可不如是辦理焉。

第三關於代理行爲因發生瑕疵而受影響時 解決此問題，應以代理權授與

之方式爲標準。倘代理權之發生，非基於法律行爲而授與，則代理人的意思表示，因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其事情，或可得知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決定。反之代理人之代理權，係以法律行爲授與者，其意思表示，如依照本人所指示之意思而爲時，其事實之有無，應就本人決定。蓋前者代理人所爲之意思表示，及向代理人而爲之意思表示，二者雖均由代理人辦理，然其效力及於本人，故關於意思表示要件之事項，就代理人而定。後者其代理權係以法律行爲授與，（卽意定代理）而代理人又係依照本人之指示而爲之者，其有無此項事實，應就本人而定，洵至當也。（本法第一百零五條規定）

（F）代理權之性質

代理權者，代理人爲或受意思表示，而使其法律效力，直接向本人發生之法律上資格也。然代理權之性質若何？學者間議論紛紜，各異見解，大別之可分左列二說：

（甲）否認說 此說爲法國學者所主張。謂代理不過爲委任關係，乃本人與代理人間之對內法律關係，並無代理權其物之存在焉。

(乙)肯定說 此說爲德國學者之見解。謂委任與代理不同，於委任關係而外，更承認有所謂代理權之獨立觀念也。其中又別爲二派：

A 權利說 以代理權爲一種權利。進而言之，代理權之性質，爲屬於形成權之謂也。

B 資格說 以代理權爲與行爲能力相類似之一種法律上之地位。換言之，代理權乃爲他人法律行爲，從而使其效力向他人發生之法律上的地位，與行爲能力之爲自己爲法律行爲，使其效力向自己發生之法律上的地位，無以異也，或稱爲能力說。

右述否認說與肯定說二種，否認說之所主張，立論太狹，根本錯誤，近代殆已失其效力者。肯定說雖能擴大其精神，然代理之性質，與物權債權等有別。謂之權利，實屬欠當。卽稱之爲形成權，亦未爲妥。惟資格說則稍爲合理。要之代理非權力，亦非權利，乃爲一種特別權能，爲圖法律上或事實上之便利，認代理人有使發生法律上之可能性，故解釋上謂爲同有法律上之資格，較爲宜已。

(F) 代理權之發生

代理權發生之原因，因法定代理與意定代理而不同。意定代理與法定代理之意義，前已述之。法定代理，因基於法律所規定，其代理權所發生，蓋由法律之授與，母可庸疑。惟意定代理，乃由本人之意思而成立。然僅以本人之意思表示爲已足乎？抑尙須代理人共爲意思表示之轉助乎？由來學者，約分三說：

(1) 委任契約說 主張之者，謂代理權乃因本人與代理人間之委任契約而發生。然實際委任契約，無可發生代理權之理由，蓋代理權既非權利之性質，而委任契約，則屬權利之授與，故代理權非委任契約明甚。羅馬法及法國法，採取此說。

(2) 無名契約說 主張之者，謂代理權乃因本人與代理人間之特別契約，卽委任契約以外之特別契約而發生。此說雖與前說略同，然猶以之爲契約之一種，反於當事人之意思，以爲債務之成立，亦屬未妥。日本穗積氏，謂此以解釋日本民法之規定，最爲妥善，近世學者多主張此說。

(3) 單獨行爲說 主張之者，謂代理權非因委任契約，或特別契約而發生，乃由本人一方之單獨意思之授權行爲而發生也。德國民法採此說。以立法方面觀察，誠以此說爲當。

代理權之發生，由單獨行爲之授權意思表示而發生固矣。然本人爲此行爲時，究基於何種原因而生，且授權行爲，與其基本法律行爲，是否可以分離，自來學者區別之學說有二：

(一) 不要因說 謂授權行爲，與其基本法律行爲，全然獨立不相關涉也。故基本法律行爲無效或撤銷時，授權行爲，仍屬有效，依舊能發生代理權授與之結果也。

(二) 要因說 謂授權行爲，與其基本法律行爲，有不可分離之因果關係也。故基本法律行爲無效或撤銷時，授權行爲亦基於無效或撤銷而歸於消滅也。

以原則論，授權行爲與『基本之法律關係，兩者間原有因果相關之存在。』如其『基本法律行爲了結時，』則授權行爲之效力，亦歸消滅，且在實際交易上除爲

授權之根本法律行爲外，往往無特別明示之授權行爲。例如委任狀之交付之授權行爲，不可不認爲隨於基本法律行爲之默示。故授權行爲之效力，亦當然因其基本法律行爲而受影響也。余認要因說爲當。

(G) 代理權之範圍及限制

代理權之實質，在於使其由其代理之法律行爲，直接向本人發生效力。但代理人行使其代理權，絕非漫無限制，其職限之所及，必有一定之範圍，此代理權所及之範圍，學者稱之爲代理權限焉。以下分(甲)代理權之範圍與(乙)代理權之限制二項述之。

甲 代理權之範圍

代理權之範圍，基於代理權發生之原因而決定。詳言之，法定代理，由於法律所規定。意定代理，由於授權行爲而決定。前者如行使親權人監護人之代理權限，後者如依委任之代理權限是也。此爲代理權範圍大概之說明。所有僅關於意定代理各條，因本法擬待述於債權編委任章內，故不贅述。

乙 代理權之限制

代理權之限制，有左列二項：

(1) 代理不得爲本人與自己之法律行爲。此蓋基於法律所規定，不許任意爲之者。例如甲授權與乙爲代理人，向一丙買馬匠，在乙買馬之職權內，關於馬之良窳，馬之價格，可以自由裁量，惟不得與甲有任何之法律關係是也。

(2) 代理不得爲雙方代理而爲法律行爲。此蓋基於代理與本人爲一種信任關係。若既已爲第三人之代理人，即不得爲本人與第三人之法律行爲，誠以利害衝突，代理人決不能完全盡其職務也。例如甲與乙爲買賣時，丙不得爲甲之代理人，而又不得爲乙之代理人也。

本法第一百零六條之規定，卽上述之原則也。但有二例外：

(A) 經本人許諾時。法律所以有前述之原則者，蓋爲保護本人之利益故。若本人既經同意，卽法律無禁止之必要。因本條之規定，原非禁止法耳。

(B) 專履行債務時。若代理乃專爲債務之履行，則無利益衝突之虞，既無利益

衝突之虞，自無禁止之必要。故遇有此種情形，雖代理背於上述之原則，亦應使其法律行為爲有效也。（第一百零六條參照）

（H）代理權之消滅及撤回

代理權因一定之原因而消滅，一爲法定代理與意定代理之共通原因，一爲此二種代理之各別原因。本法關於代理權消滅共通原因，無明文規定。依日本民法（第二十一條）有下列各個原因之一者，認爲代理權之當然歸於消滅也。如（1）本人之死亡。（2）代理人之死亡。（3）代理人宣告破產。（4）代理人之禁治產等。此皆一定之理由，固不待論矣。

惟代理權消滅之共通原因而外，尙有二者之各別原因，爲消滅代理關係。各別之原因爲何？此其情形，頗覺複雜，在法定代理，乃由法律規定，如法人之董事的代理權，因法人之解散而消滅，在意定代理，則由代理權授與之法律關係而決定。（第一百零八條）例如代理權基於委任關係而授與，則委任關係消滅，代理權亦當隨之消滅，如其授與代理權之法律關係爲合夥，則合夥關係終了之時，即代理權消滅之

時矣。

代理權由於授與之法律關係存續中，可以撤回其代理權，是其原則。但依該法律關係之性質，不得撤回者，則屬例外。（第一百零八條第二項規定）

代理權消滅或撤回時，代理人應將授權書交還於授權者，不得留置。（第一百零九條規定）蓋代理權既消滅或撤回，授權書亦生同一之結果，故不許留置，以防代理人之濫用，害及於授權人也。

代理權之撤回或限制，第三人每不易明其真相，在此場合，苟第三人屬於善意，因不知其撤回或限制，而誤認其代理權之存續，或其範圍，與之發生法律關係時，當事人不得與之對抗，蓋為保護善意第三人之利益故耳。但第三人因過失而不知其事實者，則其利益，無須保護，此本法第一百零七條所明定也。

八 無效及撤銷

甲 無效

（一）無效之意義

法律行爲之無效云者，因其要件不完備，而其爲目的確定不發生效力者也。分析之，其性質約如左述：

(1) 無效爲當然之無效與不生效力不同。法律上之所謂不生效力，不過其效力之未發生，或發生之尙未確定之狀態之謂。若無效者，乃確定其不能發生效力，因其法律行爲之要件欠缺，而失其當然之效力耳。但所謂無效，不必當事人方面，或法院方面，有若何行爲，而始歸於無效，卽親屬上法律行爲之無效，或其他特別規定者，亦可成爲無效之結果，惟應依訴訟確定之。

(2) 無效以絕對的爲原則。無效有絕對的性質。詳言之，無效在原則上，不論何人，可以主張，不論何時，可以行使，此與撤銷，最不同之點。

(3) 無效爲確定的行爲。凡法律上之所謂無效，必爲確定的。質言之，無效不因追認時效，或無效原因之消滅等，而變爲有效，乃從始卽爲無效，非一度發生效力，而旋歸消滅也。謂爲確定，卽此之故。

(4) 無效非事實之不存在。法律行爲之無效，非事實上之不存在，乃法律上之

不存在，蓋因缺乏法律上之要件，故歸於無效，非事實上承認其行為爲不存在也。

(二) 無效之原因

無效之原因，有一般的及特別的兩種。今茲所述，僅爲無效之一般原因。無效之一般原因，爲(一)意思能力之欠缺。(二)虛偽表示。(三)法律行為內容之違法。(四)法律行為內容之不適法。(五)意思與表示不一致等是也。

(三) 無效之種類

(1) 一部無效與全部無效 一部無效者，法律行為之一部，歸於無效之謂。全部無效者，法律行為之全部，概歸於無效之謂。詳言之，法律行為，常由多方之意思表示而成立者，全部之行爲無效。僅由一方之意思表示而成立者，一部之行爲無效。但一部之無效，常延及於全部，故除有特別情形外，其全部皆歸無效焉。

(2) 相對無效與絕對無效 相對無效者，謂僅對於一定之人，可以主張無效，而

對於他人，則不可主張無效者也。絕對無效者，無論何人，皆可主張無效者也。以無效之性質而論，無效僅有絕對一種而已。然因基於當事人之特定，如惟某人不得主張無效，此則不可不認爲例外矣。

(3) 從始無效與事後無效 法律行爲成立之當時，已生無效原因存在者，謂之從始無效。非因法律行爲成立之當時，而生無效之原因，乃由其後之行爲，致成無效之結果者，謂之事後無效。前者如意思能力之欠缺是。後者如法律行爲之附有條件，因條件不成就，而歸無效是。

(四) 無效之效力

無效之法律行爲，不能直接生本來目的之效力，是其原則。然亦可生特殊之情形，約如左列諸問題：

(1) 法律行爲一部無效是否全部皆歸無效 在原則上，因法律行爲有不可分性，故一部無效，其全部亦受其影響。但事實上如其法律行爲非有不可分，且除去無效部分而外，其餘部分，依舊可以成立者，仍爲有效。(第一百十一條)

(2) 無效是否可以成立其他法律行爲 原夫法律行爲，貴以當事人之真意爲依歸。故如無效的法律行爲，若具備其他法律行爲之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲爲他法律行爲者，應使其爲有效。例如發出票據之行爲，雖因欠缺法律要件而無效，若可作爲不要因債務之承受契約者，其契約爲有效果。(第一百十二條)

(3) 無效法律行爲當事人應否負責 凡法律上使行爲人應負責任者，必基於相當之理由，如果無效法律行爲之當事人，屬於善意在行爲時，確係不知其無效者，當無使其負責任之理。反之，無效法律行爲之當事人，如行爲當時，知其無效，或可得知其無效者，應負回復原狀，或損害賠償之責。蓋非如是，不能保護相對人之利益也。(第一百十三條)

乙 撤銷

(一) 撤銷之意義

法律行爲之撤銷云者，因其意思表示有瑕疵，而其爲目的否認其發生效者也。

詳言之，卽一定之行為，將既確定之能力，因有瑕疵，而使溯及其法律行為，爲自始無效。稱此行爲曰撤銷。稱此行爲曰撤銷權。其性質大略如次：

(1) 撤銷與撤回根本不同。撤回爲通常將其法律行為之未發生效力以前，阻止其發生，其目的在使其行為將來無效。撤銷則因一度嘗發生效力，因有瑕疵，而阻止其效力再行發生，其目的常有溯及既往之效果。此與無效不同，亦與撤回有異也。

(2) 撤銷必有撤銷權者始得爲之。此與無效之法律行為，無論何人皆得主張無效者，異其性質，至何人具有撤銷權，容於下節另述之。

(3) 可撤銷之法律行為必經撤銷始行確定。此爲撤銷之法律行為的特色。詳言之，可得撤銷之法律行為之效力，在未確定之狀態，經撤銷始行確定無效，經追認或撤銷權消滅，始行確定有效也。

(4) 撤銷權因時效或其他原因而歸消滅。因其僅依撤銷之方法，始能發生其效力。故撤銷權經過法定時效，或他種原因，而歸消滅，則可得撤銷之法律行

爲確定有效。此與無效之法律行爲不同。

(二) 撤銷之原因

撤銷原因，亦如無效之有一般的與特殊的二種。今茲所陳，限於前者。一般之原因爲何？即(1)當事人能力受限制。(2)意思表示之瑕疵。(直意保留詐欺脅迫等是)。

(三) 撤銷之方法

撤銷之方法，以意思表示爲之。(第一百十六條參照)其以書件或口頭，均可勿問。但撤銷之意思表示，若相對人有確定時，應向相對人爲之。蓋撤銷行爲，乃相對人一方行爲，其撤銷之行使，自應以相對人接受爲必要。(同條第二項)

(四) 撤銷之效果

撤銷之效果，可分二項說明之：

(1) 撤銷有溯及力 卽撤銷之結果，不僅向將來消滅其效力，且能發生與從始未爲法律行爲之同一效力。故法律行爲經撤銷者，視爲自始無效焉。(第一

百十四條

(2) 撤銷及於第三人 可得撤銷之法律行爲，限於當事人之行爲無效乎？抑使第三人之行爲亦無效乎？對此問題，各國立法例不一，本法從多數立法例，認爲對於第三人，亦得使其無效。故相對人因撤銷行爲而取得權利者，當然復歸於撤銷權人。又從其相對人讓受同一權利之第三人，亦當然喪失其權利。然法律別有規定者，則第三人並不因此而喪失其權利也。（參照第九十二條第二項）

除上之外，相對人或第三人如爲限制行爲能力人，則惟以因撤銷行爲所現受之利益爲限，負償還之責。至當事人知其得撤銷，或可得而知者，其法律行爲撤銷時，準依第一百十三條規定，應負回復原狀或損害賠償之責任耳。（第一百十四條第二項）

於茲與撤銷有相反者，卽承認是承認者，乃有撤銷權人將撤銷之行爲，變更其爲有完全之意思表示也。故承認爲拋棄撤銷權之一方行爲，非有撤銷權人，不得主

張也。

承認之方法，與撤銷同其效力，除無特別訂定者，亦與撤銷有溯及力。換言之，承認之效力，視爲從始不得撤銷，蓋承認不但對將來使生效力，且能補其行爲當時之瑕疵也。但承認行爲，不得害及第三人之權利，是屬當然之事，毋待明文規定焉。（第一百十五條參照）

又有二種法律行爲，其性質與撤銷頗相類似者，本法特爲明揭如下：（一）法律行爲，須得第三人之同意，始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人一方爲之。（第一百十七條）蓋同意爲除去法律行爲效力發生之障害，是爲獨立行爲，非法律成立要件，故不必須法律行爲之方式也。（二）無權利人就權利標的物所爲之處分，經有權利人之承認，始生效力。（第一百十八條）其因無權利人就權利標的物爲處分後，取得其權利者，其處分自始有效。（同條第二項）若處分並不止一處，而致數處分相抵觸時，其處分之效力，以最初之處分爲有效，此本法第一百十八條第三項所由設也。

第十二章 期日及期間

(一) 期日及期間之意義

時爲自然事實中無形抽象之狀態，基其來源，本從天空降瀉，不絕如縷，溯自混沌初開，以至今後世界，歷無窮之邁古，互於無窮之將來，無所間斷，而亦不能間斷，正如長江之流，滔滔然來，滾滾瀾瀾，無窮期之或息者也。歐美哲學家，所謂『時間之流』，其亦如斯之謂歟？

以法律之觀察，時也者，測定事實前後之尺度也。事實之前後，於法律上有重大之關係，無論公法私法，時之地位，實占扼要，其於私法也爲尤甚。蓋時之經過，與權利之得失及消滅，愈關密切。例如人之權利能力，始於出生，終於死亡，則出生之時，卽以定其權利能力取得之時。死亡之時，卽以定其權利能力喪失之時。此外尙有其他種種之法律效果，與時極有關聯，然則時之功用，蓋也可知矣。

時之重要，誠如上所述。然時究爲一無間斷之狀態，吾人於此，有不得利用其時

之部分，以達目的之需要，況時事日煩，法律關係愈密，凡以法令裁判所之命令行政處分，或意思表示等，藉『時間之流』劃為片段，以為區別事實前後之標準者，此即期日與期間所由生也。

期日與期間之意義為何？日期日者，一定日期之謂也。期間者，自此一定日期，至他一定日期中之繼續時間之謂也。前者例如本年本月本日，或某年某月某日之類。後者例如本年本月本日，至某年某月某日，或自某年某月某日，至幾年幾月幾日之類。期日與期間之異點，不在時間之短長，而在時間有無繼續之觀念，故期日縱非為一瞬息之事，然其性質無論如何，亦缺乏繼續之觀念，而期間則非包含有繼續之觀念，不可得也。期間與期日，雖同為時之部分，然一則從靜的方面觀察，一則從動的方面觀察。期日為一點，期間為一段，點不可分割，而段尚可劃分，是二者之性質，顯然有別矣。立法不日期限，而明示為此者，豈無故哉。

(二) 期日及期間之計算法

期日及期間，有由當事人定之者，有由法令定之者，有由審判或行為定之者。定

期間之人，雖特別計算之方法，無妨許准，但法律爲補充當事人及法令等之意思起見，特爲設定一般適用之準則，以爲計算之標準焉。（本法第一百十九條參照）

期日及期間之計算法，分爲自然計算法，及曆法的計算法，二者互有長短，前者於計算上，微嫌略煩，然甚精密，以之計算短時間，極爲利便。後者雖欠精密，然甚簡易，以之計算長時間，甚屬適宜。各國民法，在原則上皆採用曆法計算法，惟遇以時定期間者，則取自然計算法。本法依多數立法例，亦採用此原則。茲依次說明之：

（甲）自然的計算法——以時定時間之計算法 自然計算法者，從某事實發生之時起，計算其時間之數，以定其期間之謂也。例如本月十日午後一時起，十五日，則至本月二十五日午後一時爲滿期之類。本法第一百二十條，所謂即時起算，卽此之計算法也。

（乙）曆法的計算法——以日月星期或年定時間之計算法 曆法的計算法者，依曆計算之謂也。所謂曆，陽曆也。自午前零時起，至午後十二時之時間止，謂之一日。自某月之一日起，至某月之末日止，謂之一月。自日曜日午前零時起，

至土曜日午後十二時之時間止，謂之一星期。自一月一日起，至十二月之末日之時間止，謂之一年。月有大小之差，年有平閏之別，悉從曆定計算之，曆法的計算法，依本法明定，分別列舉如左：

A 以日星期月或年定期間者，其始日不算入。例如自三月三日起，三日三星期三月或三年，其三月三日之期間，不應算入，而從翌日起算，即四日是也。
(本法第一百二十條第二項規定)

B 以日星期月或年定期間者，以期間末日之終止，爲期間之終止。蓋以日星期月或年定期間者，應否以期間末日之開始，爲期間之終止？抑以其末日之終止爲期間之終止？法律須明定之。本法依各國立法例之多數，定爲以期間末日之終止，爲期間之終止。例如前例三日期間之末日，爲三月六日，則三月六日爲時間之終止日也。(本法第一百廿一條規定)

C 期間不以星期月或年之始日起算者，以最後之星期月或年，與起算日相當日之前一日，爲期間之末日，但以月或年定期間於最後之月無相當日者，以

其月之末日爲期間之末日。期間自星期日或年之開始起算者，則以星期日或年之終止爲終止日，實際上不發生問題。例如從星期日起算，至星期六爲一星期是。（餘可類推）反之其時間若不以星期日或年之開始起算期間者，究以何日爲終止？法律有設特別規定之必要。本法規定與起算日相當日之前一日爲終止，所以防無益之爭議也。例如從星期一起算一星期期間，以下星期日爲期間之末日，從二月十五日起算一個月，期間以三月十四日爲期間之末日。從三月二十日起算一年期間，以次年三月十九日爲期間之末日是也。但在以月或年定期間之場合，其最後之月無相當日者，此際應以其月之末日，爲期間之終止。例如二月十五日起算，約定十五日之期間，應以二月三十日爲末日。而二月並無三十其日，即以二月廿八日，爲期間之末日，逢閏則以二月廿九日爲期間之末日可也。（本法第一百二十一條及第二項規定）

D 於一定日期或期間內，應爲意思表示或給付，其期日或期間之末日，爲星期

日紀念日或其他之休息日時，以其休息日之次日替代之。應爲意思表示或給付之一定期日或期間，其末日適爲星期日紀念日或其他休息日種種，則不能爲意思表示或給付。例如對於定期催告之答復，適爲日曜日，或總理誕辰，或某種紀念休息日等，此皆不能以相當期間內履行，故規定以其次日替代，洵至當也。然亦限於爲意思表示或給付而已。蓋非於此時間，盡人不得爲法律行爲耳。（本法第一百廿二條）

E 稱月或年者，依曆計算。但月或非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。以月或年定期間者，計算之際，一月之日數不等，一年之日數亦不等，容易滋生疑義。故本法特定爲依曆計算，所以謀交易上之便利也。然月或非連續計算之性質者，如工作數月，旋即停工，又復繼續工作，若工資係按年計算者，則此際既無從依曆法計算。故本法規定，就其日數，以一年爲三百六十五日。一月爲三十日計算，庶幾可免無謂之爭執，而立法方得云平焉。

（第一百廿三條及二項規定）

F 年齡自出生之日起算。但出生之日，無從確定時，推定其爲七月一日出生。知其出生之月，而不知出生之日者，推定其爲該月十五日出生。年齡出生日之起算，與民法極有關要，然計算年齡，其出生之日，應否算入，古來學者，聚訟糾紛，莫衷一是。近代各國，大率規定自出生日起算，夫然後方足適合人類生活之觀念也。但遇出生之日，無從確定時，究以何法辦理。各國民法，概用推定之方法，惟其推定或以其爲年初出生者，或以其爲年終出生者，衡諸事理，豈得其宜。本法折衷其說，推定其爲七月一日出生。其知出生之月，而不知出生之日，推定其爲該月十五日出生。蓋酌斟其間，而不失其平也。（本法第一百二十四條規定）

第十三章 消滅時效

(一) 總論

時效制度之由來，起於吾人尊重永續之事實狀態，而維持社會秩序之公共觀念也。吾人營社會生活，端賴有所保障，而後得以安全鞏固，時效制度之目的，即由此而生。蓋事實之永續狀態，固可創定種種法律關係，且能證明此種種法律關係之基礎。但此種基礎事實，一旦發見其錯誤時，其由事實所發生之一切法律關係，若依理論而使之湮滅，則吾人之生活，將無安寧之希望，法律為補救此流弊起見，許當事人僅能證明其事實關係，即為確定法律關係之担保。即使歷史上之事實，其發源錯誤，雖為時既久，亦必令吾人認為真實而尊重之。要之時效為圖社會共同生活計，使當事人援用時效，就現在之事實的秩序，而變為法律的秩序是也。

時效制度之編制，各國立法例，互有不同。日本民法，將取得時效及消滅時效，均規定於總則編，並設有通則一節。德國民法，將消滅時效，規定於總則篇，而置取得時

效，於物權占有章中。至蘇俄法典，則僅規定消滅時效，而無取得時效之規定。按取得時效，爲占有之結果，準之蘇俄先例，及吾黨主義，應否承認，尙待研究，即使有規定之必要，亦似以取法德國，置諸物權占有章中爲宜。故本章僅設消滅時效之規定。（見樓桐蓀民法總則編釋義）

關於消滅時效之結果，依日本民法之規定，係喪失其權利之本身。依德國民法之規定，則僅喪失其權利之請求權。本法依德國制規定，爲請求經若干年不行使而消滅，所以然者，蓋消滅時效之目的，在於減少人民之糾紛，維護社會交易之安全，保持社會之秩序耳。其加限制，卽在此經久長時間之請求權，與權利本身之存在，固無妨於公共生活之安寧也。審如是，則於消滅時效完成後，債務人固得拒絕請求，但債務人如已爲給付之履行，或以契約承認債務，或提出担保者，不得以不知時效爲理由，而請求返還。又如抵押權質權留置權，所担保之請求權，雖因時效而消滅，債權人仍得就該抵押物質物留置物，取償債務，實爲當然之結果。關於消滅時效之時間，有定爲三十年者，如德國法國之民法是。有定爲十年者，如暹羅民法是。有定爲三年者，

如蘇俄民法是。揆之吾國現狀，皆未爲當，蓋吾黨主義，以民生爲中心，而尤對於經濟之組織，亟待發展。苟期間過長，則權利關係，久不確定，影響社會利益，何堪設想，然使期間過短，亦殊非保護權利人之道。故本法根據中央政治會議立法原則，定爲十五年。但法律有特別規定者，從其所規定，是亦立法精神無微不至耳。關於時效之起算，多數立法例，均規定自請求權成立時起算。惟請求權雖經成立，而權利人因天災地變及其他不可避之障礙與困難，不能行使其權利時，若使時效自成立時間算起，則權利人必蒙不測之損失，未免顯欠公平。故本法規定消滅時效，自請求權可以行使時起算，至以不行爲爲目的之請求權，則債權人對於債務人，無須請求，應自債務人爲違反義務之行爲起開始計算，是又當然之理也。

關於時效中斷，各國分概括主義，及列舉主義二派。本法從多數立法例，採取後者，以期明顯，並羅列例外，以示限制。對於時效存續各條，僅於一百三十七條爲包括之規定，藉資簡便，至時效停止，及時效不完成，均依普通法例，分別規定之。

復次時效制度，關於公益，性屬強制。故本法規定，不得預先拋棄其利益，並不得

以法律行爲加長或縮短之。蓋時效期間，若許拋棄或加長，則失設立時效之本旨。若許減短，則本法所定之期間，已比較縮小，似不能認當事人，再爲減縮，致損權利人之利益也。

(二) 消滅時效之意義

時效分取得時效及消滅時效兩種，二者之起源不同，故其效果，遂生差異。蓋取得時效，起源於十二銅表市民法之規則。消滅時效，起源於裁判官之命令。前者以占有爲基礎。後者以權利不行使爲基礎。前之效果，爲權利之取得。後之效果，爲權利之消滅。皆循社會之慣習，保持交易安寧之秩序也。然取得時效，本法不列入總則編，前已述之。則本節之所述，僅限於消滅時效之一種。此其所以不標名爲時效之意義，而曰消滅時效之意義者，蓋爲縮小範圍起見也。然則消滅時效究作何解？曰此因消滅時效，屬於時之經過，而生結果。故欲明瞭消滅時效之意義，當先知時效之本質，然後進而求之，則得之矣。雖然，言時效之本質，則因各國之立法例而異。蓋時效制度之根本目的雖同，而其達目的之方法不必一致故也。茲就本法所規定，說明時效之本質

如下：

時效者，因一定期間，永續行使或不行使其權利，而生權利得失之法律的事實也。分析如次：

(甲)時效爲法律之事實 所謂法律事實，謂以權利取得喪失或消滅爲其基本原因之事實也。事實分天然事實，與法律事實二種。凡人之出生死亡，屬於天然事實。法律行爲之適法行爲，皆爲法律事實。時效亦法律事實之一也。

(乙)時效以時之經過爲其必要成分 時效制度，爲尊重永久繼續之事實狀態，已如上述。則所謂永續，必須有時之觀念，爲其前提，可知故時之經過，與時效之關係，不可分離。否則縱有取得權利之原因，而不具此要件者，不得謂爲時效。例如以平穩及公然之方法，開始占有動產之人，若係善意並無過失者，即時取得於其動產上行使之權利，非斯處所云之時效焉。

(丙)時效以權利行使或不行使爲要素 時效不僅以時之經過爲唯一之元素，而權利之行使或不行使，與時之經過，實相待而成，亦構成時效之要素也。

(丁)時效爲權利取得或消滅之原因。權利永續行使或永續不行使，民法特重視之。權利永續行使者，使之取得權利，卽取得時效是。永續不行使者，使之消滅權利，卽消滅時效是。關於此點，各國民法，定何種程度之下，爲權利得喪之原因，各有不同，此已於總論中述時效制度之效果時詳之。茲不贅。

時效之本質，約如上述。茲再言消滅時效之意義：

消滅時效者，因一定期間內不行使其權利，而生消滅權利之法律事實也。消滅時效，爲時效之一種，其時效之作用，係從消極方面觀察。故消滅時效，以權利之不行使，及一定期間之經過，爲其成立要素。茲且解答如下：

(甲)以權利之不行使爲基礎。權利之不行使云者，乃云雖得行使權利而不行使之謂也。蓋消滅時效，雖爲公益而設，而其中實含有懲戒權利人怠慢之意。權利人不行使其權利，則怠慢之責，實無可恕，而義務人意思之善惡，非所問也。

(乙)經一定之期間爲要件。一定期間之經過，與時效極關重要，已見前述。則消

滅時效，亦當然不能免時間之支配，惟消滅時效，所須經過之期間，其長短因各種權利而有差別，容而次節述詳。

(三) 消滅時效之期間

消滅時效之結果，在使債權之請求權，歸於消滅之一種原因而已。關於消滅時效時間之短長，依本法所定之原則，定為十五年。然有左列諸特種情形，縮短其期間者，臚列如後：

(甲) 五年之時效期間 如利息，紅利，租金，贍養費，退職金，及其他一年或不及一年之定期給付債權等。其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。(第一百二十二條) 蓋此種債權，債權人可從速請求債務人履行，毋庸遲緩其期間也。

(乙) 二年之時效期間 此本法第一百二十七條所規定，其消滅時效期間為二年。如左列各款之請求權是：

A 族店飲食店及娛樂場之住宿費飲食費座費消費物之代價及其墊款。

B 運送費及運送人所墊之款。

C 以租賃動產爲營業者之租價。

D 醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款。

E 律師會計師公證人所收當事人物件之交還。

F 律師會計師公證人之報酬及其墊款。

G 技師承攬人之報酬及其墊款。

H 商人製造人手工業人所依給之商品及產物之代價。

以上各款，其請求權有性質宜速履行之債權，有債權人不交付受領證爲通例之債權。故消滅時效，自宜減縮，以之定爲二年，實無不合。

關於消滅時效，在何時起算，以自請求權成立時起算乎？抑自請求權可以行使時起算乎？此不可不設明文以規定之。本法第一百二十八條定：『消滅時效自請求權可行使時起算』故凡請求權發生後，可以即時行使者，其期限即時起算，若請求權發生時，因特別障礙及特種困難不可避免者，則自可以行使時起算，所以保護權

利人也。

以不行爲爲目的之請求權，即債務人負有不行爲義務者，債權人本無須請求，故其期限，自債務人爲違反義務之行爲時起算，即債權人可以請求不行爲時也。（本法第一百二十八條第二項規定）

（四）消滅時效之效力

消滅時效，屬於時效之部分，故時效之效力，亦準用之於消滅時效也。時效效力，約分二項述之：

（一）時效有溯及力 通常之法律事實，於其事實完成時，以向將來發生效力爲原則。反之，時效之完成，不僅向將來發生效力，乃溯及時效起算日而生效力。詳言之，即完成之時效，溯及其進行之始，發生效力者也。蓋時效制度之目的，在於尊重永續之事實狀態，若時效之效力，祇能向將來發生，則時效進行後，完成前，本於其事實狀態所發生之種種法律關係，勢必破壞而後已，殊有背馳於時效制度之目的也。故時效非併時效進行中之事實狀態而保護之，誠

有不可也。審如是，時效既有溯及之效力，則其結果，當事人於時效進行時，即取得權利或消滅權利焉。日本民法第一四四條，舊民草第二七四條，均有明文規定。本法惜付闕如，是亦有美中不足之憾也。

(二)時效及於從權利 主權利之時效，及於從權利之效力。蓋從權利乃附屬於主權利之權利，若因時效取得主權利，或喪失主權利之人，其效力不得及於從權利時，於實際上殊感不便，故法律使其原則，及於從權利焉。例如對於主債務人之請求權，已罹時效完成時，則其結果，對於附隨遲延利息之請求權，賠償滋息之請求權，或對其保證人之請求權，皆罹時效而喪失之也。（舊民律二七五條新民法一四六條）

(五) 時效之中斷及其效力

中斷云者，時效開始進行之後，因某種事實之發生，使時效不能繼續進行，而已經過之期間，歸於無效之謂也。故中斷之事由，一旦消滅後，時效即須重新開始進行，其經過期間，不能列入時效期間計算之也。

法律承認時效中斷之理由，乃時效制度之基礎，所發生之結果。蓋時效制度之根本目的，在於以無反應之形跡爲限，尊重其永續之事實狀態，若其事實既有反應之形跡，當然毋尊重耳。

時效中斷之原因，分自然中斷及法定中斷二種。自然中斷，係由外形之事實而成。（如占有喪失是）多於取得時效中規定之。法定中斷，係由法定當事人一造之行爲，而成爲取得時效與消滅時效共通之原則。本法對於消滅時效中斷，取列舉主義，要皆屬於法定中斷。茲分別說明之：

（甲）請求 請求者，謂債權人向債務人要求爲債務之履行，當然爲時效中斷之原因。（第一百二十九條規定）

（乙）承認 債務人對債權人請求之本旨，表示願意履行義務之意思表示者，謂爲承認。其承認之方法，無論以清償一部，納付利息，提供擔保種種，均無不可。要之，足以證明對於權利人之請求爲承認時，卽爲時效中斷之原因也。（第一百二十九條規定）

(丙)起訴 起訴謂債權人根據訴訟上一定之程序，向法院請求國家以公權力強制債務人履行義務之行為，故亦得為時效中斷原因之一。（第一百二十九條規定）

(丁)準起訴 準起訴，亦為當事人向法院請求公力救濟行為之一種，與訴訟上所謂起訴不同，但法律為保護權利人起見，許其與起訴有同一之效力，本法第一百二十九條規定：準起訴得為時效中斷之原因，約有下列五種：

A 依督促程序送達支付命令 所謂督促程序，即債權人請求法院對於債務人發支付命令為目的之特別訴訟程序也。依督促程序送達支付命令時，即生訴訟拘束，故能發生時效中斷之效力，是不待言。

B 因和解而傳喚 因和解而傳喚者，因和解而為裁判上之傳喚之謂也。因和解而傳喚，是權利人既有主張其權利之表示，故亦能生時效中斷之效力也。

C 報明破產債權 破產債權者，對於破產人之債權之謂也。報明破產債權，即

係債權人主張其權利之表示，故能發生時效中斷之效力，毋待深論。

D 告知訴訟 告知訴訟云者，乃原告或原告對於第三人為促其參加通知其訴訟，現已存在之謂也。訴訟之告知，是即對於被告知人主張其權利之表示，便能發生時效中斷之效力，亦屬理之當然也。

E 開始執行行為或聲請強制執行 此二者皆權利人為主張其權利之表示，故能使時效中斷之效力發生，是不待言也。

時效中斷之原因，略如上述，茲且言其效力：
時效中斷之效力如何，可分二項說明之：

(甲)時效中斷效力之範圍 消滅時效中斷效力，祇能引起中斷之當事人及其繼承人受讓人間而發生，不能及於他人，蓋中斷之效力，為相對的，非上述之相對人，不能使他人任意受中斷之利益，或受中斷之損害故也。例如甲乙二人，對於丙擔負連合債務，乙向丙承認，則乙之消滅時效中斷，而甲之消滅時效不中斷，依舊罹於消滅時效之效果也。

(乙)時效中斷發生之效力 可分述如下列各種情形：

A 因請求而中斷時效者，若於請求六個月內不起訴，視爲時效不中斷。(第一百三十條)

B 因起訴而中斷時效者，若撤回其訴訟，或不合法而受駁回之判決，其判決確定，視爲時效不中斷。蓋撤回其訴，是當事人拋棄其依訴而生之保護請求權。又其訴爲不合法而受駁回之判決確定時，其訴既爲無效，則其因訴之提起而生中斷之效力者，至此亦失其效力也。(第一百三十一條)

C 因送達支付命令而中斷時效者，若訴訟拘束，失其效力時，視爲時效不中斷。蓋因送達支付命令而生之訴訟拘束，若既失其效力，則與未發支付命令無異，則不因送達而生時效中斷之效力，亦屬當然之事。(第一百三十二條)

D 因和解傳喚而中斷時效者，若相對人不到庭，或和解不成時，視爲時效不中斷。蓋此行爲爲不行使其權利，故不使發生中斷之效力，洵至當也。(第一百

三十三條)

E 因報明破產債權而中斷時效者，若債權人撤回其報明時，視爲時效不中斷。蓋債權人雖已爲破產債權之報明，如其後撤回其報明時，則與訴訟之撤回無異，不生時效中斷之效力也。（第一百二十四條）

F 因告知訴訟而中斷時效者，若於訴訟終結後六個月內，不起訴視爲時效不中斷。蓋民事訴訟法之規定，當事人之一造，對於第三人爲訴訟之告知。若訴訟了結後六個月內，告知人不起訴者，是不欲完成行使其權利，亦不使因訴訟告知，而生時效中斷之效力。（第一百二十五條）

G 因開始執行行爲而中斷時效者，若因權利之聲請，或法律上要件欠缺，而撤銷其執行處分時，視爲時效不中斷。蓋開始執行行爲，若有上述種種事由，則與未開始執行時無異，故亦應使不發生時效中斷之效力也。（第一百三十六條）

H 因強制執行而中斷時效者，若撤回其聲請，或其聲請被駁回時，視爲時效不

中斷。蓋此與前條情形頗同，無異於未爲強制之執行，故使不生時效中斷之效力，亦理之當然焉。（第一百二十六條二項）

（六）時效之不完全及其效力

時效之不完全者，於時效期間進行終止之際，因特定事由之發生，暫時不令其時效完成之謂也。時效之不完全，與時效之中斷，及時效之停止不同，蓋時效中斷，乃謂已經過時效期間之一部，法律上歸於無效，而令其時效從新進行是。時效停止，則不以既往之時間爲無效，乃法律令其一時休止，待其休止之原因消滅後，再行算入至贖餘之期間，經過後其時效卽爲完成。時效之不完全，則並非停止其時效之進行，亦非將已經過之時間，胥歸無效，乃其時間進行終止之際，暫令其不完成而已。三者之性質懸殊，不可混爲一談也。時效中斷，前已述之，時效停止，因本法別無規定，故不贅陳，時效不完成之原因，綜合之有下列各種：

第一 基於事實上之障礙而生者

所謂事實上之障礙，乃指天災或其他不可避之事變，（如因兵燹水火疫癘等

是)足以妨礙中斷時效之事實而言,蓋事實上障礙之發生,每非人力所能阻止,若認其時效爲完成,殊失事理之平。故法律爲保護其利益起見,與以一定之期間,俾得有中斷時效之機會,惟遇此種情形,僅適用於時效之期間將終了時,能因該事實妨害權利人行使其權利者爲限,而其停止期間,應自妨害事由消滅時起一個月內,其時效始不完成也。(本法第一百三十九條新民草第二一五條舊民草第二九四條參照)

第二 基於繼承財產之權利而生者

屬於繼承財產之權利,或對於繼承財產之權利,自繼承人確定,或管理人選定,或破產之宣告時起,六個月內,其時效不完成。蓋繼承開始之際,在繼承未經確定,或管理人未經選定,或繼承財產,不足以清償債務,而致受破產之宣告者,究無人爲中斷行爲,亦無人受中斷行爲,苟不許其停止進行,難保罹於時效之虞,爲保護其權利計,不得不如此辦理也。(本法第一百四十條舊民草第二一六條舊民草第二九六條參照)

第三 基於當事人行爲能力而生者

無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，於時效期間終止前，六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行爲能力人，或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成。蓋此爲保護未成年人之法益故也。（本法第一百四十一條新民法草第二一八條舊民草第二九六條參照）

第四 基於當事人之代理關係而生者

此所謂當事人代理關係，卽無行爲能力人或限制行爲能力人，對於其代理人，得以主張其權利之關係是也。此種未成年人，對於其代理人之權利，如法定代理人對於未成年人，負有債務，應於代理關係消滅後，一年內其時效不完成。（本法第一百四十二條）

第五 基於身分上之關係而生者

由於身分關係而生之時效不完成，如夫對妻，或妻對夫之權利，於婚姻關係消滅後一年內，停止其時效之完成。蓋夫妻間之權利，在婚姻關係消滅後，（例如離婚）

其時效亦應停止進行，以保全其利益也。（第一四三條）

時效不完成之原因，如上五種。時效不完成之效力，即時效期間進行終止之際，使其效力暫時不完成，必其法定猶豫時間經過後，其時效始完全成立焉。

第十四章 權利之行使

(一) 權利行使之本位

何謂權利之行使，卽有權利之人，依正當之行爲，以實現其權利爲目的之動作也。權利行使之本位者，行使權利之中心觀念，或行使權利之立腳點是也。由法律進化之程序，以觀人類最初之團結，在鞏固其團體，以禦外來之強敵，故事事首重服從，義務之觀念，由此而生。其後以社會之中心力，強行此種義務，遂生法律，握此法律，以保衛其團體員之生存。其結果人類對於社會中心力的最高權力者，惟負絕對服從之義務，於此場合，全無行使權利本位之可言。洎乎個人思想逐暫自覺，意欲之觀念，亦逐暫發展，爲圖個人之幸福，乃謀與最高權力者反抗，於是法律亦本時世之要求，一變而爲權利之工具，甚且有執客觀之權利，卽爲法律之內容，是蓋已由義務本位，進而爲權利本位矣。然其結果，因個人主義趨於極端，權利之擁護，悉爲少數特種階級之保障，其流弊何堪設想，而究法律爲社會生活之規範，促進共同生活之安全，以

求合於正義衡平之本旨。苟法律專為保護特種階級之觀念，誠非最終局之目的。况今法治國家，民智發展，已由個人自覺時代，入於社會自覺時代，深知個人主義之弊害，思有以改善之。權利思想之濫用，思有以制限之。故處今日而言權利行使之立脚點，當以社會化為其前提。詳言之，法律之所以為法律，乃一般羣衆平等之法律，法律之保護，絕無何種階級之區分，立法之原則，以全民之幸福為基礎，以貧弱之救濟為着眼，而保護私權制度之基本觀念，亦當然隨法律之進化，而成為合理公正之新趨勢焉。

(二) 權利行使之範圍

保護私權制度之目的，一方固在使個人私益得以安全，他方即在謀社會共同生活之發展。惟然，行使權利之得當與否，依原則論，雖屬權利人之自由，但法律為防衛濫用權利行使之流弊，破除社會經濟之障礙，不可不設明文以限制者，則權利人非於限制內，不得行使其權利也明矣。茲分(甲)行使權利之限制及(乙)行使權利之救濟二項述之：

甲 行使權利之限制

權利人對於其權利，得爲一切正當之行使，苟有妨害之者，固可主張排除權，予相對人以相當之制裁，斯爲法律保護權利人之目的。然苟聽其自由，一任權利人肆意行使其權利，則其結果，直接影響人民之事業，間接破壞國家立法之政策，於是各國爲防患於未然計，靡不設有限制權利濫用之規定。德國民法，本此原則，特示以明文。瑞士民法，亦有類似之規定。蘇俄民法，且有與社會經濟不相容之權利，不受法律保護之規定。我新民法折衷各國立法例，規定權利之行使，不得以損害他人爲主要目的，（第一百四十八條）此亦無非兼顧人民的生活，及社會的生存而設也。惟其所謂主要目的，祇須行爲之目的，重在損害他人，其爲單一或數個，均可不問。

乙 行使權利之救濟

關於權利行使之救濟制度，普通分爲公力救濟及私力救濟二種。德國除依公力救濟外，復於總則編第六章，設有私力救濟之規定，我新民法及新舊民草，僅於總則中規定私力救濟而已。所謂公力救濟，卽國家設訴訟機關，爲解決私權之爭執是

也。私力救濟，則可分爲自衛及自助兩種。對於私力救濟，各國立法例，採取不同。德國兼取自衛與自助二者，日本民法，僅承認自衛，而不承認自助。按近代學者，有主張私力救濟，不適宜於法治國者。然當此國家設備未臻完密之時，私力救濟亦可補法律之所不及，似不可加以根本否認，故各國民法，大都規定於一定之限度內，予人民以私力救濟之權。本法仿德國制，原則上亦認有私力救濟之權限，惟加以嚴厲之限制，如對於現時不法之侵害，得主張正當防衛，然以不逾越必要之程度爲限，否則仍應負責任也。

自衛云者，權利人用自己能力，防衛他人不法侵害，或避免急迫危險之行爲也。前者稱爲正當防衛。後者稱爲緊急避難。民法上所謂正當防衛，不僅現時自己之權利，受不法之侵害，卽他人之權利受侵害時，亦可行使防衛權。惟行使防衛權，應具備下列諸要件：（1）須爲不法的侵害。（2）須爲現時不法侵害。（3）須爲防衛自己或他人之權利。（4）須爲不得已行爲。合此四種，而後始得主張防衛權也。

緊急避難，爲避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危

可。故緊急避難，亦須有下列諸要件：（1）其行爲屬於自己或他人之急迫危險。（2）其行爲須對於生有危險之事物而爲之。（3）其危險發生須爲不可避免之情形。（4）其危險之發生須行爲人原不負責任者。非此不能爲緊急避難之行爲也。

正當防衛與緊急避難之區別極難。在昔之學者，其區別之要點，謂一爲加害於人，一爲加害於物，然此不能視爲一定之標準。近代學者，謂其一有反射性，其一係避難性，洵至善也。例如甲欺乙可侮，將舉拳擊其背，乙以腕力反抗之，卽前者之例。丙因不慎於火，致召焚如，急破毀鄰右丁之窻戶逃出，以保全自己之生命，卽後者之例也。

所云自助，卽用自己之能力，保護自己之權利，對於他人之自由或財產，施以相當之拘束之行爲也。行使自助權，以不及受官署援助，並非其時爲之，則其請求權不得實行，或其實行顯有困難者爲限。蓋私人以自己能力實行享有其權利，每有害及於社會性的行爲，若非出於不得已，法律當然不予以保護。大理院三年上字第七七八號判例有云：國家關於民事訴訟，已有設備，則個人關於私權上之爭執，儘可請求國家機關以公力救濟，苟非真有急迫之情事，無須個人自爲保全之行爲，卽此意也。

自助行爲，必須具備之要件，約如下述數點：（1）須不及官署之援助。（第一百五十一條但書規定）（2）須非其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者。（同條但書規定）（3）須管收之後，即時向官署聲請援助。（第一百五十二條第一項規定）蓋非此不足以保全權利行使之流弊耳。

（二） 權利行使之担保

新舊民草關於權利之行使，所與謂權利之担保，同時規定於總則編者。然權利之担保性質，完全係物權債權上之問題，似無規定於總則編之必要，故本法特捨棄之。今茲所述，權利行使之担保，並非如權利担保之所云，乃係從正義方面以立論之也。

自十九世紀羅馬主義發達以後，『法治國』之思想，日益發達，人民對於權利行使之觀念，一以自由平等爲原則。質言之，即承認權利行使之本位，有絕對擴張之權限，縱使其行爲在道德上爲『不正』，但以無害於他人之法益，則法律不能不認爲適法者。充其極也，權利之行使，每不顧社會全體之利益，與羣衆生存之基礎，純取放

任態度，其不因此而僨事者幾希。雖然，或謂權利之行使，於法律既有特設專條以限制，則無慮發生不當之結果，殊不知法律之所以支配於吾人者，僅及於外部之行爲，並無力及於內部之心意，人類營共同生活，首重協同互助之精神，不待國家加以拘束，而後始遵守服從之。且吾人行事之乖正，一本其人之理智情感以爲判，而賴於法律之感化以收效果者，蓋亦極少也。然則人類有藉於正義之補助，實不容緩矣。

何謂正義？簡言之，卽爲誠信。誠信二字，並非神祕之性質，亦非倫理學上之名詞，乃爲法律學上之用語。所以示法律運用之規範，而爲補救法律內容所不及之缺陷起見也。瑞士民法第二條規定：『行使權利履行義務均須誠信。』我國舊民草第二條亦設有『行使權利履行義務，應依誠實及信用方法』之規定。其立法之精神，無非尊重吾人內心之檢攝，以充實社會生活之健全者也。

原夫誠信一語，爲社會生活之基礎，且爲助長交易發達之根源也。背於道德上誠實及信用舉動，原爲法律所不許。反觀我舊民草前三編之編纂大意曰：『竊維民律之設，乃權利義務區判之準繩，凡居恆交際往還，無不受其範圍，探厥旨要，尤在存

誠去僞，阜物通財，促進國民日臻上治……』等語。審如是，誠信在私權上之重要，於此可以概見。

方今青白旗幟發揚之日，立法原則，重在王道之精神，然則所謂誠信，當去王道不遠矣。謂權利之行使，須以誠信爲担保，誰曰不宜。

(四) 權利行使之責任

何謂權利行使之責任？即權利人超越其應當行使權利之範圍，而受法律予以制裁之謂也。行使權利之限制，與夫行使權利之救濟，前既述之。今茲所論，係就權利人負法律上之義務而言。蓋法律既認私權不以絕對自由行使爲大原則，故亦無絕對保護權利人之理由也。責任之程度如何，僅依本法所規定，說明如后：

(甲) 由自衛範圍所生之責任 其情形有二：

A 基於正當防衛所生者 法律許權利人防衛他人現時不法之侵害，得主張正當防衛固矣。然正當防衛權之行爲，以不逾越必要之程度爲限。否則仍應負相當賠償之責。所謂必要程度，固無一定之標準，當視其情形之如何以爲

斷。例如小兒將持竿擊我，我向其奪回之即足，無須猛力還擊，致受傷害之危險也。明乎此，則正當防衛應當行使之程度，可以悟矣。本法第一四九條規定『對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利，所爲之行爲不負損害賠償之責任。但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。』即此之意。

B 基於緊急避難而生者 本法第一百五十條規定『因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險，所能致之損害程度者爲限。』蓋緊急避難，係一種緊急行爲，無論何人，均得爲之，俾得完全保護其之益。然亦須與以相當之限制，使無輕率行事，以免妨害相對人。本法明示以不逾越危險所能致之損害程度，蓋仍寓保全公共秩序而設也。又緊急避難其危險之發生，如行爲人負有責任者，則須負損害賠償之責，是亦理之當然焉。（同條第二項規定）

(乙) 由自助範圍所生之責任 行使自助行爲，限於不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行。或其實行，顯有困難始得爲之。蓋非如是，則其行

爲，恐有害及社會之秩序性焉。本法第一百五十一條規定：『爲保護自己權利對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者爲限。』惟依上述之行爲，拘束他人自由或押收他人財產，仍須依通常權利保護之方法，即時向官署聲請援助，誠以自助行爲，非可永續爲之，以其有害於相對人之利益也。（第一五二條）故凡不向官署聲請援助，或其聲請顯有遲延，與聲請被駁回者，行爲人均應負損害賠償之責，是不待言。（同條第二項）

