

大學叢書
中國商事法

上册

劉朗泉著

商務印書館發行

大 學 叢 書
中 國 商 事 法

上 冊

劉 朗 泉 著

南 開 大 學 經 濟 研 究 叢 書
商 務 印 書 館 發 行

引言

社會科學之教本，欲期詳明，貴能撮述理論之概要，而以實際事實印證之。第實際事實，各國不同，故教本之編著，亦貴能相體裁衣，具有國別。近十餘年來，吾國社會科學，漸已發達，然國內各大學中，所採用之教科書，仍多為西籍，即有用中文本者，亦大都取材外國事實。夫採用外籍，固不足病，第以之為講授之教本，則承學之士，所學與所見迥殊，結果思想易陷於紛歧，而所學易感覺隔膜。

編輯社會科學教本，在今日中國，需要甚切，已為一般所共認。本所年來研究工作，除實地調查及統計編製外，兼由各教授致力於教科書之編輯。劉朝泉先生本書，即此項編輯工作之一也。

著述發達，非可一蹴而幾。竭力以赴之，亦須循階漸進，始能達於成熟之境。執教鞭者，懷矜持自重之心，不肯輕於著述，固足以矯正濫於出版之弊，然習用外籍，因循不變，終難使吾國學術，脫附庸而進於獨立。居嘗謂欲促進今日中國學術，應先提倡本國化之社會科學，拳拳服膺，矢志進行已有年。惟本所同人，學識淺陋，編著教本，必多掛漏。第欲披榛覓路，自居於荷戈走卒之列。成熟之鉅著，特創之貢獻，是所望於國內賢達也。

何 廉識於南開大學經濟研究所

中華民國二十五年九月

方序

本所以教學與研究相提並進，已行之有年，務期以己國社會之實況，爲教學與研究之資料。至研究所得已發表者，約略可分之爲三類，卽專題論著，通俗文字，與大學教科書是也。專題論著篇幅長者，皆以專刊發表。如商務出版吳知著「鄉村織布工業之一個研究」及商務出版顯廷著「中國之棉紡織業」諸類是。篇幅短者，則分於本所出版之「政治經濟學報」（中文）及「南開社會經濟季刊」（英文）中發表。通俗文字一類則散見於四年來「大公報經濟周刊」中，并於最近選出是類文字之有關於中國經濟者約百篇，名爲「中國經濟研究」，由商務出版，作爲本所叢書之一。至大學教科書，先已有何廉李銳兩君之「財政學」。本書則由劉君朗泉就多年來教學研究之所得編成。兩書亦均爲本所叢書。本書除宜作大學商學院之教本，卽一般商人，欲求有系統之商事法常識者，亦甚適用也。是爲序。

中華民國二十六年三月

方顯廷序於天津南開大學經濟研究所

自序

本書原係著者近年來在天津南開大學擔任商事法一課時所用之講義。初稿成於二十一年秋季。因鑒於商學院學生選習本課之先，多未習法律課程，恐非先從初步入手，難收啓導之功。故初稿於本論之前，另有前論兩編十章，專述法律學及權利義務之基本知識。而於本論之中，則一以法規爲主；依次分述民法中有關商事之規定，商人通例有效部分，及公司法，票據法上之原理原則。惟如此編制，因未有整個組織之故，在著述上雖有相當之便利，在教學上則殊多不滿意處。例如合夥與公司同爲商業組織之一種，而一則見於本論第一編民法中有關商事之規定，一則見於第三編公司法。票據行爲係發生債權債務原因之一，與契約行爲，代理權之授與行爲，初無二致，理宜置之一編，以便比較，乃一則在第四編票據法，一則在第一編民法中有關商事之規定。即以第一編民法中有關商事之規定而論，其採擇範圍亦僅限於民法債編，而物權編不與焉。結果同爲擔保債務履行之規定，僅保證契約加以敘述，而屬於物權之抵押權，質權，留置權等規定，均付闕如。挂一漏萬，其難令人滿意，自在意中。故著者自二十三年秋始，即易稿重編改訂本。改訂本亦分緒論本論兩部。緒論五章，存初稿前論之原意。本論七編，則一反初稿本論依法規次第編述之方法，而改取混合體裁。自從事商業之人，商業組織，商品，商事權義之發生，商事權義之擔保，有關商事之各種契約，以至破產與和解，雖於法規不免有割裂之嫌，而於全書骨幹則視初稿較有系統矣。書成試

用以來，亦將三年。自覺在教學兩方，成績均較初稿爲佳。茲因本書已列爲本校經濟研究所叢書之一，不日付梓，故記其經過如上，藉告讀者。原書講義本頗多訛字，寄滬之前，承本校同學周昫張葆琦二君細心校正，得鈔魯魚之誤，並此致謝。

中華民國二十六年三月

劉朗泉識於天津南開大學經濟研究所

參考法令一覽表

	公布年月日	施行年月日	備考
(一) 民法總則編	十八年五月二十三日	十八年十月十日	
(二) 民法債編	十八年十一月二十二日	十九年五月五日	
(三) 民法物權編	十八年十一月三十日	十九年五月五日	
(四) 民法親屬編	十九年十二月二十六日	二十年五月五日	
(五) 民法繼承編	十九年十二月二十六日	二十年五月五日	
(六) 公司法	十八年十二月二十六日	二十年七月一日	
(七) 票據法	十八年十月三十日	十八年十月三十日	
(八) 海商法	十八年十二月三十日	二十年一月一日	
(九) 保險法	十八年十二月三十日		二十六年一月十一日修正公布
(十) 保險業法	二十四年七月五日		二十六一年一月十一日修正一四六八、九、四十五、五十五、十六、七十六等條
(十一) 公司登記規則	二十年六月三十日	二十年七月一日	

(十二) 商人通例

三年三月二日

三年九月一日

十六年八月十二日國民政府
通令暫准採用

(十三) 商標法

十九年五月六日

二十年一月一日

二十四年十一月二十三日修
正公布

(十四) 獎勵工業技術暫行條例

二十一年九月三十日

二十一年九月三十日

(十五) 著作權法

十七年五月十四日

十七年五月十四日

(十六) 破產法

二十四年七月十七日

二十四年十月一日

(十七) 刑法

十七年三月十日

十七年九月一日

二十四年一月一日修正公布
二十四年七月一日施行

(十八) 民事訴訟法

十九年十二月二十六日
(公佈一至五三四條)
二十年二月十三日
(公佈五三五至六〇〇條)

二十一年五月二十日
二十四年二月一日修正公布
二十四年七月一日施行

(十九) 訴願法

十九年三月二十四日

十九年三月二十四日
二十六年一月八日修正公布
同日施行

(二十) 行政訴訟法

二十一年十一月十七日

二十二年六月二十三日
二十六年一月八日修正
公布同日施行

(二十一) 印花稅法

二十三年十二月八日

二十四年九月一日
前稱印花稅暫行條例 十六年
十一月二十三日公布同日施行

(二十二) 交易所法

十八年十月三日

十九年六月一日
二十四年四月二十七日修正
公布同日施行

(二十三) 工廠法

十八年十二月三十日

二十年八月一日
二十一年十二月三十日修正
公布同日施行

(二十四) 團體協約法

十九年十月二十八日

二十一年十一月一日

有※者係前北京政府所公布，有×者係國民政府所屬各部以部令所公布，餘皆國民政府以府令所公布。

目錄

引言	一
方序	一
自序	一
參考法令一覽表	一
緒論		
第一章 權利義務之觀念	一
第二章 法律之觀念	九
第三章 私權之主體及客體	一五
第四章 私權之得喪變更	三二
第五章 商事法之意義	四一
本論		

第一編 從事商業之人……………五一

第一章 商人……………五一

第二章 商業使用人及商業學徒……………五五

第三章 代辦商……………五九

第二編 商業組織……………六一

第一章 總說……………六一

第二章 個人資本……………七二

第三章 合夥……………七四

第四章 公司……………九一

第三編 商品……………一四七

第一章 商品之標幟……………一四八

第二章 商品之專利……………一六五

第四編 商事權義之發生……………一八三

第一章 契約……………一八六

第二章 代理……………二一四

第三章 票據……………二二一

第五編 商事權義之擔保……………三一九

第一章 物上擔保……………三二九

第二章 對人擔保……………三五五

第六編 有關商事之契約……………三五九

第一章 買賣……………三五九

第二章 特種買賣……………三七六

第三章 互易……………三八〇

第四章 交互計算……………三八一

第五章 租賃.....三八三

第六章 借貸.....三九六

第七章 僱傭.....四〇六

第八章 承攬.....四一〇

第九章 委任.....四一八

第十章 居間.....四二七

第十一章 行紀.....四三一

第十二章 寄託.....四三五

第十三章 倉庫.....四四一

第十四章 運送.....四五六

第十五章 承攬運送.....四六四

第十六章 海上運送.....四六六

第十七章 保險.....四八一

第七編 破產與和解.....五〇一

第一章	總說	五〇一
第二章	和解	五一四
第三章	破產	五三四

中國商事法

緒論

第一章 權利義務之觀念

就各國今日之法律而言，仍爲權利本位之法律。雖學者多已醉心於社會本位之說，然個人權利之保護仍爲各國現行法律最主要之目的。

何以言社會本位？社會本位反乎權利本位，乃以全社會生活之安全與幸福爲法律最主要目的之所在也。故若依此說，法律之中心觀念不在個人之權利如何始得保障，而在全社會之利益如何始能增進，設個人之利益與全社會之利益竟相衝突，則法律寧捨個人之利益而就全社會之利益。

我國民法及其他法令頗能容納若干社會本位之思想。如權利行使之限制，(註一)契約自由之限制，(註二)無過失賠償責任之確立，(註三)，皆足證明此瀰漫全世界之新潮未嘗不受我國立法者之注意。雖然，我國民法之根本精神，仍如其他各國，而以個人權利之保護爲其全部之出發點。試觀其總則編之編制，法例之下，首爲權利主體

之自然人及法人，次為權利客體中最佔重要地位之物，再次則為法律行為等。所謂法律行為，即使權利發生得喪變更種種動態之重要構成原因也。合此三者乃成一切民商法規共通適用之綱領。然此三者固無一而不以個人權利之存在與承認為前提者也。故研究法律者，不得不自權利始。

(註一)我國民法上之規定，限制權利之自由行使者，頗不乏其例，如民法一四八條規定：「權利之行使，不得以損害他人為主要目的。」又同法一七九條規定：「行使債權履行債務，應依誠實及信用方法。」又同法七六五條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用收益，處分其所有物，並排除他人之干涉。」又同法七七三條規定：「土地所有權，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下，如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之。」等皆是。

(註二)我國民法七一條首段規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」又同法七二條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」又同法七三條首段規定：「法律行為不依法定方式者無效。」又同法七四條一項規定：「法律行為，係乘他人之急迫，輕率，或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為。」以上各條之規定，或因法律行為之內容有瑕疵，或因其方式不依法定，或因行為當時顯失公平，遂使其法律行為無效或得以撤銷。契約行為既為法律行為中最重要之一種，則所以限制一般法律行為者，自可用以限制契約行為也。民法而外，如工廠法，團體協約法，對於契約自由之限制，更有明顯之規定。工廠法中如關於工作時間之限制，童工女工僱用之限制，團體協約法中如對於所定勞動條件必須遵守之限制，皆使契約之當事人對於契約內容之訂定，失去一部分之自由。

(註三)無過失賠償責任，見之於民法者，如民法一八七條規定：「無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利者，以行為時有識別能力為限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任。行為時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。前項情形，法定代理人如其監督並未疏懈，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，不負賠償責任。如不能依前二項規定受損害賠償時，法院因被害人之聲請，得斟酌行為人與被害人之經濟狀況，令行為人為全部或一部之損害賠償。前項規定，以其他之人，在無意識或精神錯亂中所

爲之行爲，致第三人受損害時，準用之。」又同法一八八條一二兩項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行爲人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人爲全部或一部之損害賠償。」工廠法四五條亦規定：「在勞動保險法施行前，工人因執行職務而致傷病或死亡者，工廠應給其醫藥補助費及撫卹費……」蓋不問其致傷病或死亡，是否由於工廠設備尙欠安全與衛生之故，工廠即無過失，亦有賠償之責任也。

權利之本質如何，學說頗多。舉其要者，有利益說與能力說之二說。利益說以爲權利乃法律所保護之利益 (legally protected interests)，德近代法學名家于延齡 (R. Von Ihering 1818-1892) 於其所著羅馬法之精神 (Spirit of the Roman Law) 一書中即主此說。其說頗盛行於其本國，然反對之者亦不乏人。蓋權利實不過得以享受利益之手段，非即利益之本身，若必使權利與利益合而爲一，則得受利益者必盡有權利，按之實際，殊不盡然。能力說對於此點，較利益說爲優。能力說以爲權利乃一種能力 (capacity)，或曰權力 (power)，有此能力之人始能令他人爲一定之行爲或不行爲，其所享之利益則因他人之行爲或不行爲而產生，故權利不過爲獲得利益之一種方法，或名手段，而非利益本身。英美近代學者如霍蘭 (T. E. Holland) 如葛雷 (J. C. Gray) 即主此說。

(註四)

何以言權利人所得享受之利益乃出於相對人 (即義務人) 之行爲或不行爲？豈吾人所得享受之一切利益皆須出於他人之行爲或不行爲乎？此則先須對於獲得利益之方法有所說明。古時文化未開，社會國家之組織未備，凡有所需，除以己力攫取或保持外，別無向社會向國家求助之道，故其時人與人間無所謂權利，亦無所謂義務。

務。迨後社會逐漸發達，輿論、公意之力逐漸加強，昔日吾人之利益非賴己力無以免於劫奪者，今則憑公意之保障亦足保持，則凡能訴之公意求其保護之人，亦即有能力可以制止他人之加害，於是權利義務之觀念始漸發生。惟此種本於社會公意而生之權利，可名曰道德的權利 (moral right) 與法律的權利 (legal right) 有別。法律的權利必待國家之權力逐漸強大，法律之勢力超越任何社會的力量 (social forces) 之後，始漸發達。有法律的權利之人可以請求國家之援助，取得或保持其利益。但無論為法律的權利或為道德的權利，其非僅憑己力以獲得或保持利益則一，其所倚為援助者雖有國家的力量及社會的力量之別，其皆由他力令他人為一定之行為或不行為則一。

(註 四) 普蘭 (1835-1926) 為英國著名法學家，所著 *Elements of Jurisprudence* 一書，為一代權威之作，嘗謂欲知何謂法律的權利 (legal right) 必先知一般之所謂權利 (right in general) 應作何解。其釋一般的權利曰：

“It is one man's capacity of influencing the acts of another, by means, not of his own strength, but of the opinion or the force of society. When a man is said to have a right to do anything, or over anything, or to be treated in a particular manner, what is meant is that public opinion would see him do the act, or make use of the thing, or be treated in that particular way, with approbation, or at least with acquiescence; but would reprobate the conduct of any one who should prevent him from doing the act, or making use of the thing, or should fail to treat him in that particular way.” (前揭書八二頁)

又稱法律的權利曰：

“Legal right is a capacity residing in one man of controlling, with the assent and assistance of the State, the action of other.” (前掲書八三頁)

葛雷(1830—1915)爲美國近代有數法學家，曾講學哥倫比亞及哈佛大學所著《The Nature and Sources of The Law》書尤膾炙人口，其釋法律的權利曰：

“The full definition of a man's legal right is this: That power which he has to make a person or persons do or refrain from doing a certain act or certain acts, so far as the power arises from society imposing a legal duty upon a person or persons.” (前掲書一八頁)

國家或社會爲援助個人得以保持其既得之利益，常令其他之人勿對之爲侵害之行爲，又爲援助個人得以取得或實現其欲得之利益，常令他人對之爲一定之行爲。此在他人即所謂義務。故義務又稱法律的束縛。蓋必有人受此法律上的束縛，權利人之權利始有其內容也。若魯濱遜之在荒島，因無人對之負擔義務，遂亦無權利之可言。但即在人羣之中，苟無國家社會之組織，個人之腕力而外，別無國家社會他力之存在，則亦無權利義務之可言也。

社會愈進步，權利義務之觀念愈發達，吾人有賴於社會國家者亦愈多，而腕力之用則愈反比例的減少。此殆各國一致之現象。至於今日，公力救濟變成常軌，自力救濟不過例外於一定情形下始得爲之。(註五)人民利益之保障，幾全恃國家的及社會的力量矣。

(註五)個人權利被侵害時，必依國家之力以爲救濟者，爲公力救濟，選用個人腕力以爲救濟者，爲自力救濟。例外得許個人以自力救濟之情

形，如我民法一五一條所定：「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，或實行顯有困難者爲限。」又同法一五二條所定：「依前條之規定，拘束他人之自由，或押收他人之財產者，應即時向官署聲請援助。前項聲請被駁回，或其聲請遲延者，行爲人應負損害賠償之責。」

霍蘭氏謂權利一觀念可以分析之爲四部份：（一）享有權利之人（the person entitled or the person of inherence），亦即權利主體；（二）權利之標的物（the object）；（三）義務人之行爲或不行爲（the act or forbearance）；（四）義務人（the person obliged or the person of incidence）。（註六）余則以爲此四者而外，尚應列入社會的力量（the force of society）或國家的力量（the power of state），始足構成一完整之權利觀念。蓋吾人之利益必由社會的力量（即公意之類）而獲得，保持，或實現者，始有所謂道德的權利，必由國家的力量而獲得，保持，或實現者，始有所謂法律的權利也。

（註六）霍蘭氏此項學說見前揭書九一九二兩頁。第二項權利之標的物有時而有，有時而無。例如甲自乙買書一本，甲爲權利人，乙爲義務人。書一本爲甲之權利標的物，乙須將書交付於甲爲義務人之行爲。又如甲僱乙爲僕，甲爲權利人，乙爲義務人，乙須對甲服僕役之勞爲義務人之行爲，但無權利之標的物。

權利與義務爲相關之名詞（correlative terms），人所共知，惟二者間果有如何之關係，則亦非細加考究，無以了然。葛雷氏以爲無義務必無權利，然有義務則不必有權利，可以有並無權利與之相對之義務。必欲由義務而創生（create）權利，須具備下述三要件：（一）其義務須爲義務人之「行爲」或「不行爲」，所謂行爲或不行爲，必爲人之外部動作或不動作，若內心意識未經表現於外而爲言語舉動，不得謂之行爲。凡義務人所負之義務

非出於行爲者，其相對人對之不生權利。例如吾人雖有義務愛吾鄰人，然吾鄰人對吾並無令吾愛之之權利。葛雷氏爲此說，在證明有義務不必有權利，欲由義務創生權利，必其義務係出於行爲乃可。惟余意此說殊屬勉強。義務人之義務若非爲行爲，而爲一種心理狀態，則根本不能認爲係法律上之義務，相對人方面自無權利之可言。蓋法律上之權利義務必自行爲而發生。故僅腹誹他人而無具體之誹謗行爲者，尙不得謂已違背刑法上不得妨害他人名譽之義務，他人亦並無不受腹誹之權利也。（二）構成其義務之行爲或不行爲須對於他人而爲之。若自己雖有義務，然無相對之人，則其義務並不創生權利，而成有義務無權利之狀態。葛雷氏謂此種狀態非不能有，不過少見耳。例如載酒之舟觸於荒礁，旅客船員皆已淹斃，雖僅有船長生存，亦不能坐飲待斃，蓋仍有義務盡力以圖其舟若酒之遇救也。惟余意此時僅存之船長雖有其應盡之義務，但其義務亦非無相對之權利，蓋能對於船長主張權利者，不僅舟中所載之旅客或船員而已，若國家，若船之主人，若貨物主人及託運人等，皆得對於船長主張權利，船長對之亦皆有其義務。故此時不能謂已無相對之人。又構成義務之行爲或不行爲雖須對於他人而爲之，然所謂他人不能限於自然人或私法人，若對於社會國家而有應行爲或不行爲之義務，則其義務亦有其相對之權利存在。例如因遵守不得虐待動物之禁令而負之義務，其相對人並非動物而爲國家是。（三）義務人之行爲或不行爲須爲相對人之利益。若義務人對於某甲雖有爲一定之行爲或不行爲之義務，然其行爲或不行爲非爲某甲之利益（in his interest），則某甲不能對之主張權利。例如某乙爲執行死刑之獄卒，某甲爲待死之犯人，某乙對於某甲雖有執行死刑之義務，某甲對於某乙固無令其將自己處死之權利也。惟余意此時某乙之義務亦非無相

對之權利，蓋能主張將某甲處死之權利人，實爲國家，而非某甲。某乙所負對於某甲執行死刑之義務，乃對於國家而負者。

細察以上三點，實不足證明葛雷氏有義務不必有權利之說。余意權利義務乃一事物之兩面，因觀察點之不同，而有兩種之名稱。故有權利必有義務，有義務亦必有權利。不過義務人之相對人不必爲權利人，權利人亦不必即係受益人而已。（註七）

（註七）葛雷氏此項見解見前揭書八至九頁。

第二章 法律之觀念

依前章之說明，權利義務之觀念既已知其梗概，則法律之謂何自不難於索解。蓋法律者，國家公權力之表現，以責付權利義務為其內容者也。所謂法律的權利既係一種能請求國家公權力援助之能力，則孰得有此能力，孰不得有此能力，自必有一種根據。此根據即為法律。蓋國家必依法律之形式，責付權利義務與其人民及國家自身之機關，乃近世法治國家之一般現象也。（註一）

（註一）何謂法治？即依法律而行之統治也。在法治之下，人民對於國家非絕對服從關係，乃根據法律而有其服從之義務。國家非依法律不得驟人民以義務，或侵害其權利；且非依法律不得免除其應負之義務，或為之設定權利。

吾人對於法律之觀念，所以不先介紹十九世紀以來各派法理學家之說，而逕為以上之說者，以各家之說見解紛繁，一派之中又復互有修正，欲一一辨別而研究之，恐徒使初學之人目眩不定，反無實益也。且從來法律學者，因其觀察點之相歧異，見解亦從無一致之可能。大凡注重現實之法律者，多略視其過去之歷史。以為必如現實之所謂法律始得謂之法律，而當其在發達過程中之姿態，反不得謂之法律。又如注重法律之形式者，多不問其內容果足盡其功能與否，苟由國家強制執行，即屬法律，至其為惡法為良法又另一問題也。拙說以法律為國家公權力之表現，固亦不能免於此項偏見之影響。惟本書所論述者既為中國現行之商事法規，則純就現實之法律而說明

其意義，當不致失之過遠。況法律自其最初之姿態逐漸演進，以至於今日，前後之性質本可判若數物，苟必仍以法律一名詞名之，則今日所稱爲法律者，其涵義應大異於歷史上之法律。而世上亦決無一種完備之文字能概括前後不同之性質於一簡單之定義中也。此不過就縱的方面言之而已，若就橫的方面言之，則欲以一定義而指陳法律之各面，更爲困難。故從來學者，雖皆自詡其定義之完善，而一究其實際，仍不過就法律之一面有所解釋而已。拙說雖祇能適用於當代現實之法律，且僅就法律之一面有所說明，要亦不得已也。

就拙說而論，大致似與英國分析學派之學說相近，(註二)此亦無庸諱言。然分析學派最受人攻擊之兩點：(一)以法律爲主權者之命令，屬於形式論，不足顯示法律之實質，(二)以法律爲主權者之命令，與歷史上之事實不符，(註三)實因分析學派以現實法爲對象，不得不有之結論，不足深責。分析學派之困難，轉在以法律爲主權者之命令一語。故繼述奧斯丁之近世分析學者，莫不欲修正此語，以求免於攻擊。初則如霍蘭、炮洛克之輩，鑒於法律由主權者所「制定」(enacted)一語之不妥，倡以主權者所「執行」(enforced)以代之。繼則如戴雪(A. V. Dicey)葛雷之輩，並主權者一語亦嫌其與英美實際情形難以盡符，倡爲法律乃法院所執行之法則(rules enforced by tribunals)之說，以代昔日之定義。(註四)惟鄙意以爲，不如以法律爲國家公權力之表現，雖失之簡單空闊，然已足表示法律之淵源，正不必明言其爲主權者所制定，抑爲法院所執行也。即以我國法院而論，表面上法官雖無造法之權，不特法官處斷案情須嚴格適用法規，即所爲判例亦無拘束下級法院或變更法規之力，然民事案件無成法可據者，既得依習慣或法理，(民法第一條)則當認定習慣有法之效力之際，即係代表國家

爲其表示意思，(註五)故習慣法之本質亦仍然一種公權力的表現也。

(註二)分析學派 (Analytical School) 爲十九世紀以來法理學界三大派之一，此派惟考察已發達之法律，即現實法 (the positive law) 而不注意其在發達過程中之姿態，故恆視法律爲主權者有意識之創造物，其着眼點在法律背後之權力及強制，以爲必能由國家強制實行者始得稱之爲法律，苟缺乏強制力者應非法律。此派十九世紀初即勃興於英國。惟談分析學派之人有以勃拉克斯頓 (William Blackstone, 1723—1780) 爲其鼻祖者，實則勃氏尙混道德法則及法律法則爲一說，去分析學派之中心思想尙遠。分析學派之確立實始於奧斯丁 (John Austin, 1790—1859) 所著法學範圍決定論 (The Province of Jurisprudence Determined) 一書之問世 (1832)。奧氏以爲法律學之任務祇在答復 What is law 之問題，不在答復 What law ought to be 之問題，故認法律學之對象惟爲現實法。奧氏之後，繼述其說者，如霍蘭 (T. E. Holland)，如炮洛克 (F. Pollock)，皆英國一代之知名學者，故分析學派又稱英國分析學派，皆對奧氏之說多所修正。

(註三)參看穉積重遠法理學大綱第九章(有李鶴鳴中譯本，頁一二四)又胡慶育所譯比較法理學發凡頁二六。
(註四)茲將奧斯丁以次諸人所爲法律之定義列下，以備比較：

Of the law or rules set by men to men, some are established by political superiors sovereign and subject; by persons exercising supreme and subordinate government in independent political societies. The aggregate of the rules thus established, or some aggregate forming a portion of the aggregate, is the appropriate matter of jurisprudence, general or particular. To the aggregate of the rules thus established, or to some aggregate forming a portion of that aggregate, the term law, as used simply and strictly, is exclusively applied. —Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2 (1832)

A general rule of external human action enforced by a sovereign political authority, —Holland,

Jurisprudence, chap. 3 (1880)

The sum of the rules of justice administered in a state and by its authority.—Pollock, First Book of Jurisprudence, 17 (1896)

The Law of every country.....consists of all the principles, rules, or maxims enforced by the state.—Dicey, Private International Law as a Branch of the Law of England, 6 Law Quart Rev. 3 (1890)

The law or laws of a society are the rules in accordance with which the courts of that society determine cases, and by which, therefore, the members of that society are to govern themselves; and the circumstance which distinguishes these rules from other rules for conduct, and which makes them the law is the fact that courts do act upon them.—Gray, Definitions and Questions in Jurisprudence, 6 Harvard Law Rev. 24 (1892)

(註 五)依歷來判例習慣法成立之要件雖有四：(一)人人確信以爲法之心。(二)於一定期間內，就同一事項，反復爲同一之行爲。(三)法令所未規定之事項。(四)無背於公共秩序及利益。(參看前大理院二年上字三號判例)然此四要件不過一種標準，一切習慣是否與此項標準相合，仍待法院之認定。

依近世民治之原則，國家之公權力自應由全體國民執掌。惟實際各國真正之主權者並非國民全體，僅爲國民中之一部分人。此一部分人既執掌國家之公權力，自不免多爲其自己之利益着想。故一國之法律殆難有十分公平之事。其上者不過爲較多之國民謀利益，其下者則直爲少數之人謀得便宜而已。惟無論其爲良法爲惡法，其

皆依法律制定之程序而為國家公權力之表現則一，故分析學者不問其內容，但問其形式成爲法律者，即認爲現實之法律。(註六)

(註六)分析學者對於法律的看法，可以說是最能代表一般純法學家的論調。若以政治哲學家之眼光批評之，則此種不問法律內容的形式論，自極不合理。英國當代政治學者拉斯基氏(H. J. Laski)即反對形式論及國家主權學說最有力之一人，在其近著 *The State in Theory and Practice* 一書中，此項意見發揮得更爲詳盡，可以參看。拉氏以爲「如果把各種觀念的法律來分類，法律可以分作三種。第一種，就是法學家所說的法律，這一種法律的基礎就是主權。第二種法律就是政治意味的法律。這一種法律的基礎就是人民的服從。第三種法律就是人道意味的法律。這一種法律的基礎就是人道上的真理。對於前兩種的法律，人民並沒有絕對服從的義務。法學家的法律並不一定合於人道上的真理；比方說，非戰主義的人是根據人道而不贊成戰爭，所以他對於法學家的法律不負服從的義務。政治意味的法律也不一定合於人道上的真理；比方說，希忒拉在一九三四年六月三十號的命令，全國都服從了，但是如果不用武力壓迫，我們相信，大部分的德國人民，不肯承認牠是對的，武力強權，不能產生出真理來，用武力強迫人民去服從的命令，不能硬說牠合於人道上的真理。法學家的法律和政治意味的法律，既然都沒有使人民必須服從的道理；那末，只有人道意味的法律了。所謂人道意味的法律，就是合於人民需要的法律；就是要達到人民最終目的的法律；並且就是在當時環境下，與人民權利不抵觸的法律。法律的目的既是要人民服從，必須人民認定牠有服從的價值。換言之，法律的基礎必須建立在人民的甘心樂意上。」(依張虹君譯本 186頁)但贊成純法學家說的人，亦有他們的論據。他們以爲法律的內容並不是研究法律的人所要討論的問題，乃是政治哲學家所討論的問題。說法律必須合於一種法律以外的原理原則，是不錯的。但這種原理原則却是隨時代而不同。中古世紀的時候，人們以爲法律就是上帝的意志。後來還有一般人們，以爲法律是宇宙間的自然律。另有一般人們，以爲法律是分別善惡的科學。今則如拉斯基等則以爲法律是滿足大多數人的願望的東西。凡此可見各時代的人們皆盡力在法律本身之外，想尋求牠的根據，然而各時代的法律，無論是否與其時代的人們所尋求的原則相合，苟在其時能強制實行，仍不失其爲法律。

惟依理論言之，法律之最終目的固仍在爲國民謀利益者也。其方法則在以權利義務責付於國民，使有權利者得請求國家之援助，以保持或實現其應得之利益，有義務者，則必須依法盡其義務，無使其相對之權利人有所不利。故一國之中若人人盡知其自己及他人之權利與義務，且能依其所知而行之，則司法機關將無所用，法律亦不必有強制力矣。

第三章 私權之主體及客體

第一節 公權與私權之區別

從來言公權與私權之區別者，無不依公法與私法之區別而區別之。如日本學者美濃部達吉，即以爲存於公法關係之權利謂之公權，存於私法關係之權利謂之私權。（註一）惟此說必先闡明公法與私法之區別，而後始得說明公權與私權之關係，與本書開端即談權利後及法律之體例不甚合宜，故不採取。依著者所見，法律既爲公權力之表現，以責付權利義務爲其內容，則所責付者爲公權，卽爲公法，所責付者爲私權卽爲私法。公法與私法之區別，轉須依公權與私權之區別而區別之。

公權與私權之區別，可依其內容定之。權利之內容在保護個人之利益者，爲私權；在保護公衆之利益者爲公權。惟同爲保護個人之利益，苟其權利乃對於國家或行使統治權之公共團體而保護個人之利益者，亦爲公權。（註二）公權必由國民以憲章或法律設定之，政府或公共團體或個人惟有根據此已設定之公權而行使，私權則以得自由取得與行使爲原則。

公權非必國家始得享有，亦非必於國家與人民之間始得發生，若國家與公共團體間，公共團體相互間，公共團體與所屬人民間，人民相互間，根據法律，亦皆可公權關係也。（註三）

國家亦可以與人民間發生私權關係。若國家非直接爲公衆謀利益，而爲種種私經濟上行爲者，如官署之建築，捐款之領收，郵政匯票之發行，郵政儲金之收受，則其與人民間所發生之權利義務關係，自屬私權關係，從而須受私法之保護。

公權及私權之特色可以提出比較者，除前述關於內容之一點外，據美濃部達吉之所見，尙有次述三點：（一）保護私權，乃司法權之作用；保護個人公權，則須賴行政權之自制及有訴願與行政訴訟之制度。個人之私權受侵害時，惟有提起民事訴訟請求救濟，國家原則上不能自進而保護之。個人之公權受侵害時，則除得依法提起訴願及行政訴訟外，惟有賴行政權自行糾正。（二）公權原則上不得放棄，私權則除例外有不得拋棄之規定外，以得自由處分爲原則。（註四）（三）公權原則上不得移轉，且不得以之繼承。私權則除關於身分身體之權利外，幾皆以財產及經濟關係爲其內容，故以得自由轉讓及繼承爲原則。

（註一）參看美濃部博士所著行政法概要第一章第三節，有程鄰芳陳思謙之中譯本（商務出版）。

（註二）如因商標事件不服商標局之評定而提起訴願，即係一種公權之行使，惟其所保護之利益，仍爲個人之利益。

（註三）公共團體因係國家之下有國家目的團體，故其法律上之地位，與國家同，其對國家之關係，對其他公共團體之關係，及對其所屬人民之關係，在原則上俱爲公權關係。國家與公共團體不同之處，僅在公共團體爲位於國家之下，僅能在國家所賦與之限度內，有統治權。私人相互間之關係，原則上自爲私權關係。然國家有時以國家之公權授與私人，私人對於其他私人行使此項公權時，即有公權關係。例如依海商法第四十三條，船長在航海中，爲維持船上治安，得爲緊急處分。此爲緊急處分之權，即包含一部分公權（警察權）在內。

（註四）例如民法第十七條第一項明定「自由不得拋棄」即係一種例外之規定。

第二節 私權之主體

第一項 總說

權利人不必即係受益者，本書第一章內既已言之。今再欲伸論者，即權利之主體必須爲人，而受益者可不必爲人，即爲禽獸動物，亦無不可。禽獸動物何以祇能享受法律之保護而不能享有法律上之權利，學者以爲乃因除人而外世上並無其他生物可以「主張」其有法律上之權利者。葛雷氏嘗曰：「人之法律上之權利云者，乃因其人之主張而行使之權利也。」（The legal rights of a man are the rights which are exercisable on his motion.）（註五）蓋即以人類而言，亦未有並不主張而得享有權利者。

享有權利與享受權利所保護之利益之不應混視，爲吾人進而研究私權之主體時所不可不具之觀念。私權之主體惟有人可以當之。然法律上所謂人者，實指人格者而言。有法律上之人格之人，不以自然人爲限，所謂法人，亦有法律上之人格。法律條文中及關於法律之著作中，若泛稱人時，皆兼指自然人及法人而言，僅於依其性質祇適於自然人者，始專用於自然人耳。（如失蹤人，未成年者，禁治產人，法定代理人，限制行爲能力人等。）自然人之有法律上之人格，出於自然之事實，蓋人自出生，未至死亡，即當然有法律上之人格。而法人之取得人格，則必依一定之規定，具備一定之要件始可。

自然人及法人所以要有法律上之人格者，因惟有人格者在法律上始有權利能力及責任能力。惟

法人在法律上所有之種種能力未必盡與自然人相同，其說當於第二項中詳之。茲先將各種能力之意義略加解釋如下：

(一) 權利能力 權利能力者，法律上得享有權利之資格也。凡權利主體皆有權利能力。惟廣義之權利能力，則不僅指享受權利之資格而言，並包括負擔義務之資格在內。但權利能力究為法律上抽象之資格，縱於事實上未有權利未負義務，仍無礙其有權利能力也。

(二) 意思能力 意思能力者，就事物為正常之意識之能力也。意思能力通常包含正常之認識力與預見力。必須心理及生理均屬正常，始能為正常之意思。若二者有一欠缺，即不能謂有思想能力，故如精神病人固無意思能力，即通常人在酒醉中，亦無意思能力也。

(三) 行為能力 行為能力者，人之行為能於法律上發生一定效果之資格也。能於法律上發生一定效果之行為，不僅合法行為，即不法行為亦然。但民法上所稱行為能力，則僅指合法行為中之法律行為而言。行為能力係以意思能力為前提，無意思能力者，亦無行為能力。蓋無正常意識之人所為法律行為，自不應使其發生法律上之效果。行為能力與權利能力有別。權利能力僅指為權利或義務之主體之資格而言，雖無意思能力者，亦不礙其享有此項之資格。然無行為能力者，則不得親自為取得權利或負擔義務之行為也。

(四) 責任能力 責任能力者，因不法行為之結果，能於法律上負擔一定責任之資格也。惟不法行為之結果所引起法律上之責任，有民事與刑事之別。民事責任旨在填補損害，刑事責任則須服膺國家之懲罰。能負民事

責任之人，無一定年齡之限制，祇要事實上確有意思能力，即有責任能力。（此項責任能力又稱侵權行為能力。）能負刑事責任之人，則依刑法之規定，有種種年齡上及精神狀態上之限制焉。（註六）

（註五）見葛雷氏前揭書十九頁。

（註六）依民法，因侵權行為而負損害賠償責任者，雖以有識別能力（按即所謂意思能力）為限，然同時並承認無過失賠償制度。可參看第一章註三。

刑事責任，據現行新刑法，凡未滿十四歲之人，可免其負擔。十四歲以上，未滿十八歲之人，得減輕其刑。滿十八歲之人，亦得減輕其刑。此係就年齡為標準而言。更就精神狀態言之，若心神喪失之人，即已滿十八歲，亦不罰。精神耗弱人則得減輕其刑。瘖啞人亦得減輕其刑。（見新刑法第十八至二十各條）

第二項 自然人

自然人係對於法人而言，為有精神肉體之人類。其權利能力始於出生，終於死亡。（民法六條）若未生之胎兒，則以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生，蓋亦視為有權利能力者也。（民法七條）

外國人之權利能力以與內國人平等為原則。然關於特定之事項，則因政策上之需要，得以法令限制之。（民法總則施行法二條）例如土地所有權，與通商口岸已定及將來所定為外國人居住合宜地界以外之土地租借權，外國人不得享有之是。（前大理院八年上字九一九號判例）

自然人雖皆有權利能力，然非盡有行為能力。行為能力之有無，原則上應基於意思能力之有無為斷。法律於此，特認定滿二十歲為成年。（民法一二條）凡成年人皆有完全成熟之意識力，亦即可有完全之行為能力。若未

滿七歲之未成年人則因其有無意思能力事實上頗難證明，故一概作爲無行爲能力。（民法一三條一項）滿七歲之未成年人，以至未滿二十歲之幼年人，則因其知識雖已漸開，然究未完全發達，其鑑別是非，判斷利害之能力，尙難謂已充分成熟，故法律特使之有限制行爲能力。（民法一三條二項）若雖未成年，然已達結婚年齡（男滿十八歲，女滿十六歲，見民法九八〇條）而結婚者，則因事實上之需要，不能仍限制其行爲能力，故使其與成年人同有完全之行爲能力。（民法一三條三項）

以上乃就年齡之長幼，以定行爲能力之有無及受限制與否。亦有雖已成年，而精神狀態極不健全者，如心神喪失，或精神耗弱之人，法律若亦使之享有完全之行爲能力，殊非保持社會安全之道。故於此種情形特設宣告禁治產之制。（民法一四條）凡被宣告禁治產之人，皆無行爲能力。（民法一五條）此則就精神狀態之健全與否而定行爲能力之有無者也。

無行爲能力人之行爲在法律上既屬無效，若無法定代理人之制度，使法定代理人代其爲法律行爲，則無行爲能力人之權利能力勢將無由實現，故必由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示。（民法七六條）至若限制行爲能力人雖得自爲意思表示及受意思表示，但其所爲法律行爲應得法定代理人之允許或承認。大凡單獨行爲，非先得法定代理人之允許不可，否則無效。契約行爲則事前即未得法定代理人之允許，苟事後已經其承認，亦可有效。惟純獲法律上之利益及依其年齡身分日常生活所必需之行爲，則無須得法定代理人之允許耳。

（民法七七條七八條及七九條）

限制行爲能力人，未得法定代理人之允許，所訂立之契約，固須經法定代理人之承認始生效力，然如其本人於限制原因消滅後，承認其所訂立契約者，其承認與法定代理人之承認，有同一之效力。（民法第七九條及八一條）

限制行爲能力人非絕對不能處分財產及獨立營業者，若得法定代理人之允許，則就該財產即有處分之能力，關於其營業，且有完全之行爲能力也。但限制行爲能力人就其營業有不勝任之情形時，法定代理人得將其允許撤銷或限制之耳。（民法第八四條及八五條）

以上所論自然人之行爲能力各節，於外國人均不適用之。外國人之成年年齡及其行爲能力之有無與限制，俱應依其本國法定之。（法律適用條例五條）

權利能力及行爲能力法律均明定不得拋棄。（民法一六條）蓋以此二種能力皆爲法律上之資格，非通常之財產權可比，故皆不得拋棄。

第三項 法人

關於法人之本質，學說不一。其重要者，有擬制，否認，實在，三說。擬制說以爲法人之人格完全出於法律之擬制，憑想像之作用，視非自然人爲自然人，使其得爲權利之主體而已，非有真實之存在也。否認說則根本否認法人有人格之存在，以爲享受利益之自然人或管理法人財產之自然人乃真正之權利主體，法人既無人格，應非權利主體。實在說又分有機體說與組織體說之二種。有機體說以爲法人雖無自然人之肢體，然其有意思，有行爲，則與自

然人無異。組織體說以爲法人有一定之目的，有一定之機關，其本質即爲一組織體，其存在即爲實在，而非法律上之擬制。其應爲權利之主體，蓋由社會發達之必要，法律所以賦與人格，亦因此耳。此數說中，以實在說中之組織體說爲通說。

法人因種種標準得分爲下列四類：

(一) 公法人與私法人 以行使或分担國家統治權作用爲目的，依於公法而產生之法人爲公法人。以經營私事業爲目的，依於私法而產生之法人爲私法人。公法人之例，如國家及地方自治團體等是。私法人之例，則營業公司慈善團體等皆是也。

(二) 社團法人與財團法人 社團法人者，爲達一定之目的，由人之集合而成之法人也。所集合之人即爲社員。社團有營利社團及公益社團之分。營利社團之取得法人資格，須依特別法之規定。(民法四五條) 公益社團之設立，則依民法一般之規定。此二種社團性質雖有不同，然組織上皆有總會以爲決議之機關。(民法五〇條) 有董事以爲對外代表之人。(民法二七條) 財團法人則不然，非以社員之集合體爲其基礎，乃以供一定目的之用之財產爲其基礎，其性質蓋全以公益爲目的者。故雖有董事以爲處理事務對外代表之人，然不必有社員總會。蓋財團之設立目的，及組織管理方法，皆由捐助人以捐助章程規定之也。(民法六〇條及六二條)

(三) 營利法人與公益法人 以營利爲目的之法人，爲營利法人。以公益爲目的之法人，爲公益法人。以營利爲目的者，謂其所得經濟上之利益，分配於其社員，爲其最終之目的。苟法人之最終目的，非分配其利益於社員

而在於公益，則雖以營利爲其手段，要不能以營利法人目之。例如以救濟殘廢之人爲目的而設立貧民工廠，雖亦營利，仍爲公益法人是也。

(四) 內國法人與外國法人 內國法人與外國法人之區別，不能依其社員或其設立人之國籍定之。亦不能依其設立之目的係爲內國或爲外國謀利益定之。其區別標準，學說有二：一爲準據法說，一爲住所說。依準據法說，法人之國籍應視其設立時所準據之法律定之。準據內國法設立者爲內國法人，準據外國法設立者爲外國法人。依住所說，法人之國籍應視其住所即主事務所所在地定之。其所在國內者爲內國法人，在外國者爲外國法人。比較此二說，似以住所說爲合理，蓋法人之國籍應以其人與何國有最密切之關係爲斷，法人以其住所爲其事業之中心，自應以其住所地定其國籍也。(註七)

法人之設立有四種主義：(一) 有取自由設立或放任主義者，對於法人之設立，一任設立者之自由，法律上毫無限制。(二) 有取特許主義者，每設立一法人，必須經立法機關以法律特許之，或經國家元首以命令特許之。(三) 有取許可主義者，法人之設立以得行政官署許可爲條件。(四) 有取準則主義者，設立法人，凡合於法律上一定之準則者，即得成立。我國法律不採自由設立主義。(民法二五條) 關於營利社團法人之設立，須依特別法之規定，已見前述。關於公益社團法人財團法人之設立，則兼採準則及許可兩主義者也。(民法三〇條四六條及五九條)

法人既有人格，自有權利能力，惟其範圍如何，學說不一。日本民法謂法人僅於其目的之範圍內，始有權利能

力。瑞士民法則以爲法人之權利能力原則上應與自然人無異，不過例外於專屬自然人者，始不得有之。我國民法二六條則定明法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力，但專屬於自然人之權利義務，不在此限。所謂專屬於自然人之權利義務，例如身體權，生命權，身體的自由權，家長權，親權，遺產繼承權等皆是也。

自然人之權利能力，始於出生，終於死亡，法有明文。法人之權利能力，則其始期終期因無規定，解釋不無困難。然依民法三〇條，法人非向主管官署登記，不得成立，則謂其權利能力始於登記，當屬近是。至其終期，自以法人已遭解散之時爲是。（註八）

外國法人，依民法總則施行法，原則上乃與同類之中國法人有同一之權利能力。惟該外國法人須已經我國認許，且於法令限制內，始有此權利能力。（民法總則施行法一一，一二兩條）所謂認許，即認許其在中國取得人格，能以該法人之名義，享受權利，負擔義務之意。

法人雖有權利能力，但不能自行活動，故行使權利負擔義務，必待諸自然人之董事。然董事所爲之行爲，果係法人之行爲乎？抑爲董事自身之行爲乎？若爲法人之行爲，則法人爲有行爲能力，若非法人之行爲，則法人爲無行爲能力。學者對於此點聚訟不一，我國民法並無明文。惟據一般通說，則均以爲既承認法人之實在說，自以主張法人有行爲能力爲是。蓋法人既爲一種有機體或組織體，自不妨以董事爲法人之機關，從而董事之行爲亦即法人之行爲。惟余意即承認法人之實在說，仍不妨以法人爲無行爲能力。因實在說不過對擬制說而發，主張法人之存在爲實在而已，固不必即以法人與有完全行爲能力之自然人同視。因無行爲能力人及禁治產人雖無行爲能力，

其存在亦非出於擬制也。

法人能否爲不法行爲，亦爲學者所紛爭之一點。有以爲法人於法律所認許之目的以內，始能存在，越此目的，即爲董事等自身之行爲，而非法人之行爲。蓋不法行爲本無代理之可言。故法人無責任能力。但通說均以爲既承認法人有行爲能力，自不妨亦有責任能力。况我國民法二八條會明定，法人對於董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責，即係明證。惟余意此說亦未必盡然，因如主張法人可有責任能力，可以爲侵權行爲，則胡不可以犯罪？然而法人可以犯罪之說，則學者中固尙無人敢於主張也。前大理院四年上字一〇一二號判例亦云：「法人不得爲普通刑法上犯罪之主體，須有明文規定時，始有犯罪能力。」惟所謂明文規定，則至今各國俱不常見。以余所信，法人不但無犯罪能力，並侵權行爲能力而亦無之。民法二八條之規定，不過爲保護第三者之特別規定，不能因此特別規定即謂法人有責任能力也。

外國法人經認許成立者，於法令限制內，與同種類之中國法人，既有同一之權利能力，則學說上如認法人應有行爲能力及責任能力者，外國法人亦應與中國法人有同一之行爲能力及責任能力。但未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任耳。（民法總則施行法五條）

（註七）內國法人與外國法人之區別，理論上雖似不應以其社員之國籍及其出資之成數爲標準，但我國現行法令中，則不乏反對之實例。如保險業法九條規定：「左列保險業爲中國保險業：（一）人身保險業，其股東全體爲中國人者；（二）損失保險業，其實本三分之二

以上爲中國人所有，並其董事三分之二以上及總經理爲中國人者；(三)相互保險社，其社員全體爲中國人者。又如海商法三條規定：「左列船舶爲中國船舶：(一)中國官署所有者；(二)中國人民所有者；(三)依照中國法律所設立，在中國有本店之左列各公司所有者：(甲)無限期公司，其股東全體爲中國人者；(乙)兩合公司或股份兩合公司，其無限責任股東全體爲中國人者；(丙)股份有限公司，其董事三分之二以上爲中國人，並其資本三分之二以上爲中國人所有者。」按與本條三款所舉(甲)(乙)(丙)三種條件相符之公司，雖未明示其爲內國法人，然其船舶既爲中國船舶，其爲中國法人已可推想而知。又如礦業法五條規定：中華民國人得依本法取得礦業權，經營礦業，「如係公司組織，以股份公司爲限，得許外國人入股，但須受左列各款之限制：(甲)公司股份總額過半數應爲中華民國人所有；(乙)公司董事過半數以上應爲中華民國人民；(丙)公司董事長及總經理等職，應以中華民國人民充任。」按本條所舉(甲)(乙)(丙)三款，雖爲限制外國人入股而設，但超越此項限制之公司，其非中國法人，不能取得礦業權，亦屬可想而知。

(註八)我國學者中(如胡長清氏，見其所著中國民法總論頁一一六)有謂應以法人解散後，清算之終了，爲其權利能力之終期者，余則對於此說，不敢贊同。因依民法四〇條二項，祇云：「法人至清算終止，在清算之必要範圍內，視爲存續。」公司法五二條亦祇云：「解散之公司，在清算中，於清算範圍內，視爲尚未解散。」清算中之法人既係視爲存續，其非原來之存續可知，又必在清算之必要範圍內視爲存續，更可見其已喪失依原來之目的範圍而活動之資格，則謂其權利能力已因解散而終止，當無大誤。

第三節 私權之客體

私權之客體者，私權之主體，依於法律，所得請求或支配或形成之對象也。惟其對象爲何，則隨私權之種類而定。大凡請求權係以權利人對於特定之義務人請求爲一定行爲爲其內容，遂以特定之義務人之一定行爲爲其客體。支配權係以權利人直接排他的支配一定之物爲其內容，遂以一定之物爲其客體。形成權係以權利人之行

爲使一定之法律關係發生，變更，或消滅爲其內容，遂以一定之法律關係爲其客體。

就請求權之客體言，特定之義務人之一定行爲，非必須爲作爲，即不作爲亦得爲一定行爲。例如甲與鄰人乙相約不得於晚間作工打鐵，以免擾甲安寢，則乙之於晚間不得打鐵，即係一種不作爲，而爲甲得以請求之客體。

就形成權之客體言，所謂一定之法律關係，即權利義務之關係。因形成權人之行爲而使權利義務關係發生之例，如法定代理人對於限制行爲能力人所訂立之契約而予以承認是。蓋限制行爲能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。（民法七九條）則在未經其承認前，契約之權利義務關係自尙不能發生也。因形成權人之行爲而使權利義務關係變更之例，如債務人就選擇債務所爲之選擇是。（民法二〇八條）蓋自債務人行使其選擇權後，其與債權人間之法律關係，始由不特定的給付變而爲特定的給付也。因形成權人之行爲而使權利義務關係消滅之例，如因被詐欺或被脅迫而爲意思表示，表示人得撤銷其意思表示是。（民法九二條）蓋不問表意人所爲之意思表示雖已發生效力，苟具備民法九二條所規定之情形，表意人即得行使其撤銷權，而使其與他人已發生之法律關係歸於消滅也。

就支配權之客體言，所謂一定之物，須有以下所述之特性：（一）須能置於吾人支配之下。不能爲吾人所支配之物，雖日月星辰之大，非法律上之物。但如能爲吾人所支配之物，則不問其爲有體之物，或爲無體之物（如電流），皆爲法律上之物。（二）須能滿足吾人生活之需要，若一滴之酒，一粒之米，既不足供吾人之食用，則雖爲物理上之物，非法律上之物。惟滿足吾人需要云云亦非僅指物質上之需要而言，若能供精神上之需要，則雖從另一

觀點而言毫無實用，要不可謂非法律上之物。(三)須有獨立之存在，苟爲物之成分，則未至原物解體之時，尙非法律上之物。

奴隸與屍體能否爲物之一種，而爲私權之客體，實爲一頗饒趣味之問題。昔時各民族均認奴隸爲物之一種，可以爲買賣之標的物，今日則奴隸之制既爲各文明國家所不承認，自不發生此項問題。至於屍體，有以爲乃人格之殘餘者，人格既不得爲物，屍體自亦非物。有以爲雖係物之一種，然仍不能如通常物之可以任意處分者。按屍體既非吾人之生活資料，而可滿足生活之需要，又不得任意處分，自以非物說爲近理。

物之種類甚多，通常得爲如下之區別：

(一)動產與不動產 羅馬法上有一原則曰：地上之物屬於土地。蓋以土地爲唯一之不動產，而以土地之定着物爲土地之部分。我國民法從之，於六六條定明，稱不動產者，謂土地及其定着物。不動產之出產物尙未分離者，爲該不動產之部分。又於六七條定明，稱動產者，爲所稱不動產以外之物。所謂土地之定着物者，雖尙未至與土地有不能分離之程度，然必須非暫時的附着於土地之上。若僅爲臨時應用之目的所裝紮之建築物，皆非土地之定着物，亦即非所謂不動產。又若鑿石泉水等與土地不能分離之物，則其本身即爲土地之一部，亦非所謂定着物。不動產原則上雖僅爲土地及其定着物，然若其出產物如米穀菜菓尙未成熟而分離者，亦爲不動產之一部。至此種不動產以外之物，則統稱曰動產。

(二)主物與從物 民法六八條一項設從物之定義爲「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人

者，爲從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。是則從物必須爲獨立之一物。若門窗之於房屋，輪軸之於機械，皆爲他物之一部，非從物也。又從物必須常助主物之效用，所謂常助者，須有客觀上之意義，若僅以主觀之意思，繫印章於懷錶，非可卽謂其有主從之關係也。又從物必須與主物同屬於一人，此因法律明定主物之處分及於從物。（同條二項）若不同屬於一人，事實上將無法生其效力。從物之外而不具從物之特性者，皆主物也。

（三）融通物與不融通物 融通物者，得爲私權之客體而爲交易之物也。不融通物則反是。通常之物皆爲融通物，其不得融通之物如禁止物中之鴉片毒物等是也。

（四）代替物與不代替物 代替物者，交易上不置重於個性，能以同種類同品質同數量代替之物也。反是則爲不代替物。代替物之例，如金錢米穀油鹽布疋。不代替物之例，如土地房屋字畫珍寶。

（五）特定物與不特定物 特定物者，謂依當事人之意思，具體的指定之物也。不特定物者，謂依當事人之意思，不必爲具體的指定，而可以種類、品質、數量、指示之物也。特定物之例，如某匹之馬，某冊之書。不特定物之例，如馬若干匹，書若干本。

（六）消費物與非消費物 消費物者，依通常之使用方法，因一回之使用，卽失其原有形體之物也。如米麥柴煤等皆屬之。非消費物反是。然非消費物並非永不消費者。如圖書館之圖書，家用之椅桌，皆非有永久耐用不稍損耗之性質者，特法律爲便利計，故爲區別耳。

（七）可分物與不可分物 物理上之物本無不可分割之理，法律上所以設此區別者無非爲便利之計。所

謂不可分物者，謂一經分割，即失其本來之性質與價值之物也。例如一匹之馬，一粒之真珠，若經分割，即失其原有之性質與價值，故爲不可分物。反是則爲可分物。

(八) 單一物與合成物 單一物者，其本體即爲一獨立之物，其構成分子在法律上無獨立之存在。例如一匹之馬，一椽之屋。合成物者，由數獨立物結合而成之物也。如圖書館中之書籍由多數之獨立書冊結合而成者是也。

(九) 無主物與有主物 無主物者，現在非爲所有權之客體，即無所有人之物也。有主物反是。無主物之例，如拋棄之物，山野之鳥獸，河海之鱗介皆是。動產之無主物得因先占取得所有權。(民法八〇二條) 惟遺失物雖事實上其所有人暫時不明，然法律上固仍有其所有人者，不得以無主物論。

(十) 有體物與無體物 有體物者，具有形體而爲吾人感官所得感覺之物也。無體物反是。惟所謂有體無體，能感覺與不能感覺，純依社會一般之通俗觀念定之，非有科學上極精確之根據也。

物之種類既已明其大概，最後且研究何謂物之孳息。蓋此項觀念對於吾人以下所研究者，亦有用處。按物之孳息云者，由物所生之收益物也。物之收益物有二種：(一) 果實，動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物，謂之天然孳息。(二) 依法律關係爲使用之對價，所得之利息租金或其他收益物，謂之法定孳息。(民法六九條)

天然孳息自與原物分離成爲獨立之一物，即於其分離之一瞬間，歸屬於有收取孳息權利之人。孳息物成熟

與否，分離時係因於人爲或出於天然之作用，俱無關係。惟有權收取孳息之人，在孳息分離獨立之時，其權利須繼續存在耳。（民法七〇條一項）有權收取天然孳息之人，不必即係原物之所有人。如甲向乙租用耕牛三年，約明於租用期內耕牛苟產小犢，歸甲取得，則甲雖非耕牛之所有人，固有權收取其孳息也。

法定孳息之收取權利人，則係按其權利存續期間內之日數取得其孳息。（民法七〇條二項）例如甲將月息三十元之債權於月之十日轉讓於乙時，甲依比例取得利息十元，乙取得二十元是也。

第四章 私權之得喪變更

第一節 私權變動之姿態

以上所有論述，如權利之本質，如私權之主體與客體，皆不過就私權之靜態有所分析而已。茲則更就其變動時之種種姿態略為說明，庶於初學之人，得獲較為完整之觀念焉。

所謂私權之動態，何止萬端？惟納之公式，則不外私權之取得，私權之喪失，私權之變更三式而已。茲分述如下：

(一) 私權之取得 私權之取得者，私權附着於特定之主體之謂也。所謂取得，蓋自其主體而言。惟私權主體取得其權利之方法則有二種：一曰原始取得，二曰繼受取得。原始取得者，非基於他人既存之權利而取得新發生之權利之謂也。例如有收取天然孳息之權利之人，取得與原物分離之天然孳息是。又如因先占取得無主之動產，亦為一種原始取得。繼受取得則異於是，其權利之取得，乃基於他人既存之權利。故其取得之權利非新發生之權利，乃他人移轉之舊權利也。如因於買賣由書店取得所買書籍之所有權，此項書籍之所有權，在歸屬於買主之前，非不存在，乃因買賣始由原主移轉於新主耳。故繼受取得又稱傳來取得。繼受取得有基於取得人之意思者，如前舉買賣之例是。有非基於當事人之意思而基於法律之規定者，如因於繼承而取得被繼承人之財產是。

(二) 私權之喪失 私權之喪失者，私權脫離其主體之謂也。與私權之取得正相反。私權之喪失，有相對之喪

失與絕對之喪失二種。相對之喪失者，權利本身並不消滅，不過由前主移轉於後主耳，自其前主觀之，固為權利之喪失，而自其後主觀之，則為權利之繼受取得也。絕對之喪失則不然，權利脫離其主體後，並不移轉於他主體，而逕歸於消滅。權利消滅之原因甚多，如財產權因其標的物之滅失或被拋棄而喪失，債權因債務之清償而喪失皆是。

(三) 私權之變更 私權之變更者，私權之姿態有所變更之謂也。嚴格言之，私權之取得及喪失，皆屬私權之姿態有所變更。良以私權之變更復可分為主體之變更，客體之變更，內容之變更三種。主體之變更者，權利由前主移轉於後主之謂也。在前主謂為權利之喪失，在後主謂為權利之繼受取得，在權利本身則本無取得與喪失之可言，故謂為主體之變更。客體之變更者，為權利之客體之物因一部分之附合或滅失而有所變更也。如為所有權之標的物之房屋，一部分因加架或被焚而變更形體是。內容之變更與客體之變更不同。客體雖有變更，其權利之性質不必因之而有改變。如前述房屋一部之被焚，雖足變更其所有權客體之形體，然房屋之所有權固仍無改變也。內容之變更則權利本身之性質已經改變，如本為債權，但因可歸責於債務人之事由而致給付不能，遂一變而為損害賠償請求權是。

第二節 私權變動之原因事實

無論私權之變動出於何種之姿態，其必有造成之原因事實則一。可以造成私權之變動之原因事實中，可以分人之行為及行為以外之事實之二大類。茲分述如次：

(一) 人之行為 人之行為可以致私權之得喪變更者，其行為必具備三要件：(1) 行為當時不但須有

意識 (consciousness)，且須有意欲 (will)，否則其行為不獨不能致私權之得喪變更，或竟不能發生一切法律上之效果。(2) 其行為須適法，若為違法之行為，雖亦能發生法律上之效果，然非關於私權得喪變更之效果。(3) 其行為之結果須能發生私法上權利義務之關係，如係赴尋常酬酢性質之約會，因並無必須赴約之義務，故即有違約，亦只構成道德上之失信。又如因行使選舉權而投票，其行為雖能發生法律上權利義務關係，然非私法上之權利義務關係，故亦不能致私權之得喪變更。

能致私權之得喪變更之行為中，又可分為二類：一為法律行為，一為法律行為以外之行為。法律行為者，基於行為人之意思表示，而發生法律上效果之行為也。所謂意思表示，即行為人所表示之意思，係欲發生法律上一定之效果者也。故法律行為之意義中實包含有兩個要素：一為行為人欲發生法律上一定效果的意思，二為法律竟如其所欲而賦與一定之效果。

法律行為以外之行為，在行為當時，雖亦有明白之意識，及為其行為之意欲，但行為人不必有欲發生法律上一定效果之意思，換言之，即不必有意思表示。法律雖亦賦與一定之效果，但非應行為人之所欲，而係依法律之規定。例如甲因見乙溺水，憫而救之，雖本無拯救之義務，然因未受乙之委任，不能向乙請求報酬。但如甲因救乙之故，致自己之身體或財產受損害時，則得請乙賠償其損害。斯時甲之享有損害賠償請求權，雖為法律所賦與之效果，然此效果之發生則非基於甲在行為當時之意思表示，而係因甲有受損害之事實，依法律之規定，始得發生耳。

法律行為之例極多。能致私權之得喪變更之行為中，法律行為為殆佔最大部分。法律行為又可分單獨行為，契

約行爲，及共同行爲之三種：

(1) 單獨行爲 單獨行爲者，依行爲人一方之意思表示即能成立之法律行爲也。單獨行爲未必無相對人，然即有相對人，其行爲之成立亦無須待相對人之承諾者也。

(2) 契約行爲 契約行爲者，依行爲人雙方意思表示之相互合致而成立之法律行爲也。蓋不但須有雙方之當事人，且各方當事人所爲之意思表示須相互的合致始可。

(3) 共同行爲 共同行爲者，依多數行爲人平行的意思表示之一致而成立之法律行爲也。共同行爲與契約行爲雖皆由複數的意思表示所構成而異於單獨行爲，然契約行爲乃由雙方相對應之意思表示相互的合致而成立，而共同行爲則由各平行的意思表示之一致而成立也。

法律行爲雖以意思表示爲其要素，然不過顯示意思表示實其成立要件而已。已成立之法律行爲仍須具備有效要件，始能發生效力。法律行爲之有效要件，計分三端：

(1) 須行爲人有行爲能力 行爲能力即能以法律行爲發生私法上一定效果之資格。行爲人苟欠缺行爲能力，則其得爲法律行爲之資格既不具備，其所爲法律行爲自難有效。惟此項法律行爲是否無效，尚須視情形而定。由無行爲能力人所爲者，一概無效。由限制行爲能力人所爲者，苟爲單獨行爲，則事前未得法定代理人之允許者無效，苟爲契約行爲，則事前即未得法定代理人之允許，尚非無效，而爲效力未定之行爲，須經法定代理人之承認，始生效力。

(2) 行爲須有適當之內容 構成法律行爲內容之事項，須不違反以次所述各種要件，否則其內容即屬不適當，因而其行爲即屬無效。

(A) 行爲之內容須可能 所謂可能，乃謂行爲之內容非自始的不能。法律行爲成立當時，構成行爲內容之事項即屬不能者，爲自始的不能。例如與人訂約買馬一匹，孰知其馬於訂約之時即已死亡，即屬自始的不能。惟所謂不能，乃依通常人之觀念而言，非必在事理上確爲不能。例如與人訂約赴月球探險，在科學昌明之將來，或爲可能之事，然依現在一般人之觀念而言，則尙屬不能也。

(B) 行爲之內容須可確定 法律行爲之內容於行爲當時如不確定，則無從測知當事人有受拘束之意思，亦即無從施以保護，其行爲自不能有效。如與人訂結買賣契約，而於價金或標的物不加確定，此項買賣當然無效。惟有時行爲之內容雖不即確定，然依於意思表示，周圍事情，交易習慣，法律規定，得以確定之者，仍不爲無效。如履行契約之地點，契約中雖未確定，然依當地之交易習慣，可以確定者，其契約仍爲有效。

(C) 行爲之內容須不違反強行法規 強行法規者，法律上強制或禁止之規定也。強制之規定，命令個人爲一定作爲。禁止之規定，命令個人不爲一定作爲。此二者皆不許當事人依自己之意思排除其適用也。(民法七一條) 例如人民必須納稅，強制規定也。官吏不得貪贓，禁止規定也。若與人相約不納稅，或送賄賂與官吏，皆違反強行法規。以此爲內容之法律行爲當然無效。

(D) 行爲之內容須不違背公共秩序及善良風俗 公共秩序者，謂國家社會公共之安寧與利益也。善

良風俗者，謂國民之一般的道德觀念也。此二者皆所以維護共同生活之圓滿，不能違背者也。法律行為雖不違反強行規定，而違背公序良俗者，亦為無效。（民法七二條）

（E）行為之內容須不顯失公平。行為內容之顯失公平云者，如與人買賣，所付之對價，與所得之財產，在價值上相差過巨，顯然不相稱，而失其均衡之謂也。其獲得此種不公平利益之手段，無論係乘他人之急迫輕率，或利用他人之無經驗，亦無論財產為現時之給付，或為給付之約定，均足構成內容之違法。其法律行為，法院得因利害關係人之聲請撤銷之，或減輕其給付。（民法七四條）

（F）行為須具備法定之方式。法律為保存證據及防止欺詐起見，對於特種之法律行為，規定一定之方式，謂之法定方式。行為不依法定方式者，無異違反強行規定，概為無效。（民法七三條）

（3）構成法律行為之意思表示須屬健全。意思表示不健全之情形，不外二種，一為意思與表示不一致，二為意思表示當時非出於自由之意志。凡有此二種情形中之一，行為人即有完全行為能力，行為之內容即完全適當，其法律行為之效力仍有問題。惟意思表示不健全所生之效果，非當然使法律行為歸於無效或得以撤銷，仍須視當時之情形而定。所謂無效之法律行為，自始即不發生效力，而得以撤銷之法律行為，則行為成立當時效力已經發生，不過其所發生之效力，得因有撤銷權人之撤銷而歸於消滅耳。惟法律行為經撤銷者，則視為自始無效。（民法一一四條）茲將各種意思表示不健全之情形簡述如下：

（A）意思與表示不一致。心中之意思與表示於外之意思不一致時，究以心中之意思為有效，抑以所

表示之意思爲有效，立法例有三主義：(a) 意思主義，此說以爲法律所以依行爲人之意思表示而賦與一定之效果者，爲尊重行爲人之意思也。今行爲人所表示之意思既與其心中之真意不符，應以其真意爲有效。(b) 表示主義，此說以爲行爲人之真意如何非他人所得知，爲保護其相對人或第三人計，應以其所表示者爲有效。(c) 折衷主義，此說以爲意思主義及表示主義或專爲行爲人之利益設想，或專爲他人之利益設想，皆未免失之過偏，不如兼取此二主義之長而折衷之，視情形而定其應有效者爲心中之意思抑所表示之意思。

意思與表示不一致又分兩種情形：一爲表意人明知其不一致而故意爲不一致之表示者，一爲表意人不知其不一致而誤爲不一致之表示者。前者之例如(a)「表意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」之規定（民法八六條），即係以表示主義爲原則，而以意思主義爲例外。又如(b)「表意人與相對人通謀而爲虛僞意思表示者，其意思表示無效，但不得以其無效對抗善意第三人」之規定（民法八七條一項），則係以意思主義爲原則，而以表示主義爲例外。後者之例如(a)「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之」之規定，亦係以意思主義爲原則。但表意人得將其意思表示撤銷者，須「以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者爲限。」則其錯誤或不知事情，苟由表意人自己之過失者，應不能撤銷之。是又探表示主義矣（民法八八條一項）。又如(b)「意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條（八八條）之規定，撤銷之」之規定（民法八九條），亦係以意思主義爲原則而以表示主義爲例外。

者。

(B) 意思表示非出於自由之意志 意志是否真能自由，雖尙爲今日之哲學家及法學家所聚訟不決之問題，然各國現行民刑法典則多繼承傳統之學說，不但認其能自由，且以爲應任其自由者。意思表示不自由者，必受有他人不當之干涉，其情形不外被詐欺與被脅迫之二種。其效果則如民法九二條第一項所定：「因被詐欺或被脅迫而爲意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所爲者，以相對人明知其事實或可得而知者爲限，始得撤銷之。」又第二項所定「被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」按第一項所規定者，係以意思主義爲原則，蓋表意人所表示者既爲被詐欺或被脅迫之結果，自非其心中之真意，應得撤銷之。然詐欺係由第三人所爲者，則爲保護無辜之相對人計，應使其所表示者，對於相對人，原則上仍爲有效，是採表示主義矣。但若因被脅迫而爲意思表示者，則因其情形較被詐欺爲可恕，故脅迫卽由第三人所爲者，對於相對人，亦概得撤銷，不另取表示主義。又按第二項所規定「被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」亦係僅指被詐欺之一種情形而言，若因被脅迫而爲意思表示者，則不問第三人是否善意，概得撤銷之。換言之，在被脅迫之情形下，僅有意思主義之適用，不若在被詐欺之情形下，對於善意第三人，尙須適用表示主義，而以所表示者爲有效也。

(二) 行爲以外之事實 人之行爲以外之事實，非皆能致私權之得喪變更者。如天之刮風降雨，雖爲自然界之一種事實，固與吾人之私權不生絲毫關係者也。其能致私權之得喪變更者，必其事實之發生與吾人利益之

得失有關，然後始能使吾人之私權因而取得喪失或變更。惟事實中又可分爲二類，一爲人類生理的現象或身體的動作，一爲普通自然界之現象。前者之例，如繼承人因被繼承人之死亡而取得其遺產所有權（民法一一四七條）；失縱人失縱滿十年後，法院因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告，致利害關係人與失縱人間之私權關係發生變更（民法八條）。後者之例，如天然孳息因與原物分離，遂使有收取孳息權利之人取得新權利（民法七〇條）；標的物因滅失，遂使權利人之權利歸於消滅等皆是。

第五章 商事法之意義 (註一)

考歐西商法發達之歷史，先有商人法，繼有商事法。今則商事法之商法範圍且逐漸縮小，商人法之商法更無論矣。同一行為，法律上之效果，漸不因其為民事行為或商行為而有異，則商行為之效果與民事行為無甚差別者，自可併入民法，無於民法之外別訂商法之必要。惟商行為中，依其性質，與民事行為迥不相同者，或其法律上之效果難與民事行為一致者，亦尚不少，苟亦一一併入民法，似嫌過於龐雜，故各國今日仍多於民法之外，別訂商法，專為容納此項為民法所難於收入之規定。且即在採民商統一制之國家，亦非能將一切商行為及一切附屬於商行為之規定併入民法。以我國而論，民法債編中所收之商行為，仍祇其中之一部分，故非將公司、票據、海商、保險等，另以單行法行之不可也。

(註一) 商事法之意義有形式與實質，廣義與狹義之四說，茲分述如下：

(一) 形式的意義 形式的商事法指商法典而言。所謂商法典係別於民法法典而於私法中自成一系統者也。法、德、荷、比、意、日諸國，皆於民法之外，別有商法。我國現採民商合一之制，不於民法之外，別訂商法典，故無形式上之商法。

(二) 實質的意義 形式的商事法在無商法法典之國家固可無之，實質的商事法則各國皆有。所謂實質的商事法，蓋指有關商事之法規而言。不問該法規本身有無商法字樣也。故如英、美、瑞士，及現在之我國，雖皆無獨立之商法法典，然有關商事之法規，則散見於民法及其特別法中者固所在皆有，不能謂非實質的商事法也。

(三)廣義的意義 廣義的商事法不僅包括關於私人間商事上之法規，即國家與國家間所有涉及商事上之法規條約，亦莫不在其範圍之內。

(四)狹義的意義 狹義的商事法則專指私法的商事法而言，而將國際的商事法除外。通常之商事法研究即以狹義的商事法為其對象也。

商人法之商法與商事法之商法在編制上所採主義不同。商人法之商法所能適用之人限為商人，商事法之商法則不限於商人，即非商人，苟其行為屬於商行為者，亦概得適用商法。故商事法之商法實以商行為為其主要之內容。

何謂商行為？有商法法典之國家，多於其商法中有明白之解說。我國既採民商統一之制，(註二)民法之外，別無商法法典，且同一行為，原則上不認有民法上及商法上不同之效果，對於商行為，自可無須加以說明。惟為研究便利計，則對於商行為之性質及其內容，仍有先為分析之必要也。

(註二)主張民商法宜統一之理由甚多，參看本章註九。

依日本新商法(明治二十三年三月施行)第三編第二六三以次各條之規定，則商行為者實有如下之三類：

(一)絕對商行為 絕對商行為者，行為人不限於商人，亦不必以之為營業，依商法之規定，而認為係商行為也。計分四種：

(1) 以得利益而轉讓之目的，而爲動產，不動產，或有價證券之有償取得，及其所取得者之轉讓之行爲。
(註三) 此蓋商行爲中之最主要者。學者中有定商行爲之定義爲：「商行爲者，以營利之意思所爲財產之轉換行爲也。」(註四) 卽注目於此。惟此種商行爲雖不限於商人始得爲之，行爲人亦不必以之爲營業，但必有營利之主觀條件與有償之客觀條件。(註五)

(註三) 以得利益而轉讓之目的，而爲財產之取得或轉讓時，不必即時爲現實之取得或轉讓，卽以契約約定於某時期內取得或轉讓者亦無不可。

(註四) 日本學者松波仁一卽在其所著日本商法論第三編第一章中卽主此說。惟此定義，非能將日本商法所稱爲商行爲者悉包含在內。依日本商法，卽毫無營利意思之票據行爲，及雖謂爲財產之轉換行爲之居間行爲，亦爲商行爲。

(註五) 以營利之意思而爲財產之轉換行爲，雖結果不能盡皆獲利，然因其行爲而得利益究爲一般之現象。故以有償爲此種商行爲之客觀條件。

(2) 以有償之目的而與他方締結供給由第三者所取得之動產或有價證券之契約，及其履行之行爲。供給契約乃將來可移轉財產之契約，惟其財產則以由第三者所取得者爲原則，且限於動產及有價證券之二種。

(3) 在交易所所爲之買賣行爲。在交易所所爲之買賣行爲，不問其爲商人所爲者，抑爲非商人所爲者，概爲商行爲。

(4) 關於票據及其他商業證券之行爲。商業證券，在日本商法上，並無明白之定義，學者有以商業證

券爲因商業之目的而發行之證券者，雖屬近是，然何謂商業之目的，仍不易說明。至以票據爲商業證券之一，而解爲係因商業之目的而發行者，亦殊勉強。蓋票據之發行，取得與背書承兌之際，不必盡有營利之目的也。日本商法以票據行爲爲商行爲者，蓋純粹出於法律的認定也。

(二) 相對商行爲 相對商行爲者，雖同爲商法所列舉之行爲，然行爲人必以之爲營業時，始爲商行爲者也。所謂營業，自係以營利之目的而繼續的爲某種行爲之意。(註六) 故必須有營利之主觀的條件及繼續爲該行爲之客觀的條件始可。苟行爲人所爲之行爲雖爲商法所列舉之行爲，且雖以營利之目的而爲之，但非繼續的爲之者，仍非商行爲。此類商行爲計分十二種：

(註六) 營業一詞，在法律上有主觀的及客觀的兩種意義，主觀的意義中復分靜的與動的兩種。其客觀的意義爲供商業所用之財產之集合。靜的主觀意義爲商業主體，動的主觀意義即上文所述者。

(1) 以租賃之意思，以買得或租得之動產或不動產出租於他人之行爲。

(2) 關於爲他人製造或加工之行爲。所謂爲他人製造云者，須直接爲他人而製造，若直接爲自己製造，間接以供他人之使用者，不屬本項之行爲。又本項之行爲必須有營利之目的。(註七) 若專以得工資之目的而爲他人製造者，則爲例外，不爲商行爲。

(註七) 營利之意義本極籠統，苟以獲得利益即屬營利，則藉工資收入爲生之人亦可謂有營利之目的，自屬不安。按經濟學上，人類之經濟收

入可分四類：(一) 盈利 (Profit)；(二) 利息 (Interest)；(三) 地租 (Rent)；(四) 工資 (Wage)。所謂有營利之目的，應指以前三類之收入爲其目的者而言。

(3) 關於供給電氣或煤氣之行爲。

(4) 關於運送之行爲。

(5) 承攬業或勞務供給之行爲。本項行爲均以使第三者爲他人完成工作或供給勞務爲其特色。若專以得工資之目的而自爲他人完成工作或服務者，亦爲例外，不爲商行爲。

(6) 關於出版印刷及攝影之行爲。

(7) 專設場屋而招客商來集之行爲。

(8) 兩替及其他之銀行業務。兩替即金錢之交換，日本商法以此爲銀行業務之一例。

(9) 保險。

(10) 允受他人寄託之行爲。

(11) 關於居間（仲立）或行紀（取次）之行爲。

(12) 商行爲之代理行爲。

以上十二種之行爲，必以之爲營業而爲之時，始爲商行爲，故稱相對的商行爲。

(三) 附屬商行爲。附屬商行爲者，不問行爲之本身是否屬於上述之二類商行爲，苟由商人爲營業之故而爲之時，皆謂之商行爲。但商人所爲之行爲，必欲知其是否爲營業之故而爲之，亦有困難，故日本商法又規定凡商人一切之行爲，均推定係爲營業之故而爲之者。（註八）

(註八)日本商法四條規定：「本法所稱商人，謂用自己之名，以商行爲業者。」以商行爲業者，謂之商人；而商人之一切行爲又推定之爲商行爲，似有矛盾，其實不然。附屬商行爲之成立必在行爲人已以其他商行爲爲業而成爲商人之後，否則其商人之身分既未取得，應無附屬商行爲之可言。

以上所述，乃就日本商法上所規定之三類商行爲，舉其大概。惟商行爲雖爲商法中主要之內容，一部商法法典則不僅此商行爲而已，例如商人（包含自然人及法人，法人之商人即公司，故關於公司之組織及內外關係應如何規定，自在商法範圍之內。）商業註冊，商號，商業帳簿，商業使用人，代辦商等，皆與商行爲有直接間接之關係，均須同於商法之內有其規定。

惟商法所以須於民法之外自成一個系統者，其主要之原因仍在商行爲之效果難與民事行爲一致之故，苟承認於民事行爲之外，別有商行爲之存在，則其國必於民法之外，另有商法法典。從而民法與商法之適用，須視其行爲爲商行爲，或非商行爲而有別。大概言之：（一）某行爲爲商行爲時，於其事項，先適用商法。商法無規定時，適用商習慣法，無商習慣法時，始適用民法。若爲非商行爲時，直即適用民法。（日本商法一條）（二）以之爲營業之行爲爲商行爲時，其人爲商人，若爲非商行爲時，則其人不爲商人。（日本商法四條）（三）某行爲爲商行爲時，因之而生之權利義務關係多與非商行爲不同。例如依日本商法二七六條，因商行爲而生之債務，其法定週年利率爲百分之六，但依日本民法四〇四條，則法定週年利率爲百分之五。又如依日本商法二六六條，商行爲之代理人雖不明示其行爲係爲本人而爲之者，其行爲對於本人亦生效力，但依日本民法九九條，代理人於權限內，表

明爲本人所爲之意思表示，始得直接對於本人發生效力。又如依日本商法二七七條，質權人即與出質人約定，於債權已屆清償期而未爲清償時，質物之所有權移屬於質權人者，其約定可以有效，但依日本民法三四九條，則此項流質契約概爲無效等皆是。

反之，苟不承認於民事行爲之外，別有商行爲之存在，則其國於民法之外，殊無另訂商法之必要。商法中專屬於商業之規定，如商業註冊，商號，商業帳簿等，儘可另訂單行法。公司，票據，海商，保險等條文繁多，性質偏於一隅之規定，亦可另以單行法行之。同時民法債編中之規定，不妨分爲二部，一爲普通之民事行爲，一爲商事行爲，所謂商事行爲，即其行爲乃以營利之目的而爲之者，或以之爲營業而爲之者。惟商事行爲與商行爲迥不相同，商行爲有其特殊之法律上效果，商事行爲則否，此吾人所以不名之曰商行爲而以商事行爲名之之故也。

我國現在即採此項民商統一之制，民法之外，別無商法典。雖關於商業註冊，商號，商業帳簿，商業使用人及商業學徒等，尙未有單行之法規，暫准援用商人通例外，他如公司，票據，海商，保險，破產等，則均有單行法，他國商法中之種種商行爲，亦有一大部分已併入民法債編中。故在今日言研究我國商法者，雖無商法法典可循，仍可就此項單行法規，民法債編中之商事行爲及其他關係法令而研究之也。（註九）

（註九）主張民商法統一之理由甚多，據中央政治會議民商法劃一提案審查報告書，分述如下。

（一）因歷史關係應訂民商統一法典也。商法之於民法以外成爲特別法典者，實始於法皇路易十四。維時承階級制度之後，商人鑒於他種階級各有其身分法，亦遂組織團體，成爲商人階級。而商法法典漸亦相因而成。此商法法典別訂於民法法典之外者，

乃因於歷史上之特殊階級也。我國自漢初弛商賈之律後，四民同受治於一法，買賣錢債，並無民商之分，清末雖有分訂民法法典及商法法典之議，民國成立以來亦沿其說，而實則商人本無特殊之階級，亦何可故為歧視耶？

(二) 因社會進步認為應訂民商統一法典也。反對民商法典統一者之言曰：商法所定重在進步，民法所定多屬固定。此在昔日之陳迹，容或有之，不知凡法典應修改者，皆應取進步主義。立法者認為應修改，即修改，與民商合一與否無關。例如英國民商合一，而公司法施行後亦有數次之修改。而德國為民商分立之國，乃商法之改變遠不如英國。於此可見進步與否，並不在民商之合一與否也。是以各國學者盛倡民商合一之論。其最著者如意國之維城提氏 *Viyonte*，法國之他賴氏 *Thaller*，德國之典爾伯氏 *Deunberg*，皆有相當之理由。

(三) 因世界交通認為應訂民商統一法典也。反對民商法典統一者之言曰：商法具有國際性，民法則否。此亦狃於舊見之說也。民商合一，對於商事法規應趨於大同與否，立法者儘可酌量規定，並不因合一而失立法之運用。且民商畫分之國，其法典關於本國之特別規定者，亦不一而足。

(四) 因各國立法趨勢認為應訂民商統一法典也。意大利為商業最早之國，而其國之學者主張民商合一為最力。英美商業今實稱雄於世界，而兩國均無特別商法法典。瑞士亦無之。俄國一千八百九十三年民法第一草案，一千八百九十六年民法第二草案，一千九百零六年民法第三草案，一千九百零七年民法第四草案，均包商法在內。似此潮流，再加以學者之鼓吹提倡，則民商合一已成爲世界立法之新趨勢。我國何可獨與相反？

(五) 因人民平等認為應訂民商統一法典也。人民在法律上本應平等。若因職業之異，或行爲之不同，即於普通民法之外，特訂法典，不特職業之種類繁多，不能遍及，且與平等之原則不合。

(六) 因編訂標準認為應訂民商統一法典也。昔時各國之商法，以人為標準。即凡商人所爲者，均入於商法。德國於一千八百九十七年所訂之商法亦然。法國自大革命之後，以爲不應爲一部份之人專訂法典，故其商法以行爲爲標準。即凡商行爲均入於商法典。

然何種行爲係商行爲，在事實上有時頗不易分。我國如亦編訂商法法典，則標準亦殊難定。

(七) 因編訂體例認爲應訂民商統一法典也。各國商法之內容，極不一致。日本商法分爲總則、會社、商行爲、手形（票據）、海商五編。德國商法無手形。法國則以破產法及商事裁判所組織法訂入商法法典。體例紛歧，可知商法應規定之事項，原無一定範圍，而畫爲獨立之法典，亦止自取煩擾。再法典應訂有總則，亦取其綱舉目張，足以貫串全體也，而關於商法，則不能以總則貫串其全體。

(八) 因商法與民法之關係認爲應訂民商統一法典也。在有商法法典之國，其商法僅係民法之特別法。其最重要之買賣契約仍多規定於民法。而民法上之營利社團法人仍須準用商法，則除有特別情形如銀行交易所之類外，民法商法牽合之處甚多，亦何取乎兩法並立耶？且民商劃分，如一方爲商人，一方非商人，適用上亦感困難。因民商法相關連之處甚多，而非一般人所能意料者。要之：各國民商法典近時趨勢，凡民商劃一之國，鮮有主張由合而分者。其他民商劃分之國，其學者主張由分而合者則甚多。其所以至今尚未實行者，蓋因舊制歷年已久，而理論實力一時之間尙未能推翻之耳，而趨向則已大定也。且在無特別商法法典之國，如英美等，不過無歐洲大陸所謂之商法法典，而實則關於商人之各種法規，燦然具備。是民商合一與否，與商業之發達並無關係。當茲百度革新之時，發揚總理全民之旨，應訂民商合一法典，殆無疑義也。

本論

第一編 從事商業之人

第一章 商人

(一) 商人之意義 商人者，謂為商業之主體之人也。商人通例定商業之種類凡十有七種（註一）則以經營此十七種商業為常業者，皆所謂商人也。惟現行法既採民商法統一主義，法律上不復認有商人之身分，則凡以營利之目的，以經營一定之商事事業（註二）為常業者，皆可謂為商人也。（註三）

(註一) 商人通例第一條：本條例所稱商人謂為商業之主體之人。凡左列各種營業謂之商業：一買賣業，二借貸業，三製造業或加工業，四供給電氣煤氣或自來水業，五出版業，六印刷業，七銀行業兌換金錢業或貸金業，八擔承信託業，九作業或勞務之承攬業，十設場屋以集客之業，十一堆棧業，十二保險業，十三運送業，十四承攬運送業，十五牙行業，十六居間業，十七代理業。

(註二) 商事之定義衆說不一。有以為營利之行爲者，有以為轉運商品之行爲者，皆未免失之過狹。商事誠營利事業之一種，然營利事業如漁撈開鑛不盡皆商事也。通說以商事為媒介或補助物品流通之營利行爲，則稍近似。

(註三) 商人與非商人區別之實益，在採民商統一制之我國，已無甚可述。雖然，依現存之商人通例有效部份，則依其區別，而法之適用亦遂相

異者，尙有下列諸端。

(一) 商人得於其姓名之外，別有商號，非商人則不得有之。(商人通例一六條)

(二) 商人不可不備商業帳簿，記載關於交易及財產出入之事項，非商人則不必置備。(商人通例二六條)

(三) 商人可以用商業使用人及商業學徒，非商人則不得用之。(關於經理人及代辦商，見民法五五三以次各條，關於夥友等

務者及商業學徒，見商人通例第六章中各條規定。)

(四) 商人關於其營業之事項，多須註冊，非商人則無須有之。(商人通例五，六一九，二二四，二五，二七等條)

(二) 商業主體之意義 所謂商業之主體者，乃指經營商業之結果，承受其權利義務之人也。必爲此權利義務所歸屬之人，始得謂之商人。至於是否自己爲事務之經營，則可不問。通常商人經營其商業，皆以自己之名義爲之，然亦有委託他人爲之，而並不以其姓名或商號告知相對人者，仍不失其爲商人也。(註四)。所謂爲權利義務之承受，亦非謂爲最後之承受，祇須經營當時，對於營業相對人自得權利自負義務，即得謂爲權利義務所歸屬之人。至於其後是否又將經營所得之結果歸之他人，亦非所問也。(註五)

(註四) 當事人之一方指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務。見民法五七五條。

(註五) 行紀人爲委託人之計算所爲之交易，對於交易之相對人，自得權利並自負義務。見民法五七八條。

(三) 法人亦得爲商人 得爲私權主體者，自然人而外，尙有法人。法人之人格雖出於法律所創設，然既能以自己之名義，於法令限制內，享受權利負擔義務(民法二六條)，應能爲經營商業之主體。法人經營商業者，與其他營利社團同，皆稱爲公司。雖依他國商法，有不以公司爲一切營利社團之通稱者。但以我國而論，則以營利爲

目的之社團，皆稱公司。其所營之事業，固不問爲商業與否也。（註六）

（註六）依日本商法，某社團以之爲業之行爲爲商行爲時，其社團當然爲會社（公司）。若非商行爲時，則爲營利或非營利之民事法人。其爲營利者，惟有依法律之準用而與會社同視。例如以採礦、鍊油、製冰、捕魚等爲目的之營利社團，所以視同會社者，因此等之行爲雖非商行爲，究係營利行爲，法人以之爲業者，須依民法規定，準用關於會社之規定者故也。但在採民商統一制之我國，民法之外，既別無商法，自更無商行爲與非商行爲之別，則凡以營利之目的而設立之社團，應皆稱公司。非如日本以營商業之營利社團爲會社，而非營商業之營利社團爲準用會社規定之民事法人也。故在我國，營利社團祇有公司一種，而在日本，則公司不過營利社團之一，此亦不可不知也。

（四）商人之行爲能力 現行民法既不於一般的私權主體之外，別爲自然人之商人另定其行爲能力，則以經營商業爲常業者，其行爲能力之有無及受限制與否，自應適用一般的民法上規定，固毫無疑義者也。

限制行爲能力人得法定代理人之允許，得獨立營業者，關於其營業有行爲能力，此爲民法所規定（民法八五條），前已述之。惟法律爲保護第三人計，此際有命其註冊之必要耳。（商人通例六條）

無行爲能力人因或種之原因而成商業之主體時，自必依賴法定代理人代爲營業。此時無行爲能力人爲未成年人有父母者，由其父母爲法定代理人（民法一〇六八條）。無父母或父母均不能行使負擔對於其未成年之子女之權利義務時，應置監護人，由監護人爲法定代理人（民法一〇九一條及一〇九八條）。無行爲能力人爲禁治產人者，由其監護人爲法定代理人（民法一一一〇條及一一一三條）。法定代理人爲無行爲能力人營業時，應均呈請註冊，（商人通例五條二項）蓋亦爲保護第三人計也。

(五)有夫之婦亦得自營商業。昔商人通例於有夫之婦之自營商業者，規定須得本夫之允許，並須呈報該管官廳註冊。其於營業上有不勝任情形時，本夫並得撤銷其允許或限制其能力。(商人通例六條及七條)今民法既取男女平等之原則，自不適用此種規定，蓋不問爲有夫之婦與否，祇須具備行爲能力，以自己之責任，爲商業之經營，固皆得爲獨立之商人也。

(六)大商人與小商人。於自然人之商人及法人之商人之區別外，尚有爲大商人及小商人之區別者，亦不無實益。依商人通例三條，所謂小商人者，有下列三種：

- (一)沿門或在道路買賣物品之商人。
- (二)手工範圍內之製造人或加工人。
- (三)其他小商人。

按「其他小商人」一項，當爲包容雖非前二項之商人，但其資本微薄營業不鉅者而設。然其資本總額或營業總額若無一定標準，仍難定其大小，故商人通例施行細則三條規定：「商人營業資本總額不滿五百元者，以商人通例第三條之小商人論。」據此則在前二項之商人，其資本總額縱在五百元以上，仍爲小商人，而在其他商人，則以資本總額不滿五百元爲限，謂之小商人。小商人以外之商人，自皆爲大商人。大商人與小商人區別之實益，惟在商人通例關於商號、商業註冊、商業帳簿，各條之規定，對於小商人均不適用之一點。(商人通例三條)

第二章 商業使用人及商業學徒

第一節 商業使用人

(一) 商業使用人之意義 商業使用人者，從屬於商業主人為其服營業上勞務之人也。商業使用人與其主人間之關係必為僱傭契約關係。(註一)故若非以僱傭關係，雖亦從屬於商業主人而為其服勞務，要非商業使用人，即以僱傭關係從屬於商業主人，而非為其服營業上之勞務，亦非商業使用人也。

(二) 商業使用人之種類 商人通例分商業使用人為下述三種。現行民法雖以經理人及代辦商合為一節編入債編，本書為便利計仍分別述之，惟改以債編上之規定為依據耳。

(1) 經理人 經理人，據民法第五百五十三條第一項之說明，係謂有為商號管理事務及為其簽名之權利之人。經理人之權限，在其營業範圍內，原則上不受限制。(註二)舉凡商號內大小事務，營業計劃，僱員任免，均有管理之權。蓋除對於不動產之買賣或設定負擔，須有書面之授權外，經理人之權限，實無限制之必要。對於第三人，法律特定經理人在其管領之商號，或其分號，或其事務之一部內，視為有管理上一切必要行為之權。(民法五五四條)蓋非如此，經理人將無以行使其職務也。惟經理權亦非不可限制者，商號所有人若使其經理人之權限於管理商號之一部，或商號之一分號或數分號，亦無不可耳。(民法五五三條三項)

經理人不但對外有爲商號簽名之權利，在訟訴上，就其所任之事務，且視爲有代表商號爲原告或被告或其一一切訟訴上行爲之權。（民法五五五條）（註三）

經理權之授與，並不以明示爲限，即以默示之方式，授權於經理人，亦無不可。（民法五五三條二項）且經理人亦不以一人爲限，可以授權於數經理人，使其同負商號管理之責。惟一商號有數經理人時，僅須經理人中有二人之簽名，對於商號，即生效力，無須各經理人盡皆簽名也。（民法五五六條）

經理人既爲管理商號之重要人員，對於商號之一切內情，自所熟悉，故爲保障商號之利益計，非得其商號之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任之股東。（民法五六二條）經理人如有違反前條規定之行爲時，商號得請求因其行爲所得之利益，作爲損害賠償。（民法五六三條一項）

（2）夥友 夥友由商業主人或經理人選用，使爲商業上之某事項。夥友之職權較經理人相差甚遠，僅限於能爲商業上某部分之事項，並僅於其所受委任之事項，始有辦理之權限。而辦理其所委任之事項，署名時尙應加以某商號夥友字樣，以便與經理人有別。（商人通例四〇條四一條及四二條）

（3）勞務者 勞務者爲依商業主人或經理人所與訂立之僱傭契約，服商業上之勞務之人。勞務者聽受商業主人或經理人之指揮，爲一定之服務，無代理爲商業上行爲之權。除非由商業主人或經理人以特定行爲委任之，始有代理之權也。（商人通例四四條及四五條）

(註一) 僱傭據民法四八二條之規定，乃當事人約定一方於一定或不定之期限內爲他方服勞務，他方給付報酬之契約。受傭人所服之勞務其性質並無限制，不論爲物質的，抑爲精神的，事務的，抑爲法律的，亦不問其供給勞務之結果能否完成一定之目的，祇須於一定或不定之期限內繼續的爲勞務之供給即可。至其受領之報酬並不限於金錢給付，且不限於薪工之形式，即以分紅、津貼等形式，或以現物爲給付者，亦無礙其爲報酬。報酬之計算，按時按件均無不可。其數額之多寡固應依契約之約定，但如有勞動協約定其最低額或最高額時，亦應從其規定耳。

(註二) 「經理人於營業範圍外之事項，非經商業主人特別委任，原無代表商號之權。若僅就其所任事務，自應有代表商號簽名之權限。惟經理人如果與第三人串同圖得不法之利益，而就其所任事務與該第三人訂立契約，致生損害於商號或商業主人之財產，則該經理雖用商號之名義而代爲簽名，在該第三人究難以其行爲對抗於商業主人。」(最高法院二十年度上字四七五號判例)

(註三) 爲人經理，即有代表商號爲訴訟之權。雖在民法施行前，法例亦同。商人通例三二條：「凡關於營業上之事務，無論涉訟與否，經理人有代表商業主人辦理之權限。」按本條因民法債編之施行已經廢止。又最高法院十七年上字一二二〇號亦有同樣之判例。

「按現行民法五五條明定經理人就所任之事務視爲有代表商號爲原告或被告或其他一切訴訟上行爲之權，故關於營業上之負債，在經理人即應負清理償還之責。公司所選任之經理人，法律上既未另定限制，自不能因其爲法人而有差異。惟股東之股款並非營業上之事務，若無公司特別委任，經理人應不負(清理償還之)責。」(司法院二十年院字六三八號解釋例)

第二節 商業學徒

商業學徒與其商業主人之間雖亦爲契約關係，然非如通常之僱傭關係，而爲一種特別契約關係，故商人通例不以其列入商業使用人中。商業學徒一方面從其商業師修習技能，一方面亦爲其服業務。惟商業師應與以通學之時間，勿使妨礙其求學。修業期間通常均於契約中明定之，若於契約未經明定者，依其本業之規則，或該地方

之習慣行之。訂結修業契約前，得定試驗期間，但其期間至多不得過三個月。（商人通例五六條五七條及五八條）

第三章 代辦商

(一) 代辦商與經理人之比較 代辦商之定義，據民法第五百五十八條第一項所述，乃非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人。代辦商雖與經理人同為商號服務之人，然二者之區別甚大，舉其要者，有下列數點：(一) 代辦商非商業使用人，而經理人則為商業使用人。(二) 代辦商之權限常有一定之範圍，而經理人之權限以不受限制為原則。(三) 代辦商為商號辦理事務有一定地點之限制，而經理人無之。(註一)

(註一) 一、代辦商即代理商，保非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人。對於第三人之關係，祇就其所代辦之事務有為一切必要行為之權。商號經理人則為商號管理事務代其簽名之權。對於第三人之關係，就商號或其分號有為管理上一切必要行為之權。代辦商係在自己店址營業，其因營業而生之費用，由自己負擔。商號經理人則在主人之營業所執行業務，其執行業務之費用由主人負擔。兩者之性質及權責顯有區別。〔最高法院二十二年上字二三五七號判例〕

(二) 代辦商之權限 代辦商在其所代辦之事務範圍內，對於第三人之關係，視為有為一切必要行為之權，此為民法第五百五十八條第二項所明定。惟代辦商與商號間之關係，究不如經理人之密切，故原則上代辦商不得負擔票據上之義務，或為消費貸借，或為訴訟，除非商號所有人以書面為此項之授權時，始得為之耳。(前條

第三項

(三)代辦商之義務 代辦商與經理人相同，若非得其商號之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任之股東。(民法五六二條)此外，代辦商尙應就其代辦之事務，隨時報告其處所或區域之商業狀況於其商號，並應將其所爲之交易，即時報告之。(民法五五九條)

(四)代辦商之權利 代辦商既依委任契約爲商號代辦事務，自得按照契約請求報酬。其因代辦事務所墊付之費用，亦可請求償還。若契約於此二端均未約定，得依習慣定之。若無習慣，則依其代辦事務之重要程度及多寡，定其報酬。(民法五六〇條)

第二編 商業組織

第一章 總說

自私有財產及交換經濟代原始之共產社會及自給經濟而興，商業乃成不可或缺之社會制度。其組織之形態大概言之約有三種，即個人資本，合夥與公司是也。此三者之發達經過各有不同，要以個人資本為最早，合夥次之，公司之出現為最晚。此三種組織之重要性雖隨時地而不同，至於今日，各國仍並存之。我國昔日，經營商業者非單獨出資，即合夥共營，海通以還，始見公司之名稱。今則通商各埠，公司繁興，其勢力且有駕乎前二者之傾向。茲編乃根據現行法律上之規定，先就其共同之點，再及其各別部分，依次述之。

第一節 營業所

(一) 營業所之意義 無論為何種商業組織，必有其營業之所，蓋營業所者，商人經營其商業之根據地也。營業所與住所有別。營業所僅為商人經營商業之根據地。其與商人之住所不同之處，在住所為商人之生活中心，而營業所僅為其經營商業之活動中心。生活中心既未必即係營業活動中心，因之商人之住所亦不必即為其營業所。惟營利法人其存在既祇為營業，除營業活動中心外，別無生活中心，故其住所通常即為其營業所耳。

(二)營業所之效用 法律上所以有營業所之規定者，其效用甚多，姑列舉如下：

(1)營業所爲定商業註冊管轄官廳之標準。(商人通例八條)

(2)營業所如同時卽爲債權人之住所，應爲交易上履行債務之清償地。(民法三一四條)

(3)營業所爲定行使或保全票據上權利，對於票據關係人應爲行爲之處所。(票據法一七條)

(4)營業所爲定訴訟管轄法院之標準。(民事訴訟法二條)

(5)營業所爲定訴訟書件送達之處所。(民事訴訟法一三六條及一三八條)

(6)營業所爲定破產管轄法院之標準。(破產法二條)

(三)營業所之種類 營業所通常不限於一個，常有多至數個者。此時各營業所，彼此間因有主從之關係，主營業所稱曰本店，本店以外之營業所皆爲本店之從屬，稱曰支店。支店與本店之區別，不僅在名稱上有本支之差異，在實質上支店之營業尙須聽受本店之指揮。惟本店與支店所營之營業，必須同一，且必須同屬於一商人，始能發生主從之關係也。

本店與支店之區別，原爲營業上便利之計，實質上無分本支，皆不過爲同屬於一商人之營業所而已。惟本店與支店之間，既有主從之關係，故若本店消滅，支店亦必隨之消滅；支店消滅，本店則不必隨之消滅。又，本店在該管官廳應註冊之事項，於支店該管官廳亦應註冊。(商人通例九條)至關於支店與外界交易事項，無論爲債權債務，應均以支店爲其清償地或履行地。支店與本店之間，因均無人格，又係同屬於一人，原則上應不能互爲法律行

爲，而發生相互間之權利義務關係也。

第二節 商業註冊

(一) 商業註冊之意義 商人營業之狀況，非必須一一均付註冊。何者應註冊，何者毋庸註冊，應依法律之規定。商人通例雖就應行註冊之事項，規定多種，但其中有與現行法律衝突而致失效者。茲就尙屬有效數種，列舉如下：

(1) 商號註冊；(商人通例一九條二一條二四條二五條)

(2) 經理人註冊；(商人通例三七條)

(3) 年齡未滿二十歲人營業之註冊；(商人通例六條)

(4) 法定代理人代無能力者營業之註冊。(商人通例五條)

註冊之時，尙應注意下列二項共通之規定：

(甲) 凡應在本店該管官廳註冊之事項，若本條例別無規定者，於支店該管官廳亦應註冊。(商人通

例九條)

(乙) 業經註冊之事項，如有變更或消滅時，應隨時呈報該管官廳註冊。(商人通例一三條)

(二) 商業註冊之程序 註冊之程序，可分爲下列三步：

(1) 呈請 商人呈請註冊者，應具備呈請書，向註冊所請求註冊，註冊所卽爲該地之市政府及縣政府。

(商業註冊暫行規則七條及一條)

(2) 審查 註冊官吏自受註冊之呈請後，對於呈請之一切事項應審查之。如註冊所於當事人之呈請，查有違反法令者，應令更正，始行註冊。註冊所自收受呈請書之日起，除有特別情形外，應於五日內將註冊事務辦理完竣，發給證書。(商業註冊暫行規則二、三條三條及二條)

(3) 公告 註冊手續辦理完竣之後，應於公告場所揭示三日以上。(商業註冊暫行規則二條末段)
所謂公告，即註冊官吏將業經註冊之事項，公開使社會皆知之謂。蓋註冊之目的原在使社會明瞭註冊人之狀況，非經公告，無以達其目的也。

(三) 商業註冊之效力 商業註冊在法律上有如左之效力：

(1) 凡應註冊之事項，非經註冊及公告後，不得對抗第三者。所謂第三者，兼指不知情及知情之第三者而言。苟未經註冊及公告，皆不得對抗之。但因正當理由而實不知情之第三者，即已經註冊及公告，仍不得對抗之。此蓋為保護此種第三者而設，對前述規定為一例外也。(商人通例一一條)

(2) 公告與註冊手續不符時，應以註冊簿所載為準。但非經更正公告後，不得對抗不知情之第三者。(商人通例一二條) 此項規定亦為保護善意之第三者而設，蓋社會既對於公告加以注意，應不能任意取消其效力也。

(一) 商號之意義 營業所爲商人營業活動中心，商號則爲商人在其營業的活動上，用以代表其自己之名稱也。商號非營業之名稱，實因營業無獨立之人格。但自然人與法人既皆得爲商人，則自然人經營營業，固須有商號以代表自己，法人經營營業，自亦須有商號以代表之。惟通常法人爲營業時所用之商號即爲法人自己之名稱，故不必於法人名稱之外，另用一商號以代表其在營業上之活動。若自然人則其原有之姓名本代表其生活之各方面，在營業上自可專用一名稱以代表之，故有另立商號之必要。惟自然人經營營業者，營業主體本不限於一人，亦可數人合夥經營，此時雖人數不止一人，然因在營業上則爲一個共同之活動，故只能用一個商號以代表之也。

(二) 商號之選擇 商號之選擇，商人通例不設限制，以任商人之自由爲原則。商人以其姓名爲商號固可，即以姓名以外之其他字號爲商號，亦無不可。(商人通例一六條)但公司之商號，則應各視其種類，分別標明無限公司，兩合公司，股份有限公司，股份兩合公司，以免社會之誤會。而非照公司辦法之商號，則絕對不得於商號中用公司或類似公司之字樣；雖承受公司之營業而並不照公司方法續辦者亦同。違則可處以五圓以上十圓以下之罰金。(商人通例一七條及一八條)

(三) 商號之註冊 商號既爲商人在營業上所用之名稱，應以歸一商人所專用，不使爲他人所冒用或以之爲不正之競爭爲是，故有註冊之必要。蓋惟經註冊之後，商人始能對抗第三者主張其有專用權也。惟商號之註冊，並不限於創設的一種，茲列舉如次：

(1) 創設商號之註冊 商號事實上雖已使用多年，尙未經註冊，仍不能有專用之效力。蓋惟經註冊以後，其專用權始得謂已創設也。

(2) 變更或廢止商號之註冊 業經註冊之商號如有變更或廢止時，亦應隨時呈請該管官署註冊。(商人通例二四條) 所謂商號之變更，係指繼續營業時變更商號之名稱一部或全部而言，改易商號一字或加記，自得以變更論。至商號之廢止，則係指因歇業而廢止者而言。(見司法院二十三年度院字第一〇七〇號解釋例) 商號已變更或廢止而原註冊之商人並不呈報註冊，得由利害關係人呈請該管官廳註銷。該管官廳受前項之呈報時，應先催告原註冊人，酌定期限，俾得陳述異議。若期限內並無異議，其註冊即應銷去。(商人通例二五條)

(3) 轉讓商號之註冊 商號經註冊之後，即成爲財產權，自得依財產權處分之原則，以之轉讓於人。惟轉讓商號必須爲轉讓之註冊，否則不得以之對抗第三者。(商人通例第二一條)(註一)

(四) 商號註冊之效果 商號既爲商人信用之標幟，應歸一商人所專用，不使爲他人所冒用，或以之爲不正之競爭，此所以有商號註冊之制度也。商號一經註冊之後，即發生下列二種效果：

(1) 權利創設之效果 商號自經註冊，對於該商人即發生商號權。商號權爲財產權之一種，有價值，能轉讓，其存在與專利權、著作權等無異。

(2) 排他之效果 商號經註冊後，有專用之性質，可以排除他人之侵用，其情形又可分爲下述二種：

(甲)除公司外，同一城鎮鄉內，(註二)他人既經註冊之商號，不得仿用以營同一之商號。(註三)公司則不問是否在同一省市區域以內，苟種類相同，即不得使用相同之名稱。(公司法施行法二七條)但商人通例施行前，舊已行用之商號，即與他人既註冊之商號相同，仍得用以營同一之商業。(商人通例施行細則九條一項)至同一之商業使用同一之商號，其本店雖在不同一之各城鎮鄉內，而其支店則不免有開設於同一之城鎮鄉內之可能。此時為防冒混起見，若分設支店之城鎮鄉內，現有他人已經註冊之商號，其營業與商號均與自己本店相同者，該支店之商號須照本店之商號，添附字樣，以示區別。(商人通例一九條)

(乙)業經註冊之商號如有他人冒用，或以類似之商號為不正之競爭者，該號商人得呈請禁止其使用，並得請求損害賠償。(商人通例二〇條)但商人通例施行後，為商號之註冊者，對於商人通例施行前，業已行用同一或類似之商號者，不得呈請禁止其使用。(商人通例施行細則九條二項)(註四)

(五)商號轉讓之效力 商號轉讓有如左之效力：

(1)與營業一併轉讓

(甲)商號與營業一併轉讓，而當事者彼此並無特約時，則轉讓人在十年之內，不得於同一城鎮鄉內，為同一之營業。

(乙)商號與營業一併轉讓，而當事者彼此定有不為同一營業之特約者，其特約之範圍，關於區域，不得過本縣管轄區域，關於期限，不得過二十年，逾此範圍，其特約無效。(以上兩項俱見商人通例二二條)

(2) 單獨轉讓 若商號非與營業一併轉讓，而係單獨轉讓者，轉讓人應受何種之限制，法律並無明文規定。惟事實上商號之轉讓，多係與營業轉讓一併為之耳。

(註) 一商號本用以代表商人在營業上之活動，則轉讓之時，自應加記或易記以資辨別。但商人通例對此點並無明文，自得憑當地習慣辦理。若法律上之效力，則為轉讓之註冊已足發生。

原為共有營業，以後分歸某房獨自經理，或原為甲父所經營，以後歸甲承繼，仍繼續經營；其商號亦同轉讓之例，是否須加記或易記，得憑當地習慣辦理。但均須先為轉讓之註冊。

(註) 二商人通例施行時為民國三年，其時行政區域尚均以縣為單位，而縣之劃分，大別之為城鎮鄉三者。今行政區域變動甚多，縣之外復有市，市復有直隸於行政院及隸屬於省政府兩種之分。市之大者，其區域可數倍或數十倍於普通之縣，小者有祇等於一縣之一城或一鎮。則在市內之商號呈請註冊時，究應以市為專用之區域歟？抑應以市之一區為專用之區域歟？不無可疑。以上海論，全市面積佔八百九十五方公里，除特別區域外，尚分十七區，如以全市為註冊商號專用區域，似未免太廣，如以市之一區為專用區域，又因各區彼此毗連，交通甚便，苟在兩區相連馬路之兩旁，得各以同一之商號經營同一之商業，似又與保護專用權之原意相背。此中困難蓋在市之各區不若內地之有山川草野自然地形之隔，且各區間交通便利，全市面積雖廣，市民生活上則已打成一片，苟欲固守市縣相提並論之成見，強以市之各區擬作縣之城鎮鄉，自有不便。惟司法院二十二年院字八七八號之解釋，則尚存此見，以為「在市之同一區域內，甲既註冊在先，乙自不得仿用以營同一商業」云。

又所用城鎮鄉之稱號，實係沿用前清城鎮鄉自治章程內所稱而來。據該章程第二條所載，凡府廳州縣治城廂地方為城，則商人通例所稱城，當然亦不以城內為限。（見前大理院六年上字五三一號判例）

(註) 三商號之類似與否，為一極可研究之問題。據現在已有之判解例，尚難定出多少標準，以為區別之依據。姑舉一二如下：(一)兩商號名稱相同，而一加某記字樣，或稱新某某，或用極相類似之字形，即係以類似之商號為不正之競爭。(二)兩商號僅讀音相類似而字形

不相類似者，則不能認爲仿用。（據司法院二十三年院字一一五一號解釋例）

（註四）於此有二問題焉：（一）商人通例施行前，舊已行用之商號，每多互相仿用，如糖食店之「稻香村」、「老大房」、剪刀店之「王麻子」、「張小泉」、肉食店之「陸稿薦」等，幾已成爲營業之代名詞，祇以某記字樣爲區別之標準，凡以此種商號呈請註冊時，應仍視爲商號，准予註冊，抑僅以某記爲商號，而以此種名稱爲營業種類之表示？（二）在商人通例施行前已行用同一或類似之商號者，雖有人於商人通例施行後已以之註冊時，能否再以之呈請註冊？司法院於二十四年院字一二五九號咨行政院之復文中，有明白之解答，其大意如次：（一）商人通例施行前，舊已行用之商號，雖互相仿用，苟其牌號上附添有某記字樣，以示區別，即得視爲不同之商號。（二）商人通例施行後，爲商號之註者，對於施行前業已行用同一或類似之商號，依商人通例施行細則九條二項之規定，不得行使商人通例二〇條之權利。苟創設在施行後之商號，及創設在施行前之同一商號，同時呈請註冊者，應俱予照准。若創設在施行前之商號呈請註冊在後，則在施行前既已行用，即非仿用他人既註冊之商標，亦應准其註冊。

尙有一問題亦極足注意，即甲商號雖在商人通例施行後始開始行用，但遠在乙商號註冊之前，迨乙商號註冊後，能否以相同爲理由請求將未註冊之甲商號查禁？欲解決此問題，自須從研究商人通例十九二十兩條下手。按通例十九二十兩條之規定，止於保護「業經註冊」之商號不受他人「仿用」、「冒用」，並未予註冊商號以唯一專用之權。故舊已行用之商號不受後來註冊之商號之影響。因甲商號既行用在先，即無仿用或冒用乙商號之可言也。但乙商號即明明仿用甲商號，因甲商號未經註冊，亦不能請求將其查禁。（參看司法院二十一年院字七七八號解釋例）

第四節 商業帳簿

（一）商業帳簿之意義 商業帳簿者，商人經營商業時，記載其營業狀況之書類也。商人爲使其營業便利，必須置備帳簿，固不待言，法律所以有此規定者，亦爲預防日後發生債權債務糾葛時，得以稽考其當日之營業及

財產狀況也。(註五)

(二) 商業帳簿之立法例 各國法律對於商業帳簿之規定，略分三派：有完全不加規定而任商人之自由者，如英美諸國是。有取干涉主義，詳定帳簿式樣，而令商人負記帳之義務，由官廳嚴重監督者，如法國是。有雖令商人負記帳之義務，而官廳並不取監督態度者，如德日諸國是。我國商人通例雖規定商人應依法置造帳簿，亦未訂明詳密之帳式與監督之辦法。

(三) 商業帳簿之種類 依我國之法律，帳簿之式樣，初不限於下述之三種，於此三種之外，儘可自行置造。不過法律認此三種帳簿較為重要，有使任何商人皆有置備之必要，故特加以規定耳。

(1) 日記帳 日記帳即凡日常之交易以及關於財產出入之各種事項，均須逐一記載之帳簿。但日用款項，既無重大之變更與出入，不必逐日記載，可以僅記其每月之總數。零賣商之買賣，通常有現金及賒賣兩種，則亦應分別按日記其總數。(商人通例二六條)

(2) 財產目錄 財產目錄即就商人在其營業上所有一切之財產而編成之表冊也。其內容不僅限於該商人之積極財產，即消極財產亦應羅列在內。故凡動產、不動產、債權、債務，以及其餘財產如商號權、商標權、專利權等，均應記載於特設之帳簿。記載上項財產時，須附記現時之價格。時價高於原價時，並須記其原價。價格不明者，則記以估計之價。若為不能索取之債權，則既無價格可言，應削除之。(商人通例二七條)

(3) 貸借對照表 貸借對照表即為前述財產目錄之摘要。以簡明之方式，表示財產之貸借關係，其內

容與財產目錄同。

(四) 商業帳簿之置造 商業帳簿中之日記帳應逐日記載，無待贅言。財產目錄及貸借對照表之造具，商人通例於第二十七條規定，應於開始營業時，公司於設立註冊時，又每屆結帳時爲之。

(五) 商業帳簿之保存 商業帳簿之置備，目的既不僅在謀商人營業之便利，亦在爲將來解決債務糾紛之佐證，故應於帳簿結終之日起，留存十年之久。此外如與營業有關係之書信，亦應與帳簿同爲保存。(商人通例二八條)

(註 五) 商業帳簿不過有相當證據力而已，如兩造帳簿之記載各不相符，經中核算後互有出入者，自應審究其帳簿之記載孰爲真確，以爲判斷。但其帳簿果係整備，作製又無虛偽，則欲知其營業之盈虧，自應以之爲重要憑證。(參看前大理院四年上字二七五八號及六年上字三二三號判例)

第二章 個人資本

(一) 出資及營業財產 個人資本之商業組織既由經營商業者自己單獨出資，其所用於營業上之財產，與其私用財產，法律上應無分別。營業主人得將其私用財產與營業財產隨時劃分，亦得將其隨時改廢。其營業上之債權人不僅能向其營業財產求償，即其私用財產亦得向之請求清償。此無他，蓋由於營業財產本無獨立的存性，所以與私用財產劃分，完全為營業上便利之故，其本質與私用財產初無差別也。

(二) 事務執行及分配損益 個人資本之組織雖極簡單，其所營之商業容或規模廣大，事務紛繁。此時其事務之執行自必假手多數之使用人，始克有濟。然法律上有此事務之執行權者實僅營業主人一人。其餘之使用人不過秉承營業主人之命，使為事務之處理，或得其授權，代為法律行為而已。營業之結果，不問損益與否，亦惟營業主人一人承受之。其使用人雖或有提成分紅之權利，要係營業主人已承受營業損益之後與其使用人所定之特約，非有直接分配盈利之權也。

(三) 對外代表及債務責任 個人資本之組織對外亦惟營業主人一人有代表權。其使用人中如經理人就其所任之事務對外雖亦有代表商號為訴訟及簽名之權，（參看民法五五三條及五五五條）然皆由營業主人授權而得，法律上初無當然代表之權利也。因營業而負債務者，應由營業主人負無限責任，此亦當然之理。蓋營

業財產既無獨立的人格，與私用財產又無區別，因營業而負之債務自應與因其他原因而負之債務同視也。

(四) 終止營業及清算 營業主人因或種原因而終止營業時，其清算事務應由何人執行，法律未有明文規定，依各地通行習慣，自得由營業主人自己為清算人，清理債權債務。其不欲自行清算，而委託第三者為清算人者，亦無不可。惟營業主人聲請破產時，應改由破產管理人清理其債務耳。

第三章 合夥

合夥組織在我國今日尙爲商業組織中之最有勢力者。蓋產生於二人以上互約出資以經營共同事業之契約。（民法六六七條）合夥之事業並不限於商業，惟商業組織之採取合夥形式者最多，因此世人多以爲合夥之事業全係商業，實則卽不以營利爲目的之事業，或商業以外之其他營利事業，亦皆得以合夥之形式爲其組織也。我國民法定合夥之種類有二，一爲普通合夥，或簡稱合夥，二爲隱名合夥。此二者固同爲二人以上互約出資以經營共同事業之契約，然當事人間之權利義務關係，殊不盡同，應以分述爲便。

第一節 普通合夥

第一項 合夥之意義

合夥者二人以上互約出資以經營共同事業之契約也。（民法六六七條一項）據此定義，爲之分析說明如下：

（一）合夥爲契約 合夥乃由二人以上所訂結之契約。其由雙方意思之合致而成立，與其他契約，蓋無少異。縱合夥契約之當事人在二人以上，但因各合夥人與其他合夥人之間，均各有雙方意思之合致，故仍不失其爲雙方行爲。合夥契約僅須當事人意思合致卽得成立，無須卽時爲出資義務之履行，亦非以訂立合同文據爲法律

上之必要條件也。(註一)合夥契約一經成立之後，即有拘束各當事人之效力，除非契約另有訂定，非經合夥人全體之同意，不得將其變更，亦不得將其事業之種類變更。(民法第六百七十條)

(二)合夥之出資 合夥人既互相結約以經營共同事業，自須出資以作經費或資本。通常出資固以金錢為多，但並不限於金錢，得以金錢外之他物或勞務代之。(民法六六七條二項)有形體之財產誠可以之為出資，即權利與信用亦無妨以之為出資。至以勞務為出資者，尤屬常見。(註二)

(三)合夥之財產 合夥人之出資，以及經營共同事業所得之利益，為合夥團體所有乎？抑為各合夥人所^有乎？吾人欲解決此問題，應先知合夥之性質。合夥既不過為存於各合夥人間之一種契約關係，其本身原無人格之存在，自非社團等之法人可比，應不能為權利主體。故各合夥人之出資，及其他合夥財產，法律上為合夥人全體之公共共有。(民法六六八條)所謂公共共有者，各合夥人非僅對其自己之出資，有其所有權，各合夥人之權利實及於公共共有物之全部也。(參看民法八二七條)

(註一)合夥契約之成立無須即時出資，最高法院二十二年度上字一二九〇號之判決書中有如次之釋明：「二人以上互約出資以經營共同之事業，即為合夥契約之成立。至其交納股本，則為另一問題，並非契約成立之要件。」

合夥契約之成立無須訂立文據，最高法院同年度一四四二號之判決書中亦有如下之釋明：「合夥非要式行為，不以訂立書據為要件，苟有其他事實足以證明其合夥關係存在者，即不能不認其合夥契約為已有效成立。」

(註二)合夥契約成立時，當事人雖不必即時履行出資之義務，但出資之約定仍為合夥契約成立之要件。蓋二人以上如僅互約在各自經營之事業上互相合作，而未為共同出資經營共同事業之約定，尚不能認為合夥也。例如建設委員會與美國合組無線電公司所訂立之無

線電通報合同中，雖約定建委會應於上海設立電台，與美國合組無線電公司在太平洋岸所設電台聯成直接通達之無線電路，收發商用無線電信；又雖約定兩造應互相協助，以謀聯合經營電路之成功及勝利，但「既僅訂明合作通報，未為共同出資經營共同事業之約定，即難認為民法上之合夥。」（見司法院二十三年院字一〇五八號解釋例）

第二項 合夥之效力

合夥之契約締結以後，即發生合夥人彼此間，及合夥人與第三者間，種種之權利義務關係。茲分述如下：

第一款 合夥之內部關係

（一）關於合夥人之出資 合夥人均有出資之義務，前已言之。惟合夥人之出資亦非漫無限制。除非契約有特別訂定外，合夥人無於約定出資之外增加出資之義務。因損失而致資本減少者，合夥人無補充之義務。（民法六六九條）

（二）關於合夥事務之執行 有如下之規定：

（1）合夥事業既為全體合夥人所共同經營，其事務之執行，自應由合夥人全體為之。然此僅為原則，若約定合夥之事務由合夥人中數人執行者，當由該數人共同執行之。惟如通常事務，無關重要者，亦得由有執行權之各合夥人單獨執行之。但此本為便利之計，若其他有執行權之合夥人中任何一人，對於該合夥人之行為有異議時，即應停止該事務之執行。（民法六七一條）合夥事務如約定應由合夥人全體或一部之過半數決定者，其有表決權之合夥人，無論其出資之多寡，推定每人僅有一表決權。（民法六七三條）

(2) 合夥人履行依合夥契約所負擔之義務，應與處理自己事務，為同一之注意。(民法六七二條) 如因合夥事務所支出之費用，得請求償還。(民法六七八條一項)

(3) 合夥人中之一人或數人被委任執行合夥事務者，非有正當事由不得辭任，其他合夥人非經全體之同意亦不得將其解任。(民法六七四條) 執行合夥事務之合夥人，除契約另有訂定外，不得請求報酬。(民法六七八條二項)

(4) 無執行合夥事務權利之合夥人，縱契約有反對之訂定，仍得隨時檢查合夥之事務，及其財產狀況，並得查閱帳簿。(民法六七五條)

(三) 關於合夥之決算及分配損益 合夥既為合夥人所共同經營之事業，應使各合夥人對其事業之盈虧常能明瞭，如有損益，並須分配。故決算及分配損益之期，不能過長，若契約未曾訂定，應於每屆事務年度終為之。分配損益之成數未曾約定者，按照各合夥人之出資額定之。僅就利益或僅就損失所定之分配成數，視為損益共通之分配成數。但以勞務為出資之合夥人，則僅受利益之分配，除契約另有訂定外，不受損失之分配。(民法六七六條及六七七條)

第二款 合夥之對外關係

(一) 關於對外之代表 合夥既僅為合夥人間之契約關係，而無獨立之人格，對外自不能有其代表。故執行合夥事務之合夥人，對於第三人僅為他合夥人之代表，非合夥之代表。但被委任執行合夥事務者，亦祇能於依

委任本旨，執行合夥事務之範圍內，始有代表他合夥人之權也。（民法六七九條）惟民事訴訟法為顧全事實上之便利，對於非法人之團體而設有代表人或管理人者，特設一例外，亦使其有當事人能力。（註三）（民事訴訟法四〇條三項）合夥既有代表人，在民事訴訟上應有當事人能力。換言之，即合夥能以其自己之名義為民事訴訟法上權利義務之主體也。

（二）關於合夥債務之清償 合夥既無人格，非權利主體，故不但合夥之財產應歸合夥人共同共有，即合夥之債務亦應由合夥人負擔。合夥自身對外，應無享受權利負擔義務之能力也。惟當合夥財產不足清償合夥之債務時，（註四）各合夥人對於不足之數，應負如何之責任，誠屬易滋糾紛，民法第六百八十一條因規定，此時各合夥人應連帶負其責任。（註五）

（三）關於合夥股份之轉讓 合夥人彼此間既有契約關係，則在契約未終止前，自不得將自己之股份任意轉讓於第三人，使代自己為合夥人。但經他合夥人全體之同意，或係轉讓於他合夥人者，不在此限。（民法六八三條）

（四）關於合夥人與第三人間之債權債務關係 有如下之規定：

（1）合夥人對於第三人有債權債務者，應歸該合夥人自行處理，與合夥毫無關涉，故第三人不能以其對於合夥人之債權，與其對於合夥之債務，互相抵銷。（民法六八二條二項）

（2）合夥人之債權人，於合夥存續期間內，就該合夥人對於合夥之權利，不得代位行使。所謂代位行使

者，即該債權人得以其自己之名義，行使合夥人（債務人）之權利也。（參看民法二四二條）此因合夥為契約關係，決不能因一當事人之負債，而使其債權人代其為契約當事人。但就合夥人自合夥應得分配之利益，該債權人有請求權耳。（民法六八四條）

（3）合夥人之債權人，於合夥存續期間內，雖不能代合夥人行使其權利，但得聲請扣押其股分，惟應於兩月前通知合夥。此項通知，有為該合夥人聲明退夥之效力。（民法六八五條）此條規定蓋為債權人之利益而設，因債權人不能代位行使合夥人之權利，故法律使其得代合夥人聲明退夥，因而取得其股分也。

（註三）當事人能力者，謂得為民事訴訟當事人之資格也。民事訴訟為國家確定私權之審判程序。當事人之一造之私權受他造之侵害時，得提起民事訴訟於法院，請求國家之保護。得為民事訴訟之當事人者，即有訴訟法上之權利義務。凡有權利能力之人皆有當事人能力。但在刑事訴訟上，則此種非法人之團體如商號，並無刑事訴訟當事人能力及刑事訴訟行為能力。（二十五年院字一四五三號解釋例）

（註四）合夥財產本指一切屬於合夥之財產而言，則合夥對於他人有債權者，其債權自亦為其財產之一部。但當合夥對外負有債務時，其外欠款項（即合夥對他人之債權）既不能即時供清償之用，自應即由合夥人負清償之責，不能藉口合夥之債務應先就合夥財產清償，即除責任也。最高法院二十二年度抗字一〇九二號之裁定書中，有關於此點之釋明：「民法所謂合夥務應先就合夥財產清償之者，係指現在可供清償之合夥財產而言。若外欠款項，既不能供即時清償之用，自不能以之對抗債權人。」

（註五）合夥人之責任為一極可注意之問題。民法雖規定合夥人對於合夥債務應連帶負責，是否適合國情，頗有研究餘地。按我國商業慣例，合夥人對合夥所負債務，有祇任按股分担之責者。如上海前總商會於十七年答覆某律師之函內，即持此見。（見嚴謬聲所編上海商事慣例一四〇頁）惟前大理院於判解例中，則主連合分担之說。所謂按股分担，即合夥人僅按其出資額之多寡，比例的分担合夥之債務，他合夥人不能履行債務時，有資力之合夥人不負代償之責。而連合分担則不同，合夥債務雖亦先由各合夥人按股分担，但其

中有無實力者，即由他合夥人分擔償還。若他合夥人皆無實力，或皆無從索償，則債權人即獨向一合夥人請求償還全部，亦未始不可。（見前大理院四年上字五八號及同年上字二〇九八號判例）惟前大理院此項主張，並無強行性質，各地如有特別習慣，仍得依習慣辦理也。（見前大理院十五年統字一九八三號解釋例）

連帶負責制度對於債權人有莫大之便利，因連帶債務之債權得對於債務人中之一人，或數人，或其全體，同時，或先後，請求全部或一部之給付。（民法二七三條）遠非按股分擔及連合分擔二種所能及。按股分擔之制於債務人之保護固可謂優，於債權人之利益則過於忽視，雖確係我國傳統之精神，實不能適合今日之社會，民法斷然捨之，不為無見。連合分擔之制對於債權人利益之保護，較之按股分擔，雖已進一步，較之連帶負責，相去尚遠。因依連合分擔，債權人必先證明他合夥人實無實力，始得對某一合夥人請求全部之清償，各合夥人非當然有為他合夥人代償之責，苟他合夥人之無實力未經證明，尚難令其負責。而證明一事，又極困難，雖不必皆經強制執行，已予債權人極大不便矣。民法之所以不予採取，當係為此。

第三項 合夥人之退夥及加入

第一款 合夥人之退夥（註六）

（一）退夥之意義 合夥人一經以契約與他合夥人組織合夥之後，未必即能永久繼續彼此間之關係。除因一定之原因而致合夥整個解散外，合夥人中之一人或數人尚可聲明退夥。（註七）所謂退夥，與合夥之解散不同，僅退夥之合夥人退出合夥而喪失其合夥員之資格，合夥組織非必因此而不存在也。（註八）茲分述其退夥之條件與效力如次：

（二）退夥之條件 合夥之契約關係既經成立，原則上各合夥人應受其拘束，不能任意退夥。惟有合於下列之規定時，乃可聲明退夥：

(1) 任意退夥 此又有二種情形：

(甲) 合夥未定有存續期間，或經訂明以合夥人中一人之終身，為其存續期間者，各合夥人得聲明退夥。但應於兩個月前，通知他合夥人。但即依此種情形，合夥人雖可隨時退夥，仍不得於退夥有不利於合夥事務之時期為之。(民法六八六條一項及二項)

(乙) 合夥定有存續期間者，合夥人固以不得任意退夥為原則，然如合夥人有非可歸責於自己之重大事由，仍得聲明退夥(民法六八六條三項)所謂非可歸責於自己之重大事由，即謂非因合夥人之故意或過失所致之重大事由，有使合夥人不得不退夥之情形是也。

(2) 法定退夥 合夥人除得依前二種情形任意聲明退夥外，尚得根據下列法定事項之一而退夥：

(甲) 合夥人死亡者，此時雖合夥人所約定之存續期間未滿，仍得退夥。但如契約訂明其繼承人得繼承者，則其合夥員之資格既有其繼承人代替担任，與其存在無異，應不得退夥。

(乙) 合夥人受破產或禁治產之宣告，則因其既成為無財產或無行為能力之人，當然無法行使及負擔對合夥之權利義務，自應退夥。

(丙) 合夥人被其他合夥人全體同意開除者，當然須退夥。(以上三項俱見民法六八七條及六八八條)

(丁) 合夥人之債權人聲請扣押該合夥人之股分者，其對合夥所發之通知達到合夥時，該合夥人即為退夥。(民法六八五條)

(三) 退夥之效力 合夥人退夥之後，將發生如何之效力乎？此則可分下列三項述之：

(1) 對於合夥關係之效力 合夥人中有一人或數人退夥時，合夥之契約關係是否消滅，為學者聚訟之點。有謂合夥之組織原基於合夥人彼此間之契約關係，今合夥人中既有人退出，原契約自應終止，合夥之關係即歸消滅。有謂合夥雖非法人，然有團體的性質，其合夥人中雖有人退出，仍無礙其存在。依據前說，則合夥人之退夥與合夥之解散，在法律上應無分別。依據後說，則退夥與解散必須區分。現時通說，雖採後說，以為退夥之效力不及於整個的合夥關係，然依純法理之見解而觀，則應以前說為是。蓋合夥既為契約關係，斷無契約當事人已經更易，而原契約關係尚能存在之理。否則合夥於契約關係之外，必須另有其自己之人格，始能單獨存在。今此說既不可解，則合夥應為純粹之契約關係無疑。合夥既為純粹契約關係，則合夥人中有一人退夥，原契約關係自應隨之消滅。通常此時合夥組織所以並不即刻解散者，係因其他合夥人於有人退夥之頃，又成立一新合夥契約，繼續經營其事業也。故舊合夥契約應隨退夥而消滅，毫無可疑。不過因新舊契約關係彼此嬗代，僅一瞬間事，且不必明白表示，多不為世人所覺察耳。法律所以否認退夥有致合夥解散之效力者，亦僅為顧全事實上之便利，不使合夥關係多一次演變而已，至在法理上，固不應如此解釋也。

(2) 對於他合夥人之效力 合夥人退夥之後，與他合夥人間，自應舉行結算，其結算之標準，應為退夥時合夥財產之狀況。合夥人之出資為金錢，固應由他合夥人承受其股分，以金錢償還之，即出資為金錢以外之他物或勞務，亦得以金錢抵還之。然若合夥事務，於退夥時尚未了結者，則應俟了結後再為計算，並分配其損益。

也。(民法六八九條)

(3) 對於第三人之效力 合夥人退夥後，對於此後合夥與第三人間之債權債務，當然毫無關係，不能享受利益，亦不負擔責任，但對於退夥前合夥對第三人所負之債務，則因負債當時，合夥人既尚未退夥，而為合夥之一員，雖退夥後仍應負責。(民法六九〇條) (註九)

第二款 合夥人之加入

(一) 加入之條件 合夥人之加入，與合夥人之退夥相同，亦有使原來之契約關係從新改造之效力。蓋加入合夥為合夥員，即增加合夥契約之當事人，自必因此而成立一新契約，以代其原來之舊契約。惟通常此項新舊契約之演變，多不明示，僅由原有之合夥人對新合夥人之加入全體同意即可，形式上固不必有任何契約之訂立也。(民法六九一條一項)

(二) 加入之效力 新合夥人加入以後之合夥關係，縱為一新的契約關係，但因新合夥人對於合夥已有之財產及債權，既為共同共有人，對於其加入前合夥所負之債務，自應與他合夥人負同一之責任也。(前條第二項)

(註六) 退夥與轉讓合夥股份未必一事。合夥人得為單純之退夥，亦得因轉讓合夥股份而退夥。本款僅就單純之退夥略為敘述。因民法僅編合夥章內亦僅就單純之退夥及加入有所規定。若因轉讓股份而退夥而加入者，則亦適用關於合夥股份之轉讓及一般債權債務轉之規定也。

合夥人因轉讓合夥股份而退夥者，有二種情形：（一）受讓人爲他合夥人，（二）受讓人爲合夥人以外之第三人。但皆須依下述規定辦理之。

（一）退夥同時轉讓股份 合夥人以其所持有之全部股份轉讓於他合夥人或合夥人以外之第三人者，此時除轉讓合夥股份之一意義外，並發生退夥問題。按退夥既非具備一定之理由不可，則非有一定之理由，讓與人尙難解脫其合夥人之資格。但讓與人所謂讓與者僅爲其所持有股份之一部時，則不發生退夥問題。因無論合夥人所持有之股份多寡，其有合夥人之資格則一也。至於讓與契約，在受讓人爲他合夥人之情形，祇須爲讓與之合夥人與受讓之合夥人互相合意即可發生效力，不須經其他合夥人之同意。在受讓人爲合夥人以外之第三人之情形，則須得其他合夥人全體之同意。

（二）承擔債務 合夥人爲單純之退夥時，對於退夥前合夥之債務，本須自己負責。但其退夥係因轉讓其股份於他人時，則可由受讓人承擔之。惟依債務承擔之原則，由第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人無效力。此時受讓其股份者即爲他合夥人，應亦非經債權人承認不可。（關於債務之承擔，詳見本書第四編契約章內。）

（註七）有法律上之理由可以退夥者，其「退夥祇須以退夥人一方面之意思表示爲之。」（見最高法院二十二年度上字二二二二號判決書）所謂退夥人一方面之意思表示云者，即謂因退夥人自有此退夥之表示時起即發生退夥之效力，無須得其他合夥人之同意也。

（註八）因退夥不必致合夥之解散，故「合夥人之退夥，必其合夥事業尙能繼續存在，方有退夥之可言。若因退夥致合夥之目的事業不能完成時，即屬解散合夥，並無所謂退夥。」（見最高法院二十二年度上字二九六七號判決書）

（註九）欲退夥之事實對於第三人發生效力，尙須通知第三人，或使第三人有得知之機會方可。否則在合夥人間即已發生退夥之效力，對於第三人，退夥人尙不能以已退夥爲理由，否認自退夥後合夥債務之負擔也。最高法院二十二年度上字二三四四號判決書中有關於此點之釋明：「退夥固爲終止契約之一種，在各合夥人間以有合法之意思表示爲已足。惟欲以之對抗第三人，則尙須使第三人有得知之機會，始足以期交易之安全。」

民法債編施行前關於此項之法律則與上述稍有不同。據最高法院同年度上字七一六號之判例，凡於民法債編施行前欲退夥者，「苟能證明其確有退夥之事實，或退夥時曾踐行習慣上必要之方式，則其後除有使人可信其尚未退夥之行爲外，對於退夥以後所負債務，不負賠償責任。」

第四項 合夥之解散及清算

第一款 合夥之解散

(一) 解散之意義 合夥之解散云者，合夥之契約關係自有解散之原因時起消滅其效力之謂也。嚴格言之，合夥人之退夥皆有致合夥解散之效力。不過法律爲遷就事實計，對於非合夥人全體之退夥，不名爲解散而已。

(二) 解散之原因 合夥關係除得依一般法律行爲及契約之消滅原因而消滅，或依債編通則債之消滅一節中之規定而消滅外，尙得因下列特別原因之一而消滅（民法六九二條）

(1) 合夥契約存續期限屆滿者 合夥定有存續期限者，自其所定期限屆滿時起，歸於消滅。但合夥所定期限屆滿後，合夥人仍繼續其事務者，視爲以不定期限繼續合夥契約。（民法六九三條）

(2) 合夥人全體同意解散者 合夥既爲全體合夥人所訂立之契約，自得以全體之同意解散之。

(3) 合夥之目的事業已完成或不能完成者 合夥之成立原以經營一定事業爲其目的，若目的已告完成，或顯見不能完成者，是已失去目的，應歸消滅。

第二款 合夥之清算

合夥解散之後，自須結束其事務，清理其財產，以分配於各合夥人之間，此所以有清算之必要也。合夥之清算不由執行合夥事務之合夥人任之，而由清算人任之。茲分述關於清算人及關於清算事務之法律規定如次：

(一) 關於清算人：

(1) 清算人之選任 清算人執行清算事務，關係各合夥人之利益甚大，故應由合夥人全體過半數之決議選任之，清算人不必僅祇一人，亦不必為合夥人以外之人，得選任合夥人中之一人或數人為之。(民法六九四條及六九六條) 數人為清算時，關於清算之決議，應以過半數行之。(民法六九五條)

(2) 清算人之職權 清算人之職權與合夥未解散前執行合夥事務之合夥人之職權相同，對內有執行一切事務之權，對外有代表全體合夥人之權，惟其範圍僅限於清算之目的而已。

(二) 關於清算事務：

(1) 清償債務 清算時，合夥財產應先清償合夥之債務，其債務未至清償期，或在訴訟中者，應將其清償所必需的數額，由合夥財產中劃出保留之。(民法六九七條一項) 若合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。(民法六八一條)

(2) 返還出資 合夥財產已以之清償債務，或劃出必需之數額後，尚有賸餘時，其賸餘財產應返還各合夥人之出資。(民法六九七條二項) 合夥之財產未必盡係金錢，但為清償債務及返還合夥人之出資，應於必要限度內，將合夥財產變為金錢。(同條三項) 惟合夥財產有時雖足清償債務，却不足返還各合夥人之出

資，故若有此種情形，應按照各合夥人出資額之比例返還之。（民法六九八條）

（3）分配賸餘財產 合夥財產必於清償債務及返還各合夥人出資後，尙有賸餘時，始得按各合夥人應受分配利益之成數分配之。（民法六九九條）

第二節 隱名合夥

第一項 隱名合夥之意義

稱隱名合夥者，謂當事人約定：一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益，及分担其所生損失之契約。（民法七〇〇條）隱名合夥一方爲隱名合夥人，他方爲出名營業人，彼此間之關係雖頗似合夥人相互間之關係，然而兩種契約性質上實不相同，舉其要者，有下列五點：

（一）合夥人之出資，除爲金錢或其他物外，並得以勞務代之，隱名合夥人之出資，則限於爲金錢或其他財產，不得以勞務或信用代之。

（二）合夥人之出資以及其他合夥之財產，均屬合夥人全體所共同共有。隱名合夥人之出資，其財產權移屬於出名營業人。（民法七〇二條）

（三）合夥人對於合夥之債務，連帶負其責任，且不以出資之數額爲限。隱名合夥人則僅於其出資之限度內，負分担損失之責任。（民法七〇三條）

（四）合夥之事務，除契約另有訂定外，由合夥人全體共同執行之。隱名合夥之事務，則專由出名營業人執

行之。(民法七〇四條一項)但如隱名合夥人參與合夥事務之執行,或為參與執行之表示,或知他人表示其參與執行而不否認者,則此時法律為保護第三人起見,縱有反對之約定,對於第三人亦使隱名合夥人負出名營業人之責任。(民法七〇五條)

(五)合夥人就其共同所經營之事業,對於第三人,皆為權利義務之主體。隱名合夥人則不然,就出名營業人所為之行為,對於第三人,不生權利義務之關係。(民法七〇四條二項)

第二項 隱名合夥人之權利與義務

隱名合夥人因與出名營業人間有隱名合夥契約之關係,而有下述之權利與義務:

(一) 權利

(1) 檢查 隱名合夥人對於合夥事務雖無執行權,然為保障其利益起見,不能不有相當之檢查權。縱約定隱名合夥人無檢查權,其約定為無效。隱名合夥人仍得於每屆事務年度終,查閱合夥之賬簿,並檢查其事務及財產之狀況。如有重大事由,不及待至事務年度終始為檢查者,法院因隱名合夥人之聲請,得許其隨時為前項之查閱及檢查。(民法七〇六條)

(2) 受領利益 隱名合夥人所以加入合夥而出資,目的即在受領利益。故出名營業人,除契約另有訂定外,應於每屆事務年度終,計算營業之損益。其應歸隱名合夥人之利益,應即支付之。若應歸隱名合夥人之利益而未支取者,除另有約定外,不得認為出資之增加。(民法七〇七條)

(二) 義務

- (1) 出資 隱名合夥人應對出名營業人出資，此為其當然之義務。(見前)
- (2) 分担損失 合夥如經營失敗而有損失時，隱名合夥人亦應於其出資限度內，負分担損失之責任。(見前)

第三項 隱名合夥之終止

(一) 終止之原因 隱名合夥為契約關係，除得依一般情形終止外，尚得因左列各種事項之一而終止：
(民法七〇八條)

(1) 有任意退夥之情形 此又可分二種情形：(1) 如合夥未定有存續期間，或經訂明以合夥人中一人之終身，為其存續期間者，各合夥人得聲明退夥。(2) 合夥定有存續期間者，如合夥人有非可歸責於自己之重大事由，仍得聲明退夥。(參看民法六八六條)

(2) 存續期限屆滿者 合夥定有存續期限，而其存續期限屆滿者，隱名合夥契約應即終止。

(3) 當事人同意者 契約當事人既均同意終止契約，隱名合夥契約應即終止。

(4) 目的事業已完成或不能完成者 此時隱名合夥已無存在必要，應即終止。

(5) 出名營業人死亡或受禁治產之宣告者 隱名合夥僅出名營業人有執行事務之權，故若死亡或受禁治產之宣告，即無法進行其事務，應即終止其契約。

(6) 出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告者，隱名合夥之當事人如有一方失去其財產，即無從達其共同出資經營事業之目的，應即終止其契約。

(7) 營業已廢止或轉讓者，此時合夥已失其所經營之標的，其契約自然終止。

(二) 終止之效力 隱名合夥契約終止之後，隱名合夥人與出名營業人彼此間之關係立即解除。出名營業人應返還隱名合夥人之出資，並給與其應得之利益。但如出資因損失而減少者，則僅須返還其餘存額。(民法七〇九條)

第四章 公司

第一節 總說

公司組織爲商業組織中之最後起亦最宜於大規模之經營者。因其內部關係較爲複雜，對外關係亦頗重要，非有詳密規定，無以保障各方之利益，故特以之爲單行法。茲依法文之次序分述各種規定如下。

第一項 公司之意義

(一) 公司爲法人。公司一經依法成立，法律即賦與人格，得爲私權之主體，故與民法上之合夥迥不相同。蓋此二者雖皆爲人之集合，然一則其集合體自身有法律上之人格，可以集合體之名義，享受權利，負擔義務；一則無之，其與外界之關係，僅爲各合夥人之關係而已。(公司法三條)

(二) 公司爲社團法人。法人有社團法人與財團法人之別，公司以人之集合爲基礎，故爲社團法人。

(三) 公司爲以營利爲目的而設立之團體。昔公司條例定公司之定義爲：以商行爲業而設立之團體。何謂商行？即商人通例所列舉之十七種商業。必以此十七種商業爲業之團體，始得稱爲公司，其範圍殊嫌過狹。現行法不設商業與非商業之區別，凡以營利爲目的而設立之團體，皆得依據公司法之規定成爲公司。(公司法一條)(註一)

(註) 一) 公司之事業，並無種類上之限制，司法院曾有明白之解釋。據院字一一一三號：「依公司法第一條，凡以營利為目的而設立之團體，均得稱為公司，並無營業種類上之限制，如所營事業非法令所禁止，即得請求登記。」緣有商人余福蔭者，於民國二十三年，擬以美利無限公司向廣東建設廳呈請登記。但查核公司所營事業，則係受人委託代收舖屋租，代理租賃舖屋，介紹買賣舖屋田地，代寫稟呈婚娶紅白等文件，代核算帳目，及介紹典押按揭，與普通公司所營事業不同，故有此解釋。

第二項 公司之種類

(一) 無限公司 無限公司全由無限責任股東組織而成。各股東對於公司均負無限之連帶責任。公司若負債務，各股東均須以其自己全部財產供清償之用。

(二) 兩合公司 兩合公司由無限責任股東與有限責任股東合組而成。無限責任股東對於公司之責任，與無限公司之股東同。有限責任股東之責任，則以其出資額為限。(但有例外，如依銀行法五條三項，股份有限公司之股東，及兩合公司，股份兩合公司之有限責任股東，應負所認股額加倍之責任。)

(三) 股份有限公司 股份有限公司全由有限責任股東組織而成。公司之資本均分為股。各股東對於公司之責任，以其所認之股份金額為限。

(四) 股份兩合公司 股份兩合公司雖亦由無限責任股東與有限責任股東合組而成，頗似兩合公司，然兩合公司之資本非以股份之形式發行，其有限責任股東不能任意以其股份轉讓於人，且不能任意退股，而股份兩合公司一部分之資本則分為股份，得以轉讓於他人，實同時具有兩合公司與股份有限公司之特點者也。

以上所述四種公司其種類均須標明於其名稱之上，使人一見即知其爲某種公司。（公司法第二條）

第三項 公司之設立

我國民法對於公益社團法人與財團法人之設立，取許可與準則兩主義，即凡欲設立公益社團與財團者，必須先得主管官署之許可，然後依照法律之規定，請求登記爲法人。但對於營利社團（即公司）之設立，公司法僅取準則主義，不兼取許可主義。故凡欲設立公司者，祇須按照法律規定組織之即可。

設立公司之法定要件爲登記。蓋公司爲法人，得以其法人之資格在社會上爲一切法律行爲，故必使社會藉登記而知其人格之取得已無問題，且爲主管官署監督便利計，亦有登記之必要也。各國對設立公司之登記有二主義，一以之爲公司之成立要件，一以之爲公司成立後對抗第三人之要件。依第一主義，公司非經登記不得成立。依第二主義，公司即未登記，亦得成立，不過未經登記不得對第三人主張其公司已成立而已。我公司法取第一主義，於第五條第一項定明：「公司，非在本店所在地主管官署登記後，不得成立。」（註）公司之主管官署，依公司登記規則第二條：在省爲實業廳，在隸屬行政院之市爲社會局。

凡設立公司者，應於公司章程訂立後十五日內，向主管官署聲請登記。（公司法五條二項）登記後應於六個月內開始營業，否則主管官署得呈請實業部撤銷其登記。除非有正當理由，始得由公司呈請准予延緩。（公司法七條）以後登記事項如有變更時，應於變更後十五日內，向主管官署聲請爲變更之登記。（公司法八條）公司之解散，除破產外，應於接受解散命令或決議解散後十五日內，向主管官署聲請爲解散之登記。（公司法一十

條)應登記之事項而不登記或已登記之事項有變更而不為變更之登記者,不得以其事項對抗第三人。(公司法九條)且設立登記後,如發現其設立程序或其登記事項,有違法或虛偽情事時,經法院裁判後,通知主管官署撤銷其登記。(公司法六條)

公司既非經登記不得設立,則在登記之前自不能有法律上之人格。此時未成立之公司,固不能為營業上之活動,即因着手於開業之準備,對外發生債權債務者,亦祇能認為發起人等之個人行為,與將來之公司無涉。(註

三)

(註二)「公司須經登記後,方能成立。而登記又必俟實業部發給執照後,方為確定。」(見最高法院二十二年上字二五三五號判例)蓋依公司登記規則五條,凡設立公司之登記及設立支店之登記,須俟實業部發給執照後,方為確定,增資減資之登記,須俟實業部換發執照後,方為確定也。故「呈請登記縱令早經開始,而未經領得執照,自仍不能認為公司之成立。」(見同上之判例)

現行公司法公布於十八年十二月三十日,自二十年七月一日起施行。施行前自仍採用前北京政府之公司條例。(民國三年公布,十六年八月二十日國民政府令暫准採用。)則凡遵公司條例向前政府註冊之公司,苟已依註冊條例(今已廢止)向國民政府註冊局補行註冊,領取執照者,即無須再依現行法令登記。即未依註冊條例補行註冊者,亦僅受官廳之處罰,其以之對抗第三人之資格並未喪失,苟宣告破產,仍應依公司條例辦理。(見二十年司法院院字五五三號解釋例)據此,可見公司非經登記不能成立云云,所謂登記,實不限於依現行法令之登記,即依前政府之法令而註冊者,亦仍有法人之資格也。

(註三)設立公司之登記,依公司登記規則五條,既須俟實業部發給執照後,方為確定,則在未經領到執照以前,自仍不得認為公司之成立。但公司呈請登記之後,未經領得執照以前,即已着手於開業之準備者,事所恆有。此時乃發生下述二問題焉:(一)公司成立前能否着手於開業之準備?(二)公司成立前因着手於開業之準備以致負擔債務時,其債務固公司之債務乎?抑發起人之債務乎?第一問題,

因現行公司法對於公司成立前即已着手於開業之準備者，並無禁止及處罰之明文，自應解為許可。但舊公司條例及舊公司律則皆禁止並處罰公司於成立前着手於開業之準備。舊公司條例五條：「公司非在本店該管官廳註冊後，不得着手於開業之準備。」又同條例二四八條五款：「公司執行職務之股東，登記人等違背本條例第五條之規定為開業之準備者，科以五元以上至五百元以下之罰金。」舊公司律七條對於合資有限公司，二〇條對於股份有限公司，亦皆有「應先期十五日呈報商部註冊，方准開辦」之規定。同律二二六條亦有「未經註冊先行開業者，公司創辦人應酌罰五元以上至五百之數」之規定。第二問題，現行公司法亦無明文。但依公司既未成立即無人格之理論觀之，此時因着手開辦所負債務，應非公司之債務無疑。最高法院二十二年度上字二五三號判決書中有關於此點之釋明：「故在登記確定以前所為之營業非公司之營業，祇為另一合夥營業。無論為此項營業者，僅係發起人團體，抑尙有其他之股東，就其營業所負債務，均應按照合夥法例，同負連帶清償之責。」

第四項 公司之對外入股

公司之能否為他公司之股東，為公司法上一大問題。我公司法對此點有分別之規定：即他公司之無限責任股東，本公司不得為之，蓋恐以本公司之全體財產為他公司之担保，於本公司之基礎或有危險也。惟如為他公司之有限責任股東，則因責任既有限制，將來即有損失，亦屬可以預見，不應一概禁止，致於經濟發展有妨。但其所

有他公司之股份總額不得超過本公司實收股本總數四分之一，藉防濫行入股之弊也。（公司法一一條）

以上所述，僅為公司法上一般的規定。若特別法令對於某種特定公司根本不許其對外入股者，自應從其規定，而不適用公司法。例如銀行亦係一種公司組織，但不得為商店或其他銀行他公司之股東，銀行法施行前已經出資入股者，並應於銀行法施行後三年內退出之，逾期不退出者，應按入股之數核減其資本總數。（銀行法二條及

100條)

第二節 無限公司

第一項 無限公司之設立

無限公司之設立，應有股東二人以上，共同訂立章程，簽名蓋章，每人各執一分。（公司法一二條）此項章程之內容，自得視各個公司之組織而異，但下列六款，則為一般之必要載明事項：（一）公司名稱，（二）所營之事業，（三）股東之姓名住所，（四）本店支店及其他所在地，（五）股東出資之種類及價額，或估價之標準，（六）訂立章程之年月日。（公司法一三條）

無限公司之股東應於章程訂立後十五日內，將下列各款事項，向主管官署聲請登記：（一）公司法第十三條所列舉之六款事項，（二）章程中定有解散事由者，其事由，（三）章程中定有代表公司之股東者，其姓名。（公司法一四條）蓋以此種事項與公司均有重大之關係，有使主管官署及一般社會明瞭之必要也。

第二項 無限公司之內部關係

無限公司之內部關係，當不止以下所述之數種，惟此數種關係重要，法律特以明文規定之耳。其他種種之內部關係，自得任由股東以章程定之。（公司法一五條）

（一）以債權抵作出資之担保 無限公司股東之出資如為債權，而其債權到期不能受清債者，應由該股東補繳，如因該債權不能如期履行致公司受有損害時，該股東並應負賠償之責。（公司法一六條）

(二) 盈虧之分派 公司經營之結果，爲盈爲虧，均應分派於各股東。分派之標準，應由章程自定，如章程無訂定時，以股東出資之多寡爲準。如章程中僅就盈餘或虧損一項，定有分派之比例，而於他項未定分派之比例者，其所定比例，於盈餘虧損均適用之。(公司法一七條)

(三) 業務之執行 無限公司各股東均有執行業務之權利，而負其義務。但章程訂定由股東中之一人或數人執行業務者，從其訂定。此時該股東不得無故辭職，他股東亦不得無故使其退職。(公司法一八條及二五條) 股東中之數人或全體執行業務時，關於業務之執行，取決於過半數。但通常事務，執行業務之股東各得單獨執行，惟其餘執行業務之股東有一人提出異議時，應即停止執行。(公司法一九條) 股東執行業務，應依照章程及股東之決議，如違反此項規定致公司受有損害者，應負賠償之責。(公司法二六條) 不執行業務之股東得向執行業務之股東，質詢公司營業情形，查閱財產文件。(公司法二二條) 執行業務之股東非有特約，不得向公司請求報酬。(公司法二三條) 但股東因執行業務所代墊之款項，則得向公司請求償還，並支付墊款之利息。如因執行業務所支出之款項，係以自己之名義向他人借貸而來，則此項債務即未到期，亦得請求公司提供相當之担保，庶日後不致因不能清償而受累。又股東因執行業務受有損害，而自己並無過失者，自得向公司請求賠償。(公司法二十四條) 股東如代收公司款項，不於相當期間照繳，或挪用公司款項者，應加算利息，一併償還，如有損害，並應賠償。(公司法二十七條)

(四) 經理人之選任及解任 經理人之用得其人與否關係公司之營業至大，關於其選任及解任自須鄭

重將事，故法律不視為一般之業務執行，明定必須得全體股東過半數之同意始生效力。（公司法二〇條）

（五）章程之變更 章程為公司活動之依據，既經全體股東同意訂立，自須得全體股東之同意，始能加以變更。所謂變更者，即將章程中之重要事項修改增減之謂也。若雖未變更章程，而所為之行爲係章程所定事業範圍外之行爲，則事實上等於變更章程，亦應得全體股東之同意。（公司法二一條）

（六）競業之禁止 無限公司之股東皆有執行業務或質詢營業情形之權，對於公司內部秘密，自必異常熟悉，若使爲自己或他人爲與公司同類營業之行爲，對於公司必有不利，故法律規定除非經其他股東全體之同意，此項與公司競業之行爲不得爲之。又無限公司之股東既皆以自己之全部財產爲公司債務之担保，若同時又爲他公司之無限責任股東，對於本公司之担保力自必減少，故亦非經其他股東全體之同意，不得爲之。（註四）股東若竟違反此項規定時，其他股東得以過半數之決議，將其爲自己或他人所爲之行爲認爲公司所爲，但自行爲後逾一年者，不在此限。（公司法二八條）

（七）股份之轉讓 無限公司股份之轉讓云者，股東以其對於公司之權利義務關係之全部或一部轉讓於他人，使他人代自己爲公司股東之謂也。但無限公司之股東對公司皆負有無限之連帶責任，其與他股東之利害關係甚大，故非經其他股東全體之同意，不得爲之。（公司法二九條）

（註四）無限公司之股東不得爲他公司無限責任之股東，理由已如上述。惟同時兼爲無限責任之合夥人者，則因法律並無明文禁止，自應許其爲之。司法院院字一二二八號解釋例亦謂：「公司法第二八條第一項既僅指他公司之無限責任股東，則合夥股東自不在限制之

例。」按合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，亦須連帶負其責任，是合夥人與無限公司股東名稱雖異，而其實任之無限則同。今徒因公司法不能涉及合夥之範圍，遂使適用上有此矛盾之現象，殊屬遺憾。

第三項 無限公司之對外關係

無限公司之對外關係不外指公司與第三人間及股東與第三人間之關係而言。此點與合夥頗不同，蓋合夥非法入，故其對外關係僅為合夥人與第三人間之關係，合夥本身對於第三人不能自生關係也。無限公司對外關係之規定，因多為保障利害關係人之利益而設，故多係強行之性質，不容股東以章程為反對之訂定也。

(一) 公司之代表 無限公司之股東原則上對內皆有執行業務之權，對外自均得代表公司。惟業務之執行既得以章程訂明專由股東中之一人或數人任之，而執行業務與對外代表公司又恆為不可分之二事，則特定股東中之一人或數人以代表公司，要亦事理之所許。惟法律為鄭重起見，規定此時須得股東全體之同意耳。(公司法三〇條)代表公司之股東，關於公司營業上一切事務，有辦理之權。即使公司對於此等股東之代表權加以限制，第三人若不知悉，不得向之對抗。(公司法三一條及三二條)代表公司之股東，既為公司之利益而服務，如為自己或他人與公司為買賣貸借或其他法律行為，難免有利害之衝突，此時應不得同時為公司之代表。但向公司清償債務時，不在此限。(公司法三四條)

(二) 損害賠償之責任 代表公司之股東或經理人因執行業務致他人受有損害時，論理若係股東或經理人有過失者，應由股東或經理人負賠償之責；無過失者，由公司負賠償之責。惟過失之有無，不易證明，故公司法

但規定此時應由行爲人與公司連帶負擔賠償責任。(公司法三三條)

(三) 清償債務時之責任 無限公司之股東均負連帶無限責任。所謂連帶無限責任者，即公司財產不足清償債務時，由股東連帶負其責任之謂也。此時公司之債權者得向公司之全體股東，或股東中之任何一人或數人，請求爲全部債務之清償。因股東之責任本不以其出資額爲限，即其自用之財產，亦須以之供公司債務之清償也。(公司法三五條) 論理股東之責任應自其加入爲股東之時起，始行担負，但無限公司之新股東加入之後既對公司取得與舊股東同樣之財產權，則對於未加入前公司所負之債務，自亦應負同樣之責任。(公司法三六條) 又，非股東而有可以令人信其爲股東之行爲者，對於善意第三人，應亦負與股東同一之責任。(公司法三七條) 股東之連帶無限責任，自公司解散登記後，滿五年而消滅。(公司法六九條)

(四) 分派盈餘之限制 股東組織公司之目的固在營利，然如只知分派盈餘而不爲損失之彌補，致公司財產日就衰虧，亦非所以保護利害關係人之道。故公司法第三十八條規定，公司非彌補損失後，不得分派盈餘。

(五) 債務抵銷之禁止 公司之債務人不得以其對於公司之債務，與其對於股東之債權，互相抵銷。此因公司有獨立之人格，自爲權利義務之主體，其對於第三人之債權與其股東對於該第三人之債務，爲截然無關之二事也。(公司法三九條)

第四項 無限公司股東之退股

(一) 退股之原因 無限公司股東有左列情形之一，得退股脫離公司：

(1) 章程未定公司存續期限者，除退股另有訂定外，股東得於每營業年度終退股。但應於六個月前以書面聲請。

(2) 股東有不得已之事由時，無論公司定有存續期限與否，該股東得隨時退股。(以上兩項見公司法四〇條)

(3) 章程所定退股之事由發生，股東得據以退股。

(4) 股東死亡，當然退股。

(5) 股東破產，無繼續共同營業之可能，當然退股。

(6) 股東受禁治產之宣告，成爲無行爲能力人，當然退股。

(7) 股東因下列之原因而經其他股東全體之同意議決除名者，即須退股。(以上五項見公司法四一條) 股東除名之原因：(甲) 應出之資本不能照繳或屢催不繳者，(乙) 違反競業之禁止者，(丙) 有不正當行爲，妨害公司之利益者，(丁) 不盡重要之義務者。(公司法四二條)

(二) 退股之效果 股東退股後有如左之效果：

(1) 公司名稱中列有股東之姓或姓名者，該股東退股時，得請求停止使用。(公司法四三條)

(2) 退股之股東與公司之結算，應以退股時公司財產之狀況爲準。退股股東之出資，不問其種類，均得以金錢抵還。若退股時公司事務有未了結者，於了結後計算並分派其盈餘。(公司法四四條)

(3) 退股股東應向主管官署聲請登記，對於登記前公司之債務，於登記後二年內，仍負連帶無限之責任。股東轉讓其股份者，亦同。(公司法四五條) (註五)

(註五) 無限期公司之股東與合夥人對外所負無限連帶責任，彼此均同。但一則對於公司之債務，自為退夥之登記時起，經過二年後，即可不負責任。一則對於退夥前合夥之債務，退夥後仍應無期負責。(參看民法六九〇條) 待遇未免相差太甚。

第五項 無限期公司之解散

公司為法人，其自身有獨立之存在。各舊股東儘可退股，各新股東儘可加入，不影響公司之存在。但有下列各款情事之一，應即解散：(一) 章程所定解散之事由發生，(二) 公司所營事業已成就或不能成就，(三) 股東全體之同意，(四) 股東僅餘一人，(五) 與他公司合併，(六) 破產，(七) 解散之命令。(公司法四六條一項)

公司之解散由於解散之命令者，通常有二種情形：一由於國家機關以職權行之，二由於股東因不得已之事由聲請法院為之。(公司法四六條二項)

公司之解散由於與他公司合併者，亦有兩種情形：一為數公司與另一公司合併，此另一公司仍然存續，而他數公司則歸解散；二為互相合併之數公司均歸解散，另成一新公司。但無論合併之性質如何，因合併而銷滅之公司，其權利義務應由合併後存續或另立之公司承受。(公司法五一條) 茲列述通常公司合併之三要件如下：

(一) 全體股東之同意 公司與他公司合併者，須得全體股東之同意。(公司法四七條)

(二) 向各債權人通告及公告 公司決議合併時，不但應即編造資產負債表及財產目錄，並須向各債權

人分別通知及公告，並指定三個月以上之期限，聲明債權人得於期限內提出異議。（公司法四八條）債權人在其指定之期限內提出異議者，須即為清償，或提供相當之担保。否則公司不得以其合併對抗債權人。（公司法四九條）

（三）登記 公司為合併時，應於十五日內，向主管官署分別依下列各款聲請登記：（1）因合併而存續之公司為變更之登記，（2）因合併而消滅之公司為解散之登記，（3）因合併而另立之公司為設立之登記。（公司法五〇條）

第六項 無限公司之清算

無限公司之解散，由於合併者，其權利義務均移歸於合併後存續或另立之公司承受，無清算之可言。由於破產者，須依破產法程序，了結其債務，亦無須按照下述規定辦理。故所謂清算，乃公司之解散由於合併及破產以外之原因者，始適用之。（註六）

（一）清算中之公司 公司解散後，在清算中，尚得為有法人資格之團體。實為一重要之問題。論理公司既經解散，其人格即應消滅。然因公司解散之後，其事務常未能一時清算完竣，若不酌許其人格之存在，於清算上殊有困難。故公司法第五十二條規定：解散之公司在清算中於清算範圍內，視為尚未解散。

（二）清算人 公司既經解散，公司之股東應不能仍以股東之資格處理清算事務，此所以有清算人之設置也。

清算人得分左列三種：

(1) 選定清算人 經股東之決議選定之。(公司法五三條)

(2) 法定清算人 股東未曾為決議選定清算人時，由全體股東任清算人。此時股東中有死亡者，清算事務由其繼承人行之，繼承人有數人時，應推定一人行之。(以上兩項見公司法五三條五四條)

(3) 選派清算人 選定清算人及法定清算人俱不能產出時，法院得因利害關係人之聲請，選派清算人。(公司法五五條)

以上三種清算人，如法院因利害關係人之聲請，認為必要時，得將其解任。第一種之清算人，亦得由股東以過半數之決議，將其解任。(公司法五六條)

(三) 清算人之呈報

(1) 就任之呈報 清算人應於就任後十五日內，將其姓名住所及就任日期，向法院呈報。由法院選派者，並應公告之。

(2) 解任之呈報 清算人之解任，應由股東於十五日內向法院呈報。由法院將其解任者，並應公告之。(以上俱見公司法五七條)

(3) 清算完結之呈報 清算完結後，十五日內，清算人應向法院呈報。(公司法六七條)

(四) 清算人之職務 (公司法五八條)

(1) 了結現務 清算人就任後，應即檢查公司財產情形，造具資產負債表及財產目錄，送交各股東查閱，並應隨時答覆各股東詢問。(公司法六一條一項及三項) 至公司解散時已經着手尚未了結之事務，自須爲之了結。

(2) 收取債權清償債務 公司既經解散，其債權債務應即收償清楚。故清算人就任後，應以公告方法催告債權人報明債權，對於明知之債權人並應分別通知。(公司法六二條) 如公司財產不足清償其債務時，清算人應即聲請宣告破產。清算人之職務，自移交其事務於破產管理人時，即爲終了。(公司法六三條)

(3) 分派賸餘財產 清算人非清償公司之債務後，不得將公司財產分派於各股東。(公司法六四條) 分派額，依各股東出資之多寡定之。(公司法六五條)

(五) 清算人之職權 清算人執行職務時，有代表公司爲一切行爲之權。(公司法五八條二項) 對於清算人之代表權所加限制，不得對抗善意第三人。(公司法六〇條) 清算人有數人時，關於清算事務之執行，以其過半數決之。但對於第三人，各有代表公司之權。(公司法五九條)

(六) 清算事務之完結 清算事務應於六個月內完結，不能於六個月內完結清算時，清算人得申叙理由，聲請法院展期。(公司法六一條二項) 公司之帳簿及關於營業與清算事務之文件，應自清算完結時起，保存十年，其保存人以股東過半數定之。(公司法六八條)

(註) 六) 公司法關於清算之條文雖屬涉及公司之解散，然是否必須公司決定解散後，方得爲之，尙無明文規定。如公司未經決定解散，仍得清

算，則此種清算是否適用公司法關於清算之一切規定，亦屬疑問。司法院因此有二十四年院字一二〇九號之解釋，謂公司解散前，不適用清算之規定。

第三節 兩合公司

第一項 兩合公司之設立

兩合公司由無限責任股東與有限責任股東組織而成。（公司法七〇條一項）其無限責任股東之責任，與無限公司之股東無異。其有限責任股東，則以出資定額為限，對於公司負其責任。（前條二項）故兩合公司除本節規定外，準用關於無限公司之規定。（公司法七一條）

兩合公司之設立程序，與無限公司相同。應先由股東共同訂立章程，再向主管官署聲請登記。惟兩合公司因股東之責任分為有限與無限兩種，故於章程上應特為記明。（公司法七二條）

第二項 兩合公司之內外關係

（一）股東之出資 兩合公司之無限責任股東其出資不以財產權為限，凡股東之信用或勞務，俱得以之為出資。但有限責任之股東則不得以信用或勞務為出資。（公司法七三條）

（二）業務之執行 兩合公司業務之執行由無限責任股東為之。有限責任股東不得執行公司業務，及對外代表公司。（公司法七九條）但有限責任股東如有可以令人信其為無限責任股東之行爲者，對於善意第三人，負無限責任股東之責任。（公司法七八條）有限責任股東雖不能執行公司之業務，仍得於每營業年度終，檢

查公司之業務及財產之情形。遇必要時，尙得向法院聲請，許其隨時爲前項之檢查。（公司法七五條）

（三）經理人之選任及解任 兩合公司之業務既僅由無限責任股東執行之，故經理人之選任或解任，亦僅以無限責任股東過半數之同意決之。（公司法七四條）

（四）股份之轉讓 無限責任股東非得其他無限責任股東全體之同意，不得以自己股份之全部或一部轉讓於他人。但有限責任股東欲轉讓其股份者，僅須得無限責任股東全體四分之三以上之同意即可。（公司法七六條）

（五）競業之禁止 無限責任股東非經其他股東全體之同意，不得爲自己或他人爲與公司同類營業之行爲，及爲他公司之無限責任股東。但有限責任股東則因其對於公司之責任，僅以出資定額爲限，故得爲自己或他人爲與本公司同類營業之行爲，亦得爲他公司之無限責任股東。（公司法七七條）

第三項 兩合公司股東之退股

兩合公司無限責任股東之退股，一如無限公司股東退股之規定。有限責任股東之退股，則略有不同。例如無限責任股東受禁治產之宣告即須退股，而有限責任股東則不必因之退股。又如死亡對於無限責任股東爲退股之原因，而對於有限責任股東則不構成退股。有限責任股東死亡時，其股份歸其繼承人承受。（公司法八〇條）

有限責任股東遇有不得已之事故時，得經全體無限責任股東四分之三以上之同意退股，或聲請法院准其退股。（公司法八一條）此與無限責任股東退股之規定，又稍有不同也。

除名對於無限責任股東與有限責任股東，皆為退股之原因，惟有限責任股東除名之辦法與無限責任股東不盡相同。即凡有限責任股東有下列情事之一者，得經全體無限責任股東之同意，將其除名：（一）不履行出資之義務者；（二）有不正當行為妨害公司之利益者。惟除名必須通知該股東，否則不得對抗之。（公司法八二條）

第四項 兩合公司之解散

兩合公司之解散，公司法僅就其與無限公司不同之點，設有規定，除此而外，自應準用無限公司關於解散之規定。此不同之點即在兩合公司係合無限責任股東與有限責任股東而成，故若無限責任股東或有隱責任股東有一方全體退股時，即欠缺兩合之名義，公司應歸解散。但如全體退股者為有限責任股東，則得以剩下之無限責任股東全體之同意，改為無限公司。（公司法八三條）但應於十五日內向主管官署聲請為兩合公司解散之登記並為無限公司設立之登記。（公司法八四條）

第五項 兩合公司之清算

兩合公司解散後應如何清算，公司法亦未特別規定，自應準用無限公司關於清算之規定。惟兩合公司之有限責任股東因對於公司業務無執行之權，故對於清算人之選任及解任，亦無過問之權。凡清算人之選任及解任，皆由無限責任股東以過半數的決議為之。（公司法八五條一項及八六條）無此項決議時，則由全體無限責任股東為清算人。（公司法八五條二項）

第四節 股份有限公司

第一項 股份有限公司之設立

第一款 發起設立

(一) 訂立章程 股份有限公司應有七人以上爲發起人。(公司法八七條) 發起人應訂立章程，載明下列各項，並簽名蓋章：(1) 公司之名稱，(2) 所營之事業，(3) 股份之總額及每股金額，(4) 本店支店及其所在地，(5) 公司爲公告之方法，(6) 董事或監察人當選之資格，(7) 發起人之姓名住所。(公司法八八條) 至下列三項，雖非章程之絕對必要事項，可由發起人任意決定記載與否，然若未經載明於章程者，則不發生效力，故亦爲訂立章程時所不可不注意者也。此三事項即：(1) 解散之事由，(2) 股票超過票面金額之發行，(按公司法九六條一項規定，股票之發行價格，不得低於票面金額) (3) 發起人所得受之特別利益及受益者之姓名。(公司法八九條) (註七)

(二) 認足股份總數 發起人訂立章程之後，應即認足股份總數。此爲「發起設立」之特點。

(三) 繳足第一次股款並選任董事及監察人 發起人認足股份總數時，應即按股繳足第一次股款並選任董事及監察人，至選任方法，則以發起人表決權過半數定之。(公司法九〇條)

(四) 呈請查驗 董事於就任後，應即呈請主管官署選派檢查員查驗第一次股款已否繳足，及下列各款事項是否確當：(1) 以金錢外之財產抵作股款者，其姓名，及其財產之種類價格，與公司核給之股數。(2) 應歸公司負擔之設立費用，及發起人得受報酬(註八)之數額。(公司法九一條) 主管官署查核發起人所得受之

特別利益，報酬，或設立費用，如有冒濫，得裁減之。抵作股款之財產如估價過高者，得減少所給股數，或責令補足。
(公司法九〇條)

(五) 聲請登記 檢查完結後十五日內，由董事將下列各款事項向主管官署聲請登記：(1) 公司之名稱，所營之事業，股份之總額及每股金額，本店支店及其所在地，公司為公告之方法，(2) 各股已繳之金額，(3) 董事及監察人之姓名住所，(4) 定有解散事由者，其事由。(公司法一〇九條) 公司經設立登記後，即為成立，認股人此後不得將股份撤銷。(公司法一一〇條)

第二款 募集設立

(一) 訂立章程 其規定與前款所述相同。蓋不問公司之設立由於發起人認足股份總數，抑由於募集足數，訂立章程，要皆為第一步之工作也。

(二) 呈請備案 發起人訂立章程後，應先備具營業計劃書，發起人姓名，履歷，及認股數目表（總數不得少於股本總額二十分之一，其股本總額在百萬元以下者，不得少於十分之一）。連同招股章程，由全體發起人具名呈由主管官署備案後，方得開始招股。（公司法施行法二三條二六條）（註九）

(三) 募足股份總數 發起人不認足股份者，訂立章程後，應募足股份總數。（公司法九三條）募集股份時，發起人應備聯單式之認股書，載明下列各款事項，由認股人填寫所認股數，金額及其住所，並簽名蓋章：(1) 訂立章程之年月日，(2) 公司法第八十八條所規定章程上應載明之事項，公司法第八十九條所規定之三事

項，及公司法第九十一條所列舉之二事項。(3)各發起人所認之股數。(4)第一次繳納之股款。(5)股份總數募足之期限，及逾期未募足時得由認股人撤銷其所認股份之聲明。如以超過票面金額發行股票者，認股人並應於認股書註明認交之金額，蓋恐票面與實交之金額不符，易起爭執也。(公司法九四條)認股人填寫認股書後，即有照所填認股書繳納股款之義務。(公司法九五條)

(四)繳納第一次股款 股份總數募足時，發起人應即向認股人催繳第一次股款。以超過票面金額發行股票時，其溢額應與第一次股款同時繳納。(公司法九七條)第一次應繳之股款法律規定不得少於票面金額二分之一。(公司法九六條二項)認股人如延欠第一次應繳之股款時，發起人應定二個月以上之期限，催告認股人照繳，並聲明逾期不繳失其權利。發起人已爲此種之催告，認股人仍不照繳者，即失其權利，其所認股份另行募集。如因此致發起人受有損害時，仍得向該認股人請求賠償。(公司法九八條)

(五)召集創立會 第一次股款繳足後，發起人應於三月個內召集創立會。(公司法九九條)創立會之召集，應於一個月前通知各認股人，對於認購無記名股票者，應於四十日以前公告之，此項通知及公告中，自應載明召集事由及提議之事項。(公司法一〇〇條一項及一三四條一項及二項)開創立會時，各出席人每股有一表決權，一人而有十一股以上者，應按章程限制股東表決權之辦法限制其表決權。且每人之表決權及其代理人行使之表決權合計不得超過全體出席人表決權五分之一。(公司法一〇〇條及一二九條)認股人自己不出席創立會者，得委託代理人出席，但應出具委託書。(公司法一〇〇條及一三〇條)惟認股人對於會議之事項

如有特別利害關係者，不得加入表決，亦不得代理他認股人行使其表決權。（公司法一〇〇條一項及一三一條）創立會之決議應有認股人過半數代表股份總數過半數者之出席，以出席人表決權之過半數行之。出席人不滿前項定額時，得以出席人表決權之過半數為假決議，並將假決議通知各認股人，其發有無記名式之股票者，（註一〇）並應將假決議公告，於一個月內再行召集創立會。此時之決議，以出席人表決權之過半數行之即可。（公司法一〇〇條二項及三項）創立會之決議事項應作成決議錄，由主席簽名蓋章，並應記明會議之日期及場所，主席之姓名及決議之方法，與出席認股人之名簿一併保存之。（公司法一〇〇條一項及一三五項）

（六）創立會之職務 創立會之最重要職務即為選任董事及監察人。（公司法一〇二條）並得修改章程，或為公司不設立之決議。（公司法一〇七條）故發起人應將關於設立之一切事項報告於創立會（公司法一〇一條）董事及監察人選出後，應調查下列各款事項，報告於創立會：（一）股份總數已否認足，（二）各認股人第一次股款已否繳足，（三）發起人所得受之特別利益，應歸公司負擔之設立費用，及抵作股銀之財產之估價及公司核給之股數等，是否確當。如不確當，創立會得裁減之，或責令補足。（公司法一〇三條一項及一〇四條）推此項調查報告應由非發起人之董事及監察人為之，以杜流弊，如董事及監察人有由發起人中選出者，創立會得另選檢查人為之。（公司法一〇三條二項）

（七）發起人之責任 公司之由募集設立方式成立者，往往重要內情非認股人所能一一明瞭，故法律對於發起人，特課以較重之責任，以保護認股人，舉凡公司因發起人所受之特別利益過多，或所用之設立費用過濫，

或抵作股銀之財產估價過高，以致受有損害者，得向發起人請求賠償。至於創立會既開之後，發見有未認之股份，及已認而未繳第一次股款者，皆應由發起人連帶認繳，其已認而經撤銷者亦同。如公司因此受有損害者，發起人並應負賠償之責。（公司法一〇五條及一〇六條）

（八）認股人之撤銷權 認股人所以認購公司之股票，目的原在成立公司經營事業，故若認股之後，公司久不成立，是已與其目的有違，應許其得撤銷所認之股。公司法第一百零八條明定：「股份總數募足後逾六個月而第一次股款尚未繳足，或已繳足而發起人不於三個月內召集創立會者，認股人得撤銷其所認之股。」

（九）聲請發記 創立會完結後十五日內，董事應向主管官署聲請發記，其登記事項與前款發起設立中所述相同，蓋向主管官署聲請發記，為一切公司設立時所必要之手續也。（公司法第一〇九條）

（註 七）公司法八九條所謂特別利益及受益者之姓名，係指原始取得之受益人而言。換言之，即得受特別利益之發起人。其姓名非經載明於公司章程不可。若其後自發起人受讓其股份因而取得其特別利益之受讓人，則非此處所謂之受益者，不必因有轉讓之故而變更章程上之記載。（見司法院二十一年院字八二一號解釋例）

（註 八）發起人所得受之特別利益與報酬不同，特別利益有永久之性質，而報酬則僅一次。特別利益有如將來分派盈餘時得多給成數，祇要每年有盈餘可以分派，發起人即永久可以享受其利益。報酬則經受領之後，即與普通股東無異，不能再有其他之優異待遇。發起人所得者為特別利益，抑為報酬，應視其章程之規定而定。

「公司發起人所得受之特別利益與發起人之股份本屬兩事，並不因股份之轉讓而影響於特別利益。其特別利益亦係得以請求給付之財產權，無論連同股份一併轉讓，及受讓人是否亦為發起人，在公司法上既無反對之規定，自不受何種限制。」（司法院二十一年院字八二一號解釋例）據此則公司發起人即將其股份全數轉讓於非發起人之受讓人，應仍得繼續享受其特別利益。惟發

人所受之特別利益如爲分派盈餘時之多給成數，則其特別利益應與其股份不能分離，發起人如欲讓與其股份，應同時爲特別利益之讓與耳。

(註九) 公司法施行法二三條所稱招股章程，其性質應與公司章程不同，當係認股書之變相。蓋認股書乃認股人所爲承諾應募之表示，而招股章程則爲發起人勸誘認股人應募之邀請也。

(註一〇) 股份有限公司，依公司法一一四條之規定，非經設立登記後，不得發行股票。則在召集創立會時，公司既尚未設立登記，當無發行股票之可言。但公司法一〇〇條三項謂：「一、並將假決議通知各認股人，其發有無記名式之股票者，並應將假決議公告；二、似其時已有股票之發行，殊屬費解。最近有以此點呈請解釋者，司法院於二十四年院字一一一七號咨行政院之文中，乃有以下之說明：「股份有限公司發行股票，依公司法一〇九條，一一四條，應在創立會完結並設立登記之後。同法第一〇〇條，係關於召集創立會之規定。其第三項所載，發有無記名式之股票一語，係指認股書中註明將來填發此項股票者而言，不可因此認爲召集創立會時即有發行股票之權。」

第二項 股份有限公司之股份

(一) 股份之金額 股份有限公司之資本應分爲股，每股金額應歸一律，不得少於二十圓，但一次全繳者，得以十圓爲一股。(公司法第一一一條) 以金錢外之財產抵作股款者，雖亦爲公司法所許，但股東以其對於本公司之債權抵作股款者，則在禁止之列耳。(公司法第一一二條二項)

(二) 股份之種類 股份可以分爲記名式之股份與無記名式之股份，又可分爲普通股與優先股。記名式之股份即將股東之姓名記載於其所認購之股票之上，無記名式之股份則股票之上不記載該股東之姓名。普通股即通常所謂之股份，股東之一切地位，均彼此平等；優先股則股東對於利益之分配或剩餘財產之分配，其受領次序，較優於普通股之股東。

(三) 股份之證券 股東所持有之股票，即爲其對於股份權利之證明。但股份之認購與股票之發行不必皆須同時爲之。當公司設立之初，即可認股，而股票之發行則必須在公司已經設立登記之後，違反此項規定發行股票者，其股票無效，但持票人得對於發行股票人請求損害賠償。(公司法一一四條) 股票應編號載明下列各款事項，由董事五人以上簽名蓋章：(1) 公司之名稱，(2) 設立登記之年月日，(3) 股數及每股金額，(4) 股款分期繳納者，其每次分繳之金額。(5) 如爲記名股票，票上自向須記載股東之姓名，但數記名股票爲同一人所有者，應均記載同一姓名或名稱，藉免行使表決權時計算股數之困難。(公司法一一五條) 至於無記名股票，公司雖得發行，但其發行之股數頗有限制，不得超過股份總數三分之一，且必待股款繳足之後，始得發給，此與記名股票相異之處也。惟無記名股票之股東均得隨時請求將其股票改爲記名式。(公司法第一一八條及第一二五條)

(四) 股份之共有 不但數股份可爲同一股東所有，卽一個股份亦可爲數人所共有。惟一個股份爲數人共有者，股東之權利，不能不推定一人行使之。但對於繳納股款之義務則各共有人皆負連帶責任。(公司法第一三條)

(五) 股份之轉讓 股份有限公司之股份，因股東之責任僅以其所持股票金額爲限，故得自由轉讓。惟股份之轉讓，應在公司設立登記之後，蓋公司未經設立登記，既尙不得發行股票，於轉讓股份殊多困難也。但發起人之股份，卽在公司開始營業後一年內亦不得轉讓。(公司法第一一六條) 記名股票之轉讓，非將受讓人之姓名住址記載於公司股票名簿，並將受讓人之姓名記載於股票不可，否則不得以其轉讓對抗公司及第三人。(公司

法第一一七條)轉讓人轉讓其股份於受讓人後,對於該股份之責任並不即時銷滅,受讓人以後不能續繳股款,仍須該轉讓人負責也。但此項責任亦非永遠負擔,自其轉讓記載於股東名簿後經過二年而銷滅。(公法司第一二四條)所謂股東名簿,即證明股東及股票事項之要式文書,應編號記載下列各款事項:(1)各股東之股數及其股票號數,(2)各股東之姓名住所,(3)各股份已繳之股款及其繳納之年月日,(4)各股份取得之年月日,(5)發行無記名股票者,應記載其股數號數及發行之年月日,(6)發行優先股者,應於號數下注明優先字樣。(公司法一二六條)

(六)股款之催收 記名股份每屆收取股款之時,公司應於一個月前向各股東分別催告及公告。如屆期不繳,公司得再定一個月以上之期限分別催告及公告,並聲明逾期不照繳失其股東之權利。公司已為前項之催告及公告,股東仍不照繳者,即失其股東之權利。(公司法一二一條)至股東繳款遲延者,應加算利息,如章程定有違約金者,公司並得請求違約金。(公司法一二二條)股東因不理繳款之催告而失其權利者,如其股份係由他人轉讓而得者,公司得定一個月以上之期限,向其前手各轉讓人及最初之認股人催告繳納。轉讓人受前項催告,最先繳納股款者,取得其股份,逾期不繳者,公司得拍賣其股份。拍賣所得之金額不敷應繳股款時,仍得依次向原股東及轉讓人請求補償。(公司法一二三條)

(七)股份之收買 公司所發行之股份,公司自己不得收買,或收為抵押品。(公司法一一九條)蓋如公司可以收買其股份,無異將股份數目減少,易滋流弊。又如公司可以將其自己之股份收為抵押品,則發生沒收抵

押品之時，結果亦無異減少其股份之數目，故均在禁止之列。

(八) 股份之銷除 公司之股份並不須永遠保存其原來之數目，可以增加，亦可以減少。增加股份之規定詳見於後。減少股份即所謂股份之銷除。銷除股份時，非依減少資本之規定，不得爲之。(公司法第一二〇條) 蓋惟有因減少資本之目的，始得銷除股份也。銷除股份之方法，大別有二：一爲收回，即將所欲銷除之股數，以強制抽籤或任意收買之方式，由公司備價收回是也。二爲合併，即將所有股份以二股或三股作爲一股，另行換給新股票是也。至關於減少資本之規定，因已詳後述，故不先贅。

第三項 股份有限公司股東之權利與義務

本書係按公司法條文章節順序編制，故關於股份有限公司股東之權利與義務，皆散見於本節有關係之各項內，茲處所述，特其綜合而已。

(一) 權利 股份有限公司股東之權利，見於法律規定者，本祇一部份之較重要者，其他任由公司以章程訂定者爲數尙多，殊難一一爲之羅列淨盡，姑就其大者略述如下：

(1) 表決權 股份有限公司之股東雖不如無限公司之股東得直接執行業務，然關於公司之重要事務，大政方針，仍有最高決定之權。例如董事及監察人之選任及解任權。(公司法一三八條一四二條一五二條一五五條) 表冊業務之檢查權。(公司法一三六條) 變更章程增減資本之議決權。(公司法一八六條) 公司解散之議決權。(公司法第二〇一條) 等皆是也。

(3) 股息紅利之分派權 股東投資公司，目的無非獲利，故其應得之股息及紅利自有分派受領之權。
(公司法一七一條)

(二) 義務 股份有限公司股東之義務，最重要者亦有二項：

(1) 繳納股款之義務 股東對公司最大之義務，即為繳納其應出之股款。其分期繳納者，且須按期繳納，不得遲延，否則即須受除權之處分。(公司法九五條九八條)

(2) 對公司債務之義務 股東對公司之債務，僅負有限責任，此點與無限公司股東之責任大異，亦即股份有限公司一重要之特點也。所謂有限責任者，即各股東之責任以繳清其股份之金額為限，若各股東已盡此義務，則雖公司之資產仍不足償其債務，亦不負責任也。(公司法一一二條一項)

第四項 股份有限公司之股東會

(一) 股東會之種類 股份有限公司之股東會為公司之最高意思機關，舉凡營業方針之決定，業務執行之監督，以及董事監察人之選任及解任，胥由其行之，故關係極為重要。股東會分為常會及臨時會之二種，常會每年至少召集一次，臨時會則遇必要時召集之。(公司法一二七條)

(二) 股東會之召集 股東會由董事召集之。(公司法一二八條一項) 但有股份總數二十分之一以上之股東得以書面記明提議事項及其理由，請求董事召集股東臨時會。如此項請求提出後十五日內，董事不為召集之通知時，股東得呈請主管官署許可，自行召集。(公做法一三三條) 股東常會之召集，應於一個月前通知各

股東對於持有無記名股票者，應於四十日前公告之。臨時股東會之召集，應於十五日前通知各股東，對於持有無記名股票者，應於二十日前公告之。此種通知及公告中，自應載明召集事由及提議之事項。（公司法一三四條）

股東會召集時，各股東如不能親自出席，得委託代理人出席，但應出具委託書。（公司法一三〇條）惟無記名股票持有人則非於開會前五日將其股票交存公司，不得出席。（公司法一三二條）

（三）股東會之議決 股東會之議決，除本法另有規定，或公司章程另有訂定外，得依下述之方式爲之。即凡股東會爲議決時，應有股東過半數代表股份總數過半數者之出席，以出席人表決權之過半數行之。出席人不滿此項定額時，得以出席人表決權之過半數爲假決議，並將假決議通知各認股人，其發有無記名式之股票者，並應將假決議公告，於一個月內召集臨時會，其決議以出席人表決權之過半數行之。（公司法一二八條二項，一〇〇條二項及三項）股東之表決權，公司法規定，每股有一表決權。一股東而有十一股以上者，應以章程限制其表決權。但每股東之表決權及其代理他股東行使之表決權合計不得超過全體股東表決權五分之一。（公司法一二九條）通常各股東對於會議中討論之任何事項，皆有表決權，但如所討論之事項與該股東有特別利害關係者，則不得加入表決，亦不得代理他股東行使其表決權。（公司法一三一條）股東會之召集及議決，皆須按照法令或章程爲之，若有違反時，股東得自決議之日起，一個月內，聲請法院宣告其決議爲無效。（公司法一三七條）

（四）股東會之紀錄 股東會之議決事項，應作成決議錄，由主席簽名蓋章。決議錄並應記明會議之時日及場所，主席之姓名，及決議之方法，並應與出席股東之名簿一併保存之。（公司法一三五條）

(五) 股東會之職權 股東會既為公司最高之意思機關，故關於公司之一切事項，於不背法令之範圍內，皆有議決之權。但公司法因關於公司之設立，公司之股份，董事監察人之選任及解任，公司之會計，公司債，以及變更章程，公司之解散及清算等，既皆分別加以規定，對於股東會之職權，遂不為綜合之列舉。第一百三十六條規定股東會得選任檢查人查核董事造具之表冊，監察人之報告，並決議分派盈餘及股息，特不過股東會職權之一部分耳。

第五項 股份有限公司之董事

(一) 人數 股份有限公司之董事至少五人。(公司法一三八條前段) 董事缺額達總數三分之一時，應即召集股東臨時會補選之。董事缺額未及補選而有必要時，得以原選次多數之被選人代行職務。(公司法一四三條)

(二) 資格 董事由股東會就股東中選任之，此為公司法所明定。(公司法一三八條後段) 故凡選任股東以外之人為董事，皆屬違法。惟同為股東而執有股數未必相同，必有若干股數以上始得當選為董事，公司法並未明定，得由公司自以章程定之。董事就任後，應將章程所定當選資格，應有股份之股票，交由監察人於公司中保存之，以為其董事資格之保證。(公司法一三九條)(註二)

(三) 任期 董事任期不得逾三年，但得連選連任。(公司法一四一條)

(四) 選任及解任 董事由股東會選任之，亦得隨時以股東會之決議將其解任，但定有任期者，如無正當

理由而於任滿前將其解任時，董事得向公司請求賠償，因此所受之損害。（公司法一三八條及一四二條）
（四）法對於爲董事之選任及解任決議時出席股東之人數，所代表之股數，及表決權數，既未另有規定，自可依公司章程之所定，或前述之股東會之議決方法行之。

（五）報酬 股份有限公司董事應受之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定之。（公司法一四〇條）
（六）業務之執行 董事之執行業務，應依照章程及股東會之決議，如有違反，致公司受損害時，對於公司負賠償之責。（公司法一四八條）
（七）執行業務時，各董事意見不一致者，應如何取決，自應先照章程所定，如章程未有訂定，以其過半數之決議爲之。即關於經理人之選任及解任亦同。（公司法一四四條）
（八）代表公司之董事因執行業務致他人受有損害時，應由行爲人與公司連帶負賠償之責。（公司法一四五條二項及三〇三條）

（七）對外之代表權 各董事皆有對外代表公司之權，但公司得依章程成股東會之決議，特定董事中之一人或數人代表公司。（公司法一四五條一項）
（八）代表公司之董事關於公司營業上一切事務有辦理之權，自不待言。且董事之代表權原則上應不能加以限制，故如公司將其代表權加以限制者，不得對抗善意第三人。（公司法一四五條二項及三一一條三二條）（註一一）

（八）競業之禁止 董事不問得代表公司與否，非經其他股東全體之同意，不得爲自己或他人爲與公司同類營業之行爲，及爲他公司之無限責任股東。如有違反，其他股東得以過半數之決議，將其爲自己或他人所爲之行爲認爲公司所爲，但自行爲後逾一年者，不在此限。（公司法一四五條二項及二八條）（註一二）

(九) 特殊之義務 董事除負執行業務及不與公司競業之義務外，尚應履行下述二種特別規定之義務：

(1) 董事應將章程及歷屆股東會決議錄，資產負債表，損益計算書，備置於本店及父店，並將股東名簿及公司債存根簿，備置於本店。因此項章程及簿冊，股東及公司之債權人得隨時請求查閱也。(公司法一四六條) (2) 公司虧折資本達總數三分之一時，董事應即召集股東會報告。公司財產顯有不足抵償債務時，董事應即聲請宣告破產。(公司法一四七條)

(一〇) 訴訟 董事與公司間之訴訟關係，不外下述三種形式：(1) 由股東會議決向董事提起訴訟，(2) 由有股份總數十分一以上之股東向董事提起訴訟，(3) 董事向公司提起訴訟。茲分述如下：

(1) 股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起一個月內提起之。(公司法一四九條)

此時訴訟之當事人既為公司與董事，自不能仍由董事代表公司，故公司法規定：「除法律另有規定外，由監察人代表公司。」但如股東會不以監察人代表公司為宜者，亦得另選代表公司為訴訟之人。(公司法一五一條)

(2) 有股份總數十分一以上之股東，得以公司名義對董事提起訴訟。此項規定蓋恐股東中或有與董事相勾結者，利用多數厄制少數，不獲由股東會決議之形式對董事提起訴訟之故。但法律雖為保護少數股東之權利而有如上之規定，亦恐因易於起訴，致對董事濫行起訴，故又規定：此時法院因監察人之聲請，得命起訴之股東提供相當之担保。蓋恐股東敗訴，致公司受損害時，起訴之股東對於公司須負賠償之責，故命其先提供担保，以免將來執行時之困難也。(公司法一五一條)

(3) 董事對公司提起訴訟。此時亦如前述，不能由董事代表公司，由監察人或另行選派之人代表公司。

(註一) 外國人能否為本國公司之股東，董事，監察人，公司法並無明文。實業部四各省市主管官署辦理公司登記案件涉及此項問題向部請示者甚多，未便擅行指示，乃呈請司法院解釋，遂有二十四年院字一二四四號之咨復，大意謂：「外國人得任中國之公司股東，董事，或監察人，應以該公司章程及現行法令無限制為限。」此蓋根據民法總則施行法二條「外國人於法令限制內有權利能力」而來。故如該公司章程及現行法令有限制時，自不得任中國公司之股東，董事，或監察人。所謂現行法令之限制，例如民營公用事業不得加入外股或抵借外債，則外國人自不得為此種公司之股東。

(註二) 公司董事之代表權及公司經理之經理權若加以限制，除有法定之情形外，固不得對抗善意之第三人。然所謂代表權經理權者，乃就其公司之一切事務為該公司之董事或經理依法而有代表或經理之權者而言。若其所代表或經理之事務非公司之一切事務，即屬無權代表或經理，即不問第三人是否善意，非經公司之特別委任或追認，自不能對公司發生效力。(最高法院二十一年上字一四八六號判例)

(註三) 有反對限制董事不得為他公司無限責任股東者，其說略謂無限公司之股東，對於公司債務，負有連帶賠償之責，故必須以自己之全部財產為公司債務之担保，若同時兼為他公司之無限責任股東，對於本公司之担保力量，即有不足之虞，法律為顧全其他股東之利益計，自不能不有非經股東全體之同意，不得為他公司無限責任股東之限制。惟有限公司之股東，對於公司債務，並不負連帶賠償之責，則董事兼為他公司無限責任股東，似於本公司之股東，並無利害之關係，應以不必限制為是。查外國立法制，於有限公司之股東任董事時，有許其依章程負無限責任者。(如英國公司法)此種股東自不得再為他公司之無限責任股東。但我國公司法既無有限公司董事負無限責任之規定，應不能作同一之解釋也。(儲蓄銀行例外。按儲蓄銀行法二條規定，儲蓄銀行應為股份有限公司組織；又十五條規定，儲蓄銀行之財產不足償還各儲戶之債務時，董事監察人應負連帶無限責任。)

有限公司之股東，依我國公司法，未經其他股東全體同意時，雖不得為他公司無限責任股東，但無礙其為無限責任之合夥人。此

體立法上之不當，本書九八頁註四中已論及之，讀者不妨再度檢究，以資參考。

第六項 股份有限公司之監察人

(一) 人數 股份有限公司監察人之人數，公司法未有明文規定，應以公司章程自行訂定。

(二) 資格 監察人須由股東中選任之，與董事同。(公司法一五二條)

(三) 任期 監察人任期一年，但得連選連任。(公司法一五四條)

(四) 選任及解任 監察人由股東會就股東中選任之。(公司法第一五二條) 亦得隨時以股東會之決議將其解任。其他規定與董事同。(公司法一五五條)

(五) 報酬 監察人通常亦均有報酬，如其報酬未經章程訂明者，應由股東會議定之。(公司法一五三條)

(六) 職權 監察人各得單獨行使監察權，隨時調查公司財務狀況，查核簿冊文件，並請求董事報告公司業務情形。(公司法一六〇條及一五六條) 每屆股東會開會時，監察人對於董事所造送於股東之各種表冊，應核對簿據，調查實況，報告其意見於股東會。(公司法一五七條) 但此項查核簿冊工作，應需專門學識，監察人未必皆能勝任，故得代表公司委託會計師律師辦理之，其費用則由公司負擔。(公司法一五八條) 除此項監察職務外，如董事擅不召集股東會時，若監察人認為必要，亦得召集股東會，藉防董事之專橫，而保股東之利益。(公司法一五九條)

(七) 義務 監察人之執行職務，實即為其義務之履行。但法律此外更有規定為監察人不得不遵守之義務。

務者，如公司法第一百六十一條所定，監察人不得兼任公司董事及經理人。蓋監察人之職務既在監督業務執行人員之稱職與否，自不能與被監督者合為一體。但當董事為自己或他人與本公司有交涉時，則為便利計，亦得由監察人暫為公司之代表耳。（公司法一六二條）監察人雖為監督他人之人，亦難免有不盡職務之時，如因不盡職務致公司受有損害時，對於公司負賠償之責。（公司法一六三條）

（八）訴訟 監察人與公司間如發生訴訟，亦如前項所述，有下列三種形式：（1）股東會決議對於監察人提起訴訟時，公司應自決議之日起一個月內提起之。此時雖得由董事代表公司，但股東會得於董事之外另行選派代表公司之人。（公司法一六四條）（2）有股份總數十分一以上之股東，得為公司，以公司名義對監察人提起訴訟。但法院因董事之聲請，得命起訴之股東提供相當之担保。因如敗訴致公司受損害時，起訴之股東對於公司須負賠償之責。（公司法一六五條）（3）監察人對公司提起訴訟時，原則上固應由董事代表公司，但根據公司法第一百五十一條及第一百六十四條第二項之理論，自得解為股東會亦得於董事外另行選派代表公司為訴訟之人。

第七項 股份有限公司之會計

（一）表冊之造具與查核 公司之會計狀況每屆營業年度終應經股東會之承認。故屆時董事應造具各項表冊，於股東常會開會前三十日先交監察人查核。表冊計分下列五種：（1）營業報告書；（2）資產負債表；（3）財產目錄；（4）損益計算書；（5）公積金及股息紅利分派之議案。但監察人亦得請求董事提前交付

查核。(公司法一六六條) 監察人查核後，應作成報告書，與各項表冊同於股東常會開會前十日備置於公司本店，股東得隨時查閱。(公司法一六七條)

(二) 表冊之承認與公告 董事應將其所造具之各項表冊提出於股東會，請求承認。經股東會承認後，董事應將表冊中之資產負債表，損益計算書，及公積金與股息紅利分派之決議公告之。俾未到會股東及公司之債權人亦得以明瞭公司之會計狀況也。(公司法一六八條) 董事及監察人之責任，自經股東會承認其所造具之表冊後，視為已被解除。但有不正當行為者，則不在此限。(公司法一六九條)

(三) 分派盈餘之手續 公司為營利社團，每營業年度所獲盈餘，自應分派於各股東。然分派之時，應循下列各步手續及辦法，如有違反，公司之債權人得請求退還。(公司法一七二條)

(1) 彌補損失 公司各年營業狀況不能盡同，有歷年獲利而本年毫無盈餘者，有連年虧損而今年突獲重利者。在本年毫無盈餘之公司，固無置論之必要。在本年確獲盈餘之公司，則其分派盈餘之初，不得不考查其往年之營業狀況，如有損失，應先補足，庶不致公司資本日以損弱也。(公司法一七一條)

(2) 提存公積金 公司應就本年之盈餘額提出十分之一為公積金。但公積金已達資本總數三分之二者，不在此限。所謂公積金者，即原定資本額之外所增儲之資本也。故超過票面金額發行股票所得之溢價，應全部作為公積金。(公司法一七〇條)

(3) 分派股息及紅利 公司已依前述手續彌補損失及提存公積金後，始得就盈餘額分派股息及

紅利（公司法一七一條）分派之標準，自應依公司章程之所定，對於發起人容有特別之利益，此外則以已繳股款之多寡為準。（公司法一七四條）（註一四）

（四）無盈餘時之分派股息 公司在本營業年度中無盈餘時，或雖有盈餘以之彌補損失及提存公積金已無剩餘時，自以不得分派股息及紅利為原則。但如歷年所提存之公積金已超過資本總額二分之一，或由歷年盈餘得提出之公積金有超過各該年盈餘額十分之一之數者，公司為維持股票之價格計，得以該公積金超過部份充派股息。（公司法一七一條）（註一五）

（五）未開業前之分派股息 公司之分派股息及紅利，固以營業獲利為前提，然若公司於開業前需要長期之準備者，如於準備時間中不發股息，亦非獎勵營業之道。故公司法於第一百七十三條規定：公司依其業務之性質，自設立登記後，如需二年以上之準備始能開始營業者，經主管官署之許可，得以章程訂明於開始營業前，分派股息於股東，但股息之定率，不得超過週年五厘耳。

（六）檢查之聲請 公司之業務及財產既由股東會委託董事執行及保管，並委託監察人監督，而董事及監察人任免之權，復操於股東會之手，原無可虞之處。但法律為縝密計，惟恐難期妥善，又許有股份總數二十分之一以上之股東得聲請法院選派檢查員，檢查公司業務及財產情形。法院於檢查員報告後，認為必要時，並得命監察人召集股東會。（公司法一七五條）

（註一四）公司法一七〇條規定：「公司分派盈餘時，應先提出十分之一為公積金。」又次條規定：「公司非彌補損失，及依前條規定提出公積

後，不得分派股息及紅利。」細玩此兩條文字，似於公司前期如有虧損，本年分派盈餘時，究應先提法定公積，抑應先彌補前期虧損，並未明白規定。如應先彌補前期虧損，後提法定公積，究應按照盈餘原額提出十分之一，抑應按照盈餘餘額（即彌補虧損後之剩餘）提出十分之一，亦有疑問。司法院對此，因有二十五年院字一四三三號之解釋，大意謂公司之盈餘，依公司法一七一條規定之意旨，自非彌補損失後，不得提出公積金。又提公積金既在彌補損失之後，則公積金之提出，當然以彌補損失後之餘額為準。

（註一五）公積金固以由盈餘提出累積而成爲常，然亦有由股票溢價撥充者，故其性質未必與盈餘同一。

法律雖規定得以公積金超過法定之數充派股息，然非謂公積金超過法定部分祇有充派股息之一種用途。公司股東會苟以決議將其分派與各股東，作爲新股份，並無不可。

公司法並未規定公司工有分派盈餘之權，則除依其他法令或公司章程或商業習慣或特約外，自不得主張分派。公司股東會以決議分派公積金超過法定部分時亦然。（參看司法院十九年院字三六八號解釋例）

第八項 股份有限公司之公司債

（一）債券之形式 公司債雖分記名式與無記名式之兩種，實質上固毫無差別者。不但無記名式之債券得由債權人隨時請求改爲記名式（公司法一八五條）即此兩種債券票面記載之事項，除債權人姓名一點外，亦均相同。即均應編號載明發行之年月日，並下列四款事項：（1）公司之名稱，（2）公司債之總額及債券每張之金額，（3）公司債之利率，（4）公司債償還方法及期限，由董事簽名蓋章。（公司法一八二條）此四款事項並應記載於公司債存根簿中，因存根簿爲公司債一切事項之根據，除此而外，尚須將一切債券依次編號並記載其發行之年月日，取得之年月日。如爲記名式之債券，則債權人之姓名及住所亦應於存根簿上載明也。

(公司法一八三條)故記名式債券移轉時，非將受讓人姓名住所記載公司債存根簿，並將其姓名記載於債券不可，否則不得以其轉讓對抗公司及第三人。(公司法一八四條)

(二) 募集之決議 公司欲募集公司債者，須依法定之決議手續。即須有過半數之股東，代表股份總數過半數者之出席，以出席股東表決權三分之二以上之同意為募集公司債之決議。蓋募集公司債非尋常業務可比，故決議手續不得不較為隆重也。但如出席之股東不滿此項定額時，則得依通常股東會之辦法，先為假決議，再召集第二次股東會表決之。(公司法一七六條)

(三) 發行之限制 公司債之發行有左列三種限制：

(1) 總額之限制 公司債之總額不得逾已繳股款之總額，如公司現存財產少於已繳股款之總額時，不得逾現存財產之額。(公司法一七七條)

(2) 每張金額之限制 公司債券每張金額不得少於二十圓。(公司法一七八條)

(3) 償還金額之限制 公司債如預定償還金額超過券面金額時，於同次發行之各種債券，應有同一之超過率。(公司法一七九條)

(四) 發行之手續 發行公司債之手續，有左列四項：

(1) 公告 當募集之時，董事應公告下列各款事項：(甲) 公司之名稱，(乙) 公司債之總額及債券每張之金額，(丙) 公司債之利息，(丁) 公司債償還方法及期限，(戊) 前已募集公司債者，其未償還之數

額，(己)公司債發行之價額或其最低價額，(庚)公司股本總額及已繳股款之總額，(申)公司現存財產之總額，(辛)公司債募足之預定期限，並逾期得由應募人撤銷其應募之聲明。(公司法一八〇條一項)

(2) 填寫應募書 董事得備聯單式之應募書，載明公告中所列各款事項，由應募人填寫所認數額及其住所，簽名蓋章。(公司法一八〇條二項)(註一六)

(3) 繳足債款 公司債募足時，董事應向各應募人請求繳足其所認數額。(公司法一八一條一項)

(4) 登記 董事自收足公司債款後，應於十五日內，將下列各款事項向主管官署聲請登記：(甲)公司債之總額及債券每張之金額，(乙)公司債之利率，(丙)公司債償還方法及期限，(丁)公司債發行之年月日。(公司法一八一條二項)

(註一六)查民營公用事業監督條例十一條，有「民營公用事業不得加入外股或抵借外債」之規定，則此種事業公司發行公司債時，是否僅許本國人民應募，頗滋疑義。據司法院二十一年院字八二三號之解釋，由這種公司發行公司債與以此種公司抵借外債，其性質不同，其發行之債券若為無記名式，則與一般流通之無記名券同，應不受限制。但發行之債券如為記名式，是否即須受限制，仍有疑義。院字八二三號對於此點並無肯定之釋明。依債券之性質而論，顯與股票不同，債券持有人不如公司股東之有與問公司事務之權，故即令外國人可以應募記名式之公司債，似與監督民營公司事業之本旨亦無所違背也。

第九項 股份有限公司之變更章程

(一) 變更章程之決議 章程為公司之根本法，以不輕易變更為宜。故公司法於第一百八十六條，不但規定變更章程必須經股東會之決議，且其決議之方法亦與通常股東會不同。變更章程之決議須由股東過半數代

表股份總數過半數者之出席，以出席股東表決權三分二以上之同意爲之。如出席股東不滿此項定額時，得由出席股東表決權之過半數爲假決議。並將假決議通知各股東，其發有無記名式之股票者，並須將假決議公告於一個月內召集第二次股東會。惟此時之決議，不必如前述規定，以出席股東表決權之過半數爲之即可。

(二) 增加資本 章程中最重要之事項，莫如公司之名稱，所營之事業，及股份之總數及每股金額等，故公司如應現狀之需要，有欲增減資本時，自必依變更章程之規定，以股東會之決議爲之。茲先言增加資本，爲增加資本之決議時，有以金錢外之財產抵作股款者，其人，其財產之種類價格，及公司核給之股數，應同時議決之。(公司法一九一條)至關於增加資本之限制，方法及手續等，則如下述之規定：

(1) 增加資本之限制 增加資本非隨時皆得爲之，其先決要件爲公司將現有股份收足股款，否則應無添募資本之必要。(公司法一八七條)

(2) 增加資本之方法 增加資本之方法不外添募新股。惟此時除得添募普通股外，尙得發行優先股。優先股因股東得享特殊優厚之權利，故應於公司章程中訂明其應有權利之種類，且非於公司增加資本或整理債務時不得發行之。(公司法一八八條)公司已發行優先股者，以後變更章程時，如有損害優先股東權利之處，除股東會之決議外，更應經優先股東之決議，否則應不生效力。優先股東集合開會時，準用關於股東會之規定。(公司法一八九條)

(3) 添募新股之手續 公司爲增加資本添募新股時，應循下述之手續：

(甲)認募股數 公司添募新股時，董事應備聯單式之認股書，載明下列各款事項，由認股人填寫所認股數金額及其住所，簽名蓋章：(a)公司之名稱，所營之事業，股份之總額及每股金額，本店支店及其所在地，公司爲公告之方法，董事及監察人當選之資格，解散之理由，股票超過票面金額之發行，發行人所得受之特別利益及受益者之姓名。以金錢外之財產抵作股款者，其姓名，及其財產之種類價格，與公司核給之股數。(b)增加資本決議之年月日。(c)增加資本之總額及每股金額。(d)第一次繳納之股款。(e)發行優先股時，其種類，及各種優先股之總額。若同時發行數種優先股者，認股人並應於認股書填明其所認股份之種類及其數額。(公司法一九二條)認購新股之人，固不以舊股東爲限，但應先儘舊股東分認，如有餘額，始得另募。(公司法一九〇條)

(乙)收繳股款 認股人有照所填認股書繳納股款之義務。故新股股份總數募足時，董事應即向各認股人催繳第一次股款，如以超過票面金額發行股票時，其溢額應與第一次股款同時繳納。認股人延欠第一次應繳之股款時，董事應定二個月以上之期限，催告該認股人照繳，並聲明逾期不繳失其權利。董事如已爲此種之催告，認股人仍不照繳者，即失其權利。其所認股份另行募集。如有損害並得向之請求賠償。新股每股之金額應與舊股一律，不得少於二十圓。但如舊股係一次全繳，每股金額爲十圓者，新股亦得如之。新股股票之發行，亦如舊股，不得低於票面金額，第一次應繳之股款亦不得少於票面金額二分之一。各股東不得以其對於公司之債權抵作股款，但如已經繳清其股份之金額者，即無須再負擔任何責任。數人共有一股份者，

則繳納股款之義務，應由共有人連帶負之，惟股東之權利則僅得推定一人行使之。（公司法一九七條）

（丙）召集股東會 新股第一次股款收足後，董事應即召集股東會，報告關於募集新股之事項。（公司法一九三條）監察人則應調查下列各款事項，報告於股東會，但股東會亦得另選檢查人爲之：（a）所募新股已否認足，（b）各新股第一次應繳之股款已否認足，（c）有以金錢外之財產抵作股款者，所核給股份之數是否確實。（公司法一九四條）

（丁）聲請登記 股東會完結後，董事應於十五日，將下列各款事項向主管官署聲請登記：（a）增加資本之總額，（b）增加資本決議之年月日，（c）各新股已繳之股款，（d）發行優先股者，其優先股應有權利之種類，各種優先股之總額及每種每股之金額，登記後，公司始得發行新股票，或爲新股份之轉讓。（公司法一九五條）新股票應編號載明股數，及下列各款事項，由董事五人以上簽名蓋章：（a）公司之名稱，（b）增加資本登記之年月日，（c）增加股份總數及每股金額，（d）發行優先股者，優先股之總額及其優先權利，增加股份之股款分期繳納者，其每次分繳之金額。（公司法一九六條）

（三）減少資本 公司欲減少資本時，應亦依變更章程之規定，先經股東會之議決，其方法與手續如左：

（1）減少資本之方法 減少資本之方法，通常有如下之三種：一爲減少股款，即股份之總數並不減少，僅減少每股之金額，二爲減少股數，即每股之金額並不減少，僅減少一部分之股份數目，減少股數之方法，復有二種：或將股份收買銷除，或將股份合併，三爲減少股款與減少股份一併行之，惟以合併之方法減少股份時，其

不適於合併之股份，則得將其拍賣，以賣得價金償還該股東。（公司法一九九條）

（2）減少資本之手續 減少資本經股東會決議後，應循左列手續行之：

（甲）聲請登記 公司之資本額設立時已向主管官署登記，現既決議減少，即為已登記事項之變更，故應於決議後十五日內，為變更之登記。（參看公司法八條）

（乙）通告債權人 公司之資本為公司債務之担保，一旦減少，勢必與債權人之利益有關，故決議減少時，應即編造資產負債表及財產目錄，並應即向各債權人分別通知及公告，並指定三個月以上之期限，聲明債權人得於期限內提出異議。公司不為此種之通知及公告，或對於在其指定之期限內提出異議之債權人不為清償或不提供相當之担保者，不得以其減資之決議對抗債權人。（公司法二〇〇條）

（丙）換給新股票 因減少資本換給新股票時，公司應於減資登記後，定六個月以上之期限，通告各股東換取，並聲明逾期不換取者，失其股東之權利。股東於所定期限內不換取者，即失其股東之權利，公司得將其股份拍賣。（公司法一九八條）

第十項 股份有限公司之解散

（一）解散之原因 股份有限公司因下列各款事由而解散：（1）章程所定解散之事由發生，（2）公司所營事業已成就或不能成就，（3）股東會之決議，（4）有記名股票之股東不滿七人，（5）與他公司合併，（6）破產，（7）解散之命令。（公司法二〇一條）

(二) 解散之程序 股份有限公司解散之程序不盡相同，各視其解散之原因而定。大別之，可得三類：

(1) 解散由於破產者 公司董事如見公司財產顯有不足抵償債務時，應即聲請宣告破產。(參看公司法一四七條二項) 宣告破產後，公司之財產即移歸破產管理人管理，依破產法之程序辦理之。

(2) 解散由於股東會之決議或與他公司合併者 此時(甲)應依變更章程之表決法，由股東會為解散之決議。(公司法二〇三條)(乙)再由公司之董事通知各股東，其發行無記名股票者，並應公告之，俾未列席股東會之股東亦得知悉。(公司法二〇二條)(丙)如非為合併之解散，則為解散之決議後應即進行清算，並於決議解散後十五日內向主管官署聲請為解散之登記。(參看公司法十條)如為合併之解散，則公司之權利義務概移轉於他公司承受，無清算之必要，故僅須一方編造資產負債表及財產目錄，並向各債權人分別通知及公告，並指定三個月以上之期限，聲明債權人得於期限內提出異議。(若公司不為此種之通知及公告，或對於在其指定之期限內提出異議之債權人不為清償或不提供相當之擔保者，不得以其合併對抗債權人)一方則於合併決議後十五日內向主管官署分別依下列各款，聲請登記：(a)因合併而存續之公司，為變更之登記；(b)因合併而銷滅之公司，為解散之登記；(c)因合併而另立之公司，為設立之登記。(公司法二〇四條)

(3) 解散由於其他之原因者 此時(甲)除應由董事分別通知並公告各股東外，(公司法二〇二條)(乙)並應進行清算，(丙)於決議解散或接受解散命令後十五日內向主管官署聲請為解散之登記。

(參看公司法十條)

第十一項 股份有限公司之清算

股份有限公司之解散，除合併及破產外，應即進行清算，已見前述。以下即為關於清算人及清算程序之規定。

(一) 清算中之公司 股份有限公司雖解散，在清算中，於清算範圍內，視為尚未解散。(公司法二一四條及五二條)

(二) 清算人 股份有限公司之清算人亦有三種：

(1) 法定清算人 除章程另有訂定或股東會另有選定外，以董事為公司解散後之當然清算人。(公司法二〇五條一項)

(2) 選定清算人 由股東會選定之或由章程預先訂定之。(公司法二〇五條一項)

(3) 選派清算人 法定清算人及選定清算人俱不能產生時，法院得因利害關係人之聲請，選派清算人。(公司法二〇五條二項)

以上三種清算人，法院得因監察人或有股分總數十分一以上股東之聲請，將其解任。除選派清算人外，股東會亦得以決議將其解任。(公司法二〇六條)

(三) 清算人之呈報 清算人就任或解任時，均應於十五日內，由清算人或股東會將其姓名住所及就任日期或解任日期向法院呈報。如由法院選派或由法院將其解任時，並應公告之。(公司法二一四條及五七條)

(四) 清算人之職權 清算人於執行清算事務之範圍內，除另有規定外，其權利義務與董事同。(公司法二〇七條) 故對於清算人之代表權所加限制，不得對抗善意第三人。(公司法二一四條及六〇條)

(五) 清算人之報酬 清算人亦如董事，為有償職，其報酬非由選派者，由股東會議定；其由法院選派者，由法院決定。清算費用及清算人之報酬，應由公司現存財產中儘先給付。(公司法第二〇八條)

(六) 清算人之職務 清算人之職務如左：(參看公司法五八條)

(1) 了結現務 公司解散後有未了結之事務，清算人應即為之了結，且應於就任後即將公司財產情形加以檢查，造具資產負債表及財產目錄，提交股東會請求承認。(公司法二〇九條) 如遇股東詢問時，並應將清算情形隨時答覆。(參看公司法六一條三項)

(2) 收取債權清償債務 清算人就任後，應以公告方法催告債權人報明債權，對於明知之債權人並應分別通知，以便清償。(參看公司法六二條) 如公司財產不足清償其債務時，清算人應即聲請宣告破產。清算人移交其事務於破產管理人時，其職務即為終了。(參看公司法六三條)

(3) 分派賸餘財產 必須清算人已將公司之債務清償後，始得將賸餘之公司財產分派於各股東。(參看公司法六四條) 分派之時，應按各股東所繳股款之數額比例分派。但公司發行優先股而章程中另有訂定者，不在此限。(公司法二一〇條)

(七) 清算完結 清算人應於六個月內完結清算，不能於六個月內完結時，清算人得申敘理由聲請法院

展期。(參看公司法六一條二項)清算完結時,清算人尙有如左之義務:

(1) 呈報清算完結 清算人應於清算完結後十五日內向法院呈報。(參看公司法六七條)

(2) 請求承認簿冊 清算人應於十五日內造具清算期內收支計算書,損益計算表,連同各項簿冊,提交股東會請求承認。股東會得另選檢查人檢查此種簿冊是否確當。簿冊經股東會承認後,視爲公司已解除清算人之責任。但清算人有不正當行爲者,不在此限。(公司法二一一條)

(3) 保存簿冊文件 公司之各項簿冊及文件應自清算完結登記後保存十年,其保存人由清算人及其他利害關係人聲請法院指定之。(公司法二一二條)

(八) 重行分派財產 清算完結後如有可以分派之財產,法院因利害關係人之聲請,得選派清算人重行分派。(公司法二一三條)

第五節 股份兩合公司

股份兩合公司由無限責任股東與持有股份之有限責任股東合組而成。因其股東分無限責任與有限責任兩種,頗類兩合公司,故其無限責任股東對內對外之關係,及其無限責任股東之退股,俱準用兩合公司之規定。又因其有限責任股東所出之資本係分爲股份,頗類股份有限公司,故其餘事項除本節有特別規定外,準用關於股份有限公司之規定。(公司法二一六條)

第一項 股份兩合公司之設立

(一) 訂立章程 設立股份兩合公司，應由無限責任股東為發起人。惟人數並無限制。有一人即可。(公司法二一五條) 發起人應訂立章程，載明下列各款事項，簽名蓋章：(1) 公司之名稱，所營之事業，股份之總額及每股金額，本店支店及其所在地，公司為公告之方法。(2) 無限責任股東之姓名住所。(3) 無限責任股東股款以外之出資，其種類及價格或估價之標準。(公司法二一七條)

(二) 募集股份 無限責任股東應負募集股份之責。(公股法二一八條) 募集股款時，應備認股書，載明下列各款事項：(1) 解散之事由，股票超過票面金額之發行，發起人所得受之特別利益及受益者之姓名，訂立章程之年月日，章程上應記載之事項等。(2) 無限責任股東認有股份者，其股數。(公股法二一九條)

(三) 召集創立會 股份總數募足後，應即收取第一次股款。第一次股款繳足後，應即召集創立會，此種手續公司法雖未於本節內明定，應依第二百十六條之規定，準用股份有限公司之規定。在創立會中僅有無限責任股東有表決權，無限責任股東雖有有限股份亦無表決權，但僅得於創立會及股東會陳述意見而已。(公司法二二一條)

(四) 選任監察人 無限責任之股東在股份兩合公司等於股份有限公司之董事，故股份兩合公司之創立會僅須在有限責任股東中選任監察人。無限責任股東不得更被任為監察人。(公司法二二〇條) 監察人應調查下列各項，報告於創立會：(1) 股份總數已否認足，(2) 無限責任股東股款以外之出資，其種類及價格或估價之標準。(公司法二二二條)

(五)聲請登記 公司創立會完結後，應於十五日內將下列各款事項向主管官署聲請登記：(1)公司之名稱，所營之事業，股份之總數及每股金額，公司為公告之方法，各股已繳之金額，定有解散事由者其事由，無限責任股東之姓名住所，無限責任股東股款以外之出資，其種類及價格或估價之標準。(2)定有代表公司之無限責任股東者，其姓名住所。(3)監察人之姓名住所。(公司法二二三條)

第二項 股份兩合公司之內外關係

股份兩合公司之內外關係，屬於無限責任股東方面，既皆準用兩合公司之規定，屬於其他事項，又復準用關於股份有限公司之規定，故無重述之必要。此處所記，特屬於股份兩合公司之特別規定耳。

(一)無限責任股東 無限責任股東，在股份兩合公司之地位，相當於兩合公司中之無限責任股東，對內可以執行業務，對外可以代表公司。其代表公司者，且等於股份有限公司之董事，故法律許其準用關於股份有限公司董事之規定。(公司法二二四條)惟以下所述關於董事各事項，因與股份兩合公司情形不符，故不適用之：(1)關於董事人數及應就股東中選任之規定。(參看公司法一三八條)(2)關於交存股票之規定。(參看公司法一三九條)(3)關於董事報酬之規定。(參看公司法一四〇條)(4)關於董事任期之規定。(參看公司法一四一條)(5)關於董事解任之規定。(參看公司法一四二條)

(二)監察人 股份兩合公司之監察人由有限責任股東會就有限責任股東中選任之，其職權本節中未經明定，應準用關於股份有限公司監察人之規定。

(三) 股東會 股份兩合公司之股東會僅包含有限責任股東，無限責任股東雖得到會陳述意見，但無表決權。此因兩合公司應須全體股東同意之事項，在股份兩合公司，除股東會決議外，更經有無限責任股東之同意也。(公司法二二五條一項) 所謂兩合公司應須全體股東同意之事項，亦即無限公司應須全體股東同意之事項，如變更章程及為事業範圍外之行爲，(參看公司法二二條) 股東為與公司同類營業之行爲及為他公司無限責任股東，(參看公司法二八條) 股份之轉讓，(參看公司法二九條) 特定股東代表公司，(參看公司法三〇條) 股東之除名，(參看公司法四二條) 公司解散，(參看公司法四六條三款) 公司之合併等皆是。(參看公司法四七條) 股份兩合公司股東會為此項之決議時，其表決法應準用關於股份有限公司股東為變更章程決議時所當用之表決法。(公司二二五條二項)

第三項 股份兩合公司之解散

(一) 解散之原因 股份兩合公司之解散，公司法第二百二十六條定明準用關於兩合公司解散事由之規定。而兩合公司之解散又復準用關於無限公司之規定。(參看公司法七一條) 即凡股份兩合公司如有下列各款情事，即歸解散：(1) 章程所定解散之事由發生，(2) 公司所營事業已成就或不能成就，(3) 股東全體之同意，(4) 股東僅餘一人，(5) 與他公司合併，(6) 破產，(7) 解散之命令，(參看公司法四六條)

(8) 無限責任股東全體退股。(參看公司法八三條)

(二) 解散後之改組 無限責任股東如全行退股，有限責任股東得以決議改為股份有限公司。其改組之

方法如左：(公司法三三〇條)

(1) 爲改組之決議，爲改組之決議時，應依股份有限公司股東會爲變更章程決議時之表決法。(公司法二二七條)

(2) 通告債權人，爲改組之決議後，應即向各債權人分別通知及公告，並指定三個月以上期限，聲明債權人得於期限內提出異議。公司不爲此種之通知及公告，或對於在指定之期限內提出異議之債權人不爲清償或不提供相當之擔保者，不得以其改組對抗債權人。(參看公司法四九條)

(3) 聲請登記，公司改組時，應於十五日內向主管官署聲請爲股份兩合公司解散之登記，並爲股份有限公司設立之登記。(參看公司法五〇條)

(4) 承受權利義務，因改組而銷滅之股份兩合公司，其權利義務由改組後之股份有限公司承受。(參看公司法五一條)

第四項 股份兩合公司之清算

股份兩合公司之清算，除下述之規定外，應準用關於股份有限公司之規定。

(一) 清算人，股份兩合公司之解散，除因合併、破產，及以命令解散外，其清算人之一部分應由無限責任股東之全體充之，或由其選任之；他一部分由有限責任股東會選任之。但章程另有訂定者，不在此限。無限責任股東選任清算人時，以過半數決之。股東會所選任之清算人應與無限責任股東或其所選任之清算人人數相等。

(公司法二二八條)

(二) 清算簿冊之承認 在股份有限公司，清算人就任後，應即檢查公司財產情形，造具資產負債表及財產目錄，提交股東會請求承認。(參看公司法二〇九條) 清算完結時，並應於十五日內造具清算期內收支計算書，損益計算書，連同各項簿冊提交股東會請求承認。(參看公司法二一一條) 在股份兩合公司，因股東會僅包含有限責任股東，故依前二條應請求股東會承認之事項，除須提交股東會請求承認外，並應請求無限責任股東全體之承認。(公司法二二九條)

第六節 罰則

公司雖為法人，不能超越合法範圍有所活動。然執行其業務之股東，發起人，董事，監察人，及清算人，固皆自然人，難免有違反法律規定之處。為圖社會公益之安全，監督之有效，因有罰則之訂立，以備制裁。此公司法所以於私法的性質之外，兼有公法的性質之故也。

公司法關於罰則之條文，有二三一以次之三條。惟此三條所包括之不法行為，不依其行為之性質區分，而依其行為所召致之懲罰程度區分。凡應處同等懲罰之不法行為，合列於一條之中。茲依次分述如下：

第二百三十一條 公司執行業務之股東，發起人，董事，監察人，及清算人，有左列各款情事之一者，得科五百圓以下之罰金。

(一) 違反本法關於呈報期限或聲請登記期限之規定者。

(二) 違反本法關於公告期限或通知期限之規定者。

(三) 本法所定應許查閱之簿冊文件，無正當理由而拒絕查閱者。

(四) 對於依本法而爲之調查，有妨礙之行爲者。

(五) 違反第九十四條第一項，第一百九十二條第一項，及第二百一十九條之規定，不備認股書或認股書記載不實者。

(六) 違反第一百一十四條第一項，及第一百九十五條第二項之規定發行股票者。

(七) 違反第一百一十五條，第一百八十二條，及第一百九十六條之規定，於股票債券之記載不實者。

(八) 公司章程，股東會決議錄，股東名簿，公司債存根簿，營業報告書，資產負債表，財產目錄，損益計算書，及有關於分派股息紅利與提出公積金之議案，不備置於本店，或有不實之記載者。

第二百三十二條 公司執行業務之股東，發起人，董事，監察人，及清算人，有左列各款情事之一者，得科一千元以下之罰金。

(一) 違反第一百四十七條第一項，第一百七十五條第二項之規定，不召集股東會者。

(二) 對於官署或股東會陳述報告不實者。

(三) 違反第四十八條，及第四十九條之規定而與他公司合併者。

(四) 對於依本法而爲之檢查，有妨礙之行爲者。

(五) 違反第一百二十條之規定而銷除股份者。

(六) 違反第一百二十五條第一項之規定而發給無記名股票者。

(七) 違反第六十三條第一項及第一百四十七條第二項之規定，不即聲請宣告破產者。

(八) 不依第一百七十條第一項之規定，提出公積金者。

(九) 違反第六十四條之規定，分派公司財產者。

(十) 公司受解散之命令而解散時，不將事務移交於清算人者。

第二百三十三條 公司執行業務之股東、發起人、董事、監察人、及檢查人，有左列各款情事之一者，科一年以下徒刑，或二千圓以下之罰金。

(一) 聲請為設立登記或增資登記時，關於股份總數之認足，股款已繳之總數，有不實之陳述者。

(二) 不論用何名義為公司收買本公司股份或收作抵押品者。

(三) 違反本法之規定，分派股息或紅利者。

(四) 在公司章程所定之事業範圍外，動用公司財產為投機事業者。

第三編 商品

商人以營利之目的所營之事業，儘可不必限於爲媒介或補助商品之流通。若旅客運送之營業，人壽保險之營業，不動產買賣之營業，旅店飲食店之營業，皆與商品之流通，初無直接間接之關係。又若各種製造業，按其性質嚴格而論，亦與商品之流通有異。故依經濟學上之意義，從事製造業者非商人，而法律上則皆認爲商人。然除此而外，商人所經營之事業中，與商品之流通有直接間接關係者究係佔最大部分。蓋依經濟學上之定義，所謂商人者，乃立於生產者與消費者之間，爲生產品盡交換任務之人也。其任務始於完成生產之際，終於開始消費之時。（註一）故最狹義之商業，不外媒介或補助商品流通之事業。

茲所說商品，應限於動產無疑。但不限於爲普通由機械或人工所製之貨品，即精神勞動之結果，如著作物，工業上新發明，經製成銷售於人者，亦係所謂商品也。

因商品之流通，法律特予規定者，有關於其標幟，專利諸端。茲分述如下。

(註一) "Business may be defined as human activity directed toward producing or acquiring wealth through buying or selling goods.... Business reaches its culmination at the end of the technical process of production and at the beginning of the consuming process." See L. H. Haney; Business Organization and Combination p. 3

第一章 商品之標幟

第一項 商標之意義構成及種類

(一) 商標之意義 商品有其專用之標幟，亦猶商人有其商號也。此專用之標幟，法律上稱之曰商標。故商標者，商人因欲表彰自己所生產，製造，加工，揀選，批售，或經紀之商品，所用之標記也。(商標法一條一項)

(二) 商標之構成 商標由其所用之文字，圖形，記號，或其聯合式構成。均應特別顯著，並應指定名稱及所施顏色，以資識別。(商標法一條二項) (註二) 所謂文字，據司法院前此之解釋，不包括讀音在內。(註三) 但自二十四年十一月公布修正之商標法後，因「商標所用之文字包括讀音在內」在該法第一條第三項已著有明文，此項解釋，自應失效。

(三) 不得用作商標之事項 商標以得自由製作為原則，然所用之名稱或因與國家有特殊之關係，或因恐侵害他人之權利，勢不得有所忌避。此商標法之所以於第二條有下列各款不得作為商標之明文也。

(1) 相同或近似於中華民國國旗，國徽，國璽，軍旗，官印，勳章，或中國國民黨黨旗，黨徽者。

(2) 相同於總理遺像，及姓名別號者。(註四)

(3) 相同或近似於紅十字章，或外國之國旗，軍旗者。

(4) 有妨害風俗秩序或可欺罔公衆之虞者。所謂風俗秩序，即民法上善良風俗，公共秩序之謂。善良風俗關係國民之一般的道德觀念；公共秩序關係國家之一般的利益，皆宜力加維護，不容妨害。至若所用商標有欺罔公衆之虞者，雖未必有妨公序良俗，然究與交易上公平信義之原則有背，應亦在禁止之列。

(5) 相同或近似於同一商品習慣上所通用之標章者。商品之標章既經習慣上爲一般商人所通用，應不得由特定之商人用作其商品之專用商標，以免妨礙他人之使用。(註五)

(6) 相同或近似於世所共知他人之標章使用於同一之商品者。他人於同一之商品既經用有標章，且爲世所共知，應尊重其權利，不得襲用，以免有魚目混珠之嫌。(註六)

(7) 相同或近似於政府所給獎章，及博覽會勸業會等所給獎牌獎狀者。但以自己所受獎者作爲商標之一部份時，不在此限。

(8) 有他人之肖像，姓名，商號，或法人及其他團體之名稱者。但已得其承諾時，不在此限。此因他人之肖像，姓名等爲其人格權之一，自非經其承諾，不得侵害。

(9) 相同或近似於他人註冊商標失效後未滿一年者。但其註冊失效前已有一年以上不使用時，不在此限。此因他人註冊商標雖已失效，在最近期間內，其商品或仍在市上流通。故須俟失效一年後，始得再用爲商標。

(四) 商標之種類 商標得分爲單獨商標與聯合商標之二種。同一商品祇用一個商標作其標幟者，稱爲

單獨商標。同一商品而用二個以上相同或類似之商標作其標幟者，稱爲聯合商標。（註七）單獨商標之構造非必簡單，文字圖形皆可俱備。聯合商標之構造非必複雜，或僅爲文字組成，或僅有圖形。二者之不同，蓋在使用之時，單獨商標須作爲一個整體而使用，聯合商標則不但可以同時使用，且可以分析使用。惟聯合商標之使用，應受下列各項之限制：

（1）須爲同一商人所使用。

（2）須用於同一之商品，但不限於同一形式之包裝，且不限於同時使用。

（3）各商標須相類似。（商標法四條）

（註二）文字，因字體正草大小及排列方法各異，能否視爲文字不同，又外國文字用於商標上，能否視爲記號，行立法院於二十三年度列字二八號之判決書中，均有明白之決定，照錄如下：「按商標法上所謂文字，當然包括字之各體，自不能以文體正草大小及排列方法相異，而視爲文字不同。其有以外國文字用於商標上，亦應視爲文字，究不能認爲商標法所稱之記號。」

又商標所用文字如係表彰商品品質者，能否依法註冊，不無疑問。外國法律有禁止之者，以其不能顯著（distinctive），無以辨別。（如美國）但我商標法並無此項規定，自可允許。故如以「補力多」三字用爲補劑商品之商標，並無不可。又地名、人名、外國法律亦有不許用作商標者。我商標法則以他人之姓名爲限，不許用作商標。地名既無規定，自亦許可。

（註三）平情而論，商標所用之文字應包括讀音在內，殊有相當理由。因我國大多數人民不識文字，多有僅憑讀音以識別商標者，苟讀音近似，不能認爲商標之近似，則奸商儘可以近似之讀音仿冒他人之商標，爭取不正之利益，殊與社會經濟有礙。且文字據文字學家之研究，可分形聲義三類，讀音即聲，應包括在內。但未修正之商標法則對於商標所用之文字應否包括讀音並無明文。據司法院歷次之解釋，

院字一〇〇三、一〇四等號則皆以爲僅文字之讀音近似，不能即認爲有商標之近似。

〔註四〕商標法公布於民國十九年五月六日，二十年一月一日起施行。自商標法施行之日起，凡相同於總理遺像及姓名別號者，自不許用作商標呈請註冊。但民國十七年八月七日，工商部曾公布總理遺像準作商標限制辦法十六條，對於以總理遺像用作商標者，原則上並不禁止，不過設有限制而已。茲錄各種限制如下：

(1) 農工器具，以不致機斃者爲限。(2) 科學儀器，以不致機斃者爲限。(3) 化學藥品，限於科學使用者。(4) 絲織棉織布疋，以整疋者爲限。(5) 圖畫照片書籍，以有益於教育風化者爲限。(6) 樂器。(7) 陶瓷玻璃器，限於陳設之用者。(8) 照相器具留聲機望遠鏡眼鏡。(9) 冠服，以不致機斃者爲限。(10) 鐘表。(11) 珠玉寶石或其仿造物。(12) 貴金屬或其仿造物。(13) 文具。(14) 其他足以表示尊榮或藉以喚起人民崇拜信仰之心且不致於機斃之物品。(15) 凡於上開商品欲用總理遺像作爲商標者，須先呈請工商部核准後方得使用。(16) 除以上所列之商品外，一律不得使用。

〔註五〕「所謂習慣上通用，祇須在事實上可認有此普通使用之習慣，即與本款相當，毋庸以數目爲標準。至所謂標章，應指標與章二者而言。」(司法院二十二年院字一〇〇八號解釋例)

〔註六〕「所謂世所共知，其已否註冊自所不問。至所謂世所共知，係指呈請註冊之區域一般所共知者而言。」(同註五)

〔註七〕聯合商標雖有兩個以上類似之商標，其地位並不完全相同，祇有一個爲正商標，以其餘與之聯合，故呈請註冊時，執爲正商標，應指定之。(商標法施行法九條二項)

第二項 商標之註冊

商標既屬專用之性質，即有排他之效力。外國立法例有以註冊爲取得此項專用權力之必要條件者。我商標法亦然。(註八)

凡以商標呈請註冊者，須在中華民國境內有住所或營業所。無住所或營業所者，非委託在中華民國境內有住所或營業所者為代理人，（註九）不得為商標註冊之呈請及其他程序，並不得主張商標專用權或關於商標之權利。（商標法八條一項）呈請商標註冊之人，不以本國人民為限。外國人民如依關於商標互相保護之條約，欲專用其商標時，亦應依商標法呈請註冊。（商標法五條）

商標之註冊計有四種，一為商標權創設之註冊，二為就已註冊之事項為變更或塗銷之註冊，三為專用期間續展之註冊，四為商標權移轉或抵押之註冊。茲分述如下：

（一）創設之註冊 呈請為商標權創設之註冊者，應先就各商品之類別，（註一〇）指定其所使用商標之商品屬於何類，繕具呈請書，並附呈指定着色圖樣十紙及印板一枚，又規定之註冊費若干，呈送商標局。（商標法二四條二五條及商標法施行細則一條）經商標局之審查員審查後，認為合法，除以審定書通知呈請人外，並應先登載於商標公報，俟滿六個月別無利害關係人之異議，或經辨明其異議時，始行註冊。註冊之方法，即將核准註冊之商標分別註錄於商標簿冊，並發給註冊證。（商標法二六條一項及二一條二項）若審查之結果，認為不合法者，即以審定書核駁之。其註冊費應發還之。呈請人對於核駁有不服者，自審定書送達之日起三十日內，得具不服理由書呈請再審查。對於再審查之審定有不服時，得於六十日內，依法提起訴願。（商標法二四條及二七條）

二人以上於同一商品以相同或近似之商標，同時或先後各別呈請註冊時，則應准在中華民國境內實際最先使用並無中斷者註冊，更不待言。若呈請前均未使用，或孰先使用無從確實證明時，得准最先呈請者註冊。其在

同日呈請者，非經各呈請人協議妥洽讓歸一人專用時，概不註冊。（商標法三條）凡此規定，皆所以使同一商品不許二人以上用相同或近似之商標各別註冊也。（註一）

（二）變更或塗銷之註冊 已註冊之事項如有變更，或須塗銷時，應呈請為變更或塗銷之註冊。商標局對其呈請核准後，應登載商標公報公告之。（商標法二三條）

（三）專用期間續展之註冊 商標經註冊後，有一定之專用期間。期間屆滿欲續展者，須呈請為續展之註冊。商標局對其呈請經審查合法者，應換發註冊證並登商標公報公告之。（商標法二六條二項）

（四）移轉或抵押之註冊 商標權為財產權之一，自得任由權利人處分之。惟權利人移轉或抵押其商標權於他人時，應先經商標局之核准註冊。但我商標法對於此種註冊，乃取註冊對抗主義，而非以註冊為移轉或抵押商標權之必要條件。故如權利人不以其移轉或抵押呈請註冊者，祇生不得對抗第三人之效力，即對於第三人不得主張其商標權已移轉或抵押也。（商標法一七條）

（註 八）不但依現行商標法而註冊之商標享有專用權，即依舊商標條例向前北京商標局註冊之商標經查驗後，亦得享有專用權。按查驗商標註冊證暫行章程第一條規定，凡民國十六年五月以前在北京商標局註冊之商標，除已依註冊條例向全國註冊局補行註冊領有註冊證書外，應自本章程公布之日起，六個月內，將原有註冊證呈請商標局查驗等語，是凡經查驗之商標即無須呈請註冊，仍得繼續享有專用權，應無可疑。但如未經於該章程所定期限呈請查驗者，自不能繼續有效，亦屬當然。又按該章程內第七條規定，凡民國十六年五月一日以後，北京商標局所發之註冊證及審定書，一律無效，則凡在該日以後所發註冊證自不得呈請查驗，須另行呈請註冊，亦無可疑。（參看行政法院二十三年度判字五三號判例）

(註九) 商標註冊代理人，除有特別委託之權限外，於商標法及其他法令所定關於商標之一切程序及訴訟事務，均代表本人。當其選任，更換，或其代理權有變更，消滅之時，並須呈經商標局核准註冊，否則不得以之對抗第三人。(商標法七條二項及八條)

(註一〇) 據商標法施行法第三十七條，分商品為七十項，每項又分為若干類，類別未能指定者，得由商標局指定之。

(註一一) 商標法第三條之立法精神在使同一商品不許二人以上以相同或近似之商標各別註冊，故准各呈請人之協議以讓歸一人專用為限。若二人以上同意和解合詞請求各別註冊，或經專用人同意合詞請求任二者各別註冊，核與該條明文抵觸，自屬不應准許。(見司法院二十年院字五一四號解釋例)

未修正之商標法第四條(現已刪除)對於第三條及第二條第六款，為一例外規定，原文曰：「以善意繼續使用十年以上之商標，依本法呈請註冊時，不受第二條第六款及第三條規定之限制。但商標局認為必要時，得令其將形式或所施之顏色，加以變更。」據此，則以善意繼續使用十年之商標，即相同或近似於世所共知他人之標章使用於同一商品者，或即有他人實際最先使用與已相同或近似之商標於同一商品者，自己之商標仍可不受其排斥，而得呈請註冊。修正之商標法以此項規定與第三條之立法精神不合，故予刪去。

但在未刪除前，第四條文字在解釋上亦甚滋疑義。所謂以善意繼續使用十年以上之商標，其繼續使用區域有無限制，法律並無明文。因有二說：一說謂其繼續使用區域應限於中國境內，以期保護吾國幼稚之商業，勿使為外國資力雄厚行銷久遠之商品所輕易擱殘。一說謂各國商標既以條約互相保護，應不分地域，苟有以善意繼續使用十年以上之事實，即同得享受商標法第四條之利益，故其區域不限於國內。此二說各有相當理由。查前北京政府所頒布之商標法第四條，對於繼續使用區域亦未經明白規定，但按前北京商標局辦理成例，則認為該條之使用區域以在中國境內實際使用為限。例如該局審查在中國經海關掛號依照舊商標法第四條呈請註冊之德國商標，其使用時日必須扣除中德兩國邦交斷絕之日起至恢復之日止之中間期日，如滿五年以上，方能核准依照該條註冊，此即明證。國民政府成立後，由前全國註冊局，前工商部商標局相沿迄今，均依照前例辦理。但最近商標局忽以此項疑義轉呈司

法院解釋，司法院遂於二十二年院字九七〇號之解釋例爲毀棄以前慣例之解釋。其要旨略稱：「商標法第四條所定之繼續使用區域，依現行法令並無何種限制。外國商人援據該條呈請註冊，倘確具該條所定之情形，又與商標互相保護之條約不相抵觸，則不問其使用區域在於國內抑在國外，自不受同法第二條第六款及第三條之限制。若商標局認其商標有修改或限制之必要，可斟酌情形依該條但書辦理。」據此可知此條之解釋，曾從第一說改而依第二說。姑爲錄存，以備我國研究商法史者之參攷。

第三項 商標之專用

(一) 商標專用權之意義 商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權。(商標法一三條)所謂商標專用權者，即能排除他人於同一商品使用相同或近似之商標之權也。(註一三)他人於同一商品使用相同或近似之商標而未註冊者，固能禁止其使用；即已註冊，註冊在先者亦得撤銷其註冊。但他人之註冊商標，雖係註冊在後，而實際最先使用者，則不受註冊在先者之干涉，反而註冊在先者須受其排除，此不可不注意也。

商標專用權所及之範圍，爲註冊時所指定之某類商品。非屬該類商品，即用同一之商標，不在禁止之列。又專用權之效力，應以註冊時審定之名稱及圖樣爲限，其呈請時所爲之說明，以及習慣上之別名，均不能主張專用權。(註一三)又凡以普通使用之方法，而表示自己之姓名，商號，或其商品之名稱，產地，品質，形狀，功用等事者，亦不爲商標專用權力所拘束。但自商標註冊後，以惡意而使用同一之姓名，商號時，不在此限。(商標法一四條)(註一四)

(二) 商標專用權之期間 商標專用權之期間，商標法定爲二十年，自註冊之日起算。專用期間屆滿後，得依法呈請續展，但每次仍以二十年爲限。(商標法一五條)

(三) 商標專用權不確定 商標專用權之取得，雖始於註冊之日，然其專用之效力非已絕對確定。即已專期滿而為續展之註冊時亦然。因商標專用權之存在有一假設，即其商標須不違背商標法第一至第四條之規定。苟有違背，未註冊者固不得註冊，已註冊者亦得經商標局之評定作為無效。(商標法二〇條) 此其與一般財產權以不輕易侵害既得權益為原則者，稍不同矣。惟商標局對於違背商標法第一至第四條之商標，雖得評定，並非一律無期限上之限制。蓋惟違背商標法第一條或第二條第一至第七款之規定者，始得無期限予以評定。換言之，此種商標即已註冊，仍得隨時經利害關係人或商標局審查員之請求，評定之也。若違背商標法第二條第八款第九款第三條第四條之規定者，則自登載商標公報之日起，以三年為限，滿三年者，概不得請求評定。

(註二) 兩個商標究竟相同與否，或近似與否，純為一事實問題，其解決不得有賴於技術的觀察。法律對於為觀察所需之技術，雖不能為之規定，然對於為觀察所需之標準及方法，則常規定之於判例及解釋例之中。所謂近似，係指具有普通知識經驗之商品購買人於購買時施以普通所用之注意，猶不免有混同誤認之虞者而言。故縱令將商標並置一處，細為比對，實有差別，而異時異地分別觀察，在倉卒之間，難於辨識，仍不得謂非近似。(見最高法院二十一年上字一〇七三號判例) 觀察之時，不應僅注意其所用之文字。文字之外，如圖形，記號，聯合式，及所施顏色，均為構成商標之份子，亦應細加注意，而後斷定。(見前大理院十五年上字九一一號判例)

(註三) 華南化學工業社前以「胡蝶女士肖像」商標，使用於牙粉牙膏類各商品，呈請註冊。家庭工業社以此項商標，有影射仿冒其已註冊使用於同類商品之「無敵牌」商標之嫌，提起訴願及行政訴訟。家庭工業社以為「無敵牌」即「蝴蝶牌」為購眾所共知，至少習慣上已以「蝴蝶」為「無敵」之別名，且註冊時所附之說明，曾有「以蝴蝶為主」等字樣。但行政法院以此項習慣上之別名及說明，未經明白註冊，不能主張專用權。(參看行政法院二十四年度判字七二號)

(註一四)中西大藥房曾以百花露香粉名稱及圖形，呈請註冊。嗣以永和實業公司月真嬌牌百花露香粉一種，與其已註冊之商標近似，提起
訴願及行政訴訟。行政法院以永和實業公司使用百花露香粉字樣，係表示商品品質之普通使用方法，其商標月真嬌牌既與中西
大藥房之百花露香粉商標不同，即不受其專用權所拘束。(參看行政法院二十四年度判字三五號)

第四項 商標專用權之保護

商標專用權之保護，可以分公法上及私法上兩方面言之。公法上之保護規定之於刑法中。新刑法二五三條對於意圖欺騙他人而偽造或仿造已註冊之商標者，處二年以下有期徒刑，拘役，或科或併科三千元以下罰金。又二五四條對於明知為偽造或仿造之商標之貨物而販賣，或意圖販賣而陳列，或自外國輸入者，處二千元以下罰金。(註一五)凡此皆所以保護已註冊之商標權，不使受非法之侵害。若從未註冊之商標，雖實際使用已久，應不能受其保護。又刑法所處罰者，以有意圖欺騙他人而偽造或仿造，及明知為偽造仿造之商標之貨物而販賣，陳列，輸入等情形為限。若僅於同一之商品使用相同或近似之商標，而不能證明其有前述之故意時，尚難處以刑罰也。

私法上之保護又可分為兩方面：一為損害賠償之請求，乃根據其商標權受不法侵害之結果。此種請求，多與刑法上制裁相輔而行。惟一則目的僅在求損失之補償，一則除儆戒犯罪者外，且欲因此收防衛社會之效果而已。私法上之保護之又一方面，為排除他人於同一商品使用相同或近似之商標。蓋不問他人有無欺騙或不法之故意，亦不問其商標已否呈請註冊，皆得請求禁止其使用。惟已呈請註冊者，須先循次述之程序，使其商標不得註冊或為註冊之撤銷後，始得請求禁止之。

(一) 提出異議 他人於同一商品以相同或近似之商標呈請註冊者，經商標局審查後認為合法者，須登載於商標公報，以六個月為期，任有正當專用權之人提出異議。異議人之主張有理由者，被異議人之商標即被撤銷。異議人之主張不成立者，以審定書核駁之。異議人自審定書送達之日起三十日內，得具不服理由書呈請再審查。對於再審查之審定不服者，得於六十日內，依法提起訴願。(商標法二八條一項)

(二) 請求評定 他人於同一商品以相同或近似之商標呈請註冊者，自其商標登載於商標公報之日起六個月之內，有正當專用權之人雖未提出異議，仍得請求評定。但若已提出異議，經核駁不服呈請再審查，又不服再審查之決定已提起訴願者，則自訴願決定之後，即不得就同一事實及同一證據請求評定。(商標法二八條) 請求評定之人應有下列理由之一：

- (1) 主張他人之商標違背商標法第一至第四條之規定，其註冊應無效者。(註一六)
- (2) 主張他人所使用之商標有超出其所指定之商品範圍，對其專用權之範圍，應重予認定者。蓋商標專用權之範圍，以呈請註冊所指定之商品為限，若更使用於其他商品，無異妨礙他人於他種商品使用此項商標之利益，有利害關係之人自得請求評定。(商標法二九條一項)

得請求評定之人，不以利害關係人為限。即商標局之檢查員，若見他人之註冊商標有違背第一條及第二條第一至第七款規定，其註冊應無效者，亦得請求評定。因違背此項規定而使用商標者，必與社會之利益大有妨礙，故得由政府之發動干涉之。(商標法二九條二項)

由利害關係人，即主張自己有正當專用權之人請求評定者，如以他人之註冊商標係違背第二條第八款第九款，第三條至第四條之規定者，其請求評定之權，自他人之商標登載於商標公報之日起，以三年為限，已滿三年時，概不得請求。因違背此項規定使用商標者，多係侵害個人之私益，與社會之影響較少，故以三年為請求之期限，藉促欲保自己利益者之注意。（商標法二九條三項）

評定之程序，先由請求人呈請書於商標局，但商標局如經審查之結果，認為無請求評定之理由者，得即批駁之。（註一七）如認為有理由者，則由局抄示對手人，如有答辯，亦抄示請求人。如此依限互相具書答辯。局方對於任何一造，並得發詰問書，令之陳述。俟限期既屆，真相已明，局方乃依評定委員（註一八）三人之合議，以過半數評決之。評定普通乃就書狀評決，無須傳集當事人，但認為必要時，亦得指定日期，傳集當事人為口頭辯論。評定之經過不受當事人延誤法定或指定之期間之影響，當事人即有延誤，評定仍當進行，不因之中止。（商標法三〇條三一條三二條）

關於評定事件有利害關係者，得於評定終結以前呈請參加。例如被請求人之商標若因評決而被撤銷者，自己因批售其商品之故，必遭巨大之損失，即為利害關係人，自得許其參加，以輔助被請求人。但是否有真正利害關係，原為事實問題，故在准駁之先，應詢問當事人之意見，由評定委員合議決定之。准其參加之後，若參加人所為關於評定之行爲，與其所輔助當事人之行爲相抵觸者，無異與參加之用意相反，應作為無效。（商標法三三條）

評定之兩方當事人對於評定之評決有不服時，自評定書送達之日起，三十日以內，得請求再評定。其程序適

用關於評定之規定。惟評決之效力確定後，無論何人不得再就同一事實及同一證據，請求為同一之評定。此猶司法審判上一事不再理之原則也。（商標法三四條三六條）

（三）提起訴願 訴願為人民因中央或地方官署之違法或不當處分，致損害其權利或利益者之一種救濟手段。（訴願法一條）訴願以向上級官署提起為原則，目的蓋在撤銷下級官署之違法或不當處分。訴願亦如評定之有再評定，凡不服向之提起訴願之官署之決定者，得向上級官署提起再訴願。因商標事件，不服商標局對於再評定之評決者，得自評定書送達之日起，六十日以內，向主管部（即實業部）提起訴願。（商標法三五條）不服主管部之決定者，得自決定書送達之次日起，三十日以內，向主管院（即行政院）提起再訴願。（訴願法二條六款及四條一項）

（四）行政訴訟 行政訴訟為人民因中央或地方官署之違法處分致損害其權利者之最後救濟手段（行政訴訟法一條）。然得以之提起行政訴訟者，僅限於因官署之違法處分而生之結果。若因官署之不當處分而生之結果，則以再訴願為最終之決定。因商標事件，認商標局之評定為違法處分者，不服行政院所為再訴願之決定時，得自決定書達到之次日起，二個月內，提起行政訴訟於行政法院。但行政法院為一切行政事件最後終審之機關，別無再高之上訴機關。故對於行政法院之裁判，即有不服，概不得上訴或抗告。（行政訴訟法一〇條及三條）

（註一五）甫於二十四年六月處因新刑法之施行而廢止之舊刑法中，對於商標之保護，所用文字不若新刑法之明白清楚，以致引起許多誤解。

茲事目前雖云已成陳蹟，不妨略記之，用備注意此項問題者之參證。

舊刑法二六八條規定：「意圖欺騙他人，而偽造已註冊或未註冊之商標商號者，處二年以下有期徒刑，得併科三千元以下之罰金。」又二六九條規定：「明知為偽造之商標商號之貨物而販賣，或意圖販賣而陳列，或自外國輸入者，處六月以下有期徒刑，得併科或易科一千元以下罰金。」此二條之規定，較之新刑法，有兩點不同：（1）舊刑法所保護者，不以已註冊之商標商號為限，故對未註冊之商標商號故意偽造販賣者亦須犯罪。而新刑法所保護者僅為已登記之商標商號。（2）舊刑法對於此種犯罪之手段僅用「偽造」、「明知為偽造……而販賣」等字樣，而新刑法於「偽造」一語之外，並用「仿造」二字。

依照普通的解釋，所謂「偽造」當係指全然相同者，所謂「仿造」當係指類似仿效者。就他人之商標為不正之競爭時，使用與原來之商標全然相同之「偽造」商標，固亦常有，但使用類似仿效之「仿造」商標，究屬居多。舊刑法上之「偽造」一語，苟不能同時作「仿造」解，則世之奸商將不能置之於法矣。故歷來之解釋例皆認為仿造商標與偽造商標意義相同，均得適用舊刑法二六八、九兩條云。（參看司法院院字二九五、二九七、二九九、五九六等號解釋例）

又依照舊刑法，商標商號不分已註冊或未註冊，既得同受保護，則從刑法言之，商標雖經依法註冊，在註冊人方面，殊屬毫無實益。蓋商標註冊之惟一效果，不過在民法上取得專用權而已。他人以相同或近似之商標使用於同一商品時，惟已註冊者得請求撤銷其商標或禁止其使用。但若能證明他人之使用有故意之情形，則不問為已註冊或未註冊者概得請求刑法上之保護。新刑法對於此點已加改正，所保護者僅以已登記者為限，似在理論上較為貫徹。

（註一六）商標法第一條規定：凡因表彰自己所生產、製造、加工、揀選、批發、或經紀之商品，專用商標者，不但應依本法呈請註冊，其商標所用之文字、圖形、記號，或其聯合式，且須特別顯著，並指定所施顏色。

第二條所規定者，即本書一四八、一四九兩頁所列舉不得用作商標之九款。

第三條規定，同一商品不許二人以上以相同或近似之商標各別註冊，呈請前其商標均已使用者，應准在中華民國境內實際最

先使用，並無中斷者註冊。呈請前均未使用或孰先使用無從確實證明時，得准最先呈請者註冊。其在同日呈請者，非經各呈請人協議妥洽讓歸一人專用時概不註冊。

第四條規定，同一商人於同一商品使用類似之商標，以作聯合商標爲限，得呈請註冊。

(註一七)商標法對於商標局之處分之得提起訴願者，多有提起訴願之期間。然所定提起訴願之期間僅爲對訴願法所定期間之特別規定，非謂商標事項得提起訴願者，僅以商標法各該條所定者爲限。試以請求評定因無理由致被批駁爲例，雖商標法對於此項情形未以明文規定其得提起訴願之期間，自仍得依訴願法之規定提起訴願。因特別法既無規定，應仍適用普通法也。按訴願法四條一項，訴願自官署之處分書或決定書送到之次日起三十日內提出之，該請求人因無理由被商標局批駁而欲提起訴願者，應於批駁書送到之次日起三十日內提出於實業部。

(註一八)評定委員由商標局長就各該事件指定之。評定委員於該事件有利害關係或向曾參與者，應行迴避。(商標法三一條二三兩項)

第五項 商標權之移轉

關於商標專用權移轉之規定，視商標之種類而不同。即凡單獨商標皆得隨使用該商標之商品而移轉，聯合商標則正商標與其他與之聯合之商標，不得分析移轉。換言之，即不得以聯合商標中之一商標單獨移轉於他人也。故以聯合商標中一種商標之移轉呈請註冊時，應同時呈請爲他種商標移轉之註冊。(商標法一六條及商標法施行法一七條)

商標專用權得與其營業一併移轉於他人。但祇移轉商標專用權於他人，而仍繼續該商品之營業者，應屬不許。若所經營之商品不止一種，各有其不同之商標者，則以若干種商品之營業，自其他營業中分出移轉於他人時，

此若干種商品所使用之商標，自得隨而移轉也。（商標法一六條）

第六項 商標權之消滅

商標專用權之消滅，有二種情形：一為自然之消滅，一為強制之消滅。茲分述如下：

（一）自然之消滅 此又可分二種情形：

（1）由於專用權期間屆滿者 商標專用權之期間法律定為二十年，故期間屆滿時，非經呈請續展，即歸消滅。（商標法一五條）

（2）由於營業廢止者 商標專用權之賦與原為便利商品之銷售。若使用該商標之商品，因廢止營業而被停止製造或銷售時，則雖商標專用權之期間尙未屆滿，亦須因之而消滅。（商標法十九條）

（二）強制之消滅 此可分三種情形：

（1）經商標局評定作為無效者 商標即已註冊，或已續展其註冊，苟實係違背商標法第一至第四條之規定者，經商標局評定後，作為無效。（商標法二〇條）

（2）由於權利人呈請撤銷者 有商標專用權之人得隨時呈請撤銷其商標。（商標法一八條）

（3）由於利害關係人呈請撤銷或商標局以其職權撤銷者 商標註冊後，有下列情事之一者，得由利害關係人呈請撤銷之，或由商標局以其職權撤銷之：

（甲）於其註冊商標，自行變換，或加附記，以圖影射而使用之者。

(乙) 註冊後並無正當事由，迄未使用已滿一年，或停止使用已滿二年者。但聯合商標之各個商標因不須同時均使用之，故即有一二個迄未使用已滿一年，或停止使用已滿二年，若另外一個自始即繼續在使
用中者，不適用此項之規定。

(丙) 商標權移轉後未經呈請註冊者，除對於第三人，不得對抗外，若已滿一年，尚須受撤銷之處分。但
因繼承而移轉者，不在此限。

因上述之原因，商標局須為撤銷之處分時，應於六十日以前，通知商標專用權者或其代理人。如有不服，得於
六十日以內依法提起訴願。(以上各項俱見商標法一八條)

第二章 商品之專利

商品之專利云者，商品之製造或銷售之權，專由特定人享有之謂也。商品專利權之給與，有由於對工業上物品或方法有首先之發明者，有由於有著作物者。有工業上首先發明之人或有著作物之人，如將其發明或著作物，製為商品而發賣，則因有專製專賣之權，即屬所謂商品之專利。茲分述此二種之專利如次。

第一節 工業上發明之專利

第一項 發明之意義

工業上之發明能以之呈請獎勵者，必屬於物品或方法之發明，且必為首先之發明。（獎勵工業技術暫行條例一條）所謂物品或方法之發明，必其所發明之物品在製造之技術上，或其所發明之方法在製造之設計上，（註一）確有難能可貴之貢獻者。若依普通之方法，一般技師均能製造或設計者，即不得謂之發明。又若所發明之物品或方法，僅技巧上略較優勝者，亦非所謂發明。所發明之物品或方法且必為前所未聞見者。若國內外對此物品或方法已有圖籍說明或研究之者，或在外國已為他人享有專利權者，皆不得謂為首先之發明。（註二）

（註一）所謂方法，須用之即能發生製造上之結果者，若僅為原理之發明，如蒸汽能鼓動車輪，電力能發生熱量，未經應用之先，尚不能發生製造上之結果者，即非所謂方法之發明。

(註二)英美學者論工業上之發明，尙有注重其實際之效用者。所發明之物品或方法，在技術上或設計上雖屬難能可貴，若不能產生有用之效果，實際等於廢物，雖係首先發明，亦難取得專利權。

第二項 發明之獎勵

(一) 得受獎勵之人 有前項之發明，得受獎勵之人，必爲中華民國之人民。(獎勵工業技術暫行條例一條)外國人在中國卽有工業上之發明，能否呈請獎勵，在未有明文解釋之前，自不得遽作肯定之斷語。惟在他國，則頗有許外國人得享同樣之權利者。僅例外於交戰國之人民，則不許在本國享受獎勵耳。(註三)

(二) 獎勵之方法 因有工業上之發明而受獎勵者，得享有專利權十年，或五年。以全國爲其行使專利權之區域。專利權期滿時，尙得呈准實業部延展之，並加給證書，但以一次爲限，並不得逾原專利權之期限。(獎勵工業技術暫行條例二條及二一條)專利權以製造權之專屬爲其主要之內容，製造之結果以之發賣者，自更有專賣權。

(三) 不予獎勵之發明 工業上之發明，雖具備本節第一項所述之條件，苟有下列情形之一者，仍得不予獎勵：(註四)

(1) 有同一之發明核准獎勵在先者 二人以上爲同一之發明，各別呈請獎勵時，應就最先呈請者獎勵之。呈請在後者，概不予獎勵。但如同時呈請時，則依呈請者之協議定之。協議不諧時，均不給予獎勵。(獎勵工業技術暫行三條一項及八條)但所相同者，爲其發明之一部分時，除此相同之部分，應就最先呈請者獎勵。

外，其餘之部分仍得享有專利權。

(2) 妨害公共秩序善良風俗或衛生者 發明之本身或其應用之結果，妨害公共秩序善良風俗或衛生者，即屬有害無益，應不予獎勵。(同條例三條二項)

(四) 不予專利之發明 政府對於發明人所以給予專利權者，無非使其得享受專製專賣之利益，藉示獎勵之意。然獎勵之方法，初不限於專利權之給予。故凡發明於軍事上有秘密之必要者，得不予專利權，而給以其他相當之報酬。(同條例四條)

(註 三) 依美國法律，外國人氏在美國亦得享有發明專利權，但須於宣誓書中聲明其為外國人及所屬之國籍。外國人已將其發明在其本國呈請獎勵者，於呈請後十二月內，仍得向美國政府請求在美國之專利權。

(註 四) 工業上之物品或方法雖係首先發明，但在呈請專利之前，已經製造公開發售者，或已為公衆所採用者，是否准予專利，我國法律無明文。外國法律如美國對此設有期間之限制。凡發明後已公開發售在二年以上者，不予專利。

第三項 再發明之獎勵

再發明者，就已發明之物品或製造之方法，再有新增之貢獻，使製造之結果更勝於前之謂也。再發明有由原發明人為之者，有由他人為之者，有由原發明人與他人同時為之者。獎勵之法，因而不同：

(一) 原發明人為再發明者 因發明受獎勵之原發明人，在其專利期內，對於原物品或方法再有新發明時，得呈請追加獎勵，使其對於再發明後之物品或方法，仍享有專利權。但專利之期限並不從新起算，而以原專利

期限爲期限，至原專利期限屆滿時爲止。（同條例五條）

（二）他人爲再發明者 法律爲謀社會之福利，科學之進步，對於有新發明之人雖以專利權相獎勵，亦不使其坐享利益，不圖改進，故許他人利用原發明人所發明之物品或方法，研究改良，若在其專利權期內，再有發明時，並得呈請獎勵。獎勵之方法，亦爲專利權之給與。但新發明人於再發明後之物品或方法既取得專利權，原發明人之專利權難免受其影響而失去其價值。法律爲持平計，乃規定新發明人應給原發明人以相當之補償金。新發明人不給補償金者，得請求原發明人協議合製，以使其享專利之利益。原發明人如無正當理由，不得拒絕。然新發明人若係在原發明人之專利權期限已屆滿後爲再發明者，則無給原發明人以補償金之必要，亦不必請求合製，而得獨立享受其專利權。（同條例六條）

（三）原發明人與他人同時爲再發明者 原發明人與他人同時爲同一之再發明者，應如何獎勵，依下列之情形而定：

（1）爲同一之再發明時，原發明人之專利權期限已屆滿者 此時應依呈請之先後，定再發明專利權之歸屬。如同時呈請，則依二人之協議定之。（參看同條例八條）

（2）爲同一之再發明時，原發明人之專利權期限未屆滿者 此時又可分二種情形：

（甲）係在同時呈請獎勵者 僅獎勵原發明人。（同條例七條）

（乙）他人先於原發明人呈請獎勵者 原發明人應於其呈請公告後之六個月內，提出異議，並證明

自己亦曾爲同一之再發明，否則此新發明人對於再發明後之物品或方法即取得專利權，但新發明人應給原發明人以相當之補償，或請求協議合造。（參看同條例六條）

第四項 專利權之呈請

因發明或再發明，欲受獎勵而享有專利權者，應向實業部呈請之。呈請經審查認爲應獎勵時，應即公告之。自公告之日起，六個月內，無利害關係人提起異議時，即爲審查確定。呈請審查確定後，應發給證書，作爲其享有專利權之證明。證書給與費不得逾一百元，其延展期限加給證書者不得逾二百元，均得分年交納，此外不得另收其他費用。專利權之期限，即自發給證書之日起算。（同條例一四條一六條一七條二七條）專利權期限屆滿時，亦應由實業部公告之。（同條例一九條）

專利權由兩人以上共有者，呈請之時，應由各共有人聯名呈請之。若係由發明人與僱用人或委託人共有者，並應載明發明人之姓名，另附證明文件，證明其他共有人因何種關係亦得有呈請權。發明之結果應由公司享有者，以公司名義呈請專利權時，亦應載明發明人之姓名，另附證明公司有呈請權之文件。（同條例一〇條）

呈請經核駁而不服者，得於決定書送達後三十日內，呈請再審查。（同條例一五條）對於再審查之決定又不服者，得依訴願法之規定，再向實業部提起訴願。不服訴願之決定者，得向行政院提出再訴願。不服再訴願之決定者，得依行政訴訟法之規定，向行政法院提起行政訴訟。

第五項 專利權之歸屬

專利權固以歸屬於發明人本人為原則，但發明人讓與他人者，亦無不可。即尙未經呈請，其得受獎勵之呈請權亦得以之讓與他人。此因專利權為財產權之一，獎勵呈請權亦為一種可期待之財產權，依財產權得自由處分之原則，固應如此規定也。又發明人在其享有專利權之期限內死亡時，其繼承人得繼承其專利權，至原定期限屆滿時為止，自不待言。即尙未經呈請，其得受獎勵之呈請權亦得由其繼承人繼承之。惟專利權為讓與或繼承時，均應由實業部換給證書以資證明。（同條例一一條及二二條）

發明人之為發明，係受他人委託者；或係受他人之僱用，以僱用人之費用而發明者；其專利權不應由發明人一人享有，應為雙方所共有。但發明係因經營上之經驗，由多數人之共助行為而成者，其專利權應僅屬於僱用人。（同條例一二條）僱用人不以自然人為限，公司等法人亦得因為僱用人之故而取得發明專利權。

專利權為共有時，非經各共有人之同意，不得行使。但共有人間訂有契約，約定得由共有人中之一人行使者，自可從其契約。（同條例一三條）

第六項 專利權之撤銷

專利權給予之後，如有下列情事之一者，實業部應撤銷之，並追繳其證書：

（一）違背獎勵工業技術暫行條例第一條及第三條之規定。如呈請時以之為新發明，及後始知已有他人發明在先者，或竟已核准獎勵在先者，或其發明呈請時未經細察，及後始知實有妨害公共秩序善良風俗或衛生之虞者，均應撤銷其專利權。

(二) 得獎勵後滿二年未實行製造，並未呈經實業部核准者。蓋專利權之給予雖在獎勵發明人。然社會之福利亦須顧及。應督促發明人從速製造，藉供衆用。若得獎勵後任意延宕，不事製造，應撤銷其專利權，俾有意於此種發明之人，皆得從事製造。

(三) 專利權期內無故休業二年以上，並未呈請實業部核准者。其有誤社會之應用與不事製造同，亦應撤銷其專利權。

(四) 以詐僞方法朦朧請核准者，是無異違法而呈請獎勵。雖已給予專利權，仍應撤銷之。(同條例一八條)

發明人於原發明之外有再發明，因而享受追加獎勵者，若原發明之專利權因上述原因而被撤銷時，其追加獎勵未撤銷者，得視為獨立之專利權，另給證書，仍至原專利權期限屆滿時為止。(同條例二〇條)

專利權經撤銷時，實業部應公告之。(同條例一九條)

第七項 專利權之保護

專利權為財產權之一，關於其保護，自得依財產權一般的規定。即凡侵害他人之專利權者，私法上須對之負損害賠償之責。但公法上應如何處罰，則因刑法之規定未能賅備，故於獎勵工業技術暫行條例中特別規定數條，以備制裁。

依此項特別刑法，侵害他人之專利權者，得成立三種罪，各依其情節之輕重處罰之：

(一) 偽造發明品，損害他人之專利權者，處三年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。

- (二) 仿造發明品，或竊用其方法，損害他人之專利權者，處二年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。
- (三) 明知偽造或仿造之物品而販賣，或意圖販賣而陳列者，處六月以下有期徒刑，拘役或一千元以下罰金。

但前三條之罪，須被害人告訴乃論。(同條例二三，二四，二五，二六各條)所謂告訴乃論者，須經被害人告訴，檢察官始得提起公訴之謂也。執行審判職務之法院本不告不理之原則，一切犯罪，均須經檢察官之公訴，或被害人之自訴，始為審理。告訴乃論之罪，若被害人不為告訴或不為自訴，法院即不過問。此因直接侵害個人法益之罪，究於社會無多大之關係也。

第二節 著作物之專利

第一項 著作權之意義

著作權者，對於特定之著作物，得專有重製之利益之謂也。所謂專有重製之利益云者，即得排除他人就同一著作物以相同之技術而重製之謂也。故若以原著物不同之技術，將原著物製成另一種類之美術品者，即不得謂係侵害原著物人之利益。(註五)例如原著物為一幅圖畫，他人若以圖畫中之人物為藍本，製成石膏像者，即非侵害原著物人之利益，對於其所製成之美術品，且有著作權。又他人雖係就原著物以同一之技術而重製，若重製之先，對原著物曾闡發新理者，亦可不受原著物人之干涉。對於經其闡發新理之著作，且有著作權。(著作權法一條及一九條)(註六)

著作權人對其著作物既有專製之權，即有專賣之權。著作權人不必如取得發明專利權之人，於取得專利權後二年內，即須從事製造。著作權人得將其著作物藏之名山，傳之後世，永不重製，亦無不可耳。

著作權為財產權之一，依一般財產權之通例，自得就之為強制處分。惟著作物究與一般財產不同，著作人如不欲以之發行者，應從其意思為是。故未發行之著作物之原本及其著作權，皆不得因債務之執行而受強制處分。即恐因受強制處分而發行於外，有違著作人之本意也。但已經著作人之允許者，不在此限。（著作權法二七條）

（註五）以與原著作物不同之技術製成美術品者，既得視為著作人，享有著作權，則就他人說部編成劇本者，自得享有著作權，且依就樂譜劇本有著作權者並得享有公開演奏或排演之權之規定，應並有公開排演其所編劇本之權。原說部著作人如亦將其說部編成劇本，享有劇本之著作權，自亦有公開排演其劇本之權，否則應受他人專有權之限制，不得因著有說部，即兼有排演他人所編之劇本之權也。（參看司法院二十一年院字七七五號解釋例）

（註六）就他人之著作開發新理，固得視為著作人，享有著作權。然若並未獲得原著作人之同意，遽行撰著該項著作物之續集，情節雖略有差異，而主要內容則並無不同，能否以開發新理論？又原著作人在其原著作物註冊時，苟已標明為正集或初集，或已陳明尚有續集，自得依著作權法一二條之規定，認為係分數次發行之著作物，他人自不得擅為撰著續集。但如原著作人於註冊時並未為上項之標明或陳明，此時果得對於撰著續集之人提起著作權侵害之訴，皆有待於解釋者。據司法院二十二年院字八九四號之解釋例，「某乙就某甲所著作物撰著續集，核與著作權法第十九條所謂就他人之著作開發新理者不同。惟某甲之著作物在呈請註冊時並未聲明另有續集，亦與同法第十二條之規定不符。」似對於所擬問題之最後一點，仍未有所釋明。愚見以為不問原著作人於註冊時有無保留續集之聲明，他人概不得於其享有著作權之期限內擅為撰著續集。因其著作即有撰著續集之必要，亦以由原著作人撰著為宜也。

第二項 著作權之取得

第一款 註冊

對於著作物欲享有著作權者，須向內政部註冊。若著作物註冊之前，依法令尙應經其他主管機關審查者，如教科圖書應經教育部之審查，電影片應經電影檢查委員會之檢查，皆應先經審查，而後註冊。（著作權法二條電影檢查法一條）

著作物經註冊後，應由內政部發給執照，並刊登政府公報公告之。執照之號數及註冊之年月日，並應標明於著作物之末幅。（著作權法施行細則七條九條）

註冊時呈報不實者，處二百元以下二十元以上之罰金，並得註銷其註冊。根本未經註冊，而擅於其著作物之末幅，假填某年月日業經註冊之字樣者，處四百元以下四十元以上之罰金。犯前二項之罪而受處罰者，其著作物均得沒收之。（著作權法三六條三七條三八條）

第二款 呈請註冊之人

凡中華民國人民有著作物者，皆得依註冊之方法取得著作權。外國人是否亦得享有同樣之權利，各國立法例不盡相同。大概言之，以取對待主義爲多，即外國人在本國是否予以著作權，依本國人民在該國是否享有同樣權利爲斷。我著作權法即係採此主義，於施行細則第十四條規定，外國人有專供中國人民應用之著作物時，得依本法呈請註冊，享有著作權十年。但該外國人以其本國承認中國人民得在該國享有著作權者爲限。

第三款 呈請註冊之著作物

然著作物非皆可以呈請註冊者，必具備一定之條件，乃得以之註冊而享有著作權。註冊之條件可分積極與消極二種。積極之條件，即著作物須有文藝或美術之價值。消極之條件又有二種，即著作物須無不得註冊及不得享有著作權之情形。茲分述如下：

(一) 積極條件 我著作權法對於著作物註冊條件雖未概括的規定，須有文藝或美術的價值，然就該法第一條所列舉各種著作物而觀，其必須有文藝或美術的價值，殆可推想而得。第一條規定：凡(1)書籍論著及說部，(2)樂譜劇本，(3)圖畫字帖，(4)照片雕刻模型，(5)其他關於文藝學術或美術之著作物，皆得以之註冊。就樂譜劇本有著作權者，並得專有公開演奏或排演之權。查他國法律，於前述各種著作物外，有用明文規定活動電影亦得享有著作權者。(註七)我國著作權法對於活動電影雖無明文列舉，然亦可以解為係屬於文藝學術或美術之著作物。(註八)但留聲機片則不認為著作物。(註九)

(二) 消極條件 著作物欲以之註冊者，除須具備積極條件外，尚須非為下述各種之著作物：

(1) 不得註冊之著作物：

(甲) 顯違黨義者。(註一〇)

(乙) 其他經法律規定禁止發行者。(以上二款見著作法二二條)

(丙) 未經註冊而已通行二十年以上者。(註一一)

(丁) 著作人自願任人翻印仿製者。(以上三款見著作權法施行細則一條)

(2) 不得享有著作權之著作物。(註一二)

(甲) 法令約章及文書案牘。

(乙) 各種勸戒及宣傳文字。

(丙) 公開演說而非純屬學術性質者。(以上三款見著作權法二〇條)

(註七) 例如美國聯邦法律一九〇九年所制定之著作權法，雖未將活動電影列舉在內，而一九一二年之修正案則加入活動影戲及影戲以外之活動影片二類。(Motion picture photoplays and motion picture other than photoplays.)

(註八) 司法院二十二年院字八九一號解釋例稱：「電影為照片之美術著作物，而因攝製成劇，又應認為劇本，實含有著作權法第一條第一項二四兩款性質。其呈請註冊時，應參酌該兩款及該法施行細則第二條之規定，分別辦理。」

(註九) 上海各留聲機唱片公司，曾因該埠各廣播無線電台於播音時播送唱片，營業深受影響，特向上海無線電播音同業公會提出下列六項要求：(1) 祇准播簽字公司唱片。(2) 唱片須向製片公司直接購置，播送時僅以購置唱片為限。(3) 播送唱片每日不得逾二小時。(4) 新出唱片每星期播送一次，第一星期每日不過一次。(5) 播送前後須將唱片之片名號數，及製片者名稱，報告聽眾。播送唱片須完好無損者，否則製片商得請求停止播送。(6) 每台每月繳納版權費一百五十元，須每月第一日到期付清。上項要求，限於二十四年七月一日起實行，否則將取法律行動。並據各唱片公司謂，最近英國法庭，曾審判此種訟案，結果歸唱片公司得直。但據司法院二十四年院字一三四號之解釋，則認為留聲機片既非出版品，購買人本其所有權作用，無論如何使用，即不問其供個人娛樂，或以供公眾收聽，應任憑其自由，出售人，製造人，發行人均不得干涉云。

(註一〇) 所謂顯違黨義者，原係概括之規定。若研究其他主義理論以供歷史上之參攷，自與意含煽動之著作物有別，當然不得拒絕註冊。(見司法院十七年院字一三六號解釋例)

(註一一)未經註冊之著作物而已通行二十年以上者不得呈請註冊，則本法施行前已發行之著作物自最初發行之日起未滿二十年者，自仍得依本法呈請註冊。(見施行細則一〇條)但未經呈請已爲人翻印複製者，則因原著作人既未依本法註冊，著作權尙本成立，自無專利之可言，法律對其未註冊前之利益，自可不必先予默認。(參看同上解釋例)

(註一二)著作權法二〇條所列各著作物，雖不得享有著作權，然就此項著作物，另以他種文字翻譯成書，則其特質爲翻譯之文字，自得依同法第十條之規定享有著作權，不受第二十條之限制。(司法院二十五年院字一五二六號解釋例)

第三項 著作權之效力

第一款 著作權之歸屬

著作權以歸屬於著作人爲原則。其由數人合作而成者，屬於各著作人共同所有。但著作人如係受他人出資聘用，於聘用關係中有所著作者，其著作權由出資人有之。出資人不得以自然人爲限，公私法人如官署、學校、公司、會所等，皆得因聘用之關係，對於他人之著作物享有著作權。但聘用之初，當事人有特約者，例如著作權仍由著作人保留之約定，自應從其特約。但著作人若係應官署或學校之聘請，有所講述者，其講義或演說雖經他人筆述，或由官署學校印刷，其著作權仍歸講演人有之。除非別有約定，或經講演人之允許者，不在此限。(著作權法四條五條一七條一八條)

第二款 著作權之年限

著作權之年限視其所歸屬之人及著作物之種類而不同。茲分述如下：

(一) 一般著作物 對於一般著作物，得依下列之規定，享有著作權：

(1) 著作權人爲自然人者，著作權歸著作人終身有之，並得於著作人亡故後由承繼人繼續享有三十年。但著作權人亡故後無承繼人者，其著作權視爲消滅。著作人於著作物上不著姓名或用假設之名號者，其著作權之年限爲三十年。但著作人於此三十年限未滿時，改用真實姓名者，仍得終身享有之，並得由其承繼人繼續享有三十年。(著作權法四條一四條八條)

(2) 數人合同著作者，著之物由數人合作而成者，其著作權歸各著作人共同終身有之。著作人中有亡故者，由其承繼人繼續享有其應有之權利，迄於著作人中最後亡故者之亡故後三十年爲止。(著作權法五條)

(3) 著作權人爲官署，學校，公司，會所，或其他法人或團體者，著作權之年限爲三十年。(著作權法七條)

(二) 特種著作物又可分二種：

(1) 照片 著作權法對於照片應享有之著作權年限，設有特別規定，不與一般著作物同。即照片之著作人僅享有著作權十年，如係受他人報酬而著作者，則不在此限。照片刊入文藝學術著作物中者，如係特爲該著作物而著作者，其著作權歸著作物之著作人享有之，其著作權年限亦與該文藝學術著作物之年限同。

(2) 翻譯 從一種文字著作，以他種文字翻譯成書者，雖亦得享有著作權，其期間則爲二十年。且不得

禁止他人就原著另譯其譯文。但他人之譯文與自己無甚差別者，則爲保護自己著作權起見，得干涉他人對其譯文享有著作權。（著作權法一〇條）（註一三）

第三款 著作權年限之起算

著作物經註冊後，著作人即取得著作權，此觀於我著作權法第二十三條規定之精神，所得而知也。然著作權年限，則不自註冊之日起算，而自最初發行之日起算。（註一四）著作物係編號逐次發行者，其著作權之年限自每號最初發行之日起算。著作物係一整體而分數次發行者，其著作權之年限，自其最後部分最初發行之日起算，但該著作物雖未完成其應行繼續部分，已逾三年尙未發行者，以已發行之末一部分視爲最後之部分。但第一次註冊時，已預行聲明繼續發行之期限者，不在此限。（著作權法一一條一三條）

第四款 著作權之移轉

著作權與其他財產權無異，得由權利人任意處分之。著作權人得以之轉讓於他人，亦得使其承繼人繼續享有之。惟著作權之移轉及承繼，均須經過註冊之手續，否則不得對抗第三人。（著作權法三條一五條）

第五款 著作權之共有

著作物由數人合作而成者，其著作權歸各著作人共同終身有之，已見前述。若其有人中有少數人或一人不願發行者，自不能強之贊同。其著作物性質上可以分割者，應將其所作部分除外而發行之。其不能分割者，應由餘人酬以相當之利益，其著作權則歸餘人所有。此時不願發行之著作人仍不願列名著作物者，應亦聽之。（著作權

法一六條（註一五）

（註一三）就古文著作譯成語體文者，其著作權應如何規定，著作權法無明文。解釋上自得適用第十條，視作翻譯之一種，雖古文與今文並非兩種不同之文字。

（註一四）著作物在發行數版後，將內容加以修改，久始以之呈請註冊時，其著作權果從最初發行之日起算乎？抑從改訂版發行之日起算乎？不無疑問。司法院因於二十二年院字八九二號有如次之釋明：「著作物於發行後雖就內容加以修改，若並未闡明新理，仍應依其最初發行之第一版為最初發行之日。」

（註一五）對於共有之著作物，若多數共有人不願發行者，應如何處置，似不能適用著作權法第十六條之規定。亦不應準用民法第八百二十四條第二項關於共有物分割之規定，蓋依民法之規定，著作物性質上可以分割者，按各著作人所作部分分割之，著作物性質上不能分割者，則變賣其著作權，以價金分配於各共有人。似與多數共有人不願發行之旨有背。

第四項 著作權之保護

著作權既經依法註冊取得，即得依著作權法之規定，而受特別之保護。（註一〇）然著作權與一般之財產權究不相同，雖已轉讓於人，或已達屆滿之年限，而著作物之處分，仍不得以反於原著作人意思之方法為之。故如接受或承繼他人之著作權者，未得原著作人同意或受有遺囑時，不得將原著作物改竄，割裂，變匿姓名，或更換名目而發行之。否則經原著作人之告訴，（原著作人已亡故者不在此限，）法院得處以四百元以下，四十元以上之罰金。其著作物並得沒收之。又如著作權年限已滿之著作物，雖得視為公共之物，但不問何人皆有不得將其改竄，割裂，變匿姓名，或更換名目而發行之義務。否則經人告發，法院即處以三百元以下三十元以上之罰金。其著作物亦並

得沒收之。(著作權法二四條二五條三四條三五條三八條三九條)

著作權因他人之翻印仿製而受侵害者，其保護方法亦如一般權利之保護方法，有事前防止與事後救濟之二種。事前防止屬於行政的作用，權利人得請求行政官署或法院以處分禁止假冒著作物之發行。事後救濟屬於司法的任務，權利人得提起民事訴訟及刑事訴訟。民事訴訟所以求損害之賠償，刑事訴訟則目的在使翻印仿製之人受刑罰之制裁。(註一七)(著作權法二三條二九條三一條)我著作權法第三十三條規定：翻印仿製及其方法侵害他人之著作權者，處五百元以下五十元以上之罰金，其知情代為出售者亦同。即係一種刑事的制裁。其著作物亦並得沒收之。但犯此條之罪，因係侵害個人之私益，亦須告訴乃論。著作權人若自願不究，法律無故為保護之必要也。(著作權法三八條三九條)至著作權係數人共有者，各著作人得不俟餘人之同意，提起前項之訴訟，請求賠償其所受之損失。(著作權法三〇條)

依上所述，必翻印或仿製他人已經註冊之著作物者，始有侵害著作權之可言。若僅冒用他人姓名，而發行之著作物者，在他人本無著作權，能以侵害著作權論之乎？抑僅能依民法第十九條之規定以侵害姓名權論之乎？我著作權法於此，定有明文，即凡冒用他人姓名發行自己之著作物者，以侵害他人著作權論。(著作權法二六條)(註一八)

惟著作權之侵害，實不止於翻印及仿製之二途，若剽竊他人著作之一部，轉載他人之論述，皆得謂之侵害。但有下列情形者，則得為例外：

- (一) 節選衆人著作成書，以供普通教科書及參考之用，而經註明原著作之出處者。
- (二) 節錄引用他人著作，以供自己著作之參證註釋，而經註明原著作之出處者。
- (三) 掲載於報紙雜誌之論述，未經註明不許轉載，轉載時曾註明其原載之報紙或雜誌者。(以上三項見著作權法二八條二二條)

(註一六) 著作權被侵害者，必須已經依法註冊後，方能提起著作權侵害之訴。否則所侵害者爲通常之權利，不適用著作權法第二三條之規定。(見二十年院字第五三〇號解釋例)

(註一七) 著作權之侵害，若由法院審明並非有心假冒，得免處罰，但須將被告所已得之利益償還原告。(著作權法三二條)

(註一八) 民法第十九條規定，姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害並得請求損害賠償。但若依著作權之規定，則被害人不止於得請求損害賠償，且得向法院告訴，處侵害者以罰金。

第四編 商事權義之發生

債權債務關係（註二）發生之原因，民法債編通則設有規定。大別之可分爲行爲及行爲以外之事實二端。行爲又可分爲合法行爲與違法行爲。（註二）合法行爲復可分爲法律行爲（註三）及法律行爲以外之合法行爲。其因法律行爲而生債之關係者，有契約（註四）及代理權之授與（註五）兩種。契約爲雙方行爲，而代理權之授與則爲單獨行爲。其因法律行爲以外之合法行爲而發生債之關係者，有無因管理（註六）一種。其因違法行爲而發生債之關係者，有侵權行爲（註七）一種。其因行爲以外之事實而發生債之關係者，有不當得利（註八）一種。共爲五種，列表如下：

（註一）特定人間請求特定行爲之法律關係爲債。特定人間之一方享有請求他方爲特定行爲之權爲債權，他方負擔應其請求而爲行爲之義務爲債務。所謂特定行爲並不限於行爲（performance）即不行爲（forbearance）亦得以之爲債之標的。

（註二）合法行爲，行爲之合於法規者也。違法行爲，行爲之違反法規者也。法律規定初非一一皆須遵守，有必須遵守者，有可遵守可不遵守者。前者謂之強制規定，後者謂之任意規定。任意規定多爲補充性質，以備當事人間之契約未曾訂定或無習慣時，補充當事人之意思者也。強制規定則不然，凡行爲人皆有遵守之義務。所謂違法行爲，蓋指行爲違反法律中之強制規定而言。

（註三）法律行爲者，能發生私法上效果之行爲也。所謂私法上之效果，不外私法上之權利義務關係。然人之行爲能發生私法上權利義務關係者，未必皆係法律行爲。構成法律行爲之要件在於有意思表示。故意思表示乃法律行爲之要素。所謂意思表示，簡單言之，即欲發生

私法上效果之意思經表示於外者也。法律因吾人有此意思表示，始賦與法律上之效果。法律行為有由當事人一方之意思表示即能成立者，有須雙方意思表示之合致始能成立者，有須各方均為同一內容之平行的意思表示始能成立者。由單獨意思表示成立之法律行為，謂之單獨行為。由雙方意思表示合致成立之行為，謂之雙方行為。由各方平行的意思表示成立之行為，謂之共同行為。

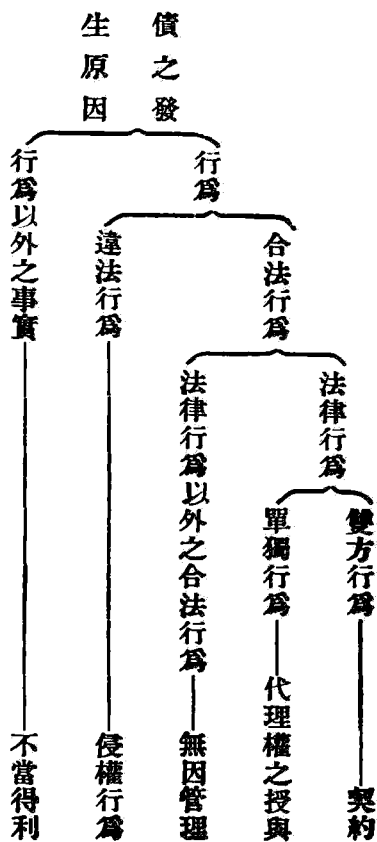
(註四) 契約，由要約人為要約之意思表示，由承諾人為承諾之意思表示，因要約與承諾之合致而成立，詳見本編第一章。

(註五) 代理人代本人所為之意思表示及代本人所受之意思表示，其效果均直接歸本人承受。代理人所以有此代理權，乃由於本人之授與。代理人與本人間大多先有僱傭委任等之契約關係，然後本人以代理權授之。惟代理權之授與僅須本人為授權之意思表示，即能發生效力，無待代理人之表示，故為單獨行為。詳見本編第二章。

(註六) 無因管理者，謂未受委任，並無義務，而為他人管理事務也。例如因見人墮舟，入水救之。憫迷途童子之無處求宿，收而養之。其為此種舉之先，不僅未受溺水者或童子之親長之委任，且亦非欲藉此而求與溺水者發生法律上之關係。故非法律行為。然法律因其為此種行為時，若支出必要或有益之費用，或負擔債務，或受有損害，而不使其得向溺水者請求償還或賠償，亦非所以維持公平，獎勵義舉之道，故特令溺水者有應其請求而負擔債務之義務。故無因管理亦為債權債務發生原因之一。

(註七) 侵權行為者，因故意或過失，不法侵害他人權利之行為也。因不法之行為侵害他人之權利，法律上有二種效果：一曰私法上之效果，即行為人因此須負擔損害賠償責任。二曰公法上之效果，即行為人之行為若同時構成犯罪行為，須依刑法之規定而受刑之宣告。損害賠償目的在填補他人因受侵害所損失之利益，故屬於私人間權利義務之關係。刑法之宣告目的在防衛社會之安寧與秩序，故屬於公法上之關係。

(註八) 不當得利者，謂無法律上之原因而受利益，致他人受損害之事實也。不當得利之受領人並非以自己之行為而受利益，故為一種事實。受領人有返還其利益之義務，故亦為發生債權債務原因之一。



然此乃就民法上一般之債權債務關係而言者。若祇就商事性質之債權債務關係而言，則其發生之原因應僅限於法律行為中之雙方行為及單獨行為兩種。若其他三種雖亦能與商事發生關聯，然所發生之法律關係，初非屬於商事之性質，應不置論。

因單獨行為而發生商事上債權債務關係者，除代理權之授與外，尚有票據行為一種。（註九）票據行為之學說，歷來學者素所聚訟。大概言之，有契約說與單獨行為說二種。主契約說者謂票據上權利義務之發生乃由於締結契約之故。然此說以之解釋票據直接當事人相互間之關係，或能適當，以之解釋票據債務人與其直接相對人

之後手間之關係，則顯有困難。因此單獨行為說尙焉。主單獨行為說者謂票據上之債務由債務人一方之單獨行為即能成立。故票據之發票人，背書人，承兌人等，皆因其會簽名於票據，即須對執票人負票據上之債務。其與執票人之間有無直接間接之契約關係，固不問也。證之我票據法全部之精神，亦以此說爲是。故本書以票據行為爲單獨行為，作爲商事權義發生之又一原因焉。

(註 九) 要據行為之學說詳本編第三章。民法以關於票據事項，另有單行之票據法，故其債編通則中，未將票據行為列爲債之發生原因之一。

第一章 契約

第一節 契約之意義

契約有廣狹二義。廣義之契約云者，凡當事人間以發生私法上之效果爲目的之合意是也。所謂私法上之效果，不限於債法上之效果，即以發生物權法上，親屬法上，繼承法上之效果爲目的之合意，亦皆爲契約。例如所有權移轉之契約，婚姻當事人間之婚約，分析遺產之協約，皆廣義之契約也。狹義之契約則專指以發生債法上之效果爲目的之合意。其範圍僅限於債權債務之關係，故又稱債權契約。

我國民法採狹義之說，以契約置於債編中，故純粹爲債權契約。羅馬法及法奧英諸國法律中所稱契約，亦係此義。惟德國民法則取廣義之說，置契約一節於總則編之法律行爲章中，其規定能適用於一切契約。我國民法雖僅就債權契約，設有規定，然其他契約關於其成立，亦均可準用也。

以狹義之契約而論，則所謂契約者，其意義應如左之所述：

爲。
(一) 契約爲一種法律行爲，契約乃依當事人之意思，以發生法律上之效果爲目的之行爲，故爲法律行

(二) 契約乃以發生債法上之效果爲目的，所謂債法上之效果，即債權債務之法律關係，契約即以發生此項關係爲目的。

(三) 契約之成立乃因當事人間互相表示意思之一致，此點復可分析爲三：

(1) 契約之成立須有二個以上之意思表示，此意思表示在起意人方面稱爲要約，在相對人方面稱爲承諾，必有此二個意思表示，始有契約成立之可能。惟表示之方式，則明示或默示，(註一〇)均無不可。(民法一五三條一項)

(2) 各意思表示須互相對應，如甲向乙爲欲買其書之表示，乙亦向甲爲欲賣其書之表示，此二個意思表示即爲互相對應。

(3) 各意思表示須互相一致，意思表示之互相一致即合意之謂。合意有客觀之合意與主觀之合意二種，當事人間雖有二個以上相對應之意思表示，苟不具備客觀與主觀之合意，尙難成立契約。所謂客觀之合意即內容之同一。惟意思表示所使用之文字與語言非必須全然同一者，若當事人對於必要之點意思一致，即可謂內容已有客觀之合意。至主觀之合意，則爲當事人各有使相對人與自己發生契約關係之意思。此種意思

亦稱結約意思。若無此意思，僅有二個意思表示，其內容雖偶然同一，尙不能謂已一致也。

(註一〇) 明示之表示方法爲習慣上常用爲傳達意思之方法。默示並非單純之沉默，亦必有其表示方法，特其表示方法非習慣上所常用者，且

多係間接表示方法，藉以推知其意思之所在者。

第二節 契約之種類

(一) 雙務契約與單務契約 雙務契約者，雙方當事人各須負擔有對價關係之債務之契約也。所謂有對價關係之債務者，非必具備客觀上相等之價格，祇須主觀的認爲此方債務堪爲彼方債務之代價即可。雙務契約之當事人既互爲債務人，亦互爲債權人。例如買賣，互易，承攬，租賃，有償委任，有償寄托，居間，合夥等均是。

單務契約又名片務契約，即雙務契約以外之契約也。單務契約有僅使當事人之一方負擔債務者，例如贈與，無償委任，無償寄托等是。亦有雖由當事人雙方各負擔債務，而其債務無對價的關係者，例如附有負擔之贈與，在受贈人方面雖亦負有一定之債務，然其所應履行之債務非所受利益之代價，其間固無對價的關係也。亦有因契約當然之效力而使雙方當事人負擔債務者，仍爲單務契約。例如使用借貸，借用人亦負返還原物之義務。但此義務爲使用借貸契約當然之效力，並非貸與人負擔債務之代價也。

雙務契約與單務契約區別之實益，在適用法律時各有不同。例如同時履行之抗辯(註一一)危險責任之負擔(註一二)解除權之行使(註一三)皆僅限於雙務契約始能適用也。

(二) 有償契約與無償契約 此區別之標準與前類不同。雙務單務區別之標準在雙方當事人有無負擔

債務之一點。而有償與無償之分別，則着眼於雙方當事人是否因給付而始取得利益。凡雙方當事人各須因給付而始取得利益之契約，皆爲有償契約。反之若當事人之一方雖無給付而亦取得利益之契約，則爲無償契約。前者之例，如買賣，互易，租賃，僱傭，承攬等是。後者之例，如贈與，使用借貸等是。

有償契約與無償契約區別之實益，亦在適用法律時，各有不同。例如一切有償契約均得準用買賣之規定，而無償契約則否。（民法三四七條）又如限制行爲能力人所訂立者爲有償契約，除非事先曾得法定代理人之允許，或事後已經法定代理人之承認，不生效力。（民法七九條）若無償契約，則因在限制能力人方面，純獲法律上之利益，不因契約而負給付之義務，故得不經法定代理人之允許或承認，即生效力。（民法七七條）

（三）要物契約與諾成契約 此二者之區別，在締結當時，除雙方當事人之合意外，是否尚須以實行給付爲契約成立之要件。在要物契約，於合意外，更須當事人之一方交付其標的物或完結其他給付，契約始能成立。如使用借貸，消費借貸等是。在諾成契約，則僅須雙方當事人對契約內容互相合意，即可成立，例如買賣，租賃，僱傭，委任等是。

（四）要式契約與不要式契約 此二者之區別，在契約之成立是否以具備一定方式爲要件。所謂一定之方式，不問爲法定之方式抑爲約定之方式，均同其效力。若爲要式契約，而不具備此項方式，則雖契約成立之一般要件均無欠缺，亦不能成立，或其契約之一部分不能成立。例如不動產租賃契約，其期限逾一年者，須以字據訂立之，是爲法定之方式。未以字據訂立者，其租賃契約雖仍有效，然關於其契約之期限部分則不能成立，因此時其契

約視為不定期限之契約也。

(五)要因契約與不要因契約 此二者之區別，在當事人爲給付當時是否有其原因。若當事人所以爲給付之故，係因清償債務，或因取得債權，或因給與利益，斯爲要因契約。反之，若當事人之爲給付並非基於一定之原因，則爲不要因契約。通常之債權契約，殆均爲要因契約。

(六)有名契約與無名契約 此二者之區別，在契約之性質曾否爲法律用明文規定。若法律對於是種契約曾付與一定之名稱，且爲之特設規定者，爲有名契約。故又稱典型契約，或模範契約。民法債編第二章所定各種之債，其性質爲契約者，皆係有名契約。若契約未經法律付與名稱，且未經特設規定者，則爲無名契約。無名契約雖未經法律用明文規定，在合法之條件下，與有名契約同其效力，且得適用債編通則之規定，及準用與之類似之有名契約之規定也。

(七)本契約與預約 預約者，爲將來締結本契約之預先約定也。預約之本身亦爲契約之一種，其任務在使當事人負擔締結本契約之義務。故本契約締結之時，預約之任務即達完成。

(八)主契約與從契約 主契約者，不以他法律關係存在爲前提，可以單獨成立之契約也。如買賣，贈與，合夥等是。從契約者，以他法律關係之存在爲前提，而附屬以成立之契約也。如保證契約，違約金契約等是。從契約之效力隨主契約而定，主契約無效時，從契約亦爲無效。

(註一一)所謂同時履行之抗辯，即謂因契約互負債務者有要求同時履行其債務之權利。故一方之當事人於他方未爲對待給付前，得拒絕自

已之給付。但依契約固已有先爲給付之義務者，自須先爲債務之履行耳。（民法二六四條）

（註二）契約當事人互負債務者，於其債務未履行前，對其將次履行之給付，各自負擔危險責任。故因可歸責於自己之事由，致給付不能者，他方得請求損害賠償。因可歸責於他方之事由，致給付不能者，仍得請求他方之對待給付。因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免爲對待給付之義務。（民法二二六條二六六條及二六七條）

（註三）因契約互負債務者，一方當事人因他方有給付遲延或給付不能之情形時，得行使解除權，解除契約關係，以免己方履行債務之責任。（詳本章第六節）

第三節 契約之成立

契約之成立，乃因當事人間互相表示意思之一致，前已言之。當事人之意思表示，在起意人方面爲要約，在相對人方面爲承諾。必要約與承諾互相一致，而後契約乃得成立。故論契約之成立，當就要約、承諾、合意三者分而述之。至於契約成立之時期，與本節亦頗有關係，故亦加以討論。

第一項 要約

第一款 要約之義意

要約者，當事人之一方，以結合他方而成立契約爲目的，所爲之意思表示也。分析說明如左：

（一）要約者，當事人一方之意思表示也。要約爲當事人之一方願意與他方結約之表示，故爲意思表示。然因爲要約之表示時，尙祇爲當事人一方之意見，在未得他方之承諾前，非能發生法律上之效果者，故非法律行爲。要約之相對人通常多爲特定之人，然有時雖不特定，亦無不可。例如自動販賣機之裝置，電車公共汽車之行駛，

皆可認為對不特定之人為要約者也。

(二) 要約之目的，在結合他方，成立契約。要約之目的既在締結契約，故必使相對人對其表示，能推知有欲締結一定契約之意思。因此要約之表示須足以決定契約之主要內容。例如買賣之要約，對於價金及標的物之種類數量，均須指定，務使相對人即得據以承諾而成立契約。

(三) 要約與要約之勸誘有別。要約之勸誘僅表示意思使他人向自己為要約，故必待自己承諾後，契約始能成立。要約則一俟對方承諾，即可發生契約之效力。我國民法規定貨物標定賣價陳列者，視為要約，但價目表之寄送，不視為要約，(民法一五四條二項)即所謂要約之勸誘是也。此二者區別之點有三：

(1) 契約之內容已經意思表示明白指定者為要約。反之，僅寄送價目表而於標的物確能供給之數量未經指定者為要約之勸誘。

(2) 契約所注重之點為意思表示不能明白決定者為要約之勸誘。例如商店招聘職員須注重應徵者之性格才力，而招聘廣告決不能為之決定，故祇為要約之勸誘。

(3) 依各地之習慣決定之。

第二款 要約之效力

要約之效力與契約之效力不容混同。契約之效力乃發生於要約承諾已互相一致之後，而要約效力之發生，則在契約成立以前也。通常言要約之效力，可分為對於要約人之效力與對於相對人之效力二種。

(一) 對於要約人之效力 要約人爲要約後，即因要約而受拘束。在一定期限內，如相對人予以承諾，即應成立契約。除非相對人逾期不爲承諾，或爲拒絕之表示，在要約達到相對人後，要約人無撤回之自由。此即所謂要約之拘束力。惟要約人如在要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認要約人無受其拘束之意思者，則要約人可不受其拘束。(民法一五四條一項) 要約雖通常均有拘束力，然不能禁止要約人向第三人更爲同樣之要約。設同時之數個同樣要約均爲其相對人所承諾，則此時要約人應對各個相對人均負履行契約之義務耳。

(二) 對於相對人之效力 要約之相對人受到要約後，可爲承諾之表示，亦可爲拒絕之表示，亦可置之而不爲表示。蓋要約僅有拘束要約人之效力，不能拘束相對人。相對人之承諾與否，純屬自由。且對於要約人，亦概無通知之義務也。故如要約人設於要約之外更發送物品爲要約者，相對人並不負領受、保存、及返還之義務，可以置之不理，不過不得爲侵權行爲而已。

要約效力之發生、存續、及消滅期，法律有如下之規定：

(一) 要約效力之發生期 要約爲意思表示，故其效力之發生期，自與一般之意思表示同。即

(1) 對話人爲要約者，其要約以相對人了解時，發生效力。(參看民法九四條)

(2) 非對話人爲要約者，其要約以達到相對人時，發生效力。(參看民法九五條)

所謂對話人者，表意人與相對人在空間上非必須無一定之間隔，即不同在一地，苟能直接通話而無時間上

之距離，亦屬對話人。反之，苟在空間或時間上有相當之間隔，或不能直接通話者，為非對話人。對話人間之意思表示，我民法取了解主義，故如相對人因客觀的障礙致不獲了解表意人之要約者，其要約應不生效力。非對話人間之意思表示，我民法取達到主義，在要約達到相對人以前，中途滅失，或遞付錯誤者，應不生效力。

(二) 要約效力之存續期 要約之效力發生後，自應繼續存在，然亦非毫無期限者。其存續期之久暫，視各種情形而定。

(1) 定有承諾期限之要約 要約定有承諾期限者，其效力祇存續於其期限內。非於其期限內為承諾，即失其拘束力。(民法一五八條) 但即於其期限內為承諾，而承諾之通知不於期限內達到要約人者，契約仍不成立。

(2) 未定有承諾期限之要約 又有二種情形：

(A) 對話人為要約者，相對人非立時承諾，即失其拘束力。(民法一五六條)

(B) 非對話人為要約者，則在依通常情形可期待承諾之達到時期內，存續其拘束力。逾期而不接到承諾者，要約之效力即行失去。(民法一五七條) 所謂依通常情形可期待承諾之達到時期，解釋上應包括要約達到相對人所需之時間，相對人對此要約所需之考慮時間，承諾自相對人達到要約人所需之時間內。

(三) 要約效力之消滅期 要約之效力，因後述之種種情形而消滅。

(1) 要約已逾其效力之存續期而要約人尙不得承諾者，失其拘束力。(民法一五八條一五六條及一五七條)

(2) 要約在其效力之存續期中爲相對人拒絕者，失其拘束力。(民法第一百五十五條)

(3) 要約在達到相對人以前，已爲要約人撤回者，或撤回要約之通知與要約同時達到者，均使要約失其拘束力。(參看民法第九十五條第一項) 若撤回要約通知之到達，在要約到達之後，原則上自不發生效力。惟按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時到達者，則此時應使相對人向要約人即發遲到之通知。否則其要約撤回之通知，視爲未遲到，仍使要約失其拘束力。(民法第一百六十二條) 若係無拘束力之要約，則雖已達到相對人，在未爲承諾前，亦可撤回之。

(4) 要約人或其相對人在要約或承諾發出後死亡，或喪失行爲能力者，其所爲之要約與承諾，不因之失去效力。(參看民法第九十五條第二項) 但依當事人之意思或契約之性質不能發生效力者，不在此限。若要約已達到相對人，未爲承諾前，相對人忽喪失行爲能力者，除依其性質或要約人之意思，可由其法定代理人代理者外，應失其拘束力。(參看民法第九十六條)

(5) 要約既爲意思表示，故如有足致意思表示喪失效力之一般原因時，應消滅其效力。

第二項 承諾

第一款 承諾之意義

承諾者，接收要約之人，向要約人表同意，而與之締結契約之意思表示也。分析言之：

(一) 承諾者，接收要約人之意思表示也。承諾為意思表示，與要約同。承諾須接收要約之人始得為之。設要約達到時，本人已喪失行為能力，除依要約之性質或要約人之意思，可由其法定代理人代理者，得由其代為承諾外，其他非接收要約之人，即代為承諾，因欠缺主觀的合意之故，契約亦難以成立。承諾之須向要約人為之，固不待言，且必於要約有效期限內為之，始能成立契約。否則若要約尚未發生效力或已喪失效力，縱對之為承諾，亦屬無效。

(二) 承諾之目的在向要約人表同意，而與之締結契約。承諾之目的既在締結契約，故必須與要約所指示之內容相一致，始能成立客觀的合意。若將要約擴張、限制，或變更而為承諾，則內容既不相符，無異拒絕原要約。惟法律為交易上便利計，仍視此種承諾為新要約，以待原要約人之考慮耳。(民法一六〇條二項)

(三) 承諾之方法，視各種情形而定。若向對話人為承諾，自無須特別之方法。若非對話人為承諾，則通常多以要約之傳達方法為方法。惟當事人間如已約定用特種方法，或其地有特殊習慣者，仍當依其約定或習慣。承諾原則上雖必須通知要約人，但依習慣，或依其事件之性質，祇須在相當時期內，有可認為承諾之事實時，亦可無須通知，其契約即為成立。(民法一六一條)此即所謂默示的承諾也。(註一四)

第二款 承諾之效力

承諾之效力，即在與要約相合而成立契約之一點。承諾一經有效的達到要約人後，契約立即成立，雙方亦即

同時受其拘束。故言承諾之效力，所注意者，惟其效力之發生期及其不發生效力之情形。茲分述如下：

(一) 承諾效力之發生期 承諾之效力何時發生，關係契約之成立甚大。我國民法雖未特設規定，但與契約同均得適用意思表示發生效力之一般規定。即凡：

(1) 對話之承諾 以承諾為要約人了解時起，發生效力。(參看民法九四條)

(2) 非對話之承諾 則以承諾之通知達到要約人時起，發生效力。(參看民法九五條) 惟如承諾通知之發出，雖在要約有效時期內，而達到要約人時，已逾要約之有效時期者，此時要約既已失效，承諾應不發生效力。

(二) 不發生效力之承諾 承諾雖在要約有效時期內發出，然非當然皆能發生效力者。故如有下列情形之一，即足阻其效力之發生。

(1) 遲到之承諾 承諾之達到在要約之有效時期外者，僅視為新要約。(民法一六〇條一項) 惟如承諾之通知，按其傳達方法，依通常情形在相當時期內可以達到者，偶因障礙而遲到，則此時應責要約人向相對人即發遲到之通知。苟不如此，相對人將以為其承諾之通知已有效達到，而着手契約之履行也。要約人怠於為前項通知者，則為保護相對人之利益起見，應視其承諾為未遲到，仍發生契約之效力。(民法一五九條)

(2) 更易內容之承諾 承諾之通知在手續上雖毫無瑕疵，若其內容係將要約擴張、限制、或變更，而不相一致者，仍不發生效力，應視為新要約。(民法一六〇條二項)

(3) 承諾之撤回 承諾撤回之通知在承諾達到之先或與承諾同時達到者，其承諾為無效。若撤回之通知其到達在承諾到達之後者，則契約既已成立，撤回之通知應不能生效。惟如撤回之通知其到達雖在承諾到達之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時到達者，要約人應向相對人即為遲到之通知。否則其承諾撤回之通知，視為未遲到，仍能阻止承諾效力之發生。(民法一六三條)

(4) 意思表示有瑕疵 承諾為意思表示，故有足致意思表示喪失效力之一般原因時，應阻其效力之發生。

(註一四)「默示之承諾，必依要約受領人之舉動或其他情事，足以間接推知其有承諾之意思者，始得認之。若僅未發生異議，則是單純之沈默，不能遽謂其即為默示。」(最高法院二十二年上字九五〇號判例)據此，則單純之沈默似不能認為默示，應無可疑。惟單純之沈默，苟一律不認為默示，亦不盡允當，故最高法院於又一之判例中，加以說明，謂「若單純之沈默，則除依交易上之慣例，或特定人間之特別情事，足認為承諾者外，不得認為承諾。」

第三項 合意

契約之成立於要約與承諾之外，尚須具備合意之要件，前已言之。主觀之合意存於當事人相互之間，必各當事人均以其對方為共同結約之人。始有成立契約之可言。客觀之合意即內容同一之謂。契約之內容固無須當事人為全部之同意，然對於必要之點，則雙方意思表示必須一致。所謂必要之點，即法定要件與任意要件。法定要件為法律所規定某種契約成立時必需之構成分子，雙方意思表示必須對於此項要件為一致之同意，契約始能成

立。例如買賣契約以移轉財產權及支付價金爲法定要件。（民法三四五條）則雙方對於買賣之標的物及其價金必須同意是也。任意要件雖非法律所明定，苟當事人之一方或雙方，以爲必須預爲商定者，則亦須先有合意。例如買賣契約除標的物及價金之外，若給付之處所與時期，苟當事人以爲應先商定者，則必須互相同意，始能成立契約。

當事人若對於契約內容必要之點意思已互相一致，雖對於非必要之點，未經表示意思者，亦可推定其契約爲成立。卽或對於非必要之點，意思不相一致，亦無礙其契約之成立。蓋此種非必要之點關係不大，卽有爭執，法院應依其事件之性質爲之決定也。（民法一五三條二項）

所謂非必要之點，並非不重要，不過因法院尙得依其事件之性質以爲決定，故當事人卽未約定，亦屬無礙耳。大凡契約中非必要之點，多可依法律之規定或習慣爲之決定。例如買賣契約之雙方當事人對於瑕疵擔保義務儘可不必先經同意，其得依法律之規定而出賣人負擔，毫無可疑。又如租賃契約之雙方當事人對於支付租金之日期雖無約定亦屬無礙，因此時固得以習慣決定之也。民法一五三條二項所謂「關於非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」當係指當事人未經約定，亦無法律或習慣可以依據者而言。若契約中非必要之點，有法律之規定或習慣可以補充當事人之意思時，自尙無依其事件之性質以爲決定之必要也。

對於必要之點，雙方當事人固須訂定於其契約中。然契約中所訂定者，未必皆發生拘束力。例如契約所載文字有時僅屬具文，雙方當事人皆認爲雖經載明却不生效力者；有時違背強行規定，當然不生效力者；皆不可不知

也。(註一五)

(註一五)契約所載文字屬於具文性質者應不生效力。歷來判例均所承認。茲錄最高法院二十一年上字一〇七四號之判決要旨如下，以見一斑：「約載文字，習慣上可認為普通用語者，係因該文字與事實相反，且與當事人真意不符，在立約當時，即有視為具文不令生效之意。此種情形，既為意思與表示應當一致之例外，易使契約本旨趨於混淆。故法院於契約文字究係普通用語，抑係真意表示發生爭執時，應綜核全部事實及是否適於習慣為合理之解釋。」

契約所載文字違反強行規定者，當然不生效力。但尙可分二種情形：(一)此項記載雖係違反強行規定不生效力，然如經契約當事人就其記載明示同意，則亦不妨使其有效。(二)不問契約當事人有無明示之同意，一概不生效力。前者之例如民法六四九條所定：「運送人交與託運人之提單或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載者，除能證明託運人對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力。」後者之例如租賃契約約定所租之房屋苟用以開設賭場則須加倍增收租金是。此項特約即經雙方同意亦屬不生效力。因「當事人違背法令禁止之規定為標的之契約當然無效，其因此所生之權利義務即屬不能存在」也。(見最高法院二十一年上字一三〇九號判例)

第四項 契約成立之時期

契約成立之時期，因各種契約性質之不同而有異，茲分述如下：

(一)合意契約 通常之契約，皆合意契約，即契約之成立，由於要約與承諾互相一致，故合意契約成立之時期，即此二個意思表示互相一致之時。然此僅為原則，尙有下列二例外：

(1)要式契約 要式契約於合意之外尙須具備法定或約定之方式。民法七三條規定，法律行為不依法定方式者無效。又一六六條規定，契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約

不成立。(註一六)

(2) 要物契約 要物契約依前述乃以交付標的物或完成其他給付爲其成立之要件，故僅有合意，尙難成立。

(二) 承諾無須通知之契約 在合意契約，其要約與承諾之表示皆須逕達對方，始發生效力。然法律爲便利計，亦承認有無須通知之承諾。民法第一百六十一條第一項規定，依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認爲承諾之事實時，其契約爲成立。又如要約人爲要約之時，預先聲明承諾無須通知者，則承諾即不通知，亦可成立契約。(同條二項)在此二種情形，應以可認爲承諾之事實實現之時，或要約到達後經過相當考慮時間之後，爲契約成立之時期。

(三) 交錯要約之契約 交錯要約者，當事人同時互向對方爲同一內容之要約之謂也。交錯要約僅有要約而無承諾，且各要約並無因果關係，然仍具備主觀與客觀之合意，不礙其爲契約。惟此種契約之成立期，以理論推之，當以各要約均達到對方之時爲是耳。

(四) 懸賞廣告之契約 以廣告方法，聲明對於完成一定行爲之人，給與報酬之行爲也。懸賞廣告是否契約，學者見解殊不一致。我國民法以之爲契約之一種。廣告人所登之廣告即其契約之要約，行爲人完成一定行爲而經通知廣告人者，即爲契約之承諾。且廣告不必爲行爲人所已知，即不知有廣告而完成該行爲之人，亦得爲承諾人。廣告人對於完成該行爲之人須給付報酬，即契約成立後義務之履行。若完成行爲之人，不止一人，而係數人

同時完成者，則廣告人僅對於最先通知者，負給付報酬之義務。（民法一六四條）若係數人共同完成時，則所給報酬，由數人共同分受之。（參看民法二七一條及二九二條。）

懸賞廣告之特質在向不特定人爲之，故廣告一經登出之後，應使廣告人受其拘束。若廣告人於行爲完成前欲撤回其廣告者，對於行爲人因該廣告善意所受之損害，應負賠償之責。除非廣告人能證明行爲人確不能完成其行爲，法律爲保護行爲人計，不得不拘束廣告人之自由撤回權也。惟損害賠償之數額，自以不得超過預定報酬額爲限。（民法一六五條）

契約以懸賞廣告之方式訂立者，其成立時期應爲行爲人完成其一定行爲並經通知廣告人之時。

（註一六）要式契約在約定方式未完成前既推定爲不成立，則當事人對於契約內容即已表示意思一致，仍得變更其要約或承諾。又當事人就已成立之約定一定方式契約欲延長其有效期間者，雙方倘無更須以一定方式訂立之表示，其延長即於雙方意思合致後，發生效力。（見司法院二十四年院字一二七八號解釋例）

第四節 契約之確保

締結契約之際，當事人之意思，若不甚明白確定，即易發生契約究已成立與否之問題。况契約即已成立，是否必能如約履行，亦屬疑問。故當事人爲確保契約之成立與履行起見，常有支付定金或違約金之約定。茲分述其性質與效用如下：

第一項 定金

定金者，契約當事人之一方，在契約着手履行前，所交付之金錢也。定金因交付而成立定金契約，交付之時期通常固爲主契約締結之時，但在其前後，亦無不可。定金且非必須爲金錢，亦可爲其他之有價代替物。

定金之效用，依我民法之規定有二：

(一) 訂約當事人之一方，由他方受有定金時，其契約視爲成立。(民法二四八條) 此爲定金確保契約成立之效用，蓋不問主契約是否具備成立要件，定金一經交付，即應視爲成立。

(二) 主契約成立之後，定金又有如左之效用：

(1) 契約履行時，定金應返還，或作爲給付之一部。

(2) 契約因可歸責於付定金當事人之事由，致不能履行時，定金不得請求返還。

(3) 契約因可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，應加倍返還其所受之定金。

(4) 契約因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行時，定金應返還之。(以上四款俱見民法二四九條)

第二項 違約金

違約金者，契約當事人約定債務人不履行債務時，應支付之金錢也。(民法二五〇條一項) 但違約金並非以金錢爲限，如約定爲金錢以外之給付，亦無不可。(民法二五三條) 違約金之約定，其本身亦爲一契約，惟與定金契約不同，非要物契約而爲諾成契約。蓋違約金之支付，不在違約金約定之時，而在債務人不爲主契約之債務

履行時也。

違約金之效用，亦有二種，一曰損害賠償額之預定，一曰債務不履行之制裁。此二者皆所以確保契約之履行。茲分述如下：

(一) 違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行債務而生損害之賠償總額。(民法第二五〇條二項前段) 債權人此時除受領違約金外，不得更向債務人請求其他之賠償。

(二) 但約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求債務之履行，或不履行之損害賠償。(民法第二五〇條二項後段) 蓋此時違約金僅為債務不履行之制裁，非損害賠償總額。債權人除得請求違約金外，尚得請求其履行契約，或賠償不履行契約所受之損害。

違約金之約定，原任當事人之自由，惟法律為保持公平計，亦有相當之限制。即約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。(民法二五二條) 又如債務已為一部之履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少其違約金。(民法二五一條)

第五節 契約之履行

所謂契約之履行，自債務人方面觀之，即其契約債務之履行；自債權人方面觀之，即其權利之標的已因債務人之給付而實現；自契約關係本身觀之，即其關係已因清償而消滅。用語雖有不同，其事則一。茲略述有關係數點

如下：

第一項 當事人

履行契約上之債務，自以向契約上之原當事人或依法有受領權之人（註一七）給付爲原則。但向第三人爲清償經其受領者亦未始不可，不過應受下列各款之限制：

（一）須經契約上原債權人承認，或第三人於受領後取得其債權者，始有清償之效力；
（二）第三之受領人如係債權之準占有人者（註一八）以債務人不知其非債權人者爲限，始有清償之效力；

（三）除前二款情形外，須於債權人因而受利益之限度內，始有清償之效力。此外情形，則縱經第三人受領，對於債權人，其契約上之債務，仍不能謂已履行。（民法三一〇條）

契約債務之履行，亦可由第三人爲之。但亦有下列之限制：

（一）須當事人不曾另有訂定，或依債之性質，得由第三人清償者；
（二）須第三人之清償，債務人無異議者，否則債權人得拒絕清償，但第三人就債之履行有利害關係者，債權人不得拒絕。（民法三一一條）

債務人所以須負契約上債務之履行責任，非因其曾享受因契約所得之利益，而因其爲契約上當事人之故。蓋凡以自己名義與人結約而爲債務之負擔者，無論其實際享受契約上利益之人爲何人，對於債權人，當然自負

契約上之責任也。(最近最高法院之判決例如二十三年度上字一九五一號，二八六三號，二五四〇號，又二十四年度上字一一七四號，皆如此主張。)

(註一七)如持有債權人簽名之收據者，即可視為有受領權人。但債務人已知或因過失而不知其無權受領者，不在此限。(民法二〇九條二項)

第二項 履行方法

一般債權之行使及債務之履行，應依誠實及信用方法。(民法二一九條)此項規定對於契約上債務之履行，當然有其適用。

契約上之債務履行時，應依債務本旨，以原定之給付爲之。但以他種給付代替原定給付而經債權人受領者，亦足以消滅債之關係。(民法三一九條)學者稱此種債務之履行方法曰代物清償。

與代物清償方法相似者，尙有一債務更新之方法，亦足以消滅債之關係。所謂債務更新，即因清償債務而對於債權人負擔新債務之謂。其與代物清償不同之處，在代物清償一經債權人受領其給付，債之關係即完全消滅，而在債務更新，不過新成立一債務以代前此之舊債務，當事人間自成立新債務時起，彼此間仍有債之關係，故除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅。(民法三二〇條，最高法院二十三年上字二二七六號判例參看)

第三項 履行時地及履行費用

關於一般債務之履行時地及履行費用之規定，對於契約上債務之履行，因均有其適用，故無庸另外敘述，僅照錄關係條文，即可明瞭：

(一) 清償期 清償期，除法律另有規定，或契約另有訂定，或不能依債之性質或其他情形決定者外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償。(民法三一五條)

(二) 清償地 清償地，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣，或不能依債之性質，或其他情形決定者外，應依下列兩款之規定：

(1) 以給付特定物為標的者，於訂約時其物所在地為之；

(2) 其他之債，於債權人之住所地為之。(民法三一四條)

(三) 清償費用 清償債務之費用，除法律另有規定，或契約另有訂定外，由債務人負擔，但因債權人變更住所或其他行為，致增加清償費用者，其增加之費用由債權人負擔。(民法三一七條)

第六節 契約之移轉

契約成立以後，固應由原締約人行使債權或履行債務，然如因事故之障礙，以其債權或債務移轉於他人，使代為行使履行，亦未始不可。契約之內容既不外債權與債務之關係，故契約之移轉實無異債權與債務之移轉。移轉債權，稱曰債權之讓與。移轉債務，稱曰債務之承擔。我國民法於契約之移轉，因無特別規定，故準用債編通則債

之移轉一節，爲述此二種之移轉如下：

第一項 債權之讓與

債權固以得自由轉讓爲原則，然亦不無例外，如（一）依債權之性質不得讓與者，（二）依當事人之特約不得讓與者，（三）禁止扣押者，皆不得讓與他人。（民法二九四條一項）（註一九）

債權之讓與雖由讓與人與受讓人間訂立讓與契約而成立，惟法律爲鞏固受讓人之權利起見，另訂有二要件：

（一）須讓與人將證明債權之文件交付受讓人，並告以關於主張該債權所必要之一切情形。（民法二九六條）

（二）須讓與人將該債權之擔保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者，不在此限。至於未支付之利息，則推定其隨同原本移轉於受讓人。（民法二九五條）

債權一經移轉之後，即發生對內與對外二種效力。對內效力者，讓與人與受讓人間之效力也。對外效力者，因移轉債權對於第三人之效力也。

（一）對內效力 讓與人因讓與契約之成立，即移轉其債權與受讓人，是謂之對內效力。換言之，因讓與契約之成立，債權即發生權利主體之變更是也。然受讓人雖因移轉而取得債權，苟欲有效行使其債權，尙須通知債務人。因債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人，不生效力。（註二〇）此爲民法第二百九十七條

所明定，蓋因債權主體之變更與債務人之履行債務，不無關係也。但法律另有規定者，則不在此限。再債權讓與之通知非必須正式之手續，僅以讓與字據提示於債務人者，與通知有同一之效力。（同條二項）

（二）對外效力 債權讓與之契約有效成立後，受讓人即代讓與人為債權人，對於債務人有受領給付之權利。

（註一九）債權依其性質不得讓與者，例如終身年金之債權，受扶養之債權，皆為當然不得讓與者。其由契約關係而生之債權，如租賃、使用、借貸、履傭、委任，雖非當然不得讓與，如無反對之約定，原則上亦屬不得讓與。

債權依當事人之特約不得讓與者，自應從其特約。然如第三人不知有此特約，而自債權人受讓其債權者，債務人不得以特約對抗之。蓋特約僅能拘束特約當事人，對於善意第三人，應無絕對之効力也。

債權禁止扣押者，例如民事訴訟執行規則第九十七條所定：債務人對於第三人之債權係維持生活必要費用者，不得為強制執行。此為維持生活必要費用之債權，既屬禁止扣押，自亦以不得讓與為宜。

（註二〇）債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人固不生效力。惟受讓人對於債務人主張受讓事實行使債權時，即應認為通知，亦不容債務人就此爭辯。（見最高法院二十二年度上字一六二號判例）且債務人對於讓與人或受讓人所為之通知，並無承諾之權。（見最高法院二十一年度上字三〇七號判例）

第二項 債務之承擔

債務之承擔者，第三人與債權人或債務人訂約，由其代債務人履行債務之謂也。債務非皆可承擔者，須為得移轉之債務，始可由第三人代為承擔。債務是否有移轉性，則應就各個債務，觀其法律之規定及當事人之意

思以爲決定。

債務之承擔有二種方式：

(一) 由第三人與債權人訂立契約承擔債務人之債務者，其債務於契約成立時，移轉於該第三人。(民法三〇〇條)

(二) 由第三人與債務人訂立契約，承擔其債務者，非經債權人承認，不生效力。(民法第三〇一條) 蓋債務能否圓滿履行與債務人其人有莫大之關係，與債權人之利益關係更切，若得由債務人與第三人隨意定約移轉，要非保護債權人之道。惟如債務人與第三人既已定約承擔，而債權人延不予以承認，亦不便利，故法律許債務人或承擔人得定相當期限，催告債權人於該期限內確答是否承認，如逾期不爲確答者，視爲拒絕承認。(民法第三〇二條一項)

承擔債務之效力亦有對內對外二種：

(一) 對內效力 對內效力即債務人與承擔人間之效力，其效力之開始期，又因下列二種情形而不同：

(1) 承擔人與債權人訂約承擔債務者，自訂約時起，債務自債務人移轉於承擔人。

(2) 承擔人與債務人訂約承擔債務者，自經債權人承認時起，移轉債務於承擔人。如訂約以後，債權人拒絕承認時，債務人或承擔人得撤銷其承擔契約。(民法三〇二條二項)

(二) 對外效力 承擔債務之契約發生效力後，承擔人即須代債務人向債權人負履行契約之義務。

第七節 契約之解除

契約成立以後，在雙務契約，由雙方互負債務者，自當由雙方互相為給付；在單務契約，則應由債務人向債權人為給付，此一般之原則也。若負給付義務之債務人，因可歸責於自己之事由，致給付不能，或給付遲延者，債權人除得請求損害賠償外，（民法二二六條一項及二三一條一項）在雙務契約，並得解除契約，以免己方應為給付之義務。

所謂契約之解除，即由契約當事人中有行使解除權之一方，以單獨之意思表示，取消其契約之效力之謂也。契約一經解除，即與自始無契約時同，雙方權利義務均應恢復原狀。

第一項 解除權行使之原因

解除權非可任意行使者，必須根據一定之原因，而後始得使已存之契約歸於消滅。此一定之原因有由於當事人間自以契約訂定之者，有由於法律規定之者。法定原因之中，又有一般的與特別的二種。一般的原因，凡一切契約皆得適用。特別的原因，僅特種契約始得適用。茲所述者，僅一般的法定原因，其中又可分為二種：

（一）給付遲延 債務之履行，謂之給付。給付有確定期限者，債務人應於其期限內為之，若逾期而未履行，則自期限屆滿時起，即負遲延責任。若無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。（民法二二九條）契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。（民法二五四條）然如依契約之性質或當事人之意思表示，非於一定

時期爲給付不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照期限給付者，他方當事人得不爲前條之催告，解除其契約。（民法二五五條）

（二）給付不能，給付不能者，爲契約標的之債務不能履行之謂也。契約之標的如自始即屬不能之給付，則契約根本爲無效，無待履行也。（參看民法二四六條）契約成立以後，因可歸責於一方當事人之事由，致其給付不能，斯乃生契約解除之問題。（民法二五六條）

此二種法定原因固皆足以解除契約，然同時均不妨礙損害賠償之請求。（民法第二六〇條）蓋於解除契約之外，尙得於因對方之不履行債務致自己所受損害之限度內，爲賠償之請求也。

第二項 解除權行使之效果

解除權行使之效果即使已存之契約歸於消滅，故雙方當事人均負回復原狀之義務。此項義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，民法第二百五十九條爲之規定如左：

- （一）由他方所受領之給付物，應返還之。
- （二）受領之給付爲金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。
- （三）受領之給付爲勞務或爲物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。
- （四）受領之給付物生有孳息者，應返還之。
- （五）就返還之物，已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內，請求其返還。

(六) 應返還之物有毀損滅失，或因其他事由致不能返還者，應償還其價額。

第二章 代理

代理有法定代理與意定代理之二種。法定代理者，代理人之代理權非由本人以意思表示所授與，乃因法律之規定而生者也。意定代理則反是：代理人之代理權乃由本人以意思表示所授與。法定代理所生之效果，雖亦對本人發生效力，然非出於本人之意欲。意定代理則因代理人所以為代理行為既出於本人之授權，其所生之效果自係本人所意欲。故欲藉代理之方法，以與他人發生債權債務關係者，祇限於意定代理。本編以代理權之授與為商事權義發生之一種原因，所述自以意定代理為限。

第一節 代理之意義

代理乃他人在本人所授與之代理權限內，以本人名義，向第三人為意思表示，或由第三人受意思表示，而直接對本人發生效力之行為也。（民法一〇三條一項）分析言之，其構成要件，有如下之數點：

（一）須有代理權之存在 若代理人代本人為意思表示時，並未受有代理權，或其代理行為係超出其權限以外，均非真正之代理，不能對本人發生效力。

（二）須以本人名義為之 代理人代本人為意思表示時，須以本人之名義為之。若係以自己之名義為之，雖亦可使其結果歸本人承受，但非所謂代理。

(三) 所代理者須關於意思表示。代理人若僅代本人爲事實行爲，非所謂代理。代理乃代本人爲意思表示之謂。但如意思表示之外，尚須爲事實行爲始得完成整個法律行爲時，代理人對於此項事實行爲亦得代本人爲之。

(四) 代理之結果直接對本人發生效力。代理人在本人授權之限度內，以本人之名義代本人所爲之意思表示，應直接對本人發生效力。蓋此時爲行爲之人雖爲代理人，但法律爲尊重其效果意思，特使其因代理行爲所發生之法律關係，皆由本人直接承受之也。

依上所述，本人除爲授權行爲外，對於法律行爲之相對人，竟得不經直接之交接而與之發生權利義務關係，寧非便利？然法律對於得代理之行爲，僅限於財產關係上之行爲。至有身分關係之行爲，則因其行爲之意思應由本人自己決定，故不得由他人代理之。惟商事關係，既無非財產關係，自得依授權之方法，由代理人代理之也。

第二節 代理權之本質

代理權爲權利乎？非權利乎？學者之意見不一。主權利說者，謂代理權乃一種權利，由本人授與代理人者。代理人因有此代理權，然後得代本人爲意思表示，或受意思表示。此說誤以代理人所行使者爲權利。實則代理人代本人爲意思表示，或受意思表示時，未必係行使權利，或且發生義務，故不足取。主能力說者，謂代理權乃一種能力，或稱資格，而非權利。代理人因本人以此種能力相授與，故得爲本人爲意思表示或受意思表示。其情形宛如吾人因有行爲能力之故，始能爲法律行爲。行爲能力既爲一種資格，有此資格之人始能爲各種行爲發生法律上之效果，

代理權亦然，有此代理資格之人，始能爲本人爲意思表示或受意思表示，而對本人發生效力。此說爲現今一般通說。

第三節 代理權之發生

代理權，依上所述，乃因本人之授權行爲而發生。所謂授權行爲，單獨行爲乎？契約行爲乎？各國學者，雖有主張授權行爲爲契約行爲，以爲代理權之發生乃基於本人與代理人間之契約關係者。然我國民法則以之爲單獨行爲，蓋依本人之意思表示而成立者。（民法一六七條）本人欲以代理權授與代理人時，或向代理人，或向代理人對之爲代理行爲之第三人，爲授權之意思表示即可，無待代理人承諾之必要也。

惟本人爲授權行爲之先，多與代理人先有某種法律關係，所謂基本法律關係是也。此種關係或爲委任，或爲僱傭，或爲合夥，均無不可。蓋本人與代理人間因先有此種法律關係，爲使其便於處理自己事務起見，始有代理權之授與也。然亦有授權行爲與基本法律關係同時結合而生者，仍無礙其各自固有之性質。授權行爲與基本法律關係有主從之關係。基本法律關係如有無效或撤銷之情形，代理權之授與亦應隨之而無效或撤銷。至基本法律關係因契約之終止而消滅者，代理權應隨之而消滅，更不待言。（民法一〇八條一項）

第四節 代理人之能力

代理權既因本人之授權行爲而發生，本人自須具備完全行爲能力。換言之，本人須達於成年（滿二十歲），且須無心神喪失或精神耗弱之情形，致被宣告禁治產者。（民法一二條一四條一五條）但代理人則無須具備

完全行爲能力，雖爲限制行爲能力人，仍得爲他人之代理人。（民法一〇四條）此因代理行爲之結果，既直接歸本人承受，對於代理人，無受不利益之虞故也。而法律對於限制行爲能力人之行爲，所以規定須得法定代理人之允許或承認者，亦無非爲保護限制行爲能力人計，免使其受不利益。今限制行爲能力人爲本人代爲意思表示或代受意思表示，其結果對自己既不生利害之關係，其代理權又係由本人所授與，自無不可之理。惟無行爲能力人因無意思能力，不能爲意思表示，故不得爲代理人。代理人必須有權利能力，亦無待言。

第五節 代理權之範圍

代理人祇能在代理權限內，爲代理行爲。故代理權之範圍不可不確定。代理權既由本人之授權行爲而生，則本人爲授權之意思表示時，自應同時指定其範圍，俾代理人知所限制。若本人爲授權當時，未曾確定其範圍，應如何補充其意思，因我民法無明文規定，當依習慣定之。然外國立法例，對於此項意思之補充，頗有以明文規定之者。茲述日本民法所規定者，以資參考。

依日本民法一〇三條，代理權限未確定者，代理人僅得爲本人爲下列之行爲：

（一）保存行爲 所謂保存行爲者，維持財產之現狀，無令變更之行爲也。保存行爲有事實行爲與法律行爲之二種，代理人之職務，以代本人爲法律行爲爲主。苟事實行爲附屬於法律行爲，爲完成法律行爲所必須連帶履行者，自亦得代本人爲之。

（二）利用行爲及改良行爲 利用行爲者，有利的使用本人之物或權利之行爲也。改良行爲者，增加其物

或權利之價值之行爲也。利用行爲及改良行爲亦如保存行爲，有事實行爲與法律行爲之二種。代理人所爲者，自以屬於法律行爲性質之利用行爲及改良行爲爲主。惟爲此二種行爲時，均以不變更其物或權利之性質爲限。

此外如處分行爲，在代理權限不確定之時，非代理人所得爲之。蓋處分行爲之結果，能使權利喪失或移轉，恐有違本人之意思也。

第六節 代理權之消滅

代理權之消滅，原因甚多，除得依一般法律行爲之消滅原因而消滅外，法律另有如下之特別規定：

(一) 基本法律關係終了 代理權之授與與基本法律關係有主從之關係，前已言之。故代理權之消滅，應依其所由授與之法律關係定之。(民法一〇八條一項) 基本法律關係一經終了，(不問爲何種原因) 代理權即歸消滅。

(二) 受有限制 代理權授與之後，復以特別意思表示限制之者，其所限制之部分，即歸消滅。代理人不得再就該部分爲代理行爲。但其限制，不得以之對抗善意第三人。換言之，第三人對於代理權之限制若不知情，仍與代理人就所限制之部份爲法律行爲者，對於本人仍得主張係對其發生效力。但第三人，因過失而不知其事實者，則不在此限耳。(民法一〇七條)

(三) 撤回 代理權授與之後，復以特別意思表示撤回之者，其代理權即歸消滅。代理權之授與係單獨行爲，故其撤回亦祇須本人一方爲撤回之意思表示，已足生效。又撤回必係在其所由授與之法律關係存續中爲之。

若基本法律關係已經終了，代理權即隨之消滅，無撤回之可言。但依該法律關係之性質，在存續中不得撤回者，應不在此限。代理權之撤回，僅須向代理人爲之。惟第三人爲善意者，則不得以其撤回對抗之。但第三人因過失而不知其事實者，不在此限。（民法一〇八條一〇七條）

第七節 雙方代理無權代理及復代理

（一）雙方代理 雙方代理之情形有二種：一種係代理本人與自己爲法律行爲，一種係既爲第三人之代理人，又代理本人與此第三人爲法律行爲。雙方代理在事實上非不可能，然因各當事人之利益難免互相衝突，誠恐同時以一人而代理雙方當事人，有不利益於某一方之慮，故法律原則上對之爲禁止之規定。但如代理人爲雙方代理，係經本人許諾者，則法律亦無特爲保護之必要，應聽其自由。又如代理人所代理之行爲，係專履行債務者，則既與本人之利益不致損害，自亦無禁止之必要。（民法第一〇六條）

（二）無權代理 無權代理者，欠缺代理權之代理也。代理人若未經本人之授權，或超出其代理權範圍之外，或當其代理權已消滅之後，而猶以本人之名義，爲代理行爲者，皆所謂無權代理。無權代理之效力，有如下述：

（1）對於本人 無代理權人以代理人之名義所爲之法律行爲，非經本人承認，對於本人，不生效力。蓋代理行爲所以能對本人發生效力者，乃因本人與代理人間有授權關係，若授權關係並不存在，雖擅用本人之代理人名義，亦與本人無涉。（民法一七〇條一項）但本人由自己之行爲，表示以代理權授與他人，或知他人表示爲其代理人，而不爲反對之表示者，雖實際無授權之事實，對於第三人仍應負授權人之責任。惟第三人明

知其無代理權，或可得而知者，則無保護之必要，仍使本人不負任何責任。（民法一六九條）

（2）對於相對人 無代理權人，以本人之代理人名義，與他人為法律行為者，其法律行為之相對人得定相當期限，催告本人確答是否承認。如本人逾期未為確答者，視為拒絕承認。蓋無權代理行為對於本人既不生效力，自非本人承認不可。又法律行為於本人未承認前既不生效力，自無拘束相對人之理，相對人願撤回者，自得待本人之承認而撤回之。但為法律行為時，相對人明知其無代理權者，應無撤回之自由，須待本人之確答與否，以決其行為之效力也。（民法一七〇條二項一七一條）

（3）對於無代理權人 依前所述，相對人若因本人之拒絕承認，而致法律行為無效者，自不免有受損害之可能。此時若不使無代理權人對之負賠償之責，要非事理之平。故法律規定無代理權人，以他人之代理人名義，所為之法律行為，對於善意相對人，負損害賠償之責。惟既限於善意相對人，則相對人於為法律行為時，明知其無代理權者，雖因行為之無效受有損害，亦無要求賠償之權。（民法一一〇條）

（三）復代理 復代理者，代理人以自己名義，選任第三人為本人之代理人，以替代自己之職務之謂也。復代理人非代理人之代理人，乃本人之代理人，不過其選任之權，操之於代理人而已。我民法無關於復代理之規定，是否得許代理人選任復代理人，應視其基本法律關係之規定或當事人之意思定之。

第三章 票據

第一節 總論

第一項 票據之意義

票據者，發票人於票面載明自己，或載明令第三人，於一定之時日，或可以決定之未來時日，或見票當時，無條件的支付一定金額於收款人，或其指定人，或執票人，之具有流通性的有價證券也。茲依此定義，分析說明其一般的意義如下：

(一) 票據乃有價證券 有價證券之特點在證券所表示之權利須依證券始得行使，蓋有價證券之權利因證券之作成而發生，因證券之移轉而移轉，因證券之滅失而喪失，二者實不可分離者也。然此乃就完全之有價證券而言。若夫不完全有價證券，即不占有證券，尙得依其他方法主張其證券之權利者也。票據法上之三種票據，學者中多以之爲完全有價證券，實因票據上之權利，非待票據作成無由發生，且非占有票據，無由行使。苟不幸而喪失票據，執票人雖尙得爲止付之通知及爲票據金額支付之請求，（參看票據法一五一六兩條）然此種止付及請求支付之權，僅爲票據權利之救濟方法，而非票據權利之行使。蓋執票人此際對於各票據債務人，依據票據法所得行使之一切權利，皆因不占有票據而無由行使也。

(二) 票據乃具有流通性的有價證券。有價證券具有流通性者，有不具流通性者。票據乃具有流通性之有價證券。故亦稱之爲流通證券。惟流通證券一名詞涵義最不明晰。我國一般學者多以爲凡依背書或交付而移轉證券上權利之證券，皆所謂流通證券。實則僅就移轉證券上權利之方式而區別流通證券與非流通證券，尙不足盡流通證券之特性。流通證券在移轉之方式上，誠與一般債權之移轉大不相同，(一般債權之移轉非通知債務人，對於債務人，不生效力，參看民法二九七條，本書二〇八頁)在當事人間之法律關係上，亦與一般債權之移轉，效力互異。一般債權之移轉，債務人受移轉之通知時，所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。(民法二九九條一項)又債務人於受通知時，對於讓與人有債權者，祇要其債權之清償期先於所讓與之債權或同時屆至者，債務人亦得對於受讓人，主張抵銷。(民法二九九條二項)債務人所以有此種種之對抗權及抵銷權，乃根據受讓人之權利不得優於讓與人之原則而來。此原則淵源於羅馬法，而大陸法系諸國多沿襲之。蓋在羅馬法，讓與人不得移轉自己所無之權利於受讓人，受讓人純然爲讓與人之權利承繼人。讓與人之權利有瑕疵者，受讓人亦並其瑕疵而承繼之。故債務人所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。但在流通證券則不然。受讓人之權利得優於讓與人。換言之，讓與人對於證券所不能享有之權利，受讓人仍得享有之。受讓人雖自讓與人取得證券，而其對證券所享之權利，則非承繼於讓與人者。此不啻對前述之原則，創一例外。票據既係依背書或交付而移轉之證券，(票據法二七條二九條)就權利移轉之方式而言，應屬於流通證券，自不待言。且票據債務人對於執票人，不得以自己與發票人或執票人之前手間所存抗辯之事由對抗之。(票據法一〇條前段)換言之，票據

債務人即有可以對抗讓與人之事由，亦不得以之對抗受讓人。受讓人對於票據所享之權利，顯可較讓與人所享者爲優。故就其權利移轉之效力而觀，亦可證明票據乃一種流通證券。（註一）

（三）票據乃支付一定金額之債權證券。債權證券者，證券之執有人對證券之債務人得主張一定債權之證券也。票據之執票人既得對於票據之發票人或付款人請求支付票面所載之一定金額，自爲債權證券。

（四）票據乃要式證券。票據之作成，須具備法定之形式，對於票據法上所定應記載之事項不能欠缺，否則其票據無效。但依本法別有規定者不在此限。（票據法八條）若於票據上記載本法所不規定之事項者，雖不能令票據無效，然所記載者應不生票據上之效力。（票據法九條）又若票據上記載金額之文字與號碼不符時，不問當事人之意思如何，概以文字爲準。（票據法四條）（註二）

（五）票據乃不要因證券。法律對於票據上債權成立之原因並不過問，無論票據之作成有無原因，或有原因而原因是否適當，皆與票據之效力無涉。

（六）票據乃文言證券。票據上所載之文義，對於票據之權利義務關係，解釋上有絕對之權威。蓋不僅簽名於票據之人須依票據上所載文義負責，即票據之權利人亦不能以其他之證據方法，變更或補充其文字之意義也。

（七）票據乃提示證券。票據上權利之行使，以提示票據爲必要，否則不得請求票據債務之履行。但在普通債權，則債務人之履行債務並不以債權人之提示證明文件爲必要。

(八) 票據乃返還證券。票據債務人付款於執票人時，得要求執票人交出票據。此與普通債務履行後注重新出立收據亦有不同。

(註一) 但就證券權利移轉之方式而解釋流通證券者，謂依背書或交付而移轉權利者即為流通證券，則流通證券中尙可分為二類，一類之受讓人對於證券所享之權利得優於其讓與人，他類之受讓人對於證券所享之權利則承繼於讓與人。若就證券權利移轉之方式及効力二者而解釋流通證券，則必須具備此二種特性之證券，始得謂為流通證券，若僅具備其一，尙不得謂有流通性。本書乃從後者之解釋。

(註二) 民法第四條：「關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準。」與票據法之規定不同。

第二項 票據之種類

票據法定票據之種類(註三)有三：曰匯票，曰本票，曰支票。(票據法一條)此三者雖同具前述之票據的一般意義，然其各別之性質彼此互異。茲分述如下。

(一) 匯票 匯票者，發票人於票面載明令第三人於一定之時日，或可以決定之未來時日，或見票當時，無條件之支付一定金額於收款人，或其指定人，或執票人之票據也。匯票之當事者有三：即(1) 發票人(2) 付款人(3) 收款人。其相互間之關係簡單言之，即甲(發票人)令乙(付款人)支付一定之金額於丙(收款人)是也。

(二) 本票 本票者，發票人於票面載明自己於一定之時日，或可以決定之未來時日，或見票當時，無條件

的支付一定金額於受款人，或其指定人，或執票人之票據也。本票之當事者有二：即（1）發票人，（2）受款人。無第三者之付款人，因付款人即發票人自己也。本票在舊票據法草案曾稱爲期票，實不甚妥，因僅稱期票，似僅指有期限之本票而言，則無期限之本票將爲遺漏也。

（三）支票 支票之當事者亦有三：即（1）發票人，（2）付款人，（3）受款人。其相互間之關係亦同匯票，即發票人於票面載明，令付款人於見票當時，支付一定之金額於受款人，或其指定人，或執票人是也。支票與匯票不同之處在其效用之差異，蓋支票主要之效用在便於現款之支解，而匯票本票之主要效用在於信用之利用，故支票之付款人僅限於銀錢業者也。

（註 三）現行票據法係於十八年十月三十日由國民政府公布施行。票據法施行前所發與匯票、本票、支票性質相同之票據，依票據法施行法（十九年七月一日公布施行）一條一項之規定，其定有期限者，應於到期日即行了結，不得再爲轉讓，其未定有期限，應於本法施行之日起一年內了結之。若票據之發行，在施行法施行後者，依同條二項之規定，非依票據法之規定不生票據之效力。據此規定，可得二結論：（一）在票據法施行前，所發行之票據即與匯票、本票、支票性質完全相同，亦不能認爲票據法上之票據。（二）在票據法施行法施行後，所發行之票據不依票據法之規定，當然不生票據之效力。

第三項 票據行爲之特色

票據行爲者，票據法上所規定之法律行爲，能發生票據上之權利義務者也。票據行爲因票據法上之特別規定，其效果與一般法律行爲頗有不同。茲分述如次：

第一款 票據行爲須依一定之方式

票據乃要式證券，已見前述。票據之法定形式，三種票據雖各不同，（以後分論匯票、本票及支票時，當細述之。）然其行爲之方式則有一定。

票據行爲之一定方式即行爲人須簽名於票據是。無論爲發票行爲，爲背書行爲，爲承兌行爲，爲保證行爲，爲參加行爲，無不須行爲人之簽名。蓋簽名乃對票據負責之表示，行爲人必簽名而後始依票上所載文義負責也。（票據法二條）

行爲人不親自簽名而以蓋章畫押代之亦可。（票據法三條）（註四）蓋章畫押，法文雖相連續，自係「蓋章或畫押」之義。因既蓋章又須畫押，事理習慣均少此例也。惟蓋章或畫押之際，是否尙須由他人代爲記名，法文亦未明定，我國學者有解爲仍應記名者，因僅蓋章或畫押而不記名，有時殆不知其爲何人所爲也。（註五）

票據行爲中有僅簽名即得完成者，有於簽名之外尙須爲特別之記載始能完成者。前者之例，如空白背書，因背書人之簽名而完成。後者之例，如發票，如記名背書，如承兌，如保證，如參加承兌等皆是。蓋於簽名之外，皆須有特別之記載始能完成也。

簽名之時，須有明白自由之意識。行爲人如在沉醉，或睡眠中，或爲人強制而有所動作，雖有簽名之事實，亦難生簽名之效力。簽名之時行爲人是否必須知其爲票據而簽名，則各家之說互異，主極端表示說者謂票據行爲應異於一般私法行爲，無須問行爲人知其爲票據與否，苟已簽名，應依其表示而負責。主調和說者謂票據行爲雖與

一般法律行為不同，然行為人簽名時至少須知其為票據而為之，否則應不能適用票據法，使其依票上所載之文義負責。極端說對於票據權利人之保護雖極周密，對於票據債務人似嫌過苛，調和說折衷兩者之利益，較為適用。惟行為人雖係知其為票據而簽名，但其簽名與其心中之意思不一致，或其簽名之行為有瑕疵者，其簽名應否有效，又有二說。一說行為人仍須依票上所載文義負責，不得適用民法之規定，以圖免責。一說謂此際行為人有無責任，應分別情形定之。對於直接相對人，得適用民法之規定，對於善意執票人，則不得適用民法之規定，應依其簽名而負票據上之責任。依吾人所信，應以後說為是。

簽名應在票據上為之。惟應在票據之正面或背面，則視各種票據行為而定。發票（票據法二二條）承兌（四〇條）參加承兌（五一條）應在票據之正面為之，背書（二八條）應在票據之背面為之，保證（五六條）則法律未限定應在正面或反面，自得就便於記載之空白處為之，除在正本上，並得在謄本上為之。以上各種簽名除必須在票據正面者外，記載於背面之簽名，或其他之票據上之記載（如拒絕證書）若因票據餘白不敷記載時，得黏單延長之。但黏單後之第一記載應寫在騎縫上，並蓋印章。（二〇條）

票據行為由二人以上共同為之者，自須於票據上共同簽名。此時共同簽名之人應連帶負責。（票據法施行法五條）

第二款 票據行為須因交付而完成

票據行為除簽名外，是否尚須交付始為完成，為票據法上一重要問題。我票據法對於此點因乏明白規定，解

釋不無困難。依民法，一般意思表示效力之發生，在對話人間，以相對人了解時，發生效力；在非對話人間，以通知達到相對人時，發生效力。（民法九四條九五條）則通知即已發出，未達到相對人前，或已繕就，未發出前，爲人遺失竊盜者，對於相對人，不生效力，應無可疑。但票據行爲，因有種種特色，勢不能準用民法之規定。故學者對於票據行爲之交付，多不加关注，以爲票據行爲，僅須行爲人之簽名，即可完成者。不知票據行爲，既爲法律行爲，關於其效力發生之原則，自應與一般法律行爲無異，不過例外於若干之場合，始得別設規定耳。依此解釋，則票據經簽名後，尚須交付於相對人，對於相對人，始生票據行爲之效力。換言之，行爲人此時始負票據上之義務，執票人亦必此時始享票據上之權利。故行爲人發出之票據，未交到相對人前，而經撤回者，其票據行爲，應不發生效力。然此乃就通常之票據行爲而言。通常行爲人爲票據行爲時，對於相對人，於交付票據之外，並不另爲通知。因票據之交付，兼有證券之交付及意思表示之達到二種意義。例如發票行爲，發票人簽名於作成之票據後，將票據交付於受款人，一方面固表示以證券相授與，他方面亦表示其願負發票人之責任。惟證券之授與與意思表示之通知，亦可不同時爲之。例如承兌，付款人雖在匯票上簽名承兌，未將匯票交還執票人以前，已向執票人或匯票簽名人以書面通知承兌者，即須負承兌人之責任，不得撤銷其承兌。（票據法四八條）依上所述，可知票據行爲效力之發生，實與一般法律行爲並無少異，皆因意思表示達到相對人而生效力。

然票據行爲效力之發生，與一般法律行爲，究不盡同。在一般法律行爲，其意思表示如有不一致或瑕疵之情形時，原則上得由表意人對任何人主張無效或撤銷，即毫無上項情形，作成後未經表意人之許可，而爲他人妄爲

送達於相對人者，仍不發生效力。何則？以其欠缺表示之意思故也。票據行爲則不然。行爲人苟已簽名於票據，雖未交付於應得者，如爲他人盜售於善意執票人，對此善意執票人即須發生效力。此無他，因票據爲流通證券，爲保護執票人之權利，不得不然也。故票據行爲又似無須交付即可發生效力者。

對此矛盾現象仍欲以一貫理論說明之者，惟有就交付之意義加以補充。交付可分有意之交付 (intentional delivery) 與無意之交付 (delivery without intention)。有意之交付者，行爲人以票據交付於相對人時，必須出於己意之謂也。無意之交付者，不問行爲人之本意如何，祇須票據已脫離行爲人之占有而爲他人所占有，即可謂其票據已經交付。對於直接相對人，吾人以爲票據交付時，行爲人須有交付之意思，其意思表示對於相對人始生效力。對於善意執票人，則票據交付時，行爲人可無須有交付之意思。蓋此時善意執票人多自他人間接取得票據，最初之行爲人雖欲對之表示交付之意思，亦不可能。故祇能解爲其票據苟已脫離其占有而爲善意執票人所占有者，其交付即爲完成，行爲人應即對之負責。

總上所述，票據行爲之完成，簽名之外，尚須交付。惟交付有兩種之意義。行爲人以己意交付其票據於應得者，固爲交付，即非出於本意，而爲他人盜賣於善意執票人，亦可謂已交付。然無論爲何種交付，未交付前其票據行爲應不生效力，則與一般法律行爲其意思表示之通知未達到相對人時不發生效力之原則，固無異也。

第三款 票據行爲乃單獨行爲

法律行爲依其內容之意思表示而區分，可分爲單獨行爲、契約行爲、共同行爲之三種，前已述其梗概。票據行

爲既爲法律行爲，自得依此分類區別之。雖各國票據學說極爲紛歧，但大別之，仍不外單獨行爲說與契約說之二派，至於共同行爲因與票據行爲之性質不合，則無注意之必要。

主契約說者謂票據債務人所以負擔票據上之債務，乃因與票據權利人締結契約所致。此說在直接當事人間 (immediate parties) 固屬可通，在非直接當事人間 (remote parties) 則顯有困難。因之遂有如下種種之解說：

(一) 債權轉讓說 此說謂票據行爲即在非直接當事人間，亦爲契約行爲。因直接當事人之一方自他方依契約所得之權利，又依背書或交付之方法，轉讓於其後手，故其後手對於其前手之債務人，亦取得債權人之地位。此說蓋依一般債權得以轉讓之原則，用以說明票據行爲者。惟票據上權利義務之性質與一般債權債務顯有不同。故雖援用其原則，仍須設二例外：

(1) 一般債權之轉讓須通知債務人後，對於債務人，始生效力。票據之轉讓則於背書或交付之外，無須再通知債務人。

(2) 一般債權轉讓後，債務人所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。票據之轉讓則受讓人之權利得優於讓與人，債務人所得對抗讓與人之事由皆不得以之對抗受讓人。

吾人對於此說所不能滿意者，即票據之讓與人其地位實不能與一般債權之讓與人相提並論，一般債權之讓與人與受讓人間，祇有單純之權利讓與之關係。苟非另訂保證契約，讓與人無保證債務人必履行債務之

義務。然在票據，則背書人對於被背書人處於債務人之地位，有擔保其票據必獲承兌或付款之義務。（票據法三六條）故票據之轉讓，非單純之票據上權利之轉讓，在讓與人方面且發生票據上之債務焉。

（二）委任契約說 此說謂非直接當事人間所以亦有契約之關係，乃因直接當事人之一方委任他方與其後手結約，而使其結約之效果直接歸之自己，故自己與他方之後手間亦得發生契約之關係。此說置受任人（即媒介人）而不顧，於其權利義務均無從說明，自不足採。

（三）無數要約說 此說謂票據契約含有無數之要約，取得票據之人，即為承諾其要約之人。故票據債務人得與任何執票人發生契約關係。此說對於前後執票人彼此間之關係無從說明，亦不足採。

（四）為他人契約說 此說謂票據契約當事人之一方乃為其全體後手之利益而訂結契約，故其後手之全體皆得對於債務人主張權利。此說所能解說者僅此一點，對於各後手相互間之關係亦無從說明，故亦不足取。契約說既不足以說明票據行為之特性，自惟有從單獨行為說。惟主單獨行為說者亦各有其說，不盡相同。茲依我票據法之精神，試述其說如次：

票據行為乃依簽名及交付而完成之行為，前已述之。故若以票據行為為單獨行為，則行為人自為簽名及交付時起，即負票據上之債務。其與相對人間雖或有契約關係，然此契約關係僅為造成票據行為之原因，而非票據行為之本身。此實單獨行為說與契約說所由分別之點。例如甲向乙購買貨物一批，付以自己所發行之本票一紙，以償所值。在契約說者，不但以為此授與票據之舉，乃購進貨物之對待給付，且甲對乙所負票據上債務，乃直接因

買賣契約而生，而非因授與行為而生者。故在契約說者，票據之授與等於通常借據或證書之交付，純然爲一事實行為，無法律效果之可言。但在單獨行為說者則不然。甲之票據上債務乃因甲之授與票據之行為而生。其授與行為爲法律行為，能致法律上之效果者。而甲乙間之買賣契約反不過爲造成甲對乙授與票據之原因。蓋甲非因與乙有買賣關係，無對乙授與票據之必要也。單獨行為說者並不否認此授與票據之舉乃購進貨物之對待給付，不過不承認甲之票據上債務乃因契約關係而生。甲對乙依其買賣契約誠須授以票據，然其票據上債務乃因此授與行為而生。設一旦其契約關係因無效或撤銷而不存在，甲之票據上債務仍然有效。反之，在契約說者，其票據上債務既直接因契約關係而生，自應隨其契約之無效而消滅也。

我國票據爲無因證券，票據上之權利義務，僅依票據行為之完成而發生，不問此票據行為有無原因，或其原因是否適當。當事人間之契約，固常爲票據行為之原因。然若當事人間全無契約關係，偶因錯誤而爲發票，承兌，背書，或保證之行為，或因受人詐欺脅迫而爲各種票據行為者，其票據行為對於善意執票人仍然有效，初不能因無原因或原因不正當而圖免責。英美票據法皆採契約說，票據上債務成立與否，以契約關係是否有效爲斷。惟票據爲流通證券，恆視同現金而行使，且發行，背書，承兌，保證之際，僅於票據上爲簽名或其他之記載，別無證明契約之文件，苟必須主張權利之人提出契約有效之證據，始克令債務人負責，應非持平之道。故英美票據法雖採契約說，而對票據契約皆推定爲有效之契約，無庸主張權利者提出證據也。且票據直接當事人間雖可以契約之無效，免除債務人之債務，然對於善意執票人仍須負責。（註六）故主契約說之結果，實與單獨行為說相去無幾，不過因出

發點不同，解釋上不無歧異而已。

票據行爲依我票據法之精神，可以解爲單獨行爲，已如上述。則票據債務人自其行爲完成（簽名及交付）時起，即負票據上之責任，應無疑問。但吾人尙欲知者，即此際占有票據之人是否皆爲票據權利人。票據自債務人交付之後，設非遭毀損滅失，必爲他人所占有。且權利義務本爲對待之名詞，無權利應無義務之可言，票據債務人交付票據之後，其占有人必推定爲票據權利人。但以惡意或有重大過失取得票據者，則屬例外，不得享有票據上之權利。（票據法一一條）

票據爲惡意執票人或有重大過失之執票人所占有之時，票據債務人是否仍負票據上之債務，亦甚可研究。吾人以爲此際票據債務人可以負票據上之債務。蓋票據行爲雖爲單獨行爲，依行爲人一方之意思表示即可生效，（債務人苟已爲意思表示，即簽名並交付，似應對任何執票人負責。）然以惡意或有重大過失取得票據之人因依票據法不得享有票據上之權利，故得對之不負票據上之責任耳。

善意執票人雖自無權利人取得票據，仍取得票據上完全之權利。此由於其票據上之權利非自其前手承繼而來。蓋票據行爲雖爲單獨行爲，其相對人可多至無數，票據債務人對於凡以善意占有其票據之人，皆認爲係其意思表示之相對人，故皆對之負票據上之債務。而執票人因亦直接由其票據行爲取得票據上之權利。此爲吾人之解釋。若依契約說者，因須維持票據上之權利乃由各當事人以契約承繼而來，對於以竊盜等方法取得票據之人，遂亦不得不認爲票據之權利人，否則其後手之善意執票人應無從取得其票據上之權利，不過以違法手段取

得票據之人，自己不得行使票據上之權利而已。

依吾人之解釋，執票人之權利誠直接自票據債務人之票據行為而生。然此執票人必須具備前款所述「善意執票人」之要件，始屬可能。否則其權利乃承繼其前手之所有，而非自票據債務人之票據行為直接而生者。此時執票人應非票據法上之執票人，而為民法上之受讓人，對於票據僅享有民法上債權讓與之權利，不得享有票據法上之權利，票據債務人對之亦僅負民法上之責任，不負票據法上之責任也。

第四款 善意執票人之意義

善意執票人一詞雖為吾人所習用，實不足以盡吾人所欲包涵之意義，徒以名詞創製非易，姑以應用而已。嚴格言之，善意執票人之取得票據誠係出於善意，然僅善意一端，尚不足成為善意執票人。蓋其涵義實與英美法上之 *holder in due course* 頗為相當。（註七）我票據法上無善意執票人之定義，自惟有從有關係之各條而為解釋。茲就拙見所及，舉其構成要件如次：

（一）執票人須以善意取得票據，或其取得票據時並無重大之過失。此乃依票據法第十條：「以惡意或有重大過失取得票據者，不得享有票據上之權利」而來。以惡意或有重大過失取得票據者既不得享有票據上之權利，則欲享有票據上之權利者，其取得票據必以善意或並無重大過失，似無可疑。所謂善意惡意乃知與不知之謂。執票人自其前手受讓票據時，明知其前手乃自他處竊得此票據，或以其他不正當之方法取得此票據，或因重大之不注意，致不知其前手對於票據並無權利，而猶受讓其票據者，即屬於以惡意或有重大過失取得票據，應

不得享有票據上之權利。反之，若執票人自其前手受讓票據時，對於前手竊取票據之事實毫不知情，且其不知情非由於執票人之重大過失者，則其前手對於票據縱無權利，執票人仍取得票據上之權利。

(二) 執票人之取得票據，曾付兌價，且兌價相當者。執票人自前手取得票據，雖係善意，且無重大之過失，苟非以兌價交換而得，或以不相當之兌價交換而得者，仍不能有優於其前手之權利。(票據法施行法七條)所謂兌價，即讓與票據時之對待給付。讓與人以票據讓與受讓人，通常多自受讓人受有對待給付。此對待給付或為買賣票據所付之價金，或為已往債務之抵銷，或為勞務之供給，皆無不可。兌價之相當亦非必有絕對之標準，苟主觀以為所付之兌價足為所受票據之報償者，即係所謂相當之兌價。執票人非以兌價或不以相當之兌價取得票據者，非不能享受票據上之權利，因依我票據法，票據本為不要因之證券，執票人取得票據有無原因，本所不問。惟此際無兌價或兌價不相當之執票人，能否享受票據上之權利，繫於其前手。如其前手對於票據享有完全無瑕疵之權利，受讓人亦得如之。如其前手之權利有瑕疵，受讓人亦僅得享有此有瑕疵之權利。換言之，此際受讓人之權利完全承繼於讓與人。此與票據法上執票人之權利得優於其前手之旨迥不相同者也。故欲為善意執票人，取得票據時，非曾付相當之兌價不可。

(三) 執票人所取得之票據上須不欠缺法定應記載之事項，取得之時雖不限在到期日前，但不能在作成拒絕付款證書後或作成拒絕證書之期限經過後。執票人雖具備前述二項之要件，苟其所取得之票據上欠缺法定應記載之事項，則其票據既依法不能成為票據法上之票據，自亦不能取得善意執票人之地位。又依票據法，

到期日後之背書與到期日前之背書有同一之效力，則執票人取得票據之時即在到期日後，亦得成爲善意執票人。惟作成拒絕付款證書後或作成拒絕證書期限經過後所爲之背書，僅有通常債權轉讓之效力，背書人不負票據上之責任。執票人此時雖以善意並付兌價取得票據，應不能成爲善意執票人而享票據上之權利。（三八條）

（註八）

（四）票據之背書須相連續。執票人應以背書之連續，證明其權利，爲票據法三四條所明定。付款人對於背書不連續之匯票可拒絕付款，否則應自負其責，不得主張其所負票據上之責任已因付款而消滅。（同法六八條）故欲成善意執票人而使其票據上一切權利皆能行使無阻者，非注意其票據之背書是否連續不可。

第五款 票據行爲人之抗辯權

前款謂必善意執票人始得享有票據上之權利，否則即佔有票據，仍僅有民法上債權受讓人之權利。所謂票據上之權利不外乎如次之二重意義：

（一）在權利人方面，其對票據所享之權利得優於其前手所享之權利。換言之，前手所無之權利，彼能有之，前手之權利有瑕疵者，彼能無之。

（二）在債務人方面，對於享有票據上之權利人，無對人的抗辯權。換言之，債務人即與此權利人之前手間存有抗辯之事由，對之皆無對抗之權。此依吾人在前款所爲之解釋，觀之自明。蓋此時票據權利人之權利非自其前手承繼而得，乃自票據債務人所爲之票據行爲直接所發生者，故債務人對之自無抗辯之權。

然權利人所以有優於其前手之權利，實即由於債務人對之無對人的抗辯權之故。票據債務人之抗辯權計有二種：一爲對物的抗辯權，一即對人的抗辯權。茲依次說明之：

(一) 對物的抗辯權。對物的抗辯權或稱法律的抗辯權 (Real or legal defenses) 能對任何執票人主張者也。蓋其所得抗辯之事由，存於票據之本身，或由於法律上責任之不存在。因此又可分爲二種：

(1) 爲任何人皆得主張者。對物的抗辯爲任何人皆得主張者，其票據之本身恆有瑕疵，故票據上之權利義務不能存在。其情形有如下之二種：

(甲) 票據上欠缺法定應記載之事項。票據爲要式證券，如欠缺法定應記載之事項，既不得有票據法上之效力，票據之債務人自得對任何執票之人不負票據上之責任。(票據法八條)

(乙) 票據上之權利已因時效而消滅。票據上之權利，權利人不卽行使者，得因消滅時效期間之經過而消滅。此際執票之人不問爲善意執票人與否，任何票據債務人對之皆可不負票據上之責任。(票據法一九條)

(2) 僅特定人始得主張者。對物的抗辯僅特定人始得主張者，其票據本身并非無效，不過特定人對之並無法律上之責任，故不負票據上之債務，對於任何執票人皆得對抗而已。其情形亦有如下之二種：

(甲) 行爲能力之欠缺。行爲能力謂在法律上能以行爲取得權利負擔義務之能力，無此能力之人，縱爲意思表示，其意思表示亦屬無效。行爲能力乃法律所授與，然有下列各情形之一者，則無行爲能力。(a)

未滿七歲之未成年人，(b) 因心神喪失或精神耗弱被宣告禁治產之人。無行為能力人所為之票據行為，既屬無效，自可不負任何責任。但七歲以上未滿二十歲之未成年人，有限制行為能力，如已結婚，即有完全行為能力，或雖未結婚，如已得其法定代理人之允許，則就其允許之限度內，所為之票據行為亦可有效。而成年人雖有行為能力，苟其票據行為係在無意識或精神錯亂中所為者，仍屬無效。(民法一二，一三，一四，一五，七五，七八等條參看)

(乙) 簽名被偽造 在票據上簽名者，誠須依票上所載文義負責。然苟簽名非出己手，而為人偽造者，對於票據自無任何責任。故得對於一切執票人不負票據上之債務。

(二) 對人的抗辯 對人的抗辯權或稱衡平的抗辯權，(personal or equitable defenses) 僅能對善意執票人以外之執票人主張者也。蓋其所得抗辯之事由，乃存於票據債務人與發票人或執票人之前手間，與執票人初無何種之關係。苟執票人為善意執票人，則其票據上之權利既非自其前手所承繼而來，自得不受其抗辯。但執票人如非為善意執票人，如執票人之取得票據係出於惡意或詐欺，則其權利乃自其前手承繼而得，應不能優於其前手，票據債務人得以對抗之。(票據法一〇條)

票據債務人與發票人或執票人之前手間(即其直接相對人間)所存抗辯之事由，不外如下之三種：

(1) 對其直接相對人可以主張票據行為之無效者 票據債務人對其直接相對人可以主張票據行為之無效之事由，又可分次述三種：

(甲) 欠缺交付之意思。票據之交付有兩種意義，已見前述。對於直接相對人，行為人必須有交付之意思，其交付始生法律上之效力。故若票據為人所竊盜或遺失，其因竊盜或拾遺而佔有票據者，自不能謂已受票據有效之交付。債務人對之得不負票據上之責任。

(乙) 直接相對人明知債務人有非真意表示之情形。票據債務人因直接相對人之請求，雖在其票據上簽名，然無欲為其簽名所拘束，而為相對人所明知者，苟能提出證據，即可對其直接相對人主張簽名之無效。(民法八六條參看)

(丙) 票據債務人與直接相對人通謀而為虛偽之票據行為。票據債務人與直接相對人通謀，雖在其票據上簽名，而無欲為其簽名所拘束者，對其直接相對人可以主張其簽名之無效。(民法八七條參看)

(2) 對於直接相對人可以主張票據行為之撤銷者。票據債務人對於直接相對人可以主張票據行為之撤銷之事由，可分次述四種：

(甲) 票據行為顯失公平者。直接相對人如係乘票據債務人之急迫，輕率，或無經驗，使其授與票據或簽名於票據，依當時情形顯失公平者，票據債務人得聲請法院撤銷其票據行為。(民法七四條參看) 票據行為經法院撤銷後，債務人對於直接相對人，即不負票據上之責任。

(乙) 行為之內容有錯誤者。票據行為之內容有錯誤，或債務人若知其事情即不為票據行為者，債務人得將其票據行為對直接相對人撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由債務人自己之過失者為限。(民

法八八條參看)

(丙) 票據之交付有錯誤者 票據交付於相對人時，苟發見其相對人非應受交付之人，得撤銷之。
(民法八九條參看)

(丁) 因被詐欺或被脅迫而為票據行為者 票據債務人因其相對人之詐欺或脅迫，而為票據行為者，得撤銷之。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。(民法九二條參看)

(3) 對其直接相對人可以拒絕票據債務之履行者 票據債務人對其直接相對人雖不否認其票據行為之效力。然因下列之事由，得拒絕票據債務之履行：

(甲) 到期日前已付款者 票據債務人於到期日前本無付款之義務，苟已付款，而未將票據收回者，對於善意執票人雖不得主張其付款有消滅其票據債務之效力，仍須對之為第二次之付款。(票據法六九條二項) 但對於到期日前已受付款之直接相對人，則得以已付款對抗之。

(乙) 到期日前已經該相對人免除者 票據債務已經相對人向債務人表示免除者，債務人到期對此相對人無履行之義務。(民法三四三條參看)

(丙) 票據到期得主張抵銷者 票據債務人對於相對人有金錢債權者，如其債權之清償期先於票據到期，或同時屆至者，得以其債權與其票據債務，互相抵銷。(民法三三四條參看)

(丁) 相對人不履行契約者 票據爲無因證券，票據上債務之發生不問其原因之有無或其原因是否適當。然此第就票據入於善意執票人之手者而言。苟執票人非爲善意執票人，因其不得享有票據上之權利，其與債務人間之關係，自僅屬於民法上一般之權利義務關係。故如相對人因某種契約關係自債務人取得票據者，苟不履行契約中己方之債務，對於票據債務人即不能謂係善意執票人。票據債務人得於相對人未爲對待給付前，拒絕票據債務之履行。(民法二六四條參看)(註九)

第六款 票據行爲獨立有效

票據行爲個個獨立發生效力，不受其他票據行爲效力之干涉。其他票據行爲即有無效之情形，亦不影響有效簽名者之權利與義務。例如：

(一) 無行爲能力人之簽名，不影響其他簽名者之權利與義務。(票據法五條) 無行爲能力人發出匯票一張，其發票行爲雖屬無效，若背書人承兌人已就之而爲背書或承兌，應仍負背書人或承兌人之責任，不得因發票行爲之無效而主張免責。

(二) 票據之偽造或票上簽名之偽造，不影響於真實簽名之效力。(一二條) 發票人偽造他人之簽名而發行票據，其票據對於被偽造簽名之人固不生效力，但背書人承兌人若就此偽造之票據而簽名，即應負背書人或承兌人之責任，不得因票據之出於偽造而主張免責。

(三) 無代理權而以代理人名義簽名於票據者，應自負票據上之責任。即有代理權之代理人，若其代理行

爲逾越代理權限時，就其權限外之部分，亦應自負票據上之責任。（七條）若在民法上，則無代理權人所爲之法律行爲，並不能發生效力，對於善意之相對人，不過負損害賠償之責而已。（民法一一〇條）但在票據法，票據行爲既獨立發生效力，代理人此際應自負其責。又，代理人未載明爲本人代理之旨而簽名於票據者，亦應自負票據上之責任。（六條）其理亦同。

（四）保證人爲票據債務人保證票據之債務者，被保證人之債務縱爲無效，保證人仍負擔其義務。（五八條）例如被保證人爲無行爲能力人，對其債務雖得不負責任，而保證人若已爲之保證，仍負其責。

（五）匯票之背書人或承兌人如就匯票各複本均爲背書或承兌者，對各本應均負票據上之責任。（一一三條）例如承兌人雖就複本之一已爲付款，對於經其承兌而未收回之他本，仍負付款之責。

第七款 票據債務之履行時地

票據爲提示證券，非經票據權利人提示票據，且爲行使或保全票據上權利之行爲，票據債務人無對之履行債務之義務。故票據權利人應爲行使權利行爲之時地，亦即票據債務人履行債務之時地。票據法第十七條規定：爲行使或保全票據上權利，對於票據關係人應爲之行爲，應在票據上指定之處所爲之。無指定之處所者，在其營業所爲之。無營業所者，在其住所或居所爲之。若票據係人之營業所，住所，或居所不明時，因作成拒絕證書，得請求公證人，法院，商會，或其他公共會所，調查其人之所在。若仍不明時，得在該公證人事務所，法院，商會，或其他公共會所作成之。至於爲票據行爲之時間，票據法第十八條亦有明定，爲行使或保全票據上權利，對於票據關係人應

爲之行為，應於其營業日營業時間內爲之。如其無特定營業日或未訂有營業時間者，應於通常營業日及營業時間內爲之。（票據法施行法八條）

（註四）蓋章有代替簽名之效力，民法上之規定亦同。但以畫押代替簽名，依民法尙須經二人之簽名證明，民法條三條第三項「如以指印，十字或其他符號代簽名者，在文件上，經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。」與票據法上無須證明者不同。

（註五）參看余榮昌氏票據法一二頁。

（註六）英美契約法以「對價」consideration爲契約成立之要件。故欲證明票據上債務之存在，必先證明債務人曾自相對人受有一對價，「蓋非如其票據契約即難成立。但英美票據法爲便利計，皆推定簽名於票上之人爲曾受對價之債務人。見英票據法三〇條一項，美統一票據法案二四條。

又依英美票據法，票據契約尙須因交付票據始生效力。但對於善意執票人，則一切票據債務人皆視爲曾合法交付票據之人。而使各個票據契約皆爲有效，對於善意執票人皆須負責。（英票據法二二條美統一票據法案一六條）

（註七）Holder in due course之意義，英票據法第二十九條，美統一票據法案第五十二條之解釋，大致相同。茲依美案所定之要件，錄之如左：

1. That the instrument is complete and regular upon its face.
2. That he became the holder of it before it was forever due, and without notice that it has been previously dishonoured, if such was the fact.
3. That he took it in good faith and for value.
4. That at the time it was negotiated to him he had no notice of any infirmity in the instrument or defect in the title of the person negotiating it.

(註八) 票據法三八條乃規定在背書一節中，故僅言作成拒絕證書後之背書，背書人不負票據上之責任，實則此時之背書既僅有通常債權轉讓之效力，票據上所有債務人對此執票人應均不負票據上之責任。

(註九) 三年上字一六四號判例：「發出票據之原因是否有效，固於票據債權之存否無涉。惟其發出票據如確無真實合法之原因，則在直接當事人間（即出票人與受票人間）仍得以此為理由拒絕兌款，縱已兌付，仍得請求不當利得之償還。」

第四項 票據之偽造變造塗銷毀損及喪失

(一) 票據之偽造 偽造他人之簽名而發行票據者，謂之票據之偽造。偽造發票人以外之簽名而簽名於票據者，謂之簽名之偽造。此二種詐偽之行為固皆無法律上之效力，然苟第三人就此偽造之票據，或偽造簽名之票據，為真實簽名者，則此真實之簽名仍獨立有效，不因其他之偽造行為而受影響也。（票據法一二條）

(二) 票據之變造 票據之變造者，無權而變更票據上所記載之事項之謂也。此項變造之行為，於法應屬無效，自不待言。故在變造前簽名於票據者，仍依原有文義負責。惟簽名在變造後者，則因票據行為獨立行為，其人於簽名之時，既認變造事項為真實，應使其依變造文義負責。若不能辨別前後時，則推定簽名在變造前。（票據法一三條）

(三) 票據之塗銷 票據上之簽名或所記載之事項，為人塗銷者，有無取銷之效力，應視是否為真正票據權利人之故意行為為斷。若為票據之權利人，且係故意為之者，則被塗銷之簽名或記載，應即歸於銷滅，否則縱經他人塗銷，仍不失其效力。（票據法一四條）

(四) 票據之毀損 票據經人毀損磨滅而失其存在者，票據上之權利義務是否亦隨之而銷滅，我票據法

雖無明文規定，解釋上自應與票據之塗銷同視。若票據之毀損係由票據權利人故意爲之者，則票據之效力應歸於消滅；否則被毀損之票據視同喪失，權利人得提供擔保，請求給與新票據。

(五) 票據之喪失 票據之喪失者，票據遺失，被盜，被竊之謂也。票據喪失時，原執票人應即爲止付之通知。(票據法一五條) 以保全其權利。如欲請求票據金額之支付者，尙須先爲公示催告之聲請。(註一〇) 所謂公示催告者，對於不分明之持有人，示以不利益之結果，使其在法院聲明權利之裁判上之催告也。公示催告對證券之持有人予以六個月以上之申報權利期間，苟不於期間內申報權利或提出證券者，得以除權判決宣告證券無效。(民訴法五五八條及五六〇條) 但聲請人得於公示催告程序開始後，提供擔保請求票據金額之支付。不能提供擔保者，得請求將票據金額提存於法院、商會、銀行公會，或其他得受提存之公共會所，以俟法院爲除權判決後，再主張證券上之權利。(票據法一六條) 但公示催告程序雖經開始，而票據尙未到期者，則不得請求金額之給付或提存。但得提供擔保，請求給與新票據。(票據法施行法九條)

(註一〇) 民法對於消滅時效之障礙，僅有時效中斷及時效不完成二種。不設時效停止之規定。時效中斷者，謂於時效期間進行中，因有行使權利之事實，致使已進行之時效期間全歸消滅之謂也。時效不完成者，謂於時效期間終止之際，因有難於行使權利之事實發生，暫時不令時效完成之謂也。時效停止則與時效不完成略有不同，謂於時效期間進行中，因有難於行使權利之事實發生，暫時不行之謂也。票據執票人因喪失票據而聲請公示催告，對於票據債務人有無時效停止或不完成之效力，票據法未有規定，自須依民法所定。但民法不設時效停止之規定，故聲請公示催告之後，時效應仍繼續進行。但如至時效期間終止之際，仍未能爲除權判決時，能否使時效不完成，則頗有問題。因民法關於時效不完成之規定似可適用者，爲一三九條，而此條僅限於因天災或其他不可避之事變，致

不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，有使時效不完成之效力。而票據之喪失顯非不可避之事變，解釋上似無適用之可能。有價證券上權利之行使，既須占有證券，與一般債權不同，民法不為特設不完成之規定，對於執票人權利之保護，似嫌疏忽。

第五項 票據之時效

時效有取得時效與消滅時效二種。此處所述者，為消滅時效。所謂消滅時效者，於一定期間內因不行使權利致權利消滅之謂也。票據貴在流通迅速，其權利以速於行使為宜，故其消滅時效較一般債權之消滅時效為短。
(註二) 票據法第十九條對此有如次之規定：

(一) 匯票及本票之執票人對匯票承兌人及本票發票人應行使之權利，自到期日起算，三年間不行使者，因時效而消滅。

(二) 支票執票人對支票發票人應行使之權利，一年間不行使者，因時效而消滅。

(三) 匯票本票之執票人對前手之追索權，自作成拒絕證書日起算，一年間不行使，因時效而消滅。其免除作成拒絕證書者，自到期日起算。

(四) 支票之執票人對前手之追索權，自作成拒絕證書日起算，四個月不行使，因時效而消滅。其免除作成拒絕證書者，自提示日起算。

(五) 匯票本票之背書人對於前手之追索權，自為清償之日或被訴之日起算，六個月間不行使，因時效而消滅。

(六) 支票之背書人對於前手之追索權，自爲清償之日起算，二個月間不行使，因時效而消滅。

(註一一) 在票據法施行前，所發與匯票本票支票性質相同之票據，既不能認爲票據法上之票據（見二二五頁註三），關於其時效，自不能適用票據法上時效之規定，且又無特別規定，惟有適用民法總則及民法總則施行法關於一般請求權消滅時效之規定。（見司法院十九年院字三三三號解釋例）消滅請求權之時效時間，依民法總則之規定，視其債權之性質，分爲下列三類：

- (一) 十五年 原則上一般債權之請求權，皆因十五年不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。（民法一二五條）
- (二) 五年 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，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。（民法一二六條）

(三) 二年 下列各款請求權，因二年間不行使而消滅：(1) 旅店，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。(2) 運送費，及運送人所墊之款。(3) 以租賃動產爲營業者之租價。(4) 醫生，藥師，看護生之診費，藥費，報酬，及其墊款。(5) 律師，會計師，公證人之報酬，及其墊款。(6) 律師，會計師，公證人所收當事人物件之交還。(7) 技師，承攬人之報酬，及其墊款。(8) 商人，製造人，手工業人所供給之商品，及產物之代價。（以上見民法一二七條）

第六項 票據之利得償還

利得償還請求權者，執票人對票據債務人應行使之權利，或因時效，或因手續之欠缺，致遭消滅時，尙得對於發票人或承兌人，於其所受利益之限度內，請求償還之權利也。（票據法一九條四項）利得償還請求權非票據上之權利，僅爲執票人喪失其票據上之權利後，爲維持各關係人間之損益公平起見之一種特別的權利，蓋發票人或承兌人此時既因執票人權利之消滅而免去支付義務，設其先自執票人或其前手所受之資金或對價不必償還，未免有失公平，故法律許執票人於發票人或承兌人所受利益之限度內，爲償還之請求也。

執票人僅得對於發票人或承兌人爲利得償還之請求，且以發票人或承兌人曾因發票或承兌而受有利益者爲限。利得償還之請求，有四種方式，分述如左：

(一) 對於本票之發票人 本票之發票人當初出票與執票人或其前手之背書人時，多自執票人或其前手得有對價者，今既因執票人於時效期間內怠於行使權利，或欠缺法定手續，致消滅其權利，應仍許執票人向之請求所受利益之返還。

(二) 對於匯票之發票人 匯票之發票人當出票之初，往往亦自執票人或其前手得有對價，故亦應許執票人向之請求償還所受之利益。

(三) 對於匯票之承兌人 匯票之承兌人雖未直接自執票人或其前手得有對價，然與發票人之間則常先有資金關係，設因執票人權利之消滅而免支付之義務，其所受領之資金，既不由發票人向之請求返還而以之償還執票人，自應由執票人直接向之爲請求也。

(四) 對於支票之發票人 支票之發票人發出支票之初，往往亦自執票人或其前手之背書人得有對價，故當執票人之權利因時效或手續之欠缺消滅之時，亦可向之請求償還所受之利益。

第二節 匯票

第一項 發票

第一款 發票之款式

匯票發行當時票面上所記載之事項，分應記載之事項與得記載之事項兩種，發票人必就應記載之事項已為記載，並已簽名，票據始能發行。（票據法二一條）茲分述此二種事項如下

（一）匯票票面應記載之事項 下列各事項雖為匯票必具之記載，原則上應缺一無效，但欲絕對貫徹，又恐常致無效，於事實反多不便。故法律特為例外之規定，若某某事項未經記載即視為已為如何之記載者，仍得記載之。

（1）表明其為匯票之文字 即須在票面記明為匯票，使人一見即知，免與其他票據相混。（註一二）

（2）一定之金額 匯票所指示之標的，必為一定之金錢數額，金錢外之他物，應不能用以支付。金額得用文字或號碼填寫之。如文字與號碼不符時，以文字為準。以文字或號碼為數次之表示者，其表示有不符合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以最低額為準。（參看票據法四條民法五條票據法施行法二條一項）（註一三）

（3）付款人之姓名或商號 如未載付款人者，以發票人為付款人。

（4）收款人之姓名或商號 如未載收款人者，以執票人為收款人。

（5）無條件支付之委託 此為票據性質上重要特點之一。匯票既為票據，應無例外。不但匯票上不處有附條件之記載，即票據之支付須俟資金到來之限制等，亦均在禁止之列也。（註一四）

（6）發票地及發票年月日 如未載發票地者，以發票人之營業所，住所，居所所在地為發票地。

(7) 付款地 如未載付款地者，以付款人之營業所，住所，居所所在地為付款地。

(8) 到期日 如未載到期日者，視為見票即付。

(二) 匯票票面得記載之事項 下列各事項非匯票必須記載之事項，得由發票人於發票當時任意記載之。

(1) 擔當付款人 發票人得於付款人外，記載一人為擔當付款人。(票據法二三條前段) 所謂擔當付款人者，即付款人之代理人也。凡票上有擔當付款人之記載者，以後票據之付款，由擔當付款人為之。(註一五)

(2) 預備付款人 發票人亦得於付款人外，記載在付款地之一人為預備付款人。(票據法二三條後段) 預備付款人遇付款人拒絕承兌或拒絕付款時，有為參加承兌或付款之義務。

(3) 付款處所 發票人得記載在付款地之付款處所。(票據法二四條) 有此記載者，將來票據之承兌與付款，應均在所記載之處所為之。

(4) 利息及其利率 對於匯票金額我國票據法許其支付利息。故發票人得記載對於票據金額支付利息及其利率。利率未經載明時，定為年利六厘。利息自發票日起算，但有特約者，不在此限。(票據法二五條)

(註一六)

第二款 指己匯票與對己匯票

匯票之受款人原則上固為發票人以外之第三人，但亦得以發票人自己或付款人為受款人。(票據法二二

條上句)以發票人自己爲受款人之匯票，學者稱之爲指己匯票。

若匯票之發票人同時卽爲匯票之付款人者，則爲對己匯票，蓋亦爲我國票據法之所許也。(票據法二二條後句)對己匯票之發票地與付款地應否必在異地，法文並無明示，學者中有以爲應限於異地發行，始足以表示匯票之本色，否則與本票又何異也。(註一七)

第三款 發票人之責任

發票人應照匯票文義，擔保承兌及付款。所謂擔保承兌及付款，謂執票人自付款人不獲承兌或付款之時，經其請求，發票人有受其追索之責也。擔保承兌之責，得依特約免除之，擔保付款之責則不得免除之，因匯票上卽有免除擔保付款之記載，其記載亦屬無效。(票據法二六條)其理由據票據法草案說明書之所述，不外因「發票人委託他人付款而發匯票，對於承兌一層，在到期日前，或與付款人尙未接洽，或因款項尙未送到，預知呈示承兌亦屬無益，不妨在票據爲免除擔保承兌之記載。至付款一層，發票人應絕對負責，不准有免除擔保付款之記載。」

實則就我票據法之全部精神而觀，發票人擔保承兌之效果與擔保付款之效果並無少異。擔保付款之責既不得以特約免除之，擔保承兌之責亦以不得免除爲是。蓋依我票據法，執票人不獲匯票之承兌時，雖在到期日前，亦得行使追索權。而發票人爲票據債務人之一，自有受其追索而爲清償之義務。(票據法八二條九三條)發票人於執票人不獲承兌時，既須應其追索而爲付款，是其擔保承兌之效果，已與擔保付款無異。苟發票人以特約免除其擔保承兌之責後，於執票人不獲承兌行使追索權時，能拒絕清償者，則顯與採一權主義之追索權制度不合；

(註一八) 苟發票人以特約免除其擔保承兌之責後，受執票人追索時，仍須清償者，則以特約免除其擔保承兌責任之舉，有何意義？故依吾人所信，發票人得依特約免除擔保承兌之責之規定，實無必要。

(註一九) 表明其為匯票（或本票，或支票）之文字，為票據法之強行規定，苟有欠缺，即不能認有票據之效力。有以銀行本票未載本票字樣能否仍認有票據之效力，請求司法院解釋者，司法院於院字一一四七號答稱：「未載本票或其同一意義之文字，不能認有票據之效力。」但司法院此項解釋，實較票據法原文為寬，因票據法原文並無「或其同一意義之文字」字樣。依司法院之解釋，似票據即未載有本票匯票支票等字樣，苟另有與此同一意義之文字，仍不失其為票據。惟「同一意義之文字」仍甚費解，因在我國文字中，與匯票本票支票同一意義之兩個字，甚屬罕見。惟有依廣義解釋，從票據全體所用之文字，觀察其是否具有某種票據之性質，苟可認為具有某種票據之性質，則雖票據上並未載明某種票據之名稱，亦可認有票據之效力。司法院最近之解釋，即係從此見解，院字一四二二號稱：「票據載明所付即期洋若干元之字樣，即足以證明支票之性質者，雖未註明支票二字，應認有支票之效力。」此次解釋雖僅提到支票，於匯票本票應同樣可以適用。又此次解釋，表面上雖似有補充說明院字一一四七號之意旨，實則已一反一一四七號之精神，更與票據法立法原意不合。由此可見我國之司法解釋亦不無相當之權力也。

(註二〇) 匯票金額所指示之貨幣，應不限於本國通用之貨幣。故如以支付美金英鎊或法郎馬克之一定金額為匯票之內容者，仍有票據法上之效力。其以各地特種貨幣之支付為標的者亦如之。惟將來付款之時，表示匯票金額之貨幣如為付款地不通用者，得依付款日行市，用付款地通用之貨幣支付之，但有特約者，不在此限。（票據法七二條）

(註二一) 依英美法，不稱為無條件支付之委託，而稱為無條件支付之命令（*cash order*）所謂命令，乃含有一方有發命令之權利，他方有從命之義務之意義。蓋必雙方有命令服從之權利義務，而後始與請求給付有所分別也。惟其語氣，不必皆為命令式，即稍溫和謙遜，而自法律之立場觀之，仍不失為支付之命令者，並無不可。

(註二二) 擔當付款人之意義，據票據法草案說明書，乃付款人之代理人。因匯票上之付款地與付款人之住所或有相異之時，故付款人於承兌

之時往往於付款地選定擔當付款人，俾任代理付款之責。其與預備付款人不同之處，在預備付款人乃為發票人預防指定之付款人臨時拒絕付款或承兌而設。其意直接為執票人索取債權之保障，間接亦為匯票流通之保證。而擔當付款人則與匯票之信用及執票人權利之保障俱無關係，不過為付款之方便而設。蓋匯票既經付款人之承兌，自應由付款人負責。擔當付款人屆時即不照付，亦無責任。我票據法定為發票人亦得選定擔當付款人，殊無必要。因發票當時苟知付款人之住所不在付款地，不如逕以付款地之擔當付款人為付款人，較為簡便。英美票據法上無擔當付款人之規定，發票人所得記載者，僅 *retained in case of need*（預備付款人）一種。

（註一六）關於利率，民法上之規定，可資參考者，有下列各條：

- 二〇三條：應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五。
- 二〇四條：約定利率逾週年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本，但須於一個月前預告債權人。前項清償之權利，不得以契約除去或限制之。

二〇五條：約定利率超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。

（註一七）參看余榮昌氏票據法二九頁。

（註一八）關於追索權制度，各國所採主義不盡相同，詳見本節追索權一項內。

第二項 背書

第一款 背書之意義及效力

背書亦票據行為之一，依背書人之簽名及交付而生效力者。背書之效力有二：在背書人方面，為背書人因此成為票據債務人，對於其後手之執票人，負擔保承兌及付款之責。在被背書人方面，則背書有移轉票據之效力。

然學者中有否認此擔保力及移轉力爲背書之自然效力者。其說略謂背書之效力僅在背書人與被背書人以行使票據上權利之資格之一點，而非當然有移轉票據上權利之效力者。（註一九）

此說之所以發生，蓋鑑於法律上所用背書一語，意義不甚統一。有以背書可有轉讓權利之效力，而使被背書人依背書受讓其權利者。有以背書僅有設定質權之效力，而使被背書人取得票據上之質權者。有以背書僅能以行使權利之資格與被背書人（如委任取款背書）被背書人不能取得票據上之權利者。故不如就一切背書共同之點，爲抽象說明之爲愈也。

然反對此說者則以爲就票據法上之背書而言，原則上均屬所謂轉讓權利之背書，若委任取款背書僅爲例外。蓋普通之背書，無論爲記名之背書抑爲空白之背書，背書人從無於單純之背書行爲外，再爲轉讓之表示者。

但自吾人之觀點而言，則前述二說皆不無可議之處。背書之效力誠有擔保及移轉之二種，然所移轉者，則非票據上之權利。蓋在以票據行爲爲契約行爲之國家，背書所移轉者，固爲票據上之權利，在以票據行爲爲單獨行爲之國家如我中國，則善意執票人所享票據上之權利，既直接因票據債務人之行爲而發生，而非自其前手承繼而得，可見背書人必非以票據上之權利讓與被背書人。然則背書人依其背書行爲果以何種之利益移轉與被背書人乎？吾人以爲此時應視被背書人是否爲善意執票人而定。苟爲善意執票人，則背書人所移轉者，僅爲票據之占有，苟非爲善意執票人，則背書人所移轉者，爲其自己對於票據所能享受之權利。此因被背書人如非善意執票人，其對票據之權利乃自其前手承繼而得，故背書人必以其自己所享有之權利讓與之，其權利有瑕疵者，被背書

人亦如之。

依上說明，則委任取款背書又爲何種之背書乎？吾人欲解決此點，應先對委任取款背書之性質加以研究。依我票據法三十七條，委任取款背書之被背書人僅爲背書人之受任人，爲其代任取款之勞，對於票據本無權利之可言。但因取款之時，既須對各票據關係人爲種種應爲之行爲，苟自身不能行使票據上之權利，又何能達此目的？故背書人應以行使票據上權利之資格與之，使其得行使票據上之權利。此與本人對代理人爲授權行爲，而使代理人取得爲其代理人之資格，同一意義。故就背書之效力而言，委任取款背書與前述通常之背書實有不同。第一，委任取款背書無擔保力，此因被背書人對於票據並非權利人，僅爲背書人之代理人，背書人對之自無擔保承兌及付款之責任。第二，委任取款背書無移轉力。委任取款背書之背書人雖以行使票據上權利之資格與被背書人，然因授與之時附有委任取款之目的，其無讓與權利之意思，自無可疑。委任取款背書既與通常背書之性質不同，則其自身究爲何種性質之行爲乎？吾人以爲委任取款背書實即票據法上之授權行爲。在民法上，本人欲以代理權授與代理人者，其授與應向代理人，或向代理人對之爲代理行爲之第三人，以意思表示爲之。（參看民法一六七條）而在票據法上，則因票據行爲爲要式行爲，故執票人欲以票據委託他人代爲取款者，除須對之有委任之關係外，並須依一定之方式以取款之代理權授與之。此取款代理權之授與，即委任取款背書是。惟民法上之代理，原則不許代理人更選他人代替自己爲本人之代理人，而票據法上則復代理在認許之列。故委任取款背書之被背書人得以同一之目的，更爲背書，而使其次之被背書人代原背書人取款。

背書人擔保承兌之責，亦如發票人，得依特約免除之。其立法之理由及得失與前款所述相同，茲不復贅。（票據法三六條）

第二款 背書之款式及要件

背書人有擔保承兌及付款之責，已如上述。惟背書人所以須負此擔保責任，必在票據上曾為背書，否則事實上即曾讓與票據，對於其後手仍不負背書人之責也。（註二〇）

背書為票據行為之一種。故凡票據行為之特色，背書皆有之。惟背書之款式至為簡單。票據法第二十八條第一項規定曰：「背書由背書人在匯票之背面或黏單上為之。記載被背書人之姓名或商號，及背書之年月日。由背書人簽名。」

舉例言之，匯票之受款人欲轉讓其票據者，可以自己為背書人，所欲轉讓之人為被背書人，於票背照式簽名即可。無記名匯票之轉讓雖不必為背書，然其執票人苟欲以背書之方式，以自己為背書人而轉讓與他人者，自無不可之理。

背書人並得記載在付款地之一人為預備付款人。（票據法三二條）

背書之次數並無限制。背書之次數愈多，票據之價值愈高。蓋票上多一背書人之簽名，即多一票據債務人為票據擔保承兌及付款，於票據權利人至有利益也。惟票據既以背書之方法無限制流通於社會，自不免重復返入原背書人之手。惟此時之原背書人雖為被背書人，而其背書人則為其後手，應不得向其後手行使票據上之權利。

不但此也，匯票之發票人，承兌人，付款人，或其他票據債務人，亦有依背書而受讓原匯票之可能，此時若未屆到期日，票據上之債權債務既不因同屬於一人而消滅，原發票人等自得更以背書轉讓之。惟此時原發票人等因其前手之背書人本為其後手，應不能向之主張票據上之權利也。（票據法三一條九六條）

背書之時，並應注意下列諸要件：

（一）背書之效用既在使匯票於付款前自由流通於市場，故不但發行以後，到期日以前，執票人得隨時為背書，即到期日以後，如尚未作成拒絕付款證書，或未經過作成拒絕證書之期限，仍得以背書轉讓與他人。此項到期日後所為之背書，與到期日前之背書，有同一之效力。惟作成拒絕付款證書後，或作成拒絕付款證書期限經過後所為之背書，僅有通常債權轉讓之效力，背書人不負票據上之責任耳。（票據法三八條）

（二）執票人依背書轉讓其匯票時，應將票面所載之金額一次轉讓與一人。不能僅就匯票金額之一部分為背書，亦不能將匯票金額分別轉讓於數人，否則所為之背書，應不生效力。（票據法三三條前段）

（三）背書之時不能附記條件，亦為應注意之一點。蓋票據之效用貴在流通迅速，故發票當時，法律即規定須有無條件支付之委託，倘令背書人能附記條件，直與原意相反，故背書附記條件者，其條件視為無記載。（票據法三三條後段）

（四）背書不止一次者，前後尚應繼續連貫，毋使間斷，藉以證明其權利之源委。否則執票人不能取得票據上之權利。故背書中有空白背書時，其次之背書人視為前空白背書之被背書人。又塗銷之背書，關於背書之連續，

視為無記載。皆所以彌縫中斷之缺憾，而令前後繼續一貫也。（票據法三四條）背書之塗銷如由執票人故意為之者，則不但被塗銷之背書人得免其責任，即在塗銷背書人名次之後而於未塗銷以前為背書之背書人，亦均免其責任。（票據法三五條）

第三款 背書之種類

背書可分為通常背書及委任取款背書之二種。後者之性質效力均與前者不同，實不能以背書視之。但既名為背書，故亦不得不以之為背書之一種。

通常背書又可分為二種：一曰記名背書，一曰空白背書。記名背書即前款所述票背載有背書人及被背書人之姓名或商號之背書。空白背書則票背不記載被背書人，僅由背書人簽名而成。（票據法二八條二項）無論為記名背書，抑為空白背書，背書人皆負有同樣之責任，即皆因背書之行為取得票據債務人之資格也。

記名背書之匯票以後再有轉讓時，自須前被背書人更為新背書，但空白背書之匯票因無被背書人，故以後僅依票據之交付轉讓之。凡取得此匯票之人即為票據之權利人，其性質與無記名票據同，自得不再經背書之方式而流通於任何人之手。然若執票人願更為空白背書而以之轉讓於人者，亦無不可。即再以記名背書之方式，記載被背書人之姓名或商號而轉讓者，亦屬法之所許也。（票據法二九條）

空白匯票（註二）或最後之背書為空白之匯票，其執票人得於空白內記載自己或他人為被背書人，使成記名匯票，再為轉讓。（票據法三〇條）

第四款 背書之限制

背書之限制有下列三種情形：

(一) 由發票人禁止轉讓者 匯票之得依背書而轉讓，原欲使匯票因此能盡其效用，故發票人背書人對於執票人皆負擔保承兌及付款之責。但發票人不欲與他方面多生關係者，自許為禁止轉讓之記載。(票據法二七條一項) 凡匯票經發票人為禁止轉讓之記載後，即無流通之能力，任何人不得依背書轉讓之，否則其背書無效。

(二) 由背書人禁止轉讓者 背書人依背書轉讓其匯票於被背書人之際，亦得為禁止轉讓之記載。但其禁止之記載僅有相對之效力而無絕對之效力，被背書人仍得以之背書而轉讓與他人，惟背書人僅對被背書人負票據上之責任，對於禁止後再由背書取得匯票之人不負責任。(票據法二七條二項) 例如甲以匯票轉讓於乙時，雖於匯票上記明禁止轉讓，乙仍可轉讓於丙，由丙而丁以及於戊。於此情形，甲對乙固負票據上之責任，對於丙丁戊則毫無責任，丙對於丁，丁對於戊，則仍負背書人之責任也。(註三)

(三) 由執票人以委任取款之目的而為背書者 執票人以委任取款之目的而為背書者，其被背書人雖亦得行使匯票上一切之權利，與通常之被背書人並無少異，然其更為背書之能力，則大受限制。法律規定：此際被背書人僅得以同一之目的更為背書，是則於委任取款之目的外，被背書人固無權更為背書也。且其次之被背書人所得行使之權利，與第一被背書人同。發票人為此項背書之限制時，應於匯票上記載之。至票據債務人方面，則

因此項以委任取款之目的所爲之背書不生票據法上轉讓之效力，故對於委任人所得提出之抗辯，均得以之對抗受任人，但其對於受任人所得提出之抗辯，亦不得超過對抗委任人者之限度耳。（票據法三七條）

（註一九）余榮昌氏即主此說，見其所著票據法四〇頁。

（註二〇）最高法院二十一年上字一四〇九號判例稱：「依票據法之規定，匯票到期不獲付款時，執票人對於背書人固得行使其追索權，然其

票據背面如未蓋有轉讓之商號圖記，足認爲該號以背書轉讓，即難憑空對於該號行使追索權。」

（註二一）空白票據之發行，是否爲法之所許，我票據法未有明白規定。惟第三十四條既言執票人得將空白匯票改爲記名匯票，似亦認許空白票據之發行。但查英美票據法，發票人，背書人，承兌人，雖得簽名於已貼印花之空白票據而負票據債務人之責任，然執票人非於印花所許之限度內，依簽名人所授之權限，填寫票據之金額，且非於取得票據後「合理時間」reasonable time 內將空白款項填寫齊全，不得對於票據上之簽名人主張權利。但票據入於善意執票人之手者，則前執票人填寫空白款項時，即有超越權限之處，或非在合理時間內爲之者，仍得對於票據上簽名人主張權利。（英票據法二〇條美統一案一四條）

各種票據應貼印花，爲我舊印花稅暫行條例（民國十六年財政部公布施行）及新印花稅法（二十三年十二月八日國民政府公布）所明定。但應貼印花之文件不貼印花者，我新印花稅法及舊印花稅條例均僅有處罰及補納之規定。外國立法例有並使不貼印花之文件喪失證據力者。例如依英印花法之規定，對於不貼印花之票據，不得行使票據上之權利。但在刑事訴訟上，則即使不貼印花之文件，亦有證據力。

空白票據貼有印花，對於票據金額填寫時有相當限制之功。因印花乃依票據金額之多寡比例而貼，金額多者，所貼印花之價值亦大。故依舊印花稅條例，票據金額如在一百元以上未滿五百元者，貼印花四分，五百元以上未滿一千元者，貼印花一角。則貼四分印花之空白票據，填寫金額時，無論如何不得超過五百元。但依新印花稅法，則無此種差別貼印花之規定，不同票據金額大小，每件貼印

花二分。似與空白票據金額之限制殊有不利。

(註二) 依英美票據法，發票人或背書人得於票據上記載「不受追索」 sans recourse or without recourse 之旨。票據上有此項記載者，該發票人或背書人即得不負擔保承兌及付款之責，但票據仍得依背書而轉讓，不過執票人不得對該發票人或背書人主張票據上之權利耳。此與我票據法許背書人為禁止轉讓之記載，大致相似。惟英美法不限於背書人始得記載「不受追索」之旨，即發票人亦得為之，而我票據法僅限於背書人。又依英美法，記載「不受追索」之發票人或背書人，對其被背書人亦不負票據上之債務，被背書人僅得本於契約關係主張權利，而依我票據法，則背書人對於被背書人仍負票據上之責任，僅得對於被背書人之後手不負責任也。

第三項 承兌

第一款 承兌之意義及款式

「承兌者，匯票之付款人，因承諾支付之委託，負票面金額支付之義務，將其意思表示於票上之謂也。」（見票據法草案說明書）付款人於未為承兌之前，非匯票之當然主債務人，必經承兌之後，始負擔必須付款之義務。承兌亦為票據行為之一種。其款式頗為簡單，由付款人於執票人為承兌之提示時，在匯票正面記載承兌字樣，並簽名即可。若僅在票面簽名者，亦可視為承兌。（票據法四〇條）

第二款 承兌之期限

匯票雖一般均經過承兌手續，但亦非必無例外，如見票即付之匯票，其提示日即為到期日，（參看票據法第六三條）應無承兌之必要，除此而外，則一切匯票在付款以前，均得先請承兌。發票人或背書人並得在匯票上為

應請求承兌之記載，並得指定其請求承兌之期限。（票據法四一條一項）

發票人爲保護付款人計，免使自己與付款人間之資金關係未辦妥前受承兌之請求，並得於一定日期前，禁止執票人向付款人請求承兌。（票據法四一條二項）

發票人若既於一定日期前禁止請求承兌，背書人自不得在發票人所定禁止期限內，指定應請求承兌之期限。此爲防止期限之衝突，當然應有之規定也。（票據法四一條三項）

第三款 承兌之提示

匯票在承兌之先，應由執票人向付款人爲承兌之提示。除匯票上指定有應請求承兌之期限者，執票人應即於指定之期限內爲提示外，其他匯票在到期日前，執票人固隨時皆得向付款人爲承兌之提示也。（票據法三九條）

但此僅就票上載有確定到期日之匯票而言。若見票後定期付款之匯票，則其付款日之計算須依見票日而定，設執票人永不爲承兌之提示，付款人即永無見票之日，到期日更遙遙不可知矣。自必使付款人永負票據之債務，殊非保護債務人之道。故法律規定：見票後定期付款之匯票，應自發票日起，六個月內，爲承兌之提示。如發票人以六個月之期限過長或過短者，得以特約縮短或延長之，但延長之期限不得過六個月。（票據法四二條）

第四款 關於承兌之其他事項

（一）承兌日之記載 付款人於承兌當時，不必定須記載承兌之日期。但在下列二種情形，則承兌日之記

載則爲必要。(1)見票後定期付款之匯票，因其付款日之計算須依見票承兌日期而定，故若未經記載，應以提示期限之末日爲承兌日。(2)指定請求承兌期限之匯票，因其請求承兌期限既經指定，則在期限外請求承兌，應非法之所許，爲免除糾紛計，在承兌當時應即記明承兌日。若未經記載，應以發票人指定之承兌期限之末日爲承兌日。(票據法四三條)

(二)擔當付款人及付款處所之記載 付款人於承兌當時雖在付款地，難免於承兌後離去而不克於付款日起回者，此時如匯票上未經發票人指定擔當付款人者，付款人得於承兌時記載之，使屆時替代自己付款。(票據法四六條) 又付款地之付款處所，亦得由付款人於承兌時在匯票上記載之。(票據法四七條)

(三)承兌之延期 執票人請求付款人爲匯票之承兌時，付款人得請其延期爲之，以便準備，但延期以三日爲限。(票據法四五條)

(四)承兌之撤銷 付款人雖已簽名承兌，若未將匯票交還執票人以前，仍得撤銷其承兌。但已向執票人或匯票上簽名人以書面通知承兌者，不在此限。(票據法四八條)

第五款 不單純承兌

票據行爲皆以無條件及單純爲原則。不但發票時須爲無條件支付之委託，背書時不得附記條件，即承兌時亦以單純承認支付爲必要。附條件之承兌，應視爲承兌之拒絕。惟在承兌人方面，仍須依所附條件負其責任耳。

(票據法四四條第二項)

不單純之承兌原則上雖爲我票據法所不承認。亦非必無例外。如付款人僅就匯票金額之一部分爲承兌者，經執票人之同意，亦可有效。但執票人應即將事由通知前手。執票人如怠於通知，則未經承兌之匯票金額，將不能向其前手追索也。（票據法四四條一項）

執票人於獲一部分承兌後，對於未獲承兌之部分，應作成拒絕證書證明之。此爲行使追索權時手續上不能欠缺者也。（票據法四四條三項）

第六款 承兌人之責任

承兌之作用既在使付款人向執票人爲付款之承諾，故一經承兌，付款人即負付款之責，應不待言。無論付款人與發票人間有無資金關係，票據上之簽名及記載有無僞造，既經付款人爲承兌，即應依票上文義負付款之責也。（票據法四九條一項）

付款人承兌後到期不付款者，執票人固得作成拒絕證書向其前手之背書人或發票人行使追索權，仍得向承兌人請求支付。執票人雖係原發票人，亦得向承兌人直接請求支付票款及一切利息費用。（票據法四九條二項）

第四項 參加承兌

第一款 參加承兌之意義及款式

匯票之發票人及背書人均有擔保承兌及付款之責，前已言之。故如匯票到期不付款時，執票人爲行使或保

全票據上權利之行爲後，對於背書人發票人得行使追索權。即在到期日前，苟匯票不獲承兌，或付款人已死亡逃避或其他原因無從爲承兌之提示，或雖已承兌而已死亡逃避或受破產之宣告，或雖未承兌而已受破產之宣告，執票人亦得行使追索權。（票據法八二條）但到期日前行使追索權，無異縮短匯票之流通期間，究爲一種無可奈何之辦法，苟有第三人出而維持票據之信用，代發票人或背書人爲無條件支付票款之承諾者，則對於執票人既得一層保障，應無在到期日前行使追索權之必要。此第三人之所爲，即所謂參加承兌是也。

參加承兌亦爲票據行爲之一種，由參加承兌人在匯票正面記載下列各款並簽名：（一）參加承兌之意旨，（二）被參加人姓名，（三）年月日。（票據法五一條一項）

所謂被參加人者，即爲參加承兌人所擔保之人也。參加承兌人雖於票上爲參加承兌之簽名，不必皆爲發票人爲之，亦可爲特定之背書人爲之。惟法律規定被參加人未經記載者，應視爲爲發票人而參加。（票據法五一條二項）

第二款 參加承兌人

參加承兌人據票據法之規定，得分爲下列二種：

（一）預備付款人 發票人或背書人皆得於發票時或背書時在匯票票面記載在付款地之一人爲預備付款人，前已言之。此預備付款人即爲預防付款人不爲承兌時，執票人得向發票人或背書人行使追索權而設。蓋匯票上指定有預備付款人者，執票人於到期日前行使追索權時，得請求其爲參加承兌也。（票據法五〇條一項）

預備付款人自爲匯票之參加承兌後，其指定人即爲被參加人。（票據法五一條三項）

（二）預備付款人以外之人 參加承兌人原不以預備付款人爲限。凡非票據債務人，經執票人之同意，皆得以票據債務人中之一人爲被參加人而爲參加承兌。（票據法五〇條二項）被參加人在參加人爲彼參加承兌時是否知悉，對於參加承兌之効力並無關係。不過此時未受委託之參加人應於參加後，即速將參加事由通知被參加人。若參加人怠於爲前項之通知，因而發生損害時，應負賠償之責耳。（票據法五二條）

第三款 參加承兌之効力

參加人爲參加承兌後所生之効力，可分下列三方面述之：

（一）對於執票人 執票人允許參加承兌後，不得於到期日前，行使追索權。（票據法五三條一項）

（二）對於參加人 參加人爲參加承兌後，苟付款人或擔當付款人於匯票到期不付款時，經執票人之提示，有爲付款之責任。（票據法五四條）

（三）對於被參加人 被參加人於參加承兌後，雖得暫時不受追索，然非因此免除責任。對於執票人，仍須以票據債務人之資格而負擔保付款之責。故被參加人及其前手仍得於參加承兌後，向執票人清償票據債務，請其交出匯票及拒絕證書。（票據法五三條二項）

第五項 保證

第一款 保證之意義及款式

保證者，第三人爲擔保票據之債務所爲之票據行爲也。（票據法五五條一項）票據之債務有爲發票人所負擔者，有爲承兌人所負擔者，有爲背書人及其他債務人所負擔者。保證人視其爲何種債務人而保證，以定其所保證之債務爲何種之票據債務。

保證既爲票據行爲之一種，以作於匯票或其謄本上爲必要。據票據法第五十六條之規定：保證應在匯票或其謄本上記載下列各款，由保證人簽名：（一）保證之意旨，（二）被保證人姓名，（三）年月日，未載明年月日者，以發票年月日爲年月日。

第二款 保證之當事人及標的

所謂被保證人者，卽爲保證人所擔保之人也。保證人通常多爲發票人或承兌人而爲保證，因承兌人爲匯票之主債務人，發票人爲匯票之發行人，其信用臧否，於票據之流通至有關係；然亦有爲某特定之背書人或其他票據債務人而爲保證者，故應於保證時記明被保證人之姓名。若保證時未經載明者，視爲爲承兌人保證。票據未經承兌者，視爲爲發票人保證。但得推知其爲何人保證者，應不在此限耳。（票據法五七條）

保證人之爲保證，既爲增加票據信用起見，於執票人自係有利而無害，故除票據債務人外，不問何人皆得爲之。（票據法五五條二項）

保證人不必爲一人，亦得由二人以上同時爲保證。惟二人以上爲保證時，應連帶負責。（票據法五九條）

保證之標的，當然爲匯票金額之給付。然可無須就金額之全部爲保證，若僅就其一部爲之者，亦屬合法有效

也。（票據法六〇條）

第三款 保證人之責任及權利

保證人之責任與被保證人同。易言之，被保證人爲發票人者，保證人之責任即爲發票人之責任。被保證人爲承兌人者，保證人之責任即爲承兌人之責任。（票據法五八條一項）惟通常民法上之保證人有檢索抗辯權，債權人若未就主債務人之財產強制執行而無效果前，保證人得拒絕清償。（參看民法七四五條）而票據法上之保證人，則「擔任保證之後，法律上之責任極爲嚴重，執票人可捨被保證人逕向保證人主張權利。」（見票據法草案說明書）是匯票保證人蓋無檢索抗辯權也。（註二三）

匯票保證人之責任，尚有一特點，即獨立有效是也。通常民法上之保證，必主債務能成立，保證債務始有存在之可言。匯票保證則不然。被保證人之債務縱爲無效，保證人仍負擔其義務，此因匯票保證爲獨立之票據行爲，一經保證人於票據上爲簽名，即應依其記載之意旨負責也。故如被保證人之簽名縱爲偽造，若保證人已爲保證，對其不生影響。但被保證人之債務如因方式之欠缺而致無效者，（如發票時欠缺法定應記載之事項，）則匯票本身之效力既發生動搖，保證人自得免其義務耳。（此時保證人有對物的抗辯權。）（票據法五八條二項）

保證人爲被保證人清償債務後，對被保證人及其前手自有求償之權。故凡執票人對彼等所得行使之追索權，保證人皆得代位行使之。（票據法六一條）

（註二三）保證人之責任既與被保證人同，自亦得因時效期間之經過而免除。即保證人爲本票之發票人或匯票之承兌人保證者，其時效爲三

年，爲支票之發票人而保證者，其時效爲一年，爲本票匯票之背書人而保證者，其時效爲一年，爲支票之背書人而保證者，其時效爲四個月（參看票據法一九條）

第六項 到期日

匯票發行之初，在票面應有到期日（註二四）之記載，未載到期日者，視爲見票即付，前已言之。然匯票之到期日除見票即付外，尙可分爲三種。茲據票據法第六十二條之規定，爲之分述如次：

（一）定日付款 此種匯票之到期日，既經明白訂定，應無說明必要。

（二）發票日後定期付款 此種匯票並不明定到期日之年月日，僅記明一個月後或數個月後或一個半月後付款，或下月初或本月底付款，因之易滋疑義。故法律特設規定：（1）凡發票日後一個月或數個月付款之匯票，以在應付款之月與該日期相當之日爲到期日，無相當日者，以該月末日爲到期日。例如發票日爲一月三十日，一個月後付款，到期日應爲二月三十日，但二月無三十日，則以二月之末日爲到期日。（2）發票日後一個月半或數個月半付款之匯票，應依前項規定計算全月後，加十五日，以其末日爲到期日。（3）票上載月初，月中，月底付款者，以是月之一日，十五日，末日爲到期日。（票據法六五條）（註二五）

（三）見票即付 此種匯票既無到期日，應以提示日爲到期日，何日提示，何日即須付款。故若執票人永不提示，付款人即永無爲清償之一日，亦殊不便。法律因特定提示之期限爲六個月。執票人應於發票日起六個月內爲提示。但此六個月之期限得由發票人以特約延長或縮短之。延長之期則以六個月爲限。（票據法六三條）

(四) 見票後定期付款 此種匯票之到期日須見票後始能起算，故見票承兌日極為重要。若承兌之期限未經指定，應自發票日起六個月內為承兌。執票人在承兌期限內怠於為承兌之提示者，則以期限之末日為見票日，由此計算到期日。又如執票人已為承兌之提示而遭拒絕者，則自拒絕證書作成日起計算其到期日。(票據法六四條) 其計算方法與發票日後定期付款之匯票相同。

匯票一屆到期日，即應一次付款。分期付款之匯票不便流通，應作無效。(票據法六二條二項)

(註二四) 我國票據法對於票據之到期日，除特定之四種而外，不認許有其他種類之到期日。附條件之到期日，依條件之完成日為付款日者，固為我票據法所不容，即依一定事實之發生時日以定到期日者，亦為我票據法所不許。但在英美法，則得依一定事實之發生時日而定到期日。此因一定事實之發生早已確定，不過其發生之時日未能確定而已，不若條件之事實是否發生及何時發生均不確定故也。例如俟某人死亡付款之票據可以有效，即因此票據之付款，乃 on or at a fixed period after the occurrence of a specified event which is certain to happen though the time of happening may be uncertain. (英票據法一一條，美伊

利諾州票據法四條)

(註二五) 於此有一問題，即票上所記載之發票日與實際發票日不符者，其票據是否有效？苟為有效，則發票日後定期付款之匯票，其到期日究依票上所記載之發票日而計算乎？抑依實際發票日而計算乎？吾人以為票上所記載之發票日即與實際發票日不符，票據仍可有效，發票日後定期付款之匯票其到期日應依票上所記載之發票日而計算。此蓋為適應市場習慣起見，不得不為便宜之解釋也。英美法對於 ante-dated 及 post-dated 之票據，苟非違違法之目的者，皆明文許其有效。又不限於發票日，即承兌日，背書日，有 ante-dated 或 post-dated 者，亦屬有效。(英票據法一一條，美伊利諾州票據法一二條)

第七項 付款

第一款 付款之提示

匯票之付款人雖自承兌後即負付款之責，然若執票人迄不爲付款之提示，自亦無從履行其債務。故提示之於付款，非僅法定之要件，實亦必要之手續也。執票人原則上固應於匯票到期日即爲付款之提示，但亦得於其後二日內爲之。（票據法六六條一項）

執票人爲付款之提示時，原則上應向付款人爲之。但匯票上有擔當付款人者，應改向擔當付款人爲之。（票據法六六條二項）付款人或擔當付款人不爲付款者，匯票上有參加承兌人時，則付款之提示應向參加承兌人爲之。無參加承兌人而有預備付款人時，應向預備付款人爲之。（票據法七六條）

爲交換票據向票據交換所提示者，其提示與向付款人所爲之提示，有同一效力。（票據法六六條三項）

第二款 付款之期日

執票人爲付款之提示後，付款人應即付款，此固原則。但如習慣有須見票次日始行付款者，應亦聽之。即付款人欲延期付款者，經執票人之同意，亦無不可，但以提示後三日爲限耳。（票據法六七條）（註二〇）

執票人不得於到期日前爲付款之請求，自不待言。即付款人欲於到期日前付款者，執票人亦得拒絕之。因如不許執票人有拒絕權，即不啻減殺匯票在到期日前之流通能力也。但如執票人亦願在到期日前付款者，自無不可。惟此時付款人須自負其責，設有舛誤，不得以已付款爲對抗也。（票據法六九條）

第三款 付款之方法

(一) 付款時應有之注意 付款人在付款時應注意下列兩項：

(1) 匯票背書是否連續 匯票之背書應前後連續，不可中斷，前已言之。如有中斷，每無從證明票據權利人權利之源委。故如付款人對於背書不連續之匯票付款者，應自負其責。(票據法六八條一項)

(2) 匯票之真偽 付款人對票據之真偽應有鑑別之責，固不待言。對背書簽名之真偽，則不負認定之責。又，收款人爲來人或任何執票人者，固不生認定之問題，即收款人爲指名之人，付款人對之亦無爲認定是否即係本人之責。但付款人有詐欺或重大過失時，則不在此限耳。(票據法六八條二項)

(二) 支付匯票金額 付款人將匯票審視後，應即依下述之規定而付款。

(1) 關於匯票金額 付款原則固應就全部金額一次爲之，但亦得付一部分，執票人不得拒絕。執票人於獲一部分付款後，對於未獲付款之部分，應作成拒絕證書證明之。(票據法七〇條)

(2) 關於表示匯票金額之貨幣 表示匯票金額之貨幣如爲付款地不通用者，得依付款日行市，用付款地通用之貨幣支付之。但有特約者，不在此限。又如表示匯票金額之貨幣，在發票地與付款地名同價異者，推定其爲付款地之貨幣。(票據法七二條)

(三) 請求交出匯票 付款人就匯票金額爲全部之付款時，得要求執票人記載收訖字樣，簽名爲證，並交出匯票。付款人就匯票金額爲一部分之付款時，得要求執票人在票上記載所收金額，並另給收據。(票據法七一條)

(四) 提存匯票金額 付款人或其他之票據債務人之爲付款，須執票人先爲付款之提示。苟執票人在提示之期日內不爲提示者，票據債務人得將匯票金額提存於付款地之法院，商會，銀行公會，或其他得受提存之公會所。其提存費用由執票人負擔之。票據債務人爲匯票金額之提存後，有免除其債務之效力。(票據法七三條)

(註二六) 我票據法許付款人延期付款，與英票據法上之恩惠日 (Days of Grace) 實非一物，不可不辨：(1) 我票據法雖許付款人延期付款，但須經執票人之同意，而英國匯票則苟票上無取消恩惠日之記載者，必於到期日起加算恩惠日。(2) 依我票據法，付款人延期付款者，以三日爲限，必定爲三日，而依英票據法，則恩惠日概爲三日。(3) 依我票據法，延期付款既須得執票人之同意，自須執票人提示付款當時始得磋商，而依英票據法，票上苟無取消恩惠日之記載，恩惠日之加算乃屬當然，故票據之到期日乃恩惠日之末日。(見英票據法一四條一項。美統一案則無關於恩惠日之規定，各州依統一案所制定之票據法亦多無恩惠日之規定。)

到期日適爲星期日，紀念日，或其他休息日時，付款人究應於前一日付款，抑於其次日付款，我票據法未有規定，自應依民法一二二條所定，概以其次日爲付款日。但外國立法例有依休息日之種類分別規定，不概以遲一日付款爲原則者，如英國票據法是。依該法一四條，恩惠日之末日適爲星期日，聖誕節日，(十二月二十五日)，耶穌受難日，(Good Friday) 即耶穌復活節前之星期五)，或感恩節日，(public fast or thanksgiving day) 以其前一日爲付款日；恩惠日之末日爲銀行休假日，以其次日爲付款日；恩惠日之末日爲星期日而其前一日爲銀行休假日，以其次日爲付款日。

第八項 參加付款

第一款 參加付款之意義

參加付款者，第三人於匯票到期被拒絕付款時，爲阻止執票人行使追索權，所爲之付款也。參加付款與參加承兌之作用，同爲阻止追索權之行使，故皆有被參加人，所不同者，一則阻止追索權之行使於拒絕承兌之際，一則

阻止追索權之行使於拒絕付款之際耳。

第二款 參加付款人

得爲參加付款之人可分爲下述三種：

(一) 參加承兌人 匯票到期，經執票人之提示，而付款人或擔當付款人不爲付款者，有參加承兌人時，執票人應向參加承兌人爲付款之提示。(票據法七六條一項) 參加承兌人爲參加付款者，以被參加承兌人爲被參加付款人。(票據法七九條二項) 參加承兌人不於付款提示時爲清償者，執票人應請作成拒絕付款證書之機關於拒絕證書上載明之。執票人不向參加承兌人爲付款之提示或不請求將拒絕付款事由載明拒絕證書者，對於被參加人及其後手，喪失追索權。(票據法七六條二三兩項)

(二) 預備付款人 匯票上無參加承兌人而有預備付款人者，苟付款人或擔當付款人不於付款提示之期限內付款時，執票人應向預備付款人爲付款之提示。(票據法七六條一項) 預備付款人爲參加付款時，以指定預備付款人之人爲被參加付款人。(票據法七九條二項) 預備付款人不於付款提示時爲清償者，執票人應請作成拒絕付款證書之機關於拒絕付款證書上載明之。執票人不向預備付款人爲付款之提示，或不請求將拒絕付款事由載明拒絕付款證書者，對於指定預備付款人及其後手，喪失追索權。(票據法七六條二三兩項)

(三) 參加承兌人及預備付款人以外之人 參加付款不問何人均得爲之，不以上述二種人爲限。惟票據上有上述二種人時，應先向之爲付款之提示耳。參加付款人既以代付款人清償債務爲目的，執票人對之應無拒

絕之理由。執票人拒絕參加付款者，對於被參加人及其後手，喪失追索權。（票據法七五條）請爲參加付款者有數人時，其能免除最多數之債務者有優先權。但如故意違反此種規定爲參加付款者，對於因之，能免除債務之人，喪失追索權。能免除最多數之債務者有數人時，應由受被參加人之委託者，或預備付款人參加之。（票據法七七條）由參加承兌人及預備付款人以外之人爲參加付款，而匯票上未記載被參加付款人者，以發票人爲被參加人。請爲參加付款之人非受被參加人之委託者，應於參加後急速將參加事由通知被參加人，參加人怠於爲通知因而發生損害時，應負賠償之責。（票據法七九條二三兩項）

第三款 參加付款之時期

參加付款應於執票人得行使追索權時爲之。易言之，即應於付款人不爲付款時爲之。但至遲不得逾拒絕證書作成期限之末日。（票據法七四條）例如匯票之到期日爲一月一日，則依執票人必須在匯票之到期日或其後二日內向付款人爲付款之提示之規定，（參看票據法六六條）執票人應於一月一日至三日之期限內爲付款之提示，如付款人於一月三日拒絕付款者，執票人應依於拒絕付款日或其後二日內作成拒絕證書之規定，（參看票據法八四條二項）於一月六日前作成拒絕證書。一月五日即爲拒絕證書作成期限之末日，參加人欲參加付款者，應於一月六日前爲云。

第四款 參加付款之方法

（一）參加付款之記載 參加付款人應於拒絕付款證書內記載參加付款之意旨，被參加人，參加付款之

年月日，由參加人簽名。（票據法七九條一項）

（二）支付匯票金額 參加付款應就被參加人應支付金額之全部爲之，不得爲一部分之支付。（票據法

七八條）

（三）請求交付匯票及拒絕證書 參加付款後，執票人應將匯票及收款清單交付參加付款人，有拒絕證書者，應一併交付之。執票人違反此項規定者，對於參加付款人，應負損害賠償之責。（票據法八〇條）

第五款 參加付款之效力

參加付款自參加人爲付款後，法律上有如次之效力：

（一）參加付款人對於承兌人，被參加付款人及其前手，取得執票人之權利。但不得以背書更爲轉讓。（票據法八一條一項）

（二）被參加付款人之後手因參加付款而免除債務。（票據法八一條二項）

第九項 匯票債務之消滅

付款有消滅票據債務之效力，人所盡知。然票據上之債務人不止一人，各債務人對於執票人皆連帶負責，各債務人彼此間又互有權利義務，果皆因付款而消滅乎？

我票據法對於匯票債務之消滅，不爲另設一節，分別情形而爲規定，致適用之時，多所不便，不能謂非立法之失策。茲姑依有關係之各條暨民法之規定，並參考英美立法例，試爲說明如次。

通常所謂票據債務之消滅，蓋指票據上一切債務全歸消滅而言。此時對於執票人，各債務人固不負責，即各債務人彼此間亦全無債務存在。然票據債務亦有僅對某債務人消滅，而對其他債務人仍然存在者。例如背書人受執票人之追索而為清償，雖得消滅其背書人之責任，然其前手之其他背書人，發票人，承兌人之責任，固不因其清償而消滅也。蓋此時其前手之背書人等，對於受清償之執票人雖得免責，註二七而對於代位該執票人主張票據權利之人，則仍須負責。吾人名前者為票據債務之絕對消滅，後者為票據債務之相對消滅。

吾人但知付款有消滅票據債務之效力，實則除付款而外，非別無其他方法可以消滅票據之效力者。茲就絕對消滅及相對消滅二項分別列舉如下：

第一款 票據債務之絕對消滅

能使票據債務絕對消滅者，有次述之五種事由：

(一) 由主債務人為付款 匯票之主債務人為承兌人，故由承兌人於匯票到期向執票人為付款者，票據上一切債務均歸消滅。英美法上所謂 *payment in due course* 即係此義。註二八分析言之：

(1) 付款者須為主債務人 苟付款者非為主債務人之承兌人，而為發票人或背書人或參加付款人，則匯票上之債務並不絕對的消滅，僅對於為付款之人相對的消滅，而此為付款之人遂取得執票人之權利，得向其前手或承兌人要求付款之償還。(票據法九五條八一條參看)但匯票不經承兌者，如見票即付之匯票，則既無承兌人，自應解釋為經付款人於匯票到期向執票人為付款後，票據債務即絕對的消滅。

(一) 須於匯票到期付款 到期日前之付款，不但執票人得拒絕之，即付款人亦切忌為之。必欲為之，亦必須將匯票收回銷毀，否則苟有糾紛，付款人不能以已付款為對抗也。例如付款人於到期日前已付款而未將匯票收回，或雖已收回而忽遭竊盜者，因匯票於到期日前雖重返於發票人，承兌人，付款人，或其他票據債務人之手，仍得更以背書轉讓之，故此時為善意執票人所得，將使付款人負第二次付款之責也。(票據法三一條六九條參看)

(3) 須匯票上之背書俱相連續 付款者雖為匯票之主債務人，且雖於匯票到期付款，然其匯票上之背書不相連續，則其付款仍難有消滅票據債務之效力。(票據法六八條一項參看) 但背書之連續非謂前後手之姓名必相銜接，不能稍有空白塗銷之處。故如背書中有空白背書時，其次之背書人得視為前空白背書之被背書人，塗銷之背書，關於背書之連續得視為無記載。(票據法三四條參看)

(4) 須付款人無詐欺或重大之過失 匯票之主債務人為付款時，對於背書簽名之真偽及執票人是否本人，雖不負認定之責，但有詐欺或重大過失時，仍難卸責。此時其付款自不能有消滅票據債務之效力。(票據法六八條二項參看)(註二九)

(二) 由執票人故意塗銷承兌人之簽名及記載 票據上之簽名或記載被塗銷時，如由票據權利人故意為之者，有免除簽名人責任之效力。執票人為匯票唯一的權利人，承兌人為匯票主債務人，故由執票人故意將承兌人之簽名及記載塗銷者，自有消滅匯票上一切債務之效力。(票據法一四條參看)(註三〇)

(三) 由執票人於匯票到期向承兌人表示免除其債務之意思。執票人爲匯票之權利人，苟欲拋棄其權利，自無不可之理。但必須向承兌人表示者，則因承兌人爲匯票主債務人，如果免責，則其他一切債務人皆可免責。至其免除之表示必須於匯票到期爲之者，則因匯票如未到期，尙得以背書流通市場，執票人縱對承兌人爲免除之表示，苟再以背書轉讓其匯票，承兌人應不能以已被免除對抗善意執票人也。惟嚴格言之，到期日後之背書非不能有背書之效力，必待作成拒絕付款證書期限經過後，匯票始失其流通之能力，故執票人欲免除承兌人之債務者，如於此時爲之，則匯票債務之消滅可確定無疑。（民法三四三條票據法三八條參看）至於免除之方法，外國立法例有定爲須以書面爲之，如不以書面則須以匯票交付於承兌人者。（如英票據法六二條二項，美伊利諾州票據法一一一條）我民法關於免除之規定，見於債編通則，因係爲一般的債之關係而定，故其方法原則上係由債權人以意思表示爲之。票據關係與一般之債既有不同，關於其債務之免除所用之方法，自應斟酌，不能一概準用也。

(四) 由承兌人於匯票到期取得票據。匯票得依背書讓與發票人、承兌人，或其他票據債務人之手，前已言之。此時匯票苟未到期，前項受讓人仍得更以背書轉讓之。但如匯票爲承兌人取得時，已屆到期日者，則一方面因匯票之流通力已經喪失，承兌人成爲最後之執票人；一方面又因權利與債務同歸一人，票據之關係遂因混同而消滅。（民法三四四條票據法三一一條參看）

(五) 由執票人因時效消滅其對於承兌人之權利。執票人對於承兌人所有匯票上之權利，自到期日起，

三年間不行使者，因時效而消滅。則承兌人自其權利消滅之日起即免除票據上之責任。至其他票據債務人之責任，則因主債務人既已免除，遂亦同被免除。惟承兌人之債務雖因時效而消滅，苟當初為承兌之時，曾自發票人或他人受有利益者，如經執票人之請求，仍應依其所受利益之限度而為償還。但此項償還之義務，則完全根據不當得利之理由而生，絕非票據上之債務也。（票據法一九條民法一七九條參看）

第二款、票據債務之相對消滅

能使匯票債務人中特定之一人或數人之債務歸於消滅，而使其他債務人仍然負責者，亦有次述之五種事由：

（一）由非匯票之主債務人為付款 匯票到期執票人雖應向承兌人提示付款，然苟有不獲付款之情形；或雖未到期而有不獲承兌，無從為承兌之提示，或付款人或承兌人受破產宣告之情形；則執票人得對於背書人、發票人及匯票上其他債務人行使追索權。受追索者即有應其追索而為付款之義務。蓋匯票上之債務人，除承兌人負無條件付款之責任外，皆有擔保付款之責任，故一有不獲付款之情形，即須應執票人之追索而為付款也。惟此種債務人之付款，並無使票據債務絕對消滅之效力。僅付款者本人及其後手得因付款而消滅其所負之債務。若其前手及承兌人則仍須負其應負之責任。因此時付款者均得代位行使執票人之權利，向其前手及承兌人請求償還也。（票據法八二條九三條四項參看）

（二）由執票人故意塗銷非主債務人之簽名或記載 執票人故意塗銷背書者，其被塗銷之背書人，及在

被塗銷背書人名次之後而於未塗銷以前爲背書者，均免其責任。此爲我票據法三五條所明定。但執票人所得塗銷者本不以背書爲限，即發票人之簽名，保證人之簽名，亦皆得塗銷之。惟被塗銷者爲背書人之簽名時，則其前手之背書人發票人承兌人及此等人之保證人之債務仍然存在。被塗銷者爲發票人之簽名時，則承兌人及其保證人之債務仍然存在。被塗銷者爲保證人之簽名時，則被保證人及其他債務人之債務仍然存在耳。

(三) 由執票人向非主債務人表示免除其債務之意思。執票人隨時皆得對非主債務人中任何債務人表示免除其債務之意思。被免除之債務人之後手，因亦同被免除。惟此時執票人之表示僅有拘束其自己之效力，嗣後其票據苟又爲他人所得，則此新執票人苟爲善意執票人，仍得對該債務人及其後手行使權利也。免除之方法與前述向主債務人之免除方法不必相同。吾人以爲向主債務人免除債務者，不妨採英美立法例，向主債務人以書面爲之，或以票據交付之；但向非主債務人免除債務者，則因執票人對於未被免除之其他債務人尙可行使權利，應不能以票據交付之，故不妨概以書面表示之。

(四) 由有付款之責者提存票據金額。執票人於匯票到期不爲付款之提示時，凡有應其提示而爲付款之責者，不問此時爲承兌人，付款人，抑爲參加承兌人，預備付款人，皆得將匯票金額提存於付款地之法院，商會，銀行公會，或其他得受提存之公共會所。惟提存雖有免除提存人債務之效力，而執票人對於票據之權利則不因提存而消滅，故此時尚難謂票據上一切債務已因提存而消滅也。（票據法七三條參看）

(五) 由執票人因時效消滅其對於發票人或背書人或其他匯票債務人之權利，或由於前項已爲清償之

債務人因時效而消滅其對於前手之權利。匯票執票人對前手之追索權，自作成拒絕證書日起算，（其免除作成拒絕證書者，自到期日起算，）一年間不行使因時效而消滅。則除承兌人及前手中已受追索者外，概因執票人權利之消滅而免除其對於執票人之責任。但已受追索之前手，苟對執票人爲清償者，仍得對其前手行使追索權。其追索權之時效，自其爲清償之日或被訴之日起算，以六個月爲限。故六個月內，苟不使其追索權者，則其前手之責任歸於消滅。（票據法一九條參看）

（註二七）票據上各債務人對於執票人皆連帶負責，（票據法九三條）依民法二七四條，「因連帶債務人中之一人爲清償，代物清償，提存，抵銷，或混同，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。」自得因其中一人爲清償，對於執票人皆免責任。

（註二八）“Payment in due course” 依英票據法五九條一項之定義，means payment made at or after the maturity of the bill to the holder thereof in good faith and without notice that his title to the bill is defective.

（註二九）此點我票據法之規定與英票據法頗有出入。依英票據法五九條一項，付款人苟非出於詐欺（in good faith）且不知執票人對於票據之權利有瑕疵（defect of title）者，其付款即爲 payment in due course，似與我法之規定相似，但一究其詳，即知其不然。蓋依英法，偽造簽名不能僅以 defect of title 論，有使票據全然無效之力。（二四條）故如指示式之匯票爲人偽造受款人之簽名請求付款者，承兌人付款之時縱屬善意，仍難免責。但如爲無記名之匯票或空白背書之匯票，則因轉讓之際既無須更爲背書，執票人之權利自非依簽名移轉而來（The title is not acquired “through or under” the signature），而僅依交付而得，票上之簽名即有偽造，承兌人付款時苟屬善意，即可免責。

（註三〇）票據上之記載非由權利人故意塗銷者，不生效力。則權利人有此故意與否，應爲解決問題之關鍵。但故意之證明頗爲不易，究應由何人負舉證之責乎？依民法二七七條之原則：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責。」仍不易解決。因此時被塗銷

者必主張有故意，若必使其負舉證之責而後始得免除債務，顯與票據之本旨不合，故英美立法例皆令爲塗銷之權利人負反證之責，換言之，即權利人苟欲主張其塗銷非出於故意，或係由於錯誤，或係無權之行爲，仍欲令被塗銷之債務人負責者，須負無故意之舉證責任。（英票據法六三條三項，美伊利諾州票據法一二二條）

第十項 追索權

第一款 追索權之意義及立法主義

匯票之主債務人如承兌人，應負付款之責，固無論矣，即其他之票據債務人如發票人，背書人等，亦皆負擔保承兌及付款之責。此爲票據債務之特色，亦即追索權之所由生也。故所謂追索權者，執票人於不獲由票據主債務人承兌或付款時，得向其他票據債務人請求清償之權利也。然執票人之得行使此項權利，亦非無期限及手續上之限制者。必須於票據法所定期限內，爲行使或保全匯票上權利之行爲後，始得對於背書人，發票人，及匯票上其他債務人，行使追索權，否則其追索權即行喪失。期限經約定而不於期限內爲行使或保全行爲者，對於該約定之前手，亦喪失追索權。（票據法八二條一項及一〇一條）

各國對於追索權之立法，所採主義不盡相同。有採一權主義者，有採二權主義者，有採選擇主義者。茲就各種主義之特色，略述如下。

（一）一權主義 一權主義者，無論爲拒絕付款或爲拒絕承兌，執票人除得向其前手要求清償外，別無其他權利之謂也。故如匯票不獲承兌，雖未到期，執票人僅得對其前手要求清償，不得先請求擔保。英國票據法及美

國多數州之票據法採此主義。我票據法亦然。

(二) 二權主義 二權主義者，執票人之追索權除清償請求權外，尚有擔保請求權之謂也。蓋執票人於付款人拒絕承兌之時，僅能對其前手先請求擔保，嗣後設又拒絕付款，始得再要求清償。德票據法及日商法採此主義。

(三) 選擇主義 選擇主義者，執票人於付款人拒絕承兌之時，得依己意就擔保或清償兩種追索權中擇一以向其前手為追索之謂也。選擇主義有兩權主義之長而無兩權主義之短，有一權主義之利而無一權主義之弊，允稱精當，法商法採此。

我票據法所以不採選擇主義者，非不知選擇主義有其長處，徒以實行之時，較為複雜，而我國新式票據習慣又極幼稚，法律知識復不普及，恐多窒礙。至於不採兩權主義者，則因票據之承兌既被拒絕，票據債務人之信用必已薄弱，即令先為擔保，亦屬無益。故不如直截了當，從英美立法例，採用一權主義之為愈也。

惟吾人有不能已於言者，即依一權主義之精神，發票人背書人之擔保承兌責任似不能依特約而得免除。何則？蓋此時執票人所得行使者既為清償請求權，而非擔保請求權，苟其前手之發票人背書人得依特約免除其擔保承兌之責，此時對於執票人應不負清償之責，則執票人之追索權豈非無法行使？故依吾人所信，苟欲貫徹一權主義，發票人背書人擔保承兌之責必不能免除；苟欲維持發票人背書人得以特約免除其擔保承兌之責，則必捨一權主義而改取兩權主義也。

第二款 追索權人及被追索人

得行使追索權之人固以執票人爲常，然不限於原執票人。苟執票人已自背書人獲得清償，則此時爲清償之背書人即取得前執票人所有一切權利，亦得向其前手及發票人行使追索權矣。（票據法九三條四項）但發票人爲背書人時，對其前手應無追索權，前背書人爲被背書人時，對其原有之後手亦無追索權。（票據法九六條）被追索之發票人、背書人及其他票據債務人，與承兌人，對於執票人，同負連帶責任。執票人得不依負擔債務之先後，對於此項債務人之中一人或數人或其全體，行使追索權。執票人對於債務人中的一人或數人已爲追索者，對於其他票據債務人仍得行使追索權。（票據法九三條一二三項）

第三款 行使追索權之原因

有下列情形之一時，執票人得行使追索權：

（一）不獲付款 此言匯票到期不獲由付款人、承兌人、或預備付款人、或參加承兌人付款。所謂不獲付款，究由於付款人之拒絕付款，抑由於其他原因無法付款，均所不問。（票據法八二條一項）又付款人僅爲一部分之付款，對於未獲付款之部分，執票人亦得行使追索權。（參看票據法七〇條）

（二）不獲承兌 執票人在匯票到期日前，得向付款人爲承兌之提示，前已言之。付款人之爲承兌，既爲允諾付款之表示，故若於提示時爲付款人拒絕承兌者，無異明示日後決無清償之希望。故雖在到期日前，執票人亦得行使追索權。（票據法八二條二項一款）

(三) 付款人或承兌人死亡逃避或其他原因無從爲承兌或付款之提示 此時承兌既不可能，付款自更無望，應許執票人在到期日前即得行使追索權。(票據法八二條二項二款)

(四) 付款人或承兌人受破產之宣告 此時付款人之付款能力既因破產而喪失，雖未屆到期日，亦應許執票人行使追索權。(票據法八二條二項三款)

第四款 行使追索權之步驟

(一) 提示 提示於追索權之行使爲必要之手續，除非如前款所述三四兩種情形，事實上無從或無須爲提示者，執票人始能免責。即匯票上有免除作成拒絕證書之記載者，執票人仍應於所定期限內，爲承兌或付款之提示。可見提示爲行使匯票上權利之必要行爲。但如對於執票人主張未爲提示者，亦應負舉證之責耳。(票據法九二條) 提示應由執票人於所定期限內爲之，前已言之。然如因不可抵抗之事變，不能於所定期限內爲承兌或付款之提示者，執票人應即將其事由從速通知發票人，背書人，及其他票據債務人，庶得於事變終止後，再爲提示。如事變延至到期日後三十日以外時，若仍責執票人靜待事變終止後再爲提示，於執票人之權利未免有損，故應許執票人此時得逕行使追索權，無須爲提示，更無須作成拒絕證書。所謂到期日後三十日之期限，在定日付款及發票日後定期付款之兩種匯票，固易推算；在見票即付及見票後定期付款之兩種匯票，則因既未見票，無從起算，又不能採用發票日起六個月內爲承兌期限之規定，以期限之末日爲到期日，或自期限之末日起計算到期日，(參看票據法四二條六三條六四條) 致於執票人之權利過蒙損害。故法律特定此時三十日之期限，應自執票

人將事變事由達知其前手之日起算。(票據法一〇二條)

(二) 作成拒絕證書 執票人自爲提示之手續後，如不獲承兌或不獲付款，其第二步辦法即爲請求作成拒絕證書。若自始即無從或無須爲提示者，則得逕請作成拒絕證書。茲依前款所列四種情形，分述如下：

(1) 不獲付款 應於拒絕付款日或其後二日內作成拒絕付款證書。但執票人允許延期付款時，應於延期之末日或其後二日內作成之。(票據法八三條一項、八四條二項)

(2) 不獲承兌 應於提示承兌期內作成拒絕承兌證書。(票據法八三條一項、八四條一項) 拒絕承兌證書作成後，無須再爲付款之提示，亦無須再請求作成付款拒絕證書。(票據法八五條)

(3) 付款人或承兌人死亡逃避或其他原因無從爲承兌或付款之提示 應即作成拒絕證書。(票據法八三條一項)

(4) 付款人或承兌人受破產之宣告 此時不必作成拒絕證書，但應以破產宣告書之謄本證明之。(票據法八三條三項)

行使追索權，原則上雖以作成拒絕證書爲必要之手續，但非必無例外：

(1) 拒絕證書可以替代者 不獲付款及不獲承兌之匯票若付款人或承兌人在匯票上記載提示日期及承兌或付款之拒絕，經其簽名者，與作成拒絕證書有同一之效力。(票據法八三條二項)

(2) 拒絕證書可以免除者 拒絕證書之作成，原爲發票人或背書人之利益計，蓋必先證明付款人或

承兌人方面不負責任，然後始得向發票人或背書人行使追索權也。故發票人或背書人得為免除作成拒絕證書之記載。發票人為免除之記載時，執票人得不請求作成拒絕證書而使追索權，但執票人仍請求作成拒絕證書者，應自負擔其費用耳。背書人為免除之記載時，僅對該背書人發生效力。換言之，執票人此時如不請求作成拒絕證書，僅得對該背書人行使追索權，若欲向匯票上其他簽名人追索者，仍須作成拒絕證書，其費用得向匯票上其他簽名人要求償還。（票據法九一條）

（三）通知債務人 執票人應於拒絕證書作成後四日內，對於背書人、發票人及其他匯票上債務人，將拒絕事由通知之。如有特約免除作成拒絕證書時，執票人應于拒絕承兌或拒絕付款後四日內為通知。背書人應於收到通知後二日內，通知其前手。背書人未於票據上記載住所，或記載不明時，其通知對於背書人之前手為之。（票據法八六條）通知得用任何方法為之。主張曾於所定期限內為通知者，應負舉證之責。但付郵遞送之通知如封面所記被通知人之住所無誤者，視為已經通知，無須更為證明。（票據法八八條）如因不可抗力不能於所定期限內將通知發出者，應於障礙中止後急速行之。（票據法八九條）但發票人、背書人及匯票其他債務人，得於所定通知期限前，免除執票人通知之義務。（票據法八七條）且通知之義務即不免除，亦非必須履行。執票人不於所定期限內為通知者，仍得行使追索權。但因其怠於通知發生損害時，應負賠償之責耳。（註三）惟賠償金額不得超過匯票金額。（票據法九〇條）

（四）實行追索 執票人經過上述各步手續後，即得向發票人、背書人及其他票據債務人要求償付欠款

所定之金額。(票據法九三條)

(五) 清償 匯票上債務人經執票人之追索為清償時，執票人應交出匯票及附有收據之償還計算書，有拒絕證書時，應一併交出。如清償者為背書人時，得塗銷自己及其後手之背書。(票據法九七條) 匯票金額一部分獲承兌時，清償未獲承兌之部分者，雖不能請執票人交出匯票，以免妨礙其向承兌人請求承兌部分之付款，但得要求執票人在匯票上記載未獲承兌部分已經清償之事由，並交出收據，匯票之謄本，及未獲承兌部分之拒絕證書。(票據法九八條)

第五款 追索之金額

(一) 執票人得要求償還之金額 執票人行使追索權時，得向匯票債務人要求左列金額；(票據法九四條)

(1) 被拒絕承兌或拒絕付款之匯票金額。

(2) 前項匯票金額自到期日起至付款日止之利息。無約定利率者，依年利六厘計算之。但匯票金額係在到期日前付款者，自付款日至到期日前之利息，應由匯票金額內扣除。無約定利率者，依年利六厘計算之。

(3) 作成拒絕證書與通知及其他必要費用。

(二) 背書人或發票人得要求償還之金額 背書人如為執票人所追索而為前述金額之清償後，得向其前手要求左列金額。發票人為清償者，得向承兌人要求之金額亦同。(票據法九五條)

(1) 所支付之總金額。

(2) 所支付總金額自支付日起至償還日止之利息。

(3) 所支出之必要費用。

第六款 回頭匯票

有追索權者，固可依第四款所述之步驟向被追索人要求清償前款所述之金額，但亦得以發行回頭匯票之形式，代替此種清償之要求。所謂回頭匯票者，即由有追索權之人為發票人，以原發票人，或前背書人，或其他票據債務人為付款人，向其住所所在地發見票即付之匯票於第三者之謂也。回頭匯票之發行，原則聽諸有追索權者之自由，但有相反約定時，不在此限。（票據法九九條一項）

回頭匯票之金額，除前款所述得要求償還之金額外，得加經紀費及印花稅（票據法九九條二項）但此項金額尚須依原匯票付款地之市價與回頭匯票付款地之市價換算之。例如原匯票票面金額為一萬元，在甲地付款，加上利息及其他費用，執票人應在甲地收到一萬零一百元。今執票人因付款人在付款地拒絕付款，遂以回頭匯票請發票人在乙地付此款於第三者。但甲乙兩地匯票市價未必相同，故在甲地之一萬零一百元在乙地或須值一萬零一百五十元。此時回頭匯票之金額應為一萬零一百五十元，庶原執票人不致蒙受損失也。由背書人發回頭匯票者亦同，其金額應比較背書人所在地與回頭匯票付款地之市價定之。又定回頭匯票之金額時，以回頭匯票發行日之市價為準。（票據法一〇〇條）

(註三一)英美票據法關於此點，與我票據法不同。依英美票據法四八條，美伊利諾州票據法八八條，通知乃屬執票人必須履行之義務，否則對於未受通知之前手喪失追索權。但其通知之義務亦得由其前手免除之。

依我票據法八六條一項，執票人應對於背書人發票人及其他隨票上債務人爲通知之規定而觀，似凡簽名於票上之債務人，除承兌人外，執票人皆有對之爲通知之義務。苟因怠於通知而發生損害，且有賠償之義務。實於執票人殊有不利。因此時未受通知之債務人，苟皆因執票人之怠於通知受有損害，果皆得向執票人要求賠償耶？况債務人中苟有住所爲執票人所不明悉者，執票人自不能一向之通知，必欲執票人證明其不爲通知非出於無理由之故意，亦殊困難。故吾人以爲不如採英美立法例，執票人怠於將拒絕事由通知其前手之債務人者，對於未受通知之人喪失追索權。其理由即在權利人不爲行使或保全其權利應爲之行爲，最多不過喪失其權利，不能因此反而負擔義務也。

第十一項 拒絕證書

(一) 拒絕證書之意義及效用 拒絕證書者，由票據關係人以外之人作成之文書，爲證明匯票之不獲承兌，或不獲付款，或無從爲承兌者也。拒絕證書之效用既在證明，應與通常之證明文書無異，而法律上所以予以特別之效力者，實「不外使拒絕事實明確，立證程序簡捷而已。惟其事實明確，程序簡捷，而後(1)執票人可迅速行使追索權，易於滿足。(2)被追索人亦可安心履行義務，不虞詐僞。」(見票據法草案說明書)

(二) 拒絕證書之作成機關 拒絕證書由執票人請求拒絕承兌地或拒絕付款地之公證人，或法院，商會，銀行公會作成之。(票據法一〇三條)公證人制度在英美及大陸各國多已確立。其人由最高司法行政長官任命，受當事人或其關係人之囑託，關於法律行爲或其他私權之事實，作成公證證書，及就私證書加以認證。此項公證證書及認證書，在審判上有優強之效力。我國亦然。依公證暫行規則(二十四年七月三十日司法院公布)地

方法院爲辦理公證事務，設公證處，由司法行政部指定之推事專辦或兼辦之。此項公證制度自二十五年四月一日指定首都地方法院首先試辦後，各地亦將推行。但在未普遍推行前，各地之商會或銀行公會仍得爲執票人作成拒絕證書。（註三）

（三）拒絕證書之款式 拒絕證書應記載下列各款，由作成簽名，並蓋作成機關之印章：（1）拒絕者及被拒絕者之姓名及商號。（2）對於拒絕者雖爲請求未得允許之意旨，或不能會晤拒絕者之事由，或其營業所住所，或居所不明之情形。（3）爲前款請求或不能爲前款請求之地，及其年月日。（4）於法定處所外作成拒絕證書時，當事人之合意。（5）有參加承兌時或參加付款時，參加之種類，及參加人，並被參加人之姓名或商號。（6）拒絕證書作成之處所，及其年月日。（票據法第一〇四條）

（四）拒絕證書之作成 拒絕證書之作成，分下列二種情形：

（1）如爲付款拒絕證書，應在匯票或其黏單上，接續原有之最後記載作成之。若在黏單上作成者，並應於騎縫處蓋章。因即對數人行使追索權，亦只須作成拒絕證書一分，故匯票有複本或謄本者，於提示時，僅須在複本之一分，或原本，或其黏單上作成之。但可能時，應在其他複本之各分或謄本上記載已作拒絕證書之事由。（票據法一〇五條一〇八條一〇九條）執票人無匯票之複本者，自須以原本請求付款，若此時被拒絕付款，而原本又未經返還者，其拒絕證書應在謄本或其黏單上作成之。（票據法一〇七條）

（2）如爲付款拒絕書以外之拒絕證書，應照匯票或其謄本作成抄本，在該抄本或其黏單上作成之。

(票據法一〇六條)

(五) 拒絕證書之抄本 拒絕證書作成，人應將證書原本交付執票人，并就證書全文另作抄本，存於事務所，以備原本滅失時之用。原本滅失時，以抄本應用者，與原本有同一之效力。(票據法第一百十條)

(註三二)英國國內匯票 (Inland bill) 爲人拒絕承兌或拒絕付款者，執票人於拒絕後之「合理時間」內，尙已將拒絕事由向其前手通知者，即得行使追索權，不必定須作成拒絕證書。但國外匯票 (foreign bill) 則必須由公證人 (notary public) 作成拒絕證書後，始得行使追索權。英國之拒絕證書，分簡式正式二種，簡式之拒絕證書由公證人作於匯票及其黏單上，名曰 noting a bill，正式之拒絕證書則爲一獨立完整之文書，名曰 protest，內容包含下列各項：(1) 追索權人及被追索人之姓名，(2) 作成拒絕證書之時間及地點，(3) 曾由公證人請求承兌或付款而被拒絕之意旨，或無從爲承兌或付款之提示之意旨，(4) 保留對票據上其他債務人行使追索權之意旨，(5) 公證人之簽名及圖章，(6) 照錄匯票原文全份。依英國之國外匯票行使追索權者，必須作成正式拒絕證書。簡式拒絕證書祇適用於國內匯票。因國內匯票之執票人欲得他人爲參加承兌，亦有作成簡式或正式拒絕證書之必要也。(英票據法五一條一二兩項) 至國內匯票之意義，據該法四條之解釋，乃發票地及付款地俱在不列顛羣島 (British Islands) 內之匯票，或係在不列顛羣島內發行之匯票，而付款人住於羣島內者。此外之匯票則概屬國外匯票。所謂不列顛羣島，則指 the United Kingdom of Great Britain and Ireland 及其附屬各小島云。

等十二項 複本

(一) 複本之意義及款式 通常發行一個匯票，固只有一張票據，然亦有發行一個匯票，而有數張票據者。此時此數張票據不分正副主從，同爲該匯票之證券，名曰複本。(票據法施行法一二條定匯票之複本以三份爲限。) 各複本祇共同表示一個票據上的債權，票據債務人對各複本亦祇負一個債務。各複本之款式彼此相同，所

記載者亦爲同一文句，並標明複本字樣，編列號數，俾人一見即知，不致誤作數個匯票。故若發票人怠忽，未經標明複本字樣，並編列號數者，視爲數個獨立之匯票，應負數個之債務。（票據法一一二條）

（二）複本之發行 當發行匯票之初，發票人得以複本之形式發行其匯票，固不待言。即當時所發行者爲尋常匯票，其後由執票人之要求，亦得補發複本。惟此時匯票如已經數次之背書，最後之執票人請求發行複本時，須依次經由其前手請求之。並由其前手在各複本上爲同樣之背書。發行複本如出於受款人或執票人要求者，發行之費用並應由要求者負擔之。（票據法第一一一條）

（三）複本之效用 複本匯票對於遠地往來爲用極大。舉其要者，可得二端：一曰預防遺失，二曰節省時間。何謂預防遺失？例如甲國發出匯票在乙國付款，甲乙距離甚遠，寄往提示之時，途中每易發生遺失錯誤等情。若發出之匯票同時有數紙，分別交水陸各路寄送，或先後各次輪船寄往，即可俾免完全遺失之弊。何謂節省時間？例如甲國所發行之匯票，若必須先寄往乙國爲承兌後，始以之流通於市場，所費時間必多。不如發行數個複本，以其一寄往承兌，以另一載明已經請求承兌之意旨，即在市場買賣，較爲便捷也。

（四）複本之效力 可分下列二項述之：

（1）對於匯票債務人 複本所表示之票據債權，既只有一個，則就複本之一付款時，其他複本應即失其效力。（票據法一一三條）但付款人爲承兌人或背書人時，則付款時尚須注意下述各點：

（甲）承兌人曾在各複本上爲承兌者，付款時，應將經其承兌之複本均行收回，否則對於經其承兌而

未收回之複本，仍須負責。

(乙) 背書人曾在各複本上為背書者，經執票人之追索而為清償時，如當初係轉讓於同一人者，得請求執票人交出複本之各分，但執票人已立保證，或提供擔保者，不在此限。如當初係分別轉讓於二人以上時，被背書人及其後手亦為分別轉讓者，則背書人對於經其背書而未收回之複本，應負其責。(註三三)

(2) 對於執票人 執票人請求付款時，應同時以複本之各分證明其權利，蓋匯票之債務人對於經其背書或承兌之各分，付款時必須取回也。故為提示承兌送出複本之一者，應於其他各分上載明接收人之姓名或商號及其住址，俾執票人得據以向之請求交還其所接收之複本。倘接收人拒絕交還者，執票人應以拒絕證書證明：

(甲) 曾向接收人請求交還此項複本而未經其交還。

(乙) 以他複本為承兌或付款之提示而不獲承兌或付款。否則不得行使追索權。(票據法一一四條)

(註三三) 發票人經執票人之追索而為清償時，亦應準用此項規定。

第十三項 謄本

(一) 謄本之意義及款式 謄本者，將匯票原本上所有各項記載照式謄錄而成之證券也，謄本應標明謄本字樣，謄寫原本上之一切事項時，並須註明迄於何處為謄寫部分。(票據法一一五條二項)

(二) 謄本之作成 匯票之謄本執票人得作成之。(票據法一一五條一項)

(三) 贖本之效用及效力 匯票之非以複本形式發行者，執票人以之送出承兌之時，往往無法同時將其流通，故贖本之制尙焉。蓋就贖本爲背書或保證，與在原本上所爲之背書及保證有同一之效力。(票據法一一五條三項) 但贖本之爲用亦僅此一點，若承兌付款，仍非原本不可。故爲提示承兌送出原本者，應於贖本上載明原本接收人之姓名或商號及其住址，庶執票人得請求接收人交還原本。接收人拒絕交還時，除非執票人將會向接收人請求交還原本而未經其交還之事由，以拒絕證書證明，不得行使追索權。(票據法第一一六條)

第三節 本票

票據法對於本票，僅就其與匯票不同之點，加以規定，其餘均令準用關於匯票之規定。(票據法一二〇條) 但爲易於明瞭起見，仍就匯票各項次序，列舉其異同如下：

(一) 發票 本票爲發票人自己付款之票據，非如匯票之有付款人，故其發票款式及發票人之責任與匯票均略有不同。

(1) 本票票面應記載之事項 本票應記載下列各事項，由發票人簽名。(票據法一一七條)

(甲) 表明其爲本票之文字。

(乙) 一定之金額。

(丙) 收款人之姓名或商號。未載收款人者，以執票人爲收款人。

(丁) 無條件擔任支付。

(戊) 發票地及發票年月日。未載發票地者，以發票人之營業所、住所、或居所、所在地為發票地。

(己) 付款地。未載付款地者，以發票地為付款地。

(庚) 到期日。未載到期日者，視為見票即付。

(2) 本票票面得記載之事項。本票發票人除應記載之事項外，尚得為下列二項之記載：

(甲) 擔當付款人。本票之付款人雖為發票人自己，但發票人如不欲自己為付款者，亦得於票上記載一人為擔當付款人，使代自己為付款。(參看票據法二三條一項)

(乙) 利息及利率。本票發票人得記載對於票據金額支付利息及其利率。利率未經載明時，定為年利六釐，利息無反對記載者，自發票日起算。(參看票據法二五條)

(3) 發票人之責任。匯票之主債務人為承兌人，故發票人僅負擔保承兌及付款之責，不直接負付款責任。(參看票據法二六條) 但本票之發票人係自為付款，故處於主債務人地位，所負責任應與匯票承兌人同。(票據法一一八條)

(二) 背書。背書為票據藉以流通之一種方法，不問匯票本票應均得為之。故關於匯票背書之規定均適用於本票。特其中有一例外，即匯票之背書人得記載在付款地之一人為預備付款人。(參看票據法三二條) 而本票之背書人則不得為此項記載也。

(三) 承兌。承兌在匯票為極重要之票據行為，蓋付款人必為承兌後始負主債務人之責任也。但在本票，

發票人既自始即爲票據之主債務人，自無須經過承兌手續。故凡關於匯票承兌之規定，於本票均不適用之。

(四) 參加承兌 本票既可未經承兌而逕請付款，應無參加承兌之制。關於匯票參加承兌之規定，自不適用於本票。

(五) 保證 票據保證之目的，原在增加票據債務人之信用，俾其所簽字之票據得易於流通，應不分匯票本票均得爲之，關於匯票保證之規定，應適用於本票。

(六) 到期日 本票之到期日，亦如匯票，得依下列各式定之：

(1) 定日付款。

(2) 發票日後定期付款。

(3) 見票即付。(見票即付並不記載受款人之本票，其金額須在五元以上，見票據法施行法一〇條)

(4) 見票後定期付款。關於匯票到期日之規定，本票均適用之。但就中六四條關於見票後定期付款之匯票應如何計算其到期日之規定，因匯票須承兌之故，與本票之情形不盡相符，故另以一一九條代之。據一

一九條之規定，見票後定期付款之本票，應由執票人爲見票之提示，請其簽名並記載見票字樣及日期。見票之提示亦如承兌之提示，有一定期限，其期限自發票日起六個月以內。但發票人得以特約縮短或延長之。延長之期限不得再過六個月。本票已經見票而未載見票日期，或始終未爲見票之提示者，以前述見票期限之末日爲見票日，從而計算本票之到期日。發票人於提示見票時拒絕簽名者，執票人應於提示見票期限內，請求作成拒

絕證書，以爲證明，俾得向其前手行使追索權。見票拒絕證書作成後，無須再爲付款之提示，亦無須再請求作成付款拒絕證書。（票據法施行法一三條）執票人若不於前述見票期限內爲見票之提示或作成拒絕證書者，是已怠忽其行使及保全票據權利之行爲，應對於發票人以外之前手喪失追索權。

（七）付款 關於匯票付款之規定，本票均適用之。

（八）參加付款 參加付款爲避免行使追索權之一種救濟方法。本票之發票人若有不能付款之情形，自得許參加人爲參加付款，以免執票人向發票人以外之前手行使追索權。故關於匯票參加付款之規定，於本票均適用之。但其中七六條及七九條二項係關於參加承兌人及預備付款人爲參加付款人時之規定，因本票無此二種之人，故應除外不得適用。

（九）追索權 本票既得以背書流通，與匯票毫無少異，各背書人又各負擔保付款之責，一旦主債務人不爲付款，執票人自得向其前手之背書人行使追索權，故關於匯票追索權之規定，應適用於本票。但其中如八四條八五條及九八條，皆關於拒絕承兌證書之規定，而本票因無承兌之制，自當除外。

（十）拒絕證書 拒絕證書爲票據上極有力之證明文書。執票人欲向其前手之背書人行使追索權者，必先作成拒絕證書證明發票人或擔當付款人之不爲付款。關於拒絕證書之製作，應準用關於匯票拒絕證書之規定。

（十一）複本 作成複本之目的，原爲提示承兌時之便利與安全。本票既無承兌之制，應不適用關於複本

之規定。

(十二) 贖本 本票之執票人亦有作成贖本之權利，故一一五條關於匯票贖本之規定，於本票亦適用之，但第一一六條關於原本提示承兌時須在贖本記載之規定，因與本票無承兌之旨不符，自當除外。

第四節 支票

第一項 普通支票

支票與匯票及本票效用之差別在：匯票及本票主要之效用為信用之利用，而支票主要之效用則為支付之工具，因此法律上之規定遂亦略有不同。票據法草案說明書論其主要不同之點有四：

(一) 支票之付款人為銀錢業者，匯票之付款人無定，本票則以發票人為付款人。

(二) 支票係見票即付之證券，匯票本票則不限於見票即付。

(三) 支票重契約，而匯票本票不重契約；支票重資金關係，而匯票本票不重資金關係。蓋匯票本票之發出，其時尚無資金關係之必要。若夫支票，則以資金關係為必要條件，因事實上非有存款，決不能發出支票也。德國為支票訂立特別單行法者以此。

(四) 支票形式與匯票相同，亦有發票人付款人與收款人三種當事人，但無承兌之手續。故匯票之主債務人為承兌人，而支票則為發票人。

據此可知支票實不過一種支付之命令，由發票人令其存款銀行錢莊見票即付一定金額於收款人而已。銀

錢業者之爲付款，既僅爲發票人執行命令，實無異發票人親自付款，特爲便利計，假手其所存款之銀行或錢莊而已。

支票與匯票及本票雖有如是之異點，然三者固同爲票據，舉凡票據行爲之特質，要皆相同，除因其個別之性質有須特別規定者外，其他與匯票相同之點，法律亦使準用關於匯票之規定焉。（票據法一三八條）茲仍依前節體列，就匯票一節各項次序，列舉其異同如下：

（一）發票

（1）發票之款式 支票應記載左列各項，由發票人簽名（票據法一二一條）

（甲）表明其爲支票之文字。

（乙）一定之金額。

（丙）付款人之商號，但發票人得以自己爲付款人。

（丁）受款人之姓名或商號。未載受款人者，以執票人爲受款人。但發票人亦得以自己或付款人爲受

款人。

（戊）無條件支付之委託。

（己）發票地及發票年月日。未載發票地者，以發票人之營業所，住所，或居所，所在地爲發票地。（票據

法施行法一四條）

(庚) 付款地。

(2) 專屬於支票之特別規定 發行支票時，應注意下列三項：

(甲) 除發票人自己付款外，支票之付款人以銀錢業者爲限。(票據法一二三條)

(乙) 支票限於見票即付。有相反之記載者，其記載無效。(票據法一二四條)(註三四)

(丙) 發票時，在其存款之銀行或錢莊須有充分之存款，若明知已無存款，又未經付款人允許墊借，而對之發支票者，應科以罰金，但罰金不得超過支票金額。若故意將支票金額超過其存款，或超過付款人允許墊借之金額者，應科以罰金，但罰金不得超過之金額。(票據法一三六條一二兩項)

(3) 發票人之責任 支票之發票人應照支票文義擔保支票之支付。一旦爲其經手付款之銀錢業者拒絕支付時，發票人即有自己付款之絕對責任。(票據法一二二條)

(二) 背書 支票之主要效用雖爲充支付之工具，然亦可以之流通於市場，作短期之信用利用。不能因現時我國支票之流通尙未臻盛，朝發之票，夕已付訖，遂使支票無背書之制。故凡關於匯票背書之規定，於支票均適用之，特其中三二條規定背書人得記載在付款地之一人爲預備付款人，因支票無參加承兌及參加付款之制，無設預備付款人之必要，應予除外。

(三) 承兌 承兌者，執票人在票據到期日前求付款人爲允諾付款之表示之謂也。支票既爲見票即付之票據，無待付款人表示允諾與否，應無承兌之制。

(四) 參加承兌 支票既無須承兌即得逕請付款，自亦無須參加人爲參加承兌。

(五) 保證 支票之發票人開發支票時，不得超過其存款銀行或錢莊中所有存款之數額，否則有處罰明文，前已言之。是除非發票人故意違犯者外，通常支票應皆有如數照付之可能，當無保證之必要。

(六) 到期日 匯票到期日之規定，於支票均不適用之，蓋支票爲見票即付之票據，其提示見票之期限又經明文規定，在期限內隨時皆得請求付款也。

(七) 付款 關於匯票付款之規定，除六六條一項關於付款提示期限之規定，六七條關於付款延期之規定，六九條關於到期日前付款之規定，七三條關於執票人在應爲提示之期限內不爲提示票據債務人得將金額提存之規定，或因與支票性質不合，成因支票另有其規定，均不適用外，其餘仍準用之。關於支票之付款，票據法另有如左之規定：

(1) 付款提示之期限 支票之執票人應於左列期限內爲付款之提示：(票據法一二六條)

(甲) 在發票地付款者，發票日後十日內。

(乙) 不在發票地付款者，發票日後一個月內。

(丙) 發票地在國外，付款地在國內者，發票日後三個月內。

(2) 不爲付款提示之效力 執票人不於前述期限內爲付款之提示時，對於各票據當事人發生如左之效力：

(甲) 執票人 執票人對於發票人以外之前手喪失追索權。(票據法一二八條)

(乙) 發票人 發票人因為支票之主債務人，故雖於提示期限經過後，對於執票人仍負責任。但執票人怠於提示致使發票人受損失時，應負賠償之責，其賠償金額不得超過票面金額。(票據法一二九條)

(註三五)

(丙) 付款人 付款人於提示期限經過後，如願付款者，仍得付款，但有下列情形之一者，不在此限：

(A) 發票人撤銷付款之委託時。

(B) 發行期滿一年時。(票據法一三一條)

(3) 發票人之撤銷權 支票之付款人所以對受款人支付票款，既係受發票人付款之委託，故若發票人撤銷其委託，自無為付款之義務。但發票人既經出票，應不能自由行使撤銷權，除非有左列情形之一，始得將其付款之委託撤銷之。(票據法一三〇條)

(甲) 支票已逾付款提示之期限時。

(乙) 支票遺失，或被竊盜，或以惡意或重大過失取得時。

(4) 發票人提回存款之禁止 支票之發票人在付款提示之期限內，不得提回其存款之全部或一部，以免妨礙執票人之利益。否則如使支票不獲支付者，應科發票人以罰金，但罰金不得超過支票金額。(票據法

一三六條三項)

(5) 支付之辦法 支票之付款通常固由付款人於提示當時以現金之支付爲之，然亦有以支票轉帳或爲抵銷者，雖不經支付現金之手續，亦得視爲支票之支付。(票據法一二五條)

(6) 支付之金額 就支票付款時，不必定須爲全部金額之支付，若付款人於發票人之存款或信用契約所約定之數不敷支付支票金額時，經執票人之同意，得就一部分支付之，執票人收到一部分票款時，應於支票上記明實收之數目。(票據法一三二條)但執票人對一部份付款不同意者，自得請求作成拒絕證書，向前手背書人行使追索權。(註三六)

(7) 付款人之責任 前述一部分金額之支付，須事實上發票人之存款或信用契約約定之數確有不敷情形，始得爲之。若發票人之存款或信用契約所約定之數足敷支付支票金額時，付款人須負支付全部金額之責，應不待言。但付款人收到發票人受破產宣告之通知者，不在此限。(票據法一三七條)

(八) 參加付款 支票之付款人既係先與發票人有資金關係，然後始爲付款，除非出於發票人之故意濫發，無拒絕付款之理，故無參加付款之必要。

(九) 追索權 通常支票之付款人固多與發票人先有充分之資金關係，不致有拒絕付款之舉，然亦難保其必無，設付款人而竟拒絕付款，則爲執票人之利益，自應行使追索權。但匯票追索權之規定，頗多與支票之性質不合者，如八二條二項一二兩款關於匯票爲承兌提示之規定，八四條及八五條，關於拒絕承兌證書之規定，九八條關於清償匯票金額未獲承兌部分之規定，皆與支票無承兌之旨不合，應在除外之列，其餘規定則準用之。因支

票之不獲付款而行使追索權者，亦如匯票，執票人須於前述付款提示之期限內爲付款之提示，並於拒絕付款日或其後二日內請求作成拒絕證書。但付款人若於支票上記載拒絕文義及其年月日並簽名者，與作成拒絕證書有同一之效力。又如向票據交換所提示之支票而有拒絕文義之記載者，亦與作成拒絕證書有同一之效力。（票據法一二七條）執票人不於拒絕付款日或其後二日內請求作成拒絕證書者，對於發票人以外之前手喪失追索權。（票據法一二八條）

（十）拒絕證書 關於支票拒絕證書之作成，亦準用關於匯票之規定，但就中一〇五條二項及一〇七條關於在匯票之複本或謄本上作成拒絕證書之規定，一〇六條關於付款拒絕證書以外之拒絕證書之規定，皆與支票性質不合，應在除外之列。

（十一）複本及謄本 匯票因便利承兌之提示得以複本之形式發行，並得於原本之外作成謄本。支票既無須承兌，自不適用關於匯票之複本及謄本之規定。

（註三四）支票限於見票即付，有相反之記載者，其記載無效。此在票據法上雖有明文，然有一問題表面上仍不易解決，即有此項相反記載之支票，（即非見票即付之支票，）是否失其爲支票之性質？可有兩說：（甲）說謂支票性質限於見票即付，如上海商業習慣所謂支票有坐根聯票，（票根二，一存客戶，一存錢莊，以備付款時驗對，因其根留存不動，故以坐根稱之。）三聯票，（此票亦有根二，但一爲行根，一爲留存出票人處，而行根則須隨支票行使，錢莊付款，憑行根驗付。）四聯票，（此票有根三，其中坐根二，一留錢莊，一交客戶，行根一，隨票行使，憑根付款，與三聯票同。）三種均以驗根爲付款條件，既不見票即付，即非支票。（乙）說謂支票限於見票即付，但條文中明明規定，有反對之記載者，其記載無效，並非因有反對之記載，即失其支票之性質。上海商業習慣所稱支票，票上並無反對見票即付之記

載，不過必候發票人將票根送驗無訛，方予以付款。此種等候票根之習慣，意在預防情弊，與銀行核對印鑑無異，仍係見票即付，並不失爲支票。以上兩說，依司法院於二十四年院字第一三四六號解釋例中所主張，應以後說爲是。蓋不論上海商業習慣上所謂驗根付款，果係相反之記載與否，即支票本確有與見票即付相反之記載者，仍不因有此記載即失其支票性質。况上海商業習慣上所謂驗根付款，並非爲相反之記載也。

(註三五) 執票人怠於提示致使發票人受損失之實例，如發票人在付款銀行本有充足之存款，足敷支付，而執票人延不提示付款，一旦銀行倒閉，宣告破產，發票人之存款僅有一成可以收回，所損失之九成，應令執票人賠償。但執票人在票據上所有權利本以票面金額爲限，今因怠於提示所負損失賠償之責，如竟超過票面金額，亦欠公平，故法律規定其賠償金額不得超過票面金額。

我票據法此項規定，有一缺點，即發票人所受損失，往往非立時可以查明，如經破產程序，尤非短期內可以分曉。而執票人之賠償責任須俟發票人所受損失查明後始能履行，殊嫌不便。英票據法關於此點與我法不同。據其七四條之規定，執票人（於合理期間內）怠於提示付款，致發票人受損失者，發票人得於其所受損失之限度內，免其責任。執票人於發票人免責之限度內，得行使其對於銀行之債權。比較此二法，我法之發票人先須對執票人負全部付款之責，然後查明其所受損失，再令執票人賠償。英法之發票人則可俟所受損失查明後，對執票人付票面金額之一部分，或全免其責，而令執票人代位行使其對銀行之債權，以求補償。

(註三六) 銀行對於顧客存款實在情形，須絕對保守秘密，若許一部分付款，勢必使銀行將發票人之存款數目告知執票人，實與商業道德有違，故不如不許一部分付款之爲愈也。

第二項 保付支票

(一) 保付支票之意義 保付支票者，經付款人於付款前爲支付之保證之支票也。支票爲見票即付之票據，無須承兌，且發票人與付款人之間已先有資金關係，更無用保證，前已言之。此則純爲執票人之利益而特設之

例外。蓋支票主要之效用雖非信用之利用，然在付款提示之期限未屆滿前，既得依背書流通於市場，則為增強其流通力起見，請求付款人為保付之記載，要亦為事理之所許。付款人在支票票面為保付之記載後，極似匯票已經承兌，自易得市場之信任。

(二) 保付支票之款式 保付支票之款式與一般支票並無差別，不過由付款人於支票上記載「照付」或「保付」或其他同義字樣而已。

(三) 保付支票之效力 保付支票之效力與一般支票之效力頗有不同之處，分述如下：

(1) 對於付款人 付款人於支票上為保付之記載後，其付款責任與匯票之承兌人同。(票據法一三三條一項) 換言之，此時付款人不能藉口資金關係之欠缺而拒絕付款，即事實上未有資金關係或雖有存款而不敷支票金額者，付款人仍負支付全部金額之責。付款人不履行責任者，執票人得請求強制執行。

(2) 對於發票人及背書人 付款人於支票上已為保付之記載時，發票人及背書人免除其責任。(票據法一三三條二項) 換言之，此時付款人即拒絕付款，執票人亦不能向其前手之背書人或發票人行使追索權。此較之匯票承兌之規定，稍有不同。蓋匯票經承兌後，承兌人拒絕付款者，執票人除仍得向承兌人要求付款外，尚得向其前手之背書人或發票人行使追索權也。

(3) 對於執票人 保付支票之執票人得不受付款提示期限之拘束，即在期限外，仍得請求付款。付款人有照付之義務，不能以其他理由對抗之。但執票人喪失其支票者，則不得為止付之通知及公示催告之聲請。

(票據法施行法一五條)

(四) 保付支票之限制 付款人既自己負擔如是之重責，應得於任何支票爲保付之記載。然法律又恐此風一開，難免付款之銀錢業者對其客戶不無徇情濫保之弊。故規定付款人不得爲存款額外或信用契約所約定數目以外之保付。違反者，應科以罰金。但罰金不得超過支票金額。(票據法一三三條三項)

第三項 平行線支票

(一) 平行線支票之意義 支票之付款人必爲銀錢業者，但請求付款之人則不必爲銀錢業者，此一般支票之通則也。平行線支票則不然，不但付款人須爲銀錢業者，且僅得對銀錢業者支付之。是平行線支票之收款人雖得爲任何個人，然必假手銀錢業者乃得受領票款也。平行線支票初行於英國，現則世界各國均有採用之矣。其效用端在防免冒領票款。蓋支票爲見票即付之票據，又多不載收款人之姓名，偶而遺失，至易爲他人領去。若必假手銀錢業者始行付款，拾得者即託其銀行代爲支領，事後付款人亦易於稽查，於真正執票人之利益殊多保障也。

(二) 平行線支票之款式 平行線支票之款式與一般支票無異，不過在支票正面畫平行線二道而已。或於其線內並記載「銀行」「公司」或其他同義之文字。(票據法一三四條一款)

(三) 平行線支票之種類 平行線支票得分爲普通平行線支票與特別平行線支票二種。普通平行線支票之款式如前文所述，得假手任何銀錢業者領取票款。特別平行線支票則必須在平行線內記載特定銀錢業者之商號，付款人僅得對該特定之銀錢業者支付票款。(票據法一三四條二項)(註三七)

(四) 平行線支票之作成及撤銷 發票人、背書人、或執票人，均得將普通支票作成平行線支票。(票據法一三四條一項) 但平行線支票亦得由發票人於平行線內記載「照付現款」(註三八) 或同義字樣，由發票人簽名於其旁。支票上有此記載者，視為平行線之撤銷。(票據法施行法一七條) 銀錢業者受委託取款時，得於未畫線支票正面畫平行線二道，或於平行線之內記載自己之商號，或塗銷自己之商號而記載其他銀錢業者之商號，再為背書委託其取款。(票據法一三四條三項)

(五) 平行線支票之效力 支票自畫平行線後，僅得對銀錢業者發生效力。凡銀錢業者以外之個人或商號欲持平行線支票請求付款者，付款人有拒絕之義務。付款人不顧此項義務而付款者，應負賠償損害之責。但賠償金額不得超過支票金額。(票據法一三五條)

至代客收取票款之銀行，其責任如何，我票據法未有規定。或以為票據法既無明文，自應準用民法關於委任之規定，以受人視之。然吾人以為票據關係與一般法律關係究有不同，委任取款應不能與通常之委任處理事務同視，故取款銀行之責任應較一般受人稍重為宜。查英票據法對於此點規定較詳，特轉述之以資參考：

據英票據法八二條：「銀行如無詐欺之意思，且無過失，為其客戶代收普通或特別平行線支票票款者，縱其客戶對於支票並無權利或其權利有瑕疵，銀行如僅為其代收票款，對於支票之真正權利人並無責任。」依此規定及其他之解釋，吾人可得次述之四點：

(一) 取款銀行由其客戶交來之支票上須已作成普通平行線或以該銀行之名稱作成特別平行線。取

款銀行依該法七七條六項雖得於未畫線或僅有普通平行線之支票上作成特別平行線，但欲享受八二條之保護，則非其支票上早已作有平行線不可。

(二) 取款銀行須爲其客戶代收票款。苟非屬「客戶」，即不能享受八二條之保護。所謂「客戶」，據歷來之判例，多以爲其人必在銀行立有帳戶，或爲定期，或爲活期，或爲其他同類之關係。苟其人在銀行從未立有帳戶，銀行即已爲之代收票款達數年之久，仍難認爲銀行之客戶。受委託之銀行如更託他銀行代爲取款者，前銀行即爲後銀行之客戶。

(三) 取款銀行所爲須屬代收之性質。銀行如自其客戶承受其支票，再持向付款銀行取款，即非代收之性質，應不能享受八二條之保護。故以前解釋八二條者，皆以爲銀行應先持票向付款銀行取款，入帳後始任客戶提取。苟銀行於收款之前，已對客戶墊付者，即無異承受其支票，應自負其責。但此項先收後付之辦法，殊多不便，故一九〇六年關於此點遂有修正案之通過，嗣後銀行即在票款收到之前，已對客戶墊付者，亦得享受八二條之保護。

(四) 取款銀行須無詐欺及過失。銀行爲其顧客收取票款有無詐欺之故意，尙易證明，有無過失，則較困難。大概言之，凡從事銀行業務應有之注意，取款銀行皆應有之。苟應注意而不注意，應查詢之處而不查詢，即有過失。

以上四點爲取款銀行免責之要件，蓋必具備此四種情形，取款銀行始得對於支票之真正權利人不負責任。

也。

(註三七)依英票據法，平行線支票上有「不許轉讓」(not negotiable)之記載者，其支票無流通能力，取得此項支票之人，即屬善意，亦不能優於其前手之權利。(八一條)但不許轉讓之記載，苟加於其他支票或匯票之上，則並無效力，執票人仍得以之流通於他人。

平行線支票上有「祇准收入受款人之帳」(account payee only)之記載者，對於支票之流通似亦有限制之效力。蓋既祇准將收取之票款記入受款人之帳內，則受款人以外之人即無收受票款之可能，支票亦即無流通之能力。但此項記載並不發生效力，因近來銀行間收取票款，多向票據交換所爲之，爲避免因難，不得不有所變通也。故有此項記載之支票，仍得以之流通。惟代客收款之銀行對之須特別謹慎，苟貿然爲人代收票款，而於其人之信用，其支票之來源，均不加查究者，即難免責耳。

(註三八)發票人將作成平行線之支票交付於執票人時，經執票人之要求，撤銷平行線，以便直接請求付款，本屬極尋常之事。惟發票人撤銷平行線時，何以記載「照付現款」四字及其簽名，便可生效？此則有待解釋。查「照付現款」四字實從英文「Pay Cash」二字譯出。英國習慣，發票人欲撤銷其所劃之平行線者，可將平行線用筆劃去，另加「Pay Cash」二字及其簽名或僅其姓名之字首二三字母。此項習慣，英票據法雖未予以承認，並不發生問題。

附錄 吾國票據之沿革及其習慣

(見王鳳瀛氏起草票據法之管見)

吾國票據起源，始於何時，年湮代遠，書缺有間已。元何異孫曰，鄭司農釋詩抱布貿絲云，周人以布長二尺，憑官司印書其上，以爲民間貿易之幣云云，此爲楮幣之始，非票據之始。宋有會子關子川引湖會，元明清有鈔貫寶鈔，亦係楮幣而非票據也。詳考吾國票據之最古者，其爲唐之飛錢，宋之便錢交子乎。唐憲宗以錢少，復禁用銅器。時商賈至京師，委錢諸路進奏院，及諸軍諸使富家，以輕裝趨四方，合券乃取之，號飛錢。蓋是時交通不便，運輸困難，故以飛錢代送金之具。四方商賈，集中京師，以錢易券，合券取錢，是爲今日匯票之權輿，亦即有宋便錢交子之濫觴。宋開寶三年，置便錢務，令商人入錢者，詣務陳牒，即日輦致左藏庫，給以券，乃敕諸州，凡商人齎券至，當日給付，不得住滯，違者科罰，是取唐飛錢故事而爲見票即付之匯票也。又蜀人以鐵錢重，私爲券，謂之交子，以便貿易，富人十六戶主之。其後富人貨稍衰，不能償所負，爭訟數起。寇城嘗守蜀，乞禁交子。薛田爲轉運使，謂廢交子貿易不便，請官爲置務，禁爲私造，詔從其請，置交子務於益州。此則發行匯票之權，初操諸民間，繼改官辦者也。以上三端，文獻足徵，尋源溯流，得以想見其梗概。至交子廢而是否有替代之法，莫可考訂，所可斷言者，匯票之制，民間通行，始於明而盛於清。王鏊鈔幣考所謂民間自行會票，則交子之用，隱操於富戶是也。若就唐宋飛錢等，與今日票據比較而論，則其不同者，約

有數端：飛錢便錢，均由官司經理，交子雖起於富戶，終收爲官辦，此其一。票據之效用，全因運輸不便，故以錢易券而行，所以便商賈之貿易，非商人即無適用之必要，此其二。票據由國家發行，故住滯不付有罰，僞造交子有罪，公法上私法上之關係，混爲一談，此其三。此爲今昔不同之點。然考歐洲各國沿革，亦與吾國如出一轍。學者間對於票據起源，聚訟盈廷，或謂始於希臘，或謂傳自印度，然較可憑信者，則起於十二世紀伊大利之都市。該處當時外國貿易，極爲發達，商人交易頻繁，輸送現金，大感困苦，於是地匯兌商，發行約付證書及支付委託證書兩份，商人以現存之金錢，買非現存之金錢，是即吾國之輸錢買券也。其後各地匯兌商互相組合，獨占票據之發行權，與吾國交子之由富戶主之者將毋同。再證諸日本，票據制度，由吾國輸入，名曰割符，又曰切符，亦因買賣貨物，不便攜帶錢貨，故以之爲送金之具。然則遠考歐西，近證東鄰，其票據進化之跡，固與吾國前後同揆，若合符節也。所可憾者，吾國票據，自宋交子法廢罷後，幾如曇花一現，未能發榮滋長，與各國爭妍耳。間嘗考之，歷代票據所以旋行旋罷者，皆由官辦濫發之故。唐之飛錢，元和四年即加禁止，後民有滯藏，物價浸輕，判度支盧坦請許於戶部度支鹽鐵三司，飛錢每千錢增給百錢，此則以票據爲苛政，擾民而非便民矣。宋之便錢，在至道末，商人入便錢一百七十餘萬貫，天禧末增一百一十三萬貫，至是乃復增定加饒之數，每百緡河東京西加饒三千，在京餘路四千，其票輕錢重情形，可見一斑。至交子錢出於民之所自爲，苟國家設爲條教，納之規範，則行於蜀者，何嘗不可行於四方，行於一時者，何嘗不可行於經久，乃自改設交子務，致交子給多而錢不足，交價大賤，既而竟無實錢，法不行矣。綜觀唐宋兩朝票據興衰之故，察往知來，懲前毖後，深予吾人以重大教訓，所以不憚詞費，附述於此焉。（本段參考經世文續編，王鑿鈔幣考，續幣考，續

文獻通考，錢幣考，續通典食貨門錢幣類，松本氏手形法，尾元彥手形法。）

吾國票據習慣，向無系統之記載。前清因擬編民商法，曾令各省調查習慣。關於票據部分，亦經分別款項，設為問題。惟各省答覆者，寥若晨星。通都大邑，往往付之闕如。即就造送觀之，非依樣葫蘆，即牽強附會，不足憑信，固無待言。至民國肇造，各高廳中附設民商習慣調查會，其中報告，多由聽訟所得，比較的確實可恃，會由不佞擇其有關票據者，分類編訂，以備參考。此外上海銀行週報社所出票據法研究號，搜集材料甚多。王敦常所編票據法原理，以習慣為根據，足資研究。又去歲起草票據法時，李君忻就日人所著清國商業綜覽，最近支那經濟，與支那金融機關三書，摘其大要，譯成數章，出諸彼幫人士之調查，不免語多隔膜，然東鱗西爪，亦足為旁證曲引之一助。總之吾國票據習慣，非特省與省異，抑且縣與縣異，鄉與鄉異，紛糅複雜，莫可究詰。此在各國如德，如美，在未有統一法前，亦復如是，不足為吾國詬病也。茲欲就習慣全體，細加研究，既為篇幅所限，亦非論文所宜，特舉重要各點言之。

(一) 無一定之款式 銀行所出票據，大致不相差異，錢莊所出者，其款式各地不同，同地之間，各莊不同。就上海北京天津各處，呈交法律館票據樣本，及票據研究號所載各處票據格式，博考深稽，目迷五色，皆隨當事人之意思，數十年之舊習，信筆記載，漫無標準。甚至如上海錢業本票之保付（即照票）手續，僅用紅圈，蓋於本票票根之騎縫，以半留根，以半印票，其紅圈無一定格式，亦無某莊字樣，簡單脫略，與各國之以票據為要式證券者，幾如風馬牛不相及。然款式雖無一定，而本票多為無記名式，匯票多為記名式，支票多為記名式或無記名式，則各處大概相同也。

(二) 無確定之種類 同一匯票也。有匯票、匯券、匯兌券、匯兌信等名目。且有其實借券、名曰匯票者。同一本票也。有莊票、期票、存票、紅票、信票、憑票等名目。同一支票也。有畫條、撥條、計條、執帖、上單、便條等名目。且有其實匯票、名曰外埠支票者。種類不定。性質無由辨別。權義殊難判斷。殊足妨礙票據之進化也。

(三) 無背書制度 吾國票據。大抵以交付為轉讓。無所謂背書。讓受人僅將讓與人姓名。記入賬簿。以為他日求償張本。雖有時亦於票背記載前手姓名或商號。然不過為退還票據之根據。並非移轉票據之方法。票據不能流通。此為一大原因。

(四) 無承受制度 吾國之照票。或曰見票。或曰對票。或曰註票。是否僅註日期。抑或表示負責。語意含糊。無從分曉。查上海銀行業營業規程第十一條。有曰照票專為驗對票之真偽。有無糾葛。及曾否掛失。止付起見。是照票之非承受也無疑。惟習慣上認票為真後。如無他項糾葛。到期即應付款。則照票雖非承受而類於承受也。

(五) 票據非信用證券 吾國匯票僅代隔地間輸送現金之用。既無背書承受等制度。受款人以之輾轉流通。或請求貼現者。其例尚不多見。本票雖略有信用證券之性質。然如上海等處。往往戳有匯劃字樣。往往戳有面生討保字樣。苟非素相熟識。不能立時取現。仍非純粹之信用證券也。

(六) 票據非抽象證券 抽象證券者何。即不問對價有無瑕疵。資金曾否確定。凡簽名票上者。對於善意執票人。均應依票據文義而負責任。吾國票據。雖非如法國之有對價文句。然苟有糾葛發生。發行人即可使付款人停付。而因資金未到。拒絕付款者。尤屬數見不鮮。是票據關係與對價關係及資金關係。尚未全然分離也。

(七) 拒絕付款之救濟 吾國票據到期不付，執票人只能原票退還入賬之家或讓與之人，換言之，執票人只能對直接交付票據於自己之前手，請求償還票款，對發行人及其他前手，皆無所謂求償權，各國之選擇請求權及請求變更權，吾國習慣上無其例也。

以上數端，爲吾國票據特有之習慣。今者編訂法律，獎勵流通，是宜取人之長，補我之短，或改絃而更張之，或因利而善導之，庶票據效用，或有日趨發達之望乎。雖然，吾國票據，固不能與歐美先進國相頡頏，而本票之信用昭著，則較之各國，亦不遑多讓。查本票之流通效力，至爲強大，幾與現款無異，遇錢莊倒閉時，清理債務，以本票最先受償爲常例，即在平時，無論何人，執有無記名本票者，均作現款之用，不得掛失止付。（上海銀行營業規程第十條乙項）且在上海組織錢莊，加入公會者，須納公費，並覓保證，一經入會之後，同業互相協助，故其發行之票，不啻連環互保。又如揚州之所謂紅票者，苟出票錢莊，屆時不能照兌，卽由同業公同負責，攤認代兌，從未喪失信用。是誠良好習慣，不得不謂商業道德之高，苟誘掖而引進之，以信用爲基礎，以法律爲規範，行見票據流通，無遠勿屆，何難媲美他邦哉。（本段參照上海銀行週報社票據法研究號，王敦常票據原理，上海銀行營業規程，錢莊營業規程，李君圻票據習慣參考資料報告書，及鄙人所編票據習慣。）

