

法學名著
民法要義

總則編

商務印書館



日本梅謙次郎原著
陽湖孟森譯述

總則編

法學
名著
日本民法要義

上海商務印書館印行

民法要義第一卷目錄

民法

第一編 總則

第一章 人

第一節 享有私權

第二節 能力

第三節 住所

第四節 失蹤

第二章 法人

第一節 法人之設立

第二節 法人之管理

第三節 法人之解散

第四節 罰則

第三章 物

第四章 法律行爲

第一節 總則

第二節 意思表示

第三節 代理

第四節 無效及取消

第五節 條件及期限

第五章 期間

第六章 時效

第一節 總則

第二節 取得時效

第三節 消滅時效

民法要義

民法

民法 (droit ou code civil, bürgerliches Recht oder Gesetzbuch) 乃所以定私法 (droit privé, Privatrecht) 之原則。凡屬公法 (droit public, öffentliches Recht) 之規定。概不闖入。惟與私法之規定。有密接之關係而難於分離者。則間有插入一二之處。

分私法爲民法商法 (droit commercial ou code de commerce, Handelsrecht oder Gesetzbuch) 二種。乃近世之慣例。卽在我邦。亦效之而制定民商二法典。是雖不無可議。然欲論列此事。不在本書範圍以內。今止示本書中可論之事項而已。

明治二十三年所發布之商法。其規定動與民法之規定相複。甚且有相牴觸者。新民法力補此等缺點。以民法之規定爲原則。可適用於商事。商法所揭。全屬商事特殊之規定。故欲決商事上之法律問題。僅僅研究商法之規定。未爲足也。同時必參觀民法之規定焉。

私法規定中。其屬於手續 (Procédure, Verfahren) 者。以民事訴訟法破產法登記法及其他特別法爲主。又或收之於民法施行法中。民法中力避此類之揭載。然其與實體法 (Substantielrecht) 相連繫者。猶不無載入民法中也。有謂民事訴訟法破產法等爲屬於公法者。以映出本書之範圍。茲故不論。

本法分爲五編。第一編總則。第二編物權。第三編債權。第四編親族。第五編相續。在總則編。揭諸種權利公共之規定。在物權編。揭財產權中特別一種關於物權之規定。在債權編。揭財產權中特別他一種債權之規定。其中不無稍有牽連。然終依其主要之觀察點。爲類別焉。更如著作權。有謂非財產權者。余不取此說也。特許權。意匠權。商標權等。雖爲財產權。皆讓之特別法。民法中不復揭之。或又謂債權中有非財產權者。余亦不取。更至第一百六十三條有所論焉。在親族編。揭非財產權而特關於親族權之規定。蓋親族權之結果。有爲財產權之所由生者。其財產權。雖以適用前二編規定爲原則。然不無略有特別之規定。在相續編。則皆財產權及親族權之主體亡失時。規定其應以何人爲承繼也。

民法要義

第一編 總則

權利 (Jus, droit, Recht) 二者。據法律。得使他人認自己之行爲爲正當之謂也。之權利二字就說紛紛。今姑止。就余所信者揭之。故權利之主體常爲人。此本編第一章所以專論人也。然有時非人而亦可假定爲人以爲權利之主體 (Sujet, Subjekt) 是曰法人。此本編第二章所以論法人也。又權利之客體 (Objet, Objekt) 亦有謂其常爲人之行爲者。一旦既以權利爲關於行爲之力。則此說似甚確。然權利者之行爲。誠不得離於權利者之本人而觀察之。故持此說者。謂其不脫權利主體之範圍可也。權利之客體云者。所欲施權利於其上者也。故在親族權。則權利之客體。恆爲他人或其行爲。或謂決無以子或未成年者爲其客體。並無不妥。在財產權。則或爲物。或爲他人之行爲。而此行爲之目的。亦多間接在物。此第三章所以論物也。又權利之得喪變更多由法律行爲。此第四章所以論法律行爲也。又權利之得喪或效力等。定於期間者不少。而其計算法。有發生種種疑問之虞。此第五章所以論期間也。又權利常直接或間接。因時效而消滅。此第六章所以論時效也。

第一章 人

權利之主體常爲人。既如所論矣。然人果自何時。爲享有權利之始。又何等人。乃得爲何等權利之主體。不可不定。故本章第一節。有關於享有私權之規定。又雖係享有權利者。非皆得自行使之。故第二節有關於能力之規定。又依人之所在。其權利之效力。所影響於其他者不少。故第三節有關於住所之規定。而人有失其所在之時。其權利義務當如何。不可不定。故第四節有失蹤之規定焉。

第一節 享有私權

私權 (droits priés Privatrechte) 者。對公權之言也。雖學者之用語。不必一律。余謂私權乃不在國之構成成分之資格之人民權利。及與人民同一資格之國或其一部之權利。然本章所論。止關於自然人。故茲所謂私權。乃除去國民參與政務之權。專指自衛其本身之安甯幸福。所需之一切權利也。

權利之享有 (Jouissance) 云者。對其行使 (exercice) 之言也。享有云者。謂其爲權利之主體。行使云者。謂其自爲權利作用所需要之行爲。故德國學者。謂甲爲權利能力。 (Rechtshähigkeit) 謂乙爲行爲能力。 (Geschäftsfoder handlungsfähigkeit)

凡人以得爲權利主體爲原則。故本節止揭稍有可疑之問題。其他則因其當然享有一切

私權。茲不特揭。但又有視權利之種類。限定何人得爲其主體者。是蓋讓之法律之特別規定。茲不論及。

本節所揭。(第一)凡人享有私權。自何時始。(第二)外國人與內國人。享有私權同否之間題是也。

第一條 私權之享有。始於出生。及二

權利之主體。既常爲人。則人之生存。爲享有權利之要件。不容疑也。夫然。則享有私權。始於出生。殆無待煩言矣乎。然而必特言之者。曷故。蓋一則別於公權。(droits publics, öffentlic-
he Rechte) 不達若干年齡。以不能享有爲常。再則私權中有雖係胎兒。當視爲享有者。如損害要償權^{一七二}。相續權^{九九六八}。受遺權^{六五〇}等是也。舊民法仿羅馬法及其他多數之法律。於胎兒之利益。視與既生之兒等。^二是恐失之太汎。故今不取之爲原則。而其例外。則於胎兒必應視等既生兒之處。特限定之。

第二條 外國人。除法令或條約有禁止者之外。一律享有私權。^{四八}

古時無論何國。視外國人均如禽獸。又如仇讎。從無以法律認其權利而保護之者。世運漸進於開明。始悟外國人亦人。並其相與交通之有利無害。乃漸認外國人之權利。惟公權則

以不認外國人爲原則。蓋非通其國之事情。心愛其國。與其國共利害者。不得參與其國之政治。卽在私權。今日猶有以內外人不同等爲原則者。然已爲非常之例外。大抵皆以內外相同爲原則。又或依條約。或依外國之法律。而以內國人至其國。享有同等權利爲條件。乃認其國之人。與內國人權利相均。卽間有尙株守內外不平等之主義爲原則者。而實際已率以大多數之權利。認外國人。諸如此類。其傾向皆足令內外人有同等之權利。卽在我邦。原則亦採此主義。以倣文明國之例。但或從與某國所訂條約。限該國人不使享有某某權利。或從法令之特別規定。限某某權利。不認一般外國人或某國人。亦事所常有。今列舉現行法中。所不認外國人之權利。(一)外國人不得爲日本人家之戶主。或家族。(二)據明治六年三月十四日。第三百三號布告。以三十一號改正。日法二十一年七月九日日本人以外國人爲養子或入夫。要內務大臣之許可。且內務大臣。非具備該布告第二條之條件時。不得許之。(三)據明治六年一月十七日第十八號布告。地所質入書入規則。譯者按質入謂暫時占領其物書入謂但執其契券第十一條云。外國人不得有土地所有權質權抵當權。但多數條約國之人民。以得有抵當權爲例外。日德

議定書第二更有多數條約國有最惠國條款之利益 (四)據民事訴訟法第八十八條云。外國人爲原告。要供擔保。惟在其本國之日本人無同一之義務時。則亦無需供此。(五)又據第九十二條。以同樣之

例外。外國人無受訴訟上救助之權。(六)據明治三十二年三月七日。法律第四十六號。船

舶法第一條云。限日本人乃許為日本船舶之所有者。(七)據明治二十九年三月二十三

日。法律第十五號。航海獎勵法第一條。又同日法律第十六號。造船獎勵法第一條。及三十

八年二月二十八日。法律第四十號。遠洋漁業獎勵法第二條云。限日本人得浴此等法律

之恩典。(八)據明治二十九年四月七日。法律第七十號。移民保護法第七條之一云。限日

本人於日本有為主之營業所者。譯者按為主。得為移民取扱人。猶言專辦。(九)據明治

二十六年三月三日。法律第五號。取引所法第十一條云。限日本人。許為取引所之會員或

仲買人。三十二年三月九日。法五八號。許外國人為株主。譯者按取引所即中國代客買賣

而彼法所許平心而論。禁朋充實不合商情也。株式即股分。外國人為株主。即為股東。盡股

東無代客買賣之職役也。仲買人猶言經手。仲與中同。謂居中代客買賣者。凡非行東而在

行執代客買賣之業者。謂之仲買人。(十)據明治三十八年三月七日。法律第四十五號。礦業法第五條云。限

日本人許為礦業權者。又二十六年三月四日。法律第十號。砂礦採取法第四條。譯者按

砂礦採取法原文。砂礦云。就砂礦採取業有同樣之規定。(十一)據明治十五年六月二十

七日。第三十二號。布告日本銀行條例第五條。及二十年七月六日。勅令第二十九號。橫濱

正金銀行條例第五條云。限日本人。許為日本銀行及橫濱正金銀行之株主。(十二)據明

治三十二年三月三日。法律第三十九號。著作權法第二十八條云。外國人。其原則。止就其在日本始發行之著作物。受其著作權之保護。

就私權之主點。依憲法第二章之規定。當以法律爲規定者居多。故在日本人。以命令規定其私權。多爲不得其當。然外國人則爲不受憲法之保障者。故即以命令左右其私權。亦不嫌其反於憲法之趣旨。此本條所以得以命令設其除外例也。但持法律論。苟法律中明定爲讓於命令規定者。雖法律事項。憲法上應以法律定之之事項得以命令規定之。余所信而不疑者也。何謂外國人。乃依國籍法五十二年三月十日法六六號之規定。舊民法雖揭之於人事編中。一八七至然此之主點。乃屬於公法之事項。當爲特別法。故新民法不復揭之。

第一節 能力 (capacité Fährigkeit)

德國法分能力爲權利能力行爲能力二種。既如前述。然在我國。仿法國法之語例。止稱行爲能力爲能力。既爲從來之慣例。本節所云能力。則以此意義。用能力之字樣也。

行爲能力。亦與權利能力。同爲人人所具有。是爲原則。止有事實上不得行使權利者。及以法律特定爲無能力者。則不具之。故於本節。並不規定何等人有何等能力。止規定何等人不有之而已。

德國學者。雖分不具行為能力者。爲無能力者。(incapable unfähig) 限定能力者。(geschäftsunfähig; in der Geschäftsfähigkeit beschränkt) 二種。然其所謂無能力者。止爲我民法中之意思無能力者。(Willensunfähig) 是爲缺於法律行為要素之意思。故不成立其法律行為。斯於所謂無能力者。不須特設規定。惟於此等處。如幼者心神喪失者或法人。法律雖亦規定其代表者。然此屬權限問題。不是惹起本節所謂無能力之問題。故茲但就德國學者之所謂限定能力者。設規定焉。

一般之無能力者以外。有特別之無能力者。如後見人與舊未成年者之間。儘後見計算之終以前。不得爲契約。九三九人 又夫婦間之契約。任何時得取消之。七九 又破產者於破產債權者。不得爲可以對抗之行爲是也。八五商九 此等規定。在親族編及破產法。現行破產法乃舊商法之 茲故不論我民法所認一般之無能力者。(一) 未成年者。(mineur minderjähriger) (1) 禁治產者。(二) 準禁治產者。(四) 妻是也。請依次說明如左。

一 未成年者

第三條 以滿二十年爲成年。三

本條之規定。自明治九年以來既有之。九年四月一號 卽在皇室典範。亦就普通之皇族。同以

滿二十年爲成年。(Majorität Volljährigkeit) 皇室與惟(1)天皇及皇太子皇太孫。以滿十八年爲成年。(2)婚姻則至男滿十七年女滿十五年得爲之。而儘男滿三十年女滿二十五年以前。當得在家父母之同意。七六五 (三)養子緣組亦以將爲養子者滿十五年以上得爲之。但縱在此年齡。仍須得在家父母之同意。一八四四一八四六又一 (四)遺言亦以滿十五年以上者得爲之。五取三五六七四號參觀

年齡之計算法。以明治三十五年十二月一日。法律第五十號定之。其規定之主點。不過準用民法第四百三十三條。故因該條之說明。自可明之。惟年齡當以日算以時算。又以日算則算入初日否。不無疑問。而三十五年法律第五十號。則定爲當以日算。且算入初日焉。

第四條 未成年者若爲法律行爲。要得其法定代理人之同意。但單得權利或可免義務之行爲。不在此限。

反乎前項規定之行爲。得取消之。財五四七二項
五四八一項

未成年者。有行親權之父母或後見人。爲其法定代理人。代之管理其財產。爲契約及其他之行爲。此其常也。然未成年者。達相當年齡之後。非絕對之無能力者。故自爲某行爲。其行爲非全然無效。惟其能力不完全。非以法定代理人之同意補之。其行爲不爲完全成立者。

耳。而其不得法定代理人同意。以爲行爲。亦止得取消之。非卽絕對無效。其取消應以何人爲之。應以何方法爲之。其效力如何等。皆當於後無效及取消節論列焉。

以上所論。乃就有意思能力而未成年者言之。若夫無意思能力之幼者。則已缺法律行爲要素之意思。故其行爲。決不得而成立。

本條所謂法律行爲中。訴訟行爲亦包含在內。更參觀第十二條第一項第四號及民事訴訟法第四十三條。可也。

上列乃原則。於此又有一例外。單得權利、或、可免義務之、行爲。未成年者得獨斷爲之。是也。蓋此等行爲。法律上視爲止有利而無害故耳。

法定代理人同意於未成年者之行爲。有時要有若干條件。然此專讓親族編之規定。茲不復言。一八八六、九二九、一五五、四一、五七、一、九四、參觀

本條就未成年者爲法律行爲。要其法定代理人之同意。汎爲規定。故凡身上財產上一切行爲。似皆適用。其實不然。蓋其原則。實止適用於財產上之行爲而已。抑法定代理人之爲何人。有何等之權限。悉爲親族編所規定。然於親族編中。一般之規定。親權者及後見人。止定其關於財產之未成年者法律行爲。當爲之代表。二八、一四、九、一、項故財產以外之行爲。通常無

法定代理人。因之不必得法定代理人之同意。惟本條汎指未成年者之法律行為。規定其要有法定代理人之同意。故或慮財產以外之行為。未免有疑其亦需同意者。特於隱居五六私生子之認知八八二婚姻之無效或取消。離婚及關於同居之訴訟行為。人法三一項養子緣組之無效或取消及關於離緣之訴訟行為。同上六親子關係相續人廢除及關於隱居之訴訟行為。同上九一三項等。明言不需法定代理人同意之旨。更於例外。就轉籍二七三分家他家之相續或再興三三四兵役之出願九八二一營某職業九八二三等。定其要親權者或後見人同意之旨。雖然。特言要行親權之父或母及後見人之同意。而不言法定代理人之同意者。乃立法者用意之所在也。更於婚姻二七七離婚九八〇養子緣組四四四一四八離緣三八六等。亦有需父母或後見人之同意者。此父母非必親權者。又不止關於未成年者。故與本條之規定。大不同其性質。蓋無待煩言而始解也。

第五條 法定代理人所定其目的而許其處分之財產。於其目的之範圍內。未成年者得隨意處分之。不定其目的而許其處分之財產。其處分之亦同。

據前條所揭之原則。未成年者非得法定代理人之同意。殆無論何事。皆不得爲。然則父母或後見人。事事物物。皆需未成年者之代理人爲之。而行爲之爲也。頗難矣。故未成年者。達

相當年齡之後。有必須以若干金錢或其他財產。交付之使自爲處分者。例如學資每月付金若干。未成年者受之。於學資之範圍以內。任如何支用。至後日不得取消其行爲。又如零用每月付金若干。未成年者受之。全然得以自由消費。蓋不如是則實際之不便已甚。此所以有本條之規定也。

第六條 以一種或數種之營業。許此未成年者關於其營業。與成年人者有同一之能力。

遇前項情事。未成年者若實有不堪其營業之事跡。則其法定代理人。得從親族編之規定。取消其許可。或制限之。五八三二項九二一財五
五〇商五六舊商一一

以二十年爲成年。本按合人民普通之發育。平均不達此年齡者。不宜自爲法律行爲。而達此年齡。卽宜自爲各種之取引。亦不過約計之詞。故審實際之發育。或從家況所必需。既達相當年齡之未成年者。恆有不能不令營一商工業或他職業之事。若然。則當其爲職業上必有之種種取引。非盡得其法定代理人之同意。其所爲後日皆可取消。夫孰肯與此未成年者爲取引乎。是名爲許營職業。實使無業可營而已。彼舊民法。附關於不動產讓渡之制限。外國之法律。亦不乏其例。然於實際徒爲不便。且非十分保護之意。故甯可直截痛快。既已許其營業。卽就所營之業。令與全然成年人者有同一之能力。若其不宜與以此能力者。不

如斷然不許之爲愈。以故本條中一切不加制限。惟在所許營業之外。則仍純乎爲未成年者。當從第四條之通則。余於此最後一層。雖尙有少許意見。然此自屬立法論。茲不闌入。夫此未成年者。信爲可營職業而與以許可。迨其就業而後。竟猶有童心。往往不符初望。其所爲惟趨失敗。不宜遞營職業。形迹顯然。當此之時。原與許可者豈能袖手旁觀乎。立法者於此。又令其取消前日之許可。或制限之。例如本令兼批發門賣之業。或止令批發。或止令門賣。又如本令兼造酒賣酒之業。止令造酒。或止令賣酒。無不可也。

從以上所述。其既與許可。又取消或制限之者。究爲何人。其條件又何等。皆讓親族編中規定之。今據該編所規定。則所謂當以後見人得親族會之同意而爲之矣。^{九二}再舊民法仿法國意國之例。注重自治產(émancipation)以營商工業爲必要之條件。然新民法則並不以此爲要。蓋全然不取自治產之制也。舊商一。亦以立獨立之生計爲必要。是亦新民法。但自屬立法論。蓋亦不復闌入。

二 禁治產者 (interdit, Entmündigter)

第七條 有心神喪失之常況者。裁判所因本人、配偶者四親等內之親族、戶主、後見人、保佐人、又或檢事之請求。得爲禁治產之宣告。二二三

本條以下迄於第十三條所規定之無能力。乃本之於精神狀態者。刑法及舊民法。雖認禁治產 (Interdiction, Entmündigung) 爲一種刑罰。新民法初不認之。蓋與刑法之改正。同以廢去此制爲豫期。但民法之施行。先於刑法之改正。故又於民法施行法中。規定廢去此制之旨焉。民施一四
五一七

精神病者。各有程度。重則精神全然錯亂。知覺毫無。至其輕者。則雖時時錯亂。平常則與普通人無少異。惟不問其精神病程度如何。精神錯亂時所爲之行爲。全不成立。殆必無疑。蓋法律行爲之第一要素。莫如意思。彼其時爲全無意思者故也。雖然。(一)法律行爲之當時。證明當事者之精神錯亂。頗非易事。(二)假令當時之事實。可證明矣。然果爲精神全然錯亂乎。抑知覺尙未全失乎。欲斷定之。雖精神病之專門家。亦恐不易。特精神卽不全然錯亂。必多有異於平人之態。(三)精神之錯亂者。或全不得爲法律行爲。或往往爲不利於己之法律行爲。以致有蕩盡財產之慮。(四)精神病者之症狀。往往爲他人所不易知。故動輒誤信爲普通人。而與之爲取引。則後日難保不將認其取引爲無效。於是立法者考其精神病之程度。有心神喪失之常況者。以之爲禁治產者。一切行爲。無自爲之能力。殆卽使證明其法律行爲之當時。精神未爲錯亂。亦不許以其行爲爲有效。若止應認爲心神耗弱者。則以

之爲準禁治產者。止爲設保佐人。此外則皆事實問題。如有於法律行爲之當時。主張其精神錯亂者。不問其主張者之爲本人。爲相手方。譯者按相手方平聲。猶言對手。乃共爲法律行爲之彼一造也。但令舉其精神錯亂之明證。有明證則法律行爲全爲無效。否則法律行爲皆爲有效。譯者按自此外則皆事實問題。

以下言本編另有規定。與此處禁治產準禁治產無涉。別詳下意思表示。

本條專指禁治產者。蓋人有心神喪失之常況。卽精神常常錯亂。無本心復明之日。以及本心雖有時而明。然精神動輒錯亂。復其常態。轉爲例外。若此之流。一經裁判所決定。得宣告爲禁治產者。而其向裁判所請求宣告之人。則明定七項人得爲之。(一)本人。蓋本人有復其本心之時。自思其平常心神喪失之狀。爲自己利益慮。得自己請求其禁治產。(二)配偶者。蓋配偶者慮及其子或其家之利益。得請求宣告所配偶者之禁治產。(三)四親等內之親族。此據同上之理由。得請求自己親族之禁治產。何爲四親等內之親族。依親族編規定自明。其親等計算之法。同舊民法所據羅馬主義。惟親族中兼血族與姻族。血族雖認至六親等爲止。姻族則以三親等爲限。餘則全無親族關係矣。七二五至(四)戶主。此又據同上之理由。得請求其家族之禁治產。(五)後見人。此爲有時必以未成年者爲禁治產者。善謀其利益而請求其禁治產。後見人居最適當之地位。舊民法無此項。實爲缺典。(六)保佐人。

此爲曾受準禁治產之宣告者。更有必受禁治產之宣告時。請求之人。亦以保佐人爲最當。是亦舊民法所無。同爲缺典。(七) 檢事。檢事職在公安。或以瘋癲者直接害及公安。而爲設監督者。或直接謀社會中一瘋癲者之利益。保護其身體財產。以間接謀國家之公益。皆得請求其禁治產。人事訴訟手續法四〇至六二

未成年者亦得以之爲禁治產者。既如右所言。其必要之故安在。夫未成年者既服從於親權或後見。禁治產者亦服從於後見。未成年者獨斷所爲之法律行爲。得取消之。禁治產者亦然。似既未成年。卽無需再加以禁治產。然則前文何以言之。是有二故。(一) 未成年者之行爲。若達其成年後經過五年。不得復取消之。項一二四一 禁治產者之行爲。則非從取消其

禁治產以後。自覺知其所爲之行爲時再過五年。不能消滅其取消權。項一二四二 (二) 若未

成年時。不爲之請求禁治產。則其人既達成年以後。未受禁治產宣告以前。其人將直爲能力者而缺其保護矣。此未成年者所以必可爲禁治產者也。其餘單得權利可免義務之行爲。雖有得爲不得爲之別。然此特細目。茲可不論。從舊民法兩者之差異殊甚。因之以未成年者爲禁治產者。尤爲必要。今已大減其

必要矣。

第八條 禁治產者。則與以後見人。八二

禁治產之目的。在保護禁治產者之身體財產。兼監督之。夫有心神喪失之常況者。使之自行管理財產。至爲危險。既述如前。故特置後見人（tutor, tuteur, Vormund）使其身體之保護監督。財產之管理。尤爲必要。其以何人爲後見人。且應有何等之權限職務。則更讓親族編規定之。九〇二至九四二

第九條 禁治產者之行爲。得取消之。五二三〇。財五四七。二項

心神喪失者所爲之行爲。缺行爲之要素意思。故其爲無效。既如上述。雖然。其行爲之當時。不但不盡可證明其喪失。並有全不得謂爲喪失之時。然其心神究以不健全之方面爲多。於是立法者於凡禁治產者所爲之行爲。無需求其心神喪失之證。而由其禁治產者或其代理人。皆得而取消之。以爲保護。是則禁治產之主要目的之一。業已粗述於前。但禁治產者。得其後見人同意所爲之行爲。苟其行爲在後見人權限以內。則全爲有效。不待言也。蓋禁治產者。爲常有、心神喪失之、況者。故其本心復明。爲時極少。因之得後見人同意而爲法律行爲。極爲例外之事項。故法文中無需比照未成年者。而謂禁治產者爲法律行爲。要得後見人之同意。特常由後見人。竟代之爲法律行爲焉。然若於本心偶復之時。得後見人同意。偶有所爲。亦得視爲與代後見人而爲之者等。參觀一〇二然則其法律行爲之爲有效。何待

言乎。

心神喪失之證據。提出頗難。既言之矣。然若竟萬一提出難提之證據。則果止由禁治產者或其代理人。得取消其行爲耶。抑禁治產者或其相手方。得主張其行爲爲全無效耶。是在各國。亦有種種之議論。然據余之所信。意思既爲法律行爲之要素。但無反對之明文。則謂無意思而有法律行爲。當不其然。今止曰禁治產者之行爲。得取消之。故其行爲。不能不以爲有普通之要素意思。若然。則當禁治產者爲其行爲。必提出意思全然欠缺之證據。禁治產者乃不但得取消之。其行爲必且全然無效。而不成立。故雖取消權既罹時效之後。猶得唱言無效。相手方亦得唱言無效。而拒其行爲之履行。此似不利於禁治產者。然論事實。心神喪失之明證。得之實難。故未必有害。此如幼兒之行爲。因其無意思。遂爲全無效。無論本人或相手方。得唱無效。蓋無異也。

第十條 禁治產之原因既了。裁判所要因第七條所揭之人之請求。取消其宣告。三八二
 本條乃當然之規定。無需說明。因其初由裁判所爲禁治產之宣告。故後之取消。亦必由裁判所。而其宣告之之利害。亦與取消其宣告。利害相同。故由同一之人。得請求其取消。但保佐人則實際當不見適用耳。人事訴訟手續法六三至六六

三 準禁治產者 (demi-interdit)

第十一條 心神耗弱者聾者啞者盲者及浪費者。爲準禁治產者。得以保佐人付之。三二

項一

本條所規定者。乃心神未至全然喪失。或雖有喪失而不至陷爲常況。惟精神不及常人。不能具十分之智能。辨識法律行爲之利害得失者。而聾者啞者盲者。各缺五官之一。其知識多不及常人。動輒有易受人欺之患。至浪費者亦精神病之一種。他智能即無所缺。理財一事已夔遜常人。故欲保護此等之人。必不能不劃限其能力。使不得恣爲法律行爲。此準禁治產 (demi-interdiction) 之制之所由起也。但此等人止得付以保佐人 (conseil judiciaire) 且非必付之。蓋依其精神之狀況。或有不必付之者矣。禁治產之宣告。亦止規定其得爲之。不爲禁治產之宣告。然則法文規定裁判所得爲某事時。必一切解之爲裁判。所若認其有益。或必要。即當爲之。然則既有心神喪失之常況。而謂宣告禁治產。尙非必要。蓋無此理。故心神喪失之常況。既認其有此事實。禁治產之宣告。當不復生。可以無庸之事也。

雖然。準禁治產者。其智力優於禁治產者。固無論矣。即其能力。亦大於禁治產者之能力。亦爲當然。因是生左之差異。

一 禁治產者以不自爲法律行爲爲原則。故必有後見人。爲其法定代理人。準禁治產者。

常爲自爲法律行爲者。保佐人止監督輔佐之。保佐人不得自代進禁治產者爲法律行爲。

二 禁治產者關於財產。任何法律行爲。苟獨斷爲之。皆得取消。準禁治產者。止重大之行爲。要得保佐人之同意。其他行爲。概得獨斷爲之。

第十二條 準禁治產者。爲左揭之行爲。要得其保佐人之同意。

一 領收元本。或利用之之事。

二 爲借財或保證之事。

三 爲以不動產或重要動產之權利得喪爲目的。而爲行爲之事。

四 爲訴訟行爲之事。

五 爲贈與和解或仲裁契約之事。譯者按。仲裁。編言。居中列斷。

六 承認相續或拋棄之之事。

七 拒絕贈與或遺贈。及受諾負擔所加之贈與或遺贈之事。

八 爲新築、改築、增築、或大修繕之事。

九 爲超過第六百二條。所定期間之借貸借之事。

裁判所於準禁治產者。有時得就不揭於前項之行爲。亦宣告其要有保佐人之同意。

反於前二項規定之行爲。得取消之。三八一九四二一八二一九二二三三二

本條所列舉之行爲。皆爲重大行爲。非精神完固者。不得任意爲之。否則有家產蕩盡之慮。此其大概。雖多屬處分行爲。中如領收元本修繕等。其性質上亦有屬於管理行爲者。蓋爲危險較多之行爲。特與處分行爲同視。必得保佐人之同意焉。又如保證贈與。似即全然禁之。亦無不可。但營商業者。往往於其營業上。必需互爲保證。又於家族之分家婚姻養子等處。或非無必需贈與之時。故是亦以得保佐人之同意。爲得爲之者。

第二項之規定。視準禁治產者中。精神不完全之程度。至其甚者。雖如短期之借貸借不重。要動產之賣買等。瑣末行爲。恐尙有必需宣告。應得保佐人之同意者。故設此文。但其人精神若復改良。則得取消右之宣告。或變更之。又若精神益不完全。則至後日。亦得爲右之宣告。或變更之。益擴其需保佐人同意之範圍也。人事訴訟手續法六八

準禁治產者。於必得保佐人同意之處。無同意而自爲行爲。與未成年者禁治產者同。一應視爲有效。然若準禁治產者以爲自己。有不利利益。則得取消之。

第十三條 第七條及第十條之規定。準禁治產準用之。項二三五二

準禁治產。止異其程度。至其性質。則與禁治產大有相類。此所以名之爲準禁治產也。故何人得請求之。及其原因既去。即取消之。皆與禁治產之規定。無異同之理。此本條所以準用關於禁治產之第七第十條也。論其實際。準禁治產之爲請求者。決不由保佐人。譯者按第七條請求者由準禁治產遞進爲禁治產。乃至請求其取消。由後見人者亦罕。然準用之所以爲準用。固應合於事實而消息之。但以未成年者爲準禁治產者時。其請求準禁治產之取消。在未達成年期內。則後見人亦可有請求之事耳。人事訴訟手續法六七

四 妻 (femme mariée, Ehefrau)

第十四條 妻爲左揭之行爲。要受夫之許可。

一 爲揭於第十二條第一項第一號至第六號之行爲。

二 受諾贈與或遺贈及拒絕之。

三 爲身體應受羈絆之契約。

反於前項規定之行爲。得取消之。入五六七八七二財五五一一

婦人者。婦人而已。非無能力也。故處女及寡婦。其能力以不異於男子爲原則。惟妻之爲妻。則無能力。此其理由。蓋天無二日。國無二王。若家有二主。則不能整理一家。故今日家必有

戶主焉。雖然。隨世之進運。家族制之進化。漸入於親族制。徵諸古今之沿革。一定不可移也。故戶主之權不能復如昔日之強大。漸見親權夫權之發達。親權專對未成年者行之。夫權則對妻行之。而在新民法。即從舊民法及今日多數之立法例。其以夫權爲制限之法。在於凡妻欲爲重大之法律行爲。須受夫之許可。其行爲能力之限如此。至其能力之程度。雖稍類準禁治產者。然準禁治產者。止因保護其財產。而以之爲無能力。妻則欲使之從夫。乃以之爲無能力。故其間生左之差異。

一 準禁治產者。止於受諾負擔所加之贈與或遺贈。要保佐人之同意。妻則於受諾一切之贈與遺贈。均需夫之許可。蓋如受贈與遺贈於他人。即於財產上止有利而無害。亦有於品位上。或感情上。不可受之者。是等之判斷。非悉任夫之意見。則其權力。將有不行之慮矣。

二 身體應受羈絆之契約。亦依同理。許準禁治產者而不許妻。蓋夫爲有權利使妻與己同居者。則妻焉能不得夫之許可。自爲羈絆己身之契約。至不能從夫之命。以盡同居及其他之義務乎。

三 反之而如第十二條第八第九號所揭之行爲。以財產上之利害言之。亦未始非其稍

重大者。然妻即獨斷爲之。不得遽謂有蔑其夫權力之嫌。此本條所以不復揭之。但因新築改築增築之故。若又必爲借財及爲不動產或動產之重要處分。則必特受夫之許可。不待言也。

四 再依同理。妻亦如準禁治產者。在法律所定行爲之外。不得以之爲當受夫之許可者。亦不待言也。

因右之理由。雖已爲妻。若有準禁治產之原因。仍必有準禁治產之宣告。其理明甚。且於後第十七條。妻有不受夫之許可者。然若爲準禁治產者。則第十二條之行爲。必得保佐人之同意。據九〇二二項九〇九一項。則夫爲妻之保佐人乃原則也。故在西洋。妻之準禁治產。可云至夥。至若有須以妻

爲禁治產者。其理更明。不必復論。

第十五條 被許爲一種或數種營業之妻。關於其營業。與獨立人有同一之能力。一六九項

新商一三三
五、六

夫之於妻。就各個行爲。與以許可。或就一切行爲。與以許可。固隨其便。故夫若就妻之營某職業。所有其中必要之行爲。得一切許之。且夫若許妻營某職業。必視爲關於其職業之行爲。一切已有許可。蓋欲使第三者。毫無疑於其妻之能力。安心與之爲取引也。其餘與第六

條之意同。茲故不贅。

第十六條 夫得取消其所與之許可。或制限之。但其取消或制限。不得以之對抗於善意之第三者。二八六九項

夫不因其許可。遂拋棄其夫權。故雖業與以何等完全之許可。若後又悔之。則無論何時。必得而取消之。又即不取消許可之全部。然於認爲必要之範圍以內。必得而制限之。但此取消或制限。其性質上不遡既往。此一定之理。

在西洋。往往於夫婦財產契約中。夫有與妻以一切之許可者。然恐因此之故。萬一遂爲能束縛其夫之契約。爲反於公之秩序之契約。故不能不以之爲無效。彼西洋則似乎常視爲夫豫以其夫權之作用。與妻以一切之許可。蓋夫婦財產契約。固當與婚姻之成立。共生效力者也。依是見解。則右之許可。任何時得取消之。或制限之。觀本條之規定自明。民法修正案之初次草案。雖明言及此。然終削之。故今於此等事項。當以爲不得規定於夫婦財產契約中者。四卷一頁五參觀

夫之取消許可或制限之。自其重視夫權而言。固爲當然之事。然若得以此對抗善意之第三者。則爲害及第三者。其有妨取引之安全。實非尠少。此所以有本條之但書也。

例如不動產。業已許可其賣卻矣。後日忽全然禁其賣卻。或命以賣價必在一萬圓以上。又業已許爲布帛之零躉賣店。後日忽全禁其商業。或命以單爲躉賣。又業已許一切商業。後日又命以單爲布帛商。若此之類。設第三者不知其取消制限。而與妻爲取引。則其取引不得取消之。

或曰。第六條第二項無但書。而本條有但書。何也。此無他。未成年者之無能力。爲保護而設。故甯害第三者而必保護之。妻之無能力異是。惟重夫權。故以妻爲無能力。則卽保護善意之第三者。不得謂夫或妻有受損之虞。況夫於各行爲。凡經許可者。皆得取消或制限之。其害及第三者爲尤甚乎。又況其取消或制限。更不若未成年者。必有不堪其營業之事迹等。而始爲之乎。

第十七條 於左開各項。妻不必受夫之許可。

一 夫之生死不分明時。

二 夫遺棄其妻時。

三 夫爲禁治產者或準禁治產者之時。

四 夫因瘋癲。被監置於病院或私宅時。

五 夫被處禁錮一年以上之刑。正在執行其刑之時。

六 夫婦之利益相反時。一七〇。舊商
一二二項

妻爲重大之行爲。雖以要夫許可爲原則。然法不責不能者。故有本條第一第四號之規定。卽在第二第三第五等號。亦多爲事實之不能。又卽非全然不能。然對於遺棄其妻之夫。被處一年以上之禁錮之夫。亦必令妻請其許可。則待妻未免太酷。又不但待妻爲酷。往往極要之行爲。有不得爲之者。而於其子尤難保不生不利益之結果。又夫爲禁治產者。準禁治產者時。其身自無能力。而對妻必加許可。亦甚不得其平。或如次條所云。似可令得後見人或保佐人之同意。然妻之無能力。畢竟在確保夫權。令他後見人保佐人等干與於其間。實爲無謂。況夫爲禁治產者。或準禁治產者。以妻爲後見人或保佐人。爲其本則耶。九〇。二。三項。九〇。二。三項。三。三項。四。二此所以有本條第三號之規定。若夫第六號中。夫婦利害有相反時。若此時尙要夫之許可。則旣悖人情。尤於妻太嫌束縛。不能不謂之過舉。例如對夫有必起訴之時。若云要夫許可。則有終於無告焉耳。此所以有第六號之規定也。

第十八條 夫若爲未成年者。則非依第四條之規定。不得許可妻之行爲。

夫爲未成年者。則自己爲法律行爲。尙要得法定代理人之同意。故當許可其妻之法律行

爲。亦同需法定代理人同意。否則自己爲法律行爲不得自由。而爲他人判斷法律行爲之利害得失。反得許可之或拒其許可。豈非絜矩難通。此所以有本條之規定也。

或曰。前條第三號中。夫若爲禁治產者或準禁治產者。則妻不需受其許可。至本條夫爲未成年者。則可得法定代理人之同意。而許可其妻之行爲。非前後兩歧乎。余應之曰。夫雖爲未成年者。既爲婚姻。必在十七歲以上^{五七六}。多堪自主宰其一家。故得其法定代理人同意。卽得許可妻之行爲。固無不當。且不可與禁治產者準禁治產者等視。其事更無庸說明。此本條之規定。與前條第三號之規定。所以不同也。

夫無法定代理人之同意。所許可之行爲。夫或妻得取消之。固已。蓋與無夫之許可等。而此種之取消。據十四條第二項。則對於第三者亦得對抗之。所不待言也。^{一一}

本條止規定與以許可當依第四條而已。故一旦取消其所與之許可。無需得法定代理人之同意。此無他。夫欲許可之行爲。固必得法定代理人之同意。乃得許可之。其所不欲之行爲。法定代理人初不得強令許可。此與欲取消其許可。法定代理人不得強妨其取消。其理同也。

五 通則

第十九條 無能力者之相手方。其無能力者爲能力者之後。得於一个月以上之期間內。以其得取消之行爲。是否追認。應與確答之旨。對之催告。若無能力者。於其期間內不發確答。則視其行爲爲已追認者。

於無能力者未爲能力者時。對於其夫或法定代理人。爲前項之催告。苟於其期間內不發確答。亦同。但對於法定代理人。止就其權限內之行爲。得爲此催告。

要特別方式之行爲。於右之期間內。若不發既踐其方式之通知。則視爲已取消者。

對於準禁治產者及妻。得於第一項之期間內。以應得保佐人同意或夫之許可。追認其行爲之旨相催告。若準禁治產者或妻。於其期間內。不發已得右同意或許可之通知。則視爲已取消者。

依舊民法。無能力者所爲之法律行爲。無能力者或其法定代理人。在妻以下同雖得取消之。

然相手方則不但不能請其行爲之取消。且不能令無能力者或其法定代理人。速決其行

此取消權與否。故取消權迄於罹時效之日以前。通常爲得能相手方不能不甘處極不確

定之地位。夫與無能力者爲取引之人。雖非無若干不注意之咎。然令久在不確定之地位。不但嫌其過酷。且就經濟上言之。殊非得策。此本條所以以一種權與相手方。令無能力者

或其法定代理人速確答其行取消權否也。第二項但書在今日雖不免姑居在制定本編時期尙未制定親族編故過而存之有苦心也
 無能力者於未爲能力者間。卽對之爲催告。亦恐不能適用本條第一項。固也。惟無能力者。若應右之催告。得法定代理人。保佐人或夫之同意。而爲追認或取消。則其追認或取消之爲有效。又不待論。蓋有右之同意。卽新爲同一或反對之行爲。亦無不可。惟準禁治產及妻。固有第三項之規定。未成年者及禁治產者則無之。是蓋依第九十八條之規定。其原則。對於此等無能力者之意思表示。不得以之對抗於無能力者故也。

本條第三項所謂特別之方式云者。無能力者以無能力之故。自有所需之方式。固已明甚。例如後見人應得親族會之許可。未成年之夫。應得其法定代理人之同意。是也。故本項之規定。止在第二項中有其適用之處。蓋當然無可疑者。

或問第一項及第二項中。無能力者法定代理人等。若於其期間內不爲確答。則以可取消之行爲。視爲已追認者。乃於第三項及第四項中。又視爲已取消者。其故若何。余應之曰。第一項及第二項中。受催告者得以一己之意思爲追認。故向來未取消前。卽應視爲成立有效之無能力者之行爲。因其無確答而以之爲完全之行爲。固爲允當。然第三項及第四項中。受催告者不得僅以自己之意思爲確答。必需得他人之同意及許可。故若於期間內不

得其同意或許可。則其行爲。甯視爲已取消者。此第一第二項與第三第四項之所以異也。本條中所謂不發確答。及不發通知云者。無他。新民法中。以第九十七條「對於隔地者之意思表示。由其通知到達於相手方時。生其效力。」云云之故。若本條亦但云爲確答爲通知。則其確答或通知。非到達於相手方之後。不視爲業已爲之者。由是無能力者頗有生不利益之結果之患。此本條所以不據九十七條之原則。而於例外執發信主義也。

第二十條 無能力者。若欲使人信己爲能力者而用詐術。則不得取消其行爲。

四九五

無能力者因法律行爲而負擔義務。雖多必得法定代理人之同意。然無能力者若爲不法行爲。則因此所生應賠償之損害。與能力者毫無所異。惟然而無能力者當其爲法律行爲。因欲令相手方信自己爲能力者而用詐術。是卽爲不法行爲。雖無別訂明文。凡因其詐術所生損害。應賠償於相手方。固不待論。雖然。凡損害賠償一事。被害者以所受一切損害。估計其金錢之數。謂被害者卽由此得充分之救濟。夫豈其然。況無能力者因詐術而損害及人。其損害究因法律行爲可以取消而起。若斷其損害之根。令無能力者不得取消其行爲。則相手方必可得充分之救濟。較之一旦既生損害。然後依不確實之標準。用金錢算定其損害。令無能力者再付還相手方。孰爲得乎。此本條之所以起也。但無能力者非特用詐術。

止口稱自己爲能力者。則不能遽以本條律之。例如使用替玉。譯者按日本替玉之名。發乎
後。以爲物易之。此處用此二字。殆謂以
宣示詐僞之身分登記謄本。使僞證人證言己之年
年親及格之人。冒己之名。以集事也。七參
齡及其他。是皆所謂行詐術也。七參
二

無能力者。若因使人信其已得其法定代理人或夫之同意。而用詐術。則本條當適用否。依裁判例。當適用之。三十七年六月十日
六日大審院判決。十
余亦以爲然。蓋有法定代理人或夫之
同意。則爲無能力者補其能力。其行爲乃與能力者同。故使人信其已有此等同意。則與本條所謂使信其爲能力者。謂毫無所異。固甚合也。四五〇。一項。
一號參看

第三節 住所

住所云者。謂法律上人所以平常居住之處。在民法謂之生活之本據。法語之獨米西而。(domicile) 德語之木恩其之。(Wohnsitz) 是也。與所謂現住所或居所(residence, Wohnort oder Aufenthalt) 者不同。何以謂之住所。讓第二十一條說明之。今先略言住所法律上爲何用。

- 一 住所爲裁判管轄之標準。民訴一〇。非訟事件手續法三四。三
八九〇。至九二九。六九八。二〇六
- 二 定裁判上之期間。凡有住所於外國或島嶼者。有特別之規定。民訴一六
七二項

第一編 總則 第一章 人 第三節 住所

三 有相手方之法律行為。意思表示。當對於相手方為之。是為本則。其不親對其人表示意思時。若不能確知其現在地或居所。則必於其住所。為意思表示之通知。但有事務通則對之。事務通則亦可。或有營業所。則於營業事對之。為通知亦然。

四 辨濟之場所。譯者按辨濟即還清之意。指債項而言也。當以債權者之住所為原則。四八四新商二七八參觀

五 住所於手形關係。譯者按手形即票據此日本舊名。蓋古票據以手模為信。為重要之事項。商四四三二四四五〇四四五

九一二項四九四商七〇九一七二一八〇〇

六 被相續人之住所。為相續之開始地。五九六

七 後見人若於被後見人之住所之市或郡以外。從事公務。則為辭任之理由。九〇七二號

八 住所為國際私法中應適用之法律之標準。法例四二項九二項二七二項一

九 據國籍法。由歸化而取得日本之國籍。必以有住所於日本為本則。國籍法七二項一又據明治六年

他喪失國籍者。回復日本之國籍。亦以有住所於日本為必要。國籍法二一〇號又據明治六年

第百三號布告。第二條第一號。日法三十一號改正外國人為日本人之養子或入夫。當

為一年以上有住所或居所於日本者。五九二項參觀

右之外。應記載其住所於書類之規定。不遑枚舉。此民法所以必設關於住所之一般規定

也。二試更參三項

據舊民法。婚姻及養子緣組之儀式。雖應於當事者一方之住所或居所行之。一三四三項新
 民法則無同樣之規定。據戶籍法。則應屈出。譯者按屈出於夫或養親之本籍地或所在地
 之戶籍吏。戶籍法九條一四緣此無知其住所之必要。

據舊商法。商業登記。當於當事者之營業所或住所爲之。一查商然據新商法。則必於營業所
 爲之。九物故於此點。已無庸必知其住所。

第二十一條 以各人生活之本據爲其住所。二八二六二

論住所。從來有二主義。一爲依屈出及他形式上之條件。定其住所者。一爲離一切形式而
 單據事實者。我邦向取第一主義。區別本籍與現住所。本籍之通例。固依屈出定之。然此往
 往反於事實。至其甚者。既爲十數年所不住居之地。而仍稱本籍者不少。此本籍雖畧如本
 法所謂住所。然事實相違。甚至爲前述諸般之效力。所不能附麗。現住所則與本法所謂居
 所畧同。是亦非我所謂之住所。至本法則專用第二主義。乃專依事實定住所者。而認定其
 事實。雖全屬裁判官之權。然例如以家族居住之處。爲主之財產之所在等。認爲生活之本
 據。卽認爲住所。蓋大率爲然矣。戶籍法中。由戶籍上之必要。雖仍

我民法。住所必執限於一個之主義。依本條之規定自明。蓋與本籍本店同。生活之本據亦不當有二個以上。無俟多辨。且苟如德國。認二個以上之住所。則必有關於此之規定。其無之者。正其不認之也。

第二十二條 於不知住所之時。則以居所視爲住所。人二六七一
民訴一三

執前條專依事實而定住所之主義。以不當有竟無實際住所之人。然至一處不住流浪各地者。往往有無地可認爲住所之時。此所以有本條之規定也。但於實際雖有生活之本據。而尚不能知之之時。猶爲適用本條者。

第二十三條 不有住所於日本者。不問其爲日本人與外國人。以在日本之居所視爲其住所。但從法例所定。應依其住所之法律時。不在此限。人二六七二
民訴一三

有住所於外國之人。若在日本。以上所述之效力。附麗於其住所。則實際殊多不便。故特設本條之規定。以居所代住所之用也。至依法例之規定。應依當事者住所之法律時。自不能適用本條。此似無庸復論。然恐萬一生疑。乃特置本條之但書焉。

第二十四條 若就某行爲選定假住所。則關於其行爲。視之爲住所。人二六八
民訴一

在某法律行爲。因當事者之住所遠隔。不無覺其不便之時。當此之時。當事者往往有於便

利之地。選定假住所者。例如一種會社契約中。即譯者按會社契約是也。社員若選定假住所。則因其會社關係。如有應提起訴訟之時。可訴於其假住所之裁判所。又如賣買契約。賣主若選定假住所。則買主可於其假住所。爲代價之辨濟。譯者按代價即所買之物之價。價與物相值。故謂之代價。辨濟解見前。

第四節 失踪

本節中。包含純然失踪者(absent, Verschollener)之規定。與他不在者(none présent, Absender)之規定。失踪者乃以其生死不明之事。依數年後裁判所之宣告。而被認爲失踪者。其在宣告以前。皆謂之不在者。而其不在者中。又分二種。有生死不明者。有明爲生存而不在其向來之住所或居所。必需法律之保護者。在本節失踪二字標題之下。併此各種人爲規定焉。

第二十五條 去其從來之住所或居所者。若不置其財產之管理人。則裁判所得因利害關係人或檢事之請求。就其財產之管理。以必要之處分命之。若本人不在中。消滅管理人之權限。亦同。

本人若後日自置管理人。則裁判所要因利害關係人或檢事之請求。取消其命令。六八九

至二七二
二八八

譯者按條文中得字常爲權利性質。要字常爲義務性質。本條二項並列。字法自見。舊譯於此二字間有輕改。性質一變。文義失矣。

本條以下直至二十九條。乃關於不在者一般之規定。而本條中。則併生死不明者與明爲生存者爲規定焉。蓋不拘生存之明否。但既去其從來之住所或居所者。若不置其財產之管理人。則其財產。能無滅失或毀損乎。夫所以計及此者。其直接之保護。首保護所有者。次則保護相續人。債權者。及其他利害關係人。其間接之保護。則保護國家經濟上之利益也。本條文與外國多數之例不同。蓋不於其中列舉裁判所處分之種類。止規定就其財產之管理。以必要之處分命之云云。此處分之中。雖以選任管理人爲主。然有時兼及使加封印於財產。又使賣卻其易敗之物等種種處分。

本條所規定。雖以不置管理人而去從來之住所或居所者爲主。然偶有因本人置定之管理人。死亡及其他原因。失其財產之管理者。亦當適用此文也。

如以上所述。本條所以必要者。正在不在者之財產無管理人之際。若至後日。本人已置管人。則裁判所因其管理人。或相續人及債權者等之利害關係人。又或保護公益之檢事。來相請求。立即取消所命之處分。且當由裁判所。解其所選任管理人之職務。

第二十六條 於不在者已置管理人時。其不在者若生死不明。則裁判所得因利害關係人或檢事之請求。改任管理人。七八〇二

本條規定。止能適用於生死不明之不在者。且適用於不在者已定置管理人時。此時管理人或爲不當之管理。或因病及他事由。不能履行其義務。則非改任之。但不利於不在者。即他利害關係人並間接及國家經濟上之利益。爲害不少。故特設本條之規定。

第二十七條 依前二條之規定。由裁判所所選任之管理人。要調製其應管理之財產之目錄。但其費用。以不在者之財產支辦之。

不在者生死不明時。若有利害關係人或檢事之請求。裁判所於不在者所置管理人。亦得命以前項之手續。

右之外。凡裁判所所認爲保存不在者財產之必要處分。得以之命管理人。七八三

本條以規定管理人職務爲準。而其應以不在者之費用。調製財產目錄。本爲當然之規定。無庸別予說明。但由不在者已置定管理人時。則似不必適用本條之規定矣。然若不在者生死不明。則財產目錄。不得同命以調製。往往有因管理人之惡意及不注意。而滅盡其財產者。雖滅盡而利害關係人猶多無能證明之。此所以已置管理人。亦得適用本條也。

財產目錄之調製。雖爲保存財產中最要事項之一。然他必要之處分亦不少。例如依財產之種類。令供託於銀行及他確實之場所。又如易敗之動產。令速賣卻而換積金錢。是爲必要。裁判所亦得以是等處分。命彼管理人也。

第二十八條 管理人若必須爲超過百三條所定權限之行爲。則得受裁判官許可而爲之。在不在者生死不明之際。而其管理人必須爲超過不在者置定權限之行爲時。亦同。

八二七二
二七五

本條爲管理人已定權限之規定。此管理人。本爲不在者財產之一時假管理者。其權限極受制限。卽其權限。但能爲學者所說之管理行爲 (actes d'administration) 卽本條第百三條所規定之行爲。惟若認他行爲爲必要。則得特請裁判所之許可爲之。例如管理困難之財產。而人有欲以高價買之者。則賣卻之爲極有益。或謂爲財產必如是而後保存亦可。當此時。不可不得裁判所之許可矣。

右之所述。乃專言由裁判所選任之管理人。雖然。(一)不在者不指示所置管理人之權限。則同適用本條之規定。(二)不在者雖定置管理人之權限。若其不在者生死不明。則其權限外之行爲。如有認爲必要。亦必得裁判所之許可。乃許爲之。何則。不在者若明尙生存。而

居址確鑿。則管理人固可得其許可。而爲必要之行爲。今本人之生死不明。故不能得其許可。則得裁判所之許可。而後得爲其行爲。宜也。

第二十九條 裁判所得使管理人。就財產之管理及返還。供相當之擔保。

裁判所得依管理人與不在者之關係與其他事情。由不在者之財產中。以相當之報酬與管理人。七八二

本條之規定。保護不在者之財產。同時亦計及管理人之利益。蓋管理人以相當之注意。管理財產。且其權限消滅之時。卽爲負以其財產返還權利者之義務者。若管理人或就管理中不無過失。或以應返還之財產有不返還。則利害關係人必蒙損害。固不待言。故裁判所依其事情。例如視不在者之財產幾何。如滅失之危險較多。必特令管理人。供相當之擔保。此所以有本條第一項之規定也。

管理人管理他人之財產。而負如上所云之重任。故與以相當之報酬。亦爲當然之事。但管理人或爲不在者之親子。及其他近親。或相續人。債權者。其他利害關係人。其爲管理。乃專爲自己之利益。又或管理人家道本豐。而不在者財產甚少。則此等管理人。不與報酬。亦無不可。此所以有本條第二項之規定也。

第三十條 不在者之生死。若七年間尙不分明。則裁判所得因利害關係人之請求。爲失踪之宣告。

臨戰地者。在沈沒之船舶中者。遭遇其他可致死亡之危難者。其生死當戰爭止後船舶沈沒後及其他危難去後。三年間尙不分明。亦同。七八二

本條定應爲失踪 (absence, Verschollenheit) 之宣告之條件。向來我邦。雖止於三十六個月後。卽有認不在者爲既死者。交通頻繁。遠航之人益多。居今日而論。向時期間。似頗嫌短。本法特於失踪有宣告之後。斷然視不在者爲死者。終不用向來所定之期間。在法典調查會。且做德國民法及其他之例。定爲十年。由衆議院縮之爲七年焉。

以上雖爲普通之規定。然臨戰地者。在沈沒之船舶中者。遭遇其他可致死亡之危難者。實如 災火災海 嘯洪水等。則可推定爲死亡。理由較足。七年之期間。遂頗覺其過長。故於此等處。仍從向來

習慣。三年之後。得爲失踪之宣告焉。

第三十一條 受失踪之宣告者。於前條期間滿了之時。視爲已死亡者。二八二八〇二八一

本條乃規定宣告失踪之效力者。卽如前所述。本法中失踪者。視爲同於死亡者也。蓋失踪雖有二主義。一以失踪而推定爲死亡。在德國卽明言 (Todeserklärung) 一推定爲未死亡。

然試問失踪者何以計及其死亡。不過特保護利害關係人之權利。舊民法雖執第二主義。新民法終執第一主義焉。蓋如舊民法。失踪者疑死疑生。其權利極不確定。而他利害關係人之權利。亦同爲不確定矣。此於實際不便。於國家經濟上亦甚不利。故期間雖延長若干。至其效力。則斷然視失踪者爲死亡者。以取便利。此本法所以執右之第一主義也。

就宣告失踪之效力。更生一困難之問題。即宣告效力應發生之時期是也。就此問題。大別外國之立法例爲三。一爲由宣告之日。或宣告既確定之日。生其效力。一爲遯法定期間滿了之時。生其效力。一爲遯不在者有最後音信之日。生其效力。此三主義。各有利害得失。不易斷定其可否。又外國之立法例。派別甚嚴。雖然。依余所信。第一主義。雖似適於理論。然恐實際頗有弊害。例如狡獪之利害關係人。難保不從自己之利益。或隱蔽失踪之原因。或速請求其宣告。以計左右他利害關係人之利益。且因裁判官之勤怠及他事由。宣告不無遲速。而相續權及其他權利之所在。即因之而異。有甚不宜於實際者。雖然第三主義。又全然不合理論。何則。不在者最後音信之時。即其明爲生存之時也。由是觀之。不得以第二主義爲最便利且最合理論焉。何也。一則從最後音信爲始。計滿七年或三年之期間。其中不能以人力移動之。故實際毫無弊害。利害關係人之權利。較爲確實。再則法律本以最後音

信後經過七年或三年之事實。爲失踪之原因。故其原因完結之日。卽其期間滿了之日。就此認爲死亡。不能不謂頗適於理論。此本條中所以採用右之第二主義也。

第三十二條 失踪者若尙生存。或死時異於前條所定之時。果有明證。則裁判所要因本人或利害關係人之請求。取消其失踪之宣告。但失踪之宣告後。於其取消前以善意所爲之行爲。則不變其效力。因失踪之宣告而得財產者。則因其取消而失其權利。然止於現受利益之限度。負返還其財產之義務。八二八二至二八四二八七

第三十條。規定不在者之生死。至某期間尙不分明。則視之爲死亡者。而可爲失踪之宣告。然此法律之所假定。有時不合於事實。或失踪者竟確然生存。或並不死亡於法律所定之時。而死亡於其以前或以後。至日後而分明。其時不能不取消失踪之宣告。在外國之法律。大抵以此爲事實問題。不必定要裁判所之言渡。譯者按言渡猶言加以判語 舊民法中亦採此主義。本法中則欲其事之確實。特必需裁判所之言渡。蓋失踪之宣告。既以裁判所爲之。令此宣告失其效力。亦依同一之手續必需裁判所之言渡。非無故而然也。

雖然。失踪之宣告。已從法律規定而爲之。利害關係人及其他之人。依據法律規定。眞以失踪者信爲死亡於法律所定之時。而爲一切之處置。事屬當然。毫無可咎。故從失踪宣告後

以至取消。其間利害關係人等以善意所爲之行爲。不能不全認爲有效者。此所以有本條第一項但書之規定也。例如失踪者之配偶。以善意爲再婚。或其相續人。以善意讓渡其財產之全部或一部。其婚姻或讓渡。悉爲有效。是也。

本於與右同一之理由。因失踪之宣告而得財產者。例如相續人受遺者等。因失踪宣告之取消。一旦應失其既得之權利。此固爲事之所必至。然儘取消以前。信其權利爲正當所應得。實亦爲理之所固然。緣是之故。不當受毫末之損害。此本條第二項中。所以止於其人等現受利益之限度。負返還其財產之義務也。例如其人等以所得財產。盡消費於無益。亦毫不需復爲璧返。又或因商業上之損失等。失其財產之半。則返其所餘之半。卽爲已足。此類是也。

雖有右之例外。然失踪之取消。效力終及既往。其原則。信當視爲如未嘗有宣告者。故失踪者而既生存。其所爲法律行爲。乃人格者之行爲。本爲有效。是因本條第一項但書。及第二項之例外規定。所可推而知也。

第二章 法人 (Personne morale, juristische person)

法人云者。本非人而於法律上某範圍內。視爲與人同一。若下定義。當云非自然人而爲權

利義務之主體者。是也。既爲權利義務之主體。因得爲訴訟及其他法律行爲之當事者焉。此法人有二種。一爲社團法人。(association, Verein) 一爲財團法人(fondation, Stiftung) 今不論公法人。專就私法人言之。 社團法人云者。因二人以上之共同行爲而設立。且以設立者及其他人格者。爲構成分子而成之。財團法人云者。以供一定目的之財產爲主體而設立。且其構成分子爲無人格者。凡以會社協會等名義。計營利圖公益者。皆爲社團法人。以社寺養育院等某財產。欲達宗教慈善等目的而設立之法人。則爲財團法人。本章併此二者而規定之。蓋各國於此。雖有各別規定之例。然二者並無大異。故新民法甯從其便。括之以一章而規定之。

本章分爲四節。第一節。規定設立法人之條件。及其直接之效力。第二節。規定管理法。人必要之事項。卽管理之機關監督之機關等組織職務等。第三節。載解散法人之原因。並爲其結果之清算等之規定。第四節。設罰則以明以上規定之制裁。

第一節 法人之設立

第三十三條 法人非依本法及其他法律之規定。不得成立。以

法人乃事實上非人。因法律之假定而視爲與人同一。故非法律特認之。不得成立。是固理

之所最易觀而無容疑者。然學者中往往有說焉。以謂法人不待法律之認許。自然存在。故本條特明言法人之成立。必要法律之規定也。

外國之法律中。不設關於法人之一般規定。而以就各種法人設特別規定爲已足。此其例雖不少。舊民法然從世之進於開明。法人之必要日月加多。關於此之規定。亦不得不從而密緻。故當今日。苟欲編纂民法。則不設此必要之法人規定。直難免不完全之誚。以故輓近之法典。無不設關於此之一般規定。雖然。因法人之種類。要特別規定者實多。此各種之特別規定。亦令包含於民法之中。不但費事。且於所揭爲私法原則之民法性質。有不適合之嫌。故民法止揭一般之規定。其他悉讓之特別法。是爲至當。此本條中。所以明言法人當依其他法律之規定而成立也。

等三十四條。祭祀、宗教、慈善、學術、技藝。並其他關於公益之社團或財團。不以營利爲目的者。得主務官廳之許可。得以之爲法人。

法人要成立於法律之規定。既如所述。然其設立之條件。從來之立法例。頗有不同。大別其主義。蓋凡有三。曰特許主義。細別之又得爲三主義。一國長特許。二法律特許。三官廳特許。曰準則主義。曰自由主義是也。此三主義。雖各有利害得失。第一主義。專行於幼稚之社會。至今日。殆無復有絕對採用之

者。最後主義。雖似頗爲進步。然既悖於法人之性質。且恐以有害之目的。濫設法律假定之法人。特地害立法者所設獎勵有益事業之方法。而流毒於社會。故此主義。不得採用。獨第二主義。不失之束縛。亦不流於放任。稍得其中。因法人之種類。分其取締之寬嚴。又得異其取締之方法。似頗便利。但關於公益之法人。特要政府之取締。故採用官廳特許主義。必得主務官廳之許可。可謂得當。是卽本條所採用之主義也。

第三十五條 以營利爲目的之社團。從設立商事會社之條件。得以之爲法人。

前項之社團法人。悉準用關於商事會社之規定。○取一八、一二
○舊商一五五

前條規定關於公益之法人。本條規定以營利爲目的者。蓋此種法人。不但專以私益爲目的。(第一)以法人之構成分子之利益卽社員之利益爲目的。故其社員爲自己之利益。罕有無意識之舉。又監督其代表機關。常能無不當之處置。(第二)此種法人。國家之經濟上甚爲必要。若許官廳干涉。以其特許爲設立之要件。則妨事業之勃興發達。多不利於經濟上。(第三)此種法人所能生之弊害。經驗上已略明其種類。若設防遏之規定。則可毫不需官廳之干涉。已成通例。故新法典。關於營利法人。以不取特許主義而取準則主義爲原則。故至近年各國之趨勢。初取特許主義者。多漸次廢之。而取準則主義焉。

以營利爲目的之法人。其主要者爲商事會社。雖然。商事會社有商法之規定。無需設規定於此。惟商事會社。其目的限於商業。故目的事業在商事以外之營利法人。非當然必受商事會社規定之支配。然其目的爲商業與否。其規定不見爲必異。故在本條。雖目的在商業以外之法人。尙爲應從商事會社之規則者。

以營利爲目的之法人。皆爲社團法人。蓋營利必爲人。爲法人亦得以其財產上之利益故非人之團體。無爲法人而謀營利之理。如云爲營利而供財產。其財產竟不屬受益之人。所未聞也。此本條中。所以營利目的之法人。必爲社團法人也。而以營利爲目的之社團。亦非必爲法人。惟由當事者意思。得以之爲法人而已。但商事會社必爲法人果以之爲法人。須依爲商事會社所設之準則。若當事者不欲依此準則。固不得以之爲法人。然但組成非法人之團體。則固任其自由也。關於此之規定在第三編第二章第十二節。詳論於後。

因以上所論公益法人 (*établissement d'utilité publique, idéalier Verein*) 在德國有此區別細別蓋財團法人皆公益法人。至言社團法人。雖與我公益法人亦同。與營利法人 (*établissement d'utilité privée, wirthschaftlicher Verein*) 其別自明。今欲下定義。則甲爲止以公益爲目的者。乙爲不問其關於公益與否。以社員之財產上利益爲目的者。例如以慈善爲目

的之法人。雖常爲公益法人。然如鐵道會社。其事業固爲公益事業。然用以圖社員之財廩上利益。故爲營利法人。

第三十六條 外國法人。除國與國之行政區畫及商事會社之外。不認許其成立。但依法律或條約被認許者。不在此限。

依前項之規定而被認許之外國法人。與成立於日本之同種法人。有同一之私權。但外國人所不得享有之權利。及法律或條約中有特別之規定者。不在此限。

法人本因法律之假定。而始成立。亦止於法律效力所及之範圍內。成立其爲法人。故一國之法律。限於其國內爲有效力。即依其法律所設立之法人。亦止於國內爲成立者。由是觀之。純理上外國之法人。不能成立於日本。雖然。國際交通。頻繁如今日之時世。不復能株守此純理。由是即在西洋諸國。亦漸次認外國法人之成立。在本條。其原則固確守法理。外國法人。當然不能成立於日本。然其例外。(第一)國及國之行政區畫。當然認之爲法人。此無他。與外國結條約。彼我之間。有種種必認爲法律關係者。故國雖外國。勢不得不認爲法人。而國之行政區畫。亦日本人所與之爲取引者。故以認之爲法人爲便。(第二)商事會社亦認爲法人。蓋今日交通頻繁。貿易絡繹。以外國之商事會社而不視爲法人。與內國之商事

會社。因不認爲法人而生不便。情事相同。覺其不便。故從近世外國法律之傾向。認之爲法人。商二五以下（第二）依我邦之法律。或我邦與外國之條約。特認爲成立之法人。其非從右之原則。固不俟論。例如以學術慈善等爲目的之法人。亦有由我邦主權者。視爲公益必要之團體。依特別之法律或條約而認之者。此種法人。實已漸增其數。然而以政治宗教等爲目的之團體。於本邦苟無利而有弊。則本來不認其成立。是此條之精神也。

在外國。不認國之行政區畫及商事會社爲法人者。不乏其例。本條所云。亦非認此等外國之法人。蓋止定爲其本國法律所認爲法人者。則我邦亦認其人格耳。

外國法人。卽一旦認其成立。其權利能力。亦不能必與在本國者相同。（第一）在日本之同種法人。所不享有之權利。外國法人。固亦不得享有之。然在日本之同種法人。所享有權利。外國法人。雖於本國不得享有者。猶能享有之於日本。（第二）外國之自然人。所不得享有之權利。外國法人亦不得享有。例如土地之所有權。外國人不得享有之。故外國人亦不得享有之。（第三）若日本之法律。或日本與外國之條約中。有特規定外國法人不享有某權利時。固不在應適用前述原則之限。然若由法律或條約。規定以普通內國法人不有之權利。與某外國法人。則固可從之。

第三十七條 社團法人之設立者。要作定款。以左之事項記載之。

一 目的

二 名稱

三 事務所

四 關於資產之規定

五 關於理事任免之規定

六 關於社員資格得喪之規定 舊商一五八
新商一〇八

本條乃設立社團法人之特別規定。社團法人由數人之團體而成立。故於其間。要作定款。*(statut, Vereinsatzung oder Statut)* 就其法人之設立。令記載必要之事項。本條即列舉其必要事項者也。

本條所列舉之事項。乃必需記載之要素的事項。他事項之記載。則固隨設立者之意。此就所論於後之法律行爲。亦同。

第三十八條 社團法人之定款。限於有總社員四分之三以上之同意時。得變更之。但有別定於定款。則不在此限。

定款之變更。非受主務官廳之認可。不生其效力。舊商二〇〇八三二〇九五

定款乃設立社團法人之基礎。依純理言之。自有定款設立法人以後。一切不得變更之。若欲變更。不但必需總社員之承諾。且必謂為消滅前法人而更設立目的相同之法人矣。雖然。果如此則實際實多不便。故以相當之條件。許其變更定款。不遽為消滅前法人。而其條件。(第一)有總社員四分之三以上之同意。但此定數。不妨以定款別設規定。例如必需總社員之承諾。或以社員過半數之同意為已足。此類是也。(第二)受主務官廳之認可。蓋法人因主務官廳之許可而成立。而其所以與以許可者。不能不視為以定款之規定為條件。故變更其定款。亦應受主務官廳之許可。乃當然之理。

第三十九條 設立財團法人者。要以其以設立為目的之寄附行為。定其第三十七條第一號至第五號所揭之事項。

本條乃關於設立財團法人之規定。財團法人。雖不能有定款。然必以一人或數人之意思設立之。故不能無表明其意思之行為。此行為名為寄附行為(Acte de fondation, Stiftungsgeschäft)。蓋寄附財產以供某目的。此寄附行為。殆等於社團法人之定款。法律故定其應定於定款之事項。但第三十七條第六號之事項。則為社團法人所特別者。故茲不適用之。

寄附行爲。後日不得變更之。固不俟論。但寄附行爲中。有關於變更之之規定。其規定固爲有效。且以立法論。如事務所之變更。或以得主務官廳之許可。卽得爲之。爲較便乎。

譯者按社團法人之定款。猶吾所謂合同議據。乃一團以內共應遵守者也。吾國本有此的當之名。而相沿混用章程條規等字。以致共定共遵之約束。與此定彼遵者無別。又其所謂合同。多屬雙方之契約。雖彼此遵守而方面各有不同。吾既混稱契約爲合同。因而混合同爲章程條規等字。日本文無合同之名。故稱定款。在我宜正其名曰合同。似較日文尤妥也。

又寄附在我謂之捐助。捐者拋棄之意。拋棄則不問棄後之用。實與助字不貫。寄附則中有目的。與拋棄不同。雖寄附以後。不能收回。然有目的以用其財。正以其財寄附於此目的之上。故不可謂之捐。又吾國國民負擔。亦謂之捐。則混義務之性質爲權利。甚至有捐官捐免之稱。又以拋棄爲取得矣。甚矣文字之失真也。

第四十條 設立財團法人者。若不定其名稱、事務所、及理事任免之方法。而死亡時。裁判所要因利害關係人或檢事之請求而定之。

社團法人設立法人之際。必需社員之生存。故其定款若有所缺。主務官廳得命其設立者。

使補充之。然在財團法人。往往有設立者不定其必要事項而死亡者。如以遺言爲寄附等處。尤爲顯然。遇此等處。由其人之相續人或執行遺言者。以法人之設立呈之主務官廳。若以其寄附行爲之不完全。主務官廳卽不能許可之。則因公益而欲設立之法人。將必不能成立。恐有辜死者之公義心。而妨有益事業之發達矣。故於本條。特令裁判所得代死者。定必要之事項也。

雖然。無論如何事項。皆得由裁判所定之。則設立法人。非由死者而直由裁判所。豈非奇談。且安保不與死者之意相背。故於第三十七條所揭事項之中。立得由裁判所補充與否之別。如目的及關於資產之規定。乃設立法人之基礎。若其未定。終不能令法人爲成立。惟缺名稱、事務所、及關於任免法人管理者之規定時。令裁判所得補充之而已。

第四十一條 若以生前處分爲寄附行爲。則準用關於贈與之規定。

若以遺言爲寄附行爲。則準用關於遺贈之規定。

以設立財團法人所爲寄附行爲。或以生前處分。或以遺言。均無不可。其以生前處分者。雖與贈與略同。又不得謂竟無少異。蓋贈與爲一種契約。寄附行爲乃單獨行爲。止由一方之意思而成立之者也。換言之。在寄附行爲之當時。並未有應受寄附之當事者。乃既有寄附

行爲以後。得主務官廳之許可。而成立法人時。始生此應受寄附之當事者也。故不得與因當事者雙方意思之契約同視。雖然其行爲之性質。多互相類似者。故以贈與之規定。準用於此。

以遺言爲寄附行爲。其行爲亦頗類遺贈。然遺贈必遺言者死亡之時。受遺者正在生存。○
一九六而在寄附者死亡時。應相當爲受遺者之法人。尙未出生。故此非純然之遺贈。惟其性質頗相類。故亦以遺贈之規定準用之而已。更有對於胎兒之遺贈。最與以遺言爲寄附行爲。以胎兒爲與既生兒有相等之人格焉。九六八。一〇六五。

第四十二條 以生前處分爲寄附行爲時。寄附財產。由有設立法人之許可時。組成法人之財產。

以遺言爲寄附行爲時。寄附財產。由遺言生效力時。視爲已歸屬於法人者。

本條所以定寄附行爲可生效力之時期。蓋法人之設立。不得止以寄附行爲。必需主務官廳之許可。故寄附行爲之時。與設立法人之時。不能同一。然則寄附行爲之效力。果應由其行爲之時。視爲已生者耶。抑應至有設立法人之許可後。始爲當生者耶。頗屬疑問。本條中。謂生前處分所爲寄附行爲。應由法人設立之時。生其效力。遺言所爲寄附行爲。則由遺言

生效力時。即原則所謂遺言者死亡之時。視為已生其效力者。一七〇斯二種寄附行為之間。所以立其區別者。無他。在生前處分時。寄附財產。即由設立法人之時。組成法人財產。亦毫不覺其不便。何也。此時之寄附者。固常生存於法人設立之時也。反之而在遺言時。寄附者既死亡矣。若寄附財產。由法人設立之時始組成法人財產。則從寄附者死亡之時。至法人設立之時。其財產不能不謂已屬於相續人。若然則由其財產。所生之果實及其他利益。但悉應歸相續人所有。且相續人得處分其財產矣。防但此最後之點不可謂實以本條之規定。五之規定。相續人不得處分其相續財產。若無遺言執行者。有多處關於登記引渡。讓渡。債權讓渡。無形財產等規定之結果。則視相續人之處分爲有效。而至相續人之義務。則不因本條之有無。而是與寄附者之意思相反實多。故本條區別此二者焉。

第四十三條 法人從法令之規定。於定款或寄附行為。所定目的之範圍內。有權利。負義務。

本條乃定法人之假定範圍。法人爲法律之假定。故止於其目的之範圍內。爲與人同有效力。於其目的以外。則無法律之假定。不得不視爲全無人格者。此本條規定之主旨也。法人之目的。既以定款或寄附行為而定之。既依第三十七條第一號及第三十九條。而明之矣。惟因法人之性質。有可以特別法令之規定。伸縮其行動之範圍者。故於本條。特明言

應從法令之規定。例如社寺則有特別之制限。但在社寺依民法二八之規定。現時暫不適用民法中法人之規定。政社則有政社之特別監督法。以支配是等法人之行動。又學校則關其各種。有特別之規定。自限畫其事業之範圍焉。

第四十四條 法人就理事及其他代理人。行其職務所加於他人之損害。任賠償之責。

法人因不在目的範圍內之行爲。加損害於他人時。則贊成其事項之議決之社員理事。及履行之之理事及其他代理人。連帶而任其賠償之責。

法人之代理人。所爲之法律行爲。本代理之原則。九直接能以其效力。及於法人。固不待言。惟其代理人因不法行爲。加損害於他人時。法人果應爲之負責任否。此所以有本條之規定也。

就此問題。不得不以行爲之種類。大別爲二。其一。代理人行其職務所爲之行爲。其二。法人之目的範圍以外之行爲。是也。因第一種之行爲。加損害時。由理論上言之。代理人非據其代理權而爲此行爲乎。法人即應爲不負責任者。然於實際。頗爲不便。蓋代理人往往乏於資產。對被害者爲充分之賠償。多無此資力。反之而爲法人。則若有若干資產。賠償損害。以力能應付爲多。故法人之代理人。加損害於他人時。令法人賠償其損害。以直接保護他人。

同時即間接維持法人之信用。令他人樂與其代理人爲取引。得如對於自然人之代理人。實爲得策。此所以有本條之規定也。因委任之代理人其不法行爲當適用七一五此亦以本人有選任或監督之過失故就其不法行爲負責也任

然至第二種之行爲。則不能一例視之。何也。法人之人格。止存於其目的之範圍以內。既如前條之所說明。故離其目的之範圍。無復有此法人。因之他人亦於代理人行法人目的外之事時。無豫期法人仍應負責之理。故當此之時。以法人不負責任爲當。而其責任者。第一。爲其行爲之理事及他代理人。第二。雖不自爲其事。然贊成之之理事。第三。在社團法人。則贊成其事項而使至議決之社員。是也。是等之人。即法律無特別之明文。從自己之過失所生損害。各自負賠償之義務。且依第七百十九條之規定。於其間應有連帶。固不容疑。然或其適用難保無誤。故於本條特明言之。當參觀四三二至四四五

第四十五條 法人由其設立之日。於二週間內。各於其事務所之所在地。要爲登記。

法人之設立。非於其爲主之事務所之所在地爲登記。不得以之對抗他人。

法人設立之後。若新設事務所。則一週間內。要爲登記。舊商六九七八一六八一項。一六九新商四五五。一〇七一。四一

二四

依以上之規定。明設立法人必要之條件。及其設立當然之結果。自本條以下。則定其法人對於他人。全其設立之效之必要條件。條件維何。登記 (Inscription, Eintragung) 是也。

登記之手續。不規定之於本法。別以非訟事件手續法定之。非訟事件手續法二·一七·一
九·一二〇至一二二·四·一

五二

關於登記有三主義

一 以登記爲法人設立之絕對條件。是也。據此主義。則於法人之人格。不認其關係的效力。未有登記。任何人皆視爲無此法人。有登記則任何人必認其人格。故法律上之關係。甚爲明快。似最得其當矣。然退而思之。既有官廳之許可。第三者亦肯以之爲法人而與爲取引。斯時偶因其尙在登記以前。其取引全歸無效。卻多不便。且登記本爲以法人設立及組織等。使第三者知之之方法。設立者及官廳。卽無登記。亦熟知此等事項。故限於不害第三者。則登記前卽已認法人之設立。何不可之有。故我民法。不採用此主義。

二 登記止以保護善意之第三者爲目的。雖登記以前。知其已有官廳許可之第三者。不得否認其法人。是也。此由登記之目的言。似爲最妥。然善意惡意之事實。往往難明。且同在第三者之中。有當認爲法人者。有得不認之者。則法律上之關係。極爲錯雜。實際之不

便。固當不少。故我民法。亦不採用此主義。

三 在登記前。第三者皆得爲不認法人之設立者。是也。折衷前二主義。最適事宜。我民法特採用之。

本條規定登記之期間及場所。卽當法人設立之始。由設立之日起。二週間內必爲登記是也。而其登記。當於事務所所在地爲之。其事務所若有數個。則當於各事務所之所在地。皆爲登記。此而怠其登記。則有二種之制裁。(一)依第八十四條第一號。法人之理事。被處以五圓以上二百圓以下之過料。(二)不得以法人之設立。對抗他人。但此第二種之制裁。在事務所所有數個時。止於其爲主者之所在地。不爲登記。則適用之。換言之。則法人依本法之規定而設立。雖已經主務官廳之許可。然儘其爲主之事務所所在地未登記以前。對於法人設立者及主務官廳。固所云法人既已成立。而對於他人則不得主張之。但由他人可自以其法人爲成立。此不待論。

以上論法人於設立之始。應爲登記。若法人設立之後。新設事務所。則其事務所亦應登記。固矣。然其期間果如何。如前所論設立後二週間之期間。究不能適用於此。雖然。全無期間。而任何時皆可爲登記。是殆與不命登記同。故於本條第三項。由既設事務所時。一週間內

當爲登記。其所以縮短期間者。以非如法人設立之時。動需準備等情也。此其制裁。惟定於第八十四條第一號之過料而已。

第四十六條 應登記之事項如左。

一 目的

二 名稱

三 事務所

四 設立許可之年月日

五 若已定其存立時期。則其期間。

六 資產之總額

七 若已定出資之方法。則其方法。

八 理事之氏名住所

所揭於前項之事項中。若生變更。則於一週間內。要爲登記。在登記前。不得以其變更。對

抗他人。舊商七九八〇。一三三八。一〇七八。二四二。二四〇。二
項新商五一。一項五三。一〇七一。四二。二四二。

本條定應登記之事項。通社團法人財團法人而言之。右事項中之七號。稍有應說明者。蓋

在社團法人。各社員常以月月或年年出金若干。供法人目的之用。即在財團法人。設立者亦未必以其法人目的之必要財產。一時寄附。往往於若干歲月之間。定期供出金錢。或他物。或令相續人或第三者供出之。第七號即指是等事項而言也。

本條第二項之規定。乃關於已登記之事項。一旦復生變更。而規定者。此其更應登記。殆不待言。蓋登記爲公示之方法。將以法人之目的及其他事項。徧令第三者知之耳。惟然故已登記之事項。一旦變更。若不更爲登記。第三者必信始之登記。誤以既變更之事實爲尙存。是反受前此之登記所欺矣。故謂變更時無需登記。則不如自始即不令登記之爲愈。此登記事項之變更。所以亦必登記也。雖然。此登記之期間。固不能依始之登記期間。在本條。由既有變更之事實時。一週間內。應爲登記。蓋此時非如設立之始。迫於諸種之設備。故不必與以二週間之期間。此與前條末項所規定新設事務所同。由理論上言之。事務所之新設。亦不外於登記。事項之變更。然

此有前條第三項之特別規定。故在我民法之解釋。不包於本條之變更以內。止以既存之事務所移轉於他處時。視爲包於其內。最爲妥當。且即關於移轉。亦有四八之特別規定。然尙與本條第二項。相待而爲適用也。

怠於變更之登記。制裁若何。(第一)第八十四條第一號所定之過料。(第二)登記前不得以其變更對抗於他人。是也。此亦與怠於法人設立之登記。同其主義。

第四十七條 依第四十五條第一項及前條之規定。應登記之事項。要官廳之許可者。由其許可書到達之日起算登記之期間。

本條揭登記期間起算點之特例。蓋登記事項。要官廳之許可。則從其事項既決定時。起算登記之期間。勢固有所不能。何也。事項決定以後。官廳許可以前。多有已經過其期間之全日數。或多半之日數者。而又以非官廳之許可。其事項之能否成立。殊未可知。故期間之計算。不能不以有許可時為始。若夫官廳所在地與設立法人者之住所或居所。相隔較遠。則官廳發許可書之日。與法人設立者受取之日。其間應有若干日數。故由其許可書到達之時。起算右之期間也。第九十七條中法律行為為之意思表示。常由到達之時。生其效力。但官廳之許可。以非法律行為為之。故必特言之。餘更觀後之法律行為為章。

第四十八條 法人若移轉其事務所。則於舊所在地。一週間內。要為移轉之登記。於新所

在地。同期間內。要為第四十六條第一項所定之登記。

若於同登記所之管轄區域內。移轉其事務所。止要為其移轉之登記。舊商二一〇。二項。新商五二。一四。一項。

本條規定事務所移轉時之登記。蓋法人若移轉其事務所。則不外第四十六條第二項之所謂變更。故移轉事務所。若在同登記所之管轄區域內。止登記其移轉。即其變更。足矣。然

若由甲登記所之管轄區域移轉事務所於乙登記所之管轄區域。止登記其移轉即變更。決不能達登記之目的。何則。他人欲覽法人之登記。必至其法人事務所所在地之登記所。乃於現事務所所在地之登記所。並無何等登記。止仍於舊事務所所在地之登記所。有設立之登記及變更之登記。他人將何由知其法人之登記。乃在舊事務所耶。蓋即此舊事務所所在地。不能知之者已多。且即令知之。而凡欲與法人爲取引者。皆令至現事務所所在地以外。即多少不無遠隔之地。閱覽登記簿。亦極不便。故此時於舊事務所所在地。固以單受變更之登記爲已足。於新事務所之所在地。則必令與法人設立之始。同其登記。此所以有本條第一項之規定也。但事務所之移轉。不外第四十六條第二項之所謂變更。既如所論。故登記之期間。非二週間而爲一週間也。

第四十九條 第四十五條第三項。第四十六條及前條之規定。外國法人於日本設事務所時。亦適用之。但其在外國所生事項。由其通知到達時起算登記之期間。

外國法人始設事務所於日本。儘其於事務所所在地爲登記前。他人得否認其法人之

成立。新商二五五
至二五七五

本條乃規定外國法人。設其事務所於日本者。蓋日本既認外國法人之成立。則縱於日本。

不履行登記及他日本法律中必要之手續。雖亦無妨。然若外國法人。設其事務所於日本時。則與設立於日本之法人。實際殆無所異。故其內部之組織及他事項。即不依日本之法律。而至形式上之條件即登記。日本法人所爲者。外國法人若亦不爲之。則與爲取引之日本人。當有頗覺其不便者。何也。日本之法人。其設事務所時。必爲登記而公示其法人之組織及他事項。獨至外國法人。雖設事務所於日本。猶可不爲登記。則其組織及他事項。終無由知之。故與爲取引者。動輒於其組織資力等。不免有誤信而蒙損失之虞。此外國法人。於設其事務所於日本時。所以必如日本法人之設事務所。而同爲登記也。但在外國所生事項。例如由其本國之社員總會。變更其法人之目的或名稱。伸縮存立時期。增減資產之額。更迭理事。其他凡已登記之事項。一旦生有變更。在日本之事務所未受通知。多不知之。若由有變更事實時。起算其登記期間。往往期間過後。始有變更之通知。爲事之所恆有。故是等事項。當由其通知到達在日本之事務所時。起算其登記之期間也。

外國法人設其事務所於日本時。必須登記。與日本法人始成立時之必需登記無異。然則日本法人。設立之始。不爲登記。則對於他人。不得主張爲已成立者。外國法人始設事務所於日本時。非加以相等之制裁。彼此殊有不平之嫌。故本條第二項。於外國法人始設事務

所於日本時。儘其未登記前。他人得認其法人爲未成立者。

譯者按此條文一經解釋。愈顯其爲敷衍國民而設。未設事務所前。可認其爲外國之法人。既設事務所後。所謂他人之認否。自在該外國法人之信用。法律不能科以過料。徒以其自有之信用程度爲制裁。曰得不認之。則認之固無所害。充其量。不過使本國法人。可以免不平之念。而法文之漫無效力不計也。此恐非立法之真理矣。

本條必解爲止關於公益法人者。是因本條所適用之四五六條及前條之規定。乃止關公益法人者。故可明之。

第五十條 法人之住所。在其爲主之事務所之所在地。舊商七〇。新商四四。二項民訴一四二項。

人皆應有住所。既如所論。今法人既於法律上與人等視。則不得不認其住所。而法人本無形體。故非真有生活。因非有生活本據之住所。故本條以其爲主之事務所。視爲其住所焉。蓋爲主之事務所。乃法人活動之本據。與自然人之住所。同其趣也。例如對於法人而起訴者。通常當訴之於其爲主之事務所之所在地之裁判所。就裁判管轄於民訴一四三項。同正草案所設之規定。雖與本條全同。然現行法則稍不同。其適用但其精神則全無異也。法人有債權時。其履行債權。以在法人之爲主之事務所爲之爲原則等。總之與自然人之住所。有同一之效力。

第五十一條 法人於設立之時。及每年初之三個月內。要作財產目錄。常備置之於事務所。但特設事業年度者。要於設立之時及其年度之終作之。

社團法人。要備置社員名簿。社員每有變更。要訂正之。舊商三二一七四二二二新商二六六一七一七七一一九一

本條之規定。乃定監督法人。所必要之手續。蓋法人非自然存在。故其財產。亦動有散亂消耗之虞。故必作財產目錄。豫防其散亂消耗。此雖在法人設立之初。最爲必要。然若一次作之。卽爲已足。則後日生財產變更之狀況時。無由明矣。故必每年一回。作財產目錄。俾得詳其增減之實況。此所以有本條第一項之規定也。

應調製財產目錄之時期。必特以法律規定之。是無他。若不規定之。則法人之理事。將於可以自便之時期。方行調製。例如財產之減少時。力遲延其目錄之調製。於其財產增加時。則速調製之。以冀買官廳社員等之歡心。事所容有。果如此。則官廳社員等。何能知法人財產之實況。故於法律。一定其調製目錄之時期。以每年始之三個月內作之爲原則。惟在特設事業年度之法人。應於其年度之終作之。例如以從四月至三月爲一事業年度。或以從七月至六月爲一事業年度等情是也。

以上爲各種法人之所同。反之而爲本條第二項之規定。則爲社團法人所特別者。又命以

應備社員名簿。其社員若有變更。則以其變更。記載於名簿焉。蓋在社團法人。以社員爲其基礎。故社員之爲何人。最屬重要之事項。立法者有見於此。特令其必作名簿。若有變更。則必於名簿記載之。利害關係人若有必要。令得就其名簿。了然於社員之爲何人也。

第二節 法人之管理

本節規定法人之機關。其機關如左。

- 一 理事乃法人之管理者。而爲其執理事務之機關。
- 二 監事爲監督理事之執理事務之機關。
- 三 總會爲社團法人中。代表法人之意思。指揮監督其理事之機關。
- 四 主務官廳乃因代表其國。保護公益。不令法人奔馳於其目的以外。而有最上之監督權者。

一 理事

第五十二條 法人要置一人或數人之理事。

理事有數人時。若於定款或寄附行爲無別段之定。則法人之事務。以理事之過半數決

之。六七〇。取一八六。新商一〇九。一六九。

本條以下。直至第五十七條。設關於理事 (administrateur, Vorstand) 之規定。而於本條。則規定法人之必置理事焉。蓋無管理法人事務之理事。則本非自然存在之法人。全不得爲其活動矣。

理事或置一人。或置數人。全由設立法人者之隨意。而其有數人時。爲得有各自獨立之權限。各專斷而處理法人之事務耶。抑非有總員之一致。不能處決法人之事務耶。又或應以過半數決之耶。雖當於定款或寄附行爲定之。然若設立者忘爲明定。則果當如何。若無法律規定。頗屬困難之問題矣。故於本條。限其在定款或寄附行爲無別段之定時。當以多數決之法。處理法人之事務。蓋令理事得各自專斷。處理法人之事務。則各自之行爲。動相牴觸。不便之處良多。又或非有總員之一致。不能處決一切事項。則法人之事務。又往往滯澀而礙其目的之達也不少。故本條酌乎其中。採用集合體之通則。以多數決處理法人之事務。但其多數。不可用比較多數。必用絕對多數即過半數焉。

第五十三條 理事代表法人之一切法人事務。但不得違反於定款之規定。或寄附行爲之趣旨。又在社團法人。則要從總會之決議。六七〇。取一八六。新商一〇九。一六二。一〇一。

本條所以定理事之權限。蓋理事乃應代法人而處理其事務者。既如前條中之所說明。故有代表其法人之權限。固不待論。惟代表法人之爲何等程度。非特規定之。則必止依百三條。有爲管理行爲之權限而已。雖然。法人本爲無意思者。若謂管理行爲以外之事項。舉非理事之權限。則即使其事項爲必要時。亦將無論如何。無從措手。或在社團法人。則雖可特經總會之決議而爲之。然每事必開總會而求其決議。實屬不能之事。故於本條。理事以在法人目的範圍以內。一切行爲皆有代理權爲原則。惟於定款或寄附行爲。若加制限於其權限。則從其所制限。至於社團法人。則又得以總會之決議。而縮小其權限焉。

就商社會社之代表者。區別其業務執行權與代表權。甲固以當依多數決而行之爲原則。乙則得各自獨立行之。商五九四六〇一〇九二四民六七〇然就公益法人之理事。則不爲此區別。是在組合之執行業務者亦同。故理事有數人時。對外而行代表權。亦以非以多數決不得爲有效之行爲爲原則。

第五十四條 所加於理事代理權之制限。不得以之對抗善意之第三者。商四一八六

商六二二項
一七〇二項

前條中。理事以就法人目的內事項。有概括之代表權爲原則。故第三者與法人爲取引之際。必可毫無游移。而與理事爲交涉。而如定款或寄附行爲之制限。又如總會之決議。第三者每不盡知。若即得之以對抗第三者。則第三者往往蒙意外之損失。此本條之所以必要也。

欲保護第三者。必於左之三主義而擇其一。

一 使公示其制限。乃得對抗第三者。此於理論雖似妥當。然其公示。無論用何方法。不能必令一切第三者知之。例如用登記。則非特地閱覽登記簿。不能知也。然欲與法人爲取引之第三者。若必豫覽登記簿。則其不便實不可勝言。此已非實際所能行矣。或以公告爲公示。則公告之爲物。不但讀者極稀。且如公告後數月始爲取引。讀公告者亦常已忘之。故與法人爲取引者。動有不虞之損失。故此主義。未足保護第三者也。

二 使其制限。一切不得以之對抗第三者。此於保護第三者一面。固無間然。然如此則理事得逞專橫。定款或寄附行爲之制限。以及總會之決議。不能於實際見其效力。由是有害及法人利益之虞。故此主義。亦不能採用。

三 區別相手方之善意惡意。保護其善意者。不保護其惡意者。此可謂最爲得當。蓋定款

寄附行爲或總會之制限。在前條爲有效。故與法人爲取引之相手方。苟已知其制限。則理事卽於其制限以外。與此人爲法律行爲。法律上實無其權限。相手方既可謂熟知之。然竟與理事其人。爲其權限以外之取引。則其對於取引之法人爲無效。必已豫計。法律故無庸復保護之。獨不知有此制限之第三者。則依普通之原則。信理事爲無論何等事項。皆有代表法人之權限。而與之爲取引。固所當然而不得認爲有過失也。故法律不保護此善意之第三者。則無論何人。不能安心與理事爲取引矣。此本條所以止保護善意之第三者也。

第五十五條 理事限於依定款寄附行爲或總會之決議而不被禁止時。得委任他人。爲特定行爲之代理。

依第百六條「法定代理人。得以其責任。選任復代理人。」故無別段之明文。則爲法人之法定代理人之理事。不能不謂以其責任。得隨意選任復代理人也。雖然。本章所規定之法人。乃以公益爲目的者。故由設立者。裁判所。總會等。所特信任而選定之理事。必以自執法人之事務爲原則。惟因疾病或其他故障。有一時不能執此法人事務之時。則關於其需特種知識材能之事項。若不許其選任復代理人。當覺其非常之困難。却多所不利於法人。故於

本條特限其行爲。而得以之委任他人焉。但以定款寄附行爲或總會之決議。全然禁其復代理時。則理事固不能不從其禁止。雖然。此禁止亦爲所加於理事代理權之制限。故依前條之規定。固亦不得以之對抗善意之第三者也。

第五十六條 理事有缺時。若有因遲滯而生損害之虞。裁判所因利害關係人或檢事之

請求。選任假理事。新商一
八四

理事任免之方法。應定於定款或寄附行爲。在財團法人。設立者若忘却未定。則裁判爲應代定者。故或因始所選定者。死亡或他原因。理事全缺。又或於數人理事。應一致處理法人之事務而缺其一人。則當由定款寄附行爲等所定方法。選任其代員。固已。然選任常需多日。而其間無執法人之事務者。或止餘存之理事。不能處理其事務。則法人因此多有損害之虞。故於此時。裁判所當因利害關係人。或檢事之請求。選任假理事。令處理急要之事務焉。

第五十七條 法人與理事利害相反之事項。則理事不有代理權。當此之際。要依前條之

規定。選任特別代理人。新商一
七六

依第一百八條。無論何人。不得就同一法律行爲。爲其相手方之代理人。故理事爲法人之代

理人。不得與自己爲法律行爲。固甚明也。雖然。此規定之於理事。於左之二點。有所未足。

(一) 正爲其法人之故。與理事必爲法律行爲。此時別無他應代表法人之人。遂致必要之行爲。亦有不得爲之慮。故於本條。選任特別代理人。令爲與理事爲此行爲者。

(二) 雖法人與理事之間。不爲法律行爲。然利害不無相反之時。例如理事爲法人之保證人。當其與債權者爲更改或其他法律行爲。法人之利益。與理事之利益。每有相反。此時若仍以理事代表法人。恐往往將爲法人生不利益之結果。此所以特設本條之規定也。

二 監事

第五十八條 法人得以定款寄附行爲。或總會之決議。置一人或數人之監事。舊商一九一

六四一
八九一

本條及次條。乃關於監事之規定。蓋法人非自然存在者。故不能自行監督理事之執務。然則理事有最廣大之權限。非有監督之之機關。動輒有流於專橫之患。故置監事爲監督機關。頗多必要之處。雖然。因法人之性質。有不必狹少其目的之範圍。而特置監督機關者。故於本條。不以爲法律上必置監事。專任定款寄附行爲。或總會定之。止規定或由設立法人者。或由總會。以爲必置監事。則儘可置之焉耳。

或曰。縱法文無此規定。然因貫徹法人之目的。得置監督機關。蓋無疑義。然必特設本條之規定。其故如何。應之曰。即無本條規定。固不妨置監督機關。然其監督機關。果應有何等職務。若不以定款寄附行爲或總會之決議明定之。必生疑問。然必置監事爲監督機關。此等處所。實爲不少。故有定款寄附行爲或總會之決議。不明定其職務時。亦必定監事當有何等之職務。且規定其制裁。故於本條。先規定得置監事之旨。於次條乃揭其職務。於後第八十四條。更定其制裁焉。

第五十九條 監事之職務如左。

- 一 監查法人財產狀況之事。
- 二 監查理事執行業務狀況之事。
- 三 若於財產之狀況或業務之執行。有不整之端發見時。報告之於總會或主務官廳之事。
- 四 若必爲前號之報告時。招集總會之事。

舊商一九二、一九三、新商一八一至一八三、一八五

監事之職務。如其文義。蓋在監督法人之事務。本條列舉監督之方法。以明監事之職務焉。

第六十條 社團法人之理事。至少每年一回。開社員之通常總會。舊商一四八七二〇

本條以下至第六十六條。乃社團法人之所特別者。蓋關於其社員之總會 (assemblée générale mitgliederversammlung) 者也。蓋在財團法人。雖設立者有數人時。要止以財產爲法人之基礎。故法律上設立者無總會等之機關。在社團法人。則異是。法人之基礎。以社員之集合體爲主。故此社員之意思。乃代表法人之意思者。當以指揮理事或監督其事務。爲貫徹設立法人之目的計。固所當然。雖然。數人之意思。常不能同。故若必俟其一致。則必多不能行其意思者。在文明國。無論何等集合體。皆由會議決事。其會議。又以當由多數決爲常。特社員之數。不止二人三人。若及數十百人之多數。終不能得其一致。此本條以下。所以認社員之總會。其總會。則以多數決議定一切事項也。但其決議之方法。雖常以定款定之。然若未定。則從集合體之通則。當決以過半數。不待言也。六五一項參照

在社團法人。既以社員總會之意思。爲法人之意思。故每年要至少一回。招集其總會。監督理事之執務。併令就必要之事項。得加以指揮之機會。是殆各種集合體之所同。本條乃特就社員之總會規定之。但本條所定。乃通常總會 (assemblée ordinaire, ordentliche, Versammlung) 其目的。蓋就法人一年間之事務。受理事之報告。併聽監事之意見。查定理事功

過。以明其監督之實者也。

第六十一條 社團法人之理事。若認有必要。得無論何時。招集臨時總會。

若由總社員五分之一以上。示其會議之目的事項。而為請求。則理事要招集臨時總會。但此定數。得以定款增減之。舊商一四八二〇一。新商一五九一六〇。

本條乃關於臨時總會(assembly extraordinaire, ausserordentliche Versammlung)之規定。臨時總會。或以理事之意見。認有必要。則無論何時。得招集之。或依社員之意見。得令理事招集之。但(第一)若社員雖止一名。而希望招集臨時總會。亦必招集之。則頗有不勝其煩雜者。故以由總社員五分之一以上。有所請求為必要。但此員數。以定款增減之。或為非有四分一以上之請求。不得請求招集總會。或為即由一人為其請求。亦不得不招集之。皆無不可。(第二)社員非示其會議之目的而為請求。不得從次條而為招集。故以示其目的為必要。

第六十二條 招集總會。要至少於五日前。示其會議之目的事項。從定款所定之方法而

為之。舊商一四九一九。新商一五九一六。

本條乃關於招集總會之規定。蓋總會之為物。非豫指示其目的而招集之。則不能知社員

多數之真意思。何也。一則會議之目的。有必豫爲調查者。二則因會議目的之輕重。有或則缺席。或則念事體繁重而出席者。而其招集之時日及其目的。非於期間前通知之。則例如招集之前日或當日。雖爲其通知。社員不但不得爲必要之調查。並往往有欲出席而不能者。又況受招集之當時。因旅行及他故不在之社員。亦當不少乎。故本條必於五日前爲其招集。但招集之方法。不以法律一定之。專任定之於定款。例如社員若員數無多。則以一郵信招集之。員數若多。則當有必以新聞紙之廣告爲足者。

本條單言要爲招集。故從第九十七條第一項之規定。不能不謂必於五日前。要招集通知之到達。受信主義之弊。亦至此而極矣。故商法一項^{五六}曰要發通知也。

第六十三條 社團法人之事務。除以定款委任於理事及他役員者之外。悉依總會之決議行之。^{六七〇。取一二}

本條乃定社員總會之權限。蓋總會爲代表法人之意思者。故除特以定款。委任於理事及他役員之事項外。法人之一切事務。舉當依總會之決議行之。此本條所規定也。

第六十四條 總會依第六十二條之規定。得止就豫爲通知之事項。爲其決議。但定款若有別段之定。則不在此限。

既如六十二條所說明。總會之決議。欲令其不至有名無實。則必豫通知其目的。必止就其所通知之目的。為當為決議者。雖然。因法人之性質。或從其事項之輕重緩急。即其不豫通知之事項。亦有必為決議者。故本條不盡拘原則。止就所豫通知之事項為決議。若定款有別段之規定。則亦有可從之例外焉。

第六十五條 各社員之表決權。為平等。

不出席於總會之社員。得以書面為表決。或指出代理人。

前二項之規定。定款有別段之定時。不適用之。六七〇八九四七一項取一二四三項一二

六六三項

本條及次條。乃定決議之方法。蓋社員常以各為多少之出資。組成法人之財產。故為多額出資之社員。比於為少額出資之社員。權利加多。亦非無理。雖然。本章所規定之法人。本以公益為目的者。非為社員之利益。而設立之。故未必因其出資之多少。即於公益之情。為有厚薄。此本條所以以各社員之表決權。平等為原則也。即在營利目的主較多之組合六七〇

為目的之商會社其合會社及合資會社依舊商八八。一五。一〇。九。二。項。止。同。於。無。主。義。據。新。商。五。四。合。名。會。社。則。準。用。組。合。之。規。定。又。合。資。會。社。則。新。商。一。〇。九。二。項。止。同。於。無。限。責。任。社。員。其。取。同。一。之。主。義。蓋。如。舊。商。法。以。無。限。責。任。社。員。與。有。限。責。任。社。員。為。有。同。等。之。權。利。其。為。不。當。固。不。待。言。又。舊。商。法。八。九。為。不。當。之。規。定。故。新。商。法。削。除。之。

社員當以出席於總會而陳述其意見。爲本則固已。然容有法人。其社員散在各地。欲其全
 員皆出席於總會。有萬不可得者。又況即使同住一地。因疾病事故。不能自出席於議會者。
 更往往而有耶。此等人。果將不得行其表決權耶。蓋會議體之通則。會員雖當自出席。然此
 在法人。頗爲不便。或且至會議不見爲成立焉。故本條第二項。缺席社員。得或以書面爲表
 決。或指出代理人。而使加於其表決。是頗屬於變則。若本條無此明文。烏能如此。或曰。在株
 式會社之總會。株主必可指出代理人。雖無明文。理自一定。故在本條。規定其得指出代理
 人。甯爲通則。曰是不然。株式會社及他商事會社。皆爲社員財產上利益。設立之者。然則得
 使用代理人。代表財產上之利益。固不待言。然本章所規定之法人。以公益爲其目的。故若
 無本條之規定。不能不謂代理人之不可指出也。此本條所以特需規定也。新商一六一三
 項株式會社亦

於得指出代理人
 之旨特明言之。

以上止普通之原則。若定款有別段之定。則可從之。例如以定款。應出資之額。設社員表決
 權之差等。或禁以書面或代理人行表決權。或止依他社員之代理。得爲代理表決者。於此
 等處。則不依本條之規定。而從定款之所定焉。

第六十六條 就社團法人與某社員之關係爲議決時。其社員無表決權。九四七二項新
 商一六一四項新

本條之規定。乃揭各種會議體中共通之原則。蓋議事正關某社員之利害。此社員若亦有表決權。則其決議之平而不頗。不可期矣。故此等處。必令該社員不與議決之數。但本條所云。就法人與某社員之關係爲議決時云者。無他。總會之決議。固當於法人之目的範圍內爲之。即依第六十三條之規定。亦已可知。故總會之決議。關於某社員之利害者。皆爲法人與其社員之關係。此本條所以云云也。例如法人因理事之執務不妥。恐生不利益之結果時。又如某社員與法人。取結一種契約。討論其利害得失。凡此關係社員。非使之不與議事。難保不或失公平。此本條之所以規定也。

四 主務官廳

第六十七條 法人之業務。屬於主務官廳之監督。

主務官廳。無論何時。得以職權。檢查法人之業務及財產之狀況。舊商二二四至二二七 新商一九八

本條乃規定主務官廳之最高監督權。蓋監事之監督。未必得充分爲之。何則。監事或對於理事。過爲寬大。欲充分摘發其過愆。而對之爲適當之處分。未免或怠。或不勝監事之職。不爲其應爲之監督。又或於理事之邪正。無識別之明。甚至與理事通謀。共爲不正不法之處置。又總會每年常止一開。常不能詳法人之事務及財產之實況。況無此等機關者更不少。

耶。故主務官廳若認爲必要。則必於任何時。得取相當之監督方法。以圖貫徹法人之目的。而於本條之規定。則主務官廳。以有檢查法人業務及財產狀況之職權爲主。

第三節 法人之解散

本節先列舉法人解散 (dissolution, Auflösung) 之原因。次就其爲解散結果之清算。爲之規定。并定法人解散之後。屬其所有之財產之應歸屬者。

第六十八條 法人因左之事由而解散。

- 一 以定款或寄附行爲所定解散事由之發生。
- 二 法人目的事業之成功或其不能成功。
- 三 破產。
- 四 設立許可之取消。

社團法人。於前項所揭者之外。因左之事由而解散。

一 總會之決議。

二 社員之缺亡。六八三。六八三。取一四四。一一四。五。番商。一二六。六一。七二。三。〇。新商。七四。八。三。一。一。八。二。二。四。六。

本條列舉法人解散之原因。就中第一項第一號第二號。及第二項第二號。畧有要說明者。

第一 以定款或寄附行爲所定解散事由之發生云者。例如存續時期之屆滿。所繫解散條件之成就等。是也。

第二 法人目的事業之成功云者。例如法人希望成立一必要之制度。以用種種方法盡力爲之爲目的。則因其制度之成立。法人之目的事業。可爲成功。由是其法人不能不爲當然應解散者。又其不能成功云者。例如法人以創建一寺院爲目的。卽以集必要之資本爲目的。而其資本。寄附者少。至明爲該寺院到底不能創建之時。其法人因事業之不能成功。亦不能不爲當然應解散者。其他如因資本缺乏。不得繼續其目的事業等情。皆爲當依此規定。而爲法人之解散原因者也。

第三 社員之缺亡云者。乃謂社員全缺並無一人。蓋社團法人。以社員爲其基礎。故無社員之社團。到底不能相認。此社員缺亡。所以爲法人解散之原因。或曰。社團法人。因二人以上社員之集合。始能設立。故曰成立。常要二人以上之社員。若因死亡等減至社員一名。卽不能不爲法人之應解散者。雖然。法人之設立與其生存。並無條件必同之理。蓋社員雖至一人。代表其設立法人者全體之意思。而期其目的之成功。安見其必有不合。故公益法人。非至不得已。終取不使解散之方針。社員既尙有一名。社團法人卽爲存續。殆

不得謂之欠妥也。新商七四五號。執反對之主義者。以彼爲營利之法人也。蓋在營利之利益。而與社員各自之利益相異。則法人必需設立。若社員爲一人。會社之利益。亦即其社員之利益。故法律上不能區別其社員之他利益。則勢不得不致法人之解散矣。

破產 (faillite, Konkurs) 在現行法。雖爲商事所特別者。然新民法爲民事商事所通。破產法亦早晚當被改正。故如無關係於商事之法人。亦同爲可受破產之宣告者。但依民法施行法第二條之規定。儘破產法未改正前。以家資分散。視爲破產。

第六十九條 社團法人非有總社員四分之三以上之承諾。不得爲解散之決議。但定款

若有別段之定。則不在此限。三八一項。取一四五。舊商一二六。三號。一五一。二。三。新商七四三號。二〇九。二二。二四。四。

社團法人。本因社員之意思而設立。故又得以社員之意思解散之。固當然之理。然其初固因總社員之承諾。爲設立法人之理由。其後解散。若亦必得總社員之承諾。則苟有一人爲不同意。卽決不得而解散。難保無狡猾之社員。動輒以他社員皆望解散爲奇貨。一人力試其反對。因以自營私利。此凡集合體。所以得總員同意爲極難。法律特干涉之。有若干之多數。卽視爲總社員之意思。以多與決事之便。社團法人亦據此理由。雖無總社員之承諾。亦得解散。惟在普通之會議。有出席員過半數之同意。雖已得爲解散。然在解散。則爲應代總社員之意思之決議。故必有總社員四分之三以上之同意焉。此與舊商法中。關於合資

會社之規定全同。舊商一五一、二項，但新商法則要總社員之一致。

右爲普通之原則。然或因法人之性質。或從社員之多寡。必可以定款。定不依右原則之旨。例如無總社員之承諾。不得解散。又以過半數之同意。即得解散。皆可任意定之也。

第七十條 法人至不能完濟其債務時。裁判所因理事或債權者之請求。或以其職權。爲破產之宣告。

遇前項情事。理事要即爲破產宣告之請求。舊商九七八、九七九、新商一七四、二項。

本條就法人爲無資力時而規定。在新民法。破產既如所說明。不問民事商事。故法人無資力時。必速宣告其破產。以務公平保護其利害關係人之利益。儘破產法未改正前。可請求家資分散之宣告。故於

本條。法人之資力。至分明不足完濟其債務時。裁判所因代表法人之理事。或最有利害關係之法人之債權者。來相請求。又或此等人皆不爲請求。則以職權。當爲破產之宣告。而理

事在最應早知法人無資力之地位。故一有所覺。爲無資力。同時即有速爲破產宣告之請求之義務。而其制裁。則於第八十四條第五號規定之。在現行破產法。既停止其支付之債務者。有自請求其宣告破產之義務。

第七十一條 法人若爲其目的以外之事業。或違反所得設立許可之條件。其餘爲能害公益之行爲。則主務官廳。得取消其許可。舊商六七二、新商四八二。

本條規定設立許可之取消時。蓋主務官廳之於法人。特因保護某公益事業而許可其設立。故若其法人。爲目的以外之事業。則是超乎法律所與之權能。主務官廳固未容默視。又主務官廳爲設立之許可。往往附若干條件。卽主務官廳以定款之全部或一部。或他事項。爲設立許可之條件。而與以許可。其事甚多。遇此等處。若法人擅變更其條件。於主務官廳。所以與以設立許可之精神。豈無蔑視。則主務官廳。自必得取消其許可。其他欲保護公益。所許可其設立之法人。若爲能害公益之行爲。令其法人永遠存立。難保不益增害公益之結果。當此時。主務官廳。亦必得依其警察權。命此有害之法人以解散。例如以政治爲目的之法人。涉過激之舉動。頗有害及公安之患。又如以宗教爲目的之法人。却有壞亂風俗之行。是也。

本條所謂法人云云。法人本爲無意思者。故不能不以對外能爲代表之理事。及能代法人意思爲決議之總會行爲。爲法人之行爲。蓋無容疑也。

第七十二條 既解散之法人之財產。歸屬於定款或寄附行爲所指定之人。

若不以定款或寄附行爲。指定歸屬權利者。或不定指定之方法。則理事得主務官廳之許可。得以類似其法人目的之目的。處分其財產。但在社團法人。要經總會之決議。

依前二項之規定。而不能處分之財產。則歸屬於國庫。取一〇五九

法人本爲假定。非有自然之存在。故法人成立之間。雖視爲無形之人格。而以之爲財產之主體。然一朝遇法人之解散。則財產忽失主體。法理上當悉歸諸無主物而已。雖然。無主物本非可濫望其生。故法律許以定款或寄附行爲。特定法人解散之後。其財產應相續之人。蓋此財產。初爲法人設立者之私財。其供公益之用與否。全隨其人之意。故以供公益之用。以後。雖非復其人之財產。全視爲有公益目的之法人財產。然既至解散其法人。消滅公益目的之際。則務令依財產之舊所有者。即設立法人者之意思。得處分之。於法理亦毫無不可。而於獎勵設立法人者一層。尤爲得策。此本條所採主義。所以以重設立法人者之意思爲主也。

設立法人者。明表示其意思。特指定應相續法人財產之人。此時應從此意思。固已如右所述矣。然設立法人者。往往有不爲表示其意思者。遇此則果如何。曰。是凡有三方法。不能不擇其一。

其一。法人財產。當然歸設立法人者或其相續人。此在營利法人。固所當然。然在公益法人。則此主義不但法理上難與說明。且多可反於設立當時設立者之意思。尤難保設立法人

者或其相續人。不因欲得法人財產。於公益上必要之法人。乃至於促其解散。故於本條。不採用此主義。蓋設立法人者。不得認公益目的之法人財產。爲可因以計自家之利益者。故此財產。依然以供公益事業爲最妥。

其二。以之沒入於國庫之主義。此從爲公益之上觀之。雖非全然無理。然以有一定目的之財產。廣供關於一般公益之國用。常大戾設立法人者之意思。故此主義亦不能採用。

其三。以法人之財產。使用於類似其法人目的之他目的之主義。此雖稍有擅斷之咎。然所生結果。最近於設立法人者之意思。蓋不容疑。故本條採此主義。但何等目的。果類似法人之目的。頗屬困難問題。故於此。必要主務官廳之許可。且在社團法人。常經總會之決議焉。而其類似法人目的之他目的。示其顯著之實例。則如以甲學校之財產。爲乙學校之資本。以甲病院之資本。爲乙病院之財產。此類是也。

不以定款或寄附行爲。指定應受解散後法人財產之人。或并不指定之方法。而又以類似法人目的之目的。不能發見。或其財產過少。不足達其目的等情。則果應如何。此時除國庫沒入其財產之外。殆不見適當之方法。蓋欲供公益目的之法人之用。所棄捨之財產。縱令其目的有廣狹大小之差。然使歸其財產於國。則國固可稱爲國內公益事業之代表者。

亦不能不謂當此之時。所最近法人設立者意思之處分方法也。此本條第三項。所以使歸屬右之財產於國庫也。例如欲宏通某宗教所設法人。若無他同種法人。則不能以其遺產寄附有類似目的之他法人。而其遺產之額又甚少時。并不能新設立一同目的之法人。此等皆事所恆有。除以其財產歸於國庫而外。無他道矣。

第七十三條 既解散之法人。於清算目的之範圍內。儘其清算之結了以前。尙視爲存續者。商八

法人不過一假定者。既屢屢論之。而此假定。止爲法人之目的事業而存在。一朝法人解散。而至其目的消滅。無復有所謂右之假定。故由純理言之。則法人之假定。不能不謂與解散同時消滅。雖然。果如此。則所以設法人之假定之主目的。止可全歸泡幻而已。蓋所以設法人之假定者。以得爲權利義務之主體爲主。其財產。與社員及其他一個人之財產。爲之區別。法人之財產。爲因法人事務所生債務之特別擔保。以令其債務者。不蒙不慮之損失。然則右之假定。若與法人之解散。同時忽然消滅。則法人之債權者。於應請求辨濟之時。多有不能受法律之假定之利益者。法人解散前。多由法人之代表者。任意履行其債務。故債權者。常無庸究其果以法人財產履行之。抑以社員等財產履行之。然則法律欲保護債權者。而維法人之信用。令其事業得易於發達云云。其目的多不

能達。如此則不能不謂此法人。不如其始即不設之之爲愈。此本條所以規定也。蓋無本條之規定。則理論上既解散之法人。即既消滅之法人。法人消滅。忽復事實之眞。於是社員及其他設立法人者。雖復存在。而法人則已無有。社員等之財產。雖在。法人之財產。則不存。緣此之故。雖在外國。罕設本條明文之例。然其實際。殆無不行本條所規定之原則者。以是知本條爲至當也。

第七十四條 法人既解散時。除破產外。以理事爲其清算人。但若定款或寄附行爲。有別段之定。或由總會選任他人。則不在此限。六八五。取一五〇。新商八七至八九。二二六。一項二四八。舊商一二九。三三二。二項二三三。

本條以下。專爲關於清算(liquidation)之規定。蓋法人解散之後。其目的事業。雖不能復繼續之。然其法人未解散之際。或得債權。或負義務。常未終其權利義務之實行。而法人之目的。則已去。故不能不以速行用其權利。速履行其義務。令利害關係人。受最公平之處分。夫欲達此目的。必總括法人之財產。視其全體之實況。以使各行其權利。故命以清算之一種組織的處分。正期各權利者。不濫行其權利也。清算之定義。當云。明法人之資產與負債。由其權利者。是也。

本條則爲定應以何人爲清算人。(liquidateur, liquidator)而掌右之組織的處分者。而其

原則。則直以理事爲清算人也。但此規定。決非命令規定。故得以定款或寄附行爲。定其反對。例如豫定以非理事之他人。爲法人解散時之清算人。或際解散特開總會。使選定清算人。又或由主務官廳。指定適當之清算人。均無不可。又卽定款無何等之定。若由總會。認爲必選理事以外之清算人。亦必得自由選任之。此所以有本條但書之規定也。依舊商法。於商事會社解散之時。必特選任清算人。使之執清算事務。然新商法則不以此爲必要。或不爲清算。商八五。或由社員全員爲之。同上八或以取締役爲清算人。同上二二或由無限責任社員之全員。及株主總會。所選任者得爲清算人焉。同上二

譯者按組織的處分。言此處分乃科算分配以爲之。

非可徑直從命令規定。言以法律強定爲如此。蓋與隨意規定爲反對。取締役乃商事社會之理事。猶吾公司之總協理。取締役之領袖。謂之頭取。猶吾公司總理也。

本條以破產爲除外。無他。此有破產管財人。行清算之事也。

第七十五條 若依前條之規定。而無清算人其人。又若因缺清算人而有將生損害之患。

則裁判所得因利害關係人或檢事之請求。以職權選任清算人。新商二二六三

本條依前條之規定。就未有既定之清算人時。規定之。例如於定款或寄附行爲。並無如何之定。而理事死亡或辭任時。則不得適用以理事爲清算人之規定。又定款或寄附行爲。既無可依。而在社團法人。亦無理事。故不能招集總會。由是法人縱使解散。其應爲清算人者。

難保不一無其人。於此時。非速選任相當之清算人。損害於利害關係人者不少。故裁判所得因利害關係人或檢事之請求。又或以職權。速選任清算人也。

右雖論自始即無清算人者。然初有清算人而中間始缺此者。亦不得不同。例如正在清算時。清算人死亡或辭任。若於定款或寄附行為。不有何等規定。則亦惟有與前項。陷於相同之困難而已。

因缺清算人而有將生損害之患云者。例如清算人有三人時。若得以多數決處理其事。則雖缺一人。尚可無害。若必需一致。則缺一人而不得中止其清算事務矣。似此則損害豈尠。故必依本條。爲其補缺。況有自始即止一清算人時耶。

第七十六條 有重要之事由。裁判所得因利害關係人或檢事之請求。又或以職權。解任

清算人。

商九六一一三一二八四〇一

譯者按解任清算人。依我文。當曰解清算人之任。然日本文解任與選任爲對待之名詞。頗多不能分之。

處故仍之
以免參差

清算人。乃於清算中。負所擔重任於一身者。非與之以充分之權力。不能令清算事務。著著進步。故即清算人之處置。有若干唱言不服者。因此忽解任其清算人。頗有妨及清算事業之患。故於本條。非有重要之事由。則爲不得解任者。例如清算人行不正之行為。或對於利

害關係人。顯然爲不公平之處置。又或因管理財產。不得其宜。致法人之損失。惟有於此等情事。裁判所得解任之而已。

第七十七條 清算人。除破產一事之外。要於解散後一週間內。以其氏名、住所、及解散之原因、年月日。爲之登記。又無論何種解散。均要於主務官廳呈報之。

既就職於清算中之清算人。要於就職後一週間內。爲其氏名住所之登記。且要於主務

官廳呈報之。商七六九三九七
商二九二三四

清算人爲已解散之法人之代表者。故凡必與法人爲取引之人。皆不能不與清算人爲交涉。然則何人爲清算人。固利害關係人所最欲知之。又就法人之解散。往往有不法情事。故不能不從速公示其原因。喚起利害關係人之注意。此所以有本條之規定也。

主務官廳。乃法人之最上監督。故在其監督以下之法人。因解散而消滅之時。必令知之。故本條。當呈報於主務官廳。其屆出義務者。雖常爲清算人。然於破產時則尙無之。故理事當爲屆出。蓋不容疑。但法文稍嫌不備耳。

本條第二項。乃關於清算人有更選時之規定。既有第一項之規定。則第二項之爲其所必要。固不俟論。惟當解散之當時。因理事之死亡等。非直踐第一項之手續時。其以理事之死亡適爲法人解散

者亦不少。若因利害關係人之請求。由裁判所選任清算人。則往往解散後有空過一週間者。於此時。果應適用本條第一項耶。抑應適用第二項耶。據余之所信。則當適用第一項。惟登記則雖過解散後一週間。若別無遲滯而爲之。則必應免第八十四條第一號之制裁。何也。以此絕非怠於登記者也。然當視幾日內登記爲不怠慢乎。此雖爲事實問題。專屬裁判官認定權內之事項。然實際若於就職後一週間內爲登記。據本條之精神。殆不當視爲怠慢者乎。

第七十八條 清算人之職務如左。

一 現務之結了。

二 債權之取立及債務之辨濟。譯者按取立即償案辨濟即清償也。

三 餘賸財產之引渡。譯者按引渡即移交

清算人因行前項之職務。得爲一切必要之行爲。六八八一項取一四九一五一。商九一三〇二四〇。

本條乃規定清算人之職務與權限者。

第一 清算人之職務約言之爲處理已解散法人之財產。而詳言之則(一)結了現在施行中之事務。確定由是所生之權利義務。(二)法人之債權則取立之。法人之債務則辨

濟之。以速明法人之資力。(三)若財產有餘賸。則當引渡於第七十二條所定之歸屬權利者。若不能以法人之財產。辨濟其債務之全部。則從第八十一條。不能不為破產宣告之請求。是為清算之目的。即清算人之職務。

第二 清算人之權限最為廣汎。凡行右之職務。必要之行爲。不問其為裁判上之行爲。與裁判外之行爲。得一切以專斷爲之。但若有不正或失當之所爲。則對之應負充分之責任。又爲一定之理。九七〇

第七十九條 清算人從其就職之日。要於二個月內。至少以三回公告。對於債權者。以應於一定期間內。申出其請求之旨。催告之。但其期間。不得下於二個月。

前項之公告。要附記債權者。若不於期間內爲申出。則其債權當除斥於清算以外之旨。但清算人不得除斥所已知之債權者。

清算人所已知之債權者。要各別催告其申出。商二三四三

本條乃定前條第一項第二號中辨濟債務之手續。蓋法人之債務。雖大概由帳簿可以知之。然債務之種類。千差萬別。非可令任何債務。悉記載於法人之帳簿。例如法人對他人負損害賠償之義務者是也。然則一旦清算結了。而以法人之財產。已引渡於歸屬權利者。則

其債權者。失此爲債務者之法人。殆即欲請求。不知應向何人請求之。又即使債權者。於法人之財產。能指出此不當而已受之歸屬權利者。然或因其人爲無資力。或因其人爲多數。而不能對其各人。請求全額之債權。苟非蒙全部或一部之損失。則亦必多方費事。故爲清算人者。不可不務徧令債權者。知法人之解散。併令於一定期間內申出其債權。以便合一切債權者。速爲公平之辨濟。此本條所以命其由就職二個月內。至少爲三回之公告。其公告中則定其應記載之旨。所謂定二個月以上之期間。而催告於其期間內。必爲債權之申出也。

公告中之期間。由何日起算。而爲不得下於二個月乎。曰當由第一回之公告起算之。蓋餘二回之公告。不過反覆第一回之公告也。

清算人一經履其右之手續。則法律推定爲無論何等債權者。皆知其法人之解散。且苟重自己權利之債權者。必能於所公告之期間內。爲債權之請求。故若有於右期間內不爲請求之債權者。是可視爲拋棄其權利者。定其得全從清算內除斥之。不算入法人債權者中。但當觀
次條惟若不揭此事於公告中。或不無令債權有蒙意外損失之虞。故以此旨爲當特揭於公告中也。

以上爲以不記載於法人帳簿之債權者爲主。而定之者。蓋法人帳簿所記載之債權者。即不因公告。清算人固當知之。故對於此債權者。即不特爲公告。自可從帳簿直爲辨濟。惟其債權之數額及其他事項。或非無不確定者。又即無此事。然從債權者之自言。以爲辨濟。實際大有省事之便。故又爲當各與催告。而使速爲其債權之申出者也。

雖然。此債權者。清算人既知之。故即其債權者。不應清算人之催告而爲申出。終不當除斥之。此時清算人惟從普通之方法。辨濟於此債權者而已。而若債權額等。債權者有異議時。則當由裁判所決之。故此項債權者之有無申出。其影響固不及於其權利之消長也。

第八十條 後於前條之期間。所申出之債權者。止對於法人完濟債務之後。未引渡於歸

屬權利者之財產。得爲請求。商二三四五

非能由法人之帳簿等。爲清算人所知。而又後於前條所定期間。始將債權申出。此債權者未必即失其債權。然清算人促其申出之必要手段。其施之也已見充分。故止就所已知之債權者。及既爲申出之債權者。視爲法人之債權者。由法人財產中。爲之辨濟。若尙有餘賸。則直以之引渡於歸屬權利者可矣。此種怠慢之債權者。清算人安能取還既引渡之財產。復爲辨濟。惟幸而尙未引渡。未爲歸屬權利者之財產。則對於其財產而得爲請求者。僅此

而已

第八十一條 清算中若法人之財產至分明不足完濟其債務時。清算人要直爲破產宣告之請求而公告其旨。

清算人引渡其事務於破產管財人時。卽終其任。

遇本條情事。若有已支拂於債權者。譯者按支拂
編者支付或已引渡於歸屬權利者之物。則破產

管財人得收回之。舊商二五三
新商九一四項二三四

清算之規定。雖亦專以公平爲旨。充分保護債權者之權利。然較之破產手續。則寬嚴疎密。又非同日而語。然則當法人財產。不能辨濟其債務之全額時。尤必公平保護各債權者。故甯令清算人。速請求破產宣告。最爲得策。

清算人依右之規定。而請求爲破產宣告時。必不能不停止其清算事業。故速公告其旨。使利害關係人咸加注意。是爲至要。此本條第一項。所以有末段之規定。

若清算人怠於右二事。川有第八十四條第五號及第六號之制裁。

因清算人之請求。果有破產之宣告。則清算人於此結局。而爲破產手續之開始。故爾後法人之代表者。爲破產管財人。而非復清算人。清算人不能不以其事務。速引渡於破產管財

人。其清算人引渡既終。則其職務權限。全然消滅。無復清算人之用。然若無法律之明文。則即破產開始之後。清算人。不免疑其資格依然。在破產手續中。尚有債務者之代表者之位。置。現今外國。非無破產管財人與清算人並存之例。然而法人云者。本不過法律之假定。非實有存焉者。故其破產之後。就破產手續。不必特有代表者。止以破產管財人。於特定範圍以內。爲其法人代表者。以保護一切利害關係人之權利。此所以有本條第二項之規定也。蓋清算人或有應受報酬者。若不爲終其任。則必仍與報酬。需無益之費用。右之規定。所以特爲必要。

破產手續。專保債權者間之公平。以使各債權者。受平等辨濟爲目的。故若清算人。誤就債權者之全負。爲一部之辨濟。或止於其一部。爲全額或一部之辨濟。又或有已引渡於歸屬權利者之財產。則必取戾之。而更於債權者間。爲公平之分配。故本條第三項。以取戾之權。與破產管財人焉。

第八十二條 法人之解散及清算。屬裁判所之監督。

裁判所無論何時。得以職權。於前項之監督。爲必要之檢查。三審商二

清算事務之重要。及清算人權限之廣大。既如所述。故若無監督之者。往往有不正或失當

之所爲。故本條以此監督權與裁判所。裁判所無論何時。若認其監督爲必要。得以職權。檢查帳簿等焉。

據第六十七條。法人之業務。屬主務官廳之監督。既如此。則本條又以法人之解散及清算。俾屬裁判所之監督。其故云何。曰。法人生存中。專期其從業務之公益而行。是甯屬行政官廳之主管。反之在法人解散之後。則專期保護利害關係人權利之公平。此所以自屬司法官之職務也。

第八十三條 清算若已結了。清算人要於主務官廳呈報之。商九九二三四
舊商二五五

法人本依主務官廳許可而設立者。故清算全然結了。法人全歸消滅之時。速以其旨。呈報主務官廳。固可謂當然之手續。此所以有本條之規定也。

第四節 罰則

本節乃定以上三節所揭之規定之制裁。蓋法人之各機關。若犯有觸於刑法之行爲。則本當受刑法之制裁。然若不觸於刑法。而違背公益上重要之規定。則民事上亦必加以相當之制裁。而其制裁則有二。一。依不法行爲之通則。一使法人於其他利害關係人。爲損害之賠償。一依本節之規定。科以過料。蓋止爲損害之賠償。不但往往不能證明損害。且即無私

人之損害。猶有理事及他人之非違。非懲罰之。難保公益規定。不遂至不可復行。此所以有本條之規定。至其手續。則更於非訟事件手續法第二百六條至二百八條。規定之。

第八十四條 法人之理事、監事、或清算人。於左之情事。被處以五圓以上二百圓以下之過料。

- 一 怠為本章所定之登記。
- 二 違反第五十一條之規定。又於財產目錄或社員名簿。為不正之記載。
- 三 於第六十七條及第八十二條之情事。妨主務官廳及裁判所之檢查。
- 四 對於官廳或總會。為不實之陳述。又或隱蔽事實。
- 五 反於第七十條或第八十一條之規定。怠為破產宣告之請求。
- 六 怠為第七十九條或第八十一條所定之公告。又或為不正之公告。六〇二六〇二二

五〇二六至二〇二六

本條定應科過料之人、情事、及其額。而非各種之人。皆能為各情事之非行。例如怠於登記公告。止為理事及清算人能有之。對於官廳或總會。為不實之報告。又或隱蔽事實。則監事亦有犯之者。此類是也。

本條所列舉之情事。皆信爲明瞭。無待說明。獨於第一號第四號及第六號之關係。稍有需說明者。在第六號。則云怠爲公告或爲不正之公告。第一號則止云怠爲登記。似乎爲不正之登記。獨漏於本條之制裁。然在第四號。有對於官廳爲不實報告之制裁。則登記所之爲官廳。所不待論。故對於登記所。申請不正之登記。卽不能不謂對於官廳爲不實之報告。此第一號所以不曰爲不正之登記也。

第三章 物

於前二章。既論權利之主體。於本章。則欲論其客體。蓋財產權。直接或間接之目的體客爲物。既如篇首所論。故以物之規定。次於人及法人之規定。乃當然之順序。

第八十五條 本法中物之云者。謂有體物。六財

羅馬法以來。歐洲多數之立法例。及我舊民法。於物皆有有體無體 (corporelle ou incorporelle, körperliche oder unkörperliche) 之別。法文中所單稱爲物者。通例常含此二者。此在理論上似無間然。然無體物中。包含物權人權等權利。語本如此。法文中所稱無體物大抵祇指權利則不能不謂存於物上之權利。卽物權者。得存於他物權或人權之上。如此則不得不認債權之所有權地上權之所有權等名色。是則權利之種別。必且錯雜混淆。全無識別。蓋羅馬法之

區別有體物與無體物。甯謂區別所有權與他權利。此區別。雖多少不無實際之必要。然所有權亦權利。卽爲無體物。故區別有形之物與權利及其他無體物。並無何等之實用。由此區別推論之。或且不得不認所有權之所有權者。故新民法全不採此區別。法文中若單稱爲物。則必指有體之物。權利則謂之權利。不謂之物。其他如名譽、行爲等無體物。亦各依其名稱。決不用無體物之總稱。此於實際。信其便利實多。尙當看次條之說明

第八十六條 土地及其定著物。以之爲不動產。

此外之物。悉以之爲動產。

無記名債權。視爲動產。財七至一〇二三四六項據一〇二三四六項

本條規定物之分類最重要之動產不動產 (mobilier ou immobilier, bewegliche oder unbewegliche Sache) 區別。雖舊民法中。於物之分類。設最細密之規定。遂至認分類有十二種。然此多屬純然之學人空論。毫無實益。惟動產不動產之別。則在歐洲。亦所公認。卽在我邦。亦似從來認此區別。而法律之規定中。因動產與不動產。有大不同者不少。例如(一)關於能力權限。(二)關於讓渡公示方法。(三)關於先取特權。(四)關於質。(五)關於抵當。(六)關於時效及所謂瞬間時效。(七)關於裁判管轄。(八)關於執行方法。皆於動產不動產之

間。設有區別。故動產不動產之區別。頗爲重要。在別外國尙於此此外有許多應區則動產與不動產之理由。

動產不動產之別。在歐洲固大有沿革。但今欲詳論。則不在本書之範圍。故畧之。蓋此區別之所由生。以歐洲中古以來。輕動產而重不動產。爲其主因。此觀念。在往昔頗非無故。然至今日。則動產之富。漸爲廣大。動輒有貴於不動產之觀。則從此點而認動產不動產之區別。似甚不當。雖然。今試就各個之物。概論其價。一個不動產。恆貴於一個動產。殆不容疑。其就能力、權限等。仍有幾分輕動產重不動產之規定。亦非無故而然。

雖然。若動產不動產之區別。單爲因其輕重。則今日固非復如昔日之重要。茲於兩者之間。尙有顯然之區別者。無他。不動產必有一定之所在。決無移動。反之而爲動產。則其所在。常不確定。今日在此之物。明日在彼。其動移爲極易。故以同一之規定。支配兩者。不合之處。頗多。凡讓渡之公平方法。先取特權、質、抵當、時效、裁判管轄等。恆有區別於兩者之間。全然爲此。

動產不動產之區別。乃物卽有體物之區別。有形上可動之物爲動產。不動之物爲不動產。於此下一定義。則動產乃自動或可動之物。其意義極爲明瞭。似毫無可疑之餘地。之物。不動產乃不自動且非毀壞不可動之物。然古來就此區別。生許多疑問者。何故。蓋所謂可動。有自然能動之物。有可以他力動之之

物。其得以他力動之物。則又有難易之別。難動之物。即非全不得動。亦有視爲不動產者。而別其難易之程度。立法例與學說。全然不能一致。則亦實有所不得已。在新民法。務本於自然之形狀。不假思想之力。妄以人爲的。爲以動物爲不動產。以不動物爲動產等情。此所以異於舊民法及許多外國法律之例也。在外國大抵更以動產不動產之區別。井及無體物故不無因此更惹起困難之問題矣。

自然不動。又不能以人力動之者。則惟土地而已。若地球之繞太陽周圍。雖然。與土地相密著。殆至不能分離。此種物苟非亦認爲不動產。則實際之不便不少。故本條。土地之外所定著於土地之物。亦併以之爲不動產焉。此爲各國法律。皆一其揆。惟何等物謂之定著物。雖稍屬困難之問題。然本條全以之爲事實問題。並不以法文濫下其定義。濫示其適例。況彼事實上雖不得謂爲定著物之物。因假定而視爲定著物焉者。本爲新民法所不取。故定著物之字義。雖爲多少不免有疑義者。然苟揭其細目之規定。却恐就其各目。不免愈令生疑。而其意義。畢竟不外於前所揭不動產之定義。今特示定著物之顯著者。則（一）建物。（二）植物。植物即與土地分離。多有不即枯死者。然以成爲土地之一部分之植物。與其土地分離。即不能不謂毀壞也。（三）附著於建物或植物而不易使與分離之物等是也。

非不動產之物。皆爲動產。動物器具等。皆無不然。其稍有可疑者。（一）供一時之建築等用。

所設小屋陰架之類。

此等物拆去似即為毀壞。然其物之性質。乃用畢後應拆去者。故不得視為毀壞。

譯者按。騰架為南方俗稱。以材木構高。架備工人升。

降。以從事高處之工作者也。原名謂之足場。其意謂著脚之處所。

(二)以移動於他處為目的。一時栽植之植物。(三)席與

裝修之類。

譯者按。席為日本人數地之物。在我國當以地版例之。裝修亦南是也。方俗稱。凡門窗戶福之類。皆是原名。建具。謂建物中之美飾品也。

未離土地之收穫。為動產乎。為不動產乎。雖向有議論。據余所信。則收穫未離土地之時。其為不動產。固無可疑。惟當事者之意思。有著眼於分離後之收穫者。例如土地之所有者。以分離前之收穫。一併賣却。其事頗多。此時常以當事者之意思。豫約其分離後收穫之賣買。故其賣買。非不動產之賣買。乃動產之賣買。是在樹木之賣買。亦同。民事訴訟法。則就果實之差押。取同一之見解焉。民訴五八四一。項五八四一。

舊民法雖做法國及其他之例。認所謂因用處之不動產。(immensile par destination)此不但非我邦之習慣。且於次條既設主物從物之規定。原不必認因用處之不動產。蓋因用處之不動產云者。其性質為動產。惟常為不動產之從。而與之相伴。若處分此不動產。則因用處之不動產。亦共被處分。若設權利於不動產之上。則其權利。亦可及於因用處之不動產。常與不動產共其運命。故有此名稱。雖然。因物之主從關係。得達此目的。故背於物之性質。而認此種之不動產。殊無謂也。舊民法雖非認因用處之動產。此非徒外國本無此例。且全背學理。實際無用。故不則論之。

動產不動產。義如其文。本限爲有體物之區別。然歐洲中古以來。以此區別并及無體物。是或非無便利之時。然認之爲一般之規定。則誠不必。故於新民法。不認無體之動產不動產。惟因規定之性質。遇應以關於物之規定。準用於權利之時。特明言之。權利則並無動產不動產之別者也。

雖然。於此有一例外。無記名債權 (*Genance au porteur, Inhabererforderung*) 是也。蓋債權本爲無形。似不得入動產不動產之別。然無記名債權。常視爲屬於證書之占有者。故其價即密著於證書。殆有證書即債權之情狀。故因便宜。即視其物爲債權。且證書本爲動產。故其債權。亦視之爲動產。此雖各國所略同。然外國因無一般之規定。動生疑問。其例不少。故本條特明言之。庶關於動產之規定。當然可用於無記名債權也。

第八十七條 物之所有者。若因供其物之常用。以屬於自己所有之他物。附屬之。則其所附屬之物。爲從物。

從物隨主物之處分。財一五。四項

本條乃規定主物從物 (*choses principale ou accessoire Haupt-oder Nebensache [Zubehör]*) 之區別。新民法。動產不動產之外。其爲物之區別者。止認此分類而已。其所以然者無他。既

如前條所論。凡物因其主從。而共其運命。其結果頗爲重要。故雖他分類。一切不規定之類。一切不特設本條之規定也。

從物之定義。各國之法律及學說。雖不一樣。然在本條。則有二種要素。(一)從物要供主。(二)從物所常用之物。例如房屋所備附之席與裝修。井上所備附之釣瓶。又如房戶箱籠櫥櫃等房戶箱籠筥鑰。是也。其供一時某物之用者非從物。例如行厨几案之類。非常供房屋之用。故非從房屋之田。(二)主物與從物。要同其所有者。蓋因從物與主物共其運命。故需有此區別。苟非主物此區別。若所有者。所備附之物。則不能指爲從物。而以之伴主物之運命。例如賃借人所備附於賃借人所借之物。即使供其物之常用。然賃借物之所有者。苟處分其物。而并賃借人所備附之物。借人所借與處分。則豈非不當之甚。此主物從物。所以必同其所有者也。以學理下主物從物之定主物以實用言。則當如本條限局其從物之定義。如本文所述是也。

用爲目的之物。從物則以助他物之用爲目的之物。然以此區別之實用言。則當如本條限局其從物之定義。如本文所述是也。

主物從物之區別。乃示二物之關係。不得云一物之中。以某部分爲餘部分之從物。例如部分之實及附加物等。學者雖往往稱爲從物。此非本條之所謂從物。蓋果實未離元物之時。未離元物元物之一部。既離元物之後。則全爲別物。不能因處分元物。併處分其果實。惟其未離元物。惟其之時。若爲一權利之目的。則雖離其元物之後。其爲權利目的。固自依然。似此之併爲其。似此之

之一部。以主從關係論之。頗爲不妥。但以關於果實之權利爲關於元物之權利之從則可。例四四七一項。又如某物以人工附加。與成一體之物。依添附之規則。原不許與之分離。故法律上不能視之爲二物。卽不能謂從物件主物之處分。惟適用添附之規則。雖亦必分主部分與從部分。然此與本條所謂主物從物之關係。則全然異其性質。其詳當於後所有權章論之。

主物從物之區別。如以本條第二項所云者爲主。則從物與主物。視爲共其處分。有實用矣。但此規定。僅爲一般之規定。仍得以當事者意思左右之。例如當其賣屋。有除去裝修者。當其賣地。有不附井上所備之釣瓶者。其他慣習上。各別其主物從物。以爲處分者亦不少。當此時。當事者之意思。往往從其慣習。故常不能適用本條第二項之規定。九九二。例如船舶與帆權等。常聞人分離之而處分也。

第八十八條 以從其物之用處。所收取之產出物。爲天然果實。

以應受金錢及他物。爲物之使用之對價。爲法定果實。財五二。五三。五四。二項。五七。至。六三。

本條及次條。乃關於果實之一般規定。蓋謂何等物爲果實。又何人應爲果實之所有者。在各處皆爲必要問題。例如關於占有一八九〇。留置權。七二九。先取特權。三一三。質權。三三五。六〇。抵當權。一三七。買賣。五五七。使用貸借。三三九。貸貸借。一六〇。夫婦財產制。八七九。二親權。〇八九等。皆有其

必要。而本條則揭果實之定義者也。蓋果實有天然果實 (*fruits naturels, natürliche Früchte*) 與法定果實 (*fruits civils, bürgerliche Früchte*) 之別。天然果實謂真由物所產出之物。法定果實謂使用其物者所應付出之使用之對價。抑果實云者其本義謂樹本所成之果。此果實乃與法律上有同一性質之物。併加以此名稱焉。例如田畝所生之米麥。是為天然果實。法定果實則如物之借貸、金錢之利息等。蓋借貸利息等皆有元本。恰如樹木生果實。田畝生米麥。情形無二。故以果實擬之。遂有法定果實之名矣。

果實之要素。古來有大議論。或以為要定期收取之物。或以為要原物不消耗者。是等之說。本條一概不用。專以從其物之用處與否。區別其為果實與否。例如土地之收穫物。若年年變更其耕作物。則其收穫之時期。常不一定。如是則物雖不能定期收取。其為果實。要不容疑。此無他。耕地總之當供耕作之用。而耕作物之為何物。非所當問。故也。以果實為權利者亦得限其耕作之處種類而為之。然此特限物之用處。非限及用處所生之果實。又例如礦物、石材。其收取之時期不定。往往時常收取。又收取之時。消耗元物。更不待言。而苟以之為非果實。則如鑛山石坑等。不能不謂為全無果實之物矣。立法例及學說。則概以之為果實。以其從鑛山石坑之用處。所收取之物也。此在本條。所以以從其物之用處。為果實之真要素。而不認他要素也。

定期金 (rente) 爲果實否。從來在學者間。雖大有議論。然據本條第二項之定義。殆明乎其非果實。蓋非物之使用之對價也。但其一部。等於利息。多有可視爲果實之處耳。更從理論上觀定期金。雖大有類於鑛山石坑所採取之鑛物石材。然其趣亦不無所異。烏能卽以爲果實乎。

第八十九條 天然果實。於其由原物分離之時。屬於有收取之之權力者。

法定果實。於收取權利存續期間。以日計取得之。一財五〇。五二至五四。一。二六。

日計者按原

名日割言計日爲分割也。此爲名詞不可分拆今取
意義較明之字製新名詞以配之故謂之日計云爾

本條乃定果實權利者之變更時。其果實究應屬前權利者。應屬後權利者。此爲往往可生疑問之端。故設此一般之規定。欲豫防後日之爭議於未發也。夫舊民法及其他外國之例。雖有隨地不同之規定。然此頗無理由。蓋果實之上。止有有權利與無權利二者之別。其爲有權利耶。凡可稱果實之物。皆得收取之。其爲無權利耶。則全然不能收取而已。故本條一切不爲區別焉。

一 天然果實。此在未離原物之時。不以果實獨立而存在。故果實權利者不能取得之。例如甲以善意。占有屬乙所有之不動產。於果實未離元物之時。因乙之請求。返還其不動

產。則其果實。當屬乙之所有。不當屬甲之所有。九一八

二 法定果實。當以日計取得之。故借賃利息等支付時期。卽有遲速。果實權利者。並不因此而有影響。例如賃貸物之所有者甲。讓渡其物於乙之時。其讓渡之日以前之借賃。當屬於甲。其以後之借賃。當屬於乙。而其支付時期。在讓渡之前與後。毫無所異。在賣買之時。依五七之規定。當由引渡之日。果實屬於買主。蓋法定果實。非能爲元物之一部者。故不得因支付時期之前後。分其獨立存在之有無也。

有謂法定果實。乃應受借賃利息等之權利。非物也。是說雖頗有根據。然果實權利者。受取之之時。既爲金錢及其他之物。故爲物之規定。如此立論。亦不得爲不當。

第四章 法律行爲

法律行爲云者。乃謂法語之(acte juridique)阿克德、求利其庫、德語之(Rechtsgeschäft)立希之呆賽呼德。又(Rechtshandlung)立希之亨特倫哥。卽以使生法律上效力爲目的之一個私法的意思表示。或數個私法的意思表示之合致。是也。例如契約、遺言、催告等。

本章網羅一切法律行爲所通共之規定。而於第一節。揭關於法律行爲之效力之一般規定。是名總則。第二節。揭爲法律行爲之根本。所謂意思表示者之通則。第三節。規定其不自

第一編 總則 第四章 法律行爲 第一節 總則

爲法律行爲。由他人爲之之情事。是名代理。第四節。規定法律行爲之無效及取消所有條件效力等。第五節。揭關於法律行爲效力之體樣。(Modalität)其條件及期限等之通則。按譯者

據二字即情狀二字之義。以其註有西文。不敢輕改。俟明法國文者對觀之。或更易得真解。

第一節 總則

本節關於法律行爲。揭其一般之原則。規定其與法令慣習等之關係焉。

第九十條 以反於公之秩序或善良之風俗之事項爲目的。所爲法律行爲。則爲無效。三財

○四。一。項二號。三號。三二二。一項三二八。取四。一。舊法例一五。舊商一五六。七一。項二八。四。

本條規定有不法目的之法律行爲爲無效。而所謂不法。(illicite, gesetzwidrig)不但以法律明文所禁之事項。并定其應包含能害公安能壞風俗各事項之旨。夫有此等目的之法律行爲爲無效。似不待言。然在成文法之國。疑其除法律所禁之外。別無不法行爲。故本條特明定之。凡害公安壞風俗之事項。亦不得以爲法律行爲之目的。由是而是等事項之有背本條規定。其爲不法明矣。

本條倣外國一般之例。併揭公之秩序(ordre public, öffentliche Ordnung)與善良之風俗。(bonnes moeurs, gute Sitten)故反於公之秩序之事項。例如殺人。奪人之財之類。以刑法無明文

者言。之。則。如。選。舉。人。約。必。選。某。人。為。國。會。議。員。或。地。方。議。會。議。員。其。義。員。約。必。於。議。會。主。張。某。之。意。見。皆。為。反。於。公。之。秩。序。者。反。於。善。良。之。風。俗。之。事。項。例。如。終。身。不。婚。為。猥。褻。之。所。行。之。類。雖。然。以。余。觀。之。非。此。別。也。夫。即。使。反。於。善。良。之。風。俗。若。毫。不。害。公。之。秩。序。則。法。律。無。所。謂。應。干。涉。者。例。如。廢。正。務。而。觀。演。劇。婦。人。集。男。子。而。開。酒。宴。固。可。謂。反。於。善。良。之。風。俗。矣。然。不。必。關。於。公。之。秩。序。故。以。此。為。目。的。之。法。律。行。為。不。得。以。為。無。效。反。之。而。如。前。所。例。示。之。終。身。不。婚。為。猥。褻。之。行。為。則。雖。不。過。害。善。良。之。風。俗。然。已。直。接。或。間。接。害。及。公。之。秩。序。蓋。人。若。不。婚。則。非。婚。姻。外。別。為。男。女。之。交。即。終。生。不。充。此。天。然。之。需。要。似。此。則。非。生。私。生。子。即。全。不。生。子。是。兩。皆。反。於。公。之。秩。序。者。也。若。夫。為。猥。褻。之。所。為。雖。直。接。為。壞。風。俗。之。行。為。而。間。接。則。害。公。秩。序。本。不。待。言。惟。然。則。如。所。云。反。於。公。之。秩。序。或。善。良。之。風。俗。之。事。項。者。似。乎。雖。不。反。於。公。秩。序。僅。反。善。良。之。風。俗。亦。不。得。以。為。法。律。行。為。之。目。的。疑。義。豈。不。顯。然。故。余。以。為。本。條。之。語。病。乃。倣。歐。洲。一。般。之。例。遂。採。用。此。等。句。法。以。解。釋。上。言。之。不。能。不。謂。反。於。公。秩。序。之。事。項。乃。直。接。害。及。公。秩。序。反。於。善。良。之。風。俗。則。直。接。壞。風。俗。而。間。接。則。害。及。公。秩。序。者。也。

第九十一條 法律行為之當事者。若表示其異於法令中不關公秩序之規定之意思。則從其意思。財三二八。取四一。舊法例一五。舊商一五。六。七。一。項。

本條不過敷衍前條之意義。蓋法文中關於公秩序之項。立法者於當事者。特有命令。禁止亦為命令此宜切記。不關公秩序。多由當事者以意思推定之項。則限於當事者不表示其反對之意思時。亦可適用。此其前一項。雖不得以當事者之意思動之。而後一項。則得以當事者之意思。隨意為之變更。是殆不俟煩言矣。然學者對於此點。尚往往不無謬見。故本條特揭此原則。但何等法文為關於公秩序。何等法文為解釋當事者之意思。限無他反對意思時。乃可適用。則不能不就各條規判之。而因其條規之種類。判定其果應何屬。雖不無困難之時。然終不能一一以明文指定。故本條止概括的揭其原則焉。例如關於物權之規定。其大部分為關於公秩序者。關於債權之規定。其大部分為解釋當事者之意思者。若就立法論而言。余亦以為就各處設為規定。揭其明文曰。某某之規定。當事者若表示反對之意思。則不適用之。似亦無弗可者。然採此主義。乃頗危險。何也。若於許為反對意思之時。偶忘揭其相許之旨。則即性質上絕非命令的規定。正以他處有隨意的規定之明文。而此處獨無之。將有叢生解釋上之議論者。是蓋新民法所以不採此主義之一理由也。

第九十二條 有異於法令中不關公秩序之規定之慣習。若法律行為之當事者。有依之之意時。則從其慣習。財三項九二五

本條又爲敷衍前條之規定。蓋慣習之效力如何。各國之主義不同。學者之說又各異。其原則雖已由法例規定。法例然法例所規定之慣習。(第一)依法令之規定而認之者。(第二)以法令無規定之事項爲限者。此二者當與法律同其效力。故謂爲慣習法。(Droit coutumier, Gewohnheitsrecht)自餘則(第二)異於法令之慣習。卽學者所謂事實之慣習是也。本條乃規定此慣習之效力者。

本條於慣習之效力。所採主義。以爲慣習自慣習。非當然爲有效力者。止限於當事者有依之之意思時。認其效力耳。余據立法論。雖全然不能與之同意。然實際亦不大礙。蓋慣習若果明確。則當事者於此。卽不明示何等之意思。尙多有應視爲有依此慣習之意思者。故使本條不爲規定。亦不過稍不明確之慣習。入於法律家之眼。不遽認其慣習而已。故論本條之適用。若裁判官欲求適當之解釋。則其結果。正與不採用此主義者等。雖然。在尤關公益之物權之規定。則處處認慣習之效力。項二一七、二一九、三二七、三二八、三三六、三三九、三四一惟其多任意規定之債權編。乃不認之。如本條。僅於當事者有依此之意思時。認慣習之效力。終非余所取也。

以上所論之慣習。皆不關公秩序者也。若其慣習。異於有關公秩序之明文。則其決不得而

依之。固不俟論。是恰與明示其意思。欲異於有關公秩序之規定。同爲無效。卽其有欲依異於有關公秩序之規定之慣習之意思。亦不得不爲無效也。

如前條所論當事者之意思表示。苟以爲立法論。則余以爲但明定其異於何等規定之慣習。爲有效力可也。

第二節 意思表示

意思表示云者。德語謂之 (Willenserklärung) 姆以而林思益而克列倫哥。於此下其定義。乃以生法律上效力之意思。以得使他人知之之方法。發表之。是也。於此從來有三主義。(第一)意思主義。卽止依當事者之意思。不問其特行發表與否。(第二)表示主義。卽止以當事者發表爲其意思者爲意思。不問其真意思如何。(第三)折衷主義。卽以意思與表示。二者爲必需合致。是也。在我民法。採用此第三主義。惟例外有真意思與表示相異時。止以其表示爲據云云。蓋人之行爲。乃意思之發動。無意思則不有行爲。故以意思爲基礎。最所當然。雖然。人之意思。無形而不可見。故非以之表示。法律上不能與以效力。此所以不以法律行爲之根本爲意思。而爲意思表示也。若然。則意思與表示。必需二者合致。本當然之事。似乎無待煩言。然於意思與表示相異之時。他人見其表示。卽可以之爲意思。故有時苟非

從法律上視為真意思。則善意者之被害不少。此新民法所以有認其例外之時也。

意思表示。有明示者。有默示者。以書面、口頭、容態等。特發表其意思者為明示。若陳列商品

於店頭。上附定價牌。暗以代價表示欲賣之意思。看其定價。投下相當其代價之金錢。取其

商品。以表示欲買之意思者。則為默示。在新民法。除贈與之外。五五略不制限其意思表示

之方法。即贈與亦非不以書面即不得為之惟各當事者得取消之耳但對於第三三者。則非無要有確定日附之證書時。六三

四三項。五六項。一五項。六七項。八八項。八九項。九〇項。六一項。六二項。六三項。六四項。六五項。六六項。六七項。六八項。六九項。七〇項。七一項。七二項。七三項。七四項。七五項。七六項。七七項。七八項。七九項。八〇項。八一項。八二項。八三項。八四項。八五項。八六項。八七項。八八項。八九項。九〇項。九一項。九二項。九三項。九四項。九五項。九六項。九七項。九八項。九九項。一〇〇項。一〇一項。一〇二項。一〇三項。一〇四項。一〇五項。一〇六項。一〇七項。一〇八項。一〇九項。一一〇項。一一一項。一一二項。一一三項。一一四項。一一五項。一一六項。一一七項。一一八項。一一九項。一二〇項。一二一項。一二二項。一二三項。一二四項。一二五項。一二六項。一二七項。一二八項。一二九項。一三〇項。一三一項。一三二項。一三三項。一三四項。一三五項。一三六項。一三七項。一三八項。一三九項。一四〇項。一四一項。一四二項。一四三項。一四四項。一四五項。一四六項。一四七項。一四八項。一四九項。一五〇項。一五一項。一五二項。一五三項。一五四項。一五五項。一五六項。一五七項。一五八項。一五九項。一六〇項。一六一項。一六二項。一六三項。一六四項。一六五項。一六六項。一六七項。一六八項。一六九項。一七〇項。一七一項。一七二項。一七三項。一七四項。一七五項。一七六項。一七七項。一七八項。一七九項。一八〇項。一八一項。一八二項。一八三項。一八四項。一八五項。一八六項。一八七項。一八八項。一八九項。一九〇項。一九一項。一九二項。一九三項。一九四項。一九五項。一九六項。一九七項。一九八項。一九九項。二〇〇項。

式。八六取。三六八。至三。七八二。〇又婚姻、離婚、養子緣組、離緣、隱居、私生子之認知、相續之限

定、承認、拋棄等。亦要之。〇三五八。八四三。至五。二〇七。七八二。八九八。四九九。一四八。三八一。至一。三六七。一

取。三一〇。九又於商法。會社契約手形等行為。要書面及他方式者亦不少。書商七七七一

三六七。二九四。至三。九八。六九。九七。〇一。六七。二二。七三。七三。七一。四三。七五。四五。四五。六四。五七。四六。八五。〇三。三九。八六。九九。九七。〇五。三〇。五七。一六。七二。二

七五。三八。一一。七八。四八。七五。一八。七二。三七。八一。一五。至八。一八。七二。三七。八一。一五。至八。一八。

一 意思與表示不合之時

第九十三條 意思表示。無因表意者知其非真意而為之。而致妨其效力。但相手方若知

表意者之真意。或可得知之。則其意思表示爲無效。

本條卽爲右所述之例外情事。蓋意思與表示之不相合。大凡有四。(第一)心裏留保 (Mentalreservation) 卽表意者故意表示非其意思之事。而並無相手方。或有相手方而不知其事實。或表意者不知其已知等時。(第二)虛偽之意思表示 (Scheingeschäft) 卽有相手方之意思表示。表意者故意以非其真意之事。表示爲其意思。而相手方知其事實。且表意者亦知其知此之時。(第三)錯誤 (error, erreur, Irrthum) 卽信非事實者爲事實時。就意思表示言。表意者以非其真意之事。表示爲其意思。而自不知其意思與表示。相齟齬時。別以於後所應論之理由之錯誤 (第四)強迫 (vis et metus, violence, zwang) 卽他人不表示某意思。示將加以不利。而使表示其所不欲表示之意思時。是也。而本條則就右之第一項。爲規定者。例如甲對於乙。表示將讓渡其所有之子不動產。而其意中。則思與以丑不動產。至後日過割其不動產時。不得以真意思在丑。因不與以子而與以丑。爲卽可免其義務。又卽有真與以子不動產之意思。然其意思。實欲附以條件云。若乙就某職云云。而此意思。竟未併言。則後日乙卽不就其職。亦不得不與以其不動產。又例如甲對於乙。表示將與以其所有之時錶。後日不得以此爲一時之戲言。無真與之意思。而拒不與之。蓋不如此則乙往往受甲

之欺。將有大蒙其損害者。必且因不能取信於人言。以爲取引。遽大害信用之發達矣。故本條以特保護相手方之故。不問其意思與表示之不合。但視其所表示者爲合於意思。即使生充分之效力焉。但相手方若於意思表示之當時。知其當事者之非真意。或因其事情。相手方常可知之。遇此等處則不在不問之限。例如表意者平生好吐戲言。且相手方無應受表意者贈與之理由。而忽表示其以此高價之物爲贈與之旨。則不得不謂相手方爲應知其戲言者。故即使此相手方。誤信此戲言之出於真意。亦不得以其贈與爲有效。但因其戲言。若於相手方加有損害。則依第七百九條之規定。表意者應任其賠償之責。固不待言。文本

所論。多爲關於人之意思或知覺之事。欲實際得有證據。其事情極難。然本條能有適用之時。則必以有證據爲斷。例如表意者或相手方於日記中記載其意思或知覺。又或以其意思或知覺。曾語他人。得因此人之證言。而或知之等情。乃是惹起本文之問題也。

戲言 (Plaisanterie, Scherz) 之中。學者多區別屬於心裏留保與否。德國法亦據此說。我民法則不區別之。故無關於戲言特別之明文。而戲言亦該於本條之明文。固不煩言而解矣。相手方已知表意者之真意時。其意思表示之爲無效。雖依本條之明文而已明。然當此之時。表意者所未曾表示之真意。能生效力否乎。此則稍屬疑問。蓋由純理言之。真意思並無表示。所表示之意思。非真意思。故就此真意。無所謂意思表示。即法律行爲。似亦不能從而

成立。然於實際。相手方既知表示者之真意。則不問其表示之不合真意。頗多於兩人之間。應視爲已表示其真意者。例如甲表示其將以其所有之子不動產與乙。其真意則將以丑不動產與之。而乙若覺其真意。卽對之而表承諾之意。則不能不謂甲言子不動產。入於乙耳。乃如聞丑不動產之聲也。故此時就丑不動產。在甲乙之間。能成立有效之法律行爲矣。本條之規定。在立法論。不免稍不完全。蓋謂表意者。不得以心裏留保。對抗於相手方及他利害關係人。則可。然謂相手方及他利害關係人。亦不得以心裏留保爲理由。主張其意思表示之無效。則與我民法所採用之意思表示主義。不免稍有矛盾。且於後所應論之詐欺取財等情。尤可生不穩之結果焉。

第九十四條 與相手方通同爲虛僞之意思表示。爲無效。

前項意思表示之無效。不得以之對抗於善意之第三者。證五〇至五二〇

本條乃關於虛僞之意思表示之規定。此所謂虛僞之意思表示。其定義已揭於前條之下。故不復贅。然以一言蔽之。則不外當事者通同相手方。所爲非真意之意思表示耳。例如欲得多額納稅議員之資格。表面上讓受他人之所有地。並無真讓受之之意。其人讓受之意思表示。及相手方讓渡之意思表示。兩皆爲虛僞之意思表示也。此時右之意思表示。非

表示其真意思。法律上不得不爲無效。故表面上之讓受人。決不爲所有者。表面上之讓渡人。決不失其所有權。此本條第一項之所規定也。

本條與前條之但書。情事頗相類。蓋相手方既知其心裏留保。則當事者雙方之意思表示。其知表意者之非真意。恰與虛僞之意思表示等。然據前條之下。所下心裏留保與虛僞之意思表示之定義。則甲爲表意者不知相手方之知其事實。乙則知之。以此之差。可以觀兩者之別。

雖然。若得以之對抗於第三者。則第三者往往而見欺。例如依前例。表面上之讓受人。登記其權利。若更對於第三者。而欲讓渡其土地。則第三者以是誤信爲真所有者。可有讓受其土地之事。當此時。若以前此之讓渡契約。由虛僞之意思表示而成。故爲無效。而即得以之對抗第三者。其第三者之可受損害。更何待言。似此則取引之安全。一般之信用。傷害實爲不少。故本條第二項。特定虛僞意思表示之無效。不得以之對抗善意之第三者焉。由是此虛僞之意思表示。全然生其效力。前例中。表面上之讓受人。視爲真取得所有權者。讓渡人即因而失其所有權。是因兩人虛僞之意思表示。欺及第三者之結果。不得不謂爲自作之孽。此時讓受人爲不當利得。(enrichissement indu, ungerechtfertigte Bereicherung) 故若

第一編 總則 第四章 法律行為 第二節 意思表示

爲善意。以受人自身爲善意者固少。然由其相續人，則依第七百三條返還其現存之利益。

通常爲土。若爲惡意，則依第七百四條於其所受利益加以利息而返還之。若尙有損害，則

更當賠償之。惟如前例有不法之目的時，則依第七百八條讓渡人不得求利益之返還焉。

虛偽之意思表示，未必即有不法之目的。例如甲以所有之土地質貸於乙，因特別理由

以廉於時價之借貸（譯者按借貸即地租貸與之，然恐他人知此將於甲之他所有地質貸

時有不利於故證書中仍記載普通之借貸，此種情事，其關於借貸之目的也。

且以祕密證書即反對證書表示真意思時，爲規定焉。至五〇雖然此非限於有證書時之

問題。故新民法，汎就虛偽之意思表示規定之。

第九十五條 意思表示於法律行為之要素，若有錯誤，則爲無效。但表意者若有重大之

過失，則表意者不得自主張其無效。財三〇九五至三一
一、商三〇一

本條乃關於錯誤之規定。錯誤之定義，既於九十二條下下之。茲不復贅。然例如甲言賣其

子不動產，乙若誤解而以爲欲賣其丑不動產，以表示其買之之意思，則此爲契約目的之

錯誤。而乙之意思表示，爲因錯誤之意思表示。

羅馬法以來，例別法律之錯誤（*erreur de droit Rechtsirrtum*）與事實之錯誤（*erreur de*

fait, thatsächlicher Irrthum) 舊民法亦別之。^{財三}例如法律上連帶債務者。而信其止負保證人應負之義務。此爲法律之錯誤。事實上債權者問曰。汝承諾爲負有連帶債務乎。承諾者則誤信其所問。以爲問我承諾負保證債務否。乃以承諾之旨答之。則爲事實之錯誤。雖然。各人不可不知法律云者。不過謂不得以不知法律爲口實。而妄思免其適用。其實無人不知法律。究未可真以爲期。此固不待煩言者。故近世之法律。漸不區別於此二者。新民法亦採此新主義。不區別法律之錯誤與事實之錯誤。但有時有當以不知法律爲大過失者。此則當受本條但書之適用矣。

錯誤得大別之爲二。一爲意思之欠缺。一爲理由之錯誤。(erreur sur le motif, Irrthum in Beweggründen) 是也。

第一 意思之欠缺

因錯誤而能生意思之欠缺時。乃因錯誤而意思與表示不合時。卽本條所謂有錯誤於法律行爲之要素者也。蓋以何者爲法律行爲之要素。乃頗有議論之問題。當其以本條爲解釋。雖不無言人人殊之患。然通讀本法之全部。熟考立法者真意之所在。則略可信一定之解釋焉。夫依本法所採之主義。則法律行爲之要素。以廣義言。行爲之目的 (Objet, Gegen-

stand) 是也。蓋法律行為乃一種意思表示。專以使生法律上之效力爲目的者。故其爲意思主體之當事者。及其目的。二者似均可爲法律行為之要素。甚至意思表示之相手方。亦常有誤信爲其要素者。然細究法理。則當事者之意思。固可謂爲法律行為之要素。而其表示者之爲何人。正不必問。故當事者之爲何人。不得一般以之爲法律行為之要素。法律行為之要素云者。惟此當事者所表示之意思之爲主之內容。即當事者由其法律行為欲使生爲主之效力。余所謂目的是也。例如賣買之賣主。以自己之權利。移轉於買主。正欲就其代價。從買主得若干金錢之所有權。其買主。則以金錢之所有權。移轉於賣主。正欲令賣主之權利。移轉於自己。而此兩人之意思。常不問相手方之爲誰。不過欲以某權利。移轉於他人。或取得於自己。欲以若干金額。爲得或與而已。故於賣買。則當事之爲何人。不足爲其要素。惟移轉某權利。支付代金。是爲當事者雙方。所欲由賣買而生之效力。目的則可謂爲賣買之要素耳。

又例。設言贈與。贈與者欲移轉某權利於受贈者。受贈者則欲得之。此時贈與者非不擇對手。而欲移轉某權利於泛泛之人。蓋必欲指定某人。乃移轉其權利。反之而在受贈者。則止欲取得其權利。常不以得自何人爲目的。故在贈與者一面。則以受贈者爲何人。爲法律行

爲之要素。在受贈者一面。則贈與者之爲何人。非其要素也。又例。設言免除債務。甲欲有惠於乙。而免除其債務。常必以其人爲乙之故。於此時。法律行爲之目的。不止在免除債務。而在免除乙之債務。故專以相手方之爲何人。爲其法律行爲之要素。

據以上所述。則由意思之欠缺。所生錯誤。可謂爲法律行爲目的之錯誤。雖然。法律行爲之目的。一語。常不用此廣義。止指其因履行法律行爲。所能生之事項。或爲其事項所繫之物。從此意味。則法律行爲之目的。與當事者。常非一物。而所謂法律行爲之要素。則不得不謂爲於其目的之外。有時亦包含當事者。如前第一例。固止以目的爲要素。第二第三例。即皆以目的與當事者之一方。即相手方。成法律行爲之要素焉。

舊民法做法國民法。以原因 (Cause) 爲契約之要素。此雖專就契約而論。然若必認原因爲契約之要素。則於法律行爲亦多可認之。故即以之推論於此。亦無不可。

原因者何。則曰。當事者所以能爲法律行爲之法律上理由是也。如前第一例。賣主何故由賣買契約。相約以自己之權利。利轉於他人乎。是全爲相手方。約當爲代金之支付故也。故其原因。爲相手方支付代金之義務。買主又何故由賣買契約。相約支付其代金乎。是全爲

約以相手方之權利移轉於自己故也。故其原因爲賣主移轉其權利於買主之義務。又第二例。甲何故將爲贈與乎。以欲令乙得財產上利益之故。故其原因爲欲有利於乙之慈惠心。由乙之一面觀之。其可認爲契約之原因者。常爲學者所不論。是蓋所謂契約之原因。甯爲契約上義務之原因矣。其第三例。甲何故將免除乙之債務乎。是亦出於欲以利乙之慈惠心。故不能不謂此慈惠心。卽免除債務之原因。

然則如右之第一例。所謂原因。不過我輩所言之目的。蓋在賣主一面。爲契約原因之買主。支付金錢之義務。不過爲買主契約之目的。在買主一面。爲契約原因之賣主移轉其權利之義務。不過爲賣主契約之目的。此爲法國法學者所共認。似此則言原因與言目的。名稱之不同。正以其所觀察之人之有異。若彼我易地。則原因亦爲目的明矣。故甯以稱之爲目的。爲允當。且在賣買。則知當事者各以自己負義務。同時卽可對於相手方取得權利。故其目的。可謂在生其自己之義務。與對於相手方之權利。又於第二例及第三例。所謂原因。以廣義言之。亦包含於目的中。固可因前文所論而自明。然今卽以目的之名。用其狹義。則依法律行爲之性質。謂於目的之外。亦有以相手方之爲誰。爲其要素者。其亦可也。何必以原因爲別種要素耶。此本法所以不以原因爲要素也。

世之學者皆曰。法律行爲之性質。有錯誤時。則有意思之欠缺。財三〇是固然。然以余觀之。是皆爲法律行爲之目的。有錯誤耳。例如贈與與賣買之錯誤。信爲贈與者。以爲止由一面移轉其權利。他一面無出報償之事。信爲賣買者。以爲不但由一面移轉權利。並由他一面付其代價。此爲就契約目的中。代價有無之一種。有錯誤者。又例如賣買與借貸借之錯誤。信爲賣買者。以爲由一面以其權利。全移轉於相手方。而相手方之支付金銀。卽使用年賦或月賦等法。終非物之使用之對價。信爲借貸借者。以爲一面對於相手方。止負以物供其使用收益之義務。且相手方對於物之使用收益。付一定之賃金。若不得爲使用收益之時。卽賃金無庸復付。此爲契約之目的。全然齟齬者。直以目的物爲目的之俗論者。固不能解

不說故又例如連帶與保證之錯誤。信爲連帶者。以爲因此而負擔債務者。與他債務者。對於債權者。均如惟一之債務者。而各自負其義務。信爲保證者。則以爲別有主債務者。限於其人。不爲履行時。因其契約而負擔債務者。應任履行之責。此以廣義言之。不能不謂契約之目的。爲有錯誤。但以狹義言之。則不得謂其錯誤。在契約之目的焉。限於此項。卽謂爲因契約性質之錯誤。而其契約不成立焉。亦可也。

法律行爲之要素。卽廣義中法律行爲之目的。有錯誤時。則意思全然欠缺。所謂意思表示。

非真意思之表示。故即從意思表示之原則言之。此意思表示。亦不得不爲無效。故在理論上。無論如何。不得有法律上之效力。然若表意者有重大之過失。則其表意者。依不法行爲之通則。其從法律行爲之無效。所生之一切損害。不容其不賠償。然損害賠償一事。乃依不確實之標準定之。令當事者眞得充分之賠償。極爲不易。故立法者考實際之便宜。於此等處。與其從既生損害之後。乃與賠償。不如就其所以爲損害之原因者。即其意思表示之無效。竟謂爲不得由有過失之表意者。以之對抗。即以圖不生損害焉。但意思表示之當時。相手方若明知表意者之陷於錯誤。則不在適用本條但書之限。蓋本條但書之規定。不過欲對於過失者。保護善意之相手方而已。惟法文不明言之。或其缺點。

第二 理由之錯誤

理由之錯誤。大別爲二。曰單純之錯誤。曰因詐欺之錯誤。是也。因詐欺之錯誤。當於次條說明之。此止論單純之錯誤。依舊民法及其他外國大多數之例。理由之單純錯誤。有時亦生承諾之瑕疵。即亦認爲法律行爲取消之原因。然本法概不認之。其所以然者無他。此在意思表示之內容。毫無錯誤。惟表意者爲其意思表示之理由。爲有錯誤。然理由之爲物。法律上。乃相手方所無庸知之。又實際亦以不知爲常事。然據其理由之有錯誤。即許取消其內

容。無何等瑕疵之法律行為。則不但無謂。且就取引重在安全之點思之。亦甚不可。又況單純之錯誤。多由表意者自不小心而致此錯誤。爲其相手方者。常毫無過失耶。

論者曰。不然。理由之錯誤。法律上固非可採用。然舊民法及外國多數之法律。所認其錯誤。爲法律行為之取消原因者。非理由之錯誤。乃存於法律行為之原因或類似之者之上。之錯誤也。例如物之本質之錯誤。(erreur sur la substance)在多數之國。皆以爲法律行為之取消原因。示其實例。則如欲買金瓶。誤買真鍮之藥罐。購者按尋常黃銅。若爲鉛和紫銅。而此爲物之本質有錯誤者。乃所謂契約之原因或類似之者之錯誤。故以之爲契約之取消原因也。余曰不然。苟明示買金瓶之意思。而誤買真鍮之藥罐。是於目的爲有錯誤。全然爲意思之欠缺。此其契約。乃以有要素之錯誤而爲無效。反之而惟於買主之意中。臆斷真鍮之藥罐。或爲金瓶。因此錯誤。即遂至買其藥罐。亦不過爲買主所以爲契約之理由。而契約之目的。本在藥罐。則固毫無錯誤。故不得云契約之要素。爲有錯誤。如謂此爲契約之原因有錯誤焉。不過未辨原因之爲何物。而有此謬說耳。故本法中以爲物之本質錯誤。未足左右法律行為之效力。實當然之理也。

所謂理由之錯誤。無論何人所最不可強辨者。舊民法所謂緣由之錯誤是也。財三〇項。九二項。例如

方其欲買一地。緣聞其傍近。將設停車場。始決意買之。後知其風聞爲謬。後知其風聞爲場之事。此固無論何人。皆認爲不過理由之錯誤。法律上並無何等效力。並無何等效力。此事與前文之事。毫無區別之理在。稱之爲緣由之錯誤。或理由之錯誤。或理由之錯誤。第九十六條 因詐欺或強迫之意思表示。得取消之。

對於某人 譯者按言有 一定之人 之意思表示。若由第三者行其詐欺。則限於其詐欺。則限於得取消其意思表示。

因詐欺之意思表示之取消。不得以之對抗善意之第三者。財三一 七 商 三 財三一 七 商 本條設關於詐欺 (dolus dol, Betrug) 與強迫二者之規定。請先論詐欺規定。請先論詐欺。詐欺亦爲可生錯誤者。故以詐欺爲承諾之瑕疵。未免稍嫌不確。不如以稍嫌不確。不如誤。爲其瑕疵也。

詐欺云者。使他人信其虛僞事項之謂也。故即使臚陳虛僞之事項。他人虛僞之事項。他詐欺。又因詐欺之意思表示。必爲因詐欺之錯誤。所從決意之原因。不決意之原因。不謂因詐欺者。例如甲對於乙。欲賣其所有之土地。欺乙謂此地傍近將設此。謂此地傍近將實然。決意買其土地。而表示買之之意思。則其意思表示。固爲因詐欺之示。固爲因詐欺

即不信其事。亦必以同條件買其土地。則其意思表示。即非因詐欺之意思表示。固所不容疑也。

因詐欺之錯誤。其即為法律行為之要素。亦有然有否。其然者。依前條之規定為無效。固不

待言。詐欺者依第七百九條。為不法行為者。其責任損害賠償之責。誠無疑義。惟其否者。則任如何言。因詐欺之錯誤。終不關

法律行為之要素。然無論何國。皆以此為意思之瑕疵。而因以為得取消其法律行為之故。

即在本法。於單純之錯誤。固以非法行為為之要素。而不使左右其法律行為之效力。然於

此則仍做各外國之例。以為取消法律行為之一原因。蓋單純之錯誤。多出於當事者之過

失。此而可取消其法律行為。其結果每至保護過失者。轉加損害於無過失者矣。至於他人

行詐欺時。表意者或毫無過失。或即有過失。亦因他人之非行而陷於錯誤。且相手方之行

此詐欺。尤必為其人故意欺此表意者。以計自己之利。故苟非可因其行為。竟令表意者稍

蒙損害。即必助表意者而抑此詐欺者。故達詐欺者必得取消其法律行為也。雖舊民法不

以之為意思瑕疵。單以補償之名義。為所以得取消其法律行為之故。然於此項。究不得謂

當事者能有充分自由。自決其意思。故以之為意思中有瑕疵。其法律行為即得取消。此為

最適於學理。且在法律。既一旦與以取消權。而法文明記其性質。乃加補償之名義字樣。亦

殊不合法文之體裁。況舊民法之主義。如遺言等無相手方之法律行為。畢竟有不相中乎。此本條所以止云因詐欺之意思表示。得取消之而已。

無相手方之意思表示。無論因何人之詐欺而爲之。固皆得以取消。然普通有相手方之意思表示。則以相手方之行詐欺。爲取消之必要條件。此無他。無相手方之意思表示。固可謂對於萬人爲之者。有相手方之意思表示。則惟對於其人爲之。故其行爲。乃表意者與相手方。雙方間之行爲。他人全爲局外者。然則局外者行此詐欺。而爲當局者之相手方。既不與知。則欲以此取消其行爲。是以局外者非行之結果。使不爲非行之相手方負擔之。非理甚矣。故第三者若行詐欺。以不足左右意思表示之效力爲原則。

譯者按梅氏講義中於此舉例云。如甲買乙屋。丙在旁詐

言此地因造鐵路或開商埠之變遷。屋價必大貶。不知情之類是也。惟相手方於法律行爲之當時。若能知如早賣。甲爲所誤。而速售甲。則並不知情之類是也。

爲事實所必不符。則當知此爲詐欺。而表意者非自由之表示。而竟利用其詐欺。是卽無通謀之據。不免有通謀之嫌。故於此卽取消其意思表示。相手方亦未爲蒙不虞之損害。此所以有本條第二項之規定也。

以上之區別。因詐欺之意思表示。雖得取消之。然不得以之對抗善意之第三者。是又無他。詐欺之爲物。乃詐欺者與被詐欺者之間之事實。第三者固多不知之。以其不知。故不能

責及第三者。且君子雖曰可欺。然嚴酷言之。被詐欺者亦不爲無過。然則今設有一法律行爲。取消之則害及善意之第三者。不取消則被詐欺者被其損失。無甯以保護第三者不願被詐欺者爲至當。此本條第三項。所以云云也。例如甲因乙之詐欺。賣却其所有之屋。乙即以之轉賣於丙。若丙亦知其有詐欺而買之。則甲對於丙。固亦得取消其對於乙之賣買。而收回其屋。若丙不知有詐欺而買之。則甲止得對乙取消其賣買。而迫以返還其屋。若乙竟不能向丙贖屋。則所得爲者。不過令爲損害之賠償焉耳。

本條之規定。於詐欺取財之情事。亦往往有見爲適用者。例如甲欺乙商人。使信爲某大家之主人。訂定其將購入某種商品。乙果信甲爲大家之主人。故承諾之。若甲無真爲賣買之意。則可構成詐欺取財之罪。蓋不容疑。有以爲即有其意思。亦可構成詐欺取財者。此爲余所不取。然此時乙之意思

表示。無要素之錯誤。止有理由之錯誤。而其錯誤則因詐欺。故可以適用本條。不待言也。惟甲以全無爲賣買之意思爲前提。故契約卽見爲不成立。然依第九十三條之規定。不能不謂甲之意思表示爲有效。故若非由乙取消其意思表示。則契約正爾成立。卽取消權亦有時不免既罹於時效。六。一二據此爲立法論。其爲余所不採。既如前所述矣。第九十三條下段意思與表示不合之第四項爲強迫。強迫之定義。既於九十三條之下下之。故茲不更贅。

強迫亦細別之爲二。第一意思之欠缺。第二自由之欠缺。是也。

第一 意思之欠缺

例如甲提白刃。迫乙爲某種之意思表示。若不聽從。明有身首異處之禍。此時乙雖無其意思。表面如有其意思。而伴答以意思表示之旨。是爲全無意思。法律行爲不得成立。此實不待言者。故本法於此情事。毫無所用其規定焉。以爲得取消之而已。

第二 自由之欠缺

例如前例中。乙所爲意思表示。其不利於己之程度。較之斃於甲刃之不利。以爲不如棄後而取前。當其決意爲不利益之意思表示。固不得云無意思。然此意思。乃因他之強迫。不得已而決之。所謂缺意思之自由是也。於此時。雖非如前例中法律行爲全不成立。然法律與表意者以取消其意思表示之權。是固當然之事。無論何國皆同之。而於詐欺則表意者尙不爲無過。於強迫則表意者過失毫無。其意思之不完全。程度尤爲大異。故但爲強迫。無論何人行之。無論對於何人。皆得援用之也。

恐喝取財及強盜等情。似亦可適用本條。然實際乃無此事。例如甲恐喝乙。使其財產讓渡於己。此因其讓渡行爲。有不法之目的。故爲無效。九何則。甲之恐喝。固謂乙若不讓渡其

財產。當摘發其隱事耳。其摘發卽其不法。故以受讓渡爲不摘發之報酬。亦爲不法。夫甲非以不受其讓渡。卽當告發乙之犯罪。爲恐喝耶。告發犯罪。乃關於安甯秩序者。故如獲報酬而拋棄其告發權。本爲不法。因而其財產之讓渡。亦均爲不法。至甲以不得其讓渡。當加以危害爲恐喝。其爲不法。乃更不待言矣。此等情事。不法之原因。止在恐喝者。故不得據第七百八條。拒其財產之返還也。又例如強盜迫脅被害者。使讓渡其財產。此以被害者無讓渡之意思爲前提。否則止爲恐喝取財。故其意思表示爲無效。而強盜則當視爲必知被害者無讓渡之意思。故依第九十三條但書之規定。自不適用該條之本文也。

強迫則生畏怖。故強迫之本物。非意思之瑕疵。畏怖卽意思之瑕疵。是說也。學者夙所唱道。法理上固不得不謂爲正確之論。於是有主張凡因畏怖之意思表示。皆得取消焉者。例如火災時在二層三層樓上。下層有火。不能下樓。然由窗跳下。又恐負重傷。於是呼路人曰。今有救吾下者。吾以千金與之。有強膽者攜梯架窗。竟救之下。其人卽悔其所許之千金。有謂未嘗不可者。是非余所採。又非本法之所容也。蓋其人當其時。因恐怖心。雖無充分之自由。而與以千金之意思。不能不謂爲當時所實有。而救之者乃因欲得此千金。自甘冒險。若後日竟無庸踐言。誰復爲此危難事乎。至因他人之暴行脅迫而生畏怖心。則非專因其畏怖

心生意思之瑕疵。乃因他人之不法行爲。失我意思之自由。始許其意思表示之取消也。故如因天災等而失意思之自由。法律上無庸問之。但畏怖太甚。心神全致錯亂。則因意思之欠缺。不成立法律行爲。是又所不待言。又即無與以千金之真意。然欲欺他人而使救助自己。則依第九十三條之規定。亦明乎其必認此意思表示之效力也。舊民法財三一三二項三項中以因天災而欠缺自由亦爲無效或取消之原因。是非余之所取。但如舊民法財三〇九至三一理。既以理由之錯誤爲取消之原因。則因天災之欠缺自由亦非無可爲取消原因之理矣。

二 對於隔地者之意思表示

第九十七條 對於隔地者之意思表示。由其通知到達相手方時。生其效力。

表意者既發通知以後。即死亡或失能力。意思表示。不因之而妨其效力。五二六。財三〇二九八。

本條乃定對於隔地者之意思表示。其能生效力之時期。蓋此問題。從來於發信主義(*systeme de l'expédition, Vebemittelungstheorie*)之外。有表示主義止以表自其意思爲準。事其不足取。固已明甚。(*systeme de la déclaration, Aeusserungstheorie*)與了知主義(*systeme de l'information, Vernehmungstheorie*)一種。發信主義者。當發意思表示之通知時。即發生其效力。了知主義者。相手方知其意思表示時。始生效力。而其採受信主義(*systeme de la réception* Emp-

langstheorie) 爲了知主義之變體者。亦復不少。受信主義者。相手方受意思表示之通知時。推定爲卽生效力。夫用了知主義。則相手方果知其意思表示與否。不能確知其實際。動輒從相手方之利益。僞以已知爲未知。欲證明其不然。極非易事。有此弊端。故理論上以此爲一主義。而實際則認爲不便。多甯採爲其變體之受信主義焉。

本條所以爲意思表示之原則者。既採受信主義矣。蓋在理論上。二種主義。如冰炭之不相容。畢竟無調和之策。特立法者不必偏於理論。專考實際之便宜。設爲規定。故在本條。理論上究以何說爲宜。殊難斷定。據余之所信。似乎無論理論上實際上。皆宜採發信主義。蓋意思表示。乃表意者之行爲。故表意者盡爲其自己權內之事。其意思表示之行爲。卽不得不得謂完成。而表意者之行爲。當於發信時視爲已了。故於其時。意思表示。當生效力。已灼然可見。或謂意思表示。乃所以使他人知其意思。故非他人知之。未得爲終其表示。雖然。他人知之與否。不過事實上之結果。非行爲必有此一部分而後成。故使意思雖經發表。而未採可令相手方知之之方法。誠不足爲對於相手方之意思表示。然若表意者於相手方。既行適當之方法。而使之知。則意思表示。不得不爲完成。故理論上。以發信主義爲正當。了知主義或受信主義爲不當。此余所信而不疑者也。

更轉我視線。考實際之便否。發信主義。於取引有迅速之利。因行爲之性質。尤有必採發信主義者。例如第十九條。無能力者或其法定代理人等。對於催告而發確答。若非專從其發信。發生確答之效力。則無能力者之保護。不過以有名無實了之。又如株式會社之招集株主總會。非竟執發信主義。則實際多有欲開株主總會而不得者。六二。三二八。三五六。一項。又見受信主義之不便矣。

余之所信誠如此。然此說不幸爲新民法所不容。本條遂明採受信主義。此甚爲余所遺憾。雖然。本條信其決非一定之學理。不過實際之便宜上。可採此主義而已。今尋其理由。蓋謂單獨行爲之催告通知等。大抵到達於相手方。始生效力。否則目的全不能達。而論法律行爲之種類。又以此種行爲爲多。故甯採受信主義。爲法律行爲之通則耳。然而法律行爲之最要者。爲契約之承諾。則即在本法。亦採發信主義。依第五百二十六條之明文自見。商在

法概取發信主義。到處有發出通知一語。故以實際言。本條之原則。不過呈例外之奇觀而已。蓋法律行爲中所最重要之契約。其契約之

承諾一層。尤爲發信受信兩主義。持論之絕頂要點。夫既採發信主義。則別採受信主義。爲法律行爲之通則。似亦不合法文之體裁。但此自屬立法論。今不深言。更就隔地者間之契約。於第三篇大有所論焉。或有論者。不以受信主義爲了知主義之變體。以其本非通說。今茲不論。

既一日採受信主義。其當然之結果。如表意者既發意思表示之通知。旋即死亡或失能力。則其意思表示。至發生效力之時。已無表意者。即無意思表示之根本意思。或雖有表意者。既失能力。其意思表示。不過爲無能力者之意思表示。故不能不全爲無效。或得取消之。然此不便於實際。且相手方受意思表示之通知時。常因不知表意者之死亡或失能力。而信其意思表示之效力。定可發生。至後日乃見爲不然。往往可大受損害。此本條第二項。所以特設例外。遇此情事。無妨其意思表示之效力焉。就此而觀。立法者亦終認發信主義之利矣。

譯者按新民法之起草。梅氏富井氏俱在事。梅主法國派。其議論發信受信兩主義。恨其說之不行。嘵嘵如此。富井氏民法總則。已有漢譯本。所主乃德國派。適與梅氏相反。此即梅氏所以見屈之由也。二氏在東方學者中爲老宿。持論之異。亦僅此數端。近來學派。趨重德國。檢此等處對觀之。短長自見。韓柳相攻。可謂大敵。然修史之論。終以柳說爲長。梅氏名重。其待吾國人尤懇至。吾國學者。亦以山斗推之。此論則富井勝矣。然或者耳食。以爲梅墨守法派。無所不用其警啓。盍亦從其見短之處。而觀其根柢之蟠深乎。蚍蜉撼樹。其亦未可輕試矣。

本條所云隔地者。(absent, Abwesender) 非必指在遠隔之地者。惟爲對話者 (present, Anwesender) 之對文。蓋除對話之外。當事者多少必隔若干之地云爾。然細論之。法律行爲。若注重於成立之地者。則卽以電話等表示意思。其發信與受信。誠不異其時。然苟有土地之距離。仍當視爲隔地者間之意思表示。若法律行爲。注重於成立之時者。則不問土地之距離如何。卽在一室內。亦間有以爲隔地者。但據發信受信。其間有需時日。卽當視爲隔地者間之意思表示。而凡用隔地者之字樣。則以合於第二義者爲多。例五二〇四

三 對於無能力者之意思表示

第九十八條 意思表示之相手方。若受之之時。爲未成年者或禁治產者。則不得以其意思表示對抗之。但其法定代理人既知之後。則不在此限。

本條乃對於無能力者之意思表示之規定。蓋自爲法律行爲之能力。雖已於第一章論之。然他人對於無能力者。所爲之法律行爲。則未之論也。然則此行爲。若對於無能力者。可生充分之效力。則法律保護無能力者之精神。可謂相戾。此所以有本條之規定也。

本條不就一切無能力者爲規定。止就未成年者及禁治產者規定之。其所以然者無他。準禁治產者及妻。非就一切行爲。爲無能力。惟於重大之行爲。要保佐人或夫之同意耳。故準

禁治產者或妻。苟非自爲法律行爲。特他人對之爲法律行爲。卽不異於普通人。當亦無礙。反之而爲未成年者及禁治產者。則爲一般之無能力者。殆任何事不得獨斷爲之。故卽他人對之爲法律行爲。亦當然無爲其相手方之能力。例如他人卽對之爲請結契約。爲催告。爲通知等。其無能力者。亦不受由是所生之不利也。當參觀一一四四一四七一項四六七四九三五一〇六一五四〇五四〇七一五五六一七六二一五二一五六二七六一二八六一九一一〇六一一四〇九商四〇一七五八二項八〇二項一五二一五六二七六一二八六一項二八七三〇一。一項三四五二項三四六二項四七六四八八二項五四八二項等參觀

右之規定。本爲保護無能力者而設。故不能令第三者因以爲利。例如右之請給、催告、通知等。於自己有不利益時。不能唱言無效以倖免。此與第二百二十條同。凡無能力者所爲之法律行爲。止得由無能力者取消之。不得由相手方取消之。卽在本條。右之請給、催告、通知等。亦止得由無能力者主張其無效。不得由表意者主張之。此所以不得以其意思表示對抗之也。

以上止爲無能力者受他人之意思表示。而其法定代理人則不知之。若其法定代理人所已知。則無庸復保護無能力者。此所以有本條之但書也。

契約之承諾及他法律。所取發信主義之行爲而爲此例外者。亦當適用本條乎。曰否。此等

情事。止發意思表示之通知。卽有法律上之效力。故於其到達之時。不問相手方爲能力者與無能力者。但在立法論。則不免有多少之缺點耳。

第三節 代理

本節併法定代理與委任代理。而爲規定。蓋當事者得依代理人爲法律行爲與否。若得爲之。其代理人所爲意思表示之效力如何。其餘代理人之權限。代理權之消滅原因等。無論法定代理。委任代理。問題如一。但本節止就代理之本物。設爲規定。代理人對於本人。果有何等權利。負何等義務。非本節之所定。是必依關於各種法定代理人之規定。及關於委任之規定。而明之。

茲所云法定代理。法律所直接與以代理權。與裁判所依法律特選任其代理人。與法律所定之他機關爲選任者。均在其內。蓋右之無論何項。代理權直接間接。皆爲由法律之規定而生者也。

委任代理。謂其代理權。由第三編第二章第十節所規定之委任契約 (mandatum, mandat, Auftrag) 而生。如德國民法。授與代理權。不必依委任契約。惟以本人對於代理人或第三者。表示應授與代理權之意思。卽爲已足。此在學者頗有議論。余亦不能採用。蓋各人之

意思。本屬自由。縱一旦表示其意思。亦可隨意復變更之。此必爲本則無疑也。惟甲乙若互相要約。定其當得權利當負義務之事。則始受契約之拘束。其餘則於意思表示能損害他人時。因不法行爲。而負義務。事則有之。然苟並非構成其不法行爲。無就其意思表示。負責任者。是爲原則。今本人即表示其應以某爲代理人之意思。當未得其人承諾以前。契約無由成立。故表意者苟無不法行爲。必不因之而負義務。即其他有人有意表示。無能生法律上效力之理。夫即不因右之意思表示。直生代理權。亦決不虞害及他人之權利。此事將於後第九條說明中論之。而在本法。果用余說。抑採德國民法之主義。亦請至第九條爲之說焉。譯者按此亦德法兩派之辨。俟下文第九條更詳之。

委任爲代理權發生之原因。雖如右所述。然委任非常生代理權。例如因委任者以當爲某法律行爲。委託受任者。而受任者有以自己之名義。爲其行爲。惟其效果。當移於委任者者。六四三。又間有委任者并不受法律行爲之效果者。例如甲委任乙。使其以金錢貸內是也。六四六。要之。委任而生代理權。限於以委任者之名義。而以當爲某法律行爲之旨。委託於受任者時。則有之耳。

雇傭 (locatio operarum, louage de services, Dienstvertrag) 或組合 (societas, société,

(Gesellschaft) 之勞務者或某組合員。有有代理權者。此代理權。果由僱傭或組合之契約自身而生耶。若然則於委任代理之外。有所謂僱傭代理組合代理者何故。曰不然。於此等處。代理權有二種。皆由委任而生。請說明之。(第一)締結僱傭或組合之契約後。勞務者或某組合員。有由使用者或他組合員。特受代理之委任者。此其代理權由委任而生。殆爲盡人所不能持異論者。(第二)有以僱傭或組合之契約。自始即以代理權。與勞務者或某組合員者。是謂在契約中包含其委任。換言之。則契約雖以僱傭或組合爲主。然不得不謂爲附隨之而締結委任契約者。故除法定代理之外。代理權必由委任契約而生。此余所深信不疑者也。

據以上所論。代理必生三種法律關係。一。本人與第三者之關係。一。本人與代理人之關係。又一。第三者與代理人之關係。是也。而茲所謂代理。乃止謂右之第一關係。惟便宜上乃併第二種關係而規定之耳。蓋代理云者。法語謂之路伯來生泰希用。(representation) 德語謂之福而得來等哥。(Vertretung) 乃謂爲其本人以爲代理人。或對於代理人所表示之意思。與卽爲本人或對於本人所爲。有同一之效力之意義也。若夫本人對於代理人。負何等之義務。又代理人對於本人。負何等之義務。乃毫不關代理之本物。殆與他僱傭請負等

之關係無異。區別此二關係。法理上最爲必要。且於實際亦頗便利。然在羅馬法。以不認此純然代理爲原則。至近世之法律。則混淆此二關係。而爲規定。就委任契約。多併純然代理之事。而規定之。此夙爲識者所遺憾。今做新式之立法例。於法律行爲之總則中。設代理一節。實不得不謂爲至當之事也。

第九十九條 代理人於其權限內。示其爲本人而爲意思表示。直接對於本人。生其效力。

前項之規定。第三者對於代理人。所爲之意思表示。準用之。四八一九七。取一二九。一項。舊商四八。

五。一。一項。一〇八。三四二。新商二六六。六年六月十八日。告二一五號。代人規則一六二。

代理云者。謂代理人代本人而有所爲。又對於此之第三者。所爲之意思表示。恰如本人自爲之。或如對於本人爲之。而生其效力。既如所述矣。惟代理生此效力。要何等條件。學說及立法例。均不一致。如我商法第二百六十六條。惟以代理人爲本人爲法律行爲爲已足。不必以本人之名爲之。四二。審商三。此於實際。頗爲便利。隨世之進運。必漸漸採此主義。乃余所深信不疑者。雖然。民法中。各國之立法例。及學說。大抵皆不採此主義。止由代理人。爲本人爲法律行爲。殊爲未足。必需以本人之名爲之。本條即採此普通說。必示其爲本人而爲意思表示。但依次條之規定。大矯此主義之不便。令實際少障礙焉。

以上言代理人於其權限內爲法律行爲。蓋代理人若踰越權限。則非復眞代理人。故以不生代理關係爲原則。俟後第一百十條及百十三條以下。更論之。

右既論代理人爲意思表示。請由是更論第三者對於代理人爲意思表示。例如第三者對於代理人爲催告、追認、免除債務、請結契約等情事。亦不得不與前段所論同。即第三者若就代理人權限內事項。示以應爲本人之旨。而爲如右所揭之意思表示。則其意思表示。直接對於本人。生其效力。

第六條 代理人不示爲本人之意。而爲意思表示。則視爲爲自己而爲之者。但相手方若知其爲本人。或可以知之。則準用前條第一項之規定。八一九七。取二二九二項。舊商四八五。一。項一〇八三二。四。新商

二六

本條規定代理人。不充前條之條件。而爲意思表示者。蓋一旦既以示其爲本人。爲代理之要素。則若缺此條件。卽無復代理。故由純理言之。代理人本以其爲爲本人之意思。若不示其爲爲本人。而爲一種意思表示。則無所謂代理。故其意思表示。不得對於本人。而生效力。而代理人又無爲自己之意思。故其意思表示。對於代理人。亦不能有效力。究之此意思表示。遂不得不全然無效矣。雖然。似此則第三者。動輒蒙不虞之損害。害取引之安全。事必甚

擾。蓋甲對於乙當其爲一種意思表示。特不示其本以爲丙。乙於是信甲爲爲自己而爲此。意思表示。固所當然。卽依社會之實際而觀。亦十有八九。當作是想。然甲因意中實思爲丙。而爲此意思表示。則設以此而謂其意思表示。對於乙爲全然無效。乙之失望。可想而知。本條有見於此。凡代理人。不示其爲本人而爲法律行爲。則不問其意思。眞在爲己。或爲本人。總之視爲爲自己而爲之者。以期保護第三者也。九參觀但相手方。若偶然知代理人。有爲本人之意思。或依事情而足知其有爲本人之意思。則不依右之規定。全然爲有代理之效力者。例如代理在爲意思表示之當時。雖不示其爲本人。然於其前。相手方曾由他人。傳聞其代理人。應爲本人而爲其意思表示之旨。又或其代理人。乃本人之後見人或夥友。其常代本人爲法律行爲。既爲相手方所熟知。以及因其法律行爲。屬於本人之職業。又或其目的之價額甚巨。合乎本人之資產。而不合代理人之資產。凡具此等事情。其代理人縱不明示其爲本人。然其爲本人之意思。略可明瞭。此時之相手方。卽並無知此意思之明證。猶爲可生代理之效力者。由此規定。而前條所採主義之狹隘。可謂能補其失矣。

第一百條 意思表示之效力。其因意思之欠缺、詐欺、強迫。又已知某事情。或有不知之過失。而應受影響時。其事實之有無。就代理人定之。

被委託爲特定之法律行爲時。代理人若從本人之指圖。爲其行爲。則本人就其所自知之事情。不得以代理人之不知爲主張。就其因過失而不知之事情。亦同。

代理人。當其代本人爲一種法律行爲。惟爲通本人之意思於相手方之機械。法律上全不認其爲代理人之意思乎。曰不然。僅以本人之意思。齎於相手方者。非我所謂代理人。我所謂代理人。則以自己之意思。爲法律行爲。惟其法律行爲。雖全爲代理人之法律行爲。其效力恰與本人所自爲同。爲對於本人所直接能生者耳。故其意思表示。乃代理人意思之表示。非本人意思之表示。因而從意思之狀態。影響能及於法律行爲之效力時。不能不就代理人之意思判斷之。例如代理之意思。因錯誤或強暴。全然欠缺。因詐欺或強迫。致有瑕疵。從九十三條云。代理人知爲相手方之表意者之真意。或得以知之。則其意思表示。或爲無效。或爲得取消者。蓋不問本人之意思如何也。又本人之意思。縱有如上所述之事實。苟代理人之意思。完全無缺。則毫無影響。及於法律行爲之效力。

本人以代理權與代理人時。假定爲其意思無瑕疵者。

此本條所規定也。

右爲一般之原則。於此不能無一例外。無他。就特定之法律行爲。本人當委任代理人時。爲別段之指圖。代理人必依之而爲其法律行爲。此其原則。雖與普通處所無異。然若有本人

自知或因其過失而不知之情事。則代理人縱不知之。或并無不知之過失。然本人不得以其不知或以其不得知為主張。例如第九十三條所云。已知相手方之請結契約。非其真意。或可以知之。乃偏以應承諾其請結之旨。委任代理人。其代理人縱不知情。然適用九十三條之但書。其契約終不能成立。此本條第二項所規定也。

第一百二條 代理人不以能力者爲要。

取二三四六年六月十八日告二一五號
代人規則三九年四月一日告四四號

代理人一旦非齎本人之意思於相手方。乃因自己之意思爲法律行爲。則似代理人。必需有充分之行爲能力。而正不然。蓋無能力之規定。所以保護無能力者。然代理人所爲之法律行爲。對於本人。直接能生效力。若止由代理關係之點觀之。其行爲對於代理人。不生何等之效力。故雖無能力者亦得爲代理人。但宜注意左之二點。

第一 此所謂無能力者。非謂缺意思能力者。蓋代理人以自己意思爲法律行爲。故無意思者不能爲代理人。茲所謂無能力者。乃具意思能力者。例如既達相當年齡之未成年者。一時復其本心之禁治產者。準禁治產者或妻等是也。

第二 茲所論。乃止從代理關係之點爲觀察者。至於本人與代理人之關係。若代理人爲無能力者。則應從一般之規定而受保護。例如此代理人。當其依委任而爲代理。因其過

失。加損害於本人時。雖以對於本人當負責任爲原則。然其代理人爲無能力。故依一般之規定。得取消其委任契約。以免其責任。故本條之意義。不過謂無能力者之代理人。所爲法律行爲。亦如能力者之代理人。所爲法律行爲。對於本人。直接能生效力云爾。一更一

第七二
第三百三條 不定權限之代理人。止有爲左之行爲之權限。

一 保存行爲。

二 於不變其代理之目的物或權利之性質之範圍內。以其利用或改良爲目的之

行爲。

人一九三二七二取一二四二項二三二二項
六年六月十八日告二一五號代人規則四

本條規定法律裁判上之命令。或委任契約中。不定代理人之權限時。其代理人。有何等之權限。蓋此等處。從來代理人。常止有爲管理行爲 (actes d'administration) 之權限。雖然。管理行爲。一語頗泛。動有異其解釋者。故本條於所謂管理行爲中。列舉應包含之行爲種類。冀防其爭於未發焉。其本條所列舉。爲從來多數學者之所認。大約最爲允當。試揭左之一二例。說明本條之意義。

第一 保存行爲 (actes conservatoires) 云者。急要之修繕。時效之中斷。權利之登記等是

也。

第二 以利用或改良爲目的之行爲云者。例如寄託金錢於銀行。以謀利殖。賃貸不動產於他人。或耕作之類。利用及施相當之裝飾於不動產。以高其價格。其他在保存爲不必要之修繕。而可增加其物之價格之類。改良是也。此等皆不變物或權利之性質。故爲可爲。至如以木材建築家屋。利用之開拓山野爲田畝。改良之賣却公債而換金錢。利用以薄利之股票。易配當多額之股票。改良皆爲變其權利之性質。故不屬管理行爲之範圍也。

第一百四條 因委任之代理人。非得本人之許諾。或有不得已之事由。不得選任復代理人。

取二三五。舊商
四七三。四七

代理人得選任復代理人與否。乃從來學說立法例所共歧。舊民法以得選任之爲原則。二取五三 舊商法以不得選任之爲原則。四七商三蓋由代理之性質言之。似乎舊商法之主義爲是。民法之主義爲非。何則。代理乃信用其人。而與之以代理權。故非其所信用之人。而使代之。背於與以代理權之初旨。雖然。由實際之便宜而論。則又似舊民法之主義爲是。舊商法之主義爲非。何則。代理人若必自身爲一切行爲。則其負擔頗重。實際多所難堪。將不能輕易承諾其代理。且代理人所信爲他人爲其行爲。比於自爲爲有利者。亦不可得。由是代理之

利益不能完滿者必多。及從世之進運。並取引之日即頻繁。代理之需要。愈益加多。乃漸至覺其不便。故據余所信。法律之傾向。大約漸趨舊民法之主義。然新民法則姑依代理之性質。於因委任之代理。採用舊商法之主義。惟法定代理。井合裁判所及他機關所選任者採用舊民法之主義焉。本條先就因委任之代理為規定。以示復代理之以不許為原則也。

雖然。(第一)右之規定。非公益上之規定。故有本人之許諾。乃得選復代理人。(第二)有不得已之必要。則亦得選任之。例如訴訟之備辯護士。管理一大商店之使用一人或數人之番頭手代。譯者按番頭手代乃日本商夥之舊名。乃取締役以下之重要人員也。實為不得已者。縱無本人之許諾。當然必認為既許之也。參觀商三〇二項

第一百五條 代理人若以前條情事。選任復代理人。則對於本人。任其選任及監督之責。

代理人若從本人之指名。選任復代理人。則苟非知其不適任或不誠實。而怠於通知本人或解任之。不任其責。取二三五

本條乃從前條之規定。就例外選任復代理人時。示代理人之責任。蓋當代理人選任復代理人。以自己之判斷。選其人而任之。故應就其人之行為。負相當之責任。固不俟論。雖然。若又退而思之。本人既許其選任復代理人。又以事情不得已而選任之。故其代理人之責任。

不能甚重。於是本條僅以關於復代理人之選任及監督。有無過失爲代理人之責任。苟選任適當之人。不怠其監督。則卽因其復代理人之過失。加損害於本人。雖其復代理人。對於本人。當負責任。二項〇七代理人於此。則毫無可負之責矣。

右論普通之情事。雖如此。若本人指名復代理人。而使選之。則代理必且全免其責任。惟代理人未失其代理權。故對於復代理人。當負若干監督之義務。又所當然。故若知其復代理人。不適任而畢竟不堪其事。或不誠實而動有害本人利益之虞。則不可不通知本人。或急迫時卽解任之。若爲代理人而怠此義務。固不得不任其責也。

第一百六條 法定代理人。得以其責任。選任復代理人。但若有不得已之事由。則止負前條

第一項所定之責任。

四月一九〇二項。取二三五。十六年一月二十九日。內務省指一。同年四月十七日。同省指。十九年十月六日。司法省指。二十五年七月。同年

省指。二十七年十二月十九日。大審院判決。

本條乃就法定代理爲規定。法定代理人。與因委任之代理人不同。乃以得選任復代理人爲原則。是無他。因委任之代理人。若認選任復代理人爲有益。則得直請本人之許諾。然在法定代理人。不能得本人之許諾。故卽以之爲有益。亦無由求其許可。然法定代理。多爲總括的。以一人處辦一切事務。困難頗多。故就法定代理。用其與因委任之代理正反對之原

則也。上所引用內務司法兩省之指令及大審院判決。就見人之總理或部理爲得使用代人者。但於法人之理事。特重其責任。止就特定行爲。許以復代理焉。五

依右之所述。法定代理人。得自由選任復代理人。故其責任。亦必從而加重。即不但任復代理人選任及監督之責。其復代理人。所爲一切行爲。且必負恰如自己爲之之責任。否則法定代理人。將濫選任復代理人而冀免其責。遂至不勝其弊矣。但如第一百四條之下所例示。若有不得已之事由。則比於因委任之代理人。不應負更重之責任。故如前條第一項所定。惟就復代理人之選任及監督。負責任焉。

第一百七條 復代理人。就其權限內之行爲。代表本人。

復代理人。對於本人及第三者。有與代理人同一之權利義務。取二 六二

本條規定復代理之性質。蓋復代理人。應止爲代理人之代理人。抑應直接視爲本人之代理人。學理上雖稍屬疑問。然本條則以復代理人。爲直接應代表本人者。以計實際之便利焉。故復代理人。於其權限內。示以爲本人而爲意思表示。直接對於本人。生其效力云云。毫無異於代理人所爲之意思表示。但其復代理人。要爲行爲於自己之權限內。例如代理人即於處分行爲。亦有爲之之權限。若於復代理人。止與以爲管理行爲之權限。則就其復代

理人所爲處分行爲。不能適用本條之規定也。

右論復代理人代理本人之點。請由是更論復代理人對於本人及第三者。應有之權利義務。以純理言之。復代理人對於第三者。應有與代理人同一之權利義務。雖不容疑。然對於本人。則何等權利義務。亦不能有。蓋兩人之間。任何法律行爲。皆未爲也。雖然。是不但頗不便於實際。且於代理人得選任復代理人時。是亦爲其權限內之行爲。故不得不謂爲代本人而選任之者。故於本條。以復代理人爲與代理人有同一之權利義務者。例如代理人之權限。若由委任而生。則復代理人對於本人。得行使由其委任而生之權利。負受任者應負之義務。且代理人若於其權限內選任復代理人。則於其間。當成立委任契約。此爲代本人而爲之者。故其委任契約。直接對於本人而生效力。有不容疑。由是復代理人。於本條規定之外。當有生於其委任契約之權利義務。

以上所論。乃純然復代理人。而代理人則依然不失其代理權者。若不然。第一代代理人。以其代理權。移轉於第二代代理人。自己全脫代理關係。斯時右之所述。一切不能適用。此而有委任者之承諾。固所得爲。無委任者之承諾。則決不得爲代理人矣。世之學者。往往以此與復代理相混。故一言之。

第一百八條 無論何人。就同一之法律行爲。不得爲其相手方之代理人。或爲當事者雙方

之代理人。但履行債務。則不在此限。七八一—九九。取三七。舊商三一—四〇。

代理人。本應一意專心。計本人之利益。爲代理人而與自己爲法律行爲。計自己之利益。有害本人利益之恐。計本人之利益。自己又有生不利益之結果之虞。此時喻義則自損。喻利則又非義。代理人有頗難自處者矣。故以法律禁之。就同一之法律行爲。同時不得以自己之資格。與他人之資格。兼當事者之雙方也。

右於代理人。同時爲當事者雙方之代理人時。亦同。蓋欲全一方之代理。而計其利益。勢必怠他一方之義務。而有害之之虞。故亦不得兼當事者雙方。與右述等。

以上所論。乃在一人不得兼利害相反之當事者雙方資格。故若一法律行爲。當事者雙方。不患利益之相反。則即許其兼雙方資格。不見其有弊害。故本條但書。就履行債務。得兼雙方資格焉。蓋債務之履行。不外實行其目的。然其目的。自始即爲一定。故其實行。不當視爲雙方之利害。於其間有衝突也。

第一百九條 對於第三者。表示其已與他人以代理權。於其代理權之範圍內。就其他人與

第三者間所爲行爲。而任其責。取二三—三五

就本條之解釋。雖或可惹起議論。據余所信。本條之規定。全爲公益規定。以保護第三者爲其目的者也。請詳論之於左。

本人對於第三者。表示其以某爲自己代理人之旨。縱對某不以代理相委任。第三者固當信其已委任之。此時第三者。若信本人之通知。與某爲法律行爲。後日因某不受代理之委任。其法律行爲。對於本人。毫不生其效力。則第三者可受之損害。實非尠少。似此則不能輕信人言。而爲取引。卽於取引之靈便。大有妨礙之虞。故本條於第三者與某之間。所爲法律行爲。本人必負履行之責。雖然。非因此卽認某爲純然之代理人。能發生其所謂代理關係者。此余所以謂本條之規定。不過一公益規定也。

或問本條若以保護第三者爲目的。則當止保護善意者。然本條何以並不別其善意惡意。答曰。別其善意惡意。不但實際甚難。且當本人有通知時。第三者雖知其未有委任。然本人既爲其通知。則卽信其當與第三者。締結委任契約。此通例也。故以此爲第三者之必需保護焉耳。

或曰。本條正如德國民法。定其得以本人之單獨行爲。授與代理權之旨也。是乃甚謬。(第一) 本條不過定本人對於第三者應負責任之旨。不定本人可得權利。惟以代理之爲物。

乃使本人爲負義務者。同時亦使爲得權利者。九九然本條之規定。究非許本人主張以此取得其權利。故本條之規定。不得爲認本人之單獨行爲。授與代理權。(第二)若本條與德國民法。以同一之意味爲規定。則必應如該民法明言之。何以如本條。用迂遠曖昧之字句乎。且關於代理權發生之規定。當揭之本節之首。尤當然之次序。今於已揭代理人之權限等詳細規定之後。關於代理人之權限外行爲之規定以前。乃置此條。亦可見其非關於代理權發生之規定。又況前後之箇條。毫無可以推測之明文。認其得以單獨行爲。授與代理權。而足以證其反對者。却正不少乎。例如第四百四條至第四百六條。止規定因委任之代理人。與法定代理人。其復代理之許否。惟然而委任云者。乃第三編第二章第十節所規定。而爲一種契約。是以單獨行爲所授與之代理權。非因委任之代理權。固不待言。然則復代理許否之問題。關於因單獨行爲之代理人。不能不謂全缺其規定矣。又第一百十一條。揭代理權之消滅原因。惟揭本人之死亡。與代理人之死亡。禁治產或破產。爲一般之消滅原因。不示其他之消滅原因。止附言因委任之代理權。因委任之終了而消滅。是實爲得因委任者之意。思消滅其代理權。一六五然則單獨行爲。苟認其可授與代理權。必不能不令其消滅代理權。得止由本人之意思。故如德國民法。卽設此規定。而第一百十一條。乃不揭之。是不能不謂

單獨行爲所授與之代理權。轉不能以本人之意思消滅之。夫因本人與代理人之契約。所生代理權。且得止以本人之意思消滅之。由本人之意思。所授與之代理權。却不得止以其意思消滅之。實不可解。故雖反對論者。亦以爲縱無明文。本人自得止以其意思消滅右之代理權。然無奈第一百十一條。又確有明文。則決不許爲此解釋。此足證立法者。不認以單獨行爲。授與代理權也。(第二)若許其以單獨行爲授與代理權。則必如德國民法。以對於代理人之意思表示。亦爲得授與之者。反對說現時學說。又非無謂對於第三者之意思表示。未足以授與代理權。惟對於代理人之意思表示。有此效力者。然則止對於第三者之意思表示。有本條之規定。適足以證論者之說之無據。(第四)本條之意義。如論者所說。則不當曰表示其已與以代理權。必曰表示其必與以代理權。此亦足證其不許以單獨行爲而與以代理權也。

要之本條之情事。以本人若告知其代理人於第三者。此人與第三者之間。所爲法律行爲。對於本人。而可全爲無效。則本人將由不法行爲。加損害於第三者矣。故必依第七百九條之規定。本人對於第三者。任損害賠償之責。惟損害賠償。乃不確實之事。往往不足實償損害。故立法者特保護第三者。使本人就此法律行爲而負其責。以防損害於未生焉耳。

本條之規定。解之爲兼有二義。一對於一定之第三者。表示其已與他人以代理權時。一以廣告等。對於一般之第三者而表示之之時。最爲妥當。

譯者按代理關係。乃本人或代理人。與第三者之關係。非本人與代理人之關係。前已論之。則對於第三者。以得本人之意思表示爲已足。其有無契約。第三者無庸過問。蓋事實上。有無契約而必爲代理者。如債權中組合員之執行組合業務是也。至法律所不。明定。或有不用契約。專由本人向第三者表示。卽爲代理人。而取事機之便捷者。夫業已表意。則本人之法律行爲已定。卽代理關係已明。至本人與代理人。如果必需契約。自可另訂。與第三者無涉。卽與代理關係無涉。梅先生辨日本民法爲不認單獨行爲授與代理權。是誠然矣。然新民法之矯正舊民法者。以多用德國派之故。獨此授權主義。仍循法國派。故梅氏以爲合宜。而富井氏則以爲遺憾。此亦德與法之大別。對觀二家之書。於斯學新舊之主張。必可得其眞理解也。

第一百十條 代理人。於爲其權限外之行爲時。第三者若有可信其有權限之正當理由。則準用前條之規定。取二五〇。二項三號。審商五三。四四。六一。

本條亦與前條。出於同一之精神。欲保護善意之第三者。所設之公益規定也。蓋代理人越

其權限。所爲法律行爲。全然爲無代理權而爲之者。故於此行爲。毫無代理關係。本人無庸依第九十九條而負責任。雖然。若第三者特有正當理由。足信代理人有其權限。則非仍使本人負其責任。以保護第三者。不可期取引之安全。例如代理人。從來爲同種法律行爲時。本人嘗是認之。無拒其履行之事。又如慣習上。同種之代理人。皆有此權限。此類是也。

或曰。右之情事。第三者雖有信其權限之正當理由。亦自己不免疎漏。蓋與代理人爲法律行爲者。必先調查其權限。然後爲法律行爲。然則此第三者。實有不爲調查之過失。而本人則反之。蓋不得認爲有過失者。然而保護有過失之第三者。却不保護無過失之本人。似頗不得其當。曰不然。第三者與代理人爲法律行爲。如一一調查其權限。實際不堪其煩。故如前所例示等情。第三者於代理人。不知其無權限。不能認爲過失。反之而在本人。選任不守權限之不誠實之代理人。正不能認無過失。故欲保取引之安全。甯令本人負責。以保護第三者。有此理由。所以本條之規定。各國大抵皆同也。

第一百十一條 代理權。因左之事由而消滅。

一 本人之死亡。

二 代理人之死亡、禁治產或破產。

此外因委任之代理權。因委任之終了而消滅。六五一、六五三、八〇二、取二五、一商四六、四〇二、六八、舊商四三、三四、六四〇、八、四四七

本條定代理權消滅之原因。而於第一項。設通於各種代理權。即通於因委任之代理權及

法定代理之消滅之規定。於第二項。特置因委任之代理權之規定。本條第一項之規定。實

為當然。直可無煩解說。蓋因委任之代理權。素本於信用。本人或代理人。若已死亡。則其相

續人。不得為維持其從來之關係者。又即在法定代理人。大抵亦就本人一身。設代理人。故

因本人死亡。消滅其代理權。固為當然之事。又代理人乃信其人而使為代理者。故其人死

亡。不得移轉其代理權。於其相續人。至於代理人之禁治產或破產時。或從原則。為失其為

法律行為之能力。或為財產上全失信用。已在等於死亡之地位。故以之為消滅代理權之

一般原因。亦豈非當然之事。親權者不因破產而失其親權。是關親權有特別規定於親族編八七七、八八九、六至八九九、又九〇八、五號參觀。至禁治產者

則當謂為不能行其親權者。八七七、二項、九〇〇、一號參觀。

或曰。禁治產者本得為代理人。二〇。則代理人半途受禁治產之宣告。似不必即為消滅代

理權。是亦非無一理。然本人自始即知代理人之為禁治產者。固可以代理委任之。當其委

任此代理。為有充分能力之人。今受禁治產之宣告。即為自己之行為。且陷於不得自為之

狀況。故不可認本人尙依然有使爲代理人之意思。但以特約定以上情事。不消滅代理權。固無所礙。就禁治產止說因委任之代理一端。法定代理人則信其無禁治產者矣。

商法第三百四十六條。就商行爲不以本人之死亡。爲委任代理消滅之原因。是頗爲進步之主義。從世之進運。取引亦日益頻繁。本人死亡。代理權若卽爲消滅。實際頗多不便。故漸次將用商法主義。余所深信而不疑。舊商法三四六。代理人之死亡。雖然。民法之一般規定。取此主義。尙嫌太早。故本條取反對之主義。爲一般之規定。較爲妥也。

因委任之代理權。本由委任契約而生。故爲其根本之委任契約若消滅。由是所生之代理權。亦自必消滅。此所以有本條第二項之規定。而其委任終了之原因。則詳第六百五十一條及第六百五十三條。但委任若已取消。則其取消前之代理行爲。效力如何。曰是因其取消之原因如何而異。其取消因無能力。當依第一百二條之規定。代理行爲爲有效。因詐欺。則相手方若爲善意。代理行爲固有效。若爲惡意。則代理權之原因。當溯既往而消滅。故代理行爲。亦當失其效力。九六一 因強迫。則不問相手方之善意惡意。代理行爲。失其效力。九六一

第一百十二條 代理權之消滅。不得以之對抗善意之第三者。但第三者因過失而不知其

事實。不在此限。取二五八

本條之規定。亦爲以保護第三者爲目的之公益規定。蓋代理權之消滅原因。往往有爲第三者所不知。本人之死亡委任之解除等。尤然。故第三者不知其代理權之消滅。而與代理人爲取引者不少。此時以其法律行爲爲對於本人而無效。第三者必蒙不虞之損失。因不得與代理人安心取引。此所以有本條之規定。但第三者不知代理權之消滅。若全因過失。則無庸保護之。因不適用右之規定。例如本人或其相續人。特通知其第三者。第三者雖受通知書。不之省覽。仍與代理人爲法律行爲。又如後見因未成年者已達成年而消滅。法律上明有原則。第三者不知之。依然以後見人爲舊未成年者之代理人。而與爲法律行爲。是也。參觀六五五

第百十三條 不有代理權者。爲他人之代理人。所爲契約。非本人爲其追認。對之不生其效力。

追認或其拒絕。非對於相手方爲之。不得以之對抗於其相手方。但相手方若已知其實。不在此限。取二五〇。二項一號。舊商三四。三六二八

本條就不有代理權者。爲他人之代理人。結某契約時。規定之。此時以純理言。契約爲全然

不得成立。何也。爲其契約者非真代理人。故其契約。對於本人。無何等之效。又其人自爲代理人而爲其契約。故其契約。對於其人。亦不能有何等之效。雖然。由實際之便宜上考之。其人固爲他人之代理人。而爲契約。相手方亦以其人爲本人之代理人。而與之爲契約。故若本人同意。以其契約爲對於自己而有效力。則視之如有代理。亦任爲何人。無所礙也。苟以其契約爲全然無效。則自爲代理人而爲契約者。及其相手方。却有共受損害之虞。此本條所以於本人追認其契約。以爲恰如有代理者。生充分之效力也。

本人欲追認右之契約。或拒其追認。必對相手方表示其意思。若不對相手方爲之。則即本人與自稱代理人之間。其追認或拒絕追認。有充分之效力。亦不得以之對抗相手方。否則相手方不知之間。全然無效之契約。可生充分之效力。因追認而能生效力之契約。可以永久無效。相手方將失以下二條所定之權利。不得以追認之拒絕對抗於相手方。乃無實益之規定。何則。行使以下二條之權利。其結果與既無追認之拒絕同也。頗爲不穩。但相手方若由自稱代理人之通知。或其他方法。已知本人既爲追認。或既拒之。則不在此限。

以上不但適用於無代理權者。其踰越代理權者亦適用之。惟第一百條之情事。則即無本人之追認。第三者對於本人。得求其履行契約。但本人對於第三者欲求契約之履行。則必

先追認之。

第一百四條 於前條之情事。相手方得定相當之期間。催告本人。應於其期間內。確答其追認與否之旨。若本人於其期間內不爲確答。則視爲已拒絕其追認者。

依前條之規定。自稱代理人所爲契約。卽本爲無效。然本人若追認之。則爲全然有效。由其竟爲追認。或未明拒絕之之先。其契約之效力不定。相手方竟不能知其契約。果生效力與否。以故其相手方。立於頗不安心之地位。其爲不利益可想。於是立法者欲保護之。特設本條之規定焉。

本條之規定。與第十九條之規定。性質略同。惟有三異點。(一)第十九條。必定一個月以上之期間。當爲催告。本條則止言定相當之期間。不言其期間之幾日或至幾月以上。是無他。因契約之性質。距離之遠近等。有非與以一月至二月之期間。難得本人之確答者。又有僅僅數日之期間而已足者。故甯以相手方自定期間爲便。其所云相當之期間。若定爲不當之短期間。則本人對之。述其異議。相手方若不聽之。得訴於法廷。而延長其期間。以理論上言之。若定上

爲不當之短期間。則催告爲無效。在第十九條。立法者以保護無能力者爲主。故必定其期間。止可在一個月以上。無能力者。其法定代理人等。尙需發通知於其期間內者。此爲已可故。任何情事。至一箇月。則可無爲期太促之患矣。(二)第十九條。無能力

者、其法定代理人等。以確答發於期間內爲已足。本條則止云若不爲確答。可見依第九十七條之規定。其確答必於期間內到達相手方。是本條固以保護相手方爲主也。三三第九條第一項及第二項。若無能力者或法定代理人等。不發確答於期間內。則規定其應視爲已追認其行爲者。本條則本人若於期間內不爲確答。視爲已拒追認者。是無他。無能力者之行爲。以有效爲原則。不過欲保護無能力者。乃以取消權與之。故無能力者。儘未行使。其取消權。必認其行爲。全爲有效。故無能力者於期間內不發確答。甯確定其行爲之本性。以爲全然有效。而不復得取消之。所當然也。反之而爲本條之情事。乃無代理權者。爲本人所爲之契約。法理上本全無效力。不過立法者考實際之便宜。令本人得追認之。若果追認。視其契約爲自始即成立耳。故本人於期間內不爲確答。則其契約之本性。終歸無效。又所當然矣。

第一百五條 不有代理權者之所爲契約。本人未有追認之間。得由相手方取消之。但契約之當時。相手方已知其無代理權。則不在此限。

前條乃豫想相手方。希望本人之追認。早追認一日亦佳。若終不能得本人追認。則欲早知其不爲追認之情事。本條反之。乃就相手方不欲其契約成立時。爲規定耳。蓋自稱代理人

之所爲契約。法理上固無爲無效。因欲認本人之追認權。儘本人未拒絕其追認前。必假認契約爲成立。故若由相手方不欲成立。不能不特要取消之。雖然。契約本未可謂爲成立。故本人未追認前。相手方毫不因其契約。而被羈束。是以本條於本人不爲追認之間。無論何時。相手方得取消其契約。但契約之當時。相手方若知自稱代理人之無代理權。當初卽自欲取結不完全之契約。則本人未表示追認與否之意思。相手方不得濫行取消。是爲至當。此所以有本條但書之規定也。

第一百十六條 追認若無別段之意思表示。則遯契約之時。生其效力。但不得害第三者之權利。

本條乃定追認之效力。蓋由純理言之。法律行爲。雖止向將來。爲有效力。然本人於既爲追認時。若由追認之日成立契約。則由契約之時。至追認之時。本人與相手方之間。將視爲無何等之法律關係。故往往生反於當事者意思之結果。例如契約之目的物。所生果實。皆歸爲讓渡人之相手方所有。爲讓受人之本人。由追認之時。始得其果實。此猶可也。若爲賣買。既假定其物爲已引渡於自稱代理人者。^五^七似此則非認前之契約。直與新結契約無異。是豈當事者之意思乎。故除當事者表示別段意思之外。追認當追遯契約之時。生其效力。

但此規定。乃法律之假定。不合於事實。故不得因以害第三者之權利。例如相手方於契約之後。以其爲目的物之不動產。貸貸於第三者。已登記之。假令因本人追認其契約。在當事者間。固視爲所有權自契約時。卽移轉於本人。然右第三者之賃借權。必認其全爲有效。此類是也。五。六。

第一百十七條 爲他人之代理人而爲契約者。若不能證明其代理權。且不得本人之追認。則從相手方之選擇。對之履行。或任損害賠償之責。

前項之規定。相手方。於知其無代理權時。或因過失而不知之時。又或爲代理人而爲其契約者。不有其能力時。不適用之。取二四四舊商四九五七三四三

本條定本人不爲追認。其對於相手方之自稱代理人。所負責任。蓋並無代理權。而爲代理人以爲契約。其過失不可謂不大。故其相手方。信其有代理權。而爲契約。若終不得本人之追認。則其相手方因此所蒙損害。實全因代理人之過失而生。故自稱代理人。對於相手方而負責任。固其分也。

雖然。此以純理言之。自稱代理人。對於相手方。止任賠償之責。無自履行其契約之責。蓋非爲自己而結契約也。然相手方之所蒙損害無他。正以所結欲其有效之契約。忽歸無效。故

與其從契約無效而生損害之後。始以不確實之損害賠償方法償之。不如竟絕其損害之原因。令契約不爲無效。由相手方任其履行之責。此本條之於相手方。所以或從普通原則。求損害之賠償。或對於自稱代理人。求其履行本來無效之契約。與以得選擇之權也。

或云。相手方受契約之履行。本爲得其所欲。故自稱代理人。果可常使任此履行。又何必與相手方以選擇權乎。曰不然。本條情事。認自稱代理人爲有過失。而相手方並無過失。若相手方從普通之原則。欲得損害賠償。則有過失之自稱代理人。不得強以無效契約之履行。冀免損害賠償之責。蓋相手方。有時有以得損害賠償爲利者也。例如契約目的物。價格驟跌。若相手方受其履行。明明轉招損失。此時甯爲損害賠償。止償契約之費用。蓋以求履行行爲利矣。

以上欲保護善意之相手方。所規定也。故惡意之相手方。不能利用此規定。而其相手方縱爲善意。若因過失而不知自稱代理人之無代理權。則亦不得援用右之規定。例如自稱代理人。當其欲爲契約。曾通知其非受本人之委任。因相手方之疏漏。止覽請結契約之文。其信件中。載明無委任而爲之之一部分。竟未一讀。是爲過失。即不能浴本條規定之恩澤焉。前之所論。乃就自稱代理人。有因自己行爲而負擔債務之能力時言之。若其人無爲自己

爲其契約之能力。則卽爲自己爲其契約。猶當得取消其因此而生之債務。故無轉負擔爲他人而爲契約。所因以生焉之債務者。但依不法行爲之原則。參觀七一三相手方若證明其因自稱代理人之過失。而蒙損害。則其自稱代理人。必任賠償之責。固所不待言也。聞有自

人爲未成年者。此雖有意思能力。故得爲代理行爲。然有因其未有辨識力。不真不法行爲之責任者。此時之相手方。則不能請求其損害賠償矣。

右爲假定自稱代理人。真不有代理權之事。然卽真有代理權。而不能證明之。若本人不追認其契約。則對於相手方。正與不有代理權者無二。但若對於本人。得證明其代理權。則對其本人有求償權。自爲一定之理。

於第一百十條之情事。則本人必爲追認。故自在適用本條之範圍以外。

第一百十八條。就單獨行爲。其行爲之當時。限於相手方同意於稱爲代理人者之無代理權而爲之。或不爭其代理權。則準用前五條之規定。對於不有代理權者。得其同意而爲單獨行爲。亦同。

以上止就契約爲規定。本條乃就單獨行爲規定之。蓋契約因雙方之同意而成立。由是自稱代理人及相手方。皆因以負其責任。固可謂爲當然。然在單獨行爲。則止因一方之意思而成立。故以之與契約均其效力。未免不得其當。例如因無權限者。爲本人對第三者。爲催

告、通知等。後日有本人之追認。其催告通知等。所可生不利益之結果者。蓋其爲本人雖頗便利。而相手方則甚危殆。故本條於單獨行爲。以不適用以上所論契約之規定爲原則。惟限其例外有二。(一)相手方於其行爲之當時。知自稱代理人無代理權。而同意於其所爲之行爲。(二)自稱代理人之無代理權。不問其知之與否。當自稱代理人爲其行爲。相手方並不爭論其有無權限。此二者。當準用以上所述之契約規定焉。蓋此時。相手方於自稱代理人爲單獨行爲。明示或默示其承諾。甚至自慙患之。故毫無異於與自稱代理人爲契約也。

右論自稱代理人所爲單獨行爲。然相手方得自稱代理人之同意。而對之爲單獨行爲。亦有不得不同者。

第四節 無效及取消

本節乃規定法律行爲之無效時。及其得取消時。其無效及取消之效力。取消權者取消之方法。取消權之消滅等。但取消之規定。以關於無能力者之行爲。及因詐欺或強迫之法律行爲爲主。

法律行爲之無效 (annulable, anfechtbar) 者。又謂之不成立恰如人體不具生活之必要機關。畢

竟不能生存者也。法律行爲之得取消 (Voidable) 者。舊民法做法國等之例。是亦謂之無效。不但文字稍有未當。並有互相牽混之處。故新民法中。常謂之得取消云。恰如病體。其因病而得死亡。雖未可定。今則現尙生存。至其詳細。請就各條說明之。

第一百十九條 無效之行爲。不因追認而生其效力。但當事者若知其無效。而爲追認。則視

爲所爲之新行爲。財五八

本條規定無效之行爲。蓋無效行爲。既如所述。爲法律上全不成立 (nul ou inexistant, *nichtig*) 者。以當事者之意思。而爲有效。此必不能。故當事者雖欲追認而不得。若當事者欲由其行爲。貫徹所欲達之目的。則必別爲新行爲。蓋當事者自不願其行爲之無效。而表示其追認之意思。法律則視爲有爲新行爲之意思。夫追認舊行爲。與爲新行爲。情節大有不同。例如有以移轉所有權爲目的之行爲。其所有權不由舊行爲之時爲移轉。止由新行爲之時爲移轉之始。

依舊民法。亦與本條之規定。略生同一之結果。然在舊民法。認爲自然義務 (obligatio naturalis, obligation naturelle natürliche Verbindlichkeit) 由無效行爲發生。一自然義務。得由法律追認之。而爲法定義務 (obligation civile, Klagbare Verbindlichkeit) 新民法則

不認之。於是右之新行為。為純然之新行為。法律上。不得不視為與舊行為。不有何等之關係。

第二百二十條 得取消之行為。限於無能力者或為有瑕疵之意思表示者。其代理人及承

繼人。得取消之。

妻所為之行為。夫亦得取消之。財三二二項

本條以下。規定關於得取消之行為。而本條則規定何人得取消其行為也。但非就一切得取消之行為規定之。止就無能力者之行為。及因有詐欺或強迫之瑕疵之意思表示之行為。為規定焉。至其他得取消之行為。則於各本條定其為得取消者。故本節無所規定。例如債務者為能害其債權者之法律行為。其得取消之者。乃其債權者。此為第四百二十四條所規定。又不依書面之贈與。得取消者為各當事者。此為第五百五十條所規定。其他類此。本條之主意。在止使欲受法律之取消權所保護之人。得行其權利。故無能力者所為法律行為。限於其無能力者。法定代理人。本條止云代理人者無他。蓋雖因委任之代理人。亦得行取消權。固已。若云法定代理人。恐因委任之代理人。

疑在除外之列。故或承繼人 (ayant-cause, Rechtsnachfolger) 承繼人有包括承繼人。特

者。即相續人。包括受遺者等。合屬於人之資產之權利與義務。承繼人。則全部或一部者也。特

性者舊民法做法國等之例。債權者亦包含於承繼人之中。然債權者與他承繼人不同。其性質故當以第三者視之。為妥新民法承繼人中所以不含債權者。而於第三者中含之。為得取消之者。惟妻所為之法律行為。徒以保護夫權之故。而許其取消。是以夫亦為得取消之者焉。或曰。若然。則謂妻不得取消所既為之法律行為。亦無不可。不知重夫權。正所以重一家之整理。一家整理。則夫妻共受其益。故妻以蔑視夫權而恣為法律行為。若妻於後日悔之。則欲保一家之秩序。可以自取消其行為。以全夫之權力耳。

關於無能力者自行其取消權之情事。於其無能力間為之。與既為能力者以後為之。有不同焉。(第一)於無能力間。取消亦為一種法律行為。故關於此項情事。多要法定代理人保佐人或夫之同意。先就未成年者言之。除因取消而止取得或回復其權利。或能免其義務之情事外。皆當得法定代理人之同意。就禁治產者言。則盡當得後見人之同意。就準禁治產者言。則在通常情事。如取消其以不動產或重要動產之權利得喪為目的之行為。及取消其相續之限定承認或拋棄。凡取消其當然能生單純承認之結果者。一〇二四七二項。非得保佐人之同意。不得為之。在第十二條第二項之情事。則殆就一切行為之取消。皆有應得保佐人之同意者。就妻言。則於通常之準禁治產者。當得保佐人之同意時。當受夫之許可。(第二)在既為能力者之後。得悉以獨斷而為取消。則固不待言矣。

有瑕疵之意思表示。即因詐欺或強迫之意思表示。六限於其違詐欺或受強迫者。並其代理人或承繼人。得取消之。蓋立法者欲保護遭詐欺或強迫者。故得取消右之行爲也。

依以上所述。無能力者或爲有瑕疵之意思表示者。其相手方之不得取消其行爲。其理明甚。蓋是等之人。乃自己任意爲所欲爲之行爲。故無可以得取消之理由。且無能力者之相手方。多非其自不小心。即爲誑愚幼以博利。詐欺者之非正人。更不俟論。至強迫而出自相手方。尤不可恕。何得因自己之過失或不正行爲。取消自己所爲之法律行爲乎。且依本法第十九條之規定。尤於無能力者之相手方。頗與以便利。故此亦毫無嚴酷之嫌矣。

第二百一十一條 所取消之行爲。視爲自始即無效者。但無能力者。則於因其行爲而現受

利益之限度。負償還之義務。財二五

本條定取消之效力。蓋得取消之行爲。當未取消之間。爲全然有效者。能生法律上一切效力。然一旦若有取消。則其行爲。如初本無有。全無異於無效之行爲。故一旦已移轉之所有權。亦復其舊主。恰如未嘗移轉於他人。因當事者所生債權。亦如初未嘗生。債務者即如未嘗爲債務者。故若當事者因其行爲。而受利益。則必還之於其相手方。例如賣買。賣主若受代價於買主。必返還之。又買主若受賣買之目的物。則亦必返還於賣主也。

以上爲原則。於此不能無一例外。則關於無能力者是也。蓋無能力者。爲法律所特加保護。而與之以取消權。妻之無能力。固直接以重夫權。然畢竟以欲保一家之秩序。亦可謂間接保護其妻之利益者矣。故要毫不使受取消之損害。然若無能力者。從右所述。當取消其法律行爲之時。既受取者即悉有返還之義務。則其所已消費者。更必傾己橐以償之。必且蒙若干之損害矣。似此則法律欲保護無能力者。而與以取消權。殊不能貫徹其趣意。故本條但書。無能力者。止於因其行爲而現受利益之限度。負償還之義務焉。例如無能力者。若受取金錢而盡浪費之。則即一無所返。若費其半。即返其餘半爲已足。但現受利益云者。不必利益之存於有形。即受無形之利益。當其仍有存者。亦必對其利益而爲補償。例如無能力者。受醫師之治療而全其生命。譯者按生命現存即利益尙爲現受。縱不付還其所約定之報酬額。亦必付還其慣習上可認爲相當之診察料及治療代也。

因詐欺或強迫而取消其法律行爲時。亦依不當利得之原則。當返還其現存之利益。固已。
七。惟於實際之適用。則與無能力者有不同焉。例如因詐欺或強迫而賣却其財產者。於取消其賣買之時。即已浪費其已受取之代價。然其人究爲能力者。不可不返還其全額。蓋可想見其不浪費此。亦必已浪費他金錢也。反之而爲無能力者之多數。除妻之外則金錢到手。

即有浪費之虞。蓋此等人多以手無金錢為常事。然因得取消之行為而獲金錢。則罕有不浪費者。甚至有竟以浪費之目的而為其行為之事。故若浪費其所受取之金錢。以無庸返還為常。此所以雖有第七百三條之通則。關於無能力者。獨特設本條但書之規定也。詳見價權編

但本文不免稍嫌其缺於明瞭耳。

第一百二十二條 得取消之行為。若第一百二十條所揭之人。已追認之。則自始即視有效者。但不得害第三者之權利。財三二〇。五。四。五。五。

本條規定以得取消之行為為完全者之方法。蓋取消權為其權利者之利益而與之。故得由其權利者拋棄之。與他權利之得為拋棄同。此行為名曰追認。(confirmation ou ratification, Pestätigung) 其權利者若為此追認。則其行為恰如自始即無瑕疵。認為全然有效者。蓋前既論得取消之行為。儘未有取消。視為有效。故取消權而有拋棄。則將來為確定有效。且視為向來有效。因而所生法律之結果。絲毫不受變更。其結局即此行為與自始完全成立者無異矣。

以上為原則。此原則有一例外。無他。即不得害第三者之權利是也。例如得取消之買賣。有取消權之賣主。未為追認以前。其所賣却之權利。若又賣於第三者。則後日雖拋棄其取消

權。追認前之賣買。絕不得以此追認。害後買主之權利。故後買主所得權利。法律上爲完全者。前買主當終失其權利而已。又例如由得取消之行爲。所生債務。其以善意爲保證人者。應受主債務者有取消權之利益。參觀四九然則由主債務者得隨意追認其行爲。甚害保證人之權利。故此追認。對於保證人全爲無效。保證人不問其有右之追認。得止援用其取消權也。

第二百二十三條 得取消之行爲。於相手方確定之時。其取消或追認。依對於相手方之意

思表示爲之。四財五

本條定取消及追認之方法。蓋取消在舊民法。必請求於裁判所。此雖外國亦不乏其例。然可謂多餘之手續。本條則無庸具此手續。得止由取消權者。爲意思表示而行其權利。此新民法之所適合於常用之主義者也。五〇六五

右之意思表示。若無相手方。則任以何方法皆可。例如依廣告之行爲。無相手方。故對於無論何人。表示其取消之意思。苟有事實。當認其意思爲確定者。即可爲已表示矣。五三〇則廣告有特別之規定。雖然。若行爲有相手方。法律行爲。則常有相手方。則爲應對於其相手方。表示取消之意思者。例如賣主取消賣買契約。其取消之意思表示。必應對於買主爲之。更於相手方有數人時。

非對其各人表示其意思。不得爲對於全員。已生取消之效力。惟對於受其意思表示者。爲已取消而已。而若因一部分業已取消。不能達其法律行爲之目的。則由他相手方。請求其解除可也。即有相手方。亦有不確定者。例如對於一團之羣衆。投以金錢食物等。使拾取之。固可謂拾取者。即其相手方。然此乃不能豫爲確定者也。

以上雖止論取消。然於追認亦毫無所異。

第二百二十四條 追認非於取消原因之情況已止之後爲之。則無其效。

禁治產者若於回復能力之後。了其行爲。則非其了知之後。不得爲追認。

前二項之規定。夫或法定代理人。爲追認時。不適用之。財五四五 五

本條定由何時得爲追認。蓋爲取消原因之瑕疵尙在。縱爲追認。其追認亦爲有同一之瑕疵者。卽無何等明文。依然得取消之。固爲定理。故其追認。可謂終不生其效力者。本條所以云追認非爲之於取消原因全止之後。則無其效。例如未成年者之行爲。其人既達成年之後。妻則婚姻解消之後。逢詐欺者。因其詐欺所生錯誤發見之後。受強迫者。去其強迫而全得意思自由之後。可爲追認是已。

禁治產者。全不能適用右之原則。何也。禁治產者常失其知覺精神。故雖精神復於平態。禁治產之宣告業已取消。於其禁治產中所爲法律行爲。多絲毫不能記憶。故不得止依禁治

產宣告之取消。爲其行爲之追認。必俟其了知爲行爲之情事焉。是固當然之事。所不待言。然關於次二條之適用。頗有必要。故本條第二項。特言此耳。

無能力者之行爲。夫及法定代理人得取消之。既爲第一百二十條所規定。故亦得依百二十條而爲追認。此追認亦得任何時而爲之否。有如法定代理人。止於本人無能力間。得爲追認。夫亦專於妻爲無能力間。卽婚姻繼續之間。得爲追認。但法定代理人之爲追認。必具新爲其行爲之必要條件。例如後見人賣却不動產。要親族會之同意。九九二九人一號 故追認被後見人之賣却不動產。亦要親族會之同意也。

或問無能力者。於無能力時。得夫或法定代理人及保佐人之同意。得爲追認否乎。余應之曰。必然。無能力者得夫或法定代理人及保佐人之同意。卽得新爲其行爲。故得追認所既爲之行爲。卽拋棄其取消權。所不待言也。

第一百二十五條 依前條之規定。從其得爲追認之時之後。就得取消之行爲。若有左之事實。則視爲已爲追認者。但若留異議。則不在此限。

一 全部或一部之履行。

二 請求履行。

三 更政。

四 供與擔保。

五 因得取消之行爲而取得之權利。讓渡其全部或一部。

六 強制執行。財五
五六

本條就默示之追認而爲規定。其列舉於本條之情事。取消權者之意思。最爲明瞭。而不容疑。故法律於此。常認定爲有追認之意思。不許更證其不然。但當事者若特留異議。明言不拋棄其取消權之旨。則不在此限。

本條第一號及第四號。乃取消權者。因其得取消之行爲。而負債務。但有取消權之債權者。若不留異議。而受其履

行或受其所供擔保。則亦有適用本條者。第二號及第五號。乃取得之債權。第三號及第六號。乃通於爲債權者與爲債務者。

茲有一應注意者。本條之情事。本爲默示追認之情事。故必備追認有效之必要條件。苟非在前條所定。得爲明示追認之時之後。生本條列舉之事項時。不能適用本條之規定也。

據本條第五號。因得取消之行爲而取得之權利。讓渡其全部或一部。則爲有追認之效力者。故讓受其土地之所有權者。已以其所有權之全部或一部。爲讓渡時。固無論矣。卽於

其土地之上。設定地上權。永小作權。或地役權時。亦視爲已有追認者。惟所設定若爲質權。抵當權。則於立法論當如何。縱或有以爲可同一視之者。然就解釋論。則此不得視爲已有追認。蓋質權抵當權。非所有權之支分權。二卷第二百六條下之第二後說明。故不得以其設定。視爲所有權之一部之讓渡。而其追認。在原則。當以對於相手方之意思表示爲之。三二至本條之規定。本爲例外之規定。不許其擴充解釋者也。

第二百二十六條 取消權從得爲追認之時。五年間若不行之。則因時效而消滅。從行爲之

時經過二十年。亦同。八七三財五
四四五四五

本條定取消權之時效。蓋取消當遡既往而生其效力。乃第二百二十一條所規定。然由行爲之時至取消之時。若爲時甚久。則於其間。可生種種之法律關係。因取消而此法律關係。皆當消滅。故煩雜叢生。必多受意外之損害者。且此取消。大抵對於第三者。亦有其效。故雖善意之第三者。權利亦皆當消散。其害契約之安全。傷取引之信用。尤非淺尠。立法者有見於此。特設短期之時效。取消權以五年爲當消滅者。其起算點。在取消權者得爲追認之時。蓋時效之爲物。正如後所詳論。生於權利者不願其得行使之權利。而有等閑視之之情事。故本條之時效。亦必由取消權者事實上得爲取消之時起算之。而取消權者。非在得爲有效

之追認以後。多不得爲取消。雖無能力者。得從無能力中。爲取消之事。然其間。或因智能發達。尙未完全。或因精神未復常態。或因欲爲取消必爲訴訟之時。不能不受夫之許可。事實上於無能力中爲取消者甚少。故本條之時效。從得爲有效之追認時。卽第二百二十四條所定之時。起算之焉。

得爲追認之時。在無能力者自爲追認。則有第二百二十四條之規定。惟夫或法定代理人爲追認。則無何等規定。以余觀之。是當爲夫或法定代理人。已知無能力者之有行爲時。故時效亦當由此時起算。

消滅時效之通則。以二十年爲完成。依第六十七條第二項明矣。故本條以縮短期間而特著。雖然。第六十七條之時效。由得行使其權利之時起算。故若由一百六十六條得行取消權之時。卽爲得取消之行爲時。爲之起算。將有過二十年。猶不完成本條之時效者。此時而亦止用本條之時效。則法律特欲短縮之期間。轉陷於伸長之結果。故本條末段。若由行爲之時經過二十年。則因普通之消滅時效。消滅其取消權焉。

本條之時效。亦爲一種時效。故應適用本編第六章之規定。所不待言。

得取消之行爲。雖有本條之規定。無效之行爲。則無關於時效之規定焉。蓋無效行爲。法律

上爲全不成立。故其無效。雖幾十年之後。得主張之。例如甲以其所有之不動產。賣却於乙。當時若因精神錯亂及他事由。意思全爲欠缺。則雖幾十年之後。乙自主張爲其不動產之所有者。甲得對之而鳴其賣買之無效。以主張己之未失所有權。但若甲已引渡其不動產於乙。則乙依第六十二條之規定。可得取得時效。此時甲不得取回其不動產。固不待言。又於右之情事。乙對於甲。有付以代價之義務。當甲以此請求於乙。乙雖幾十年之後。得唱賣買之無效。而拒其代價之辨濟。然乙若一旦付其代價。則因甲爲不當之利得。不妨令負返還之義務。^{三七}○依第六十七條第一項之規定。當免其責。固所不容疑也。

第五節 條件及期限

條件及期限。並爲法律行爲之附隨事項。所以停其效力或使消滅者也。請從此逐序說明之。

一 條件

第二百二十七條 停止條件附法律行爲。譯者按此句當改爲附停止條件之法律行爲。文理方順。惟九字自爲名詞。故仍之。從條件成就之時。生其效力。

解除條件附法律行爲。從條件成就之時。失其效力。

當事者若表示其意思。願以條件成就之效果。溯其成就以前。則從其意思。商財四〇九五 條件 (conditio, condition, Bedingung) 云者。謂發生或消滅其法律行為之效力。繫於不確定之事實之意思表示。或其事實之本物也。雖羅馬法以來。例於條件之定義中。含有必為將來事實之旨。據余所信。此甚無謂。今尋彼之所據。則曰條件之要素。在不確定之事實。而已往及現在之事。皆為已確定者。縱當事者未及知之。究其自然。畢竟事已確定。不得以為條件。此說非也。凡物之不確定者。惟在吾人自不確定耳。從天地之自然以觀之。殆無物不為確定。例如言明日若雨。為其條件。固無人以為宜。然由天地之自然言之。明日之雨。不雨。大抵業已為確定之事實。止吾人之智識。未足確知之耳。故在吾人為不確定。則縱於自然為已確定。亦無不可為條件之理。例如言昨日之選舉。某若當選。此在親臨選舉之人。已為確定之事實。於所謂天地之自然。不得不謂業已確定。然從結約者之眼觀之。則為未確定之事實。與不知明日之雨否。毫無所異。故但言昨日之選舉。某若當選。雖多有謂此為非條件者。然若言昨日之選舉。有某為當選之通知。則通知之有無。乃將來之事。故無論何人。無不謂之條件矣。雖然。是不過用語之異。縱僅言昨日之選舉。某若當選。於當事者意中。甯與言昨日之選舉。有某為當選之通知。有少異乎。故如羅馬法、法國法等。固為必以未來事

實爲條件之法律。亦有以當事者之意思爲推測。非以過去事實之本物爲條件。正以其言若有通知到來爲條件。以視爲其所以爲法律行爲者。故我新民法。斷然破羅馬法之舊套。卽現在或過去之事實。亦得以爲條件焉。德國學說。歧爲二派。德民法第一草案。有類於我第三百三十一條之規定。其理由書。明示其採用與我民法相同之學說。然第二草案以後。乃不用右之規定。而削除之。故今多唱限於未來事實之說。至其以現在或既往之事實爲條件。其條件之效力如何。當於第三百三十一條論之。

條件有二種。一爲停止條件。(condition suspensive, aufschiebende Bedingung) 一爲解除條件。(condition résolutoire, aufhebende Bedingung) 停止條件。謂法律行爲效力發生之所繫。解除條件。謂其效力消滅之所繫。但多由停止條件附行爲。生解除條件附權利。由解除條件附行爲。生停止條件附權利。本條蓋定此二者效力之基礎。

條件之效力。應溯既往與否。學者間大有議論。外國之立法例。亦頗種種不同。舊民法做法國之主義。條件之效力。溯及既往。德國民法。則其原則。一般爲不溯既往者。在帝國民法施行前。大有議論。其帝國民法。則其原則。乃不溯既往者。但於條件之成否未定間。爲第三者所爲之處分。因條件成就。而可歸無效。故亦殆與溯及既往者無異。雖此兩說。均不難以理論說明之。然法律若無何等之規定。則以現在事實之效力。溯及既往。究爲反於自然。

故條件之效力。當以不遯既往爲妥。而考當事者之意思。及實際之便宜。則又或以效力。遯既往爲當者。雖然是惟就一般之情事言之。若當事者之意思反於此。則固以從其意思爲宜。本條採正相反對之旨。條件之效力。不遯既往。以爲原則。惟當事者得定爲反對。自有此例外。右之問題。大減其實用。當事者意思分明之際。可不依本條之規定。而專依其意思。所不待言。其所以以條件效力不遯既往。爲一般之規定者。無他。一則現在事實之效力。遯及既往。反於普通法理。一則其效力既遯已往。將攪亂第三者之權利。卽當事者間。亦將於既往事實。多所變更。不免太覺不便。故也。此而可持反對之說。余誠不能無疑。然以當事者之特約。每得不依法律之規定。則此固無庸深論也。

雖學者之於條件。多視爲停止其法律行爲之成立。至其成就之時。始有法律行爲者。以余所信。此乃誤也。條件不過停其法律行爲效力之發生或消滅。夫法律行爲之本物。自今始確然成立。由此法律行爲。始生一種之權利。毫不容疑。下二條亦明認之。惟條件未定成否間之權利。則已爲法律行爲之目的權利。不過爲附條件者耳。又法律行爲之目的權利。實由條件成就時始生。其未成就間之權利。不過一種特別之債權。此雖亦學者之間。尙多議論。然據余所信。若以條件爲效力遯及既往。則可云既附條件。始生法律行爲之目的權利。

今條件之效力。止向將來而生。則終不能主張彼說。必止以爲一種特別之債權而後可。本法中條件之效力。既爲不遡既往。則儘條件未成就之權利。爲一種特別之債權。蓋不容疑。其債權之目的及性質。則詳下二條。

第二百二十八條 條件附法律行爲之各當事者。於條件之成否未定間。不得害相手方所能因其條件成就。生於其行爲之利益。

本條乃規定所謂條件附權利之爲何物。蓋條件附權利之性質。從無定論於學者之間。或云。儘條件成就以前。不生何等權利。或云。雖條件成就之前。已發生法律行爲之目的權利。既如前條之下所論。然此兩說皆非至當。如果條件成就以前。不生何等權利。則當事者得因自己所爲。令條件雖可成就。而法律行爲。初不能生其效力。由是將不認法律行爲之拘束力。其說之未允。殆不俟辨。雖然。謂條件成就前已發生法律行爲之目的權利。則條件效力爲遡及既往猶可。既一旦以不遡既往爲原則。則此說終難採用。亦已論之詳矣。故本條正執其中。以爲雖未生法律行爲之目的權利。然其法律行爲。則已生其拘束力。當事者不能因自己所爲。或因過失。妨其一部或全部效力之發生。例如以條件附約爲權利之讓渡。不得毀壞損傷其權利之目的物。此類是也。

本條併停止條件與解除條件。而爲規定。是無他。解除條件附法律行為。雖即時生其效力。然解除繫於條件。故因其解除而可得債權者。即可謂停止條件附之債權者。因解除而可負債務者。即可謂停止條件附之債務者。故得以同一之規定支配之。以下皆同。

第二百二十九條 條件成否未定間。當事者之權利義務。得從一般之規定。處分、相續、保存、或擔保之。財四一〇、五一七、四二五

本條亦定條件附權利之效力。蓋既以條件附權利爲真權利。則本條之規定。本不容疑。然從來於此有種種議論。故不如以明文規定之爲愈。而有本條之設焉。例如條件附法律行爲之目的。若爲不動產上之物權。則其債權者。固得以其權利讓渡他人。然亦如無條件之法律行爲。非登記之。不得對抗第三者。二一七、七〇譯者按此登記法第 又條件未成就前。當事者之一方。若有死亡。則其相續人。相續其條件附之權利或義務。無異於他財產。又以條件附而讓渡債權。於條件未成就前。其債權若因時效而消滅。則其讓受人。得對於債務者。執中斷時效之方法。又條件附債務者。爲擔保其債務之故。得供其保證人。及質或抵當也。

第三百三十條 因條件之成就而當受不利益之當事者。若故意妨其條件之成就。則相手方。得視其條件爲已成就者。財四一四

本條謂即敷衍第二百二十八條之原則。亦無不可。蓋依第二百二十八條。明條件附法律行為之有拘束力。故當事者。不可有令其法律行為不生效力之所爲。即債務者。不可故意爲有妨條件成就之行爲。若爲之。則以相手方得視其條件爲已成就。爲制裁焉。蓋於條件成否未定之時。若當事者之一方。妨其條件之成就。如例如有條件云。船泊若安抵某港。則其條件之果能成立與否。終不可知。而其使之不可知者。實出於當事者之所爲。故即令其相手方。得觀條件爲已成就。亦不得謂之過酷。而其條件能成就之時期。亦不確定。故令得即時視爲已成就者。或曰。此因當事者一方之不法行爲。而條件至不成就。故使之任損害賠償可矣。乃使相手方以成否未定之條件。即時視爲成就。頗爲不當。雖然。此時條件之能否成就。正以未可確知。故果否能生損害。其損害果爲幾何。全無明證。故若僅與相手方以損害要償之權。相手方實際多不能行此權利。此所以不得已而因本條之規定。以保護相手方也。

第三百三十一條 條件於法律行為之當時。若已成就。其條件若爲停止條件。則其法律行為爲無條件。若爲解除條件。則爲無效。

條件之不成就。於法律行為之當時。若已確定。其條件若爲停止條件。則其法律行為爲

無效。若爲解除條件。則爲無條件。

前二項之情事。當事者不知其條件之成就或不成就間。準用第二百二十八條及第二百

十九條之規定。財四〇八

本條規定。凡以現在或過去之事實爲條件者。蓋前言羅馬法以來法國法系之法律。不許以現在或過去之事實爲條件。若當事者於法律行爲。附此條件。則其效力果如何。是其條件。若爲停止條件。則於其事實業已成就時。法律行爲爲全無條件。由其行爲所生權利義務。當即履行。若其事實業已確定爲不成就時。則視爲全無此法律行爲。又其條件。若爲解除條件。則於其事實業已成就時。法律行爲。自始即不能有效。若其事實業已確定爲不成就。則其法律行爲。完全生其效力。其效力當永久存續焉。是固然矣。本法則許以現在或過去之事實爲條件。然遇附此等條件之法律行爲。其效力正與右之所述同。亦爲一定之理。惟依羅馬法及法國法系之法律。本不認此爲條件。故雖當事者不知其事實之間。亦不得適用條件之規定。反之而如本法。則在當事者未知其事實成否之間。全然可生條件附法律行爲之效力。得適用第二百二十八條及第二百二十九條之規定焉。

第三百二十二條 附不法條件之法律行爲。則爲無效。以不爲不法行爲爲條件者亦同。四財

三

本條乃就不法條件。(condition illicite, unerlaubte Bedingung) 爲規定者。不法條件云者。以反乎公之秩序或善良之風俗之事項。九及其他背於法令規定之事項。爲其條件。例如云。若相手方殺人。或奪人之財。或爲猥褻之所行。此類是也。

附不法條件之行爲。卽以不法爲其目的。故爲無效。九惟茲所可疑者。以不爲不法行爲爲條件也。此在各國之立法例及學說。頗不一定。或有以爲有效者。今尋其理由。亦同。旣以不爲不法行爲爲條件。卽其人以不爲不法行爲爲目的。何爲不可。例如云。汝若斷殺某人之念。我與汝百金。正欲以是斷其人殺人之念。此種行爲。直可獎勵。何爲禁之。不知此實非也。夫不法行爲。不待他人之獎勵誘導而自不爲之。本各人之定分。今乃受金於他人而僅不爲不法行爲。以是爲盡自己之義務以求報酬。換言之。卽因圖爲不法行爲以獲利益者也。況若使之有效。恐或且有欲得金而轉企殺人者。是實甚害公秩序。不能不謂爲不法。故本條於此條件。亦規定其法律行爲爲無效焉。

本條之規定。亦爲停止條件解除條件之所共。或曰。不爲不法行爲之停止條件。謂爲不法。則必於以不法行爲爲解除條件者。作爲有效。蓋附解除條件之債權者。明謂若爲不法行

爲。當失其權利。此條件。自獎勵其不爲不法行爲耳。雖然。前已言不得據不爲不法行爲。以求報酬。則爲不法行爲。即忽焉消滅法律行爲之效力。由此而有不利益之事。因其爲同於前述之理由。亦不能不謂爲不法。此本條所以不分停止條件與解除條件也。

第三百三十三條 附不能之停止條件。其法律行爲爲無效。

附不能之解除條件。其法律行爲爲無條件。財四一三
一項三項

本條就不能條件 (condition impossible, unmögliche Bedingung) 爲規定。不能條件云者。以事實之性質上所不能成就者爲條件。例如云。汝若旅行於月界。或指隔六七百里之地。云汝若於一點鐘內到彼之類。

不能條件爲無效。故以之爲停止條件。則其法律行爲全然不能生效。蓋不能之事。無論待至何時終難成就。故法律。自今即視其法律行爲爲無效。若又以不能條件爲解除條件。則可解除其法律行爲之時期。分明終不能達。故全視其法律行爲爲無條件。完全應生其效力焉。

或曰。天下事。絕對不能者極少。惟人智有所不及。乃以爲事之不能者多。故以現時之人智。無論何人皆信其不能之事項。若忽因一種發明而遽爲可能。此時當謂其條件爲不能耶。

抑爲可能耶。例如身體內部之狀況。不能從外部見之。雖向爲人人所信。自發明 X 光線以來。不已洞見體內之狀況乎。然則於未有此發明前。若以汝若至得見體內之狀況則如何云云爲條件。以爲法律行爲。恐無人不以其條件爲不能矣。然至今日。已明乎其非不能。則將謂其條件爲可能乎。夫法律行爲之效力。因行爲當時之事態而定之。故以行爲時不能之事實爲條件。則可謂其條件爲不能。而法律行爲爲無效。此說雖頗可味。然以之解釋本條。未爲得其正鵠。蓋物之能不能。雖極難絕對斷言之。然若爭執於當事者間。則法官必以其相爭時之自己知識。判斷其能不能。故未發明 X 光線。其時有右條件能不能之爭。而訴之法廷。法官自必以其條件爲不能。而認爲無效。然若在今日之法官。來決是爭。則因今日光線之發明。知其事不爲不能。故卽行爲之當時。人皆信之爲不能。今日則不可復爲此言矣。蓋不能云者。雖當謂絕對之不能。而吾人之智識極狹。信爲不能者。往往未必不能。有必待後來始顯者。然吾人智識之外。無可據之標準。故不得已而據此不確實之標準。爲判斷耳。今因新發明而加吾人之智識。得悟昨非。則何爲株守舊時之迷信。尙謂可能之事爲不能乎。

第三百三十四條 停止條件附法律行爲。其條件若止係債務者之意思。則爲無效。一財四五

本條就隨意條件 (condition potestative, potestative Bedingung) 爲規定。隨意條件有二種。(一)尋常隨意條件 (condition simplement potestative) 例如吾若旅行於某處。則如何云云是也。於當事者意思之外。費貴重之時間。出莫大之費用等。以令其條件成就。則爲當事者不利益之行為。此種隨意條件。全然有效。與偶成條件 (condition casuelle, Kasuelle Bedingung) 卽以天變地異等全然意外之事實。或因第三者之意思。所生之事項爲條件。毫無所異。(二)純粹隨意條件 (condition purement potestative) 例如云。吾若欲時。則如何云云。盡以意思成就其條件者是也。此種條件。細別爲四。(甲)債權者之隨意停止條件。卽止依債權者意思。所附停止條件之法律行為。債權者無論何時。得請求其履行。故驟觀之似與無條件之法律行為無異。而正不然。若債權者不表其意思而死亡。則其債權。且以終不復生了之。反之而爲單純行為。則不問債權者請求與否。債權皆可發生。而以其當事者之意思之在於前者。強以之爲後者。非必要矣。又設令債權者曰。吾或吾之相續人。欲此時則如何云云。亦儘其未表示欲之之意思。不生爲法律行為之目的之債權。是與單純行為所爲異也。(乙)債權者之隨意解除條件。卽止因債權者意思。令法律行為失其效力。此其條件當爲有效。殆不容疑。(丙)債務者之隨意停止條件。卽止依債務者意思之停止

條件。此其法律行爲。不得不爲無效。何則。債務之名。一曰法鎖。*(Juris vinculum, lien de droit Rechtsband)* 必需有拘束力。然以債務者欲之爲條件。則令行爲全失其拘束力。故債務不能發生。由是不得不謂其行爲爲無效。債務者之隨意解除條件。卽因債務者意思。令法律行爲失其效力。此亦以其條件爲無效。然因與前論債權者之隨意條件同理。正不必謂之無效。何則。債務者得止依自己意思。而消滅法律行爲之效力。雖畧如無拘束力。然若債務者不表欲解除之之意思而死亡。則其行爲。當完全成立。而保持其效力於永久。又因債務者或相續人。表示其意思。其行爲固失效力。然未至其時。則固有十分之效力也。本條於雙務契約之當事者。其止係一方意思之條件。非以之爲無效。當此時。其人爲債務者。同時必卽爲債權者也。

一 期限 (*dies, terme, termin oder Befristung*)

第一百三十五條 法律行爲若附始期。則履行其法律行爲。儘期限到來前不得請求之。

法律行爲若附終期。則其法律行爲之效力。於期限到來時消滅。財三

期限云者。乃將來法律行爲之效力所繫。實行或消滅之時期。其到來爲確定者之謂也。期限有二種。一爲始期。*(dies a quo, Anfangstermin)* 一爲終期。*(dies ad quem, Endtermin)*

向謂之停止期。始期謂繫其法律行為之履行。終期謂繫其效力之消滅。例如約於方來之

某月日。當履行法律行為。則為附始期之法律行為。如云吾今與汝以不動產之所有權。若

汝死。則其所有權歸吾。此為附終期之法律行為。由附始期之法律行為。生附終期之權利。

拾與由停止條件附權利。一無所異。當更觀一二七條說明之第二段。

更於期限。有確定者。有不確定者。(甲)其到來之時期為確定者。某年某月某日。或某年某

月某日之後。此類是也。其為不確定者。某人死亡之時。今後始雨之時。此類是也。四一

期限之效力。異於條件之效力。附於此之法律行為。其能生效力或能失之。自始即為確定。

故由附條件之法律行為所生權利。固於條件成就時始為發生。由附期限之法律行為所

生權利。則自始發生。惟其始實行之時期。尚未到來焉。爾。此說也。古來學者雖皆唱之。然細

審條件期限之差。不過其到來之確定與否。其本來之性質。則毫無所異。似此立論。較為允

當。故如德國民法。止以關於條件之規定。準用於期限。雖然。由古來之慣習及普通之人情

而言。物權中之條件。既無遡及之效。則條件期限。性質上固毫無差異。然於債權。則不俟期

限之到來。自始即發生債權。惟其履行之時期。當視為屬於將來者耳。是無他。物權之期限

到來前。止生債權。未發生或移轉其物權。此恰如以物權為目的之條件附法律行為。其物

權之發生。固始於條件成就時。其以前則但生一種債權。^{七一}惟其時之到來。有確定不確定之不同。債權性質自因而有異。確定則於法律行爲之目的物權。直接以發生或移轉爲目的。不確定則僅以不妨其物權之發生或移轉爲目的。反之而在以發生債權爲目的之法律行爲。則若爲附條件者。是未發生其債權。止發生以不妨其發生爲目的之一種特別債權。若爲附期限者。法律行爲之目的債權。必當發生。今已確定。故以發生其債權爲目的之債權。與其債權之本物。其中細爲區別。此殆非人人想像所及。且實際亦無何等之必要。由是慣習上。人情上。自必以附期限之債權。爲自今卽已發生。但其履行之期。則屬於將來而已。

以發生或消滅債權及所有權以外之物權爲目的之法律行爲。得附期限。向爲人事之所固然。然所有權之發生或消滅。得附期限與否。則大有議論。向來立法例亦不一致。是無他。因所有權之要素。在處分其物之權利。所有權之性質。必爲永久者也。雖然。以余觀之。以處分所有權之物之權利。爲其要素。固已。然所有權之移轉。若有始期。則迄於其始期之到來。讓渡人未失其物之所有權。故若處分其物。例如毀滅其物之類不得謂直接害讓受人之權利。惟負移轉其物之所有權之義務。故止云間接侵害相手方之債權。是恰如貸貸人若處分其賃

貨物。

譯者按貨貸即貸出

是固爲行使其所有權。非直接害他人之權利。但賃借人。

譯者按賃借即賃入

就其物

而有債權。故間接生害。此債權之結果。由是不得不任侵害債權之責。以此方彼。無殊致也。

又所有權之必爲永久。雖亦古來學者所唱道。然實余所不解。蓋得以所有移轉於他人。或

僅拋棄之。固無論何人。所不能駁難。若然。則謂所有權亦得爲不永久者。何嘗不可。惟於普

通之處。誠不知其應移轉或拋棄否。然所有權若有終期。則其可以消滅。已自今確定。從此

苟對於其物爲處分。則間接將害應受期限利益人之權利。故不得濫爲之。雖然。論所有權

之作用。今卽任意處分之。亦直接無害他人之權利。全爲自己所有權內之動作。恰與附始

期於所有權者無異。吾意彼持反對之論者。殆混合物之處分與權利之處分乎。此事至後

更大有所論故始期終期。均得附於所有權。無庸疑也。新民法中條件之效力不遑既往。故若以

於某時消滅。而曰期限。不能附於所有權。益明乎其非持平之論矣。

本條文一切不爲區別。故所有權亦默認其得附條件。殆不待言。

第三百三十六條 期限推定爲爲債務者之利益而定者。

期限之利益。得拋棄之。但不得因此害相手方之利益。財四

無論何人。得拋棄自己之利益。所不待言。本法故無條文。特揭此一原則。今期限若亦爲當

事者一方之利益而設。則得由其人拋棄之。固不俟論。而期限則有時爲債務者之利益而設。有時爲債權者之利益而設。例如有期限於無利息貸借。乃止爲債務者。反之而有期限於寄託契約。則止爲債權者。故前者得由債務者拋棄之。後者得由債權者拋棄之。二六六然間有一期限而不能定其爲誰而設者。此則甯推定其爲爲債務者焉。雖然。不可因拋棄期限之利益。加損害於相手方。例如有期限於有利貸借。推定其所爲。則以爲債務者爲主。故債務者無論何時。得拋棄其期限。即還清其所借之款。參觀五六然債權者若以取息爲目的。則因債務未到期而還清。債權者失其利息。即不免害其利益。故於此時。債務者於期限內之利息。或因前期還清所失之利息。不能爲不得請求之者。此本條所規定也。但債權者若受其清還而無異議。則不得請求將來之利息。蓋視爲債權者亦拋棄其期限之利益也。第三百三十七條 於左之情事。債務者不得主張期限之利益。

一 債務者受破產宣告時。

二 債務者毀滅擔保。或減少之之時。

三 債務者於負供擔保之義務之情事。而不供之之時。財四〇〇九八八

本條規定債務者應失期限之利益之情事。

第一號之規定無他。破產時若各債權者。從其債權期限之到來。而為辨濟。則破產手續。何日見其終局。不可知矣。卽或可供託其配當額。然當以其利息。與期限附債權者。則安有此供託之之利益。若以為此利息可分配於債權者間。則當俟最遠之期限到來後。破產手續始能終結。且始不確定之期限。更不知其何時可以到來。故其不便。實有不堪設想者。而在現行法。則并利息亦不為攤算。此亦稍嫌不當。故破產法案中。則已令為此攤算焉。一九二九至一九三〇年之結果

要之本條第一號為必要之規定。殆不容疑。類於此之規定。無不採用之矣。據舊商九八九行。可參觀之。

第二號第三號之情事。皆因債務者自己所為。減債權者信用之基礎。因之債權者失其與以期限之根據。故於此情事。法律特褫奪債務者之期限利益焉。例如債務者以一房屋為抵當。而燒燬其屋。或毀壞其一部。又如債務者約明應與質物。而不履行之。則當失其期限之利益。是也。

第五章 期間

期間云者。由一時點。至他時點之間之謂也。舊民法中。期間之計算法。止就時效規定之。舊商法中。止規定關於契約上之期間。在民事訴訟法。刑法及刑事訴訟法。止規定訴訟行為

之期間、刑期之計算、刑事之時效等。初未定一般之計算法。是頗可爲缺典。蓋期間。或依法令之規定。或依裁判所之命令。或依法律行爲之條款。其散見頗繁。故其關於計算之法。若無一般之規定。往往不免迷其解釋。此本條所以定期間計算法之通則也。

第一百三十八條 期間之計算法。除法令。裁判上之命令。或法律行爲。有別定者之外。從本章之規定。

本條之規定。乃限於法令。裁判所之命令。或法律行爲。無何等之定時。當適用之。固無妨於適用特別之規定。或特別之意思。故於本條先明其旨。

第一百三十九條 若以時定期間。則由即時起算之。民訴一六一六五刑

本條乃示以時定期間之計算法之箇條也。以日週月所定期間。依次條之規定。不由即時計算。故恐以時爲定之期間。亦有疑其同例者。本條特明言其異於次條以下。當即時計算其期間焉。

第四百十條 若以日週月年定其期間。則不算入期間之初日。但其期間若由午前零時爲始。則不在此限。證九九二項三項舊商三〇九民訴一六五刑四九二項刑訴一五一項

本條以下。乃示以日週月年定其期間之計算法之箇條也。此等處不以初日算入。在西洋。

殆爲古來所一定。其故因若生不滿一日之零數。則不但計算頗爲不便。且期間由初日之何時爲始。往往有不能證明之者。故惟有於全算入初日全不算入初日之二主義中。任擇其一而已。而期間之經過。多令當事者失其某利益。故與其失之嚴。又甯可失之寬也。惟在刑法。則計犯罪人之利益。特以初日算入。又於法例第一條第一項。定法律之施行期限。亦以公布之日。爲應算入者焉。

不算入初日之理由。既如右述。則有卽算入之而不生零數者。卽不必復株守此規則。故期間若由午前零時爲始。當由卽日起算之。例如於午前零時爲契約。契約後當經一定之期間而履行之。又如前期間經過之後。以卽時進行之期間爲計算。是也。

第四百四條 於前條之情事。以期間末日之終了。爲期間之滿了。證九一九四項舊滿三〇八三一二民訴一六六

刑訴一五二項

本條之規定。乃前條規定之當然結果。似不待言。然在本邦。往往向有反對之慣習。故特做各國之法律而設之。但依商法第二百八十三條。若有法律上或慣習上之取引時間。譯者按其例。然民法一般之規定。則不認取引時間。其初政府所起之稿。雖設此規定。而見削於衆

午後四時休業

則債務之期限。以其時間之經過。不待其日之終。卽爲期間之滿了。雖外國亦不乏

議院。其理由。似止謂本邦人未慣此嚴重之風習。然於商業。則必需有此規定。故商法則設之。

第一百四十二條 期間之末日。若當大祭日、日曜日、其他休日。則限於其日有不爲取引之

慣習時。期間以其翌日爲滿了。財四六九。舊商三一五一。民訴一六六二項。

本條於各國之法律。亦多其例。乃推測立法者當事者等意思而定之。蓋時效、履行契約等。其期間之末日。若爲休日。則時效不得而中斷。契約不得而履行。不能不坐待時效之完成。或任契約不履行之責。不無稍酷。但依立法論。此規則之適用。限於以日定之期間。亦非無此理。然嫌其軼於本書之範圍。茲不具論。

在西洋。日曜日大祭日等。各人大抵皆休其業。以不爲一切取引爲常。故徧用本條之規定。或無不妥。我邦則日曜日大祭日等。休業者甚少。未有如西洋之慣習。若一律用此規定。頗陷於不當之結果。故本條於此等日。限於有不爲取引之慣習者。適用此規定焉。

本條所云其他休日。乃言各地方慣習上之休日。例如一月二日雖非大祭日。往往有休業之習慣。又民神之祭禮。譯者按民神之土神。猶吾國之社日也。亦多有休業之習慣。又舊外國人居留地。於耶

穌教之祭日。則休其業。是也。

第一百四十三條 定期間若以週月或年。則從歷算之。

若不由週月或年之始。起算期間。以最後之週月年。相當於其起算日之日前。作為滿了。若以月或年定期間時。最後之月。設無相當之日。則以其月之末日為滿期日。項九二一

○八民訴一六六一項刑
四九一項刑訴一五二項刑

本條之規定。亦為推測立法者當事者等之意思而定之。蓋立法者以為。當事者等不以日定期間。而以月年等定之。則推測其意。固以不從日數計算。而從歷算之。為允當矣。

以週月年定期間時。若由週月年之初起算。則從歷固為極易。若由其半途起算。則計算頗難。例如期間之初任為某曜日。或有疑其所謂一週。當由翌週之日曜日至於土曜日。為計算者。又以某月之某日為期間之初。則所謂一箇月。有疑為翌月全月者。又以某年之某月某日。為期間之初。又有疑所謂一年。為全翌年者。不然。則又有疑其當以含此日之月或年。視為一月或一年而計算之者。雖然是等云云。於立法者及當事者等之意思。甚多不合。故本條做外國一般之例。採別種計算法。其計算法。依第四百十條。不以期間之初日算入。而由其翌日起算。從翌週翌月翌年。順次計數。以最終之週月年中。正當起算日之前日。為期間滿了焉。例如期間之初日。當某週之金曜日。若言三週間。則由翌週數之。以第三週之金

曜日爲期間滿了。蓋初日之金曜日。不算入之。故起算日爲土曜日。由是其最後之週之相當日。卽土曜日。其前日爲金曜日。是爲滿期之日。又例如在無閏之年。譯者按陽曆無閏之日。二十年一閏。閏年則二月爲二十九日。卽漢四分歷意。以二月二十八日爲期間之初日。若爲五箇月期。則以七月三十一日爲滿了。何則。初日之二十八日。不算入之。由翌三月一日起算。以其翌月第五箇月之八月中相當日。卽一日。其前日爲七月三十一日。是爲滿期之日。又例如以閏年之二月二十九日爲初日。若爲二年期。則以翌年起數之第二年二月二十八日爲期間滿了。何則。爲初日之二十九日之翌日。卽三月初一日。是爲起算日。相當於此之第三年分三月一日之前日。卽二月二十八日。當以爲滿期日也。

月有二十八日。有二十九日。有三十日。有三十一日。故於最後之月。無相當之日者不尠。例如由一月三十一日起算。數一箇月之期間。則翌二月無相當日。又以閏年之二月二十九日爲起算日。而數三年之期間。則第四年之二月無相當日。此等處果應如何。曰。當以其月之末日爲滿期日。卽於前第一例。以二月之二十八日或二十九日爲滿期日。於前第二例。以二月之二十八日爲滿期日。蓋此等情事。從歷而算月數。已生一日至數日之餘賸。若更加翌月之日數。將益有多餘。譯者按此言翌月大於本月時。雖然。設扣除末月之日數。則全非從歷之意。此

本條第二項但書。所以以其末月之末日爲滿期日也。

第六章 時效

時效 (usucapio, praescriptio longi temporis, usucapion, prescription, Ersitzung, Verjährung) 云者。因時之經過。而爲權利之得喪之謂也。就時效之性質。有種種之學說。如舊民法。以之爲法律所推定。乃證據之一種。於證據編規定之。是無論從沿革上言。從學理上言。均頗不妥。爲新民法所不採。蓋羅馬法中。以時效爲非證據。乃取得或消滅之原因。不可爭也。又縱令當事者於其權利。有移轉或不拋棄之確證。時效則猶生效力。故謂之爲法律所推定。有頗難說明者。且如取得時效。尤因占有者之善意惡意。不同其時效之期間。則終非推定說之所可解釋矣。

抑時效乃爲公益而設。蓋權利在永不確定之狀況。必大害取引之安全。所影響於社會之經濟者不尠。而權利者以自已之權利。付之等閑。殆爲不願法律之保護者。此即使之失其權利。亦未必可謂過酷。況狡猾之徒。更不保無已既失其權利。偶知相手方無其證據。遂居爲奇貨。利用舊證文。以謀博不正之奇利者乎。似此則人人於各種受取證。及其他證書。必且保存於永久。是豈實際所可行乎。立法者有見於此。而設時效之制。儘其經若干歲月。終

怠於行使其權利者。直令失其權利。一則戒怠慢之權利者。一則欲狡猾者流。不得逞其詭策也。

時效不可與豫定期間 (délai préfixe) 失權期間 (præclusive Befristung) 或除斥期間 (Ausschlussfrist) 相混。舊民法爲行使訴權。所定於法律之期間。皆以之爲時效。註九是爲極無理由。亦頗有危險。蓋法律欲特速其權利之行使。而設豫定期間。因中斷、停止等情。其期間將大有延長之會。由是而立法者有空其希望之虞。本法中。時效則明示其爲時效。他之法定期間。皆爲豫定期間。不得適用時效之規定焉。

時效有二種。取得時效 (usucapio, usucapion ou prescription acquisitive) 及消滅時效 (prescriptio longi temporis, prescription extinctive ou libératoire, Verjährung) 是也。取得時效。謂因某期間爲占有而取得權利。消滅時效。謂因某期間不行使權利而喪失之。此二種之時效。雖稍異其性質。其規定則大抵相同。故本章先於第一節。揭二種時效公共之總則。次於第二節。載取得時效特別之規定。終於第三節。設消滅時效特別之規定。

第一節 總則

一 時效之效力

第四百四十四條 時效之效力。遯其起算日。一 證九

本條規定時效當由何日生其效力。蓋以純理言之。時效當因時之經過。生其效力。故不得不謂經過法定期間之後。始有效力。雖然是頗不便於實際。何則。因時效而得權利者。若認其從期間滿了時始得權利。以前則權利尙屬他人。則如以物之果實爲例。期間滿了前之果實。皆生必返還於前所有者之結果。似此則前所有者得對於占有者。請求十年或二十年間之果實於一時。占有者或轉以拋棄其物之所有權。爲有利益。且即遯所以設時效制度之故而思之。於十年或二十年間。存此不確定權利之情狀。正欲以事實視爲權利。就此不確定之情狀。全不得再提起法律上之問題耳。而前所有者。則必將提起十年或二十年之前之事實。證明自己之權利。以冀得時效成就前。由物所生之一切利益。故本條以時效之效力。爲遯其起算日焉。例如得二十年之取得時效者。不視爲二十年之後。始得其所有權。由其得占有之初。已視爲取得其所有權者。二 項六 三又即在消滅時效。若時效成就之後。債權始爲消滅。則債權者得請求其以前之利息。由是而債權成就前時效果否存在。得爭之於法廷。恐所以設時效之立法精神。有不能貫徹之慮。此所以有本條之規定也。例如甲對於乙有債權。不行使其債權已及十年。乙之債務。非視爲十年以後始免。由甲怠於行使債

權之初。已視債權爲消滅者矣。

第一百四十五條 時效非當事者援用之。則裁判所不得依之而爲裁判。證九六
一項

時效之制度。乃基於公益上之理由而設。蓋無人不以爲然。大概言之。當事者縱不援用。但法廷中判事既見時效之成就。似得卽據此以爲裁判。雖然是恐轉不便於當事者焉。蓋若問良心。非實因不得已。當不欲援用時效。故當事者由他方法。有得伸張其權利之望。其時多不肯故意援用之。或且有與其援用時效。甯受相手方之請求者。然則裁判所若得強以時效之利益。不問其可由他方法。有其權利。或免其義務。但令爲因時效而得權利或免義務者。是爲動輒視人爲道德之賊。否則強並無權利或免責之證據之當事者。與以本人所不欲之利益。由設時效制度之精神而言。實不得不謂爲無用之干涉矣。蓋謂時效爲公益上必要制度者。正恐長日月間。在不確定之地位。必致訟廷糾葛。生計擾亂。或轉開僥倖之端。狡者遂以證據湮滅爲奇貨。其弊至不可勝言耳。然今之當受時效保護者。自不願得此保護。殆欲提出正確之證據。以爭是非曲直於法廷。此時卽不用時效之規定。生計上亦罕有因此而擾亂者。又卽使其人訟不得直。亦所自甘。無庸強其必能得直也。況其人所以不援用時效。大抵本有明確之證據乎。此所以各國法律。大率皆用與本條規定同一之主義。

也。

第一編 總則 第六章 時效 第一節 總則

二 時效之拋棄

第四百四十六條 時效之利益。不得豫拋棄之。○證一○

本條之規定。所以證時效爲基於公益之制度。蓋時效乃立法者所不得已而設之。當事者亦不得已而援用之。而其不得已之時。若無時效之制度。當生有害公益之結果。由是設此制度。既設之。則當時效尙未成就。當事者常以其權利爲確實。不復思證明之困難。輕信其無論何時。如有必要。卽得證明其權利而伸張之。於是往往有肯豫拋棄其時效之利益者。然經十數年之星霜。證據漸歸湮滅。若相手方不認其人之權利。則不得不爭之於法廷。爭之於法廷。須提出確實之證據。而今已無復存者。其將奈何。至是必悔恨無及。此所以有本條之必要也。但當時效成就之前。止拋棄已過時期之利益。則無不可。是卽謂爲承認相手方之權利。以中斷其時效可也。次三項條

三 時效之中斷

第四百四十七條 時效因左之事由而中斷。

一 請求

二 差押假差押或假處分

三 承認 證一〇九

本條以下至第一百五十七條。乃關於時效中斷 (interruption, Unterbrechung) 之規定。時效中斷云者。及時效之尙未成就。使消滅其已過時期之利益。更爲新時進行之始之謂也。本條先列舉中斷之原因。而其總括各原因之立法理由。則所以爲時效者無他。專使怠慢之權利者失其權利。蓋以明確其不明確之法律關係爲目的。故權利者若明其權利而並無怠慢。則無庸復適用其時效矣。請就左之各原因論之。

第一 請求

茲之所謂請求。包含一切方法之請求。卽從裁判上之請求。直至口頭催告。皆有時效中斷之效。但裁判外之請求。其實際苟非由執達吏爲之。則至後有爭端。難提出爲已爲請求之證據。

第二 差押、假差押或假處分

茲所列舉。雖多行於請求之後。然(一)則偶有不爲請求而行之者。例如據公正證書。卽爲差押是也。(二)則卽行於請求之後。尙有必爲時效中斷之原因者。是無他。中斷後之新時

效。其起算點不同。例如明治二十九年五月一日起訴。至是年九月三十日。裁判可確定爲得直。新時效固應由其確定之日。更爲進行之始。然若於十二月一日始爲差押。至十二月三十一日。乃終其一切之執行手續。則裁判確定後進行方始之新時效。復因差押而被中斷。當更由翌年明治三十年一月一日。爲新時效進行之始。惟差押若爲不生時效中斷之效者。則此於時效之成就。可早三箇月耳。七一五

譯者按差押乃官爲收執其物。差非吾國差役之差。押亦對物而言。非收押人犯之押。差押有二原因。不外追其所欠。一欠債項。二欠訟費。皆可以差押償之。所謂一切手續。卽競賣等事是也。競賣稱拍賣償欠之外。其餘還之本人。此所謂得直。乃判定其占有或負債爲無背於法耳。其利息及訟費。有當償者。則必償之。若或未償。終且出於差押。故得直後兩月。亦可有差押之事。假差押或假處分。謂不遽動其本物。但收執之。令別納款項後。復取回也。差押之不生中斷之效者。見下。

因留置權者。先取特權者。質權者。或抵當權者之委任。或申請。從競賣法而爲競賣。或質權者。依民法第三百五十四條。以質物直充辨濟。此其行爲。頗有類於差押。故立法上。或以之爲債權之時效中斷之一原因。亦非無理。然在現行法之解釋。則本非差押。當然不得爲時

效中斷之原因。惟於實際。多當爲有債務者之承認者。故常可爲此而中斷其時效。三五四
競賣法

○三一項八二二一項二七二項三項二號二九一項三〇三之二二項民訴六五八一
號六六二六七一項一項非訟事件手續法八一二項八三之一項可以參照

第三 承認

承認云者。應受時效之利益之人。表示其甘認相手方之權利之意思。是也。此承認。有以書面者。有以口頭者。有明示者。有默示者。例如債務者對於債權者。求其猶豫。付其利息。占有者對於所有者。以償還費用爲請求。或應所有者之請求而償還其果實。則默示之承認也。蓋承認者。既認相手方之權利。故相手方信其人之後日。未必有不認之事。此亦人情。若此爲怠慢者。卒因時效使失權利。未免已酷。且其權利。因承認而一旦遂爲明確。故以承認爲中斷之原因也。

第四百四十八條 前條之時效中斷。止於當事者及其承繼人之間。有其效力。一證〇

前條所規定時效中斷之方法。皆對於某一人之行爲。止對於其人爲有效力。(Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesset potest) 凡某人之間所爲行爲。不得害他人或利他人。故時效中斷

之方法。亦止於當事者及法律所同視之承繼人。其間爲有效力。是與因占有中斷之時效中斷。所以異也。四一六

第四百四十九條 裁判上之請求。於訴之却下或取下時。不生時效中斷之效力。證一一一
 本條以下直至第一百五十三條。規定因於請求之時效中斷。其首為裁判上之請求。是為起
 訴之請求。乃請求之最有力者也。而此種時效中斷之效力。當因訴之提起即訴狀之提
 出而生。民訴一九蓋無疑義。參觀一五一雖然。此請求。必為法律上有效之件。以故以下三端。能
 使請求不生其效力。

第一 請求之却下

此為於本案之審理。以其請求為不當。而却下之者也。或曰。此時之原告。當認為全無權利
 者。故不復生時效中斷之問題。而此層之條文為贅。是則誤矣。時效中斷。對於特定承繼人。
 亦有效力。既為前條所規定。前條文僅言承繼人。故非特定承繼人。亦在其內。○特定承繼人已見百二○條下然判決之效力。止於
 當事者間。而不及特定承繼人。故請求被却下時。在當事者間。雖認原告為無權利者。故不
 復生時效之問題。然對於特定承繼人。則為判決之效力所不及。故此請求若仍存時效中
 斷之效力。則對於特定承繼人。必為時效之仍有中斷者。例如對於不可分債權者。四二連
 帶債務者。四三及保證人。四五七亦非判決之效力所及。然時效中斷之效力則及之。故若
 被却下之請求。仍存時效中斷之效力。則是等之人。既不得以有利益於己之判決為對抗。

而又不受不利益判決。即指以其請求不足中斷時效。又之對抗。却因被却下之請求。受時效中斷之利益。是則惟有生最不當之結果而已矣。故被却下之請求。不可不明其不有時效中斷之效。此本段之所以非贅也。

第二 訴訟之却下

此為據管轄不同及其形式上之有缺。却下其訴者也。其始政府所提出之原案。止云却下。是本段與前段。皆在其內。毫無疑矣。然以衆議為加訴之二字。遂有疑止斥言本段情事。特以前段之情事為除外者。雖然。如所已述之前段情事。若以時效中斷為有效。可生最不當之結果。故不能斷定立法者之真意。果為如此。蓋訴之却下字樣。非於民事訴訟法中。有一定之意義。或為本段情事之意味。或為前段情事之意味。參觀民訴二二九二四七二四八故不得因加入訴之二字。即視本條之意義。為有變更。可參照一五二條。關於參加破產手續之請求。因却下而失其時效中斷之效力。意者謂止云裁判上之請求却下。嫌其似止就請求之却下而言。故必加此二字乎。衆議院特別委員會中。提出右之修正意見者。蓋誤解為請求却下之際。不生時效中斷之問題也。在舊民法。因管轄不同及他形式之有缺。却下其訴時。仍有時效中斷之效。却止以請求之却下。為無中斷之效者焉。證一一一號因管轄不同及形式有缺而却下其訴。仍以為可生時效中斷之效者。不乏其例。雖然。新民

法以一切之請求。皆得為時效中斷之原因。故原告若豫為催告。即足以中斷其時效。故裁判上之請求。因形式有缺而不生中斷之效。對於原告。亦不可為過酷。而違法之訴。法律上又本為無效。本條所以於形式有缺而被却下之訴。亦不使生時效中斷之效也。譯者按第

衆議院添訴之二字而設。兩種却下。其說頗不
易辨。旋似衆議院不當加此二字。致生糾葛。

第三 取下

此為原告自拋棄其訴訟。或因休止其訴訟手續。延至一年之久。視為取下其訴者。皆是也。

民訴一八
八三項

第一百五十條 支付命令。若失其權利拘束之效力時。不生時效中斷之效力。民訴三八九一
一項三九一

○二項

本條就以督促手續為請求者規定之。此項之請求。因支付命令之申請。當生效力。民訴三
八二

蓋債權者之行爲。以申請爲止。其送達乃當由裁判所爲之者。故普通之訴訟。以提出訴訟

生時效中斷之效力。有反對之裁判例。見法學志林七卷
八號四頁法律新聞二三三號七頁然此支付命令。苟亦失法律上之

效力。即不得失時效中斷之效力。例如民事訴訟法第三百九十一條第二項之情事。即

支付命令之當失中斷之效力者也。

第五百五十一條 因和解之呼出。若相手方竟不出頭。或和解不調。則非起訴於一箇月內。

不生時效中斷之效力。任意出頭時之和解不調。亦同。四、民訴〇九一項二號一

本條就因欲和解而呼出相手方於區裁判所。或與相手方共出頭於區裁判所等情。爲之規定。此其呼出或任意出頭。皆爲請求之一法。當生時效中斷之效力。雖然。僅此呼出或任意出頭。若當事者既不眞爲和解。又不竟爲訴訟。則認此權利者。爲有充分伸張其權利之意思。殊未必然。故本條於呼出者。其相手方之不出頭。又無論呼出或任意出頭。其和解之不調。必於一箇月內起訴。否則無中斷時效之效。八、民訴三七

第五百五十二條 破產手續參加。或債權者取消之。或其請求已被却下時。不生時效中斷之效力。五、商一〇二八

本條就請求之又一方法。所謂破產手續參加者。爲之規定。雖此與裁判上之請求。殆無以異。然其手續正自不同。固不得以此爲訴之提起。雖然。債權者伸張其權利之意思。此實最爲明確。故以此爲時效中斷之一原因。惟此僅法律上存其請求之效力者爲然。若債權者已取消其參加。或破產裁判所已却下其請求。〇二七則無復時效中斷之效。

破產手續參加云者。申請破產或呈明債權是也。七、商九七八一項一〇二三三十

第一百五十三條 催告非於六箇月內。爲裁判上之請求。爲因和解之呼出或任意出頭。爲

破產手續參加。爲差押。爲假差押或假處分。不生時效中斷之效力。一證六一

本條就最普通之請求方法。所謂催告者。爲之規定。催告云者。非必由執達吏。普通由書面或口頭爲之亦可。惟普通之催告。後日難於作準。故非由執達吏。則多以有收據之郵信之類爲之。

新民法矯外國多數之例。爲最易中斷時效之方法。此不過欲免其糾纏涉訟之弊耳。雖然。片言之催告。不得謂權利者伸張權利之意思。業已十分明確。故所生時效中斷之效力。欲其永久存續。權利者必於六箇月內。更取最強力之行使權利方法。卽必爲裁判上之請求。依督促手續之請求。自必亦包含在內。因和解之呼出或任意出頭。破產手續參加。差押。假差押或假處分等事。

第一百五十四條 差押。假差押及假處分。若因權利者之請求。或因不合法律之規定。而被取消。不生時效中斷之效力。一證一七

本條及次條。就差押假差押及假處分。而爲規定。蓋此等事爲權利者表明其伸張權利之意思。實爲最著。但是等行爲。若全失法律上之效力。則應併失時效中斷之效力。固所當然。

例如民事訴訟法第六百五十條第三項、第六百五十三條、第六百五十六條第二項、第七百十六條第三項、第七百二十一條第三項、第七百二十三條、第七百四十六條第二項、第七百六十一條第二項等情是也。雖然差押若爲適法，則其差押苟非因權利者之行爲而取消，亦不當失時效中斷之效力。民訴五〇一、七四、五二、七四、七二、五四、八一、五四、九四、九等

第一百五十五條 差押、假差押及假處分，若不對於受時效之利益者爲之，則非以之通知其人，不生時效中斷之效力。

差押假差押及假處分，動有對於非能受時效利益者爲之之事。例如對於債務者由抵當而來之不動產，爲差押或假差押，又如對於保管他人所占之不動產之第三者，爲假處分。其人皆非受時效之利益者，故非特地通知其人，而卽生時效中斷之效，則其人於不知權利者行使權利之間，時效已遭中斷，是與中斷之原理相反，卽實際亦頗嫌過酷，故本條特規定之。

第一百五十六條 爲能生時效中斷之效力之承認，其於相手方之權利，不要有處分之能力或權限。證二

本條就時效中斷之第三原因，所謂承認者，爲之規定。第四百十七條，既論任用何等方法

之承認。皆生時效中斷之效。惟此承認。要有何等能力或權利者爲之。猶恐稍有疑義。蓋不爲承認。則時效完成。當即取得權利或消滅相手方之權利。今果爲承認。則時效中斷。非更經長日月。不完成其時效。故從其效力觀之。此承認。殆與拋棄權利或負擔債務無異。故若無明文。則疑其爲此承認。必要有處分之力或權限矣。不知承認之爲物。非拋棄既得之權利。或認他人所不有之權利。不過適如事實而認之。故相手方若至真無權利。則固可爭之於後日。惟於其明明有權利時。若時效不被中斷。則因其時效。而消滅相手方之權利。因其承認。則權利爲猶存。但認他人之權利。不過保存其財產。或利用之之方法。即純然爲管理行爲。例如借受他人之物。至期限而不返之。必任損害賠償或其他之責。故速返還之。不過爲保存財產之方法。又例如以金錢充債務之辨濟。則可謂爲利用其金錢之方法。然返還借受之物。以及辨濟債務。乃承認他人權利之最著者。此既爲管理行爲。則凡以承認爲時效中斷之方法者。必皆爲管理行爲。故本條以爲有爲管理行爲之能力或權限者。皆得爲右之承認。例如準禁治產者。後見人等。即不得保佐人親族會等之許可。亦得爲之而有効也。

八二一
一三〇
三九二
九九四

第一百五十七條 已中斷之時效。由其中斷事之終了時。更爲進行之始。

因裁判上之請求而中斷之時效。由裁判之已確定時。更爲進行之始。○一六二一〇四二項一三

本條定時效中斷之效力。蓋時效若被中斷。則從來所經過之期間。不得復算入時效期間之內。然中斷之後。可更始其時效之進行。而其起算之日。則在中斷原因終了之時。例如破產手續參加。則由其手續已終了時。差押則由差押所生一切執行行爲。凡競賣配當等盡了之時。譯者按競賣即拍賣配當即攤派催告則由其到達相手方時。爲新時效進行之始。而裁判上之請求。則以裁判確定之時。爲請求終了之時。故應由此時始進行其時效。此本條所規定也。依舊民法及外國多數之例。往往中斷之後。輒變其時效之性質。頗多其初短期而變爲長期者。然本法不採之。蓋承認裁判等。皆止認向來之權利。絕非變其權利之性質。而時效之長期短期。則專關權利之性質如何。故性質不變而變短期時效爲長期時效。殊爲無謂。

四 時效之停止

第一百五十八條 於時效之期間滿了前六箇月內。未成年者或禁治產者。若不有法定代理人。則由其人爲能力者或法定代理人既就職時之六箇月內。不對之而完成時效。一三

本條以下至第六十一條。乃關於時效停止 (suspension, Hemmung) 之規定。時效之停止云者。非謂已過期間。歸於無效。惟停止原因之存在時。暫停其時效之進行。及其原因既畢。非經過一定之期間。則不完成其時效耳。是與中斷大異。但在舊式之法律。大抵停止原因尚在之期間。則全扣除之。合停止以前之期間。與停止以後之期間。以計算時效期間。然此有當論之理由。具詳於後。在新民法。則不過於時效之終。有一時停止之事耳。

時效之有停止時。皆事實上不得行使權利之時。蓋時效本因權利者怠於行使權利而生。若不得行使。即不得謂之怠。特不謂其時效爲可進行耳。法國語云。對於不得爲有效之訴追者。不進行其時效。

本法認四種停止原因。(一)以無能力者之故。所有一般停止。(二)無能力者對於其法定代理人或妻對於夫之特別停止。(三)關於相續財產之停止。(四)因事變之停止。是也。本條就右之第一原因。爲之規定。

向來因欲保護未成年者或禁治產者。其無能力之間。時效全應停止。其例最多。是於保護無能力之點。似無間然。然審相手方之利害。實有可憫。蓋其人若爲平人。十年至二十年。則三十年之應得時效之利益。會其人爲無能力。若爲未成年者。則可動經四十年。而不完國各成時效。若爲禁治產者。則應幾十年後時效始爲完成。殆不可料。似此則不可望其得取引

之安全。因而妨社會之信用。實非輕渺。近來立法者大有見於此。思索種種方法。以矯其弊。如舊民法。亦已稍稍執此方針。特有未盡者耳。試就其理由以說明之。依證據編第三百零一條第二項。未成年者及禁治產者。以最後一年。時效爲有停止者。此較法荷意等之制。雖已大進。然仍於未成年者可有四十年。於禁治產者可有終身間。不完成其時效。夫正以無能力者。不能自保衛其利益。故法律自必特保護之。然何可因此而害取引之安全。妨信用之發達。今未成年者及禁治產者。必附以法定代理人。而爲此法定代理人之責任。設詳細之規定。有必要時。則令供其擔保。舊民法認此爲法律上之抵當。新民法則不認之。惟親族編中。規定後見人因親族會之請求。應供相當之擔保。九

三 保護無能力者。可謂已至。而於種種情事。法定代理人。代本人行使權利。皆當無怠。若怠之。則得對之請求損害之賠償。故無能力者所蒙損失極少。本法所以於無能力者有法定代理人時。毫不阻其時效之進行。惟於法定代理人之有缺時。無人爲無能力者保護利益。則非暫止其時效之進行。事實上於無能力者不能行其權利之間。時效有不免忽爾完成者。此時必儘其無能力者爲能力者。或後任之法定代理人就職。自不待言。且必於其後六箇月內。不完成其時效。是無他。非調查書類等。多不能知其權利。若調查之。必有相當之期間。故也。但此非絕對停止其時效之進行。止於時效垂成。則不能於右之期間內。竟完成耳。

例如二十年之時效。已過十九年十箇月。更二箇月即將完成。適其時權利者死亡。其相續人爲未成年者。若於此無當然之法定代理人。則必先令其選任法定代理人。此時其被選任之法定代理人。非經過六箇月。不完成其時效。由是而時效之完成。當寬至四箇月有餘。此事即依後之一六〇所規定。亦由相續之日至少六箇月間。不完成其時效。又例如對於未成年者。十年之時效。既過九年九箇月。更三箇月即將完成。若此時其法定代理人辭任。更於親族會選任其後任者。則非選任者就職後再過六箇月。不完成其時效。此時時效之完成。至少當寬至三箇月有餘。又例如對於禁治產者。二十年之時效。已過十九年八箇月。更四箇月即將完成。適禁治產之後見人死亡。暫缺其法定代理人。乃以禁治產者。心神既復其常。即乘此請求。取消其禁治產。遂將有取消之裁判。此非由裁判後六箇月。不得完成時效。故此其時效完成。當寬至二箇月有餘。

禁治產者之後見人。往往有以法律定之者。九九〇三此其禁治產之宣告。生其效力之時。即有法定代理人。人事訴訟法五二故不能適用本條。是在立法論或當以之爲缺點乎。

第一百五十九條 無能力者。對於其管理財產之父母或後見人所有權利。則由其人爲能力者。或法定代理人既就職時。六箇月內不完成其時效。妻對於夫所有之權利。由婚姻

解消之時。六箇月內亦同。一三三四

本條就無能力者對於其法定代理人。或妻對於夫之特別停止。爲之規定。蓋無能力者之權利。其法定代理人行之。故若無能力者。對其法定代理人有權利時。其法定代理人。往往有對於自己不行其權利者。然無能力者既不能自保衛其利益。又他人則不但無代理權。九一五四號即人一九九後見監督人即有代理權然從不管理被後見人之財產故於必需中斷時效之權利其不及知也尤多

併不知其權利之有無及條件等。故不能代行其權利。然其權利則當罹時效而消滅。無能力者之地位。豈不可憐。本條所以非無能力者爲能力者。或後任之法定代理人就職後。經過六箇月。不完成其時效焉。本條所云無能力者。止言未成年者與禁治產者。故亦可如前條用此字樣。其下尙有管理財產之父母或後見人。一語也。且以明父或母有無管理權者。八九七。八九九。又有特不令法定代理人管理之財產。八九二。九三六。故本條止適用於法定代理人所管理之財產。故其文法必須如此。

夫非當然爲妻之法定代理人。又雖爲其代理人。亦多與妻之能力。無何等之關係。據八〇四二。八夫以管理妻之財產爲原則。然此與妻之無能力。毫無相調。故不妨以契約變更之。惟據七九一。則妻爲未成年者。夫有行後見人職務之事。此時則夫爲無能力者之法定代理人。故右之規定。當然有難適用於妻者。然夫自有對於妻之權力。故妻不能對之。行其權利。其事良多。或曰。此正可謂夫婦之利益相反。妻無庸受夫之許可。一七六號不知以妻訟夫。實

際頗難。若妻對夫所有權利，亦依一般之規定。同罹時效，則妻之權利，有動致消滅焉。爾故此權利，非由婚姻解消時再經六箇月，不因時效而消滅焉。

本條及前條，關於無能力者死亡之情事，無何等之規定。是以有次條爲之規定故也。

第一百六十條 關於相續財產，由相續人之確定，管理人之選任時，或破產之已有宣告時。

六箇月內，不完成時效。財五、四六、二七項，證

本條乃認關於相續財產之特別停止原因。蓋相續一事，直至相續人之確定，要經若干日。有時因無相續人，當選任一時，管理人管理相續財產。又有時因被相續人停止支拂，當爲破產之宣告。依民法二、於已有未資分散之宣告時，當由其時起算。本條之期間，在破產法案一三四相續財產不能辨償被相續人負債之全額時，亦得爲破產之宣告。

此等處若不停止時效，則被相續人之權利，或於相續人未確定前，或於相續人、管理人、破產管財人等未知其有權利之前，其權利必且因時效而消滅。又對於被相續人有權利者，亦因無可訴之相手方，不得中斷時效。遂至不得已而坐視其完成，或卽有相續人，權利者尙未知之，遂不能於時效完成前請求及此。故本條由確定相續人選任管理人，或有破產宣告時，非再過六箇月，不完成其時效焉。但從立法論，以被相續人之權利與義務，爲同一之規定，或不得爲允當。是蓋以對於被相續人有權利者，得依民事訴訟法第四十六條，使

裁判所選任特別代理人也。然此不在本書之範圍。故不復論。

第六十一條 當時效期間滿了之時。若因天災及其他不可避之事變。不能中斷時效。

則由其妨礙已止之時。二週間內不完成時效。三六一

本條就因事變之停止。爲之規定。蓋時效之有停止。乃事實上不得行使權利者。將因時效而失其權利故耳。故因事變而不能行使之時。若獨不止其時效之進行。權利者必生過酷之結果。此所以有本條之規定也。例如十年之時效。當其既過九年十一箇月二十五日之時。因洪水而交通盡塞。數日之間。竟無中斷時效之法。依本條之規定。則從洪水既退。再經二週間。始完成其時效。其他戰亂震災等皆同。

據第五百十三條。若由催告而中斷其時效。則非更於六箇月內。以絕頂嚴重之方法。表明其行使權利意思。仍無時效中斷之效焉。然設其六箇月之期間。方將滿了。而遭遇本條之事變。則如何。曰亦依本條之適用。在事變既去後二週間內。當不完成其時效。

第二節 取得時效

本節就時效之爲取得權利之原因者。爲之規定。但就所有權。不於取得時效之外。別認消滅時效。限於甲因時效而得所有權。乙必因時效而失之。更俟第六十七條。有所論焉。

第六十二條 二十年間。以所有之意思。平穩且公然。占有他人之物者。取得其所有權。

十年間。以所有之意思。平穩且公然。占有他人之不動產者。若其占有之始爲善意且無

過失。則取得其不動產之所有權。證一三八、一四八

本條定所有者之取得時效。其原則於動產不動產之間。不設區別。共以二十年完成時效。是則取得時效。有二條件。一占有。二期間是也。其占有。(第一)要以所有之意思。(第二)要平穩。(第三)要公然。至其意義。雖當詳論於第二篇。然所有之意思云者。義如其文。謂行使所有權之意思。平穩云者。對強暴之詞。謂非因暴力而得。併非以暴力維持之。公然云者。對隱祕之詞。謂非特對他人。祕不使其知其占有。又期間既如所述。爲二十年。而其間要無間斷。餘更觀第六十四條所論。

右所論占有之三條件。皆爲要於時效期間中。繼續而存焉者。故期間中若缺右之一條件。

自當致時效之中斷。所有之意思中斷。則爲占有之中斷。此其可爲中斷之原因者。當於一六四條之下論之。又自始即缺其一條件。然

至後具之。則當由其時。爲時效進行之始。詳言之。則初止爲容假之占有者。若至有所有之

意思時。一八五、二四二初以強暴取得其占有者。若至不受前占有者何等之抗議。全爲平穩占

有時。或初以隱祕著手於占有者。若至爲公然占有時。則當由其時爲時效進行之始。

本條雖專就全無所有權而新取得之者爲之規定。然眞所有者。有他人於其所有權之目的物上。有物權時。或其所有權。因終期或解除之條件到來。應消滅時。遂爲其完全所有者。而占有其物。亦當受本條之適用。更參觀第二百十九條及第三百九十七條。

右爲合動產不動產。取得時效之通則。此外更有止關不動產之特別時效。此時效。其第一條件之占有。於前列分目之外。更要二目。(一)善意。(二)無過失。善意云者。對惡意而言。謂自信其眞爲所有者。無過失云者。謂己爲普通人所應爲之注意。例如一覽登記簿。賣主之非所有者。自當瞭然。其不一覽之而買取不動產。是卽爲有過失者。此二分目。與前項之三分目有異。惟須存於占有之始。其取得果實。要於收取時爲善意者。見一八九九第二條件之期間。則十年已足。其應繼續者則同前項。

或問。旣以不覽登記簿而讓受不動產爲過失。則本條第二項之規定。當於何等處見其適用乎。答之曰。例如詐欺者託爲讓受他人之不動產。請求登記所登記之。登記官吏見欺。竟爲登記。其後善意者讓受其不動產於詐欺者。又如登記官吏。誤以抵當之登記。不揭於登記謄本中。第三者不知其有抵當而讓受不動產。此外如因讓受不動產者。爲無權限或無能力。其讓受行爲已歸無效等情。皆是也。

仍舊民法及外國多數之例。則必有正權原 (justus titulus juste titre, Erbsitzungstitel) 焉。此羅馬之中世法律以來爲然。誠非無理。然就羅馬法之沿革觀之。初不過欲其爲無過失之善意占有。惟欲其無過失。故需通常一種權原耳。權原云者。謂如賣買贈與等。以權利讓渡爲目的之法律行爲。蓋縱爲善意。若因自己之過失。而信他人之物爲己物。安足受法律之保護。必有相當之理由。致此誤信。而於普通情事。非因賣買贈與等權原而取得其占有。不當有誤信之理由。以故生此原則。然在羅馬。卽設許多例外。縱無權原。但占有者果無過失。則亦以爲應受時效之利益焉。例如託代理人欲買某物。其代理人與他人不爲賣買契約。妄將其物攜來。飾爲因賣買而得者。以之引渡本人。其本人爲過失者。當受時效之利益。又例如無從知相手方之爲瘋癲者。與之爲賣買契約。情事亦同。云云。然至後世。誤解羅馬法之精神。以正權原爲絕對之條件。乃至不問過失之有無。止問權原之有無。殆可謂沿法文之末流而忘其本矣。蓋有權原亦有過失。無權原亦無過失者。其事正多。例如不覽登記簿而買不動產。最爲疏忽。不可謂非大過失。然其賣買成立。則不能不謂爲有正權原。但在新民

法。況言無登記則不得以讓渡等情。對抗第三者。故本文之賣買亦非登記不能爲正權原。而以之對抗於真所有者。然買受不動產於非所有者。常不能登記其賣買。由是本文之情事。非登記官吏有大小不注意之過失。而不爲登記。必無此事。又例如讓受不動產於人之妻。其受夫之許可與否。殊未確。後因夫不許可。取消其讓受行爲。則雖正權原而不能不謂

爲有過失者(財一八一、一項參觀) 反之而如前所引例之適用羅馬法時則雖無權原占有者亦無過失。然則苟必需正權原。則必保護前之有過失者。轉不保護後之無過失者。將陷於甚不當之結果。此本條所以斷不認正權原之必要。而專以無過失爲必要也。

據以上所述。不動產固有十年之特別時效。動產則一切無特別時效。似頗可怪。此無他。後於第九十二條。規定善意且無過失之占有動產。卽於取得占有時並取得所有權。故無庸復有時效。但以百九十二條之規定。卽爲時效之規定。名之爲瞬間時效 (prescription instantanée) 或卽時時效。自舊民法爲始。以至外國之法律。雖亦有此例。然由時效之性質言之。甚爲不當。蓋時效正謂時之效力。此必有若干之期間。如右云云。則所有權移轉於瞬時。毫無期間之必要。強云時效。矛盾已甚。故本法不視此爲時效。止以爲占有之效力。而規定之於占有章焉。

第六十三條 以爲自己之意思。平穩且公然。行使所有權以外之財產權者。從前條之區別。二十年或十年之後。取得其權利。證一四九三項

本條以前條之規定。準用於所有權以外之財產權。卽二十年間。以爲自己之意思。平穩且公然。行使所有權以外之財產權者。以取得其權利爲原則。更於行使其權利之始。若其行

使者。善意且無過失。則十年即取得其權利焉。

本條初用財產權 (droit patrimonial, Vermögenrecht) 字樣。故必於此說明財產權之爲何物。據余所信。財產權乃以得處分之利益爲目的之權利。物權、債權、版權、特許權、意匠權、商標權等是也。依法律之規定。如受扶養之權利。五七四至七九〇。九亦爲財產權。蓋此權利雖不得而處分。然其目的物。常爲金錢及他物。固得處分者。雖然。此權利不能依本條之規定而取得之。是無他。附屬於人之身分之權利。非有父子等身分者。不能有之。此不能因占有而取得。蓋本非財產權也。故如附屬其身分之受扶養之權利。亦不能因時效而取得之。然他財產權。則苟無法令所別定。皆得依本條之規定而取得之矣。

第六百六十四條 第六百六十二條之時效。占有者若任意中止其占有。或爲他人奪之。則爲

中斷。證一〇八一〇三六九

本條及次條。乃關於中斷取得時效之規定。蓋取得時效。亦同於消滅時效。當由前節所詳論之中斷方法。蓋民法證一〇五以下。而中斷。固無論已。然此外尙有取得時效之特別中斷方法。占有之中斷是也。蓋民法同上。所謂占有之中斷云者。謂占有已缺其要素。或失意思。或失所持。或併失此二者云爾。

第一 失意時。往往有不能於將來受時效之利益者。例如甲以乙所有之不動產。爲自己之所有物而占有之。其後因乙之請求。甲遂認乙之權利。同時又表示其爾後當爲乙以爲占有。此時甲全然失其占有。惟爲乙之代理人。而爲占有。名之爲容假之占有。(Possession précaire, unvollständiger Besitz) 此依第八十五條及第二百四條第一項第二號之規定。非更始其占有。縱歷幾十年之久。決不能受時效之利益。此無他。失其第六十二條所必要之所有之意思也。一六三謂之爲自己之意思

第二 失所持時。若爲他人所奪。則依後之二〇一條第三項。及二〇三條。於一年內提起占有回收之訴時。當視其占有爲繼續者。

舊民法。雖區別占有之不繼續。與其中斷。然此爲全無理由。故本法不別之。本條之中斷。當知舊民法所謂不繼續。亦包其內。至本條之適用。必於後占有之部。始得知其詳細云。更參觀第六十二條說明第二段

第六十五條 前條之規定。於第六十三條之情事。準用之。證一四九三項

本條不過如第六十三條之準用第六十二條。以前條準用於第六十三條之情事耳。至其適用。更觀於後之論占有。思過半矣。

第三節 消滅時效

本節就一切足為財產權消滅原因之時效。為之規定。但各種特別時效。更有特別規定。例如一般取消權之時效。六一地役權之時效。二八九至抵當權之時效。三九七害債權者之行爲之取消權之時效。六四二因不法行爲之要償權之時效。四七二行親權之父或母、後見人、後見監督人或親族會員、與子或被後見人。其間債權之時效。八九四相續權之時效。九九六相續之承認或拋棄之取消權之時效。二一〇因遺留分之滅殺權之時效。四一五等是也。更有商法之時效。以五年為原則。三四五至六商且商法亦多特別時效。二九三至四三

一七四至一三五。一五五至一七四。一七四至二八。二八至九。九至一六。一六至五。

第一百六十六條 消滅時效。由其得行使權利時為進行。

前項之規定。因第三者占有其始期附或停止條件附權利之目的物。自其占有之時。不妨其取得時效之進行。但權利者欲中斷其時效。無論何時。得求占有者之承認。五。一一二

本條之規定。乃普通所視為停止原因者。關於條件及期限實居主要之地位焉。蓋消滅時效。因權利者怠行其權利。縱有權利。可坐失之之故耳。是以不得從權利者未能行使權利

之時。爲時效進行之始。例如條件附行爲之目的權利。發生於條件成就之時。固不得於其發生前行使之。又期限附權利。儘期限之到來。或爲未發生。或爲發生而不得行使之。故是等權利之消滅時效。由條件成就期限到來之時。爲其進行之始。普通亦謂之停止原因。然進行未始而遽云時效停止。頗爲不妥。故新民法不認之爲停止原因也。

以上爲消滅時效之原則。雖然。此原則。毫無妨於取得時效之效力。例如爲期限附或條件附之債權目的之不動產。二十年間占有之者。不妨依第六十二條第一項之規定。得其取得時效。又如爲期限附或條件附之地役權目的之不動產。無過失而不知其有地役。十年間占有之者。不妨依該條第二項之規定。得其取得時效。或曰。有期限附或條件附之權利。儘其期限或條件之到來。其權利未爲成立。故不妨其時效之進行。非本然而不待言者乎。曰不然。(第一)設有期限附之物權。由當事者之意思。定其期限。多不過定其引渡此目的物。及他行使其權利之時期耳。此時其物權非因時效而消滅。則占有其目的物者。不能完全取得其所有權。然其物權。則疑其非從得行使之之後。再經過消滅時效之必要期間。當不消滅。(第二)即使從期限或條件到來之後。始能發生權利。凡由停止條件附行爲所生原權利者之始。期附或停止條件附權利皆屬此類。從登記法二二二條之規定。得依假登記。終期或解除條

三八、即本登。而以其權利對抗第三者。故或疑此取得時效之結果。其權利得無當然消滅乎。譯者按此其意謂假登記可對抗第三者。則或疑占有者即第。三項者。假登記時。已不啻中斷其占有之時效。無從復言消滅。有此二疑。本條二項。所以杜之也。推妨其占有者之取得時效。此亦可認而知之者也。

據以上所述。則必多消滅時效尙未完成。而取得時效早已完成者。甚至有消滅時效進行未始。而取得時效業已完成者。是雖從取得時效之原則。不得已而生此結果。然就其有權利而被消滅者言之。則頗可憫。是以本條第二項。復與以得求占有者承認之權利。蓋占有者若承認其人之權利。則取得時效。即占有者所以爲真所有者。而完全其所當因之而中斷。故其人得行此權利。妨其取得時效之完成。以爲將來行使其權利計也。

第六十七條 債權因十年間不行之而消滅。

非債權及所有權之財產權。因二十年間不行之而消滅。證日告三六一五五。六年十一月五號。出訴期一月。

則三一項二項。五項六項四。

本條規定普通之消滅時效。依本條。則爲消滅時效之原則者。財產權總當歷二十年而罹時效。而於本條又認兩種例外。一爲債權。是爲歷十年而罹時效者。一爲所有權。是爲從取得時效之結果而消滅之之外。不罹消滅時效者。

蓋時效之期間。各國雖不一其制。然外國多以三十年爲普通時效。此在交通之便未如今日之時代。宜然。今日則有汽船鐵道郵便電信。雖隔數百千里。僅數日至數十日。必可到達。況由通信而詳其情事。尤極易。故有權利者。縱在遠隔之地。行使亦不爲難。然且經二十年猶不行使。大率必甚怠慢者。更假以三十年之長期。未免失之寬大。故新民法縮短爲二十年焉。

右雖爲消滅時效之原則。然在債權。猶非無過長之憾。蓋債權與他權利異。行使多爲極易。又債權於普通之取引。尤爲關係叢生。此關係若多不確定。則釀經濟上之不便。爲患甚大。此在外國。令債權之罹時效。短於他權利。其例亦間有之。而在我邦。向於有期之債權。尤止五年即罹時效。今遽展爲二十年。或且生權利上之劇變。來取引界之擾亂。是以衆議院特短縮爲十年。但據余所信。我邦之版圖。日益加廣。且地勢南北狹長。千餘里外之島國。交通未必盡便。故以債權之時效爲十年。不能不稍嫌其過早。然此自屬立法論。茲不深言。

第六十八條 定期金之債權。從第一回之辨濟期。二十年間不行之。因而消滅。從最後之辨濟期。十年間不行之。亦同。

定期金之債權者。欲得時效中斷之證。無論何時。得求其債務者之承認書。一證一五二一

本條乃對於前條第一項之例外規定。蓋定期金債權。從第一回辨濟期得行使之。故依前條第一項之規定。從此第一回之辨濟期。歷十年而不得不罹時效。在政府本案。於此原不別設例外。然因衆議院中。短縮其債權之時效期間爲十年。於是定期金債權。將由第一回辨濟期。十年而罹時效。頗不免過短之譏。因特設例外。以之爲二十年焉。雖然。此定期金。不無以十年未滿之時期。了其辨濟者。且卽初爲長期。既過其大半之餘期。尤多卽以十年爲滿者。似此則從最後之辨濟期。非更過十餘年。不罹時效。將與前條第一項所規定。頗失其平。故此又從最後之辨濟期。十年完成時效。但依次條之規定。以一年以下之時期。所定之定期金。當罹五年之時效。故從最後之辨濟期。若過五年。其定期金債權。必已消滅。故本條第一項之末文。止適用於一年以上之長期。所定之定期金耳。

本條既已於定期金債權。亦以由初得行使之時。爲時效進行之始。則各期之辨濟。自當以債務者爲承認。爲時效中斷之方法。固不容疑。故以實際言。本條所定二十年之時效。於最後辨濟此定期金時。爲進行者。然此辨濟之證據。常存於債務者之手。而不存於債權者之手。蓋債權者若受其辨濟。則債務者常交付其受取證。而其由債務者給債權者以業爲辨濟之證書。則古今東西。舉無此種習慣。故長至數十年之定期金債權。債務者於二十年間

辨濟其定期金後。後忽援用時效以冀免其辨濟。債權者殆亦無如之何。何則。債務者若曰。汝未嘗對吾爲請求。吾亦無從對汝爲辨濟。迄今已完成時效。吾之債務。自爲消滅。而債權者竟不能以年年受其辨濟之證據對抗之。此所以有本條第二項之規定也。許債權者無論何時。求其債務者之承認書。卽所以使債務者不得爲如右之謾言也。

或曰。本條情事。各定期金。皆爲別個之債權。當由其各個之辨濟期。爲時效進行之始。此非也。定期金債權之爲物。乃請求定期金之元權。對於各定期金之債權。雖爲與期數爲同數之權利。然此各債權之根元權利。卽所謂定期金債權。非止爲各獨立債權之集合者。但當事者之意思。若明如或者之言。則固不在適用本條之限。

定期金乃謂定期應支付之金錢及他物。法語之朗得。德語之林的。(rente)是也。向譯之爲年金。然非無定爲月或半年等者。故以之爲定期金。金字雖常疑其當爲金錢。此實以普通多爲金錢。故云爾。不必定要金錢。如米穀等亦可。猶賃貸借所云賃金^六。○商法所云準備金也。商二一九四舊

第六百六十九條 以年或短於年之時期。所定以給付金錢或他物爲目的之債權。因五年間不行之而消滅。證一五六六年十一月五日告三
六二號 出訴期限則二四項三

本條以下。關於短期時效。以其第一爲五年之時效。而若利息、定期金、借貸、給料等。當按年或半年一月等支付。而不揭於以下數條者。皆當罹此時效。蓋此等物若不嚴重以爲辨濟。常可忽生債權者之障礙。故在慣習上。債權者既罕長怠於請求。債務者亦罕長怠於辨濟。且其額常不多。故罕長保存其受取證者。是所以設此短期時效也。

第一百七十條 左揭債權。因三年間不行之而消滅。

一 醫師、產婆及藥劑師。關於其治術、勤勞及調劑之債權。

二 工程師譯者按原
名技師 工師譯者按此木工
之長原名棟梁 及承攬人譯者按原
名請負人 關於工事之債權。但

此時效。從其所負擔工事終了之時起算。證一五七、六年十一月五日告三六
二號出訴期限規則一九項、二一項

本條及次條。關於短期時效第二種之三年時效。而本條所規定。則爲醫師、產婆、藥劑師及工程師、工師、承攬人之債權。是等債權。在慣習上。以速請求速辨濟爲常。且其債權。多有歷時過久則難於證明者。

關於工程師、工師承攬人工事之債權。則由其所負擔工事終了之時起算時效。蓋慣習上此等債權。常於工事終了後辨濟之。但在複雜之工事。若將於全工事告終始算時效。則時效未免太長。而卽論慣習。此等處之支付。亦常在每一種工事之終。例如新構邸舍。多有先

雇託工程師或工師建築房屋。乃由花匠承攬其裝飾園庭之事。其工程師或工師。於建築落成後爲辨濟。花匠則於裝飾終了後支付。故其時效。亦於工程師工師。從建築落成時。花匠從裝飾終了時。爲其進行之始。最爲妥當。此本條第二號之但書。所以云其所負擔工事終了之時也。

第七十一條 辨護士從事件終了之時。公證人及執達吏從其執行職務之時。經過三年。則關其職務所受取之書類。爲免其責。證一
六二

本條規定第二種之三年時效。乃爲辨護士公證人及執達吏。關其職務所受取書類之返還義務。蓋是等書類。以事畢後卽返還之爲常。且其人爲日日料理許多書類者。若就其書類。負甚久之責任。則每有返還之書類。必取回其詳細收據而永保存之。此究不堪其煩。故此等返還之書類。特縮短其時效期間也。

本條所謂事件終了。例如判結和解。取下等。是也。

第七十二條 辨護士、公證人及執達吏。關於職務之債權。從爲其原因之事件。終了之時。因二年間不行之而消滅。但從其事件中每事項終了之時。經過五年則雖尙在右之期限內。亦消滅關其事項之債權。證一
五八

本條及次條。就短期時效第三種之二年時效。為之規定。而本條所規定。乃辨護士、公證人及執達吏。對於雇託人之債權。蓋是等債權。常於事件之終。即行使之。甚至有事件著手之前。已多受其辨濟者。此所以特縮短其時效也。但其事件。複雜者多。且往往有涉及數年者。似此而仍必從事件終了後經過二年。完成時效。則或有歷十餘年。而是等債權猶不消滅者。故本條但書。從其每事項終了之時。若過五年。則必完成時效焉。例如辨護士。從其受事件之雇託。僅以五年。為其事件之落著。而其初墊付之提出訴訟所用印紙之價。即從提出訴訟之日。過五年後。即事件落著後。應即時完成時效。又若就每回之口頭辨論。計日受值者。從其各口頭辨論之日。經過五年。則不復能請求其日值也。

第一百七十三條 左揭債權。因二年間不行之而消滅。

- 一 生產者、譯者按 如農夫卸賣商人譯者按 批發店 及小賣商人。譯者按 零售店 所賣却之產物及商
品之代價。
- 二 居職人。譯者按 居家執業不奔走以類製造人。譯者按 謂專以勞力成器者 關於給事之債權。
- 三 關於生徒及習業者之教育、衣食及止宿之費用。校主、塾主、教師及師匠之債權。

證一五六六號一五七二號一五六〇六年十一月五日
告三六二號出訴期限規則一五六項七項二二項三項

本條規定二年時效之第二種。乃關於生產者、卸賣商人、小賣商人、居職人、製造人、校主、塾主、教師、師匠之債權。是等債權。其請求或辨濟。皆非可久怠者。故俟縮短其時效期間也。
第七十四條 左揭債權。因一年間不行之而消滅。

一 以月或短於月之時期。所定雇人之給值。

二 勞力者及藝人之賃金。並其所供給之物之代價。

三 運送賃。

四 旅店、酒食店、賃座、及娛遊場之宿泊費、飲食費、座費、場門錢、消費物代價並墊錢。

五 動產之損料。證一六〇。六年十一月五日。告三六二號。出訴期限規則一。二項。至四項。七項。八項。一〇項。一一項。一二項。三四項。三七項。譯者按損料。即修

費理

本條規定短期時效第四種之一年時效。乃關於雇人、勞力者、藝人、旅店、酒食店、賃座及娛遊場之債權。並其他運送賃及損料。是等皆以立時請求或支付為常。故其時效為最短期。實為至當。此所以有本條之規定也。

本條第四號所云酒食店。譯者按原者。當解為包括一切熟食店而言。屋。譯者按原文。稱居酒

類。屋。鳥。屋。牛。屋。等。屋。酒。謂。可。聚。飲。之。處。即。熱。酒。鋪。也。壽。夢。即。麵。天。蘇。羅。乃。油。炸。麵。裹。魚。蝦。蓋。類。之。一。種。食。物。屋。即。店。之。代。名。猶。言。家。也。吾。國。現。惟。稱。酒。肆。為。酒。家。日。木。稱。屋。正。此。例。爾。蓋。

不容疑也。

第一編 總則

第六章 時效

第三節 消滅時效

