

民法總則

朝陽大學講義

江庸題



# 民法總則目錄

緒論

第一章 民法之意義

第二章 民法之論則

第三章 民法適用之範圍

第一節 關於時之民法適用範圍

第二節 關於人及關於地之民法適用範圍

第三節 關於事之民法適用範圍

第四章 民法之解釋

第五章 民法上之權利

第一節 權利之意義

第二節 權利之分類

第一款 弁言

第二款 私權之分類一

第三款 私權之分類二

第四款 私權之分類三

第六章 民法上之義務

第七章 民法之參攷書

本論

第一編 總則

第一章 法例

第一節 民法之法源

第二節 誠信及善意

第二章 私權之主體

第一節 總論

第二節 人(自然人)

第一款 權利能力

第一項 權利能力之始期及終期

第二項 權利能力之範圍

第二款 行為能力

第一項 弁言

第二項 有行為能力

第三項 無行為能力

第四項 限制行為能力

第五項 相對人之保護

第三款 責任能力

第四款 住址

第五款 死亡之宣告

第一項 死亡宣告之制度

第二項 死亡宣告之法定時期

第三項 死亡宣告程序

第四項 死亡宣告之效果及其發生時期

第五項 死亡宣告之撤銷

第六款 人格保護

### 第三節 法人

第一款 概論

第一項 法人之沿革

第二項 法人之本質

第三項 法人之分類

第四項 法人之設立

第五項 法人之能力

民法總則 目錄

第六項 法人與社員之關係

第七項 法人之解散

第八項 外國法人

第二款 社團法人

第一項 社團法人之設立

第二項 社團法人之機關

第一目 概論

第二目 總會

第三目 董事會

第三項 社團法人之業務

第四項 社團法人內部之關係

第一目 社員之資格

第二目 社員之權利義務

第五項 社團法人之解散

第一目 解散之原因

第二目 解散後之財產處分

第六項 社團法人之監督

第七項 無權利能力之社團

第三款 財團法人

第一項 財團法人之設立

第二項 財團法人之機關

第三項 財團法人之監督

第四章 私權之客體

第一節 總論

第二節 物之定義

第三節 得爲私權客體之物

第四節 物之種別

第五章 法律事實與法律上之效力

第一節 總說

第二節 權利之發生消滅變更

第三節 權利之取得喪失

第四節 法律事實與行爲

第五節 意思表示

第一款 意思表示之意義

民法總則 目錄

第二款 意思表示之種類

第三款 意思表示之方法

第四款 意思表示之解釋

第五款 意思表示之效力發生時期

第六款 意思表示之受領能力

第六節 法律行為

第一款 法律行為之語源

第二款 法律行為之意義

第三款 法律行為與訴訟行為

第四款 法律行為之種類

第五款 法律行為之一般成立要件

第六款 契約之特別成立要件

第一項 締結

第二項 要約

第一目 要約之意義

第二目 要約之效力

第三項 承諾

第一目 承諾之意義

第二目 承諾之效力

第四項 契約之完成

第七款 法律行為之一般有效要件

第一項 緒論

第二項 內容事項須可能

第三項 內容事項須可以確定

第四項 內容事項須不反於公共秩序

第五項 內容事項須不反於強行法規

第六項 內容事項須不反於為保護一私人而禁止讓與之法律或裁判

第七項 意思表示須與真意一致

第一目 總說

第二目 故意之不合

第三目 偶然之不合

第八項 意思表示須無瑕疵

第一目 被詐欺而為之意思表示

第二目 被強迫而為之意思表示

民法總則 目錄



民法總則 目錄

第八款 依代理之法律行為

第一項 代理之意義

第二項 代理之效果

第三項 代理權

第一目 代理權之性質

第二目 代理權之發生

第三目 代理權之範圍

第四目 代理權之制限

第五目 代理權之消滅

第六目 代理權與復代理人

第四項 代理之變態

第一目 與有代理權同視之時

第二目 無權代理之時

第九款 附條件之法律行為

第一項 條件之意義

第二項 條件之種類

第三項 附條件之法律行為之效力

第一目 條件成否未定中法律行為之效力

第二目 條件成就之效力

第三目 條件之不成就

第十款 附期限之法律行為

第一項 期限之意義

第二項 期限之種類

第三項 附期限之法律行為之效力

第一目 期限未到來前之效力

第二目 期限到來後之效力

第十一款 法律行為之效力

第一項 法律行為之有效

第二項 法律行為之無效

第三項 法律行為之撤銷

第四項 法律行為之效力未定

第七節 時效

第一款 時效制度之基礎

第二款 時效之本質

第三款 時效之當事人

第四款 時效利益之拋棄

第五款 時效之效力

第六款 時效之中斷

第七款 時效之停止

第八款 時效之不完成

第九款 各種之時效

第一項 取得時效

第一目 所有權之取得時效

第二目 所有權以外之財產權之取得時效

第二項 消滅時效

第一目 債權請求權之消滅時效

第二目 所有權以外之財產權不屬於債權者之時效

第六章 權利之行使及擔保

第一節 權利之行使

第二節 自衛及自助

第三節 權利之擔保

緒論

第一章 民法之意義

一 民法一語淵源於羅馬法之市民法（*Jus civile*）市民法者對於萬民法（*Jus gentium*）而言也。在昔羅馬其固有之法律祇限於市民適用之對於他國之人民適用合於該人民之習慣法。此種習慣法遂別成一統系對於其固有之市民法稱爲萬民法焉。然迄羅馬末世遂漸失二法之區別。至尤斯梯尼阿奴斯帝蒐集各種法律編纂爲一大法典遂不復認市民法與萬民法之區別。後人因名此法典爲市民法典（*Corpus juris civilis*）焉。歐洲中世時代諸國皆繼受羅馬私法。常沿用市民法之名稱以表彰之。則市民法一語又一變而有私法之意義矣。

二 民法一語有廣狹二義。廣義所謂民法者指私法全體而言。狹義所謂民法者指除商法以外之私法部分而言。換言之。即指不關於商事之私法而言也。

三 我國所謂民法者。又有形式之意義。即民法者。有時專指民法法典而言也。形式意義之所謂民法者。即國家以法典之形式所制定之民法法律之謂也。

本講義之範圍。蓋以狹義民法爲限。而且依我民法法典草案之規定。以說明之焉。

四 形式意義所謂民法（即民法法典）者。其範圍如左。

(1) 民法者。主由私法的規定而成者也。法律依理想的分類。可分爲公法私法兩種。私法者。規定個人相互間之關係之法律也。公法者。規定國家及其他公團體相互間。並其與個人間之關係之法律也。國家及公團體。雖亦有受民法支配之時。然此時之國家及公團體。其性質與個人同也。民法主爲規定個人相互間之關係。故民法概爲私法的規定。然亦非絕對無公法的規定。如關於法人之董事清算人罰則之規定（民草一六五條）乃公法的規定也。此等規定。不過附隨存在於民法之中而已。於民法主由私法的規定而成之意。固無傷也。

**疏** 所謂其他公團體者。非私人之團體。乃國家公認之團體也。其最大者爲自治團體。自治團體所以認爲屬於公法者。因其團體對於其住民亦爲權力服從之關係也。蓋國家對於人民之行政。雖皆應由國家自爲。但無論何種國家。無此力。只好將其區域內之公共事項。讓與自治團體。如地方之保甲。即自治團體之一種也。而今則猶不止此。當此之時。國家認此團體爲一法人。儼然與一國家同。但此團體與商人等。爲買賣行爲時。則適用私法之規定。蓋此時團體之地位。與個人等也。如自治團體爲籌自治經費。得於地租之外。徵以附加稅。此稅非國家所科。乃自治團體所課之稅也。如人民不盡納稅之義務。則自治團體可直接強制執行。不必再經法院。故團體與住民之關係。亦公法關係也。

國家與人民在公法上。謂爲團體與分子之關係。故爲權力服從之關係。而在私法上。則國家與人民之關係。與個人對於個人之關係無異。故國家亦受私法之支配。私法上之國家。其性質迥不相同也。

(2) 民法者。主由一般法的規定而成者也。法律依理想的分類。可分爲一般法（普通法）特別法兩種。特別法者。關於同一事項所存之特別法律也。故特別法存在之範圍內。一般法雖縮小其適用之範圍。然苟無障礙之時。仍不妨其適用者也。爲防止民法之適用。或補充民法之規定。而有特別法。是以特別法者。


(甲) 規定民法未規定之事項也。例如商法中之關於商號、商業登記、商業所用人、公司、票據、船舶等之規定是也。

(乙) 規定對於民法原則之例外也。原則者對於某法律事實定其法律上效果之本則也。例外者對於已定原則之法律事實而定其生與原則相反之法律上效果之變則也。例如商法中商法行為通則及關於買賣之規定多為民法之例外也。

疏 所謂於同一事項所存之特別法律。例如官吏犯贓治罪條例是也。大官吏犯贓在刑律上原有一定之規定。惟在官吏犯贓治罪條例之施行期內。若犯贓至五百元以上則不依刑律處斷而依條例處斷。故曰特別法存在之範圍內一般法縮小其適用之範圍也。然如俱委其犯等罪則仍可適用刑律之規定。故曰無障礙之範圍不妨適用也。蓋雖有吏贓治罪條例。若置刑律於不用。不過笑儲條例之有明交者而適用之耳。私法中之有特別法其理亦與此同。關於商業之事項商法中有規定者。固與刑律商法中無規定者亦可適用民法也。

(3) 民法者。自由實體法的規定而成者也。法律依理想的分類。可分為實體法、程序法（體

法用法）兩種。實體法者。規定各人間權利之實體之法律也。程序法者。為實現此實體上之權利。國家之機關所應為之方法也。民法雖由實體法的規定而成。然亦非絕無關於程序之規定（民草一九七條）不過主為實體法之規定而已。民事訴訟法、強制執行法、不動產登記法、戶籍法、提供法、拍賣法等。主為程序法的規定。民法與其程序法為一體。始能完成其效用。無程序法之民法。如車之無輪。蓋跬步不能行者也。

 實體法的規定例。如甲之物賣於乙。則此物之所有權。即應移轉於乙。是也。若因此物生爭執時。國家欲表  
現實體法上之作用。其所用之方法。即程序法也。提存法。日本謂之供託法。拍賣法。日本謂之競賣法。

## 第二章 民法之編別

一 各國民法法典之編別方法有二。(一)羅馬式。(一名殷斯梯其窩內斯式)。(二)德意志式。(一名潘德克德恩式)是也。

羅馬式者。取法於嘎由斯之法律教科書。及由斯梯泥阿奴斯帝之殷斯梯其窩內斯法典。所爲之編別法也。殷斯梯其窩內斯法典。共分爲三編。第一編人事法。第二編物件法。第三編訴訟法是也。法國民法。即仿此編別式。第一編爲人事法。第二編爲財產法。第三編爲所有權取得法。其與殷斯梯其窩內斯法典稍異者。即將訴訟法除外。不列於法典中而已。荷比、意、西、葡、諸國民法及日本舊民法。皆與法民法大同小異。蓋均屬於羅馬編別式者也。

德意志式者。取法於德意志私法學者之著述。所爲之編別法也。此編別法之特色。一在於債權物權親族繼承四編之上。冠以總則編。以規定各種法律關係之通則。一在於分財產權爲兩大部分。(一)債權。(一)物權以辨明。其性質焉。首採此編別式之法典。則沙克遜民法是也。其後德意志民法及日本民法。皆仿此式。瑞士新民法。第一編人事法。第二編親族法。第三編繼承法。第四編物權法。其外形雖似羅馬式。然其實質。則實德意志式也。何哉。蓋瑞士於千八百八十一年。曾發布債務法。其規定蓋即債權編該當之規定故也。

疏。私法學者因羅馬式之分編不適於用。始研究出此德意志式。民法規定總則者以總則中所規定者為各編所通對。用故另立一編冠於各編之首。以免在各編規定之徒形重複耳。債權為對人權。物權為對世權。故二者分為二編耳。  
大權者相對權。對世權者絕對權也。對世權者大權。對人權者小權。物權之下。其位置固不同。瑞士人等編民法。則謂權力為對人。實為對人。大權者小權。小權者大權。實為對世。其位置固不同。

二 我民法草案。蓋即仿德意志式所編纂者。全案共分五編。第一編總則。第二編債權。第三編物權。第四編親屬。第五編繼承是也。

三 於此有一附帶研究之問題。即民商二法之關係是也。民商二法之並立。全出於沿革上之理由。毫無學理上之根據。故近世學者。多主張民商二法之合一焉。（如德之德倫布爾細恩德蠻意之威灣德。荷蘭之孟梭姑拉夫。日本之松本丞治是也。）但民商二法合一之後。商法中原有之規定。應如何歸納於民法之中。洵一最有研究價值之問題。有謂仿瑞士債務法之例。將商法規定之大部分收入於債權編中者。有謂祇將商法中一般之規定。歸納於民法中。其各種之特殊事項。則以若干之單行法規定之者。從後一說。於民法之編別。固不生絲毫之影響。然若從前一說之時。則民法之編別方法。必須有一大改革始可也。

近世學者所以多主張民商二法合一者。蓋民商二法之分立。全由於歷史的關係。毫無學理上之根據也。羅馬時代。其法有私法公法之分。私法之範圍。包括債權之權利。公法之範圍。包括國家之權利。此種私法公法之分。與後世之民商二法之分。固不相適。如大鵬損之一種法律。於商業之發達。尤多窒礙。如有一物不可兼併。一物若以兩角賣之。其後來可以主張無效是也。又其時債權之讓與。不能自由。票據之成頭。張也。不能做。其時內感種種之不便。礙於民法之外。又有商法之制定。然此不過羅馬時代為然。至於現今。則無論何國。民法已絕無大虧損。及債權不得讓與。法律也。且現今無另制定商法之必要。且就學理上言之。商法之應用。原有世界之性質。而商之交易。則無一定之標準。有甲國以此為商。而乙國不以此為商者。遇有爭端。審判官之判斷。甚為困難。故不若民商二法合一之為愈也。



日本（日本無固有法其古時之法律皆襲唐律）舊民法係請一法人所編纂者純係抄自法國法後日本學者知其於本國不適用。謙富井穗積等博士著法典沿革論以贊世人政府乃改爲現今民法舍羅馬式而採德國第一次草案之大半。  
（現今德出第三法）  
現在又有入提議改之。  
商法中之特殊事項如  
票據公司船舶等是也。

### 第三章 民法適用之範圍（亦可曰民法之效力）

民法適用之範圍與其他法律同。可依種種見地觀察之。即（一）關於時之民法適用範圍。（二）關於人之民法適用範圍。（三）關於地之民法適用範圍。（四）關於事之民法適用範圍是也。茲將其分節說明於下。

#### 第一節 關於時之民法適用範圍

一 法律不溯既往。乃羅馬法以來一般所公認之原則也。諸國法律多有以明文規定者。（例如法民二條日本舊法例二條）我民法將來實施之時其亦必採不溯及之原則是不待言何也。蓋舊法下所確定之法律關係以新法變更之實有害於社會生活之安甯故也。

二 法律不溯既往之原則者不過以之定解釋法律之標準而已。非定立法之制限也。故將來定民法施行法之時關於某種事項之繼於民法施行前發生者亦令其適用民法之規定固無妨也。

三 定關於時之民法適用之法則學者有稱之爲時際私法者。（*Temporale Privatrecht*）謂此種法規不屬於私法亦不屬於公法之一種法律也。然多數之學者尙不以此說爲然焉。

## 第二節 關於人及關於地之民法適用範圍

一 依一般之法理。國權者對於其國之人民及其領土而存在也。故由國權之對於人民之作用觀之。則稱之爲人民主權。由國權之對於領土之作用觀之。則稱之爲領土主權焉。國家者原則必須有此二方面作用之國權始可。是以中華民國國權之作用。應及於在外國之中華民國人民。同時亦應及於在中華民國領土內之外國人民。因之中華民國之法律。應支配在外國之中華民國人民。同時亦應支配在中華民國領土內之外國人民者也。但我國昔日。昧於外情。疏於法理。許外國有領事裁判權。是外國人民在我國領土內。亦不受我國法律之支配。我國之國權。因此直失其一方面之作用。洵我國之大恥也。

疏 民法適用之範圍。在漁獵時代爲屬人主義。在游牧時代爲屬地主義。而在近世則皆取折衷主義。主權則兩方面觀之。可曰人民主權領土主權。

二 一國之民法。原則於其國之人民及在其國領土內之外國人。皆適用者也。但對於此原則。亦有種種之例外。

(一) 雖爲白國之領土。然不適用白國之民法也。例如朝鮮爲日本之領土。然不適用日本民法也。

疏 民法適用之範圍。不能無例外。例如現在在朝鮮之日本人。仍適用日本民法。不因在朝鮮國而適用朝鮮法。而在朝鮮之朝鮮人。仍適用朝鮮法。不因朝鮮爲日本領土而適用日本民法是也。

(二) 對於在白國領土內之某種人民。不適用民法也。例如日本之樺太島。關於其地之土人相

互間之事件。適用從來之習慣。不適用日本民法也。(日本明治四十年法律第二十五號)

(三) 國際私法之效果。於自國領土內。不適用自國之民法也。國際私法者。於審判涉外的私

法關係。定應適用何國法律之國內法也。此種性質之法規。有以單行法定之者。(如日法例)

有定之於民法者。(如法國民法)亦有定之於民法施行法中者。(如德國民法施行法)各國

之立法。雖不能一致。然其為國內法則一也。許外國人有領事裁判權之國。當然無國際私法

存在之必要。何也。蓋此種國家之法權。不能及於住在其國內之外國人。自無國際私法問題

之發生故也。

**疏** 所謂審判涉外的私法關係。即在本國內。許外國人與外國人相爭。而審判之之謂也。於審判涉外的私法關係。應用何國法律。學說不一。(一)本國法主義。(二)住居地法主義。(三)行為地法主義。

(至契約時之所在地) (四)標的物所在地主義。(相爭物之所在地) 國際私法者。國內法也。

### 第三節 關於事之民法適用範圍

關於事之民法適用範圍。則民事是也。但關於民事。有特別法之時。則先適用特別法。特別法無規

定者。始適用民法焉。(商草一條)

**疏** 所謂關於民事有特別法之時。即於民事之中。分出一部分而為商法之規定是也。以圖表示之如下。



### 第四章 民法之解釋

一 民法之解釋者。定民法法規之意義之謂也。凡法律之解釋。可分為公解釋。(一名法律的解

釋)及私解釋(一名學理的解釋)之二種。公解釋者別以他法律定其法律之意義之謂。私解釋者吾人依推理之方法定法律之意義之謂也。私解釋又可分為文字解釋及理論解釋。

**疏** 公解釋者國家之解釋也。私解釋者學者之解釋也。因法律上之文字當時雖說其意思甚密。而後來視之則往往生多少之疑問。故須解釋而定其意義及範圍也。公解釋亦曰職權解釋。如大理院有統一解釋法律之權。此權利乃立法者之所付與也。私解釋雖極合理無拘束力。不過可供參考。又破適用法律之人不准隨意提出法律求大理院解釋也。公解釋可分為三種。(一)立法解釋。(二)行政解釋。(三)司法解釋。私解釋可分為二種。(一)文字解釋。(二)理論解釋。

二 文字解釋者。僅依法條之文字。以定法律之意義之謂。理論解釋者。搜集可供解釋該法條之一切參考材料。(例如一法條與其法律全體之關係。一法律與其一國法制全體之關係。立法之目的及社會之實現等)依推理之方法。以定法律之意義之謂也。但全體法條之文字。僅依推理方法以解釋。固不可。而全捨推理之方法。祇依法條文字以解釋。亦不可也。故此兩種之解釋。不過解釋方法之抽象的分類而已。具體解釋法條。斷無不二法併用也。

**疏** 英國司法制度。無法院編制法。及民刑訴訟法。與大陸派相反。中國新法律。直接採自日本。間接採自歐西。大陸派現。在中國有人言。當不設平政院。以大理院代其位。其理由。以英國無平政院之設立也。然英國之所以無平政院。及民刑等訴訟法者。乃不其不成文法之習慣也。如中國必強為效顰。則司法與行政之衝突。在所不免。當以何法救濟之。更與探大陸派不合也。

三 法律解釋之能事。在探索立法人之真意。欲探索立法人之真意。須置重於理論解釋。固不待言。但為理論解釋之時。必重視草案按語。及議會之議事錄等。以其為探索立法人真意之唯一無二材料。則殊謬也。何哉。蓋草案按語。及議會議事錄等。雖為明立法當時狀況之最好資料。然不能

即視為立法人之意思故也。是以草案按語及議會之議事錄於為理論解釋時，初無絕對之效力也。

**疏** 草案按語及議會議事錄非解釋法律之唯一條件，以其往往為一二人之意思故也。

中國國會組織法關於選舉資格一條，有（有五百元以上不動產者）之規定。此有字者指其有而言，非指古有而言。此立法之當然解釋也。乃國會某議員主張，謂古有亦包含在內。迨表決竟得通過。是甲有所謂古有者，係指於乙乙又抵押於丙，甲為所有權者，乙丙皆為古有權者。如依此議事錄解釋之，是甲乙丙皆有選舉權，將來選舉之時，推而廣之，人人皆有選舉權也。

四 解釋法律必置重於立法之目的。適應乎社會之實況。既如上所述矣。然專注重於二者。而置法律文字於不顧。則不可。何也。蓋法律之意義。隨社會之發展時勢之推移。不免生多少之變更。固無論何人不能否認者也。但必直以解釋變易其法條。則近於變本加厲矣。夫法律者。手段也。應乎時宜。可以改廢者也。茲遇不適宜之法律。乃不以立法改廢。而以解釋改廢之。必致法文以為左者。解釋以為右。法文以為白者。解釋以為黑。似此則使人直不知所適。種將有法與無法等矣。故此種解釋。余殊不以為然也。

**疏** 法國新自然派學者謂解釋法律當注重於法律之目的。蓋法律之目的為保護人民之福利。如法律與其目的相抵觸。當以文字就其目的。此種學說蓋因法國現今民法尚沿用拿破侖時代民法。與現代情形多不相適應。不適於用也。余謂不然。解釋須依條文而始有解釋。置條文於不顧而強為解釋。為解釋是以解釋代立法機關。故此說殊不正當。

法律隨社會之進步。而宜加以變更。非一成不變者也。如關於船舶一項。從前祇有帆船。法律之規定。以帆船為標準的。而今改用火輪。則從前關於帆船之法。必不適用於用火輪之時代也。

五 與法律解釋似是而非者。則類推適用是也。類推適用者。關於特定事項。法律無直接規定者。

應用關於與其類似之事項之規定之謂也。故類推適用。以法律無規定時始生者也。因之類推適用者。不得謂之爲法律解釋也。許此類推適用之根據。則民法草案第一條之規定是也。關於此。於後本論中再詳論之。

疏類推解釋。在刑法上絕對不許。而在民法上。於法律無明文規定者。則可用之。電氣非一種物體者。法國有人盜取電氣。以爲刑罰者。其刑罰官以其非盜取一物。而實爲無罪。以刑法上無規定也。而他審判官則皆不以爲然。設現今日本刑法規定有一條盜取電氣者。以盜取有物。論。是言之刑法上絕對不許類推解釋也。

類推解釋。有謂其非解釋者。有謂其亦屬一種之解釋者。近世學者則以爲前說爲是。蓋解釋必依一種之法。始有解釋。若類推適用。則於法條無規者用之。無法條則其解釋何自而生。毫無理由也。

關於一事項之法規。可應用於他類似之事項。法律中亦有明定其旨者。即法文中。有準用之文字之時是也。準用者。對於適用而言。關於一事項之法規。直用於其事項者。爲適用。用之於其類似之事項者。則爲準用焉。法律明言準用之時。自無復再有類推適用之必要。然法律於明言準用之外。固仍許有類推適用者也。民草一條）

疏準用者。非直接用之。須依論理而加以必要之變更也。如民草八十六條。社團法人。須置一人或數人之董事會。此於一六四條之財團法人。亦可準用此條之規定是也。

## 第五章 民法上之權利

### 第一節 權利之意義

一 權利者。法律許吾人正當爲某行爲之狀態也。事物之狀態。可分爲事實上之狀態。及法律上之狀態兩種。事實上之狀態者。吾人以五官可以認識之狀態也。例如晴雨燥濕大小強弱之類是。

法律上之狀態者。吾人以法律為基礎所推理之狀態也。此種狀態只存在於吾人之意識者也。例如法律許所有人任意處置其所有物之狀態。許貸主向借主索償之狀態之類是。此種狀態。法律稱之所有權債權焉。此種狀態必吾人以法律為基礎始能意識之。故權利者由法律而生。無法律亦自無權利也。學者有謂權利於法律未有以前既已存在。法律不過承認之者。實謬說也。

**疏**

權利由法律而生。無法律亦無所謂權利。蓋法律者為維持人類共同生活而設。以保護人民之權利者也。設有個人於無人之荒島。則其中之所有物皆可任意獲取。不待法律之許可也。然其中惟有自己一人。無人與之對抗。亦無所謂所有權也。法律為保護人類而設。禽獸不在其中。以其無權利能力。然禽獸亦有時因保護人類之利益而間接受其保護者。如法國法律於某時間內不准打獵。英國法律不准打獵。則此之謂法律之反射作用。

關於權利之意義。有種種學說。一、意思說。主觀說。此說為撒徹尼所主張。謂權利者意思之力也。然近學者多不主張之。蓋小兒及法人等雖無意思能力。亦不能即謂其無權利也。二、利益說。客觀說。此說為伊靈格所主張。謂權利者法律所保護之利益也。然此說亦不完全。蓋權利之對象不必盡為利益。而利之對象亦不必盡為權利也。如戲者之於樂器。雖不能享聽音之利益。然亦不能謂其不能享所有之權利。行路者於警察精修之馬路。雖得享通行之利益。然不謂其於馬路有所有之權利也。三、意思利益折衷說。此說為調和以上兩說而折衷之。此說之要點有二。一、權利者為保護利益所有之意思力也。二、權利者依意思力所保護之利益也。然就上三學說之缺點言之。於此學說亦有所不免。一、法律說此說為近今之學說。本講義採之。法律說謂權利者法律所付與之力也。如所有權者可以任意買賣讓與。處分債權者可以向債務者要求履行等是也。故吾人之權利可謂為法律上之狀態。地位。現今關於權利之意義。說猶未能一致。主張意思說者有主張利益說者。而法國學者多主利益說。謂權利為生活之資料。而日本松本蒸治博士則以利益為權衡之目的。以意思為權衡之手段。以法為權利之本體。

二 法律上狀態之以正當得為某行為為內容者始為權利也。蓋法律上狀態之內容不一。如權利能力其內容在吸取權利義務。如代理權其內容在代理人所為或所受之意思表示。直接對於本人生效力。又如義務其內容在為某行為或不行為也。正當得為某行為者。法律許其為某行為之謂也。故吾人自由之行動（例如吾人日常之起居飲食）與法律無干者。不得謂之為權利。何

也。蓋吾人之得爲此行動。初無待法律之許可故也。又吾人不得不爲之行動。非權利何也。蓋吾人不得不爲之行動。乃法律之命令。非法律之許可故也。

權利者。又就於積極爲某行爲。始存在。消極不爲某行爲。不得謂之爲權利也。

三 正當得爲某行爲之觀念。與實際爲其行爲之觀念不同。是不待言者也。實際雖不得爲該行爲。而許其得爲該行爲。固無妨。例如無識別力之幼者。事實上及法律上雖均不能自爲行爲。但無妨許其有爲其行爲之權利也。

四 利益之觀念。於權利之本質無干也。故甲有其權利。而乙收其實益。毫不足奇。例如盲人不能得眺望之利益。然盲人爲地役權人。享有眺望權。固無妨也。聾者不能得審音之利益。然聾者享有樂器之所有權。固無妨也。

又權利非與利益同時消滅者也。故利益雖消滅。權利不必消滅也。例如田地因水患悉變爲城地。吾人固失其收穫之利益。然吾人初非因此卽喪失其所有權也。

又法律所保護之利益。非盡得爲權利也。例如依道路警察規則。禁止妨害交通。吾人因之固受交通便利之利益。然吾人對於此。要不能主張有何樣權利也。

## 第二節 權利之分類

### 第一款 弁言



一 權利可大分之爲公權私權二種。公權者因公法上之許可所生之權利也。私權者因私法上之許可所生之權利也。民法所規定之權利原則皆爲私權。故以下專就私權之分類說明之。

二 私權之分類者將一切私權定其屬於某部類之謂也。但私權因其觀察點之不同得爲種種之分類。茲將其分類說明於下。

### 第二款 私權之分類一

一 第一以私權之客體爲標準而定私權之分類則可分私權爲七種。即人格權、物權、債權、親屬權、繼承權、無體財產權及社員權是也。

二 人格權 (Personalrecht) 者存於權利人自身上之權利也。此種權利法律爲使吾人維持其獨立之存在而許可吾人有之者也。例如就於自己之姓名 (Namenrecht, Droit au nom) 自己得專用其姓名而不許他人侵害之也。(民草五二條至五五條德民一二條瑞士民二九條) 又如就於自己之生命身體自由名譽等各有其私權他人不得侵害也。(民草九四五條德民八二二條日民七一〇七一一條)

又商號權者其性質應屬於人格權。抑應屬於財產權。學者間雖不無爭論。然余以爲依我商法草案之解釋則商號權蓋爲姓名權之一種。應屬於人格權。是無庸疑也。

疏

羅馬之奴隸與南美洲之黑奴無所謂人格權。蓋此等之人在法律上無一定之人格。其生殺予奪一任其主人之自由也。

法律之保護姓名權發達甚晚。近且學者尚多爭論其究屬人格權與否。尙屬疑問。而我草案則採德國立法例而認姓名權爲人格權焉。

身體權生命權自由權爲私權與否學者議論尚不一致。

商號權德國學者謂其應屬於人格權。而日本學者則議論不一。有謂其屬於人格權者。有謂其屬於財產權者。有謂其未登記前屬人格權。登記後爲財產者。而余則以爲商號權應屬於人格權。其理由有二。一、因我民法草案仿德民法之規定。德國商號必須登記。乃承認其權利。不若日本之商號權無登記之必要也。二、日本商號與商業無聯帶之關係。商號與商業不必連帶。商業存在商號不必不變更。而我國及德國之民法則不然。商號與商業必有聯帶之關係也。故就我國立法例觀之。則商號權實與姓名權無少差異也。即姓名必經登記而始可對抗善意之第三人。商號亦必經登記而始能發生效力。姓名與身體有不可分離之關係。商號與商業亦有不可分離之關係。商號商業之讓與必同時行之。不能於二者之中僅以其一讓與於人。商號權既與姓名權相同。故余以爲商號權宜屬於人格權。而不應屬於財產權也。且商號亦無獨立財產之性質也。

三 物權 (Sachenrecht) 者。直接存於物上之權利也。例如所有權、地役權、地上權之類是也。不直接存於物上之權利。非物權。故權利質及以永佃權爲標的之抵押權。皆不得謂之爲物權。不過與物權同視而已。

四 債權 (Schuldrecht) 者。存於他人之行爲上之權利也。於此所謂行爲者。包作爲及不作爲而言。故債權有以他人之作爲爲標的者。亦有以他人之不作爲爲標的者焉。

五 親屬權 (Familiarenrecht) 者。存於有親屬關係之人之身上之權利也。例如親權、夫權是也。

親屬扶養之權利。其性質應屬於親屬權。抑應屬於債權。學者間雖不無爭論。然依余見。則以爲親屬扶養權。乃以他人之行爲爲客體之權利。其性質原爲一種之債權。不過爲立法之便宜。定之於親屬編中而已。

疏 親屬扶養之義務有謂可類推適用債權法者。松本博士是也。有謂乃存於他人之行為宜歸債權者。川名博士是也。余贊成之以其為他人之行為非存於其人之身也。然立法上為便利計歸之於親族編焉。

六 繼承權 (Inheritance) 者。存於為繼承人地位上之權利也。換言之。即繼承權者。為繼承人之權利也。(Inheritance)

七 無體財產權 (Intangible Property) 者。存於精神上產出之無體物上之權利也。例如著作權、特許權、商標權之類是也。

疏 著作權等意義不明。德儘可羅改名為無體財產權。法國學者中大部分言上商所有權。國際條約中。保護之工商之所有權。即德儘所稱之無體財產權。德安之字義無體等。權者非物質的財產也。

八 社員權 (Share) 者。社團法人之社員對於法人所有之權利也。社團法人與其社員之關係。乃團體與其分子之關係。非對等兩人格間之關係。故社員對於法人所有之社員權。與法人對於社員所有之權利。皆對等人格間所有之債權。不同。是不待言也。關於此。於後法人章中再詳論之。

疏 社員與法人之關係。為分子與團體之關係。此關係為不平等之關係。法人對於社員之權利。如股東交股金未足。公司可請求其交付是也。社員對於法人之權利。除社員對於社團法人之請求權外。如表決權。議決權。業務執行權。監視權等。皆是也。

第三款 私權之分類二

一 前款所述。乃以私權客體為標準。所為之分類也。但學者於此標準之外。尚有以權利之性質之係對世或係對人為標準。而分權利為相對權。絕對權。及單純正當權者。有以權利之性質之是

否有金錢上之價值爲標準。而分權利爲人身權與財產權者。有以權利之性質之是否獨立爲標準。而分權利爲獨立權與從屬權者。又有以權利之性質之是否專屬於一身爲標準。而分權利爲專屬權與可讓權者。茲將其分別說明於下。

## 二 相對權絕對權及單純正常權。

(1) 相對權 (Relative Right) 者對於特定之一人或數人請求其行爲或不  
行爲之權利也。例如債權社員權是也。此種權利祇對於特定義務人始能主張者也。故英法  
學者又名之爲對人權 (Personal Right) 焉。

(2) 絕對權 (Absolute Right) 者對於一般人請求其不作爲之權利也。故英  
法學者又名之爲對世權焉。(一)絕對權有存於物上者。學者稱之爲物權。例如所有權地上權  
是也。(二)絕對權有存於他人之身上者。例如親權是也。(三)絕對權有存於自己之身上者。例如  
生命身體自由名譽等之不可侵權是也。此等權利學者統稱之爲人格權焉。(四)絕對權有存  
於無體財產者。例如著作權特許權之類是也。此等權利學者統稱之爲無體財產權焉。(五)絕  
對權又有存於他人之權利上者。例如以地上權或永佃權爲標的之抵押權是也。(民一一  
八〇條)

疏 學者有謂爲自己支配之權利爲絕對權。然此非權利之必要也。蓋權利爲對人言。非對物言。故所謂絕對權者  
須於自己支配之外尚有要求一般人不得侵害之權利也。故在羅馬時嘗謂絕對權爲對物權。而今改稱爲對

世馬者謂權利有對人對物之分。而近今學者則謂權利者爲對於人之權利也。設人對於自己之物無所侵害則亦無所謂對物權也。

(3) 單純正當權（一名單純適法權）(一) (二) (三) (四) (五) (六) (七) (八) (九) (十) (十一) (十二) (十三) (十四) (十五) (十六) (十七) (十八) (十九) (二十) (二十一) (二十二) (二十三) (二十四) (二十五) (二十六) (二十七) (二十八) (二十九) (三十) (三十一) (三十二) (三十三) (三十四) (三十五) (三十六) (三十七) (三十八) (三十九) (四十) (四十一) (四十二) (四十三) (四十四) (四十五) (四十六) (四十七) (四十八) (四十九) (五十) (五十一) (五十二) (五十三) (五十四) (五十五) (五十六) (五十七) (五十八) (五十九) (六十) (六十一) (六十二) (六十三) (六十四) (六十五) (六十六) (六十七) (六十八) (六十九) (七十) (七十一) (七十二) (七十三) (七十四) (七十五) (七十六) (七十七) (七十八) (七十九) (八十) (八十一) (八十二) (八十三) (八十四) (八十五) (八十六) (八十七) (八十八) (八十九) (九十) (九十一) (九十二) (九十三) (九十四) (九十五) (九十六) (九十七) (九十八) (九十九) (一百) 者。僅法律上認其

爲某行爲爲正當之權利也。單純正當權之與相對權異者。蓋相對權者有使特定人負爲某行爲或不行爲之義務。而單純正當權者。不過自爲某行爲。法律上認其爲正當而已。他人對之。並不負何樣義務也。又單純正當權之與絕對權異者。蓋絕對權者。法律許其正當得爲某行爲。同時且使世人負不得妨害之義務。而單純正當權者。祇法律認其行爲爲正當。世人對之初不負何樣義務也。

單純正當權。認其爲一種之權利。乃最新學者之主張。不以其爲然者。尙復不少。故尙未能爲通說也。

單純正當權。在於生法律上之關係者有之。例如對於無權代理人之行爲。本人之追認權。私生子之認知權之類是也。在於變更法律上之關係者有之。例如選擇債務之選擇權。滾利於本之權利之類是也。在於消滅法律上之關係者有之。例如填銷權。抵銷權。解除權。繼承拋棄權及離婚權之類是也。此外尙有管理權。抗辯權。皆單純正當之一種也。

疏 無權代理云者。受本人之委任。並無法律上代理之義務。而使人爲某行爲之謂也。例如乙代甲買一物。乙並未受甲之委任是也。此時甲之承認與否可以自由。

三 人身權與財產權。

(1) 人身權 (Personliche) 者。存於人身上之權利也。例如人格權親屬權是也。

(2) 財產權 (Vermögensrechte) 者。有金錢上之價值之權利也。例如物權債權。通常皆為財產

權也。(民草三三四條二項參攷)

疏 人身權與財產權有學者分之。財產權以非財產者然財產權與非財產權之區別其標準維何。余之意則以有無財產上之價格為斷。故某某者謂債權上之無金錢上之價格者不能謂之為財產權也。而某某者反對之。謂與財產權同類即可謂之為財產權。果如後者之所云則財產權與非財產權將不能區別矣。又何以分權利之高低之意。完以前者之說為當。

#### 四 獨立權與從屬權

(1) 獨立權 (Autonome Rechte) 者。獨立成立之權利也。

(2) 從屬權 (Abhängige Rechte) 者。為保障獨立權之效力。附屬存在之權利也。

此分類之必要。蓋在於從權利必主權利存在始能成立。並從權利與主權利須同時移轉消滅者也。

#### 五 專屬權與可讓權

(1) 專屬權 (Hochprivatrechtliche Rechte) 者。專屬於一身之權利也。例如親權夫權之類是也。

(2) 可讓權 (Veräußerliche Rechte) 者。可以讓與他人之權利也。例如財產權。通常皆為可讓權也。

六 此外尚有分權利為有主權與無主權者。而余所不敢贊同者何也。何哉。蓋權利者在於許人

為某行為。故無被許之人。其權利不能存在也。換言之。即權利不能無主體也。但法律上之現象。權利亦似有無主體而存在之時。例如胎兒之損害賠償請求權及無記名證券拋棄後之狀態是也。

(1) 胎兒就於損害賠償之請求。視為既已出生。(民草九六八條二項及九七一條) 似胎兒

於出生前。即為請求權之主體。其實非也。何哉。蓋胎兒非人。不得為權利主體故也。(民草六條參攷) 若是則其請求權。又似無主存在矣。而亦非也。何哉。蓋胎兒於未出生前。其損害賠

償請求權。初未發生。不過為其請求權發生之必要原因之其父被害之事實存在而已。其請求權必待胎兒出生時始發生者也。故胎兒之損害賠償請求權。不能謂其為無主存在也。

**疏**

各。法律。實以人格之成立。必在胎兒出生以後。當未出生之時。固不得為人也。胎兒於未出生以前。固無所謂請求權。而其父被害之事實。固為胎兒之損害賠償請求權發生之原因。故胎兒之損害賠償請求權。雖行使於出生之後。固為胎兒所承受。且以胎兒之請求權。固在於胎兒。而非在胎兒之父。故胎兒出生以前。故胎兒受害以後。使其請求權。不得謂其為胎兒之損害賠償請求權。胎兒出生以前。胎兒之父。固為胎兒之損害賠償請求權發生之原因也。胎兒出生以後。胎兒之父。固為胎兒之損害賠償請求權發生之原因也。胎兒出生以前。胎兒之父。固為胎兒之損害賠償請求權發生之原因也。胎兒出生以後。胎兒之父。固為胎兒之損害賠償請求權發生之原因也。

(2) 無記名證券之所有人。拋棄其證券之所有權後。而未經他人先占取得之時。其證券上之

權利。亦似無主存在。而其非也。何哉。蓋前主之證券上之權利。因其證券所有權之拋棄。即已消滅。後主因先占取得之權利。乃法律所與之權利。初非前主之權利。故證券上之權利。不

能謂之為無主存在也。

**疏**

權利取得之方法有二。(一)原始取得。(二)繼取得。無記名證券。屬無主物。某人先占取得之。即為原始取得。為拋棄者之權利。早已消滅。而先占者之權利。乃原始取得。故證券上之權利。不能謂之為無主存在。

也。

#### 第四款 私權之分類三

一 依私權之作用。以爲私權之分類。則可大分爲三種。(一)私權之主作用。在於支配其權利之客體者。學者稱之爲支配權。(二)在於要求他人之行爲者。學者稱之爲請求權。(三)在於因一方之行爲。發生法律上之效力者。學者稱之形成權焉。茲將其分別說明於下。

二 支配權 (Befugnisrecht) 者。直接支配權利客體之權利也。例如物權、親屬權及無體財產權是也。

此種支配權。於支配作用外。同時有於自己之支配範圍內。禁止他人妨害之作用。此種作用。學者有稱之爲禁止權 (Verbotrecht) 者。但禁止之作用。無離支配權存在者。故禁止權。不能認其爲一種獨立權利也。

三 請求權 (Anspruchrecht) 者。要求他人作爲或不作爲之權利也。請求權之觀念。乃德儒文差特 (Windscheid) 所發明者。於法學上實較新之觀念。(Windscheid Pandecten 2 + 3) (德民一九四條參攷) 故學者多研究之也。

請求權者。自文差特以來。多數之學者。皆分之人的請求權 (Persönliche Ansprüche) 及物的請求權 (Dingliche Ansprüche) 兩種。人的請求權者。由相對權關係所生之請求權也。物的請



求權者。由絕對權關係所生之請求權也。前者如債權、社員權。後者如物權、親屬權是也。又差特謂物權。當然含有多數之請求權。即請求一般人不得妨害其權利。余甚贊成其說者也。貝爾威 (Berluc) 柯沙克 (Cassan) 日本京都市法學會雜誌四卷三號中島玉吉博士請求權之競合法學協會雜誌二八卷五號川名兼四郎博士「請求權」論文一(參攷)

疏 物的請求權者。有謂僅限於所有物。被侵奪時用之。然如此解釋其義未免太狹。蓋一物權之中實含有數個請求權。請求返還所有物。固請求權之一種。請求他人不須妨害其所有物。亦請求權之一種也。

關於請求權之本質如何。須分別說明於下。

(1) 人的請求權中。由債權關係所生之請求權。與債權自身不能無區別也。多數之學者。皆謂債權中。雖含有人的請求權。然人的請求權。非即債權也。雷哥兒 (Regele) 斯卑爾吾兒 (Sperling)

柯雷兒 (Coley) 恩德蠻 (Endemann) (日本法學協會雜誌二五卷九號志田鉀太郎博士請求權之本質論文參攷) 余亦贊成此說者也。何哉。蓋請求權與債權。非同一物。請求權乃債權之效力故也。(日本石坂音二郎日本民法二九頁參攷)

疏 債權與請求權非同一物。例如甲欠乙錢。已過三十年。乙未嘗向甲討要。則乙之請求權。即因時效而消滅。不能再向甲討債也。然若甲情願還債。不以乙三十年未嘗請求為拒絕之理由。則無所不可。蓋乙三十年未嘗請求。其請求權雖已消滅。而債權並未消滅也。

(2) 人的請求權中。由社員權關係所生之請求權。於後再詳論之。

物的請求權中。由物權關係所生之請求權。與物權自身有區別也。物的請求權者。使物權

回復其圓滿之狀態之請求權也。故此請求權必物權現在事實上之狀態。非物權圓滿之狀態時始發生者也。例如所有人喪失其物之占有。得對於占有者請求占有之返還。或所有權因其他方法被妨害之時。得對於妨害人請求除去其妨害是也。此種權利雖由其原權之所有權所流出。然非即為所有權。乃別個之權利也。

物的請求權之由物權以外之其他絕對權關係而生者。例如無體財產權親屬權等之請求權是也。此等請求權亦為其權利受他人之侵害時。為排除其侵害而有者。與物權之請求權同。故亦可謂之為物的請求權也。

請求權者與訴訟法上之訴權(§ 233)有區別也。從來之學者皆不識此區別。以自己受利益判決之權利稱之為私法上之請求權。實誤謬也。何哉。蓋自己受利益判決之權利。乃對於國家機關之法院要求者。非對於相對人被告之要求也。故訴權乃公權。非私權也。此訴權與請求權之所以區別也。

疏 訴權者請求司法機關為自己下一有利益之判決也。請求權者請求相對人為有利益於己之行為或不為不利益於己之行為也。故訴權公權也。對國家而言。請求權私權也。對私人而言。

四 抗辯權 (Einrede) 者對於請求權之反抗權也。換言之。即拒絕其請求之權利也。抗辯權之拒絕相對人請求之給付者。稱之為給付拒絕權。(Leistungsverweigerungsrecht) 其他反對相對人請求之權利稱之為反對權 (Verweigerungsrecht) 焉。

抗辯權者。非消滅相對人之請求權。不過因其反對之力。有將其效力抑制之作用而已。此抗辯權與所謂權利否認之異議 (Nichtsvornehmende Einwendung) 之所以不同也。例如受貸款返還之請求。而主張並未貸彼之款。或早已償還者。其主張為權利否認之異議。反之。如受所有土地返還之請求。而主張於其土地上有地上權或貸借權以拒絕其請求者。其主張乃抗辯權之作用也。

對於相對人之抗辯。請求人有再抗辯權 (Nicht) 再抗辯權者。對於抗辯權之反抗權也。再抗辯權之性質。與抗辯權無絲毫之差異也。

疏 權利否認云者。對於權利者之請求而否認之也。換言之。即謂其權利已歸消滅。不得對我復有所請求也。給付拒絕云者。不過因其期間事項為一時之抗拒。將來權利人仍可主張其權利也。例如甲請求乙返還其土地。乙曰我之地上權猶未消滅。是乙之得拒絕給付者。乙之有抗辯權也。然甲於此亦可曰。汝之地上權今已消滅。須以上地還我。是甲之對乙得再為請求者。甲之有再抗辯權也。故曰。抗辯權不能消滅權利者之請求權。而與權利否認之異議不同也。

抗辯權與訴訟法上之抗辯有別也。訴訟法上之抗辯者。被告用為防禦方法之一切主張之謂也。故權利否認之異議。亦訴訟法上抗辯之一也。

疏 訴訟上之方法有二。(一) 攻擊方法。(二) 防禦方法。

關於抗辯權之性質。學者有謂其為謂請求權之一種者。誤也。何哉。蓋抗辯權非要求他人之行為之權利故也。又有謂其為形成權之一種者。亦誤也。何哉。蓋形成權者。乃使權利創設變更或

消滅之權利。抗辯權者。非能消滅請求權。不過僅有抑制其效力之作用而已。故抗辯權亦非形成權也。由此觀之。抗辯權者。乃一種獨特之權利也。

五 形成權 (Genitivrecht) 者。因一方之行為。使權利創設變更消滅或發生其他法律上效力之權利也。此種權利。從來學者多忽略之。或不以之為權利焉。惟奇特兒蠻 (Nominum) 分私權為得為權 (Darrecht) 要為權 (Sollrecht) 及能為權 (Kannrecht) 三種。謂以自由之行為。使生有利於己之法律上效力之權利。為能為權。(奇特兒蠻之國際私法論) 賀給威 (Nominum) 亦大體贊成此說。(賀爾威民事訴訟法) 至色克爾 (Nominum) 研究之結果。遂定名為形成權。(Nominum) 及岳爾特蠻 (Nominum) 等是也。

此種權利。乃學者本其最新之研究所發見者也。故關於此種權利之範圍。學者間尙未能有一致之定論焉。

形成權者。在於創設權利者。例如無權代理時之追認權。(民草二二六條) 及為第三人為契約。其第三人表示享受利益之意思之權利。(民草五二九條) 之類是也。有在於變更權利者。例如選擇債務之選擇權。(民草三三三條以下) 是也。有在於消滅權利者。例如撤銷權。(民草二五六條以下) 抵銷權。(民草四六五條以下) 解除權。(民草五四三條以下) 及繼承拋棄權之

類是也。

**疏** 形成權云者。由權利人一方面之行為。形成某種權利。而相對人對之初不負何種之義務也。故形成權亦可謂之為單純正當權。形成權之作用如下。(1) 有在於創設權利者。例如甲本未受乙之委任。而代乙購買一物。若乙追認之。則所買之物。可歸乙之所有。若乙不承認之。則所買之物。祇可歸之於甲。此時乙之承認與否。可以自由。故曰無權代理之追認權。又如為第三人立契約。而第三人即表示享受其利益之意思。亦可謂之權利之創設也。(2) 有在於變更權利者。例如甲與乙約定於二物中選擇其一。以為給付。此不確定之給付。即所謂選擇債務。其選擇權有屬於債務人者。有屬於第三人者。惟既經選擇之後。則不確定之給付。即變為確定之給付。故曰變更權利也。(3) 有在於消滅權利者。例如未成人之行為。須經法定代理人之允許。若未得法定代理人之同意。則可以撤銷之是也。又如甲欠乙錢。乙亦欠甲錢。則兩方可以抵銷。亦是也。又如當事人間所訂之契約。今因某種原因而解除之。亦是也。又如乙為甲之繼承人。如乙欲得其權利。則承認為繼承者。以享受其權利。如不欲承受其權利。則可拋棄之。亦是也。

關於形成權之性質。有謂其為支配權之一種者。誤也。何哉。蓋形成權者。無可支配之客體故也。有謂其為請求權之一種者。亦誤也。何哉。蓋形成權。非請求他人之行為故也。故形成權者。乃一種獨特之權利也。

形成權者。無與其對立之義務也。形成權之行使。由權利人一方之行為行之。相對人對之初非負何樣義務也。

近時學者中。雖尚有否認形成權之存在者。如 (Kollár) 但我民法草案。撤銷權解除權。解約權等語。屢見於條文之中。顯認形成權為一種獨立之權利。故我民法草案之解釋。無論何如。不能否認之也。

**疏** 關於謂形成權為一種權利之作用。乃權能非權利也。如所有權中之處分。使用。收益等作用。是不能謂之為一種獨立之權利。然就我民法草案觀之。則此說殊有不合。蓋我草案之二五六條。一八七條。固顯然認形成權為一

種獨特之權利也。

六 社員權者。一種特別之權利也。社員權除社員對於社團法人之請求權外。包含社員之表決權。議決權。業務執行權及監視權者也。此等權利皆從一個之社員權所流出者。不能分離處分者也。

關於社員權之性質。於後法人章中再詳細論之。

疏 米特古富斯謂社員權為獨特權。如股東將其股票出售於人。即是將其應享之權利移轉於人。不能仍保留其表決權。議決權。業務執行權及監視權也。故曰獨特之權利。

## 第六章 民法上之義務

一 義務者。應為某行為。或應不為某行為之法律上狀態也。應為某行為者。即有須為其行為之義務。應不為某行為者。即有須不為其行為之義務也。前者為積極之義務。後者為消極之義務也。應為應不為云者。法律命其為不為之意也。故與法律之許可為正反對也。

疏 權利為法律之許可。義務為法律之命令。

公法上之義務。依公法之命令而生。私法上之義務。依私法之命令而生也。以下所言之義務。皆專指私法上之義務而言。

二 有權利必有義務與之對立。昔日之學者。多主張之。其實非也。蓋有對立者。有不對立者也。例如形成權。即有權利而無對立之義務也。又有義務而無對立之權利者。例如登記義務。公告義務。

之類是也。

**疏** 權利與義務非必相爲對立者。然有時雖無對立之義務而有相對以外之義務。例如有永佃權者更須與地主以小費是也。(日本民法二七六條二年不交承佃費則永佃權消滅) 夫小費本非有永佃權者之義務。然與永佃權相待而存在而不能免除也。

### 第七章 民法之參考書

#### 德國學者之民法著書

- 1.) Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts.
- 2.) Dernburg, Pandecten.
- 3.) Gierke, Deutsches Privatrecht.
- 4.) Dernburg, Das bürgerliche Recht.
- 5.) Regelsberger, Pandecten.
- 6.) Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Recht.
- 7.) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Recht.
- 8.) Ortmann, Kommentar Zum bürgerlichen Gesetzbuche.
- 9.) Riemann, Kommentar Zum bürgerlichen Gesetzbuche.

日本學者之著書

- (一) 富井政章博士著民法原論  
(二) 岡松參太郎博士著民法理由  
(三) 梅謙博士著民法要義  
(四) 梅謙博士著民法原理  
(五) 平沼騏一郎博士著民法總論  
(六) 橫田秀雄博士著民法論  
(七) 松岡義正博士著民法論  
(八) 川名兼四郎博士著日本民法總論  
(九) 石坂音四郎博士著日本民法  
(十) 土方寧博士著民法講義  
(十一) 註釋民法全書  
(十二) 團野新之氏著損害賠償論  
(十三) 石坂音四郎博士著民法研究  
(十四) 川名兼四郎博士著債權總論



(六)(五)

奧田義人博士著親族法論  
奧田義人博士著相續法論

# 本論

## 第一編 總則

### 第一章 法例

#### 第一節 民法之法源

一 民法之法源者。關於民事適用之私法之淵源也。民法之法源。可大分之爲二種。(一)制定法。(二)非制定法是也。制定法又可分爲三種。(一)法令。(二)自治法。(三)條約。非制定法亦可分爲三種。(一)習慣法。(二)判例。(三)條理是也。茲將其分晰說明於下。

疏

總意志帝國民法日本民法其第一章皆自人起如德民法曰權利能力始於人之初生完全日本民法曰私權之享有始於人之初生人未出生前殆無概括之規定也。

非制定法學者皆名曰不文法。美濃部氏行政法中謂之非制定法。所謂制定法者乃國家依一定之程式編纂之法律之謂。非制定法則多由人民之習慣而不經國家一定之程序所制定之法規也。

制定法亦名成文法。非制定法亦名不成文法。

世界各國英國多非制定法。除國則以制定法爲原則。認非制定法有補充之效力而已。

法令者法律命令也。凡經立法機關所制定者曰法令。法律不經此程序而爲元首所發布者曰命令。

法律爲經過立法機關所議決者。命令則爲行政首長所發布而未經立法機關議決者也。依原則言命令不能變更法律。然如我國在公文程式未頒布前(日本曰公式令)其從前之法令能否以命令變更廢止之。是誠有研究價值之問題。據余

先生言則宜視其性質。從前屬於某種而決定耳。

近人有謂省議會議決之案爲法律。謂可變更中央命令。誤也。省議會爲地方團體之立法機關。關於區域內自治事宜有議決之權。乃國家所畀予之者。非原始的。不能拘束中央命令也。

二 制定法中第一爲民法法源者。卽民法法典是也。但實質的意義之民法。不能全搜羅規定於民法之中。故民事規定。散見在民法法典以外之法律命令者。固甚多也。

法令中。主以規定民事特別事項爲目的者。稱之爲民事之特別法令。我國將來於民法法典之外。關於特別之民事。其亦必有法令之規定。蓋無庸疑也。

三 於國家制定法之外。公共團體本其自治立法權所制定之自治法。亦民法法源之一也。例如市鄉自治制。許市鄉得制定規律規約。其規律規約。亦於民事適用之私法之一也。

四 國際條約。依法公布後。得爲國法之法源。故條約中之民事規定。亦爲民法法源之一。蓋無庸疑也。例如通商條約。著作權條約。工業所有權條約等。含有民事規定。蓋甚多也。

國際條約之得爲國法之法源與否。乃學者間最有爭論之一問題也。多數學者。皆謂條約爲國家間之契約。祇能拘束國家自身。直接對於國民。不能生效力。非以法令再將其條約之內容規定時。不能生國法之效力者也。但最近學者之研究。皆謂條約者。一面爲國際法上之契約。同時他一面有國法之效力。條約締造權。同時含有國法制定權者。蓋國家之意思決定。祇能有一不能有二之當然結果也。條約之批准。爲國家意思之決定。交換爲其意思對於相對國之表示。公布則爲其意思對於國民之表示。故條約依公布。生國法之拘束力者也。（美濃部達吉博士日本行政法六五頁。法學協會雜誌一九卷七號。美濃部達吉博士「條約之國內效力」論文參

考) 此種國法。學者稱之爲條約法 (Vertragsrecht) 焉。

條約依公布而有國法之效力。既如上所述矣。故以條約能以變更法律。自不待言。但條約法能以法律變更之與否。從來學者之間。頗有爭論。有謂可以變更之者。有謂不能變更之者。(美濃部達吉博士條約之國內效力論文參考) 余則主張前說者也。何哉。蓋以條約既可以變更法律。詎有以法律不能變更條約之理。不過以法律變更條約之時。國家對於相對國。須負國際法上契約違反之責任。是不待言也。

五 非制定法中第一爲民法法源者。卽民事習慣法是也。習慣法 (Gewohnheitsrecht) 者。事實上之習慣。有法律之效力之謂也。習慣法之成立要件有二。第一須習慣也。習慣云者。依同一榜樣繼續遵行之習俗之謂也。第二須有法之觀念也。(Opinio Juris et necessitas) 法之觀念云者。受其習慣支配之人。信其習慣爲法律而守之之謂也。必具此二要件。其習慣法始能成立也。

不能不與習慣法成立之要件區別者。卽習慣法拘束力之由來是也。學者有謂習慣法之有拘束力。由於國家之默認者。是爲國家默認說。(Zustimmungstheorie) 有謂習慣法之有拘束力。由於國民之確信者。是爲國民確認說。(Volksgläubigkeitstheorie) 兩說爭持。各不相下。然此畢竟係由法理上根本觀念之不同。所生之爭論。卽法律究爲國家之意思。抑爲國民之確信之前提之差異。所生之爭論也。余以爲關於此種問題。應委之於法理學之研究。於此實無解決之必要。於

此所應注意者。即習慣法之成立要件之問題。與習慣法之效力由來之問題。乃兩個問題。不能將其混同也。

關於習慣法之效力。由來頗多爭論。在昔學者之通說。皆謂習慣法有變更制定法之效力。然近時之立法。多反之。皆竭力制限其變更之效力焉。（例如奧民一〇條。沙民二八條。意法例五條。德民第一草案二條。瑞民一條。德舊商一條。匈商一條。日法例二條。）我民法草案第一條曰。民事本法未規定者。依習慣法云者。其蓋標明習慣法原則對於民法無變更之效力。不過民法無規定時。有補充之效力而已。故習慣法對於制定法。其效力為弱。自不待言也。

習慣法。依原則祇有補充之效力。既如上所述矣。但依法令之規定。認其為有變更之效力。亦無妨也。例如我商法草案第一條曰。關於商業。本法無規定者。適用商習慣法。無商習慣法者。適用民法。是關於商習慣法。即依此特別規定。認其對於民法有變更之效力也。

習慣法者。須與事實之習慣有別也。事實之習慣者。無法律效力之習慣之謂也。事實之習慣。必當事人有從之之意思。始發生效力者也。

六 法院之判決例。學者稱之為判例法（*Stare decisis*）乃廣義習慣法之一種。故亦為民法法源之一也。法院依其本來之性質。原祇能適用法律。不能制定法律。故其判決。亦祇能拘束該一事件。不能拘束他事件。但實際上往往一判決例既定之後。其後遇同樣之事件發生。如無特別反對

之理由。必仍下同樣之判決。以同樣判決。屢經援用之時。人民之間。遂成爲習慣。而生法律之效力焉。此卽所謂判例法也。判例法之所以與一般之習慣法異者。蓋一般之習慣法。淵源於一般人民自己所行之習慣。判決法者。乃淵源於法院之判決故也。

七 非制定法中第二爲民法法源者。卽條理是也。蓋制定法之規定不備。而習俗上裁判上。又無先例之時。則該事項。祇有依自然之條理。以判斷之而已。此條理所以於制定法習慣法之外。獨立爲一法源也。

條理學者。又有名之爲理法者。（日本美濃部達吉博士日本行政法八頁參考）但於此所謂理法者。非如舊日自然法學者所謂萬古不易之定法。乃隨社會事情之變遷而亦變遷者也。理法之有法律之效力。近時之學者。多否認之。然制定法之規定。無論何如綿密。必不能將社會生活一切事項。皆能網羅無遺。若不認理法之存在。則遇事無規定之事項。法官皆得以藉口律無明文。而拒絕判斷。殊非所以謀社會福利之道。故我民法草案。認理法亦爲民法法源之一者。乃以此故也。

近世法典之規定。認條理爲法源之一者甚多。例如德民法第一草案第一條。『法律無規定之事項。準用關其類似事項之規定。無類似事項之規定。適用法規精神所生之原則。』意大利法例第三條第二項。與德民草案第一條略同。埃國民法第七條。『無類推法規之時。應熟思審省。』

依自然之法則以判斷之。瑞士民法第一條第二項「本法未規定者。審判官依習慣法裁判之。無習慣法時。依自居於立法者之地位。所應行制定之法規裁判之。」日本明治八年第一百零三號布告。裁判事務心得。一無明文者。依習慣。無習慣者。依條理。一是也。

近世學者認條理爲法源之一者亦甚多。德國學者之主張此說者。如柯雷兒 (Kohler) 凌格 (Ling) (凌格民法雜誌三十一卷) 賀德蠻 (Heldmann) (賀德蠻千九百零六年至零七年之民事著述總評) 日本學者之主張此說者。如梅謙博士 (梅博士民法原理九頁至十二頁) 美濃部達吉博士 (美濃部博士日本行政法八十頁至八十五頁) 山口弘一博士 (山口博士國際私法論三十六頁至三十七頁) 等是也。

## 第二節 誠信及善意

一 行使權利。履行義務。應依誠實及信用方法。(民草二條) 蓋誠實及信用。爲社會生活之基礎。兼助成交易之發達者也。故違背誠實及信用之行爲。法律不保護之。乃當然之理也。此條規定。蓋採之於瑞士新民法。(瑞士民法二條行使自己之權利及履行自己之義務。均須誠信) 而瑞士新民法之規定。則又脫胎於德民法債權編之規定。(德民二四二條債務人有依誠實信用及交易上之習慣爲給付之義務) 而擴張之也。蓋履行義務。固應誠信。卽行使權利。若不誠信之時。則

疏 例如永佃權或以石灰埋置地中而毀壞之雖為其權利範圍內而法律不保護之也又如償還全債債務而掩用偽幣仍不能免其債務是也

二 關於權利效力之善意以無惡意之反證者為限。推定其為善意。(民草三條)所謂關於權利效力之善意者。即因其事情之知與不知於其權利之得喪及範圍有原因結果之關係之謂也。民法中此類事項甚多。例如民法草案第三百一條。因時效之取得所有權。第一千二百七十八條。因占有之取得動產上行使之權利。及第一千二百八十五條之請求償還有益費之權利之類皆是也。關於此等事項。須要善意。而法律即以無惡意之反證為限。推定其為善意者。蓋以人原以善意為常故也。此條規定。載之於總則編之首者。蓋亦仿瑞士新民法之例也。(瑞民三條)本法凡以善意為法律上效果之要件者。推定其為善意。(第一項)一依照各種情形。要求其注意。於注意時不能為善意者。即不得主張其為善意。(第二項)

疏 民草第二條。以無惡意之反證為限。推定其為善意。即令心中確係知情。而由法律證明其屬善意。即認為善意。以設此規定者。恐揣無不足為據也。至於善意之意義。即不知情之謂。及之所謂惡意者。即知情之謂。在法律上。係善意與否。極關重要。蓋惡意之有無。即權利取得喪失。及其大小之所由判也。譬如以善意而將他人之衣物。携去認為己有。因其裏破而縫補之。為必要費。內不如此。致將無用也。若因其不美麗而綴以金線。則為有益費。而非必要費矣。若衣主將衣取回。則善意占有人。可向索還必要費。與有益費。若占有人係惡意。則返還原物之後。只能向物主索必要費。不能索有益費。此即善意惡意在民法上不同之一例也。

三〇 一未取得不動產之所有權。而用所有人名義為登記。以所有之意。思於二十年間和平。並公然占有不動產。其占有之始。係善意。而無過失者。取得其所有權。

一二七八條。以平穩及公然之法。開始占有動產之人。若係善意。並無過失者。即時取得於其動產上行使之權利。

一二八五條。善意占有人。得對於占有物之一。二八五條。善意占有人。得對於占有物之一。回復人請求償還改良其物所出之有益費。



## 第二章 私權之主體 (Rechtssubjekte)

### 第一節 總論

一 私權必須有主體。然後有所附麗。故私權主體者。私權所附麗之主之謂也。私權所附麗之主。爲何。曰人而已矣。法律上所謂人者。非專指人類而言。人類以外之物。其能吸收權利義務者。亦謂之人。故法律上所謂人者。卽能吸收權利義務之主體之謂也。此種吸收權利義務之能力。爲一種法律上之狀態。學者名之爲權利能力。故人者。又卽有權利能力之主體之謂也。古昔羅馬縱屬人類。而法律不附與以權利能力者有之。在今日法律上觀之。則此種人類。卽不得謂之爲人。如奴隸是也。但近世法律。在一方面。則凡屬人類。均附與以權利能力。故人類皆得爲權利主體。然在他方面。則得爲權利主體。又不限於人類。卽人類以外之物。法律亦附與以權利能力。而得爲權利主體。如法人是也。

疏 自然人之權利能力。非無法律以前當然有之也。有法律而權利能力始發生。法律用語所謂權利能力者。乃指行使權利履行義務二者而言。非專指權利一方言也。考羅馬時奴隸生殺與奪一任主人。自今日觀之。不能認之爲人。卽不認爲權利主體也。現今各國文明法律。蓋無不認人爲權利能力之主體者。蓋自南北美戰爭北美戰勝之結果。持人道主義奴隸之制廢棄已久故也。

二 如上所述。則得爲權利之主體者。爲人類（自然人）及法人矣。此二者皆依法律獲有權利能力。卽獲有法律上之人格。故法律上皆稱之爲人。然世俗之慣例。言人者皆專指人類而言。民法草案。間亦照此意用之。故民法草案中人之意義。可分爲二種。（一）廣義之人。則包人類及法人而言。（一）

狹義之人則對於法人專指人類而言。

疏 法律上所謂人有廣義狹義二種。廣義之人包自然人法人而言。狹義之人則專指人類而言。在民律中如所謂債權人債務人當事人等為廣義之人。戶繼承人及第四條八條七條十一條等則狹義之人也。

三 依法律獲得權利能力。不獨限於人類。人類以外之物。法律附與權利能力者有之。既如上所述矣。但法律與人類以權利能力也。則以其係人類故。故有係屬人類之單純事實發生後。法律即附與之。而與法人以權利能力也。則不然。必先定一定之條件。有適合其條件之事實發生後。法律始附與之。此人類與法人之獲得權利能力之不同也。因此不同。故法人權利能力之範圍。得因其種類。設種種之制限。而人類則以平等享有為原則。不因其身分、宗教、性、年、齡、而有差別也。換言之。即人類者。於私法上皆得為各種權利之主體也。

疏 自然人之權利能力原則皆不相差異。而法人之權利能力則因其性質及種類受有制限。彼此不能相同。

又人類之權利能力。不能自己自由拋棄。或自由制限者也。故人不得自認其身為奴隸。蓋人類之享有私權。為關於公共之秩序之原則故也。

疏 凡自然人皆生而有權利能力。不必再有附與之形式。而法人則須適合條件之事實發生後。法律上始附與以權利能力。如組織學會。須呈報教育部批准。始取得人格。而在自然人則人格之取得。始於初生。此其相異之點一。又自然人之權利能力之範圍。大。法人之範圍小。如借學會為營利之行為。則為法律所不許。以其目的不能有之也。至自然人在文明各國無身分之分。無宗教之別。如普族平民等。而男女及年齡亦復無大差別。在國籍上原則亦無歧異。此其相異之點二。

四 不能與權利能力相混者。則行為能力是也。行為能力者。為能生法律上效果之行為之能力也。行為能力分為二種。一法律行為能力。一不法行為能力是也。行為能力與權利能力。雖有關係。

然初非常相聯屬。故無行為能力。而有權利能力者有之。如嬰兒及瘋人是也。無權利能力而有行為能力者亦有之。如羅馬法中之奴隸是也。

## 第二節 人(自然人) (Die natürliche Person)

### 第一款 權利能力 (Rechtsfähigkeit)

#### 第一項 權利能力之始期及終期

一 人類既以均有權利能力為原則。所應研究者。惟權利能力於何時始何時終而已。人類之權利能力。法律因其為人類之一單純事實發生後。即附與之。故人類之始期。即為其權利能力之始期。蓋當然之結論。此民法草案第五條權利能力於出生完全為始云者。即此意也。但出生之意義如何。出生完全之意義如何。由來爭論多端。莫衷一是。茲就余所信為正當者。以解釋出生完全之意義。則須具有左列二要件。始為出生完全。

(一) 出生完畢。在母腹中與母體未分離間。不得為出生完畢。故出生完畢者。須與母體分離。獨立生存之謂也。小兒臍帶據晚近醫家之研究。謂其無關於獨立生存之條件。故臍帶之未斷。無害其為出生完全。又出生完畢。其出生之本於自然。或出於人工。均在所不問。

(二) 生活。胎兒須保持其生命而出生。始為出生完全。但保持其生命之時間長短。則非所問。

疏 關於人出生學說不一。(一)一部露出說。(二)全體露出說。(三)斷臍帶說。(四)陣痛說。(五)獨立呼吸說。據余先生所信。則以人之初生。宜具二要件。即(一)出生完全。(二)生活是也。至臍帶說。據近世醫家言。臍帶斷否與

獨立呼吸無關係。出生要件。又從前關於既生之後。生時之長短。甚有爭論。如法義民法等。即均謂雖生時呼吸而轉瞬即死者。不能謂之爲人也。而近今學者。則不探此說。凡一降生而生活者。即可有權利能力。至於孿生者。則以出生之先後。定其長幼。其具有奇形異狀者。則須憑醫家觀察之。而判其爲人否也。

人必具備右述兩條件之完全出生。而後始得爲權利主體。既如上所述矣。於此有壹亟須研究之問題。則胎兒是也。胎兒當未出生前。爲母體之一部。不能獨立生存。其不得爲權利主體。本無庸疑。然法律有豫計胎兒將來之利益。特行保護之者。其保護胎兒利益之方法。各國之立法例不一。有以胎兒將來完全出生爲條件。直視爲權利主體者。有於完全出生後。始溯及既往。使其取得其權利者。余意以後說爲較妥。何也。蓋胎兒未出生前。即認爲權利主體。則殊大背乎原則故也。又保護胎兒利益之範圍。各國之法例亦不一。有用概括規定。凡關於胎兒之利益。概視爲既生者。有於應保護胎兒利益之處。特行規定者。概括規定。失之太寬。易滋流弊。學者多非之。(如富井氏民法原論一一八頁)故不如特行規定爲宜。特行規定。即如請求損害賠償及繼承時。特認胎兒之權利是也。

疏 胎兒非權利主體。因爲保護其利益。乃豫計其將來可以享有。不過於發生事實時爲之保留。非於出生前即使之享有也。

原則指民法草案第六條。胎兒惟以生體分婉者。始得有出生前之權利能力。一虛指胎兒。拉丁文曰「惟都母配而塞梯」。日本謂之未懷胎兒。如甲無子而死。其兄弟亦無子。或其兄弟有子而不欲以之爲繼承人。則可用遺囑方式。預定兄弟某生子。即以之爲子。實則爲遺囑時其兄弟之妻尚未懷胎。即虛指胎兒是也。關於此點。多數立法例。皆不予以保護。惟德民三一〇六及二一六九條。規定則承認之。我草案亦無規定明文。然預計其將來繼承事實上。不無障礙。蓋以虛指胎兒之事。在社會上。往往發生故也。

二 人類之權利能力。既以人類之始期爲其始期。則人類之權利能力。亦自應以人類之終期爲其終期。死亡者。人類之終期也。故死亡者。亦卽人類權利能力之終期也。換言之。卽人類之權利能力。因死亡而消滅者也。權利能力之始期。各國民法中。多以明文規定之。而權利能力之終期。從未有規者。以人類之死亡。爲權利能力消滅之原因。是屬自明之理。無待明文規定故也。

三 人類有非死亡。而法律視爲與死亡等者。則死亡宣告是也。死亡宣告。與佳所有密切之關係。於後再詳論之。

疏

人類權利能力之終期之原因。只有二端。一死亡。二死亡宣告。死亡之時。期。據醫家言。以心臟鼓動停止後。爲其死亡。故如斷氣時之權利能力。尙未消滅也。

羅馬時代。有人格大減等之規定。一加不梯斯德米能灰馬克西馬。一卽因犯罪而消滅其私權之謂。亦卽權利能力終期之一種。今世文明各國。關於權利能力之終期。只以死亡爲其原因。此外有死亡宣告一種而已。

四 人類之出生及死亡。爲其權利發生消滅之根據。故出生死亡之事實。及其時期。法律上有重要之關係。欲主張權利之人。必須有以證明之。但舉證之事。頗屬困難。故各國爲證明之便利起見。凡關於生死之事。使其呈報於戶籍吏。由戶籍吏記載於戶籍簿上。以備將來之證據焉。

## 第二項 權利能力之範圍

一 如上所述。人類之權利能力。既以平等爲原則。則各人之權利能力。所能吸收之權利義務。原則亦應無差等者也。但對於此原則。不能無例外。卽有某種人之權利能力。常不適於吸收某種之權利義務焉。

二 因男女之別所生之例外也。例如男子始得享有夫權，女子不得享有夫權之類是也。

三 因內外國人之差異所生之例外也。在古昔時代，各國多異視外人，非但公法上之資格不與外國人。即私法上之權利亦不輕與之。此證諸羅馬市民法。已可想見者也。然世界文明日進，交通日便，因之與外國人之交際增加，而歧視外國人之念，遂逐漸減退，故外國人之權利能力亦漸次趨於擴張之傾向焉。

關於外國人法律上之地位，其應與本國人同否之問題，依歷史之研究，可分為三大主義如下。

(一) 禁止主義。此主義即一切私權均不許外國人享有為原則者也。(例如羅馬法)

(二) 相互主義。此主義又可分而為二。

甲 法律相互主義。此主義即外國人之本國，依法律與我國人以私權者，我國對於其外國人亦照與之者也。(例如匈奧瑞)

乙 條約相互主義。此主義即外國人之本國，依條約與我國人以私權者，我國對於其外國人亦照與之者也。(例如法比)

(三) 平等主義。此主義即使外國人與本國人享有同等私權為原則者也。今日世界各國漸趨於大同，故最近立法多採此平等主義焉。

以上三主義以理論上言之，自以平等主義為最當。何則？蓋公權者於國家生存上有關係，私權

者。不過於人類生存上有關係而已。國家不以公權與外國人者。蓋恐與外國人以公權。則有危及國家生存之虞。非故斬而不與也。若私權則不然。私權不過關於其個人之生存。若亦吝而不與。則有害其生存矣。故採用平等主義。於理論上實屬至當之立法也。

(四) 然一切私權。若使外國人皆得以享有。與國家利益亦不無多少抵觸之處。此現在各國立法。雖以平等主義為原則。而亦不能不設二、三例外者此也。例如中國銀行及興華匯業銀行之股東權。皆不許外國人享有是也。

**疏** 外國人之權利能力。學者有者。外國人權利能力之地位論者。論之甚詳。在羅馬時代。公私權絕對不准外人享有。觀市民法之規定。可以概見。至於近代。則以私權為人之生存在所關。譬如外人旅居本國。若無私權。如不許為借貸等行為。則與其生存在上大有妨礙。或種國家雖尚有限制而已。與前此不同也。試以日本德國之例證之。日本民法第二條云。外國人除法令禁止外。得享有私權。此蓋以平等為原則也。考其所謂條約禁止者。尚無適例。以法令禁止者。如下：(一)土地所有權。因本國地狹。若許外人購地。則本國人有失其駐足之虞。但近已認許之。(二)戶主權。如外國人為日人養子者。無家督相續權。但近已認許。(三)船舶權。(四)日本銀行正金銀行拓植銀行。南滿鐵道會社之股票。外國人不得享有之。但南滿鐵道會社股票。例外許中國人購買之。(五)礦業權。(六)取引所(交易場)。(七)水先人(船舶入港時領船入口之人)等是也。德國民法施行法第三十一條。各國如有限制德國人之私權。時帝國大宰相以聯邦參事會之同意。得行報復權。一即以平等為原則。如他國限制德國人。則德國人亦限制之。與日本條文語異而義同。草案第四條。一。人於限制法令內得享受權利或負擔義務。一。在立法者以為將來限制外國人享有私權。即以此條為根據。然人字含有本國人之義。不能專以外國人解釋。人字如指有二個意義。則在中國一方面。據法理言。不能曰法令只可曰法律。蓋剝奪人民權利。課人民義務。在立憲國家。須以法律定之。不能以命令行之。委任命令。為法律所委任者。與法律同視。如專指外國人言。則當於條文中。訂明蓋外國人享有私權。非其本來由天賦。說可以享有。不過由本國賦與之耳。倘專以法律為限制。則遇有緊急事由。發生必多未便。故有時許以命令代法令也。日本民法第二條。從前亦係法律二字。因其不便。始改為法令。中國雖無限制外國人私權之事。然如中國銀行條例。興華匯業銀行條例。以單行法訂明。不許外人享有此股東權。亦限制之一例。蓋恐市面恐慌。外人自由撤股。致有巨大之影響故也。

五 外國人法律上之地位。應取平等主義。既如上所述矣。但外國人之意義。即何謂外國人。不得略論之。

外國人者。非民國人之自然人也。故外國法人。不得謂之爲外國人。又民國人者何。民國人者。具有民國國籍法所定之條件之自然人也。外國人者。既爲非民國人之自然人。故外國人可分爲二種。第一有外國國籍之人。第二無國籍之人。無國籍之人。亦謂之爲外國人者。蓋以其非民國人之一點。與有國籍之外國人同也。

**疏** 如甲已脫英國籍而未入他國籍。或欲入法國籍而不合法國之國籍法。則甲爲無國籍人。

## 第二款 行爲能力 (THE CAPACITY)

### 第一項 弁言

一 行爲能力 (THE CAPACITY) 者。爲能生法律上效果之行爲之能力也。行爲能力。得分爲二種。一法律行爲能力。一不行爲能力 (即責任能力) 前已略述之矣。然此指廣義之行爲能力而言也。狹義之行爲能力。則專指法律行爲能力。不包不行爲能力在內。於此所欲說明者。即此狹義之行爲能力。而廣義行爲能力之一種。所謂不行爲能力者。於後再詳論之。

二 狹義之行爲能力。即法律行爲能力者。得由自己之行爲。而取得權利。或担負義務之法律上之狀態也。行爲能力。與權利能力。不可混同。權利能力者。指爲權利或義務之主體之資格而言。行



爲能力者。指得親自爲取得權利。或担負義務之行爲之資格而言。得爲權利人或義務人與否之問題。爲關於權利能力之問題。得爲取得權利之行爲。或担負義務之行爲與否之問題。爲關於行爲能力之問題。故有權利能力之人。未必卽有行爲能力。如嬰兒及瘋狂人。雖無行爲能力。然不失其爲有權利能力也。

三 行爲能力。又與意思能力。不可混同也。蓋意思者。爲法律行爲之要素。缺意思能力之行爲。直不能謂之爲行爲。故其行爲無論出於何人。其行爲當然爲無效。初無待言。是以無意思能力之人。謂其亦無行爲能力。固屬當然之結論。然無行爲能力之人。謂其亦卽無意思能力。則不可也。何也。蓋如七歲未滿之幼童。及禁治產人。雖無行爲能力。不能謂其爲無意思能力。因彼等之行爲。故常儼然有意思故也。意思能力與行爲能力區別之要點。蓋一爲人之精神上之狀態。一爲法律上之狀態。一爲事實上之問題。一爲法律上之問題故也。

**附** 常人每以行爲能力與意思能力混爲一談。實則不然。如小兒以錢買食物。其行爲非無意思。人於精神明白時。亦有意思能力。故謂無意思能力者。卽無行爲能力者。則可謂其無行爲能力者。亦無意思能力。則不可。蓋一爲精神上的事實。上的一爲法律上的也。(口無能力。卽無行爲能力之簡稱。口限制能力。卽限制行爲能力之簡稱。)

四 行爲能力之有無。爲區別法律行爲有效無效之一大原因。故關於行爲能力。東西各國民法。多特行規定也。(德民一〇四至一一五。日民三三至三六)又民法關於行爲能力之規定。皆爲強行之規定。不許當事人以意思表示變更之者也。民法草案第二節。總名之爲行爲

能力。然其規定之實質，則可分爲三種：(一)關於有行爲能力之規定。(二)關於無行爲能力之規定。(三)關於限制行爲能力之規定是也。茲分別說明於下。

## 第二項 有行爲能力

有因自己之行爲而取得權利或担負義務之資格者，謂爲有行爲能力。既如上所述矣。必如何人始爲有行爲能力。依各國立法，必須具左列二要件。始認爲有行爲能力。

(一) 達於成年。吾人之智識與年俱進。必達一定之年齡，則智識始完全發達。能以熟權利害而爲法律行爲。此卽成年制度所由起也。以幾歲爲成年，各國之立法例不一。有以二十五歲爲成年者。(如西丹、諾葡) 有以二十四歲爲成年者。(如奧、匈) 有以二十三歲爲成年者。(如荷蘭) 有以二十一歲爲成年者。(有英、美、法、德、俄、比) 有以二十歲爲成年者。(如瑞、日) 成年之年齡，各國如此差異者，以規定成年之年齡，須以人類之智能爲標準。然人類智能之發育，既因人種、氣候、風土、文化等而有差異，則規定成年之年齡，自不能無遲速之別也。民法草案，斟酌本國之習慣，參照多數之立法例，規定滿二十歲爲成年焉。(民草十條)

**附** 中國古代有男子及冠、女子及笄之說。冠、笄雖爲一種禮制，然亦有成年意味。卽表示其有行爲能力之意思也。其後有成丁之說。實爲公權關係之規定。蓋人而達於丁年，始課以徭役及丁稅。而丁年之年齡，又因時代不同。

右爲二十五。隋改爲二十一。實與成年無與也。法學會雜誌第三號(民法上之成年制度)考論最詳。爲陳宗蕃氏所著。氏謂規定成年年齡，宜參酌前制度與丁年相同爲二十五歲。不必與外國相同。余先生否認此說。謂丁年不必與成年相混也。又外國規定成年有特別身分者，與普通人不同。如日本人民以二十歲爲成年。皇族則以十八歲爲成年。以其地位較高之故此與法理不合。成年有因氣候而不能盡同者。如中國江浙人發達較早。陝甘人發達較

遲故也。

成年年齡之起算點。有從出生之日起算者。有從出生之時起算者。以計算之便宜起見。自以從出生之日起算爲宜。

(二) 有識別力。識別力者。辨識法律上效果之意識力。即學者所謂意思能力是也。如甲乙兩人。結買賣契約。則甲乙兩人。須辨識由買賣而生所有權移轉之效果。此辨識能力。即此所謂識別力也。辨識法律效果之意識力。與辨識自然效果之意識力。其程度不能盡同。蓋辨識自然效果易。辨識法律效果難故也。辨識法律效果之意識力。即我民法草案所稱爲有識別力。凡人以達於一定年齡。皆有識別力爲原則。故何人爲有識別力。民法草案並不規定。祇就無識別力者規定之。蓋除此無識別力之人之外。皆爲有識別力之人故也。

疏 凡人辨識事實上效果之力量。辨識法律上之效果難。前者如幼兒以刀斫椅。知其將生損害之結果。後者如買賣行爲。買主須將金錢所有權移轉於賣主。賣主須將物之所有權移轉於買主。是而幼兒不知也。

如上所述。則達於成年兼有識別力。始爲有行爲能力。故有識別力之未成年人。與達於成年而無識別力之人。均不得爲有行爲能力。有行爲能力人所爲之法律行爲。爲完全有效之法律行爲。如有行爲能力之甲。與有行爲能力之乙。爲一買賣行爲時。使其行爲無其他缺點。則其買賣於法律上爲完全有效也。但對於此。有一例外。即有夫之婦。雖達於成年。兼有識別力。仍爲限制行爲能力人。不能完全有行爲能力。其所以然者。蓋法律爲尊重夫權。與維持一家之平和起見。有特行限制

其行爲能力之必要故也。(民草九條)

疏 德國民法分行爲能力爲三段。(一)有行爲能力者。(二)無行爲能力者。(三)限制行爲能力者。我草案採之。而日本民法則只分有行爲能力與無行爲能力之二種。將限制行爲能力包括於無行爲能力之中。妻之行爲能力多數立法例爲尊重夫權及維持一家和平起見。皆於其行爲能力設有限制。不過其限制之範圍有不同耳。

### 第三項 無行爲能力

一 無行爲能力者。全無行爲能力之謂也。換言之。卽無行爲能力者。非其行爲能力。僅於法律上被制限。乃法律上直視其爲毫無行爲能力也。是以無行爲能力者。非僅對於有行爲能力而言。蓋對於有行爲能力及限制行爲能力而言也。以何者爲無行爲能力人。依我民法草案之規定。蓋分爲二種。

(一) 未滿七歲之未成年人。別成年與未成年。而定其行爲能力之異同。古來各國之立法例。雖同出一轍。至於未成年中。又附以階段與否。則各國立法。殊不一致。有取階段制度者。有取無階段制度者。如羅馬法及德意志民法。皆取階段制度。羅馬法以滿二十五歲爲成年。未滿二十五歲之未成年中。區分爲三段。無論男女。皆以七歲未滿爲第一段。男子七歲以上十四歲未滿。女子七歲以上十二歲未滿。爲第二段。男子十四歲以上至二十五歲。女子十二歲以上至二十五歲。爲第三段。德意志民法。以滿二十一歲爲成年。未滿二十一歲之未成年中。不論其爲男爲女。皆區分爲二段。(一)七歲未滿之幼者。(二)滿七歲以上之未成人是也。至於法

蘭西民法、意大利民法及日本民法。則取無階段制度。祇設成年與未成年之區別。而於未成年中。不復再設段落。夫人之智識與年俱進。幼稚時之智識。與稍長時之智識。既逐漸不同。則法律規定其行為能力。亦自應隨之而異。故階段制度。於理論上極合。且未滿七歲之未成年人。親自為法律行為者甚少。故即以之為能無行為力。於實際上亦無妨。故我民法草案亦取階段制度。規定未滿七歲之未成年人。為無行為能力。而滿七歲以上之未成年人。為限定行為能力人焉。(民草一二及一三條)

疏 未成年人之規定。各國有分階段者。如羅馬法、德國民法。是有不分階段者。如義法、日本民法。是其不設階段之理由。謂人之智識發育遲早不同。既不能以彼人例此人。即不能劃一定之標準。不過據一般普通人為斷。不能依各人之身體判定也。中草所以採階段主義者。以人之智識發育與年俱進。少之時與稍長之時。既逐漸不同。則法律規定其行為能力。自應隨之而異。考法國民法雖無階級之設。然未成年人之智識發達。經行親權人及保護人之聲請。法院得宣告成年(即準成年)。日本民法第六條。未成年入經行親權人監護人認其為一種或數種營業者。與成年者認有同一之能力。是法日雖無其名。而其實蓋貧困之家。非賴營業不能生活。若子已智識發達。倘不許其有行為能力。則殊不便故也。

(二) 禁治產人 禁治產者。常有心神喪失之情形。而受禁治產宣告之人也。凡在心神喪失中

所為之行為。為無意思之行為。故於法律上當然為無效。然心神喪失人。有時或回復其本心者有之。故心神喪失人之行為。果係喪失心中之所為。抑係回復時之所為。彼此爭執之時。則證明殊非易易。法律為預防其爭執計。故一面謀保護心神喪失人之利益。而規定禁治產人為無行為能力。一面將其心神喪失人之病症。預行告知於公衆。而保護公衆之利益。此禁治產

制度之所由起也。關於禁治產制度所應研究之問題有二。(一)禁治產之宣告。(二)禁治產之效力是也。

(甲) 禁治產之宣告。禁治產之宣告因本人配偶三親等內之宗親監護人保佐人或檢察官之聲請於法院爲之者也。(民草一九條)蓋聲請禁治產出於自己利慾之心者往往有之。故民法草案一面限於與喪心人有密切關係之人始使其有聲請之權利。一面使法院得以審查情形而決斷之不必盡容其請求也。民法草案第一先使本人得爲聲請者。蓋喪心人於回復本心時有設法保護自己之利益之必要故也。其次使配偶三親等內之宗親得爲聲請者。蓋此等人與喪心人有密切之關係實爲防護其利益最適當之人故也。又其次使監護人及保佐人皆得爲聲請者。蓋設想有心神喪失常狀之人爲未成年人或準禁治產人之時之規定也。最後使檢察官亦得爲聲請者。蓋禁治產於法律上有重大之關係爲公益計故使檢察官亦有聲請之權也。

關於爲禁治產宣告之管轄法院及其聲請等程序由民事訴訟法規定之。

(乙) 禁治產之效力。禁治產之第一效力即受禁治產宣告之人爲絕對無行爲能力人是也。蓋禁治產之制度原一面爲保護心神喪失人之利益。一面爲保護相對人而期交易之安全而設。故使心神喪失人既受禁治產之宣告後雖有回復本心之時而其行爲

法律上仍認爲無效。以避去一切實際之爭論焉。此其效力之一也。禁治產之第二效力。則爲禁治產人置監護人是也。禁治產人因其精神之障礙。其行爲辨識力不能與常人同。故法律設禁治產之宣告。使其絕對無行爲能力。以保護其利益。然保護其利益之法。非此消極之處置卽足也。必須更有積極之處置焉。其積極之處置爲何。卽設監護人是也。法律之設監護人者。蓋使監護人看護禁治產人之身體。管理其財產。且代之爲法律行爲故也。此又其效力之一也。

二 未滿七歲之未成年人與禁治產人。以其無意思能力。或意思能力非常不完全。故民法草案均以之爲無行爲能力。無行爲能力之人。其行爲絕對爲無效。故此等人。雖能享有權利。爲權利之主體。然不能自己行使其權利。是以法律必須定爲之行使其權利之人。爲之行使其權利之人。爲何。於未成年人則爲行親權人及監護人。於禁治產人。則爲監護人焉。(民草二一及二二條)

三 禁治產之必要。以其人有禁治產之原因(卽心神喪失)故。既如上所述矣。故禁治產之原因終止之時。則禁治產之必要。亦當然消滅。是不待言。是以民法草案第二十二條曰。禁治產之原因終止時。須依民事訴訟法規定。撤銷宣告。卽此意也。禁治產必由裁判宣告。始發生效力。而於其原因事實消滅之時。欲撤銷之。亦自應仍依裁判宣告之程序。又能聲請宣告禁治產之人。皆爲能聲請撤銷禁治產宣告之人。亦法文上當然之解釋。無庸稍有疑義者也。

#### 第四項 限制行爲能力

限制行爲能力者。卽其行爲能力。特受法律之限制是也。限制行爲能力人。非如無行爲能力人。絕對無行爲能力。亦非如有行爲能力人。完全有行爲能力。實介於此二者之間。法律爲之特設一階段。定一限度而已。法律限制行爲能力之原因有二。有以意思能力爲原因者。有不以意思能力而以他種情由爲原因者。前者如滿七歲之未成年人及準禁治產人。後者如妻是也。滿七歲之未成年人及準禁治產人之定爲限制行爲能力者。蓋以其意思能力不十分完全故。是卽以意思能力爲原因。妻之定爲限制行爲能力者。則以尊重夫權與維持一家和平故。是卽不以意思能力而以他種情由爲原因也。茲將我民法草案定爲限制行爲能力者。分別說明於左。

(一) 滿七歲之未成年人。滿二十歲者爲成年人。未滿二十歲者。皆爲未成年人。未成年中。七歲未滿者。法律以其意思能力。非常薄弱。絕對認其爲無行爲能力。既述之如上矣。其他之未成年人。雖其意思能力。較爲發達。然其計較得失。審察利害。終有不及成年人之慮。書使之獨斷而爲法律行爲。勢必致蒙不測之損害。法律爲保護其利益計。故特以法定代理人之允許爲限制此種未成年人行爲能力之方法。卽此種未成年人。爲負義務之行爲。須得法定代理人之同意。經法定代理人之同意而爲之行爲。始爲有效。未經法定代理人之同意而爲之行爲。雖非絕對無效。然在法律上可以撤銷之。所謂法定代理人者。卽行親權之父母或監護



人是也。(民草一四條一項二項)滿七歲之未成年人欲爲負義務之行爲以須經法定代理人允許。是爲原則。至於未成年人決不至蒙損害之行爲及與未成人之智能相當之行爲。則法律特設例外規定。許未成人得獨斷爲之。無須經法定代理人之同意焉。

(1) 專取得權利或免義務之行爲。專取得權利者即祇取得權利。毫不負義務之行爲也。如受他人之贈與是。專免義務者即消滅現損負之義務。不再損負他種義務之行爲也。如受債務之免除是。此種行爲使未成人得獨斷行之者。以此種行爲係有益無損於未成人故也。(民草一四條)

疏

如債權人約定所欠之款雖可免除而須以他物代價或須爲之職務則與專免義務之專字不合仍須得法定代理人之同意。

此書與日民法第四條第一項但書言趣相同。德民法一〇七條亦然。德民法將行爲能力規定於法律行爲章而不定於人之一章。以行爲能力爲法律行爲所不可缺者。瑞士民法亦同。

(2) 允許其處置財產時。此可分而爲二。(一)法定代理人豫定目的。允許未成人處置之財產。則未成人於其目的之範圍內得隨意處置之也。(民草一五條一項)於此所謂財產者。固不限於銀錢。所謂處置者。亦固不限於移轉所有權。然實際上之適用。則以銀錢消費爲常。例如父母以一定之銀錢交付未成人。爲養學之費用。則未成人於其受學之目的範圍內。皆購紙筆買書。得自由處置之。類是也。(二)法定代理人不豫定目的。允許未成人處置之財產。則其財產未成人亦得隨意處置之也。例如父母每月以一定之

銀錢與未成年作零用。未成年人得將其銀錢自由消費之也。此二種情形皆使未成年人得獨斷爲之者。蓋以既達於相當年齡之未成年人。固爲修學及其他需要。既有必須處置財產之時。若必事事皆須經法定代理人之允許。是特不勝其煩。且使第三人即日常之交。易亦不敢輕易與未成年人爲之。其結果仍歸之於未成年人之不利益。則原爲保護未成年。人而反害之。故民法不能不有此例外之規定也。

(3) 允許其營業或爲他人服勞務時。未成年人達於與成年相近之年齡。其智能之發育。幾與成年相埒。以家境計。以自已練習職業計。實有從事商工業或其他勞務之必要。故法定代理人。允許未成年。人獨立而爲一種或數種之營業。或允許爲他人服勞務者。亦事理之當然也。未成年。人受獨立營業之允許後。就於營業。與成年。人有同等能力。所謂與成年。人有同等能力者。即未成年。人就於其營業而生之一切行爲。均得獨斷爲之。再無須一一經法定代理人之允許也。唯營業開始後。未成年。人實有不勝營業之情形時。則法定代理人。仍得將前之允許撤銷或限制之。蓋未成年。人如實際不勝營業。仍須歸復原則。完全保護之故也。但其撤銷或限制。不過向將來發生效力而已。(民草一六條一項二項)未成年。人受爲他人服勞務之允許後。未成年。人於勞務法律關係之成立變更消滅及其履行義務。與成年。人有同等能力。即未成年。人關於勞務契約之締結解除或履行。均得自由獨斷。

爲之。不必再經法定代理人之允許也。但此允許若認未成年人有不妥之時。其得撤銷或限制之。自不待言。(民草一七條一項二項)

(二) 準禁治產人。準禁治產者。心神耗弱人。聾人。啞人。盲人及浪費人。受準禁治產之宣告者也。準禁治產人。雖非如禁治產人常有心神喪失之情形。然因其智能之欠缺。或一定之性癖。而於自己所爲之行爲。其利害得失。有不能充分顧慮者。法律爲保護其利益起見。故特限制其行爲能力。而爲限制行爲能力人。此準禁治產制度所由起也。禁治產人爲無行爲能力。無行爲能力人所爲之行爲。在法律上當然爲無效。準禁治產人爲限制行爲能力人。限制能力人所爲之行爲。在法律上並非當然無效。不過得以撤銷之而已。此禁治產與準禁治產相異之點也。

疏 草案分準禁治產原因爲五。日本民法第十一條同。德國民法百十四條則爲精神耗弱。浪費。酒三種。其加酒一項者。因德民喜飲。故法律以禁治產救濟之。以其有害衛生也。中國好飲者甚少。即偶有之。亦尙無狂飲如德民者。

據醫家言。啞無不聾者。若聾聾則不過聽能不備。與其智識無干。盲人則往往聰明過常人。與智識不發育者不同。無特別保護之必要。若聾則實不及聾盲之爲愈也。草案採日本法例。皆以之爲準禁治產之原因。與醫家說不合。關於準禁治產所應研究之問題有三。(一) 準禁治產之原因。(二) 準禁治產之宣告。(三) 準禁治產之效力是也。

(甲) 準禁治產之原因。禁治產單純一種原因(即心神喪失)而準禁治產之原因。則有

數種。故須分晰說明如左。

(1) 心神耗弱人。心神耗弱人。雖非心神常有喪失之情形。全缺辨識一切法律效果之能力。然因其心神之不健全。則權衡利害得失之能力。亦自薄弱。如生來羸弱。或衰老疾病。故法律不能不設法保護之也。既屬心神耗弱。則其耗弱之原因。係本於先天。或出於後天。均非所問。但心神耗弱。須有繼續性。若祇出於一時者。不得為準禁治產之原因。

疏 必神經弱。不過其精神不健全耳。俗所謂精神照顧不到也。老年老昏。或因疾病結果。腦筋作用不完全之類。法律上只問其心神耗弱與否。而不問其為先天的抑為後天的。

(2) 聾人。吾人之智能。由五官之機能而生。若五官缺一。則其智能。自必顯較常人。有缺。聾人者。即聽官之機能缺廢者也。

(3) 啞人。啞人者。言官之機能缺廢者也。

(4) 盲人。盲人者。視官之機能缺廢者也。

疏 德民法於限制行為能力中。未將聾啞盲人列入。須此等人係精神耗弱者。始為準禁治產人。

(5) 浪費人。浪費人者。屢為不相當無益消費之人也。不相當者。與其家境不相當之謂。無益消費者。並非維持生活及體面必要之費用之謂也。但所謂浪費者。須已成為浪費之性癖。若一時一事。偶然浪費者。不得為準禁治產之原因。以浪費為準禁治產

之原因者。蓋若聽其浪費。必致蕩盡家財。非特陷一己於困窮。而其家族亦將因之受累。故法律不能不設法。有以防止之也。

**疏**

不相富之例。如亦貧而樂。則其衣冠。雖是。如常人而最。佳之。宜。亦。然。若富家。則。外。空。官。則。合。以。其。地。位。而。言。

以浪費人為準禁產之原因。乃為保護其一家之故。與前四端之保護其不肖者不同。

以上五種。皆民法草案所認為準禁治產之原因也。但其所以認為原因之理由。則有異。第一種至第四種。因其智能欠缺。而認為準禁治產之原因。第五種。因其有一定性癖。而認為準禁治產之原因。其理由固有別也。

以上五種原因。若有其一。即得宣告準禁治產。

(乙)

準禁治產之宣告。準禁治產之宣告。亦與禁治產宣告同。須有人聲請。法院始宣告之也。(民草二二三條一項)民法草案關於準禁治產之聲請人。準用第十九條規定。(民二二三條二項)即得為準禁治產之聲請人。與得為禁治產之聲請人同。但保佐人不在其內。

**疏**

準用有時。須將條文略加變更。方可採用。如二二三條二項。則聲請之聲。亦係本人之。親。宗。親。配。偶。監。護。人。惟。不。若。第。十。七。條。有。保。佐。人。蓋。保。佐。人。係。受。於。準。禁。治。產。聲。請。後。不。宜。再。準。禁。治。產。聲。請。無。謂。保。佐。人。故。也。

關於為準禁治產宣告之管轄法院及其聲請等程序。由民事訴訟法規定之。

(丙)

準禁治產之效力。準禁治產之效力。亦可分為二。(一)受準禁治產宣告之人。為限制

行爲能力人。與滿七歲之未成年人。有同一之能力也。卽未成年人。原則不得獨斷而爲法律行爲。準禁治產人。亦原則不得獨斷。而爲法律行爲。未成年人。於例外之場合。有得獨斷而爲之法律行爲。有得獨斷而爲一切法律行爲之時。準禁治產人。於例外之場合。亦同。(民草二五條一項二項)(二)爲準禁治產人。置保佐人也。準禁治產人之行爲能力。既與滿七歲之未成年人受同等之制限。則法律卽不能不爲之設補助其能力之人。其補助能力之人爲何。卽保佐人是也。準禁治產人。爲法律行爲之時。原則須得保佐人之同意。若不得保佐人之同意。而爲之法律行爲。得撤銷之。(民草二五條二項)

**疏**

關於準禁治產人之行爲能力。中草取概括主義。民探列舉主義。如日民十一條一項。一十九款收回原本利用原本借貸及保證均須得保佐人之同意是德民與中民空同。

準禁治產之原因消滅後。得以聲請撤銷其宣告。自不待言。其得以撤銷之理由。與禁治產宣告撤銷同。茲不再贅。

(三) 妻。近世東西各國。凡私法上之權利。女子以得與男子同等享有爲原則。是權利能力。男女平等者也。至於行爲能力。原則固亦男女平等。但女子之爲人妻者。其行爲能力。有不能不稍受制限。是以關於妻之行爲能力。各國之立法例不一。有以妻爲有行爲能力者。有以妻爲無行爲能力者。又有以妻爲限制行爲能力者。民法草案斟酌本國之習慣。兼仿多數之法制。而採取限制行爲能力主義。凡因婚姻之結果。而取得妻之身分者。卽爲限制行爲能力人。至

於婚姻關係成立前之女子與婚姻關係消滅後之女子。即未婚之女子與寡婦。則並不限制<sub>為</sub>行爲能力人。蓋妻爲限制行爲能力人之理由。實爲尊重夫權與維持家室之和平故也。

**疏** 近來女子要求參政之風日甚。英國地方選舉女子有選舉權。父有女子可爲官吏之國。然此特絕少之事。原則上女子仍不能享有公權也。若私權則不論男女以平等爲原則。則行爲能力則各國立法例不同。有以妻爲完全行爲能力者。如法蘭西是。有以妻爲限制行爲能力者。如德日及多數國家之。民草亦然。其所以限制之者。蓋得尊重夫權維持家室之和平。非以其爲女子之故也。故離婚之婦及未嫁之女子。凡係獨立女子。其行爲概不限制。爲人妻者得有私產。其行使私產之權利。夫在時雖不無限制。夫亡後則有完全行使之權。

妻爲限制行爲能力人。故凡一切法律行爲。原則以須經夫允許後始能爲之。若未經夫允許。妻獨斷而爲之行爲。則爲可得撤銷之行爲。可依法撤銷之。處（民草二十七條一項二項）但對於此原則有三例外。試述之於下。

- (1) 屬於日常家事之行爲。屬於日常家事之行爲。亦必一一經夫之允許。則不勝其煩。故民法草案定爲屬於日常家事。妻得獨斷爲之。無須得夫之允許。（民草二十七條一項）
- (2) 雖應經夫允許之行爲。然有時欲經夫之允許。而勢有不能。或必令其經夫允許。反爲不合條理者。故法律定爲無須經夫允許。（民草三〇條目民一七條）民法草案定爲無須經夫允許之情形有五。

一、夫婦利益相反。

二、夫遺棄其妻。

三、夫爲禁治產人或準禁治產人。

四、夫爲精神病人。

五、夫受一年以上之徒刑。在執行中者。

第一所謂夫婦利益相反者。例如對於夫提起離婚訴或其他訴訟之時是也。當此情形亦必令妻得夫之允許。而殊大背乎人情。而失法律保護人權之意。故爲原則之第一例外。第二夫遺棄其妻之時。於此情形其夫婦之關係。縱尙存續。而夫婦之情義。實已乖離。夫對於妻。卽不盡其爲夫之本分。則妻對於夫。豈能強其必守爲妻之義務。且如必強其必得夫之允許。則將有妨害其自己或其子孫之生活之虞。故爲原則之第二例外。第三夫爲禁治產人或準禁治產人之時。則其自己尙爲無行爲能力或限制行爲能力人。豈能有許可他人行爲之資格。故於此時。令妻之行爲。不必得夫之允許。而爲原則之第三例外。第四夫爲精神病人之時。於此時。其夫於法律上雖非無行爲能力人。然於實際上實與無行爲能力人無異。其不能判斷妻之行爲。有否利害。而決其應否允許。是不待言。故法律於此時。不復加妻行爲能力以制限。而爲原則之第四例外。第五夫受一年以上之徒刑。在執行中時。於此時。妻欲得其夫之允許。固非絕對不能。然困難殊甚。如必欲強之。不但失之過酷。且恐有妨害其生活之虞。故於此時。法



律不令再加妻行爲能力以制限也。特是法律定爲一年以上徒刑。始令妻不必得夫之允許者。蓋刑期若在一年以內。則爲期較短。可以待出獄得其允許。亦初無格外之不便故也。此爲原則之第五例外。

**疏**

(一) 如妻請求離婚之類。或因私產而訴訟。(二) 遺棄其妻。乃夫不務正業。在外游蕩。非夫妻關係斷絕。殊可惡。日本於此。內外尚有夫生死不明時一端。即失蹤。草率無之。以爲當然。包括於夫

遺棄其妻  
一款中也。

(3)

經夫允許而營業之妻。則於其營業與獨立之婦。有同樣能力。無須再經夫之允許。妻之所以爲限制行爲能力人者。蓋爲尊重夫權與維持家室和平之故。初非因其智能之有欠缺。前已屢述之矣。故爲扶持家計起見。令妻得從事於營業。實於理論實際兩不相妨者也。妻經夫之允許而爲一種或數種之營業時。則由營業而生之一切行爲。妻均得獨斷爲之。卽在此時妻之行爲能力與獨立之婦同。再無須得夫之允許。是欲由營業而生之諸行爲。使妻均得敏捷爲之也。蓋如不然。則第三人不能安心與其妻爲一切交易。奚能收營業允許之實效。故與爲未成年人而有第十六條第一項之規定。其用意同也。

允許權之行使。不外夫權之作用。夫權者關於公之秩序之制度。不許永久拋棄者也。是以夫一旦給與之允許。其後無論何時。皆得撤銷或限制之。是不待言。(民草二八條二

項)此亦與對於未成年人撤銷或限制其營業之允許同其趣意。不可以一般契約法理相繩者也。惟是與未成年人相異之一點。則夫對於妻撤銷或限制其營業之允許。不得以之對抗善意第三人。是也。(民草二八條三項但書)其所以有此差別者。蓋未成人之限制行為能力。以其智能未十分發育故。是以必先謀保護其利益。不能因法定代理人之誤於認定。而使其受損害。反之。妻之限制行為能力。實因其夫權之效果。若必欲令其撤銷或限制發生無限之效力。致善意第三人之利益。亦須供其犧牲。於理殊覺不當。故法律不令其對抗善意第三人。洵至當之立法也。况夫對於妻撤銷或限制其營業之允許。與法定代理人對於未成年人撤銷或限制其營業之允許不同。無須更有不勝營業之事實為條件。是夫無論何時。皆得隨意撤銷或限制其允許。而第三人之受害甚易。故尤不能不有此但書之規定也。

疏 東洋各國列夫為五種之一。故內維持家室和平起見。關於夫權之規定。純係公益之規定。故夫之允許。為行使夫權之一種。用此非允准妻為獨立營業。後即拋棄夫權也。因之允許之後。可隨時撤銷。限制之。不必如未成年人之撤銷其營業。以有不勝營業情形為條件也。

契約成立為對等關係。一經成立。不能任意違反。此則不然。

夫為未成人者。依民法草案第二十九條之規定。其對於其妻之行為。非經法定代理人之同意。不得擅行允許。(民草二九條)蓋夫為未成年。其自己為法律行為。尚須經法

定代理人之同意。而允許他人爲法律行爲。反能獨斷爲之。於實質屬不合。故令其受同樣之條件焉。或曰。夫爲未成年時。亦應與禁治產。準禁治產同。妻之行爲。無須得其允許爲當。但夫爲未成年者。妻亦多爲未成年人。故其行爲。雖不得夫之允許。仍須得其法定代理人之同意。以補充其能力。與其同一須受能力之補充。何如即使補充其夫能力之人。間接補充之。較爲便易。現爲一家之秩序平和計。尤以如此辦法爲最妥善也。夫爲未成年人時。必須得其法定代理人之同意。始能允許其妻之行爲。故缺此同意。法律上全然與無允許同。依第二十七條第二項之規定。其行爲得以撤銷。蓋無庸疑。但此規定（第二十九條）祇適用於夫允許其妻之行爲時。徵之條文自明。故一旦給與之允許。夫欲將其撤銷。則得獨斷爲之。無須再得法定代理人之同意。洵至當之解釋也。如此規定。若爲立法問題。固不無可訾議之處。然爲解釋問題。則實不容再有疑義也。

疏 夫妻年齡在東洋諸國。大抵夫長於妻二三歲。然亦有妻長於夫者。以多數言。年齡之差。不過二三歲。是夫於未成年時。妻亦多係未成年。則夫當其未成年時。妻之行爲。萬不能得其夫之同意。而又不能自專。此時似妻之行爲。宜得其母家父母之同意。然中國女子既嫁之後。一切行爲。與母家無干。純爲夫家之人。故不若直接得其夫法定代理人之同意。較爲簡便也。故民草規定。夫爲未成年人。其妻之行爲。如只經夫之允許。未經其夫之法定代理人允許。其行爲。得撤銷之。至其妻之行爲。已得允許。而夫欲撤銷之。此時尚須得法定代理人同意。不實。問題。依理論。允許時。須得法定代理人許可。則撤銷時。亦須得許可。較爲正當。而草案立法理由。顯不如是。蓋以復得同意。則限制夫權之作用太薄。此在解釋上。固無疑義。而在法理上。固不無訾議之議可言也。

## 第五項 相對人之保護

一 限制行爲能力人。不遵法定補充能力必要之方式。以爲法律行爲。其行爲由限制行爲能力人一面之意思。得以撤銷之。而相對人則初不能有撤銷之權利。故相對人往往處於危險之地位者也。夫撤銷之制度。固爲保護限制行爲能力人而設。然專保護限制行爲能力人之利益。而與限制行爲能力人爲法律行爲之相對人之利害。概置不顧。亦非所宜。况使撤銷權常在。不獨不利於相對人。而自權利關係不能確定之點觀之。則於公益上亦實有害。故法律關於此。不能不設救濟之規定也。

二 民法草案保護限制行爲能力人之相對人利益之方法。計有二種。(一)追認之催告。(一)撤銷權之剝奪是也。

(一) 追認之催告。限制行爲能力人所爲之法律行爲。在限制行爲能力人及其法定代理人或夫。則隨時得撤銷之。至於與限制行爲能力人爲法律行爲之相對人。則並無撤銷之權。是與限制行爲能力人爲法律行爲之相對人。常處於不確定之地位。而所蒙損失甚大。且已成之法律行爲。常存一可得撤銷之情狀。使永不得確定。致財產失其流通之途。於公益上亦實有害。故法律特與相對人以追認之催告權。使不確定之法律關係。歸諸確定。催告者。卽定一短期間。使其爲追認與否之確答也。然催告有於限制行爲能力人。成爲有行爲能力人後爲之者。有於限制行爲能力人。尙未成爲有行爲能力人時爲之者。試分晰說明於下。

疏 如甲十七歲時與乙為法律行為，買賣住房於乙，以爲甲之賣房，乙得法定代理人之同意，乃又轉賣於丙，至甲十七歲時，認提出當日未得法定代理人同意之證據，請求法院將房屋變賣與他人，不得收回，即令其賣價不歸甲，而價款漲落無常，以新值爲準，此時甲十五元，受領甲之價款，其利益歸甲，此時如丙在甲撤銷前將房屋轉賣於丁，丁利益亦歸甲，即與公益無涉，官廳在察察特許權對人爲之證據，其利益歸甲，即向限制行為能力人詢其究竟承認此行為與否也。

(甲) 於限制行為能力人成爲有行為能力人後，其相對人所爲之催告（民草三三一條）

限制行為能力人之相對人，遇限制行為能力之原因終止後，例如未成年入達於成年，準禁治產人受準禁治產撤銷之宣告後，得定一月以上之期間，對於其本人，而言催告，令其於可撤銷之行為，確答是否追認，本人受催告後，於其期間內不發確答，則視爲撤銷其行為，一月以上之期間者，蓋自限制行為能力原因終止後，發催告之時起算也。

(乙) 於限制行為能力人，尙未成爲有行為能力人時，其相對人所爲之催告（民草三三條） 限制行為能力人之相對人，於限制行為能力之原因尙未終止時，得定一月以上之期間，對於其補助能力人（於未成年入則爲行親監人，或監護人，於準禁治產人則爲保佐人，於妻則爲夫），而言催告，令其於得撤銷之行為，確答是否追認，若受催告之人，於其期間內不發確答之時，則視爲撤銷其行為。

對於一般限制行為能力人之本人，行使催告權，必須俟其限制行為能力之原因終止後始可，而對於妻則不然，對於妻不必待其妻之身分消滅後，始能行使催告權也，妻之相對

人與妻爲一法律行爲者。知其係未經夫允許。或不知其確否。經夫允許者。得定一月以上之期間。對於妻。而行催告。令其回答。已否經夫允許。而追認其行爲。若妻於所定期間內。不發經夫允許之通知時。則視爲撤銷其行爲。(民法第二四條)

經相對人之催告。而發追認之回答者。則其法律行爲。從始卽爲有效。因之其法律關係卽確定。若經催告。而仍不發回答者。則視爲撤銷。其法律行爲。從始卽爲無效。因之其法律關係亦確定。故法律一方面爲相對人之利益計。一方面爲公益計。而有此催告權之設也。

## (二)

撤銷權之剝奪。法律與限制行爲能力人。以撤銷權者。係爲保護限制行爲能力人或尊重重大權益。若限制行爲能力人。用詐術使人信其爲有能人。或使人信其爲已經行親權人。監護人。保佐人。及夫之同意。或允許者。則法律自無再保護之或尊重之之必要。故民法於此之時。剝奪限制行爲能力人之撤銷權。而使其行爲不能撤銷也。(民法第二五條)用詐術使人信其爲有能人者。例如未成年。人提示偽造之出生證書。使相對人誤信其爲已成年人。是。用詐術使人信其已經其補助能力人之同意。或允許者。例如妻虛構已經夫允許之證據。使相對人誤信其得獨斷而爲法律行爲也。

**疏** 例如十八歲之未成年。人與人爲法律行爲。惡人知其未成年。及提出一種偽造之出生證書。使相對人誤信其已達成年。年齡。父如妻未得夫之允許。而提出偽造之夫之信紙之類。或相對人誤信是。而與欺人者。再保護之。於理殊不合。故此等行爲。爲不准撤銷。

三 民法草案第二節關於行爲能力之規定。爲關於狹義行爲能力。即法律行爲能力之規定。前已屢述矣。但法律行爲以外之適法行爲。例如住所之設定。無主物之先占加工等。以性質上及法律上。不生差異爲限。準用法律行爲能力之規定。至爲便易。蓋以二者皆廣義之適法行爲故也。（民草三六條）

### 第三款 責任能力

一 廣義之不法行爲。原可分爲二種。一違法行爲。一侵權行爲是也。違法行爲者。即因違背法令。喪失其私權之行爲。其責任能力。應規定於關係之各條文中。至於侵權行爲（狹義之不法行爲）則爲侵害他人之權利。應負損害賠償之行爲。其責任能力於民法中須特有規定爲宜。此我民法草案則第三節之規定所由設也。（民草二七條至四〇條）

竊一、民草第二節訂責任能力專章。係屬臨時。二、民法他章法例則無設專章規定者。

此處特與者不加別焉。者七歲幼。七歲之老人也。即地意。

二 責任能力者。就於侵權行爲。爲應負責任之法律上之狀態也。對於侵害他人權利之行爲。必有法律上之效果。即必有法律上之制裁。担負此法律上之制裁。即謂之責任。爲侵權行爲之本人。有担負此法律上制裁之資格。即謂之責任能力也。應任侵權行爲之責任與否。以責任能力之有無爲斷。有責任能力人所爲之侵害行爲。本人應任其責。無責任能力人所爲之侵害行爲。本人可

不任其責。而責任能力之有無。又以識別力之有無爲準。有識別力者。爲有責任能力。無識別力者。爲無責任能力。凡人皆以有責任能力爲原則。故吾人因故意或過失。而侵害他人之權利者。就於侵權行爲須負其責。(民草三七條)故意者。認識其行爲之責任。而敢爲其行爲之決意之謂。過失者。因不注意而缺事實之認識之謂也。過失雖以不知爲其本質。然構成過失之一定行爲及其他之事實。亦不能全然不認識。換言之。卽知其事實之一部。而不知其他一部。此過失與故意之別也。

〔疏〕

責任能力。刑法與民法意同。如犯罪實施後。應科罪者。爲刑法上責任能力。侵害他人權利。應賠償者。則爲民法上之責任能力。如甲與乙約使乙三日內做成一木櫃。至期未成。乙當負賠償之責。當所謂受罰也。

狀態。指一方而言。資格就有此能力。方言。前者爲客觀的。後者爲主觀的。

故意過失之辯。學說甚多。余謂故意者。認識其行爲之責任。而敢爲其行爲之決意之謂。如明知打破玻璃窗必壞。而須負責。而竟打之。是過失者。因不注意而缺事實認識之謂。如玻璃窗扇本向外開。乃不注意而向內開。致將玻璃毀壞。是。

三 凡人固皆以有責任能力爲原則。然不能不有例外。例外者。卽不負責任。無責任能力是也。民法草案認爲無責任能力之人。有由法律規定者。有由事實判斷者。

(一) 由法律規定。法律規定無責任能力者。爲未滿七歲之未成年人。民草三八條未滿七歲之未

成年人。於加害行爲之是非。尙無識別能力。故對於其所爲之侵權行爲。不令其負責任。

(二) 由事實判定。由審判官之事實上判定。而定其責任能力之有無也。此可分而爲二。

(甲) 滿七歲以上之未成年人。以爲侵害行爲時。以無識別能力者爲限。不任其行爲之責。(

民草三九條)



民法草案此條規定殊不妥善。蓋如以有無識別力定其責任能力之有無。則既成年人。因心神耗弱及類此之事由不能為合理之行動者。亦為無識別力。民草一八條。何獨不加保護。而祇保護未成年人。故余以為民法此條規定殊覺不當也。

(乙) 在心神喪失中為侵權行為者。不負責任。但其心神喪失。因故意或過失而發者。不在此限。例如欲為侵害行為。而特假酒力。致使心神喪失。後而為其行為者。不得為無責任能力。即對其所為之侵害行為。不得不負責任也。(民草四〇條)

#### 第四款 住址

一 人類之生活。必於一定之土地。而利用此人類與土地之關係。以定法律上之關係。實古今各國所共認之立法政策。此種人與地之關係。得大別為現在地、居所、營業所、及住址之四種。現在地者。吾人現在置身之處所也。居所者。一時滯留之處所也。營業所者。特為營業而居住之處所也。住址者。以常住之意思。而住於一定之地域之謂也。故住址須有常住之意思與常住之事實。但所謂有常住之意思者。指有繼續住居其處所之意思而言。故即一時離去其處所。仍有歸回其處所之意思者。亦為有常住之意思。所謂有常住之事實者。亦並非毫無間斷之謂。故即一時離去其處所。而有時常歸回其處所之事實者。亦為有常住之事實。民法草案第四十一條。以常住之意思。而住於一定之地域內者。於其地域內設定住址云者。即此意也。(民草四一條。德德侵權行為法二一

條)

二 吾人同時得有數個之住址乎。關於此問題各國立法殊不一致。有許一人同時得有二以上之住址者（德民七條二項）有認一人祇應有一住址。不許同時有二住址者（如英、法、日）以實際上言之則一人同時有數個之住址。其法律關係易致紛雜錯亂而不便實甚。故民法草案第四十二條規定同時不得有二處住址以明示住址以一處為限焉。（民草四二條）

疏

就實際言有數住所則法律關係易致紛亂。又提起訴訟究竟在甲住所管轄之審判廳起訴乎。抑在乙管轄之審判廳起訴乎。不如定於一為之也。

三 住址有由各人任意設定者。有由法律規定者。前者名為任意住址。後者名為法定住址。

(一) 任意住址。

(1) 住址之設定。任意住址。各人得以自由設定為原則。吾人欲設定住址於某地域內。祇須於某地域內有常住之意思與常住之事實。即足。他非所問也。設定住址之行為。並非法律行為。故設定住址之人。有伴其住址而生法律上效力之希望與否。均非所問也。但設定住址之行為。雖非法律行為。為適法行為之一種。其行為能力。亦準用民法關於法律行為能力之規定。

(2) 住址之廢止變更。任意住址。各人既得自由設定。故亦得自由廢止或變更之。廢止者。消滅其現在住址。並不選定新住址之謂也。凡以廢止之意思。而停止其常居者。即為廢止。

住址。故雖有廢止住址之意思而不實行。或雖停止常居而無廢止之意思。即如有歸還之意思均不為廢止住址。變更者。廢止舊住址。同時即設定新住址之謂也。即住址移轉之謂也。(民草四三條)

(3) 住址無可考或在中國無住址。住址無從查考或在中國無住址者。則以其居所視為

住址。蓋不如是。則不能受因住址而生之法律上效果故也。但因國際私法之原則。須依住址地之法令時。則不可以其無住址於中國。即以居所視為住址。而適用中國之法令。以背國際私法一般之原則焉。

疏 住址無可考如甲究有住所否不得知之。謂所謂在中國無住所者。即於中國境內並無住所之謂。如中國人在海外經商已移家於外國之類。

依國際私法屬地主義。似應使外國人服從本國法律。然此指公法言也。至於私法。則各國人民之習慣互殊。法律之規定亦因國而異。如強外國人服從本國私法。不便殊多。故各國皆特定國際私法以治外國人與外國人。或外國人與本國人之相互關係。此對於依本國法處斷之一例外也。國際私法之原則有三。(一)本籍地法如英人在中國應照英民法治之是。(二)住所地法如英人在中國照中國法律治之是。行為地法如中國人與英國人定買賣契約在青島交貨。因此與訟則照德國法治之是。蓋國際交通日益頻繁。關於私法。不肯強人以難從。與人相違反也。但中國於外國之領事裁判權存存期內。無研究國際法之必要。至民草四十四條二項。但書即指國際私法原則言也。

(4) 假住址之選定。當事人住址遠隔於實際上。有不便時。使得選定與住址有同一效力之暫時住址。始為適宜。假住址者。即因特定行為而選定之處所也。住址關於一切法律行為有效力。假住址關於特定之行為有效力。此住址與假住址之區別也。所謂特定行為者。

例如清償債務及訴訟行爲是。

疏。如北京人至雲南販買藥品如依原則須賣主送貨於京方免其債務然殊不便可託丙代爲領受此時丙之雲南住所即假住所也。

(5) 住址之效果者。即因住址而生之法律上效果也。因住址而生之法律上效果。計有數種。舉之於左。

(甲) 民法上之效果。凡清償債務須於債權人之住址爲之。又繼承須於授繼人之住址開始。皆民法上之效果也。

(乙) 商法上之效果。如關票據之行爲等。

(丙) 訴訟法上之效果。住址者。定法院土地管轄之標準也。即住址在何處。則其普通審判籍即在何處也。

(丁) 國際私法上之效果。凡國際私法之法則。應依據本國法者。若當事人並無國籍。則以住址地之法律爲本國法。又依國際私法之法則。關於某種事件。不依據本國法。而專依據住址地法者。亦有之。

以上所述。皆其效果之昭著者也。其他如住址爲歸化之要件。(國籍法草案)住所與破產之關係(破產法草案)等。亦皆住址之效果也。

(二) 法定住址。住址雖以自由設定爲原則。然有一種之住址。法律爲之特行規定。而不令其

任意設定者。是所謂法定住址也。我民法草案規定之法定住址。計有三種。

(1) 妻以夫之住所為住址。蓋妻負與夫同居之義務。故妻必須與夫同一住址。不能任妻

自由設定住址焉。但夫之住址無可考。或無住址。或與夫別居者。妻得獨立自有住址。是不

待言(民草四六條)

疏

妻負與夫同居之義務。故須與夫同一住所。但夫之住所無可考。或無住所。或別居者。妻得獨立自有住所。此

民草四六條之規定也。所謂夫之住所無可考者。如夫在外游蕩。久不歸家。是所謂無住所者。即夫本來無住所也。所謂與夫別居。別居宜定於親屬編。草案無之。英國別居之義。指夫婦不和。既未離婚。只有各別住居。一法以免爭端。蓋基督教之旨。以夫妻乃天作之合。不得率爾離婚。致違天意。故禁離婚甚嚴。因以別居法濟之。法律家不以是說為然。以為夫婦不睦。即可離婚。何必居夫婦之名。而行別居之實。草案四十六條別居之義。意不明。若謂夫在遠出。妻不隨往。即謂別居。然此為事所有。且夫有回家之意思。是夫之住所並未消滅。仍當以夫之住所為住所也。

(2) 服從親權人。以行親權人之住址為住址。人子以父母之住址為其住址。蓋謀室家之

和平。而享天倫之樂也。(民草四七條)

以上二種法定住址。學者有謂其無規定之必要者。(如日本法學博士富井政章民法原論一六二頁) 雖亦未始無相當之理由。然我民法草案。一以維持我國家族之制度。一以辨別住所之便易。故倣德民法。而設此規定焉。

(3) 法人以主事務所所在地為其住址。法人既與自然人等有人格。故亦應有住址。但在

自然人。可以任其自由設定。在法人。則不能任其自由設定。故法律以其主事務所所在地

爲其住址焉。(民章六四條日民五〇條)

以上三種皆民法所規定之法定住址也。此外尙有以他種法律規定者。例如公司以本店所在地爲其住址。(公司法草案第四條)軍人軍屬以陸軍部或海軍部所指定之地方爲其住址。(民訴草案二五條)是也。

四 與住址最有關係之一問題爲吾人所須研究者則失蹤是也。失蹤者去其向來之住址或居所而生死不分明之謂也。故失蹤云者一須有離去其住址或居所之事實。既有此事實其有復歸之意思與否在所不問。二須生死不分明。卽去其住址或居所後音信毫無存亡無從查悉也。向來之住址或居所而生死不分明之人於未受死亡宣告前爲失蹤。至受死亡宣告後始推定其爲死亡。

五 我民法草案所謂失蹤與日本民法所謂失蹤異。我民法草案所謂失蹤人與日本民法所謂不在者相當。所謂死亡宣告始與日本民法所謂失蹤宣告相當也。日本民法第四節之題目雖名爲失蹤其實關於未達失蹤以前之規定亦包括在內。甚屬不當。學者非之。(參考日本法學博士富井政章民法原論一六六頁)我民法草案關於失蹤規定載於住址之後而死亡宣告則特設一節以規定之。其條文之排列實較日本爲進步也。(民章四八條一項)

失蹤人所遺留之財產若無人代爲管理或有管理人而管理不當時則其財產易有滅失或毀損

之虞。夫財產之滅失或毀損不但有害於失蹤人及其利害關係人之利益。其間接且有害國家經濟上之利益。故為保護此等之利益起見。設管理失蹤人財產之法則。而規定於非訟事件程序中。(民草四八條第二項)洵至當之立法也。

**疏** 日本以關於不在者之財產管理定於民法。中國則關於失蹤者之財產管理定於程序法。民法中無之。此亦不同之點也。

日本民法第四節名為失蹤。則皆關於失蹤宣告前不在者之財產管理之規定。甚屬不當。中國民草則關於失蹤宣告前不設專節。附於住居節後一條。實較日制為優。蓋日本之失蹤宣告節內皆規定宣告以前之事。非實體法所應規定。即應規定亦不可定於此節也。

六 日本民法關於管理不在者之財產。規定於民法中。(日民二六條至二九條)而我民法草案則移之於非訟事件程序法中規定者。蓋以此等規定皆為關於程序之規定。無規定於實體法中之必要故也。(土方甯博士主張應將此規定移於親族編中規定之)

**疏** 日本民法疎忽之處甚多。如第二節之行為能力。皆係規定反面之無能力者。以為除無能力者外。皆為有能力者。不似我民法將無能力者限制能力者。一一明定之也。失蹤宣告用語亦殊不妥。蓋宣告之後。法律上視同死人。名與實既不相符。且失蹤與不在者。在名稱上亦無區別也。法律上規定失蹤之必要。在於法律關係速行確定。如甲為失蹤人。於其離住所之後。若十年之久。不知下落。此時其財產房屋在其住所。若無人管理。或管理不善。或有毀壞滅失之虞。其利害關係人所關甚鉅。(如債權人)而與國家更有間接關係。以其財產可流通於社會也。土方氏謂東洋有家族制度。如日本有戶主家長之名。非個人關係。倘其人並無親族。而失蹤者事實上甚屬罕見。即令有之。亦係貧困而無財產者也。故應規定於親族編。即視其為何種關係之人。即以何種人管理之。據余先生言。應將主要者訂於民法。詳細者訂於程序法。亦一問題也。

第五款 死亡宣告

生死不分明之失蹤人。其後有生死分明者。亦有生死永不明者。夫人之生死永不明。則與其

人相牽連之身分上及財產上之種種法律關係亦因之永不確定。夫私法關係永不確定。非特有  
害於利害關係人之利益。其間接並有害於國家之利益。故近世各國法制對於生死永不明之  
失蹤人設一死亡宣告制度。使其種種法律關係歸於確定。所謂死亡宣告制度者。即生死不分  
明。經過法定期間後。因法院之宣告。而推定其為死亡之制度也。

**論** 生死不明之失蹤。其初不知下落。後乃知  
其在於某處者。亦有永久不知其下落者。

法律所以規定死亡宣告者。因人死則身分關係消滅。財產關係亦有變更。如關於繼承問題。開始繼承關於婚姻問題。失  
蹤者宣告死亡之後。其妻與之斷絕婚姻關係。即可再醮。而其行為能力不再受限制焉。此關於身分者也。至於財產關係如  
死亡人遺產中有子。自有債權人。因債務人丁如不宣告。則  
丁不能履行債務。內不能請求償還。法律關係必永不定也。

### 第二項 死亡宣告之制度

對於生死不明。經過一定期間之失蹤人。應如何處置。在昔羅馬法。直無規定。至於近世各國關  
於此之立法例。亦不一致。有取死亡宣告之制度者。前者名為法國失  
蹤制。後者名為德國失蹤制。依法國制。分生死不明之時期為三期。第一期使其人受失蹤之推定  
也。失蹤推定者。因利害關係人之聲請。於法院為之者也。生死不明之人。受失蹤之推定後。如其財  
產須管理時。則由法院為之設定管理人。保護其財產。蓋在此期內。仍推定其人為生存故也。第二  
期使其人受失蹤之宣告也。失蹤宣告者。因推定繼承人等之請求。於法院為之者也。為失蹤宣告  
之時期。若失蹤人曾定有代理人者。為失蹤推定十年後。若失蹤人未曾定代理人者。則為失蹤推



定四年後爲生死不明之人。受失蹤之宣告後。則遂令推定繼承人。假占有其財產。蓋在此期內。與其推定失蹤人生存。無甯推定其死亡。故偏於保護失蹤人之利益。無甯偏於保護推定繼承人等之利益也。第三期。卽推定其人爲死亡也。法律上雖無死亡之宣告。然發生與死亡宣告有同一之效力。詳言之。卽失蹤人於其受失蹤宣告三十年後。或假定其若生存已達百歲之時。則因前所舉假占有人之請求。確定其占有焉。蓋至此時期。則專保護繼承人等之利益矣。此法國失蹤制之大略也。至依德國制。則失蹤人之生死不明。經過一定時期後。則對之卽爲死亡之宣告。失蹤人受死亡之宣告。於其判決確定時。卽推定其爲死亡焉。（德民一三及一八條）所謂經過一定時期者。普通則自其失蹤之日起算。經過十年。但失蹤人於其失蹤時。已達七十歲者。則經過五年卽可。然於特別危險之時。失蹤者。如戰爭海難等。則另定經過之時期較普通之時期爲短。（德民一五條一六條一七條及一八條）此德國制之大略也。此兩制之區別。在法國制。則不經宣告卽生死亡之效力。在德國制。則須經宣告後。始生死亡之效力。我民法草案。爲使私法關係易於確定起見。故採用德國制於生死不明之失蹤人。經過一定時期後。受法院之宣告。推定其爲死亡焉。其宣告依公示催告程序爲之。（民草五六條德民一三條日民三三條）

**疏** 法國失蹤制度規定甚繁。不探死亡宣告制度。而其結果則與訂死亡宣告者同。第一期爲失蹤之推定。此無一定年限。如甲爲失蹤人若干年。無下落。如今日出門。明日卽謂其無下落。則不可。此時利害關係人請求法院推定其爲失蹤。法院下推定失蹤之判決。此時其財產之管理法律特設法定之人。若自派有管理人。則不必再定管理人。於此期內。推定其爲生存。第二期爲失蹤之宣告。卽於第一期後經過若干年爲之。此期之請求失蹤之宣告者。須推定繼承人爲之。蓋

在第一期之財產其管理人通常即為推定承繼人至於請求之時期亦不相同如失蹤人於在家時預派代理人此時須經過推定期十年後始可宣告失蹤蓋因彼既派代理人則有返里之意思其不返里之故或另有因於年限較長若不自定代理人則於失蹤推定四年後請求宣告年限較短焉宣告之後則使推定承繼人假古有之意義與管理不同管理者為人管理也古有者自己古有也蓋至此時其人生死尚不分明故法律偏於保護推定承繼人若後失蹤人復有音信則其財產仍歸其所有也

第一期 受失蹤推定  
第二期 受失蹤宣告  
第三期 推定其死亡

九十款

第三期推定其死亡受失蹤宣告三十年後由假古有人請求之法院定為其古有假如失蹤人已達自年後則於推定失蹤後經過十年即可以其已滿百歲而百歲之人甚稀也例如甲於六十五歲時失蹤經過十年後受失蹤宣告時方七十五歲如若依前例則為百〇五歲故經過二十五年滿一百歲即可總之法國無死亡宣告不過經若干年後與德國之明定死亡宣告者生同一之效力但期限前後共四十年未免太長其與德不同者德制之第二期兩而游移不決定其為生死既思保護繼承人又欲保護失蹤人而定假古有制度此制與經濟上甚有妨害因既為假古有則對於假古有之財產不能處分以不屬於其所有也日本為民法即做此制殊屬不佳德意志失蹤制度豈為簡單失蹤經過十年後即可宣告但未滿二十一年歲之未成年入則否如甲於十歲時失蹤則須經過十一年(成年)再經過十年達三十一歲時方可宣告蓋年幼無知或走失他處不知歸家故特訂長其期從成年時計算也又滿七十歲者以五年為限

德民戰爭三年船舶失蹤因海不同東海一年歐羅巴海亞夫海二年歐洲以外之海三年其他危難亦係三年船舶沉沒之事實明確者一年

民草仿德制明定死亡宣告制度(一)普通時間於失蹤人生死不明已滿十年者得為死亡之宣告(德不同者即於未成年之死亡宣告不禁也)(二)特別時間於種類不加區別德國日本用列舉制與中國之特別期間一律以過三年為限者不同(日本則列舉戰爭與海上危難用列示法定為三年在德國戰爭三年海一年船舶失蹤在東海一年歐羅巴海地中海亞夫海二年歐洲以外之海三年其他危難三年關於海上危難民草無明文規定如由滬赴美一月可往返而至一月尚未發見此船自此以後果須經過若干日始可宣告取無一定之標準全由法官斟酌之

### 第二項 死亡宣告之法定時期

死亡之宣告。在法律上既有推定死亡之重大效力。故對於生死不明之失蹤人。必經過法定

期間後始得宣告其死亡。未受死亡宣告者，祇得爲失蹤人，不得爲死亡人。我民法草案仿德民法之例，規定宣告死亡之時期，計有二種：一爲普通時期，一爲特別時期。

(甲) 普通時期。凡失蹤人之生死不明，已滿十年者，得爲死亡之宣告。此十年期間，從得最後音信之日起算。又此期間，不因失蹤人年歲之老幼，而生差異。此我民法草案與德民法不同之點也。(民草五七條)

(乙) 特別期間。凡遇生命危難，自危難消弭後，滿三年生死不明者，得爲死亡之宣告。此三年期間，從危難消弭後起算，亦不因失蹤人年之老幼，或危難之種類，而有差異。此我民法草案與德民法又一不同之點也。又在德民法，關於所謂生命危難，皆取列舉的規定。日本民法亦然。而我民法草案，則不取此列舉的規定者，蓋以列舉終有不能盡故也。(民草五七條、德民一五條、一六條及一八條)

我民法草案，雖不取列舉主義，然危難之種類，依學理可大分之爲三，試述於下。

(一) 海上危難。海上之交通日繁，則海上危難，勢所難免。所謂海上危難，即在航海中之船舶沉沒是也。沉沒之事實，明瞭者，固不生爭論。但有時是否沉沒，不能確定之時，在德民法，則有推定其沉沒之規定。我民法草案，關於危難種類，既不取列舉主義，故關於此點，亦自不設規定，而任審判官爲事實之判斷焉。(德民一六條)

(2) 戰爭危難。戰爭危難者。卽身臨戰地之人。在戰爭中生死不明是也。但所謂戰爭者。不

以正式之宣戰爲限。所謂身臨戰地之人者。亦不以軍隊爲限。卽隨從軍隊服職務者。亦包含在內。(德民一五條一項二項日民二〇條二項)

(3) 其他危難。其他危難者。卽除前兩種事變之外。所生之生命危險也。例地震火災水災等是。(德民一七條日民三〇條二項)

二 普通之失蹤。其生死不明之時間。須經過十年。始能爲死亡宣告。而因特別事由之失蹤。將其時間縮短爲三〇年者。蓋以既遭此等非常之危險。則死亡時居多故也。

### 第三項 死亡宣告之程序

一 生死不明之失蹤人。經過法定期間者。須宣告其死亡。此宣告歸失蹤人之住址地之初級法院管轄。但法院不得以職權宣告死亡。須待利害關係人之聲請。始能宣告死亡焉。凡爲死亡宣告之聲請者。須聲叙其有聲請權利。及其有聲請原因之事實。法院收受此聲請後。須先爲公示催告。其公示催告中。須記明左列各款事宜。(民訴草六九二條六九三條及六九四條)

(一) 失蹤人應於公示催告日期前。聲明其生存。若不聲明。則宣告死亡。(民訴草六九四條一款)

(二) 知失蹤人之生死者。應於公示催告日期前。聲明。(民訴草六九四條二款)

二 公示催告之期間爲六個月以上(民訴六九五條)但失蹤人已達百歲者其期間祇須兩個月以上即可(民訴六九六條一項)蓋人生能達百歲者甚稀已達百歲之失蹤人可以推定爲已死者居多故可縮短其公示催告期間而令其法律關係從速確定焉。

三 公示催告由法院之書記官以職權粘貼其正本於牌示處並至少必須登載全文於官報及新聞紙二次(民訴六七四條)但失蹤人已達百歲者祇須粘貼公告於牌示處即可不必再登載於官報及新聞紙蓋失蹤人若已達百歲則可以推定其已死者居多故不必再爲無益之程序也。(民訴六九六條一項)

四 法院一面爲公示催告一面應以職權調查失蹤人生死情形其調查費用若聲請人不預納時應由國庫墊付(民訴六九八條)蓋死亡之宣言有重大之效力若不使法院能以職權調查而令國庫先墊付其費用則必至調查不詳而有以生存之人爲死亡之處是不可不防也。

五 失蹤人於公示催告日期前爲生存之聲明而聲請人不認其事實即聲請人主張其聲明生存人係假冒者則至失蹤人與聲明人是否同爲一人之判決確定爲止須中止其公示催告程序蓋既有此事實之爭執則應停止其以前之程序先解決之亦理之當然也。(民訴六九九條)

疏 如某甲失蹤某乙爲聲請人法院依公示催告方式爲之而某甲忽自海上寄來一信言其尚生在此時法院接信之後遂與乙看信此信爲偽造因我之友實在海上知其確無此人此時既有爭執如公示催告已過兩月則先停止進行俟訊果無其八之後然後接前之兩月再爲公示催告焉。

#### 第四項 死亡宣告之效果及其發生之時期

一 公示催告期間滿了後。法院以職權調查失蹤人死之結果。若認其爲死亡者。須以判決爲死亡之宣告。失蹤人受死亡宣告後。即推定其爲死亡焉。(民草五八條一項)

調查之結果如確知其爲生存或死亡則無問題。如調查之後其人之生死仍不明則認其爲死亡此後與其人之財產上及親屬上之關係者俱與之斷絕而繼承開始等問題即於是發生焉。

二 死亡之宣告。既有如上所述之重大效果。故確定其效果發生之時期。洵法律上一重要之問題也。關於此問題。從來原有三種法制。第一主義以裁判宣告之日。爲死亡之時期。第二主義以法律上不定死亡之時期。以之爲事實問題。任審判官之自由認定。第三主義以死亡宣告必要期間滿了之時。爲其死亡之時期。此三主義雖各有短長。不能爲絕對之斷定。然其間固有優劣。不得不稍論之。而並及我民法草案所採之主義之理由焉。

三 第一主義。死亡時期。以裁判宣告之明確事實爲標準。故於實際上甚形便利。但因利害關係人之意思。或裁判事務進行之遲速。得伸縮其宣告時期。以左右其繼承及其他權利。其爲害實大。且以理論上言之。必達於一定之時期。始許其聲請宣告死亡者。蓋以其既達於此時期。可推定其爲死亡故也。若於此之後。又以宣告定其死亡之時期。是又認宣告爲有創設的效力。於理亦殊不合也。(奧民及德民第一章案皆採此主義)第二主義。則與第一主義正相反對。即於法律上不定死亡之時期。而以之爲證據問題。任審判官自由認定。以判斷之焉。但聲請宣告失蹤人死亡之時

皆不能明其事實之眞象者居多。必令審判官尋一明確證據。以爲判決之根據。於實際上殊覺困難。故探此主義之諸國法典。有鑑於此。關於推定死亡之時期。以無別樣證據者爲限。均定爲以其走失或最後音信之日。爲其死亡之時期。似此辦法。又與事實殊不相符。何也。蓋走失之日或音信絕止之日。此日實尙生存者甚多也。故此主義亦殊不當也。（法民一三〇條意三四條四一條比民一二九條）第三主義鑑於前兩主義之缺點。故以法定期間滿了之日。爲其死亡之時期。此立法主義。不但適合於聲請死亡宣告必須經過一定期間之趣旨。而且不致因聲請人之意思。或裁判進行之遲速。得伸縮其時期。以左右其權利。故較之前兩主義爲優。是以我民法草案。即採此主義焉。（草案五八條）

**附** 裁判宣告及確定判決必係公開。人人皆可知悉也。

所謂因利害關係人之意思。可以左右之云者。例如利害關係人（申請人）提出申請書於法院。謂凡斷此人尙生存。可停止宣告死亡是也。或證明知此人已生死不明。而暫不聲請遲數年。始行聲請是也。

所謂因裁判事務進行之遲速云者。例如因無爲繼承之人有將將死。如宣告在前。則必歸應繼承之人繼承之。延遲之俟。應繼承人死亡。則可歸他人繼承之。因而故意遲延不爲宣告。是二者皆可左右繼承及他之權利也。

第二主義全爲證據問題。如甲走失之後。在山中發見其衣。可證其爲虎狼所食。但既係眞正死亡。即無所謂死亡宣告。而申請死亡宣告者。又皆生死不明之人。故有闕通之法。以無別樣證據爲限。然走失之日。與音信發寄之日。必係其人尙生存。即據以爲死亡之期。

是與事實不合也。

第三主義非絕對的優良。法定期間滿了。在往其人尙存在。不過比前二主義爲優耳。

如甲自家中走失。或其走失後。最後通信之日。爲元年一月一日。依法定期間起算。則至十年十二月末日。即爲推定其死亡之日也。

四 我民法草案關於死亡宣告之效力。既取法定期間滿結日主義。即審判官須以法定期間滿結之日。為判決內確定失蹤人死亡日之標準。如十年期間。則以十年滿結之日。確定其為死亡之日。如三年期間。則以三年滿結之日。確定其為死亡之日。此乃推定死亡時期之原則也。故若有反證之時。即得悉真正死生之期日之時。自應以其期日。為其死亡效力發生之日。而不適用此原則。是不待言。(草案五八條二項但書德民一八條二項但書參考)

五 失蹤人受死亡之宣告者。從判決內確定之日起。即推定其為死亡。此死亡宣告之效力。與自然死亡所生之效力同。即法律關係。凡因死亡而發生者。至是亦發生。法律關係。凡因死亡而消滅者。至是亦消滅也。且此死亡宣告之效力。非但對於受死亡宣告人與為死亡宣告之聲請人發生者也。對於一切利害關係人皆發生焉。

**附**

經由合國法院調查未明受死亡宣告者而  
一人實尚生存亦不問即視為已死亡也。

法律關係因死發生如繼承開始時法律關係因死  
消滅如代理因委任人之死亡而代理關係消滅是。

六 死亡宣告之判決。雖生推定死亡之效力。然既云推定。則不得與真正之事實相抗。故受死亡宣告者。若一旦生還。則當然喪失其效力。蓋凡推定云者。遇有反證。皆須當然失其效力故也。

### 第五項 死亡宣告之撤銷

一 死亡宣告之撤銷者。法院因本人及利害關係人之起訴。認為撤銷原因存在時。以判決撤銷。



其以前之死亡宣告之判決也。死亡宣告之撤銷原因，計有二種（民訴第六百八十八條）。

(一) 死亡宣告之不法。

(二) 確定死亡日時之不當。

二 死亡宣告之不法者，例如失蹤人之生存是更。失蹤人當其存時，其現狀與宣告死亡之效力，自無異存續。則有害於本人及利害關係人之利益，故當然認許其撤銷。又宣告死亡之不當，係指其時之證據，證憑時，則仍令死亡宣告之效力存在，亦實有害於利害關係人之利益，故亦認許其撤銷。

**註** 確定死亡日期之不當，例如宣告死亡之宣告，係於十二月五日死於上海，此時即應將前之宣告撤銷，而不於十二月五日，自移居他處之日期，撤銷宣告死亡之效力也。廢故也。

三 撤銷死亡宣告之訴，屬於管轄死亡宣告法院所在地之地方法院管轄（民訴第六百八十九條）。又此撤銷之訴，應於宣告死亡之判決後，三十日之不變期間內提起之。但其宣告本失蹤人，其存者，不適用之。蓋生存之事實，於不變期間經過後，始發見者甚多，不能因此而不准其撤銷之。民訴草案第六百八十八條，於此訴不適用之，其理由亦同。其詳見（註）。

四 死亡宣告之撤銷，既生絕對之效力，並溯及之數年，則其撤銷之效力，自應溯及於宣告時。及於當事人，即對於第三人，亦生效力也。所謂生溯及之效力，即指其撤銷之效力，溯及於宣告時。生乃追溯宣告時即發生也。但此原則若絕對適用，則法律關係轉至絕對之廢止，法律行為，亦不復

關係人而設此死亡宣告之制度。乃因此制度。反使利害關係人常陷於不利益之地位。則法律之精神。始終不能貫徹。此故法律對於此制度。又特設一例外之規定。(民法第七百七條)

疏 謂及前條。死亡宣告之制度。其效力。係使宣告人。視為已死亡。其財產。歸於繼承人。其債權。歸於債權人。其法律上之地位。均與死亡無異。故其法律上之效果。與死亡無異。

(一) 宣告死亡後。撤銷前以善意而為之法律行為。其效力。亦與宣告死亡無異。其效力。係使宣告人。視為已死亡。其財產。歸於繼承人。其債權。歸於債權人。其法律上之地位。均與死亡無異。故其法律上之效果。與死亡無異。

婚。雖係善意之時。則其婚姻。亦與宣告死亡無異。其效力。係使宣告人。視為已死亡。其財產。歸於繼承人。其債權。歸於債權人。其法律上之地位。均與死亡無異。故其法律上之效果。與死亡無異。

方為善意固可。抑雙方皆須善意。始得撤銷。其效力。係使宣告人。視為已死亡。其財產。歸於繼承人。其債權。歸於債權人。其法律上之地位。均與死亡無異。故其法律上之效果。與死亡無異。

富井政章博士民法原論一八二頁上段。謂民法。雖無則其人身。亦與宣告死亡無異。其效力。係使宣告人。視為已死亡。其財產。歸於繼承人。其債權。歸於債權人。其法律上之地位。均與死亡無異。故其法律上之效果。與死亡無異。

(二) 因死亡宣告而取得財產人。若因撤銷而失其權利。其權利。係使宣告人。視為已死亡。其財產。歸於繼承人。其債權。歸於債權人。其法律上之地位。均與死亡無異。故其法律上之效果。與死亡無異。

如因繼承而取得財產者。若其財產。係在宣告死亡時。已歸於繼承人。其債權。歸於債權人。其法律上之地位。均與死亡無異。故其法律上之效果。與死亡無異。將其贖餘財產。待即可。蓋當此之時。必絕對使其生活。及之效力。在繼承人。將其財產之全部。照舊歸還。則不免失之太刻也。

五 以上所論。皆撤銷死亡宣告之判決之效力也。至因確定死亡日時之不當。提起撤銷之訴。而法院另行確定死亡日時之判決。其效力亦與撤銷死亡宣告之判決同。故不再贅。

### 第六款 人格保護

一 人格權 (Personenrechte) 者。於權利人自身上所存之權利也。關於此種權利。法律認其爲權利與否。各國之立法。殊不一致。有於民法法典中認人格權者。有於民法法典中不認人格權者。前者如德意志民法。後者如日本民法是也。德意志民法之認人格權之顯著者。則姓名權 (Namenrecht) 是也。(德民一二條) 至於人關於其生命身體自由名譽等。有私權與否。雖在德國學者間。亦甚有爭論。故關於德國民法第八百二十二條之解釋。有謂此種雖係法律所保護之生活貨物。然人關於此。初非有權利也。(例如廓扎克、克羅味、布朗克、恩德蠻、恩內、克册魯斯等) 有謂此種貨物。卽爲法律所保護。則人關於此。卽有權利也。(例如德倫布爾、芬、瓦斯特電、非爾德等) 兩派互相爭執。各有理由。然以余意斷之。則以前說爲較當何也。蓋徧覽德國民法法典。不能得其爲權利之根據故也。(恩內克册魯斯德民法論一六四頁) 日本民法。則初不認姓名權。但關於日本民法第七百九條及第七百十條規定之解釋。學者亦爭論紛紛。莫衷一是。如松本烝治博士。則解釋其爲人格權。(松本烝治博士註釋民法全書第一卷第五四頁) 川名兼四郎博士。則反對之。而解釋其非人格權焉。川名兼四郎博士曰。民法第七百零九條規定。因故意或過失侵害他

人之權利者。爲不法行爲。須負損害賠償之責。而第七百十條。則規定雖侵害他人之生命身體名譽等。亦認其爲不法行爲。而使其負責任。是以論者。遂謂侵害吾人之生命身體名譽與侵害吾人之財產等。爲不法行爲。故卽等爲民法第七百九條所謂權利之侵害。因之遂認吾人就於自己之生命身體名譽等。亦有權利焉。但此乃皮毛之見也。民法第七百十條。不過規定侵害生命身體名譽等。亦須與侵害權利。同負損害賠償責任而已。決非關於生命身體名譽等。認其爲有權利之成立也。吾人之生命身體名譽等。不但依民法第七百零九條以下之規定而受保護。並依刑法。侵害此種目的物者。構成殺人傷害誹毀等罪。而科加害人以刑罰。則吾人之生命身體名譽等。亦因之受保護。夫權利固必須有法律之保護。然法律所保護者。不能謂之爲皆有權利之存在也。是以謂權利爲由法律之保護而生。而法律所保護者。皆權利實謬說也。故日本民法。無論從何方面觀之。皆不能謂其認人格權之存在也。云云。解釋日本民法。余亦贊成川名兼四郎博士之說。

二 至於我民法草案。則顯然認人格權之存在。故關於保護方法。於總則編中。特設一節。以規定之。以期實際之便利。而免學者之爭訟焉。茲將我民法草案所規定之人格權及其保護方法。說明於下。

(一) 權利能力及行爲能力。不得拋棄也。(民草四九條)蓋人若將權利能力及行爲能力之全部或一部拋棄之。則其人格必受缺損。故權利能力及行爲能力之拋棄。特用法律禁止之。所

以均強弱而杜侵凌也。如人不得自認其身為奴隸，是其一例也。

(二) 自由不得拋棄及制限也。(民草五〇條) 吾人必法律上之自由，乃吾人之權利。若將其自由權拋棄之，則其人必受缺損。是以法律特禁止之。為權利之界。又吾人之自由固非絕對不可以吾人自己之意思加以制限。其制限之適當否，共其程度，或其具損害之時，則亦為法律所不許。蓋此雖無損其人格，然亦為法律所不容。例如下人於其自己監禁，為法律所不許。

(三) 人格關係受侵害時得請求排除其侵害。且依其損害之程度得請求慰勞金。感傷金也。(民草五一條) 人格關係受侵害者，即人之生命、身體、自由、名譽、信用、及能力等之侵害。謂也。此等權利受侵害之時，其第一救濟之方法，即請求排除其侵害。此等權利雖無金錢上之價值，然被侵害人因此受損害，故得請求賠償。此等權利受侵害時，亦往往有之。故法律許被害人於請求排除侵害之外，其損害之賠償，亦得請求。此等權利受侵害時，其第一救濟之方法，即請求排除其侵害。此等權利雖無金錢上之價值，然被侵害人因此受損害，故得請求賠償。此等權利受侵害時，亦往往有之。故法律許被害人於請求排除侵害之外，其損害之賠償，亦得請求。

(四) 姓名權之保護也。(民草第五二條至五五條) 姓名為人格權之一種。法律特設規定以保護之。自德良法觀之，其法律規定亦尚嚴密。國民法亦應多編。其姓名權之保護，應明於下。

1) 姓名權之維護及其回復

(一)

姓名權之維護，係指姓名權人得依其意思，自由選擇其姓名而言。其回復則指姓名權人因他人不法侵害其姓名權時，得請求回復其姓名之權利。此項權利之行使，須以他人不法侵害為前提。若姓名權人自行更改姓名，則不得請求回復。

意之第三人，必以受不法之損害為要件。其損害之內容，須為姓名權人姓名之毀損。若僅為財產上之損害，則不得請求回復姓名。此項規定，旨在保護姓名權之核心利益，而非單純之財產利益。

疏

各州縣知事，應將各該管轄區域內，所有之姓名，彙編成冊，送交該管地方官，以便查核。此項疏文，旨在加強對姓名權之行政監督，確保姓名之真實性與唯一性。地方官應定期彙報，以便上級機關掌握全區姓名之動態。

(乙)

改名以經主管官署之許可為限。此項規定，旨在防止姓名之隨意更改，維護姓名之穩定性。主管官署在許可改名時，應審查改名之理由，確保其符合法律之規定。若無正当理由，不得隨意更改姓名。

受損害者，得依民法第一百八十二條之規定，請求損害賠償。此項規定，旨在保護姓名權受侵害者之財產利益。若他人不法侵害姓名權，導致受損害者遭受財產上之損失，受損害者得依民法第一百八十二條之規定，請求損害賠償。

前條第二項之規定。卽非將其改名之事實登記。縱改名亦不能以之對抗善意第三人。又因姓名一經確定之後。卽與世人生種種之關係。故改名之時。縱使已得允許。已爲登記。然從前與其有關係之人。因其改名而利益受損之時。法律自不能不設法以保護之。此民法草案第五十四條規定。因改名而利益受損害者。得從其知悉之日起。一年內請求撤銷。以保護其利益焉。

如債務人趙甲後改名爲趙乙以致債權人無從行使其債權則債權人可自知悉之日起一年以內請求其撤銷。

(二) 姓名權之保護。我民法草案規定。姓名權保護之方法有二。

(甲) 姓名權受侵害時。得請求屏除其侵害也。(民草五五條一項) 姓名之使用。若被他人侵害時。則其權利。卽不能保全。故法律定爲得請求屏除其侵害焉。

(乙) 姓名權之侵害。雖已經屏除。然恐其將來仍有繼續侵害之情形時。得聲請法院禁止之也。(民草五五條二項) 姓名權之侵害。雖經一次屏除。然其將來仍有被害之危險時。則其權利。仍不能安全。此民法草案。所以又有第二項之規定也。

### 第三節 法人

#### 第一款 概論

#### 第一項 法人之沿革

一 法人之制度非始於今日。溯其由來。蓋在羅馬中世。卽有此制度。不過至近世。日益發達而已。其所以發達之理由。蓋因近世社會文明之進步。一面國民富於公共心。一面以經濟上之必要。欲成規模較大之事業。不能不有成大事業之手段。此近世有經濟上目的之法人（營利法人）及非經濟上目的之法人（例如公益法人）之所以日增也。

二 如上所述。法人之發達。實近世社會之一現象。故歐洲無論何國之法律。關於法人之規定。均不甚完備者。蓋以發達尙屬幼稚故也。如法國民法。直無直接關於法人之規定。不過關於特種事項。間接認其存在而已。（法民五三七條。六一九條。九一〇條）法國法系之日本舊民法。關於法人之規定。亦祇有一條。（日舊民人事編五條）法國大多數之學者。皆謂以公益爲目的之法人爲公法人。原不屬於民法之範圍。故民法無此規定。亦非缺點。但此實謬見也。何哉。蓋公益法人與公法人。其性質迥異。公法人者。因國家之公務而存在者也。公益法人者。屬於私之事業。因個人而設立。維持者也。但公益法人。爲其目的在於公益。故國家須定設立之要件。而於設立之後。且於一定之限度。監督其事業焉。然不能援此卽謂之公法人。而令其屬於公法中也。

三 以法國民法爲模範之歐洲諸國法典。關於法人之規定。亦極不備完。但前世紀之下半年。種種之法人勃興。諸國迫於實際之必要。關於法人。亦設多少規定焉。例如意大利民法（二條）比利士氏民法（草案五二一條至五五五條）及西班牙民法（三五條至三九條）是也。卽法國近數十



年來關於法人之法律案亦從事調查矣。

四 關於法人之規定比較完備者則屬於民法系之諸國法典。如德國第三二二條至八九條。日本民法(三三六)至三八八條。及我國民法(三三)至八八條。

法於其者尤多焉。(六) (三三)至八八條)

法人之種類。依其目的之不同。而分為公法法人與私法法人。公法法人。如國家、地方自治團體、及各種公營事業。私法法人。如公司、合夥、信託、遺囑繼承、及各種私營事業。法人之成立。須具備法律上之要件。如目的合法、組織健全、財產獨立、及經法律上之承認。法人之權利義務。與自然人無異。法人之消滅。亦依法律上之規定。

法人之種類。依其目的之不同。而分為公法法人與私法法人。公法法人。如國家、地方自治團體、及各種公營事業。私法法人。如公司、合夥、信託、遺囑繼承、及各種私營事業。法人之成立。須具備法律上之要件。如目的合法、組織健全、財產獨立、及經法律上之承認。法人之權利義務。與自然人無異。法人之消滅。亦依法律上之規定。

法人之種類。依其目的之不同。而分為公法法人與私法法人。公法法人。如國家、地方自治團體、及各種公營事業。私法法人。如公司、合夥、信託、遺囑繼承、及各種私營事業。法人之成立。須具備法律上之要件。如目的合法、組織健全、財產獨立、及經法律上之承認。法人之權利義務。與自然人無異。法人之消滅。亦依法律上之規定。

第二項 法人之成立

一 關於法人之成立。其要件如下：(一) 目的合法。(二) 組織健全。(三) 財產獨立。(四) 經法律上之承認。

法事項同。其進步。其中尤以法人之成立。最為重要。其要件如下：(一) 目的合法。(二) 組織健全。(三) 財產獨立。(四) 經法律上之承認。



非人不得爲權利主體。故人以外之物。縱以法律假想其爲有意思。又何能真有意思哉。此沙氏之說。不免自相衝突也。駁假設說之構思最巧。設譬最妙者。莫若布靈刺（二三三）布氏曰。無意思之物。作爲有意思。名之爲人格者。如欲掛衣於壁。而無掛衣之釘。假作爲有釘。而掛之者。然其理之不通。有待言者。蓋無論法律如何萬能。如何高明之假設。亦決不能由無生有。變女爲男。是敢斷言也。

(二) 不存在說。此說全然否認法人之存在者也。法人者。由法律假設之人之思想。其難以維持。已如上所述。故多數之學者。全然不認法人之存在。不認其爲權利主體。是亦無足怪也。但無論於公法於私法。除各個人之外。人類之團體。亦視爲獨立之權利主體。與各個人受同等之待遇。亦實不可掩之事實。如欲否認此法人思想。則對於此現象。卽不能不有適當之說明。然屬此派學者之中。解此現象。亦各持一說。不能一致。布靈刺謂法人之本質。不外爲其目的所存之無主財產而已。伊靈格（二三三）亦不認法人之存在。曰。所謂法人之權利。其實不過因此而受利益之各個人之權利而已。換言之。卽受益人之全體。乃真權利主體也。薛爾德（二三三）於最近之著書「自然人及法人論」中。亦不認法人爲權利主體。謂權利主體。必現實之人。始可。其視爲法人之權利者。實不過擔負其職務之人之權利而已。例如君主國家。其君主官吏等。乃真其權利主體也。賓德兒（二三三）亦主張此說。此外學說尙多。不遑枚舉。而

尤以法國學者中否認法人之存在者爲最多。例如堆貴 (Ducun) 瓦雷 (Vare) 索

米兒 (Sommier)

布魯刺之說不能適用於社團法人以爲法人之本質乃爲某目的而存之無主財產也。然於社團法人未加以說明。如甲乙丙丁合組之團體對於戊之行為乃團體之行為依氏說則須謂爲個人之行為豈不誤。

如國家與他國結著作權同盟條約必能著書者始享有其權利。然安能指定詞人爲享有其權利乎。

伊氏爲個人權利說以爲社團法人之出資財產並非無主乃爲受財產利益之人所有如孤兒院之受養孤兒卽爲財產主體也。

薛氏說以權利主體必現實之人始可。其視爲法人之權利者實不過担任其職務之人之權利而已。例如君主國國家其君主官吏乃實其權利主體也。實德兒亦贊成之。氏之說例以孤兒院之財產非孤兒院所有乃管理孤兒院並

事之所有也。所謂君主官吏之財產與從前中國爲君主一人所有之觀念同。蓋既不承認法人又不說明其現象故探奇特之說也。

如君主國之君主與人結約其權利義務應歸全國負擔享有不能以君主一身負擔享有。

### (三)

實在說。此說謂法人者並非由法之假使而成。多數人類之團體。其自身有其獨立生活之目的。有其意思能力。蓋爲現實之事實。有無容疑者。法律不過承認此現實使其爲權利主體而已。又何庸假設哉。

第一說第二說皆羅馬法學者所主張。比第三說則淵源於德意志固有法。而爲德固有法學者所主張者也。第十九世紀中葉。卑則拉兒 (Muller) 已論之。至近時。籍兒克 (Koch) 以其最新之研究。其偉箸德意志團體法及其他著書中。將其碩見。公之於世。其核贊成其說者日多。迄至今日。幾成一般之通說矣。茲將籍氏德意志私法論中其說之概要。爲諸君述之。籍氏





擬制說不存在說皆研究羅馬法之主張。蓋經中世黑暗之後各國漸就發達。應社會之必要而取法於羅馬。如法蘭西義大利西牙比利時諸國。至於現今的多數諸國。羅馬舊法。十九世紀中葉有名卑處兒（Beccaria）者曾述法人之學。但未明言。蓋西國諸國始研究者。感難窺見。竟氏以法人名詞。未嘗宜為團體。人以肉體而有肉體。而法人皆係自然。人認為有人格。則謂人為自然。法人為法律所成。則不合。自然人以有肉體。而法人以有團體。而有人格也。

余先生曰。法律之設。以杜無益之爭。則互相侵害而不相安。凡權利主體不能出人。類以外如吾人與犬。以食物而犬並不能對於我。主張權利。又如公園之樹木。曾設條例以保護之。而樹木並不能主張何等權利也。如中葉結紮。取得權利者。並非當局之大。亦非國中各個之人。如與外人定著條約。則能著書之人。可以享有文。如公司之利益。歸於股東。然究不能指定歸於何人也。人類之利益。雖可享有。然智力有限。非孤立自給所能達。如農夫耕田而食。然於其所居之室。所着之衣。則不能不假於他人。否則利益不能達到。凡多數人結合。在共同限度內。為單一團體。例如。爾我各為國民。分子對於國家。均應同盡義務。存策策力。以扶持之。蓋國家為單一團體。各個人為極成。國家單一團體之各細胞。然自然人以細胞為細胞。分子也。各個人私益之外。尚有公益。私益以個人為主。公益則以團體為主。人類既賴組合以生存。則不論其團體為國。為家。為族。為工商。皆實之現象也。既為實在之現象。則本來能享有權利。且負義務。法律特認之而已。若依假說。則如鰓。則無釘而強掛衣服。必不能通之理也。人之有人格。乃抽象之觀念。故所謂人格。並非指我之頭。是肉體而言。其體之物。可以五寶感觸之。抽象之觀念。則不能如所有權為一觀念。然不能具體指明。是故有人格。觀念之基礎。即事實之現象。故必個人之肉體。存在法律始與以人格。古語之西士。及耶穌。所謂天國極樂世界。則純為架空之說。因其非為實在。亦不與人格。若謂。則非架空。而為確實存在之物。如自然。人法律付以人格。而他之動物。即亦有生存之目的。而探不承認保護之。故自然人之人格。非當然。應有法律付與。不過無付與之形式。具以文明各國。皆以法律付與人格之觀念。故也。至於法人。雖有存與形式。而其有與自然。人同。

### 第三項 法人之分類

法人先大別之為二種。(一)公法人。(二)私法人。

(一) 公法人。公法人者。國家及其他為國家公共之事業所存立之法人之謂也。例如地方自治團體是也。公法人之得為私權主體。雖與私法人無異。然其本來之目的。則在於國家之事業。故關於此之規則。皆於公法中定之。而尤於行政法規中定之。不屬於民法之範圍焉。

業。故關於此之規則。皆於公法中定之。而尤於行政法規中定之。不屬於民法之範圍焉。

疏 公法人為國家行政機關公益法人則為私人之事業而謀公益者也。如官署公法人也。學堂醫院則公益法人也。公益法人未必即為公法人。惟須受國家之監督。若經營慈善事業以圖利則國家宜禁止之也。

公法人與私法人之區別學說甚多。亦猶公法之與私法也。要之公法人者爲公之事業而存在者。私法人者則爲私之事業而存在也。

(二) 私法人。民法中關於法人之規定。皆私法人之規定也。私法人者。以經營私事業爲目的

之法人之謂也。普通關於私法人之分類。因其觀察點之不同。而有兩種之分類。(一)有經濟上目的之法人及無經濟上目的之法人。(二)社團法人及財團法人是也。

(1) 有經濟上目的之法人無經濟上目的之法人。

(甲) 有經濟上目的之法人。此有經濟上目的之法人。與無經濟上目的之法人之分類。

原始於德國民法。而兩者區別之標準何在。在德國學者間。卽有兩說。有謂有經濟上目的之法人者。謂法人經營經濟事業之意。有謂有經濟上目的之法人者。不祇須經營經濟事業。尤須分配其所得之利益於社員。始得謂之爲有經濟上目的之法人焉。兩說爭執。雖互有理由。然余以爲解釋我民法草案。以取後說爲宜。何也。蓋我民法草案第六十八條之規定。曰。社團法人有經濟上之目的。兼有非經濟上之目的者。視爲有經濟上目的之法人云云。依此條規定。使謂經營經濟事業之法人。卽謂之爲有經濟上目的之法人。則公益法人而營一經濟事業。舉其所得。以供慈善或其他公益之用。將亦不得謂之爲公益法人矣。有是理哉。故余定有經濟上目的之法人之定義曰。有經濟上目的之法人者。經營經濟上之利益。以其利益分配於社員爲目的之法人之謂也。(松本丞治博)





二人以上之社員。是固不待言也。

(乙) 財團法人。關於財團法人。舊日之學者。皆謂財團法人。爲由財產集合所成之法人。

其說殊謬。何哉。蓋凡法人者。皆爲人類之目的而存在。故財團法人。亦必爲人類而存在。是固不待言也。但財團法人。其組成其團體（即作成其人格）之人類。常隱而不現。在法律上。直不能指出其團體員之爲何人。此財團法人與社團法人區別之點也。（歐脫麥

葉兒 *Ullmann* 德國行政法論美濃部達吉博士譯第四卷三四九頁以下美濃部

達吉博士著日本行政法第二卷九〇頁以下）

疏 社團法人與財團法人均係人類所組成之團體。其差異之點。社團法人其社員則外表可以現出。如甲乙丙三人組織一商業公司。則此甲乙丙三人即此公司之組合員。即此公司之社員也。至於財團法人

則社員常隱而不見。如廟宇僧道募緣。集費以興修廟宇。組織之廟。即爲財團法人。而出資之施主。即爲此法人之社員。然廟底之欠人多忘。其出資者之爲何人。而此等社員。在法律上不認其爲社員。成立此法人之

目的。即捐助人之目的也。

財團法人。無經濟上之目的。當然無受利益之社員。至於社團法人。則可分爲二。一。無經濟目的之社團法人。有經濟目的之社團法人。後者之種類甚多。故各別規定。以圖便利。如各種公司。皆規定於公司法中。是也。

#### 第四項 法人之設立

一 社團及財團。得依民法及其他法律成立法人。（民草六〇條）我民法草案。此條規定。初不能爲取假設說之根據。謂法人爲法律所作成之人也。何哉。蓋所謂人格者。自然人與法人之間。原無

差別。皆由國法之認定。始能存在。不過現在文明諸國。關於自然人。則謂其生而當然有人格。故實際上不待國法之承認。而得爲法人之團體。則不然。其人格非明確定之。不可。夫團體之享有人格。爲最重要一事項。故社團及財團。必須依民法或其他法律之規定。始能成立爲法人焉。（富井政章博士民法原論二〇〇頁）

疏 古代法人成立甚易。當歐洲中世商業發達。蒸蒸日上。如股份公司之設立。國家絕不過問。然奸商常藉以欺人。揚言某事宜辦。因招股無數。並出已錢以充利息。見大利所在。相入股。彼即宣告倒閉。席捲而逃。因有此風。于經濟界非常恐慌。國首探特許主義。以爲絕對干涉之方法。英國之水磨公司條例亦然。其後因社會日益發達。如探特許主義。則不便殊甚。故有準則主義之發生焉。我公同條例。亦採準則主義。其合於所定條件。即取得法人資格。無特許之條文也。

二 依民法以外之法律所成立之法人例。如依公司法所成立之公司。其最著者也。（公司法草案三條）

三 關於法人之設立。由來有三種法制。（一）特許主義。（二）放任主義。（三）準則主意是也。

（一）特許主義。特許主義者。每設定一法人。必須制定法律。或須經君主或行政官署之許可之謂也。此主義。往時曾盛行。現在如法國。仍原則以得大總統之許可。爲法人設立之要件焉。

（二）放任主義。放任主義者。任其自由設立之謂也。故又名爲自由設立主義。每設立一法人。必須定一法律。或須經國家元首或行政官署之許可。於公共事業之發達。實屬不便。故近世立法。多傾向於放任主義焉。

(三) 準則主義。特許主義失之太嚴，而法人設立每覺不便。放任主義失之太寬，易生法人濫設之弊。故位於此兩主義之間，而寬嚴得中者莫若準則主義。準則主義者，法律先定一一定之資格，合於此資格之團體，即令其享有人格之謂也。例如德意志民法對於無經濟上目的之法人，即採用此主義，於訂立規條，登記於所屬初級法院登記簿之後，即取得人格焉。（德民二二條）

四 我民法草案鑑近世立法之趨勢，察本國社會之情形，乃折衷特許準則兩主義，無經濟上目的之社團法人及財團法人之設立，其有一定要件之外，尚須經主管官署之允許焉。（民草六九條一四三條）此立法主義蓋取法於日本者也。（日民三四條）所謂主管官署者，管理為法人目的之事業之官署也。例如關於祭祀宗教，則內務部為其主管官署。關於學術技藝，則教育部為其主管官署焉。但法文不曰主管各部，而曰主管官署者，蓋法人之設立，不必定須主管總長之允許，其允許之權，委任於受其指揮監督執行法令之地方官，實不為違法。其立法之當否，姑不具論，而解釋上則毫無容疑也。

五 社團法人有經濟上目的者，其設立應取何主義。依我民法草案規定，則均讓之於特別法焉。蓋此等法人種類太多，依立法之便利，各由其特別法規定為最宜也。（民草五八七條）有經濟上目的之社團法人之一，所謂公司者，依公司法草案之規定，蓋純取準則主義，無須經官署之允許焉。

民事公司亦准用公司法之規定。故民事公司之設立亦純取準則主義。(公司章一條)

疏 商事公司者商法上所別舉之公司也。商之一字本無一定之解釋。由立法人認爲某種營業爲商。某種營業非商。故商字在經濟上固不確定。而在法律上亦爲不確定也。因其如此。故余先生主張民商合一之說也。

除商事公司外。謂之民事公司。

前公司律於公司之名稱亦仿日本別爲四種。有股份有限公司及股份有限公司二者。此殊不通。各國之股份公司其股東之責任當然有限。即將來賠累時。其限於股東所出之資。不能於股本不足以償債時。再以股東家產償公司之債也。日本謂股份曰株式。其意與中國向來之合股經商不同。如甲乙合爲一商店。甲出六股。乙出四股。此所謂股不過爲其利益分配及補償虧累之計算標準耳。如年贏萬元。則得六丁乙得四丁是。若生意倒閉。資本耗虧之外。尚負有債務。則股東不再負何種之義務。此不同也。故既稱股份公司。即有限二字。不可喻何得再云有限。豈非矛盾乎。現行公司條例雖無股份無限公司。而仍有股份有限之名。亦殊可笑也。現行公司條例沿襲日本四種之立法例。亦分爲無限公司。兩合公司。股份有限。無限制公司。在法律上無認其爲有人格之必要者。則其可討論之問題也。

六 社團法人有經濟上目的兼有非經濟上目的者。其應如何設立。依我民法草案規定。不問其目的有無主從。均視爲有經濟上目的之法人。各依其特別法規定設立焉。(民草六八條)

七 法人之設立。除須經主管官署允許外。其基礎重要事項。亦不能不先行規定。在社團法人。則以規條定之。在財團法人。則以規條或捐助行爲定之。主管官署即審查此等根本規則之內容。而決定許否其設立焉。

八 依我民法草案規定。社團法人之規條內。應記載之事項如左。(民草七一條)

一、目的。

二、名稱。

三、事務所。

四、任免董事之規定。

五、總會招集之要件與其程序及總會決議之證明。

六、社員出資之規定。

七、社員資格之規定。

但於規條中規定以上七項以外之事項固亦不妨。例如通常總會招集之回數或議決之方法等是也。然此七項爲法律上必要事項，無論如何規條中必須記載也。（參攷日本民法三七條）

九、財團法人之規條須記載之事項如左（第一四四條）

一、目的。

二、名稱。

三、事務所。

四、捐助財產之規定。

五、任免董事之規定。

十、設立財團法人之人有不訂立規條而祇有捐助行爲者有之。但其捐助行爲所定之事項與訂立於規條無異。故民法草案第一百四十四條第二項規定以捐助行爲所定事項視爲與記載

於規條者同焉。

疏 如某人有遺言將其財產若干部分捐助作為孤兒院之用其捐助行為所定之事項即可與規條同視也。

### 第五項 法人之能力

法人之能力與自然人同。可先大別之為二。(一)法人之權利能力。(二)法人之行為能力。法人之行為能力。又可分之為二。(1)法人之法律行為之能力。(2)法人之責任能力是也。以下將法人之此等私法上能力說明後。而略及法人之刑法上能力。法人之訴訟法上能力及法人之其他公法上之能力焉。

(一) 法人之權利能力。 法人與自然人等。有人格。故等有權利能力。於前法人本質中。已詳述之。但人格之根本。原在法律。故法律關於法人。有限定其權利能力之權能。是固不待言也。我

民法草案。即本此理由。故有第六十一條之規定。凡法人無論其為社團法人。為財團法人。於法令限制內。始有享受權利。負擔義務之能力焉。(草案六一條前段。日民四三條)

疏 人之權利能力。除有階級之國家外。無加以限制者。以人類皆有完全能力也。若法人之權利能力。則不能一律法律可以制限之。故必於法令限度內。始能享有之也。

法人所得享受之私權之範圍如何。從來學者之間。頗有爭論。多數之學者。謂法人之權利。祇限於財產權。實屬不當。夫法人本無形之人格者。故生命身體及其他親屬法上之權利。其不能為其主體。固不待言。然謂其權利能力。即僅限於財產權。亦殊不宜。何也。蓋法律既為某一

目的承認法人爲獨立人格者。則爲完成其目的事業。所必要之名稱名譽信用等。亦自不能不保護之。故法人關於名稱名譽信用之權利。其仍能享有。固毫無容疑者也。我民法草案第六十一條。但書規定曰。但專屬於人之權利義務。不在此限云云。而法人之權利能力。不限於財產權。及此益明矣。(富井政章博士民法原論二二頁。松本丞治博士商法公司編二二頁)又法人所有之權利。亦有自然人不能享有者。如法人以團體之資格。對於社員之權利。非對等人格間所能有之權利。實法人固有之權利。自然人不能享有也。(松本丞治博士商法公司編二二頁)

(二) 法人之行為能力。法人之有行為能力與否。從來關於法人之本質。取假設說之學者。皆否認之。卽不認法人之有行為能力也。此等學者。因其不認法人團體之實在存在。故亦不認法人之有意思能力。謂法人者。不過僅依代理人以行動之。無行為能力。然主張法人實在說之學者。則所見迥異。此等學者。認法人之人格。固爲法律所創設。然同時認法人之團體。爲實在存在。故依此說。則法人之董事。非法人之代理人。實法人組織體之機關之一。故董事行其職務所爲之行為。非董事個人之行為。乃法人自身之行為。如自然人手足耳目之運動。非手足耳目之運動。乃自然人之運動。其理正同也。是以此等學者。主張法人有依其代表機關爲法律行為之能力焉。此說近時德國大儒籍兒克極力主張。而後進學者多宗之。德國民法規



定法人之董事。有法定代理人之地位。(德民二六條二項)即明其非純然代理關係。瑞士新民法更進一步。以明文規定法人之有行為能力。(瑞士民五四條五五條)我民法草案倣之。故有第六十二條之規定。第六十二條曰。法人自其依法令或規條設置必要之機關時起。有行為能力。此條規定。蓋一以明法人之有行為能力。一以定其行為能力之始期也。

疏 代表與代理之區別。代理爲人格者間之關係。代表爲團體與個人之關係。如甲文乙之委託。任而辦某事。此代理也。如元首爲國家辦理其元首所爲之事。即國家官署之職。則代表也。蓋民法不直言元首即法人代理人。而以言官或代理人之地。故以元首與代理人不同也。言長法則不及此規定之妥。

### (三) 法人之責任能力。

法人之有法律行為能力。既如上所述矣。而法人之有侵權行為能力。即責任能力與否。亦從來學者間最有爭論之一問題也。羅馬法學者。及受其影響之多數學者。皆不認法人爲有責任能力。謂法人不過於法所認之範圍內。有權利能力而已。法人不能超過此範圍而爲何種行為。故法人之機關。如爲侵權行為。亦爲其機關個人之行為。非法人之行為也。此說蓋以法人本質爲法之假設之思想所生之結果也。此說在舊時。亦甚有勢力。至於近時。主張法人實在說之學者。多察其說之非。而主張法人之有侵權行為能力焉。其最有方之代表者。則籍兒克是也。籍氏之說。影響於立法上及審判上者甚著。我民法草案之第六十三條之規定。亦即認此說之明證也。(民草六三條。日民四四條)

羅馬法學者以法人尚不能自行爲能力。何說責任能力。蓋事不過委任之代理人耳。委任他人辦事。只委任其爲正當行爲。不能委其爲不法行爲。故董事有不法行爲。則由私人負責。而勝氏則以法人與自然人同。自然人有行爲能力。與責任能力。故法人亦常有行爲能力。與責任能力也。

天以法人爲不能行。侵權行爲能力。蓋根據於法人爲法之假設之思想。苟認法人非法律所能作成。而其實體實爲有自然意思能力。行爲能力之團體。法不過承認此既存之團體。爲有人格而已。則其思想之不能維持。有無容疑者。法人之意思能力。非由法所作成。乃其本有者也。換言之。卽法人依其機關而有活動力。其機關之意思。卽法人之意思也。法律固命此意思。適法行動。然人不能無過。爲法人之機關者。固亦人也。其行動。詎能保不違法。不侵害他人權利哉。故法人之機關。若不法侵害他人權利之時。苟其行爲。爲法人機關所爲之行爲。非其個人之行爲。則其行爲。卽爲法人自身之行爲。法人對其行爲。卽須負其責任。且其所負者。乃自己之責任。非代他人之責任也。民法草案第六十三條曰。法人於其機關行職務之際。所加於他人之損害。任賠償之責。蓋因關於法人之有無責任能力。學說紛歧。故以法文明示其旨。而自法理上觀之。實當然之規定也。

疏 如國家爲自保生存起見。對於外國而侵害其權利時。開戰敗北。則須賠償。故此不能謂元首一人之敗也。首領爲之行爲。全國不負責任也。

如公司掌櫃與人借債。買賣。均係不履其契約。當然公司負責。非其掌櫃個人之責也。

(四) 法人之訴訟法上能力。 法人有權利能力。故亦有爲訴訟之原告或被告之能力。卽所謂

訴訟當事人之能力。是不待言者也。然法人有訴訟能力與否。學者本有爭論。然余既認法人之有行為能力。故依同一理由。於法理上。亦認法人有訴訟能力焉。但依我民事訴訟法草案之解釋。法人之代表機關。亦所謂法律上代理人之一。與我民法草案之趣旨似欠吻合。

(五) 法人之刑法上能力。於刑法上。古來皆不認法人有犯罪能力。然既認法人有侵權行為能力。則依同一理由。就於特定之犯罪。亦可認法人有犯罪能力焉。近來英美法。於一定程度內。認法人有犯罪能力。日本刑法雖無法人有犯罪能力之明文。然近時種種行政法規。則顯然認法人有犯罪能力。例如日本明治三十三年法律第五十二號。三十三年法律第五十九號。電信法第四十二條。三十二年法律第五十六號。鐵道船舶郵便法第十九條等。皆是也。此等行政法規。自其法文表面上觀之。雖非認法人有犯罪能力。不過法人之從業人犯罪。法人代之受罰而已。而自其實質上觀之。則實認法人有犯罪能力也。以立法論。余甚主張宜應社會之必要。廣認法人之有犯罪能力焉。(日本松本恣治博士商法會社論二八頁二九頁參考)

疏

如法律規定。當事人違不為此時。只罰公司。而不罰董事之個人。故可從業犯罪。然犯罪無人代替之思想。故實質上仍是罰法人也。

(六) 法人之其他公法上能力。法人有權利能力。得享有私權。已如上所述矣。而在公權。法人得享有與否。因各國之立法不同。固不能為一樣之斷定。然大多數之國家。皆認法人得享有

特定之公權焉。例如日本市制一二條第三項町村制一二條三項商業會議所法一二條。我國現在行政法規皆未完備於法律上。法人之得享有公權與否。實將來始能判斷之問題也。

「於以上種種能力外。一法人之有人格亦與自然人同。故第五十一條至五十四條關於人格保護之規定於法人亦準用之。」(民草六五條)

法人既與自然人等有人格。則亦有住址。是屬當然之事。此民法草案第六十四條之規定之所由設也。

#### 第六項 法人與社員之關係

一 欲論法人與社員之關係。須先區別社員以其社員之資格與法人所有之關係。及社員離其社員之資格與法人所有之關係。德儒籍兒克謂後者爲社團外之關係。與通常兩人格者間之關係同。例如社員與法人訂一買賣契約時。此買賣契約。社員非以其社員資格與法人訂立者。故與非社員之人與法人訂立買賣契約。毫無差異也。是以如斯關係。於此實無詳論之必要。反之。社員以其社員之資格。對於法人所有之權利義務關係。爲團體與其分子之關係。與通常對等兩人格者間之關係。不可同日而語。故不能以通常之債權債務關係律之也。籍氏稱通常之法律關係。爲個人法上之關係。法人特有之關係。爲社會法上之關係。其分類之當否。姑置弗論。然此兩種法律

關係之本質實有差異敢斷言也。

**疏**

如股東對於公司分利與公司對於股東要求出股與普通債權債務不同。

二 社員以社員之資格對於法人所有之權利有二。

(一) 法人爲達自身之目的所與社員之權利也。例如出席總會決議之權利及執行法人之業務之權利之類是也。此種權利學者稱之爲共益權。蓋社員之有此種權利爲法人之利益而有非爲自己個人之利益而有故也。

(二) 社員爲達自身之目的所有之權利也。此種權利在民法上之有經濟上目的之法人及商法上之公司例如分配利益之權利及分配剩餘財產之權利是。在無經濟上目的之法人則社員亦享有財產以外之利益故。此種權利學者稱之爲自益權焉。以此種權利專爲社員自身之利益而存在故也。

**疏**

有學者主張自益權專就財產方面觀察。自經濟上目的之法人及公司皆有自益權。然又有反對者謂自益權不限於財產。如精神上之利益亦可也。此則所謂之利益。係指法律上之利益而言。

以上所述社員對於法人所有之種種權利。通常雖視爲各個獨立之權利。然依最近學者之研究。則社員以其社員之資格對於法人所有之權利。祇一個單一之社員權。而該項權執行業務及其他各個之權利。不過由此單一之社員權所生之權能而已。如物之所有權祇一個單一之權利。而物之使用權收益權處分權等。實不過由此一個所有權所生之種種權能。其理與此

正同。故非議決權執行業務權及其他各個之權利合而構成一社員權。乃一個社員權含有各個之權能也。

(三) 社員權之性質如何。卽社員權屬於何種權利。關於此問題學者頗有爭論。

(一) 物權說。此說卽以社員權爲一種物權也。然此說殊謬何也。蓋法人之財產爲法人自身之財產。非社員所共有。故以社員對於法人之財產有共有權。則明明謬誤也。又或自社員分配剩餘財產之點觀之。謂社員對於法人之財產有一種物上權。其說亦非何也。蓋剩餘財產之分配在公益法人並非法人之要素故也。

(二) 債權說。此說卽以社員權爲一種債權也。然此說亦不當何也。蓋社員權已如上所述。包含自益權及共益權二種。其不能視爲單純之債權。蓋無庸疑也。以社員權爲債權之學者。蓋注重於利益分配及剩餘財產分配之權利。而以議決權執行業務權等爲其從權利。故以社員權爲債權焉。然此等自益權實非社員權之要素。法人之認社員權也。爲達法人自身之目的。而非爲社員個人之私益者甚多。例如公益法人。其注重全在公益是也。反之。共益權實爲社員權之要素。何也。蓋無共益權。則無法人。無法人。又何能有社員哉。故共益權乃爲社員權之要素。而自益權不過其常素也。此社員權謂之爲債權之不當也。

如上所論。社員權既非物權。又非債權。果爲何種之權利乎。近世德國多數之學者。皆以社員權

爲一種獨特之權利。既非物權。又非債權也。康薩克（Kant）曰。如分權利爲對世權與對人權之時。則債權及社員權。蓋同屬於對人權焉。但債權者。爲對等人格者間所存之關係。社員權者。爲不對等人格者間所存之關係。兩者雖同爲對人權。然其性質則迥不相同也。余甚贊成其說。何哉。蓋社員權者。實藉兒克（Eck）所謂社會法上之關係。不能以通常債權物權之個人法上之觀念律之故也。

疏 債權爲個人法上之關係。即個人與個人爲平等之關係。社員權爲社會法上之關係。團體與分子爲不平等之關係。與人民對於國家同也。

#### 四 社員以其社員之資格。對於法人所有之義務。亦有二。

- (一) 對於共益權之義務也。社員爲達法人之目的。有出席議決及執行業務之權利。此種權利。在他一面觀之。即爲社員之義務焉。何也。蓋法人對於社員。即可要求其行使其權利。而社員對於法人。即負行使其權利之義務。如合各公司之無限責任社員之業務執行之義務。即其一例也。

- (二) 對於自益權之義務也。社員對於法人。有要求利益分配及剩餘財產分配之權利。然社員對於法人。先有釀資及其他財產上捐出之義務焉。在公益法人。社員祇有釀資及其他捐出之義務。而無利益分配及剩餘財產分配之權利。是此種權利與此種義務。亦不必盡爲相對之關係也。

以上所述兩種義務皆與尋常一般之債務不同。實爲不對等兩人格者間之關係。換言之。卽一種社會法上之關係也。

### 第七項 法人之解散

一 法人之解散者。生法人人格消滅之原因也。但普通法人解散之時。非卽生人格之消滅。必依清算程序。將其對外之法律關係及對內之法律關係清結後。其人格始消滅焉。我民法草案第二百二十二條及百六十四條之規定。卽此意也。

二 如上所述。於實際上。固甚便利矣。而於法理上。則法人解散之意義如何。及解散後存續之法人之性質如何。實吾人所應研究之一大難問也。

德意志多數之學者。關於法人之解散。因其法人種類之不同。而說明亦異。但解散之觀念。爲各種法人皆有之觀念。故自不容有數個之意義。是以余下解散之定義曰。解散者。使法人不能完成其存立之目的之謂也。

三 如上所述。法人因解散。遂至不能完成其存立之目的。然清算中。其法人仍存續者也。於此則清算中法人之性質如何之問題。遂生焉。關於此問題。從來原有數說。

(一) 謂法人者。因解散。遂失其人格。而法人之財產。遂歸之於社員之共有焉。此說所謂人格消滅說也。此說德國舊日之學者。多主張之。然從此說之時。若不認若干之例外。於實際上。將不



能達清算之目的。近時學者及立法例皆不取此說。

(二) 謂解散後之法人爲以清算爲目的之一種獨立法人。與解散前之法人異者也。此說所謂清算法人說也。此說亦德國少數學者所主張。然法人因解散後得爲一種獨立之清算法人。則清算法人亦可再變更其目的。復爲從前之法人。採此說之學者固皆是認之。然我民法草案之解散則不能取此說也。

(三) 謂法人雖解散。然至清算終結仍存續者也。此說所謂同一物說也。英國公司法、葡萄牙德意志諸國之商法皆取此說。然我民法草案之解釋亦不能採用者也。

(四) 謂法人因解散雖失其人格。然因法律之假設。於清算目的之範圍內。至清算之終結。視爲存續也。此說所謂假存續說也。我民法草案即採此說焉。(德意志民法、比利時商法、日本民法商法均採此說。民草一二二條)

四 清算中之法人。僅於清算目的之範圍內。視爲存續。故其法人本來之目的。則歸於消滅者也。是以因解散則法人之代表社員及董事等。皆失其代理權。而清算人代之。又法人之業務執行之董事會對於內部亦失其業務執行權。而以清算會代之焉。(民草一二三條)

疏 第一說。於實際不難。則對於法人有債權債務關係者。對於各社員。清算會應爲清算。其債權債務。仍可變遷其目的。故其清算會不取。以其與理論不貫測也。第二說。同一物則。其目的。不可不變。不能不變之目的。故亦不妥。第四說。目的假存續。較爲便利。我草案則取此說也。

第八項 外國法人

一 人格原國法之效果。於前已再三言之矣。故於一國成立之法人。於他國法。非當然成立。自不待言。此原則。現今於商事公司。雖已不能適用。但公益法人。各國因其利害各異。斯其所見。亦自不能強同。一國視爲有益之事業。他國視爲有害者。往往有之。故外國法人。依原則在國內原不視爲有人格。必國內法承認。然後始能有人格焉。但其人格。雖爲國內法所承認。並非依國內法所成立。故其法人。亦不失爲外國法人也。

疏 甲國以爲公益。乙國未必以爲公益。如中國以婦女守節爲善俗。由慈善團體而獎勵之。而乙國則或以爲有傷天地之和。爲無益之事業也。

二 民法草案。本此理由。故原則不認外國法人之成立。但因國際關係。或通商上之必要。限於某種類之法人。認爲其有人格焉。我民法草案所認之外國法人。有四。(民草六六條一項。日民三六條項)

疏 如不承認其有人格。則當外國法人與中國人締結契約。至有爭執時。可向其代表人爲之。如承認其有人格。則向其法人爲之。與承認與不承認之不同也。

- (一) 國家。
- (二) 國家之行政區域。
- (三) 商事公司。
- (四) 法律或條約所認許之法人。

上述之外國法人。以係我國法認許其成立故。是以其人格之範圍。亦不必與其本國法盡同。我民法草案。定爲無論何種之外國法人。皆與同種類之中國法人。有同一之權利能力及行爲能力。但依法令或條約不得享受之權利。及外國人不得享受之權利。不在此限。以是故也。(民草六六二項日民三六條二項)

**疏** 如承認外國之煤油公司爲法人。則其權利能力及行爲能力。與中國之煤油公司同。此指其範圍不能過於此而言也。若欲狹小其範圍。則無不可。

日本從前外國人無實土地權。法人亦然。如郵船會社。國家與以補助。而外國在日本之郵船公司。則不能享有補助金之權也。

三 外國法人。在中國設立事務所之時。須與中國法人爲同樣之登記。蓋雖中國法律認許之外國法人。如在中國無事務所之時。亦不能強其登記。且無強其登記之必要。然如在中國設立事務所之時。則是該外國法人。將來欲在中國經營業。故必須使之登記。將其法人之目的。及組織公布於世人。蓋不如是。則世人不能安心。與外國法人交易故也。(民草八一條)

四 關於登記之事項等。準用關於中國法人登記之規定。即

- (一) 關於應登記之事項。準用第七十四條之規定。
- (二) 關於事務所。有數處之時。準用第七十七條規定。須於各事務所之所在地。速行登記焉。
- (三) 關於新設事務所。及事務所之遷徙。準用第七十八條。及七十九條之規定。爲登記焉。
- (四) 關於登記後。其登記有變更或消滅之時。準用第八十條之規定。爲變更或消滅之登記。

(五) 關於應登記事項之對抗力。準用第八十一條之規定。非經登記。不得與第三人對抗焉。

五 外國社團法人。若在初設事務所之時。與中國法人設立之時無異。故對於其登記義務所科之制裁亦同。即外國社團法人如在其事務所所在地未登記以前。第三人得不認其成立焉。(民  
草八三條日民四九條二項) 此蓋保護與外國法人交易之人。使其不致受不測之損害也。

六 外國法人之登記。須由其法人之代表人全體為聲請焉。(民草八四條)

## 第二款 社團法人

### 第一項 社團法人之設立

社團法人之意義。於前法人分類中。已詳論之矣。於此所應研究者。即社團法人之設立是也。關於社團法人之設立。所應說明者有三。(一)規條之訂立。(二)設立之登記。(三)設立後之義務。

(一) 規條之訂立。設立社團法人者。必須訂立規條也。(民草七一條日民三七條)我民法草案。關於無經濟上目的之社團法人之設立。兼取特許準則兩主義。故訂立規條之日。不能即為法人成立。必訂立規條。經主管官署允許後。其法人始為成立焉。(民草六九條)

關於規條訂立(即社團法人設立行為)之法律上性質如何。學者甚有爭論。舊日之學者。皆視社團法人之設立行為為合夥契約之一種。而以其規條為契約書。但此實謬說也。何哉。蓋此說直將法人與合夥混而為一。於法理上實屬不當故也。夫法人設立之行為。為創設一

新人格者而已為其組織分子之行爲。故與行爲人互相得權利義務之契約有別。是何待言也。設立社團法人之人。固未始無決定其規條內容之契約。然此契約行爲。與法人設立行爲。是兩個行爲。非一個行爲也。數人以共同設立財團法人爲目的。而訂立一契約。與設立財團法人而爲之捐助行爲。其爲兩個行爲。與此蓋毫無以異。財團法人之捐助行爲。即爲單獨行爲。社團法人之設立行爲。何獨不能不爲單獨行爲乎。

疏 合夥日本名組合。其對外關係。仍由組合員負責。其財產亦爲組合員所共有。與法人之另有一人格者不同。至組織法人之社員。不過爲法人之一分子。與合夥之組合員。曾存自己之名義者不同也。

合夥如甲乙丙丁四人共同爲一事業。所有權利義務。仍歸四人負担。若四人合成一隊。爲一事務而已。若甲乙丙丁四人合組一法人。則此法人。即爲一獨立人格者。其對外關係。亦爲法人一人。與中國借法國之債。乃以中國之名義。即公法人。其對於法國。負有履行之義務。雖其償款。仍爲人民所出。然人民並非欠債之主體。故法國。只可向國家請求履行。不能向我人民言曰。某人應還若干也。

決定其契約之內容。即先商議。此法人之行爲也。商議當則爲合夥之一。單獨行爲。設立法人。原爲單獨行爲。若契約則彼此互有權利義務。非單獨行爲也。

由一方之意思表示。即可成立者。曰單獨行爲。由兩方之意思。合致而成者。曰契約。前者如遺囑。遺贈。後者如契約是。

契約與協同行爲不同。如大家商議共同作一事。則爲協同行爲。如大家商議彼此互有權利義務。則爲契約。若各只分法律行爲爲單獨行爲。與契約之二類。殊不知契約不過爲合意行爲之一種。契約之外。尚有所謂協同行爲也。此條對外爲單獨行爲。至其預先之商議。則協同行爲也。

意

規條一語。在法律上原有二種之理義。一指法人活動之之根本規則而言。一指記載法人根本規則之書狀而言。法律稱規條時。指書狀者固多。然有時亦不必盡指書狀。例如云規條之變更。非謂其書狀自身之變更。乃謂其書狀所記載之規條之變更。是也。各國民法。均規

定社團法人規條內應記載之必要事項。我民法草案亦然（民草十一條二項）此等必要事項皆必須記載於規條。缺一則規條即失其效力。然記載此等事項以外之事項於規條，是固不妨。且實際亦甚多。故以下先將此等必要事項說明後，再及其他事項焉。

- (1) 法人之目的。法人無目的則不能成立。故法人目的之為何。於規條中不能不記載也。
- (2) 法人之名稱。法人之名稱與自然人之姓氏同。無名稱則無以別於他法人。故法律定名稱亦為規條必要記載事項焉。
- (3) 法人之事務所。法人之事務所為法人之住址。前已述之矣。故事務所之所在。於法律上有種種之關係。故亦必須記載於規條焉。
- (4) 任免董事之規定。董事為社團法人之執行機關。其任免至為重要。故任免董事之規定必須記載於規條焉。

- (5) 總會招集之要件與其程序及總會決議之證明。總會為社團法人之議決機關。其招集要件程序及其決議之證明。至為重要。故關於此等之規定亦必須記載於規條。

**疏** 董事為執行機關與國家之政府。總會為意思機關與國家之議會同。即一為執行機關。一為議決機關也。  
招集之程序。如用通信法及登報法是。招集之要件。即必如何而後始能也。

- (6) 社員出資之規定。資本為維持法人之要素。故社員應如何出資。亦必須記載於規條。

(7) 社員資格之規定。社員爲法人之分子。故其資格之得喪。所關極大。是以必須將其資格得喪之規定。記載於規條焉。

**疏**

以上各條缺。則主管官署卽批駁之。須補明另呈方可核准。

以上皆規條必要記載之事項也。至於規條中得以記載之事項。則法律原無限制。苟不反於公共秩序善良風俗。無論如何事項。設立人皆可任意記載焉。如通常辦事規則中所應規定之細事。記載於規條。亦無妨也。

(二) 設立之登記。社團法人之設立。非於主事務所所在地登記。不得與第三人對抗。(民

七二條) 社團法人雖經訂立規條。及主管官署之允許而成立。然非於主事務所所在地爲設立之登記。不得以其成立。對抗第三人。蓋爲保護第三人之利益故也。

**疏**

如不登記。則如甲爲公司董事。以董事名義與人爲法律行爲。則相對人之惡意行爲。亦不能與之對抗。蓋雖已立案。而未登記。則一般人不知之義務也。

外國之登記。在區裁判所中附設登記所。其簿式皆有一定。中國從前雖有存案之事。然無一定之管轄官署。則調查甚行困難。現在雖法院編制法及審判廳試辦章程。以登記屬之初設。應然尙未實行也。登記卽與第三人以知悉之機會。可在登記所之公示公報上閱看也。例如甲爲未登記之學會。董事與木廠訂約興築房屋工程。告竣之後。學會忽無方付款。則此時可向甲一人請求交付報酬。因此學會並未登記。不能對抗第三人故也。

1 目的。

2 名稱。

3 事務所。

4 設立允許之年月日。

5 定有存立之時期者則其時期。

6 財產之總額。

7 定有出資方法者則其方法。

8 董事之姓名及住址。

社團法人設立之登記須由全體董事爲聲請者也。(民草七三條)

(三) 設立後之義務。社團法人設立後法律所科法人之義務有七茲述於左。

(1) 社團法人應備社員名簿。遇社員有變更時則訂正之也。(民草第七五條一項) 社員

之姓名並非應記載於規條中之事項亦非應登記之事項。然社員與社團法人之存立實有密切之關係。故法律令其必須置備社員名簿。且遇社員有變更時令其隨時訂正之焉。

疏 社團法人之社員明露於表面如社員全體死亡則其法人消滅即立名簿則可備監督官署之稽察如聚強盜多人而假學會之名以會集則不可也。

(2) 董事須依法院之命令隨時提出社員名簿也。(民草七五條二項) 法院有允許社員

招集總會之權。(民草九七條三項) 則社員之資格姓名法院理應知悉。是以法律科董

事以依法院命令隨時提出社員名簿之義務焉。

疏 總會原由董事召集如有社員若干人請求董事招集而董事不召集者則可請求法院召集之以防董事之跋扈如法院無提名之權則不知此呈請人究爲該法人之社員否也故法人有隨時提出社員名簿之義務



- (3) 社團法人須於設<sup>立</sup>時及每年首三個月內編造財產目錄存於各事務所。但特定有業務年度者須於設立時及年度終編造之。(民草七六條) 社團法人之財產爲社團法人存立之要素。故其設立時及其每年財產之狀況必須有確實之記載始可。是以法律科社團法人於設立時及每年首三個月內有編造財產目錄之義務焉。但社團法人特定有業務年度者則不必於每年首編造。而令其於年度終編造。蓋因其既定有業務年度則以其年度終爲編造之時期最爲適當故也。
- (4) 社團法人其事務所有數處者須於各事務所所在地依第七十三條規定登記。(民草七七條) 社團法人之事務所有數處時法律令其於各事務所所在地皆須登記。所以保護利害關係人之利益也。

- (5) 社團法人於設立後新設事務所者須於其新事務所所在地依第七十三條規定速行登記。並須於其他各事務所所在地將新設事務所事由速行登記。但於同一登記所管轄區域內新設事務所者祇須爲新設之登記即可。(民草七八條) 此條規定亦爲保護利害關係人之利益。而科社團法人之義務也。

- (6) 社團法人將事務所遷移者須於舊事務所所在地速爲遷移之登記。並於新事務所

在地。依第七十三條規定速行登記。但於同一登記所管轄區域內遷移者。祇須爲遷移之登記即可。(民草七九條) 此條規定亦爲保護利害關係人而科社團法人之義務也。

(7) 登記後其事項有變更或消滅者。須於各事務所在地。速爲變更或消滅之登記。(民草八〇條) 登記事項有變更或消滅時。必令其速爲變更或消滅之登記者。蓋爲維持登記之信用。而使第三人不至蒙不測之損害也。

以上(4)至(7)之應登記事項。非經登記不得與第三人對抗。(民草八一條)

## 第二項 社團法人之機關

### 第一目 概論

一 法人必依其機關以活動。猶自然人必依其耳目手足以活動也。社團法人之機關。可大別之爲二。一意思機關。一執行機關是也。

二 社團法人之意思機關曰總會。總會者直接發表社員之總意。以決定法人意思之最高機關也。社團法人之執行機關曰董事會。董事會者在於內部。處理法人一切業務。對於外部。就於諸般法律關係代表法人之機關也。法人之意思一經決定。無時常更易之必要。而法人之業務。則不能一日或息。是以總會可以臨時招集。而董事會則爲法人之常設機關焉。

### 第二目 總會

關於總會須分晰說明於左。

(一) 總會之意義

總會者直接發表社員之總意。以決定法人之意思之唯一最高機關也。茲將此定義分晰說明於左。

(1) 總會者直接發表社員總意之機關也。社員之總意。即不外法人之意思。董事會固亦有決定發表法人意思之時。然董事會非直接發表社員總意之機關也。何哉。蓋董事會者因選任始為法人之機關。始得決定法人之意思故也。

〔疏〕 董事會不過間接發表法人之意思者。如與他人結買賣契約或負貸借契約是也。申言之。即董事會不於總會表決之意思而間接發表之。因董事會乃由總會產出故也。

(2) 總會者最高之機關也。為社團法人執行機關之董事。皆由其選任解任。故董事對於總會立於主從之關係者也。然謂總會為社團法人之最高機關者。自謂社團法人之行動範圍內之最高機關之意。是以縱為總會。亦不能自由為反背法令或規條之行爲也。

(3) 總會者發表社員總意之唯一機關也。社員之全員欲參與法人事務。發表其總意。蓋非依總會不可也。

(4) 總會者法人之機關也。故總會非各社員之機關。亦非社員全體之機關。

〔疏〕 總會乃法人之機關。不能由各社員支配之。亦猶大總統為中國之機關。不能由一二私人支配之也。

(二) 總會之種類

總會可分爲二種。(一)定期總會(二)臨時總會是也。

(甲) 定期總會。定期總會於其規條所定之一定時期招集之。(民草九七條一項德民三六

條)定期總會有以法律規定其招集之時期者。如日本民法規定社團法人之董事。每年至少須招集一次通常總會是也。(日民六〇條參攷)有不以法律規定其時期。而任之於規條之訂定者。我民法草案即採此說者也。定期總會之招集。若規條無特別規定時。由董事會招集之。(民草九六條)

(乙) 臨時總會。臨時總會於社團法人有利益之時招集之。(民草九七條一項德民三六條)但關於社團法人之利益。有招集總會之必要。有由董事會認定者。有由社員認定者。由董事以認定之時。其董事會當然招集總會。是不待言。由社員認定之時。則必有總社員五分之一以上。將會議目的及招集理由。以書狀提出於董事會。請求招集始可焉。但五分之一之定數。得以規條增減之。(民草九七條二項德民三二七項日民六一條二項參攷)董事會受社員請求後。不於二星期內招集者。得由請求之社員。經法院之允許招集之焉。(民草九七條三項德民三七條二項參攷)

〔疏〕董事會執行業務時。以爲非召集不可。則可召集之。亦有社員亦爲非召集不可。亦可召集之。但請求召集之社員。須在五分之一以上。不能以一二人之意思。即請求召集也。但所謂五分之一以上者。可以規條增減之。或爲

四分之一或爲六分之一均無不可也。

定期總會與臨時總會之區別。不以其決議之事項爲區別也。是以於定期總會。議決通常事務以外之臨時事務。亦無妨也。法國學者有謂臨時總會爲非常總會。必通常事務以外之事務。例如規條變更。始能開臨時總會議決之也。但按我民法案之解釋。則不能採此說。

### (三) 總會之招集

總會必須依一定之形式招集之。若其形式不備之時。則決議常有無效之虞焉。總會招集之形式者。即招集總會。至少須於開會之五日前。發通知於各社員是也。於此所謂各社員者。依社員名簿之記載而定者也。故對於社員名簿所記載之社員。均發通知。即爲適法之招集矣。又發通知於各社員云者。祇以通知發出即可。至其到達與否。則在所不問也。(民章九八條一項)通知中須記明會議之目的。會議之處所。及會議之日時也。(民章九八條二項)此記載事項。即稱爲議事日程。

疏 如以通知二人而不通知大眾。或不於五日前發給。則其決議無效。於五日以前。若恐日期迫促。或社員未能接到。或倉卒不及預備故也。

### (四) 總會之議事

總會得決議之事項。祇以預行通知之事項爲限。蓋不知是則社員對於議事。毫無準備。決不能發表適當之意思故也。然規條中若有特別訂定之時。則法律亦無強制之必要。故許依其訂定。不必以預行通知之事項爲限焉。(民章九九條)

關於議事之方式。除本法有特別規定外。依到會社員多數決之。(民章一〇〇條一項)此蓋依一般會議之通則也。此條所謂本法有特別規定者。例如規條變更之決議。是社團法人之規條。須以全體社員四分之三以上之同意。始能變更。但法人之目的。非經全體社員同意。不得變更。(民章一〇一條)蓋規條之變更。至為重要。故不能不鄭重其議決之程序。至於法人目的之變更。則幾如另設一法人。故最宜鄭重焉。

#### (五) 議決權

公益法人。不能以社員出資之多寡。及其身分之如何。為其表決權之等差。故法律定社員之表決權皆平等焉。(民章一〇〇條一項)民六五條一項)表決權平等者。即各社員各有一票之權之謂也。

**疏** 有經濟目的之法人。其表決權。可以出資之多寡。分其等差。蓋出資多者。其利害關係較重也。公益法人。其出資之多寡。與其利害無直接關係。故出資一元者。與出資萬元者。同有一表決權也。

議決權之行使。原則固應社員親自為之。但社員因公務疾病或其他事由。常有不能到會之時。故法律定社員得用代理人。行使其表決權。以謀社員之便利焉。社員用代理人。行使其表決權之時。其代理人須提出證明代理權之書狀於董事會。蓋為證其有代理之資格。而防將來決議之無效也。

關於議決權之行使。法律設有一制限。即關於社團法人與社員及其配偶或其直系親屬之關係。而為議決者。該社員無表決權也。(例如解任董事或對於某社員提起訴訟之類。民草一〇三條。日民法六六條參攷) 此蓋期決議公平所設之規定也。

(六) 總會之決議

總會決議之方法。可分為二。(一)通常決議。(二)特別決議是也。

(甲) 通常決議。通常決議者。即依到會社員之多數決之之決議是也。(民草一〇〇條二項)

法律不設必社員到會若干。始能開會之規定。故有社員一人到會。即能為通常之決議。解釋上蓋無庸疑者也。(日本松本系治博士日本商法公司論二四五頁參攷)

疏 如法律上有社員若干始能開會之明文。則須從之。然公益法人必若干人到會。則必不能開會。因公益法人之專與社員無直接利害關係。未必皆親臨到會也。然事實上只一人出席之時亦甚少也。

(乙) 特別決議。特別決議者。不依通常決議方法之決議之謂也。我民法草案所定之特別決議之方法有二。

(1) 變更規條之時。須有全體社員四分之三以上之同意。始能議決之。(民草一〇一條一項前段)

疏 此時不以到場人數計算。而以全體計算。如總數十二人。而到場者九人。則雖六人議決亦不可也。

(2) 變更法人目的之時。須有全體社員之同意。始得為之。(民草一〇一條但書)

(七) 決議撤銷之訴

社員於有法定情形之時得請求法院宣告撤銷總會之決議也。(民草一一二條)德國學者通常皆稱之爲決議撤銷之訴焉。主張此訴之社員權利爲不可剝奪之權利。故雖以規條之訂定亦不能禁止其不提出此訴也。

決議撤銷之訴之條件如左。

- (1) 須總會決議違反法令或規條也。但此所謂總會決議違反法令或規條者非僅指決議自身違反法令或規條而言。即總會招集之程序或其決議之方法之違反法令或規條亦包括在內是不待言也。(民草一一二條一項)

疏 此非但指議決之事而言即程序亦包括在內如非於五日發通知或不按多數議決之方法或四分之三之方法而決議之則皆可撤銷也。

- (2) 此訴須從知決議之日起一個月內提起之也。但從決議之日經過三個月者不得提起此訴。(民草一一二條二項)此訴依民事訴訟爲之。

疏 如經議決已久而復爲撤銷則於法人事務之進行甚有妨害故須於知悉之日起一個月內爲之。然若已經過三個月則以後雖知悉亦不得提起撤銷之訴也。

- (3) 提起此訴者須不同意之社員也。依我民法草案規定苟爲社員即可以提起此訴其爲充董事之社員或非董事之社員皆在所不問也。

- (4) 提起此訴之社員祇須證明總會決議違反法令或規條即可其決議是否有害法人之利



益在所不問故亦無將其證明之必要焉。

### 決議撤銷之訴之效果如左。

(1) 決議撤銷之訴雖已提起然不待宣告斷不能知其決議果應否撤銷故董事會得不受此訴之拘束依然從其決議之趣旨執行業務者也。但因執行此決議恐將來確定其撤銷後將生不可回復之結果時則暫行中止其執行亦無妨。又董事會認為其決議應撤銷無容疑者自應以自己之責任中止其執行是不待言。

(2) 決議撤銷之宣告確定後其效力為絕對的效力即無論對於何人皆生效力者也。學者有謂其效力僅拘束訴訟當事人者實謬說也。

疏 訴訟法上判決之效力只及於訴訟當事人而不能及於一般之人所謂相對的效力也。而撤銷或決之效力則對於一般人均生效力故為絕對的效力。其所謂對於何人者即撤銷於他人之利益之事亦可持論亦可撤銷也。蓋如不待對於一般之人生效力而只對於請求之人生效力則立之告結果與未撤回同故關於此不能以通常訴訟之觀法律之也。

(3) 決議撤銷之宣告祇有將其決議撤銷之消極效力而已不能代定其決議之事項也。

(4) 決議撤銷宣告之效力溯及既往即決議從始即無效也。德國學者論此撤銷之效力皆應依民法一般規定以溯及既往為常。我民法草案關於此雖無明文規定然解釋上亦應與德國學者之主張同是不待言者也。但學者有謂此訴非確認的訴訟不過僅有創設的效力故其宣告亦自應向將來生效力而已。此論殊謬何也。蓋此決議撤銷之訴其性質與通常之訴

訟異。故不能以通常訴訟之觀念律之也。(日本松本恁治博士日本商法公司論二四九頁)

### 參考)

註 民訴約有三種。一、確認之訴。二、給付之訴。三、形成之訴。所有變更之訴。皆屬確認之訴。如乙欠甲債而乙不承認。則甲請求法院確認之爲肯定。法律關係是給付之訴。如乙欠甲債而乙不爲履行。則甲請求法院強制乙使之履行。是爲給付之訴。一、權利變更之訴。即請求法院肯定使有創設之效力。如甲欲與妻乙離婚。對於法院提起請求離婚之訴。法院允許則其夫婦關係自判決確定之日而爲消滅。蓋其效力乃自判決確定之日發生。非溯及既往。於判決確定以前。爲夫婦之時也。然該判決撤銷之訴。其效力則有不能以通常之訴訟觀念律之者。例如董事因總會之決議。於一月一日與大爲一買賣契約。至一月二十日經社員請求撤銷。則自一月一日所發生之買賣關係均歸無效也。

### (八) 略式之總會

招集總會。必依一定之方式。不依其方式。所招集之總會。其決議爲無效於前已述之矣。但公益法人因社員關於自己之利害關係甚薄。故招集總會亦甚難。是以法律定一省略招集總會之形式。而亦得招集總會之結果之方法。即全體社員以書狀表同意者。不問其決議之事件如何。與總會之決議。有同一效力是也。(民草二〇二條)

學者關於此條之解釋。有謂此條規定。爲於總會外一種直接發表社員總意之方法。有此方法。則總會遂不能爲直接發表社員總意之唯一機關矣。(日本松本恁治博士商法公司論二三七頁參考) 余則以爲不然。何也。蓋此條規定。初非於總會外另設一直接發表社員總意之機關。不過一省略招集形式之總會而已。故縱有此條規定。與總會之爲直接發表社員總意唯一之機關。亦

無妨也。

民法草案第百零二條之規定。蓋仿自北美合衆國某州之法律者也。北美合衆國某州之法律。關於一般社團法人。固無若是之規定。然關於社團法人之一種之股分公司。則規股東全員之同意。書與總會之決議會。有同一之效力焉。我民法草案第百零二條之規定。蓋即將其直譯者也。余意以爲全體社員之同意書。卽爲一種略式總會之決議。條文謂與總會之決議有同一效力云云。實不免有語病也。

### 第三目 董事會

關於董事會須分晰說明於左。

#### (一) 董事會之意義。

董事會者。代表法人並執行其業務之通常且常設之法人機關也。茲將此定義分晰說明於左。

(一) 董事會者。代表法人之通常機關也。法人固常由董事會代表之。然有特種情形之時。法人於董事會之外。另設代表機關。是亦無妨。故董事會者。不得謂之爲法人之唯一代表機關也。法人之代表機關云者。法人團體之一部。代表其團體對於外部表示其團體之意思之機關之謂也。是以此關係與普通之代理關係迥異。昔日之學者。皆以普通之代理關係律之。實謬也。代理者。他人所爲之行爲。直接對於本人生效力之謂。故代理關係。爲兩人格者間之關係。

若法人機關之董事會。非獨立人格者。董事會之行爲。卽爲法人自身之行爲。非兩人人格者之關係也。(民草八九條一項二項)

(二) 董事會者。執行法人業務之通常機關也。然非執行業務之唯一機關。故就於特定業務。另設執行之人。固無妨也。(民草九四條一項)

(三) 董事會者。代表法人並執行其業務之常設機關也。法人之業務。及其對外關係。不可一日或息。故法律定董事會爲其常設之機關焉。(民草八六條)

(四) 董事會者。法人之機關也。外國學者。區別董事會與董事。卽以此故。法人機關之董事會。爲法人組織之一部分。非獨立之人格者。反之。董事。爲組織法人機關之董事會之人。爲獨立之人格者。兩者迥有別也。董事會蓋譬如官署。董事則譬如官吏。官署雖由一人或數人之官吏組織之。然爲國家之機關。非人格者。反之。官吏。則完全人格者也。

(二) 董事會之組織及董事之選任終任。

董事會由一人或數人之董事組織之。於前已述之矣。於此所應研究者。卽其組織分子之董事之選任及終任是也。

董事由總會決議選任之。(民草八七條)除總會決議外。不能再有選任董事之方法者也。是以例如以規條定董事得選任其自己之後任人等。其規條之訂定。亦無效也。

關於選任董事之決議。法律無特別規定。蓋依通常之決議方法。即依到會社員之多數決之也。(民草一〇〇條二項)

董事因選任與法人立於如何關係。余則解爲董事與法人之關係。爲委任之關係。總會之選舉。即爲對於被選舉人之要約。而被選舉人承諾之。則法人與董事間之委任契約。即成立焉。日本大審院解釋董事之選任。爲單獨行爲。不待被選舉人之承諾。即生效力。(日本明治三十六年二十一日決定) 實謬見也。何哉。蓋謂總會非表示法人意思之機關。故總會之選舉。不能謂之爲委任之要約。但謂總會不能爲意思表示。實近於獨斷。即總會不能爲意思表示。然法人之代表人。本於總會之決議。向被選舉人爲要約。固亦不妨。是又何能謂董事之選任。必爲單獨行爲哉。

**疏**

日本大審院未將內部部分開以爲法人之組織。董事會爲對外機關。總會不能對外代表法人。故因之不能委任之也。

日本大審院之解釋不妥之點有二。(一)意思表示。含有單獨行爲。兩造行爲二種。不能謂單獨行爲。非意思表示。如謂總會非對外的意思表示機關。則並單獨行爲。亦不能爲之。豈非自相矛盾。此其一也。(二)即令其說無訛。然如總會中以一人代表向董事爲要約行爲。固亦無妨也。此其二也。

如設立學堂甲乙丙三人合組。於初成立之時。機關未成。當然無董事。然總有代表人。其代表人之選出。非由於總會。而於數人中商量推甲爲代表。則乙丙等對於甲仍爲要約。而非單獨行爲也。明矣。

董事與法人既立於委任關係。故無論何時。皆得辭任者也。(民草七十六條)此辭任之意思表示。對於法人之其他代表人表示。即可無須必對於總會爲表示也。又經總會之決議。得隨時解任董事。但以規條得限定其解任之原因焉。(民草八十七條二項)此蓋防濫行解任之弊也。

### (三) 董事會之職務

董事會之職務有二。(一)業務執行。(二)代表法人是也。董事會為數個董事組成之時。其執行業務及代表法人之行為。自非經各董事之同意。不得為之。但事事必須得全董事之同意。於實際上實覺困難。故法律定社員總會決議之規定。於董事會決議準用之焉。(民章九〇條)

**疏**

如董事會為十人。則上雖需得全體同意。然若人  
多有異議時。則應從多數決。即六人之同意即可也。

董事會對於外部。為代表行為時。必經其各董事之同意。或其多數之決議。既如上所述矣。故他人對於法人。表示意思之時。以理論上言之。亦自非對於董事會表示不可。對於一董事。不能表示也。蓋董事會始為法人之代表機關。董事會之一人。非法人之代表機關故也。但若必貫徹此理論。則對於法人表示意思。甚覺困難。故法律定有第九十條第二項之例外規定焉。(民章九〇條二項)

### (四) 董事會之權限

**疏**

如學會有幹事十人。未必十人皆在會中。如必待十人到齊方能辦事。則困難甚。故有  
例外規定。以對於一董事表示意思。即可以理論之。尚屬不合。但非此不能使於實際也。

我民法草案第八十九條第一項曰。董事會關於社團法人之業務。於審判上及審判外。均得代表法人。換言之。即董事會有代表法人。為一切審判上及審判外之行為之權限也。關於此代表權之能否加以制限。從來之學說。原有四種。

(1) 謂董事會代表權所加之制限。全然不能以之對抗第三人也。換言之。即法人以規條或

以總會之決議。所加於董事會代表權之制限。對於第三人。全然無效也。此法待第三人太厚。而待法人太薄。法人所加於董事會之制限。幾毫無實用。於公益法人董事會之性質。尤覺不合也。

疏 此說重在保護第三人。如章程言某事不准董事爲之。此對於董事可生效力。如爲之可使之任損害賠償之責。而對於第三人（善意惡意均不論）則不能對抗。

公益法人於個人無利害關係往往有董事跋扈之事。如對外不能主張則因費事而人不過問則於法人有妨也。

(2) 謂以規條加於董事會代表權之制限。全然可以對抗第三人也。卽對於第三人。完全有效也。德國民法。卽採此主義。（德民二二六條二項）但此法與前法正相反對。保護法人太厚。保護第三人太薄。何也。蓋欲與法人交易之人。必須知悉其規條不可。不然。則必致受不測之損害故也。

(3) 謂以代表權之制限。對抗第三人之時。必須將其登記也。此說與前說大致相同。而較前說加寬焉。蓋依前說。則欲加董事會代表權以制限。非以規條不可。依此說。則不限於規條。以規條以外之其他方法亦可。但須將其登記而已。此說之弊。與前說同。而第三人須隨時檢閱登記簿。較之知悉其規條尤難。故採此說。則保護第三人益薄矣。

(4) 謂董事會代表權所加之制限。須別第三人爲善意爲惡意。而決其能否對抗焉。此法乃日本現行民法及我民法草案所採用者也。此法蓋欲矯前三法一偏之弊而設也。此法

一見雖似簡便而且公平。但意思之善惡最難確證。結局仍不能確保法人之利益。以立法論。欲保護公益法人之利益。而又使第三人不致感格外之困難。仍以取第二法爲當也。（民草八九條三項。日民五四條參考）

關於董事會之法律上之性質。有一問題爲吾人所應研究者。即董事會之爲法人之法定代理人與否之問題是也。關於此問題。舊日之學者皆主張董事會爲法人之法定代理人。故民法關於代理之規定。於法人與董事會間之關係。當然適用者也。余則以爲不然。何也。蓋舊日之學者皆混代表與代理之觀念爲一。故生誤解。詎知代理者。乃兩平等人格間之關係。代表者。乃法人與其機關之關係。兩者不可同日而語也。董事會爲法人代表機關。非代理也。故民法關於代理之規定。於董事會。非當然適用。不過準用而已。（民草八九條二項）

疏 主張法人實在說。自有其行爲能力。董事會乃其機關之一也。代表爲一部表現全部之關係之謂。如大總統所爲職分內之事。即中華民國之事。不能謂爲大總統爲代理中華民國之人也。

### 第三項 社團法人之業務

社團法人之業務。通常皆以董事會執行。其執行之方法。以董事會多數之決議爲之。既如上所述矣。但董事於自己與社團法人相反之事件。亦得令其得參與決議。則恐致有不公平之結果。而危及法人。是以民法草案有第九十三條之規定焉。（民草九三條。日民五七條參考）

疏 如董事會爲甲乙丙三人。如此事關於甲之利益。而令甲亦得加入決議。則乙丙二人中有一人贊成者。甲亦必從而贊成。至有損害於法人與否。固所不計也。故民草有九十三條之規定。而不令其參與焉。



法人之業務不可一日或息。故執行法人業務之人亦不可一日或缺者也。規條所定之董事若因死亡或其他事由致有缺額之時。則董事會之職務必須暫時停止執行。而法人因此卽有蒙損害之虞。是以法律於此情形。設有兩種方法以救濟之。

(一) 董事有缺額之時。令他董事得行董事會之事務。至補額時爲止。(民草九一條)

(二) 董事缺額。若慮因遲延而生損害者。法院應依利害關係人之請求。選任假董事。(民草九

二條)

以上所述皆法人通常事務之執行也。但法人關於特定之業務。有時不必以董事會執行之者。有時有不能以董事會執行之者。則於董事會之外。選任一執行之人。亦無妨。是以民法草案第九十

四條第一項云。社團法人得以規條聲明就特定業務。得選任特別代理人。以此故也。

疏 如學會買木器修理房屋等之瑣事。似不必定以董事會執行。又如北京學會欲在上海爲一事務所。可在海覓人爲之。以期便利。不必定以董事會執行也。

董事會爲代表法人執行業務之通常機關。非法人之機關。故於董事會之外。另選定特別代理人。無不可也。

特別代理人。非法人之機關。故其行爲非卽爲法人之行爲。不過其行爲直接對於法人生效力而已。以此之故。故特別代理人。於其代理權限內之事務。加損害於他人者。與法人之機關行其職務。加損害於他人者不同。法人對之。原不能任賠償之責任者也。但法律爲保護第三人之利益起見。故明定第六十三條之規定。於特別代理人行其權限內之事務。加損害於他人之時。亦準用之。

馬(民草九四條二項)然法人對於第三人任賠償之後。向於代理人再要求損害賠償。固無妨也。

疏

法人之代理人與普通之代理人無異。如甲替乙在丙店訂買一書。其買賣行為仍為甲之行。為不過對於乙生效力。而乙之買賣而已。不能即謂為乙之行。為也。若甲會所為之行。為。即法人之行。為。若乙之手。是運動。即某人。之運動也。故代理人與本人之關係。與董事會與法人之關係不同。如前例甲代乙在丙店買書。甲將書損壞。丙要求賠償。此時仍為甲之侵權行為。乙不負責任。以其行為非己之行。為也。

如法人派李某代理為某事。而對張某發生損害。為保護第三人計。張某可向法人要求賠償。而法人亦可向李某要求損害賠償也。

#### 第四項 社團法人內部之關係

##### 第一目 社員之資格

關於社員之資格。所應研究之問題有三。(一)資格之取得。(二)資格之喪失。(三)資格之專屬是也。

##### (一) 資格之取得

社團法人之設立人。因訂立規條。而其規條得主管官署之許可後。即能取得社員之資格。換言之。即社團法人設立行為人。於社團法人成立時。當然為其社員者也。然社團法人設立後。欲取得社員之資格。則非依入社之程序不可。

社團法人之社員入社程序。若規條無特別訂定之時。須依第一百條所規定之總會決議為之。即社員之入社。須依到會社員之多數決之也。(民草第百〇七條)

以上所述。皆法人對於社員入社之內部程序也。至於社員入社之法律上性質如何。學者原有爭論。有謂社員入社為新社員與從來之總社員間之契約者。其說殊謬。何也。蓋法人與合夥有別。合

夥非人格者。故合夥之人夥。自爲從來之總夥員與新夥員間之新合夥契約無疑。而法人則不然。法人者。有人格者也。故社員之入社。爲法人與新社員間之行爲。非從來總社員與新社員間之行爲也。是以德儒籍兒克論新社員之加入社團法人也。雖亦曰於意思之合致。然其合意。實個人法上所無之一種關係。而爲社會法上所獨有者也。日本松本丞治博士曰。入社行爲者。法人與欲加入法人之人之間所結之一種契約。但其契約不生通常之債權債務關係。而生法人與新社員間之社員關係者也。換言之。卽契約人之「一造」爲他「一造」之服從者。故爲一種服從的契約。與通常個人相互間之債務契約迥異云云。亦此意也。（日本松本丞治博士日本商法公司論九七頁）

〔疏〕 新社員入社與外國人歸化中國同時非外國人對於中國全體人民之契約。對於國家之契約也。故非平等個人之關係。乃不平等服從之關係。如歸化之後。卽須負納稅當兵之義務。是而新社員之入社。非個人法上之契約。乃社會法上之契約也。

## (二) 資格之喪失

社員之資格。因法人之消滅而喪失者也。然於此情形。總社員皆喪失其社員之資格。故無特別說明之必要。又社員之資格。因死亡而喪失。亦爲當然之事。故亦無須說明焉。於此所應說明者。卽特定社員之人爲的資格之喪失。法律所稱退社及除名者是也。

(甲) 退社 社團法人之社員。一經入社。若永遠禁止其退社。則實有背乎公益。是以法律定社員得以隨時退社焉。（民草一〇八條）但規條中定有退社之時期及方法者。例如限定於業

務年度終或經過預告期間後始準其退社之訂定期社員應有遵守之義務是不待言。(民  
草一〇八條一項) 預告期間法律定爲不得逾一年者蓋亦防其不便於社員而有礙於公  
益也。(民草一〇八條二項)

(乙) 除名 社員一經入社。法人永遠不能去之。則於法人每多不利。是以各國立法。皆有社員  
除名之規定焉。我民法草案第百〇九條。有正當之理由者。得依總會之決議。除社員之名。其  
除名之理由爲何。在所不問也。但防總會濫行除名之弊。以規條限定其除名之理由無妨。  
被除名之社員。爲保護其利益起見。對於除名之決議。得向法院提起調查除名理由是否正  
當之訴。是屬當然之事。無待明文規定者也。但其除名之理由。爲規條所規定者。總會本於其  
事由之發生。以爲除名之決議。自不容再有爭論。是以民法草案第百〇九條第二項。令社員  
對於此種決議。不得提起撤銷之訴焉。

既退社或除名之社員。關於社團法人財產。失其一切請求權。但退社或除名時。應負之金額。仍須  
負償還之義務焉。(民草一一〇條一項二項)

疏 如公益法人甲曾捐洋百元於退社之時。不能請求退回也。又如按年應捐助百元者。若於退社之前二年未曾捐納  
則於退社之時。仍須交出二百元也。至於營利法人。則與公益法人不同。退社時。其以前所出之資本。當然取回焉。

### (三) 資格之專屬

資格云者。社員之身分之謂也。換言之。即社員對於法人所有一切之權利義務關係也。在有經濟

上目的之社團法人之公司。其社員之資格原可以讓與繼承（公司章三八條一項）而無經濟上之目的社團法人就中尤以公益法人之社員其性質與公司之社員迥異。故法律禁止其社員之資格之讓與或繼承焉（民章一〇五六條）

## 第二目 社員之權利義務

社員義務之最重要者。則出資之義務是也。蓋法人必賴資本以維持。無資本則法人將失其存續之能力。故出資者。為社員最重要之義務也。

出資之比例固可以規條任意定之。但若規條中無特別訂定之時。則為社團法人之目的及償還債務所必要之金額。各社員須按平等之比例為出資焉（民章一〇四條）

關於社員之一般權利。如表決權。於前已詳述之。茲不再贅。於此所欲說明者。即社員之特別權利是也。社員之特別權利。不得以總會之決議侵害之。例如以規條認某社員出資可比他社員較少之權利。如因總會之決議。可得而左右之。則其利益必大蒙損害。是以法律設此規定。以防止之。點（民章一〇五條前半）但社員之有特別權。原為各該社員個人之利益。初無關於公益。故得該社員之同意。而剝奪其特別權。固亦無妨。是以法律又特別設但書之規定也（民章一〇五條但書）

## 第五項 社團法人之解散

法人解散之法律上之性質。於前已詳論之。茲不再贅。於此所應說明者。即社團法人之解散原因

及其解散後財產處分之方法見也。

## 第一目 解散之原因

社團法人之解散原因有六述之於下。(民草一一三條)

(一) 總會決議。社團法人其初原以社員之意思將其設立故亦可以社員之意思將其解散。乃當然之理也。但必待社員全體之同意始能將其解散。實屬甚難。故法律定為法人之解散。必待社員總會之決議焉。惟其事項重大。若規條無特別訂定之時須得全體社員四分之三以上之同意始可。(民草一一四條日民六九條參考)

(二) 規條內所定解散之事由發生。於此所謂規條中所定解散事由之發生例如一定存續期間已滿。或解散條件已成之類是也。

(三) 破產。社團法人之財產不能清償其債務之時。則董事會須從速聲請法院為破產宣告。(民草一一五條一項日民七〇條八四條五號)法人既已破產。自不能再繼續其事業。故當然解散有無庸疑。

(四) 設立允許之撤銷。社團法人為目的外之事業。或違設立允許之條件及有害於公益之行為者。主管官署得將允許撤銷。(民草一一六條)此蓋主管官署行使其監督權之作用也。法人一經允許撤銷之後。則與未經允許同。故一旦成立之法人因此撤銷。當然解散是不待

言。

(五) 目的事業已成就。或不能成就。社團法人必以一定事業爲目的。故其目的已成功。或因法令之改正。又其他事由之發生。致不能成功之時。皆無再令其法人存續之必要。故法律亦以之爲解散事由之一焉。

(六) 社員之缺亡。社員之缺亡者。社員無一人存在之謂也。故使有一人存在。則法人卽不能解散。以一人成立社團法人。於理固稍覺不合。然我民法草案之解釋。則不能不如此也。(公  
司法草案五九條二款參考)

疏 設立法人非二人以上不可。然既成人格。後其組織員剩一人。尙爲法人。否。學說甚有爭論。故各國法典。有明定其人數之限制者。日本商法會社編只餘一人。卽法人消滅。而民商未定規定。則解釋上之餘一人。亦可認其存在也。

社團法人解散之時。董事會須向社團法人住址地之登記所。開具解散之原因。及年月日。聲請登記。並須將其事件。呈報主管官署焉。但因破產或撤銷設立。允許而解散者。不在此限。(民商一一七條) 蓋社團法人。因破產而解散者。法院須將其事由。通知於法人住址地之登記所。及主管官署。因設立允許之撤銷而解散者。主管官署須將其事由。通知於法人住址地之登記所。受通知之登記所。須卽以職權。將其通知之事件。登記之故也。(民商一一八條 一一九條)

### 第二目 解散後財產之處分

關於社團法人解散後之財產處分方法。須分晰說明於下。

## (一) 財產之歸屬人

法人與自然人異。無繼承人者也。故以純理言。法人解散之時。其財產業已成無主物。應由先占取得。或歸屬國庫。然如此辦法。殊反乎設立人之本意。且使公益事業。因此而廢。實屬不當。是以法律主以設立人之意思爲本。將其財產仍用之於公益事業。故定財產歸屬人之位次如左。(民草一二〇條日民七二條參考)

**疏** 營利法人其剩餘之財產當然歸屬於社員。此指無經濟上目的之法人而言。始有此規定之必要也。

如從前欲研究學問而始集資設此法人者。歸諸國庫。則與其意相反。且國家關於公益事業亦須維持之也。

(1) 解散法人之財產歸屬於規條中所指定之權利人。(民草一二〇條一項日民七二條一項) 此蓋使設立人之意思貫徹。並獎勵公益事業最適當之方法也。

(2) 規條中未指定歸屬權利人。或其指定方法未經訂立之時。其財產應如何處置。諸國立法其揆不一。有定爲歸屬設立人。或其繼承人者。有定爲歸屬國庫或地方團體之收入者。我民法草案仿多數之立法例。定爲於此情形之時。得以總會之決議。擇其與法人目的相類之事業。將其財產處置之。但是否與法人目的相類之事業。若任總會自由鑑定。恐有害於公益。是以法律重之以主管官署之允許焉。(民草一二〇條二項日民七二條二項)

(3) 照前兩方法不能處置之財產。則歸屬於國庫。各國立法。此種歸屬國庫之財產。亦有指定



其用途者。如德民四六條。我民法草案。以便宜為旨。故於歸屬國庫之財產。不復再指定其用途焉。 (民草一〇〇條三項。日民七二條三項)

**疏** 德民草四十六條。歸屬國庫後。仍須指定其用途。其用途。可動用者。實與國庫之財產。不可動用者。實與國庫之財產。不能用以充行政經費是也。而我民法。為便利起見。則歸屬國庫之後。不復再指定用途。

(二) 清算

法人雖因解散。失其人格。然其解散前所發生之法律關係。不能不設法了結之。其主要者如收回債權。清償債務。及將賸餘財產。交付於歸屬權利人是也。此等程序。稱為清算。當清算之任者。名為清算人。清算者。社團法人解散之結果。必須開始之事。故社團法人除因破產而解散者外。皆必須依法律規定之程序。為清算焉。 (民草一二二條一項二項)

**疏** 破產時。應依破產法之破產程序為之。破產有破產管財人。債權人如何聲明財產如何分配。另有程序也。破產雖亦清算之一種。特其程序不同耳。

為達清算之目的。雖已解散之社團法人。於其清算目的之範圍內。仍須視為存續。於前已述之矣。 (民草一二二條) 蓋不如是。則債權人。突然失其法律之保護。與最初認為獨立人格者之旨。殊相背謬故也。但解散後之社團法人。僅於清算目的範圍內。視為存續。故其以事業存在為條件之一切法令規條。當然失其效力。是不待言。

**疏** 債權人本係向法人。為法律關係。若清算期已屆。債權人向債權人。則不惟列長故債。債權存續也。

如日本銀行條例。乃為日本銀行存貯時之規定。若一旦解散。則此條例不適用之。規條亦如是也。

關於清算須分晰說明於下。

(1) 清算人之種類及其選任並終任。清算人可分為三種。(一)法定清算人。(二)由規條訂定或總會選任之清算人。(三)由法院選任之清算人是也。

(甲) 有左列情形之一。管轄社團法人住址地之初級法院得依利害關係人之請求。選任清算人焉。(民草一二三條二項)

(a) 依第二百二十三條第一項之規定。無行其清算事務之人之時。

(b) 或因其缺額。恐生損害之時。

疏 法人解散之後。其清算人。以趨於便利。如無董事會。或董事會辭職。或死亡。時期。由法院選任之。以重其利害關係人時。名曰清算人。

法院選任之清算人。與破產管財人同。為一種之公職。與法人非立於契約關係。故社員不得隨意將其解任。惟有重要事由之時。法院得依利害關係人之聲請。將其解任焉。(民草一二四條) 關於此種清算人之辭任。法律雖未設特別規定。然解釋上自應許任意辭任。是不待言。

(乙) 清算人得以規條訂定。或總會選任之。關於其清算人之資格。法律初未設有何種制限。故指定或選任社員以外之人。亦無妨也。(民草一二三條但書)

疏 法人解散之後。董事對於法人不能請求何種權利。即不能禁止總會選任董事以外之人為清算人也。

此種清算人與法人立於委任之關係者也。故關於其解任辭任須適用關於委任之規定。是不待言。

(丙) 除以上兩種情形外。董事會當然為清算人焉。(民草一二三條前半) 學者稱之為法定清算人。又稱之為當然清算人者。以此故也。

董事會為清算人時。其對於法人之關係。與其以前之關係同。即對於法人。仍立於委任之關係者也。除法定清算人外。其他之清算人。皆須於就職後之一星期內。向社團法人住址地之登記所。開具姓名及住址。聲請登記。並須將其事件。呈報於主管官署。其解任除名及變更時。亦同。(民草一二五條一項二項三項。日民七七條參考)

(2) 清算人之職務權限。

(甲) 職務。法律所定清算人之職務有三。(一)現務之完結。(二)債權之收回及債務之清償。(三)餘賸財產之交付是也。(民一二六條)茲將其分晰說明於下。

(a) 現務之完結。法人解散之時。已著手而去了結之事務。其事務不問其為何種事務。皆不能不將其了結之。但履行之期限。不因法人之解散而消滅。故有期限之行為。清算人固不必直即完結之。而第三人亦不能要求其完結。是不待言也。又清算人為完結現務之必要範圍內。為一切新行為。固無妨也。(民草一二六條二項)此種行為。學者名之

爲附屬的清算行爲焉。例如爲清償債務之必要變換財產之類是。

(b) 債權之收回及債務之清償。

疏 如申與法人訂約於三月三十一月底由法人交申洋百元而法人於六月底即解散則法人不即賠償申亦不能即時要求償還。破產之未至期亦須完結者不同也。

(子) 債權之收回 債權之收回者指已達清償期之債權而言也。債權之收回主要者固對社員以外債務人而言。然法人對於社員所有之債權之收回是亦屬於清算人之職務。故如要求社員出資義務之履行亦均爲債權之收回也。

(丑) 債務之清償 債務之清償者固亦指已達清償期之債務而言也。但法人得拋棄其期限之利益。即未達清償期之債務亦將其清償固無妨也。又於此所謂債務者指法人於解散前對於第三人所負之債務而言也。至法人於解散後對於歸屬權利人之債務即餘賸財產交付之義務法律別有規定。自不屬於債務清償之中。

關於債務之清償須履行一定之程序。蓋法人清算之時與破產及繼承限定之時同。皆欲將現有之財產公平分配於總債權人故也。其程序即清算會須於法人解散公告中催告債權人應報明其權利。(民草二二七條)並對於已知之債權人須逐一催告其報明權利焉。(民草二一九條)

清算中清算會如查悉社團法人之財產不足清償其債務之時須從速聲請破產。並

公告之(民草一三三條一項)於此情形。清算人以其事務移交於破產管財人。其職務即為終止(民草一三五條一項)若清算人於清算中。有已給付債權人或交付歸屬權利人之財產時。破產管財人須將其取回焉(民草一三五條二項)

(四) 餘賸財產之交付。清算會對於解散公告後一年內報明權利之債權人。清償其債務後。如有餘賸之財產時。須將其移交於歸屬權利人焉。故餘賸財產之移交。非於解散之公告後。經過一年。不得為之也(民草一三〇條一項)但解散公告後一年後。始報明其權利之人。則視其為自己懈怠。故法律祇令其得就現尚未移交於歸屬權利人之財產。請求清償而已(民草一三〇條二項)

以上所述。皆清算行為之實質。而清算會之職務之最重要者也。至於清算會附屬之職務。尚可分而為三。(一)清算前之職務。(二)清算中之職務。(三)清算後之職務是也。

(一) 清算前之職務。非董事而行清算事務者。須於就職後一星期內。向法人住址地之登記所。開具姓名及<sup>住址</sup>請登記。並將其事件。呈報主管官署(民草一二五條一項)又無論董事或非董事。行清算事務時。均須將法人之解散。從速公告焉。(民草一二七條一項)管轄社團法人住址地之初級法院。須將解散公告。登載於國審判公示所定新聞紙。公告於登載後。經過二日。始生效力(民草一二八條)



人解散後之監督(二)自其監督之機關觀之。可分爲行政官署之監督。及法院之監督焉。茲將分晰說明於下。

(一) 受監督之時期。社團法人之業務。屬於主管官署之監督。(民草一二二條一項)此卽所謂法人存立中之監督也。

主管官署監督權之作用。固有種種。然可大分之爲三。

(1) 隨時檢查法人之業務及財產情形。(民草一二二條二項)

(2) 允許規條之變更。(民草一〇一條二項)

(3) 撤銷設立之允許。(民草一一六條) 社團法人有以下三種情形之一之時。主管官署

得將其允許撤銷。

(甲) 爲目的外之事業。

(乙) 違設立允許之條件。

(丙) 爲有害公益之行爲。

設立允許之撤銷。爲社團法人解散原因之一。於前已述之矣。

社團法人之解散及清算。屬於住址地之初級法院監督。(民草一三八條一項)此卽所謂法人解散後之監督也。

法院監督權作用之最要者。

(1) 選任清算人(民草二二三條二項)

(2) 爲必要之檢查(民草二三八條二項)是也。

(二) 監督之範圍。依以上所述。則可知法人存立中。固屬於行政官署之監督。而解散後。則屬於於法院之監督矣。蓋法人之業務。關於公益。其執行中。應受行政官署之監督。乃理之當然。但一旦解散之後。其行政監督。已無繼續之必要。故令其歸法院監督焉。

解散後。易起訴訟。故歸法院監督。以爲便利。其解散專爲財產上之事。而非公益上之專。故無須由主管官署監督之也。

法律爲力行其監督起見。故對於爲法人機關之人。設種種制裁焉。

(一) 董事或清算人。有左列各款情形之一時。科以五元以上。五百元以下之罰鍰。(民草二九九條)

(1) 怠爲法律所規定之登記。

(2) 違第七十五條及第七十六條之規定。或於社員名簿及財產目錄。有不正之記載。

(3) 於第一百十二條或第一百三十八條之情形。妨礙主管官署或法院之檢查。

(4) 對於監督官署或總會爲不實之聲請。及隱蔽其事實。

(5) 違第一百十五條及一百三十三條之規定。怠於聲請破產宣告。



(三) 怠為第一百二十七條或第一百三十三條所定之公告或為不正之公告。

(二) 董事違第一百五十五條規定不為破產聲請之時除受罰鍰之補外法律尚定有損害賠償

之責任焉。即董事因故意或過失怠於為破產之聲請致法人之債權人受損害時須任賠償之責。董事若有數人須連帶負其責任。(民草一二五條一項)

清算人違第一百二十七條至一百三十一條及一百三十三條所規定之義務除受罰鍰之罰外法律尚定有損害賠償之責任。即清算人因違背此等義務致損害法人之債權人時須任賠償之責。清算人若有數人須連帶負其責任。(民草一二七條)

### 第七項 無權利能力之社團

一 無權利能力之社團不問其是否合夥須依合夥之規定。(民草一四〇條)蓋無權利能力之社團縱有社團法人之組織而法律不與其人格故頗能合其適用合夥之規定也。

無權利能力之社團其人格之取得及消滅應依法律之規定。

二 以無權利能力社團之名義而與第三人為法律行為者其行為人須負責任。若行為人有數人之時須連帶負其責任焉。(民草一四一條一項二項)民五四條參照)此蓋為保護第三人之利益所設之注意規定也。

**疏**

既無人格即無所謂代表以其行為之人為負責任之人如數人共為則須負連帶責任與合夥不同蓋草案之合夥取分担主義如甲乙丙三人共為一商事而欠債百五十元則各人只負五十元之債而此則不論對於局中之某人

使之全數清償  
不准推委也。

三 第一百四十條及一百四十一條之規定。於不認許其成立之外國社團法人準用之。(民草一四二條)蓋不認許其成立之外國社團法人。與本國之無權利能力社團同故也。

疏 即在外國取得人格。而在中國尙未取得人格者。仍爲無權利能力之團體也。

### 第三款 財團法人

#### 第一項 財團法人之設立

財團法人之意義。於前法人分類中。已詳論之。茲不再贅。於此所應研究者。即財團法人之設立是也。關於財團法人之設立。所應說明者有三。(一)規條之訂立。(二)設立之登記。(三)設立後之義務是也。

疏 財團法人。其一人或數人。捐助財產。即成爲法人。然捐助財產之財產。即捐助法人之出捐人。出捐之後。即與財團法人。毫不相干。故財團法人。有權利。而財團法人。無之。財團法人。有義務。而財團法人。亦無所謂總會。及董事會。則二者。同爲財團法人。總會之組織。大不相同。然亦有不同者也。

(一) 規條之訂立 設立財團法人者。須訂立規條。(民草一四四條一項)並須得主管官署之允許。(民草一四三條)皆與社團法人同。可以應用以前之說明。茲不再贅。但財團法人之性質。與社團法人之迥異。故其規條中。應記載之事項。亦與社團法人規條中。應記載之事項。不能強同。如關於社員及總會之記載。(民草七十一條二項五款六款七款)財團法人規條中。則無之。蓋因財團法人。本無社員及總會故也。財團法人規條中。須記載之必要事項。如左。(民

### 草一四四條二項)

疏 財團法人之設立原則須訂立規條。亦可以捐助行為代規條之訂立焉。

財團法人不可與之基礎不外特定之目的。定之財產。及現在活動之機關。在上一項人

- (1) 法人之目的。
- (2) 法人之名稱。
- (3) 法人之事務所。
- (4) 任免董事之規定。以上四者皆與前論社團法人之規條所說明同。故不再贅。
- (5) 捐助財產之規定。法人必有財產。始能維持社團法人之財源。仰給於社員之出資。而財團法人之財源。則惟恃捐助之財產焉。故此款規定。乃與第七十一條第二項第六款相當之規定也。

關於規條之訂立。財團法人與社團法人相異之點。尚有二。

- (一) 財團法人得以捐助行為代規條之訂立也。設立社團法人者。非訂立規條不可。而設立財團法人。則不然。設立財團法人之人。得即以捐助行為代規條之訂立焉。(民草一四四條三項)

疏 財團法人生前爲之固多。捐助設立慈善事業。或只說空語。並未訂立字據。則亦可設立。而在社團則其人既在世上。不能諉爲不能訂定之也。

(二)

財團法人之名稱事務所及任免董事之方法。得由法院爲之代定也。在財團法人其規條內必要記載事項。若記載脫漏之時。則其規條即失其效力。因之其設立行爲即歸於無效。而在財團法人。則不然。設立財團法人之人。祇示明一定目的之財產。而未定名稱事務所及任免董事之方法。即死亡者。法院得依利害關係人或檢察官之聲請。爲之代定焉。(民草一四五條一四六條) 換言之。即設立財團法人之人。不能因其缺規條中必要之記載。即失設立行爲之效力也。蓋財團法人之性質。與社團法人不同。社團法人之規條。因脫漏定必要記載事項。雖一度作爲無效。而設立社團法人之人。日後仍得將其補足。而財團法人之規條。或足以代規條之捐助行爲。若於必要事項。遺漏未定時。使設立財團法人之人生存。固尙可以補定。若設立財團法人之人。已經死亡。遂別無救濟之法。殊非所以獎勵公益事業之道。故法律有此變通之規定也。(民草一四五條)

疏

如只言我開一貧民院而未說明其捐助或只言捐助萬元而未言其目的。均不可。若言我捐萬元以設立貧民院而未言其名稱事務所等則無不可也。

捐助行爲者。以設立財團法人之目的。將某項財產。無償處分之單獨行爲也。捐助行爲與設立法人之行爲。以理論言之。原可分而爲二。然實際上。常合併爲一行爲爲之。故各國民法。不設捐助行爲與設立行爲之區別。設立財團法人之人。所爲之捐助行爲。即認其爲設立行爲焉。(德民日民參攷)但我民法草案則不然。在我民法草案。設立財團法人之人。依原則亦須

爲設立行爲（訂立規條）不過不爲設立行爲之時。可以捐助行爲代之而已。（民草一四四條三項）

疏 捐助行爲有二義。一指行爲言。一指財產言。前者如遺囑。後者如以家貲之幾分爲學費用也。捐助行爲。指財產言。如以房屋充貧民院之捐助。無價處分之單據。亦爲也。

無價處分其財產爲一行爲。再以此款設立質。其爲又一行爲。亦如社團法人大家商議爲一行爲。至組織時。又爲一行爲。其理相同也。

捐助行爲。可分爲二種。（一）生前捐助。（二）死後捐助是也。兩種行爲。雖同爲一捐助行爲。然因爲行爲之時期不同。斯其程序效力。自不能不有差異。茲將其分別論之於下。

（甲）生前捐助。在生前捐助者。須立書件。（民草一四七條一項）此即規定生前捐助行爲。爲要式行爲也。設立財團法人之人。未經設立之允許前。得隨時撤銷其捐助行爲。但已向主管官署爲設立允許之聲請者。須向該官署聲明爲。（民草一四七條二項三項）蓋我國立法。關於法人之設立。兼取特許準則兩主義。僅爲設立行爲。而未得官署之允許。其法人不爲成立。故縱撤銷其行爲。亦於公益無傷也。但設立財團法人之人。已向主管官署爲設立允許之聲請後。而死亡者。其繼承人不得撤銷其生前捐助行爲。（民草一四八條）蓋設立財團法人之人。既爲捐助行爲。又已向主管官署爲設立允許之聲請者。則其設立財團法人之念。已堅。故不令其繼承人。得以撤銷之。此蓋爲貫徹設立人之意思。而尊重公益之

規定也。又設立財團法人之人，設立法人後（即爲捐助或設立行爲並得主管官署之允許後），其自己不能再將其捐助行爲撤銷，固無論矣。即債權人亦不得依第三百九十九條至四百〇二條之規定，撤銷其捐助行爲。民律一四〇九條之蓋如令債權人得以撤銷，則不但阻礙公益事業之進行，而且有害於交易之安全故也。

【疏】

書件即要式行爲，蓋要書有書不爲要，口言諾表亦由。其前條所稱之捐助，即指此而言也。

債權人對於債務人有廢罷或撤銷之權利，即如前條所稱之債權人，可以廢罷之。又如前條之所謂允諾不爲償還，及前條所稱之無人承認，均可廢罷之。是則債權人對於債務人之捐助行爲，固與表保護債權人利益無涉也。

捐助行爲爲一種無償處分財產之行爲。既如上所述矣，但其行爲之發生效力，須以得設立允許爲條件。故設立財團法人之人，於爲生前捐助行爲後，未得設立允許前，不能即生效分財產之效果。換言之，即未得設立允許前，其所捐助之財產仍屬之於設立人也。然既得設立允許之後，是其捐助行爲完全有效，設立人須將其捐助財產移交於財團法人，固當然之理也。至專以意思表示，即可移轉之權利，自不必再有移交之程序，故即以得設立允許之時爲其財產歸屬之時期焉。（民律一五〇條一項三項）設立財團法人之人，生前爲捐助行爲，至死後始得設立之允許者，依理論言之，其生前捐助之財產，須一度歸屬於設立人之繼承人，然後再從繼承人取出，歸屬於法人。但如此辦法，不但其程序徒涉繁重，

而且恐有不能貫徹設立人意思之虞。是以法律於此情形。多將其生前捐助之財產。於設立人死亡時。即視為歸屬於財團法人焉。換言之。即財團法人於設立人死亡時。即視為其業已成立也。(民草一五二條)

**疏** 行爲可分有償行爲與無償行爲兩種。有償行爲者。一方之行爲有反對之利益也。如買賣以錢而得物是。無償行爲者。無反對之利益也。如贈與是。惟贈與之無償行爲。其受贈與即發生效力。而捐助行爲則不然。如對已成立之財團法人而捐去財產。則只是捐助即可。若對未成立之財團法人而捐助財產。則該法人尙未成立。雖有捐助而無人受此利益。故非俟設立允許後不能發生效力也。如甲寫立處分財產文約之日爲正月初一日。而設立孤兒院允許之日爲正月十五日。則其財產於十五日以前仍屬於甲。否則此項財產必有無所屬之慮。必於十五日後始可交出此款。若於十五日前則不能遽爲交出。債權讓與只意思表示即可。不必要一定程序。若讓與土地則須爲登記。讓與銀行之存款則須向銀行提出交付。

例如正月初一日。甲招洋萬元。擬設孤兒院。呈請內務部立案。正月十五日。甲即病故。依理論言之。甲之萬元亦宜與他之財產歸繼承人開始繼承。蓋未經設立允許之前。此萬元仍屬甲之所有。故也。至二月初十日。已得設立允許之批示。再由承繼人交出。但此法不但繁重。且恐不能貫徹。設立人之意思。設如繼承人將此款爲他之處分。現在既不能謂其不合。而將來即有不易交出之慮。故以甲死之日。認爲法人業已成立。而以該款歸於法人也。

(乙) 死後捐助。捐助得以遺囑爲之。(民草一五二條)此即規定死後得爲捐助行爲。並死

後捐助行爲。須用遺囑之形式也。

**疏** 此仍爲生前捐助。不過至其死後始發生效力而已。

財團法人。必須捐助行爲(或設立行爲)及設立允許。二者兼備。始能成立。於前已屢述矣。故以遺囑爲捐助者。是祇有捐助行爲尙無設立允許。不能成立法人。是以法律於此情形。令設立人之承繼人或執行遺囑人。須向主管官署爲設立允許之聲請。俾其得設立之允

許成立法人。以遂死者之志焉。(民草一五三條)

依遺囑爲捐助者。其繼承人或執行遺囑人。於得設立之允許後。須即將其死後捐助之財產移轉於財團法人。若專以意思表示。即可移轉之權利。則自其設立允許之時。卽爲移轉焉。(民草一五四條)

疏 生前捐助。未經設立。允許其後已死。依一五一條。卽視爲其財產歸屬於財團法人。而一五四條。又謂其繼承人或執行遺囑人。於得設立允許之後。始將其財產歸屬於財團法人。立法意思殊屬不能貫徹。如此規定。則其財產所生之滋息。應歸何人。亦一疑問。依前之說明。自死時起。至設立允許之日止。其間之利息。全應歸於財團法人。而和後之規定。則殊不能解決。

二 設立之登記。財團法人之設立。與社團法人同。亦非於主事務所所在地登記。不得與第三人對抗。(民草一五五條)卽財團法人之設立。亦非登記。對於第三人不生效力也。應聲請登記之人及應登記之事項。皆準用關於社團法人登記之規定。於前已說明之。茲從略。(民草一五六條準用七三條七四條)

三 設立後之義務。財團法人設立後。法律所科法人之義務。與社團法人略同。於前已說明之。茲不再贅。惟置備社員名簿及提出社員名簿二種義務。爲社團法人所獨有者。於財團法人則無之。是不待言也。(民草一五六條準用七六條八條一)

### 第二項 財團法人之機關

一 財團法人之組織。以規條定之。但第八十六條第八十八條至第九十四條之規定之事項。不



在此限(民草一五七條)蓋財團法人以設立人之意思爲其意思。故其組織應任其以規條訂定。乃當然之理。但若全然任其自由訂定。不加限制。則於公益有妨。故法律關於法人組織之強制規定。仍不許其違反之焉。例如董事會爲財團法人必須設之機關。設立人不能以規條任意定爲不設也。

二 爲財團法人機關之董事會之組織權限及職務皆與社團法人之董事會同。故其規定於財團法人亦準用之也。(民草一六四條準用八六條八八條一一五條至一一九條)

### 第三項 財團法人之解散

#### 第一目 解散之原因

財團法人解散之原因有四。

(一) 規條內所定解散事由之發生。

(二) 破產。

(三) 設立允許之撤銷。

(四) 目的事業已成就或不能成就。

以上四種解散原因。皆與社團法人同。於前關於社團法人解散原因所說明者。皆可應用之。故不再贅。

第二目 解散後財產之處分

(一) 財產之歸屬人

財團法人解散後其財產歸屬人之位次如左(民草一六三條)

(1) 規條中所指定之權利人(民草一六三二項)

(2) 規條中未指定歸屬權利人或其指定方法並未訂者。董事會得經主管官署允許。擇其與法人目的相親之事業。將其財產處置之。(民草一六三條二項)

(3) 依前兩方法不能處置之財產。則歸屬於國庫(民草一六三條三項)

(二) 清算

財團法人除破產外解散者。其解散後之財產處分。須依清算程序爲之。與社團法人同。故關於社團法人清算之規定。於財團法人亦準用者也。(民草一六四條準用一一二條至一二八條)

第三項 財團法人之監督

一 財團法人之監督。亦可分爲法人存立中之監督。及法人解散後之監督。並行行政官署之監督。及法院之監督。與社團法人同。於前已說明之。茲不再贅。唯財團法人存立中。行政官署監督之方法。與社團法人不同之點有二。述之於下(民草一六四條)

(1) 主管官署以維持財團法人之目的。或保存其財產所必要爲限。得命變更財團法人之組

織(民草一五九條)

(2) 因情事變更致財團法人之目的不能達或違反公益者主管官署得斟酌設立人之意思變更目的並變更其所必要之組織(民草一六〇條)

〔疏〕

在社團法人其董事之人數多寡一任其總會之議決及規條之訂定主管官署不得干涉而在財團法人則不然如主管官署認該財團法人之董事太少辦事不能周到則可命其添設董事或另設董事以變更其組織

因情事變更致該財團法人之目的不能達者例如前清時有為獎勵功名起見由國家既廢科舉而辦學堂則該法人同族之人有能苦志讀書而得舉人進士翰林者則可得財團中之財產若干至國家既廢科舉而辦學堂則該法人獎勵功名之目的既不能達則以其所有之財產改立學堂以造就人才可也又如前清時有為獎勵婦人節起見由同族捐款而設立一財團法人者即婦人於夫死之後前財團法人為之築一高台使之殉夫以死其能殉夫以死者則合於崇拜之其不能死者則不尚於人類今既以保護人民之自由生命為國家之公益則強迫婦人殉節之財團法人實有反乎公益則以該法人所有之財產改為獎勵節孝之種種費用可也

二 主管官署行使前兩種監督權時須徵求董事會之意見(民草一六一條)

第四章 私權之客體

第一節 總論

凡權利於主體之外必有一定之客體。即普通所謂標的是也。然權利之標的為何。學說殊不一致。世俗普通之見解皆謂權利之標的即為充滿其利益之具之物。例如房屋之所有權之標的即其房屋是也。此不獨於物權為然。即於債權持此見解者亦復不少。例如受房屋交付之債權之標的即其房屋之類是也。但此見解實屬不當。而在民法草案以物限於有體物(民草一六六條日民八五條參攷)尤覺其見之不妥。何也。蓋自一面言之。一切權利不必皆有物之存在。由

他面言之。就於一物同時亦有數個之權利存立故也。關於權利之標的爲何。茲專就物權及債權論之於下。其他權利。自可類推。無待詳述。

私權之客觀世界普通之見解。皆謂私權之客體爲物。現今學者多反對之。我民法草案亦不以爲然。蓋物雖爲權利標的中之最重要者。然權利之標的。只限於物則不可也。例如令某伶人演劇。或令某藝人演某技藝。固不得謂權利之標的爲物也。

所謂就一物同時有數個權利存在者。例如甲有一物。因某種關係而賣於乙。是此物一方面爲甲之所有權之標的。一方面又爲乙之買價之標的也。

(一) 債權。債權之權利關係。關於物之給付者固多。然爲不關於物之行為或不行為者。亦復不少。法國多數之學者。因此皆謂債權之標的爲物或行爲。一見雖未始無一面之理由。然細思之。則覺有不妥者。何也。蓋在關於物之債權。其債務人交付其物。卽爲一種行爲之給付。與不關於物之債權無絲毫差異。故關於物之債權。則以其物爲標的。不關於物之債權。則以債務人之行爲爲標的。於論理實爲不合故也。是以債權之標的。無論如何情形。皆解爲債務人之行爲。或不行爲。爲最妥。

(二) 物權。物權之標的爲何。因關於物權本質之學說不同而異。如以物權爲對於物之權利。一般人不能妨害之者。不過由其性質所生之效果。此種論者。自以物爲物權之標的。然以物權爲對於人之權利（絕對權）之學者。則以一般人之消極行爲爲物權之標的焉。此兩派學說。應以何派學說爲正當。同學者間大有研究之問題。然依我民法草案之解釋。則不能不取

## 第一說也。

### 第二節 物之定義

一 如前所述。物者常為權利標的之最重之一部。故其性質及狀態。於權利之得失變更。有重大之關係。是以不能不將其語之意義及民法上之用例。詳細說明焉。

二 從來物之一語。有廣狹二義。世俗普通之見解。物者不論有形無形。一切事務。皆謂之物。羅馬亦分物為有體無體。但羅馬有體物之觀念。與所有權同。無體物者。則指所有權以外之財產而言。與近世觀念。所謂有體物無體物之區別迥殊。後世學者。往往附會羅馬法之有體物無體物之區別。謂一切權利。皆謂之物。所見殊謬。何也。蓋若然。則財產權之大分類之物權債權之區別。將因之混淆。無從辨別矣。

三 我民法草案。鑑於此弊。故定為物為有體物。(草案一六六條。日民八九條。德民九〇條。參考)以確定物之意義。以是之故。故權利名譽信用。又行為等。皆不得謂之為物。所謂物權者。祇指以有體物為客體之權利而言也。

疏 債權物權之分類。即物權為關於有體物之權利。而債權則關於無體物以外之權利也。

### 第三節 得為私權客體之物

一 有體物。又與定形物有別。有體物者。不必具有定形。凡占有一定空間之物體。皆有體物也。例

如瓦斯亦爲有體物蓋無客疑。

疏 物理學者分物爲三種。一曰無體物。如空氣。固無有一定之年時。而液體氣體則否。如水置於圓器則爲圓形。置於方器則爲方形。是也。二曰有體物。如金。固無一定之年時。而必有其一定之形。然必皆占有一定之空間。故皆謂之爲有體物。三曰有體無體物。如電氣。固無一定之年時。而必有其一定之形。然必皆占有一定之空間。故皆謂之爲有體物。此物者。固不外此三種也。

二 電氣之爲何。物理學上原一最有研究價值之問題。至今尙無定說。因之法律上電氣之得爲物與否。學者間亦爭論紛紛。莫衷一是。普通說皆謂電氣非占領一定空間存在者。故不得謂之爲物。暫行新刑律第三百七十八條竊用電氣者。以竊盜所有物論。其不認電氣爲物。蓋彰彰明也。

疏 德國大理院與高層審判廳。因電氣之是解之不同。而起爭議。即有人竊電氣一案。謂電氣非物。不能成立盜竊罪。論法律之規定。審判他人所有物者。始能以竊盜論。認電氣爲物。故不能以竊盜論也。謂物學上之所謂物與法律學上之所謂物不類。之盜竊電氣者。可以成立盜竊罪。說者持專衷一見。故近世立法者。明定之。我新刑律將三七八條以所有物論之規定。即此意也。然此項規定。引他人之電氣者。謂其已製成之電極。而竊取之。則當然以竊盜論。無此問題也。

三 法律上得爲財產權客體之物。第一須吾人得以利用之物始可。例如日月星辰。不能受吾人權方之支配。故物理上雖謂之爲物。法律上不得謂之爲物也。羅馬法依物之得爲私權客體與否。分物爲融通物及不融通物二種。近世雖尙沿此區別。但已不認有絕對之不融通物矣。如無論何人不得專有之公共物（例如空氣、光線、海水等）性質上爲不融通物。固無異論。然分取其一部而專有之。是亦無妨也。

疏 如於海岸劃出一部分作海水浴園。無不可。而他人亦不得侵害之也。

四 第二法律上得爲財產權客體之物。須爲物始可。吾人之身體非物。自不得以之爲私權客體也。日本富井政章博士（富井政章博士民法原論二一六六十六頁）謂吾人之身體。亦一種之不融通物。余則不以爲然何也。蓋吾人之身體爲吾人之一部。吾人之身體。雖不能即謂之爲吾人。然吾人亦不能全離吾人之身體而存在者也。故余以民法上以不認吾人之身體爲物爲宜。但吾人之身體之某部分。可以認其爲物。是不待言。惟其部分須與身體分離。始能爲物也。例如落下之頭髮。牙齒。自能爲自己之所有物。死人之屍首。其得爲所有物與否。諸說紛紛。至今尙無定論。余則以爲此問題。根據其國社會一般之心理解決之。不能純依理論也。（日本富井政章博士民法原論二

六六頁參考）

疏 在物理上之所謂物。人亦物之一種。而在法律學之所謂物。則除人類之外。始可謂爲權利客體之物。惟在吾時人身。可以自由買賣。似人身亦可爲私權之標的。而在現今之法律。則絕不許之也。

侵害其父母之尸首。爲侵害其子之所有權否。在民法上。刑法上。皆爲應研究之問題。若認爲所有物。則有發掘墳墓者。除犯刑法上之罪。可以提起公訴外。尚得提起附帶私訴。以請求損害賠償。以中國社會之觀念言之。則父母之尸首。萬不能作爲子之所有物也。然純依此理論言之。則人於初死時。如無人收殮。而委棄野。則其無主物。如死於醫院。則醫院可以先行取得。然死於家。則子孫可以先行取得。而據中國社會一般之心理言之。亦決不能如是解決也。

五 此外以行政之必要。有禁止或制限交易之物。惟限於特定人。始許其所有占有處分焉。例如鴉片烟毒藥火藥之類是也。此等物。名爲禁制物。法律以公益故。禁其私有交易而已。非性質上不能融通也。

六 公用物者。依法令之規定。屬於公衆使用之物之謂也。例如公道公園及河港之類。公用物有

以之爲絕對不融通物者。其說殊非（日舊民財產編二二條六條二項）何也。蓋公用物不過關於其公用之點受公法之支配。非照公法上適法之處分。廢止其公用後。不能以之爲交易之客體。不能將其強制執行而已。亦非其性質上絕對不能融通也。

**疏** 如國家將某公物與私人部  
是即與私法上之財產同將不能再收歸公有也。

七 雖非供公衆之用。然爲公衆之目的而設之公有物（廣義之公用物）例如城池、兵營、監獄、衙署等類。在法律上亦受前述之原則之支配者也。

**疏** 如倉庫衙門地等。大總統飭由財政部批與朝陽大學用  
有即與私法上之財產同將不能再收歸公有也。

八 除上述二種外。國家之私有物。即所謂國家之收益財產。或私經濟財產者。其仍受一般私法之支配。可以之交易。並強制執行。自不待言。

**疏** 國家之私有物。乃供國家之用。而以補助國庫之不足者。  
也。如國有土地。各地之租與佃戶而收其租金之類是也。

蓋國家之資格有二。一爲公法上之人格。即國家與人民之間爲不平等之關係。國家對於人民有強制之權力。人民對於國家祇有服從之義務。國家對於人民徵收應納之租稅。而人民不得抗拒是也。如有抗拒之者。則可直接強制執行。而不必經法院之起訴也。二爲私法上之人格。即國家私法上之人格。與個人同。其私法上之財產。亦與個人私有之財產同。如國家對於人民負履行之義務。而履行時。人民可呈請法院而請求其強制執行也。例如官署買人民之物品。而不與以相當之代價。則呈請於法院而請求強制執行。又如國家以官地租與人民。以十年爲期。若未及十年。則國家亦不得收回也。國家在私法上之人格。自羅馬時。已見此觀念。而近世公法家之研究。實有以進步。雖學者之主張不同。非無反對者。然謂國家只有公法上之人格。與私法上之人格。亦極多也。

又國家有所謂土地公用徵收者。此雖爲公法之關係。然與從前之庸調不同。從前之庸調。不與以代價。而公用徵收。則無不與以代價也。不過其代價。由公家所定。若如通常買賣之爲合意行爲耳。但人民雖不能居奇而不賣。若公家所定之價。太不



相當亦可提起行政訴訟  
以請求評定相當之價也。

九 得爲私權客體之物。非現有之物或將來可有之物不可。例如來年某地收穫之麥。可以以之爲買賣之標的。自不待言。

十 就於物取得其權利。非其種類及數量已定或可定之時不可。例如單言肉。不言其種類。單言米。不言其分量。皆不能發生權利也。且物之品質之定否。則於權利發生。毫無關係。

十一 得爲私權客體者。原則非物之全部不可。蓋以物之一部分爲私權客體。有損其物之價值。反乎當事人之意思時。實多故也。故我民法草案第六十七條一項曰。物之部分。非變更其物之本質或毀損其物。不能與其物分離者。爲物之重要成分。其二項曰。不得專以物之重要成分。爲權利之標的。云者。蓋即保護物之價值。而尊重當事人之意思之規定也。例如鐘表中之針。爲鐘表之重要成分。不得專以其針。爲所有權之標的。

十二 土地之定着物及與土地未分離之出產物。皆與土地有不可分離之關係。故爲土地之重要成分。不得專以之爲權利之標的。但房屋雖亦土地之定着物。然在我國於經濟上有獨立之作用。故不以之爲土地之成分焉。(民草一六八條一項)

疏

定着物。指房屋而言。房屋與土地有不可分離之關係。故爲土地之重要成分。不得專以之爲權利之標的。但房屋雖亦土地之定着物。然在我國於經濟上有獨立之作用。故不以之爲土地之成分焉。(民草一六八條一項)

不然而我國法律之規定。不從社會習慣而從房屋獨立之作用。

十三 種子從其播種時。植物從其種植時。視為土地之重要成分。又因其保存房屋而附置之物。視為房屋之重要成分。他物及房屋之附置物。雖與土地房屋分離。亦未始有傷於土地房屋。然將其分離時。終有妨其經濟上之完全效用。故法律亦視之為重要成分。而不令其獨立為權利之標的焉。(民草一六八條二項四項五項)但以暫時目的。附着於土地或房屋物。例如包工木工程木廠所設鍋鋪。不得為土地之成分。附設於房屋之裝飾品。亦不得為房屋之成分。蓋此等物。原暫時令其附着於土地房屋。而將來必將分離。故不得以之為成分也。(民草一六九條二項二項)

附註：因僅有房屋而附置之物。例如房屋之牆壁。其傾倒。而附置不固。以支持之是也。蓋本批與房屋雖未始不可以分離。然其與房屋之關係。終非永久。終有妨其經濟上之完全效用。若房屋中所掛之羅帳。則不過為一時禦蚊之用。不能謂之為房屋之重要成分也。

#### 第四節 物之種別

得為私權客體之物。可分之為種種。茲將其重要之種別。述之如下。

##### (一) 動產不動產

(甲) 區別之標準。不動產者。指不能變更其位置之物而言也。然以他力可以變更之物。而變更。終覺困難者。亦可視之為不動產。故不動產與動產之分界。立法例與學說。均不能一致者。此也。

依前述之定義。純然為不動產者。惟土地而已。至於房屋。非絕對不能變更其位置。然欲變

更其位置。必須用絕大之勞力始可。是以無論何國之法律。無不視之為不動產者。我民法草案第一百條曰。稱不動產者。謂土地及房屋。亦此意也。

(乙) 區別之必要。在今日區別動產不動產之必要。與古時不同。古時之區別動產不動產者。因其價值之有高低不同故。今日區別動產不動產者。以其性質之有差異故也。蓋不動產有一定之所在。通常不變其位置。而動產則不然。動產所在不能一定。一時可以數易其所在故。二者不能適用同一之規定時甚多。例如審判管轄問題。因時效占有取得權利之問題。及屬於國際私法之問題。皆彼此互異是也。

疏 關於動產之訴訟。須在當事人所在地之法院為之。關於不動產之訴訟。則須在不動產所在地為之。法院為之以。如北京人某甲與天津人某乙因雲南之地發生訴訟。則須在雲南管轄該地之法院為之。

無主之動產。以善意為限。占有人即時可以取得其所有權。而無主不動產之占有。則須經過若干年後始能取得其所有權。

(二) 替代物不替代物。

(甲) 區別之標準。替代物者。依種類數量容積所指定之動產之謂也。例如金錢米穀之類。

是(民草一七二條)不替代物者。於某種類中指定某物。交易上不能以他物代之者也。例

如某城外某胡同之某所房之類是。此區別。蓋淵源於馬法羅。馬法名替代物為 res fungibilis

名不替代物為 res fungibilis。德民九一條六〇七條。法民一二九一條。日民四

○四八三等條

(乙) 區別之必要。替代物不替代物之區別。於民法適用上最有關係者。即消費貸備之標的物。限於替代物是也。(民草一七二條)

物之可以替代者。無論何種債權行不能之時。惟不替代物始有債務不能履行之問題。如指定此銀盒為權利之標的物。如此銀盒滅失。則不能以他銀盒替代之也。

消費貸備云者。即貸借某物而消費之。如借米麵金錢之類。將來可以同樣之物償還之也。(即所謂替代物)至於不替代物。則祇為使用借貸。不能為消費借貸。如借用一棹而使用之。將來仍須以此棹奉還。不得損壞之。而以他物替代也。

替代物不替代物之區別。與特定物不特定物之區別。似同而實異。前者專以物之性質而分。後者則以當事人之意思而分也。例如法律行為之當事人。得以性質上不替代之物。為不特定物。(如若干畝之地。若干頭之馬之類)亦得以性質上可替代之物。為特定物。(如箱中之銀倉庫中之米之類是)焉。

(三) 消費物不消費物

(甲) 區別之標準。消費物者。原有廣狹二義。狹義之消費物者。依其用法使用。即消費盡之物。

(動產)之謂也。例如食物是。反之。不消費物者。依自然之使用。不失其形體之物之謂也。例

如棹椅是。但消費物解為消費盡之物。失之太狹。於交易界之觀念。實屬不合。是以學者多主張廣義。以解消費物。我民法草案第一百七十二條曰。稱消費物者。謂依通常使用方法。即歸



形體上一般可分割之物。例如土地或由數量而成之動產是也。土地得依畫界爲分割。房屋依我民法草案規定。不視爲土地之一部。故將其與土地分離。不得謂之爲分割。煤、米、油、鹽之類。因分割不過祇生數量之變更。故其爲可分物。自不待言。

以上所述。皆民法所謂性質上之可分物及不可分物也。但性質上雖爲可分物。而以當事人之意思。視爲不可分。固亦無妨。例如封銀是也。又雖可分割。而分割不利之物。換言之。卽欲分割。則需費甚鉅。或因分割顯然損其價值之時。法律上亦恆作爲不可分物焉。(民草

一〇三七條一〇三八條)

**區** 性質上雖可以分割。而以當事人之意思。視爲不可分割者。如布、紙、質成疋之布。不買半尺之布是也。又性質上雖可以分割。因需費甚鉅。而視爲不可分割者。如以石砌成之價山。一旦欲分割之。則需費太鉅。是再安。質上雖可以分割。因損害其價值。而視爲不可分割者。例如牛之寶者。則之。珊瑚相合爲一花。而價值值百金者。分割之。則其價值是也。

(乙) 區別之必要 此區別之實益。主爲債權人或債務人有數人之時。而存在者也。但關於

共有物分割之方法及附合混合。亦實有此區別之必要也。(民草一〇三七條一〇三八

一〇五三條)

思想上之分割者。數人就於一物。各有其一分(割合)之權利之謂也。其有關係。卽於是生焉。此種分割。不論其形體上之爲可分物。不可分物。皆得存立者也。

主物從物

(五)

(甲) 區別之標準。主物從物之區別。淵源於羅馬法。現東西各國。民法多襲用之。(德民九

七條日民八七條) 我民法草案雖未以明文規定此區別。然其區別之存在。固非否認也。

主物從物者。由二物相互間之一定關係所生之區別也。茲將其區別之要點。述之於下。

(1) 第一要件。即主物與從物須皆為獨立之物也。故物之一部分。不得謂之為從物。德舊民法。明定此條件之必要。現行民法。雖無明文。然自從物為動產之點觀之。則須為獨立之物無疑。(德民九七條)

(2) 第二要件。從物者。須供主物之常用。所附屬之物也。換言之。即全主物之經濟上之效用。所附屬之物也。故室中陳設之古玩。不得謂之為室之從物也。又暫時雖不供其主物之用。不失其從物之性質。例如風門。於夏日縱暫度不用。然不失其為房屋之從物也。(德民九七條二項後段)

(3) 第三要件。即從物者。必須有主物之存在也。故兩個以上之物。雖供同一經濟上之目的使用。然不能定其何者為主物之時。則自無從物之存在也。例如飯箸。飯碗之類是。

附註 主物與從物。各為獨立之物。然二者必須相附屬。方可以一其效用。例如飯箸。飯碗。此類是也。若二者雖相附屬。以論定不能支付錢價之外。再索報酬也。

(乙) 區別之必要。主物從物區別之必要。在於使從物須從主物之運命也。蓋主物從物已

如上所述。原各為獨立之物。各有其所有權者也。故從物須從主物之運命。各國多以法律





我民法草案關於主物從物。未設何種規定。則其區別之標準及從物應從主物之運命之程度如何。蓋委之於一般習慣。是不待言。

(六) 單一物合成物聚合物。

(1) 單一物。單一物者。形體上成一獨立體之物之謂也。其所以成一獨立體之故。不問其由於天然。抑由於人爲。亦不問其爲同一種類之物質。抑非同一種類之物質也。例如字畫。固無害其爲單一物也。

疏 單一物之由於天然而成者如花木等物是也。其由於人爲而成者如桌椅等物是也。

(2) 合成物。合成物者。由數個獨立物結合而成一體之物之謂也。例如房屋及鑲嵌寶石之金銀器皿之類是也。組成此等物之各物。雖不致失其結合前所有之性質。然法律上爲使其各部分受同一之處置。故視之爲單一物焉。由此觀之。則合成物。實不過單一物中之一種而已。

(3) 聚合物。聚合物者。許多單一物之聚合也。例如羊羣書庫之類是也。聚合物本許多單一物之總稱。原則實不能謂之爲一物。不過交易界之習慣。常視爲一單一物而已。

(七) 元物滋息。

定何爲滋息。其要點有二。(一)明滋息權利人應所得之物。(二)當應償還滋息價值時。得定其義

務之範圍也。關於質權買賣借貸借占有等之事項。即可見其實用矣。

法國法系諸國之法典。不設關於滋息之通則。惟於用益權之規定中。載滋息權取得之規定。殊覺不當。民法總則編中。既規定關於物之一般通則。則關於滋息之事項。亦自應一併規定爲宜。此我民法草案所以有第一百七十三條及百七十四條之規定也。（日民八八條八九條德民九九條至一〇二條參考）

疏 質權人對於質物。卽爲滋息權利人。例如甲欠乙債。以房質於乙。若將此房轉租於人。所得之租金（滋息）卽應歸乙取之也。

古有如爲惡意。不但應返還其原物。且應償還其滋息。如古有者爲果樹。則不但返還其樹。並宜償還其果實所得之代價也。又不當利得者。亦應返還滋息。

滋息不獨關於使用收益。其他如古有等。亦有關係。故以規定於總則中爲宜。滋息日本謂之果實。

(甲) 滋息之分類及要素。世俗普通所謂滋息者。專指由有體物直接產出之物而言。例如

米穀瓜果之類是也。但在法律上。滋息一語。常廣義用之。卽滋息者。本於某種法律關係。使他人使用某物之時。所得其使用之對價。亦包括在內。因此故滋息之種類。可分而爲二。一、天然滋息。二、法定滋息。

(1) 天然滋息。天然滋息者。物之產出物之一種也。故不能視爲產出物之物之構成部



草案。即採此說。蓋仿德日民法之例也。（民草一七三條前段德民九九條一項日民八八條一項）

如上所述。則我民法草案。蓋以依物之用法收取。為天然滋息之唯一要件。其收穫之時期如鉅。及元物之未存與否。皆置之不論也。

(2) 法定滋息。法定滋息者。為使用其物之對價所受之金錢及其他物件之謂也。（民草一七三條末段）例如地租房租金錢之利息之類是也。法定滋息雖非由一物直接生產。然亦必先有元本。而後始生。與天然滋息同。故普通亦輒為滋息之一種也。

關於法定滋息之本質。從來學說紛歧。法國學者稱之為假設滋息。而不定其界說。德國民法則稱之為本於法律關係所發生之收益。（德民九九條三項）日本民法則稱之為物之使用對價之金錢及其伴物件。（日民八八條二項）我民法草案。蓋即仿日本民法之例也。

法定滋息。雖不限於金錢。然限於體動產。故以勞力為使用之對價。不得謂之為滋息也。

(乙) 滋息之收取。我民法草案。仿德日民法之例。定關於滋息收取之通則焉。（民草一百

七十四條參考德民一〇一條日民八九條）關於收取之點。亦天然滋息與法定滋息有別。試分論於下。

(1) 天然滋息之收取。天然滋息與元物未分離時，尚爲元物之成分，不能獨立存在。故自應屬於元物所有人之所有。是不待言。然一與元物分離，則不問其分離之原因如何，分離之方法如何，應使收取權利人收取之。藉以保其利益。此民法草案第七十四條第一項之規定所由設也。(民草一七四條一項參考日民八九條一項)

〔疏〕如甲租桃樹於乙，當桃實未成熟以前，仍屬甲之所有。及其熟而與樹成分分離之時，其果實乃歸乙之所有也。

(2) 法定滋息之收取。法定滋息與元物本非一體。時時可以發生。然以分秒計之，則不勝其煩。故按其權利存續期間之日數，使其取得最爲平允。此民法草案第七十四條第二項規定所由設也。(民草一七四條二項參攷日民八九條二項)

## 第五章 法律事實與法律上之效力

### 第一節 總說

一 法律事實者，爲發生一定法律上效力之原因。一切自然事實之全體之謂也。構成法律事實之各事，雖千差萬別，然大分之可區而爲二：(一)自然的事情 (Natural Facts) (二)自然的狀態 (Natural States) (三)是也。前者如人之出生死亡人之行爲及時之經過等是。後者如繼續占有及住居一定地方之類是也。吾人精神上之事情，例如知不知之事實，預見未預見之事實，亦爲自然的事情。應屬於前者。吾人精神上之狀態，例如心神耗弱心神喪失之狀態，亦爲自然的狀態。應屬於後者。是不

待言也。

凡權利須依一定之事實而得。或依一定之事實而移。更者是國家爲維持秩序。當然採取之立法政策也。而其事實則爲人與法人之行為。如買賣。或與行爲無關之事實。如出生死亡等。自然事情與自然狀態之區別。前者爲一時的無繼續性。後者有繼續性。非一時的也。所謂人之行為者。如人之動靜語默等是也。故亦屬於自然事情。

二 法律事實爲自然事實之全體。故僅有法律上存在之權利義務等。非法律事實也。因之構成法律事實之分子。與發生法律上生效力必要之分子。亦殊不必一致。例如毀壞自己之所有物者。發生所有權消滅之法律上之效果。於此所謂法律事實者。即物之毀壞而已。然僅以此不能即發生所有權消滅之法律上效力也。欲發生所有權消滅之法律上效力。必就於其物曾有所有權之存在始可也。即此觀之。則兩者之不必一致。蓋彰彰明也。

疏 自然事實者。自然存在之事實也。故有法律始存在。無法律即不能存在者。非茲之所謂法律事實也。蓋自然事實固能發生法律上之效力。而爲法律事實。若謂僅能發生法律上效力者。如權利義務等。爲法律事實。則誤也。設有人入無人之島。則其中之物。可以任意採取。固不待法律之許可也。然其中惟自己一人。無人與之對抗。則亦無所謂所有權也。例如有入將自己之物。而損壞之。固能發生所有權消滅之法律上之效果。然所謂所有權之消滅。必先於其物有所有權之存在。若無所有權之存在。則亦無所謂所有權之消滅。蓋物之損壞。法律之事實也。所有權之消滅。法律上之效果也。若固不必一致也。茲以圖表示之如左。



三 法律上之效力云者。依法律之規定所發生之變動之謂也。法律之規定者。有一定之原因。令其發生一定之結果。其結果即變動也。但法律不能作成自然之變動。故法律所生之變動。非自然的變動。不過吾人意識間之變動而已。此吾人意識間之變動。即法律上之效力。法律上之效力。固當理之於權利之發生變更消滅之法律上之變動。然權利之發生變更消滅之法律上之變動。亦復不少。例如權利能力之喪失。代理權之廢止。均屬於權利之發生變更消滅之一種。法律上效力之發生也。又如法定代理人對於滿七年以上之成年人之同意。所生之法律上之效力。即為不能撤銷其法律行為。此亦不屬於權利之發生變更消滅之一種。法律上之效力也。

**疏**

所謂法律上之效力。即自然之效力。如法律不成立。或法律無效。或法律廢止。均屬於權利之發生變更消滅之一種。法律上之效力。即為不能撤銷其法律行為。此亦不屬於權利之發生變更消滅之一種。法律上之效力也。

權利能力之喪失。即權利能力非權利。其權利之發生。即發生權利。非權利也。

第二節 權利之發生消滅變更

法律上之效力。不必皆有權利之發生變更消滅。雖如上所述。但法律上之效力。以有權利之發生變更消滅者為常。故權利之發生變更消滅。凡民法學者。無不研察之。以此故也。茲將其大體說明於下。

(一) 權利之發生。權利之發生者。權利之初出現之謂也。詳言之。法律認為有權利出現必要之原因時。吾人之權利出現之謂也。例如買賣。買賣發生。賣主之權利發生。因婚姻則夫婦之權利發生之謂是也。

疏。債權之發生。如債權人與債務人。因買賣。買賣發生。債權人得對債務人。請求給付。債權發生之謂也。

(二) 權利之消滅。權利之消滅者。權利之消失之謂也。詳言之。法律認為有權利消滅必要之原因時。吾人之權利消滅之謂也。例如物主所有權。因毀壞而消滅。物之使用權。用借主之死亡而消滅之謂是也。(民草上。九條三款)

(三) 權利之變更。權利之變更者。權利失其同一性質之謂也。換言之。因其從前之權利。縱仍舊存在。然其內容或其主體。實生多少之變動之謂也。例如因添附所生之土地之膨脹。及債務之一部免除之類是也。

與權利變更假同而實質異者。即舊權利消滅。新權利發生是也。舊權利消滅。新權利發生之時。其新舊權利為各別權利。故會附屬於舊權利之利益。或不利益。非常然附屬於新權利也。例如舊權利在任人抵保之時。因權利消滅所發生之新權利。抵保其舊權利之保證人。非常然担保之也。又舊權利係由其抵保之行為發生之時。因其權利消滅所發生之新權利。非常然可以撤銷也。反之。權利變更之時。不問其變更之前後。其權利為同一權利。故附屬於



其權利之利益或不利益。於變更後。當然存續者也。由是觀之。故於權利之發生消滅之外。不能不更認有權利變更之觀念也。

**疏**

有學者主張權利祇有所謂發生消滅無所謂變更。如甲為債權人乙為債務人甲將其權利讓與於丙則甲之權利消滅丙之權利發生。如債權中之所謂更改是已。此時丙對於乙之權利為新發生之權利與從前甲之舊

權利不相關涉也。故謂屬於舊權利之利益或不利益非當然附屬於新權利也。例如甲之權利曾有丁為之担保至釀與於丙之後則丁不必為之担保也。又如甲與乙設定權利關係之時甲為未成年入其所定契約可以撤銷若以此權利讓與於丙為已成年者則丙對於乙之權利不能撤銷也。

債權之更改可分為三種。債權人之替換。債務人之替換。債權標的之變更。債權人之替換似與讓與相類。債務人之替換似與承任相類。債權標的之變更似與代物清償相類。其實皆不同也。債權之更改為舊權利消滅新權利發生前後為各別之權利也。

權利之變更。可大分之為二。(一)權利主體之變更。(二)權利內容之變更是也。

(1) 權利主體之變更。權利主體之變更。又可分而為二。(一)新主體代舊主體之時。(二)主體有增減之時是也。於第一種情形。其權利是否失其同一性質。學者間原有爭論。依通說則謂權利之主體。雖為權利之要素。然權利主體之個人之為何人。非權利之要素。故權利無論其屬於某甲。抑屬於乙某。不失其同一性也。然不以此通說為然者甚多。(如德賀爾威(二三三三)日本川名兼四郎博士)何也。蓋因為其權利主體之個人亦實與其權利有密切之關係故也。

**疏**

本講義亦贊成賀爾威之學說。蓋主體有變更則其性質亦往往不能不變更。如從前以最有信用之人為主體。後變為以普通之人為主體。則其性質必不能完全同一也。

(2) 權利內容之變更。權利內容之變更，亦可分而為二：(一) 權利之物有增減之時。(二) 權利之狀態有強弱之時是也。前者如所有權標之物之增減及債權內容之增減之類。後者如抵押權之次序之變更及債權履行時期之變更之類是也。

**疏** 所有權標之物之增減如沿河之地因淤積沙土而增加或因陷落而減少是也。債權內容之增減如債權原為百元至一年後將利息加入本息增為百元或債權原為百元後免除其二十元減為八十元是也。抵押權之次序之變更依外國例一土地上可有數個之抵押權。將此土地賣出清償債務之時儘先取得抵押權者得完全之清償。後取得抵押權者如地價不多則不能得完全之清償或竟不能得清償。此因設定抵押權次序之前後而權利有強弱也。若變更其前後之次序則權利強弱之狀態亦即因以變更也。債權履行時期之變更如債權之履行原訂為五年後改為十年則其權利之狀態由強而變為弱矣。在並清律土地祇能典當一次第二次典當者無效。此等規定於今世不能適用蓋中國現無登記制度是否為二次典當當事人無從查考。若使之不能主張權利甚為不合。

### 第三節 權利之取得喪失

權利取得者。權利附着於某人之謂。權利喪失者。權利從其前主脫離之謂也。

**疏** 權利之取得喪失。權利之發生消滅不同。前者就享有權利之人言。後者就權利之自身言。例如天空之鳥。我因先占取得而所有權則宜謂為權利之發生。若我以錢贈人而人因取得所有權則宜謂為權利之取得。不能謂為權利之發生。又如我之棹椅被火燒毀。而因其所有則宜謂為權利之消滅。亦可謂為權利之喪失。若我以物賣於人。而因以失其所有則宜謂權利之喪失。不宜謂為權利之消滅。蓋權利之自身固未消滅也。總之權利之取得喪失。有由於移轉者。亦有本發生消滅者也。

(一) 權利之取得。權利之取得可大別之為二：(一) 原始的取得。(二) 繼承的取得是也。

(甲) 原始的取得。原始的取得者。不本於既存之權利所生之權利取得也。換言之。即此種取得係獨立發生權利與他人之曾有無其權利全無關係也。例如因先占加工。附合混合。

等所生之所有權之取得之類是也。因取得時效所生之所有權取得（民草三〇〇條）亦原始的取得也。因取得時效之所有權取得。雖原本於設定之權利之取得。然其實非也。何哉。蓋此種取得。亦與其從前既言之所有權。毫無關係。蓋亦權利之復歸。亦原始的取得也。例如以解除條件讓與權利之時。條件成就。其權利當然仍復歸於原讓與人。此種取得。亦不能謂之爲繼承的取得也。

(乙) 繼承的取得。繼承的取得者。本於既存之權利而生之權利取得也。其取得權利之人。名爲繼承人。被繼承人。則名爲前主也。此種取得。又可細別之爲二：(一) 移轉的繼承取得。(一) 創設的繼承取得是也。

(A) 移轉的繼承取得。移轉的繼承取得者。既存之權利。不因其性質而移。他人之謂也。例如買賣取得其物之所有權之類是也。於此情形。其繼承人取得之權利。與其前主之權利。全然同一。毫無相異之處。不過其主體變更而已。

(B) 創設的繼承取得。創設的繼承取得者。本於既存之權利。設一種權利。使其取得之謂也。例如土地所有人。設定地上權。永佃權。質權之類是也。此等權利。其包含於所有權中之物。乃一種新權利也。他人取得此等權利。稱之爲設定。設定之權利。若其權利人拋棄之時。即歸於消滅。非復歸於設定人也。

繼承的取得。自他一面觀之。又可分爲二種。(一)特定的繼承取得。(二)包括的繼承取得是也。

(A) 特定的繼承取得。特定的繼承取得者。個個之權利。因個個之原因。而繼承取得之謂也。例如因買賣契約取得馬一匹之類是。

(B) 包括的繼承取得。包括的繼承取得者。個個之權利。因唯一之原因。而繼承取得之謂也。例如因繼承承之遺產取得及包括遺贈之取得之類是。

(二) 權利之喪失。權利之喪失。可大別之爲二。(一)主觀的喪失。(二)客觀的喪失是也。

(甲) 主觀的喪失。主觀的喪失者。因有他人爲其權利主體而已遂將其權利喪失之謂也。例如讓與。其讓與人。雖失其權利。其權利固未當失其存在也。

(乙) 客觀的喪失。客觀的喪失者。權利絕對不存在之謂也。例如地上權未創權。因存續期間滿了而消滅之類是。

**疏** 主觀的喪失。謂主體之權利之喪失。客觀的喪失。謂權利之消滅。

#### 第四節 法律事實與行爲

一 法律事實者。發生一定法律上效力之事實也。此種事實可大別之爲二。(一)自然的事情。(二)自  
然的状态。既如上所述矣。自然的事情。雖于差別不能枚舉。然吾人之行爲。則爲自然的事情中

之最要者也。行為云者 (Handlung) 有知之身體之動靜也。故夢中身體之動靜不得謂之為行為。

疏 行為亦法律事實之一種。但行為為法律事實中之最要者。故特分開言之。凡有一種事實即發生法律上之效力。所謂之法律事實如人之出生死亡固所謂自然事故也。而人於出生完全之後則取得法律上之人格可為權利之主體。於死亡之後則法律上之人格消滅不能復為權利之主體。前者如繼承人是後者如被繼承人是。

自然事故如人生死天之風雨等皆是自然的状态如心脾耗弱草木黃落等皆是人之行為如買賣贈與等是。有知之身體動靜如故意將物毀壞是無知之身體動靜如夢中將物毀壞而不自知是。此等事實雖亦屬於身動作然但可謂之自然事實不能謂之為行為。

二 法律所不許之行為為構成法律事實之一分子者有之。即違法行為是也。例如債務不履行及侵權行為之類。

三 法律所許之行為為構成法律事實之一分子者有之。即適法行為是也。例如買賣贈與等之法律行為及埋藏物之發見事務管理之事實行為之類。

疏 按現行律(即大清律)埋藏物之發見如係無主物即歸發見人取得。但貴重之物不在此限。歸國家所有。如係有主之物則宜謂之為遺失物發見人與物主平分。此沿襲羅馬法關於埋藏物之折衷辦法也。古之所謂埋藏物指埋藏於地下者而言。而近世學者之解釋則謂祇是藏匿即可謂埋藏物。如藏置某物於屋頂或表裏據於畫中皆埋藏物也。法律行為與單純適法行為不同。前者欲發生法律上之效力而因為某行為後者之行為並非因欲發生法律上之效力而為之。法律行為因適法即不能不與以效力也。

四 構成法律事實之分子之行為又可分為表示行為及非表示行為二種。

(一) 非表示行為 非表示行為者非表示其心裏之行為之謂也。例如埋藏物之發見事務管

理之行爲先占及所有權拋棄之類是也。違法行爲自對於其法律上之效力言之。皆非表示行爲也。

**疏** 法律行爲即表示行爲其外之適法行爲爲非表示行爲云云。表示心裏之所知或所欲或所感之行爲也。例如講堂教授則爲表示其所知。怒哭流涕則爲表示其所感。常用某物而與某甲爲買賣行爲則爲表示其所欲是也。而所謂非表示行爲者則異是。蓋就其行爲不能推測其心裏之知情欲也。例如埋藏物之發見當其掘土之初原無欲得埋藏物之欲望。而法律上亦不問其有此欲望與否。即以此物賦予之。蓋惟認其行爲之適法而不計其心裏之作用也。又如甲之房屋將傾乙見之而代爲修理。當此之時乙承受甲之委託固不能謂乙之事務管理有將來可得報酬之欲望也。又如先占行爲及所有權拋棄之行爲他人不能就其行爲而推定其心裏之知情欲。蓋先占者後或捨棄拋棄者後或復取他人向不能推測也。

(二) 表示行爲。表示行爲者。表示心裏之行爲之謂也。詳言之。即確可推知其心裏之內容之行爲之謂也。此即稱之爲心裏表示。吾人之心裏。可分之爲知情欲三種。表示行爲者不外表示此三者之一之行爲也。

(甲) 知之表示行爲。知之表示行爲者。表示人表示其對於其事物所有之知識。(即所有之觀念)之謂也。知之表示行爲又可稱之爲觀念表示。

觀念表示亦可分之爲種種。

- (1) 表示純粹觀念者有之。例如承認他人權利之存在及承認債權之讓與之類是也。
- (2) 主張事實者有之。所謂主張者。不僅表示純粹之觀念。並有主持其觀念正當之意。存乎其中也。例如代理人主張自己有代理權之類是也。

(2) 通知事實者有之。此又可分為數種。

(甲) 過去事實之通知。例如債權讓與之通知(民草四一〇條)清價標物提存之通知(民草四四六條二項)及承賄選定之通知(民草一〇六條)之類是也。

(乙) 現在事實之通知。例如贈與標物之瑕疵之告知(民草六二七條)買賣標物之瑕疵之告知(民草五六九條二項)之類是也。

(丙) 將來事實之通知。例如招集總會之通知(民草九八條)之類是也。

(乙) 情之表示行為。情之表示行為者。表示人表示其感情之行為之謂也。故又可謂情感表示。

感情表示能生法律上效力者極少。惟日本民法所謂意思者。乃感情表示之法律上效力之一例也。(日民八一四條二項)

疏 情之表示行為。其法律上之效力。依其表示之種類而定。如表示人表示其感情之行為。能生法律上之效力者。其種類如下。

(一) 表示人表示其感情之行為。能生法律上之效力者。其種類如下。

(丙) 欲之表示行為。欲之表示行為者。表示人表示其欲行之行為之謂也。故又可謂之為

欲望表示。

欲望表示又可大分之為(一)事實上之欲望表示(一)私法上之效力之欲望表示是也。

既。事實上之欲望表示，祇為天來其事實之行為不發生法律上之效力也。而私法上之效力之欲望表示，則為發生私法上之效力之行為。此種之為意思表示，意思表示為民法中之重要元素，其他之表示不同。例如甲與乙為買賣，甲表示不欲得乙之物，所有權而乙承諾之，則私法上認乙之所有權移轉於甲也。

(四) 事實上之欲望表示。事實上之欲望表示依其欲望之種類，可再細別如下。

(a) 積極的欲望表示。此又可分之為種種。

(子) 其欲望在於請求他人之行為者有之。此稱之為請求表示。例如確答是否追認。

法律行為之催告。(民二二八條一項) 招集總會之請求。(民九七條) 及報明

債權之催告。(民二二七條二項) 之類是也。

疏。無權代理人所為之行為，須得本人之追認，乃對本人有效。此時相對人可以催告本人使其確答是否追認，以定其對於本人有效。或對於代理人發生效力也。又民九七條由社員五分之二以上得請求召集總會。民二二七條於法人解散時，公益使債權人報明其權利此等之催告及請求皆所謂事實上之欲望表示也。

(丑) 同意於他人之行為者有之。例如日本民法第八百十四條第一項之同意是也。

疏。日本八十四條第一項非請求他人為某行為，乃與他人之為某行為為通。如夫故意與其婦與人姦，則不能提起離婚之訴也。

(b) 消極的欲望表示。消極的欲望表示，例如追認之拒絕。(民二二八條二項) 及

要約之拒絕。(民二二〇七條二項) 之類是也。

疏。關於追認之催告，皆假之不理則。疏。關於要約之表示，不必更為催告。

凡契約之成立，須一方要約一方承認而承諾之內容，尤必與要約(口名申述)一致，否則不認謂之承諾而應謂之為拒絕。



例如二人為買賣行為，賣主言有房兩所，價洋千元，而買主言要一所，或兩所與洋八百元，皆不能謂之為承諾。祇可謂買主拒絕賣主之要約，而自己為新要約也。又如於約定之期間內而不為回答者，亦為拒絕承諾。

(2) 私法上之效力之欲望表示。此即稱之為意思表示。於次節再詳論之。

第五節 意思表示

第一款 意思表示之意義

意思表示者，欲望一定私法上效力之意思之表示行為也。

(一) 其欲望私法上之效力之意思。略稱之為效力意思。此效力意思，祇須有依賴法律而收一定事實上之效果之意思即可。不必定如法律家知其為法律規定之效果而欲其發生也。例如甲與乙約將乙之某物，此後置於自己權利之下，不再令乙干涉。此意思不害其為所有權受讓之意思也。

疏 效力意思云者，即知有某行為必有某效果之意思也。法律家之為買賣行為，則知所有權之移轉為法律規定之效果，而在適當之人，則祇知此物既賣於他人，即不得干涉。繼至起訴，認此物亦必終歸我有，不必定知在法律上有如何之效力也。

(二) 意思之表示行為者，第一須行為也。故其身體之動靜，非本於意識不可。(行為意識)是以夢中或人事不省中，不能有行為。故亦不能有表示行為。又被暴力壓迫之時，不能有表示行為。

〔疏〕

如甲睡夢中。以手中之銀錢置於乙處。乙不能謂甲之致有意贈與於我。而以取得其所有權也。醉時亦然。蓋非自己知其為某行為不能發生法律上之效力也。又如甲執乙之手使之寫借券。亦不發生借貸之效力。蓋乙被暴力壓迫。非其意思表示也。若甲持刀而恫嚇乙使之寫借券。亦不寫。即將殺汝。則乙之寫借券不能謂其無意識。不過其為非自由之意思表示耳。

意思之表示行為者。第二須表示行為也。詳言之。即確可推知其效力意思之存在之行為也。此點學者之最應注意者也。何哉。蓋法律事實之成分中。要行為之時。其行為之為意思表示與否。須依此標準以決定之故也。例如拋棄所有權之時。須以喪失所有權之意思。拋棄其物之占有。然物之占有拋棄之行為。非喪失所有權之意思之表示行為也。何哉。蓋占有拋棄之行為。有種種之意思。不能確可推知其欲表示其喪失其所有權也。

疏。如甲與乙為買賣行為。甲曰此物自今汝不得使用。則聽其言。可推知其刻下即欲轉移其所有權於己也。至若向空中射鳥者。則不能推定其即為先內之意思。蓋其射鳥或係消遣而不欲得其物。或係送人而欲自取也。如有人拋棄其物於某處。而未嘗發言。則亦不能推知其意。思蓋其拋棄也。或置於此而後取之。或遺忘於此而非捨棄也。

(三)

意思表示者。須表意人以自信所為之表示行為也。換言之。即意思表示者。除有行為意識之外。尚須有表示意識也。表示意識者。立於內部之行為意識及外部之身體之舉動之間。而保其兩者之連絡之精神作用也。易而言之。即其外部身體之舉動。係為其內部所存之意思之表示之認識也。此表示意識。學者即名之為自信。無自信。則意思表示不能存在也。例如某市場。向以舉手為買賣要約之標誌。今有某甲不知此慣例。而於市場中舉手招其友人之時。則此舉手之動作。不能謂之為意思表示。何也。蓋因其非自信其為買賣意思之表示行為而

為之故也。但所謂自信者，其確係正常與否，在所不問。故縱屬誤信，亦不害其自信也。例如關於法律行為之內容等，有錯誤之意思表示，不害其為意思表示也。（民草一八一條）

疏 法律行為之須有意識與否，行為之須為自信，當時學者多不分。雖自近世學者始分晰之，謂表示行為既有意識，又須為自信也。

例 如有人對於某物，心中原欲買而口中誤曰賣，則心口不一，致不能謂之自信，即不能謂之為意思表示。

(四) 意思表示雖為推知其效力意思之存在最適當之行為。然其內部究竟有否其意思之存在，與意思表示之成立無關係也。例如非真意之意思表示，虛偽之意思表示，及有錯誤之意思表示，皆不害其意思表示。乃法文所明言者也。（民草一七八條、一八〇條及一八一條）  
日民九三條、九四條及九五條參考）

疏 虛偽之意思表示，例如某賣玉器者與某甲設定假局以欺人，賣玉器者曰：此玉器非五百元不賣。某甲反對之曰：汝前日已說之賣，即賣。今人既與以三百元，即不能不賣也。蓋此玉器原不值三百元，故其二人設此假局，使買玉器人謂之信以為真，而以三百元買之也。此等之意思表示，縱屬虛偽，然不能不謂之為意思表示也。

### 第五款 意思表示之種類

意思表示可為種種分類，述之於下。

(一) 獨立之意思表示與不獨立之意思表示。

(甲) 獨立之意思表示。獨立之意思表示者，其意思表示之性質上，不待他意思表示，即獨立生私法上之效力者也。例如債務之免除（民草四八〇條）撤銷（民草二五六條）捐助

立生私法上之效力者也。例如債務之免除（民草四八〇條）撤銷（民草二五六條）捐助

行爲及遺言等之意思表示是也。獨立之意思表示者。組成單獨行爲者也。

(乙) 不獨立之意思表示。不獨立之意思表示者。其意思表示之性質上。必俟他意思表示。始生私法上之效力者也。例如買賣契約之要約及承諾之意思表示及於總會各社員之表決意思表示是也。不獨立之意思表示者。組成契約及決議者也。

(二) 明示之意思表示與默示之意思表示。意思表示分爲明示默示。乃從來之通例也。但此區別。初無法律上之根據。不過學者各依其所見。以定區別之標準而已。關於明示默示之區別之學說。雖紛紛不一。然大別之。可別爲客觀說及主觀說之二種。

(a) 主觀說。主觀說者。於表示人之意思。求明示默示區別之標準也。表示人專爲表示該意思。而爲表示行爲之時。其表示爲明示之表示。表意人直接表示他意思。而欲使人推斷其法律行爲意思之時。其表示爲默示之表示。屬於此派之學者。皆易明示之意思表示。及默示之意思表示之用語。爲直接之意思表示。及間接之意思表示焉。(德儒德倫布爾細恩得蠻斯泰恩丁格爾。日儒平沼騏一郎博士民法總論四四七頁參考)

疏 如有人至商店曰。汝拿某物來。我買則爲明示之意思表示。若曰。汝拿某物。我買則爲默示之意思表示。蓋雖未明言買。而商店可以推斷其爲買也。

客觀說。客觀說者。於表意人表示之方法。求其區別之標準也。此又可分爲數說。

一 依言語或文字以爲表示者。始爲明示。其他方法之表示。皆爲默示。例如富李刺卽

主張此說者也。

疏 如買物時，買或立字據謂之明示者，賣主索價而買主點頭認可，則爲默示。

(2) 使相對人一目即能了解之方法爲表示者爲明示，否則爲默示。例如倫火其爾特及

川名兼四郎即主張此說者也。

疏 明示不以言語文字爲限，例如甲以手招乙，乙即知其相招，甲至商店買物，商店要價而甲爲點頭，商店即知其認可，如此者皆爲明示。

(3) 以本來表示一定意思之適當手段爲表示者爲明示，其他皆爲默示。例如奇特爾蠻

文差特即主張此說者也。

疏 如買物而手拿來看，則爲明示，若入市場以舉手爲約要之標誌，則仍爲默示。蓋前者爲通常適當之手段，而後者非通常適當之手段也。

以上所述，皆關於區別明示默示之學說也。但明示默示於表示行爲之效力，初不生絲毫之差異。故以法律上言之，實無必尋此區別標準之必要也。

(三) 對於特定人之意思表示與對於不特定人之意思表示。

(甲) 對於特定人之意思表示。對於特定人之意思表示者，以有特定之受者爲要件之意

思表示也。例如同意、追認、撤銷、選擇、抵銷、免除及契約之要約承諾等是也。（此等意思表示

示原則皆對於特定人爲之）

(乙) 對於不特定人之意思表示。對於不特定人之意思表示者，使一般世人知之，不以有

特定之受者爲要件之意思表示也。例如捐助行爲、廣告繼承人之單純承認、及遺言等是也。

疏 遺產之繼承有兩種。單純承認。限制承認。純承認者承認被繼承者之一切權利義務也。限制承認者承認繼承有一定之限度。非承認其一切也。例如被繼承人之債務祇以所承認之財產償還之。不以己之財產填補是也。

### 第三款 意思表示之方法

表示意思之方法。通常雖以言語文字最爲適當。但除言語文字以外。任選何種方法。以表示意思。固皆無妨。惟須爲表示行爲始可。表示意思之方法之果爲表示行爲與否。通常固應依客觀之見解定之。但當事人特約以某種方法爲某一定之意思表示之時。即依其方法。以表示意思。是亦無妨也。例如以暗號爲意思之類。是單純消極之行爲。即所謂緘默者。通常固不能認其爲有何樣之意思表示。但當事人特約以之爲一種之意思表示之時。則緘默亦能爲意思表示之方法。是不待言也。

意思表示。無論用如何方法皆可。既如上所述矣。但法律限定意思表示之方法。亦有之。於此情形。則非依其方法。不能爲意思表示也。法律所限定之方法。稱之爲方式。要方式之意思表示。稱之爲要式的意思表示。不要方式之意思表示。稱之爲不要式的意思表示焉。

疏 如記名之匯票。期票。欲移轉於他人時。則非依背書（或書）之方式不可。蓋非於票背寫明讓於何人在法律上不生效力也。此即所謂法律上所限定之方法。

近世法律。意思表示。皆以不要式爲原則。要式爲例外。其所以設例外之理由有二。述之於下。

(一) 使其意思表示明確。以免將來之爭也。例如使其必用書狀。或使用一定之文字。爲意思表示之類是。

(二) 強制表意人。使其慎重爲意思表示也。例如使其於證人之前。或於公證人之前。爲意思表示之類是。

法律規定要式之意思表示。若爲該意思表示。未踐其方式之時。其意思表示爲無效。是不待言。(民草一八八至一九一條)

意思表示。當事人亦得以特約訂定其爲要式也。於此情形。若當事人不踐其約定方式之時。其意思表示亦爲無效。(民草一九二條一九三條)

#### 第四款 意思表示之解釋

所謂解釋意思表示者。謂確定意思表示自身之意義。非欲明表意人之內部意思爲如何也。但確定意思表示之意義之時。務須探求其真意。不得拘泥於語言文字。是不待言。(民草二〇〇條德民一三二參考) 何也。蓋語言文字。初非表示行爲之全體。除語言文字以外之身體之舉動。周圍之事情。以至地方之習慣。商界之常例。皆是供判定意思表示意義之資料故也。一言以蔽之。解釋意思表示。務求得合理之結果。然所解釋者。自以已表示之意思爲限。其未表示之意思。固不能妄

加推測也。

疏 如甲乙立約中情願以自己之土地讓與於乙爲業。言明價錢若干。就此解釋之不能拘泥文字。謂約中無買賣字樣。即非買賣。蓋約中固明載有價錢若干也。又約中既寫明價錢。雖曰讓與。亦不能謂之爲贈與。蓋地方習慣固有買賣。爲贈與者也。依地方習慣買賣契約中。皆不寫明價錢。則不寫價錢之契約。亦不能謂之非買賣。刑事上犯罪之判決。必須有犯罪之證據。如無證據。則不能處以相當之刑。固不能以意推測也。民事上之意思表示。之解釋。亦以已表示者爲限。不能妄加以推測。

意思表示不明了之時。法律爲之設解釋其意思之規定者有之。此所謂解釋規定也。原來法律之規定。可大別之爲三種。(一)任意規定。(二)強行規定。(三)解釋規定是也。任意規定者。當事人不爲與此相異之訂定時。可以補充適用之規定也。強行規定者。強其必行。不許當事人有與此相異之訂定之規定也。解釋規定者。立法者以法律解釋當事人意思表示之規定也。例如民草案第三百九十四條。違約金推定其爲豫定之損害賠償云者。是即解釋規定之一也。解釋規定與任意規定。似同而實異。任意規定者。當事人不爲別樣意思表示時。補充適用。故當事人有別樣意思表示時。則不能適用也。解釋規定。則不然。解釋規定之不適用。初不必當事人有別樣意思表示。祇依種種情形。足以證明其規定之解釋謬誤之時。則當然不能適用也。民法草案就於意思表示設推定者。其規定皆解釋規定也。例如第三百九十四條。第四百零八條之類是。然民法草案用推定二字之時。亦有非解釋規定者。各依其法規解釋以定之可也。(民草三條參考)

疏 解釋規定。例如法律言甲加乙等於丙。則當事人有甲加乙之情形時。即解釋其爲等於丙可也。



從前學者謂法律規定祇有任意規定與強行規定而近世學者則謂於此二種規定之外尚應有解釋規定。民章三九四條違約金推定其為預定之損害賠償云云固為解釋規定之一例但當事人有特別之意思表示或不依地方之習慣於違約金之外尚有損失更須為賠償者則此規定為謬誤之解釋當然不能適用也。法律條文中關於意思表示之規定有推定字樣者方為解釋規定。不關於意思表示者例如失蹤人推定其為死亡則非解釋規定也。

### 第五款 意思表示之效力發生時期

意思表示雖由表示行為之完成而成立然其效力則非必因其成立即時發生故意思表示之成立與否與意思表示效力之發生原屬兩個問題不可混而為一也。

定意思表示效力發生之時期須依實際上之便利我民法草案關於此問題決定之如左。

#### (甲) 對於特定人之意思表示

(1) 對話人間之意思表示以相對人了解之時發生效力(民章第一九八條) 向對話人意思表示者對於特定相對人使其能以直接了解其表示行為之狀況所為之意思表示也故不獨促膝交談為對話人間之意思表示即以電話對話亦為對話人間之意思表示也反之即鄰坐之人而以封固之字簡傳達意思不得謂之為對話人間之意思表示何也蓋所謂對話者非以其當事人之距離遠近為斷乃以其意思交換之是否直接為斷也。

**疏** 日本名對話人為非隔地者非對話人為隔地者其名稱易混蓋如以電話表示意思則其人雖屬遠隔而其意思則可直接交換也意思表示之效力發生以直接間接而異故我民法稱之為對話人及非對話人焉。

(2) 向非對話人間之意思表示。以其通知達到相對人時發生效力。(民草一九四條) 以書信電報所爲之意思表示。通常皆爲非對話人間之意思表示也。

向非對話人間之意思表示之效力發生時期如何。從來學者之研究。可大分爲四種主義。

(a) 表意主義。表意主義者。以意思表示之外形具備之時。卽爲其效力發生之時期也。例如書信已封緘之時是也。

(b) 發信主義。發信主義者。以表意人將其意思表示置於自己管理之外之時。爲其效力發生之時期也。例如書信已投入郵務櫃之時是也。

(c) 受信主義。受信主義者。以意思表示之通知達到於相對人之時。爲其效力發生之時期也。例如書信已遞到相對人之時是也。

(d) 了解主義。了解主義者。相對人於受領意思表示通知後。尙須將其了解之時。爲其效力發生之時期也。例如書信須相對人將其開封閱覽之後。始發生效力也。

以上四主義中。第一第四兩主義。雖於理論甚爲正當。然事實有滯礙難行之處。故各國立法例。關於非對話人間意思表示效力發生之時期。皆採第二或第三主義。我民法草案。蓋卽採第三主義也。

**疏**

以上四種主義。其實祇爲兩種意義。蓋若爲尊重表意人之意思起見。則以表意主義爲當。若爲保護相對人之利益起見。則以了解主義爲當。然此兩主義於理論上雖爲正當。而於事實上則頗難證明。如關於效力發生之

時期有爭執則在第一主義其寫信之時果爲何時在第四主義其閱信之時果爲何時均難證明。故各國立法皆採第二主義或第三主義。蓋以郵政局收發信件皆有一定時間而有戳記可憑也。

我民法草案關於非對話人間意思表示之效力發生時期採受信主義。既如上所述矣。故第一百九十四條達到云者卽其意思表示之了知與否已入於相對人自由範圍之內之狀態也。是以僅向相對人發送其意思表示不能謂之爲達到。然必相對人了其意思表示亦無須也。因達到以決意思表示效力發生之時期。故書信已面交相對人其爲達到自不待言。卽已交付相對人之家人或夜間投入其收信箱內亦不失其爲達到也。

疏 外國商界視時間甚重。之毫釐謬以千里。故外國郵局皆有夜間送信之調查家門首皆設有收信箱。此普通之信。在郵夫卽於夜間投入其中。若掛號之信則須叫門面交焉。

意思表示達到相對人之事實及其時期。實際上易生爭論。當事人爲免爭論起見得依民事訴訟法規定委託承發吏爲送達焉。(民草一九六條)

疏 郵夫送信亦有因意外之故而致遲誤者如郵夫因遇險而失落信件則亦恐不易證明。

承發吏之送達與掛號信同。受信人須自存發名記其時日則將來不能不承認也。

非對話人間之意思表示。既以通知達到相對人發生效力。但相對人居所不明或表意人不知相對人姓名之時。則其通知無由到達。斯其效力終不能發生。其不便實甚。故不能不爲之設變通方法以濟其窮焉。我民法草案於此情形使其得依民事訴訟法規定以公示送達爲意思表示。且爲之定管轄法院。卽此意也。(民草一九七條一項二項)

(乙) 對於不特定人之意思表示。對於不特定人之意思表示。皆以其表示行為完成之時爲其效力發生之時期。

意思表示已發生法律上效力之後。除法律有特別規定外。表意人不能任意將其撤銷。是不待言。然非對話人間之意思表示。意人於其意思表示完成後。尙得將其撤銷。不過撤銷之通知。須先意思表示之通知。或與其同時達到。始發生撤銷之效力而已。(民草一九四條二項)

**疏**

對於不特定人之意思表示。即無特定之領受者。如捐助行為是。其表示行為完成之時。即其效力發生之時。

關於意思表示效力發生時期之原理。除法律有特別規定外。於非意思表示之心裏表示。皆準用之。是不待言也。

**疏**

非意思表示之心裏表示。如知悉表示。行爲情之表示。行爲及事實上之欲望表示。皆是。關於意思表示。一私法上效力之欲望表示。效力發生時期之規定。皆準用此。不過注意之規定已耳。

#### 第六款 意思表示之受領能力

向特定相對人之意思表示。以其了解或達到發生效力。其了解或達到。自特定相對人之一面觀之。則名之爲受領焉。受領非行爲。故受領能力。亦非行爲能力。不過受領能力之有無。亦多視其行爲能力之有無。爲標準而已。

有行爲能力人。有受領能力。無行爲能力人。無受領能力。惟限制行爲能力人。則有有受領能力者。有無受領能力者。

(一) 妻爲有受領能力者。故對於妻之意思表示。卽以其了解或達到。發生效力。(民草一九五條三項)

(二) 滿七歲之未成年人及準禁治產人。原則無受領能力。故對於彼等之意思表示。以其通知達到於行親權人監護人或保佐人。始發生效力。(民草一九五條一項前半)但對於此原則有二例外。(民草一九五條一項後半)

(1) 專享權利或免義務之意思表示。滿七歲之未成年人及準禁治產人。得自受領之。故此等意思表示。以其了解或達到時。卽生效力。

(2) 經行親權人監護人或保佐人同意之時。滿七歲之未成年人及準禁治產人。有受領意思表示之能力。故於此情形。其對於彼等之意思表示。亦以彼等了解或達到於彼等之時。發生效力。

法人依其機關以活動。故向法人之意思表示。以其代表之機關得知與否。決其效力發生之時期。乃當然之理也。(民草一九五條二項)

關於意思表示受領能力之原理。於非意思表示之心裏表示。亦皆準用之。是亦不待言也。

## 第六節 法律行爲

### 第一款 法律行爲之語源

法律行為之觀念。近世法學界所發見者也。在昔羅馬各種法律行為。雖各有專名（例如 *actio*、*condemnatio*）然求一概括之總名則無之。至德儒胡海（*Hue*）著民法原理（*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*）始創法律行為（*Rechtsgeschäft*）之名。各種法律行為。雖各有其特異之處。然亦不乏相同之點。故欲發見其相通之原則。不能不先定一總括之名稱。此胡氏苦心研究之餘。創此新名。而近時各國法典。皆宗之者。良有以也。

法律行為四字。原日本民法譯自德語（*Rechtsgeschäft*）者。雖其譯語未為妥洽。然我國學子及審判官多沿用之。勢已不能改易矣。

疏 日本舊民法為法人所定。仍法國民法無法律行為之觀念。故亦無法律行為之名稱。其後探德第一草案。始有其名。法律行為為二字。不專指買賣契約等而言。亦並非意思表示一種。如交貨交錢等皆是。故此二字之是否妥洽。尙待研究。

法律行為。英語譯為（*Legal Act*）。法語譯為（*Acte juridique*）。

## 第二款 法律行為之意義

法律行為者。發生私法上效果之法律事實。而以欲發生其效果之意思表示。為其必要之構成分子者也。茲將此定義。分晰詳論於下。

疏 謂意思表示為法律行為之內容。則可謂意思表示即法律行為則不可。

(一) 法律行為者。一法律事實也。法律行為。為法律事實之一種。於前第四節中。已詳論之。茲

不再贅。

(二) 法律行為者發生私法上效果者也。法律效果之有公私之別。猶法之有公私之別。權利

之有公私之別也。故一種行為雖發生法律效果。然其效果非私法上效果之時。則非民法所  
謂法律行為也。例如官吏之任命。訴之提起等。皆不得謂之為法律行為。

疏

是種法律行為。係指研究公法行為。不可用私法上契約及法律行為之名稱。才卜上上。如國家任命官吏。須得本  
人之同意。國家不能強制之。即公法上之契約也。而某學者則反對之。謂公法上不能有契約。川名傳亦如此主

張。公法上有契約者。亦另用他名詞。不可用私法上之名詞相混。而余先生則謂  
無妨。公法上之行為。乃發自私法上之效力。與公法上之效力。不可相混而已。

官也。經任命。則可參與國政。亦無提起。則當事人即與法院發生關係。以  
上之效果。皆為公法上之效果。而非私法上之效果。故不得謂之為法律行為。

(三) 法律行為者。以意思表示為其必要構成分子之法律事實也。

(1) 不以意思表示為構成分子之法律事實。非法律行為。故不獨侵權行為及時效。非法律  
行為。即所有權之拋棄。(一一三三三)及由先占(一一三三三)之所有權取得。亦非法律行  
為也。蓋前二者。直無發生私法上效果之意思。後二者。縱有其意思。然無表示之必要。故  
也。

疏 侵權行為。非法律上之行為。發生損害賠償之效果。雖為侵權行為。無發生效果之意思。而法律上亦不能不令  
其發生效果。關於時效之規定。亦不因當事人之意思。表示始有效力。所有權之拋棄。及先占所有權之取得。皆

不能謂其行為。即法律行為。其效果。亦不得之意思。而法  
律則不然。其如何。皆使其發生一定之效果也。

(2) 法律行為。雖必以意思表示為其構成分子。然謂意思表示。即法律行為。則非也。關於法

律行爲與意思表示之關係。從來原有兩說。(一)自沙微尼 (Schubert) 始。以迄德普通法。以新法。多數之學者皆直以意思表示爲法律行爲。文差特曰。法律行爲者。使私法上效力發生之意思表示也。云云。(二)反之德國後進之學者。皆謂法律行爲與意思表示。法文上雖無直接區別之根據。然理論上則兩者之觀念。蓋決然不可相混。意思表示。非卽法律行爲。不過法律行爲中。不可缺之一要素而已。(三) *Germany v. M. P. Bremerhaven* (1811) 及 *Germany v. Bremerhaven* (1811) 日本舊日之學者。殆皆主張前說。(富井政章博士民法原論三一五頁以下。梅謙次郎博士民法要義一九八頁。岡松博士民法理由) 近日學者則反之。皆取後說焉。(川名兼四郎博士民法講義。廣山學士註譯民法全書三二頁) 余意亦以後說爲當何也。蓋法律行爲。非僅以意思表示。卽可成立。例如契約於兩個意思表示之外。尚須其兩者之合致。又如契約中。有所謂要物契約者。於意思表示之外。尚須有物之授受。其契約始能成立。意思表示之合致。不能謂之意思表示。物之授受。猶不能謂之爲意思表示。故欲僅以意思表示。以概法律行爲。其爲不當。蓋彰彰明矣。

疏

日本民法。曾認爲要物契約。故用合致之語。以明其合致之效力。

### 第三款 法律行爲與訴訟行爲



訴訟行為(Act of Litigation)者。法院或當事人之行為。民事訴訟法與以訴訟程序上之效力者也。例如裁判。訴之提起。自白。訴之撤回。認諾。拋棄之類是也。當事人之訴訟行為。其行為性質。係法律行為與否。由來原有爭論。日本民法第十二條。準禁治產人。須得保佐人之同意。始得為之行為。中乃載有訴訟行為。故益為學者聚訟之資。然以余見論之。訴訟行為者。原訴權之行使。個人與國家之關係。發生訴訟法(公法)上之效果者也。故訴訟行為。謂之為法律行為。其謬固不待言。但同一行為。發生訴訟法上之效果。同時又發生私法上之效果。是固無妨。例如裁判上之撤銷。裁判上之抵銷之類是也。此等行為。蓋為訴訟行為。同時為法律行為焉。

疏 民法中所規定之行為。能方皆法律行為。而日本民法第十二條。關於準禁治產人之行為。取列舉主義。其第四款。言訴訟行為。須得保佐人之同意。則此等行為。亦為法律行為。然不知關於補充行為能力之規定。原則上雖皆為法律行為。而例外亦有非法律行為者。如前條之規定。左列行為。須經保佐人之同意。而未言及之法律行為。須經保佐人之同意也。又其第一款。關於房屋。須得保佐人之同意。則此等行為。亦列舉在內。則其第十二款。所列舉之行為。非法律行為可知也。蓋民法上之所謂法律行為者。謂其行為。而個人與個人之關係。發生私法上之效果者也。訴訟法上之所謂訴訟行為者。個人與國家之關係。發生公法上之效果者也。二者之性質不同。故不能謂訴訟行為。為法律行為。一行為而發生兩種效果者。如前條之規定。無非法律行為之例外。故其性質。亦應依其性質而定。則此等行為。亦應依其性質而定。

我民法草案第二十五條。關於準禁治產人行為能力之規定。即不採列舉主義。而我民事訴訟法草案第五十五條。關於訴訟能力之規定。又足證訴訟行為之非法律行為。則我兩法典草案之解釋。亦自不容再有疑義矣。

疏 關於準禁治產人行為能力之規定。日本民法第十二條。取列舉主義。而民事訴訟法。亦為法律行為。故我民法草案第二十五條。不採列舉主義。而我民事訴訟法草案第五十五條。亦採列舉主義。則其性質。亦應依其性質而定。則此等行為。亦應依其性質而定。

行為之規定。其不適用而自準用。則訴訟行為之非法律行為可知矣。準用者因其相假而準用也。如不為法律行為則應以適用不為自準用矣。

#### 第四款 法律行為之種類

法律行為可為種種分類。茲舉其要者論之如下。

(一) 單獨行為及契約及共同行為。

(甲) 單獨行為。單獨行為以一方當事人之意思表示為其成立要件之法律行為也。故單

獨行為。又名為一方行為（一三三、一三三、一三三、一三三）為單獨行為。可分為有相對人之單獨行為及無相對人之單獨行為。有相對人之單獨行為者。其行為之性質上須對於某人為之也。例如法律行為之撤銷。追認。解除。債務免除之類是。無相對人之單獨行為者。其行為之性質上無對於何人為之之必要也。例如遺言。捐助行為之類是。有相對人之單獨行為。不過其行為須對於某人為之而已。其行為之發生效力。初不待相對人之承諾也。換言之。即相對人不承諾。其行為亦發生效力也。例如債務之免除。縱債務人不欲其免除。其免除仍生效力也。（民四八〇條參之）

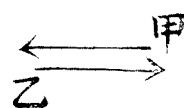
疏 法律行為之撤銷。例如為未成婚。未得共監護人之同意而與乙為法律行為。則其監護人可於五年內撤銷。無須徵求乙之同意。故自有相對人之單獨行為。

(乙) 契約（一三三、一三三、一三三、一三三、一三三）契約者。以有相對應之內容之數個意

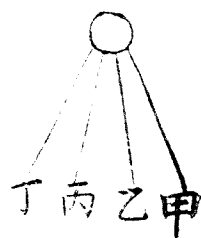
思表示之合致。為其成立要件之法律行為也。故契約又可名為雙方行為（一三三、一三三、一三三、一三三）



契約



共同行爲



契約觀念與共同行爲觀念之區別。始於峴刺（ニミミ）雖不無反對其說者。（如川名兼四郎博士日本民法總論一八九頁一九〇頁參考）然有力之學者宗之者亦復不尠。（如美濃部達吉博士該博士所著日本行政法一八三頁參考）余亦贊成有此區別者也。

(二) 生前行爲。死後行爲。

(甲) 生前行爲。生前行爲者。於生前發生其法律行爲上之效力之法律行爲也。例如買賣贈與借貸借通。常皆爲生前行爲也。生命保險契約於其契約締結時。即發生效力。不過其保證金之請求權。以死亡爲清償期而已。故生命保險契約亦生前行爲也。

(乙) 死後行爲。死後行爲者。因當事人一造之死亡。始發生其法律行爲上之效力之法律行爲也。例如遺言。必要的死後行爲也。買賣借貸借通等。以之爲死後行爲。亦無妨也。

(三) 有償行爲。無償行爲。

(甲) 有償行爲。有償行爲者。有對價之法律行爲也。例如買賣是也。

(乙) 無償行為。無償行為者。無對價之法律行為也。例如贈與是也。

此區別。祇限於契約有之。何也。蓋單獨行為。皆為一方之行為。無交換之性質。自不能有償故也。

(四) 要式行為。不要式行為。

(甲) 要式行為。要式行為者。以要式的意思表示。為其成立要件之法律行為也。要式行為。又可分兩種。(一)法律規定之要式。(二)當事人約定之要式。法律規定之要式行為。學者稱之為法定要式行為。當事人約定之要式行為。學者稱之為約定要式行為焉。

疏 法定要式行為。例如匯票或期票。當移轉於人時。須為書據。發行人非於票背書者。蓋印則在法律上不能發生效力也。

約定要式行為。其形式由當事人自定。法律不加干涉。若不遵約定之形式。其行為亦為無效也。

(乙) 不要式行為。不要式行為者。由不要式的意思表示。成立之法律行為也。

(五) 債權的行為。物權的行為。及準物權的行為。

(甲) 債權的行為。債權的行為者。以欲發生債權債務關係之意思表示。為其必要構成分子之法律行為也。此種行為。有為契約者。如買賣、借貸、借、使用、借貸、消費、借貸、合夥、寄託之類是。有為單獨行為者。如特定名義之遺贈是也。

疏 特定名義之遺贈。即指明死後以某物贈與某人。也。通常之贈與。須得受贈人之同意。蓋受贈也。而遺贈則不然。只要有此遺言。即生效力。不問受贈人之願受與否。故曰單獨行為。

(乙)

物權的行為。物權的行為者。以欲直接發生物權上之變動之意思表示。為其必要構成分子之法律行為也。物權上之變動。與物權的行為而生也。債權的行為。祇有發生債務關係之作用矣。無發生物權上變動之效力也。兩者最易混同。學者不可不注意也。茲將兩者之關係論之於三。則兩者之區別自明矣。

(1) 物權的行為與債權的行為併存者有之。例如動產之買賣是也。買賣者。不過祇有發生標的物所有權讓與之債務之效用。而此時所有權移轉者。乃所有權讓與契約之效力也。

(2) 物權的行為以債權的行為為先驅者有之。例如不特定物之買賣是也。不特定物之買賣。先因買賣生讓與某物之債務。後為履行其債務。有讓與某物所有權契約。其所有權始移轉焉。

**疏** 例如甲言乙來商。約定買賣某物。包辦。未言明某物。包辦。而只特定物之債權之契約。若乙履行契約時所交之米與甲約定之米。品質不同。則債權契約雖已成立。而物權契約尚未成立也。蓋物權契約亦必兩方同意始生效力。所交之米。與原樣不同。則不能謂之為兩方同意。當甲向乙買米之時。米質指定該店中之某包。不為我買。則物權契約尚未發生也。

(3) 物權的行為與債權的行為無關係。而獨立存在者有之。例如所有權讓與之債務。因法律之規定而生者。如不當利得返還之債務。又如所有權之讓與。直無何種債務而亦存在者。如買主拋棄其定銀之類是也。

〔疏〕與物權無關之債權行為，例如甲託乙抄寫某書是也。此等行為，只有債權關係，無所謂物權關係。法學者謂債權行為即發物權效力，實謬論也。

不當利得者，不應得而得也。無原因而由他人得利益者，負歸還之債務。此由法律規定而生之債務，非有債權關係存在也。此謂法定債務，是謂物權行為與債權行為無關也。又有物權行為並法定債物而無之者，如買賣契約，買主於交付定金之後，而自欲解除此契約，則須拋棄其定金之類是也。

我民法草案，認物權的行為之存在，蓋無庸疑。例如地上權（民草一〇七一條）地役權

（民草一一〇四條）抵押權（民草一二三五條）等之設定，皆物權的行為也。

（丙）準物權的行為。準物權的行為者，以欲直接發生物權變動以外之法律上效力之意

思表示為其必要構成分子之法律行為也。例如債權之讓與，著作權之讓與，債務之免除之類是也。

〔疏〕債權免除，經免除即無債務，乃直接法律上債權消滅之效力，非債權行為也。然有債務免除之預約者，則不在此限。例如債權人對於債務人言曰：汝若代我作某事，則免汝所負之債務。如債務人已代作某事，則可要求債權人免除其債務。此等之免除，是為債權行為與單純之免除不同。

（六）要因行為，不要因行為。

（甲）要因行為。要因行為者，財產供與之行為，而以其供與之原因為其必要構成分子者

也。使財產權歸屬於他人，稱之為財產之供與（*Veräußerung*）新設債權物權於他人，及

將既存之權利移轉於他人，皆財產供與也。吾人以財產供與他人，必有其供與之理由。（

目的）始供與之。此供與理由，即稱之為供與之原因。以此原因為要件之財產供與行為。

即稱之爲要因行爲焉。

(1) 要因行爲之原因。有在與人以恩惠者。例如贈與（民六二二條）其最主要者也。

(2) 要因行爲之原因。有在取得法律之利益者。此種原因。又可細分之爲三。

(a) 對於財產之受者。欲取得債權者有之。例如買賣借貸借。皆當事人一方供與財產。欲取得他方債權者也。

(b) 欲免自己之債務者有之。例如讓與債權或所有權之債務人。其爲讓與是也。

(c) 不屬以上二種之原因者有之。例如買主讓與賣主定銀之所有權。其原因在於買賣之解除之類是也。

債權的行爲。多爲要因之行爲。故欠缺原因（目的）其行爲即不能成立。如無付給價銀之約。不能成立買賣。無施恩之約。不能成立贈與之類是也。

(乙) 不要因行爲。不要因行爲者。財產供與行爲之不以原因爲要素者也。物權的行爲及

準物權的行爲。多爲不要因行爲。

疏 不要因之行爲。例如期票之移轉。如甲因賭博欠債。而發行期票於乙。乙以此期票向法院起訴。請求甲付錢。在法律固不能發生效力。因賭博所生之債。係在法律上無效。然若乙以此期票移轉於丙。則甲不能與丙對抗。而不付錢。蓋甲乙之間。雖因賭博債務。而可主張無效。而在甲丙之間。則不能因賭博而主張無效也。又如張某之發行期票。雖由於受王某之脅迫。然若王某以此期票移轉於李某。則張某亦不能與李某對抗。而不付錢。蓋期票之發行。爲不要因之行爲。故張某可直接對抗王某。外固不能間接對抗第三人也。又如甲欠乙債。業經清償。其後甲遺忘之。而復爲給付。此等給付。在法律上亦不能爲無效。不過乙之不當利得。甲可請求其



償還。固不能請求之返還還真物也。又如張某為王某之期票，而移轉於李某，則張某亦不能向李某對抗而不付票。蓋期票之移轉為物權行為，固不要因之行為也。

### 第五款 法律行為之一般成立要件

一般法律行為之要件，因其法系學說之不同，斷其分類之法亦異，故殊不一。然以余見論之，法律行為之成立，其不可缺之要件，蓋歸之二者：(一)意思表示，(二)標的而已。

(一) 意思表示：關於意思表示之意義種類及方法，業於前已詳細說明，茲不再贅。

(二) 標的：法律行為之內容者，行為人所欲之私法上之效力，即法律行為上之效力之謂也。

我民法草案各之為法律行為之標的焉。(草案二七五條至二七七條)法律行為之動機，即緣由，不得為法律行為之內容。蓋動機者，不過促行為人為其行為之理由而已。例如購刀，其動機出於欲殺人者有之，出於欲娛樂者亦有之也。法律行為之動機與法律行為之原因有別，不可混而為一。法律行為之原因，僅就於財產行為始有之。即使財產供與為合理之理由也。法律行為之動機者，所以至於為該法律行為之理由也。故學者又稱動機為遠因為。法律行為之動機原則於法律行為之成立不生影響者也。

疏：法律行為必有標的，且其標的，例如買賣行為，其標的為物，其標的為債，其標的為權利，其標的為義務。

又行為之標的，其法上之效力，其標的為債，其標的為權利，其標的為義務。其標的為債，其標的為權利，其標的為義務。其標的為債，其標的為權利，其標的為義務。

法律行為之標的，其法上之效力，其標的為債，其標的為權利，其標的為義務。其標的為債，其標的為權利，其標的為義務。其標的為債，其標的為權利，其標的為義務。

動機非法行為  
成立之內容也。

### 第六款 契約之特別成立要件

#### 第一項 緒論

契約者以有相對應之內容之數個意思表示之合致為其成立要件之法律行為也。就此定義觀之則契約之成立要件與一般法律行為不同不點。蓋可知矣。茲分晰詳論於左。

(一) 契約者必須有兩個以上之意思表示之存在也。此兩個之意思表示一名之為要約 (Antrag) 一名之為承諾 (Annahme) 焉。

(二) 其各意思表示須有相對應之內容而且合致也。相對應之內容者其意思表示所欲之私法上之效力於當事人之雙方須有反對之意味之謂也。例如當事人之一方為債權人他一方為債務人。一方為權利讓與人他一方為受讓人。一方為設定質權人他一方為質權人之類是也。兩相對應內容之意思表示相一致是即名之為意思表示之合致。契約必須兩個以上意思表示合致始成立者也。

#### 第二項 要約

##### 第一目 要約之意義

要約者當事人之一方以得相對人之承諾即成立契約之目的為喚起相對人之意思所為之意

思表示也。茲將此定義分晰說明於左。

(一) 要約者須當事人一方有得相對人之承諾。即成立契約之意思也。換言之。即得相對人之承諾後。不必再有新意思表示。其契約即為成立之意思也。因此故生如下之效果。

(1) 要約得相對人承諾。其契約即為成立。故要約須常有拘束要約人之性質者也。缺此性質之意思表示。非要約也。例如甲對於乙僅述有欲與乙締結契約之希望。不得謂之為要約也。

(2) 要約須與要約之誘引有別也。要約之誘引者。引誘他人使其對己為要約也。例如火車、火船、車船價表、廣告、出租房帖之類是也。要約之誘引者。於誘引人及相對人合意後。尚須有一方要約。一方承諾。其契約始成立。故與單純之要約有別也。

(二) 要約者須有立即成立契約之準備也。蓋要約者。以得相對人之承諾。即成立契約之目的所為者也。故當事人一方之意思表示。欲生要約之效力。須其意思表示之內容確定。並契約成立所必要之一切條件具備始可。蓋不如是。即得相對人之承諾。其契約亦不能成立。故

也。例如買賣之要約。必須其要約中指定標的物及價銀。借貸借之要約。其要約中必須指定標的物及貨價。不然。則不能成為買賣借貸借之要約也。但要約中祇須具備契約成立必要之條件即可。至其附屬之條件。雖讓之當事人將來之協議。亦無妨。何也。蓋契約之附屬條件。



(一) 要約之形式的效力。要約人爲要約後，其應生之拘束力如左。

(1) 要約定有承諾期間者，不得撤銷也。(民法二十二條) 要約定有承諾期間云者，於要約中定相對人若爲承諾時，須於此期間內發通知，始有效之謂也。此期間，即稱爲承諾期間。例如於買賣要約，買主限賣主於何年何月何日須答覆其賣否之類是也。

關於要約之有否拘束力，從來立法之主義有二：(一)英美主義，(二)大陸主義。英美主義者，不認要約有拘束力者也。大陸主義(德法)者，認要約有拘束力者也。我民法草案，蓋即採用大陸主義，而認要約有拘束力焉。

英美主義即定有承諾期間者，要約於期間內可以撤銷也。

立法認要約有拘束力之理由，學者之主張亦不一致。有謂要約爲單務(片務)約束之一種，故不能令要約人任意撤銷。有謂要約之禁止撤銷者，乃保護公益之故也。余以爲依純理言之，要約爲一面的意思表示，不得相對人之承諾，原則無拘束要約人之理。但訂有承諾期間，以爲要約之時，認其要約有拘束要約人之力量，實以此恰合於當事人之意思。而且資以保交易之安全也。何哉？蓋要約人定有承諾期間爲要約時，是以推測其在此期間內，有維持其要約，以待相對人確答之意思。又就相對人一方面觀之，相對人於此期間內，爲承諾之決定，即預期其契約之成立。若要約人定有承諾期間者，仍得任意撤銷其要約。

則反於相對人之預期。而相對人將蒙不測之損害。殊非所以保持交易之安全故也。

**五** 如北京某綢緞店向新正某綢緞店訂定買賣洋千元。以一月為承諾期間。於是新綢緞店

於承諾期間內。即行將洋千元。交與新綢緞店。而新綢緞店。亦於承諾期間內。將洋千元。交與北京某綢緞店。

(2) 向非對話人之要約。未定有承諾期間者。要約人於受承諾通知之相當期間內。不得撒

回也。(草案二)(二條) 向非對話人之要約。未定有承諾期間者。令要約人於受承諾通

知之相當期間內。受其要約之拘束者。蓋亦以此適合於當事人之意思。而且資以保護交

易之安全故也。

**疏** 如前項之要約。其期限。既未定。則其期限。應依其性質。而為之。其期限。以何為準。則應依其性質。而為之。

中國法律。對於承諾期間。未定有承諾期間者。應依其性質。而為之。其期限。以何為準。則應依其性質。而為之。

惟其性質。應依其性質。而為之。其期限。以何為準。則應依其性質。而為之。

(二) 要約之實質的效力。要約者。得相對人之承諾後。即有成立契約之效力。既如上所述矣。

此效力。即所謂要約之實質效力。學者又名之為要約之承諾能力。關於要約之承諾能力。

得分三種情形。論之於下。

(1) 於對話人間。未定有承諾期間。而為要約者。要約人於為要約後。未得相對人承諾前。死

亡。或喪失能力之時。其要約應否失其效力。民法草案中。未設何樣規定。然依一般法理。言

之。其要約應失其效力。卽再得相對人之承諾。亦不能成立契約。何哉。蓋於此情形。其契約成立所必要之當事人之意思之合致。因要約人之死亡或能力之喪失。已歸於不可能故也。(民草二〇三條)

- (2) 於非對話人間。或對話人間。定有承諾期間。而爲要約者。要約人於爲要約後。未得相對人承諾前。死亡或喪失其能力之時。其要約不因此失其效力。而契約仍得成立焉。此民法草案第二百〇九條規定所生之結果也。依純理言之。契約之成立。須有當事人意思之合致。而當事人之意思。是否合致。尤須以契約成立之當時爲斷。故要約人於相對人承諾前。死亡或喪失其能力之時。其契約當然不能成立者也。但如斯解釋。則相對人將受不測之損害。是以各國之立法。皆著眼於保護相對人之利益。而令要約之效力。不因要約人之死亡或喪失能力。受影響焉。其民法草案第二百零九條。亦仿多數之立法所設之規定也。要約人於得相對人承諾前。死亡或喪失能力之時。原則雖無妨於契約之成立。但要約人顯然有反對之意思時。自應仍尊重要約人之意思。不得成立契約。是不待言。(民草二〇九條但書) 例如委任契約。有專屬的性質。當事人明有不欲其成立之意思。自應不作爲成立。
- (3) 相對人於受要約後。死亡或喪失能力之時。其要約之應否失其效力。我民法草案。初未

設何樣規定。依一般法理言之。蓋亦應斷爲須失其效力也。何哉。蓋契約之成立。須當事人雙方意思表示之合致。若相對人死亡或喪失能力之時。則不能爲合致之意思表示。故也。關於此問題。學者間雖有爭論。然依余見。則以解爲要約應失其效力爲宜。

疏 相對人如爲特定之人。其人死亡或喪失能力。則要約尤應失其效力。例如約定某名伶演戲。該名伶死亡。固不能以其子代之也。

關於一般民事總以失其效力爲宜。至於關於一般商事。則應否失其效力。尙待研究。商界習慣。往往重視商號。若某經手人死亡。卽爲無效。則交易事業甚不便利。故關於此問題。尙待研究也。

要約效力之消滅。蓋有種種之原因。茲將其主要者論之於下。

(一) 要約之撤回。撤回者。要約人以一方之意思。將其要約收回之謂也。故撤回者。使要約之效力消滅之行爲也。要約經撤回後。卽與未曾要約同。要約之撤回。爲一方的意思表示。自應遵一般意思表示之原則。於對話人間。以相對人了解之時。始生效力。於非對話人間。則於撤回通知達到相對人之時。始生效力者也。但向對話人間之要約。未定有承諾期間者。非卽時承諾。不生效力。(民草二〇三條)故解釋上。對話人間之要約。通常實無撤回之必要也。

要約定其承諾期間者。不得撤回。又非對話人間之要約。未定有承諾期間者。非經過相當期間。不得撤回。於前已說明之。茲不再贅。

要約之撤回。須於相對人承諾前爲之。於相對人承認後所爲之撤回。不生效力者也。何哉。蓋於此情形。其契約既已成立。自不能再由當事人一方之意思以左右之故也。



- (二) 要約之拒絕。拒絕者。相對人對於要約表示不承認之意思之謂也。要約一經拒絕後。則失其要約之效力。故當事人欲再爲契約時。非一方從新爲要約不可。(民草二〇四條一項) 將要約擴張限制或變更之。始行承諾者。視爲拒絕原要約。而爲新要約。蓋對於要約之承諾。非單純承諾不可。若承諾而附加條件或變更內容之時。是其承諾與要約不相一致。自無成立契約之理。故法律認其拒絕要約焉。但此等意思表示。若直視之爲無效。使當事人之意思稍有參差。卽不能成立契約。亦殊非是。故法律於此情形。認其承諾爲拒絕原要約。而爲新要約。以便原要約相對之再爲承諾後。卽成立契約。以適合當事人兩方之意思焉。(民草二〇七條二項)
- (三) 期間之經過。要約之人定有承諾期間爲要約者。於其期間內。不得撤回其要約。既如上所述矣。但其期間滿了後。其要約當然失其效力。不必再爲撤回之形式也。故期間經過後。到達之承諾。不能成立契約者也。(民草二〇七條一項)

- (四) 當事人之死亡及其能力之喪失。關於此。於前已詳細說明。茲不再贅。
- (五) 相對人之承諾。要約得相對人之承諾後。卽成立契約。故相對人表示承諾之意思。成立契約時。則要約與承諾。同爲構成契約成立之要件。自失其一面的獨立之意思表示之存在。不待言也。

### 第三項 承諾

#### 第一目 承諾之意義

承諾者對於當事人一方之要約。相對人爲表示同意所爲之意思表示也。承諾與要約合致。卽成立契約。故承諾欲完全發生效力。須具備左列要件焉。

(一) 承諾須有效之意思表示也。承諾亦一種意思表示。故欲承諾之有效。非具備一般意思表示之有效之條件不可。一般意思表示有效條件。於後再詳論之。

疏 一般意思表示有效條件。如可說。可以確定。相反。公共秩序。及意思表示。須無瑕疵。則與真正意思。同一之補足也。

(二) 承諾者。須對於要約爲之也。承諾者。以卽成立契約之目的。對於要約所爲之同意者也。故偶然探知他人之意思。對之同意。非民法上所謂承諾也。

疏 如甲向乙。言內有古玩。我欲以千元買之。乙以由言告諸內。而承諾之謂也。約卽以成立不可也。必內向甲爲要約。而承諾之。乃民法上之所謂承諾。

(三) 承諾之內容。須與要約全然合致也。契約者。當事人意思表示之合致也。故承諾之內容。非與要約全然同一不可。蓋承諾與要約內容相異之時。則當事人間。卽失其意思表示之合致。不能成立契約故也。是以承諾之內容。若將要約擴張限制。或變更之時。法律卽視其爲非絕原要約而爲新要約焉。(民草案二〇七條二項)

(四) 承諾。須於要約有效之時爲之也。承諾與要約並存。始能成立契約。故承諾欲發生效力。

契約之效力。非於要約保有其效力之時爲之不可。是以遲延之承諾。法律視爲新要約焉。(民草二〇七條一項)

對於定有承諾期間之要約爲承諾者。其承諾之通知。若於其所定期間後始達到。其承諾爲無效。但要約人知其發送通知係於期間內可達到者。須向相對人發遲到之通知也。(民草二〇六條一項) 要約人若怠於爲此通知之時。法律即視其承諾通知爲不遲到。以使契約成立焉。(民草二〇六條二項)

**疏** 如十月初一日甲與乙通信言十日之內須爲承諾。否則契約不能成立。於初九日發信。初十日本可以達到。乃因郵局遲延而信於十二日始達到。此時法律上爲保護無過失而遭障礙之承諾人。計課要約人以遲到通知之義務。如不爲通知則承諾之信雖屬遲到。法律上仍認其契約爲成立。

(五) 承諾者須被要約人爲之也。故被要約人以外之人不得代被要約人爲承諾也。例如被

要約人死亡或喪失能力之時。其繼承人或法定代理人代之爲承諾。法律所不許也。

**疏** 委任寄託雇傭等契約皆注重被要約者之爲人。要約者死亡或喪失能力以外之人固不能代爲承諾。然在商界上之買賣行爲於此能否作一例外。則尙待研究。商業經理人被他人要約之事件甚多。如該經理人死亡。所有要約均歸無效。必從新爲要約始爲有效。則於實際上甚形不便。故關於此問題之能否成一例外。亟須討論也。

要約人對於特定人爲要約之時。非其人不得爲承諾。既如上所述矣。但反之。要約人對於一般人(非特定人)爲要約之時。則無論何人皆可對之爲承諾。是亦不待言者也。

**疏** 對於一般人之要約。例如勸業場之商店。其物品皆標明價目。陳列於外。固無論何人只要承諾其價目。其買賣即成立也。

(六) 承諾者須對於要約人爲之也。承諾者對於要約人之要約所爲之同意也。故其意思表示自非對於要約人表示不可。是以對話人間之要約。其承諾之意思須使要約人了解。非對話人間之要約。其承諾須通知要約人焉。但依通常慣例。或要約人之意思表示。其承諾不必通知者。則承諾自不必爲通知也。(民草二〇八條)

**疏** 承諾須對於要約人爲之例。如甲約買乙物。言三日內須回信。乃乙未復甲信。而向內言曰。甲買我物。我擬賣與。然不能謂已向內言。卽爲承諾。而契約卽成立也。

依慣例無須通知之承諾。例如某甲欲在某飯莊請客。寫一信曰。某日訂席。請客。只要該飯莊無拒絕之通知。則此信到達之時。其契約卽以成立。以慣例上無須承諾通知也。

## 第二目 承諾之效力

承諾之效力。卽在於與要約合致。成立契約也。故承諾於何時發生效力。卽爲契約成立之時期。問題於次項中再詳細說明之。

## 第四項 契約之完成

欲契約有效成立。須要約承諾兩者之合致。已屢述之於上矣。故當事人若就於契約之一條款。尙未能合意之時。則其契約卽不爲成立。是不待言也。但其條款須關於契約之要素者。其契約始不爲成立。若關於契約要素之條款。均已合意。祇其他非關要素之條款。未能合意之時。其契約仍推定其爲成立焉。(民草二二一條)例如買賣。其標的及價銀均已議定。祇運送與否。未經議定之時。無害其買賣契約之成立也。

契約當事人有作書件之約者。於未作書件之前。推定其契約不成立。(民草二二二條)蓋當事人如約定契約須作書件時。則其意思非專為證據之用。乃以書件為契約成立之要件。是以於未作書件前。推定其契約為不成立。乃當然之理也。

關於契約成立之時期如何。可分為對話人間之契約成立時期及非對話人間之契約成立時期二者而論之。

(一) 對話人間之契約。以承諾人表示承諾之意思。而相對人了解之時。為其成立之時期。此乃學說及立法例。均一致者也。

(二) 非對話人間之契約。以何時為其成立之時期。學說及立法例。皆分數派。有取表示主義者。有取了解主義者。有取發信主義者。有取受信主義者。日本民法。於一般非對話人間之意思表示。取受信主義。獨於契約承諾之通知。則取發信主義。學者多非之。我民法草案。以關於契約承諾之通知。亦取受信主義。與一般意思表示同。故非對話人間之契約。原則以承諾通知達到於要約人之時。為其成立之時期。但依通常慣例。或要約人之意思表示。其承諾不必通知者。則以可認為有承諾之事實時。為其成立之時期焉。(民草二〇八條)

第七款 法律行為之一般有效要件

第一項 緒論

法律行爲之成立要件，與其效力要件不同。既述之如上矣。法律行爲之有效要件，必法律行爲成立後始發生之問題也。蓋法律行爲之成立要件，若不具備之時，則其法律行爲即不存在，自不發生有效無效之問題故也。

**疏**

如契約無標的或承者與要約不一致則其契約自不能成立無所謂有效無效也。

法律行爲之有效要件，可分爲一般要件及特別要件兩種。特別要件者，各個法律行爲特有之要件之謂也。例如遺言遺贈，以遺言人或贈與人之死亡爲其效力發生之要件之類是也。一般要件者，一般法律行爲之效力發生要件也。其要件可分爲八。

- (1) 行爲人須有行爲能力。
- (2) 法律行爲之內容（標的）須可能。
- (3) 法律行爲之內容，須可以確定。
- (4) 法律行爲之內容，須不反於公共秩序。
- (5) 法律行爲之內容，須不反於強行法規。
- (6) 法律行爲之內容，須不反於爲保護一私人而禁止讓與之法律或裁判。
- (7) 意思表示，須與真意相一致。
- (8) 意思表示，須無瑕疵。

無行為爲能力人之行爲爲無效。於前已詳細說明。茲不再贅。於此所欲說明者。則爲關於法律行爲內容之要件焉。

## 第二項 內容事項須可能

法律行爲之內容事項。須可能者。組織其法律行爲上之效力之事項。須可能之謂也。可能者。對於不能而言也。非不能。卽可能也。定何者爲不能。不能純依物理上之意義。物理上到底不能者。固爲不能。物理上意義之不能。卽世人一般所認爲不能者。亦不能也。法律上意義之不能。例如撈上沉於海底之船。物理上雖非不能。然就其費用勞力及危險之程度觀之。法律上固不能不認爲不能也。又不能須爲客觀之不能。獨某人不能。卽主觀之不能。非不能也。例如無法律知識之人。欲答法律之質問。乃主觀之不能。非客觀之不能。反之。已滅失之物。欲以之與人。則客觀之不能也。非主觀之不能也。不能又可分爲法律的不能及事實的不能。例如創設法律所不許之物權。則爲法律的不能。旅行他星球。則爲事實的不能也。

〔疏〕

物理上之不可能。如不能使水素與炭素化合爲酸素是也。主觀之不能者。其行爲仍爲有效。有時發生損害賠償之問題。

物權與債權不同。債權可爲當事人自由設定。只要不違反公共之秩序。雖定無名之債權。亦爲有效。而物權則爲法定主義。如當事人設定法定以外之物權。則法律上不能認爲有效也。如德國之土地債務。日本物權無此規定。日本人有設定此物權者。則在法律上不能發生效力也。

以客觀不能之事項。爲法律行爲之標的。雖欲其發生效力。亦不能。故此種法律行爲。法律上作爲

無效者也。能不能之標準，須依法律行為當時吾人智識之程度以決之。故其當時為不能，而以後為可能之時，亦不能再發生法律行為之效力者也。

疏 旅行他星球，在今日固為不能。若後來學問發達，其可能亦未可知。又在無火車之地，二人相約五分鐘行五里路，在事實上固為不能。然若後來火車大通，則此事甚為易行。故法律行為之是否有效，宜以當時之是否可能為斷。不能論其後來也。

### 第三項 內容事項須可以確定

法律行為之內容事項非確定，實際上不能發生法律上之效力者也。例如贈物與人之約，必其物確定，始能實現其效力之類是也。但所謂確定者，必非一一固定，即可以確定即可。可以確定之方法，可分為三。

(一) 依法律規定以確定之也。例如選擇債權（民草三三三三條）及標的物祇以種類指示之債權（民草三三二六條）皆依法律規定以確定之之類是也。

疏 選擇債權無特別約定時，債務人有選擇權。

以種類指定之債權如煤、米、油、鹽之類是也。當事人無特別約定時，依草案之規定，債務人交付中等之物品。

(二) 當事人特為之定確定之方法也。例如約定當事人之一方或第三人為確定權人之類是也。

(三) 依習慣及其他事情以確定之也。



疏 例如甲乙二人同在一商店買物。如甲可以自由選擇。則乙亦必可以自由選擇。此所謂依習慣而可以確定也。

#### 第四項 內容事項須不反於公共秩序

反於公共秩序者。反於社會之公安之謂也。換言之。即有妨於共同生活之安全之謂也。反於公共秩序之事項。有爲法令禁止者。例如殺人放火偷盜賭博等類。有法令並未禁止者。然無論其禁止未禁止。若以此種事項。爲法律行爲標的之時。其法律行爲無效者也。(民草一七五條)

反於公共秩序之事項。其範圍至爲廣漠。故令審判官認其事項爲違反公共秩序與否。直與認審判官於此標準之下。有立法權無異。然此亦實爲不得已之原則。故無論何國法律。皆有同此趣意之規定。(例如德民一三八條日民九〇條法民一二三三條)蓋法律不保護之事項。千差萬別。奚能以法條一一明定。故立法者不能不舉一抽象之標準。以令審判官自由認定之也。(富井政章博士民法原論三三二頁)

法律行爲之內容事項。反於公共秩序者。可分爲三種情形如下。

- (一) 爲法律行爲標的之給付。反於公共秩序也。例如殺人之約。內亂之約是也。
- (二) 爲法律行爲標的之給付。雖不反於公共秩序。然法律上強制其爲給付。則反於公共秩序也。例如結婚之預約是也。

疏

婚姻之預約多數之國家皆認爲無效。蓋以男女婚姻之法律行爲。雖不反於公共秩序。若因有預約而法律強制之。則剝奪人之自由。而反於公共秩序矣。

而中國之現行法則以數千年之習慣不但認預約爲有效且強制之如女子既許婚於甲後又許婚於乙則對於乙之婚姻爲無效蓋女子以從一而終爲美德其前許婚於甲之時夫去之名分已定也但有殘疾等情未經言明以圖欺詐者則婚姻可撤銷此例外也。

中外法律之所以不同者中國因沿數千年之習慣且防嫌貧富之惡習故認預約爲有效且強制之而外國則以既悔商婚而復許於人雖令強制使爲夫妻於家室之和平恐不易保持故不認預約爲有效也將來中國改定法律時應否仍認預約爲有效或爲立法上之一大問題據余先生之意應仿德國之立法例令悔婚者之一方負損害賠償之責最爲適當不必認預約爲無效亦不必加以強制也。

(三) 給付自身不反於公共秩序強制其給付亦不反於公共秩序但其給付與金錢的利益相

連絡之時則反於公共秩序也。例如以不爲惡爲條件贈人以金錢之類是也。

疏 給付與金錢利益相連絡則有反乎公共秩序者例如奉天多處時有胡匪擄票之事被擄者之家人必約定給付胡匪以金錢若干始可將人贖回否則性命不保此等行爲實有害公共秩序法律上不能認爲有效也。

法律行爲之內容事項違反公共秩序之時其法律行爲爲無效。既如上所述矣。法律行爲之無效必須其法律行爲內容事項違反公共秩序始可。若其法律行爲之動機違反公共秩序之時其法律行爲不得爲無效也。例如爲殺人而購刀爲賣淫而賃房其買賣及租賃無害其爲有效也。

疏 行爲動機之不法雖不能爲無效之原因而行爲內容之不法則不能認爲有效也。如甲對乙言汝能殺丙則我以廉價賣與汝以刀則爲法律行爲之內容而非動機矣。

法律行爲之內容事項違反公共秩序卽爲無效。不問當事人之知其違反與否也。卽當事人不知其爲違反亦無效也。又某種事項之違反公共秩序與否乃法律問題。非事實問題。故關於此點可以提起上告也。

疏 訴訟法中關於法律問題始許上告蓋上告爲法律審也。蓋以此種事項乃法律解釋適用問題並非事實認定問題故日本大審院之判例許其上告。

第五項 內容事項須不反於強行法規

法律規定。可分爲強行法規及任意法規二種。於前已述之矣。強行法規者。關於公益之規定也。換言之。卽法律中禁止之規定也。任意法規者。當事人無別樣訂定時。補充適用之規定也。換言之。卽法律中容許之規定也。民法中之規定。非盡爲強行法規。亦非盡爲任意法規。乃強行任意兩種法規之集合也。民法中規定之爲任意法規之最明顯者。如法文中有「當事人有特約之時」（民草二四四條）。「但有特別訂定者」等文字之時是也。然無此等文字。亦不能卽斷其爲強行法規。強行法規與任意法規之分。須斟酌其法條全部之關係。不能祇拘泥於文字也。

法律行爲之內容事項。違反法律中之禁止之規定（卽強行法規）者。爲無效。（民草一七六條）故如令人拋棄其權利能力之約。爲侵權行爲。不賠償其損害之約。皆無效者也。

疏

當義務發生之後。債權人特爲免除。則可當未發生義務之前。而爲免除之預約。則不可也。如甲對乙預約將來爲侵害行爲時。不負賠償之義務。無效也。

脫法行爲。其行爲實際之內容。雖反於法律之禁止。然不能謂之爲無效也。脫法行爲者。規避禁止法之行爲也。詳言之。卽法律禁止之事項。以迂迴之手段達到之也。例如爲規避利息限制法。以其利息之一部。作爲利息收單之小費之類是也。

疏

英美派與大陸派不同。在英美派脫法行爲亦爲無效。

法律行爲之內容事項。違反強行法規者。固以無效爲原則。但法律有特別規定之時。亦不妨其爲

有效也。例如以不得干與強制拍賣之人爲拍賣人。若得利害關係人之同意。仍屬有效之類是也。

第六項 內容事項須不反於爲保護一私人而禁止讓與之法律或裁判

法律有保護公益之規定。有保護私益之規定。法律行爲之內容事項。若違反法律中保護公益之規定時。則其法律行爲爲無效。(民草一七六條) 固不待言。然法律行爲之內容事項。違反法律中保護私益之規定。亦有作爲無效者。例如爲保護破產債權人之利益。對於破產財團所屬之財產。禁止破產人讓與之法律。破產人若違背其法律。爲讓與時。其讓與爲無效是也。(民草一七七條一項) 蓋不如是。不足以保護破產債權人故也。

**疏** 破產財團之財產。仍爲破產人之財產。似可由破產人自己處分。但其財產係清償債務之物。故法律爲保全債權人之私益。計不准其讓與焉。

違反法律之讓與。不但必撤銷。直爲無效。不必再用訴訟上之手續也。其相對人之爲善意。爲惡意。亦所不問。即係破產財團之財產之人。縱不知有此禁止讓與之法律。亦不能有效也。

爲保護特定人之利益。而禁止讓與之審判。及強制執行假扣押。假處分。若法律行爲。以違反此等之事項爲內容時。其法律行爲。亦依前述理由。無效者也。(民草一七七條一項二項)

**疏** 前論違反法律禁止之讓與。此論違反裁判禁止之讓與。例如甲欠乙錢。乙將房屋作抵押。甲若更欲以此房屋轉讓與於丙。丙則乙將無以担保其債權。此時乙可請求法院禁止其讓與。而爲假扣押。或假處分。以保全其強制執行。如法院已爲裁判。而乙又與他人爲法律行爲。則其行爲無效也。

以上所述之行爲。原則雖對於特定人爲無效。但受益人非因歸責於己之事由而不知者。仍作爲有效也。蓋於此情形。不能不保護受益人故也。(民草一七七條一項但書)

〔疏〕

違反法律之讓與其行為爲無效相對人不能以不知有法律爲辯至於裁判則爲特定之事件往往爲他人所不知故善意無過失時仍爲有效若惡意或有過失則法律不保護之而使之無效也

### 第七項 意思表示須與真意相一致

#### 第一目 總說

意思表示雖不以合於表意人之真意爲其成立之要件然以意思表示爲要素之法律行爲欲使之有效必須其意思表示合於表意人之真意也此原理我民法草案原則亦採用之蓋無容疑不過爲防實際上之不便對於此原則設有種種之例外而已（民草一七八條一七九條一八〇條一八一條）

表意人之意思表示與其真意不一致可分爲兩種情形如下

- (一) 表意人知其不一致而爲意思表示之時是爲故意之不合
- (二) 表意人不知其不一致而爲意思表示之時是爲偶然之不合而偶然之不合又可細別爲二

(甲) 因錯誤之不合

(乙) 因意思傳達人之不合是也

#### 第二目 故意之不合

故意之不合其情形可分爲三（一）心裏保留（二）預期表示（三）虛僞表示是也茲將其分別說明於下

(一) 心裏保留 心裏保留者。故意爲非真意之意思表示也。換言之。卽表意人知其無效力而爲之。意思表示也。然其目的。不必出於欺罔。欲害其相對人。卽出於戲謔。無意害其相對人者。亦往往有之。例如甲對於乙曰。汝能成某事。則贈汝千金。其實甲並無成事之心。亦無贈與之意是也。

心裏保留。其意思與表示。全然不相一致。故依理論言之。實不能謂之爲有效也。但意思表示之相對人。通常無由得知表意人心中之事。故誤認其表示之意思。爲真實意思表示者甚多。如其意思表示爲無效時。則相對人因此必受不測之損害。因而影響於交易之安全。實屬不當。故於此情形。法律不能不保護其相對人。將其意思表示作爲有效也。(民草一七八條參考德民一一六條日民九三條) 此意思表示須與真意相一致。其法律行爲始爲有效之原則之例外也。

心裏保留。其意思與表示。雖不一致。然不妨作爲有效。既如上所述矣。但相對人若明知表意人不欲。或雖非明知。而亦可得而知者。因過失其意思表示仍爲無效。(民草一七八條但書) 蓋於此情形。雖返歸原則。亦無害於相對人。或卽係受害。亦咎由於自取。故無再保護之之必要也。

相對人明知表意人不欲。或可得而知與否。乃事實之問題。不能有一定之標準。例如徵之表

意人之生平。其意思表示實出於戲謔之時。是其一例也。但於此情形。相對人對於表意人請求損害賠償。固無妨也。

相對人明知表意人之真意或可得而知。皆須主張無效之人證明之。是固不待言也。何哉。蓋此乃心裏保留原則爲有效之一例外故也。

(二) 虛僞表示。虛僞表示者。與相對人通謀。所爲之假裝意思表示也。心裏保留之意思表示。相對人知其非真意之時。其情形可分而爲二。(一) 相對人單純知其非真意之時。(一) 相對人與表意人通謀。令表意人爲非真意之意思表示之時是也。後者。學者即稱之爲虛僞意思表示焉。虛僞意思表示者。爲欺罔第三人。與相對人通謀而爲之者也。其目的在行其詐欺者有之。在達違法之目的者亦有之。例如債務人爲免其財產爲債權人扣押。表面上僞爲讓與他人。又如欲得選舉人之資格。名義上受讓他人之財產之類是也。

疏 相對人單純知其非真意之時。例如甲對乙爲戲謔言以財物相贈與而乙亦知其非真意是也。相對人與表意人通謀令表意人爲非真意之意思表示之時。例如官吏犯贓。官須沒收其財產。其友人爲保護其財產計。令其僞立契約以財產相贈與是也。

心裏保留與虛僞表示之區別。前者表意人未嘗與相對人通謀。相對人或知其非真意。或不知其非真意。而後者則表意人必與相對人通謀。相對人必知其非真意也。爲免扣押而以財產僞讓於人或欲得選舉資格而僞受他人之財產。此等之意思表示。讓受人所得之財產爲無效。即其財產仍歸讓與人所有也。

虛僞意思表示。作爲無效。(民草一八〇條)但其無效。乃相對之無效也。即表意人與相對人

之間爲無效。而於善意第三人之關係，不得爲無效也。（民草一八〇條但書）不得對抗第三人者。學者多解爲第三人亦可主張其爲無效之意。但此種解釋法上初無何樣之根據。且超過必要程度，以保護第三人殊不當也。（富井政彥博士民法要論三三五頁參考）（德民一一七條日民九四條）

虛僞意思表示。其表示人之真意，本不欲成立何種法律行爲者有之。或欲成立他種法律行爲者亦有之。欲成立他種法律行爲，而爲虛僞意思表示。其被隱蔽之行爲，學者稱之爲隱匿行爲焉。

隱匿行爲，又可分爲二種。（一）與其所表示之行爲，全然異其種類之行爲。（二）僅與其所表示之行爲，異其條件之行爲。前者如假爲買賣，而實爲貸借。後者如於買賣證書，記載虛價之類是也。隱匿行爲之應有效與否，學者間頗有爭論。日本民法無明文規定，故解釋不一。我民法草案，關於此點，特設規定（民草一八〇條二項）是以解釋上，毫無疑義。即隱匿之法律行爲，苟具備法律上要件之時，仍依舊有效者也。

疏

本條爲甲行爲而表示上卻爲乙行爲，其甲行爲即隱匿行爲也。

不可與虛僞意思表示混同者，則信託行爲（三三三、三三三、三三三、三三三）是也。表意人爲欲讓與其財產於他人之意思，而經濟上欲與未讓與收同一之結果，由此種意思表示，所成



立之行爲。卽信託行爲也。虛僞意思表示爲無效。而信託行爲則非無效。何也。蓋於虛僞意思表示。當事人所表示之行爲。實無爲其行爲之意。而於信託行爲則不然。於信託行爲。當事人實有爲其行爲之意。不過其行爲之目的。與其行爲自體。不相一致。而意思與表示。初非相背也。故信託行爲不能作爲無效也。

信託行爲。日本謂之託辣。其理極奇。蓋於英國。國有代女人不能私行財產。有種女子歸家。其後雖社會上頗有不便。及人之交。以與女之財產。歸其夫。頗非所願。恐其財產爲其夫所浪費。於是信託之法。卽將其財產。先讓與於信託人。此其女之財產。所得收益。亦均歸其女。其女能享有財產權。至其死。該信託人始將其財產。交付其女。此等行爲。委託人固非出於虛僞。不過使信託人終須返還之。事實上雖爲讓與。而經濟上實與未讓與等也。

信託行爲。與虛僞意思表示之。所以不同者。前者之以財產讓與於人。出於真意。非出於虛僞。不過讓與人終須負返還之義務。行爲之目的。如託友人代女管理財產。與行爲之自體。讓與不一致。而後者之以財產讓與於人。非出於真意。不過假此財產。一無以己之財產。讓與人取得選舉資格。以達其詭賤之目的而已。

關於信託行爲之效力如何。學者間頗有爭論。多數之學者。皆謂信託行爲。受託人對於外部。雖有所有人債權人之資格。然於內部。則所有權債權。仍在委託人焉。雖然。若遵此說。則所有權債權。非因信託行爲。而移轉。則何由謂與虛僞意思表示區別哉。故余謂信託行爲。受託人爲完全所有人。爲完全債權人。卽完全取得其所有權債權。祇對於委託人內部之關係。有不能濫用權利之義務而已。(松平義典商法論)

(三) 豫期表示。心裏保留者。表意人於其表示之事項。心實不欲。而爲之。意思表示也。表意人

之爲此意思表示之目的。出於欲欺其相對人者有之。或無意欺其相對人而初未防其誤解。相對人遂誤認其爲真正意思表示者有之。而豫期表示則不然。豫期表示者表意人無欺其相對人之目的。固不待言。並豫防相對人之誤解。即豫期他人可認爲非真實而爲之意思表示也。例如教習於講堂爲罰票之模範。優人於談話爲買賣行爲之類是也。

豫期表示與虛偽意思表示亦異。蓋虛偽意思表示者。以欺第三人爲目的。與相對人通謀而爲之。意思表示。豫期表示者。不但未與相對人通謀。並期他人不致誤解。而爲之。意思表示也。豫期表示其意思表示爲無效。民華一七九條德民二二八條。蓋當然之理也。何哉。蓋此等意思表示。表意人初未有爲其意思表示之真意。於表示時已明告他人故也。

### 第三目 偶然之不合

偶然之不合。其情形可分爲二。(一)錯誤。(二)意思傳達之不合是也。茲將其分別說明於下。

(一) 錯誤。錯誤者。事物之誤解之謂也。換言之。即某事物與吾人對之之認識不合之謂也。事物有爲法律之規定者。有非法律之規定者。對於前者之誤解。稱之爲法律之錯誤。例如誤解連帶爲保證是。對於後者之誤解。稱之爲事實之錯誤。例如誤認銅爲金是也。兩者皆意思表示偶然與其真意不合也。

表示意思時發生錯誤其情形可分而爲二。

(1) 表意人誤解其所用之表示方法之意義也。例如誤解連帶債務為保證債務。於表示為保證債務之時。寫為負連帶債務。誤解繼承拋棄。為限定繼承。於表示限定繼承時。寫為繼承拋棄之是類也。(民草一八一條或字以下)

**疏** 遺產繼承各因立法有兩種情形。為承認繼承。一為不承認繼承。而承認繼承又分為單純繼承限定繼承兩種。單純繼承承認繼承一切之權利義務也。遺產不足。以清償其債務時。繼承人須以自己之財產代為償債。而限定繼承則不然。祇以遺產償債。不以自己之財產代為償債。繼承人須以自己之財產代為償債。如遺產有餘。則歸繼承人所有。如遺產不足。亦僅依遺產法以償債而已。草案言表意人不欲為該意思之表示。分別言之。實亦一種錯誤也。如我以玻璃為紙。若知玻璃非紙。則亦不為如是之表示矣。如某甲欲請本為甲。而誤用以為表示乙。若甲為甲。則亦不用以表示乙矣。此表示方法之錯誤也。

(2) 表意人知其表示方法之意義。而誤用之也。例如語誤筆誤之類。欲買甲馬。而誤言乙馬。欲賣百圓。而誤寫十圓是也。

**疏** 此則心與不以為甲。而自筆之開。誤以為乙也。前者為不知誤。則為不注。意。前者若知之。則不至於誤為表示。後者若注意。亦不至於如此表示也。

表示意思時。發生錯誤。而生法律上影響者。可分為二。

(1) 關於意思表示內容之錯誤。(2) 不關於意思表示內容。而公認為重要之錯誤是也。

(1) 關於意思表示內容之錯誤。何者為意思表示之內容。就於各種法律行為。不能有一

定之標準。何者為此種法律行為之內容。何者為彼種法律行為之內容。皆非就於具體之各個法律行為。具體決之不可。換言之。即由外形存在之各個表示行為。可以正當推斷當

事人有以之爲意思表示之效果者。皆意思表示之內容也。但最小限度之意思表示之內容。卽無論何種意思表示。皆必須有之內容。卽當事人標的物及法律行爲之種類之三者是也。除此三者之外。何者尙可爲其意思表示之內容。非解釋其各個之表示行爲。不可得而知。故心縱有以之爲內容之意。而未將其表示通常終不能以之爲內容焉。（民草一八一條一項）

疏

錯誤至若何程度。方與法律發生影響。各國立法例不同。日本民法規定。意思表示。如關於法律行爲之要素。有錯誤時。則無效。若其錯誤。與法律行爲無關。則否。何謂法律行爲之要素。在日本學者。甚有爭論。迄今尙無定說。有主張。則限主義者。如當事人標的物。法律行爲之種類。是。有主張。法律行爲之內容。與意思表示內容之錯誤。同。不能以抽象定之。須具體定之。此川名博士之說也。而余先生則謂。此說於理論上固無不。通。但亦有不妥。例如買物者。本欲送至後門。而誤言送至前門。在用名博士以爲。不影響於效果。而余先生則以爲。影響於買主甚大。仍可撤銷也。

如買賣之契約。買主之意思表示。在於以賣主之貨之所有權。屬於己。有此其意思表示之效果。卽其內容也。如欲買洋鐘。而誤言買白灰。鐘卽標的物。錯誤則可撤銷。法律行爲之種類。例如欲買其物。而誤言欲買其物。卽爲錯誤。

如甲買乙物。言明送至我家。與以上元者。買成之後。乙不送交。則其買賣不成立。蓋送交。雖非其內容。而當事人以之爲內容。卽係內容。如有錯誤。其法律行爲無效。此非普通條件也。蓋甲與以上元者。乃以腳錢包。括在內。否則不給以下元矣。

(2) 不關於意思表示內容。而公認爲重要之錯誤。雖不關於意思表示之內容。而普通認爲重要者。亦不能不視爲與內容等。故關於此之錯誤。與關於內容之錯誤。應同一視也。（

民章一八一條二項)

不關於意思表示內容而公認爲重要之錯誤其情形有二。

(甲) 關於當事人資格之錯誤。關於當事人資格之錯誤者。例如信其人有支付能力與之交易。而其人實無支付能力之類是也。

疏 支付能力即有財產也。如甲誤認乙有實力。而以物賒賣之。其後得知其無實力。則從前之契約可以撤銷也。但非由甲證明其從前實係不知不可。蓋不如是則交易之安全不能保也。

(乙) 關於物之性質之錯誤。關於物之性質之錯誤者。例如信爲純金鐲而購之。其實乃金鐲之類是也。

關於錯誤之效果如何。各國之立法例殊不一致。有取無效主義者。有取撤銷主義者。有兼取兩主義者。英美民法德民第一草案及日本民法（日民九條）取無效主義。德意志現行民法（德民一一九條）（項民八七三條）取撤銷主義。法國民法及法國法系諸國之民法則兼取無效撤銷兩主義。我民法草案蓋即仿德奧之例取撤銷主義。故錯誤之結果。不過表意人得將其意思表示撤銷而已。非其意思表示當然無效也。（民章一八一條）

疏 法國法分別規定何種錯誤爲無效何種錯誤可撤銷。撤銷之行為即認爲不  
可與未爲其行為同也。而可撤銷之行為則並非無效。其爲不撤銷之而已。

意思表示因錯誤之結果。表意人得將其撤銷。既如上所述矣。但此撤銷權若永久存續。則相對人及其他利害關係人之權利。將永久處於不確定之狀態。殊屬不宜。故法律定爲有撤銷

權之人於知其撤銷原因後須即行撤銷。並撤銷權於意思表示後逾二年即行消滅。以保護相對人及其利害關係人之利益焉。(民草一八三條)

此語消滅撤銷權之表示須即時。若逾二年中消滅。及不究其撤銷原因。則其撤銷權即行消滅。此語中消滅。及不究其撤銷原因。則其撤銷權即行消滅。

(二) 意思傳達之不實。表意人不親自表示其意思。而令人傳達者。往往有之。於此之時。而代

其傳達之人。為不實之傳達。其結果與表意人自陷於錯誤無異。故此種情形。亦應與錯誤同視焉。例如余命僕人。至某金店。言余購金若干。僕人誤傳為售金若干之類是也。

此種傳達不實之結果。與錯誤同。即其意思表示。可以依此原因將其撤銷也。(民草一八二條一八三條)

## 第八項 意思表示須無瑕疵

### 第一目 被詐欺而為之意思表示

詐欺者。故意使他人誤信其虛偽事實之行為也。詐言之。即詐欺者蓄意欲使他人陷於錯誤。依其錯誤而為法律行為。因而故意表示虛偽事實。以欺其相對人。相對人遂信以為真。而為錯誤之法律行為之謂也。由此觀之。則詐欺者。蓋由左列之分子而成者也。

疏 被詐欺而為之意思表示。例如甲商店。將倒閉而乙商店。因言甲店生意甚好。故可入股。內情之隱。為乙店之意。表示是也。

(一) 詐欺者須故意也。(詐欺意思) 故意云者。詐欺人知其所表示之事項之非真實。且知其



者也。例如詐言其山水爲玉石谷之真蹟，以紹相對人購之。其相對人所爲之買賣之意思表示，卽爲被詐欺而爲之意思表示也。但相對人縱無其詐欺，而亦購買其山水之時，其買賣之意思表示，不能謂之爲被詐欺而爲之意思表示何也。蓋其意思表示與其詐欺無因果關係故也。詐欺之效果因其情形不同，而其效果亦異。

(1) 對於詐欺人之意思表示，皆得撤銷者也。(民草一八五條一項)

(2) 因第三人行其詐欺之結果，對於相對人爲意思表示之時，以相對人明知其事實或得而知者爲限，始可以撤銷也。(民草一八五條二項) 例如甲與乙通謀，甲僞言乙之山水係石谷真蹟，紹丙購之之時，丙可以對乙撤銷其買賣也。

**疏** 所謂相對人可得而知者，卽相對人有重大之過失，不注意也。若相對人毫不知第三人之詐欺，則對於相對人不能爲撤銷。其保護被詐欺人，不如保護相對人以維持交易之安全也。

被詐欺人，被詐欺之結果，若於第三人有利害關係，第三人可行使撤銷權。蓋遺世法，關於此種情形，多無規定。而立法上應研究之問題也。例如甲以地賣於乙，而丙欲買之，甲曰：汝可商之於乙。乙有先買權，如乙不買，始可賣之於汝。丙並不商之於乙，迨對甲曰：乙不買，於是甲被丙之詐欺，與丙爲買賣，而損害於乙矣。此種情形，就一般之觀念言，爲第三人不履行使撤銷權，能請求損害賠償，惟損害賠償，無相當之標準，可得之利益極少，故立法上應與第三人以撤銷權，尚須研究也。

被詐欺而生之錯誤，不問其關於意思表示之內容與否，其意思表示，皆可撤銷也。蓋被詐欺而生之錯誤之爲意思表示撤銷之原因，與普通之錯誤之爲意思表示撤銷之原因，原爲個別之問題，不相關涉故也。



被詐欺意思表示之撤銷，不得以之對抗善意第三人也。換言之，即對於善意第三人，其撤銷不生效力也。（民草一八五條二項）蓋此種撤銷，若使之得與善意第三人對抗之時，必致有害於善意第三人之利益，而且影響於交易之安全故也。

**疏** 如甲被乙詐欺，將物賣於乙，乙又賣於丙，後甲主張撤銷，則其賣與乙即歸無效，丙亦得以其物返於甲。惟其物已為丙所有，丙為善意之第三人，則不能向丙請求返還也。蓋丙之受與，當無溯及之由來如何者，若可對抗善意之第三人，則有害於交易之安全也。此種情形，乙既不能返還其物，惟有適用損害賠償之原則而已。

詐欺若與刑法上詐欺相當之時，則生民法上及刑法上之效果者也。蓋兩者對於法律事實之效果，全異故也。刑法上詐欺之效果，生處罰問題。民法上詐欺之效果，不過得以撤銷而已矣。

**疏** 民法上之詐欺，有時與刑法無干，亦有時兼及於刑。法問題者，若生刑法上之效果，則生附帶私罪問題。

被詐欺而為意思表示，因以受損害之時，被詐欺人得向詐欺人請求損害賠償也。蓋詐欺人對於被詐欺人為侵權行為故也。（民草九四五條）

被詐欺而為之意思表示，雖許其撤銷，然不加以制限，則以權利狀態，永不確定，實有害於交易之安全。故法律定為有撤銷權之人，於發見詐欺後，一年內撤銷之，並撤銷權於意思表示後，逾二十年，即行消滅，以確定權利之所屬，而保護交易之安全焉。（民草一八七條德民一二四條日民一二六條參考）

變而不能行使者。即自障礙終止之日起。一月內時效不完成。而後銷債。二。高舉槌頭不能於發見正欺後。即行使者亦自障礙終止日起。一月內時效不完成。但特許權之消滅。則移為一年。或不准用時效不完成之規定。

## 第二日 被強迫而爲之意思表示

強迫者。故意表示加害之意。使他人發生恐怖心之行為也。詳言之。即強迫者。蓄意使他人發生恐怖心。依其恐怖。而爲法律行為。因而故意表示加害之意。以脅其相對人。相對人遂生畏懼。而爲法律行為之謂也。由此觀之。則強迫者。蓋由左列分子而成者也。

**疏**

如綁票勒贖。事主應允。即被脅迫而爲之意思表示也。一方爲刑法上之恐嚇取財。一方爲民法上之問題。

(一) 強迫者須故意也。(強迫意思) 故意云者。強迫人欲相對人生恐怖心。且欲其因此恐怖而爲一定之意思表示之謂也。故民法上之強迫。與刑法上之恐嚇有別。刑法上之恐嚇。必有不法取得財產上利益之目的。其恐嚇始爲成立。而民法上之強迫。則縱取得財產上利益之心。其強迫仍成立也。

(二) 強迫者須表示加害之意也。(迫害行為) 所謂加害者。其爲加害於生命身體名譽。抑爲加害於財產。並其加害程度之大小。在所不問。祇以被強迫人足以生恐怖即可也。

(三) 強迫者須相對人因其迫害行為致生恐怖也。故已在恐怖狀態之人。因而脅迫之。不得謂爲強迫也。例如溺者呼救。而脅以必與以一定之報酬。始救之。不得謂之爲強迫者也。但本

有救濟之職分之人。與溺者所約之報酬。其行爲爲反於公共秩序之行爲。得依民草百七十五條之規定。作爲無效者也。

(四) 強迫者。須以迫害行爲。使其決定意思之爲不當也。換言之。須迫害行爲。爲不法。或反於

公共秩序。始爲強迫也。例如云。汝至期不還吾債。則殺汝。(此迫害行爲不法也)又如云。汝至期不還吾債。則告汝爲革命黨。(迫害行爲雖非不法。然因其迫害。以使其決定意思。殊反於公共秩序也)之類是也。反之。如云。汝至期不還吾債。則必訟汝於審判廳。不得謂之強迫也。被強迫而爲之意思。表示者。受強迫之結果而爲之意思表示也。其意思表示。與強迫有因果關係者也。例如甲脅乙曰。汝不與我千圓。則殺汝。乙受其脅。而允與甲千圓之時。其與甲千圓之約。卽爲被強迫而爲之意思表示也。反之。乙縱無甲之脅迫。亦與甲千圓。又或爲防甲之再脅迫。而與甲千圓之時。此等贈與之意思表示。不得謂之爲被強迫之意思表示也。何哉。蓋其意思表示。與受強迫無因果關係故也。

強迫之效果。卽被強迫而爲之意思表示。皆得以撤銷。其爲因強迫人之強迫對之意思表示。或因強迫人之強迫對於第三人所爲之意思表示。在所不問也。

被強迫而爲之意思表示之撤銷。其效力無論何人。皆能對抗者也。此強迫與詐欺相異之點也。被強迫而爲之意思表示。其強迫之程度。至於表意人全失其意思之時。其意思表示。爲不成立。自

不發生撤銷之問題也。例如甲強制乙之手以寫借貸證書券之類是也。

**疏** 如病人垂危親族強執其手寫遺囑或為遺囑等語其意為全無病人之意思也。  
大理院曾有一案病人垂危無繼承人他人寫立遺囑字樣物長手印者即此類也。

被強迫而爲之意思表示。因而受損害之時。被強迫人得向強迫人請求損害賠償也。蓋強迫人對於被強迫人爲侵權行爲故也。(民草九四五條)

被強迫而爲之意思表示。雖許其撤銷。然不加以制限。則權利狀態。永不能確定。實有害於交易之安全。與詐欺之時同。故法律關於其撤銷權之行使及消滅。使其與詐欺適用同一之規定焉。(民草一八七條)

## 第八款 依代理之法律行爲

### 第一項 代理之意義 (一、二、三、四、五)

代理者。爲他人爲意思表示。或爲他人受意思表示之謂也。(民草二二三條)由此定義觀之。故

(一) 代理者。常就於意思表示而存在者也。法律行爲之代理云者。即其要素之意思表示之代理之意也。故僅就於契約之要約。或僅就於契約之承諾。皆得爲代理也。代理惟就於意思表示始存在。故非意思表示之代理。非民法上所謂代理也。例如宴會之代理。送迎之代理之類是也。

**疏** 代理常就於意思而存在。故甲已買妥乙之物。而令丙領取之。則丙不能謂之爲代理也。

代理在於爲意思表示者稱之爲積極代理。(一三三條一、二、三、四、五) 或動方代理。(民草二一三條一項) 在於受意思表示者稱之爲消極代理。(一三三條一、二、三、四、五) 或受方代理焉。(民草二二三條三項) 前者例如甲代乙爲買賣之要約。後者例如甲代乙受買賣之承諾是也。

代理之觀念不能以法律行爲上效力之歸於本人與否而定之也。蓋法律行爲上效力之歸於本人乃代理效果之問題。非關於代理之本質故也。是以某人行爲之效力直接歸於他人不能謂其卽爲代理也。例如質權人處分其質物不得謂之爲代理之類是也。爲代理之人稱之爲代理人。被代理之人稱之爲本人焉。

疏 代理之法律行爲之效果歸於本人。其不能謂法律行爲之效果歸於本人者。例如質權人處分其質物。不得謂之爲代理。此論理學上之原則也。

(二) 代理者以有爲本人意思(代理意思)爲其必要之成分也。爲本人云者由其意思表示所

生之利益或不利益直接歸於本人之謂也。換言之卽其意思表示之法律行爲上之效力直接對於本人發生之謂也。是以代理意思者卽於法律行爲上之效力對於本人發生之意思也。此代理意思通常必須表示始可表示此意思之方法卽以本人之名義爲意思表示其通例也。(民草二二三條一三項) 但有時縱不表明本人名義亦可成代理者乃謀營業上之便利所設之例外也。(民草二二三條二項)



疏 法定代理由於法律之規定，本人並無授權行為，故此說亦不足取。

(三) 代理人行為說。此說謂代理者，其使意思表示成立者，為代理人，受其效果者，乃本人也。成立意思表示之當事人，與受其效力之當事人分離，初不反於法理也。此說雖不過僅僅說明代理之事實，然其眞理自寓其中，故學者多主張此說焉。(Toinens, *Wortliche Handlung*)

(三三)

疏 羅馬法不認代理，故意思表示祇能拘束自己之說，可以貫徹。而今則代理觀念日益發達，故羅馬法之舊說，不能不打破，明認代理之行為屬於代理人，而其效力則歸於本人也。

代理者，為他人為意思表示，或為他人受意思表示者也。既如上所述矣，故依此定義觀之，則代理之意思表示，法律上非本人為之，本人受之，(本人行為說)亦非本人與代理人共同為之，共同受之，(共同行為說)乃代理人為之，代理人受之也。(代理人行為說)其法律行為上之效力，直接歸於本人者，乃有代理人於本人生效力之意思表示故也。代理人與其相對人間之意思表示，使其對於本人生效力，法律上毫不足異者也。

(四) 代理意思為代理之要素，故無此意思，不得謂之為代理也。由此觀之，故間接代理者，非代理也。間接代理者，以自己之名，於他人之計算，為意思表示之謂也。故其法律行為上之效力，直接歸於表意人，不過表意人對於本人，有將其效果移歸於彼之義務而已。

疏 如身訂者，不為買賣而以自己之名義為之，其間雖歸本人，其間與代理無異，而表面上則否。即本行代買主買賣，以加價歸於主，其損益全歸於主，其間雖歸本人，其間與代理無異，此非代理，以其在外部不承認代理意思故在。

法律上所爲之行為，須得本人之許可，其效力，非由本人之許可，而由法律之規定，其效力，非由本人之許可，而由法律之規定。

法律行爲，以可以遺人代理爲原則，但行爲之本質，有限於本人自己始能爲之者，則不許代理也。例如遺囑是也。

遺囑法律上之規定，其效力，非由本人之許可，而由法律之規定。其效力，非由本人之許可，而由法律之規定。其效力，非由本人之許可，而由法律之規定。

### 第二項 代理之效果

代理之第一效果，即代理人所爲之意思表示，或所受之意思表示，直接對於本人生效力是也。（民草二二三條）但此效力發生之有效條件。

(一) 代理人不必爲完成行爲能力人也。（民草二二六條）故滿七歲以上之未成年，人準禁治產人及妻，皆得爲人之代理人。獨斷而爲有效之意思表示，乃當然之理也。蓋代理人所爲之意思表示，或所受之意思表示，乃使直接對於本人生效力之意思表示，於其自己無利害影響故也。

**疏** 法律所以規定無行爲能力人及限制行爲能力人之行爲無效者，以保護其自己或其關係人之利益也。至爲代理人則於自己之利益無關係，本人如欲委任代理人，亦無不可。故代理人所爲之意思表示，或所受之意思表示，其效力，非由本人之許可，而由法律之規定。其效力，非由本人之許可，而由法律之規定。其效力，非由本人之許可，而由法律之規定。

(二) 意思表示若因意思欠缺（詐欺脅迫）或明知其事情，或可得而知，致其效力受影響者，其



事實之有無。均就代理人決之也。(民草二一五條)此蓋意思表示由代理人爲之。代理人受之(非本人爲之。本人受之)之結果也。但代理人之行爲。依本人指示而爲者。本人於已知或因過失而不知之事情。不得以代理人不知爲藉口也。例如本人明知相對人之買賣要約。並非出於真意。而向代理人爲買受承諾之指示。於此情形。若許本人得以代理人不知其事實爲主張。而使其買賣有效。殊屬不當故也。

代理之第二效果。卽代理人須視同本人也。此第二效果。乃第一效果之效果也。關於此。雖無何等明文。然不能不認有此原理也。例如代理人爲有瑕疵之意思表示時。其撤銷權。非歸於代理人。乃歸於本人。又如代理人雖非商人。然其代理之本人爲商人之時。其行爲仍爲商行之類是也。

撤銷權之所以必歸於本人者。蓋以代理人於自己無利害關係者。使人詐欺而置之不理。則於本人固不利益。故關於撤銷權。法律雖無明文規定。而解釋上當然歸於本人也。

發生代理效果之特別條件。卽代理人通常須有代理權也。關於代理權於次項中再詳論之。

### 第三項 代理權

#### 第一目 代理權之性質

代理權 (Procuratorship, Prokuratortätigkeit) 者。代理人所爲或所受之意思表示之法律上之效力。直接歸於本人之法律上狀態也。故代理權。非權利也。何哉。蓋代理權者。非許爲代理行爲之狀態故也。

如上所述。代理權者爲由代理所生之法律上效力。使其直接歸於本人之要件。非代理之要件也。何哉。蓋無代理權而爲代理者。往往有之故也。

流 牙官爲間接代理。非法律上之代理。法律上之代理。其直接歸於本人。在效力也。北京商界有經手人。非普通代理。亦非代理權。乃介紹。對局。方者。其責任大。如甲借乙之錢。丙爲經手人。甲履行債務時。丙因履行與乙。履有同其效力。此中。則物不之也。此中。

## 第二目 代理權之發生

代理權發生之原因有種種。試分述於下。

(一) 代理權有由法律之規定而發生者也。例如親權人關於子之財產之法律行爲。所有之代理權。夫婦一方受禁治產宣告之時。其他方所有之代理權之類是也。

(二) 代理權有由官署之處分而發生者也。例如審判廳選任法人之清算人之類是也。

(三) 代理權有由法律行爲而發生者也。此代理權發生之原因中之最普通且最重要者也。

發生代理權之法律行爲。學者稱之爲代理權之授與焉。關於代理權授與行爲之性質如何。從來多數學者皆認委任契約與代理權之授與爲同一物。即代理權者。由委任契約而授與者也。但至近世德公法大家拉傍德先生 (Larenz) 始發見代理權授與之法律行爲。非委任契約。乃爲一種特別之法律行爲。故代理權授與之意思表示。得向代理人爲之。亦得向其行爲之相對人爲之也。 (Nitzsch, Die jur. das. German. Handlung. 中之 Tabular 論文參)

考) 向代理人之相對人爲意思表示。而授與代理權者。不過祇有授與代理權行爲之存在。反之。向代理人爲意思表示。而授與代理權者。則代理權授與之行爲。須與其基本之法律行爲。結合而存在者也。例如與委任契約同存在者有之。與雇傭契約同存在者有之。與合夥契約同存在者亦有之也。其基本法律行爲與授權行爲之間。有如何關係。乃學者最有爭論之點也。(民草二二〇條至二二三條)

**疏** 授權行爲與委任契約不必同時存在。例如甲爲本人。乙爲代理人。丙爲與代理人爲行爲之相對人。甲並未委任乙。只向丙言我與汝之買賣。如立合同。汝可與乙爲之。乙爲我之代理人。則甲乙之間。雖發生代理關係。當此之時。甲之授權於乙。尙不知爲有委任關係存在。其間耶。

此卽向代理人之相對人爲意思表示。而授與代理權者也。

單獨行爲爲授權行爲者。實際上甚少。向代理人爲意思表示。而授與代理權者。實際上最多。然此亦不止委任契約。而一種。雇傭契約同存在者。如甲爲店東。雇乙爲店警。則乙之爲店中職務。卽係爲甲之代理也。

委任契約爲授權行爲之基本行爲之一。其種類尙多。不必盡出於委任契約。之學者殆無異議。然授權行爲究與基本法律行爲有如何關係。則學者間之言論尙多也。(其學說如前卷一)

(1) 有謂授權行爲與其基本之法律行爲。全然獨立。不相關涉也。故基本法律行爲。(例如委任契約) 縱無效。或可以撤銷之時。其授權行爲仍有效。依舊能發生代理權授與之結果也。(Hirshonin, P. 1, P. 2, 111)

(2) 有謂授權行爲。全然從屬於其基本法律行爲者也。故基本法律行爲。若無效。或可以撤銷之時。其授權行爲亦無效。或可以撤銷也。卽授權行爲。因其基本行爲之無效。或撤銷。當然消滅也。

(二) 有謂授權行為原來與其基本法律行為不相關涉。獨立存在者也。不過依授權人之意思使之從屬於基本行為固無妨也。(二二二、二二三、二二四、二二五)

疏 第一說與第二說相違。蓋授權人之意思使之從屬於基本行為。第一說謂其無妨。第二說謂其無妨於授權人。

(三) 有謂授權行為原來從屬於基本法律行為者。不過依授權人之意思使之獨立亦可也。

(D) (Hornbaker, § 11, § 12)

疏 此說與第二說相違。此說與第三說均為前二說之折衷說。不過第二說偏重第一說。此說偏重第二說耳。

以上四說皆各有其理由。然我民法草案之解釋似宜取第四說也。(民草二二二五條)

疏 依理論言。第一說為妥。依事實言。第二說為妥。蓋事實上單純授權者少。而從屬於委任者多也。如甲向乙言汝代辦某事。允之。即委任契約。故為學界主張委任契約為代理權發生之原因。蓋因此說之合於事實也。

二二二條意定代理權因代理權消滅。法律關係終結而消滅。謂代理原因之法律關係消滅。法律行為消滅也。

二二五條第一項為第一項之例外。應乙為店夥。初時委任契約與授權行為同在。後其不遵代理方針。則代理權當然歸於未消滅也。

### 第三目 代理權之範圍

代理權之實質在於代理之法律行為上之效力。使其直接歸於本人。既如上所述矣。但代理權之作用。必有其所及之範圍。此作用所及之範圍。學者即稱之為代理權限焉。

代理權之範圍。於法定代理之時。通常皆依法律規定以決定之也。例如法人之董事會及清算會之代理權限。(民草八九條、二二六條)及親權人監護人之代理權限。(民草親屬編六一條)

一零五條) 是也。(民草二一九條)

疏 清算會以清算目的之範圍內為限。董事會關於社團法人之業務於審判上審判外均得代表法人。  
疏 關於子之財產之法律行為而行使權利人之父或母為之代表(二二七、二二八條) 監護人同(二四二)。

代理權之範圍。於意定代理之時。依授權行為之趣旨。以決定之也。例如如依委任之代理權限是也。(民草二二二條)

#### 第四目 代理權之制限

代理人於其代理權限內之法律行為。原則固可任意為之。但尚有左列之制限焉。

(1) 無論何人。不得為相對人之代理人。與自己為法律行為也。(民草二二七條)

疏 如乙為甲之鋪掌。有代理權。而自定鋪勞費若下。則必利於己。不利於甲也。

(2) 無論何人。不得為當事人兩造之代理人。而為法律行為也。(民草二二七條)

疏 如乙一面代理甲。一面又代理丙。則恐不公平。故法律行為。只能代理一造也。

蓋代理人者。祇能專謀本人之利益。故使其得與自己。或代第三人為法律行為時。必致與本人人生利害之衝突故也。此規定。蓋於意定代理及法定代理。皆適用者也。

關於代理人違反此規定所為之法律行為之效力如何。學者間頗有爭論。

(甲) 有謂其法律行為。應使之無效者。

(乙) 有謂其法律行為。與無代理權所為之法律行為同。其有效無效。係之於本人之追認者。

余則贊成第二說者也。何哉。蓋民法草案第二百十七條。乃關於代理權制限之規定故也。又此規定。非強行法規也。何哉。蓋此規定。乃謀本人或當事人雙方之利益。所設之規定故也。是以本人有反於此規定之意思表示時。則從本人之意思。固無妨也。(民草二二七條)

**疏**

民草二一七條代理人非經本人允許。不得為自己為法律行為。云云。為制限規定。非強行規定。(即為保護本人之私益之規定也) 如本人以無害於繼承者之則。使之有效。固無妨也。

關於債務之履行。縱無本人特別許諾之時。亦得為本人之代理人。或當事人兩造之代理人而為之也。(民草二二七條但書) 蓋於此情形。與本人不生利害之衝突故也。例如甲為乙之代理人。關於乙之一般履行債務。有代理權。而甲對於乙有債權之時。甲一面為乙之代理人。履行債務。一面自己受其履行。固無妨也。

(三) 數人之代理人。共同為代理之時。學者稱之為共同代理。共同代理。自其代理權之一面觀之。初非其權之制限。不過數人共同行使。一完全之代理權而已。然自其各個代理人之一面觀之。則不能非其權之制限也。換言之。即共同代理者。雖非代理之客觀的制限。乃其主觀的制限也。但法律有特別規定。或當事人有特別意思時。仍不受此制限。是不待言也。(松本

丞治博士日本商法原論二六六頁參考)(民草第一二八條)

**疏**

如甲乙丙三人。共為代理。則甲為代理權。非與乙丙協議。不可。丙亦無代理。云云。為無效也。

民草二一八條。共同代理原則上。須共同為之。但有例外。即法律有特別規定。或當事人有特別意思表示時。是也。

第五目 代理權之消滅

代理權消滅之原因有二。(一)共通原因。(二)特別原因。特別原因者各代理特有之原因之謂也。我民法草案關於代理權消滅之共通原因雖未設何樣規定。但依學理言之。則代理人之死亡。乃代理權消滅之一共通原因也。何哉。蓋無論爲法定代理。爲意定代理。若代理人死亡之時。其代理關係應即消滅。是不待言也。意定代理之代理權除上述共通之消滅原因外。因其代理原因之法律行爲之終結而消滅者也。(民草二二五條一項)例如因委任關係而授與之代理權。則依委任關係之終結而消滅。因合夥關係而授與之代理權。則依合夥關係之終結而消滅之類是也。

法定代理之代理權除上述共通之消滅原因外。亦有種種特別之消滅原因焉。例如親權人之法定代理權。因親權人喪失其親權而消滅。董事會之法定代理權。因法人之解散而消滅之類是也。意定代理之代理權消滅時。代理人須將授權書交還於代理權授與人。關於授權書之交還。代理人不得主張留置權焉。(民草二二六條)

**疏** 按此項規定。係指代理人將授權書交還於代理權授與人而言。若代理人將授權書交還於代理權授與人。而代理人仍持有該授權書。則代理人仍得行使代理權。此項規定。係指代理人將授權書交還於代理權授與人。而代理人仍持有該授權書。則代理人仍得行使代理權。此項規定。係指代理人將授權書交還於代理權授與人。而代理人仍持有該授權書。則代理人仍得行使代理權。

又代理人若將授權書遺失。或因其他原因不能將其交還時。意定代理權之授與人。得依公示催告之規定。請宣示授權書無效也。(民草二二七條)

意定代理之代理。權若其原因（基本）之法律關係無特別訂定之時。得於該法律關係存續中撤回之也。（民草三三二條三項）於此情形。其代理權即因其撤回而消滅焉。（民草三三九條）

意定代理之代理權。因其原因之法律關係之終結或代理權之撤回而消滅。既如上所述矣。但若即以其原因消滅之時期。為其代理權消滅之時期。則善意第三人。或將因此受不測之損害。是以法律為保護善意第三人。對於其消滅之時期。為之另設規定焉。

(1) 向第三人為意思表示。而授與以代理權者。其代理權之存續。主授與人以代理權消滅通知於第三人時為止。（民草三三八條）

(2) 第二百二十二條第一項及第二百二十三條情形。其代理權之存續。至依授權時之通知及公告方法而撤回時為止。（民草三三九條）

授與代理權時依通知及公告之方法為之撤回亦宜通知或公告。

(3) 第二百二十二條第二項情形。其代理權之存續。至代理人將授權書交還授與人。或宣示授權書無效時為止。（民草三三六條）

以上三條規定。原為保護善意第三人而設。故若第三人當為法律行為之時。明知代理權之消滅。或可得而知者。則該規定不能適用。乃當然之理也。（民草三三一條）

## 第六目 代理權與復代理人



復代理人 (Revocable Agent) 者。有代理權之代理人。就於其權限內之行爲。所選任之本人代理人也。故復代理人者。非代理人之代理人。亦非本人選任之代理人也。

復代理人與代理人之關係。非舊代理人與新代理人之關係。故復代理人與代理人。得同時以同一之權限併存者也。復代理人之權限。由代理人定之。與代理人之權限同一。權限者。有之。比代理人之權限較小之權限者。亦有之。但無論如何。權限之復代理人。皆直接本人之代理人。其所爲或所受之意思表示。皆直接對於本人生效力也。(民草二二三五條一項)

疏 新代理人與舊代理人之關係。爲新舊接替之關係。舊代理人爲本人選任。故新代理人發生舊代理人權限消滅而復代理人與代理人之關係。則異是。復代理人爲代理人。本人代辦。故其權限可同時存在。如甲商店以乙爲鋪掌(代理人)有審判上審判外一切之權限。如乙因事繁自己不能處理。而以某行爲委丙代理。則丙即所謂復代理人也。

復代理人選任權之發生。因意定代理與法定代理性質之不同。而異者也。茲將其分別說明於下。

(一) 意定代理 意定代理人。原則無選任復代理人之權。以有下兩種理由之一爲限。始能選

任復代理人焉。(民草二二三四條一項)

疏 意定代理。多因本人之信任而始授權。代理人可隨時委任復代理人。則法律不無於本人故有限制也。

(1) 經本人之許諾。

(2) 有不得已之事由。所謂不得已之事由者。例如疾病是也。

於此情形。代理人就於復代理人之選任及監督。對於本人須負責任也。(民草二二三四條二項)

故就於選任有過失。或選任雖無過失。而監督不注意之時。則復代理人所加於本人之損害。代理人須任其賠償之責也。但代理人以本人指定之人。任爲復代理人之時。就於其選任及監督。皆不負責任。然若明知其不勝任或不誠實。而怠於通知本人。或怠於將其解任者。仍負責任也。  
(民草二三四條二項但書)

疏 甲之商店乙爲鋪掌。代理人丙爲甲所指定。而由乙委任之。復代理人如乙明知丙不能勝任或不誠實。而不告知於甲。或不將丙解任。則乙仍須負責。以乙未盡忠實之義務也。

意定代理。原基於本人對於代理人所有之信用。而生之關係。故代理人須有自己爲其代理行爲之必要。換言之。即依原則不得選任復代理人。其所以許其選任復代理人者。乃原則之例外。故雖許其選任。而仍令其負責任者。以此故也。

(二) 法定代理。法定代理人。有自由選任復代理人之權。(民草二三三條)故其對於本人之責任。亦至重大。即於此情形。代理人就於一切關係。皆負責任。換言之。即復代理人對於本人所加損害。代理人絕對負其賠償之責任也。

疏 法定代理人一切事務皆由代理人爲之。且較爲長久。若不能隨時選任復代理人。則於法定代理人殊多不便。且其代理之發生。由於法律之規定。不得得其同意。決不與以自由選任復代理人之權。一經代理即受牽累。又擔負爲法定代理人耶。

復代理人之代理權。由代理人之授權行爲而生者也。故代理人爲意定代理人之時。復代理人亦爲意定代理人。代理人爲法定代理人之時。復代理人亦爲法定代理人也。代理人與復代理人之

關係。爲委任關係。本人與復代理人之間。無何種關係者也。但依法律之規定。認本人與復代理人有與代理人同樣之關係。是以代理人與本人之間。爲委任關係之時。亦視爲委任關係。代理人與本人之間。爲監護人與被監護人之間。亦視爲監護關係也。(民草三三五條二項)

復代理人與第三人之關係。其與代理人同。亦不待言也。(民草三三五條三項)

#### 第四項 代理之變態

代理人雖無代理權。而亦生代理之效果者。其情形有二。(一)與有代理權同視之時。(二)因追認而發生代理效果之時(無權代理)是也。

#### 第一目 與有代理權同視之時

代理人雖無代理權。而與有代理權同視者。其情形可分爲二。

- (一) 代理權授與人。將已授與代理權於他人之事。通知於第三人之時。(民草二二三條一項)
- 於此情形。其他人縱未受有代理權。其人與第三人間所爲之法律行爲。直接對於本人生效力也。何哉。蓋第三人於此情形。常信他人之有代理權。故法律亦使其與有代理權生同一效果。以達保護第三人之目的爲。

疏 代理之旨。係本人與代理人發生代理之效力。然亦有不必親授權於代理人而亦發生代理之效力者。如前項情形。安允之時。前項通知。已爲授與代理權。而乙亦有代理權所爲之行爲。亦對於

本人發生效力。故曰代理之機能。

(二) 代理人將意定代理權之授與人所交付之授權書提示於第三人之時。(民草二二二條二項) 於此情形其代理人縱無其代理權然其人與第三人間所爲之法律行爲亦直接對於本人生效力也。此亦保護第三人而設之規定也。

**疏** 如乙爲甲之代理人其代理權經已消滅而將授權書向甲之手解乙以受授權書提示於丙而與丙交易。丙內爲法律行爲則對於甲亦生效力。惟丙將來將授權書索回則過失在甲無保護之必要也。可與有代理權同視者。就中國社會之情形言。不在此限。代理人之有權更宜有指定代理之規定。中國爲家室制度。財產多屬於共有。家庭中何人可以處分財產。弟三人無由知悉。如過此界限。則與其家室間發生爭端。而追使其行爲無效。則第三人必蒙不測之損害。故其不能證明具有代理權。然亦不能證明其無代理權時。以推定其有代理權爲宜。以保護第三人之利益。即如家室中有持其親屬以爲代理人。其親屬行爲者。即推定其有代理權。而認其行爲爲有效。以保護交易之安全也。

## 第二目 無權代理之時

代理人無代理權而爲代理人。不能與有代理權同視者。稱之爲無權代理。無權代理其代理爲契約與代理爲單獨行爲有別。試分別說明於下。

### 第一 無權代理人所爲之契約

無代理權之人爲他人之代理人爲契約之時。其契約非常當然無效。不過其效力發生與否在於未定之狀態。依本人之追認之有無而定者也。故本人就於此契約有追認及拒絕追認之權利者也。(民草二二二六條)

追認者。使無權代理所爲之契約發生法律上效力之意思表示也。(Mandatum, (Fondation))

故因此追認其契約之法律上效力。直接對於本人發生焉。

依理論言之。追認之效力。自追認之時始。向將來發生效力。不能溯及訂立契約之時者也。但我民法草案。追認以有溯及力爲原則。欲不遵守此原則之時。須有特別之訂定始可也。（民草二六四條一項）惟其效力溯及之時。第三人之權利。亦不因其受損害也。（民草二六四條二項）

追認爲一種意思表示。既如上所述矣。故欲追認發生效力。必須於其效力發生之時。本人存在。並有完全享有契約上權利之能力始可也。

契約之追認。須向相對人爲之。（民草二三七條）故對於無權代理人所爲之追認。不生追認之效力也。

本人有拒絕此契約之追認之權利者也。拒絕者。拋棄追認權之意思表示也。故無權代理人所爲之契約。本人一經拒絕後。不得再爲追認者也。

拒絕亦與追認同。須對於契約相對人爲之也。故對於無權代理人所爲之拒絕。亦不生拒絕之效力也。（民草二三七條）

相對人對於本人。有催告其確答是否追認之權利也。（民草二三八條一項）蓋相對人因本人之追認或拒絕。其地位始爲確定。故許其有此催告之權利。亦當然之理也。

相對人爲此催告。須定相當之期間。使本人得以熟思審慮。以定其追認或拒絕。於此指定之期間。

內。本人如不為確答之時。視為其拒絕追認。其後即不得再為追認焉。(民草三三八條二項)

相對人又有撤回契約之權利也。(民草三三九條)相對人行使其撤回權者。蓋不欲其契約上效力之發生也。故撤回之結果。與無契約同。是以無權代理人所為之契約。一經相對人撤回之後。本人即不能再為追認者也。但此撤回權之發生。須具有左列二要件。

- (一) 訂立契約之時。相對人須不知其無代理權。
- (二) 本人未曾追認。

故兩者缺一之時。其撤回權不發生者也。

又本人拒絕追認之時。自無撤回之必要。其撤回權亦不發生。是不待言也。

以他人之代理人名義。訂立契約。若不能證明其代理權。並經本人拒絕追認之時。其契約無效者。

也。何哉。蓋此契約。無論如何。不能變為代理人與相對人之契約故也。但於此情形。相對人對於代理人得請求其履行或賠償損害。固無妨也。(民草二四〇條)

疏 如甲乙兩法律行為。前不能證明其有代理權。後證明之契約。當然無效。不能於此時作為

相對人之權利。故其為代理人之行為。其效力。應由甲乙兩法律行為。前不能證明其有代理權。後證明之契約。當然無效。不能於此時作為

相對人之權利。故其為代理人之行為。其效力。應由甲乙兩法律行為。前不能證明其有代理權。後證明之契約。當然無效。不能於此時作為

此請求履行或請求賠償損害之選擇權。屬之於相對人者也。此種請求。乃因法律(第二百四十一條)之特別規定而生。故謂之為法定請求權。此種請求權。乃為保護善意之相對人。防其受不測



第二 無權代理人所爲或所受之單獨行爲

無權代理之單獨行爲之效力。因下列兩種情形之不同而異者也。

(1) 無權代理人所爲之單獨行爲。

(2) 向無權代理人所爲之單獨行爲。

疏 (一) 如甲代乙捐助慈善會以十元是。乙如甲爲乙之無權代理人。之債權人丙向甲爲債務免除之意思表示。

茲將其分別說明於下。

(一) 無權代理人所爲之單獨行爲。無權代理人爲單獨行爲之時。其行爲係由於向不特定

人之意思表示而成立者。則其單獨行爲全然無效者也。反之。由於向特定人之意思表示而成立者。則其單獨行爲。以有左列情形之一爲限。得因本人之追認。定其爲有效焉。(二四二

條)

(A) 相對人於其代理權並不爭執之時。

(B) 相對人於其行爲表同意之時。

蓋此種情形。皆相對自甘居於不確定之地位。故無特保護之必要也。

疏 向不特定人之意思表示。例如甲代乙爲捐助行爲是也。同特定人之意思表示。例如甲代乙向丙爲債務免除之意思表示是也。

(A) 如甲代乙免除丙之債務。而丙並不爭執是。(B) 如甲代乙免除丙之債務。而丙表同意是。以上二例。即甲爲乙之輔夥。丙爲乙之債權人。丙明知甲無代理權。而姑請其爲債務免除之表示。俟得輔主之追認。始生效力。是丙甘居



於不確定之地位故  
無保護之必要也。

又於此情形。形相對人對於本人。有催告其是否追認之權利也。本人於此催告所指定之期間內。不為追認之時。則視為拒絕追認焉。(民草二四二條三三八條)

相對人對於無權代理之行爲。表同意之時。則不能向無權代理人請求履行或損害賠償。是不待言也。

(二) 向無權代理人所爲之單獨行爲。向無權代理人所爲之單獨行爲。以得無權代理人之

同意爲限。得因本人之追認。而發生效力者也。(民草二四二條二項三三八條準用)

〔疏〕 如甲向乙之僕丙言曰。我欲免除乙之債務。如丙承諾代爲轉告。則乙追認之即生效力。如甲隨意代人言曰。我欲免除乙之債務。並未得丙之同意。則無效也。

於此情形。表意人對於本人。有催告其是否追認之權利也。

關於代理之規定。於非意思表示之心裏表示。亦能準用者也。

第九款 附條件之法律行爲

第一項 條件之意義 (Condition, Bedingung)

條件者。表意人附加於其意思表示之任意制限。使其意思表示之法律上效力。係之於將來客觀不確定之事實之成否者也。例如甲與乙約。云吾若出洋遊學。則將吾之房售與汝。此即所謂附條件之買賣也。茲將上述之定義。分晰說明於下。

(一) 條件者。附加於意思表示。制限其意思表示上之效力者也。附條件之法律行為云者。卽其行為要素之意思表示。附條件之謂也。當事人當其爲意思表示之際。不欲其效力絕對發生。或一旦發生之效力。不欲其絕對永續。因而欲制限其意思表示之效力者。有之。條件者。卽此制限之一種也。條件自身。雖亦爲一種意思表示。然爲他意思表示之一部。不能獨立存在者也。例如附條件之買賣云者。乃一個有條件買賣之意思表示也。

(二) 條件者。須本於當事者之任意制限也。故法律上或事物之性質上。當然有之制限。(卽行謂法定條件) 非此所謂條件也。例如遺贈之效力。須遺贈人先受遺人死亡爲條件。始能發生。又如未來滋息之讓與。事實上其讓與之效力。須待將來有滋息爲條件。始能發生之類是也。

(三) 得爲條件之事實(條件事實)

(1) 須將來之事實也。故過去及現在之事實。皆不得爲條件也。例如云「某船若昨日已由天津開行」或「某船若現在已進口」。皆不得謂之爲條件也。

(2) 須客觀不確定之事實也。蓋附加條件之目的。在於制限意思表示之效力。若非不確定之時。則無用其制限故也。又所謂不確定者。須吾人一般客觀之知識。認爲不確定始可。僅當事人主觀不確定之事實。卽爲條件之事實。當爲法律行為時已確定。而當事人不知者。

原不得以之爲條件。不過爲求實際之便利。法律特規定其行爲可視爲附條件之法律行爲而已。(民草二五〇條)

法律行爲有能以附條件者。有不能附條件者。例如親屬法中特有之法律行爲(如婚姻離婚私生子之認知等)皆不能附條件者也。何哉。蓋此等法律行爲。若附以條件。使其法律上效果不明確之時。則反於公共秩序故也。財產法上之法律行爲之能否附加條件。則視其爲契約抑爲單獨行爲而有別也。契約可以附加條件。而單獨行爲則以不能附加條件爲原則焉。何哉。蓋單獨行爲原依行爲人一方之意思表示而成立。若任行爲人隨意加以條件時。則相對人常居於不確定之地位。殊大背於人情故也。我民法草案關於抵銷。不許其附條件者(民草四七三條)亦卽此意。但關於單獨行爲若相對人同意於其行爲人。附條件或單獨行爲之性質。縱附加條件。相對人亦不致受何樣損害之時。卽附以條件亦無妨也。例如免除或遺贈。雖爲單獨行爲。皆可附以條件也。

疏 親屬法中之行爲多不能附條件。如甲男乙女結婚。當十年爲期。此後卽解除。則法所不許也。然親屬法中之扶養義務亦非絕對不准附條件。如伯叔扶養其子。姪言者其子。姪言自己謀生活時爲止亦未始不可也。

抵銷則債務消滅不抵銷則須預備履行與領受。附條件則居於不確定之地位而使相對人無所措手足也。

## 第二項 條件之種類

條件之種類。因其觀察點之不同。可以分之爲種種。

(一) 停止條件與解除條件。此乃因其制限法律行爲效力之狀態之不同。所生之區別也。法

律所規定之區別祇此一種而已。茲將此二者分別說明於下。

法律所規定者其此二種以後之分類乃學者之分類也。

(甲) 停止條件。停止條件 (condition suspensiva, aufschobende Bedingung (condition

pendente)) 者。使法律行為效力之發生。係之於不確定之事實之成否之謂也。故其條件成就之時。其法律行為始發生效力。其條件不成就之時。其法律行為不發生效力者也。例如甲與乙約云。汝若與丙女結婚。則贈汝千金。其贈與之效力。即視其婚姻之成否而定之類是也。

(乙) 解除條件。解除條件 (condition resolutive, auflösende Bedingung (condition)) 者。使其法律行為效果之消滅。係於不確定之事實之成否之謂也。故其條件成就之時。其法律行為之效果即消滅。其條件不成就之時。其法律行為之效果。即永久存續者也。例如甲約贈乙千金。但與乙約若乙將來不為丙繼承人之時。則不贈。其贈與之效力。即視其承認繼承與否而定之類是也。

學者雖有謂條件祇有停止條件一種。不認有解除條件與停止條件之別者。 (例如 *Wintz, Recht, Pand. u. KG. Donburg. B. (I. B. § 150) Jauerowicz, B. (I. B. § 150)* ) 以實際之結果論。兩者或實無區別之必要。然以理論上言之。仍以此區別為宜也。 (*Wintz, Pand.*

川名兼四郎博士民法講義參考

疏 解除條件成就即停止條件不成就。停止條件成就即解除條件不成就。二者原無大區別。不過由某方面立論之微有不同耳。例如言明日下雨則贈汝以錢。明日不下雨則不贈與。由前之說爲停止條件。由後之說爲解除條件。不過一事。而由兩方面立論耳。故學者有主張無須有此區別者。然於物之移轉契約有不同之點。故仍以有此區別爲宜。

(二) 因條件事實之內容之不同。又可爲種種之分類。

(1) 積極條件與消極條件。

(甲) 積極條件。積極條件 (Condicio affirmativa, Positive Bedingung) 者。爲條件內容之事實。在於變更現在之狀態之謂也。例如甲與乙約云。乙若成婚。則贈乙千金之類是也。

(乙) 消極條件。消極條件 (Condicio negativa, Negative Bedingung) 者。爲條件內容之事實。在於存續現在之狀態之謂也。例如甲與乙約云。乙若至三十歲。仍不成婚。則贈乙千金之類是也。

此區別。乃學者沿革上所爲之區別。法律上初無明文規定也。

(2) 隨意條件、偶成條件及混合條件。

(甲) 隨意條件。隨意條件 (Contingente, Alternative Bedingung) 者。條件之成否。係之於當事人之意思之謂也。依權利人之意思以決定之者。稱之爲積極隨意條件。依義務人之意思以決定之者。稱之爲消極隨意條件。依義務人之意思以決定之者。稱之爲消極隨意條件。依權利人之意思以決定之者。稱之爲積極隨意條件。依義務人之意思以決定之者。稱之爲消極隨意條件。

務人之意思以決定之者稱之爲消極隨意條件焉。

關於附消極隨意條件之法律行爲之效力如何。學者間頗有爭論。有謂其完全有效者。如 *Andersson* (1912) 有謂其全然無效者。有謂其爲當事人一方負義務者。則無效。當事人雙方負義務者。則有效焉。日本民法。關於附消極隨意條件之單務行爲。如係停止條件時。則作爲無效。(日民一二四條) 而其餘皆有效者也。我民法草案。無與日本民法第百三十四條相當之規定。故解釋上。無論何樣消極隨意條件。皆應完全有效。是不待言也。

(乙) 偶成條件。偶成條件 (偶成條件) 者。條件之成否。無關於當事人之意思之謂也。換言之。即條件之成否。係之於人意思以外之外界事物。或係之於當事人以外之第三人之意思之謂也。例如以風雨爲條件。則屬於前者。以父母之同意爲條件。則屬於後者焉。

(丙) 混合條件。混合條件 (混合條件) 者。條件之成否。係之於當事人及第三人之意思之謂也。例如云「汝若與某女子結婚」之類是也。

(三) 假裝條件。假裝條件 (假裝條件) 者。徒具條件之形體。而無條件之實質之謂也。此種條件。可細分之爲種種。

(甲) 法定條件。法定條件之不得爲條件。於前已說明之。茲不再贅。

(乙) 既定條件。既定條件之不能為條件。於前亦已說明之。茲不再贅。(民草二一五〇條)

(丙) 不能條件。如以挾泰山以超北海為條件之類是。

(丁) 不法條件。如以殺人為條件之類是。

(戊) 必成條件。必成條件者其條件事實之成就。客觀原屬確定之條件之謂也。例如云吾

死則贈汝千金。其形式上雖為條件。而實質上則實期限也。

### 第三項 附條件之法律行為之效力

#### 第一目 條件成否未定中法律行為之效力

條件成否未定之時。其法律行為之效力。在於不確定之狀態者也。故附停止條件之法律行為。其法律行為之效力之發生與否。未可定者也。例如附停止條件之所有權讓與。其受讓人之能否取得所有權。尚未可定。附停止條件之債權。則債權人之能否取得債權。亦未可定者也。

疏 如言天雨則買傘。則言未雨之時。其法律行為之效力。亦未確定。此即附停止條件者也。

如言明日天雨不晴。則贈與於汝之書。仍須還我。則當晴雨未定之時。其法律行為之效力。亦未確定。此關於解除條件者也。

附停止條件之法律行為。其條件成否未定之間。亦發生一種法律上之效力者也。此種效力。學者稱之為期待權。或取得權。(Mortgage, Conditional Sale, etc.) 焉。期待權者。在於吸收條件成就時所生之權利。故期待權者。既非債權。亦非物權。乃權利以外之一種法律上之狀態也。此種狀

態。他人可得而妨害之。此種狀態如被妨害之時。則期待權人雖至條件成就。亦不能收何樣利益。以此之故。故各國法律。關於期待權之效力。皆特別設有規定焉。（德民一六一條。日本二一八條）我民草案第二百四十五條曰。附條件之法律行為。各當事人於條件之成否未定前。若有害相對人因條件成就所受利益之行為者。負賠償損害之責。亦此意也。

疏 如甲向乙言。明日若下雨。則贈汝以傘。當條件未成就之時。若毫無效力。則甲旋贈與於丙。次日果雨。甲無傘。可贈於乙。殊不利益。此關於停止條件之宜有期待權也。

如甲向乙言。吾贈於汝之書。若明年考試。文官汝仍須返還。還我。當條件未成就之時。若毫無效力。則乙旋以書讓與於丙。次日甲與應試。乙已無書。可返還於甲。殊不利益。此關於解除條件之宜有期待權也。

當事人所欲之標的與所贈價之物。迥不相同。如甲附條件買乙之房屋。而乙又賣於丙。依草案甲僅向乙要求損害賠償。則甲之目的不得而達。故應使之回復原狀。即條件成就時。乙之法律行為應歸無效。丙之損害向乙要求賠償。即可。若乙內行為係事實行為。如放火燒燬。已不能回復原狀。則可由甲要求損害賠償。法律所訂損害賠償之制。乃不得已之規定。於不得已之中。為保護當事人並對有他之方法。足以滿足當事人之志願者。不宜祇使之要求損害賠償。以圖補救也。

以上所述。皆附停止條件之法律行為也。至附解除條件之法律行為。亦與此毫無差異。蓋附解除條件之法律行為者。因條件之成就。使其法律行為上之效力消滅之法律行為也。故其條件成否未定之時。其亦有期待權。當事人為侵害期待權之行為。至條件成就時。對於相對人。亦須負損害賠償之責。此亦當然之理也。

附停止條件之處置行為。其當事人嗣後復以同一之標的物。別為處置者。以無礙於條件成就時。因條件成就所生之效力為限。其處置行為仍有效也。何哉。蓋以其無害於期待權人故也。又條件成否未定前。因強制執行與假扣押。假執行所為之處置。或破產管財人所為之處置。亦同。（民草



## 二四八條

疏 如甲因乙言如明年今日大雨則我地上土地權乃一年之內甲又以上地賣於丙惟對丙聲明條件成就時乙於此地上有地主權而丙承讓之期於明年今日大雨之時乙之地上權仍可發生故無妨也。

以解除條件成就所應消滅之權利為處置以無礙於條件成就時因條件成就所生之效力為限其處置行為亦有效也。(民草二四九條)

由無權利人讓受權利者關於其利益之規定於此種情形準用之。(民草二四八條三項)

又附條件之法律行為其條件之成否未定前當事人之法律關係得依普通規定為處置繼承保存或但保也。(民草二四七條)蓋條件成否未定前當事人之法律關係令其與普通之權利同使其得以處置繼承保存或擔保所以確保法律關係之安全兼使易於為附條件之法律行為故也。

疏 如甲附停止條件贈書於乙於條件未成就前可復將書附條件賣於丙。

### 第二目 條件成就之效力

條件成就者為條件之事實實際發生之謂也。積極條件則以其條件事實發生變動時為成就。消極條件則以不生一定變動時為成就者也。例如云甲某如結婚則以甲某有結婚事實時為其條件之成就。云甲某如一年鰥居則以鰥居狀態繼續一年時為其條件之成就焉。

因條件之成就而受不利益之當事人若違誠實及信用而阻條件之成就者視為條件已成就也。(民草二四六條一項)其阻害之行為當於不誠實不信用始可。若非出於不誠實不信用者其

條件仍爲不成就也。例如甲與乙約云汝若與丙女結婚則贈汝千金。其後甲故勸丙女與丁某結婚。而丙女卽聽其勸。而與丁某結婚之類是也。

附停止條件之法律行爲。自條件成就時發生效力。（民二四三條一項德民一六〇條日民一二七條）故其行爲爲債權的行爲之時。則發生債權爲物權的行爲之時。則生物權上之變動者也。例如附停止條件之買賣。其條件成就時。則生買賣之效力。附停止條件之所有權之讓與。其條件成就時。則生所有權讓與之效力是也。法律行爲之效力。自條件成就之時發生者。自條件成就之時。向將來之謂。故其效力不能溯及爲法律行爲之當時也。是以附停止條件之債權。其當事人自條件成就時始爲債權人債務人。附停止條件之所有權讓與。其當事人自條件成就時始爲讓與人受讓人。故如條件未成就前。由所有物所生之滋息仍屬之於讓與人。不屬之於受讓人也。但其當事人以特約使條件成就之效力。溯及成就以前。固無妨也。（民二四四條德民一五九條日民一二七條三項）又其特約係爲法律行爲時所附加。押係其後所附加。皆在所不問也。

附解除條件之法律行爲。自條件成就時。失其效力。（民二四三條二項德民一五八條二項日民一二七條二項）故其行爲爲債權的行爲之時。則其債權債務因條件成就而消滅。其行爲爲物權的行爲之時。則因條件之成就。不惟爲效力之消滅。且當然回復原狀者也。例如附解除條件之借貸。其條件成就時。則借貸借失其效力。附解除條件之所有權讓與。其條件成就時。則不獨

受讓人失其所有權。且其所有權須復歸於讓與人是也。原狀回復。乃條件成就時。當然發生之結果。無須有特別之意思表示也。於此情形。似生權利繼承之問題。而其實非也。何哉。蓋繼承者必他人有權利。而我取得其權利。始謂之繼承。因解除條件之成就。而其權利復歸於讓與人。乃因其自己從前爲其權利之故也。故讓與人不得謂爲讓受人之繼承人也。（川名兼四郎博士民法講義）

疏 法律行爲從始無效謂之權利復歸。即未在此事。而解除條件亦然。當然復歸其權利於讓與人。非繼承受讓人之權利也。

解除條件成就之效力。原則亦不溯及既往。但當事人以特約溯及既往之時。亦無妨也。（民草二四四條）

## 第二目 條件之不成就

條件不成就者。爲條件之事實。實際不發生之謂也。積極條件。則以其條件事實。不生變動時。爲不成就。消極條件。則以其條件事實。生一定變動時。爲不成就也。例如云。某甲如今年結婚。則以今年甲某無結婚事實時。爲其條件之不成就。云。甲某如鰥居。則以甲某結婚時。爲其條件之不成就焉。因條件成就。而受利益之當事人。若違背誠實及信用。而促條件之成就者。視爲其條件不成就也。（民草二四六條二項）其促成之行爲。須出於不誠實。不信用始可。若非出於不誠實。不信用。其條件仍爲成就也。例如房主與賃房主約云。每月初一日。如不交納房租之時。則解除賃借契約。乃至初一日。而房主故意他出。使賃房主不能交納房租之類是也。

附停止條件之法律行為。因條件之不成就。則不能發生效力。斯其法律行為爲無効。附解除條件之法律行為。因條件之不成就。則其法律行為所發生之效力。斯絕對永續焉。

#### 第十款 附期限之法律行為

##### 第一項 期限之意義

期限者。表意人附加於其意思表示之任意制限。使其意思表示上之效力發生或其意思表示上之效力消滅。係之於將來確定事實之到來也。例如約明年某月某日償還之借貸。或約至明年某月某日讓與所有權之類是也。茲將此定義。分晰說明於下。

- (一) 期限者。附加於意思表示。制限其意思表示之効力者也。附期限之法律行為云者。卽其行爲要素之意思表示。附期限之謂也。期限自身。雖亦爲一個意思表示。然爲他意思表示之一部。不能獨立存在。與條件同。例如附期限之買賣云者。乃一個有期限之買賣之意思表示也。
- (二) 期限者。須本於當事人之任意制限也。故法律上。又事物之性質上。當然有之制限。非此所謂期限也。例如依法院之裁判。所定期限之類是也。

疏 如遺言須遺言者死後方生效力。乃法定之制限。非當事人之任意制限。故非此所謂期限也。

- (三) 期限者。須以將來確實可以到來之事實爲其內容也。自將來確實可以到來之點觀之。此期限之所以與條件異也。

**疏** 條件係將來不確定之事實。而期限則將來可確定之事實。故期限與條件不同。如云汝死之後則贈汝子金池。即期限非條件。蓋死為人之固不能免。而將來之確定事實也。

法律行為有能以附期限者。有不能附期限者。例如婚姻。即不能附期限之法律行為也。何哉。蓋婚姻而附以期限。則殊背於善良風俗故也。又單獨行為。通常亦不能附期限。何哉。蓋單獨行為。原依行為人一方之意思表示而成立。若任行為人隨意附以期限。則相對人常居於不確定之地位。亦殊背於人情故也。

**疏** 多數學者主張單獨行為為不許附期限。謂許之亦無妨。如其人死後。受其人之債務。此情形亦無背於善良風俗。不過使相對人處於不確定之地位耳。屬於單獨行為之不能附期限。法律上無明文規定。乃解釋上之結果也。

第二項 期限之種類

期限可分為二種。(一)始期。(二)終期是也。

(一) 始期。始期者。停止法律行為效力之發生之期限也。例如甲與乙約云。下月十五日。將其

土地所有權讓與乙之類是也。日本民法之解釋。始期為停止債務履行之期限。故祇限於債務的法律行為。始能附始期。以立法論。實覺不當。蓋因物權的法律行為。亦可附始期。如上例

甲與乙約云。下月十五日。將其土地所有權讓與於乙之類。亦未始不可故也。

**疏** 始期與停止條件。頗似。暫時停止其效力也。惟條件為不確定的。而始期為確定的。如云明年一月始履行債務。其所謂明年一月。固為始期。即不於該年終結之日。履行債務。其所謂明年一月。亦始期也。蓋歐戰終

必終結之  
一月也。

(二) 終期。終期 (Termination) 者。停止法律行為效力之消滅之期限也。例如為甲乙設定

至某年某月某日止之地主權之類是也。

疏 終期與解除條件類同。即於期限屆滿時，效力者。如甲向乙借用之書，其期限為一年，此書於一年後歸還。若其期限之類，如甲向乙借用之書，其期限為一年，此書於一年後歸還。若其期限之類，如甲向乙借用之書，其期限為一年，此書於一年後歸還。

### 第三項 附期限之法律行為之效力

#### 第一目 期限到來前之效力

附始期之法律行為，其期限到來前，不發生效力者也。附終期之法律行為，其期限到來前，保有其已發生之效力者也。依期限之到來，可以獲得法律上利益之地位，學者稱之為期待權。此期待權之不可侵害，亦與附條件之法律行為同。故其規定於法律行為附期限者，亦準用焉。（民草二五一條三項準用二四五條二四六條）

疏 附始期之法律行為，如云明年一月一日贈與汝書，則未至一月一日以前，不生效力也。附終期之法律行為，如云汝借之書須於明年一月一日繳還，則未至一月一日以前，不生效力也。

非法律上之利益，法律不許之利益也。如甲向乙言汝能復我，則贈與了全項等言，為法律不許故，亦無獲得利益之可言。

附期限之處置行為，其當事人嗣後復以同一之標的物，別為處置者，以無礙於期限到來時，因期限到來所生之效力為限。其處置行為，仍有效也。又期限到來前，因強制執行與假扣押假執行所為之處置，或破產管財人所為之處置，亦同。（民草二五一條三項準用二四八條二四九條）

疏 如甲有一書向乙言明年一月一日贈與汝，交回丙。言現將此書借於汝，明年一月一日交還，固無妨也。

附期限之法律行為，其期限到來前，當事人之法律關係，得依普通規定為處置。繼承保存或担保

焉。(民草二一五一條三項準用二四七條)其理由與附條件之法律行為理由同。所以確保法律關係之安全。兼使易於爲附期限之法律行為也。

第二目 期限到來後之效力

期限到來云者。期限事實發生之謂也。期限以確實可以到來之事實爲內容。故期限事實。決無不到來之理。不過其到來之時期不確定而已。

確定期限。以一定時期之屆至。或一定時間之滿了爲到來。不確定期限。則各依其期限事實之解釋。以定其到來焉。例如以某人死亡之時。爲債務履行之期限。須以某人之死亡與否。定其期限之是否到來之類是也。

附始期之法律行為。以其期限之到來。發生效力。(民草二一五一條一項)附終期之法律行為。以其期限之到來。消滅效力。(民草二一五一條二項)惟期限到來之效果。不能溯及既往。此期限與條件不同之點也。

**疏** 條件成就之效力。得以溯及既往。如云。下雨則贈汝此牛。如果下雨。則其效力可溯及今日。故自今日起。至下雨之日。止其間所生之滋息。均須歸於受贈人。

不確定期限法律行為之當事人。於其爲法律行為之時。其期限事實業已發生而不知者。亦視爲附期限之法律行為焉。(民草二一五一條三項準用二五〇條)

**疏** 如甲向乙言。內死則贈汝千元。該時內已死亡。而甲不知。亦可視爲附期限之法律行為。

## 第十一款 法律行爲之效力

法律行爲與其效力之關係。可分爲四種形式。(一)有效。(二)無效。(三)可以撤銷。(四)效力未定是也。將分別論之於下。

疏 法律行爲以其備法律行爲之要件而成立。成立之後。其行爲無效。或得以撤銷。尚有種種之不同。

### 第一項 法律行爲之有效

法律行爲之有效云者。(一)法律行爲爲生確定不可動之效力之謂也。故不獨未生效力之法律行爲。不得謂之爲有效。(例如停止條件成就前之法律行爲及遺言人未死亡時之遺言)即可以撤銷之行爲。亦不得謂之爲有效也。(例如錯誤之法律行爲及被詐欺或脅迫之法律行爲)何哉。蓋前者其法律行爲直未發生效力。後者雖一旦發生效力。而非確定不可動故也。

### 第二項 法律行爲之無效

法律行爲之無效云者。(一)法律行爲確不能發生效力之謂也。故法律行爲之不生效力與法律行爲之無效不同。法律行爲之不生效力者。不過其效力不發生而已。非其效力確不能發生也。又可以撤銷之法律行爲。不得謂之爲無效也。何哉。蓋可以撤銷之行爲。不能謂之爲有效。亦不能謂之爲無效。乃不屬於二者之一種獨立狀態也。德國學者稱之爲 (Anfechtliche) Nichtige (二)以與法律行爲之無效區別焉。







使其撤銷權之意，非有撤銷權之意也。（民草二五五條）

〔疏〕如乙代理甲為意思表示，有錯誤，則撤銷權在甲否，則即令錯誤與乙無利害關係。若置之不理，則於甲甚不利，於乙甚不利也。

依民草二二五條之規定，似代理人亦有撤銷權。然殊不合其精神。與限制能力人有撤銷權，所以保護本人者同。故在限制能力人之撤銷權，非為保護其父母以有限制能力之原因。法律總以其行為能力不完全，而與以撤銷權也。在瑕疵表意人之行為，其撤銷權在本人者亦然。而代理人所為之法律行為，乃為本人為之。若撤銷權屬之代理人，則本人以為不利者，代理人反不撤銷，則於本人不利。反之，若代理人撤銷，而本人不欲撤銷者，則又反乎本人之意。思亦殊不合。且法律上之撤銷權，原為本人之利益計。故應與本人也。此解釋，川名博士主張之本講義，亦贊成也。

(3) 限制能力人，意思表示有瑕疵人之繼承人，得繼承其撤銷權也。（民草二五五條）但夫妻之撤銷權，不能繼承焉。蓋因夫妻之撤銷權，法律為保持一家之和平而與之，並非為妻受損害而與之故也。

〔疏〕法律行為關於財產權者為多，行使撤銷權後，可以消滅財產上之義務。故法律與繼承人以撤銷權。例如甲被盜竊，迫立借據，並被殺害。其繼承人乙對於盜尚負履行義務，殊不合也。夫妻之撤銷權，全為保持一家之和平計，非以妻之知識不具也，故不准繼承，乃當然之理。

撤銷之行為，以意思表示為之。（民草二五六條一項）得撤銷行為之相對人確定時，以其相對人為撤銷之相對人。但第三人因其行為而取得權利者，以第三人為撤銷之相對人。（民草二五六條二項）得撤銷行為之相對人不確定時，以其行為而直接取得權利者為撤銷之相對人。（民草二五六條三項）撤銷權人有數人之時，則其撤銷權，數人共同行使之。被撤銷之相對人有數人之時，則其撤銷之意思表示，須對於其全員為之焉。

對第三人行使撤銷權如甲向乙言丙之古玩最有價值故可買之  
乙因受甲之詐欺而與丙爲買賣行爲則丙內可行使撤銷權也。

掃銷權之效果在於法律行爲已發生效力使其從始消滅未發生之效力使其不能發生故得撤銷之行爲視爲從始無效焉。(民草二五七條)又撤銷權之效果雖致害第三人之權利亦無妨但因被詐欺而有之撤銷權其結果祇相對無效而已。(民草一八五條三項)

疏 從始無效云者如甲以牛賣於乙其後撤銷則牛之果實自交付之後所生者皆須返還不但各須返還其原物已也。

如甲爲未成年入未得法定代理人之同意甲以物賣於乙乙又賣於丙撤銷之結果可向丙取回丙不能主張賣物時實不知情儘可向乙請求損害賠償而已。

被詐欺之行爲如撤銷不能及於善意第三人若詐欺人與第三人通謀則非善意可撤銷也。

撤銷權消滅之原因有三。(一)行使(二)追認(三)時效是也。(民草二六一條)

得撤銷之行爲因追認則完全有效者也故追認者拋棄撤銷權之意思表示是以非有撤銷權之人不得爲追認焉但追認使代理人爲之固無妨也。

追認既爲拋棄撤銷權之意思表示故其性質上其行爲自追認以後始不得撤銷然我民法草案與追認以溯及既往之效力其行爲視爲從始即不得撤銷焉。(民草二五八條)

追認亦以意思表示爲之得撤銷行爲之相對人確定時以其相對人爲追認之相對人但第三人因其行爲而取得權利者以第三人爲追認之相對人得撤銷行爲之相對人不確定時以因行爲而直接取得權利者爲追認之相對人焉。(民草二五九條準用二五六條)

得撤銷之行為。雖同時爲追認之行為。但撤銷權人若欲獨斷有效。爲追認時。非於其撤銷之原因終止。並明知其得撤銷時之行為後。不得爲之焉。(民草二六二條一項)故限制行為能力人於撤銷原因終止前。欲爲追認者。非得其法定代理人之允許不可也。但滿七歲以上未成人之行為。其法定代理人爲之追認。及妻之行為。其夫爲之追認者。則無論何時。皆得有效爲之焉。(民草二六〇條二項)

**疏** 未成年者獨斷爲撤銷行為。須達於成年之後方可。蓋未成年者。其撤銷之原因終止時也。若于六歲爲行為。于七歲亦不得追認。以仍未成年也。不知其爲可撤銷之行為。則無所用其追認。即令追認。亦不生效力。如買物時不知被詐欺。其後人始告之。則不得追認也。

追認之效果。如追認時無特別訂定者。其法律行爲溯及行爲時生效力。(民草二六四條一項)但遺贈人。在追認前。就法律行爲之標的所爲之處置。或由強制執行。或依假扣押執行之處分。或破產管財人之處分。不因此受影響焉。(民草二六四條二項)

#### 第四項 法律行爲之效力未定

法律行爲之效力未定云者。法律行爲之發生效力與否之未可定之謂也。故法律行爲之效力未定。與法律行爲之可得撤銷不同。蓋法律行爲之可得撤銷。乃其結果歸於有效或無效。非其法律行爲不定發生效力與否也。

效力未定之法律行爲。試略舉數種如下。

- (1) 條件成否未定中之附停止條件之法律行為。
- (2) 未經追認之無權代理之行為。
- (3) 須得第三人同意而生效力之契約或單行行為。(民律二六二條一項二項)
- (4) 未經同意或追認之無權處置行為。(民律二六五條一項二項)
- (5) 遺囑。

遺囑非死後才生效力。若死前訂立，則無效。亦非可隨時變更其效力不確定耳。

## 第七節 時效

### 第一款 時效制度之基礎

時效制度者。起於吾人尊重事實上永續狀態之感想。與認慣習有法律效力之根本觀念同也。故時效制度之目的。即在於保障吾人之生活。使之安全鞏固焉。蓋一定之狀態。事實上永久繼續。且無反對之形跡時。吾人必信其狀態為真實可憑。而以之為基礎。以定吾人之一切法律關係。但此基礎之事實。若一旦發見其謬誤。本於此事實所發生之一切法律關係。依理論言之。自然隨之而破壞。似此則吾人之生活。將永無安甯之望。故法律為防止此理論上結果起見。是以歷史上之事實。縱認為其發源謬誤。然以其為時既久。亦必令吾尊重之。而認以為真。此時效制度之所由起也。

疏

時效者。因時之經過。法律上之效力。乃從前時之狀態。後改為真。故其基礎之事實。若一旦發見其謬誤。本於此事實所發生之一切法律關係。依理論言之。自然隨之而破壞。似此則吾人之生活。將永無安甯之望。故法律為防止此理論上結果起見。是以歷史上之事實。縱認為其發源謬誤。然以其為時既久。亦必令吾尊重之。而認以為真。此時效制度之所由起也。

如甲住某房數十年，其果有所有權否，雖不可知。然人之感想，總以爲係甲所有。蓋相習既久，如有他人主張於此房有所有權，則於衆人之觀念不合也。

如甲之書讓與於乙，其後展轉至於丁之手，甲之子見書上有圖章，而主張爲其所有，如因丁不能說明其權原，而即使喪失其所有權，則丁之生活狀態，必不能安全鞏固，而常居於危險之地位也。

市政維持會人士，張古有官衙者，不必使之讓出，蓋言有人未必係自行侵佔國家，從前既不干涉，而今日期強令讓出，其爲不合也。

權原有時不易證明，如由甲讓與乙，後由乙讓與於丙，丁戊已以至於癸，如各癸說明其權原，則至爲困難也。

中國舊時雖無時效之名，但未始無時效之制度。如典當地逾三十年不回贖者，卽作死質。分析家產者，過五年之後，卽不准爭論，所分不均，蓋有各別之時效，特無概括之規定耳。

時效制度之結果，雖不無多少之弊害，然祇能設法防止之。（民草四七二條但書）不能因此而否認其制度也。

爲達時效之制度目的，其方法在於使永續之事實狀態，爲法律狀態焉。例如甲本無所有權，而認其爲有所有權，甲本有債權之請求權，而認其爲無請求權之類是也。

### 第二款 時效之本質

時效制度之基礎，既述之於上矣。然時效之本質如何，則因國之立法不同而異。蓋時效制度之根本目的，雖同，而達其目的之方法，不必一致故也。茲將我民法草案時效之本質，詳述於下。於必要之範圍內，論及各國之制度焉。

我民法草案所謂時效者，以期間之經過及其他法定之要件爲分子之事實，而爲權利之條件取得，或條件消滅之原因者也。茲將此定義分晰說明於下。

(一) 期間經過者。時效之必要分子也。故無須經過一定期間。即時取得權利者。非時效。例如一千二百七十五條之取得方法。非時效也。時效之必要期間。學者稱之爲時效期間焉。

疏 即時取得權利者。謂爲即時取得時。效不合。只可即時取得。不能即時效也。

(二) 時效者。以一定事實上狀態之繼續。爲其必要分子也。所謂一定事實上之狀態者。即占有。準占有。及權利之不行使是也。

(三) 時效者。權利之取得或消滅之原因也。申言之。即尊重永續之事實狀態。使之變更法律狀態之方法。則在於使其取得權利。或消滅權利焉。(民草三〇〇條三〇一條三〇四條至三〇九條) 關於此點。我民法草案與日本民法及德國民法。皆有不同之處。今特略述於左。

我民法草案。取劃一之時效制度。關於取得時效。及消滅時效之規定。皆載之於總則編中。此與日民法同。而與德民法異者也。

疏 物之所有權。因占有而取得時效者。本於確定權利關係之觀念。而生與債權消滅時效之來源不同。前者爲公益起見。否則人類之生活。恆處於不安全之地位。而後者則爲個人間之關係。與公益無關。即事越百年。仍主張債權。似亦無不可。其亦有時效者。不過經過時。債權人對其請求權。可以抗辯。非其債權自身消滅也。而債務人所以有抗辯權者。則以債權人年久不行。使其債權。則債權債務之關係。證明甚爲困難。故也。若債務人欲爲履行。固無所不可。則以其與公益無傷也。取得時效。則只要經過時。效。占有人即可取得其所有權。故德國不取劃一之時效制度。債權之取得時效。規定於總則編。所有權之取得時效。規定於物權章。其他權之時效。則散見於各條。而日本及我草案。則取劃一之制度焉。

關於取得時效。我民法草案之規定。皆與日德民法。無大差異。惟關於消滅時效。則與日德民



法互有異同焉。

(1) 我民法草案依消滅時效消滅之標的物為債權之請求權非債權自身此與德民同而與日民異者也。

(2) 在德民法債權之請求權非因消滅時效之完成當然消滅不過消滅時效完成後債務人有拒絕給付之權利其債權之請求權始因之而消滅而已(德民二二二條)我民法草案之解釋則債權之請求權直因時效而消滅(民草三〇四條)此又與日民同而與德民異者也。

**疏** 所謂關於消滅時效我草案與德日民法互有異同者其在日本則債權之自身直因時效之完成而消滅不惟請求權而在德國及我草案則債權之請求權因時效完成而消滅非債權之自身若債務人當為履行固無不可也此我草案與德民同而與日民異者也惟德民之所謂請求權消滅者乃因抗辯權之結果使請求權歸於消滅非謂請求權當然消滅(德民二二二條)時效完成後債務人有拒絕給付權而我草案之所謂請求權消滅乃直因時效之完成而消滅(無與德民法二二二條相同之規定)與日本法之債權自身直因時效而消滅者無異此又我草案與日民同而與德民異者也。

(四) 我民法草案之時效非權利絕對的取得絕對的消滅之原因乃條件的取得條件的消滅之原因也。即受時效利益之當事人若不援用時效之時法院不得依職權裁判(民草二七六條)而其權利仍不能取得不能消滅焉。關於此點雖於論理上不無衝突然解釋上則不能不如如此也。

**疏** 依草案三〇四條債權之請求權因時效之完成而消滅而二七六條又云法院不得依職權裁判之規定。設當事人不援用時效之利益則請求權即依舊存在豈非自相矛盾耶。

取得時効即當然取得權利。法院即當據以為裁判。蓋不如是則不足以保護公益也。而註釋羅馬法家乃誤解以為消滅時効宜與取得時効同列。不知取得時効純為保護公益之規定。無此規定則人類之安全生活將不能保。而消滅時効則為保護個人之利益。若債務人不為抗辯而欲為履行則法院自不得違其意思而依職權裁判也。乃註釋羅馬法家之見解。則謂前法固有不之民法更承其說。以為消滅時効與取得時効法院均不得依職權裁判。後德國民法雖改正其誤。而草案仍沿襲之。在解釋上固不能不以條文為據。而有理論上則甚為衝突也。據余允生之意。則以為於取得時効法院應以職權為之。只要時効完成即使之取得權利。於消滅時効則宜任當事人之援用。不得以職權干涉之。蓋前者有利於公益。後者於公益無關也。

### 第三款 時效之當事人

時效之當事人。因時效第一須受利益或受不利益之人之謂也。故時效之當事人。包含受利益之當事人及受不利益之當事人之兩者而言也。在取得時效其取得權利及喪失權利者。皆為當事人。在消滅時效其喪失權利及免權利之制限者。皆為當事人焉。又不論為自然人為法人。皆得為時效之當事人。是不待言也。

### 第四款 時效利益之拋棄

時效利益之拋棄者。不受時效利益結果之意思表示也。詳言之。即因時效取得權利或免權利之制限之利益。不欲享有之謂也。時效之利益。於時效進行中或進行前。不得預行拋棄。（民草二七七條）何哉。蓋時效者。乃關於公益之規定故也。

疏 時效利益之拋棄。於債權始有此情形。若債權人聲明無論何時均須償還。而債務人迫於無可如何。即允為拋棄。其時效之利益。則於公益有關係。人人若援以為例。則時效制度等於無用。故法所不許也。至於物之占有。則皆於無知無識中而歸為已有。故鮮有預行拋棄時效利益之時。即或有之亦甚少也。

我民法草案。於時效完成後。許其拋棄時效之利益。此與時效制度之目的。殊屬不合。何哉。蓋時效制度。既爲公益而設。則時效之效果。卽不能僅爲當事人之利益而生。故時效完成後。時效之利益。拋棄。亦實背於時效制度之目的故也。例如依取得時效取得所有權。乃全爲公益而設之規定。如許當事人。得任意拋棄之。則將與無時效收同一之結果。與未有時效制度無異。故德奧民法。取得時效之利益。皆絕對不許拋棄。(德民二三五條與一五〇二條)我民法草案。沿法日之舊。許其可以拋棄。實屬不當。至消滅時效。依德民法之規定。因時效祇生對於請求權之抗辯權。是固毫無爭論。若依我民法草案之規定。時效既直爲請求權消滅之原因。而乃令當事人得拋棄其利益。法院不得以職權。援用時效爲裁判。亦殊不當。

〔疏〕 德奧民法於前項後均不得拋棄時效之利益。如不欲取其所有權則儘可再爲贈與固無妨也。

德民法關於消滅時效之規定。債權人對於債權人之請求權有抗辯權。請請求權當然消滅。若債務人不行使抗辯權而爲履行。則無所謂時效利益之拋棄。不過因不行使抗辯權之結果。致其利益喪失耳。而我草案之規定。既明認請求權因時效完成而消滅。又令當事人得拋棄其時效利益。法院不得依職權裁判。則甚不當也。

時效利益之拋棄。謂不受時效利益結果之意思表示。既如上所述矣。故時效利益拋棄後。卽與未經時效同時。時效利益之拋棄。由受時效利益當事人之一方意思表示。卽生效力。初不待相對人之承諾。但意思表示須對受不利益之相對人爲之。是不待言也。

時效利益拋棄之效果。與從始既未經時效同。故如因時效取得所有權。而拋棄其時效利益之時。

則其所有權從始即未曾取得。非已取得之所有權。復讓還於原所有人也。因時效消滅債權之請求權。而拋棄其時效利益之時。則其請求權從始即未曾消滅。非重發生一請求權也。

時效利益之拋棄。於時效完成後。無論何時。皆得爲之。但一經拋棄後。則不得再援用焉。何哉。蓋時效一經拋棄後。即無時效存在故也。然時效援用後。復將其拋棄。故無妨也。此時效拋棄與時效援用之關係。學者不可不注意也。（川名兼四郎博士民法講義）

### 第五款 時效之效力

時效之效力。雖須時效完成後。始能發生。但非祇向將來發生。乃溯及時效起算之日。而發生者也。即完成之時效。溯及其進行之始。發生效力者也。（民草二七四條）蓋時效制度之目的。在於尊重永續之事實狀態。若時效之效力。祇能向將來發生。則時效進行後完成前。本於其事實狀態所發生之種種法律關係。仍須破壞。殊不能達其制度之目的故也。

**疏**

如元年一月一日。古有此物。至二十年底時。效完成。則此物於元年一月一日。即取得也。

時效有溯及效力之結果。故當事人於時效進行時。即取得權利或喪失權利焉。因之時效進行後完成前。就其權利所生之種種法律關係。不受何樣影響者也。

主權利之時效。其效力及於從權利。（民二七五條）蓋權利有主從之別。若因時效取得主權利。或喪失主權利之人。其效力不得及於從權利之時。則不惟與從應隨主之原則相違。且於實際上殊

屬不便。故法律使其原則得及從權利焉。但例外之時。特以明文。使其效力不得及於從權利。固亦無妨也。

〔疏〕

主權利可及於從權利。而從權利不能及於主權利。如債權已消滅。其利息請求權亦自隨之而消滅。蓋因時效取得之權利。乃原始之取得也。

### 第六款 時效之中斷

時效期間。自時效開始之日進行者也。已進行之時效期間之一部。法律上歸於無益之時。稱之爲時效之中斷焉。時效被中斷之時。其經過之期間。不能再算入時效期間之中。其時效期間。自中斷之日起。從新進行者也。

時效之所以有中斷。乃時效制度之基礎。當然所發生之結果也。何哉。蓋時效制度之根本目的。在於以無反對之形跡爲限。尊重其永續之事實狀態。若其事實狀態。有反對之形跡。當然不能尊重之故也。

〔疏〕

有反對之形跡。則其永續之事實狀態。已失其永續之根據故也。

我民法草案。分中斷之原因爲二。(一)一般的中斷原因。(二)特別的中斷原因。前者爲各種時效共通之原因。後者爲各時效特別原因焉。茲將共通之原因。述之於下。

(一) 起訴 起訴者。因時效受不利益之當事人。對於法院主張其權利存在之謂也。其訴爲履行之訴。爲確認之訴。爲請求執行支付之訴。爲請求宣告執行判決之訴。在所不問也。(民草

二八〇條一項）因起訴而時效中斷者。即由於訴狀提出於法院時。即發生中斷之效力。不必待其訴狀。送達於相對人也。於此情形。如當事人撤回其訴。或因不合法受駁回之判決。其判決確定時。不生中斷之效力焉。蓋撤回其訴。是當事人拋棄其依訴而生之保護請求權。或因不合法而駁回其訴之判決確定時。其訴既為無效。故不能生中斷之效力。乃理之當然故也。

因起訴而聲請指定管轄法院者。亦生時效中斷之效力。蓋因起訴而聲請指定管轄法院者。是即有請求權利之保護。而提起訴訟之意。法律不能不保護之故也。但於此種情形。如指定後。三個月內。不起訴者。仍不生中斷之效力焉。（民草二八一條）

（二）與起訴有同一效力之事項。此可分而為五。

（1）依督促程序送達支付命令。督促程序者。以請求對於債務人發支付命令為目的之特別訴訟程序者也。依督促程序送達支付命令之時。即生訴訟之拘束（權利拘束）故能發生時效中斷之效力。是不待言。但於此情形。若訴訟拘束。失其效力之時。仍不發生時效中斷之效力。蓋訴訟拘束。既失其效力。則與未發支付命令無異。故不能生中斷之效力。亦理之當然故也。（民草二八〇條二項一款二八三條）

疏 中國人往往有對於債務人未嘗請求履行。債務人亦未嘗拒絕履行。而逕行起訴者。於此等情形。則無成詞之必要。只發支付命令可也。必債權人請求履行。債務人拒絕履行。或主張債權關係不存在。或未至履行期。

方有成詞  
之必要也。

- (2) 因和解而傳喚。因和解而傳喚者。因和解而爲裁判上之傳喚之謂也。因和解而傳喚。是權利人既爲主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。是不待言。但於此情形。若相對人不到庭或和解不成。而權利人於一個月內不起訴時。仍不發生時效中斷之效力。蓋相對人不到庭或和解不成。而權利人於一個月內而不起訴者。是不欲完全行使其權利。故不使其發生時效中斷之效力。亦理之當然故也。(民草二八〇條二項三款二八四條)
- (3) 呈報破產債權。破產債權者對於破產人之債權之謂也。破產債權之呈報。是債權人既爲主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。是不待言。但於此情形。若債權人撤回其呈報時。仍不發生時效中斷之效力。蓋債權人撤回其呈報者。與未經主張其債權無異。故不能生時效中斷之效力。亦理之當然故也。(民草二八〇條二項三款二八五條)
- (4) 告知訴訟。訴訟告知者原告或被告對於第三人爲促其從參加。通知其訴訟現存在之謂也。訴訟之告知。是即對於被告知人主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。是不待言。但於此情形。若告知人於訴訟終結後。六個月內不提起履行或確認之訴者。仍不發生時效中斷之效力。蓋告知人於訴訟終結後。六個月內不提起訴訟之時。是不欲完

全行使其權利。故不能發生時效中斷之效力。亦理之當然故也。（民草二八〇條二項四款二八六條）

**疏** 如債權讓與讓受人向債務人請求履行債務人謂此債早已清償讓受人對於債務人提起訴訟並告知讓與人使之參加。謂之告知訴訟。亦謂告知參加。若因讓與人未參加以致敗訴則讓受人可對讓與人請求損害賠償。

(2) 開始執行行為或聲請強制執行。此二者亦皆權利人既為主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。是不待言。但因開始執行行為而時效中斷者。若權利人之聲請。或法律上要件之欠缺。而撤銷其執行處分者。仍不生時效中斷之效力。因聲請強制執行。而時效中斷者。若其聲請被駁回。或自行撤回其聲請。又或因上述情形撤銷其執行處分者。仍不生時效中斷之效力。蓋有上述種種事由。則與未開始執行行為未聲請強制執行無異。故不能發生時效中斷之效力。亦理之當然故也。（民草二八〇條二項五款二八七條）

(三) 公斷 公斷人既審訊當事人。則視同起訴。故能發生時效中斷之效力。是不待言者也。（民草二九一三條）

特別的中斷原因者。即第三百零二條及第三百零三條二項所規定之原因也。此種原因。學者又稱之為自然中斷原因焉。

**疏** 特別的中斷原因。只取得時效有之消滅時效則無。即古有人中止其占有。或變更其占有。有名義或一旦承認其權利人。或其占有物為他人所奪。則其前之占有時間歸於無用。



行使所有權以外之財產權亦準用之。

時效中斷之效力。在於使中斷事由發生前所進行之時效期間之一部。歸於無用。使其時效從新進行者也。(民草二九一條)被中斷之時效。從新進行之時。須自中斷事由終了時始。故

(一) 因起訴而時效中斷者。須至確定判決。或因其他方法。而訴訟終結時。更開始進行。(民草二八八條)

(二) 因呈報破產債權。而時效中斷者。須至破產程序終結時。更開始進行。(民草二八九條)

(三) 因告知訴訟而時效中斷者。須至確定判決。或因其他方法。而訴訟終結者。更開始進行。(

民草二九〇條)

因一般中斷事由所生時效中斷效力。乃相對的效力也。即其效力。祇於引起其中斷之當事人及其繼承人間發生。不及於他人者也。例如甲對於不法占有其所有物之乙。提起所有物返還之訴時。乙之取得時效。因之中斷。但其效力。祇及於甲乙及其繼承人。對於共有其物之丙。固不生中斷之效力。即對於共占其物之丁。亦不生中斷之效力者也。換言之。即於丙於丁。不生利害之影響也。(民草二九一二條)

因特別中斷事由所生之時效中斷效力。乃絕對的效力也。即無論對於何人。皆有效力者也。

疏

一旦占有而拋棄之。則事實上不能繼續故法律認為中斷之絕對效力。

第七款 時效之停止

我民法草案所謂時效之停止者。停止其時效期間之進行之謂也。時效之停止與時效之中斷異。蓋後者不過已進行之時效期間之一部。法律上歸於無益。前者則時效期間。因一定事由之存在。直不許其進行焉。

我民法草案規定之時效停止之原因有三。

- (一) 服從親權人對於行親權人之權利。其親屬關係存續中。其時效停止進行。(民草二九七條一項)

**疏** 如父欠子債則親屬關係存續中時效停止不進行。蓋子不能對父請求履行故也。

- (二) 被監護人對於監護人之權利及準禁治產人對於保佐人之權利。其監護及保佐之關係存續中。其時效停止進行。(民草二九七條二項)

**疏** 被監護人及準禁治產人非得監護人保佐人之同意不能行使權利故也。

- (三) 妻對於夫之權利。於婚姻關係存續中。其時效停止進行。(民草二九八條)

**疏** 草案規定時效停止之原因。只以上之三。然伯叔子姪同居者甚多。若叔欠姪債。姪礙於情面。不便索償。則其結果不利於姪。殊甚。故在中國之家族制度。宜將以上之範圍放大也。

時效停止之效力。即時效之停止時間。不算入時效期間。時效自停止事由消滅後。再行進行者也。

(民草二九九條)

**附** 日本民法只有時效中斷及時效不完全之兩種無時效停止不及我草案之爲妥。

### 第八款 時效之不完全

我民法草案所謂時效之不完全者。於時效期間進行終止之際。暫時不令其時效完成之謂也。時效之不完全。又與時效之停止異。蓋後者。乃時效期間因一定事由之存在。不許其進行。前者則並非停止其期間之進行。不過其期間進行終止之際。暫時不令其完成而已。

我民法草案規定時效不完全之原因有三。

(一) 時效之期間終止時。因天災或其他不可避之事變。致不能中斷其時效者。從其妨礙終止。

時起一個月內。其時效不完成。(民草二一九四條)

**疏** 如雲南甲對於北京乙享有千元之債權。於民國四年八月底。若再不行使。則消滅時效完成。甲於五月初首途。預計四個月總可抵京。乃於八月末日行至漢口。鐵路被水沖斷。致遲開車二十天。於九月二十日始到京。行使債權。則除去此遲誤之二十天。算至九月二十日。乃時效完成也。

(二) 屬於繼承財產之權利。或對於繼承財產之權利。從繼承人確定。管理人選任。或破產之宣告時起。六個月內。其時效不完成。(民草二九五條)

**疏** 於以上之情形。其時效不完成者。以其時無人經理其事也。其期爲六個月者。而較前款爲長者。以管理人甫經就任。事務紛繁。常有所未悉之權利義務。故假以時日。俾得從容探悉也。

(三) 對於無能力人或限制能力人之權利。若無法定代理人時。自此等人成爲能力人或法定代理人就職時起。六個月內。其時效不完成。(民草二九六條)

代理人就職時起。六個月內。其時效不完成。(民草二九六條)

時效不完成之效力。卽時效停止其完成。必其法定猶預期間經過後。其時效始完成者也。

疏 以上雖爲通則。然有專就取得時效規定者。有專就消滅時效規定者。實不得謂爲通則。此探劃一時效制度之結果。否則條文體例不整觀也。

## 第九款 各種之時效

### 第一項 取得時效

#### 第一目 所有權之取得時效

所有權之取得時效者。於一定期間。以所有之意思。和平且公然。占有他人所有物之事實之謂也。占有人因此事實。卽取得其物之所有權焉。茲將此所有權取得時效之要件。分晰說明於下。

(一) 所有權之取得時效者。須占有他人之所有物也。故於不獨自己之所有物。無取得時效之存在。卽就於無主物。亦不生取得時效之問題焉。

(二) 所有權之取得時效者。其占有人須以所有之意思爲占有也。所有之意思云者。就於其物不認有優於自己之權利存在之意思之謂也。故不獨由無權利而取得所有權之人。爲有所有之意思。卽盜賊就於其所盜之物。亦有所有之意思也。

(三) 所有權之取得時效者。其占有人之占有。須爲和平之占有也。和平之占有者。非強暴之占有之謂也。故以暴行脅迫之佔領。不能享時效之利益。是不待言。

(四) 所有權之取得時效者。其占有人之占有。且須爲公然之占有也。公然之占有者。非隱匿之

占有之謂也。故以種種特別方法。隱匿其占有者。其不能享時效之利益。亦不待言。

(五) 所有權之取得時效者。須於一定期間。繼續為和平且公然之占有也。惟其期間。因有種種情形之不同。故有長短之別焉。

(甲) 未取得不動產之所有權。而用所有人名義為登記於占有之始。係善意無過失者。其

取得時效。為二十年。(民章三〇一條)

疏 如甲將乙之土地賣於丙。丙不知其情。因而將買契投遞。逾二十年。乙忽主張權利。則法所不許。以丙之取得。係善意無過失也。

就於動產無此短期之時效者。蓋因其有千二百七十八條之規定故也。(民一二七八條)

疏 此為即時取得之原則。即平穩且公然。並無過失。而占有者。即可取得其權利也。然亦有例外。即盜品及遺失物。不在此限也。日本民法二年。原主可對於占有者。請求返還。若占有由於拍賣。或公共市場。取得其權利者。則須償還其對價。就民法規之動產。除盜品及遺失物外。平穩公然。善意無過失。占有者。即時即可取得其權利也。故法學者謂為即時時效。然時效云者。必經過若干之期間。即時何得即時。故德法學者。不置於時效章而置於占有章中。

(乙) 不問為動產為不動產。於占有之始。為惡意。或有過失者。其取得時效期間。為三十年。

(民章三〇〇條) 此長期時效也。

疏 如甲明知為乙之物。而占有之。或乙本賣人。而以珍寶賣與甲。甲不詳察。而買之。則不能謂之為善意。而無過失也。故其時效之時期。應略為延長。其亦以和平且公然者為限。故盜品。出盜。占有。不能取得時效也。

因時效生所有權之取得。其效果溯及時效起算之日發生者也。故自該日以後所生之制限物權。皆因此消滅焉。但該日以前已有之制限物權。不因之受何等影響。是不待言。

**疏** 如於民國元年乙占有甲之土地。則於民國三十年時效完成。其取得所有權之日。即為民國元年。乃自元年以後甲並未使乙之妨害中斷。而以此土地之契據抵於內。則當乙時效完成之後。其抵押權(有限物權)即因之泯滅。蓋甲之所有權已於民國元年泯滅也。若中之有限物權。實經三十年則乙占有時。其地上之有限物權。已有不能由乙之取而歸。而由法以當然之理也。

占有人任意中止其占有。變更其占有之名義。或占有為他人所奪者。其所有權取得時效。因之中斷焉。但占有被他人所奪者。若占有有人提起占有回收之訴。取回其物之時。其不生中斷之效力。是不待言。(民章三〇二條)

**疏** 德民法物權篇規定取得時效。皆限於所有權而我章。客物。民法除前條以外。均可為取得時效之標的物。

## 第二目 所有權以外之財產權之取得時效

所有權以外之財產權之取得時效。者於一定期間以為己之意思。和平並公然行使其權利之事實之謂也。(民章三〇三條一項)行使權利。學者稱為準占有。因準占有而取得權利者。其準占有之期間亦有長期短期之別。準占有之始為善意且無過失者。其期間為二十年。否則為三十年焉。(民章三〇三條二項準用三〇〇條及三〇一條)

**疏** 所有權以外之財產權之占有與物權法上之準占有不同。故曰準占有。

非民法上之權利。其不適用取得時效之規定。固不待言。即非財產權。亦不適用取得時效之規定也。但有雖為財產權。亦不適用取得時效之規定者。述之於下。

**疏** 非民法上之權利。如公法上之權利是。而親權夫權等。亦皆不適用取得時效規定也。

(一) 不繼續並不表見之地役權。(民草一一〇五條)

**疏** 積極地役權可以適用取得時效如甲乙房院毗連乙有巷路甲繼續通行善意無過失則二十年即取得時效此繼續表見之地役也若不繼續而偶一為之則時間不相連故不能適用時效之規定若不表見則與公然之原則相反故亦不能適用如甲之水溝乙暗挖溝與甲之溝相通以洩水則雖經過若干年亦不能取得時效以非公然故也。

(二) 一回行使即消滅之權利。取得時效必以於一定期間行使其權利為要件。故因一回行

使即消滅之權利其不適用時效是不待言。例如撤銷權、解除權及選擇權等皆不適用時效者也。

依上述之理由其不適用時效之財產權尚有二種。

(1) 動產質權。

(2) 抵押權。

**疏** 從權利亦不能適用取得時效之規定。

所有權以外之財產權之取得時效因拋棄為己之意思或廢止其權利之行使或變更其行使時效因之中斷是不待言者也。(民草三〇三條準用三〇二條)

第二項 消滅時效

第一目 債權請求權之消滅時效

債權請求權之消滅時效者於一定期間不行使其請求權之事實之謂也。債權之請求權即因此

而消滅焉。不行使其請求權云者，不主張其請求之謂也。

我民法草案所謂債權之消滅時效者，非消滅債權自身，乃消滅其請求權而已。此與日本民法異而與德民法同者也。

又所謂請求權者，乃私權之請求權，非公權之請求權，即訴權是亦不待言者也。

疏 訴權仍在故起訴亦無不可審判衙門仍須裁判之。

債權請求權之消滅時效，亦有長短期之別，其期間自其請求權成立時進行，但以不行爲爲目的之請求權，則自其行爲時進行焉。（草案三二一條）

疏 請求權成立之時，例如債權屆期是。

債權請求權之消滅時效之期間，以三十年爲原則，但依其債權之性質，得爲較短之期間焉。（民

### 草三〇四條）

(一) 五年之時效期間，定期給付債權之各定期給付請求權，以一年或不及一年之定期者爲限，因五年間不行使而消滅。（草案三〇六條）例如利息、年賦金、地租、房租之類是也。

(二) 三年之時效期間，左列各款請求權，因三年間不行使而消滅。（草案三〇七條）

(1) 醫師、穩婆、製藥師，關於診治勤勞及調劑所生之債權。

(2) 技師及承攬人，關於工事所生之債權。



(3) 律師、公證人承發吏關於職務所生之債權。

(4) 律師、公證人承發吏關於執行職務所受領之書件請求其返還之債權。此種債權之

請求權雖因時效而消滅然其書件之所有權初非因此時效而消滅故其書件如在他人手中之時仍能請求其返還者也。不過受時效利益之人因時效之結果關於其書件之散失毀損不負損害賠償之責任而已。

疏 逾二年雖有負保存之義務然其物尚存尚明有返還之訴也。

(三) 二年之時效期間。左列各款請求權因二年間不行使而消滅。(民草三〇八條)

(1) 商人製造人工作人所供給之商品及產物之價金。

(2) 運送費或運送人所墊款。

(3) 客店酒館及娛樂所之住宿費飲食費座費消費物價金及其墊款。

(4) 以借貸動產為營業者之賃金。

(5) 以一月或不及一月之時期而定雇工人之工費。

(6) 勞力人及賣藝人之賃金並其供給物之價金。

(7) 校長、學長、受業師對於學生習業人之教育衣服及住宿等費。

以上各種債權之請求權令其依短期時效即消滅者蓋以此種債權債權人應速行使其請求權

爲宜故也。

**疏** 以上之債權普通於每年每節當行使其請求權。以使其時效中斷。但中國人富於情性。亦有一年不行使者。則此項時效爲期未免太短。

第二日 所有權以外之財產權不屬於債權者之消滅時效

所有權債權以外之財產權之消滅時效者。於一定期間不行使其權利之事實之謂也。其權利即因此而消滅焉。(民草三零九條)

**疏** 如甲有地役權。而不行使是。

此等權利之消滅時效之期間。爲二十年。但其權利爲已登記者。則不因時效而消滅。然其登記若已經塗銷。仍得因時效消滅。是不待言。(民草三二〇條)

所有權之所以不適用消滅時效之規定者。蓋消滅時效。須有直接受益之人。所有權縱多年不行使。亦不必有受益之人故也。

**疏** 此方不行使。所有權而後。方有所謂取得消滅者。此方不行使。而後。方有所謂消滅也。

債權之所以不適用此條規定消滅者。蓋因關於債權。已有第三百零四條至三百零八條之規定故也。

**疏** 草案之時效規定。其不妥當者。正委之應如何修正。尚有問題。債權消滅時效之觀念。爲中國所無。其類於時效之規定者。爲典當拍賣。未注明不准回贖字樣者。舊律爲確定權。係屬起見。過三十年。即不准回贖。若註明回贖字樣者。則不適用此規定。消滅時效。而爲取得時效也。學者所說不同。據余先生之意。則以爲請求回贖權消滅之時效也。且此時效爲相對時效。非絕對時效也。

### 第六章 時

時者。測定事實發生之前後之尺度也。事實之前後。於法律上有重大之關係。例如人之權利能力始於出生。故出生之時。即以定其權利能力享有之時。人之權利能力終於死亡。故死亡之時。即以定其權利能力喪失之時。此外種種法律效果。皆與時有重大之關係。則時之功用。蓋可知矣。法律上最重要之時有二。一。期日。二。期間是也。

期日者。指一定之日期之謂也。例如今日、明年、或某年某月某日之類是也。

期間者。指自一定日期至他一定日期之繼續時間之謂也。例如民國三年一月二日至四年一月一日一年期間之類是也。

期間之作用有種種。

(一) 定權利取得之時期者。例如三百條、千零三十三條、及千零三十四條之類是。

(二) 定推定事實及生法律上假設之時期者。例如三十三條、至五十八條之類是。

疏 限制能力人之相對人於限制終止後得定一月以上之期間。其確答是否。應認以前之行為。若於一月間不發確答。視為撤銷。又受死亡宣告者。於期間滿。以後推定為死亡。此等期間。皆推定事實之期間也。

(三) 定有效為某行為之最終時間者。例如九十八條之類是。

疏 招集總會。至少須於開會之五日前發通知於各社員。此等期間。即最終期間也。

(四) 定能以主張權利之最終或最初之時期者。例如繼承編條之類是。

(五) 定權利消滅之時期者。例如二百六十一條、三百〇四條、至三百〇九條之類是。此種期間中有爲時效期間者。有爲除斥期間者。時效期間因其可以中斷停止。不完成。故其最終之時期不能預定。除斥期間則不適用中斷停止不完成之規定。故除斥期間皆爲預定期間。是爲不斷期間焉。

疏

除斥時間之字義不妥。但無相代之名詞。故沿用之。除斥時間不適用時效之規定。如請求追認不能。曰吾暫思之。則不准中斷也。然除斥時間亦有時視爲不完成者。若中斷及停止則皆無之也。

期間有由當事人定之者。(例如三十二條)有由法令定之者。(例如時效之期間)又有由法院定之者。定其期間之人即特別定其計算之方法。固無妨。但民法爲補充當事人法令及法院之意見起見。特爲之定一普通之計算法焉。(民二六七條)

期間之計算法有二。(一)自然的計算法。(二)歷法的計算法是也。

(甲) 自然的計算法。自然的計算法者。從某事實發生之時起。計算其時間之數。以充其期間之數之謂也。例如本月一日午前十時起。二十日則至二十一日午前十時爲滿期。我民法草案關於以時定期間者。即用此計算法。所謂即時起算是也。(草案二六八條二項)

(乙) 歷法的計算法。歷法的計算法。依歷計算之謂也。歷者。太陽歷也。一日者。午前零時起至午後十二時之時間之謂。一月者。一日至月末日之時間之謂。二年者。一月一日至十二月三十日之時間之謂也。星期日。至土曜日之時間之謂也。月有大小。年有平閏。故其中所

包含之日不能相等。皆依歷之所載以計算之。我民法草案關於以星期月或年定時間者。即用此計算法焉。(民草二七〇條)

依歷法計算。若於歷日之中途定期間者。則其期間之始日不算入。以其翌日午前零時為起算點焉。(民草二六八條一項前半)但其期間由午前零時起者。仍以其始日為起算點。(民草二六八條一項但書)例如本月三日午後六時起。幾個月。則從其翌四日起算。三日午前零時起者。則即從三日起算是也。然年齡之計算法。則無論其出生之時為午前零時。非午前零時。皆自其出生之日起算焉。(民草二六九條)

以日。星期月或年定期間者。期間末日之終止為終止。(民草二七一條一項)期間之不以星期月或年之始起算者。以最後之星期月或年與起算日相當之前日。為期間之末日。以月或年定期間。於最後之月無相當日者。以其月之末日。為期間之末日。例如於一月三十日起算。約定一月之期間。至二月無相當之日。三十則以二月之日末。即二十九為期間之末日之類是也。

於一定期間內。為意思表示或為給付者。若其期間之末日。適值星期日。慶祝日。或其他普通休息日者。則以其日之次日終止為終止。(民草二七二條)於特定之日。為意思表示或給付者。亦同。(民草二七三條)

## 第七章 權利之行使及担保

### 第一節 權利之行使

權利之行使者。爲其權利正當得爲之行爲之謂也。其行爲爲法律行爲者有之。爲事實行爲者亦有之。如抵銷撤銷。爲抵銷權撤銷權之行使。屬於前者。所有人任意處置其所有物。爲所有權之行使。則屬於後者焉。

權利之行使與否。原則固任權利人之自由。但亦不無例外。

- (1) 有間接強制其行使者。例如於一定之期間內。不行使其權利時。則消滅其權利之類是也。
- (2) 有負應行使其權利之義務者。其義務有由當事人之特約而生者。亦有由法律直接規定而生者。例如民法草案第八十八條。即直接由法律規定而生者也。

疏 董事會執行法人之業務。一方爲權利一方即爲義務。

權利之行使。縱有害他人。亦得行使之。但專以損害他人爲目的。而行使其權利者。權利之濫用。則實有背於公之秩序。其爲法律所不許。固不待言。蓋進而言之。超過範圍之權利行使。實不認其有權利之存在故也。

疏 如甲對於乙有地役權。則甲之污水可向乙之地溝排泄。乙須忍受而無可如也。又昔日學者謂土地所有權之行使。上可至天空。下可至地心。而近世學者則不無異議。若甲乙爲鄰。甲濫用其權利。在相鄰之地界。挖數丈之深溝。以害乙之屋基。使之易於傾圮。則非法之所許也。

各種權利。依原則於審判上審判外。皆得行使之。但有某種權利。非以訴之方法。不能行使者。例如債權人之撤銷權（民草三九九條）之類是也。

權利之實現。與權利之行使。不可混同也。權利之實現者。達其權利存在之目的之謂也。例如債權依履行而實現。所有權依使用收益處分其所有物而實現。撤銷權依使其法律行為無效而實現焉。由此觀之。權利之實現。

- (1) 有因權利之行使而生者。例如所有權撤銷權。皆因權利之行使。而生權利之實現者也。
- (2) 有不因權利之行使而生者。例如債權依履行而實現。非依請求而實現。故債權即不因權利之行使。而生權利之實現者也。

- (3) 又有於其權利之行使。再加以其他之事實。其權利始實現者。例如債權人之撤銷權。即於權利行使之外。加以裁判。其權利始實現焉。

## 第二節 自衛及自助

對於現時違法之攻擊。為防禦自己或他人所必要之行為。不為違法行為。（民草三二三條）此為保護權利起見。民法上所認之正常防禦之權利也。但此權利之行使。須具有左列之各要件。

- (1) 對於違法之攻擊。
- (2) 對於現時之攻擊。

(3) 不得逾必要之程度。

**疏** 此係仿自德國立法例而規定者。多數學者謂私法上之關係，原為平等之關係。如債權人不履行義務，債務人只可請求國家強制之，個人不能自行強制。此種自力救濟之久已不可。家法中，人民之權利已有一種之設備。若再許個人自行強制，則社會之秩序，不免擾亂。國家之責，在於保護。然此種立法，政府已如此而事實上國家之權威，總不能十分定密。於事實上一定之限度內，予人民以自力救濟之權，亦立法上不得已之苦衷也。然歐洲各國，有此規定者甚多。惟德國有之，他國不復於法上有之。即私法上亦有之。如由決門之勇法，以規其出直之額是也。

由不屬於己之物，生有急迫之危險，因自己避險，或使他人避險，將其物破壞或毀損者，其行為以避險所必要，並未逾危險之程度為限，不為違法行為。（民草三一四條）但此權利之行使，須具左列之各要件。

- (1) 由不屬於己之物，生有急迫之危險。
- (2) 因自己避危險，或使他人避危險，破壞或毀損其物。
- (3) 其破壞或毀損行為，以避險所必要，並未逾危險之程度為限。
- (4) 危險之發生，行為人原不負責任者。

**疏** 例如航海時，因他人之物過近，其船將有沈沒之虞，則可將該物擊毀，以保自己之安全。又如鄰人之牆壁將倒，有傷人之危險，則可毀壞之，以保自己之安全是也。

誤認上列各種要件存在，而為破壞或毀損之行為者，則仍為侵權行為，應依侵權行為之法則，負損害賠償之責任。是不待言。但侵權行為，以故意或過失為限。始負損害賠償之責。誤認第三百十四條規定之存在，而為破壞或毀損之行為，若無過失之時，在理論上，似應不負賠償之責任。然必



貫徹此理論。則護保護相對人之利益。失之過薄。故民法草案規定其誤認。雖非出於過失。亦令負損害賠償之責。以保護相對人之利益焉。(民草三二七條)

左列二種行為。以不及受官署援助。且非於其時為之。則請求權不得實行。或其實行顯有困難者。限不為違法行為。此學者所謂自助行為也。(民草三二五條)

(一) 以自助為目的。將某物押收。破壞或毀損者。

(二) 以自助為目的。恐義務人逃走。而拘束其自由。或義務人於應容許之權利人行為。

而為抵抗權利人。屏除義務人所抵抗者。

疏 如甲賈乙之古玩。尚未交貨。甲忽於車站見乙欲將古玩運往他處。而以高價買於內。則甲可即時將古玩扣收。蓋此欲求官署援助。則追不及待也。又如債務人將逃走。若不及時將其拘束。則債權終不能實行是也。

自助行為之不為違法行為。須具有左列各要件。

(1) 不及受官署之援助。

(2) 非於其時為之。則請求權不能實行。或其實行顯有困難。

(3) 自助行為。以押收。破壞或毀損物品。拘束義務人自由。及屏除義務人抵抗為限。

依法律規定。以自助之目的。將物品押收者。須速向法院聲請保全財產之假扣押。(民草三二六條一項)

依法律規定。以自助之目的。拘束義務人之自由者。須速向拘束地之法院聲請保全身體之假扣

押。並速將義務人交付於法院（民草三二六條二項）

假扣押之聲請被駁回。或其聲請遲延者。須速將扣押物交還。或速將義務人釋放。（民草三二六條三項）蓋此等行為。若令其永續。則有害於相對人之利益甚大。故為法律所不許。

#### 第四節 權利之擔保

提出擔保。須依左列各種方法（民草三一八條一項及三三二條）

- (一) 提存金錢或有價證券。
  - (二) 設定抵押權。
  - (三) 設定質權。
  - (四) 提出保證人。
- 以不動產為擔保。於其上設定抵押權或質權者。其不動產以在國內者方可。（民草三一八條二項）

擔保之標的物。如關於其價額有爭議時。須依左列方法定之。（民草三二九條）

- (1) 有價證券。由國庫指定其擔保價額者。從其價額以下。
- (2) 有價證券非國庫之担保品。而有公定市價者。從其價額以下。
- (3) 前二種以外之有價證券。從其現有價額以下。

