

司法講習所

誨義錄

第一期  
第一號

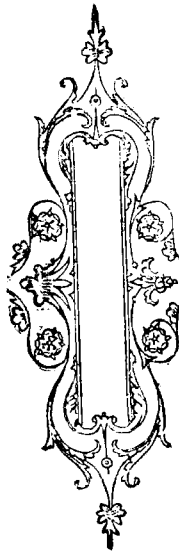
# 司法講習所講義錄目次

- (一) 比較民法概要 王寵惠編述
- (二) 民事法規及判例總則編 余榮昌編述
- (三) 民事法規及判例債權編總則 李懷亮編述
- (四) 民事法規及判例債權編分則 李祖虞編述
- (五) 商事法規及判例 李棟編述
- (六) 民事訴訟法規及判例 石志泉編述

---

司法講習所講義錄

目次



# 比較民法概要

王寵惠編述

## 緒論

### 第一章 比較民法之效用

一國之法律無論其爲公法爲私法皆所以維持社會之安寧而臻於法治之極則要難分別言之曰某法重要某法不重要也雖然自個人切身之關係觀之則法律之適用其中自有範圍廣狹之不同即如憲法爲政治之本源固也然全國之人非人人於政治有直接之關係他如刑法所以制裁犯罪苟稍知潔身自愛之人亦何至觸權刑綱商法所以規定貿易非商人則無所用之獨民法則不然蓋吾人自有生之始民法即規定其權利能力及其長也民法又規定其成年之時期進而婚姻民法復規定夫婦父子乃至家族之種種關係逮至死亡民法並規定遺囑繼承之法則他如學生之中凡吾人在社會上之一言一動要不可與民法須臾離而吾人每日所爲之法律行爲無往而不關係於權利義務善乎英國法學史家滿因之言曰一國之文化觀其民法與刑法之比較可知矣半開化之國民法少而刑法多進化之國民法多而刑法少可謂不刊之論是故民法之爲物實爲人生日用云爲必不可缺之準繩在古

昔風俗淳樸之世已然在今日事物繁曠之世則尤然其重要於此可概見矣

各國民法萬有不同大抵各隨其氣候地理俗尚歷史宗教而異欲求其要旨而一以貫之非比較異同而推闡其所以然之故不爲功於是比較民法尙焉質言之則比較民法實爲法理學之基礎譬諸博言學因各國語言文字之繁雜從而比較之遂成比較語言學因比較語言學所得之結果依歸納之法而探索其至當不易之理遂成博言學比較民法學之於法理學亦若是耳此學理上比較民法之不可不研究者也近世各國法律皆採屬地主義以不適用他國法律爲原則然國際交通日繁若必執本國法律以繩他國之人容或未盡得當故有時亦不得不適用外國法律以爲例外國際私法言之綦詳治法學者遇有此種例外苟於他國法制尙未問津援引之時必多誤解蓋條文相似而用意不同者有之程序互異而用意相同者有之甚至同一名詞而定義廣狹相去甚遠者亦有之凡此差別其大要可得而論次之以爲他日解決國際私法問題之準備此實用上比較民法之不可不研究者也夫就學理與實用兩者觀之其重要如此是以今日講論擬先明其效用以俟學者之留意焉

## 第二章 比較法學之沿革

法學之派別有四比較法學即其一也四派起源之先後曰自然法學派曰分析法學派曰歷

史法學派曰比較法學派茲將各派之沿革略述於左而比較法學派爲本書所採用且爲他書所弗備者故尤詳焉

(一)自然法學派 此派濫觴於希臘之斯都城克哲學羅馬法學家宗之迨羅馬法學大興遂風靡全歐綜其要旨殆謂世界自有生以來即有一種法律以範圍吾人之行動名曰自然法其來也遠其存也久其所及也廣故凡百法律無不以自然法爲歸宿叩其所自出則或出諸天或得諸神或稟諸性其說不一類皆臆造之談莫可稽考自晚近法理倡明而此派漸歸澌滅矣

(二)分析法學派 此派創自英國澳斯頓所著法理學一書其說適反乎自然法派以謂法也者主治者定之受治者守之非自然而有也是故欲明法學原理非依據現有之法律解剖分析之不可其研究之方法有如化學家之化分萬物爲原質者然以視自然法派較有徵矣然終不免於偏頗者則以其過重分析而輕略沿革其結果每與歷史相左故此派罕爲他國所採用

(三)歷史法學派 繼分析法學派而興者爲歷史法學派其所持主義可一言蔽之曰毋背乎歷史事實誠以歷史事實其可磨滅爲一切學說之所依據故凡與歷史事實不符者

直理果能因現在推（註）既（註）薩（註）源（註）竟委考據確鑿一無所苟斯真理出矣此派之鼻祖爲薩域尼薩氏生於十八世紀之末葉德國法學巨（註）也自幼潛心羅馬法史著作甚富而近世羅馬法制一書至今尤膾炙人口嘗謂法律乃漸次發生之物而非一（註）成之物其說影響德國法典之編纂者甚大迨後英國滿因又接踵興起所著古律考爲歷史法學派之（註）傑作自二子後此派遂盛矣

（四）比較法學派 比較之法由來遠矣西歷紀元前四百五十年羅馬頒布十二銅表相傳編訂銅表之全權委員十人曾親歷希臘調查法律比較優劣以定去取厥後商務繁盛居留外人日衆遂於三百四十二年設一法官名曰治外法官凡關於外人訟案咸隸屬焉維時在羅馬之外人不得與羅馬人享同等法律之利益勢不能不適用外國法律即所謂萬民法也或曰萬民法之淵源蓋由於治外法官比較鄰邦法律所得之共同規則抑知萬民法雖由比較而得然不過應一時之需多未完備不足稱爲比較法學也其主張比較方法以研究法學者首推十七世紀意大利國域高之萬國共同性質新科學原理而實行比較者爲法國孟德斯鳩之萬法精理蓋自是而比較法學始漸萌芽矣迨至一千八百六十九年法國比較法律會成立一千八百九十四年德國萬國比較法律會成立翌年英國亦創立一比較法律會其提

倡最力者爲巴黎一千九百年七月三十一日所開之萬國比較法學會到會者皆一時之名  
家提議設立一萬國比較法學會總機關以資聯絡而利進行惜至今尙未成立一千九百零  
六年比國創立一比較法學會翌年美國律師公會亦創立一比較法學會是爲此派最後起  
之學會各學會所刊行之書籍有月報有季報有年鑑並譯有各國法典多種此外尙有私家  
著作若干種皆足供此學研究之資料者然或僅列舉條文或僅比較一二國或專限於一問  
題若對於法律全部或民法全部融會錯綜而比較之者尙無其書以故比較法學今猶在若  
有若無之間嗚呼安得歷史法學派之薩域尼其人者提倡斯學而光大之使其卓然自立爲  
一學派乎

### 第三章 世界法系之派別

有以國別爲本位而比較各國之法律者有以人種爲本位而比較各人種之法律者有以法  
系爲本位比較各法系之法律者此三種互有得失然以法系爲比較於法制之異同最能顯  
著故茲篇采之其同一法系而各國有特異者間亦詳焉

世界法系之分派學者所主張莫衷一是其爲多數所公認者凡五印度法系回回法系中國  
法系羅馬法系英國法系是也茲將五大法系之沿革略述於左



印度法系 世界現行法律之最古者厥惟印度其法律散見於婆羅門教之經典名曰弗度而經典中之最著者爲馬紐法典共分十二章婆教之人奉信其爲天神所頒降故其所載強半屬於宗教規則與通常所稱法典者大有區別因其與宗教合爲一體故能持久而未能擴充今之適用此法系者僅限於婆羅門教諸國如印度及亞細亞中部是也

回回法系 此系法律載於教主謨哈默之哥蘭哥蘭者即回教所崇奉之聖經也史稱此經典由謨哈默感於上天之默示而得者全書凡百十四章其中關於宗教之事甚多故與其稱爲法典毋寧謂之教典其適用之地域惟回教諸國如土耳其波斯亞喇伯阿富汗等國是也

中國法系 中國法系起源邃古經典所載歷歷可考然法律與道德合而爲一降及戰國尙權術薄道德由是法律與道德判然兩途當時魏李悝制成法經六篇一盜法二賊法三囚法四捕法五雜法六具法是爲法典之嚆矢商鞅傳之改法爲律至漢高祖與民約法三章蕭何攬摭秦法增益三篇名九章律其後又有魏律十八篇晉律二十篇自隨迄清代各有律雖互有損益然陳陳相因大體具在其關於戶婚錢債之條寥寥無幾且無不與刑律相雜迨至清末舍舊謀新乃有修訂法律之舉編成草案若干種類多仿照德國法制蓋已趨於羅馬法系矣

羅馬法系 英國滿因嘗論羅馬法之沿革曰天下最著名之法律始於法典亦終於法典蓋謂羅馬法始於十二銅表而終於周斯丁尼亞法典也考羅馬法史千三百餘年法制之遞嬗可分五期第二期自羅馬建國至十二銅表(紀元前七百五十三年至紀元前四百五十年)是為習慣法時代此時代之法律最重宗教上之形式第二期自至十二銅表羅馬征服意大利(紀元前四百五十一年至紀元前第三世紀)是為市民法時代其時一切法律屬人而不屬地故惟適用於羅馬市民且專重銅表所定之形式蓋有固定性而乏擴充力也第三期自羅馬征服意大利至帝國之初奧谷斯特斯之世(紀元前第三世紀至紀元前二十一年)是為萬民法時代此時代法官以判例擴充市民法浸假而有所謂萬民法者出凡羅馬市民與外國僑民皆適用之羅馬法之發達萬民法之力居多焉第四期自奧谷斯特斯之世至戴奧挈特恩之世(紀元前二十一年至紀元二百八十四年)是為羅馬法全盛時代其時學者輩出競言法理由是羅馬法日益修明儼然自成一完全之法系矣第五期自戴奧挈特恩之世至周教科斯丁尼亞之世(紀元二百八十四年至五百六十五年)是為羅馬法編纂時代此時代前後編有數法典尤以最後之法典為最著即世所稱周斯丁尼亞法典也全典大別為四類二曰用典此書將法律全部提綱挈領以為初學之門徑三曰會典凡五十編歷代學者之撰述分門

別類靡不備焉三曰法典即諸法令之輯要也四曰新法即周斯丁尼亞帝於法典編訂後頒布新法令之續編也四種法典統名曰國法全典今之學者咸奉爲圭臬夫亦可謂美備也已英國法系 英國素以習慣法聞其受羅馬法之影響較他國爲尠故其法系亦有稱爲習慣法系者與羅馬法系對峙溯厥源流實始於日耳曼各種習尙洎乎十一世紀始別爲三法一曰摩西恩法二曰西沙遜法三曰丹麥法此三法各有其適用之地域愛華王統一之爲普通習慣法焉考習慣法之成立多基於判例而判例之效力由於法官之墨守成例其判決錄上溯至十四世紀之年鑑相傳既久而判例遂爲最大之法源十九世紀以還制定法日益加多然制定法之外仍適用習慣法也英國法律更有所謂衡平法者與習慣法對峙緣習慣法院恪守習慣法絲毫不肯稍變而習慣法多未完備以是民之不得直者輒訴諸國王國王委之大法官使其依良心自由裁判以濟習慣法之窮其判決之性質至爲活潑非如習慣法之固執民便之乃設法院以司其事即所謂衡平法院也自茲以往習慣法院適用習慣法衡平法院適用衡平法旣而成案累積衡平法乃日趨於確定遂失其本來之活潑性質自一千八百七十三年法院管轄法頒布後裁撤衡平法院然兩法仍存不廢不過由同一法院適用兩法耳於此有應注意者則習慣法有廣狹二義就其廣義言之則爲不成文法與成文法對峙就

其狹義言之則爲普通法與衡平法對峙

以上五法系其蔓延最廣而最足供吾人研究者爲羅馬英國兩法各國法律不入於此即入於彼略言之則羅馬法布瀋全歐北至英之蘇格蘭南至南斐洲東至日本西至南美洲莫不在其範圍內英國法則由英而北美而澳洲而印度凡屬英領者除一二例外皆適用英國法兩者相比較則羅馬法稍佔優勝其勢力之偉大如此

兩法系相異之點甚多就其大者言之約有三端一曰法典之編纂二曰判例之效力三曰民商法之關係茲分別詳之

### 一 法典之編纂

世界現行民法典之最古者爲一千六百八十三年之丹麥法典最新者爲一千九百十七年之巴拿馬法典其他各國民法典多成於十九世紀蓋拿破崙五大法典頒布後而法典之編纂已爲萬國通例矣即沿襲英國法之美國及印度亦多有法典獨英國無之其趨重習慣而覓然別樹一幟者非無故也試觀歐洲大陸諸國其編纂法典最有成效者首法國次德國次瑞士方其法典之未成立也國內法律及俗尚之糅雜有足令人驚者法國革命以前自法律上言之分爲南北兩部北部名習慣法地其習慣亦至不一類多由日耳曼而來者南部名成

文法地其法律多屬羅馬法然成文法外亦有習慣法不過較北部爲少耳各種習慣又有普通特別之分普通習慣遍於一省特別習慣則限於一隅甚或城有城之習慣村有村之習慣鄉有鄉之習慣綜計特別習慣多至三百種餘此法國編訂法典以前之情形也德國舊法紛如亂絲略言之德意志聯邦中之各州除採用羅馬法爲普通法外或採用一千六百八十三年之丹麥法或採用一千七百九十四年之普魯士普通國法或採用一千八百零九年之巴特國法或採用一千八百十一年之奧國民法或採用拿破崙民法而其法律文字則有德文希臘文拉丁文丹麥文各種此外尙有各地方之特別法不勝枚舉此德國編訂法典以前之情形也瑞士各州法律互異有適用習慣法者有適用法國民法典者有適用奧國民法典者有適用操列殊州民法典者其詳細區別茲不具論此瑞士編訂法典以前之情形也夫一國之內而法律與習慣紛紜若是欲合而一之舍法典外其道末由是故大陸諸國之亟亟於制定法典者雖寓有革新之意然統一全國之法律實其主動力也若夫英國則情形迥異蓋英國政權自古一統立法則有共同國會司法則有共同法院各地方之習慣趨於一致而其判例又能以解釋之法逐漸變通之使不至有扞格之虞由是觀之英國之不尙法典勢使然矣十九世紀之初法學名家邊沁力倡編纂法典之議然和之者寡卒未果行惟近數十年來

習慣法之變爲制定法及合併法之頒布時有所聞所謂合併法者卽凡關於同一問題之各種特別法併合爲一法以省檢查之煩其關於私法者如一千八百八十二年之匯票法一千八百九十年之合夥法一千八百九十三年之買賣法一千九百零八年之公司法皆爲部分之編纂近頃英國學者真克斯等五人仿德國民法典體例舉英國現行民法全部列爲條文名曰英國民法會典然此乃私家著作至於正式法典之編纂尙未可期也

各國民法典之編次可別爲兩式即羅馬式與德國式是也羅馬式沿於羅馬法學家格愛士所著之法律教科書此書分爲三編一人法二物法三訴法上古之世最重身分故人法列第一人類生存於宇宙間所恃以爲生活者惟物耳故物法列第二有人有物然後權利義務生焉故訴訟法列第三周斯丁尼亞帝之教科用典依其編次嗣後法國民法典仿之第一編爲人事編第二編爲財產編第三編爲財產取得編法國法系之民法典大都準此日本舊民法亦仿法國民法典而增益債權擔保編證據編合爲五編此皆屬於羅馬式者也德國式沿於德國學者著書之體例分爲五編因債權物權之先後更別爲兩式一名沙遜式其目次爲總則編物權編債權編親屬編繼承編即沙遜民法所採用者也一名巴因式其目次與沙遜式略同惟債權編列於物權編之前耳此式即巴因民法草案所採用者也德國民法典注重於

適用範圍之廣狹而債權範圍廣於物權故取法巴因日本新民法則注重事物發生之先後謂先有物權後有債權故取法沙遜我國民律草案仿德國民法採用巴因式若瑞士民法分爲人事親屬繼承物權四編於債權另爲一法典是其與德國式外形雖異而精神實同此皆屬於德國式者也要之德國式各編之範圍於學理上雖未盡善盡美然學者相沿至今未之或改且於實際上頗稱利便其總則編卒薈各種法律關係之通則尤爲特長者也

## 二 判例之效力

法院之判例於法律上有約束力乎無約束力乎此爲比較法學之一重要問題也其解決之方法羅馬法系與英國法系判然不同故其影響於兩系法律至深且巨試申論之

羅馬法對於判例是否自原始以來卽不認其有法律之效力迄今尙無定論惟當時羅馬大著述家西索盧列舉判例爲法源之一其後射費賴斯帝頒布指令凡律文之疑竇若歷來有判例可援者其判例作爲有法律之效力至周斯丁帝敕令始禁止法官引據成案自是判例遂失法律上之約束力矣今之宗羅馬法系諸國但西班牙爲例外蓋其所持主義與英國略同對於此問題亦採同一主義且有以明文規定於法典者如普魯士民法典前加篇第六條規定審理案件不得依據法學家之意見及法官之判例奧國民法典第十二條規定判例不得作爲有法律之效力法國民

法典第五條之規定其用意亦與此略同質言之羅馬法系諸國其法院之判例祇可視為參攷之資料於法律上毫無約束力此其原則縱或有例外如法國一千八百三十七年四月一

日法律規定同一法院之判決因同一法律問題經二次上訴於大理院而大理院於第二次

之上訴開全院會議後以同一理由撤消原判時其全院之判決對於該案有約束力緣法國某法院因同一案

件曾有三次被大理院推銷原判而仍不遵守大理院之判決者大理院編如之何故有此律以稽教之然其適用範圍至為狹小蓋全院之判決惟對於該案有約束

力對於他案則無之又如德國法院編制法第一百二十七條規定法院反對判例時應申請

於所屬上級法院此皆無關重要之例外其原則固如上所述

英國則其所採之主義與羅馬法系諸國大相逕庭蓋英國法律多屬習慣法而習慣法多源

於判例是故衡平法也國際私法也契約法也私罪法也不行為為英律多為私罪以及其他種種私法大都

由判例而來即制定法依立法程序頒布似非出自判例矣然或亦有不盡然者例如一

千八百八十二年之滙票法一千八百九十年之合夥法一千八百九十三年之買賣法細繹其

條文幾無一不依據判例者是名為制定法實則判例法也不過改換面目著為條文使其井

然不紊便於援用耳是英國之重視判例非一朝一夕之故矣原夫法官之引用成案在十三

世紀已有所聞其始不過備聽訟之參考云爾從違與否一任法官之自由裁奪與現今羅馬



法系諸國之判例無異繼而成案日多引用日廣積之既久有約束力遂成爲不易之例十八世紀柏烈士頓所著英律詮釋有云恪守成案乃法官之義務自茲以後成案之效力幾等於律文於此有二原則爲吾人所應注意者（一）凡與成案相同或類似之案件各級法院均應遵守其各該本院之判例即最高法院亦不能違背此原則（二）凡與成案相同或類似之案件下級法院應遵守同級或高級法院之判例此二原則爲一切判例效力之基礎然亦不見諸律文蓋皆出自判例也故有稱判例爲判例法者更有稱判例爲法官制定法者殆謂其與法律有同等效力也雖然依英國主義法官果有立法權與否學者聚訟紛紛或云法官之職權在解釋已有之法律非制定未有之法律果爾則法官所依據以爲判決之法律當存在於判決之前不過因判決而顯著耳主張此說者爲柏烈士頓而反對此說者爲奧斯頓其言曰我國指英法官以擬制爲護符自謂法院之判例即俗稱習慣法非創自彼等彼等不過以之宣示於衆耳一若習慣法原始以來即自無而有也者此其擬制殊屬戲言云云近世學者多宗奧氏之說直認法官有立法權折衷二者之間爲保樂克擬其說法官雖僅有解釋法律之權然法律一經解釋即不免有多寡之變更既有變更便是立法故法官表面無立法權而實際則有立法權譬猶今日之某甲與去年之某甲表面同一人而實際非同一人矣

墨守成規難於應變此非議英國判例主義之言也依據前例知所適從此稱許英國判例主義之言也保樂克有取後說嘗以英國判例比之科學撰有論文大意謂科學之所以成爲科學者以其因既往之試驗推來者之結果蓋天下之事物物莫不循一定之軌道於同一之原因發生同一之結果若月暈而風礎潤而雨也判例亦然於同一之事實有同一之判決理猶是矣保氏之言大可供學者之尋繹顧霄壤間無論何種制度有利必有弊英國判例制度約略言之其利有三一曰法律之確定蓋判例既有約束力則凡有成例可援者卽有一定之標準而人民之權利義務不至時爲搖動二曰法律之發達夫制定法條文簡約固有賴乎判例法以補其未備是判例法實足以促法律之發達也三曰法律之縝密蓋有一判決卽有一成例則其法律之細密遠非他國所可及者此其利也然其弊亦有三一曰法律之固執蓋判例既定縱或按之法理未盡得當亦須遵行欲矯正之殊非易事故其效力於法官之自由裁奪大有妨礙二曰法律之強辦蓋判例既有一定而社會狀況變幻無窮卽法官以爲不合時宜亦不敢公然違背惟有強辨案情之異同巧爲趨避三曰法律之繁曠英國既以判例爲法律而判例日增其數百年之判決錄於查檢及援用上至爲煩難况判決錄且日出無已此其弊也至於羅馬法系之判例主義其利弊適與英國相反比年來兩系皆有反向之趨勢

美則判例之訾議漸多而其國內之尊重判例已不如前在大陸諸國則判決錄之編訂日益慎重而判例之引據亦隨而加增異時兩系或有趨於適中制度之一日未可知也

### 三 民商法之關係

英人酷愛平等習而成性其所抱之最大主義爲一切法制所依歸者曰全國之人受治於同一法律是故自私法言之則無所謂商法藉曰有之亦不過學說上關於商務各種法律如買賣代理合夥轉運滙票保險等法之統稱而已初非與民法劃而爲二各有其適用之範圍也此民商兩法合一主義向爲英美法之特質惟瑞士對於此問題以大陸主義與共和國民心理背馳採取英制其債權法所載關於商行爲各章皆有普通適用之效力與民法無異

歐洲大陸主義則以特種法律治特種之人其所規定有特種之權利有特種之義務故其私法可大別爲兩部分卽民法與商法是也民法爲私法之普通法適用於全國之人商法爲私法之特別法惟適用於商人商法之於民法有補充及變更民法之效用商法以外仍適用民法晚近學者有謂兩法之區別實沿於歷史毫無學理之根據倡議廢止之贊成與反對各有理由異日研究比較商法當詳論之茲篇姑從略焉

以上犖犖三大端爲羅馬法系與英國法系相異之點但兩法系非割若鴻溝蓋所謂羅馬法系所謂英國法系皆相對之名詞就法國而言英國由宗教法海商法輸入羅馬法者不一而足更就羅馬法系諸國而言同一法系而各國間亦有派別之不同若法國派其法典爲歷史上有最關係之法典若德國派其法典爲學理上最完善之法典他若瑞士法典摹仿德國而有進乎德國者日本法典兼採法德制度而略爲變通以期與東方情形脗合者至於我國法律草案雖未公布實行然於我國法律思想不無影響之數國者其法制之異同足資鑽研學者於此苟玩索而有心得其於比較民法思過半矣

綜觀各國法制史羅馬帝國早已滅亡而其法律垂爲萬世之典型愈久而彌彰拿破崙去世將近百年而其法典影響遐邇至今勿替可見國權所不能及者法律能及之兵力所弗克征服者法理能折服之甚矣法律思想之入人深而移人速也抑吾聞之英儒勃賴斯有言曰各國法律其關乎生計之利害者漸趨於大同其關乎吾人之感情者則彼此互異此所以各國債權法之參差遠不如親屬法也雖然方今國際交涉日繁彼此往來日益親密各種法律自大體觀之皆有趨於同一之傾向而所以促進之力則比較法學或不無補助也

## 第一編 總則

民法所規定者不外權利義務概括言之則權利與義務互爲表裏惟近世各國學者多從權利方面立論何者得享有權利此關於私權之主體也何者得爲權利標的物此關於私權之客體也權利若何方能取得若何方至喪失此關於私權之得喪也故本編第一章論私權之主體第二章論私權之客體第三章論私權之得喪

### 第一章 私權之主體

私權之主體爲人然通常所謂人者不過圓顛方趾云爾而法律所稱爲人者其意尙不僅如是蓋凡法律認爲有人格得爲私權之主體者皆所謂人也故人可分爲兩種一曰自然人二曰法人

#### 第一節 自然人

##### 第一款 權利能力

權利能力云者謂享有私權之能力也往古之世身分爲重故凡居次等身分之人法律比擬之於財產其自身不能享有權利若奴隸之販賣其明證也洎天賦人權及自由平等之說盛行於近數十年而奴隸之制各國先後懸爲厲禁今則凡屬人類皆有權利能力無間於身分之軒輊也

權利能力與人之生死相始終其理至淺可無深論顧一生二死雖屬顯而易見之事然自法律觀之有未可概言者則以所謂生也者有其條件焉而所謂死也者有其擬制焉今以次述之民法開宗第一義曰權利能力自完全出生之時始此羅馬英國兩法系之所同也夫曰出生則胎兒於脫離母體之際須保持其生命方認為有權利能力至其保持之久暫則毫無關係即一秒之時間亦無害其為出生也此又羅馬英國兩法系之所同也若夫何者為完全出生何者非完全出生學說不一惟法國法系諸國關於權利能力之條件較他國為嚴酷以法國言之三三四條七二五條九〇六條於完全出生條件外復加以生存能力之條件然呱呱墜地之際而判定其生存能力之有無殊形困難德國民法典不採其說以此也意大利西班牙均屬法國派惟意大利民法典七二五條設有生存能力之推定西班牙民法典三〇條設有完全脫離母體後生存二十四小時之期限皆所以解決此難題者也總之胎兒於未出生前為母體之一部分不能獨立享有權利但各國法律因保護其利益起見均設有例外茲不具論

權利能力既於出生而始則於死亡而終理固然也夫死亡事實也不容有所假借然而法律不盡爾爾者則死亡之擬制是也死亡之擬制為準死準死云者其人非死亡而法律視若死亡如宗教家之脫離凡俗終身奉教或犯人受死刑之宣告或受無期禁錮流出國境等刑是

已此制各國多廢止之然其遺踪猶有存焉者此外尙有死亡宣告制與失踪有關當於論失踪時詳之

權利能力以一視同仁爲原則其僅有之例外即外國人是已夫何者爲本國人何者爲外國人屬於名國國籍法故不在本篇範圍內茲所論者惟外國人在私法上之地位耳其沿革可分爲三期

上古期 上古之世莽莽榛榛文化未開匪特不認外人有權利抑且視之能寇讎其在我國鄙之曰東夷曰西戎曰南蠻曰北狄諺云屏之四夷不與同中國者此也其在羅馬則稱之曰游氓以示與市民有別此其主義稱爲賤外主義

中古期 文化漸進商務漸盛始稍稍畀外人以特種權利較賤外主義爲進然不平之處尙多例如外人在國內死亡時國王當然繼承其遺產但於特種權利之外仍禁止外人享有私權此其主義稱爲排外主義

近世期 降及近世文明益進商務益盛彼此往來不絕於道始悟排外主義之終不利於己也故今世各國莫不以承認外人之權利爲原則其所採用之主義一爲相互主義細別爲條約相互與法律相互兩主義一爲平等主義

條約相互主義謂他國以條約允許本國人享有之權利本國亦允許該國人享有同等之權利創此主義者爲法國民法典其第十一條曰外國人在法國所享有之民事權以該國條約許與法人者爲限此條之適用不無窒碍蓋法國學者因襲羅馬法分私權爲自然權及民事權兩種然民事權究以何者爲標準欲確定之已屬困難况無條約國之人又將何以處置之耶以此之故即法國派之國如荷蘭意大利孔哥皆已改從平等主義今之採用條約相互主義者爲比國希臘盧森堡等國耳

法律相互主義謂他國法律允許本國人享有之權利本國亦允許該國人享有同等之權利此主義爲德國奧國匈加利瑞典那威塞比亞等國所採用以法律之標準易條約之標準自是個人之私權不爲外交政策所左右固有進矣然對於無國籍之人則又無法以處置之平等主義於以出焉

平等主義謂本國人所享有之權利外國人亦得一律享有之至外國之條約若何法律若何非所問也此內外平等之原則肇其端者爲一千八百二十九年之荷蘭民法典而造其極者爲一千八百六十五年之意大利民法典其第三條曰外國人得享有本國人之私權起草員俾索那烈以此條爲當時之創例叙其理由曰各國立法例對於此問題分爲三期其始也惟



法律所承認者乃有權利能力故外人不得享有私權其繼也因公共利害起見以相互爲條件承認外人之權利此法國民法所採之主義也今則時移境遷國際往還絡繹不絕而外人之權利乃繫於其國之條約或法律既屬無益尤覺不平爲今之計非揭橥一光明正大之主義不可其主義維何卽凡屬人類皆享有私權本國人與外國人不應有所歧視此意大利新法典所採用者也吾有以知此主義之推行終有環球一周之日云云然自此法典公布後國際輿論果然翕從一千八百八十年法國國際法學會開會於英之鄂斯弗其所議決有關於外人權利一條曰外國人不問屬於何國家及屬於何宗教皆一律享有本國人同等之權利但現行法律特定之例外不在此限此議決爲法學家所公認故現今文明各國除保守相互主義諸國外皆採平等主義俾氏所云環球一周者其斯之謂乎

雖然平等主義者不歧視外人之主義也非內外一體之主義也故亦不無例外如日本民法第二條外國人除法令或條約有禁止者外一律享有私權是也茲將各國重要例外臚列於左

一 土地所有權之限制 有此限制者如日本美國諸州

但多數州無之

瑞典那威俄國羅馬尼

亞德國瑞士等國

德國瑞士許各州自由限制

二 船舶所有權之限制 有此限制者如日本美國加利寬尼亞州墨西哥巴西英國匈

加利瑞典等國

三 通商權之限制 有此限制者如瑞典丹麥等國

四 礦業權之限制 有此限制者如日本

五 漁業權之限制 有此限制者如日本美國墨西哥智利法國西班牙奧國匈加利俄國瑞典那威等國

六 訴訟補助之限制 有此限制者如日本德國奧國匈加利法國比國荷蘭羅馬尼亞

西班牙葡萄牙瑞士等國均以相互爲條件所謂訴訟保助者即關於貧民之訴訟得由政府補助訟費是也一千八百九十六年海牙國際私法條約規定與約國間對於訴訟之補助權不復予以限制

七 起訴之保證限制 有此限制者如日本英國巴西比國匈加利等國所謂起訴之保證限制者即外國人爲原告時須先納保證金是也

以上例外或絕對之限制或條件之限制而條件之限制復有種種之不同大抵各因其國內情形及對外政策而殊若南美諸國皆新闢之地其例外較他國爲特少所以獎勵外資及工人之輸入也至其他各國之限制外人雖不如南美之寬然大勢所趨日益縮小則可斷言也

第二款 行爲能力

行爲能力云者謂以行爲發生法律關係之能力也其所以異於權利能力者一則注重享有  
一則注重實行由享有而進於實行斯則在乎行爲能力矣夫法律行爲於權利義務最有關  
係能使之發生亦能使之消滅而法律行爲效力之有無以行爲能力之有無爲斷故各國民  
法雖以人類有行爲能力爲原則然例外有四（甲）基於年齡者（乙）基於身體或精神  
之狀態者（丙）基於婚姻者（丁）基於受刑之宣告者

甲 基於年齡者

行爲能力之有無以智識之有無爲準理論上則然矣惟智識之有無頗難斷定故各國法律  
皆採年齡主義從便也所謂年齡主義即達法定年齡者稱爲成年人有完全行爲能力但  
例於  
未達法定年齡者稱爲未成年人無完全行爲能力至年齡之高低各國殊不一致羅馬法以  
二十五歲爲成年惟歐美各國大多數定爲二十一歲其以二十一歲以下爲成年者如日本  
瑞士及我國民律草案定爲二十歲英屬摩羅特島定爲十八歲美國數州對於女子定爲十  
八歲印度之亨度法定爲十六歲是也以二十一歲以上爲成年人者如阿根廷定爲二十二歲  
荷蘭西班牙定爲二十三歲奧國匈加利定爲二十四歲丹麥智利定爲二十五歲是也

行爲能力分別成年與未成年而定其異同各國法律均無二致惟關於未成年人則有左列兩制

(一)複級制 凡未年人以年齡之長幼別爲數級其能力之範圍按級擴充由漸而進使達於成年此制徧自羅馬法蓋古昔羅馬以二十五歲爲成年其未及年之人分爲三級自出生至七歲曰幼年爲絕對無能力者男子自七歲至十四歲女子自七歲至十二歲曰少年得爲法律行爲但其行爲於法律上不負何等責任又男子自十四歲女子自十二歲至二十五歲曰熟年得爲法律行爲但不利於己時得撤消之然於未撤消前其行爲仍作爲有效其能力之擴充與年俱進可概見矣今之採取複級制者如德國奧國及我國民律草案皆是也試觀德國民法典於未成年人別爲兩種其一未滿七歲之未成年人是爲無行爲能力者其二七歲以上之未成年人是爲限制行爲能力者所謂限制行爲能力既非如未滿七歲之完全無行爲能力亦非如成年之完全有行爲能力蓋介乎兩者之間也至於瑞士則有與此相髣髴者蓋未成年人依判斷力之有無分爲兩種其無判斷力者與德國之未滿七歲者相當其有判斷力者與德國之滿七歲者相當是其所採用之標準雖與複級制有異然其細別未成人之能力則一也

(二)單級制 凡未達成年之人概視爲無成年人而於未成年中不再設等級以細別其行爲能力質言之則未滿七歲人法律不預定其爲無行爲能力蓋純然以之爲事實問題也採此制者爲法國比國意大利日本及英美等國

未成年人之別於成年人略如上所述然因年齡限制之免除或婚姻之結果亦得享有成年人全部或一部之能力者茲分別論之

(一)年齡限制之免除 將達成年人<sup>各國法律規定其年限不同</sup>因特別情形如智識之發達或財產之利益

得免除其年齡限制俾享有成年人之能力考羅馬法男子達二十歲女子達十八歲得申請國王免除其年齡限制免除後除關於不動產之轉移外其能力殆與成年人無異今歐西各國多沿襲此制而略爲變通其方法有二

(甲)自治產 未成年人之父或母或其親屬會得依法定條件及法定程序宣告其爲自治產人採此制者爲法國系諸國

(乙)成年宣告 未成年人依法定條件及法定程序得由監護法院或監護行政公署宣告其爲成年人採此制者爲德國瑞士等國

以上兩制用意雖同而效力則異蓋自治產人祇取得管理財產之能力而此能力復有限制

此外則與其他未成年無異若夫被宣告成年人則逕取得成年人之法律地位矣此其相異最要之點也總之年齡限制之免除無論自治產制或成年宣告制皆所以濟法定年齡之窮善法也惟英美日本及我國民律草案皆無之是則立法之異耳

(二)婚姻之結果 未成年人之男子於婚姻後當然取得成年人全部或一部之能力有此制者爲歐洲多數國如法國西班牙意大利匈加利瑞士及美國數州無此制者爲羅馬德意志日本英國美國多數州及我國民律草案

### 乙 基於身體或精神之狀態者

因身體上或精神上有所欠缺而不得享有完全行爲能力者例如精神喪失人精神耗弱人盲啞人及其他類似之人皆是各國立法例關於保護此等人之方法略分三派

(一)法國派 法國民法有禁治產與準禁治產兩制凡成年人有精神喪失之常態者應由法院宣告禁治產精神耗弱及其他類似之人得由法院宣告準禁治產兩者之區別在行爲能力大小之不同蓋禁產人受監護人之管理以不得自爲法律行爲爲原則受準禁治產人則反是得自爲法律行爲但對於特定之重要法律行爲須得保佐人之同意方爲有效此法國派之大較也

(二)德國派 德國民法典不設禁治產與準禁治產之區別對於應行保護之人概用禁治產制惟依宣告禁治產原因之不同而分別其能力之大小其分別之法一如未成年人之分等級然詳言之則因精神喪失而受禁治產之宣告者無行為能力蓋等於未滿七歲之未成年人<sup>一〇</sup>其因精神耗弱浪費酒癖而受禁治產之宣告者有限制能力蓋等於滿七歲之未<sup>四條</sup>成年人<sup>一</sup>此德國派之大較也

(三)英國派 英國法律對於個人之法律行為多取放任主義故無歐洲大陸之禁治產制即如精神喪失人經法定程序受精神喪失之宣告後不得自行管理財產然不因此而遂為無行為能力人其法律行為之有效與否仍視乎其精神喪失與其行為之關係如何又精神耗弱人自一千八百九十年精神喪失人保護法施行後法院得派人管理其財產惟其行為能力依然如故至浪費人則並無何等限制最近一千九百零二年之判例亦否認限制其行為能力此英國派之大較也

丙 基於婚姻者

近世私法莫不以男女平等為原則但女子於婚姻後即取得妻之身分其行為能力不得不稍加限制所以尊重夫權也至其限制之多寡各國法律互有異同當於親屬法編詳之

丁 基於受刑之宣告者

刑罰宣告之影響於犯人行爲能力現今文明各國多無此制其有之者如法英兩國實屬僅有之例外姑略之

第三款 住所

住所之定義各國法律規定不同有以生活之根據地爲住所者如法國意大利日本是也有以常居之地爲住所者如德國瑞士英國美國及我國民律草案是也依羅馬法之原則住所之要件有二 (一)居住之事實 (二)常居之意思二者具備則時日之久暫所不問也

住所於私法上有種種關係其適用範圍之廣狹可分兩派一爲大陸派此派主張當事人之能力不問住所所在何處依當事人之本國法定之一爲英美派此派主張當事人之能力不問其國籍爲何依當事人住所地法定之丹麥阿根丁墨西哥從此派是故住所之觀念在大陸諸國則多關於商事行政及法院之管轄等問題在英美兩國則多關於國際私法上當事人能力之問題明乎此者始可進言住所法之比較矣

住所之種類有三

(一)固有住所 此即出生時當然取得之住所例如子取得其父或母之住所父母不明時



取得其發見地之住所是也

(一) 選定住所 此即能獨立享有住所之人捨棄從前之住所而自由擇定之住所也

(二) 法定住所 此即不能獨立享有住所之人法律特定其應有之住所例如未成年之子當然取得其父或母之住所妻取得其夫之住所軍人取得駐割地之住所是也

以上三種乃英美法之分類歐洲大陸諸國祇有選定住所及法定住所兩種日本則祇有選定住所一種由是觀之固有住所實爲英美法之特質其與法定住所似同而實不同蓋固有住所終身不變惟法定住所則隨所依賴人之住所而變例如出生時父之住所所在英國則子固有住所及法定住所均在英國可無疑義若於子未成年時父遷其住所至法國則子之固有住所仍在英國其法定住所則改在法國矣

英美法重視住所故其採用之原則較他國爲嚴密試舉其要者如左

一 凡人於出生時當然取得固有住所

二 凡固有住所繼續存在至取得其他住所法定住所或選定住所時爲止其他住所捨棄時固有住

所當然回復

三 凡人不可不有一住所

#### 四 凡人同時不得有二處以上之住所

以上第一第二原則爲英美所特有前已詳之第三原則爲他國所不承認蓋皆沿用羅馬法而不強人以住所也德儒薩城尼嘗論無住所之情形有三（一）捨棄已有住所而未取得新住所者（二）以旅行爲常業而未嘗有定居者（三）流氓而無恒業者英美法律對於此種情形則以其固有住所爲住所故凡人斷不能不有一住所此固有住所之效用也第四原則爲世界多數國所承認惟德國則沿襲羅馬法允許一人同時有多數住所此英美與他國關於住所異同之大略也

#### 第四款 失蹤

離去從來之住所或居所久無音信至死生不明者曰失蹤在古昔羅馬法凡失蹤人之財產得由保佐人管理惟本人之死生法律不爲之推定其制度多未完備厥後意大利羅馬法詮釋家創立一例凡失蹤人已達百歲者推定其爲死亡德國習慣法沿襲此制並依耶穌教聖經之言改爲七十歲夫失蹤之人死生不明其權利義務奚由而定爲本人及社會計終不可不有以處置之之法此各國失蹤制之由來也失蹤之制有三

（一）法國制 法國不採死亡宣告制而採不在宣告制故死生不明之時間分爲三期第一

期使其人受不在之推定於此期內法院因利害關係人之聲請得執行保護其財產之處分第二期使其人受不在之宣告若其人有委定代理人則失蹤後逾四年若無委定代理人則失蹤後逾十年其假定繼承人方得聲請法院而法院於聲請後逾一年方得爲不在之宣告九條合計五年或十一年後始得假占有其財產第三期使假定占有變爲確定占有蓋占有不能永久爲假定故自失蹤日起算逾三十年後或其人已達百歲法院於聲請後得確定其占有焉此法國失蹤制也

(二)德國制 失蹤人之死生不明逾一定時期後法院因利害關係人之聲請得依公示催告之程序宣告失蹤人於某日某時死亡名曰死亡宣告其失蹤時期通常定爲十年而例外約有兩種(一)基於年齡者例如失蹤人未達三十一歲以前不得宣告死亡又失蹤人已達七十歲其失蹤時期縮短爲五年(二)基於失蹤之原因者例如從軍服務之人因戰爭而失蹤者其時期縮短爲三年又航船失蹤者按行駛之遠近縮短爲一年至三年此德國失蹤制也

(三)英國制 英國習慣法凡人失蹤七年後推定其死亡但此推定不能爲一律之適用蓋因其關係之事項而異此英國失蹤制也

綜而論之以上三制其最不完備者爲英國蓋英國法律重視證據凡主張事實或權利者須提出法定證據以證明之而死亡之推定實其例外也所謂死亡之推定者不經法院之程序由關係人自行推定其適用範圍甚爲狹小至於法國分別失踪爲三時期且採用法院程序較優於英國然遠不若德國之嚴密其所以如是之嚴密者用意有三（一）務使死亡之宣告與失踪人當時之事實相去不遠是故失踪人年齡之高低及失踪原因之不同在英法兩制均無關係法國制失踪人之年齡惟於確定占有之時期有關係惟德國則宣告前所應經過之期間因之而異（二）務使死亡之宣告有確定適用之時期故在英國則推定其人之死亡而不推定其人死亡之時日在法國則並其人之死亡而不推定之德國則異是不獨推定其人之死亡且更推定其於某日某時死亡一八條（三）務使死亡之宣告有一律適用之效力蓋英國制死亡之推定非一律能適用之如前所述法國也制不在之宣告因權利關係人之利益始適用之若因失踪人之利益則不適用至德國制死亡之宣告於權利關係人及失踪人一律有效且其宣告同時有兩種效力一則推定其人於某時死亡一則推定其人繼續存在至某時一九條以上三端實爲德國制之特質也

## 第二節 法人

比較民法

法人制度始於羅馬中世而大盛於今日誠以文明日進人民團結心亦日以澎漲加以近數十年生計競爭欲創一偉大之事業既非一二人獨力所能成勢不得不集羣力以舉之法人之制由是興焉考民法典關於法人之規定爲晚近立法創例觀法國民法典竟無規定法人之條文但關於特種事項間接承認法人之存在而已五三七條六一九條九一〇條九三三條一七一二條厥後意大利民法典於法人之規定僅有一條西班牙民法典僅有五條三五條三九條至近年新編之法典若德國日本瑞士民法典及我國民律草案始有詳細之規定法律之繁簡與時俱進於此可見一斑矣

### 第一款 法人之種類

各國法律分法人爲公法人與私法人公法人屬於公法故不在本篇範圍內茲所述者惟私法人耳

德國派分法人爲社團法人及財團法人兩種社團法人者即法律予以人格之自然人集合體財團法人則爲法律予以人格之財產集合體社團法人以社員爲組織財團法人以財產爲組織二者之區別稍治民法學者類能言之無庸縷述惟財團法人爲德國派之特種制度英法兩派所不承認者也

英國派則分法人爲集合會社及單獨會社兩種。集合會社爲數人所組成之法人，與德法兩派之社團法人相類。單獨會社爲一人所組成之法人，此制爲英國所特有。其所以成單獨會社者，或因習慣法之承認，或爲制定法所設立。例如習慣法認宗教教師爲法人，故教師之自任人，雖屢經更易，然教師之法人則依然存在。毫無變更。又如國王之爲單獨會社，亦爲習慣法所承認。至於制定法所設立之單獨會社，亦屬寥寥無幾。如陸軍大臣、郵務大臣及公共信託人等是也。

## 第二款 法人之設立

各國立法例關於法人之設立有三主義

(一) 特許主義 特許主義者，凡設立法人須經行政機關或立法機關之許可，方得爲之。此主義爲近來各國所罕採者。惟法國向以此主義爲原則。自一千九百零一年七月一日之會社法公布後，兼採其他主義。

(二) 放任主義 放任主義者，許法人之自由設立，無須政府之許可。蓋特許主義程序繁重，且有偏阿之弊。於公共事業之進行，殊形不便。故放任主義或將盛行於世。最近瑞士法典已採用之。

(三)準則主義 準則主義者法律先定法人設立之普通規則凡遵照規則所組織之團體即認為有法人資格是也此主義不如特許主義之嚴亦不如放任主義之寬為現今多數立法例所採用者

各國法律於此三主義多有同時兼用者然以兼用特許主義與準則主義者尤多例如德國財團法人採特許主義社團法人無經濟目的者採準則主義有經濟目的者採特許主義  
二二條條日本及我國民律草案與此略同

英國亦兼採特許及準則兩主義而實際上關於特種公司如鐵路運河等則多採特許主義蓋依據國會頒布特別法律而設立者也此外尚有所謂默許主義者凡歷來享有法人特權之團體法律推定其為政府所許可一千六百十三年已有判例此種法人學說上名為時效法人

### 第三款 法人之能力

法人之能力擬分別權利能力及行為能力詳之於左

(一)權利能力 法人既與自然人同為有人格者則亦應享有權利能力固屬毫無疑義然此原則亦有例外日本民法第四十三條曰法人從法令之規定於規條及捐助行為所定目

的之範圍內享有權利負擔義務

我國法律草案第六十一條與此略同

瑞士民法第五十三條曰法人得享有一

切權利負擔一切義務但關於人類天然之特質如男女年齡親屬等不在此限茲將各國明認或默認之限制分爲三項如左

甲 當然之限制 如瑞士民法第五十三條所列舉關於男女年齡親屬等之權利義務

乙 法律之限制 如各國關於法人動產或不動產所有權之限制就德國而言法人所

有之土地其價值在五千萬馬克以上者得由各州法律限制之

民法典施行法第八十六條

就英國而言

自愛活第一世已有限制法人土地所有權之法律依最近一千八百八十八年法律凡

法人非得國王或法律之特別許可不得享有不動產又單獨會社非得法律之特別許

可或非依據特別習慣法不得享有動產就法國而言一千九百零一年七月一日之會

社法分別法人之種類而限制其能力其他各國多有類似之限制者

丙 特許狀之限制 設立法人之特許狀亦有規定其能力之限制者茲不詳論

(二)行爲能力 自德儒子爾克氏之法人實在說風行後而法人之有行爲能力遂爲多數

學者所公認意謂法人既獨立存在則當然有獨立之意思獨立之行爲其意思及行爲假手

於董事會故法人之有董事會猶自然人之有耳目手足也其說影響於近世法典者甚鉅



國民法規定法人之董事會有法定代理人之地位<sup>條二六</sup> 瑞士民法則徑規定法人自依法律或規條設置必要之機關時起有行為能力<sup>條五四</sup> 我國民律草案仿之是其明證

## 第二章 私權之客體

私權之客體對於私權之主體而言私權之主體爲人既如前述至於私權之客體則頗有爭論有以物爲私權之客體者有以物與人爲私權之客體者有以物人及行爲爲私權之客體者本章取其狹意以物爲私權之客體

### 第一節 物之定義

羅馬法學家佳亞司曰物之爲物或有體或無體凡五官所能觸覺之物爲有體物凡五官所不能觸覺而法律上認其存在之物如債權及其他權利者爲無體物周斯丁尼亞法典襲取是說各國法律多受其影響分物爲有體及無體日本舊民法奧國美國路西安尼亞州及葡葡歷高等民法典皆有明文規定俄國民法關於物之分類與此略同法國民法間接承認無體物<sup>五二六條五二零條</sup>若英國民法則物之定義包括所持物與訴訟物兩種所持物即有體物訴訟物即無體物所謂訴訟物者凡關於錢債或違背契約等須經訴訟程序方能實行之請求權皆是至其範圍之廣狹尙無確定標準以上諸國均襲取羅馬法之分類者也然其分類在

當日羅馬有重大關係蓋有體物之轉移須依一定之形式而無體物則否此種分類在今日已屬毫無意味且有體無體之分未免舉物與權利渾而爲一而物之意義不能顯明故近年來新編法典如德國日本及我國民律草案皆有條文規定稱物者指有體物而言其關於無體物如信用名譽權利則逕以本名名之

## 第二節 物之分類

羅馬法關於物之分類甚多後世法律或學說上承認之或以條文規定之茲舉其要者於左

一 公有物與私有物 例如法國五三八條奧國二八條美國路西安尼亞州四四九條葡萄牙二條高

三二條墨西哥六九七條

二 融通物與不融通物 例如墨西哥六八零條

三 替代物與不替代物 例如德國九一條我國民律草案一一七條

四 消費物與不消費物 例如奧國一二九條德國九二條西班牙七三三條我國民律草案二一七條

五 主物與從物 例如德國九七條日本八七條

六 動產與不動產 例如奧國二八條法國六一條日本八六條我國民律草案零一七條

以上分類第一第二款無足究研茲僅就第三至第六款詳之

(甲) 替代物與不替代物 替代物謂一物之效用與他物之效用相等故同一種類及同一品質者此物與彼物於債權人無足輕重例如金錢穀米等德國民法第九十一條規定稱替代物者謂依數目輕重及容積所指定之動產即是意也替代物以外皆為不替代物此其分類於債務甚有關係

(乙) 消費物與不消費物 消費物謂依通常使用方法即歸消耗或可讓與之物例如食物金錢等此外皆為不消費物此其分類於消費貸借極有關係蓋消費貸借專限於消費物若對於不消費物則不能成立也於此有不可不注意者則消費物與替代物其性質不同學者不察輒混而一之即外國立法例亦不能免如西班牙<sup>三三條</sup> 荷蘭<sup>五六條</sup> 民法典謂替代物者指因使用而消耗之物抑知替代物同時屬於消費物者固屬不少如金錢食物等然此不過一物而具有兩種性質若因此而以替代物為消費物則誤矣試舉一例以明之同時出版之同一著作謂為替代物則可謂為消費物則不可要之替代物非必消費物而消費物亦非必替代物二者之區別於此益明

(丙) 主物與從物 主物者謂可以獨立為用之物從物者謂輔助他物為用之物其區別非本於物之性質而本於兩物相互之關係是故同一物也當其附屬於他物而供他物之常用

者爲從物否則爲主物此分類之重要在於處分主物時從物亦同其運命而受處分也此原則始於羅馬法爲現今多數國所採用然以其非強行法故當事人處分主物時得訂明從物之運命至何者有主從之分何者無主從之分各國立法例別爲三派第一派惟不動產爲主物時乃有從物英國是也第二派惟動產得爲從物德國是也考德國民法對於不動產祇可使甲不動產爲乙不動產之重要成分八九零條第二項土地登記法第五條斷不能使其爲從物九七條其不同之點則重要成分爲他物之一部分不能獨立自成一物而爲私權之客體若從物則獨立自爲一物仍不失私權客體之資格第三派動產及不動產均有主物從物之分羅馬日本是也至於法國民法典雖不承認此分類然其規定有所謂因於用方之不動產其用意與此略同詳後

(丁)動產與不動產 物之分類在各國法律最爲重要者莫如動產與不動產然其原因則古今不同蓋上古以狩獵爲生進而畜牧進而業農何莫非與土地有密接之關係一人之產業舍土地外可屈指而數也其重視不動產理有固然及至中古是爲封建時代其制度以土地爲基礎土地所有權與統治權合而爲一其重視不動產之心理曾未稍減觀於動產即賤產之格言可以知矣今則工業發達動產之種類日增無已其效用不亞於不動產而其價值

且有過之然而各國至今尚保存此分類者則以兩物之性質本有不能強同者也是故各國法律因歷史之關係經濟之狀況及其他社會之情形關於動產不動產之法律至爲紛歧茲舉其重要數義而比較之

一 分類之實用 動產不動產之適用範圍各國法律廣狹懸殊約略言之其最狹者爲羅馬法蓋羅馬惟於物權法有動產不動產之別其最廣者爲英國法蓋英國不獨於物權法親屬法夫妻財產關係分別動產不動產且於繼承法亦然其餘各國則介乎兩者之間當於各本編詳之

二 分類之範圍 有體物之分爲動產不動產固屬毫無疑義至於無體物則各國不同羅馬法對於無體物不認有動產不動產之區別宗德國派諸國稱物者以有體物爲限故關於此問題之原則採羅馬法主義惟因無體物之性質認有例外如日本第八六條第三項無記名債權雖屬無體物然其權利與證券要不可須臾離直認證券爲債權殆無不可故規定其爲動產又如德國七一零一條對於地上權適用土地之規定

各州法律尚有數種例外若瑞士五六五條則逕規定凡登記於土地冊之獨立及永久權利皆爲不動產是也其餘各國若法國法系及英國法系諸國皆沿襲歐洲中古習慣於無體物

亦分爲動產不動產其詳細節目非數語所能盡也

三 分類之標準 羅馬法分動產不動產根本上以物之本性爲標準凡依其性質而

能遷移轉運者爲動產凡依其性質而不能遷移轉運者爲不動產今之羅馬法系諸國皆採用此主義前此於英國法系亦稱動產不動產不過取便於讀者實則英國分類不曰動產不動產而曰實產人產其分類由來甚遠蓋基於訴訟法也考英國古代分訴訟爲實體訴訟及對人訴訟實體訴訟敗訴者必須將所請求之原物交還方能結案對人訴訟則賠償損失即可結案無須原物之交還故適用實體訴訟之物名之曰實產適用對人訴訟者名之曰人產因實體訴訟多用於土地及關於土地之權利對人訴訟多用於土地及關於土地權利以外之物故人產實產之分與動產不動產大致相同惟沿革既異則其不同之點亦復不少茲不贅矣

英國之實產人產不以物之本性爲標準故何者爲實產何者爲人產非熟讀強記之不可若羅馬法系諸國其原始以動不動之性質爲標準似較易於領會惟因各種習慣及關係類皆設有例外其物本不動而認爲動產者有之其物本動而認爲不動產者亦有之即如法國民法有所謂因用方之不動產蓋法國無主物從物之

分故土地所有人因供其地之用而設備之動產<sup>四五二</sup>以不動產論所以使其與土地受同一運命此例外之最著者也其餘各種例外尙多各國法律略分兩派第一派何者爲動產何者爲不動產悉列舉之法國意大利俄國英國及其餘多數國是也第二派回復動產不動產本來之自然標準例如日本民法典以土地及其定著物爲不動產餘皆爲動產我國民律草案則以土地及房屋爲不動產若德國民法典則逕用土地二字而不用不動產之名稱皆所以免困難之例外也

# 比較民法概要勘誤表

第二頁	第九行	向未誤爲尙未
第三頁	第十三行	可字下落以字
同頁	第十四行	不可誤爲其可
第五頁	第十一行	本位下落而字
第七頁	第四行	銅表下落至字
同頁	第十二行	教科二字刪
同頁	第十四行	用典上落教科二字
第十頁	第三行	餘種誤爲種餘
第十三頁	第四行	撤銷誤爲撤消
同頁	第五行	應作撤銷原判
同頁	同行	應作以補救之
同頁	第十行	釐誤爲厘
第十四頁	第三行	於字刪



同頁 第十二行

據誤爲擬

第十五頁 第十行

遵守誤爲遵行

第十六頁 第十三行

應作廢止之

第十九頁 第八行

以上落蓋字

第二十頁 第四行

應作屬於各國

同頁 第六行

若誤爲能

同頁 第十行

享有誤爲享有

第二十三頁 第八九行

應低三格

第二十六頁 等一行

應作未成年

第二十七頁 第十二行

禁字下落治字

第三十頁 第八行

固有上落之字

第三十一頁 第二行

應作羅馬法

第三十三頁 第十行

也字刪

第三十八頁 第十二行

零字當改爲○

第三十九頁

第七  
十三行

零字均改爲○

第四十一頁

第五行

零字當改爲○

第四十二頁

第十二行

零字當改爲○

第四十四頁

篇末落未完二字

比較民法概要勘誤表

民事法規及判例總則編



# 民事法規及判例講義

余榮昌編述

## 第一編 總則

緒論

### 第一章 我國民事法規之沿革

一 我國公法制度至周已粲然大備而私法制度則發達較遲魏文侯師李悝造法經六篇(註一)一盜法二賊法三囚法四捕法五雜法六具法(註二)其書久已不傳於世其雜法篇中有無關於民事之規定蓋無可考至漢蕭何就法經加定戶律興律廩律三篇名爲九章律(註三)其書雖亦散佚無存而所謂戶律蓋即今之戶役婚姻田宅等律爲關於民事之規定是無庸疑曹魏作新律十八篇(註四)晉增損漢魏爲二十篇(註五)北齊後周因革損益(註六)至唐高宗命長孫無忌等製律十二篇(註七)即今所謂唐律較之以前諸律漸臻詳備唐律十二篇者一名例二衛禁三職制四戶婚五廩庫六擅興七賊盜八鬪訟九詐僞十雜律十一捕亡十二斷獄是也其戶婚及雜律多關於承繼婚姻債權物權之規定雖其規定之形式仍爲處罰之律條而其實質則同時爲解決民事之法規解釋上實不容更參疑義者也

註一 唐律疏義序 故唐律十二篇非唐始有是律也自魏文侯以李悝爲師造法經六

一篇至漢蕭何定加三篇總謂九章律而律之根荄已見曹魏作新律十八篇晉賈充增損漢魏爲二十篇北齊後周或併苟其類或因革其名所謂十二篇云者裁正於唐而長孫無忌等十九人承詔製疏勒成一代之典防範甚詳節目甚簡雖總歸之唐可也

註二 杜氏通典卷一百六十三 魏文侯師李悝選次諸國法著法經以爲王者之政莫急於盜賊故其律始於盜賊須劾捕故著囚捕二篇其輕狡越城博戲借役不廉淫侈踰制以爲雜律一篇又以其律具其加減是故所著六篇而已然皆罪名之制也

註三 史記卷八 漢元年十月沛公還軍霸上召諸縣父老豪傑曰父老苦秦苛法久矣誹謗者族偶語者棄市吾與諸侯約先入關者王之吾當王關中與父老約法三章耳殺人者死傷人及盜抵罪餘悉除秦法

漢書卷二十三 其後四夷未附兵革未息三章之法不足以禦姦於是相國蕭何擴摭秦法取其宜於時者作律九章

註四 唐六典卷六 魏氏受命參議復肉刑屬軍國多故意寢之乃命陳羣等採漢律爲魏律十八篇增漢蕭何律劫掠詐僞毀亡告劾繫訊斷獄請贖驚事償贓等九篇也

註五 唐六典卷六 晉氏受命議復寢之命賈充等十四人增損漢魏律爲二十篇一刑

名二法例三盜律四賊律五詐僞六請賊七告劾八捕律九繫訊十斷獄十一雜律十二  
戶律十三擅興十四毀亡十五衛宮十六水火十七廐律十八關市十九違制二十諸侯  
註六 唐六典卷六 北齊初命造新律未成文宣猶採魏制(中略)至武成時趙郡王叡  
等造律成奏上凡十二篇一名例二禁衛三戶婚四擅興五違制六詐僞七鬪訟八盜賊  
九捕斷十毀損十一廐牧十二雜律凡定罪九百四十九條大抵採魏晉故事

唐六典卷六 後周命趙肅等造律保定中奏之凡二十五篇一刑名二法例三祀享四  
朝會五婚姻六戶禁七水火八興繕九衛宮十市廛十一鬪競十二劫盜十三賊叛十四  
毀亡十五違制十六關津十七諸侯十八廐牧十九雜犯二十詐僞二十一請求二十二  
告言二十三逃亡二十四繫訊二十五斷獄大凡定罪一千五百三十七條比於齊律煩  
而不當

註七 舊唐書卷五十 及太宗即位又命長孫無忌房玄齡與學士法官更加釐改(中  
略)玄齡等遂與法司定律五百條分爲十二卷一曰名例二曰衛禁三曰職制四曰戶  
婚五曰廐庫六曰擅興七曰賊盜八曰鬪訟九曰詐僞十曰雜律十一曰捕亡十二曰斷  
獄(中略)貞觀十一年正月頒下之



唐會要卷三十九 永徽二年閏九月十四日上新刪定律令格式太尉長孫無忌開府儀同三司李勣尚書左僕射于志寧尚書右僕射張行成侍中高季輔黃門侍郎宇文節柳奭尚書右丞段寶立吏部侍郎高敬言刑部侍郎劉燕客太常少卿令狐德棻給事中趙文恪中書舍人李友益刑部郎中賈敏行少府監丞張行實大理丞元紹太府丞王文端等同修勅成律十二卷令三十卷式四十卷頒於天下

唐會要卷三十九 至三年五月詔律學未有定疏每年所舉明法遂無憑準宜廣召解律人修義疏奏聞仍使中書門下監定參撰律疏成三十卷太尉長孫無忌司空李勣尚書左僕射于志寧刑部尚書唐紹大理卿段寶立尚書右丞劉燕客御史中丞賈敏行同撰四年十月九日上之詔頒天下

二 自唐永徽定律以後宋<sup>(註二)</sup>元<sup>(註三)</sup>皆因其故惟明代多有更改<sup>(註三)</sup>明律初雖亦爲十二篇然旋更定爲七律<sup>(註四)</sup>七律者一名例律二吏律三戶律四禮律五兵律六刑律七工律是也清世祖入主中夏斟酌明律定大清律名曰大清律集解附例<sup>(註五)</sup>清世宗加以修正都分爲七律四百三十六門<sup>(註六)</sup>其後雖代有修訂均無大更易至光緒末年修訂法律大臣法部右侍郎沈家本等奏請編定現行刑律以立推行新律基礎始將律例大加刪改定名爲現

行刑律分爲三十六卷<sup>註七</sup> 卷首爲律目服制圖服制卷一卷二爲名例卷三職制卷四公式卷五戶役卷六田宅卷七婚姻卷八卷九倉庫卷十課程卷十一錢債卷十二市廛卷十三祭祀卷十四禮制卷十五宮衛卷十六軍政卷十七關津卷十八廐牧卷十九郵驛卷二十至卷二十二賊盜卷二十三人命卷二十四二十五鬥毆卷二十六罵詈卷二十七訴訟卷二十八受贓卷二十九詐僞卷三十犯姦卷三十一雜犯卷三十二捕亡卷三十三三十四斷獄卷三十五營造卷三十六河防於宣統二年頒布施行清室鼎革民國肇興治具未備人無法守是以民國元年大總統特頒明令認前清法律與民國國體無抵觸者均認爲有效<sup>註八</sup> 故該律關於刑罰部分雖因新刑律之頒布而失效而民事部分則爲現行有效之法律也

註一 大學衍義補卷百零三 唐有律律之外又有令格式宋初因之至神宗更其目曰勅令格式所謂勅者即唐律也

註二 元史卷一百二 元興其初未有法守百司斷理獄訟循用金律頗傷嚴刻及世祖平宋疆理混一由是簡除繁苛始定新律頒之有司號曰至元新格

註三 重刻故唐律疏議序 自唐永徽定律已後宋元皆因其故惟明代多有更改又增姦黨一章以陷正士而輕其輕罪重其重罪或言輕罪愈輕則易犯重罪加重則多寃非

善政也

註四 明史卷九十三 其冬詔刑部尙書劉維謙詳定大明律每奏一篇命揭兩廡親加裁酌及成翰林學士宋濂爲表以進

進大明律表 是以臨御以來屢詔大臣更定新律(中略)臣維謙以洪武六年冬十一月受詔明年二月書成篇目一準之於唐曰名例曰衛禁曰職制曰戶婚曰廩庫曰擅興曰賊盜曰鬥訟曰詐僞曰雜犯曰捕亡曰斷獄采用已頒舊律二百八十八條續律百二十八條舊令改律三十六條因事制律三十一條掇唐律以補遺一百二十三條合六百有六分爲三十卷其間或損或益或仍其舊務合重輕之宜云

明史卷九十三 洪武二十二年刑部言比年條例增損不一以致斷獄失當請編類頒行俾中外知所遵守遂命翰林院同刑部官取比年所增者以類附入改名例律冠於卷首爲卷凡三十爲條四百有六十(中略)蓋太祖之於律令也草創於吳元年更定於洪武六年整齊於二十二年至三十年始頒示天下日久而慮精一代法始定中外決獄一準三十年所頒

註五 清世祖御製大清律原序 朕惟太祖太宗創業東方民淳法簡大辟之外惟有鞭

答朕仰荷天休撫臨中夏人民既衆情僞多端每遇奏讞輕重出入頗煩擬議律例未定有司無所稟承爰敕法司廣集廷議詳譯明律參以國制增益劑量期於平允書成奏進朕再三覆閱仍命內院諸臣校訂妥確乃允刊布名曰大清律集解附例

註六 清世宗御製大清律解序 雍正元年八月乃命諸臣將律例館舊所纂修未畢者遴簡西曹殫心蒐輯藁本進呈（中略）三年八月編校告竣刊布內外永爲遵守

註七 沈家本等奏請編定現行刑律摺 竊維新政之要不外因革兩端然二者相衡革難而因易誠以慣習本自傳遺損益宜分次第初非旦夕所能責望也方今瀛海交通儼同比伍權力稍有參差強弱因之立判職是之故舉凡政令學術兵制商務幾有日趨於同一之勢是以臣家本上年進呈刑律以折衝擗俎模範列強爲宗旨惟是刑罰與教育互爲盈胸如教育未能普及驟行輕典似難收弼教之功且審判之人才警察之規程監獄之制度在在與刑法相維繫雖經漸次培養設立究未悉臻完善論嬗遞之理新律固爲後日所必行而實施之期殊非急迫可以從事考日本未行新刑法以前折衷我國刑律頒行新律綱領一洗幕府武健嚴酷之風繼復酌採歐制頒行改定律例三百餘條故臣等於陳奏開館辦事章程摺內擬請設編案處刪訂舊有律例及編纂各項章程並額

設總纂纂修協修等職分司其事（中略）一總目宜刪除也刑律承明之舊以六曹分職蓋沿用元聖政典章及經世大典諸書揆諸名義本嫌未安現今官制或已改名或經歸併與前迥異自難仍繩舊式茲擬將吏戶禮兵刑工諸目一律刪除以昭劃一一刑名宜釐正也律以笞杖徒流死爲五等而例則於流之外復增外遣充軍二項自光緒二十九年刑部奏請刪除充軍名目改爲安置是年刑部又於議覆升任山西巡撫趙爾巽條陳軍流徒酌改工藝三十一年臣家本與伍廷芳議覆前兩江總督劉坤一等條奏改笞杖爲罰金三十二年奏將秋審可矜人犯隨案改流三十三年臣等遵旨議定滿漢同一刑制是年法部復奏請將例緩人犯免入秋審等因各在案疊屆變通漸趨寬簡質言之即死刑安置工作罰金四項而已而定案時因律例未改仍復詳加援引偶一疏忽舛連因之似非循名覈實之義茲擬將律條內各項罪名概從新章釐訂以免紛歧一新章宜節取也新章本爲未纂定之例文惟自同治九年以來垂四十年通行章程不下百有餘條閱時既久未必盡合於今茲擬分別去留其爲舊律所無如毀壞電杆私鑄銀圓之類擇出纂爲定例若係申明舊例或無關議擬罪名或所定罪名復經加減者無庸編輯一例文宜簡易也律文垂一定之制例則因一時權宜量加增損故列代文法之名唐於律

之外有令及格式宋有編敕自明以大誥會典問刑條例附入律後律例始合而爲一歷年增輯寢而至今幾至二千條以下科條既失之浩繁研索自艱於目力雖經節次刪除尙不逮十之二三其中與現今情勢未符者或另定新章例文已成虛設者或係從前專例無關引用者或彼此互見小有出入者不勝縷舉凡此之類擬請酌加刪併務歸簡易又摺 奏爲編訂現行刑律告竣謹繕黃冊恭候欽定事竊臣等於光緒三十四年正月二十九日奏請編定現行刑律酌擬辦法四則一曰刪除總目二曰釐正刑名三曰節取新章四曰刪併例文其餘應行刊改之處臨時酌核辦理等因（中略）查纂修律例向章五年奏請開館一次惟自同治九年以來部臣因絀於經費迄未舉行至今垂四十年章程疊出端緒殊涉紛龐輕重失宜義例未能一貫歲月寢久既較每屆修輯爲難而備推行新律基礎尤宜於新陳遞嬗之交爲今昔折衷之制揆厥本旨亦與尋常編訂微有不同臣等奉命之下督飭提調纂修等官按照前後奏定各節尅期從事仍依大清律篇目自名例至河防凡三十門悉心參考分修改修併移併續纂刪除各名目開列本條之首每條加具按語疏明其義並將編訂義例條舉最錄別爲一篇綴列簡端以便省覽（中略）請旨刊印頒行以資遵守再此次編訂體例雖隱寓循序漸進之義仍嚴遵舊日之

範圍如爲籌備憲政模範列強實非博採東西大同之良法難收其效臣等更當督飭在事各員將前奏刑律草案酌加修正尅期會奏

註八 民國元年三月初十日臨時大總統令 現在民國法律未經議定頒布所有從前施行之法律及新刑律除與民國國體抵觸各條應失效力外餘均暫行援用以資遵行此令

大理院民國三年上字第三〇四號判決 前清現行律關於民事各條除與國體及嗣後頒行成文法相抵觸之部分外仍應認爲繼續有效

三 前清末紀經庚子之敗衄朝野始憬然思變法以自強故關於法律之改良亦爲多少之準備前清光緒二十八年派已故前清法部首領沈家本前外交總長伍廷芳爲修律大臣其時專注重修訂刑律(註二)於私法之編纂尙未計及迨至光緒三十三年憲政編查館議覆修訂法律辦法認立法應設專官(註三)遂於是年派沈家本俞廉三英瑞爲修訂法律大臣設修訂法律館招致留學歐美日本畢業生分科治事聘日人松岡義正博士使其擔任起草民律仿潘德克吞編別式分爲五編一總則二債權三物權四親屬五承繼前三編於宣統三年告竣後二編旋亦脫稿現在所謂民律草案者即指此而言也

註一 沈家本伍廷芳摺 奏爲遵旨考訂法律謹擬將現行律例內重法數端先行變通酌改以資治理而彰仁政恭摺仰祈聖鑒事光緒二十八年四月初六日奉上諭現在通商交涉事益繁多着派沈家本伍廷芳將一切現行律例按照交涉情形參酌各國法律悉心考訂妥爲擬議務期中外通行有裨治理等因欽此仰見聖謨宏遠欽佩莫名當經臣等酌擬大概辦法並遴選講習中西律例司員分任纂輯延聘東西各國精通法律之博士律師以備顧問復調取留學外國卒業生從事繙譯請撥專款以資辦公刊刻關防以昭信守各等因先後奏明在案計自光緒三年四月初一日開館以來各國法律譯成者德意志曰刑法(中略)臣等以中國法律與各國參互考證各國法律之精意固不能出中律之範圍第刑制不盡相同罪名之等差亦異綜而論之中重而西輕者爲多蓋西國從前刑法較中國尤爲慘酷近百數十年來經律學家幾經討論逐漸改而從輕政治日臻美善故中國之重法西人每訾爲不仁其旅居中國者皆藉口於此不受中國之約束夫西國首重法權隨一國之疆域爲界限甲國之人僑居乙國即受乙國之裁判乃獨於中國不受裁判轉予我以不仁之名此亟當幡然變計者也方今改訂商約英美日葡四國均允中國修訂法律首先收回治外法權實變法自強之樞紐臣等奉命考訂法律



恭繹諭旨原以墨守舊章授外人以口實不如酌加甄採可默收長駕遠馭之效現在各國法律既已得其大凡即應分類編纂以尅日成書而該館員等僉謂宗旨不定則編纂無從措手臣等竊爲治國之道以仁政爲先自來議刑法者亦莫不謂裁之以義而推之以仁然則刑法之當改重爲輕固今日仁政之要務而即修訂之宗旨也現行律例款目極繁而最重之法亟應先議刪除者約有三事一曰凌遲梟首戮尸(中略)二曰緣坐(中略)一曰刺字(中略)以上三事皆中法之重者參諸前人之論說既多議其殘苛而考諸今日環球各國亦皆廢而不用且外人訾議中法之不仁者亦惟此數端爲最甚此而不思變通則欲彼之就我範圍不猶南轅而北轍乎查各國修訂法律大率於新法未布設單行法或淘汰舊法之太甚者或參考外國之可行者先布告國中以新耳目是以略採其意請將重法數端先行刪除以明示天下宗旨之所在此外或因或革端緒繁多俟臣等隨時釐訂陸續奏聞惟更張之始度必有議其後者竊思法律之爲用隨世運爲轉移未可膠柱而鼓瑟昔宋咸平時刪太宗詔令十存一二史志稱之我朝雍正乾隆年間修改律例於康熙時現行條例刪汰不知凡幾即臣等承詔之初亦以祖宗成憲未敢輕議更張第環顧時局默驗將來實不敢依違模稜致令事機坐失近日日本明治維新亦以改律

爲基礎新律未頒即將磔罪梟首籍沒墨刑先後廢止卒至民風丕變國政駸駸日盛今且爲亞東之強國矣中日兩國政教同文字同風俗習尚同借鑑而觀正可無庸疑慮也

註二 慶親王奕劻等議覆法部大理院會奏妥議修訂法律辦法摺 奏爲遵旨議覆恭摺仰祈聖鑒事本年六月初九日准軍機處片交本日法部大理院會奏妥擬修訂法律辦法一摺奉旨著考察政治館議奏欽此等因鈔交前來臣等伏查原奏內稱編纂法典爲預備立憲最要之階級編纂之事必有主事之政策行事之機關議事之方式各等語造端宏大自係爲鄭重立法起見其所稱主事之政策在兼用守成統一更新三主義參酌古今以期蔚成大清法律全典洵屬至當之論允宜定爲準則昭示中外爲他日收回法權地步又所稱行事之機關請特開修訂法律館以法部大理院專司其事並請欽派王大臣爲總裁各部堂官爲會訂法律大臣各督撫將軍爲參訂法律大臣各節查編纂法典與訂立單行法不同法典之大者如民法商法刑法民事訴訟法刑事訴訟法諸種考之各國成例大率多或千餘條少亦數百條取材宏富定例精嚴非如單行法之可以尅日成事蓋單行法不過一事或一地方而設法典則包含一切關涉全國之事故各國編纂法典大都設立專所不與行政官署相混遴選國中法律專家相與討論研究其範

圍率以法典爲限而不及各種單行法誠以編纂法典事務浩繁故不能不專一辦理原奏所請特開修訂法律館無論何種法律均歸編纂一節範圍太廣擬請仿照各國辦法除刑法一門業由現在修訂法律大臣沈家本奏明草案不日告成外應以編纂民法商法民事訴訟法刑事訴訟法諸法典及附屬法爲主以三年爲限所有上列各項草案一律告成其餘各項單行法應仍由各該管衙門擬定草案遵照臣館奏定章程於草案成後奏交臣館統歸臣館考覈請旨施行以期統一其所請欽派王大臣爲總裁一節查修訂法律館之設專爲編纂法典草案起見將來尙須由臣館覈定該館似可無庸再由王大臣管理免致重複又所請以法部大理院專司其事一節查立憲各國以立法行政司法三項分立爲第一要義原奏亦謂立憲之精義在以國家統治之權分配於立法行政司法三機關今若以修訂法律館歸該部院管理是以立法機關混入行政及司法之內殊背三權分立之義近世憲法學家嘗謂立法之事必宜獨立若轉屬行政或司法機關之內必致徒徇行政及司法上之便利而有任意規定之弊於法律之進步實多妨礙臣等公同商酌擬照原奏變通辦法請將修訂法律館仍歸獨立與部院不相統屬所有修訂法律大臣擬請旨專派明通法律之大員二三人充任應修各項法典先編草案奏交

臣館考覈一面由臣館分咨在京各部堂官在外各省督撫酌立限期討論參考分別籤註咨覆臣館彙擇核訂請旨頒行又所請以各部堂官爲會訂法律大臣各督撫將軍爲參訂法律大臣一節查各國編纂法典草案成後大都由議院議決現在資政院已奉旨設立俟將來該院辦法完全各部各省明通法政大員均列院中自毋庸分送各部各省討論即由臣館逕送資政院集議取決後移交臣館嚴加核定請旨頒行以期簡捷而昭鄭重所請另加會訂及參訂各名目應毋庸議至所請分派提調纂修等員及延聘東西法律名家各節自係應有之義應俟開館後由該大臣等擬具章程奏明辦理又所稱議事之方式擬參照議院辦法分議決爲認可與否決兩種皆從多數爲準其否決者必須聲明理由各節均係正當辦法應俟將來資政院議決時參酌辦理

四 民律草案探大陸最新立法主義就法條形式上觀之未始不整齊周密然其內容於我國慣習毫未參酌若即以之實行必多扞格難通之處(註一)是以民國成立雖有主張即將該草案作爲法律案提出國會者而主張緩提者實居多數不佞即力主緩提之一人也(註二)

註一 民律草案前三編爲松岡義正博士起草而後二編則朱君獻文高君种分任起草者也前三編純以德日瑞士三國之民法爲模範偏於新學理於中國舊慣未加參酌後

二編雖頗採用舊律而未經多數學者之討論仍未免有缺漏錯誤之處故均不能認為適宜之法案也

註二 日本編纂民法法典之時學者亦分二派一派主張急進謂應採取外國法理從速制定法律公布施行一派主張制定法律雖應參酌外國新法理然全置本國歷史道德民情風俗於不顧則必不能實行有法與無法等故當舊民法法典施行之際兩派之爭論甚烈所謂法典實施論與法典延期論是也其後政府採用延期論派之主張將民法法典之施行延期另行編訂明治二十九年公布前三編三十一年公布後二編統於明治三十一年七月十六日施行焉（富非政章博士民法原論總論五二頁至六〇頁川名兼四郎博士日本民法總論五頁至七頁參考）

五 法典編纂事業自民國成立後附設法典編纂會於法制局長兼會長設纂修八人（註一）嗣改隸於司法部更名爲法律編查會以司法總長兼會長置副會長一人編查員若干人（註二）其後該會組織屢有修改（註三）但七年以來以經費支絀職員變遷僅刑律公司律民刑訴訟章程稍有修正而民律至今尙未着手修改也

註一 民國元年七月十六日公布法典編纂會官制第一條法典編纂會掌編纂民法商

法民事訴訟法刑事訴訟法並上列附屬法及其餘各項法典第二條法典編纂會會長  
一人由法制局局長兼任

註二 民國三年二月一日公布法律編查會規則第一條法律編查會掌調查編纂關於  
民事刑事等法規第二條法律編查會以司法總長爲會長第三條法律編查會置副會  
長一人由會長聘任之

註三 民國三年五月十四日公布修正法律編查會規則第三條法律編查會置副會長  
二人由會長呈請大總統行之

民國五年十一月四日修正法律編查會規則第二條法律編查會置會長一人副會長  
二人由司法總長特聘

民國七年七月十三日修定法律館條例第二條修訂法律館置總裁二人由大總統特  
派副總裁二人由大總派簡任

## 第二章 權利義務之觀念

一 中國數千年以來之法律皆以義務爲本位誠以我國法制本發源於禮教註二孔子曰  
道之以政齊之以刑民免而無耻道之以德齊之以禮有耻且革故王者治天下皆以禮爲治

耻用刑罰降及後世雖文法日繁而談治國者仍皆以禮爲本以法爲末（註二）是以我國自古迄今謂皆爲禮治亦無不可也夫當純以禮治之世所謂父慈子孝兄友弟恭君臣有義朋友有信人人各盡其本分以維持社會之秩序自以義務爲本位故本此禮教思想以制定法律其亦以義務爲本位是固理之當然不足爲異者也

註一 日本法學協會雜誌第二十四卷第一號穗積陳重博士禮與法論 與人行爲以規範有宗教有道德有慣習有輿論有威權者之直接命令其種類不遑枚舉然文化初開之社會其規範蓋無不爲具體的爲形式的故原始社會舉凡宗教道德習慣法律皆包含於禮儀之中規範之外形却重於其實質人事萬般只求合於其外形之方式而已

註二 唐律釋文序 夫禮者民之防刑者禮之表二者相須猶口與舌然禮禁未萌之前刑制已然之後使民在宥各遂其生聖人用之不得已也

二 近世歐美諸國法律殆無不以權利爲本位故德法意諸國法律一語同時即釋爲權利但權利之觀念與法律之觀念果爲必不可相離者乎依歷史的觀察比較的觀察則殊不必盡然伊考羅馬其法律中僅有阿克其窩之觀念而無與今日權利相當之觀念（註二）而我中國及屬於中國法系之諸國其法律皆以義務爲本位其無權利之觀念尤不待言者也（註三）

夫依歷史的觀察及比較的觀察權利之觀念與法律之觀念既非絕對不可分離則法律現象必以權利爲本位即非當然之結論是以近來學者反對以權利爲法律現象之本位者頗不乏人其最著者則法儒杜巨是也杜氏於其種種著述中發表其主張<sup>(註三)</sup>其主張之特色即欲變現在哲學的及個人的法律組織爲實証的及社會的法律組織故其結果直將權利觀念逐出於法律範圍以外且同時否認人格之觀念者也其學說現雖未能得多數之贊同然於學說及立法上自有多少研究之價值固一般學者所公認者也<sup>(註四)</sup>

註一 日本國家學會雜誌第二十八卷第八號牧野英一博士「法律現象之單位之權利」論文 雖然權利之觀念果應與法律觀念相終始乎依歷史的觀察比較的觀察理解法律之民族不必盡有權利之觀念即就羅馬法觀之羅馬法中蓋祇有阿克其窩之觀念而無與今日權利相當之觀念至尤斯一語解爲權利亦屬後世之事當時並無此解釋也

註二 日本明治四十二年京都法學協會雜誌第四卷第十二號岡村司博士「權利否定論」論文 權利之觀念與人類俱存此西人之論也我輩攻西學浸淫其思想久矣蓋亦以爲權利自原始時代即存在殊不知吾國權利觀念之發生實爲西洋文物輸入



以後之事以前併與此類似之觀念亦無之其在支那今日尙有不知權利爲何物者然我國及支那數千年來治國之機關備存禮樂刑政粲然有父子有夫婦凡百之事靡不俱備若權利之於人類如食色然則吾國及支那數千年來無此觀念詎非大可怪之事乎

註三 杜巨 Léon Duguit, 先生於其著書憲法論 Traité de droit constitutionnel, 1911

憲法提要 Manuel de droit constitutionnel, 1911 國家論 L'Etat de droit positif et la loi positive 爲政者及官吏 L'Etat les gouvernants et les agents, 1903 等著書中均發表其學說之大要而論之尤詳者則其近著社會權個人權及國家之變遷 Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état 1911 拿破侖法典以後禮法一般之變遷 Les Transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon 1912 及公法變遷論 Les Transformations du droit public, 1913 也

註四 牧野英一博士「法律現象之單位之權利」論文 近世反對以權利爲法律現象之單位者以法國學者杜巨爲最蓋同一語解爲法律同時解爲權利之不便昔日德國學者辜是塔夫盧味凌已論之盧氏蓋謂法律爲基本的觀念權利者不過從法律所生

之觀念而已 (Fristav Rimmelh, Eine Definition des Rechts in Reden und aufsätze 杜氏更進一步直欲驅逐權利觀念於法律範圍以外且同時排斥人格之觀念者也其學說雖尙未能得多數之贊成亦不能即欲望有多數之贊成然在法國爲有力學說之一則無庸疑者也麥苟特雖於藉兒概七十歲祝賀論文中雖極力排斥杜氏之說然亦認其說於法國之學界有重大之影響又李俠特雖亦不贊成杜氏之意見然亦認其學說與法律社會以顯著之利益至我國學界就於此種學說之研究亦非全然冷淡第一織田博士之社會連帶論(京都法學協會雜誌明治四十年第二卷第十號)次則岡村博士之權利否定論(中略)及予留學中自巴黎之通信皆介紹此學說者也

三 如上所述權利之觀念與法律之觀念既非不可分離而近世各國法律之以權利爲本位實不過自我發展之結果(註一)故自社會連帶之方面觀之則將來各國之立法或盡變其權利本位而爲義務本位亦未可知也(註二)

註一 牧野英一博士「法律現象之單位之權利」論文 元來近世之文明乃自我自覺之發展史(中略)近世自我發展之運動第一對於宗教行之第二對於國權行之吾人因宗教改革遂脫教權之羈絆因法蘭西革命遂免君主之專制故宗教改革與法蘭西

革命皆自我自覺之實現也

註二 牧野英一博士「法律現象之單位之權利」論文 吾人今雖不欲即捨權利之觀念然個人之專制則與國家之專制同其排斥故權利之觀念不能以之說明法律現象之全部者也蓋自社會爲生存競爭之一現象觀之雖應以權利爲社會組織之單位而自社會連帶之現象觀之則其關係即不能以權利說明生存競爭與社會連帶爲社會之兩方面雖皆不容忽略惟應置重何方面則不免隨時代而變遷吾人縱不欲抹殺權利觀念之文化史的意義然一考法之社會化之近時現狀自不能不於權利以外另尋一單位以說明法律之現象也

# 民事法規及判例總則編勘誤表

第七頁

第九行

樽俎誤爲樽俎

第十六頁

第八行

富井誤爲富非

第二十一頁

第四行

麥苟特下雖字刪

---

民事法規及判例總則編勘誤表

民事法規及判例債權編總則



# 民事法規及判例 (債權編總則)

李懷亮編述

## 第一章 債權之性質

關於債權之性質學者議論不一有謂債權者於他人意思上所有之權利也稱爲意思主義 Kant 氏主張之有謂債權者對於他人身體所有之權利也稱爲人身主義 Pflin 氏主張之有謂債權者對於實行債權得以受取之物之權利也稱爲物體主義 Savigny 氏 Sohm 氏主張之然依第一說債務人喪失意時債權之標的消滅債權因而消滅依第二說債務人亡故時債權之標的消滅債權亦因而消滅均不能認爲正當依第三說係以債權之結果認爲債權自體亦屬錯誤故自 Allison 氏 Windscheid 氏等主張行爲主義以來各國學者及立法例多採用其說所謂行爲主義者謂債權者對於特定之人要求特定行爲之權利也

判例一 債權係特定人對於特定人之權利故債務人不履行債務時債權人惟得對於

債務人請求履行 民國三年大理院判例

判例二 凡對於他特定人負有一種作爲不作爲之義務者除有其他原因外必當事人

間有契約關係存在 民國四年大理院判例

判例三 普通債務之負擔不能無原因或因當事人之意思表示或因一定之事實而不



能超越於此二者範圍之外

民國三年大理院判例

判例四 共犯間之利害關係法律上不予保護

民國四年大理院判例

債權爲單純之對人權乎抑同時有對世權之性質乎此爲一問題主張爲單純之對人權者謂債權關係僅特定人與特定人間之關係權利人固屬特定義務人亦須特定苟以債權爲對世權之一則債權與物權將無所區別且認第三人有侵害債權之時則侵害者賠償損害之責任亦未免失之過重債權人之撤銷訴權反無規定之必要主張同時有對世權之性質者謂權利之排外力爲權利之本質所不可闕者債權爲權利之一在債務人一面固負給付之義務而在一般之人亦應爲相當之尊重苟有不法之侵害自得假法律之公力以排除之前者爲羅馬法以來之通說後者爲 Anson 氏等英國學者所提倡日人富井橫田中島馬場磯谷池田菱谷嘉山二上末弘諸氏採用之據余所信以後說爲當

判例一 雇主對於自己之使用人於主從之關係上有對世權

一八五三年英國法院判例

判例二 不問標的物如何債權人有不許侵害其債權履行之對世權

一八五三年英國法院判例

判例三 凡所謂權利者不問親權夫權之親族權與物權債權之財產權其權利之性質內容雖有不同而其有不許侵害之對世權的效力無論何人負有不得侵害之消極的

義務則無不同蓋此對世的不可侵害之效力實爲一切權利之通有性債權不能獨爲除外例也若第三人教唆債務人或與債務人共謀使債務之全部或一部致於不能履行因而債權人之權利受有損害則債權人對於此第三人得依侵權行爲之一般原則

而請求損害賠償

大正三年日本  
大審院判例

判例四 債權轉付之程序若有違法之嫌疑因而致有受損者得認爲侵權行爲而不可

認爲不當利得

明治三十二年日  
本大審院判例

判例五 債權之侵害在日本法制上不得認爲侵權行爲

大正三年日本東  
京控訴院判例

請求權由債權而生之時債權卽爲請求權乎抑請求權爲債權之效力乎此又爲一問題主張債權卽請求權者謂債權發生之時即有請求權附隨無請求權之債權不可得而有蓋請求權爲債權之本質與債權無有異也主張請求權爲債權之效力者謂請求權非債權之通有性欠缺請求權之債權亦不能不認且在廣義之債權關係往往發生數宗之請求權如年金請求權利息請求權等是蓋請求權爲債權之積極作用不過債權內容之一部也 Hellwig 氏 Windscheid 氏爲主張前說之最著者 Regelsberger 氏 Langhaincken 氏爲主張後說之最著者據余所信以後說爲當

物權的請求權與由債權而生之請求權有同一之性質乎此亦一問題主張有同一之性質者謂二種請求權均係對於特定人要求行爲之權利無差異之可言主張非有同一之性質者謂債權的請求權係以移轉財產爲標的物權的請求權則不在財產之移轉而以除去物體上權利行使之妨害爲標的其差異之點實屬顯然 *Shaw* 氏爲主張前說之最著者 *Langehaincken* 氏 *Windschaid* 氏爲主張後說之最著者據余所信以後說爲當

無訴權保護之債權得以存在與否此亦一問題考羅馬法律有所謂自然債務 (*Obligatio naturalis*) 之規定與法定債務相對立自然債務者即不得依訴之方法而爲要求之債務也德國普通法普國國法及法國法系之民法均做照羅馬法設有明文規定德日現行民法雖無自然債務之名稱然德國學者尙多持自然債務存在之說如 *Langehaincken* 氏 *Kringling* 氏 *Hoer* 氏等是據余所見則無訴權保護之債權在今日社會實無存在之必要

債務人履行給付之義務與對於履行之擔保責任各有獨立之觀念與否此亦一問題考羅馬法律債務與責任不設何等之分別凡言債務當然包含責任在內而德國固有法則債務與責任認有分別近世學者亦以債權人於債務人不任意履行之時得依強制執行之方法而求其滿足即係本諸所謂責任者多認債務與責任有獨立之觀念如 *Isay* 氏其最著者

也據余所見獨立觀念之說應認爲正當

## 第二章 債權之標的

### 第一節 債權標的之意義及要件

關於債權之標的學者議論不一有謂債權無所謂標的者 *Tartmann* 氏主張之有謂債務人其人爲債權之標的者 *Rechtler* 氏主張之有謂債務人之意思爲債權之標的者 *Strohhal* 氏主張之有謂債務人之財產爲債權之標的者 *Windscheid* 氏主張之有謂債務人之行爲爲債權之標的者 *Savigny* 氏主張之然第一說至第五說均不能認爲正當何也無標的之權利不可得而存在債權爲權利之一苟無標的何所依以存在此第一說之闕點也現今法律皆注重債權之實質苟其實質存在即當事人變更亦屬無妨何得專重在債務人其人此第二說之闕點也凡屬意思不能離其主體如謂債務人之意思爲債權之標的則債務人死亡債權即以消滅其不適於條理此第三說之闕點也於債權有直接之關係者非債務人之財產而爲其給付且依現今法律債務人給付亦不以有財產上之價格者爲限此第四說之闕點也至第五說係併取第二說及第四說而爲一者即兼有第二說及第四說之闕點也故自德國學者

主張第六說以來各國學者翕然從之至於今日蓋已成爲世界之通說矣

爲債權標的之給付限於有財產上之價格與否此爲一問題考羅馬法以來各國法律多以財產上利益之存在爲債權之要素其所根據之理由蓋有三端一謂無財產上價格之債務其當事人欠闕欲生私律上效力之意思故其法律行爲不成立而債務亦不發生二謂無財產上價格之合意亦使其發生債務關係則人之一言一行殆無不有法律上之關係社會將不勝其煩且債權債務與道德上及社交上之義務亦不免混同而無區別之標準三謂羅馬法典會規定關於債務之行爲在供與財產自應以爲本據然考德儒 Windscheid 氏 Jellinek 氏及日本學者所主張則謂按諸法律之原理與實際之情形此三種理由均無可以成立如有欲生私律上效力之意思與否爲應就各種情形判斷之事實問題乃謂無財產上價格之債務即欠闕欲生私律上效力之意思以此判斷不得爲當是第一理由不足採也又如通常給付雖有財產上之利益者居多然欲滿足生活之需要不獨有形之利益已也則無形之利益亦應受法律之保護乃謂無財產上價格之合意使其發生債務關係社會即不勝其煩與實際之情形實不相合至道德上社交上之義務與法律上之義務論其性質本無確定之區別有本爲道德上社交上之義務而一旦時勢變遷與以法律上義務之效力以公力使其強

行亦未見其不可是第二理由亦不足採也又如羅馬法之規定全出於訴訟之形式而非債務之本質所固然蓋羅馬法分訴訟爲對物 (Vindicatio) 與對人 (Condictio) 之二種對物訴訟者取還有體物之訴訟也對人訴訟者請求損害賠償之訴訟也凡一切訴訟必於此二者之中擇其一而不得以金錢估計之義務即不能爲訴訟上請求之原因故其訴訟程序之結果不得已而有此限制之規定至於後代則認義務之直接履行此種限制蓋已全失其根據矣是第三說由亦不足採也我國草案第三百二十四條規定債務人之給付不以有財產價格者爲限蓋從近時最新之學說也

爲債權標的之給付須與債權人以利益所謂利益者主觀的由吾人之意思而定之乎抑客觀的就給付之性質而定之乎此又爲一問題主張應由吾人之意思而定者謂吾人之所欲者利益存焉凡人不能舍自己而他求利益之良判斷主張應就給付之性質而定者謂法律上所以認債權關係成立而爲之保護者以其有正當之利益也此正當之利益應就給付之性質以常識所判斷者爲準前說爲法國多數學者所主張後說爲德國多數學者所主張據余所信以後說爲當

不作爲亦得爲債權之標的此爲羅馬法以來所公認惟由不作爲債權發生不作爲之請求

權與否則爲一問題有謂請求給付係請求積極之作爲依不作爲而入於滿足之狀態不可得而有故對於作爲有所謂請求權對於不作爲無所謂請求權者有謂維持一定不作爲之狀態亦得爲請求權之標的對於不作爲亦自有所謂請求權者前者爲 *Pischer* 氏所主張後者則爲前世紀以來之通說據余所信以後說爲當

不作爲請求權與債權之發生同時發生與否此亦一問題有謂不作爲請求權因債務之違反而始發生者有謂不分作爲與不作爲凡債權請求權不須履行時期之到來與債權之發生同時發生者前者爲 *Ragelsberger* 氏所主張後者則爲前世紀以來之通說據余所信以後說爲當

爲債權標的之不作爲得以分割與否此亦一問題有謂不作爲同爲債權之標的無不可以分割之理由者有謂一部分之不作爲不能認爲不作爲者前者爲 *Wendt* 氏所主張後者則爲前世紀以來之通說據余所信以後說爲當

法律上不能之給付不得爲債權之標的所謂法律上不能者與不道德不法之給付有區別與否此亦一問題有謂給付不法或不道德之時亦爲法律上之不能者有謂不道德不法與不能三者各獨立爲無效之原因不得以不道德與不法認爲給付不能之原因者前者爲

ndemann 氏所主張後者爲 Savigny 氏所主張據余所信以後說爲當

判例一 當事人因實施犯罪行爲或同謀犯罪人因一方已實施其犯罪行爲他方遂允

爲一定之報酬而締結契約者其契約在法律上當然無效

民國二年大理院判例

判例二 賭博在現行法上爲處罰之行爲自不能因賭博而發生有效之債權

民國三年大理院判例

判例三 買空賣空其性質爲賭博之一種凡以此種行爲爲標的者不問係何種契約均

係對於債務人要求爲不法行爲當然無效其權利義務關係亦即無從發生

民國三年大理院判例

判例四 契約成立以行爲適法爲要件如以不法行爲爲標的而締結契約者法律上當

然認爲無效則凡因契約發生之權利義務亦即不能成立此定則也買空賣空係商人

以泉幣貨物市價賭賽高低事與賭博同論故在前清法令及現行刑律上均爲處刑科

罰之行爲各省行政長官雖間有另頒明文禁止者然此種禁令不過就國家所已經禁

止之行爲而中誠之至法令禁止之效力則不因行政官另有禁令與否而有殊異現如

奉省期糧買賣原因定期契約而仍以現糧交付爲標的若契約標的不在交官現糧至

期僅依市價高低以決算賠賺者是爲空買空賣純係賭博性質於根本上不能認其契

約爲有效所有由契約代爲墊付之一切款項亦自不能以契約爲理由而請求償還

民國



三年大理  
院判例

判例五 訟爭利息因買空賣空之委託契約而生者在法律上自無援據契約請求償付

之餘地 民國三年大理  
院判例

判例六 給付不法不僅以其行爲之性質違反强行法規爲已足尙須其行爲之存在至

有害公共安寧紊亂風俗之程度 明治四十三年日  
本大審院判例

爲債權標的之給付須在債權成立當時已經確定或至於後日可以確定此爲各國學者所  
公認惟由實際上觀察尙有可以適用之判例二茲述於左

判例一 讓與當時之債權標的不須主觀的確定客觀的得以確定足矣 大正三年日本東  
京控訴院判例

判例二 當事人依契約給付物件之時雖其應給付之物當初未經具體的確定然苟從

其約旨有標準得以確定者則仍無妨於債權關係之發生債權人有從其標準請求給

付得以確定之物之權利 大正四年日本  
大審院判例

## 第二節 特定物給付之債權

債權之標的在給付特定物則債務人非將其物交付不能免其債務既須交付特定物則債  
務人至交付之時止自不可不負保存之義務究竟負此義務須爲如何之注意此爲一重要

問題考羅馬法分過失之程度爲三段（一）重過失（*Culpa lata*）（二）輕過失（*Culpa levis*）（三）最輕過失（*Culpa levisssima*）凡有最大注意之義務者就最輕過失負其責有普通注意之義務者就輕過失負其責有最少注意之義務者就重過失負其責以此定債務人之責任也然至於近代則已漸漸不用此區別如德國民法及日本現行民法分過失爲重與輕之二種而輕過失又分爲抽象的與具體的抽象的輕過失者因不爲善良管理人之注意所生之過失也具體的輕過失者因不爲對於自己財產所用之同一注意所生之過失也我國草案第三百二十五條規定債權之標的若係特定物之交付債務人至交付時爲止須以善良管理人之注意保存其特定物即債務人就抽象的輕過失擔負責任也

判例一 以特定物爲買賣標的者賣主不得以同種類數量之他物代爲給付本案買主所買者既係有一定四至之地畝苟非其地則雖種類數量與之相同亦不得強買主以

必受 民國三年大理院判例

判例二 保管特定物有善良管理人之注意之責任者不可不以抽象的普通人保管其

物普通應爲之注意豫防其物之滅失毀損或盜奪 明治四十年日本長崎控訴院判例

債務人保存特定物之注意義務應否因債權人之遲延而減輕此又爲一問題考羅馬法債

務人於債權人遲延以後祇對於故意及重過失負其責。蓋債務人之注意義務因債權人之遲延得以減輕也。然於近代則學者之議論頗不一致。有謂債務人之保管標之物至債權人遲延以後祇須與保管自己財產爲同一之注意。此爲債權人遲延所生之主要效力者。有謂債務人之給付義務並不因債權人之遲延而免除。自應與遲延以前爲同一程度之注意。者橫田氏岡松氏爲主張前說之最著者也。石川氏須賀氏爲主張後說之最著者也。據余所信以後說爲當。

判例 債權之標的若係特定物之交付債務人。至其交付之時爲止。有以善良管理人之注意保存之義務。此爲日本民法第四百條所規定者。債務人此種義務雖債權人遲延

亦不能消滅

大正二年大阪地方裁判所判例

債務人之注意義務在特定物讓與之時應否。因有償與無償而設區別。此亦一問題。考日本舊民法曾就讓與之有償與無償設有區別。在有償的讓與特定物之時。債務人須以善良管理人之注意保存其物。而在無償的讓與特定物則祇須與保存自己之物爲同一之注意。足矣。然日本學者多謂保存之義務因讓與之有償與無償而有厚薄。決非正當之規定。故其現行民法不設區別。凡負交付特定物之債務者。須以善良管理人之注意保存其物。惟有時因

法律行為之性質亦有例外之規定如無報酬之受寄人保管受寄物其注意程度祇須與保

管自己之財產同

日民法第六百五十九條

### 第三節 不特定物給付之債權

在給付不特定物之債權苟依法律行為之性質其品質自為明瞭或就物件之種類與品質當事人並為指定固無何等之困難否則應以如何品質之物方得為債權之標的為一重要問題考各國法典關於此點無不設有規定惟其立法主義不必一致要其大者可別為三（一）債務人須給付中等以上品質之物如瑞西債務法撒遜民法所用主義是（二）債務人不得請求最上等之物而債務人亦不得給付最下等之物如法蘭西法系民法所用主義是（三）債務人須給付中等品質之物如德意志日本等民法所用主義是我國草案第三百二十六條第一項規定債務之標的物若祇以種類指示者債務人須給付中等品質之物蓋採用第三主義也

判例一 以給付不特定物為標的之債務僅訂明其物之種類者若依行為性質及當事

人意思不能定其等級則債務人應以中等品質之物清償若其物品質僅有兩種則應

由債務人自行選擇其供清償之物

民國四年大理院判例

判例二 當事人以孟買棉爲買賣標之物之時即係就債權之標的物僅以種類指示者其種類中之細別種屬雖不能了知然法律上因不履行所生之損害額不得謂爲無算

定之標準 明治三十九年日本大審院判例

給付不特定物之債權雖僅指示其標的物之種類其標的物未經具體的特定然有特定之時期此不待多言可知者也至其時期若何亦爲一問題有主分離說謂爲給付標的之物件雖債務人未行交付而由同種物件中已爲分離即應認爲確定者如 *Thol* 氏 *Rebelhanger* 氏爲主張此說之最著者有主履行說謂標的物之確定不得僅依分離須債務人給付其物所必要之行爲完結乃得認爲確定者如 *Therins* 氏爲主張此說之最著者有主受領說謂僅債務人給付其物所必要之行爲完結尙不足以確定標的物須債權人領受其物乃得認爲確定者如 *Baker* 氏爲主張此說之最著者我國草案第三百二十六條第二項規定前項情形債務人給付其物之必要行爲完結後即以其物爲債權之標的物蓋採用履行說也債權標的物特定之後債務人尙得代以他物與否此亦一問題有謂法律並無債務人無變更權之規定由實際上之情形觀察在債權人未經受領給付以前以認債務人有變更之權爲適當者如 *Ossack* 氏爲主張此說之最著者有謂債務人在受領給付以前無論何時均有

變更之權未免偏重債務人之利益應限於債權人受領遲延之時許債務人有變更之權者如 Derbunig 氏爲主張此說之最著者有謂債權之標的物既因契約或債務人之行爲而特定則不問債權人受領遲延與否債務人不得有變更之權者如 Fischer 氏爲主張此說之最著者據余所信以後說爲當

判例 以給付不特定物爲債權之標的者須債務人給付其物所必要之行爲完結或得債權人同意指示其應爲給付之物而後乃變爲特定物故在樣本買賣之時不爲以上之程序雖該貨物於運送之中遭遇海難致有損傷或滅失而其損失亦由賣主負擔不

歸買主負擔

明治四十二年日本  
大阪控訴院判例

學者有所謂限定的種類給付之債權者即以物之所在或其他種類以外之特徵指定其物而以其物之一定數量爲標的物之債權也此種債權究屬如何之債權亦爲一問題有謂爲特定債權者 Bechmann 氏主張之有謂爲不特定物之債權者 Thiering 氏主張之有謂爲選擇債權者 Savigny 氏主張之據余所信則當事人約定給付具體的確定物件之一部而其應爲給付之部分亦具體的確定時則爲特定物之債權若當事人不將應爲給付之部分確定則債務人得由其物件之中任意選定應爲給付之物件應屬不特定物之債權若當事人就

具體的確定之一團物件更爲具體的分割就分割之部分有選擇其一而爲給付之意則應屬選擇債權

#### 第四節 金錢債權

債權之標的若在給付金錢則債務人得以各種通用貨幣清償之此在各國法律多有明文規定惟債務人得債權人之承諾以自由貨幣清償之時此爲清償乎抑爲代物清償乎則爲一問題有主清償說謂金額債權在當事人當初之意思並不置重在通用貨幣以通常自由貨幣給付亦應認爲清償者有主代物清償說謂金額債權本以通用貨幣爲給付之標的其給付自由貨幣之時係以當初標的外之物給付債權人得以拒絕受領而不任遲延之責故正確論之不能認爲清償者如 *Robertson v. The Bank of Montreal* 氏爲主張前說之最著者石坂氏爲主張後說之最著者據余所信以後說爲當

判例一 凡對於他人負有給付金錢之義務者應以通行貨幣給付若通行貨幣有數種時應以何種給付及數種貨幣之比價若有變更時是否應照債權應行清償時之金融狀態以比價較高之貨幣清償或雖以低價貨幣清償而仍應補足其差額自應視當事人間有無特別約定及各地方習慣法則如何以爲判斷如果無特別約定及習慣法則

則依金額債務之通則自應由債務人選定即使債務人應負遲延責任債權人亦僅能依法請求相當之遲延利息以爲賠償而不得請求因比價變更所生之差額

民國三年大理院判例

判例二 國家銀行所發行之紙幣固應具有強制通用之性質但非謂此項紙幣發行後即不容市面以現銀交易蓋現銀並非國家禁止通行之物若不交現銀即應照現在商場上之慣例補水

民國四年大理院判例

判例三 金錢債務應以履行時之通行泉幣供清償如履行時各地方通行泉幣種類不同而其交換價值之大小又彼此互異者除各該地方有特別習慣或可認定當事人間

有特約者外自應以締約地泉幣爲準較合於當事人締約時之意思

民國四年大理院判例

判例四 凡以金錢給付爲標的之債權固得從債務人之選擇以各種通用貨幣清償但債務人所爲清償之貨幣若當給付時其強制通用之效力已較他種通貨稍有軒輊而通行市價實不免較法定價格爲低則因比價所生之差額苟非債權人當時已經同意即應由債務人補償而不能強令債權人獨受虧損

民國五年大理院判例

判例五 現行中交兩行之兌換券既不能維持其票面之價額自應依市價折合無令債

權人無故受損之理

民國七年大理院判例



指定支付特種通用貨幣之金錢債權應否加以禁制亦爲一問題考各國現行法律多以各種通用貨幣爲圖當事人之便利而設苟當事人有特別情事需用特種之貨幣即無妨從其所欲不加禁制惟日本舊民法以各種通用貨幣在法律上不設等差苟當事人得指定特種貨幣以供債權之清償則各種貨幣之流通必不能保其平均認此種債權有違公共之秩序而加以禁制我國草案第三百二十七條但書規定以支付特種通用貨幣爲債權之標的者不在此限蓋從各國現行法律之通例也

判例一 通用貨幣同時有數種而依當事人間之契約限定以某種貨幣或與該貨幣價值相等之他種貨幣供清償者債務人自應受該契約之拘束不得任意以價值不相當

之他種貨幣供清償

民國三年大理院判例

判例二 以特種通貨之支付爲債權之標的者若至清償期該特種通貨尙未失強制通用之效力自應以特種通貨清償之而不得代以他種貨幣

民國四年大理院判例

判例三 以特種通貨之支付爲債權之標的者若其通用貨幣至清償期失強制通用之

效力須以他種通用貨幣爲清償

民國四年大理院判例

判例四 金錢債務之履行如當事人間以特約指定用某種貨幣秤色者無論債權成立

時所給付者爲何種貨幣秤色當事人兩造均應受該特約之拘束不得以幣制有低昂

而藉口翻異

民國五年大理院判例

### 第五節 利息債權

關於利息之性質學者議論不一有謂利息爲對於元本缺乏之酬償者 Windscheid 氏主張之有謂利息爲元本使用之對價者 Endemann 氏主張之有謂利息爲所得者 Petrzicky 氏主張之然第一說第二說其觀察之方面雖有不同而其歸着之點則均不外以利息爲元本使用之對價尙不足以盡利息之性質第三說所謂所得在經濟上固屬重要而在法律上則其爲所得與否亦非研究利息之真面目者故近今學者多不從其說茲舉余所信之學說言之利息者蓋債務人以一定之比例應元本之額與其使用之時限爲元本債務之從屬附加於元本而爲給付之物也

判例一 利息爲元本使用之對價並非以得有利潤爲負擔利息之要件 民國四年大理院判例

判例二 債務人是否尙能運用元本於給付利息之義務並無關係 民國四年大理院判例

利息之須有元本債權存在爲各國學者所公認惟元本須爲代替物與否則議論不一有謂利息之元本債權須以給付代替物之一定數量爲標的此徵諸利率與利息滾入元本之規

定其為明顯者有謂代替物有時不生利息非代替物有時亦生利息元本不能限於代替物祇須為流動資本者（即其物須得以自由消費）前說為 Windscheid 氏以來之通說後說則係 Dambrine 氏所提唱富井岡松石坂諸氏從而發揮之據余所信以後說為當

判例一 利息債權為元本債權之從權利固不能先於元本債權而發生 民國四年大理院判例

判例二 利息債權為元本債權之從屬無元本債權則不生利息債權發生元本債權之法律行為撤銷則利息債權亦從始不能成立但元本債權不溯及既往僅向於將來消滅之時則其以前清償期已經到來之利息債權不受何等之影響即清償期已經到來之利息債權對於元本債權有獨立之性質也 大正五年日本大審院判例

判例三 票據債務之遲延利息為票據債務之從屬在法律上互相關聯而成為一體 大正四年日本東京控訴院判例

判例四 清償期到來之利息債權得與元本債權獨立罹於時效 大正五年日本大審院判例

利息應否限於代替物亦為一問題有謂利息須為金錢或其他之代替物若為元本使用之報酬而給付特定物不能認為利息者有謂元本既不限於代替物由元本定期所得之利息自無限制之理由者前說為 Windscheid 氏所主張平沼鳩山飯島乾諸氏採用之後說為

Petravskyi 氏所主張岡松石坂諸氏採用之據余所信以後說爲當

利息須與元本爲同種性質之物與否亦爲一問題有謂利息須與元本同一種類若爲元本使用之報酬而給付異種性質之物不能認爲利息者有謂與元本是否同種均得爲利息無限制之理由者前說爲 Windscheid 氏所主張橫田加藤川名鈴木今井飯島三諸氏採用之後說爲 Petravskyi 氏 Derenburg 氏所主張石坂鳩山諸氏採用之據余所信以後說爲當至利息之應否禁止或制限則爲一大問題茲先述羅馬法以來東西各國之沿革次及我國律例之規定而以判例終焉

羅馬法以來東西各國之沿革 考羅馬法凡獨立之利息非依 *Stipulatio* 之要式契約不可得而發生而寺院法則以利息爲大不道德之事嚴爲禁止凡關於利息之契約在民法爲無效且科以寺院法上之刑罰中世國法亦皆採倣惟限於猶太人及其他一二特種之外國人則爲例外耳古昔法律其所以如此禁止綦嚴者蓋以債務人之擔負債務係出於萬不得已苟債權人以此爲奇貨而收取利息是背乎人情反乎人道且債務人當急迫之時在免去一時之困難無論如何高額之利率亦無力以拒則貪鄙無厭之債權人必因此而取得不當之利益爲保護債務人計故不可以不禁止然法律者畢竟不

能將經濟上需要供給之大原則而爲滅却也利息債務係由金錢之需要供給而生以法律防止此自然發生之現象不惟害多而利少且當事人爲避法令之規定亦不過變更其形式已耳終不免以他種巧妙方法而收利息之實則法律之標的終無由而達故至十六世紀之頃關於利息之法制漸以紊亂及十七世紀利息禁止之法令盡歸於消滅別設制限之制以防高利之發生然制限利息亦與禁止利息同一困難當事人欲求免於制限亦不無方法可用決非法律之力所可得而防止即使制限之制果能實行亦不惜有悖經濟上之原理且非債務人之利何也實行制限於債權人無甚利益則債權人必不肯輕易貸付縱使貸付亦必速求其清償也故至十九世紀關於利息制限之制歐西各國多爲廢止凡利息之事一任當事人之自由意思惟對於高利貸借則尙有所謂禁止之法律耳

我國律例之規定 考古周官設有泉府制度以保物價之平因民之貧者於放賣時無價以買由官或賒或貸與之賒則取償而不取利貸則按本以計其利所以不取利者應其喪祭之急而必取利者限其浮浪之費也其利之徵取則又不以錢而以力焉自周末井田廢弛富豪兼開放債取利之風漸以發達觀史記載吳楚兵起無鹽氏一歲得息什倍

可以知其概略自此以後人民生計之狀態雖時有變遷而罔利無度之事尙時有所聞故明清律文明設違禁取利之條限定私放錢債及典當財物者每月取利不得過三分年月雖多不過一本一利違者處四等罰以餘利計贓重者罪止十等罰（原爲違者笞四十以餘利計贓重者坐贓論罪止杖一百經宣統二年修改如上文）清嘉慶年間又纂有條例凡放債之徒用短票折扣違例巧取重利者嚴拿治罪其銀照例入官受害之人許其自首免罪並免追息迨民國成立民商事法典仍未頒布前清現行律例除處罰部分外均繼續有效此限制利息之制遂相沿至於今矣

判例一 金錢債權苟未逾一本一利之限制則其債權關係存在一日即應有一日之利

息

民國四年大理院判例

判例二 現行律載私債不過一本一利所謂一利原除隨年已付之利息而言

民國三年大理院判例

判例三 兩造原立借約既訂爲五分利率按諸現行律月息不得過三分之一之規定固有不合惟原約所不合法者僅以其超過三分之一則在三分之一之限度以內自不能不認原約之效力

力

民國六年大理院判例

判例四 凡以違背法律中禁止規定之事項爲標的者其法律行爲爲無效故如債權人

乘債務人之急迫故意違背現行律上放債利息不許過三分之二之規定索取重利而又巧

避重利之名將利息寫成原本者該借約關於違禁取利之部分自屬無效

民國九年大  
理院判例

判例五 利息制限法爲有關公益之強行法凡就要求金錢貸借之利息金及過息金事

件不可不就有無違背制限法而爲調查苟不爲調查而漫然爲認許要求之裁判是

不法裁判也

明治三十七年日  
本大審院判例

判例六 利息制限法所謂利息不獨填補利息卽有賠償損失性質之遲延利息亦包含

在內

明治十年日本名  
古屋控訴院判例

判例七 利息制限法限於金錢貸借之事件應爲適用本金錢貸借以外原因發生之債

則不爲適用

明治三十四年日本大審院及明治  
四十四年日本長崎控訴院判例

判例八 關於制限外利息契約當然無效故法律上充當之時若就制限外利息而爲權

得以有效充當之裁判是不法之裁判也

明治三十五年日  
本大審院判例

判例九 債務人任意以超過制限之利息支付於債權人卽係民法第七百零八條所謂

因不法原因所爲之給付不得請求返還

明治三十五年日  
本大審院判例

判例十 利息制限法在已經授受終了之時不得適用故起因於制限外之報酬金而訂

結貸借證書即係義務更改而金圓授受終了者若適用利息制限法而爲裁判是不法

裁判也 明治二十五年日  
本大審院判例

判例十一 以超過制限部分之債權與將來發生債權而爲抵銷之豫約係違反利息制

限法禁止之規定不能有效故其後債權發生之際縱令爲抵銷之意思表示而亦係本

諸該豫約不能有法律上之效果 大正二年日本  
大審院判例

判例十二 負擔金錢債務之債務人因不履行債務由債權人請求賠償損害之時若該

當事人間已有約定之利率而其約定之額超過法定利率則審判衙門應依民法第四

百一十九條第一項但書及不過制限之程度而酌定賠償之額 明治三十九年日  
本大審院判例

判例十三 實際上非授受金圓而以制限外利子爲貸金之證書因制限法之規定不能

有效 明治十九年日  
本大審院判例

判例十四 利息制限法在債務免脫與交換的拋棄買回權之時不爲適用 明治四十二年日本  
宮城控訴院判例

判例十五 就清償期限後之利息而爲超過制限法之利率之契約其債權關係若爲商

行爲則當別論否則仍不可不從制限法之規定 明治四十一年日本  
名古屋控訴院判例

利息之發生有本諸當事人之意思表示者有本諸法律之規定者故有約定利息有法定利



息利息之額亦然故有約定利率有法定利率至法定利率以如何爲適當則爲一問題考法日民法與瑞西債務法均以金錢依通常之利用方法平均一週年可生百分之利益定爲年五分即元本之百分之五而德意志現行民法則定爲年四分我國草案第三百三十條規定債權可生利息者除法令有特別規定或有特別意思表示外其利率週年爲百分之五分蓋從法日瑞西之立法例也

判例一 審判衙門如未能認定債權人果有讓免利息之意思則雖已歷十餘年未經催討亦與債權法則所謂債權人遲滯之理有異不能遽謂其應負怠惰之責判免利息

民國六年大  
理院判例

判例二 商人間因商行爲所生之債權有約定利息者固可請求其利息即使未經約定而債務人如不能爲無利息之證明且關於該債權亦無不須付息之慣例或債權人已曾爲捨棄之聲明者則按照條理自應認爲有利息之債權使債權人於相當範圍內得

請求給付  
民國三年大  
理院判例

判例三 審判衙門計算利息或定期給付之花利應宣示一定之標準而以裁判執行之日爲計算終結之期其利息已經當事人訂定或法律上有一定者審判衙門應以其定

率爲標準若其利息或果實須依逐時收入之多寡始能決定標準者審判衙門除確認其總額外應就審理之結果更認定按期應繳之率俾執行衙門有所準據以爲執行

民國二年大  
理院判例

判例四 計算利息除地方有特別習慣及當事有特別訂定外以裁判執行之日爲計算

終結之期  
民國三年大  
理院判例

判例五 現行法令關於法定利息並無一定準則自非調查訴訟地金融之狀態以爲判

斷之基礎不可  
民國三年大  
理院判例

判例六 利息之計算應以債權人合法請求之額而於法律上有理由者爲限苟債權人

曾將請求之數額或其範圍明白開出而對於未開部分並無何等之聲明自應認定其

請求之額以所開明者爲限至其他部分即可認爲已有捨棄之意思凡當事人一度合

法表示捨棄之意思者不得任意撤銷再爲增益之請求蓋計息之計算本可豫見而請

求之時僅計算其一部則其他部分即有不欲請求之意思甚爲顯然也  
民國四年大  
理院判例

判例七 有約定利率者依約定無約定者依該地通行之利率  
民國三年大  
理院判例

判例八 現行法上關於法定利率既尙無明文規定即不得不調查地方習慣擇其相當

之利率計算 民國四年大理院判例

判例九 金錢債權之利率如當事人間有特別之意思表示即不得依法定或習慣計算

利率 民國四年大理院判例

判例十 至判決執行爲止之利子在債權人雖屬未來之物然依法得有訴權故爲清償

此種利子之判決非不法判決 明治三十年日本大審院判例

判例十一 證書上僅記有附加利子字樣而未載有利率者苟無他之立證即應認貸借

當時爲年五分之約定 明治四十年日本東京控訴院判例

判例十二 担負金錢債務之債務人因不履行債務前任賠償與約定利率相當之金額

之責者在民法施行以前亦不能不爲認許 明治四十年日本大審院判例

判例十三 在商行爲因債務不履行所生之損害應附以商法上年六分之遲滯利息 大正二年

日本大阪控訴院判例

利息之利息稱爲複利複利之應否禁止或制限亦爲一問題考羅馬法以來歐西各國多以利息滾入元本容易使元本債務之額加大爲保護債務人之利益計設法禁止或制限而日本民法則無複利特約無效之明文學者解釋多謂複利契約無背於公共秩序與善良風俗

從契約自由之原則應一任當事人之意思茲舉各國制限複利之法制言之（一）爲法意主義凡利息非一年後不得附利息且每回須有當事人間之特約或由債權人起訴（二）爲普撒主義凡利息非二年後不得附利息且須有當事人間之特約（三）爲德意志主義凡當事人預約至清償期之利息再附利息者其預約爲無效我國草案第三十二條第一項云當事人若預約至清償期之利息滾入母金中且償還其利息者其預約爲無效又第二項云利息遲延一年以上經債權人催告債務人亦不償其利息時債權人得將利息滾入母金並請求其利息蓋併採德日二國之立法例而爲規定也

判例一 按現行律例關於利息險規定利率至多不過三分外並無何等之制限惟每月息上加息之辦法其結果必間接超過三分利率故依該律例之類推解釋自屬不應許可惟法律既未絕對禁止利息不得改作本銀則爲經濟流通計使具備一定條件之利息得以滾作母金尙無不可例如定期之債權其債務人至期不能清償本利無期限之債權其利息積至一年以上或商人完有營業年度者至其年度不能清償時債權人得要求債務人同意將其利息滾入母本若該地商場有此種特別習慣者縱債務人未表示是否同意而爲保護債權人之利益計亦可以推定其已經同意如債務人別無不

同意之反證自不能否認債權人之滾利作本為不當 民國三年大理院判例

判例二 現行律載凡私放錢債及典當財物每月取利並不得過三分又載放債之徒用

短票折扣違例巧取重利者治罪等語（治罪之規定失效）尋繹律意凡利用其他方法

實係違例取利者均在禁止之列故就滾利言之如當事人預為滾利之約或債權人一

方任意滾利入本藉收重利者均為律所不許 民國四年大理院判例

判例三 有期限之債權債務人至期不能清償時債權人得債務人之同意得將利息滾

入母金但須具備一定之條件 民國五年大理院判例

判例四 商家滾利作本苟經相對人認可本無待於有特別之習慣 民國四年大理院判例

判例五 已至付利之期經當事人在後明晰約定以利作本或依地方商事習慣法則其

利息積至稍久之程期經兩造同意或債權人通知債務人以利作本而其債權係已往

之帳款者則仍應認為有效 民國四年大理院判例

判例六 如錢行等商人以存放錢款為營業者其滾利作本既有特別之習慣則相對人

雖未經明示認可但未表示反對之意思者即應認為有遵從習慣之意思 民國四年大理院判例

判例七 以延滯利息滾入元金而更附利息之契約不為違法 明治四十四年日本大審院判例

判例八 當事人依貸借契約高其利率且以滾入元本此該當事人之自由第三人不得

爭執 明治四十三年日本  
大阪控訴院判例

判例九 民法第四百零五條利息延滯至一年以上經債權人催告而債務人仍不

支付時債權人得以滾入元本故債權人不踐行此條之程序即不得依滾入元本之方

法而以延滯之利息滾入 明治四十年日本東  
京地方裁判所判例

判例十 以遲滯利息為元金將來附加利息之契約限於不背制限法規之時得以有效

若違背制限法則於其違背之限度認為無效 明治三十五年日  
本大審院判例

判例十一 當事人合意將已滿期之利息滾入元本非法律之所禁止故其結果即超過

利息制限法所定之利息額亦屬無妨 大正二年日本東  
京控訴院判例

判例十二 雖違背利息制限法之利子若當事人約定以之滾入元本更附相當之利息

亦為有效之契約也 明治四十二年日本  
宮城控訴院判例

## 第六節 選擇債權

關於選擇債權之性質學者議論不一有謂選擇債權為有相互條件之數個債權關係者  
Adickes氏主張之有謂選擇債權為一個之債權關係但其給付在附條件或不定之關係者

Fitting 氏 Windscheid 氏 Litten 氏主張之有謂選擇債權爲有依選擇而定之內容之債權者 Demburg 氏主張之然依第一說有數個之債權關係存在則債權人即有數個之訴權不能認爲正當依第二說係以選擇之意思表示認爲有條件之性質然此項意思表示其到來與否並非不能確定且依近今之法律有規定得以催告者自不能與條件同論故據余所信以第三說爲當

判例 在選擇債務常有標的別異之數個債權存在

明治三十四年日本大法院判例

爲選擇債權之標的之數宗給付須其屬性或品質有不同之點此爲學者所公認惟依履行時期履行處所與履行方法等體樣之不同亦得爲選擇債權與否則爲一問題有謂履行時期與履行處所雖亦有選擇之餘地然債務人應爲之給付苟爲單一則其債權仍屬單純債權不得成立選擇債權(或成立與選擇債權相似之債權)者有謂選擇債權因各給付之體樣不同當然得以發生者前說爲 Demburg 氏橫田氏所主張後說則爲 Passioe 氏以來之通說據余所信以後說爲當

於數宗給付中選定應爲履行之給付之意思表示稱爲選擇選擇債權之特定是否僅依選擇亦爲一問題考羅馬法選擇債權之特定須依契約或現實之履行不認選擇爲其特定之

方法而近世立法則選擇債權雖不必限以選擇爲特定之方法因給付不能亦可以特定然單獨行爲之選擇固爲選擇債權之發生及存續所必不可缺者我國草案係用近世立法例選擇權爲一種之形成權非有專屬之性質此爲學者所公認除法令或法律行爲有特別訂定外此種權利應屬於債務人在各國法律亦多有明文規定惟有選擇權之債務人不依法行使選擇究應如何始喪失其選擇之權利亦爲一問題考各國法律有規定債務人於債務清償時經債權人定相當期間爲之催告而不於期間內行使選擇即喪失其選擇權者如日本民法是有規定債務人至遲須於開始執行以前行使選擇權苟至開始執行尙不爲選擇則債權人得依自己之選擇就給付之一而爲強制執行惟債權人於所選定之給付未受全部或一部之清償時債務人得以他宗給付清償者如德國民法是我國草案爲平均保護債權人與債務人之利益採用德國制

判例

在選擇債務當事人間始初約定以選擇權付與於債權人亦屬無妨

明治四十一年日本大審院判例

選擇債權因選擇而變爲單純債權此選擇之實質的效力也一經選擇之後當事人兩造互被拘束非有相對人之承諾不可得而撤銷此選擇之形式的效力也究竟此選擇之效力應否遡及既往亦爲一問題有謂認有選擇之遡及力不惟在實際上無何等之利益且欲貫徹



此原則亦生不適宜之結果此徵諸遲延之情形甚爲明顯者有謂選擇之效力遯及既往以其因選擇所確定之給付由始初卽爲債權之標的固爲當事人之所豫期不惟於選擇債權之性質不相違反且當事人於債務關係亦必迅速求其簡明於交易上之觀念及實際之需要亦甚爲適合者前說爲 Pascatorre 氏 Leonhard 氏等所唱道後說則爲德國多數學者及日本學者所主張我國草案採用後說

物之所有權是否因選擇而當然移轉於債權人亦爲一問題有謂因選擇有遯及效力之結果由始初得認爲已經成立者厥惟債權不能因債權成立而當時卽生物權移轉之結果者有謂債權之以特定物物權之設定移轉爲標的者債權人依其選擇卽以取得物權且此物權於債權發生當時可認爲已經取得者前說爲鳩山氏石坂氏須賀氏等所主張後說爲岡松氏富井氏梅氏土方氏平紹氏橫田氏等所主張據余所信以後說爲當

債權人有選擇權因其過失至於給付不能之時該債權人就餘賸給付與不能之給付應否有選擇之權利亦爲一問題考各國法律多規定爲選擇債權之標的之數宗給付中有因選擇權人之過失至於不能履行者其債權就餘賸之給付存在故債務人就不能之給付雖得本侵權行爲對債權人請求損害償賠而其餘賸之給付則應向債權人履行然 *Hess* 氏石

坂氏等則謂此種規定在雙務契約債權人應爲對待給付之時未免待債務人太酷應許債權人就餘賸給付與不能之給付得選擇其一方爲適當我國草案亦從多數國法律所定設有明文據余所信則以 *Regalsberger* 氏石坂氏之說爲當

給付不能之效力是否溯及既往亦爲一問題有謂選擇債權因給付不能而特定與因選擇而特定者無異其特定之效力亦溯及既往此餘賸之給付可視爲始初即爲債權惟一之標的者有謂選擇債權之因給付不能而特定與因選擇而特定雖屬相同然選擇之效力依法溯及既往給付不能之效力在法律上未設規定祇向於將來發生者前說爲岡松氏梅氏等所主張後說爲石坂氏川名氏鳩山氏等所主張據余所信以後說爲當

有所謂任意債權者當事人得以債權標的以外之給付代爲標的之給付之債權也凡任意債權爲代物清償之豫約與否亦爲一問題有謂任意債權係就元來一個之債權而附加代物清償之豫約者有謂關於代物清償之規定任意債權不能適用且依代物清償之豫約說於法律上之任意債權亦不可得而說明自以認爲一種特別之債權較爲正當者前說爲金井氏梅氏村上氏等所主張 (*Regalsberger* 氏謂任意債權爲有得爲代物清償之權利之債權) 後說爲石坂氏鳩山氏所主張據余所信以後說爲當

選擇債權與他權利之區別甚關重要茲分述於次

一 選擇債權與不特定物給付之債權之區別 選擇債權係由數宗給付中選擇一給付不特定物給付之債權則由同一種類之物件中選擇應為給付之物件此其區別一也選擇債權於限定之範圍內由選擇的而定應為之給付不特定物給付之債權則以種類指示給付之物體此其區別二也選擇債權因債務人債權人或第三人為選擇之意思表示而其應為履行之給付即以特定不特定物給付之債權則須債務人給付其物所必要之行為完結其為債權標的之物乃以特定此其區別三也選擇債權其選擇之效力溯及債權發生之時而不特定物給付之債權則其特定之效力無溯及力此其區別四也

二 選擇債權與任意債權之區別 選擇債權以數宗給付為債權之標的債務人應為如何之給付始尙未特定必待選擇權之行使或給付之不能而後特定任意債權則為債權標的之給付祇有一宗在債權發生之時即以特定不過當事人欲以債權標的以外之給付代為標的之給付亦無不可其實以外之給付並非債權之標的此其區別一也選擇債權為其債權標的之數宗給付中有從始不能或嗣後不能履行者債務人不可不為他之給付而任意債權則其標的為特定之一給付他給付不過為代物清償之標的已耳若

其原來之標的物從始不能則其契約應歸於無效嗣後不能則債務人或免其責任或負賠償損害之責任此其區別二也在選擇債權其選擇權屬債權人之時該債權人得於數宗給付中選擇其一而請求履行而任意債權則其債權關係僅存於主給付至就他之任意給付當事人間不生何等之債權關係故就債務人之任意債權債權人不能請求其任意給付之履行此其區別三也

三 選擇債權與條件附債權之區別 在條件附債權其債權之發生與否尙不能定而選擇債權則其債權既已發生惟給付尙未特定耳此二者之區別也

四 選擇債權與權利競合之區別 選擇債權與就二個以上之請求權選擇其一者有別又就一個請求權與形成權之中選擇其一之時亦非選擇債權其他就債權關係之主體得以選擇之時亦非選擇債權

判例 選擇債務常有別異標的之數個債務存在然依日本民法一九六條二項得爲回復之選擇者無論爲增加額或爲改良所費之金額要非償還之時期或其他之附隨事項有異不過金額之有差別而已此不得謂爲選擇債務即不得適用選擇債務之規定

明治四十三年日  
本大審院判例

### 第三章 債權之效力

債權爲對於特定人要求特定行爲之權利故債權之效力即在特定之債務人履行特定之債務而關於履行債務從來法制規定不一在羅馬共和政體時貴族之權力甚盛所謂法律爲貴族所專有平民不得與知一般平民屢起內亂迫貴族以公示法律貴族不得已乃置法典調查委員派遣於其時所謂先進國之希臘調查其國之法制雕刻十二銅板揭示於羅馬之市場此即有名之十二銅表也其第三表所載爲負債清償之法律即此所謂關於履行債務之規定也依其規定債務人認諾債務或受有判決時僅與以三十日之準備期間若債務人在此期間以內不爲履行則審判衙門因債權人之聲明傳呼債務人命其履行若再不爲履行又無第三人足以代爲履行者則與債權人以一種最有力之特權許債權人於其住宅內用鐵鎖拘束債務人六十日若在此期間以內仍不履行則債務人之人格完全喪失可任債權人自由處分或以爲僕隸而供其使用或出賣於第三人而取其代價甚或殺之亦無不可苟債權人有數人並得分割債務人之身體而平均分配其保護債權之圓滿其方法之峻嚴有如此者及至社會發達是種對人的強制履行主義漸失勢力經多少變遷遂至不能存在及其極也大生反動而有極端對物的強制履行主義依此主義債務人即使怠於履行亦

# 民事法規及判例債權編總則勘誤表

頁	行	誤	正
一	五	Savigny	Savigny
四	四	Lan	Lan-
四	六	na	na-
四	九	Kringmü-	Kringmi-
四	十	herl	her
六	七	windscheid	windscheid
七	六	說由	理由
八	三	Pischer	Fischer
八	十四	B-	B-
二十二	五	高利	流弊
二十四	八	債	債權
二十四	十	爲權	爲

民事法規及判例債權編總則勘誤表

一

---

民法法規及判例債權編總則勘誤表

二十七

十一

計息

利息 二

民事法規及判例債權編分則





# 民事法規及判例

(債權編分則)

李祖虞編述

## 緒論

說文曰債負也。見康熙字典故凡對於他人負有作爲不作爲之責任者皆可稱爲債。卽其字之原義

與法律術語所謂債務性質略同。惟今俗負財曰債。說文亦見專指因借貸負有金錢給付之責任

而言。遂致債之字義驟成爲狹窄。如前清律例所謂放債負債欠債皆從此義。

從來各國法例關於各種債權之特別事項爲規定(卽債權分則)者其體裁及內容各異。而其所以區分各種債權則概以其債權發生之原因不同爲標準。茲就各法例比較列述之。

一羅馬法 羅馬法分債權之原因爲四(1)契約(2)準契約(卽事務管理等)(3)犯罪(4)準犯罪

二法國法 法國法就債權之原因先大別爲二(一)契約(二)契約以外之原因。更就其契約以外之原因區分爲二(1)法律規定(2)債務人一造之行爲。而關於債務人一造之行爲又有(a)準契約(適法)(b)犯罪(不適法)(c)準犯罪(不適法)之細則。

三英國法 英國無民法法典。僅依其國學者之說爲據。則債權之原因可分爲六(1)契約(2)犯罪(3)違約(4)判決(5)準契約(6)契約以外之合意行爲(安孫氏之

## 說

四德國法 德國民法之債權分則分列債權原因爲二十六種即(1)買賣(2)互易(3)贈與(4)借貸借(5)使用借貸(6)消費貸借(7)雇傭(8)承攬(9)居間(10)廣告(11)委任(12)事務管理(13)寄託(14)旅店主對於旅客所持物之賠償(15)合夥(16)共同(17)終身定期金(18)博戲賭事(19)保證(20)和解(21)債務約束及債務認諾(22)指示債權(23)無記名債權(24)物之提示(25)不當利得(26)不法行爲是也實則其所認之債權原因不外(一)契約(二)事務管理(三)不當利得(四)不法行爲(五)廣告共同等其他特別之事由而已

五日本法 日本民法債權分則係分列(1)契約(2)事務管理(2)不當利得(4)不法行爲之四種大體尙屬允洽惟其名稱頗嫌晦澁不足表明各債權之性質又此外猶有債權之原因則分別規定於他編如遺贈(死後之單獨行爲)寄附(生前之單獨行爲)是已

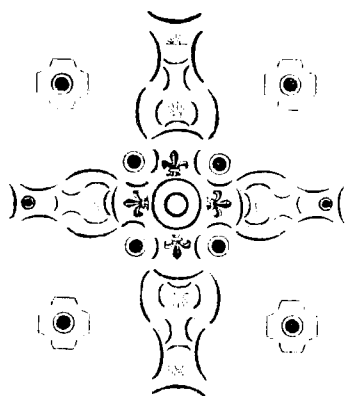
六吾國民草 吾國民草大體倣德國民法而將德國民法分別規定之各種契約綜括於一章之內分爲(1)契約(2)廣告(3)發行指示證券(4)發行無記名證券(5)

管理事務(6)不當利得(7)侵權行爲之七種原因眉目顯明頗可稱許惟其管理事務不當利得之名稱仍沿用日本民法之舊殊未盡善蓋其名稱究不足表顯其非責管務及無因得利之性質故應改易名稱爲當至其他如遺贈捐助共有及一定之親屬關係發生債權者則分別規定於他編亦非謂債權原因僅限於上列七種

吾國習俗所謂債者既僅限於金錢借貸則債之原因似僅有消費借貸契約之一種然而法律上所謂債權原因決不限于消費借貸契約如買賣借貸寄託等律例均有規定亦認爲發生債權之原因至其他如遺囑及侵權行爲等律例及舊習亦非不認爲債權原因不過事不常見無從知其詳而已

---

債權分則



# 債權分則編

## 第一章 契約

### 第一節 總論

#### 第一款 契約之意義

說文曰約者纏束也即言物受束縛不得自由若以約字適用於人事蓋即兩造相合意因而其自由受束縛之謂也與法律術語所謂契約之意義略同（惟約字原義不必發生法律上效果）惟前清律例之所謂約概指合意所訂字據以言如戶律錢債門謂負欠私債違約又而契字如戶律婚姻門有私約而輒悔者是之原義又爲書契故契約二字民間概用以名合意所訂之契據遂與法律術語之契約大相逕庭

法律術語之所謂契約即二人以上相互間意思表示之合致而以發生私法上效果爲目的者也茲分解如左

（一）契約即二人以上相互間意思表示之合致 二人以上相互間彼此表示意思而其意思相抱合成爲一體者曰意思表示之合致故二人以上各爲同內容之意思表示而非互相對待抱合者即謂爲意思之併立不得謂爲契約至其互相對待表意合致之二

人則稱爲當事人兩造

(二)契約即二人以上相互間意思表示之合致而發生法律上效果者也 僅相互間意思表示相合致而不生法律上效果者則非法律行爲即非契約故如訪問之訂定宴會之約束凡不生法律上效果之表意合致不得逕名爲契約

(三)契約即二人以上相互間表意之合致而以發生法律上效果爲目的者也 契約爲法律行爲之一種凡表意人表示意思而以發生法律上效果爲目的者始可稱爲法律行爲契約既爲法律行爲之一種故其表意所生之法律上效果若非表意人之所欲者即不成爲契約

(四)契約即二人以上相互間表意之合致而以發生私法上效果爲目的者也 私法所以規定對等間之關係非如公法係就權力關係爲規定者也學者中雖有主張公法上亦有契約但慣用之術語所謂契約係專發生私法上之效果乃對等人間意思表示之合致也至契約在私法上究生如何之效果學說法例各不相同(1)有謂專限於創設債務關係者(如英國法日本舊民法是)(2)有謂係創設變更消滅債務關係者(如伊大民法是)(3)有謂係創設債務關係或移轉物權者(4)有謂可發生一

切私法上之效果者（如德國民法日本民法是）四者之中以第四之例爲適當吾國  
草案做之

契約云者既可發生一切私法上之效果則（1）凡債權之創設消滅移轉及物權之設定消滅移轉均可依當事人之契約爲之其關於物權者曰物權契約其關於債權者曰債權契約（2）其在身分關係上亦可依契約使之創設消滅（婚姻離婚）惟債權原因之契約係債權契約中之一類而債權契約中關於債權消滅（如抵銷契約）移轉（如債權讓與）之契約則於債權之原因無涉

## 第二款 契約之分類

契約可以各種標準爲分類茲列述之如左

（一）有償契約與無償契約 當事人兩造各爲一定出捐之契約曰有償契約如買賣借貸借等是其僅當事人一造爲一定出捐相對人一造不爲出捐之契約曰無償契約如贈與使用貸借等是

出捐云者即當事人一造對於相對人一造供出新擔負之謂故一造先由相對人取得利益日後以之爲返還即非供出新擔負不得謂爲出捐如使用貸借之借主返還標的物即



非出捐也又一造之出捐不必其相對人爲受益人故因出捐受益之人(1)或爲相對人(2)或爲第三人

各種契約(一)有性質上常爲有償者如買賣互易是(二)有性質上常爲無償者如贈與使用貸借是(三)有依當事人之意思或爲有償或爲無償者如消費貸借是

有償契約無償契約區別之實益蓋因(一)當事人之行爲能力<sup>民草二四條</sup>(二)法規之適用<sup>民草五六條</sup>一各有不同

(二) 雙務契約與片務契約 雙務契約云者即其契約之效果致當事人兩造互相負擔給付義務者也如買賣互易雇傭等是片務契約云者即其契約之效果僅當事人一造負擔給付義務者也如贈與消費貸借等是

契約所生之義務概爲一造對於相對人之負擔非對於第三人之負擔惟爲第三人之契約則其一造不但對於相對人負擔應向第三人爲給付之義務即對於第三人亦直接負擔義務蓋契約之受益人固不限於相對人也

雙務契約片務契約之區別惟於債權契約有之此外之契約則不應有此區別學者中有謂依契約本旨雖僅當事人一造負擔義務而契約成立後因偶然之事由相對人亦負義

務者爲不完全之雙務契約如委任（無酬報）卽其一例云云殊不知契約之分雙務片務應以契約成立時之情形爲斷不得因契約成立後之事由變更其契約之本來性質

各種契約（一）有性質上常爲雙務者（二）有性質上常爲片務者（三）有依當事人意思或爲雙務或爲片務者至契約分爲雙務片務之實益蓋因兩契約之效力不同雙務契約特有種種之效力

契約之分有償無償與契約之分雙務片務類似而實不相同蓋出捐與義務之負擔爲二種觀念出捐係供出新負擔或爲契約成立之要件或爲契約之效果若義務之負擔則概爲契約之效果而非必新負擔之供出故依此二種觀念契約可分爲四種（1）有償之雙務契約如買賣互易等事（2）無償之片務契約如贈與無報酬之寄託無利息之消費貸借等事（3）有償之片務契約如有利息之消費貸借是（4）無償之雙務契約如使用貸借是（有謂使用貸借兩造所負義務無報酬之關係不爲雙務契約）

（二）要式契約與不要式契約 要式契約云者卽其契約之成立當事人須依一定方式表示意思者也不要式契約云者卽其契約之成立當事人之意思表示無須依一定方式也要式契約雖當事人意思易於確認而實際殊多不便

在昔羅馬法分契約爲四種(1)要物契約(2)書面契約(3)口頭契約(須依一定方式爲口頭之間答)(4)諾成契約實則要物契約諾成契約之區別與書面契約口頭契約之區別其區別之標準各不相同其所謂書面契約口頭契約者皆爲要式契約與不要式契約相對待近世法例契約以不要式爲原則如作成書據之贈與亦非要式契約要式契約中口頭契約業已絕迹書面契約亦僅有關於票據之契約而已

(四)諾成契約與要物契約(踐成契約) 諾成契約云者卽僅有當事人之意思表示其契約卽行成立者也要物契約云者卽不但有當事人之意思表示並須有物之交付而後其契約始行成立者也羅馬法之要物契約雖當事人已有意表示而在物未交付以前全然不生效力然近世之要物契約則物未交付以前雖不能卽成立要物契約之本契約但僅有當事人之意思表示仍可認爲要物契約之預約而有效若依預約之趣旨以爲踐行卽成立其本契約故又名踐成契約卽如消費貸借使用貸借寄託是已

(五)主契約與從契約 主契約云者卽不以他法律關係存在爲前提可以單獨成立之契約是也從契約云者卽以他法律關係存在爲前提必須附隨成立之契約是也如保證契約卽其一例

此種區別之實益蓋因從契約之運命須隨其所附屬之法律關係故也

(六)實定契約與射倖契約 實定契約云者即其契約當事人之損益性質上當初即確定者也射倖契約云者即其契約當事人之損益性質上並不確定可因偶然之事實以變動者也如保險契約是至其損益當初之是否確定應依契約本旨(當事人之豫期)爲斷日後之究有變動與否則在所不問又實定契約射倖契約之區別不僅於有償契約有之在無償契約亦可有射倖契約例如無原本之終身定期金是已各種契約中(一)有性質上常爲實定者如使用貸借是(二)有性質上常爲射倖者如保險及終身定期金是(三)有依當事人意思或爲實定或爲射倖者如買賣是

(七)有名契約與無名契約 法律有特別名稱就此設特別規定之契約曰有名契約如贈與買賣等是法律無特別名稱亦未設特別規定之契約曰無名契約

各種有名契約之要素不容以當事人之特約以爲變更若當事人締結契約而變更有名契約之要素者則應認爲無名契約而有效

無名契約究應準用其類似契約之規定抑僅應適用契約之共通規定立法例不同日本舊民法則明定應准用類似契約之規定

吾國之實際情形亦應有上述各種契約惟其習慣與近世各國法例有顯著之不同即如商業上之契約外民間之契約似概須訂立字據故可謂多係要式契約

### 判例

(一)當事人締結契約一經合法成立其私法上之權利義務即應受該契約之拘束故除得相對人之同意或因相對人違約不履行義務依法解除契約外一造不能以單獨意思

違背契約應盡之義務

(三年上字一二三  
五號中大判例)

(二)契約乃係債權關係(即對人關係)故除一般承繼人外其效力不得及於當事人

以外之人

(明治三六年  
日大判例)

(三)射倖性質之契約非法規特予禁止不得謂為當然無效

(明治三八年  
日大判例)

### 第三款 契約之內容

契約之內容有關於物上權利者有關於特定人身分者有關於特定人行爲者後者即創設債權之契約是也創設債權之契約其內容所關之行爲(即給付)曰契約之標的凡創設債權之契約無論以何種行爲爲其標的一任當事人之自由是謂契約自由之原則惟契約自由亦有左列之三種限制

(一) 契約須以可能給付爲標的。若以不能之給付爲契約標的者則其契約爲無效。(五一四條) 但其契約無效原則上應限於給付之不能部分故除當事人有特別訂定或其給付有特別性質外就其給付之可能部分契約仍爲有效。給付不能有主觀與客觀之區別又有從始與嗣後之區別契約因給付不能成爲無效者係專指從始之客觀不能而言與嗣後不能主觀不能無涉。契約因給付不能成爲無效者有左列二種之例外情形

(1) 以除去不能爲停止條件之契約。給付不能有永久與一時之分若係一時之給付不能而其不能之情形將來可以除去當事人契約訂明俟不能除去後始生效力者即係以不能除去爲停止條件仍可認爲有效。(五一七條一項)

(2) 條件成就前或始期屆至前其給付不能已經除去之契約。契約雖以不能給付爲標的但附有停止條件或附有始期而在條件成就前始期屆至前其給付係一時不能已經除去者則其契約仍爲有效。(五一七條二項)

給付不能之契約應爲無效但有時亦生下述之效果

(1) 給付之不能若當事人一造知之或因過失不知時則對於其相對人因信爲契約有

效所受之損害任賠償之責但其賠償額不得逾相對人於契約有效時所受之利益（五一五條一項）

（2）給付之不能若為相對人所已知或因過失而不知時則毋庸就其損害負賠償之責（五一五條二項）

（3）在給付之一部不能或選擇債權之一宗給付不能時就相對人因信為給付可能所受之損害亦負賠償之責（五一六條）

（二）契約須以適法給付為標的 法律行為以違反公共秩序（違背善良風俗者同論）之事項為標的者無效（五條）以違背法律中禁止規定之事項為標的者亦無效（一七條）契約既為法律行為之一種則以違法給付為標的者亦應無效已無庸更有明文規定惟民草關於下述二種情形因其是否違反公安良俗不無疑義特以明文規定之（一）契約使一造負有讓與將來所可取得之財產全部或一部之義務者因其過於拘束當事人之自由故其契約不為有效（五二條）（二）契約係關於繼承未開始之繼承財產者因其釀成爭繼奪產之流弊故其契約亦不為有效（五三條）

契約之無效僅限於行為違法之部分其不違法之部分契約仍為有效

契約因標的違法成爲無效者亦有左列二種例外情形

(1) 以除去違法爲停止條件之契約(五一八條即準用五一七條一項之結果)

(2) 條件成就前或始期屆至前其給付違法已經除去之契約(五一八條二項之結果)

給付違法之契約亦生下述之效果(1) 違法契約之一造對於相對人信爲契約有效所受之損害負賠償之責(2) 若相對人已知其給付違法或因過失不知者毋庸賠償其損害(3) 在給付之一部違法或選擇債權之一宗給付違法時上述之損害亦應賠償(五一八條)

(即準用五一五條五一六條)

吾國現行律例關於契約以律例所禁事項爲標的者自屬無效即以習慣所禁(吾國有關於強行法

之習)及違公安良俗之事項爲標的者亦非有效蓋吾國法制原所以明刑弼教除暴安良

此種契約之無效實理所當然也按之律例亦有不應爲之條輯註所謂「事在律例皆無可坐之條而揆之情理又不可爲謂之不應得爲」云云是其所謂情理所不可爲者要不外習慣所禁及違反公安良俗之行為律既應處罰則其無效尤可推知

(三) 契約須以確定之給付爲標的 給付之種類範圍若始終不確定者則其契約不爲有效自無待論惟其給付不必於締約之時即已確定苟依契約後來可有確定之方法者則



亦無碍於其契約之爲有效至其後來確定之方法自有種種概依契約之所定但民草就下列兩種之確定方法有特別之規定

(甲) 給付由當事人一造指定者 當事人契約如訂明其給付須由一造指定者則該一造有指定權如其指定之標準及方法契約有特別訂定者應依其所訂定若無特別訂定則應適用下述之規定(1) 一造須依條理以爲指定 所謂條理者即交易上公平之觀念是已如契約係僅訂明給付由一造指定者亦應依公平之觀念爲指定之標準不容任意妨害相對人之利益至契約訂明一造得以自由意思指定給付者則係無指定之標準即爲給付不確定應認爲無效(五一九條一項)(2) 一造之指定須向相對人爲之若對於相對人未經表示意思則不生指定之效力(五二九條二項)(3) 一造之指定有時須由審判衙門代爲指定 當事人一造指定給付既須依條理而其是否合於條理有爭執時則應由審判衙門以判決代爲指定又應由一造指定給付而遲延不指定者亦應由審判衙門代爲指定(五二〇條)(4) 對待給付之範圍未定者得由有對待給付請求權人爲指定 雙務契約之一造應向相對人爲給付同時並得請求相對人之對待給付若其對待給付範圍未定者則除有特別訂定外該一造得有權指定(五二一條一項)至其指

定須依條理並有時須由審判衙門代爲指定(五二一)

(一) 給付由第三人指定者 其指定之標準及方法契約有特別訂定者應依其所訂定若無特別訂定則應依左列之規定

(一) 僅訂明由第三人指定者 民草就此種情形其規定如下(1) 第三人須依條理爲指定(五二二)(2) 第二人有數人時其指定須一致(五二二)(3) 第三人之指定須向當事人一造以意思表示爲之(五二)(4) 第三人之指定若係錯誤或被詐欺脅迫者則僅當事人一造得撤銷之該第三人反不得自爲撤銷其一造之爲撤銷並須向相對人(即契約之他)一造爲意思表示(五三四)至其撤銷權須於知有撤銷原因時速爲行使(五二四)若始終未知則其撤銷權自第三人爲指定時起逾二十年亦應消滅(五二)(5) 第三人之指定是否合於條理互有爭執或第三人不能指定或不欲指定或指定有遲延者均須由審判衙門代爲指定(五二)

(二) 訂明第三人得以自由意思指定者 此種契約其給付之指定純以第三人之意思爲標準故(1) 該第三人不能指定不欲指定或其指定有遲延時不能由審判衙門代爲指定即其契約應爲無效(五二)(2) 至該第三人之指定如係錯誤或被詐

欺脅迫者則亦僅當事人有撤銷權並須速爲行使更有二十年之消滅時效(二五條)

判例

- (一)對於不法行爲爲罰款之契約純屬私人之懲罰徵諸國法關於不法行爲本定有相當之制裁或爲犯罪或爲私法上之不法行爲若私人因而受有損害時皆得請求賠償是私權受害具有填補之道更毋庸認其有私罰之權且爲維持公平及社會秩序計私人相互間更不能輕許直接之懲罰故法律上此項契約不能認爲有效(三年上字二〇七號中大判例)
- (二)契約成立以行爲適法爲要件以不法行爲爲目的而締結契約者法律上當然認爲無效故凡由此契約所生之權利義務盡歸消滅而不能存在(二年上字一四九號中大判例)
- (三)凡以不法行爲爲契約內容之一部分者則惟不法原因存在之部分無效(三年上字九三三號中大判例)
- (四)契約內容關於犯罪私和者則事屬妨害公安良俗法律上不能認爲有效(二年上字一〇四號中大判例)
- (五)凡違反強行法規之契約不待當事人之聲明審判衙門當然應宣告無效(二年上字六九號中大判例)
- (六)一旦適法成立之後而因某事由已消滅之契約得依當事人之合意復活其效力(明治三八年日大判例)
- (七)貸座營業人與娼妓間金錢貸借之契約與以身體拘束爲目的之契約各自獨立僅

後契約無效（明治三三年）  
（日本大判例）

（八）工業人爲謀業務進步製品改良起見於同業人間設定某種規約訂明互爲遵守並議決如有阻害此目的之不信任之人即須不與交易若違背此決議者應出罰款此約苟非絕對束縛締約人營業上自由即不得謂爲反乎公共秩序害於善良風俗（明治三三年日本大判例）

（明治三三年日本大判例）

（九）既達頽齡之男女以互爲老後扶護爲惟一之目的所締結之同居契約不得謂爲違反公共秩序善良風俗而認爲不法之契約（明治四二年日本東京地所判例）

（十）當事人就某債務之履行定有期間約明一俟其期間之經過契約即可解除者亦爲當事人之自由如斯之契約仍係有效（明治三三年日本大判例）

（十一）甲對於乙使承攬第三人之建築工事者其契約雖絕對無效但甲與乙相約使第三人將其建築工事由乙承攬則其契約常爲有效故以承攬第三人建築工事爲目的之契約解釋上必須審究其爲該當於何種情形以爲斷（明治三九年日本大判例）

（十二）契約訂明到期怠於清償即以抵當物件充清償者裁判之慣例上不認爲有效之

契約（明治三四年日本大判例）

(十三) 背反行政上漁業取締規則之契約縱令爲該規則發布前所締結亦屬當然無效

(明治三二年  
日大判例)

(十四) 銀行與存款人間特約訂明凡持有蓋用印章之存款摺據即應向之爲支付銀行

無調查其印章是否盜用之義務者其特約非違法(明治四一年  
日大判例)

(十五) 讓與將來所得共有權之持分之契約爲一種條件附契約非法律之所禁亦非

單純之希望(明治三〇年  
日本大判例)

(十六) 在第三人所有地施工事之契約當履行時如得該第三人之承諾即屬履行可能

故該契約非以給付不能爲目的之無效行爲即一造對於相對人請求履行亦非強求

不能之給付(明治四〇年  
日本大判例)

#### 第四款 契約之成立

一般契約之成立要件有三(一)關於契約之內容者(二)關於當事人者(三)關於意思表示者(一)關於契約內容之要件既如前述(二)關於當事人之要件即其人數須有二人以上並須有行爲能力此爲當然之事亦毋庸詳論(三)茲所應說明者即契約關於意思表示之要件而已契約之意思表示須爲有效之意思表示凡屬於心中保留一七 諧謔  
八條

舉例<sup>九條</sup>虛偽之表示<sup>一八條</sup>者應爲無效凡內容錯誤<sup>一八條</sup>傳達不確<sup>二八條</sup>被詐欺<sup>三條</sup>被脅迫<sup>四八條</sup>者可以撤銷均與一般法律行爲相同惟契約關於意思表示其特別要件有三即(一)須有二個以上之意思表示(二)須二個以上之意思表示內容相同(三)須同內容之意思表示互相抱合是也

二個以上意思表示內容相同互相抱合曰意思表示之合致即合意是也合意以前概須爲種種協商交涉然不過契約之準備行爲而已雖有種種準備行爲若終不合意即契約仍無成立之餘地

不合意有二種(一)爲明顯之不合意即兩造未有意思表示之合致是也其不成立契約自不待言(二)爲隱匿之不合意即當事人誤解爲已合意而實未合意也其例有三即(1)因當事人一造不注意之誤解(2)因文字意義之誤解(3)關於現實行爲之誤解是也隱匿之不合意與意思表示之錯誤不同非其各個意思表示有瑕疵乃其合意有欠缺耳

契約之二個意思表示通常概先後爲之先由一造以締結契約之目的表示一定內容之意思曰要約其後他一造對於要約表示同意者曰承諾然而契約之成立亦有兩造同時

爲意思表示相合致而不能分要約承諾者所謂交叉要約即其例也交叉要約可否成立契約雖學說不同而以可成立契約爲當茲就要約與承諾分別略述如左

(甲)要約 吾國舊習關於要約無適切之名詞凡用招字或用問字即與要約之意義相當如言招賣招買招租招種等之招字又如言「先問親房人等」之問字皆此義也

要約之性質(1)或謂係事實行爲(2)或謂係法律行爲(3)或謂僅係生法律上效果之適法行爲三說之中以後說爲通說

要約之方法 其方法法律上並無一定或爲明示或爲默示均無不可吾國習慣通常於對話人間概以言詞爲之如文契內「言定」「言明」「面議」是已非對話人間則用電報書信商人間要約之書信稱爲批其買貨之要約書每稱爲單

要約之效力 可分爲二(一)承諾適格 即其要約一經受領要約之人表示同意即適於契約成立之謂也依民草規定(1)向對話人之要約未定承諾期間者非即時承諾不生承諾適格之效力<sup>二〇</sup>(2)要約經拒絕或要約已逾期者即失承諾適格之效力<sup>二〇</sup>(3)要約人死亡或喪失能力除要約人顯有反對意思外其要約仍不失承諾適格之效力<sup>二〇</sup>(二)要約拘束力 即要約人受要約之拘束不得隨意撤回是也依民草規

定(1)要約定有承諾期間者於期內不得撤回<sup>二〇(1)</sup>向非對話人之要約未定有承諾期間者於受諾通知之相當期間內不得撤回<sup>二〇(2)</sup>惟吾國舊習要約僅有承諾適格之效力而無不得撤回之拘束力

(乙)承諾 吾國舊習承諾係用允字如言允許允諾允承應允等是已

承諾之性質 通說概謂非法律行為不過生法律上效果之適法行為而已

承諾之方法 承諾須由受領要約之人向要約人爲通知但依民草規定(1)依通常慣例無須爲承諾之通知者則從有一定事實(即可認爲有承諾之事實)之時起即視爲已有承諾而立契約<sup>二〇(1)</sup>(2)因要約人之意思表示無須爲承諾之通知者亦同<sup>二〇(2)</sup>吾國實情承諾在對話人間以言詞爲通知在非對話人間以電報書函爲通知在平素交易之商人間往往承諾不爲通知逕發送貨物即視爲已經承諾

承諾之效力 承諾即生契約成立之效力但依民草規定承諾之生效力有要件二(一)

1)須承諾之通知到達不遲 若遲延之承諾即視爲新要約<sup>二〇(3)</sup>但承諾雖遲到而

要約人知其發送係在期內可到者仍須向承諾人發遲到之通知(先已發通知者無須再發)若怠於通知即視爲承諾通知並未遲延<sup>二〇(4)</sup>若承諾人已通知承諾後接受要



約人撤回要約之通知者亦生契約成立之效力惟承諾人知其撤回通知在承諾前可  
到者須向要約人發遲到之通知若怠於通知則不生約契成立之效力<sup>二〇七條</sup>(2)須承諾  
之內容與要約相符 若將要約擴張限制變更以為承諾者則視為拒絕原要約而為  
新要約<sup>二〇七條三項</sup>但承諾與要約僅須就契約要素相合致苟已合致則就其他事雖不合意  
亦推定其契約為成立<sup>二一一條</sup>  
吾國習慣關於民事上之契約概須俟承諾通知到達始生效力惟平素交易之商人間  
則其承諾通知之發出即可生效

判例

(一)當事人一造為要約一造為承諾意思表示合致者契約即可成立<sup>三年五七〇號中大判例</sup>

(二)凡契約之成立以當事人兩造意思表示之合致為要件苟非法律上無效之意思表  
示或其契約有解除及撤銷之原因則當事人合意訂立之契約上權利義務當然認為

有效<sup>三年二四一號中大判例</sup>

(三)契約之成立應於要約到達後相當之期間內為承諾之表示若依該行為地或當事  
人間之通常慣例或依要約人之意思表示其承諾係不必通知者則自有可認為承諾

之事實起時契約即可認為成立否則承諾逾相當期間於要約既失效力後始行到達者惟可視為新要約其契約並不因而成立

三年一九五號  
中夫判例

(四) 契約除與強行法令相反之部分外應以當事人意思表示為依據惟意思不明瞭時則亦可依該地習慣為解釋之資料而適用正當之法律

三年八六號  
中夫判例

(五) 事實裁判所依事情認為契約真意與契約書明文不相符者得反乎明文解釋契約之趣旨

明治二三年  
日大判例

(六) 契約要素之目的錯誤即阻却其承諾

明治三二年  
日大判例

(七) 契約除法律上要式契約外僅有當事人相互之意思表示即行成立

明治三三年  
日大判例

(八) 將入札(投標)及契約之條款公告以召募契約競爭人時則政府為要約人而對之

入札者即為承諾人

明治三四年  
日大判例

(九) 入札人表示承諾意思之時期即在其入札開披之時

明治三四年  
日大判例

### 第五款 契約之效力

#### 第一項 雙務契約

雙務契約之兩造彼此互負給付義務即彼此互有債權此二債權間之關係如何學說不一

茲列述於左

(一) 謂此二債權各自獨立彼此全無關係故一債權可獨立存在不隨他債權而消滅並可獨立行使之

(二) 謂此二債權實不過一個債權關係之兩面故各債權不能獨立發生並不能獨立存在以爲行使

(三) 謂此二債權雖各自獨立存在但其一造行使債權(即請求對待給付)須以自己之給付或給付之提出爲要件蓋兩造之給付係互爲條件者也(瑞債)

(四) 謂此二債權雖各自獨立存在其一造並可獨立行使債權不過自己未爲給付或未行給付之提出則相對人可拒絕不爲對待給付以防止其行使而已蓋兩造之給付非互爲條件者也(德意志普通法上之多數說)

就雙務契約二債權發生之點言之實係互爲條件一造債權不發生即他一造債權亦不發生故第一說謂二債權全無關係云云殊非正當然就其債權存續之點言之則其既發生之債權實應認爲各自獨立存在不隨他債權而消滅故第二說亦不足採更就其債權行使之點以言即各當事人之行使債權非以自己債務履行爲條件實係基於契約享有權利以行

使之也故第三說仍有未洽應認第四說爲正當惟其二債權間應有關聯（非必互有報酬之關係）蓋雙務契約性質上既必然兩造各負給付義務則其間當然應有一種關聯故自己未爲給付或未有給付提出則相對人可以拒絕

雙務契約除發生債權共通之效力外其特別之效力有三（一）關於履行債務之效力即同時履行之抗辯是已（二）關於給付不能之效力即危險負擔之問題是已（三）關於履行遲延之效力以下分述之

### 第一目 同時履行之抗辯

雙務契約當事人一造在未有對待給付以前可以拒不履行債務是曰同時履行之抗辯關於此種抗辯之性質有二種之見解（一）謂此種抗辯非真正之抗辯乃否定相對人請求權之存在換言之即一造之爲請求須以其自己之給付或其給付提出爲要件者也（二）謂此種抗辯係真正抗辯即一造雖自己未爲給付或未提出給付亦仍可爲請求不過相對人可據此爲抗辯以拒絕其請求而已近世法例如普國國法奧國民法瑞士債務法均用前之見解惟按之理論實際殊非允洽故吾國民草倣德國民法之例用後之見解明定一造至受對待給付時止得拒絕自己之給付<sup>五三二</sup>而不以自己之給付或給付提出爲請求權存在之要

件也

同時履行之抗辨並非雙務契約之一造皆可爲之仍須具備左列之要件

(一)須一造不負先向相對人爲給付之義務 若負有先向相對人爲給付之義務則不得

爲此種抗辨但契約成立後若相對人之財產顯形減少有不能受對待給付之虞則

雖負有先爲給付之義務亦仍得爲此種抗辨二條

(二)須相對人未爲對待給付或未有對待給付之提出 若已受領相對人之對待給付自

不得爲此項抗辨即尙未受領而相對人已提出對待給付者亦不得爲之惟先雖有對待

給付之提出因未曾受領而已經取回現尙無對待給付之提出者則仍得爲此種抗辨

(三)須不違交易上之信用及誠實 雙務契約之一造未受全部給付以前得爲此種抗辨

即其應向數相對人爲可分給付而僅受一相對人之對待給付者亦係未受全部之對待

給付故仍可爲此種抗辨惟於相對人雖僅爲對待給付之一部未有全部之對待給

付而拒絕自己之給付係與交易上信用誠實相違者則不許爲此種抗辨三項

同時履行之抗辨可有下述之各種效果

(一)同時履行之抗辨不過一時防止相對人之行使請求權非否定相對人請求權之存

在

(二)同時履行之抗辨係拒絕自己給付之全部故應向數相對人爲可分給付而僅受一相對人所屬部分之對待給付者在未受全部對待給付以前如與交易上信用誠實不違仍可對於該相對人拒絕屬於其所有部分之給付<sup>條二項</sup><sub>條二項</sub>

(三)同時履行之抗辨其防止相對人行使請求權係以受全部對待給付之時爲止是爲原則但於一造應先爲給付而相對人財產顯形減少之情形則其同時履行之抗辨亦應以相對人提出相當担保之時爲止<sup>條二項</sup><sub>條二項</sub>

(四)同時履行之抗辨在訴訟上非使審判衙門駁斥相對人之請求僅使以判決命與相對人互爲給付<sup>條二項</sup><sub>條二項</sub>若一造應先爲給付而相對人受領遲延者則亦得訴請判令相對人受領後即爲給付<sup>條二項</sup><sub>條二項</sub>依此二種辦法受勝訴判決之當事人一造若遇相對人之受領遲延則得不爲自己之給付逕依該判決強制執行<sup>條三項</sup><sub>條三項</sub>

同時履行之抗辨在吾國習慣亦所認許如文契內所謂銀貨兩交等字樣卽同時履行之意若未有對待給付即往往可將自己之給付扣留不給如買主不付價賣主卽扣貨不交衣服交染未經付錢染坊卽扣衣不還是已

判例

- (一) 雙務契約之一造不爲一部履行時他造雖可拒絕其相當之一部履行但無特別理由則不得拒絕全部履行 明治三二年 日大判例
- (二) 就雙務契約之履行若需相對人之行爲時則雖無現實之提供而已爲提供之準備並通知於相對人催告其受清償者亦應視爲已有提供 明治三三年 日大判例
- (三) 同時履行之原則不過於契約當事人一造不履行債務時付與相對人以拒絕自己債務履行之權而已並非據此即可推定當事人兩造之義務概應同時履行 明治三七年 日大判例
- (四) 雙務契約當事人之一造以相對人不提供前清償期之債務履行爲理由得拒絕後清償期之自己債務之履行 明治四一年 日大判例
- (五) 雙務契約當事人之一造受相對人之債務履行之請求而不行使同時履行之抗辨權逕提起不履行之損害賠償訴訟其後始欲行使此抗辨權者則應認已失時期 明治四一年 日大判例
- (六) 同一雙務契約所生之兩造債務苟無特別之意思表示則不因其目的物之性質係可分抑係不可分僅構成一個之債務故雖其履行可分割爲之亦依然係一個債務之存在

(七)買主爲原告主張自己債務既已履行單純請求相對人之債務履行時若相對人與之相爭裁判所亦認原告債務未經履行者則除原告卽爲其履行之提供或原告變更其請求與自己債務履行同時以求相對人債務之履行者外裁判所宜認爲不當予以却下

明治四一年  
日大判例

(八)同時履行之抗辨於當事人一造曾一度爲履行之提供而提供不繼續時則相對人仍得主張之蓋雙務契約之一造如提供履行而其相對人不爲受領雖相對人應任遲滯之責提供人可免不履行之責然此皆關於提供人一造債務之效果就相對人一造之債務並無何等影響故一造履行之提供不繼續時應認相對人仍可依此以拒絕履行否則一造一度爲履行之提供以後若陷于無資力之狀態相對人亦必須履行債務將發生甚不公平之結果也

明治四四年  
日大判例

(九)同時履行之抗辨提出之時起訴人苟非與自己債務相對換卽不得請求相對人債務之履行故單純以相對人債務履行爲目的之請求全部自不能認容然而其請求中亦可認爲包含有與自己債務履行相對換以請求相對人債務履行之旨故於此情形裁判所毋庸排斥起訴人之請求全部而命兩造各向相對人對換履行債務是爲至當之裁判



(十) 雙務契約當事人一造對於相對人爲履行之請求不以自己債務履行爲必要故不件

提供之請求亦有請求之效力

明治四四年  
日大判例

(十一) 雙務契約之兩造在履行期日均不爲履行之提供徒過其期日者亦不使各當事人

失同時履行之抗辨權

大正二年  
日大判例

## 第二目 危險負擔

嗣後之給付不能若因非歸責於債務人之事由

可別爲二(一)非歸責於兩造之者則債務人免其義務(二)歸責於債權人之事由

務<sup>三六</sup>一項若因歸責於債務人之事由者則債權人可請求不履行之損害賠償<sup>三五</sup>或可解除契

約此爲關於給付不能之一般規定然而在雙務契約其一造給付不能之効力關於他一造之對待給付有如何之關係頗滋疑義蓋一造給付不能之結果如他一造即可不爲對待給付則該給付不能之損失(危險)畢竟自己忍受之(負擔)反之雖一造給付不能而他一造仍須爲對待給付則該損失即由他一造忍受之此即危險負擔之問題是也茲就嗣後之一造給付不能因其事由不同分爲三點以說明之

(甲) 因事變(即非歸責於兩造之事由)之一造給付不能

雙務契約因其標的不同可分爲二(一)以特定物讓與爲標的之契約(二)其他之契約

從來立法例主義不同（一）有分別規定此二種契約以異其危險負擔者如羅馬法以及多數法例皆是（二）有不分此二種契約同樣定其危險負擔者如德國法是吾國民草倣之

關於非以特定物讓與爲標的之雙務契約若因事變以致一造給付不能時則不得向相對人請求對待給付（即自己負擔危險）此爲一般立法例所同所不同者即關於以特定物讓與爲標的之雙務契約是已此種雙務契約其危險由何人負擔立法例主義不同（1）債權人主義 即謂一造給付不能所生之損失應由債權人（即他一造）忍受之仍須爲對待給付是也羅馬法和蘭民法法國民法伊國民法瑞士債務法均採之（2）債務人主義 即一造（即債務人）給付不能所生之損失應自己忍受之不能向他一造請求對待給付是也德國民法奧國民法均用此主義吾國民草倣之<sup>五三四</sup>（3）分担主義 即其損失使兩造平均分担之者是也立法例現無用之者（4）物權人主義 即謂於契約標的物上有物權之人負擔其損失是也英法採之 以上四主義中惟債權人主義債務人主義立法例採用之者爲多而就理論上則以債務人主義爲正當 因事變之一造給付不能民草雖定明應由債務人自己負擔危險不得求對待給付是爲

原則但亦有三種例外情形(1)給付提出後之給付不能 蓋債務人主義由債務人之負擔危險須其給付不能在給付提出之前如在給付提出後而債務人(即相對人)受領遲延始有事變之給付不能者則應由債權人負擔危險即債務人仍不失請求對待給付之權利惟於此情形債務人須將因免債務所得之利益或因故意怠於取得之利益(詳後)償還於債權人耳<sup>修正項</sup>(2)一部之給付不能 因事變致一造所擔負之給付全部不能者自不得請求對待給付如係一部給付不能則債務人仍須為可能部分之給付而依買賣價金減少之規定<sup>即五七一條</sup>減額以請求對待給付之一部<sup>五三四條</sup>(3)相對人之行使代償請求權 因給付不能往往債務人由第三人取得其代償之利益<sup>即因補償損害債務人由第三人所有之請求權</sup>此種利益債權人得請求讓交<sup>三六四條</sup>是為代償請求權在雙務契約因事變之一造給付不能其債權人(即相對人)亦可行使代償請求權若債權人行使代償請求權則債務人即仍可請求對待給付惟行使代償請求權後所得之補償物價額或所得之請求權價額較少于給付價額者則須依買賣價金減少之規定減額以請求對待給付之一部<sup>五三四條</sup>前二種情形相對人應減額為對待給付而已為擔負外之對待給付者則得依不當利得之規定請求償還<sup>五三四條</sup>

吾國習慣關於以特定物讓與爲標的之雙務契約其因事變之一造給付不能其危險應由物主負擔所謂物主責成等語卽此義也自可認爲係用物權人主義物權人主義與債務人主義實際之適用結果頗同而其觀念則迥異蓋債務人主義以給付提出之前後定危險之由誰負擔而物權人主義則以物權移轉之前後定危險之由誰負擔在物權未移轉前如標的物已成爲滅失毀損則其相對人毋庸爲對待給付若在物權已移轉後則雖標的物已滅失毀損而其相對人亦應爲對待給付此兩主義之不同也惟給付提出後大抵相對人卽行受領其受領之時概爲物權移轉之時故實際之適用尙無大異

(乙) 因歸責於相對人之一造給付不能

因歸責於相對人之事由致一造所擔負給付成爲不能者自應由相對人負擔其危險各國立法例概用債權人主義者也故民草亦明定債務人可免債務而不失請求對待給付之權利<sup>五三五條一項</sup>但債務人因免債務所得之利益或因故意怠於取得之利益仍須以之償還於相對人<sup>同條一項但書</sup>茲所謂因免債務所得之利益與代償之利益不同例如債務人因物品滅失所節省之保管費用因動物倒斃所節省之飼養費用所贖留之皮毛因機器毀壞所贖留之廢鐵皆是所謂故意怠於取得之利益卽謂此項利益債務人故意怠於取得應行賠

償是也如僅因過失怠於取得則毋庸賠償

(丙)因歸責於自己之一造給付不能

雙務契約之一造因歸責於自己之事由致給付不能者其因給付不能所生之損失(嚴格言之不得謂爲危險)自應由債務人自己負擔惟其債務人之負擔損失與事變之給付不能情形不同茲分述之(壹)全部之給付不能 一造之給付若全部不能者則相對人得行使下列權利之一<sup>五三</sup><sub>六條</sub>(1)全部不履行之損害賠償請求權 惟行使此項請求權時須自爲全部對待給付(2)契約解除權 若契約解除自毋庸爲對待給付(3)五三四條所定之權利 卽相對人得不爲全部對待給付並得請求讓交代償之利益(貳)一部之給付不能 一造之給付若係一部不能者則相對人應分別情形行使權利(1)如他一部可能之給付於相對人有利益則相對人均不得拒絕受領該一部之可能給付或請求該一部之履行損害賠償仍爲全部之對待給付或解除該一部之契約僅就所受部分之可能給付爲一部之對待給付或依五三四條之規定亦不請求損害賠償亦不解除契約而依價金減少之規定減額以爲一部之對待給付(2)如他一部可能給付於相對人無利益者則相對人得拒絕受領該一部之可能給付或爲全部之對待給付而請求全

部不履行之損害賠償或解除全部之契約全不爲對待給付

前述之解除契約其事由均非歸責於相對人故相對人毋庸負回復契約前原狀之義務

即五四四條之所定如已領受金錢應自領受時起添附利息是已若已領受一部給付者亦僅須依不當利得之規定於其利益所存之

限度內負歸還之責五三八條

### 判例

(一) 凡雙務契約之一造如不能依約履行則他一造有即時解除契約之權三年上字九三五號中大判例

(二) 物之滅失因歸責於債務人之事由云者即謂其滅失在事實上與債務人之行爲或

過失有因果之關係苟無其行爲或過失即可認爲不至滅失者是已明治三四年日大判例

(三) 承攬之建築物在竣工前因罹天災以致破壞則其所生之損害應歸承攬人之負擔

故除有特別之事情外對於定作人不得請求賠償關於工事之費用明治三五年日大判例

(四) 承攬人雖未完成工事之全部僅有工事之一部然不能因此即認其無報酬請求權

明治四五年日大判例

(五) 承攬人於定作人之地以自己材料築造建物者在承攬人交付建物以前關於建物

之危險應屬承攬人負擔迨交付後其危險應歸定作人負擔大正三年日大判例

(六)雇傭契約勞務人非終了其所約之勞務後固不得請求報酬然此爲普通之情形若因歸責於使用主之事由(拒絕出勤)以致服務不能者則勞務人雖未終了其勞務亦不失其報酬之請求權<sup>大正四年日本判例</sup>

### 第三目 履行遲延

依債權之通則債務人之履行遲延其債權人不得遽因此拒絕給付之受領僅可請求遲延之損害賠償<sup>三六九條</sup>惟履行遲延後之給付於債權人無利益者得不接受其給付或請求不履行之損害賠償或解除契約<sup>三七四條</sup>在雙務契約一造之履行遲延其相對人亦僅可請求遲延之損害賠償固不得遽因此拒絕給付之受領其一造履行遲延後之給付於相對人無利益者相對人亦得不接受其給付而請求不履行之損害賠償或解除契約<sup>三七五條</sup>此不過適用債權之通則也

雙務契約一造之履行遲延後雖其給付於相對人非無利益然經相對人定相當期間催告其爲給付而於期內仍未給付者之旨亦得請求不履行之損害賠償或解除契約若催告時並通知其不於期內爲給付即將拒絕受領之旨即不得更請求給付<sup>五三七條一項並參照德民三三六條</sup>

一造履行遲延後相對人定期催告而於期內僅爲一部給付尙未爲全部給付者相對人亦

得請求不履行之損害賠償或解除契約五三七條三項准委  
照德民三三六條

上述之解除契約其事由亦非歸責於相對人故相對人毋庸負回復原狀之義務若已領受一部給付者亦僅須依不當利得之規定負歸還之責五三八條

### 判例

(一) 若豫定相當期間為履行之催告並聲明於期內不為履行即將解除契約時則在此期間內不為履行即生解約之效力明治四五年  
日大判例

(二) 雖一日之猶豫期間依事情亦不妨認為相對期間明治四五年  
日大判例

(三) 雙務契約之相對人到底無履行自己債務之資力而為履行之請求者則一造不負遲延及不履行之責大正三年  
日大判例

### 第二項 為第三人之契約

在昔羅馬法有「不得為他人締約」之格言故不認為第三人之契約迨十九世紀以降一般均認為第三人之契約係屬有效於是此種格言全被打破

為第三人之契約云者即當事人兩造相約使第三人得向一造直接請求給付者是也允諾向第三人為給付之一造曰允約人其對於允約人要求締約之他造曰要約人茲就此種



契約之定義分別釋明之

(一)係要約人與允約人兩造間之契約 蓋其當事人兩造均以自己名義締結契約既非為第三人之代理亦毋庸使第三人參預於該約契之締結

(二)係約明允約人向第三人為給付之契約 為第二人之契約應由允約人向第三人為給付故允約人負向第二人為給付之義務而要約人亦有請求其向第三人為給付之權利

(三)係約明第三人得向允約人請求給付之契約 為第三人之契約依廣義言之可分為

二(一)僅約明允約人向第三人為給付而第三人無請求給付之權利者(二)不特約明允約人向第三人為給付且約明第三人有權請求給付者茲所謂為第三人之契約蓋為狹義即專指後者而言

(四)係約明第三人得向允約人直接請求給付之契約 第三人之給付請求權係直接由於該契約所生既不須參預於契約之締結亦毋庸待其承諾且其給付請求權與要約人之權利內容又不同並非由要約人所繼承之權利乃直接取得者也

第三人之給付請求權為債權故為第三人之契約僅可使第三人取得債權其行使債權之結果第三人雖可取得物權而契約究不能使第三人直接取得物權

允約人與要約人所以締結契約允諾向第三人爲給付者在允約人與要約人之間必有一定之法律關係爲其理由茲分別言之（一）基於雙務契約之關係以締結爲第三人之契約者 於此情形其所以締結爲第三人之契約之理由即因允約人與要約人間有雙務契約之關係是謂基本之法律關係與爲第三人之契約合爲一體而成爲雙務契約之一種變形非可分爲兩契約也例如兩造間有買賣之關係約定不向賣主付價而向第三人爲給付者是已在運送契約保險契約尤多此種變形（二）基於片務契約之關係以締結爲第三人之契約者 其片務契約亦爲基本之法律關係與爲第三人之契約合爲一體而成片務契約之變形例如兩造間有贈與之關係約定不向受贈人爲給付而向第三人爲給付又如如有消費貸借之關係約定不向貸主歸還消費物而向第三人爲歸還者是已（三）基於契約以外之法律關係以締結爲第三人之契約者 於此情形其契約以外之法律關係亦爲其基本之法律關係例如因侵權行爲負損害賠償義務而約定不向受害人爲賠償向第三人爲給付者是已

要約人所以要求締約使第三人取得債權者在要約人與第三人間亦必有一定之原因（一）要約人因有利於自己故要求締結爲第三人之契約者 例如要約人爲免自己債務

起見要求締結此種契約者是已(一)要約人因有利于第三人故要求締結爲第三人之契約者 例如要約人有贈與之意思使第三人取得債權或於第三人之計算使第三人取得債權是已 要約人所以要求締約之原因雖有種種但其原因之是否有效成立於爲第三人之契約之成立概無關涉

爲第三人之契約使當事人以外之第三人取得債權何以能爲有效從來學說甚多茲列述如左

(一)要約說 謂要約人允約人間之契約非直接使第三人取得債權必待第三人承諾後始可取得債權蓋要約人允約人間之契約對於該第三人不過一種之要約而已

(二)代理說 謂要約人之與允約人締約使第三人取得給付請求權者蓋卽爲該第三人無權代理人也故一經第三人之追認卽可取得權利

(三)傳來說 謂要約人一旦因契約所取得之權利嗣後由要約人傳受其權利於第三人也至其權利之傳受或謂係由於擬制之讓與或謂係由於受領權限之受與

(四)直接取得說 謂第三人係因要約人與允約人間之契約直接取得權利吾國民草探之五三條惟其關於該契約之性質學說又不同(1)片約說 卽謂該契約對於第三

人有片約（即單獨行爲）之性質故該第三人係依單獨行爲直接取得權利（2）合同行爲說 即謂該契約對於第三人係多數人一造之合同行爲故該第三人係依合同行爲直接取得權利（3）契約說 即謂要約人與允約人間之契約對於第三人亦不失爲契約之性質該第三人即依其契約直接取得權利也蓋契約之效力不及於當事人以外之人雖爲從前一般所信之原則惟當分別言之如係以第三人行爲爲標的之契約 例如盡力使第三人爲某種行爲或雖保第三人必爲某種行爲之契約皆是 固非得第二人之承諾不能拘束第三人使負行爲之義務如係爲第三人之契約則效力可及於該第三人故第三人可依契約直接取得權利現今學者亦多主此說

爲第三人之契約其效力如何分爲三項以說明之

### 第一目 對於第三人之效力

兩造締結爲第三人之契約時該第三人即可直接取得權利對於允約人得請求給付 五三九條一項 第三人之權利與一般債權人之權利相同允約人若不爲給付自可請求損害賠償並可就其債權爲讓與抵銷更改免除惟第三人究非契約當事人故不得爲契約之撤銷解除 第三人依該契約雖可直接取得權利但其權利仍須俟第三人向允約人表示享受其利益

之意思時始行成立<sup>第三九條二項</sup>茲關於其受益表示究有如何之性質又應予以釋明如認受益表示爲承諾則應採用上開之要約說顯與吾國民草之規定不符如認受益表示爲契約生效之條件則契約在條件未成就以前當事人間亦應不生效力而何以要約人即可向允約人爲請求且在條件未成就前第三人亦可取得條件附之權利而何以允約人與要約人得擅將契約變更廢止故此見解亦屬不當蓋第三人之受益表示實係發生第三人權利之條件第三人雖可依要約人與允約人間之契約直接取得權利而其權利非可即時發生又須有受益表示之後始行成立惟關於此發生權利之條件當事人有特別訂定者應從其所訂定第三人權利發生後當事人不得擅將契約變更廢止蓋若仍許擅行變更廢止則第三人之權利永不能確定將有名無實法律認許此種契約之趣旨即無從貫徹矣惟在第三人權利未發生以前則當事人自可擅將契約變更廢止即在既發生之後若當事人原先係保留變更廢止權者亦仍可變更廢止。

判例

(一)爲第三人之契約亦與爲自己之契約相同可就契約所生之債務附着期限及條件<sup>明治三六</sup>

(二)爲他日成立之會社所締結之契約即係以會社成立爲條件之契約故其享受利益之

第三人於契約當初不必爲現存之人

明治三六年  
日大判例

(三)日本民法五三七條所謂爲第三人之契約者不僅指專爲第三人利益所締結之契約

而言即明約第三人欲受契約利益須自爲對待給付之契約亦包括在內

明治三六年  
日大判例

(四)當事人若約明一造應向第三人爲某種給付之時依日本民法五三七條規定該第三

人即對於債務人(即允約人)可取得該給付之請求權故須債務人與該第三人之間原

無請求給付之債權關係存在而後此條可見適用

明治三七年  
日大判例

(五)契約當事人之一造約明向第三人爲某種給付時該第三人若表示享受契約利益之

意思則得直接對於債務人請求給付此爲法理上所當然不必特有規定故在民法實施

前第三人亦得直接對於債務人請求給付

明治三七年  
日大判例

(六)契約當事人約明一造對於第三人所負擔之債務由相對人承任之者與日本民法五

三七條之規定不相當

明治四二年  
日大判例

(七)在債務人與他人相約使他人承任其債務之時其債權人若對於受承人直接請求履

行則須依契約之一般規定自己亦加入該契約當事人之列

明治四二年  
日大判例

(八)日本民法五三七條所謂當事人相約一造應向第三人爲某種給付者係專指當事人意思欲使第三人取得給付請求權之情形以言若當事人全無使第三人取得給付請求權之意思僅約明一造應向第三人清償相對人之債務者則僅當事人一造有負向第三人清償之義務而其契約目的並非使第三人取得權利故關於第三人不生效力雖第三人表示受享契約利益之意思而對於該一造亦不得有給付請求權

大正四年  
日大判例

### 第二目 關於要約人之效力

要約人應有請求允約人向第三人爲給付之權利（債權）此爲第三人之契約關於要約人之效力也然要約人之權利與第三人之權利雖基於同一契約而內容不同各自獨立故爲第二人之契約在第三人之權利發生後要約人之權利可否並存不無疑問民草關於此點特定明於第三人有給付請求權時要約人亦有權得請求允約人向第三人爲給付<sup>五四</sup>以明示其權利之可以並存惟要約人之有無權利究須解釋當事人之意思而定故契約有反對之意思表示定明要約人無權利者仍應從其所定<sup>五四一</sup>條但書

第三人權利發生以後關於允約人之給付如有給付不能遲延等事對於要約人有如何之效力茲分述之

(一) 允約人之給付不能 爲第三人之契約有基於雙務契約關係者有基於片務契約關係者有基於契約以外之關係者 (甲) 基於雙務契約之情形 (1) 因事變之給付不能時則允約人可免義務而不得向要約人請求對待給付<sup>三五三條</sup> (2) 因歸責於該第三人或要約人事由之給付不能時則允約人可免義務而要約人仍應爲對待給付<sup>三五三條</sup> (3) 因歸責於允約人自己事由之給付不能時則要約人得就自己損害請求不履行之賠償並須爲對待給付至要約人可否解除契約學說不一或謂可解除契約以便第三人權利消滅或謂可解除契約而不影響及於第三人權利或謂不得解除契約三說之中似以後說爲當故要約人亦不得拒不爲對待給付<sup>參照五三六條</sup> (乙) 基於片務契約或契約以外關係之情形 (1) 因歸責於允約人自己事由之給付不能時要約人得請求不履行損害賠償而如上所述概不得解約<sup>三五五條三五六條</sup> (2) 因非歸責於允約人事由之給付不能時允約人可免義務<sup>三六一條</sup>

(二) 允約人之履行遲延 於此情形要約人亦可請求遲延之損害賠償<sup>三六九號</sup>若遲延後之給付於該第三人無實益者要約人亦可請求不履行之損害賠償但如上所述概不得解除

契約<sup>參照三七四條及五三七條</sup>



(三) 第三人之受領遲延 允約人爲給付第三人受領遲延時第三人自應任遲延之責而  
要約人應否任遲延之責學說不一以應任遲延之責爲當

(四) 第三人權利消滅 第三人對於允約人之債權自可因清償提存抵銷更改等事由而  
消滅凡因此等事由第三人權利消滅者即要約人權利(其內容即在向第三人爲給付)  
亦消滅惟第三人權利因免除混同及時效完成而消滅者有時要約人之權利因目的尙  
未到達而仍不消滅

判例

(1) 雙務契約之當事人一造不履行債務時則雖在應受契約利益之第三人權利已發  
生之後而於契約當事人間亦不妨以不履行爲原因解除契約

明治四三年日本  
東京控院判例

第三目 關於允約人之效力

爲第三人之契約該第三人因而直接取得權利可向允約人請求給付故允約人對於該第  
三人即負有債務

允約人對於該第三人所負債務既由於該契約所生故本於該契約之一切抗辨均得以與  
該第三人相對抗

五四條茲關於此點更分別釋明之

(一) 茲所謂抗辨云者與異議之義相同凡防止請求權行使之事實上主張(真正之抗辨)及否認請求權存在之事實上主張(非真正之抗辨)均包含在內如權利不發生之抗辨或權利已消滅之抗辨即後者之例也

(二) 其抗辨不必直接基於該契約凡基於該契約附加事項之抗辨如約定解除條件之完成或基於該契約基本關係之抗辨如因要約人未為對待給付之同時履行抗辨允約人皆得以與該第三人相對抗但基於他原因之抗

辨例如對於要約人所可為之抵銷抗辨則不得以相對抗

(三) 權利不發生之抗辨即關於契約無效或契約已撤銷之主張是已(一)關於契約無效者則不問該第三人是否善意允約人皆得以無效與該第三人相對抗故虛偽表示之一般法律行為雖不得以無效與善意第三人相對抗一八〇條一項但書然為第三人之契約若係虛偽表示則其允約人仍得以無效與善意之該第三人相對抗(二)關於契約係可撤銷者允約人雖不得遽向該第三人為撤銷但向要約人為撤銷後即不問該第三人是否善意允約人均得以撤銷之結果即契約無效與該第三人相對抗故被詐欺之一般法律行為雖不得以撤銷與善意第三人對抗一八五條三項然為第三人之契約係被詐欺者允約人亦仍以撤銷與善意之該第三人相對抗若至該契約即由受益之第三人行使詐欺而要約人不知並

不可得知之時允約人可否撤銷學說不同依德國民法百二三條三項之規定

相對人以外之人因意思表示直接

得權利者以收得人知其詐欺或可得知者為限得向收得人撤銷其意思表示

於此情形允約人雖可即向該第三人為撤銷但民草無此規定

故要約人不知該第三人之行使詐欺並不可得知則允約人不得撤銷即不得以撤銷與該第三人相對抗

(四)為第三人之契約係以雙務契約為基本關係者(1)在要約人不為對待給付之時

則允約人對於該第三人亦得為同時履行之抗辨惟有此抗辨時在訴訟上不能判令原

被告互為給付僅可判令被告(允約人)俟要約人有對待給付時對換以為給付(2)

在要約人之對待給付不能時則應分別情形論斷如要約人之對待給付係因事變而不

能者則允約人毋庸向該第三人為給付<sup>五三四條一項</sup>如要約人之對待給付係因歸責於允約人

之事由而不能者則允約人仍應向該第三人為給付<sup>五三五條一項</sup>如要約人之對待給付係因歸

責於自己之事由而不能者則允約人得向要約人請求不履行損害賠償或解除契約<sup>五三三條</sup>

在要約人未賠償以前允約人亦得向該第三人為同時履行之抗辨而在允約人解除契

約時該第三人之權利亦因之消滅依民草規定契約解除雖不得害及第三人之權利

<sup>五四四條</sup>但在為第三人之契約民草既明定允約人得以本於契約之抗辨與該第三人對

抗故允約人之依法解約自可使該第三人權利消滅

(五) 允約人對於該第三人可本於與該第三人間關係之抗辨以與對抗例如該第三人已表示免除有該第三人對於允約人亦負或

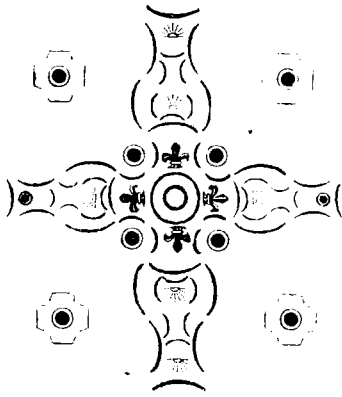
債務是也而不得本於與要約人間關係之抗辨以與對抗

該契約原爲要約人與允約人間之所締結雖似允約人不得本於該契約之抗辨以與該第三人對抗惟第三人究因該契約取得權利故民草特明定之可與對抗以防疑義

### 判例

(一) 爲第三人之契約在契約當事人間與契約成之同時債務人(允約人)對於債權人(要約人)即負有應向第三人爲給付之義務故因第三人拒給契約利益之享受雖成爲履行不能但債務人亦必向第三人提出契約目的之給付若不爲時即應任遲延之

責大正二年  
日大判例



## 第六款 契約之解除

### 第一項 解除之意義

契約之解除云者即其當事人一造行使法律或契約所賦與之權利（即解除權）爲一定之意思表示使該債權契約之一切效果消滅而回復未有該契約前之同樣狀態者也茲分析釋明之

#### （一）解除係當事人一造之意思表示

契約之解除係當事人一造欲使契約效果消滅之意思表示爲單獨行爲吾國民草倣德國民法之例不認契約在法律上當然解除常以一造之意思表示爲必要但無須相對人之同意亦毋庸在審判上爲之

契約當事人兩造自得另以契約消滅既存契約之效果是謂反對契約或稱解除契約解除契約之要件及效果均與茲所謂之解除不同

#### （二）解除係使契約之一切效果消滅而回復未有該契約前之同樣狀態

關於契約解除之效果學說有三（一）直接效果說 謂解除有溯及力係使契約所生之債權關係全然消滅而回復當初未有該契約前之同樣狀態者也故在債務未履行時其

契約解除僅使債務消滅其既履行之後則因契約解除其債務人應有回復原狀之請求權(一)間接效果說 謂解除非使契約所生之債權關係消滅僅防止契約效果之實現而已故在債務未履行時則債務人因契約解除而有抗辨權其既履行後債務人因解除而取得新之償還請求權(二)折衷說 謂解除無溯及力因債務已履行與否而效果不同在未履行時則因解除而債務消滅其既履行後債務人因解除而取得新之償還請求權 以上三說中自以第一說為正當蓋契約之解除不僅消滅嗣後之債權關係即其發生之契約效果亦胥歸消滅故應認為有溯及力也契約既已成立事實上原不容嗣後既否認之然但所謂解除者並非否認契約成立之事實僅使契約所生之效果消滅而已(二)解除係權利之行使 契約之效果原則上自不容當事人一造任意消滅一造表示意思以解除契約者實係權利之行使其權利即名曰解除權或為法律所規定(即法定解除)或為契約所保留(即約定解除)凡解除權應隨契約所生之債權而移轉不能離債權而獨立

(四)解除係專關於債權契約 關於物權契約或準物權契約 例如債權讓與之契約亦是 民草未定其解除之事由故法定解除應認為專關於債權契約至關於物權契約或準物權契約雖亦可依

契約保留解除權然物權契約之解除其效果僅使前所設定或移轉之物權因而復歸或消滅（惟對抗第三人仍須具備對抗要件）並非使當事人負擔回復原狀之義務故仍不能與債權契約之解除

### 同論

因履行債權契約而為物權契約或準物權契約之時其債權契約之解除亦僅能使該債權契約之效果消滅並非使該物權當然復歸或消滅惟物權契約係以債權契約存在為條件者則債權契約之解除即物權契約因解除條件成就而當然失效

茲更列述與解除相類似之各事以比較其異同

（一）廢除與解除 廢除云者學者或稱為告知雖在民草仍稱為解除或稱為聲明解約

（如六四五條六五二條等是）然廢除乃終結繼續性之契約關係僅消滅其契約將來之效果而非有溯及

力可全滅其契約既生之效果者也（六七五條七三三條七八〇條八三四條明示大旨）故在法律上與解除之性質不同其

不同之點有三（1）廢除亦係由一造行使權利以意思表示為之其廢除權除因法律所

定外並可以契約保留之（六七〇條明示此旨）然廢除係專關於繼續性之契約有之故民草惟關於賃

貸借雇傭委任合夥隱名合夥契約規定解除效力不溯及既往（六七五條七三三條七八〇條八三四條是已）

（2）有多數當事人之契約若為解除固應向其全員為意思表示（五五條）但為廢除則毋庸向



其全員爲之僅向一人表示意思即可有效(有異說)(3)解除有回復契約前原狀之效力<sup>四五</sup>而廢除則僅消滅其契約將來之效果而無回復原狀之義務

(二)撤銷與解除 兩者於下列四點不同(1)撤銷係以表意人之無能力<sup>二四條二項二五條</sup>

意思表示之有瑕疵<sup>一八一條一八二條一八五條一八六條</sup>或債務人之詐害<sup>九九條</sup>爲原因而解除則除各契約特別之

解除原因外概係以給付不能及履行遲延爲原因(2)撤銷係就一般法律行爲均有之

不限於債權契約(3)撤銷權不能以契約保留而解除權可以契約保留之(4)撤銷與

解除均有溯及力可使契約之效果全滅但撤銷時之償還義務不依解除之回復原狀之

規定而應依不當利得之規定(有異說)<sup>九三五條至九三七條</sup>

(三)撤回與解除 撤回云者係就尙未生效之法律行爲以意思表示阻止其效力發生者

也如要約之撤回<sup>三〇二條</sup>代理權之撤回<sup>三三條</sup>無權代理契約之撤回<sup>三三條</sup>廣告之撤回<sup>三八八條</sup>等是

已至行親權人監護人允許未成年人營業及夫允許妻營業嗣後撤銷允許者<sup>二八條二項其</sup>

撤銷亦係撤回之性質故應與撤回同論撤回與解除亦不相同(1)撤回係就一般法律

行爲均有之(2)其撤回之原因即存於該行爲之本身非別有事實爲其原因(3)撤回

權亦不能以契約保留之(4)且撤回無溯及力不生回復原狀之義務

(四)解除條件與解除 兩者於下述二點各不相同(1)解除條件不限于債權契約有之即物權契約及單獨行爲皆可附有解除條件(2)解除條件之成就其法律行爲自條件成就時失效力二四一條二項自以無溯及力爲原則故其當事人之償還義務亦應依不當利得之規定

### 判例

(一)契約之解除固以一方之意思表示爲已足然必俟解除之原因發生換言之即具備一定條件而後能行使解除權利二年上字八七號中大判例

(二)已達清償期之金錢債權經當事人改約分期歸還者如至分還之期債務人仍不履行自應准債權人聲明解約使得仍爲全部履行之請求惟改約當時如債權人已令債務人設有分期歸還之担保(即保證人或物上保証)則是債權人已預期債務人仍有不能按期歸還之事而猶與改訂分期歸還之約屆期如債務人果不照依歸還債權人自可行使其担保權而不得即向債務人聲明解約惟其担保已經消滅或減少(例如保證人喪失行爲能力或清償資力)而債務人不能設定其他相當担保代之者債權人仍得解除契約

約四年上字二〇四條中大判例

(三)關於既成立之契約如因暗默之合意而解除者則須有合意之事實如因一造行使解除權而解除者則須有其意思表示如係繫于解除條件之成就者則須有條件成就之事實故未確認此等事實或意思表示之有無遽因當事人在一年有餘拋擲契約之履行及其他事情遂認爲已有暗默之解除實爲不法之裁判明治三〇年  
日大判例

(四)當事人雖可變更或解除既成之契約但不得使已解除之契約復活視爲從始未經解除明治三七年  
日大判例

(五)按月清償之契約中定明債務人如怠於清償即得一時請求餘款全額者雖債務人已有意於清償之事實而其請求權之行使與否仍爲債權人之自由苟債權人未表示解除之意思則其契約依然有效明治三九年  
日大判例

(六)權利讓與之契約至已履行後當事人始合意將該讓與契約解除者亦係以回復當初未締結該契約之同樣狀態爲目的其目的既不違反公共秩序善良風俗之事項應屬有效

明治四五年  
日大判例

(七)凡契約解除之效果原不害第三人之權利僅於當事人相互間發生應回復未結約前同樣狀態之法律關係故契約之合意解除畢竟亦不外以發生同一法律關係爲目

的同例

(八) 記名債權之讓與並通知於債務人後則當然可認讓受人爲真正債權人若其讓與契約後經解除則非更將解除之事實通知債務人即不得以與債務人及第三人相對抗此種解除之通知應由一日立於債權人地位之讓受人爲之

明治四四年日大判例  
大正元年日大判例同

(九) 代物清償爲契約故至後日以當事人合意動搖之者苟不反乎公共秩序善良風俗即屬無妨

大正四年  
日大判例

## 第二項 解除權之原因

解除權或爲契約所保留(約定解除權)或爲法律所規定(法定解除權)茲分別述之

### (甲) 約定解除

依契約得保留解除權爲民草五四三條一項所明定其解除權或僅一造有之或兩造均有之純依契約之所定至所保留之解除權或可任意行使或附有條件

(如以支付解約金以爲條件是)

期限須俟條件期限之成就到來始可行使亦依契約之所定

保留解除權或即依該契約爲之或依嗣後另訂之契約爲之均無不可至契約中訂明債務人不履行義務即失契約所生權利之旨者稱爲失權約款其性質究係解除權之保留抑係

以不履行義務爲解除條件學說上不無異論民草則推定爲解除權之保留並非當然解除

五五條若明定不履行即當然解約者則顯係解除條件自不能認爲解除權之保留也又買賣定

銀五五條及買回六〇七條其性質亦爲保留解除權而附有條件者

約定解除權之行使方法及其效果民草雖均有詳密之規定但有特約者仍應從其特約

民草關於貸貸借雇傭委任合夥隱名合夥等契約雖規定解除效力不溯及既往僅有廢除之性質然就此等契約仍可依契約保留有溯及力之解除權蓋民草就此等契約雖僅規定廢除權然並非強行規定故特約仍應認爲有效

(乙)法定解除

解除權由法律規定所生者有二(一)爲一般債權契約共通之規定(二)爲各種債權契約特殊之規定後者當分述於各契約分則茲專就前者論述之

依法律規定關於一般債權契約係以債務違反爲發生解除權之原因而其解除權之發生並不限於雙務契約即就片務契約亦有法定之解除權三五六條三項  
三七四條三項至片務契約之解除於當

事人亦有實益例如消費貸借因解除而回復原狀於貸主有實益是也債務之違反有三種情形(一)給付不能(二)履行遲延(三)不完全給付以下分述之

(一) 給付不能

依民草規定惟嗣後之給付不能因歸責於債務人之事由者始為發生解除權之原因若他種之給付不能則不生解除權在雙務契約一造因歸責於自己(即債務人)之事由以致給付不能時民草明定其相對人(即債權人)有解除權<sup>五三六條一項</sup>若在片務契約因歸責于債務人之事由致給付不能時民草雖僅定債權人有不履行之損害賠償請求權<sup>三五五條</sup>並無解除權之規定但在一部給付不能其他一部履行於債權人無利益時既明許解除片務契約<sup>三五六條一項</sup>則於全部之給付不能時尤無不許解除片務契約之理由

一部之給付不能若其他一部之履行於債權人無利益者則不問其為雙務契約抑為片務契約民草概明認債權人有解除權<sup>三五六條二項 五三六條但書</sup>可解除契約之全部若他一部之履行於債權人有益者能否因一部給付不能而生一部契約之解除權學說上非無異論或謂一個契約成爲一體不容分割解除其一部然法律既認許契約之一部無效一部撤銷則一部解除理論上殊難獨予否認惟係不可分之給付則其一部給付不能即他一部履行於債權人並無利益自應認爲已有全部契約之解除權

於履行期未到來以前債權人能否因給付不能即行使解除權亦爲解釋上之疑問然民草

既未有限制自應認爲不待履行期到來即可解除惟其履行期前之給付不能須至履行期後其不能狀態確可存續者始可以爲解除之原因

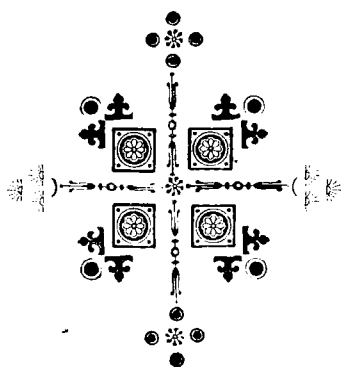
(二)履行遲延

因契約之標的(即給付)不同可分爲二(一)定期行爲之契約 即依契約之性質或依當事人之意思表示非於一定日時或一定期間內爲給付即不能達其契約目的者是已此種契約若債務人履行遲延即債權人有解除權<sup>三五五條</sup>並不必先有定期之催告(二)非定期行爲之契約 即依契約之性質或依當事人之意思表示雖不於一定日時或一定期間內爲給付亦仍得達其契約目的者是已此種契約無論其爲片務抑爲雙務苟履行遲延後其給付已於債權人無利益者則債權人亦不須爲定期催告即有解除權<sup>三七四條三項 五三七條三項</sup>若履行遲延後之給付尙於債權人有利益者則在片務契約概不發生解除權惟在雙務契約之一造履行遲延時其相對人得定相當期間催告其履行如於期內仍不履行則相對人有解除權<sup>五三七條一項</sup>然(1)所謂履行遲延者係指契約當事人所負之主債務之履行遲延而言若從債務不履行則不生解除權(2)至所謂催告乃係請求給付之意思通知在契約定有不確定期限或未定期限者原須俟債權人催告始爲履行遲延<sup>三六六條一項</sup>關於此種契約是否先爲催告

後更須爲定期之催告而後可有解除權抑僅爲一次之定期催告如於期內不爲履行即可有解除權學說上不無異論要應認爲有一次之定期催告即可有解除權爲當又履行期前如債務人有拒絕履行之預告其債權人是否尙須爲定期催告亦爲學者之所訟



債權分則



# 民事法規及判例債權編分則勘誤表

第十五頁	第十行	也字刪
第四十五頁	第四行	約明誤爲明約
全頁	第十三行	承任人誤爲受承人
第五十一頁	第二行	或誤爲有
全頁	第五行	之字刪
全頁	第七行	之字刪
全頁	第八行	拒絕誤爲拒給
第五十四頁	第七行	發生上落既字
全頁	第八行	既字刪

民事法規及判例債權編分期勘誤表

商事法規及判例



# 商事法規及判例

李棟編述

商人通例

本論

## 第一章 商人

第一條 本條例所稱商人謂爲商業之主體之人

凡右列各種營業謂之商業

- 一 買賣業
- 二 借貸業
- 三 製造或加工業
- 四 供給電氣煤氣或自來水業
- 五 出版業
- 六 印刷業
- 七 銀行業兌換金錢業或貸金業
- 八 擔承信託業
- 九 作業或勞務之承攬業
- 十 設場屋以集客之業
- 十一 堆棧業
- 十二 保險業
- 十三 運送業
- 十四 承攬運送業
- 十五 牙行業
- 十六 居間業
- 十七 代理業

商事法規及判例

第二條 除前條第二項所列各種外凡有商業之規模布置者自經呈報該管官廳註冊後一律作為商人

商人通例第一條第一項開章明義首揭商人之定義曰本條例所稱商人謂為商業之主體之人依此規定可知人之為商人者其要件有二一須以營商為業二須為營業之主人二者具備則成為法律上之商人矣

商人為商業之主體之人約言之即商業主人也此點固無容疑惟依上述第一條第一項之規定既以是否商業之主體為判定是否商人之標準則於何為商業自不能不為明確之規定否則何者為商業若不能判明即歸究何者為商人仍屬茫然而莫能得其確解此同條第二項所以更列舉各種商業之名稱以徵實之也第以世運進化商事日見發達而商業之種類亦隨之日趨繁夥上述第一條第二項列舉商業種類自一買賣業至十七代理業在立法者雖極意搜羅期於包舉靡遺然以商事萬端終恐有掛漏之處且預計異日商業增進當必有非列舉各項商事所能包含者因又設第二條之規定期以補其罅而濟其用故吾輩據此觀察於該第二條除前條第二項所列各種外凡有商業之規模布置者自經呈報該管官廳註冊後一律作為商人云云認為與第一條第一項本條例所稱商人謂為商業之主體之人

其立法旨趣仍是以同一之主義相貫注並非第一條於規定商人之意義取實質主義而於第二條更取形式主義也試就該條前段文意詳加玩味其義自見

又商人爲商業之主體之人詳言之即因營商業在法律上自己爲權利義務歸屬之人是也是故商人就於營業所生之利益不利益雖應直接爲其享有負擔然究不必自己親身執行業務反是而則身商店親手執行營商事務之人亦不必定爲商人此點區別全以執行營業事務之人究爲自己營業抑爲他人營業以爲判斷如執行業務者係爲自己營業則自己爲權利義務之主體自己即商人也若執行業務者係代他人營業則自己非權利義務之主體即自己非商人也持此爲衡可知店舖之經理人爲東主營商業公司之董事爲公司營商業其東主公司爲商人而經理人董事非商人矣世俗於商人之觀念與商人通例所稱商人之性質其取義微有不同故特表而出之

自然人及法人均得爲商人依本條例及公司條例明文之揭載固屬絲毫無疑惟依法人之分類商事公司爲私法人其公法人如國家及地方公共團體是否亦得爲商人尙不無研究之餘地關於此點德日兩國學說均稱公法人以商行爲爲業時（即爲商營業之主體時）既經具備爲商人之要件即亦不能因其爲公法人而謂其非商人我國法律學者於解決此類



問題亦概持積極說吾輩亦贊成之蓋以公法人依統治關係按所施行固多屬公法上權力行爲之性質然至其以私經濟體有所活動則與人民立於對等地位亦即爲私法上一權利義務之主體與一私人無異例如國家以鐵路營運送事業關於搭客載貨一方有收受運費之權利一方即有履行運送之義務國家對於人民爲運送契約之一造國家即私法上之運送人也推之其他之公法人以收益目的興辦之營利事業以同此理故雖公法人亦得爲商人此法理上當然之論結自屬無可駁議惟公法人之營業就其營業事項多另訂有特別之法規以定其權義關係而於商人通例所訂各條殊鮮適用之處故其主要適用商人通例以爲其從事商業之準則者則自然人之商人及法人中之商事公司是也次就商人資格之得喪及商事營業自由之範圍等項分析說明於左

#### 第一 商人資格發生之時期

商人資格之取得以何時爲其始期耶此在自然人由非商人而成爲商人其資格發生時期應以其以商行爲爲業之目的是否實現即是否營業開始以爲標準蓋自自然人營業當開始（即開業）以前其以商行爲爲業之目的尙未實現於外部在事實上無從認識其爲商業之主體自不能謂其已取得商人之資格至於公司法人取得商人資格之時期因法人與自然

人性有不同故其論結亦異我國公司條例關於法人之設立概取準則主義設立者但遵法定條款依式訂立章程（亦稱定款）即認其爲合法設立並不以必經官廳允許爲公司成立之條件又商事公司其生活範圍原不能與商事離異爲二則據此論斷商事公司於以法人設立之同時即當然發生商人之資格故不能與自然人營商同論以開業與否爲定其取得商人資格之準據也再觀公司條件第五條公司非在本店該管官廳註冊後不得着手於開業之準備云云而公司商人資格之發生其時期必在開業以前益可無絲毫之疑義矣

## 第二 商人資格消滅之時期

商業主體（即商人）全然終了其商業上之活動者是曰商業終止（或曰商業終了或曰商業廢止）商業終止則於此時期客觀的營業既失其存在即商人資格亦當然歸於消滅此無容滋疑也次就商業終止即商人資格消滅之各種原因大別爲左記之二種說明之

### （一）基於商人之意思者

營業之終了有基於商人之意思者有非基於商人之意思者其基於商人意思使營業之終了者在商法學者通常稱之曰廢業或稱曰歇業商人廢業即商人資格因之消滅矣惟於此須注意者依上述廢業或歇業之意義全屬商人之任意行爲法律上並無何等拘束

故以廢業爲商業終了之原因者必以商人依自由意思實行廢止其營業爲必要若商人尙無廢止其營業之意思僅一時中止其營業之進行如暫閉店停止交易之類祇可認爲休業不能謂爲廢業不能謂爲廢業卽此時之商人資格猶依然存在固無俟於煩言也

(二)基於商人意思以外之事由者

有基於商人意思以外之事由而成商業終止之原因者更可分爲事實上商業繼續之不能與法律上商業繼續之不能事實上之不能如手工製造業之商人因他人加害四肢均成殘廢不能工作河川運送業之商人因河川變成沙磧不能營運是其一例其他世事萬變因某種事實之關係致成商業不能繼續之原因者自屬不勝枚舉至於法律上之不能或因法令之規定或因官廳之命令其營業被禁止而不能爲商業之繼續者亦種類甚多如國家發布以某種商業定爲國家專營之法令或商人被宣告破產(個人公司並同)或於營業上有違反公安秩序善良風俗之行爲由行政官廳或司法衙門命其商業廢止公同解散又或經主管官廳之特許得爲某種營業之商人因其有不勝任該項商業之事跡或有法定事由發生時由官廳取消其特許其顯例也雖然商人破產公司解散因商業繼續之不能而其商人資格卽於焉歸於消滅固法理上當然之結果也但徵諸實際多數立

法例往往爲圖清算之便宜計於既經解散之公司當其清算終了以前仍設爲一種擬制認其公司爲尙未失其存在我國公司條例於凡解散之公司在清算範圍內視爲尙未解散者之規定（公司條例第十九條第二百二十九條）其立法理亦同此旨故公司雖經解散在現行法制之下尙不能謂該解散公司之商人資格即隨解散而同時消滅也至於破產一項以我國現時尙無制定公布之破產法或條例而前清之破產律又早經明文廢止其個人或公司破產是否於破產程序終了以前亦應以擬制仍視其商業爲存在固不能引據法條以資徵實但自事理上言之商業破產之必須清算亦與上述公司解散時事同一律以彼例此則當破產程序以前亦自以擬制視該破產商人之資格爲未即消滅較爲便利

### 第三 營業自由之原則及限制

營業自由爲現世文明各國國法上之原則故其爲營業主體之人爲能力者也抑爲無能力者也爲男性也抑爲女性也又其所營之業爲買賣業也貨貸業也抑或爲製造業或加工業也又或爲其他種類之營業也均任聽營業者之自爲所謂人民之商業權能也我國國法對於人民亦以商業自由爲原則惟此種自由亦祇能活動於法許自由範圍之內然非絕對無

限制者故國家因公益或其他理由對於一定之人民或一定之事物於公法上及私法上設有限制之明文則就其限制之點自無主張營商自由之餘地矣（中華民國臨時約法第六條大理院解釋法律文件統字第六七六號參照）

（一）公法的限制

公法的限制者謂人民依公法規規定之效力而就於營業受限制也屬於此種限制者在現行法令中頗占多數茲舉其重要者紀述於左

甲 因刑事法之規定禁止營業者

例如製造販賣鴉片嗎啡及發行彩票或爲其買賣之媒介與夫販賣猥褻之書畫物品或銷燬制錢化銅售賣並連販罌粟種子等類是也（暫行新刑律第二六六條至第二六九條第二七九條第二八〇條第二九二條嗎啡治罪法第一條第二條四條民國三年十二月二十三日司法部呈准販賣罌粟種子罪刑文五年一月二十七日呈准銷燬前清制錢罪刑文參照）

乙 因行政法之規定不准一般人營業者

例如郵局運送信物及電信事業定爲國家之專營菸酒收爲國家公賣等類是也至電

信限於特定地點及一定用途政府或亦有時許可由個人或團體私設然亦僅許其自用非許其以電信營業也此須分別（電信條例第二條三條全國菸酒公賣暫行簡章第一條參照）

丙 對於掌理特種職務之人民於在職中不許營業者

例如推事檢察官在職中不得經營商業國民學校之校長及教員不得任營利目的之業務等類是也（法院編制法第一二條國民學校令施行細則第六二條參照）

丁 非經政府或主管官廳之特許不准營業者

例如鹽製造者非經政府之特許不得製鹽人民欲以製造權度器具爲業者須稟請農商部特許其欲以販賣修理爲業者須稟請該管地方行政長官特許等類是也（製鹽特許條例第一條權度法第一五條權度營業特許法第一條第九條第十條參照）

戊 於特定商業非經官廳核准不許營業者

例如藥商必須開具姓名年齡住址及營業之牌號地點稟經官廳註冊給予執照始准營業証券交易所須稟經農商部核准設立等類是也（管理藥商章程第三條証券交易所法第二條參照）

上述各款之外尚有依地方警察行政而設有特種營業之限制非取具一定之鋪保水印或並須繳存一定保証金不准營業者如以舊貨物之買賣交換或加工改造出售各項營業非將鋪號區域貨類及店主經理人姓名年籍住址資本詳細填註取具八等以上三家鋪保水印呈報警察廳核准不准開張營業拍賣行商除令取三家鋪保水印外尚須寄存二百元之保証金等類是也關於此項警察法規上之限制種類頗多各地方不必盡同是特就京師警章舉其一例而已（京師警察廳取締舊貨營業章程第一條拍賣行取締規則第一條第二條參照）

## （二）私法的限制

私法的限制者謂人民依私法規定之效果而就於營業受限制也屬於此種限制者可更分爲左記之二點

### 甲 基於法文之明定營業受限制者

例如商號與營業一併轉讓或僅轉讓營業當事人間並無特約者則轉讓人在十年之間不得於同一城鎮鄉內爲同一之商業經理人非得商業主人之允許不得爲自己或他人經營商業代理商非有本商人允許不得爲自己或他人爲與本商人營業相同之

行爲無限公司之股東非經他股東全體允許不得爲自己或他人爲公司營業範圍內之行爲及附入同類營業之他公司爲無限責任股東等類是也（商人通例第二二條第一項第二三條第三八條第六六條公司條例第二八條參照）

乙 基於契約之締結營業受限制者

此所謂當事人合意所生之限制也例如商人以商號及營業一併轉讓或僅轉讓營業當事人間定有不爲同一營業之特約者其特約之範圍關於區域不過本縣轄境關於期限不過二十年者其特約爲有效商業主人與商業使用人預以契約訂明至委任或雇傭關係終了後仍於其營業上行爲受限制者此等契約只得於營業種類處所或時期加以限制等類是也（商人通例第二二條第二項第二三條第五三條參照）

依上述各節則營業自由非絕對無限者已極了然設於此有違反營業自由之限制者其營業行爲應認爲有效耶無效耶吾輩對此問題以爲應就各個事實論究其營業目的之行爲是否在於反背公安秩序及善良風俗即是有害於公益以資剖判而不能單舉一概括的標準以爲解答茲爲分別論之例如製造運販毒病民鴉片嗎啡輸入販賣傷風敗俗之猥褻圖畫其此種妨害國家公益之營業行爲本不能認爲商業即其行爲在私法上當然無效



若如官吏營商充任公私商業執事人員雖其違反官吏服務令應受訓告或付懲戒之制裁然屬另一問題而不能謂其營業行爲在私法上當然無效且其行爲又非可以自違服務令爲理由得任意撤銷則結局自應以其行有效爲論結又如違反警察取締規則或競業禁止之規定而從事營業者其營商之行爲自體並非有違法之可言即不能謂其所營之業爲非商業不過因違反限制之故發生行政法上之制裁與私法上之損害賠償等問題而已夫固非其行爲自體之不能發生商法上之效力也(官吏服務令第二一〇條第二一九條參照)

判例之部

一、商號經理人就外部關係所爲之行爲苟係在營業範圍內者縱使損及主人對於外部在法律上仍屬有效而其權利義務自直接及於主人若係經理人於營業範圍外爲自己所爲之行爲則非主人所應負責(大理院民國七年上字第七六八號民事判決)

二、商店經理人於其代理權範圍內所爲之行爲應直接對於主人發生效力除該行爲之相對人係與代理人串謀對於主人共同爲侵權行爲或別有他項免責原因外該主人即不得主張免責至該主人是否因其行爲受有利益則爲主人與經理人間之關係於主人對於相對人所負之責任不能生何等影響(同上五年上字第九八四號民事判決)

三、商店經理人除經主人特別委任或有特別習慣法則外固不得代理主人爲借款行爲惟其借款行爲如事後經主人明示或默示追認者仍應直接對於主人發生效力即由該行爲所生之債務應由主人直接負擔至該經理人於借入之款有所侵蝕或因處置不當致主人受有損失者應依侵權行爲之法則對於主人負賠償責任而主人究不得以此爲對於債權人拒絕履行之理由(同上七年上字第七五號民事判決)

四、凡公法人以私經濟主體之資格所爲之行爲在法律上既無特別規定即應與一般私人受同等之待遇故於商店破產(除有別除權者外)即公款亦無較其他債權人先受清償之理由(同上五年第一〇一四號)民事判決)

五、前清破產律業經明文廢止關於商人破產祇得適用地方特別倒號之習慣或一般破產條理(同上五年上字第八二五號民事判決)

(原文) 本院按前清破產律業經明文廢止關於商人破產祇得適用地方特別倒號之習慣或一般破產條理又按現行法例裁判上之自承有相當之拘束力不得率行撤銷此皆本院判例歷經說明者也本案被上告人彭官譜之父彭成之(即被上告人彭劉氏之夫)因開設彭長信號酒店借欠上告人及李鼎豐等多數之債務迨彭成之身故

所有遺產全額不足供債務之清償當由被上告人呈請盡其所有財產變價按照該地舊有倒號習慣按成攤還各債迭經審判衙門函行貴州商務總會查明該地商家倒號確有按成攤還之習慣屬實各債權人均無異言即上告人亦供稱此次商會查算我們的帳已經算明白了我們大家調查彭家也無私藏產業請求依法拍賣攤算就是（據上告人四年二月十日供）承認攤帳在案據此審究是本案原第一二審於彭長信號之破產判令分別抵押債權及普通債權之等次按成攤還則非第準據於該地之倒號習慣且係根據於上告人之承認辦法夫何有不服之可言茲上告人謂黔省商事習慣所謂攤帳之說乃專對於商人倒閉者言至以不動產抵押物同屬於倒號攤帳之辦法民實未之前聞以爲不服姑毋論按地方倒號攤帳之習慣對於倒號人有抵押權者比普通權債多分兩成已有貴州商務總會依舊有公斷案件爲之證明自難以空言否認而上告人就於自己所有之抵押權據其審判上之供述既承認與他債權人攤算受償於前亦自難復行翻異主張先受完全之清償於後故此項上告論旨不能謂爲有理由

六、債務人若因債之牽累不得已而陷於破產狀況時原得按照破產條理呈請審判衙門查核辦理至於呈報破產之財產除已合法移轉於他人者不得復列爲破產財產外若係

設有担保物權之財產其所有權尙爲債務人所有時則該債權人對於該担保物祇應於賣價內較普通債權人有先受完全清償之權利其下餘之價仍應屬於破產財產由其普通債權人平等分配故債務人呈報破產後即將設有担保物權之財產一併開列要與担保物權人無所影響不得謂爲不合倫於實際停止支付或呈明破產後債務人竟復以該項擔保物產複借債供担保者其相對人於行爲當時亦非不知其已有停止支付或呈明破產之事則其行爲不能認爲有效（同上六年抗字第六〇號民事決定又六年抗字第七七號及第一三〇號民事決定參照）

第三條 凡沿門或在道路買賣物品之商人或手工範圍內之製造人或加工人及其他小商人不適用本條例商號商業註冊商業帳簿各條之規定

（附錄）商人通例施行細則第三條 商人營業資本總額不滿五百圓者以商人通例第三條之小商人論

人之以商爲業者無論其商業規模之大小與營商資本之厚薄總之均商人也均爲商人即均全部適用商人通例之規定此在理論上固甚正當惟按諸實際若規模狹小資本微薄之小商人必令其與通常商人（此通常商人對於小商人言即爲大商人）一律適用商人通例

全部之規定非特事實上無其必要且反嫌限制過甚故又設此第三條之規定其立法理由蓋重在爲小商人謀便利也

小商人因應社會一般日常生活之狀況種類甚繁商人通例第三條凡沿門或在道路買賣物品之商人或手工範圍內之製造人或加工人云云特就所謂小商人者示之例耳觀其下文緊接及其他小商人六字立法之意固自明瞭至於小本營業之商人由事理論之亦應認爲小商人原無容疑惟究應以何數資本額爲限度非有明文規定亦將人各異論同條例施行細則第三條準酌我國經濟狀況限於資本總額不滿五百元者以該條之小商人論而小本營商之小商人亦因是而得有解決之標準矣次就關於小商人之應加說明者分述之

第一 小商人之特質及其範圍

小商人者謂爲小價格交易之營業不適用於關於商號商業註冊商業帳簿各規定之商業主人也商人通例列舉小商人數種爲小商人之示例而其不盡者則由其附屬法令爲之補充之故我現行商事法規之所謂小商人即左記之各種商人是也

(一) 沿門買賣物品及在道路買賣物品者

此種商人未自設有一定店舖而以沿門爲物品之買賣或在道路爲物品之買賣較諸一

般設有確定店舖爲買賣營業所之商人其營業設備大小自甚判然商人通例第三條以此種商人爲小商人即以其無常設之店舖定之故但以沿門或在道路買賣物品之商人即應認爲小商人至其營業之總資本是否未滿五百圓之數則在所不問申言之即以五百圓以上之資本而爲此沿門或在道路買賣物品之營業者仍應屬此種小商人之範圍蓋以前揭條文祇以沿門或在道路買賣物品舉爲小商人之實例而該條例施行細則第三條又明言營業資本總額不滿五百圓者以商人通例第三條之小商人論並非謂商人通例第三條之小商人均爲資本不滿五百圓之商人則解釋上自不能謂爲雖在沿門或在道路買賣物品之商人猶必限其總資本在未滿五百圓者然後方能謂小商人也至謂實際上沿門買賣物品之商人概屬小資本（即不滿五百圓資本）之商人吾輩亦首肯此說惟不能依此事實上普通之現象謂爲法文解釋上當然之結果此則不能不辨也

(二) 手工範圍內之製造人及手工範圍內之加工人

手工範圍內之製造人或加工人簡言之即手職業也（或曰手職工）營此手職業之人應否定爲商人抑應劃於商人之外各國立法例殊不一致如德國商法則以手職業隸入小商人範圍之內（德商法第四條第一項）日本商法則以手職業劃除於商人之外（日商

法第二六四條但書）原各有一種立法之理由我國商人通例認此手職業者爲小商人之一種取義與德商法相同蓋以製造業及加工業既爲商業（見前第一條第二項第三款）而於手工範圍內業製造或加工之人亦自無否認其爲商人之理然必以此定爲小商人者亦謂其製造加工祇限於手範圍以內以視通常之製造業或加工業者其規模大小比較懸殊故也

此種小商人不必無一定店舖卽有店舖但其所營之製造加工事不越手工範圍卽仍不失爲小商人之性質至其資本總額是否須爲未滿五百圓之數則非所問也其持論理由概與前款相同茲不復贅

（三）營業資本總額不滿五百圓者

此項小商人專以資本數額之多少爲標準定之但其營業資本總計在五百圓未滿之數卽應包含於此項小商人之內至其所營之商業爲買賣業耶借貸業耶抑或爲製造加工業耶又或爲其他種類之營業耶則均不因之有所區別卽統稱之曰小商人之營業而已

第二 小商人不適用之條規

小商人就其營業不適用商人通例關於商號商業註冊及商業帳簿所設之規定此商人通

例第三條之所明定也故凡人之業商者無論其操業之種類若何但按其營業之情況及資本之數額有一與前述小商人相當則其人爲小商人卽其業爲不適用商號商業註冊商業帳簿之業茲更就小商人不適用之規定分析說明其效果於左

(一) 小商人不適用關於商號之規定

商人使用商號爲商人之一種權利行爲小商人因不適用關於商號之規定小商人卽不能商號之選定權更不能有商號之專用權故在小商人事實上雖使用商號或且經註冊爲其營業上之名稱而依解釋之結果亦祇能視爲尋常之一種堂名或舖號非能依商人通例所定得要求法律保護之商號也

(二) 小商人不適用關於商業註冊之規定

小商人就其營業事實上不必無與註冊事項相當之理由發生惟依法定明文小商人既不適用關於商業註冊之規定其結果卽有與法定應行註冊之事項發生在小商人亦毋庸呈報註冊此亦小商人之一異點也

(三) 小商人不適用關於商業帳簿之規定

商人應備置商業帳簿此商人通例所課於通常商人之義務也小商人因不適用商業帳



簿之規定即小商人當然無備置商業帳簿之義務雖然無備置之義務者究非無備置之權利故小商人關於營業備置各種帳簿爲逐一整然明晰之記載亦與大商人之作成帳簿有同一之證據力固不能以小商人無備置帳簿之義務即謂其帳簿之不能以帳簿論也

### 第三 餘論

依前款說明商人通例之不適用於小商人者祇以關於商號商業註冊商業帳簿之各條爲限轉言之即除關於商號商業註冊商業帳簿各條規定之外小商人亦應一律適用此義已極瞭然而稍滋疑問者則左列之各點是也

#### (一) 公司亦得以小商人存在否耶

統觀我國公司條列於法認四種公司均無限定其資本金額必須超過某數以上之明文是在無限公司兩合公司股分兩合公司其得以五百圓未滿之資本設立固不待言即如股分有限公司雖依該條例第一百二十四條之明文每股銀數至少須爲五十元然以股分有限公司有七人以上之發起人即能設立則解釋上僅有七人發起且每人僅認一股亦不能不認公司爲成立是雖在股分有限公司亦非無以未滿五百圓資本成立之理亦

# 商事法規及判例勘誤表

第八頁

等十一行

販誤爲敗

第二十頁

第十二行

股誤爲般

---

商事法規及判例勘誤表

民事訴訟法規及判例



# 民事訴訟法規及判例

石志泉編述

## 緒論

民事訴訟者言國家對於加不利益於吾人私權之人爲確定吾人之私權而施行法規之程序更分論之如左

- 1、民事訴訟爲施行法規之程序所謂程序者指多數行爲有同一之目的而從一定之計畫者而言因其爲施行法規之程序屬於國家之司法事務
- 2、民事訴訟之目的在確定吾人之私權確定之所以保護之也凡不以確定私權爲目的者雖同屬施行法規之程序俱非民事訴訟例如刑事訴訟之目的在處罰犯罪強制執行之目的在實行私權雖皆爲國家施行法規之程序而非民事訴訟
- 3、民事訴訟係就某一人之私權對於其他人而保護之故惟存於特定當事人之間而受私權之保護者恒爲當事人之一造但其受保護之一造不必盡爲原告即被告亦有時受私權之保護
- 4、民事訴訟由國家機關參與之故如公斷程序之非由國家機關參與者雖同有確定私權之目的並非民事訴訟

我國舊無民事訴訟之名稱古代常以訟字表示民事訴訟周禮地官大司徒凡萬民之不服教而有獄訟者聽而斷之注爭罪曰獄爭財曰訟又秋官大司寇以兩造禁民訟以兩劑禁民獄注訟謂以財貨相告者獄謂相告以罪名者周易說卦需者飲食之道也飲食必有訟故受之以訟是言訟之關於私權而起也訟从言从公爲言之於公之意六書故訟爭曲直於官有司也是言訟之由國家機關裁判也其義正合民事訴訟之性質惟後代律典中所用訟字概係廣義如稱詞訟訴訟皆包括民事訴訟及刑事訴訟而言其舉民事訴訟事件每用例示之法如稱戶婚田土之案或稱婚姻錢債田土等事是也

各國現行法制多有以本無民事訴訟性質之程序視爲民事訴訟而規定於民事訴訟法中者蓋爲便宜上使得適用民事訴訟法之規定也例如證據保全程序公示催告程序是我國民事訴訟律草案亦然強制執行是否民事訴訟學說頗不一致有謂爲民事訴訟者有謂爲非訟事件者自立法例言之德日等國以強制執行規定於民事訴訟法中奧國則以爲獨立之法典我國草案仿奧國之例分爲民事訴訟律及強制執行律吾輩以爲民事訴訟之目的專在確定私權故不以實行私權之強制執行爲民事訴訟此已如前所述矣

民事訴訟之目的物爲法律關係法律關係云者即權利義務之關係以權利義務爲其內容

者也吾人本於爲法律關係內容之權利對於他人得請求某行爲謂之請求權或單稱請求民事訴訟多有以請求爲目的物者惟所謂請求實不外權利之效力請求之爲民事訴訟目的物亦即法律關係爲其目的物也得爲民事訴訟目的物之法律關係通常爲私法上之法律關係若他種法律關係則必待特別規定然後得爲民事訴訟之目的物現行法上稱民事訴訟中判決程序之目的物曰訴訟物

民事訴訟以吾人對於國家爲確定私權之請求而開始國家本此請求與吾人以保護必須吾人對於國家有確定私權之請求權即必有確定私權之請求權國家始爲吾人確定私權也確定私權之請求權惟當對於某人有確定私權之必要時存在詳言之即吾人之私權如因某他人之行爲致不能實行或致有不能實行之險狀又或因其人主張某項法律關係之存否致吾人之私權受有一種不利益時吾人即有對於其人確定私權之必要惟有此項必要時始有確定私權之請求權存在確定私權之請求權係以國家確定私權之行爲爲目的物本於公法之規定而生故爲公法上之權利不可與彼爲訴訟目的物之私法上請求權或請求相混

民事訴訟之程序開始以後苟存有一定之條件則國家與當事人及當事人兩造之間關於



有無確定私權請求權之一問題發生種種權利義務之關係例如原告撤回其訴或變更訴之原因須得被告之同意又如審判衙門本於兩造辯論之結果須爲證據調查且爲裁判是也此項存於國家與當事人及當事人兩造間之種種關係俱與確定私權請求權之存否有關合爲一個法律關係謂之民事訴訟之法律關係民事訴訟一語有時指確定私權之程序而言有時亦指民事訴訟之法律關係而言本講義內稱民事訴訟成立不成立者其所謂民事訴訟卽係指民事訴訟之法律關係而言也民事訴訟之成立須備一定條件謂之訴訟成立條件例如審判衙門有管轄權當事人有訴訟能力爲判決程序之訴訟成立條件是也民事訴訟之法律關係以訴訟法上之權利義務爲內容故爲公法上之法律關係不可與彼爲訴訟目的物之私法上法律關係相混

關於民事訴訟之一切法規總稱之曰民事訴訟法蓋司法機關及當事人之訴訟行爲均與確定私權之目的相關且彼此互有密切之關係故因司法機關或當事人之惡意過失或其不適當之行爲往往有不能達確定私權之目的者國家爲矯正此弊起見於是關於訴訟行爲之程式條件及效力特設一種法則以拘束司法機關與當事人此外關於司機關之組織亦特設一種規定以定其管轄明其權限使得以最善最便之方法處理保護私權之事此項

關於訴訟行爲之程式條件及效力與關於司法機關組織之規定全體即民事訴訟法是也惟以上所述民事訴訟法之意義及範圍係就實質而言與現在各國稱爲民事訴訟法之法典不能全歸一致各國稱爲民事訴訟法之法典內間有屬入私法或其他性質上並非民事訴訟法之規定者反是亦有於他種法典內歸入性質上屬於民事訴訟法之規定者後者以實質言爲民事訴訟法前者以形式言亦稱民事訴訟法

我國舊日立法概以刑事法爲本位故關於訴訟之法規亦大抵屬於刑事訴訟法民事訴訟法殊不多見自清季以至民國漸有純關民事訴訟之法規頒布然民事訴訟法典則尙祇有草案而未制定也現行民事訴訟法之淵源最顯著者如左

- 1、高等以下各級審判廳試辦章程前清光緒三十三年十二月二十九日奏准
- 2、推擴訴訟狀紙章程前清宣統元年十二月二十三日奏准
- 3、法院編制法前清宣統元年十二月二十八日奏准
- 4、修正承發吏職務章程前清宣統三年三月七日奏准
- 5、民事訴訟律草案關於管轄各節民國元年五月呈准頒行
- 6、民事訴訟費用徵收規則民國二年十一月六日部令

- 7、審檢廳處理簡易案件暫行細則民國三年四月三日部令
- 8、縣知事兼理司法事務暫行條例民國三年四月五日教令
- 9、縣知事審理訴訟暫行章程同上
- 10、熱河歸綏都統署審判處暫行規則民國三年五月二十一日教令
- 11、拘押民事被告人暫行規則民國三年七月十四日部飭
- 12、假扣押假處分及假執行規則同上
- 13、發售民事訴訟印紙章程民國四年十月二日部飭
- 14、暫行各縣地方分庭組織法民國六年四月二十二日法律第一號
- 15、縣司法公署組織章程民國六年五月一日教令第六號公布六年九月七日部令緩辦

無制定法可據者依中外慣例辦理

民事訴訟法關於時與地方之效力界限適用左之原則

- 1、關於新法時代之民事訴訟應適用新法之規定凡新法時代訴訟行為之程式條件及效力均應依新法定之雖民事訴訟之開始在舊法時代然當新法施行之際若尙未告終結爾後亦應從新法此乃國家施行新法所生當然之結果苟無特別規定即

須如此辦理至舊法時代之民事訴訟屬於舊法規定之範圍故舊法時代訴訟行爲之程式條件及效力常應依舊法定之雖該訴訟行爲足以及其影響於新法時代之訴訟行爲者亦然

2、凡關於訴訟行爲之法律關係與內國及外國有關係者究應適用內國之法律抑應適用外國之法律此爲國際私法（指廣義之國際私法言）上之問題應依國際私法之規定斷之如關於此項問題別無國際私法之規定則應視何國就該項法律關係有公法上之利害關係最多即從其國之法律此蓋適用法律之原則最合於條理者也關於訴訟行爲之程式條件及效力其有公法上之利害關係最多者莫如行爲地之國家故關於此項法律關係有關於內國及外國者苟無特別規定自應以行爲地國之法律爲準故

A、在中國之民事訴訟有外國人爲當事人者其外國人所爲訴訟行爲之程式條件及效力應依中國民事訴訟法定之但關於外國人之訴訟能力德日等國民民事訴訟法皆定爲原則上應依其本國法以定其有無我國草案亦然（德五五、日四四、奧三、草五七）

B、中國司法機關關於在外國之民事訴訟受外國官廳之囑託爲證據調查或送達之訴訟行爲時應從中國民事訴訟

C、外國官廳關於在中國之民事訴訟受中國司法機關之囑託爲證據調查或送達時或當事人在中國援用外國判決時如關於在外國之訴訟行爲以如何之程式條件爲必要或其訴訟行爲有如何之效力在中國發生問題應依外國法決之惟依德奧民事訴訟法及我國草案外國官廳所爲之證據調查雖違背該國法律而不違背訴訟國法律者視與合法同（德二六九、奧二九〇、草案二六二）

## 第一編 訴訟主體

### 第一章 總則

民事訴訟因某人對於他人向國家請求確定私權而開始其開始以後該請求確定私權之人及其相對人尙有種種行爲以期各得有利之結果國家亦有種種行爲以圖私權之確定或準備之補助之即國家與請求確定私權之人及其相對人俱得於民事訴訟爲與確定私權有關係之行爲故此二者皆爲民事訴訟之主體民事訴訟主體之行爲與確定私權有關

係者即訴訟行爲是也

國家之爲訴訟行爲由其行司法權之司法機關爲之故國家爲民事訴訟之主體亦即其司法機關爲民事訴訟主體也

對於國家請求確定私權之人及其相對人謂之民事訴訟之當事人是爲開始民事訴訟所必不可缺者如其一造有數人時同時即有數個民事訴訟

## 第二章 司法機關

### 第一節 司法機關總論

關於民事訴訟行司法權之司法機關最主要者爲審判衙門現行法上審判衙門分爲兩類一爲專行司法權之審判衙門一爲兼行司法權之審判衙門專行司法權之審判衙門更分依法院編制法而編制者與非依法院編制法而編制者兩種前者即大理院及高等以下各級審判廳是也後者如熱河歸綏察哈爾各都統署審判處及新疆司法籌備處阿爾泰審判所是也上海及鼓浪嶼會審公堂亦屬此種兼行司法權之審判衙門乃沿我國舊制以行政機關兼爲司法機關其最著者爲未設初級及地方審判廳地方之縣知事署雲南新疆兩省並有以縣佐兼爲司法機關者此外雖在已設審判廳地方關於外國人爲原告之民事訴訟

縣知事署及特派交涉員署得受理之本講義說明之事項以關於依法院編制法而編制之審判衙門者爲主

除審判衙門外審判衙門書記官及承發吏亦民事訴訟之司法機關也在兼行司法權之縣知事署稱書記官爲書記員錄事亦得行書記官之權限

審判衙門審判衙門書記官及承發吏均爲獨立之司法機關所有國家參與民事訴訟之權限即分配於該三機關之間其權限之分配不得以司法機關或當事人之意思變更之其中審判衙門所有之權限謂之審判權（編制法五、六、七等條審判處規則八）

審判衙門於審判權而外兼有一種關於司法行政之權限如司法機關各項職員之監督司法機關內部之事務分配及關於會計文牘等事務是也故司法機關之審判衙門同時爲司法行政機關上稱專行司法權之審判衙門亦有此種關於司法行政之權限（編制法一八、二六、三四、四八、一一八、一五七縣知事兼理司法條例四、六、七、八審判處規則七、一二、一三等）

庭丁及郵政局有時爲關於民事訴訟之送達（草一七五、一八五）檢察官於民事訴訟有時蒞場陳述意見提出事實或證據方法或爲上訴及其他訴訟行爲（試辦章程一一一、草

七二九、七三五、七四七、七七五、七八七、七九三故庭丁郵政局及檢察官關於民事訴訟均爲司法機關之補助機關

### 司法機關之內部組織

本節說明行司法機關之權限者爲何人分爲三項論之如左

#### 第一項 審判衙門之內部組織

審判衙門之民事審判權由獨任推事或民事合議庭行之即初級審判廳爲獨任制其審判權由獨任推事行之（編制法原四）高等審判廳及大理院爲合議制其審判權由民事合議庭行之（編制法六、七）地方審判廳則爲折衷制訴訟事件係第一審者其審判權由獨任推事或民事合議庭行之訴訟事件係第二審者其審判權由民事合議庭行之（編制法五）初級審判廳之名雖已於民國三年四月三十日廢止改稱地方審判廳之簡易庭或地方分庭然於實質並無變更仍爲通常審判衙門之一級本講義爲便於說明計仍稱之曰初級審判廳

民事合議庭在地方審判廳與高等審判廳配以推事三人（編制法五、六）在大理院配以推事五人（編制法七）共行該庭之職務惟民事合議庭並非推事數人之集合體而爲審判



衙門之獨立機關故雖其推事全缺而於民事合議庭之存立仍無何等影響

合議庭爲裁判由法定員數之推事評議及決議之關於其評議及決議法院編制法內設有詳細規定（編制法七二至八〇）

審判衙門之審判權由獨任推事或合議庭行之故得即稱獨任推事或合議庭爲審判衙門是爲狹義之審判衙門民事訴訟律草案中稱獨任推事或合議庭爲審判衙門之處頗多例如對於審判長或陪席推事稱審判衙門即係指其所屬之民事庭而言對於受命推事或受託推事稱受訴審判衙門即係指辦理訴訟事件之獨任推事或民事庭而言（草二七二、三三八）

合議庭推事中以一人爲審判長本於法律之規定當然代理該庭審判長以監督該庭事務並定其分配之庭長充之庭長有事故時以庭員中資深者充之（編制法八一）審判長代理民事合議庭通常見於言詞辯論之時如開閉及指揮言詞辯論是也惟審判長依法律之規定有時直接行審判衙門之審判權如爲無訴訟能力人選任特別代理人是也在獨任制審判衙門即以該獨任推事行審判長之職（編制法八二）

民事合議庭依法律之特別規定得使受命推事代理之如命受命推事調查證據或試行和

解也是(草二八六、三四五)受命推事由審判長於庭員中指定之

以上爲大理院及各級審判廳之內部組織縣知事署之民事審判權由縣知事或承審員行之(縣知事兼理司法條例二、四年九月十三日變通承審員審理權限部飭)熱河等處都統署審判處之民事審判權由審理員或學習審理員行之(審判處規則八)概爲獨任制惟縣知事行審判權由承審員補助者承審員亦同負責任(縣知事兼理司法條例二)其他審判衙門行民事審判權者其名稱無一定亦概爲獨任制

### 判例

○地方裁判所之判決應於判事三員組成之庭諭知之(日本地方裁判所純爲判事三人之合議制)故僅由爲審判長之判事一員偕同書記出庭諭知判決者即係裁判所未依法律編制(大正二年日本大審院)

### 第二項 審判衙門書記官及承發吏之內部組織

審判衙門書記官關於民事訴訟之權限由稱爲審判衙門書記官(或書記員、錄事)之職員獨任行之(編制法一二八、審判處規則一三、縣知事兼理司法條例七)

承發吏關於民事訴訟之權限由稱爲承發吏之職員獨任行之(編制法一四四、審判處規

則一四、縣知事兼理司法條例七)

判例

○承發吏具有官吏及當事人代理人之二種資格(明治二十五年日本大審院)

第三項 司法機關職員之迴避拒却及引避

司法機關之職員執行職務必須公平無私然後能保其威信而達保護私權之目的故民事訴訟法中特設迴避拒却及引避之規定

依民事訴訟律草案之規定推事有左列各款情形者爲法律所應迴避不得執行職務(草案四二)德日民事訴訟法之規定亦大略相同(德四一、日三二)

1、推事或其妻爲訴訟當事人或與訴訟當事人有爲共同權利人共同義務人擔保義務人償還義務人之關係者其妻爲訴訟當事人者雖婚姻消滅後亦同

共同權利人如不可分債權人共同義務人如連帶債務人擔保義務人如保證人償還義務人如對於他人所受損害有填補義務之人

2、推事與訴訟當事人爲四親等內之血族或三親等內之姻族者其姻族關係消滅後

亦同

血族姻族之意義及親等之計算方法均從民法之規定

3、推事於該訴訟爲證人或鑑定人者

必其作爲證人或鑑定人實際應受訊問或已受訊問者方爲法律所應迴避若僅被指名爲證人或鑑定人則尙不爲迴避之原因

4、推事現爲當事人之法定代理人監督監護人保佐人訴訟代理人或輔佐人者或曾爲以上各項人者

何謂法定代理人監督監護人保佐人均從民法之規定

5、推事曾與於前審或公斷者

德日民事訴訟法定明必參與前審之裁判者方爲迴避之原因草案雖祇稱與於前審尋其法意應亦係指與於前審之裁判者而言蓋推事若未參與前審之裁判而僅爲其他訴訟行爲例如參與言詞辯論證據調查或裁判諭知者尙無拘於成見之虞自毋庸使之迴避也

各級審判廳試辦章程規定之迴避原因如左（試辦章程一〇）

1、審判官自爲原告或被告者

2、審判官與訴訟人爲家族或姻族者  
家族及姻族之範圍如何別無明文規定審判官之妻爲當事人者得解爲包在本款之內

3、審判官對於承審案件現在或將來有利害關係者

審判官或其妻與訴訟當事人有爲共同權利人共同義務人擔保義務人償還義務人之關係者得解爲包在本款之內

4、審判官曾於該案爲證人或鑑定人者

以爲證人或鑑定人而已受訊問者爲限此點與草案之規定不同與德國民事訴訟法之規定同

5、審判官於該案曾爲前審官而被訴訟人稟明不服者

亦指審判官與於前審之裁判者而言所謂被訴訟人稟明不服者言其前審之裁判經當事人對之聲明不服也

推事有迴避之原因者當然不得執行職務故推事如已知其原因情事即應自行迴避停其職務上之行爲若已有迴避原因而仍爲職務上之行爲則其行爲爲違法得爲當事人聲明

不服之理由

推事爲法律所應迴避仍執行職務時當事人得拒却推事推事之審判恐有偏頗時亦然所謂審判恐有偏頗指推事與當事人有交誼或嫌怨等足使人疑其爲不公平之審判者而言（試辦章程一一、一二章四三）

當事人聲明拒却推事試辦章程定爲由該管長官核奪（試辦章程一一）惟依大理院之解釋此由長官核奪之辦法因發布在後之法院編制法有第五條第六條規定當然失其效力自後應歸審判衙門裁判之草案關於此點設有詳細規定即

一、聲明拒却推事應以書狀或言詞向該推事所屬審判衙門爲之其聲明拒却以法律所應迴避爲理由者不問訴訟程度如何隨時皆可爲之因其事關公益本爲法律所應迴避也其以審判恐有偏頗爲理由者則至就該案件已爲請求或陳述後即不得爲之因當事人本得捨棄此權也但拒却之原因發生或發見在後者不在此限（草四四、四五）

二、聲明拒却推事以法律所應迴避爲理由者應由審判衙門以職權調查其拒却原因亦以事關公益也其以審判恐有偏頗爲理由者應由當事人以書狀聲叙其拒却原

因如當事人主張拒却之原因發生或發見在請求或陳述之後亦應聲叙其事實（  
草四五II）

三、地方廳以上審判衙門之推事被聲明拒却者由該審判衙門以決定裁判之被拒却之推事不得參與如因該推事被拒却不能為決定則由直接上級審判衙門行之初級審判廳之推事被聲明拒却者由該管地方審判廳以決定裁判之但被拒却之推事若以該聲明為正當即以既經決定論蓋該推事既以拒却之聲明為正當而停止執行職務自無對之更為裁判之必要即其他審判衙門推事如以拒却之聲明為正當而停止執行職務亦應解為以既經決定論（草四六）

四、當事人聲明拒却推事經決定駁回者得於三日內聲明抗告對於以聲明為正當之決定不得聲明抗告（草四七）

五、推事因恐偏頗而被拒却者自有拒却聲明之時起至該事件完結為止不得為職務上之一切行為若已有拒却聲明而仍為職務上之行為則至該聲明經決定為正當後其行為為違法足為當事人聲明不服之理由但應急速之行為仍得為之且雖拒却之聲明經決定為正當該急速行為仍不為違法（草四八）推事因應迴避而被拒

却者自有迴避原因之時起即不得爲職務上之一切行爲否則當然爲違法此無待有明文規定者也

推事知有應被拒却之原因情事者雖當事人未經聲明拒却得自向所屬審判衙門聲明引避各級審判廳試辦章程第十一條所謂該審判官自行聲明迴避即指引避而言裁判引避之程序準用關於裁判拒却聲明之規定爲此項裁判之前毋庸訊問當事人其裁判亦不送達因其純係審判衙門內部之程序也(草五〇、五一)

民事訴訟律草案及德日民事訴訟法規定管轄拒却聲明之審判衙門知推事有應行迴避之原因情事者雖無拒却或引避之聲明亦應以職權爲迴避之裁判其裁判程序亦準用關於裁判拒却聲明之規定於裁判前毋庸訊問當事人亦毋庸送達裁判(草四九、五一、德四八、日四〇) 各級審判廳試辦章程無此規定

前清律例中亦有關於迴避之規定其迴避原因有四即審判官於訴訟人內關有服親及婚姻之家若受業師或舊爲上司與本籍官長有司及素有讎隙之人是也審判官與當事人有受業師或舊上司等關係者現行法上雖不爲迴避之原因但當事人或審判官遇有此等情事自得聲明拒却或引避



民事訴訟律草案中關於推事迴避拒却及引避之規定於審判衙門之書記官繙譯官準用之其裁判應由該官吏所屬審判衙門行之（草五二）

承發吏應行迴避之原因規定於承發吏職務章程第二十三條與試辦章程所定推事迴避之原因略同

各級審判廳試辦章程中關於迴避拒却及引避之規定於兼行司法權之縣知事或承審員準用之（縣知事審理訴訟章程五）

判 例

○推事應迴避之事由與受拒却之事由不盡相同其有應迴避之事由而仍參與審判或已被拒却且有拒却為正當之裁判而仍參與審判者均屬顯然違法得為上告之理由惟上告人若在原審並未有何主張至上告審始以原審推事有單純拒却原因（非同時為應迴避事由者）為上告理由者不能認為正當（大理院二年上字一一八號判決）

○受理拒却聲請者為推事所屬之審判衙門（大理院三年抗字一〇三號決定）

○不服駁回拒却聲請之決定者得抗告於上級審判衙門（同上）

○現行法上得拒却推事之事由以各級審判廳試辦章程第十條及第十二條所規定者為

限(大理院三年呈字三六號決定)

○試辦章程第十條所謂訴訟人包含訴訟代理人在內故審判官與訴訟代理人有姻親關係者即有引避之義務惟所謂姻親關係必以服制圖內所掲載者爲斷(大理院三年上字一〇〇九號判決)

○曾於第一審言詞辯論列席之判事而未參與其判決者在第二審毋庸迴避(明治三十年日本大審院)

○民事訴訟法第三十二條第四款所稱前審係指下級審而言同級審不在其列(明治三十四年日本大審院)

○民事訴訟法第三十二條第四款係指判事曾在前審參與同一訴訟事件之裁判者而言故祇就與該訴訟關係同一之事實曾爲豫審判事或刑事裁判所之判事而參與豫審決定或刑事裁判者不爲迴避之原因(明治三十八年日本大審院)

○判事在第一審雖曾參與係爭物件之假處分命令然若未參與現有不服聲明之裁判則仍不爲迴避之原因(同上)

○民事訴訟法第三十三條所謂判事有爲不公平裁判之可疑情形云者係指判事與當事

人之一造相親密或有嫌怨因其訴訟之勝敗而有利害之關係等情形而言故對於裁判官有過失之命令指揮而聲明之異議雖有該判事與於裁判苟無上開情形決不得即謂其有飾過偏判虞而以此爲拒却之理由（明治二十七年日本大審院）

○當事人所提出之證據縱令判事於判決另案民刑事件時曾有採用或排斥之事然現在若無特別情形決不得即因此謂其有爲不公平判決之虞（同上）

○偏頗之拒却必於判事有爲不公平裁判之可疑情形時始得爲之故僅以當事人所聲明之證據方法被駁斥之一事不足爲拒却之理由蓋該證據方法雖被駁斥而判事尙得爲該聲明人可受利益之裁判故也（大正二年日本大審院）

○民事訴訟法第三十二條第四款之迴避原因係指判事在前審爲裁判者而言故關於判事迴避之規定依民事訴訟法第四十一條雖準用於裁判所書記然以裁判所書記在前審曾充書記參與訴訟之一事仍不足爲迴避之原因蓋因裁判所書記在前審僅係以書記資格參與其訴訟並非爲裁判之人故也（大正三年日本大審院）

解釋文件

○各級審判廳試辦章程第十條所稱曾爲前審官係指同一推事在下級審會參與其審判

者而言該條規定於發還更審之案不適用之至該章程第十一條所稱由長官核奪云云因發布在後之法院編制法有第五條第六條規定所有訴訟事項之審判權從此已全屬於各廳由各廳合議庭或獨任推事行之故拒却推事之聲請編制法施行後亦應改歸審判廳受理依通常決定章程辦理（四年十月二十一日大理院覆江蘇高等審判廳函）

### 第三節 司法機關之外部組織

國家因處理民事訴訟設權限互異之種種司法機關司法機關之種類不一即因其權限互異而生在同一種類之司法機關常有同一之權限

司法機關僅能辦理其權限內之事件故某事件是否屬於其權限應以職權調查之其有辦理權限外之事件者其行爲當然無效

無論何種類之司法機關其有權辦理之事件爲數皆必甚多國家因圖辦理之正確與敏活非多設同種類之司法機關分配事務於其間不可某種類之司法機關現依事務分配之規定所有之事務範圍謂之管轄其事務分配之規定即關於管轄之規定也司法機關惟依關於管轄之規定始得就特定事件行使其權限是謂之司法機關之管轄權故司法機關之管轄即其行使權限之界限也

司法機關僅能辦理其管轄內之事件故某事件是否屬於其管轄應以職權調查之其有辦理無管轄權之事件者其行爲雖非當然無效而不免爲違法  
本節分二項說明之

第一項 審判衙門之外部組織

第一款 權限

審判衙門行司法權之權限最廣所有國家關於民事訴訟之司法權除劃歸其他司法機關之部分外皆由審判衙門行之審判衙門行司法權之權限現行法謂之審判權已如前所述矣

第二款 管轄

第一目 總論

多數審判衙門間分配事務之標準有三一職務行爲之種類二訴訟目的物之種類三訴訟事件之數

以職務行爲之種類爲審判衙門分配事務之標準者即係以裁判之種類爲標準以訴訟目的物之種類爲審判衙門分配事務之標準者即係以訴訟目的物之性質或價額爲標準以

訴訟事件之數爲審判衙門分配事務之標準者即係以管轄區域與訴訟事件之關係爲標準

審判衙門之管轄本於職務行爲之種類者謂之職務管轄本於訴訟目的物之種類者謂之事物管轄本於訴訟事件之數者謂之土地管轄審判衙門之管轄權亦得依此標準分爲職務管轄事物管轄權及土地管轄權

## 第二目 職務管轄

審判衙門之職務管轄即本於裁判種類之管轄如左

(一) 判決程序依次屬於左列各種審判衙門管轄

- 1、初級審判廳及地方審判廳管轄起訴於判決程序爲第一審之判決是爲第一審審判衙門(編制法原一六、一九)
- 2、地方審判廳管轄不服初級審判廳第一審判決之控告高等審判廳管轄不服地方審判廳第一審判決之控告於判決程序爲第二審之判決是爲第二審審判衙門亦稱控告審判衙門(編制法原一九、二七)
- 3、高等審判廳管轄不服地方審判廳第二審判決之上告大理院管轄不服高等審

判廳第二審判決之上告於判決程序爲第三審之判決是爲第三審或終審審判衙門亦稱上告審判衙門（編制法二七、三六）

判決程序現在繫屬之審判衙門謂之判決審判衙門（草二六三）管轄某判決程序之審判衙門及某判決程序現在或以前繫屬之審判衙門謂之受訴審判衙門（草一八五、二〇五、二四九、二五一、二八四、三四五等）

（二）督促程序屬初級審判廳管轄（草六一八）

（三）保全訴訟有時屬初級審判廳管轄有時屬地方審判廳管轄有時屬高等審判廳管轄（草六五〇六六四）

（四）公示催告程序屬初級審判廳管轄（草六七〇、）

（五）地方審判廳管轄不服初級審判廳決定或命令之抗告高等審判廳管轄不服地方審判廳決定或命令之抗告大理院管轄不服高等審判廳決定或命令之抗告管轄抗告之審判衙門謂之抗告審判衙門（編制法原一九、二七、三六）

上述初級審判廳及地方審判廳之職務管轄在未設初級及地方審判廳地方而有縣知事署者屬於縣知事署但縣知事署原則上不得爲第二審審判衙門及抗告審判衙門即縣知

事署之裁判係居於初級審判廳之地位而爲（即該訴訟事件本應屬於初級審判廳之事物管轄者）由地方審判廳爲第二審或抗告審判衙門係居於地方審判廳之地位而爲（即該訴訟事件本應屬於地方審判廳之事物管轄者）由高等審判廳爲第二審或抗告審判衙門（縣知事審理訴訟章程二六1、11）惟其居於初級審判廳之地位而爲之裁判因交通不便等情形例外許以鄰縣或從前府治之首縣知事署爲第二審或抗告審判衙門其不服該鄰縣或首縣知事署之裁判者仍應上告或抗告於高等審判廳（三年七月二十一日准高等廳指定各該鄰縣爲上訴機關部電、四年三月十八日申明初級管轄及地方管轄各支系部飭）又在新疆及熱河等特別區域所有縣知事署之裁判不問係居於初級審判廳之地位而爲抑係居於地方審判廳之地位而爲統以司法籌備處或都統署審判處爲第二審或抗告審判衙門但不服籌備處或審判處之裁判者必該裁判係居於地方審判廳之地位而爲始得上告或抗告於大理院否則即以兩審終結在地方審判廳設置較少之省分亦得準照上述關於新疆等處之特別辦法概以高等審判廳爲縣知事署所爲裁判之第二審或抗告審判衙門（縣知事審理訴訟章程二六IIIY、審判處規則四）

察哈爾及綏遠都統署審判處附設有地方庭縣知事署所爲之裁判係居於初級審判廳之



地位而爲者以地方庭爲第二審或抗告審判衙門不服地方庭裁判之上告或抗告由都統署審判處管轄（四年五月二十七日部咨察哈爾都統准變通審級文、察哈爾審判處附設地方庭辦事章程二、六年九月二十一日准綏遠審判處變通地方庭管轄範圍令）外國人爲原告之訴訟事件經該外國官廳要求據約觀審者雖在已設初級及地方審判廳地方亦以縣知事署爲第一審審判衙門不服縣知事署裁判之上訴由外交部特派交涉員署管轄對於交涉員署之裁判不許更行上訴（元年十一月二十六日二年三月六日三年四月七日及六年十二月十三日關於華洋訴訟辦法各部令）

調查他審判衙門所爲裁判之當否而裁判之者爲上級審判衙門其所爲之裁判應受他審判衙門之調查裁判者爲下級審判衙門

繫屬上級審判衙門之訴訟程序全部或一部謂之上級審繫屬下級審判衙門之訴訟程序全部或一部謂之下級審控告審上告審及抗告審之區別即依訴訟程序繫屬之審判衙門之爲控告審判衙門上告審判衙門或抗告審判衙門而生

下級審對於上級審稱曰前審上級審及下級審之關係稱曰審級

### 第三目 事務管轄

訴依目的物之種類有應向初級審判廳提起者有應向地方審判廳提起者所謂應屬於初級審判廳或應屬於地方審判廳之事物管轄即指應向初級審判廳或應向地方審判廳起訴而言

初級審判廳之訴訟程序較爲簡易故較輕微之事件及宜速結之事件自以屬之初級審判廳爲便現行法本此理由特擇左列各種之訴使初級審判廳管轄之（管轄各節二民國三年四月三十日及四年二月二十五日修正）

一、因金額或價額涉訟其數在一千元以下者

即訴物之價額或金額其數未逾一千元者

二、業主與租戶因接收房屋或遷讓使用修繕或因業主留置租戶之家具物品涉訟者  
原告提起本款訴訟必須以借貸關係爲原因

三、雇主與雇人因雇傭契約涉訴其期限在一年以下者

無論雇傭契約現尙存續或已消滅凡以因該契約發生之法律關係爲訴訟之目的物者皆在本款現定之內

四、旅客與旅館酒飯館主人運送人船舶所有人或船長因寄放行李款項物品涉訟者

茲所謂旅客以在旅行中之人爲限若現不在旅行中而於某地有居所者不得視作本款之旅客又提起本款訴訟須其目的物之法律關係係發生於旅行中且其提起之人當時尙爲旅客

五、旅客與旅館酒飯館主人運送人船舶所有人或船主因房飯費運送費涉訟者

參看前款說明

六、因占有權涉訟者

指收回占有有保全占有或保持占有之訴訟而言（民律草案一二九七、一二九九、一三〇一）

七、因不動產經界涉訟者

指僅以定經界爲目的之訴訟而言如鄰地所有人間地上權人之間或地上權人與土地所有人之間關於疆界之訴訟是也（民律草案九九三以下、一〇七三）

凡不屬於初級審判廳事物管轄之訴訟屬於地方審判廳之事物管轄即除草案第二條所列各訴訟外皆以地方審判廳爲第一審審判衙門也（編制法原一九）

依訴訟物之價額而定事物管轄者其價額由審判衙門酌量核定酌量核定云者可不藉證

據而斷定價額之謂也。惟審判衙門爲此斷定，仍須出以公平，而以一般之交換價額爲準。遇有應行調查證據者，得因聲請命爲證據調查，且得因職權命爲檢證或鑑定（管轄各節五）。關於價額之計算方法，現行法上尚有種種規定，即

一、訴訟物之價額以起訴時之價額爲準（管轄各節六）。至起訴以後，價額縱有增減，於管轄絕無變更。

二、以一訴爲數宗請求者，應將其價額合併計算，但以一訴將利息損害賠償違約費或訟費附帶於主請求而爲請求者，不在此限（管轄各節七）。即主請求及各附帶請求之價額如皆在千圓以下，則合算各附帶請求與主請求之價額，雖在千圓以上，仍屬初級審判廳管轄。

三、數物價額不等，原告有選擇請求之權者，以其中價額最高者爲準。被告有選擇給付之權者，以其中價額最低者爲準（管轄各節八I）。例如原告爲交屋一所，或交銀千元之選擇請求者，如其屋之價額在千元以上，應依屋之價額定其管轄是也。

四、原告應擔負之反對給付，不得從訴訟物價額中扣除（管轄各節八II）。例如原告爲收銀千元交屋一所之請求者，應以屋之價額爲訴訟物之價額，不得從其中扣除被

告應收之銀千元是也

五、因担保債權涉訟者其訴訟物之價額以債權之額為準但以物權爲担保者若其物之價額少於債權之額以其物之價額爲準（管轄各節九）因担保債權涉訟云者指已設定或應設定之對人担保或物上担保爲訴訟之目的物而言例如原告對於被告主張應否設定質權或爲保證或主張質權保證是否成立或已否消滅之訴訟是也

六、因地役權涉訟者其訴訟物之價額以需役地所增之價額爲準若供役地之所減價額多於需役地之所增者以所減價額爲準（管轄各節一〇）以地役權爲目的物之訴訟如主張地役權應否設定是否成立或已否消滅之訴訟是也

七、因地上權長期佃牧權或其他賃借權涉訟者其價額以一年租金額之二十倍爲準若在爭執期內權利人所收入之租金總額少於二十倍者以其總額爲準（管轄各節一一）本條規定惟於原告主張賃貸借關係是否於一定期間成立或存續時適用之若於一定之期間無關不得適用本條所謂爭執期即指原告主張之期間而言

八、因定期給付或定期收穫之權利涉訟者其訴訟物之價額以一年收入額之二十倍

爲準若其權利之存續期內權利人所應收入之總額少於二十倍者以其總額爲準  
(管轄各節一二)定期給付例如終身定期金(民律草案八四七)扶養費(民律  
草案一四五)定期收獲例如利息租金等若當事人不爭關於定期給付或定期  
收獲之權利僅爭一定之金額者應以該金額爲準不適用本條規定

未設審判廳各縣無論應屬初級審判廳事物管轄之事件或應屬地方審判廳事物管轄之  
事件均向縣知事公署起訴惟對於其第一審判決之控告仍應依草案關於管轄各節之規  
定視該事件本屬初級審判廳之事物管轄抑屬地方審判廳之事物管轄分別向地方審判  
廳(或鄰縣、舊府治首縣)或高等審判廳爲之其同向司法籌備處、都統署審判處或高  
等審判廳控告者亦應視該事件本屬初級審判廳之事物管轄抑屬地方審判廳之事物管  
轄分別定其得上告於大理院與否已如前所述矣(縣知事審理訴訟章程一、二、三六)

### 判例

○民事訴訟律草案第二條第七款所謂因不動產經界涉訟者指僅因經界之設置或關於  
負擔等涉訟而言(大理院二年上字二六號決定)

○初級管轄事件與地方管轄事件之區別原視原告之請求以爲標準(大理院三年抗字

四三八號決定)

○甲擅行拆毀其所租乙之房屋因此發生爭執而涉訟者不得適用管轄各節第二條第二款之規定(大理院七年抗字七一號決定)

○房屋之借貸借契約解除後請求回復原狀之訴依裁判所構成法第十四條第二款第一號規定屬於區裁判所管轄(明治三十五年日本東京地方裁判所)

○裁判所構成法第十四條第二款第一號之規定係就本於借貸借關係請求遷讓房屋而言若以所有權爲原因對於不法占據人請求遷讓房屋及賠償損害則不在該條規定之列(明治四十二年日本大阪控訴院)

○當締結房屋之借貸借契約時未定賃借期間並經特別約定如賃貸人需用房屋賃借人應隨時遷讓者若賃貸人本此特約對於賃借人以業經聲明解約賃貸借關係當然終了爲訴訟原因請求遷讓房屋時不問價額幾何應屬於區裁判所管轄(日本東京地方裁判所)

○裁判所構成法第十四條所謂僅關於不動產經界之訴訟指相鄰地所有人間關於所有權之範圍俱無爭執惟就兩地界綫之所在發生爭議由其一造之所有權人對於他造請

求確定界綫之訴訟而言至若一造之相鄰地所有人對於不認自己之所有權而主張其爲全部所有人之他造請求確認至一定界綫之地屬於自己所有之訴訟當然不在該條規定之列蓋以上二種訴訟雖皆能發生確定不動產經界之效果而在其後之訴訟其認爭人所請求者要在確定所爭部分之地爲其所有即所謂本權之訴是也因所有權確定之結果其經界雖亦隨之確定然究不能謂其訴訟卽爲經界之訴試自民事訴訟法第二十二條觀之該條稱「不動產所在地之裁判所專管一切不動產上之訴例如本權並占有之訴及分析之訴並經界之訴」云云明以本權之訴與經界之訴對立以示其爲各別之訴訟從可知凡本權之訴固可發生確定經界之效果而與經界之訴究屬有別不可混爲一談況裁判所構成法第十四條表示經界之訴故用狹義文字「稱僅關於不動產經界之訴訟」云云尤見該條規定必於經界而外別無所爭者乃能適用也（大正元年日本長崎控訴院）

○關於個人所有地與公法人私有地之經界問題原則上雖包括於裁判所構成法第十四條（第二款第二號）規定之內然對於該管行政衙門就國有林野與個人所有地之經界所爲勘定（原文稱査定）處分有所不服者在國有林野法施行依該法第七條在該法施



行前依向來慣例同應屬於行政裁判所管轄故關於此項爭執當然不能適用裁判所構成法第十四條之規定（明治三十七年日本大審院）

○裁判所構成法第十四條第二款第五號稱「旅客與旅館或酒飯館之主人及旅客與水陸運送人就左列事項涉訟者一房飯費」云云自其文義觀之是關於房飯費請求權之訴訟不問價額幾何全應屬於區裁判所管轄者乃專指其訴訟係發生於旅客與旅館或酒飯館主人之間者而言故原告之請求縱係本於旅館兼酒飯館主人與旅客間所生房飯費之債權而其原爲告即以訴向旅客請求履行者若爲讓受該債權之第三人非即該旅館兼酒飯館主人時則該訴訟自不得不問價額全歸區裁判所管轄換言之即應訴訟物之價額以決定其事物管轄如何也（大正二年日本大阪地方裁判所）

○返還定銀（買主交與賣主者）之請求與損害賠償之請求均係因不履行債務而發生其間並無主從之關係故不得適用民事訴訟第三條第二項之規定（明治四十二年日本東京控訴院）

○在訴之客觀合併其各請求皆係因訴訟物價額而定裁判所之管轄者依民事訴訟法第四條之原則固應合算價額定其管轄之有無至若其請求中之一係因價額而定管轄而

其他則非因價額僅因訴訟物之性質而定管轄時則合算價額之原則當然不能適用祇須受訴裁判所就各請求有管轄權而已足（大正元年日本大阪區裁判所）

○訴訟物云者謂訴訟之目的物換言之即原告求以判決確定其存否之權利或法律關係是也訴訟物之價額即指該項權利或法律關係之價額而言至若原告依訴訟之結果所得享有之經濟上利益決不得爲計算訴訟物價額之標準故例如在給付之訴即令原告對於其所請求之給付有爲反對給付之義務而其訴訟物之價額固仍應以原告之給付請求權之價額爲準不得斟酌其反對給付之價額若以此說爲不然而謂訟訴物之價額必以原告依訴訟之結果所得享有之經濟上利益爲限則在前例情形其原告依勝訴之判決所得享有之經濟上利益既僅爲其所請求之給付與反對給付之差額自不得以此項差額爲其訴訟物之價額果爾則反對給付之額設與原告所請求之給付額相等或大於其所請求之給付額是毫無訴訟物之價額矣其爲不當自不待言本此理論言之是在撤銷詐害行爲之訴無論該詐害行爲之目的物價額是否大於原告之債權額其訴訟物之價額當然應依該詐害行爲之目的物價額定之決不得以原告之債權額爲計算標準說者謂原告之債權額若少於該詐害行爲之目的價額時則依民事訴訟法第五條第

一款規定應依該債權額以定訴訟物之價額云云不知該條規定原僅適用於特定債權之特定担保若在以債務人之總財產供總債權人之共同担保時當然無適用該條之餘地(大正二年日本京都地方裁判所)

○恩給證書之用專在證明受恩給之權利此徵之軍人恩給法施行規則第十二條及官吏恩給法施行規則第十七條關於亡失補發之規定毫無可疑者也故在請求返還恩給證書之訴計算訴訟價額當然不適用民事訴訟法第五條第四款之規定且恩給證書之所證明者為恩給權人對於國家受恩給之公資格並非受金錢給付之權利障礙即謂其為財產故請求返還恩給證書之訴宜認為一種非財產權上請求之訴訟依民事訴訟用印紙法第三條第一項之趣旨須視其訴訟價額為一百元(大正三年日本東京區裁判所)

解釋文件

○業主主張地係民地佃戶主張地係佃地之訴訟其實係爭執其地上有無永佃權之存在應依民事訴訟草案第二條第一款及第十一條定其管轄不適用第二條第二款(四年九月八日大理院覆京師地方審判廳函)

○因金額涉訟之額件應以原告起訴時所請求之額定其事物管轄(六年五月二十一日

大理院覆安徽高等審判廳函

○有價証券爲訴訟物者應依其實際買賣之價額核算不依券面之金額（明治二十四年四月二十二日日本司法部民事局覆大垣區裁判所函）

#### 第四目 土地管轄

第一審審判衙門之土地管轄依訴訟事件與管轄區域之關係定之據現行法之規定其關係得分三類如左

一 被告人與管轄區域之關係

二 訴訟物與管轄區域之關係

三 被告人及訴訟物與管轄區域之關係

某第一審審判衙門本於土地管轄之規定就某事件有管轄權者該事件之被告人有受該審判衙門判決之權利義務是謂之審判籍審判籍有普通審判籍與特別審判籍兩種其依上開第一類關係而定者爲普通審判籍依第二類或第三類關係而定者爲特別審判籍

#### （甲） 普通審判籍

某第一審審判衙門對於某被告就一切之訴（除有專屬管轄者外）有土地管轄權者其被

告在該審判衙門之管轄區域內卽有普通審判籍故普通審判籍云者卽指被告就一切之訴得受或應受某審判衙門判決之權利義務而言凡對於被告起訴通常皆應向其有普通審判籍之審判衙門爲之（管轄各節一三）現行法上關於普通審判籍之規定如左

一、普通審判籍以住址定之（管轄各節一四）卽某人在某第一審審判衙門之管轄區域內有住址者通常應向該審判衙門對於其人起訴其以被告之住址定普通審判籍者蓋爲保護被告利益而設否則懼原告有濫訴之弊而重被告以奔走之勞也住址之意義從民法之規定惟民事訴訟法中設有特別規定如左

a、軍人軍屬之住址以陸軍部或海軍部命令指定之地方爲準（管轄各節一五）

d、在外國有治外法權之中國官吏或其家屬隨從若於中國現無住址或住址現無可考者以其在中國最後住址爲其住址若最後住址並無可考者以外交部所在地爲其住址（管轄各節一六）

c、於中國及外國現無住址或住址現無可考者其普通審判籍以在中國最後住址定之（管轄各節一七）

二、國庫之普通審判籍以代表國庫爲訴訟之衙門所在地定之國庫外一切公法人之

普通審判籍以其公務所所在地定之（管轄各節一八）私法人及其他得爲訴訟當事人之一切團體其普通審判籍以總事務所所在地定之（管轄各節一九）

（乙）特別審判籍

某第一審審判衙門對於某被告就特種之訴有土地管轄權者其被告在該審判衙門之管轄區域內卽有特別審判籍故特別審判籍云者卽指被告就特種之訴得受或應受某審判衙門判決之權利義務而言向被告有特別審判籍之審判衙門惟得對之提起特種之訴茲依現行法之規定分爲二類說明如左

一、本於訴訟物與管轄區域內之關係而定者

a、不動產之審判籍

因不動產之物權或其分析或經界涉訟者專屬不動產所在地之審判衙門管轄  
因地役權涉訟者專屬供役地所在地之審判衙門管轄因所有權界限涉訟者專屬負擔地所在地之審判衙門管轄（管轄各節二〇）

對於同一被告因債權涉訟並牽及担保此債權之不動產物權者得合併於不動產所在地之審判衙門行之（管轄各節二一）因不動產所有人或管有人分應担

負之債務或加於不動產之損害賠償或收用與使用土地之補償事件涉訟者得於不動產所在地審判衙門行之（管轄各節二二）

b、契約之審判籍

因確認契約之是否成立或因踐約或解約或因違約請求損害賠償或違約費涉訟者得於履行債務地之審判衙門行之（管轄各節二三）

c、管理財產之審判籍

管理人對於本人或本人對於管理人因管理財產之請求涉訟者得於管理地之審判衙門行之（管轄各節二四）

d、團體員之審判籍

公司或其他團體對於辦事員會員已退會員或會員對於會員因會務涉訟者得於該公司或團體之普通審判籍所在地審判衙門行之（管轄各節二五）

e、票據之審判籍

因票據有所請求而涉訟者得於支付票據地之審判衙門行之（管轄各節二六）

f、不法行為審判籍

因不法行爲有所請求而涉訟者得於行爲地之審判衙門行之但關係附帶私訴者不在此限（管轄各節二七）

g、承繼之審判籍

因確認承繼、回復承繼、分析遺產、分離承繼財產、遺留財產、遺贈及一切因死亡而生效力之行爲涉訟者得於被繼人普通審判籍所在地之審判衙門行之（管轄各節三一）因承繼財產之負擔涉訟者以承繼財產有在被繼人普通審判籍所在地審判衙門管內者爲限得於該審判衙門行之（管轄各節三二）

二、本於被害人及訴訟物與審判衙門管轄區域之關係而定者

a、寄寓地之審判籍

對於生徒雇人或其他寄寓人因財產權涉訟者得於寄寓地之審判衙門行之對於兵卒因財產權涉訟者得於兵營地之審判衙門行之（草二八）

b、營業所及利用土地之審判籍

對於設有營業所之製造人商人及其他營業人因財產權涉訟者以關係該營業所之營業爲限得於營業所所在地之審判衙門行之對於農業上利用土地之人



因財產權涉訟者以關係利用該土地事件爲限得於該土地所在地之審判衙門行之（管轄各節二一九）

c、財產所在地之審判籍

對於在中國現無住址人因財產權之請求涉訟者得於被告財產或請求物所在地之審判衙門行之被告之財產或請求物若係債權以債務人住址或担保債權物之所在地作爲被告財產或請求物之所在地（管轄各節二二〇）

特別審判籍除右列各種外尚有本於訴訟事件相互之關係而定者如

a、訴訟代理人輔佐人承發吏或收受逕達人因規費或墊付款項有所請求而涉訟者不問其訴訟物之價額均得於本訴訟之第一審審判衙門行之（管轄各節三三二）

b、就他人兩造之訴訟物爲自己有所請求而涉訟者得於本訴訟之第一審審判衙門行之（管轄各節三四）

c、共同訴訟被告有數人者得於其中一人普通審判籍所在地之審判衙門行之（管轄各節三五）

d、反訴於本訴所屬之審判衙門行之（草三二八）

法律於普通審判籍外尙認以上多數之特別審判籍者其理由要在於無碍被告利益之中兼謀原告之利益或圖訴訟程序上之便利惟是審判籍之數既多自不可不更有規定以明其相互之關係所謂專屬審判籍與選擇審判籍之別即本於多數審判籍間之關係而生者也

專屬審判籍者不容他審判籍之審判籍也故就某訴如有專屬審判籍則爲某審判衙門就該訴有土地管轄權原告惟得向該審判衙門起訴凡專屬審判籍法律俱以明文定之例如不動產之特別審判籍是也（管轄各節二〇）

選擇審判籍者尙容他審判籍之審判籍也如就某訴有數箇選擇審判籍則原告於該數處管轄審判衙門中得任選擇其一處起訴（管轄各節三六）例如因被告有不法行爲而起訴若不法行爲地並非被告住址地則既可向被告住址地之審判衙門起訴亦可向不法行爲地之審判衙門起訴是也凡法律未經明定爲專屬審判籍者俱爲選擇審判籍

以上專就判決程序第一審審判衙門之土地管轄論之至第二審審判衙門第三審審判衙門之土地管轄及其他訴訟程序管轄審判衙門之土地管轄容後隨時說明

## 判例

○關於土地之訴訟有專屬管轄者以民事訴訟律草案第二十條所規定者爲限其在該條規定以外者應適用一般之管轄規定（大理院二年上字二二三號決定）

○因不動產之物權涉訟者既有專屬管轄不許當事人以合意變更則凡有違背此規定而在不動產所在地以外之審判衙門起訴者該審判衙門毋庸俟被告提出抗辯應即依法駁回（大理院三年上字二二五號判決）

○解除合夥清算帳目之訴訟依現行民事訴訟律草案關於管轄各節之規定應由被告普通審判籍所在地之審判衙門或由該合夥營業所所在地之審判衙門管轄（大理院三年上字二一二號判決）

○民事訴訟律草案第二十九條第一項規定乃係特別審判籍中非專屬之一種（大理院七年抗字七二號決定）

○地方裁判所支部（分廳）不過地方裁判所之延長並非有支部之獨立管轄權故在同一地方裁判所管內之數支部俱有相對立之管轄權而其處理事務應俱以所屬地方裁判所之管轄爲標準苟當事人在該地方裁判所管內有普通或特別之裁判籍則無論出訴於本裁判所或出訴於該管內之任何支部均不得對之爲管轄錯誤之抗辯（大正二年

日本廣島控訴院)

○民事訴訟法第十六條所稱直接爲交易之店鋪係指至少得於一定之範圍內獨立爲關於營業交易之基本行爲者而言故若專爲保險公司募集被保險人收取保險費或專爲其他關於保險交易之補助行爲者不在該條規定之列（大正元年日本大阪地方裁判所明治四十五年日本廣島控訴院）

○民事訴訟法第十八條所稱契約之履行係汎指一切本於法律行爲之義務履行而言故因本於票據行爲之債務履行而涉訟者亦應認爲契約履行之訴訟許其於債務履行地提起之（明治四十五年日本東京控訴院）

○於解除契約後請求回復原狀之訴依民事訴訟法第十八條規定得向原義務履行地（即未解除前應履行義務之地）之裁判所提起之（明治三十六年及三十四年日本大審院）

○尋繹民事訴訟法第十八條之法意凡關於該條事項無論被告之普通裁判籍在內國抑在外國亦無論其權利關係係發生於內國抑係發生於外國均得向訟爭義務履行地之裁判所起訴（明治四十一年日本大審院）

○民事訴訟法第十八條所稱訟爭義務之履行地應依民法之規定定之（明治四十五年日本東京控訴院）

○民事訴訟法第十八條稱「因不履行契約而請求賠償之訴得於訟爭義務履行地之裁判所提起之」云云所謂訟爭義務之履行地仍係指契約上義務之履行地而言並非於本來之契約上義務履行地而外別認賠償義務之履行地爲特別裁判籍蓋此項損害賠償義務與本來之契約上義務原非別種獨立之義務其前者卽係代後者而生決無別生一裁判籍之理且若使此兩訴之管轄裁判所互異則裁判所當事人均須枉費無益之時日費用不便亦莫此爲甚（大正二年日本大阪控訴院）

○民事訴訟法第十八條所稱訟爭義務之履行地在因不履行契約而請求損害賠償之訴卽係指該契約上義務之履行地而言其因買主不付代價而提起損害賠償之訴者若其交付賣品之地與支付代價之地互異則在該二履行地中其特別裁判籍應爲支付代價之地而非交付賣品之地蓋在此項雙務契約其各債務之履行地互異者依民事訴訟法第十八條規定固得有兩個特別裁判籍然在以不支付代價爲訴訟原因時其訟爭之義務既僅爲支付代價之債務而非交付賣品之債務則依該條規定當然祇得向支付代價

地之裁判所起訴（大正二年日本大審院）

○民事訴訟法第二十二條所稱不動產上之訴係指關於不動產上所存物權之訴訟而言至若本於土地收川法而請求收用土地之補償金並不在該條規定之列（明治三十六年日本大審院）

○民事訴訟法第二十二條所稱不動產上之訴必其以訴主張之請求權爲物權之效果（即物上請求權）而非債權之效果鑛業權亦爲物權之一依鑛業法第十五條第及第十九條雖應準用關於不動產之規定然在本於試掘權之買賣契約而請求移轉其試掘權及請求履行登錄程序之訴其請求權既非本於試掘權即物權自體自不得認其爲民事訴訟法第二十二條所稱不動產上之訴（明治四十四年日本東京地方裁判所）

○民事訴訟法第二十二條所稱不動產上之訴係指行使物上請求權（即物權效果之請求權）之訴而言故依民法第三百九十五條規定以借貸借有害於抵押權爲理由請求解除借貸借契約及同時請求抹消借貸借權之登記者均不外主張抵押權之效果而行使其物上請求權此項訴訟應屬於該抵押不動產所在地之裁判所管轄（明治四十五年日本大阪地方裁判所）

## 第五目 指定管轄

指定管轄者由上級審判衙門指定某審判衙門爲管轄審判衙門之謂蓋依法本有管轄權之審判衙門有時不得實行其審判權又當事人因某種情事有時不能確知何處爲依法有管轄權之審判衙門此際自非指定管轄審判衙門以保護當事人之利益不可

指定管轄審判衙門應依當事人之聲請爲之當事人惟遇有左列各款情形方得爲指定之聲請（管轄各節三七）

一、管轄審判衙門或依法院編制法得代行管轄之審判衙門因法律或事實不得行審判權者

二、因管轄區域境界不明致不辨管轄審判衙門者

三、有管轄權之審判衙門經裁判確定爲無管轄權此外並無他審判衙門管轄該事件者

四、不動產之審判籍跨連或散在數處審判衙門之管轄區域內者

五、不法行爲地之審判籍跨連或散在數處審判衙門之管轄區域內者

六、住址或其他關係審判籍之地跨連數處審判衙門之管轄區域內者

聲請指定管轄審判衙門得任以書狀或言詞向直接上級審判衙門爲之（管轄各節二七）所謂直接上級審判衙門指管轄各關係審判衙門之最近上級審判衙門而言例如關係初級審判廳若在同一地方審判廳管內以該地方審判廳爲直接上級審判衙門若在同一高等審判廳管內而不在同一地方審判廳管內則以該高等審判廳爲直接上級審判衙門若並不在同一高等審判廳管內則以大理院爲直接上級審判衙門指定管轄之聲請得以決定爲裁判故得不經言詞辯論爲之對於許可聲請指定管轄之決定不得聲明不服（管轄各節三八）

### 判例

該管審判衙門之承審人員雖因法律所行迴避而有他承審員可經審判者毋庸指定管轄（大理院二年抗字一五七號決定）

### 第六目 合意管轄

因分配審判衙門事務而設之管轄規定雖亦着眼於當事人之利益然其規定之不便於當事人者尙不少故法律於一定之範圍內更許當事人以合意變更審判衙門之管轄從可知關於審判衙門管轄之規定不盡爲強行法也



當事人得爲變更第一審審判衙門管轄之合意某第一審審判衙門雖本無管轄權得依當事人之合意而有之（管轄各節三九I）故苟有當事人之合意則本屬初級審判廳事務管轄之訴得由地方審判廳管轄之本屬地方審判廳事務管轄之訴得由初級審判廳管轄之且本屬某初級審判廳或某地方審判廳土地管轄之訴得由他初級審判廳或他地方審判廳管轄之但關於事物管轄之合意變更於民國四年三月二日經以部令禁止所以減輕大理院之負擔也（四年三月二日部飭修正民事初級管轄條示辦法四）

當事人關於變更管轄之合意或使依法有管轄權之審判衙門依然有管轄權或使之失其管轄權又或就現在之訴爲合意或就將來之訴爲合意均無不可惟其合意以關於一定訴訟或由一定法律關係所生之訴訟爲限（管轄各節三九II後段）所謂一定者即特定之謂又訴訟之不屬於財產權上請求者與定有專屬管轄者不得爲變更管轄之合意（管轄各節四一）因此等訴訟之管轄規定係本於公益上之理由故不許當事人任意變更也

變更管轄之合意須以書狀爲憑違者不生合意之效力（管轄各節三九II前段）原告向無管轄權之第一審審判衙門起訴被告不先提出管轄錯誤之抗辯而爲本案之言詞辯論者以已有合意論即視作已以書狀爲變更管轄之合意也（管轄各節四〇）但依上述本不許

爲變更之合意者不在此限茲所謂本案之言詞辯論指關於訴訟物內容之辯論而言蓋至被告已爲本案之言詞辯論後若尙許其爲管轄錯誤之抗辯則易生無益之本案辯論而有延滯訴訟之虞也被告於言詞辯論不到場者當然無適用本條之餘地故此際審判衙門仍應依一般原則以管轄錯誤爲理由將原告之訴駁回

第一審以外審判衙門之事物管轄不許以當事人之合意變更之

### 判 例

○民事訴訟律草案關於管轄各節第二十條所定不動產之專屬審判籍專指土地管轄而言至於事物管轄仍屬毫無限制故凡屬不動產所在地之初級或地方審判廳皆得因當事人之合意而有管轄權（大理院二年上字二三號決定是時尚未禁止關於事物管轄之合意變更）

○不動產之專屬審判籍不許當事人合意變更此有強行規定凡有違反此規定而在不動產所在地以外之審判衙門起訴者該審判衙門毋庸俟被告提出抗辯即應依法爲職權調查予以駁回（大理院二年上字九九號判決）

○被告未經提出無管轄權之抗辯而爲本案之言詞辯論者即以已有管轄之合意論不許

於敗訴後更以無管轄權爲上訴理由（大理院三年上字一一八六號判決）

○於票據之附箋內記載關於裁判管轄事項者雖不生票據上之效力參照日本商法第（條）然作爲合意之裁判管轄則固屬有效（日本東京控訴院）

○合意管轄有專屬與聽便之分苟不足認其爲專屬之合意則向法定管轄裁判所起訴即不得指爲不合（明法三十七年日本東京控訴院）

○契約當事人就由契約所生之債權關係經以合意定某裁判所爲管轄裁判所時因其合意之爲專屬或爲聽便其結果足使該項債權關係或僅得受合意管轄裁判所之裁判或於法定管轄裁判所之外尙得受合意管轄裁判所之裁判故自行使債權之點觀之所謂管轄之合意即係協定行使債權之方法其效果實從屬於債權關係本此理論言之則當債權移轉於他人時不問其移轉之原因如何該項管轄合意之效果亦當然隨之移轉說者謂凡訴訟法上之效果苟無特別明文不得移轉於人云云不知管轄合意之效果自其足以變更法定管轄之點言之固不得不謂爲訴訟法上之效果然自法律爲當事人便宜計特與其自由意思以效力之點言之固仍以解爲許其移轉爲至當（大正二年日本東京控訴院）

原告爲撤銷執行處分及返還物件之兩請求時第一審裁判所就後之請求雖無管轄權然被告若不聲明管轄錯誤而已爲本案之言詞辯論則受訴裁判所得將此兩請求合併於一訴（明治二十八年日本大審院）

○僅以被告聲請缺席判決一事不得遽認爲己爭原告之請求故亦不得因被告之聲請缺席判決即謂其己爲本案之言詞辯論從而認爲關於裁判管轄已有默示之合意（明治三十八年日本大阪控訴院）

○土地管轄雖爲專屬而在有土地管轄權之裁判所中尙無妨爲事務管轄之合意故關於不動產之訴訟依第二十二條規定雖專屬於不動產所在地之裁判所管轄而在該所在地之裁判所中仍得以合意定區裁判所或地方裁判所爲管轄裁判所（日本東京地方裁判所）

#### 第八目 管轄權有無之效果及法律上之輔助

審判衙門就某事件有管轄權者爲完結其事件得爲一切必要之行爲其就管轄內事件所爲保護私權之行爲效力及于全國決不以自己之管轄區域爲限但其行爲必于自己之管轄區域內方得爲之故審判衙門之管轄區域既爲分配事務之標準亦爲審判衙門行使職

### 務之土地界限

審判衙門惟得辦理管轄內之事件故其管轄權之有無須以職權調查之如調查之結果認為無管轄權即應將訴或其他確定私權之請求駁回惟該審判衙門一面仍應將該事件移送有管轄權之審判衙門（試辦章程九I、縣知事審理訴訟章程四前段）

據民事訴訟律草案之規定審判衙門移送事件以第一審審判衙門因事務管轄錯誤而駁回訴者為限且須本於原告之聲請為之即

一、地方審判廳因無事物管轄權而駁回訴者應因原告之聲請以判決將該事件送交該管有管轄權之初級審判廳（章四六二）

二、初級審判廳因無事物管轄權而駁回訴者應因原告之聲請以判決將該事件送交所屬地方審判廳（章五二二）

上開送交判決確定後該訴訟事件視與已繫屬於受送交之審判衙門同（章四六二II五二二II）故原告毋庸更向受送交之審判衙門起訴而因起訴所生之效力亦自最初存續民事訴訟律草案又規定繫屬於初級審判廳之訴因擴張其聲明致應由地方審判廳管轄者應因當事人之聲請以決定將該事件送交於地方審判廳此聲請應於擴張後所應為之

本案辯論前爲之對於送交之決定不得聲明不服自諭知送交決定之時視該事件已繫屬於受送交之審判衙門（章五二二、五二四）

審判衙門雖違背關於管轄之規定而爲裁判其裁判仍非當然無效當事人惟得對之聲明不服求撤銷之惟聲明不服須在裁判確定前爲之如其裁判既經確定則不得更求撤銷即管轄規定之違背依裁判之確定而當然補正也又地方審判廳就屬於初級審判廳事物管轄之訴訟事件而爲本案之判決者不得以事物管轄錯誤理由對之聲明不服此因受較正稿之地方審判廳判決得認爲當事人之利益故也（章五三〇）

各級審判廳試辦章程第九條第二項規定管轄錯誤發見在判決後者應將本案供招判詞鈔送該管審判廳詳核存案其原判有出入時另行提案覆審等語縣知事審理訴訟章程第四條後段亦設同一規定按某審判衙門違背管轄規定所爲之裁判爲當事人所不服者既有上訴或其他聲明不服方法自無更定此項覆審辦法之必要若當事人並無不服依現行法上所採不告不理主義該有管轄權之審判衙門尤無自行提案覆審之理且此項辦法與關於合意管轄之規定亦有牴觸之處誠無益有害之立法也該試辦章程第九條第二項規定已經大理院解爲失效見後引判例及解釋文件

諭知管轄錯誤之判決皆無既判力雖其判決確定訴訟事件後所繫屬之審判衙門並不受其羈束該審判衙門仍得自行調查其管轄權之有無惟依草案之規定以諭知事物管轄錯誤之確定判決爲限羈束訴訟事件後所繫屬之審判衙門該審判衙門不得更爲無事物管轄權之判決此防訴訟因之延滯也(草四八三)

審判衙門惟得於其管轄區域內爲職務上之行爲已如上所述矣故某審判衙門因辦理自己事件如遇有必要之行爲非在他審判衙門之管轄區域內爲之不可或以行之於他審判衙門之管轄區域內爲適當者自應求他審判衙門之輔助是爲法律上之輔助亦曰協助(編制法一五四I) 試辦章程四四、縣知事審理訴訟章程二三

法律上之輔助者即司法機關因囑託而相輔助之謂審判衙門得囑託於他審判衙門之行爲如調查證據及試行和解是也其受囑託爲輔助之審判衙門通常爲管轄行爲地之初級審判廳(編制法原一五四II)受囑託之初級審判廳推事爲所囑託之行爲者稱受託推事其使初級審判廳受囑託爲輔助者因初級審判廳之數既多且散在於各地最便於爲調查證據等行爲也惟此規定在今日無從適用依現行辦法地方審判廳及兼行司法權之縣知事公署等皆有輔助之責

## 判例

○各級審判廳試辦章程第九條第二項管轄錯誤之規定因民事訴訟法律草案關於管轄各節第四十條合意管轄之明文發布期日在後早已抵觸而失其效力（大理院二年上字二三號決定）

○依民事訴訟法第九條規定區裁判所之移送判決確定時該訴訟當然繫屬於所屬地方裁判所本毋庸更行提起訴訟亦毋庸提出準備書狀（明治三十八年日本大審院）

○經地方裁判所或控訴院裁判認為地方裁判所有事物管轄權者對於該裁判不得以應屬於區裁判所管轄為理由聲明不服（明治二十六年及二十九年日本大審院）

○關於事物管轄經區裁判所認為管轄錯誤駁回其訴而裁判確定者該事件後應繫屬之地方裁判所即受該裁判之羈束故就訴訟物之價額當然無審理之餘地（明治四十四年日本甲府地方裁判所）

### 解釋文件

○某縣判決承繼案件由他縣為第二審判決固係管轄錯誤然其判決並非當然無效如既經確定除有再審原因外別無救濟方法（大理院五年十二月八日覆陝西高等審判廳



電)

○各級審判廳試辦章程第九條第二款規定顯與在後發布之法院編制法審級制度抵觸不能復認爲有效(大理院六年一月二十七日覆浙江高等審判廳函)

第二項 審判衙門書記官及承發吏之外部組織

第一款 權限

審判衙門書記官之權限如左

一 公證

例如作製言詞辯論筆錄或附與裁判繕本皆公證之行爲也

二 媒介審判衙門與訴訟關係人或訴訟關係人間之交通

例如以對於當事人或第三人之傳票或以對於相對人之通知書或準備書狀交承發吏送達又如將當事人或第三人在言詞辯論外之言詞陳述記明於筆錄皆媒介交通之行爲也

承發吏之權限在爲送達但送達機關不限於承發吏尙有庭丁郵政局爲輔助機關已如前所述矣

## 第二款 管轄

審判衙門書記官惟就其所屬審判衙門管轄內之訴訟事件得行使其權限故審判衙門書記官之管轄與其所屬審判衙門之管轄一致

承發吏之管轄是否應依其所屬審判衙門之管轄區域而定現行法上無明文之規定惟依實例有在所屬審判衙門管轄區域外行使權限者

審判衙門書記官及承發吏於權限內之事務應互為法律上之輔助（編制法一五六）

### 解釋文件

承發吏初於所屬審判衙門之管轄區域外行使權限者宜行囑託以省費用但兩造如果均請其於管轄區域以外送達文書或傳票仍可准予照辦此際自得照章併徵辦公費（六一年一月二十七日大理院覆安徽高等審判廳函）

### 第四節 司法權行使之限制及國際間法律上之輔助

一國之司法權惟得於其領土以內行之通常不得及於他國之領土所以尊重他國之國權也故我國之司法權亦惟行於我國領土以內

於我國之領土內行我國之司法權苟屬於司法權之範圍本得及於一切訴訟事件並無何

等限制惟若不問如何事件一概行使我國之司法權不惟並無此項必要有時且致與他國司法權之行使相競合甚非所宜故法律於此定一限制惟就與我國領土有關係之訴訟事件始許行我國之司法權彼關於土地管轄之規定即係同時定此限制者也蓋據關於土地管轄之規定我國司法機關惟就屬於其土地管轄之訴訟事件始得行使權限而屬於我國司法機關土地管轄之訴訟事件又莫不與我領土有關係依此規定適用之結果我國司法權之行使自受一種限制

國際公法上對於外國有一定身分之人如外國公使及其隨從等認其有治外法權此亦限制司法權之行使者也即有治外法權之人通常不得以爲被告強之使受審判或處分亦不得以爲證人或鑑定人強之使受訊問我國司法權之行使依國際公法之原則亦受此種限制

除上所述而外我國司法權之行使本於我國與外國之條約尙受外國領事裁判權之限制即外國之有領事裁判權者凡該國人爲被告之訴訟事件俱受該國官廳審判惟中國因保護本國原告之利益得派員前往觀審若觀審之員以爲辦理未妥可以逐細辯論其中國人爲被告外國人爲原告之訴訟事件由中國審判衙門審判時如該外國人所屬之國有領事