

北平大學法學院教授
前大理院院長
日本東京帝國大學法學士

余榮昌著

民

法



要

論

總則

北平朝陽學院出版

自序

吾國自漢以來專尚儒術法學家言士夫不道降及明清日就衰落號爲知法者吏胥僚友而已其爲法也統系凌亂類別錯雜大要仍準行政六曹以爲部居無所謂民法也疲敝既極見嘲外人維新議起朝野上下乃思借鏡改良於時有志斯道者則羣率渡海而求師余亦負笈出游者十載得於各國法制略悉梗概歸國後值鼎革任職餘暇兼膺講席歷年教課多爲民法習之日久較能貫通屈計民元迄今從余學而業成者約數千人而當代作家亦多引集鄙說轉惠士林羣和衆擎斯道日盛筆路檻縷余實首致力焉是亦至可欣慰者矣雖然法學本精奧而難知民法則繁博深邃尤爲難乎其難先進列邦研究培養經若干年而成爲大家代僅數人今吾以三數十年之淺嘗而遽一得自



滿幼稚簡陋不令識者齒冷耶此余所以亟願本其素習竭其愚忱進而與國內之治民法者更益講求商權也蓋嘗聞之治法學之目的有二曰實行派曰理論派實行派者謂國不可一日無法劣法終勝無法從容討論求其適合而後立法在勢有所不能故急急從事於制作施爲示民準據此蓋以法爲治術者也理論派者則必探本窮源鉤深索隱古今得失時地宜忌審度較量剖析抉擇務求精當此蓋以法爲科學者也德法諸國法布久矣而一般學者則孜孜不倦力求上理時時有所建議國家亦時時採取而有所修訂用能行無窒碍學益昌明是則實行理論二派相輔相成殆有不容偏廢者歟近吾政府勵行法治取多年躊躇不決之民法草案毅然釐訂而頒行之綱舉目張納民軌範實行績效已可共覩獨是理論方面氣象沈寂無所發明坊間出書

類皆循文錄纂依義解說僅足爲實行之一助卑無高論竊不謂然且更慮夫治斯道者徒知遵路順則而不復益求其精則知其當然而不知其所以然吾國甫有萌芽之法學將又萎靡而不振也爰取平昔研究所得依據新法典章節編次成書名曰民法要論以與同志同道相切磋所冀聞風興起各抒所懷互證參稽期盡美善他日者妙蘊環生名材輩出論議優尙將使寰海法家驚異嘆服則余此書其亦大輅之椎輪也夫至於書中發揮指陳極知僭妄但講學辨疑例固宜然初非好爲便給而立異鳴高也明達君子倘勿譏焉

中華民國二十年九月一日

紹興余榮昌序於北平寓齋



自
序

凡例

一 本書引民法條文者略書某條例如民法第十條則略書「一〇條」引用民法以外法令條文者略書其法令首一字或二字例如公司法第二十條則略書「公二〇條」民事訴訟法第二十條則略書「民訴三〇條」又民律草案略書「舊草」前清民律草案則略書「清民草」

二 本書引用外國民法條文者亦從略稱例如稱德民者則爲德國民法稱日民者則爲日本民法其引用民法以外法令者亦同

三 法律名辭及其他法學上之術語均用注意點標明以求讀者之注意

本書引用外國法學術語或外國學者姓名直譯其音者均用墨線標於字旁民律草案可供參考之處甚多而坊間未有印本故附錄於後



民法要論總則目錄

頁數

緒論

- 第一章 民法之意義
- 第二章 民法之體裁
- 第三章 民法適用之範圍
 - 第一節 關於時之民法適用範圍
 - 第二節 關於人及關於地之民法適用範圍
 - 第三節 關於事之民法適用範圍
- 第四章 民法之解釋
- 第五章 民事法規之沿革
- 第六章 民法編纂之略歷
- 第七章 民法上之權利
 - 第一節 權利之意義

目錄

一 一 〇 九 七 七 六 五 四 三 一

第二節 權利之分類

第一款 總說

第二款 私權之分類一

第三款 私權之分類二

第四款 私權之分類三

第八章 民法上之義務

本論

第一章 法例

第一節 民法之法源及其適用之次序

第二節 法律行為之方式及解釋

第二章 私權之主體

第一節 總說

第二節 自然人

第一款 權利能力

第一項 權利能力之終始

第一目 總說

第二目 胎兒

第三目 死亡宣告

第一段 總說

第二段 死亡宣告之法定期間

第三段 死亡宣告之程序

第四段 死亡宣告之效果及其發生之時期

第五段 死亡宣告之撤銷

第二項 權利能力之範圍

第二款 行為能力

第一項 總說

第二項 未成年人

第一目 成年年齡

第二目 未成人之能力	五一
第三項 禁治產人	五二
第一目 禁治產之意義及宣告	五二
第二目 禁治產宣告之效力	五四
第三目 禁治產宣告之撤銷	五五
第三款 責任能力	五六
第四款 人格權之保護	五七
第五款 住所	六〇
第三節 法人	六四
第一款 總說	六四
第一項 法人之沿革	六四
第二項 法人之性質	六七
第三項 法人之分類	七一
第四項 法人之設立	七四

第五項 法人之能力

第六項 法人之解散

第一目 總說

第二目 解散後財產之處分

第一段 財產之歸屬

第二段 清算

第二欸 社團法人

第一項 社團法人之設立

第二項 社團法人之機關

第一目 總說

第二目 總會

第三目 董事

第三項 社團法人之事務

第四項 社團法人內部關係

第一目	總說	一〇四
第二目	社員資格之得喪	一〇七
第三目	社員之權利義務	一〇九
第五項	社團法人之解散	一一〇
第六項	社團法人之監督	一一二
第三款	財團法人	一一三
第一項	財團法人之設立	一一三
第二項	財團法人之機關	一一五
第三項	財團法人之解散	一一六
第四項	財團法人之監督	一一六
第四款	外國法人	一一七
第三章	私權之客體	一一九
第一節	總說	一一九
第二節	物之意義	一二一

第三節	物之能力	一一二
第四節	物之種類	一二五
第四章	法律事實與法律上之效力	一三四
第一節	總說	一三四
第二節	權利之發生消滅變更及取得喪失	一三五
第三節	法律事實與行爲	一三九
第四節	意思表示	一四一
第一款	意思表示之意義	一四一
第二款	意思表示之種類	一四三
第三款	意思表示之方法	一四五
第四款	意思表示之解釋	一四六
第五款	意思表示之效力發生時期	一四七
第六款	意思表示之受領能力	一五〇
第五節	法律行爲	一五一

第一款	法律行為之語源	一五一
第二款	法律行為之意義	一五二
第三款	法律行為與訴訟行為	一五三
第四款	法律行為之種類	一五四
第五款	法律行為之一般成立要件	一五九
第六款	法律行為之一般有效要件	一六〇
第一項	總說	一六〇
第二項	行為人須有行為能力	一六一
第三項	內容事項須可能	一六七
第四項	內容事項須可以確定	一六七
第五項	內容事項須合法	一六八
第一目	內容事項須不反於強行法規	一六八
第二目	內容事項須不背於公共秩序或善良風俗	一六九
第六項	意思表示須與真意相一致	一七一

第一目	總說	一七一
第二目	故意之不合	一七二
第三目	偶然之不合	一七五
第七項	意思表示須無瑕疵	一七九
第一目	被詐欺而爲之意思表示	一七九
第二目	被脅迫而爲之意思表示	一八一
第七款	依代理之法律行爲	一八三
第一項	代理之意義	一八四
第二項	代理之效果	一八六
第三項	代理權	一八八
第一目	代理權之性質	一八八
第二目	代理權之發生	一八八
第三目	代理權之範圍	一九〇
第四目	代理權之制限	一九〇

第五目 代理權之消滅

一九二

第四項 代理之變態

一九三

第一目 與有代理權同視之時

一九三

第二目 無權代理之時

一九四

第一段 無權代理人所爲之契約

一九四

第二段 無權代理人所爲或所受之單獨行爲

一九六

第八款 附條件之法律行爲

一九七

第一項 條件之意義

一九七

第二項 條件之種類

一九九

第三項 附條件法律行爲之效力

二〇二

第一目 條件成否未定中法律行爲之效力

二〇二

第二目 條件成就之效力

二〇四

第三目 條件之不成就

二〇六

第九款 附期限之法律行爲

二〇七

第一項	期限之意義	二〇七
第二項	期限之種類	二〇八
第三項	附期限法律行為之效力	二〇九
第一目	期限到來前之效力	二〇九
第二目	期限到來之效力	二〇九
第十款	法律行為之效力	二一〇
第一項	法律行為之有效	二一〇
第二項	法律行為之無效	二一一
第三項	法律行為之撤銷	二一二
第四項	法律行為之效力未定	二一四
第五章	消滅時效	二一五
第一節	總說	二一五
第二節	消滅時效之意義	二二七
第三節	消滅時效之標的	二二八

第四節	消滅時效之期間	二二〇
第五節	消滅時效之效力	二二一
第六節	消滅時效之拋棄及加減期間	二二二
第七節	消滅時效之中斷	二二二
第八節	消滅時效之停止及未完成	二二七
第六章	時	二二八
第七章	權利之行使	二三〇
第一節	總說	二三一
第二節	自衛及自助	二三二

民法要論總則

紹興余棨昌著

緒論

第一章 民法之意義

一 民法一語。淵源於羅馬法之市民法。(jus civile) 市民法者。對於萬民法(jus gentium)而言也。在昔羅馬。其固有之法律。祇限於市民適用之。對於他國之人民。則用合於該人民之習慣法。此種習慣法。遂別成統系。對於其固有之市民法。稱爲萬民法焉。然至羅馬末世。漸失兩法之區別。迄尤斯梯尼阿奴斯皇帝(Justinianus) 蒐集各種法律。纂成一大法典。不復有市民法與萬民法之分。後人因名此法典爲市民法典。(Corpus juris civilis) 又市民法典者。初非限於私法之規定。祇以歐洲中世。諸國因襲羅馬私法。而沿用市民法之名稱。故民法一語。遂一變而專釋爲私法矣。

二 民法一語。有實質及形式二義。實質意義所謂民法者。關於民事之一切法規之謂。而形式意義所謂民法者。國家以法典之形式所制定之民法律律之謂也。前脩訂法律館。因我國自有成文法典以來。皆名爲法。如後所述。故民法法典。名爲民律。以與其他實質意義之民法區別。至爲適當。但立法院未之採用。十八



年五月以後所公布之民法各編。蓋沿日本之例。仍稱爲民法者也。

三 民法法典。其範圍如左。

(一) 民法者。主由私法的規定而成者也。法律依理想的分類。可分爲公法及私法兩種。私法者。規定個人相互間之關係之法律。而公法者。規定國家及其他公團體相互間並其與個人間之關係之法律也。國家及公團體雖亦有受民法支配之時。然其時之國家及公團體。其性質與個人無異。故其受民法之支配。是屬當然。民法既主爲規定個人相互間之關係。故民法概爲私法的規定。然亦非絕無公法的規定。例如關於法人清算人之罰則之規定。(四三條)仍公法的規定也。但此等規定。不過附隨存在於民法之中。故於民法主由私法的規定而成之意義。固無傷也。

(二) 民法者。主由普通法的規定而成者也。法律依理想的分類。可分爲普通法及特別法兩種。普通法者。就於某事項一般適用之法律之謂。而特別法者。就於同一事項所存之特別法律之謂也。故特別法存在之範圍內。普通法雖縮小其適用之範圍。然無障礙之時。仍不妨其適用者也。爲防止民法之適用或補充民法之規定而有特別法。是以特別法者。

(甲) 規定民法未規定之事項也。例如公司、票據、保險、海商等法之多數規定皆是也。

(乙) 規定對於民法原則之例外也。原則者。對於某法律事實定其法律上效果之本則。而例外者。對

於已定原則之法律事實而定其與原則相反之法律上效果之變則也。例如前述公司等法之一部分規定。爲對於民法之例外。

(三) 民法者。主由實體法的規定而成者也。法律依理想的分類。可分爲實體法及程序法。(一名主法助法) 兩種。實體法者。規定個人間權利之實體。換言之。即其權利之存否。性質。及範圍之法律。而程序法者。爲實現此實體上之權利所應爲之程式。換言之。即實現其權利之手段之法律也。民法雖由實體法的規定而成。然亦非絕無關於程序之規定。而民事訴訟法。強制執行法。不動產登記法。戶籍法。提存法。拍賣法等。則主爲程序法的規定者也。民法與其程序法爲一體。始能完成其效用。無程序法之民法。如車之無輪。蓋跬步不能行者也。

第二章 民法之體裁

一 各國民法之體裁有二。(一) 羅馬式。(一名般斯梯其窩內斯式 (institutionssystem)) (二) 德意志式。(一名潘德克屯式 (Pandectensystem)) 是也。

(甲) 羅馬式。羅馬式者。取法於峻由斯 (Gaius) 之法律教科書及尤斯梯尼阿奴斯帝之般斯梯其窩內斯 (institutiones) 法典所爲之分編法也。般斯梯其窩內斯法典共分爲三編。第一編。人事法。第二編。物件法。第三編。訴訟法是也。法國民法即仿此式。第一編。人事法。第二編。財產法。第三編。所有

權取得法。其與殷斯梯其窩內斯法典稍異者。即將訴訟法不列於法典中之一點而已。荷、比、意、西、葡、諸國民法及日本舊民法。皆與法國民法大同小異。蓋均屬於羅馬分編式者也。

(乙) 德意志式。德意志式者。取法於德意志私法學者之著書所爲之分編法也。此分編之特色。一在於債權、物權、親屬、繼承四編之上。冠以總則編。以規定各種法律關係之通則。一在於分財產權爲兩大部分。即債權物權。以辨明其性質。首採此分編方法之法典。則沙克遜 (Sachsen) 民法是也。其後德意志民法及日本民法。皆仿此式。瑞士新民法第一編人事法。第二編親屬法。第三編繼承法。第四編物權法。其外形雖似羅馬式。然其實質則仍採德意志式者也。何哉。蓋瑞士於千八百八十一年所發布之債務法。即與債權編該當之規定故也。

二 民法法典。蓋即仿德意志式所編纂者。全法典共分爲五編。第一編。總則。第二編。債。第三編。物權。第四編。親屬。第五編。繼承是也。

三 民商兩法之應合併。本爲法學界之宿題。惟民商二法合一之後。商法中原有之規定。應如何歸納於民法之中。與民法之分編至有關係。瑞士依其特別之理由。將商法規定之全部。盡收入於債務法中。學理上本有贊議。而民法大體乃仿倣之。不免遺憾者也。

第二章 民法適用之範圍

民法適用之範圍。與其他法律同。可依種種方面觀察之。即（一）關於時之民法適用範圍。（二）關於人之民法適用範圍。（三）關於地之民法適用範圍。（四）關於事之民法適用範圍是也。將其分節說明之於下。

第一節 關於時之民法適用範圍

一 舊法下已確定之事實。應適用新法。抑適用舊法。自羅馬法以來。有一原則以支配之。即所謂法律不溯既往是也。法律不溯既往者。法律不適用於既往之事實。以變更其法律關係之效力之義。何哉。蓋舊法下已確定之法律關係。若能以新法變更之。實有害於社會生活之安寧故也。我民法各編施行法。原則亦採此主義。（民總施一條債施一條物施一條法民二條日舊法例二條參考）

二 法律不溯既往者。法律不適用於既往之事實。以變更其法律關係之效力之謂。如上所述。故其事實。須為發生其法律關係之原因者也是。以新法規定。縱為關於事實之規定。而為法律關係變更或消滅之原因時。則其法律關係。雖成立於舊法時代。而新法亦應適用者也。例如民法施行前成立之債務關係。仍得依民法規定由清償抵銷等事由而消滅之類是。又其規定。若為關於權利之規定時。其尤應適用新法。是不待言。例如民法施行前成立之物權。仍當從民法所定之效力之類是也。

三 又法律不溯既往之原則。不過以之定法律適用之標準。並非立法之制限。故民法施行法。關於某種事項。縱於民法施行前業已發生者。亦令其適用民法之規定。固無妨也。例如民物施六條七條九條之類。

第二節 關於人及關於地之民法適用範圍

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

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

(一) 雖爲自國之領土。然不適用自國之民法也。例如朝鮮爲日本之領土。然不適用日本民法。

(二) 對於在自國領土內之某種人民。不適用自國之民法也。例如日本之樺太島。關於其地之土人相互間之事件。適用從來之習慣。不適用日本民法。(日本明治四十年法律二十五號)

(三) 國際私法之效果。於自國領土內。不適用自國之民法也。國際私法者。於審判涉外的私法關係。定應準據何國法律之國內法也。此種性質之法規。有以單行法定之者。(日本法例)有定之於民法中者。

(法民法)又有定之於民法施行法中者。(德民法施行法)各國之立法雖不一致。然其爲國內法則一也。

第二節 關於事之民法適用範圍

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

第四章 民法之解釋

一 民法之解釋者。定民法法規之意義之謂也。凡法律之解釋。可分爲公解釋(一名法律的解釋)及私解釋(一名學理的解釋)之二種。公解釋者。別以他法律定其法律之意義之謂。而私解釋者。吾人依推論之方法。定法律之意義之謂也。私解釋又可分爲文字解釋及理論解釋。

二 文字解釋者。僅依法條之文字。以定法律之意義之謂。而理論解釋者。搜集可供解釋該法條之一切參考材料。(例如一法條與其法律全體之關係。一法律與其一國法制全體之關係。立法之目的。及社會之實況等)依推論之方法。以定法律之意義之謂也。全離法條之文字。僅依推論方法以解釋固不可。而全捨推論之方法。祇依法條文字以解釋。亦不能也。故此兩種之解釋。不過解釋方法之抽象的分類。具體解釋法條。斷無不兩法併用者也。

三 法律解釋之能事。在探索立法人之真意。欲探索立法人之真意。須置重於理論解釋。固不待言。但爲理論解釋之時。必重視草案案語及議會之議事錄等。以其爲探索立法人真意唯一無二材料。則殊謬。何哉。蓋草案案語及議會議事錄等。雖爲明立法當時之狀況之最好材料。然不能即視爲立法人之意思故也。是以草案按語及議會之議事錄。於爲理論解釋時。初無絕對之效力。

四 解釋法律。必置重於立法之目的。適應乎社會之實況。既如上所述。然專注意於二者。而置法條文字於不顧。則殊不可。何哉。蓋法律之意義。隨社會之發展。時勢之推移。不免生多少之變更。固屬不能否認。但必直以解釋變易其法條。則近於變本加厲矣。夫法律者。手段也。應乎時宜可以改廢者也。夫遇不適宜之法律。不以立法改廢。而以解釋改廢之。必致法文以爲左者。解釋以爲右。法文以爲白者。解釋以爲黑。似此則使人直不知所適從。將有法與無法等矣。

五 與法律解釋似是而非者。則類推適用（比附援引）是也。類推適用者。關於特定事項。法律無直接規定時。應用關於與其類似之事項之規定之謂也。故類推適用。以法律無規定時始發生。因之類推適用者。不得謂之爲法律解釋。法律許此類推適用之根據。則民法第一條之規定是也。關於此。於後本論中再詳論之。

六 關於一事項之法規。可應用於他類似之事項。法律中亦有明定其旨者。即法文中有準用字樣之時是

也。準用者對於適用而言。關於一事項之法規。直用於其事項者。爲適用。用之於其類似之事項者。則爲準用焉。法律明言準用之時。自無更有類推適用之必要。然法律於明言準用之外。固仍許有類推適用者也。
(一條)

第五章 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。則包含於禮制之內。故以法律之形式言之。則發達較遲。魏文侯師李悝。造法經六篇。一、盜法。二、賊法。三、囚法。四、捕法。五、雜法。六、具法。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。就法經加定戶與廩三篇。名爲九章律。其書雖亦散佚無存。而所謂戶律。蓋即今之戶役、婚姻、田宅、錢債等律。爲關於民事之規定。是無庸疑。曹魏作新律十八篇。皆增損漢魏爲二十篇。北齊後周。因革損益。至唐高宗。命長孫無忌等製律十二篇。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、厩庫。六、擅興。七、賊盜。八、鬥訟。九、詐僞。十、雜律。十一、捕亡。十二、斷獄是也。其戶婚中。多關於繼承、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。

二 自唐永徽定律以後。宋元皆因其故。惟明代多有更改。明律初雖亦爲十二篇。然旋更定爲七律。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。酌酌明律。定大清律。名曰

大清律集解附例。清世宗加以修正。都分爲七律四百三十六門。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。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、倉庫、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、門毆、卷二十六、罵詈、卷二十七、誣訟、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、卷三十四、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。是以民國元年臨時大總統特頒明令。認前清法律與民國國體無抵觸者。均認爲有效。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。則在民法未公布施行以前。蓋曾爲有效之法律也。(註)

註 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

第六章 民法編纂之略歷

一 如上所述。我國私法制度。漢以前姑不具論。即自唐迄清。關於戶婚錢債田宅之私法規定。見於律例者。

亦寥寥不過數十條。其不發達。可以想見。前清末紀。經庚子敗衄後。朝野始憬然思變法以自強。故關於法律之改良。亦爲多少之預備。前清光緒二十八年。派沈家本伍廷芳爲修律大臣。其時專注重修訂刑律。於私法尙未着手編纂。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。遂於是年派沈家本英瑞爲修訂法律大臣。設修訂法律館。招致留學歐美東洋畢業學生。分科治事。聘日人松岡義正博士。使其擔任起草民律。至宣統三年。成前三編。而後二編。亦於是年脫稿。即所謂清民律草案是也。

二 法典編纂事業。自民國成立後。附設法典編纂會於法制局。以法制局長兼會長。設纂修八人。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。後又改爲獨立。更名爲修訂法律館。置總裁二人。副總裁二人。纂修若干人。先後充任會長及館長者。爲章宗祥、梁啟超、董康、王寵惠、江庸、羅文幹及余。而參與其脩訂事務者甚多。舉其要者。則石志泉、陸鴻儀、羅文幹、黃石昌、李圻諸人。而余亦曾執筆於民法總則之脩正者也。是以脩訂法律館成立後。各種法典草案。均有訂正。其民法總則一部分之修正案。於十五年十一月公布。令法院作爲事理引用。現在施行之民法總則編。其內容。蓋即就該前後兩草案。略加修改而頒布者也。

第七章 民法上之權利

第一節 權利之意義

一 權利一語。德語本爲雷細特 (Recht) 但雷細特同時亦釋爲法律。故德國學者謂主觀之雷細特爲權利。而客觀之雷細特則爲法律者也。是則雷細特一語。譯爲權利。本不適當。但以我國數千年來。本無與權利相當之觀念。(註) 則無恰當之譯語。而沿用日本之名稱。亦無足怪。因之權利之意義爲何。益有說明之必要矣。

註 日本明治四十二年京都法學會雜誌第一二號日本岡村司博士「權利否定論」及國家協會雜誌

第二十八卷第八號牧野英一博士「法律現象之單位之權利」論文參考

二 關於權利之意義。古來蓋有二說。(一) 意思說。(二) 利益說是也。意思說 (Willenstheorie) 者謂權利者。吾人之意思力也。但此說就於無意思能力之幼童及瘋狂人。其如何能享有權利。殊無正確之說明。而利益說 (Interessentheorie) 者。則謂權利者。法律所保護之利益也。然其不能釋明權利之觀念。亦如後所述。若然則權利之意義。果安在乎。余則爲如下之說明。

三 權利者。法律許吾人正當得爲某行爲之狀態也。事物之狀態。可分爲事實上之狀態及法律上之狀態兩種。事實上之狀態者。吾人以五官可以認識之狀態也。例如晴雨燥濕大小強弱之類是。法律上之狀態者。吾人以法律爲基礎所推論之狀態。祇存在於吾人之意識者也。例如法律許所有人任意處置其所有物之狀態。稱之爲所有權。許貸主向借主索債之狀態。稱之債權之類是也。此種狀態。必吾人以法律爲基

礎。始能認識之。故權利者。由法律而生。無法律亦自無權利。學者有謂權利於法律未有以前既已存在。法律不過承認之者。實謬說也。

四 法律上狀態之以正當得爲某行爲爲內容者。始爲權利也。蓋法律上之狀態甚多。如權利能力。其內容在吸收權利義務。如代理權。其內容在代理人所爲或所受之意思表示直接對於本人生效力。而權利之內容。則在於正當得爲某行爲者也。正當得爲某行爲者。法律許其爲某行爲之義。故吾人自由之行動。（例如吾人日常之起居飲食）與法律無關者。不得爲權利。何也。蓋吾人之得爲此種行動。初無待法律之許可故也。又吾人不得不爲之行動。亦非權利。何也。蓋吾人不得不爲之行動。乃法律之命令（即義務）非法律之許可故也。

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

六 利益之觀念。亦與權利之本質無關也。故甲其有權利而乙收其實益。毫不足奇。例如盲人不能得眺望之利益。然盲人爲地役權人。享有眺望權。固無妨。聾者不能得審音之利益。然聾者享有樂器之所有權。亦固無妨也。

又權利非與利益同消滅者也。故利益雖消滅。權利不必消滅也。例如田地因水患悉變爲鹹地。吾人固失

其收穫之利益。然吾人初非因此即喪失其所有權也。

又法律所保護之利益，非盡得為權利者也。例如依道路警察規則禁止妨害交通，吾人因之固享受交通便利之利益。然吾人就於此要不能主張有何權利也。

第二節 權利之分類

第一款 總說

一 權利可大分之為公權私權二種。公權者，因公法上之許可所生之權利。而私權者，因私法上之許可所生之權利也。民法所規定之權利，原則皆為私權。故以下專就私權之分類說明之。

二 私權之分類者，將一切私權，定其屬於某部類之謂。但私權因其觀察點之不同，得為種種之分類。分款說明之於下。

第二款 私權之分類一

一 第一以私權之客體（即標的）為標準，而定私權之分類，則可分私權為七種，即人格權、物權、債權、親族權、繼承權、無體財產權及社員權是也。

二 人格權（*Personlichkeitsrecht*）者，存於權利人自身上之權利也。此種權利，法律為使吾人維持其獨立之存在而許可吾人有之者也。例如就於自己之姓名，有姓名權（*Namenrecht*）即自己得專用其姓

名而不許他人侵害之權利（一九條德民二二條瑞民二九條）之類是。商人在其商業上所使用之名稱名曰商號。而商人就其商號應有權利。是不待言。惟商號權之性質。應屬於人格權乎。抑應屬財產權乎。學者間不無爭論。然以我國商習慣觀之。應認商號權為姓名權之一種。屬於人格權為宜。

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

四 債權 (Forderungrecht) 者。存於他人之行為上之權利也。於此所謂行為。包括作為及不作為而言。故債權有以他人之作為為標的者。亦有以他人之不作為為標的者。

五 親族權 (Familienrecht) 者。存於有親族關係之人之身上之權利也。例如親權是。

親屬扶養之權利。其性質應屬於親族權。抑應屬於債權。學者間雖不無爭論。然親屬扶養權。顯係以他人之行為為客體之權利。其性質原為一種之債權。不過為立法上之便宜。定之於親屬編中而已。

六 繼承權 (Erbrecht) 者。存於被繼承人之遺產上之權利也。換言之。即繼承權者。繼承被繼承人之遺產之權利也。

七 無體財產權 (Immaterialgüterrecht) 者。存於智能上產出之無體物上之權利也。例如著作權。特許權。商標權之類是。

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

第二款 私權之分類二

一 前款所述。乃以私權客體為標準所為之分類也。但學者於此標準之外。尚有以權利之性質之係對世亦係對人為標準。而分權利為相對權。絕對權。及單純。正當權者。有以權利之性質之是否有金錢之價值為標準。而分權利為人身權。與財產權者。有以權利之性質之是否獨立為標準。而分權利為獨立權。與從屬權者。又以權利之性質之是否專屬於一身為標準。而分權利為專屬權。與可讓權者。分別說明之於下。

二 相對權絕對權及單純正當權。

(1) 相對權 (Relatives Recht) 者。對於特定之一人或數人請求其作為或不作為之權利也。例如債權。社員權是。此種權利。祇對於特定義務人始能主張。故英法學者又名之為對人權。 (Right in Personam)

(2) 絕對權 (Absolutes Recht) 者。對於一般人請求其不作為之權利也。故英法學者又名為對世權。 (Right in rem) (1) 絕對權有存於物上者。學者稱之為物權。例如所有權。地上權是。(2) 絕對權有

存於他人之身上者。例如親權是。(三)絕對權有存於自己之身上者。例如生命身體自由名譽之不可侵權是。此等權利。學者統稱之爲人格權。(四)絕對權有存於無體財產上。例如著作權特許權是。此等權利。學者統稱之爲無體財產權。(五)絕對權又有存於他之權利上者。例如以地上權或永佃權爲標的之抵押權是也。

(3) 單純正當權 (一名單純適法權 *Das bloss rechtseritzende Recht*) 者。僅法律上認其爲某行爲爲正當之權利也。單純正當權之與相對權異者。蓋相對權者。有使特定人負爲某作爲或不作爲之義務。而單純正當權。不過自爲某行爲。法律上認其爲正當而已。他人對之并不負何義務也。又單純正當權之與絕對權異者。蓋絕對權者。法律許其正當得爲某行爲。同時且使世人負不得妨害之義務。而單純正當權者。祇法律認其行爲爲正當。世人對之初不負何義務也。

單純正當權在於生法律上之關係者有之。例如對於無權代理人之行爲之本人承認權。(一七〇條一項) 非婚生子之認領權。(一〇六五條) 之類是。在於變更法律上之關係者有之。例如選擇債務之選擇權。(二〇八條) 滾利爲本之權利。(二〇七條) 之類是。在於消滅法律上之關係者有之。例如撤銷權。(二二四條以下) 抵銷權。(三三四條以下) 解除權。(二五四條以下) 繼承拋棄權。(一一七四條) 及離婚權。(一〇五二條) 之類是也。此外尚有管理權抗辯權。亦皆單純正當權之一種也。

三 人身權與財產權。

- (1) 人身權 (Personenrecht) 者。存於人身上之權利也。例如人格權親族權是。
 - (2) 財產權 (Vermögensrecht) 者。有金錢上之價值之權利也。例如物權債權。通常皆為財產權者也。
- (一九九條二項參考)

四 獨立權與從屬權。

- (1) 獨立權 (Selbständiges Recht) 者。獨立成立之權利也。
- (2) 從屬權 (Nebenrecht) 者。為保障獨立權之效力附屬存在之權利也。

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

五 專屬權與可讓權。

- (1) 專屬權 (Höchstpersönliches Recht) 者。專屬於一身之權利也。例如親權是。
 - (2) 可讓權 (Vertragbares Recht) 者。可以讓與他人之權利也。例如財產權。通常皆為可讓權者也。
- 六 此外尚有分權利為有主權與無主權者。而余所不敢贊同者也。何哉。蓋權利者。在於許人為某行為。故無被許之人。其權利不能存在也。換言之。即權利不能無主體者也。但法律上之現象。權利亦似有無主體而存在之時。例如胎兒之損害賠償請求權及無記名證券拋棄後之狀態是也。

(1) 胎兒就於損害賠償之請求。視為既已出生。似胎兒於出生前即為請求權之主體。而其實非也。何哉。蓋胎兒非人。不得為權利主體故也。(七條參考)若是則其請求權又似無主存在矣。而亦非也。何哉。蓋胎兒於未出生前。其損害賠償請求權初未發生。不過為其請求權發生之必要原因之事實(即其父被害之事實)存在而已。其請求權必待胎兒出生時始發生者也。故胎兒之損害賠償請求權。不能謂其為無主存在也。

(2) 無記名證券之所有人。拋棄其證券之所有權後。而未經他人先占取得之時。其證券上之權利。亦似無主存在。而其實非也。何哉。蓋前主之證券上之權利。因其證券所有權之拋棄。即已消滅。後主因先占取得之權利。乃法律所與之權利。初非前主之權利。故證券拋棄後證券上之權利。亦不能謂為無主存在也。

第四款 私權之分類三

一 依私權之作用。以為私權之分類。則又可大分為三種。(一)私權之主作用。在於支配其權利之客體者。學者稱之為支配權。(二)在於要求他人之行為者。學者稱之為請求權。(三)在於因一方之行為創設、變更、或消滅權利者。學者稱之形成權。分別說明之於下。

二 支配權 (Beherrschungrecht) 者。直接支配權利客體之權利也。例如物權親族權及無體財產權是。

支配權。於支配作用外。同時有於自己之支配範圍內。禁止他人妨害之作用。此種作用。學者有稱之爲禁止權。(Verbotungsrecht)者。但禁止之作用。不能雖支配權而存在。故禁止權。不能認爲一種獨立之權利。

三 請求權 (Anspruchsrecht oder Anspruch) 者。要求他人作爲或不作爲之權利也。請求權之觀念。乃德儒文差特 (Windscheid) 所發明者。於法學上實爲較新之觀念。(Windscheid Pandekten) 德民一九四條參考。請求權者。自文差特以來。多數之學者。皆分爲人的請求權 (Personliche Anspruche) (一名對人請求權) 及物的請求權 (Dingliche Anspruche) (一名物上請求權) 之二種。人的請求權者。由相對權關係所生之請求權之謂。而物的請求權者。由絕對權關係所生之請求權之謂也。前者如債權社員權。後者如物權親族權是也。文差特謂物權當然含有多數之請求權。即請求一般人不得妨害其權利之權利。余甚贊成其說者也。(日本京都市法學會雜誌四卷三號中島玉吉博士「請求權之競合」法學協會雜誌二八卷五號川名兼四郎博士「請求權」論文參考)

關於請求權之性質如何。須分別說明之於下。

(一) 由債權關係所生之人的請求權。與債權自體不能無區別也。多數之學者。皆謂債權中含有人的請求權。然人的請求權非即債權也。例如雷哥斯卑爾哥兒 (Regelsberger) 柯雷兒 (Koller) 恩德曼 (Endmann) (日本法學協會雜誌三五卷九號志田鈿太郎博士「請求權之本質」論文參考) 余亦贊

成此說者也。何哉。蓋請求權與債權非同一物。請求權乃債權之效力故也。（石坂音二郎博士日本民法二九頁參攷）

人的請求權之由社員權關係所生者。亦為社員權效力之一。關於此。於後再詳論之。

(2) 由物權關係所生之物的請求權。與物權自體應有區別。尤不待言。物的請求權者。使物權回復其圓滿之狀態。換言之。即回復物權自身之支配力之請求權也。故此請求權。必物權現在事實上之狀態。非物權圓滿之狀態。即其支配有缺陷時。始發現者也。例如所有人喪失其物之占有。對於占有人請求占有之返還。或所有權因其他方法被妨害之時。對於妨害人請求除去其妨害之請求權是也。至本於所有權被侵害所有之損害賠償請求權。縱合亦由物權所發生。但非以直接回復圓滿狀態。即回復支配力為目的。故仍為人的請求權者也。

物的請求權之由物權以外之其他絕對權關係而生者。例如無體財產權親族權等之請求權是也。此等請求權。亦為其權利受他人之侵害時。為排除其侵害回復其支配力而有者。與物權之請求權同。故亦名為物的請求權。

請求權者。與訴訟法上之訴權（*actio*）有區別也。從來之學者。皆不識此區別。以自己受利益之判決。何。研之為私法上之請求權。實屬誤謬。何哉。蓋自己受利益判決之權利。乃對於國家機關之法院請求者。

非對於相對人被告之請求故也。故訴權乃公權。非私權也。

關於請求權有一附帶研究之問題。則抗辯權是也。抗辯權 (Einrede) 者。對於請求權之反抗權也。換言之。即拒絕其請求之權利也。抗辯權之拒絕相對人請求之給付者。稱之為給付拒絕權 (Leistungsverweigerungsrecht) 其他反對相對人請求之權利。總稱之為反對權 (Gegenrecht)。

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

對於相對人之抗辯權。請求人有再抗辯權 (Replik) 再抗辯權者。對於抗辯權之反抗權也。再抗辯權之性質。與抗辯權無異。

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

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

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

四 形成權 (Gestaltungrecht) 者。因一方之行為。使權利創設、變更、或消滅之權利也。此種權利。從來學者多忽略之。或不以之爲權利。惟奇特兒登 (Ziternann) 分私權爲得爲權 (Darrecht) 要爲權 (Sollrecht) 及能爲權 (Kannrecht, Recht des rechtlichen Könnens) 三種。謂以自由之行為使生有利於己之法律上效力之權利。爲能爲權。(奇特兒登之國際私法論) 賀爾威 (Helling) 亦大體贊成此說。(賀爾威民事訴訟法論) 至色克爾 (Seccer) 研究之結果。遂定名爲形成權 (Gestaltungsrecht) (色克爾柏林法學會紀念論文集) 後之學者。多襲用其名稱焉。

形成權乃學者本具最新之研究所發現者。故關於此種權利之範圍。學者間尙未能有一致之定論。

形成權有在於創設權利者。例如無權代理時之承認權 (一七〇條一項) 及爲第三人爲契約其第三人表示享受利益之意思之權利 (二六九條) 之類是。有在於變更權利者。例如選擇債務之選擇權 (二〇八條以下) 之類是。有在於消滅權利者。例如撤銷權 (一一四條以下) 抵銷權 (三三四條以下) 解除權 (二五四條以下) 及繼承拋棄權 (一一七四條以下) 之類是也。

關於形成權之性質。有謂其爲支配權之一種者。誤也。何哉。蓋形成權無可支配之客體故也。有謂其爲請

求權之一種者。亦誤也。何哉。蓋形成權非請求他人之行爲故也。故形成權者。乃一種獨特之權利也。形成權者。無與其對立之義務也。形成權之行使。由權利人一方之行爲爲之。相對人對之初非負何義務者也。

五 社員權者。一種特別之權利也。社員權。除社員對有社團法人之請求權外。包含社員之表決權、議決權、業務執行權、及監視權者也。此等權利皆從一個之社員權所流出者。不能分離處分者也。關於社員權之性質。於後法人章中。再詳論之。

第八章 民法上之義務

一 義務者。應爲某作爲或不爲某作爲之法律上狀態也。應爲某作爲者。即有須爲其作爲之義務。應不爲某作爲者。即有須不爲其作爲之義務者也。前者稱爲積極之義務。後者稱爲消極之義務。應爲應不爲云者。法律命其爲不爲之意。故與法律上之許可爲正反對者也。

二 公法上之義務。依公法之命令而生。私法上之義務。依私法之命令而生者也。以下言義務者。皆專指私法上之義務而言。

三 有權利必有義務與之對立。昔日學者多主張之。其實非也。蓋權利義務固以對立爲常。然亦有不對立者。如形成權。即有權利而無對立之義務者也。又有義務而無對立之權利者亦有之。如登記義務^上是也。

本論

第一章 法例

第一節 民法之法源及其適用之次序

一 民法之法源者。關於民事適用之私法之淵源也。民法之法源。可大分之爲二種。(一)制定法。(二)非制定法。制定法又可分爲三種。(一)法令。(二)自治法。(三)條約。非制定法則祇有一種。即習慣法是也。

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

法令中。以規定特別民事事項爲目的者。稱之爲民事之特別法令。例如公司法、票據法、保險法、海商法等。皆其最重要者也。

三 於國家制定法之外。公共團體本其自治立法權所制定之自治法。亦民法法源之一也。例如地方自治團體得制定自治規約。其規約中關於民事之規定。亦爲民事適用私法之一。

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

國際條約之得爲國法之法源與否。學者間本有爭論。多數之學者。皆謂條約爲國家間之契約。祇能拘束國家自身。直接對於國民不生效力。非以法令更將其條約之內容規定時。不生國法之效力者也。但最近學者之研究。皆謂條約者。一面爲國際法上之契約。同時他一面而有國法之效力。蓋條約締結權。同時含有國法制定權。以國家之決定意思。祇能有一不能有二之當然結果也。故條約之批准。爲國家意思之決定。條約之交換。爲其意思對於相對國之表示。而其公布。則爲其意思對於國民之表示。是以條約依公布而生國法之拘束力者也。（美濃部達吉博士日本行政法六五頁又法學協會雜誌一九卷七部美濃部達吉博士「條約之國內效力」論文參考）

條約依公布而有國法之效力。如上所述。故能以條約變更法律。自不待言。但條約法能以法律變更之與否。從來學者間頗有爭論。有謂可以變更之者。亦有謂不能變更之者。（美濃部達吉博士日本行政法論參考）而余則主張前說。何哉。蓋以條約既可以變更法律。詎有法律不能變更條約之理。不過以法律變更條約之時。國家對於相對國須負國際法上條約違反之責任。是不待言。

五 非制定法爲民法法源者。即民事習慣法也。習慣法（Gewohnheitsrecht）者。事實上之習慣有法律之效力之謂也。習慣法之成立要件有二。第一須習慣。習慣云者。依同一榜樣繼續遵行之習俗之謂。第二須有法之觀念。法之觀念云者。受其習慣支配之人。信其習慣爲法而守之之謂也。習慣法具備上述二要件。即

爲成立。至其習慣須不背於公共秩序或善良風俗。乃爲當然之事。不能列爲要件。故民法第二條。爲不待言之規定也。

不能不與習慣法成立之要件區別者。即習慣法拘束力之由來是也。學者有謂習慣法之有拘束力由於國家之默認者（國家默認說）有謂習慣法之有拘束力由於國民確信者（國民確信說）兩說爭持。各不相下。然此畢竟因法理上根本之觀念不同。即法律究爲國家之意思抑爲國民之確信之前提之差異所生之爭論。余以爲關於此種法律問題。應委之於法理學之研究。於此實無解決之必要。於此所應注意者。即習慣法之成立要件之問題。與習慣法之效力由來之問題。乃兩個問題。不能將其混同之一點而已。關於習慣法之效力如何。學者亦頗多爭論。在昔學者之通說。皆謂習慣法有變更制定法之效力。然近時之立法多反之。皆極力制限其變更之效力。（奧民一〇條沙民二八條意法例五條德民第一草案二條瑞民一條德舊商一條匈商一條日法例二條）民法第一條曰。民事法律所未規定者。依習慣云者。其蓋表明習慣法。原則對於民法無變更之效力。不過民法無規定時。有補充之效力而已。故習慣法對於制定法之民法。其效力爲弱。自不待言。

習慣法依原則祇有補充之效力。如上所述。但依法令之規定。認其爲有變更之效力。亦無妨也。例如民法中規定有習慣時依其習慣之類是。

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

法院之判決例。學者有稱之爲判例法 (Juristenrecht) 者。夫法院依其本來之性質。原祇能適用法律。不能制定法律。故其判決亦祇能拘束該一定事件。不能拘束他事件。但實際上往往一判決例既定之後。其後遇同樣之事件發生。如無特別反對之理由。必仍下同樣之判決。同一判決。屢經援用之時。人民之間遂生信念而成爲習慣。此即所謂判例法也。故判例法。仍廣義習慣法之一。其所以與一般之習慣法異者。蓋一般之習慣法。淵源於一般人民自己所爲之慣行。而判例法者。乃淵源於法院之判決者也。

六 近世學者有於制定法習慣法之外。尙認自然事理者 (die Natur der Sache) (註) 但所謂自然事理者。非如舊日自然法學者所謂萬古不易之定法。乃隨社會事情之變遷而亦變遷者也。亦非僅由審判官之主觀。乃依一國之歷史道德風俗及其他社會一般狀況所生之結論。而有其客觀獨立之存在者也。蓋制定法之規定。無論如何綿密。不能將社會生活一切事項。皆能網羅無遺。故遇制定法之規定不備。而習慣上裁判上又無先例之時。法官每茫然失其所準據。故學者認事理亦爲民法法源之一者。以此故也。

註 德國學者之主張此說者參照柯雷兒 (Koller) 凌格 (Ring) 民法雜誌三十一卷賀德德 (Hedarna

m) 千九百零六年至零七年民事著述總評日本學者之主張此說者如梅謙博士 (梅博士民法原

理九頁至十二頁）美濃部達吉博士（美濃部博士日本行政法八十頁至八十五頁）山口瀧一博士（山口博士國際私法論三十六頁至三十七頁）等是

近世法典之規定。認事理爲法源之一者甚多。而立言則不一致。如德民法第一草案第一條。法律無規定之事項。準用其類似事項之規定。無類似事項之規定。適用法規精神所生之原則。意大利法例第二條第二項。與德民草案第一條同。奧國民法第七條。無類推法規之時。應熟思審省。依自然之法則以判斷之。瑞士民法第一條第二項。本法未規定者。審判官依習慣法裁判之。無習慣法時。依自居於立法者之地位。所應行制定之法規。裁判之。日本明治八年第百零三號布告。『裁判事務心得』無明文者。依習慣。無習慣者。依條理。皆是也。

民法第一條。民事。法律未規定者。依習慣。無習慣者。依法理云云。蓋即仿上述各國立法例所設之規定也。惟法理二字之意義如何。學者有解爲即前述之自然事理。與民律草案所謂條理無異者。（參考陳瑾昆君著民法通義總則一六及一七頁）但如斯解釋。全置法條文字於不顧。殊難認爲適當。余則以法理者。應解爲從法律全體精神所生之原理之義。（參考松本丞治博士註釋民法全書一九頁）故所謂法理者。仍不外法律自身。不能獨立。有其存在而爲民法之法源者也。

如上所述。事理者。有其獨立之存在。故別於法律獨立而爲民法之法源。而法理者。則以法律爲前提。不有

獨立之存在。故不能爲民法之法源者也。究之，皆爲立法者預想法規不備時，予法官以裁判之準據。不得已所設之規定。而自法官不能以法無明文拒絕裁判之原理之反面觀之。實爲不待言之規定者也。且規定之結果。轉生疑義。故以立法論。仍以不規定爲宜。（參考松本丞治博士註釋民法全書二〇頁）

七 據上論斷。則關於民事應適用法規之次序。應如左列。

(一) 特別民事法令。

(二) 民法。

(三) 習慣法。

(四) 法理是也。

第二節 法律行爲之方式及解釋

一 法律行爲之方式者。法律行爲之意思表示所使用之方法之謂也。近世各國之立法。法律行爲以不要式爲原則。故意思表示所使用之方法。任之當事人自由選定者也。但例外之時。法律亦有限定其意思表示須以文字爲之者。或并須以如何文字爲之者。（參照日民一〇六七至一〇七〇條）此所謂法定要式之法律行爲是也。

二 某種法律行爲。爲法定要式之法律行爲。及其行爲應用如何之方式。應讓之民法各編及其他特別法

之規定。但民法關於一般法定要式法律行為之方式。於法例中設有一條規定。即依法律之規定。有使用文字之必要者。得不由本人自寫。但必須親自簽名。如有用印章代簽名者。其蓋章與簽名生同等之效力。又如以指印十字或其他符號代簽名者。在文件上經二人簽名證明。亦與簽名生同等之效力是也。(三條)將此規定分析說明之。即

(一) 依法律規定。須以文字為表示之法律行為。其文字得不由本人自書。但須親自簽名。

(二) 簽名原則須親筆為之。但例外之時。

(1) 以印章代簽名者。其蓋章與簽名同。

(2) 以捺指印。或畫十字。又或用其他符號(例如畫花押等)以代簽名者。則須有二人簽名證明。始能發生效力者也。

三 法律行為之解釋者。確定法律行為之意義之謂也。確定法律行為之意義時。務須探求當事人之真意。不能拘泥其所用之言語文字。即或其所用之語言文字自身有抵觸時。亦應依種種證據。以定其何者為真。不能為盡一之斷定。此民事訴訟法所謂自由探證之原則是也。但法律亦有時為免本人舉證之困難。而保交易之安全起見。遇有此種衝突情形。而定其應以何者為準者。(參考民法四條)此則原則之例外。法院遇有此等規定情形時。則不復追究當事人之真意為何如。即直依法律規定以為判定者也。

四 民法關於法律行為之解釋，亦以探求當事人之真意為主（九八條參考）惟過意思表示自身有抵觸時，設有二條規定以解決之。即

（一）關於一定之數量，同時以文字及號碼表示，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定其何者為當事人之原意，應以文字為準。（四條）

（二）關於一定之數量，以文字或號碼為數處之表示而不合時，如法院不能決定其何者為當事人之原意，應以最低額為準。（五條）

五 如上所述，民法第三條至第五條，皆為關於意思表示之規定，其規定實質之當否，姑置勿論，即以形式言之，此等規定，自應列於法律行為章中，而定於法例章中，則殊不宜也。

第二章 私權之主體 (Rechtsobjekt)

第一節 總說

一 私權必須有主體，然後有所附麗。故私權主體者，私權所附麗之主之謂也。私權所附麗之主為何？曰人而已矣。法律上所謂人者，非專指自然人而言，自然人以外之物，其能吸收權利義務者，亦謂之人。故法律上所謂人者，即能吸收權利義務之主體之謂也。此種吸收權利義務之能力，為一種法律上之狀態。學者名之為權利能力。故人者，又即有權利能力之主體之謂也。在昔羅馬，縱處人類而法律不賦與以權利能

力者有之。自今日法律上觀念言之。則此種人類。即不得謂之爲人。如奴隸是。但近世法律。在一方面。則凡屬人類均賦與以權利能力。故人類皆得爲權利主體。而在他方面。則得爲權利主體者。又不限於個人。即個人以外之人類團體。法律亦賦與以權利能力而得爲權利主體。如法人是也。

二 如上所述。得爲權利之主體者。爲自然人及法人矣。此二者。皆依法律獲有權利能力。即獲有法律上之人格。故法律上皆稱之爲人。然世俗之慣例。言人者皆專指自然人而言。民法間亦照此義用之。故民法中人之意義。可分爲二種。(一)廣義之人。包自然人及法人而言。(二)狹義之人。則對於法人。專指自然人而言。

三 依法律獲有權利能力。不獨限於個人。個人以外之人類團體。法律賦與以權利能力者有之。如上所述。但法律與個人以權利能力也。則以其係人類之故。是以有係屬人類之單純事實發生後。法律即賦與之。而與法人以權利能力也則不然。必先定一定之條件。有適合其條件之事實發生後。法律始賦與之。此兩者獲有權利能力之不同也。因此不同。故法人權利能力之範圍。因其種類得設種種制限。而自然人則以平等享有爲原則。不因其身分、宗教、性別、年齡、而有差異也。換言之。即自然人者。於私法上得爲各種權利之主體者也。

四 人之權利能力。不能由自己自由拋棄或自由制限者也。故人不得自鬻其身爲奴隸。蓋人之享有私權。

爲關於公之秩序之規定故也。

五 不能與權利能力相混者。則行爲能力是也。行爲能力者。爲能生法律上效果之行爲之能力之謂。行爲能力可分爲二種。(一)法律行爲能力。(二)不法行爲能力。法律行爲能力與權利能力雖有關係。然初非常相聯屬。故無行爲能力而有權利能力者有之。如嬰兒及瘋人是。無權利能力而有行爲能力者亦有之。如羅馬法之奴隸是也。

第二節 自然人 (Natürliche Personen)

第一款 權利能力 (Rechtsfähigkeit)

第一項 權利能力之終始

第一目 總說

一 人類既以均有權利能力爲原則。所應研究者。惟權利能力於何時始。何時終而已。人類之權利能力。法律因其爲人類之一事實發生後。即賦與之。故人類之始期。即爲其權利能力之始期。乃當然之結論。民法第六條人之權利能力。始於出生云者。即此意也。(六條)但出生之意義如何。由來爭論多端。茲就所信爲正常者。以解釋出生之意義。則須具有左列二要件。

(一) 分娩。胎兒在母腹中與母體未分離間。不得爲出生。故出生云者。須由母體分娩獨立生存之謂也。小兒臍帶。據晚近醫學家之研究。謂與獨立生存之條件無關。故臍帶之未斷。無害其爲出生。又分娩之本於自然。抑出於人工。在所不問。

(二) 生活。胎兒須保持其生命而誕生。始爲出生。但保持其生命時間之長短。則非所問。

二人之取得人格之先後。於法律上至有關係。故孿生子之長幼。應以明文規定。以免爭執。民律草案依我國歷來之習慣。以出生之先後定其長幼。(舊草七條)民法雖未設規定。而解釋上蓋亦相同者也。

三人類之權利能力。既以人類之始期爲其始期。則人類之權利能力。亦自應以人類之終期爲其終期。死亡者。人類之終期也。故死亡者。亦即人類權利能力之終期也。換言之。即人類之權利能力。因死亡而消滅者也。權利能力之始期。各國民法皆以明文規定。而權利能力之終期。則多不設規定。蓋以人類之死亡。爲權利能力消滅之原因。是屬自明之理。無規定之必要故也。但我國歷來法制。則正與之相反。即每有於人死後。仍認其人格存在者。(例如追贈官爵及戮尸之類)故爲免誤解起見。自仍以有明文規定爲宜。(六條)

四 人之喪失人格(即死亡)之先後。亦於法律上有重大關係。故同時遭遇危難之人。其死亡時期之後先。亦應有明文規定。以免爭執。民法即仿德民法之例。對於同時遭難之人。推定其爲同時死亡者也。(一一

條德民二〇條)

五 人之出生及死亡。爲其權利發生消滅之根據。故出生及死亡之事實並其時期。於法律上有重要之關係。欲主張其權利之人。必須有以證明之。但舉證之事。頗屬困難。是以各國爲證明之便利起見。凡關於生死之事。皆使其呈報於戶籍吏。由戶籍吏記載於戶籍簿。以備爲將來之證據者也。

第二目 胎兒 (Fetustracht)

一 人必出生而後始能有權利能力。得爲權利主體。如上所述。於此有一亟須研究之問題。則胎兒是也。胎兒當未出生前。爲母體之一部。不能獨立生存。其不得爲權利主體。本屬當然。法律有預計胎兒將來之利益。特行保護之者。其保護胎兒利益之方法。各國立法例不一。有以胎兒將來出生爲條件。直視爲權利主體者。有於出生後。始溯及既往。使其取得其權利者。理論上雖以後說爲較妥。但我民法則採前說者也。又保護胎兒利益之範圍。各國立法例亦不一。有用概括規定。凡關於胎兒之利益。概視爲既生者。有於應保護胎兒利益之處。特行規定者。概括規定。失之太寬。易滋流弊。學者非之。(富井政章博士民法原論一一八頁)故以特行規定爲宜。民律草案。蓋採後說。而民法則採前說者也。(七條舊草二條)又民法本條「關於其個人利益之保護」云云。用語亦欠允當。

二 關於未懷胎兒 (Nondum concepti) 多數立法例皆不予以保護。但舊律之解釋。於有特別情形之時。

即未懷胎兒之利益。亦予保護者也。(現行律戶役門立嫡子違法條例第二參考)德民亦同。(德民三三一條二一〇一條二二〇六條二二〇九條二二六二條二二七八條參考)

第三目 死亡宣告 (Todeserklärung)

第一段 總說

一 失蹤者。去其向來之住所或居所而生死不明之謂。故失蹤云者。(一)須有離去其住所或居所之事實。既有此事實。其有復歸之意思與否。在所不問。(二)須生死不明。即離去其住所或居所後。音信毫無。存亡無從查悉是也。

二 對於生死不明經過一定期間之失蹤人。應如何處置。在昔羅馬法。毫無規定。即至近世各國關於此之立法例。亦不一致。有取失蹤宣告之制度者。有取死亡宣告之制度者。前者名爲法國失蹤制。後者名爲德國失蹤制。

依法國制。分生死不明之時期爲三期。第一期。使其人受失蹤之推定也。失蹤推定者。依利害關係人之聲請。於法院爲之者也。生死不明人受失蹤之推定後。如其財產須人管理時。則由法院爲之設管理人。以保護其財產。蓋在此期內。仍推定其人爲生存故也。第二期。使其人受失蹤之宣告也。失蹤宣告者。依推定繼承人之請求。於法院爲之者也。失蹤宣告之時期。若失蹤人曾定有管理人者。爲失蹤推定十年後。若失蹤

人未曾定有管理人者。爲失蹤推定四年後。生死不明人受失蹤之宣告後。則令其推定繼承人假占有其財產。蓋在此期間內。與其推定失蹤人生存。無寧推定其死亡。故不保護失蹤人之利益。而保護繼承人之利益者也。第三期。即推定其人爲死亡也。法律上雖無死亡之宣告。然發生與死亡宣告同一之效力。詳言之。即失蹤人於其受失蹤宣告三十年後。或假定其生存已達百歲之時。則因前舉假占有人之請求。確定其占有。蓋至此時期。則專保護繼承人等之利益矣。此法國失蹤制之大略也。

依德國制。則失蹤人之生死不明。經過一定期間後。對之即爲死亡之宣告。失蹤人受死亡之宣告。於其判決內確定之時日。推定其爲死亡。(德民一三條一八條)所謂經過一定期間者。普通則自其失蹤之日起。算經過十年。但失蹤人於其失蹤時已達七十歲者。則經過五年即可。然於特別災難時。如戰爭海難等失蹤者。則另有經過之期間。其期間較普通期間爲短。(德民一五條至一七條)此德國制之大略也。

二 如上所述。兩制之區別。在法國制。則不經宣告。即生與死亡相當之效力。而在德國制。則須經宣告後。始生與死亡相同之效力。民法爲使私法關係易於確定起見。故採用德國制。對於生死不明之失蹤人。經過一定期間後。使之受法院之宣告。推定其爲死亡。其宣告依公示催告程序爲之。(八條德民一三條日民

三〇條)

第二段 死亡宣告之法定期間

一 死亡之宣告。在法律上即有推定其為死亡之重大效力。故對於生死不明之失踪人。必須經過法定期間後。始得宣告其為死亡。民法規定宣告死亡之時期。計有二種。(一)普通時期。(二)特別時期是也。

(甲) 普通期間。凡失踪人之生死不明已滿十年者。得為死亡宣告。(八條一項)此十年期間。從失踪之日。即所謂最後消息之日起算。又此期間。依各國之立法例。多因失踪人年齡之老幼而有伸縮。即失踪人為未成年人者。須達於成年。始得為死亡宣告。(參考舊草四條二項德民一四條一項但書)而失踪人為七十歲以上之老年時。得於滿五年後。即為死亡宣告。民法於後者。亦有同樣之規定。而於前者則未採取。權衡上自欠允當。(八條二項參考舊草四條三項德民一四條二項)

(乙) 特別期間。凡遭遇特別災難。例如地震、火災、海難等。自失踪後滿三年生死不明者。得為死亡宣告。(八條三項)此三年期間。從遭遇災難之日起算。不因危難之種類而有差異者也。(舊草四條五項參考)

二 普通之失踪。其生死不明之期間。須經過十年。始能為死亡宣告。而因特別災難之失踪。則將其期間縮短為三年者。蓋以既遭非常之災難。則死亡時居多故也。

第三段 死亡宣告之程序

一 生死不明之失踪人。經過法定期間後。須宣告其死亡。此宣告專屬於失踪人之住所地之第一審法院

管轄（民訴五八七條）但法院不得以職權宣告死亡。須有利害關係人之聲請始得爲之。（八條）凡爲死亡宣告之聲請者。須表明其聲請原因之事實及其證據方法。（民訴五八八條）法院收受此聲請後。須先爲公示催告。其公示催告。中須記明左列事項（民訴五八九條）

（一）失蹤人應於公示催告期間內。陳報其尙生存。如不陳報。即宣告死亡。

（二）凡知失蹤人之生死者。應於公示催告期間內。將其所知陳報法院。

公示催告之期間。爲六個月以上。（民訴五九〇條一項）但失蹤人滿百歲者。其期間祇須兩個月即可。（民訴五九〇條三項）蓋人生能達百歲者甚稀。已達百歲之失蹤人。可推定爲已死者居多。故縮短其公示催告期間。而令其法律關係從速確定焉。

公示催告。由法院書記官以職權黏貼其正本於牌示處。並須登載全文於公報或新聞紙。（民訴五九〇條一項）但失蹤人已達百歲者。祇須黏貼公告於牌示處。不必再登載官報及新聞紙。蓋失蹤人已達百歲。則可推定其已死者居多。故不必再爲無益之程序也。（民訴五九〇條二項）

二 法院一面爲公示催告。一面應以職權調查失蹤人生死情形。其調查費用。若聲請人不能預納時。應由國庫墊付。（民訴五九二條準用五六三條）蓋死亡之宣告。有重大之效力。若不使法院能以職權調查。而令國庫墊付其費用。則必至調查不詳。而有以生存人爲死亡之虞。是不可不防也。

三 失踪人於公示催告期間內爲生存之陳報。而聲請人不認其事實。即聲請人主張其陳報生存人係假冒者。則至失踪人與陳報人是否同爲一人之判決確定爲止。須中止其公示催告程序。蓋既有此事實之爭執。則應停止其以前之程序。先解決之。亦理之當然也。（民訴五九三條）

第四段 死亡宣告之效果及其發生之時期

一 公示催告期間屆滿後。法院以職權調查失踪人生死之結果。若認其爲死亡者。應以判決爲死亡之宣告。失踪人受死亡宣告後。即推定其爲死亡。（九條一項）

二 死亡宣告。既有上述之重大效果。故確定其效果發生之時期。洵法律上一重要之問題。關於此問題。從來原有三種法制。第一主義。以裁判宣告之日或其宣告確定之日爲死亡之時期。第二主義。於法律上不定死亡之時期。以之爲事實問題。任審判官之自由認定。第三主義。以死亡宣告必要期間屆滿之時。爲其死亡之時期。此三主義雖各有短長。不能爲絕對之斷定。然其間固有優劣。不得不稍論之。而並及民法所採之主義焉。

三 依第一主義。死亡時期以裁判宣告之明確事實爲標準。故於實際上甚形便利。但因利害關係人之意思或裁判進行之遲速。得伸縮其宣告時期。以左右其繼承及其他權利。其爲害實大。且以理論上言之。必達於一定之期間。始許其聲請死亡宣告者。蓋以其既達於此時期。可推定其爲死亡故也。若於此之後。又

以宣告定其死亡之時期。是又認宣告爲有創設的效力。於理亦殊不合（奧民及德民第一草案皆採此主義）第二主義，則與第一主義正相反對。即於法律上不定死亡之時期。而以之爲證據問題。任審判官自由認定以判斷之。但聲請宣告失踪人死亡之時。皆以不能明其事實之眞象者居多。必令審判官尋一明確憑證。以爲判決之根據。於實際頗覺困難。（法民一三〇條意民三四條四一條比民一一九條）第三主義，鑒於前兩主義之缺點。故以法定期間屆滿之日。爲其死亡之時期。此立法主義。雖不致因聲請人之意思或裁判進行之遲速。有伸縮期間左右權利之弊。然理論上亦實有不可通之處。故立法欲採此主義時。要不能不加以多少之變更。民律草案關於死亡宣告發生效力之時期。規定爲（一）在第四條第一項至第三項情形。以得爲死亡宣告之日。爲判決內確定死亡之時期。而（二）在第四條第三項情形。則以遭遇災難之日。爲判決內確定死亡之時期。理論上較爲適合。但民法則不問其爲普通失踪。抑爲特別災難之失踪。皆以其所定得爲死亡宣告期間最後日終止之時。爲死亡宣告發生效力之時者也。（九條二項）

四 以上所述。皆無由查悉其死亡時日而爲死亡時期之推定也。故若有反證之時。即調查結果。得悉眞正死亡之時日與推定不符時。自應另定其死亡效力發生之時日。而不適用此推定。是不待言（九條二項但書）

五 失踪人受死亡之宣告者。自判決內確定之時起。即推定其爲死亡。此死亡宣告之效力。與自然死亡所

生之效力同。即法律關係凡因死亡而發生者。至是亦發生。法律關係凡因死亡而消滅者。至是亦消滅也。且死亡宣告之效力。非但對於受死亡宣告人與爲死亡宣告之聲請人發生。乃對於一切利害關係人皆發生者也。

六 死亡宣告之判決。雖生推定死亡之效力。然既云推定。則不得與真正之事實相對抗。故受死亡宣告之人。若一旦生還。自應喪失其效力。是不待言。關於此。於後死亡宣告撤銷節中。再詳論之。

第五段 死亡宣告之撤銷

一 死亡宣告之撤銷者。法院因本人及利害關係人之起訴。認爲撤銷原因存在時。以判決撤銷其已發生效力之死亡宣告之判決也。死亡宣告之撤銷原因。計有三種。(民訴五九七條)

(一) 經宣告死亡之人尙生存。

(二) 確定死亡日時之不當。

(三) 有民事訴訟法第五百十八條第二項情形。

二 受死亡宣告之人如並未死亡。自無令死亡宣告之效力仍舊存在之理。則爲保護其利益。當然應許其撤銷。又確定死亡之日時不當。及有民事訴訟法第五百十八條第二項情形之一。例如未爲公示催告之布告或未依法爲布告。而令錯誤宣告之效力依舊存在。亦實有害於利害關係人之利益。故亦應許其撤銷。

銷更正者也。

三 撤銷死亡宣告之訴。屬於管轄死亡宣告之原法院管轄。(民訴五一八條二項)又此撤銷之訴。應於死亡宣告之判決後三十日之不變期間內提起之。(民訴五一九條)但其訴若本於失踪人生存之原因者。不適用之。蓋生存之事實。於不變期間經過後始發見者甚多。不能因此而禁止不允其提起也。(民訴五九七條後段)

四 撤銷死亡宣告或更正死亡時之判決。生絕對之效力並生溯及之效力者也。所謂生絕對之效力者。即其效力不祇及於當事人。即對於第三人亦生效力。所謂生溯及之效力者。即撤銷之效力非從撤銷時始發生。乃追溯宣告時即發生也。但此原則若絕對適用。則法律關係轉有紛雜之虞。法律為保護利害關係人而設此死亡宣告之制度。乃因有此制度反使利害關係人常陷於不利益之地位。則法律之精神始終不能貫徹。故法律對於此原則。又特設二種之例外。(民訴六〇〇條)

(一) 撤銷或更正判決確定前以善意而為之行爲。其效力不變。例如受死亡宣告人之妻。與人再婚。確係善意之時。則其婚姻於死亡宣告撤銷後仍有效力是也。所謂以善意而為之行爲者。當事人一方為善意即可乎。抑雙方皆須善意乎。學者間頗有爭論。余則解為必須雙方善意始可。(富井政章博士民法原論一八二頁參考土方寧博士民法講義則取反對說)

(二) 因死亡宣告而取得財產人。若因撤銷或更正判決而失其權利者。惟就現受之利益。負歸還之義務。例如因繼承而取得財產者。若其財產現尚存在。則悉數歸還之。若已耗去其財產之一部。則祇將其賸餘財產還付即可。蓋於此時必絕對使其發生溯及之效力。令繼承人將其財產之全部照舊歸還。則未免失之太刻故也。

第二項 權利能力之範圍

一 如上所述。人類之權利能力。既以平等為原則。則人之權利能力所能吸收之權利義務。原則亦應無差等者也。但對於此原則。不能不有例外。即有某種人之權利能力。認為常不適於吸收某種之權利義務焉。

(一) 因男女之別所生之例外也。例如男子始得享有夫權。女子不得享有之類是。

(二) 因內外國人之差異所生之例外也。古昔時代。各國多異視外人。非但公法上之權利不與外國人享有。即私法上之權利。亦不輕與之。此證諸羅馬市民法。已可想見者也。然世界文明日進。交通日便。因之與外國人之交際增加。而岐視外人之念亦遂漸減退。故外國人之權利能力。亦漸次趨於擴張之傾向焉。

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

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

(二) 相互主義。此主義又可分為二。

(甲) 法律相互主義。此主義即外國人之本國依法律與我國人以私權者。我國對於其外國人。亦照與之也。(例如奧瑞)

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

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

以上三主義。以理論上言之。自以平等主義為最當。何哉。蓋公權者。關係於國家之生存。私權者。不過於個人生存上有關係而已。國家不以公權與外國人者。蓋恐與外國人以公權。則有危及國家生存之虞。非故靳而不與也。若私權則不然。私權不過關於其個人之生存。若亦吝而不與。則將有害其生存矣。故採用平等主義。於理論上實屬至當之立法也。

三 惟是一切私權。若使外國人皆得享有。於國家利益亦不無多少抵觸之處。此現在各國立法。雖以平等主義為原則。而不能不設二三例外者。以此故也。如中國銀行之股東權。不許外國人享有。即其一例。

四 外國人法律上之地位。應取平等主義。如上所述。則外國人之意義如何。亦有說明之必要。外國人者。非

民國人之自然人也。故外國法人不得謂之爲外國人。又民國者人何。民國人者。具有民國國籍法所定之條件之自然人也。外國人者。既爲非民國人之自然人。故外國人又可分爲二種。(一)有外國國籍之人。(二)無國籍之人。無國籍之人亦稱爲外國人者。蓋以其非民國人之一點。與有國籍之外國人同也。

第二款 行爲能力 (Geschäftsfähigkeit)

第一項 總說

一 行爲能力 (Handlungsfähigkeit) 者。爲能生法律上效果之行爲之能力及行爲能力可分爲二種。(一)法律行爲能力。(二)不法行爲能力。前已略述之矣。然此指廣義之行爲能力而言也。狹義之行爲能力。則專指法律行爲能力。不包不法行爲能力在內。於此所欲說明者。即狹義之行爲能力。而廣義行爲能力之一種之所謂不法行爲能力者。於後再詳論之。

二 狹義之行爲能力。即法律行爲能力者。得因自己之行爲。而取得權利或擔負義務之法律上之狀態也。行爲能力與權利能力不可混同。權利能力者。指爲權利或義務之主體之資格而言。而行爲能力者。指得親自爲取得權利或擔負義務之行爲之資格而言。得爲權利人或義務人與否之問題。爲關於權利能力之問題。得爲取得權利或擔負義務之行爲與否之問題。爲關於行爲能力之問題。故有權利能力之人。未必即有行爲能力。如嬰兒及瘋人。雖無行爲能力。然不失其爲有權利能力也。

三 行爲能力又與意思能力 (Willensfähigkeit) 不可混同也。蓋意思者。爲法律行爲之要素。欠缺意思能力之行爲。不得謂之爲行爲。故其行爲無論出於何人。其行爲當然爲無效。是以無意思能力之人。謂其亦無行爲能力。固屬當然之結論。然無行爲能力之人。謂其即無意思能力則不可。何哉。蓋如七歲未滿之未成年及禁治產人。雖無行爲能力。不能謂其無意思能力。因彼等之行爲。固常儼然有意思故也。意思能力與行爲能力區別之要點。蓋一爲人之精神上之狀態。一爲法律上之狀態。一爲事實上之問題。一爲法律上之問題故也。

四 行爲能力之有無。爲區別法律行爲有效無效之一大原因。故關於行爲能力。東西各國民法多特設規定。(德民一〇四條至一一五條。日民三條至二〇條)又民法關於行爲能力之規定。皆爲強行之規定。不許當事人以意思表示變更者也。

第二項 未成年 (minderjährig)

第一目 成年年齡 (Aetas maior, volljährigkeit)

一 夫人之智識與年俱進。必達於一定年齡。始有合理判斷事物之能力。故未達一定年齡之人。獨斷而爲行爲。往往有不能鄭重思考。而有害自己利益之時。此各國成年制度之所由起也。我國古禮。有與成年制度相當之制。即冠笄是也。禮記云。己冠而字之。成人之道也。五經要義云。冠。嘉禮也。冠。首服也。首服既加。而

後人道備。又禮記云。二十曰弱冠。是男子冠禮既行。即爲成人。至女子則以加笄之禮。爲成人之表示。周制云。女子許嫁。笄而禮之。稱字。公羊傳云。婦人許嫁笄而字之。死則以成人之喪理之。雜記云。女子雖未許嫁。年二十而笄。是女子亦以二十歲爲成人。不過未至二十而許嫁之時。則因許嫁即爲成人者也。即在舊律亦然。現行律戶役立嫡子違法門載。但所故之人。業已成立。應爲立後。又云。其尋常天亡未婚之人。不得概爲立後。其成立二字下。雖未註明年齡。但係對於天亡而言。則毫無爭論。孔穎達註曲禮二十曰弱冠云。十九以下爲處。身有德行。幼爲大夫。則不待二十而冠。是二十歲即爲成立。亦爲當然之解釋。况前清戶部則例繼嗣門載。子雖未婚。業已成立。當差年逾二十身故者。亦准立繼。則成立本爲禮制之冠笄。尤無疑義者也。

我國於冠笄以外。尙有成丁之制。漢初有戶口之賦。其算賦之標準。以人年十五以上至五十六。出賦錢。人百二十爲一算。元帝時。貢禹請民年二十乃算。是時雖有算賦之年齡。尙無成丁之名稱。至晉始定丁年之制。以男子年十六以上至六十爲正丁。十五以下至十二。六十一以上至六十五。爲次丁。十二以下六十六以上爲老小。不事。宋孝武時。定十五至十六爲半丁。十七爲全丁。隋文帝頒新令。男女三歲以下爲黃。十歲以下爲小。十七歲以下爲中。十八以上爲丁。以從課役。六十爲老。乃免。開皇三年。令人以二十一歲爲丁。楊帝時以二十二爲丁。唐制。民始生爲黃。四歲爲小。十六爲中。二十一爲丁。六十爲老。天寶十三年。更令民十

八以上爲中男。二十三以上爲丁。代宗之時。男二十五爲丁。五十五爲老。宋乾德二年。令男夫二十爲丁。六十爲老。女口不預。太宗雍熙元年。令浙江湖廣輸丁錢。以二十爲丁。六十爲老。前清入關之初。編查人丁。三年一次。民年六十以上開除。十六以上增註。由是觀之。成丁之制。專爲公法上賦役徵免之標準。與私法上成年之制度。毫無關係。然世人每誤以成丁爲成年。而學者亦有謂冠笄爲禮制上之成年。而成丁爲法律上之成年。且謂成丁制度非僅爲賦役之標準。實與行爲能力有關。(註)是蓋未明中國禮與法之關係。其意見不免陷於謬誤也。

註 法學會雜誌第一卷第五號陳君宗蕃「民法上未成年之制度」論文冠笄爲禮制上之成年而成丁則爲法律上之成年（中略）或謂成丁之制度僅爲賦課及兵役之標準而與行爲能力無關係實則不然宋孝武時王敬宏上言謂舊制八年十二半役十六全役當以十二以上自能營公及私故以充役云云是充役之年齡仍以自能營公及私爲標準者也

二 自羅馬法以來。各國之民法雖皆有成年制度。然以若干歲爲成年。則其揆不一。有以二十五歲爲成年者。（如西、丹、那、葡）有以二十四歲爲成年者。（如奧、匈）有以二十三歲爲成年者。（如荷蘭）有以二十一歲爲成年者。（如英、法、德、比）有以二十歲爲成年者。（如瑞、日）成年之年齡。各國如此差異者。以規定成年之年齡。須以人類之智能爲標準。而人類智能之發育。乃因人種、氣候、風土、文化等而有差異。則規定成年之

年齡。自不能無遲速之別。民法斟酌本國之習慣。參照多數之立法例。規定滿二十歲為成年者也。(一二條)

三 成年年齡之起算點。有從出生之日起算者。有從出生之時起算者。為計算之便利起見。自以從出生之日起算為宜。民法即採此計算法者也。(二二四條)

四 嚴守成年年齡。以定其行為能力之有無。於未成年者亦有頗多不利之時。故各國立法例。(一)有取對於與成年年齡相近之未成年者。得以一定條件之下。宣告其成年。名為宣告成年制者。(Voljahrebeilegung)(例如德民三條)(二)有認已達結婚年齡之未成年者。得因結婚而成為成年人。(Hirat mündig)(例如德民三條)(三)有兼採兩制者。(例如瑞民一四條二項及一五條)(四)亦有兩制皆不採取而別定救濟方法者(例如日民五條六條)而我民法則取第二主義而兼採第四主義者也。(一三條三項八四條八五條)

第二目 未成年人之能力

如上所述。分成年與未成年而定其能力之異同。古今各國之立法例雖同出一轍。而未成年中又附以階級。則各國立法。殊不一致。有取階段制度者。有取無階段制度者。如羅馬法及德國民法。取階段制。以滿二十五歲以成年。未滿二十五歲之未成年中。區分為三段。無論男女。皆以七歲未滿為一



段。男子七歲以上十四歲未滿。女子七歲以上十二歲未滿。爲第二段。男子十四歲以上至二十五歲。女子十二歲以上至二十五歲。爲第三段。德國民法以滿二十一歲爲成年。未滿二十一歲之未成年中。不論其爲男爲女。皆區分爲二段。即七歲未滿之幼童與滿七歲以上之未成年人是也。至於法蘭西意大利民法及日本民法。則取無階段制度。祇設成年與未成年之區別。而於未成年中不復再設段落。夫人之智識與年俱進。幼稚時之智識與稍長時之智識既逐漸不同。則法律規定其行為能力。亦自應隨之而異。故階段制度於理論上極合。民法即採階段制度者也。

二 民法仿德國民法之例。分未成年爲二段。即（一）未滿七歲之未成年人（二）滿七歲以上之未成年人是也。未滿七歲之未成年人。以其意思能力非常薄弱。故認其爲無行為能力。而滿七歲以上之未成年人。則以其意思能力較爲發達。故認爲限制有行為能力（二三條一項二項）至未成年人。應如何代替或補充其能力之處。於後法律行爲章中。再詳論之。

第三項 禁治產人 (Entmündigter)

第一目 禁治產 Entmündigung 之意義及宣告

一人因精神障礙或一定之性癖。致缺合理判斷事物之能力。若仍令其自爲行爲。必致常蒙損害。且事後每易發生爭執。而判別亦感困難。此宣告禁治產制度之所由設也。禁治產者。禁止其自治產之謂。詳言之。

即禁止其就於財產獨斷自爲法律行爲之謂也。自羅馬法以來各國立法例。關於禁治產。有採禁治產與準禁治產兩制者。(如法民法日本民法)有採禁治產一制者(如德瑞民法)究其實不過名稱之差異。而實質則並無不同。我民法關於禁治產。蓋仿德瑞民法之例。取禁治產一制。故禁治產人云者。即依法定之條件受禁治產宣告之人之謂也。

三 禁治產之原因。依各國立法例。可大分爲二種。即(一)由於精神之障礙。(二)由於一定之性癖。前者又可分而爲二。(一)精神病。(Geistkrankheit) (1) 精神耗弱。(Geistschwache) 後者又可分而爲三。(一)濫費。(二)酗酒。及(三)行止不檢是也。德民六條瑞民三六九及三七〇條日民七條一條。惟以上各種情形。必爲比較長久而非暫時之狀況。始可宣告其爲禁治產。若爲一時的無繼續性者。不能爲禁治產之原因者也。

四 民法規定禁治產之原因有二。即(一)心神喪失。(二)精神耗弱是也。(一四條一項)心神喪失者。因癡癲癩騷等病症。常致精神錯亂失其識別能力(即合理判斷事務之能力)之謂。(失心症)反之精神耗弱者。並非無識別能力。不過因其精神之不健康。以致其識別能力比之常人。不免遲鈍而已。惟二者之程度。均須致不能處理自己事務。且須比較長久而非暫時之狀況。始能爲禁治產之原因。與上述各國立法例同者也。

一定之性癖。就中尤以濫費。應以之爲禁治產原因之一。限制其行爲能力。是不獨一般立法例爲然。即微之我國習慣。亦復如是。誠以濫費成爲性癖之人。若聽其濫費。必致喪盡家財。非特陷一己於困窮。而其家施亦或因之受累。法律有保護之必要故也。但我民法不以之爲禁治產原因。不免疏漏。

五 得爲禁治產宣告聲請之人。各國民法皆以明文規定其範圍。蓋以聲請禁治產。出於自己仁慈之心者。往往有之。故各國民法。皆一面限於與聲請人有密切關係之人。始使其有聲請之權利。一面使法院得以審查情形而決斷之。不必盡容其請求也。我民法亦然。民法定得爲禁治產宣告聲請之人有三。即（一）本人。（二）配偶。（三）最近親屬二人。而禁治產之宣告。亦須於法院爲之者也。（一四條一項）第一、使本人得爲聲請者。蓋心神喪失人於回復本心時。有設法保護自己利益之必要故也。其次使配偶得爲聲請者。蓋以利害關係至密切者莫如配偶。實爲保護其利益最適當之人故也。又其次使最近親屬得爲聲請而限以二人者。蓋一以保護被聲請人。一以防濫行聲請之弊故也。

關於禁治產宣告之管轄法院及其聲請等程序。爲關於人事訴訟之規定者也。我民事訴訟則將其定於該法之特別訴訟程序中焉。（民訴參考）

第二目 禁治產宣告之效力

一 禁治產宣告之第一效力。即受禁治產宣告之人。爲無行爲能力人也。（一五條）依德瑞民法。禁治產之

效力因禁治產原因之不同而異。在德國民法。因精神病即有心神喪失之常狀被宣告禁治產者。爲無行為能力人。(德民一〇四條三款)而因其餘原因被宣告禁治產者。則僅爲限制行為能力人者也。瑞士民法亦大體相同。(瑞民一七條一九條)但我民法則均以之爲無行為能力。立法上不無可爭議之處。何哉。蓋心神喪失與精神耗弱。其爲性質之差異。抑爲程度之差異。學者間雖不無爭論。但其兩者之意思能力。既顯有不同。斯其行為能力即不能不設區別。乃理之當然故也。

二 禁治產宣告之第二效力。即爲禁治產人設置監護人是也。蓋禁治產人因其精神之障礙。全失識別能力。或其識別能力不同於常人。故一面令其因宣告而爲無行為能力人。不許其自爲法律行為。而他一面則爲之設置監護人。令其代禁治產人爲法律行為。以保護其利益者也。(七六條)但因精神耗弱被宣告禁治產之人。並非全無識別能力。如上所述。此種禁治產人。亦必令其監護人代爲法律行為。則不免失之過慮。且實際上於禁治產人轉多不利。敢斷言也。(德民一一四條瑞民一九條參考)

第三目 禁治產宣告之撤銷

一 禁治產宣告撤銷之要件。即(一)其原因事實之消滅。及(二)有聲請宣告權人之聲請是也。此二要件具備。法院應即撤銷其宣告。(一四條二項)蓋禁治產必由裁判宣告始生效力。故於其原因事實消滅時。欲撤銷之。亦自應依裁判宣告之程序爲之。是屬理之當然。又能聲請宣告禁治產之人。皆爲能聲請撤銷

禁治產宣告之人。亦法文上當然之解釋也。

二 禁治產宣告撤銷之效力。即禁治產人成爲完全有行爲能力人是也。

三 民法上禁治產宣告之撤銷。與民事訴訟法上禁治產宣告之撤銷（民訴五七一條以下）有區別也。前者之撤銷。係將一度已有效發生之宣告效力。使其向將來消滅（創設的效力）故宣告後撤銷前。禁治產人自爲之行爲常無效。而監護人代爲之行爲爲有效。而後者之撤銷則反之。後者之撤銷。乃因不服禁治產宣告之訴。認前宣告之裁定爲無理由而撤銷之。故撤銷之結果。與未爲宣告同（認定的效力）因之撤銷前禁治產人自爲之行爲應爲有效（民訴五七八條後段）而監護人代爲之行爲轉爲無效者也。不過法律爲保護第三人起見。特別定明在撤銷宣告前監護人所爲之行爲。不因撤銷而失其效力而已。（民訴五七八條前段）

第二款 責任能力 (Deliktfähigkeit)

一 廣義之不法行爲。亦可分爲二種。(一)違法行爲。(二)侵權行爲是也。違法行爲者。即因違背法令喪失其私權之行爲。其責任能力。皆規定於關係之各條文中。至於侵權行爲（狹義之不法行爲）則爲侵害他人之權利應負損害賠償責任之行爲。其責任能力。各國立法例。亦有規定於侵權行爲章者。然體例上終以規定於總則編爲宜。但民法則仍沿舊例者也。

二 責任能力者。就於侵權行為。應任法律上之責之法律上狀態也。對於侵害他人權利之行為。必有法律上之效果。即必有法律上之制裁。擔負此法律上之制裁。謂之責任。為侵權行為之人。擔負此法律上制裁之資格。謂之責任能力。應任侵權行為之責任與否。以責任能力之有無為斷。有責任能力人所為之加害行為。本人應任其責。無責任能力人所為之加害行為。本人可不任其責。而責任能力之有無。又以有無識別其行為之法律上效果之能力為準。有識別力者。為有責任能力。無識別力者。為無責任能力。凡人皆以有責任能力為原則。故因故意或過失。而侵害他人之權利者。就於侵權行為。須負其責。故意者。認識其行為之責任。而敢為其行為之決意之謂。過失者。因不注意而缺事實之認識之謂也。過失雖以不知為其本質。然構成過失之一定行為及其他之事實。亦不能全不認識。換言之。即知其事實之一部。而不知其他一部。此過失與故意之別也。

三 凡人固皆以有責任能力為原則。然不能不有例外。例外者。即不負責任。無責任能力是也。關於責任能力之有無。依德民法以年齡智能兩者為標準。(德民八二七條八二八條舊章一四條一五條參考)而我民法。則專以智能為標準者也。(一八七條一項四項)

第四款 人格權之保護

一 人格權 (Persönlichkeitsrecht) 者。於權利人自身上所存之權利也。關於此種權利。法律上認為權利

與否。各國之立法殊不一致。有於民法法典中認人格權者。有於民法法典中不認人格權者。前者如德意志民法。後者如日本民法是也。德國民法之認人格權之顯著者。則姓名權是也。(德民一二條)至於人關於其生命、身體、自由、名譽等。亦有私權與否。雖在德國學者間。亦甚有爭論。故關於德國民法第八百二十三條之解釋。有謂此種雖係法律所保護之人生財產。(Lebensgut) 然人就於此要不能有權利之存在。(例如廓扎克、布郎克、恩德、登恩、內克、冊魯斯等) 有謂此種財產。即為法律所保護。則人就於此即有權利也。例如德倫布爾、亨等) 兩派互相爭持。各有理由。然以愚意言之。則以前說為較當。何也。蓋循覽德國民法。不能得其為權利之根據故也。(恩內克、冊魯斯、德民法論一六四頁參考) 而日本民法。則即姓名權亦未是認。但關於其民法第七百九條及第七百十條規定之解釋。學者亦爭論紛紛。莫衷一是。如松木丞治博士則解釋其為承認人格權之根據。(註釋民法全書第一卷第五四頁) 而川名兼四郎博士則反對之。川名博士曰。民法第七百九條。規定因故意或過失侵害他人之權利者。為不法行為。須負損害賠償之責。而第七百十條。則規定為雖侵害他人之生命、身體、名譽等。亦認其為不法行為。而使其負責任。是以論者遂謂侵害吾人之生命、身體、名譽。與侵害吾人之財產等為不法行為。故即等為民法第七百九條所謂權利之侵害。因之認吾人就於自己之生命、身體、名譽等亦有權利。但此乃皮相之見也。民法第七百十條。不過規定侵害生命、身體、名譽等。亦須與侵害權利同負損害賠償責任而已。決非就於生命、身體、名譽等。

認其爲有權利之成立也。吾人之生命、身體、名譽等。不但依民法第七百九條以下之規定而受保護。並依刑法侵害此種標的物者。構成殺人、傷害、誹毀等罪。而科加害人以刑罰。則吾人之生命、身體、名譽等亦因之受保護。夫權利固必需有法律之保護。然法律所保護者。不能皆謂爲權利也。是以權利可謂爲由法律之保護而生。而法律所保護者皆權利。實謬說也。故日本民法無論從何方面觀之。皆不能認其認人格權之存在也。云云。解釋日本民法。余亦贊成川名博士之說。

二 至我民法。則顯然是認人格權之存在。故關於其保護方法。於總則編中特設規定。以期實際之便利而免學者之爭訟。民法所規定之人格權及其保護方法。說明之於下。

(一) 權利能力及行爲能力不得拋棄也。(一六條)蓋人若得將其權利能力及行爲能力之全部或一部拋棄之時。其人格必受缺損。故權利能力及行爲能力之拋棄。特以法律禁止之。所以均強弱而杜侵陵也。如人不得自鬻其身爲奴隸。即其一例。

(二) 自由不得拋棄及制限也。(一七條)吾人於法律內享受自由。乃吾人之權利。故人若將其自由由地棄之。則其人格必受缺損。是以法律特禁止之。以免強侵弱之弊。又吾人之自由。固非絕對不可以吾人自己之意思加以制限。但其制限若至違背公共秩序或善良風俗之程度時。則亦爲法律所不許。蓋此雖無損其人格。而有害於公益故也。例如人無故令他人將其自己監禁。爲法律所不許也。

(三) 人格權受侵害者。得請求除去其侵害。且依法律規定請求損害賠償或撫卹金也。(一八條)人格權受侵害者。即人之生命、身體、名譽、自由等受侵害之謂也。此等權利受侵害之時。其第一救濟之方法。即得向加害人請求除去其侵害。但此等權利雖無金錢上之價值。然被害人因此而間接受金錢上之損失或其他不利益者。往往有之。故法律許被害人於請求除去侵害之外。且得請求損害賠償或慰撫金焉。

(四) 姓名權之保護也。(一九條)姓名認爲人格權之一種。法律特設規定以保護之。自德國民法始。民法亦仿效之。關於姓名權特設規定。即姓名權受侵害時。得請求除去其侵害。並請求損害賠償。蓋姓名之使用。若被他人妨害時。則其權利即不能保全。故法律定爲得請求除去其侵害並得請求損害賠償。乃當然之理也。

民律草案依德國民法之規定。於姓名權有被侵害之處時。得提起預防侵害之訴。請求法院禁止之。(舊草二〇條德民一二條)蓋以姓名權有被侵害之虞。爲使其權利安全計。亦有使其提起預防侵害之訴並請求損害賠償之擔保之必要故也。但民法則未採用此規定。

第五款 住所 (Wohnsitz)

一 人類之生活。必於一定之土地。而利用此人類與土地之關係。以定法律上之關係。實古今中外所共認

之立法政策。此等人與地之關係。依各國立法例。概別爲現在地居所營業所及住所之四種。現在地者。吾人現在置身之處所。居所者。一時寄寓之處所。營業所者。特爲營業而居住之處所。而住所者。則以久住之意思於一定地域居住之處所也。故住所必須有久住之意思與久住之事實。但所謂有久住之意思者。指有繼續住居其處所之意思而言。故即一時離去其處所。仍有歸回其處所之意思者。亦爲有久住之意思。所謂有久住之事實者。亦非毫無間斷。即一時離去其處所。而有時常歸回其處所之事實者。亦爲有久住之事實者也。民法第二十條第一項曰。以久住之意思而住於一定之地域內者。卽爲設定住所於該地。云者。卽此意也。(二〇條一項德民七條日民二二條)

二 吾人同時得有數個之住所乎。關於此問題。各國立法殊不一致。有許一人同時得有二以上之住所者。(德民七條二項)有認一人祇應有一住所。不許同時有二住所者。(如英法日)以實際上言之。一人同時有數個之住所。其法律關係易致紛雜錯亂。而不便實甚。故民法規定一人同時不得有兩住所。以明示住所以一處爲限者也。(二〇條二項)

三 住所一任吾人之意思自由設定。故吾人欲設定住所於某地域內。祇須於某地域內有久住之意思與久住之事實即足。他非所問。各國立法例。雖亦有須以其地爲生活根據始得爲住所者。(如日本民法)而我國民法則不採取者也。設定住所之行爲。並非法律行爲。故設定住所之人。有因其住所而生法律上教

力之希望與否。非所問也。但設定住所之行為。雖非法律行為。然為適法行為之一種。故其行為能力。應準用民法關於法律行為能力之規定者也。

四 對於任意住所。則法定住所是也。法定住所者。不問當事人之意思如何。而法律特別指定其住所之謂也。例如子應以父母之住所為住所。妻應以夫之住所為住所之類是。(德民九條至一一條。瑞民二五條。清民草四六條。四七條參考。)民法關於法定住所。亦設有一條規定。即無行為能力人及限制行為能力人。以其法定代理人之住所為住所是也。(二一條)但法定代理人如為未成年人禁治產人之父母或其直系尊屬時。則此條規定雖與各國立法例之主義不同。尙屬不無理由。如為此等人以外之人時。亦強求成年人或禁治產人必以其住所為住所。則事實及理論上均覺其不當也。

五 住所既許吾人自由設定。故亦得自由廢止或變更之。是屬當然之理。廢止者。消滅其現在住所並不設定新住所之謂。凡以廢止之意思而離去其住所者。即為廢止住所。故雖有廢止住所之意思而不實行。或雖離去其住所而無廢止之意思。(即仍有歸還之意思)均不為廢止住所也。變更者。廢止舊住所同時即設定新住所之謂。即住所之移轉也。(二四條)

六 住所無從查考或在中國無住所者。則以其居所視為住所。(二三條)蓋不如是則不能受因住所而生之法律上效果故也。但因國際私法之規定須依住所地法者。則不能以其無住所於中國。即以居所視為

住所。而適用中國之法令。蓋不如是。則有背於國際私法一般之原則故也。(二二條二款但書)

七 當事人住所遠隔於實際上不便時。使其選定與住所同一效力之臨時住所。始為適宜。臨時住所者。即因特定行為而選定暫時之住所之謂也。住所關於一切法律行為為有效力。而臨時住所則關於特定之法律行為始有效力。此兩者之區別也。所謂特定行為者。例如清償債務及訴訟行為之類是。(二三條)八 住所之效果者。即因住所而生之法律上效果也。因住所而生法律上之效果。計有多種。略舉如下。

(甲) 民法上之效果。凡清償債務。須於債權人之住所為之。(三一四條二項)又繼承須於被繼承人之住所地開始等。皆民法上之效果也。

(乙) 特別法上之效果。如關於票據行為等。

(丙) 訴訟法上之效果。住所者。定法院土地管轄之標準也。即住所所在何處。則其普通審判籍即在何處也。(民訴二條)

(丁) 國際私法上之效果。凡國際私法之法則。應依據本國法者。若當事人為無國籍。則以住所之地法律為本國法。又依國際私法之法則。關於某種事件。不依據本國法而專依據住所地法者亦有之。以上所述。皆其效果之昭著者也。其他如住所為歸化之要件。(國籍法)住所與破產之關係(破產法)等。亦皆住所之效果也。

九 於此有附帶研究之問題。即所謂籍貫是也。古者人必於隸某戶。戶必屬於某籍。所謂籍者。即記載戶口之簡書也。戶有驛、民、軍、宦、醫、卜、工、樂、諸色之分。籍亦有原籍、客籍、本籍、附籍、各種之別。凡人口之編定。賦役之徵收。皆惟戶籍是賴。是以籍者。自個人之方面言之。蓋即其人之生活根據地之住所也。但其後賦役制度變革。戶籍亦漸失其效用。益以人民之遷徙日多。遂致各人之籍貫與其實際之住所多不相符。而籍貫在法律上要別於住所而另有其效用。(如前清之考試及民國之法官迴避等)民律草案認有特別規定之必要。故仿瑞士民法之例。於住所後設有關於籍貫之規定。(舊草二五條二六條)而民法則刪除之焉。

第二節 法人 (Juristische Personen)

第一款 總說

第一項 法人之沿革

一 非自然人而有人格者。則法人是也。法人之發達。實為近世社會之一現象。羅馬昔日雖有類似法人之名稱。然祇指法人之一部。而非指法人之全體。故在羅馬。謂法人制度尙未發達。亦無不可。(註一)我國數千年來。法律上雖不能發見有類似法人之制度。然事實上法人現象之存在。則無庸疑。例如書院會館等。大半皆具有法人之性質。固甚顯然者也。(註二)

註一 日本戶水寬人博士羅馬法講義人之法第二章法人者不具人體而為權利義務之主體者也近

世法律雖有法人之名稱而在羅馬不過僅有與其類似之名稱且其名稱亦僅指法人之一部而非總括法人之全體但羅馬無法人名稱不能謂其無法人之實體故余不問羅馬法法人名稱之有無而就羅馬法法人之實體如何說明之於下羅馬法之法人可以分爲數種第一國庫第二地方自治團體第三寺院第四合夥是也

註二 前大理院民國二年上字第二三八號判決凡法人之設立有自由設立主義特許主義準則主義之區別其採用準則主義者法律中特規定法人成立一定之準則必合乎法定準則者法律始認其成立然此亦祇對於法律施行後新設立之法人爲然若於法律施行前曾經認爲成立者則依法律不溯既往之原則仍不得不設例外之規定此關於法人有明文規定之國家之常例至於無明文規定之國家雖否於法律上容認法人之成立本屬待決問題惟法人之存在本爲社會上自然發生之組織體社會因種種之必要而發生特種之現象國家惟有制定法則謀所以規範之斷無根本上加以否認之理故各法律并無認許及限制明文而在事實上別於個人有應獨立享權利負義務能方之人類集合體或財產固定體當然不能不以爲法人而認許其存在

二 近世法人之制度之所以發達之理由。蓋因社會文明之進步。一則國民富於公共心。而期公益事業之永久。一則以經濟上之必要。欲成規模較大之事業。不能不有成大事業之手段。此近世以公益目的之法

人及以營利目的之法人之所以日增也。

三 如上所述。法人之發達。實近世社會之一現象。故歐洲無論何國之法律。關於法人之規定。均不甚完備者。蓋以其發達尚屬幼稚故也。如法國民法。無直接關於法人之規定。不過關於特種事項。間接認其存在而已。（法民五三七條六一八條九一〇條）。法法系之日本舊民法。關於法人之規定。亦僅有一條。（日舊民人事編五條）法國大多數之學者。皆謂以公益爲目的之法人爲公法人。原不屬於民法之範圍。故民法無此規定。亦非缺點。但此實謬見也。何哉。蓋公益法人與公法人。其性質迥異。公法人者。因國家之公務而存在。而公益法人者。則屬於私之事業。因個人而設立維持者也。雖公益法人。其目的在於公益。故國家須定其設立之要件。而於設立之後。且於一定之限度內監督其事業。然不能援此則謂之爲公法人而令其屬於公法。是固無庸疑者也。

四 以法國民法爲模範之歐洲諸國法典。關於法人之規定。亦極不備。但前世紀之下半期。各種之法人物典。諸國迫於實際之必要。關於法人亦設若干之規定。例如意大利民法（二條）比利時民法草案（五三一條至五五四條）及西班牙民法（三五條至三九條）等皆是也。即法國近數十年來。關於法人之法律案。亦從軍調查矣。

五 關於法人之規定比較完備者。則屬於德法系之諸國法典。例如德國民法（二一條至八九條）瑞士民

法(五二條至八九條)日本民法(三三條至八四條)是也。我民法仿德日之例。關於法人之規定甚詳。而取法日本者爲多尤焉。(二五條至六五條)

第二項 法人之性質

一 如前節所講。關於法人之規定。諸國法律皆未臻美備。故關於法人之學說。亦不能與其他私法事項同樣進步。其中尤以關於法人之性質。即法人人格之基礎如何。諸說紛紛。莫衷一是。大分之約有三說。

(1) 假設說(Fictionstheorie) 此說謂法律者本爲自然人而設。故惟自然人始有人格。捨自然人外。原不應有人格。然以社會生活之必要。捨自然人外不能有人格。於實際上殊屬不便。故法律以假設方法。創造一種人格。此創設之人格者。即法人是也。換言之。法人者。即法律反於自然之狀態所假設之人也。即非自然人。法律視之等於自然人。而使其得以獨立爲權利義務之主體也。此說淵源於羅馬。至近世法學泰斗沙微尼(Savigny)先生極力主張之。一時風靡歐洲。幾爲法界之定說。迨至今日。其說猶有一部分之勢力。但何故人格必限於自然人始能有之。主張假設說之學者。皆謂權利爲意思力。非有意思作用之人。不得爲權利主體。故本來得爲權利主體者。唯人(自然人)而已矣。但法律可以以其高能力。將無意思之物作爲有意思。故非人而法律可令其爲人。此由法律所作成之人。即法人是也。沙微尼曰。權利主體(人格者)之觀念。原與人之觀念等。故惟自然人始能有權利能力而已。但法者。一面可以

限制之對於人。亦可以剝奪其權利能力之一部或全部。而於他一面亦可以擴張之。對於人以外之物。亦可以使其有權利能力。即法者。可以作成法律上之人格者也。此單純由法律假設之權利主體。即所謂法人是也。云云。沙氏此等說明。其中實含有不可掩之矛盾。何也。蓋使如沙氏所言。意思非人。不能有。則其當然之結果。自非人不能有權利能力。非人不得為權利主體。故人以外之物。縱以法律假想其為有意思。又何能真有意思哉。此沙氏之說不免自相衝突者也。駁假設說之構思最巧設譬最妙者。莫若布靈刺(B. Ling)布氏曰。無意思之物作為有意思。名之為人格者。如欲掛衣於壁而無掛衣之衣釘。假作為有釘而掛之者然。其理之不通。有不待言者。蓋無論法律如何萬能。如何強力。決不能由無生有。變女為男故也。

(二) 不存在說(Agationstheorie) 此說全然否認法人之存在者也。法人者由法律假設之人之思想。其難以維持。既如上所述。故多數之學者全然不認法人之存在。不認其為權利主體。亦無足怪。惟是無論於公法於私法。除各個人以外人類之團體。亦視為獨立之權利主體。與各個人受同等之待遇。實為不可掩之事實。如欲否認此法人思想。則對於此現象。即不能不有適當之說明。屬於此派學者之中。解此現象。各持一說。如布靈刺謂法人之本質。不外為某目的所存之無主財產而已。(無主財產說)(Eigentie der subjektlosen Vermögens) 伊靈格(Heering)亦不認法人之存在。曰。所謂法人之權利。其實不

過因此而受利益之各個人之權利而已。換言之。即受益人之全體。乃真權利主體也。(受益人主體法) (Beneficiary Theorie) 而薛爾德 (Holler) 於最近之著書『自然人及法人論』中。亦不認法人為權利主體。謂權利主體必實在之人始可。其視為法人之權利者。實不過擔負其職務之人之權利而已。(管理人主體說) (Amstheorie) 例如君主國家。其君主官吏等。乃其真正之權利主體也。賓德兒 (Binde) 亦主張此說。此外學說尚多。不遑枚舉。而尤以法國學說者。中否認法人之存在者為最多焉。

(三) 實在說 (Realistheorie) 此說謂法人者。並非由法之假設而成。多數人類之團體。其自身有其獨立生活之目的。有其意思能力。蓋為實在之事實。不容疑者。法律不過承認此實在之事實。使其為權利主體而已。又何庸假設哉。

二 第一第二兩說。皆羅馬法法學者所主張。而第三說。則淵源於德意志固有法。而為德國有法法學者所主張者也。第十九世紀中葉。卑則拉兒 (Bader) 已略論之。至近世籍兒克 (Crick) 以其最新之研究。於其所著『德意志團體法』及其他『德意志私法』等書中。將其意見公之於世。其後贊成其說者日多。迄至今日。幾成一般之通說矣。茲將籍氏德意志私法論中其說之概要。摘述於下。籍氏先批評法人名稱之不當。而以團體人三字 (Verbandsperson) 代之。籍氏曰。若法人解為法律上之人。則毫無意義。何也。蓋謂法人為由法所作成之人。欲以之與自然人區別。實屬大謬。以法人者。亦非法律所作成之人故也。云云。蓋彼

視團體人與個人等爲完全實在之人。等有意思。等有行爲能力者也。

所謂法人實在說之要旨。已略如上述。然今日不以其說爲然者。雖亦不勸。而余則以此說爲唯一至當之見解。何也。蓋以法之假設不能解明法人之觀念。如上所述。然全否認法人存在之說。亦祇見個人之存在。不察人類團體之存在。是亦何能免人非難哉。夫法國固爲人類利益而存。權利亦係爲人類之利益而法認之。故得爲權利主體者。原不出於人類之外。固無容疑。然所謂人類。不必專指個人而言。法所保護之利益。雖當歸於人類。然不能謂必某個人爲其利益之主體也。人之生命有限。其智力亦有限。人類生存之目的。斷非一個人以其獨力所能達。多數之人類。互相結合。以其共同之力。成共同之事業。或一人死後。其子孫繼其事業。以成其志。於是人類之利益始能達焉。如斯多數相結合。或子孫相繼。以成共同之事業。此多數人於其共通目的限度之內。爲一共同體。各個人於其自己利益之外。又有此共同體之共同利益。但爲其共同利益主體者。則並非其各個人。乃其共同體也。人類如斯組織團體以相生活。爲人類社會中實在之事實。無論何人不能否認者。法人者。不外據此實在之事實。法律認其爲權利主體而已。此決非假設。是何待言。夫假設以無爲有之謂。不以實在之現象爲基礎。純然架空之思想也。以人類之團體爲人格者。雖屬抽象思想之結果。然爲其基礎者。實爲實在之現象。而非假設之思想也。關於此點。自然人與法人。其理全無以異。各個人亦非當然得爲人格者也。各個人爲一目的而生存。以達此目的之故而活動。是誠

自然之事實。然此敢謂其不獨限於人類。即其他動物。亦何莫不然。人之所以異於動物而得有人格者。以法律認其實在之事實而保護之故也。人類互相結合。組織共同團體。其團體有其共同之目的。於其目的範圍內有其獨立之生存。為達其目的有其完全之活動。亦何莫非實在之事實乎。法人者。不外此實在之現象。經法律承認而保護之。故與自然人等為人格者也。

三 以上所述。乃法人有機體實在說（*Organischelastheorie*）也。學者又有謂法人非如自然人之真有意思。乃因其有組織足以發表其意思而達其目的。故法律亦賦與以人格。是以法人之實在。非有機體實在。而為組織體實在也。（*Organisationstheorie*）殊不知法律所謂意思者。不能僅從生理學及心理學上觀察之。應從社會學上觀察者也。換言之。即法人者。有其一定之目的。為達其目的有其一定之活動。蓋與自然人無異。故在社會學上視之。不失其為有機的生活體者也。固之法人之實在。仍可謂為有機體之實在者也。且探組織體說之時。每謂自然人為具體的實在。而法人為抽象的實在。尤易與假說說相混。故余所不取也。

第三項 法人之分類

一 法人先大別之為二種。（一）公法人。（二）私法人是也。

（一）公法人。公法人者。國家及其他為國家公共之事務所存立之法人之謂也。例如地方自治團體

是。公法人之得爲私權主體。雖與私法人無異。然其本來之目的。則在於國家之事務。故關於此種法人之規則。皆於公法中定之。而尤於行政法規中定之。不屬於民法之範圍。

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

二 關於私法人之種類。因其觀察點之不同。可爲種種之分類。

(一) 社團法人與財團法人。

(甲) 社團法人。社團法人 (Verein) 者。以營共同事業爲目的所結合之團體。而其結合分子之人。即爲其團體員之謂也。民法關於社團法人。雖不定其人之最低限。然解釋上必須有二人以上之人。始能設立社團法人。是不待言。

(乙) 財團法人。關於財團法人 (Stiftung) 舊日之學者皆謂財團法人爲由財產集合所成之法人。其說殊謬。何哉。蓋法人者。皆爲人類之目的而存在。故財團法人亦必爲人類而存在。是不待言。但財團法人者。於法人成立後。祇其捐助之目的存在。而其捐助者即組成其團體之人。常隱而不現。在法律上。直不能指出其團體員之爲何人。此財團法人與社團法人區別之點也。(歐脫麥葉兒) Otto

Mayer (德國行政法論美濃部博士譯第四卷三四九葉以下美濃部達吉博士著日本行政法第二

卷五九〇頁以下)

(二) 公益法人與非公益法人。

(甲) 公益法人。公益者。一般社會公共之利益之謂也。如祭祀、宗教、慈善、學術等是。以一般社會公益爲目的之法人。始爲公益法人 (Tatbarer Verein) 故以一族一黨一黨之公共利益爲目的之法人如祠堂義塾等。不得謂之爲公益法人也。

(乙) 非公益法人。非公益法人者。即不以一般社會公益爲目的之法人之謂也。故不獨營利法人如公司之爲非公益法人。即以社員娛樂爲目的之俱樂部等。亦爲非公益法人也。

(三) 營利法人與非營利法人。

(甲) 營利法人。以是否營利爲目的而爲法人之分類。原始於德國民法。而兩者區別之標準何在。在德國學者間即有兩說。有謂營利法人 (Geschäftsverein) 者。謂法人經營營利事業之意。有謂營利法人者。不僅須經營營利事業。尤須分配其所得之利益於社員。始得謂之爲營利法人。兩說爭執。雖互相理由。然余則取後說者也。

(乙) 非營利法人。以營利爲目的者。謂以利益分配於社員爲目的。如上所述。故非營利法人者。即不以利益分配社員之一切法人之謂也。故不獨以祭祀、宗教、慈善、學術及其他一般社會之公益爲

目的之法人爲非營利法人。即以社員之娛樂爲目的之法人如俱樂部等亦爲非營利法人也。

三 日本民法以公益法人與營利法人相對待。實屬不當。蓋不以公益爲目的之法人。未必皆以營利爲目的。而非營利法人。其目的亦未必盡爲公益故也。又各國立法例。財團法人皆須以公益爲目的。學者頗有認爲不當者。(參考川名兼四郎博士日本民法總論)蓋財團法人性質上不容有營利之目的。自屬當然。而謂必須以公益爲目的。實屬不妥。且以立法論。法律認非公益財團法人之存在。於實際上頗多便宜。故民律草案就於以上二點。均採用最新學說以爲規定。(參考舊章二七條至二九條)民法就於後者雖未採取。而就於前者。則採用最新主義者也。

第四項 法人之設立

一 關於法人之設立。有四種法制。(一)特許主義。(二)放任主義。(三)許可主義。(四)準則主義是也。

(一) 特許主義。特許主義(Ordnung)者。每設立一法人必須制定法律或須經國家元首之許可之謂。此主義往時曾盛行。現在如法國。仍原則以大總統之許可爲法人設立之要件者也。

(二) 放任主義。放任主義(System der freien Körperschaftsbildung)者。任其自由設立之謂也。故又名爲自由設立主義。每設立一法人。必須定一法律或須經國家元首之許可。於公益事業之發達。實屬不便。故近世立法。多傾向於放任主義。

(三) 許可主義。許可主義(Konzessionsystem)者。以許可爲法人設立之條件之謂也。許可者。乃本於既存之法規以認許法人人格之行政處分。故與特許異。學者有謂許可主義即特許主義者。誤也。

(四) 準則主義。準則主義(Normativsystem)者。法律先定一定之資格。合於此資格之團體。即令其享人格之謂也。例如德國民法。對於非營利法人。即採用此主義。而以登記爲要件。故於訂定章程登記於所屬初級法院登記簿後。即取得人格。(德民二二條)又瑞士民法。則依其法人之種類不同。而定爲有以登記爲要件者。有不以登記爲要件者。

二 民法關於賦與法人人格之方法。比之民律草案略有不同。比較論之於下。

(甲) 對於以公益爲目的之社團及財團。民律草案採許可主義。(舊草二七條)而民法雖亦以許可爲公益社團法人及財團法人設立之要件。但均須登記始能取得人格。(三〇條)故似採許可主義而非者也。何哉。蓋許可非賦與法人人格之方法。換言之。即許可者。祇認其可以爲設立法人之行為。而法人之人格初不因之成立故也。主管官署者。掌理法人目的之事業之官署之謂。例如關於祭祀宗教。則內政部爲其主管官署。關於學術技藝。則教育部爲其主管官署。但法律不曰主管各部。而曰主管官署者。蓋法人之設立。不必定須主管部長之許可。其許可之權。委任於受其指揮監督執行法令之地方官。亦不爲違法。其立法之當否。姑不具論。而解釋上則毫無容疑者也。

(乙) 對於以營利爲目的之社團。應取何種主義。民律草案則讓之於特別法規定。民法亦然。誠以此等法人種類太多。依立法之便利。各由其特別法規定爲宜故也。(四五條舊草二九條)以營利爲目的之社團法人所謂公司者。依公司法之規定。蓋純取準則主義者也。(公三條)

(丙) 對於不以公益爲目的亦非以營利爲目的之社團。民律草案取準則主義。(舊草二八條)而民法亦同。

第五項 法人之能力

一 法人之能力與自然人同。可先大別之爲二。(一)法人之權利能力。(二)法人之行為能力。法人之行為能力又可分而爲二。(甲)法人之法律行爲能力。(乙)法人之責任能力是也。以下將法人之此等私法上能力說明之後。而略及法人之刑法上能力。法人之訴訟法上能力及法人之其他公法上之能力焉。

(一) 法人之權利能力。法人與自然人等有人格。故等有權利能力。於前法人性質中已詳述之。但法人所得享受之私權之範圍如何。從來學者間頗有爭論。多數學者謂法人之權利祇限於財產權。實屬不當。夫法人本無形之人格者。故生命身體及其他親屬法上之權利。其不能爲其主格。固不待言。然謂其權利能力即祇限財產權。亦殊不當。何也。蓋法律既爲某一目的。承認法人爲獨立人格者。則爲完成其目的事業所必要之名稱、名譽、信用等。亦自不能不保護之。故法人關於名稱、名譽、信用等之權利。其

應得享有。毫無容疑。民法第二十六條曰。法人除專屬於人之權利義務外。於法令限制內。有享受權利負擔義務之能力。云者。蓋即認法人之權利能力。不限於財產權者也。（富井章博士民法原論二二頁松本丞治博士商法公司論二二頁參考）

又法人所有之權利。亦有自然人不能享有者。如法人以團體之資格對於社員之權利。非平等人格間所能有之權利。實法人特有之權利也。（松本丞治博士商法公司論二二頁參考）

(二) 法人之行為能力。法人之有行為能力與否。從來關於法人之性質取假設說之學者。皆否認之。即不認法人之有行為能力也。此等學者。因其不認法人團體之實在存在。故亦不認法人之有思想能力。謂法人不過僅依代理人以行動之無行為能力人而已。然主張法人實在說之學者。則所見迥異。認法人之人格雖為法律所創設。然同時認法人之團體為實在存在。故依此等學者之見解。則法人之董事。非法人之代理人。乃法人之機關之一。故董事行其職務所為之行為。非董事個人之行為。乃法人自身之行為。猶之自然人手足耳目之運動。非手足耳目之運動。乃自然人之運動也。是以此等學者。主張法人有依其代表機關而為法律行為之能力。此說創始德國大儒赫兒克先生。而後進學者多宗之。德國民法規定法人之董事。有法定代理人之地位。（德民二六條二項）即明其非純然代理關係。瑞士新民法更進一步。以明文規定法人之有行為能力。（瑞民五四條五五條）我民法第二十七條第二項。董

事就法人一切事務。對外代表法人云者。蓋即認法人爲有行爲能力。而董事即爲其代表機關而爲法律行爲者也。(一七條二項)

法人之有法律行爲能力。既如上所述。而法人之有侵權行爲能力。即責任能力與否。亦從來學者間最有爭論之一問題也。羅馬法及受其影響之多數學者。皆不認法人爲有責任能力。謂法人不過於法所認之範圍內有權利能力而已。法人不能超過範圍而爲何種行爲。故法人之機關如爲侵權行爲。亦爲其個人之行爲。非法人之行爲也。此蓋以法人爲法之假設之思想所生之結果。在昔雖甚有勢力。但至近世主張法人實在說之學者。多察其說之非。而主張法人爲有侵權行爲能力焉。夫以法人爲不能有侵權行爲能力。蓋根據於法人爲法之假設之思想。苟認法人非法律所能作成。而其本體實爲有自然意思能力之團體。法律不過承認此既存之團體爲有人格而已。法人依其機關而有活動力。其機關之意。即法人之意思。法律固令此意思合法行動。然人不能無過。爲法人之機關者。固亦人也。其行動也能保其不違法不侵害他人權利哉。故法人之機關。若不法侵害他人權利之時。苟其行爲爲法人機關所爲(即執行職務所爲)之行爲。非其個人之行爲。則其行爲即爲法人自身之行爲。法人對於其行爲。自須負其責任。且其負者。乃自己之責任。非代他人負責任也。民律草案第三十二條曰。法人於其機關行職務之際。所加於他人之損害。任賠償之責。蓋因關於法人有無責任能力。學說紛歧。故以法文明

示其旨。又但書令行爲人自身就加害行爲亦須負責者。蓋着眼於保護交易之安全所設之規定也。（舊草三二條瑞民五五條參考）而民法第二十八條乃改爲「法人對於其董事因執行職務所加他人之損害。與該行爲人連帶負擔賠償之責任。」雖實際上之結果。或無不同。而法理上則大可疵議也。

(三) 法人之訴訟法上能力。法人既有權利能力。故亦有於訴訟上爲原告或被告之能力。即所謂訴訟當事人之能力。是不待言。然法人有訴訟能力與否。學者間亦有爭論。然既認法人爲有行爲能力。故依同一理由。於法理上自亦應認法人有爲訴訟行爲之能力者也。

(四) 法人之刑法上能力。於刑法上古來皆不認法人有犯罪能力。然既認法人有侵權行爲能力。則依同一理由。就於特定之犯罪。亦可認法人有犯罪能力。近來英美法於一定限度內認法人有犯罪能力。日本刑法雖無法人有犯罪能力之明文。然種種行政法規。則顯然認法人有犯罪能力。例如日本明治三十三年法律第五十二號三十三年法律第五十九號電信法第四十二條三十三年法律第五十六號鐵道船舶郵便法第十九條等皆是。此等行政法規。自其法文表面上觀之。雖非認法人有犯罪能力。不過法人之從業人犯罪。法人代之受罰而已。而自其實質上觀之。則實認法人有犯罪能力者也。以立法政策論。余以爲應社會之需要。以廣認法人之有犯罪能力爲宜。（日本松本丞治博士商法公司論二八頁二九頁參考）

(五) 法人之其他公法上能力。法人有權利能力。得享有私權。如上所述。而在公法上法人得享有公

權與否。因各國之立法不同。雖不能為一樣之斷定。然大多數之國家。皆認法人得享有特定之公權者也。(例如日本市制一二條第三項町村制一二條三項商業會議所法一二條)

二 法人既與自然人等有人格。則亦應有住所。民法第二十九條。仿多數之立法例。以法人主事務所所在地。為法人之住所者也。(一九條)

第六項 法人之解散

第一目 總說

一 法人之解散者。生法人人格消滅之原因者也。但普通法人解散之時。非即消滅人格。必依清算程序將其對外對內之法律關係清結後。其人格始消滅者也。

二 如上所述。實際上固甚覺便利。而於法理上則法人解散之意義如何及解散後法人人格之性質如何。實最可研究之一大問題。德意志多數之學者。關於法人之解散。因法人種類之不同而說明亦異。但解散之觀念。為各種法人通有之觀念。自不容有數個之意義。故余下解散之定義曰：解散者。使法人不能完成其存立之目的。以致人格消滅之確定狀態也。

三 法人因解散遂至不能完成其存立之目的。如上所述。然清算中其法人仍存續者也。於此則清算中法

人之性質如何之問題生焉。關於此問題。從來原有數說。

(一) 謂法人者。因解散則失其人格。而法人之財產。即歸於社員之共有。此說所謂人格消滅說也。德法昔日之學者多主張之。然依此說之時。若不認若干之例外。實際上將不能達清算之目的。故近時學說及立法例。皆不取此說。

(二) 謂解散後之法人。為以清算為目的之一種獨立法人。與解散前法人異者也。此說所謂清算法人說也。此亦德國學者所主張。然法人因解散得為一種獨立之清算法人。則清算法人。亦可再變更其目的。復為從前之法人。探此說之學者固皆是認之。然實際上則不能認許者也。

(三) 謂法人雖解散。然至清算終結時止仍存續者也。此說所謂同一物說也。英國公司法葡萄牙法皆取此說。我公司法亦然(公五二條)。

(四) 謂法人因解散雖失其人格。然因法律之假設。於清算目的之範圍內。主清算之終結。視為存續也。此說所謂假存續說也。我民法即採此說(四〇條二項)(德意志民法比利時商法日本民法商法參考)。

四 清算中之法人。僅於清算目的之範圍。視為存續。故其法人本來之目的。則歸於消滅者也。是以因解散則法人之董事。皆失其代表權。而由清算人代之。又法人業務執行之董事。對於內部亦失其業務執行權。

而以清算人代之也。(舊草四一條三項參考)

五 法人解散後。自應將解散之事由登記爲宜。(舊草四二條)但民法既未設規定。解釋上自可無須登記者也。惟是解散事由。有使世人周知之必要。故民法第四十一條。準用公司法第二百四條第六十二條之規定。清算人應將解散事由以公告之方法公告之。且於公告內應催告債權人報明其權利者也。

第二目 解散後財產之處分

第一段 財產之歸屬

一 法人與自然人異。無繼承人者也。故法律如無特別規定。則依純理言。法人解散之時。其財產即成爲無主物。應由先占取得或歸屬國庫之方法以處置之。但如此辦法。殊反乎設立人之本意。故法律定爲法人章程或總會決議有特別訂定者。應從其訂定者也。(四四條一項)

二 章程中未指定歸屬權利人。而總會亦未有決議或不能決議時。其財產應如何處置。諸國立法。其揆不一。有定爲歸屬設立人或其繼承人者。有定爲歸屬國庫者。有定爲歸屬於地方公共團體者。亦有定爲仍使用於該法人目的相類之事業者。民法採第三主義。定爲歸屬於法人住所所在地之地方自治團體者也。(四四條二項)

三 如上所述。財產之歸屬。固以尊重設立人之意思或社員之總意爲原則。但法人係因目的違反法律或

公序良俗而被解散者。則無尊重之必要。故民律草案第三十六條第一項但書之規定。於法人因目的違反法律或公序良俗。被裁判上解散時。不適用者也。(舊章三六條二項)但民法則將此但書刪除。殊欠允當。

第二段 清算

一 法人雖因解散而失其人格。然其解散前所發生之法律關係。不能不設法了結之。主如收回債權。清償債務及將剩餘財產交付於歸屬權利人是也。此等程序。稱爲清算。當清算之任者。名爲清算人。清算者。法人解散之結果。必須開始之事。故法人除因破產而解散者外。皆須依法定之程序爲清算者也。(三七條)

二 爲達清算之目的。雖已解散之法人。於其清算目的之範圍內。仍須視爲存續。於前已述之矣。蓋不如是。則債權人突失其法律之保護。與最初認其爲獨立人格者之旨殊相背謬故也。但解散後之法人。僅於清算目的範圍內。視爲存續。故以其事業存在爲條件之一切法令章程。當然失其效力。是不待言。

三 關於清算。須分別說明之於下。

(一) 清算人之種類及其選任並終任。清算人可分爲三種。(一)法定清算人。(二)章程訂定或總會選任之清算人。(三)法院選任之清算人是也。

(甲) 依第三十七條之規定無行清算事務之人時。法院得依利害關係人之請求。選任清算人。(三)

八條）法院選任之清算人與破產管財人同為一種之公職。與法人非立於契約關係。故社員不得隨意將其解任。但有重要事由。法院認為必要時。得將其解任者也。（三九條）關於此種清算人之解任。法律雖未設特別規定。解釋上自應許其任意解任者也。

（乙）清算人得以章程訂定或總會決議選任之。關於其人之資格。法律初未設有制限。故選定社員以外之人。亦無妨也。（三七條但書）此種清算人與董事同。皆與法人立於委任關係者也。故關於其解任辭任。須適用關於委任之規定。

（丙）除以上兩種情形之外。董事當然為清算人者也。（三七條前段）學者稱之為法定清算人。又稱之為當然清算人者。以此故也。董事為清算人時。其對於法人之關係。與其以前之關係同。即對於法人仍立於委任關係者也。

（二）清算人之職務、權限及罰則。

（甲）職務。法律所定清算人之職務有三：（一）現務之了結。（二）債權之收取及債務之清償。（三）剩餘財產之移交是也。（四〇條）分析說明之於下。

（子）現務之了結。法人解散時已經着手而未了結之事務。其事務不問其為何種事務。皆不能不將其了結之。但履行之期限。不因法人之解散而消滅。故有期限之行為。清算人固不必直即了

結。而第三人不得要求其了結者也。又清算人爲了結現務之必要範圍內。爲一切新行爲固無妨。
(舊草四一條二項)此種行爲。學者名之爲附屬的清算行爲。例如爲清償債務之必要變賣財產之類是。

(丑) 債權之收取及債務之清償。

(a) 債權之收取。債權之收取者。指已達清償期之債權而言。債權之收取。主要固對於社員以外之債務人。然法人對於社員所有之債權之收取。亦屬清算人之職務。如請求社員出資義務之履行。亦爲債權之收取也。

(b) 債務之清償。債務之清償者。固亦指已達清償期之債務而言。但法人得拋棄其期限之利益。即未達清償期之債務。亦將其清償。固無妨也。又於此所謂債務者。自指法人於解散前對於第三人所負之債務。至法人於解散後對於歸屬權利人之債務。即剩餘財產移交之義務。法律別有規定。自不屬於債務清償之中。

關於債務之清償。須履行一定之程序。蓋法人之清算。與破產及限定繼承之時同。皆欲將現有之財產公平分別於總債權人故也。其程序。即清算人須於法人解散公告中催告債權人應報明其權利。並對於已知悉姓名之債權人。須逐一通知其報明權利。(公二一四條六二條)清算

中。清算人如查悉法人之財產不足清償其債務之時。須從速聲請破產。宣告破產後。則清算人以其事務移交於破產管財人。其職務即爲終了。(公六二一四條六三條)若清算人於清算中有已付給債權人或交付歸屬權利人之財產時。破產管財人須將其取回。是不待言。民法關於此等重要清算程序。不直接規定。而定爲準用公司法者。(四一條)蓋仿瑞士民法者也。殊不知瑞士因其債務法頒布施行於民法之前。故不得已而設此規定。我國固無仿倣之必要。且瑞士民法。於營利法人。始令其依債務法關於公司之規定爲清算。而於公益法人。則僅令其依合夥之規定爲清算而已。是亦不可不知也。(瑞民五八條五九條)

(寅) 剩餘財產之移交。清算人對於公告催告後報明權利之債權人。清償其債務後。如尚有剩餘財產時。須將其移交於歸屬權利人。故剩餘財產之移交。非於清償債務後不得爲之者也。(公二一四條六四條)惟公告催告後債權人報明權利之期限。公司法亦無直接之規定。依其六十一條第二項之類推解釋。應在六個月以內者也。又知悉姓名之債權人。雖未報明其權利。清算人仍應將其債權全額提存。或債權未至清償期。又或雖至清償期而其標的物不便提存或有爭訟者。清算人亦須提出擔保於債權人後。始能爲剩餘財產之移交。(舊草四五條一項至三項)公司法關於此雖無規定。解釋上亦應從同者也。

以上所述。皆清算行爲之實質。而清算人之職務之最重要者也。至清算人附屬之職務。尙可分而爲二。

(A) 清算前之職務。清算人應於就任後十五日內。將其姓名住所及就任日期。呈報法院。(

公二一四條五七條一項)並爲解散之公告。(公二一四條六二條)

(B) 清算中之職務。清算中之職務者。除前述之清算實質之三種行爲外。其附屬職務之最重要者。即變換財產之職務是也。蓋法人之財產。不必全爲金錢。金錢以外之財產。以之清償債務之時。自非將其變賣不可。故此職務亦應屬之於清算人。

(C) 清算後之職務。清算人應於清算完結後十五日內。將其清算完結之事由。呈報法院。(公二一四條六七條)法院自應本其呈報而爲法人消滅之登記者也。

(乙) 權限。公司法第二百零七條曰。清算人除本節有特別規定外。於執行清算事務之範圍內。其權利義務與董事同。此即定清算人權限之規定也。故清算人依此規定。對於對外關係。即有代表法人爲一切訴訟上訴訟外行爲之權限者也。(四一條公二〇七條)

(丙) 制裁。法律爲期清算之公允。故法人之清算。屬於法院之監督者也。(四二條)法院者。自指法院住所所在地之第一審法院而言。爲使法院履行其監督起見。故法律對於清算人設有制裁。即清

算人不遵法院監督命令或防碍其檢查者。科以五百元以下之罰鍰者也。(四三條)至清算人怠於爲公告聲請、破產聲請。或於未清償所應償之債務前將除剩財產移交於歸屬權利人。致法人之債權人受損害者。債權人得對之請求賠償者也。(舊草四九條參考)

第二款 社團法人

第一項 社團法人之設立

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

(一) 章程之訂立。設立社團法人者。必須訂定章程也。(四七條)關於章程訂立(即社團法人設立行爲)之法律上性質如何。學者間甚有爭論。舊日之學者。皆視社團法人之設立行爲。爲合夥契約之一種。而以其章程爲契約書焉。但此實謬說也。何哉。蓋此說直將法人與合夥混而爲一。於法理實屬不當故也。夫法人設立之行爲。爲創設一新人格者而已。爲其組織分子之行爲。故與行爲人互得權利互負義務之契約有別。設立社團法人之人。固未始無決定其章程內容之契約。然此契約行爲與法人設立行爲。爲兩個行爲。非一個行爲也。數人以共同設立財團法人爲目的而訂立一契約。與設立財團法人而爲之捐助行爲。其爲兩個行爲。無論何人不能否認。社團法人與此蓋無以異。夫財團法人之捐助

行爲。即爲單獨行爲。則社團法人之設立行爲。何獨不能爲單獨行爲乎。

章程一語。在法律上原有二意義。一指法人活動之根本規則而言。一指記載法人根本規則之書據而言。法律稱章程時。固有指書據者。然有時亦不必盡指書據。例如章程之變更。非謂其書據之變更。乃謂其書據所記載之規條之變更之類是也。

各國民法。均規定社團法人章程內應記載之必要事項。我民法亦然。(四七條)此等必要事項。皆必須記載於章程。缺一則章程失其效力。然記載此等事項以外之事項於章程固無妨。以下先將此等必要事項說明之後。再及其他事項。

(一) 法人之目的。法人無目的則不能成立。故法人之目的爲何。章程內自首應記載。

(二) 法人之名稱。法人之名稱。與自然人之姓名同。無名稱。則無以別於他法人。故名稱亦爲必要記載事項之一。

(三) 董事之任免。董事爲社團法人之執行機關。其組織如何。至關重要。民法祇定任免須記載於章程。而不及其組織。不免缺漏。(參考舊草五〇條三項)

(四) 總會招集之要件與程序及其決議證明之方法。總會爲社團法人之議決機關。其招集要件、程序及其決議之證明方法。至爲重要。故關於此等之訂定。亦必須記載於章程。

(五) 社員之出資。資本爲維持法人之要素。故社員應如何出資。亦必須記載於章程。

(六) 社員資格之得喪。社員爲法人之分子。故其資格之取得及喪失。所關極大。故亦須記載於章程。

法人之主事務所。亦有記載於章程之必要者也。(參考德民五七條日民四六條舊章三三條)蓋法人以主事務所所在地爲住所。故事務所之所在。於法律上有種種之關係。其必須記載於章程。是屬當然。但民法則將其刪除。而僅以之爲登記事項者也。

以上皆章程必要記載之事項也。至於章程中得以記載之事項。則法律原無限制。苟不反於法律。或有背公共秩序或善良風俗時。無論如何事項。設立人皆可任意記載。例如通常辦事規則中所應規定之細則等。記載於章程。亦無妨也。

(二) 設立之登記。社團法人非於主事務所所在地登記。不得成立。(三〇條)依此規定。則社團法人雖經訂立章程且得主管官署之許可。然非於主事務所所在地爲設立之登記。不能取得人格者也。此蓋以登記爲法人成立之要件。不僅爲對抗之要件故也。(舊章三四條一款三五條參考)
社團法人設立時。應登記之事項如左。(四八條)

(一) 目的。

(二) 名稱。

(三) 主事務所及分事務所。

(四) 董事之姓名及住所。

(五) 財產之總額。

(六) 應受設立許可者其受許可之年月日。

(七) 定有出資方法者其方法。

(八) 限制董事代表權者其限制。

(九) 定有存立時期者其時期。

(三) 設立後之義務。社團法人設立後法律科法人之義務有三。述之於下。

(甲) 社團法人設立時或設定後設有分事務所者。應於各事務所所在地爲登記。已登記之事項有追加或變更時。應爲追加或變更之登記也。(四八條二項二條) 社團法人設立後於主事務所所在地不爲登記者。不得成立。如上所述。而於設立登記後發生應登記之事項或已登記之事項嗣後有變更時。亦應速爲追加或變更之登記。如不爲追加或變更之登記者。不能以其事項對抗第三人者也。(二一條) 此蓋爲維持登記之信用。而使第三人不致蒙不測之損害所設之規定。至已登記事

項之消滅。解釋上應包括變更之內。依塗銷登記之方法塗銷之。是不待言。

(乙) 社團法人須於設立時及事務年度終。編造財產目錄存置各事務所。若未經定有事務年度者。應於每年首三個月內爲之。(舊草三四條二款參考) 社團法人之財產。爲社團法人存立之要素。故其設立時及每事務年度終之財產狀況。必須有確實之記載。故法律科以編造財產目錄之義務者也。但法人亦有未定有事務年度者。則令其於每年首三個月內爲之。最爲適宜。民律草案關於此本有規定。(舊草三四條二款) 而民法乃將其刪除。直使第三十二條之規定。失其根據。殊覺不當。

(丙) 社團法人應備社員名簿。存置於主事務所。遇社員有變更時。應隨時訂正之也。(舊草三四條三款參考) 社員之姓名。并非應記載於章程之事項。亦非應登記之事項。然社員與社團法人之存立。實有密切之關係。故應令其置備社員名簿。存置於主事務所。以備閱覽。且遇社員有變更時。令其有隨時訂正之責。但民法關於此。亦漏未規定。實屬不當。

民法關於財產目錄及社員名簿總制之義務。未設規定。如上所述。然民法總則施行法。又有第八條之規定。是則不可解者也。(民總施八條參攷)

第二項 社團法人之機關

第一目 總說

一 法人必依其機關以活動。猶之自然人依必其耳目手足以活動也。社團法人之機關。可大別之爲二。(一)意思機關。(二)執行機關是也。

二 社團法人之意思機關曰總會。總會者。直接發表社員之總意。以決定法人之意思之最高機關也。社團法人之執行機關曰董事。董事者。在其內部。處理法人一切事務。對於外部。就於諸般法律關係。代表法人之機關也。法人之意思一經決定。無常時更易之必要。而法人之事務。則不能一日或息。是以總會可以臨時招集。而董事則爲法人之常設機關者也。

第二目 總會

一 總會者。直接發表社員之總意。以決定法人之意思之唯一最高機關也。分析說明之於下。

(一) 總會者。直接發表社員總意之機關也。社員之總意。即不外法人之意思。董事固亦有決定發表法人意思之時。然董事非直接發表社員總意之機關。何哉。蓋董事者。因選任始爲法人之機關。始得決定法人之意思故也。

(二) 總會者。法人之最高機關也。(五〇條一項)總會爲法人之最高機關。故法人執行機關之董事。由其任免並監督。社員由其許可入社或開除。而章程及其一切事務。亦均由其變更議決者也。(五〇條二項)董事由總會選任解任。故董事對於總會立於主從之關係者也。但所爲總會爲社團法人之最

高機關者。自謂社團法人之行動範圍內之最高機關之義。是以總會亦不能為違反法令或章程之行為者也。

(三) 總會者。發表社員總意之唯一機關也。社員之各員欲參與法人事務。發表其總意。蓋非依總會不可。

(四) 總會者。法人之機關也。故總會非各社員之機關。亦非社員全體之機關者也。

二 總會可分為二種。(一)定期總會。(二)臨時總會是也。

(甲) 定期總會。定期總會。於其章程所定之一定時期招集之。故又可名爲例會或常會者也。(五一條) 定期總會有以法律規定其召集之時期者。如日本民法。規定社團法人每年至少須招集一次通常總會者也。(日民六〇條參考) 定期總會。自應由董事招集之。(五一條一項)

(乙) 臨時總會。臨時總會。於有關於社團法人利害時招集之。但關於社團法人之利害。有召集總會之必要。有由董事認定者。亦有由社員認定者。由董事認定之時。當然由董事招集。而由社員認定之時。則須全體社員十分一以上。將會議目的及招集理由提出於董事。請求招集。董事應依其請求而爲召集者也。(五一條二項) 如董事受社員之請求後。一個月內不爲召集之時。得由請求之社員。經法院之許可招集之。(五一條三項)

三 定期總會與臨時總會之區別。不以其決議之事項爲區別也。是以於定期總會議決通常事務以外之臨時事務。亦無妨也。法國學者有謂臨時總會爲非常總會。必須有通常事務以外之事務。例如變更章程等。始能以臨時總會議決之。但我民法之解釋。則不能採此說。

四 總會之招集。法律有以明文規定其方式者（如日本民法）民法關於此雖未設有規定。但解釋上。招集總會。須於開會前發通知於各社員。且其通知中須記明會議之目的。會議之場所及會議之日時。是固無庸疑者也。

五 總會得決議之事項。祇以預行通知之事項爲限。蓋不如是。則社員對於議事毫無準備。決不能發表適當之意思故也。但章程中若有特別訂定之時。則法律亦無強制之必要。即臨時提出事件以爲議決。亦無妨也。

六 關於議決之方式。除本法有特別規定外。依出席社員多數決之（五二條一項）此蓋依一般會議之通則也。此條所謂本法有特別規定者。例如變更章程之決議是。社團法人之章程。須以全體社員過半數之出席。出席社員四分之三以上之同意。始能變更者也。（五三條一項）

七 公益法人。不能以社員出資之多寡及其身分之如何。爲其表決權之等差。故法律定社員之表決權者。平等者也。（五二條二項）至非公益法人。法律無強其表決權必爲平等之必要。民法未設例外規定。亦屬

不當(舊草五六七條參考)

八 關於議決權之行使。有一制限。即關於社團法人與社員及其配偶或其直系親屬之法律行為或權利之爭而為議決者。該社員無表決權也。例如解任董事或對於某社員提起訴訟之類是。(舊草六八條口民六六條參考)此蓋期議之公平所設之規定也。民法關於此未設規定。解釋適用上或不免發生爭論。

九 總會決議之方法。可分為二。(一)通常決議。(二)特別決議是也。

(甲) 通常決議。通常決議者。即依出席之多數決之決議是也。多數決者。出席過半數之決議之謂。(五二條一項)法律不設社員出席若干人始能開會之規定。故有社員出席。解釋上即能為通常之決議者也。(松本丞治博士日本商法公司論二四五條參考)

(乙) 特別決議。特別決議者。不依通常決議方法之決議也。我民法所定之特別決議之方法。即變更章程之時。須有全體社員過半數出席。出席社員四分之三以上之同意。始能議決也。(五三條一項前段)

十 總會為法人之最高機關。故其職務亦至重大。約舉之。即(一)選任董事并監督或解任之。(二)開除社員。(三)變更章程。及(四)議決其他一切不得委任他機關之事務是也。(五〇條二項各款)

十一 社員於有法定情形之時。得請求法院宣告總會之決議無效也。(五六條一項)德國學者通常皆稱爲之決議撤銷之訴。主張此訴之社員權利。爲不可剝奪之權利。故雖以章程之訂定。亦不能禁止其不出此訴者也。

(甲) 決議無效訴之要件如下。

(1) 須總會決議違反法令或章程也。但此所謂總會決議違反法令或章程者。非僅指決議自身違反法令或章程而言。即總會召集之程序或其決議之方法違反法令或章程時。亦包含在內。(五六條一項)

(2) 此訴須從決議之日起三個月內提起之。(五六條一項)此訴應依民事訴訟程序爲之。是不待言。

(3) 提起此訴者須爲不同意之社員也。苟爲原不同意之社員。即可以提起此訴。其爲充董事之社員。抑非董事之社員。在所不問。

(4) 提起此訴之社員。祇須證明總會決議違反法令或章程即足。至其決議是否有害法人之利益。在所不問。

(乙) 決議無效訴之效果如下。

(1) 決議無效訴雖已提起。然不待宣告不能知其決議應否無效。故董事自不受此訴之拘束。仍得依其決議之趣旨。執行事務者也。但因執行此決議。恐將來確定無效後將生不可回復之結果時。則暫行中止其執行亦無妨。又董事若認爲其決議應爲無效無疑者。自應以自己之責任中止其執行。是不待言。

(2) 決議無效之宣告確定後。其效力爲絕對的。即對何人或爲何人皆生效力者也。學者有謂其效力僅拘束訴訟當事人者。實謬說也。

(3) 決議無效之宣告。祇有將其決議作爲無效之消極效力。不能代定其決議之事項者也。

(4) 決議無效宣告之效力溯及既往。即決議從始即爲無效也。學者有謂此訴非確認訴訟。不過僅有創設的效力。故其宣告亦自應向將來發生效力。此論殊謬。何也。蓋決議無效之訴。其性質與通常之訴訟異。不能以通常訴訟之觀念律之也。(松本丞治博士日本商法公司論二四九頁參考)

十二 召集總會。必依一定之方式。不依其方式所召集之總會。其決議爲無效。於前已述之矣。但公益法人因社員關於自己之利害關係甚薄。故召集總會亦甚難。是以立法例定一省略召集總會之形式。而亦得召集總會之結果之方法。即全體社員以書狀表同意者。不問其決議之事件如何。與總會之決議有同一效力者也。我民法關於變更章程之決議。亦有同樣之規定。(五三條一項後段)解釋上蓋不限於變更章

程。即通常之決議。亦應適用。不過於此情形。無由有出席人數之計算。則應解爲須有全體社員之過半數者也。又關於此條之解釋。有謂此條規定。爲於總會外一種直接發表社員總意之方法。有此方法。則總會遂不能爲直接發表社員總意之唯一機關。(松本丞若博士公司論二二七頁參考)余則以爲不然。何也。蓋此條規定。初非於總會外另設一直接發表社員總意之機關。不過省略召集形式之總會而已。故縱有此規定。於總會之爲直接發表社員總意之唯一機關。固無妨也。

第二目 董事 (Vorstand)

一 董事者。代表法人並執行其事務之通常且常設之機關也。分析說明之於下。

(一) 董事者。代表法人之通常機關也。法人固常由董事代表之。然有特殊情形之時。法人於董事之外。不妨另設代表機關。故董事不得謂之爲法人之唯一代表機關者也。法人之代表機關云者。法人團體之一部代表其團體。對於外部。表示其團體之意思之機關之謂。是以其關係異於普通之代理關係。昔日之學者。皆以普通之代理關係律之。實謬也。代理者。他人所爲之行為。直接對於本人發生效力之謂。故代理關係。爲兩人格者之間之關係。若法人之董事。爲法人之機關。董事之行為。即法人自身之行為。非董事代理法人爲行為也。(二七條二項)

(二) 董事者。執行法人事務之通常機關也。通常機關者。非唯一機關之謂。故法人就於特定事務。以章

程或總會決議另設執行之機關。固無妨也。例如監察員之類。(日民五九條參考)

(三) 董事者。代表法人並執行其事務之常設機關也。法人之事務及其對外關係。不可一日或息。故董事為法人之常設機關者也。

(四) 董事者。法人之機關也。故法人機關之董事。為法人組織之一部。非獨立之人格者。第一民律草案稱為董事會者。亦以此故。

二 董事由總會決議選任之。(五〇條二項二款)除總會決議外。不能另有選任董事之方法者也是以章程定董事得選任其自己之後任人。其章程之訂定。亦為無效。

三 關於選任董事之決議。法律無特別規定。蓋依通常之決議方法。即依出席社員之多數決之。(五二條一項)

四 董事因選任與法人立於如何關係。民法未設明文規定。解釋上應適用委任之規定者也。(參考舊草五九條二項)董事與法人既立於委任關係。故無論何時皆得辭任。此辭任之意思表示。可即對於法人之其他代表人而為表示。無須必對於總會為表示也。又經總會之決議。得隨時解任董事。於前已述之矣。

(五〇條二項二款)

五 董事之職務有二。(一)事務執行。(二)代表法人是也。董事為數人之時。其執行事務。自非經各董事之



同意不得爲之。但事事必須得全董事之同意。於實際上殊覺困難。故民律草案規定董事執行職務。得以過半數之決議行之。（舊草六〇條一項前段）又他人對於法人爲意思表示。以理論上言之。亦非對於董事全體表示不可。對於一董事不能表示者也。蓋董事爲數人之時。其全體始爲法人之代表機關。董事之一人。非法人之代表機關故也。但若必貫徹此理論。則對於法人爲意思表示甚覺困難。故法律定爲他人對法人爲意思表示者。得僅向董事中一人爲之。即爲有效。（舊草六〇條一項但書）民法關於此二問題。均未設有規定。將來適用上。於前者。或尙可採同一之解釋。而於後者。則非取反對之解釋不可。但取反對解釋時。則與法人爲法律行爲之人。不免感受若干之困難。是無庸疑。

六 董事就於社團法人之一切事務。對外代表法人。（一七條二項）換言之。即董事有代表法人爲一切訴訟上或訴訟外之行爲之權限者也。關於代表權之能否加以限制。從來之學說。原有四種。

（一）謂董事代表權所加之限制。全然不能以之對抗第三人也。換言之。即法人以章程或以總會決議所加於董事代表權之限制。對於第三人全然無效者也。依此說。則保護第三人太厚而保護法人太薄。法人所加於董事之限制。幾無實用。故於公益法人董事之性質。尤覺不合。

（二）謂以章程加於董事代表權之限制。全然可以對抗第三人也。即對於第三人完全有效也。德國民法即採此說。（德民二六條二項）但此說則與前說正相反對。保護法人太厚而保護第三人太薄。何也。

蓋欲與法人交易之人，非詳悉其章程不可。否則必致受不測之損害故也。

(三) 謂以代表權之限制對抗第三人時，必須將其登記也。此說與前說大致相同。而較前說則加寬。蓋依前說，則欲加董事代表權以限制，非以章程不可。依此說，則不限於章程，即以章程以外之其他方法亦可。但須將其登記而已。此說之弊與前說同。而第三人隨時檢閱登記簿，較之知悉其章程為尤難。故遵此說則保護第三人益薄矣。

(四) 謂董事代表權所加之限制，須別第三人之為善意惡意（即知情不知情）而決其能否對抗也。日本民法即採此說（日民五四條）殊不知此法雖矯前三法一偏之弊，一見雖似簡便而且公平，但意思之善惡最難確證。結局仍歸之於法人之不利。益以立法論，欲保護公益法人之利益而又使第三人不致感格外之困難，則仍以採取第二說為宜（舊章五八條三項參考）。

我民法關於董事代表權之限制，參探第四及第三主義。（二七條三項四八條一項八款六一條一項七款）蓋以登記為免除證明責任之方法。較之日本民法，則為進步者也。

七 關於董事之法律上之性質，為吾人所應研究者。即董事之為法人之法定代理人與否之問題是也。關於此問題，舊日之學者皆主張董事為法人之法定代理人。故民法關於代理之規定，於法人與董事間之關係當然適用者也。余則以為不然。何也。蓋此皆混代表與代理之觀念為一。故生此誤解。詎知代理者，乃

兩平等人格間之關係。而代表者。乃法人與其機關之關係。兩者之性質迥不相同。董事爲法人之代表機關。而非代理人。故民法關於代理之規定。於董事非當然適用。不過準用而已。（舊章五八條二項參考）

第三項 社團法人之事務

一 社團法人之事務。通常皆以董事執行。其執行之方法。如董事有數人者。應以董事過半數之決議爲之。如上所述。但董事於自己與社團法人相反之事件。亦得令其參決與議。則恐有不公平之結果而危及法人。民法關於此未設有規定。解釋適用上。亦不免發生疑義。（日民五七條參考）

二 法人之事務不可一日或息。故執行法人事務之人亦不可一日或缺者也。章程所定之董事。若因死亡或其他事由致有缺額之時。則董事之職務。必須暫時停止執行。而法人因此即不無蒙受損害之虞。是以法律於此情形。應設方法以救濟之。依民律草案之規定。

（一）董事有缺額之時。令他董事得行董事之事務至補額爲止。

（二）無他董事或恐補缺遲延致生損害者。法院得依利害關係人之聲請選任臨時董事。（舊章六〇條二項日民五六條參考）而民法關於此亦未設規定。不免疏漏。

三 以上所述。皆社團法人通常目的事務之執行也。至法人存立中附屬之事務。例如登記或被破產之聲請等。亦由董事負其責任。（三五條一項舊章六一條一項參攷）董事怠於爲此等行爲。應否受罰鍰之制裁。

民法未設規定。不過內故意或過失怠於為破產聲請。以致法人之債權人受有損害者。則應負賠償之責任者也。(三五條二項)

四 社團法人關於特定之事務。有時不必由董事執行。有時不能由董事執行之時。其得選任特別代理人。是固當然。民法關於此雖未設有規定。但解釋上亦應是認者也。

第四項 社團法人內部之關係

第一目 總說

一 社團法人內部關係者。即社團法人與其社員之關係也。欲論法人與社員之關係。須先區別社員以其社員之資格與法人所有之關係。及社員離其社員之資格與法人所有之關係。籍兒克謂後者為社團外之關係。與通常平等兩人格者間之關係同。例如社員與法人訂一買賣契約。若此買賣契約。社員非以其社員資格與法人訂立者。則與非社員之人與法人訂立買賣契約。毫無差異。此等關係。於其實無詳論之必要。反之社員以其社員之資格對於法人所有之權利義務關係。為團體與其分子之關係。與通常平等兩人格者間之關係不可同日而語。故不能以通常之債權債務關係律之。籍氏稱通常之法律關係。為個人法上之關係。法人特有之關係。為社會法上之關係。其分類之當否。姑置弗論。然此兩種法律關係之性質頗有差異。敢斷言也。

二 社員以社員之資格對於法人所有之權利有二。

(一) 法人爲達自身之目的所與社員之權利也。例如出席總會議決之權及執行法人事務之權之類。是此種權利。學者稱之爲共益權。蓋社員之有此種權利。爲法人之利益而有。非爲自己個人之利益而有故也。

(二) 社員爲達自身之目的所有之權利也。此種權利。在營利法人始有之。例如分配利益之權及分配剩餘財產之權是也。此種權利。學者稱之爲自益權。蓋以此種權利專爲社員自身之利益而存在故也。以上所述。社員對於法人所有之種種權利。通常雖視爲各個獨立之權利。然依最近學者之研究。則社員以其社員之資格對於法人所有之權利。祇一個單一之社員權。而議決權執行事務權及其他各個之權利。不過由此單一之社員權所生之權能而已。猶之物之所有權。祇一個單一之權利。而物之使用權收益權處分權等。不過由此一個所有權所生之種種權能而已。故非議決權執行事務權及其他各種之權利合而構成一社員權。乃一社員權含有此種種之權能也。

四 社員權之性質如何。即社員權應屬於何種權利之問題。學者頗有爭論。

(一) 物權說。此說即以社員權爲一種物權也。然此說殊不足取。何也。蓋法人之財產。爲法人自身之財產。非社員所共有。故以社員對於法人之財產有共有權。則明明謬誤故也。又自社員分配剩餘財產

之點觀之。謂社員對於法人之財產有一種物上權。其說亦誤。何也。蓋剩餘財產之分配。在公益法人並非法人之要素故也。

- (二) 債權說。此說即以社員權爲一種積權也。然此說亦不當。何也。蓋社員權已如上所述包含自益權及共益權二種。其不能視爲單純之債權。蓋無庸疑。以社員權爲債權之學者。蓋注重於利益分配及剩餘財產分配之權利。而以議決權執行事務權等爲其從權利。故以社員權爲債權。殊不如自益權實非社員權之要素。法人之認社員權也。爲達法人自身之目的而非爲社員個人之私益者甚多。例如公益法人。其注重全在公益也。反之。其益權實爲社員權之要素。何也。蓋無共益權則無法人。無法人又何有社員權。故共益權乃爲社員權之要素。而自益權不過其常素而已。則社員權謂之爲債權。亦不當也。如上所論。社員權既非物權。又非債權。果屬何種之權利乎。近世德國多數之學者。皆以社員權爲一種獨特之權利。龐利克 (Ponck) 曰。如分權利爲對世權與對人權之時。則債權及社員權蓋同屬於對人權。但債權者。爲平等人格者間所存之關係。而社員權者。爲不平等人格者間所存之關係。兩者雖同爲對人權。其性質則迥不相同也。余甚贊成其說。何哉。蓋社員權者。實藉兒克所謂社會法上之關係。不能以通常債權物權之個人法上之觀念律之故也。

六 社員以其社員之資格對於法人所有之義務亦有二。

(一) 對於共益權之義務也。社員爲達法人之目的。有出席議決及執行事務之權利。此種權利。在他一面觀之。即爲社員之義務。何哉。蓋法人對於社員即可要求其行使權利。而社員對於法人即負行使其權利之義務。如兩合公司之無限責任股東之事務執行之義務。即其一例。(日商一〇九條參考)

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

七 以上所述兩種義務。皆與尋常一般之債務不同。實爲不平等兩人格者之關係。換言之。即一種社會法上之關係也。

第二目 社員資格之得喪

一 社團法人之設立人。因訂立章程得主管官署之許可並登記後。即能取得社員之資格。換言之。社團法人設立行爲人。於社團法人成立後。當然爲其社員者也。然社團法人設立後欲加入法人爲其社員之時。則非依入社之程序不可。

二 社團法人之社員入社程序。若章程無特別訂定之時。須依第五十二條所規定之總會決議爲之。即社員之入社須依到會社員之多數決者也。

三 社員入社之法律上性質如何。學者原有爭論。有謂社員入社爲新社員與從來之總社員間之契約者。其說殊謬。何也。蓋法人與合夥有別。合夥非人格者。故合夥之入夥。自爲從來之總夥員與新夥員間之新合夥契約。而法人則不然。法人者。有人格者也。故社員之入社。爲法人與新社員間之行爲。非從來總社員與新社員間之行爲也。是以赫兒克先生論新社員之加入社團法人也。雖亦由於意思之合致。然其合意爲個人法上所無之一種關係。而爲社會法上所獨有之關係也。松本丞治博士曰。人社行爲者。法人與欲加入法人之人之間所結之一種契約。但其契約不生通常之債權債務關係。而生法人與新社員間之社員關係者也。換言之。即契約人之遺。爲他一遺之服從者。故爲一種服從的契約。與通常個人相互間之債務契約不同者也。云云。亦此意也。（松本丞治博士日本商法公司論九七頁）

四 社員之資格因法人之消滅而喪失者也。然於此情形。總社員皆喪失其社員之資格。無特別說明之必要。又社員之資格因死亡而喪失。亦爲當然之事。亦無須說明。於此所應說明者。即特定社員之人爲的資格之喪失。法律稱爲退社及開除者是也。

（甲）退社。社團法人之社員。一經入社。若永遠禁止其退社。則實有背於公益。是以法律定社員得以隨時退社焉。但章程中定有退社之時期及方法者。不在此限。例如定退社須於事務年度終或須預告之類是。但預告期間。法律定爲不得逾六個月。蓋防其不便於社員而有害於公益也。（五四條一項二

項)

(乙) 開除。社員一經入社。法人永遠不能去之。則於法人亦多不利。是以各國立法。皆有社員除名之規定焉。民法第五十條第二項四款定爲有正當之事由者。得開除社員者也。

既退社或開除之社員。除非公益法人其章程另有訂定外。關於社團法人之財產失其一切請求權。但退社或開除時所應分擔之出資。仍須負清償之義務者也。(五五條一項二項)

五 社員之一切權利義務能否讓與。是爲社員資格是否專屬之問題。在營利法人之公司。其社員之資格。原可以讓與。(公二九條)而公益法人之社員。其性質與公司之股東不同。法律禁止其社員之資格之讓與者也。(舊草六五條)民法關於此雖未設規定。然解釋上亦應相同。

第二百 社員之權利義務

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

二 出資之比例。固可以章程任意定之。但若章程中無特別訂定時。則爲社團法人之目的及償還債務所必要之金額。各社員須按平等之比例爲出資者也。(舊草六九條)民法關於此未設規定。解釋上亦應相同。

三 關於社員之一般權利。如表決權皆爲平等。於前已詳述之。於此所欲說明者。即社員之特別權利是也。社員之特別權利。不得以總會之決議侵害之。例如章程認某社員出資可比他社員較少之權利。如以總會之決議可得而左右之。則其利益必大蒙損害。是以應設規定以防止之。(舊章六六條參考)但民法關於此。亦未設有規定。不免疏漏。

第五項 社團法人之解散

一 法人解散之法律上之性質及解散後財產之處分。於前已詳論之。茲不再贅。於此所應說明者。即社團法人之解散原因是也。

二 社團法人解散之原因。可分爲人爲的原因及法定的原因之二者。分別說明之於下。

(甲) 人爲的解散原因有三。

(1) 總會決議。社團法人原以社員之意思將其設立。故亦可以社員之意思將其解散。是乃當然之理。但必得社員全體之同意始能將其解散。實屬甚難。故法律定爲社團法人得隨時由總會以全體社員三分二以之決議解散之焉。(五七條)

(2) 設立許可之撤銷。社團法人違反設立許可之條件。主管官署得本於監督權之作用。將許可撤銷。法人一經許可撤銷之後。則與未經許可同。故一旦成立之法人。因此撤銷當然解散者也。(三

四條

(3) 審判之解散宣告。社團法人之目的或其行為違反法律、公共秩序或善良風俗時，法院得依主管官署、檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。此種解散權，法律令其屬之於法院者，蓋因其事情重大，有經審判之必要故也。(二六條)又法人之事務無從依章程進行，即法人之目的不能達時，法院亦得因利害關係人之聲請，宣告解散者也。(五八條)

(乙) 法定的解散原因者，即因其事實發生，法律上當然解散之謂。學者又稱之為自然的解散原因焉。依各國立法例，此種之解散原因有四。(舊草七四條日民六八條)

(1) 章程內所定解散之事由發生。於此所謂章程內所定解散事由之發生者，例如一定存續期限已滿或解散條件已成之類是。

(2) 目的事業已成就或不能成就。社團法人必以一定事業為目的，故其目的已成功，或因法令之改正及其他事情之發生致不能成功之時，皆無再令其法人存續之必要，故法律上當然解散。但民法於目的事業不能成就之情形，亦定為審判上解散之原因。(五八條)於前已述之矣。

(3) 社員僅存一人。社員僅存一人，即失其法人之性質，故法律上當然令其解散者也。(舊草七四條參考)

- (4) 破產。社團法人之財產不能清償其債務之時。董事須從速聲請法院爲破產宣告者也。法人既已破產。自不能再繼續其事業。故法律上當然解散。自無庸疑。(三五條一項)
- 民法關於(一)(三)兩項情形。未設規定。在(一)項或可認爲當然之解釋。而在(三)項則不免發生爭議也。

第六項 社團法人之監督

一 國家對於公益之社團法人。取干涉主義。故東西各國法律。關於法人之監督。皆設種種之規定。我民法亦然。民法對於受許可之社團法人。亦令其受主管官署之監督者也。

二 社團法人之監督方法。分說於下。

- (一) 社團法人之事務。屬於主管官署之監督。(三二條)其監督權之作用。即
- (1) 隨時檢查法人之事務及財產狀況。(三二條)
- (2) 許可章程之變更。(五三條二項)
- (3) 撤銷設立之許可是也。(三四條)社團法人違反設立許可之條件時。主管官署得將其許可撤銷者也。

(二) 社團法人遇有左列情形之一時。主管官署檢察官或利害關係人得向法院提起宣告解散之請

求者也。(三六條)

(甲) 目的違反法律、公共秩序或善良風俗。

(乙) 行爲違反法律、公共秩序或善良風俗。

法人爲目的外之事業時，亦實有令主管官署逕行撤銷其許可或請求法院宣告解散之必要。(參考舊草七六條日民七一條)但民法亦未設規定者也。

三 法律爲厲行其監督起見，故對於爲法人機關之董事，設有兩種制裁。

(甲) 董事不遵主管官署之監督命令或妨礙其檢查者，科以五百元以下之罰鍰。(三三條)

(乙) 董事怠於爲破產聲請致第三人受損害者，對之應負賠償責任。(三五條二項)

第二款 財團法人

第一項 財團法人之設立

財團法人之意義，於前法人分類中已詳論之。於此所應研究者，則財團法人之設立是也。關於財團法人之設立，所應說明有三：(一)章程之訂立。(二)設立之登記。(三)設立後之義務是也。

(一) 章程之訂立。設立財團法人者，應訂立捐助章程。(六〇條一項前段)捐助章程，至少應訂明法人目的及所捐財產。(六〇條二項)捐助章程無此兩項訂明或兩者缺一時，其捐助行爲無效者也。

捐助人在死後爲捐助者。得以遺囑爲之。以遺囑爲捐助時。得僅以言詞爲之。無須訂立章程者也。(六條一項但書)

捐助行爲者。以設立財團法人之目的。將某項財產無償處分之單獨行爲也。捐助行爲與設立法人之行爲。依理論言之。原可分而爲二。然實際上常合併爲一行爲爲之。故各國民法。不設捐助行爲與設立行爲之區別。設立財團法人之人所爲之捐助行爲。即認其爲設立行爲者也。(德氏日民參攷)但我民法則不然。設立財團法人之人。依原則須爲設立行爲。但以遺囑爲捐助時。得止有捐助行爲者也。

捐助人在生前爲捐助時。於未得設立許可前。得隨時撤銷其捐助行爲。蓋在未得設立許可前。僅有設立行爲。其法人不爲成立。故縱撤銷其行爲。亦於公益無傷故也。至捐助人之繼承人及其債權人。能否撤銷捐助人之捐助行爲。立法例殊不一致。清民律草案取不許撤銷主義。(清舊草一四八條一四九條)民律草案則取可以撤銷主義。(舊草七八條)而民法則未設規定者也。

(二) 設立之登記。財團法人之設立。與社團法人同。亦非於主事務所所在地登記。不爲成立。(二一九條)換言之。即財團法人之設立行爲。亦非登記不生效力者也。

財團法人應登記之事項如左。(六一條)

(一) 目的。

(二) 名稱。

(三) 主事務所及分事務所。

(四) 財產之總額。

(五) 受許可之年月日。

(六) 董事之姓名及住所。

(七) 限制董事代表權者。其限制。

(八) 定有存立時期者。其時期。

(三) 設立後之義務。財團法人設立後法律所科法人之義務。與社團法人略同。於前已說明之。茲不再贅。

第二項 財團法人之機關

財團法人之機關組織及其管理方法。由捐助人以捐助章程定之。(六二條一項)蓋財團法人以設立人之意思爲其意思。故其機關組織及其管理方法。應任由捐助人以章程訂定。乃當然之理。惟其所定組織不全或重要之管理方法不具備之時。則於事務之進行必多障礙。法律於此情形。令法院得依利害關係人之聲請。爲之爲必要處分者也。(六二條二項)

第三項 財團法人之解散

財團法人解散之原因。亦可分爲人爲的原因及自然的原因之二者。

(甲) 人爲的解散原因有二。

(1) 審判之解散宣告。財團法人之目的或行爲。違反法律、公共秩序或善良風俗時。法院得依主管官署、檢察官或利害關係人之請求宣告解散之也。(三二六條)

(2) 主管官署之解散。因情事之變更。致財團法人之目的不能達時。主管官署得解散之也。(六五條)

(乙) 自然的解散原因有三。

(1) 章程內解散之事由發生。

(2) 破產。

(3) 目的事業已成就。

以上三種原因。民法未設規定。蓋認爲當然者也。

第四項 財團法人之監督

一 財團法人皆以公益爲目的。且無與社團法人相當之總會。若使管理不當。則有害於社會一般之利益。

甚大故國家對於財團法人之監督尤應嚴重者也。我民法所定財團法人之監督方法有二。分說於下。

(一) 財團法人之事務。屬於主管官署之監督。此等監督權之作用。即得隨時檢查法人之事務及其財產狀況是也。(三二條)

(二) 財團法人遇有左列情形之一時。主管官署得逕為如下之處分。或法院依捐助入董事或利害關係人之請求。而為如下之裁判者也。

(1) 為維持財團法人之目的或保存其財產。法院得因捐助入董事或利害關係人之聲請。變更其組織。(六三條)

(2) 財團法人有違捐助章程之行為時。法院因利害關係人之聲請。宣告其行為無效。(六四條)

(3) 因情事變更。致財團法人之目的不能達。主管官署得斟酌捐助入之意思。變更財團法人之目的。或并變更其組織。又或解散之。(六五條)

二 法律為使監督機關履行其監督起見。對於財團法人之董事。設有制裁。於前社團法人之監督節中已說明之。茲不再贅。(三三條三五條)

第四款 外國法人

一 人格原為法律之效果。於前已述之矣。故於一國成立之法人。在他國非當然成立。自不待言。惟此原則。

現今於商事公司雖已不能適用。但公益法人。各國因其利害各異。斯其所見亦日不能強同。一國視為有益之事業。他國視為有害者。往往有之。故外國法人依原則在國內原不能有人格。必國內法承認之。然後始有人格者也。惟其人格雖為國內法所承認。然並非依國內法所成立。故其法人終不失為外國法人者也。

二 民律草案本此理由。故原則不認外國法人之成立。但因國際關係或通商上之必要。限於某種類之法人。認為其有人格。民律草案所認之外國法人有四。即（一）國家。（二）國家之行政區域。（三）商事公司。及（四）法律或條約所認許之法人是也。（舊草八八條一項）民法關於外國法人雖未設規定。但於施行法中。亦原則不認外國法人之成立。至何種法人。認許其成立。則完全任之於特別法之規定者也。（民總施一一條）

三 外國法人以係我國法認許其成立。故其人格之範圍。亦不必與其本國法盡同。民法總則施行法定為無論何種之外國法人。皆與同種類之中國法人有同一之權利能力。但依法令不得享受之權利。則不在此限。（民總施一二條二項）

四 依特別法律認許其成立之外國法人。如在中國設立事務所時。須與中國法人為同樣之登記。蓋雖中國法律認許之外國法人。如在中國無事務所者。亦不能強其登記。且無強其登記之必要。然在中國設立

事務所時。則該外國法人。將來必在中國經營事業。故須使其登記。將其目的及組織公示於世。蓋不如是。則世人不能安心與之交易故也。(民總施一三條準用民法三〇條三一條)

五 依特別法律認許其成立之外國法人。如在中國設立事務所者。於登記前尚須主管官署之許可。(民總施一三條準用民法第四六條五九條)又在中國設立事務所之外國法人。如有民法第三十六條所定情事之一時。法院得勒令撤去其事務所者也。(民總施一四條)

六 未經認許其成立之外國法人。如在中國以其名義與他人為法律行為時。該行為人就其行為須負責任。是屬當然之理。(參照舊章九四條)而民法總則施行法。乃定為其行為人就該法律行為。應與該外國法人負連帶責任。夫一面不認許其外國法人之人格。而一面又令其負責任。是真矛盾之規定矣。

第三章 私權之客體 (Rechtsobjekt oder Rechtsgegenstand)

第一節 總說

一 權利之客體。若解為權利效力所能對抗之對象之義。則得為權利主體者固人。而得為權利之客體者亦人也。何哉。蓋法律關係本為人與人之間而存在故也。但若權利客體解為權利之內容或權利所期望之目的之義。則權利客體者。即權利之標的之謂。而余則從後說者也。

二 凡權利於主體之外必有一定之客體。是不待言。然權利之客體為何。學說殊不一致。世俗普通之見解。

皆謂權利之標的。即爲充滿其利益之物。例如房屋所有權之標的。即其房屋是也。此不獨於物權爲然。即於債權亦持此見解。例如受房屋交付債權之標的。亦其房屋之類是也。但此見解實屬不當。何也。蓋自一面言之。一切權利不必皆有物之存在。而自他面言之。就於一物同時亦有數個之權利存在故也。關於權利之標的爲何。先就物權債權論之於下。

(一) 債權。債權之權利關係。關於物之給付者固多。然爲不關於物之作爲或不作爲者。亦復不少。法國多數學者。因此故謂債權之標的爲物或行爲焉。然此見解終屬不妥。何也。蓋在關於物之債權。其債務人交付其物。即爲一行爲。與不關於物之債權無異。故關於物之債權。則以其物爲標的。不關於物之債權。則以債務人之行爲爲標的。論理上殊覺不合故也。是以債權之標的。仍以解爲債務人之行爲爲最當。

(二) 物權。物權之標的爲何。因關於物權性質之學說不同而異。如以物權爲對於物之權利。一般人不得妨害之者。不過由其性質所生之效果。此種論者。自以物爲物權之標的。然以物權亦爲對於人之權利之學者。則以一般人之消極行爲爲物權之標的者也。兩派學者。皆混權利效力對抗之對象與權利之內容爲一。故有如上之爭論。但余就於物權之性質。雖採後說。而仍以物爲物權之標的。何哉。蓋物權顯爲以物爲其權利之內容故也。

三 據上論結。即可知權利之標的如下。

- (一) 權利人自身。例如人格權。即存在於權利人自身上之權利。而以自身為標的者也。
- (二) 他人之行爲。例如債權。即請求他人之作爲。而不作爲。而以他人之行爲為標的者也。
- (三) 物。以物為權利之標的者。則物權其顯著者也。本章主為關於物之說明。
- (四) 他人之身分。例如親權之目的。則為其子。故子之身分。為其權利之標的者也。
- (五) 智能之創作物。例如著作權特許權之所謂無體財產權者。皆以人之智能創作之無形利益為其標的者也。

(六) 權利。權利得為權利之標的者。例如債權得以為質及地上權得以抵押之類是也。

(七) 包括的財產。例如繼承權。即以被繼承人之積極並消極財產之一團為其權利之標的者也。

第一節 物 (Sache) 之意義

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

二 羅馬法分物為有體無體。有體物者。其觀念與所有權略同。無體物者。則指所有權以外之財產而言。故後世學者往往附會有體物無體物之區別。謂一切權利皆謂之物。所見殊謬。何哉。蓋若依此見解。則財產

權之大分類之物權債權之區別。將因此混淆。無從辨別矣。

三 民律草案有鑑於此。故仿多數立法例。定物爲有體物。（舊草九五條一項日民八五條德民九〇條參考）以確定物之意義。故權利、名譽、信用、行爲等。皆不得謂爲物。所謂物權者。原則祇指以有體物爲標的之權利而言也。

四 有體物與有定形物有別。有體物。不必其有定形。凡占有一定空間之物體。皆有體物也。例如瓦斯。亦爲有體物。蓋無容疑。

五 一切能受法律支配之天然力如電氣等。在物理學者之研究。原不能認爲有體物。但交易上既以之爲權利之標的。法律上即不能不設法以保護之。故民律草案。倣瑞士民法之例。規定能受法律支配之天然力。視爲有體物者也。（舊草九五條一項瑞民七二三條）

六 民法關於物之定義。未設規定。其蓋以物之一語。在我國習慣上之用例。本無有體無體之分。即電氣等之天然力亦謂之物。故略而不載歟。

第三節 物之能力

一 物之能力。可分爲權利能力及交易能力之二種。權利能力者。物之能以成立所有權之謂。交易能力者。物之所有權能以融通之謂也。無權利能力之物。當然無交易能力。而有權利能力之物。有時其交易能力

亦受限制者也。

二 法律上得爲權利客體之物。須吾人得以利用之物始可。例如日月星辰。不能受吾人權之支配。故物上雖謂之物。法律上不得謂之爲物者也。

三 法律上得爲權利客體之物。須爲物始可。人之身體非物。自不得以之爲私權客體也。富井政章博士謂人之身體。亦爲一種之不通融通物。(參攷富井博士民法原論二六六頁)余則非之。何也。蓋人之身體。爲人之一部。吾人之身體。雖不能即謂之爲吾人。然吾人亦不能全離吾人之身體而存在者也。故余謂民法上以不認人之身體爲物爲宜。但人之身體之某部分。可以認其爲物。惟須其部分與身體分離。始能成爲物而已。例如落下之頭髮牙齒之類是。至死人之尸體。其得爲所有物與否。諸說紛紛。迄無定論。余則以爲須根據其國社會一般之心理以解決之。不能純依理論者也。

四 得爲私權客體者。原則非物之全體不可。蓋以物之一部分爲私權客體。有損其物之價值。反乎當事人之意思實多故也。立法例多以明文定爲不得專以物之重要成分爲權利之標的。以保護物之價值而求合於當事人之意思。(參攷舊章九七條德民九三條瑞民六四二條一項)我民法關於此。雖未設有明文。解釋上亦應相同。何哉。蓋民法第六十六條第二項。不動產之出產物。尙未與不動產分離者。爲該不動產之部分云者。其認未分離之出產物。爲不動產之部分。即爲不動產之重要成分。不得專以之爲權利之標

的。自不待言者也。

五 無論何人。不能專有之公共物。例如空氣、海水、光線等。性質上爲不融通物。然分取其一部分而專有之。亦無妨也。

六 以行政上之必要。禁止或制限交易之物。祇限於特定人。始許其所有。占有。處分。例如鴉片、毒藥、火藥之類。此等物名爲禁制物。法律以公益故禁其私有交易。故性質上雖非不融通物。而法律上則無交易能力者也。

七 公用物者。依法令之規定屬於公衆使用之物之謂。例如公道公園及河港之類是。公用物有以之爲絕對不融通物者。其說殊非。(日舊民財產編二二條二六條二項)何也。蓋公用物者。不過關於其公用之點。受公法之支配。非依公法上合法之處分。廢止其公用後。不能以之爲交易之客體。不能將其強制執行而已。亦爲法律上之不融通物。非其性質上絕對不能融通者也。

八 雖非供公衆之用。然爲公共之目的而設之公有物。(即廣義之公用物)例如城池兵營監獄衛署等。在法律上亦受前述之原則之支配者也。

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

第四節 物之種類

物依其觀察點之不同。可分爲種種之分類。將其重要者述之如下。

(一) 動產·不動產

(甲) 區別之標準。不動產者。不能變更其位置之物之謂。然以他力可以變更之物。而變更終覺困難者。亦可視之爲不動產。故不動產與動產之分界。立法例與學說均不一致者此也。

依前述定義。純然爲不動產者。惟土地而已。至於房屋。非絕對不能變更其位置。然欲變更其位置。必須用絕大之勞力。是以羅馬法以來各國之立法。有視爲土地之一部者。(如德民)亦有以爲獨立之不動產者。(如日本)我民法第六十六條曰。稱不動產者。謂土地及其定着物。蓋仿日本民法之例。而以房屋爲土地定着物之一者也。(註)(日民八六條參考)至除房屋以外定着物之意義如何。及其與土地之部分如何區分。實際上不免發生爭議。但理論上言之。則應解爲永久附着於土地。非絕對不能與其分離。交易上又不能視爲土地之部分。而有其獨立性者。皆爲定着物者也。

註 依羅馬法。地上之物皆屬於地。(Superficies solo cedit)故房屋及其他定着物。皆爲土地之成分。即爲土地之部分者也。而依我國舊律。則不動產最重要者。厥爲田宅。而園林碾磨。亦爲不動產。(參考現行律田宅門典買田宅律)不過稱田地者。其上附着爲耕作等所用之房屋。自應包含在

內。而稱宅房者。其宅房所附屬之隙地。亦應包含在內者也。此則與現民法上之觀念。稍有不同而已。

以暫時目的附着於土地之物。例如博覽會所建之臨時房屋。不得爲定着物者也。蓋此等物原暫時附着於土地而無永久之性質故也。

不動產之出產物。雖亦爲附着於土地或房屋之物。然通常無獨立之性質。故法律於其未與不動產分離間。認爲不動產之構成部分者也。至出產物自何時起視爲不動產之部分。法律未設規定。解釋上。如種子則從播種時。如植物則從種植時。而其他動產則從附着時。即爲其部分者也。但以買賣花木爲營業之花廠。其所栽種之花木。則仍爲動產。不能視爲不動產之部分。是不待言。

(乙) 區別之必要。在今日區別動產不動產之必要。與古時不同。古時之區別動產不動產者。因其價值之有高低。而今日區別動產不動產者。則以其性質之有差異故也。蓋不動產有一定之所在。通常不變其位置。而動產則不然。動產所在不能一定。一時可以數易其主。故二者不能適用同一之法規時甚多。例如審判管轄問題。因時效占有取得權利之問題。及屬於國際私法之問題。皆彼此互異是也。

(二) 替代物不替代物。

(甲) 區別之標準。替代物者。依種類、數量、容積、所指定之動產之謂。例如金錢米穀之類。是不替代物者。於某種類中指定某物。交易上不能以他物代之者也。此區別蓋淵源於羅馬法者也。(德民九一條六〇七條日民四〇一條參考)

(乙) 區別之必要。替代物不替代物之區別。於民法適用上最有關係者。即消費借貸之標的物限於替代物者也。

替代物不替代物之區別。與特定物與不特定物之區別。似同而實異。前者專以物之性質而分。後者則以當事人之意思而分也。例如法律行為之當事人。得以性質上不替代之物。為不特定物。(例如若干匹之馬之類)亦得以性質上可替代之物。為特定物者也。(如某箱中之銀某倉中之米之類)

(三) 消費物不消費物。

(甲) 區別之標準。消費物原有廣狹二義。狹義之消費物者。依其用法使用即耗盡之物之謂。例如食物是。反之不消費物者。依自然之用法使用。不失其形體之物之謂。例如几杌是也。但消費物解為耗盡之物。失之太狹。於交易界之觀念不合。是以學者多主張廣義以解消費物。即主觀消耗之物亦為消費物。例如金錢是也。

(乙) 區別之必要。消費物與不消費物之區別。淵源法國民法。(法民一八九二條)蓋因其與消費

借貸有關係故也。

(四) 可分物不可分物。

(甲) 區別之標準。可分物與不可分物者。關於物之分割性之區別也。物之分割有二。有形體上之分割。有思想上之分割。於此所欲說明者。則專為形體上之分割焉。凡物於形體雖皆可以剖分。但所謂分割者。非謂將一物分而為二。必其剖分無害於其物之本質。被剖分之各部分。仍保持其同一之作用。始得謂為分割者也。例如一杅一几。物質上將其剖分之時。則立時失其几杅之效用。故此等物皆屬於不可分物之部類者也。

形體上一般可分割之物。例如土地或由數量而成之動產是也。土地得依畫界為分割。房屋依我民法規定不視為土地之一部。故將其與土地分離。不得謂之為分割。煤米油鹽之類。因分割不過生數量之變更。其為可分物。自不待言。

(乙) 區別之必要。此區別之實益。蓋為債權人或債務人有數人之時而存在者也。但關於共有物分割之方法及附合混合。亦實有此區別之必要。

(五) 單一物合成物聚合物。

(一) 單一物。單一物者。形體上成一獨立體之物之謂。但其所以成一獨立體之故。不問其由於天

然。抑由於人工。亦不問其爲同一種類之物質。抑非同一種類之物質也。例如字畫。固無害其爲單一物。

(2) 合成物。合成物者。數個獨立物結合而成一體之物之謂。例如嵌寶石之金銀器皿之類是。構成此等物之各物。雖不致失其結合前所有之性質。然法律上爲使其各部分受同一之處置。故皆視之爲單一物。由此觀之。則合成物實不過單一物中之一種而已。

(3) 聚合物。聚合物者。許多單一物之聚合也。例如羊羣。書庫之類是。聚合物本許多單一物之總稱。原則實不能謂之爲一物。不過交易界之習慣常視爲一物而已。

(六) 主物從物。

(甲) 區別之標準。主物從物之區別。淵源於羅馬法。而東西各國民法多襲用之。(德民九七條。日民八七條)我民法關於此。亦設有規定焉。(六八條)

主物從物者。由二物相互間之一定關係所生之區別也。其區別之要點如下。

(1) 主物與從物須皆爲獨立之物也。故物之一部分。不得謂之爲從物。德國民法明定此條件之必要。民法亦仿效之。

(2) 從物者。須常助主物之效用而同屬一人也。換言之。即全主物之效用所從屬之物也。故室中

陳設之古玩。不得謂爲室之從物。又暫時雖不供其主物之用而不失其從物之性質者。例如書套。有時雖藏而不用。然亦不失其爲書之從物也。

(3) 謂從物者。必須有主物之存在也。故兩個以上之物。雖供同一經濟上之目的使用。然不能定其何者爲主物之時。則無從物之存在也。例如飯箸飯碗之類是。

(4) 須交易上無特別習慣也。雖具有上述三要件。而交易上有不認其爲從物之習慣者。則仍從其習慣也。(六九條一項但書)

(乙) 區別之必要。主物從物區別之必要。在於使從物須從主物之運命也。蓋主物與從物。如上所述。原各爲獨立之物。各有其所有權者也。故從物須從主物之運命。各國多以法律規定。以明其旨。但從物之從主物之命運之程度如何。各國立法不一。德國民法。主物爲土地之時。與爲動產之時有別。主物爲動產者。祇讓與主物或於主物上設定質權等之債務時。當然其效力及於從物。(德民三一四條)又遺贈之時。推定其遺贈之債務及於從物者也。(德民二二六四條)日本民法則反之。日本民法則爲概括的規定。令從物須從主物之處分焉。(日民八七條二項)日本民法與德國民法相異之點有二。即

(1) 所謂處分者。就於其物得爲權利人可爲之一切行爲之謂。故日本民法不限於讓與主物及

於主物上設定質權等權利並遺贈時。其從物始從主物之運命。

(2) 日本民法第八十七條第二項從物須從主物之處分之規定。非意思解釋之規定也。詳言之。依日本民法之規定。當事人無別樣意思表示之時。從物當從主物之處分。故與德國民法之推定當事人之意思不同也。民法第六十八條第二項。蓋取法日本民法者也。

(七) 原物孳息。

定何爲孳息。其要點有二。(一)明孳息權利人應取得之物。(二)當應償還孳息價值時得定其義務之範圍也。關於質權、買賣、租賃、占有等之事項。即可見其實用。法法系諸國之法典。不設關於孳息之通則。惟於用益權之規定中。載孳息取得之規則。殊覺不當。民法總則中既規定關於物之一般通則。則關於孳息之事項。亦自以一併規定爲宜。

(甲) 孳息之分類及要素。世俗普通所謂孳息者。概指由有體物直接出產之物而言。例如米穀瓜果之類是。但在法律上。孳息一語。常廣義用之。即孳息者。本於某種法律關係所息取之物。亦包括在內。故孳息之種類。可分爲二。(一)天然孳息。(二)法定孳息是也。

(二) 天然孳息。天然孳息者。物之出產物也。故不能視爲出產物之物之構成部分。非孳息。但何種出產物。可爲天然孳息。即天然孳息之本質如何。由來蓋有三說。

(a) 定期收穫之出產物說。此說不過以收穫之時期。定物之性質。然天然孳息。依一定收穫時期者固多。而隨時收穫之物無害其為天然孳息者。亦復不少。例如礦物石材等是也。又如牛犢。亦不能視其為定期收穫。然無害其為孳息。總之定期收穫。不過常資以為認知為物之為孳息與否之材料。若直以之定物之性質。則未免本末倒置矣。

(b) 不消耗其原質而收取之出產物說。此說解孳息觀念失之太狹。與前說無異。蓋此說關於有機出產物。雖毫無謬誤。然近世一般所謂孳息者。不限於有機出產物。例如鑛物石材。雖以漸耗盡其原物。然一般亦視之為孳息之一種。蓋無庸疑。

(c) 依物之生產上之用法而收穫之出產物說。所謂依物之生產上之用法者。依物之合於生產上目的之方法之謂也。例如種果木以收穫果實。飼養牛羊以收穫羔犢之類是。我民法即採此說。蓋仿德日民法之例者也。(六九條一項)民法既以依物之用法收穫為天然孳息之唯一要件。故其收穫之時期如何及原物之永存與否。皆置不論者也。

(二) 法定孳息。法定孳息者。因法律關係所取得之收益之謂也。(六九條二項)例如利息租金之類是。法定孳息。非由一物直接生產。然亦必先有原本而後始生。與天然孳息同。故亦為孳息之一種。

關於法定孳息之本質。從來學說紛歧。法國學者稱之爲假設孳息。而不定其界說。德國民法則稱之爲本於法律關係所生之收益。(德民九九條三項)日本民法則稱之爲物之使用對價之金錢及其他物件。(日民八八條二項)我民法蓋即仿德國民法之例者也。

法定孳息。既由法律關係而生。故不獨物之使用。即權利之使用。亦可發生法定孳息者也。又法定孳息。既爲由法律關係所取得之收益。故不限於金錢。即其他有體物或權利。亦得爲孳息者也。

(乙) 孳息之收取。民法倣德日民法之例。定關於孳息收取之通則。(七〇條)關於收取之點。亦然孳息與法定孳息有別。分說於下。

(1) 天然孳息之收取。天然孳息與原物未分離時。尙爲原物之成分。不能獨立存在。故自應屬於原物所有人之所有。然一與原物分離。則不問其分離之原因如何。分離之方法如何。應使收取權利人收取之。藉以保護其利益。此民法第七十條第一項之規定所由設也。(七〇條一項)

(2) 法定孳息之收取。法定孳息與原物本非一體。隨時可以發生。然以分秒計之。則不勝其煩。故按其權利存續期間之日數使其取得。最爲平允。此民法第七十條規定第二項所由設也。(七〇條二項)

此條兩項規定。皆爲任意規定。故當事人有與此相異之意思表示時。仍應從其意思者也。

第四章 法律事實與法律上之效力

第一節 總說

一 法律事實 (Juristische Tatsache) 者。為發生定一法律上效力之原因之一切自然事實也。構成法律事實之各事。雖千差萬別。然大分之可區而為二。(一)自然的事情。(二)自然的狀態是也。前者如人之出生、死亡、人之行為及時之經過之類是。後者如繼續占有及住居一定之地域之類是。又吾人精神上之事情。例如知不知之事實。預見未預見之事實。亦為自然的事情。應屬於前者。吾人精神上之狀態。例如精神耗弱、心神喪失之狀態。亦為自然的狀態。應屬於後者也。

二 法律事實為自然事實之全體。故僅有法律上存在之權利義務等。非法律事實也。因之構成法律事實之分子。與發生法律上效力必要之分子。亦殊不必一致。例如毀壞自己之所有物。發生所有權消滅之法律上之效力。於此所謂法律事實者。即物之毀壞而已。然僅以此不能即發生所有權消滅之法律上效力。欲發生所有權消滅之法律上效力。必就於其物曾有所權之存在始可也。及此觀之。則兩者之不必一致。蓋彰彰明矣。

三 法律上之效力 (Rechtswirkung) 云者。依法律之規定所發生之變動之謂。法律之規定云者。有一定之原因。令其發生一定之結果。其結果。即變動也。但法律不能作成自然之事實。故法律所使生之變動。非自

然變動。不過吾人意識間之變動而已。此吾人意識間之變動。即稱之爲法律上之效力。法律上之效力。固實現之於權利之發生、變更、消滅之法律上之變動。然不屬於權利之發生、變更、消滅之法律上之變動。亦復不少。例如權利能力之發生、代理權之發生。則不屬於權利之發生、變更、消滅之一種法律上效力之發生也。

第二節 權利之發生消滅變更及取得喪失

一 法律上之效力。不必皆有權利之發生變更消滅。雖如上所述。但法律上之效力。以有權利之發生變更消滅者爲常。故權利之發生、變更、消滅。爲學者所應研究之重要問題也。簡單說明之於下。

(一) 權利之發生。權利之發生者。權利之初出現之謂。詳言之。法律認爲有權利出現必要之原因時。吾人之權利出現之謂也。例如因買賣則買主賣主之權利發生。因婚姻則夫婦之權利發生之類是。

(二) 權利之消滅。權利之消滅者。權利失其存在之謂。詳言之。法律認爲有權利消滅必要之原因時。吾人之權利消滅之謂也。例如物之所有權因其物之毀壞而消滅。物之使用權因借用人之死亡而消滅之類是。

(三) 權利之變更。權利之變更者。權利失其同一性質之謂。換言之。即其前之權利縱仍舊存在。然其內容或主體實生多少之變動之謂也。例如因添附所生之土地之膨脹及債務之一部免除之類是。

與權利變更似同而實異者。即舊權利消滅新權利發生是也。舊權利消滅新權利發生之時。其新權利與舊權利。爲各別之權利。故曾附屬於舊權利之利益或不利。非當然附屬於新權利。例如舊權利有保證人擔保時。因此權利消滅而發生之新權利。擔保其舊權利之保證人。非當然擔保之也。又舊權利係由得以撤銷之行爲發生時。因其權利消滅而發生之新權利。非當然可以撤銷也。反之權利變更之時。不問其變更之前後。其權利爲同一之權利。故附屬於其權利之利益或不利。變更後當然存續者也。由是觀之。權利之發生消滅之外。不能不更認有權利變更之觀念也。

權利之變更。可大分爲二。(一)權利主體之變更。(二)權利之內容之變更是也。

(一) 權利主體之變更。權利主體之變更。又可分而爲二。(一)新主體代舊主體之時。(二)主體有增減之時是也。於第一種情形。其權利是否失其同一性質。學者間原有爭論。依通說。則謂權利之主體。雖爲權利之要素。然權利主體之個人之爲何人。非權利之要素。故權利無論其屬於某甲。抑屬於某乙。不失其同一性者也。然不以通說爲然者甚多。(如德賀爾威喜日本川名兼四郎博士)何也。蓋因爲其權利主體之個人。有時亦實與其權利有密切之關係故也。

(二) 權利內容之變更。權利內容之變更。亦可分而爲二。(一)權利物體有增減之時。(二)權利之狀態有強弱之時是也。前者。如所有權標的物之增減及債權內容之增減之類。後者。如抵押權次序

之變更及債權履行時期之變更之類是。

二 權利之發生消滅者。蓋指權利之自身而言。若自權利主體之方面言之。則稱之爲權利之取得喪失焉。權利取得者。權利附着於某人之謂。而權利喪失者。權利從其前主脫離之謂也。

(一) 權利之取得。權利之取得。可大別爲二。(一)原始的取得。(二)繼受的取得是也。

(甲) 原始的取得。原始取得者。不本於既存之權利所生之權利取得也。換言之。即其取得係獨立發生權利。與他人之曾有無其權利全無關係也。例如因先占、加工、附合、混合等所生之所有權之取得之類是。因取得時效所生之所有權取得。亦爲原始取得。因取得時效之所有權取得。雖似本於既存之權利之取得。而其實非也。何哉。蓋以此種取得。亦與其從前既存之所有權毫無關係故也。又舊權利之復歸。亦原始的取得也。例如以解除條件爲讓與時。條件成就其權利當然仍復歸於原讓與人。故亦不能謂之爲繼受取得也。

(乙) 繼受的取得。繼受的取得者。本於既存之權利所生之權利取得也。其取得權利之人。名爲繼受人。被繼受人。則名爲前主。此種取得。又可細別爲二。(一)移轉的繼受取得。(二)創設的繼受取得是也。

(子) 移轉的繼受取得。移轉的繼受取得者。既存之權利不變其性質而移於他人之謂也。例如

因買賣取得其物之所有權之類是。於此情形。其繼承人取得之權利。與其前主之權利全然同一。其內容名稱毫無相異之處。不過其主體變更而已。

(丑) 創設的繼承取得。創設的繼承取得者。本於既存之權利。設定新權利。使其取得之謂也。例如土地所有人設定地上權、典權、永佃權之類是。此等權利。非包含於所有權中之物。乃一種新權利。所有權人使他人取得此種權利。稱之為設定。設定之權利。若其權利人拋棄時。即歸於消滅。非復歸於設定人也。

繼承的取得。自他一面觀之。又可分為二種。(一) 特定的繼承取得。(二) 包括的繼承的取得是也。

(a) 特定的繼承取得。特定的繼承取得者。個個之權利因個個之原因而繼承取得之謂也。例如因買賣契約取得馬一匹之類是。

(b) 包括的繼承取得。包括的繼承取得者。個個之權利因惟一之原因而繼承取得之謂也。例如因繼承之遺產取得及包括遺贈之取得之類是。

(二) 權利之喪失。權利之喪失。可大別之為二。(一) 主觀的喪失。(二) 客觀的喪失是也。

(甲) 主觀的喪失。主觀的喪失者。因有他人為其權利主體而已遂將其權利喪失之謂。如讓與人雖失其權利。而其權利固未嘗失其存在也。

(乙) 客觀的喪失。客觀的喪失者，其權利絕對不存在之謂。例如地上權典權因存續期間屆滿而消滅之類是。

第三節 法律事實與行爲

一 法律事實者，爲發生一定法律上效力之事實。其種類可大別爲二：(一)自然的事情。(二)自然的狀態。既如上所述矣。自然的事情，雖千差萬別，不能枚舉。然吾人之行爲，則爲自然的事情中之最重要者也。行爲 (Handlung) 云者，有知之身體之動靜也。故夢中身體之動靜，不得謂之爲行爲。

二 法律所不許之行爲，爲構成法律事實之一分子者有之。即違法行爲是也。例如債務不履行及侵權行爲之類是。

三 法律所許之行爲，爲構成法律事實之一分子者有之。即合法行爲是也。例如買賣贈與等之法律行爲及埋藏物發見無因管理之事實行爲之類是。

四 構成法律事實之分子之行爲，又可分爲表示行爲及非表示行爲二種。

(一) 表示行爲。表示行爲者，表示其心理之行爲之謂也。此即稱之爲心理表示。吾人之心理，可分爲知情欲三種。表示行爲者，不外表示此三者之一之行爲也。

(甲) 知之表示行爲。知之表示行爲者，表示人表示其對於其事物所有之知識 (即所有之觀念)

之謂。故知之表示行爲。又可稱爲觀念表示。觀念表示。可分之爲種種。

(1) 表示純粹觀念者有之。例如承認他人權利之存在(二一九條一項二款)之類是。

(2) 主張事實者有之。所謂主張者。不僅表示純粹之觀念。並有主持其觀念正當之意。在乎其中也。例如代理人主張自己已有代理權(一一〇條)之類是。

(3) 通知事實者有之。此又可分爲數種。

(a) 過去事實之通知。例如債權讓與之通知(二九七條)清償標的物提存之通知(三二七條二項)及承諾遲到之通知(一五九條一項)之類是。

(b) 現在事實之通知。例如贈與標的物之瑕疵之告知(四一一條)買賣標的物瑕疵之告知(三五五條但書)之類是。

(c) 將來事實之通知。例如召集總會之通知(五一條)之類是。

(乙) 情之表示行爲。情之表示行爲者。表示人表示其感情之行爲之謂。故又可稱爲感情表示。感情表示。能生法律上效力者極少。惟親屬編所謂有怨者。乃感情表示生法律上效力之一例。(一〇五三條)

(丙) 欲之表示行爲。欲之表示行爲者。表示人表示其欲望之行爲之謂。故又可稱之爲欲望表示。

欲望表示又可大分爲二。(一)事實上之欲望表示。(二)私法上之效力之欲望表示是也。

(1) 事實上之欲望表示。事實上之欲望表示。依其欲望之種類。再細別如下。

(a) 積極的欲望表示。此又可分數種。

(子) 其欲望在於請求他人之行爲者有之。此稱之爲請求的表示。例如確答是否承認法律

行爲之催告(一七〇條二項)及召集總會之請求(五一條二項)之類是。

(丑) 同意於他人之行爲者有之。例如第一千零五十三條之同意是。

(b) 消極的欲望表示。消極的欲望表示。例如承認之拒絕(一七〇條二項)及要約之拒絕

(一五五條)之類是。

(2) 私法上之效力之欲望表示。此即稱之爲意思表示。於次節再詳論之。

(二) 非表示行爲。非表示行爲者。非表示其心理之行爲之謂也。例如埋藏物之發見、先占及所有權

拋棄之類是。侵權行爲。自其對於行爲上之效力言之。亦非表示行爲也。

第四節 意思表示 (Willenserklärung)

第一款 意思表示之意義

意思表示者。欲望一定私法上效力之意思之表示行爲也。分析說明之於下。

(一) 其欲壞私法上之效力之意思。略稱之爲效力意思。(Erfolgszweck) 此效力意思。祇須有依賴法律而得一定事實上之效果之意思。不必定如法律家知其爲法律規定之效果而欲其發生也。例如甲與乙約將乙之某物此後置於自己權力之下。不再令乙干涉。此意思不害其爲所有權受讓之意思也。

(二) 意思之表示行爲者。第一須行爲也。故其身體之動靜。非本於意思不可。(行爲意識 Gehaltswille) 是以夢中或人事不省中不能有行爲。故亦不能有表示行爲。又被暴力壓迫時。亦不能有表示行爲者也。

意思之表示行爲者。第二須表示行爲也。詳言之。即確可推知其效力意思之存在之行爲也。此點學者最應注意者也。何哉。蓋法律事實之成分中需要行爲之時。其行爲之爲意思表示與否。須依此標準以定之故也。例如拋棄所有權之時。須以喪失所有權之意思。拋棄其物之占有。然物之占有拋棄之行爲。非喪失所有權之意思之表示行爲也。何哉。蓋占有拋棄之行爲。有種種之意思。不能確可推知其欲喪失其所有權故也。

(三) 意思表示者。須表意人自信所爲之表示行爲也。換言之。即意思表示者。除有行爲意識之外。尚須有表示意識也。表示意識(Erklärungs-wille)者。立於內部之行爲意識及外部之身體之舉動之間。而其兩者之聯絡之精神作用也。換言之。即其外部身體之舉動。係爲其內部所存之意思之表示。之認識

也。此表示意識。學者即名之爲自信。無自信則意思表示不能存在也。例如某市場向以舉手爲買賣要約之標誌。今有某甲不知此慣例。而於市場中舉手招其友人之時。則此舉手之動作。不能謂之爲意思表示。何也。蓋因其非自信其爲買賣之意思表示而爲之故也。但所謂自信者。其所信確係正當與否。在所不問。故雖屬誤信。亦不害其自信。例如關於法律行爲之內容等有錯誤之意思表示。不害其爲意思表示也。(八八條)

(四) 意思表示。雖爲推知其效力意思之存在最適當之行爲。然其內部究真有其意思之存在與否。與意思表示之成立無關也。例如非真意之意思表示、虛偽之意思表示及有錯誤之意思表示。皆不害其爲意思表示。乃法文所明定者也。(八六條八七條及八八條)

第二款 意思表示之種類

意思表示得爲種種之分類。分述於下。

(一) 獨立之意思表示與不獨立之意思表示。

(甲) 獨立之意思表示。獨立之意思表示者。其意思表示之性質上。不待他意思表示即獨立發生私法上之效力者也。例如債務之免除、撤銷、捐助行爲及遺囑等之意思表示之類是。獨立之意思表示。構成單獨行爲者也。

(乙) 不獨立之意思表示。不獨立之意思表示者。其意思表示之性質上必俟他意思表示始生效力。法上之效力者也。例如買賣契約之契約或承諾之意思表示及於總會社員表決之意思表示之類。是不獨立之意思表示。構成契約及決議者也。

(二) 明示之意思表示與默示之意思表示。意思表示分爲明示默示。乃從來之通例。但此區別初無法律之根據。不過學者各依其所見以定區別之標準而已。

關於明示默示之區別之學說。雖紛紛不一。然大分之可別爲客觀說及主觀說之二種。

(a) 主觀說。主觀說者。於表意人之意思。求明示默示區別之標準也。表意人專爲表示該意思而爲表示行爲者。其表示爲明示之表示。表意人直接表示他意思。而使人推斷其法律行爲之意思者。其表示爲默示之表示。屬於此派學者。皆易明示之意思表示及默示之意思表示之用語。爲直接之意思表示及間接之意思表示。(德倫布爾細、恩德登、斯泰丁根爾及平沼顯一郎等)

(b) 客觀說。客觀說者。於表意人表示之方法。求其區別之標準也。此又可分爲數說。

(1) 祇依言語或文字以爲表示者。始爲明示。其他方法之表示。皆爲默示。例如富李刺即主張此說。

(2) 使相對人一目即能了解之方法爲表示者。爲明示。否則爲默示。如川名兼四郎即主張此說。

(3) 以本來表示一定之意思之適當手段爲表示者。爲明示。其他皆爲默示。例如喬特忒、文差、德、即、主、張此說。

明云。默示除法律別有規定外。於表示行爲之效力。不生絲毫之差異。故以實際上言之。實無爲此區別標準之必要也。

(二) 對於特定人之意思表示與對於不特定人之意思表示。

(甲) 對於特定人之意思表示。對於特定人之意思表示者。以有特定之受者爲要件之意思表示也。例如同意、承認、撤銷、抵銷、解銷、免除及普通契約之要約、承諾等是。此等意思表示。原則皆須對於特定人爲之。

(乙) 對於不特定人之意思表示。對於不特定人之意思表示者。使一般世人知之。不以有特定之受者爲要件之意思表示也。例如捐助行爲、廣告、單純承認及遺囑等是。

第三款 意思表示之方法

一 表示意思之方法。通常雖以言語文字最爲適當。但除言語文字以外。任選何種方法以表示意思。固皆無妨。惟須爲表示行爲始可。表示之方法果爲表示行爲與否。通常應依客觀之見解定之。但當事人特約以某種方法爲某一定之意思表示時。即依其方法以爲表示。亦無妨也。例如以暗號爲意思之類是。單純

消極之行為。即所謂緘默者。通常固不能認其爲有何等之意思表示。但當事人特約以之爲一種之意思表示時。則緘默亦得爲意思表示之方法者也。

二 意思表示。可任選方法爲之。如上所述。但法律限定意思表示之方法者亦有之。於此情形。則非依其方法不能爲意思表示也。法律所限定之方法。稱之爲方式(Form)要方式之意思表示。稱之爲要式的意思表示。不要方式之意思表示。稱之爲不要式的意思表示。

三 依近代法律。意思表示皆以不要式爲原則。而以要式爲例外。其所以設例外之理由有二。

(一) 使其意思表示明確。以免將來之爭也。例如使其必用書面或使用一定之文字爲意思表示之類是。

(二) 強制表意人使其慎重爲意思表示也。例如使其於證人前或於公證人前爲意思表示之類是。

四 法律規定要式之意思表示。若爲該意思表示之而未踐其方式者。其意思表示爲無效者也。

五 意思表示當事人。亦得以特約訂定其爲要式也。於此情形。若當事人不踐行其約定方式時。其意思表示亦爲無效者也。

第四款 意思表示之解釋

一 所謂解釋意思表示者。謂確定意思表示自體之意義。非欲明表意人之內部意思爲如何也。但確定意

思表示之意義時。務須探求真意。不得拘泥於語言文字。是不待言（九八條德民一二三條參考）何也。蓋語言文字。初非表示行為之全體。除語言文字以外之身體之舉動。周圍之事情。以至地方之習慣。商界之常例。皆足供判定意思表示意義之資料故也。一言以蔽之。解釋意思表示。務求得合理之結果。然所解釋者。自以已表示之意思為限。其未表示之意思。固不能妄加推測也。

二 意思表示不明時。法律為之設解釋其意思之規定者有之。此所謂解釋規定是也。原來法律之規定。可大別為三種。（一）任意規定。（二）強行規定。（三）解釋規定是也。任意規定者。當事人不為與此相異之訂定時。可以補充適用之規定。強行規定者。強其必行。不許當事人有與此相異之訂定之規定也。而解釋規定者。立法者以法律解釋當事人意思表示之規定也。例如民法第六百七十七條二項。即其一例。解釋規定與任意規定似同而實異。任意規定者。當事人不為別樣意思時。可補充適用。故當事人有別樣意思表示時。則不能適用者也。解釋規定則不然。解釋規定之不適用。初不必當事人之有別樣意思表示。祇依種種情形足以證明其規定之解釋謬誤。則當然不適用也。

第五款 意思表示之效力發生時期

一 意思表示雖由表示行為之完成而成立。然其效力。即其意思表示自身之拘束力。則非必因其成立即發生。故意思表示之成立與否。與意思表示效力之發生與否。原屬兩個問題。不可混而為一也。

二 決定意思表示效力發生之時期。須依實際上之便利。民法規定之如左。

(甲) 對於特定人之意思表示。

(1) 對話人爲意思表示者。以相對人了解時。發生效力。(九四條)對話人之意思表示者。對於特定相對人。使其能以直接了解其表示行爲之狀況所爲之意思表示也。故不獨促膝交談。爲對話之意思表示。即以電話對話。亦爲對話之意思表示也。反之。即鄰坐之人而以封固之字簡傳達意思。不得謂之對話之意思表示。何也。蓋所謂對話者。非以其當事人之距離遠近爲斷。乃以其意思交換之是否直接爲斷者也。

(2) 非對話而爲意思表示者。以其通知達到相對人時。發生效力。(九五條一項前段)以書信電報所爲之意思表示。通常皆爲非對話之意思表示也。非對話意思表示效力之發生時期。依從來學者之研究。可大分爲四種主義。

(a) 表意主義。表意主義 (Ausserungstheorie) 者。以意思表示之外形具備之時。爲其效力發生之時期也。例如書信已封緘之時是。

(b) 發信主義。發信主義 (Übermittlungstheorie) 者。以表意人將其意思表示置於自己管理之外之時。爲其效力發生之時期也。例如書信已投入郵信櫃之時是。

(c) 受信主義。受信主義(Empfangstheorie)者。以意思表示之通知。達到於相對人之時。為其效力發生之時期也。例如書信已送到相對人之時是。

(d) 了解主義。了解主義(Verschauungstheorie)者。相對人於受領意思表示通知後。尙須將其了解之時。為其效力發生之時期也。例如書信須相對人將其開封閱覽時始發生效力是也。

以上四主義中第一第四兩主義。雖於理論上甚為正當。然事實上殊有滯礙難行之處。故各國立法例。關於非對話意思表示效力發生之時期。皆採第二或第三主義。我民法。蓋即採第三主義者也。(九五條一項前段)

意思表示之達到云者。即其意思表示之了解與否。已入於相對人自由範圍內之狀態之謂。是以僅向相對人發送其意思表示。不能謂之為達到。然必相對人了解其意思表示。亦無須也。因達到以決意思表示效力發生之時期。故書信已交相對人。其為達到。自不待言。即已交與相對人之家人或夜間投入其收信箱內。亦不失為達到者也。

意思表示達到相對人之事實及其時期。實際上易生爭論。民律草案定為當事人如為避免爭論。得依民事訴訟法規定。委託承發吏為送達。(舊草一三三條參考)又非對話意思表示之相對人住處不明或表意人不知相對人姓名時。則其通知無由達到。斯其效力即不能發生。其不便實甚。

故不能不爲之設變通方法以濟其窮。民律草案於此情形認爲如表意人之不知相對人之姓名住處非由於自己之過失者。使其得依民事訴訟法規定以公示送達爲意思表示之通知。（舊草

一三三條）而民法就於前者雖未經採用而就於後者則亦採取者也。（九七條）

(乙) 對於不特定人之意思表示。對於不特定人之意思表示。皆以其表示行爲完成之時爲其效力發生之時期者也。

三 意思表示已發生法律上效力之後。除法律有特別規定外。表意人不能任意將其撤回。是不待言。然非對話之意思表示。表意人於其意思表示完成後。尚得將其撤回。不過須其撤回之通知。先於意思表示之通知或與其同時達到。始發生撤回之效力而已。（九五條一項但書）

四 關於意思表示效力發生時期之原理。除法律有特別規定外。於非意思表示之心理表示。皆準用之。

第六款 意思表示之受領能力

一 向特定相對人之意思表示。以其了解或通知達到。發生效力。其了解或達到。自特定相對人之一面觀之。則名之爲受領。受領非行爲。故受領能力。亦非行爲能力。不過受領能力之有無。亦多視其行爲能力之有無爲標準而已。

二 向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示者。應向其法定代理人爲之。不能向其本人爲之者

也。(九六條)但民法對於此原則。尚設有三例外。(七七條)

(一) 限制行為能力人純獲法律利益之意思表示。得向其本人為之。例如贈與之意思表示。免除債務之意思表示之類是。

(二) 依限制行為能力人年齡及身分。日常生活所必需之意思表示。得向其本人為之。

(三) 法定代理人就限制能力人之受領意思表示已允許者。其意思表示。亦得向限制行為能力人為之也。

三 法人依其機關以活動。故向法人之意思表示。以其代表之機關得知與否。決其效力發生之時期。乃當然之理。無待明文規定者也。

四 關於意思表示受領能力之原理。於非意思表示之心理表示。亦皆準用之。

第五節 法律行為 (Rechtsgeschäft)

第一款 法律行為之語源

法律行為之觀念。近世法學界所發見者也。在昔羅馬。各種法律行為。雖各有其專名。然求一概括之總名。無之。至德儒胡溝(Hugo)著民法原理(Pandecten)始創法律行為(Rechtsgeschäfte)之名。各種法律行為各有其特異之處。然亦不乏相同之點。故欲發見其相同之原則。不能先定一總括之名稱。此胡氏



苦心研究之餘。創此新名。而近時各國法典皆宗之者。良有以也。

二 法律行為四字。原日本民法譯自德語(Nachlassgeschäft)者。而我民法亦沿用之。

第二款 法律行為之意義

一 法律行為者。發生私法上效果之法律事實。而以欲發生其效果之意思表示。為其必要之構成分子者也。分析論之於下。

(一) 法律行為者。法律事實也。法律行為為法律事實之一種。於前第三節中已說明之。茲不再贅。

(二) 法律行為者。發生私法上之效果者也。法律效果之有公私之別。猶法之有公私之別。權利之公私之別也。故一種行為。雖發生法律效果。然其效果非私法上效果時。則非民法所謂法律行為也。例如官吏之任命、訴訟之提起等。皆不得謂之為法律行為。

(三) 法律行為者。以意思表示為其必要構成分子之法律事實也。

(1) 不以意思表示為構成分子之法律事實。非法律行為。故不獨侵權行為及時效。非法律行為。即所有權之拋棄(Derelictio)及由先占(Ocupatio)之所有權取得。亦非法律行為。何也。蓋前二者並無發生私法上效果之意思。後二者縱有其意思。然無表示之必要故也。

(2) 法律行為雖必以意思表示為其構成分子。然謂意思表示即法律行為。則非也。關於法律行為

與意思表示之關係。從來原有兩說。(一)自沙微尼始以迄德普通法多數之學者。皆直以意思表示爲法律行爲。文差特曰。法律行爲者。使私法上效力發生之意思表示也。云云。(Windtschit Parlecte-三)是其一例。(二)反之。德國後進之學者。皆謂法律行爲與意思表示。法文上雖無直接區別之根據。然理論上則兩者之觀念。截然不可相混。意思表示非即法律行爲。不過法律行爲中不可缺之一要素而已。例如恩內克曲魯(Enneccerus) 畢爾登(Biermann) 斯滔丁克爾(Staudinger) 鄂爾特登(Ortmann) 日本舊日之學者。殆皆主張前說。富井政章博士民法原論三一五頁以下。梅謙次郎博士民法要義一九八頁。岡松參太郎博士民法理由(近日學者則反之。多取後說)川名兼四郎博士民法總論。鳩山秀夫博士注譯民法全書三二頁。愚意亦以後說爲當。何也。蓋法律行爲非僅以意思表示即可成立。例如契約。於兩個意思表示之外。尚須其兩者之合致。又如契約中所謂要物契約者。於意思表示之外。尚須有物之授受。其契約始能成立。夫意思表示之合致。不能謂之意思表示。物之授受。尤不能謂之爲意思表示。故欲以意思表示以概法律行爲。其爲不當。蓋彰彰明矣。

第三款 法律行爲與訴訟行爲

訴訟行爲(Prozesshandlung)者。法院或當事人之行爲。民事訴訟法與以訴訟程序上之效力者也。例如裁判、起訴、自白、撤回訴訟、認諾、捨棄之類是。當事人之訴訟行爲。其行爲之性質爲法律行爲與否。由來原有爭

論。日本民法第十二條。準禁治產人應得保佐人之同意始得爲之行為中。列有訴訟行為。故益爲學者所疑。然以愚見論之。訴訟行為者。爲訴權之行使。個人與國家之關係。發生訴訟法上之效果者。故訴訟行為謂之爲法律行為。其謬固不待言。但同一行為發生訴訟法之效果。同時又發生私法上之效果。是固無妨。例如訴訟上之撤銷。訴訟上之抵銷之類。蓋爲訴訟行為。同時爲法律行為者也。

第四款 法律行為之種類

法律行為。可爲種種之分類。舉其要者論之於下。

(一) 單獨行為、契約及共同行為。

(甲) 單獨行為。單獨行為 (Einseltiges Rechtsgeschäft) 者。以一方當事人之意思表示爲其成立要件之法律行為也。故單獨行為。又名爲一方行為。單獨行為。可分爲有相對人之單獨行為及無相對人之單獨行為。有相對人之單獨行為者。其行為之性質。須對於某人爲之也。例如法律行為之撤銷、承認、解除、債務免除之類是。無相對人之單獨行為者。其行為之性質。無對於何人爲之之必要也。例如遺囑、捐助行為之類是。有相對人之單獨行為。不過其行為須對於某人爲之而已。其行為之發生效力。初不待相對人之承諾也。換言之。即相對人不承諾。其行為亦發生效力也。例如債務之免除。縱債務人不欲其免除。仍生免除之效力者也。

(乙) 契約 (Contract, Vertrag) 者。以有相對應之內容之數個意思表示之合致爲其成立要件之法律行爲也。故契約又可名爲雙方行爲 (Zweiseitiges Rechtsgeschäft) 例如買賣、贈與、租賃。皆契約中之最重要者也。契約觀念之範圍。因各國之立法不同而異。法蘭西民法。沿羅馬法之舊。以狹義解契約。雙方行爲中祇以成立債權債務之關係者。始稱契約。而德意志民法則反之。以廣義解契約。以契約爲雙方行爲之總稱。故於民法總則中。裁關於契約總則之規定。所謂契約者。不限於成立債權債務關係之行爲。即以物權移轉、債權讓與、親族關係之成立消滅爲目的之法律行爲。皆契約也。民律草案於總則編中。亦載關於契約之規定。其爲取法德國。是不待言。民法雖改歸債編中規定。但仍不能從狹義之解釋者也。(七九條八二條參考)

(丙) 共同行爲 (二名協定行爲) 共同行爲 (Gesamtact) 者。其須有數個意思表示之合致。與契約同。不過其意思表示。非有格別相對應之內容。乃同一方向。同一內容者也。蓋在契約。其意思表示之合致。乃錯綜之合致。而在共同行爲。其意思表示之合致。乃平行之合致也。例如總會之決議。即共同行爲之一種也。

契約觀念與共同行爲觀念之區別。始於昆刺 (Kunze) 雖不無以對其說者。川名兼四郎博士日本民法總論一八九頁一九零頁參考) 然有力之學者宗之者亦復不少。如 (Tollhage, Gierke, Ehm)

Coerns)美濃部達吉博士等(該博士日本行政一八三頁參考)余亦贊成有此區別者也。

(二) 生前行為死後行為。

(甲) 生前行為。生前行為(Rechtsgeschäfte unter Lebenden)者。於生前發生其法律行為上效力之

法律行為也。例如買賣、贈與、租賃。通常皆為生前行為。是不待言。人壽保險契約。於契約締結時即生效力。不過其保險金之請求權。以死亡為清償期而已。故生命保險契約。亦生前行為也。

(乙) 死後行為。死後行為(Rechtsgeschäfte von Todeswegen)者。因當事人一造之死亡。始發生其法律行為上效力之法律行為也。例如遺囑為必要的死後行為。而買賣租賃等。以之死後行為亦無妨。

(三) 有償行為無償行為。

(甲) 有償行為。有償行為(Erfolgreiche Rechtsgeschäfte)者。有對價之法律行為也。例如買賣是。

(乙) 無償行為。無償行為(Unentgeltliche Rechtsgeschäfte)者。無對價之法律行為也。例如贈與是。

此區別祇限於契約有之。何也。蓋單獨行為皆為一方之行為。無交換之性質。自不能有償故也。

(四) 要式行為不要式行為。

(甲) 要式行為。要式行為(Formelles Rechtsgeschäfte)者。以要式的意思表示為其成立要件之

法律行為也。要式行為又可分兩種。(一)法律規定之要式。(二)當事人約定之要式。法律規定之要式行為。學者稱之爲法定要式行為。當事人約定之要式行為。學者稱之爲約定要式行為。

(乙) 不要式行為。不要式行為 (Formfreie Rechtsgeschäft) 者。由不要式的意思表示成立之法律行為也。換言之。即法律行為祇以意思表示即成立。其意思表示不必另有方式也。

(五) 債權的行為、物權的行為、準物權的行為。

(甲) 債權的行為。債權的行為 (Obligatorische Rechtsgeschäft) 者。以欲發生債權債務關係之意思表示爲其必要構成分子之法律行為也。此種行為。有爲契約者。如買賣、租賃、合夥、寄託之類。是有爲單獨行為者。如特定名義之遺贈是也。

(乙) 物權的行為。物權的行為 (Dingliche Rechtsgeschäft) 者。以欲直接發生物權上之變動之意思表示爲其必要構成分子之法律行為也。物權上之變動。因物權的行為而生。債權的行為。祇有發生債務關係之作用而已。無發生物權上變動之效力。兩者最易混同。學者不可不注意也。特就兩者之關係論之於下。則兩者之區別自明矣。

(1) 物權行為與債權行為併存者有之。例如特定物之買賣。買賣者。祇有發生標的物所有權讓與之債務之效用。而所有權移轉者。乃所有權讓與契約之效用也。

(2) 物權行為以債權行為為先驅者有之。例如不特定物之買賣。先有因買賣讓與某物之債務。嗣後為履行其債務而為讓與某物所有權契約。其所有權始移轉者也。

(3) 物權行為與債權行為無關而獨立存在者有之。例如所有權讓與之債務因法律之規定而生者。如不當得利返還之債務。又如所有權之讓與直無何種債務而亦存在者。如買主拋棄其定銀之類是也。

(丙) 準物權的行為。準物權的行為者。以欲直接發生物權變動以外之法律上效力之意思表示。為其必要構成分子之法律行為也。例如債權之讓與、著作權之讓與、債務之免除之類是。

(六) 要因行為、不要因行為。

(甲) 要因行為。要因行為 (Kausalgeschäft) 者。財產給與之行為而以其給與之原因為其必要構成分子者也。使財產歸屬於他人。稱為財產之給與。新以債權物權與他人及將既存之權利移轉於他人。皆財產給與也。吾人以財產給與他人。必有其給與之理由。(目的) 始給與之。此給與理由。即稱之為給與之原因。以此原因為要素之財產給與行為。即稱之為要因行為。

(1) 要因行為之原因有在與人以恩惠者。例如贈與。其主要者也。

(2) 要因行為之原因有在取得法律上之利益者。此種原因。又可細分為三。

(a) 對於財產之受者欲取得債權者有之。例如買賣租賃。皆當事人一方給與財產。欲取得他方債權者也。

(b) 欲免自己之債務者有之。例如讓與債權或所有權之債務人。其為讓與是也。

(c) 不屬以上二種之原因者有之。例如買主讓與賣主以定銀之所有權。其原因在於買賣之解除之類是也。

債權的行為。多為要因之行為。故欠缺原因。其行為不能成立。例如無給付價金之約。不能成稱買賣。無施恩之約。不能成立贈與之類是。

(乙) 不要因行為。不要因行為(Abstaktes Rechtsgeschäft)者。財產給與行為之不以原因為要素者也。物權的行為及準物權的行為。多為不要因行為。

第五款 法律行為之一般成立要件

一般法律行為之成立要件。因其法系學說之不同。斯其分類之法亦異。故殊不能一定。然以愚見言之。法律行為之成立其不可缺之要件。蓋歸之二者。(一)意思表示。(二)標的。是也。

(一) 意思表示。關於意思表示之意義種類及方法等。於前已詳論之。茲不再贅。

(二) 標的。法律行為之內容者。行為人所欲之私法上之效力(即法律行為上之效力)之謂也。學者

常稱之爲法律行為之標的。法律行為之動機（即緣由）不得爲法律行為之內容。蓋動機者。不過促行人爲人爲其行為之理由而已。例如購刀。其動機出於殺人者有之。而出於贈人者亦有之也。法律行為之動機。與法律行為之原因有別。亦不可混而爲一。法律行為之原因。僅就於財產行為始有之。即使財產給與爲合理之理由也。動機者。所以至於爲該法律行為之理由也。故學者又名動機爲遠因。法律行為之動機。原則於法律行為之成立。不生影響者也。

第六款 法律行為之一般有效要件

第一項 總說

一 法律行為之成立要件。與其效力要件不同。法律行為之有效要件。必法律行為成立後始發生之問題也。蓋法律行為之成立要件若不具備之時。則其法律行為即不存在。自不發生有效無效之問題故也。

二 法律行為之有效要件。可分爲一般要件及特別要件二種。特別要件者。各個法律行為特有之要件之謂。例如遺囑遺贈。以遺囑人或遺贈人之死亡爲其效力發生之要件之類是。而一般要件者。一般法律行為所通有之要件之謂也。其要件可分爲六。

- (一) 行爲人須有行爲能力。
- (二) 法律行為之內容須可能。

(三) 法律行為內容須可以確定。

(四) 法律行為內容須合法。

(五) 意思表示須與真意相一致。

(六) 意思表示須無瑕疵。

第二項 行為人須有行為能力

一 有因自己之行為而取得權利或擔負義務之資格。為有行為能力。如上所述。故行為能力之有無。為區別法律行為有效無效之標準。惟必何人始為有行為能力。法律多不設積極規定。蓋除無行為能力人及限制行為能力人外。皆為有行為能力人故也。

二 無行為能力者。全無行為能力之謂。換言之。即無行為能力者。非其行為能力僅於法律上被制限。乃法律上直視其為毫無行為能力也。依民法之規定。無行為能力人蓋分為二種。(一)未滿七歲之未成年人。(二)禁治產人是也。此二種人。以其無意思能力或意思能力不健全。故民法均以之為無行為能力。無行為能力人不能自為法律行為。故此等人所為之意思表示。絕對為無效者也。(一三條一項一五條七五條前段)無行為能力人既不能自為法律行為。故法律必須為之定代為法律行為之人。代為法律行為之人為何。於未成年人。則為行親權之父母及監護人。於禁治產人。則為監護人是也。(一〇八六條一〇

九七條一〇九八條）此等代為法律行為之人。法律稱之為法定代理人。

三 無行為能力人。因係法律定其為無行為能力。故事實上縱其為意思表示當時。其識別力不異於常人。而其法律行為仍屬無效。反之。雖非無行為能力人。而其為意思表示當時確係無意識或精神錯亂者。其所為之法律行為。亦屬無效。（七五條後段）蓋前者為法律上之問題。而後者為事實上之問題故也。

四 限制行為能力者。其行為能力特受法律之限制之謂。限制行為能力人。非如無行為能力人絕對無行為能力。亦非如有行為能力人完全有行為能力。實介於二者之間。法律為之特設一階段而已。依我民法之規定。限制行為能力人祇有一種。即滿七歲以上之未成年人是也。此種未成年人。雖非全無意思能力。然其計較得失審查利害。終有不及常人之處。若使之獨斷而為法律行為。必當蒙不測之損害。法律為保護其利益計。故特以法定代理人之允許。為限制此種人行為能力之方法。即此種未成年人為法律行為時。原則須得法定代理人之允許。始為有效者也。

五 限制行為能力人不遵前述之法定補充能力之方式而為法律行為時。其行為之效力。因其行為為契約抑為單獨行為而有差異。分別說明之於下。

（甲）限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約。須得法定代理人又或其自己事後之承認。始生效力。換言之。即相對人欲使其契約有效。須俟限制能力人之法定代理人又或其自己成為

能力人後之承認始可。否則不生效力者也。(七九條一項八一條一項)

(乙) 限制能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲無效。(七八條)依民律草案規定。如相對人知其未經允許。情甘待其法定代理人又或其自己將來之承認者。亦得因承認而生效力。(舊草一〇九條一項但書)而民法未經規定。解釋上蓋不能許可者也。

六 如上所述。限制能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約。非得其事後之承認。不生效力。故與限制行爲能力人訂立契約之相對人。常處於不確定之地位者也。夫承認制度。因爲保護限制行爲能力人而設。然與限制行爲能力人爲契約之相對人之利害概置不顧。亦非所宜。民法定保護限制行爲能力人之相對人利益之方法。計有三種。(一)承認之催告。(二)契約之撤回。及(三)強制承認是也。

(一) 承認之催告。承認之催告者。定一期限使其爲承認與否之確答也。催告有於限制行爲能力人成爲有行爲能力人後爲之者。亦有於限制行爲能力人尙未成爲有行爲能力人時爲之者。分別說明之於下。

(甲) 限制行爲能力人尙未成爲有行爲能力人時其相對人所爲之催告。限制行爲能力人之相對人。於限制行爲能力之原因尙未消滅時。得定一個月以上之期限。對於其法定代理人而行催告。令其對於限制行爲能力人所訂立之契約。確答是否承認。若受催告之法定代理人。於其期限內不

本論 第四章 法律事實 第五節 法律行為 第六款 法律行為之一般有效要件
與法律上之效力 第二項 行為人須有行為能力

一六四

發確答者。則視為拒絕承認者也。(八〇條一項二項)

(乙) 限制行為能力人成爲有行為能力人後其相對人所爲之催告。限制行為能力人之相對人於限制能力之原因消滅後(即未成年入達於成年後)得定一個月以上之期限對於其本人而行催告。令其對於所訂立之契約。確答是否承認。若受催告之本人。於其期限內不發確答者。則視為拒絕承認者也。(八一條二項)此一個月以上之期限者。蓋自限制行為能力原因消滅後發催告之時起算。是不待言。

經相對人之催告而發承認之確答者。其契約從始即爲有效。(一一五條參照)因之其法律關係即確定。若經催告而不發確答者。則視為拒絕承認。其契約從始即不生效力。因之其法律關係亦確定者也。

(二) 契約之撤回。相對人於爲契約時。不知限制行為能力人有限制行為能力之原因。又或不知其未經得有允許者。自應許其撤回。不使契約成立。是爲至當。故法律定爲相對人於未得承認前。除其願候承認者外。應許撤回其契約者也。但訂立契約當時相對人明知其未經允許者。自無再行保護之必要。故仍不許其撤回。(八二條)

(三) 強制承認。法律與限制行為能力人以承認權者。係爲保護限制行為能力人利益之故。但若限

制行爲能力人用詐術使人信其爲有行爲能力人。或使人信其爲已經法定代理人之允許者。則法律自無再行保護之必要。故民法於此情形。不問其爲契約抑爲單獨行爲。令其行爲爲有效者也。(八三條)用詐術使人信其爲有行爲能力者。例如未成年入提示僞造之出生證書。使相對人誤信其爲已成年入。用詐術使人信其已經其法定代理人之允許者。例如提出僞造經父或母允許之書信。使相對人誤信其得獨斷而爲法律行爲之類是。

七 限制行爲能力人欲爲法律行爲。以得法定代理人允許爲原則。但限制行爲能力人決不至受損害之行爲。又或與限制行爲能力人智能相當之行爲。則法律特設例外規定。許限制行爲能力人得獨斷爲之。無須得法定代理人之允許。

(一) 純獲法律上利益之行爲。純獲法律上利益之行爲者。專取得權利或專免義務之行爲之謂也。專取得權利者。即祇取得權利而不負義務之謂。例如受他人之贈與是。專免義務者。即消滅現擔負之義務不再負擔他義務之謂。例如受債務之免除是。此種行爲爲使限制行爲能力人得獨斷爲之者。蓋以此種行爲均有利益無損於限制行爲能力人故也。(七七條但書)

(二) 依其年齡及身分日常生活所必要之行爲。依限制能力人之年齡及身分日常生活所必要之行爲者。即與未成年入年齡及身分相當之日常行爲之謂。例如普通之消費若理髮沐浴等皆是。

(三) 允許其處分財產。此可以分而為二。(一)法定代理人預定目的允許限制行為能力人處分之財產。則限制行為能力人於其目的之範圍內得隨意處分之。於此所謂財產者。固不限於金錢。所謂處分者。亦固不限於移轉所有權。然實際上之適用。則以金錢消費為常。例如父母以一定之金錢交付未成年入為修學之費用。則未成年入於其修學之目的範圍內。若購紙筆書籍。得自由處分之。類是。(二)法定代理人不預定目的允許限制行為能力人處分之財產。則其財產。限制行為能力人得隨意處分之也。例如父母每月以一定之銀錢與未成年入作零用。未成年入得將其銀錢自由消費之類是。(八四條)

(四) 允許其獨立營業。未成年入達於與成年相近之年齡。其智能之發育。幾與成年相埒。以家境計。或以習練職業計。實有從事工商業之必要。故法定代理人允許未成年入獨立而為一種或數種之營業。亦事理之當然也。未成年入受獨立營業之允許後。就於營業有行為能力。所謂有行為能力者。即未成年入就於其營業而生之一切行為。均得獨斷為之。無須再經法定代理人之允許。唯營業開始後。未成年入實有不勝營業之情形時。法定代理人仍得將以前之允許撤銷或限制之。蓋未成年入如實有不勝營業情形。仍應歸復原則完全保護之故也。但其撤銷或限制。祇能向將來發生效力。法律雖無明文。解釋上當然如是者也。(八五條一項二項)

第三項 內容事項須可能

一 法律行為之內容事項須可能者。構成其法律行為上效力之事項須可能之謂也。可能者。對於不能而言。非不能。即可能也。定何者爲不能。不能純依物理上之意義定之。蓋物理上不能者。固爲不能。（論理上意義之不能）既世人一般所認爲不能者。亦不能也。（法律上意義之不能）例如撈上沈於海底之船。論理上雖非不能。然就其費用勞力及危險之程度觀之。法律上固應認爲不能也。又不能須爲客觀之不能。其自己之不能。（即主觀之不能）非不能也。例如無法律知識之人。欲答法律之質問。爲主觀之不能。非客觀之不能。反之。已消滅之物欲以之與人。則客觀之不能也。

二 不能又可分爲法律的不能及事實的不能兩種。例如創設法律所不許之物權。爲法律的不能。而旅行他星球。則爲事實的不能也。

三 以客觀不能之事項爲法律行為之標的。雖欲其發生效力亦不能。故此種法律行為。在法律上爲無效者也。又能不能之標準。須依爲法律行為當時吾人智識之程度以定之。故當其時爲不能而以後爲可能時。亦不能再發生法律行為之效力者也。

第四項 內容事項須可以確定

法律行為之內容事項非確定。則實際上不能發生法律上之效力。例如贈物與人之約。必其物確定始能實

現其效力之類是。但所謂確定者。非必一一固定。即可以確定者。亦為確定也。確定之方法。可分為三。

(一) 依法律規定以確定之。例如選擇債權及標的物祇以種類指示之債權。皆依法律規定以確定之類是。(二〇八條前段二〇〇條一項)

(二) 當事人特為之確定之方法。例如當事人之一方或第三人為確定權利人之類是。

(三) 依習慣及其他事情以確定之也。

第五項 內容事項須合法

法律行為內容事項之合法者。其要件有二。即(一)須不反於強行法規。(二)須不背於公共秩序或善良風俗是也。分別說明之於下。

第一目 內容事項須不反於強行法規

一 法律規定可分為強行法規及任意法規二種。於前已述之矣。強行法規者。關於公益之規定也。換言之。即法律中強制或禁止之規定也。強制者。命令其行為之謂。禁止者。禁止其不得行為之謂也。民法中之規定。非盡為強行法規。亦非盡為任意法規。乃強行任意兩種法規之集合也。民法中之為任意法規之最明顯者。例如法文中有「當事人有特約之時。要約人顯有反對意思者。但有特別訂定者」等文字之時是也。然無此等文字。亦不能即斷其為強行法規。蓋強行法規與任意法規之分。須斟酌其法條全部之關

係。不能拘泥其文字者也。

二 法律行為之內容事項違反法律中強制或禁止之規定者爲無效。(七一條前段)故如令人拋棄其權利能力之約及爲侵權行為不賠償其損害之約。皆無效者也。

三 避法行為。其行為爲實際之內容。雖反於法律之禁止規定。然不能謂之無效也。避法行為 (*Rechtsgeschäftlicher Schleichweg*)者。規避禁止法規之行為也。詳言之。即法律禁止之事項。以迂迴之手段達到之謂也。例如爲規避利息制限法。以其利息之一部。作爲利息收單之小費之類是。

四 法律行為之內容事項違反強制或禁止規定者。固以無效爲原則。但法律有特別規定時。亦不妨其爲有效也。(七一條但書)例如以不得干與強制拍賣之人爲拍賣人。若得利害關係人之同意。仍屬有效之類是。

第二目 內容事項須不背於公共秩序或善良風俗

一 有背公共秩序者。反於社會之公安之謂。換言之。即有妨共同生活之安全之謂也。有背善良風俗者。反於社會之良風美俗之謂。換言之。即與社會道德心以不滿之謂也。有背公共秩序或善良風俗之事項。反爲法令禁止者。(例如偷盜賭博之類)亦有法令並未禁止者。違背公共秩序或善良風俗之事項。縱未爲法令所禁止。然若以之爲法律行為標的時。其法律行為爲無效者也。(七二條)又公共秩序或善良風俗

違背其一。即為無效。學者雖有謂違背善良風俗者。亦因其同時違背公共秩序之故。始為無效者。（梅謙次郎博士民法要義總則編二〇〇頁）但余則不贊同其說者也。

二 違背公共秩序或善良風俗之事項。其範圍至為廣漠。故令審判官認某事項之為違背與否。直與認審判官於此標準之下有立法權無異。然此亦實為不得已之原則。無論何國法律。皆有同此趣旨之規定。（德民一三八條一項日民九〇條法民一一三三條）蓋法律不保護之事項。千差萬別。不能以法條一一明定。故立法者不能不舉一抽象之標準而令審判官自由認定也。（宮井政章博士民法原論三三三頁）

三 所謂法律行為之內容事項有背公序良俗者。可分為三種情形如下。

（一） 法律行為標的之給付。有背公序良俗也。例如殺人之約之類是。

（二） 為法律行為標的之給付。雖無背公序良俗。然法律上強制其為給付。則有背公序良俗也。例如某醫生強某人必須由其醫治及某友人雖極窮困不許救助之約之類是。

（三） 給付自身無背公序良俗。強制其給付亦無背公序良俗。但其給付與金錢的利益相牽連之時。則有背公序良俗也。例如以不為惡為條件而贈與銀錢之類是。

四 法律行為之內容事項有背公序良俗。即為無效。不問當事人之知其違背與否也。即當事人不知其違背。亦為無效也。又某種事項之有背公序良俗與否。乃法律問題。非事實問題。關於此點。可為第三審上訴

之理由者也。

五 法律行為內容事項顯失公平之時。立法例亦有作為無效之原因者。誠以信實公平。為社會生活之基礎。且助成交易之發達者也。故為法律行為之人。如係乘他人之窘迫輕率或無經驗而為。而依當時情形。其內容顯失公平之時。法律自無保護之之必要。但此乃純注重公益。故應作為法律行為無效之原因。(舊草一二五條德民一三八條二項)但我民法則僅以之為撤銷行為或減少給付之原因。且依訴訟法請求法院為之。又於法律行為後一年內不請求者。即不得再為請求者也。(七四條一項二項)

第六項 意思表示須與真意相一致

第一目 總說

一 意思表示雖不以合於表意人之真意為其成立之要件。然以意思表示為要素之法律行為。欲使之有效。必須其意思表示不合於表意人之真意也。此原理我民法原則亦採用之。蓋無容疑。不過為防實際上之不便。對於此原則設有種種之例外而已。

二 表意人之意思表示與其真意不一致。可分為兩種情形如下。

(一) 表意人知其不一致而為意思表示之時。(故意之不合)

(二) 表意人不知其不一致而為意思表示之時。(偶然之不合)是也。

第二目 故意之不合

故意之不合。其情形可分爲三。(一)心裏保留。(二)預期表示。(三)虛僞表示是也。分別說明之於下。

(一) 心裏保留。心裏保留(Mentalreservation)者。故意爲非真意之意思表示也。換言之。即表意人本無欲爲其意思表示之意而爲之意思表示也。然其目的不必出於欺罔欲害相對人。即出於戲謔無意害其相對人者。亦往往有之。例如甲對乙曰。汝能成某事則贈汝千金。其實甲并無成事之心。亦無贈與之意之類是。

心裏保留。其意思與表示全然不相一致。依理論言之。實不能謂之爲有效。但意思表示之相對人。通常無由得知表意人意中之事。故誤認其表示之意思爲真實意思表示者甚多。如其意思表示爲無效時。則相對人因此必受不測之損害。因而影響於交易之安全。實屬不當。故於此情形。法律不能不保護其相對人。將其意思表示作爲有效也。(八六條前段)此意思表示須與真意相一致其法律行爲始爲有效之原則之例外也。

心裏保留。其意思與表示雖不一致。然不妨作爲有效。如上所述。但相對人若明知表意人之真意者。其意思表示仍爲無效。(八六條但書)何也。蓋於此情形。雖返歸原則亦無害於相對人故也。相對人明知表意人不欲之意思與否。爲事實問題。不能有一定之標準。例如徵之表意人之生平其意思表示實出

於戲謔之時。即其一例。

相對人明知表意人之真意者。皆須主張無效之人證明之。何哉。蓋此乃心裏保留原則爲有效之一例外故也。

(二) 虛僞表示。虛僞表示 (*Verheimlichung*) 者。與相對人通謀所爲之假裝意思表示也。心裏保留之意思表示相對人知其非真意時。其情形可分爲二。(一) 相對人單純知其非真意之時。(二) 相對人與表意人通謀合表意人爲非真意之意思表示之時是也。後者學者即稱之爲虛僞之意思表示。虛僞意思表示者。爲欺罔第三人與相對人通謀而爲之者也。其目的在行其欺詐者有之。在達違法之目的者亦有之。例如債務人爲免其財產爲債權人扣押。表面上僞爲讓與他人。又如欲取得選舉人之資格。名義上受讓他人之財產之類是。

虛僞之意思表示爲無效。(八七條一項) 但其無效乃相對之無效也。即表意人與相對人之間爲無效。而於善意之第三人之關係。不得爲無效也。(八七條一項但書)

虛僞之意思表示。其表意人之真意。本不欲成立何種法律行爲者有之。或欲成立他種法律行爲者亦有之。欲成立他種法律行爲而爲虛僞之意思表示。其被隱藏之行爲。學者稱之爲隱匿行爲 (*Disin-*

iertes Rechtsgeschäft)

隱匿行為又可分為二種。(一)與其所表示之行為全然異其種類之行為。(二)僅與其所表示之行為異其條件之行為。前者如假為買賣而實為借貸。後者如於買賣證書記載虛價之類是。隱匿行為之應有效與否。學者間頗有爭論。日本民法無明文規定。故解釋不一。我民法關於此特設規定。(八七條二項)即隱匿之法律行為。苟具法律上要件之時。依舊有效者也。

不可與虛偽意思表示混同者。則信託行為(Fiduziarisches Rechtsgeschäft)是也。表意人爲欲讓與其財產於他人之意思。而實際上欲與未讓與收同一之結果。由是意思表示所成立之行為。即信託行為也。虛偽之意思表示爲無效。而信託行為則非無效。何哉。蓋於虛偽意思表示。當事人所表示之行為。實無爲其行為之意。而於信託行為則不然。於信託行為。當事人實有爲其行為之意。不過其行為之目的與其行為自體不相一致。而意思與表示初非相背也。故信託行為。不能作爲無效也。

關於信託行為之效力如何。學者間頗有爭論。多數之學者。皆謂在信託行為。受託人對於外部雖有所有人債權人之資格。然於內部則所有權債權仍在委託人。雖然。若遵此說之時。則所有權債權非因信託行為而已移轉。則何由得與虛偽意思表示區別哉。故余謂信託行為受託人。爲完全所有人完全債權人。即完全取得其所有權債權。祇對於委託人內部之關係。有不能濫用其權利之義務而已。(松本 泰治博士商法原論參考)

(三) 預期表示。心裏保留者。表意人於其表示之事項心實不欲而爲之意思表示也。表意人之爲此意思表示之目的。出於欲欺其相對人者有之。或無意欺其相對人。而初未防其誤解。相對人因誤認其爲真實意思表示者亦有之。而預期表示則不然。預期表示者。無欺其相對人之目的。固不待言。並預防相對人之誤解。即預期他人可知有非真實而爲之意思表示也。例如教員於講堂爲漸票之模型優人於戲台爲買賣行爲之類是。

預期表示與虛偽表示亦異。蓋虛偽意思表示者。以欺第三人爲目的。與相對人通謀而爲之意思表示。而預期表示者。不但未與相對人通謀。並期他人不致誤解而爲之意思表示也。

預期表示。其意思表示爲無效。(舊草一一九條德民一一八條)蓋當然之理也。何哉。蓋此種意思表示。表意人本無爲其意思表示之真意。於表示時已明告他人故也。民法關於此未特設規定。解釋上蓋認爲心裏保留之一種。適用第八十六條之規定者也。

第三目 偶然之不合

偶然之不合。其情形可分爲三。(一)錯誤。(二)不知。及(三)傳達不符是也。分別說明之於下。

(一)錯誤。錯誤(Litium)者。事物之誤解之謂。換言之。即某事物與吾人對之認識不合之謂也。事物有爲法律之規定者。有爲事實之情狀者。對於前者之誤解。稱之爲法律之錯誤。例如誤解連帶爲保證是。

本論 第四章 法律事實 第五節 法律行爲 第六款 法律行爲之一般有效要件
對法律上之效力 第六項 意思表示須與真意相一致 第三目 偶然之不合

對於後者之誤解。稱之爲事實之錯誤。例如誤認銅爲金是。兩者皆意思表示偶然與其真意不合者也。表不意思時發生錯誤而生法律上影響者。可分爲二。(一)關於意思表示內容之錯誤。(二)不關於意思表示內容而公認爲重要之錯誤是也。至關於意思表示動機之錯誤。法律上不生何等影響。

(甲) 關於意思表示內容之錯誤。何者爲意思表示之內容。就於各種法律行為。不能有一定之標準。何者爲此種法律行為之內容。何者爲彼種法律行為之內容。皆非就於具體之各個法律行為。其體決之不可。換言之。即由外形存在之各個表示行為。可以正當推斷當事人有以之爲意思表示之效果者。皆意思表示之內容也。但最小限度之內容。即無論何種意思表示。皆必須有其內容。則當事人標的及法律行為之種類之三者是也。除此三者之外。何者尙可爲其意思表示之內容。非解釋其各個之表示行為不可得而知。故心縱有以之爲內容之意。而未將其表示。則仍不能以之爲內容也。
(八八條一項前段)

(乙) 不關於意思表示內容而公認爲重要之錯誤。雖不關於意思表示之內容。而交易上實認爲重要者。亦不能不視爲與內容等。故關於此之錯誤。與關於內容之錯誤。應同視也。(八八條二項)
不關於意思表示內容而交易上認爲重要之錯誤。其情形有二。

(一) 關於當事人資格之錯誤。關於當事人資格之錯誤者。例如信其人有支付能力與之交易。

而其人實無支付能力之類是。

(b) 關於物之性質之錯誤。關於物之性質之錯誤者。例如信爲純金之錫而購之。其實乃鍍金之錫之類是。

(1) 不知 (Ignorantia) 者。無欲爲該內容之意思表示之意而爲之意思表示也。不知與錯誤稍有不同。蓋錯誤者。乃觀念(認識)與對象(事物)相齟齬。而不知者。則觀念之不存在也。例如不知其紙片爲千元之票據而簽名之類是。(八八條一項前段) 究之。不知者亦廣義錯誤之一種也。

關於錯誤及不知之效果如何。各國之立法例。殊不一致。有取無效主義者。有取撤銷主義者。有兼取兩主義者。英美法德民第一草案及日本民法(日民九五條)取無效主義。德民法(德民一九條)奧民法(奧民八七一條至八七三條)取撤銷主義。法民法及法法系之諸國民法則兼取無效撤銷兩主義。我民法蓋即仿德奧之例取撤銷主義。故錯誤之結果。不過表意人得將其意思表示撤銷而已。非其意思表示當然無效也。(八八條一項前段)

民法對於錯誤或不知之意思表示之撤銷。有一制限。即表意人之錯誤或不知由於自己之過失時。仍不許其撤銷是也。(八八條一項但書)此蓋仿日本民法第九十五條所設之規定也。但日本民法。限於有重大過失時。始不許錯誤人主張其意思表示無效。爲保護交易之安全起見。或不無一面之理由。若

我民法則並普通過失亦不許其撤銷。其理由殊不可解。蓋錯誤及不知。鮮有不原因於表意人之過失者。若原因於表意人過失之錯誤或不知。不問其情節之輕重如何。均不許其撤銷。則直與不許撤銷無異故也。

意思表示因錯誤或不知之結果。表意人得將其撤銷。如上所述。但此撤銷權若永久存續。則相對人及其他利害關係人之權利。將永久處於不確定之狀態。殊屬不宜。故法律定為有撤銷權之人。於知其撤銷原因後。應即撤銷。並撤銷權於意思表示後過一年。即行消滅。以保護相對人及其他利害關係人之利益者也。(九〇條)

(三) 傳達不符。表意人不親自表示其意思而令人傳達者。往往有之。於此情形。而代其傳達之人為不實之傳達。其結果與表意人自陷於錯誤無異。故亦應與錯誤同視。例如命僕人至某金店言購金若干。僕人誤傳為售金若干之類是。

此種傳達不實之結果。與錯誤同。即其意思表示可以因此原因將其撤銷也。(八九條)不過其撤銷權。於意思表示後過一年。即消滅者也。(九〇條)

依第八十八條及第八十九條之規定其意思表示被撤銷者。在表意人。其錯誤之情形縱有可原。然在信其意思表示為有效而為行為之相對人或第三人。不無蒙受不測損害之虞。故法律定為除相對人

或第三人明知其撤銷之原因或可得而知者外。表意人對之須負損害賠償之責任者也。(九一條)

第七項 意思表示須無瑕疵

第一目 被詐欺而爲之意思表示

一 詐欺(Beruh)者。故意使他人誤信其虛偽事實之行爲也。詳言之。即詐欺者。蓄意欲使他人陷於錯誤。依其錯誤而爲意思表示。因而故意表示虛偽事實以欺其相對人。相對人遂信以爲真。而爲錯誤之意思表示之謂也。由此觀之。則詐欺者。蓋由左列之分子而成者也。

(一) 詐欺者。須故意也。(詐欺意思)故意云者。詐欺人知其所表示之事項之非真實且知其相對人因當陷於錯誤而爲一定之意思表示之謂。故民法上之詐欺。與刑法上之欺罔。稍有不同。刑法上之欺罔。必有不法取得財產上利益之目的。其欺罔始爲成立。而民法上之詐欺。則縱無加害於相對人之心。或更有利於相對人之心。其詐欺仍成立者也。

(二) 詐欺者。須表示不實之事項也。欺罔行爲。所謂表示不實之事項者。捏造虛偽事實以表示者有之。隱蔽其真實事實者有之。陳述誤謬之意見者亦有之。陳述誤謬之意見而不知其謬誤者。不能構成詐欺。何也。蓋以其無詐欺意思故也。緘默之能構成詐欺與否。不能以緘默之是否意思表示爲標準以決之。何也。蓋欺罔行爲。初非意思表示故也。依通說。緘默原則固不能成立詐欺。但法律上或契約上有

告知真實之義務。或交易界之習慣上應告知之事項而不告知者。則緘默亦當然構成詐欺者也。（富井政章博士民法原論三七五頁註釋民法全書一六六頁參考）

(三) 詐欺者。須相對人因其欺罔行為致陷於錯誤也。故相對人不陷於錯誤。其詐欺不成立也。換言之。即相對人不被其欺。則不能謂為詐欺也。故詐欺不能有未達者也。

二 被詐欺而為之意思表示者。受詐欺之結果而為之意思表示。其意思表示與詐欺有因果關係者也。例如詐言其出水畫為王石谷之真蹟以給相對人購之。其相對人所為之買賣之意思表示。即為被詐欺而為之意思表示也。但相對人縱無其詐欺亦購買其畫之時。其買賣之意思表示。不能謂之為被詐欺而為之意思表示。何哉。蓋其意思表示與其詐欺無因果關係故也。

三 詐欺之效果。因其情形不同而其效果亦異。

(一) 對於詐欺人之意思表示。皆得以撤銷之。（九二條一項前段）

(二) 因第三人行其詐欺之結果。對於相對人為意思表示者。以相對人明知其事實或可得而知者為限。始得撤銷。（九二條一項但書）例如甲與乙通謀令甲偽言乙有之畫係石谷真蹟給丙購買之時。丙可以對乙撤銷其買賣之類是。

被詐欺而生之錯誤。不問其有關於意思表示之內容與否。其意思表示皆可撤銷也。蓋被詐欺而生之

錯誤之爲意思表示撤銷之原因。與普通之錯誤之爲意思表示撤銷之原因。爲別個之問題。不相關涉故也。

被詐欺意思表示之撤銷。不得以之對抗善意第三人也。換言之。即對於善意第三人。其撤銷不生效力也。(九二條二項)蓋此種撤銷。若使之得與善意第三人對抗之時。必致有害於不知情第三人之利益。而影響於交易安全故也。詐欺若與刑法上詐欺相當之時。則生民法上之效果。並生刑法上之效果者也。蓋兩者對其法律事實之效果全異故也。刑法上詐欺之效果。生處罰問題。民法上詐欺之效果。不過爲撤銷之原因而已。

被詐欺而爲意思表示。因而受損害時。被詐欺人得向詐欺人請求損害賠償也。蓋詐欺人對於被詐欺人爲侵權行爲故也。

被詐欺而爲之意思表示。雖許其撤銷。然不加以制限。則權利狀態永不确定。實有害於交易之安全。故法律定爲有撤銷權之人。於發見詐欺後一年內撤銷之。並撤銷權於意思表示後逾十年。即行消滅。以確定權利之所屬。而保護交易之安全者也。(九三條)

第二目 被脅迫而爲之意思表示

脅迫(Prohibere)者。故意表示加害之意。使他人人生恐怖心之行爲也。詳言之。即脅迫者。蓄意使他人生恐

本論 第四章 法律事實 第五節 法律行爲 第六款 法律行爲之一般有效要件
與法律上之效力 第七項 意思表示須無瑕疵 第一目 被脅迫而爲之意思表示

怖心。依其恐怖而為意思表示。因而故意表示加害之意以脅其相對人。相對人遂生畏懼而為意思表示之謂也。由此觀之。則脅迫者。蓋由左列分子而成者也。

(一) 脅迫者。須故意也。(脅迫意思)故意云者。脅迫人欲相對人生恐怖心。且欲其因此恐怖而為一定之意思表示之謂。故民法上之脅迫。與刑法上之恐嚇有別。刑法上之恐嚇。必有不法取得財產上利益之目的。其恐嚇始為成立。而民法上之脅迫。則縱無取得財產上利益之心。其脅迫仍成立者也。

(二) 脅迫者。須表示加害之意也。(迫害行為)所謂加害者。其為加害於生命、身體、名譽、抑為加害於財產。並其加害程度之大小。在所不問。祇以被脅迫人足以發生恐怖即可。

(三) 脅迫者。須相對人因其迫害行為致生恐怖也。故已在恐怖狀態之人。因而脅之。不得謂為脅迫也。例如溺者呼救。而脅以必與以一定之報酬始救之。不得謂之為脅迫也。但人本有救溺之職分。而乃與溺者要約酬報而始救之。則實為有背公序良俗之行為。故得依民法七十二條之規定作為無效者也。

(四) 脅迫者。須以迫害行為使其決定意思之為不當也。換言之。須迫害行為為不法或有背公序良俗始為脅迫也。例如云「汝至期不還吾債則殺汝。」則迫害行為為不法也。又如云「汝至期不還吾債則告汝為反革命。」此迫害行為雖非不法。然使其因此以決定意思。殊屬有背良俗也。反之。如云「汝至期不還吾債則必訟汝於法院。」此則不得謂之為脅迫。何哉。蓋訴訟本為索債之正當手段故也。

二 被脅迫而爲之意思表示者。受脅迫之結果而爲之意思表示。其意思表示與脅迫有因果關係者也。例如甲脅乙曰。汝不與我千元則殺汝。乙受其脅而允與甲千元之時。其與甲千元之約。即爲被脅迫而爲之意思表示。反之。乙縱無甲之脅迫而亦與甲千元之時。則其贈與之意思表示。不得謂之爲被脅迫之意思表示。何哉。蓋其意思表示與其脅迫。毫無因果關係故也。

三 脅迫之效果。即被脅迫而爲之意思表示。得以撤銷也。其爲因脅迫人之脅迫對之所爲之意思表示。或因脅迫人之脅迫對於第三人所爲之意思表示。在所不問。

四 被脅迫而爲之意思表示之撤銷。其效力無論何人皆能對抗者也。此脅迫與詐欺相異之點。

五 被脅迫而爲之意思表示。其脅迫之程度。至於表意人全失其意思之時。其意思表示爲不成立。則不發生撤銷之問題者也。例如甲強執乙之手以寫借貸證券之類是。

六 被脅迫而爲之意思表示。因而受損害時。被脅迫人得向脅迫人請求損害賠償者也。蓋脅迫人對於被脅迫人爲侵權行爲故也。

七 被脅迫而爲之意思表示。雖許其撤銷。然不加以制限。則權利狀態永不確定。實有害於交易之安全。與詐欺之時同。故法律關於其撤銷權之行使及消滅。與詐欺適用同一之規定者也。(九三條)

第七款 依代理之法律行爲

第一項 代理之意義

一 代理 (Stellvertretung) 者。為他人為意思表示或為他人受意思表示之謂也。分析說明之於下。

(一) 代理者。常就於意思表示而存在者也。法律行為之代理云者。即其要素之意思表示之代理之義。故僅就於契約之要約或承諾。皆得為代理也。代理惟就於意思表示始存在。故非意思表示之代理。非民法上所謂代理也。例如宴會之代理。送迎之代理之類是。

代理在於為意思表示者。稱之為積極代理或動方代理。(一〇三條一項)在於受意思表示者。稱之為消極代理或受方代理。(一〇三條二項)前者例如甲代乙為買賣之要約。後者例如甲代乙受買賣之承諾是也。

代理之觀念。不能以法律行為上效力之歸與本人與否而定也。蓋法律行為上效力之歸於本人。乃代理效果之問題。非關於代理之本質故也。是以某人行為之效力直接歸於他人。不能謂其即為代理。例如質權人處分其質物。不得謂之為代理之類是。

(二) 代理者。以有為本人之意思(代理意思)為其必要成分也。為代理之人。稱之為代理人。被代理之人。稱之為本人。此為本人之意思。於動方代理。在於代理人。而於受方代理。則在於向代理人為意思表示之人。為本人云者。意思表示所生之利益或不利益。直接歸於本人之謂。換言之。即其意思表示之法

律行爲上之效力。直接對於本人發生之謂也。是以代理意思者。即法律行爲上之效力對於本人發生之意思也。代理意思。通常必須表示。表示此意思之方法。即以本人之名義爲意思表示。其通例也。（一）

（三條）

（三） 代理人之意思表示。何故能直接對於本人生效力。從來學者說明此理由。蓋有數說。

（甲） 本人行爲說。此說謂代理人乃本於本人之授權行爲而爲意思表示。故代理人所爲之意思表示。即本人之意思表示。本人之意思表示。其對於本人生效力。乃當然之理也。此說乃株守羅馬法意思表示祇能拘束自己之原則。而其結果實有不妥之處。故不足取。

（乙） 共同行爲說。此說謂法律行爲之意思。若將其分割。則一部分爲本人自己依其授權行爲以表示之。他一部分則代理人表示之。兩者共同。斯成爲代理行爲焉。此說於法定代理之說明。實有窒礙難通之處。故亦不足取。

（丙） 代理人行爲說。此說謂代理者。其使意思表示成立者爲代理人。受其效果者乃本人也。成立意思表示之當事人。與受其效力之當事人分離。初無妨也。此說雖不過說明代理之事實。然其真理自寓其中。故學者多主張此說。

代理者。爲他人爲意思表示。或爲他人受意思表示。如上所述。故代理之意思表示。法律上非本人爲

之本人受之（本人行為說）亦非本人與代理人共同爲之共同受之（共同行為說）乃代理人爲之代理人受之者也（代理人行為說）其法律行為上之效力直接歸於本人者，乃代理人有於本人生效力之意思表示故也。代理人與其相對人間之意思表示，使其對於本人生效力，法理上毫不異者也。

（四）代理意思爲代理之要素。故無此意思，不得謂之爲代理也。是以間接代理者，非代理也。間接代理者，以自己名義於他人計算爲意思表示之謂。故其法律行為上之效力，直接歸於表意人（即間接代理人）不過表意人對於本人，有將其效果移歸於彼之義務而已。

（五）依代理而爲意思表示者，爲代理人自身之意思表示。又依代理而爲意思表示之受領者，亦爲代理人自身之受領。換言之，即代理人以其自己之意思，爲意思表示或受意思表示者也。故代理人者，非傳達本人意思之機關也。例如翻譯，非代理人也。

二 法律行為以可以遣人代理爲原則。但行為之性質，有關於本人自己始能爲之者，則不許代理。例如遺囑是也。

第二項 代理之效果

一 代理之第一效果。即代理人所爲之意思表示或所受之意思表示，直接對於本人生效力是也。（一〇）

三條）但此效力發生之有效條件有二。

(一) 代理人不必爲完全行爲能力人。(一〇四條)故七歲以上之未成年人得爲他人之代理人。獨斷而爲有效之意思表示者也。蓋代理人所爲之意思表示或所受之意思表示。乃直接對於本人生效力。於其自己無利害影響故也。

(二) 意思表示若因意思欠缺、詐欺、脅迫、或明知其事情、或可得而知、致其效力受影響者。其事實之有無。應就代理人決之也。(一〇五條前段)蓋意思表示由代理人爲之。代理人受之(非本人爲之。本人受之)之結果也。但意定代理人之行爲依本人指示而爲者。本人於已知或因過失而不知之事情。不得以代理人不知爲藉口。而否認其效力。例如本人明知相對人之買賣契約非出於真意。而向代理人爲買賣承諾之指示。代理人遵其指示而爲承諾時。於此情形。若許本人得以代理人不知其事實爲主張。而使其買賣有效。殊屬不當故也。(舊草一五八條但書)乃民法於此但書情形。改爲一切事實之有無。均應就本人決之。殊覺不妥。(一〇五條但書)何哉。蓋所謂受本人之指示者。非祇傳達本人之意思。自無全就本人決之之理故也。

二 代理之第二效果。即代理人須視同本人也。此第二效果。乃第一效果之效果也。民法關於此雖無何等明文。然不能不認此原理也。例如代理人爲有瑕疵之意思表示時。其撤銷權非歸於代理人。乃歸於本人。

又如代理人雖非商人。然其代理之本人為商人時。其行為仍為商人之行為之類是。

三 發生代理效力之特別條件。即代理人通常須有代理權也。關於代理權。於次項再詳論之。

第三項 代理權

第一目 代理權之性質

一 代理權 (Vertretungsmacht) 者。代理人所為或所受意思表示之法律上之效力。直接歸於本人之法律上狀態也。故代理權。非權利也。何哉。蓋代理權者。非許為代理行為之狀態故也。

二 如上所述。代理權者。為代理所生之法律上效力使其直接歸於他人之要件。非代理之要件也。何哉。蓋無代理權而為代理者。往往有之故也。

第二目 代理權之發生

一 代理權發生之原因有種種。分述於下。

(一) 代理權有由法律之規定而生者。例如親權人關於子之財產之法律行為所有之代理權。夫婦一方受禁治產宣告時其他方所有之代理權之類是。

(二) 代理權有由官署之處分而生者。例如法院選任法人之清算人之類是。

(三) 代理權有由法律行為而生者。此代理權發生之原因中之最普遍而最重要者也。

二 發生代理權之法律行為。學者稱之爲代理權之授與。關於代理權授與行為之性質如何。從來多數之學者。皆認爲委任契約。即代理權者。由委任契約而授與者也。但至近世德國公法大家勒傍德 (Lahand) 先生。主張代理權授與之法律行為。非委任契約。乃一種特別之法律行為。故代理權授與之意思表示。得向代理人爲之。亦得向其行為之相對人爲之者也。向代理人爲意思表示而授與代理權者。不過祇有授權行為之存在。反之向代理人爲意思表示而授與代理權者。則代理權授與之行為。須與其基本之法律行為結合而存在者也。例如與委任契約同存在者有之。與雇傭契約同存在者有之。與合夥契約同存在者亦有之。其基本法律行為與授權行為之間。其關係如何。乃學者最有爭論之點也。

(一) 有謂授權行為與其基本之法律行為全然獨立不相關涉。故基本法律行為(例如委任契約)縱無效或可以撤銷之時。其授權行為依然有效。仍舊發生代理權授與之效果者也。

(二) 有謂授權行為全然從屬於其基本法律行為。故基本法律行為若無效或可以撤銷之時。其授權行為亦無效或可撤銷也。即授權行為因其基本行為之無效或撤銷而當然消滅者也。

(三) 有謂授權行為原來與其基本法律行為不相關涉。不過依授權人之意思。使之從屬於基本行為固無妨。

(四) 有謂授權行為原來從屬於基本法律行為者。不過依授權人之意思。使之獨立亦可也。

以上四說各有其理由。但我民法則取第四說者也。(一〇八條二項二項)

第三目 代理權之範圍

- 一 代理權之實質。在於代理之法律行為上之效力。使其直接歸於本人。如上所述。但代理權之作用。必有其所及之範圍。此作用所及之範圍。學者稱之為代理權限。
- 二 代理權之範圍。於法定代理之時。通常皆依法律規定以定之。例如法人之董事及清算人之代理權限(二七條二項)及親權人監護人之代理權限(一〇八八條一一〇〇條一一三條)是也。
- 三 代理權之範圍。於意定代理之時。依授權行為之趣旨以定之。例如委任之代理權限依委任契約以決定之類是也。

第四目 代理權之制限

- 一 代理人於其代理權限內之法律行為。原則固得任意為之。但法律尚有左列之制限。
 - (一) 無論何人。不得為相對人之代理人。與自己為法律行為。(一〇六條前段)
 - (二) 無論何人。不得為當事人兩造之代理人。而為法律行為也。(一〇六條前段)
- 蓋代理人祇能專謀本人之利益。故使其得與自己或代第三人為法律行為時。必致與本人生利害之衝突故也。此規定蓋於意定代理及法定代理皆適用者也。

關於代理人違反此規定所爲之法律行爲之效力如何。學者間頗有爭論。有謂其法律行爲應使之無效者。亦有謂其法律行爲與無權代理所爲之法律行爲爲同。其有效無效係之於本人之承認者。余則贊成第二說者也。何哉。蓋民法第二百零六條規定。乃關於代理權限之規定故也。

關於債務之履行。縱無本人特別許諾之時。亦得爲本人之代理人或當事人兩造之代理人而爲之也。(一〇六條但書)蓋於此情形。與本人不生利害之衝突故也。

又此規定乃謀本人或當事人雙方之利益所設之規定。是以本人有反於此規定之訂定時。則從本人之意。固無妨也。

(三) 數人之代理人。共同爲代理之時。學者稱之爲共同代理。共同代理者。自其代理權之一面觀之。初非其代理之限制。不過數人共同行使一完全之代理權而已。然自其各個代理人之一面觀之。則不能謂非限制。換言之。即共同代理者。雖非代理之客觀的制限。乃爲其主觀的制限者也。(松本泰治博士日本商法原論二六六頁參考)

如上所述。共同代理固以共同行使代理權爲原則。然法律有特別規定或當事人有特別意思表示時。則各別行使。亦無妨也。

二 代理人能否將其權限內之行爲全部或一部委任他人代爲之。即所謂複代理之問題。在法定代理。應

由其各關係條文中。在意定代理。應於委任章中定之爲宜。故於代理章中不設規定。不得認爲缺漏也。（參考德民六六四條瑞債二九七條）

第五目 代理權之消滅

一 代理權消滅之原因有二。（一）共通原因。（二）特別原因是也。共通原因者。各代理共地之原因之謂。而特別原因者。各代理特有之原因之謂也。我民法關於代理消滅之共地原因所謂代理人死亡者。於代理節中雖未設規定。但依學理言之。則代理人之死亡。乃爲代理權消滅之一共通原因。何哉。蓋無論爲法定代理爲意定代理。若代理人死亡之時。其代理關係應即消滅故也。

二 又法定代理及意定代理之代理權之一共通消滅原因。即其所由授與之法律關係之終結而消滅者也。（一〇八條一項）例如因監護關係所由授與之代理權。則依監護關係之終了而消滅。因委任關係所由授與之代理權。則依委任關係之終了而消滅之類是。

三 法定代理之代理權。除上述共通消滅之原因外。尚有種種特別之消滅原因。例如親權人之法定代理權。因親權人喪失其親權而消滅。董事之法定代理權。因法人之解散而消滅之類是也。

四 意定代理權之特別消滅原因。即所謂撤回或限制是也。關於此於後再說明之。

五 意定代理之代理權消滅時。代理人須將授權書交還於代理權授與人。關於授權書之交還。代理八不

得主張留置者也。(一〇九條)

六 又代理人若將授權書遺失或因其他原因不能將其交還時。應使意定代理權之授與人得依公示催告之規定聲請宣告授權書無效爲宜。(舊草一六四條三項)但民法則未設規定者也。

七 意定代理之代理權。若其原因之法律關係無特別訂定時。得於該法律關係存續中撤回之。(一〇八條二項)於此情形。其代理權即因其撤回而消滅者也。

八 意定代理之代理權。若其原因之法律關係無特別訂定時。亦得於該法律關係存續中限制之。於此情形。其代理權即因其限制而一部消滅者。

九 意定代理之代理權因撤回或限制而消滅。如上所述。但若即以其撤回或限制之時期。爲其代理權消滅之時期。則善意第三人。或將因此受不測之損害。是以法律爲保護善意第三人起見。令其撤回或限制。不得以之對抗善意無過失之第三人者也。(一〇七條)

第四項 代理之變態

代理人雖無代理權而亦生代理之效果者。其情形有二。(一)與有代理權同視之時。(二)因承認而發生代理效果之時(無權代理)是也。

第一目 與有代理權同視之時

本論 第四章 法律事實 第五節 法律行爲 第七款 依代理之法律行爲
與法律上之效力 第四項 代理之形態 第一目 與有代理權同視之時

代理人雖無代理權而與有代理權同視者其情形可分為二。

(一) 代理權授與人將已授與代理權於他人之事表示於第三人之時。於此情形其他入縱未受有代理權。其人與第三人間所爲之法律行為直接對於本人生效力也。(一六九條前段)何哉。蓋第三人於此情形當信其人爲有代理權。故法律亦使其與有代理權生同一效果。以達保護第三人之目的者也。

(二) 知他人表示爲其代理人而不反對之時。於此情形其代理人縱無代理權。然其人與第三人間所爲之法律行為亦直接對於本人生效力也。此亦保護第三人而設之規定也。(一六九條前段)以上兩種情形若第三人明知其無代理權或可得而知者則本人仍不負授權人之責任。是不待言。(一六九條但書)

第二目 無權代理之時

代理人無代理權而爲代理。又不能與有代理權同視者。稱之爲無權代理。無權代理其代理爲契約與代理爲單獨行為有別。分別說明之於下。

第一段 無權代理人所爲之契約

一 無代理權之人代理他人訂結契約者。其契約非常然無效。不過其效力發生與否。在於未定之狀態。依

本人之承認之有無而定者也。故本人就其契約。有承認及拒絕承認之權利者也。

二 承認者。使無權代理所為契約發生法律上效力之意思表示也。故因承認則契約之法律上效力直接對於本人發生者也。

承認之效力。依理論言之。應自承認時始向將來發生效力。不能溯及訂結契約之時者也。但民法定承認以有溯及力為原則。如欲破此原則之時。須有特別之訂定始可。(一一五條)但其效力溯及之時。第二人之權利。則不能因之受影響。(舊草一八四條二項)民法不設此例外規定。實屬不當。

承認為一種意思表示。如上所述。故欲承認發生效力。必須於其效力發生當時。本人存在。並有完全享有契約上權利之能力。是不待言。

承認之意思表示。須向相對人為之。(一一六條二項)故無權代理所為之契約。向無權代理人為承認者。不生承認之效力者也。但相對人不確定者。解釋上亦得向無權代理人為之。

三 本人亦有拒絕契約之承認之權利者也。拒絕者。拋棄承認權之意思表示也。故無權代理人所為之契約。本人一經拒絕即不得再為承認者也。

四 相對人對於本人有催告其確答是否承認之權利者也。(一七〇條二項)蓋相對人因本人之承認或拒絕。其地位始為確定。故許其有此催告之權。亦當然之理也。

相對人爲此催告。須定相當之期限。使本人得以熟思審處。以定其承認或拒絕。於此指定之期限內。本人如不爲確答之時。視爲拒絕承認。其後即不得再爲承認者也。(一七〇條二項)

五 相對人又有撤回契約之權利也。(一七一條)相對人行使其撤回權者。蓋不欲其契約上效力之發生也。故撤回之結果。與無契約同。是以無權代理人所訂結之契約。一經相對人撤回。本人即不能再爲承認者也。但此撤回權之發生。須有二要件。(一)訂結契約時相對人須不知其無代理權。(二)本人未曾承認。兩者缺一之時。其撤回權不發生者也。又本人拒絕承認之時。自無撤回之必要。其撤回權亦不發生。是不待言。

六 以他人之代理人名義訂結契約。若不能證明其代理權。並經本人拒絕承認之時。其契約無效者也。何哉。蓋此契約不能無故變爲代理人與相對人之契約故也。但於此情形。相對人因此受有損害之時。對於代理人得請求賠償。是不待言。何也。蓋無權代理人對於相對人爲侵權行爲故也。(一一〇條)

此條規定乃爲保護相對人防其受不測之損害而設。故此種請求權之發生。亦須相對人之於訂結契約當時不知其無代理權始可。

第二段 無權代理人所爲或所受之單獨行爲

一 無權代理之單獨行爲之效力。因(一)無權代理人所爲之單獨行爲(二)向無權代理人所爲之單獨

行爲兩種情形之不同而異者也。分別說明之於下。

(一) 無權代理人所爲之單獨行爲。無權代理人爲單獨行爲時。其行爲係由於何人特定人之意思表示而成立者。其單獨行爲全然無效者也。反之。由於何特定人之意思表示而成立者。則其單獨行爲以有左列情形之一爲限。得因本人之承認定爲有效。(舊草一七三條但書)

(甲) 相對人於其代理權並不考究之時。

(乙) 相對人於其行爲表同意之時。

蓋此種情形。皆相對人情甘居於不確定之地位。故無特別保護之必要也。

(二) 向無權代理人所爲之單獨行爲。向無權代理人所爲之單獨行爲。以得無權代理人之同意爲限。得因本人之承認而發生效力者也。(舊草一七三條後段)

二 民法關於無權代理人所爲或所受之單獨行爲。雖未特別設有規定。然適用第七十條規定及一般法律行爲之原理。亦應爲如上之解釋者也。

第八款 附條件之法律行爲

第一項 條件之意義

一 條件(Bedingung)者。表意人附加於其意思表示之任意制限。使其意思表示之法律上效力。繫之於將

來客觀不確定之事實之成否者也。分析說明之於下。

(一) 條件者。附加於意思表示。限制其意思表示上之效力者也。附條件之法律行為云者。即其行為要素之意思表示附條件之謂。當事人當其為意思表示之際。不欲其效力絕對發生。或一旦發生之效力。不欲其絕對永續。因而欲限制其意思表示之效力者有之。條件者。即此限制之一種也。條件自體。雖亦為一種意思表示。然為他意思表示之一部。不能獨立存在。例如附條件之買賣云者。乃一個有條件買賣之意思表示也。

(二) 條件者。必本於當事人任意之制限也。故法律上或事物之性質上當然有之制限。(即所謂法定條件)非此所謂條件也。例如遺贈之效力。須遺贈人先受遺人死亡為條件。始能發生。又如未來孳息之讓與。事實上其讓與之效力。必待將來有孳息為條件。始能發生之類是。

(三) 得為條件之事實。(條件事實)

(甲) 須將來之事實也。故過去及現在之事實皆不得為條件。例如「某船若昨日已由天津開行」或「某船若現在已進口」皆不得謂為條件也。

(乙) 須客觀不確定之事實也。蓋附加條件之目的。在於限制意思表示之效力。若非不確定之時。則無所用其制限故也。又所謂不確定者。須吾人一般客觀之知識認為不確定。僅當事人主觀不確定

之事實。原則不得以之爲條件者也。

二 法律行爲有可以附條件者。亦有不能附條件者。例如親屬法中特有之法律行爲（如婚姻離婚非婚生子之認領等）皆不能附條件者也。何哉。蓋此等法律行爲。若附以條件。使其法律上效果不明之時。則有背於善良風俗故也。財產法上之法律行爲之能否附加條件。則視其爲契約抑爲單獨行爲有別。契約得附加條件。而單獨行爲則以不能附加條件爲原則。何哉。蓋單獨行爲。原依行爲人一方之意思表示而成立。若行爲人隨意加以條件。則相對人常居於不確定之地位。亦殊有背人情故也。民法關於抵銷不許其附加條件者（三三五條二項）亦即此意。但關於單獨行爲。若相對人同意於其行爲人附條件。或單獨行爲之性質縱附加條件相對人亦不致受何等損害者。附加條件亦無妨也。例如免除或遺贈。雖爲單獨行爲。皆可附條件者也。

第二項 條件之種類

一 條件之種類。因其觀察點之不同。可爲種種之分類。其最重要之分類。則停止條件與解除條件是也。此乃因其制限法律行爲效力之狀態之不同所生之區別。法律所規定之區別。祇此一種而已。分別說明之於下。

(甲) 停止條件。停止條件 (Aufschiebende Bedingung) 者。使法律行爲效力之發生。繫於不確定之事

實之成否之謂。故停止條件成就時。其法律行為始生效力。其條件不成就時。其法律行為不生效力者也。例如甲與乙約「汝若與丙女結婚。則贈汝千金」。其贈與之效力。即視其婚姻之成否而定之類是。

(乙) 解除條件。解除條件(Auflosende Bedingung)者。使其法律行為效果之消滅。繫於不確定之事實之成否之謂。故解除條件成就時。其法律行為之效果即消滅。其條件不成就時。其法律行為之效果即永續者也。例如甲約贈乙千金。但與乙約。若乙將來不為丙繼子時。則不贈與。其贈與之效力。即視其承認繼承與否而定之類是。

學者雖有謂條件祇有停止條件一種。不認解除條件與停止條件之別者。以實際之結果論。兩者或實無區別之必要。然以理論上言之。仍以此區別為宜。(川名兼四郎博士民法講義參考)

二 因條件事實之內容不同。又可為種種之分類。

(一) 積極條件與消極條件。

(甲) 積極條件。積極條件者。為條件內容之事實。在於變史現在之狀態之謂。例如甲與乙約乙若成婚則贈乙千金之類是。

(乙) 消極條件。消極條件者。為條件內容之事實。在於維持現在之狀態之謂。例如甲與乙約乙若至三十歲不成婚則贈乙千金之類是。

(二) 隨意條件、偶成條件及混合條件。

(甲) 隨意條件。隨意條件者。條件之成否繫之於當事人之意思之謂。依權利人之意思以決定之者。稱之爲積極隨意條件。依義務人之意思以決定之者。稱之爲消極隨意條件。關於附消極隨意條件之法律行爲之效力如何。學者間頗有爭論。有謂其全然有效者。有謂其全然無效者。亦有謂其爲當事人一方負義務者。則無效。當事人雙方負義務者。則爲有效。日本民法。關於附消極隨意條件之單務行爲。若係停止條件時。則爲無效。(日民一三四條)而其餘皆有效者也。我民法無與日本民法第三百三十四條相當之規定。故解釋上。無論何種消極隨意條件。皆應完全有效。

(乙) 偶成條件。偶成條件者。條件之成否。無關於當事人之意思之謂。換言之。即條件之成否。繫之於人意思以外之外界事物。或繫之於當事人者以外之第三人之意思之謂也。例如以風雨爲條件。則屬於前者。以父母之同意爲條件。則屬於後者。

(丙) 混合條件。混合條件者。條件之成否繫之於當事人及第三人之意思之謂。例如「汝若與某女子結婚」之類是。

三 此外尙有所謂假裝條件者也。假裝條件者。徒具條件之形體。而無條件之實質之謂。此種條件。可細分爲數種。

(甲) 法定條件。法定條件之不得為條件。於前已說明之。

(乙) 既定條件。既定條件之不得為條件。於前亦說明之。

(丙) 不法條件。不法條件者。其條件違法之謂也。

(丁) 不能條件。不能條件者。其條件客觀的不可能之謂也。

(戊) 必成條件。必成條件者。其條件事實之成就。客觀原屬確定之謂。例如「某人死亡則贈汝千

金」其形式上雖為條件。而實質上則實期限也。何哉。蓋人之有死。乃必然之事也。

第三項 附條件法律行為之效力

第一目 條件成否未定中法律行為之效力

一 條件成否未定之時。其法律行為之效力。在於不確定之狀態者也。故附停止條件之法律行為。其法律行為之效力發生與否未可定。附解除條件之法律行為。其法律行為之消滅與否未可定者也。例如附停止條件之債權。其債權人之能否取得其債權。尚未可定。附解除條件之所有權讓與。其受讓人之能否長保有其所有權。亦未可定者也。

二 附停止條件之法律行為。其條件成否未定間。亦發生一種法律上之效力。此種效力。學者稱之為期待權。期待權者。在於吸收條件成就時所生之權利。故期待權者。既非債權。亦非物權。乃權利以外之一種法

律上之狀態也。此種狀態。他人不可得而妨害之。如被妨害之時。則期待權人雖至條件成就亦不能改何權利。以此之故。故各國法律關於期待權之效力。皆特別設有規定。德民一六一條。日民一二八條。民法第一百條。『附條件之法律行為。當事人於條件之成否未定間。若有損害相對人因條件成就所受利益之行為者。負賠償損害之責。』亦此意也。(一〇〇條)

三 依理論言之。附停止條件之法律行為。其條件成否未定間。當事人爲有害於其相對人因條件成就所受利益之行為。其行為若係法律行為時。其法律行為因條件之成就全然無效。例如附停止條件之買賣。其賣主又將其買賣之標的物質於他人者。至條件成就時。其設定質權行為爲無效者也。若其行為爲事實行為時。則因條件成就。須任賠償損害之責。例如毀損其所有權之標的物。至條件成就時。對於相對人須負損害賠償之義務是也。但我民法關於期待權之侵害行為。無論其爲法律行為。抑爲事實行為。皆令侵害人對於相對人負賠償損害之責任而已。

四 以上所論。皆附停止條件之法律行為也。至附解除條件之法律行為。亦與此無異。蓋附解除條件之法律行為者。爲因條件之成就使其法律行為上之效力消滅之法律行為。故其條件成否未定間。其亦有期待權。是不待言者也。

五 當事人爲侵害期待權之行為。至條件成就時對於相對人須負損害賠償之責。如上所述。但附停止條

件之處分行爲。其當事人嗣後復就同一之標的物。別爲處分。或以解除條件成就所應消滅之權利爲處分者。以無礙於條件成就時因條件成就所生之效果爲限。其處分行爲。仍有效者也。何蓋以其無害於期待權人故也。(舊草一五〇條一五一條)民法關於此未設規定。解釋上亦應相同。

第二目 條件成就之效力

一 條件成就者。爲條件之事實實際上發生之謂。積極條件。則以其條件事實發生變動爲成就。消極條件。則以不生一定變動爲成就者也。例如甲如結婚。則以甲有結婚事實時。爲其條件之成就。又甲如一年鰥居。則以鰥居狀態繼續一年時。爲其條件之成就者也。

二 因條件之成就而受不利益之當事人。若以不正當行爲而阻條件之成就者。視爲條件已成就也。(一條一項)其阻害之行爲必出於不正當始可。否則其條件仍爲不成就。例如甲與乙約。『汝若與丙女結婚。則贈汝千金。』其後甲故勸丙女與丁某結婚。而丙女即聽其勸而與丁某結婚之類是。

三 附停止條件之法律行爲。自條件成就時。發生效力。(九九條一項)故其行爲爲債權的行爲時。則發生債權。爲物權的行爲時。則生物權上之變動者也。例如附停止條件之買賣。其條件成就時。則生買賣之效力。附停止條件之所有權之讓與。其條件成就時。則生所有權讓與之效力是也。法律行爲之效力自條件成就時發生者。乃自條件成就時向將來發生之謂。故其效力不能溯及爲法律行爲之當時者也。是以附

停止條件之債權。其當事人自條件成就時始爲債權人債務人。附停止條件之所有權讓與。其當事人自條件成就時始爲讓與人受讓人。故如條件未成就前由所有物所生之孳息。仍屬之於讓與人。不屬之受讓人也。但當事人以特約。使條件成就之效力溯及成就以前。固無妨也。（九九條三項）

四 此溯及特約之效力如何。在德國民法。溯及之意思表示。僅於當事人間生效力。詳言之。即依當事人之特約使條件成就之效果溯及既往者。非其意思表示得當然發生其內容之效力。乃使當事人間。與發生效力之同一結果。互負回復條件成就前應生效力時之原狀之債務而已。（德民一五九條舊草一四八條）但我民法第九十九條第三項。則不能取同樣之解釋。蓋我民法使意思表示之效果溯及既往之特約。認其有法律上之效力故也。詳言之。即債權的行爲使其生溯及效力時。則自始成立債權。因之其利息當然歸屬於債權人。而物權的行爲使其生溯及效力時。則權利之移轉。於條件成就前既已發生。因之其孳息亦當然歸屬於權利人者也。換言之。即其特約應認爲發生物權的效力者也。其所以如是解釋之理由。蓋因第九十九條第三項。乃承前兩項之規定而言。其前兩項既表明條件成就之效果之爲物權的效果。故第三項亦應解爲有物權的效力。較爲妥當故也。（參考鳩山秀夫博士註釋民法全書五〇四頁五〇五頁三。瀧信三博士民法總則提要五〇一頁五〇二頁）但依其他規定（例如七五八條七六一條關於登記或交付之效力七六八條至七七〇條關於占有之效力等）第三人仍得受其利益之保護。是不

待言。又此溯及特約欲使其生物權的效力。自須於為附條件之法律行為當時為之。若於法律行為成立後始為溯及特約之時。則其效力自應祇有債權的效力。而僅於當事人間發生者也。

五 解除條件之法律行為。自條件成就時。失其效力（九九條二項）故其行為為債權的行為時。則其債權債務因條件成就而消滅。其行為為物權的行為時。則因條件之成就。不僅為效力之消滅。且當然回復原狀者也。例如附解除條件之買賣。其條件成就則買賣失其效力。附解除條件之所有權讓與。其條件成就則不獨受讓人失其所有權。且其所有權應復歸於讓與人是也。於此情形。似為權利繼受之問題。而其實非也。何哉。蓋繼受者。必他人先有權利而我取得其權利始謂之繼受。因解除條件之成就而其權利復歸於讓與人。乃因其自己從前為其權利人之故也。故讓與人不得為讓受人之繼受人者也。（川名兼四郎博士民法講義）

六 解除條件成就之效力。原則亦不溯既往。但當事人以特約溯及既往之時。亦無妨也。（九九條三項）

第三目 條件之不成就

一 條件不成就者。為條件之事實實際上不發生之謂。積極條件。則以其條件事實不生變動時為不成就。消極條件。則以其條件事實發生一定變動時為不成就者也。例如某甲如今年結婚。則以今年某甲無結婚事實時。為其條件不成就。甲某如鰥居。則以甲某結婚為其條件之不成就是也。

二 因條件成就而受利益之當事人。若以不正當行為而促條件之成就者。視為其條件不成就也。(一〇一條二項)其促成之行為須出於不正當始可。否則其條件仍為成就。例如房主與租房主約云。每月一日如不交納房租之時。則解除租賃契約。乃至一日而房主故意他出。使租房主不能交納房租之類是。

三 付停止條件之法律行為。因條件之不成就。則不能發生效力。斯其法律行為為無效。附解除條件之法律行為。因條件之不成就。則其法律行為所發生之效力為絕對永續者也。

第九款 附期限之法律行為

第一項 期限之意義

一 期限(Zeitbestimmung)者。表意人附加於意思表示之任意制限。使其意思表示之法律上效力發生及消滅。繫之於將來確定事實之到來也。例如約明年某月某日償還之借貸或約至明年某月某日讓與所有權之類是。分析說明之於下。

(一) 期限者。附加於意思表示。限制其意思表示之效力或結果者也。附期限之法律行為云者。即其行為要素之意思表示。附期限之謂。期限自體。雖亦為一個意思表示。然為他意思表示之一部。不能獨立存在。與條件同。例如附期限之買賣云者。乃一個之有期限買賣之意思表示也。

(二) 期限者。須本於當事人任意之制限。故法律上或事物性質上當然有之制限。非此所謂期限也。例

如依法院之裁判所定期限之類是。

(三) 期限者。須以將來確實可以到來之事實爲其內容也。自將來確實可以到來之點觀之。此期限之所以與條件異者也。

二 法律行為有能以附期限者。亦有不能附期限者。例如婚姻。即不能附期限之法律行為也。何哉。蓋婚姻而附以期限。殊有害於善良風俗故也。又單獨行為。通常亦不能附期限。何哉。蓋單獨行為原依行為人一方之意思表示而成立。若任行為人隨意附以期限。則相對人常居於不確定之地位。亦殊背於人情故也。

第二項 期限之種類

一 期限亦因觀察點之不同。可分爲兩種之分類。其重要之分類而爲法律所明定者。則始期與終期是也。
(甲) 始期 (Anfangstermin) 者。停止法律行為效力發生之期限也。例如甲與乙約下月十五日將其土地所有權讓與乙之類是。依日本民法之規定。始期爲停止債務履行之期限。故祇限於債務的法律行為。始能附加始期。但我民法不能爲同樣之解釋者也。

(乙) 終期 (Endetermin) 者。定法律行為效力消滅之期限也。例如甲爲乙設定至某年某月某日止之地上權之類是。

二 因爲期限內容之事實不同。又可分爲確定期限與不確定期限。

(甲) 確定期限。確定期限(Gewisse Zeitbestimmung)者。爲期限內容之事實之到來並其時期。均屬確定之謂。例如某月某日或某月某日起若干日之類是。

(乙) 不確定期限。不確定期限(Ungewisse Zeitbestimmung)者。爲期限內容之事實之到來雖屬確定。而其到來之時期。則不確定之謂。例如以某人死亡爲期限之類是。

第三項 附期限法律行爲之效力

第一目 期限到來前之效力

一 附始期之法律行爲。其期限到來前。不發生效力者也。附終期之法律行爲。其期限到來前。保有其已發生之效力者也。依期限之到來。可以獲得法律上利益之地位。學者稱之爲期待權。此期待權之不可侵害。亦與附條件之法律行爲同。故其規定於法律行爲附期限者。亦準用者也。(一〇二條三項)

二 附期限之處分行爲。其當事人嗣後復就同一之標的物別爲處分者。以無碍於期限到來時因期限到來所生之效力爲限。其處分行爲。仍有效者也。(舊草一五三條三項準用一五〇條一五一條)民法關於此未設規定。解釋上亦應相同。

第二目 期限到來之效力

一 期限到來云者。期限事實發生之謂。期限以確定可以到來之事實爲內容。故期限事實決無不到來之

理。不過其到來之時期有時不確定而已。

二 確定期限。以一定時期之屆至或一定時間之屆滿爲到來。不確定期限。則各依其期限事實之解釋。以定其到來者也。例如以某人死亡爲債務履行之期限。須以某人之死亡與否定其期限之是否到來之類是。

三 附始期之法律行爲。以其期限之到來。發生效力。(一〇二條一項)附終期之法律行爲。以期限之到來消滅效力。(一〇二條二項)惟期限到來之效果。不能溯及既往。此期限與條件不同之點也。

第十款 法律行爲之效力

法律行爲與其效力之關係。可分爲四種形式。(一)有效。(二)無效。(三)可以撤銷。(四)效力未定。是也。分別論之於下。

第一項 法律行爲之有效

一 法律行爲之有效云者。法律行爲發生確定不可動之效力之謂。故不獨未生效力之法律行爲。不得謂之爲有效。(例如停止條件成就前之法律行爲及遺囑人未死亡時之遺囑)即可以撤銷之行爲。亦不得謂之爲有效也。(例如錯誤之法律行爲及被詐欺或脅迫之法律行爲)何哉。蓋前者。其法律行爲直未發生效力。後者。雖一旦發生效力。而非確定不可動故也。

第二項 法律行為之無效

一 法律行為之無效云者。法律行為確不能發生效力之謂。故法律行為之不生效力。與法律行為之無效不同。法律行為之不生效力者。不過其效力未發生而已。非其效力確不能發生也。又可以撤銷之法律行為。亦不得謂之爲無效。何哉。蓋可以撤銷之行為。不能謂之爲有效。亦不能謂之爲無效。乃不屬於二者之一種獨立狀態也。

二 法律行為之無效。皆原因於法律行為效力發生要件之不能具備。但其不能有於法律行為之當時即確定者。學者稱之爲原始無效。例如本於第七十一條至七十三條之原因法律行為之無效是。其不能有於法律行為成立之後始確定者。學者稱之爲事後無效。例如附停止條件之法律行為其條件不成就之類是。

三 法律行為之無效。又可別爲相對無效及絕對無效之二種。相對無效者。對於一定之人雖無效。而對於他人仍非無效者也。例如第八十七條之情形是。絕對無效則反之。絕對無效者。無論對於何人皆無效也。

四 法律行為之無效。又可別爲一部無效及全部無效之二種。一部無效者。法律行為之一部無效之謂。全部無效者。法律行為之全部無效之謂也。但我民法法律行為之一部無效之時。除有特別情形外。其全部皆爲無效。(一一一條)例如附不法條件之法律行為。其法律行為全部皆爲無效之類是。

五 無效之法律行為。其行為之性質上到底不能發生效力。故當事人欲從無效之法律行為引出其效力。蓋不可能。但立法例有於當事人知其法律行為之無效而為欲發生其效力之意思表示（無效法律行為之承認）時。視為新法律行為。以求合於理論而便於實際者（舊草一七六條）但我民法則不許可者也。（反對說參考陳瑾昆君民法通義總則三三三頁及三三四頁）

六 無效之法律行為。若具備他法律行為之要件。並因其情形可認為當事人若知其無效而欲為他法律行為者。認其為有他法律行為之效力者也。例如發出本票之行為。雖因法定條件欠缺而無效。若可作為不要因之債務承擔契約者。其契約仍為有效之類是。（一二二條）

七 無效法律行為之當事人。於行為時知其無效或可得而知者。對於相對人。應負回復其未為行為前之狀態或賠償損害之義務者也。（一三三條）蓋因無效行為已為給付者。往往有之。其受給付之當事人。於其行為無效後。僅應返還其現在所受之利益。則於知其無效或因過失而不知之當事人。不免過寬。故法律定為此種當事人對於相對人須負回復原狀之義務。若不能回復時。則依侵權行為之法則。應負損害賠償之責任。以保護交易之安全者也。（註）

註 就後民法第一百八十一條及一百八十二條之規定觀之。此條規定不無重複之嫌。

第三項 法律行為之撤銷

一 法律行為之可以撤銷者。否認其法律行為效力之發生之謂。已發生之效力。使其與未發生同。未發生之效力。使其不能發生者也。爲此撤銷之權利。學者稱之爲撤銷權。

二 撤銷權之行使。以意思表示向相對人爲之。(舊草一七九條一項)得撤銷行爲之相對人確定時。自應以其相對人爲撤銷之相對人。(舊草一七九條二項)得撤銷行爲之相對人不確定時。則應以因其行爲而直接取得權利之人爲撤銷之相對人。(舊草一七九條三項)撤銷權人有數人時。其撤銷權應數人共同行使之。被撤銷之相對人有數人時。則其撤銷之意思表示。須對於其全員爲之者也。民法第一百十六條之規定。雖欠詳密。但解釋上亦應相同。

三 撤銷之效果。在於法律行爲已發生之效力。使其從始消滅。未發生之效力。使其不能發生。故得撤銷之行爲。視爲從始無效者也。(一一四條一項)撤銷之效果。除因被詐欺而有之撤銷外。雖致害第三人之權利亦無妨。又知其應撤銷或可得而知之當事人。對於相對人須負回復未爲行爲前原狀之義務或賠償損害之責任者也。(一一四條二項)

四 撤銷權消滅之原因有二。(一)行使。(二)期間經過是也。蓋依撤銷權之性質言之。自應一經行使即歸消滅。又關於撤銷權法律均定其行使之期限。(例如九三條)則可得行使之期間經過後。其權利亦自應消滅者也。

第四項 法律行為之效力未定

一 法律行為之效力未定云者。法律行為之發生效力與否未可定之謂。故法律行為之效力未定。與法律行為之可得撤銷不同。蓋法律行為之可得撤銷。乃其結果歸於有效或無效。非其法律行為不定發生效力與否也。

二 效力未定之法律行為。試略舉數種如下。

- (1) 限制行為能力人所為之契約。
- (2) 附停止條件之法律行為。
- (3) 無權代理之行為。
- (4) 須得第三人同意而生效力之法律行為。(一一七條)
- (5) 無權處分行為。(一一八條一項)
- (6) 遺囑。

三 效力未定之法律行為。依法定發生效力之要件具備與否。而確定其效力者也。例如限制行為能力人所為之契約。因其法定代理人或其本人之承認與否而確定其效力。附停止條件之法律行為。因其條件之成就與否而確定其效力之類是。

四 承認者。就於效力未定之法律行為使其發生效力之意思表示也。故其性質上。自應從承認後其行為始生效力。但我民法則與承認以溯及之效力。視其行為從始有效者也。(一一五條)

五 承認亦以意思表示為之。效力未定之行為之相對人確定時。應以其相對人為承認之相對人。而效力未定之行為之相對人不確定時。則應以其行為而直接取得權利之人為承認之相對人者也。(一一、

六條舊草一八一條)

六 須得第三人同意始生效力之法律行為者。依法律規定或當事人之意思以第二人同意為生效要件之法律行為之謂也。須得第三人同意始生效力之法律行為。其同意或拒絕之意思表示。原則自向契約當事人兩造為之。但法律定為向一造為之者亦生同意或拒絕之效力者也。(一一七條)

七 無權利人就權利標的物而為處分者。經有權利人之承認。其處分始生效力。但無權利人於為處分後取得其權利時。則其處分自始有效。蓋取便實際而免紛亂也。(一一八條一項二項)又若就一標的物有數個之處分而相抵觸時。則其最初之處分為有效者也。(一一八條三項)

第五章 消滅時效

第一節 總說

一 於一定時間以某種事實之永續為條件而賦與以法律上之效果之制度。由來已久。在昔羅馬。先有所

有權取得之短期時效 (Usucapio) 之制。嗣後又有所謂普雷斯克李普薛 (Praescriptio) 之一種訴訟上之抗辯。而為比較的長期時效之制也。至就於消滅時效。其初依法官 (Praetor) 之命令。分為一年內不起即歸消滅之訴權 (Actio temporalis) 與無論何時均能提起之訴權 (Actio Perpetua) 而此永久訴權。至特窩托休斯二世時。亦定為三十年間不行使亦歸消滅者也。及此觀之。羅馬法之兩種時效制度。其發源本不相同。惟其後歐洲各國繼受羅馬法。皆依註釋學派之說。採統一時效之制。迨至沙維尼以後德國普通法多數之學者。始認註釋派為誤解。謂此兩種時效。其性質本不相同。加以文差特更論訴權之消滅時效。非消滅公法上之訴權。乃消滅私法上之請求權。嗣後德國民法。遂採用此意見。故祇將消滅時效規定於民法總則編中。而取得時效則讓之物權編規定。以理論上言之。自屬適當之立法。清民律草案仍沿註釋學派之誤。而民法則依民國修正之草案改正之。自屬正當也。(舊草一九六條至二二三條參照)

二 時效之效果。如上所述。雖因古今各國之法制之不同而異。然因時之經過而賦與以私權得喪之重大效力之理由安在。一言以蔽之。即在於吾人尊重事實永續狀態之感想。與認習慣有法律效力之根本觀念同也。夫以經過久遠時間之事實。而欲依薄弱之證據證言以推翻之。其危險實甚。加之長久不行使其權利。認為權利之睡眠。令其喪失。亦不為刻。故時效制度之結果。雖不無多少之弊害。但祇應設法以防止之。不能根本否認其制度者。以此故也。

第二節 消滅時效之意義

消滅時效者。以一定時間之經過及不行使權利之事實。依義務人之抗辯。而爲請求權消滅之原因者也。分析說明之如下。

(一) 時間之經過者。消滅時效之必要分子也。學者稱之爲時效期間。時效期間與除斥期間異。除斥期間 (Ausschlußfrist) 者。其因時之經過而來權利消滅之點。雖與時效期間相類似。但其性質及效果。殊有顯著之差異。說明之於下。

(甲) 在除斥期間。其權利僅在該期間內始存在。故其期間屆滿。其權利即歸消滅。而在時效期間則不然。消滅時效之權利。非在該期間內始存在。乃在該期間內不行使其權利之消極事實之存在。法律因令其權利消滅而已。故就於時效期間。許有中斷制度者。以此故也。

(乙) 在除斥期間。法律上當然生權利消滅之結果。故法官於職權上當然適用之。而在時效期間則不然。時效期間之屆滿。非當然生請求權消滅之效果。不過使相對人有拒絕給付之抗辯權而已。(一四四條)

(丙) 時效期間得依中斷及不完成而延長其期間。而除斥期間則爲不變期間。原則不能因何等事由而延長者也。故除斥期間。學者又稱爲預定期間 (festi Peria) (註)

註 除斥期間有時法律合其得準用時效停止及不完成之規定例如德民一二四條二項而中斷規定則無準用之理蓋中斷觀念絕對與除斥期間相抵觸故也

(二) 消滅時效者。以不行使請求權之消極事實狀態之存續爲其必要分子也。故與積極行使權利之取得時效異者也。不行使請求權云者。不主張其請求之謂。又所謂請求權者。乃私權之請求權。非公權之請求權（即訴權）也。

(三) 消滅時效者。非因時效完成其請求權即歸消滅。不過義務人因此而得有抗辯權。因其抗辯權之行使。其請求權歸於消滅而已。

第三節 消滅時效之標的

一 何種權利得爲消滅時效之標的。因各國之立法不同而異。有以債權及所有權以外之財產權爲標的者。如日民一六七條清民草三〇四條三〇九條。亦有僅以請求權爲標的者。如德民一九四條瑞債一、二七條舊草一九六條至一九八條。我民法蓋即仿德瑞民法之例。而以請求權爲標的者也。（一二五條以下）故不獨支配權不能因消滅時效而直接消滅。（參考陳瑾昆君民總義總則三四九頁至三五〇頁）即形成權限於在一定期間內始能行使者。亦概爲除斥期間之規定。（例如九三條四一六條二項四一七條之類）不能謂爲消滅時效者也。（反對說參考陳瑾昆君民法通義總則三四九頁）何哉。蓋我

民法無與日本民法第一百六十七條第二項相當之規定。而時效又爲法律所創設之制度故也。

二 得爲消滅時效標的之請求權。其爲人的請求權。抑爲物的請求權。固所不問。即人的請求權之爲由法律行爲而生。抑由其他原因而生。(例如侵權行爲損害賠償請求權及親屬間扶養請求權之類)亦所不問者也。不過須爲財產權之請求權而已。

三 物的請求權者。回復物權圓滿狀態之請求權也。故物的請求權者。必物權失其圓滿狀態時始發現者也。物權必有特定人之侵害始能失其圓滿之狀態。因之物的請求權者。亦仍爲以特定人之給付(即特定人之作爲不作爲)爲標的而有債權之性質者也。(松本丞治博士註釋民法全書第一卷第一編第一節前註四之三法學協會雜誌二八卷五號川名兼四郎博士「請求權」論文鳩山秀夫博士註釋民法全書第一編第六章第三節七〇一頁參考)例如所有權雖不能因時效而消滅。而由此所流出之物的請求權。要不能不認爲得依時效而消滅者也。何哉。蓋物的請求權。亦仍爲對於特定人之請求權故也。故其結果。原所有人對於侵奪其物之占有人並其權利繼承人(德民二二二條參考)有時雖因時效不能爲占有物返還之請求。但其所有權自體則初未消滅。假使其物更爲第三人侵奪時。原所有人依舊得以請求返還者也。(鳩山秀夫博士註釋民法全書七〇一及七〇二頁參考)

四 由財產權所生之請求權。雖以得因時效消滅爲原則。但與一定事實關係或法律關係相終始之權利。

則仍不消滅者也。例如由相鄰權所生之請求權（七七四以下）及其有物之分割請求權。在相鄰關係或共有關係存續間。當然相伴而存在。其不能單獨因消滅時效而消滅。是屬當然者也。

第四節 消滅時效之期間

一 請求權消滅時效之期間。以十五年為原則。（二二五條）學者稱之為一般時效期間。但民法及特別法依其權利之性質。定有較短之期間。學者稱之為特別時效期間。

二 民法所規定之特別時效期間有二。

（一）五年之時效期間。利息紅利租金贍養費退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權。其各定期給付請求權。因五年間不行使而消滅。（二二六條）

（二）二年之時效期間。左列各請求權。因二年不行使而消滅。（二二七條）

（1）旅店飲食店娛樂場之住宿費飲食費座費及其消費物之代價并其墊款。

（2）運送費及運送人所墊之款。

（3）以租賃動產為營業者之租價。

（4）醫生藥師看護生之診斷費藥費報酬及其墊款。

（5）律師會計師公證人之報酬及其墊款。

(6) 律師會計師公證人所收當事人物件交還之請求。此種請求權。雖因時效而消滅。然其物件之所有權。初非因此而喪失。故其物件如仍在他人手中時。仍得依所有權追及之原則向之請求返還者也。故此規定。實不過定律師等因消滅時效之結果。關於其物件之散失毀損。不負損害賠償之責任而已。

(7) 商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價。

三 消滅時效之期間。應自請求權成立時進行。故以行為為標的之請求權。應從得請求時起算。而以不行為為標的之請求權。則從他人為行為時起算者也。(一一八條)

第五節 消滅時效之效力

一 消滅時效之效力。即在於不行使請求權之事實。經過一定期間後。則令義務人享有拒絕給付之抗辯權之一點。故消滅時效之效力。並非直接消滅請求權。乃因義務人行使抗辯權之結果。其請求權始歸消滅而已。是故已經時效消滅之請求權。如債務人仍為履行之給付者。事後不得以不知時效為理由。請求返還者也。(一四四條二項) 蓋債務與責任。兩者截然區分。消滅時效之完成。不過免除債務人之責任。(Haftung) 初非消滅其債務(Schuld) 故也。

二 主權利之時效。其效力及於從權利。蓋權利有主從之別。若因時效消滅主權利時。其效力不及於從權。

利。例如原本債權消滅而利息債權尙不消滅者。不獨於實際上不便。且於理論上亦屬不合。故法律使其得及於從權利焉。(二四六條前段)但法律有特別規定。使其效力不得及於從權利。固亦無妨也。(一四六條但書)

三 以抵押權質權或留置權擔保之請求權雖罹時效。債權人仍得就其抵押物質物或留置物取償。此蓋確保擔保物權之效力。而對於上述主權利時效及於從權利原則所設之例外也。(一四五條一項)但此規定。若於利息債權或其他定期給付之各定期請求權。亦皆適用時。不獨對於債務人失之過刻。而於第一百二十六條規定之趣旨亦屬相背。故民法更定爲此條規定。於該種債權不適用之。(一四五條二項)

第六節 消滅時效之拋棄及加減期間

一時效制度之設。原基於公益上之理由。如上所述。故時效之利益。於時效進行前或進行中不許當事人爲防其適用而豫行拋棄者也。(一四七條)至時效完全後。其利益許否拋棄。各國立法例。亦有規定許其拋棄者。(參考日民一四六條)而民法則規定時效完全後。債務人有拒絕給付之權利。故債務人如不欲享受時效利益時。則可不提出拒絕給付之抗辯。而無須另有拋棄之意思表示者也。

二 依上述理由。故時效之期間。亦不許當事人以法律行爲加長或縮短。是屬當然者也。(一四七條)

第七節 消滅時效之中斷

一時效爲本於尊重永續事實之感想而生之制度。如上所述。故時效進行中如有與時效要素之事實狀態相反之事實發生。其已進行時效期間之一部。自應歸於無用者也。學者稱此爲時效之中斷。(Unterbrechung)時效被中斷之時。其經過之期間。不能再算入時效之中。其時效期間。自中斷事由停止之日起。從新進行者也。

二 民法所定中斷之原因有四。分別說明之於下。

(一) 請求。於此所謂請求者。專指私法上之請求而言。換言之。即因時效受不利益之當事人。於訴訟外對於相對人主張其權利之謂也。(二二九條一項一欸)但受相對人履行之請求。而對之爲抵銷之主張時。其亦爲一種之請求。是不待言。(參考法律總覽民法總則編下一六〇八頁)請求爲權利之行使。故能生中斷之效力。但其所生之中斷效力。乃爲條件的。而非確定的。故若於請求後六個月內。義務人不應其請求而不起訴之時。仍不生中斷之效力者也。(一三〇條)

(二) 承認。承認者。因時效受利益之當事人對於相對人是認其權利存在之謂也。故能生時效中斷之效力。是不待言。(二二九條一項二欸)關於承認行爲之性質。學者雖不無爭論。但爲承認之人。初不必其有拋棄時效利益之意思。故承認乃爲觀念表示。而非意思表示者也。又承認者。不過是認其從來之義務。初非負擔新義務。亦非與相對人以新權利。故不能認爲處分行爲。因之爲承認之人不必有處

分權利之能力及權限者也。又承認者，不必為直接之表示，即支付利息、請求延緩清償等之間接表示，亦不害其為承認者也。

(三) 起訴。起訴者，因時效受不利益之當事人於訴訟上主張其權利之謂也。其訴為履行之訴，為確認之訴，為執行異議之訴，抑為執行判決之訴，在所不問。(一一九條一項三款)因起訴而時效中斷者，以訴狀提出於法院即發生中斷之效力，不必待其訴狀送達於相對人者也。(民訴二三五條)但於此情形，如當事人撤回其訴或因不合法受駁回之判決其判決確定時，不生中斷之效力。蓋撤回其訴，是當事人拋棄其依訴而生之私權保護請求權，又因其不合法而被駁回其訴之判決確定時，其訴即為無效。故不能生中斷之效力。乃理之當然也。(一三一條)

(四) 與起訴有同一效力之事項，此又可分為五。

(一) 依督促程序送達支付命令。督促程序者，以請求對於債務人發支付命令為目的之特別訴訟程序也。(民訴四七三條)依督促程序送達支付命令之時，即生訴訟之拘束。(民訴四八〇條)故能發生時效中斷之效力。(二一九條二項一款)但於此情形，若訴訟拘束失其效力之時，仍不發生時效中斷之效力。蓋訴訟拘束既失其效力，則與未發支付命令無異。故不能生中斷之效力。亦理之當然也。(一三二條)

(2) 因和解而傳喚。因和解而傳喚者。因和解而向法院爲傳喚之聲請之謂也。非法院之傳喚。能生中斷之效力。乃當事人之聲請。能生中斷之效力者也。何哉。蓋當事人之聲請。乃爲當事人間接對相對人主張其權利之表示故也。(一一九條二項二款)但於此情形。若相對人不到庭或和解不成時。仍不發生時效中斷之效力。蓋相對人不到庭或和解不成而當事人又不起訴者。是不欲完全行使其權利。故不使其生時效中斷之效力。亦理之當然也。(一三三條)

(3) 報明破產債權。破產債權者。對於破產人之債權也。欲加入破產財團之分配而爲破產債權之報明。即爲債權人主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。(一一九條二項三款)但於此情形。若債權人撤回其呈報時。仍不生時效中斷之效力。蓋債權人撤回其呈報。則與未經主張其債權無異。故不使其生中斷之效力。亦理之當然也。(一三四條)

(4) 告知訴訟。訴訟告知者。原告或被告對於利害關係之第三人爲促其參加通知其訴訟存在之謂也。(民訴六二條以下)訴訟之告知。即爲對於被告知人主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。(一一九條二項四款)但於此情形。若告知人於訴訟終結後六個月內對被告知人不起訴訟者。仍不生時效中斷之效力。蓋告知人於訴訟終結後六個月內不提起诉訟之時。是不欲完全行使其權利。故不使其發生時效中斷之效力。亦理之當然也。(一三五條)

(5) 開始執行行為或聲請強制執行。此二者亦皆權利人為主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。(二二九條二項五款)但因開始執行行為而時效中斷者。若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時。仍不生時效中斷之效力。因聲請強制執行而時效中斷者。若撤回其聲請或其聲請被駁回時。仍不生時效中斷之效力。蓋有此等事由。則與未開始執行行為及未聲請強制執行無異。故不使其發生時效中斷之效力。亦理之當然也。(一三六條一項二項)

三 時效中斷之效力。在於使中斷事由發生前已進行之時效期間之一部。歸於無用。使其時效再從新進行者也。又被中斷之時效。從新進行時。須中斷事由終止始可。故

(一) 因起訴而時效中斷者。須至受確定判決或因其他方法而訴訟終結時。再開始進行。(一三七條二項)

(二) 因報明破產債權而時效中斷者。須至破產程序終結時。再開始進行者也。(舊草二〇一條參考)

四 因中斷事由所生中斷效力。乃相對的效力。即其效力祇於引起其中斷事由之當事人及其繼承人間發生。不及於他人者也。例如甲對於乙提起債權確認之訴時。乙之消滅時效因之中斷。但其效力。祇及於甲乙及其繼承人。對於共享債權之內。固不生中斷之效力。即對於共負債務之丁。亦不生中斷之效力者也。換言之。即於丙於了。不生利害之影響者也。

第八節 消滅時效之停止及不完成

一 時效之停止(Hemmung)者。停止其時效期間之進行之謂。而時效之不完成(Ablaufhemmung)者。時效期間進行終止之際暫時不令其完成之謂也。前者以時效當事人間有特別關係。以不令其時效進行爲宜。而後者則以一定事由之存在。難以中斷時效。故暫時不令其完成也。(舊草二一五條至二一九條 德民二〇三條至二〇七條參考)民法沿日本民法之例。將此兩者混而爲一者也。

二 民法規定時效不完成之原因有五。

(一) 時效之期間終止時。因天災或其他不可避之事變致不能中斷其時效者。從其妨礙事由消滅時起。一個月內。其時效不完成。(一三九條)

(二) 屬於繼承財產之權利或對於繼承財產之權利。從繼承人確定、管理人選定或破產之宣告時起。六個月內。其時效不完成。(一四〇條)

(三) 對於無行爲能力人或限制行爲能力人之權利。若無法定代理人時。自此等人成爲能力人或法定代理人就職時起。六個月內。其時效不完成。(一四一條)

以上三者。蓋基於故障或特別事故。以不令其時效完成爲宜。故暫時禁止其完成。

(四) 無行爲能力人或限制行爲能力人對於其法定代理人之權利。於代理關係消滅後一年內。其時

效不完成。(一四二條)

(五) 夫對於妻或妻對夫之權利。於婚姻關係消滅後一年內。其時效不完成。(一四三條)
以上二者。乃基於身分關係。暫時禁止其完成者也。

三 時效不完成之效力。即在於禁止其完成。必其法定猶預時間經過後。其時效始完成者也。

第六章 時

一 時者。測定事實發生前後之尺度也。事實發生之前後。於法律上有重大之關係。例如人之權利能力始於出生。故出生之時。即以定之其權利能力享有之時。人之權利能力終於死亡。故死亡之時。即以定其權利能力喪失之時。此外種種法律效果。皆與時有重大之關係。則時之功用。概可知矣。

二 法律上最重要之時有二。(一)期日。(二)期間。是也。期日者。一定之日期之謂。例如今日明天或某年某月某日之類是。期間者。自一定日期至他一定日期之繼續時期之謂也。例如民國二十年一月二日至二十一年一月一日一年期間之類是。

三 期間之作用有多種。

(一) 定權利取得之時期者。例如民法第七百六十八條至第七百七十二條及第八百零七條之類是。

(二) 定推定事實及生法律上之假設之時期者。例如民法第九條一項第八十條第二項之類是。

(三) 定有效爲某行爲之最終時期者。例如民法第五十六條第二項之類是。

(四) 定能以主張權利之最終或最初之時期者。例如民法第九十三條及第二百五十四條之類是。

(五) 定權利消滅之時期者。例如民法第一百二十五條至一百二十七條之類是也。

此種時期中有爲時效期間者。亦有爲除斥期間者。時效期間因其可以中斷不完成。故其最終之時期。不能預定。除斥期間則不適用中斷不完成之規定。故除斥期間。皆爲預定期間者也。

四 期間有由當事人定之者。有由法令定之者。亦有由法院定之者。定其期間之人。即特別定其計算之方法固無妨。但民法爲補充當事人法令及法院之意思起見。爲之定一普通之計算法。(一一九條)

期間之計算法有二。(一)自然的計算法。(二)歷法的計算法是也。

(甲) 自然的計算法。自然的計算法者。從某種事實發生之時起。計算其期間之數。以充其期間之數之謂。例如本月一日午前十時起二十日。則至二十一日午前十時爲滿期。我民法關於以時刻定期間者。則用此計算法。所謂即時起算是也。(一一〇條二項)

(乙) 歷法的計算法。歷法的計算法者。依歷計算之謂。歷者。太陽歷也。一日者。午前零時起至午後十二時之時間之謂。一月者。一日至月末日之時間之謂。一年者。一月一日至十二月三十日之時間之謂。一星期者。日曜日午前零時至土曜日之時間之謂也。月有大小。年有平閏。故其中所包含之日數不能

相等。皆依歷之所載以計算之。我民法關於以日、星期、月或年定期間者。即用此計算法者也。

依歷法計算。若於歷日之中途定期間者。則其期間之始日不算入。以其翌日午前零時爲起算點。

(二〇條二項)但其期間即由午前零時起者。仍以其始日爲起算點。(舊草一八八條二項但書參考)

例如本月三日午前六時起幾個月。則從其翌四日起算。三日午前零時起者。則即從三日起算。是民法

關於此但書。雖未設規定。解釋上似應採同一結論。至年齡之計算。則無論其出生之時。爲午前零時

非午前零時。皆自其出生之日起算者也。(一二四條一項)惟出生之月日無從確定時。推定其爲七月

一日出生。若知其月不知其日者。推定其爲該月十五日出生。(一二四條二項)

以日、星期或年定期間者。以期間末日之終止爲終止。(一二一條一項)期間之不以星期、月或年之始

起算者。以最後之星期、月或年與起算日相當之前一日爲期間之末日。以月或年定期間。於最後之月

無相當日者。以其月之末日爲期間之末日。例如於一月三十日起算。約定一月之期間。至二月無相當

之日。(三十日)則以二月之末日(即二十八日)爲期間之末日之類是也。

於一定期日或一定期間內爲意思表示或爲給付者。若其期日或期間之末日。適值星期日、紀念日或

其他休息日者。則以其日之次日終止爲終止。(一二二條)

第七章 權利之行使

第一節 總說

一 權利之行使者。爲其權利正當得爲之行爲之謂也。其行爲爲法律行爲者有之。而爲事實行爲者亦有之。例如抵銷、撤銷。爲抵銷權、撤銷權之行使。屬於前者。所有人任意處置其所有物。爲所有權之行使。則屬於後者。

二 權利之行使與否。原則固任權利人之自由。但亦不無例外。

(一) 有間接強制其行使者。例如於一定期間內不使其權利。則消滅其權利之類是。

(二) 有負應行使其權利之義務者。其義務有由當事人之特約而生者。亦有由法律直接規定而生者。權利之行使。縱有害他人亦得爲之。但專以損害他人而行使其權利者。是爲權利之濫用。則實有背於公益。自爲法律所不許。(一四八條)且進一步言之。超過範圍之權利行使。亦可不認其權利之存在者也。

四 各種權利。依原則於訴訟上。訴訟外皆得行使。但有某種權利。非以訴訟方法不得行使者。例如債權人之撤銷權(二四四條)之類是也。

五 權利之實現。與權利之行使不可混同也。權利之實現者。達其權利存在之目的之謂。例如債權依履行而實現。所有權依使用收益處分其所有物而實現。而撤銷權依使其法律行爲無效而實現者也。由此觀之。權利之實現。

(一) 有因權利之行使而生者。例如所有權、撤銷權。皆因權利之行使而生權利之實現是。

(二) 有不因權利之行使而生者。例如債權依履行而實現。非依請求而實現。故債權即不因權利之行使而生權利之實現是。

(三) 又有於權利之行使之外。再加以其他之事實。其權利始實現者。例如民法第二百四十四條之撤銷權。即於權利行使之外。加以裁判。其權利始實現是也。

第二節 自衛及自助

一 在刑法上既有正當防衛及緊急狀態之規定。則在民法上亦應認其自衛行為之爲合法。是屬當然。至私權之被侵害。應訴之公力以求救濟。亦爲今日法制下一般所公認之原則。但於公力救濟 (Offentliche Hilfe) 之外。尚許自力救濟 (Selbsthilfe) 與否。學者間雖不無爭論。然多數立法例。(德民二二六條至三三一條八五九條八六〇條瑞債五二條瑞民九二六條奧民一九條三四四條) 則於一定之限制下。許其自力救濟者也。我民法亦然。

二 民法第一百四十九條。對於現時不法之侵害。爲防衛自己或他人之權利所必要之行為。不爲違法行為。(二四九條) 此民法所認權利人得因自衛而爲防禦行為之權利也。但此權利之行使。須具備左列各要件。

(一) 須對於不法之侵害。不法之侵害者。侵害行爲爲法所不許之謂。故侵害行爲爲所應忍受者。則不得爲不法侵害者也。

(二) 須對於現時之侵害。現時之侵害者。侵害行爲已經着手或現正實施而未完畢之謂。故對於過去或未來之侵害。不得爲防禦行爲者也。

(三) 不得逾必要之程度。必要之程度者。排除侵害所必要之限度之謂。故超過限度之防禦行爲。則仍爲侵權行爲。應負損害賠償之責任。是不待言。(一四九條但書)

三 民法第一百五十條。由不屬於己之物。生有急迫之危險。因自己避免危險。或使他人避免危險。將其物破壞或毀損者。其行爲以避險所必要並未逾危險之程度爲限。不爲違法行爲。(一五〇條)此民法所認權利人得因自衛而爲救護行爲之權利也。但此權利之行使。須具備左列各要件。

(一) 由不屬於己之物。發生急迫之危險。祇須危險急迫即可。其危險之由於天然。抑由於人爲。在所不問。

(二) 其破壞或毀損行爲。以避險所必要並未逾避免危險之程度。超過程度之救護行爲。仍爲侵權行爲。應負損害賠償之責任者也。(一五〇條但書)

(三) 危險之發生。行爲人原不負責任。危險之發生。若行爲人與有故意或過失者。則不得認爲救護

行爲者也。

四 民法第一百五十一條爲左列二種行爲。以不及受官署之援助。且非於其時爲之。則請求權不得實行。

或其實行而顯有困難者爲限。不爲違法行爲。此民法所認之自助行爲也。(一五一條)

(一) 以保護自己權利爲目的。將他人之財產押收或毀損。

(二) 以保護自己權利爲目的。恐義務人逃走而拘束其自由。

自助行爲之不爲違法行爲。須具備左列二要件。

(一) 不及受官署之援助。

(二) 非於其時爲之。則請求權不能實行。或其實行顯有困難。

依法律規定以自助之目的。將他人財產押收者。須速向法院聲請爲保全財產之扣押。而以自助之目的。拘束他人之自由者。須速向拘束地之法院聲請爲保全身體之假扣押。(一五一條)但其聲請被駁回。或其聲請遲延者。行爲人仍應負損害賠償之責任。蓋此種行爲之誤用。其有害於相對人之利益甚大。故爲法律所不許。而仍令其負損害賠償之責任者也。(一五二條二項)

民法要論總則終

附錄

民律草案總則編

第一章 人

第一節 人

第一條 人之權利能力始於誕生終於死亡

第二條 胎兒以將來非死產者爲限就其特種權利之保護視爲既已誕生

第三條 失蹤人受亡故宣示後推定其爲死亡

第四條 失蹤人生死不明滿十年者法院得依利害關係人之聲請爲亡故宣示

失蹤人爲未成年人者非達於成年不得爲亡故宣示

失蹤人爲七十歲以上之老人者得於生死不明滿五年後爲亡故宣示

失蹤人爲遭遇特別災難者得於生死不明滿三年後爲亡故宣示

第一項及第三項期限自失蹤人有最後消息之次年第四項期限自災難消弭之次年起算

第五條 亡故之宣示以調查結果無反對形跡者爲限以左列各款之時日爲判決內

確定亡故之時日

一 前條第一項至第三項情形得爲亡故宣示之日

二 前條第四項情形遭遇災難之日

第六條 失蹤人未受亡故宣示前其財產之管理依非訟事件條例之所定

第七條 孿生子應以誕生之先後定其長幼

第八條 同時遭難之人推定其爲同時死亡

第九條 足二十歲爲成年

第十條 不足七歲之未成年人爲無行爲能力

第十一條 七歲以上之未成年人爲限制有行爲能力

第十二條 有左列各款情形之一之人法院得依本人配偶或最近親屬二人之聲請

宣示禁治產

一 因瘋癲癡騷或其他精神錯亂之病症致不能處理自己事務者

二 因疾病或其他原因精神衰弱致難於處理自己事務者

三 因濫費有陷自己及家屬於困窮之虞者

禁治產之原因消滅時應撤銷其宣示

第十三條 前條第一項第一款原因之禁治產人爲無行爲能力第二款及第三款原因之禁治產人爲限制有行爲能力

第十四條 不足七歲之未成年人就加害行爲無責任能力

七歲以上之未成年人及七十歲以上之老人以爲加害行爲當時無辨別其行爲責任之意識者爲限無責任能力

前項規定於第十二條第一項第二款原因之禁治產人爲加害行爲者準用之

第十五條 無意識或精神錯亂中爲加害行爲者無責任能力但其無意識或精神錯亂係因飲酒或其類似之方法所致者不在此限

第十六條 凡人不得拋棄其權利能力及行爲能力

第十七條 凡人不得拋棄其自由或至違反法律或有傷風化之程度而自行限制其

自由

第十八條 人格權受侵害者得請求屏除其侵害

前項情形以法律有特別規定者爲限得請求損害賠償或慰撫金

第十九條 姓名權被侵害者得提起屏除侵害之訴請求除去其侵害並請求損害賠償

第二十條 姓名權有被侵害之虞者得提起預防侵害之訴請求禁止其侵害並請求損害賠償之擔保

第二十一條 以永久之意思住於一定地域內者在其地爲有住址
一人同時不得有兩處住址

第二十二條 以廢止之意思而離去其住址者即爲廢止住址

第二十三條 住址不明或在中國無住址者其寓所視爲住址但依法律適用條例之規定須依住址地法者不在此限

第二十四條 因特定行爲選定臨時住址者關於其行爲視爲住址

第二十五條 籍貫依住址定之但住居他處而仍保留其原來籍貫者不在此限

第二十六條 籍貫不明之人以其父祖最後之籍貫爲其籍貫父祖之籍貫不明其自身又無住址或住址不明者以其寓所地定其籍貫

第二節 法人

第一款 通則

第二十七條 以公益爲目的之社團及財團以得主管官署之許可取得人格

第二十八條 非以公益爲目的之社團及財團以訂立章程發表成立團體之意思取

得人格但其目的不得違反法律或有傷風化

第二十九條 以營利爲目的之社團其取得人格依特別法之規定

第三十條 法人除專屬於人之權利義務外有享受負擔之能力

第三十一條 法人自依法律章程設置必要機關之時起有行爲能力

第三十二條 法人於其機關行職務之際所加他人之損害負賠償責任但行爲人自

身就該加害行爲亦負責任

第三十三條 法人以主事務所所在地爲住址

第三十四條 法人有左列各款之義務

一 設立時應於各事務所所在地登記已登記之事項有變更時亦同

二 設立時及事務年度終應編造財產清冊存置於各事務所未經定有事務年度

者於每年首三個月內爲之

三 社團應置備社員名簿存置於主事務所如有變更應隨時訂正之

第三十五條 法人應登記之事項而不登記或已登記之事項有變更而不爲變更之

登記者不能以其事項對抗第三人

第三十六條 法人解散後其財產屬於法人住址地之地方團體但章程或總會決議

有特別訂定者不在此限

前項但書之規定於法人因目的違反法律或有傷風化被裁判上解散者不適用之

第三十七條 法人除因破產而解散者外其財產依下列九條之規定清算之

第三十八條 清算由董事爲之但章程或總會決議有特別訂定者不在此限

第三十九條 依前條規定無行其清算事務之人或因其缺額恐生損害者法院得依

利害關係人之聲請爲之選任清算人

前項清算人有重要理由時由法院解任之

第四十條 清算人除本款有特別規定或與清算目的抵觸者外準用關於董事之規

定

第四十一條 清算人之職務如左

一 了結現務

二 收取債權清償債務

三 移交餘賸財產於歸屬權利人

清算人爲行前項各款之職務得爲一切必要之行爲

法人於清算目的之範圍內至清算之終結爲止視爲存續

第四十二條 清算人應將其姓名住址法人解散之原因及年月日於法人各事務所所在地登記

第四十三條 清算人應將法人之解散事由於爲前條解散登記時聲請法人各事務所所在地之法院公告之公告內應催告債權人報明其權利

第四十四條 清算人對於已知悉姓名之債權人應逐一爲催告

第四十五條 清算人非於解散公告後經過一年不得將餘賸財產移交於歸屬權利人

於前項期限後始行報明之債權人僅得就尙未移交歸屬權利人之財產請求清償

但知悉姓名之債權人雖未報明其權利清算人仍應將其債權全額提存之

債權未至清償期或雖至清償期而其標的物不便提存或有爭訟者清算人非提出

擔保於債權人後不得將餘賸財產移交於歸屬權利人

第四十六條 清算人於法人財產不敷清償其債務時應聲請宣示破產

清算人將其事務移交於破產管財人時其職務終了

第四十七條 法人之解散及清算屬於法院監督

法院得隨時為監督上必要之檢查

第四十八條 清算人怠於為登記聲請破產聲請催告聲請公告或為不實之聲請公

告又或不遵法院監督命令或妨礙其檢查者科以五元以上五百元以下之罰鍰

第四十九條 清算人怠於為公告聲請破產聲請催告提存或不遵法定期限或未提

出擔保又或因過失於未清償所應清償之債務前將餘賸財產移交於歸屬權利人

致法人之債權人受損害者對之應連帶負賠償責任

第二款 社團法人

第五十條 設立社團法人者應寫立創設章程內應記載左列各事項

一 目的

二 名稱

三 董事組織及其任免之訂定

四 總會招集之要件程序及其決議之證明

五 社員出資之訂定

六 社員資格得喪之訂定

七 事務所

第五十一條 社團法人設立時應登記之事項如左

一 目的

二 名稱

三 主事務所及分事務所

四 董事之姓名及住址

五 財產之總額

六 應受設立許可者其許可之年月日

七 定有出資方法者其方法

八 限制董事代表權者其限制

九 定有存立時期者其時期

第五十二條 社團法人之機關組織及法人與社員之關係以不反於下列十九條之

規定爲限得由設立人以章程定之

第五十三條 社團法人以總會以最高機關

總會由董事招集之

總會應依章程所定及有關法人利害時招集之但有全體社員十分一以上之請求

表明會議目的及招集理由請求招集者董事應招集之

董事受前項之請求後兩星期內不爲招集者得由請求之社員經法院之許可招集

之

第五十四條 總會選任董事開除社員變更章程並議決一切不得委任他機關之事

務

總會監督董事及其他辦事人之行爲得隨時將其解任但不妨其本於契約所有之

請求權

第五十五條 總會決議除本律有特別規定外依到會社員多數決之

總會決議以招集時豫行通知之事項爲限但章程有特別訂定者亦得臨時提出事件以爲決議

全體社員以書信表同意者雖不開總會亦有決議之效力

第五十六條 社團法人變更章程之決議應有全體社員三分之二以上之同意始得爲之但關於法人之目的不得爲變更之決議

受設立許可之社團法人變更章程時除增減及遷移事務所之事情外其變更應得主管官署之許可

第五十七條 社團法人之董事由總會選任之

第五十八條 董事就社團法人一切事務對外代表法人

關於董事代表權準用法定代理權之規定

董事之代表權得以章程限制之

第五十九條 董事執行法人之事務

關於董事之執行事務準用委任之規定

第六十條 董事有數人者其執行事務以過半數之決議行之但他人對社團法人爲意思表示得僅向其董事中一人爲之

章程所定之董事若有缺額他董事得行董事之職務至補缺時爲止但無他董事或恐補缺遲延致生損害者法院得依利害關係人之聲請爲之選任臨時董事

第六十一條 社團法人存立中登記或破產之聲請社員名簿之置備及財產清冊之編造等由董事負其責任

董事怠於爲前項行爲或爲不正之行爲又或不遵主管官署之監督命令或妨礙其檢查者科以五元以上五百元以下之罰鍰

第六十二條 董事怠於爲設立登記或破產聲請致第三人受損害者對之應連帶負賠償責任

第六十三條 社員得隨時退社但章程限定於事務年度終或經過預告期限後始准退社者不在此限

前項預告期限至多不得逾一年

第六十四條 法人有正當事由者得開除社員但開除之事由得以章程限定之

第六十五條 社員之資格不得讓與但非公益法人其章程有特別訂定者不在此限

第六十六條 社員之特別權不得以總會之決議侵害之但經該社員同意者不在此限

第六十七條 各社員在總會有平等之表決權但非公益法人其章程有特別訂定者不在此限

第六十八條 總會決議之事項爲關於社團法人與社員及其配偶或其近親間之法律行爲或權利之爭者該社員無表決權

第六十九條 社員出資之比例除章程有特別訂定外由各社員平均分擔之

第七十條 已退社或開除之社員關於社團法人之財產無請求權但非公益法人其章程有特別訂定者不在此限

前項社員其退社或開除以前應分擔之出資仍負清償之義務

第七十一條 總會之決議有違反法令或章程者其對該決議原不同意之社員得以訴請求法院宣示其決議無效

前項之訴應從知悉決議之日起一個月內提起之但從決議之日經過三個月者不得提起

第七十二條 受設立許可之社團法人其業務屬於主管官署監督

主管官署得隨時檢察社團法人之事務及其財產狀況

第七十三條 社團法人得隨時由總會決議解散

前項決議應有全體社員四分之三以上之同意始得爲之但章程有特別訂定者不在此限

第七十四條 社團法人有左列各款事情之一者法律上當然解散

一 章程內所定之解散事由發生

二 目的事業已成就或不能成就

三 社員僅存一人

四 破產

第七十五條 社團法人違反設立許可之條件者因主管官署撤銷其設立許可而解散

第七十六條 社團法人之目的或其行爲違反法律或有傷風化或法人爲目的外之事業者法院得依主管官署檢察官或利害關係人之訴宣示解散

第三款 財團法人

第七十七條 設立財團法人者應寫立捐施章程但以遺囑捐施者得以言詞爲之

捐施章程至少應訂明法人目的及所捐財產

第七十八條 捐施人之承繼人或其債權人得據撤銷贈與之原因撤銷捐施

第七十九條 財團法人設立時應登記之事項如左

一 目的

二 名稱

三 主事務所及分事務所

四 董事之姓名及住址

五 財產之總額

六 應受設立許可者其許可之年月日

七 限制董事代表權者其限制

八 定有存立時期者其時期

第八十條 財團法人之機關組織及其管理方法由捐施人以捐施章程定之

捐施章程所定之組織不完全或重要之管理方法不具備者法院得依利害關係人之聲請爲必要之處分

第八十一條 受設立許可之財團法人其業務第一級屬於其住址地之地方團體暨

督第二級屬於許可之主管官署監督

主管官署及地方團體得隨時檢查財團法人之事務及其財產狀況

第八十二條 爲維持財團法人之目的或保存其財產法院得依主管官署地方團體

捐施人或利害關係人之聲請撤換財團法人之董事或變更其組織

第八十三條 因事情變更致財團法人之目的顯然反於捐施人之本意者法院得依

主管官署地方團體捐施人或利害關係人之聲請變更財團法人之目的或並變更

其組織

第八十四條 財團法人存立中登記或破產之聲請及財產清冊之編造等由董事負

其責任

董事怠於爲前項行爲或爲不正之行爲又或不遵主管官署或地方團體之監督命令或妨礙其檢查者科以五元以上五百元以下之罰鍰

第八十五條 董事怠於爲設立登記假產聲請致第三人受損害者對之應連帶負擔償責任

第八十六條 財團法人有左列各款事情之一者法律上當然解散

一 章程內所定之解散事由發生

二 目的事業已成就或不能成就

三 破產

第八十七條 財團法人之目的本來或嗣後因事情變更違反法律或有傷風化者法院得依主管官署地方團體檢察官或利害關係人之訴宣示解散

第四款 外國法人

第八十八條 外國法人除國家及國家之行政區域商事公司外非依法律條約不認其成立

認其成立之外國法人與同種類之中國法人有同一權利能力及行爲能力但依法

律或條約不能享受之權利及外國人不得享受之權利不在此限

第八十九條 第三十四條第一款第三十五條第五十一條及第七十九條之規定於外國法人在中國設事務所者準用之

第九十條 外國法人在中國初設事務所者於其事務所所在地未登記以前第三人得不認其成立

第九十一條 外國法人在中國設事務所者應置駐中國之代表人就外國法人之一切事務對外代表法人

第九十二條 第六十一條第六十二條第八十四條及第八十五條之規定於外國法人之代表人準用之

第九十三條 外國法人其行爲違反法律或有傷風化又或爲目的外之事業者法院得依檢察官或利害關係人之訴命令撤去其事務所

第九十四條 不認其成立之外國法人以其名義與第三人爲法律行爲其行爲人就該法律行爲應連帶負其責任

第二章 物

第九十五條 稱物者謂有體物

能受法律支配之天然力視為有體物

第九十六條 稱不動產者謂土地及房屋

第九十七條 非變更物之本質或毀損其物不能與其物分離之部分為物之重要成分

分

不得專以物之重要成分為物權之標的

第九十八條 固結於不動產或由不動產產出尙未分離又或以永久目的附着或連

屬於不動產之物而交易上無獨立之效用者為不動產之重要成分

子種從播種後植物從種植後視為不動產之重要成分

以暫時目的附着或連屬於不動產之物不為其成分

第九十九條 非主物之成分常助主物之效用而同屬於一人者為從物但交易上有

特別習慣者不在此限

主物之處分及於從物

第一百條 依其物之生產上之用法所收穫之物為天然孳息

因法律關係所息取之物爲法定孳息

第二百零一條 有收取天然孳息權利之人其權利存續中取得與原物分離之孳息

有收取法定孳息權利之人按其權利存續期內之日數取得其孳息

第三章 法律行爲

第一節 行爲能力

第二百零二條 無能力人之意思表示無效雖非無能力人而其意思表示係在無意識或精神錯亂中所爲者亦同

第二百零三條 無能力人由法定代理人代爲並代受意思表示

第二百零四條 限制能力人之意思表示除純獲法律上利益者外應得法定代理人或照管人之允許

第二百零五條 限制能力人未得法定代理人或照管人之允許所訂結之契約應有法定代理人或照管人之承認始生效力

第二百零六條 契約相對人得定一個月以上之期限催告法定代理人或照管人確答是否承認

於前項期限內法定代理人或照管人不為確答者視為拒絕承認

第二百零七條 限制能力人於限制原因消滅後所為之承認與法定代理人或照管人之承認有同一效力

前條規定於前項情形準用之

第二百零八條 契約未經承認前相對人得撤回之但結約當時知其未經得有允許者不在此限

第二百零九條 限制能力人未得法定代理人或照管人之允許所為之單獨行為不生效力但相對人知其未經允許情甘待其法定代理人照管人或自己將來之承認者不在此限

第二百零五條至第二百零七條之規定於前項情形準用之

第一百十條 限制能力人用詐術使人信其為有能力人或使人信其已得法定代理人或照管人之允許者不問其為契約或單獨行為法定代理人或照管人不得拒絕承認

第一百十一條 法定代理人或照管人豫定目的或未豫定目的允許限制能力人處分

之財產限制能力人就其財產有處分能力

第一百十二條 法定代理人或照管人允許限制能力人獨力營業者限制能力人關於其營業有完全能力

限制能力人有不勝營業情形時法定代理人或照管人得將其允許撤銷或限制之
第一百十三條 法定代理人或照管人允許限制能力人爲他人服勞務者限制能力人於勞務關係之締結廢止有完全能力

前條第二項之規定於前項情形準用之

第二節 意思表示

第一百十四條 表意人本無欲爲其意思表示之意而爲意思表示者其意思表示並不因之無效但其情形爲相對人所明知者不在此限

第一百十五條 表意人預期他人可知其非真意而爲意思表示者其意思表示無效

第一百十六條 表意人與相對人通謀而爲虛僞意思表示者其意思表示無效但不得以其無效對抗善意第三人

虛僞意思表示隱藏他項法律行爲者其法律行爲仍屬有效

第一百七十七條 意思表示之內容有錯誤者表意人得將其意思表示撤銷之交易上認

爲重要之當事人資格或物之性質有錯誤者亦同

前項規定於表意人就所爲之意思表示若詳知其事情即不爲者準用之

第一百十八條 意思表示因傳達人傳達不實者得比照前條第一項之規定撤銷之

第一百十九條 前二條情形有撤銷權之人應於知悉撤銷原因後速行撤銷

前二條之撤銷權自意思表示後經過三年即爲消滅

第一百二十條 依第一百十五條之規定其意思表示無效或依第一百七條及第一百十八條之規定其意思表示被撤銷者表意人對於信其意思表示爲有效而受損害之相對人或第三人應負賠償責任但被害人明知其無效撤銷之原因或可得而知者不在此限

第一百二十一條 因被詐欺或被脅迫而決定意思以爲表示者表意人得撤銷其意思表示但詐欺係由第三人所爲者以相對人明知其事實或可得而知者爲限始得撤銷之

被詐欺意思表示之撤銷不得以之對抗善意第三人

第二百二十二條 前條情形有撤銷權人應於發見詐欺或脅迫終止後一年內撤銷之

前條之撤銷權自意思表示後經過十年即爲消滅

第二百五十五條至第二百十七條之規定於第一項期限之進行準用之

第二百二十三條 法律行爲違反禁止規定者無效但法律有特別規定者不在此限

第二百二十四條 法律行爲有傷風化者無效

第二百五十五條 法律行爲係乘他人窘迫輕率或無經驗而爲依當時情形顯失公平

者其法律行爲無效

第二百二十六條 法律行爲違反爲保護特定人之利益而禁止讓與之法律或裁判者

其法律行爲無效但受益人非因歸責於己之事由而不知者不在此限

第二百二十七條 法律行爲缺法定方式者無效

第二百二十八條 法律行爲缺約定方式者無效但當事人有特別訂定者不在此限

第二百二十九條 當面爲意思表示者其意思表示以相對人了解時發生效力

第二百三十條 非當面爲意思表示者其意思表示以通知達到相對人時發生效力但

其撤回通知於其前或同時達到者不在此限

表意人於發出通知後死亡或喪失能力又或能力受限制者其意思表示不因之失其效力

第三百一十一條 向無能力人或限制能力人爲意思表示者應向其法定代理人或照管人爲之但使限制能力人純獲法律上利益之意思表示或法定代理人照管人就限制能力人受領意思表示已表同意者其意思表示亦得向限制能力人爲之

第三百十二條 意思表示得委託承發吏依民事訴訟條例之規定送達以爲通知

第三百十三條 表意人不知相對人之姓名住處非由於自己之過失者得依民事訴訟條例公示送達之規定以公示送達爲意思表示之通知

第三百十四條 解釋意思表示應探究其真意不得拘泥辭句

第三節 契約

第三百十五條 契約之要約人因要約而受拘束但要約當時豫行聲明不受拘束者不在此限

第三百十六條 要約經拒絕者失其效力

第三百十七條 要約於依以下三條規定之正當時期內無承諾者失其效力

第三百二十八條 當面爲要約者應立時承諾

第三百二十九條 非當面爲要約者應依通常情形要約人須相待之時期內爲承諾

第四百十條 要約定有承諾期限者應於其期限內爲承諾

第四百十一條 承諾之通知本於正當時期內可達到而遲到者要約人應向相對人速發遲到之通知

要約人意於爲前項通知者其承諾視爲未遲到

第四百十二條 遲延之承諾視爲新要約

將要約擴張限制或變更而爲承諾者視爲拒絕原要約而爲新要約

第四百十三條 依交易上之習慣承諾不必通知者其契約自可認爲有承諾之事實時成立

前項規定於要約人要約當時豫行聲明承諾無須通知者準用之

前二項情形其要約失其效力之時期依要約內要約人所表示之意思或依其他事情可以推知之要約人意思定之

第四百十四條 要約人於承諾前死亡或喪失能力又或能力受限制者其契約之成

立不受影響但要約人顯有反對之意思者不在此限

第一百四十五條 契約當事人約定其契約須寫立字據者在字據未寫立前推定其契約不成立

第一百四十六條 拍賣以拍定爲契約成立

拍賣之要約以有他較高價之要約或不爲拍定而終止拍賣時失其效力

第四節 條件及期限

第一百四十七條 附停止條件之法律行爲自條件成就時發生效力

附解除條件之法律行爲自條件成就時失其效力

第一百四十八條 依當事人之特約使條件成就之效果溯及既往者當事人互負回復條件成就前應發生效力時之原狀之義務

第一百四十九條 附停止條件之法律行爲當事人於條件成否未定前爲加害相對人之行爲致相對人因條件成就所應取得之權利喪失或減少者應負賠償損害責任

附解除條件之法律行爲因當事人之加害行爲致相對人因條件成就所應回復之權利喪失或減少者亦同

第一百五十條 就一物爲附停止條件之處分當事人於條件成否未定前復就該物爲

其他處分者其處分以有碍於條件成就因條件成就所生之效果爲限失其效力

前項規定於條件成否未定前因強制執行假扣押所爲之處分或破產管財人所爲之處分準用之

關於由無權利人讓受權利者之利益之規定於前二項情形準用之

第一百五十一條 前條規定於就解除條件成就所應消滅之權利爲處分者準用之

第一百五十二條 因條件成就而受不利益之當事人違反誠實信用而阻條件之成就者視爲條件已成就

因條件成就而受利益之當事人違反誠實信用而促條件之成就者視爲不成就

第一百五十三條 附始期之法律行爲於期限屆至時發生效力

附終期之法律行爲於期限屆至時消滅效力

第一百四十九條至第一百五十二條之規定於前二項情形準用之

第五節 代理

第一百五十四條 稱法定代理者謂依法律規定授與代理權之代理

稱意定代理者謂依當事人意思表示授與代理權之代理

第一百五十五條 代理人於代理權限內以本人名義所爲之意思表示無論爲本人抑

對本人均生效力

所謂以本人名義者不必定用本人姓名即依其事情認爲顯然係用本人姓名者即

可

前二項規定於應向本人爲意思表示而向其代理人爲之者準用之

第一百五十六條 意思表示是否以他人名義所爲不明者認爲爲自己而爲

第一百五十七條 代理人行爲能力之限制不影響於所爲或所受之意思表示之效力

但關於法定代理人之資格法律有特別規定者不在此限

第一百五十八條 意思表示若因意思欠缺被詐欺被脅迫或明知其事情或可得而知

致其效力受影響者其事實之有無應就代理人決之但意定代理人之行爲係依本

人指示而爲者本人於其已知或因過失而不知之事情不得藉口於代理人不知而

否認其效力

第一百五十九條 代理人除專履行債務之行爲外不得爲本人與自己或爲兩造之代

理人而爲法律行爲但當事人有特別意思表示者不在此限

第六十條 代理人有數人者其代理行爲應共同爲之但法律有特別規定或當事人有特別意思表示者不在此限

第六十一條 意定代理權之授與向代理人或對之爲代理行爲之第三人以意思表示爲之

第六十二條 意定代理權之消滅依其授與原因之法律關係定之

授與原因之法律關係無特別訂定者授權人得於其關係存續中撤回其代理權

前條規定於撤回代理權準用之

第六十三條 意定代理權係向第三人爲意思表示而授與者其代理權之存續至

授權人將代理權之消滅通知第三人時爲止

第六十四條 意定代理權係以授權狀交付代理人而授與者其代理權之存續至

代理人將授權狀交還授權人或授權人宣示授權狀無效時爲止

代理人關於授權狀之交還不得留置

代理人將授權狀遺失或因其他事情不能交還者授權人得依公示催告規定聲請

宣示授權狀無效

第六十五條 第六十三條及第六十四條第一項之規定於第三人爲法律行爲當時明知其代理權消滅或可得而知者不適用之

第六十六條 授權人若將已授與代理權於他人之事通知第三人或公告者不問有無授與其人以代理權第三人與其人所爲之行爲對於本人發生效力

前項規定於代理人將授權人交付之授權狀提示於第三人者準用之

第六十七條 前條規定於第三人爲法律行爲當時明知其無代理權或可得而知者不適用之

第六十八條 無權代理人代理他人訂結契約者非經本人承認對於本人不生效力

前項契約之承認得對於無權代理人爲之但已受相對人之承認催告者應向相對人爲之

第六十九條 相對人得定相當期限催告本人確答是否承認

本人於前項期限內不承認者視爲拒絕承認

第七十條 無權代理人所訂結之契約相對人於本人未承認前得撤回之但結約當時明知代理人無代理權者不在此限

前項契約之撤回得對於無權代理人爲之

第七十一條 以他人之代理人名義訂結契約者若不能證明其代理權並經本人拒絕承認時相對人得對之請求履行或損害賠償

前項情形若代理人不自知其無代理權者相對人僅得請求損害賠償其賠償額不得超過因契約有效相對人所應得之利益

第七十二條 相對人明知其無代理權或可得而知者代理人不負前條責任其代理人係限制能力人者亦同但已經法定代理人或照管人同意者不在此限

第七十三條 無權代理人代理他人爲單獨行爲者不生效力但其行爲當時相對人同意其無代理權或不考究其有無代理權者準用關於無權代理契約之規定其向無權代理人得其同意而爲單獨行爲者亦同

第六節 無效撤銷同意及承認

第七十四條 法律行爲之一部無效者全部皆爲無效但因其情形可認當事人雖

無該部亦爲該法律行爲者不在此限

第一百七十五條 無效之法律行爲若具備他法律行爲之要件并因其情形可認當事

人若知其無效而欲爲他法律行爲者其他法律行爲仍爲有效

第一百七十六條 無效之法律行爲若當事人知其無效而探認者視爲新法律行爲

第一百七十七條 無效法律行爲之當事人於爲行爲當時知其無效或可得而知者應

負回復其未爲行爲前法律上狀態之義務

第一百七十八條 撤銷之法律行爲視爲自始無效知其應撤銷或可得而知者其法律

行爲撤銷時準用第一百七十七條之規定

第一百七十九條 撤銷應向相對人爲之

得撤銷行爲之相對人確定者以其相對人爲撤銷之相對人但第三人因其行爲直

接取得權利者以第三人爲撤銷之相對人

得撤銷行爲之相對人不確定者以其行爲直接取得權利之人爲撤銷之相對人

第一百八十條 有撤銷權人承認其行爲者其行爲視爲自始有效但不得對抗善意第

三人

第八十一條 第七十九條之規定於承認準用之

第八十二條 契約須得第三人之同意始生效力者其同意或拒絕得向契約當事人之一造爲之

前項規定於有相對人之單獨行爲須得第三人之同意始生效力者準用之

第八十三條 事前之同意於爲法律行爲前得撤回之但依其同意原因之法律關係之性質不能撤回者不在此限

撤回得向當事人之一造爲之

第八十四條 事後之承認無特別訂定時溯及爲法律行爲時發生效力

承認人在承認前就法律行爲之標的所爲之處分或因強制執行假扣押所爲之處分又或破產管財人之處分不受前項規定之影響

第八十五條 無權利人就權利標的所爲之處分經有權利人之承認而生效力

無權利人就權利標的爲處分後取得其權利者其處分自始有效

第八十六條 前條第二項情形若數人之處分相抵觸時惟最初之處分有效

第四章 期限之計算

第八十七條 期限之計算法除法令裁判或法律行為有特別訂定外依本章之規定

第八十八條 以時刻定期限者即時起算

以日星期月或年定期限者自翌日午前零時起算但其事件即起於午前零時者不在此限

第八十九條 以日星期月或年定期限者以期限末日之終止爲期限之滿了

期限不以星期月或年之始起算者以最後之星期月或年與起算日相當日之前一日爲期限之末日但以月或年定期限於最後之月無相當日者以其月之末日爲期限之末日

第九十條 於一定期限內爲意思表示或爲給付者若其期限之末日適值星期日

紀念日或其他休息日者其期限以休息日次日之終止爲滿了

第九十一條 前條之規定於以特定之日爲意思表示或爲給付者準用之

第九十二條 期限謂月或年者依歷之所定

第九十三條 期限謂月初月中月底者推定爲月之一日十五日末日

第九十四條 期限謂半個月者推定爲自期限起算之日起十五日一季者爲三個月半年者爲六個月

第九十五條 年齡自誕生之當日起算

第五章 消滅時效

第九十六條 凡請求權因三十年間不行使而消滅但其存續期長於三十年者自其最後得爲請求之日起十年間不行使而消滅

第九十七條 一年或不及一年之定期給付債權其各期給付請求權因五年間不行使而消滅

第九十八條 左列各款之請求權因三年間不行使而消滅

- 一 旅店及遊戲場之住宿費飲食費座費及其消費物之價並其墊款
- 二 運送費或運送人所墊之款
- 三 以租賃動產爲營業者之租價
- 四 醫生穩婆之診費報酬及其所墊藥物等費
- 五 律師公證人承發吏之報酬及小費

六 律師公證人承發吏所收當事人物件之交還

第一百九十九條 消滅時效自請求權成立進行但以不行爲爲目的之請求權自爲行

爲時進行

第二百條 消滅時效因債務人承認相對人之權利而中斷

第二百零一條 消滅時效因起訴而中斷

左列事項與起訴有同一效力

一 依督促程序送達支付命令

二 因和解而傳喚

三 報明破產債權

四 告知訴訟

五 開始執行行爲或聲請強制執行

第二百零二條 因起訴而聲請指定管轄法院者時效中斷但於指定後三個月內不

起訴者不生中斷之效力

第二百零三條 因起訴之時效中斷若撤回其訴或因不合法而受駁斥之判決其判

決定時不生效力

第二百零四條 因送達支付命令之時效中斷若訴訟拘束其效力時不生效力

第二百零五條 因和解傳喚之時效中斷若相對人不到庭或和解不成時不生效力

第二百零六條 因報明破產債權之時效中斷若債權人撤回其呈報時不生效力

第二百零七條 因告知訴訟之時效中斷若於訴訟終結後六個月內不提起履行或

確認之訴者不生效力

第二百零八條 因開始執行行為之時效中斷若因權利人之聲請或法律上要件之

欠缺而撤銷其執行處分時不生效力

因聲請強制執行之時效中斷若撤回其聲請或其聲請被駁斥時不生效力

第二百零九條 因起訴而時效中斷者至受確定判決或因其他方法訴訟終結時為

止存續其效力

第二百十條 因報明破產債權而時效中斷者至破產程序終結時為止存續其效力

因對於其債權有異議繫屬訴訟雖未了結若為其債權已為提存而終結破產程序

者準用前條規定

第二百一十一條 因告知訴訟而時效中斷者至受確定判決或因其他方法訴訟終結時爲止存續其效力

第二百一十二條 時效因公斷人詢問當事人而中斷

第二百零九條之規定於前項情形準用之

第二百一十三條 已中斷之時效自中斷事由終止時起再開始進行

第二百一十四條 時效中斷以當事人及其承繼人之間爲限始有效力

第二百一十五條 時效之期限終止時因天災或其他不可避之事變致不能中斷其時效者自其妨礙事由消滅時起一個月內其時效不完成

第二百一十六條 屬於承繼財產之權利或對於承繼財產之權利自承繼人確定管理人選任或破產之宣示時起六個月內其時效不完成

第二百一十七條 對於無能力人或限制能力人之權利若無法定代理人或照管人時自此等人成爲能力人或法定代理人與照管人就職時起六個月內其時效不完成

第二百一十八條 服從親權人對於行親權人之權利於親屬關係存續中其時效停止

進行

前項規定於被保護人對於保護人權利及被照管人對於照管人權利之時效準用之

第二百十九條 妻對於夫之權利於婚姻關係存續中其時效停止進行

第二百二十條 時效完成後債務人有拒絕給付之權利

已經時效消滅之請求權債務人仍為履行之給付者事後不得以不知時效為理由請求返還其已為契約上之承認或提出擔保者亦同

第二百二十一條 以抵押權或質權擔保之請求權雖罹時效債權人仍得就其抵押物或質物請求履行

前項規定於利息及其他定期給付之各期給付請求權之消滅時效不適用之

第二百二十二條 主權利之消滅時效其效力及於從權利但本律有特別規定者不在此限

第二百二十三條 消滅時效不得拋棄或加長年限

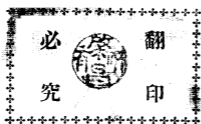
附錄終

勘誤表

頁數	行數	字數	錯誤	訂正
一六	六	首亦	亦	抑
一七	二	二八	上字下	落者字
二一	一三	三七一 四一	權益之決判	益判決之權
二四	一四	三九	公	誤植
二五	七	一七	不	以
二九	〇	二四	與字下	落清字
三一	七	七	簾	簾
三三	九	九	力	利
四二	八	三四	三	四
四二	九	三	離	離
四五	一	二九	力	利
四七	一	二六	者人	顛倒
五一	一	一	以	爲
五四	三	首	施	族
六一	一四	三四	往	住
六二	二	一七	使得	顛倒
六七	二	八七	多尤	顛倒
七三	一	七三		有
七七	一	七		地
七八	一	八		餘
九三	一	三		顛倒
九三	一	首		謂
九三	一	九		止
九八	一	四		機
九八	一	四		偏
〇二	一	七		債
〇六	一	〇		積
一〇	一	七		以字下
一四	一	二		三〇
一四	一	二		誤植
一三	一	五		顛倒
一三	一	三		示
一四	一	四		落表示二字
一五	一	三		爲行
一四	一	二		之
一六	一	〇		爲行
一五	一	三		行字下
一六	一	二		因字下
一七	一	九		落此字
一二	二	二		有
一三	一	八		地
一八	一	三		除
二二	一	九		依必
三〇	一	〇		爲
三四	一	四		上
四〇	一	〇		類
四二	一	〇		偏
七二	一	七		積
七四	一	七		以字下
七七	一	七		三〇
八七	一	八		誤植
八七	一	一		顛倒
八七	一	一		示
八七	一	一		落表示二字
八七	一	一		爲行
八七	一	一		之
八七	一	一		爲行
八七	一	一		行字下
八七	一	一		因字下
八七	一	一		落此字

中華民國二十九年九月一日初版

定價大洋二圓五角
外埠加郵費洋二角



著作人 紹興 余 榮 昌

出版人 北平 朝陽學院

總發行處 朝陽學院出版部

分售處 京外各大書店

印刷人 北平 和記印書館

地址 北平西長安街八十二號
電話 南局六百七十七號

封 底