

政 法 書 局

民 法 總 則

歐 宗 著

商 務 印 書 館 發 行

歐宗祐編

政  
法  
叢  
書

民

法

總

則

商務印書館發行

# 民法總則

## 目次

### 緒論

#### 第一章 法律

第一節 法律之本質

主權者命令說——國民精神表現說——法官發現說——鄙見

第二節 法律之分類

成文法與不成文法——公法與私法——普通法與特別法——主法與助法——強行法與任意法

——國內法與國際法——固有法與繼受法

第三節 法律之本位

義務本位——權利本位——社會本位

第四節 法系

目次

印度法系——回回法系——猶太法系——中國法系——羅馬法系——英國法系

第二章 民法……………一九

第一節 民法之性質……………一九

附民法在法律上之地位表

第二節 民法之淵源……………二二

一 直接淵源

成文法

二 間接淵源

宗教——習慣——道德——條理——判例——學說——外國法——國際法——條約

第三節 民法之內容與編制……………二七

一 內容

物權法——債權法——親屬法——繼承法——民法總則

二 編制

羅馬式或法律階梯式編制法——德意志式或法律會典式編制法

第四節 民法之效力……………二九



關於時之效力——關於地之效力——關於人之效力——關於事之效力

第五節 民法之解釋……………三二一

一 總說

解釋之重要——解釋可補立法之不足

二 解釋之種類

公解釋——私解釋

立法解釋——司法解釋——行政解釋——學說解釋

三 解釋之方法

文字解釋

論理解釋

四 解釋之派別

論理法學派

自由法學派

〔附說〕

推定——第三人——成立與發生效力——對抗——善意與惡意

第六節 中國民法……………四七

附世界各國民法成立年代表

第三章 民法上之權利義務……………五四

第一節 民法上之權利……………五四

第一項 私權之本質……………五四

權利爲法律之創造物——權利否認說——公權與私權——『準死』

第二項 私權之行使……………五六

私權行使之行爲與行使者——私權之不行使——私權之濫用

第三項 私權之保護——私力救濟……………五八

自衛及自助

第四項 私權之分類……………五八

第一 依權利之主體而分類

身分權——專屬權

第二 依權利之客體而分類

絕對權——相對權

第三 依權利之目的而分類

財產權(物權)——債權——無體財產權——得有權——親屬權——人格權——繼承權——

——社員權

第四 依權利之作用而分類

支配權——請求權——抗辯權——形成權

第五 依權利之相互關係而分類

原權與救濟權

主權利與從權利

第二節 民法上之義務.....六七

義務之性質——義務與權利——孤立義務——對立義務

# 本論

## 第一編 私權之主體

第一章 總論.....六九

私權與其主體——權利主體之能力——權利主體之種類——奴隸——權利能力

第二章 人——自然人……………七一

第一節 權利能力……………七一

第一項 權利能力之發生……………七一

出生——胎兒與權利能力

第二項 權利能力之消滅……………七三

死亡——人格大減等——準死——置於法律保護之外

第三項 生死證明……………七四

後死之推定——同死之推定——無推定主義

第二節 外國人之權利能力……………七五

無權利主義——相互主義——平等主義

第三節 行爲能力……………七六

行爲能力與權利能力——行爲能力與意思能力——外國人之行爲能力——關於行爲能力之立

法例

第一項 有行爲能力……………七八

成年期——識別力

第二項 無行為能力……………七七九

劃一主義——伸縮主義——階段主義——未滿七歲之未成年人——禁治產人——禁治產之

宣告——禁治產宣告之撤銷

第三項 限制行為能力……………八一

滿七歲之未成年人——法定代理人——準禁治產人——準禁治產之宣告——保佐人——準

禁治產宣告之撤銷——妻——無能力主義——限制能力主義——有能力主義

第四項 相對人之保護……………八九

追認之催告——撤銷權之剝奪

第四節 責任能力……………九一

由法律規定——由事實判定

第五節 住所……………九三

第一項 住所之意義……………九三

住所與屬地主義——客觀主義——主觀主義——折衷主義

第二項 住所之個數……………九四

第三項 住所之種類……………九四



出生住所——任意住所——法定住所

第四項 住所之效果……………九五

第五項 居所(或寓所)……………九六

第六項 假住所(或臨時住所)……………九七

第七項 失踪……………九七

失踪人遺留財產之管理——失踪宣告

第六節 死亡宣告……………九八

第一項 死亡宣告制度之必要……………九八

第二項 死亡宣告之要件……………九九

第三項 死亡宣告之效果……………一〇一

第四項 死亡宣告之撤銷……………一〇二

第七節 人格權之保護……………一〇二

能力之保護——人格之保護——自由權之保護——姓名權之保護

第三章 法人……………一〇四

第一節 汎論……………一〇四

現代法律與法人制度——corporation aggregate——corporation sole

第二節 法人之本質……………一〇六

擬制說——法人否認說（目的財產說——享益者主體說——管理者主體說）——法人實在說  
（有機體說——組織體說）

第三節 法人之能力……………一一〇

第一項 法人之權利能力……………一一〇

法人權利能力之始期與終期——法人權利能力之範圍（由於目的之限制——由於法令之限制——由於性質上之限制）

第二項 法人之行爲能力……………一一三

第一目 法人之合法行爲能力……………一一三

法人有無行爲能力——擬制說——有機體說

第二目 法人之責任能力……………一一四

無責任能力說——有責任能力說——法人侵權行爲之要件（法人機關之行爲——行使職務時）

第四節 法人之種類……………一一五

公法人與私法人——社團法人與財團法人——有經濟目的之法人與無經濟目的之法人——法人種類表

第五節 法人之設立……………一一九

第一項 汎論……………一一九

法人人格之賦與

第二項 法人設立之主義……………一一九

自由設立主義——立法の特設主義——行政的許可主義——準則主義

第三項 社團法人之設立……………一二〇

社團法人設立之要件（須有某一定額數之設立人——須訂立章程（章程之事項：必要的記載事項——任意的記載事項——主管官署之許可）——社團法人設立行為之性質

第四項 財團法人之設立……………一二三

財團法人設立之要件（須有設立人——須訂立章程（必要的記載事項）——財團法人與社團法人之設立最不相同之點：（一）財團法人之設立得以捐助行為代替章程（捐助行為；

生前捐助——死後捐助）——（二）捐助行為或章程之補充（補充之理由）

第六節 法人之登記……………一二八

設立登記（登記事項——登記時期——登記處所——設立登記之效力）——變更登記（不同區域之移轉登記——同一地域之移轉登記）——解散登記

第七節 法人之住所……………一三〇

準用自然人住所之制度——主事務所

第八節 法人之機關……………一三〇

第一項 汎論……………一三〇

擬制說之法人機關性質論——有機體說之法人機關性質論——組織體說之法人機關性質論

——機關構成員——執行機關——議決機關——監督機關

第二項 董事會……………一三二

董事會之性質——董事會之任免——選任之性質——單獨行爲說——契約說——被選任資

格——董事會之權限——代表法人——執行業務——財產目錄——社員名簿——董事相互

間之權限——董事之登記——假董事

第三項 社員總會……………一三九

社員資格——資格之取得（設立法人入社）——資格之喪失（死亡退社除名）——資格之

專屬——社員權利義務——社員權——出資義務——表決權——社員總會——總會之性質

——總會之種類——通常總會——臨時總會——社員之總會召集請求權——召集總會之程序——總會之決議——表決權平等——得派代理人代為表決——總會決議之撤銷——決議撤銷宣告之效力

第九節 法人之消滅……………一四六

第一項 解散之意義及原因……………一四六

解散之意義——清算法人——解散之原因

第二項 清算……………一四九

清算之性質——清算人——清算人之選任——清算人之登記——清算人之職務——解散聲請及解散登記——了結現務——收回債權——清償債務——餘賸財產之交付——清算完結之呈報

第十節 法人之監督……………一五三

業務監督——解散及清算之監督——罰則

第十一節 外國法人……………一五四

外國法人之認許——內外法人區別之標準——外國法人之權利能力——外國法人所不能享有之權利——外國法人之管理及登記



## 第二編 私權之客體

### 第一章 總論……………一五七

私權客體之意義——權利之目的——私權客體之種類——人格權之客體——親屬權之客體——

繼承權之客體——無體財產權之客體——物

### 第二章 物……………一五八

第一節 物之意義……………一五八

法律上之物與物理學上之物——廣義之物與狹義之物——有體物——無體物——給雅斯法律

教科書中之物——法學階梯及法律會典中之物——普魯士普通法中之物——奧大利民法中之

物——英國普通法中之物——德民法第一草案中之物——法國法系之物——日民法及民草中

之物——德國法系排斥無體物之原因——羅馬法上之有體物及無體物——近來立法之趨勢——

——瑞士新民法——排斥無體物之不當

### 第二節 物與人體……………一六三

人類身體非物——身體構成部分——與身體接着之物——與身體脫離之部分——屍體——人

格之殘餘說——屍體爲物——屍體之所有權

### 第三節 物之能力……………一六四

物之權利能力——公共物——物之交易能力——融通物不融通物——蘇俄新民法中物之交易能力

第四節 物之種類……………一六五

第一項 融通物不融通物……………一六五

公有物——禁制物——公共物

第二項 可分物不可分物……………一六六

第三項 單一物合成物集合物……………一六七

第四項 消費物非消費物……………一六七

第五項 替代物不替代物……………一六八

第六項 特定物不特定物……………一六八

第七項 動產不動產……………一六九

區別之理由——不動產——羅馬法中之不動產——法國民法中之不動產——瑞士民法中之

不動產——英國法中之不動產——日本民法中之不動產——民草之不動產——土地——土

地之定着物——動產——法民法之動產——英國法之動產——商品——Res mobiles 與

movable thing——日民法之動產——民法之動產

第八項 主物從物……………一七二

從物是否須限於動產始得爲之——主從二物是否須同屬一人——從物之意義——主物從物

區別之實益

第九項 原物滋息……………一七三

滋息之意義——原物之意義——規定滋息之實益——滋息之分類——天然滋息——法定滋

息——滋息之取得——天然滋息之取得——生產主義——原物主義——原物主義之理由——

——生產主義與原物主義之對立不外爲勞動與資本之鬭爭——原物主義之不當——原物主義

之補救法——法定滋息之取得——按日收取

### 第三編 私權之得喪變更

第一章 總論……………一七九

第一節 法律關係與法律效果……………一七九

事實關係與法律關係——法律關係與事實關係之異點——法律效果意義發生原因——法律要件

第二節 私權之得喪變更……………一八〇

第一項 私權之取得……………一八〇

原始的取得——繼受的取得——繼受人之權利——包括繼受與特定繼受

第二項 私權之喪失……………一八一

主觀的或相對的喪失——客觀的或絕對的喪失

第三項 私權之變更……………一八一

主體之變更——內容之變更——作用之變更

第三節 法律要件與法律事實……………一八二

法律要件——法律事實——外部的容態(行爲)——適法行爲——意思表示——狹義的法律行

爲——意思通知——觀念通知——感情表示——違法行爲——內部的容態——意思的容態——

——觀念的容態——事件——事實行爲

第二章 法律行爲……………一八六

第一節 法律行爲與私法的自治……………一八六

私法的自治之原則——自由主義的影響——自由主義或個人主義——規律主義或合同主義——

——法律承認私法的自治之理由——私法的自治之限制

第二節 法律行爲之性質……………一八七

語源——法律行爲之性質

第三節 法律行爲之種類……………一九〇

單獨行爲契約合同行爲——此三種法律行爲之異同——生前行爲死後行爲——要式行爲不要

式行爲——有償行爲無償行爲——有因行爲無因行爲（物權契約——債權契約）——主行爲

從行爲——獨立行爲補助行爲——債權行爲物權行爲準物權行爲——債權行爲與物權行爲之

關係——財產上之行爲身分上之行爲——設權行爲變權行爲廢權行爲保權行爲

第四節 法律行爲之要件……………一九五

第一項 總論……………一九五

法律行爲之成立要件——法律行爲之有效要件

第二項 法律行爲內容之有效要件……………一九七

第一目 內容須可能……………一九七

可能與不能——物理上的不能與社會觀念上的不能——原始的不能與後發的不能——客

觀的不能與主觀的不能——事實的不能與法律的不能——內容可能的法律行爲之效果

第二目 內容須確定……………一九八

現時確定——日後確定——確定之方法

第三目 內容須不違反強行法規……………一九九



任意法規——強行法規——違反任意法規之效果——違反強行法規之效果——避法行爲

第四目 內容須不違反公共秩序與善良風俗……………二〇〇

公共秩序與善良風俗之立法例——公序與良俗之意義——公序與良俗之關係——違反公

序良俗的行爲之事例——暴利行爲——違反公序良俗的行爲之效力

第五目 內容須非法律或裁判因保護特定人利益而禁止讓與之事項……………二〇三

第五節 意思表示……………二〇四

第一項 意思表示之意義……………二〇四

效果意思——動機——表示意思——表示行爲——表示價值——不作爲——明示與默示——

須有對手方之表示——不須有對手方之表示——須有一定方式之表示——不須有一定方

式之表示——意思主義——表示主義——折衷主義

第二項 非真意表示……………二〇八

第一目 故意之不合……………二〇八

第一細目 真意保留……………二〇八

真意保留之意義——真意保留之要件——舉證責任

第二細目 虛僞表示……………二〇九

虛偽表示之意義——欺罔——虛偽表示之效果——隱匿行爲——信託行爲	.....	二二一
第二目 無意之不合.....	.....	二二一
第一細目 錯誤.....	.....	二二一
錯誤之意義——意思表示動機之錯誤——意思表示本身之錯誤——錯誤之效果	.....	二二一
第二細目 誤傳.....	.....	二二二
以傳達人爲意思表示機關時——以傳達人爲已完成的意思表示之傳達機關時	.....	二二三
第三項 有瑕疵之意思表示.....	.....	二二三
第一目 總論.....	.....	二二三
不當的干涉——撤銷權	.....	二二三
第二目 被詐欺而爲之意思表示.....	.....	二二三
詐欺——被詐欺而爲之意思表示之要件——效力——撤銷權——撤銷之限制	.....	二二五
第三目 被脅迫而爲之意思表示.....	.....	二二五
脅迫——惡害——恐怖——被脅迫而爲之意思表示之要件——脅迫與違法行爲——撤銷權——損害賠償請求權	.....	二二七
第四項 意思表示發生效力之時期.....	.....	二二七

有相對人之意思表示——無相對人之意思表示——對話人間之意思表示——非對話人間之  
意思表示——向非對話人之意思表示生效時期——表意主義——發信主義——受信主義——  
了解主義——撤回——向對話人之意思表示生效時期

第五項 意思表示之受領能力……………二二一

意思表示之受領與意思表示之達到——受領能力與行為能力——未成年人及禁治產人

第六節 契約……………二二一

第一項 契約之意義……………二二二

相對立之意思表示——合致——第三人之契約

第二項 契約之種類……………二二三

雙務契約片務契約（負擔債務——對價的關係）——有償契約無償契約（給付）——偶成

契約實定契約——要物契約諾成契約（要物契約反對論——要物契約之種類）——有名契

約無名契約（模範契約非模範契約——混合契約）——本契約預契約——主契約從契約要

式契約不要式契約有因契約無因契約生前契約死後契約

第三項 契約之成立……………二二六

第一目 要約……………二二七

要約之要件——要約之拘束力——更向第三人爲要約之效力——要約之承諾能力——要約之撤回——要約之拒絕

第二目 承諾……………二三〇

承諾之要件——對話人間之契約——非對話人間之契約

第四項 契約自由之原則……………二三二

十八世紀以來契約自由之原則——近時法律對此原則之限制——契約方式之自由與契約內容之自由

第七節 代理……………二三三

第一項 汎論……………二三三

代理之沿革——意思表示之補助——補助之種類

第二項 代理之意義……………二三四

本人行爲說——共同行爲說——代理人行爲說或代表說——顯名主義——代表與意思表示——代理人與使者——代理與代表——代理與代理占有——代理與間接代理

第三項 代理之種類……………二三八

法定代理意定代理——積極代理消極代理——直接代理間接代理——有權代理無權代理——

——單獨代理共同代理——一般代理特別代理

第四項 代理權……………二三九

代理權之性質——否認說——肯定說（權利說——資格說即能力說）——代理權發生原因

——法定代理權發生原因——意定代理權發生原因——代理權之範圍——保存行爲——利

用行爲——改良行爲——雙方代理——自己契約——履行債務時——共同代理權——代理

權之消滅——意定代理權之消滅——法定代理權之消滅

第五項 復代理……………二四四

復代理人之性質——復任權——復代理之結果——復代理權之消滅

第六項 無權代理……………二四七

第一目 總說……………二四七

有權代理——廣義之無權代理——狹義之無權代理

第二目 表見代理……………二四八

表見代理之要件——法律承認表見代理之理由——動的安全——靜的利益——表見代理

之種類

第三目 狹義之無權代理……………二五〇



契約之無權代理——對於本人之效果——追認——追認之方法——追認之要件——追認之效力——拒絕追認——對於相對人之效果——催告權——撤回權——撤回權發生之要件——無權代理人之責任——選擇債務——履行利益——信賴利益——消極的契約利益——限制能力人之保護——無權代理人須負責任之理由——過失主義——擔保契約說——特別法律上責任說——單獨行爲之無權代理——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	二五六
第八節 法律行爲之無效與撤銷	二五六
第一項 法律行爲之無效	二五六
無效之意義——無效之原因——無效之種類——絕對無效相對無效——全部無效一部無效——原始無效事後無效——無效行爲之追認——無效行爲之轉換——法律上之轉換——解釋上之轉換	二五九
第二項 法律行爲之撤銷	二五九
撤銷之意義——撤銷之原因——撤銷權人——撤銷之方法——撤銷之效果——撤銷之消滅	二六三
第九節 法律行爲之附款——條件及期限	二六三
第一項 總論	二六三

私法上之自治行爲——附款之意義——負擔

第二項 條件……………二六四

第一目 條件之意義……………二六四

條件與意思表示——將來不確定之事實——法定條件

第二目 條件之許可……………二六五

羅馬法不認有所謂條件——不附條件之法律行爲——公益上不許可者——私益上不許可者

第三目 條件之種類……………二六五

停止條件解除條件（解除條件之否認）——積極條件消極條件——隨意條件偶成條件混

合條件——假裝條件（法定條件——既定條件——不法條件——不能條件）

第四目 條件之成否……………二六九

條件之成就——條件之不成就——與條件成就同視之情形——與條件不成就同視之情形

第五目 附條件之法律行爲之效力……………二六九

第一細目 條件成否未定中法律行爲之效力……………二六九

期待權——期待權之保護——賠償損害——無效——處置行爲

第二細目 條件成否確定後之效力……………二七一

條件成就之效果——不溯既往——不溯既往原則之例外——條件不成就之效果

第三項 期限……………二七二

第一目 期限之意義……………二七二

法律行為之附款——將來確實可以發生之事實——不能附期限之法律行為

第二目 期限之種類……………二七三

始期終期——確定期限不確定期限——假裝期限

第三目 附期限之法律行為之效力……………二七四

期限屆至前之效力——期待權——期限屆至後之效力

第三章 期間及期日……………二七五

第一節 期間及期日之意義……………二七五

『時間之流』——繼續的——從靜的方面觀察——從動的方面觀察——點與線

第二節 期間計算法……………二七六

自然的計算法——曆法的計算法——自然的計算法之長處——曆法的計算法之長處——起算

點——終止點——末日之延期——末日之算出法

第四章 時效……………二七八

第一節 總論……………二七八

第一項 時效之意義……………二七八

一定期之經過——一定事實狀態之繼續——法律要件——德民法之時效制度——羅馬法之

時效制度——普奧法之時效制度——法民法之時效制度——日民法之時效制度——我民法

之時效制度

第二項 時效制度之基礎……………二八〇

永續的事實狀態——社會秩序——『法律上之掠奪』——時效法規之強制性

第三項 時效之效力……………二八一

溯及效——主權利之時效及於從權利——時效之援用

第四項 時效利益之拋棄……………二八二

拋棄之意義——預行拋棄之禁止——拋棄之方法——拋棄之效果——拋棄與援用

第五項 時效之中斷……………二八三

第一目 總論……………二八三

時效中斷之意義——法定中斷——自然中斷

第二目 時效中斷之原因	二八三
請求——起訴——與起訴有同一效力之事項——承認	
第三目 時效中斷之效力	二八六
中斷效力之範圍——中斷後之時效	
第六項 時效之停止	二八七
停止之意義——停止與中斷——停止之原因——停止之效力	
第七項 時效之不完全	二八八
不完全之意義——不完全與停止——不完全之原因——不完全之效力	
第二節 各種之時效	二八九
第一項 取得時效	二八九
第一目 總論	二八九
取得時效之意義——取得時效之結果——取得時效制度之沿革——取得時效之適用	
第二目 所有權之取得時效	二九〇
所有權取得時效之意義——要件——和平並公然占有——善意占有——惡意占有——正	
權原——經過期間	

第三目 所有權以外之財產權之取得時效	二九二
意義——準占有——經過期間——取得時效與財產權	
第二項 消滅時效	二九三
第二目 總論	二九三
消滅時效之性質——自然債權——消滅時效之成立要素	
第二目 債權請求權之消滅時效	二九四
長期間——短期間——五年之時效期間——二年之時效期間	
第三目 所有權債權以外之財產權之消滅時效	二九五
意義——債權所以不適用消滅時效之原因——所有權所以不適用消滅時效之原因——所有權以外之財產權之不能適用消滅時效者	

## 附錄

### 民法總則

# 民法總則

## 緒論

### 第一章 法律

#### 第一節 法律之本質

民法爲法律之一種，故於未研究民法之前，須先明法律之本質，法律果爲何物，乃法學中最關重要且最多爭執之問題。古今各國之法家，對此問題，莫不試圖解答；然其所得之答案，則多不相同。法學史中各派之學說，卽由對此問題之見解不同所演成者。夫法律本爲同一之法律，言其性質者，雖不能異口同聲，共趨一致，然至少亦須不至言人人殊。今人各異詞，羣言淆亂，莫衷一是者，其故何耶？英國某法學家嘗言：『於一切人類的科學中，表面上最簡單之觀念，實在反使人最難懂得明確，說得恰當。』斯言可以道破此中原故。蓋法律一詞，雖爲愚夫愚婦所常用，在法學中，確爲表面上最簡單之觀念；然若問其究竟，則能懂得明確說得恰當者，究無幾人。此所以法律雖爲同一之法律，而言其本質者，反人各異詞也。●

吾人從事於法律學之研究，對於法律果爲何物之問題，自須與以解答，且須於未下解答之先，歷觀從來之學說，論列其短長，批評其得失，以爲己說之借鏡。顧此衆多學說之中，一若格雷（Gray）教授之所云云，多半爲『絕無意義，或間有稍含真理，而其真理又爲文詞所害者』。一一論列而批評之，似屬無謂。今茲所論列者，祇限於下列爲多數人所承認之通說：

**主權者命令說**。此說爲分析法學派<sup>①</sup>所主張，以法律爲主權者之命令。奧斯丁（Austin）實爲其創始者，其言曰：『社會中一切成法（Positive Law），皆爲主權者之製造物；乃主權者依立法或司法之作用直接制定之，或委任其他機關以制定之者也。』<sup>②</sup>此說一脫從前自然法論之窠臼，於法學上，厥功甚偉。然以其過於狹隘，祇能說明法之靜的狀態，而不能說明法之動的狀態，<sup>③</sup>故批難紛起：<sup>④</sup>

- (1) 命令說爲形式論，非所以表示法律之實質。
- (2) 謂習慣法亦爲命令，殊屬不當。
- (3) 以法律爲主權者之命令，與歷史上之事實不符。
- (4) 法律既爲主權者之命令，主權者自身何以亦服從法律，此說不能說明。
- (5) 法律爲命令，則國際法必非法律。
- (6) 法律爲命令，則解釋法、宣言法、廢止法等亦必非法律。
- (7) 法律由人民之總意及社會之需要而生，非出於個體之意思。



(8) 命令說能說明義務本位之法律，而不能說明權利本位之法律。

(9) 命令說有語原學上之錯誤。

命令說於備受各種批難之餘，對於法律本質論，一再加以改良，由『主權者制定 (enact) 之法則』變而爲『主權者強行 (enforce) 之法則』；更由『主權者 (sovereign) 強行』再變而爲『裁判所 (court) 強行』。然其結果，對於上列之批難，仍不能充分辯明。

**國民精神表現說** 此說以法律爲國民精神之表現，其基礎在於國民之法律的確信；此種確信乃由國民精神內部逐漸發生，而非由外力驟然作成。歷史法學派之法家多唱斯說。薩焚宜 (Savigny) 實爲此說之健將。薩氏於 *System des heutigen römischen Recht* 一書中，開宗明義即謂國民精神 (Volksgesitt) 實爲成法所從出，於一般人民之意識中，皆有成法之存在，是之謂國民法 (Volkrecht)。最初之成法，實爲國民精神之直接表現。及後社會生活日益繁賾，法律關係漸趨複雜，遂有所謂法律專家者應運而生，由此輩法律專家以表現國民精神。此時之法律，其性質與前無異，僅爲國民法之繼續。蓋薩氏以爲此輩法律專家之意見，爲國民意見之最進步者，可以代表國民之精神而無或間也。此說足以救主權者命令說之狹隘，且能明法之發達性。然亦有下列之短處：(一) 姑無論法律專家之意見，不能代表國民之精神，即使能之，其結果亦不能使國民精神完全表現，一如薩氏之所想像。蓋於通行習慣法之國中，法律專家若得爲法官，則可將其意見作成判例法，依之以表現國民精神；然若在歐洲大陸不承認判例法之國家如德國者，法律專家雖能著書立說以供立法者之參考，然豈能保其一一爲人採用而

無或違？夫如是，則國民精神恐將不能藉此輩法律專家以盡情表現，彰彰明矣。(二)況如上所云，法律專家，實際上又復不能代表國民精神乎？不特不能代表，有時甚且與之相反。德意志法家反乎一般人民之意見，主張取用羅馬法，即爲最顯著之例。<sup>①</sup>

**法官發現說** 此說以爲法律非主權者之命令，亦非國民精神之表現，而實爲法官所發現之物。事實上，法律雖與法官所定立之規律相同，然法律之爲法律，非因其爲法官所設立，實因其爲法律而法官始定立之也。誠如故卡忒先生 (Mr. James O. Carter) 所云：法官爲法之發現者，而非法之創立者。此說之長處在於不以法爲一種理想，而以之爲一種現實物；法律不須依據宗教，自然或道德；法律非『應該』如此，不過事實上『是』如此而已。其短處在於以法律爲已存之物。夫使法律而果爲已存之物，法官從而發現之，則一經發現之後，宜乎一成而不變；然法庭之判決往往前後互異者，何耶？主此說者，實無法以解答之也。<sup>②</sup>

**鄙見** 法律者，乃社會生活中人類行爲之不可破的規範。<sup>③</sup>

**法律乃行爲之規範** 法律所以規律人之外部的行爲，側重於表現於外之言行舉動，而不在於支配人之思想與意志。法律之目的，在保持社會秩序，其所規律者爲人與人之外部的關係，而非其內部之意識。雖然，在文化稍進之社會中，人類之行爲，往往與其動機相應，行爲多爲動機所產出。其法律亦斟酌意志或動機，以測量行爲。例如(一)刑法上精神病人及未達某一定年齡之人之行爲不爲罪；(二)同犯一罪而故意犯與過失犯之處罰，其輕重各有不同；(三)對於心神喪失者，爲之設監護人，預防其侵害他人之利益，或其利益爲他人所侵害；凡此種種，皆可

以證明法律不僅規律人之外部的行爲，同時亦附帶的規律人類內部之意思的作用。不過與禮或道德相較，其規律行爲之傾向較爲強烈已耳。

法律乃人類行爲之規範 法律以人類爲主體，爲人類而設立，其爲人類，而非爲其他物類之規範，固不待言。

法律乃人類社會生活中行爲之規範 法隨社會生活而存在，即以社會生活爲其存在之要件。個人漂流於孤島之中，離羣索居，過魯濱孫之生活，侶魚蝦而友麋鹿，與世絕緣，則其人得絕對自由，隨其所欲以行事。於此情形，法律自無存在之必要。若於多數人爲社會生活，個人之行爲在精神上物質上影響於他人時，則其相互間之關係，須有法律以爲規定，然後可免於爭執紛擾之狀態。

法律乃社會生活中人類行爲之不可破的規範 人類社會生活中之規範不僅爲法律，若道德，若禮教，若宗教，若風俗，若習慣……皆爲人類社會生活之規範。法律所以異於此等規範者，僅爲不可破之一點。所謂『不可破』一詞，不可與『強制』之觀念相混。誠然，法律之大部份，皆有法庭以司執行，有強力隨乎其後，若不遵行，則予以制裁，以強其必行，司法上所謂強制執行，卽此之謂。然（一）強制並非一切法律之必然的要素。國際法立於國家之上，而無支配國家之權力。於國際司法制度未發達如現在者，除訴諸戰爭，實行武力解決外，實無強制之途徑。憲法亦大部分爲國中最高機關的權限之規律。因一國之中，無其他權力足以支配最高機關，故強制亦不能完全施行。然而國際法與憲法，皆不失爲法律也。（二）且法之強制力，多半爲不完全，不能依強制力以求法之實現。刑罰之規定，雖萬分嚴重，然欲依此使違法者絕跡，則誠戛戛乎其難。卽雖於強制執行之時，依其執行而實現者，亦非與法之所

期望者完全同一。蓋強制執行之所以發生必要，常爲法的要求不能實現之結果；而其執行之結果，即使完全達到目的，然至少在時期上，已不免比法之所要求者較爲遲緩矣。學者知其如此，故有不以強制爲法之要素，而以依據社會力擔保實現爲法之要素者。⑤此說雖比以強制力爲要件之說，較爲進步，然亦不能說明法之本質。所謂強制，所謂擔保，皆非法之本身的性質，而爲附屬於法之另一附加物。所謂『毋殺人』爲一種規定；所謂『殺人者死』另爲一種規定。前者依後者而擔保其實現。然此二者，實爲異物，不能謂其中之任一一個，爲其他一個之本質也。以強制或擔保說明法之本質，其根本錯誤即在是耳。要而論之，法與道德及其他規律之所以不同者，在於法之規律，乃要求各人必須遵守；道德及其他之規律，則遵守與否，一任各人之自由意思。道德爲相對的，其所要求者，不過爲希望如此，或如此方可而已。蓋彼非爲一種強要，而實爲一種訓誡。若法，則爲絕對的，其所要求者爲應當如此，非如此不可。蓋彼非爲一種訓誡，而實爲一種強要。道德以善惡爲標準，其所訴者爲人之良心與理智。法則超絕善惡之界限，要求絕對遵守，其所訴者，不在理智，而專在於意思。史達姆拉謂法與其他規範之區別，在於法爲強要的規範 (Unverletzlich selbstherrlich verbindender Wollen)，不問服從於其下者之承認與否，而決然自主的要求實現。此語確能闡明法之本質。吾所謂法乃不可破之規範，亦僅謂『法於本質上要求各人必須遵守』已耳。事實上雖有壞法亂紀之人，然此與法之不可破性初無妨礙也。

⑤ 此外，法律學之發達尙屬幼稚，未能發現一定不易之原理，且從事研究此種科學者，未能應用真正科學之研究方法，加以各時各地之歷史，對於法律本質之說，發生極大之影響，故關於此問題之解答，人各異詞也。

① Gray: *The Nature and Sources of the Law*, p. 85.

② 穗積重遠法理學大綱引 Austin: *Province of Jurisprudence Determined*, 1834; Markby, *Elements of Law*, 1873;

Amos, *Science of Law*, 1874.

③ Gray, 前書八五頁。

④ 穗積重遠前書第一六頁。

⑤ 穗積重遠前書第一四二頁引穗積陳重博士法理學講義。

⑥ 穗積重遠前書第一四三頁。

⑦ Gray, 前書第八九頁至九三頁。

⑧ Gray, 前書第九三頁至九九頁。

⑨ 此定義及以下之解說，大部份取美濃部達吉博士之說，見歐宗祐何作霖合譯憲法學原理第一章（商務印書館出版。）

⑩ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* 3. A. S. 337 主張此說最力。

## 第二節 法律之分類

依其觀察點之不同，學者間關於法之分類，甚不一致。今舉最普通之分類，略為論列於下：

一 成文法與不成文法。成文法 (written law) 又稱為制定法 (statute law)，乃以文字書就，且依一定

之手續與形式而公布者也。不成文法 (unwritten law) 又稱爲習慣法 (custom law)，與成文法適相反，其爲法律之效力，雖完全具備而無或缺，然不必以文字書就，且不須公布。其大多數乃由習慣、判例或學說而來。

如上節所述，法律爲社會生活之規範，有社會，則須有法律；故國家以前之野蠻社會，及初期之國家，亦當然有法律之存在。然於此時代，文字之使用不廣，法律之全部或大部分，悉爲不成文法。及國家生活逐漸發達，文字之使用日益普及，成文法亦因而次第發生；然規律人民私的生活之民法，則仍多爲不成文者。迨十八世紀之末至十九世紀之初，一方面因各國日益強大，中央集權之勢已成，國法統一之望隨之而起；他方面因所謂自然法論之理想主義，風靡法學界；諸國遂相競爲成文法，各欲編纂大規模之成文法典。一八〇四年法蘭西之拿破崙法典，一七八六年奧大利之若瑟夫法典及一八一一年同國之民法典，即其顯著之例。於此等法典中，皆明示或暗示的否認不成文法或習慣法之效力。及至十九世紀，歷史法學派之說盛行，成文法萬能主義，因之受致命之打擊。一八九六年之德國民法，關於此點，不設若何之規定，蓋已認成文法與習慣法有同等之效力矣。一九〇七年之瑞士民法，其第一條且以明文規定：習慣法或不成文法對於成文法有補充的效力焉。

二。公法與私法。分法律爲公法 (public law) 與私法 (private law) 兩種，爲古今之通說。此種區別，導源於羅馬法曹職務之區分（分國家之公務與人民法律之職務兩種）。至其區分之標準，學說各異：

目的說。以保護公益爲目的之法律爲公法，保護私益爲目的之法律爲私法，此爲自羅馬以來所通行之說。然（一）公益私益，實際上殊難判然區分，（二）民法親屬編親子婚姻等項，頗多公益之規定，將謂之爲公法乎？

實質說。以規定權力關係（即不對等關係）之法律爲公法，規定權利關係（即對等關係）之法律爲私法。然（一）子服親權，妻服夫權，含有權力關係，將謂之爲公法乎？（二）國際法所規定者爲對等者間之關係，將謂之爲私法乎？

主體說。以規定國家與國家及國家與私人之法律關係者爲公法，專規定私人與私人間之法律關係者爲私法。信如斯說所云，則當國家爲財產權之主體，或與私人爲一種買賣之行爲時，何以反爲私法所支配？此說恐不能與以完滿之解答。

現時一般之通說，以規定關於國家本身之組織及主權作用之法律爲公法，與國家組織及主權作用無關，而純粹規定私人間相互關係之法律爲私法。然一九一九年德國新憲法於共同生活中規定婚姻親子之關係，是明明於公法之中，規定國家組織及主權作用以外之私人關係也。公私法此種區別之標準，已被其根本動搖。

三、普通法與特別法。普通法（General law）與特別法（particular law）可以下列之三種標準區別之：

（一）地的區別。普通法爲施行全國之法，特別法爲施行於國中某一地域之法。

（二）人的區別。普通法爲適用於一般國民之法，特別法爲適用於一部分國民之法。

（三）事的區別。普通法爲適用於某類事件全體之法，特別法爲適用於某類事件中特殊事件之法。

四、主法與助法。主法（substantive law）又名實體法，乃規定權利義務之實體者。即規定權利義務之發生、消滅、移轉、變更等之法律也。助法（adjective law）又稱爲形式法或手續法，即規定實行權利、履行義務的手

續之法律也。民刑法屬於前者；民事訴訟、刑事訴訟法屬於後者。

五。強行法與任意法。強行法(imperative law)爲有絕對適用效力之法，不能聽個人之意思，熟爲計較，以定何去何從。其中又分爲命令法(Gebotsrecht)與禁止法(Verbotrecht)。命令法乃對於個人強制其爲某種行爲之法，如租稅法是；禁止法乃對於個人強制之使其不作爲，如刑法是。任意法者，乃容許私人意思效力之法律。當事人無特別意思表示時，始適用法律之所規定；若當事人間有意思表示，則從當事人之意思。當事人之意思，可補充法律，故任意法又稱爲補充法(droit supplétif)。

六。國內法與國際法。國內法(national law)爲通行於國內之法律。國際法(international law)爲通行於國與國間之法律。國際法有分爲國際公法(public international law)與國際私法(private international law)者。然國際私法實爲國內法而非國際法。

七。固有法與繼受法。固有法(indigenous law)者，乃專根據其國固有之民情風尚，毫不參酌外國法律，質言之，卽其國所固有之法律也。繼受法(adopted law)者，乃採用外國法律，或模倣外國法律斟酌損益以爲制定者也。被模倣或被採用之法律謂之母法(parental law)，因模倣或採用之結果而生之法律謂之子法(alien law)。

① 此章雖泛論普通一般的法律，然本書爲論民法之齊，故此段所言多側重民法方面。



### 第三節 法律之本位

所謂法律之本位者，質言之，即法律之中心觀念或法律之立腳點也。法律若如自然法派所云，爲純粹的自然法則，則其中心觀念，實不存在。然法律實爲人爲之規範，故有一定中心觀念之存在，且其觀念，復隨人類社會之進化而變遷焉。

#### 一 義務本位

人類社會進化之第一步，即爲固結團體以禦強敵，而固結團體之要件，首在犧牲小己，事事服從，義務之觀念，卽由是發生。及後，以社會之中心力，強行此種義務，遂生法律。蓋義務先法律而存在，法律於最初之時，先以義務爲其中心觀念，是謂『義務本位』。最初之義務，僅爲對於最高權力之服從義務，其服從之結果，復確定對於團體中其他構成員之法律上的義務。

#### 二 權利本位

及後，個人逐漸發展，逐漸自覺，法律進而以權利爲本位。以法律爲規定權利之工具，以法律學爲權利之學，爲現代一般之通說。學者間甚且有執法律與權利同時存在之說，以法律爲客觀的權利 (Objectives Recht)，以權利爲主觀的法律 (subjectives Recht) 者，亦有唱權利先存，法律爲擁護或制限既存權利之說者。此兩種學說，雖全然與社會進化史及法律發達史上之事實相反，不知權利爲法治之產物，然卽此以觀，可知權利之觀念在法

中佔何等重要之位置。蓋此時之法律，實以權利為其中心觀念。是謂『權利本位。』

### 三 社會本位

法律從義務本位進而為權利本位之後，權利雖為一切法律之中心觀念，然同時亦有倡否認權利之說者，如狄驥教授（Leon Duguit），即為其最顯著之例。然此說乃對於近時權利本位思想所生之反動，思所以復歸於義務本位者，未免矯枉過正。此外法律思想發達中近時另有一種傾向。即權利非法律之絕對的本位；法律進化，雖由義務本位進於權利本位，然此非為終局；法律雖強行義務，擁護權利，然義務之強行，權利之擁護，非其最終之目的。凡此種種，僅為最終目的之手段。其最終之目的為何？即社會生活之利益之保護與促進是也。故理想的法律，其本位，既非義務本位，亦非權利本位，而實則應以社會為本位，以保護及促進社會生活之利益為其中心之觀念，是謂『社會本位。』

總上以觀，於個人尚未自覺之時代，法律以義務為其中心觀念是之謂『義務本位』；及個人自覺時代，法律進而以權利為其中心觀念是之謂『權利本位』；迨入社會自覺時代，法律以社會生活之利益為其中心之觀念，是之謂『社會本位』。約言之，法律實由義務本位進於權利本位，復由權利本位，進於社會本位。今日之時代，可以謂為正值第三期之開始。故今日解釋法律，應注重社會本位；適用法律，應注重社會本位；立法事業，應注重社會本位；研究法律學，亦莫不應注重社會本位。

#### 第四節 法系

法系 (Genealogy of Law) 卽法律系統或法律派別。詳言之，卽一國或數國間之法律，具有獨特之性質，自成系統，能與他國之法律判然分別之謂也。古今來之法系，爲數甚多，不能盡行論列，今茲所論者，祇限於下列六種：

印度法系 印度法律爲世界最古之法律，其源出於婆羅門教之教旨，通行於中亞細亞及印度（印度自屬英之後，漸用英國法律，唯關於遺產等，仍用其固有法）各地，爲一種帶濃厚的宗教意味之法律。馬努 (Manu) 法典與馬拉達 (Marada) 法典，實爲此法系之基礎。因此法系所通行地域之廣漠及時勢變遷之結果，法家對於法典之解釋，議論紛歧，遂生多數之學派。在東北部有 Gaulya Bengal 派；北部有 Mithila Behar 派；中部有 Benares 派；西南部有 Maharashtra 派；南部有 Dravida 派。

回回法系 此系法律，載於教主穆罕默德之可蘭經中，爲回教徒所崇奉不渝，全典凡百十四章，史稱由教主穆罕默德感於上天之默示而得者。穆罕默德左手執經，右手持劍，縱橫亞歐非三洲，以布傳其教。故該系法境，當其盛時，實跨亞歐非三洲。因其法境廣汎之結果，屬於該法系之各國，對於其基本法典之解釋，異見迭出，遂生種種學派，其中最著名者爲 Suni 與 Shia 兩派。近世回回教國家，國勢不振，回回法系之法境，因以縮小。現屬此法系者，僅有土耳其、波斯、亞刺伯、阿富汗等國而已。

猶太法系 猶太法系，行於猶太本國。以摩西 (Moise)之經典爲基礎。摩西之經典，相傳摩西於山中得諸耶

和華 (Jehova) 所授，卽所謂摩西十誡是也。此法系因猶太滅亡，遂以不振。今僅舊約全書第三卷保留其殘跡而已。

中國法系 中國法律發達甚早。唐虞以上，荒渺難稽，虞書所載象以典刑一節，已具成文法之萌芽。自是夏有禹刑，商有湯刑。迄於成周，司寇掌三典，以詰四方，司刑掌五刑，以糾萬民。穆王度時制法，五刑之屬三千。晉有趙鞅，鄭有子產，各鑄刑書，以治其國。洎乎戰國，李悝集諸國法典，著盜法，賊法，囚法，捕法，雜法，具法六篇，可爲我國成文法之鼻祖。商鞅改法爲律，蕭何增爲九章，叔孫通，張湯，趙禹諸氏，復各有所增損。自是以後，歷魏，晉，梁，陳，間，如陳羣，劉劭，王亮，徐陵，游雅之徒，其所制律，多仍秦，漢之舊，不過變其篇目，略加增損已耳。迨隋大業律出，凡五百條，定刑爲笞，杖，徒，流，死，簡而有斷，疏而不漏。唐祖定律，實準則之。唐律分律，令，格，式四種。開元十年，復修理，教，禮，政，刑，事六典，以擬周禮。歷十餘年間，經多人之考訂，張九齡始集其成。自茲以降，如宋，如元，如明，如清，曰刑統，曰通志，曰律令，曰律例，其名目雖更，其內容則悉本唐之成規，以自成中國法系。中國法系以前通行於中國，日本，朝鮮，安南諸國。及日本維新，安南屬法，朝鮮屬日，中國變法後，中國法系遂呈式微之狀，爲大陸法系所壓倒。

羅馬法系 今日之法律界，迨爲英，美法系與羅馬法系所平分之天下。羅馬法於私法上爲近世諸國之基本，正猶英，美法於公法上爲世界之模範。羅馬法之沿革，正如英國史家吉本 (Gibbon) 所云云，可分爲四期：第一期從羅馬建國至十二銅表法之制定，爲不成文法時代。法例繁多，零亂無序，非法律專家，無從知其涯際。人民病之，要求制定成文法。政府從其請，派員往希臘調查法制，復派委員十人以制定成文法律，刻於十二銅表中而公布之，是

謂十二銅表法第二期從十二銅表法之制定以至共和政治之末，爲成文法時代。此時有名之十二銅表法初成，是以後，國會亦常發布成文法。第三期從帝政之初以至亞力山大塞弗拉斯 (Alexander Severus) 帝之世，爲成文法發達時代。此時羅馬文化進步，社會情形日趨複雜，十二銅表法及其他簡單之法制，不足以應時勢之要求，故由法庭之判例及學者之解釋以擴張從來之成文法。第四期從亞力山大塞弗拉斯帝至法學階梯 (Justinianus) 爲法典編纂時代。此時羅馬成文法漸次增加，判例與學說，亦浩如煙海。查士丁尼帝爲整理起見，遂有羅馬法全典 (Parpus Juris Ciyrlis) 之編纂。該典由法令集 (Codex) 法律會典 (Pandecta, Digest) 法學階梯 (Institutiones) 及新法學階梯 (Novelle Institutiones) 數者而成。羅馬法全典，其總名也。就中法學階梯爲後世歐洲諸法典編纂之模範。迨羅馬帝國滅亡後數百年間，羅馬法之勢力，喪失殆盡。幸波倫那 (Bologna) 大學諸碩學輩出，對於羅馬法全典之章句，詳爲註釋，發揚而光大之。羅馬法遂復爲世所重視。至今稱霸法界，歐洲大陸諸國，南北非洲，及中國，日本等國，皆屬此法系。此法系中，復分兩大派：其一曰德國派，其二曰法國派。瑞士，中國及日本之新民法屬前者；比利時，荷蘭，意大利及日本之舊民法屬於後者。

英國法系 當英吉利人種居什列斯威好斯敦 (Dreswick-Holstein) 低原之頃，英吉利法律已有其萌芽。迨諾爾曼 (Norman) 人征服全英之後，英吉利法律，遂含有諾爾曼及薩克森 (Saxon) 兩種原素。從形式上言之，英吉利法律實由制定法 (statute law) 普通法 (common law) 及平衡法 (law of equity) 所構成。所謂制定法者，在代議制未確立之先，卽爲國王之命令；在代議制確立之後，卽爲國會所議決之法案，及經國會承認之公

共團體的規程及行政命令等。此項法律雖逐年增加，爲數甚夥，然若與普通法相較，則其勢力實有所不逮。蓋英吉利法中，其勢力最宏厚而其通行之範圍最廣者，厥爲普通法也。普通法爲習慣或判例之產兒，非由立法機關所制定。習慣上，法官對於類似之事情，常適用同一之判決，久而久之，遂生所謂判例。判例之生也，雖不知其確始於何時，然十二世紀至十四世紀，或更精確言之，亨利第二（HENRY II）及其直接後繼者在位之時，判例之發達極爲明顯。及後王權漸張，封建時代的法庭及其他地方法庭，多爲王立法庭所代。王立法庭之法官爲中央政府所任命，法官彼此之間，結成牢固之團體，常交換意見，常相援引其判決，且復共同依據普通之原理及程序，以處理訟事，普通法遂因之而生，所謂普通者，卽凡王立法庭所至之地，聽訟所依據之原理及程序無不盡同之謂也。普通法之勢力極偉，當羅馬法風靡全歐之頃，普通法獨能與之對抗，高其隄防，不使侵入。英吉利法系之能屹然獨立，不爲羅馬法所同化，實由於普通法；英吉利法系之能與其他法系判然分別者，亦由於普通法。普通法雖常爲不成文法（unwritten law），然其法源則多爲成文者。下列數種，爲其最重要之例：（一）英國法庭之判決，（二）取用英國法之外國法庭的判決，及（三）昔日飽學的法律家之權威的著作（books of authority）——如 Coke's Commentary on Littleton's Tenures 及 Foster's Crown Law 是。普通法既大部分由古代判例而成，其襲用先例（precedents）拘束力之原則，及確守訴訟之方式，至嚴且厲，迨時勢進步，社會情形複雜，新事實發生之際，無先例可援，則不能提起訴訟，人民每至受不法侵害，而普通法上亦無由救濟。如土地之委託（Trusts of land）卽爲其最顯著之列。人民苦之，咸赴訴於國王，王命大法官（Lord Chancellor）司其事，設大法官裁判

所 (Court of Chancery) 以國王之名而施救濟焉。從愛德華第三 (Edward III) 時，大法官發明 Writ of Subpoena 以來，此類裁判更以秩序的正規之方法，行使非常救濟之權限。昔日對於國王之不規則之請願，一變而為提出平衡法院之特種訴訟。然其救濟，非依據一定之規則及法律上之原則或先例以為行使，而實仍依大法官正義平衡之見解以施救濟，故稱平衡法，而大法官之裁判所，亦稱平衡法裁判所焉。平衡法之始也，雖非由先例而成，然大法官對於某項事件，既以某種判決為公平，則以後設有相類之事項發生，亦必有適用同一判決之趨勢。於是平衡法中，亦猶普通法焉，逐漸發生先例。其先例最發達之時，厥為諾定昂 (Lord Nottingham)，哈德尉克 (Lord Hardwicke) 及厄爾登 (Lord Eldon) 諸氏為大法官之頃。故平衡法自成系統，另由特別法庭以為執行。直至一八七三年，由國會通過法院編制法案 (Judicature Act)，平衡法遂與普通法治而為一，由同一之法庭以執行之。然若遇此二法互相衝突之時，則平衡法常佔優勝之地位。平衡法之創立，其目的非欲干預普通法庭所管轄範圍內之事件，亦非欲對普通法之天地，輸進平衡之法則，而實欲補普通法或制定法之偏而救其弊，對於普通法所不能處理之事項，始處理之，如委託 (case of trust)，欺騙 (cases of fraud) 及偶誤與互誤 (accident and mutual mistake) 等項是也。平衡法之成立，受羅馬法之影響不少。

英吉利法系之特點有三：(一) 其法律為習慣之結晶，無成文法典之存在。(二) 判例有法律上之效力。於此復有下列兩種情形：(甲) 凡與判例相同或類似之案件，各級法院，均應遵守各該本院之判例——此為同一法院應守本院之判例。(乙) 凡與判例相同或類似之案件，下級法院應遵守同級或高級法院之判例——此為不同級

法院，卽下級法院應遵守同級或高級法院之判例也。(三)全國人，自天子至於庶民，皆受治於同一之法律。故英國非如羅馬法系諸國，對官吏而另設行政法，對商人而另設商法，以爲管轄，行政法與普通法律不分，及民商法合一主義，爲英吉利法系之特質。其所謂商法者，不過爲學問上關於商務之各種法律，如買賣，代理，合夥，轉運，匯票，保險等法之統稱而已，初非與民法明劃鴻溝，各有其適用之範圍也。

英吉利法通行於美國（故又稱英美法系）各州——除魁北克（Quebec）及路易斯安那（Louisiana）兩州；蓋此兩州之法律實界乎大陸法系與英吉利法系之中也。——大英帝國（蘇格蘭除外，蘇與大陸法系相近）英殖民地，及操英語諸國。其勢力極爲濃厚，與羅馬法系分割法律界之天下，於公法上且爲世界之模範法，猶之羅馬法於私法上爲近世諸國之根本法也。

① Ogg, Governments of Europe 第二〇七頁引 F. Pollock, Expansion of the Common Law (London, 1904), 46-50.

② 見同書同頁。

③ 如甲有地一塊，欲贈與丙，但因種種關係，須將該地委任於乙，以其爲法律上之所有人，然後使乙將其地之收益與丙。然乙若將其地之收益據爲己有，則丙不能起訴於普通法庭以求直，蓋依據普通法，則乙確爲該地之所有人，實無由使乙將該地之收益還諸丙也。——

見畢善功 Notes of Lectures on English Law, p. 37.

④ 此實由於英國人爲實利的，實際的，守舊的國民，貴實利實際而不尚空言，主漸進而不欲急變。於法律方面，亦復如是，集具體事件之判



例，以成不文的習慣法或普通法，而無基本法典之存在。然自培根（Francis Bacon）邊沁（Jeremy Bentham）之徒，極力唱導法典編纂之必要以後，於千八百八十二年，有票據法，千八百九十年，有動產買賣法之編纂。又於英領印度方面，十數年間，先後發布印度刑法，印度治罪法，印度訴訟法，印度契約法，印度繼承法，印度證據法等諸法典。將來英國法典編纂之事業，必日盛一日，此可以斷言者也。

除上列各書之外，本節參考下列各書而成：

織田萬 法學通論 五一至五九頁。

林萬里譯 英美法 一至五四頁。

盧復 中國法系論（法政學報第一期）。

王亮疇 比較民法概要（法政學報第四期至第八期）。

Geldart, *Elements of English Law.*

## 第二章 民法

### 第一節 民法之性質

法律爲社會生活之規範，吾人於第一章已詳言之。民法爲法律之一種，故亦爲一種社會生活之規範。有社會

生活，則民法有存立之可能，非必待有國家以爲執行而民法始能存立也。詳言之，於國家未發生以前之社會中，民法業已成立；於國際社會之中，民法亦能存在；國際著作權法，國際工業所有權法，國際票據法，及國際商法等，或可成爲將來之國際民法。雖然，時至今日，國家能支配一切，國家生活，爲人類社會生活之最發達的形式。居今日而言民法，則應專指規律國民生活之國家法律之一部分。顧民法之性質果如何乎？此則因時地之不同，而生互異之答案。蓋民法之名，始於羅馬。迄於今日，其所經歷之時期既久，而其所通行之地域亦廣。故對其性質之觀察，往往因時地之不同，而所得之結論互異也。今略舉之如左：●

(甲) 民法爲適用於某特定國家市民之法律。羅馬人所謂民法 (*jus civile*)，卽指此種意思；蓋用之以別乎爲各國國民所共遵守之萬民法 (*jus gentium*) 與自然法 (*jus naturale*) 也。

(乙) 羅馬人又稱由習慣法而成的及由議會立法而制定的普通法爲民法，用以別乎由官憲的告示而成立之法律。

(丙) 中古時代，一般人以查士丁尼 (*Justinian*) 法典所載之法律爲民法，用以別乎教會法或寺院法 (*canon law*)。於此時期中，英人以羅馬法爲民法，用以別乎英國法。

(丁) 因羅馬法中，對於歐洲法律的發展上，與以極大影響者，爲關於私人之部分；故現在歐洲的慣用上，不論其起源如何，竟以民法爲普通的私法，以之別乎公法。

(戊) 在現代英國的慣用上，民法專指以羅馬法爲基礎之一切現行私法而言。此種意義之民法，爲羅馬條頓

民族、基督教會及純現代之制度法律的混合物。

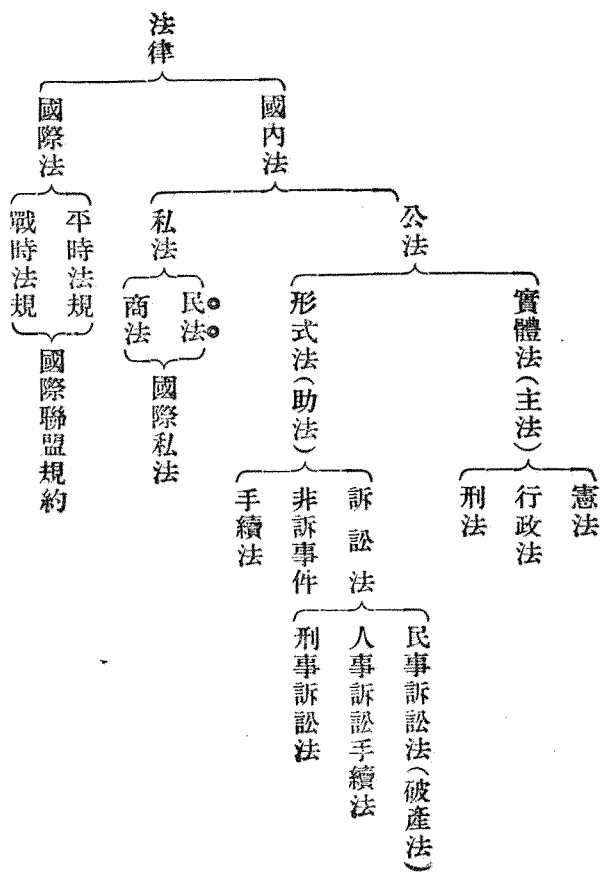
(己)更普遍的及更明白的言之：民法對於公法爲私法；對於特別法，如商法，爲普通法；其主眼在於規定私人間之權利義務（實體法），其實行則有恃乎民法施行法及民事訴訟法。總言之，民法者，乃規定私法之一般的原則（即規定私法上之權利義務）之法律（普通法）也。更通俗的言之，民法者，乃規定吾人日常生活中日常關係之法律也。故民法之內容，因吾人日常生活及對於社會生活之思想或主義之變遷，而大受影響。且又因國情之不同，其內容不無少異，尤以其中之親屬編及繼承編爲特甚，初非放諸四海而皆準，施諸百世而不悖者也。

參閱 The New International Encyclopedia, Civil Law.

- 私法中與民法相對者爲商法。商法與民法較爲特殊社會生活之細目的規定。即民法爲普通一般社會生活之規定，爲一般的私法；商法爲特別的私法。然民法規定事項中之所謂民事，與商法規定事項中之所謂商事，在理論上及實質上，難以判然有所區別。且民法與商法，同爲生活之同一方面的規定，雖一則規定原則，一則規定細目，然原則與細目，乃程度之差別，非性質的差別。故英美法系諸國民商法不分，歐陸學者，且有唱民商法統一之論，如意大利之 *Vivante* 及法蘭西之 *Lanreot* 即其例也。日本學者亦有附和此說者。我國民政府立法院亦倡民商法合一之論調，將商人通例所規定之事項，歸入民法債編，其他則併未列入。以余觀之，民商法之能統一與否，非僅恃乎理論，而須按其實際。商法中之規定能與民法合併者，僅限於總則編及商行爲編中之一部分，他如公司法，保險法，票據法，海商法等，其規定之內容涉於特殊之事件，似應令其分立爲特別法之爲當也。——參閱穗積重遠民法總則上卷第七至一〇頁。

● 鳩山秀夫日本民法總論上卷第二頁。

附民法在法律上之地位表



第二節 民法之淵源

民法之淵源 (Sources, Rechtsquellen) 一語，其意義有種種：或指形成民法法規之原動力，或指形成民法法規之機關，或指構成民法法規之材料。今茲所論，偏重於後者。此種意義之民法之淵源，可分為直接與間接兩種：

1 直接淵源 所謂民法之直接淵源者，乃謂淵源之本身，直接具有民法之效力者也。例如命令、自治法、民法典及其他各種民事法，為民法之直接淵源。近世諸國，民法之直接淵源，以成文法為主，蓋因不成文法之範圍，隨社會之進步，逐漸減少，大有為成文法取而代代之勢；雖素來墨守不成文法主義之英國，其成文法近亦逐漸增加。

2 間接淵源 所謂民法之間接淵源者，乃謂淵源本身，雖不為法，然依國家一定之行爲（即立法或裁判等），賦以法律之效力者也。宗教、習慣、道德、條理、判例、學說、外國法、國際法及條約等，均屬於此類，試分別略言之：

(甲) 宗教 國家發生伊始，多為政教不分。宗教為國中最強之勢力，此事徵之東西各國，如出一轍。故古代之法皆由宗教而來，此時之宗教，為民法之淵源，不俟深論。及後社會稍為發達，立法者往往以法為出於神授；且其法同時又為經典，觀於馬努法典 (Manu) 及其他古代法典，可以知之。歐洲中世紀之寺院法 (canon law)，亦為專本於宗教之義旨而制定者。及後社會更為進步，法律與宗教，雖截然分離，然法律之所規定，其發源於宗教者，亦復不少。如日本之家督繼承，乃出不絕祖先廟食之旨者也；法國民法初時禁止離婚，其源乃出於天主教之教旨者也；其他類此之例，難以枚舉。

(乙) 習慣 人類有模倣性，為心理學家所公認；故一人之所為，他人往往從而倣效之，以後馴至多人反覆為同一之事，習慣遂由此而生。然習慣一成，牢而難破，其規律人類社會關係，甚為有力。古代文教未興，結繩記事，法律

悉爲舊習與先例所積成。及後文字之使用漸廣，成文法亦雖已制定，然其內容多採材於習慣；故習慣占法律淵源中之大部分。使習慣爲民法之淵源，其方法有二：其一卽承認習慣，賦以法律之效力；其他卽採用習慣，規定於法文之中。

(丙)道德 古者法律與道德不分，法律實爲道德之一部；故古代及中世紀之法律，以正義道德之觀念爲基礎。法與道德之關係，於此可見。及後隨社會之進步，法律與道德截然分離，各有其固有之領域。分析法學派 (analytic school) 至謂苟出於政治主權者之手，則雖違背道義，亦不失其爲法，此種論調，與所謂『苛法亦法說』正復相同。然徵之實在情形，立法者殊難背乎當時人心關於公道之見解，以從事於立法；縱令不顧一切，特立獨行，然所立之法，恐亦終成爲具文而終難實行也。觀於現時各國民法莫不有『違反善良風俗之行爲無效』之規定，可知民法與道德之關係爲何如，道德爲民法之淵源者，蓋不少也。

(丁)條理 (我國現行民法稱之爲法理) 法律有固定性，一經成立，不易變更。而社會之演化，極爲迅速，日新月異而歲不同。且又綜錯紛紜，備極繁雜。法律無論如何，不能隨社會之變遷而變遷，且不能將社會中凡百現象，悉皆網羅規定而靡有子遺。故於新事實發生，無法律條文或慣例可援時，則不能不依條理 (reason) 處理之。故各國民法 (德民法第一草案第一條，奧民法第七條，瑞民法第一條第二項，日本明治八年第一百零三號布告) 多有明文規定：凡法律上有條文者依條文，無條文者依習慣，無習慣者依條理。我國民律草案第一條，亦如是規定 (但新民法草案則無此規定)。條理實可以濟條文與習慣之窮，而爲民法之淵源也。在昔羅馬時代，萬民法裁判官謂

萬民法適合於自然法，以之補羅馬市民法之不足，條理爲民法之淵源，以此爲嚆矢。方今英國之平衡法，雖由參酌羅馬法而成，然其起因，實爲以條理補充普通法（common law）之不足。

（戊）判例 法官之職務，雖在於適用法律，而非在於制定法律；然社會之事物，千態萬狀，變化不居，不能一一網羅於法律條文之內，故法官不能不依習慣或條理以行審判，已如上述。然審判一度施行之後，無形中生一種拘束性，即以後有與此相類似之訴訟發生，法官須援引先例以爲判決。然學者間往往有不認判例法爲有法的拘束者，其論據實出於三權分立之說。然所謂三權分立也者，乃主權運用上之大體的分擔，非謂三權須絕對分立；若絕對分立，實反於主權之本質。且在昔立法機關不完備之時，依判例以成爲法律之事，爲例頗多，觀於梅因（Sir Henry Maine）在古代法（Ancient Law）一書中所舉之論證，可以瞭然矣。

（己）學說 學說爲學者之私言，本無法律上之效力；然考諸古代事實，以學說爲法律之淵源者，所在多有。顧學說之得爲法之淵源，實不外由於下列之兩種方法：其一爲直接採用學者之意見而賦以法律之效力。查士丁尼帝採用三十九大法學家之說編成法律會典（Digesta），即其例也。其一爲立法者當制定法律時，或法官當聽訟之時，以學者之學說爲參考之資料，此爲學說之間接的適用。溫德賽（Windesheid）之著作供德國某部分法庭之參考，即其例也。

（庚）外國法 在昔交通之道未開，各國之民，老死不相往來；當此之時，法律之制定（廣義的）只根據其本國固有之民情風俗而已。及後文化漸進，內外之交際漸繁，外國之法律，亦隨之輸入。或多少更改其國固有法律之

面目，或完全代之而與。於是一國之法律，有固有法及繼受法之分。固有法專根據其國固有之民情舊習，毫不參酌外國法律；繼受法則採用外國法模倣外國法以制定者也。繼受外國法律之方法有兩種：一為直接繼受，一為間接繼受。直接繼受者，乃純然採用外國法律，如十三、十四世紀德意志之採用羅馬法，即其例也。間接繼受者，乃當制定國法之時，以外國法律為模範，斟酌損益，或探其體裁，或探其精神，以為制定法律之助，如比利時、意大利之採用拿破崙法典，及我國立法做東西各國之法制，即其例也。①

(辛) 國際法 國際法為各文明國家間所公認之規律，故國際法對於國家有拘束力。國家在消極的方面，固不應違反或破壞國際法，及制定與國際法的原則相反之法律，而在積極的方面，國家亦應維護國際法，適應國際法的原則以制定法律，或竟以國際法為國法之一部。德國新憲法第四條及奧國新憲法第九條皆規定：凡一般所承認之國際法，亦為該國國法之一部，即國際法為國法的淵源之明證也。②

(壬) 條約 條約為國家與國家合意所定立，對於國家有拘束力，其為民法之淵源，與國際法之為民法之淵源，其理由正復相同，無待深論。英、美兩國以條約為其國最高法律之一部，觀此更可瞭然。③

① 判例之拘束力，以英國為最大，請參閱第一章第五節。

② 參閱第一章第二節第六項。

③ 照德、奧新憲法之規定，國際法似應列入法律之直接淵源項下，然其他各國未必盡皆如此，故今將其列入第二項。

④ 條約似亦應列入法律之直接淵源項下，然條約之能有法律的效力，須先經公布的手續，故茲以之列入間接淵源項下。



### 第三節 民法之內容與編制

民法之主眼在於規定私人間之權利義務。個人所享有之權利義務，其範圍雖廣，然其最重要者，厥爲對於財產上之權利義務。蓋人類生活，須藉外界之事物以維持之也。然人與外物間之關係，其始僅爲單純事實上之關係，及其在物體上爲一定之作用時，有一種保障以對抗他人，使他人不能加以妨害，於此始生法律上的關係，即權利。此種權利稱爲物權。規定物權之法律，謂之物權法。

外界之物體有限，人類生活需要之發達無窮，以有限之物體，供無窮之要求，自屬不能，故須俟補於他人之勞力。又雖有外物於此，若不假他人之行爲，往往有不能利用之者。因欲達此目的，而要求他人爲特定之作爲或不作爲，遂生債權關係。規定債權關係之法律，謂之債權法。（我國民法稱之爲債法。）

人不能孤立而生存，最少亦不能無配偶。一有配偶，則生家屬關係，親屬關係。此種關係之大部分，雖屬於倫理的範圍，然須法律以爲規定者，亦頗不尠。規定此種關係之法律，謂之親屬法。（詳言之，親屬法者，乃規定親屬關係，家屬關係，監護關係，及因此等法律關係而生之財產關係之法律也。）

人死之後，其專屬於一身之權利義務，雖與其人之生命同歸於盡，然其財產上之權利義務，（近世之繼承法，專以繼承財產爲目的，故其範圍，亦以財產之繼承爲限，但日本繼承法中，有家督繼承之制。）則須有人繼承。爲規定繼承關係而生之法律，謂之繼承法。

對於上述各種權利關係，提綱挈領，規定共通之原則，詳言之，即規定私權之主體、目的，及私權得喪變更之一般原則者，謂之民法總則。

以上所陳，爲理論上民法所應具備之內容。然諸國民法中，對於上列諸端，非必一一具備而無或遺，或缺其中之一，且將其中數項歸併爲一者，間亦有之；蓋此實民法之編制問題，對於立法，法律運用之便宜上及民法之研究上，頗爲重要。從來各國民法編制之方法有二：一爲羅馬式或法律階梯式（Institutiones System）的編制法；一爲德意志式或法律會典式（Pandecten System）的編制法。

羅馬式的編制法，乃取法於羅馬法家給雅斯（Gaius）之法律教科書（Institutiones）及查士丁尼帝之法律階梯所爲之編制法也。其第一編爲人事編，第二編爲財產編，第三編爲訴訟編，即人（persona）法，物（res）法及訴訟（actio）法是也。法蘭西民法，倣此編制，唯將訴訟編刪去，而將財產編分而爲二。其第一編爲人事，第二編爲所有權及其變形，第三編爲所有權取得之方法。荷蘭、比利時、意大利、西班牙、葡萄牙諸國民法及日本之舊民法，皆與法蘭西民法大同小異，蓋均取羅馬式之編制也。羅馬式之編制法，爲非論理的及非系統的，具有下列諸缺點：

- (1) 缺乏一般原則的規定，或缺乏可爲他部分前提之總則。
- (2) 將性質判然不同之物權法與債權法同置於財產法之內，而不加以分別。
- (3) 將關於人格及能力之規定與親屬關係之規定，置於同編之中。
- (4) 以繼承單爲取得財產之一種方法。

羅馬法傳於德意志之後，德國學者設立更合於理論的編制而研究之，德意志式之編制法，即取法於德國私法學者之著述所爲之編制法也。此編制法之特色有二：其一在於債權、物權、親屬、繼承四編之前，冠以總則編以規定上述四編中法律關係之通則；其一在於分財產權爲債權、物權兩大部分，以辨明其性質。薩克森（Saxony）民法（一八五二年草案成一八六三年施行）首先採用此種編制法：第一編總則，第二編物權，第三編債權，第四編親屬，第五編繼承。其次採用此種編制法者爲巴倫民法草案（一八六一年），但此法案將第二、第三兩編倒置，以債權編置於物權編之前。德國民法採巴倫式編制法，我國民法及新舊民律草案復採德國式的編制法。日本民法採薩克森式的編制法。瑞士新民法第一編爲人事法，第二編爲親屬法，第三編爲繼承法，第四編爲物權法，其外形雖近羅馬式，然其實質，則屬德意志式；蓋瑞士於一八八一曾發布債務法，其規定實與德意志式編制法中之債權法相當故也。最近蘇俄新民法（一九二三年一月一日實行）之編制，更爲新穎：（一）親屬法不包含於民法中，（二）物權置於債權編後，（三）公司法規定於債權法之內。

● 以上採用富井政章民法原論第七一至七三頁（大正十一年版）。

● 參閱余榮昌民法總則第二頁，穗積重遠民法總論上卷第一七及一八兩頁，鳩山秀夫日本民法總論上卷第二三頁，富井政章民法原論第七五至七七頁。

#### 第四節 民法之效力

民法於何時何地及對於何人何事而適用乎？此爲民法效力之問題。

(一)關於時之效力 民法之效力因其成立而發生，因其廢止而喪失。

民法因成立而生效力。於茲有二重要之原則：即關於民法施行之期間，及不溯既往之原則。是也。

施行期間 關於法律之施行期間，通常有二主義：其一爲同時施行主義，即自法律公布之日起，經過一定之期限後，同時施行於全國之謂。其一爲異時施行主義，即自法律公布之日起，依距離法律公布地之遠近，分別設定達到之期限；故全國各地，其施行之期，各不相同。

不溯既往之原則 (*principe de la non-rétroactivité*) 此爲從羅馬時代以迄今茲爲諸國法律關於時之效力之一般公認的大原則。美國憲法且以明文維護之，勿使動搖。依此原則，一切法律，其適用之範圍，祇限於既得實施力以後所發生之事項，對於法律實施前所發生之事項，概不適用。在美國，此原則爲立法上之原則；在其他諸國，此原則僅爲法律適用上之原則，而非所以拘束立法機關者。

民法因廢止而失其效力。民法於廢止之後，當然失其效力；然有時於新法施行期內，舊法尙有效力，一若雖經廢止，而仍能保全者焉。其實此種效力，僅能支配舊法施行期中所發生之事項，對於廢止以後所發生之事項，則不能支配之也。

(二)關於地之效力 法有屬人法與屬地法之分。國法之效力，追隨其國之人民，隨處皆不失效力者，爲屬人法 (*Droit personnel*)。國法之效力，僅限於其國疆域之內，而不能出乎其外者，爲屬地法 (*Droit territorial*)。古

代法多爲屬人法，現代法多爲屬地法。故現代國家之內，一切法律，不能踰越其國之領土，領海，領空以行使，同時於其國之領土，領海，領空之內，不可不行使。此爲近世國法關於地之效力之一般原則，民法關於地之效力，與此正復相同。然亦有下列之例外：

1 本國民法，因治外法權，領事裁判權等之結果，通行於外國。

2 本國民法行於外國領海上之本國軍艦。

3 本國民法行於公海上之本國船舶。

4 有時雖爲本國領土，然亦不適用本國之民法，如朝鮮，臺灣爲日本領土而不適用日本民法是。

(三)關於人之效力 自布丹倡主權之說以來，主權之觀念甚爲發達。國家對本國人民具有所謂人民主權。對於本國領土，具有領土主權。人民主權之結果，凡爲本國國民，不問其在本國抑在外國，國家皆有支配之之權。領土主權之結果，凡居於本國領土之內者，雖爲外國人民，國家亦有權支配之。詳言之，民法對於在國內之本國人民當然可以適用，即對於居留外國之本國人民及居留本國之外國人民，亦能適用。此爲國家主權說論理上當然之結論，然事實上不能一一盡與此說相符：

1 國際私法之效果雖於本國領土之內亦不適用本國民法 如上所說，各國若盡量行使其人民主權與領土主權，其結果，各國法律之支配，常相衝突。又，內外人情事態，各不相同，若以同一之法律以繩之，則實際上諸多不便。此種衝突與不便之處，在私法上尤爲顯著。欲調和此涉外私法關係，遂生所謂國際私法。故國際私法者，於審判

涉外的私法關係時，決定應適用何國之國內法也。此種性質之法規，有以單行法規規定之者，如日本法例是；有於民法中定之者，如法國民法是；亦有於民法施行法中定之者，如德國民法施行法及我國之民法總則施行法是。各國之立法，雖不一致，然皆為上述原則之重要的例外，自無可疑。

2 居留外國者，服從所在國之法律。

3 依治外法權而有特別權者，仍服從本國之法律，而不受所在國法律之支配。

4 有領事裁判權之國民，服從本國之法律。

(四)關於事之效力 民法為關於民事之普通法，故對於一切民事，皆可適用。但：

1 關於民事，有特別法之時，則先適用特別法，無特別法始適用民法。

2 人之身分能力依其本國法而定。

3 關於財產事項，從其目的物所在地之法律；關於債權上之事項，則依當事人之意思，以決定適用何國之法律；此外皆從事實發生所在國之法律。

本節參考羅積重民法總論上卷第六五至七二頁，鳩山秀夫日本民法總論卷上第一一至一四頁，余榮昌民法總則第三至四頁，何基鴻

民法總則第三至五頁。

## 第五節 民法之解釋

所謂法律之解釋 (interpretation) 者，乃闡明法律意義之方法也。詳言之，法律有疑義發生，則明白確定之，其意義曖昧，則闡而明之之方法也。所謂法律之疑義，即法律之意義不明或不詳盡之謂。其疑義顯於法文表面者，稱爲表現的疑義；隱於法文之裏面者，稱爲隱匿的疑義。法律之文章用語，其意義曖昧不明，或法文之條項，前後矛盾，屬於前者；法律文章之用語雖屬明瞭，而究竟何種事物與法文之所規定者相當，仍不明瞭，則屬於後者。法律之解釋，即將此等疑義闡明確定之謂也。習慣法與判例法不生解釋之問題，有解釋之必要者，厥爲成文法。

法律解釋之重要，尤以後進國爲然；蓋後進國之法律，多由繼受先進國之法律而來者，國民前所未聞之新制度，所在多有，若不闡明確定其意義，則法律之效用，將沒由發揮。故學者間對於法律之解釋，甚爲重視，多以法律之解釋爲法學之第一步。是以查士丁尼帝之法律會典 (Digesta) 中，雖有明文禁止法典之解釋，普王腓立特烈大帝雖禁止其法典之註疏解釋，然其禁止，終歸無效。法律解釋之重要，於此可見。且法律之解釋，可以補立法之不足；蓋雖有學識經驗卓絕一世之人，聚精會神，從事於立法事業，然當其法實地應用之際，則每有多少之疑義發生，苟不加以解釋，則不知何所從違，於適用時，動多窒礙。且法律爲固定的，社會事物則變動不居，日新月異，固定的法律，何能駕馭此變動不居之事物，不有解釋，將何以濟法律之窮？拿破侖於其法典頒布之後，忽見其法典之註釋書出世，雖有『吾法典其亡乎！』之嘆，然拿破侖法典之所以能留存至今者，未始非解釋之功也。故曰，法律之解釋，可以補立法之不足。

## 二 解釋之種類

民法解釋，或依解釋之效力，或依解釋機關或人物，可分爲左列數種：

(一) 公解釋與私解釋 此爲以解釋之效力爲基礎之分類法。所謂公解釋者，其解釋出於有適用法律權之人，解釋之本身，具有法律之效力，故又稱爲有權解釋 (interprétation authentique)。私解釋 (interprétation privée) 出於學者之私見，解釋之本身無強行力，故又稱爲學理解釋或無權解釋。

(二) 立法解釋司法解釋行政解釋及學說解釋 此爲以解釋之機關或人物爲基礎之分類法。前三者屬於公解釋，後者爲私解釋。

(甲) 立法解釋 立法解釋 (interprétation légale) 乃立法者所下之解釋，即以法律規定之解釋也。故立法解釋者，乃以法律本身，說明法文之意義，其解釋文，亦卽爲法律之本身，故學者間往往不以之爲法律的解釋。立法解釋方法之重要者有二：

1 於法文中插入解釋 法律中文字字句，若有發生疑義之虞者，則另立條文，加於法律之中，以說明其意義。

2 以附屬之法律解釋之 法律中文字字句，若有發生疑義之虞，則另以條文加於附屬法律之中，以解明之。

(乙) 司法解釋 司法解釋 (interprétation judiciaire) 者，乃法官於審判案件，適用法律之際所下之解釋也。司法解釋之效力，雖略遜於立法解釋，然一度解釋之後，對於以後所發生之同類事情，有須遵循之以行審判之傾向。● 司法解釋之爲公解釋，卽因乎此。



(丙)行政解釋 行政解釋 (interpretation administrative) 乃行政官適用法律下行政處分及行政裁判時，對於法律所下之解釋也。其效力與司法解釋相同。

(丁)學說解釋 學說解釋 (doctrinal or dogmatic interpretation) 乃學者對於法律所下之解釋也。其解釋本為個人之私言，原無強行之力量；然因個人之學識及技能之影響，此種解釋，無形中有重大之效力。

### 三 解釋之方法

民法解釋中最重要者，厥為解釋之方法，蓋解釋之當否，常依解釋方法之當否而定也。自中世紀註釋法學派以來，解釋之方法，日新月異，然大別之，可分為文學解釋 (Sprachliche Auslegung) 與論理解釋 (Logische Auslegung) 兩種。此區別法倡始於提波 (Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts) 撒加利亞 (Zachariae, Versuch einer allgemeinen Herenentik des Rechts) 隨而和之，遂成今日一般之慣例。以下請論述此兩種解釋方法。

文字解釋，又稱為文理解釋 (Sprachwissenschaftliche Auslegung) 或文典解釋 (Grammatische Auslegung)。即依法文中文字之意義，以明法律之意義之謂。詳言之，即依文典上之法則，以明文字之意義，因以究明法律之內容之謂也。學者間往往有專置重文字解釋者；或謂法律之解釋，僅依文字解釋為已足；或謂依文字解釋而法律之意義仍不明時，始用論理解釋；或謂依文字解釋所得之結果，與依論理解釋所得之結果，兩相矛盾時，須依文字解釋。此等見解，未免流於偏狹。第一，文字解釋，並非一種獨立解釋之方法。法律之解釋，並非僅用文字

解釋所能成事，而必須賴他種方法以助其成（詳後）。故文字解釋，為非完全之解釋，僅依此法，仍有未盡。第二：法律之解釋，非以究明文字之意義為目的，而實以闡明法律之意義為目的，文字雖為表現意思之符號，為究明法律意義之媒介物，然不能謂僅明文字之意義，即為明瞭法律之意義也。第三：若從法律具有規範（Norm）之性質一點，以行觀察，則僅依文字解釋，更不能闡明法律之意義。若現社會之法律，盡如羅馬法然，為過去之法律，則吾人可直接以古典視之，以文獻學的或註釋古文書的方法以解釋之，如薩焚宜所云云，法律之解釋，僅依文獻學的方法為已足。然現社會之法律，並非古典，乃為支配現實的活動不居的共同生活之規範。故其解釋方法，不能與研究古典之方法相同。若法律解釋僅依文字解釋為已足，則一卷字典，儘可應付，尙何需法律學為哉？且法律所用之文字，若僅依文字解釋，其意義有未能盡明者，此種情形，所在多有：（一）文字意義不明瞭，（二）同一文字具有數個意義，（三）僅依文字解釋，則與法律之其他條項矛盾。凡此種種，皆所以證明僅依文字解釋不能決定法律意義之最好例證也。不但如此，法文之中，法律上之術語，隨處皆是，僅依字面解釋，則謬誤滋多。即雖法律術語以外之文字，亦常有不依通常之意義，而須稍為變更其意義以行解釋，始能與實際生活接近者，如『物』『因果關係』等詞，若從物理上及哲學上之意義解釋，而不依法律上特別之意義解釋，則與實際生活，相距甚遠。法律之解釋，不能僅依文字解釋之方法，於此更可瞭然。

由上以觀，僅依文字解釋，不能闡明法律之意義，文字解釋，非法律解釋之一種獨立方法，而僅為法律解釋之第一步。彼與後述之論理解釋兩者相合，以形成一個解釋方法，猶歸納演繹相合以形成科學方法也。故僅用文字

解釋之方法，其解釋不能謂爲完全。

論理解釋，雖爲與文字解釋相對之名詞，然其意義則欠明確。所謂論理解釋，一般人皆以爲依論理方法以解釋法律之謂；然如後所述，論理解釋方法之中，亦間有不獨依據論理方法以行解釋者，故論理解釋之名稱，殊欠適當。且雖文字解釋，亦尚有依據論理方法之必要，故文字解釋，亦可稱爲論理解釋。復次，一切學問，皆以論理爲基礎，若以法律解釋學爲學問，則法律解釋學亦當然須依據論理之方法，何待特別明言？因此之故，學者間或有改稱論理解釋爲法律學的解釋（*rechtswissenschaftliche Auslegung*）者。然法律學的解釋一詞，包括一切解釋之方法，文字解釋亦在其中；故僅以論理解釋爲法律學的解釋，亦非得當。且法律學的解釋一詞，不足以顯示解釋方法之特質；故有稱論理解釋爲法律的解釋（*juristische Auslegung*）者。然此名稱，其不當正與法律學的解釋相同，故科爾（Kohler）改稱爲目的解釋（*teleologische Auslegung*）。然此名稱僅能表示論理解釋中之一種方法，而不能包括其中之一切方法。總上以觀，所謂論理解釋者，最好消極的解爲：文字解釋以外之一切解釋方法，今將此等方法，各附以特別之名稱，分別論述於下：

（一）解釋法律，須參考立法材料（*Gesetzesmaterialien*），即草案、理由書、委員會之記錄、議會之筆記等。學問間有謂法律之解釋，在於闡明立法者之意思，遂重視法律材料，以爲其具有拘束之力，正與法律本身相同，甚至主張解釋家須從立法材料以行解釋。然法律之解釋，其目的在於闡明法律之內容，而非在於究明立法者之意思。立法材料對於解釋法律上雖有相當之功用，然其功用正與其他立法例及學說等同科，僅能供解釋上之參考，而無

何等之拘束力。

(二)欲明現在之法律，須先從歷史的研究，以研求其歷史。蓋一切法律，皆為歷史之產物，由變遷遞演而成，各於從來之法律，有其根據，非一旦所能創造。故解釋家對於法律條文或法律制度，非先研求其沿革，則鮮能明其內容。故法律之歷史，為了解現在法律之重要的資料。法律沿革，又分為形式的沿革與實質的（或內部的）沿革兩種。形式的沿革，即某條文某制度之表面上的沿革；實質的沿革，即指法律之理論的說明之變遷。法律沿革的觀察，不僅限於國內法，法律若由繼受外國法而來者，對於外國法之沿革，亦須加以研究，以為解釋之參考。

(三)法律之全部，自成一體，故欲明各條之意義，須先推究法律全體，由此抽出共通之原則，以行解釋，是之謂組織的解釋（systematische Klement der Auslegung）。蓋法律之全體非僅由多數之條文集合成，其全體實為一組織體，其間脈絡互通，各有連帶之關係。故欲說明某法律中之各條文，不僅須與其法律之全體調和，即對於其他法律，亦須不相抵觸。此種解釋方法，到處皆依據論理上之法則，即：或由法律中數條文歸納，求得共通之原則，復準據此原則以解釋其他條文；或從某條文演繹，定立原則，復基於此原則以解釋其他條文。解釋之根據，為法律之本身，故解釋之結果，頗為確實。後述之擴張解釋，縮少解釋，變更解釋，皆不外為組織的解釋之結果。此種解釋，若發生矛盾之結果，莫能解決，則須求助於他項標準，故組織的解釋，非最後決定之解釋方法。

(四)解釋法律，須依據法律的理由（ratio legis）。法律理由或稱為立法政策上之理由（Legislativ-politischer Grund），即依法律之目的（Zweck）以解釋法律之謂，故此種解釋方法，亦稱為目的解釋。蓋法律本為達到

某項目的之手段，故當解釋法律之時，須觀察其目的之所在，以定其意義，從來尙形式的論理 (formal logic) 之法學家，多以目的爲存於法律內容之外，故當解釋法律之時，常忽視法律之目的。不知法律之實質的內容，依觀察其目的而始能明瞭。耶靈克 (Hering) 有鑒於此，極力主張目的解釋之說，自是以來，目的解釋，遂爲一般解釋家所公認。吾人亦主張是說，以爲目的解釋，爲由法律具有規範性質所生之結果。法律之中，或有以合乎倫理上之要求爲目的者，或有以保護公益或交易之安全爲目的者，……研求此種目的之所在，更從其目的以解釋法律，始能完全明瞭法律之意義。然法律之目的，究竟何在，此則依價值判斷 (Werturteil) 而始能定，因此，可知目的解釋爲非僅依論理方法之解釋，尙形式論理之法學家，以僅依論理方法爲克盡解釋之能事，正因不知此耳。

(五) 解釋法律，須依據法律上之原則 (ratio juris, Rechtsprinzip)。所謂法律上之原則，乃貫通各條文之一貫的原則。法律解釋須先發見此原則，復以此原則爲基礎，以解釋各條文。法律既具有規範之性質，則各條之間，必有原則以支配之。準此大原則以解釋各條，當爲善法。然此所謂原則，果何由發現乎？若由歸納法從各條文中抽出原則，則須以各條文之意義明白爲前提，故此方法亦非最終決定的解釋方法。

(六) 解釋法律，須依據法律制定之原因 (Occasio Legis)。所謂法律制定之原因，卽致使制定法律之歷史的原因。此種原因，僅爲作成制定法律之機會，而不足爲決定法律內容之根據，故學者多忽視之。

學者或有主張解釋法律，須參照法律制定當時之法律狀態及學說等。然此說亦不爲人所重視。蓋立法者多受當時之法律狀態及學說之影響，究明此種狀態及學說，雖未始不能爲法律解釋之助，然凡此種種，與立法材料

相同，僅可供參考之用而無拘束力，故對於法律之解釋上，無何等之價值。

(七) 解釋法律，須從實際之結果上着眼。法律僅因規律實際生活而生，故解釋家須使法律與實際生活調和，使法律適合於實際生活。詳言之，即解釋之結果，使法律合於正義 (Gerechtigkeit) 之要求，保持公平 (Billigkeit) 及合乎實際之便宜 (Zweckmäßigkeit)。故所謂解釋法律須適於實際生活者，其結果仍不外以法律之目的為基礎而行解釋之謂。

(八) 除上述諸種解釋方法之外，法律解釋之原則，尚有多種，今將其重要者略述於下：

1 例外之規定，須從嚴格解釋，毋從擴張解釋及類推解釋。此原則近已動搖。

2 關於特權之規定，亦須從嚴格解釋。此原無何等之根據。

3 更有所謂強理論法 (Argumentum a fortiori) 者，其中包含種種原則：(甲) 於大範圍中有權利負義務者，於小範圍中亦必有權利負義務 (Argumentum a majori ad minus)；(乙) 於小範圍中被禁止者，於大範圍中亦被禁止；小範圍中之必要條件，於大範圍中亦為必要之條件 (Argumentum a minori ad majus)。強理論法，於一般之情形雖屬正當，然以其單從分量上着眼，而不顧性質上之差異，常生不當之結果。

4 絕對禁止達到某目的時，達此目的之方法，亦在禁止之列。如外國判例：以賣淫為目的而借貸家屋，則其借貸為無效；以賭博為目的而借貸金錢，則其貸借為無效。依此原則，雖可以說明避法行為無效之理由，然此原則非當然存在而不能或有動搖者。

由上以觀，所謂論理解釋，實包含多種解釋方法，其中多數並無多大之價值，最重要者，厥爲組織的解釋與目的的解釋兩種。前者乃從形式的方面，依某法與他法間之關係以解釋法律；後者乃從實質的方面，研究法律之目的及其與實際生活之關係，以解釋法律。前者依據論理方法，後者依據價值判斷。從來論理法學派之學者，謂僅僅依論理方法可以盡解釋之能事，實爲一偏之見。

以上吾人對於文字解釋及論理解釋之意義，經已略述。以下進而論述此兩者之關係。

如前所言：文字解釋與論理解釋非各自獨立之解釋方法，兩者實相需爲用，相合而爲一個之解釋方法，正猶歸納演繹之相合而成科學方法。故文字解釋與論理解釋須同時並用，非僅於依文字解釋不能明瞭法律之意義時，始用論理解釋；即於依文字解釋能明法律之意義時，亦須用論理解釋，從其內部的理由，以行觀察。即從文字解釋與論理解釋雙方觀察得到同一之結果，法律之解釋，始爲完全。文字解釋與論理解釋之結果，全相一致，則法律之意義，方可無疑。若文字解釋與論理解釋之結果，互有出入時，則究以遵從何者爲當乎？關於此問題，有下列數種學說：

(一) 法文含有數種意義時，須依論理解釋，以定其意義。例如金錢一詞，指法定貨幣乎，抑指自由貨幣乎？又人之一詞，專指自然人乎，抑並法人而亦包括在內乎？此則須依論理解釋而定也。此種解釋，謂之宣言解釋 (interpretatio declarativa)。於數個意義之中，從狹義解釋者，曰狹義解釋 (interpretatio stricta)；從廣義解釋者，曰廣義解釋 (interpretatio lata)。

(1) 文字之意義若有不明時，須用論理解釋以補充之。此種解釋方法，學者間亦有稱之爲宣言解釋 (Interpretatio declarativa) 者。

(2) 文字解釋與論理解釋之結果，兩相矛盾時，原則上須從論理解釋，其遵循論理解釋之途徑有三：

(甲) 擴張解釋 (interpretatio extensiva) 乃擴張文字之意義以行解釋也。即論理解釋之結果，將法文適用於文字所顯示以外之情形之謂。

(乙) 縮小解釋 (interpretatio restrictiva) 乃縮小文字之意義以行解釋也。即論理解釋之結果，對於文字之意義，加以制限之謂。

(丙) 變更解釋 (interpretatio alioquans) 乃變更文字之意義以行解釋也。即文字之意義雖明瞭，然若論理解釋之結果，與之互有出入，則須變更法文之意義以從論理解釋之謂。關於變更解釋究應承認與否，議論甚多：(A) 或謂不應依論理解釋，以變更文字之意義。(B) 或謂文字解釋與論理解釋之結果相異時，雙方皆非法律之意義。(C) 或謂文字解釋與論理解釋相異時，須從論理解釋。諸說之中，以最後之說爲當。<sup>①</sup>

復次，從來主張論理法學之學者間，尚有所謂反對論法 (Argumentum a Contrario) 者，即法律對於某特定事項，既特行規定，則對於未經規定之一切事項，當適用相反對之原則之推論也。關於反對論法之性質，學說不一：(1) 溫卓廬 (Vangerow) 以之爲文字解釋。(2) 推羅 (Thiel) 以之爲宣言解釋。(3) 薩焚宜提波 等以之爲擴張解釋。然一般通說則以之爲論理解釋，即爲組織的解釋，目的解釋等之一種適用而已。學者間有翁格 (Unger)



者，謂反對解釋爲創造新法規之方法。其實反對論法並無如此之大功效。蓋依此論法從某條文得來之反對原則，並非存於條文以外，實則早已包含於條文之中也。<sup>(7)</sup>

此外尚有須連帶論述者，即類推 (Analogie) 是也。所謂類推，即法律中無明文規定之事項，可適用類似事項之規定以行處理之謂也。古羅馬法，無所謂類推。蓋查士丁尼帝以前，無法典之束縛，裁判官可按實際生活上之必要，自由創造法律而適用之故也。及查帝編纂法典之後，裁判官對於律無明文之事項，始用類推之方法。然其所謂類推，非盡與今之類推同一，今之類推至近世而始發達。<sup>(8)</sup>近世民法之中，往往以『準用』一語，表明類推之旨。然無明文規定準用時，亦許行類推之法。蓋民法爲社會生活之規範，民法典對於現在及將來一切社會現象事實上難以網羅盡淨而靡有子遺，若不許類推，則民法规律社會生活之效用，將有時而窮，故類推實所以補民法之不備也。

#### 四 法律解釋之派別

從來學者間對於法律解釋，因其所用之方法不同，遂分爲下述之兩大派別：

(一) 論理法學 論理法學 (Konstruktions jurisprudenzen) 又名概念法學 (Begriffs jurisprudenzen) 乃學者間對於從來依形式的論理以形成法律上之概念之解釋家所錫之專名也。此派學者以爲法律學之職分，不外分析法規之內容，及構成法律上之概念。至於法律之目的，利益，價值，及社會生活上之必要等等，則全不顧及其結果，殆使法律與實際生活不相調和，而生極大之弊病，以促自由法說或利益法說之誕生。

(二)自由法說。因論理法學或概念法學僅注重論理的方法以解釋法律，用研究古典之方法以研究法律，對於法律與實際生活之關係，全然漠視，其結果遂發生一極大之反動，即二十世紀劈頭德、奧、法、三國法學者所唱道之自由法說（*Freirechts theorie*）是也。此派謂於國家法律之外，更有自由法（*frei Recht*）之存在。所謂自由法者，乃解釋或適用法律時，由個人自由產生之法律也。裁判官於法律之規定不明瞭或不完備時，可依自己之意思，自由制定法律以適用之。其所依以制定法律之準據，厥為利益之較量與價值之判斷。從來所謂論理的方法，須加排斥。故擴張解釋，縮少解釋，類推論法及其他一切解釋之原則，皆在排斥之列。又謂當適用法律之時，其最重者並非法律，而實為裁判官。裁判官之職責，僅為較量各當事者間之利益及社會之利益以下裁判。法律僅為裁判官之一般的指針，而非所以拘束裁判官者。裁判官於法規之外，可根據事物之本性（*la nature des choses positives*）用科學的方法自由探究（*la libre recherche scientifique*）以發現法律。此說對於溫得賽（*Windscheid*）之說——裁判官之任務，在於闡明立法者及法律的意思之說——傾覆殆盡。於法學界中另開一新生面，脫離概念法學，論理法學之羈絆，而另向目的法學，利益法學（*Zweckjurisprudenz*, *Interesjurisprudenz*）之新天地。不乞靈於死板板之法文，而僅從事於探討活潑潑的法律（*das lebende Recht*），誠可於法學中放一異彩。唱此說者，於德則有斯騰普（*Stampe*），夫雷維阿斯（*Flavins*），魯普夫（*Rumpf*），綠美連（*Rimelin*），布律特（*Brütte*），隆寧（*Lönning*）等；於奧則有哀里舒（*Erlisch*），符次爾（*Wurzel*），克勞西（*Kraus*）等；於法則有燕尼（*Gény*），燕尼之唱此說，實較德國諸學者為早，故德之學者受其影響不少。

此說既可免概念法學之弊，復可補法律之不備，能使法律自由發達，適應社會之變遷。然法律之目的有二：一則在於適用於個個事件而皆能妥當 (Rechtssanngemessenheit)，一則在於法律生活之安定 (Rechtssicherheit)。兩者不可稍有偏畸。自由法說，似僅注重前一目的，承認裁判官自由變更法律之能力，而忽視後一目的。且以如許之權力，賦與裁判官，而輕視法文，設裁判官不得其人，則流弊必大，此則不免為自由法說美中不足之點耳。

〔附說〕民法中有三數常用之語，今將其意義說明於下，對於法律之解釋，或亦不無少補歟？

推定。推定者，乃推測當事者之意思，及普通之事實，以為其應如此也。若能證明其意思或事實，與推測者明相反對，則推定為無效。

第三人。即指某種法律關係中當事人及其繼承人以外之人也。

成立與發生效力。兩語之意義各不相同。試以遺囑為譬：遺囑書作成之日，即為遺囑成立之日。然其效力，則非待立遺囑人死亡之後，不能發生。

對抗。對抗與成立及發生效力不同。取得不動產者，如未經登記，雖不能與第三者對抗，然既經取得，則雖未登記，亦不能謂其為不成立或未發生效力。蓋此種無對抗力之權利，雖實際上與無權利相去不遠；然苟於利益相反者之間，不至起權利之競爭，則其法律行為，定可完全發生效力，所不能對抗者，惟與之利益相反之第三人耳。

善意與惡意。此兩語非若普通所謂意思善惡之區別，其真正意義須從羅馬法以來之用例而定。即所謂善意者，乃不知而為之之意；所謂惡意者，乃知而故為之之意。如所謂惡意之占有，乃知其為他人之物，而故意占有之

謂，非故加損害於他人也。

——參閱富井博士民法原論第十七版一〇二至一〇六頁——

● 參閱本書第二章第五節英國法系段及第二章第二節(戊)項。

● 石坂音四郎民法研究上卷三四頁引：Schilling, Institut II S. 37, Hufeland, Lehrb. des Civilr. I § 28, Reyscher, Privatrecht § 84, Mühlendbruch, Pandekten § 60.

● 同書同頁引：Thibaut, a. a. O. S., 17 fg, Vangerow, Leitfad. f. Pandekt B. I S. 40 fg, Schöman, Handbuch des Civilrechts S. 63 fg, Zeil r, Commenter über das allg. bürgerl. G. B. B. I. S. 60 Nippel, Auslegung und Anwendung der Gesetze § 20.

● 同書三五頁引：Savigny, System I S. 213.

● 同書三八頁引：Thöl, a. a. O. S. 136 fg.

● 同書同頁引：Hölden, Pandekten S. 42 fg.

● 同書四一頁引：Savigny, System I S. 214, Wächter S. 135, Thöl S. 148, Unger S. 28, Windscheitl § 21, Regelsberger S. 147, Wach S. 277 fg, Gmähr, Anwendung des Rechts S. 52 fg. 松本博士人及物二二頁。

富井博士自由法說之價值，見法學協會雜誌第三十三卷第四號六六頁。但主張自由法說之 Stampe 則與以上諸人之說相反。

● 主(A)說者有：Reyscher, Privatrecht § 84 Anm. 7, Schaffroth, Theorie der Auslegung S. 46 fg, Vangerow

S. 53, 主(B)說者有: *Regelsberger, S. 152*, 主(C)說者有: *Savigny, S. 321*, *Wächter S. 189 Anm. 25*, *Unger S. 86*, *Thering, Geist des rom. R., II v. 414 f.*, *Windscheid § 21 N. 102*.

⑧ 參閱石坂同書五七頁。

⑨ 參閱石坂同書五七至五八頁。

本節採材於石坂同書三一頁至一一〇。法律解釋論，法律之解釋及適用，立法者意思乎？法律意思乎？德國近時私法學界之趨勢四篇；牧野英一現代之文化與法律六二，六四，七〇頁；穉積民法總論上卷五九至六三頁；鳩山日本民法總論上卷一四至一八頁獨多。法律之解釋對於法律學之研究及法律之適用上，甚為重要，故本節不憚詳為論述，幸讀者之留意焉！

## 第六節 中國民法

我國法律發達甚早，唐虞以來，已有法典之編纂，迄於成周，法律制度燦然大備。歷唐宋元明，至於前清，法律之發達益趨複雜。上下四千載間，法典之數，凡數百種，可謂盛矣！然此種發達之趨向，殆多傾於公法的方面，從而此等法典，類皆為公法典，而完全獨立之私法典殆無一焉。雖則「民法之稱，見於尚書孔傳，歷代律文戶婚諸條，實為近代民法；然皆缺焉不完。李悝六篇，不載戶律；漢興增廟戶為三；北齊析戶婚為二，命曰婚戶；隋唐復更定次第，改為戶婚；清復損益明制，戶律分列七目，共八十二條，較為完密，第散見雜出於刑律之中。」<sup>⑩</sup>其實質雖為解決民事之法，然其規定之形式，仍為處罰之律條，故較之現代之所謂民法，實為簡略。「故如親屬法之婚姻，離婚，養子，繼承，物

權法之所有權、質權；以及債權法之買賣、貸借、受寄財物等事，亦惟規定大綱而已。『至前清末年，經庚子敗衄，朝野上下，始憬然思變法以圖自強。故關於法律之改良，亦爲多少之準備。光緒二十八年派沈家本、伍廷芳爲修律大臣。然其時專注重修訂刑律，於私法之編纂，尙未顧及。迨光緒三十三年，憲政編審館議覆修訂法律辦法，認立法應設專官，遂於是年派沈家本、俞廉三、英瑞爲修訂法律法大臣，設修訂法律館，招東西洋留學生分科治事，聘日人松岡義正博士，使其起草民律。該律共分五編，宣統三年，成前三編，後二編由朱獻文、高种等起草，亦於是年脫稿。本書所稱舊民律草案（簡稱舊民草）卽指此。』

舊民律草案採大陸最新立法主義。蓋修訂法律館所延聘之人，多爲東洋留學生，彼輩於起草或修訂法律之時，直接師法日本，卽間接倣德國之法制焉。然我國民草之不採法英、美法系，而獨倣倣大陸法系者，其真因不外下列兩種：（一）英、美法側重個人，忽視家族。而大陸法系中對於古羅馬之家制，多所保存，較合於中國社會之實況。（二）英、美法多由習慣及判例而成，難於倣倣，反不如大陸法之條分縷析，綱舉目張，自成首尾，自備統系之易於採法。』

如上所云，舊民律草案，既多由繼受外國法律而來，就其規定之形式上觀之，雖整齊周密條理清晰，然若考其內容，則知類多生吞活剝，殊鮮參酌我國國情及現社會之實況。其弊舉大端，可得言者爲：（一）草案倣倣德、日，偏重個人利益；現在社會情狀變遷，非更進一步，以社會爲本位，不足以應時勢之要求。（二）債權編於通行之『會』，『物權編於『老佃』』，『典』『先買』等，全無規定（但新民草對於典權已有所規定）。其餘類此者，不勝枚舉。此外民法

施行前所應準備之事項極多，非設立完竣，則民法甚難實行。如土地登記不行，則物權法之規定，直同虛設；戶籍登記不行，則行為能力之有無，無可稽考；法院不遍設，則宣告禁治產等制，亦成具文。此等準備，迄未就緒，故舊草案之規定，多不免徒法不能以自行之嘆焉。

舊民律草案後由修訂法律館修改完竣，其修正案（本書稱爲新民律草案，簡稱爲新草案）之總則編與舊民草略有異同。其最不相同者爲：舊民草第八章所規定之權利之行使及擔保，在新民草中完全被刪去。

國民政府，奠都南京，根據三民主義之立法原則，制定民法（以後簡稱民法）。該法計分五編。第一編，總則已於十八年五月二十三日公布，於同年十月十日施行。第二編債法，第三編物權法已於十八年十一月二十二日公布，於十九年五月五日施行。第四編親屬法，第五編繼承法於二十年五月五日施行。該法雖多根據歐美先進國之法理及沿襲我國固有之習慣；然立法之最高原理，厥爲三民主義。故民法內容，不特與歐美各國之民法不盡相同，即與我國以前之民法，亦判然有別。蓋歐美各國之民法，側重個人，完全立於個人主義的基礎上；我國從前之民法，側重家族，完全立於家族制度的基礎上；國民政府所制定之民法，則注重民族，完全立於民族利益的基礎上，故能充滿清新活躍之精神也。就中以民法總則編而論，其內容有須特爲標出者：（一）對於各國法典限制女子之條文，悉不取用；同時，於積極方面，規定女子得自由處分其財產，已嫁者，復不受夫權之限制，以確立男女在經濟上社會上平等之基礎。其他如（二）對於禁治產之宣告，限制綦嚴。（三）對於準禁治產，則不予以明文規定。至（四）關於時效之消滅，更縮短其期間，以謀全民族之幸福焉。

● 見前清民政部奏請釐定民法摺。

● 陳重民譯中國法典編纂沿革史卷下。

● 何基鴻民法總則第二頁，余際昌民法總則第五頁，二書皆北大講義。

● Wang Chung-Hui, Law Reform in China, p. 14—15.

● 參閱本書第一章第四節。

● 參閱江庸五十年來之法制（申報五十週年紀念冊）。

此外須參閱本書第一章第五節中國法系段。

附世界各國民法成立年代表

成文民法之歷史始於羅馬之十二銅表法，盛於法國民法，大盛於德國民法；迨至近時，不僅通行於歐洲大陸諸國，即中美、南美諸共和國，蘇格蘭、英屬之南非洲、西印度羣島、魁北克省（Province of Quebec）、美之路易斯安那（Louisiana）、柏托里科（Porto Rico）及菲律賓羣島，以至於非耶教之國家如土耳其、日本及中國，亦莫不具有成文之民法，可謂盛矣！茲將世界各國成文民法成立之年代表列於後：

法	典	成	立	年	代
羅馬十二銅表法		紀元前四五〇年頃			



法學階梯(四卷)	五三三年
法律會典(五十卷)	五三三年
法令集(十二卷)	五三四年
新法令全集	五三五——五六五年
寺院法	十二世紀之頃
巴威民法(Bavaria)	一七五六年
普魯士民法	一七九四年
拿破侖民典	一八〇四年
路易斯安那(Louisiana)	一八〇八年公布 (一八二四年修改以後屢經修改)
巴登民法(Baden)	一八〇九年
奧大利民法	一八一一年
上下西西利民法(Two Sicilies)	一八一九年
帕馬民法(Parma)	一八二〇年
玻利非亞民法(Bolivia)	一八三一年

皮德蒙特·薩地尼亞民法 (Piedmont-Sardinia)	一八三七年
摩德拿民法 (Modena)	一八五一年
祕魯民法 (Peru)	一八五一年
智利民法 (Chile)	一八五五年
薩克森民法 (Saxony)	一八六三年
意大利民法	一八六五年
魁北省民法 (Province of Quebec)	一八六五年
坎拿大民法	一八六六年
尼加拉瓜民法 (Nicaragua) (與智利民法同)	一八六七年
烏拉乖民法 (Uruguay)	一八六八年
阿根廷民法 (Argentina)	一八六九年
墨西哥民法	一八七〇年
印度繼承法	(一八八四年修改)
印度契約法及證據法	一八七〇年
哥倫比亞民法	一八七二年
	一八七三年
	(一八八七年修改)

比利時民法修改正案	一八七九年二十二日提出
薩爾瓦多爾民法(Salvador)	一八八〇年
渾杜拉斯民法(Honduras)	同上
委內瑞拉民法(Venezuela)	同上
危地馬拉民法(Guatemala)	一八八二年
哥斯達尼加民法(Costa Rica)	一八八四年
西班牙民法(依該法規定每二十五年修改一次)	一八八八—一八九年
巴拉圭民法(Paraguay)	一八八九年
厄瓜多爾民法(Ecuador)	一八九〇年
德國民法	一八九六年公布 一九〇〇年實施
日本新民法	一八九八年
俄國舊民法草案	一九〇五年
瑞士民法(除債務法爲單行法外)	一九〇七年
大清民律草案	一九一一年

土耳其民法	舊民法 Mejlis 宗教性質 新民法 倣瑞士民法	一八六九—一八七六年 一九二六年四月四日
蘇俄新民法		一九二二年十一月十二日官報公布 一九二三年一月一日實行
中國民律第二次草案		一九二五年(親屬編成於一九一五年)
中國民律第三次草案(親屬編)		一九二五年
中國民法總則編		一九二八年五月二十三日公布 同年十月十日施行
中國民法債編及物權編		一九二八年十一月二十二日公布 一九二九年五月五日施行
中國民法親屬編及繼承編		一九三一年五月五日施行

## 第三章 民法上之權利義務

### 第一節 民法上之權利

#### 第一項 私權之本質

權利與法律，其間有極密切之關係，故現代之通說，皆以法律為權利之規定，法律學為權利之學問；德國學者，甚且以法律為『客觀的權利』(Objectives Recht)，權利為『主觀的法律』(subjectives Recht)。吾人對於

上述兩說不能完全同意；然既從事於民法之研究，則對於權利之爲何物，不能不加意探討；蓋權利實民法中重要觀念之一也。

所謂權利，乃人格者由法律之擔保以貫徹其利益之主張之可能性；換言之，乃人格者享受特定利益之法律上的力之謂也。吾人羣居，營社會之生活，於與他人、物或其他生活資料之關係中，雖享受諸種利益，然此不能竟稱之爲權利。迨此種關係爲法律所保護，利益之主張爲法律所擔保，而權利始生焉。然所謂權利，又非僅止於主張利益已也，舉凡適應其主張之物質之支配，對手方之作爲不作爲，與乎關係之維持變更等等，皆爲權利之必然的要求；且其終局，則恃社會之中心力（在今日爲國家權力）以促規範之強行，而期其利益的主張之貫徹焉。此即法律賦與人格者之特別屬性也。此種意味之權利，迨爲法律之創造物。從社會進化史與法律發達史觀之，權利之觀念，實於人類社會進化至某一定程度時，爲法治之產物焉。

法律之所以承認權利，非僅保護個人（法人在內）已也，同時實欲依此以維持社會及使之日臻發達焉；故權利以僅於社會上合理的範圍內始得謂之權利。十八九世紀以來，權利思想極爲發達，受其影響而產生之拿破侖法典及德國民法第一草案，對於權利之規定，皆不設制限，其結果流弊滋多，近時狄驥一派，至唱否認權利之說，以社會的作用（fonction sociale）之觀念，代權利之觀念。然此乃權利思想本位之反動，未免矯枉過正。現代之法律，其多數固仍以權利觀念爲出發點，不過稍稍參以社會本位之觀念，對於權利行使之自由等等，略爲加以制限已耳。

權利有公權與私權之分，此種區別，與公法私法之區別相對應。從其實質上言之，以國家生活之利益為內容之權利為公權；以社會生活之利益為內容者為私權。故民法上之權利，私權也（此乃從其大較而言）。

政治上之權利（公權），因人而有限制；民法上之權利（私權），則各人平等，無所限制。政治上之權利，因種種理由，可以完全剝奪；民法上之權利，則非罪大惡極，不能完全剝奪。蓋剝奪人之一切私權，無異絕其生存之道，故英、美法上對於剝奪一切私權之處罰，名之曰『準死』或『民事上之死亡』（civil death），蓋與自然之死亡（physical death）相差僅一間耳。

## 第二項 私權之行使

私權之行使（Ausübung）者，即享受為私權目的之利益之行為也。其行為或為權利之使用（Gebrauch）與消費（Verbrauch），或為依讓渡而行之權利的處分（Verfügen）；或為事實上之行使行為（Ausübungshandlung），或為法律行為；或為裁判上之行為，或為裁判外之行為。●又私權之行使，不特限於權利者本人，權利者之代理人，亦得行之。

十八世紀末及十九世紀之間，羅馬法主義極盛，權利本位之思想，支配法學界。法律家間，皆以權利僅為權利者而存在。對於權利之應行使與否，及應行使至若何程度，皆漠然不加制限。其結果：（一）權利者或竟將權利拋棄，完全不行使；（二）或踰越一定之範圍以行使之，為害滋多。

私權制度之設立，雖為保護個人之利益，然同時亦不能忽視社會之利益。狄驥一派謂權利為具有社會的性

質之利益 (Intérêt de caractère social) 常以社會的義務 (devoir social) 爲其基本；近時社會法學派謂『一切權利皆爲社會權』<sup>②</sup> 皆可以表明此種意思。私權既爲『社會權』須『常以社會的義務爲其基本』則其行使與否，不能純然委於個人的自由，而須依社會之利益爲準據，加以相當之制限。例如土地所有人任其土地荒蕪而不加墾植，此種作爲，乃反社會的行爲，法律於必要時，須加以干涉，以強制其行使。他如工業所有權，鑛業權，狩獵權，發明權 (Erfinderrecht) 及殖民地中之土地開墾權等，若過一定期間而不行使，則作爲經已喪失，此乃間接強制行使之方法，近世文明國家之立法，多行之者。蓋近世之法律，已漸由權利本位進爲社會本位，私權之設立，非僅爲滿足個人需要之手段，同時亦爲完成一定社會的職分之手段 (Mittel für die Erfüllung Sozialer Aufgaben)，換言之，即私權非僅爲個人的制度，同時亦爲社會的制度，非禁止拋棄或強制行使——正言之，即爲權利享有之強制——而一任個人之自由，則於社會之利益，或不無多少之妨害也。

如上所言，私權既非個人的制度，而爲社會的制度，故拋棄私權而不行使，固非社會福利之所期；然若踰越一定之範圍而行使之，亦非社會秩序之所許。蓋私權行使超越其社會的存在之理由，則爲有害於社會生活之權利的行使，是之謂『權利之濫用』(Chicane, Schikane)，非近時法律之所許也。

對於權利之行使，須設立一般的界限，毋使濫用之學說，爲基爾克 (Gierke) 所首唱。基氏以前不特無禁止濫用私權之說，且以爲私權之濫用，爲私權行使之自然結果，『權利之行使，不任侵害之責』<sup>③</sup> 是之謂濫用自由說 (Chikanefreiheit)。此種學說在德國民法第一草案編纂之時，甚爲盛行，故德民法第一草案對於權利濫用

之禁止，不設一般之規定。及基氏德國私法論第一卷出世之後，禁止私權濫用之主張，頗博世人之贊同。德國民法草案第二讀委員會之委員，大受此說之影響，故於第二百二十六條設立權利濫用之一般的規定：『權利之行使，不准以加損害於他人爲目的。』其後瑞士民法於第二條第二項規定：『權利之明白的濫用，不得受法律之保護。』我民法第一四八條及舊民律草案第三百十二條亦有類此之規定。法國民法及日本民法，雖無此類之特別規定，然法官於運用法律時，則皆承認『濫用私權即爲喪失權利』之原則也。蘇俄新民法第一條即有與社會經濟不相容之權利，不受法規保護之規定焉。

### 第三項 私權之保護——私力救濟

權利之保護或救濟，有所謂公力救濟與私力救濟兩種。由私力救濟進而爲公力救濟，乃法律進化之途徑。但法治之理想，雖在使私力救濟成爲不必要；然欲使私力救濟完全無存在之餘地，則亦斷非實際上所能辦到。故於適當之制限之下，以法律承認私力救濟，實爲適宜。德國民法（第二二七條至二三二條）承認自衛（Selbstverteidigung）及自助（Selbsthilfe i. e. S., Selbstberriedung）之兩種自力救濟（Selbsthilfe i. w. S.）。日本民法（第七二〇條）僅承認自衛而不承認自助。我民法（第一四九條至一五二條）及舊民律草案（第三一三條至三一七條）倣德國制，關於自衛與自助，皆設一般的規定。

### 第四項 私權之分類

私權可依種種之標準而分類。今述其重要者於下：



## 第一 依權利之主體而分類

權利之主體，即享有權利之人格者，通常稱之爲權利人。自然人與法人皆能爲之。此處所謂依權利之主體而分類，並非基於權利主體之有無及種類而區分私權。蓋（一）從權利之本質觀察，世上無無主體之權利；（二）法人所享有之權利範圍雖較自然人爲狹，然權利之爲物，斷非因異其主體，而其性質即隨之而變者。故所謂依權利之主體而分類，祇不過指下列兩種與權利之主體相關聯之私權而已：

（一）身分權 權利可分爲身分權與非身分權。所謂身分權，乃僅以單純人格者之資格所不能享有，而須有一定身分之人格者始能享有之權利也。民法上所謂身分，乃基於親屬法上相對關係之身分，如家長、家屬、夫婦、親子、監護人、被監護人等是也。身分權既爲須有此等親屬之身分而始能享有，故爲一種享有的權利，或可稱之爲親屬權。家長權、夫權、親權等其顯著者也。在昔人權未昌時代，此三權爲支配家屬、妻、及子之一身之權利，故學者間有名之爲人身權者；然此不過爲沿革的名稱，不適用於今日尊重人格之文明社會，故不爲一般學者所採用。蓋此種權利之在今日，其本質早已不僅在於人身之支配矣。

（二）專屬權 權利有專屬於權利者之一身者，有非專屬之者。在性質上僅權利者始得享有之權利，謂之專屬權。從反面言之，即不能依讓渡繼承等以轉移於他人之權利也。例如夫權即爲其最顯著之例證。財產權雖多非專屬於一身之權利，然如由委任契約或僱傭契約而生之權利與乎終身年金權等，則多爲專屬於一身之權利。專屬權又可分爲行使的專屬權與享有的專屬權兩種。基於不法行爲而起之損害賠償請求權，屬於前者；終身年金

權屬於後者。

第二 依權利之客體而分類——絕對權相對權

所謂權利之客體，簡言之，即義務人。基於權利客體之範圍，將權利分爲絕對權 (Absolutes Recht) 與相對權 (Relatives Recht)。爲英、美學者所通行。絕對權與相對權之定義有種種，或以爲絕對權爲可與一般人對抗之權利，相對權爲僅可與特定人對抗之權利；或以爲絕對權乃以一般人爲義務人之權利，相對權乃以特定人爲義務人之權利；或以爲絕對權乃請求一般人之作爲或不作爲之權利，相對權乃請求特定人之作爲或不作爲之權利。學者間亦有用對世權 (Right in rem) 與對人權 (Right in personam) 之名稱以代之者。人格權、物權及繼承權爲絕對權；債權爲相對權。

絕對權與相對權之分類，雖爲英、美學者所盛唱，然歐洲大陸之學者，則多不採用，其中尤以法國爲最。蓋因下列諸種理由，此種分類，並非充分澈底也：

(1) 絕對權相對權之分類，不能將一切權利概分爲二。此外仍有不屬於此兩者之權利，如以下所述形成權是也。

(2) 物權雖能與一般人對抗，爲絕對權之適例；然物權中之他物權，則帶若干相對權之色彩。

(3) 學者間有謂親屬權爲絕對權者，亦有以之爲相對權者。要之親屬權實兼有絕對權與相對權的性質。夫婦關係即其顯著之例也。

(4) 債權不能與一般人對抗，故第三者對於債權加以侵害，不能謂之爲不法，行爲此德國學者間之通說也。然英國法對此則有反對之判例，如一八三五年 Lumley v. Gye 一案之判決是也。

因此之故，近時法家，往往有改弦更張另求分類之新標準，將權利分爲兼有不可侵性與排他性，及僅有不可侵性而無排他性兩者。

### 第三 依權利之目的而分類

所謂權利之目的，卽爲權利內容之有形無形的利益之謂也。權利之目的，千差萬別，故依權利之目的以區分權利，其數亦極繁賾，今茲所論，祇限於下列數種主要者而止。

(一) 財產權 以經濟的利益爲目的之權利謂之財產權。對於財產權之性質，異議雖多，然財產權之與法律上其他權利受不同之待遇者，蓋在於財產權與其主體之關係爲金錢的或經濟的關係之一點。財產權可分爲下列數種：

(甲) 物權 物權卽直接以物爲目的之權利也。例如民法第三編舊民草同編中及新民草物權法中所規定之權利，皆屬物權。

(乙) 債權 所謂債權，卽以特定人之特定行爲（給付）爲目的之權利也。其所謂行爲，包含作爲與不作爲。顯言之，所謂債權，卽債權者對債務者要求其作某事或不作某事之權利也。其所要求之行爲，若在於物之給付，則此物謂之債權之目的物。民法及民草第二編中所規定之權利皆屬債權。

(丙)無體財產權(Immaterialgüterrecht) 存於精神的製作上之權利，或以無形的利益爲目的之權利，謂之無體財產權。如著作權，特許權，意匠權，商標權等是也。此種權利與物權同其性質，其所異者在於：一則以有體物爲目的，一則以無形之利益爲目的而已。

(二)得有權(Kannrecht) 財產權之種類，不限於以上三種，此外如漁業權，鑛業權等，雖因便宜起見，由特別法規定，作爲財產權；然其實則非也。蓋此等權利，非以現在特定之有體物爲目的，其目的實在於：權利者將來由特定之行爲，以發生，確定，存續，變更，或消滅特定的法律關係之無形的利益也。德國學者稱此種權利爲 *Kannrecht* (*Recht des rechtlichen Könnens*)，日本學者稱之爲「能權」「可能權」及「得有權」。即由自己一方的行爲以享有法律上的效果之權利之意。屬於此種權利者爲：準物權，私生子認領權，追認權，取消權，抵消權，解除權，離婚權及承認或拋棄繼承之權利等。

(三)親屬權 所謂親屬權，乃權利者以與自己有親屬關係之人身爲目的之權利也。家長權，夫權及親權屬於此類。然此乃陳舊之見解，依現時新說，由親屬關係所生之權利，或親屬法上之權利，概謂之親屬權。

(四)人格權 (*Persönlichkeitsrechte*) 所謂人格權，即以與權利人之人格不可分離之利益爲目的之權利也。換言之，即隨權利人之出生而取得，隨其死亡而喪失之私權，不可讓與或拋棄者也。例如生命權，身體權，自由權，名譽權，姓名權，營業權等均屬之。

(五)繼承權 繼承權一詞，有兩種意義：(甲)指繼承開始後承繼人所有之權利，此爲狹義的繼承權；(乙)指

繼承開始前繼承人應得之權利。後一種意義之繼承權，僅爲一種希望，與所謂「既得權」相對，法律上謂之「期待權」(Anwartschaftsrecht)。真能當繼承權之名而無愧者，當然爲前一種意義之繼承權；然因法律對於此種希望，加以保護，故期待權或希望權尚不失爲具有權利之性質焉。

(六)社員權 (Mitgliedsrecht) 社團法人之社員所有之權利，如歲領紅利之權，出席總會之權，表決權，執行業務權，監督權等，謂之社員權。社員權之名，創自法學大家基爾克 (Clerke)。基氏以前，學者皆以上述諸種權利爲各個之權利，基氏以後，多數學者始以此等權利爲社員權中之特別的權利作用焉。

#### 第四 依權利之作用而分類

權利之主要作用可分爲：(一)支配權利之客體，(二)要求他人之行爲，(三)拒絕他人之請求，(四)單由一方之行爲，以創設，變更，消滅其他權利，或使生其他法律上之效力。故依此數種作用以區分私權，可得下列四種：第一種權利謂之支配權；第二種謂之請求權；第三種謂之抗辯權；第四種謂之形成權。

(一)支配權 (Beherrschungsrecht) 直接支配權利客體之權利，謂之支配權。物權，無體財產權皆屬此類。舊說皆以親屬權中之家長權，父權，夫權等爲支配權，余以其有所謂人身權之嫌，且與時代思潮不合，故不取是說。具有支配權之作用之權利者，一方固可以支配其權利之客體，同時於自己支配範圍之內，亦具有排斥他人使勿加侵害之消極的作用，學者稱此爲禁止權 (Verbotensrecht)。禁止權非一種獨立存在之權利，僅爲支配權中之禁止的作用而已。

(一) 請求權 (Anspruch, Anspruchsrecht) 要求他人之行為，即作爲或不作爲之權利，謂之請求權。此種權利之特點在於：欲實行享受爲權利內容之利益，常待他人之作爲或不作爲。

請求權之主要者爲債權。對於債權與請求權之關係，有兩種學說：其一以請求權爲債權本身之內容；其一以債權爲請求權所從出。現時多數學者，均以前說爲正當。

由物權所產生之請求權（即因物權被侵害而生者），可大別之爲兩種：一爲損害賠償之請求權，一爲以回復物權之圓滿狀態爲目的之請求權。後者曰物上請求權。前者雖爲純然的債權；然後者爲帶有準物權性質之特種請求權。

對於物上請求權與物權之關係，有兩種學說：或以之爲物權的效力，而不以之爲獨立的權利；或以之爲從物權所發生之獨立的權利。惟物上請求權，以要求他人之積極的行爲爲內容，而物權本身則非以他人之積極的行爲爲內容；故物上請求權，雖由物權發生，然須視爲獨立的權利。

最後，請求權須與訴訟法上之訴權區別。從來學說，皆不承認此種區別，皆以訴權爲私法上之請求權或請求權之一作用。其實訴權乃個人對國家請求其保護其私權之權利，乃一種公權，學者間或稱之爲權利保護請求權 (Rechtsschutzanspruch) 或稱之爲判決請求權 (Urteilsanspruch)，其與私權中之請求權，其性質固大異也。

(三) 抗辯權 (Einrede) 拒絕現存請求權使不能履行之權利，謂之抗辯權。抗辯權之觀念，乃由羅馬法中之 *Exceptio* (例外) 引伸而來。*Exceptio* 果爲何物，學說紛紜，莫衷一是。薩焚宜以爲 *Exceptio* 乃被告人防

禦手段之一種。依薩氏之說明，被告之防禦手段有兩種：(甲)否定原告所主張之權利。(乙)不反對原告權利之存在，而於另一方面，主張被告之獨立的權利，以防止原告權利之效力 (Klagwirkung)。薩氏稱後一種爲抗辯權。後譜哈他 (Puchta, Pand. § 93. S. 143) 溫得賽 (Windscheid, Pand. I. § 47) 第籃察 (Derehurg, Pand. § 137) 等有力學者，相繼取用此名，遂成法學上之通用語。

抗辯權又稱爲反對權 (Gegenrecht, Birkmeyer die Exceptio in bona fide Judicium S. 298) 消極權 (Negatives recht, Bekker, Pand. § 28) 否認權 (Renrecht, Kipp. a. a. O.) 或防衛權 (Abwehrrecht, Fridenthal a. a. O. S. 10)。其意義雖有多少不同，其範圍雖未必同一，然其思想之神髓，則皆出於薩焚宜。抗辯權非欲使對手方之請求權消滅，不過僅欲依反對的效力，以妨礙請求權之效力已耳。故抗辯權與所謂權利消滅的異議 (rechtsverneinende Einwendung) 不同。

請求者對於對手方之抗辯權，有所謂再抗辯權 (Replik)，即對於抗辯權之反對權，其性質與抗辯權同。抗辯權與訴訟法上之抗辯不同。訴訟法上之抗辯，即指被告用爲防禦方法之一切主張，權利消滅的異議，亦可爲訴訟法上抗辯之理由。

抗辯權非請求權之一種，即非要求他人之行爲之權利。抗辯權因一方之行爲，可以妨礙他人之請求權之效力，於此一點上，可以視爲下述形成權之一種；但如下所述，形成權可創設，變更，或消滅權利，而抗辯權則不能消滅請求權，而僅妨礙其效力而止，因此之故，不能謂之形成權。

(四) 形成權 (Gefaltungrecht) 形成權者，即由一方的意思表示，以發生一定的法律效果之權利也。詳言之，即由一方之行爲以創設、變更、消滅其他權利，或使生其他法律上之效力，此種權利謂之形成權。從來之學者對於此種權利，或輕易看過，或竟不以為之爲權利。至威忒曼 (Zitelmann) 始將私權分爲得爲權 (Darfrecht)，要爲權 (Sollrecht)，能爲權 (Kannrecht, Recht des rechtlichen Könnens) 三種。以自由的行爲，發生對於自己利益之法律上的效力，此種權利，威氏稱之爲能爲權。如取消權、解除權、解約權、先占權等爲其最顯著之例證。赫爾威 (Hollwig) 對於此種權利，雖大體贊成，然彼不用能爲權之名，而稱之爲變更權 (Recht auf Rechtsänderung)。恩涅茄拉斯 (Enneccerus) 則沿用變更權之名，至塞刻爾 (Seckel) 以單行論文研究此種權利，更名之爲形成權，此名爲孫姆 (Sohn) 及埃爾特曼等學者所襲用，遂成爲法學界通用之名詞。

形成權雖或創設權利，或變更權利，然以消滅權利之時爲多。

形成權非支配權，因其無可供支配之客體，非請求權，以其非要求他人之行爲。形成權無與之對立之義務，蓋形成權之行爲，僅依權利者一方之行爲，對手方不負何等相對的義務也。

#### 第五 依權利之相互關係而分類

(一) 原權與救濟權 原權即英國學者之所謂 Rights 'primary,' 'sanctioned,' 'of enjoyment,' 救濟權即所謂 Rights 'sanctioning,' 'secondary,' 'restitutory,' 'of redress.' 霍蘭 (Holland) 又名之爲先行權 (Rights antecedent) 及救濟權 (Rights remedial)。依氏之見解，所謂先行權或原權，即在一切事物狀態



平和進行時獨立存在之權利救濟權卽原權受侵害時由國家所賦與的救濟手段之一部。據一般法學家之通說，所謂原權，卽不待他人之侵害行爲而原來存在之權利；所謂救濟權，卽因侵害原權時所發生之回復原狀及損害賠償之請求權。

(二)主權利與從權利 爲擔保或增大其他權利之效力而附隨於其他權利之權利，謂之從權利；與從權利相對者，謂之主權利。如留置權，先取特權，質權，抵當權之於債權，地役權之於要役地所有權，及利息債權之於元本債權之關係，卽從權利與主權利之最好例證也。

## 第二節 民法上之義務

所謂義務，簡言之，卽須爲一定之作爲或不作爲之法律上的拘束或束縛也。義務與權利爲相對待的概念，權利以利益爲內容，義務以不利益爲內容；權利人具有可以享受利益之自由，義務人則須忍受蒙不利益之束縛。

從法律之發達史觀之，無權利觀念之前，義務觀念，已先存在；迨權利發生，義務愈形重要。觀於法律雖從義務本位進於權利本位之後，義務觀念曾未少衰，近且有人（如狄驥一派）倡義務主義之說，卽可知之。

在現代法律中，權利與義務，常相對立，尤以在債權法上，此種關係，更爲顯著。然亦不能因此遂謂權利與義務皆相對應，有權利於此，必有與之相當之義務，有義務於此，必有與之相當之權利也。如取消權，解除權，形成權等，無與之對立之義務；登記，公告，一方雖履行義務，然他方則無與之對立之權利。依奧斯廷（Austin）之說：義務而無與

之對立之權利者。謂之孤立義務 (absolute duty)；有與之對立之權利者。謂之對立義務 (relative duty)。

● 穗積重遠民法總論上卷第七五、七六頁。

● 平野義太郎民法中之羅馬思想與日耳曼思想第五六頁。

● 前書第六五頁。

● 前書五九、六〇、六七頁。

● 前書六七頁以下。牧野英一現代之文化與法律第四七至四九頁。

本章第二項參閱平野義太郎前著權利之行使及牧野英一前著法律之社會化獨多。第四項私權分類大致依照穗積前著及鳩山民法總

論之分類法。

# 本論

## 第一編 私權之主體

### 第一章 總論

能享有權利之資格（法律上之地位）謂之權利能力（*Rechtsfähigkeit*），具有此項資格者，謂之權利主體。

私權是否須有主體？對於此問題，向分兩派：勃林斯（*Brinz*）、溫德賽（*Windscheid*）、柏克爾（*Becker*）一派謂私權不必定有主體，僅有一定之目的爲已足。此說稱爲無主體權利說。耶靈克（*Ihering*）一派則力反是說，謂私權必不能無主體。今日大多數學者皆主後說，蓋以私權有主體然後有所附麗也。

權利主體一語，有兩種意義：（一）特定權利（如夫權、親權等）之主體；（二）一般權利之主體。現所稱之權利主體即指後一種。

權利主體具有權利能力，同時亦具有義務能力。義務能力，即可爲法律上義務者之資格也。古代未開化法制中有所謂奴隸者，僅有義務能力，而不具權利能力；時至今日，平等自由之觀念大盛，故私法上之權利能力與義務

能力，因之亦必同時並存。故現在所謂權利能力，義務能力，或權利義務能力，其意義殆無若何之差異。唯現代民法，以權利本位為基礎，故對義務能力不及言之耳（瑞士民法第一一條二項）。

能為權利之主體者，自然非人莫屬。然法律上之所謂人，不僅限於自然人。從各時各地之法律，行比較的研究，可知法律上之所謂人，約有六種：（一）常態之人類；（二）變態之人類，例如白癡；（三）超自然之物，如神，天使，惡魔等；古羅馬法認之為人；（四）動物，——古埃及以貓能具有權利，暹羅以白象為權利之主體；猶太人及希臘人以動物為義務之主體；（五）無生物，——耶教未輸入前，羅馬人以神社為權利之主體，希臘人有對無生物提起訴訟，英習慣法有認殺人之兇器為有罪而沒收之者；（六）法擬人，如公司之類。●依現代文明國家之法律，能為權利主體之人有兩種：一為自然人〔與上述（一）（二）兩項相當〕，一為法人〔與上述第（六）項相當〕。但此兩者之得為權利主體，其原因微有不同。自然人僅因其為自然人而享有權利能力；即成為人類之單純事實發生後，法律即予自然人以權利能力；法人則不然，必先立一定之條件，能適合此種條件之事實發生後，法律始賦與權利能力。因此之故，法人權利能力之範圍，得因其種類設種種制限，而人之權利能力之範圍，則以平等享有為原則，不因其身分，宗教，年齡，性別，教育，財產，而有所差異也。

上段所陳，僅就現代文明國家之法律而言，古代未開化之法制，則與此有異。蓋在此等法制中，自然人實非生而自然為權利之主體，自然人而無權利能力如奴隸之類，何可勝數？故權利能力，究亦與權利之本身相同，不外為法律之創造物，非自然人生而具有者也。

權利能力可分爲一般的權利能力與特定的權利能力兩種。權利主體所享有之權利能力爲前一種。此自然人與法人，內國人與外國人間無所差異者也。

權利能力與行爲能力 (Handlungsfähigkeit) 不同。行爲能力，即可用自己之行爲，惹起法律上的效果之法律上的地位，換言之，即用自己之行爲使自己得爲權利義務之主體之能力也。故有權利能力者非必具有行爲能力。

關於權利能力與行爲能力之法規，乃強行法規，原則上不能以吾人之意思表示而變更其適用。②

② (Friz): *The Nature and Sources of Law*, p. 27—53.

③ 富井政章民法原論第一卷第一三六頁。

此外，對於鳩山日本民法總論上卷第四〇至四二頁，穗積民法總論上卷第一一三至一一六頁，何基鴻民法總則講義第一二、一三頁，余榮昌民法總則第一八頁，皆有所參考，而尤以前兩書爲多。

## 第二章 人——自然人

### 第一節 權利能力

#### 第一項 權利能力之發生

德民法及我國民法中所謂人乃包括自然人與法人而言；日民法及我新舊民草中之所謂人，乃專指自然人（natural person）而言。

現代文明國家之法律，既以人皆有權利能力為原則，現在所應研究者，惟權利能力於何時發生何時消滅而已。人之權利能力，法律因其為人之單純事實發生後即賦與之，故人之始期，即為其權利能力發生之時期。各國民法（我國民法第六條，德民法第一條，日民法第一條，舊民草第五條，新民草第一條）規定：『人之權利能力於出生完全時為始』，即此意也。然何為出生？關於此點，學說甚多，有所謂陣痛說，初聲說，一部露出說，全部露出說，獨立呼吸說。余以出生須具備下列兩要件：

（一）出生完畢 即胎兒與母體分離獨立之謂，臍帶剪斷與否，在所不論。

（二）生體分娩 胎兒須保其生命而出生，至其生命時間之長短，則非所問。

人於出生之際，須具備上述兩要件，始得為權利之主體，胎兒於未出生之前，自不能為權利能力之主體。然胎兒究有出生之一日，實為未來之權利主體，法律對於其將來之權利，實有預為保護之必要。自羅馬法以來，各國立法對於保護胎兒權利之方法，約分兩派：（一）關於其利益方面，概視胎兒為既生者；羅馬法，普國國法，瑞士，奧國及我民法（第七條）皆屬此派；（二）對胎兒利益之保護，按照具體的情形特行規定，法德，日民法，皆屬此派。所謂按具體情形特行規定者，即如於請求損害賠償，繼承及遺贈時，特認胎兒為既生者之謂也。

將胎兒視為既生者時，胎兒在法律上究有若何之地位？關於此關，有下列兩說：（一）胎兒於出生前，已有權利

能力，故得設置法定代理人，惟以死體分娩者，則溯及的喪失其權利能力，故此種權利能力，為附有解除條件者。此為制限的人格說。主此說者，為數極少。(一)胎兒於出生以前，無權利能力，惟以生體分娩者，始溯及的取得權利能力。此為人格溯及說。主張此說者極多。

● 據羅馬法，除此兩要件之外，尚有一要件，即胎兒於懷胎後至少經六個月出生，始得為權利之主體。不經六個月而出生者，謂之不熟兒 (Abortus)，與未生者同。

● 此兩說之外，尚有所謂胎兒法人說 (Koller, Lehrbuch S. 335) 及無主體權利說 (Haehlenberg, Vorträge S. 334)，皆為德國學者所主張。

## 第二項 權利能力之消滅

瑞士民法 (第三一條) 明言人之權利能力因死亡而終了。各國之民法及我舊民草，對於權利能力之消滅，則無特別之規定。蓋以在人格大滅等 (Capitis deminutio maxima) 置於法律保護之外 (Ouidlawry) 及準死 (Mort Civil, Civil death) 等舊制度久經廢止之今日，權利能力當然僅由死亡而消滅，無待明白規定也。但我民法 (第十六條) 及新民草 (第一條) 則做瑞士法例，明白規定：人之權利能力終於死亡焉。所謂死亡，即呼吸斷絕，心臟停止鼓動之謂也。

參考：New International Encyclopedia, Ouidlawry 與 Civil death 兩條，黃右昌羅馬法第二編第三頁，穗積民法總論第一二〇頁。

## 第三項 生死證明

人之生死，對於其權利能力，既有莫大之關係，故下列諸事實之知識，對於確定法律關係，極為重要：

- (1) 某人之出生時日。
- (2) 某人於出生時即行逝世？或死體分娩？
- (3) 二人以上出生之先後，雙生兒出生之先後。
- (4) 某人現在生存乎抑死亡乎？又於某時期生存乎抑死亡乎？
- (5) 某人死亡之時日。
- (6) 二人以上死亡之先後。
- (7) 某人之天然壽命。

外國立法例對於上列諸問題，尤其對於(6)項，設為種種之推定。法國民法(第七二〇條至七二二條)及羅馬法之流，設為『後死之推定』(Presumption de Survie)，德國民法(第一一〇條)，瑞士民法(第三二二條)二項(我民法(第十一條)及我新民法(第八條)設有所謂『同死之推定』(Vermutung der Kommorienten)。此種稱為推定主義。日本與我舊民法，全然不設若何之推定，關於生死之事，悉委於事實之證明。此種稱為無推定主義。無推定主義比推定主義較合於純理，然實際上之困難亦殊不少焉。



## 第二節 外國人之權利能力

關於權利能力，不依年齡，身分，宗教，性別，教育，財產等之差異而設區別，爲近世法律之原則；唯於國籍則不然，內國人與外國人之權利能力，則不能無所差異於其間。由沿革上觀之，外國人在法律上之地位，實由外國人無權利主義，經相互主義，進而爲平等主義。茲試略言其進化之歷史：

於古代社會中，國家之基礎在於宗教，各人權利之享有，亦受宗教上觀念之支配。同國人卽同教者，爲神所寵，故能降生於神國，外國人卽異教者，爲神嫌厭，故不能降生於神之國土。於此時代，外國人殆無若何之權利。及希臘建國時代，希臘文明超越鄰國，其鄙夷鄰國之思想，亦隨之而增，以爲外國人皆蠻夷鄙塞，故對於居留本國之外人，不承認其有相當之權利能力。至羅馬時代，鄙夷外人之思想，曾不少殺；然因其與鄰國交通日繁，版圖漸廣，故對於外國人 (*perignus*)，特設所謂萬民法 (*ius gentium*) 以治之，然市民法 (*ius civile*) 上之權利，外國人仍不能享有也。

爲近世法律淵源之一之古代日耳曼習慣，亦如羅馬法然，不承認外國人能享有權利；蓋古代日耳曼民族中，通行一種所謂連帶責任，社會中有一人犯法，社會中全體代其負責；一人受他人損害，全體代其要求賠償。故非其社會中之人員，不能在其社會中享有權利。日耳曼民族中，有所謂法蘭克人者，卽當時高勞人，乃現今侵入法蘭西之戰勝者，當其已入法土，裂土分茅漸成封建之勢，諸侯各於其領土之內，行使統治權。古日耳曼民族所謂外國人之觀念，至是一變而爲領外人 (*ambius*)，然領外人若移居於領土之內，對領主爲從屬之宣誓，則可受保護而享有

某種權利。及後封建制度瓦解，王權集中，外國人須對國王爲從屬之宣誓，始得其保護。然雖在此兩種情形之下，外國人亦並非能享有權利者；蓋對領主或國王爲從屬宣誓之外國人，早已不復爲外國人而爲領主或國王之臣民也。況領主或國王對於已宣誓服從之外國人，常行使所謂外國人遺產沒收權（*Droit d'aubain*），以侵害其利益，其心目中固不承認外國人權利之存在也。及孟德斯鳩與其他法理學者對此大加攻擊，世人始知其不公平，法國於編纂民法之時，始取所謂條約相互主義，卽外國人之本國，依條約與我國人以私權者，我國對於該外國人，亦照樣與以私權焉。奧大利民法（第三三條）則取法律相互主義，卽外國人之本國，依法律與我國人以私權者，我國對該外國人亦照樣與以私權也。千八百二十九年荷蘭民法（第二條）首先明白取用平等主義，對於權利能力，以內外人平等爲原則。千八百六十五年之意大利民法徵之，迨德國民法及瑞士民法制定之時，此原則殆已成爲自明之理，最近文明各國之立法，除美國諸州對東洋民族之特別權利能力特設諸種限制之外（最近移民法案之通過，益證明其排外主義之增強），餘皆莫不採取平等主義焉。

參閱羅權民法總論第一二二至一二四頁；鳩山日本民法總論第四七、四八頁。

### 第三節 行爲能力

行爲能力者，卽得爲法律行爲之能力也。換言之，卽依自己之意思表示能使法律行爲有效成立之法律上的地位也。

行爲能力，得分爲廣義的行爲能力 (Handlungsfähigkeit) 與狹義的行爲能力 (Geschäftsfähigkeit) 兩種：前者包含法律行爲能力與不法行爲能力（即責任能力）；後者則專指不法行爲能力以外之法律行爲能力而言。今茲所欲論述者，爲後一種。

行爲能力與權利能力不同。權利能力指得爲權利或義務之主體之資格而言；行爲能力，則指得親自爲取得權利或擔負義務之行爲之資格而言也。現代文明國家之法律，雖以人皆有權利能力爲原則，然有權利能力者，不必皆有行爲能力。

行爲能力雖與意思能力有極大之關係，無意思能力者即無行爲能力；然此兩者究非一物。意思能力 (Willensfähigkeit) 卽作成正常 (normal) 意思之心理上的能力，包含合理的認識力與預期力，瑞士民法（第一六一至一九條）所謂『判斷能力』 (Urteilsfähigkeit) 者是也。意思能力乃心理上之能力，行爲能力乃法律上之能力；故有意思能力者，不一定亦有行爲能力也。

民法上關於行爲能力之規定，乃強行之規定；故對無行爲能力者不能以契約視其爲有行爲能力者；對於有行爲能力者亦不能以契約視其爲無行爲能力者。

某人是否有行爲能力，其舉證責任，在於主張其爲無行爲能力者之人。

外國人之行爲能力，以依其本國法律之所定爲原則。

關於限制行爲能力，各國法例，向分兩種主義：（一）法律上承認絕對無能力者 (der Gesch. Unfähige)

與限制能力者 (der Beschränktgeschäftsfähige) 兩種；(1) 法律上僅承認限制能力者，而對絕對無能力者，則不設若何之規定。德國民法（第一〇四至一〇六條及一一四條，一九〇六條）採前一種主義，法國民法（第一一二三條以下）採後一種主義。我民法及新舊民律草案皆倣德國制，將行爲能力，分爲三種，即關於：(一) 有行爲能力之規定，(二) 無行爲能力之規定及(三) 限制能力之制定是也。

### 第一項 有行爲能力

具有得爲法律行爲之能力，謂之有行爲能力。必如何人而後有行爲能力，依各國立法例，須具左列二要件：

(一) 達於成年 人之智識，須達相當之年齡，然後可對其行爲，熟權利害，此成年制度所由起也。顧人須達若干歲而後可爲成年，此則各國法制互有不同。按法定成年年齡，丹麥爲二十五歲，奧大利爲二十四歲，荷蘭與西班牙爲二十三歲，英、美、德、法、俄、意，比，均爲二十一歲，瑞士與日本爲二十歲，我民法及新舊民律草案亦皆爲二十歲，蘇俄新民法則以十八歲爲成年年齡。

(二) 有識別力 識別力者，乃辨識法律上效果之意識力，即學者所謂意思能力，瑞士民法（一六至一九條）所謂判斷能力 (Urteilsfähigkeit) 是也。凡人達於某一定年齡，皆以有識別力爲原則。至如何人始有識別力，各國民法並無規定，只就無識別力者規定之，蓋除無識別力者外，其餘皆爲有識別力之人也。

如上所述，達於成年而兼有識別力者，始爲有行爲能力者。故有識別力之未成年人，與達於成年而無識別力之禁治產人及精神病人等，皆不得爲有行爲能力之人。

各國法制有不問人之年齡已屆成年與否，因成婚即認為成年者，如瑞士民法、土耳其新民法及我民法（第十三條第三項）是也。

有行為能力人所為之法律行為，在法律上完全有效。

## 第二項 無行為能力

無行為能力，即絕對不具有得為法律行為之能力也。詳言之，即其行為能力非僅於法律上被限制，乃法律上直視其為毫無行為能力也。

各國民法皆以年齡、判斷力及某一定身分為標準，以決定行為能力之有無。僅就以年齡為標準而論，各國立法例向分兩種主義：（一）劃一主義，即以成年期為標準，凡已達成年期者，皆視為具有行為能力，凡未達成年期者，概視為無行為能力。此種主義，無論在純理上在實際上皆不可通，蓋人類智能之發達，乃漸進的，非一時的，斷非一到成年期其智能卒然成熟，未到此期而遂一物不知，蠢如豕鹿也。外國法例對於補救此種缺憾，設有種種制度：法國民法（第四七七條以下）有解放或自治產（*émancipation*）之制度，法國及瑞士民法（法四七六、一四四、一四五條，瑞一四條二項，九六條）有婚姻成年（*Heirat macht mündig*）制度，德國、瑞士及我民法（德三至五條，瑞十五條，我民法十三條第三項）有成年宣告（*Volljährigkeitserklärung, Mündigkeitserklärung, émanicipation*）制度。劃一主義雖極呆板，然可用此等制度助其伸縮。（一）階段主義，即達成年期者雖皆為有行為能力，然對未達成年期者，則非一概視其為無行為能力，而將其分為數階段，凡不達某年齡者，視為絕對無行為

能力，達某一定年齡者，視其有行為能力，然須受一定之制限，迨達成年期而後始視其完全具有行為能力焉。此種主義，源出羅馬法，德奧民法倣之，我新舊民法皆採此制，將無行為能力分爲絕對無行為能力及限制行為能力兩種，限制行為能力於第三項再爲詳述，今茲僅述無行為能力，即絕對無行為能力。

依我民法之規定，無行為能力人可分爲兩種：

(一) 未滿七歲之未成年人 此種人年齡幼稚，識力缺乏，故法律視其爲無行為能力人，其所爲之行爲無效。法律特許其法定代理人（行親權人或監護人）代其行使權利能力焉。

(二) 禁治產人 (interdict) 常有心神喪失之情形，經一定人之請求，受審判衙門宣告禁其治產者，謂之禁治產人。法律設禁治產制度，一則欲以保護常在心神喪失之情形者之利益；同時將其心神喪失人之病症，預行宣告於衆，以保公衆之利益。宣告禁治產之要件，分爲實質的要件與形式的要件：(甲) 實質的要件，即有心神喪失之情形。所謂『心神喪失』，即缺乏思维能力之精神狀態。換言之，即缺乏合理的認識力與預期力——判斷能力——之精神狀態也。(乙) 形式的要件，即何人具有禁治產宣告之請求權。依日民法（第七條）及我民法（第十四條）之規定，本人，配偶，或最近親屬二人，有權聲請宣告禁治產。使本人有聲請權者，以本人於回復本心時，有保護自己之必要也；本人之配偶及最近親屬有聲請權者，以其與心神喪失人有密切之關係也；所以令最近親屬二人聯合而始能爲此種聲請者，因若任一人單獨爲之，恐因奪產爭權等陰謀，而陷被聲請人於不利，二人聯合爲之，則可望減輕此種弊竇也。具備上述兩要件，法院始得爲禁治產之宣告。受禁治產之宣告者，爲絕對無行為能力人，法律對

於此等無行為能力人，更爲之設監護人，以看護其身體，管理其財產，且代之爲法律行為焉。

禁治產之宣告，以其人有禁治產之原因（常有心神喪失之情形），禁治產之原因消滅時，禁治產之宣告亦當撤銷。禁治產由宣告始生效力，故其撤銷，亦須依宣告之程序。有權聲請宣告禁治產之人，即爲有權聲請撤銷禁治產宣告之人。有權管轄關於宣告禁治產之聲請之法院，對於撤銷之聲請，亦有管轄之權。——此爲法文上當然之解釋，不容稍有疑義者也。

### 第三項 限制行為能力

限制行為能力者，即其行為能力特受法律之限制之謂也。限制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，其行為能力實介乎此兩者之間。法律限制行為能力之原因有二：一、以意思能力爲原因者；有不以意思能力而以身分爲原因者。前者如滿七歲之未成年人及準禁治產人；後者如妻是也。滿七歲之未成年人及準禁治產人之被定爲限制能力人者，實以其意思能力不完全，此乃以意思能力爲原因者；妻之被定爲限制行為能力人者則以『尊重夫權』與『維持室家和平』之故，此乃非以意思能力而以身分爲原因者。茲將我現行民法及新舊民草所定爲限制能力者，分別說明之於下：

（一）滿七歲之未成年人 我新舊民草及民法（第一三條）皆取階段主義，對於未成年人分爲兩階段：一爲未滿七歲者，法律以其意思能力非常薄弱，絕對認其爲無行為能力；一爲已滿七歲之未成年人，其意思能力較之七歲未滿者，雖較爲發達，然其計較得失，審查利害終有不及成年人之處，若使之獨斷而爲法律行為，必常蒙不測

之損害，法律爲保護其利益計，規定未成年人之法律行爲除由法定代理人代理外，未成年人自爲負義務之行爲時須得法定代理人之同意，經其同意而爲之行爲，始爲有效，未經其同意之行爲雖非從始即爲無效，然法律上可以撤銷之。所謂法定代理人，即非基於本人之意思以取得代理權者，換言之，即委任代理人以外之代理人也。行親權之父母或監護人爲未成年人之法定代理人（舊民草第一四條一、二兩項）。

未成年人之法定代理人之權限，包含代理權與同意權。禁治產人之監護有代理權而無同意權；準禁治產人之保佐人，有同意權而無代理權；未成年者之法定代理人則兼有此兩權。所謂代理權，即代未成年者爲法律行爲之權利；所謂同意權，即對於未成年者已爲之法律行爲，與以同意，使未成年者得爲完全有效之法律行爲之權限也。故同意權亦稱爲能力補充權。此處所謂法律行爲，專指財產上之法律行爲，而非指身分上之法律行爲，蓋民法中身分上之法律行爲，特置重本人之意思，法定代理人固不能代之而爲，且於原則上亦以不要法定代理人之同意爲原則。

法律對於滿七歲之未成年人之財產上的行爲能力加以限制，其目的在於保護此等未成年人之利益。故於未成年人決不至蒙損害之行爲，或行爲能力之限定，對於未成年人反生不利不便之時，則不必泥守須經法定代理人同意之原則。法律上特設例外之規定，於下列數種情形之下，許未成年人得獨斷爲法律行爲，無須經法定代理人之同意焉：

(1) 專取得權利或免除義務之行爲 專取得權利者，即祇取得權利，絲毫不負義務之行爲也。如受他人之



贈與是。專免除義務者，即消滅現在擔負之義務，不再負擔他種義務之行爲也。如受債務之免除是。此種行爲，使未成年人得獨斷爲之者，以此種行爲係有益無損於未成年人也（民法第七七條，舊民草第一四條，日民法第四條但書）。

(2) 允許其處置財產時 此可分爲下列二種情形：(甲) 法定代理人預定目的，允許未成年人處置之財產，則未成年人於其所預定目的之範圍內，得隨意處置之也（日民法第五條前半，舊民草第一五條第一項）此所謂財產，固不限於金錢；所謂處置，亦固不限於移轉所有權；然實際上之適用，則以銀錢消費爲常例，如父母以定額之銀錢交付未成年人爲修學之費用，則未成年人於其修學之目的範圍內，如購紙筆買書籍等，得自由處置無須經法定代理人之同意是也。(乙) 法定代理人不預定目的，允許未成年人處置之財產，未成年人亦可將其財產隨意處置。例如父母每月以定額之銀錢與未成年人作零用，未成年人得將其銀錢自由消費之類是也。——此兩種情形，皆使未成年人得獨斷行爲者，蓋達於相當年齡之未成年人，爲修學及其他需要，既有必須歸其處置之財產時，若必事事須經法定代理人之同意，非特不勝其煩，且使第三人有所戒懼不敢與未成年人爲日常交易，其結果對未成年人諸多不利不便之處，是原爲保護未成年人者，適足以害之也。故法律（民法第八四條，舊民草第一五條第二項，日民法第五條後半）不能不有此規定也。

(3) 允許其營業時 未成年人之行爲能力所以受限制者，純以其知識未發達之故，其知識如已發達，足以營業，則行親權人或監護人應許其爲一種或數種營業。既經允許以後，未成年人對其營業，與成年人有同等能力，

換言之，即未成年人對於由其營業而生之一切行爲，均得獨斷爲之，無須一一再經法定代理人之允許也。若允許後，有不勝營業之情形，則法定代理人得將允許撤銷或加以限制，蓋非如此，則對未成年人之保護仍未周也。此項撤銷或限制，可與善意之第三人對抗，其效力僅向將來發生，不溯既往（民法第八五條一、二兩項，舊民草第一六條一、二兩項，日民法第六條。）

(4) 允許其爲他人服勞務時 未成年人受允許爲他人服勞務後，對於勞務法律關係之成立，變更，消滅及其履行義務，與成年人有同等能力，即對於勞務契約之締結，解除，或履行，均得自由獨斷爲之，不必再經法定代理人之同意也。但若認未成年人有不妥時，仍得撤銷或限制其允許（舊民草第一七條一、二兩項。）

(1) 準備禁治產人 (Quasi-interdit) 準禁治產人者，即下列三種人受準禁治產之宣告者也。準禁治產人雖非如禁治產人常有心神喪失之情形，然因其智能或機能之欠缺，或因一定之性癖，對於自己行爲之利害得失，有不能充分顧慮者，欲保護此等人之利益，對其行爲能力，不得不加以制限，此準禁治產制度之所由設也。

(1) 心神耗弱人 因精神上之障礙，致其判斷能力遠遜於常人之人也。心神耗弱人，雖非心神常有喪失之情形，完全缺乏辨識一切法律效果之能力，然因心神之不健全，故其權衡利害得失之能力，終較常人爲薄弱也。其耗弱之原因，無論爲先天的或爲後天的，然若其心神耗弱具有繼續性，則可爲宣告準禁治產之原因（舊民草二三條，新民草一二條第二項。）

(2) 聾人啞人及盲人 此數種人乃先天的或後天的殘廢者。其心神雖不一定耗弱，然因其身體上殘缺不

完，動輒影響於精神方面，且因容受知識及發表意思之機關缺而不備，於交易上每易惹起種種錯誤或不利益之處，故法律對此等人有特加保護之必要（舊民草二三條，新民草無此規定。）

(cc) 濫費人 (Verschwender) 屢有不相當或無益消費之人，謂之濫費人。不相當，即與其家境不相當；無益之消費，即並非維持生活及體面必要之費用之謂。換言之，所謂濫費，即與其人財產狀態及社會上地位相當之財產之消費也。但濫費須已成一種性癖，若偶然濫費者，不得爲準禁治產之原因。德、瑞民法更定爲非有將自己或其家族陷於窮乏之虞者，亦不得爲準禁治產之原因（德國民法第六條第一項，瑞士民法第三七〇條，舊民草二三條，新民草一二條第三項。）

以上三種人，雖同可爲被宣布準禁治產人，然其所以可爲準禁治產之理由，則略有不同，一、二兩種人之所以爲準禁治產人，乃因智能缺乏，若第三種人，則因有一定之性癖，其理由固有別也。

準禁治產之宣告，亦與禁治產宣告相同，須有人向法院聲請（舊民草第二三條第二項，日民法第一三條，）得爲準禁治產之聲請人，與得爲禁治產之聲請人同，但保佐人不在其內。

準禁治產宣告之效力，可分爲二：（一）受準禁治產宣告之人，爲限制行爲能力人，其行爲能力與滿七歲之未成年人同，即在原則上不得獨斷爲法律行爲也。（二）應爲準禁治產人置保佐人 (curator)。準禁治產人之行爲能力，既與滿七歲之未成年人受同等之制限，則法律不能不爲之設置補助其能力之人，其人爲何，即保佐人是也。準禁治產人爲法律行爲時，原則上須得保佐人之同意，否則保佐人得撤銷之（舊民草第二五條第二項，日民法

第一二條第末項。保佐人與禁治產人之監護人不同，僅有同意權而無代理權，換言之，即保佐人非準禁治產人之法定代理人。

準禁治產之原因消滅後，得以聲請撤銷其宣告，其得以撤銷之原因，與禁治產宣告撤銷之原因同。

法日民法及我舊民草，均有準禁治產之規定，我現行民法則以此種制度不合現時國情與經濟習慣，不復採用。

(二)妻 (married woman) 近世東西各國，凡私法上之權利，女子以得與男子同等享有為原則，是權利能力，男女平等也。至關於行為能力，原則上固亦男女平等，但女子一旦結褵而為人妻，則其行為能力，每生多少之變化。是以關於妻之行為能力，古今各國之立法例，頗不一致：

(A) 無能力主義 以妻為完全無行為能力者，妻之行為從始即視為無效。採此主義者為日耳曼古法、英吉利普通法、北歐諸國，如瑞典、丹麥、挪威之固有法（一七三四年之瑞典法典，及一六八三乃至一六八七年之丹麥及挪威法典，以妻為完全無能力者，服從夫之監護。然丹挪二國近時改正法律，以妻為限制能力者。）

(B) 限制能力主義 法蘭西法系諸國之法制，多採此主義。妻雖非完全無行為能力，然其能力須加多少之制限。妻之行為於某範圍內，須得夫之許可，未經許可之行為，夫得撤銷之。此又可分為二：(1) 以妻為無行為能力為原則，對於一般之行為，須得夫之許可，法蘭西、西班牙、葡萄牙之法律屬之；(2) 以妻為有行為能力為原則，僅對於特定之行為，須得夫之許可，意大利及日本之法律屬之。

(C) 有能力主義 對於妻之行爲能力，不加限制。此又可分爲二：

(1) 首長主義 夫妻結合，成一團體，以夫爲首長，對其共同事務，夫有決定之權。採此主義者，有德國（德國古法本以妻爲無行爲能力者，及繼受羅馬法，隨而起多少之變更，始成此主義，故夫之地位，仍較妻爲優越也）、瑞士、奧大利（奧國於一八一一年取羅馬法主義，妻除經營商業之外，無論何種行爲，皆不須夫之同意）、匈牙利（現行法及一九一三年民法草案）、俄羅斯（妻有完全行爲能力，唯不能爲票據行爲）等國。

(2) 對等主義 德、瑞、及匈牙利民法草案，逼近對等主義，然關於共同事務之決定權，則仍屬於夫，故不能稱爲嚴格之對等主義。可以純然稱爲對等主義者爲：一七九三年之法蘭西民法第一草案，與比利時民法草案。後者以法蘭西法爲基礎，尤能貫徹論理的對等主義。

我國舊民法草案取限制能力主義中之第一種主義。凡因婚姻之結果而取得妻之身分者，皆爲限制行爲能力人。至於婚姻關係成立前之女子，與婚姻關係消滅後之女子——即未婚之女子與寡婦——則並不爲限制能力人。蓋民草以妻爲限制能力人之理由，實爲「尊重夫權」與「維持家室之和平」也。舊民草之理由，並不充足。蓋壓抑一方，以求維持家室之和平，在現代新潮澎湃之秋，無論其有所不能，即或免強能之，然此種強壓的和平，和則和矣，然揆之公理，豈得謂平余謂維持家室和平之道，必非對於妻之行爲能力加以制限，即將夫權縮小（如美國某州夫於處分自己重要之財產時，須經妻之同意）亦未始不能達此目的也。新民律草案總則編對於妻之行爲能力，不設若何限制，然親屬編仍因舊草案之制度。我現行民法對妻之行爲能力，絕對不加限制，革命政府之法

律，固應爾也。

探限制能力主義之國家，其法律以妻為限制行為能力人，故凡一切法律行為，原則上須經夫（成年之夫，若夫未成年，則對於妻之行為，須經法定代理人之同意，始能允許）允許，始能為之，否則，夫對其行為可得撤銷之。但遇下列諸情形，則妻之行為，無須經夫之允許：

（甲）屬於日常家事之行為。此種行為，若必一一須經夫之允許，則不勝其煩，故各國法律對於日常家事之行為，無不委於妻之獨斷行為者。妻之日常家事之代理權，或以之為委任代理，或以之為法定代理。法國民法（第一四二〇條）取前說；德國民法（第一三七五條）取後說，日本民法亦取後說。余以後說為宜。此乃妻之身分權，非妻不能行使者（舊民草第二七條一、二兩項）。

（乙）經夫之允許，實有不利不便及不合條理者（舊民草第三〇條，日民法第一七條）。

（1）夫妻利益相反（不利）

（2）夫遺棄其妻（不利）

（3）夫為禁治產人或準禁治產人（不合條理）

（4）夫為精神病人（不合條理）

（5）夫受一年以上之徒刑在執行中者（不便）

（丙）經夫允許營業。妻之所以為限制行為能力人者，依舊民草所述之理由，蓋為『尊重夫權』與『維持

『家室和平』之故，妻既經夫之允許而爲一種或數種之營業時，則由營業而生之一切行爲，妻當然得獨斷爲之，而無須再經夫之允許也。（舊民草第二八條第一項，日民法第一五條。）

夫對妻營業之允許，可隨時撤銷或限制之（舊民草第二八條第二項，日民法第一六條。）此與對未成年人撤銷或限制其營業之允許，同其旨趣。其所不同者爲：

（1）無須有不勝營業之情形

（2）不得與善意之第三人對抗 所謂第三人，即指夫與妻及其承繼人以外之人；所謂善意，即不知撤銷或限制之事實之謂；所謂不得對抗，即不能主張撤銷或限制之謂。

妻之行爲能力之所以受有限制，純因婚姻之效果，即不外爲夫權之內容，故學者間常有主張其不應規定於總則編限制行爲能力節，而須於親屬編婚姻之效力節規定之者。

●法學新報第二六卷第八號岡松參太郎博士要在私法上之地位。

#### 第四項 相對人之保護

限制能力人不遵法定補充能力必要之方式而爲之法律行爲，得由限制能力人一面之意思撤銷之，而相對人初無撤銷之權，故相對人往往處於危險地位。法律爲保護此等人之利益計，特設下列兩種方法：

（一）追認之催告（Anforderung） 限制能力人未遵法定能力補充必要之方式所爲之法律行爲常存一可得隨時撤銷之情狀，使永不確定，致財產失其流通，且使相對人常有蒙不測之損害之危險，法律特與相對人以

追認之催告權，欲使不確定之法律關係歸諸確定。蓋催告者，即定一短期間使限制能力人方面爲追認與否之確答也。故催告實爲一種意思通知（Willensmitteilung）。催告有於（甲）限制能力人成爲有能力人後爲之者；有於（乙）限制能力人尙未成爲有行爲能力人之時爲之者；試分別論述於下：

（甲）相對人於限制能力人之限制能力原因終止後（例如未成年入達於成年，準禁治產人受準禁治產撤銷之宣告），得定一月以上之期間，對於本人爲追認之催告，令其對於可得撤銷之行爲，爲確答是否追認，若受催告者於其期間內，承認其所訂立之契約，其承認與法定代理人之承認有同一效力。若不發確答，則視爲撤銷其行爲（民法第八一條一、二兩項，舊民草第三二條，日民法第一九條第一項）。

（乙）相對人對於限制能力人之限制能力原因尙未終止時，得定一月以上之期間，對其補充能力人（如於未成年入則爲行親權人或監護人，於準禁治產人則爲保佐人，於妻則爲夫）爲追認之催告，令其對於得撤銷之行爲，確答是否追認，若受催告者於其期間內不發確答，則視爲撤銷其行爲（民法第八〇條一、二兩項，舊民草第三三條，日民法第一九條第二項）。

經相對人之催告而發追認之確答者，其法律行爲從始即爲有效，若經催告而仍不發確答，則其法律行爲視爲撤銷，從始即爲無效。

相對人爲追認之催告時，其從前所爲之法律行爲有效與否，視乎受催告者之確答與否爲斷，其權完全操諸受催告者。對於相對人權利之保護仍屬萬分不足。我現行民法更進而規定：『限制行爲能力人所訂定之契約，未



經承認前，相對人得撤回之。蓋所以使相對人對於尙未完全成立之法律關係，亦有撤回之機會也。（第八二條）但訂立契約時，知其未得有允許者，則不能撤回，蓋未成年人之利益，亦同時顧及也（同條但書）。

（二）撤銷權之剝奪 法律與限制能力人以撤銷權者，乃爲保護限制能力人起見，若限制能力人用詐術使人信其爲有能人，或使人信其爲已經行親權人，監護人，保佐人之同意或允許者，則法律自無保護之或尊重之之必要，故法律於此情形剝奪限制能力人之撤銷權，而使其行爲不能撤銷焉（日民法第二〇條，民法第八三條，舊民草第三五條）。（甲）所謂使人信其爲有能人者，非謂使人信其爲有一般能力之人，僅信其對某爲行具有行爲能力爲已足；（乙）所謂用詐術，不特有詐欺之故意，且須積極的用詐欺之手段，單向人聲言自己爲行爲能者，不能謂之用詐術；（丙）相對人須誤信，若相對人明知其爲限制能力人或明知其未經法定代理人之允許，則無保護相對人之理由；（丁）具備上列諸要件時，限制行爲能力人之行爲，完全有效，限制能力人之本人固不能撤銷之，卽其法定代理人亦不能撤銷之也。

#### 第四節 責任能力

責任能力 (Deliktsträfigkeit) 者，卽對於侵權行爲能負擔法律上制裁之資格也。蓋侵害他人權利之行爲，必有法律上之效果，卽必有法律上之制裁，擔負此種制裁，謂之責任；爲侵權行爲之人，具有擔負此種制裁之資格，謂之責任能力；故曰：責任能力者，卽對於侵權行爲能負擔法律上制裁之資格也。

能任侵權行為之責任與否，以責任能力之有無爲斷；有責任能力人所爲之侵權行為，本人應負其責；無責任能力人所爲之侵權行為，本人可不任其責。而責任能力之有無，又以識別力之有無爲準；有識別力者，爲有責任能力；無識別力者，爲無責任能力。但原則上假定：凡人皆有責任能力；故吾人因故意或過失而侵害他人之權利者，對於侵權行為，須負其責（舊民草第三七條。）

如上所云，凡人雖皆以有責任能力爲原則，然事實上不能不有例外。所謂例外，卽人類中事實上有無責任能力之人是也。我新舊民草所認爲無責任能力之人有兩種：由法律規定者，由事實判定者。

（一）由法律規定 未滿七歲之未成年人爲無責任能力者。蓋此等人對於加害行為之是非，實無識別之能力，故不應使其負責也（舊民草第三八條，新民草第一四條。）

（二）由事實判定 由審判官從事實上判定其爲無責任能力者。此可分爲下列兩種情形：

（A）滿七歲之未成年人及七十歲以上之老人，若於爲侵權行為時，無識別力，則可不任其行為之責（舊民草第三九條，新民草第一四條第二項。）

（B）在心神喪失中爲侵權行為者，不負責任；但其精神喪失須非因故意或過失而發者。若欲爲侵權行為而特假酒力，致使心神喪失者，則對其行為，須負責任（舊民草第四〇條，新民草第一五條。）

我現行民法總則編對於責任能力，雖無明白規定；然凡有行為能力之人，俱有責任能力，此爲當然之解釋也。

## 第五節 住所

### 第一項 住所之意義

住所 (Domicile) 卽人之法定居所 (Legal residence)。凡人須於一定地方，定立住所，以決定其法律上之地位，以爲其權利義務之準據。此乃現代法律學上之一種新主義。住所之名及其概念與乎設立住所之必要，亦由現代法律上之所謂屬地主義而產生。在古昔時代，法律多採屬人主義，其時爲權利義務之準據者，不爲住所而爲國籍。蓋若採此主義，則無論國民現居何國，而其本國之法律可直接支配之也。降及後世，領土主權之觀念大熾，法律皆採屬地主義，凡住居一國領土之內者，不論其屬何國籍，皆須受所在國法律之支配。此時爲權利義務之準據者，不爲國籍而爲住所，而住所遂形重要矣。顧住所究爲何物？住所係指一定之地域（各人生活之根據地，卽生活關係之中心點）乎？抑指住居某一定地域之意思乎？前者曰客觀主義，後者曰主觀主義，兩者各有所偏。蓋採客觀主義，則不視居住之意思能生法律上之效果，故住所之設定，變更或廢止，在客觀主義論者視之，簡直毫無意義。蓋此等行爲，並非法律行爲也。主觀主義，則甚重居住之意思，故由此派之眼光觀之，無意思能力者及不能以自己之意思而決定住所者，其法定住所，亦不能謂爲嚴格的住所。折衷此兩種主義之間，不偏不畸者，則有所謂折衷主義。斯托立 (Justice Story) 及武爾式 (Dr. Woolsey) 之言，最能闡明此主義之真諦。斯之言曰：『設定住所須有兩事爲不可少者：其一爲居所，其一爲以此居所爲住所之意思。』武爾式更補足之曰：『住所一經設定，則不能因經商，

尋求娛樂，返還從前之住所或故國之故，暫時離開現在之住所，而遂謂其廢止現在之住所。』故一人同時可爲某國之人民，可於他國設定住所（因住所問題與公民問題絕不相同也），又可於第三國暫時居住。

由上以觀，折衷主義乃以本人之意思——即主觀要素（*animus*）——與該意思之實行——即客觀要素（*corpus*）——兩者相待而設定住所。德國民法（第七條）瑞士民法（第二三條）蘇俄民法（第一一條一項）皆取此主義。我民法第二〇條第一項規定：『以久住之意思，住於一定之地域者，即爲設定其住所於該地。』蓋亦取折衷主義也。舊民草第四一條及新民草第二一條之規定，與此略同。此處所謂有久住、常居或永居之意思，即指有繼續居住之意思，故縱令如武爾式所云云，暫時離開現在之住所，然於若干期間內，有返還其處所之意思或事實，亦不失爲有常居之意思。

### 第二項 住所之個數

吾人之住所，得同時設有兩個或兩個以上乎？抑祇應有一個乎？關於此點，各國之立法例甚不一致。羅馬法及德國民法許人同時具有兩個住所，歐、美現代之法律，則祇許人具有一個住所。民法（第二〇條第二項）及民草（舊第四二條，新第二一條第二項）亦不許人同時有二處住所。就適用上言之，同時設有二處住所，則法律關係易致紛雜錯亂，遠不如一個住所之法律關係較爲明確也。

### 第三項 住所之種類

美國法家霍吞（Wharton）嘗將住所分爲出生住所、任意住所及法定住所三種。霍氏之分類，爲法學界所公

認，余亦根據氏之分類，以行論述：

(甲) 出生住所 即以出生地而定之住所也。

(乙) 任意住所 即以人之意思而決定之住所也。此種住所，可由各人自由設定，廢止，或變更之。

(丙) 法定住所 由法律規定之住所也，其種類有五：

(1) 妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所（民法第一〇〇二條，但夫之住所無可考，或無住所及與夫別居者，不在此限。舊民草第四六條，德第一〇條。）

(2) 無行爲能力人及限制行爲能力人以其法定代理人之住所爲住所（民法第二一一條，蘇俄民法第一條二項。）

(3) 法人以主事務所之所在地爲住所（民法第二九條，舊民草第六四條，新民草第三三條。）

(4) 現役軍人以其衛戍地爲住所（德民法第九條至第一一條，瑞民法第二五條。）

(5) 海員以其自願的居住最多之陸地爲其住所（美國某幾個法庭之判例。）

#### 第四項 住所之效果

民法所以規定住所，蓋欲使各人之法律生活，集中統一於一定之地點，已如前述，故民法或其他法律，多予住所以種種法律的效果，茲試列舉之：

(1) 爲締結關於動產契約之地點

- (2) 爲定立遺囑及破產之地點
- (3) 爲定履行債務地點之標準
- (4) 爲失蹤之標準
- (5) 爲義務的保證人之一資格
- (6) 爲繼承之開始地
- (7) 爲辭任監護人之理由
- (8) 爲票據行爲之地點
- (9) 爲審判管轄之標準
- (10) 爲裁判上期間之伸長及附加之標準
- (11) 爲決定國際私法上準據法之標準
- (12) 爲歸化及回復國籍之條件
- (13) 爲戰時決定財產權之標準

第五項 居所（或寓所）

居所 (residence) 者，因一定目的暫時居住之處所也。其與住所之區別，卽在於無常居之意思，其所謂暫時，亦並非卽爲短促時間之義；如因經商而寄居某地，初係暫居，而竟一住十年，苟尙無設定該地爲其住所之意思，則

仍得謂之居所，居所之數，與住所不同，同時可有數處，遇有左列兩種情形，居所可視為住所（民法第二二條，舊民草第四四條，新民法第二三條，日民法第二二條）

一、住所無可考者

二、於本國及外國均無住所者（但須依住所地之法令時不在此限）

#### 第六項 假住所（或臨時住所）

假住所或臨時住所（special domicile），法國學者又稱之為選定住所（domicile dévolutions），即當事人為特定行為所選定之處所，關於該行為，與住所有同一之效力者也。此種制度，唯法、日法例有之，德國法例則否。我民草（舊第四五條，新第二四條）從日、法之例。我現行民法亦然（第二三條），但對此種住所，未錫以專名耳。

假住所僅依選定行為為定之，當事人無需住居該地，當然非生活之根據地；然所謂與住所有同一之效力者，僅就受諸種通知或履行債務之地點言之耳。此種選定行為，係法律行為，應適用行為能力之規定；其選定也，通常係以契約為之，但依單獨行為亦可，且明示的或默示的為之均可。

#### 第七項 失蹤

與住所最有關係，而為吾人所須研究者，則失蹤（absence）是也。所謂失蹤，即去向來之住所或居所而生死不明之謂也。故失蹤，第一須有離去其住所或居所之事實；第二須生死不明，即去其住所或居所後，渺如黃鶴，音信毫無，其存其沒，無從而知也。

失踪人所遺留之財產，不能任其滅失或毀損，而必須設法代為管理，在昔羅馬當時，已有失踪者財產管理人 (Curator bonorum absentis) 之制度。近世諸國之法制，對於失踪人所遺留財產之管理，分兩種主義：(一)法蘭西民法 (第一一二條) 對於失踪人不遽斷定其為死亡，而依失踪時期之長短，分為三個時期：第一期為失踪人管理其財產；第二期宣告失踪 (déclaration d'absence)，使承繼人暫時占有其財產 (possez provisoire)；第三期對其財產確定占有 (possession définitive)，對於失踪人直推定其為死亡。(二)德國民法 (第一三條) 及瑞士民法 (第三五條) 於規定財產管理之外，(德民法第一九一條) 復設死亡宣告 (Todeserklärung) 及失踪宣告 (déclaration d'absence 瑞士法) 之制度，推定失踪人為死亡。日本民法與我民法 (第八第九條) 及舊民法皆做第二種之立法例。惟日本民法關於管理失踪人之財產，規定於民法之中 (第二六至二九條) 我民法 (第一〇條) 及舊民法則將其規定於非訴訟程序中，蓋此等規定，皆為關於程序法之規定，無規定於實體法中之必要也。

關於住所參考：Dicey, *The Law of Domicile* (London, 1879); Round, *English Law of Domicile* (London, 1861);

Westlake, *Private International Law* (4th ed., ib., 1905). 關於失踪參考：鳩山秀夫，*日本民法總論* 上卷第一一二至一一三頁。

## 第六節 死亡宣告

### 第一項 死亡宣告制度之必要



死亡宣告 (Todeserklrung) 者，乃生死不明之失踪人，其失踪經過一定之期間，經利害關係人之聲請，由該失踪人之初級法院，推定其死亡，而宣告之也。蓋生死不分明之失踪人，其後有生死分明者，亦有生死永不明者。若生死永不明，則與其人相連之身分財產等各種關係，永難確定。此種遊移不定之狀態，其影響及於個人與社會者，至深且鉅；故近世各國法制（法國民法第一一二條以下，奧國民法第二四條，德國民法第一三條以下，瑞士民法第三五條以下，蘇俄民法第一二條）對於生死永不明之失踪人，設死亡宣告制度，蓋欲使各種法律關係確定，不得不爾也。我民法及新舊民草之死亡宣告制度，大體爲倣德國民法者。

## 第二項 死亡宣告之要件

法院爲死亡宣告，須具備左列諸要件：

（一）失踪人之生死不分明 所謂生死不分明，卽謂失踪人爲存爲沒，在不能證明之狀態也。此所謂不能證明，並非謂一般人皆不能證明，僅請求宣告人及法庭不能證明足矣。

（二）生死不分明繼續若干期間 德、瑞、日等國之民法及我新舊民草規定下列兩種期間，非經過此種期間，不許爲死亡宣告。此兩種死亡期間，一曰普通期間，爲期十年，凡失踪人繼續失踪十年，而其生死不能分明者，得爲死亡宣告（舊民草第五七條，新民草第四條一項，德民法第一四條）。此種期間從得最後音信之日起計算之。但我新民草（第四條第五項）則定爲從得最後音信之次年起算。一曰特別期間，爲期三年，凡失踪人因各種危難而繼續失踪至三年之久，且其生死復不分明者，得爲死亡宣告。此種期間從危難消弭後起計算之。我新民草（第

四條第五項)則定爲從危難消弭之次年起算。所謂危難，德、日民法皆取列舉主義，而我民法及新舊民草則否，然危難之種類，若依先進各國之法例，可分三種，即：(一)水上危難，(二)戰爭危難，(三)其他危難——即上述兩種事變以外所發生之危難——是也。

普通期間與特別期間之長短，依各國交通之情形而有所不同。我新舊民草皆定爲十年，三年；德民法爲十年，五年；日民法爲七年，三年；瑞士民法爲五年，一年；蓋交通愈發達，則此種期間益趨短縮也。

蘇俄民法(第一二條)對於失踪滿五年者，得爲死亡之宣告，無普通與特別期間之分。我現行民法(第八條第二項)於普通及特別期間之外，復規定：「失踪人爲七十歲以上者，得於失踪滿五年後，爲死亡之宣告。」蓋人生七十古來稀，對此高年之失踪人，其宣告死亡之期間不妨稍速也。

(三)利害關係人之聲請 此處所謂利害關係人，即對於死亡宣告有法律上利害關係之人也。如失踪人之法定繼承人，法定代理人，受遺人，及因失踪人之死亡得保險金之人是；失踪人之債權人債務人，有時亦爲利害關係人。利害關係人中，所以不列入檢察官者，因死亡宣告制度以保護繼承人及其他利害關係人爲主要之目的故也。

(四)法院爲公示催告 法院於收受死亡關係之利害關係人之聲請之後，須先爲公示催告。所謂公示催告(Aufgebotsverfahren)即法院確定不分明事實之手續也。在此情形，法院對於失踪人及知失踪人生死之人爲一種公示，催其於某一定期間內，將失踪人生死存亡之事實，呈報法院。在此期間內，若無生存事實之呈報，法院始

能爲死亡宣告。

### 第三項 死亡宣告之效果

關於宣告死亡之效力，日本民法與德國民法所取之主義不同。日本民法視爲死亡，德國民法則推定爲死亡。惟其視爲死亡，故不得更舉反證，以證明其未死亡；惟其推定爲死亡，故主張其死亡者，固無須證明，而欲爲反對主張者，則仍得舉反證以證明之。我民法及新舊民草之規定，皆倣德國制。

死亡宣告之效力，既如是之重大，故其效果發生之時期，甚爲重要。對於此點，各國所取之主義頗有異同：

- (1) 以法院宣告之日，或其宣告確定之日爲死亡之時期；
- (2) 以裁判官所認定死亡之日爲死亡之時期；
- (3) 以最終音信或危難發生之日爲死亡之時期；
- (4) 以死亡期間滿了之日爲死亡之時期。

奧國舊民法（第二七八條）採第一種主義；瑞士民法（第三八條第二項）採第三種主義；德國民法（第一八條）兼採第二第四兩種主義；日本民法與我新舊民草俱取第四種主義。我現行民法（第九條）則兼採第二第四兩種主義。

關於死亡宣告效果所及之範圍（即其效果係對於何種關係發生），立法例及學說，尙未一致，概括言之，約有三種：（一）僅及於財產關係，此爲德國普通法時代之多數說；（二）與自然死亡無異，凡本人之一切法律關係，均

因之消滅，此爲日本學者所取之見解；(三)財產關係，雖全然變動，然親屬關係，則設有限制，此爲德、瑞民法所取之主義（德民法第一八四八條，瑞民法第一〇二條。）

被宣告死亡之人，苟實際尙屬生存，當然與一般自然人無異，仍有權利能力，且其公法上之關係，亦不因受死亡宣告而受影響。

#### 第四項 死亡宣告之撤銷

死亡宣告，本爲法律上之擬制，故被宣告死亡之人，實際生存者有之；而實在死亡之日，與宣告死亡之日不符者亦有之。此事與本人及利害關係人之利害，至深且鉅，法律宜設救濟之道，故我舊民草規定於宣告死亡後，得撤銷其宣告也（第九五條。）

依我國法律，死亡宣告，及撤銷死亡宣告之程序，悉規定於民事訴訟律中。但日法則將其規定於民法之中。

參考書：鳩山秀夫日本民法總論上卷第一一八至第一二六頁；續橫重遠民法總論上卷第一九七至二一〇頁。

#### 第七節 人格權之保護

人格權爲存於吾人自身上之權利，較財產權尤爲重要。法律關於財產權如債權物權等，既設有詳細之規定，關於人格權，自宜有保護之規定。惟各國民法於總則中規定之者極少。瑞士民法對此有較詳細之規定，我現行民

法及新舊民草之規定，係仿瑞士民法而來者。茲將人格權之保護，分爲兩項說明之：

(甲) 能力之保護 權利能力與行爲能力，雖一爲享受權利之資格，一爲爲法律行爲之資格，並非權利之本身；但此兩種能力，對於維持吾人之人格權，極爲重要，若將其全部或一部拋棄之，則其人之人格，必受缺損，故此兩種能力，不得拋棄（民法第一六條，舊民草第四九條，新民草第一六條，瑞士民法第二七條。）

(乙) 人格之保護 此又分爲兩種：

(一) 抽象的規定 關於人格之被侵害及其保護，各國民法，多以之爲侵權行爲而規定之於債權編中。如德國民法（第八二三條），日本民法（第七一〇條），對於侵害人之生命，身體，健康，名譽，自由等行爲，均定爲應負賠償之責。我舊民草第九六〇條，雖仿德、日民法，有類似之規定，然猶以爲未足，復仿瑞士民法（第二八條），於總編（舊第五一條，新第一八條），設有兩種保護之方法，即人格關係或人格權受侵害時，第一，得請求屏除其侵害；第二，得請求賠償或慰撫金。現行民法總編（第一八條第一、二兩項）亦有如是之規定。

(二) 具體的規定 人格權中，以自由權及姓名權爲較重要，故各國民法獨對於此兩種權利，設爲保護如下：

(1) 自由權之保護 吾人依法律享受自由，乃吾人之權利；故人若將自由拋棄，則其人之人格，必受缺損，故法律對此特加禁止；又吾人之自由，固非不可以吾人自己之意思加以制限者，但若違背公共秩序，則亦非法律之所許（民法第一七條，舊民草第五〇條，新民草第一七條。）

(2) 姓名權之保護 此又可分爲二：

(a) 姓名之登記 姓名之專用，亦屬一種人格權，故須依戶籍法登記，然後可與善意之第三人對抗；日後如因別種理由，欲更改其姓名，則須經主管官署之允許，重行登記，始為有效。——但若相對人因其更改姓名而受損害，得從其知悉之日起，一年之內，請求撤銷之（舊民草第五二至五四條，瑞民法第三〇條。）

(b) 保護之方法 卽姓名權受侵害時，得請求屏除之，並得請求損害賠償；其侵害恐有繼續之情形者，得請審判衙門禁止之，並請求損害賠償之擔保（民法第一九條，舊民草第五五條，新民草第一九條第二〇條，瑞士民法第二九條，德國民法第一二條。）

## 第三章 法人

### 第一節 汎論

法人 (Legal person, juristische person) 乃社會的組織體，而為法律承認其權利能力及行為能力者也。學者間有以『法人乃非自然人而為權利之主體』者，此種定義雖非謬誤，余以其過於形式，故不取焉。

法人制度不自近世始，以社會的組織體與構成組織體之個人同為活動之主體，此種事實，古已有之。迨乎近世文明日進，社會進步，一方因國民之公共心大為發達，一方因經濟上之必要，法人制度，遂亦大為進步，法律中關於法人之規定，因之日趨詳密。然返觀歐洲各國稍舊之法律，法人制度，甚為不備。百餘年前所制定之法國民法，其

中殆無關於法人之規定，唯關於贈與，始間接承認法人之存在，然此種規定，亦祇不過一條而已。模倣法國民法而制定之諸國法典，關於法人之制度，亦甚不備。然因前世紀下半期，各種法人甚為盛行，此等國家，迫於實際之必要，從新設立關於法人之法規，一八六五年制定之意大利民法及於是年後編纂之比利時民法草案，即為其最顯著之例。即在法國，亦嘗從事於法人法律案之調查，故關於法人之法規，亦因之稍臻完備。然較為完備者，為德國法系諸國之法律，而該法系中之最稱完備者，首推德國新民法。日本民法關於法人之規定，乃專倣德民法，尤其是德民法第一草案。我民法及新舊民草中關於法人之規定，大致係仿瑞士民法，除法人通則外，更分別規定社團法人及財團法人，而於公法人則略之。英、美法關於法人之制度與大陸迥異。有社團法人而無財團法人。蓋按照英、美法制，若有財產於此，欲充慈善事業之用，則須將其財產委託某人或某社團法人，請其代此種目的。若設立遺囑者僅依捐助行為將其財產撥充慈善事業之用，而未指定代其執行此種目的之人，則其財產之所有權仍然屬諸後繼人或遺囑執行人，直至另行委定執行此種目的之人而後已。蓋在英、美法上絕靡有無社員之法人如德國法系之 *Stiftungen* (財團法人) 者也。又，英、美法上之法人，復可依社員之人數，分為兩類：一為由多數社員組成之社團法人 (*corporation aggregate*)；一為唯一人之繼續人格，曰 *corporation sole*。 *Corporation sole* 包含現任某種職缺 (*office*) 之人 (*singular member*) 及其繼任者 (*successor*) 在內。於某種情形之下，繼任者所享受之權利，與前任者相等，則 *corporation sole* 即為成立。此種法人之特點為：(一) 若經已成立，則在職之人可為其本身或其繼任者取得財產；(二) 屬於職缺 (*office*) 上之財產，若受侵害，在職者可設法免除之；(三) 在職者有時可與

他人訂立一種契約，以拘束或保證繼任者之利益。在英國法上，此種法人之例證頗多，如英皇、大主教（bishop）、郵務總監等是也。在美國則此類法人，爲例甚夥。紐約城中，由七人或七人以上所組成之合股公司，若用其總理之名義爲原告或被告時，則其總理始成爲訴訟上之 corporation sole。

● (Gray, The Nature and Sources of Law, p. 57; Geldart, Elements of English Law, p. 104; The New International

Encyclopedia, Corporation 條)

## 第二節 法人之本質

法人究爲何物？此問題甚屬重要。蓋因法人之行爲能力、董事之性質等問題，皆隨法人本質如何而決定也。顧自十九世紀後半期以來，學者間對此問題，尙聚訟紛紜，莫衷一是。茲將各派學說之大要，略陳於後：

(一) 擬制說 (Fiktionstheorie) 擬制之說，其源甚古，非始於近代。羅馬法中法人之思想，以擬制說爲其核心。而所謂『擬制人』(persona ficta, persona representata) 一語，亦從古已有。然其說之大成，實藉德國歷史法學家薩焚宜 (Savigny) 之力。薩氏於其大著現行羅馬法論第二卷第八十五節至百零二節，對於法人之意義、種類、沿革，及其成立、消滅、組織乃至權利，皆有詳細之記述。對於法人爲嚴正的法學的研究，實以氏爲嚆矢。彼謂：『法人爲人工的單純擬制之主體……即僅因法律上之目的而被承認之人格者。』其說風靡一世。在德國有帕殊塔 (Puchta, Corporationen in Weiskes Rechtlexicon III S. 65 f; Institutionen §190;



Pandekten § 25 f.) 等祖述之在奧國則有翁格 (Unger, Österreichischer Privatrechts § 42 f.) 採用之薩氏之著作，復由哥奴翻譯之功 (Savigny, Traité de droit romain, trad. de Guenoux, 1839) 輸入法國，復轉而輸入意，比，英，美，諸國。此說之大要為：祇有自然人始能為權利之主體，非自然人而為權利之主體者，僅賴法律擬制 (fiction) 之力，方始能之。此說之缺點，經學者痛加指摘，幾於體無完膚，其中尤以勃林斯 (Trinius) 之評語，最稱痛快。勃之言曰：將無意思之物，勉強作為有意思，且名之為人格者，此與將本來無釘之壁，視為有釘，且從而懸掛衣物焉，其荒謬之程度，殆無以異也。擬制說之最大謬誤，在於將自然人與權利主體之觀念，混為一談，以為除自然人之外，無一物焉能為權利之主體者。然從法律之目的與權利之觀念言之，能為權利之主體者，固不限於自然人也。蓋從法律之目的言，凡能應『社會的需要』而為權利主體者，皆得認為權利之主體，然具備此社會的要件者，當不限於自然人也。從權利之觀念言，凡能享有法律上的力之『實體』，皆得為權利之主體，而法人之組織，同與此種條件適相吻合者也。

(一) 法人否認說 (Negationsstheorie) 此說否認法人之人格。細別之，更可分為三種：

(甲) 目的財產說 (Zweckvermögensstheorie) 此說為勃林斯及柏尅 (Baker) 二氏之所唱，謂法人因擬制而為權利之主體，此與謂本無權利之主體正同；所謂法人，實質上僅為因某一定之目的而存在之一定財產而已。

(乙) 享益者主體說 (Destinatärenader Geniesserstheorie) 此說為耶靈克 (Thuring) 所倡，其基礎實根

據氏之『權利爲法律所保護之利益』之說，以實際上享受利益者爲權利之主體。依此種學說，社團法人之真權利者厥爲社員，財團法人之真權利者厥爲貧人、病人，及因財團而受利益之諸人。

(丙) 管理者主體說 (Amstheorie) 三說之中，此說比較上最爲晚出，爲赫爾德 (Hölder) 及賓德 (Binder) 兩氏所盛唱。彼等以權利意思說爲基礎，謂管理法人財產之人，卽爲其財產之權利主體。

(三) 法人實在說 (Realitätstheorie) 實在說謂法人之實體，非法律之創造物，乃有可認爲有權利能力之實體之現實的存在也。此又可分爲兩派：

(甲) 有機體說 (Organische Theorie) 此說爲基爾克 (Gierke) 所主唱，又稱爲團體人格說。基氏稱法人爲『團體人』 (Verbandspersönlichkeit)，謂法人之爲物，與其構成員全部的總計不同，彼實爲一超個人之生命統一體 (überindividuell Lebenseinheit)。個人意思之外，有團體意思；個人生活之外，有團體生活；自然的有機體之外，復有社會的有機體；法人之實體，卽社會的有機體也；因其具備團體意思，故法人爲實在之物。此說於指摘擬制說謬誤之外，復唱道法人之社會的作用，厥功甚偉；然以有機體爲權利之主體，其理由甚不充足，每受學者之非難。此說以權利意思說爲根據，亦可稱爲意思的實在說。

(乙) 組織體說 (Organisationstheorie) 此說爲法國學者密秋 (Michoud)、薩萊伊 (Salaille) 及意大利學者斐拉 (Ferraro) 等所倡，德國學者中亦有和之者。彼輩皆謂法人之實體並非有機體，而實爲組織體。此種適宜於爲權利主體之組織體，確實存在，故法人爲實在之物，並非駕空之擬制。以余觀之，此種組織體之所以能適宜

於爲權利主體者，實因其以社會生活上之目的爲中心所生之社會的價值。彼既具社會的價值，故法律以法律上之人格與之。余今雖謂法律上之人格，乃爲法律所賦與；然余並非如擬制說者所云云，謂此種賦與乃出於法律之任意。蓋法律之所以與此種組織體以法律上之人格者，實基於社會的價值及社會生活上之要求也。由所以談，擬制與實在兩說，各有其是處，亦各有其謬處，真所謂此亦一是非，彼亦一是非。薩利由曰擬制說與實在說，於其終局，實殊途同歸，擬制與實在之爭，實因誤解擬制及實在兩語而起，此言可謂道破真理。

於上述數種學說之中，德國民法第一草案以擬制說爲基礎，規定社團法人（財團法人準用此規定）之董事，爲社團法人之法定代理人。第二次委員會，對於第一草案，加以修正，關於法人之本質，不以明文規定，悉委於學說解釋之自由，例如關於董事之性質，而謂『董事在法定代理人之地位』（die Stellung eines gesetzl. Vertreters）——德國民法第二六條第二項。然此所謂法定代理人之地位，究爲法人之機關乎，抑爲法人之法定代理人乎？此則有待於學說之解釋也。瑞士民法（第五四、五五條）更進數步，以明文規定法人爲行爲能力者，其全然取用實在說，可以推知。日本民法，法人之董事與其他之代表或代理人無別（第四四、五四及五七條），或謂其起草當時，乃取用擬制說，然今日大多數之學者，則謂此等規定與擬制說無干；且謂日本民法中法人之本質，以取組織體說以解釋之，較爲有當。我民律草案關於法人之本質，雖未顯著的明言，然依第六二條之規定，似可謂其取用實在說中之組織體說。我現行民法（第二六條）似亦採實在說者。

學者間有謂法人本質論爲無用之學術論者，余對此說，不敢苟同。蓋關於法人之法規，果若已臻完備，則法

人本質論，誠如該派學者所云云，完全無用；然今日關於法人之法規，正掛漏百出，甚不完備，則法人本質論，未始不能補此缺點也。在現行法律之下，法人權利能力之範圍，行爲能力及其不法行爲能力等，皆隨法人本質論而定，學者對此慎勿忽視也。

● 平野義太郎民法中之羅馬思想與日耳曼思想第九八頁。

● 法學新報第二一卷一至三號松本丞治法人學說一文。

● 法學新報松本丞治法人學說引 *De la personnalité juridique, Légon, p. 683.*

● 平野義太郎前書第一〇九頁。

● 前書第一〇九至一一〇頁；法學新報松本丞治法人學說。

● 鳩山秀夫日本民法總論（上卷）第一三二—三三頁。

● 川名兼四郎日本民法總論第八一頁。

### 第三節 法人之能力

#### 第一項 法人之權利能力

##### 一 法人權利能力之始期與終期

權利能力存在之理由，自然人與法人之間，絕無差異。至法人權利能力之始期，則各種法人不同，非如自然人

之劃一。以公益爲目的之社團法人及財團法人，以得主管官署之許可時，爲權利能力之始期；非以公益爲目的之社團法人及財團法人，以訂立章程，發表成立團體之意思時，爲權利能力之始期；至以營利爲目的之法人，其權利能力之始期，則另由特別法規定焉（新民法第二七至二九條）。又因保護第三人利益之故，法人之設立，須對於一般人公示；故於法人之設立登記未完了之前，不能以權利能力之成立與第三人對抗（民法第三一條，舊民法第七二條，新民法第三五條，日民法第四五條）。法人權利能力之終期，當於論法人之解散時述之。

## 二 法人權利能力之範圍

法人權利能力之範圍，比之自然人，較爲狹隘，其所以然者，實因下列三種之制限：

（一）由於目的之制限 法人之所以得爲權利之主體，實因其爲能遂行一定目的之社會的組織體，故其權利能力之範圍，因其目的而受制限，乃屬當然之事。然所謂「因其目的而受制限」一語，擬制說論者與實在說論者，其見解各不相同。擬制說論者，對此種制限，從嚴格解釋，謂僅於遂行法人目的有必要時，始承認法人之權利能力；反之，實在說論者，對於法人之權利能力，從廣義解釋，故其對於此種制限，亦從寬大處解釋，謂法人之權利能力，不僅於遂行法人目的有必要時，始被承認，於目的遂行上之相當或有益之場合，亦須承認之。蓋法人對於與其目的全然無關之事項，雖無權利能力；然因某一定目的而設立之法人，及其一旦爲社會的活動之主體而活動，則對於與其目的無關之事項，有時亦勢不能不爲社會的活動，此乃事理之當然，無足怪者。故從公法方面觀之，法人納稅之義務，雖非法人目的上之權利義務，然因其爲社會構成分子之權利義務，故法人不能不爲之。又，從私法方面

觀之，法人對於與其目的無關之公共事業，助以金錢，此種捐助行為，亦斷不因與法人之目的無關，而致違法無效也。吾人之所見，與實在說論者相同，蓋於論述法人之本質時，吾人固主張實在說者也。

(二)由於法令之制限 權利能力，乃由法律所賦與，故亦能由法令加以制限。故法人僅於法令限制之內，始有享受權利擔負義務之能力（民法第二六條，舊民草第六一條，日民法第四三條；但我新民草第三〇條，則無此種限制，除專屬於自然人之權利義務外，對其餘之權利義務，均有享受負擔之能力。）外國立法例有限制法人之權利能力，不許其領有土地及某定額以上之財產者（德民法施行法第八六條，普魯士施行法第六、第七條。）我國現行法，則無如此之制限。

(三)由於性質上之制限 專屬於自然人之權利義務，法人不得享有（民法第二六條）。蓋法人與自然人不同，其人格之基礎，不在於身體，故以身體為前提之權利，法人不能享有。詳言之，以身體之存在為前提之人格權及親屬權，如身體權、生命權、身體之自由權、親權、夫權等，法人不得享有之。反之，不以身體之存在為前提之人格權，如名譽權、精神之自由權及名稱權等，法人皆得享有之。他如遺產繼承權，法人亦得享有之。

法人能享有社員權否乎？學說上對此問題嘗起紛議，然現今通說，皆承認法人亦得為他法人之社員。誠以此種權利，非專屬於自然人，不以身體之存在為前提者也。但法人不得為他法人之董事。

法人公法上之權利能力，由公法規定之。法人之某種選舉權，由市鎮鄉制規定之；<sup>①</sup>法人為原告或被告之能力，即訴訟當事人之能力（parteilähigkeit），由民事訴訟法規定之；法人之刑法上能力，由刑法上規定之。<sup>②</sup>

● 法人權利能力之範圍如何，立法例及學說，向分兩派：（一）謂法人僅於其目的之範圍內，始有權利能力，此爲日本民法（第四三條）之所定，彼國學者多爲同一主張。本段所述，即其主張之大較也。（二）謂法人之權利能力，原則上與自然人無異，不過專屬於自然人之權利義務，法人不得享有之而已。此爲瑞士民法（第五三條）所明定，德民法（第二二條）及民章（第六一條）皆有同樣之規定。其詳見『由於性質上之制限』段。

● 例如日本市制第一四條第三項，及町村制第一二條第三項是。我現行行政法規未臻完善，法人得享有此種權利與否，尙未明白規定。

● 近來英美刑法，於一定限度內，認法人有犯罪能力。

## 第二項 法人之行為能力

### 第一目 法人之合法行為能力

法人有行為能力與否之問題，與自然人有行為能力與否之問題，其意義稍異。自然人有行為能力與否之問題，乃已爲之法律行為是否能完全發生效力，或無能力人之法律行為能否撤銷之問題。反之，法人有行為能力與否之問題，乃法人究竟有行為其物與否之問題，非法人之行為能撤銷與否之問題也。

對於法人本質採擬制說之學者，否認法人之意思，故謂法人不能有所行為，從而謂法人無行為能力。反之，採有機體說之學者，謂法人具有有機的意思，具有意思能力，故有行為能力。余雖不採有機體說，然以法人爲具有作成法人意思的組織之社會的組織體，故以法人爲具有行為能力者。依此見解，故董事非在法人之外部，以代理法

人，乃在法人之內部，爲構成法人的組織之一部（機關）。故董事於行使職務時所爲之行爲，非董事個人之行爲，乃法人自身之行爲，此正如自然人手足耳目之運動，非耳目手足之運動，實自然人之運動也。德國民法（第二六條第二項）規定法人董事有法定代理人之地位，即明其非純然代理關係。瑞士新民法（第五四、五五條）更進一步，以明文規定法人有行爲能力。我民草（舊第六二條，新第三一條）之規定，亦明言法人有行爲能力者也。現行民法對於法人之有無行爲能力，雖不加若何之規定，然法人之有行爲能力，在今日觀之，固爲當然之事也。

## 第二目 法人之責任能力

法人有法律行爲能力，已如上述。至法人究有侵權行爲能力即責任能力與否，則諸說紛紜。約而言之，可分兩說：

（甲）無責任能力說 此說謂法人無不法行爲，其理由：或謂法人於法律所認許之目的內，始能存在，超乎此目的之行爲，即非法人之行爲；或謂董事等既爲法人之代理，自僅能限於合法行爲始能代理，不法行爲，即無代理之可言。此二說於理論與實際兩方，均無所當，蓋皆爲以法人之本質爲法律所擬制之前提所誤也。

（乙）有責任能力說 此說爲現今多數立法例及學者所主張，我民法及新舊民草亦皆從此說。其理由：或謂法人本有意思能力，故得爲侵權行爲（*solus*），此爲持法人實在說學者當然之結論；或謂法人對於董事等之行爲負責，乃因其選任及監督之誤，此乃法學界之所主張，民草第九五二條之所規定，亦與此相近；或謂法人對於董事之行爲負責，非因法人本身之過失，不過法律爲保護交易之安全，維持法人之信用而已。余謂法人負責之



根據，當於董事之性質中求之，若以董事爲法人之機關，則法人對於其機關職務上之行爲，應行負責，此在法理上，自屬當然者也。

法人之侵權行爲，須具備下列諸條件，始負責任：

(1) 其加害行爲，須爲法人機關之行爲。蓋法人機關，所以代表法人行使職務者，其行爲卽爲法人之行爲。故法人對其機關所爲之侵權行爲，須負賠償之責。

(2) 其侵害行爲，須爲法人機關，於行使職務之際，所加於他人者。蓋法人機關，原以私人充之，僅於其行使法人職務之際，始爲法人機關；若於不行使法人職務之際，其地位與一般私人無異。故法人所負賠償之責之行爲，須以其機關於行使職務之際所爲者爲限。

法人雖代其機關負侵權行爲之責，但充當此機關之人，並不因之免責，而應與法人負連帶責任。蓋在機關地位之個人的行爲，雖爲機關之行爲，然同時亦不失其爲個人自身的行爲之性質，故個人亦須負賠償之責也。

此爲德國法家基爾克 (Kierke) 之說，余借之以譬董事行爲與法人行爲之關係，非主張有機體說也。

德民法第三一條，第八六條及第八九條，瑞士民法第五五條，日民法第四一條第一項，我舊民草第六三條，新民草第三二條，現行民法第二八條。

#### 第四節 法人之種類

法人可依種種之標準，分成下列各種：

(一)公法人與私法人

公法人乃以行使及分擔國家統治權之作用爲目的之法人；私法人乃以經營私事業爲目的之法人。即國家的法人曰公法人，社會的法人曰私法人。故國家及國家以外之地方團體（如省、縣、城、鎮、鄉等）與公共團體皆爲公法人，以其或以行使或以分擔國家統治權之作用爲目的也。其他之公共組合如各種產業組合，同業組合，農會，商會等，皆爲私法人，以此種團體，雖具有多少之強制或公權力的作用，然其目的則不在此，而專在於經營私事業也。

公法人與私法人之區別，不在於其所得享有之權利義務之爲公爲私（私法人得享有選舉權，而公法人得享有私法上之財產），而在於遂行其目的事業時，有無特別強制的方法。

關於公法人之規定，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；民法中關於法人之規定，皆私法人之規定也。私法人應依民律及其他私法，始能成立。

法人雖有公私之分，但均能爲私法上之權利主體；而公法人爲私權之主體時，除有特別規定之外，仍應適用私法上之規定。

(二)社團法人與財團法人

私法人中更可分爲社團法人及財團法人兩種。公法人則無此區別。社團法人 (Corporation, Verein) 乃以

二人以上之社員爲其構成分子之法人財團法人 (Foundations, Stiftungen) 乃無社員而僅以供一定目的之用之財產爲中心之法人也。社團法人必有社員，有社員總會，各社員有出席總會，參與法人事業之權利。財團法人無社員，隨而無社員總會。

社團法人與財團法人，其組織各異。社團法人之發起人，須作成章程 (Ersatzung)，法人之目的及組織均記載於其中。其組織之一，必爲社員總會；而總會對於章程，有變更之權，故社團法人之目的及組織，可以應時勢之要求而變更，富有彈性。財團法人之設立人，依章程或捐助行爲 (Stiftungsgeschäft)，明定法人之目的及組織。依照章程及捐助行爲執行法人事業之董事，無變更捐助行爲之權限，而捐助行爲之本身，若無可以自行變更之規定，則捐助行爲，不得變更；故財團法人，依照設立當時之意思，永久不變的以限定法人之活動，富於固定性。德國及大陸系之民法，於社團法人之外，復承認財團法人；英、美法則僅有社團法人之規定，而不承認財團法人，關於財團法人之任務，則由信託 (Trust) 制度中之公益信託以行使之（參閱本章第一節之末）。

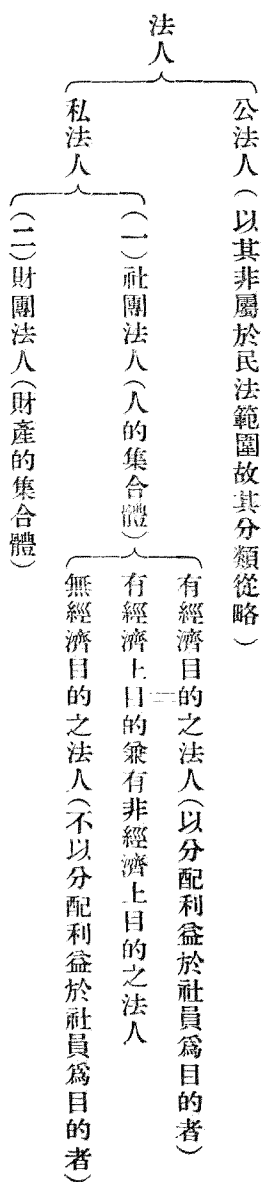
### (三) 有經濟目的之法人與無經濟目的之法人

社團法人中，更可分爲有經濟目的之法人及無經濟目的之法人兩種。●兩者區別之標準安在？學者間向分兩說：(甲) 謂有經濟上目的之法人，爲法人經營經濟事業之意；(乙) 謂有經濟上目的之法人，其所經營之事業，不僅須爲經濟事業，尤須分配其所得之利益於其社員間，始得謂之爲有經濟上目的之法人焉。兩說雖各言之成理，持之有故，然多數學者，則取後說焉。

無經濟上目的之法人者，乃有經濟上目的之法人以外之法人也。如上所陳，有經濟上目的之法人，乃以利益分配於社員爲目的之法人，故無經濟上目的之法人，卽不以分配利益於社員爲目的之一切法人也。例如以政治、宗教、學術、技藝、社交及其他一般社會之公益爲目的之法人，及以社員之娛樂爲目的之社團（如俱樂部）之類是也。日本民法（第三四、三五條）將社團法人分爲公益法人及營利法人兩種。學者多嫌其分類不能概括。蓋如社交俱樂部、運動俱樂部；以社內之娛樂與慰安爲目的之共濟組合，及關於婦人，或社會問題之協會等等，既非以公益爲目的，又非以營利爲目的，將致無所屬矣。但現行民法（第四五、四六兩條）則取法日本，將法人分爲公益法人及營利法人兩種。

社團法人有經濟上目的而兼有非經濟上之目的者，應屬於上述兩種法人中之何種，不無疑義，故我舊民草（第六八條）以明文規定：此種法人視爲有經濟上目的之社團法人。

茲將法人之種類，表列於下，以助記憶：



● 德民法第二二、第二三條，瑞士民法第五二條，民草第六七、第六九條。民草之注文，係從瑞士民法之用語，爲營利法人與非營利法人。

● 參閱平野義太郎民法中之羅馬思想與日耳曼思想第一一頁至一一三頁

## 第五節 法人之設立

### 第一項 汎論

法人之設立，一言以蔽之，即惹起法人人格賦與之行爲也。社團及財團，於社會生活上，雖能爲交易或其他各種活動，雖具有某程度之社會的價值，然在法律上，仍不能被視爲法人，欲成立爲法人，須經設立之手續，以取得法人之人格，故曰：『法人之設立，乃惹起法人人格賦與之行爲也。』顧此處所謂法人人格之賦與，絕不含有絲毫擬制說之意味，蓋所謂人格，對於自然人與法人之間，原無差異，皆由法律所賦與，不過現代諸文明國家，對於自然人，則謂其生而當然有人格，對於社團及財團，則令其須經民法及其他法律所規定之手續，而後始賦與人格，承認其爲法人已耳。●

### 第二項 法人設立之主義

關於法人之設立，有下列四種主義：●

(一) 自由設立主義 此主義對於法人之設立，不加若何之制限，隨設立者之意思，以自由設立法人，此主義

爲法人實在說當然之結論。中世紀商事公司勃興時代之初期，頗爲盛行，今日則絕無取用之者。

(二)立法的特設主義 每設立一法人，須依議會所制定之法律，或主權者之命令爲之。即關於法人之組織及行動，概依法律規定之也。現時唯特殊之銀行公司等之設立適用此種主義。

(三)行政的許可主義 乃根據既存之法規，對於個個人之設立，依行政處分而與以許可之主義也。

(四)準則主義 此主義以法律規定法人設立之要件，若能滿足其要件，則法人當然成立，無需上述之特設或許可也。

我現行民法及新舊民律草案於上述四種主義中，取許可主義。對於社團法人<sup>①</sup>及財團法人之設立，除具有一定要件之外，尚須經主管官署之允許焉（民法第三〇條，舊民草第六九條及第一四三條，新民草第二七條）所謂主管官署，即管理法目目的事業之官署也。例如關於祭祀宗教，則內務部爲其主管官署；關於學校技藝，則教育部爲其主管官署；其事項若屬於兩個以上官署之管轄，則須經各官署之允許。但法文不曰主管各部而曰主管官署者，蓋法人之設立，不必定須主管總長之允許，受總長指揮監督執行法令之地方官，亦得受其委任而行使允許之權<sup>②</sup>。

### 第三項 社團法人之設立

#### 一 社團法人設立之要件

(1)社團法人之設立至少須有某一定額數以上之設立人 社團法人，乃人的團體，其性質上當然不能以

一人組織之；願設立人須有若干，其設立方爲有效，此則因各國之立法例而微有不同。德國民法（第五六條）以七人爲最少限度，我民法及民草則不設若何之制限，故以二人以上爲已足。

(c) 章程之訂立 章程者，乃關於法人內部之組織及其他重要事項之規則也。法人之設立人，須首先訂立章程。訂立行爲，乃一種要式行爲，須以書面爲之，不依書面之章程，作爲無效。又，章程中所記載之事項，可分兩種：一爲必要的記載事項；一爲任意的記載事項。

(A) 必要的記載事項 乃必須記載於章程中之事項，若缺其一，則章程即爲無效，而法人之設立行爲，亦因而歸於無效也。此等事項（民法第四七條，舊民草第七一條，新民草第五〇條，日民法第三七條）爲：

(甲) 目的

(乙) 名稱

(丙) 任免董事之規定

(丁) 總會招集之要件與其程序及總會決議之證明

(戊) 社員出資之規定

(己) 社員資格之取得與喪失

(B) 任意的記載事項 其記載與否，一任設立人之自由，因設立人記載於章程之中，始得爲章程內容之事項。但雖爲任意記載事項，若一旦記載於章程之中，則亦成所謂章程事項，如總會開會期，總會之議決方法，解散事

由等是也。

章程既經定立之後，可否加以變更，立法例頗不一致。英國法將章程分爲基礎的章程 (memorandum of association) 與非基礎的章程 (articles of association) 兩種，前者不許變更，後者則許變更；日本民法與我民法，不設此種區別，社團法人之一切章程，概可變更。雖在規定章程不許變更之章程，其自身亦可變更，蓋彼亦一種章程也。

章程中所載法人之目的，可否變更，學說與立法例亦不一致。或謂目的爲法人之生命，絕對不許變更，變更法人之目的，卽消滅舊法人，創設新法人，我新民法（第五六條第一項）採用此說，規定法人之目的，不得變更；或謂法人目的並非不可變更，不過此舉爲法人之最重要事項，須經全體社員之同意，始行有效耳（德民法第三三條，瑞民法第七四條，我舊民法第一〇一條第一項但書。）我現行民法則無此種規定。

(3) 主管官署之許可 社團法人訂立章程之後，其組織業已完備，唯欲完全成立，尙須經主管官署之許可。許可行爲，乃一種行政處分，僅有認定之效力，苟法人欠缺其他成立要件，雖經許可，亦不能有效成立。

## 二 社團法人設立行爲之性質

社團法人之設立行爲，乃以某一定額數以上之設立人之合意爲要素之法律行爲也。對此法律行爲之性質，向有兩說：一爲契約說；一爲合同行爲說。近時學者，多採後說。蓋設立行爲，非以於設立者相互間成立權利義務之關係爲目的，乃以創設權利主體爲目的也。此種法律行爲，對於各當事者間，發生同一意義之法律效果，其與契約



之對於各當事者間發生不同意義之法律效果者，其法律上之性質，固判然不同也。故社團法人之設立行爲爲合  
同行爲(Gesamtakt)。<sup>⑤</sup>

#### 第四項 財團法人之設立

財團法人設立之要件爲：

(1) 須有設立人 財團法人亦與社團法人相同，不可無設立人。唯社團法人之設立人須在某一定額數以上，而財團法人之設立人，則通常皆爲一人，此其相異之點也。

(2) 須訂立章程 德、日各國民法，均以捐助行爲即爲財團法人之設立行爲，我國現行民法（第六條）及民律草案（新第七七條及第八〇條第一項，舊第一四四條）則於捐助行爲之外，尚須訂立章程或措施章程。不過捐助行爲，於某種情形之下，可代章程之訂立而已（詳後）。章程所記載之事項，亦可分爲必要的記載事項及任意的記載事項兩種，其必要的記載事項於社團法人之必要的記載事項相同，唯無關於社員及總會之規定，蓋財團法人之性質使然也。依舊民草第一四四條第一款（日民法第四七條）之規定，其必要的記載事項爲：

(甲) 目的

(乙) 名稱

(丙) 事務所

(丁) 捐助財產之規定

(戊) 任免董事之規定

但依我現行民法（第六〇條第二項）及新民法（第七七條第二項）之規定，必要的記載事項僅爲（一）法人目的及（二）所捐財產而已。

(3) 須經主管官署之許可 財團法人關係於公益甚大，故其設立，須經主管官署之許可焉。

財團法人之設立，與社團法人之設立，其最不相同之點有二：

(一) 財團法人之設立得以捐助行爲代章程之訂立 設立社團法人，非訂立章程不可，設立財團法人，則得以捐助行爲代章程之訂立焉。捐助或捐施行爲 (Stiftungsgeschäft) 卽以設立財團法人之目的，將某項財產，爲無償的處分之單獨行爲也。捐助行爲與設立法人之行爲，在實際上常合併而爲一種行爲，故德（第八〇條）曰（第三〇條）諸國之民法，不設捐助行爲與設立行爲之區別，將設立財團法人所爲之捐助行爲，認爲設立行爲焉。然若從理論上言之，則此種行爲，當然可分爲二，判然而不容或混，故我民法及舊民法做瑞士民法之立法例，規定財團法人之設立者，依原則須訂立章程，不過於不訂立時，可以捐助行爲代之而已（民法第六〇條第一項，舊民法第一四四條第三項，新民法第七七條但書則規定：以『遺囑捐施者，得以言詞爲之。』捐助行爲可分爲生前捐助與死後捐助兩種：

(甲) 生前捐助 在生前捐助者，須立書件。卽規定生前捐助行爲爲要式行爲也。至捐助行爲得撤銷與否，立法例頗不一致。茲略分述之如次：

(a) 本人得撤銷與否 日本民法（第四一條、第五〇條）以捐助行為準用贈與之規定故不立書件者得撤銷，立書件者不能撤銷。德國民法（第八一條第二項）定爲：(子) 未經許可設立前得撤銷。(丑) 若已向主管官署爲設立許可之聲請時，則須向該官署聲明。(寅) 若在許可設立以後，則不能撤銷。舊民草（第一四七條第二、第三項）係做德民法例。

(b) 繼承人得撤銷與否 財團法人之設立人，若已向主管官署爲設立許可之聲請後而死亡者，其繼承人對其行爲能撤銷與否，各國法例，至不一律：瑞士民法（第二八條）以明文規定其得以撤銷；日本民法（第四一條第二項）因適用遺囑之規定，無論何時，均不准撤銷；德國民法（第八三條）則定爲在聲請許可後不得撤銷；舊民草（第一四八條）做德國制（參閱民國三年大理院判例上字十二號），而新民草（第七八條）則做瑞士法例，以明文規定繼承人有撤銷之權焉。

(c) 債權人得撤銷與否 瑞士民法（第八二條）以明文規定債權人得以撤銷，舊民草（第一四九條）則定爲在許可法人設立後，債權人不得依第三九九條至第四〇二條之規定，行使撤銷權。蓋如令債權人得行使撤銷權，則殊有礙公益事業之進行也。但新民草（第七八條）則做瑞士法例，予債權人以撤銷之權焉。

設立人生前捐助之財產，須於何時移轉於法人乎？此則因種種情形而有所不同：(1) 設立人於其生前爲捐助行爲後，未得設立許可前，其所捐助之財產，仍屬於設立人。若於其設立行爲經主管官署許可之際，而其人尚未死亡，則須於許可設立時，將其所捐助之財產移交財團法人，此爲原則。但有一例外，即專以意思表示即可移轉之

權利，則於許可設立之時，即歸屬於法人，不必再經移交之程序（民草第一五〇條第一項）。（2）設立人生前捐助財產，若未經許可設立而即死亡者，依德民法之所規定，該財產於設立人未死亡之前，應依原則解釋，其財產仍爲設立人所有；唯於死亡之時，則設一例外，視爲自該時起，其財產即歸屬於法人。舊民草（第一五一條）之規定，係倣德國制，蓋非如此，恐有不能貫徹設立人意思之虞也。

（乙）死後捐助 舊民草第一五二條規定：捐助得以遺囑爲之。新民草（第七七條）及現行民法（第六〇條）亦有類此之規定；此即規定死後得爲捐助行爲也。財團法人必須捐助行爲（或設立行爲）及設立許可二者兼備，始能成立，前已屢言之矣。故以遺囑爲捐助者，是僅有捐助行爲而無設立許可，法人仍然不能成立。法律爲途死者未成之志起見，令設立人之繼承人或執行遺囑人向主管官署爲許可之聲請，俾其得設立之許可，以成立法人焉（舊民草第一五三條）。於死後捐助之場合，其繼承人或執行遺囑人於得設立許可之後，須即將其死後捐助之財產移轉於財團法人，若專以意思表示即可移轉之權利，則自其得設立許可時起，即歸屬於法人焉（舊民草第一五四條）。

對於捐助財產之種類，法律上不設制限。故除不動產物權及動產物權等之物權的財產之外，債權亦包含在內。而財團法人於設立後，若設立人不移轉財產於法人時，則財團法人之董事，對於有出資義務之人，得請求其出資焉。

（二）捐助行爲或章程之補充 詳言之，捐助行爲或章程所定財團法人之名稱、事務所、及任免董事之方法，

得由法院爲之補充也。此爲財團法人設立與社團法人設立第二不同之點。在社團法人，其規條中必要的記載事項，若有缺漏之時，則章程卽失其效力，因之其設立行爲，卽歸於無效；而在財團法人則不然，設立人祇示明一定目的及財產，而未定名稱、事務所，及任免董事之方法，而死亡時，法院得依利害關係人或檢察官之聲請，爲之補充焉。（民法第六二條，舊民草第一四五及一四六條，新民草第八〇條第二項，日民法四〇條。）此爲由財團法人性質所生之結果。蓋在社團法人，其設立者常爲二人以上，其中雖間有死亡，然其他之後死者，對於不完全之章程，尙可加以補充，無勞國家之越俎干涉。在財團法人則不然，其設立者通常皆爲一人，若一旦死亡，而遂無補救之道，以玉成其未遂之志，殊非獎勵公益之道，故法律上認法院有補充之權力也。<sup>②</sup>

● 穗積重遠民法總論上卷第二二五頁，富井政章民法原論第二三七頁。

● 穗積前書第二二六頁，鳩山秀夫日本民法總論上卷第一五六及一五七頁。

③ 此處所謂社團法人，乃專指無經濟上目的之社團法人。蓋有經濟上目的之法人，其設立悉依特別法之規定（民法第四五條，舊民草第六七條，新民草第二九條），而有經濟上目的兼有非經濟上目的之法人，則均視爲有經濟上目的之法人，故其設立亦依特別法之規定焉（舊民草第六八條）以下倣此。

④ 何基鴻民法總則第四八頁。

⑤ 鳩山同書第一六二頁。

⑥ 鳩山同書第一六四—五頁。

本論 第一編 私權之主體

## 第六節 法人之登記

登記 (Eintragung) 者，乃將一定事項，記載於國家公共簿冊之謂也。將一定事項，公示於衆，與利害關係人以閱覽之機會，以圖交易之安全，此乃登記制度之最大用處。法律上利用此種制度之處，不一而足。法人之狀況，必須公示於世，故各國民法多採用登記制度。

法人之登記，可分爲設立登記，變更登記及解散登記三種。聲請登記，爲董事會或清算人之職務，若怠於聲請，將有一定制裁。關於聲請登記之程序，應規定於非訟事件程序律中。

(一) 設立登記 乃法人設立之登記也。德國民法（第二一條）對於某種法人，以登記爲法人成立之要件，我現行民法及新舊民草皆無此例。

登記事項——通常爲目的，名稱，事務所，設立許可之年月日，存立時期（若已定有），財產總額，出資方法（若已定有），董事之姓名住所及董事代表權之限制；若在財團法人，則其財產之總額，亦須登記（民法第六一條，舊民草第七四條，新民草第五一及第七九條，日民法第四六條。）要而言之，即須將規條，或捐助行爲之基本的事項，法人之機關及爲法人活動之中心場所登記於公簿也。

登記時期——我現行民法及新舊民草對此無一定之制限。日本民法（第四五條第一項）則定爲須於設立許可之日起二週間以內行之。其期間則從許可達到之時起，依民法之期間計算法計算之（日民法第四七條

及第一四〇條。）

登記處所——設立登記，須於主事務所所在地爲之（民法第六一條第二項，舊民草第七二條，日民法第四五條二項）若事務所所有數處者，須於各事務所所在地爲之（民法同條，舊民草第七七條，新民草第三四條第一項，日民法第四五條第一項）設立後，新設事務所者，須於新事務所所在地，並須於其他事務所所在地爲之（舊民草第七八條，日民法第四五條第三項）

設立登記之效力——設立登記，乃賦與法人以對外的效力也。法人雖因設立之許可而成立，然若非於其各事務所所在地登記，則法人之成立，不能與第三人對抗（舊民草第七二條，新民草第三五條，日民法第四五條第二項）從反面言之，若經已登記，則可以與第三人對抗矣。

（二）變更登記 乃於登記事項生變更時所須爲之登記也。此乃登記制度當然之結果。已登記之事項，若有變更或消滅，非經登記，不得與第三人對抗（民法第三一條，舊民草第八〇及第八一條，新民草第三五條，日民法第四六條第二項）

法人事務所之遷移，爲已登記事項變更之一種。故須於舊事務所所在地爲遷移之登記，同時，亦須於新事務所所在地爲設立之登記；但其遷移係在同一登記區域內者，僅爲移轉之登記足矣（舊民草第七九條，日民法第四八條）

（三）解散登記 法人之解散，除於破產或設立許可撤銷時以外，須爲解散登記。其登記事項爲解散之原因，

及年月日（舊民草第一一七條，日民法第七七條第一項。）

本節採材於鳩山前書第一六九—一七二頁。

## 第七節 法人之住所

法人既爲社會活動之單位，則指定其活動場所之中心點，以爲其活動之本據，此事對於交易之安全上，頗屬重要，故民法準用自然人住所之制度，以定法人之住所，謂主事務所所在地爲法人之住所焉（民法第二九條，舊民草第六四條，新民草第三三條，日民法第五〇條。）所謂事務所，即執行法人事務之場所，須由章程或捐助行爲定之。若事務所爲一個時，其事務所所在地，爲法人之住所，若事務所有數個時，則以主事務所爲住所。章程或捐助行爲中，雖記載事務所，然若事實上不在該處執行事務時，則該事務所即作爲廢止或遷移。●但於法人事務未開始以前，該事務所雖未執行事務，然仍不失爲將來執行事務之場所，故尙得爲法人之事務所。

●鳩山前書第一七二頁，菅原氏民法論第三二二頁。

## 第八節 法人之機關

### 第一項 汎論

對於法人機關之性質，學說上議論不一。採擬制說者，謂董事及法人之其他役員，在法人以外，代理法人，故不



承認機關之觀念，探有機體說者，以法人爲社會的有機體，其董事及其他役員之爲法人之機關，正如耳目手足之爲自然有機體之機關。吾人對法人之本質，探社會的組織體說，以董事及其他役員擔當法人之活動，爲法人組織體之一部分，故亦以之爲法人之機關。

法人之機關，由自然人構成；構成法人機關之自然人，稱爲機關構成員。機關構成員，除有爲法人機關之資格以外，尚有其他根據於自然人之事實所得爲之種種資格。其爲法人之機關者，係根據於法律、章程或捐助行爲之規定，故僅於規定以內，有法人機關之地位。

關於法人機關之種類，日本民法與我民法及民律草案（新舊）之規定，微有不同。日本民法將法人機關分爲三種，即董事、監事及社員總會是也。董事爲法人之執行機關，對內處理法人之一切事務，對外就各種法律關係，代表法人。此機關對於法人之活動，不能一時或缺，故爲常設機關。監事（Aufsichtsrat）爲監督董事之機關。其職務在於監查法人財產之狀況，及董事執行業務之狀況，對此等事項，若發見弊端，須呈報總會或主管官署（日民法第五九條）。此機關之設立與否，悉委之於章程，捐助行爲之規定，或社員總會之議決，故爲任意機關。（日民法第五八條。）社員總會爲議決機關，議決法人之重要事項，乃法人機關中之必要之最高機關也。我民法及民律草案（新舊）則僅設董事會及社員總會兩種機關，而不設監事。蓋以無經濟目的之法人，非有利可圖，且已有主管官署爲之監督，更不虞董事之舞弊故也。

董事會爲社團法人與財團法人共通之機關，而社員總會則僅爲社團法人之機關，蓋財團法人無社員，故無

社員總會也。

● 監事並非監督法人之機關，法人之監督機關爲主管官署。

● 此專就無經濟目的之法人而言。有經濟目的之法人，則除董事及總會之外，通常復設監察人（公司法第一〇二條以下），監察人卽與日民法之監事相當。

## 第二項 董事會

### 第一 董事會之性質

法人須置一人或數人之董事會（民法第二七條，民草第八六條，日民法第五二條一項。）董事會（Vorstand）有執行法人業務之權利與義務，對於法人之一切事務，代表法人，爲法人之必要機關。董事之人數，資格，及其任免之方法，雖可依章程或捐助行爲自由定之，然不能以章程，捐助行爲，或總會之議決，定立不設董事之旨。雖然，吾人亦不能因此而遂謂董事會之構成員之無間斷的存在，爲法人存在之必要的條件。蓋因辭職或死亡之結果，法人之董事雖至一時的不存在。然法人之權利能力，固不因此而遂歸於消滅。唯在此種情形之下，法人缺乏代表機關，故有從速補充之必要；若慮因此發生損害者，則須選任假董事或臨時董事，代行其職務焉（舊民草第九二條，新民草第六〇條第二項，日民法第五六條。）

### 第二 董事會之任免

董事會須以自然人組織之，以其他法人爲董事，非民法之所許。

董事之人數，德民法定爲七人，日民法我現行民法及新舊民草則無限制（民法第二七條，舊民草第八六條，日民法第五二條第一項。）

董事之任免方法，若在社團法人，則須由社員總會決議（民法第五〇條，舊民草第八七條，新民草第五七條。）將來董事解任，亦須經總會之決議。但爲防止濫行決議之流弊起見，得以章程限定解任之原因。若在財團法人，則董事之任免方法，概依章程或捐助行爲之所定。

關於選任董事行爲之性質，有兩種學說：其一謂選任行爲爲單獨行爲。蓋主此說者，多以董事爲法人之法定代理人，故謂董事之選任，無須經被選人之同意，其選任行爲，當然發生效力也。此爲少數說。其二謂選任行爲爲一種與委任或準委任相類似之契約關係。詳言之，即謂總會之選舉頗似對於被選舉人之『要約』，董事之就職，亦頗似對於選舉人之『承諾』，故若非被選舉人表示承諾，總會之決議，仍然不能發生效力也。董事與法人之關係，既如此，故董事隨時可以辭職，而總會亦得隨時決議解任也。

關於被選任資格，除被剝奪公權及被停止公權者不准被選之外（日民法施行法第二七條，）無別種限制。

### 第三 董事會之權限

董事會之權限，大別之，可分爲代表法人與執行業務兩種，茲分別論述於後：

（甲）代表法人 董事會對於法人之業務，於審判上及審判外均得代表法人（民法第二七條第二項，新民草第五八條第一項，舊民草第八九條第一項，日民法第五三條，）所謂『代表』與『代理』不同。代理者，乃他人所

爲之行爲，直接對於本人發生效力之謂，故代理關係爲兩獨立人格者間之關係，而此處所謂代表，其行爲即爲法人之行爲，並非董事會自身之行爲，對於法人發生法律效果。又代理僅限於法律行爲，始可行使代理權，而代表之行使代表權，則不限於法律行爲焉。此代表與代理不同之大較也。

董事會之代表權以無限制的施於法人之一切業務爲原則，但亦有下列各種例外：

(a) 依章程，捐助行爲或總會之決議，對於董事之代表權，得加以制限（日民法第五三條但書，德民法第二六條，我民法第四八條及新草案第五八條第三項。）用其他方法限制董事之代表權，不生效力。

對於董事之代表權加以制限，此事非純爲法人之對內問題，其於對外關係上，亦不無多少之影響。故加於董事會代表權之限制，能否與第三人對抗之問題，亦即隨之而起。對此問題之解答，約有四種：

(1) 謂對董事會代表權所加之制限，全然不能以之對抗第三人。換言之，即法人以章程或總會之決議所加於董事會代表權之制限，對於第三人全然無效也。此說待第三人太厚，而待法人太薄，法人所加於董事會之制限，幾全然無用。

(2) 謂加於董事會代表權之制限，全然可以對抗第三人也。換言之，即對第三人全然有效也。此說待法人過厚，待第三人過薄。蓋欲與法人交易之第三人，非熟悉該法人之規條，必將蒙不測之損害也。

(3) 謂加於董事會之代表權，須先行登記，方始有效。此說表面上似比前說待第三人較厚，然按其實，則與前說大致相同。蓋欲與法人交易之第三人非隨時檢查登記簿則亦將蒙重大之損害也。德國民法（第二六，二八，六

#### 四、七〇各條）從此說。

(4) 謂對董事會代表權所加之制限，須分別第三人爲善意或爲惡意，而決其能否對抗。此法實欲矯前三法一偏之弊，似甚簡易而公平，然善意惡意往往難於確證，其結果亦生流弊。日本民法（第五四條），我民法（第二七條第三項）及舊民律草案（第八九條第三項）皆採此法。

(b) 董事對於自己與法人利益相反之事項，無代表權（舊民草第九三條，日民法第五七條）。對於董事與法人利益相反之事項，若使董事代表法人，則法人常有發生損害之虞，爲保護法人利益計，故設此制限。然所謂董事與法人利益相反之事項，不限於董事與法人間直接之法律行爲，法人與第三人所爲之法律行爲，亦包含在內。例如第三人對法人負有債務，董事爲其保證人時，該董事不得代表法人與第三人和解，或有所變更，或與第三人以延期清償之便利。

若遇上述情形時，審判衙門得因利害關係人或檢察官之聲請，選任特別代理人（日民法第五七條後段）或假董事（舊民草第九三條第二項）爲補充董事權限之機關。故特別代理人或假董事亦爲法人之機關。

法人與董事之利益相反時，皆須選任特別代理人乎，否乎？此則因情形而異。在董事會僅爲一人，或董事會全部之利益與法人之利益相反時，則必須選任特別代理人；若董事會由數人組成，其中僅有一人與法人之利益相反，則無需選任特別代理人，而僅以其他董事代表法人足矣。

(c) 董事於章程捐助行爲或總會之決議不加禁止時，得將特定行爲之代理權，委任於他人（日民法第五

五條。董事對於法人之一切事務，若必須親自執行，實際上諸多不便；然若漫無制限，任意將各事委託他人代行，則其結果將使法人有常遭損害之虞，故法律限於特定之行爲，始認董事有復任權。董事所委任之代理人，爲法人之復代理人，其性質與自然人之復代理人無異，故法人之復代理人並非法人之機關。又，復代理人代法人爲法律行爲時，可準用復代理之規定。董事對於復代理人之選任及監督上若有過失，致法人蒙損害時，此爲董事執行業務上之過失，須負賠償之責。

(乙)執行業務 董事會不僅於對外關係上，有代表法人之權限，即於對內關係上，亦有執行業務之權限與義務。

(a)董事會若由數人組成而章程或捐助行爲復無特別規定時，則法人之事務，由董事之過半數決之。(日民法第五二條第二項，舊民草第九〇條第一項，新民草第六〇條第一項。)

(b)董事執行業務，若在財團法人，須不違反章程或捐助行爲之旨趣；若在社團法人，則須從總會之決議。然總會之決議，若違反法令或章程，則董事會無服從之之義務，蓋此種決議其本身早已無效故也。

(c)董事會應執行之業務，有下列各種，然此僅爲民法上所規定者，非謂董事會所執行之業務，限於此也：

(1)須聲請關於法人諸種之登記。(民法第四八條第二項及第六一條同項，舊民草第七三條，第一三九條第一款，新民草第六一條，日民法第八四條第一款。)

(2)召集通常總會及臨時總會。(民法第五一條，舊民草第九六條，新民草第五三條一項，日民法第六〇、六

一條。

(3) 編造財產目錄及社員名簿，以之置於法人之各事務所（舊民草第七五、七六、一三九條第二款，新民草第六一條第一項，日民法第五一、八四條第二款。）

財產目錄 (Inventory; inventaire) 乃法人之積極的及消極的財產之總目錄，換言之，即法人財產之貸出及借入之明細表也，凡屬於法人之動產，不動產，債權，債務，著作權，特許權及其他一切財產，均須揭載於其上。

編造財產目錄，其目的有二：一則藉以明法人財產之狀況，使監督官署及第三人易於知曉；一則藉以將設立人，董事，社員等之財產，與法人之財產，明確區分，以免董事及其他機關從中作弊。法律以編造財產目錄為法人之義務，且為董事之職務者，職是故耳。

以編造時期為標準以爲區分，財產目錄可分爲兩種：於設立法人時所編造者，曰基本財產目錄；於每年首三個月或於業務年度之終（若定有業務年度者）所編造者，曰每年財產目錄。

財產目錄須置於法人之事務所，以備檢查閱覽，事務所若有數處，均須分別存置，董事若不依此照辦或於財產目錄中爲不正之記載時，須處以五元以上五百元以下之罰金（舊民草第一三九條第二款，新民草第六一條第二項。）

社員名簿 (List of members) 者，記載社員之全部，所以表明組織社團法人者爲誰何之簿冊也。社員名簿應於法人設立之際，由董事會作成之，作成之後，亦須存置於各事務所，以後遇社員有變更時，則須訂正（舊民草第七五條，新民草第三四條第三項，日民法第五一條第二項。）

(4) 於法人財產不能清償債務時，聲請破產（民法第三五條，舊民草第一一五條，新民草第六一條第一項，日民法第七〇條，第八四條第五款。）

(5) 於法人解散後，擔任清算事務（民法第三七條，舊民草第一二三條第一項，新民草第三八條，日民法第七四條。）

#### 第四 董事相互間之權限

董事會如由數人所組成時，必發生相互間之權限問題。即董事會於執行業務及代表法人時，必須經全體董事之同意乎，否乎？第三人若欲向法人爲意思表示時，必須對董事全體爲之乎，抑僅向一董事表示爲已足乎？對於第一問題，民草（新第六〇條第一項，舊第九〇條第一項，日民法第五第二條二項）準用社員總會決議之規定，除法律有特別規定外，依到會董事多數決之。對於第二問題，民草（新六〇條第一項，舊九〇條第二項）以爲僅向一董事表示爲已足，蓋欲使第三人易於表示也。

#### 第五 董事之登記

董事於被選任後，應將其姓名及住所登記（民法第四八條，舊民草第七四條第八款，日民法第四六條第八款）登記後有變更，須速爲變更之登記（民法第三一條，舊民草第八〇條，日民法同條二項）於未登記以前，不得與第三人對抗（民法同條，舊民草第八一條，日民法同條同項）。

#### 第六 假董事

假董事或臨時董事，乃董事缺額時，由審判衙門選任之以代行董事職務者。董事有缺額時，雖可依章程或捐助行爲之所定，以補其缺，然因其手續之遲滯，對於法人或與其交易之對手方，往往有發生損害之虞，故審判衙門



應由利害關係人之聲請，而選任假董事（舊民草第九二條，新民草第六〇條第二項，日民法第五六條）。

假董事之權限，不限於特定事項，此點與上述之特別代理人不同。又，假董事除爲一時的機關之外，其性質與董事無異，特其選任之特別條件及其選任之程序各不相同耳。

假董事既爲暫時代行董事之職務者，故其權限於董事依通常之手續補額時消滅（舊民草第九一條）此乃假董事性質上當然之結果也。

本項參考川名兼四郎日本民法總論一〇五至一一〇頁，中村萬吉日本民法論總則篇一〇二至一〇四頁，穗積前書二五四至二六〇頁，

何基鴻民法總則五七至六〇頁，鳩山前書一七四至一八七頁而成，尤以參考最後一書爲獨多。

### 第三項 社員總會

#### 第一 社員資格

社員乃社團法人之構成分子（自然人及法人）。社員之地位，雖非一種權利，然實爲一種法律上的地位。關於社員之資格，所應研究之問題有三，即資格之取得，資格之喪失，及資格之專屬是也。

（a）資格之取得。社團法人之設立人，於訂立章程並得主管官署之許可後，即能取得社員之資格，換言之，即社團法人之設立人，於社團法人成立時，當然爲其社員也。然於設立之後，則須經入社之程序，始得爲社員焉。關於入社之程序，章程上多有特別之規定，若無特別規定，則須由總會依到會社員之多數決之（舊民草第一〇七條）。

(b) 資格之喪失 社員之資格，因法人之消滅而喪失。然在此情形之下，全體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，亦為當然之事，故亦無須說明。於此應加說明者，即特定社員之資格之人為的喪失，法律上所稱退社與除名是也。

(1) 退社 社團法人之社員，若一經入社，永不準其退出，實有背乎公益，是以法律（民法第五四條，舊民草第一〇八條，新民草第六三條）許社員得隨時退社焉。但規條中限定於業務年度終或經過豫告期間後始準退社者，則社員應有遵守之義務（各該同條但書）。然此項豫告，不得逾一定之期間（民法同條第二項，定為不得超過六個月；新舊民草同條第二項則定為不得超過一年），蓋所以防其不便於社員，且有害於公益也。

(2) 除名 社員一經入社，法人永遠不能去之，於法人每多不利，是以各國立法例皆有社員除名之規定焉。民法（第五五條）及民草（舊第一〇九條，新第六四條）規定，有正當之事由者，得依總會之決議，除社員之名。其餘名之事由為何，在所不問。但為防總會濫行除名之弊，得以章程限定除名之事由（各該同條但書）。被除名之社員，為保護其利益起見，對於除名之決議，得向審判廳提起調查除名理由是否正當之訴。但其被除名之事由，已為章程所規定者，社員對決議，不得提起撤銷之訴焉（舊民草同條第二項）。

(c) 資格之專屬 社員之資格，除章程有特別規定之外，不得讓與或繼承，蓋其性質為專屬的也。

## 第二 社員權利義務

取得社員資格者，能享有或負擔法律及章程所規定之權利或義務。與社員資格相終始之各種權利，總稱之

爲社員權。與社員資格相終始之各種義務。總稱之爲社員義務。出席總會之權利。陳述意見之權利。表決之權利。請求召集總會之權利。乃法律上所規定之社員權之主要者。他如利用俱樂部及利用法人圖書館之權利。依章程所定。亦爲社員之權利。社員義務之最要者。厥爲出資義務。此種權利義務。可分爲普通權利義務及特別權利義務兩種。各社員間共通之權利義務屬於前者；對於某社員有特別利益之權利義務。如具有多數表決權。較少額之出資義務。則屬於後者。此等權利義務。不能歸屬於社員以外之第三人。

普通社員權之中。最重要者。厥爲表決權。此種權利。乃參加社員總會之決議之權利。社團法人之事務。依全體社員之意見。以爲決定。乃屬當然之事。當決定意見之時。各社員會集於一定之地點。於他社員之前。發表意見。以決定法人之事務。此乃最方便之辦法。其參與決定之權利。曰表決權；爲決定法人事務聚集之各社員間的會合。曰社員總會。

### 第三 社員總會

一、總會之性質 社員總會 (general meeting) 乃全體社員所組成之必要的最高機關。自其職能 (function) 上言之。爲議決機關。

(1) 總會乃全體社員所組成之機關。所謂以全體社員組成者。非謂須全體社員出席總會。以行使表決權。乃謂全體社員皆有表決權。而總會始能有效成立也。從消極的方面言之。卽不得以章程之規定。或總會之決議。剝奪一部分社員之表決權。又若不與全體社員以行表決權之機會。則總會不得有效成立也。

(2) 總會乃社團法人之最高機關（民法第五〇條）。社團法人之業務，除屬於董事或其他辦事人之職務內者，悉依總會決議行之（民草第九五條，日民法第六三條）。尤以章程之變更（民法第五〇條第二項之一）目的之變更（舊民草第一〇一條，日民法第三六條，但依新民草第五六條第一項之規定，法人之目的，不得為變更之決議，現行民法亦無變更法人目的之明文）解散（民法第五七條，日民法第六八條第二項）任免董事，監督董事執行職務，及開除社員（民法第五〇條第二項）為總會之專屬權限。總會之決議，若不違背章程及法令，則法人之董事及其他辦事人，有服從之之義務。故總會為法人之最高機關。

(3) 總會乃社團法人之必要機關。財團法人無社員，故無社員總會；若社團法人，則以總會為必要的機關，此乃社團法人為人的結合之自然的結果也。

(4) 總會為法人之議決機關。換言之，即為依決議方法決定法人意思之機關。於此意味，總會為法人之意思機關。又，總會為議決機關，雖決定法人之意思，然其已決定之意思之實行，則屬於他機關（即董事）之任務。蓋總會非法人之執行機關也；又，於對外關係上，亦非法人之代表機關，僅對於內部為決定法人最高意思之機關而已。

二、總會之種類 總會分通常總會及臨時總會兩種。通常總會每年一次，由董事會召集之。其開會之時期，須先依章程之所定，若章程對此無所規定，得由總會預定之，若總會又未預定，則可由董事會定之。經一年以上而不開通常總會非民法之所許也。臨時總會乃應臨時之必要而開者。其情形有兩種：(一) 董事會認為與法人有利益時（新民草第五三條第二項，舊民草第九七條第一項，日民法第六一條）；(二) 由總社員十分一以上，將會議目

的及召集理由，以書件提出於董事會請求召集時（現行民法第五一條第二項新民法第五三條但書舊民法同條第二項，日民法同條第二項，但依舊民法及日民法其請求召集之社員，爲全體社員五分之一以上耳。）請求召集總會所需社員之數，雖可以章程增減（舊民法同條同項但書，日民法同條同項但書，）而社員之請求權則不能剝奪，蓋所以保護少數社員權也。此種召集總會之請求，須對董事會提出，該會接受此種請求後，若不於一個月內召集，則提出請求之社員經審判衙門之許可，得自行召集之（民法第五一條第三項，舊民法第九一條第三項，新民法第五三條第三項，但新舊民法規定須於兩星期內召集之。）

通常總會與臨時總會，僅於召集時期上有差異，於權限上無差異。故於開通常總會時，若預經通知，亦能議決臨時之事項焉。

三、召集總會之程序 召集總會，至少須在總會開會之五日前，將會議目的、處所、及日時，通知各社員（舊民法第九八條第一、二兩項，日民法第六二條。）

(1) 所謂於五日前通知者，非謂其通知於五日前達到，乃謂召集程序於五日前完竣也。故於五日前發出通知，或於五日前將召集廣告掲載於所定之新聞紙上（若以新聞廣告定爲召集方法時，）卽爲適法之召集。

(2) 所謂記明會議之目的者，卽須將擬在總會決議之事項，通知於各社員，與各社員以預行準備之機會也。

(3) 通知之方法，須依章程之所定，或向各社員發通知，或用公告之方法，若章程無所規定，則董事可隨意採取適當方法，期於使各社員咸知總會召集之事實足矣。

#### 四、總會之決議

(1) 總會於未爲決議之前，須先有效成立。平常會議有效成立之要件：第一，須經召集之手續；第二，其手續須爲適法的；第三，須足法定人數（*quorum*）。民法及民草對於前兩點，雖有所規定（參閱前段），然對於第三點，則付闕如，故若章程無特別規定，則出席社員之人數雖少，總會亦能成立。但出席者僅爲一人時，總會不能成立。

(2) 決議事項，以預先通知者爲限，但章程有特別規定者，不在此限（舊民草第九九條，新民草第五條第二項，日民法第六四條。）

(3) 各社員之表決權，皆爲平等（民法第五二條第二項，舊民草第一〇〇條，新民草第六七條，日民法第六五條第一項），換言之，卽一人須有一表決權也。在有經濟目的之法人（例如有限公司），其社員間之表決權，雖按其出資之比例，而有所差異，然在無經濟目的之法人，則不能因社員出資之多寡，以影響於其表決權焉。社員之表決權雖可對於法人之一切事務行之，但關於社團法人與某社員及其配偶或直系親屬之關係而爲決議時，該社員無表決權（舊民草第一〇三條，新民草第六八條，日民法第六六條。）

(4) 不出席總會之社員，得遣代理人代爲表決，或以書件表決（舊民草第一〇〇條第三項，第一〇二條，日民法第六五條第一項），但章程禁止代理表決及書面表決時，須從章程之所定（日民法同條第二項。）

(5) 關於決議方法，民法（第五三條第一項）除特別規定變更章程須有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或有全體社員三分之二以上書面之同意外，對於其餘各種總會，悉依到會社員多數決之（民

法第五二條，舊民草第一〇〇條第二項。）

五、總會決議之撤銷 社員於有法定情形之時，得請求法院宣告撤銷總會之決議（民法第五六條第一項，舊民草第一一一條，新民草第七一條。）德國學者稱之爲決議撤銷之訴。提起此訴之社員權利，與請求召集總會之社員權利，同爲不可剝奪之權利，蓋一則從消極的方面保護少數社員之利益，一則從積極的方面以保護此種利益，兩者皆爲社員不可或缺之權利，雖以章程之規定，亦不能剝奪者也。

提起撤銷決議之訴之條件如下：

（一）須總會之決議違反法令或章程也 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，總會召集之程序或其決議之方法違反法令或章程亦包含在內（上述各該同條第一項。）

（二）提起此訴者須爲不同意之社員 依民法規定，苟爲社員，即可提起此訴，至其爲充董事之社員，或非充董事之社員，均非所問（上述各該同條第一項。）

（三）提起此訴之社員，祇須證明總會決議違反法令或章程即可。至其決議有無侵害法人之利益，在所不問。

（四）此訴須從決議之日起三個月內提起 從決議之日起經過三個月以外者不得提起此訴（上述各該

同條第二項。）

決議撤銷之訴之效果如下：

（一）決議撤銷之訴雖已提起，然於法院未裁判以前，不能確知其決議果應否撤銷，故董事會得不受此訴拘

東依然從其決議之旨趣，執行業務。但因執行決議恐將來確定撤銷後，將生不可回復之效果時，則暫行中止執行，亦屬無妨。又，董事會若認其決議確應撤銷無疑者，自應以自己之責任，中止執行。

(二) 決議撤銷之宣告確定後，其效力為絕對的，無論對於何人，皆發生效力。

(三) 決議撤銷之宣告，其效力為消極的，即祇有將其決議撤銷之效力而已，不能從積極的方面，代定其決議之事項也。

(四) 決議撤銷宣告之效力，溯及既往，即被撤銷之決議，從始即為無效也。⑤

⑤ 川名兼四郎《日本民法總論》第一一三頁。

⑥ 參閱同書第一一二至一一四頁。

⑦ 參閱何基鴻《民法總則》第六二至六三頁，余榮昌《民法總則》第六一至六二頁。

又，本項參考鳩山前書第一九一至一九八頁，獨多。

## 第九節 法人之消滅

### 第一項 解散之意義及原因

#### 第一 解散之意義

法人之解散，為致使法人喪失其權利能力之確定的狀態，此種狀態，恰如自然人之受致命傷者焉。自然人之



受致命傷，雖終歸於一死，然於受傷之際，未必遽即於死亡，法人之解散，與此正復相類，故解散後之法人，其權利能力，未遽爾喪失淨盡也（民法第四〇條第二項，新民草第四五條一項，舊民草第一二二條，日民法第七三條。）

## 第二 清算法人

解散後仍然存續之法人，謂之清算法人。清算法人仍然具有權利能力，不過其範圍較爲縮小，喪失其生產的方面（produktive seite）而已。詳言之，即僅於清算的範圍之內，具有權利能力（民法第四〇條第二項）。故在此範圍內，於對內關係，社員總會仍得行其監督；於對外關係，法人之債權人與債務人仍爲法人之債權人債務人，而非清算人或歸屬權利人之債權人債務人。

## 第三 解散之原因

法人解散之原因，有下列各種（民法第三四第三五第三六第五八及第六五條，新民草第七四及第八六條，舊民草第一一三條，第一六二條，日民法第六八條）

- (一) 章程或捐助行爲所定解散之事由發生。
- (二) 法人目的事業之已成就或不能成就。
- (三) 破產 法人財產不能清償債務，經董事會聲請破產，而法院對之有破產宣告時，法人即行解散。
- (四) 法人之目的或行爲有違反法律，公共秩序或善良風俗時。
- (五) 設立允許之撤銷 (1) 法人爲目的以外之事業，(2) 違反設立允許之條件，(3) 爲有害於公益之行為。

爲時，主管官署，可將其允許撤銷。以教育爲目的之法人，爲營利行爲屬於第一項；以教育爲目的之法人，於其設立當時，以於一定年限內，設立某種設備，爲法人設立之條件，而臨時全無此類設備者，屬於第二項；以獎勵婦人之貞節爲目的之法人，其董事會或總會反舉行保護私生子之母之行爲或決議者，屬於第三項。

蘇俄新民法（第一八條）曰：妨害國家利益之法人，得由官廳撤銷之。是妨害國家之利益，亦爲法人解散之原因也。

（六）社團之事務無從依章程所定進行。

（七）總會之決議 解散之決議，須有全體社員三分之二以上之同意（民法第五七條，舊民草第一一四條，日民法第六九條，則規定全體社員四分之三同意；但新民草則無此規定。）

（八）社員之缺亡 社員之缺亡，即社員全部不存在之謂。既以缺亡爲解散之事由，故依舊民草（第一一三條第六款）之規定，僅有一社員存在，法人尙可存續；然若依新民草（第七四條第三款）之規定，則社員僅有一人時，社團法人當然解散也。現行民法對此無若何規定。

（一）至（五）爲社團法人與財團法人解散之共通原因，（六）、（八）爲社團法人之解散原因。

● 川名兼四郎日本民法總論第一一九頁。

● 德國之民法商法學者，多採此說，如 Ortmann zu §§ 47, 49 KGB.; Stadinger-Loewenfeld zu § 48 BGB, Stanb's Komm. S. 292, S. 1082 etc. 是見嶋山秀夫日本民法總論上卷二〇九頁註中所引。

## 第二項 清算

### 第一 清算之性質

清算 (Liquidation) 爲處理法人殘餘事務之程序，乃民法上法人解散後之必然的結果也。被解散之法人，除因破產而被解散者之外，必須經過民法中所規定之清算程序（民法第三七條以下，新民法第三七條，舊民法第一二一條第二項）。民法關於清算之規定，乃強行法規，縱有章程，捐助行爲或總會之決議，亦不能不依民法所定之清算程序以處理已解散法人之殘餘事務焉。

### 第二 清算人

清算由清算人 (Liquidator) 行之。辦理清算事務之法人機關，謂之清算人。其與法人之關係，與董事與法人之關係無殊，惟名之曰清算人，則顧名思義，其權限當以清算爲限。

法人解散後，其清算事務，以董事會辦理之爲原則。但章程或捐助行爲有特別規定者，應從其所定（民法第三七條）。又，社員總會亦可於董事會之外，選任他人爲清算人焉（舊民法第一二三條第一項，第一六四條，新民法第三八條，日民法第七四條）。若章程或捐助行爲無特別規定，總會又無決議，而應辦理清算事務之董事復不存在時，審判衙門得因利害人之聲請，選任清算人（民法第三八條，舊民法同條第二項，新民法第三九條，日民法第七五條）。依此方法所選出之清算人，若有不忠實或不能勝任等重大理由，審判衙門得依利害關係人之聲請，

將其解任（民法第三九條，舊民草第一二四條，新民草第三九條第二項，日民法第七六條。）董事以外清算人，須於就職後之一星期內，向社團法人住址地之登記所開列姓名及住址，聲請登記，並須將其事件呈報主管官署，蓋欲使利害關係人可得而知，主管官署易於監督也（舊民草第一二五條第一項，日民法第七七條第一項，但依新民草第四二條之規定，皆須登記焉。）

### 第三 清算人之職務

清算人之職務，若從客觀的方面觀察，即為清算事務之內容；若從時之順序觀察，則可分為清算前之職務，清算中之職務，及清算後之職務三大種：

（一）清算前之職務 於着手清算之前，清算人須向主管官廳為解散之聲請及解散之登記。前者所以使主管官廳知解散之事實，後者所以將此事實公告於衆也。解散登記，其登記之事項為解散原因，及年月日，又清算人之姓名住址，亦須登記（參閱本章第六節法人之登記，舊民草第一二五條第一項，新民草第四三條，日民法第七七條第一項。）

（二）清算中之職務 民法（民法第四〇條，舊民草第一二六條一項，新民草第四一條，日民法第七八條）列舉了結現務，收回債權變換財產，清償債務及移交餘賸財產四種。然不能以此規定為限定清算之範圍。蓋清算法人固不能營清算以外之新事業，然於處理法人殘餘之範圍以內，除列舉之事項外，仍得為其他必要之行為也（民法第四〇條第二項，新舊民草及日民法同條第二項。）

(甲)了結現務 卽了結法人解散當時既着手而未完結之事務也。爲了結現務，不妨爲新行爲。

(乙)收取債權 所謂收取債權，不特將解散當時已屆清償期之債權收回，債權之交付換價亦包含在內。對於未屆清償期之債權，則以交付換價爲普通。然於清算上不必換價與交付者，則可照樣存入於餘賸財產中。

(丙)清償債務 清算會須於法人解散公告中，催告債權人，應報明其權利（舊民草第一二七條，新民草四三條，日民法第七九條一項。）並對於已知之債權人，須逐一催告其報明權利（舊民草第一二九條，新民草第四四條，日民法同條第三項。）此等催告，一則以與債權者以主張其權利之機會，同時並可使清算人早知債權之數焉。於清算中，清算會如查悉法人之財產不足清償其債務時，須從速聲請破產，並公告之（舊民草第一三三條第一項，新民草第四六條，日民法第八一條第一項。）於此情形，清算會以其事務移交於破產管財人，其職務卽爲終止（民草第一三五條第一項，日民法同條第二項。）若清算人於清算中已將財產給付債權人或交付歸屬權利人時，破產管財人須將其取回（新舊民草同條第二項，日民法同條第三項。）

(丁)餘賸財產之交付 法人於清償債務之後，若尚有餘賸財產，則此種財產，究應歸屬於何人，此乃立法上之一問題。蓋法人與自然人不同，自然人常有繼承人，故於自然人死亡時，法律對於其財產應屬於何人，殊不措意；而法人則因無繼承人之故，遂發生餘賸財產應屬誰何之問題焉。在營利法人以分配利益於其社員爲目的，清算後若有餘賸財產，自應將其分配於其社員；而在無經濟上目的之法人，既不以私人之利益爲目的，則不能採同一之方法，故民法關於其餘賸財產，特爲規定焉。

(a) 章程或捐助行為若指定歸屬權利人，或未直接指定歸屬權利人而僅定其方法，則從其所定（民法第四四條第一項，舊民法第一二〇條第一項，又第一六三條第一項，日民法第七二條第一項。）但剩餘財產之交付，非於解散之公告經過一年後，不得為之（新民法第四五條第一項。）

(b) 章程或捐助行為既未指定歸屬權利人，復未訂定指定之方法時，董事會得經主管官署之允許，擇其與法人目的相類似之事業，將其剩餘財產處置之，但在社團法人，須經總會之決議（上述民法同條同項，舊民法及日民法同條第二項。）

(c) 依上述之方法不能處置時，則將其剩餘財產歸屬於法人所在地之地方自治團體（民法第四四條第二項，但上述舊民法及日民法各條第三項，瑞民法第五七條，則規定此項財產屬於國庫。）

歸屬權利人對於法人剩餘財產，僅有請求交付之債權而止乎？抑於法人解散之際，同時為剩餘財產之權利者乎？此事在解釋上雖有多少之疑問，然究以前說為正當。蓋解散之後，清算完結之前，法人仍舊存續，尙可為權利義務之主體也。

(三) 清算後之職務 清算完結時，清算會須速向法人住址地之登記所聲請登記，並向主管官署呈報清算完結，蓋欲使利害關係人及允許其設立之官署，知其消滅之事實也。

參閱川名兼四郎前書第一二三頁至一二八頁，鳩山前書第二一四頁至二二五頁，穗積重遠日本民法總論上卷第二六九頁至二七六頁。

中村萬吉日本民法論總則第一〇九頁至一一三頁，何基鴻民法總則六九頁至七一頁。

## 第十節 法人之監督

法人之監督可分兩種，即業務監督及解散清算監督是也。

(一)業務監督 即監督法人之業務是否違背法人之目的或公益。董事等是否有不正之行爲也。此種監督，須因乎法人之目的事業，以定其監督官署，較易舉其實效；故法律規定以主管官署，當此種監督之任焉（民法第三二條，新民草第七二條第一項，舊民草第一一二條第一項，第一五八條第一項，日民法第六七條第一項。）主管官署因監督之必要，得依職權隨時調查法人之業務及財產之情形（上述各條第二項。）法人若爲其目的以外之事業，或違背允許設立之條件，或爲妨害其他公益之行爲時，主管官署，可撤銷其允許焉（民法第三四條並參閱第九節第一項。法人解散之原因。）

(二)解散及清算之監督 即監督法人之解散是否正當，清算人有無不正行爲也。此種監督，無須因法人事業之性質，以另定監督機關（即非由主管官署監督，）而統由法人住址地之初級審判廳當監督之任（民法第四二條，新民草第四七條，舊民草第一三八條及第一六四條，日民法第八二條第一項，）蓋此種監督專爲保護利害關係人而設，以審判廳當之固無傷也。審判廳得隨時爲此種監督上所必要之檢查（民法同條第一項，新舊民草及日民法同條第二項。）

(三)罰則 法人之董事或清算人，若不從法律之規定，有妨礙主管官署或審判廳之檢查時，科五圓以上，五

百圓以下之罰金（民法第四三條，新民法第四八條及第六一條第二項，舊民法第一三九條第三款，日民法第八四條）蓋非有此制裁，則法人之監督，殊難舉其實效也。

參閱中村萬吉前書第一一四頁，鳩山前書第二〇五至二〇七頁，權積前書第二七七、二七八頁。

## 第十一節 外國法人

### 第一 外國法人之認許

法人之人格，乃由國家之法律所賦與者，故由外國法賦與人格之法人，非必為內國法上之法人。此種情形，非僅對於外國法人為然也。在舊時代之法律上，即外國之自然人，亦不能被認為內國法上之人格者焉（參閱本書第一編第一章第二節外國人之權利能力）。然時至今日，自然人無內外之分，已當然被認為法律上之人格者，同時，因國際關係日益密切，世界的商務日趨發達，故外國法人之承認，亦成為不可壓抑之勢。因此之故，民法（民法總則施行法第一一條，新民法第八八條第一項，舊民法第六六條一項，日民法第三六條一項）於外國法人中，認許國家、國家之行政區域、商事公司或法律條約所認許之團體為本國法律上之人格者焉。然法文中所謂「認許」者，非將外國法人認為內國法人，乃認外國法人在國內得為權利義務主體之謂。又，認許外國國家，及國家之行政區域者，乃認其在國內得為私權之主體，非認許其為統治權之主體，蓋國與國間相互承認為權力團體，此乃國際法上之問題，非民法上所宜規定也。復次，外國之公益法人非經內國之法律或條約認許，於內國不得為權利義務



之主體，蓋關於公益之認定，各國未必相同，且外國之公益法人復類皆與內國無涉故也。

## 第二 內外法人區別之標準

關於區別內外法人之標準，民法無直接之規定，蓋此乃國際私法上之問題也。然欲定立民法上關於法人規定之適用範圍，則對於內外法人區別之標準，須略爲述及。

內國法人，第一，須依內國法律設立。蓋如上所云，法人人格乃由國家之法律所賦與者，故須依內國法設立。然後能在內國享有人格也。第二，內國法人須在內國設有住址，即主事務所。從理論上言之，以法人之住址（即主事務所）爲決定國籍之標準，頗爲允當。蓋決定國籍，須以法人與其國家有無密切關係爲標準；而法人之住址，卽爲其事業之中心，事業中心所在之國家，當與法人生極密切之關係也。從民法之規定上言之，法人之設立，常須定立事務所，欲使其設立能與第三人對抗，須於主事務所所在地爲設立登記，且其登記須依我國法律之所定而爲之。故於我國領土內無住址之法人，不得爲設立登記，隨而不能與第三人對抗。故內國法人須以在內國設有住址爲要件也。

總上以觀，所謂內國法人，乃從內國法設立之法人，且在內國設有住址者。既知何者爲內國法人，則凡非內國法人者，卽外國法人（*Ausländische juristische person*）也。

## 第三 外國法人之權利能力

既認許其成立之外國法人，以與內國同種類之法人享有同一之私權爲原則（民法總則施行法第一二條，

新民草第八八條第二項正文，舊民草第六六條第二項正文，日民法第三六條第二項。故於外國得享有之權利於中國不得享有者，亦有於外國不得享有之權利，而於中國反得享有者。但對此原則，有下列之例外（各該同但書）

（1）外國自然人不得享有之權利，外國法人亦不得享有（例如土地所有權是）。

（2）依法令或條約不享有之權利，須依法令或條約之所定。

#### 第四 外國法人之管理及登記

關於外國法人之管理，民法雖無特別之規定。然以從該外國法人之本國法律監督之，較爲允當。蓋認許外國法人之成立，既係以其爲外國法人而認許之，故關於其機關、代表方法、解散等，以依外國法之所定爲宜。

外國法人在中國設立事務所者，關於應登記之事項，準用關於中國法人之規定（民法總則施行法第一三條，新民草第八九條，舊民草第八二條）。

參考穗積同書第二五〇至二五四頁，川名同書第一二八至一三〇頁，鳩山前書第二二五至二三一頁。

## 第二編 私權之客體

### 第一章 總論

#### 第一 私權客體之意義

權利乃法律上活動之主體（權利主體）對於一定社會的利益所得享受之法律上的力。故權利之成立，除權利主體之外，尚須一定社會的利益爲其內容。此社會的利益，謂之權利之目的。而權利之目的，須待具有一定之對象（即生活資料）始能成立。此種對象，謂之權利之客體（Object; Objekt, Gegenstand）。

學者間將『權利之客體』與『權利之目的』用爲同一之意義者，頗不乏人，然此祇不過名詞上之差，無庸深論。但吾人研究學術爲清楚明晰計，須將權利內容之本身，與構成權利內容之必要的生活資料，判然區分，余稱前者爲權利之目的，後者爲權利之客體。例如，物權中一定之物，乃權利之客體；權利者對於物所得享受之一定利益，乃權利之目的。由是言之，所有權與其他物權之間，其客體雖無差異，而其目的則各不同也。又如債權，可充債權者需要之對象，爲債務者其人，故債權之客體，即爲債務者。而債權之目的，則爲對於債務者得要求其爲一定之行為。要而言之，權利之客體，即構成權利內容之生活資料也。

#### 第二 私權客體之種類

私權之客體，因各種權利之不同，而互有差異。物權與債權之客體，已如上述。人格權之客體，乃權利者之本身。親屬權之客體，乃有親屬關係之他人。繼承權之客體，乃繼承財產。無體財產權之客體，乃精神的產物。此外，權利亦有爲他種私權之客體者。對於上述諸種客體，於講述各種權利時述之，最爲適當。民法總則編僅對於其中之一種——物，特設規定，而對於其他各種之客體，則不設一般的規定焉。權利之客體，雖因文明之進步，有次第增加之傾向；然物尚不失爲其中之最要者，此總則編所以僅對於物而特加規定也。

參考鳩山前書第二三二頁至第二三四頁。

## 第二章 物

### 第一節 物之意義

法律上所謂物，與物理學上所謂物不同，蓋法律上物的觀念，乃一種社會的觀念，此種觀念乃以吾人生活資料之自然的性質爲基礎，摻合各時代各地方之文化觀及經濟觀而造成者也。故法律上所謂物，雖不能完全無視物理上之要件，然亦不能完全受此種要件之拘束；且復因時因地而變其觀念。或以爲物即廣義之物，應包括有體物（*res corporalis*；*choses corporelles*；*körperliche Sachen*）與無體物（*res incorporalis*；*choses incorporelles*；*unkörperliche Sachen*）；或以爲物應作狹義解，僅指有體物而言。羅馬法，法國法系諸國之法律

及英國法，屬於前者；德國法系諸國之法律，屬於後者。

羅馬給雅斯(Gaius)之法律教科書(*Institutiones* II § 12-13)曰：物可分爲有體物與無體物兩種：有體物即能以感覺觸知之物也。例如土地、奴隸(homo——此處乃指奴隸，非指平常之人，參閱 Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*)、衣服、金銀等是也。無體物者，即不能以感覺觸知之物也。例如繼承權、用益權、債權等是也。(同書第十四節)其後多數學者皆以此爲準，將物分爲有體無體兩種。羅馬法全典中之法學階梯(*Institutiones*)之 *de rebus incorporalibus* 章及法律會典(*Digesta*)之 *de divisione rerum et qualitate* 節，亦全以之爲準。近世法(民法第五一六條以下)意(民法第四〇六條以下)諸國，承認有體物無體物之區別，自不待言。普魯士普通法亦於其第一部第二章第二條，規定人之行爲，亦爲物之一種。第三條規定狹義之物，謂因性質上或依人之合意，得爲繼續的權利之客體者，方可謂之物。奧大利民法第二八五條先概括的規定人類以外可供人需要之一切東西，在法律上概稱爲物。更於第二九一條及二九二條謂：物，從其性質上可分爲有體物與無體物兩種。有體物即能觸於感官之物(*diejenigen, welche in die Sinne fallen*)，此外均謂之無體物，如狩獵權、漁業權及其他之權利是。英國普通法亦將財產權之客體分爲有體物及無體物兩種。以有體物爲客體之財產權，稱爲以有體物爲客體之對世權(*right in rem in a corporeal thing*)或 *normal property right*，以無體物爲客體之財產權，稱爲以無體物爲客體之對世權(*right in rem in an incorporeal thing*)或 *abnormal property right*。有體物稱爲 *corporeal thing*，natural thing，或

physical thing 無體物稱爲 incorporeal thing, intellectual, artificial thing, legal thing, or juristic thing。日本舊民法做法國法系，將物分爲有體及無體兩種。能觸於人之感官者爲有體物，如地所、建物、動物、器具等是。爲感官所不能觸知，而僅能以智能理會者，謂之無體物，如物權、人權、著作權、技術者及發明者之權利……是。

德國民法第一草案第七七八條排斥法國法系之觀念，明言：物者僅指有體物而言。德國現行民法第九十條亦據之爲準而無所更變。日本民法（第八五條）及我國民法草案（新第九五條，舊第一六六條）皆倣倣之。所謂有體物，卽人類以外占空間之一部之一切物體。所謂占空間之一部，卽有形的存在之意，至其占空間之形狀，在所不問，故固體外之液體、氣體等，亦有體物也。德國法系之所以排斥無體物之觀念，其理由爲：法律上之所謂無體物，蓋指物權人權等權利而言，若承認無體物之觀念，則其勢不僅承認債權之所有權，地上權，抵當權之所有權等；且承認所有權，其他債權之所有權，地上權及抵當權之所有權等亦皆爲物，從而更不能不承認所有權之所有權，債權之所有權之所有權，地上權之所有權等，疊牀夾壁，將無底止。總而言之，卽承認權利上之權利，其爲弊將使物權債權之區別，混淆莫辨。然吾人以爲德國法系之所以不承認無體物之觀念，實因誤解羅馬法上之有體物及無體物使然，初無充分之理由，吾國民律草案不應取以爲法。蓋

（一）羅馬法以來有體物與無體物之區別，非由純然法律之觀念而來，乃由實際之便宜上，卽習慣上而來者。故羅馬法上之所謂有體物，不僅指感官所能觸知之物，卽該物之所有權，亦包含在內；其他一切權利，概謂之無體

物，從理論上言之，所有權，亦為權利之一種，以之為有體物，斯誠奇妙；然從實際之便宜上着眼，則未可厚非。蓋習慣上『物』與『所有權』常相混同。夫所謂『買物』一詞，雖在今日之法律家或法文中，亦往往有用之者，其實所謂買物，乃買物之所有權也。羅馬法上有體無體之別，即由此種便宜上而來者。降及後世，學說及立法例，多以羅馬法上區別之標準，於理論上有所未通，遂漸次變更，法意兩國之民法，至於以一切財產權（包含所有權）物之集合體，智能權等皆為無體物。德國學者以為如此將有發生所有權之所有權，債權之所有權……之虞，故明白規定：所謂物者，僅指有體物而言焉。其實物權乃與債權相對而為財產權中一大部類之權利，僅以有體物為其客體，未免失之過狹；故其結果，對於無記名之債權，而生所謂擬制；對於準占有，準共有，一般先取特權，權利質，地上權，永佃權之抵當等，而生所謂例外；對於電氣，更紛爭而不決；捉襟見肘，窘態畢露。

(二) 近來立法之趨勢，漸知此種弊竇，故以無體物充權利客體之範圍，日益擴大。例如留置權之客體，從前僅限於物，近來則有價證券亦可充之，又如瑞士新民法（第六六五條）於土地（Grundstück）一名稱之下，包含（1）不動產，（2）登記於不動產登記簿之獨立而繼續之權利，（3）鑛業權。所謂獨立而繼續之權利，即汲水權，地上權等是也。瑞士新民法雖大體追隨德國民法之觀念，然亦非絕對排斥無體物之觀念者，故對於近時一般之傾向，可稱另開一生面。

(三) 更從我舊民草第九九一條及新民草物權編第二八條觀之，土地之所有權，及於地上地下。所謂地上，並非指流動不居之空氣，乃指由空中排除空氣之部分，即空間而言。有體物雖為占一定空間之物，然究非空間之自

身。由此觀之，所謂物，何嘗限於有體物，而物權之本質，亦何嘗限於有體物上之支配乎？<sup>①</sup>

綜上以觀，民草之旨目的模倣德國法系，謂物僅指有體物而言，殊非得當也。

我國現行民法（第六六條以下）仿蘇俄、瑞士之先例，對於物之意義，不立界說，僅爲概括之規定，謂物爲不動產及動產二種，而從物則附麗規定焉。

① Holland, Jurisprudence: S. 84-86; Jerry, The First Principles of Law, p. 210-211.

② 關於何者爲有體物之問題，答案甚多：(一)受『人類爲自由實在』之思想所影響之法律家，謂有體物爲不自由的自然之一部 (ein Stück der untreien Natur) 如 Planch, Kommentar Zum B. G. B. Bd. 1. S. 160 是。(二)受『人類爲有理性的實在』之思想所影響之法律家，謂有體物爲無理性的自然之一部 (das einzelne Stück der Vernunftlosen Natur) 例如 Windscheid, Pandekten Bd. I. § 139 是。(三)其他亦有謂屬於人之感官者爲有體物（日本舊民法財產編第六條）者。然究以謂『有體物爲占一定空間之物體』之界說，最爲確當。

③ Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I. 4. Aufl. § 25; Dernburg, Pandekten Bd. I. § 67; Iomonaco, Nozioni di Diritto civile Italiano S. 206; 梅謙次郎民法總則講義第八一八頁以下。

④ Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts Bd. I. § 101.

⑤ 總括言之物之意義，共有三派：(一)羅馬法以物爲包含有體物（其所有權亦包含在內）及無體物而言。(二)法國法系亦以物爲包含有體物與無體物，但將一切權利，悉劃歸無體物之範圍內。(三)德國法系以物爲僅指有體物而言。



● 參閱 Wleand, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.

● 參閱三緒信三註釋民法全書第四卷第三一頁。

本節取材於法學志林第十三卷第八、九號合刊梅博士追悼紀念論文集，三緒信三關於排斥無體物觀念之疑問一文，及中村萬吉日本民法論總則篇第一一七——八頁獨多。

## 第二節 物與人體

所謂物，不能包括有生命之人類，故人類之身體非物也；同時，身體之構成部分，非物也；又，用人工與身體接着之物，視爲身體之一部者（例如義齒、植肉等）亦非物也。

反之，與身體常相結合，然其結合僅爲供人之使用而止，而不能視爲身體之一部者，則被包含於物之中，可獨立爲權利之客體。又，由身體分離之部分，例如已脫之齒牙、毛髮等，亦爲物之一種；但此物之所有權，屬於未分離以前之所有人。

至於屍體，從前雖有人●以之爲人格之殘餘（Überrest der Persönlichkeit），然現時一般學者則皆以之爲物，且謂死者之繼承人對於屍體享有所有權焉。但此種所有權與對於他物之所有權迥異，除埋葬之外，原則上不得爲事實上之處分。

● 參閱 Gierke, Deutsch Privatrecht II, S. 25 見鳩山前書第二三九頁。

本節參考鳩山前書二三六——九頁，川名前書一三三——五頁，中村前書第二二〇頁，及穗積前書二八二——五頁而成。

### 第三節 物之能力

物之能力，可分爲權利能力及行爲能力或交易能力兩種。所謂物之權利能力(Rechtsfähigkeit der Sache)者，即得爲私權客體之資格也；所謂物之交易能力或行爲能力(Verkehrs-od. Handlungsfähigkeit der Sache)者，即得爲交易客體之資格也。

(一)物之權利能力 經濟學上所謂自由財或人力所不能支配之物，如日月星辰，大洋等(公共物)無權利能力。從反面言之，即吾人在法律上(外面的)可得支配(排他的)之物，始能有權利能力也。又，此種人力所能支配之物須成爲特定的個體，始有權利能力，自身不能成獨立之個體而爲他物之一部者則否。但此爲一般之原則，對此有下列兩種重要例外：

(甲)法律對於物之一部分認爲可成立獨立物權者，則此一部分之物，具有權利能力。

(乙)社會觀念上將物之一部認爲權利之客體時，應從社會觀念，視該部分之物爲具有權利能力。蓋物之爲獨立與否，皆應從社會觀念以爲決定故也。

(二)物之交易能力 具有權利能力之物，非必具有行爲能力或交易能力。蓋物之交易能力與權利能力不同，蓋一半爲人之權利能力，一半爲支配權制限之問題。有交易能力之物，謂之融通物，無交易能力之物，謂之不融

通物，如公有物、公用物、及禁制物是也。●在蘇俄新民法中物之交易能力異常狹隘於民法史上特闢一新蹊徑。其第二一條曰：土地永爲國家財產，不得讓與；占有土地者，僅有使用權。其第二二條曰：國有市有之營業及其設備，鐵路及輪軸材料，國有船舶，及國有市有之建築物等，均不許私人讓受，亦不得由主管機關讓與。其第二三條曰：軍械、爆烈物、軍用品、航空機、電報及無線電信機、被廢棄之有價證券、超過法定限制之酒類、及劇烈藥品，均不得爲私人交易之目的物（同法第三三條參考。）

●詳見次節第一項。

#### 第四節 物之種類

羅馬法以來，一般所承認之物的種類，有下列各種，茲試分別簡單敘述之：

##### 第一項 融通物，不融通物

所謂融通物與不融通物，乃以物之交易能力即融通能力爲標準之分類也。此種分類始於羅馬法，近世各國之法律，相沿未改。所謂融通物（*res commercium*）即具有交易能力或得爲交易之客體之物也。所謂不融通物（*res extra commercium*），即無交易能力或不得爲交易之客體之物也。其主要者，有下列各種：

(1) 公有物（*res publicae*） 公有物有廣義與狹義兩種：廣義之公有物，即國家或其他公法人所有之物之總稱；狹義之公有物，即在國家或其他公法人內供公眾使用之物之謂。廣義之公有物中，其供國家或其他公法

人之私用之物，即所謂收益財產 (Finanzvermögen)，如國有之林野，鑛山，鐵道，工場等，並非不融通物。唯狹義之公有物始為不融通物。狹義之公有物中，有直接供國家或其他公法人公務之用者，有供公眾之用者。前者謂之行政財產或公務用物，如官署之建築物，要塞，軍艦等是；後者謂之公眾用物或公用物，如公園，公川，港灣是。此種狹義之公有物，追公用之目的被廢止時，始能取得融通性，或交易能力。

(1) 禁制物 (Contraband) 法令上禁止交易之物，謂之禁制物。如阿片煙，偽造之貨幣，猥褻之文書圖畫等是。

此外法令上限制讓與，扣留等處分之物，亦可視為一種不融通物，如法令特別保護之建築物及日本貴族之世襲財產等是。

一般民法書中，於上述數種之外，尚有以公共物為不融通物，或有將公用物與公有物分離敘述者。余謂公用物為公有物之一種，不必分別敘述。且謂以公共物為不融通物於理論上有所不合，蓋融通物與不融通物區別之標準，在於物之交易能力之有無，而非在於其權利能力之有無也（參閱前節）。

## 第二項 可分物，不可分物

不因分割而變更其性質或減損其價格之物，謂之可分物 (res dividuae; teilbare Sachen)。反之因分割而變其性質或減損其價格之物，謂之不可分物 (res indivisuae, unteilbare Sachen)。例如良馬一匹，若分割之，則失其所以為良馬之性質，故為不可分物；明珠一顆，若分割之，則減損其價格，故亦為不可分物。所謂可分，不

可分。非物理問題，乃經濟問題；故所謂分割，不一定以有形的分離爲必要焉。可分物，不可分物區分之實益，於多人共有一物權或債權時，最爲顯著。

### 第三項 單一物，合成物，集合物

單一物 (einfache Sachen) 者，即形體上爲獨立一體之物也。其爲自然的一體或人爲的一體在所不問，其各構成部分已失其個性足矣。

合成物 (Zusammengesetzte Sachen) 者，即由數物結合而成之物。其各構成部分，雖結合爲一體，爲一權利之客體；然其個性則不致於喪失，如建築物及鑲寶石之指環等是也。合成物與單一物於交易上及法律上完全相同，無區分之必要。

集合物，即物之集團，而非一物，故原則上非爲一權利之客體。例如羊羣中之羊，及圖書館所藏之書，並非全體爲一所有權之客體，其中各個體，皆可單獨分別爲所有權之客體焉。但對此原則，有下述之例外：

(1) 一定量之物，僅於其集合時，始有社會的價值者，則其一定量之集合物，爲一權利之客體。例如穀米，其一粒或數粒並不能單獨爲權利之客體，迨集合至一升或一斗時，而後始能爲權利之客體也。

(2) 法律上將有特殊經濟的價值之財團，視爲法律上之一個不動產或物時，於此情形，物之集團，即被視爲法律上之一物，換言之，即集合物可爲一權利之客體。如工場財團，鑛業財團，鐵路財團等等是也。

### 第四項 消費物，非消費物

依通常使用方法，使用一回，即歸消耗或可讓與之物謂之消費物（*res consumptibiles*），不然者謂之非消費物（*res non consumptibiles*）。如穀米、酒、油、金錢等，屬於前者；書籍、衣服、時錶等屬於後者。消費物與非消費物之區別，始於法民法（第一八九二條），我舊民草（第一七二條）之規定，蓋倣德民法（第九二條）者。此種區別，與貸借及寄託有關。蓋消費物可為消費貸借及消費寄託之目的物，非消費物可為使用貸借及通常寄託之目的物也。

### 第五項 替代物，不替代物

所謂替代物不替代物，乃以交易上能否以同種、同量之他物相替代為標準之分類也。於一般交易上着眼於其品質、種類、或數量之物，謂之替代物（*res fungibiles*）；於交易上着眼於其個性之物，謂之不替代物（*res non fungibiles*）。例如穀米、酒、油、書籍等屬於前者；某城某街之某宅屬於後者。消費物之全體殆皆為替代物，然如老酒、陳皮等，則為例外。非消費物之為替代物者，亦屬不少，如出版物等是也。替代物與不替代物之區別，始於羅馬法，法（一二九一條），德（九一條），日（四〇〇條，四八三條），民法及我舊民草（一七一條）皆沿之。此種區別與貸借及寄託有關，蓋消費貸借及消費寄託僅能以替代物為目的也。

### 第六項 特定物，不特定物

以當事人之意思或其他事實而具體的確定之物，謂之特定物（*bestimmte Sachen*）；反之，僅以種類、品質、數量指示之物，謂之不特定物。如某街某巷若干尺之地，屬於前者；僅云若干尺地，或若干斗米，屬於後者。特定物與

不特定物之區別，與替代物不替代物區別，似同而實異。蓋前者以當事人之意思而分，後者則以一般交易上物之性質而分也。故雖同爲一物，依當事人之意思，可爲特定物，亦可爲不特定物。此種區別之實益，於債權法上，最爲顯著。又，物權亦僅以存於特定物之上爲原則。

### 第七項 動產，不動產

#### 一、區別之理由

動產 (*res mobiles, meubles, chateal, personal property; movables; bewegliche Sachen, Fahrnis-sachen, Mobilien*) 不動產 (*res immobiles; immovables, real property; immanbles; unbewegliche Sachen, Leigenschaft, Immobilien*) 之別，爲物之重要的區分。此種區分，在古日耳曼法中，早經存在，後期羅馬法亦已有之，後世各國之法律，除蘇俄新民法外，莫不沿用。區別之理由有二：(一)兩者間之社會上，經濟上的價值各不相同。在封建時代，土地爲家臣之世襲財產，具有特別重要的社會價值，其須受法律上之特別待遇，是不待言。迨封建制度廢止後，此種社會的價值，雖略爲減少，然尚不失其爲生活的根據之重要地位；又，其經濟的價值，復比多數之動產爲較優焉。此理由雖因近時發生船舶，有價證券等重要動產而略減其重要之程度；然各國法典上現尙以之爲區分之理由焉。(二)爲基於不動產性質上之理由。不動產完全不能，或甚難變更其位置，且依簿冊之記述，可以認識其同一性，故可用其所在地之公簿，公示其法律關係，此不動產之登記制度所以異於動產之登記制度也。此種理由，今後可永爲動產與不動產之區別理由。有此兩種理由，故對於占有，所有權之取得，對抗要件，

用益權之設定，繼承等各方面，受根本差別之待遇焉。

● 案照蘇俄新民法（二二條），私人無土地所有權，故動產不動產之分類，新民法（同條附註）已明示廢止。

參閱：平野義太郎民法中之羅馬思想與日耳曼思想第一三八至一三九頁；鳩山前書第二五一——二五二頁；穗積前書第二九四——二九五頁。

## 二、不動產

動產不動產，雖為古日耳曼法以來之區別，然何者為不動產？各國之法律，頗不一致。羅馬法以土地為不動產。該法原則『以地上之物，屬於土地』（*Superficies solo cedit*），固着於土地之建築物及其他各物，為土地之構成部分（*Bestandteil*），故亦為不動產。法國民法（第五一七條至五二六條），取列舉主義，將不動產一一列舉。但其所列舉者，不盡與理論相合。瑞士民法（第六四二至六五五條）以土地為不動產，而土地之重要構成部分，亦包含於土地之中。所謂重要構成部分，即土地之定着物，不能與土地分離之產出物，與土地結合之權利，及非以一時之目的而附著於土地之物是也。英國法，亦以土地為不動產。所謂土地，包含下列各物：（一）產出物。中分人工的產出物，及自然的產出物兩種。如穀麥，馬鈴薯等，以人工年年種植之收穫物，即定期收穫物，屬於前者；土地野生動物，或以人工種植及耕作，而非年年定期之收穫物，如樹木，及歷多年而生之植物等，屬於後者。（二）定着物（*fixtures*）。中分永久的定着物與一時的定着物。以種種目的，定着於土地，非土地所有者，則不能分離除去之物，屬於前者；一時的以特定之目的，附隨於土地，土地所有者以外之人亦得移轉之物，屬於後者。（三）置於土地上之物。如家屋



內之家具及建築物內之機械是。(四)水。此處所謂水，非包含水底之土地而言，蓋水底之土地，即指以水所蔽蓋之土地 (land covered with water) 固與水不同也。日本民法 (第八六條) 認土地之定著物，與土地同，爲獨立之不動產。我國國民律草案 (舊第一六八條，新第九八條) 以 (甲) 土地之定著物，(乙) 與土地未分離之出產物，及 (丙) 以永久目的附着或連屬於土地之物爲土地之重要成分，此點與羅馬法及歐洲各國之法律略同；但房屋則不以之爲土地之重要構成部分，而以之爲獨立之不動產 (民法第六六條，舊民草第一七〇條，新民草第九六條) 所謂土地，乃指地球上爲人力所能支配之一部而言。故所謂地下者，指從地面至地球之中心間，所謂地上者，指從地面達於空中無垠之處 (Cujus est solum, ejus est usque ad coelum) 之間爲人力所能支配的部分。人力所不能支配之部分，非法律上之所謂物。

關於土地定着物之意義，法律上雖無規定；然既稱爲定着，則須爲繼續的附着。故凡一時的附着於土地之物，如建造房屋之木架等，非定着物也。又，定着物，於社會觀念上，須爲獨立之物，故被認爲土地一部之物，如蘚苔，雜草等，非定着物也。

● 從前以必要的及農業的定着物，視爲唯一之定着物；無此等定着物，則其土地不能供日常居住，業務或農業之使用，如建造物，欄柵等是也。此等皆爲永久的定着物，一經附着之後，則絕對的成爲土地之一部。然現時商工業發達，所謂一時的定着物之範圍漸廣。有專供業務上之目的而裝置之定着物，及以商業上之目的而裝置之商業上的定着物等等。

### 三、動產

何爲動產？各國法律亦不盡相同。法國民法（第五二八條至第五三六條）取列舉主義，將動產一一列舉。英國法中所謂動產（*Chattel or chattel personal*），指土地，即不動產，以外一切之有體物而言。即指可移動之物，及非土地定着物之建造物；有時亦包含人工的產出物及一時的定着物之意而用之；又，商品（*Goods, wares, merchandise*）亦可以動產（*Chattel*）解之。近世英美學者，倣大陸法用語，以動產（*Res mobiles*）直譯其文爲 *movable thing*，然此非普通法固有之用語也。日本民法（第八六條第二項）以土地及其定着物以外之物，皆爲動產。我國現行民法（第六七條），以土地及房屋以外一切之物，均爲動產。

#### 第八項 主物，從物

主物與從物乃由二物相互間一定關係所生之區別也。此種區別，淵源於羅馬法，近代東西各國之民法，多以明文規定。但其所取之主義，則各國間不盡一致，如羅馬法及日本民法不必限於動產，始有此區別（不動產亦可爲從物，如附屬於大農場之小家屋是也）。德、瑞民法，以從物僅限於動產；又依日本民法及我民法（第六八條，新民律草案第九九條），主從二物，須同爲一人所有，他國民法，則無此條件。

從物之意義如何？各國民律所定，亦未一致。其中最稱允當者，厥惟德民法。茲僅述德民法中從物之要件：（一）須爲獨立之物，（二）須因主物之經濟上目的而被使用，（三）須附屬於主物，供其使用，（四）須供主物之常用。但此所謂常用，乃日常之義，非無間斷之謂也。故即暫時分離，仍不失爲從物（德民法第九〇條二項，九三條及九九條）。與從物相對之物，爲主物。換言之，即被從物所附屬之物爲主物。從物之義既明，則主物之義爲何，自可知矣。

主物與從物區別之實益，在於從物須隨主物而處分。然從物隨主物而處分之程度，各國立法例，頗不一致。在德國民法主物爲土地時與爲動產時，從物隨主物處分之程度有別。主物若爲動產，則僅讓與主物；然若於主物上設定質權之債務時，其效力則及於從物；又於遺贈之時，推定其遺贈之債務，及於從物。日本民法及我民法（第六八條第二項，新民草第九九條第二項，第八七條第二項）則反之，採取概括的規定，令從物須從主物之處分焉。

### 第九項 原物，滋息

#### 一、滋息之意義

滋息 (fruits; fructus; Fruchte) 者，由原物所生之收益也；原物 (Chose originaire; Muttersache, Substanz) 者，產出滋息之物也。德民法（第九九條）對於由『權利』所生之收益，亦稱爲滋息。日民法（第八八條）及我現行民法（第六九條），舊民律草案（第一七三條）僅以由『物』所生之收益爲滋息，而我新民草對於因法律關係所息取之物，亦稱爲滋息焉。

規定滋息之實益，存於物權，故法國法系之民法，多將滋息規定於用益權之部，但德國法系之民法，則於總則編中，規定滋息之一般通則，我現行民法及新舊民草均依之。

#### 二、滋息之分類

滋息有天然滋息 (fruits naturels; fructus naturales, natürliche Früchte) 及法定滋息 (fruit civils; fructus civiles; juristische Früchte) 二種。

何謂天然滋息？學說不一。或從自然科學上觀察，謂僅物之有機的出產物（*organische Erzeugnis*）方可稱爲天然滋息；或從經濟上之見地觀察，謂無機的出產物，亦可稱爲天然滋息；前一種學說，嘗盛行於德國，近已衰；後一種學說，爲近時之通說。又，從經濟上之見地以定滋息之定義之學說中，有以定期收穫爲必要者；亦有以不消耗原物爲必要者；我現行民法及舊民草則無此限制，故如山中之樹木，雖不定期採伐，又如石材之採取，雖消耗石山，然以民草律之，則樹木與石材，仍不失爲山林與石山之天然滋息也。依現行民法（第六九條第一項）之規定，凡依物之用法所收取之出產物，皆謂之天然滋息。故我現行民法所謂天然滋息：

（一）須爲出產物，而出產物之爲有機的或爲無機的，其出產方法爲天然的或爲人爲的，均非所問。故果樹之果實，乳牛之牛乳，石山之石材，鑛山之鑛物……等，皆爲天然滋息。然由變更物之形態而生之物，如由鷄卵孵化而來之雞，由屠牛所得之肉，不能謂之天然滋息。又，天然滋息，非原物之一部，故於養魚場中所捕獲之魚，非天然滋息也。

（二）須爲依物之用法所收取之物，換言之，須爲從原物之經濟上的用途所生之物；故從不以產生滋息爲目的之物所產出之物，如盆栽花木之實，庭園之枯葉等，非天然滋息也。

物之用法，須依其使用者而定。若使用者不定其用法時，須依物之經濟的性質而決定（但新民草第一〇〇條第一項則定爲依物之生產上之用法。）又，依物之用法而收取……，所謂「收取」，非必須有人之行爲，自然的與原物分離之出產物，亦不失爲天然滋息。

法定滋息者，謂利息租金及其他因法律關係所得之滋息也（民法第六九條第二項，日民法第八八條第二項）詳言之：

（一）許可他人使用其物從而收取之報酬或代價也。以有供人使用之原物爲前提，故許可他人使用特許權及其他權利所得之報酬或代價，乃德國民法上之法定滋息，而非我民法之法定滋息也。

（二）既許可他人使用，故須有使用後返還之法律關係之存在。但返還之時，有返還借用時之原物（通俗的意義）者，有將借用時之原物消費，而另以同種同量之物返還者。如地租、借貸等，屬於前者；消費貸借之利息，屬於後者。然兩者之爲法定滋息則無不同也。

（三）僅有允許使用之法律關係，不能產生法定滋息。欲產生法定滋息，須有產生此種滋息之法律上的原因，換言之，即須有產生應支付使用對價之義務的原因。此種原因，或爲法律行爲，或爲法律的規定。

（四）法定滋息亦須爲物，我現行民法，舊民草及日民法，以明文規定金錢及其他之物（新民草第一〇〇條亦以法定滋息須爲物）故以法定滋息爲非物之本身，而爲請求物之權利之見解，非我民法及日民法之所採也。

### 三、滋息之取得

天然滋息之取得 於天然滋息產生中，提供資本或勞力之人，與滋息分離時享有原物之所有權或其他收益權之人，若非同爲一人，則天然滋息，應歸何人收取，遂成問題。對此問題之立法例，向分兩種：一爲生產主義，一爲原物主義。生產主義（Produktionsprinzip）爲德國固有法所採之主義，謂天然滋息，應歸滋息生產中提供資本

或勞力之人。蓋依德國古法，所謂由土地所收取之滋息，即爲對於勞動之報酬（verdientes Gut），應歸提供勞力及費用（Arbeit und Kosten）之人所有，古諺所謂『播種者穫』（wer saet, der mähet）是也。試舉例以明之，如原物爲甲所有，甲於原物之上，曾施有產生滋息之方法（例如播種施肥等）後，將物讓與於乙時，由原物所產生之滋息仍屬於甲，是之謂生產主義。原物主義（Substantialprinzip）爲羅馬法上之主義，德法意瑞日之民法及我現行民法及新舊民草皆採用之。此主義謂天然滋息應屬於分離時享有原物之所有權或其他權利之人。其理由爲：與原物未分離之滋息，爲原物之一部，不能獨爲權利之客體，故應屬於與原物分離時享有收取權利之人也。例如甲於本日由乙處購得結有桃子之桃樹，今日以後，甲爲桃樹之所有人，今日以後，由桃樹分離之滋息（桃子）應屬於甲也。

生產主義與原物主義對立，即不外爲勞動與資本之鬭爭，後生產主義卒爲原物主義所敗，原物主義風行於東西各國。但該主義過於重視所有權而忽視勞動之價值，對於以投機爲目的之買主，或受益地返還之原有者，保護之惟恐不周；對於生產者之勞力，直視若無物，畸輕畸重，殊失其平。德國民法爲補偏救弊起見，故於第二讀會之際，採用基爾克之說，吸收德國固有法之精義，其第五九二條曰：

耕作地之用益貸借（Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks），於貸貸期之半終了時，用益貸主對於用益貸借人，有賠償下列費用之責。即貸借人所加於現雖未分離，而從普通耕作法（ordnungsmässige Wirtschaft），於貸貸期終了前應分離之滋息所加之費用是也。但賠償之額，須適於通常耕作法，且須不起

過滋息之價格。

其第九九八條亦曰：

應返還 (ausgeben) 耕作地 (landwirtschaftliches Grundstück) 時，所有者對於占有人須償還下列費用之責。即占有者對於現時雖未分離，然依普通耕作法，於農季終了前 (vor dem Endedes Wirtschaftsjahrs) 應該分離之滋息所加之費用是也。但此費用須適於通常之耕作法，且須不超過滋息之價格。

其對於勞動之價值，與所有權同樣重視。但故意，或於提起訴訟後，而仍於他人之土地上，浪費勞力者，則此種播種及勞力 (Aussaat u. Arbeit)，不能向地主索償。

我現行民法及新舊民草之採用原物主義，雖與德民法同，然無如德民法上述兩條之補偏救弊之規定，故資本主義之色彩，亦較德民法為濃厚焉。

法定滋息之取得 法定滋息，乃於原本使用之間所常發生之物，故有收取此種滋息之權利之人，於其權利存續之期間中，可按日收取。又，若收取權利人前後不同，則各按其權利存續日數收取。日本民法（第八九條第二項）取此辦法，我民法（民法第七〇條第二項，舊民草第一七四條第二項，新民草第一〇一條第二項）從之。德國民法，則限於定期收入物，始從此原則，其餘之法定滋息，則定為應歸屬於交付時之收入權利人焉。

● 日本民法，雖亦無如德民法上述之補偏救弊之規定，然大正十年秋發表之小作法案第二十條，差可以補民法之不備。該條云：『小作人依契約或習慣，於小作地播種或栽植之作物，當返還小作地之際，若根據現存第二七條及第二八條（必要費，有益費之返還）不

償還其費用時，小作人此際可請求地主出相當價格收買其作物。『我土地法亦無此規定，僅於民生債編中（第四三一條）規定：『承租人就租賃物支出有益費用，因而增加該物之價值者，如出租人知其情事而不爲反對之表示，於租賃關係終止時，應償還其費用，但以其現存之增價額爲限。』

本項參考：鳩山前書第二六〇至第二六四頁，權積前書三〇五至三〇八頁，川名前書一四六至一五〇頁，平野義太郎民法中之羅馬思想與日耳曼思想第一五九至一六四頁。



## 第三編 私權之得喪變更

### 第一章 總論

#### 第一節 法律關係與法律效果

法律關係 (Rechtsverhältnis) 卽法律所規定之生活關係。人類之生活關係 (Lebensverhältnis) 中，有爲法律規範之對象者，有不爲法律規範之對象者。前者卽法律關係，後者卽單純之生活關係或事實關係。例如：因買賣而生買主與賣主間之關係，屬於前者；因朋友間散步之約束而生之關係，屬於後者。在未開化之社會中，人類之生活關係，多爲單純事實關係，迨社會進步，國家對於諸般之生活關係，皆以法律規律之，法律關係，始有漸次增加之傾向焉。

法律關係與單純事實關係之差異，在於前者有社會之中心力（國權或根據國權而發布之法律）爲之保護，而後者則無此種保護。惟其具有此種保護，故爲法律關係之基礎之事實，不僅發生事實上之效果，且能生法律上之效果焉。此種效果，謂之法律效果 (Rechtswirkung)。故謂法律關係爲附有法律效果之生活關係亦無不可也。

法律效果，以權利之得喪變更爲其主要者。然於權利之得喪變更以外，並非絕無法律效果也。如權利能力之取得，行爲能力之取得，擴張或限制，代理權之發生等等，凡可以影響權利之得喪變更之法律上的變動，皆不失爲法律效果。故法律效果者，乃權利之得喪變更及影響於權利之得喪變更之法律上的變動也。

法律效果之發生，常因具有爲其原因之事實。此種事實，謂之「法律要件」。後述之法律行爲，即法律要件中之一種也。

## 第二節 私權之得喪變更

### 第一項 私權之取得

私權之取得者，即私權與某特定主體（自然人或法人）相結合之謂也。私權之取得，分爲原始的取得（*acquisition originale ou primitive*）與繼受的取得（*acquisition dérivée*）兩種。不基於他人所有之權利，而獨立取得權利者，謂之原始的取得，如先占，取得時效等是也。基於他人所有之權利以取得權利者，謂之繼受的取得，如繼承，讓與等是也。繼受的權利有下列各種特質：

（1）繼受人之權利，在原則上不能優於前主之權利。故前主權利之瑕疵，制限等，於後主之權利中亦皆存在。但法律爲交易上之必要起見，對此原則，另設例外。

（2）繼受人在原則上亦得取得從權利。

繼受的取得，又可分爲設定的或創設的取得 (Konstitutiver Rechtserwerb) 及移轉的取得 (translativer Rechtserwerb)。創設的取得，即根據既存的權利而設立別個的權利之謂。如土地所有者設定地上權，永佃權，質權等是也。於此種情形之下，前主之權利，僅受限制，並非消滅；又，後主之權利，雖非與前主之權利同一內容，然其權利尚爲根據前主之權利而來者，故亦爲繼受的取得。移轉的取得，即於既存狀態之下取得既存之權利之謂，例如因讓與而取得所有權是也。

繼受的取得，復可分爲包括繼受 (universal succession) 與特定繼受 (singular succession)。前者乃將屬於前主之財產，根據單一的原因，作爲一體而繼受之。如繼承，包括遺贈，及公司合併等是也。後者乃將各個之權利，根據各個的原因而取得之也。

## 第二項 私權之喪失

權利之喪失，即權利與其主體分離之謂。可分爲主觀的或相對的喪失與客觀的或絕對的喪失。於前一種情形，權利人雖喪失其權利，然他方面尚有取得其權利之人。由取得者方面言之，乃權利之繼受的取得；由權利本身言之，乃權利主體之變更。於後一種情形，乃權利之本身歸於消滅，如因物之消滅而所有權喪失是也。

## 第三項 私權之變更

所謂權利之變更，並非權利失其存在，不過其存在之容態有所變更而已。權利之變更，有下列三種：

### (一) 主體之變更

(二)內容之變更 內容之變更，分爲數量的變更與性質的變更兩種。如所有權之物體，因附合而擴張，債權之內容，因一部清償而縮少之類，屬於前者；以交付特定物爲目的之債權，因債務人應負責任之事由，致不能履行而變爲損害賠償之請求權之類，屬於後者。

(三)作用之變更 將不能與第三人對抗之權利，變爲得與第三人對抗之權利，謂之權利作用之變更。此種變更，雖可稱爲廣義的內容之變更，然若區別權利內容與附隨之之作用時，則此種變更，應稱爲作用之變更。

### 第三節 法律要件與法律事實

發生一定法律效果之事實的全體，謂之法律要件 (Juristische Tatbestand)，構成法律要件之各個事實，謂之法律事實 (Juristische Tatsache)。例如：契約，乃一法律要件，而構成契約之要約與承諾則各爲法律事實也。

法律事實，大別之，可分爲由於人之精神作用之事實與由於人之精神作用之事實兩種。由於人之精神作用之事實，有表現於外部者，有僅爲內部的事實而止者，此兩者俱謂之『容態』前者謂之『外部的容態』後者謂之『內部的容態』。不由於人之精神作用之事實，稱爲『事件』或『狹義的事實』。茲試分別言之：

#### (1)容態 (Verhalten)

(1)外部的容態(行爲) 外部的容態或行爲，乃由於人之精神作用之身體的動靜也。其身體的狀態若爲積極的運動時，謂之『作爲』，若爲消極的狀態時，謂之『不作爲』。

人身之舉動，有發生法律效果者，有不發生法律效果者。如散步、訪友等，不發生法律效果，故亦不爲法律事實。身體之舉動，其發生法律效果者，雖皆同爲法律事實，然其中有以一定之精神作用爲要素者，有不然者。其身體之舉動，以一定之精神作用爲要素且發生法律效果者，謂之外部的容態或行爲；其不以一定之精神作用爲要素者，其性質與後述之事件同。

外部的容態，由其發生法律效果及其爲行爲之點觀之，可以稱爲『廣義的法律行爲』(Rechtshandlung im weiteren Sinne)。又，由其發生法律效果之理由而分類，可分爲：(甲)適法行爲及(乙)違法行爲。

(甲)適法行爲 適法行爲乃適應法律，爲法律所容許之行爲也。依精神作用之內容及精神作用與法律效果之關係，可分爲『意思表示』與意思表示以外之適法行爲。意思表示以外之適法行爲，謂之『狹義的法律行爲』。

(A) 意思表示 (Willenserklärung) 乃以發生某一定效果爲目的之意思 (效果意思) 表示也。意思表示，爲法律行爲之基本，一切法律行爲必以之爲要素。其意義詳第三編第二章第五節。

(B) 狹義的法律行爲 (Rechtshandlung im engeren Sinne) 其特徵雖以一定之精神作用爲要素，然其精神作用，則並非爲效果意思 (即中村氏所謂效果意思以外之心的表示也)。故由此而生之法律效果，非必爲行爲者之所欲。狹義的法律行爲，又稱爲準法律行爲。從其精神作用之內容觀之，可分爲次列三種：

(a) 意思通知 (Willensmitteilung) 乃效果意思以外之意思之表示行爲也。意思表示與意思通知，既曰

『表示』既曰『通知』則其爲發表行爲，兩者固無以異；其所不同者，僅所發表之意思之本身耳。故與其稱之爲意思通知，無寧稱之爲『非效果意思表示』之較合於論理也。不過此名詞頗爲生強，故沿向來之用例，仍稱之爲意思通知已耳。例如催告，追認之拒絕，要約之拒絕等，皆爲意思通知。

(b) 觀念通知 (Mitteilung, Vorstellungsmittelung) 觀念通知，又稱爲事實通知。卽行爲者對於過去或現在之事實所具有之觀念或認識之通知也。意思表示爲『意』的表示；觀念通知，乃『知』的表示；此兩者間不同之點也。例如召集社員總會之通知，提存之通知等，皆爲觀念通知。

(c) 感情表示 (Gefühlsäusserung) 乃表示某一定感情之行爲也。此乃『情』之表示，故與意思表示不同。其例極鮮，曰民法（第八一四條）中之宥恕是也。

(乙) 違法行爲 違法行爲，乃法律上認爲妨害社會生活之行爲。爲鎮壓此種行爲，及爲除去因此種行爲所生之損害起見，須賦此種行爲以一定之法律效果。刑法者，以鎮壓爲目的者也；私法者，以填補損害爲主要目的者也；然私法對於鎮壓亦非全然漠視者。今茲所研究者，厥爲私法上之違法行爲。

私法上之違法行爲，可分爲『不法行爲』及債務不履行兩種。債務不履行，乃債務人侵害債權之行爲，其性質與不法行爲無異。但民法對於債務不履行之要件，及其效果，特有所規定，而不適用關於侵權行爲之規定焉。

(2) 內部的容態 內部的容態乃發生法律效果之一定的精神作用，但此種精神作用，不以表現於外部爲必要耳。依其精神作用之內容，可分爲下列兩種：

(a) 意思的容態 乃具有一定之意思與否之事實也。例如第三人爲給付時，依其是否違反當事人之意思而異其效果之類是也。(舊民草第三四二條，日民法第四七四條第二項。)

(b) 觀念的容態 乃是否具有一定之觀念或認識，即是否知曉一定事實之精神狀態也。例如善意、惡意，即爲此種容態之別，其法律效果，各不相同。

### (1) 事件 (Ereignisse)

不以人之精神作用爲要素之法律事實，謂之事件。如時之經過，人之生死，身體之狀況（心神喪失等），物之破壞，滋息之分離是也。事件之特徵，在於不以人之精神爲要素。故雖偶然伴有精神作用，然不以此精神作用爲要件時，尚不失其爲事件也。例如滋息之分離，無論爲自然的分離，或爲人爲的分離，其法律效果，殊無差異；故雖於人爲的分離之時，亦尚不失爲事件也。依同一理由，雖以人身之舉動爲必要，然不以精神作用爲必要者，亦爲事件之一種，通常稱之爲『事實行爲』(Realkat)。例如住址之設定，遺失物之拾得，埋藏物之發見，加工等是也。

● 法律上有『無論何人，不得以僱於自己所有之權利，讓與他人』(Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.) 及『已所無者，不能以與人』(Nemo dat qui non habet.) 等之格言。——見穗積前書第二卷第六頁，及鳩山前書二七〇頁。

本章出鳩山前書第二六七至二八〇頁，其他如何基鴻前書第八二頁，及穗積前書第二卷一至八頁，中村萬吉日本民法論總則篇第一三一，第一三二頁，亦有所參考。

## 第二章 法律行爲

### 第一節 法律行爲與私法的自治

於個人的生活中，吾人得從其所欲以滿足其需要，是之謂『私法的自治』(privat-Autonomie)之原則。法律行爲爲實現此私法的自治之行爲，乃私法上諸種法律要件中之最重要者。

私法的自治，無論於何種社會組織中，莫不通行。物物交換(Barter)，買賣，貸借等私法上之自治行爲，古已有之。但此原則適用之程度，因時代之不同而各有所差異。此原則曾一度於契約自由的原則一名之下，成爲私法之基本原則；其所以能如此者，實因由十八世紀後半至十九世紀風靡全歐思想界之自由主義的影響。當是時，在公法上，自由民權之思想，爲政治的基調；在私法上，契約自由，遺囑自由，社團設立自由等個人意思自由之原則，爲社會組織之基調；個人意思，在理法上當然認其具有效力。此原則在當時雖不無例外，然爲數極鮮；若非社會之共同生活積極的受脅迫時，私法的自治，不受制限。

現時各國之容許個人(自然人，法人)享有私法的自治，雖大致相同，然其所取之態度，則各有差異，大別之，可分爲兩種：其一，在本則上，承認私法的自治，立法者僅能對之加以適當的制限。此爲英國法及法國民法所取之態度，此實根據於受歐洲十七八世紀自然法學派之感化之自由放任主義(Laissez-faire Theory)而來者也。其



二爲德國新民法所取之態度。該民法之主義以爲：法律生活，乃社會國家共同生活之一部，私法的自治，須於不反乎社會國家共同生活的精神之限度內，始能存在。第一種態度，可稱爲自由主義或個人主義；第二種可稱爲規律主義或合同主義。我現行民法所採之態度，較近乎第一種。吾人以爲第二種態度，較爲合理。蓋現時立法政策之所以承認私法上的自治者，非以個人之自由意思爲神聖，爲絕對的理法；不過國家或社會對於個人之各種需要，不能適如其量，以爲供給，故令個人各自從其所欲，或爲諸種財產上之行爲，以滿足其有形的需要；或爲諸種親屬上身分上之行爲，以滿足其無形的需要已耳。私法的自治，個人意思自由之原則，其本身初非有絕對的價值也。其所以爲現時法制所承認者，僅因其具有社會的價值之一點而已；是不可以不察也。

近時之社會生活及經濟生活漸趨社會化 (Sozialisierung)，故自由主義漸次銷匿，合同主義漸次盛興，私法的自治所受之制限，亦漸次加甚。現時除住宅法，勞動法，農耕法等所謂社會的立法，對於契約自由之原則，大加制限之外，所謂『公共秩序』與『善良風俗』對於一般之私法的自治，又復加以制限焉。故現時之私法的自治，其範圍非復如十八九世紀之所謂私法的自治。現時適當意義之私法的自治之實現，即法律行爲之社會的作用也。

參閱鳩山前書第二八一至二八三頁，中村前書第一三九第一四〇頁。

## 第二節 法律行爲之性質

法律行爲一語，創自羅俄（Hugo）羅氏於其所著“Pandecten”，一書中，曾用 actus juridici 一語。該語在當時，僅爲合法行爲之總稱。後經薩焚宜附以一定之界說，乃爲德國普通法所採用，及其制定民律，遂亦沿用此語——Rechtsgeschäft。英語之 juristic act，法語之 acte juridique，亦非其固有之用語，乃係由德國法傳來者。日本民法中『法律行爲』一詞，乃由德語轉譯而來者，我國現行民法及新舊民律草案則沿襲日民法之用語焉。

法律行爲者，乃法律要件之一種，以意思表示爲要素，法律根據意思表示，使發生私法的效果者也。詳言之：

(1) 法律行爲以意思表示爲要素 意思表示，即所謂效果意思之表示也。法律行爲，乃人之自治行爲，以欲發生一定效果意思爲其基本，故效果意思之表示，必常爲法律行爲之構成分子也。

(2) 法律行爲乃一法律要件 即發生法律上的效果之原因也。對於法律行爲與意思表示之關係，從前之見解與近時之見解不同。從前之見解，以法律行爲爲一個或數個之意思表示；近時多數之說以爲法律行爲並非意思表示之本身，而實爲以意思表示爲要素之法律要件。余從後說。觀於要物行爲於意思表示之外，尙需將物交付；又訂立契約，於要約及承諾之外，尙需此兩種意思表示之合致，則後說之正當，可以見矣。故總而言之，法律行爲者，乃法律要件也；意思表示者，乃構成此法律要件之一法律事實也。

(3) 法律行爲發生私法的效果 法律效果，有公的效果與私的效果之分。民法上之法律行爲，僅能發生私法的效果。對於私法效果之範圍，向分兩說：有謂僅以直接使權利發生得喪變更爲目的者始爲法律行爲；有謂

能間接對於權利之得喪變更有所影響者，亦得爲法律行爲，如同意與許可等是也。余取後說。

(4) 根據意思表示發生法律效果。關於此點，可分爲下列數項論列之：

(a) 一切法律效果，皆爲法律所賦與。於此意味，法律行爲之法律效果，亦爲法律所賦與。然法律之賦與法律效果，其理由不一，或從當事人之所欲；或不顧當事人之意思如何，而悉以法律定之。法律行爲，爲私法上之自治行爲，已如前述，故法律從當事人之所欲，賦與法律效果，此法律行爲之特徵也。此特徵爲法律行爲與事實行爲及狹義之法律行爲（意思通知，觀念通知及感情通知）區別之標準。

(b) 由法律行爲所生之法律效果，雖根據行爲者之意思表示，然非與行爲者之真意常相適合。從其承認法律行爲之趣旨論之，雖僅於適合行爲者之真意時，始能發生法律效果；然若是，則對手方及第三人常有蒙不測之損害之虞，殊非所以保交易安全之道，故法律有不問合於行爲者之真意與否，而僅以已表示於外者，爲準標，而定法律效果焉（民法第八六第八七條，舊民草第一七八至一八〇條，新民草第一一四至一一六條，日民法第九三至九五條）。於此情形之下，行爲者之內心的效果意思，雖非爲法律效果之基本；然法律尙以行爲者所表示之效果意思爲基本，故與法律行爲之理論無所悖也。

(c) 由法律行爲所發生之法律效果，不必悉皆根據意思表示，亦不必全然與意思表示相合致。僅其主要的效果根據意思表示斯已足矣。例如由買賣所發生之財產權移轉之債務，與支付價金之債務，雖根據行爲者之意思表示，然對於買賣目的物之瑕疵之擔保責任，則不必根據當事人之意思表示，而由法律直接規定之。蓋當事人

對於由法律行為所生之一切效果，必不能預為設想以為意思表示，故法律須補充當事人之意思表示，而定其法律關係焉。因此，由法律行為所生之法律效果，有需當事人之意思表示者，有無需當事人之意思表示者。前者謂之法律行為的效果，後者謂之非法律行為的效果。

又，法律對於當事人意思表示的內容之效果，不必全部承認，僅認其一部足矣。於此情形之下，其所發生之法律效果，乃根據當事人之意思表示，故其行為不失為法律行為。例如以十年以上之期間，設定不動產質權，復將其期間縮短為十年等是也。

\* \* \* \* \*

法律行為，為一種法律要件；法律要件完成時，法律行為即為成立。法律行為為成立，雖同時必發生效力，然因法律之規定，及因當事人之意思，法律行為效力之發生期，亦有在其成立期之後者，如遺囑即其適例也。

① Rehbain, Komm. I. S. 101; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 122.

② 德國學者，多主張此說。

本節參考鳩山前書第二八三至二九〇頁，穗積前書第二卷第一〇至一六頁。

### 第三節 法律行為之種類

法律行為，乃以意思表示為要素之法律要件，已如前述，故法律行為之分類，以其所包含之意思表示之狀態

爲標準，於理論上及實際上最爲適當。然根據法律行爲之效果，或根據其對於他種法律行爲之關係，以爲分類，亦無不可。普通之分類如下：

一、單獨行爲，契約，合同行爲

單獨行爲 (unilateral act; acte unilatéral; einseitiges Geschäft) 又稱爲『一方行爲』，乃由當事人一方之一個意思表示而成立之法律行爲也。例如遺囑，捐助行爲，債務之免除，私生子認領等是也。

契約 (Contract; Contrat; Contractus; Vertrag) 又稱爲『雙方行爲』 (bilateral act; acte bilatéral; Zweiseitiges Geschäft) 乃由意義不同而內容互相適應之兩個以上之意思表示之合致而成立之法律行爲也。合同行爲 (Gesamtakt) 又稱爲協定行爲，乃由同一內容，同一意義之意思表示之合致而成立之法律行爲也。從來學者對於由多數意思表示而成立之法律行爲，概稱之爲契約，迨德國學者昆治 (Kuntze) 於一八九二年著合同行爲論，謂由多數意思表示而成立之法律行爲，其中可分爲契約與合同行爲兩種，法學界始承認法律行爲中有所謂合同行爲者焉。

若以意思表示之『數』爲標準，以行觀察，則契約與合同行爲相同（皆由兩個意思表示而成），而單獨行爲與此二者不同（前者僅由一個，而後者則由數個之意思表示而成也）。若由意思表示之『方向』爲標準以行觀察，則契約與合同行爲不同。蓋前者乃由兩個以上之不同方向的意思表示而成立，後者乃由兩個以上之同一方向的意思表示而成立者。例如於買賣時，買主有『買』之意思表示，賣主有『賣』之意思表示，兩者之意

表示，其方向各不相同，此契約之特點也。然於社團法人為解散之決議時，各社員皆具有使其社員權喪失之意，其意思表示之方向，完全相同，此合同行為之特點也。

### 一、生前行為，死後行為

死後行為又稱為死因行為（*Negotium mortis causa; acte à cause de mort; Rechtsgeschäft von Todeswegen*），乃因行為人之死亡而發生效果之法律行為也。如遺囑即為其最適當之例。生前行為（*negotium inter vivos; acte entre-vif; Rechtsgeschäft unter Lebenden*）即死後行為以外之一切法律行為也。如買賣、貸借等普通法律行為，皆為生前行為。

### 三、要式行為，不要式行為

組成法律行為之意思表示，若須遵循某一定之方式者，此種法律行為，謂之要式行為（*formeller Geschäft*）；其意思表示，若不須循某一定之方式者，此種行為，謂之不要式行為（*formfreies Geschäft*）。近世各國民法之通例，雖皆採方式自由之原則（*Prinzip der Formfreiheit*），然對於某某種特殊之法律行為，如婚姻、遺囑等，則必須遵循某一定之方式，否則其行為即為無效。

要式行為可使法律關係明白確實。不要式行為可使法律關係之發生，變更，消滅得以自由，交易敏捷，適應事實。兩者各有所長。從大體上言之，由要式漸趨於不要式，乃法律進化之趨勢；但因近世流通經濟發達之結果，票據行為，反成為要式行為焉。

#### 四、有償行爲，無償行爲

以財產之出捐爲目的之法律行爲，其中有需對價者，有無需對價者，前者謂之有償行爲 (*acte à titre onéreux*；*entgeltliches Geschäft*)，後者謂之無償行爲 (*acte à titre gratuit*；*unentgeltliches Geschäft*)。買賣爲前者之例；贈與爲後者之例。

#### 五、有因行爲，無因行爲

以財產之出捐爲目的之法律行爲中，其財產上之出捐，若包含爲其直接原因之事實，此種法律行爲，謂之有因行爲或要因行爲 (*Kausales Geschäft*)；與其原因分離獨立，而僅以財產上之出捐爲目的之法律行爲，謂之無因行爲或不要因行爲 (*abstraktes Geschäft*)。無因行爲之中，有可由當事者之意思表示而變爲有因者，是謂『相對的無因行爲』；有雖由當事者之意思表示而亦絕不能變爲有因者，是謂『絕對的無因行爲』。

何種行爲爲無因行爲？何種行爲爲有因行爲？須對於各種法律行爲一一加以研究始能決定。然概括的言之，所謂物權契約，即以物權之設定、移轉、變更爲目的之法律行爲，在原則上爲無因行爲，但亦可依當事者之意思表示，變爲有因行爲。反之，所謂債權契約，在原則上爲有因行爲，然依當事者之意思表示，亦可使之成爲無因行爲焉。

#### 六、主行爲，從行爲

法律行爲，其成立須以他種行爲或他種法律關係之存在爲前提者，謂之從行爲 (*acte accessoire*；*Nebengeschäft*，*nebensächliches Geschäft*)；爲從行爲之前提之法律行爲，謂之主行爲 (*acte principale*；*Haupt-*

geschäft, hauptsächliches Geschäft)。例如：夫妻財產契約，為婚姻之從契約；質權設定契約，保證契約，為債權及貸借契約之從契約。從行為與主行為有從屬關係，故從行為之法律上的運命，受主行為或主法律關係所支配；但兩者間從屬關係之深淺，則因各種主從行為而各不相同。

### 七、獨立行為，補助行為

同意及允許等，其自身無獨立之實質的內容，而僅為其他行為發生效力之條件者，謂之補助行為（Hilfs-geschäft）；與補助行為相對而具有獨立之實質的內容之法律行為謂之獨立行為。

### 八、債權行為，物權行為，準物權行為

債權行為（obligatorische Rechtsgeschäft）者，以欲發生債權債務關係之意思表示為其必要構成分子之法律行為也。此種行為有為契約者，學說上稱為債權契約（obligatorische Vertrag），如買賣贈與等是；亦有為單獨行為者，如遺囑是。物權行為（dingliche Rechtsgeschäft）者，以欲直接惹起物權之發生，變更，消滅的效果之意思表示為其要素之法律行為也。其中有為契約者，學說上稱為物權契約（dingliche Vertrag），如所有權之讓與是；亦有為單獨行為者，然其例極少。此外更有一種法律行為，雖非以物權關係為其效果，然其所直接惹起之終局的法律關係，則與物權行為相同，故學者稱之為『準物權行為』，如債權之讓與，債務之免除，著作權之讓與，婚姻，養子等是也。

債權行為與物權行為之關係如何，立法例及學說，頗不一致。法國學者解釋彼國民法，均不承認物權契約之



存在，而謂物權上之變動，即爲直接由債權契約而生者。德國學者，則持反對之見解，謂債權行爲，僅能發生債權債務關係；物權上之變動，應由物權行爲發生。德國民法，即係採此見解，我國現行民法及新舊民律草案亦然。從學理上言之，自以後說爲是。

#### 九、財產上之行爲，身分上之行爲

財產上之行爲（*mögensliche Rechtsgeschäft*）者，以欲發生財產上效力之意思表示爲要素之法律行爲也。前述之物權行爲債權行爲，即屬於此。身分上之行爲者，以欲發生身分上效力之意思表示爲要素之法律行爲也。準物權行爲中，如婚姻，離婚，私生子認知等，皆屬於此。

#### 十、設權行爲，變權行爲，廢權行爲，保權行爲

設權行爲者，以發生私權爲標的之法律行爲也，如物權之設定是。變權行爲者，以變更權利爲標的之法律行爲也，如權利之讓與是。廢權行爲者，以消滅權利爲標的之法律行爲也，如債權之免除是。保權行爲者，以保存或確定已存之權利爲標的之法律行爲也，如得撤銷行爲之追認是。

本節參考德債前書下卷一六至二四頁，鳩山前書二九〇至二九八頁，川名前書一八八至一九六頁。

### 第四節 法律行爲之要件

#### 第一項 總論

法律行爲之要件可分爲成立要件及有效要件兩種：

一、成立要件

成立要件者，法律行爲成立時所不可缺之要件也。未具此要件之法律行爲，不能成立。顧何者爲法律行爲之成立要件，則因各種法律行爲而有不同。如在要物契約，則以授受某物爲成立要件；在要式行爲，則以履行一定程式爲成立要件，固宜分別觀察之也。然自一般言之，法律行爲係以意思表示爲要素，故意思表示，應解爲一切法律行爲之成立要件焉。

二、有效要件

有效要件者，已成立之法律行爲發生效力時所不可缺之要件也。不具此種要件之法律行爲，雖已成立，亦不能發生效力。此項要件，有爲某某特殊之法律行爲所須特別具有者，有爲一切法律行爲所共通者。前者謂之特別的有效要件，須就各種規定以觀察之，不能一概而論；後者謂之一般的有效要件，各種法律行爲皆非具有之不可。此類要件，大別之可分爲下列數種：

(甲) 行爲人須具有一般的及特別的行爲能力。

(乙) 意思表示須：

(1) 與真意一致，

(2) 無瑕疵。

(丙)行爲之內容(法律行爲之內容,卽行爲人所欲發生之私法上的效力也。日民法稱之爲標的,我民草從之,然究以稱內容爲當)須:

(1)可能,

(2)可以確定,

(3)不違反強行法規,

(4)不違反公共秩序與善良風俗,

(5)不違反爲保護一私人而禁止讓與之法律或裁判。

關於行爲人之行爲能力,第一編第二章第三節已詳言之,茲不贅述。對於意思表示,容於本章第五節再行討論。今茲所欲論述者,厥爲關於法律行爲內容之有效要件。

## 第二項 法律行爲內容之有效要件

### 第一目 內容須可能

法律行爲之內容須爲可能者,卽構成私法上效力之事項須爲可能也。可能乃對不能而言,故可能之意義可由其反面『不能』之意義定之;『不能』可分爲下列各種:

(一)物理上的不能與社會觀念上的不能 前者乃從物理的見解而認爲不能,後者乃從社會觀念而認爲不能。此所謂不能,當指後者。

(二)原始的不能與後發的不能 前者乃法律行為成立時，其內容事項已不能實現之謂；後者乃至事後而始為不能之謂。此所謂不能，僅限於原始的不能。

(三)客觀的不能與主觀的不能 主觀的不能，其不能之原因，存於行為人之身上，客觀的不能則反之。此所謂不能，乃指客觀的不能。然所謂客觀的不能，不必為嚴格的意味之絕對的不能，僅當時社會之一般觀念以之為絕對不能，斯亦足矣。

(四)事實的不能與法律的不能 前者乃由於事物性質之不能，如挾泰山以超北海之類是也。後者乃由於法律規定之不能，如將不融通物讓與他人，或設定法律所未規定之物權之類是也。此所謂不能，乃包含兩者而言。欲法律行為能發生效力，其內容須為可能，以不能的事項為內容之法律行為，當然無效。<sup>⑤</sup>

## 第二目 內容須確定

構成私法上效力之事項，非現時已經確定，或至後得以確定，則效力無由實現；故法律行為之內容，至少須為得以確定者，而後始能發生效力。至何者始能認為已達確定之程度，則須解釋法律規定及意思表示以決定之。詳言之，即法律有規定之法律行為，須依該規定及意思表示如何而定，法律無規定之法律行為，則專依意思表示如何而定也。

如上所云，法律行為之內容，僅須日後得以確定為已足，不須現時即已確定。然現時尚未確定之內容，亦可依左列方法，從而確定之：

(一)當事人有特別訂定者，應從其訂定，此又可分爲下列四種情形：

(a)有由當事人嗣後以契約決定之者，

(b)有由當事人一方決定者，

(c)有由第三人決定者，

(d)有由他種方法決定者，如代價概照時價是。

(二)當事人無特別訂定，而法律有規定者，應從法律之規定。

(三)不能由當事人意思或法律規定以爲決定者，應從習慣。

### 第三目 內容須不違反強行法規

法律規定，可分爲強行法規及任意法規。強行法規，即關於公共秩序之規定，換言之，即影響公安之規定也。任意法規，乃當事人間無特別訂定時，補充適用之規定也。故又名補充法規。民法中之規定，雖非以強行法爲原則，然亦非以任意法爲原則，實由此兩種法規集合而成者。

法律行爲之內容事項，違反任意法規，不爲無效；反之，法律行爲之內容事項，若違反強行法規，則爲無效（我民法第七一條）。

又，法律行爲之內容事項，雖非直接違反強行法規，然用迂迴之方法，回避強行法之規定，藉以達到爲該法規所禁止或否認之同一效果者，亦爲無效。此種行爲，謂之避法行爲（in fraudem legislagere; Gesetzsumgehen）。

ung, rechtsgeschäftlicher Schleichwig) ②

#### 第四目 內容須不違反公共秩序與善良風俗

##### 一、公共秩序與善良風俗之立法例

以公共秩序善良風俗限制法律行為之內容，始自羅馬法。法國民法（第一一三一及一一三三條）承之。德國民法第一草案及現行民律（第一三八條），日本民律（第九〇條），瑞士債務法（第一九及二〇條），奧國民律（第七八條）及我國民法及民律草案（民法第七二條，民草舊第一七五條，新第一二四條），亦皆仿倣之。在英國判例法中，亦承認此種原則。查英國法律報告所載，此種原則引用最早之判例，在於亨利第五即位之第二年（一四一四年）。當時某處有一染匠與人締約，於六月內不在某一鄉鎮操業。其後此人不踐約，對手方遂控之於官。時法官適為赫爾（Hill），對此大為震怒，遂宣告一原則：凡個人自行限制其職業之自由者，即予國家以不利——即違反公共秩序。二百年後，法官安德孫（Anderson）復根據此原則，以否認一同樣之契約，且宣言：「此種契約，違反法律，違反人民之自由，違反公共秩序。」同時又有一地主與人締約，於若干年內，不耕種其土地。此契約亦為法庭宣告無效，「為其能致國家於不利及損害也。」此等判例所宣示之原則，迄今未曾廢止。故法庭對於妨害職業之契約，賭博契約，重利契約等，皆得以公共秩序為根據，而否認其執行也。③

公共秩序善良風俗之觀念，於法國民法制定之時，僅以之限制契約自由之大原則而止；迨至近時，不僅契約之自由，即權利之行使，亦受其限制焉（參照德民法第八二六條。）

## 二、公共秩序與善良風俗之意義

公共秩序 (public policy; ordre public; öffentliche Ordnung) 卽國家生活社會生活之一般的利益。德國民律第一草案理由書所謂國家之一般利益 (allgemeine Interessen des Staates) 亦卽指此。顧何者爲國家一般之利益，此則因國體及時代而有變遷；唯有以現代國家所定之方針爲標準而決定之已耳。善良風俗 (bonos mores; good morals; bonnes mœurs; gute Sitten) 卽國民之一般的道德觀念，詳言之，卽 (a) 非道德的理想，(b) 非個人之道德觀，(c) 同時亦非特殊階級的道德，而爲吾人之社會生活中之必要的有益的一般實踐的道德律。道德律乃人類行爲之法則，亦因時代與國民而有所不同。凡一國之民，對於某行爲法則，均有相當之信仰，是謂該國國民之道德觀念，亦卽爲該國之善良風俗。<sup>44</sup>

## 三、公共秩序與善良風俗之關係

公共秩序與善良風俗之目的，雖同在維持國家及國民之健全狀態；然一則從國家安寧方面着眼，一則從國民道德方面着眼；一爲國家的，一爲社會的；二者固有劃然不同之區別也。然則法律中如法、日民法及德民法第一草案及我現行民法之以『公共秩序』善良風俗』二語並用爲善乎？抑如德民法之僅以『善良風俗』我新民法之僅以『風化』，或如我民律草案之僅以『公共秩序』一語爲善乎？余以爲須兩語並用，始能對於有害健全的社會狀態之一切法律行爲，悉皆網羅而無遺憾。蓋僅用公共秩序一語，則有側重影響社會之安寧秩序之行爲之嫌；僅用善良風俗一語，則有僅側重與道德有關之行爲之嫌，兩皆有所偏廢；究不若兩語並用之能對於社會秩

序與道德觀念兩方皆能包括無遺也。

#### 四、違反公共秩序善良風俗的行為之事例

如何之法律行為，始為違反公共秩序與善良風俗，其抽象的標準，已如上述；今茲再論其具體的內容。約而言之，可分下列四種：

- (一) 當事人所為行為之本身違反公共秩序與善良風俗。此又可分為下列兩種情形：
  - (a) 以實行或獎勵公序良俗所禁止之行為為內容者，如締結犯姦或賭博之契約是。
  - (b) 以妨止公序良俗所要求之行為為內容者，如締結勿與夫或妻同居之契約是。
- (二) 當事人所為行為之本身，雖非違反公序良俗，然若加以法律上之強制，則為違反之者。如娼妓營業，為行政上所允許之行為，其行為本身，雖非違反公序良俗，然若與人締結契約，令人為娼，則此種行為為違反公序良俗。又，限制營業自由之契約，亦屬於此類。蓋不為營業，雖非違反公序良俗，然與人締結契約，限人須營某一定之營業，則為違反公序良俗也。

(三) 當事人所為行為之本身，雖非違反公序良俗，然若與金錢的利益相連結時，則為違反公序良俗。如與官吏議員締結契約，若行使正當的職務，則給與金錢的利益是也。

(四) 乘他人之窮迫，輕卒，及無經驗而為之暴利行為（*Wucherisches Geschäft*），亦為違反公序良俗。此德國民法（第一三八條第二項）之所規定也。我現行民法（第七四條）新民草（第一二五條）及瑞士債務



法（第二一條）亦有相同之規定。蘇俄新民法（第三三條）規定：契約當事人之一方在急迫時所結不利於己之契約，得由該當事人國家機關，或公共團體，請求法院撤銷。此與德民法之規定雖相似，然俄民法則推廣請求人及於國家機關及公共團體，較德法更進一步矣。

#### 五、違反公序良俗的行爲之效力

法律以維持社會及使之發達爲其最大目的，故私法的自治行爲僅於與此目的相合的範圍內，始爲有效。妨害社會秩序及違反社會道德之行爲，法律無保護之之必要，故各國民法皆規定：以違反公序或良俗爲內容之法律行爲爲無效。蓋法律對於此類行爲，不能一一預爲禁止，故特設此富有彈性性或包括性之規定，以否認一切反社會的反道德行爲之效力焉。

#### 第五目 內容須非法律或裁判因保護特定人利益而禁止讓與之事項

財產權在原則上雖得由權利人自由處分，然亦有爲保護特定人之利益而由法律或裁判禁止讓與者，如破產財團之財產，即爲由法律禁止讓與之例；受假扣押命令之財產，即爲由裁判禁止讓與之例。財產既經禁止讓與，當事人若仍復違背之以爲法律行爲時，則該行爲對於法規或裁判所保護之特定人爲無效。但此際之受益人，非因歸責於己之事由而不知者，則仍爲有效，蓋善意之第三人應受此保護也（德國民法第一三五條，舊民草第一七七條，新民草第一二六條）。

● 參考阿基國民法總則八八頁，陳瑾昆民法總則八九至九〇頁，穗積前書二五頁，鳩山前書二九九頁。

- ② 參考穗積前書二六頁，川名前書一九八頁。
- ③ 參考鳩山前書三〇四——六頁，何基鴻前書八九頁。
- ④ 何基鴻前書八九至九〇頁。
- ⑤ 川名前書二〇六——七頁。
- ⑥ 鳩山前書三〇八頁，穗積前書二九頁。
- ⑦ The New International Encyclopedia, Public Policy.
- ⑧ 鳩山前書三一——二頁，中村前書一四〇頁，穗積前書三〇頁，何基鴻前書九〇頁。
- ⑨ 鳩山前書三二二——六頁，穗積前書三二至三三頁，何基鴻前書九二至九三頁。
- ⑩ 何基鴻前書九三頁。

## 第五節 意思表示

### 第一項 意思表示之意義

意思表示(declaration of intention; déclaration de volonté; Willenserklärung)乃欲發生一定私法的效果之意思的發表行為也。其成立要素有三，即效果意思，表示意思，及表示行為是也。

#### 一、效果意思

效果意思 (Erfolgswille) 即欲惹起法律行為之效果之意思也。學者間亦有稱之爲法律行為意思 (Geschaftswille) 者。然此名稱易與行為意思 (Handlungswille) ——對於舉動之意思——相混，爲明白區分起見，故近時學者多用效果意思一詞。

效果意思，實際上雖必由某種動機 (motive, 即所謂緣由) 發出，然動機之如何，與意思表示之成立，無直接關係，唯動機不自由時，效果意思即爲有瑕疵，有瑕疵之意思表示，不能構成有效的法律行為，故意思表示之第一要素，即爲無重大瑕疵之效果意思。

## 二、表示意思

表示意思 (Erklärungswille) 即欲將效果意思表示之意思也。表示意思之實行，即爲表示行為。故表示意思實爲連絡效果意思與表示行為之心理作用。一方雖有效果意思，他方雖有足以表示此效果意思之行為，然若兩者之間缺乏連絡的意思 (表示意思)，則仍不得謂之意思表示也。

## 三、表示行為

表示行為，乃有『表示價值』之人之行為也。表示行為須具下列兩要素：

(1) 須該行為本於意識之作用。換言之，該行為須具行為意思 (Handlungswille)。無行為意思者，非表示行為也。例如睡眠中之舉動，及由暴力強迫而爲之舉動是。

(2) 表示須有表示價值 (Erklärungswert)。表示價值又稱爲表示力，乃由此足以推斷一定意思之存在

者。表示價值，不能依表意者一方主觀的標準而決定，亦不能依對手方一方之主觀的標準而決定，而須依客觀的標準決定之。若表意者與對手方之間，關於表示之意義定有特別關係，則從其所定；若無特別關係，則須從信義之原則，按照各種情形，以能知悉具體的事情之公平第三者為標準以決定之。

不作為有表示價值與否，亦須依上述之標準以為決定，不能概以不作為表示行為。故不能濫用『沈默視為承諾』(Qui tacet consentire videtur)之法律格言，以為一般之標準。

表示有明示與默示之分。此種區別，雖毫無實益，然立法論則謂對於某種意思表示，尤其是欲定立與普通法律關係不同之特殊法律關係之意思表示，有明示之必要。

表示行為有要對手方者，有不要者。前者對於某特定人須有表示力，後者則僅具有一般的表示力為已足。此種區別，與雙方行為及單獨行為之區別不同。蓋構成雙方行為之意思表示，雖各須有對手方；然為單獨行為內容之意思表示，則非必不要對手方也。如捐助行為，懸賞廣告，遺囑等，雖不要對手方，然同意，追認，取消，免除等，則要對手方者也。

表示有須依一定之方式者，有不然者。前者謂之要式行為，後者謂之不要式行為，此點於本章第三節已經言之。茲不贅述。

#### 四、意思主義、表示主義及折衷主義

將效果意思適如其量以表示之，而意思與表示又復完全一致，此為意思表示之理想，此時絕不發生問題。然

人生實際，斷難如此理想，意思與表示不一致，所在多有，於此始發生問題，即於意思與表示不一致之際，究應尊重意思乎？或應專著眼於表示乎？抑兩者皆須兼顧乎？此立法上及解釋上關於法律行為所以有意思主義，表示主義及折衷主義之論爭也。

(一) 意思主義 (Willentheorie) 主張此主義者謂：法律之所以與意思表示以法律效果者，乃根據當事人之意思；表示僅爲使人知此意思之方法，故表示之本身，並非法律效果之原因；應加重視者僅意思而已。薩焚宜 (Savigny) 温得塞 (Windscheid) 等皆主此說。

(1) 表示主義 (Erklärungslehre) 主張此說者謂：意思藏於心中，他人不得而知，唯依其發表手段始能知之耳。故爲保持交易之安全起見，須以其所表示者爲標準，而與以法律效果；至其真意如何，則非所顧也。羅提馬 (Lotmar) 丹慈 (Danz) 等皆主此說。

(2) 折衷主義 (Vermittelungslehre) 主張此說者謂：極端意思主義與極端表示主義兩皆不當。或以意思主義爲原則而以表示主義爲例外；或以表示主義爲原則而以意思主義爲例外。端堡 (Derenburg) 雷温哈德 (Leonhard) 等皆主此說。

余謂意思主義與表示主義之爭，非可根據法律行爲及意思表示之理論決定，而須顧及當事人之公平保護及交易之安全且根據社會的便宜以爲決定。蓋於意思與表示不一致之時，若從意思主義，謂此種與真意不符之意思表示爲無效，則表意人對於其不豫期之法律效果，可以不受拘束，故全無損害，然對手方或第三者因誤信其

意思表示爲有效，往往致蒙重大之損害。其所以保護表意人者至爲完善。然對於對手方及第三者之利害則鮮顧及，個人主義之色彩未免過濃。然若從表示主義，謂與真意不符之意思表示概爲有效，則對手方與第三者雖無損害之虞，然表意人往往因其不豫期之法律效果而受重大之損害，此亦殊非保護表意人之道。故極端的意思主義及極端的表示主義皆不足採。而須折衷兩者之間，一方兼顧當事人雙方之利害，一方須保護交易之安全，蓋民法爲社會生活之規範，非如此則不能盡其社會的職務也。德、日民法採折衷主義，我現行民法及新舊民律草案亦然。

## 第二項 非真意表示

如上所云，於吾人實際生活中，意思與表示，常不一致。此種與真意不一致之表示行爲，謂之非真意表示。非真意表示，大別之有兩種：一爲表意人自知其不一致者；一爲表意人不知其不一致者。前者謂之故意之不合，其中復分真意保留及虛偽表示兩種；後者謂之無意之不合，其中亦分錯誤與誤傳兩種。

### 第一目 故意之不合

#### 第一細目 真意保留

真意保留 (Mental reservation, reservatio mentalis)，又名單獨虛偽表示，乃表意人自知其無真意而爲之之意思表示也。德民法及民草所謂「留有不欲之意思」，日民法所謂「知其非真意」，我現行民法所謂「無欲爲其意思表示所拘束之意」均指此也。

真意保留之成立要件爲：

- (1) 須有意思表示之存在。  
(2) 表示與真意須不相符合。  
(3) 表意人須自知表示與真意不相符合。

真意保留有以欺罔對手方或第三人爲目的者，即豫期他人將認之爲真實者；有豫期對手方或第三人認識其非爲真實者。後者在學問上稱爲戲言，或諧謔表示（*Scherz*）。德國民法及我現行民法與民律草案皆以之爲與他種真意保留有別。日民法則否。故關於其效果，日民法（第九三條）對於此二者，概以有效爲原則（但對手方知表意人之真意，或可得知其真意時，則其意思表示爲無效——同條但書）而德民法（一一八條）及民草（舊第一七九條新第一一五條）對於後者概以無效爲原則，對於前者以有效爲原則，而於對手方明知其真意保留，或可得而知之時，則仍屬無效（我民法第八六條，舊民草第一七八條，新民草第一一四條，德民法第一一六條）。當事人若欲主張意思表示爲有效，僅證明有表示價值行爲之存在爲已足，不須證明真意保留之不存在也。反之，表意人若欲主張意思表示爲無效，則不僅須證明有真意保留，且須證明對手方知其非真意焉。

## 第二細目 虛僞表示

### 第一 虛僞表示之意義

虛僞表示（*Dimulation*；*simulatio*；*Scheingeschäft*，*Simulation*）又名通謀虛僞表示或假裝行爲，乃表意人與相對人通謀而爲非真意之意思表示也。虛僞表示（一）須有意思表示之存在，（二）須真意與表示不一

致，(二)須表意人自知其不一致，(四)須與相對人通謀。(一)至(三)與上述之真意保留相同，第(四)項則爲虛僞表示所特有而爲真意保留所無。

虛僞表示須由於特別的動機與否，學說與立法例頗不一致。德國民法，日本民法及我現行民法(第八七條)及新民律草案(第一一六條)對此無明文規定，學者間以爲虛僞表示，通常雖以欺罔第三者爲多，然不以此種欺罔之目的爲必要，亦不以加損害於第三人或自欲獲得利益之意思爲必要。然我舊民律草案(第一八〇條)則明白規定須有誤第三人之動機焉。

## 第二 虛僞表示之效果

虛僞表示之效果若何，立法例頗不一致，德國民法(第一一七條第一項)定爲絕對無效，日本民法(第九四條)與我民法(第八七條)及民草(舊第一八〇條第一項，新第一一六條第一項)則定爲相對無效，即(一)於當事人間常爲無效，(二)對於善意第三人不能主張其無效，(三)對於惡意之第三人，則與當事人間相同，亦常爲無效。此處所謂第三人乃汎指當事人及其一般繼承人以外之人而言，但所謂善意之第三人，則專指不知其爲虛僞表示，而就該法律行爲之內容有法律上之利害關係者而言。

## 第三 隱匿行爲

隱匿行爲(*dissimuliertes Geschäft*)者，乃隱匿於虛僞表示中之真意思表示也。如將買賣裝爲贈與是。具有此項真意思表示之法律行爲，自與由虛僞表示而成之法律行爲有別，故德國民法(第一一七條第二項)以



明文規定：『以外形上之行爲隱匿他項法律行爲時，則適用被隱匿之法律行爲之規定。』詳言之，卽此項行爲，苟於該行爲應具之成立要件及有效要件無欠缺時，仍應有效也。我民法（第八七條第二項）及民草（舊第一八〇條第二項，新第一一六條第二項）仿此。

#### 第四 信託行爲

須與虛僞表示明白區分者，厥爲信託行爲。所謂信託行爲（Fiduziarischer Gesch. i. f. d.）又稱爲假託行爲，卽於內部另有一定目的，而於外部爲與此目的不相對應之意思表示也。從前學者，皆將此種信託行爲與虛僞表示混爲一談，近時學者始認此兩者間，有所區別。蓋在虛僞表示，則缺乏欲發生法律效果之意思，而在信託行爲，則具有欲發生法律效果之意思也。關於信託行爲之效力，學說尙不一致，或主張無效說，或主張有效說，然較以主張後說者爲多。

參閱鳩山前書三五四——三五六頁。

### 第二目 無意之不合

#### 第一細目 錯誤

錯誤（error, mistake, erreur; Irrtum）乃認識與對象之齟齬，卽觀念與事實不一致之謂。如誤羊爲牛，誤金爲銅之類是也。故錯誤之意義，非在於意思與表示之不一致，而在於意思表示與事實不一致也。

關於意思表示之錯誤有兩種：一為意思表示動機 (motive, Beweggrund) 之錯誤，一為意思表示本身之錯誤。

意思表示動機之錯誤——例如誤信電車將近開行，而於其沿途購買土地，此為動機（即緣由）之錯誤。動機錯誤對於意思表示之效力，全無影響，此為各國立法例所盡同。

意思表示本身之錯誤——意思表示本身之錯誤更分之為兩種：一為表示上之錯誤，一為表示內容之錯誤（如誤筆誤談之類是）。

關於錯誤之效果，各國立法例殊不一致，有取無效主義者，有取撤銷主義者，有兩主義兼取者。英、美、法、德、民法第一草案及日民法取無效主義；德、奧民法取撤銷主義；法民法及法國法系諸國之民法兼取無效及撤銷兩主義。我國民法（第八八條）及民律草案（舊第一八一條，新第一一七條），則仿德、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，非錯誤之意思表示當然無效也。

## 第二細目 誤傳

表意人不親自表示其意思，而用傳信人、郵信、電話等，以為傳達，若此等傳達機關傳達不確，是之謂意思表示之誤傳或誤達。日本民法對此無規定。德國民法（第一二〇條）則特設規定，謂應與錯誤立於同一條件之下而撤銷之。我民法（第八九條）及民草（舊第一八二條，新第一一八條）仿德國立法例。

余謂用傳達人以為意思表示之補助，可分為兩種情形：其一以傳達人為意思表示之機關，其一以傳達人為

已完成的意思表示之傳達機關爲表示機關之傳達人，若將意思誤傳，於此情形，與表意人自有錯誤無異，故可撤銷；反之，爲傳達機關之傳達人，若將意思誤傳，於此情形，與意思表示並未達到相同，故應視爲不具備發生效力之要件。

### 第三項 有瑕疵之意思表示

#### 第一目 總論

有瑕疵之意思表示，即非充分地自發的之意思表示。換言之，被表示之效果意思之決定乃由他人之不當的干涉而來者。於此情形，表意人雖有效果意思而爲意思表示，然因其效果意思之決定，乃由他人之不當的干涉而來，故民法爲保護表意人計，爲維持秩序計，許受不當的干涉之表意人以撤銷之權。被詐欺而爲之意思表示及被強迫而爲之意思表示，皆有瑕疵之意思表示也。

#### 第二目 被詐欺而爲之意思表示

詐欺 (dolus) 者，乃以使人發生錯誤爲目的之故意的行爲也。其效果跨於民法與刑法。刑法爲維持社會秩序起見，對詐欺者定立刑罰；民法則對於受詐欺之個人，竭力保護其利益。兩法之目的不同，其法律關係亦因之而異。

被詐欺而爲之意思表示者，即因對手方或第三人之故意行爲致陷於錯誤而爲之意思表示也。

(1) 須有錯誤之存在 即表意人已陷於錯誤，若未陷於錯誤，民法上謂之未遂之詐欺，不發生法律上之效

力。

(2) 錯誤須由欺罔行爲而生者 所謂欺罔行爲，即以非真實之事實爲真實之表示行爲也。無論爲捏造虛僞事實，抑爲隱蔽真實事實，皆爲欺罔。純粹的沈默，通常雖不爲詐欺，然對於法律上契約上或交易之習慣上有告知義務之事項，而不告知者，學者多以之爲詐欺。①

(3) 詐欺者須有故意 所謂故意，乃詐欺者故陷對手方於錯誤，且欲使其因此爲一定意思表示之意思也。即第一，須有發生錯誤之意思；第二，須有使人因錯誤而決定爲法律行爲之意思。若僅有欲發生錯誤之意思，如謂僞古董爲真古董，以炫一己之富有焉者，則不爲詐欺。② 又，除上述兩種意思之外，其餘如欲得財產上的利益之意思，或欲使表意人蒙財產上的損失之意思等，對於故意，非爲必要。蓋因詐欺之意思表示之所以得撤銷，乃因意思決定時，受不當之干涉，而非以財產上之損害爲撤銷要件也。

(4) 須因錯誤而爲意思表示 即錯誤與意思表示之間，須有因果關係；換言之，即若無錯誤，則不爲此種意思表示也。此種因果關係，對於表意人有主觀的存在爲已足，不必須有客觀的存在也。

被詐欺而爲之意思表示，其效力若何，視詐欺者爲當事人或爲第三人而異。詐欺者若爲當事人之一造，則受其詐欺而爲意思表示之他造，對其意思表示有撤銷之權，而詐欺者則無此種權利。若詐欺者爲第三人時，則又因意思表示之有無對手方而異。因第三人之詐欺而爲之意思表示，若有對手方，則此際應保護被詐欺之表意人乎？抑應保護其對手方乎？各國立法例頗不相同。日民法（第九六條第二項）謂對手方若知其事實，或可得而知者，

則此種意思表示始可撤銷。德民法（第一二三條第二項）則謂對手方雖不知其事實然其不知乃其過失其意思表示，仍須撤銷。我民法（第九三條但書）及民草（舊第一八五條第二項，新第一二一條第一項但書）乃仿日民法之立法例。德民法對於表意人之保護過厚，而對於對手方之保護過薄，較不若日民法之公正也。

被詐欺而爲之意思表示之撤銷，有一限制，即不能與善意之第三人對抗（日民法同條第三項，我民法同條第二項，舊民草同條第三項，新民草同條第二項）。詳言之，即對於善意之第三人，不能撤銷此項意思表示，縱令撤銷，而其效果僅及於當事人及惡意之第三人，而不能及於善意之第三人。

● 富井政章民法原論第四五三頁，三續信三同書第三五九頁，穗積同書第七二頁，鳩山前書三七二頁所引。

● 英國法之 Misrepresentation 僅以第一種意思（故意）爲要件，見鳩山前書三七四頁所引。

### 第三目 被脅迫而爲之意思表示

所謂脅迫 (Coersion, menaces; metus; Drohung) 即違法而示他人以惡害，或使之發生恐怖之行爲也。其法律效果跨於民法及刑法。其民法上之效果，爲不法行爲上之效果及對於意思表示之效力之效果，此與詐欺正同。所謂被脅迫而爲之意思表示，乃對手方或第三人對表意人故意示以惡害，使生恐怖，因恐怖而爲之意思表示也。其要件爲：

(1) 表意人須發生恐怖：

(2) 恐怖須因脅迫行爲而發生。對手方或第三人若無何種行爲，而表意人自生恐怖者，不得謂之脅迫。英國法上所謂『不當之威力』(undue influence)，僅指具有權力之強者利用其權力關係，依口頭或容態，告知弱者，亦爲此也。

脅迫行爲，乃以將來發生惡害告知他人之行爲也。其行爲之種類，了無限制，不必依口頭或書面，僅依容態，斯亦足矣。

對於惡害之種類，亦無限制。凡其結果對於表意人發生恐怖者，無論其恐怖是否對於表意人之自身，或客觀的爲重大抑爲輕微，然皆爲脅迫。又，對於既受惡害之人，告以不施救助，此種行爲，是否爲脅迫？此則因種種情形而有不同。單利用他人陷於困境者，不得爲脅迫；然告以將使其困境持續，則爲脅迫。然此僅對於有救助義務者爲然。若無此義務者爲此種行爲，其中缺乏違法分子，則不得謂之強迫也。

(3) 須因恐怖而爲意思表示。恐怖與意思表示之間，須有因果關係，此與詐欺中之錯誤與意思表示間之關係，正復相同，僅有主觀的關係爲已足，不必有客觀的關係之存在也。

(4) 須有脅迫之故意。(a) 須有欲使表意人感覺恐怖之意思，(b) 須有欲使其因恐怖而爲意思表示之意思。此外不須更有其他意思，亦與詐欺相同。

(5) 脅迫須爲違法的。我民法及日民法對此無所規定，德國民法(第一二三條)則以違法(widerechtlich)爲脅迫之要件。學者間有謂此種規定失之過狹者，余則以爲不必盡然，蓋告以若不清償債務，將訴法庭，或不承認

此種條件，則將與之經濟絕交……於此情形，對手方雖感覺恐怖，然不爲脅迫，因此種行爲中缺乏違法之分子也。因要求增加工資而爲同盟罷工（general strike），是否爲脅迫？此在沿革上雖有種種之變遷，然在今日，同盟罷工，不爲違法，故亦不爲脅迫也。

脅迫僅其目的違法，或手段違法，二者有一於此，卽爲成立。故有時目的雖爲適法，然因其手段違法，則爲脅迫，如謂不還債將殺汝是也。又手段雖適法，然因目的違法，則亦爲脅迫，如不贈我以若干金，則將往法庭告發汝之犯罪是也。總而言之，對於意思決定，須有不當之干涉，始爲脅迫。

被脅迫而爲之意思表示，表意人得撤銷之，此種撤銷，可與善意之第三人對抗。蓋被脅迫者居於較可憐之地位，法律對其利益須加意保護也。又若因被脅迫而蒙損害，則不僅對於此種意思表示可以撤銷，且對於爲脅迫之人有損害賠償之請求權焉（德民法第一二三條，日民法第九六條，我民法第九二條，舊民草第一八六條，新民草第一二一條）。

此外，如（一）由於不可抗力（Visi absoluta）而爲之意思表示，（二）因脅迫而全失自由意思之行爲（被脅迫而爲之意思表示尚有選擇之餘地），及（三）因被脅迫而爲違反公序良俗之意思表示（如贈賄之承諾等）等，與被脅迫而爲之意思表示不同。此種意思表示，當然無效，不能適用撤銷之規定。

#### 第四項 意思表示發生效力之時期

意思表示發生效力之時期，因有相對人之意思表示與無相對人之意思表示而異。對於無相對人之意思表示

示發生效力時期，各國民法，雖無一般規定，然除捐助行為、懸賞廣告、遺囑等有特別規定者之外，其餘各種無相對人之意思表示，皆以與其成立同時發生效力為原則。有相對人之意思表示發生效力時期，又因向對話人之意思表示，與向非對話人之意思表示而異。德、日民法僅關於前者設有規定，我現行民法及新舊民草則關於兩者均設有規定，茲分別論述之：

一、向非對話人之意思表示生效時期

非對話人 (Abwesender) 為與對話人對待之名詞，即表意人不能向之直接傳達意思之相對人也。相對人是否為非對話人，不應以其所居之地（距離之遠近）為標準，而應以其了解意思之時間（時之久暫）為標準以爲決定。依此標準，則用電話傳達之意思表示，及用使者為表示機關，使之口傳意思等，皆為對話者間之意思表示，而非非對話者間之意思表示。

向非對話人之意思表示，何時始生效力？關於此點，從來之立法例有下列四種主義：

(a) 表意主義 (Äußerungstheorie) 即謂意思表示一經成立即應發生效力。如書信已封緘之時是。

(b) 發信主義 (Emissionsstheorie) 即謂表意人以通知相對人之目的，將其意思表示，置於自己實力支配之外，即應發生效力。如書信已投入郵政櫃時是。

(c) 受信主義 (Empfangstheorie) 即謂意思表示須達到相對人時，始能發生效力，故亦稱為達到主義。

如書信已送到之時是。



(p)了解主義 (Vernehmungstheorie) 即謂須相對人已了解其意思表示始能發生效力。如相對人已開閱書信之時是。

以上四主義，皆持之有故，言之成理；然若從是否能適當的保護表意人及相對人雙方之利益，與是否最能適合社會之需要兩標準以行觀察，則以第三種主義較合於實際。蓋意思表示發生效力之時期，須依客觀的事實為標準以定之；而第一、第四兩主義中所謂表意，所謂了解，皆為主觀的事實，殊難從外部認識，其證明亦因之較為困難，故不宜以之為標準。由是以觀，於上述四主義之中，其可採為立法上之主義者，厥唯發信主義與受信主義而已。如前所述，發信主義以意思表示離開表意人之支配時，即發生效力，其對於交易之敏捷上雖有多少之長處，然於未入相對人之支配內時，何以即須拘束表意人？又，於相對人未了解之時，何以即認其對於相對人發生效力？主張發信主義者，恐將瞠目結舌而不能解答之也。受信主義以意思表示通知之達到時為發生效力之時期。所謂達到 (Zugang)，乃通知入於相對人實力範圍之內，相對人對之發生通常得以了解之狀態之謂也。例如將書信投入相對人門前所設之信箱中，或交與相對人已長成之家人時，相對人縱未拆閱，或因疾病旅行等原因，縱暫時不能了解之狀態，然此種通知，即為經已達到，即立時發生效力。又，通知既已達到，即既已入相對人支配之內，表意人不能任意將其撤回。

此所謂達到，須根據表意人之意思為之。換言之，即表意人須有意將其通知送給相對人。相對人對於無發送之意之意思表示，雖偶然知悉，或雖由無權限者發送於相對人，然表意人若不承認，則仍不得謂之達到。

德國學者間，有謂達到爲意思表示完成之要件者。余則謂其非完成之要件，而實爲已完成之意思表示發生效力的要件。故意思表示之已具備成立要件與否，不能以達到之時爲標準以決定之也。

德、日民法（德第一三〇條，日第九七條）及我民法（第五九條）民草（舊第一九四條，新第一三〇條）皆採達到主義。該主義之結果如次：

（1）於未達到前之意思表示，可以撤回。但撤回之意思表示若後乎被撤回之意思表示而至，則此種撤回，不發生效力。故欲其能生效力，須令前者至遲與後者同時達到相對人處。

（2）因達到之遲延或障礙，所生之不利，由表意人受之。

（3）表意人雖於發信之後達到之前死亡，喪失能力或其能力受有限制，然其意思表示不因之而失其效力。

二、向對話人之意思表示生效時期

對話人與非對話人之區別，前已言之。向對話人爲意思表示，應於何時發生效力？德、日民法對此無明文規定。其國學者之見解分爲了解主義與達到主義兩派。我民法及新舊民草則以明文採用了解主義，謂向對話人爲意思表示，自相對人了解其意思時發生效力（民法第九四條，民草舊第一九八條，新第一二九條）。自實際上言之，於兩說中任採何說，其結果亦無若何之差異也。

## 第五項 意思表示之受領能力

意思表示之受領，從客觀的方面觀察之，即爲意思表示之達到，從意思表示之受領者方面觀察之，即爲意思表示之受領。受領非意思表示，亦非法律行爲，故關於受領之能力不能適用關於行爲能力之規定。然所謂達到，即爲得以了解之狀態，故在受領者方面，須具有能以了解之能力。此種能力即意思表示之受領能力也。

受領能力，比行爲能力較爲弛放，行爲能力須合『知』的能力及『意』的能力而成，而受領能力僅有『知』的能力爲已足。

未成年及禁治產人無受領能力。其無受領能力之效果，既非其受領爲完全無效，亦非其受領得以撤銷，不過不能以意思表示之效力與有受領能力者對抗而已。因此之故，無能力人不須特別爲撤銷之意思表示；又，無能力人方面，亦不妨主張有效也。

對於無受領能力人所爲之意思表示，自其通知達到於其法定代理人（行親權人、監護人等）時，其意思表示完全發生效力（民法第九六條）。

本項出鳩山前書三八九、三九〇兩頁。

## 第六節 契約

法、日等國之民法，將契約規定於債權編之中，德國民法則將其大綱規定於總則編中，我國新舊民律草案係

從德國之立法例，而現行民法，則從法日之立法例。自理論言之，以規定於總則編中爲宜。蓋契約之目的，不僅在於發生債權債務之關係也。——但羅馬法、英國法及法國民法中之契約，皆僅以發生債權債務之關係爲目的者，余謂未免失之過狹。

### 第一項 契約之意義

契約乃以有二人或二人以上之當事人及當事人間兩相對立的意思表示之合致 (Zweck) 爲要素，且欲於當事人間或當事人與第三人間發生私法上的效力之法律行爲也。茲更分別說明之如左：

#### 一、契約爲法律行爲之一種。

余於前節法律行爲之種類項下，雖以單獨行爲與契約並列，然契約實爲法律行爲中之模範。法律行爲之各種原則，在沿革上先由契約發達而來者，實居多數焉。

二、契約以有二人或二人以上之當事人及當事人間兩相對立的意思表示之合致爲要素。

(1) 契約內之意思表示須有二人或二人以上之當事人 卽契約不僅須有兩個或兩個以上之意思表示，且此兩個或兩個以上之意思表示，須爲由二人或二人以上之當事人爲之者。

(2) 契約內之意思表示須爲兩相對立的 卽契約內須含有『相對立之意思表示』 (Engengesetzte Willenserkärung) 其與合同行爲之僅含有『平行之意思表示』者不同。所謂相對立之意思表示卽：「各意思表示，係由各當事人交相爲之，如在買賣契約，係由買主向賣主爲『買』之意思表示，賣主向買主爲『賣』之意

思表示是也；二、各意思表示之內容對於各當事人須有兩相反對之意義，如上所述「買」與「賣」之意思表示，自買主或賣主之主觀的方面言之，其意義固兩相反對也。

(3) 意思表示須合致 合致，學說上恆稱爲合意 (agreement, Consensus, Consentement)。合致包含主觀的合致與客觀的合致而言，兩者缺一，不能成其爲合致。

三、契約以於當事人間或當事人與第三人間發生私法上的效力爲目的者。

(1) 契約以發生私法上的關係爲目的 在羅馬法，英國法，法國民法（第一一〇一條）及我現行民法中，契約之目的，僅爲發生債權債務的關係而止，德（第一四五至一五七條），日（第五三三至五三九條）民法，則以契約之目的在於發生一切私法上的關係。詳言之，即契約不僅以發生財產上之關係爲目的，且並得以發生親屬上或繼承上等種種關係爲目的也。

(2) 由契約所發生私法上的效力不僅限於當事人間並可以及於當事人與第三人之間 契約之效力，固以於當事人間發生法律關係爲原則，然亦有於當事人之雙方或一方與第三人之間發生法律關係者，此種稱爲「第三人之契約」。

## 第二項 契約之種類

### 一、雙務契約，片務契約

(1) 雙務契約 (Zweiseitiger Vertrag) 即雙方當事人各須負擔有對價的關係之債務之契約也。如買賣，

交換，貸貸借，雇傭，有償委任等是。此種契約有次述兩種特徵：

- a. 當事人雙方均須負擔債務，僅有一方負擔債務者，不得謂之雙務契約。
- b. 當事人雙方所負擔之債務須有對價的關係，所謂對價關係，即具有兩足相償之性質之謂也。至於是否兩足相償，應由主觀判定。

(2) 片務契約 (Einsseitiger Vertrag) 即雙務契約以外之契約也。如贈與，無償委任，消費貸借等是。其中又可分為次述兩種：

- a. 契約之效力，僅使當事人之一方負擔債務者。
  - b. 契約之效力，雖使當事人雙方負擔債務，然未立有對價的關係者。
- 雙務契約與片務契約之區別，在於雙方當事人是否負擔有對價的關係之債務一點上。

## 二、有償契約，無償契約

(1) 有償契約 (Entgeltlicher Vertrag) 即雙方當事人各須為有對價的關係之給付之契約也。如買賣，交換，貸貸借，雇傭等是。此種契約之特徵：第一，當事人雙方須為給付；第二，其所為之給付，須有對價的關係。學術上於雙務契約之外，更設有償契約者，蓋以二者之觀察點有所不同，後者從『給付』着眼，而前者則從『負擔債務』着眼也。

(2) 無償契約 (unentgeltlicher Vertrag) 即有償契約以外之契約也，如贈與，無償委任，消費貸借等是。

有價契約與無價契約之區別，在於雙方當事人所爲之給付是否有對價的關係之一點上。

### 三、偶成契約，實定契約

(1) 偶成契約 (Contrats aleatoires) 當事人之一方或雙方所爲之給付須依偶然之事情以爲決定之契約也。如賭博，保險契約等是。此種契約往往因違反公序良俗而至無效。

(2) 實定契約 (Contrats commutatifs) 即當事人間從始即約定互爲反對給付之契約也。通常之有價契約，均屬此類。

實定契約與偶成契約之區分，乃本於法國民法之解釋而來者（請參閱法國民法第一九六四條以下。）

### 四、要物契約，諾成契約

(1) 要物契約 (Contrats réels) 即須以當事人之一方完成其交物或其他給付爲成立要件之契約也。又稱爲實踐契約。要物契約淵源於羅馬法，近代各國民法，仍多沿而未改。但近來學者多努力脫離羅馬法之羈絆，棄形式的論理，而從事於實質的研究之方法；故其間已有主張要物契約在理論上不能成立者；瑞士債務法（第三〇五條，三一、二條，四七、二條）甚且以明文規定之焉。

(2) 諾成契約 (Contrats consensuels) 即僅以合意爲成立要件之契約也。

要物契約與諾成契約之區別，在於契約是否於合意之外尚須由當事人爲給付始得成立之一點上。契約中通常皆爲諾成契約；要物契約，可分爲四種，即消費貸借，使用貸借，寄託及質權契約是也。

五、有名契約、無名契約

(1) 有名契約 (benannte Vertrag) 有名契約又稱爲模範契約 (typische Vertrag)，即律文中特賦以名稱且設有規定之契約也。

(2) 無名契約 (unbenannte Vertrag) 無名契約又稱爲非模範契約 (nichttypische Vertrag)，即非由律文特賦以名稱且設有規定之契約也。其中有以律文全無規定之事項爲內容者，亦有以二個以上有名契約之內容爲內容者，後者稱爲『混合契約』 (gemischte Vertrag)。

有名契約與無名契約之區別，在於是否爲法律所明定之一點上。

六、本契約、預契約

以發生或締結一定契約爲內容之契約，曰預契約或預約 (Vorvertrag)；嗣後依預約而正式締結之契約曰本契約。

於上述各種契約之外，尚有主契約、從契約；要式契約、不要式契約；有因契約、無因契約；生前契約、死後契約等，其性質與各該種法律行爲略同，茲不再述（參閱第三編第二章第三節。）

第三項 契約之成立

契約之成立，至少須有二個或二個以上之意思表示相合致，已如前述。此二個或二個以上之意思表示，有同時爲之者，學者稱曰『同時表示』 (simultaneous declaration, concurrent expression of intention)；有先



後爲之而偶然相合者，學者稱曰『交錯要約』(Kreuzofferte)；有先後爲之而彼此有因果關係者，先爲之意思表示稱曰『要約』，後爲者稱曰『承諾』。此二種意思表示爲契約成立之普遍現象。請分別論之。

## 第一目 要約

要約 (Offer, Antrag) 乃當事人之一方以連結他方之意思表示 (承諾) 而即成立一定契約爲目的之意思表示也。故要約須：

- (1) 由當事人之一方爲之，
- (2) 由當事人之一方向相對人爲之，
- (3) 須有相對人一經承諾即成立契約之準備。

又，要約爲意思表示之一種，故關於意思表示效力發生之原則，於要約皆能適用。詳言之，即向特定人爲要約時，若此特定人爲對話人，則自相對人得以了解其要約時發生效力；若爲非對話人，則要約自達到相對人時發生效力；向不特定人爲要約時，則要約自不特定人得了解之時發生效力也。

要約有效成立後，發生兩種效力：(一)『要約之拘束力』(Gebundtheit Verbindlichkeit) 即使要約人於一定期間內不得撤銷其要約之效力也。學者間又稱之爲『要約之不可撤回性』(unwiderruflichkeit) 余稱之爲要約之形式的效力，蓋以其非由要約之性質當然所發生者也。關於要約之有無拘束力，從來之立法主義，可分爲兩種：羅馬法及德國普通法，均不認其有拘束力，近時法國民法亦然，英國法在原則上亦不認此種效力；德國現

行民法（第一四五條）、奧國民法（第八六二條）、日本民法（第五二一條第一項及第五二四條）、瑞士債務法（第三至第五條）皆認要約有拘束力，我現行民法（第一五四條）及新舊民律草案從之，亦認其有拘束力焉。要約之拘束力僅在要約人於一定期間內不得將要約撤回，而無禁止要約人更向第三人為要約之效力。故要約人於該期間內向第三人更為要約，仍屬有效也。（二）『要約之承諾能力』（Annahmefähigkeit），即得相對人承諾後即成立契約之實質的效力也。此項效力，僅在與相對人以為承諾之權限，而相對人並非因此負擔為承諾之義務也。

要約之效力，一經發生，即可永續存在，但遇下列各種情形時其效力始可消滅：

（一）要約之撤回 要約之撤回者，乃要約人以一方之意思，將其要約收回也。故撤回為使要約之效力消滅之行為。經撤回之要約，與從始未曾為要約相同。又要約為一方之意思表示，其撤回於何時始生效力，自應遵循一般意思表示之原則，但此外仍有左列兩種特別情形：

（a）定有承諾期間之要約 此種要約在要約人方面，於承諾期間內當然不得撤回。又，在接受要約人方面，若不於承諾期間內為承諾，則要約之效力，當然消滅，此時不生撤回之問題（德第一四五—六條，日第五二一條，我民法第一五八條，舊民草第二〇四條第二項，新民草第一三七至一四〇條）。

（b）未定有承諾期間之要約 此又因其相對人是否為對話人而有區別：

（1）如要約係向非對話人為之者，則要約人於接受承諾通知之相當期間內，不得將其撤回；又，接受要約之

人於該期間內若不爲承諾，則要約之效力完全消滅，無待撤回。此所謂相當期間，當就各種情形，以爲決定。然自一般而論，當於要約達到期間與承諾達到期間之外，更算入成立契約所必須之考慮期間爲宜（我民法第一五七條）。

(2) 如要約係向對話人爲之者，則接受要約之人，須即時承諾；若不即時承諾，則要約之效力，即行消滅，不待撤回（民法第一五六條）。

(二) 要約之拒絕 要約之拒絕，即相對人對於要約人表示不承認其要約之謂也。要約經拒絕之後，則失其要約之效力（我民法第一五五條，民草舊第二〇四條，新第一三六條）。又，於要約有擴張限制或變更之時，視爲拒絕原要約而另爲新要約。拒絕之通知，須向要約人爲之，且須達到時始生效力（德民法第一五〇條第二項，日第五二八條，我民法第一六〇條第二項，舊民草第二〇七條第二項，新民草第一四二條）。

(三) 承諾期間之經過 如上所述，要約人定有承諾期間爲要約者，於其期間內雖不得撤回；但至其期滿了之後，而相對人不爲承諾時，其要約當然喪失效力，無須更行撤回焉。又，承諾之通知，雖於承諾期間內本可達到，而因偶然之事變於承諾期間經過後始行達到者，自理論上言之，其契約當然不能成立。但德、日各國之民法（德第一四九條，日第五二二條，我民法第一六三條，舊民草第二〇六條，新民草第一四一條），爲保護承諾人計，皆規定要約人須向相對人（承諾人）發遲到通知，否則其承諾之通知，視爲並未遲到，而契約得因此成立焉。

(四) 當事人死亡或喪失能力 此又可從要約人及接收要約人兩方面分別言之：

(甲) 要約人死亡或喪失能力 各國立法例有二主義：

(1) 要約應喪失效力。此爲德國普通法時代之通說，奧國民法（第九一八條）更以明文規定之焉。

(2) 要約以不喪失效力爲原則。此爲德（第二五三條）、日（第五二五條）民法所取之主義，民草（舊第  
二〇九條，新第一四四條）從之；但尚有次述之情形時，則要約之效力喪失：

a. 要約人顯有反對意思者，

b. 依契約之性質，須要約人爲當事人者，

c. 相對人明知要約人死亡或喪失能力者。

(乙) 接收要約人死亡或喪失能力 立法例對此尙未一致。德國普通法定爲要約應因接收人死亡而失效，

普國國法（第一部第五章第一〇六條）則爲反對之規定。德國現行民法、日本民法、我現行民法及新舊民草對此均無明文規定。

(五) 承諾 要約一經承諾，契約即因以成立，要約之效力於以喪失。

凡上所陳，乃要約喪失效力之特別原因，但要約既爲意思表示，則關於一般意思表示失效原因之規定，自應適用。

## 第二目 承諾

承諾 (acceptance, acception) 乃接收要約人向要約人同意，而與其要約結合成立契約之意思表示也。

故承諾須：

(1) 由接收要約人爲之。

(2) 向要約人爲之。

(3) 於要約有效時爲之。

(4) 其內容須與要約全然合致。

否則不能與要約結合以成立契約也。

要約既經承諾，且承諾之通知達到要約人時，契約卽爲成立。但以書件爲成立要件之契約，則須於書件作完之後始能成立；或在要物契約之時，須於物之授受行爲完成時始能成立。又，契約成立之時期，復因對話人間之契約與非對話人間之契約而異：

(1) 對話人間之契約，以要約人了解相對人承諾之意思時，爲成立時期。此學說及各國立法例均相一致者也。

(2) 非對話人間之契約，究以何時爲其成立之時期，學說及立法例頗不一致。有取表示主義者，有取了解主義者，有取發信主義者，有取受信主義者，余則以爲取受信主義（卽達到主義）爲宜也（參閱本章第五節第四項）。

## 第四項 契約自由之原則

十八世紀初葉，個人主義大盛，契約自由之原則支配一時，拿破崙法典實以此原則爲基本，該法典於一八〇四年制定，自是厥後，各國之民法法典，俱以之爲模範，故契約自由之原則，實不啻爲近世各國法典之基本焉。其唯一之制限僅爲：『以違反公共秩序或善良風俗爲內容之法律行爲爲無效』一條而已，此外，則了無限制，純任當事人之自由。迨社會法學派大興，以爲法律之目的不僅在於個人利益之擁護，而實在於社會公益之保持，故契約自由之原則因之大受限制，而從前所謂例外的規定（即以違反公序或良俗之行爲爲無效之規定），反居重要的地位，大有附庸蔚爲大國之觀。從立法的方面觀之，近時各國的住宅法，勞動法，農耕法等所謂社會的立法，對於契約自由之原則，莫不加以限制；更從判例方面觀之，外國判例有欲將其作爲賣淫窟而貸貸家屋者，其貸借爲無效；欲充賭博之資金而貸借金銀者，其貸借爲無效……準此以觀，締結令人充當娼妓之契約，亦可同樣無效。蓋在現在文明程度之下，婦女自願充當娼妓，雖非違法之行爲；然若以充當娼妓爲契約上之義務，則非法律之所許也。德國判例，關於私生子之隱秘契約，苟有不利於私生子時，認爲違反善良風俗，無效。又，勞動契約，從前多適用契約自由之原則，至使資本家專橫肆虐，宰制一切，而勞動者俯首聽命，淪爲工錢奴隸；蓋飢不得食，寒不得衣，在飢寒交迫之狀態下，何求而不得？故在勞動契約締結當時，勞動者而有自由，則此種自由除爲宗巴德所謂『飢餓的自由』之外，恐無別物也！近時法家知其然，故於判例方面認：使勞動者負過大的負擔之雇傭契約爲無效；於法律方面認勞動者有相互集合與資本家抗衡而締結所謂勞動集合契約（Contrat collectif du travail, Col-

lactive bargaining)之權利。凡此種種，皆所以限制契約自由之原則者也。故契約自由之原則，其意義在今日與在十八世紀之際，大不相同。今日之所謂契約自由者，實不啻謂爲契約方式之自由，而非謂爲契約內容之自由也。蓋時至今日，一切法律行爲，皆以不要式爲原則，故方式自由之範圍，極爲寬廣，迥非要式主義盛行時所能比擬也。

● 參閱石坂音四郎改纂民法研究卷下第六七七至七〇二頁要物契約否定論。

● 德國 München 高等審判廳一九二一年十月二十二日判例。

本節第一至第三項參考何基鴻前書第一一〇至一二二頁獨多。

## 第七節 代理

### 第一項 汎論

代理制度之法理，爲古代羅馬法所無；即在後期之羅馬法中，因分勞之必要上，雖對於兩三種之特別行爲，承認有代理之必要，然如現時之所謂代理制度，實爲當時所未經夢見。在法國民法中，代理制度亦並不充分明白。迨德國民法，而該制始有充分的規定焉（德民法第一六四條以下）。日本民法（第九九條以下），一九一一年修正之瑞士債務法（第三二條以下），我現行民法（第一〇三條以下）及民律草案（舊第二一三條以下，新第一五四條以下）對之皆有詳細之規定。蓋代理之法理，乃隨近世社會生活之發展而發達之新的法律觀念也。此

種制度實爲由個人主義趨於共同主義之一徵候。蓋時至今日，社會生活日趨複雜，僅恃個人獨力之活動，殊形不足，協力的活動，於規模稍大之商業上，其他交易上及生活之諸方面，殊爲切要；不僅於行爲者發生障礙時，而後始須他人補助之以爲意思表示也。

關於意思表示之補助，可大別之爲兩種：（一）爲關於意思表示本身之補助；補助者其人爲或受意思表示，而其法律效果直接歸屬於本人自身。（二）本人自爲或受意思表示，僅用他人爲其補助；此又可分爲三種：（a）爲意思決定之補助，如顧問、鑑定等是；（b）爲表示之補助，如通譯、電信等是；（c）爲傳達之補助，如使者、郵政等是也。在（一）種，爲或受意思表示者爲補助者，而非本人；在（二）種，本人自爲或受意思表示，兩者之間，其性質顯然不同，所謂代理，卽爲前一種。

## 第二項 代理之意義

代理（representation, agency; representation; Stellvertretung）者，乃某人（代理人）爲他人（本人）對第三人爲或受意思表示，而使其法律效果直接歸屬於本人之行爲也。茲將其性質分述之如左：

（一）爲或受意思表示者乃代理人自身。代理人之行爲，何以能對於本人發生法律效果？德國學者間對此頗多爭論。或以代理人之意思表示卽爲本人自身之意思表示以說明之，是爲本人行爲說。或以本人與代理人之共同行爲以說明之，是爲共同行爲說。然此兩說皆不脫羅馬法之窠臼；蓋依羅馬法之原則，凡使法律行爲成立之當事人與身受其效力之當事人皆須爲同一人也。此兩說俱反於事實，故近時之法制及學說，皆不採用之。現時最



通行者厥爲代理人行爲說或代表說（*Repräsentations-theorie*）。此說謂爲或受意思表示者爲代理人，受其效果者爲本人；爲或受意思表示之當事人，與受其效果之當事人分離，毫不反於法理。德、日民法及我民法、民草皆採此說。

（2）其法律效果直接歸屬於本人，爲或受意思表示者雖爲代理人自身，而其法律效果，則直接歸屬於本人，此爲代理之本質。在古羅馬法中，代理制度不發達，對此效果，全不承認，在後期羅馬法中，僅對於二三種特別行爲，始認此種效果，迨乎近世，各國法律，皆承認此種效果焉。

所謂『直接』並非謂法律效果先向代理人發生，然後移轉於本人，乃謂法律效果絕不向代理人發生，而從始即向本人發生；易詞言之，即代理行爲之效果，當然使本人爲權利者或義務者之謂也。此點與所謂間接代理不同。

法律效果直接歸屬於本人之結果，本人須具有受其法律效果之資格，即一般權利能力及特別權利能力。故對於未出生之胎兒，及未成立之法人不能有代理行爲；又，無某種特別權利能力之外國人，雖以內國人爲其代理人，亦不能取得此種權利。

代理人不受法律效果之結果，代理人不須爲具有行爲能力之人（我民法第一〇四條。）

代理行爲之法律效果歸屬於本人，與本人自身爲此種行爲時相同。換言之，即與本人自身爲或受意思表示時，發生同一之效果也。

(3) 代理人須明示本人之名義而為代理行爲。此在學問上稱爲顯名主義 (Offenheitsprinzip)。其表示方法平常雖多用『某人之代理人某某』之言詞，然亦不以明示本人之姓名爲必要，僅採適宜之方法，使相對人知其爲代本人爲此行爲足矣。各國法制中所謂『以本人名義』(in Namen des Prinzipals)，或“au nom du représentant”，實與此相同。

代理人須明示本人之名者，所以表明非以自己之固有資格爲此行爲也。故代理人不明示本人之名，而以自己之固有資格爲一種行爲，縱令此種行爲之法律效果及於本人，然亦不能謂之爲代理行爲焉。但顯名主義有兩種例外：

(a) 代理人雖不明示本人之名，然相對人明知或可以知代理人之行爲，乃爲本人而爲者之時，則此種行爲可以直接對本人發生效力。(日民法第一〇〇條但書)

(b) 在爲商行爲時，代理人雖不明示本人之名，然其行爲以能向本人發生效力爲原則。蓋一方商行爲尙敏捷迅速，而他方對於知曉何人爲其相對人，又復無足重輕，故對民法之原則，特設此顯著之例外也。

(4) 代理常就意思表示而存在。代理在性質上僅對於意思表示，始能存在，故對於法律行爲，不能成立代理，蓋法律行爲中，除意思表示之外，尙有其他構成分子也。準此理由，則事實行爲及不法行爲之不能成立代理，固矣；即代理占有，亦不能謂之爲代理，蓋彼既非意思表示，又非法律行爲，實不過爲與代理相類似之一種現象而已。

(5) 代理須有代理權之存在且原則上須於其權限內爲代理行爲。關於無代理權或踰越權限而爲代理

行爲時，民法另設補正的手段，即所謂表見代理與無權代理是也（詳後）。

(6) 須法律允許代理。法律允許代理之行爲，始能代理。若(一)法律行爲之性質上必須本人自身爲意思表示時，如婚姻、養子、離婚等親屬法上之法律行爲，及繼承之承認、拋棄與遺囑等繼承法上之法律行爲等；(二)本人與代理人之利害相反，或有損害本人利益之虞時；皆爲法律不允許代理之法律行爲，概不能成立代理（參閱第四項代理權之範圍）。

凡上所陳，皆爲從積極的方面，以說明代理之性質；茲更從消極的方面以說明之焉：

(a) 代理人非使者。已見上文。

(b) 代理非代表。民法中對於代理與代表二詞，雖時有混用；然代理與代表之性質，究兩不相同。代理人爲與本人相對立之別個人格者，反之，代表者於爲代表行爲時，其人格則被吸收於本人（被代表者）人格之中（例如董事被視爲法人之機關是）。故在爲代理行爲時，代理人本身之行爲，對本人發生效力；而在爲代表行爲之時，代表者之行爲，則被視爲本人（被代表者）之行爲焉。因此之故，代表不僅對於意思表示能成立，即對於事實行爲亦能成立焉。

(c) 代理非代理占有。已詳上文。

(d) 代理非間接代理。已詳上文。

(e) 代理與民法上所視爲代理人者不同。妻對於日常之家事，視爲夫之代理人，夫於日常家務亦爲妻之

代理人，對於此種日常家事，妻可用夫之名義，亦可用自己之名義爲之，夫可用妻之名義，亦可用自己之名義爲之，若用自己之名義爲之之時，則非代理也。

### 第三項 代理之種類

(一) 法定代理，意定代理 法定代理與意定代理之區別標準，在於代理權發生之原因，是否根據本人之意思。法定代理，其代理權乃依法律規定所授與者，例如行親權人爲子之法定代理人，監護人爲受監護人之法定代理人，及夫爲未成年之妻之法定代理人是。意定代理，其代理權乃依授權行爲所授與者，故不問其爲本人自行授權之代理，或爲代理人所授權之代理，均包括於中。意定代理又名委任代理。

(二) 積極代理，消極代理 爲他人爲意思表示者，謂之積極代理 (Aktive Stellvertretung)；亦稱主動代理，或動方代理。爲他人受意思表示者，謂之消極代理 (Passive Stellvertretung)；亦稱受動代理，或受方代理。

(三) 直接代理，間接代理 直接代理，乃用本人之名義爲或受意思表示，而其法律效果直接向本人發生之代理也。民法上所謂代理，乃指直接代理而言。間接代理，乃代理人用自己名義爲或受意思表示，而其法律效果由代理人移轉於本人之代理也。如商法上之牙行是。按嚴格的意義言之，間接代理，並不能謂之代理（參閱前項。）

(四) 有權代理，無權代理 有權代理乃實際上有代理權限之代理。可稱爲真正代理者，祇有有權代理一種而已。無權代理，乃實際上無代理權限之代理，如表見代理，及無權代理是。其區別之標準，在於代理權之有無。

(五) 單獨代理，共同代理 單獨代理，謂代理人祇有一人，得單獨爲或受意思表示之代理也。共同代理，謂代

理人有數人，非此數人共同不得爲或受意思表示之代理也。

(六)一般代理，特別代理。代理人具有一般的，概括的代理權之代理，謂之一般代理；代理人僅對於特定行爲有代理之權限者，謂之特別代理。其區別之標準在於代理權之範圍。

#### 第四項 代理權

代理須有代理權之存在，吾人已於第二項言之，顧何爲代理權？代理權何由而生？與乎代理權之範圍何若？吾人今茲更欲爲一言：

##### 一、代理權之性質

代理權 (Vollmacht, Vertretungsmacht) 者，乃爲本人爲或受意思表示，因而使其法律效果直接向本人發生之法律上的資格也。

對於代理權之法律上的性質，議論紛紜；大別之有所謂否認說與肯定說兩種，而肯定說又分爲權利說與資格說（即能力說）。否認說不承認有代理權其物之存在，而謂代理不過爲本人與代理人間之委任關係或其他之對內的法律關係，離卻此種關係，則無所謂代理權焉。此說在現時殆已完全失其效力。肯定說謂委任與代理不同，於委任關係之外，更承認有所謂代理權之獨立的觀念；其中更分爲權利說與資格說。權利說以代理權爲一種權利，若更進而考究此種權利之性質，則可稱之爲形成權。資格說以代理權爲與行爲能力相類似之一種法律上的地位，詳言之，即行爲能力，乃自己爲法律行爲，且使其法律效果向自己發生之法律上的地位；同樣，代理權乃爲

他人爲法律行爲，且使其法律效果向他人（本人）發生之法律上的地位也。余謂若以代理權爲一種權利，則稱其爲形成權，雖屬正當；然余以爲代理權並非權利，而實爲法律上的資格或能力，故余於以上諸說中，寧取資格說或能力說焉。

## 二、代理權之發生原因

代理權之發生原因，因法定代理與意定代理而有不同：

法定代理權，乃因法律所規定之法定要件之成立而發生者。其法律要件中，有所謂消極的事實（即不由本人之意思），與積極的事實，前者爲一切法定代理所共通，後者因各種法定代理而彼此各異。

意定代理權，雖基於本人之意思而成立，然僅以本人之意思表示爲已足乎，抑除此之外，更須代理人爲意思表示乎？此爲單獨行爲說與契約說之分野。羅馬法及法國法，採契約說，蓋此兩國之法律，將委任與代理同視，於委任契約之外，不承認有所謂代理權授與行爲，故以代理權爲因委任契約而發生者，乃屬當然之事。德國民法採單獨行爲說，謂僅因授與代理權之意思表示，而代理權即能成立。其理由爲：代理權既非義務，亦非權利本身，而僅爲一種可以爲對於本人發生效果之意思表示之地位；隨而代理權授與行爲，亦僅爲本人承認代理人之意思表示。對於自己發生法律效果之行爲；故僅以自己之意思表示爲已足，而實無須乎代理人之同意也。此兩說之間，有所謂無名契約說，即因本人與代理人間欲發生代理權之契約而遂發生代理權之學說也。詳言之，即於一方面，本人有欲授與代理權之意思表示，而於他方面，相對人對之有承諾之意思表示，或有可認爲承諾之意思表示之事實。

時，代理權授與契約即爲成立，而代理權亦因以成立焉。此爲近時學者多數主張之學說。

### 三、代理權之範圍

代理權之範圍，即爲代理人之權限，可因代理權之發生原因而決定之。詳言之，即於法定代理之時，可從法律之規定而決定之；於意定代理之時，可從代理權授與之法律行爲而決定之。然由法律規定，或由契約訂明之代理權，其範圍仍不明瞭者，所在多有，下列數端，所以補其不備也：

(1) 權限不定之代理人僅有爲管理行爲之權限。此爲法、日民法之所定。所謂權限不定之代理人，乃指雖有代理權，而其代理權之範圍未經特別規定之代理人而言。法國民法稱之爲『一般代理人』，日本明治六年布告稱之爲『總代理人』，日本現行民律稱之爲『權限不定之代理人』。所謂管理行爲 (actes d'administration)，包含左列兩種行爲：

(a) 保存行爲 所謂保存行爲 (actes Conservatoires)，即維持財產現狀之行爲。因修繕家屋而與人結工程契約，因欲未登記之不動產能與第三人對抗而聲請登記等，因爲保存行爲；即令對於各種財產爲處分行爲，然此種行爲若對於本人財產之全體，能維持其現狀，則亦可認其爲保存行爲焉。例如清償到期之債務，拍賣易腐敗之物體而保存其價格等行爲是矣。

(b) 在不變更代理之目的物及權利之性質的範圍內可爲利用或改良之行爲。變更物及權利之性質之行爲，謂之處分行爲，非經本人特別授以權限或法律特有規定，不能爲之。權限不定之代理人，僅有爲左列兩種行

爲之權限：

利用行爲 所謂利用行爲，即有利的使用之行爲。例如將物出租與人，將金錢存貯於銀行，而收其租金與利息是也。

改良行爲 所謂改良行爲，即增加物之使用價值或交換價值之行爲也。其價值究爲增加與否，應依客觀的標準，與代理行爲之時比較以爲決定。

權限不定之代理人，於爲上述兩種行爲時，須受下列之制限，即須於不變更物及權利之性質之範圍內爲之也。若踰越此範圍而爲之，則其結果雖有利於本人，亦非法律之所許。

(2) 代理人不能爲雙方代理 所謂雙方代理 (Doppelvertretung) 者，即於雙方行爲中，爲相對人之代理人與自己爲法律行爲，或爲當事人雙方之代理人也。前者謂之自己契約 (Selbstkontrahieren)，後者謂之狹義的雙方代理。狹義的雙方代理，究爲有效與否，在德國普通法上雖有議論，然在德國現行民律 (第一八一條) 日民法 (第一〇八條) 我現行民法 (第一〇六條) 及民草 (舊第二一七條新第一五九條) 中，則皆以禁止爲原則。蓋契約之當事人，其利害關係各異，若使代理人能與自己定立契約，或使其爲當事人雙方之代理人，實際上易生弊害故也。但對此原則，有下列兩例外：

(a) 在履行債務時，不加禁止。蓋債務之履行，非爲新交換利益之行爲，代理人與本人間無利害衝突之虞故也。



(b) 經本人許諾時，亦不加禁止，蓋法律之禁止雙方行爲，原爲保護本人之利益，本人既許其代理人爲此，則法律無禁止之必要也。

此外，於雙方代理被禁止之時，代理人選任復代理人使其與自己爲法律行爲，亦爲法律之所許。

(3) 於數人有共同代理權時，須此數人共同爲代理行爲，所謂共同代理權 (Gesamtvollmacht)，即僅全體代理人共同從事行使，始能行使之代理權也。僅其中之一代理人，不能行使，故此爲加於代理權之一種制限。若非全體代理人共同爲代理行爲，則爲踰越權限之無權代理。

對於同一事項與數人以代理權時，此數人果各自獨立具有代理權歟？抑僅具有共同代理權歟？此爲授權行爲，即代理權授與契約之解釋問題。法、奧民法（法第一八五七條，奧第一〇一一條及一二〇一條）對其解釋，皆設有推定的規定，德國法系諸國之民法則無之，常按各種情形，以解釋契約之旨趣。然以一般而論，若無特別事情，則各人對於一般代理權，得各自獨立具有；而對於特定行爲之代理權，則多共同具有焉。

#### 四、代理權之消滅

代理權消滅之原因有二：一爲法定代理與意定代理共通之原因，一爲此兩種代理之特有原因。我民法及民法草案對於代理權消滅之共通原因，未設明文規定，依日本民法（第一一一條）消滅之共通原因爲：

(一) 本人之死亡 失踪宣告與死亡發生同一之效果。

(二) 代理人之死亡 同上。

(三) 代理人之破產，以破產人爲代理人雖爲法律之所許；然若於既爲代理人後而受破產之宣告，則其人之一般的信用關係，破壞無餘，故爲代理權消滅之原因。

(四) 代理人之禁治產理由與前同。

意定代理之代理權，除上述共通之消滅原因外，尚有特別消滅之原因，即因其代理原因之法律關係之終結而消滅是也（舊民草第二二五條第一項，新民草第一六二條第一項，日民法第一一一條第二項）。例如因委任關係而授與之代理權，依委任關係之終結而消滅；因合夥關係而授與之代理權，依合夥關係之終結而消滅是也（參閱我民法第一〇八條第一項）。

法定代理之代理權，除上述共通消滅原因外，亦有種種特別消滅原因。如親權人之法定代理權，因親權人喪失其親權而消滅，法人董事會之法定代理權，因法人之解散而消滅之類是也。

代理權消滅後，代理人（前代理人）雖代本人爲法律行爲，然此種行爲僅爲一種無權代理而已。

## 第五項 復代理

### 一、復代理人之性質

復代理人 (substitute; sousreprésentant) 者，乃代理人就其權限內之行爲，用代理人自己之名義，爲本人所選任之本人代理人也。其性質如左：

(1) 復代理人乃行使代理人之權限者也。例如代理人具有管理權及處分權，而復代理人亦同樣具有管

理權與處分權焉，但代理人於選任復代理人後，並非將代理權完全讓與復代理人，雖於選任之後，代理權仍然存續，而代理人亦得自爲此行爲焉。然於他方面，復代理人雖受代理人之監督，然亦並非爲代理人之機關或事實的補助者，而尙可以自己之意思爲代理行爲也。

(2) 復代理人乃代理人用自己之名義所選任者。代理人對復代理人有監督及解任權；既有此等權限，則代理人須用自己名義以選任復代理人，方合於理。不然，若用本人之名義爲選任行爲，則究其極亦不過僅爲一種代理行爲而已；代理人對此不受何種法律效果也；隨而代理人與復代理人間，亦無發生監督關係之理由也。

(3) 復代理人乃本人之代理人。代理人雖用自己之名義以選任復代理人，然復代理人並非代理人之代理人，而實爲本人之代理人。若爲代理人之代理人，則復代理人所爲代理行爲之效果，何以能直接向本人發生效果？唯其爲本人之代理人也，故復代理人用本人之名義爲代理行爲，而非用代理人之名義爲之焉。

## 二、復任權

代理人能選任復代理人之權限，謂之復任權 (Substitutionsmacht)。復代理人選任行爲，並非代理行爲之本身，故復任權亦非代理權之本身，不過僅爲與代理權相伴，且與代理權相類似之一種權能已耳。

代理人有無復任權，此因代理之爲意定代理或爲法定代理而異：

(1) 意定代理人之復任權。意定代理人以無復任權爲原則。蓋意定代理人之代理權，爲基於本人之意思而來者，其範圍比較的不大廣汎，且又可以辭職；故代理人於自己不能爲代理行爲時，可以出於辭職之一途，而無

需選任復代理人也。但對此原則，有兩種例外，即（a）經本人之許諾，（b）有不得已之事由是矣。所謂不得已之事由，即因不得已之故障，不能受本人之許諾，及不能向本人辭職之謂也。例如因本人行踪不明無由向其辭職及受其許諾之類是。意定代理人經本人之許諾，或因不得已之事由而選任復代理人時，其責任頗輕；即令本人因復代理人之行爲而生損害，代理人對之以不負損害賠償之責任爲原則，唯對於復代理人之選任及監督負責而已。若本人指定某人爲其復代理人時，則代理人對於選任及監督，皆可不負責任。但若明知其不勝任或不誠實而怠於通知本人，或怠於解任者，仍須負責焉。

（2）法定代理人之復任權 法定代理人具有復任權。蓋法定代理，其代理權之範圍廣汎，且不能任意辭職，故法定代理人非具有復任權，無以濟其窮。法定代理人既具有此權，同時其責任亦加重。本人因復代理人之行爲而受損害時，代理人對本人須負損害賠償之責，縱令其對於復代理人之選任及監督無若何過失，而其責任亦不能減輕焉。但因不得已之事由選任復代理人者，祇就選任及監督負責。

### 三、復代理之結果

復代理人選任之結果，復代理人爲本人之代理人。細分之，其結果約如次：

（1）復代理人直接爲本人之代理人，故復代理人可用本人名義爲代理行爲，而其行爲之效果，又復直接向本人發生焉。

（2）復代理人亦不外爲一種代理人，故其對於第三人之關係，與代理人有同一之法律上的地位（民法）

## 第一〇七條第二項、舊民草第二三五條第三項。

(3) 本人復代理人間與本人代理人間有同一之權利義務。此所以明本人與復代理人間之對內的法律關係也。元來復代理人之選任，乃代理人用自己之名義爲之者，故其結果，當然不能認本人與復代理人間有若何之法律關係。然本人與復代理人間果無直接之法律關係，則本人僅經由代理人而後始可以與復代理人交涉；而他方面，復代理人亦不能與本人交涉；故民法（舊民草第二三五條第三項，日民法第一〇七條第二項）特明定本人與復代理人間有直接的法律關係，且謂其關係之內容與本人與代理人間之關係相同焉。

### 四、復代理權之消滅

從復代理權之性質上推論，復代理權消滅之原因，有左列三種：

(1) 復代理權消滅之一般原因，爲本人之死亡，復代理人之禁治產及破產等。

(2) 代理人復代理人間代理權授與契約之終了。

(3) 代理人所具有之代理權之消滅。

復代理權消滅之結果與代理權消滅之結果同。

## 第六項 無權代理

### 第一目 總說

凡上所陳，皆爲代理人有代理權，且於其權限範圍內所爲之代理，是之謂「有權代理」。今茲所欲述者，爲無

權代理。所謂無權代理，即對於代理成立之其他要件皆已具備，而僅缺少代理權之代理行為也。簡言之，無權代理，即無代理權之代理也。無權代理，可分為兩種：（一）代理人雖無代理權，或越權而為權限以外之行為，然在相對人觀之，覺其有代理權或非越權而為代理時；（二）僅代理人自稱有代理權或對於某事有代理之權限時。前者謂之表見代理，即實際上雖無代理權，然從表面上觀之頗似有代理權之代理也。此種代理，雖屬無權，然在本質上尚可拘束本人。後者稱為狹義之無權代理，須經本人追認，始生代理之效果。茲先述表見代理，再述狹義之無權代理。

## 第二目 表見代理

表見代理 (agency by estoppel; Scheinvollmacht) 者，乃無權代理中之自稱代理人，因具有與有代理權同視之正當理由，故法律認其行為對於本人有法律上之拘束之謂也。其共通之要件為：（一）自稱代理人須具有與有代理權同視之正當理由；（二）本人與代理人間，須有一定之關係；其共通之效果為：本人受法律上之拘束。自稱代理人雖具有與有代理權同視之正當理由，然自稱代理人所為之代理行為，若全然與本人無關，則本人不受法律上之拘束；故表見代理共通之要件，除（一）之外，尚須有（二）也。

法律之承認表見代理，所以豫防相對人或第三人因代理交易而蒙損害，維持代理交易之信用。換言之，即所以維持交易之安全或動的安全也。蓋交易之範圍，雖因有代理而擴張，交易之速度，雖因有代理而敏捷靈活；然由代理人所為之交易，其代理人雖具有與有代理權同視之正當理由，然若因其實事上確無代理權，而遂謂此交易行為對本人不生法律效果，則與代理人為交易者，常有蒙其損害之虞，則誰復肯冒險而與代理人為交易行為

者故法律對於交易之安全即動的安全，須有特別保護之必要也。然從本人方面觀之，一與已全無關係之人，冒稱其代理人而為代理行為，縱令其人具有與有代理權同視之正當理由，然因此而遂受法律之拘束，是因他人之行為而負擔義務也；是諺所謂「為人受過」也；揆之情理，豈得謂平？故法律於此同時亦須兼顧所謂靜的安全，即本人之靜的利益；僅於本人與自稱代理人間有某一定關係之時，始承認其法律之拘束焉。因本人與自稱代理人間之關係如何，表見代理，可分為四種：

一、代理權授與人以授與代理權於他人之事通知第三人時 在此情形之下，縱令本人事實上確未將代理權授與其自稱代理人，然若已將授與代理權之旨，通知第三人，而第三人信以為真，與其自稱代理人為法律行為，則其法律效果，直接對本人發生；蓋為保護第三人之利益計，非如此不可也。此處所謂第三人，雖不必為善意之第三人，然本人若能證明其具有惡意，則本人可免除責任。蓋表見代理，從其性質上言之，僅以保護善意之第三人為目的，若能證明其為惡意，而尚須保護之，則殊屬違反表見代理之理論也（德民法第一七一條第一項，日第一〇九條，舊民草第二二二條第一項，新民草第一六六條第一項，又我民法第一六九條參閱）。

表示將代理權授與他人之本人，於其所謂代理人未與第三人為代理行為之前，可用表示授與代理權之一方法，將其表示撤回（德民法同條第二項）。

二、代理人將意定代理權之授與人所交付之授權書提示於第三人時 於此情形之下，其所謂代理，縱無代理權，而與第三人所為之法律行為，亦直接對於本人發生效力。此亦為保護第三人之辦法也（德民法第一七二

條、舊民草第二二二條第二項、新民草第一六六條第二項。）

三、越權代理人之代理行為具有與有代理權同視之正當理由時，於此情形，須具備下列三要件，即：（一）代理人須超越權限之範圍而為代理行為，例如僅有販賣權之代理人為買入之代理行為是也；（二）相對人須信其為代理權範圍內之行為；（三）須具有與有代理權同視之正當理由。至相對人之所以信其代理行為為權限以內之行為，是否由於本人之過失而生，在所不問；蓋表見代理非以本人之故意或過失為要件，而實以保護代理交易中之動的安全為目的，因而承認無過失的責任也。（日民法第一一〇條、舊民草第二四〇條第二項、新民草第一七一條第二項。）

四、代理權消滅後第三人對於前代理人之代理行為善意且無過失之時，所謂善意，即與前代理人為法律行為之時，不知代理權消滅之事實也；所謂無過失，即謂其不知非由於自己之過失而來也。代理權雖消滅，而其消滅之事實，非必公示於第三人，故第三人尚信前代理人有代理權，而與之為法律行為者，所在多有；若本人對此不受法律上之拘束，則第三人常有蒙損害之虞，故法律對此承認表見代理，即直接保護第三人，間接維持交易之安全，即動的利益也。

五、知他人表示為其代理人而不為反對之表示時（我民法第一六九條。）

### 第三目 狹義之無權代理

狹義之無權代理，單稱為無權代理，乃無權代理中除表見代理以外之無權代理也。由狹義之無權代理所生



之法律效果，因其代理行為爲契約抑爲單獨行為而各有不同。茲先述契約之無權代理，次述單獨行為之無權代理。

#### 甲 契約之無權代理

無權代理人所締結之契約，對於本人，相對人及無權代理人均生效果，茲分別言之：

##### 一、對於本人之效果

與本人毫無關係之人所爲之代理行為，從理論上言之，當然不能有拘束本人之效力，自不待言。然在無權代理之時，無權代理人本乎爲本人之意思而締結契約，相對人亦本乎與本人間成立契約關係之意思而締約，究與上述毫無關係之人所爲之代理行為，微有不同，故法律於此予本人以追認權。迨本人追認後，其代理行為始能對本人生效。追認 (ratihabito; nachträgliche Genehmigung) 者，以使無代理權所爲之法律行為與有代理權所爲者發生同一效果爲目的之有對手方的單獨行為也。民法上所謂追認，共有三種：其一爲無效行為之追認，其二爲可得撤銷之行為之追認，其三，卽今茲所言之無權代理之追認也。無效行為之追認，與新爲法律行為甚相近似，於此點上，與無權代理之追認不同；可得撤銷之法律行為之追認，乃對於不確定之法律關係使之確定，且其效力爲溯及的，於此點上，與無權代理之追認，頗相類似；然此兩者之間，亦有其重要之差異。可得撤銷之行為，於未被撤銷時，具有效力，不過其效力不確定耳。經追認之後，其已具有而未確定之效力，於以確定。故此種追認亦可稱爲確認 (Confirmation, Bestätigung)，而於他方面同時亦有拋棄撤銷權之性質。其結果，具有撤銷權者若不爲追

認或不爲撤銷而因撤銷權消滅時效之屆至，則法律行爲之效力於以確定。反之，無權代理行爲，於追認前，對本人不生效力，追認僅爲新賦與效力之行爲，固非爲撤銷權之拋棄，亦不能因時效之經過而變爲有效者（我民法第一七〇條）。

追認須向相對人爲之，對於無權代理人所爲之追認，不生追認之效力。

追認須具下列二要件，即：（一）追認之本身，須具備法律行爲所需之要件；（二）被追認之契約，須爲無權代理行爲，即除欠缺代理權之一點外，須具備一切法律行爲之成立要件也。蓋追認雖可以補代理權之缺乏，而不能補代理行爲其他要件之欠缺，故若有（a）本人不存在，（b）本人無權利能力，（c）無權代理人並非顯示爲本人而締結契約等情形時，追認不能生效。

無權代理行爲，一經本人追認，即溯及法律行爲時發生效力，但（一）有特別訂定時（日民法第一一六條，民草第二六四條），（二）損害第三人之權利時（日民法同條但書），不在此限。

本人對於無權代理之行爲，固可追認，然亦可對之拒絕追認。所謂追認之拒絕，即發表無追認意思之行爲也。其行爲爲有相對人之意思通知，因此行爲，無權代理行爲對本人不生效力之事，於以確定，本人以後不得更爲追認之行爲焉。

拒絕之方法與追認之方法同。

二、對於相對人之效果

無權代理行爲當然不能於本人與相對人間成立有效之契約；故該代理行爲以之爲目的之權利義務亦當然不能對相對人發生。然因本人對無權代理行爲具有追認權，其結果，相對人不免爲所支配，蓋因本人之追認與否而其法律上之拘束始能確定。法律爲保護相對人此種不確定之法律上的地位起見，特予以催告權（*Aufforderungsrecht*）與撤回權（*Widerrufsrecht*），以爲對抗焉。

所謂催告（*Aufforderung*），即無權代理人之相對人，定立相當期間，催請本人於其期間內答復，究竟對於該行爲是否追認也。此所謂相當期間，須以所追認之契約之輕重，當事人間距離之遠近，及當時之客觀的事情爲標準以爲決定；本人之疾病，旅行等主觀的事情，無須顧及。相對人所定之期間若過於短促，則該催告全然無效（*民法第一七〇條第二項*）。

本人接到催告後，若爲追認或拒絕時，則當然發生追認或追認拒絕之效果，自不待言。然本人即無若何之意思表示，尙能發生一定之法律效果，即本人若不於催告所定之期間內爲追認或爲拒絕之確答時，則視爲拒絕追認，以後不得再爲追認。

無權代理之相對人若欲成立契約，則可對本人行使催告權，然若不欲成立契約，則可行使撤回權。所謂撤回（*Widerruf*）者，即既與無權代理人締結契約之相對人，以後發見其所謂代理人，實際上並無代理權，因而取消其以前所締結之契約之謂也。撤回權一經行使，則契約之效力，無由發生，故撤回之結果，與無契約同，本人以後不能再爲追認，但撤回權之發生，須有下列二要件，即：（一）訂立契約時，相對人須不知其無代理權，所謂善意之相對

人是也；(二)須本人未曾追認，否則不能發生。又，本人拒絕追認之時，則撤回權亦當然不發生，蓋於此情形無撤回之必要也。(我民法第一七一條。)

### 三、無權代理人之責任

茲所謂無權代理人之責任，乃指無權代理人對相對人之責任而言。

無權代理行為，若經本人之追認，則相對人可不受損害，而無權代理人對之，亦無何等責任之可言；然若本人不為追認，則相對人將因不能達其所預期之目的而蒙損害，故無權代理人對相對人須負責任。其所負責任之內容，或為契約之履行，或為損害賠償，須從相對人之選擇以為決定。即所謂選擇債務者是也。其選擇權為相對人所有。相對人向無權代理人請求其履行契約之時，須對之為反對給付，又，此履行請求之規定，於其契約非本人自身不能履行之時，不適用之，均當然之理也。所謂損害賠償，當指相對人所蒙損害之賠償，然其損害賠償之範圍應何如乎？僅應賠償代理行為有效時相對人所應受利益之全部，即所謂履行利益(Erfüllungssinteresse)為已足乎？抑僅賠償信賴契約為有效所生之利益，即所謂信賴利益(Vertrauensinteresse)或消極的契約利益(negatives Vertragsinteresse)為已足乎？余以為須包括此兩者，始為得當，故如因契約標的物之騰貴可望獲得之利益，亦可請求賠償焉。

此種賠償之請求權，須善意且無過失之相對人始能有之。(民法第一一〇條)；又，無權代理人若為限制能力人，則較相對人反更須保護，故於此情形，不許相對人有賠償之請求權焉。

顧無權代理人何以須對於相對人負擔上述之責任乎？學說上有種種議論。或謂無權代理人雖無代理權，然其爲代理行爲也，自認其過失，故對相對人負擔責任，是之謂過失主義；或謂無權代理人與相對人間，已有默示的契約，擔保其代理行爲有效，既有此種契約，故須負擔責任，是之謂擔保契約說；或謂無權代理人之所以必須負擔責任者，即所以保護交易之安全，即動的安全，此實因社會上之必要而來者，是之謂特別法律上責任說（*besondere Haftung sui generis*）；余於此數說中，採最後之說。

## 乙 單獨行爲之無權代理

單獨行爲之無權代理可分爲：無權代理人爲本人向相對人爲單獨行爲，及相對人向無權代理人爲單獨行爲之兩種情形。在此兩種情形中，無權代理之單獨行爲之效力，各不相同，茲分別言之：

(一) 無權代理人所謂之單獨行爲 無權代理人爲單獨行爲之時，其行爲若係向不特定人之意思表示，則全然無效；反之，若係向特定人之意思表示，則以有左列情形之一爲限，得因本人之追認而有效：

(a) 相對人於其代理權並不爭執之時，

(b) 相對人於其行爲表同意之時。

蓋此兩種情形，皆相對人自甘居於不確定之地位，故無特與保護之必要也。又於此情形，相對人對於本人有催告其是否追認之權，本人於其所指定之相當期間內，若不爲追認，則視爲拒絕追認。

相對人對於無權代理之行爲表同意之時，則不能向無權代理人請求履行或賠償損失，是不待言。

(二)向無權代理人所爲之單獨行爲 此種單獨行爲，以得無權代理人之同意爲限，得因本人之追認而發生效力。

於此情形，表意人對本人得催告其追認，若本人不在相當之期間內追認，則視爲拒絕追認。

● 鳩山法律行爲乃至時效第二四一頁，穗積前書卷下第九七頁，鳩山日本民法總則下卷第四一六頁。

本節參閱鳩山前書下第三九一至四八三頁，穗積前書下第八二至一四七頁，中村萬吉前書第一六九至一九五頁，何基鴻前書第一二八至一二九頁。

## 第八節 法律行爲之無效與撤銷

### 第一項 法律行爲之無效

#### 一、無效之意義

所謂無效之法律行爲 (Void act; actes nuls; nichiges Rechtsgeschäft) 者，即法律上確定當然不能發生法律行爲上的效力之法律行爲也。詳言之，其性質略如左。

(1) 法律行爲之無效，與法律行爲之不成立不同。法律行爲不成立之時，當然不生效力，茲不待論；然雖具備成立之要件，然若不具備發生效力之要件時，則其行爲仍屬無效，例如要約與承諾皆已具備時，雖能成立契約，然若其內容違法或不當，則仍屬無效是也。

(2) 所謂無效力，即無法律行為上之效力。無效之行為，雖不發生法律行為之效力，然發生非法律行為之效果，固無妨也。故無效之法律行為，若具備不法行為之要件，則可發生不當利得返還之義務焉。

(3) 法律行為之無效，為確定的。詳言之，即不因追認、時效及無效原因之消滅等而變為有效。無效從始即為無效，非一度發生效力而旋歸消滅也。法諺有「無效之法律行為，與死產兒相若，雖有盧扁之術，不能起死回生」之喻，洵稱允當。

(4) 無效之法律行為，法律上當然無效力。所謂法律上當然 (ipso jure; de plein droit; kraft Gesetzes) 者，即不須當事人方面，或法院方面有若何行為，而始歸無效也。可得撤銷之法律行為，須有撤銷權人撤銷之，始失其效力；無效之行為與此不同，蓋彼當然無效，初非繫於此種行為之有無也。又，無效之主張，隨時皆得為之，不生期間時效等問題，此為與撤銷最不相同之點。

(5) 無效以絕對的為原則。詳言之，無效在原則上無論何人皆可主張之，又，無論對於何人皆可主張之。

### 二、無效之原因

無效之原因有一般的及特殊的兩種，今茲所述，限於前者。一般的無效原因即：(一) 意思能力之欠缺，(二) 虛偽表示，(三) 法律行為內容之違法，(四) 法律行為內容之不合法，及(五) 意思與表示不一致等是。

### 三、無效之種類

(1) 絕對無效，相對無效。相對無效者，乃對於一定之人雖無效，而對於他人仍非無效也。絕對無效者，乃對

於無論何人皆爲無效也。

(2) 全部無效，一部無效 一部無效者，法律行爲之一部無效之謂；全部無效者，法律行爲之全部無效之謂也。依德民法（第一三九條）法律行爲之一部無效時，除有特別情形外，其全部皆作爲無效焉。民法（第一一一條）及民草（舊第二五二條，新第一七四條）從之。

(3) 原始無效，事後無效 法律行爲之無效，皆原因於欠缺發生效力之要件，固不待言。但其欠缺，有於法律行爲當時即確定者，學者間謂之原始無效。有不於法律行爲成立當時欠缺，而於其成立後效力發生前始欠缺者，學者稱之爲事後無效。

#### 四、無效行爲之追認

無效之法律行爲，到底不能發生效力，故當事人縱欲使其更生效力，亦屬不能；但法律爲實際計，特設規定，於當事人知其法律行爲之無效，而仍爲欲發生效力之意思表示，即向之爲追認時，則視爲新法律行爲，可向將來發生效力焉。

#### 五、無效行爲之轉換

同一之法律行爲，將其作爲甲種法律行爲，則爲無效之法律行爲，然若將其作爲乙種法律行爲而具備發生效力之要件時，則可將其變爲乙種行爲，且認其具有效力焉，是之謂無效之法律行爲之轉換（Konvention；Umwandlung）。轉換可分爲下列兩種：



(1) 法律上之轉換 即依法律之規定而轉換也。對於要約附以條件，或加其他之變更而承諾之者，視為新要約，即其最適當之例也。

(2) 解釋上之轉換 德民法（第一四〇條）對於此點設有規定，我民法（第一一二條）及民草（舊第二五三條，新第一七五條）從之。即當事人知其無效而欲將其作為他法律行為時，認為有他行為之效力也。

## 第二項 法律行為之撤銷

### 一、撤銷之意義

可得撤銷之法律行為 (voidable act; actes nullables; anfechtbares Rechtsgeschäft) 者，即因意思表示有缺點，帶此缺點之表意人得溯及的將其法律行為之效力取消之法律行為也。其性質略如次：

(1) 可得撤銷之法律行為，曾一度發生效力，此與無效行為之性質不同。

(2) 可得撤銷之法律行為之效力，在未確定的狀態，經撤銷始行確定無效，經追認或撤銷權消滅始行確定有效。此種未確定的效力，為可得撤銷之法律行為之特色。

(3) 撤銷 (Anfechtung) 僅具有撤銷權者始得為之，非如無效之法律行為，無論何人皆能主張其無效也。至何人為具有撤銷權者，容後再詳。

(4) 因其僅依撤銷之方法，始能失其效力，故撤銷權因時效或其他原因而歸於消滅時，則可得撤銷之法律行為，確定有效，此與無效之法律行為有所不同。

## 二、撤銷之原因

撤銷原因，亦如無效之原因焉，可分爲特殊的及一般的兩種。今茲所陳，僅限於後者。所謂一般撤銷之原因，即意思表示之瑕疵（詐欺、脅迫）及當事人之能力受限制是也。

## 三、撤銷權人

撤銷權（Anfechtungsrecht）者，即依自己之意思表示可使法律行爲之效力歸於消滅之權利也。從其性質上言之，爲一種形成權。

可得撤銷之法律行爲，與無效之行爲異，非無論何人所能主張其爲無效者，唯法律與以撤銷權者始能撤銷之。

撤銷原因既有一般撤銷原因及特別撤銷原因二種，故撤銷權人亦可分爲一般撤銷權人與特別撤銷權人兩種。今茲僅述前一種。

（一）限制能力人 限制行爲能力人所爲之法律行爲，若缺乏能力補充之要件，則成爲可得撤銷之行爲（參閱第一編第二章第三節第四項。）限制能力人對此種行爲自身有撤銷權。

限制能力人對於此種撤銷權，可以單獨行使乎？抑撤銷權之行使，亦爲一種法律行爲，限制能力人單獨爲之而須更受撤銷乎？余主張其能單獨行之完全有效。蓋（一）撤銷乃回復未爲法律行爲時之原狀，使限制能力人單獨爲之，對於限制能力人之保護，並無所缺；（二）反之，若謂其撤銷行爲更能撤銷，則將發生極複雜之關係，其結果

將一無是處。

(2) 有瑕疵之意思表示人 卽受詐欺或脅迫因而爲意思表示之人也。此種人對其有瑕疵之意思表示，具有撤銷權。

(3) 代理人 限制能力人及有瑕疵之意思表示人之法定代理人或委任代理人，可以代此等撤銷權人行使撤銷權。

(4) 繼承人 繼承人無論其爲包括繼承人抑爲特定繼承人，皆爲繼承撤銷權之人，與所繼人同有撤銷權。繼承人之撤銷權，既爲繼承所繼人而來者，故於計算撤銷權之消滅時效之際，須前後通算焉。

#### 四、撤銷之方法

撤銷以意思表示爲之。得撤銷行爲之相對人確定時，以其相對人爲撤銷之相對人；但第三人因其行爲而取得權利者，則以第三人爲撤銷之相對人。得撤銷行爲之相對人不確定時，以其行爲而直接取得權利者爲撤銷之相對人。撤銷權人有數人時，則其撤銷權須數人共同行使之，被撤銷之相對人有數人時，則撤銷之意思表示，須對其全員爲之。

#### 五、撤銷之效果

撤銷發生溯及的效力。卽撤銷不僅向將來使法律行爲之效力消滅，且能發生與從始未爲法律行爲之同一效果。詳言之，對於已發生效力之法律行爲，使其從始消滅，對於未發生效力之法律行爲，使其不能發生，故被撤銷

之法律行爲，視爲從始無效焉（民法第一一四條。）

撤銷以發生『物權的效果』爲原則。即行使撤銷，雖僅爲特定人即撤銷權人之利權，然於撤銷權人既爲撤銷之後，則其既被撤銷之行爲，無論何人，或無論對於何人，皆可主張其無效，雖害及第三人之利益，亦無妨也。但因詐欺而爲之撤銷，其效果祇爲相對的而已，不能與善意之第三人對抗也。

## 六、撤銷權之消滅

撤銷權可因追認及時效而歸於消滅。茲試分別言之：

### 甲 追認

得撤銷之法律行爲，因追認而其效力完全確定；故追認在一方可稱爲確認（Confirmation; Bestätigung），在他方又可認爲拋棄撤銷權之意思表示，故非有撤銷權之人，不得爲追認，但如前所述，使代理人爲之，亦無妨也。追認之方法與撤銷之方法同，茲不贅述。

得撤銷之行爲，同時雖爲得追認之行爲，但若撤銷權人欲獨斷有效爲追認，則須（一）於撤銷之原因終止，並（二）明知其爲得撤銷之行爲後，始得爲之。故限制行爲能力人，於撤銷原因終止前，欲爲追認者，非得其法定代理人之允許不可也。

追認之效果，可使得撤銷之法律行爲之效力確定。又如於追認時無特別訂定者，則其法律行爲溯及行爲時發生效力焉。

## 乙 撤銷權之消滅時效

撤銷權之存在，所以使法律行為之效力常在不確定之狀態，此種不確定之法律關係，若永遠存續，深有害於交易之安全，故法律對於撤銷權定有消滅時效焉。詳言之，即表意人所具有之撤銷權，其行使之期間，苟別無明文規定，自應適用一般原則，自得為追認時起為五年，或自行為之時起為二十年。但苟表意人既有過失，若使其於此長久之時間內，得以行使撤銷權，則相對人及其他利害關係人之法律關係，將因之久不確定，所蒙損害，將不堪設想；故我國民法（第九〇條，民律草案舊第一八三條，新第一一九條第二項），特設一例外規定，使其於知有撤銷原因後，即行撤銷，否則自意思表示後不得逾一年（舊民草規定不得逾二年，新民草規定不得逾三年）焉。

本節參考鳩山前書第四八四至五二二頁，穗積前書下卷第一四八至一八三頁，何基鴻前書第一三六至一三八頁。

## 第九節 法律行為之附款——條件及期限

### 第一項 總論

法律行為，乃私法上之自治行為，故法律行為之當事人當然可依意思表示之方法，對於法律行為普通所具有之效果，加以限制或變更。對於法律行為效力之任意的限制，其最重要者，為條件及期限。

對於法律行為效力之任意的限制，在學問上稱為法律行為之附款（Nebenbestimmung）。所謂附款，非存於法律行為之外部，從外部以限制法律行為效力之意思表示也；又，從其價值上言之，亦非僅具有附隨的價值也。

條件與期限，皆為組成法律行為之一部之意思表示，不過由當事人特別附加，故稱之為附款已耳。

法律行為之附款，不僅為條件與期限兩種。此外有所謂負擔 (modus; Anlage) 者，亦為限制或變更法律行為效力範圍之附款。法國法系之民法，對於負擔與條件兩者，甚且無劃然之區別，於條件總稱之下，將此兩者混為一譚。德國法系之民法，對此兩者，判然有別，且其總則編所規定者，僅條件及期限兩種；本節所述，亦以此為限焉。

## 第二項 條件

### 第一目 條件之意義

條件 (Conditio; condition; Bedingung) 者，乃使法律行為效力之發生或消滅，決之於將來不確定的事實之成否之法律行為之附款也。茲更將此定義分別說明於下：

(1) 條件者，乃附加於意思表示，以限制法律行為效力之發生或消滅者也。詳言之，即 (a) 條件非附加於法律行為之本身，而實附加於為其要素之意思表示之上；(b) 所待決於條件者，非法律行為之成立，乃法律行為之效力也。

(2) 條件乃因將來不確定之事實之成否以限制法律行為之效力者也。此點與期限不同。

(3) 條件乃法律行為之附款。換言之，即法律行為之當事人，依其意思表示，對於法律行為之效力所附之限制也。法定條件 (Conditio juris)，乃法律所規定當然存在之限制，故於此點，缺乏條件之要件。

條件乃組成法律行為之意思表示之一部，故須具有『意思』與『表示』兩者。當事人僅有意思，而不將其

表示，不能成爲條件。又，條件既爲組成法律行爲之意思表示之一部，故獨立之法律行爲，非條件也。

## 第二目 條件之許可

在羅馬法時代，法律關係，尙簡單明瞭，因此之故，對於法律行爲之成立及其效力之發生，遂設法使其趨於齊一，以免其有所先後焉。其結果，卒至不認許條件之存在。迨後迫於實際上之必要，始許法律行爲附以條件焉。及至近世，各國之民法，在原則上，殆無不承認法律行爲可以附以條件者。但對此原則，亦有例外，所謂『不附條件之法律行爲』(bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte)，雖在現代法律，亦不許其附以條件也。『不附條件之法律行爲』可分爲下列兩種：

(1) 公益上不許可者 附以條件則違反公序良俗或強行法規之法律行爲，屬於此類。例如婚姻，離婚，養子，私生子認領等，皆爲不許附條件之法律行爲也。

(2) 私益上不許可者 附以條件，則直接損害私人之利益，因而間接違反公序良俗之法律行爲，屬於此類。相殺(set off)不能附以條件者，即基於此理由也。(德民法第三八八條，日民法第五〇六條。)

## 第三目 條件之種類

### (一) 停止條件，解除條件

此乃因其限制法律行爲效力之狀態不同所生之區別也。法律所規定之區別，祇此一種而已。

停止條件 (Conditio suspensiva; Condition precedent; Condition suspensive; aufschiebende

Bedingung) 所以限制法律行為效力之發生者，故必該條件成就時，法律行為始能發生效力；若條件之成否尚未確定，則法律行為之效力亦不能確定焉。

解除條件 (Conditio resolutiva; condition subsequente; Condition résolutoire; auflösende Bedingung) 所以限制法律行為效力之消滅者，故該條件成就時，法律行為之效力，即行消滅；若不成就，則法律行為之效力，即可存續；若條件之成否尚未確定，則法律行為之能否繼續有效，亦不能確定焉。

學者中，如溫德塞 (Windscheid) 端堡 (Dernburg) 之流，謂條件祇有停止條件一種，不認有解除條件與停止條件之別。●以實際之結果而論，兩者或無區別之必要；然以理論上言之，則仍以區別為宜。

### (一) 積極條件，消極條件

為條件內容之事項，在於發生某種事實，即發生某種變動者，此種條件，謂之積極條件 (Conditio affirmativa; affirmative Bedingung)；為其內容之事實，在於某種事實之不發生，即不生某種變動者，此種條件，謂之消極條件 (Conditio negativa; negative Bedingung)。前者於發生變動時，即為成就；後者於確定不生變動時，即為成就；兩者區別之實益在此。

### (二) 隨意條件，偶成條件，混合條件

隨意條件 (Conditio potestativa; Condition potestative; Potestativ Bedingung) 者，因當事人一方之意思，以決定其成否之條件也。此種條件復可分為：(A) 單純隨意條件 (Condition simplement potestative) 及



純粹隨意條件 (Condition purement potestative)。在前者，條件之成否，雖由當事人之意思以爲決定；然僅純粹依欲成就條件之意思以爲決定，仍爲未足，而必須有他種之意思決定；其在後者，則僅純粹依欲條件成就之意思，即足以成就條件。(B) 積極隨意條件與消極隨意條件。前者乃依權利人之意思以爲決定之條件也；後者乃依義務人之意思以爲決定之條件也。

偶成條件 (Conditio Casualis) 者，條件之成否，不能全由當事人之意思以爲決定之謂也。換言之，即條件之成否，繫於自然界之事實或第三人之意思以爲決定之謂也。例如以風雨爲條件，屬於前者；以父母之同意爲條件，屬於後者。

混合條件 (Conditio mixta) 者，條件之成否，因當事人一方之意思及第三人之意思而決定之謂也。例如『汝若與某女子結婚』之類是。

偶成條件與混合條件皆爲非隨意條件，故由法律之適用上言之，僅分爲隨意條件及非隨意條件足矣。

#### (四) 假裝條件

假裝條件 (Scheinbedingungen) 者，徒有條件之外形，而無條件之實質之條件也。此種條件，可細分之爲三種：

(1) 法定條件 法定條件 (Conditio iuris; Rechtsbedingung) 云者，乃依法律所規定，爲法律行爲發生效力之要件之事實也。夫既謂『依法律規定』，當然不能任意爲之；既缺乏『任意』之要件，故嚴格言之，不能謂

為條件也。

(2) 既定條件 既定條件 (Conditio in praesens; vel in praeteritum collata) 者，乃條件之成就或不成就，於法律行為當時既已確定之謂也。此種條件，缺乏『成否未確定』之要件，因而不能發生『法律行為效力不確定』之狀態，故嚴格言之，亦不能謂之條件焉。包含既定條件之法律行為，其效力或與從始即無條件相同，或全然不生效力；茲以圖表明之如左：

		為停止條件時	為解除條件時
條件既成就時	無	條件無	條件無
條件已確定不成就時	無	效無	條件

(3) 不法條件 所謂不法條件 (Conditio turpis; Condition immorale an illicite; unerlaubte oder unsittliche Bedingung) 者，乃對於法律行為之全部，與以不法之性質之條件也。附不法條件之法律行為，無效。

(4) 不能條件 不能條件 (Conditio impossibilis; condition impossible; unmögliche Bedingung) 者，其成就在事實上及法律上皆不可能之條件也。若為停止條件時，其法律行為無效；若為解除條件時，與無條件同。

#### 第四目 條件之成否

條件之成就 (Conditio existit; accomplishment; Eintritt) 者，乃條件內容實現之謂也。在積極條件，於爲條件內容之事實發生，即發生變動時，條件即爲成就；在消極條件，於確定不發生變動時，條件即爲成就。

條件之不成就 (Conditio deficit; non-réalisation; Nichtein tritt Ausfall) 與條件之成就正相反對。即在積極條件，於爲其內容事實確定不發生時；在消極條件，於發生變動時；條件即爲不成就。

因條件成就而受不利益之當事人，若違誠實及信用而阻條件之成就時，視爲條件已成就（德民法第一六一條，日一三〇條，我民法第一〇一條第一項，舊民法第二四六條第一項，新民法第一五二條第一項。）

因條件成就而受利益之當事人，若違誠實及信用而促條件成就時，視爲條件不成就（德民法第一六一條第二項，我民法第一〇一條第二項，舊民法第二四六條第二項，新民法第一五二條第二項。）

條件之成就不成就，在法律行爲時雖已確定，而當事人不知者，其行爲視爲附條件之法律行爲（舊民法第一一五〇條。）

#### 第五目 附條件之法律行爲之效力

##### 第一細目 條件成否未定中法律行爲之效力

附於法律行爲之條件，無論爲停止條件，抑爲解除條件，於其成就與否尚未確定之時，法律行爲之效力，在於不確定之狀態。

附條件之法律行為，於其條件成否未定之間，爲法律行為內容之效力，雖不能確定；但另具一種法律上之效力。此種效力，學者稱之爲希望權或期待權（Anwartschaftsrecht）。所謂期待權，即將來若發生某一種事實時，則可以取得某一種權利之權利也。故期待權非債權亦非物權，而實爲此兩種權利以外之一種法律上之狀態。此種狀態苟被妨害，而別無保護，則雖至條件成就，而期待權人亦將不能收何種利益，故各國法律關於期待權之效力，皆特別設有保護之規定焉（德民法第一六一條，日第一二八條，我民法第一〇〇條，舊民草第二四五條，新民草第一四九條）。照理論言之，其侵害期待權之行為，若爲事實上之行為（例如因故意或過失毀損附條件行為之目的物是），則須賠償損害；若爲法律上之處分，則其處分行爲，於與附條件之法律行為不相容之範圍內爲無效。然德民法對此，無論其爲事實行為抑爲法律行為，皆以之爲無效；而我民法亦毫不分別，皆令侵害人對於相對人負賠償之責；照理論言，兩者皆未得其當也。

當事人爲侵害期待權之行為，致條件不成就時，對於相對人須負賠償之責，既如上述矣。但附停止條件之處置行為，其當事人嗣後復以同一之標的物別爲處置者，以無礙於條件成就時因條件成就所生之效力爲限，其處置行為仍有效，蓋以其無害於期待權人故也。又，條件成否未定前，因強制執行與假扣押假執行所爲之處置，或破產管財人所爲之處置亦同（德民法第一六一條第一項，舊民草第二四八條第一、第二項，新民草第一五〇條第一、第二項）。

以解除條件成就所應消滅之權利爲處置，以無礙於條件成就時因條件成就所生之效力爲限，其處置行為

亦爲有效（德民法同條第二項、舊民草第二四九條、新民草第一五一條）。又，由無權利人讓受權利者，關於利益之規定，於此種情形準用之（德民法同條第三項、舊民草第二四八條第三項、新民草第一五〇條第三項）。

復次，附條件之法律行爲，於成否未定前，當事人間之法律關係，得依普通規定爲處置，繼承、保存或擔保（民草第二四七條、日民法第一二九條）。蓋如此而後能確保法律關係之安全，兼使人易於爲附條件之法律行爲也。

## 第二細目 條件成否確定後之效力

### 甲 條件成就之效力

於條件成就時，附停止條件之法律行爲，發生效力；附解除條件之法律行爲，喪失效力。此蓋由於各該條件之性質上而然，無俟深論。唯（A）此效力之發生及消滅，始於何時？（B）是否在法律上當然發生者？對此不可不一言。

（A）條件成就之效果，以不溯既往爲原則。即附停止條件之法律行爲，從條件成就之時起，向將來發生效力；附解除條件之法律行爲，於條件成就之時起，以後即失其效力。條件成就之效果，是否應溯及既往，自羅馬法以來，頗多爭論，法國法系之民法，以有溯及效爲原則（法民法第一一七九條）；德（第一五八條）、日（第一二七條第一、第二項）、民法則不溯及爲原則，我民法（第九九條第一、第二項）及民草（舊第二四三條、新第一四七條）亦然。但對此原則，亦有例外，即當事人得以特約使條件成就之效力，不於條件成就之時發生焉（我民法第九九條第三項）。

（B）條件成就之效果，當然發生。所謂當然發生者，乃僅有條件成就之事實爲已足，此外不須更有何種事實，

而其效果即可發生也。換言之，即當事人方面不須更有主張條件之事實，或要求其效果之發生等行爲也。

### 乙 條件不成就之效果

對於條件不成就之效果，無須更爲詳述。附停止條件之法律行爲，於條件確定不成就時，其法律行爲，不生效力；附解除條件之法律行爲，於條件確定不成就時，喪失法律行爲之效力。

## 第三項 期限

### 第一目 期限之意義

期限 (dies, terme, Termin, Zeitbestimmung) 者，乃使法律行爲效力之發生，消滅，及債務之履行，繫於將來確實之事實之發生之法律行爲之附款也。例如約定明年一月一日，償還欠款；或於中秋節，讓與某物所有權；又如列強在我國以九十九年爲期，設定地上權之類是也。茲將上述定義，分晰說明如下：

(1) 期限者，所以限制法律行爲效力之發生，消滅及債務之履行者也。期限自身，雖亦爲一種意思表示，然實爲他種意思表示之一部，不能獨立存在，此與條件相同。

(2) 期限者，須本於當事人之任意制限也。故依法律或事物之性質當然應有之制限，非此所謂期限也。

(3) 期限者，須以將來確實可以發生之事實爲內容。此點與條件不同。

(4) 期限爲法律行爲之附款。此點與條件無異。

法律行爲，有能附期限者，有不能附期限者，例如婚姻，卽不能附期限之法律行爲也。蓋婚姻而附以期限，殊背

於善良風俗也。又單獨行爲，通常亦不能附以期限，蓋單獨行爲，原依行爲人一方之意思表示而成立，若行爲人隨意附以期限，則相對人常居於不確定之地位也。

## 第二目 期限之種類

### (一) 始期、終期

始期 (*dies a quo*; *terme suspensif*; *terme initial*; *Anfangstermin*) 者，乃於其屆至時，法律行爲之效力發生，或債權之履行停止之期限也。

終期 (*dies ad quem*; *terme final*; *Endtermin*) 者，乃因其屆至，而使法律行爲之效力消滅之期限也。

### (二) 確定期限、不確定期限

確定期限 (*dies certus*; *terme certain*; *gewisse Zeitbestimmung*) 者，乃爲期限之事實之發生，及其發生之時期，俱爲確定之期限也。例如『下月一日』、『從現在起，一月以後』等是也。

不確定期限 (*dies incertus*; *terme incertain*; *ungewisse Zeitbestimmung*) 者，乃其事實之發生雖屬確實，而其發生之時期則不確實之期限也。例如『於余死亡之日』是也。

### (三) 假裝期限

假裝期限者，徒有期限之外形，而無期限之實質之期限也。故經已屆至之期限，將來終於不能屆至之期限，或不基於當事人之意思之期限，皆可謂之假裝期限。

### 第三目 附期限之法律行為之效力

#### 甲 期限屆至前之效力

期限之屆至者，即為期限內容之事實之發生之謂也。附始期之法律行為，於其期限屆至前不生效力。附終期之法律行為，於其終期屆至前，保有其已發生之效力。此依各該期限之性質當然之結果也。

依期限之屆至可以獲得法律上利益之地位，學者亦稱之為期待權。此種期待權之不可侵害，與附條件之法律行為同。

#### 乙 期限屆至後之效力

期限原以確實可以屆至之事實為內容，故為期限內容之事實，決無不屆至之理，不過其屆至之時期有確定與不確定之別而已。此確定期限與不確定期限之所由分也。

附始期之法律行為，於期限屆至時發生效力；附終期之法律行為，於其期限屆至時，其效力歸於消滅。惟期限屆至之效果，不能溯及既往，此期限與條件不同之點也。（民法第一〇二條。）

為法律行為時，為期限內容之事實，雖已發生，而當事人不知者，亦視為附期限之法律行為。

參考鳩山前書第五二二頁至五六六頁，穗積前書下卷第一八四至二〇五頁，何基鴻前書第一三〇頁至一三五頁，余榮昌前書第一二九頁至一三〇頁，富井政章民法原論第一卷第五六一至六一〇頁，中村前書第二〇六至二二二頁。

① Windscheid, pand, §86; Dernburg, pand, I §106.



## 第二章 期間及期日

### 第一節 期間及期日之意義

時爲法律事實之一種，於民法上占重要之位置；蓋時之經過，與權利之成立及消滅，有重大之關係也。

時，本如從天際瀉來，滔滔無盡之長流，由無窮之遠古互於無窮之將來無所間斷，而亦不能間斷，哲學家所謂『時間之流』(stream of time)者是也。人類爲達其目的起見，以法令、裁判所之命令、行政處分或意思表示等，將此『時間之流』劃爲一日，一月，一年等片段(時之部分)，此卽期間與期日是也。

期日(Tate)者，卽一定之時期也。期間(Telais; Fristen)者，以某一定之時期爲起點以達於他時期之繼續的時之部分也。期日與期間之異點，並非在於時間之長短，而在於有無繼續的觀念。故期日縱非爲一刹那之意味，然無論如何亦缺乏繼續之觀念；而期間，則非包含繼續之觀念不可也。期日與期間，雖同爲時之部分，然一則爲從靜的方面觀察，一則爲從動的方面觀察。又若以幾何上之術語喻之，期日爲點，而期間則爲線。淺言之，期日爲時之一點(不許分割)，而期間則爲時之一段也。前述之確定期間與後述之時效期間等，皆期間也。

## 第二節 期間計算法

如前所述，期間有由當事人定之者，有由法令定之者，有由法院定之者，有由行政處分定之者。決定期間者，雖定特別計算之方亦無妨；但各國民法，為補充當事人，法令，及法院等之意思起見，皆特定一普通之計算法焉。

期間之計算法，分為自然的計算法 (*Computatio naturalis*) 及曆法的計算法 (*Computatio civilis*) 兩種。前者，雖一刹那亦精密地計算入內，不能便宜從事，施以人為的增減；後者依曆法計算，即依曆法上之單位——日，週，月，年——計算。兩者各有得失。前者於計算上雖微嫌略煩，然甚精密，以之計算短期間，最為適宜；後者雖欠精密，然甚簡便，以之計算長期間，甚屬便利。各國民法，在原則上皆用曆法的計算法，唯遇以時定期間時，則用自然的計算法。若遇時以下之分秒為單位時，依理論，則以用自然的計算法為宜。

(甲) 自然的計算法——以時定期間之計算法 即從某事實發生之時起，計算其時間之數以充其期間之數之計算法也。例如本月一日午前十時起二十日，則至二十一日午前十時為滿期之類是也。

(乙) 曆法的計算法——以日，週，月，年定期間之計算法

(1) 起算點 依曆法計算，若於曆日之中途定期間者，則其期間之始日，不算入，而以其翌日午前零時為起算點焉。但其期間由午前零時起者，則仍以其始日為起算點。例如本月三日午前六時起幾個月，則從其翌日起算；三日午前零時起者，則從三日起算是也。然年齡之計算法，則無論其出生之時為午前零時，抑為午後零時，皆自其

出生之日起算（德民法第一八七條，日民法第一四〇條，日本明治三十五年法律五〇號，我民法第一二〇條第二項，第一二四條第一項，舊民草第二六八——九條，新民草第一八八及第一九五條。）在羅馬法，於期間計算之際，概將始日算入，故有『始日作爲完全一日』（*Dies coepus pro completo habetur*）之格言。

（2）終止點 關於期間之終止點，有兩種計算法即（a）以末日之開始爲期間之終止點，（b）以末日之終止爲期間之終止點。德（第一八八條），日（第一四一條）民法，我民法（第一二一條第一項）及民草（舊第二七一條第一項，新第一八九條第一項）皆採後一種計算法。

（3）末日之延期 於一定期間內爲意思表示或爲給付者，若其期間之末日，適值星期日，慶祝日，或其他普通休息日者，其期間以休息日之次日爲終止（德第一九三條，日第一四二條，我民法第一二二條，舊民草第二七二條，新民草第一九〇條。）

（4）末日之算出法 期間之不以星期，月，或年之始起算者，以最後之星期，月，或年與起算日相當之前日爲期間之末日；以月或年定期間，於最後之月無相當之日者，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，至二月若無相當之日（三十日），則以二月之末日（二十八日）爲期間之末日之類是也（德第一八八條第三項，日第一四三條第一項，我民法第一二二條第一項，舊民草第二七一條第二項，新民草第一八九條第二項。）

## 第四章 時效

### 第一節 總論

#### 第一項 時效之意義

時效 (praescriptio; prescription; Verjährung) 者，乃以一定之期間及一定事實狀態之繼續爲成立要素之法律要件也。

(1) 時效以一定期間之經過爲要素。其期間之長短，雖因時效之種類而有所差異；然無論如何，常須經過法定之期間。故不以時之經過爲要素者，非時效也。例如動產之占有人，於某條件之下，取得即時於其動產上行使之權利，在法國法系（法民法第二二七九條）雖稱之爲『即時時效』（prescription instantanée）；然德國法系之民法，則因其不以時之經過爲必要，故不以之爲時效焉（德民法第九三二條，日第一九二——五條，我民法第九四三條，舊民草第一二七五條，新民草物權編第二七七條）爲時效分子之期間，謂之時效期間（Verjährungsfrist）。

(2) 時效以一定事實狀態之繼續爲要素。時效不能僅因時之經過而成立。於時之經過之期間內，必須有一定事實狀態（即占有、準占有、及權利之不行使）之繼續。然此事實狀態無須適法成立，僅爲單純的事實上之

狀態足矣。此單純的事實狀態與時之經過相結合而成法律狀態爲權利得喪之原因。此乃時效之特質也。

(3) 時效者法律要件也。時效爲權利得喪原因之法律要件。但時效於何種意義之下爲權利得喪之原因乎？此則因各國民法而有不同。茲試比較論列於下：

(A) 德國民法 取得時效爲權利取得之原因（德民法第九三七條）。消滅時效爲拒絕請求權之時效。此非因時效而請求權之本身歸於消滅也，乃受時效利益之人，因對方之請求權，而取得拒絕其請求之權利也。此種權利，乃實體法上之抗辯權（*Einrede, Verteidigungsberechtigung*）；其行使之結果，有否認請求權之效力，即發生與請求權消滅之同一效果。故所謂消滅時效，於實際上並非消滅時效也。然從其全體上觀之，因其可使請求權歸於消滅，故稱之爲消滅時效焉（德一九四條以下）。

(B) 羅馬法 於羅馬法中，概括的時效制度不存在。對於因善意占有取得所有權（*Usucapio*），因無瑕疵占有而取得役權（*Servitus*），因權利之不行使而致訴權（*Actio*）之消滅；因不行使而致 *Servitus* 之消滅等獨立制度，各有獨立法規以支配之。就中以 *Usucapio* 及 *Actio* 之時效，其適用之範圍頗廣，故研究之者亦多。*Usucapio* 爲權利取得之原因，學說對此，經已一致。對於 *Actio* 之時效之效力，學說仍未一致。或謂其與德法同，因其完成，則受時效之利益者，因對方之請求權，而取得拒絕其請求之權利，即取得實體法上之抗辯權；故其結局，對方之請求權歸於消滅。或謂因其完成，則受時效利益者，有拒絕訴訟上之請求之權利，即取得手續法上之抗辯權，故其結局，使訴訟權歸於消滅。

(C) 普、奧法 以時效為權利之取得及消滅之原因（普一〇〇七條，第一部第九節第一〇七，奧一四五一以下。）

(D) 法國民法 法民法第二二一九條雖規定時效為權利得喪之原因，然學者則不以為之為權利之得喪原因。德國學者謂其與德民法同，取得時效為權利取得之原因，消滅時效為拒絕請求權之時效。法國學者以為因時效而取得或消滅權利，非因時效之完成而當然發生者，不過受時效利益者於法院採用時效時，始行發生耳（同法二二三條。）

(E) 日民法 日民法與普、奧民法同。以時效為權利之取得及消滅之原因（第一六七條以下。）

(F) 我國民法 在我民法，依消滅時效所消滅之標的物，為債權之請求權，而非債權之本身；此與德民法同，而與日民法異。又，取得時效為權利取得之原因，此與德、日、普、奧之民法相同。我民法總則編僅規定消滅時效，而取得時效則於物權編中論之焉。

## 第二項 時效制度之基礎

永續之事實狀態，造成社會的秩序。蓋於一定之事實狀態，長久繼續且無反對之形跡時，吾人必信其狀態為適法，而以為之為基礎，以定吾人之諸種法律關係及事實關係也。時效制度之根據，即在於保全此種永續之事實狀態，及根據此種狀態而設立之一切法律關係及事實關係。此為保障吾人之生活，使臻於安全鞏固之域所不可或缺者也。非然者，則人必本其夙昔之事實，舊案重提，以主張其權利，紛爭百出，殆無已時；傾覆社會已成之秩序，擾害

社會之公益，莫此爲甚！民法上之所以有時效制度之設定者，實以預防此種糾紛也。但時效制有時保護不法之占有者，及惡意之債務者，於此不無遺憾，故有一部分學者，痛詆之爲『法律上之掠奪』焉。然立法之目的，在保持法律生活之安全，怠者之利害，不遑顧及；此自羅馬法以來，各國民所以皆以時效爲不可缺之制度也。

時效制度，既以維持社會的秩序爲根據，故其結果，關於時效之法規，以帶強行性爲原則。詳言之，卽權利之未罹時效者，不得以當事人之意思，使之罹於時效；已罹時效者，亦不得以當事人之意思，使之不罹時效。此外，關於時效期間之起算點及中斷、停止、不完成之原因等規定，亦有強行之效力。然將時效期間縮短，以使其他時效容易完成之特約，若於不違反公益時，則應解爲有效（德民法第二二五條，一八九八年二月二日法國大理院判例。）

### 第三項 時效之效力

普通之法律要件，於其完成時，以向將來發生效力爲原則；反之，時效之效力，雖須時效完成後始能發生，但非祇向將來發生，乃溯及時效起算之日而發生。卽完成之時效，溯及其進行之始，發生效力者也（日第一四四條，舊民法第二七四條。）蓋若非併時效期間進行之事實狀態而保護之，則對於所謂事實的秩序，將亦有所不能保護者，殊乖時效制度之目的也。

時效既有溯及效力，故其結果，當事人於時效進行時，卽取得權利，或喪失權利焉。

主權利之時效，其效力及於從權利。蓋權利有主從之別，若因時效取得主權利或喪失主權利之人，其效力若不能及於從權利，則於實際上諸多不便，故法律在原則上使主權利之效力及於從權利焉。但法律有特別規定者，

不在此限（民法第一四六條，舊民草第二七五條）。

受時效利益之當事人，須援用（*Vorschützen, opposer*）時效，而時效之效力，始行確定，否則法院不能依職權裁判，而時效之效力可解為從始並未發生（日第一四五條，舊民草第二七六條）。

#### 第四項 時效利益之拋棄

時效利益之拋棄者，不受時效利益結果之意思表示也。詳言之，即對於因時效取得權利或免除債務之利益，不欲享有之謂也。

時效之利益於時效進行中或進行前，不得預行拋棄，蓋時效制度之設立，非僅為保護一私人之利益起見，而其目的，實在於保持社會生活之秩序也。若讓人得自由預先拋棄，則殊反乎公益上之理由，且悖於設立時效之本旨，故各國民法莫不禁止事前拋棄時效之利益焉（德民法第二二五條，法第二二二〇條，日第一四六條，我民法第一四七條，舊民草第二七七條）。

但時效既經完成而拋棄其利益者，其拋棄為有效。蓋此種拋棄，與一般財產權之拋棄無異，且又無傷乎立法之本旨，故為有效也（法民法第二二二一條，瑞士債務法第一五九條）。

時效利益之拋棄，由受時效利益當事人之一方意思表示即生效力，初不待相對人之承諾，但此種意思表示，須對於受不利益之相對人為之，是不待言。

時效利益拋棄之結果，與從始未經時效同。



時效利益之拋棄，於時效完成後，無論何時，皆得爲之。但一經拋棄，不得再行援用。

## 第五項 時效之中斷

### 第一目 總論

時效之中斷 (Interruption; Unterbrechung) 者，因與爲時效要素之事實狀態適相反對之某一事實發生，使以前所經過之期間歸於無效之謂也。時效之所以有中斷，乃時效制度之基礎當然所發生之結果。蓋時效制度之根本目的，在於以無反對之形跡爲限，尊重永續之事實狀態；若其事實狀態有反對之形跡，則當然不能尊重之也。

中斷之原因，有爲取得時效及消滅時效所共通者；有爲取得時效所特有者。前者爲法律所規定之一定事項，故名法定中斷；後者爲取得時效之要素（即占有或準占有之事實）之消滅，故名自然中斷。今茲所述，限於法定中斷。

### 第二目 時效中斷之原因

時效中斷之原因，各國民法微有不同（德二〇八，二〇九條；法二二四條以下；瑞士債務法一五四條；日四七條，我民法第一二九條以下；舊民草二八〇條以下；新民草第二〇一條以下。）日民法定爲（一）請求，（二）扣押及假處分，（三）承認。德民法及我民法之時效中斷原因爲：

（一）請求 所謂請求，不以裁判上之請求爲限。裁判外之一切行爲，亦包含在內（我民法第一二九條）日

民法（第一五三條）認裁判外之催告，亦生時效中斷之效力焉，即其例也。但因請求而時效中斷者，若於六個月內不起訴，則不生中斷之效力（我民法第一三〇條）。

（二）起訴 起訴者，因時效受不利益之當事人，對於法院主張其權利存在之謂也。其訴為履行之訴，為確認之訴，為請求執行支付之訴，或為請求宣告執行判決之訴，在所不問。此為德法民法，我民法與新舊民法及其他多數立法例之所規定。

因起訴而時效中斷者，於提出訴狀於法院時，即發生中斷之效力，不必待其訴狀送達於相對人也。於此情形，如當事人撤回其訴時，或其訴因不合法受駁回之判決，而其判決確定時，不生中斷之效力焉。蓋撤回其訴，乃當事人拋棄其依訴而生之保護請求權；又因其不合法而駁回其訴之判決確定時，其訴既為無效，故不能發生中斷之效力，乃理之當然也（德民法第二一一條，我民法第一三一條，舊民法第二八二條，新民法第二〇三條）。

因起訴而聲請指定管轄法院者，亦生時效中斷之效力，蓋因起訴而聲請指定管轄法院者，是即有請求權利之保護而提起訴訟之意，法律不能不保護之故也。但於此種情形，如指定後三個月不起訴，則不生中斷之效力焉（德第二一〇條，舊民法第二八一條，新民法第二〇二條）。

（三）與起訴有同一效力之事項，有左五種（德第二〇九條第二項，我民法第一二九條第二項，舊民法第二一八〇條第二項，新民法第二〇一條第二項）：

a. 依督促程序送達支付命令（日民法第一五〇條同）因送達支付之命令（Zahlungsbehehl）而時效

中斷者，至訴訟拘束力失其效力時，不生中斷之效力（我民法第一三二條、舊民草第二八三條、新民草第二〇四條）

b. 因和解而傳喚（法民法第二二四五條、日一五一條同、德民法無此項規定）因和解之傳喚而時效中斷者，若相對人不到庭，或和解不成時，不生中斷之效力（我民法第一三三條、新民草第二〇五條）但在一月內起訴者，不在此限（舊民草第二八四條）

c. 呈報破產債權（日民法第一五二條同）因呈報破產債權而時效中斷者，至債權人撤回其呈報時，不生中斷之效力（我民法第一三四條、舊民草第二八五條、新民草第二〇六條）

d. 告知訴訟 因告知訴訟而時效中斷，於訴訟終結後六個月內，不提起履行或確認之訴者，不生中斷之效力（我民法第一三五條、舊民草第二八六條、新民草第二〇七條）

e. 開始執行行為或聲請強制執行 因開始執行行為而時效中斷者，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，不生中斷之效力；因聲請強制執行而時效中斷者，若駁回其聲請，或於執行行為之開始前撤回聲請，則不生中斷之效力（我民法第一三六條、舊民草第二八七條、新民草第二〇八條）

f. 扣押、假扣押及假處分 德民法（二二三條）有此規定，日民法同，我民法及民草無之。

（四）承認 承認者，即受時效利益之當事人表示知悉權利人權利存在之旨之行為也。其承認無論以清償一部、納付利息、提供擔保，或其他方法，均無不可。總之，對權利人承認其請求時，則時效中斷（德民法第二〇八條、

日民法第一五六條。）

### 第三目 時效中斷之效力

(1) 中斷效力之範圍 法定中斷，其中斷之效力為相對的。即其效力祇能於引起中斷之當事人及其繼承人間發生，而不能及於他人（我民法第一三八條）。例如甲對於不法占有其所有物之乙，提起所有物返還之訴，乙之取得時效因之中斷；但其效力祇及於甲、乙及其繼承人，對於共有其物之丙，固不生中斷之效力，即對於其占其物之丁，亦不生中斷之效力者也。自然中斷，乃因取得時效之要素（即占有及準占有之事實）消滅而來者，故其效力為絕對的，即無論對於何人皆發生中斷之效力也。

(2) 中斷後之時效 時效中斷之效力，在於使中斷事由發生前所進行之時效期間之一部歸於無用，而令其時效從新進行者也。被中斷時效從新進行之時，須自中斷事由終了時始（德民法第二一七條，日第一五七條，我民法第一三七條第一項，舊民草第二九一條，新民草第二一三條）故：

(a) 因訴訟而時效中斷者，須至確定判決，或因其他方法而訴訟終結時，再開始進行（我民法第一三七條第二項，舊民草第二八八條，新民草第二〇九條）

(b) 因呈報破產債權而時效中斷者，須至破產程序終結時再開始進行（舊民草第二八九條，新民草第二一〇條）

(c) 因告知訴訟而時效中斷者，須至確定判決，或因其他方法而訴訟終結時再開始進行（舊民草第二九

○條，新民法第二一一條。）

第六項 時效之停止

時效停止 (suspension; Hemmung; Rulien) 者，因某一定事實之存在，使時效一時停止其進行之謂也。時效之停止與時效之中斷異。蓋後者乃已進行之時效期間之一部，法律上歸於無用，而令其時效從新進行；前者則不以已往之期間爲無效，而一時保留之，待其停止之原因消滅後，再行算入，至殘餘之期間經過後，而時效即爲完成。由是觀之，時效之停止，乃時效期間因一定事由之存在，僅一時的不許其進行，非已進行之時效期間歸於無效也。

時效停止制度之最大目的，在於保護無能力者，此自古以來，諸國法制，莫不相同。

時效停止之原因有下列數種：

(a) 因時效期間最後之六個月間，休止裁判，或因不可抗力而權利者被妨止訴追時，其時效停止進行（德民法第二〇三條。）

(b) 服從親權人對於行親權人之權利，於其親屬關係存續中，其時效停止進行（德民法第二〇四條，舊民法第二九七條第一項，新民法第二一八條第一項。）

(c) 受監護人對於監護人（或保護人）之權利，及準禁治產人對於保佐人（或照管人）之權利，於其監護及保佐之關係存續中，其時效停止進行（德民法同條，新舊民法同條第二項。）

(d) 妻對於夫之權利，於婚姻關係存續中，其時效停止進行（德民法同條，舊民草第二九八條，新民草第二一九條。）

時效停止之效力，即時效停止間，不算入時效期間內，時效自停止事由消滅後，再行進行者也（德民法第二〇五條，舊民草第二九九條。）

### 第七項 時效之不完成

所謂時效之不完成者，乃於時效期間進行終止之際，暫時不令其時效完成之謂也。時效之不完成與時效之停止異。蓋後者乃時效期間因一定事由之存在不許其進行，而前者則並非停止其期間之進行，不過於其期間進行終止之際，暫時不令其時效完成而已。

時效不完成之原因，有下列各種：

(a) 時效之期間終止時，因天災或其他不可避免之事變，致不能中斷其時效者，從妨礙終止時起一個月內（日民法定為兩星期內），其時效不完成（我民法第一三九條，舊民草第二九四條，新民草第二一五條，日民法第一六一條，但法民法對此不設規定，悉委之於學說。）

(b) 屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，於繼承人確定，管理人選任，或破產之宣告時起，六個月內，其時效不完成（德民法第二〇七條，日民法第一六〇條，我民法第一四〇條，舊民草第二九五條，新民草第二一六條。）

(c) 對於無能力人或限制能力人之權利，若無法定代理人，則自此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（德民法第二〇六條，日民法第一五九條，我民法第一四一條，舊民法第二九六條，新民法第二一八條）。

(d) 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（民法第一四二條）。

(e) 夫對於妻或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成（民法第一四三條）。時效不完成之效力，即於時效期間進行終止之際，暫時不令其時效完成，必其法定猶豫期間經過後，其時效始完成。

## 第二節 各種之時效

### 第一項 取得時效

#### 第一目 總論

取得時效 (praescriptio acquisitiva, usucapio; acquisitive prescription; prescription acquisitive; *Erfistung*) 者，爲權利取得之原因之時效也。取得時效爲一種法律要件，以占有，準占有與時之經過爲要素。

取得時效之結果，一方雖取得權利，而他方則喪失權利。例如所有權之取得時效之結果，從來之所有人喪失

其所有權是。又，取得時效非基於前主之權利而來，而實因法定要件具備後，成爲獨立取得權利之方法；故由此而來之取得，非繼受的取得，而實爲原始的取得。

取得時效之制度，起源於羅馬古法中之 *Usucapio*。（即因占有而取得所有權之時效。）嗣後逐漸發達，雖所有權以外，亦得適用之。然尙以物權之能爲占有之目的者爲限。唯法國法系之觀念，以占有當然包含權利之行使；故其結果，所有權以外之權利，咸得爲取得時效之目的焉。（法民法第二二二八條。）但有一例外，即對於債權不能適用也；此爲普通之見解。日民法擺脫從來之觀念，認一切財產權皆得爲取得時效之目的（第一六三條。）又，對於權利之不得爲占有之目的者，認有準占有（第二〇五條）焉。我民法從之（民法第九四九條及第九六三條，新民草物權法第二五條。）

### 第二目 所有權之取得時效

所有權之取得時效者，乃於一定期間中，以所有之意思，和平且公然占有他人所有物之謂也。茲將其要件分述於後：

(1) 占有人須以所有之意思爲占有。以所有之意思云者，以之爲自己之所有物而占有之之謂也。

(2) 占有人之占有須爲和平占有。所謂和平占有 (*possession paisible; ruhiger Besitz*) 者，乃不帶強暴的瑕疵 (*vice de violence*) 之占有，即不以暴行或強迫而保持之占有之謂也。

(3) 占有人之占有須爲公然占有。所謂公然 (*public; öffentlich*) 占有，乃不帶隱祕的瑕疵 (*vice da*



clandestinite) 之占有也。詳言之，即對於與占有物有利害關係之人，不特別將占有之事實隱蔽之占有也。

(4) 須占有他人之所有物。故對於自己之所有物，無取得時效之存在；又，對於無主物，亦不生取得時效之問題。日本且有公用物非於公用廢止之後不能為取得時效之目的物之判例焉。

(5) 其占有須經過一定之期間。取得時效所必須經過之期間，因占有者之為善意或為惡意而有所不同：  
(a) 占有者若為善意且無過失時，其取得時效所必須經過之期間為十年（我民法第七七〇條，舊民草第三〇一條，新民草物權法第二三條定為二十年，日民法第一六二條定為十年）。善意無過失之取得時效，法文上僅對於不動產規定，其所以然者，乃因對於動產已另有所規定也（日民法第一九二條，舊民草第一二七八條，新民草物權法第二一條，我民法第七六五條定為五年）。所謂善意，即占有人自信自己為權利者之意；所謂無過失，即占有人之善意，並非基於不注意而來者之意。法國法系之民法，於善意之外，又必以『正權原』為要件（法民法第二二六五條）所謂正權原者，如買賣、贈與等之可為占有取得之基因之法律事實也。此種觀念，淵源於羅馬法，在沿革上，雖非無理，然究其本源，實不外為認定無過失之一標準；故究不若德國法系民法之以無過失為要件之較為直接了當也。

(b) 占有者，於占有之始若為惡意或有過失時，則其取得時效所必須經過之期間為二十年（民法第七六九條）。

因時效發生所有權之取得，其效果溯及時效起算之日發生。故自該日以後所生之限制物權，皆因此消滅焉。

但該日以前已有之限制物權，不因之受若何影響，是不待言。

占有人任意中止其占有，變更其占有之名義，或占有為他人所奪時，其所有權取得時效因之中斷焉（日民法第一六四條，我民法第七七一條，舊民草第三〇二條，新民法物權法第二四條）。但占有為他人所奪，而占有人提起占有收回之訴，取回其物之時，則不生中斷之效力（日民法第二〇三條，我民法第七七一條但書）。

### 第三目 所有權以外之財產權之取得時效

所有權以外之財產權之取得時效者，乃於一定之期間內，以為己之意思，和平且公然行使其權利之謂也。其準占有所必須經過之期間，因準占有人為善意抑為惡意而有差別。即準占有之始為善意且無過失者，其所必須經過之期間為十年，否則為二十年（我民法第七七二條，但舊民草第三〇三條第二項與新民法物權法第二五條則定為二十年，三十年，日民法第一六三條定為十年，二十年）。

非民法上之權利，固不能適用取得時效之規定；即為民法上之權利矣，然若非財產權，亦不能適用此種規定焉。蓋取得時效之適用範圍，僅限財產權故也。但因法律之規定，或因權利之性質，有時雖為財產權而亦不適用取得時效之規定焉：

(a) 不繼續且不表見之地役權（日民法第二八三條，舊民草第一一〇五條）。

(b) 直接由法律規定而成立，非由當事人之意思表示而成立之權利，如留置權，先取特權是。

(c) 經一度行使即歸消滅之權利。取得時效，必以一定期間行使其權利為要件，故經一度行使即歸消滅。

之權利，其不能適用時效之規定，是不待言。例如撤銷權、解除權、選擇權等是。

(d) 以一定身分爲前提之權利，如受扶養之權利是。

(e) 從權利 從權利不能離其主權利，而獨立爲取得時效之目的。

所有權以外之財產權之取得時效，因拋棄爲己之意思，或廢止其權利之行使，或變更其行使，其效力因之中斷（日民法第一六五條，我民法第七七二條，舊民草第三〇三條，新民草物權法第二六條。）

## 第二項 消滅時效

### 第一目 總論

消滅時效 (praescriptio extinctiva; extinctive prescription; prescription extinctive; erlöschende Verjährung) 爲何各國立法例，頗不相同。在普、奧、日等國之民法，所謂消滅時效，乃爲權利消滅之原因之時效；在德民法，我現行民法及民草，所謂消滅時效，乃爲債權之請求權消滅原因之時效，單使相對人發生抗辯權或使權利人喪失其訴權而止；權利人所具有之權利，若爲債權時，因罹消滅時效之故，致成所謂自然債權 (obligatio naturalis——卽不伴訴權之債權) 焉。

消滅時效以權利之不行使及一定期間之經過爲其成立要素。

(1) 權利之不行使 所謂權利之不行使者，乃雖得行使權利，而不行使之之謂也。所謂得行使權利之時者，卽於行使權利之際，法律上之障礙不存在之時也。權利人之疾病失蹤等，對於權利之行使，雖有事實上之障礙；然

此固無妨於消滅時效之進行也。

(2) 一定之期間。消滅時效所須經過之期間，其長短因各種權利而有所差異，容後再述。

## 第二目 債權請求權之消滅時效

債權之請求權之消滅時效者，於一定期間內不使其請求權之事實之謂也。債權之請求權，即因此消滅焉。債權請求權之消滅時效，有長短期之別；其期間自請求權成立時進行，但以不行爲爲目的之請求權，則自其行爲時進行（民法第一二八條，舊民草第三一一條，新民草第一九九條）。

債權請求權之消滅時效之期間，各國不同，我國定爲十五年（民法第一二五條），然以三十年定爲普通時效之期間者居多，此爲長期間。但依其債權之性質，亦得爲較短之期間焉。此種較短期間，各國亦不一致：德國民法（第一九六——七條）對此不求細分，僅有四年、二年兩種；日民法（第一九六條以下）分爲五年、三年、二年、一年四種；法民法（第二二七一條以下）分爲五年、三年、二年、一年、六個月五種；舊民草（第三〇六條以下）分爲五年、三年、二年三種；新民草（第一九七條以下）分爲五年、三年兩種；我民法（第一二六條以下）分爲五年、二年兩種。以下專就我民法之所規定者而論：

(一) 五年之時效期間。定期給付債權之各定期給付請求權，以一年或不及一年之定期者爲限，因五年間不行使而消滅；例如利息、紅利、租金、贍養費、退職金之類是也（民法第一二六條，法民法第二二七七條，日民法第一六九條，舊民草第三〇六條，新民草第一九七條）。

(二)二年之時效期間 左列各種請求權，因二年間不行使而消滅（民法第一二七條，然日民法第一七〇條，第一七一條，舊民草第三〇七條，新民草第一九八條，則以此等請求權爲有三年之時效期間焉。）

(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及其墊款（民法第一二七條第一項，）

(2)醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款（同條第四項，）

(3)運送費及運送人所墊之款（同條第二項，）

(4)技師及承攬人之報酬及其墊款（同條第七項，）

(5)以租賃動產爲營業者之租價（同條第三項，）

(6)律師會計師公證人之報酬及其墊款（同條第五項，）

(7)律師會計師公證人所收當事人物件之交還（同條第六項，）

(8)商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價（同條第八項，）——此種債權之請求權，雖因時效而消滅，然其物件之所有權初非因此時效而消滅，故其物件如在他人手中之時，仍能請求其返還；不過受時效利益之人，因時效之結果，對於其物件之散失或毀損，不負賠償之責而已。

以上各種債權之請求權，令其依短期時效而消滅者，蓋以此種債權債權人應從速行使其請求權爲宜故也。

### 第三目 所有權債權以外之財產權之消滅時效

所有權債權以外之財產權消滅時效者，於一定期間不行使其權利之事實之謂也。其權利即因此而消滅焉。

此等權利之消滅時效期間爲二十年（民法第一六七條，民法第七六九條，舊民草第三〇九條）但其權利若爲已登記者，則不因時效而消滅；然其登記者已經塗銷者，不在此限（舊民草第三一〇條）。

債權之所以不適用此種規定而消滅者，蓋因關於債權已另有所規定（民法第一二五——七條，舊民草爲第三〇四——八條）故也。

所有權之所以不適用消滅時效之規定者，因消滅時效須有直接受益之人，而所有權縱多年不行使，亦不必有受益之人故也。

所有權以外之財產權，亦有因其性質上不能適用消滅時效之規定者，如占有權，相隣權，共有物劃分權，擔保物權，抗辯權是矣。

● 參閱鳩山前書第一六三頁。

# 附錄

## 民法總則

民國十八年五月二十三日  
公布同年十月十日施行

### 第一章 法例

第一條 民事法律所未規定者依習慣。無習慣者依法理。

第二條 民事所適用之習慣。以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。

第三條 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。

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。

第四條 關於一定之數量。同時以文字及號碼表示者。其文字與號碼有不合時。如法院不能決定何者爲當事

人之原意。應以文字爲準。

第五條 關於一定之數量。以文字或號碼爲數次之表示者。其表示有不合時。如法院不能決定何者爲當事人之原意。應以最低額爲準。

### 第二章 人

第一節 自然人

第六條 人之權利能力始於出生。終於死亡。

第七條 胎兒以將來非死產者爲限。關於其個人利益之保護。視爲既已出生。

第八條 失蹤人失蹤滿十年後。法院得因利害關係人之聲請。爲死亡之宣告。

失蹤人爲十七歲以上者。得於失蹤滿五年後爲死亡之宣告。

失蹤人爲遭遇特別災難者。得於失蹤滿三年後爲死亡之宣告。

第九條 受死亡宣告者。以判決內所確定死亡之時推定其爲死亡。

前項死亡之時。應爲前條各項所定期間最後日終止之時。但有反證者不在此限。

第十條 失蹤人失蹤後。未受死亡宣告前。其財產之管理依非訟事件法之規定。

第十一條 二人以上同時遇難。不能證明其死亡之先後時。推定其爲同時死亡。

第十二條 滿二十歲爲成年。

第十三條 未滿七歲之未成年人無行爲能力。

滿七歲以上之未成年人有限制行爲能力。

未成年人已結婚者。有行爲能力。

第十四條 對於心神喪失。或精神耗弱。致不能處理自己事務者。法院得因本人配偶。或最近親屬二人之聲請。宣



## 告禁治產。

禁治產之原因消滅時。應撤銷其宣告。

第十五條 禁治產人無行為能力。

第十六條 權利能力及行為能力不得拋棄。

第十七條 自由不得拋棄。

自由之限制。以不背於公共秩序或善良風俗者為限。

第十八條 人格權受侵害時。得請求法院除去其侵害。

前項情形。以法律有特別規定者為限。得請求損害賠償或慰撫金。

第十九條 姓名權受侵害者。得請求法院除去其侵害。並得請求損害賠償。

第二十條 以久住之意思住於一定之地域者。即為設定其住所於該地。

一人同時不得有兩住所。

第二十一條 無行為能力及限制行為能力人。以其法定代理人之住所為住所。

第二十二條 遇有左列情形之一者。其居所視為住所。

一 住所無可考者。

二 在中國無住所者。但依法須依住所地法者不在此限。

第二十三條 因特定行爲選定居所者。關於其行爲視爲住所。  
第二十四條 以廢止之意思離去其住所者。卽爲廢止其住所。

第二節 法人

第一款 通則

第二十五條 法人非依本法或其他法律之規定不得成立。

第二十六條 法人於法令限制內、有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務不在此限。

第二十七條 法人須設董事。

董事就法人一切事務對外代表法人。

對於董事代表權所加之限制。不得對抗善意第三人。

第二十八條 法人對於其董事或職員、因執行職務所加於他人之損害。與該行爲人連帶負擔賠償之責任。

第二十九條 法人以其主事務所之所在地爲住所。

第三十條 法人非經向主管官署登記不得成立。

第三十一條 法人登記後。有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。不得以其

事項對抗第三人。

第三十二條 受設立許可之法人。其業務屬於主管官署監督。主管官署得檢查其財產狀況。及其有無違反許可

條件與其他法律之規定。

第三十三條 受設立許可法人之董事，不遵主管官署監督之命令，或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰。

第三十四條 法人違反設立許可之條件者，主管官署得撤銷其許可。

第三十五條 法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。

不為前項聲請，致法人之債權人受損害時，其有過失之董事，應負賠償之責任。

第三十六條 法人之目的或其行為，有違反法律公共秩序或善良風俗者，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。

第三十七條 法人解散後，其財產之清算由董事為之，但其章程有特別規定，或總會另有決議者，不在此限。

第三十八條 不能依前條規定其清算人時，法院得因利害關係人之聲請，選任清算人。

第三十九條 清算人法院認為有必要時，得解除其任務。

第四十條 清算人之職務如左。

一 了結現務。

二 收取債權。清償債務。

三 移交贖餘財產於應得者。

法人至清算終結止，在清算之必要範圍內視為存續。

第四十一條 清算之程序、除本通則有規定外、準用股份有限公司清算之規定。

第四十二條 法人之清算屬於法院監督。法院得隨時爲監督上必要之檢查。

第四十三條 清算人不遵法院監督命令、或妨礙檢查者、得處以五百元以下之罰鍰。

第四十四條 法人解散後、除清償債務外、其賸餘財產之歸屬、應依其章程之規定或總會之決議。

如無前項章程之規定或總會之決議時、其賸餘財產屬於法人住所所在地之地方自治團體。

## 第二款 社團

第四十五條 以營利爲目的之社團、其取得法人資格、依特別法之規定。

第四十六條 以公益爲目的之社團、於登記前應得主管官署之許可。

第四十七條 設立社團者應訂定章程。其應記載之事項如左。

一 目的。

二 名稱。

三 董事之任免。

四 總會召集之條件程序及其決議證明之方法。

五 社員之出資。

六 社員資格之取得與喪失。

第四十八條 社團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 董事之姓名及住所。
  - 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。
- 社團之登記、由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。並應附具章程備案。
- 第四十九條 社團之組織及社團與社員之關係、以不違反第五十條至五十八條之規定爲限、得以章程定之。
- 第五十條 社團以總會爲最高機關。
- 左列事項應經總會之決議。
- 一 變更章程。

二 任免董事。

三 監督董事職務之執行。

四 開除社員。但以有正當理由時爲限。

第五十一條 總會由董事召集之。

如有全體社員十分一以上之請求。表明會議目的及召集理由。請求召集時。董事須召集之。

董事受前項之請求後。一個月內不爲召集者。得由請求之社員經法院之許可召集之。

第五十二條 總會決議。除本法有特別規定外。以出席社員過半數決之。

社員有平等之表決權。

第五十三條 社團變更章程之決議。應有全體社員過半數之出席。出席社員四分之三以上之同意。或有全體社員

三分之二以上書面之同意。

受設立許可之社團變更章程時。並應得主管官署之許可。

第五十四條 社員得隨時退社。但章程限定於事務年度終或經過預告期間後始准退社者。不在此限。

前項預告期間不得超過六個月。

第五十五條 已退社或開除之社員。對於社團之財產無請求權。但非公益法人。其章程另有規定者。不在此限。

前項社員。對於其退社或開除以前應分擔之出資。仍負清償之義務。

第五十六條 總會之決議有違反法令或章程者。對該決議原不同意之社員、得請求法院宣告其決議爲無效。  
前項之請求、應於決議後三個月內爲之。

第五十七條 社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之。

第五十八條 社團之事務無從依章程所定進行時。法院得因利害關係人之聲請解散之。

### 第三款 財團

第五十九條 財團於登記前應得主管官署之許可。

第六十條 設立財團者應訂立捐助章程。但以遺囑捐助者不在此限。

捐助章程應訂明法人目的及所捐財產。

第六十一條 財團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 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。

財團之登記由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。並應附具捐助章程備案。

第六十二條 財團之組織及其管理方法、由捐助人以捐助章程定之。捐助章程所定之組織不完全、或重要之管理方法不具備者。法院得因利害關係人之聲請、爲必要之處分。

第六十三條 爲維持財團之目的、或保存其財產。法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請、變更其組織。

第六十四條 財團董事有違反捐助章程之行爲時。法院得因利害關係人之聲請、宣告其行爲爲無效。

第六十五條 因情事變更致財團之目的不能達到時。主管官署得斟酌捐助人之意思、變更其目的、及其必要之組織、或解散之。

### 第三章 物

第六十六條 稱不動產者、謂土地及其定着物。

不動產之出產物尙未分離者、爲該不動產之部分。

第六十七條 稱動產者、爲前條所稱不動產以外之物。

第六十八條 非主物之成分、常助主物之效用、而同屬於一人者、爲從物。但交易上有特別習慣者依其習慣。

主物之處分及於從物。



第六十九條 稱天然孳息者。謂果實、動物之產物、及其他依物之用法所收穫之出產物。

稱法定孳息者。謂利息、租金、及其他因法律關係所得之收益。

第七十條 有收取天然孳息權利之人、其權利存續期間內取得與原物分離之孳息。

有收取法定孳息權利之人、按其權利存續期間內之日數取得其孳息。

#### 第四章 法律行為

##### 第一節 通則

第七十一條 法律行為違反強制或禁止之規定者無效。但其規定並不以之為無效者不在此限。

第七十二條 法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效。

第七十三條 法律行為不依法定方式者無效。但法律另有規定者不在此限。

第七十四條 法律行為係乘他人之急迫、輕率或無經驗、使其為財產上之給付、或為給付之約定、依當時情形顯

失公平者。法院得因利害關係人之聲請、撤銷其法律行為。或減輕其給付。前項聲請應於法律行為後一年內為之。

##### 第二節 行為能力

第七十五條 無行為能力人之意思表示無效。雖非無行為能力人、而其意思表示係在無意識或精神錯亂中所為者亦同。

第七十六條 無行為能力人由法定代理人代為意思表示。並代受意思表示。

第七十七條 限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上利益，或依其年齡及身分日常生活所必需者，不在此限。

第七十八條 限制行為能力人未得法定代理人之允許所為之單獨行為無效。

第七十九條 限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認始生效力。

第八十條 前條契約相對人，得定一個月以上之期限催告法定代理人，確答是否承認。

於前項期限內，法定代理人不為確答者，視為拒絕承認。

第八十一條 限制行為能力人於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認有同一效力。

前條規定於前項情形準用之。

第八十二條 限制行為能力人所訂立之契約未經承認前，相對人得撤回之。但訂立契約時知其未得有允許者不在此限。

第八十三條 限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人，或已得法定代理人之允許者，其法律行為為有效。

第八十四條 法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人就該財產有處分之能力。

第八十五條 法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者。限制行爲能力人關於其營業有行爲能力。限制行爲能力人就其營業有不勝任之情形時。法定代理人得將其允許撤銷、或限制之。

### 第三節 意思表示

第八十六條 表意人無欲爲其意思表示所拘束之意、而爲意思表示者。其意思表示不因之無效。但其情形爲相對人所明知者不在此限。

第八十七條 表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者。其意思表示無效。但不得以其無效對抗善意第三人。虛偽意思表示隱藏他項法律行爲者。適用關於該項法律行爲之規定。

第八十八條 意思表示之內容有錯誤、或表意人若知其事情即不爲意思表示者。表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者爲限。

當事人之資格、或物之性質、若交易上認爲重要者。其錯誤視爲意思表示內容之錯誤。

第八十九條 意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者。得比照前條之規定撤銷之。

第九十條 前二條之撤銷權自意思表示後經過一年而消滅。

第九十一條 依第八十八條及第八十九條之規定撤銷意思表示時。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。但其撤銷之原因、受害人明知或可得而知者不在此限。

第九十二條 因被詐欺或被脅迫而爲意思表示者。表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所爲者。以相

對人明知其事實或可得而知者爲限，始得撤銷之。

被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。

第九十三條 前條之撤銷，應於發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之。但自意思表示後經過十年不得撤銷。

第九十四條 對話人爲意思表示者，其意思表示以相對人了解時發生效力。

第九十五條 非對話而爲意思表示者，其意思表示以通知達到相對人時發生效力。但撤回之通知同時或先時到達者不在此限。

表意人於發出通知後死亡，或喪失行爲能力，或其行爲能力受限制者，其意思表示不因之失其效力。

第九十六條 向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時發生效力。

第九十七條 表意人非因自己之過失不知相對人之姓名居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達爲意思表示之通知。

第九十八條 解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。

#### 第四節 條件及期限

第九十九條 附停止條件之法律行爲，於條件成就時發生效力。

附解除條件之法律行爲，於條件成就時失其效力。

依當事人之特約，使條件成就之效果不於條件成就之時發生者，依其特約。

第一百條 附條件之法律行為。當事人在條件成否未定前。若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者。負賠償損害之責任。

第一百零一條 因條件成就而受不利益之當事人。如以不正當行為阻其條件之成就者。視為條件已成就。

因條件成就而受利益之當事人。如以不正當行為促其條件之成就者。視為條件不成就。

第一百零二條 附始期之法律行為。於期限屆至時發生效力。

附終期之法律行為。於期限屆滿時失其效力。

第一百零三條之規定於前二項情形準用之。

#### 第五節 代理

第一百零三條 代理人於代理權限內。以本人名義所為之意思表示。直接對本人發生效力。

前項規定。於應向本人為意思表示而向其代理人為之者準用之。

第一百零四條 代理人所為或所受意思表示之效力。不因其為限制行為能力人而受影響。

第一百零五條 代理人之意思表示。因其意思欠缺。被詐欺。被脅迫。或明知其事情。或可得而知其事情。致其效力

受影響時。其事實之有無。應就代理人決之。但代理人之代理權係以法律行為授與者。其意思表示。如依照本人所指示之意思而為時。其事實之有無。應就本人決之。

第一百零六條 代理人非經本人之許諾。不得為本人與自己之法律行為。亦不得既為第三人之代理人而為本

人與第三人之法律行爲。但其法律行爲係專屬行債務者不在此限。

第一百零七條 代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其事實者不在此限。

第一百零八條 代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。

代理權得於其所由授與之法律關係存續中撤回之。但依該法律關係之性質不得撤回者不在此限。

第一百零九條 代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於授權者，不得留置。

第一百十條 無代理權人以他人之代理人名義所爲之法律行爲，對於善意之相對人負損害賠償之責。

#### 第六節 無效及撤銷

第一百十一條 法律行爲之一部分無效者，全部皆爲無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍爲有效。

第一百十二條 無效之法律行爲若具備他法律行爲之要件，並因其情形可認當事人若知其無效即欲爲他法律行爲者，其他法律行爲仍爲有效。

第一百十三條 無效法律行爲之當事人於行爲當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。

第一百十四條 法律行爲經撤銷者，視爲自始無效。

當事人知其得撤銷或可得而知者，其法律行爲撤銷時準用前條之規定。

第一百十五條 經承認之法律行爲，如無特別訂定，溯及爲法律行爲時發生效力。

第一百十六條 撤銷及承認應以意思表示爲之。

如相對人確定者、前項意思表示應向相對人爲之。

第一百十七條 法律行爲須得第三人之同意始生效力者、其同意或拒絕得向當事人之一方爲之。

第一百十八條 無權利人就權利標的物所爲之處分、經有權利人之承認始生效力。

無權利人就權利標的物爲處分後取得其權利者、其處分自始有效。

前項情形若數處分相牴觸時、以其最初之處分爲有效。

#### 第五章 期日及期間

第一百十九條 法令審判或法律行爲所定之期日及期間、除有特別訂定外、其計算依本章之規定。

第一百二十條 以時定期間者、卽時起算。

以日、星期、月、或年定期間者、其始日不算入。

第一百二十一條 以日、星期、月、或年定期間者、以期間末日之終止爲期間之終止。

期間不以星期、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間之末日。但以月

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。

第一百二十二條 於一定期日或期間內應爲意思表示或給付者、其期日或其期間之末日爲星期日紀念日或

其他休息日時、以其休息日之次日代之。

第一百二十三條 稱月或年者依曆計算。

月或非連續計算者。每月爲三十日。每年爲三百六十五日。

第一百二十四條 年齡自出生之日起算。

出生之日無從確定時。推定其爲七月一日出生。知其出生之月而不知其出生之日者。推定其爲該月十五日出生。

### 第六章 消滅時效

第一百二十五條 請求權因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者依其規定。

第一百二十六條 利息紅利租金贍養費退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權。其各期給付請求權因五年間不行使而消滅。

第一百二十七條 左列各款請求權因二年間不行使而消滅。

一 旅店飲食店及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及其墊款。

二 運送費及運送人所墊之款。

三 以租賃動產爲營業者之租價。

四 醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款。

五 律師會計師公證人之報酬及其墊款。



六 律師會計師公證人所收當事人物件之交還。

七 技師承攬人之報酬及其墊款。

八 商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價。

第一百二十八條 消滅時效自請求權可行使時起算。以不行爲爲目的之請求權自爲行爲時起算。

第一百二十九條 消滅時效因左列事由而中斷。

一 請求。

二 承認。

三 起訴。

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 報名破產債權。

四 告知訴訟。

五 開始執行行爲、或聲請強制執行。

第一百三十條 時效因請求而中斷者。若於請求後六個月內不起訴、視爲不中斷。

第一百三十一條 時效因起訴而中斷者。若撤回其訴、或因不合法而受駁回之判決、其判決確定視爲不中斷。

第一百三十二條 時效因送達支付命令而中斷者。若訴訟拘束失其效力時。視爲不中斷。

第一百三十三條 時效因和解傳喚而中斷者。若相對人不到庭、或和解不成時、視爲不中斷。

第一百三十四條 時效因報明破產債權而中斷者。若債權人撤回其報明時、視爲不中斷。

第一百三十五條 時效因告知訴訟而中斷者。若於訴訟總結後六個月內不起訴、視爲不中斷。

第一百三十六條 時效因開始執行行爲而中斷者。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、視爲不中斷。

時效因強制執行而中斷者。若撤回其聲請、或其聲請被駁回時、視爲不中斷。

第一百三十七條 時效中斷者、自中斷之事由終止時重行起算。

因起訴而中斷之時效。自受確定判決或因其他方法訴訟終結時重行起算。

第一百三十八條 時效中斷、以當事人繼承人之間爲限、始有效力。

第一百三十九條 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、自其妨礙事由消滅

時起、一個月內其時效不完成。

第一百四十條 屬於繼承財產之權利。或對於繼承財產之權利。自繼承人確定、或管理人選定、或破產之宣告時起、六個月內其時效不完成。

第一百四十一條 無行為能力人或限制行為能力人之權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行為能力人或其法定代理人就職時起六個月內，其時效不完成。

第一百四十二條 無行為能力人或限制行為能力人，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。

第一百四十三條 夫對於妻或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成。

第一百四十四條 時效完成後，債務人得拒絕給付。

請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還。其以契約承認該債務或提出擔保者亦同。

第一百四十五條 以抵押權質權或留置權擔保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物質物或留置物取償。

前項規定，於利息及其他定期給付之各期給付請求權經時效消滅者不適用之。

第一百四十六條 主權利因時效消滅者，其效力及於從權利。但法律有特別規定者不在此限。

第一百四十七條 時效期間不得以法律行爲加長或減短之，並不得預先拋棄時效之利益。

## 第七章 權利之行使

第一百四十八條 權利之行使不得以損害他人爲主要目的。

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爲之行爲、不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者、仍應負相當賠償之責。

第一百五十條 因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險所爲之行爲、不負損害賠償之責。但以避免危險所必要、並未逾越危險所能致之損害程度者爲限。

前項情形、其危險之發生如行爲人有責任者、應負損害賠償之責。

第一百五十一條 爲保護自己權利、對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損者、不負損害賠償之責。但不及受官署援助、並非於其時爲之則請求權不得實行、或其實行顯有困難者爲限。

第一百五十二條 依前條之規定拘束他人自由、或押收他人財產者、須即時向官署聲請援助。

前項聲請被駁回、或其聲請遲延者、行爲人應負損害賠償之責。



杭州新中國書店總經售

地址：正街一四九號

8.00