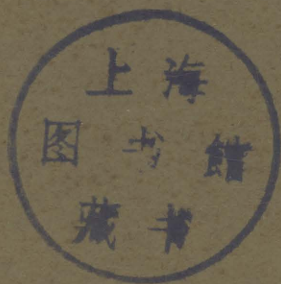


法學叢書

民法總論

歐陽谿著



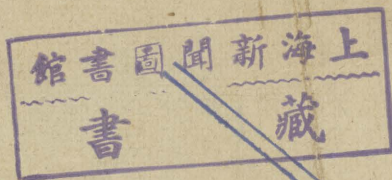
上海法學編譯出版社

會文堂新記書局發行

法學叢書

民法總論

歐陽谿著

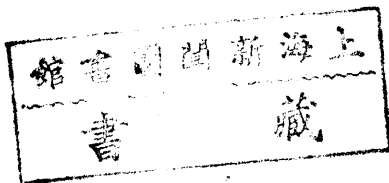


上海图书馆藏书



A541 212 0002 7615B

~~1511418~~



民法總論目錄

緒論

| | | |
|-----|--------|---|
| 第一章 | 民法之概念 | 二 |
| 第一節 | 民法之語源 | 二 |
| 第二節 | 民法之意義 | 三 |
| 第二章 | 民法之本質 | 四 |
| 第一節 | 民法爲國內法 | 五 |
| 第二節 | 民法爲私法 | 六 |
| 第三節 | 民法爲實體法 | 八 |
| 第四節 | 民法爲普通法 | 九 |

目錄

一

| | | |
|-----|-------------|----|
| 第五節 | 民法爲制定法 | 一〇 |
| 第六節 | 民法爲任意法而略兼強法 | 一一 |
| 第三章 | 民法之淵源 | 一二 |
| 第一節 | 制定法 | 一三 |
| 第二節 | 習慣法 | 一六 |
| 第一款 | 習慣法之要素 | 一七 |
| 第二款 | 習慣法之效力 | 二〇 |
| 第三款 | 習慣法與成文法之比較 | 二三 |
| 第三節 | 法理 | 二四 |
| 第四節 | 判例及學說 | 二六 |
| 第五節 | 條約及外國法 | 二七 |
| 第四章 | 民法之效力 | 二八 |

| | | |
|-----|-------------|----|
| 第一節 | 關於人之效力 | 二八 |
| 第二節 | 關於地之效力 | 三〇 |
| 第三節 | 關於時之效力 | 三一 |
| 第五章 | 民法之沿革 | 三五 |
| 第一節 | 各國民法之沿革 | 三五 |
| 第二節 | 我國民法之沿革 | 四一 |
| 第六章 | 民法之解釋 | 四六 |
| 第一節 | 強制解釋 | 四七 |
| 第二節 | 學理解釋 | 四九 |
| 第七章 | 民法上之權利(附義務) | 五三 |
| 第一節 | 權利之本質 | 五三 |
| 第二節 | 權利之類別 | 五六 |

| | | |
|-----|----------------|----|
| 第一款 | 財產權及非財產權 | 五八 |
| 第二款 | 絕對權及相對權 | 六六 |
| 第三款 | 專屬權及非專屬權 | 六八 |
| 第四款 | 主權利及從權利 | 六九 |
| 第五款 | 原權及救濟權 | 七一 |
| 第六款 | 請求權抗辯權支配權及形成權 | 七三 |
| 第三節 | 義務 | 七七 |
| 第一款 | 義務之觀念 | 七八 |
| 第二款 | 義務之類別 | 七九 |
| 第四節 | 義務與權利之關係暨法律之本位 | 八〇 |

本論

第一編 權利之主體……………八三

第一章 權利主體之概念……………八四

第一節 權利能力之概念……………八六

第二節 意思能力之概念……………八七

第三節 行為能力之概念……………九〇

第四節 責任能力之概念……………九三

第二章 自然人……………九四

第一節 自然人之概念……………九四

第二節 自然人之權利能力……………九五

第一款 權利能力之範圍……………九六

第二款 權利能力之始期……………九八

第三款 權利能力之終期……………一〇一

| | |
|---------------|-----|
| 第四款 外國人之權利能力 | 一〇三 |
| 第三節 自然人之行爲能力 | 一〇七 |
| 第一款 有行爲能力人 | 一〇八 |
| 第二款 無行爲能力人 | 一一二 |
| 第一項 未滿七歲之未成年人 | 一一三 |
| 第二項 禁治產人 | 一一五 |
| 第三款 限制行爲能力人 | 一二二 |
| 第四節 自然人之人格保護 | 一二五 |
| 第五節 自然人之住所 | 一二九 |
| 第一款 住所之概念 | 一二九 |
| 第二款 住所之要件 | 一三一 |
| 第三款 住所之種類 | 一三三 |

| | | |
|-----|-------------|-----|
| 第四款 | 住所與居住 | 一三五 |
| 第五款 | 住所之效果 | 一三八 |
| 第六款 | 住所之設定及廢止 | 一三九 |
| 第六節 | 自然人之失蹤及死亡宣告 | 一四〇 |
| 第一款 | 概說 | 一四〇 |
| 第二款 | 失蹤 | 一四二 |
| 第三款 | 死亡宣告 | 一四三 |
| 第三章 | 法人 | 一五〇 |
| 第一節 | 概說 | 一五〇 |
| 第一款 | 法人制度之沿革 | 一五一 |
| 第二款 | 法人之本質 | 一五三 |
| 第三款 | 法人之種類 | 一五九 |

| | |
|-------------|-----|
| 第四款 法人之能力 | 一六五 |
| 第一項 法人之權利能力 | 一六六 |
| 第二項 法人之行為能力 | 一六九 |
| 第三項 法人之責任能力 | 一七二 |
| 第五款 法人之組織 | 一七七 |
| 第一項 法人組織之概說 | 一七七 |
| 第二項 董事 | 一八二 |
| 第三項 總會 | 一九一 |
| 第六款 法人之住所 | 二〇二 |
| 第七款 法人之成立 | 二〇三 |
| 第八款 法人之登記 | 二〇七 |
| 第九款 法人之變更 | 二〇九 |

| | |
|------------------|------------|
| 第十款 法人之監督 | 二二二 |
| 第十一款 法人之消滅 | 二一五 |
| 第一項 解散 | 二一七 |
| 第二項 清算 | 二二三 |
| 第二節 社團法人 | 二二八 |
| 第三節 財團法人 | 二三五 |
| 第一款 財團之設立 | 二三六 |
| 第二款 捐助行爲 | 二三九 |
| 第三款 章程之變更及補充 | 二四四 |
| 第四節 外國法人 | 二四六 |
| 第二編 權利之客體 | 二五五 |

| | |
|--------------|-----|
| 第一章 權利客體之概念 | 二五五 |
| 第二章 物 | 二五九 |
| 第一節 物之本質 | 二六〇 |
| 第二節 物之種類 | 二六四 |
| 第一款 動產及不動產 | 二六五 |
| 第二款 主物及從物 | 二六九 |
| 第三款 融通物及不融通物 | 二七一 |
| 第四款 特定物及不特定物 | 二七六 |
| 第五款 代替物及不代替物 | 二七七 |
| 第六款 可分物及不可分物 | 二八〇 |
| 第七款 消費物及不消費物 | 二八一 |
| 第八款 單一物及聚合物 | 二八三 |

| | | |
|-----|-------------|-----|
| 第九款 | 無主物及有主物 | 二八五 |
| 第三節 | 物之孳息 | 二八六 |
| 第一款 | 天然孳息 | 二八六 |
| 第二款 | 法定孳息 | 二九一 |
| 第四節 | 無形之生活資料 | 二九三 |
| 第一款 | 無形生活資料之意義 | 二九三 |
| 第二款 | 無形生活資料之種類 | 二九四 |
| 第三編 | 權利之得喪及變更 | 二九七 |
| 第一章 | 權利之得喪及變更之概念 | 二九八 |
| 第一節 | 權利之取得 | 二九八 |
| 第一款 | 原始取得 | 三〇〇 |

| | |
|------------------|-----|
| 第二款 繼承取得····· | 三〇一 |
| 第二節 權利之喪失····· | 三〇三 |
| 第三節 權利之變更····· | 三〇五 |
| 第一章 法律事實····· | 三〇七 |
| 第一節 法律事實之意義····· | 三〇七 |
| 第二節 法律事實之種類····· | 三〇九 |
| 第一款 自然事實····· | 三〇九 |
| 第二款 法律上之行爲····· | 三一〇 |
| 第三節 法律事實之效力····· | 三一二 |
| 第二章 法律行爲····· | 三一三 |
| 第一節 概說····· | 三一三 |
| 第一款 法律行爲之意義····· | 三一四 |

| | | |
|-----|------------|-----|
| 第二款 | 法律行爲之種類 | 三二七 |
| 第三款 | 法律行爲之要件 | 三二七 |
| 第一項 | 標的之可能 | 三三〇 |
| 第二項 | 標的之確定 | 三三二 |
| 第三項 | 標的之合法 | 三三五 |
| 第一目 | 標的須無違法性 | 三三五 |
| 第二目 | 標的須無反社會性 | 三三八 |
| 第四款 | 法律行爲之方式 | 三四六 |
| 第二節 | 行爲能力 | 三五〇 |
| 第一款 | 無行爲能力人 | 三五一 |
| 第二款 | 限制行爲能力人 | 三五三 |
| 第一項 | 限制行爲能力人之保護 | 三五三 |

| | |
|--------------|-----|
| 第二項 相對人之保護 | 三六四 |
| 第三節 意思表示 | 三六九 |
| 第一款 意思表示之意義 | 三六九 |
| 第二款 意思表示之方法 | 三七三 |
| 第三款 意思表示之種類 | 三七四 |
| 第四款 無瑕疵之意思表示 | 三七六 |
| 第一項 真意保留 | 三七九 |
| 第二項 虛偽表示 | 三八〇 |
| 第三項 錯誤 | 三八三 |
| 第四項 誤傳 | 三九〇 |
| 第五款 有瑕疵之意思表示 | 三九二 |
| 第一項 詐欺 | 三九三 |

| | | |
|-----|---------------------------|-----|
| 第二項 | 脅迫 | 三九七 |
| 第六款 | 意思表示發生效力之時期 | 四〇二 |
| 第一項 | 非對話間意思表示之生效時期 | 四〇三 |
| 第二項 | 對話間意思表示之生效時期 | 四〇八 |
| 第三項 | 向無行為能力人或限制行為能力人爲意思表示之生效時期 | 四〇九 |
| 第七款 | 意思表示之解釋 | 四一二 |
| 第四節 | 條件及期限 | 四一三 |
| 第一款 | 條件 | 四一四 |
| 第一項 | 條件之意義 | 四一五 |
| 第二項 | 條件之種類 | 四一八 |
| 第三項 | 條件之類似 | 四二一 |
| 第四項 | 條件之限制 | 四二六 |

| | | |
|-----|------------|-----|
| 第五項 | 條件之成否 | 四二八 |
| 第六項 | 條件之效力 | 四三〇 |
| 第一目 | 條件成否已定時之效力 | 四三〇 |
| 第二目 | 條件成否未定前之效力 | 四三四 |
| 第二款 | 期限 | 四三五 |
| 第一項 | 期限之意義 | 四三五 |
| 第二項 | 期限之種類 | 四三七 |
| 第三項 | 期限之限制及到來 | 四三九 |
| 第四項 | 期限之效力 | 四四〇 |
| 第一目 | 期限到來時之效力 | 四四〇 |
| 第二目 | 期限到來前之效力 | 四四一 |
| 第五節 | 代理 | 四四一 |

| | |
|---------------|-----|
| 第一款 總說 | 四四一 |
| 第一項 代理之觀念 | 四四二 |
| 第二項 代理之限制與能力 | 四四七 |
| 第三項 代理之種類 | 四五〇 |
| 第二款 代理權 | 四五二 |
| 第一項 代理權之本質 | 四五三 |
| 第二項 代理權之發生 | 四五四 |
| 第三項 代理權之範圍 | 四五八 |
| 第一目 雙方代理 | 四五九 |
| 第二目 共同代理 | 四六二 |
| 第四項 代理權之限制與撤回 | 四六三 |
| 第五項 代理權之消滅 | 四六六 |

| | | |
|-----|-------------------|-----|
| 第三款 | 無代理權····· | 四六九 |
| 第一款 | 廣義之無代理權····· | 四七〇 |
| 第二款 | 狹義之無代理權····· | 四七一 |
| 第四款 | 復代理····· | 四八〇 |
| 第六節 | 無效及撤銷····· | 四八二 |
| 第一款 | 無效法律之行爲····· | 四八二 |
| 第一項 | 無效法律行爲之種類····· | 四八四 |
| 第二項 | 無效法律行爲之轉換····· | 四八六 |
| 第三項 | 無效法律行爲之承認····· | 四八七 |
| 第四項 | 無效法律行爲當事人之責任····· | 四八八 |
| 第二款 | 得撤銷之法律行爲····· | 四八九 |
| 第一項 | 撤銷之主體及客體····· | 四九二 |

| | | |
|-----|--------------|-----|
| 第二項 | 撤銷權之行使及消滅 | 四九三 |
| 第三項 | 撤銷之效力 | 四九七 |
| 第四項 | 須經承認之法律行爲 | 四九九 |
| 第五項 | 須得第三人同意之法律行爲 | 五〇二 |
| 第六項 | 無處分權之法律行爲 | 五〇四 |
| 第四章 | 期日及期間 | 五〇七 |
| 第一節 | 概說 | 五〇七 |
| 第二節 | 期日及期間之意義 | 五〇八 |
| 第三節 | 期日及期間之計算 | 五〇九 |
| 第一款 | 計算法之種類 | 五一〇 |
| 第二款 | 期間起算點及終止點 | 五一一 |
| 第三款 | 月年之計算法 | 五一四 |

第四款 年齡之計算法……………五一一

第五章 時效……………五一六

第一節 概說……………五一六

第二節 消滅時效……………五二一

第一款 消滅時效之客體……………五二四

第二款 消滅時效之期間……………五二八

第三款 消滅時效之起算……………五三三

第四款 消滅時效之中斷……………五三六

第五款 消滅時效之不完全……………五五一

第六款 消滅時效之效力……………五五八

第七款 時效之加減與拋棄……………五六二

第四編 權利之行使……………五六七

第一章 權利行使之概念……………五六七

第二章 權利行使之限制……………五七〇

第一節 強制權利行使……………五七一

第二節 禁止權利濫用……………五七二

第三章 正當防衛……………五七四

第四章 緊急避難……………五七八

第五章 自助行爲……………五八四

民法總論

民法總論

歐陽谿著

緒論

法律者、社會生活之規範依公權力而強行者也。人之所以異於禽獸者。厥惟共同生活之組織。卽人類非有共同生活之社會。決不能爲生存繼續之發達。欲謀生存繼續之發達。勢不能不有彼此互助之精神。因互助之結果。而社會生活。愈形發達。因發達之結果。而人類之知識。乃愈趨進步。故個人與社會。互爲因果。遂演成由個人而社會。由社會而國家。以漸進於世界大同之趨勢焉。當此演進之過程中。其賴以維秩序而保安寧者。端在社會生活之規範。卽所謂法律是也。然法律非僅國家有之。國家以前之原始社會。亦有之。不過原始社會。僅有自然存在之法律。而國家社會。乃有人爲制定之法律。故學者間稱前者爲自然法。稱後者爲人定法。此自然法與人定法。均依社會力卽公權力而強行。因強行力之強弱及目的與主體

之關係。於是更有公法私法之區別。而社會生活之規範。乃益臻完成。茲特就私法中之民法言之。

第一章 民法之概念

法律之學。種類繁多。其最切近人類生活關係者。首推民法。故民法之研究。甚為重要。茲就民法之語源及民法之意義分節說明之。

第一節 民法之語源

民法之語源。出自羅馬。羅馬有市民法 (*Jus civile*) 與萬民法 (*Jus gentium*) 之別。前者適用於羅馬人與羅馬人間。後者適用於羅馬人與外國人及外國人與外國人間。惟市民法不及萬民法之簡易。故最後為萬民法所合併。泊尤斯喜尼安 (*Justinianus*) 帝羅馬大法典完成。二法之區別。幾無復存在。但後人沿襲舊名。仍稱該法典為市民法。迄中世歐洲諸國盛行羅馬法

時代。相沿未改。遂成爲今日民法之語源。但當時所謂市民法者。不僅屬於私法。即公法亦包含之。不僅屬於實體法。即程序法亦包之。今之民法。則專指實體法中之私法而言。其意義稍有變遷耳。至萬民法一語。實爲今日國際法之語源。故羅馬之市民法。可謂爲各國民法之始。而萬民法則可謂爲國際法之始。

第二節 民法之意義

民法之意義。除奧國民法特別訂明外。其他各國民法。均無明文規定。類皆取決於學說。雖其間之主張。不必盡趨一致。然綜合多數之學說。其所稱之民法。大抵指規定實體上權利義務之私法而言。私法之中。有採民法商法并立主義。與採民商法合一主義之不同。其在民商法並立主義之國。則所稱民法。具有廣狹二義。廣義之民法。係指私法之全體。凡屬於私法性質之成文法及習慣法均賅括之。商法亦爲民法中之一部分。其適用廣義民法所賅之事項。總稱之曰民事法規。狹義之民法。則係與商法相對待。即除去商法部分。始稱之曰民法。其

適用商法規定之事項。又別稱之曰商事法規。普通所稱之民法。概屬狹義。我國在新民法未頒行以前亦然。今則仿瑞士立法例採用民商法合一主義。其觀念稍有變更矣。

又民法之意義。有實質上與形式上之不同。實質上之意義。凡屬私法。均包含之。形式上之意義。則單指成文法之民法法典而言。我國從前法與律之用語。顯有區別。律僅指成文法言。法則爲一切法律之總稱。故統稱民法。乃指私法之全體。其稱民法法典者。則爲民律。德法及瑞士各國。亦復相同。惟日本法與律不加區別。其民法法典。亦簡稱民法。與我國現制所稱之民法相同。惟日本係採民商法并立主義。其民法之範圍較狹。我國現係採民商法合一主義。民法所包括之範圍較廣。此則適用上所宜注意者。

第二章 民法之本質

民法爲規定實質上權利義務之私法。業已說明。茲就民法之本質。分述如次。

第一節 民法爲國內法

法律有國內法與國際法之別。國內法者、依一國主權範圍內所施行之法也。國際法者、依數國家之認定。規定國家相互間權利義務之法也。前者僅由一國家之認定。故限於所認定國家主權行使之範圍內生效。後者依數國家之認定。故得行於國際間。通常所稱之法律。屬於前者。國際間適用之國際公法。屬於後者。國際法是否爲法律。學者間尙多非難。其詳應由國際公法研究之。國內法之爲法律。則爲一般所公認。無俟詳加說明。民法係規定一國民族之私人生活關係。其屬於國內法。甚爲顯明。至民法之效力。具有民族性之特質。故對於外國人。雖於主權能支配之範圍內。仍得使其不適用。常藉國際私法以補充之。如國籍法及法律適用條例中規定涉外某種法律關係。應適用某國法律。卽其例也。故國際私法。可謂爲民法之補充法。仍屬於國內法之範圍。不可以國際法視之。晚近學者雖有主張應制定國際民法。以資國際私人間之適用者。然各民族之風俗習慣。互有不同。非如商事中之海商票據等法之

易趨一致。故此種主張。只可實行於將來。今則僅為理想上之學說。因各民族之特質。尚未可驟進於大同也。

第二節 民法為私法

關於公法私法之區別。其採用標準。學說紛紜。甚有倡為不應區分公私之學說者。如英之奧斯丁氏。(Austin) 德之修羅曼氏。(Schlossmann) 日本之乾政彥氏、及富井政章氏等屬之。惟此種區別。創自羅馬。各國法律。悉踵行之。對於學理上之研究。甚著實效。欲併予混淆。其勢難能。故不足採。茲特就區分說中之主要者說明之。

第一、利益說。此說以法律保護之利益為標準。即關於保護公益之法律。為公法。關於保護私益之法律。為私法。

第二、主體說。此說以法律關係之主體為標準。即規定至少一方以國家或其他公共團體為主體之關係者。為公法。規定私人相互之關係者。為私法。

第三、關係說。此說以法律規定之關係爲標準。更分左之兩說。

(甲)規定權力服從關係者。爲公法。規定權利平等關係者。爲私法。

(乙)規定統治關係者。爲公法。規定非統治關係者。爲私法。

以上三說中。第一說所謂公益私益之保護。其界限極不明晰。蓋法律之規定。由一方面觀之。雖係關於公益。而自他方面觀之。則又關於私益。如刑法係保護公益法規。固屬公法。然由一個人之地位以觀。則實所以鞏固個人生命、身體、自由、名譽、財產之法規。是又屬於私益之保護。故此種分界。殊不足採。第二說以規定一方以國家或其他公共團體爲主體之關係者。爲公法。其規定私人相互關係者。爲私法。其主張更不足採。蓋國家及公共團體有時立於私經地位而與私人發生關係者。仍應受私法上之支配。即不能謂私法僅規定私人相互關係。甚屬顯明。至第三說中之甲說。以服從或平等爲公私之劃界。亦屬欠妥。蓋公法中關於選舉事項之規定。係屬平等關係。而民法中關於父母子女之規定。則轉爲服從關係。是此說又不免有公私倒置之嫌。惟最後乙說。主張以統治關係爲標準。頗稱允當。蓋國家或公共團

體。以統治關係之資格與私人所生之法律關係。雖應受公法上之支配。若其以非統治關係之資格。與私人發生法律關係時。則當然應受私法上之支配。如國家與人民締結契約。或其他普通債權債務之關係。係以私人資格爲之者即屬非統治關係之資格。勢不能不受私法上之支配也。民法係非統治關係之規定。故爲私法。

第三節 民法爲實體法

法律有實體法與手續法之別。其規定權利義務之存在、性質、及範圍者。稱實體法。一曰主法。其規定關於權利義務運用之手段者。稱手續法。一曰助法。又曰程序法。民法及特別民商事法。屬於前者。民事訴訟法、非訟事件法、登記法、破產法、提存法、戶籍法等。屬於後者。但民法法典中。亦間含有手續法之性質。如關於法人設立登記等程序。即其例也。又民法施行法。雖係規定施行之程序。但在指示新舊法之適用。故仍屬實體法。至國際私法如國籍法及法律適用條例等。其規定有關於實體者。亦有關於程序者。是又屬於實體法與程序

法混同之法律矣。

第四節 民法爲普通法

普通法與特別法之區分標準。因地與人及事項三者而各異。分言之。(一)以地爲標準時。其施行於領土一般之法律。爲普通法。僅施行於領土內一部分之法律。則爲特別法。(二)以人爲標準時。其施行於全國一般民衆者。爲普通法。僅適用於特定身分之人者。則爲特別法。(三)以事項爲標準時。其規定關於一般且比較廣大範圍之事項者。爲普通法。僅關於特別且比較狹小範圍之事項者。則爲特別法。民法之適用。可通行於領土之全部。又適用於一般民衆。更係關於普通廣大範圍事項之規定。故屬於普通法。

普通法與特別法之區分。非絕對的。乃相對的。卽甲法對乙法言。爲普通法。而乙法對丙法言。又可爲普通法也。如民法法典者。關於私法全體之法規也。就民商法分立主義之國家言。其對於私法關係中之商法。則民法爲普通法。商法爲特別法。若僅就商事言。則商法爲關

於商事全體之法規。對於僅關於商事中之票據、保險、公司、海商等法。則商法爲普通法。而票據法、保險法、公司法、海商法等。又均爲特別法矣。

普通法與特別法之區別。不僅於法令相互間爲然。卽同一法規中。亦可爲此種區別。如法律行爲不違反強制或禁止之規定者爲有效。(參照民法第七一條)此普通之規定也。若係限制行爲能力人之法律行爲。則除不違反強制或禁止之規定外。更須得法定代理之允許。始爲有效。(參照民法第七條)則爲特別之規定矣。是前者可謂爲普通法。而後者又可謂爲特別法。

要之。普通法與特別法之區分。其實益在『特別法優於普通法』之原則。卽特別法與普通法並存時。應先適用特別法。必特別法無規定時。乃能適用普通法。如關於商事中之公司或票據事項。必先適用公司法或票據法。公司法或票據法無規定時。始能適用商人通例。商人通例無規定時。始以民法之適用爲補充。卽其例也。

第五節 民法爲制定法

法律有制定法與自然法之別。制定法即成文法。一稱人定法。又稱現實法。自然法一稱不文法。又稱習慣法。自然法者。社會生活自然發生之原則規範也。制定法者。即對社會生活之原則規範加以人爲制定之法規也。前者如習慣法理等屬之。後者如民法保險法公司法票據法海商法等屬之。又凡普通所稱之法律。概指制定法言。以制定法概具有強制通行之效力。而自然法必限於不違背社會生活之根本原則。即不違背善良風俗者。始具有法律相等之效力也。故民法第一條云。『民事法律所未規定者。依習慣。無習慣者。依法理。』蓋所以示法律適用之次第。而爲律無明文時之救濟也。近世一般國家。其民法類皆由立法機關制定。而以成文法爲原則。惟英國則因崇尚自然法而採用不文法。今亦大有轉入成文法國之趨勢云。

第六節 民法爲任意法而略兼強制法

任意法者。對於法律之規定。可由私人意思變更之之法也。強制法者。對於法律之規定。不許以私人意思變更之之法也。公法類屬強制法。私法類屬任意法。民法、私法也。故爲任意

法。惟此種區分。乃相對的。非絕對的。蓋公法亦有任意性。而私法亦有強制性者。如選舉權。公權也。選舉法容許人民拋棄其選舉權。是公法兼有任意法之實例也。權利能力、行為能力、及自由。私權也，民法禁止個人之拋棄。（民法一六條及一七條）是私法兼有強制性之實例也。故民法在原則上為任意法。而例外又略兼強制法。大抵有關於公益之規定者。屬強制法。其許當事人以特約變更規定者。則為隨意法。其詳可於各條文中研究之。

此外尚有列民法為固有法與繼受法者。然此係編纂法典時採取材料問題。與民法之本質無甚關係。故不敍列。至固有法與繼受法之區分。詳拙著法學通論中。茲不贅。

第三章 民法之淵源

法律之淵源。一稱法源。從來此項用語。學也間頗有種種命意。或謂為法規之材料。或謂為法規形成之原力。或謂為法規形成之機關。或謂為法規形成之態樣。茲之所稱。係專指民法之淵源。質言之。乃構成民法之一切資料之謂也。構成民法之資料。其主要者為制定法與習

慣法。而法理、判例、學說、條約及外國法等。亦均爲民法之淵源。茲分節說明如次。

第一節 制定法

制定法者、乃國家之意思依一定之形式所表示之法律也。其概要已於前章第五節中敘明。此種制定法。有二大要素。卽內部要素與外部要素是也。茲分述如左。

第一、內部要素。制定法、一稱成文法。其內部要素。爲國家之意思。卽國家爲維持社會之安寧秩序計。以自己之意思。將維持安寧秩序需要各事項。發表於外部。使人民遵守之。是爲制定法。發表於外部之事項。大別爲二。(一)係國家所創設者。如關於電氣事業之法規等是。(二)非國家所創設者。如本諸道德、宗教、條理、習慣、學說、判例、條約及外國法等所制定之法規是也。無論爲國家創設及非國家創設。皆以國家之意思爲之。是爲內部之要素。

第二、外部要素。制定法之外部要素。卽法律應具備一定之形式也。國家之意思。非以一

定形式表現於外部。則國民無從知其爲法律而遵守之。故國家意思之表現。須具備一定之形式。此種形式之表現。各國之立法例。不必完全相同。大抵具備一定之形式者。卽生強制之效力。人民有遵守之義務。其不具備一定之形式者。卽不生強制之效力。人民亦無遵守之義務也。茲舉審查法律形式之標準點如左。

(一)是否基於權限之制定。凡法律之制定。必需具有立法權限者。始得爲之。若不屬於立法權限內之法律。人民當然無遵守之義務。以其無強制通行之效力故也。

(二)是否經立法機關之表決。法律須由立法機關之制定。並須經法定手續之表決。若僅由立法機關制定。而未經過法定手續之表決時。則僅可認爲一種草案。而不能認爲真正之法律。如我國民律草案、商律草案等。均未經立法機關之表決。卽自始不發生法律上之拘束力。其明證也。

(三)是否依法公布。法律雖經立法機關之表決。尙應經過公布程序。始能生拘束人民之效力。雖英國之法條。一經國王之裁可。卽認爲有效之法律。但多數立法例。則法律非

經公布。不能生效。而公布之是否合法。又須視會否經過法定機關及法定程序以決定之。且公布與施行。尚有區別。非可混同。有於公布日同時施行者。亦有另定施行期間者。前者如票據法於十八年十月三十日公布。即於公布日施行屬之。後者如民法總則於十八年五月二十三日公布。至同年十月十日施行屬之。要之。法律必須別有明令。始得施行。其在施行以前。尚無拘束之效力也。

(四)法律之實質、是否違背根本法。根本法即憲法。其無憲法者則以約法或其他宣言代替之。如我國臨時約法及現在國民代表會議制定之約法。與美國之獨立宣言、法國之人權宣言等。類皆具有代替根本法之效力是也。國家之政權。既定有根本大法。則凡關於立法、司法、行政、監察、考試諸大端。均須依據根本法行之。否則。根本法既同虛設。其他普通法律。更無效力之可言矣。故凡法律之實質違反根本法時。亦不應發生法律上之效力。惟關於此點。學說上之主張。固有不同。即各國憲法之規定。亦未趨一致。蓋法律是否違背憲法。須經審判官之審定。普魯士憲法第二條。則明定審判官無此項審

查權。美國憲法。則明認審判官有此項審查權。兩國之立法例。適相反對。日本憲法雖無明文規定。惟多數學者。類贊同前說。然法律既違反根本大法。究應以不發生效力為宜。故著者採取後說。

以上四點。為制定法之外部要素。此外關於立法理由之當否。亦有認為應予審查者。然此屬立法者之權限。非立法者以外之權限也。故理由雖有不當。而屬於普通所指之惡法時。人民亦不能不因其具備外部要素而遵守之。即所謂惡法亦法是也。

第二節 習慣法

習慣法者、與法律有同一效力之國民習慣也。習慣法即為不文法。已於前章第五節中言之。惟學者間亦有認習慣法僅為不文法之一種者。但多數學說則以習慣法與不文法完全一致。本書採之。茲分述習慣法之概要如次。

第一款 習慣法之要素

習慣法亦有內部要素與外部要素之別。前者基於國家法律效力之賦與。後者則為國民永續通行之習慣。茲分說如次。

第一、內部要素。習慣法之內部要素。乃國家付以與法律有同一效力之行爲。而非僅國民所有之確信也。蓋習慣與習慣法。尚有區別。習慣云者。關於同一種類之事物。人民認為繼續通行之標準也。其由習慣而成爲習慣法時。學者間之解釋。頗不一致。茲舉其重要者如左。

(一)人民確信說。此說以人民對於從來所行之習慣。信爲法律而遵守之。卽成爲習慣法。其主張蓋根據國民總意說而來。歐洲中世羅馬帝政時代。盛倡此說。然既稱爲習慣。自必爲人民所確信。究竟確信之性質。確信之時期。確信之變更。其標準點應如何認定。均無正確之說明。故此說殊難成立。

(二) 永續慣行說。此說以人民對於某種習慣。永續通行。幾若天經地義而不變者。其習慣即成爲習慣法。英法學者多倡導之。然既稱曰習慣。自己已經過長久之期間。更須永續通行。始得成爲習慣法。此種永續時期。究應以多少歲月爲標準。迄無明確之界限。是此說亦不足採。

(三) 國家默認說。此說以習慣苟爲國家所默認。即成爲習慣法。十八世紀之頃。歐洲學者。多主是說。近世德意志民法學者俾尼古氏仍主張之。然所謂默認者。究係何種表示。殊無一定標準。是默認之習慣與不默認之習慣。仍無區別。故此說亦非正當。

(四) 法院認定說。此說爲英國學者所倡導。謂習慣苟爲國家法院所採用以爲判決之資料者。即成爲習慣法。然法院僅有司法權而無立法權。若以法院所採用者即有法律之效力。是予司法官以立法權。將至法權濫用。危險滋多。故此說仍不足採。

(五) 法定要件說。此說以習慣合於法律規定之要件時。即成爲習慣法。否則。仍爲單純之習慣。而不能與法有同一之效力。惟此種要件。各國立法例。頗不相同。其在英國。

則以(1)自古行之。(2)繼續行之。(3)無爭無疑行之。(4)確定者。(5)有強制力之習慣者。(6)適於條理者。(7)不背於法律及其他之習慣者爲要件。德國則以(1)須爲同一行爲。(2)須爲多年之習慣。(3)須爲法律上之習慣。(4)不問爲人民個人之習慣與人民團體之習慣。(5)不反於善良風俗完全之理性爲要件。我國除與英德要件大體相同外。(1)須有習慣之存在。(2)須不背於公共秩序或善良風俗。(3)須法律無規定。(4)須國家認定時。其習慣乃成爲習慣法。此說之法定要件。雖各國不必盡同。然必各隨其國法之規定決之。究屬允當。故本著採之。

第二、外部要素。習慣法之外部要素。卽國民永續通行之習慣也。分言之。

(一)須爲國民多數之習慣。習慣法之外部要素。須爲國民多數之習慣而非一個人之習慣。一個人之習慣。只爲一個人之偏性。不足認爲與法有同一效力之習慣。又習慣法之外部要素。不必爲國民全體之習慣。亦不必爲國內一般所通行之習慣。如商人間所行之商事習慣。僅行於商人之一部。又如各地方之習慣。僅行於國內之一部。皆不失爲與法相

同之效力。其明證也。

(二)須爲法律上認識之習慣。習慣法之外部要素。須國民對於其習慣有法律上之認識。卽凡一種習俗。必對於同一種類之事物。一般有法律上之確信力。卽有社會規範之效力者。始得稱爲習慣法。若僅爲事實上之慣例。尙無法律卽社會規範之性質者。乃屬單純事實之習慣。不能認其爲習慣法也。如年節昏喪之餽送。雖成爲一般習慣。但不具社會規範之性質。卽不能以法律上之習慣視之。其明證也。

(三)須爲永續通行之準則。凡一種習俗。必須永續通行者。始能成爲習慣法。若僅爲一時慣行之習俗。尙不能以習慣法視之。至究應經過若干歲月。始能發生法律上之效力。則應依社會上一般觀念決之。

第二款 習慣法之效力

關於習慣法之效力。各國立法例及學者間之主張。頗有出入。茲就其主要者言之。可別爲左

之三說。

第一、無法律效力說。此說主張習慣法無法律之效力。其要旨以習慣爲社會自然發生之規範。而非國家制定之法律。故不認其有強制通行之效力。法國學者多主此說。現代拉丁(Brden)民法第六條。沙克遜(Saxen)民法第二十八條。均明定習慣僅能解釋當事人之意思。無法律之效力。且禁止新習慣之發生。卽除明文所特許外。不生何等效力。而法律制定以後。更不許新習慣發生是也。

第二、效力均等說。此說以習慣法與成文法有相等之效力。後出之習慣法。依後法勝前法之原則。並有變更前出成文法之效力。羅馬法、德意志古代法。及歐洲中世羅馬法皇所頒布之寺院法。皆本此旨。現時德意志民法施行法第二條。規定民法法典所稱法律。爲一切法規。卽係明認習慣法與成文法有同等效力之存在。現今德國多數學者。均主張習慣法有變更成文法之效力。

第三、補充效力說。此說以習慣法有補充成文法之效力。卽成文法無規定時。得以習慣法

補充之是也。普魯士國法緒論第三條。凡不爲法典所規定之習慣。皆無效力。奧國民法第十條。習慣法須法典定爲可以適用時。始能適用。日本法例第二條。規定習慣法僅限於爲法令之規定所認者。及關於法令無規定之事項者。始能有效。瑞士民法第一條。則規定限於無成文法時。始能適用習慣法。殆皆認習慣法有補充成文法之效力也。

以上三說中。應以補充效力說爲適當。故我國民法第一條明定民事法律所未規定者。依習慣。蓋卽認習慣法僅有補充成文法之效力也。但此係就一般原則言。若就例外觀之。有時習慣法亦有較優於成文法之效力。卽成文法雖有明文規定。而習慣法得以凌駕之。先資適用。其效力且較成文法爲強。學者間稱此種效力爲優先效力。如民法第七七六條、第七七八條、第七八一條、第七八四條、第七八五條、第七八六條、第七九三條、第八〇〇條、第八三四條一項、及第八三八條各規定。均註明另有習慣者。從其習慣之類屬之。蓋因事關公序。暨涉及土地之事項。其積久相沿之習慣。既不背於公共秩序及善良風俗。未可因法規編訂遽予拋棄故也。又日本商法第二條『關於商事。本法無規定時。適用商慣習法。無商慣習法時。適

用民法。』之規定。更爲一種例外。卽商習慣法對於商法。有補充效力。對於民法。有優先效力。是又補充效力與優先效力併爲認定者也。

第二款 習慣法與成文法之比較

法律既有習慣法與成文法之別。一國法律。究宜以成文法爲主。抑應以習慣法爲主。亦不可不略加研究。關於此點。德意志學者間。曾有劇烈之爭論。卽所謂薩比尼氏與德保氏之「法典爭議」是也。(參照拙著法理學大綱第五章)薩比尼(Savigny)以歷史法學派之眼光。主張法律應爲國民確信及國民意思之產物。不宜輕於立法。致妨礙社會自然之進展。蓋因當時德保氏(Thibaut)主張編纂共通法典。以謀德意志民族之統一。而爲反對之論調也。此種爭論。幾閱八十餘年。迄一八九六年。始折衷兩種學說。而完成德意志之民法法典。表面上雖從德保氏之法典編纂論。而實際上仍不背薩比尼氏之國民確信說。卽民族精神論之真詮也。

至習慣法與成文法併存之理由。則因二者互有短長。可互相補助。故文明各國。咸並重之。

習慣法爲社會生活之自然規範。其利益有二。(一)合於社會之實情。(二)可與社會共變遷。其弊亦有二。(一)難於證明。(二)不易統一。成文法爲國家制定之人爲規範。其利益有三。(一)使社會統一。(二)使交易敏活。(三)易於證明。但亦有二弊。(一)不盡合社會之實情。(二)不能爲詳盡之規定。蓋兩者之內容。各有短長。勢不能不以習慣法之長。補成文法之短。更不能不因習慣法之短。佐以成文法之長。雖近世各國。類以成文法之制定爲急圖。卽夙以習慣法爲基本法之英國。亦有傾向成文法之趨勢。然過視成文法。將不免專著眼於法律之人爲性。而忘却法律之自然性。殊不足以表現民族之真精神。此又國家立法政策上所最宜注意者也。

第三節 法理

法理者、乃法律之原理。卽推定社會上當然必應之處置也。如事親以孝。處友以信。及一切當然應遵守之事理。均屬之、日本民法稱爲條理。我國民法則易爲法理。卽第一條所定「民

事法律所未規定者。依習慣。無習慣者。依法理。『蓋法理爲法律之原理。其意義較普通條理二字爲精確也。』

法理是否爲民法之淵源。學說上頗涉紛歧。奧國民法第七條云。凡無可類推之法規時。則細察當時情況。依自然之法則以爲斷。瑞士民法第一條第二項云。審判官不能發見法律之規定時。可依習慣法。習慣法有缺時。則可依自爲立法人所當定之規定以判斷之。日本裁判事務心得云。無明文者、依習慣。無習慣者、依條理。蓋皆明認法理有補助法律之效力也。法理既有補助法律之效力。其足爲立法當時所採取之資料。無俟詳言。卽其爲法律之淵源。更無待深論。惟學者間因法理由審判官之主觀判斷而定。若認爲法源。不免有與審判官以立法權之嫌。此種主張。殊爲過慮。蓋法理既爲事物當然之原理。則是非之心。人皆有之。審判官行使裁判時。萬不能憑一己之私見。是其所非。而非其所是。則法律上與審判官以此種判斷權。究未必純係主觀作用。且不肯自由裁量之原則。故著者不敢貿然贊同。仍認法理爲民法之淵源。蓋社會情狀。至爲繁複。人事滄桑。變遷靡常。欲盡以成文法網羅之。其勢固屬難

能。卽悉以習慣法補助之。其情亦未必盡當。苟法律不設此種規定。則審判官對於律無明文之法律爭議。將至拒不裁判而貽當事人以損失。殊背法律保護人權之本旨。此民法所以特設法理有補助習慣之效力。而以天理人情之自然法則。爲裁判上之救濟方法也。

第四節 判例及學說

判例者、卽以法院之判決爲慣例、而認爲有法律之效力也。英美法系以判例爲原則法。其最著也。學說者、卽以學者對於法律上之見解、而認爲有法律之效力也。往時羅馬採用三十九大家之學說以爲法律。其明證也。此種判例與學說。對於法律上之補助。極著效益。故亦爲法律之淵源。惟少數學者以審判官及學者均非立法者。其所爲之判決或見解。僅足爲成文法或習慣法之資料。而不能直認之爲法律之淵源。然資料及淵源。其名雖異。其實相同。旣足爲成文法或習慣法之資料。當然可認爲法律之淵源。且各國編纂民法法典之際。其取材於判例及學說者。不一而足。以之爲民法之淵源。尤爲允當。其詳於拙著法學通論法律淵源中敘

及之。

第五節 條約及外國法

條約者、國家與國家間所締結之國際條約也。外國法者、外國所制定之法律也。條約之關於民事者。如通商條約、著作權條約、工業所有權條約等屬之。外國法之屬於民事者。如民法典、商法法典、及其他涉及民事之各法規均屬之。此兩者是否爲民法之淵源。學者間主張不一。有謂條約係國家與他國家間之國際契約。人民無服從之義務。不生法律上之效力。卽不能認其爲法律之淵源。外國法係他國家所制定之法律。本國人民無遵守之義務。更不足認其爲法律之淵源。此種主張。雖不能認爲毫無理由。然條約之批准。屬於國家意思之決定。條約之公布。又爲國家對於人民之表示。其對於人民發生拘束力。甚爲顯明。各國立法之際。其以條約爲參考資料者。實例甚多。故條約應認爲民法之淵源。至外國法爲立法時參考之資料。更無俟詳述。普通所稱之固有法與繼受法。卽由外國法爲法律之淵源而爲之區分也。

如歐洲各國之繼承羅馬法。日本從前之繼受隋唐法。即皆外國法爲法律淵源之實例也。我國以商法之一部併入民法中。亦係採瑞士民商合一之旨。故兩者均應認爲民法之淵源。

第四章 民法之效力

民法之效力云者。卽民法適用之範圍也。民法適用之範圍。可別爲關於事者、關於人者、關於地者、關於時者之四種。關於事之範圍。卽係限於私法關係各事項。已於第二章民法本質中敍及之。茲僅就人地時三者分述如次。

第一節 關於人之效力

關於人之效力云者。卽民法對於如何之人始能適用之謂也。民法爲普通法。其適用之範圍。及於國民之全體。卽有拘束一般國民之效力。茲之所謂一般者。具有兩種意義。(一)不問其居住何處。凡隸本國國籍者、均屬之。(二)不問其國籍如何。凡在本國領土內者、均屬之。

前者謂之屬人主義。後者謂之屬地主義。中世以前之國家。類採屬人主義。如從前之猶太、土耳其、及羅馬。僅有猶太人、土耳其人、及羅馬人之法律。而無猶太國、土耳其國、羅馬國之法律。其明證也。迨至封建時代。諸侯并立。各據土地。互相長雄。其所屬領土以內。無論內外人民。均應受法律之支配。於是遂由屬人主義而變爲屬地主義。如近世之英美法系。尙屬此種主義。其明證也。惟此兩種主義。各趨極端。殊非所宜。故近日乃有折衷主義之發現。而以屬地主義與屬人主義兩者併用、爲原則。卽凡於本國領土內之人民。不問其國籍如何。除有特別原因外。一律適用本國之國法。而對於本國領土外之人民。不問其所在地如何。除有特別原因外。亦一律適用本國之國法。我國及日德諸國之民法。均採此種折衷主義。故我國民法之效力。不僅適用於國內之中國人。卽國外之中國人、及國內之外國人。均得一體適用。惟自清季以來。以條約允許外國在中國有領事裁判權。致使居留中國國境內之一部分外國人。不受我國法律之支配。故民法對有領事裁判權各國在中國之人民。暫時頗不適用。然自動收回法權之議。政府已決計實行。不久當有支配外國人之效力。是尤著者所引領

切禱者。

第二節 關於地之效力

關於地之效力云者。即民法適用於如何地域之謂也。民法關於地之效力。與關於人之效力。具有密切之關係。故應與前節互相參照。

民法爲普通法。故關於地之效力。以通行全國領土爲原則。即領海、領空、亦包含之。此原則雖似與關於人之效力之原則相矛盾。然關於人者。則以屬人主義爲原則。而加以屬地之特例。關於地者。則以屬地主義爲原則。而加以屬人之特例。二者相依。而民法之效力。乃得以調和。茲述關於地之效力之特例如次。

(一) 關於身分、能力、親族、繼承各事項。不依在留國之民法而從其本國民法之規定。

(二) 在內國之外國軍隊及船艦。暨依法享有治外法權者。亦不適用在留國之民法。而從其本國之民法。

(三)關於特別區域。應適用特別法。而不能依普通民法之規定。如我國之蒙古、西藏。日本之朝鮮、台灣等處。均各適用其特殊習慣之特別法是。

(四)如有不屬於何國之土地時。除依國際法之原則外。則由住在其土地之人行其本國法。其在於公海或公空之內者。則行其船舶或航空機所屬國之國法。是皆關於地之效力之特例也。

第三節 關於時之效力

關於時之效力云者。即民法應在何時始能適用之謂也。茲分述其原則如次。

第一、民法自施行日生效。凡法均定有公布施行之期間。蓋所以使人民周知法律存在之方法也。公布之日。與施行之日。不必相同。自公布以至施行之日。稱爲周知期間。其經過此期間之法律。即完全發生法律之效力。民法亦然。我國民法總則編於十八年五月二十三日公布。同年十月十日施行。總則施行法、於十八年九月二十四日公布。同年十月十日施

行。債編、於十八年十一月二十二日公布。十九年五月五日施行。債編施行法、於十九年二月十日公布。同年五月五日施行。物權編、於十八年十一月三十日公布。十九年五月五日施行。物權編施行法、於十九年二月十日公布。同年五月五日施行。親屬編、於十九年十二月二十六日公布。二十年五月五日施行。親屬編施行法、於二十年一月二十四日公布。同年五月五日施行。繼承編、於十九年十二月二十六日公布。二十年五月五日施行。繼承編施行法、於二十年一月二十四日公布。同年五月五日施行。即皆自施行之日始發生強制通行之效力也。

第二、民法之效力不溯及既往。法律之效力。以不溯既往爲原則。即法律僅適用於該法有效後發生之事項。而不得溯及其效力於施行日以前所生之事項者也。民法亦然。此種原則。羅馬時之法律。業已通行。近代各國。更多以明文規定。我國民法各編施行法。均揭明此旨。如總則施行法第一條。規定民事在民法總則施行前發生者。除本施行法有特別規定外。不適用民法總則之規定。債編施行法第一條。規定民法債編施行前發生之債。除本施

行法有特別規定外。不適用債編之規定。物權編施行法第一條。規定民法物權編施行前發生之物權。除本施行法有特別規定外。不適用物權編之規定。親屬編施行法第一條。規定關於親屬之事件。在民法親屬編施行前發生者。除本施行法有特別規定外。不適用民法親屬編之規定。繼承編施行法第一條。規定繼承在民法繼承編施行前開始者。除本施行法有特別規定外。不適用民法繼承編之規定。均係採用不溯既往之原則也。蓋法律關係各事項。既因受舊法之支配而發生法律上之效果。若更使受新法之拘束而轉生變化。則人民之生活。既因法律之更改而受動搖。社會之秩序。亦將因法律之變革而致紊亂。殊背法律保護共同生活之本旨。況新法之制定。在適合社會之新趨勢。與舊法時代所發生之事項。其情形未必符合。強令適用。殊非所宜。此不溯既往之原則所由立。而民法各編施行法。均特設特別之規定也。

第三、不溯既往之範圍。不溯既往之原則。雖為一般所公認。但其適用之範圍如何。學者間頗多爭議。依普通學說之主張。謂此原則在不使新法剝奪舊法既得之權利。是曰既得權

。即人民依舊法已得之權利。如由買賣贈與繼承諸原因而取得之財產。及由契約而得之債權。皆不得因新法之施行而害及之是也。然僅限於既得權。其範圍未免過狹。茲更申述其要點如左。

(一)不溯既往之原則。僅爲解釋上之原則。而非立法上之原則。此種原則。僅能使審判官受拘束。即審判官解釋法律時。應以不溯既往爲標準。若立法者因公益之必要而制定有溯及力之法律。固不受此種限制也。如我國民法各施行法第一條之規定。則係採用此種見解。

(二)不溯既往之原則。僅有相對效力而無絕對效力。審判官於解釋法律之際。欲斷定其有無溯及效力。應依左列之標準。細察其規定之內容。

(子)凡法律中關於事實之規定者。雖以支配將來之事實爲原則。但亦應區別其內容。即(一)若該事實爲法律關係發生之原因時。則凡在舊法時已發生之法律關係。不因新法而受牽動。(二)若該事實係對於新法所規定之法律關係爲其變更或廢止之原因時。則

該法律關係雖係成立於舊法時代。亦應依新法變更或廢止之。如民法施行前所發生之債權債務關係。得依民法之規定。由清償、抵銷、及其他事由而變更消滅之。即其例也。

(丑)凡法律中關於權利之規定者。不僅能支配將來發生之權利。即現在業已存在之權利。其種類若為同一時。亦當受新法之支配。如民法施行前之物權。亦當從民法規定之效力。即其例也。

第五章 民法之沿革

民法之沿革者。即關於民法進化之過程也。茲分各國民法之沿革與我國民法之沿革而約略說明之。

第一節 各國民法之沿革

世界各國之民法。其發達恆較刑法爲後。且其初類屬習慣法。漸次乃進於成文法。而其稍具成文法之雛形者。厥惟羅馬之十二銅標。十二銅標者。即以銅製之牌。鑒於都市。以揭示法律。因其數爲十二。故以十二銅標稱也。其公布在羅馬建國後三百零三年。即紀元前四百五十一年。內分（一）提傳程序。（二）審問程序。（三）執行程序。（四）家長權。（五）繼承及監護。（六）所有權及占有。（七）不動產。（八）私犯法。（九）國法。（十）宗教法。（十一）爲第一至第五之補遺。（十二）爲第六至第十之補遺。其原文早毀於兵。今僅記其概略而已。至民法之漸次發達。大體與各種法律爲一共同經過之程序。茲略述其順序之概要如次。

第一期、古代法時代。此時代僅有專制君主之命令。無所謂成文法。關於民事之適用。特注重習慣法。故法律之效力。僅屬於局部。尙不能普及社會生活之全般。

第二期、嚴格法時代。此時代由主權所定之成文法。漸著效用。一般公私事項。均以成文法爲正義之執行。關於法文之解釋適用。特爲嚴格之注重。故一方生鞏固國家主權強大之結果。他方更認鞏固國家主權強大爲必要。

第三期、自然法及衡平法時代。此時代對於嚴格法主義。發生反動。其結果促進世界國際社會觀念之發達。而以自然法、衡平法、萬民法、爲補正國法之資料。其主眼如次。

(一) 尊重個人人格爲權利之主體。

(二) 由形式趨重實質。

(三) 崇尚信義。

(四) 限制不當得利。

第四期、法律成熟時代。此時代因併用自然法衡平法運動之主張。國法漸臻完備。國際法亦漸形發達。於是法律遂由義務本位之狀態。一變而爲權利本位。其主眼可別爲左之二點。

(一) 個人之平等。

(二) 社會生活之安定。

第五期、法律社會化時代。社會生活。日益複雜。社會政策。深感必要。乃由個人主義。

代以集合主義。由自由放任主義。進爲國家干涉主義。而法律爲社會生活規範之真面目。亦極形發揚。前此以個人爲本位之法律。遂轉而爲社會本位之觀念。此種趨勢。名曰法律之社會化。於是老弱者貧乏者之保護法。及以集合契約爲中心之勞働法等。皆因此新傾向而益趨重要。因此新傾向之結果。對於原來法律上之大原則。頗有種種限制。茲述其概略如左。

- (一) 財產權行使之限制。 卽權利之背於社會生活者。禁止濫用。
- (二) 契約自由之限制。 卽契約雖基於當事人之自由。但以不得違背法規爲要件。
- (三) 處分權之限制。 卽關財產上之處分。應受法律之限制。
- (四) 債權者及被害者之請求權完全滿足之限制。
- (五) 無過失損害賠償責任。及被傭者之行爲、對於雇主之責任。
- (六) 變更從來共有物、及無主物之觀念而爲公有物。
- (七) 關於一家家族在社會上利益之保護。

上述五期。爲民法發生發達之沿革。至民法編別之沿革。可大別爲羅馬式與德意志式之二種。分述如次。

第一、羅馬式編別法。羅馬式之編別法。其法典計分三編。一人法。二物法。三訴法。蓋羅馬人身分最重。以家長爲本位。關於身分之規定。謂之人法。故列人法第一。有人斯有物。故定物法第二。有人與物。乃發生權利義務之關係。因權利義務之爭執。而訴訟以起。乃列訴法第三。嗣後荷蘭、比利時、西班牙、葡萄牙、奧大利、法蘭西及日本舊民法均仿效之。奧國民法分三編。(一)人事編。(二)財產編。(三)人事及財產通則編。法國民法亦然。(一)人事編。(二)財產編。(三)所有權取得編。其系統均屬於羅馬式。

羅馬式之編別法。學者間頗多批難。如不設關於權利義務共通規定之總則。對於人格及能力事項。復與親屬關係混合規定。債權法不另行分編。而訴訟法混入實體法之中。其最著者也。嗣後承襲羅馬式諸國。雖除去訴訟編。並縮小物權編之範圍。增長債權法之地位。然究無補於羅馬式之缺陷也。

第二、德意志式編別法。德意志式之編別法。與羅馬式相對立。其民法之編次。共別爲五。第一總則編。第二物權編。第三債權編。第四親屬編。第五繼承編。惟物權債權之次序。頗有出入。有列物權爲第二編而居於債權之先者。亦有列債權爲第二編而居於物權之先者。前者因物權之發達。較債權爲先。其效力亦較債權爲強。故列物權第二。爲沙克遜民法所首倡。日本現行民法從之。後者因債權於人類生活之需要。關係最鉅。且爲取得物權之方法。故列債權第二。爲德意志民法所首創。我國舊民法草案從之。現行民法。仍係採此種主義。瑞士民法亦然。但僅分爲人事、親屬、繼承、物權四編。而債權則另頒債務法行之。是又爲德意志式之變格也。

德意志式之特點有五。(1)特設關於權利義務共通規定之總則編。(2)不列訴法。以免實體法與程序法相混淆。(3)物權債權各設專編。(4)特置親屬編。俾免人格及能力等與親屬關係混淆。(5)繼承不僅爲取得財產之方法。故特設專編。凡此均德意志之特點。而較羅馬式之編別法爲優良者也。

第二節 我國民法之沿革

我國法律。居世界七大法系之一。法律發達之沿革。可大別爲五期。自伏羲至陶唐。爲法律萌芽時代。自陶唐至商末。爲法律成熟時代。自周初至戰國。爲法律發達時代。自秦漢至清季。爲法律因襲時代。自清末至現在。爲法律鼎新時代。民法之沿革。亦復相同。茲就其概要說明之。

第一期、萌芽時代。我國法律。肇始於大皞伏羲氏。易繫辭下卷云。『古者包犧氏之王天下也。仰則觀象於天。俯則觀法於地。觀鳥獸之文、與地之宜。近取諸身。遠取諸物。於是始作八卦。以通神明之德。以類萬物之情。作結繩。爲網罟。以佃以漁。蓋取諸離。』此爲體會天地自然之大法適用於人類社會之始。約當西歷紀元前三千四五百年間。去民國紀元前五千三四百年也。

自時厥後。學術產業。代有進步。國家建置。亦次第完成。於是法律制度。陸續誕生。易

繫辭下卷云。『神農氏作。——日中爲市。致天下之民。聚天下之貨。交易而退。各得其所。』是爲民事中關於商事法規之始基。又『重門擊柝。以待暴客。』是爲公安制度之始基。至『上古結繩而治。後世聖人易之以書契。百官以治。萬民以察。』則爲記事文書及契約制度之淵源。是卽萌芽時代之概略也。

第二期、成熟時代。唐虞之際。典章文物。大有可觀。堯典曰。『克明俊德。以親九族。九族既睦。平章百姓。百姓昭明。協和萬邦。黎民於變時雍』是爲宣示政綱之誥令。又曰。『乃命羲和。欽若昊天。歷象日月星辰。敬授人時。』是爲頒布歷法之誥令。舜典曰。『象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。扑作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。』卽爲頒布刑法之誥令。蓋象者、法也。典者、常也。象以典刑云者。國有常法、以資遵守也。流者、放逐之義。流宥五刑者。凡犯五刑之罪而情有可宥者。卽不執行五刑。而僅放逐於他方也。鞭爲刑具。鞭作官刑者。以鞭爲治官事之刑也。扑卽夏楚。亦刑具也。不勤於業者。則以扑撻之。故扑爲專用於教育之刑。金卽罰金。情可原而法不能恕者。可令其納金以

贖之。眚者、過失也。災者、害也。眚災肆赦者。因過失而罹法者可以赦免也。怙者、不悛也。怙終賊刑者。則凡怙惡不悛者。應終以刑治之也。故虞書可稱爲我國最初之成文法典。成於距今四千三百年前。約當西歷紀元前二十三世紀之頃。直可認爲世界最古之法典也。厥後夏啓甘誓之作。『予惟恭行天罰。左不恭於左。汝不恭命。右不攻於右。汝不恭命。御非其馬之正。汝不恭命。用命賞於祖。不用命戮於社。予則奴戮汝。』實開軍法之先河。商書伊訓之篇。『判官刑。儆於有位。曰。敢有恆舞於宮。酣歌於室。時謂巫風。敢有殉於貨色。恆於遊畋。時謂淫風。敢有侮聖言。逆忠直。違耆德。比頑童。時謂亂風。惟茲三風十愆。卿士有一於身。家必喪。邦君有一於身。國必亡。臣下不匡。其刑墨。』是爲後代官刑之所本。此卽成熟時代之概略也。

第三期、發達時代。周代禮樂刑政。集於周官。上自王朝。下至庶民。內自王畿。外抵藩服。所有動定興居。衣食服物。乃至死生吉凶。人事變遷各事項。靡不悉具一定之法度。總覽周禮一書。實包含憲法、行政法、土地法、租稅法、教育法、民刑商事法、乃至訴訟

法、國際法種種法規。實爲我國最完全之法典。完成於周成王初年。約當西歷紀元前一千一百年。民國紀元前三千年也。

周官組織。以六官爲綱。天官冢宰。總御百官。謂之治官。地官司徒。職司教化。謂之教官。春官宗伯。職司典禮。謂之禮官。夏官司馬。職司軍政。謂之政官。秋官司寇。職司刑獄。謂之刑官。冬官司空。職掌工事。是爲工官。六官皆率屬六十。各有職事。復於各職事之中。遇事爲具體實質之規定。并詳列其手續。故周官一書。又實爲實體法與程序法兼備之法典。而與禮記、儀禮等書。同爲關於民事事項之重要法規也。

戰國初期。魏李悝集列國之法與歷代之制。作法經六篇。東西學者咸以此爲吾國法典之始。其內容一盜法。二賊法。三囚法。四捕法。五雜法。六具法。秦商鞅改法爲律。更令民五家相保。十保相連。而實行連坐之制。其不告姦者腰斬。告姦者與斬敵首同賞。匿姦者與降敵同罰。民有二男以上。不分異者。倍其賦。有軍功者各以率受上爵。爲私鬥者、各以輕重被刑。令既具。更徙木立信。行之十年。道不拾遺。家給人足。民皆勇於公職。怯

於私門。鄉邑大治。此卽發達時代之概略也。

第四期、因襲時代。漢高祖入關。頒布三章約法。卽殺人者死。傷人及盜抵罪。餘悉除去。秦法。久之、三章不足以應用。蕭何乃取李悝法經六篇。更增戶律、興律、廐律三篇。號九章律。而民事之戶婚事件。始以明文規定。其後歷魏、晉、唐、宋、元、明、清各朝。雖律例編纂。時有所聞。然類皆因襲舊制。核其性質。大半屬諸刑事。而民事迄少發達。且公法私法。互相混淆。而實體手續。更鮮區分。沿至清季。列強藉口法律幼稚。致有領事裁判權之設。不能不引爲因襲時代之缺憾也。

第五期、鼎新時代。前清末葉。始從事立法事業。若商律、公司律、法院編制法、刑事訴訟律、民事訴訟律等。或僅擬具草案。或已公布施行。然綜其次第。大抵程序法較先。實體法次之。刑事立法較先。民事立法次之。民法法典之編纂。肇始於清光緒三十三年。設立修訂法律館。聘日人松岡義正氏起草。共分五編。脫稿於宣統三年。卽所謂前清民律草案是也。民國肇興。仍繼續編纂法典事業。初設法典編纂會於法制局。旋改隸於司法部。

易名曰法律編查會。後仍稱修訂法律館。對於從前民律草案。重加修改。洎民國十四年三月二日。由軍政府以明令公布。同年七月十四日。復奉令延期施行。迄十八年五月二十三日。乃由國民政府公布重新制定之民法總則編。而債編物權親屬繼承各編。亦次第公布施行。遂成爲今日最新改良之完全民法法典。而中華法系之榮譽。遂因鼎新之機連而日進無疆矣。至各編公布與施行日期。已於關於時之效力中敍及。故不贅。

第六章 民法之解釋

民法之解釋云者。卽確定民法意義之謂也。民法之意義。包含甚廣。非有正確之解釋。則適用上必感困難。故解釋之重要。幾與立法無異。各國咸重視之。學者間且以法律學爲法律解釋學。蓋因法律類係抽象之規定。必待具體之解釋故也。此種解釋之需要。不僅民法爲然。其他之成文法及習慣法等。均無不然。

解釋法律之方法。可大別爲強制解釋、與學理解釋之二種。茲分節說明如次。

第一節 強制解釋

強制解釋者。其所解釋之意義。即視爲法律之真正意義。有一定之效力。對於人民及法律之執行者。均能發生強制力之謂也。因其具有法律之效力。一稱法律解釋。又因其解釋具有威權。亦稱有權解釋。此種解釋。就一般法規言。可細別爲立法解釋、司法解釋、及行政解釋三種，茲分述如次。

第一、立法解釋。立法解釋者。即由立法機關以法律解釋法律之謂也。此種解釋方法。可細別爲二。其一、於本法中特設規定者。如民法總則第六十六條、至第六十九條。及刑法中特設文例之規定等屬之。其二、另定法律以爲解釋者。如民法總則施行法、債編施行法、物權編施行法、親屬編施行法、繼承編施行法。以及其他各法之施行細則等均屬之。此種解釋。完全以法律解釋法律。故有拘束一般之效力。惟於此有應行注意者。即凡參與立法機關或起草人所爲法律之見解及言論。不生拘束之效力。以其係個人之私見。並非國家

之意思故也。

第二、司法解釋。司法解釋者。即司法官對於法律所爲之解釋也。此種解釋。由司法官獨立自行其意見。不必問立法者之意思如何。與上級官之意思如何。而僅憑自己之知識與學力以爲法律上之見解也。其最具有威權者。厥惟最高法院之解釋例及判決例。以最高法院爲全國最高審判機關。且有統一解釋法令之權。故其對於請求解釋事件所爲之解釋例。固有拘束全國司法機關及人民之效力。即其對於人民訴訟案件所爲之判決例。各司法機關及人民。亦咸有遵守之義務。惟其效力。只限於司法部分。較諸立法解釋爲稍遜耳。

第三、行政解釋。行政解釋者。即行政機關關於法律施行事項。對於下級機關所爲之解釋也。此種解釋。下級機關應絕對遵守。但其效力。僅以行政機關爲限。且除該施行事項以外。即無拘束力。

以上三種。前二種於民法攸關。後一種則純屬行政範圍。與民法無涉。特敘之以供學理上之參考耳。

第二節 學理解釋

學理解釋者。即僅依學識及理論上之見解以闡明法律之意義者也。因其不具法律上之威權。故一稱無權解釋。又以其出自學者間之自由意見，一稱私見解釋。又曰自由解釋。此種解釋。雖乏法律上之強制力。然往往有精慎周詳。足供國家機關之參考。而為強有力之根據。且更為法律之淵源者。故此種解釋。亦關重要。茲大別為文理解釋、論理解釋、反面解釋、及類推解釋四者而說明之。

第一、文理解釋。文理解釋者。即依據文字之意義與文典之法則，以闡明法律之內容者也。一稱文字解釋。又曰文典解釋。此種解釋。雖一以法文之字義為主眼。但一字含有數義者。所在多有。故當實施解釋時。應注意次之四原則。即（一）須以平易通常之意義解釋之。（二）須注意法文用字之慣例。（三）須貫通法律之全部。不可斷章取義。（四）須攷慮法律之安定性及社會之情狀。以上四點。為文理解釋之四原則。必四者兼備。始能闡明法律之

內容。否則。謬誤滋多。真義轉失矣。

第二、論理解釋。論理解釋者。即不必拘泥於字句。而由推理作用以闡明法律之意義者也。但法律上之文字。亦須兼顧。故論理解釋。與文理解釋。常有輔車相依之勢。二者不可偏廢。茲述論理解釋之種別如次。

(甲)當然解釋。當然解釋者。即推究立法者之本旨、與法文之理論、以釋明法律之意義者也。如禁止人力車通行。則凡汽車馬車均當然不得通行之類屬之。

(乙)擴張解釋。擴張解釋者。即擴張法文之意義、以闡明法律之內容者也。蓋社會事物之情狀。千差萬別。法律勢難賅括而無遺。不可不擴充其意義以解釋之。如殺人放火。表面上似係指有積極行為言。然消極行為。有時亦足構成殺人放火之罪。是即適用擴張解釋之明證也。

(丙)縮小解釋。縮小解釋者。即縮小法文所規定之範圍。以闡明法律之意義者也。一稱限制解釋。此種解釋。與擴張解釋相反。即擴張解釋。係伸張法律規定之範圍。而縮小

解釋。則縮小法律規定之範圍也。如民法上之土地所有權。雖及於地之上下。但亦有相當限制。而不能上至天空。下至地底。皆可絕對行使其權利。是即縮小解釋之適例也。

(丁)變更解釋。變更解釋者。即變更法文通常之意義。而以特殊之理論解釋之之謂也。如民法所稱之善意、惡意。與通常所指之善意、惡意不同。其所謂善意者。係指不知情者言。其所謂惡意者。係指知情者言。是即變更其意義以爲解釋之適例也。

(戊)補正解釋。補正解釋者。即對於法文之錯誤。而設法以爲之補正者也。蓋當制定法律時。因立法者之不熟練或不注意。致發生違反其真意之規定者。亦爲事實上所難免。勢不得不設法以匡正之。惟此種解釋。極爲危險。非立法者確有明顯之錯誤時。不宜輕於採用也。

(己)沿革解釋。沿革解釋者。即以法律成立前歷史之材料以闡明法律之意義者也。如舊日之成文法、習慣法、判例、學說等。足以釋明法文之疑義者。均可援用爲根據之類是。

第三、反面解釋。反面解釋者。即對於法文所規定之事項而可由反面以推論其結果者也。此種解釋。本爲論理解釋之一。但以其係反面之推求。故特別爲一項。如民法第二條規定。『民事所適用之習慣。以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。』由反面推論。則凡屬違背公共秩序或善良風俗之習慣。均不能適用。即其例也。

第四、類推解釋。類推解釋者。即法律對於特定事項無規定時。而擇取關於類似事項之規定以解釋之之謂也。此種解釋。刑法上絕對禁用。而民法學者。則主張得採用之。惟類推解釋之性質。學說上尙乏定論。大別之約有立法說、處分說、與解釋說之三種。第一說、認此種解釋之性質。等於立法。第二說、則主張係審判官之一種處分。第三說、則主張仍係一種解釋方法。著者認第三說爲當。蓋社會情事。千差萬別。欲盡以法條規定之。其勢難能。擇取類似之規定以解釋之。乃審判官應盡之職責。既非立法。亦非處分。而實爲一種正當解釋之方法也。

第七章 民法上之權利（附義務）

民法上之權利者。即關於民法上所認定之權利也。分述其概要如次。

第一節 權利之本質

關於權利本質之學說。約分兩派。即權利否認說與權利肯定說是也。茲分說如次。

第一、權利否認說。權利否認說。即根本不承認權利存在之學說也。其所持理由。頗不一致。有謂權利係法律之反射作用。僅有法律而無權利者。亦有謂權利僅屬一種抽象之形容詞。而不能爲具體之存在者。更有謂僅爲各個權利之存在。而無一般權利之觀念者。然此等主張。徵之理論及實際上。均有不合。故無足採。

第二、權利肯定說。權利肯定說者。即承認一般權利觀念存在之學說也。細別之又有意思說、利益說、與折衷說之三種。分述如次。

(甲)意思說。此說爲德儒康德氏(Kant)及海格爾氏(Hegel)所主張。卽謂權利爲法律所付與之意思力。人類欲全其生活。非有意思力不可。但自然意思力。僅屬腕力。不得謂之爲權利。必法律付與之意思力。始得謂之爲權利。故權利者。基於法律而創造者也。然意思爲一種手段。此外須有一定之目的。此說僅注重單純之意思。而不知有目的。故亦無採取之價值。

(乙)利益說。此說爲德儒耶林氏(Hirring)所唱。卽主張以利益爲權利之本質。雖足以補意思說之缺陷。然從實際上觀察。其在法律上享有權利者。不必常受利益。而享受利益者。又不必盡有權利。此說以權利與利益混同。亦難認爲允當。

(丙)折衷說。此說係折衷意思說、與利益說以定權利之本質。卽謂權利者、由意思力與利益相結合者也。耶林氏之徒。雖贊成此說。而仍偏重利益。海格爾氏之徒。雖贊成此說。而仍偏重意思。故此說仍不免爲學者所非難。

以上三說。均不足採。茲更就著者所見而爲權利之定義曰。

權利者。由法律創定以保護人格者之特定利益也。

由右之定義而分析說明之。

第一、權利者利益也。茲所謂利益。非指金錢上之利益。乃指具有滿足之意義言。如行使所有權。則可使用、收益、或處分其物以滿足自己之利益。又如行使債權。則可請求他人爲金錢物品之給付。或使履行某種行爲。以滿足自己之利益均屬之。此種利益。並不以直接滿足爲限。卽由間接以滿足之者。仍不失爲權利。如基於代理權所得之利益是也。

第二、權利者人格者之特定利益也。人格者、係指法律上具有人格者言。卽得爲權利之主體者也。權利之主體爲人。人有自然人與法人之別。其詳容後述之。茲之所謂權利者。卽指自然人與法人之特定利益。非自然人與法人以外之利益。蓋除自然人與法人以外。不能爲權利之主體故也。

第三、權利者法律所創定也。權利是否因法律而創定。抑法律僅爲權利之保護。從來學者。議論紛紜。至近世學者。則羣以義務先法律而存。權利後法律而生。卽所謂由義務本位

進而爲權利本位是也。（參照拙譯法理學大綱第十二章法律之本位）彼天賦自由之說。雖爲一時自然法學派及政治家所主張。然係基於政治上之作用。而非法律上之權利也。法律上之權利。乃法律所明認之利益。其非經法律所明認者。雖有利益。亦不能行使。卽不得視爲權利。故曰權利者。法律所創定也。

第四、權利者因法律之保護而存在也。權利不僅爲法律所創定。更須賴法律之保護。其無法律之保護者。仍不得謂之爲權利。如所有權本基於法律之設定。苟有侵害所有權之人。而法律不加以保護。則所謂所有權者。將徒有其名。且漸至無存在之希望矣。故必法律於設定所有權後。仍加以相當之保護。庶所有權被侵時。特施以相當之制裁。然後所有權乃能存在。故曰權利者。因法律之保護而存在也。

第二節 權利之類別

法律有公私之別。權利亦然。惟此種標準。學說紛紜。其詳已於拙著法學通論中敘及之。民

法爲私法。故其所應研究者。厥惟私權。惟關於公權私權之概要。亦不可不略加說明。即公權者、公法上之權利也。私權者、私法上之權利也。公法上之權利。係由統治關係而生。私法上之權利。則非由統治關係而生。詳言之。即凡立於統治關係時。國家或公共團體對於私人所有之權利。或私人對於國家或公共團體所有之權利。是爲公權。而公權以外之權利。則爲私權也。

公權私權之別。不在其主體而在其行爲之性質。故雖國家或公共團體爲主體。而其行爲之性質屬於財產權之範圍者。仍得爲私權。如公共建築物之管理經營、及一切普通買賣行爲均屬之。又雖以私人爲主體。而其性質屬於統治關係時。仍得爲公權。如選舉權、行爲請求權等屬之。又此二種權利之區別。不在其發生之原因。如特許權本基於行政權之作用而發生。而其實質則在保護私人之利益。故仍屬於私權。裁判權本因防止個人間之紛爭而發生。而其實質則在維持國家之安寧秩序。故仍屬於公權。其明證也。又公權私權之區別。不在其是否關於財產上之利益。如親權本與財產上之利益無關。而不失爲私權。租稅徵收權純係關於財產

上之利益。而不失爲公權。其明證也。

公權之分類。屬於公法學之範圍。民法爲私法。故僅就私權之種類說明之。

第一款 財產權及非財產權

財產權及非財產權。乃以私權內容爲標準而區別之權利也。分述如次。

第一、財產權。財產權者、得以金錢計算之權利也。換言之。即支配不害權利主體所有之人格或地位之本質得以分離之法律貨物之私權也。法律貨物。有可與人格地位分離者。有不可與人格地位分離者。前者如日用器具雖分離而無礙於本質屬之。後者如身體因分離而失其存在屬之。故凡因分離而無害於人格或地位者。謂之財產權。其有害於人格或地位者。謂之非財產權。財產權之種類。通常以物權債權爲主要。而智能權亦附麗其中。茲分列如次。

(甲)物權。物權者、不俟他人之行爲。直接支配其物之權利也。各國民法。對於物權。

概有明確之規定。惟其編制。頗有不同。羅馬法則分爲(一)所有權。(二)役權。(內分人的役權、及物的役權二種。人的役權更別爲用益權、使用權、住居權、奴隸使用權四種。)(三)永佃權。(四)地上權。(五)質權。(包含抵當權。)(德國則分爲(一)所有權。(二)地上權。(三)役權。(內分地役權用益權二種。)(四)先買權。(五)土地負擔。(六)抵當權、土地債務、及定期土地債務。(七)質權。(內分動產質權、權利質權二種。)(法國則爲(一)所有權。(二)役權。(內容同羅馬法)(三)動產質權。(四)抵當權。(認地上權爲所有權之一種形式。至不動產質權、永佃權、優先權、留置權等。則均認爲債權。)(瑞士則爲(一)所有權。(二)役權。(內分地役權、用益權、及其他役權。)(及土地負擔。)(三)不動產擔保。(內分抵當擔保、附債務及定期金。不動產擔保、附債權之發行。)(四)動產擔保。(內分質權、留置權、權利質、當業質、證券質等。)(日本則爲(一)占有權。(二)所有權。(三)地上權。(四)永佃權。(五)地役權。(六)留置權。(七)優先權。(內分一般優先權、動產優先權、不動產優先權。)(八)質權。(內分動產質權、不動產

質權、權利質權。) (九) 抵當權。我國民法。物權編之編制。則以物上之法律關係爲標準。蓋物上之法律關係。有可以管領物之全部效用者。有僅爲管領物之一部效用者。而物之效用。大體不外物之使用、收益、及處分。故我國民法物權編。首列以物之使用收益及處分之全部效用爲內容之所有權。次列以物之使用收益及處分之一部效用爲內容之限制物權。其屬於以物之使用收益爲內容者。則爲地上權 永佃權、地役權、及典權之四種。其以物之處分爲內容者。則爲抵押權、質權、(內分動產質權、及權利質。)&留置權之三種。而吾人欲享有物之使用收益及處分等效用。非對於物有事實上之管領力不可。故更設占有之規定。而以之殿於全編之末。其詳當由物權編研究之。

(乙) 債權。債權者、權利人使他人爲積極行爲或消極行爲之權利也。質言之。即特定人間請求爲特定行爲之法律關係也。享有請求特定行爲之權利之一方。是爲債權方面。其享有債權之人。即爲債權人。反之。應負擔其請求義務之一方。是爲債務方面。其應負擔債務之人。即爲債務人。合之稱曰債權當事人。故債乃特定人間之關係。就債權人方

面言之。則曰債權。就債務人方面觀之。則曰債務。總括債權人債務人間之全體法律關係。即曰債權關係。或債務關係。各國民法。均設債權編之規定。我國民法。則因債權二字。僅能表示債權之一方。而不能賅括債務。兼不免有保護資產階級之傾向。故特刪去權字。僅以債稱。庶債務方面。亦得有特別之保護。此即我國民法之特點也。至債權發生之原因。有獨立發生及附隨他項法律關係而發生之別。民法債編。則僅就獨立發生之原因特別規定。如契約、代理權之授與、無因管理、不當得利、及侵權行為五種是也。其由他項法律關係而發生者。則附隨各該法律關係規定之。如因物權關係(即共有)及親屬關係所生之債是也。其詳應於債編研究之。

(丙)智能權。智能權者、即因精神活動之產物取得法律上保護之權利也。智能權一稱專用權。又曰無形財產權。其目的專為保護精神上之權利而設。蓋精神上之作用。關係文化極鉅。苟無法律以保護之。則權利無所歸屬。文化難期發達。此近世各國所以對於智能權之保護。均有詳備之規定也。如著作權、特許權、意匠權、商標權等皆是。茲更分

述其要略如左。

(1) 著作權。著作權者、即關於學說著述上之權也。關於著作權之性質。學者間之主張不一。有謂著作權爲所有權。宜屬之物權者。因所有權可以隨意處分支配。著作權亦然。或自行出版。或售贈他人。均無不可。故認爲所有權。又有謂著作權宜屬之債權者。因著作權係供社會一般人之利用。一般人因受著作作品之影響。必增進相當之智識。應對於著作作者爲相當之報酬。此報酬卽爲債權發生之原因。故宜列入債權。兩種主張。雖亦各具理由。但所有權之目的物。以有體物爲限。而著作係精神上之作用。與有體物不同。卽不能以所有權視之。債權者乃特定人間請求爲特定行爲之法律關係。著作權并無相對之特定人。其著作作品是否爲社會所歡迎。著作人亦難預定。與債權之性質有別。且著作不必以獲得報酬爲目的。有專以發表意思爲主旨者。有以昌明絕學爲己任者。尤不可以債權目之。我國民法雖列出版於債編之中。(參照民法第五一五條至第五二七條)然係指出版契約。非指著作權之本體。著作權既爲精神上之作用。故應以屬之智能權。

爲適當。近日各國有所謂著作同盟。即專爲保護著作權而設。凡翻印書籍。未經著作
者之許可。即應負賠償責任。同盟各國。合爲一體。我國現雖置身局外。但文化日闢
。著作日富。且於債編中已特設專節(債編第二
章第九節)規定。其保護之周詳。較之同盟各國
。有其過之。無不及也。

(2) 特許權。特許權者、專用發明之權利也。發明之階段有三。(一)構思。(二)實驗
。而進於實用矣。其經過此三階段者。即認爲藝術上之發明。所有發明之物品。國家當
與以專用權。俾資獎勵。如各國關於機械之發明者。即予以機械之專賣權。關於槍砲
之發明者。即予以槍砲之專賣權。他人不得仿造之。其明證也。

(3) 意匠權。意匠權者、以美觀的構思而爲美術品之發明之權利也。此種意匠權之作
用。不在於物品實質上之創造。而在形式上之美觀。蓋人類之心理。競尙新奇。凡有
鮮麗之作品。靡不爭相購置。故美術品之發明。於工業上之交易。關係至鉅。法國最

獎勵之。故巴黎工藝。特擅專長。美次之。英次之。我國亦宜極力獎勵。以謀美術上之發展也。

(4) 商標權。商標權者、於製作之商品。加以特定之記號。而專用此記號之權利也。意匠權爲獎勵工藝而設。商標權則爲振興商務而設。商標於國家經濟上。大有關係。因商標爲信用之標的。欲求貨物之暢銷。端賴商標之信用。故各國均有保護商標之法。至商標權究屬何種權。亦有種種學說。有主張宜屬之人格權者。有主張宜屬之智能權者。今從後說。以商標既爲商品之標識。亦不外爲精神之作用。自應以屬諸智能權爲宜也。

第二、非財產權。非財產權者、非以金錢計算之權利也。換言之。乃支配非害權利主體之人格或地位。即不得分離之法律貨物之私權也。通常稱之爲人身權。以其與權利主體之本身有密切之關係。而爲不可分割之權利也。惟人身權與人格權有時同義。不如稱之爲非財產權之較爲精確也。非財產權中。可大別爲人格權及身分權之二種。分述如次。

(甲)人格權。人格權者、即以人格爲標的之權利也。此種權利之特徵。在與權利主體之人格相終始。質言之。即人格存在。權利亦隨之存在。人格消滅。則權利亦隨之消滅。而爲絕對不可分離之權利也。細別之。約有七種。

(1)生命權。即保持個人生命安全之權利。

(2)身體權。即保持個人身體安全之權利。

(3)自由權。即保持個人身體意思自由之權利。

(4)名譽權。即保持個人在社會上所有地位之權利。

(5)信用權。即保持個人在社會上所有信用之權利。

(6)姓名權。即禁止他人盜用個人自己姓名之權利。

(7)肖像權。即禁止他人傳播個人自己影像之權利。

(乙)身分權。身分權者、即以身分爲標的之權利也。此種權利之特徵。在與權利主體之身分相終始。細別之。約有四種。

(1) 親屬權。即父母對於子女及夫對於妻之權利。

(2) 家長權。即家長對於家屬之權利。

(3) 監護權。即監護人對於被監護人之權利。

(4) 繼承權。即繼承人關於繼承上應享有之權利。

第二款 絕對權及相對權

絕對權及相對權之區分。係以私權之效力為標準。茲分別說明如次。

第一、絕對權。絕對權者。可以對抗一般人之權利也。詳言之。即其權利之所在。權利人

有請求一般人均勿加以侵害之權利。而一般人亦均有不為侵害其權利行為之義務也。如房屋為甲之所有權。甲有請求一般人勿加侵害其房屋之權利。一般人亦均有不侵害其房屋之義務。苟鄰舍之樹枝。遮蔽甲屋之光線。或樹根滋生屋內時。甲得主張其所有權以除去之。並不問該樹之為何人所有也。是為絕對權。但此種權利。有時亦因第三者之權利而受限

制。如所有人貸借其所有物於第三人時。則對於此第三人。不得完全行使其所有權是也。歐洲大陸諸國。謂之絕對權。英美學者。稱對世權。其義均同。絕對權之內容有三。(一)以有體物爲目的者。如動產不動產之所有權屬之。(二)以無體物爲目的者。如智能權屬之。(三)以人爲目的者。如以子爲目的之親權。以妻爲目的之夫權屬之。親權夫權。雖對於特定之一私人而行。但對於該特定人可主張之。而對於一般人亦得主張之。一般人且均有不得妨害其親權或夫權之義務。故亦屬之絕對權。學者間稱身分權爲絕對權。其理由實基於此。

第二、相對權。相對權者、乃得對抗於特定人之權利也。換言之。即得以請求特定人爲一定行爲之權利也。故有此權利者。不僅得向特定人請求勿侵害其權利。並得請求該特定人爲權利內容之行爲。如甲爲債權人。乙爲債務人。甲不僅得向乙請求勿妨害其權利。並得請求乙爲債務之履行是也。但此種權利。有時亦得對抗第三人。如第三人買受債務人之財產。顯有妨害債權人之權利時。則債權人得以其債權之效力對抗之。使之取消其買賣。是

又相對權之特例也。茲之所謂相對權者。僅指對於特定人之權利言。故學者間稱相對權爲對人權。蓋所以表示與絕對權爲對世權相對待之意義也。

相對權之最著者爲債權。而法人與社員間之權利。亦可謂之相對權。如法人可令社員交付資本金。是爲法人得以對抗社員之權利。社員可自法人總財產中支取利息。是又社員得以對抗法人之權利。皆屬於債權外之相對權。

第三款 專屬權及非專屬權

專屬權與非專屬權之別。係以是否得爲權利之讓與爲標準。茲分述如次。

第一、專屬權。專屬權者、不得讓與之權利也。換言之。即常附着於權利人一身之權利也。此種權利之特質。不能讓與或繼承。其權利之主體。若有變更時。則該權利即失却其效力。如夫權不得與爲夫之地位相離。親權不得與爲親之地位相離。以及人格權之不得與其本人之地位相離等屬之。

專屬權有廣義與狹義之別。從廣義言。則僅指不能由他人行使之權利為專屬。如股東權雖不能由他人行使。而可以讓與、繼承是也。從狹義言。除專指其歸屬（即不許讓與繼承）為專屬外。不必行使之權利。亦認為專屬。故在此狹義權利中。有僅不許讓與繼承而可由他人行使者。如終身定期金是。亦有不許由他人行使者。如夫權是。

第二、非專屬權。非專屬權者、專屬權以外之權利。換言之。即可以讓與之權利也。此種權利。具有移轉性。不因讓與繼承而失其效力。故稱非專屬權。如物權、債權、及專用權等。皆可移轉讓與於他人。即其例也。

第四款 主權利及從權利

主權利與從權利之區別。乃以是否得為獨立存在之權利為標準。分述如次。

第一、主權利。主權利者、獨立存在之權利也。換言之。即不待他權利而能獨自存立之權利也。如所有權可不待他權利而獨立存在。即屬於主權利。故主權利又稱為獨立權利。

第二、從權利。從權利者、必附屬於他權利始能存在之權利也。換言之。卽以他權利爲其成立及存在之要件之權利也。如地役權常附屬於所有權而存在。擔保物權常附屬於債權而存在。是地役權與擔保物權均爲從權利。卽其例也。故從權利又稱爲附屬權利。

主權利與從權利之區別。在保交易上之安全。茲更就二者之關係而說明之。(甲)主權利不成立。從權利亦不成立。主權利消滅。從權利卽不能獨存。如甲乙間之債權爲主權利。其利息債權、抵押權。則爲從權利。倘債權自始無效。則利息債權及抵押權。亦當然無效。又如債務業已清償。債權歸於消滅。則利息債權及抵押權。亦歸於消滅。卽其例也。雖事實上有時先清償主債權。而後清償利息債權。或抵押權先消滅而債權後消滅者。然係基於當事人之特約及合意。乃例外情形。非原則也。(乙)取得主權利時。卽取得從權利。如取得債權時。卽同時取得利息債權及抵押權之類是。(丙)主權利及從權利可以同時移轉。但不得將從權利單獨移轉。如將債權讓與他人。則利息債權及抵押權。可以同時讓與。而不能僅將利息債權及抵押權單獨讓與之類是。蓋因從權利爲附屬權利。故其發生、消滅、移轉。均以附隨主權利

爲原則也。

第五款 原權及救濟權

原權及救濟權之區別。乃以是否直接由法律發生之權利爲標準。茲分述如次。

第一、原權。原權者、法律直接發生之權利也。詳言之。卽生於法律之自然。不俟他人侵害而始存在之權利也。如所有權直接由法律發生。而不俟他人之侵害始行存在。是爲原權。故原權又稱爲第一權。

第二、救濟權。救濟權者、非法律直接發生之權利也。詳言之。卽他人侵害原權時、因救濟而生之權利也。如所有權爲原權。若他人對此種原權加以侵害時。則所有人因防止其侵害。可請求侵害人回復原狀或賠償其損害。此項請求權。乃因他人之加害行爲而發生。是爲救濟權。故救濟權又稱爲第二權。

原權與救濟權之區分。爲英美學派所唱導。茲更述其關係之要點如次。

(甲)原權破而救濟權生。即救濟權之發生。純係救濟原權。苟原權不受侵害。則救濟權當然無存在之必要。故救濟權之發生。乃以原權被侵爲前提。

(乙)原權有法律上之效力。乃因救濟權之存在。原權之所以具有法律上之效力。全賴救濟權之維持。若無救濟權以保護之。則原權實等於虛設。如所有權之得由所有人完全行使其使用、收益、及處分之權者。乃因所有人有排除他人侵害之救濟權。始能保持其所有權行使之效力。其明證也。

(丙)凡絕對權均屬原權。相對權則有屬原權者。亦有屬救濟權者。絕對權乃可以對抗一般人之權利。他人均有不得侵害其權利之義務。故皆屬原權。相對權則因其身分或契約而生。其由身分或契約而得之權利。屬之原權。其由於不正之損害而發生損害賠償之權利。則屬之救濟權。

(丁)原權有絕對權或相對權。救濟權則常爲相對權。如所有權乃原權。屬於絕對權。關於生命、身體、名譽、自由等權利。亦同。其因身分或契約而生之權利。雖爲原權。然其性

質屬相對權。故原權有絕對權與相對權二種。至救濟權則爲對於原權被侵害而始生。其所對抗者皆爲特定之人。故純屬相對權。

第六款 請求權抗辯權支配權及形成權

請求權、抗辯權、支配權、及形成權之區分。乃以權利之作用爲標準。茲分述其概要如次。

第一、請求權。請求權者、得請求他人爲一定行爲或不爲一定行爲之權利也。其請求爲一定行爲者。是爲積極請求權。如請求爲債權之給付屬之。其請求不爲一定行爲者。是爲消極請求權。如請求勿侵害其所有權屬之。又請求權有僅能一次行使者。亦有能繼續或反復行使者。前者如債權請求爲全數之清償或買賣請求爲一次之給價屬之。後者如電燈之請求繼續納費或房屋之請求繼續納租等屬之。前者爲一個請求權。固無疑義。後者是否係一個請求權。抑係數個請求權。學者間之主張。頗有出入。有以爲數個請求權者。有以爲一個請求權者。亦有主張應視其發生之原因而定者。三說中應以最後說爲適當。

請求權有絕對請求權、與相對請求權之別。絕對請求權。一稱物上請求權。相對請求權。一稱對人請求權。茲分述如次。

(甲)絕對請求權。絕對請求權者。乃對於一般人行使之請求權也。此種請求權。係基於物權、無體財產權、親屬權等之絕對權而發生。故一稱物的請求權。其內容在請求不為一定行爲。故恆屬於消極請求權。

(乙)相對請求權。相對請求權者。乃對於特定人行使之請求權也。此種請求權。係基於債權、社員權等之相對權而發生。故一稱人的請求權。其內容不僅在請求為一定行爲。並得請求其不為一定行爲。故兼屬積極請求權與消極請求權之二種。而適為債權之內容。

請求權與訴權有別。從來學者對於請求權與訴權。往往混同。其實訴權為程序法上之權利。乃個人請求國家為裁判權之發動。屬諸公權。請求權則為實體法上之權利。其內容在請求為某行爲或不為某行爲。屬諸私權。兩者之性質。顯有差異。

第二、抗辯權。抗辯權者、得拒絕他人所請求行爲之權利也。即他人請求爲某行爲或不爲某行爲之際。可對之行使反抗之權利。故一稱對抗權。又稱曰給付拒絕權。

抗辯權可細別爲二。有僅屬暫時制止請求權者。稱爲延期抗辯權。如同時履行之抗辯、保證人之抗辯屬之。有永久制止請求權者。稱爲永久抗辯權。如我國民法及德國民法關於消滅時效之抗辯屬之。凡請求權經永久抗辯。即歸消滅。

又請求人對於相對人之抗辯權。可更爲反對之主張。其行使此種反對之主張者。謂之再抗辯權。其性質與抗辯權無異。但與訴訟上所稱之抗辯不同。蓋訴訟上之抗辯。乃被告用爲防禦方法之一切主張。有純爲訴訟上之抗辯者。亦有屬實體上之抗辯者。惟其內容係否認請求權之存在。或主張請求權之已經消滅。究與抗辯權之性質迥殊。

第三、支配權。支配權者、得爲特定行爲之權利。即就於權利客體得爲法律所許之行爲之權利也。其內容有二。(一)爲權利人得支配客體之力。(二)爲權利人請求他人不爲一定行爲之力。其作用更細別爲二。(子)排他性。一稱獨占性。即請求他人勿爲同一之支配是也。

。(丑)禁止妨害性。即請求他人勿妨害其支配是也。故就其支配之客體觀之。可別支配權爲左之四種。

(一)物權。即以物爲客體。

(二)準物權。即以權利爲客體而依物權之原則適用之。

(三)無形財產權。即以無形之智能創作爲客體。如著作權、特許權、商標權等屬之。

此名稱爲德儒戈里氏 (Koller) 所倡。法國學者除著作權外。概稱曰工業所有權。爲現時國際條約所沿用。

(四)人格權。即以權利人本身爲客體。其種類已於本節第一款中述之。

第四、形成權。形成權者、得依特定行爲使生法律上一定效果之權利也。申言之。即依權利人一方之行爲。使權利發生變更、消滅、或生其他法律效果之權利也。此名稱爲德律塞克耳氏 (Seckel) 所創。奧德滿氏 (Ortmann) 等從之。日本學者多沿用此名。其特質在能以單獨行爲發生法律上之效力。此權利未行使以前。對於原存之法律關係。毫無變化。不過

有引起變化之可能性。學者間從此著眼。故稱曰能爲權，又此權利一經行使之後。則對於原存之法律關係。必發生一種變化。學者從此着眼。乃稱爲形成權。此形成權中具有種種形態。有使新法律關係發生者。如無權代理之承認權屬之。有使原法律關係變更者。如選擇債務之選擇權屬之。有使原法律關係消滅者。如撤銷權、撤銷訴權、抵銷權、解除權等屬之。此外如前列之抗辯權。足以阻止相對人請求權之效力。亦可認爲形成權之作用。形成權與支配權之異點。即在無支配之客體。其與請求權之異點。即在非要求他人爲一定行爲。又此種權利。無相對應之義務。更與普通權利不同。

第三節 義務

義務之範圍極廣。即凡吾人對於自己或他人及外物所有之責任。均包含之。故有道德上之義務。有宗教上之義務。有社交上之義務。有法律上之義務、及其他種種義務之別。茲之所謂義務者。僅指法律上之義務言。分述如次。

第一款 義務之觀念

義務者、法律上強制個人行爲或不行爲之責任也。依此定義而分析之。

第一、義務者責任也。責任者、非指何等規定言。乃指其必當服從法律規範之謂也。凡負法律上之義務者。欲不受法律之制裁。則必就法律之所命而避法律之所禁者。乃克有濟。此義務所以認爲責任也。

第二、義務者行爲或不行爲之責任也。行爲指作爲言。不行爲指不作爲言。一爲積極責任。一爲消極責任。法律之作用。卽對於一個人命令其某行爲或不爲某行爲者也。吾人苟不欲觸犯法律之規定。則凡法律所命令之行爲。有進而爲之之責任。法律所禁止之行爲。有避而不爲之之責任。此義務所以爲行爲或不行爲之責任也。

第三、義務者法律之強制責任也。義務之範圍甚廣。前已說明。故欲區別義務之屬於法律、或不屬於法律時。應以有無強制力爲標準。其放棄責任而法律不加制裁者。則爲法律外

之義務。其放棄責任而應受法律之制裁者。則爲法律上之義務。此義務所以又爲法律之強制責任也。

第二款 義務之類別

義務之種別。可由種種觀察點而區分之。茲述其主要者如次。

第一、積極義務及消極義務。積極義務者。即應爲一定行爲之謂也。消極義務者。即不應爲一定行爲之謂也。前者以作爲爲義務。後者以不作爲爲義務。買賣應貨物兩交。是爲積極義務。不得毀壞他人物品。是爲消極義務。故凡對於絕對權之義務。概屬消極。而對於相對權之義務。則有消極與積極二種。

第二、孤立義務及對立義務。孤立義務者。不與權利相對待之義務也。對立義務者。與權利相對待之義務也。私法上之義務。多屬後者。如不毀壞他人所有物之義務。係與所有者之權利相對應。清還債務之義務。係與債權者之權利相對應。其明證也。公法上之義務。

則多屬前者。如當兵納稅之義務。別無相對應之權利。其明證也。

第三、公法上之義務及私法上之義務。公法上之義務者。公法所規定之義務也。私法上之義務者。私法所規定之義務也。前者如憲法、刑法、行政法、民刑訴訟法、規定之義務屬之。後者如民法及民事特別法、所規定之義務屬之。

第四、第一義務及第二義務。第一義務與第二義務之區別。係與權利之原權及救濟權(即

一權第
二權)

相對應。第一義務者。即以不侵害他人之原權而存在者也。換言之。即不侵害他人

權利之義務也。第二義務者。即以不侵害他人之救濟權而存在者也。換言之。即侵害他人權利時所應受制裁之義務也。如不可侵害他人之所有權。是為第一義務。侵害他人權利時應負損害賠償之責。是為第二義務。故第一義務破。而第二義務生。亦猶原權破而救濟權生也。

第四節 義務與權利之關係暨法律之本位

權利與義務。自一般言之。兩者固常相對立。故多數學者遂認義務爲權利必有之現象。且謂權利之反面。卽爲義務。而義務之反面。卽爲權利。然從公法上觀之。其僅有義務而無權利者。所在多有。如當兵納稅之義務。其明證也。卽就私法言。亦不乏有義務而無權利之實例。如登記及公告之義務。均無相對應之權利。又其明證也。故權利與義務必相對待之主張。究難認爲允當。

又法律本位之普通觀念爲權利。故以法律爲權利之規定。法律學爲權利之學。乃現代學者之通說。甚有唱權利先法律而存在者。然從實際研究。此種主張。究與社會進化史及法律發達史之內容相違。蓋權利觀念者。乃人類社會於某程度進化後爲法治之產物而發生者也。故有法律之處。不必具有權利。更何能認權利先法律而存在耶。考人類社會進化之第一步。於團體凝固現象之前而第一發生者。厥惟義務觀念。而社會之重心力。卽因此義務之強要而發生法律。故義務先法律而存在。而法律乃由義務本位而發生發達者也。其最初發生發達之義務。對於社會重心力之最高權力。爲服從之義務。因此服從之結果。遂對於同團體員之他人、

爲法律上義務之確定。而權利觀念。乃對此同團體員之結果而發生。更因個人之發展充實。由個人與最高權力對抗之結果而確定發達者也。至是遂由義務本位而移於權利本位焉。法律之進化。雖由義務本位移於權利本位。但強制義務與保護權利。究非法律終局之目的。法律終局之目的。在於維持人類之共同生活。促進社會之公共利益。故法律之理想。終應以社會本位爲依歸。但理想非一躍而至。故當個人不自覺時代。法律爲義務本位。迄個人自覺時代。法律爲權利本位。洎社會自覺時代。法律遂不能不進爲社會本位。今已爲第三期之開始。故今日之法律解釋。應爲社會本位。今日之法律適用。應爲社會本位。今日之立法政策。亦應爲社會本位。而我國今日之民法。乃基於社會本位。而以注重社會公益、力求男女平等、保護私人經濟。實行民商合一之旨。遂闢世界法律之新紀元焉。

本論

第一編 權利之主體

吾人於研究權利主體之前。應先特別注意者。厥惟法律關係。法律關係者。卽以法律規定人類之生活關係也。人類欲全其生活。不可不有維持其生活關係之規範。故道德家則有道德規範以支配其生活關係。宗教家則有宗教規範以支配其生活關係。而國家則有法律規範以支配人類之生活關係。其以法律上之規範支配人類之生活關係者。是爲法律關係。法律所規範之內容。大抵不外聽許、強要、或禁止之三點。質言之。卽不外爲權利義務之規定。故法律關係。又可謂爲權利義務之關係也。生活關係之要素有三。(一)生活者。(二)生活資料。(三)生活者相互間。或生活者與生活資料間之聯絡。法律既爲規定生活關係而設。故法律關係之要素。亦可大別爲三。卽(一)權利義務之主持者。學者間稱爲權利義務之主體。一節稱權利

之主體。(二)權利義務依據之資料。學者間稱爲權利義務之客體。一簡稱權利之客體。(三)主體相互間或主體與客體間之聯絡。學者間稱爲權利義務之得喪變更及行使。一簡稱爲權利之得喪變更及行使是也。民法總則編之內容。卽就此三要素而規定其共通適用之原則。著者爲便於研究計。特分爲四編。第一編權利之主體。第二編權利之客體。第三編權利之得喪及變更。第四編權利之行使。惟茲之所謂權利。係指私權方面言。因民法係私法。其所規定者卽爲私權之關係故也。茲依次而說明之。

第一章 權利主體之概念

權利之主體云者、卽得享受權利負擔義務而於法律上具有人格者也。我國民法單稱曰人。德國民法則稱曰人格者。其種類有二。卽自然人與法人是也。古代法律。雖自然人亦不必具有法律上之人格。如奴隸制度時代之奴隸。家族制度時代之家屬。皆無法律上之人格。卽不能爲權利之主體。其明證也。亦有本非自然人而具有法律上之人格者。如人類組織之社會團體

。法律上認其有人格。即可爲權利之主體。又其明證也。近代多數立法例。類採平等主義。凡屬自然人。固得爲權利之主體。即依法具有人格之法人。亦得爲權利之主體。故我國民法總則第二章所規定人之意義。乃包括自然人與法人而言。與通俗之所謂人者有別。與日本民法所稱之人。亦復不同。蓋日本民法上之人。與通俗所稱之人。其義均僅指自然人言。我國修正民律。亦同此旨。惟現行民法則係採取廣義。比較上實爲精確。

又權利主體。與享有特定權利者。其義不同。享有特定權利者。係指權利現實歸屬之主體言。即權利人之義也。茲之所謂權利主體。係指在法律上得享有權利之資格言。即有權利能力者之義也。雖有時權利人亦稱爲權利之主體。其實質究與享有法律上權利之資格者不同。蓋權利主體。係指享有權利之名義者言。而權利人則指權利之行使者與權利之受益者言。故前者爲權利之享有。僅有權利能力足矣。不必爲有_レ意思能力之人。且不必爲享受利益之人也。後者爲權利之實行。不僅具有權利能力。且須具有意思能力。其無意思能力者。須由法定代理人行使之。故實際上必爲有_レ意思能力之人。且更恆爲享受利益之人。是即兩者區別之要點

也。

關於權利主體中應先研究者。厥惟權利能力、意思能力、行爲能力及責任能力之四種。茲分節說明其概念如次。

第一節 權利能力之概念

權利能力者。即享有權利之能力。申言之。即得爲權利主體或義務主體之資格者也。此種權利能力。僅爲享權利負義務之前提要件。非即實質上之權利也。古代法律。權利主體之資格。與義務主體之資格。不相一致。如羅馬時代之奴隸。在法律上僅有義務能力。即僅有義務主體之資格。而無權利能力。即不有權利主體之資格是也。近世各國。廢除奴隸制度。於是權利能力。與義務能力。始相符合。其具有權利主體之資格者。同時亦具有義務主體之資格焉。惟權利能力。有公法上之權利能力、與私法上之權利能力二種。公法上之權利能力。不必盡人皆有。如司法官吏須具有法定資格。其明證也。私法上之權利能力。則不問爲自然人

與法人、或本國人與外國人。皆享有之。民法係私法。故茲之所謂權利能力。係指私權能力。（即私法上之權利能力）言。至公權能力。（即公法上之權利能力）應讓公法學中說明之。

權利能力。非天然之能力。乃法律上賦與之能力。如古代奴隸之無權利能力。與現代法人之具有權利能力。純基於法律上之予奪。其明證也。此種權利能力。既基於法律之創設。故各人於其生存中。均得享有。且凡關於權利能力之規定。均與公共秩序有關。屬強行法規。各人不得任意拋棄其權利能力。並不得讓與、限制、創設或變更之。如民法第十六條規定權利能力不得拋棄。蓋即禁止個人為權利能力之讓與、限制、創設、或變更。致妨礙其個人之人格權也。又我國民法係採平等保護主義。無論自然人、法人、中國人及外國人。均視為具有權利能力。而為權利之主體。

第二節 意思能力之概念

意思能力者。即具有普通辨別之意識能力之謂也。申言之。即對於通常事物具有意思上之認

識力與預見力之謂也。其爲民法法典所明認者。厥惟沙克遜民法十八條。他國民法。則鮮有明白規定。僅爲學者間之用語而已。至意思能力之本質。應就法律行爲及侵權行爲之關係比較說明之。

第一、意思能力與法律行爲之關係。關於此點。學說上計分二派。

(甲)法國法學派。法國法學派。分行爲能力爲天然能力與法定能力之二種。法定能力。

由於法律之規定。天然能力。則基於人性之本然。意思能力者。即基於人性之本然而屬諸天然能力者也。與法定能力相對待。故必兼有法定能力與天然能力二者。乃得認爲有行爲能力。而爲法律上之行爲能力人。法國法系諸國之立法例及學說。多主張之。(國法

民法第九〇一條、第一一〇八條)瑞士民法第十六條。且明認意思能力爲判斷力。蓋即以意思能力爲法律行爲之要件也。

(乙)德國法學派。德國法學派之主張。則謂意思能力爲意思表示之要件。而非行爲能力之要件。即當實行法律行爲之際。其欠缺意思能力者。認爲意思表示要件之欠缺。而與

行爲能力無關。德國民法即係採此見解。(參照德國民法第一〇四條、第一〇五條)普魯士及奧國民法亦同。

(參照普魯士國法第一部第一章第二五條、第二九條、第四章第二〇條、第二九條、第六卷第三九條、第四一條。奧國民法第二二條、第八六五條、第一三八〇條。)我國民法之見解。亦屬此派。

第二、意思能力與侵權行爲之關係。關於此點。亦分兩說。甲說謂侵權行爲無須責任能力

。故不以意思能力爲要件。乙說則謂侵權行爲。須具有責任能力。故以意思能力爲要件。惟意思能力與責任能力。是否爲同一觀念。學者間之主張。尙有出入。著者則認意思能力與責任能力僅爲名義上之差異。其內容實相一致。故關於此種主張。應以乙說爲當。

以上係關於意思能力之本質。至意思能力判定之標準。學者間及立法例亦有不同。大別爲左之三種。

(甲)生理主義。生理主義之主張。謂意思能力有無欠缺。應以精神狀態爲標準。即凡精神狀態欠缺者。斯爲欠缺意思能力。反是、則爲具有意思能力。日本民法(參照日本民法第七一三條日本刑法第七

三九)及法國刑法(法國民法第九〇一條、法國刑法第六四條)均係採此主義。

本論 第一編 權利之主體 第一章 權利主體之概念

八九

(乙)心理主義。心理主義之主張。謂意思能力是否欠缺。應以心理作用爲標準。即凡心理作用不完時。斯爲欠缺意思能力。反是、則爲具有意思能力。瑞士民法及奧國刑法。均採此種主義。其詳於瑞士能力法第四條、舊債務法第三十一條、及奧國刑法第二條規定之。

(丙)折衷主義。折衷主義之主張。謂意思能力有無欠缺。應以精神狀態及心理作用二者爲標準。故凡精神狀態有欠缺者。固爲意思能力之欠缺。心理作用有欠缺時。亦爲意思能力之欠缺。輒近學者。多從此種主義。

以上三主義中。應以折衷主義爲正鵠。蓋必着眼於生理及心理二者。乃能得真確之判斷也。如精神病人之欠缺意思能力。是基於生理上之判斷。而酗酒人之欠缺意思能力。乃基於心理上之判斷。其明證也。

第二節 行爲能力之概念

行爲能力者。即人之行爲有發生法律上效果之能力也。與權利能力。不可混同。權利能力。

係僅享有法律上權利之資格。而行爲能力。則爲實行權利之資格者也。權利能力。僅指私權之享有。行爲能力。則爲私權之實行。故有權利能力之人。不必具有行爲能力。而凡有行爲能力之人。則必具有權利能力。此兩者區別之要點也。

又行爲能力與意思能力。亦有區別。行爲能力。雖以意思能力爲要件。但意思能力。僅屬於生理及心理之狀態。而行爲能力。則爲法律賦與之資格。故有行爲能力之人。雖皆爲有意思能力之人。而有意思能力之人。又不盡爲有行爲能力之人也。

行爲能力。有廣狹二義。廣義之行爲能力。乃法律行爲能力、不法行爲能力、及特別行爲能力之總稱。分述如次。

(一)法律行爲能力。法律行爲能力者。即得爲法律行爲使之有效之能力也。分言之。第一、法律行爲須有一定要件。即當事者欲使生一定法律上效力之意思表示而生法律上效力之行爲也。一稱適法行爲。如買賣行爲屬之。第二、有效之法律行爲云者。乃法律所允許之行爲而不得取消之行爲也。如行爲能力人所爲之買賣行爲屬之。

(二)不法行為能力。不法行為能力者。乃得為不法行為責任人之能力也。分言之。第一、不法行為者。即違背法規侵害他人權利之行爲也。一稱違法行爲。如甲毀損乙之所有物之行爲屬之。第二、責任人因違法行爲所生之損害。須具有責任能力者。始負損害賠償之責任。若無責任能力人之行爲。雖加損害於他人。仍不負損害賠償之責。如未滿七歲人之行爲及禁治產人之行爲屬之。(參照民法第一三條及第一五條)故不法行為能力。係指具有不法行為能力之責任能力言。

(三)特別行為能力。特別行為能力者。乃得為特別行為使之有效之能力也。特別行為。係法律行為以外之適法行為。如代理人欲為自己與本人之法律行為。須得本人之許可(民法一〇六條)是也。法律行為以外之適法行為。學說上稱特別行為。而法律行為。則稱為一般行為。故所稱特別行為能力。係指得為有效之特別行為之能力言。

以上三種。係廣義之行爲能力。狹義之行爲能力。即僅指第一種法律行為之能力言。民法總則所規定之行爲能力。係採狹義。又民法關於行爲能力之規定。大抵與公共秩序有關而為強

行法規。故拋棄、限制、創設、變更。均不得任意爲之。雖民法第十六條僅規定行爲能力不得拋棄。但依類推解釋。當然不能由私人任意限制、創設或變更之也。

第四節 責任能力之概念

責任能力者。即關於其行爲有負法律上責任之能力也。換言之。即基於一定之行爲具有法律上制裁之力量也。權利之主體爲人。前已說明。但人因其智識程度及精神狀態之不同。又可別爲能負責任、及不能負責任之兩種。凡具有通常之智識程度及通常之精神狀態者。爲有責任能力。反之、則爲無責任能力。有責任能力者之行爲。依法應負責任。即其爲法律所不允許之行爲時。(違法行爲) 依法應負損害賠償之責任是也。無責任能力者之行爲。依法不負責任。即其爲法律所不允許之行爲時。依法不負損害賠償之責任是也。對於無責任能力者之行爲。學者謂係一種自然界之現象。其行爲之結果。與其人之精神。無因果關係。不能認爲真正之違法。故其行爲雖明屬違法。依法仍不處罰。蓋以其人之精神能力。不能預見其行爲之有

無危險。自不能施以法律上之制裁也。質言之。即其人之智識欠缺。無意思上之識別力。法律上不能不特別保護之。

責任能力與意思能力。是否一致。學者間之主張。頗有不同。有謂責任能力爲對於法律上負責之能力。而意思能力則爲個人辨別事物之能力。兩者各有區分者。亦有主張具有辨別事物之能力即具有法律上負責之能力。兩者完全相同者。著者採取後說。

第二章 自然人

第一節 自然人之概念

自然人者、具備人類之形態而爲權利義務之主體者也。人之意義有二。通俗所稱。係指人類。即天然生存之最高等動物也。法學所稱。係指人格者。乃法律上認爲權利之主體者也。茲所謂人者。係從第二義。但因其與法人有別。故稱曰自然人。古代人類。不必均爲權利之主

體。前已說明。今則奴隸制廢。凡屬人類。皆得爲權利之主體。學者因其具有人類之形態。一稱有形人。

自然人從法律上觀察。可得爲種種區別。卽從年齡上觀之。則有成年人與未成年人之別。從精神狀態觀之。則有行爲能力人、限制行爲能力人、及無行爲能力人之別。從國籍之內外觀之。則有內國人及外國人之別。從男女兩性觀之。則有男子及女子之別。其詳容後說明之。又從生理學上研究之。更有一身而兼具男女兩性者。俗謂之雌雄人。法律上不認其爲男女兩性之存在。必須用鑑別之方法。其屬男性之組織較多者。則確定其爲男子。其屬女性之組織較多者。則確定其爲女子。因男女間之區別。在我國民法採男女平等主義。雖比較上無關重要。而在採男女不平等制度之他國。則此種區分。關係最鉅。不能不有鑑定之必要也。至鑑定之方法。屬諸醫學家之範圍。茲不備述。

第二節 自然人之權利能力

關於權利能力之意義。前已說明。茲特就權利能力之範圍、權利能力之始期、權利能力之終期、及外國人之權利能力四點。分別說明如次。

第一款 權利能力之範圍

權利能力之範圍者。即關於權利能力行使之劃界也。權利能力既屬享受私權之能力。則何者始有此種能力。又其行使之界限如何。均不可不加以研究。茲述其原則如次。

第一、權利能力。凡自然人皆享有之。此種原則。依我國民法第六條之規定。可認為凡屬人類。均得享有。更無須另設專條也。瑞士民法第十一條第一項。關於此點。特設明文規定。似覺贅敘。

第二、權利能力。凡出生之自然人當然享有之。權利能力。既為盡人享有。則凡已出生之自然人。即當然取得此種能力。如我國民法第六條規定人之權利能力。始於出生。其明證也。雖他國戶籍法。規定出生尚應履行呈報程序。但屬人口登記問題。與權利能力無涉。

第三、權利能力。凡自然人皆平等享有之。權利能力。本以平等享有為原則。惟因國籍關係。各國立法例。致有本國人與外國人之區分。外國人之權利能力。當設專節述及。本國人之權利能力。則法律上一律平等。不因性別、年齡、身分、種族、階級、宗教而有差別。雖妻不有夫權。學者間認為一種例外。但係基於生理上之自然。非法律上之歧視。故仍不礙平等享受之原則。

第四、權利能力。凡自然人於法律範圍享有之。權利能力。係自然人之人格權。故凡在法

律範圍以內。各自然人皆享有之。且不許自行拋棄。(民法一六條)倘人格權受侵害時。被害人

有請求法院救濟之權。(參照民法一八條)蓋凡在法律範圍以內。各自然人均得享有之。其踰越法

律範圍以外時。則應受法律上之制裁。因自然人雖各有保護自己人格權之權利。但亦均負有不得侵害他人人格權之義務也。

第五、權利能力。凡自然人於生存期間繼續享有之。權利能力。既為出生之自然人所享有。故凡自然人於生存期間。均得繼續享有此種能力。換言之。若非生存期間之自然人。即

不能享有此種能力。如民法第十六條規定人之權利能力。終於死亡。其明證也。故凡未出生之自然人。固不得享有權利能力。即凡已死亡之自然人。亦不得享有權利能力。惟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。（民法第七條）是爲例外之規定。而終不害生存期間繼續享有之原則也。

第二款 權利能力之始期

權利能力之始期者。即自然人之權利能力。應以何時爲起點之謂也。關於此點。民法上設有原則與例外之規定。茲分述如次。

第一、原則。人之權利能力。始於出生。此種原則。各國民法。均是認之。如我國民法第六條。德國民法第一條。瑞士民法第三十一條。日本民法第一條。皆有明文規定。即其例也。惟關於出生之概念。未經定明。故學者間頗多異說。茲就出生之意義分別說明之。

出生者、乃爲人類之嬰兒。依自力保有其生命。而自母體分離之事實也。故其要件有三。

(一)須以自力保有其生命。即須不爲死體而產生。其爲死體而產生者。不得謂之出生。因之不有權利能力。亦不有自然人之人格。至嬰兒是否依自力保有其生命。乃事實問題。當以分娩時在場各人之證言及法醫學上之實驗定之。依一般之通說。大抵以嬰兒能完全呼吸空氣時。認爲保有其生命。

(二)須與母體全然分離。凡未與母分離者。是爲胎兒。尙不能獨立存在。僅屬母體之一部。而非完全之人類。即不能具有權利能力。但出生後切斷臍帶與否。於胎兒之獨立呼吸無關。又其出生係基於自然。抑出自人爲。亦可不問。蓋近日醫學發明。常有用手術而生者。故僅與母體分離足矣。

(三)須離母體後仍然生存。即離母體後。須仍然保持其生命。惟保持之久暫、及有無生活能力。又其形態有無異狀。均所不問。

凡具以上三要件者。始得謂之爲出生。至出生之先後。應以離母體之先後爲準。普魯士國法第一章第十五條對於雙生子曾設明文規定。其出生之先後不明者。則以抽籤定之。我國

民法雖無規定明文。但亦可作同一解釋。

關於出生之存否及其時間。若因法律上重要關係發生爭議時。應以通常之證據方法證明之。惟欲達立證之目的頗難。故各國關於人類之出生。均須依法登記。既可以詳知一國人口之總額。復足為出生事實上之證明。法至善也。

第二、例外。胎兒為母體之一部。非自然人。故以不有權利能力為原則。惟各國立法例。對於胎兒之保護。曾設例外之規定。就其主要者言之。約有絕對主義、與相對主義之二種。

(一)絕對主義。凡關於胎兒個人之利益。以將來保有生命為要件。均視為既已出生。而為權利之主體。此主義為羅馬法所創。普魯士、瑞士等民法均倣之。

(二)相對主義。僅限於特定事項。為保護胎兒之利益。始視為既已出生而為權利之主體。德意志、法蘭西、及日本諸國民法從之。

我國立法例。則規定胎兒以將來非死產者為限。關於其個人利益之保護。視為既已出生。

(民法第七條) 既汎稱個人利益之保護。而不設列舉之規定。則凡關於胎兒應享私權上之利益。均包含之。其屬第一主義。甚為顯明。

又關於胎兒享有權利能力之性質如何。學者間之主張。約有擬定說與條件說之二種。前者謂胎兒之權利能力。乃法律所擬定。於出生前即已享有。法國學派。多主此說。後者謂胎兒之權利能力。乃以出生為條件。須待出生以後。即以非死產者為限。始能遡及既往而取得出生前所發生之權利。德國學派。多主此說。我國民法。係採後者。細繹法文。其旨自明。

第三款 權利能力之終期

權利能力之終期者。即自然人之權利能力。應以何時為終點之謂也。自然人之權利能力。既以出生為要件。則其權利能力之享有。當然只限於生存。故前述權利能力之範圍第五點。以自然人於生存期間繼續享有為原則。換言之。若自然人不能生存而既已死亡。即應喪失其權

利能力。而不能為權利之主體。蓋自然人既已死亡。即視為死體。依法不能認其具有人格。其理由與死體之胎兒相同。故我國民法。明定自然人之權利能力。終於死亡。（民法第六條）而瑞士民法第三十一條亦特設明文規定。他國民法雖乏明文。當亦可以死亡為權利能力之終點也。

惟死亡係指自然之死亡言。即完全斷絕呼吸之謂也。故必完全斷絕呼吸之自然人。乃認為喪失法律上之人格。而為權利能力之終止。若僅係死亡之宣告。則與自然之死亡不同。雖民法第九條規定受死亡之宣告者。亦推定其為死亡。但不過對於生死不明之人。為法律關係之確定。若其人實際生存。固仍得為權利之主體也。

關於死亡之證明、與死亡時期之證明。我國民法僅就宣告死亡人及同時失蹤人設推定之準則。（民法第八條第九條第一條）此外雖乏詳明之規定。但凡主張死亡之事實者。應負舉證之責任。是又可依一般舉證方法而為當然之理論也。

第四款 外國人之權利能力

外國人者。即不有本國國籍之人也。就我國言。凡不有中國國籍之人。皆爲外國人。其無任何國籍之人。亦爲外國人。反之。有中國國籍之人。固非外國人。即有外國國籍而又有中國國籍之人。亦非外國人。民法總則施行法第二條所稱之外國人。係專指外國之自然人言。與日本民法所稱之外國人同義。至外國法人。則於民法總則施行法第十二條規定之。與日本民法第二條及第三十六條之規定相同。

外國人享有權利之範圍。有公權與私權之別。私權以外國人亦得享有爲原則。以受條約法令之限制不得享有爲例外。公權則視其性質定之。無所謂例外與原則。蓋公權中有以愛國心爲必要者。亦有不然者。如爲官吏之公權。以愛國心爲必要。外國人無愛內國之心。是以各國立法例。皆以不許外國人享有此種公權爲通則。其不以愛國心爲必要之公權。則可使外國人享有之。如訴權與愛國心無關。故以外國人享有訴權爲通例。訴權一曰保護請求權。使外人

有提起訴訟之權。足徵保護之公平。不使外人有爲官吏之權。係基於立國之方略。此種規例。最屬持平。

至私權之享有。則除有害國家之利益者加以限制外。外國人幾與內國人同。卽所謂內外人同等主義是也。但此種主義。非一蹴而幾。由歷史上考之。實經過種種變遷而來。茲述其沿革之概要如次。

第一期、敵視主義。敵視主義者。卽視外國人爲仇敵之主義也。此種主義之觀念。咸視外國人爲仇敵。每一相遇。輒謀殺害。故對於外國人。恆設種種虐待方法。其不能享有私權。更無論矣。此種主義。爲狩獵時代所盛行。其時人民。因生產上之能力。尙未發達。欲維持其生活。必行使攘奪手段。故內外之界限綦嚴。而以非種必鋤爲主眼。

第二期、差等主義。差等主義。一稱不平等主義。卽雖不仇視外國人而爲輕視外國人之主義也。如我國向日外國人爲夷狄而自稱天朝。其明證也。此種主義之觀念。恆重視內國之禮教。而輕視外國人之文化。外國人僅有互市之權。若入內國住居。則常被陷害。蓋當中

古之初。人類由狩獵時代。漸進於畜牧及農業時代。人民之團結力漸強。而生產力亦較進步。故其對外觀念。不採敵視主義。而與外國人相接近。不過仍以不平等主義出之耳。

第三期、條約相互主義。條約相互主義者。即關於外國人之權利。互以條約訂定之之主義也。如甲國人在乙國得享有之權利。乙國人在甲國亦得享有之。彼此訂立約章。其昭信守。即其例也。蓋外國不許內國人享有之權利。而內國竟讓外國人享有之。其損於國家之威權。無俟詳論。故彼此權利之範圍。應以條約限定之。此主義為中古以來國家所採用。蓋由農業時代進於工商業時代。彼此交通益繁。始悟外國人之文化。與內國人無甚差別。於是遂由歧視之心。漸進而為約定之旨。現在瑞典、法蘭西、比利時等國。皆採此種主義。惟條約僅由外交家以意思定之。對於私權之範圍。不能逐一規定。且不能適用於無條約國之外國人。故此種主義。仍非完善。

第四期、法律相互主義。法律相互主義者。即關於外國人之權利。互以法律規定之之主義也。其內容與條約相互主義略同。惟變條約為法律。比較上可以持久。且更確實。故瑞士

、匈牙利、奧地利諸國採之。然人事紛紜。欲將一切私權。悉行規定。亦屬難能。且對於無國籍之外國人。不能適用。是此種主義。亦未盡善。

第五期、內外人同等主義。內外人同等主義。一稱平等主義。即外國人在法律上之權利。一以平等爲原則之主義也。此種主義。最爲完善。有條約國之外國人。可以適用。無條約國之外國人。亦可以適用。有國籍之外國人。可以適用。無國籍之外國人。亦可以適用。而爲近世最進步之主義也。其創始者爲荷蘭。於一千八百二十九年公布之民法第二條規定之。自後意大利、德意志、日本諸國。均相繼採用。我國民法總則施行法第二條。亦係採此種主義。惟關於特別權利。則得以法令限制之。如外國人不得有不動產所有權及礦業權等。其最著也。日本法令。並限制外國人無日本銀行股東權。凡喪失日本國籍之人。享有外國人所不能享有之私權者。限一年內將該私權讓渡與日本人。逾期即作爲無主物。歸屬於日本國庫。是皆例外之限制也。

以上所述。係就平時之外國人言。若爲交戰國之外國人。則關於私權之範圍。從來約有兩種

主義。即（一）戰時絕交主義。（二）對敵貿易自由主義是也。前者則於國家間發生戰爭時。彼此經濟絕交。後者則國家間雖發生戰爭。而私人間仍可貿易自由。從歷史上觀察。大體係由第一主義漸進而為第二主義。惟當歐洲大戰之頃。各國間仍採第一主義。如關於封鎖海口及絕斷餉精等。即其例也。

第三節 自然人之行為能力

行為能力之意義。前已說明。就自然人之行為能力觀察。可大別為三種。即（一）有行為能力人。（二）無行為能力人。（三）限制行為能力人是也。此種區分。係基於法律上之設定。即以意思能力之完全與否為標準。其意思能力完全者。即與以完全之行為能力。稱為有行為能力人。反之。其通常意思能力未成熟之人、及有欠缺意思能力常態之人。則不與以完全行為能力。即所謂無行為能力人、及限制行為能力人是也。惟何者為無行為能力人。何者為限制行為能力人。各國立法例。約有二主義。（一）法律上既規定一種無行為能力人。又規定一種限

制行爲能力人。是曰形式主義。德意志及瑞士民法採之。(二)法律上僅就限制行爲能力人設有規定。至何者爲無行爲能力人。則概從事實上決定。法律上不設明文。是曰實質主義。法蘭西及日本民法採之。我國民法。效法德瑞。兼定兩種。以未滿七歲之未成年人及禁治產人。爲無行爲能力人。以滿七歲以上尙未結婚之未成年人。爲限制行爲能力人。(參照民法第一三條第一五條)至外國人之行爲能力。應依其本國法爲原則。此又法律適用條例第五條所明定者也。茲就自然人行爲能力之種類。分款說明之。

第一款 有行爲能力人

有行爲能力人者。卽於法律上能爲完全有效之法律行爲之自然人也。換言之。凡能單獨因法律行爲取得權利或負擔義務之自然人。皆稱爲有行爲能力人。此種自然人所爲之法律行爲。除別有無效或撤銷之原因外。在法律上均絕對有效。他人對此種人所爲之法律行爲亦然。至何種自然人始爲有行爲能力人。我國民法設有原則及例外之規定。卽(一)成年人。(二)已結

婚之未成年人是也。分述如次。

第一、成年人。成年人者、卽已達法定年齡之自然人而具有行爲能力者也。其未達法定年齡之自然人。則以不具有行爲能力爲原則。以其智識尙未充分發達故也。關於成年問題之研究。本有兩種主義。其一、爲智識主義。其二、爲年齡主義。智識主義、係依智識發達之程度。爲行爲能力有無之標準。在理論上雖非無據。但實際上智識之是否發達、究難爲正確之判定。勢不得不採用年齡主義。卽不問事實上各人之智識程度究竟如何。而僅就年齡上爲概括之規定。凡滿足一定年齡者。法律上均認爲有同等智識。而與以行爲能力。蓋自通常言之。智識經驗。本與年齡之增長爲正比例。其達到一定年齡時。當然可認爲具有相當之能力也。此一定年齡。學說上稱爲平均年齡。因其係依一般年齡爲標準。而非以各個人之智識爲準則也。

人類智能發達之平均年齡。係因生理發育狀態及風土習慣而各殊。故關於成年制度。各國立法例。頗不相同。茲分成年時期與年齡計算兩者。說明如次。

(甲)成年時期。關於成年時期之規定。各國立法例互有出入。英吉利、法蘭西、意大利、德意志、美利堅、俄羅斯等國。係以二十一歲為成年。荷蘭及西班牙等國。係以二十三歲為成年。奧大利、匈牙利。係以二十四歲為成年。丹麥、智利等國。係以二十五歲為成年。日本、瑞士。則以二十歲為成年。我國與日本同屬黃種。智能大概相同。且援『男子二十冠而字』及『女子二十而笄』之禮制。以二十歲為成年。(民法一
二條)實屬相宜。雖近日學者間對於現制成年問題。頗多批評。然屬諸立法範圍。茲不具及。

(乙)年齡計算。關於年齡計算方法。各國亦有出入。因與成年制度攸關。特分列如次。

(一)年計。年計者、即計算年份不扣足月日之計算法也。如本年十二月三十日出生。便算一歲。到明年一月一日。就算兩歲。以後遞增一歲。我國習慣上係採此種計算法。從前成丁制度。(大清律以十
六歲為成丁)亦係以年計算。惟此種方法。甚不正確。各國法例。均不採用。

(二)月計。月計者、即計算月份不計算年度之計算法也。如本年九月出生之人。必俟

明年九月。始算滿足一歲。即其例也。日本明治六年第三十六號布告。曾設定月計法。旋因仍欠精確。遂予廢除。

(三)日計。日計者、即以出生之日爲年齡計算之方法也。如本年六月五日出生。扣足明年六月五日始算一歲。即其例也。我國民法第一百二十四條第一項規定『年齡自出生之日起算。』即採此法。但『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出生之日者。推定其爲該月十五日出生。』此又爲同條第二項所規定。蓋七月一日、適當一年之半。十五日、適當一月之半。以此折衷制度爲根本救濟方法。甚合人類生活之慣行也。

(四)時計。時計者、即以時刻爲計算年齡之方法也。如本年六月五日午時出生。必扣足明年六月五日午時。始算一歲。即其例也。此種方法。過於瑣細。僅爲星相家所採用。各國法例。亦排斥之。

第二、已結婚之未成年人。已結婚之未成年人者。即未達法定年齡之自然人。因其已經結

婚。遂認其為有行為能力之謂也。此為行為能力之例外。另於民法第十三條第三項規定之。即「未成年人已結婚者。有行為能力。」蓋係仿法蘭西及瑞士民法婚姻補充成年之制度而來。（參照民法四七六條、一四四條、一四五條、瑞民法一四條二項、及九六條）因其人已達結婚年齡。即男滿十八歲。女滿十六歲。（參照民法九八〇條）雖尚未成年。不妨使令具有行為能力之資格。俾臻實際上之便利也。惟關於此種例外。著者不無批難。即（一）失男女平等之原則。（二）促進早婚之習尚。其詳當於親屬編中論及之。

第二款 無行為能力人

無行為能力人者。即絕對無法律行為能力之自然人也。此種人在法律上無以自己之意思表示使法律行為成立之資格。故無行為能力人之意思表示無效。（民法第七五條前段）學者間一稱為無意思能力人。至意思無能力之原因。得大別為精神不成熟、及精神不健全之二種。前者如未滿七歲之未成年人屬之。後者如禁治產人屬之。茲分述如次。

第一項 未滿七歲之未成年人

未成年人之智識程度。尙未充分發達。其行爲能力。若使與成年人負同一責任。自必受無窮之損害。法律爲保護未成年人之權利計。故不與以行爲能力。此非輕視幼者。乃所以爲幼者設特別之保障方法也。惟關於此點。各國立法例對於責任年齡之區分。其所採制度。有刑事責任與民事責任之不同。大別之約有二分制、三分制、及四分制之別。茲分述如次。

第一、二分制。此種制度。僅分年齡爲成年與未成年二期。達於法定年齡者。則爲完全有行爲能力之人。是爲成年人。未達法定年齡者。則爲限制行爲能力之人。是爲未成年人。未成年人中。法律上不更加區別。其行爲是否絕對無效。須視其實際有無意思能力而定。法蘭西、日本、比利時、盧森堡、挪威、奧大利等國。均採此制。

第二、三分制。此制除分成年與未成年二期外。於未成年中。又分二期。卽絕對無能力與相對無能力是也。絕對無能力之人。稱爲無行爲能力人。相對無行爲能力之人。稱爲限制行爲能力人。而成年者則爲有行爲能力人。合之共分三級。至達何種年齡爲絕對無行爲能

力。何種年齡爲限制無行爲能力。更以達何種年齡爲有行爲能力。則各由法律特別訂定。此制係根據羅馬法之四分制而來。近代芬蘭、英吉利、美利堅、德意志、墨西哥、瑞典諸國採之。

第三、四分制。此制除成年人爲一級外。對於未成年人更分三級。其創始此種制度者爲羅馬。卽以未滿七歲之未成年人。爲最低級。次以男子七歲以上、十四歲未滿。女子七歲以上、十二歲未滿。爲第二級。再次以男子十四歲以上、至二十五歲未滿。女子以十二歲以上、至二十五歲未滿。爲第三級。各異其限制之程度。滿二十五歲者、爲成年人。卽屬第四級。近世俄羅斯、意大利、葡萄牙、巴西、西班牙、丹麥、挪威、奧地利、土耳其諸國採之。

以上三制度中。二分制過於簡略。四分制涉於繁瑣。其係折衷至當最合情理者。厥惟三分制。故我國民刑法。均採之。其在刑事。則以十三歲未滿、爲絕對無責任時期。十三歲以上至十六歲未滿。爲減輕責任時期。滿十六歲以上。爲完全負責時期。(參照刑法第三十條第一第二兩項)其在民事

。則以未滿七歲之未成年人。爲絕對無行爲能力。稱無行爲能力人。滿七歲以上之未成年人。爲相對無行爲能力。稱限制行爲能力人。其滿二十歲以上者。爲有完全行爲能力。稱有行爲能力人。（參照民法一二條、一三條一項二項）茲之所論。係指絕對無能力之自然人言。卽從出生之日起算。凡未滿七歲之未成年人。概認爲毫無行爲能力。絕對不得由自己爲有效之法律行爲也。其詳於民法第七十五條、第七十六條、及第九十六條規定之。

第二項 禁治產人

禁治產人者。卽因精神不健全。依法爲禁治產之宣告而喪失其行爲能力者也。詳言之。卽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。而爲禁治產之宣告之自然人也。（民法一四條一項）禁治產制度之設立。其理由有二。卽一方在保護本人之利益。他方在維持社會之安全。蓋自然人所以禁止自治其產業者。純因其具有精神上之障礙。此種障礙。有暫時回復者。有不易辨別者。不問其係病中之行爲。抑係回復時之行爲。概使無效。在本人之利益。固受法律上之保護。而不易辨別之精神病人。亦使一般

人知其無行為能力。不致輕與交易。免受不虞之損害。是即此種制度設立之本旨也。惟關於禁治產之立法例。各國頗不一致。就其最著者言之。約有左之三系。

(一)英吉利系。英國法律。係採放任主義。對於個人之法律行為。無所謂禁治產制。縱因個人之精神喪失。依法宣告不得自行管理財產。不能遂謂其為無行為能力人。其法律行為之應否有效。仍須視其精神喪失與其行為之關係決之。

(二)法蘭西系。法蘭西民法。與英國系不同。內分禁治產、與準禁治產兩種。對於心神喪失之自然人。依法為禁治產之宣告。並特置監護人。以不得為法律行為為原則。對於心神耗弱或其他類似耗弱之自然人。依法為準禁治產之宣告。並特置保佐人。以得自為法律行為為原則。惟對於特定重要之法律行為。須得保佐人之同意。日本民法仿之。我國舊民律草案。亦仿此制。現行民法。則僅設禁治產之規定。

(三)德意志系。德意志民法。不問禁治產與準禁治產。均一律為禁治產之宣告。惟內容仍有二種。即凡因精神病而受宣告者。為無行為能力人。因精神耗弱、浪費、酒癖等原因而

宣告者。則爲限制行爲能力人。其實質仍與法蘭西民法相同。我國舊民律修正案。係仿此制。現行民法。名義上雖僅屬禁治產之一種。似與德國系民法相同。然此種禁治產人。概定爲無行爲能力人。(民法一五條)而未有限制行爲能力人。實質上究有區別。此適用上所宜注意者。

以上爲關於禁治產制度之概要。至禁治產宣告之要件、禁治產宣告之效力、與禁治產宣告之撤銷。均不可不詳加研究。茲更分述如次。

第一、禁治產宣告之要件。各國立法例不必盡同。茲依我國民法第十四條第一項之規定說明之。

(一)心神喪失、或精神耗弱。致不能處理自己事務者。心神喪失。係指精神喪失常態者言。即缺乏識別能力之謂也。此種人之精神作用。全無辨別自己行爲之能力。如瘋狂癡之類。心神喪失常態。繼續不能處理事務屬之。若僅係一時偶然狀態。如泥醉人等則不包含在內。法律雖無明文。然按之禁治產制之旨趣。固應爾也。精神耗弱。係指精神

虧損者言。即其精神特別低弱。致不能處理自己事務之謂也。如神經極端衰弱病。雖非全無識別能力。但已衰弱至不能處理自己事務之程度時。不能不有保護之方法也。蓋此種制度。原為保護精神病人及第三者之利益而設。故凡具有心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之事實者。始得依法為禁治產之宣告。

(二)須有本人、配偶、或最近親屬二人之聲請。禁治產之宣告。關係被宣告人之利害極大。故非有法定資格人之聲請時。縱具有前項要件。仍不得為禁治產之宣告。依民法第十四條之規定。關於禁治產宣告之聲請權人有三(一)本人。(二)配偶。(三)最近親屬二人是也。配偶、係夫或妻之一方。代他方罹精神病人為聲請。最近親屬、係親等最近之人代罹精神病人為聲請。因二者之關係密切。其聲請甚屬可靠故也。至本人之得為聲請。係指精神間斷或精神回復時之情形言。本人自知罹病不能處理事務。徑向法院聲請為禁治產之宣告。以資保護。固亦事實所恆有。法院依其請求而許之。蓋在保護精神病人之利益而杜無謂之紛爭也。至親屬之範圍。詳民法第九百六十七條至第九百七十條中。

茲不贅。又各國立法例。有認國家機關得爲聲請者。如法國民法第四百九十一條。瑞士民法第三百六十九條。日本民法第七條。皆有明白之規定是。蓋禁治產制度。原在維持公益。國家機關。自應有聲請之權。我國民法草案。本認檢察官有聲請資格。惟現行民法無之。究不能不認爲係立法上之疏略也。

(三)須法院爲禁治產之宣告。禁治產因宣告而發生效力。故雖具有前二項之要件。而未經法院宣告時。仍不能受法律上之保護。至禁治產之宣告程序。由民事訴訟法第五百五十九條至第五百七十一條規定之。茲不贅及。

第二、禁治產宣告之效力。禁治產須經法院宣告。始發生法律之效力。前已說明。惟此種效力。究係發生創設效力。抑僅發生認定效力。各國立法例。頗有出入。德意志及日本現行民法。屬諸前者。日耳曼古法。屬諸後者。我國民法係仿日、德立法例。其結果約得左之二原則。

(甲)禁治產因宣告而確定。即無論何人。非經依法爲禁治產之宣告。不能作爲禁治產人。

又凡經依法爲禁治產之宣告後。其未經撤銷該項宣告前。亦不能認爲非禁治產人。

(乙)禁治產既經宣告。乃發生絕對效力。即凡經法院爲禁治產之宣告後。不僅對於聲請人生效。即對於一般人。亦生拘束之效力。

本上二種原則。故被宣告人在法律上之地位。遂因宣告而受拘束。茲分述其概略如次。

(子)無行爲能力。禁治產人無行爲能力。本爲民法第十五條所明定。惟各國立法例中。有採限制能力主義者。一稱相對無能力主義。又稱撤銷主義。即受禁治產宣告人。僅限於精神喪失時之意思表示爲無效。若心神回復時之意思表示。雖在禁治產中。苟事實上可以證明者。仍爲有效。法蘭西及日本民法採之。(參照法國民法第五〇二條、第一一二五條、第一〇三四條、日本民法第九九八條。)

亦有採行爲無能力主義者。一稱絕對無能力主義。又稱無效主義。即精神病人受禁治產宣告後。認其毫無行爲能力。絕對不許自爲法律行爲。德奧民法均採之。(參照德國民法第一〇四條、

第一〇五條、第一三一條、奧國民法第八五六條。)我國民法。亦仿此制。(參照民法第七五條、第七六條第九六條。)蓋禁治產之宣告。原期避證明有無心神喪失之繁難。若仍採限制能力主義。則於禁治產宣告中。須更爲事實上

之證明。始能判定其效力。殊失此種立法制度之本旨。我國民法採取絕對無能力主義。甚爲適宜。

(丑)應置監護人。禁治產人既無行爲能力。故凡爲禁治產之宣告者。均應置監護人。

(民法第一一〇條) 監護人之資格。依民法第一千一百十一條規定之順序定之。即(一)配偶。(

二)父母。(三)與禁治產人同居之祖父母。(四)家長。(五)後死之父或母、以遺囑指定之人是也。其不能依此規定其監護人時。由法院徵求親屬會議之意見選定之。

第三、禁治產宣告之撤銷。自然人經法院爲禁治產之宣告後。即喪失行爲能力。縱其人之精神已回復原狀。亦不能爲有效之法律行爲。尚須經過法定程序。對原來之宣告。予以撤銷之裁定。始能認爲非禁治產人。故民法第十四條第二項。特設明白之規定。即禁治產之原因銷滅時。應撤銷其宣告是也。所謂禁治產原因之消滅。係指已無心神喪失或精神耗弱諸病狀言。質言之。即其人之精神狀態。業已回復。兼有處理自己事務之能力者也。關於撤銷宣告之程序。詳民事訴訟法第五百七十二條至第五百八十五條中。凡受撤銷宣告禁治

產之裁定時。其人之行爲能力。卽行恢復。與未宣告禁治產以前。完全相同。惟另有其他限制行爲能力之原因者。其行爲能力。仍應受限制。此又係關於撤銷宣告之效力也。

第三款 限制行爲能力人

限制行爲能力人者。卽其行爲能力受法律上之限制之自然人也。詳言之。其人非絕無行爲能力。亦非完全有行爲能力。僅於一定限度之內認爲有行爲能力之謂也。其與無行爲能力人之異點。卽無行爲能力人。除法律別有規定外。絕對不能由自己爲法律行爲。限制行爲能力人。則自己非絕不能爲法律行爲。惟自己所爲之行爲。除法律別有規定外。必經他人爲意思之補充。始能完全生效。如民法第七十七條規定限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示。應得法定代理人之允許。卽其例也。又限制行爲能力人、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。是又民法第七十九條所明定。而由他人爲意思補充之適例也。

至限制行爲能力人之種類。我國民法。僅有滿七歲以上之未成年人一種。且以未結婚者爲限。(民法一三條二項三項)蓋已滿七歲之自然人。較之未滿七歲之未成年人。智識雖覺進步。而較之已滿二十歲之成年人。則仍爲薄弱。故法律對於其行爲能力。仍予以相當之限制也。惟法蘭西法系諸民法。(如法蘭西、日本、意大利等)對精神耗弱者、聾者、啞者、盲者、浪費者 五種自然人。尙有宣告準禁治產制度。以限制其行爲能力。我國民法則除精神耗弱爲宣告禁治產之原因外。其他則概無限制明文。不能不認爲立法上之疏略也。

滿七歲以上至滿二十歲之成年期。其間精神發達之程度迥異。十七八歲人之智識。殆與成年人相近。而與八九歲之人距離甚遠。故滿七歲以上之未成年人。均一律待遇。原非定則。且因家庭及職業關係。對於將近成年之自然人。有宜提早賦予行爲能力之必要者。此各國法例所以類有補充成年制之特別規定也。此種規定。大別爲三。卽(一)自治產制(二)成年宣告制。(三)婚姻成年制是也。分述如次。

第一、自治產制。自治產制。一稱解放未成年制。卽凡已婚之人滿十五歲。或無父母之人

滿十八歲。得依法定程序。解放其未成年人之限制。使得管理其財產之制度也。此制肇始於羅馬。法蘭西法系諸國採之。(參照法國民法第四七七條)

第二、成年宣告制。即對於未成年人依照法定條件及法定程序。得由監護法院或行政官署。宣告其為成年人之制度也。德意志民法第三條至第五條。瑞士民法第十五條。即為此種制度之規定。

第三、結婚成年制。未成年人已結婚者。即取得與成年人相等之能力。法蘭西、西班牙、意大利、匈牙利、瑞士、諸國採之。我國亦採此制。如民法第十三條第三項規定。『未成人已結婚者。有行為能力。』其明證也。

關於結婚成年制之設。學者間雖不無批難。然婚姻法定年齡。業於民法第九百八十條明白規定。即『男未滿十八歲。女未滿十六歲。不得結婚。』是比較上仍有相當之限制。尚不致陷於恣意早婚之流弊也。

第四節 自然人之人格保護

法律對於自然人之權利能力。採平等保護主義。故凡屬自然人。均具有法律上之人格。一律平等。因貫徹此種平等之主旨。必須人格者自行尊重。且互相尊重。其有不自尊重或互相尊重時。則別有防止糾正之方法。以資救濟。此人格保護之規定所由設也。各國民法總則中。其設此項規定者極寡。我國則仿瑞士立法例。於總則中明白規定。茲分兩項說明之。

第一、消極保護。消極保護者。即禁止各人自爲墮落人格之行爲也。其有爲此類行爲時。絕對不生法律上之效力。分述如次。

(一)能力不得拋棄。自然人之權利能力。爲構成人格之要件。行爲能力。爲實現人格之要件。雖非權利之實質。但關係人格權甚鉅。不能任各人自行拋棄。否則。人格墮落。殊失人類平等之原則。故我國民法第十六條。明定權利能力及行爲能力。不得拋棄。瑞士民法第二十七條。亦設同樣之規定。以資保護。即不問其拋棄之原因如何。暨爲全部

或一部之拋棄。均不能認爲有效。蓋此二種能力。非僅關係個人之權利。並且影響社會之安寧。自不能與一般私權上之利益同視。故不許個人自行拋棄也。

(二)自由不得拋棄、或濫加限制。自由爲人類重要之權利。各國憲法。多設明文保護。惟其性質屬於私權。若無特別規定。自難禁其適用私權自由處分之原則。故民法第十七條第一項。特規定自由不得拋棄。以資保護。惟個人依自己之意思。就一部分之自由。加以限制。亦爲社會生活中應有之事實。如以契約負特種不作爲之義務。卽其例也。故個人限制自己之自由。雖爲法所不禁。然用不正之方法。限制自由。如有違背公共秩序或善良風俗者。則法律不能不加以制止。此民法第十七條第二項。所以又有自由之限制。以不背於公共秩序或善良風俗爲限之規定也。

第二、積極保護。積極保護者。卽對於人格被侵害之人。與以除去其侵害或請求賠償之權利。俾保全其人格者也。民法對於積極保護之方法。計分人格權受侵害、與姓名權受侵害之二種。分述如次。

(一)人格權受侵害時。人格權者、乃與人格不可分離之權利也。如關於生命、身體、名譽、自由、身分、及能力等權利均屬之。凡此等權利受侵害時。被侵害人得請求法院除去其侵害。以資保障。故民法第十八條第一項。特規定人格權受侵害時。得請求法院除去其侵害。以人格權關係重大。實較財產爲重。不可不有積極之保護也。

人格權受侵害之情形於法律上有特別規定者。受侵害人更得向加害人請求損害賠償、或撫卹金。以免無端之損害。蓋僅得請求屏除。不過一種防衛方法。惟於屏除侵害之訴權外。更得請求損害賠償及其餘慰卹之金額。使加害人知所儆惕而不敢輕於嘗試。則人格權之保護。始臻周到。此民法第十八條所以特設第二項之規定也。惟特別規定一層。甚屬重要。即受侵害人能否請求財產上之損害賠償或精神上之苦痛撫慰。須視法律有無特別許其請求之規定決之。蓋人格上各種利益。通常本不應以金錢計算。故受侵害時。亦以不用金錢填補爲原則。若有應用金錢補救之必要時。則法律須特別規定之。我國民法對生命、身體健康受侵害者。許其請求損害賠償。(參照民法第一九二條、第一九三條)對生命、身體、健

康、自由、名譽、受侵害者。許其請求慰撫金。以賠償非財產上損害之金額。

(參照民法第一九四

條、第一九五條) 此外則無明文規定。

(二)姓名權受侵害時。姓名權者、因表異於他人之稱號而為個人之專居權也。姓以示其家。名以示其人。故姓名實為區別人已之要具。近世立法例。姓名非經登記。不得對抗善意之第三人。即改名亦須經主管官署之許可。且以一人一名為通例。惟徵諸我國習慣。一人表異於他人之稱號。不下數種。除成年入世之印名。通常認為真正姓名外。家庭呼喚。則有乳名。族譜記載。則有派名。更有所謂字與別號者。其他著述家、藝術家、為表示其著述或藝術上之特性。往往使用別名。此等稱號。其所以表示個人之效用利益。常與真正姓名相等。然稱謂過多。良非所宜。究不如以一人一名為允當也。

我國民法第十九條對於姓名權之保護。具有兩種方法。其一、他人僭用同一姓名冀奪取其利益時。本人得向法院提起屏除其侵害姓名權之訴。以資保護。其二、他人僭用同一姓名致損害其利益時。本人更得向法院提起請求損害賠償之訴。以彌補其損失。又所謂

姓名者。不限於真正之氏名。凡慣用名號。均包含之。蓋我國習慣。既雜用多名。則凡屬所以表異於他人之名號。自應併予保護也。德國民法第十二條、瑞士民法第二十九條之規定。與我國民法略同。

第五節 自然人之住所

第一款 住所之概念

住所者、人類所定爲久住之地域也。詳言之。卽人類以永續居住之意思而住處於一定地域之謂也。日本民法稱曰人類生活之本據。德國學者稱曰人類生活關係之中心點。一稱曰人類於法律上所憑據之中心點。其義均屬相同。蓋人類之生活。必有相當之處所。於此相當廣汎處所之範圍內。更必有適於其生活關係之集中地域。此生活集中之地域。是爲人類生活之根據地。卽民法第二十條第一項所規定之住所是也。

關於住所之觀念。法國學者與德日學者之主張。頗不相同。法國學者。係指人與處所間所成立之法律關係言。屬諸抽象之處所。德日學者。係指人類生活之集中地言。屬諸具體之處所。我國民法。係採後說。從嚴格言。住所爲生活之根據地。惟自然人始能有之。德國學者所謂住所能力。蓋專指自然人之住所言。至法人雖以其主事務所所在地爲住所。(民法第二九條)然基於法律之擬制。究非法人亦有此種住所能力也。

我國舊制。人與地最有密切之關係者。厥惟籍貫。籍貫者、個人所屬一家之入籍地也。我國素重家族主義。個人爲家族之一分子。僅隸於一家之下。而以一家爲一戶。須登錄於所在地之籍簿。是爲戶籍。凡人戶均以籍簿爲準。倘有脫漏詐冒變亂情事。則律有定罰。(參照前清律例戶律

門)故個人所屬之一家入籍何地。其個人之籍貫。即依一家之籍貫定之。此種籍貫。既爲納賦服役之根據。又爲應試服官之劃界。於公法上具有最大之效果。惟按之實際。在當日交通不便時代。籍貫與生活集中地。已多不符。今日文運大啓。交通頻繁。生活之本據。更隨時變遷。籍貫制度。除於戶籍法施行時。應採爲戶籍所在地外。關於私法上殊乏重要之關係。

故現行民法僅設住所之規定。

第二款 住所之要件

住所之要件有三。(一)須爲所住之處所。(二)須爲一般生活之中心點。(三)須有久住之意思。是也。分說如次。

第一、須爲所住之處所。住所乃指所住之處所而言。法國學者雖認人與處所間所成立之法律關係爲住所。然依一般通說及我國立法例。則應以所住之處所爲住所。換言之。卽屬具體之住所。而非抽象之住所也。但所住之處所。係指人類生活之本據。並非指住宅之本身言。住宅僅爲人類居住之第宅。與住所不同。故是否住居於獨立之房屋。與住所之要件無關。

第二、須爲一般生活之中心點。住所須爲所住之處所。業已說明。然僅爲生活之處所。而非爲個人一般生活之中心點者。仍不得謂之爲住所。蓋各人關於一般生活。恆以一定處所

爲中心而集中統一之。俾臻生活之安定。住所者、法律鑒於此種生活安定狀態而承認設定者也。故無此種狀態者。卽無承認設定之必要。如一時旅居之旅館。雖爲居住之處所。但非生活之中心點。卽不得視之爲住所。又病人所居之醫院。雖爲其人特別生活之中心點。然非一般生活之本據。仍不得以住所視之。

第三、須有久居之意思。人類居住之處所。外觀上雖爲一般生活之中心點。若其人主觀上並無久居之意思時。仍不得謂之爲住所。久住之意思云者。卽其人於常住之處有以爲生活中心點之意思之謂也。常住係指常久居住言。但非絕對不能間斷。倘係偶爾出遊。仍不失爲常住。故久居之意思。實爲住所設定之必要條件。若僅有常住之事實。而無常住之意思。卽不能視之爲住所。如兵士之於兵營。囚人之於監所。雖有住居之事實。而無常住之意思。均不能稱之爲住所。其明證也。

設定住所。既係以久居之意思爲要件。勢必具有意思能力者。乃得爲設定住所之行爲。其係無意思能力之人。當然不能設定住所。德意志民法。關於此點。曾設有明文。卽無行爲

能力人、或限制行爲能力人。非得法定代理人之同意。不能設定或廢止住所。(德民法第八條)日本民法雖未明白規定。學者間係取同一解釋。我國民法雖無禁止之明文。但依第二十一條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之規定。當然亦與德國立法例同一見解。

第三款 住所之種類

住所有任意住所、與法定住所之別。茲分述其要旨如次。

第一、任意住所。任意住所者。以自己之意思設定之住所也。凡以久住之意思住於一定之地域者。卽爲設定其住所於該地。(民法第二〇條第一項)故住所之設定。各國立法例。頗有不同。就其主要者言之。約有左之三種。

(甲)必要主義、與自由主義。必要主義者。卽人於法律上不得有住所之主義也。英法瑞士等國。均採此見解。自由主義者。卽設定住所與否。一任個人之自由。法律上不加

干涉之主義也。德日學者多從此見解。我國民法。既有住所之規定。似以必要主義爲原則。

(乙)形式主義、與實質主義。形式主義者。人之住址。認爲存在原籍地。而僅依其所呈報於公署而決定者也。實質主義者。必其人曾定爲生活之本據。始能稱之爲住所者也。我國舊制。係採前者。現行民法。則採後者。

(丙)複數主義、與單數主義。複數主義者。卽一人同時得設定數個住所之主義也。德意志民法採之。(德民法第七條第二項)單數主義者。卽一人同時不得設定兩個住所之主義也。瑞士民法採之。(瑞民法第二十條第二項)我國民法第二十條第二項特設限制之規定。係採單數主義。蓋人類生活之本據。理論上不能有二處故也。

第二、法定住所。法定住所者。不問本人意思及事實之如何。法律特爲設定住所之謂也。此項法定住所。各國民法多有規定。(參照德民法第九條、瑞民法第二五條、法民法第一〇五條至第一〇九條、意民法第一八條、蘇俄民法第一一條第二項)如軍人以衛戍地爲住所。妻以夫之住所爲住所。嫡子以父之住所爲住所。私生子以母之住所

爲住所。卽其例也。我國民法則僅規定無行爲能力人、及限制行爲能力人。以其法定代理人之住所爲住所。(民法第一二二條)蓋以此等人行爲能力既不完全。須受其法定代理人之保護。不如其法定代理人住所爲住所。乃能確定法律上之效力而臻事實上之便利也。

第四款 住所與居所

住所與居所。習慣上每多混同。茲特比較說明之。居所者、因一定之目的而爲暫時繼續居住之處所也。其有無特定生活之目的。則非所問。如學校寄宿舍之於學生。醫院之於病人等皆爲居所。卽其例也。其與住所之區別。卽在有無久住之意思。故就住所言。其居住之時間。最初原無一定。而就居所言。則恆有因一定目的而爲暫時居住之意思。惟所謂暫時者。並非卽屬最短之時間。如爲經商而僑居異地。初本無久住之決心。然而五年。或而十載。雖爲期較久。若尙無設定該地爲其住所之意思。仍僅得視之爲居所。而不能稱之爲住所也。故居所係暫時性質。一人不妨同時有數個居所。住所係久住性質。一人同時不得有兩個住所。

(民法第二〇條第二項) 此居所與住所區別之概要也。

又居所與現在地不同。現在地爲現時停駐之地。而居所則須爲暫時繼續居住之處。如家住長沙。留學上海。歸家省親。至漢口停留一宿。則長沙爲有住所。上海爲有居所。而漢口則爲現在地也。又有特因營業而設居住之處所。謂之營業所。此爲商業或其營業之根據地。與住所或居所同設一地者有之。不相一致者有之。更有所謂第宅者。係自然人居住之宅所。與住所居所各有區別。不能混同視之也。

居所於一定情形之下。可視爲住所。與住所有法律上相等之效力。就我國民法所規定者說明之。約有次之三種。

第一、住所無可考者。住所爲人類生活之本據。在法律上關係甚大。故當住所無從知悉時。則以其居所爲住所。適用關於住所之規定。(民法第二二條第一款) 至并無居所之人。則其現在地

即爲住所。更可適用住所之規定。蓋不如此解釋。則游蕩靡定之人。將不得受住所規定之效用也。

第二、在中國無住所者。此項規定。非其人無住所。乃指在中國境內無住所者言。如僑居中國之外國人或返國之華僑等。凡在中國無住所者。均以其居所視為住所。（民法第二二條第二款）俾得受因住所而發生法律上之效果。惟依國際私法之原則。須從住所地之法令者。則不可以其無住所於中國。即以居所為住所。致起國際上之爭議。此民法第二十二條第二款所以特設但書之規定也。

第三、因特定行為選定居所者。因特定行為選定居所時。關於該特定行為。其選定居所。與住所有同一之效力。如在南京有住所之甲。與在漢口有住所之乙。訂立合夥契約。選定上海為關於合夥行為之居所。則法律上關於合夥行為。即以上海之居所為住所。其明證也。此種選定居所。法意民法稱為特擇住所。（法民法第一二一條、意民法第一九條）日本民法稱為假住所。（日民法第二二條）以其與普通住所有異也。住所祇限於一處。已為民法第二十條第二項所明定。然當為特種法律行為。因當事人住所遼遠。實際上甚感不便。故法律特許當事人關於特定行為。於本住所外。得選定特別住所。使發生法律上住所之效果。以謀當事人之便利。並非關

於一切法律行為。均可適用住所之規定也。綉釋民法第二十三條「因特定行為選定居所者。關於其行為視為住所。」之規定。其旨自明。

第五款 住所之效果

住所之效果。係指住所對於法律上所生之效力言。民法對於自然人之住所所以特別規定者。原在確定一切法律關係。俾謀生活上之便利。故住所於公法及私法上均發生相當之效力。茲述其重要者如次。

- (一)住所為決定普通審判籍之標準。(參照民事訴訟法第二條、第三條、第四條、第二〇條)
- (二)住所為決定債務清償地之標準。(民法第三一、四條第二款)
- (三)住所為決定國際私法上應適用何國法律之標準。(法律適用條例第二條第二項、第三條、第一八條但書、及第二三條第四項)
- (四)住所為歸化及回復國籍之必要條件。(國籍法第三條第二項第一款、第四條、第五條、第一六條)
- (五)住所為失蹤制度之根據。(參照死亡宣告之說明)

(六)住所爲接受通知送達之處所。(參照民法第九五條、第九六條、第九七條、民事訴訟法第一三七條、第一三八條)

(七)住所爲決定繼承開始地之標準。(參照民事訴訟法第一六條)

(八)住所爲決定破產事件管轄法院之標準。

第六款 住所之設定及廢止

住所之設定。已於住所之要件中說明。各國立法例關於住所之設定。其情形頗不一致。有以住於一定地域爲已足者。有於住於一定地域外。更須有久住之意思者。法日民法係採第一義。我國民法。則採第二義。卽無論何人。以久住之意思。而又住於一定之地域。爲使其承受因住所而生之法律關係。卽認爲設定其住所於該地是也。(民法第二十條第一項)

住所既係依自然人之意思而設定。當然亦可依自然人之意思而廢止。卽所謂廢止住所是也。廢止住所。亦具有法定要件。卽一須有廢止之意思。二須實行離去其住所。倘僅有廢止之意思而無離去其住所之實行。固不得認爲住所之廢止。卽已離去其住所而無廢止之意思者。亦

不能認爲住所之廢止。前者如住上海者思徙居北平。後者如住北平者暫遊上海。皆不得謂爲廢止住所也。故必有廢止之意思。且有離去其住所之行爲。始得稱爲廢止住所。質言之。廢止住所者。以廢止之意思離去其住所之謂也。（民法第
二四條）

第六節 自然人之失蹤及死亡宣告

第一款 概說

自然人因生活上之關係。爲種種之活動。固不必全無離去其住所或居所之事實。若偶爾離去。其行蹤仍屬顯明者。當然不發生法律上之問題。倘已離去從來之住所或居所。其行蹤既無從查明。生死亦無可稽考時。則法律爲保護個人權利及社會公益計。不能不設特別救濟之方法。卽所謂失蹤與死亡宣告制度是也。

失蹤制度。由來甚古。羅馬法對於自然人失蹤時。卽稱爲失蹤人。規定應設置管財人。使代

管理其財產。其期間以失蹤人之生死在裁判上確定時爲止。德意志古法。則無管財人之制。過自然人失蹤時。直接由其繼承人承繼之。若失蹤人歸來。仍將財產返還。此兩種制度。各有所偏。均難認爲完善。依羅馬法則失蹤人自失蹤後。非經裁判上證明其確實死亡。其財產將永由管財人代爲管理。繼承人無直接繼承之權。於理究有未合。依德國古法。失蹤人自失蹤後。其財產遂逕由繼承人繼承。俟失蹤人歸來時。仍行返還。在事實上亦諸多不便。故兩者均無足採。近代立法例。則折衷羅馬法與德意志古法。將失蹤分爲數期。由法律分別保護。但其制亦有二派。卽法蘭西法派與德意志法派是也。(一)法蘭西法派。分失蹤爲三期。第一期、推定其人尙未死亡。僅爲之設管理財產之方法。第二期、則宣告其失蹤。而使繼承人暫爲財產之占有。第三期、則由繼承人確實占有其財產。且有完全處分財產之權。惟對失蹤人別無宣告其爲死亡之程序。(參照民法第一一五條、第一二一條、第一二二條、第一二九條、第一三二條)(二)德意志法派。則分爲兩期。第一期、對失蹤人設法爲之管理財產。第二期、則於失蹤後經過一定期限。依法爲死亡之宣告。俾與死亡者生法律上同一之效力。(參照德民法第一三一條、第一九二條)瑞士及日本民法。均採此制。

(參照瑞民法第三五條、日民法第二五條至第三二條)

我國民法亦然。其程序約分失蹤後之財產管理及死亡宣告之二種。

(參照民法第八條至第一一條)

第二款 失蹤

失蹤云者、卽其人離去從來之住所或居所而生死不明之謂也。自然人失蹤之要素有二。其一、須有離去其住所或居所之事實。至有無復返之意思。則非所問。其二、須其人生死不明。卽離去其住所或居所後。音信杳然。存亡莫卜是也。具此二種要素者。始稱之爲失蹤人。若離去其住所或居所尚能確知其生存者。我國民法尚不能以失蹤人視之。關於此點。與日本民法第二十五條及德意志民法第一千九百十一條所規定不在者之範圍不同。

失蹤人失蹤後未受死亡宣告前。其所遺留之財產。不可不有管理之方法。否則。其財產必至散失損敗。非第有害失蹤人及利害關係人之利益。國家之經濟。亦將受無形之影響。故各國立法例。對於失蹤人財產之管理方法。均有明文規定。德民法於親屬編規定之。(德民法第一九二條)

（日民法則規定於總則編。）（日民法第
二五條）其於管財人之選任改任及取消。管財人之性質及權限。與管財人之權利及義務等。均有詳明之規定。我國民法第十條。僅規定「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。」即失蹤人所遺留之財產。如已自行置有管理人者。則國家宜有以監督之。如未置有管理人者。國家更應置管財人以管理之。此均屬於管理之範圍。其詳應依非訟事件法定之。蓋係採概括主義而非採列舉主義也。

第三款 死亡宣告

死亡宣告者。即失蹤人經過法定期間後。依利害關係人之聲請。由法院予以宣告。推定其為死亡之謂也。此種用語。係根據德國民法。日本民法則稱為失蹤宣告。其內容仍與死亡宣告相同。因日本民法稱失蹤人為不在者。故認死亡宣告為失蹤宣告也。至法國民法所規定之失蹤宣告。實際上并無推定死亡之效力。與我國民法死亡宣告之內容不同。瑞士民法雖亦有失蹤宣告之規定。但是否有推定死亡之效力。學者間之解釋。尚不一致。我國民法所以仿日德

立法例設死亡宣告之制度者。蓋以自然人之生死。於其財產及親屬間之法律關係。影響甚大。雖對失蹤人之財產。定有管理方法。(民法第
一〇條)然僅屬暫時管理。究非確定辦法。苟任其長此遷延。非第有害利害關係人之利益。即於國家經濟。亦大有妨礙。故對於生死不明之人。經過一定期間。應為死亡之宣告。俾財產上及親屬上之法律關係。早日確定。此死亡宣告制度設立之本旨也。茲分述其內容如次。

第一、死亡宣告之要件。死亡宣告之要件。係指法院對失蹤人為死亡宣告時所應具之要件言。依民法之規定。約有左之二種。

(一)失蹤後須滿一定期間。死亡宣告之制度。原以其人失蹤過久。不能不確定法律關係而設。故非失蹤後經過一定期間。不得為之。此種期間。依民法第八條之規定。又有普通與特別之殊。分述如次。

甲、普通期間。凡失蹤人失蹤滿十年後。生死仍不明者。法院得為死亡之宣告

(民法第八條一項)

此十年之期間。是為普通失蹤期間。凡屬通常失蹤毫無別種情形者。均適

用之。至期間之計算方法。自應依民法第一百二十一條及第一百二十三條之規定。其起算點當從失蹤之日開始。此失蹤日、依一般學者之主張。應解爲最後有音信之日。蓋此後既無音信。當然應以該日爲失蹤之開始也。又普通失蹤期間。各國立法例。頗有不同。德意志定爲十年。日本定爲七年。瑞士則爲五年。大抵依交通便否爲準。我國地域廣闊。倣效德意志立法例。尙屬適宜。

乙、特別期間。凡因特別情形失蹤。其死亡比較上易於推測者。則法律爲謀私權早日確定起見。特將失蹤期間縮短。以昭便利。是爲特別失蹤期間。卽不適用普通失蹤期間之規定。其期間短於十年也。依我國民法之規定。更有左之二種。

(子)關於老年失蹤人之失蹤期間。老年人之失蹤。較普通人易爲推測。故民法第八條第二項特設規定。卽「失蹤人爲七十歲以上者。於失蹤滿五年後。爲死亡之宣告。」蓋以年登古稀。離去向來之住所或居所。又滿五年。已足爲死亡之推定。不必延至十年。始爲死亡之宣告也。

(丑)關於特別災難之失蹤期間。凡遇特別災難。如水災、火災、戰爭之類。因而失蹤者。其死亡之推定。更較老年人爲易。故其期間更特別縮短。卽民法第八條第三項規定「失蹤人爲遭遇特別災難者。得於失蹤滿二年後。爲死亡之宣告。」是也。蓋當水火兵燹之際。其人離去從來之住所或居所後已滿三年。當可爲死亡之推定。不必延至十年。且不必延至五年也。

以上兩種特別期間。其計算法及起算點。均與普通失蹤期間同。惟二人以上同時遇難。不能證明其死亡之先後時。推定其爲同時死亡。此又對於共同遇難而設特別之規定。(民法第一一一條)蓋既同遇天災不可抗力。因而失蹤。其死亡之距離。必不相遠。儘可爲同時死亡之推定。以免事實上發生無謂之爭議也。

(二)須因利害關係人之聲請。法院對於失蹤人爲死亡之宣告。須基於利害關係人之聲請。其無利害關係人爲死亡宣告之聲請時。不得逕行宣告。蓋死亡宣告。於個人權利攸關。不能橫加干涉也。此所謂利害關係人。係指對於失蹤人之身分財產有利害關係之人言。

。如失蹤人之配偶、繼承人、法定代理人、財產管理人、受遺贈人、及因其死亡得領取保險金之人皆屬之。又失蹤人之債權人及繼承人之債權人。以因繼承而增加其債務人之財產時爲限。失蹤人之債務人以因失蹤人死亡而免除債務時爲限。亦均爲利害關係人。即國庫於失蹤人全無繼承人并遺產繼承權利人之時爲限。亦可謂爲利害關係人。法院必須得此等利害關係人之聲請。始能爲死亡之宣告也。

以上爲死亡宣告之要件。至死亡宣告之程序。即應由何種法院管轄。利害關係人應依何方式聲請。及法院根據聲請。應爲如何之調查並實行宣告。應於民事訴訟法研究之。

第二、死亡宣告之效力。死亡宣告之效力。係指法院對於失蹤人爲死亡之宣告後。所生一

切法律關係之效力言。關於此點。日本民法與德國民法所取之主義。頗不相同。日本民法

。規定視爲死亡。(日民法第
三一條)即凡宣告死亡後。不得更舉反證以證明其人尙未死亡。德國

民法。則定爲推定死亡。(德民法第一
八條一項)即凡宣告死亡後。其主張死亡者。固無須再行證明

。其欲爲反對之主張者。仍得提出反證以推翻之。兩者相較。應以德國民法爲優。我國民

法仿之。(民法第九條第一項及第二項)故對於死亡之時期。定爲以判決內所確定死亡之時。其確定判決此死亡時之標準。則定爲應爲失蹤期間終止之時。(即第八條各項所定最後日終止之時)且仍許反證。蓋皆根據德意志民法之精神也。此外關於死亡時期之規定。更有相異之二主義。(一)以最後音信之日爲死亡時期。此爲法蘭西民法所取。瑞士民法從之。(瑞士民法第三八條二項)(二)以宣告之日爲死亡時期。此爲奧大利舊民法所取。德國多數聯邦法從之。因足爲參考之資料。故附及之。宣告死亡之效力。係創設性而非認定性。質言之。即該宣告死亡之裁判。並非認定死亡之效力。乃生創設死亡之效力也。此種效力。非相對發生。乃絕對發生。質言之。凡失蹤人一經死亡宣告。不僅對於有利害關係之聲請人。發生推定死亡之效力。即對於社會一般人。亦應發生推定死亡之效力也。至該效力所及之範圍如何。從來立法例及學說。頗不一致。就其主要者言之。則有左之三種。

(一)宣告死亡之效力。僅及於財產關係。此爲德國普通法時代多數學者所主張。

(二)宣告死亡。與自然死亡無異。凡本人所有之一切法律關係。如財產關係、親屬關係。

均因之消滅。此爲日本多數學者所主張。

(二)宣告死亡後。財產關係。固全然變動。親屬關係。則特設明文限制之。此爲德意志

瑞士民法所取。(參照德民法第一三四八條
瑞士民法第一〇二條)

以上三說。各具理由。我國民法關於此點。雖別無明文。然以人之權利能力終於死亡之法律觀之。(民法第六條)死亡宣告。既爲死亡之推定。則其效力。自包含一切法律關係言。故著

者採取第二說。

第三、死亡宣告之撤銷。宣告死亡。本屬法律之擬設。故於死亡宣告後。被宣告人實際尙屬生存者。亦爲事實所常有。如被害人業已生還。或就某一事件舉出被宣告人尙屬生存之反證。則死亡之推定。卽爲完全推翻。更不待撤銷其宣告也。故我國民法與德國民法。均無撤銷死亡宣告之規定。日本民法則定有明文。蓋日本民法。係視爲死亡。(日民法第三一一條)乃確實認定之義。不得僅以反證推翻。必對於死亡宣告。更行宣告撤銷。始能消除死亡之效果也。

我國民法。係採推定之義。固無庸爲撤銷死亡宣告之規定。但被宣告之人。實際尙屬生存。或實際死亡之日。與宣告死亡之日不符時。其於本人及利害關係人之法律關係。影響甚大。自應許其聲請撤銷。以資保護。惟撤銷死亡宣告之程序。屬於民事訴訟法之範圍。茲不具及。

至撤銷死亡宣告後。其人之權利能力及公法上之一切關係。均應回復原狀。此又無待特別規定而爲當然之效果也。

第三章 法人

人爲權利之主體。計有自然人與法人之別。關於自然人之概要。業於前章說明。本章特就法人之概要。分述如次。

第一節 概說

第一款 法人制度之沿革

法人制度。係由人類社會逐漸發達而來。以法人係人類社會之組織體。由法律賦予權利能力。始與自然人同為權利之主體也。社會組織體之最早發生者。為血族團體。即由家族關係而結合。其次為部落團體。其次為都市團體。又其次為宗教團體。迨文化日進。人類之公共心愈形發達。深知欲建立偉大事業。決非一手一足所能奏效。必賴羣策羣力。共謀合作。乃克有濟。於是以各種公益私益為目的之共同組織體。日益推廣。法律對於此種組織體。因事實上之需要。逐漸賦予權利能力。遂關今日法人制度之大觀焉。

法人制度。濫觴於羅馬。最初僅認羅馬帝國及國內各行政區劃為有人格之組織體。迨帝政以後。私法上之團體。雖亦有賦予權利能力者。然僅以元首所允許者為限。且皆依公法之性質推定之。德意志古法。法人之觀念。亦先從國家及市鎮之財產能力發生。拿破崙法典。距今僅百餘年。雖間接承認法人有權利能力。（參照民法第六一
九條、第九一〇條）但尚無直接關於法人之規定。意

大利奧大利各國民法。關於法人之規定。仍極簡單。至普魯士國法及撒克遜民法。對於法人始有相當規定。德國新民法。更加詳密。而法人制度。乃建立規模。日本民法。大體仿效德國。規定雖稱詳密。但究不如最近瑞士民法尤為精密周詳也。我國社會組織體發達之沿革。與各國大致相同。私法上之組織體。如宗教慈善各團體。甚形發達。即其明證。惟法律上法人之觀念。則係淵源外國法。至民法公布。乃有成文之規定。就中以採仿瑞士立法例為最多。

又法人制度之發達。原係應社會事業之需要。蓋社會日益進步。各種文化事業。規模宏遠。自然人之生命有限。個人能力。又甚薄弱。欲經營偉大事業。恆非個人能力所能勝任。必須集合多數人共同經營之。雖合夥方法。亦不外共同經營之一種。惟合夥僅於各個人間生一種契約關係。不能成立一個獨立之人格。終不免為各個人之生命及財產所制牽。殊難達到偉大悠久事業之目的。又個人資力雄厚者。雖可以大宗財產。經營偉大事業。然本人生命有限。一旦死亡。繼承人可自由處分。亦難達到悠久事業之宏願。故法律對於有一定目的及個人集

合。及有一定目的之財產。賦予權利能力。俾得離開自然人別具獨立人格。可大可久。以促社會文化之進步。此法人制度設立之本旨也。

第二款 法人之本質

法人與自然人。均因法律付與權利能力而為權利之主體。故就法律上之人格而論。兩者之性質。完全相同。惟就法律據以付與權利能力之基礎而論。則兩者實有顯著之差異。蓋自然人之基礎。為天然之存在。屬諸有形之人類。故一稱有形人。法人之基礎。為意思之想像。無自然人之形態。故一稱無形人。或意識人。法律所以對於此無形人或意識人而付與以人格。則在滿足吾人之需要。其理由已於前款說明。茲不贅及。惟關於法人之本質。即法人在法律上之構造如何。古今學說。頗不一致。就其最著者言之。約有法人擬制說、法人否認說、及法人實在說之三種。茲分述如次。

第一、法人擬制說。此說發源於羅馬法。蓋關於法人最初之見解也。羅馬法以權利之主體

僅限於自然人。如非自然人而認爲權利之主體。則純係法律上之假設。並非有實際之存在。故法人僅爲法律所擬制。此說爲意大利後期註釋派所倡導。至德儒薩比尼氏 (Savigny) 著『近世羅馬法論』一書。闡發更詳。浦夫達氏 (Puchta) 溫差特氏 (Windscheid) 福爾納氏 (Ferra) 等從之。一時風靡。遂爲十九世紀前半最有勢力之學說。雖其主張之內容。微有出入。其要旨則皆謂權利主體。本以自然人爲限。特因社會生活之關係。有於自然人以外另設權利主體之必要。故法律遂假設一種自然人以外之人格。付與權利能力。使爲權利義務之主體。是爲法人。故法人之人格。實基於法律之擬制。是卽此派主張之概要也。

第二、法人否認說。此說係認擬制說之主張爲不當。大旨以法人本無形體。不能爲實際之存在。而別立他說以說明之。其主張可大別爲左之三種。

(甲)無主財產說。此說謂法人財產。係屬無主。蓋財產有屬人財產與目的財產之二種。其爲特定自然人所存在者。是曰屬人財產。其因特定目的而存在者。是曰目的財產。法人卽此無主之目的財產。申言之。卽欲達一定之目的而爲缺乏權利主體之財產也。故此

說一稱目的財產說。爲浦甯志氏 (Finz) 所唱導。

(乙) 受益人主體說。此說爲耶林氏 (Thring) 所唱導。略謂權利爲法律上所保護之利益。故利益所歸屬之人。卽享受利益之人。方爲權利主體。然利益所歸屬。僅限於自然人。法人非真爲權利主體。不過爲形式上機械的權利人而已。就社團法人言。其爲權利主體者。乃受利益之社員。就財團法人言。則享受利益之貧民、孤兒、病人等均足認爲真正之權利主體也。

(丙) 管理人主體說。此說爲黑爾德氏 (Holder) 賓德氏 (Binder) 等所唱。略謂法人非實際存在。乃由自然人相互間之法律關係而設。就利己之社團法人言。其處分權之社員。實爲權利主體。就利他之社團法人、財團法人。及公法人言。其有處分權之管理人。實爲權利主體。故管理人乃依其職務上之權利。享有法人之財產。而爲法人之主體也。

第三、法人實在說。此說係反對法人擬制說及法人否認說而生。卽主張法人爲實體存在之學說也。其中又細別爲二派。分述如次。

(甲)團體人說。此說爲基爾開氏 (Cairns) 所首唱。一稱有機體說。又曰團體人格說。其要旨謂法人之本質係團體人。團體人者、個人所構成之團體。而在各該個人以外。有獨立之意思、與獨立之生命者也。此種團體之意思與生命。既獨立存在。故其生活生長。爲一個有機體之存在。與自然人之存在。完全相同。故稱之曰團體人。申言之。自然人係自然統一體。而團體人則爲社會統一體也。社會統一體。並非其構成分子之總計。乃超越構成分子之上。具有獨立之意思與生命也。試就歷史上各種社會所產生之文化觀之。如權力組織、法律、道德、言語、經濟等。皆非一個人所能產生之物。亦非由各個人所產同種之物集合而成。此就客觀上足證明個人以外。實有社會統一體之存在也。更就吾人內部推之。一方感覺自我之統一。他方則感覺自我爲某社會之一部。卽所謂大我小我之別。此就主觀上足以證明實有社會統一體之存在也。法律對此實在之社會統一體。付與權利能力。是爲法人。故法人爲實在之團體人。

(乙)組織體說。此說爲法國學者黑丑氏 (Mehoult)、薩勒由氏 (Salles) 及意國學者費

拉氏 (Ferrara) 等所唱導。德國學者多附和之。其要旨略謂法人在法律上雖爲具有獨立意思之組織體。但其意思。非如自然人所有之自然意思。乃爲法律所認定之意思。申言之。法人機關所決定之意思。卽爲法人獨立之意思。其所以成爲獨立之意思。乃本於法律之規定。而非出於法人之知覺者也。

以上諸說。各有短長。茲更分別評論之。其一、擬制說之觀念。惟自然人始真爲權利之主體。蓋以權利主體須有意思。法人無意思。故不能爲權利之主體也。此種見解。未免誤謬。其實有意思者。不必爲權利主體。如古昔之奴隸。法律上不認爲具有權利能力。其明證也。又無意思者、非不能爲權利主體。如嬰兒、精神病人。均具有權利能力。其明證也。故意思之有無。實不足爲權利主體之標準。況自然人之爲權利主體。並非天然生成。乃基於法律之付與。與法人之基於法律之付與而爲權利主體者。完全相同。若謂法人之權利能力。係出於法律之擬造。則自然人之權利能力。亦當認爲法律所擬造。是此說之主張。殊乏採取之價值。其二、否認說之共通立腳點。在偏重自然人。以爲法律專爲自然人生活而設。故惟自然人得

享受權利而爲權利之主體。非自然人卽不能爲權利之主體。此說殊與法律現象相背馳。蓋法律不僅爲自然人之個人生活而設。實爲自然人之共同生活而設。故於自然人外。當然有共同團體之組織。此種組織。既離自然人而爲獨立之一體。自不能不認爲具有人格而爲權利之主體。以應社會生活之需要。況今日文化進步之社會。更不能以學說否認法人之存在。此說各派之主張。究不免有誤解權利觀念之嫌。如目的財產說。不察權利之本質。竟認有無主權之權利。如受益人主體說。直以利益爲權利。而不知權利係法律上得主張其利益之手段。如管理人主體說。將權利與權利之處分權混爲一談。至謂管理人之處分權爲權利。而忘却被處分之權利乃屬於法人。故均無足取。其三、法人實在說。於自然人之個人生活外。劃出社會的共同生活。證明法人之實際存在。此種主張。比較上極有價值。惟有機體說謂團體人有團體意思。爲獨立的生活。與自然人之有自然意思而爲獨立生活者完全相同。關於此點。多數社會心理學者頗不贊同。就法理推之。其說亦不無訾議。蓋此說力主團體意思之實在。以爲團體得爲權利主體之根據。不免仍信意思爲權利。而惟有意思者始得爲權利之主體。其背馳法

理。幾與擬制說相類似。且以獨立生活之團體人爲法人之本質。尤欠貫通。法律所認爲法人者。其本質係多屬獨立生活之團體。但法律所認定之法人。必須具備一定之條件。非獨立生活之團體。悉皆認之爲法人也。又法律所認定之法人。亦不必盡爲獨立生活之團體。如財團法人乃財產之集團。專供一定目的之用。與社會統一團體。性質迥殊。是團體人不必盡爲法人。而法人亦不盡爲團體人。不能不認爲有機體說之缺陷也。組織體說。不認法人之本質爲獨立生活之團體。(即有機體)而認法人爲人類之社會組織體。此種主張。最爲精確。蓋組織體既於觀念上可爲現實的存在。而又非具體的實在之團體人。推之一切法人。均相吻合。非如以上各說之囿於一偏也。

第二款 法人之種類

法人之種類。大別爲公法人與私法人之二種。私法人中再分爲社團法人與財團法人。社團法人中。更有公益法人與營利法人之別。茲分述如次。

第一、公法人與私法人。公法人與私法人之區別。本爲一般所是認。惟其區別之標準。則學者之主張。互有異同。就其最著者言之。約有六說。(一)有以法人所爲事業之公私爲區別之標準者。然同一性質之事業。由國家爲之則爲公。由私人爲之則爲私。如學校、鐵路、航空、鑛業等皆是。故此說殊不足採。(二)有以團體員之加入是否基於強制爲區別之標準者。然財團法人及公共建築物。均無團體員之可言。將至不能爲公私之區分。且團體員之加入。應受強制。雖爲公法人之通例。究非公法人之要件。是此說亦無足採。(三)有謂應依設立人之公私以爲區別之標準者。卽以國家設立者。爲公法人。私人設立者。爲私法人。此種主張。就私法人方面觀察。雖無不合。然從公法人方面觀察。殊有未當。如國家設立之銀行、及其他營利之公司等。仍應適用私法人之規定。其明證也。故此說仍難認爲允當。(四)有謂應依是否對國家負有遵行其目的之義務以爲區別之標準者。卽以對國家負有完成其事業之目的者。爲公法人。否則。爲私法人。此種主張。亦有未當。蓋同一性質之事業。究不能因其對國家是否負有義務。以爲公私之區別。如同爲鐵路公司。其對國家

負完成義務者。謂爲公法人。反是、則爲私法人。非第顯背區別公私之實益。抑亦不合社會之趨勢矣。(五)有謂應依其目的是否爲謀私人利益以爲公私區別之標準者。此種主張。就私人經營之事業。雖可謂爲在謀私人之利益。若就國家經營之鐵路、鑛業等事業言之。則顯係非爲私人謀利益。而究不失爲私法人。故此說仍難認爲適當。(六)有謂應依是否爲權力組織以爲區別之標準者。即以屬於權力組織者。爲公法人。屬於權利組織者。爲私法人。此種主張。雖較前五說爲當。然關於權力權利之界限。未據詳悉說明。亦難認爲盡善。

以上諸說。均難贊同。茲特依法人基於法律成立之要件爲標準而區別之。則公法人者、係具備公法所規定之要件而成立之法人也。私法人者、係具備私法所規定之要件而成立之法人也。公法人之特徵。在能行使統治權或分擔統治權作用之一部。公法人中又有國家、地方團體、或其他公共團體之別。國家須具備如何要件。始能成立。在現代國家。已具有其通之觀念。固無待法律另爲規定。至地方團體及其他公共團體之爲公法人。則有待於公法

之規定。必由國家以自治法或其他公法付與一定權利。使分擔一部統治權之作用。乃能認為公法人。故凡具備公法所規定之要件而成立者。是為公法人。其在此等法人以外之法人。則為私法人。學者間稱公法人為國家的法人。稱私法人為社會的法人。私法人必須具備私法所規定之要件。始能成立。故民法第二十五條。特設『法人非依本法或其他法律之規定。不得成立。』之限制。

公法人之內容。詳見行政法。私法人之內容。則於民法規定之。惟此等公私法人。均能於私法上為權利之主體。公法人在私法上為權利主體時。除有特別規定外。仍應適用私法之規定。關於此點。在瑞士及德國民法。均有明文。（參照瑞民法第五九條、德民法第八九條）我國民法雖無規定。當應從此種見解。又私法人亦得以明文許其為公權之主體。且通常類多負擔一定公法上之義務。如納稅、當兵。其明證也。

第二、社團法人與財團法人。民法為私法。其所規定者為私法人。私法人中。大別為社團法人與財團法人二種。社團法人者。以自然人之社團為成立要件之法人也。簡稱曰社團。

財團法人者。以捐助行為爲成立要件之法人也。簡稱曰財團。一般學者。均主張社團法人爲人之集合。財團法人爲財產之集合。然在社團法人。僅稱曰人。未免與民法所規定人之意義相混。又人之集合。不過表示爲社團法人組織之基礎。而非確認爲社團法人成立之要件。若在財團法人。則其成立之基礎。並非普通之財產。而以捐助行為爲必要。故著者不取一般之通說。而特以成立之要件爲兩者區別之標準。卽社團法人須具有二個以上之自然人組織之團體時。法律始能付與權利能力而爲權利之主體。財團法人須於捐助行為成立並生效時。法律始能付與權利能力而爲權利之主體。社團法人、因以社團爲成立之要件。故法人成立後。其設立之自然人。仍爲組成之分子。稱曰社員。更由該社員組織社員總會。爲法人之意思機關。對於設立時所訂定之章程。仍得隨時變更。故社團法人有伸縮性。反之。財團法人、因以捐助行為爲成立之要件。其組織之內容與目的暨財產等。卽完全由該捐助行為而確定。此捐助行為。卽爲財團法人成立之基本要件。其成立後。別無所謂社員。亦別無所謂社員總會。蓋捐助者既依一定目的。訂立捐助章程。將財產捐出。組成具有

人格之財團法人。則此後惟依捐助章程辦理。不能擅行變更。故財團法人有固定性。助捐人亦無自由伸縮之餘地。此兩者區別之要點也。

第三、營利法人與公益法人。社團法人中。更有營利法人與公益法人之別。（民法第四五條及第四六條）營利法人者。以營利爲目的、並分配其利益於各社員之法人也。分配利益。爲營利法人終局之目的。故爲達其目的計。偶以公益事業爲手段。仍不失爲營利法人。又所分配之利益。不限於積極的利益。卽消極防止經濟上之不利利益。亦不失爲營利法人。如消費合作社、相互保險公司等均屬之。公益法人者。以公益爲目的之法人也。公益之義。就文字觀察。係指團體自身以外之公共利益而言。如政治、宗教、學術、技藝等社團均屬之。惟依此解釋。則凡目的不在謀公共利益、又不在營利之團體。皆無由成爲法人。如社交團體、運動團體等。將不能認其爲權利之主體。殊與社會上之實際生活不便。故著者主張應從廣義解釋。凡法人之終局目的不在營利者。概稱爲公益法人。依此見解。則其終局目的在謀公共利益者。固爲公益法人。卽消極不以分配經濟上之利益爲終局目的者。亦屬公益法人。推

而至於非以營利爲終局目的。而僅以營利爲達其目的之手段者。亦不失爲公益法人也。我國民法之分類。係仿日本民法。（日民法第三四條第三五條）故就字義言。如此解釋。似覺牽強。然從立法上之精神觀之。則公益與營利字樣。究不如仿德意志及瑞士民法（德民法第二一條第二二條、瑞民法第六〇條）明定爲以經濟爲目的之法人。與非經濟爲目的之法人二種。比較上更爲妥善也。

營利法人與公益法人之分類。僅就社團法人言。若財團法人。既無社員。又不能以分配利益於社員爲終局目的。故僅有公益法人而無營利法人。是又財團法人之特質也。

營利法人。其取得法人資格。應依特別法之規定。此爲民法第四十五條所明定。如各種公司之組織。應依公司法之規定。其明證也。故民法關於法人各規定。以適用於公益法人爲原則。對於營利法人。須以特別法爲準據。必特別法無規定時。始能依民法行之。此即特別法優於普通法之原則。而爲適用上所最宜注意者也。

第四款 法人之能力

法人之能力。大別爲三。即（一）權利能力。（二）行爲能力。（三）責任能力、是也。分述如次。

第一項 法人之權利能力

法人之權利能力。即法人在法律上得爲權利主體之能力也。茲分三點說明之。

第一、權利能力之範圍。法人既享有人格。當然具有權利能力。惟其範圍如何。各國立法

例及學說。約有兩種主義。其一、爲取法人擬制說者之主張。謂法人乃對一定目的創設之

人格。故僅限於其目的之範圍內。始有權利能力。此爲日本民法所明定。（日民法第
四三條）彼邦

學者。亦多爲同一解釋。其二、爲取法人實在說者之主張。謂法人爲實在之團體人。其權

利能力之範圍。原則上與自然人無異。惟例外專屬於自然人之權利。性質上非法人所能享

有者。始不得享有之。此爲瑞士民法所明定。（參照瑞民法第二
二條及第五三條）德國學者亦多主是說。我國

民法第二十六條。明定『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。』大體係仿瑞士民法。認法人並非僅限於其目的之範圍內。始

具有權利能力。其權利能力之範圍。原則上與自然人相等。但例外有二種限制。即因於法令之限制、與因於性質之限制是也。分述如次。

(一)因於法令之限制。法人與自然人之人格。同為法律所付與。其權利能力。當然得以法令限制之。彼外國自然人。法律猶定明須於法令限制內始有權利能力。(民法總則施行法第二條)

則法人定明須於法令限制內。始有權利能力。乃屬必然之理論。惟民法第二十六條所謂『於法令限制內。』蓋指得以法令限制之之義。倘法令別無限制之明文。則法人之權利能力。固仍與自然人無異也。(參照日民法第四三條)

(二)因於性質之限制。法人非自然人。故凡專屬於自然人之權利義務。法人不得享有之。此為民法第二十六條但書所明定。關於此點，瑞士民法。曾設明文規定之。(瑞民法第五三條)

()他國民法雖乏明文。但學者間之解釋。均趨一致。茲更分述性質上之限制如次。

(甲)關於財產者。財產權及關於財產上之義務。法人均得享受或負擔之。但其中依性質應專屬於自然人者。則不在此限。

(乙)關於人格者。凡以人格關係爲內容之權利義務。並非法人完全不得享受或負擔之。但屬於以身體存在爲前提之權利。如身體權、生命權、身體行動之自由權、及姓名權等。則惟自然人有之。而非法人所能有。反之。如稱號權、名譽權、及精神上之自由權等。則非僅自然人所獨有。法人亦得享有之。

(丙)關於身分者。凡關於身分上之權利義務。其專以自然人之身分爲前提者。法人不得享受或負擔之。如戶主權、親權、夫權、家長權、遺產繼承權等。則惟自然人有之。而非法人所能享有。其明證也。反之。如社員權、包括受遺權等。凡不以專屬自然人之身分關係爲內容之權利義務。則非僅自然人所獨有。法人亦得享有之。

第二、公法上之權利能力。法人既具有法律上之人格而爲權利之主體。故其權利之享有。不僅私法上爲然。即公法上之權利。亦得享有之。惟法人應享有何種公權。須視成文法之規定決之。日本立法例。於市、町、村制各自治法規中。明認法人有特種選舉權。我國現尙無此種規定。但依民事訴訟法第四十一條第一項。規定有權利能力者。有當事人能力。

法人既有權利能力。當然有爲訴訟當事人之權。此卽法人具有公權能力之明證也。

第二、權利能力之始終。自然人之權利能力。始於出生。終於死亡。已爲民法第六條所明定。至法人權利能力之始終。雖無明文規定。但其權利能力既出於法律之付予。則在法律未承認法人人格以前。當然無權利能力。其權利能力之開始。須在法人正式成立之時。蓋法律既認法人成立。卽不外爲權利能力之付與。其與自然人之出生。完全相同。故法人權利能力之始期。應以成立時爲限。實爲當然之解釋。惟法人何時始爲成立。一般立法例每就法人之種類而異其規定。我國民法及公司法。概以登記時認爲成立。其詳容後說明。至法人權利能力之終期。應以消滅時爲限。蓋法人既經消滅。卽與自然人之死亡無異。法律上不能不認爲喪失權利能力也。至法人如何始歸消滅。亦容後敘之。

第二項 法人之行爲能力

法人具有權利能力。業已說明。惟法人不能自行活動。其行使權利。必待諸自然人。關於自然人代法人活動之行爲。其性質若何。學者間之主張各異。故法人究竟有無行爲能力。卽係

依此見解而決定。茲就其主要者言之。約有左之二派。

第一、代理人說。此爲持法人擬制說者所主張。謂法人乃法律所虛設。並非實在。既無意思能力。自無行爲能力。董事及其他代理人之行爲。不過爲法人之代理。此種代理行爲。仍爲自然人之行爲。而非法人之行爲。特依代理之規定。其效力及於法人。故其結論。認法人無行爲能力。

第二、機關說。此爲持法人有機體說者所主張。謂法人與自然人同。乃意思之有機體。當然有行爲能力。今日通說雖不認法人爲有機體。但認法人爲實在之社會組織體。其內部實具有各種機關。爲法人意思之發動。董事卽法人之機關。恰如自然人之手足然。該董事等之行爲。實爲法人機關之活動。應認爲法人本身之行爲。而非屬自然人之行爲。故其結論。以法人具有行爲能力。

以上兩說。德意志及日本民法。未明白規定。(參照德民法第二六條、日民法第四四條第五七條)其學者間之解釋。互有異同。瑞士民法第五十四條。則規定「法人於法律及章程所需之機關構成時。卽取得行爲能

力。』蓋係採取後說。我國民法雖無此項明文。然依第二十七條第二項 董事就法人一切事務。對外代表法人』之規定。則法人具有行為能力。甚屬顯明。蓋代表與代理不同。代表係機關與人格間之關係。代理則係獨立兩人格間之關係。以董事代表法人。即以董事為法人之機關。故董事之行為。實為法人自身之行為。法人既有行為能力。當然得為單獨適法行為。此又無俟重加解釋也。

法人之行為能力。亦有一定之範圍。即其權利之行使。應以在其權利能力以內為限度是也。故法人除對於法令所限制及自然人所專有之權利。無行為能力外。其他一切事項。均具有行為能力。惟法人之成立。以目的為要素。超越其目的以外之活動。是否尚有行為能力。不無研究之價值。著者以法人既為實在之社會組織體。當然具有自主活動之價值。故除前述法令及性質兩種限制外。其他一切事項。不問直接與法人目的有無關係。凡屬於維持發展法人之生存活動範圍以內者。法人皆有行為能力。即就法人之目的而論。除毀滅其生存目的各事項外。法人亦均具有行為能力也。至如何為毀滅其目的。應各就具體事項決之。如煤油公司為

廣告計。對某種慈善事業。捐助巨款。不為毀滅其目的。若將全部資產贈與他人。則為毀滅其目的。又如水災急賑會為籌集賑款。附營一種商業。不為毀滅目的。若贈與他人巨款。挪作不正之耗費。則為毀滅目的矣。故凡除毀滅其目的以外之活動。法人皆具有行為能力。是即法人行為能力之範圍也。

第三項 法人之責任能力

法人有無責任能力。從來學說及立法例。頗涉紛歧。大別之、約有二派。即無責任說與有責任說是也。所謂法人有無責任能力。係指法人於其機關如董事或其他職員因職務上之行為。即因執行職務加損害於他人時。應否負賠償義務而言。茲分述如次。

第一、無責任說。此為持法人擬制說者所主張。其要旨以法人無不法行為。細別之、更有二種。即（一）謂法人於法律所認許之目的以內。始能存在。超越其目的之行為。即非法人之行為。故法人不負責任。（二）董事既為法人之代理人。其代理範圍。自應以合法行為為限。若加損害於他人。則為侵權行為。屬於不法。不法行為、實無代理權之可言。法人對

此種無權代理之行爲。應不負責。此兩種主張。係因誤解法人爲虛設。故其理論與實際不符。殊無採取之價值。

第二、有責任說。此爲持法人實在說者所主張。其理由亦不一致。細別之、更有三種。即（一）謂法人原有意思能力。自得爲侵權行爲。此爲持團體法人說者之結論。（二）謂法人對於董事等行爲負責。乃因其選任及監督之誤。此爲法國學者之理論。（三）謂法人對於董事等行爲負責。並非法人本有過失。不過法律爲保護交易安全計。特定法人有此種特別責任。此三說雖理由各執。但以著者之眼光。法人對於董事等因執行職務加損害於他人時應負責任之根據。當求之於董事等之性質。董事如係法人之代理。則法人實無責任之可言。董事既爲法人之機關。則於其機關執行職務之行爲。實爲法人自身之行爲。當然應負賠償責任。故近世立法例及學說。均認法人有責任能力。（德民法第三一條第八六條及第八九條、日民法第四四條、瑞民法第五五條）我國民法第二十八條『法人對於其董事、或職員。因執行職務所加於他人之損害。與該行爲人連帶負賠償之責任。』之規定。亦取此說。

法人對於其董事或職員因執行職務所加損害於他人之行爲。應負賠償之責。業已說明。惟法人之責任能力。須具備一定要件。始能發生。即（一）須法人之董事或職員爲加害行爲。（二）法人之董事或職員須因執行職務加害於他人是也。分述如次。

一、須法人之董事或職員爲加害行爲。法人應負責任之根據。係以董事等爲法人之機關。

故凡非法人之機關有違法行爲。法人不能負責。德意志及瑞士民法。規定極明。（德民法第三一條、

瑞民法第五五條）我國民法規定法人於其董事職員有加害行爲時應負責任。其精神亦在明定法人之

責任能力應以其機關之行爲爲要件。蓋取法人實在說。不能不設此項規定也。惟董事雖爲

法人之機關。而職員二字。涵義甚廣。凡受法人之委任或僱用而爲之處理事務者。通常均

稱爲職員。揆之民法法人有責任能力之法理。似不應從廣義解釋。且受僱人因執行職務不

法侵害他人之權利時。僱用人亦負賠償責任。在債編更另有規定。（民法第一八八條）其與法人立

於僱傭關係之職員。均可依此決其責任。則民法第二十八條之職員。應以與法人有機關關

係者爲限。實爲當然之解釋。故法人之責任能力。須以董事或其機關之職員有違法行爲時

。始能成立。所謂法人機關之職員者。係指有代表法人資格之職員言。凡法人組織之章程上所規定者均屬之。

二、法人之董事或職員。須因執行職務加害於他人。法人對其董事或職員所爲之加害行爲。並非一概負責。惟限於因執行職務時所爲之加害行爲。乃負賠償責任。所謂因執行職務云者。係指其加害行爲。與職務之客觀上有不可分離之關係言。若其執行職務僅予加害行爲以偶然之機會。兩者並無不可分離之關係。卽不得謂之因執行職務。如董事與他人訂立契約。施用詐欺或強迫之手段。致使他人受害時。是爲因執行職務所生之損害。法人應負賠償之責。董事利用訂約之機會。竊取他人之財物。不得謂爲因執行職務之加害行爲。法人當然不負責任。其適例也。

以上二點。均爲法人負責之要件。惟董事或職員爲加害行爲時。是否須有故意或過失。民法第二十八條並未明白規定。關於此點。應解爲與自然人相同。如該行爲在自然人須有故意或過失始負責任者。則在法人亦以該董事等有故意或過失爲必要。如該行爲在自然人不須有故

意或過失亦應負責者。則在法人亦無須該董事等有故意或過失。仍應負賠償之責也。(參照民法第一

八四
條)

法人雖應代機關負責。但爲法人機關之自然人。並不能因之免除責任。瑞士民法關於此點。

規定極明。(瑞民法第五
五條第三項)我國民法亦規定法人與行爲人負連帶責任。連帶負責者。關於損害

各負全部賠償責任之謂也。即法人與行爲人各負賠償損害全部之責。受害人得任意向法人或行爲人之一方或兩方。同時或先後請求爲全部或一部之賠償。以達到賠足其損害全部爲止之目的。其內容與連帶債務同。(參照民法第
二七三條)

民法只規定法人與該董事等對被害人之外部關係。若董事對法人之內部關係。則另爲一事。如董事等係違背職務或其他契約上之義務。致加損害於他人時。則法人所負之賠償責任。對於該行爲人亦有損害賠償請求權。蓋自然人擔任法人之機關。應以善良管理人之注意。爲法人處理事務。既因不慎之加害、使法人連帶負責。是該行爲人違背善良管理之義務。當然應對法人負損害賠償之責也。

第五款 法人之組織

第一項 法人組織之概說

法人之本質爲社會組織體。前已說明。組織體者、非天然生成之一體。乃依人類意思所構成之一體也。人類以意思認定一定之目的。因欲達到認定之目的。同時樹立實行其目的之基礎。(社員或財產)並具備實行其目的之手段。(機關)而後獨立之組織體始克構成。此等要件。概稱之曰法人之組織。法人之組織。原則上須有書面之訂定。是爲章程。依民法第四十七條及第六十條之規定。設立社團者。應訂定章程。其應載事項。爲(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。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。準此以觀。章程者、實法人之根本組織法也。其效力幾與國家之憲法相等。變更章程時。須依特別程序行之。(參照民法第五三條)其手續之嚴重。亦幾與修改憲法無

異。組織又屬專指實行其目的之手段言。是爲狹義的組織。民法第二節中所稱之組織。如所謂社團之組織、(民法第
四九條)財團之組織。(民法第
六二條)等。類係專指實行其目的之手段言。屬諸狹義。故狹義之組織。僅指其機關之構成言。此又適用上所宜注意者。茲分法人之機關、法人機關之構成、及法人機關之構成員三點而說明之。

第一、法人之機關。法人爲社會組織體。非有天然之意思能力。故須設一定地位。使自然人居之。以爲法人意思之發動。此發動之意思。卽視爲法人之意思。而非仍屬自然人之意思。法人因有此種意思。乃能對內對外爲種種之活動。以實行其組織之目的。此地位謂之法人之機關。機關之用語。出自生物學。乃構成有機體之一部分。其作用在爲有機體實行其活動。並非獨立生存之個體。儼如人之眼耳手足然。持法人有機體說者。旣謂法人爲有機體。則法人當然具有機關。吾人係認法人爲社會組織體。自難依生物學之意義以法人當然具有機關。惟法人依其組織設定發動意思之地位。其地位對於法人之關係。完全與機關對有機體之關係相等。故卽借用其原義。稱爲法人之機關。

法人之機關云者。即實現法人活動之地位也。屬諸構成法人之一部。無獨立生存之能力。故在法律上不能爲權利義務之主體。惟具有代表法人之權能。凡爲法人而爲之行爲。得直視爲法人之行爲。而非仍屬自然人之行爲。

法人機關之行爲。與代理人之行爲異。代理者、代理人於代理權限內以本人名義向第三人爲意思表示、或由第三人受意思表示。而直接對本人發生效力之行爲也。（民法第一〇三條）代理人爲獨立人格者。雖代被代理人即本人爲法律行爲。其行爲仍係代理人之行爲。不過因代理關係。行爲之效果。及於被代理人。不能因其對被代理人生效。遂認爲被代理人之行爲也。法人之機關不然。屬諸構成法人之一部。無獨立之人格。故機關之行爲。即法人之行爲。

第二、法人機關之構成。法人之機關。爲法人實行一定目的之手段。乃法人必要之組織。其組織之內容。應依章程定之。以章程爲法人之組織法也。惟民法爲因法人具有權利能力。其組織之內容影響於社會甚鉅。不能全任設立人之自由訂定。故關於必要之機關、與其

重要之構成方法。特設一共同標準。凡法人皆須遵守之。其違反此標準者。不生法律上之效力。故章程僅得於違背民法所定之共同標準外。法人始有自由訂定之權。(民法第二七條、第六條)其因民法規定設立之機關。可稱為法人之法定機關。其係因章程自由設立之機關。可稱為法人之任意機關。

法人之法定機關。大別為董事與總會二種。董事則不分社團或財團均須設置。為法人通有之必要機關。總會則僅為社團之必要機關。財團因無社員。故無設置總會之餘地。董事及總會之構成。除由民法規定外。得由章程訂定之。惟章程中有必須記載之事項。如關於董事之任免。與總會召集之條件程序及其決議證明之方法是也。(民法第四七條三四兩款)至法人之任意機關。其種類與構成方法。均由章程訂定之。如關於顧問、評議、監察等職、及其任免方法。則屬諸隨意添註事項。可一任設立人於章程中隨意註載是也。

第三、法人機關之構成員。法人機關之構成員。係指居於實現法人活動之地位者言。即構成法人機關之人格者是也。法人之機關。本無人格。而構成法人之機關者。則非具有獨立

之人格不可。故法人機關之構成員。均具有法律上之人格。與機關迥不相同。茲述其異點如次。

(一)機關不能爲權利義務之主體。機關構成員則具有人格。本於構成機關之地位。得爲權利義務之主體。

(二)機關有僅由一個構成員構成者。亦有由二個以上之構成員始能構成者。

(三)機關不能變更。而機關之構成員。則可以變更。

機關與機關之構成員。既不相同。則法律上之用語。自應加以區別。故總會爲法人之機關。而其構成員則稱爲社員。此卽用語上之差異也。惟董事亦爲法人之機關。其構成員則仍稱董事。此點未免相混。以著者之主張。爲法人機關之董事。應改稱董事會。始免與構成員之董事混淆。但民法對於此點既未加以區別。則凡關於董事之規定。究竟係指機關言。抑係指機關之構成員言。須就各該條文決之。如民法第三十五條第二項所稱有過失之董事。應負賠償之責任。此董事係指機關之構成員言。其第二十七條所定法人須設董事。董事

就法人一切事務對外代表法人。此董事係指機關言。其明證也。

第二項 董事

董事爲法人必要之機關。茲分董事之性質、董事之任免、董事之權限、董事相互間之權限、董事職務之監督、及董事之構成員六點而說明之。

第一、董事之性質。董事者、法人之機關也。因其執行法人之事務。故爲執行機關。又因其應常置董事一人以上。故爲常設機關。又因其就法人一切事務。對外代表法人。故爲代表機關。

董事爲社團及財團所不可缺之機關。故民法第二十七條第一項明定法人須設董事。至董事之員數及任免方法。雖得由章程任意訂定。但以章程或社員總會之決議。不設置董事時。則爲法律所不許。蓋法人不能自行活動。若無對外之代表機關。則人格無從實現。故法律明定以設置董事爲法人之要件也。惟此爲組織上之必要。實際上縱董事全部缺位。於法人之存在無關。不過宜從速補充。以免代表機關之虛懸耳。

董事之名額。不必爲數人。卽僅置一人亦可。大抵人數之多寡。應視法人事務之繁簡而定。惟設置數人時。其行使職權。自應組織董事會。關於此點。德意志民法。定有明條。

（參照德民法
第二六條）我國民法雖無規定。事實上固應當然如斯也。

第二、董事之任免。董事之任免。係指董事之選任及免職言。在社團法人。必由總會行之。惟總會以如何條件及如何方法任免董事。則須於章程中明白訂定。（民法第九〇條二項、第四七條三款）俾免爭議。在財團法人。任免董事。應依捐助章程行之。若章程規定不完全時。法院得因利害關係人之聲請。爲必要之處分。（民法第六二條）以資救濟。

社團法人之董事。是否必由社員中選出。亦應依章程定之。其無規定時。應解爲社員以外之人。亦可被選爲董事。此際所選出之人。雖非法人之構成分子。但既隸屬於法人。則應視爲法人機關之構成員。又董事之資格。法律有消極之限制者。自應從之。如褫奪或停止公權之人。不得以之充董事。其明證也。

董事選任行爲。在法律上性質如何。學者間頗多爭執。少數說主張爲單獨行爲。多數說主

張爲一種契約。著者採用後說。蓋董事之責任甚重。若謂選任董事。不待本人承諾。卽爲成立。純係法人之單獨行爲。按諸理論及實際。均有不合。故應解選任行爲爲選者與被選者間要約承諾之契約。被選者一經承諾。遂由此發生代表法人之義務。其契約與委任相似。關於委任之規定。得類推適用。庶無流弊。至董事之辭職或罷免。則應認爲屬於單獨行爲爲原則。卽法人之罷免董事。與董事聲明辭職。均可由一方表示生效。但一方於不利於他方之時期爲罷免或辭職者。對他方應負損害賠償之責。(參照民法第五二八條及第五四九條)

第三、董事之權限。董事之權限有二。其一、爲代表權。其二、爲事務執行權。分述如次。

(一)代表權。代表權者、表現法人活動之權能也。董事爲法人之代表機關。卽就法人一切事務。對外代表法人。此爲民法第二十七條第二項所明定。故凡屬於法人目的事務範圍內之行爲。董事均得代表法人爲之。亦得代表法人受之。不問其爲訴訟上之行爲。抑爲訴訟外之行爲。又不問其爲事實行爲。抑爲法律行爲。董事均有代表法人之權能。是

爲代表權。其性質與代理權有別。蓋董事爲法人之代表機關。其所爲之行爲。乃法人之行爲。且不以法律行爲爲限。若代理人所爲之行爲。則爲代理人之行爲。而非本人之行爲。不過其效力及於本人。且僅以法律行爲爲限。是二者之間。顯有不同。惟董事代表法人爲行爲或受行爲時。仍以準用代理規定爲適宜。德意志及日本民法。關於此點。設有規定。我國民法雖無明文。亦可爲同一解釋。

董事之代表權。範圍至廣。凡法人一切事務。均包涵之。但代表權之範圍。得以章程加以限制。如章程訂定非經總會決議董事不得處分不動產之類。卽爲對於代表權之限制。此種限制。就對內關係言。董事應切實遵守。其不遵守時。法人不能認其行爲爲有效。此爲當然之事理。惟就對外關係言。董事違反其限制時。法人能否對第三人主張其行爲無效。卽能否以其限制對抗第三人。關於此點。從來之學說及立法例。約有四主義。(一)無論第三人是否善意。其限制均爲無效。(二)無論第三人是否善意。其限制均爲有效。此二說僅屬學說上之主張。(三)其限制已經登記者。認爲有效。此爲德意志民法所

取。(德民法第二六條、第二八條、第六四條、及第七〇條)

(四)不得以其限制對抗善意之第三人。此爲日本民法所取

。(日民法第五三條)

我國民法第二十七條第三項。係採最後主義。與日本民法相同。故凡對董

事代表權所加之限制。不問其係由章程訂定。或由總會議決。亦不問其已否登記。並其所加限制之內容如何。凡第三人不知其限制者。卽爲善意之第三人。法人不得以該限制向善意之第三人主張有效。惟對於非善意之第三人。始得對抗之。又關於此種舉證責任。應解爲限制之舉證。由法人爲之。善意之舉證。應由第三人爲之。蓋限制之內容。第三人無從預知。故應由法人舉證。第三人是否已知其內容。法人無從查考。故應由第三人舉證也。

(二)事務執行權。董事之事務執行權。與代表權有別。代表權係對外關係。爲法人與第三人之關係。事務執行權係對內關係。乃董事與法人之關係。董事既爲實現法人之活動而設。當然有執行法人事務之權限。且同時並有執行之權利與義務。至其執行之範圍及方法。應依法令及章程定之。其在社團法人。且有服從社員總會決議之義務。但該決議

如違反強行法令及章程時。則不生服從之義務。

董事對法人之關係。與委任人受任人之關係相似。故其執行事務。亦應準用關於委任之規定。其無報酬者。應以與處理自己事務為同一之注意。其有報酬者。並應以善良管理人之注意為之。（民法第五三五條、並參照
德民法第二七條第二項）

董事執行事務。應依法人內部之規定。故民法不特設明文。惟左列事項。極關重要。民法特規定由董事行之。即所謂法定事務執行權是也。

甲、聲請登記。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。（民法第四
八條二項）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。（民法第六
一條二項）

乙、召集總會。此為民法第五十一條所明定。即總會由董事召集之是也。

丙、聲請破產。此為民法第三十五條所規定。即法人之財產。不能清償債務時。董事應即向法院聲請破產。若不為破產之聲請。致法人之債權人受損害時。其有過失之董

事。應負賠償之責任是也。

丁、清算財產。此爲民法第三十七條所規定。卽法人解散後。其財產之清算。由董事爲之是也。但其章程有特別規定，或總會另有決議者。不在此限。

第四、董事相互間之權限。董事有數人時。應組織董事會。前已說明。惟其相互間之權限應如何行使。亦不能不詳加研究。卽凡章程已有訂定者。應依章程辦理。其無訂定時。則應分別對內對外關係論之。在對內關係。應依多數之表決。我國舊民法草案第九十條第一項。及修正案第六十條第一項。均有規定。德意志及日本民法亦然。(參照德民法第二八條、日民法第五二條二項)

（現行民法雖乏明文。自應從此解釋。至對外關係。則有全員代表說、過半數代表說、及單獨代表說之三種。依現行民法之規定。應以單獨代表說爲原則。卽法人對於第三人爲意思表示時。得由董事一人爲之。第三人對於法人爲意思表示時。亦得向董事一人爲之。蓋依民法第二十七條第二項董事就法人一切事務對外代表法人之規定。僅稱董事。應解爲董事一人有代表法人之權限也。(參照舊民法草案第九〇條二項、修正案第六〇條一項、暨德民法第二八條二項)惟第三人知有董事會行使

權限之限制時。則應依民法第二十七條第三項之規定行之。

第五、董事職務之監督。董事職務之監督。係指董事執行職務時應受如何之監督言。關於

此點。應分別社團財團論之。在社團法人。置有總會。其監督權由總會行使之。董事執行

職務。是否遵守章程及總會之決議。由總會隨時審查。倘有違背。得議決撤銷之。(參照民法第五

○條二項三款)在財團法人。既無總會。則應依捐助章程辦理。若捐助章程定有監督機關者。(如

察人之類)自當由該機關行使監督權。其無特設之監督機關、或雖有監督機關而執行職務之董

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。(民法第

六〇條)是利害關係人及法院。亦可認爲財團董事之間接監督機關也。

董事之行爲。經撤銷、或宣告爲無效時。無論在社團、或財團。其對於第三人之效力。均

應依前述限制董事代表權之規定分別定之。

第六、董事之構成員。董事之設置。原在實現法人之活動。故董事之構成員。通說以自然

人爲限。惟構成總會之社員。通說既許以法人充之。則以法人構成董事。由該法人之董事

。代表法人執行董事職務。於理自屬可行。況由多數法人組織一社團法人。卽由各社員之法人中。舉充董事者。亦非無適例。如銀行公會之董事。係由各銀行選充。其明證也。

董事之構成員。具有獨立之人格。與法人之機關不同。故董事之構成員。本於構成法人機關之關係。對於法人享權利。負義務。其權利義務之關係。除法律別有訂定外。應準用關於委任之規定。（參照民法第五三五條、第五四〇條、第五四一條、第五四六條、及第五四七條）

又董事之構成員。除正式董事外。尚有臨時董事及特別代理人之二種。分述如次。

（甲）臨時董事。臨時董事者。因董事缺額。未經原定任用程序。僅由法院依利害關係人之聲請所選任之董事也。其權限仍與正式董事無異。唯於正式董事選任後。當然失去董事之地位而已。關於此點。舊民律草案第九十二條。及修正案第六十條第二項。曾仿德日民法設有明文規定。（參照德民法第二九條、日民法第五六條）現行民法雖無明文。但董事爲法人不可久缺之機關。其構成員如有缺額。不能依章程即時選出時。不能不有臨時董事之選任辦法。以資事實上之救濟也。

(乙)特別代理人。特別代理人者。即因特定事務。於董事外所設置之特別構成員。關於該事務。有代理法人爲一切法律行爲之權限者也。此種代理制度。德意志民法。曾設有規定。(參照德民法第三〇條)我國舊民律草案第九十四條亦然。均許以章程設置之。現行民法雖無明文。但謀事實上之便利。亦不能不有此特別辦法也。

第三項 總會

總會爲社團法人必要之機關。茲分總會之性質、總會之種類、總會之召集、總會之決議、及總會之構成員、五點而說明之。

第一、總會之性質。總會者、社團法人之必要最高決議機關也。分述之。

(一)總會之決議。爲社團法人之意思。故總會爲社團法人之意思機關。

(二)總會由社員全部構成。一稱社員總會。且惟社團法人有之。財團法人因無社員。故無總會。社團法人則非設總會不可。苟以章程訂定不設總會。在法律上亦不生效。(民法第

四九條)故總會爲社團法人之必要機關。

(三)總會關於社團法人之事項。有最高議決權。就中重要事項。有必經總會議決者。依民法之規定。大別爲五。即(一)變更章程。(二)任免董事。(三)監督董事職務之執行。(四)基於正當理由開除社員。(五)社團之自行解散是也。(民法第五〇條二項及第五七條)以上五項。關係社團之人格存亡。故必經總會之議決。此外凡未經章程定明屬於董事及其他職員之權限各事項。總會皆有議決權。如清算人之選定。賸餘財產之歸屬。其最著者也。(民法第三七條、第四四條)總會之權限。既屬廣泛。又關係社團之存亡。故爲最高機關。惟就此等事項。只有決議之權。對外既不能爲社團之代表。對內亦不能爲事務之執行。故總會爲社團之最高議決機關。

第二、總會之種類。總會以分定期總會及臨時總會爲通例。定期總會。係依法律及章程之訂定。於每年定期所開之總會。臨時總會。則因臨時必要事項所開之總會也。故定期總會、一稱普通會。臨時總會、一稱特別會。兩者之區分。乃以開會之時期爲標準。非以其權限與性質之差異爲標準而區別之也。

第三、總會之召集。總會之召集者、乃向各社員發出開會之通知也。關於召集之性質。有主張爲意思表示者。有主張爲觀念表示者。前者稱法律行爲說。後者稱通知說。著者則認第二說爲是。蓋總會並非社員之任意集合。須因召集始能成立。故召集行爲。於法律上實有重大之效力。惟此效力。與行爲人之意思無涉。不過因召集行爲。具有希望各社員於所定日期處所爲實行開會之觀念而已。故通知說較法律行爲說爲當。

總會之開會。由董事召集之。在定期總會。董事應依照章程。按期召集。在臨時總會。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時。董事須召集之。如董事受此項請求後、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。(民法第五十一條)又法律雖未明定董事得召集臨時總會。但董事如因社團利益認爲有開臨時總會之必要時。應解爲亦可由董事召集之。至召集總會之條件及程序。應於章程內訂明。業爲民法第四十七條第四款所規定。召集時自應遵守。故通知之方法。亦應依章程行之。如別無訂定時。則應依適宜之方法爲之。又開會之目的。所關極鉅。自以預行通知爲宜。

第四、總會之決議。決議者、各社員之意見達於一定數量之同意者也。申言之。各社員對於所爲討論之事項。依其表決權。各表示其意見。同一內容之意見。達於一定數量時。卽認爲對於該事項之決議是也。茲將關於決議各方法分述如次。

- (一)出席社員須達定數。總會須有若干社員出席始得開會。民法別無明文。自應依章程訂定之。若章程並無訂定。則應解爲至少須有社員三人以上出席。始能開會。蓋依民法第五十二條第一項之規定。總會決議。以出席社員過半數決之。故至少須有社員三人出席。始能得過半數之決議也。學者間有主張最少數亦可開會者。然如係二人出席。一可一否。其數相等。無從得過半數。此種主張。顯與民法規定不合。故無足取。惟茲所謂三人以上之出席亦得開會者。係指對於通常事項言。若屬特別事項。如變更章程之決議。則須有全體社員過半數之出席。始能開會。此又爲民法第五十三條第一項所明定者也。
- (二)社員有平等之表決權。總會之決議。乃事實上各社員共同意思之表示。而成爲法律

上社團法人意思之表示。共同意思。各社員非依法定手續。不能作成。其作成之共同意思。即認爲社團法人之意思。有拘束總社員之效力。故法律上對於各社員作成共同意思之權利。稱表決權。此表決權係社員於總會中表示自己意思之權利。於總會之決議。最關重要。各社員之出資。既不必相同。而身分勞績之差。亦爲事實上所難免。法律苟無明文規定。則爭端滋多。莫衷一是。故民法第五十二條第二項特定各社員有平等之表決權。即不問出資之多寡。身分之高下。而以一人一票。爲平等之表決。蓋所以杜紛爭而昭劃一也。此與股分公司股東之表決權不同。(參照公司法第一二九條)適用上宜注意及之。

(三)表決須達定數。決議須達定數之表決權。始爲成立。至定數究係若干。則因通常事項與特別事項而不同。前者稱爲通常決議。後者稱爲特別決議。通常決議。以出席社員過半數決之。(民法第五二條一項)特別決議。則有二種。其一、爲變更章程之決議。此項決議。極關重要。蓋社團之章程。等於國家之憲法。實非通常決議之可比。故民法第五十三條第一項特設明文規定。其要件如係出席表決時。則(1)須有全體社員過半數之出席。(

2) 須有出席社員四分之三以上之同意。如有書面表決時。則須有社員三分之二以上之書面同意。其二、爲解散社團之決議。此項決議。關係社團法人人格之存亡。未可以普通決議行之。故民法第五十七條亦設特別規定。須以全體社員三分之二以上之可決。始能生效。此則不分出席表決與書面表決。總須達此定數。始能爲解散之決議也。

以上所述。係關於決議之法定方法。若決議之程序。違反法定方法或其他法令或章程之規定時。其決議在社團內部。尙非當然無效。惟對該決議原不同意之社員。得於決議後三個月內請求法院宣告其決議爲無效。經法院判決認爲無效時。其決議始溯及議決時失其效力。倘三個月內並無社員向法院請求。或請求而被駁斥。則該決議雖有瑕疵。仍非無效。(

參照民法
第五六條

董事或其他職員。不能不遵照執行也。至對該決議有利害關係之第三人。能否隨

時主張其決議爲無效。民法未設明文。但決議既屬違反法令及登記之章程。爲保護第三人利益計。自應解爲認第三人得隨時主張其決議爲無效。其請求訴權。不受民法第五十六條第二項之限制也。

又決議在法人內部尚非當然無效。係就違反普通決議之程序言。若其決議之內容。顯有違反強行法規者。則其決議根本上不生效力。無論何人。均得隨時為無效之主張也。

第五、總會之構成員。總會之構成員為社員。社員者、構成社團法人之主要分子。而有對於法人取得一定權利及負擔一定義務之資格者也。茲分社員之資格、與社員之權利義務而說明之。

(一) 社員之資格。 社員之資格。可否移轉。即有無專屬性。應分別說明。在營利社團。則社員之資格。得因讓與或繼承之方法而移轉於他人。其無專屬性。自不待言。若公益社團。其社員之資格如何。在德國民法則明定為有專屬性。不能讓與或繼承。(德民法第

二八

條) 我國民法雖無明文。應可為同一解釋。蓋此項社團之社員。既係參與公益。自不得與公司或其他營利社團之股東同視。致違反公益法人之目的也。

至社員資格之取得與喪失。雖應以章程訂定。但亦具有條件。分述如次。

(甲) 取得條件。 社團法人之設立人。通常當然取得社員之資格。其他之人。苟不違反

章程之規定。自亦得爲社團法人之社員。又雖與章程不符。如係依民法第五十三條之程序辦理者。自仍得許其入社。

社員入社。在法律上性質如何。學者間之主張不一。有謂係新社員與舊社員全體之契約者。有謂係新社員與社團之契約者。著者採取後說。蓋此種契約。非因通常債權債務之關係而發生。乃因社員與法人間之權利義務而發生。故不能認爲新舊社員之契約。而實爲新社員因入社關係與社團之契約也。

(乙)喪失條件。社員資格之喪失。亦具有一定條件。卽除依章程訂定外。社團法人消滅時。社員資格當然喪失。又公益社團之社員。凡本人死亡者。亦當然喪失資格。其次退社或開除。均爲喪失社員資格之原因。民法第五十四條第一項明定社員得隨時退社。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。又同條第二項明定退社預告期間。不得超過六個月。至開除社員。須有正當理由。且應經總會之決議。民法第五十六條第二項。規定甚明。倘被開除之社員。認該決議有違反法令

或章程者。得於決議後三個月內請求法院宣告其決議爲無效。(民法第五六條)

已退社或開除之社員。對於社團之關係。事實上更發生兩種問題。其一、持分應否返還。其二、責任應否繼續是也。學者間對此兩種問題之解答。其主張各有不同。關於第一問題。約分兩說。(一)肯定說。謂章程中如無禁止返還之規定。則該社員對於社團財產應有之持分。可以請求返還。蓋社員因有持分。始能取得社員資格。既已出社。則持分自應返還。且出社係與法人脫離關係。若持分不予返還。不得謂爲完全脫離。此說係以保護社員爲主旨。故主張應予返還。(二)否認說。謂章程中如無可以返還之規定。該社員對於社團財產應有之持分。不得請求返還。蓋社團係因達特定目的之必要而有相當之財產。若社員財產。許其返還。則社團因財產減少。勢必不能達到特定之目的。此說係從保護法人方面着眼。故主張社員持分。不能返還。以上兩說。互有短長。我國民法以保護社團之存立爲原則。維持個人之權利爲例外。故於第五十五條第一項。明定出社社員對於社團財產應有之持分。無請求返還之權。但非公益法人

。即以營利爲目的之社團。其章程另有規定者。則從其規定。換言之。公益法人。絕對不許返還。營利法人。則相對依其章程之規定行之。蓋公益法人。不能不顧全法人之存續。而營利法人。又不可不注重個人之權利也。

至第二問題責任應否繼續之點。亦分兩說。其一、謂社員既經出社。則與社團完全脫離關係。所有社團原有債務。應由社團自行清理。不與社員個人相涉。此說蓋爲保護社員個人方面着想。故主張責任不繼續。其二、謂社員自出社之日起。以後關於社團所生債務。雖不應負責。然於未出社前所有之債務。則不可不負責任。不能因一旦出社。遂置身事外。蓋第三者所有之債權。卽社團所負之債務。恆有因社員個人之關係而發生者。倘因出社之故。毫不負責。非第有傷法人之人格。抑且妨礙第三者之權利。故應以繼續爲宜。以上二說。後者之理由實較前說爲充分。故民法採取後說。於第五十五條第二項。特定出社社員對於其退社或開除以前應分擔之出資。仍應負責償還之義務。蓋一方保護社團之權利。他方兼顧及第三者之利益。實爲正當之規定。

(二)社員之權利義務。社員具有獨立人格。得以其社員之資格。對於社團法人享有權利、負擔義務。茲述其要略如次。

(甲)社員之權利。權利與社員之資格相終始者。統稱曰社員權。就法律所規定者言之。如出席總會之權。(參照民法第
五二條一項)請求或自行召集總會之權。(民法第五一
條二項三項)請求宣告
總會違法決議無效之權。(民法第五
六條一項)參與總會決議之權。(參照民法第
五二條一項)均是。此等權
利中。最後參與總會決議之權。極關重要。稱曰表決權。民法特於第五十二條第二項
明定社員有平等之表決權。即不因出資多寡、或身分高下而有差異。惟該條規定。尚
非強制法規。仍得由章程為反對之訂定。但社員總會。應不許為反對之決議。故章程
初無反對規定時。則表決權應為平等。若僅由總會決議對於特定社員。定為不平等或
加以剝奪時。其決議應不生法律上之效力。

社員權之性質。應認為一種特殊權利。而為身分權之一種。其內容則以參與社團之事
務為其主要成分。惟在營利社團社員權中之利益分配請求權。則其性質屬於債權。與

普通社員權有別。

(乙)社員之義務。義務亦與社員資格相終始。統稱曰社員義務。其最重要者爲出資義務。出資義務。本應於章程中訂定。如就其數額無特別訂定時。應解爲各社員平等出資。

社員之權利義務。又可依章程所定區爲普通與特別兩種。前者屬於一般社員所通有。後者則爲特定社員所獨有。此種特別獨有之權利。亦不能以總會決議侵害之。德國民法第三十五條、暨我國舊民律草案、第一百四條、修正案第六十六條。關於此點。均有明文規定。現行民法雖無明文。亦可從此見解也。

第六款 法人之住所

法人之住所。爲業務活動之中心。與自然人之住所爲生活之本據者。其情形完全相同。蓋法人既具有權利能力。關於一切法律關係。不能不有一中心地域也。法人之住所。依民法第二

十九條之規定。以其主事務所之所在地爲住所。德意志、日本、及瑞士民法。亦復相同。

德民法第二四條、日民法第五〇條、瑞民法第五六條（事務所云者。法人在事實上執行事務之處所也。其爲執行中樞。總管

全部事務者。稱爲主事務所。此外則爲分事務所。法人因事務發達。恆有設置多數事務所者

。其中必以一事務所爲業務之中心。是爲主事務所。此主事務所即爲法人之住所。其他則不

認爲法人之住所而爲業務上之分處。蓋法人在法律上之人格。與自然人同。因確定法律關係

。亦不能同時有兩個住所也。（民法第二〇條二項）其僅設一個事務所之法人。則以該事務所爲住所。

此爲當然之解釋。無待另行規定也。法人之主事務所及分事務所。均應於設立時登記。（法

第四八條一項三款、第六一條一項三款）既登記之主事務所。如事實上已非執行業務之中心時。是爲法人住所之變

更。應即履行變更登記。分事務所變更時亦同。

第七款 法人之成立

法人之成立云者。法人取得法律上之人格。即開始具有權利能力之謂也。成立係就法人之主

觀言。若自設立法人之客觀言之。則爲設立。故法人之成立。與法人之設立。其觀念畢竟相同。惟法人須具備何種要素始克成立。從來立法例頗不一致。就其主要者言之。約有左之五主義。

第一、放任主義。此主義法律不定法人之要件。各私人得自由設立法人。無待國家許可。故一稱自由設立主義。卽凡以設立法人之意思。創設社會組織體時。其組織體卽成爲法人。歐洲中世曾採此主義。就尊重創設法人之自由觀之。非無足取。惟法人之內容。不能明確。法人之制度。甚形紊亂。其有害於交易之安全。良匪淺鮮。故無足採。

第二、特許主義。特許主義。一稱立法上之特許主義。每成立一法人。須先制定一種法律。各法人須各依該法律始能成立。卽法人之成立。須經立法機關之特許者也。此主義與放任主義相反。全不認法人設立之自由。故在普通法人。亦不便採用。僅對於與國家有特殊利害關係之法人行之。如日本之橫濱正金銀行及日本銀行。與我國之中央銀行交通銀行中國銀行。均先以立法程序。制定單行章程。其明證也。

第三、許可主義。許可主義。一稱行政上之特許主義。即依法律所定之要件。設立社會組織體時。須經行政官署之許可。始能成爲法人者也。此主義於法人之成立。每多不便。然爲防止法人濫設計。不得不採用之。故各國立法例。凡認爲關係較重之法人。多採此主義。如日本民法對於公益法人。(參照日民法第三四條)德意志民法對於營利社團法人及財團法人。(參照德民法第二二八條)均須經許可。始得成立。即其明證。

第四、準則主義。準則主義者。法律預定法人所必要之條件。凡具備條件之社會組織體。毋須行政官署之許可及其他國家之干涉。即得成爲法人者也。此主義無放任主義及特許主義之短而有其長。各國立法例。多採用之。日本民法對於營利法人。瑞士民法對於非經濟的營利法人。(瑞民法第六〇條)皆以依法定要件設立時。即爲法人之成立。其適例也。

第五、登記主義。登記主義者。即依法定要件設立社會組織體時。更須依法定程序登記。始能成立法人者也。準則主義、雖可令法人制度保持統一。然官署及一般人均無從確知法人之內容。信用尙屬薄弱。惟實行此種主義。則關於法人內容各要件。均公開登記。俾資

查考。庶法人之信用卓著。交易上之安全可期。故德意志民法對非經濟的社團法人。(德

法第二一條瑞士民法在原則上對一切社團法人及財團法人。(參照瑞民法第五二條)均採此主義。

以上五主義中。各國立法例。取前二主義者極少。取後三主義者較多。我國民法係採登記主義。凡法人非經向主管官署登記。不得成立。(民法第三〇條)故無論社團法人及財團法人。均須經

主管官署登記時。始能取得法律上之人格而為權利之主體。其未經登記以前。尚不能認為法人也。惟以營利為目的之社團。其取得法人資格。須依特別法之規定。(民法第四五條)如公司非在

本店所在地主管官署登記後。不得成立。(公司法第五條)是即由特別法規定之實例也。故法人之設

立。以登記為要件。登記以前。須先有法人之設立。此種設立行為及程序。社團及財團不同

。容後分別述之。又除營利社團法人外。無論設立社團或財團。在登記以前。更須先得主管

官署之許可。(民法第四六條第五九條)未得許可者。不能逕行登記。故我國法人之成立。除營利社團外

。必須經過三階段。即(一)須先有設立之事實。(二)須經主管官署之許可。(三)須向主管官

署登記是也。

第八款 法人之登記

法人之登記云者。將關於法人之成立及存續事項。登錄於公簿之謂也。法人成立時。是否以登記爲成立要件。抑僅以登記爲對抗要件。各國立法例。頗不一致。日本民法則認登記爲對抗要件。(日民法第四五條)即法人非經登記。不得對抗第三人。德意志民法。則認登記爲成立要件。(德民法第 二二條)即法人非經登記。不得成立。我國民法亦然。(民法第 三〇條)茲將登記之種類。分述如次。

第一、設立登記。設立登記者。即於法人設立時所爲之登記也。其應登記事項。規定於民法第四十八條及第六十一條中。容後詳述。凡法人非經履行此種登記程序。則不能認爲成立。(參照民法 第三〇條)

設立登記。在須經許可設立之法人。應於主管官署之許可後爲之。此爲民法第四十六條及第五十九條所明定。惟依民法總則施行法第五條之規定。凡依民法總則規定。應經許可之

法人。如在民法總則施行前。已得主管官署之許可者。不再經許可。逕得於民法總則施行後三個月內。聲請登記爲法人。其不經登記者。不能認爲成立。

第二、補充登記。補充登記者。卽法人登記後有從新應登記之事項時所爲之登記也。此種登記。僅爲對抗要件。其不爲此種登記者。則不能以之對抗第三人。(民法第三一一條)

第三、變更登記。變更登記者。卽以前登記之事項有變更時所爲之登記也。此種登記。亦僅爲對抗要件。其不爲此種登記者。亦不得以其變更事項對抗第三人。(民法第三一一條) 至其登記方法。應依更正登記之方法行之。(參照法人登記規則第五條)

第二、消滅登記。消滅登記者。卽以前曾經登記之事項消滅時所爲之登記也。民法關於此點。無明文規定。然以前應登記之事項。於登記後已經消滅者。準諸變更登記之規定。(民法第三一一條) 自亦應重行登記。如不爲此種登記時。自亦不得以之對抗第三人。至其登記之方法。依法人登記規則第五條之規定。應依塗消登記之方法爲之。

以上四種。爲登記之類別。至登記之主管官署。民法總則施行法第十條第一項定有明文。卽

依民法總則規定。法人之登記。其主管官署爲該法人事務所所在地之法院。又法人登記規則第一條。亦定明法人登記。由法人事務所所在地之法院或縣司法機關之登記處管轄。

法院對於已登記之事項。應速行公布。並許第三人抄錄或閱覽。此爲民法總則施行法第十條第二項所明定。蓋所以提高法人之信用也。至聲請登記人。在解散前則爲董事。在解散後則爲清算人。此又法人登記規則第四條至第八條所明定者也。

第九款 法人之變更

法人之變更云者。卽法人之組織或目的有所變更、而仍不失法人之性質者也。故法人之變更。係同一法人爲內部之變更。非原法人消滅而另產生一新法人也。惟法人之目的。不啻法人之生命。目的既殊。幾與生命更新無異。似不得謂法人人格。仍屬同一。然法人係以社員或財產爲成立之基礎。若在同一基礎之上。於相當程度擴張、減縮、或變易其目的。亦不得謂法人之人格業已更新。不過變更須有一定限度。倘全然脫離原有之目的、而另改爲獨立之日

的時。則不得謂爲法人之變更。應視爲法人之消滅。

法人之變更。其內容有社團與財團之別。茲分述其概要如次。

第一、社團法人之變更。社團法人之目的、及各項重要組織。均由章程訂定。故變更章程。即爲社團法人之變更。惟章程爲社團法人之根本法。法人因事實上之必要。雖可隨時變更。但變更章程。事體重大。須依左列程序行之。

(一)須經總會決議。章程爲社團之根本法。欲謀變更。必經總會之決議。以總會爲社團法人之最高機關也。(民法第
(五〇條)總會爲此項決議時。更須依特別程序行之。不能適用普通

事項決議之手續。蓋普通事項之決議。雖僅以出席社員過半數決之。(民法第
(五二條)而變更

章程之決議。則必須有全體社員過半數之出席。始能開會。更須經出席社員四分三以上之同意。始能決議。其未開會而以書面表決時。則須有全體社員三分二以上之書面同意

。始能認爲決議。(民法第
(五三條)蓋章程變更。關係法人之人格。不能不鄭重出之也。德意志

民法對於此點。規定尤嚴。即法人變更目的時。非經全體社員同意不可。(參照德民法
(第三三條)

蓋以社團之組成。原爲社員目的之結合。變更目的。自須經全體社員各人之贊同。不能以多數爲服從之強制。惟我國民法既無明文。變更目的。自可適用變更章程之規定。無須社員全體爲各別之同意。但此際凡不同意之社員。在理論上應解爲可自由退社。庶不背最初結合之本旨。

(二)須經主管官署許可。變更章程時。在公益社團法人。卽凡受設立許可之社團法人。除依特別程序決議外。並應得主管官署之許可。(民法第五三條二項)蓋主管官署許可設立法人。原以章程爲根據。茲既將章程變更，則其內容自有不同。不得不再請其核准也。至變更章程。如涉及登記事項。更須爲變更登記。此又無俟另行規定也。

第二、財團法人之變更。財團法人與社團法人不同。財團係因捐助行爲而成立。故一經成立。卽永受捐助章程之拘束。除捐助章程定有變更方法外。法人內部並無隨時變更章程之機關。其目的及組織等。就法人自身言。實爲永久不變。惟爲應付世變及維持設立法人之本旨計。常有由國家機關量爲變更者。關於此點。日本學者解釋彼國民法。持否認說。德

國民法及學者之主張。則持肯定說。(德民法第八七條)我國民法第六十三條之規定。係仿德國民法。蓋就理論言。國家機關雖無變更財團章程之權。然就實際論。究不能不由國家機關量爲變更。以全公益之目的也。惟變更須具備一定要件。茲分列如次。

(甲)變更目的之要件。(1)須因事情變遷。致財團之目的不能達到。(2)須由主管官署爲之。(3)須斟酌捐助人之意思。(參照民法第六五條)

(乙)變更組織之要件。(1)須因維持財團之目的或保存其財產。(2)須由法院爲之。(3)須因捐助人董事或利害關係人之聲請。(參照民法第六三條)

第十款 法人之監督

法人之監督云者。即國家機關、對於法人之活動、予以監督之謂也。約分法人業務之監督、及法人清算之監督兩種。茲述其概要如次。

第一、法人業務之監督。凡受設立許可之法人。即公益法人。其業務之監督。屬於主管官

署。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。(民法第三二條)此蓋以法人既經許可設立。其業務狀況。不可不有嚴密之監督。否則。法人財產。或致耗散。其登記條件。或相違反。其援據法律。或不符合。官署漫不加察。勢必名不符實。任意取巧。殊背國家保護公益之本旨。故必與主管官署以監督權。同時並規定監督之方法。庶足以貫徹設立許可之精神。主管官署爲貫徹其監督之目的。得爲左列各處分。

(一)隨時檢查法人之財產狀況、及其業務有無違反許可條件、及其他法律之規定。倘董事妨礙此項檢查。或不遵主管官署之命令時。得處以五百元以下之罰鍰。(民法第三二條及第三三條)茲所謂罰鍰。乃爲實施監督所科之秩序罰。與罰金不同。故不能適用刑法之規定。且於無故意或過失之際。仍可處罰。

(二)法人違背設立許可之條件者。主管官署得撤銷其許可。(民法第三四條)法人因具備許可之條件。經主管官署之許可。始取得權利能力而爲權利之主體。其違反設立許可之條件時。主管官署得斟酌情形。撤銷其許可。實爲當然之理論。蓋許可係賦與法人以權利能力。

撤銷許可。爲剝奪法人之權利能力。主管官署既具有賦與法人人格之權。即當然具有剝奪法人人格之權也。

(三)法人之目的、或其行爲。有違反法律公共秩序、或善良風俗者。主管官署得請求法院將其解散。(民法第三六條)蓋法人之取得權利主體之資格。固有一定之目的與行爲。其目的與行爲合於法律、公共秩序、或善良風俗者。固應許其繼續存在。否則。主管官署不得有請求法院將法人解散之權。俾免妨害社會之公益也。

第二、法人清算之監督。法人之清算。屬於法院監督。清算者、法人解散後整理并結束財產之程序也。其詳容後說明之。不問法人之目的如何。其清算程序。完全一致。且影響甚鉅。故由法院行使監督權。法院得隨時爲監督上必要之檢查。如清算人不遵法院命令或妨礙檢查者。得處以五百元以下之罰鍰。(民法第四二條、第四三條)

以上所述。在設立許可之法人。其業務之監督權。屬於行政官署。(參照民法第三二條)在因故解散之法人。其清算之監督權。屬於司法衙門。(民法第四二條)此種分別規定。實具有立法精神。蓋法人

業務之進行。必賴官署之保護提倡。其性質屬諸行政。故應以主管行政官署監督之。法人錮經解散。則業務隨之終止。清算制度。係確定權利義務、防止財產上之訟爭而設。其性質屬諸司法。故以所轄之司法衙門監督之。兩者監督主體之殊異。非偶然也。

第十一款 法人之消滅

法人之消滅云者。法人之權利能力終止之謂也。法人與自然人異。不能適用民法繼承之規定。設定繼承人。故法人如發生不得繼續存在之事由時。自應禁止其爲實行目的之活動。而爲財產關係之整理。將賸餘財產移交於應得之人。俾資結束。此卽法人消滅之程序也。故法人之消滅。約有二階段。第一階段爲解散。卽禁止其爲實行目的之活動。第二階段爲清算。卽整理并結束其財產關係也。迨清算完畢。法人乃歸於消滅。與自然人之死亡無異。

法人雖經解散。並非卽時喪失其權利能力。特其權利能力。因解散而大受限制。凡關於實行目的之積極活動。均被禁止。僅於清算事務範圍內得爲必要之活動而已。此際法人之權利能

力。限於清算。依民法第四十條第二項之規定。可稱爲清算法人。

清算法人與原法人之人格。是否同一。學者間之主張不同。就其最著者言之。約有左之三說。

第一、人格終了說。此說以法人宣告解散。其人格卽行終了。不能視爲權利義務之主體。

清算係一種特別手續。並非法人之人格。仍然存在。

第二、人格更新說。此說以法人宣告解散。卽移其權利義務於以清算爲目的之新法人。故解散以前爲舊人格。清算中則另爲一種新人格。

第三、人格繼續說。此說以法人雖經解散。其法律關係未經完全清理。責任尙未解除。應認其人格依然存續。必俟清理完竣。法人人格。始完全消滅。與自然人之死亡相同。

以上三說中。依第一說之主張。法人解散後。其人格卽行終了。則凡與法人有法律關係之權利人。概受危險。清算之制度。亦等於虛設。故此說殊無採取之價值。第二說雖較第一說爲優。然人格既屬更新。則舊人格當然喪失。何能再移轉其權利義務於新法人。故此說亦欠完

善。惟第三說以法人解散。人格依然存續。必俟清算終了。乃能解除法律關係。其主張最爲合理。故民法採之。對於法人解散後。其財產之清算。仍以董事行之爲原則。（民法第三七條）且規定法人至清算終結止。在清算之必要範圍內。視爲存續。卽其明證。

清算法人。既視爲清算目的範圍內繼續存在之原法人。故原法人對內對外各關係。在清算目的之範圍內。依然存續。總會仍爲法人之機關。得監督清算。法人之債權人。仍爲法人之債權人。並非爲清算人或餘產歸屬人之債權人。法人之債務。亦仍屬法人自身之債務。

法人消滅之原因。爲解散與清算二種。前已說明。茲更分述如次。

第一項 解散

解散者。法人因有一定情事發生。而爲權利能力喪失之第一要件也。解散之原因。約有次之五種。

（一）撤銷許可。撤銷許可者、卽法人違反設立許可之條件時。主管官署得將其許可予以撤銷之謂也。（民法第三四條）許可爲法人成立之要件。撤銷許可。實爲法人解散之原因。故撤銷許

可。與許可同爲對於法人之一種行政處分。其關係極屬重要。必合於民法規定之條件。始得爲之。其未合法定條件而爲撤銷時。其撤銷雖非當然無效。但得由行政程序聲請救濟。使自初不生法人解散之效力。

(二)宣告破產。宣告破產者、法人之財產不能清償債務時。法院因董事之聲請而爲破產之宣告者也。此爲民法第三十五條所明定。法人一經宣告破產。即應停止原有活動。其效力與解散同。蓋法人之資力。全在財產總額。若法人所負之債。已超過其財產總額。仍聽其繼續活動。非第有損第三人之利益。抑且妨礙社會上之安全。故民法設法人破產制度。以資保護。即法人之財產、不能清償債務時。董事應即向法院聲請破產。倘董事因過失不爲破產聲請。致法人之債權人受有損害時。該有過失之董事。應負損害賠償之責任。蓋董事爲法人之代表。其財產狀況。知之最悉。倘明知法人負債過多。不足清償。而竟因過失不爲破產之聲請。致法人之債權人受損害時。則該董事不能不負賠償責任。俾免任意遷延。致債權人之利益。無憑保護也。

(三)宣告解散。宣告解散者。即法人之目的或其行爲。有違反法律、公共秩序、或善良風俗時。法院得因主管官署、檢察官、或利害關係人之請求。將該法人予以解散之宣告者也。(民法第三六條)此種制度。不問社團法人或財團法人。均可適用。且規定應由法院宣告。蓋法人究竟有無該項情形。應以法院審定爲當也。至宣告解散之管轄及程序。另由非訟事件法規定之。又外國法人在中國所設事務所有此情形時。法院得撤銷其事務所。此則民法總則施行法第十四條所明定者也。

宣告解散。有專屬於社團者。亦有專屬於財團者。茲分述如次。

甲、專屬於社團者。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。此爲民法第五十八條所明定。蓋社團法人之目的。既無成功之希望時。不能不設救濟方法。俾免利害關係人之利益受損。故民法特予法院以解散之權。但須因利害關係人之聲請行之。

乙、專屬於財團者。因情事變更。致財團之目的不能達到時。主管官署得解散之。此爲

民法第六十五條所明定。蓋財團法人成立之基本要件有二。(一)須有公益事項之目的。(二)須有捐助行為之財產。倘公益事項。發生變故。或捐助資財。難以繼續。則財團之目的。必不能達到。法律為保護社會公益計。不得不明定救濟方法。故凡對於情事變更致目的不能達到之財團。由主管官署斟酌捐助人之意思。得變更原來之目的及其必要之組織。以謀財團之存續。其無存續之可能時。始施以解散之處分。因解散情節較重。必須原定之目的絕對不能達到時。乃能採此最後之手段也。

(四)總會議決。總會為社團法人所獨有。故總會議決之解散。亦惟社團法人適用之。即民法第五十七條規定社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之是也。蓋社團既由社員所組成。當然可由社員總會決議解散。惟解散即喪失法人人格。關係最屬重要。未可以普通決議程序行之。故特定須有社員三分之二以上之可決。始生解散之效力。若僅採第五十二條第一項之決議形式。則法律上不認為有效。因解散為特別重要事項。不能不取嚴重手續也。

(五)社員缺亡。社員缺亡。亦僅爲社團法人解散之原因。惟社員缺少至何種程度。始應解散法人。從來學說及立法例頗不一致。就其重要者言之。約有左之四主義。

(甲)社員減少一人。即須解散法人。此主義日本舊民法採之。

(乙)社員減至所定數時。始能解散法人。此主義我國公司法。定爲無限公司一人。股份有限公司七人。(公司法第四六條一項四款、及第二〇一條四款)德意志民法。定爲二人。(德民法第七三條)日本商法。在無限公司、及兩合公司。則定爲一人。在股份有限公司、則定爲六人。

(丙)須社員全缺。始能解散法人。此主義爲撒克遜、普魯士、日本等民法所採。德意志學者中。亦多主此說。

(丁)社員全數缺亡。亦無須解散法人。此主義荷蘭民法採之。

以上四說中。應以第三說爲允當。蓋社團法人原由社員所組成。既有社員。即可再邀人入社。以資補充。而社員總會。亦可望組成。自不能以社員有缺亡。遂認爲法人解散之原因也。我國民法。關於此點。雖無明文。當應解爲社員全缺。始能解散法人。

法人之解散。關係第三人之利益甚大。自應履行登記程序。俾衆周知。民法關於此點。亦無規定。殊嫌疏略。只得援據第三十一條之規定。認爲法人解散時。係一種登記事項之變更。如不爲變更登記時。則不得以之對抗第三人。

法人解散後。依經過清算程序之結果。除清償債務外。其賸餘財產。應歸屬何人。不可不有明確之規定。民法關於賸餘財產之歸屬。與德意志瑞士及日本立法例。大致相同。（參照德民法第四五

條、瑞民法第五七條、日民法第七二條）

即以依其章程之規定或總會之決議爲原則。（民法第四四條一項）

惟其章程無明確規

定。又無總會決議時。則以之歸屬於法人住所所在地之地方自治團體。（民法第四四條二項）此所謂法人住所所在地之地方自治團體。即法人主事務所所在地之縣、市或省、區也。

又民法第四十四條第二項所規定情形。學說及立法例。尚有左之三方法。

（一）當然歸屬於法人之設立人及其繼承人。此在有經濟上目的之法人。固稱允當。其於無經濟上目的之法人。則殊有未合。蓋公益法人之出資。其設立人之目的。在謀公益之發展。非在餘利之分潤。若以其賸餘財產歸屬於設立人或繼承人。非第有背設立人之初衷。勢

必誘起設立人或繼承人之利慾。促法人之解散。使個人之私圖。其影響社會利益。良匪淺鮮。

(二)收歸國庫。此在自然人無相當繼承人時。雖屬可採。若在法人。則未必然。蓋公益法人。類爲謀地方公益而設。以地方公益之資產。遽行收歸國庫。未免有摧殘地方公益之嫌。故亦難認爲允當。

(三)供類似該法人目的地方事業之用。公益法人之設立。其目的既在地方公益。自應以歸屬地方自治團體爲宜。該法人目的但應仍充類似事業之用。不得恣意處分。

以上三說中。應以第三種方法爲適當。我國民法採之。其以法人住所所在地之地方自治團體爲限者。以住所爲法人主事務所之所在地。可推定爲該法人最初之公益目的也。

第二項 清算

清算者、以消滅被解散法人之法律關係爲目的之程序也。詳言之。卽稽核法人之資產與債務。行使權利。履行義務。而以其賸餘財產交付於權利歸屬者之各種行爲之總稱也。故清算於

法人解散後。爲一種必要之手續。卽法人之債權。應如何收回。法人之債務。應如何償付。其賸餘之財產。應如何交付權利歸屬者。非經此清理手續。無從了結解散法人之一切法律關係也。但此項清算。係專指宣告解散之法人言。（民法第
三六條）若係聲請破產之法人。（民法第
三五條）則應適用破產法之規定。而不適用此種清算程序。故學理上謂法人由破產而解散時。因破產而法人之法律關係告終。法人由破產以外之原因而解散時。因清算而法人之法律關係告終。此卽破產與非破產適用法規之異點也。

清算中之重要事件。可大別爲清算人之任免。清算人之職務。清算人之權限。清算之程序。及清算終結之效力五點而說明之。

第一、清算人之任免。法人不能由自己實施清算。故必須設置清算機關。使實施法人之清算事務。是名曰清算人。其對法人之關係。與董事對法人之關係相同。惟因其職權限於清算。故以清算人稱之。俾免與董事相混。所有關於董事各規定。以不抵觸清算目的爲限。清算人得適用之。

清算人之選任。依次之三種情形決之。即（一）章程對於清算人有明白規定。或總會以決議選出清算人時。應從其規定或議決行之。（民法第三七條但書）（二）如無章程規定或總會議決時。則以董事爲清算人。（民法第三七條前段）（三）如無規定或議決。又無可爲清算人之董事時。則法院得因利害關係人之聲請。選任清算人。（民法第三八條）此蓋因董事熟悉內情。以之充任清算人。於處理事務。最屬便利。故定爲原則應由董事充任。惟章程另有規定。或總會另有議決時。自應從之。又依此等方法不能產生清算人時。法律爲保護利害關係人之利益計。特許法院因利益關係人之聲請選任之。

清算人之解任方法。自亦得依章程之規定與總會之決議定之。民法因清算人責任重大。更於第三十九條規定清算人法院認爲有必要時。得解除其任務。此項規定。不僅適用於法院選任之清算人。即對於選任以外之清算人。（學說上一稱法定清算人）亦適用之。蓋清算人責任綦重。自應謹慎將事。恪供厥職。倘有不適於其職務或不忠於其職務之重要事故。法院認爲有解任之必要時。自得依法解除其職務。以免妨害法人及第三人之利益。

第二、清算人之職務。清算人之關係既鉅。其所擔任職務。不可不明白規定。故民法第四十條第一項特定清算人之職務如次。

(一)了結現務。現務係指法人業已舉辦尚未完竣之事務言。清算人須將法人解散前所未終結之一切事務。完全結束。俾資終了。

(二)收取債權。法人之債權。已屆清償期者。可請求債務人如數清償。其未至履行期者。可將附期限或條件之債權。換價計算。如無換價計算之必要時。則應歸併贖餘財產中。

(三)清償債務。法人所負之債務。清算人應從速清償。以免第三人之利益受損。至清償手續。依民法第四十一條。可適用股份有限公司清算之規定。此項清償。亦以已至履行期者為限。其履行期專為法人之利益而設者。則得拋棄之而預行清償。

(四)移交贖餘財產於應得者。此即專指法人之債權債務兩相抵銷。尚有贖餘之財產言。此項財產之歸屬方法。依民法第四十四條之規定行之。即第一、章程如已規定贖餘財產應

歸屬之人。或雖未明定其人而已訂明指定其人之方法者。則從其規定。第二、章程雖無規定。而在社團法人總會已有決議者。其財產之歸屬。應從其決議。第三、章程既無規定。總會又無決議時。其賸餘財產。應歸屬於法人住所所在地之地方自治團體。蓋賸餘財產之歸屬。務宜適合法人設立之本旨。若法人之本身已自有歸屬之人時。固當從其意思。否則。歸之地方自治團體。供一般公共類似事業之用。比較上尙與公益法人之本旨相符。

第三、清算人之權限。關於清算人之權限。民法雖無明文規定。但依第四十一條。可適用公司法第二百〇七條之規定行之。即清算人於執行清算事務之範圍內。除法律另有規定外。其權利義務。與董事同。是清算人就清算事務。有代表法人之權。其因執行職務加損害於他人時。清算人應與法人負連帶賠償之責任。又清算人因完成其職務故。更有爲必要一切行爲之權。如關於償還法人債務之必要限度。得價換法人之財產。又於交付賸餘財產於歸屬權利者數人之必要限度。得價換法人財產是也。

第四、清算之程序。清算甚關重要。手續亦極複雜。故民法自第三十七條至第四十四條。均為關於清算之規定。但僅屬清算之大綱。而未詳清算之細目。因此項細目之規定。屬諸特別法之範圍。公司法股份有限公司清算節中既明白規定。凡民法所未及規定者。均得適用之。(民法第
四一條)即公司法第二百〇五條至第二百十四條所規定是也。

第五、清算終結之效力。清算終結。即指清算人終了法人之現務。收取債權。償還債務。及移交賸餘財產於應得者而言。此等事務終了時。清算之職務即行告終。而法人之人格。遂完全消滅。與自然人之死亡相同。此可依民法第四十條第二項之規定而為當然之解釋也。

第二節 社團法人

社團法人係由自然人之集合而成。從其目的言之。有公益社團與營利社團之別。其詳已於法人之種類中述之。(見本章第一
節第三款)茲僅就社團設立之要件分述如次。

第一、共通要件。即公益社團及營利社團共同設立之要件也。計別爲三。

(甲)須有設立人。社團法人既爲自然人之集合體。故必須有設立人二人以上。始得設立。德民法第五十六條對登記後之社團。須有七人以上。日本商法則對股份有限公司。定爲須有七人以上。羅馬法則須有三人以上。我國公司法對於無限期公司。定爲須有二人以上。股份有限公司須有七人以上。(公司法第一二條、及第八七條)民法關於社團法人究須若干。雖無明文。然從社團之性質解釋。自應以二人以上爲要件。若僅屬一人。在英國雖有單獨法人之稱。我國民法則殊難認許爲自然人集合之社團也。又設立人不必爲自然人。即法人亦得爲之。設立人於法人成立後。通常爲該法人之社員。但不爲社員亦可。蓋設立人是否當然爲社員。乃屬於社員資格問題。應依章程定之。

(乙)須訂立章程。訂立章程。亦爲設立社團法人之要件。故民法第四十七條定有明文。章程者、規定法人內部之組織及其他重要事項之準則也。訂定章程。須以文字表示設立社團法人之合意。應將法定要項。分款訂明。故訂定章程。爲社團法人之設立行爲。須

以書面爲之。若僅用口頭將設立必要各事項訂妥。只爲設立社團之準備行爲。不得謂之訂定章程也。

章程具有定款。卽所謂應記載之事項也。定款可分爲必要事項與任意事項二種。前者爲法律規定事項。乃必要不可缺之事項。後者係隨意添注事項。而一任設立人之隨意記載者也。必要事件。各國立法例。頗有不同。我國民法則定爲左列六項。（民法第
四七條）

（一）目的。設立社團。必有一定目的。其目的專屬公益。抑專屬營利。均須於章程中特別注明。

（二）名稱。名稱係表異於他人之稱謂。爲人格權之一。法人既具有人格。故不可不定專有之名稱以謀法律上之保護。

（三）董事之任免。董事對外代表法人。對內則爲執行法人業務之常設機關。故董事之良否。與法人之關係甚鉅。其選任及黜免方法。不可不於章程中明白規定。但此可細別爲二。

(1) 董事之選任。董事有由社員中選任者。有自社員外選任者。前者以法人之組員爲限。後者乃選有名望之第三者充之。而不限於組合該法人之社員。其選任之內容。均須於章程中訂定。俾社一切爭議。

(2) 董事之黜免。董事既爲法人之代表。若其違反忠實之義務時。不可不有罷免之權。否則。必蒙重大之損害。至黜免方法。有由總會議決者。有出於本人之自行辭職者。其詳細方法。均須於章程中訂定之。

(四) 總會召集之條件程序及其決議證明之方法。總會爲社團法人之最高意思機關。依民法第五十條之規定。有變更章程、任免董事、監督執行、及開除社員之特權。其召集之條件及程序等。必須訂定，但不得與民法第五十一條之規定相抵觸。又總會議決證明之方法。如表決票之保存。或議事錄之製作等。均須於章程中訂明。俾免爭議。

(五) 社員之出資。社團爲自然人之集合體。其組成員必有二人以上。是爲社員。社員

出資之多寡。不必一律。其出資之方法。與社團之財產狀況。極有關係。故必須規定於章程中。又資產本非社團之要質。然絕無資產。亦無由達組設之目的。且為杜社員間之爭議計。即有不必出資時。亦不可不於章程中訂定之。

(六)社員資格之取得與喪失。社員既為社團法人之基本組織。其資格之如何取得。與因何喪失。所關極鉅。自應於章程中詳細訂定。以資遵守。

以上六款。為必須記載事項。苟缺其一。其章程即無法律上之效力。至隨意事項。則一任組合當時之附註。而無法律上之強制。惟一經訂入。即為章程之一部。嗣後如須變更。須依變更章程之程序行之。

(丙)須經登記。法人非經向主管官署登記。不得成立。此為民法第三十條所明定。故設立社團。其應登記之事項。依民法第四十八條第一項之規定。即(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。以上九款。爲社團設立時應登記之事項。至登記之手續。則由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。并應附具章程備案。

(民法第四
八條二項)

蓋社團因登記而成立。爲保護第三人利益計。不可不有詳細之規定也。

第二、各別要件。即公益社團或營利社團各別應具之要件也。分述如次。

(一)公益社團設立之要件。以公益爲目的之社團。即凡以政治、宗教、學術、社交、及其他非經濟上目的之社團均屬之。此種社團法人之設立。在實行登記前。須先得主管官署之許可。即兼採登記及許可兩主義也。蓋該項社團。既以公益爲目的。必其設立之宗旨與內容完全符合。方免冒濫而期實效。否則。假公益之名。行漁利之實。其貽害於社會者甚大。故民法第四十六條特定以公益爲目的之社團。其於登記以前。須經主管官署之許可。蓋爲杜冒濫全公益而設也。

(二)營利社團設立之要件。以營利爲目的之社團。其取得法人資格。依特別法之規定。此爲民法第四十五條所明定。即所謂準則主義。無須主管官署之許可而可逕行請求登記

也。如準據公司法組織之公司。須在本店所在地之主管官署登記。始行成立。卽其例也。若準據學校組織法組成之學校。其設立登記前。更須得主管官署之許可。則爲準據主義兼許可主義。屬於公益社團設立之要件。而非營利社團之要件。是又兩者設立手續上之異點也。

以上爲社團設立之要件。至設立行爲之性質。與普通契約不同。法人之設立行爲。卽訂定章程。乃以二人以上設立人之合意爲要素之法律行爲也。此種行爲。可稱爲合同行爲。一曰共同行爲。蓋契約之成立。雖亦基於合意。但各當事人之目的。彼此不同。從而對各當事人生之法律效果。亦各有異。如買賣契約。一方在取得貨物。一方在受領代價。兩方之目的有別。而所生之效果不同。其他各種契約。靡不如是。至有同一目的之各當事人。因意思之一致而生同樣之法律效果者。則惟社團法人之設立行爲爲然。故學者稱之曰合同行爲。以示與普通契約有別。

社團法人設立以前。發起人間。恆先成立一種創設法人之契約。此發起人團體。學者稱爲發

起人合夥。此發起人合夥。乃爲設立行爲之準備行爲。即相約設立法人之預備契約也。

又社團法人之最高機關爲總會。構成總會之主要分子爲社員。故社員與總會。皆爲社團法人獨具之必要機關。民法規定極詳。(參照民法第四七條至第五八條)因於本章第一節第五款第三項。(即法人之組織中)

分別述及。故不重敘。

第三節 財團法人

財團法人。係因使用於特定目的由財產上之集合而成立之法人。其性質不在計較財產上之利益。即不以營利爲目的而專以公益爲目的。故屬於公益法人。細別之又有公共目的、與私益目的之二種。前者如學校醫院屬之。後者如親族救濟會屬之。然均非經濟爲目的。非如社團中之營利法人專以營利爲目的者然。故社團有公益法人與營利法人之別。財團則純屬公益法人而非營利法人。又社團之組織。以自然人爲基礎。故有社員。且有社員總會。財團之組織。以財產爲基礎。故無社員。且無社員總會。此財團與社團之異點也。茲就關於財團之設立

、捐助行爲、及捐助章程之變更及補充各要點。分述如次。

第一款 財團之設立

財團法人設立之要件。約有次之四種。

第一、須有設立人。財團法人雖以財產爲基礎。但不可無設立人。惟此項設立人。不必爲二人以上。卽一人單獨設立亦可。

第二、須有捐助行爲。設立財團。應訂立捐助章程。卽應以文字將捐助財產之目的及設立財團之意思明白規定者也。惟用遺囑設立財團法人時。則須按遺囑方式辦理。如遺囑可以口頭生效者。則無須訂立章程。此爲民法第六十條第一項所明定。蓋設立財團。最重信憑。故以訂立章程爲原則。惟事實上常有以遺囑設立財團者。遺囑又類多以口授出之。此際只問遺囑是否與法定方式相符。不必以捐助章程之訂否爲標準也。

捐助章程。既爲財團設立之要件。(除遺囑捐助外)則關於此項章程之必要記載事項。亦不可不有

明確之規定。即（一）財團之設立。既有特定之目的。則關於設立法人目的。自應於捐助章程中訂明。（二）自然人既不求報償捐助資財以供公益法人之用。則其財產之捐額。亦不能不於捐助章程中詳細載明。以昭核實。故民法第六十條第二項特定法人目的及所捐財產。均應於捐助章程中訂明。

財團既由捐助行為而設立。自應以設立人之意思為意思。故其組織之內容及財產之管理方法。均應由捐助入於捐助章程中詳細規定。以免爭議而昭信守。此為一定之原則。惟該捐助章程所定。其組織有不完全。或重要之管理方法有不具備時。法院得因利害關係人之聲請。予以必要之處分。免致妨礙利害關係人之權利。蓋法人具有人格。組織不良。固無裨於社會之公益。管理不善。亦難期業務之進行。均不能不由法院予以必要之處分。以補充捐助章程之缺陷。此民法第六十二條設立之本旨也。

董事為財團之代表。其行為是否適當。與財團極有關係。蓋適當之行為。雖當然有法律上之效力。若其行為顯有違反捐助章程之規定時。則法院得因利害關係人之聲請。宣告其行

爲爲無效。此爲民法第六十四條所明定。蓋一方在防止董事之越軌行動。他方則維持財團之特定目的。兼以保護利害關係人之相互利益也。

第三、須經許可。財團法人之設立。於實行登記前。須得主管官署之許可。此爲民法第五十九條所明定。其所採主義。與第四十六條以公益爲目的之社團同。蓋同係公益法人。不能不採同等之限制。以杜冒濫而重公益也。

第四、須經登記。法人非經向主管官署登記。不得成立。此爲民法第二十條所明定。財團既係法人之一。當然於許可後。更須聲請登記。實爲一定不易之原則。至財團設立時應登記之事項。爲（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。（民法第六一條第一項）以上八款。與社團應登記事項。大致相同。（參照民法第四八條）惟社團列有出資方法。而財團無之。因財團係由捐助行爲而成。其所捐財產。已由捐助章程中訂明。（參照民法第六〇條二項）無庸重行列入也。

至財團之登記手續。由董事向主事務所及分事務所所在地之主管官署呈請登記。並應附具捐助章程備案。（民法第六條二項）亦與社團之登記手續相同。（參照民法第四八條二項）蓋無論社團財團。均與社會之利益有關。不可不有一致之規定也。

第二款 捐助行爲

捐助行爲。爲財團設立之基本要件。茲分捐助行爲之性質、捐助行爲之撤銷、及捐助財產之歸屬時期、三點而說明之。

第一、捐助行爲之性質。捐助行爲者。乃捐出資產以設立財團爲目的之單獨行爲也。詳言之。卽自然人因達特定之目的。不求報償而捐助其財產。使繼續完成其目的而爲片面之法律行爲也。此種行爲。無須二人以上交換意思表示。故非契約。又不須二人以上意思之合。故非合同行爲。只憑設立人一方指定目的捐助財產。一方爲設立財團之表示。卽爲完成。故爲無相對人之單獨行爲。卽不以對他人表示爲要件也。雖設立財團須得主管官署之

許可。但此係將已成之捐助行爲呈報官署。並非對官署爲意思表示也。故設立人訂立捐助章程後。尙未向官署請求許可。卽行死亡或喪失能力時。其捐助行爲。仍非無效。可由其繼承人或法定代理人據此既成之捐助行爲呈請許可。

捐助行爲是否以捐助財產爲要素。學者間之議論。頗不相同。少數學者謂設立財團法人。無須捐出財產。其財產並無須現時存在。多數學者則咸以捐出一定財產與確定一定目的。爲設立財團行爲之成立要件。民法係從後說。故規定捐助章程。應訂明法人目的。及所捐財產。(民法第六〇條二項)卽凡未將法人目的及所捐財產依法定方式表明。則不能認爲財團法人之成立也。但所捐財產。不必以物權性質之財產爲限。卽債權性質之財產亦可。故不必現實將所捐財產提出。卽單以意思表示表明於將來一定時期提出一定財物亦可。此時如設立人於法人設立後。尙未將財產提出。則對於法人應負出資之義務。董事可根據捐助章程請求出資。又所捐財產之種類。亦不加限制。不動產、動產、或其他財產均可。又捐助行爲。僅限於在社團成立前爲之。若成立後之捐助。則爲贈與或遺贈。不能謂之爲捐助行爲也。

法人成立前之募捐與應募。在法律上性質如何。則應就具體情形決之。未可一概論也。

捐助行爲。有出於生前之處分者。有出於彌留之遺囑者。前者須依捐助章程訂定之。後者須依遺囑之方式爲之。故均爲要式行爲。又捐助行爲。係無相對人之單獨行爲。卽於設立人有數人且相互間另定有契約者亦然。其與社團之異點。卽社團之設立人。必須二人以上。而財產之設立人。則類僅爲一人。故社團之設立行爲。爲共同行爲。而財團之設立行爲。屬單獨行爲。又捐助行爲與章程。我國舊民律草案。顯有區別。所稱規條。卽爲財團之章程。現行民法係仿德意志、日本、瑞士等民法。將捐助行爲與章程定爲一事。捐助行爲。卽應以章程或遺囑爲之。(民法第六〇條一項)同時並應將財團之組織及其管理方法。均於捐助章程中訂明。(民法第六二條前段)故捐助行爲。兼具有法人規則之性質。

第二、捐助行爲之撤銷。捐助行爲。可否撤銷。各國立法例頗不相同。茲分述如次。

(一)設立人。捐助行爲。苟具有法定撤銷之原因。不問其已否在許可設立之後。設立人自得撤銷其捐助行爲。惟是否能由設立人自由撤銷。日德民法。頗有不同。日本民法係

以捐助行為準用贈與之規定。故凡未立書件者。得由設立人撤銷。其立有書件者。則不得撤銷。(日民法第四一條、第五〇條)德意志民法定為未經許可設立前、得撤銷之。其在已請求許可設立之後。則須向該許可官署聲明。若已經許可設立時。則不得撤銷。(德民法第八一條二項)我國民法。關於此點。未設明文。就理論言。法人未成立以前。法律上既未賦予權利能力。則設立人自有中止設立之自由。故應從德國民法之解釋。設立人得撤回之。

(二)繼承人。設立人之繼承人。對於捐助行為。可否撤銷。各國立法例亦不一致。瑞士民法則以明文許其得以撤銷。(瑞民法第八二條)日本民法因適用遺囑之規定。在遺囑未生效力前。雖可撤銷。若遺囑已生效力後。則不得撤銷。(日民法第四一條二項)德意志民法則定為在聲請允許或為其他之公示後。不得撤銷。(德民法第八三條)我國民法對此亦無明文。自現行繼承法例言之。其行為有妨礙繼承權者。不問已否許可。應解為得請求撤銷。

(三)債權人。捐助行為之撤銷。瑞士民法認債權人亦得為之。(瑞民法第八二條)我國民法對此亦無明文。惟合於債權人之撤銷權者。應解為得撤銷之。(參照民法第二四四條一項)

第三、捐助財產之歸屬時期。捐助人所捐之財產。以何時始歸屬於法人。各國立法例。約有左之二主義。

(一)物權主義。此主義爲日本民法所取。卽財產經捐助之後。於法人設立許可時。當然歸屬於法人。(日民法第
四二條)

(二)債權主義。此主義爲德意志民法所取。卽原則上財產經捐助之後。仍屬設立人或其繼承人所有。不過法人設立後。得向設立人或其繼承人請求移轉。(德民法第八二
條第八四條)我國民法對此雖乏明文。但依照舊民律草案第一百五十條、第一百五十一條、及第一百五十四條各規定。大致可與德國民法爲同一解釋。茲分述如次。

(甲)設立人生前捐助財產。於許可設立時尙生存者。設立人應卽移轉所捐財產於法人。此爲原則。但凡僅以意思表示卽得移轉之權利。於許可設立時。卽直接歸屬於法人。無須更行請求移轉。

(乙)設立人生前捐助財產。未經許可設立卽已死亡者。依德國民法及我國舊民律草案之

規定。視為自設立人死亡時起。即已歸屬於法人。此為例外辦法。現行民法未設明文。應解為仍依原則。除已歸屬於法人者外。仍應由法人請求移轉。

(丙) 設立人以遺囑捐助財產者。設立人之繼承人或執行遺囑人。應於許可設立時。移轉所捐財產於法人。法人對於繼承人、或執行遺囑人。亦有此項請求權。

第二款 章程之變更及補充

財團之設立。基於捐助行為。此種行為。一方在捐助財產。一方在訂立章程。故民法上稱曰捐助章程。捐助章程中。應訂明法人目的及所捐財產。更須規定財團之組織及其管理方法。(民法第六〇條二項及第六二條前段)其效力甚為顯著。惟此項章程所訂定財團之組織及目的等。究竟能否加以變更或補充。應分別說明如次。

第一、章程之變更。捐助章程已訂定之組織及目的。能否加以變更。應分捐助入與國家機關說明之。

(一) 捐助人。財團之性質。與社團不同。社團之設立人爲社員。關於其目的或組織。可由社員總會決議變更之。財團之設立人爲捐助人。自財團成立後。卽脫離關係。故對於財團之目的或組織。理論上應無變更之權。如事實上認爲必要時。只能依民法第六十三條之規定。聲請法院變更之。

(二) 國家機關。國家機關是否有變更財團法人捐助章程之權。學說上頗不一致。日本學者解釋彼國民法。主張不能變更。德意志民法則規定可以變更。(德民法第八七條)我國民法係仿德國立法例。故以明文規定之。(民法第六三條)但須具左列各要件。

(甲) 變更組織之要件。細別有三。(1) 須因維持財團之目的或保存其財產。(2) 須由法院爲之。(3) 須因董事或利害關係人之聲請。

(乙) 變更目的之要件。細別有三。(1) 須因事情變更致財團之目的不能達到時。(2) 須由主管官署爲之。(3) 須斟酌捐助人之意思。

第二、章程之補充。財團法人之組織及其管理方法。應由捐助人以捐助章程定之。此爲財

團設立之原則。但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。(民法第六二條)必要之處分云者。卽於必要限度。代爲補訂。或指定關係人代爲規定之謂也。此蓋以財團無意思機關。與社團之有社員總會者不同。故於其章程有未盡事宜時。不可不有補充之方法也。惟此僅就訂有捐助章程言。若以遺囑捐助時。對於法人之組織及管理方法。毫無訂定。究應如何辦理。民法未設明文。事實上不無疑問。以著者之主張。民法既未責令捐助人以遺囑訂明法人之組織及管理方法。則此際縱無規定。自不得謂其遺囑爲無效。特此等規定若毫不存在。財團法人之目的。殊無由達到。故應採類推解釋。準用民法第六十二條第二項關於捐助章程之規定。由利害關係人請求法院爲必要之補充。以爲財團法人活動之準則。此外捐助章程得任意添附各事項。惟以不違背民法之規定爲限。否則。其添附爲無效。

第四節 外國法人

法人與自然人同爲權利之主體。自然人因國際之不同。有本國人與外國人之別。法人亦然。茲就外國法人之意義。外國法人之認許。外國法人之權利能力。及未經認許之外國法人四點。分別說明如次。

第一、外國法人之意義。外國法人與本國法人區別之標準。學說上之主張不同。有以法人之住所地爲區別之標準者。有以法人之設立人或社員之國籍爲區別之標準者。有以法人設立行爲之完成地爲區別之標準者。有以法人設立時所依據之法律爲區別之標準者。著者係採最後之主張。卽外國法人者、係依外國法律成立之法人也。本國法人者、係依本國法律成立之法人也。就我國言。凡依據中國法律成立之法人。是爲中國法人。反之。凡依據外國法律成立之法人。則爲外國法人。蓋社團財團所以獲得權利能力。係基於法律之賦與。各國法律對社團財團賦與權利能力。均須具有一定條件。其非具備法定條件者。該國法律不得承認爲法人。故法人依據何國法律成立。卽認爲何國法人。此種標準。甚屬正確。至主張以法人住所屬於何國。卽爲何國法人。此在國際私法上雖爲有力之學說。但住所卽主

事務所。主事務所設在本國。僅爲本國法人成立之一要件。不能以此一要件遂決定法人之國籍。且依外國法律成立之法人。在中國設立主事務所者。實例甚多。若以其主事務所所在中國。卽認爲中國法人。是於設立時避免中國法律之監督。成立後則同受中國法律之保護。揆諸情理。詎可謂平。故此說在我國殊無採取之價值。蓋法人非依民法及其他法律之規定。不得成立。業爲民法第二十五條所明定。則凡依外國法律創設之法人。自不能認之爲中國法人。應稱之爲外國法人。必依中國法律創設之法人。始能認之爲中國法人也。惟法人須經登記始能成立。而登記又須向其主事務所或分事務所之主管官署行之。(參照民法第三〇條、第四八條二項、及第六一條二項)故設立法人。最低限度須於中國有分事務所。且須向中國主管官署實行登記。但雖在外国設主事務所。若係依據中國法律設立者。仍可向中國主管官署登記而爲中國法人，故法人是否爲中國法人。抑係外國法人。只能依法律決定。不能依主事務所所在地決之。亦不能依設立人之國籍決之。更不能依設立行爲之完成地決之。設立人雖全爲外國人。或設立行爲之完成地。雖在外国領域。若係依中國法律成立。則皆可認爲中國法人。

反之。雖設立人爲中國人。或設立行爲之完成地雖爲中國領域。若係依外國法律成立。亦當視之爲外國法人也。至其設立之目的。是否爲中國謀利益。則非所問。不過非關中國利益之法人。如爲財團或非以營利爲目的之社團。則中國主管官署可以否認其成立。以公益法人之設立。於登記前須得主管官署之許可也。（民法第四六條、及第五九條）

第二、外國法人之認許。國家之法律。其效力僅能及於一國之領域。此爲一定不易之原則。故外國法人。雖由外國法律賦與權利能力。在中國法律上。究非當然亦具有權利能力。欲在中國法律上亦享有權利能力。尙須另經中國之認許。此點乃與外國自然人不同。蓋外國自然人係當然具有權利能力。而外國法人。則非當然具有權利能力也。認許云者。卽承認該外國法人在中國法律上具有法人資格之謂也。該外國法人經認許後。始能認爲權利之主體。其實質仍視爲外國法人。並非因認許遂由外國法人而變爲中國法人也。故中國認許之外國法人。必該法人在外國法律已享有權利能力者始可。若其在外國法律尙未取得法人資格。則中國當然不能認許其爲外國法人也。（參照民法總則施行法第一一一條、第一二條）

各國立法例。對於外國法人。類以不認許爲原則。以認許爲例外。蓋各國對於法人之成立。各具有立法理由。在甲國認爲有利者。在乙國則未必有利。故無對外國法人概予承認之必要也。但今日文化進步。國際交通。益趨繁密。爲國際貿易便利計。亦不能不變通辦理。故各國多設例外。對於特種外國法人。與以認許。至其認許之方法及範圍。可分三類。

(一) 個別認許主義。卽其認許。須對各個特定外國法人分別爲之。此爲奧大利舊民法所取。

(二) 國別特許主義。卽與某特定國約定對某種類之法人相互認許之主義也。此爲法國立法例所取。

(三) 一般特許主義。卽限定某種類之外國法人。不問屬於何國。一般予以認許之主義也。德意志、瑞士、英吉利、美國、日本等立法例均採之。

我國對外國法人。除依法律規定外。不認許其成立。爲民法總則施行法第十一條所明定。卽外國法人之應否認許。其認許之種類及方法。均須依法律之規定。故外國法人除依法律規定。取得認許資格外。在中國法律上一概無權利能力也。我現行法律尙無直接認許外國法人之規定。惟民法總則施行法第十三條。規定外國法人在中國設事務所者。準用民法總

則第三十條、第三十一條、第四十五條、第四十六條、第四十八條、第五十九條、第六十一條、及前條（民法總則施行法第一二條）之規定。是無論其爲何種法人、如準照中國同種類之法人。履行其同一成立之程序。則在中國法律上即認許其成立爲外國法人。故外國之公益法人。如經中國主管官署許可及登記。外國之營利法人。如經向中國官署登記。即視爲中國認許之外國法人。此項規定。對外國各種法人。均與以取得認許之機會。並無種類之制限。又其取得認許之方法。全與中國法人之成立相同。並無中外之區別。故從立法精神論。實屬寬大公平。較各國立法例爲優。惟學者間以外國法人之認許。全與中國法人成立相同。是直等於中國法人之設立。並非外國法人之承認。然施行法第十三條之規定。係指既成之外國法人在中國設事務所者言。縱準用中國法人成立程序。究與設立法人完全不同。又有謂外國法人不在中國設立事務所者毫無受認許之途。未免於國際交通有礙。然該外國法人既不在中國設立事務所。是根本上即無在中國境內十分活動之意思。不予認許。究不能認爲妨害國交也。

依前述規定。受認許之外國法人。如其目的或其行爲有違背公共秩序或善良風俗時。法院得將其事務所之許可或登記撤銷之。（民法總則施行法第一四條）即不復認許其爲外國法人也。就此項條文觀察。法院可不待聲請。有自動爲該項撤銷之權。然法院除於訴訟中發見該外國法人有前述情形。得逕予撤銷外。仍有待於檢察官或利害關係人之聲請。蓋法院以不告不理爲原則也。

第三、外國法人之權利能力。外國法人。係依外國法律成立之法人。其權利能力之範圍。自應依該外國法律定之。與同種類之中國法人。不必盡同。若外國法律賦予之權利能力。中國亦悉予承認。將至中國法人之權利能力。與外國法人之權利能力。彼此歧異。待遇上極感不便。故民法總則施行法第十二條。規定凡經認許之外國法人。認爲與同種類之中國法人有同一之權利能力。該外國法規定之範圍如何。在所不問。若中國無確切同種類之法人。其權利能力。應解爲依類似之中國法人定之。

惟中國法人所享有之權利。非外國法人所能盡行享有。其理由恰與外國人不能盡行享有中

國人所有之權利相同。故外國法人僅得於法令限制內。與中國法人有同一之權利能力。若法令特定外國法人不能享有之權利。則外國法人即不能享有之。就現行法令言。其對外國法人特加限制者。為土地所有權。荒地承墾權。承領荒地造林權各種。（參照外國教會租用土地房屋暫行章程第六

條、國有荒地承墾條例第四條、森林法第一二條二項）

權利與義務相對待。經認許之外國法人。其權利之享有。既與中國法人相同。則其義務之負擔。亦自應與中國法人無異。此固當然之理也。其詳於民法總則施行法第十二條第二項規定之。

第四、未經認許之外國法人。外國法人。須經中國認許。始能取得權利能力。其未經認許者。在中國法律上當然不認其具有人格。即不得為權利之主體。倘以此種法人名義、與他人為法律行為時。其行為因欠缺一方當事人之要件。當然不能認為成立。蓋法人向未具有人格。不能因此享權利、負義務。相對人亦不能對之主張權利、責其履行。理論固應如是也。惟依此辦理。則行為之相對人。必蒙不測之損害。法律為保護相對人計。特規定實際

爲此項法律行爲之自然人卽行爲人。就此項法律行爲。與該出名之外國法人。負連帶責任。

○（民法總則施行法第一五條）卽因法律行爲該外國法人名義上所負義務。或因其不履行所生之損害。相對人仍得向該法人或該行爲人請求履行或賠償。該法人或行爲人均不得藉口其行爲無效。而拒絕其請求也。此項規定之主旨。純係保護相對人而設。其著眼點在使行爲人負行爲之責。以免相對人憑空受害。並非承認該外國法人爲有人格。承認該法律行爲爲完全成立也。否則。該法人既有人格。則該行爲人又無須連帶負責。而民法總則施行法第十二條所謂經認許之外國法人之規定。直等贅設矣。關於此點。參照德國民法第五十四條。及瑞士債務法第六百二十三條之規定。其義自明。無俟贅敘。

第二編 權利之客體

第一章 權利客體之概念

權利之客體。通常稱爲權利之目的物，一稱權利之標的。日本民法所謂權利之目的。其義相同。（日民法第一七九條）公權之客體。當於公法學中說明。民法係私法。故茲之所稱權利之客體。僅屬私權之範圍。

第一、權利客體之意義。權利之客體。約有二意義。其一、係指應服從權利者之相對人。故受權利對抗之各人。爲權利之客體。如債權可以對抗債務人。債務人卽爲債權之客體。物權可以對抗一般人。一般人卽爲物權之客體是也。其二、係指須受權利者支配之貨物。

故依法律而被保護之生活資料。爲權利之客體。如人需衣服以蔽體。衣服卽爲權利之客體。需穀米以充饑。穀米卽爲權利之客體是也。民法所謂權利之客體。乃從第二意義。若第一義所指。通常稱爲義務者。而不稱爲權利之客體。

第二、權利客體之種類。權利之客體。卽權利義務所依據之生活資料。其種類甚多。可大別爲有形之生活資料、及無形之生活資料二種。

(一)有形之生活資料。有形之生活資料。係包括人及有體物言。故(1)人之身體。爲人格權之目的物。又人之自體爲親屬權之目的物。(2)有體物爲物權直接之目的物。而又爲債權間接之目的物是也。

(二)無形之生活資料。無形之生活資料。種類繁多。(1)生命、名譽、自由、氏名、及商號。爲人格權之目的物。人之行爲。爲債權之目的物。又智能之產出品。爲智能權之目的物。(2)權利爲他權利之目的物。如債權爲質權之客體是。又權利及義務。得爲相續權之目的物皆是也。

第三、權利客體之財產。財產有二意義。其一、爲權利客體之財產。其二、乃特種法律關

係之全體。分述如次。

(一)爲權利客體之財產。關於財產之解釋。從來立法例及學說約有三種主張。第一、以有金錢價格卽交換價格之目的物爲財產。此爲德意志、法蘭西多數學者所取。第二、以物權債權之目的物爲財產。此僅爲少數學者之主張。第三、以可與人格或地位相分離者爲財產。此爲日本民法所採。如子不能與親權分離。妻不能與夫權分離。身體不能與人格分離。故子、妻、及身體皆不得爲財產之類是。三說之中。第一說以有無金錢價格爲標準。在原始時代。無金錢。無交換。以此推論。則原始時代。將無財產之可言。故此說殊無足採。第二說拘泥物權債權之形式。亦有未當。蓋物權債權之區分。僅由各國立法例之不同。就同品質之物言。有在甲國以之屬於物權。而乙國以之屬於債權者。亦有在丙國以之屬於債權。而丁國以之屬於物權者。故此說亦欠正確。惟第三說以是否可與人格或地位相分離爲標準。其能分離者。卽爲財產。其不能分離者。卽非財產。此種主張。甚爲允當。既無第一說之附會。又無第二說之拘泥。且可杜一切爭論。如受教育之權。教育薪水。原無一定金錢價格。據第一說。將不能認爲財產權。又如著作權。究屬

於物權。抑屬於債權。學者間尙少定論。據第二說。將亦不能認爲財產權。惟採第三說。則教育權之存否。著作權之有無。皆與人格地位無關。自應屬之財產權。故第三說比較上最爲適宜。

(二)特種法律關係之全體財產。依德法學者多數之主張。凡屬於同一個人之權利。不能盡謂之爲財產。必有金錢價格者。乃謂之財產。如稱某甲爲巨富。係指其富有金錢價格之權利言。其多男與女。不屬富之範圍。以男與女無金錢價格也。此說卽前述第一說之主張。其謬誤亦與前述說明同。據日本民法解釋之。特種法律關係之全體財產。乃指法律關係全體之目的物中得與人格地位分離之法律貨物言。此財產一曰資產。可細別爲四種。卽(一)各個財產。如對於各個物品所有之財產權是。(二)積極財產。卽自己所享有之財產權是。(三)消極財產。卽作爲償還他人之用之自己所享有之財產權是。與積極財產。適得其反。以積極財產與消極財產相抵銷。則爲賸餘財產。故積極財產與消極財產。實爲賸餘財產成立之原因。(四)包括財產。卽積極財產與消極財產併合而成之財產

權。與各個財產不同。各個財產之繼承。謂之特別繼承。包括財產之繼承。謂之一般繼承。如甲以某物贈乙。乙僅坐享其權利。並無何等義務。此特別繼承之例也。若甲贈乙物。依繼承辦法。則權利與義務相伴。乙一方享受權利。同時他方負擔義務。蓋繼承財產。兼有積極財產與消極財產。其權利義務相對應。非若特別繼承之僅有權利而無義務也。故對於各個財產之繼承。稱特別繼承。而對於包括財產之繼承。則稱一般繼承。

要之。凡得為權利客體支配之財產。從抽象之意義言之。可稱曰法律上之貨財。簡稱法律貨財。更省稱曰法財。即法律所許受吾人支配之生活資料也。又與所謂法益之意義。約略相同。法益云者。即法律所保護之生活利益也。吾人對於生活資料所感受之利益。為法律所保護。乃稱曰法益。故法益亦可謂為法律貨財之內容。其詳容後述之。

第二章 物

第一節 物之本質

物有最廣義、廣義、及狹義之別、從最廣義言、則凡吾人意思所及之一切事物均屬之。我國舊義所指之物。如所謂物有本末。有物有則。皆係此義。從廣義言。則爲吾人五官所能感觸之物。羅馬法及法蘭西法系民法所稱之物。卽係此義。從狹義言。德國及日本民法所稱之物。卽係此義。故物之界說。各國立法例。頗不相同。法蘭西民法承羅馬法之觀念。分物爲有體物與無體物二種。有體物係五官所能感觸之物。如土地、奴隸、衣服、金錢等均屬之。無體物卽非五官所能感觸之物。如各種權利屬之。現屬此系統者。除法國民法外。(法民法第五一六條以次)

○若意大利、(意民法第四〇六條以次) 奧大利、(奧民法第二八五條、第二九二條) 荷蘭、(荷民法第五五五條) 及英國普通法皆從之。至德意志民法。則與之相反。其所謂物者。不認無體物而僅以有體物爲限。其理由在

以若從廣義。勢必於有體物之所有權以外。更認無體物之所有權。非第雜糅重複。且使物權債權之區分。愈涉含混。故德意志民法。明定物爲有體物。(德民法第九〇條) 日本民法亦然。(日

法第八)我國舊民律草案、(舊草案第一六六條)及修正案。(修正案第九五條)均從此義。以前成文法及判決例

。亦同此觀念。現行民法對於物之意義。特仿瑞士及蘇俄先例。不立界說。僅爲概括之規定。其觀念是否仍指有體物。解釋上不無疑問。惟從社會觀念暨民法物權編與其他各種法規參酌出之。則物之觀念。仍專指有體物。與德日民法之規定相同。茲就民法所定物之本質而爲左之定義曰。

物者、於人力所能支配之範圍內、而爲人身以外獨立存在之有體物也。

就右之定義分析之。則物之要件如次。

第一、物須有體。有體云者。占有一定空間而獨立存在之謂也。故凡具備一定形體之物、如固體。固爲有體物。卽具備不定形體之物如氣體、液體。亦皆屬諸有體物。以其均占有一定之空間也。反之。如色、聲、香、熱、光、力等則均非有體。又僅存於吾人之意識者。如信用、名譽、德行、道義、行爲、權利、義務等。亦非有體。均不占一定之空間。故均不得謂之爲物。

電氣是否爲物。頗有研究之價值。舊派學者。謂電氣爲力而非物。新派學者。則謂電氣爲物而非力。此在羅馬法及法蘭西民法中採廣義之物不以有體爲限者。尙非重要問題。惟在德日民法。旣以有體物爲限。則此實爲聚訟之焦點。蓋日德民法。僅規定物卽有體物。至何者爲有體。何者爲無體。並未詳悉臚列。故遇有關於竊電訟案發生。爭執經年。莫衷一是。最後經物理學上之研究。證明電氣爲一種物質。始得正當之解決。惟在我國社會之觀念。尙未直認之爲物。故刑法亦僅於竊盜罪章。定明電氣關於本章之罪。以物論。(刑法第三

四〇條

二項)足徵其尙非真正之物。其在民法之觀念。旣非占有一定之空間而存在。自仍不得直

謂之爲物。第該項事業。逐漸發達。其應視爲交易之客體。自屬必然之趨勢。故事實上又不能不以物論也。

第二、物須在人力所能支配之範圍內。物之爲物。必以人力所能支配者爲限。其非人力所能支配者。雖係有體。亦不得謂之爲物。如日、月、行星、地球、海洋等有體物。非吾人事實上所能支配。雖在物理學上。不失爲物。而在法律上則不得以物稱之。蓋民法上之物

。限於得爲支配權之客體。既爲人力所不能支配。當然不能認之爲物也。惟劃分地球之一部。或汲取海洋中一定之水量。凡足爲交易之標的者。卽得稱之爲物。以其能受人力之支配故也。

第三、物須爲獨立之一體。獨立之一體云者。卽能獨立爲其個體存在之謂也。此所謂獨立之一體。應從社會觀念定之。不宜從物理觀念定之。如一勺之水。一粒之粟。物理上雖得爲個體存在。社會觀念上以其不足充人類生活之需要。尙不能認其爲個體。從而民法上亦不謂之爲物。

第四、物須屬人身以外。人身以外云者。卽係人身以外之物之謂也。故凡屬生人之軀幹、及其成分。無論其爲天然。或出於人工。(如鑲牙鑲足之類)均不得謂之爲物。惟附屬於人身之物。或已與人身分離之物。及人之屍體。則得謂之物。屍體之爲物。當於後詳之。附屬於人身之物。如衣服手錶等。其所有權當依實際決定。亦無俟贅敘。由人身分離之物。如頭髮、牙齒等。解爲應屬於其分離以前所屬之人之所有。惟分離前不能視爲權利之標的。若既

已分離。則就身體有權利之人。自然當具有該分離物之所有權也。至人身不得爲物之理由。有謂人身乃構成權利主體者。故不能視之爲物。有謂人身爲人格所附麗。應與他物相區別。故不能以之爲物者。前說以人格與人身相混。尙不足取。後說崇尚人格。甚屬允當。

人身既非權利之客體。故奴隸制度。悉與廢除。關於人身之買賣。自應根本無效。此外。自將身體爲一部分割之契約。或使他人分割其身體一部之契約。是否有效。應視其是否有背於公共秩序、或善良風俗決之。如施手術及理髮之契約。於公序良俗不背。自應認爲有效。又使醫院取血而得報酬。通常亦非無效。反之。若以身體一部作擔保之契約。或使人切斷身體一部之契約。則根本上應視爲無效。以其有背於公序良俗。且違人類平等之原則也。

第二節 物之種類

民法之物。係有體物。業已說明。有體物之種類甚多。茲就其主要者說明之。

第一款 動產及不動產

動產與不動產之區別。係本諸有體物之性質。故卽以其爲土地或固著於土地與否爲標準。此種區分。自古已存。但自沿革言之。最初僅動產得爲私人所有。土地乃屬於國家。如我國井田之制。及歐洲古代國家。僅係按丁授田。其明證也。洎土地得爲私人所有。而後動產與不動產。乃劃然有別。古時不動產在經濟上之價值。較動產爲大。故此時代之國家。極重視不動產。其保護土地之法律。最爲嚴密。羅馬法與德意志古代法暨封建時代之法律。靡不皆然。蓋自上古至中古。係由獵狩時代進於牧畜時代。更由牧畜時代進於農業時代。此三時代中。與土地均有密切之關係。保護不周。則生活有危險之虞。今日爲工商時代。其觀念已非昔比。動產中大如船艦。小如金剛石等。其價值且較不動產爲高。故近時社會之觀念。對於動產轉爲注重。以動產極合於交易上之便利。其效用實不減於不動產也。惟二者之性質。既有

不同。則法律上之待遇。自亦不能無異。故於物權法、民事訴訟法、及強制執行法中。均有顯著之差別。此各國立法例所以類設動產與不動產之區分也。茲更分述如次。

第一、不動產。不動產者、土地及其定着物之總稱也。(民法第六條一項)其由土地及其定着物所

產生之物品。尙未切實分離者。仍視爲該不動產之一部分。(民法第六條二項)而非獨立之別物。

故所謂不動產者。計有土地及其定着物之二種。關於不動產之界說。在羅馬法因實行『地上之物屬於土地』之原則。故以土地爲惟一之不動產。而土地之定着物。僅屬土地之一部分。法蘭西系諸民法從之。反之。德意志民法。雖不排除土地成分之觀念。但以土地之定着物與土地各爲獨立之不動產。日本民法從之。(日民法第八六條一項二項)我國民法。亦採此義。惟土地及其定着物之意義。亦不可不加以說明。茲分述如次。

(一)土地。土地之意義。民法未立界說。依土地法第二條之規定。係指水陸及天然富原

言。即於空間有不變動之位置。而爲支配地上、地面、(地)地下、(地)及空中各種權

利標的之總稱也。無地上權則不能從事建築。無地面權則不能從事耕耘。無地下權則不

能從事探掘。無空間權則不能行使航空及天空一切權利。故土地之保護。古今各國。均極重視。且皆列入不動產之範圍。惟其權利之行使。恆以法令限制之。(參照民法第七十三條)

(二)土地之定着物。土地之定着物。本非土地之構成部分。乃因使用之關係而永續固著於土地之物體也。從學理上研究之。須有四要件。其一、土地之定着物。必非土地之構成部分。如溝渠等類。雖經人力造作。但仍屬於土地。即非土地之定着物。其二、土地之定着物。須固著於土地。即本諸自然或人工以與土地相緊接。非損壞土地或物體即不可分離者也。如樹木由土地而生。即本諸自然以與土地相緊接。橋梁之類。則係本諸人力以與土地相緊接。均爲定着物。若門窗之類。可分可合。雖取去亦與土地及房屋之全體無礙。即非定着物。其三、定着物須有一定之效用。如自來水管。須掘藏於地體。始能成就自來水事業之作用。故爲定着物。若以古董品埋藏於地下。則失却其效用。不能稱爲定着物。其四、定着物必永續固著於土地。如房屋及一切建築物。均有永久繼續固著於土地之性質。是爲定着物。若僅屬停放建築物之材料於地面。隨時折取。而無永續

固著之性質者。不得謂之定着物。此即關於土地定着物之要點也。

此外不動產之出產物。即所謂天然富原之產物。究屬於不動產。抑屬於動產。亦不可不有明確之規定。民法關於此點。則以是否與不動產分離為標準。如未砍之樹木。及未掘之鑛石。均未與該不動產分離。故均視為該不動產之一部分。應適用不動產物權之規定。若樹木已砍。及鑛石已掘。則雖屬不動產之出產物。實際上已與不動產分離而為獨立之一體。即不能仍視為不動產之一部分。而應適用關於動產物權之規定。此民法第六十六條第二項設立之本旨也。

第二、動產。動產者、土地及其定著物以外之物件也。(民法第六十七條)蓋動產與不動產之區分。

係以物之性質為標準。既知不動產之範圍。乃能得動產之範圍也。惟羅馬法及法國法系諸民法。則先定動產之範圍。反之。則為不動產。即動產者。得以自力或他力移轉之。而仍不變其形體本質之物件也。故凡如家畜等得因自力而動作之物。及衣服器具等得因他力而變動之物。固皆為動產。其不定著於土地之工作物。如承包土木工程木廠所設之板屋等。

係暫時附著於土地之物。亦爲動產。又其他爲觀覽而暫時附著於房屋之裝飾品等。不爲房屋之成分者。亦屬於動產、而應適用動產物權之規定也。

動產與不動產之區分。本不包含權利。惟日本民法則有例外。對於無記名債權。如車票、船票、無記名公債證書、及無記名票據等。均視爲動產。而適用關於動產之規定。此蓋因無記名債權。乃爲不記載債權者氏名之債權證書。其實行時。以持有證書爲必要。事實上證書與債權同視。(日民法第
八六條)故應適用關於動產之規定也。我國民法之動產。既係指不動產以外之物言。則該項證券。雖應依特別法之規定。理論上既以持有爲必要。亦當然可與動產同視也。

第二款 主物及從物

物因其他有體物之利用而附隨之與否。可別爲主物及從物。茲分述如次。

第一、主物。主物係對從物而言。即非屬從之物也。申言之。即因通用之目的。常使他物

附屬之者也。其內容可就從物之說明而知之。

第二、從物。從物者、非主物之構成部分。常助主物之效用而同屬於一人所有之別體附屬

物也。

(民法第
六八條)

分析之。其一、從物非主物之構成部分。即須與主物爲各別獨立之物體。

如建築物之裝飾品。非建築物之構成部分。而與建築物爲各別獨立之物體。故爲從物。其二、從物常助主物之效用。即有助長主物日常使用之效力。倘係暫時供主物之用者。即非從物。如舳板爲輪船之從物。常助長輪船之效用。門戶爲建築物之從物。常助長建築物之效用是也。若車因固有之燈壞而暫代以燭。則燭非車所常用。不得謂之從物。其三、從物須隨主物同屬於一人之所有。即建築物之所有者。對於建築物之附屬品。亦有所有權。其附屬品始爲該建築物之從物。若建築物爲甲有。附屬品爲乙有。即不得謂之從物。惟此點與德國立法例頗有不同。德國係從維持經濟現狀著眼。即主物屬甲。從物屬乙。亦可爲主物從物之區分。我國及日本民法。則爲保護從物之所有權起見。若所有者不同而亦爲主從之區分時。則從物之權。操於主物所有人之手。從物之所有人。轉不能自由。故必以主物

及從物屬於同一所有人之所有爲要件。

以上爲從物之要件。卽爲從物之觀念。其非此從物而爲從物被附屬之物。卽主物也。此種主物從物之區分。其實益在保護交易上之安全。卽民法第六十八條第二項所定主物之處分其效力及於從物是也。如主物出售時。推定從物亦隨之出售。主物設定抵當權時。推定其抵當權有及於從物之效力。蓋係根據羅馬法『從應隨主』之原則。而謀經濟上之便利也。

又民法所爲主物從物之區分。不過表示裁判上適用之原則。若交易有特別習慣時。則主物從物之關係。應依習慣定之。蓋該項規定。並非強行法規。得以習慣變更之。此民法第六十八條第一項所以特設但書之規定也。

第三款 融通物及不融通物

有體物因得爲權利之標的、或交易之標的與否。可別爲融通物及不融通物。茲分述如次。

第一、融通物。融通物者、有權利能力及交易能力（一稱行爲能力）之物也。凡物具有得受法律之

支配性者。即爲物之權利能力。有此權利能力之物。稱權利能力物。學說上一稱爲得爲權利客體之物。又凡物具有得爲交易目的物之性者。即爲物之交易能力。有此能力之物。稱交易能力物。合有權利能力及交易能力之物。總稱曰融通物。通常得爲移轉讓與之物均屬之。

第二、不融通物。不融通物。係對融通物而言。即無權利能力且無交易能力之物也。可細別爲基於性質之不融通物、及基於法律之不融通物二種。

(一)基於性質之不融通物。此種不融通物。係基於有體物之本性。細別之更有公共物與人身之二種。

(甲)公共物。公共物者。乃從其自然狀態。供一般公衆之使用。不得由各個人獨占之物也。此種公共物。不得爲權利之標的。如日、月、星、辰、空氣、流水、大洋等屬之。惟各人得自公共物中收取一定之分量。作爲獨立之一體而爲私權之目的物。如置流水於貯水器。此流水即爲私權之目的物是也。

(乙)人身。人身即指人之身體言。凡人身及各官能。皆爲自然人之組織體。不能與物同視。故不得爲一切財產權之目的物。如身體之全部、或手足、眼目、口、鼻等均屬之。惟喪失其爲自然人組織中一部分之本質時。卽成爲物。而得爲財產權之目的物。如某甲折斷其手足。此手足乃爲某甲之所有物。又某甲之屍體。則爲其繼承人之所有物是也。

關於屍體之性質。學者間極爲重視。且恆有著『屍體所有權論』。確定屍體爲所有權之目的物者。亦有以屍體不得爲所有物者。其要旨以屍體不能因先占而取得。應視爲無主物。不能爲權利之客體。此種主張。驟視之非無理由。惟按之實際。究非通論。如甲已死亡。其繼承人乙將其屍體埋葬。乃本諸所有權之作用。使屍體爲無主物。則乙可置之不理。且無埋葬之義務。然現今世界通例。被繼承人之屍體。無不由繼承人埋葬。則屍體得爲權利之客體而爲繼承人之所有物。實屬顯明。特此種所有權。與一般有體物之所有權迥異。繼承人除負埋葬之義務外。不能爲何等之處分。如不得買賣贈

與之類。即其明證。

關於屍體所爲之遺囑或其他法律行爲。尚非當然無效。如遺囑使其屍體焚化、或付解剖。與捐助醫院之類。自應視爲有效。惟其處分至有背公共秩序或善良風俗者。則不生法律上之效力。

(二)基於法律之不融通物。此種不融通物。係基於法律上之規定。細別之有公物、禁制物、不得處分物之三種。

(子)公物。公物者。乃國家或地方公共團體之所有財產。被供爲公共目的之物也。此等公有物。恆隨各國法律之規定而異。依羅馬法則更區爲公有物及公用物之二種。前者即係國家或其他公法人因公共目的所公有之物。如官公署、要塞、軍艦等屬之。後者即係供公衆使用之物。如國立或公立之學校、病院、圖書館、公園、道路、河川等屬之。此二者在我國立法例亦得採同一解釋。不能爲處分之客體。但此等公物之爲不融通物。僅以在公有或公用狀況存續期間爲限。若公有或公用之狀況已廢止時。自得

仍爲融通物。

(丑) 禁制物。禁制物者。卽因法律上之禁止而爲不融通物也。凡製造、持有、販賣、散布。均包含之。如刑法規定之偽造貨幣。(刑法第二一六條)鴉片及鴉片器具。(刑法第二七一

條至第二七七條)猥褻之文字圖畫及其他物品。(刑法第二五一條)均予禁止。卽其例也。

(寅) 不得處分物。不得處分物者。卽因法律禁止處分而爲不融通物也。如譜牒、墳墓不准由私人處分屬之。此種禁止處分。蓋由於維持善良風俗而然。其在羅馬法。則凡屬神物。如神社寺廟之類。皆屬於不得處分之物。以其爲神之權利。而非人所能移轉處分也。

融通物與不融通物之區別。其實益在於各人是否得獨占或讓與。融通物可由各人因充其需要而獨占之。且得讓渡於他人。不融通物則各人不得因充其需要而獨占之。更不得讓渡於他人。又基於性質之不融通物。本無獨占或讓與之可能。其基於法律之不融通物。雖可獨占或讓渡。惟因法律之限制。根本上不生效力。此又兩者區別之要點也。

第四款 特定物及不特定物

有體物由當事人注視其特質。因其得爲交易與否。可別爲特定物及不特定物。分述如次。

第一、特定物。特定物者。當事人著眼於物之特質而爲具體指定之物也。如云坐落某處之地面或某號房屋屬之。故凡爲特定物之交易時。當事人之一方。對於他一方。不可不給付其所約定之特定物。

第二、不特定物。不特定物者。當事人不著眼於物之特質。僅以種類、品質、數量、抽象指示之物也。如金百圓米千石之類屬之。故爲不特定物之交易時。當事人之一方。對於他一方。可僅付同種類及同數量之物。不必定給付自己倉庫內所儲之物也。

特定物與不特定物之區別。其實益蓋有種種。如物權原則上只限於特定物存在。不特定物無物權。且關於特定物上之物權設定及移轉。僅依當事人之意思表示而生效力。如甲有地一片。爲特定物。甲於該地上爲乙設定地上權。或將該地讓渡於乙。移轉其所有權。此種地上權

設定。或所有權之移轉，僅因雙方之合意。即生法律上之效力。甲雖未交付於乙。當然對於該地有行使地上權或所有權之物權也。若甲以一帽一衣讓渡於乙。衣帽爲不特定物。讓渡時必須有交付之事實。倘僅係空言。則不生法律上之效力也。其在債權。實益尤著。如以給付特定物爲標的者。須於訂約時其物所在地爲之。反之。若係不特定物之債。可於債權人之住所地給付之。(民法第三一四條)又給付物爲不特定物者。可給以中等品質之物。如經債權人之同意指定其應交付之物時。則須給付特定物。(民法第三〇〇條)其在特定物未給付以前。債務人須爲善良管理之注意。否則。應負回復原狀或損害賠償之責。(民法第二一四條、第二一五條)此即二者區別之要旨也。

第五款 代替物及不代替物

有體物由社會交易之觀念。因其可以代替與否。得別爲代替物及不代替物。分述如次。

第一、代替物。代替物者。能以同種類、同品質、同數量、相交換之物也。此種代替物。

必以動產爲限。如米穀金錢等屬之。若土地等不動產。則不得爲代替物。故德意志民法第九十一條對於代替物之意義。明白規定。卽代替物者。從交易之通例。得以種類、品質、數量而定之動產也。(參照民法第
一三九一條)此種規定。係基於立法上之解釋。所以杜學者間之紛爭

。故學者間依此定義。稱代替物爲代價物。或定量物。或定種物。名目雖異。意義實同。

第二、不代替物。不代替物、係對代替物而言、其意義可由代替物之意義反觀之。卽不代替物者。從交易之通例。不能以種類、品質、數量而定之物也。此種不代替物。係由物之特質而定。無一定之種類。故不爲動產及不動產之區別。如土地爲不動產。屬於不代替物。牛、馬、書、畫等爲動產。亦屬於不代替物。卽其明證。

代替物與不代替物之區別。其實用有二。其一、代替物爲消費貸借之目的物。不代替物不得爲消費貸借之目的物。如甲借乙米百石。係消費貸借。屆期可以同種類品質數量之米百石償還。不必爲原借之米。若不代替物則不然。其二、代替物可爲同種、同質、同量、償還債務之目的物。不代替物之債務關係。則不得以同種、同質、同量之物清償。如甲對於乙。有以

代替物爲目的之債務。期限屆至。甲可於同種同質同量之物中選擇其一。履行債務。若係以不代替物爲目的之債務。則甲須以契約成立時所指定之物。履行債務。此即兩者區別之要點也。

代替物及不代替物之區別。學者間多以之與特定物及不特定物同視。即以代替物爲不特定物。不代替物爲特定物是也。此種主張。雖不能認爲絕對錯誤。其實兩者之區分觀念。究有不同。就其最著者言之。約有二點。(一)代替物不代替物之區分。係從社會交易之觀念(一稱經濟觀念)

而生。特定物不特定物之區分。係從當事人之意思而生。前者爲客觀上之區別。後者係主觀上之區別。出於交易之觀念者。不可不有一定之規定。故凡以代替物爲目的之債權債務關係。(即消費貸借)必以法律規定之。出於當事人之意思者。不可不與當事人以便利。故凡以不特

定物爲目的之債權債務關係。不能以法律規定之。此其一。(二)從表面上觀察。金錢爲代替物。馬爲不代替物。是代替物與不特定物近似。不代替物與特定物近似。然如寄託封緘之金錢時。仍須返還原物。是代替物轉變爲特定物。如購馬百匹。則僅購足百數爲已足。是不代

替物又轉變爲不特定物。特定物既可以爲代替物。則代替物非必爲特定物可知。不特定物可以爲不代替物。則不代替物非必爲特定物可知。此其二。本上二點。故著者仍各加區別。前款爲特定物及不特定物之研究。本款爲代替物及不代替物之研究。

第六款 可分物及不可分物

有體物因物之性質或當事人之意思可否分割。得別爲可分物及不可分物。分述如次。

第一、可分物。可分物者、不害物之本質或其價值而得分割之物也。此所謂分割者。乃法律上之義。而非物理學上之義。自物理學言之。物固無不可分者。然自法律上言之。則可分物須具備二要件。其一、分割之後。其各部分之性質。仍與固有之全體無異。其二、分割之後。其各部分應有之價值。不因之減少是也。前者如無建築物之土地屬之。後者如萃集之穀物屬之。

第二、不可分物。不可分物者。非害物之本質或其價值即不得分割之物。及因當事人之意

思不許分割之可分物也。前者稱曰因於物性之不可分物。後者稱曰因於人意之不可分物。如馬一頭。分割之。則馬之性質已失。真珠一粒。分割之。則真珠之價值大減。是爲因於物性之不可分物。如寄託封緘之金錢。其性質本爲可分物。惟因當事人之意思。不許分割。是爲因於人意之不可分物。

可分物與不可分物之區分。其實用在於多數債權人債務人時。其債權債務之性質是否可分。(民法第二七一條、第二九二條、第二九三條)又共有人對於共有物是否可以分割。抑僅能請求換價。均視其標的物之能否分割以爲斷。(民法第八二三條一項、第八二四條二項二款)卽其物可以分割者。各共有人可隨時請求分割其共有物。其物不能分割者。可變賣其共有物。以金錢分配於各共有人是也。

第七款 消費物及不消費物

有體物因從其用法在消費或讓與與否。可別爲消費物及不消費物。分述如次。

第一、消費物。消費物者、卽從其使用方法因使用而消費或讓與之有體物也。德國民法第

九十二條特設明文規定。卽凡物依本來之使用方法。使用一次卽歸消耗者。爲消費物。故消費物具有二觀念。其一、須使用一次卽歸消耗。消耗云者、卽全失其原形或與原形相異之謂也。金錢之讓與。法律上亦視爲消耗之一狀態。其二、須依本來之使用方法使用以致消耗。如酒以供飲料而消耗。肉以供食品而消耗。皆爲消費物。若衣帽以之投置火中。雖立刻被焚。但非依本來使用之方法使用。故不得謂之爲消費物。

第二、不消費物。不消費物者。從其使用方法不因使用而消費或讓與之有體物也。其性質與消費物相反。如土地、房屋、桌椅等屬之。此等土地、房屋及桌椅。雖出賣於人。亦可取得相當代價。然不消耗、不讓與、亦可使用。與米酒金錢之不消耗、不讓與、卽不能使用者不同。且同一有體物。有時爲消費物。亦有時非消費物。如在書店內之書籍。從其用法之使用。在於讓與。是爲消費物。若在圖書館之書籍。從其用法之使用。在於閱覽。是爲不消費物。其明證也。

消費物及不消費物。通常多與代替物及不代替物同視。如酒爲消費物。亦爲代替物。土地爲

不消費物。亦爲不代替物是也。惟從實際上考察。代替物有可消費者。亦有不然者。消費物有可代替者。亦有不然者。如同年出版之同種書籍。代替物也。然不消費亦可以全其功用。又如醫生治病之藥水。其分量配合不同。爲不代替物。而其使用則在於消費。蓋代替不替之區別。係源於交易之觀念。而消費不消費之區別。係本於物品之用途。其觀察點究有不同。故不可爲同一之解釋也。

至消費物與不消費物之區分。其實益在於讓與使用權之際。一則須移轉其所有權。一則僅須移轉其占有。故消費物僅能爲消費貸借、及消費寄託之標的。非消費物、則僅能爲租賃使用貸借、及通常寄託之標的。此兩者區分之要旨也。

第八款 單一物及聚合物

有體物因通俗觀念。究爲單一體抑屬集合體。得區爲單一物、與聚合物。分述如次。

第一、單一物。單一物者、單純爲獨立一個體之物也。此種單一物。有出自天然者。如牛

一頭是。有出於人工者。如馬車一輛是。亦有本於社會觀念者。如一雙襪是。

單一物又可細別爲單成物、與合成物之二種。分述如次。

(一)單成物。單成物者、因組成獨立之一體後。其組織分子即失去原來性質之物也。如合水米而成酒。水米皆失去其本來之性質是。

(二)合成物。合成物、一稱組成物。即組成爲一獨立物後。其組織分子仍不失去原來性質之物也。此物之組成分子。通俗雖仍認爲獨立物。而在法律上則僅認爲物之成分。故此種合成物。在法律上仍屬單一物。必合成物全部。始能認爲權利之客體。其組成分子。在組成狀態未終止前。並不能獨立爲權利之客體。如房屋之門、窗、玻璃、棟樑、磚、瓦。嵌珠指環之金與寶石。均各保存其固有之性質是也。

第二、聚合物。聚合物、一稱集合物。即指多數單一物聚合之時而言。通俗雖認其全體爲一物。而法律上則仍認各單一物爲各個獨立之物也。細別之。又可分爲事實上之聚合物、與法律上之聚合物兩種。前者如蜜蜂場之蜂羣。藏書室之書籍屬之。後者如包括繼承之遺

產屬之。

單一物與聚合物之區別。其實益僅在當事人是否得合數個之單一物以爲買賣。故僅屬通俗之觀念。於法學上尙無關重要。

第九款 無主物及有主物

有體物因其現在是否受權利主體之支配與否。得別爲無主物及有主物。分述如次。

第一、無主物。無主物者。現時不受權利主體支配之物也。卽其物現時未爲所有權之客體。此無主物中。又可分爲得先占之無主物、及不得先占之無主物。而得先占之無主物。更可細別爲一般人皆得先占。及限於特定人始得先占之二種。

第二、有主物。有主物者。現時已爲所有權之客體。卽其物已受權利主體之支配者也。凡一般受所有權支配之動產、及不動產均屬之。

無主物及有主物之區別。其實益在適用所有權及占有與否之規定。卽凡有主物應適用所有權

之規定。而無主物則應適用占有之規定始能取得其物之所有權也。

第三節 物之孳息

物之孳息者。卽由有體物永續供給經濟效用之出產物也。關於物之孳息。羅馬法中。早有規定。近世如法蘭西、德意志、日本、瑞士諸國民法。規定益詳。德意志民法於有體物外。更認有權利之孳息。我國民法亦然。

孳息日本民法稱曰果實。有天然孳息、與法定孳息二種。前者直接由物所產生。其所由產生之物。稱曰原物。後者由法律關係所產生。其在該法律關係所用之資本。稱曰原本。茲分款說明如次。

第一款 天然孳息

天然孳息者。依物之用所收取之出產物也。(民法第六九條一項)關於天然孳息之觀念。學者間之主

張。約分三說。(一)以不消耗原物所收取之物爲天然孳息。信如此說。則凡無機產出物。如鑛物、磁土、石料等。均不得爲孳息。必係有機產出物。始得謂爲孳息。故此說殊不足採。(二)以定期收取之物爲天然孳息。信如此說。則牛之生犢。鴨之產卵。均無定期。將皆不得謂之孳息。是此說亦不可採。(三)以依物之用法所收穫之出產物。爲天然孳息。此說甚合於實際。故民法採之。卽凡植物之果實。動物之產物。及其他依物之用法而適合於經濟上收穫之產物。均可稱爲天然孳息。茲更分述其要件如左。

第一、天然孳息爲物。天然孳息、須與原物相分離而爲獨立之一體。在未與原物分離時。僅爲原物之成分。學說上雖有未分離孳息之名詞。究不能謂之真正孳息。如園中之瓜、樹上之果、田中之稻、池中之藕等。通說皆認爲非獨立物。不能爲權利之標的。僅得以之爲未來之物。可爲債權之標的。但依我國社會觀念。此等未分離之孳息。事實上亦得以之爲交易。日本大正九年大審院判例。且明認未與樹木分離之果實。得爲一種動產交易。惟就我國法律觀察。因與民法第七百六十一條第一項之規定有關。僅能認爲係就未來之物。成

立債權。不能視為獨立之權利標的也。

第二、天然孳息爲出產物。出產物有二觀念。其一、須爲原物所產生。即分離以前。須與原物爲一體。其非與原物爲一體。如牧場之羊。池塘之魚。均不得謂之爲孳息。其二、產出之際。須不害及原物。惟所謂不害原物。非從物理觀念。乃從社會觀念。故由鑛山取出之鑛。在物理上雖有害原物。在社會上言。則認爲不害原物。以其由原物分割。亦係依於物性之自然。仍與由樹取果。由田割稻無異。故所謂出產物。不以有機爲限。無機亦可。亦不以天然爲限。人工亦可。所以我國民法對於自由採取之出產物。與人工養成之出產物。一體同視。惟物於發生時已變更其形態者。則不問其基於自然。抑基於人爲。均不能謂之出產物。前者如雞雛由雞卵產生屬之。後者如木炭由灌木製成屬之。二者皆非出產物。以其均變更原物之形態故也。

第三、天然孳息係依物之用法以收穫。天然孳息。須係依物之用法以收穫爲要件。依物之用法以收穫云者。謂其收取合於該物經濟上之目的者也。換言之。即原物在經濟上本有一

定之效用。必本此效用而生之收穫。乃得謂之孳息也。如種田而得穀。畜牛而生犢。此穀與犢。皆爲孳息。卽其例也。若於田中偶獲窖金。或因畜牛偶得異財。則非依其固有經濟上之目的而生之收穫。卽不得謂之爲孳息。

於此尙有應加研究者。卽物之用法。究應由何人決定是也。關於此點。學說有四。分述如左。

(一)物之效用。應由所有人定之。卽主張凡依所有人意思所定經濟上用途而生之收穫。是爲出產物。

(二)物之用法。宜按諸各種情形決定。卽謂原物之經濟效用。於其性質上已定者。則從其性質定之。否則。應由事實上能決定用途之人定之。其依此用途而生之收穫。乃爲出產物。

(三)物之用法。宜合原物之性質、與收取人之意思決定。卽謂凡物須合主觀、客觀以定其用途。其依此用途所生之收穫。乃爲出產物。

(四)物之用法。宜從社會之觀念決定。即謂原物之經濟效用。於社會觀念上原有一定。凡不背於社會觀念之收穫。即得稱爲出產物。

以上諸說中。著者則取第四說。以物之經濟效用。在社會之觀念。不僅爲一種。其合於社會觀念所生之收穫。皆得謂爲天然孳息也。如牛之效用。依社會之觀念。既可生犢。又可取乳。且可耕田。並能拖車。凡此生犢、取乳、耕田、拖車所生之收益。皆得稱爲孳息。即其例也。故我國民法依德國民法之規定。亦採廣義解釋。凡物之出產物。均可謂之孳息。並明定果實、動物之產物、及其他依物之用法所收穫之出產物。均爲天然孳息。(民法第六九條)

(一)項

天然孳息之要件。業已說明。惟此種孳息與原物分離時。究應歸何人所有。亦不可不加以研究。即所謂天然孳息之歸屬問題是也。關於此種問題。德意志固法。係採生產主義。羅馬法則採分離主義。近代法蘭西、德意志、瑞士、日本諸國民法均同。(參照法民法第五八五條、德民法第一〇一條、瑞民法第六四三條三項、日民法第八九條)我國民法。亦採此主義。於第七十條第一項明定有收取天然孳息權利之人。於

其權利存續期間。取得與原物分離之孳息。依此規定。凡天然孳息。一與原物分離。則有收取原物權利之人。即當然取得其所有權。無須更行占有也。其不採生產主義而採分離主義者。恐原物之權利。於孳息分離時已變更其主體。如原物已由甲移轉於乙。則分離時之孳息。亦應爲乙所有。乃能保護原物權利人之利益。若採生產主義。則此時原物屬甲。孳息屬乙。殊於一般社會制度相背。此民法對於天然孳息歸屬問題規定之本旨也。

第一款 法定孳息

法定孳息者。因法律關係所得之收益也。(民法第六
九條二項)茲述其要件如次。

第一、法定孳息爲收益。法定孳息。須爲收益。收益者、謂收取對價之物、或其他權利之謂也。對價係指相償之價值。即因物之使用而給付對價以償之也。德國多數學者解釋彼邦民法。類主張法定孳息爲請求對價之權利。我國民法既以租金列入法定孳息。足徵凡取得對價之物。亦得謂之收益。而不僅限於權利。

第二、法定孳息乃因法律關係而生。法定孳息。係因於法律關係而生。為德意志民法所規

定。（德民法第九九條）我國民法仿之。與日本民法僅定使用物之對價為法定孳息者。其範圍較廣

。（日民法第八八九條）蓋法律關係所生之法定孳息。不僅物之使用為然。即對於權利之使用。亦無

不然。故凡因債權所生之利息。賃屋所得之租金。及其他因法律關係所得之金錢收益、物品收益。均包含之。

法定孳息之要件。業已說明。其收取之方法如何。亦不可不研究及之。法定孳息。與天然孳息不同。非與原物為一體。故法定孳息。無所謂與原物分離。乃係隨時繼續發生。既係隨時繼續發生。故可按日收取。若收取權利人前後不同。則以各按其權利存續日數為原則。此種收取方法。德意志、法蘭西、及日本民法。大致相同。（參照德民法第一〇一條、法民法第五八六條、日民法第八九條二項）我國民

法仿之。故於第七十條第二項明定有收取法定孳息權利之人。按其權利存續期間之日數。取得其孳息。此項規定。對於一定時期收取之法定孳息。亦可適用。如利息須年終給付、租穀須秋收交量之類是。故於到期前其原物或原權利已經移轉時。亦得於到期時依按日收取之方

法收取之。不過就通常觀念言。此時該孳息之全部請求權。可解爲亦已一併移轉。惟此項規定。並非強行法規。得依特別訂定或習慣變更之。

第四節

無形之生活資料

凡此

第一款 無形生活資料之意義

無形之生活資料云者。卽不具備形體之生活資料之謂也。如人之行爲、不行爲、智能之產出物、及法律上得爲權利目的物之權利均屬之。卽羅馬法與法蘭西民法所稱之無體物是也。惟物必有體。前已說明。既屬無體。自不得以物稱。故羅馬法及法蘭西民法。均以有體物與無體物并立。其結果足使一切權利亦變爲所有權。於理論上諸多不便。德意志民法。爲便於區別起見。凡稱爲物者。以有體物爲限。無體物不名爲物。而以無形之生活資料稱之。我國民法對於物之範圍。雖未明定界說。其觀念殆與德意志民法相同。

第二款 無形生活資料之種類

無形之生活資料。其主要者爲人之行爲、不行爲、智能之產出物、及權利。業已說明。此種生活資料。亦可爲種種之分類。其內容與有體物略同。茲分述其概要如次。

第一、代替生活資料、及不代替生活資料。此卽就行爲可否代替而爲之區別。前者如撒水等尋常義務屬之。故一稱爲代替行爲。後者如教授及講演等勞務屬之。故一稱爲不代替行爲。

第二、可分生活資料、及不可分生活資料。此卽就行爲可否分割而爲之區別。前者如金一千元之支付義務屬之。故一稱爲可分行爲。後者如房屋之交付義務屬之。故一稱爲不可分行爲。

第三、主生活資料、及從生活資料。此卽就行爲之主從而爲之區別。前者如主債務人應履行之給付屬之。故一稱主行爲。後者如保證人應履行之給付屬之。故一稱從行爲。

第四、原物生活資料、及孳息生活資料。此卽就權利請求之性質而爲之區別。前者如利息附消費貸借之原本返還請求權屬之。故稱爲原物之生活資料。後者如利息之給付請求權屬之。故稱爲孳息之生活資料。

此外更得爲種種之區別。因其無裨實用。故略之。

民法總論

第三編 權利之得喪及變更

權利及義務。得因種種原因取得之、喪失之、變更之。此種取得、喪失、及變更。是爲法律現象。可稱曰法律上之效力。簡稱曰法律效力。法律效力云者。卽由法律規定之原因所發生之結果之謂也。蓋人之生活關係有二。其一、以法律爲對象。其二、不以法律爲對象。前者稱曰法律關係。如買賣贈與等屬之。後者稱曰事實關係。如出生死亡等屬之。惟文化進步。事實紛繁。僅基於單純之事實。殊不足以保社會之安寧。國家爲維持秩序計。對於此種事實關係。特以法律規定之。使其發生關於權利得喪及變更之效力。於是遂由事實上所發生之結果。更進而生法律上之效力。此種效力。以其係原於法律之設定。故稱爲法律上之效力。是爲法律效力。其爲發生此效力原因之事實。則稱爲法律事實。又以此事實爲權利得喪及變更之原因。故又名之曰權原。本編卽就關於事實關係及法律關係之原因結果而分章研究之。

第一章 權利之得喪及變更之概念

權利之得喪及變更。係賅括權利之取得、權利之喪失、及權利之變更三者而言。茲分節說明如次。

第一節 權利之取得

權利之取得云者。權利與特定主體相結合之謂。換言之。即權利附着於權利主體之事實也。分說之。

第一、權利之特質。須附着於特定之主體。即凡一切權利。均受權利主體之支配。故斷無無權利主體之權利。亦斷無無義務主體之義務。因之權利及義務。於其發生之時。即附着於特定之主體。

第二、權利基於個人之意思、或法律之規定而附着於特定之主體。關於此點。羅馬法與德

意志古代法不同。羅馬法以個人得自創設法律關係以取得權利爲原則。德意志古代法以本於法律上一定之法律關係以取得權利爲原則。蓋羅馬法以個人爲本位。其私法最完善。德意志古代法。以團體爲本位。其公法最完善。因根本觀念不同。故各趨於一偏。近世各國。係採折衷主義。併用德意志古代法及羅馬法。認權利之取得。係基於個人之意思及法律之規定。如基於契約而發生之權利。屬於前者。基於不法行爲而發生之損害賠償請求權。屬於後者。

第三、權利之取得。與權利之發生不可混同。權利之發生云者。權利從新存在之謂。申言之。即基於法律上一定原因而新成立之事實也。如無主物被先占時。則所有權因而發生。買賣契約成立時。則交物交價各請求權因而發生之類是。此種權利之發生。與權利之取得。不可混同。蓋權利之發生。雖必有取得之主體。而權利之取得。則不必有新生之權利。故兩者宜分別觀察也。

權利取得之方法。大別爲原始取得、及繼承取得二種。茲分款而說明之。

第一款 原始取得

原始取得云者。卽不因他權利之作用而取得權利之謂也。細別之。有取得新權利、及回復舊權利之二種。

第一、取得新權利。卽因先占或取得時效而取得權利也。前者如取得金沙寶石於沙漠之地、可因先占而取得無主物之所有權屬之。後者如以所有之意思、五年間和平公然占有他人之動產者。取得其所有權。(民法第七六八條)卽以五年之時效而取得動產所有權。又以所有之意思、二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者。得請求登記爲所有人。(民法第七六九條)卽以二十年之時效而取得不動產所有權之類屬之。

第二、回復舊權利。卽讓與權利、附有解除條件者。於條件成就時該權利復歸原主是也。以上二種。皆屬於原始取得。卽不基於他人權利而爲權利之取得也。此種取得。其特質在於獨立取得新權利。故常與權利之發生相伴。且無移轉及繼承之事實。

第二款 繼承取得

繼承取得云者。即因他權利之作用而取得權利之謂也。如因買賣而取得所有權之類是。日本民法稱爲傳來取得。此種取得。因係基於他人之權利。故稱以前之權利曰原權。稱前之權利主體曰前主、或原主、或被繼承人。稱後之權利主體曰後主、或取得人、或繼承人。自前主觀察之。稱曰讓與。自後主觀察之。稱曰繼承。

繼承取得。自其繼承之權利觀察之。則有設定繼承、與移轉繼承之別。自其繼承之原因觀察之。則有特定繼承、與包括繼承之別。茲分述如次。

第一、設定繼承及移轉繼承。設定繼承者。因他權利之作用、取得新權利之謂也。即前主不喪失其所有之權利。僅基於固有之權利、爲後主創設新權利。故學者一稱曰創設繼承。

如甲於土地所有權、更對乙設定抵押權是。此種取得。後主之權利。與前主之權利。其性質完全不同。且有限制前主權利之特質。故其權利之取得。常與權利之發生相伴。移轉繼

承者。卽前主以其所有之權利移轉於後主之謂也。如甲以其土地所有權移轉與乙是。此種取得。係權利主體之變更。後主之權利。與前主之權利。完全相同。卽所謂後主之權利。不得優於前主是也。故前主權利之瑕疵限制。對於後主之權利。仍應存在。不過法律因保護交易安全。設有例外之規定耳。又後主主張取得此種權利時。除須證明繼承權利之事實外。並須負證明前主權利存在之責任。又所有前主之從權利。後主亦以一併取得爲原則。故此種權利之取得。不與權利之發生相伴。

第二、特定繼承及包括繼承。特定繼承者。各別權利因各別原因而取得之謂也。如甲以時許贈乙。乙卽因贈與而繼承時許之所有權是。此時之繼承人。稱曰特定繼承人。此種繼承。以原因各別爲要件。故凡具有各別之原因者。其繼承權利之分量如何。可以不問。其結果雖至繼承全部。亦仍稱爲特定繼承。包括繼承者。各別權利、僅由一個原因而取得之謂也。如遺產繼承、包括遺贈、及公司合併時之繼承屬之。此時之繼承人。稱曰包括繼承人。或一般繼承人。其在法律上之地位。原則上應與前主同視。至其內容。實際上仍係各別

承受權利。並非各種權利合成一團以取得之也。

第二節 權利之喪失

權利之喪失云者。權利與其主體相分離之謂。換言之。即權利與特定之權利主體相分離之事實也。分說之。

第一、權利有與特定之權利主體相分離之特質。權利附着於特定權利主體後。因一定之原因。仍得與特定之權利主體相分離。故權利主體如拋棄或讓與其生活需要上所不必要之權利時。其權利即因拋棄或讓與而與特定之權利主體相分離。又凡權利定有存續期間、或具有目的物者。其權利即因期間告竣或該目的物之消滅而喪失。

第二、權利基於個人之意思或法律之規定而與其主體相分離。權利之喪失。有基於個人之意思者。如權利主體因拋棄而喪失其權利屬之。有基於法律之規定者。如因時效屆滿而喪失其權利屬之。

第三、權利之喪失。與權利之消滅不可混同。權利之消滅云者。乃權利喪失其存在之謂。申言之。即現時存在之權利。以後喪失其存在之事實也。如所有人拋棄其物。則其所有權因而消滅。買主領受物品後。則其交物請求權因而消滅是也。此種權利之消滅。與權利之喪失。其觀念不可混同。在權利之目的物消滅時。消滅與喪失。雖歸一致。若在權利移轉之際。則一方喪失權利。他方即取得權利。尚不得謂爲權利之消滅也。

權利之喪失。可大別爲相對喪失、與絕對喪失之二種。(一)相對喪失。又稱主觀喪失。即權利不歸於消滅。僅與權利主體相分離之事實也。如甲讓與其權利於乙。甲因而喪失其權利之類是。此種情形。就甲言、則爲喪失權利。就乙言、則爲取得權利。自權利言、則爲主體之變更。(二)絕對喪失。一稱客觀喪失。即因權利消滅而與權利主體相分離之事實也。其消滅之原因。可細別爲四種。(1)固有之原因。即權利自有之原因。如甲歲給乙金百元。以乙終身爲止。是爲終身定期金。至乙死亡之日。其權利即歸於消滅之類是。(2)由當事人之意思而喪失。權利有可由當事人之意思拋棄者。亦有不然者。前者爲財產權。後者爲人格權。如

甲對乙有千元之債權。自願拋棄。其債權即因而消滅。若甲願爲乙之奴隸。締結契約。自甘喪失人格權。此則爲法律所不許。(3)因法律之規定而喪失。權利本由法律所付與。故亦可由法律剝奪之。如消滅時效完成、因而喪失權利之類是。(4)基於自然原因而喪失。凡權利必有一定之標的。其標的物消滅。則權利因而喪失。如房屋之所有權因房屋被焚而喪失是也。要之。絕對喪失。其權利歸於消滅。相對喪失。其權利依然存在。僅爲主體之變更。此即兩者區分之要點也。

第三節 權利之變更

權利之變更云者。權利依然存在、而僅於原來之狀態發生變化之謂也。分說之。

第一、權利有變更原狀之特質。權利之特質。可以變更其原狀而依然存在。至其變更之狀態。不問其爲客體之變更。內容之變更。抑係主體之變更。在法律上均視爲有效。

第二、權利得依於個人之意思或法律之規定而變更。權利之變更。有基於個人之意思者。

如甲以其所有之債權讓與於乙。此時惟債權人發生變更。而債權仍不消滅。卽其例也。有基於法律之規定者。如甲對乙之債權。乙不能履行其債務時。則債權之內容。因法律之規定。變爲損害賠償之請求權。其債權仍不消滅。又其例也。

第三、權利之變更。與權利之消滅。亦復有異。權利之消滅。爲權利喪失其存在。而爲發生新權利之事實。權利之消滅。則權利依然存在。僅對於原來之狀態。發生變化。故凡附隨於原權利之權利。如抵當、擔保等。並不因之消滅。且均附隨存在。

權利之變更。由其變更之狀態觀察之。約有次之三種。其一、客體之變更。如爲所有權及抵當權標的之房屋。一部增修、或一部被焚之類屬之。其二、內容之變更。更有種種。有變更其性質者。如由債權變爲損害賠償請求權屬之。有變更其數量者。如債權已清償一部屬之。有變更其作用者。如本不得對抗第三人之權利。因補足法定手續。而變爲得以對抗第三人之權利屬之。其三、主體之變更。其情形更有二種。(1)主體相更代之時。其中有以一主體代一主體者。有以數主體代一主體者。有以一主體代數主體者。更有以數主體代數主體者。實

例甚多。不勝枚舉。(2)主體有增減之時。如甲所獨有之物。變而為甲乙共有。是為主體增加。又甲乙共有之物。變而歸甲獨有。即為主體減少之類屬之。此種主體之變更。僅屬私權有移轉之事實。其權利之本體、並無變更之可言。故日本民法。僅稱曰移轉。不稱曰變更。惟從嚴格解釋。權利之主體既已更易。對於原來狀態。自發生變化。故應仍視為權利之變更也。

(a) 若於人之意志作用 (b) 由他人之意志作用

第二章 法律事實(原因)

(b) 非若於人之意志作用 (c) 或法律事實

國家因維持社會之安甯秩序。對於單純之事實關係。以法律規定之。使發生關於權利得喪及變更之效力。是為法律事實。一稱法律要件。茲特就法律事實之意義、法律事實之種類、及法律事實之效力。分節說明如次。

第一節 法律事實之意義

法律事實者。發生法律現象之原因。換言之。即發生權利得喪及變更效力之各個事實也。分說之。

第一、事實。事實者、於一定之處所及一定之時間而發生。依人類之感觸。得以覺知之宇宙間現象也。此爲自然現象。其發生之事實。即稱曰自然事實。如風雨雷電山崩地震等屬之。

第二、法律事實。法律事實者、乃發生法律上效力之各個事實也。法律上之效力。係依法律規定各個事實之結合而發生。如契約之效力。由當事人有能力之事實、申述之事實、及承諾之事實等結合而生是也。此各個事實。學說上稱曰法律事實。以示與事實結合之全體相區別。故法律事實。係指發生法律上效力之各個事實而言。

第三、法律上之效力。法律上之效力。係因法律事實而發生。故法律事實。爲權利得喪及變更之原因。權利之得喪及變更。乃法律事實之結果。欲判定權利之存否。可由法律事實考核之。

第二節 法律事實之種類

法律事實。有由一個事實成立者。如因放火而消滅所有權之標的物是。有合數個事實始能成立者。如買賣須雙方合意及交物交價各事實集合是。有爲動而涉於積極者。如因請求而致消滅時效中斷是。有爲靜而涉於消極者。如因時效消滅而致權利喪失是。故法律事實之種類甚多。就其內容言之。可大別爲自然事實及法律上之行爲二種。分述如次。

第一款 自然事實

自然事實者。不以人之意思作用爲要件。而生法律上效力之事實也。可分爲狀況與事由二點而說明之。

第一、狀況。此專就事實上之狀況而言。有與人有關係者。如心神喪失之狀況、生死不明之狀況屬之。有與人無關者。如相隣、占有、及占有之繼續等狀況屬之。時期及時效。亦與

人無關而爲重要之事實。故民法總則編特設明文規定之。

第二、事由。事由亦專指事實上之事由言。可別爲與人無關之事由及與人有關之事由兩種。前者如天然孳息之分離、物之新生或滅失等屬之。後者更細別爲二。其一、與人之意識無關者。如人之出生及死亡是。其二、與人之意識有關者。就中更可別爲屬於精神界之事由與、不屬於精神界之事由二種。如某事實之知與不知。屬於前者。人之行爲。屬於後者。

第二款 法律上之行爲

法律上之行爲者。乃發生法律上效力之人類行爲也。分說之。第一、法律上之行爲。人之行爲也。人之行爲。有三階段。動機、決意、實行是也。心有所感。謂之動機。對於動機加以思考。是爲決意。對決意而出諸實現。是爲實行。如欲買某物爲動機。決心購買爲決意。出錢買入爲實行。合此三者。乃爲行爲。故單純之思慮。非行爲。其因強制而不出自本心者。亦非行爲也。行爲不限於積極。消極亦可謂之行爲。且亦可別爲三階段。如見人通行自己之

境土。發生准其通行與否之意思。爲動機。准其通行。爲決意。不爲禁止之行爲。爲實行。蓋積極、指作爲言。消極、指不作爲言。凡完成此三階段者。均可謂爲人之行爲也。第二、法律上之行爲。乃生法律上效力之行爲也。其不依法律之規定而付以法律上之效力者。雖屬人之行爲。而不能以法律上之行爲視之。如禮儀、交際之類是。第三、法律上之行爲。以有關於私法上之利益各利害關係人之行爲爲原則。故凡關係於私權上之行爲。皆稱爲法律上之行爲。如私人買賣、贈與等行爲屬之。

法律上之行爲。可大別爲適法行爲、及不適法行爲二種。分述如次。

第一、適法行爲。適法行爲。有積極、與消極二義。從積極言。則法律所容許之行爲也。

從消極言。則不違背法律之行爲也。故此種行爲之效力。係因不違背法律而發生。就中更可別爲法律行爲、及特別行爲之二種。法律行爲者。以行爲人欲使生一定法律效力之意思表示爲要件、而生法律上效力之行爲也。如買賣、贈與等是。特別行爲者。不以當事人使生一定法律效力之意思表示爲要件而生法律上效力之行爲也。如埋藏物之發見是。法律行

爲。則民法特設專章規定。容後說明之。特別行爲。則僅準用關於法律行爲之規定。故學者間稱之曰類似法律行爲之行爲。

第二、不適法行爲。不適法行爲與不法行爲相同。亦有積極、消極二義。從積極言之。則爲違背法律之行爲。從消極言之。則爲法律所不容許之行爲也。故此種行爲之效力。乃因違背法律故。反於行爲人之意思而發生。如侵害他人之財產。則生損害賠償之效力。其損害賠償之事實。係與行爲人之意思相反。故屬於不適法行爲。

第三節 法律事實之效力

法律事實之效力云者。即法律事實成立後對於法律上所生之效力之謂也。大別爲取得效力、喪失效力、及變更效力之三種。取得效力者。即因具有取得事實之原因。而發生權利取得之效果也。如因繼承及讓與之事實而取得繼承及讓與標之物之所有權屬之。喪失效力者。即因具有喪失事實之原因。而發生喪失權利之效果也。如所有權之拋棄、債務之免除等屬之。變

更有效力者。即因具有變更事實之原因。而發生權利變更之效果也。如債權因有不履行之事實發生而變為損害賠償請求權屬之。

法律事實之效力。與權利得喪及變更之內容相同。故茲不為詳細之敘述。即由權利之得喪及變更中研究之。以法律事實為權利得喪及變更之原因。而權利之得喪及變更。為法律事實之結果故也。

第三章 法律行為

第一節 概說

人類之生活關係。應按個人之需要。依個人之意思以決之。此種意思作用所構成之各個事實。法律上賦與一定之效力。是為法律行為。法律行為之種類繁多。不可無共通之原則。民法總則之規定。即各種法律行為共通之原則也。法律行為之名詞。係一千八百〇五年德儒虎柯

氏 (Hugo) 所創。卽合法行爲之總稱。後經薩畢尼氏 (Savigny) 附以一定之界說。始爲德國民法所採取。日本及我國民法均仿之。乃成爲成文法上之名詞。(德稱 *Rechtliche Geschäft*) 至現時英法二國雖有此用語。(英稱 *Juridic act* 法稱 *Acte juridique*) 然僅屬學術上之名詞。非成文法上之名詞也。

茲就法律行爲之意義、法律行爲之種類、法律行爲之要件、法律行爲之方式、分別說明之。

第一款 法律行爲之意義

法律行爲者。以欲發生私法上效力之意思表示爲要素之法律事實也。分說之。

第一、法律行爲爲重要之法律事實。法律事實。乃法律現象之原因。其種類雖極雜糅。而法律行爲在各法律事實中。實居最要之位置。故各國私法學者。均極重視。通常所稱法律行爲。類指法律行爲之本體。卽係指法律事實而言。然亦間有指法律行爲之效力。卽法律現象者。如所謂法律行爲之撤銷。契約之解除。婚姻之撤銷解除等。係指法律行爲之效力

言。其明證也。

第二、法律行爲以意思表示爲要素。關於意思表示之內容。俟後詳敘。茲僅就左列二點說明之。

(一)法律行爲與意思表示之異同。意思表示與法律行爲之異同。學者間約分二種。其一、爲同一說。卽以意思表示與法律行爲同視。此爲薩畢尼氏所主張。德國普通法時代之多數學者從之。德國民法及日本民法上之見解亦然。其二、爲差別說。卽以意思表示僅爲法律行爲之要件。二者究非同一。此爲德國輓近多數學者所主張。日本學者多表贊同。著者亦認此說爲當。如要式行爲中之遺囑、婚姻等。僅以意思表示爲法律行爲之一成分。卽其明證。

(二)得爲法律行爲要素之意思表示。意思表示。其類非一。必具左列要件者。始得爲法律行爲之要素。

(1)須屬私法上之意思表示。意思表示。有關於公法者。有關於私法者。其得爲法律

行爲之要素者。僅限於私法上之意思表示。若關於公法上之確定判決。雖亦發生私法上權利得喪或變更之效力。然究非法律行爲之要素。

(2) 須係欲發生私法上效力之意思表示。法律上之效力。亦有公法與私法之別。其得爲法律行爲爲要素之意思表示。僅以欲發生私法上之效力者爲限。若起訴之意思表示。乃欲發生訴訟法上之效力。則不得謂之法律行爲。

第三、法律行爲所發生之效力。以本於行爲人之所欲者爲要件。法律行爲內所含之意思表示。其發生法律上之效力。應以本於行爲人之所欲者爲要件。即法律上付與該意思表示之效力。適與行爲人所欲發生私法上之效力相同。此即法律行爲之特質。故學者稱法律行爲、爲法律上之行爲。蓋即表示其行爲所欲發生私法上之效力。恰與法律上所賦與之效力一致也。故法律行爲。與違法行爲。(即不適法行爲)固不相同。即與法律行爲以外之適法行爲。(即特別行爲)亦復有異。蓋違法行爲如侵權行爲。雖有時亦由法律賦與一定法律上之效力。但並非行爲人之所欲。又法律行爲以外之適法行爲。即所謂類似法律行爲之行爲。如債權讓與

之通知。與債務履行之請求等。雖亦由法律賦與一定法律之效力。但亦與行爲人所欲之要件無關。故均不能謂爲法律行爲。

第二款 法律行爲之種類

法律行爲。得依種種標準區別之。茲分述其主要者如次。

第一、雙方行爲及單獨行爲。

(一)雙方行爲者。由雙方當事人之合意而成之法律行爲也。申言之。即依法律行爲受利益方面當事人之意思表示。與任負擔方面當事人之意思表示相合致而成立之法律行爲也。民法所稱之契約。即屬於此。日本民法亦同。惟關於契約之範圍。各國立法例有廣狹之別。羅馬法及法蘭西民法所謂契約。僅指以發生債權債務關係爲目的之契約。係取狹義。此外一切契約。如關於物權關係、親屬關係、繼承關係爲目的之契約。謂之合意。德意志民法反之。凡一切雙方行爲。統稱之曰契約。係取廣義。我國舊民律及修正案均

從之。故於總則編均設有關於契約之規定。現行民法雖將契約列入債編。與日本民法之體例相同。然日本民法學者之主張。仍係從德國民法之見解。我國民法之解釋。自亦以採廣義爲是。即契約之範圍。不限於物權。一切物權、債權、親屬、繼承之雙方行爲。均賅括之。

(二)單獨行爲。單獨行爲者。由當事人一方之意思表示而成立之法律行爲也。如契約之解除、債務之免除、捐助行爲、遺囑、撤銷等法律行爲均屬之。此種行爲。僅基於一方之意思表示而成立。無須得相對人之同意。故又稱曰一方行爲。

單獨行爲。細別之又有二種。其一、爲有相對人之單獨行爲。即須向相對人爲意思表示。其行爲始能成立。通常之單獨行爲均屬之。其二、爲無相對人之單獨行爲。即不須向相對人爲意思表示。其行爲完全成立。如遺囑。捐助行爲等屬之。惟此類行爲。多爲要式行爲。

於雙方行爲及單獨行爲外。更有一種共同行爲。爲德意志學者扣澤氏(Kunze)所創見共。

同行爲者。基於數人共同一致而生法律上效力之法律行爲也。如社團法人之設立。須基於多數人之共同行爲。而非一人所能設立是。此與單獨行爲中之捐助行爲有別。捐助行爲。可由一人爲之。亦可由多數人爲之。不以共同爲必要。共同行爲、則非有多數共同不可。又與雙方行爲有別。雙方行爲。各當事人有獨立相反之目的。如買者之目的在得物品。賣者之目的在得金錢。其意思之趨向相反。共同行爲。則多數人有共同一致之目的。而非立於對等之地位。故此種行爲。應認爲一種獨立行爲。惟學者間亦有主張仍應視爲單獨行爲者。雖不能謂爲毫無理由。然若數人共同爲買賣之契約或承諾時。又爲雙方行爲之成分。究不如認爲一種獨立行爲。在研究上較爲便利也。

第二、債權行爲及非債權行爲。

(一)債權行爲。債權行爲者。以欲發生債權債務關係之意思表示爲要素之法律行爲也。此種行爲。有爲雙方行爲者。(即契約)學說上稱曰債權契約。如買賣、贈與屬之。有爲單獨行爲者。如遺贈屬之。

(二)非債權行爲。非債權行爲者。以欲發生債權債務以外之法律效力之意思表示爲要素之法律行爲也。細別之。有物權行爲、與準物權行爲二種。

(甲)物權行爲。物權行爲者。以欲發生物權變動之意思表示爲要素之法律行爲也。此種行爲。亦有雙方行爲、與單獨行爲之別。前者學說上稱曰物權契約。如土地所有權之讓與屬之。後者如動產物權之遺贈屬之。

(乙)準物權行爲。準物權行爲者。即物權行爲以外之非債權行爲也。如債務之免除、著作權之讓與等屬之。

關於債權行爲與物權行爲之關係。學說及立法例頗不相同。在法蘭西法系之主張。均不認物權契約之存在。以物權上之變動。係直接由債權契約發生。在德意志法系之主張。則謂債權行爲。僅能發生債權債務關係。與物權上之變動無涉。物權上之變動。係由物權行爲發生。故承認物權契約之存在。兩說相較。應以後說爲當。惟債權行爲與物權行爲之關係。約有左之各情形。

(1) 物權行爲與債權行爲同時成立。此種情形。於即時買賣見之。卽於成立契約時卽刻履行之買賣契約也。該項買賣契約。亦有物權債權之別。固有之買賣契約。只能發生請求移轉所有權之債權。其性質屬於債權契約。至所有權之移轉。須另有所有權讓與之契約。乃爲物權契約。故物權行爲與債權行爲。係同時成立。

(2) 債權行爲先於物權行爲。此種情形。於不特定物之買賣見之。卽先因買賣契約以發生請求讓與不特定所有權之債權。及履行此項債務時。始由讓與特定物所有權之契約以移轉其所有權。故債權行爲。實先物權行爲而成立。

(3) 僅有債權行爲而無物權行爲。此種情形。惟雇傭契約爲然。

(4) 僅有物權行爲而無債權行爲。此種情形中。有債務原因已由法律規定者。如因不當得利而返還原物屬之。亦有全無債務者。如消費貸借時讓與代替物之所有權屬之。

第三、要式行爲及不要式行爲。

(一) 要式行爲。要式行爲者。必依法律上一定之方式所爲意思表示而成之法律行爲也。

如遺囑屬之。

(二)不要式行爲。不要式行爲者。不須依法律上一定之方式所爲意思表示而成之法律行爲也。如買賣屬之。

就法律上之沿革言。古代法律行爲。皆須履行嚴密之方式。因其時民智未開。證據力甚屬薄弱。故類採要式行爲以杜後日之爭端。近世科學進步。證據思想。極爲發達。雖不依一定方式。亦可憑證據解決之。故以不要式行爲爲原則。而以要式行爲爲例外。卽所謂方式自由之原則是也。方式自由云者。卽除法律規定必須要式外。其行爲是否要式。悉聽當事人間自由決定之謂也。

第四、身分上之行爲及財產上之行爲。

(一)身分上之行爲。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。前述之準物權行爲。多屬於此。如婚姻、離婚、繼承之承認、及繼承之拋棄等是。

(二)財產上之行爲。財產上之行爲者。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、債權行爲均屬之。但其中又可爲種種之區別。茲分述如次。

(甲)有因行爲及無因行爲。此卽以給付財產上之原因。是否得與法律行爲分離而爲之區別。有因行爲者。必須有給付財產之原因始能成立之法律行爲也。一稱要因行爲。通常之債權行爲屬之。無因行爲者。無須給付財產之原因亦能成立之法律行爲也。一稱不要因行爲。通常之物權行爲。及準物權行爲均屬之。

(乙)有償行爲及無償行爲。此卽以當事人雙方所爲之給付是否有對價關係而爲之區別。有償行爲者。當事人雙方以對價相給付之法律行爲也。如買賣、雇傭、屬之。無償行爲者。無須當事人雙方以對價相給付之法律行爲也。如贈與、使用貸借。屬之。

(丙)處分行爲及非處分行爲。此卽以行爲之標準是否就財產爲一定處分而爲之區別。處分行爲者。得以讓與、變更、或消滅現存之財產權爲標的之法律行爲也。反之。則爲非處分行爲。

第五、生前行爲及死後行爲。

(一)生前行爲。生前行爲者。於當事人生前發生效力之法律行爲也。普通法律行爲。類屬於此。生命保險契約。於生前卽有支付保險費之義務。亦可謂爲生前行爲。又此種行爲。因係生前卽發生法律上之效力。故多採不要式行爲。

(二)死後行爲。死後行爲者。卽因當事人一方死亡而後發生效力之法律行爲也。一稱死因行爲。如遺贈、遺囑。其性質須當事人一方死亡乃能發生法律上之效力屬之。其他如買賣、貸借等。亦可由當事人訂定於一方死亡後發生效力。故此種訂定之行爲。亦可稱爲死後行爲。又此種行爲之效力。因以當事人一方死亡爲要件。法律爲杜爭端起見。故類採要式行爲。

第六、主行爲及從行爲。

(一)主行爲。主行爲者。與他法律行爲之存在無關、而爲獨立存在之法律行爲也。如買賣、贈與屬之。

(二)從行爲。從行爲者。必以他法律關係之存在爲要件而成立之法律行爲也。如擔保係

基於貸借行爲而發生債權上之保證契約屬之。故貸借爲主行爲。保證爲從行爲。貸借不成立。保證亦不成立。故從行爲在法律上之命運。概爲主行爲所支配。卽羅馬法所謂『從應隨主』之原則是也。

第七、獨立行爲及補助行爲。

(一)獨立行爲。獨立行爲者。具有獨立實質內容之法律行爲也。如買賣、贈與、其內容均具有獨立實質屬之。

(二)補助行爲。補助行爲者。其內容無獨立之實質、而以他行爲發生效力爲要件之法律行爲也。如允許、承認、同意等行爲屬之。

第八、現實行爲及非現實行爲。

(一)現實行爲。現實行爲者。於意思表示外。尚須有現實成分之要件始能成立之法律行爲也。如寄託須以物交付他方始能成立屬之。(民法第五八九條)

(二)非現實行爲。非現實行爲者。不以現實成分爲要件、僅基於意思表示而成立之法律

行爲也。通常之法律行爲。概以意思表示而成立。無須其他要件。故多爲非現實行爲。但法律別有規定、或當事人另有特約者。不在此限。

第九、完全行爲及不完全行爲。

(一)完全行爲。完全行爲。一稱完成行爲。即以行爲人之意思表示爲要件、而完全發生法律上效力之法律行爲也。如婚姻、買賣、及一般適法行爲均屬之。

(二)不完全行爲。不完全行爲。一稱不完成行爲。即行爲人雖具有意思表示之要件。而不能完全發生法律上效力之法律行爲也。學者又稱之爲有瑕疵之法律行爲。其中可細別爲三種。分述如次。

(甲)無效之行爲。無效之行爲者。即行爲人雖具有意思表示之要件。而完全不發生法律上效力之法律行爲也。有絕對無效及相對無效之別。前者係對於一般人皆無效。後者則唯對於特定人無效。其詳容俟無效中述之。

(乙)得撤銷之行爲。得撤銷之行爲者。即行爲人雖具有意思表示之要件。而不完全發

生法律上效力之法律行爲也。申言之。即因法律行爲受不利益之關係人。本諾附着於其行爲之瑕疵。得爲喪失其行爲效力之法律行爲也。其詳於撤銷中述之。

(丙)其他之不完全行爲。其他之不完全行爲者。即於無效及撤銷之行爲以外、而不能確定爲有效之法律行爲也。如附有停止條件之行爲、及無權代理之行爲均屬之。

第十、設權行爲、變權行爲、廢權行爲、及保權行爲。

- (一)設權行爲。設權行爲者。即以發生權利爲標的之法律行爲也。如物權之設定屬之。
- (二)變權行爲。變權行爲者。即以變更權利爲標的之法律行爲也。如權利之讓與屬之。
- (三)廢權行爲。廢權行爲者。即以消滅權利爲標的之法律行爲也。如債務之免除屬之。
- (四)保權行爲。保權行爲者。即以保存或確定已存之權利爲標的之法律行爲也。如得撤銷行爲中之追認屬之。

第三款 法律行爲之要件

法律行爲之要件。於法律行爲之成立、及法律行爲之效力。極有關係。故應分爲成立要件、及有效要件說明之。

第一、成立要件。成立要件者。卽法律行爲成立時必不可缺之要件也。法律行爲未具此要件時。則不能視爲成立。網別之。又可分爲一般成立要件、與特別成立要件二種。特別成立要件者。特種法律行爲成立時所具之特別要件也。其內容不一。應就各種法律行爲分別觀察之。一般成立要件者。一切法律行爲成立時所具之共通要件也。關於一般成立要件之主張。學者間頗不一致。就其主要者言。約有次之三說。其一、以意思表示爲成立要件。其二、以意思表示及標的爲成立要件。其三、以當事人意思表示及標的爲成立要件。此三說中。應以第一說爲是。蓋意思表示必有當事人及標的。故僅以意思表示爲成立要件。卽可賅括標的及當事人也。至法律行爲更有以一定方式爲其成立要件者。此卽就法律行爲形式上之要件言。非法律行爲實質上之要件。故於另款詳述之。

法律行爲之標的。爲日本民法所稱之名詞。

（日民法第九〇條）

德意志民法。則稱曰法律行爲之內

容。(德民法第
一一九條)我國民法第八十八條所稱意思表示之內容。係仿諸德國。至民法第二百四

十六條第一項所稱契約之標的。則採諸日本。其實二語之意義。完全相同。標的云者。乃構成法律行為之意思表示之內容事項也。換言之。即構成行為人所欲發生私法上效力之基本事項也。何者為法律行為之標的。未可抽象斷定。應就各法律行為分別觀察之。以其各有相異之內容也。法律行為之標的。與法律行為之動機不同。動機僅屬法律行為之理由。而標的即構成法律行為之事項也。又法律行為之標的。與法律行為之原因不同。原因有時即為動機。有時亦屬諸內容。惟基於原因之內容。亦與構成效力事項之內容有別。蓋原因為內容時。凡屬同種類之法律行為。均係一致。若為構成效力事項之內容。則各個法律行為。概生差異。如買賣契約。交價交物之債務。乃互為原因。無論何種買賣。均為同一。至於具體之標的。即現實之內容。究應交價若干。及交付何物。則各種買賣。迥不相同。其明證也。

第二、有效要件。有效要件者。即已成立之法律行為發生法律效力。所必不可缺之要件也

。換言之。法律行爲之成立。雖不必具此要件。若欲發生法律上之效力。則不可不具有此要件也。此要件亦可分爲一般有效要件。及特別有效要件二種。特別有效要件者。特種有效法律行爲所應具之特別要件也。須就各個法律行爲觀察之。一般有效要件者。一切法律行爲之共通有效要件也。此項要件、有經民法規定者。亦有爲一般學說公認者。可大別爲左之二項。

(一)行爲人須有行爲能力。此爲民法明文所規定。後當專節說明。

(二)法律行爲須有適當之標的。法律行爲欲具適當之標的。須有左列四要件。

✓(甲)標目之可能。即標目須具有可能性。此爲一般學說所公認。

✓(乙)標的之確。即標的須具有確定性。此亦爲一般學說所公認。

✓(丙)標的之合法。此爲民法明文所規定。即標的須屬合法。乃爲有效要件。

✓(丁)意思表示須無瑕疵。此亦爲民法明文所規定。當於意思表示中說明之。

第一項 標的之可能

標的之可能云者。構成法律效力之事項有實現可能之謂也。詳言之。即當事人所欲發生私法效力之事項。得爲實現之預期者也。其無實現之預期者。是曰不能。不能又得爲種種之細別。茲分述如次。

第一、理論上之不能、與法律上之不能。前者係從物理上之見解而認爲標的之不能。後者乃從社會觀念而認爲標的之不能。茲之不能。應取後義。如以牛欄關貓之類屬之。

第二、主觀上之不能、與客觀上之不能。茲之不能。乃專指客觀上言。惟何者爲客觀上之不能。學說上頗有出入。有謂必須盡人不能。始爲客觀上之不能者。有謂僅以通常人立於行爲人地位係屬不能。即爲客觀上之不能者。兩說比較。應以後者爲是。如以不通外國語言之人與外人直接談判是。

第三、自然之不能、與擬制之不能。茲之不能。乃包含二者而言。前者基於事物性質之不能。如挾山超海之類屬之。後者係基於法律規定之不能。如讓與不融通物之類屬之。

第四、原始不能、與事後不能。前者乃法律行爲成立當時。其事項依法實現之可能也。

後者乃至行爲成立後始變爲實現之不能也。茲之不能。係指前者。如與無行爲能力人締結契約屬之。

關於不能之種類。業已說明。惟標的不能之效力如何。亦不可不加以研究。卽凡私法上之效力。苟爲不能之事項。則雖欲發生。亦屬末由。故以不能事項爲標的之法律行爲。當然無效。

。民法第二百四十六條第一項規定以不能之給付爲契約標的者。其契約爲無效。卽其明證。

（參照德民法第三〇六條、瑞債務法第二〇條）

又標的之是否可能。乃應以行爲時爲標準。卽行爲時苟係不能。斯爲

無效。日後雖屬可能。亦不能變爲有效。關於此點。民法就契約設有特別規定。卽訂約時其標的雖屬不能。若其不能情形可以除去。而當事人並預期於不能之情形除去後爲給付者。其契約仍爲有效是。（民法第二四六條一項但書）至標的全部不能者。固應全部無效。惟標的一部不能者。

是否一部無效。抑應全部無效。則當適用民法第一百十一條之規定。卽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是也。

第二項 標的之確定

標的之確定者。構成法律效力之事項。必須現時已經確定或日後得以確定始能實現其效力之謂也。故法律行為之標的。最低限度亦須日後得以確定。乃能發生法律上之效力。至何者始能認為已達到得以確定之程度。則須就法律規定及意思表示以解釋之。即凡法律有規定之法律行為。須視該規定及意思表示之內容而決定。如有名契約屬之。於法律無規定之法律行為。則專視意思表示之內容而決定。如無名契約屬之。

法律行為之標的。最低限度亦須日後得以確定。乃能發生法律上之效力。業已說明。惟關於現時尚未確定之標的。其於日後確定時。究應依何方法。亦不可不詳加研究。茲特舉其決定之標準如次。

第一、當事人有特別訂定者。應依其訂定決之。關於此點。又可別為左列四種情形。

(一)有由當事人嗣後以契約決定者。如數宗給付之債。即選擇之債。可由當事人以契約訂定是。(民法第二〇八條)

(二)有僅由當事人一方決定者。如選擇之債。由債務人選擇。或約定由債權人選擇是。

(三)有由第三人決定者。即債權人債務人均不為選擇而由第三人選擇之是。(民法第二〇九條)

(四)有由其他方法決定者。如約定其代價依照行情決定之類是。

第二、當事人無特別訂定。而法律設有補充規定者。應依該規定補充之。如種類之債。即給付物僅以種類指示者。依法律行為之性質、或當事人之意思。不能定其品質時。債務人應給以中等品質之物是。(民法第二〇一條一項)又選擇之債。其選擇權原則上屬於債務人。若定有行使期間而不於該期間內行使者。其選擇權移屬於他方當事人。(即債權人)又由第三人選擇者。如第三人不能、或不欲選擇時。其選擇權屬於債權人。(參照民法第二〇八條至第二一一條)是皆為補充當事人之意思而設之規定也。

第三、不能由當事人之意思表示及法律之規定決定時。則依習慣定之。即凡當事人無特約、而法律上又無補充規定者。則從習慣以補充當事人之意思表示是。

第四、不能依意思表示、法律規定、及習慣決定時。可按諸當時情事決定之。即不能依當事人之意思表示。及法律上之補充規定。且更無習慣可從時。亦可參酌當時之情事決之。

此又爲補充習慣而設之標準也。

第三項 標的之合法

標的之合法云者。即法律行爲之標的。須無違法性及反社會性之謂也。分述如次。

第一目 標的須無違法性

標的無違法性云者。即法律行爲之標的。須不違背強制或禁止規定之謂也。更分說如次。

第一、強制規定之意義。強制規定。一曰強行規定。即不問當事人之意思如何。而有強制適用之效力者也。其與強制規定相對待者。則爲任意規定。任意規定者、即法律雖設有規定。其適用與否。可由當事人之意思決定者也。因其無強制性。故一稱非強行規定。但此項規定。若當事人無反對之意思表示時。仍應強制適用。故亦不失爲法律。至此種強制與任意之區別。於法律適用之先後。極有關係。即凡法院因案件適用法律時。最初須適用強制規定。若無強制規定時。其次乃依據當事人之特約、或其他意思表示。必無此等特約、或意思表示時。最後始能適用任意規定。蓋任意規定。原爲解釋或補充當事人之意思表示

而設也。

公法規定。類多爲強制規定。私法規定。類多爲任意規定。民法係私法。故任意規定較多。惟何者屬強制規定。何者屬任意規定。則須就條文之體例、或立法上之目的以決之。大抵凡關於公益之規定。類屬前者。故物權、親屬、繼承各編。強制規定較多。關於私益之規定。多屬後者。故債編任意規定較多。此卽兩省區別之概要也。

第二、禁止規定之意義。 禁止規定者。卽禁止爲某行爲或不爲某行爲之法律規定也。其與禁止規定相對待者。則爲聽許規定。聽許規定。一稱容許規定。卽容許其爲某行爲或不爲某行爲之法律規定也。

公法多屬禁止規定。私法多屬聽許規定。故民法及其他私法法規。屬於禁止規定者甚少。就民法言。除侵權行爲、債務不履行、重利、重婚等規定。屬諸禁止規定外。餘均可視爲聽許規定。卽凡雖違反其規定、而法律別無損害賠償、或其他罰則之明文者均屬之。

第三、強制規定與禁止規定之關係。 強制規定與任意規定。及禁止規定與聽許規定之分類

。其標準既各不同。則其意義及範圍。自亦不能無異。惟日本學者對於日本民法第九十一條之解釋。類以法律行爲違反強制規定者爲違法。係取第一分類。德國學者對於德國民法第一百三十四條之解釋。類以法律行爲違反禁止規定者爲違法。係取第二分類。我國舊民法草案第一百七十六條。及修正案第一百二十三條。係仿德國民法。現行民法第七十一條。則定爲法律行爲違反強制或禁止之規定者。均爲違法。從立法精神言。更爲完善。

第四、違反強制或禁止規定時之效力。法律行爲之標的。違反強制或禁止之規定。其效力如何。亦不可不研究及之。卽凡法律行爲違反強制或禁止之規定。原則上應不生法律上之效力。但其規定並不以之爲無效者。不在此限。（民法第七一條、德民法第一三四條、日民法第九一條、瑞債務法第一九條以下、法民法第一二條、蘇俄民法第三條）蓋強制或禁止規定中。亦有無關公益者。雖違反之。尙於社會秩序無傷。不必使之無效。故如該規定並不以之爲無效者。例外仍可使其有效也。

第五、滑法行爲。滑法行爲者。卽以狡滑手段避免禁止規定之行爲也。申言之。卽因法律禁止某種法律行爲。特曲折爲他種法律行爲。使與被禁止之法律行爲收同一之效果者也。

一稱避法行爲。又稱脫法行爲。著者則稱之爲滑法行爲。如奸商趨避利息限制法。另假名義重利盤剝之類屬之。

滑法行爲。是否應與違法行爲同視。學者間之議論不一。著者從一般之通說。則主張不應同視。蓋違法行爲。顯係違反法規。自應當然無效。若滑法行爲。則爲法律之迴避。以狡滑手段。巧立名目。冀收效果。尙非直接違反法規。其行爲應否無效。須就禁止規定之旨趣以決之。即凡屬於目的之禁止者。自應當然無效。如上述巧立名目。重利盤剝之類是。若僅屬於手段之禁止者。則既已改變手段。自應仍認爲有效。如流質契約。雖爲法律所禁止。其約定不能生效。（民法第八九三條二項）然債務人移轉所有權以設定質權之信託行爲時。是爲手段之改變。自不能不認爲有效也。

第二目 標的須無反社會性

標的無反社會性云者。即法律行爲之標的、須不違背公共秩序或善良風俗之謂也。分述如次。

第一、公共秩序及善良風俗之意義。以公共秩序或善良風俗限制法律行爲之內容。其源肇

始於羅馬。惟羅馬法僅規定違背善良風俗之契約無效。法國民法則於善良風俗外。更增入違反公共秩序之債務爲無效。（法民法第一一三三條）日本、瑞士、奧國諸民法從之。（日民法第九〇條、瑞債務法第一九條、奧民法第八七條）我國民法亦然。（民法第七二條）德意志現行民法。雖僅以有違背善良風俗之法律行爲爲無效。（德民法第一三八條）然實以公共秩序包含於善良風俗之中。並非與各國立法例有異也。茲就公共秩序及善良風俗之意義分別說明之。

（一）公共秩序。公共秩序。係指國家之政象言。即國家公共安甯之謂也。德意志民法第一草案理由所稱國家一般之利益。即屬於此。至何者爲國家一般之利益。因時代及國體而有不同。須就現時各國家所定之方針決定之。大體凡爲全國民對於國家生活及社會生活一般所要求之政治現象。皆可謂爲國家一般之利益也。

（二）善良風俗。善良風俗。係指國民慣行言。即國民道德思想之謂也。道德爲人類行爲之軌範。亦因時代及國民品性而有變易。大凡全國民對於某行爲之準則。具有相當之信仰者。乃可稱爲國民之道德思想。亦即爲該國家之善良風俗也。

關於善良風俗之規定。學者間有指爲道德與法律混同者。然法律之作用。在促進並維持人類之理想生活。法律對於一般國民之道德思想。與以保障。有違反之者。不許其發生法律上之效力。此乃提高道德之效用。使道德與法律相輔而行。究非道德與法律相混也。

第二、公共秩序及善良風俗之範圍。關於公共秩序及善良風俗之範圍。可分兩點說明之。

(一)關於強制規定及禁止規定違反之無效。係基於公益之理由。前已說明。公益之內容。實與公共秩序及善良風俗之觀念相一致。故學者間有謂違反公共秩序或善良風俗時。卽係違反強制禁止之規定。法律上無庸重爲分列者。此種主張。在違反強制或禁止之規定時。雖可謂爲必違反公共秩序或善良風俗。而在違反公共秩序或善良風俗之時。則決不能指爲係違反強制或禁止之規定也。蓋強制規定或禁止規定。係指法律規定事項言。公共秩序或善良風俗。係指法律未規定事項言。兩者之範圍。顯有區別。蓋法律規定之事項有限。而法律未規定之事項靡窮。宇宙現象。千差萬別。關於公共秩序或善良風俗之事項。勢不能盡以法律規定之。且此類事項。常隨時勢爲變遷。若一一釐訂於法律。則

轉瞬之間。或不適用。非第手續繁難。抑亦無裨實用。法律分別論列。既以補法規之不足。且更昭事實上之便利。此民法第七十一條及第七十二條分別設立之本旨也。

(二)公共秩序、與善良風俗。學者及立法例亦有主張宜以一語賅括者。如羅馬法及德意志民法。即僅用善良風俗一語。日本梅謙次郎則主張僅用公共秩序一語。(見梅氏民法要義第一卷第二百零頁)

我國舊民律修正案。係從前者。易稱曰風化。(修正案第一二四條)舊民律草案。係從後者。(舊

案第一七五條)此二者之基本觀念。同在維持國家治安及國民生活狀態。其範圍有時固屬相同。

惟公共秩序。係注重國家之政象。其主旨在維持治安。善良風俗。係注重國民之慣行。其主旨在保持道德。是二者之着眼點。究屬有異。故其範圍亦未必盡同。如內亂、外患之治罪。其主旨在維持公共秩序。姦非、詐財之治罪。其主旨在維持善良風俗。即其例也。我國民法第七十二條。為維持國家之安甯及人民之幸福計。二者并列。凡違反其一。即使之絕對無效。立法上最屬允當。

第三、公共秩序或善良風俗之標準。公共秩序或善良風俗之標準。可由左列數點決定之。

(一)關於時之標準。公共秩序及善良風俗之觀念。有因時而異者。其標準應依行爲時決定之。如立法時、行爲時、裁判時之見解各有不同時。卽應以行爲時爲標準是。

(二)關於人之標準。公共秩序及善良風俗之觀念。有因人而異者。其標準如不能從主觀觀念決定時。須從客觀觀念決定之。如因人之地位、身分、性質、思想而見解不同時。卽可依此標準決定是。

(三)關於地域或業務之標準。公共秩序及善良風俗之觀念。有因地域或業務而異者。如西藏之多夫制。在該特別區域內認爲合法。而普通則認爲不法。又如醫生之解剖。在該業務內認爲合法。而普通則認爲違法之類是。此際之標準點。有謂應從特別觀念者。亦有謂應從一般觀念者。著者則謂應分別觀察。其就該特別區域或特種業務言。自應以特別觀念爲標準。反之。若在特別區域或特種業務以外言。則應以一般觀念爲標準。

第四、違反公共秩序及善良風俗之情狀。法律行爲之標的事項。有違背公共秩序或善良風俗時。學說上稱曰內容之不法。此種不法情狀。可分左列四點說明之。

(一)標的行爲本體之不法。此際又細別爲二。其一、以實行或鼓勵公共秩序或善良風俗所禁止之事項爲目的。其二、以防止公共秩序或善良風俗所需要之事項爲目的。前者如訂立殺人、放火、吸食鴉片煙等契約屬之。後者如使人勿脫離匪籍、或勿教育子女等契約屬之。

(二)標的行爲因加法律限制之不法。此則非行爲本體之不法。乃因加以法律上之限制。斯爲不法。如婚姻自由。信教自由。乃爲一般之原則。其結婚與否。信教與否。均係個人之自由。無所謂不法。然若與人訂立終身不結婚。或必與某人結婚之契約。又或訂立某人終身必信仰某教。或終身不能信教之契約。則均爲不法。卽不能生效。其適列也。

(三)標的行爲因與金錢利益相結合之不法。此亦非行爲本體之不法。乃因與金錢之利益相結合。斯爲不法。如訴訟行爲。本非不法。若對法官行使賄賂。冀求勝訴。則其行爲與金錢之利益相結合。當然屬諸不法是。

(四)標的行爲基於暴利行爲之不法。暴利行爲者。卽法律行爲。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之謂也。(民法

第七四條一項)此種行為。在德國民法直認為係違背善良風俗之最要者。根本上使之無效。(民

法第一三八條二項)我國民法修正案亦同。(修正案第一二五條)現行民法。則未定為無效。而特許其聲請撤

銷。且限制其期間。即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。其

聲請並應於法律行為後一年內為之是也。(民法第七四條一項後段及二項)此種規定。認法院得因利害關

係人之聲請。加以裁量之判決。其情節重大者。則完全撤銷該法律行為全部之效力。其

情節較輕者。則相對減少該法律行為之效力而為一部之給付。既足以杜行為人之詐偽。

又兼保護利害關係人之利益。在立法上實稱允當。

第五、違背公共秩序或善良風俗時之效力。法律行為違背公共秩序或善良風俗時。其效力

如何。亦不可不加以研究。就一般立法例言。凡法律行為以有背公共秩序或善良風俗之事

項為標的者。其行為應屬無效。且較他種法律行為為法之無效。更為嚴重。即在他種無效行

為中。尚許其因承認而認為有效。此種行為。則通常不許因承認而向後有效。蓋以承認之

時。無效之原因。仍多未除去故也。惟此僅就原則言。若屬暴利行爲。則民法第七十四條特設例外之規定。已述於前。

法律行爲之標的。與動機不可混視。若法律行爲僅係其動機違背公共秩序、或善良風俗時。在法律上尚不能認爲無效。如爲放火而購置燃料。爲綁票而租賃房屋。此種購料及租屋之行爲。仍不失爲有效是也。蓋法律行爲之動機。其結果如何。決非他人所能於外部預行推知。若因日後標的之不法。而竟使以前之法律行爲。亦屬無效。則交易上極感不便。殊背法律保持安全之本旨矣。惟動機不僅存於內部而竟表現於外部時。是否影響該法律行爲之效力。則學說上之主張。尚非一致。多數學者均謂須爲法律行爲之條件時。始爲無效。少數學者則謂表現外部之動機。如係足以決定由該法律行爲所生之生活關係者。雖非爲法律行爲之條件。亦應認爲無效。如上例租屋時已言明係爲綁票。雖未定爲租賃契約之條件。但房主明知爲綁票而允許租。即係使行爲人達到違法之目的。自應以無效視之也。

又法律行爲標的之本身。並不違背公共秩序或善良風俗。若僅屬手段不合時。尚不應認爲

無效。如以詐欺方法解除契約。或以脅迫手段強索借款。其借款如屬真實。解約如屬正當。尚不得謂爲無效。惟有時應適用民法第九十二條第一項之規定行之。其情節重大者。且應受刑事上之制裁。

法律行爲之標的。有背公共秩序或善良風俗時。審判上究應認爲事實問題。抑屬法律問題。學說上尙不一致。在法國少數學者。則主張爲事實問題。而德國及日本一般學者之主張。均謂係法律問題。著者採用後說。蓋確定法律行爲標的之事項。雖係事實問題。固屬於事實審之權限。若對於已確定之事項。認定其是否違背公共秩序或善良風俗。究應適用民法第七十二條。抑應適用民法第七十四條之規定。則爲法律問題。應屬於法律審之權限。故得爲第三審上訴之理由也。

第四款 法律行爲之方式

法律行爲之方式。因要式與不要式而各殊。在不要式行爲。原無須一定之方式。可純任行爲

人之自由。即所謂法律行爲方式自由之原則是也。若在要式行爲。則須依一定方式行之。惟法律行爲。通常以不要式爲原則。以要式爲例外。要式行爲。更有法定方式、與約定方式之別。前者如遺囑須依照法律規定之方式屬之。後者如合夥可由當事人訂立合同屬之。法律行爲。不依約定方式。是否無效。民法未設明文。應就當時情形決定。至不依法定方式之法律行爲。除法律另有規定外。不能生效。則爲民法第七十三條所明定。

又法律行爲。有僅以言語表示者。有須使用文字者。更有於文字外兼用號碼以表示數量者。其僅以言語爲口頭表示時。固無須重爲規定。亦無俟詳加說明。惟依法須使用文字。或關於數量之表示。文字與號碼不符時。法律爲防止爭議計。不可不有概括之規定。茲特就民法第三條至第五條規定之概要說明如次。

第一、關於文字之使用。法律行爲。既以方式自由爲原則。故應否使用文字。亦屬諸當事人之自由。法律上自不能橫加干涉。惟對於特種事項。欲期普遍久遠。有非口頭所能奏效而不能不使用文字者。則法律上亦不能不特別規定。以資遵守。就我國民法言。如關於不

動產租賃契約。(民法第四) 特種委任事務之授權行爲。(民法第五) 經理人特種事務之授權行爲。(民法第五) 代辦商特種事務之授權行爲。(民法第五) 終身定期金契約。(民法第七) 不動產物權之設定或移轉契約(六〇條) 等。皆規定其必須使用文字。又法律雖無明文。而其規定事項當然應使用文字者。實例甚多。如關於倉單、(民法第六) 託運單、(民法第四) 提單、(民法第六) 等。均當然須使用文字。即其例也。此外民事特別法所定必須使用文字事項更多。如票據法上之票據。保險法上之保險單均屬之。故凡依法律之規定。必須使用文字時。其文字之種類如何。使用之方法、方式、及效力如何。均不可不明白規定。茲就民法第三條之內容說明之。

(一) 文字之種類。使用何種文字。法律雖無明文。但必須使用一般通曉之文字。實爲當然之理論。故如特別編制之暗號、暗碼。自不得任意使用。而通用之電報明碼、與外國通用文字。苟無禁止之明文。爲交易上之便利計。究不妨聽其使用也。

(二) 使用之方法。法律雖規定必須使用文字。但不必由使用人自行繕寫。託他人代寫固

再。即複寫、或打字、或印製。均無不可。

(三)使用之方式。使用文字。雖不必由本人自寫。但使用人在文件上必須親自簽名。即須將自己姓名親筆書寫於文件之上。如不親自簽名。而用自己名章蓋印於上時。亦與簽名有同等之效力。若既不能簽名。又未備有名章。僅於他人代書自己名字之下。捺用指印。或蓋畫十字。與其他符號如花押之類以代簽名時。則須另經二人以上簽名證明其事。始能認為與簽名有同等之效力。蓋指印與其他符號。均不易辨別。不能不更須二人以上之證明、以杜流弊而昭鄭重也。

(四)使用之效力。法律對某種行為規定必須使用文字。或規定更須親自簽字者。是為法定方式。凡法律行為。均須依照法定方式行之。否則無效。(民法第七三條)故使用文字而不依民法第三條規定者。其文字所表示之行為。在法律上不生效力。

第二、關於數量之表示。記載金錢或其他物品之數量。有以文字表示者。有以號碼表示者。更有以文字與號碼同時表示者。設關於同一金錢或物品之數量。其表示之文字與號碼。

或號碼與號碼。彼此有不符時。自應施用種種方法。調查證明當事人原意之所在。加以決定。若實無法推知當事人之原意時。法律爲杜絕糾紛起見。不可不有解決之標準。茲就民法所規定者。分述如左。

(一) 同時以文字或號碼表示、彼此有不符者。應以文字爲準。(民法第

四條)

(二) 以文字爲數次表示。彼此不符。或以號碼爲數次表示。彼此不符者。均應以最低額爲準。(民法第

五條)

(三) 同時以文字及號碼爲數次之表示。而彼此均不相符者。則以文字表示之最低額爲準。

(參照民法第四
條及第五條)

第二節 行爲能力

見
page
330.

行爲能力之意義。已於前編說明。茲僅就無行爲能力人及限制行爲能力人二者分款說明之。

第一款 無行為能力人

無行為能力人。即未滿七歲之未成年人、(民法第一三條一項)及禁治產人。(民法第一五條)其詳亦於前編述及。茲特就民法對於無行為能力人所為法律行為之限制說明如次。

第一、無行為能力人之意思表示無效。此為民法第七十五條前段所規定。故凡屬未滿七歲之未成年人及禁治產人。不問其有無意思能力。概不得自為法律行為。即法律所許限制行為能力人獨立得為之法律行為。亦不得為之。故雖係純獲法律上利益或為其日常生活所必需之行為。苟係自為。即屬無效。又其行為雖會得法定代理人之允許或承認時亦然。(參照民法第七七條、第七八條、第七九條)且此等人不僅不得自為法律行為。並不得自受法律行為。否則。不生法律上之效力。

第二、雖非無行為能力人。而其意思表示在無意識或精神錯亂中所為者。亦屬無效。此為民法第七十五條後段所規定。其主旨在保護無意識能力人之利益。蓋無意識能力人之法律

行爲。既欠缺意思能力。卽與無行爲能力人之法律行爲無異。故不可不爲同樣之規定。使之不生法律上之效力。以資保護。又此種規定。係仿照德國民法。(德民法第一〇五條二項)雖欠缺意思效力與普通無行爲能力人之情形。頗有區別。然民法爲便利起見。相並規定。究屬允當。

第三、無行爲能力人。應由法定代理人代爲意思表示、並代受意思表示。此爲民法第七十六條所規定。所謂無行爲能力人之法定代理人。卽指其行親權人及監護人而言。其詳於親屬編規定之。(參照民法第一〇八六條、第一〇九一條至第一一三條)此種法定代理制度。係爲擴張無行爲能力人之能力而設。故法定代理人有代無行爲能力人爲意思表示及接受意思表示之全權。卽凡無行爲能力人之法律行爲。均應由其法定代理人爲之。但此種代理。應解爲僅以財產上之行爲爲限。若身分上之行爲。則以不能代理爲原則。又雖財產上之行爲。如依法律規定或其性質非他人所能代理者。自亦解爲不得代理。

第二款 限制行爲能力人

第一項 限制行爲能力人之保護

限制行爲能力人。係已滿七歲而未結婚之未成年人。(民法第一三條二項)亦於前編述及。此種限制行

爲能力人所爲之法律行爲。其效果如何。民法上設有原則及例外之規定。茲分述如次。

第一、原則。關於限制行爲能力人所爲法律行爲之效果。可分左之三點說明之。

(一)限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示。均應得法定代理人之允許。此爲民法第十七條所規定之原則。故限制行爲能力人。與無行爲能力人不同。無行爲能力人。完全不得自爲意思表示、或自受意思表示。限制行爲能力人。則得自爲意思表示、或自受意思表示。不過於自爲或自受意思表示時。應得其法定代理人之允許而已。

茲所謂法定代理人。亦指限制行爲能力人之行親權人、及監護人而言。其身分與無行爲能力人之法定代理人無異。惟無行爲能力人之法定代理人。僅有代理權。此項法定代理

人。則於能力補充權外。兼有代理權。即對於限制行為能力人。得與以允許。使其自爲或自受意思表示。並對於未得允許之契約。得與以承認。此種允許及承認。均爲法定代理人之特權。分稱之曰允許權、或承認權。合稱之曰能力補充權。其爲允許或承認。悉以法定代理人自己之名義行之。與行使代理權之情形不同（參照民法第一〇三條一項）又此項法定代理人。亦得代理限制行為能力人爲意思表示。其代受意思表示。民法更特設明文。（參照民法第九條）故應解爲於能力補充權外。更具有代理權。即法定代理人於應得允許之法律行為。不與以允許。逕行代理爲之。亦爲法律所不禁。

又關於允許之內容。尙應詳加研究。茲述其要點如次。

（甲）允許云者、即對於限制行為能力人自爲或自受意思表示時、與以許可之謂也。日本民法所稱同意。即屬此義。其性質乃爲有相對人之單獨行爲。故應適用關於法律行爲及意思表示之規定。但對於限制行為能力人爲允許時。應解爲不適用民法第九十六條之規定。

(乙) 允許係不要式行爲。乃無須一定之方式。即對於限制行爲能力人所爲要式之法律行爲亦然。蓋二者係各別之法律行爲。不因其爲要式與否而受牽制也。

(丙) 允許係補充限制行爲能力人之能力。使其所爲之法律行爲完全生效。故只能發生使他人得爲有效行爲之效力。其自身不能單獨生效。又其所生之效力。原係本於行爲人所欲發生者。故仍不失爲法律行爲。但係附隨於限制行爲能力人所爲之法律行爲。故又屬於從行爲。

(丁) 允許應向何人爲之。民法未設明文。從其性質言。通常應向限制行爲能力人爲之。至是否更得向行爲人之相對人爲之。日本民法學者中則有肯定、及否定兩說。爲實際上之便利計。應解爲援據民法第一百一十七條之規定。得向相對人爲之。關於此點。可與德意志民法第一百二十八條互相參照。

(戊) 允許與承認不同。承認通常應在限制行爲能力人所爲意思表示以後爲之。允許則通常應在限制行爲能力人所爲意思表示以前爲之。又此項允許。不必就各個行爲分別爲

之。卽就特種行爲概括允許。亦屬有效。承認則須就各個行爲分別爲之。乃能生效。

(己)允許可否撤回。自應分別觀察。凡在限制行爲能力人已爲或已受意思表示之後。不許撤回。若在未爲或未受之先。則應許撤回。撤回亦不須一定方式。其允許係向限制行爲能力人爲之者。撤回應解爲向限制行爲能力人或其相對人爲之。均屬有效。允許係向相對人爲之者。則撤回應解爲須向相對人爲之。否則。不能以之對抗不知情之相對人。

(庚)允許如有撤銷之原因。自得許其撤銷。且不能與限制行爲能力人所爲之意思表示混視。限制行爲能力人所爲之意思表示。苟具有撤銷原因。則雖經完全有效之允許。仍得依法撤銷。反之。僅允許有撤銷原因時。則與限制行爲能力人所爲之意思表示無涉。在未撤銷前。其行爲仍不失爲有效。在已撤銷後。乃僅成爲未經允許之行爲。

(二)限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲。爲無效。此爲民法第七十

八條所明定。單獨行爲。係對買賣借貸等雙方行爲言。學說上稱爲一方行爲。卽基於一個意思表示而成立之法律行爲也。如追認、催告、契約之解除、債務之免除、及遺囑等屬之。此等行爲。關係權利之得喪甚鉅。故必須經法定代理人之允許。始能發生法律上之效力。若僅屬限制行爲能力人所爲之意思表示。而未得法定代理人之允許者。在法律上自不能認爲有效。否則。法定代理制度等於虛設。而限制行爲能力人之利益。亦無由保全。殊不足以貫徹立法精神。

(三) 限制行爲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。此爲民法第七十九條所明定。契約係雙方行爲。與單獨行爲有別。單獨行爲則明定未得法定代理人之允許者。完全無效。契約則定爲如經法定代理人承認時。始爲有效。此種規定。係仿照德意志民法。蓋所以保護相對人之利益也。

(四) 限制行爲能力人。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。此爲民法第八十一條第一項所明定。蓋限制行爲能力人。於限

制原因消滅後。即非限制行爲能力人。而爲有行爲能力人矣。如未成年人已經成年。或雖未成年而既已結婚者。皆爲限制原因之消滅。其締結契約。雖在限制能力時代。然既已成爲有行爲能力人。而追認原日所結之契約。是該契約之內容。必於行爲人之利益無傷。故應使之與法定代理人之承認生同一之效力。以資保護。

上述三四兩項。學說上稱爲追認制度。故並予相對人以追認催告之權。即相對人得定一個月以上之期間。催告法定代理人確答是否承認。於該期間內法定代理人不爲確答者。視爲拒絕承認。（民法第八〇條）關於限制行爲能力人之催告及追認。亦同。（民法第八一條二項）此種追認制度之設。一以保護相對人之權利。一以保護社會上之公益。法至善也。

又此種承認之手續。依民法第一百一十六條第一項。應以意思表示爲之。故亦與前述之允許同爲單獨行爲。且亦爲從行爲。關於法律行爲及意思表示之規定。均應適用。又依民法第一百一十六條第二項。本應向行爲人之相對人爲之。但係由法定代理人所爲者。應解爲向限制行爲能力人爲之。亦屬有效。又限制行爲能力人爲承認。須在限制原因消滅以後。

故必於其行為能力毫無欠缺時。始為有效。否則。仍不得為之。

契約須經承認始能生效。既為民法第七十八條所明定。則在未承認以前。不生法律上之效力。乃為當然之解釋。惟一經承認。則應溯及訂立契約時發生效力。非自承認時始生效力。
（民法第一一五條）惟有特別訂定者。則不在此限。

第二、例外。即指限制行為能力人無須得法定代理人之允許、而能獨立為法律行為之情形。言。分述如次。

（一）法律行為。係純獲法律上利益、或依其年齡及身分日常生活所必需者。限制行為能力人為意思表示、或受意思表示時。均毋庸得法定代理人之允許。此為民法第七十七條但書所明定。（參照日民法第四條一項、德民法第一〇七條）更分說如次。

（甲）純獲法律上利益之法律行為。係指單得權利或單免義務及其他一切專得法律上利益之法律行為言。日本民法僅揭明為單得權利或單免義務之行為。（日民法第四條但書）我國民法則仿德國民法（德民法第一〇七條）定為純獲法律上利益之行為。其範圍較廣。至是否純獲利益

。應依法律行爲之性質決定。非依經濟上利益之有無決定。故如值兩百元之物。以二十元買得。雖亦獲有經濟上之利益。然非純獲利益。尚須先耗資本購買。卽不能適用本條。故凡屬雙務契約、有償契約、以及權利義務互相抵銷之單獨行爲，均不得獨立爲之。仍須經法定代理人之許可。其無須許可之重要行爲。可別爲(1)贈與之承諾、或遺贈之承認。但附有負擔者。不在此限。(2)債務免除之接受。(參照民法第三四三條)(3)單負義務契約之解除。(參照民法第二五八條)(4)單負義務契約之中止。(參照民法第二六三條)(5)爲第三人契約享受益之表示。(民法第二六九條二項)各種。此等行爲。均係純獲法律上之利益。於限制行爲能力人之權利毫無損害。自無須得法定代理人之允許也。

(乙)日常生活所必需之法律行爲。係指限制行爲能力人日常生活所需要之法律行爲言。何種行爲爲其日常生活所必需。又其需要之範圍如何。應依其年齡及身分定之。不能專憑限制行爲能力人之主觀。亦不能僅憑客觀。務須按諸限制行爲能力人之年齡、身分、依一般見解認爲需要者。卽應許其獨立爲之。毋庸得法定代理人之允許。此種制

度。係仿英吉利之未成人救濟法。以謀限制行爲能力人之便利。蓋日常生活所必需之法律行爲。如因饑而食。因寒而衣之類。若必一一經法定代理人之允許。徒使限制行爲能力人受事實上之束縛。轉失法律保護之本旨。故法律定爲得由限制行爲能力人獨立爲之。

(二)法定代理人允許限制行爲能力人處分之財產。限制行爲能力人就該財產有處分之能力。此爲民法第八十四條所明定。小字蓋限制行爲能力人達於相當年齡。因其智能之發達。由法定代理人與以特定之財產。使之處分。對於該允許處分之財產。限制行爲能力人有隨意處分之權。即學說上所謂關於允許處分之財產。其法律行爲當然具有法律上之效力是也。

允許處分之財產。約分二種。其一、有一定目的之財產。如滿七歲以上之未成年人、求學異地。其法定代理人交付一定之金錢。使之繳納學費。此即有一定之目的者。其二、無一定目的之財產。按月交付一定之金錢。使充一切雜費之用。是即無一定之目的者。

限制行爲能力人處分此等財產。在法律上有完全效力。

又關於允許處分之財產。英美以日用品爲限。歐洲大陸諸國及日本。則以金額計算。前者非日用品不能處分。然何者爲日用品。何者非日用品。頗難判斷。殊屬不便。後者以金額計算。則事實上便利滋多。故我國民法採之。

本條之設。一以增長限制行爲能力人之經驗。一以保護相對人之利益。蓋年齡漸長。智識必增。若於允許處分之財產。一一仍復得法定代理人之許可。非第束縛其智能。且游學異地。事實上亦難辦到。此其一。未成年人從學遠方。關於日常生活所需要。必須與他人爲交易。若衣服柴米書籍各事項。均須經法定代理人之允許。始有買賣之效力。則相對人因權利不定。損害殊多。且相戒不敢與限制行爲能力人爲買賣行爲。結局不僅相對人之利益不能保護。而限制行爲能力人之日常生活。亦受危險。此其二。因此二點。故民法特設此項規定。俾質保護周詳。

(三)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。但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。此爲民法第八十五條所明定。（參照日民法第六條、德民法第一一二條第一一三條、法民法二條、荷民法第四八四條第四八五條）與前條設立之本旨。大體相同。前條係於許可處分之財產、（意商法第九條第一一條及第一五條）與前條設立之本旨。大體相同。前條係於許可處分之財產。有處分能力。本條則於許可營業之行爲。有行爲能力。蓋限制行爲能力人之智識較爲發達。往往爲補助家計或歷練世情起見。有使其經營一定事業之必要。故法定代理人既經允營業之後。則凡關於營業範圍內一切法律行爲。當然應許其獨立行使。乃能達到營業之目的。否則。僅有獨立營業之名。而無獨立營業之實。則人皆畏憚而不敢與之交易。既失限制行爲能力人營業上之信用。且使相對人受交易上之損失。殊與許可營業之本意不符。故特設本條以明示其旨。

至允許後限制行爲能力人如有不勝任營業之情形時。法定代理人仍得將其允許撤銷、或加以限制。惟其效力只限於將來可對抗善意之第三人。若已往之營業行爲。則無溯及之效力。否則。凡與限制行爲能力人爲交易者。均受莫大之損害。亦失法律平等保護之原

則。是又適用上所宜注意者。

第二項 相對人之保護

關於限制行爲能力人之保護。已述於前。此外對於相對人更有保護之規定。茲就其重要者說明之。

第一、限制行爲能力人未得法定代理人之允許訂立契約者。其相對人得定一個月之期限。催告法定代理人確答是否承認。又限制行爲能力人限制原因消滅後。相對人得向本人爲同一之催告。法定代理人或本人受催告後。不於所定期間內爲確答者。視爲拒絕承認。此爲民法第八十條及第八十一條第二項所明定。蓋所以保護相對人之利益也。(參照日民法第一九條、德、民法第一〇八條)茲更分說如次。

(一)關於相對人之催告。學說上稱曰催告權。屬諸形成權之一。蓋僅許爲事實上之催告。尚不足以保護相對人之利益。故法律特與以一種催告之權利。使逕由其催告發生法律上一定之效果。俾免契約行爲久不確定。

(二) 催告乃要求他方確答是否承認之一種觀念表示。不得直視之爲法律行爲、或意思表示。蓋以催告之效力。與行爲人之意思無關故也。惟關於法律行爲、及意思表示之規定。仍準適用。蓋所謂一種類似法律行爲也。

(三) 催告之手續。於限制行爲能力人之限制原因消滅前。應向其法定代理人爲之。於限制原因消滅後。應向本人爲之。(參照民法第八十條及第八十一條)

(四) 催告之期限。法律既定明須在一個月以上。則凡催告而未定期限或未定一個月以上之期限者。應解爲無效。至期限之起算。係從催告發生效力時開始。故須準用民法第九十條或第九十五條第一項。於其效力發生以後尙留有一個月之期間者始可。又計算期間。應依民法第一百十九條至第一百二十三條之規定行之。

(五) 催告之效力。應視受催告人是否於所定期限內確答。乃能決定。卽凡不於該期限內確答者。則視爲拒絕承認。該法律行爲遂因之確定爲自始不生效力。受催告人若於所定期限內確答者。如係確答承認。該法律行爲在原則上卽因之確定爲溯及自法律行爲開始時

發生效力。(參照民法第一一五條)如係確答拒絕承認。則發生拒絕承認之效力。該法律行為即自始不生效力。惟此均係承認或拒絕之效力。與催告之效力。應區別觀察。

又確答承認。即係向相對人爲承認之意思表示。應適用一般意思表示之規定。若確答拒絕承認。則爲一種觀念表示。不過應準用關於意思表示之規定。蓋亦屬於類似法律行為也。

第二、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。此爲民法第八十二條所明定。(德民法第一〇九條)蓋亦以保護相對人之利益也。更分說如次。

(一)此項撤回之權利。學說上稱曰撤回權。亦爲形成權之一。在一般契約。雖亦許撤回其要約或承諾。但撤回之通知。必須先於要約或承諾之通知或同時達到。始能發生效力。

(參照民法第九條但書、及第一六二條第一六三條)且要約在所定承諾期間內尙不得爲之。(參照民法第一五四條一項、第一五八條)又本條情形。凡相對人具備左列條件時。即許其得將原爲之要約或承諾撤回。茲分列如次。

(1) 須在契約未經 認以前。即凡在未有有效之承認達到相對人以前。相對人皆可隨時撤回。雖實行催告後。亦得撤回之。

(2) 須在訂立契約時不知其未得法定代理人之允許。即凡於契約成立當時。不知其未得法定代理人之允許者。相對人均可將該契約撤回。以後雖已知其未得允許。亦可撤回。又其不知是否出於過失。尚非所問。故對於不知應由相對人舉證。實爲當然之解釋。

(二) 撤回係相對人使已生效力之要約或承諾。爲自始無效之一種意思表示。故關於意思表示及法律行爲之規定。均適用之。

(三) 撤回乃由相對人以意思表示爲之。故爲單獨行爲。但爲有相對人之行爲。故限制行爲能力人限制原因未消滅前。應向其法定代理人爲之。限制原因消滅後。應向限制行爲能力人本人爲之。亦爲當然之解釋。

第三、限制行爲能力人用詐術使人信其爲有行爲能力人或已得法定代理人之允許者。其法律

行爲爲有效。此爲民法第八十三條所明定。亦因保護相對人而設。前述限制行爲能力人未得法定代理人允許之法律行爲。或作爲無效。或須經過承認。原在保護限制行爲能力人之利益。但以係適法行爲爲限。若限制行爲能力人所爲之法律行爲。含有不法性質而屬於不法行爲時。則法律實無再行保護之必要。且應對於被詐術之相對人加以相當之保護。卽凡限制行爲能力人使用詐術而爲之不法行爲。在法律上認爲有效。不准限制行爲能力人之法定代理人主張取消。如主張取消時。相對人得否認之。惟須具備左列各要件。

(一)須限制行爲能力人使用詐術。卽須限制行爲能力人故意使用詐欺手段。以博相對人之徵信。如偽造戶籍簿繕本、假冒成年。或使用虛偽證言證明已得法定代理人允許之類屬之。若非出自故意。且未積極使用詐欺手段時。尙不得謂爲使用詐術。

(二)須相對人信其爲有行爲能力人或已得法定代理人之允許。此必須相對人出自確信。若非確信而係利用時。則不得適用本條之規定。

(三)須相對人因確信。而爲法律行爲。卽相對人確切不知係限制行爲能力使用詐術。認

爲實已成年或已得法定代理人之允許而與之爲法律行爲。乃適合本條之要件。假使相對人明知其爲限制行爲能力人或未得允許而仍與之爲法律行爲時。則不得適用本條之規定。

具備上述要件時。卽與民法第八十三條之規定相合。惟各國立法例。關於此項保護方法。約有實行賠償制。與不准取消制之別。前者如法定代理人主張其行爲無效而請求取消時。則相對人因取消而生之損害。有請求賠償權。如普魯士、奧大利等民法屬之。(普魯士一八七五年七月)後者則絕對不准取消。如法蘭西、意大利、日本等民法屬之。(法民法二四八條、第八六六條)○七條、意民法第一三〇條)然既准其取消。又復爲損害賠償之請求。未免手續繁複。究不如不准取消。以免相對人發生損害。較爲適宜。故我國民法。採用後者。

第三節 意思表示

第一款 意思表示之意義

意思表示有廣義、與狹義之別。已述於前。廣義之意思表示。不僅爲法律行爲之要素。而狹義之意思表示。乃爲法律行爲之要素。民法所規定之意思表示。卽專就狹義言。欲明意思表示之本質。可分析意思、與表示二點說明之。

第一、意思。意思爲意思表示之主觀要素。又可別爲效力意思、及表示意思二種。分述如次。

(一)效力意思。效力意思者。卽表意人存有欲由法律行爲發生效力之意思也。因其係藉法律行爲以發生其所欲生之效力。故又稱曰法律行爲之意思。效力意思。非僅在欲發生經濟上及社會上之效力。而實在欲發生法律上之效力。蓋法律行爲制度之設。原在認許吾人欲支配法律關係之意思。故效力意思之內容。必以欲由法律行爲發生法律上之效力者爲限。

由法律行爲所發生之效力。可大別爲法律行爲之要素、法律行爲之偶素、及法律行爲之常素三種。分述如次。

(甲)法律行爲之要素。即本於法律行爲之性質不能不發生者。此項效力。是曰法律行爲之要素。詳言之。即該法律行爲與他法律行爲之區別。必依此爲標準。其不具備此項效力者。即不成其爲該法律行爲也。如由買賣契約所生交價交物之債務屬之。

(乙)法律行爲之偶素。即雖非本於法律行爲之性質所必須。而由行爲人特定爲該法律行爲之內容者。此項效力。是曰法律行爲之偶素。如買賣汽車契約所訂無償修理年限之部分屬之。

(丙)法律行爲之常素。即與行爲人之意思無關。僅由法律依通常情形付與該法律行爲之效力者。此項效力。是爲法律行爲之常素。如民法就買賣契約所定之瑕疵擔保責任屬之。(參照民法第三四九條至第三七八條)此項擔保責任。與該法律行爲成立之意思表示無關。特由法律就通常情形付與擔保之效力。不過行爲人無反對之效力意思時。該付與之效力。仍應發生。若行爲人有反對之意思。即欲將此效力除去者。則不發生效力。

效力意思。除行爲人實際存於內部之意思外。更有由外部表示行爲所推知之意思。前

者稱爲內部之效力意思。後者稱爲表現之效力意思。通常必須二者一致。乃生效力。否則。其效力如何。尙須就實際上分別決之。

(二)表示意思。表示意思者。卽表意人爲意思表示時。更須有一種意思作用。使其存於內部之效力意思。與其表現於外部之行爲相聯絡者也。此種意思。與效力意思。固不相同。卽與表意人於行爲時對於表示行爲之意識。亦有區別。

第二、表示。表示爲意思表示之客觀要件。卽表意人除具有前述意思外。更須有表現外部之行爲。此項行爲。學說上稱曰表示行爲。其要件更須具備左列二種。

(一)其行爲須本於意識之作用。行爲有積極、消極二種。積極指作爲言。消極指不作爲言。無論作爲或不作爲。均須本於行爲人之意思。此意思稱曰行爲意思。卽屬有意思之行爲也。若無意識之舉動。如睡眠及泥醉中之動作。與因於暴力之反動等。均不能謂爲表示行爲。

(二)其行爲須足以推知內部之效力意思。卽行爲不足以表現內部所存之效力意思者。亦

不得謂爲表示行爲。學說上稱此曰行爲之表示價值。亦稱曰表示力。至何種行爲始得認爲適足表現行爲人之效力意思。則應從特約及法律之規定。如無特約及規定時。始就客觀定之。

第二款 意思表示之方法

意思表示之方法。可大別爲方式自由主義、與方式強制主義之二種。前者稱曰不要式之意思表示。後者稱曰要式之意思表示。分述如次。

第一、不要式之意思表示。不要式之意思表示者。卽行爲人不須依照法律或契約所定之方式。而以明示或默示爲自由之意思表示也。故此種意思表示。又可別爲明示之意思表示、及默示之意思表示二種。前者由直接以發現行爲人之意思。如用口頭或書面及其他舉動以表示意思之類屬之。後者係由間接以推知行爲人之意思。其推知之標準。有屬諸理論者。如甲借乙金百圓。年息十圓。約定滿一年時清償本息。屆期甲僅付利息十圓。乙竟收受。

則理論上可推知甲乙間之借貸欲延長一年是。有屬諸實驗者。如甲對於乙之債券燒燬或撕滅。由實驗上可推知甲有免除乙所負債務之意思是。

第二、要式之意思表示。要式之意思表示者。即行爲人必依法律或契約所定之方法以爲意思表示。始發生法律上之效力也。又可細別爲法定之意思表示。及約定之意思表示二種。前者由於法律上之規定。如遺囑屬之。後者則由於雙方之協商。如取款須加蓋私章、或親自簽名之類屬之。

第三款 意思表示之種類

意思表示。就其性質之差異言。約有種種之類別。茲述其主要者如次。

第一、公意思表示、及私意思表示。公意思表示云者。即以公人資格所爲之意思表示之謂也。如法院對於婚姻、繼承、及關於物權、債權等裁判屬之。私意思表示云者。即以私人資格所爲之意思表示之謂也。民法所稱之意思表示屬之。

第二、獨立之意思表示、及非獨立之意思表示。獨立之意思表示者。不假他種意思表示而能獨立發生法律上效力之意思表示也。如捐助行爲、遺囑、及債務免除等屬之。非獨立之意思表示者。必假他種意思表示、始能發生法律上效力之意思表示也。如社員總會中各社員之表決。買賣契約之要約或承諾等屬之。

第三、有相對人之意思表示、及無相對人之意思表示。有相對人之意思表示者。即必須有相對人、始克成立之意思表示也。如債務之免除、契約之解除等單獨行爲屬之。無相對人之意思表示者。即無須有相對人、亦能成立之意思表示也。如遺囑、捐助行爲、社員總會之決議等屬之。通常之意思表示。多屬前者。

第四、對於特定人之意思表示、及對於不特定人之意思表示。對於特定人之意思表示者。即其相對人必係特定人而爲之意思表示也。如允許、撤銷、及承認等屬之。對於不特定人之意思表示者。即其相對人係不特定人而爲之意思表示也。如以廣告或自動機販賣法所爲之要約等屬之。意思表示。以前者爲原則。以後者爲例外。

第五、須通知之意思表示、及不須通知之意思表示。須通知之意思表示者。即須向特定人爲相當之表示、始能成立之意思表示也。此種表示。其表示行爲。須使特定人得以知其表示之要旨。乃可。如廣告債權讓與之通知等是。不須通知之意思表示者。即無須向特定人爲相當之表示、亦能成立之意思表示也。此種行爲。僅使一般人知其表示之要旨爲已足。如捐助行爲及遺囑屬之。通常之意思表示。多屬前者。

第六、須達到之意思表示、及不須達到之意思表示。須達到之意思表示者。即必須達到相對人始能發生效力之意思表示也。如契約之解除屬之。不須達到之意思表示者。即無須達到相對人亦能發生效力之意思表示也。如廣告屬之。茲所謂達到者。係從廣義。如在對話人則須使之了解其意思表示。在非對話人則須使之接收其意思表示是也。(參照民法第九四條第九五條)

第四款 無瑕疵之意思表示

構成法律行爲之意思表示。必須意思與表示相符合。申言之。即內部之意思。必與外部之表

示。完全一致。乃能稱爲無瑕疵之意思表示。若意思與表示不一致時。其效力如何。學說上及立法例頗不一致。大致可別爲意思主義、表示主義、信用主義及折衷主義之四種。分述如次。

第一、意思主義。此主義之大要。以意思爲重。若意思與表示不一致時。則表示不生法律上之效力。此主義雖合於理論。究與實際不符。蓋人類之交易。類憑外部之表示。若專重內部之意思。則凡有不便於個人之私益者。均可藉口表示與意思不合。取消已往之表示而啓事後之爭端。其妨害交易上之安全。良匪淺尠。故除羅馬法外。近世各國立法例。均不採用。

第二、表示主義。此主義之大要。以表示爲重。卽謂表示行爲。原爲推知意思之手段。只須有具體之表示。卽使與真意不合。亦應認爲有效。庶可保交易上之安全。此種主張。恰與意思主義相反。惟意思主義。有犧牲相對人利益之弊。表示主義。則有犧牲表意人自己利益之弊。故亦不足採。

第三、信用主義。此主義之大要。以意思與表示不一致時。依交易上一般之觀念。對於相對人視為真意之發表、或可以得見之時為限。有法律上之效力。以維持交易上之信用。如商店陳列貴重物品。該商人對於買者戲索賤價。買者認為真意之發表。則其買賣契約仍屬有效之類是。此主義雖較意思及表示兩主義為優。然其所表示之意思。究與法律行為之意思不符。因維持信用而強令有效。仍屬不合。

第四、折衷主義。此主義係折衷意思主義與表示主義而成。原則在保護行為人之利益。故以意思與表示不一致時為無效。例外在保護善意相對人及第三人之利益。故意思與表示不一致時。亦可認為有效。即原則係採用意思主義。例外採用表示主義。此種主義。最屬適宜。故德意志及日本民法均採之。我國民法亦然。

意思與表示不一致時。依民法之規定。有為表意人所知者。學說上稱曰故意之不合。又可別為真意保留、與虛偽表示二種。有為表意人所不知者。學說上稱曰不虞之不合。又可別為錯誤、與誤傳二種。茲分述如次。

第一項 真意保留

真意保留者、即表意人無欲爲其意思表示所拘束之意而爲之意思表示也。學說上稱心裏保留。一稱意中留保。又稱非真意表示、或片面虛僞表示。蓋真意留保。與錯誤及虛僞表示。均有所不同。錯誤非出自故意。而此則純出於表意人之故意。虛僞表示。通常須與相對人通謀。而此則僅係表意人個人之故意也。

真意保留、乃故意與真意不符合之意思表示。其內容可細別爲二。即（一）預期他人將認爲真實者。（二）預期他人將不認爲真實者。前者稱心中留保。後者稱諧謔表示。德意志民法係注

重主觀。故對於二者分別規定之。前者以有效爲原則。後者則概認爲無效。（德民法第一六條第一八條）日

本民法係注重客觀。故不問何種。概以有效爲原則。（日民法第三九條）我國民法第八十六條規定表

示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。大致與日本民法相同。

所謂其意思表示不因之無效者。即表意人不得藉口真意保留爲理由而主張其意思表示爲無效

也。此爲民法規定之原則。若相對人明知其爲真意保留者。則例外仍得主張爲無效。本條規定。應解爲不問係關於財產上之行爲。抑關於身分上之行爲。均得適用。至但書規定。則僅限於有相對人之意思表示。始能適用。在無相對人之單獨行爲。仍得依原則主張無法律上之效力也。

第二項 虛僞表示

虛僞表示者。表意人與相對人通謀而爲無效力意思之意思表示也。一稱雙方虛僞表示。又稱通謀虛僞表示。此項意思表示。在表意人未具有與表示行爲相對應之效力意思。卽未具有受其意思表示所拘束之意思。與真意保留之內容相同。惟在真意保留。不必有相對人。卽有相對人時。其相對人亦不必知表意人之無真意。而在虛僞表示。則必有相對人。其相對人不僅知意表人無真意。且就其不具真意以爲表示行爲之點。雙方完全合意。此卽所謂通謀是也。故就此種要件觀察。又與真意保留顯有差異。

虛僞表示之效力如何。各國立法例頗不一致。德意志民法。定爲絕對無效。 (德民法第一一七條一項) 日

本民法。則定爲相對無效。我國民法係從日本立法例。認爲無效。但不得以其無效對抗善意之第三人。(民法第八七條一項)所謂善意之第三人者。係指不知虛偽內容之第三人言。如甲因欲免債權人之押追。故意與乙通謀。假裝以財產出賣於乙。乙復以之出賣於丙。而不知甲乙之買賣行爲爲虛偽。即係善意之第三人。此際在甲乙間之買賣行爲雖爲無效。而丙之買受。完全出自真意。自不能主張無效。即法文所定不得以其無效對抗善意之第三人是也。又不得對抗一語。應解作通謀之當事人不能向善意之第三人主張無效。但第三人主張有效或無效。均有自由選擇之權。以此條但書之規定。原爲保護善意之第三人而設也。

上述虛偽表示。僅指單純之虛偽表示言。此外更有隱藏行爲、信託行爲、及詐害行爲之三種。茲分述如次。

第一、隱藏行爲。隱藏行爲者。即虛偽之意思表示中、隱藏有他種法律行爲之謂也。如甲買乙地。本出銀三千元。爲減省稅契費計。於契據上僅註爲五百元。此五百元之買賣。雖係虛偽。而三千元之買賣。則爲其所隱藏之真實買賣契約。即其例也。有此項真實意思表

示之法律行爲。原與純由虛僞意思表示而成之法律行爲有別。故民法第八十七條第二項對於此項隱藏行爲之效力。特予訂定。即虛僞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。蓋此項行爲。當事人既另有真實之意思表示。自應從有關於該行爲之規定決之。即苟於該行爲應具之成立要件及有效要件無缺時。其隱藏行爲。仍應視爲有效也。德意志民法第一百一十七條第二項之規定。與我民法相同。

第二、信託行爲。信託行爲者。內部別有一定目的而外部則爲與此目的不相對應之意思表示也。如甲本僅欲使乙代收租房租。乃竟聲明以該屋讓與於乙之類是。此項行爲。在法律上之效力如何。學者間之主張不一。茲分述如次。

(一)無效說。此說主張信託行爲應作無效。其所持理由。有謂屬於虛僞表示。應作無效者。有謂屬於滑法行爲。應作無效者。但主此說之學者。尙係少數。

(二)有效說。此說主張信託行爲爲有效。其所持理由又有左列之兩說。

(甲)主張應以內部關係爲準。即僅能認內部關係有法律上之效力。

(乙)主張應以外部關係爲準。即對於一般人言。應認其外部關係爲有效。不過在當事間。應受其內部關係之拘束。此種觀念。在羅馬法上爲然。多數學者。均主此說。著者亦深表贊同。

第三、詐害行爲。詐害行爲者。即債務人因妨害債權人之權利所爲之無價法律行爲也。與虛僞表示。亦有區別。此種行爲。債權人得向法院聲請撤銷。在未撤銷以前。尙不能認爲無效。(參照民法第二四四條一項二項)

一二兩項所述真意保留、與虛僞表示二種。均係故意之不合。即由表意人之故意、使意思與表示不一致者也。以下則爲不虞之不合。即意思與表示之不合、爲表意人所不知者也。計有錯誤、與誤傳二種。於三四兩項說明之。

第三項 錯誤

錯誤者。認識、與對象相牴觸之謂也。換言之。即主觀之認識、與客觀之對象不相符合之謂也。如誤牛爲馬。誤錫爲銀之類屬之。錯誤在公法上關係甚鉅。故治刑法學者、研究甚詳。

在私法上亦影響匪輕。故治民法學者。咸爲重視。

宇宙事物紛繁。吾人於萬事萬物中所爲之認識。究竟是否真確。此爲相對問題而非絕對問題。蓋就哲學之見解言。吾人所信爲不誤者。未必真屬不誤。惟目社會之見解言。凡依普通常識所判爲不誤者。卽認爲不誤。法律之效用。在規範吾人之實際生活。故應以社會之見解爲標準。

錯誤與不知、本有區別。自其性質言。對於事物無正確之認識者。是爲錯誤。對於事物全無認識之能力者。是爲不知。然二者在意思表示中。均係表示行爲不足表示效力意思。故多數學者均主張在民法適用上。錯誤可與不知並論。民法第八十八條將錯誤與不知並爲規定。卽係從此見解。

錯誤之種類不一。其效力亦有不同。茲特就錯誤之種類、與錯誤之效力、分述如次。

第一、錯誤之種類。意思表示之錯誤。乃爲日常所恆見。故法律應區別錯誤之重輕。以定其影響於法律效力之大小。此在羅馬法時代已然。羅馬法中、計分錯誤爲四種。卽(一)關

於當事人者。(二)關於法律行為之種類者。(三)關於標的物之同一者。(四)關於標的物之性質者。前三者定爲無效。最後者則定爲得以撤銷。近代立法例多仿之。惟何者始視爲重大錯誤。則又有列舉主義、與劃一主義之別。前者係就重大錯誤以條文列舉。爲瑞士債務法所取。(瑞債務法第二三條)法蘭西、英吉利、意大利諸國亦然。後者係就重大錯誤概括規定。爲德意志民法所取。(德民法第一一九條)日本民法亦然。我國民法。係採後者。

關於意思表示錯誤之分類。學者間之主張不一。就其主要者言。可別爲左之三種。

(一)動機之錯誤。動機之錯誤者。卽意思表示之動機有錯誤之謂也。如誤信某地將修築汽車路而收買其沿線之土地是。此種錯誤。本不生意思與表示不一致之問題。蓋動機存於內部。非他人所能預測。卽在同一種類之法律行為。表意人之動機。亦不免各有先後之殊。若竟使動機足以左右意思表示之效力。則交易之安全。必受極大之影響。故各國立法例。均不使意思表示之效力。因動機錯誤而受牽制。但關於一定事實。究屬於法律行為之內容。抑僅爲意思表示之動機。應就具體之意思表示以決之。如上例若修設汽車

路係作買地之條件。則屬於法律行為之內容。而非僅意思表示之動機。民法所謂若知其事情。即不為意思表示者。大體指該事情已足為法律行為之內容言。非僅指單純之動機也。

(二)表示之錯誤。表示之錯誤者。即關於意思表示之表示行為有錯誤之謂也。如語言之錯誤、文字之錯誤均屬之。民法所謂表意人若知其事情即不為意思表示者。通常係指此種表示行為有錯誤之情形言。表示之錯誤。是否因無表示意思而致意思表示不成立。理論上不無研究之價值。惟依民法之解釋。此際意思表示。實已成立。且應生效。不過表意人得將此項意思表示撤銷。使不生法律上之效力。

(三)內容之錯誤。內容之錯誤者。即意思表示之內容有錯誤之謂也。此種錯誤。甚屬複雜。應就具體之意思表示決定之。茲分述如次。

(甲)關於法律行為性質之錯誤。如誤認租賃為絕賣、誤認貸借為贈與之類屬之。通常應認為內容之錯誤。

(乙)關於當事人本身之錯誤。如誤認張三爲李四之類是。此際應否認爲內容之錯誤。亦未可概論。但就一般言。當事人於法律行爲如僅屬主體而非內容者。關於其人雖有錯誤。尚不能謂爲內容之錯誤。惟於當事人爲法律行爲要素之時。如婚姻、繼承等契約。應認爲內容之錯誤。又於法律行爲注重個人關係之時。如贈與、委任等契約。亦應認爲內容之錯誤。

(丙)關於標的物本身之錯誤。如誤認甲牛爲乙牛之類是。通常認爲內容之錯誤。

(丁)關於標的物之數量、履行時期及履行地點之錯誤。如誤洋百元爲千元、誤七月終爲九月終、誤天津爲上海之類是。通常均認爲內容之錯誤。但非爲法律行爲之要素時。應解爲不得爲撤消之原因。

(戊)關於當事人資格或標的物性質之錯誤。當事人資格之錯誤。與上述當事人本身之錯誤。微不有同。當事人本身之錯誤。僅指關於其人有錯誤言。當事人資格之錯誤。則指關於其人之資格有錯誤言。如誤認某英國人爲中國人、而將可稱爲國寶之著名書

畫售與之。卽其例也。又標的物性質之錯誤。係指法律行標的物之品質言。與上述標的物本身之錯誤。亦有區別。如誤認近代贗鼎爲周秦古鼎。卽其例也。此二者均須交易上、卽依一般社會觀念認爲重要者。始視爲內容之錯誤。其在交易上認爲非關重要時。尙不能視爲內容之錯誤也。（民法第八八條二項）

第二、錯誤之效力。關於意思表示錯誤之效力。各國立法例頗不一致。有採取無效主義者

。如英美普通法屬之。有採用撤銷主義者。如德奧民法及瑞士債務法屬之。（德民法第一九

七一條至第七八三條、瑞債務法第二三條至第三二條）有採取折衷主義者。如羅馬法法蘭西民法及日本民法屬之。（法民法第

一條第一一〇條第一一七條日民法第九五條）我國民法爲兼顧表意人及社會一般利益計。係採用撤銷主義。卽於第

八十八條第一項。定明意思表示之內容有錯誤。或表意人若知其事情卽不爲意思表示者。

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。依

此規定。表意人於有錯誤或不知事情時。通常固有撤銷權。但其錯誤或不知係由於表意人之過失者。則不能撤銷。蓋此時就表意人與相對人比較。實有保護相對人之必要也。過失

之者。應注意而不注意之謂也。過失有主觀或具體過失、與客觀或抽象過失之別。後者就其情節言。又可分爲重過失與輕過失之二種。日本民法定明須有重大過失。（日民法第九五條但書）

我國民法則僅定爲表意人自己過失。是否係指主觀過失。解釋上不無疑義。著者則主張仍以解爲客觀過失爲宜。惟既未定明爲重大過失。自應解爲輕過失。再此項行爲。如由代理人爲意思表示者。其錯誤或不知及過失。均應就代理人決之。（參照民法第一〇五條）至關於舉證責任。其係錯誤或不知，應解爲由表意人證明。若係過失。則應解爲由相對人證明。

表意人之撤銷權。爲形成權之一種。自得因拋棄及行使而至於消滅。此外民法第九十條更規定其除斥期間。卽自意思表示後經過一年而消滅。蓋意思表示之撤銷權。如不限定期間。任其永久存續。則相對人及其他利害關係人之權利狀態。永不確定。殊不足以保護利害關係人之利益。故特明定其撤銷權之時效爲一年。使表意人依限撤銷。若自意思表示後經過一年。則不得再行撤銷。庶權利狀態得以確定。而利害關係人之利益。乃得保全。惟德意志民法。對於撤銷權之時效。定爲三十年。未免過長。應以我國民法規定之期限爲適當

。意思表示有重大錯誤時。雖許無過失之表意人有撤消權以資保護。惟善意之相對人或第三人因信其意思表示有法律上之效力致生損害。法律亦不可不有保護之規定。故民法第九十一條明定依第八十八條及第八十九條之規定撤消意思表示時。表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人、或第三人。應負賠償責任。但其受害之原因。受害人明知或可得而知者。不在此限。此所謂撤銷之原因。即指錯誤之事實言。如為受害人所明知者。即為惡意。若係可得而知者。即有過失。對於惡意及過失之受害人。均無保護之必要。故特設但書以明示其旨。又此際舉證責任。在相對人或第三人方面。應解為須就其因意思表示有效而受損害之事實舉證。在表意人方面。應解為須就可知之事實舉證。

第四項 誤傳

誤傳者、意思表示之錯誤。係基於傳達人或傳達機關傳達不實之謂也。非對話之意思表示。須用傳達人或傳達機關代為轉達。實為事實上所恆有。傳達人如媒妁、翻譯員、及一切使用人等是。傳達機關如電報局、電話局等是。此際若將其意思表示傳達錯誤時。法律上應如何

處置。亦爲事實上之一問題。德國普通法時代。未設明文。裁判時甚爲棘手。故現在德國民法第一百二十條特以明文規定。我國民法仿之。(民法第八十九條)茲就誤傳之種類及誤傳之效力。分述如次。

第一、誤傳之種類。意思表示之誤傳。約有次述二種。

(一)已成意思表示之誤傳。如甲纏就二函。一約乙貸以千金。一約丙贈以千金。由其使用人誤將致乙之函送交於丙。致丙之函送交於乙之類是。此際之意思表示。於送函時。早已成立。不過因誤傳而未達到。應適用意思表示未達到時之規定。不得準用錯誤之規定。

(二)表示行爲之誤傳。如媒妁之傳達不實、或電報局之電碼錯誤等是。此際表示行爲須依其傳達始能成立。若有錯誤。實爲表示行爲之錯誤。德意志民法及我國民法所規定之誤傳。卽係指此。

第二、誤傳之效力。誤傳之內容。既與前述之錯誤無異。其效力自亦相同。故民法第八十

九條明定意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者。得比照錯誤之規定撤銷之。此所謂傳達不實。係包含傳達之意思、與表意人之意思不符而言。其是否由於傳達人、或傳達機關之故意或過失。抑出於表意人之過失。均可不問。不過表意人於傳達時有過失者。亦自應比較前條。不許撤銷。又係因就傳達人之選任或監督有過失而致誤傳者。亦得認為表意人有過失而不許其撤銷。

又此種撤銷權之存續期間。為自意思表示後一年。其撤銷意思表示時。表意人對於善意之相對人或第三人。應負損害賠償責任。均與錯誤之內容相同。此為民法第九十條及第九十一條所明定。

第五款 有瑕疵之意思表示

有瑕疵之意思表示。一稱不自由之意思表示。即其所為之意思表示。係受他人不正當之干涉而非出於表意人之自由者也。此種不自由之意思表示。計有被詐欺與被脅迫之二種。詐欺與

脅迫。在刑法上係構成犯罪行爲。在民法上則構成侵權行爲。茲僅就民法上關於二者之意義及效力說明之。

第一項 詐欺

第一、被詐欺而爲意思表示之意義。詐欺之意義。就一般言。乃故意使人生錯誤之行爲。就關於意思表示之效力言。則爲故意使人生錯誤以爲意思表示之行爲。茲就民法所規定因被詐欺而爲之意思表示言。須具備左列各要件。

(一)須有詐欺之故意。行詐欺人須有詐欺之故意。即學說上所稱詐欺意思是也。更有左之內容。

(甲)行詐欺人須有陷相對人於錯誤之意思。即必明知其所表示之事項爲不真實。乃爲詐欺之故意。若於其所表示之事項。尚在疑似之間而轉以告人。尚不得謂之爲詐欺。

(乙)行詐欺人須有使被詐欺人陷於錯誤因而爲意思表示之意思。若無利用不真實之事項使相對人爲意思表示之意思時。亦不得謂之爲詐欺。

(二)須有詐欺之行爲。行詐欺人須有將不真實之事項以爲真實而爲表示之行爲。卽學說上所稱詐欺行爲是也。詐欺行爲須本於行爲人之意識作用。與一般行爲無異。惟此外尚須有何種事項之表示。始得謂之爲詐欺。尙應分別說明。

(甲)表示不真實之事實時。約有三種情況。其一、爲捏造虛僞之事實。其二、爲隱藏真實之事實。其三、爲變更真實之事實是也。此三者通說皆認爲均得構成詐欺。

(乙)表示不真實之意見時。并未表示客觀之事實。而僅係表示主觀之意見。如商人捏稱價廉物美之類。是否構成詐欺。學說上尙有爭議。有謂僅屬個人之意見。不能構成詐欺者。有謂明知其意見爲誤而轉以告人。卽爲構成詐欺者。著者則主張表示不真實之意見究否構成詐欺。應從社會上一般之見解決之。未可概論。

(三)須相對人因被詐欺而發生錯誤。此又可分左列二點說明之。

(甲)須相對人曾陷於錯誤。卽相對人必須因被詐欺而陷於錯誤。乃爲詐欺。若雖有詐欺行爲。而相對人並未陷於錯誤者。亦不能構成詐欺。蓋民法無詐欺之未遂。非如刑

法上之詐欺。有既遂、未遂之別也。

(乙)須相對人因錯誤而為意思表示。即相對人不僅因被詐欺陷於錯誤。更須因錯誤而為意思表示時。乃構成詐欺。換言之。即須錯誤與意思表示有因果關係。其無因果關係時。仍不得謂之為詐欺。惟所謂因果關係者。僅須就主觀決定。不必由客觀決定。即須相對人有此因果關係為已足。毋庸依一般之見解也。

第二、被詐欺而為意思表示之效力。表意人因被詐欺而為意思表示時。在法律上之效力如何。可分別當事人間之關係、與第三人之關係說明之。

(一)當事人間之關係。此應就行詐欺人係何種資格而為之區別。

(甲)行詐欺人為當事人之一方者。表意人對他方不論何時、得撤銷其意思表示。(民法第九二條)

項一

(乙)行詐欺人為第三人者。又應依左列情形分別定之。

(1)該意思表示有相對人者。以相對人明知其事實或可得而知者為限。始得撤銷之。

此爲民法第九十二條第一項但書所明定。(參照德民法第一二三條)換言之。必須相對人有過失之時。始許撤消。若無過失。則不許撤銷也。

(2)該意思表示無相對人者。則應仍從原則由表意人撤銷之。

(二)第三人之關係。 意思表示因被詐欺而爲撤銷時。其效力是否及於第三人。各國立法例。頗有不同。我國民法仿照德日民法。(德民法第一二三條三項、日民法第九六條三項)於第九十二條第二項規

定被詐欺而爲之意思表示。其撤銷不得以之對抗善意第三人。茲所謂善意第三人者。即指不知其意思表示係被詐欺、而因以發生法律上利害關係之第三人言。其所以限制表意人不得以撤銷相對抗者。蓋以保護善意第三人之利益而謀交易之安全也。如甲因被詐欺。致將其所有物讓與於乙。丙不知之。更由乙讓受該物時。甲雖得對乙撤銷其讓與行爲。但不得對丙主張撤銷之效力。即其例也。

被詐欺之意思表示。與錯誤之意思表示。雖同係以錯誤爲原因。且同具有得以撤銷之效力。但二者之內容。究有不同。即被錯誤之意思表示。其錯誤僅限於詐欺。且不須就意思表

示之內容發生。與民法第八十八條所規定之錯誤。實有區別。惟因被詐欺而更有該條之錯誤時。應解爲並得適用民法第八十八條之規定。

被詐欺之意思表示。表意人雖有撤銷權。但其除斥期間應於發見詐欺後一年以內爲之。又雖未發見而自意思表示後、經過十年者。則不得撤銷。此爲民法第九十三條所明定。蓋所以使權利狀態早日確定。以保交易上之安全也。

第二項 脅迫

第一、被脅迫而爲意思表示之意義。脅迫之意義。就一般言。乃故意表示不正當之危害。使他人人生畏懼之行爲。就關於意思表示言。則爲故意表示不正當之危害。使生畏懼者爲意思表示之行爲。故民法所謂因被脅迫而爲之意思表示。須具有左列各要件。

(一)須有脅迫之故意。行脅迫人須有脅迫之故意。即學說上所謂脅迫之意思是也。關於此點。更須有左列各內容。

(甲)行脅迫人須有使相對人生畏懼之意思。

(乙)行脅迫人須有使相對人因畏懼而為意思表示之意思。

具備上述兩款。即為有脅迫之故意。既不須欲得財產上之利益。且無須欲加以財產上之損害。即其目的在圖脅迫人之利益。亦不失為脅迫。又脅迫意思。不必最初即須存在。即初係出於他種目的。中途改為脅迫意思而使人為意思表示者。亦得謂為脅迫。

(二)須有脅迫之行爲。行脅迫人須曾表示將加危害。即通知被脅迫人如不為某種意思表示時。將來必施以危害之舉動是也。此種情況。學說上稱曰脅迫行爲。更分述如次。

(甲)受危害之主體。在法蘭西民法及瑞士債務法。(參照法民法第一一三條
瑞債務法第三〇條一項)雖以表意人或
其配偶及親屬爲限。但就我國民法之規定。應解爲以無限制爲宜。

(乙)受危害之客體。在羅馬法及法蘭西法系民法雖亦僅限於財產、生命、身體及自由等。但就我國民法言。亦應解爲以無限制爲宜。

(丙)加危害之種類及程度。立法例及學說亦有不同。羅馬法學者。有解爲應爲危害人所得即時實行者。德意志學者中。有主張應爲重大之危害者。瑞士債務法。則明定爲應

爲重大急迫而現時不可避者。就我國民法言。亦應解爲其種類及程度、均無限制。惟須能使被脅迫人生畏懼心者爲已足。至其能否使之生畏懼心。應由被脅迫人之主觀決之。

(三)其脅迫須出於不正當。關於此點。在德國民法。(德民法第一二二條)則定爲其脅迫須屬違法。我國民法對此未設明文。然僅云違法。尙覺失之狹隘。究不如解爲凡手段或目的有一不當時。均認爲構成脅迫之爲得也。手段不當。係指脅迫行爲本體不當言。如索債之目的雖屬合法。而告以不履行債務則將焚毀債務人之屋宇屬之。目的不當。係指欲利用手段以使他人爲意思表示言。如告以不贈金萬元。則將以刑事告訴之類屬之。告訴爲刑事訴訟法所許。然藉告訴以達到贈與之目的。自應認爲屬於脅迫行爲也。

(四)須被脅迫人因脅迫而生畏懼心。其畏懼心更須係基於脅迫行爲。換言之。卽畏懼心與脅迫行爲、須有因果關係。其無因果關係時。尙不得謂爲脅迫。

茲所謂生畏懼心。與喪失判斷力。頗不相同。若被脅迫而至於喪失判斷力時。則被脅迫

人已無意思能力。其意思表示應為無效。不屬於撤銷之範圍。

(五)被脅迫人須因畏懼而為意思表示。即除畏懼與脅迫有因果關係外。更須因畏懼而為意思表示。換言之。其畏懼與意思表示。須有因果關係。否則。仍不得謂為脅迫。

第二、被脅迫而為意思表示之效力。被脅迫而為之意思表示。其效力若何。法律上亦不可

不明白規定。德、日民法。定為表意人得絕對撤銷之。(德民法第一二三條 日民法第九六條)我國民法亦然。

(民法第九二條一項)即不問有無相對人。均可撤銷。且得對抗善意之第三人。關於此點。與被詐欺

之意思表示有別。被詐欺之意思表示。其撤銷權之行使。僅有相對效力。即詐欺如出自第

三人所為、而非相對人之惡意者。不得撤銷。又其撤銷。只可對抗惡意之第三人。而不能

對抗善意之第三人。此係民法第九十二條第二項所明定。而非被脅迫之意思表示所能適用

者也。民法因被詐欺或脅迫而為之意思表示者。表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者。以相對人明知其事。字方得而得。而此

此項撤銷權之行使。其除斥期間。定為一年。即應於脅迫終止後一年內為之。此為民法第九十三條前段所明定。惟該條但書之規定。不適用之。蓋被詐欺之內容。事實上不易發見

也。前條之撤銷。在於發覺詐欺或脅迫後。自應於一年內為之。但自意思表示後。即

起算。後條係過十年。不得撤銷。

。故可遲至十年、始不能主張撤銷。若被脅迫之情形。立刻即可判明。無庸遲至十年。故應解爲不適用但書之規定。

此外有類似脅迫、而其情節實較脅迫爲重者。其行爲應當然無效。不適用民法第九十二條之

規定。分述之。即(一)由於暴力之行爲。乃基於不能抗拒之暴力、而爲意思表示之表現者。

此際之意思表示。不具效力意思。實欠缺意思表示之要件。當然不能生效。(二)因脅迫全失

自由意思之行爲。此際雖非出於有形之暴力。但竟使本人倉皇失措。貿然應付。其危害實過

於脅迫。故亦不能生效。(三)被脅迫之意思表示。因其違背公共秩序、或善良風俗、而當然

無效者。如同脅迫而權允相姦之類。自應適用民法第七十二條之規定。當然無效。不待撤銷

。(四)因非真意而爲無效之行爲。即表意人無欲爲其意思表示所拘束之意思、而爲意思表示

者。若其情形爲行脅迫人所明知者。應適用民法第八十六條之規定。當然無效。亦不待撤銷

。此均適用上所宜注意者也。

此係指表意人受脅迫而爲意思表示者而言。若表意人明知其受脅迫而仍爲意思表示者。則不在此限。但此種情形。仍屬相對人所明知者。不在此限。

第六款 意思表示發生效力之時期

意思表示之效力。約有兩種意義。其一、爲實質上之效力。即指表意人所欲發生私法上之效力。其二、爲形式上之效力。即指法律就該意思表示所付與之一切效力。前者僅爲構成意思表示之內容。後者則爲完成意思表示之要件。以效力言。後者實較前者爲強。如買賣契約所發生交價交物之義務。固係表意人所欲發生、而爲該契約之內容。然擔保瑕疵等義務。雖先未有特約。亦可責令賣主負擔。此則爲法律付與之效力也。茲所謂意思表示之效力。係兼實質上之效力與形式上之效力言。

意思表示之成立。與意思表示所發生之效力。不可混視。即意思表示、必先已完全成立。而後乃有效力之發生。否則。意思表示尙未完全成立時。在法律上即無效力之可言。故二者顯有區別。至發生效力之時期。恆因有無相對人而各異。茲分別說明如次。

第一、無相對人之意思表示。無相對人之意思表示。如社員總會之決議、及捐助行爲等屬

之。此種意思表示之效力、應於何時發生。民法及他國立法例。均無明文規定。但依一般通例。除有特別訂定外。應解爲於其表示行爲完成時、發生效力。蓋表示行爲既已完成。在實質上固應生效。在形式上亦應當然生效也。

第二、有相對人之意思表示。有相對人之意思表示。如買賣、贈與、及一般法律行爲之意思表示均屬之。此種意思表示之生效時期。又因向對話人爲意思表示、及非對話人爲意思表示而各異。德意志及日本民法。僅關於非對話人之意思表示、設有規定。我國民法。則關於非對話間意思表示之生效時期、及對話間意思表示之生效時期。均設有規定。茲分項說明如次。

第一項 非對話間意思表示之生效時期

非對話間之意思表示。日本民法稱曰隔地間之意思表示。即表意人不能與相對人直接傳達意思之謂也。惟對話與非對話之區別。不在空間之差異。故表意人與相對人雖各在一地。而能直接傳達意思。如以電話相商之類。則不得謂之非對話。又雖同在一地。而係另假媒介、間

接以傳達意思。如甲授意同居之乙、向丙代為傳達之類。亦可謂之非對話。故對話與非對話。在以是否直接對談為標準。並不在距離地點之遠近。此適用上所宜注意者。

非對話間之意思表示。其特徵有二。即（一）必須有相對人。此相對人、且為該意思表示性質上所不可缺者。若向債權人所為承認繼承之通知。雖亦有相對人。但非其性質上所必須。故不能解為屬於此種意思表示。（二）相對人須不能直接了解其意思表示。故性質上雖具有相對人、苟能直接為意思表示者。仍不能謂為非對話間之意思表示。

非對話間之意思表示。應於何時生效。學說及立法例。約有四種主義。分述如次。

第一、表白主義。表白主義者。即表意人表示其意思時。即行發生效力之主義也。如甲對乙依書面表示意思。自其書面作成之時、即發生意思表示之效力是。

第二、發信主義。發信主義者。乃自表意人發出意思表示之通知時、即行發生效力之主義也。如甲對乙依書面而為意思表示時。迨甲書面作成。且投諸郵箱。或交付於送達人。即發生意思表示之效力是。

第三、受信主義。受信主義。一稱到達主義。又曰達到主義。即意思表示之通知、須到達於相對人、始能發生效力之主義也。如前例須甲之通知書、到達於乙之住所時、始能發生意思表示之效力是。

第四、^{適用對立間}了解主義。了解主義。一稱認知主義。又曰了知主義。即表意人之意思表示。須相對人了解之時、始能發生效力之主義也。如前例甲書雖到達乙之住所。必乙開閱後。認知其意思表示時。始能發生表示之效力是。

以上四種主義。雖因對話與非對話間之意思表示。其適用各有不同。但表白主義。僅因表白而發生效力。致相對人無了解之機會。於理論上甚屬不合。故除關於無特定之相對人外。不能適用。發信主義。雖為瑞士債務法所採用。以表意人既已發信。則真意與表示。無從反悔。頗便於實際。然相對人之受信與否。曾未計及。亦欠周達。了解主義。於對話間極為適當。故民法採之。特設第九十四條之規定。惟對於非對話間之意思表示。則了解主義。實際上任相對人之利益為轉移。亦難適合。故日、奧諸國之民法。均採到達主義。我國民法亦然。

（民法第九五條）蓋從普通交易之觀念及一般慣例言。通知既到達相對人之住所。則相對人已有認知之可能。自應發生法律上之效力。此民法分別採用之理由也。

非對訪問之意思表示。本以到達主義為原則。惟相對人之居所不明。或不知相對人之姓名、居所。而非出自表意人之過失者。勢不能不特設特別通知方法。以資救濟。故民法第九十九條。明定表意人得援照民事訴訟法公示送達之規定。其意思表示之通知。依公示送達程序行之。即自黏貼牌示處之日起。經過二十日、發生效力。其登載公報新聞紙者。自最後登載之日起。經過二十日、發生效力。（民事訴訟法第一五四條）惟以公示送達為意思表示之通知。須確具有民事訴訟法第一百五十二條各款情形之一。且限於非表意人之過失時。始能援用。否則。仍應依民法第九十五條第一項之規定行之。

又到達之意義。日德民法均未以明文規定。我國民法亦然。學者間對於此點。約有二說。一說謂須使相對人取得占有。一說謂須使相對人已居於可了解之地位。從理論上及實際上觀察。應以後說為適當。惟何時始得謂為相對人已居於了解之地位。應從社會之見解定之。

民法第九十五條第一項、所以不採了解主義而採到達主義者。蓋因該項但書之情形。如甲先發出意思表示之通知與乙。適因特別情事發生。必須撤銷其意思表示。乃續發撤回之通知。此種撤回通知、與表意通知、同時到達。本應生撤回之效力。若採了解主義。則甲先閱表意通知。已確定法律上之效力。其撤回通知。雖同時到達。亦不生撤銷表意通知之效力。殊失法律保護交易安全之本旨。故必採到達主義。其撤回通知先到者。固有撤回其表示之效力。即同時到達者。不問甲閱信之先後。亦生撤回之效力。此該條第一項特設但書規定之本旨也。

惟絕對之到達主義。亦足使相對人受不測之損害。如甲發出意思表示通知與乙後。旋即死亡。或喪失其行為能力。或其行為能力受限制時。若採絕對到達主義。則甲之通知未到、已全死亡等變態。其意思表示。自應無效。然乙不知甲有死亡、或喪失能力等變態。因接受甲之通知、而為種種法律行為。若一律認為無效。則乙之損失。無從補償。殊失法律保護相對人之本旨。故民法第九十五條第二項特設例外。明定此種意思表示。仍不失相當之效力。即對

於原則之到達主義。特示限制。以資保護善意相對人之利益也。

又向官署或公署之意思表示。應於何時發生效力。德意志民法第一百三十三條第三項、明定準適用關於非對話間意思表示之規定。我國舊民法草案亦然。現行民法雖未設明文。但亦可作同一解釋。蓋向此等機關為意思表示。通常不能由其直接了解。故不能不採到達主義也。惟向組織機關之人員為意思表示、如能由其直接了解者。仍應以對話人論。

第二項 對話間意思表示之生效時期

對話間之意思表示。即表意人與相對人在得直接交換其意思之地位而為之意思表示也。此種意思表示。必須有相對人。且須向相對人為之。亦與非對話間之意思表示相同。惟非對話間之意思表示。係由於間接。而此則由於直接。為有異耳。對話間之意思表示。應於何時發生效力。德、日民法。未設明文。其學者間之見解。均有了解主義與到達主義二派。我國民法第九十四條。規定對話人為意思表示者。其意思表示。以相對人了解時發生效力。即係採用了解主義。故相對人尚未了解表意人之意思表示時。雖係對話。亦不生法律上之效力。如相

對人爲聾者、熟眠者、泥醉者之類。表意人雖有意思表示。在相對人未了解以前。仍不發生法律上之效力。此民法採用了解主義之本旨也。

又了解主義。係就通常情形言。故相對人若因故意或過失致未了解之時。如表意人所爲意思表示。在通常本可了解。因相對人故意掩耳不聽。或因注意他事。致未了解者。仍應以了解論。此又適用上所宜注意者。

第三項 向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示之生效時期

向無行爲能力人、或限制行爲能力人爲意思表示云者。即表意人以無行爲能力人或限制行爲能力人爲相對人、而爲意思表示之謂也。此項意思表示。必須有相對人。且須向相對人爲表示之點。與上述非對話間或對話間之意思表示相同。惟民法第九十五條及第九十四條。係就通常人爲相對人時之規定。茲則於民法第九十六條規定之。乃專就無行爲能力人、及限制行爲能力人爲意思表示之情形而言。此即兩者之異點也。

無行為能力人、或限制行為能力人自為表意人時。法律曾設有行為能力之規定。以資保護。

(民法第七五條至第七九條)業已說明。至無行為能力人、或限制行為能力人居於相對人之地位時。法律亦不可不有保護之方法。民法第九十六條之規定。即屬於此。學者間所謂受領能力之規定。即專指第九十六條之情形言。蓋非對話間之意思表示。就客觀言。是為到達。就主觀言。則為受領。此種受領能力。既非意思表示。又非法律行為。不能適用行為能力之規定。法律為貫徹保護無行為能力人、或限制行為能力人之利益計。對於此種受領能力。不能不有另行保護之規定也。

向無行為能力人、或限制行為能力人為意思表示。究自何時始能發生法律上之效力。此又當就向對話人為意思表示、及向非對話人為意思表示、分別論之。

第一、向對話人為意思表示之生效時期。此又應分別無行為能力人或限制行為能力人說明之。

(一)無行為能力人。無行為能力人、應由其法定代理人代為意思表示。既為民法第七十

六條所明定。自無受領意思表示之能力。故凡向無行為能力人爲意思表示時。不問其能否了解。在法律上應絕無效力之可言。

(二) 限制行為能力人。向限制行為能力人爲對話間之意思表示。是否全不發生效力。抑於由其轉達、更經法定代理人了解時、始可發生效力。民法就此。未設明文。解釋上無疑義。惟依民法第九十六條規定之本旨言。應解爲全不生效。惟就左列情形論。則又應適用例外之規定。

(甲) 限制行為能力人受該意思表示。已得法定代理人之允許。或由該意思表示純獲法律利益、或依其年齡及身分日常所必須者。得於限制行為能力人了解時。發生效力。此依民法第七十七條應認爲當然之解釋也。

(參照德民法第一三一條二項)

(乙) 限制行為能力人關於已受法定代理人允許處分之財產。自亦具有受領能力。即應於本人了解其意思表示時。發生效力。此亦依民法第八十四條而爲當然之解釋也。

(丙) 限制行為能力人關於已受法定代理人允許之營業。自亦具有受領能力。應於本人了

解其意思表示時。發生效力。此又依民法第八十五條而爲當然之解釋也。

第二、向非對話人爲意思表示之生效期間。向無行爲能力人、或限制行爲能力人爲非對話間之意思表示。以其通知達到其法定代理人時、發生效力。此爲民法第九十六條所明定。故不問其意思表示係逕向無行爲能力人、或限制行爲能力人所爲。均須於其通知達到法定代理人時。始能生效。又該意思表示雖係由無行爲能力人、或限制行爲能力人受領。若能達到各該法定代理人時。仍應解爲發生效力。

上述意思表示、須於達到法定代理人時。始能生效。乃爲民法規定之原則。至前述關於限制行爲能力人對話間之例外。仍得適用。此則無待重爲說明者也。

第七款 意思表示之解釋

意思表示之解釋云者。卽確定意思表示真實意義之謂也。意思表示得發生何種效力。須視其性質決之。故欲定意思表示在法律上之效力。必先釋明其意義。但解釋意義時。務須求得意

表示本體之真意。至表意人內部之真意如何。尙非所問。倘就意思表示所得之真意。與表意人當時內部之真意不符。不過發生意思與表示不一致之問題。仍不失爲正當之解釋。

解釋意思表示之方法。專在求得真確之意義。故凡遇有足以闡明其表示行爲之意義者。均應參考斟酌之。蓋意思表示。有對話間。與非對話間之別。對話間恆用語言。非對話間恆用文字。我國方言複雜。彼此誤會。固所在多有。卽文字亦每因表意人學問之高下。辭句之淺深。常發生誤會。如必沾沾一字一句之表示。致失表意人之真意時。則雙方隔闕。因而影響法律行爲者甚鉅。故民法第九十八條明定解釋意思表示。應探求當事人之真意。不得拘泥於所用之辭句。蓋恐失雙方之真意。致起無謂之爭端也。(參照德民法第一三三條)

第四節 條件及期限

法律行爲之效力。既可由意思表示而發生。當然亦可由意思表示而限制。故關於法律行爲要素之意思表示。除表示其欲發生一定效力之意思外。並可表示其欲限制該效力之意思。法律

對於欲發生效力之意思。既認定其表示爲有效。對於限制效力之意思。自亦不能不認定具有表示之效力。此限制意思表示效力之部分。學說上稱曰法律行爲之附隨條件。簡稱曰附款。此附款之性質。究係另一附屬行爲。抑係單獨行爲。學者間之主張。頗不一致。德儒薩比尼氏。(Savigny) 則主前說。近世多數學者。則主後說。由實際上觀察。此種欲限制效力之表示。與欲發生效力之表示。可合而爲一個意思表示。並非於原來之意思表示外。另有一欲限制效力之意思表示。且就兩者之價值論。欲發生效力之部分。並非卽爲主要部分。欲限制效力之部分。亦非卽爲附帶部分。有時當事人對於附款之注意。且較欲發生效力之部分爲重。不能僅以附屬行爲視之。故著者亦取後說。

法律行爲之附隨條款。種類極多。其關係最要而適用最廣者。厥惟條件及期限二種。故民法特就此二者於總則編規定之。茲特分別說明如次。

第一款 條件

第一項 條件之意義

條件者、乃當事人任意以法律行爲效力之發生、或消滅、使繫諸不確定未來事實成否之附隨條款也。如甲約乙留學英國。則資助學費五千元。乃爲附條件之贈與。又如甲將出遊。特與乙約。以上海住宅。供乙居住。俟甲返滬。始行收回。此爲附條件之使用貸借。卽其例也。此等行爲。學說上均稱爲附條件之法律行爲。民法沿之。茲更分析說明如次。

第一、條件爲法律行爲之附隨條款。條件爲構成法律行爲之意思表示之一部分。表意人就其具有效力意思。且有表示行爲。換言之。條件者、乃表意人任意所加之附款也。故非表意人於原來意思表示所任意附加之限制事實。而係依法律規定、或事物性質所應行具備之限制事項者。則爲該法律行爲之要件。稱曰法定條件。此項要件。係法律行爲主觀成分之要素。而非客觀成分之偶素。雖由於表意人於意思表示時所附加。但其附加既非出自任意。卽與茲所稱條件之本質不符。不得謂之爲條件。

條件既爲原來意思表示之一部分。故必於法律行爲當時爲之。若於法律行爲以後。另以一

種意思表示附加任意限制時。雖亦不失爲有效。但應認爲二個獨立法律行爲。不得謂原來法律行爲之附隨條款也。

第二、條件在決定法律行爲效力之發生、或消滅。 條件既爲法律行爲之附款。對於法律行爲。自得加以限制。惟限制之內容如何。學說上約有三說。即（一）有主張係限制法律行爲之成立者。即法律行爲須於條件成就時始克成立。（二）有主張係限制法律行爲之效力意思者。即表意人之效力意思。須於條件成就時始能決定。（三）有主張係限制法律行爲之效力者。即法律行爲效力之發生、或消滅。須於條件成就時、始能決定。此爲一般之通說。就民法規定之條文觀之。（民法第九九條至第一〇一條）亦應以此說爲宜。惟茲所謂限制法律行爲之效力。係指基於表意人之效力意思。而爲該意思表示之要素所包含之效力言。若非此項效力。則非表意人所能左右。自亦不能限制法律行爲也。

第三、條件係以將來客觀不確定之事實爲內容。 條件之內容。須爲不確定之事實。乃爲一般所公認。學者間關於不確定之觀念。又有主觀說與客觀說之二種。分述如次。

(一)主觀說。此說謂不確定之觀念。係指主觀而言。卽凡當事人認爲不確定。卽謂之不確定。故雖過去或現在之事實、或未來成就於客觀已確定之事實。苟非表意人所知者。均得以之爲條件。

(二)客觀說。此說謂不確定之觀念。係指客觀而言。必須於法律行爲成立時、實爲未來成否不確定之事實。始得謂之爲不確定。

以上兩說。應以客觀說爲宜。蓋附條件之法律行爲。其特徵卽在表意人欲發生效力不確定之法律關係。若客觀已確定之事實。如過去或現在之事實。固不得以之爲條件。卽未來之事實。若已能預爲確定者。如死亡爲人類所必不能免之類。是爲未來已確定之事實。亦不得以之爲條件。而僅能以之爲期限。卽何時死亡。係期限問題。非條件問題。此又爲期限與條件區別之標準也。惟所謂客觀之不確定。應以通常人之智識經驗決定之。不必限於專門學問。故如天象氣候之類。在天文學者、或氣象學者、雖得預知爲客觀上已確定之事實。然就普通人言。則不能預行推知。仍不妨以之爲條件也。又所謂未來不確定之事實。係

指相對可以發生效力者言。若爲絕對之不能。如挾山超海之類。亦不得以之爲條件也。

第二項 條件之種類

條件之意義。業已說明。惟就其內容觀察之。約有種種之區別。茲分述如次。

第一、停止條件及解除條件。此係著眼於條件之效力而爲之區別。蓋條件之本質。在限制法律行爲之效力。此二種條件。卽足以助長此項效力之發生。實際上最關重要。故民法仿多數立法例。特以明文規定之。

(一)停止條件。停止條件者。在爲條件之事實未成立前。限制法律行爲效力之發生之條件也。故附停止條件之法律行爲。其法律行爲效力之全部、或一部。係因條件之成就而發生。而法律行爲之效力。有爲法律關係之發生者。亦有爲法律關係之消滅者。故停止條件之效力。亦有停止法律關係之成立。或停止法律關係之消滅二種。前者如甲與乙約。若實行結婚。則贈乙洋一萬元。是爲停止法律關係發生之條件。後者如甲與乙約。若實行結婚。則免除全部債務。是爲停止法律關係消滅之條件。

(二)解除條件。解除條件者。在爲條件之事實未成立前。限制法律行爲效力之消滅之條件也。故附解除條件之法律行爲。其法律行爲之全部、或一部。係因條件之成就而消滅。惟法律行爲之效力。有爲法律關係之成立者。亦有爲法律關係之消滅者。故解除條件之效力。亦有關於法律關係之成立、或關於法律關係消滅之二種。前者如甲向乙贈與一定之財產。約定若與某爲婚姻。則喪失其贈與之效力。是爲解除法律關係成立之條件。後者如甲對乙免除債務。約定乙若與某結婚。則喪失其免除之效力。是爲解除法律關係消滅之條件。

要之。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。此爲民法第九十九條第一二兩項所明定。惟當事人間訂有特別契約。使條件成就之效力。不限於條件成就時發生、而可溯及法律行爲成立時發生者。則應從其特別契約。此又爲該條第三項所明定者也。

第二、積極條件及消極條件。此係着眼於條件之內容而爲之區別。其實益在定條件成就意

義之標準。故法律上未設明文。僅爲學說上所認定。茲分述如次。

(一)積極條件。積極條件者。因某事實之到來而成就之條件也。如甲與乙約。乙如出外旅行。則贈金一千元。是爲附積極條件之法律行爲。故學說上一稱爲有行爲之條件。

(二)消極條件。消極條件者。因某事實之不到來而成就之條件也。如甲與乙約。乙不旅行時。則贈金一千元。是爲附消極條件之法律行爲。故學說上一稱爲無行爲之條件。

第三、隨意條件及偶成條件。此亦爲學說上所是認之區別。其標準頗涉含混。實際上并非重要。茲姑就一般之通說。分述其意義如次。

(一)隨意條件。隨意條件者。因當事人一方之意思表示而成就之條件也。通常更別爲單純隨意條件、純粹隨意條件、及混合隨意條件三種。

(甲)單純隨意條件。單純隨意條件者。卽其條件事實之成否。因當事人之行爲、或不行爲而成就之條件也。如云居某地則爲某事屬之。

(乙)純粹隨意條件。純粹隨意條件者。卽爲某條件之事實、專因當事人一方之意思、

而成就之條件也。如言若認爲適當、則爲某事之類屬之。

(丙)混合隨意條件。混合隨意條件。一簡稱混合條件。即因當事人一方意思、及不關於此事實而成就之條件也。如言某日天晴、則往遊某處之類屬之。

(二)偶成條件。偶成條件者、即不因當事人之意思而成就之條件也。申言之。其條件之成就與否。不關於當事人之意思。而應由自然界之事實以爲決定之標準者也。如言明日若下雨則地濕之類屬之。

第三項 條件之類似

條件之類似云者。即僅具條件之外形、而無條件之實質之謂也。學說上一稱假裝條件。亦稱類似條件。更稱非真正之條件。茲分述如次。

第一、法定條件。法定條件者。因法律之規定、或法律行爲之性質。當然爲法律行爲效力發生之要件或存續要件之事實。而非真正之條件也。此爲法律要件。亦單稱之曰要件。當事人若以之爲條件、附加於意思表示時。非第無裨實益。且覺轉滋麻煩。如爲捐助行爲、

而附須得主管官署許可之條件。爲終身定期金契約、而附須受金人生存之條件。徒貽畫蛇添足之誚而已。

但同一法定條件中。有係單純將應屬法律要件之事實爲條件者。亦有雖爲法律要件之事實。在法律行爲時尚未確定而以之爲條件者。前者屬真正之法定條件。自不得謂之爲條件。後者尙可謂之爲條件。仍得適用附條件法律行爲之規定。如以將來取得某處房屋所有權爲條件、而締結買賣契約之類屬之。

第二、既定條件。既定條件云者。卽條件之成就、或不成就。在法律行爲當時業已確定之謂也。一稱必成條件。此種條件。對於法律行爲之效力。業已確定。故不能謂之真正條件。茲更分別情形說明之。

(一)當事人明知其已確定而仍附爲條件者。此際效力如何。日本民法設有明文。(日民法第一三二條)德意志民法、未設規定。我國民法亦然。惟就學理上言。可與日本民法爲同一解釋。無待明文規定。茲述其效力如次。

(甲)積極既定條件。即成就已確定之條件。若附為停止條件時。則其法律行為為無條件。若附為解除條件時。則其法律行為、不生法律上之效力。

(乙)消極既定條件。即不成就已確定之條件。若附為停止條件時。則其法律行為為無效力。若附為解除條件時。則其法律行為為無條件。

右列解釋。在尊重當事人之真意。蓋當事人於法律行為當時。既明知其條件已成就、或已不成就。而仍附為條件。是顯係無使該法律行為生效之意思。更可認其原無附條件之意思。以之為無效力、或無條件。自屬當然之解釋。

(二)當事人於法律行為當時不知其已確定而附為條件者。此際效力如何。日本民法、亦設有明文。使發生附條件法律行為一部之效力。(日民法第一三一條三項)我國舊民法草案。則逕定為視作附條件之法律行為。(舊草案第二五〇條)德意志民法、未設明文。我國現行民法亦然。從立法精神言。詢為得體。蓋此時之條件。與真正條件、既不相同。且不能置法律行為之效力於不確定之狀態。自不能與法律所規定附條件之法律行為同視。而使之準用同一之規

定也。

第三、不法條件。不法條件之意義有二。(一)指爲條件內容事實之不法言。(二)指爲條件內容之事實足致法律行爲之不法言。茲之不法。係從第二意義。卽不法條件者。乃法律行爲因附該條件而致有民法第七十二條或第七十一條各情形之謂也。茲更分述如次。

(一)因所附條件內容之事實。屬諸不法。致法律行爲。亦成爲不法者。此係通常情形。如以殺人爲條件而締結雇傭契約之類屬之。

(二)所附條件內容之事實雖屬不法。但並不致使法律行爲成爲不法者。如以賭博爲雇傭契約之解除條件時。則仍屬合法之類是。

(三)條件內容之事實雖非不法。而附爲條件則足致法律行爲爲不法者。如以終身不信佛教、或終身不娶妻爲贈與契約之解除條件屬之。終身不信佛教。或不娶妻。本非不法。然以之附爲條件。使相對人受其拘束。則足致該契約成爲不法。

(四)法律行爲附有不爲不法行爲之條件時。是否爲不法條件。日本民法、就此設有明文。

(日民法第一三二條後段) 即該條件如實有背於公共秩序或善良風俗者。仍屬不法條件。我國民法、

雖無明文。亦可作同一解釋。蓋不爲不法行爲。乃道德或法律上當然之要求。無待定爲法律行爲之附款。轉致助長不法行爲之惡風俗也。如甲約乙一年不打人、或一年不防火、則給與賞金若干之契約。不能謂之爲合法契約屬之。

法律行爲附有不法條件時。其效力如何。日本民法設有明文。認爲無法律上之效力。(日

法第一三二條) 我國民法因第七十二條或第七十一條已定爲無效。故就此不另設專條。

第四、不能條件。不能條件者。即以客觀不能成就之事實爲內容之條件也。不問爲法律上之不能。抑爲事實上之不能。亦不問爲積極不能。抑係消極不能。凡在客觀上無成就之可能者。均屬之。

法律行爲、附有不能條件時。其效力如何。日本民法設有明文。定爲附停止條件者。爲無效。附解除條件者。爲無條件。(日民法第一三三條) 德意志民法、則未設明文。我國民法亦然。但從理論及實際上言之。可與日本民法作同一解釋。

第五、矛盾條件。矛盾條件云者。爲條件內容之事實。與法律行爲之本質相抵觸之謂也。如購書而永存書店。或買物而不付代價之類屬之。

法律行爲附有矛盾條件時。其效力如何。學者間之主張。約有兩說。(一)謂附停止條件者、爲無效。附解除條件者、爲有效。(二)謂不問係停止條件、或解除條件。均屬無效。前者爲德國學者之通說。然所附條件。既與法律行爲之內容相抵觸。自無效力之可言。究應以第二說爲有理由。

第四項 條件之限制

條件之限制。即指法律行爲是否允許附加條件。或附條件時亦應否受一定之限制而言。茲分原則及例外說明之。

第一、原則。法律行爲。不許附加條件。此在羅馬法初期之觀念爲然。迨後因事實上之需要。亦逐漸允附設條件。至近代立法例。則概以允許附加條件爲原則。我國民法雖未將此原則揭明。但既於總則編特設條件之規定。其不許附條件之法律行爲。又多以明文訂定。

其係從一般原則。甚爲顯明。至近代允附條件之理由。在使人不爲未來所支配。而能支配未來。此說爲德儒耶林氏(Jhering)所倡。蓋吾人因事實上之需要。有時欲爲法律行爲。一面又須顧慮某未來不確定之事實。若竟因此關係。不敢逕爲法律行爲。則交易上必受無窮之影響。故特許將未來不確定之事實。作爲條件。而仍許其得爲其所欲之法律行爲。庶使二者兼顧。以臻交易上之便利。卽所謂不爲未來所支配也。

第二、例外。法律行爲。雖以許附條件爲原則。但例外亦有不許附條件者。學說上稱爲忌條件之法律行爲。其情形約有左之二種。

(一)由於法律之規定者。法律對於某種法律行爲特設明文不許附條件者。自不得違反其規定。如民法第三百三十五條第二項。對於抵銷之債。其所爲意思表示附有條件或期限者無效。其明證也。

(二)由於法律行爲之性質者。法律雖無禁附條件之明文。若法律行爲之性質不能附條件時。自亦不得不從其性質。其情形亦有左之二種。

(甲)有背公益者。法律行爲因附條件、致有違背公共秩序、或善良風俗之虞者。自不得再附條件。如婚姻、繼承等行爲屬之。

(乙)過害私益者。法律行爲因附條件致有過於妨礙相對人之利益時。自亦不能再附條件。此種情形。多於單獨行爲中見之。如法律行爲之撤銷。(民法第八八條一項)承認、(參照民法八條)債之選擇、(民法第二〇九條)契約之解除、(民法第二五八條)買回、(民法第三七九條)等屬之。蓋此等單獨行爲之設。原在保護行爲人而犧牲相對人之利益。若更許再附條件。則相對人益受重大之損害。更失法律平等保護之原則。故不能允其再附條件也。但此種情形。如係相對人得任意成就之條件。或相對人已經同意之條件。仍得附設之。

第五項 條件之成否

條件之成否。係指條件成就或不成就而言。茲就其意義與情狀、說明如次。

第一、條件成就及不成就之意義。應分別成就、與不成就說明之。

(一)條件成就云者。發生與條件內容相適合之事實之謂也。即條件所附事實之內容。後此

恰有相符合之事實發生。乃爲條件之成就。故就積極條件言。則爲已發生立約當時所預定之變動。就消極條件言。則爲確定不發生立約當時所預定之變動也。

(二)條件不成就云者。乃與條件成就相反。而係爲條件內容之事實。確定不能發生之謂也。就積極條件言。則爲確定不生立約當時所預定之變動。就消極條件言。則爲確定已發生立約當時所預定之變動也。

第二、視爲條件成就與不成就之情狀。視爲條件成就與不成就云者。卽條件雖未真正成就、或不成就。因具有特殊情狀。法律爲保護相對人計。定明視爲成就或不成就之謂也。(

民法第一
〇一條) 分述如次。

(一)因條件成就而受不利益之當事人。如以不正當行爲。阻其條件之成就者。視爲條件已成就。

(二)因條件成就而受利益之當事人。如以不正當行爲促其條件之成就者。視爲條件不成就。

凡附條件之法律行爲。其條件是否成就。均應依正當手續。若出於不正當之行爲。致使條件不成就或促條件成就。以圖避免自己之不利益、而急謀自己之利益者。均爲法律所不許。故民法第一百零一條第一項。對於阻害條件之成就、以避免自己之不利益者。則視其條件爲已成就。其第二項則對於速促條件之成就、以急謀自己之利益者。則視其條件爲不成就。蓋所以保護相對人之利益、而禁止不正當行爲之使用也。

第六項 條件之效力

條件之效力。係指附條件之法律行爲所生法律上之效力而言。應分爲條件成否已定時之效力、與條件成否未定時之效力說明之。

第一目 條件成否已定時之效力

條件成否已定時之效力。又應分條件成就時之效力、與條件不成就時之效力說明之。

第一、條件成就時之效力。此際效力。又可區別其內容與時期說明之。

(一)效力之內容。法律行爲所附之條件。一經成就。則該法律行爲因條件所受之限制。

自應撤除。而表意人因附條件所欲生之效力。乃相應發生。惟此際所發生效力之內容如何。依民法第九十九條第一項及第二項之規定。分述如次。

(甲)附停止條件之法律行為。於條件成就時。發生效力。此即指該法律行為內容之效力。因條件成就而始發生者言。如該行為為債權行為者。則發生債權成立之效力。如為物權行為者。則發生該物權移轉、或設定之效力是。

(乙)附解除條件之法律行為。於條件成就時。失其效力。此即指該行為原已發生之效力。因條件成就而致喪失者言。故凡由該行為已成立之權利或法律關係。如應回復原狀者。則應回復原狀。其應行消滅者。則歸於消滅之類是。

(二)效力之時期。效力之內容。已述於前。惟此種效力。究應自條件成就時發生。抑應溯及法律行為時發生。學說及立法例。尚不一致。依羅馬法之解釋。約分三說。(1)溯及說。即謂應溯及法律行為時生效。(2)不溯及說。即謂僅自條件成就時生效。(3)折衷說。即謂停止條件不溯及。解除條件、應溯及法律行為時生效。法蘭西民法及其所屬

法系之民法。以溯及爲原則。(參照民法第一一七九條)德意志民法及日本民法。則以不溯及爲原則

。(參照德民法第一五八條日民法第一二七條)我國民法亦然。(民法第九十九條)茲分述如次。

(甲)原則。凡當事人無特別意思表示者。其在附停止條件之法律行爲。應自條件成就時起。發生效力。其在附解除條件之法律行爲。應自條件成就時。喪失效力。此爲民法第九十九條第一項及第二項規定之原則。

(乙)例外。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。應依其特約。此爲民法第九十九條第三項規定之例外。茲更分述如次。

(1)特約云者。即當事人有特別意思表示之義也。此不問契約或單獨行爲。均可由表意人於行爲時爲之。若表意人未於行爲時定明。嗣後欲爲與上述原則相反之意思表示時。其有相對人者。須得相對人之同意。

(2)所謂溯及者。不限於溯及行爲當時。凡自法律行爲成立至條件成就之期間內。自不問溯及何時。均可生效。

(3) 爲此特約之時期。得於原行爲時或行爲後爲之。但條件成就後。則不得爲之。蓋條件既成。則應適用原則生效。不得再由當事人爲反對之表示也。

(4) 此溯及效之特約。是否僅於當事人間有效。抑可以對抗第三人。亦不可不加以研究。在德意志民法第一百五十九條。則定明僅於當事人間生效。我國民法。就此未設明文。但就理論上言。亦可爲同一解釋。蓋此種特約。僅爲當事人間之意思表示。不能以之害及第三人之利益也。

上述條件成就時之效力。乃於法律上當然發生。即在停止條件成就時。其法律行爲。當然發生效力。解除條件成就時。其法律行爲。當然喪失效力。此固無須當事人知悉。亦無待當事人主張也。又此種效力。不僅於當事人間生效。即對於一般人。亦應生效。但溯及效之特約。則不能以之對抗善意之第三人。

第二、條件不成就時之效力。法律行爲附有條件者。其條件確定不成就時。究有如何之效力。各國民法均無明文。我國民法亦然。惟依當然之理論。可得如次之解釋。

(一)附停止條件之法律行為。於條件確定不成就時。亦確定不生效力。

(二)附解除條件之法律行為。於條件確定不成就時。亦確定不失效力。

第二目 條件成否未定前之效力

條件成否未定前之效力。可分左列數點說明之。

第一、當事人之地位。附條件之法律行為。在條件成否未確定以前。其效力是否發生、或喪失。均在不確定之狀態中。故當事人於此時尚有因條件成立而得權利、或免義務之希望。此種希望之性質如何。學者間之主張不一。德、日學者則多數主張為權利。稱之曰期待權、或復歸權。不屬於物權。亦不屬於債權。而為一種特別之權利。其他少數學者。則以之僅屬一種法律上之狀態、或地位。即謂當事人於條件未成就前。僅居於得因條件成就而得權利、或免義務之地位。此際如未受法律保護。尚僅認為事實上之狀態。其已受法律保護者。亦不過由事實上之狀態。變而為法律上之狀態。既不具一般權利應有之實質。究不如認為一種單純法律狀態為宜。著者即取此說。

第二、法律對於當事人地位之保護。凡附條件之法律行為。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爲者。負賠償損害之責任。此爲民法第一百條所明定。此項規定。係包括附停止條件及解除條件言。在附停止條件之法律行為。其當事人之一造。於條件成就前。有因之取得預期權利之希望。則他造之當事人。當然有尊重此種希望之義務。又附解除條件之法律行為。其當事人之一造。於條件成就前。有因之免除預期義務之希望。則他造之當事人。亦當然有尊重此種希望之義務。苟因條件負義務之當事人。有害及相對人因條件成就所應得利益之行爲者。則其行爲非適法行爲。乃不法行爲。應使之負損害賠償之責任。蓋所以保護當事人之利益也。

第二款 期限

第一項 期限之意義

期限者、乃當事人任意以法律行爲效力之發生或消滅。使繫諸未來確定事實之屆至之附隨條

款也。如約定至某年月日履行債務、或至某人死亡時、則贈金千圓之類屬之。茲分述其內容如次。

第一、期限爲法律行爲之附隨條款。期限乃當事人因以法律行爲效力之實行或消滅。使繫於確定未來事實之到來。任意附加於法律行爲之意思表示之成分。故爲意思表示任意附加之一部。而非該事實之本體。與條件大致相同。如甲與乙約。至丙死亡。則贈乙金一千圓。死亡爲一種事實。附加於甲乙間之法律行爲。是爲期限。此際贈與爲主事實。死亡爲任意附加之從事實。卽其例也。

第二、期限在決定法律行爲效力之發生或消滅。期限之作用。在限制法律行爲之效力。惟限制之內容如何。學說及立法例頗不一致。就法蘭西民法言。則規定始期係限制效力之履行。終期係限制效力之消滅。（法民法第一一八五條）日本民法亦同。（日民法第一三五條）其學者間之主張。更謂得限制效力之發生。就德意志民法言。則規定始期準用停止條件之規定。終期準用解除條件之規定。其學者間之主張。約分兩說。甲說、謂始期係限制效力之發生。終期係限

制效力之消滅。乙說、謂終期雖係限制效力之消滅。始期則須視法律行為爲決之。未可概論。如係物權行爲、或準物權行爲。固僅能限制效力之發生。若係債權行爲。則除限制發生外。並可限制其履行。我國民法。係仿甲說。(民法第一〇二條二項)但乙說亦屬可通。如在債權行爲。更得附期限以決定其效力之履行。其明證也。

第三、期限係以將來確定發生之事實爲內容。條件與期限。均爲當事人任意添加之附隨條款。且均以未來事實爲內容。其性質頗相類似。故民法均規定於總則編法律行爲第四節中。惟條件之未來事實。係以發生不確定者爲限。而期限之未來事實。則以發生確定者爲限。此則兩者區別之要點也。又所謂確定者。須爲客觀之確定，若僅屬主觀之確定。不能謂之爲期限。如甲與乙約。俟丙成年時。贈與一定之財產。就主觀言。丙之成年。固可作爲期限。然就客觀言。人事靡常，丙之能否達到成年。殊難確定。故祇能認爲條件。尙不能作爲期限也。

第二項 期限之種類

期限就其內容觀察之。得區爲始期及終期、與確定期限及不確定期限之二類。茲分述如次。

第一、始期及終期。此爲民法上所規定之種類。(民法第一〇二條)分說如次。

(一)始期。始期者、因其到來始使法律行爲之效力發生或應履行之期限也。故始期爲停止法律行爲效力實行之期限。卽凡附始期之法律行爲。因始期之到來。當然發生使權利人得完全行使其權利之效力。如因附始期之法律行爲而取得物權者。於始期到來後。得完全行使其物權之類是。故始期一稱停止期限。

(二)終期。終期者、因其到來而致法律行爲之效力消滅之期限也。故終期爲停止法律行爲效力消滅之期限。卽凡附終期之法律行爲。因終期之屆滿。當然發生使法律行爲效力喪失之效力。如因附終期之法律行爲而取得所有權者。於終期屆滿後喪失其所有權之類是。故終期一稱解除期限。

第二、確定期限及不確定期限。此種分類。民法雖未設一般規定。但於債務之履行。頗受重要之限制。稱曰履行期。另規定於債編中。茲僅就其區分之概要說明之。

(一) 確定期限。確定期限者。即預定應到來時期之期限也。有從日歷預定者。如以明年一月一日為期限之類是。有於一定時期到來之事實預定者。如以國慶紀念日為期限之類是。

(二) 不確定期限。不確定期限者。即不能預定其到來時期之事實而定之期限也。如甲對乙約。於丙死亡之日贈與某物之類是。

第三項 期限之限制及到來

第一、期限之限制。期限之限制。係指法律行為是否得一律附加期限言。就通常觀察。雖得由當事人任意附加於法律行為為原則。但亦有特殊情形而不許附加者。學說上稱曰忌期限之法律行為。凡法律行為如不許附期限而竟附期限時。則通常足致該法律行為全體無效。第二、期限之到來。期限之到來。係指期限內容之事實發生而言。依民法第一百零二條第一項及第二項之規定。始期稱曰屆至。終期稱曰屆滿。至何時始可謂為期限之到來。應分別論之。大抵以期日定之者。應自為該期日到來之時起算。其以期間定之者。則應依第一

百二十一條以該期間末日起算。其以一定事實之發生定之者。則自該事實發生之時起算。蓋期限與條件之區別。即條件有時不成就。而期限則決無不到來之事實也。

第四項 期限之效力

期限之效力。係指附期限之法律行為所生法律上之效力而言。可分為期限到來時之效力、與期限到來前之效力說明之。

第一目 期限到來時之效力

期限到來時之效力。於民法第一百零二條第一項及第二項規定之。分述如次。

第一、附始期之法律行為。於期限屆至時。發生效力。此係專就通常限制法律行為效力之發生所附之期限言。若係附期限以限制其效力之履行者。則於屆至時。得請求履行。實為當然之解釋。

第二、附終期之法律行為。於期限屆滿時。失其效力。此即指法律行為效力之消滅。為終期所限制。故必於期限屆滿時。其限制始除去。該法律行為之效力、始完全喪失。

期限之效力。係當然發生。且一般發生。關於此點。與條件同。惟期限之效力。應自其到來時始能發生。而條件則有時可以生溯及效力。此又兩者之異點也。

第二目 期限到來前之效力

期限既爲繫於確定未來事實屆至之附隨條款。故其到來。純屬確定。當事人因期限到來所應得之利益。較之因條件成就所應得之利益。亦爲確定。且更有保護之必要。故民法第一百零二條第三項以明文規定應準用第一百條之規定。以資保護。即凡於期限未到來以前。當事人之一方。若有妨害他方相對人之行爲。致相對人因期限到來所應得之利益受損害者。應負損害賠償之責。蓋所以杜不法行爲之侵害。而保護相對人之利益也。

第五節 代理

第一款 總說

第一項 代理之觀念

代理制度。發達較遲。其在羅馬法初期。尙無此項制度之設。蓋當時交易既不發達。雖無代理之制。事實上無甚困難。且因羅馬之家族制度。家長得使其家屬及奴隸爲法律行爲。而自收其效果。亦無適用代理之必要。故其時法律關係。注重形式。且極簡明。甚至以代理人之行爲。對於本人直接生效。詫爲異事。所以羅馬於帝政時代終止以前。全未認許此項制度之存在。迨十三世紀之頃。社會文化。日益發達。交易愈趨頻繁。故在德意志普通法時代。卽已認代理制度爲不可缺。沿至近代。更爲各國法律所公認。蓋凡行爲能力不完之人。既不能不借重他人以補充其能力之欠缺。又凡因疾病及其他種種原因。事實上不能親自爲法律行爲時。亦不能不依他人將自己之行爲能力。爲實際上之擴充。否則。能力不完。權利受損。非第有失法律平等保護之原則。且更增交易上之困難。此代理制度存在之理由也。

代理者、代理人於代理權限內。以本人名義、向第三人爲意思表示、或由第三人受意思表示、其效力直接及於本人之謂也。（民法第一〇三條）如甲以乙之名義。向丙爲意思表示。或甲以乙之

名義。接受丙之意思表示。其效力均直接對乙發生之類是。此際稱甲曰代理人。稱乙曰本人。或稱被代理人。稱丙曰第三人。稱此項行爲曰代理行爲。稱此項關係曰代理關係。學者通常謂代理關係、有三方面之關聯。即（一）本人對代理人之關係。（二）代理人對第三人之關係。（三）第三人對本人之關係是也。其實第一關係。爲內部關係。即代理依此而生之關係。至真正所謂代理關係。係指代理行爲如何成立。及對何人發生效力之問題。屬諸外部關係。即二三兩面之關係也。茲特就代理之意義。分析說明之。

第一、代理須基於代理權。代理之發生。係根於代理權之存在。故必法律上認爲有代理權。且在該代理權範圍以內之代理行爲。乃能直接對本人生效。民法所謂「於代理權限內」。即屬此義。學者稱此爲有權代理。以其爲真正之代理故也。反是、則爲無權代理。從嚴格論。無權代理。不得謂爲真正之代理也。

第二、代理須有爲本人之意思。代理行爲。須有爲本人之意思。且須明白表示。其表示之方法。即以本人名義行之。各國立法例及我國民法。對於代理之要件。均以明文規定。學

說上稱曰表名主義。茲所謂爲本人之意思者。即欲該代理行爲直接對本人發生效力之意思也。稱曰代理意思。屬諸代理行爲效力意思之一部。專在使其效力直接對本人發生。至是否於本人有利益。乃非所問。縱事實上其利益歸屬代理人。但須有爲本人之意思。亦不失爲代理。反之。如無爲本人之意思。即非以本人名義而係以自己資格爲之者。縱令其行爲之效力。直接歸於本人。亦不能謂之爲代理。故如抵押權人、質權人、處分其擔保標的物之時。其效力雖亦直接及於本人。惟以本人名義行之。即不得謂之爲代理是也。

代理人雖因特別規定。未表明本人名義。但確有代理意思。且爲相對人所知者。應解爲得成立代理。此點現行民法雖無明文。惟前大理院曾著有此項判例。(民國七年上字第三五一號)他國民

法。亦有以明文規定此項法理者。故可援爲同一解釋。反之。代理人未表明本人名義。其代理意思。亦未爲相對人所知、或可得而知者。則應視爲代理人自己之行爲。(參照前大理院七年上字

第三五一號判例)

第三、代理須係代本人爲意思表示或受意思表示。學說上稱代爲意思表示之行爲。曰積極

代理。一曰自動代理。稱代受意思表示之行爲。曰消極代理。一曰被動代理。通常統稱曰法律行爲之代理。實則對法律行爲要素之意思表示爲代理也。故僅就契約之要約或承諾。可稱爲代理。至使人代爲事實行爲。如代人宴會。代人送迎。雖在通俗稱之曰代理。究非民法上之代理。又機關職員因故出缺或請假時。派人代理。雖亦稱代理。仍與民法上之代理不符。此外訴訟上之代理。雖與民法上代理之觀念相同。但係代理訴訟上之意思表示、或觀念表示、及其他事實行爲。仍與茲所謂之代理有別。

代理制度之設 原在補充意思表示。使本人在法律上得收代理人所爲行爲之效力。故僅限於就意思表示。始能存在。若事實行爲及不法行爲。不能認有代理。乃爲當然之解釋。即所謂代理占有。亦不能謂爲真正之代理也。

代理雖以僅限於意思表示存在爲原則。但除代理各個意思表示外。對該法律行爲之全部。亦得成立代理。如代理設定質權時。必須交付標的物。始能完成該質權設定之法律行爲。此種標的物之交付。雖屬事實行爲。但爲完成該法律行爲計。不能不許其一併代理。其明

證也。

第四、代理行爲、係直接對本人發生效力。代理係對本人直接生效。與所謂間接代理不同。間接代理，係先由代理人受其效力。然後移轉其效力於本人。茲則係直接對本人發生效力。申言之。卽由該法律行爲所應發生之效力。均由本人受之。與本人自爲該法律行爲之時無異。故本人因該行爲之結果。應享權利者。則稱爲權利人。其因該行爲之結果。應負義務者。則稱爲義務人。此卽直接代理之本質也。

代理行爲。對本人直接發生效力。其理由如何。學者間之主張。約有左之三說。

(一)本人行爲說。此說約分實在說、與擬制說兩種。前者謂代理人之意思表示。在實際上爲本人之意思表示。故應對本人生效。後者謂代理人之意思表示。法律上擬定爲本人之意思表示。故應對本人生效。

(二)共同行爲說。此說謂代理之意思表示。非僅係代理人之意思表示。亦非僅本人之意思表示。乃本人與代理人合成之意思表示。故應對本人生效。

(三)代理行爲說。此說謂代理人之意思表示。仍由代理人自行決定。不過法律尊重其效力意思。使之對於本人生效。以臻事實上之便利。故此說又稱曰代表說。

以上三說。前二說係拘守羅馬法之思想。以爲爲法律行爲之人。應與受其效力之人爲一人。不能因他人之行爲。對本人直接生效。其觀念甚爲陳腐。殊不足採。第三說主張行爲人與受效力人各爲一人。於本人不能自爲行爲時。法律許他人代爲行爲。而使本人受其效力。於實際上及理論上。均屬相符。故各國立法例及一般學者多採之。我國民法亦然。

第二項 代理之限制與能力

法律行爲雖許代理爲原則。但例外亦有不許代理者。其內容與不許附條件或期限之法律行爲相同。學說上稱爲忌代理之法律行爲。至何種法律行爲不許代理。除因於當事人之特別意思表示外。應依法律行爲之性質決之。卽法律行爲之性質。無須本人親自爲之者。則可由代理人代爲之。如買賣之類是。法律行爲之性質。必須本人親自爲之者。則不能由代理人爲之。如結婚、離婚、繼承、遺囑之類是。

代理之限制。業已說明。至代理之內容。與能力極有關係。亦不可不研究及之。茲略述如次。

第一、權利能力。權利能力。須就本人決之。蓋代理行爲。既係直接對本人發生效力。故

凡就代理行爲之效力。如須特別權利能力者。必須本人具有此權利能力而後可。

第二、行爲能力。關於代理人之行爲能力。民法於第一百零四條特設規定。即代理人所爲

或所受意思表示之效力。不因其爲限制行爲能力人而受影響。蓋行爲能力之限制。原爲保

護限制行爲能力人之利益而設。因其人智識尙未充分。完全出於自己之法律行爲。恐受權

利上之損害故也。若既能充他人之代理。則其代理權之發生。當必經過他人之審擇。必認

其人之能力有代理法律行爲之可能。始能予以委任代理之職權。其由代理權而生之意思表

示。乃屬他人之行爲。而非仍爲限制行爲能力人之行爲。故無論其爲意思表示、或受意思

表示。法律上實無再行保護之必要。應使其均有直接及於本人之效力。決不能因能力上之

限制而受影響。致生第三人之損害。但此種情形。僅委任代理有之。若法定代理。所以補

助無能力人能力之缺乏。自不能以限制行爲能力人充任。致貽盲人瞎馬之誚。此又適用上

所宜注意者。

第三、意思能力。意思能力。應專就代理人決之。蓋代理行爲。既爲代理人之行爲。故必須代理人於爲意思表示時。完全有意思能力。始能認其代理行爲爲成立也。茲就民法第一百零五條之規定。分原則與例外說明之。

(一)原則。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。此爲民法第一百零五條前段所規定之原則。蓋代理行爲。既爲代理人之行爲。故其所爲意思表示。如有因意思欠缺、(參照民法第八六條)被詐欺、被脅迫、(民法第九二條)或明知、或可得而知其事情、(參照民法第八六條及第九一條但書)之事實。足以影響法律行爲之效力時。其事實之有無。惟代理人知之。故定爲應專就代理人決定。又有無錯誤或誤傳之事實。(民法第八八條)民法雖無明文。亦應解爲專就代理人決之。

右述事實之有無。如在共同代理。究應就全體決定。抑應僅就一人決定。事實上不無問題。

題。德意志及日本學者。均主張僅就一人決定。著者亦表贊同。

(二)例外。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。此為民法第一百零五條但書所規定之例外。蓋此種代理權之範圍。既係基於特別法律行為所授與。又係依照本人所指示之意思而行。與上述一般代理之內容。顯有區別。此際事實之有無。惟本人知之。故應就本人決定也。

又此種例外規定。係防本人之詐偽而設。故適用此項但書時。須有兩要件。其一、其代理權須係由特別授權行為而生。故在一般代理與法定代理。均不能適用。其二、代理人須係依照本人所指示之意思而行。若代理人不依本人所指示之範圍而為意思表示、或受意思表示時。則為代理人之越權行為。自不得適用但書之規定。此又無待重為說明者。

第三項 代理之種類

代理之種類甚多。茲就其主要者分述如次。

第一、直接代理及間接代理。直接代理者、其效力直接及於本人者也。此爲真正之代理。間接代理者、其效力係對於代理人發生。乃因移轉始及於本人者也。此尙不得謂爲真正之代理。蓋間接代理人。既係以自己本義行之。故其效力。在外部固係直接歸屬於代理人。卽在內部。通常亦僅代理人負移轉其效力之義務。不過本人有請求移轉之權利。若當事人間先有特約訂明其效力可直接歸屬於本人者。並得逕行移轉。毋庸更爲移轉手續也。

第二、有權代權及無權代理。有權代理、係本於代理權而生之代理。無權代理不然。前者爲真正之代理。後者亦非真正之代理。其詳容後另款說明之。

第三、積極代理及消極代理。積極指作爲言。消極指不作爲言。前者如代爲意思表示屬之。後者如代受意思表示屬之。關於此點。前已說明。

第四、法定代理及意定代理。法定代理與意定代理之區別。民法上極爲重視。以二者之關係及待遇。均不相同故也。至其區別之標準。則學者間之主張不一。就其主要者言。約有左之三說。

(一) 謂法定代理係補充能力之欠缺。意定代理係擴張能力之所不及。故意定代理。一稱委任代理。此為德國學者解釋彼邦民法之見解。我國民法。亦間採此義。

(二) 謂代理權由於法律規定而生者。是為法定代理。其基於意思表示而生者。則為意定代理。我國舊民法草案及修正案。均係採此見解。(舊草案第一二九條
修正案第一五四條)

(三) 謂代理權基於法律行為而生者。為意定代理。其非基於法律行為、而係本於法律之規定者。則為法定代理。此為日本民法學者一般之見解。

我國現行民法對後二說雖未設明文。然意定代理係指本於意思表示所生之代理。法定代理、係指本於法律規定所生之代理。此可認為當然之解釋也。

第五、一般代理及特別代理。一般代理。係指普通之代理行為而言。特別代理。即指關於特別事項之代理而言。二者蓋因代理權有無特定之範圍而為之區別也。

第二款 代理權

第一項 代理權之本質

關於代理權之本質。學者間之主張不一。茲就其主要者言之。可別爲左之四說。

第一、否認說。否認說爲法蘭西學者所倡。略謂代理僅有本人與代理人間之委任關係、或

其他法律關係。別無獨立代理權之存在。此種主張。以委任與代理混視。故不認代理權獨立存在。其後德意志學者對委任與代理明示區別。此說乃漸失根據。

第二、權力說。此說以代理權之本質爲權力。其要旨即謂代理權係得發生代理關係之一種法律上之權力，授權行爲。即係與代理人以此種法律上之權力之行爲。德意志學者中。頗持此說。

第三、權利說。此說以代理權爲權利。且爲形成權之一。較前說更爲進步。德意志學者亦多主此說。

第四、能力說。此說以代理權爲一種能力。與權利能力及行爲能力在法律上具有同一資格。惟此種能力。係使代理人所爲之意思表示、或所受之意思表示。得對本人直接生效。與

其他能力。頗有不同。學者間一稱之爲資格說。德意志學者中。近多主此說。日本學者均是認之。

上述四說中。第一說、僅認基本法律關係、而否認代理權之存在。自無足取。第二說、對於代理權之實質。不能說明。亦欠允當。第三說、雖較爲進步。但代理權只僅有潛伏之效用。非如一般形成權。得具體行使。在消極代理中尤爲顯著。故仍不足取。惟第四說、既足以說明代理關係之實際。更足闡明代理制度之功用。認其爲法律上之一種能力、或資格。於理論上及實際上均屬相符。故應以此說爲正確。

第二項 代理權之發生

代理有法定代理、與意定代理之別。故代理權之發生。亦因法定代理與意定代理而不同。茲分述如次。

第一、法定代理權之發生。法定代理。前已說明。此種代理權之發生。除非基於本人之意思外。應就各種法定代理之規定。分別研究之。不能抽象說明其原則。茲大別爲左列

三種說明之。

(一)基於法律規定者。此係指通常所稱之法定代理人言。即凡具有法律所定之身分。或處法律所定之地位者。則在法律上當然享有代理人之資格。如行親權人之於未成年人、監護人之於禁治產人。財產管理人之於不在人、破產管財人之於破產債務人均屬之。

(二)基於官署處分者。如法院選定之法人清算人屬之。

(三)基於本人以外之私人行為者。如由親族會議選定之監護人屬之。

此外民法或其他特別法上。亦有代理權本由法律行為而生。但其代理權限又係基於法律之規定者。如經理人、船長等屬之。此種代理人。究為法定代理人。抑仍屬意定代理人。學者間之主張不一。然就其代理權發生之點觀之。究應解為意定代理人為當。不過其代理權既經法律設有規定。對於法定代理人之規定。此種代理亦準用之。

第二、意定代理權之發生。意定代理之代理權。係基於法律行為而生。前已敘及。其因法律行為發。此項代理權時。稱曰代理權之授與。學說上簡稱曰授權行為。此種權行為

之本質如何。學說及立法例。亦不一致。就其主要者言。約有左之三說。

(一)委任契約說。此說以代理權之發生。係基於委任契約。為法蘭西民法所取。(法第

一九八條)即屬於德意志法系之普魯士國法、(魯國法第一部第
一三節第五條)撒克遜民法、(撒民法第一〇一
條、第二九五條)

奧大利民法、(奧民法第一
〇〇二條)均從之。日本民法亦然。概稱曰委任代理。其學者間之主張

亦多持此說。

(二)無名契約說。此說以代理權非基於委任而生。乃係本人與代理人之一種無名契約。

德日學者中。多持此說。

(三)單獨行為說。此說主張代理權發生之授權行為。係出於本人一方意思表示所授與。

無待代理人之承諾。即可發生效力。故為授權人方面之單獨行為。德意志學者中。類主

此說。

上述三說中。第一說、以內部關係(即本人與代理人之關係)與外部關係(即代理人與第
三人、或本人與第三人之關係)相混。且代理權發生之基本法律關係。不必純基於委任。

亦有爲雇傭。合夥等有名契約、或無名契約者。其出於委任時。亦有僅生間接代理權者。

故此說殊非確論。第二說、在無特別明文之國。雖能成立。但代理權之發生。必限定須與

代理人成立契約。實際上甚感不便。我國特於債編設代理權之授與一款。（民法第一六七條至第一七一條）

以示與契約有別。立法上洵屬允當。不過代理權之授與。與債之發生原因。無甚關係。以

之規定於債之發生一節中。似覺欠妥。故茲爲便利說明計。仍附帶解述及之。至第三說之

主張。按之理論及實際。均屬相符。德意志民法。（德民法第一六七條）採之。我國民法亦然。即代

理權係以法律行爲授與者。其授與應向代理人、或向代理人對之爲代理行爲之第三人以意

思表示爲之。（民法第一六七條）蓋係採有相對人之單獨行爲說。非委任、亦非契約也。依此規定

。授權行爲。僅須本人一方之意思表示。且不限於向代理人爲之。即向代理行爲之相對人

爲之亦可。只須此意思表示達到於代理人或相對人時。即可發生代理權而爲有效之代理行

爲。但此種規定。係就外部關係而言。故代理權僅得由本人授與之意思表示而發生。若代

理人與本人之內部關係。則另爲一事。通常仍須代理人承諾。即必須成立契約時。代理人

始有代理權。亦始有代理行爲之義務。此又適用上當然之解釋也。

第三項 代理權之範圍

代理權之範圍。係指代理人之權限而言。學者間又簡稱曰代理權限。即代理人應於如何範圍內爲意思表示、或受意思表示。其效力始直接及於本人之問題也。此種權限。就法定代理言。通常應依法律之規定。如法律就其權限無規定者。應依法律所定法定代理權發生要件之事實內容以定之。就意定代理言。應依授權行爲之意思表示定之。此爲原則上之解釋標準。若不能依此標準決定其範圍時。在法、意、日本等國民法。則特爲補充規定以決之。(參照民法八八條、意民法第一七四一條、日民法第一〇三條、)德國民法及我國民法。均無明文。從法理上言。此際代理人之代理權限。應解爲與管理權同視。決不能與處分權同視。故凡屬於管理行爲之性質。即在管理權之範圍者。代理人亦得爲之。

管理行爲有三。(一)保存行爲。即對物或權利爲維持現狀之行爲也。如修理房屋屬之。(二)利用行爲。即對物或權利爲使用收益之行爲也。如出賃房屋屬之。(三)改良行爲。即使物或權

利增加價值之行爲也。如添蓋或改造房屋屬之。此三種行爲中。第一種行爲。代理人得無限制爲之。即令其中包含處分行爲之時亦同。至第二及第三兩種行爲。若在不致變更物或權利性質之範圍內。亦屬管理行爲。代理人自得爲之。但對物或權利之性質、如有變更時。則已非管理行爲、而爲處分行爲。代理人自不得爲之。

上述代理權之範圍。僅就普通代理言。此外更有雙方代理、與共同代理。其代理權之範圍如何。應分別說明如次。

第一目 雙方代理

雙方代理云者。即爲本人與自己之法律行爲。或既爲第三人之代理人、而又爲本人與第三人之法律行爲之謂也。(參照民法第一〇六條)前者一稱自己代理。或自己契約。後者則爲狹義之雙方代理。又稱重複代理。二者均限於雙方行爲中見之。茲就民法規定之原則及例外。分述如次。

第一、原則。代理人爲雙方法律行爲之代理。各國立法例均以禁止爲原則。(德民法第一八一條、日民法

第一〇八條、蘇俄民法第四〇條、法民法第一五九六條、)我國民法亦然。(民法第一〇六條)不問法理代理及意定代理。均得適用

。即對於復代理亦適用之。

關於雙方代理禁止之理由。學者中約有兩說。(一)當然規定說。其要旨謂契約乃以二個以上之當事人爲必要。以一人而兼有雙方當事人之資格。殊違反契約之性質。法律予以禁止。實爲當然之規定。(二)便宜規定說。其要旨謂並非理論上之不可能。乃因契約當事人之利害關係相反。代理本人與自己爲法律行爲。或爲雙方代理人。實際上未免有利害衝突之嫌。故法律爲便利當事人計。特設禁止規定。此兩說中。應以第二說爲適當。

雙方代理。既爲法律所禁止。則凡代理人有違反之時。其代理行爲之效力如何。亦不能不加以研究。關於此點。學者間之主張。亦分兩說。其一、無效說。即主張完全無效。其二、無權代理說。即主張應與無權代理人之代理行爲同視。得因本人之承認而生效力。(參照民法第一七〇條一項)此兩說中。亦以第二說爲允當。蓋民法對於雙方代理之禁止。僅屬一種代理權之限制。並非強制規定。代理人違反之時。亦不過超越代理權之範圍。其效力自仍得適用無權代理之規定。方不背民法第一百七十條第一項設定之本旨。

第二、例外。雙方代理之禁止。爲民法規定之原則。但具有左列情形之一者。仍許得爲雙方代理行爲。卽民法第一百零六條所定之例外是也。茲特分別說明之。

(一)業經本人許諾者。民法第一百零六條對於雙方代理之禁止。係指未經本人許諾者言。苟已得本人之許諾而爲雙方代理行爲時。其應完全生效。實爲當然之解釋。蓋此種限制。原係保護本人之利益而設。既經本人明白允許。其利益當不至別受損害。自不妨仍尊重本人之意思行之也。

(二)專係履行債務者。此爲民法第一百零六條但書之規定。蓋債務履行。純係債務內容之給付。卽僅屬債務數目之清償。雖許其爲雙方代理。亦不生利害之衝突故也。惟所謂專履行債務。係指狹義之清償言。卽一方之債務已屆清償期。代理一方給付。并代理他方受領之謂也。此種情形。多於金錢債務見之。若不作爲之債務、及不得由他人代爲清償之債務。自不得適用。又代物清償、(民法第三一九條)及更改。因其須考慮利害。學說上均主張不許爲雙方代理。至抵銷(民法第三三四條)得許雙方代理與否。學者間之主張不一。但此

際亦與債務清償相同。於利害上并無衝突。究以應許雙方代理爲宜。

第二目 共同代理

共同代理者、卽代理人有數人共同爲代理行爲之謂也。此種代理權、應共同行使。故稱曰共同代理權。其代理行爲。則稱曰共同代理。不問一般代理或特定代理、均有之。

同一事項。代理人有數人時。其代理權仍係單獨行使。抑應共同行使。德意志、瑞士、及日本等民法。均無明文。法蘭西、意大利民法。係就合夥契約。推定爲單獨代理。(法民法第一八五七條、

意民法第一七二一條)奧大利、撒克遜民法。則概推定爲共同代理。(奧民法第一〇二一條、撒民法第一三三三條)我國民法係以

共同代理爲原則。故明定代理人有數人者。其代理行爲。應共同爲之。但法律另有規定。或本人另有意思表示者。不在此限。(民法第一六八條)依此規定。凡同一事項有代理人數人時。必限於法律別有規定、或授權行爲另有訂定者。始適用例外。否則。應以共同代理爲原則。蓋所以杜無謂之爭議也。

同一事項。其代理人有數人。本應適用共同代理。若僅由一人單獨爲代理行爲時。此際效力

如何。亦不可不加以研究。關於此點。學者間亦有無效說及無權代理說之二種、從理論言。應以後說爲當。蓋此際亦與無權代理之情形相同。自應適用無權代理之規定。許經由本人承認而有效也。

第四項 代理權之限制與撤回

代理權之限制與撤回。應就其意義及效力研究之。茲分別說明如次。

第一、代理權之限制及撤回之意義。關於此點。更應就限制與撤回分別說明。

(一)代理權之限制。代理權之限制云者。即對於代理人普通應有、或本來已有之代理權限。依法律之規定或本人之意思表示而特加限制之謂也。

代理權得由法律限制。固屬當然。至本人能否以意思限制。應分別論之。其基於法律行爲授與者。當然得以法律行爲限制之。若係基於法律規定而生之代理權。則未可概論。惟就民法第一百零七條之規定言之。應解爲在當事人間得爲有效之限制。

(二)代理權之撤回。代理權之撤回云者。即本人使代理人原有之代理權全部消滅之意思

表示之謂也。此爲代理權消滅原因之一。通常應向代理人爲之。惟係向相對人爲授權行爲之時。是否應向相對人爲之。德意志民法。設有規定。（德民法第一六八條）我國民法就此未設明文。應解爲仍得向相對人爲之。

代理權是否得以撤回。民法第一百零八條第二項特設明文規定。原則上授權人可於授與原因之法律關係存續中。將代理權撤回。惟限於法律關係之性質。非事務終了不能撤回者。則以不撤回爲例外。蓋代理權之授與。爲代理權發生原因之一。代理權之撤回。爲代理權消滅原因之一。授與代理權。原冀保護本人之利益。若代理人於法律關係存續中。有違背代理職責。致不能增進本人之利益。或更因之受損害時。自不得不將代理權撤回。以資保護。但該法律關係之存續、與代理權之存續。有不可分離之關係時。自不應許其中途撤回。如訴訟代理權之與訴訟委任。有不可分離之關係。即不得中途撤回。其明證也。

第二、代理權之限制及撤回之效力。關於此點。應分當事人間之效力、與對於第三人之效

力說明之。

(一)當事人間之效力。關於當事人間之效力。除依民法第一百零八條第二項但書及其他特別禁止規定外。自應解爲代理之限制及撤回。均得任意爲之。且於授與人有此意思表示時。卽行生效。代理人不得違反之更爲代理行爲。

又授權證書。於代理權之得喪。關係甚鉅。故民法於第一百零九條特設明文規定。卽代理權撤回時。代理人須將授權書交還於授權者。不得留置。蓋此種授權書如許其留置。則代理人可假借本人名義。仍得與第三人爲法律行爲。非第妨害本人之權利。抑且有礙善意第三人之利益。不得不設專條限制之。

(二)對於第三人之效力。代理權之限制及撤回。對於第三人之效力如何。民法第一百零七條設有明文。卽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。所謂善意第三人。係指無過失之善意第三人言。蓋第三人出於故意。卽明知代理權有限制或撤回之事實、而復與代理人爲法律行爲者。法律固無保護之必要。其係基於過

失之第三人。即可以推知其有限制或撤回之事實、而仍與代理人爲法律行爲者。法律亦無保護之必要。惟第三人確實不知代理權有限制及撤回之事實。其不知并非由於過失者。乃可稱爲無過失之善意第三人。即本人不得以代理權之限制或撤回爲有效。代理人違背之而爲代理行爲時、仍應對本人發生效力。此即不得對抗之義也。

第五項 代理權之消滅

代理權消滅之原因事由。民法就此未設一般規定。茲大別爲代理權共同消滅之原因、及代理權特別消滅之原因。分述如次。

第一、代理權共同消滅之原因。此即指法定代理權與意定代理權共同消滅之原因而言。更分說如次。

(一)代理人死亡。代理係注重個人關係。決不能認代理權之繼承。故代理人死亡。代理權即歸於消滅。實爲共通之原因。但法律有特別規定時。仍應從之。如民法第五百五十一條規定之情形是。又代理人係法人者。於法人解散時。自應解爲喪失代理權。

(二)本人死亡。本人死亡。爲代理權消滅之原因。此在法定代理爲然。卽意定代理亦無不然。(參照民法第五五〇條)但有特別規定者。亦應從之。如民法第五百五十一條規定之情形。卽其明證。

(三)代理人喪失意思能力。代理制度之設。原具有補充意思能力、與擴充意思能力兩作用。代理人之意思能力。既喪失常態。則其代爲意思表示或代受意思表示時。必致陷本人於不利。故已變爲無意思能力之代理人。其代理權應歸於消滅。實爲當然之解釋。

(四)代理人宣告破產、或禁治產。代理人受破產、或禁治產之宣告時。其信用與能力、均完全喪失。自不能再充他人之代理。故亦爲代理權共同消滅之原因。惟具有民法第五百五十條但書之情形者。又當別論。

(五)本人宣告破產、或禁治產。本人宣告破產、或禁治產時。代理權亦因之消滅。惟具有民法第五百五十條但書之情形者。不在此限。

第二、代理權特別消滅之原因。此係指法定代理權與意定代理權各別消滅之原因言。分述

如次。

(一)法定代理權消滅之原因。法定代理權特別消滅之事由。除法律別有規定外。就一般原因言。則凡法定代理人資格之喪失、解任、或辭任等均屬之。

(二)意定代理權消滅之原因。意定代理權之消滅。依其所由授與之法律關係定之。此爲民法第一百零八條第一項所明定。故通常代理權之存續。應隨授權行爲之法律關係是否存續以爲斷。如該法律關係業已消滅時。其代理權自應隨之消滅。惟當事人於該法律關係有反對訂定或法律別有規定者。又當從其所定行之。

以上所述。係代理權消滅之原因。至代理權消滅後。應生如何之結果。亦不可不研究及之。即代理權一經消滅。則原代理人即喪失其代理權。如更爲代理行爲。則當適用無權代理之規定。須經本人承認。始能發生效力。否則。其行爲爲無效。因此際代理人之地位。已變爲無權代理人故也。

又代理權消滅時。代理人須將授權書交還於授權者。不得留置。此爲民法第一百零九條所明

定。蓋所以保護授權人之利益而防代理權之濫用也。

第二款 無權代理

無權代理者。乃不基於代理權而爲之代理行爲也。代理本僅以有權代理爲限。即須代理人具有代理權。且須依照代理權之範圍。代爲意思表示、或代受意思表示。始能直接對本人發生效力。此種不基於代理權而爲之代理行爲。根本上本應不發生何種效力。但從實際上觀察。其由無權代理所爲之法律行爲。法律上有時使之對本人生效。亦無非爲保護本人之利益而設。蓋此種行爲。凡具備法定條件者。必不害於本人之利益。不妨使之發生代理之效力。以臻交易之便利也。學者間因此種代理非真正代理。故一稱曰變態代理。

無權代理發生之原因有三。(一)代理權未發生者。即完全不基於授權行爲之法律關係而爲之代理屬之。(二)代理權已消滅者。即已喪失代理人之地位而更爲代理行爲屬之。(三)超越代理權限者。即雖爲代理。而所爲之法律行爲逾越代理權之範圍者屬之。

無權代理。又有廣義、與狹義之別。廣義之無權代理。學說上稱曰表見代理。狹義之無權代理。即指通常所稱之無權代理言。茲分項說明如次。

第一項 廣義之無權代理

廣義之無權代理者。即代理人雖無代理權。而因其他有可信為代理權存在之理由。遂由法律視為有代理權之代理也。此為民法第一百六十九條所明定。學者間因其為外部之表現。故一稱表見代理。茲分述其要件如次。

第一、由自己之行爲、表示以代理權授與他人者。此係指曾由本人表示以代理權授與代理人之行爲言。僅須本人向第三人、即代理行爲之相對人、爲此內容之表示即可。不必實際上另有授權行爲。又以廣告方法爲此表示時亦然。惟因向其他之第三人爲此項表示而偶爲相對人所知者。則不能適用本條之規定。

第二、知他人表示爲其代理人、而不爲反對之表示者。此即指他人以本人之代理人自稱。本人明知之而仍不向相對人爲反對之表示者言。又雖向其他之第三人爲反對表示。而未向

相對人爲之者。仍不得謂爲已有反對表示。不過相對人於可得而知之限度內。亦不能免除過失之責。

第三、須第三人純係善意毫無過失。此爲民法第一百六十九條但書所明定。即第三人明知其無代理權、或可得而知者。不在此限是也。蓋相對人之保護。應以善意爲限。若係惡意或有過失時。法律實無保護之必要。故本人對於該第三人。不負授權人之責任。

凡具有上述事實之一者。本人對於第三人。應負授權人之責任。換言之。即該項無權代理之法律行爲。與本於代理權而爲之法律行爲無異。仍直接對本人發生效力。此即民法第一百六十九條所規定之內容也。

第二項 狹義之無權代理

狹義之無權代理。乃指真正毫無代理權之代理言。即除上述廣義之無權代理外、而爲無代理權之代理行爲也。此種代理。從嚴格論。本無拘束本人之效力。惟一般立法例。均不以之爲全然無效。而認其對於本人，仍有一種不確定之效力。對於代理人。亦許於一定條件之下。

發生特種效力。我國民法亦然。蓋所以維持代理制度之信用而謀交易上之便利也。

民法對於無權代理之規定。僅係外部關係之效力。即本人與第三人間之關係、及代理人與第三人間之關係是也。至本人與代理人間之關係。純係內部關係。與外部關係無涉。故未另設規定。當就具體情形決之。茲特舉民法規定之效力。分述如次。

第一、本人與第三人之關係。第三人係指相對人言。應分本人之承認權及拒絕權、與相對人之催告權及撤回權說明之。

(一)本人之承認權及拒絕權。無權代理人以代理人之名義所爲之法律行爲。非經本人承認。對於本人不生效力。此爲民法第一百七十條第一項所明定。依此規定。無權代理人所爲之代理行爲。對於本人有無效力。其狀態原不確定。必經本人承認後。乃能確定生效。若本人不爲承認、或更有拒絕之表示時。則該項行爲。又將確定不生效力。故本人對於無權代理之法律行爲。實具有承認及拒絕之權利。茲分述如次。

(甲)承認。承認係由權利人一方行爲發生法律上之效力。故屬於形成權之一。且以本

人爲主體。但不能解爲專屬權。其由代理行爲所生之權利義務。若無專屬關係時。仍得將承認權移轉。不過該權利係與本人之地位相結合。除得繼承外。若出自讓與。則須與本人之地位一併讓與。如無權代理人爲不動產所有人締結租賃契約時。其承認權須與所有權一併移轉。卽其例也。

又承認權之主體。雖爲本人。而承認權之行使。則不限於本人。其由意定代理人或法定代理人代爲承認時。亦與本人自爲承認無異。

承認之要件有二。(一)承認既爲法律行爲。自應具備一般法律行爲及意思表示之成立及生效要件。(二)須其代理行爲。除欠缺代理權一事外。其他之成立及生效要件、均行具備。蓋代理權之欠缺。雖可因承認而補正。其他要件欠缺時。不能因承認而補正故也。

承認之性質。係使無代理權所爲行爲、與有代理權所爲行爲、生同一效力爲目的之法律行爲。因僅須本人一方之意思表示。故屬單獨行爲。又以其須向相對人爲之。自爲

有相對人之行爲。又其目的僅在使無權代理行爲生效。故爲從屬行爲。至其承認之法。民法既無特別規定。自可適用第一百一十六條應以意思表示爲之。且通常應向相對人爲之。其因事實上之便利向代理人爲之者。應解爲亦屬有效。

承認之效力。在使該代理行爲、與有代理權之代理行爲相同。此不僅於他代理人與本人、暨本人與第三人間爲然。即對於任何人亦無不然。又此效力應自何時發生。既無特別規定。應依民法第一百十五條解釋之。

(乙)拒絕。無權代理行爲。只須本人不爲承認。即不生法律上之效力。本無待再爲拒絕。惟法律既認定本人得爲拒絕。自應解爲係一種權利。且爲形成權之一。

拒絕之性質。學說上有主張爲係表示不承認之觀念表示者。亦有主張係拋棄承認權之意思表示者。從實際上觀察。應以後說爲是。餘與承認之性質相同。又拒絕之方法亦然。可參照承認之說明。

拒絕之效力。即在喪失承認權。故經本人拒絕後。該代理行爲。乃確定對本人不生效

力。本人以後不得更爲承認。相對人亦無須更爲撤回。

(二)相對人之催告權及撤回權。無權代理行爲。既因本人之承認或拒絕而確定有效或無效。故在未承認或拒絕之前。法律爲保護相對人之利益起見。更許相對人有催告或撤回之權。茲更分述如次。

(甲)催告。無權代理行爲之相對人。得定相當期限。催告本人確答是否承認。如本人逾期未爲確答者。視爲拒絕承認。此爲民法第一百七十條第二項所明定。故催告爲一種權利。且爲形成權之一。學說上稱曰催告權。其主體雖爲相對人。但不必由相對人自行行使。且得繼承。并得與因代理行爲所生之法律關係。一併讓與。

催告之要件有二。(一)須定相當期限。即凡未定期限、或所定期限不相當者。均不生

效。惟期限是否相當。應就具體情形。依客觀標準定之。(二)須有無權代理行爲。即須該行爲僅欠缺代理權。其他代理行爲之要件。均已具備。

催告係一種通知。即催告本人以要求其確答是否承認之觀念表示也。本人如應催告而

於所定期間內爲確答者。則不問其係承認或拒絕。均生承認或拒絕之效力。催告有實益者。本人如未於所定期限內確答。卽視爲拒絕承認。以後對於本人及相對人暨其他任何人。均生拒絕之效力。該無權代理行爲。卽確定對本人不生效力。不許更爲反對之表示。此種規定。原爲適合當事人之意思而設也。

關於逾期未爲確答一層。果係於期限內而未爲確答之義。抑係於期限內確答未到催告人之義。學者間之主張。尙不一致。惟依準用民法第九十五條第一項規定之結果。應以後說爲是。又承認之確答遲到時。如係契約。可準用民法第一百五十九條及第一百六十條第一項之規定。

(乙)撤回。無代理權人所爲之法律行爲。其相對人於本人未承認前。得撤回之。但爲法律行爲明知其無代理權者。不在此限。此爲民法第一百七十一條所明定。蓋撤回爲本人之權利。亦爲形成權之一。學者間稱曰撤回權。撤回爲一種有相對人之單獨行爲。其方法應準用民法第一百一十六條之規定。

撤回之要件有三。(一)須具備一般法律行爲、及意思表示之要件。(二)須於本人未爲承認前爲之。此爲法律所明定。蓋既經承認。其行爲已對本人完全生效。自不能再行撤回也。(三)須相對人爲善意。卽相對人不知其爲無權代理。若明知其無代理權而更與該代理人爲法律行爲時。則不許撤回。

無權代理行爲。一經相對人撤回。卽對於本人確定不生效力。嗣後本人不得更爲承認。且亦毋須拒絕。相對人亦不得更爲催告。此皆撤回之效力也。

第二、代理人與第三人之關係。無權代理人以他人之代理名義。所爲之法律行爲。對於善意之相對人負賠償損害之責。此爲民法第一百一十條所明定。蓋此種無權代理行爲。因其不能對本人直接發生效力。善意之第三人。難免因之受損。法律上不能不有保護之方法也。茲就責任之論據、責任之內容、及責任之要件。分述如次。

(一)責任之論據。無權代理人所爲之代理行爲。相對人應負責任。其理由如何。學者間之主張不一。就其主要者言。約有左之五說。

(甲)契約當事人說。此說以代理人爲契約之當事人。故應負責。然此際既係以他人之代理人名義行之。其契約當事人。應仍爲本人與相對人。故此說殊不足採。

(乙)不法行爲說。此說謂代理人既無代理權而冒充代理。其行爲卽屬不法。此種不法行爲。不能不令其負責。然不法行爲。必以侵權行爲爲前提。此際之無權代理行爲。究不必卽爲侵權行爲。故亦無足取。

(丙)過失說。此說以代理人爲無權代理行爲。不能辭過失責任。故應使之負責。然從實際觀察。亦有不必因過失而爲無權代理人者。故仍不足採。

(丁)擔保說。此說謂代理人此際曾有默示擔保代理行爲生效之附屬契約。故應使之負責。在德國普通法時代。多主此說。然以其必於此時有擔保意思。究與事實不符。故亦無足採。

(戊)特別責任說。此說謂代理人此際具有法律上特別責任。法律上使之負責。實爲保護相對人之利益、及維持代理制度之信用而然。既非基於過失。并非代理人有契約上

或侵權行爲上之責任。此說實較以上各說爲當。

(二)責任之內容。關於責任之內容。各國立法例約有左之兩主義。

(甲)代理人有賠償損害或履行契約之責任。相對人可於二者之中選擇請求。此爲德意志及日本民法所採之主義。(德民法第一七九條一項、日民法第一一七條一項)我國舊民律草案及修正案從之。(舊

案第二四〇條、修正案第一七一條)

(乙)代理人僅有賠償損害之責任。此爲法蘭西、意大利、民法、及瑞士債務法所採之主義。(法民法第一二〇條、意民法第一二二九條、瑞債務法第三九條)我國現行民法從之。即所謂對於善意之相對人負損

害賠償之責是也。此主義在理論上固屬適合。然實際上對於相對人之保護。究不如日德主義之周到。

損害賠償之範圍。既無特別規定。自應依民法第二百一十六條之規定行之。

(三)責任之要件。關於責任之論據及內容。業已說明。惟發生此項責任時。須具一定之要件。茲分述如次。

(甲)須爲無代理權之代理行爲。即須無代理權人以他人之代理人名義所爲之法律行爲。不問契約及單獨行爲。均得適用。惟純粹法文。應以積極代理爲限。

(乙)相對人須屬善意。即相對人須不知其無代理權。而與之爲法律行爲。德、日民法。更明定相對人須無過失。(德民法第一七九條三項、日民法第一一七條二項)

(丙)須未得本人之承認。此點民法雖無明文。但他國民法多設明文規定。自得援爲同一解釋。蓋既經本人承認。則該行爲已直接對本人生效。代理人自無庸再負賠償之責。

第四款 復代理

復代理人者。由代理人因行使其代理權限之全部或一部、以自己名義所選任。而爲本人之代理人也。其性質既非代理人之代理人。又非本人選任之代理人。更非新舊代理人之遞嬗。而爲代理人以自己名義所選任之本人之代理人也。故復代理人除關於選任之點、與代理人有異

外。餘與代理人均同。惟代理範圍。有時較代理人爲狹。蓋既由代理人所選任。即應由代理人定之也。

代理人對於復代理人之選任。德意志學者稱之曰復任權。此種復任權是否可一般行使。德意志民法未設一般規定。對於委任代理。且有禁止之明文。(德民法第六六四條)瑞士債務法及奧大利民法亦然。

(瑞債務法第三九八條三項、奧民法第一〇一〇條)法國民法則僅就代理人選任復代理人時之責任。設有規定。

其就此規定最詳者。厥惟日本民法。我國舊民律草案從之。即明法定代理人得自由選任復代理人。惟通常須負一切責任。意定代理人則以不得選任復代理人爲原則。惟有不得已之事由、或經本人許諾者。始得選任。其所負責任。亦僅以其選任及監督之範圍爲限。

我國現行民法總則編。關於復代理之選任。未設明文。對於委任、雇傭等。且於債編設有反對規定。(民法第五三七條、第四八四條一項)故在意定代理。如無特別訂定時。應解爲代理人不許選任復代理人爲原則。惟於經本人同意、或另有習慣、或其他有不得已之事由時。始能選任。至法定代理人。則凡有不得已之事由時。自得選任復代理人。實爲當然之理論。關於選任之責任。應解

爲與日本民法相同。

第六節 無效及撤銷

法律行爲不具備法定之要件者。稱曰不完全之法律行爲。卽其法律行爲之效力。在法律上全然不發生。或不完全發生之謂也。其全然不發生法律上效力之行爲。是爲無效之法律行爲。其不完全發生法律上效力之行爲。則爲可得撤銷之法律行爲。故不完全之法律行爲。可別爲無效、及得撤銷之二種。茲分款說明如次。

第一款 無效之法律行爲

無效之法律行爲云者。法律行爲應發生之效力。在法律上全然不發生之謂。申言之。卽法律行爲於法律上當然並確定不發生依其內容應發生之效力之謂也。茲分述如次。

第一、無效係不發生該法律行爲內容應發生之效力。無效、係指依法律行爲之內容應發生

法律上之效力全然不發生者言。若非屬於內容之效力。則雖在無效之時。仍可發生。

第二、無效係確定不生效力。無效、係指在法律上已確定不生效力言。即不能更因當事人之行為、或時間之經過、暨事情之變遷而變為有效。故凡法律行為現雖未發生效力。而尙未確定將來無效者。不得謂之為無效之法律行為。

第三、無效係當然不生效力。無效係指在法律上當然不生效力言。即該法律行為對於當事人及法院方面。均不須再為何等行為。而應自然歸於無效之謂也。故無論何時。均得為無效之主張。不受時效之限制。即不因時效期間之經過而成為有效。

第四、無效係以絕對無效為原則。無效之法律行為。通常均屬絕對無效。即不問任何人。均得主張無效。並對任何人。亦得為無效之主張。惟於法律有特別規定之時。始為相對之無效。如民法第八十七條第一項規定通謀之虛偽意思表示。其特例也。

至無效之原因。係基於該法律行為欠缺生效之要件。蓋法律行為生效之要件有二。其一、為共通生效要件。其二、為特別生效要件。前者係指一切法律行為所應具備之要件言。欠缺其

一、即屬無效。如意思能力、暨權利能力之欠缺。意思與表示不一致。法律行為內容之不法、或不能等屬之。後者係指特種法律行為獨應具備之要件言。其行為雖具備共通生效要件。若欠缺特別生效要件。仍屬無效。此項要件。應就各該法律行為決之。如買賣因代價未付。清償因債權不存。婚姻因方式不完之類是。

第一項 無效法律行為之種類

法律行為之無效。約有種種之類別。茲分述其主要者如次。

第一、原始無效及至後無效。原始無效者、即自法律行為當時、因欠缺生效要件而根本無效之謂也。至後無效者。乃於法律行為之後、發生效力以前。因欠缺生效要件始為無效之謂也。通常所稱無效。屬諸前者。後者尚非真正之無效。蓋無效云者。係指自初未具備要件而確定為無效之謂也。

第二、絕對無效及相對無效。絕對無效者。即法律行為自始全然不發生法律上效力之謂也。相對無效者。即法律行為非一般無效。唯對於特定私人始為無效之謂也。通常之無效。

概屬前者。後者則須有特別明文之規定。

絕對無效及相對無效之區分。有以人爲標準者。即對於一切人無效。爲絕對無效。對於特定人無效。爲相對無效是。亦有以裁判爲標準者。即不必經裁判上之宣告而無效者。爲絕對無效。其必經裁判上之宣告始無效者。爲相對無效是。然不問採何標準。苟無特別明文時。概以無效爲原則。

第三、全部無效及一部無效。法律行爲之內容。具有全部無效之原因者。其行爲應全部無效。固爲當然之理論。惟僅其內容之一部有無效之原因時。究應全部皆爲無效。抑僅係該一部無效。不無研究之價值。關於此點。從來立法例。約有二主義。其一、一部無效主義。此爲羅馬法所取。即以一部無效不致全部無效爲原則。德意志普通法從之。我國前大理院解釋亦然。（民國四年上字第
一二一八號解釋）其二、全部無效說。此爲德意志現行民法所取。（德民法第
一三九條）即以一部無效、應致全部無效爲原則。瑞士債務法從之。（瑞債務法第
二〇條二項）我國現行民法亦然。故於第一百十一條明定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。此種規定。原則上以法律行爲之內容爲不可分。故通常凡法律行爲有一部分無效者。其全部皆爲無效。惟依該法律行爲之性質、或法律規定、暨當事人之意思表示。其內容有劃分之可能。即除去該無效之部分。其法律行爲仍可成立者。則其他部分。仍可使其生效。蓋所以劃清當事人之意思而免無謂之紛爭也。

第二項 無效法律行爲之轉換

無效法律行爲之轉換云者。即無效之法律行爲。若具備他法律行爲之要件。并因其情形。可認當事人若知其無效。即欲爲他法律行爲者。其他法律行爲仍爲有效之謂也。此爲民法第一百十二條之規定。係爲尊重當事人之意思而設。蓋當事人所爲之法律行爲。原希望發生法律上之效力。其不生法律上之效力。乃因於法定要件之欠缺。實非當事人本來之願望。故其所爲之行爲。於甲種法律行爲之法定要件。雖未具備。不能發生法律上之效力。然就乙種法律行爲觀察。其要件並無欠缺之可言。則當事人如明知其行爲不合甲種法律行爲之法定要件。自必有爲乙種法律行爲之意思。以求達到希望之目的。故此種行爲。在甲種法律行爲。雖不

生效。而在乙種法律行爲。則當然應使其發生法律上之效力。庶不背當事人之意思。如發行票據之行爲。依票據法第八條。欠缺票據法所規定應記事項之一者。其票據雖不發生票據上之效力。然就契約方面觀察。則與不要因債務之承受契約要件相符。其額面所記載之金錢價格。仍發生債權債務關係而有法律上之效力。即本條所定其他法律行爲仍爲有效之適例也。又本條之設。不僅尊重當事人之意思。且足保護第三人之權利。如此種票據行爲。在票據法上雖應認爲無效。若在契約上、該法律行爲亦認爲無效。則額面金額。發行人可謬爲自始無效。不負清償責任。其影響第三人之利益。實非淺鮮。此又民法仿照德國民法設定本條之要旨也。(德民法第一四〇條)

第三項 無效法律行爲之承認

無效法律行爲之承認云者。即對於無效之法律行爲加以追認。使其從新發生效力之謂也。承認有溯及效與非溯及效之別。前者係溯及承認以前生效。揆諸理論。實不可能。蓋無效既屬行爲成立時已確定不生效力。自不能於事後因當事人之承認而溯及當初生效也。後者係除去

無效之原因而爲承認。使其自承認時起。從新生效。於理論上尙屬可能。故日德民法、(日民法第一一九條但書德)暨我國舊民律草案及修正案、(舊草案第二五四條)均定明視爲新行爲。而使之生效。現行民法、就此雖無明文。亦應爲同一解釋。蓋此際不啻當事人從新爲同一法律行爲。僅須除去前此無效之原因。無庸從新更爲行爲。卽就舊行爲加以承認。使之自承認時起。從新視作新行爲生效。於實際上甚爲便利故也。

第四項 無效法律行爲當事人之責任

無效之法律行爲。既確定自始無效。其行爲當事人之責任如何。亦不可不有明確之規定。故民法第一百十三條特定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。此種規定。係爲保護相對人之利益而設。蓋法律行爲之無效。有適法行爲與不法行爲之別。適法行爲之無效。當事人無故意或過失之可言。故除自始不發生法律上之效力外。當不負回復原狀或損害賠償之責任。不法行爲之無效。則類基於當事人之故意或過失。此種因故意或過失之行爲。除自始不生效力外。其有故意或過失之行爲人。對

於他方所爲之給付。自應負回復原狀之責任。如不能回復原狀。或無須回復原狀。而仍有損害時。則對於他方。應負損害賠償之責任。否則。該不法行爲雖爲無效。而相對人因之受損害。仍失法律保護善意相對人之至意。此本條設定之要旨也。

第二款 得撤銷之法律行爲

得撤銷之法律行爲云者。因法律行爲受不利益之關係人。本諸附著於其行爲之瑕疵。使喪失其行爲效力之謂也。申言之。法律行爲因其意思表示有瑕疵。而由特定人否認其已發生或將發生之效力之謂也。此否認之行爲。稱曰撤銷。其得行使否認之權利。稱爲撤銷權。茲更分析說明如次。

第一、得撤銷之法律行爲。須其效力已發生或將發生者。即凡得撤銷之法律行爲。須爲已發生法律上之效力者。或將來可發生法律上之效力者。由特定人對於該行爲加以否認。此點與無效之法律行爲、已確定不生效力者。固不相同。即與不生效力之法律行爲。其發生

效力與否、尚不確定者。亦復有別。

第二、得撤銷之法律行為。其效力須在未確定狀態中。即對於效力尚未確定之法律行為。

一經撤銷。則確定自始無效。（民法第一一四條一項）若對於該法律行為。經特定人之承認、（民法第一一五條）

條除斥期間之屆滿、（民法第七四條二項）及消滅時效之完成、（參照民法第四一六條二項第四一七條）等原因。致撤銷權

消滅時。則確定自始有效。其未經過此等程序以前。該法律行為雖已發生或將發生依其內容應生之效力。但其效力、在法律上不能視為確定。必經過此等程序。乃能確定其效力之有無。此即得撤銷法律行為之特徵也。

第三、得撤銷之法律行為。其效力須依撤銷而喪失。撤銷係消滅法律行為已生或將生之效力。換言之。即法律行為已發生效力者。則否認之而使之與未發生效力者相同。法律行為僅將來可發生效力者。則否認之而使之不再發生效力。故撤銷云者。乃撤銷法律行為為基本要件意思表示之效力之謂也。

撤銷與撤回。其意義頗有區別。撤回多係就意思表示尚未發生效力前為之。（參照民法第九五條一項但書）

雖有時法律亦許撤銷回已生效力之意思表示。但多係廢止該意思表示以後之效力。與撤銷
恆發生溯及效力者不同。且撤回通常多屬觀念表示。例外乃爲意思表示。與撤銷之專屬意
思表示者。亦不相同。

第四、得撤銷之法律行爲、須由有撤銷權者行使之。撤銷爲撤銷權之行使。故必須具有此
種權利之人。始得爲之。撤銷權者。依一方意思表示而消滅法律行爲之效力之權利也。屬
諸形成權之一。通常自爲財產權。有移轉性。但其性質係從權利。如由該法律行爲所生之
關係有專屬性者。則撤銷權自亦不得獨立移轉。故得撤銷之法律行爲。與無效之法律行爲
有別。無效之法律行爲。任何人均得主張之。得撤銷之法律行爲。惟有撤銷權者始得行使
之。必經過撤銷手續而成爲無效之時。一般人始有主張之權。

至撤銷之原因。乃基於意思表示之瑕疵。其瑕疵事實。必須依法律之規定。不能由當事人以
意思表示決之。又撤銷之原因。可大別爲一般原因、與特別原因之二種。前者爲一般法律行
爲共通撤銷之原因。如民法第八十八條、第八十九條、第九十二條各規定是。後者即法律就

特種法律行爲所規定之撤銷原因。如民法第二百四十四條、第四百十六條第一項、及第四百十七條各規定是。其因此等特別原因而爲撤銷時。如無特別原因。仍應適用民法第一百十四條至第一百十六條之通則規定行之。

第一項 撤銷之主體及客體

得撤銷之法律行爲。其撤銷之主體、與撤銷之客體如何。亦不可不加以研究。茲更分別說明如次。

第一、撤銷之主體。撤銷之主體。係指有撤銷權之人言。簡稱曰撤銷權人。何人有撤銷權。應就具體規定解釋之。但在由一般原因所生之撤銷權。其主體自爲有瑕疵之意思表示之人。雖在代理行爲中。仍應以本人爲撤銷權人。惟此係就撤銷權之歸屬言。若撤銷權之行使。則不必以本人爲限。可由代理人代爲之。

第二、撤銷之客體。撤銷之客體。係對撤銷之主體而言。撤銷行爲之客體。非法律行爲。亦非意思表示。乃爲法律行爲或意思表示之效力。蓋法律行爲或意思表示。均係一種事實

。事實不能以人爲抹殺。其由事實所生之效力。乃能以人爲抹殺。故撤銷之客體。僅專指意思表示之效力言。惟撤銷意思之效力。究係撤銷其全部。抑僅撤銷其一部。又應分別說明之。

(一)撤銷之原因。係存於意思表示之全部者。應撤銷全部之效力。蓋以其原爲一體。不能不使全部失效也。

(二)撤銷之原因。若僅存於意思表示之一部者。則未可概論。須就該行爲之性質及當事人之意思以決定之。即(甲)如依其行爲之性質爲不可分之關係者。仍撤銷全部之效力。(乙)如依行爲之性質爲可分之關係者。則須依當事人之意思決之。且應適用民法第一百十一條之規定。

第二項 撤銷權之行使及消滅

撤銷權之行使、與撤銷權之消滅。均關重要。茲分別說明如次。

第一、撤銷權之行使。 撤銷權之行使。又應分撤銷之方法、爲撤銷之人、與被撤銷之人三

項說明之。

(一) 撤銷之方法。關於撤銷之方法。各國立法例約有左之二種。

(甲) 須於訴訟上爲之。即須向法院聲請撤銷、此爲法蘭西及意大利各民法所取。(民法

法第一三〇四條、意
民法第一三〇〇條)

(乙) 僅以意思表示爲之。此爲德意志及日本各民法所取。(德民法第一三四條、日民法第一二三條) 我國民

法第一百十六條第一項之規定。即本此旨。故撤銷之表示方法。僅須適用一般意思表示、及法律行爲通則之規定。不須於訴訟上爲之。其於訴訟上爲之之時。亦不必特行起訴。即僅以之爲攻擊或防禦之方法亦可。惟此僅就原則言。亦有依法律之規定。例外須於訴訟上爲之者。如民法第七十四條所規定之暴利行爲。及第二百四十四條所規定之詐害行爲等屬之。

(二) 爲撤銷之人。關於此點。在表意人爲一人。而有撤銷權者亦僅爲一人之際。固無問題。若表意人有數人。而有撤銷權者僅爲一人、或爲數人之時。其撤銷權應如何行使。

自不能不加以研究。茲分別說明如次。

(甲)表意人有數人。而有撤銷權者僅爲一人、或僅爲全體之一部分人者。該一人、或該一部分人、得獨立行使其撤銷權。乃爲當然之理論。惟其行使之效力、是否影響於他人。則應適用民法第一百十一條之規定。

(乙)數人有撤銷權者。除有不可分之關係外。其撤銷權之行使。應解爲不限於全體。卽一人或其一部分人爲之亦可。

(三)被撤銷之人。撤銷爲不要式之一方行爲。惟是否須被撤銷人接受意思表示。德意志及日本民法。頗不相同。德意志民法。則定撤銷爲須相對人接受之一方行爲。且更設有詳細規定。(參照德民法第一四三條)卽不問契約、或單獨行爲。均應向其相對人、或取得權利人爲之。日本民法。則僅定爲於相對人確定時。應向相對人爲之。(日民法第一二三條)至相對人不確定、及更有由該行爲取得權利之第三人時。則未設明文。其一般學者之主張。均謂如更有由該行爲取得權利之時。亦僅能向最初之相對人爲之。若相對人不確定之時。則不待

接受、亦應生撤銷之效力。

我國民法第一百十六條第二項規定相對人確定者。其撤銷之意思表示。應向相對人爲之。係仿照日本民法。故無論契約或單獨行爲。凡有確定之相對人者。均應向該相對人爲撤銷之意思表示。但如由該契約或單獨行爲所生之法律關係。更爲第三人繼承者。自應以該第三人爲相對人。如相對人未確定時。則應解爲無待接受意思表示、亦生撤銷之效力。惟此僅指一人爲相對人時言。若相對人有數人時。其撤銷之表示方法如何。又當分別論之。

(甲)數人中僅一人或一部分人有撤銷原因者。自僅得對各該有撤銷原因之人爲撤銷。至其效力是否及於他人。應適用民法第一百十一條之規定。

(乙)多數人全體有撤銷原因時。應否須對全體爲撤銷。須視其是否有無可分之關係而定。如係可分關係者。則無須對全體爲撤銷之表示。

以上所述。均爲撤銷權行使之內容。至撤銷之時期。應解爲凡在撤銷權未消滅以前。均得

隨時爲之。

第二、撤銷權之消滅。撤銷權消滅之原因。可大別爲左列四種。

(一) 撤銷之實行。撤銷權爲形成權之一。既已爲撤銷之實行。其撤銷權自因已經行使而歸於消滅。

(二) 撤銷權除斥期間之屆滿。如民法第七十四條第二項、第九十條、及第九十三條所規定之除斥期間屆滿。則撤銷權歸於消滅之類是。

(三) 撤銷權消滅時效之完成。如民法第四百十六條第二項、第四百十七條所定之消滅時效完成之時。則撤銷權歸於消滅之類屬之。

(四) 承認。承認、係對得撤銷之法律行爲加以追認。追認之後。撤銷權歸於消滅。自不待言。

第三項 撤銷之效力

撤銷之效力云者。即因撤銷而生法律上效力之謂也。此爲民法第一百四十四條所規定。茲分述

如次。

第一、法律行為經撤銷者。視為自始無效。依此規定。撤銷之效力。係溯及該法律行為當時。即法律行為已發生效力者。則等於自始未發生效力。如尚未發生效力者。則以後更不能發生效力。此即為撤銷之溯及力。又民法既定明文。自始無效。則得撤銷之法律行為。既經撤銷。即與無效之法律行為相等。亦屬無效。惟此種無效。係因撤銷而確定。與不經撤銷而為自始無效之法律行為有別。但既確定無效時。則亦為絕對無效。不能於撤銷後再使之有效。且不僅對當事人間無效。即對於一般人。亦均無效。

第二、當事人知其得撤銷、或可得而知者。其法律行為撤銷時。準用民法第一百十三條之規定。此蓋為保護相對人之利益而設。其所謂相對人。係指為得撤銷法律行為之人及其相對人言。惟在由代理人為意思表示時。其知否應就代理人決之。（參照民法第一〇五條）表意人或其相對人既明知其有撤銷原因、或可得而知其有撤銷原因、而仍為該意思表示。自應令其於撤銷時、對他方負回復原狀或賠償損害之責任。以保護善意相對人之利益也。茲所謂回復

原狀。係指爲該法律行爲前之原狀言。茲所謂損害。係指因撤銷而受之損害言。於不能回復原狀、或無須回復原狀而仍受有損害時。均應責令賠償。

第四項 須經承認之法律行爲

須經承認之法律行爲者。卽法律行爲須經過承認手續、始能發生效力之謂也。民法上得經承認而有效之法律行爲。約有種種。其一、限制行爲能力人所爲之契約。其二、無代理權人所爲之代理行爲。其三、無效之法律行爲。其四、卽本款所述得撤銷之法律行爲是也。民法第一百十五條及第一百十六條雖將承認規定於撤銷之後。但並非僅就得撤銷之法律行爲始能適用。凡就一切效力不完全之法律行爲。應解爲均可適用。特無效法律行爲之承認。不能生溯及效力。此則由其性質使然也。茲就承認之內容。分述如次。

第一、承認之性質。關於得撤銷法律行爲之承認。我國舊民律草案及前大理院判例。係沿

襲日本民法之用語。稱曰追認。

(參照舊草案第二五八條及民國七年上字第一一〇五號判例)

現行民法則沿舊民律修正案。

(修正案第一八〇條)

改稱曰承認。其實兩者之意義。完全相同。至承認之性質如何。學說上約有左

之二派。

(一)拋棄撤銷權說。此說謂承認之性質。不啻爲拋棄撤銷權之意思表示。蓋未經承認以前。撤銷權尙屬存在。既經承認以後。則撤銷權歸於消滅。故承認卽爲撤銷權之拋棄。德意志及日本一般學者。類主此說。

(二)確定效力說。此說謂承認之性質。係爲確定法律行爲之效力所爲之意思表示。德意志及日本少數學者。頗持此說。

上述兩說。依我國民法第一百十五條之規定。應以第二說爲適當。蓋就溯及爲法律行爲時發生效力之意義觀之。此種承認行爲。完全係欲使效力未確定發生之法律行爲。因承認而確定發生效力之意思表示。故不完全生效之法律行爲。必經過承認手續。其效力之發生。乃能確定。此不僅在得撤銷法律行爲之承認爲然。卽在一般不完全行爲之承認。亦無不然。

第二、承認之要件。承認之要件。有一般要件、與特別要件之殊。茲僅就一般要件說明之。

。至特別要件。應就特別規定解釋。未可概論。

(一)承認非有撤銷權者。不得爲之。換言之。卽須有承認權者。始得爲之。

(二)須於知有瑕疵原因、或應經承認之法律行爲之後。爲承認之表示。

(三)須對於該應經承認之法律行爲、爲承認之表示。

(四)承認是否須於瑕疵原因終止後爲之。舊民律草案(舊草案第二六〇條二項)仿日本民法。(日民法第一二四條)

設有明文。現行民法就此未經明文規定。應解爲未可概論。惟在被脅迫之際。依民法第九十三條之規定。應解爲須自脅迫終止後爲之。方與立法本旨相符。

第三、承認之方法及時期。承認之方法。應以意思表示爲之。如相對人確定者。應向相對人爲之。此爲民法第一百十六條所明定。餘可參照撤銷之說明。

承認之時期。應解爲只在該法律行爲效力未確定以前。均得爲之。惟在拒絕承認、或視爲拒絕承認或撤銷之後。不得爲之。此爲當然之解釋。

第四、承認之效力。承認之效力。爲民法第一百十五條所明定。卽經承認之法律行爲。如無特別訂定。溯及法律行爲時發生效力。此爲承認有溯及效力之原則。蓋承認通常係就得

撤銷之法律行爲爲之。此項行爲。自行爲時原已生效。不過其效力尙未確定。須經過承認之手續。其效力乃能確定發生。故對於該行爲所生效力之原狀。予以維持。使之溯及行爲時生效。乃爲當然之理論。又就限制行爲能力人所訂立之契約爲承認。或就無權代理人所爲之法律行爲爲承認。通常亦係欲使其自行爲時生效。故法律定明凡須經承認之法律行爲。無論其爲何種行爲。原則上均應溯及法律行爲當時生效。但此際另有特別訂定。如定明僅自法律行爲以後生效、或自承認時始行生效之類者。仍可依特約行之。此蓋尊重當事人之意思而特設例外之規定也。

第五項 須得第三人同意之法律行爲

法律行爲之成立。通常本係由於雙方當事人之合意。然亦有須得第三人同意始能發生效力者。此爲民法第一百十七條所規定。其同意或拒絕得向當事人一方爲之。所謂須得第三人同意始生效力之法律行爲者。即依法律規定或其他情形。必以第三人同意爲其生效要件之法律行爲也。如監護人所爲之特種法律行爲。須得親屬會議之同意、始能發生效力屬之。此項法律

行爲之是否發生效力。既以第三人之同意、或拒絕同意爲要件。則其同意或拒絕之方法。不可不明白規定。故民法仿德意志民法。（德民法第一八二條）特定爲向行爲人、或其他相對人爲之均可。即所謂得向當事人一方爲之是也。茲分說如次。

第一、同意之性質。同意之性質。應解爲係一種補助法律行爲。蓋同意係對於他人所爲之法律行爲。加以認許之表示。使之發生固有之效力。此項效力意思。適爲法律所尊重。付與同一之效力。其爲法律行爲。自不待言。但該行爲爲自身。並無獨立之效力。故其性質應認爲屬於補助行爲。

第二、同意之時期。同意之表示。有於事前爲之者。有於事後爲之者。德意志民法稱前者曰豫諾。稱後者曰追認。我國民法就此雖無明文。但亦應解爲第三人於行爲前或行爲後爲之。均無不可。

第三、同意之撤回。德意志民法對於豫諾之同意。更定明得於法律行爲前撤回。（德民法第一八三條）我國民法雖未設明文。應解爲其同意非係基於法律上之義務者。亦於未爲法律行爲前。

得向行爲人或其相對人爲撤回之通知。並不受民法第九十五條第一項但書之限制。

第四、同意之方式。同意係不要式行爲。故無須依原法律行爲所定之方式。關於此點。德

意志民法。設有明文。(德民法第一八二條二項)我國民法雖未設明文。亦可爲同一解釋。

第五、同意之拒絕。同意之拒絕。係單純表示不承認之觀念。應解爲係一種觀念表示。蓋此種拒絕之表示。雖在法律上有確定原法律行爲無效之效力。但究與第三人之意思無干。只能認爲係一種觀念表示也。

第六項 無處分權之法律行爲

無處分權之法律行爲者。卽無權利人就權利標的物所爲之處分行爲也。就通常言。處分權利。必具有處分權能者。始得爲之。若無權利人對於權利標的物擅行處分。其處分行爲。在法律上當然不生效力。否則。甲賣丙物。乙售丁產。則私有制度。破壞無餘。殊背法律保護之本旨。故此種行爲。應以無效爲原則。雖事前事後取得本人之同意。理論上亦應使之無效。方足維持固有之權利。然如此辦理。實際上甚感不便。故民法仿德意志民法。(德民法第一八五條)於

第一百十八條。特設例外規定。以資救濟。茲分述如次。

第一、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。

此爲民法第一百十八條第一項所規定。即無權利人就他人之權利標的物所爲之處分。若於處分前取得權利人之同意。或於處分後經權利人之承認者。其處分行爲。因同意或承認。而發生法律上之效力。蓋無權處分。雖屬無效。然既經有處分權人表示同意或承認。即無異係有權利人自己從新處分之行爲。使之有效。實爲正當。

第二、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。

此爲民法第一百十八條第一項所規定。蓋無權利人處分他人之權利標的物後。恆有依一般繼承、或特別繼承而成爲權利人者。前者如財產繼承、及遺贈等屬之。即後主將前主得以移轉之權利義務全部或一部而承繼之是也。後者如物品之買賣、及債權之移轉等屬之。即後主將前主得以移轉之各個權利義務而承繼之是也。因此等繼承關係之發生。恆有由無權利人而變爲有權利人者。其在無權利時代所爲之處分行爲。固不生法律上之效力。然入於

有權利時代。則當然有處分之權能。故法律上對於此種情形之處分。認爲自始有效。即有溯及處分行爲時之效力。蓋前之所爲處分。雖因無權而失效。然既已有權。則不能不溯及自始生效。以保護相對人之利益而謀交易上之安全也。

第三、無權利人於未取得權利前。曾爲數次處分行爲。而前後相牴觸者。若嗣後取得權利時。各行爲之效力。應以其最初之處分行爲爲有效。

此爲民法第一百十八條第三項之規定。即『前項情形。若數處分相牴觸時。以其最初之處分爲有效』是也。前項情形。係由無權利人變爲有權利人時。認定其處分行爲有溯及效力。然因事實上之變遷。其所爲之處分行爲。恆不止一次。或有繼續爲數次之處分者。其在僅爲一次處分、或雖爲數次處分而不相牴觸時。固不發生問題。若數次處分中。先後有相牴觸之情形時。究應以何次爲有效。則不能不有明確之規定。故民法特定以最初之處分爲有效。以免爭議。即最初行爲之相對人。對於行爲人及其他之相對人并一般人。均得主張該處分行爲爲有效。至行爲人對於其他相對人之責任。應適用民法第一百三十三條之規定。

蓋對於善意之第三人。又不能不保護其利益也。

第四章 期日及期間

第一節 概說

期日、及期間。總稱之曰時。亦稱曰時間。時間者。即測定事實先後發生之標準也。時間與空間、本均無窮極。但事實之發生。既有先後之殊。即不能不有一定標準。故所謂時間者。乃吾人因測量事實先後之便宜所定之一種尺度也。

時間之性質。學者間之主張。約有兩說。其一、法律事實說。即主張時間爲一種法律事實。其二、非法律事實說。即主張時間本身。僅足以影響法律效力。并不能如法律行爲、及時效。能獨立引起法律效力。故不能謂其爲私權變動原因之法律事實。兩說比較。應以後說爲當。時間既爲測定事實先後發生之標準。故在法律上之地位。甚屬重要。如逾一定之時間。則生

法律上之效力、或失法律上之效力。又如於一定之期間。行使其權利者。則取得其權利。於一定之期間。不行使其權利者。則喪失其權利。卽其例也。故在法國法系之民法。雖未就時間設通則之規定。而在德國法系之民法。則均於總則編特設規定。

我國民法關於時間之規定。係仿德國民法。(德民法第一八六條以下) 僅有補充性質。卽學說所謂補充法

規是也。故關於期日及期間之計算方法。雖設專條規定。(民法第一二〇條至第一二三條) 然必除去法令、審

判上、及法律行爲等特別所定之時間外。始適用之。卽凡法令、審判上、及私人間之法律行爲有特別訂定者。仍從其訂定。必無特別訂定時。始適用之。以資補充。此民法第一百十九條所以明示適用之範圍也。

第二節 期日及期間之意義

時間有期日、及期間之別。茲就其意義分別說明之。

第一、期日。期日者、特定之時期也。學說上一稱曰時點。如云明年七月一日交付某物。

此七月一日、卽爲期日是。又期日只須爲特定時期。其時期之長短。可以不問。故時、日、月、年、或若干年。均可定之爲期日。

第二、期間。期間者、由期日集合而成之時間也。申言之。卽自特定時間至特定時間之繼續時期也。如云明年七月一日起至十五日止交付某物。此七月一日至十五日之時間。卽爲期間是。

要之。期日與期間之關係。恰與幾何學上所謂點與線之關係相同。期間爲期日所集成。猶之線爲點所集成。學者間旣稱期日爲時點。故一稱期間爲時間。

第三節 期日及期間之計算

期日及期間之計算方法。凡經法令、審判、或法律行爲另有訂定者。自應從其訂定。必無特別訂定時。始能依民法第五章之規定。(民法第一一九條)茲分別說明如次。

第一款 計算法之種類

期日及期間之計算法。約有兩種。卽自然計算法、與歷法計算法是也。分述如次。

第一、自然計算法。自然計算法者。卽依實際時間精確計算之方法也。此爲民法第一百二

十條第一項所規定。其方法係將歷日之一日細爲區分。依起算期間之時刻、或從自事件屆至之時刻。定計算期間之標準。所稱一日。自起算期間或事件屆至之即時起算。經過二十四小時之時間。如自本日午前九時起、至明日午前九時止。始爲一日是也。

第二、歷法計算法。歷法計算法者、係按歷法所定之日、星期、月、年、而計算之方法也。此爲民法第一百二十條第二項以下所規定。其方法係以歷日之一日爲計算期間之標準。所稱一日。指自午前零時起、至午後十二時而言。此外之小時。付諸不問。卽無須扣足二十四小時亦認爲一日是也。

上述二種方法。互有短長。自然計算法。雖手續繁雜。但其精確。於短時期之計算。甚屬合

宜。故民法明定『以時定期間者。即時起算』。即係採此爲短期間計算之原則。反之。歷法計算。雖欠精確。但甚簡便。於長時期之計算。最屬適宜。故民法明定『以日、星期、月、或年定期間者。其始日不算入』。即係採此爲長期間計算之原則。且於第一百二十三條第一項。明定依歷計算。以杜疑義。

依歷法計算時。所謂歷者。係指現在所採之太陽歷。歐洲所用之歷法有二。其一、爲凱撒 (Julius caesar) 所制。稱曰舊歷、或由尼安歷。爲蘇俄及希臘諸國所採用。其二、爲教皇格雷戈 (Gregor) 所制。稱曰新歷、或格雷戈歷。行於歐美多數國及日本。我國自民國元年以來。即將夏歷廢止。採用此歷。故歷即指此國歷言。一日乃謂午前零時至午後十二時。一月乃謂月之一日至末日。其月之大小。依歷行之。一星期即係一週。乃謂日曜日至土曜日。一年乃謂一月一日至十二月三十一日。其年之平潤。亦依歷行之。

第二款 期間之起算點及終止點

期間之起算點及終止點之計算法。民法均有明確之規定。茲分別說明如次。

第一、期間之起算點。期間起算點之計算法。爲民法第一百二十條所明定。內分二種。

(一)以時定期間者。即時起算。(第一項)此係依自然計算法。因計算精確。實際上甚爲便利故也。至以時以下爲單位者。其應即時起算。固爲當然。(二)以日、星期、月、或年、定期間者。其始日不算入。(第二項)如云自七月一日起若干日、或星期、月、年。則該一日不算入。應自翌日之二日起算之類是。此係依歷法計算法。因於長期間之計算。手續上極爲簡便故也。他國立法例亦有定期間自午前零時起。當日仍須算入者。如德意志民法第一百八十七條第三項、日本民法第一百四十條但書之規定屬之。我國民法既無明文。應解爲一律均不算入始日。

第二、期間之終止點。期間終止點之計算法。爲民法第一百二十一條所明定。亦大別爲二。(一)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。(第二項)惟關於此點。立法例尚有兩種計算法。有以末日之開始、爲期間之終止點者。有以末日之

終止、爲期間之終止點者。我國民法、係採第二方法。(參照德民法第一八八條一項、瑞價務法第七七條、日民法第一四一條)蓋始日既未算入。自應以末日之終止爲終止點也。(一)期間不以星期、月、或年、之始日起算者。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。但以月或年定期間者。於最後之月無相當日者。以其月之末日爲期間之末日。(第二項)蓋期間不從星期、月、或年之開始日起算者。其期間之末日。不可不以明文規定。故本條第二項關於此種計算法。則定爲以最後之星期、月、或年、與起算日相當日之前一日。爲期間之末日。如於星期一午後二時起算。約定一星期之期間爲某種法律行爲。則從翌日即星期二起算。以下星期相當日之前一日、即下星期二之前一日。爲期間之末日是也。但以月或年定期間。其最後之月。無相當日者。則以其月之末日。爲期間之末日。如自一月三十一日起算。約定一個月之期間。至二月無相當日、即無三十一日而僅爲二十八日。則以二月二十八日爲期間之終止。又潤年二月爲二十九日者。則以二十九日爲期間之終止。即所謂以最後月之末日。爲期間之末日是也。

關於期間終止點之計算方法。應以最後相當日之前一日爲終止點。是爲民法認定之原則。此外尚有例外之規定。學者間稱爲期日或期間終止點之延長。卽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。以其休息之次日代之。爲民法第一百二十二條所明定是也。蓋此等休息日。依法令或習慣。例應放假。則凡須於一定期日或期間內爲意思表示或給付。而該期日或期間之末日恰爲此等休息日時。勢不能不有救濟之方法。故特定爲應延長至翌日行之。以免爭議。

第三款 月年之計算法

以月或年定期間之計算法。爲民法第一百二十三條所明定。卽稱月、或年者。依歷計算。月、或年非連續計算者。每月爲三十日。每年爲三百六十五日。是也。歷係現行之國歷。前已說明。卽凡月之大小。年之平潤。均須依歷行之。

惟月、或年有連續計算、與非連續計算之不同。其係連續計算者。以最後月相當日之翌日爲

終止點。且依國歷行之。業爲民法第二百一一條及第一百二十二條所明定。至非連續計算者。則國歷所定之月、或年。其日數既有不同。勢不能不有明確之規定。以資遵守。故本條第二項特定爲每月以三十日計算。每年以三百六十五日計算。俾昭劃一。至每日爲二十四小時。每星期爲七日。此爲劃一之定制。故不須另行規定。

第四款 年齡之計算法

關於年齡之計算。其出生日是否算入。學說之主張。頗不一致。各國立法例。亦有不同。我國民法則明定以出生之日爲起算點。卽其人雖出生於午前零時。亦算作一日。與以日、星期、月、或年、定期間之計算法不同。(參照民法第一二〇條二項)蓋人類之心理。均希望早日成年。免受行爲能力之限制。如此計算。以當事人爲主眼。適與人類生活之慣行相符。故早一日成年。則早一日取得法律上之完全能力。更可早日達到結婚年齡。故不除去始日計算。而從出生之日計算。此民法第一百二十四條第一項規定之本旨也。

上述規定。係指確知出生之月日者言。倘因私生子及養子等暨其他特殊關係。致出生之月日無從明確斷定者。或已知出生之月。而不知出生之日者。則法律爲防止紛爭計。均不能不有明確之規定。故民法第一百二十四條第二項特定出生之月日不明者。則推定其人爲七月一日出生。其出生之日不明者。則推定其人爲該月之十五日出生。蓋七月一日、適當一年之半。十五日、適當一月之半。以此折衷制度認爲其人出生之月日。甚適合人類生活之慣行也。

第五章 時效

第一節 概說

時效者、因一定之期間。永續行使其權利。或不行使其權利。而生權利得喪之法律事實也。此種制度。肇始於羅馬。羅馬分時效爲取得時效與喪失時效。取得時效制度。起於紀元前四百五十年。凡於一定期間。因善意占有而取得他人之所有物者屬之。消滅時效。起於紀元後

四百二十四年。其最初辦法。凡於一定期間不行使其權利者。則喪失其訴權。故所謂消滅時效者。乃爲訴權之喪失。並非權利自體之喪失。蓋權利人既有權利。便有攻擊權與防禦權。所謂訴權之喪失。乃僅喪失其攻擊權。並非喪失其防禦權。如甲爲債權人。乙爲債務人。乙對甲負有千元之債務。經過一定期間。甲不行使權利。則喪失訴權。不能對乙提起請求償還之訴。但乙如不知時效已過。而履行千元之債務。其後不能藉口甲之訴權消滅。請求將履行債務返還。因甲雖喪失訴權。而其防禦權尙未消滅故也。故羅馬之取得時效制度。係爲保護善意之占有者而設。羅馬之消滅時效制度。係使債權人喪失其訴權而設。兩者之用意。各不相同。其後意大利學者註釋羅馬法。謂取得時效與消滅時效。不過種類之別。其實質完全相同。卽就一方面言。爲取得時效。而就他方面言。則爲消滅時效。此卽所謂羅馬法註釋派主張之見解也。

法國法系係承註釋派之見解。亦以取得時效與消滅時效爲統一制度。前者爲取得權利之方法。後者爲免除義務之方法。其性質完全相同。均須經當事人援引。不許審判官依職權適用。

（參照民法第二二二條、第二二三條）日本民法亦係從此見解。故將取得時效與消滅時效。一併規定於總則編

。（參照日民法第一四五條以下）

德意志學者自薩比尼以次。威力闢羅馬法註釋派之謬誤。謂取得時效與消滅時效。性質各異。一則有直接取得權利之效力。一則無直接消滅權利之效力。對於訴權之消滅時效。更特別闡明。即謂私法上請求權之消滅時效。只能因時效而生拒絕請求之抗辯權。嗣後德國制定民法。遂採用此說。完全以之為各別之制度。一則規定於物權編。一則規定於總則編。

我國舊民律草案。係仿法、日法例。採統一主義。將取得時效與消滅時效。立於統一原則之下。同規定之於總則編。修正案則改從各別主義。僅於總則編規定消滅時效。其效力亦從德國民法之規定。現行民法亦然。至取得時效。則規定於物權編。（參照民法第七六八條以下）但關於消滅

時效中斷、及未完成之規定。應解為仍準適用。又總則編第六章所規定者。僅屬一般消滅時效。其特別消滅時效。則於各編分別規定。如民法第一百九十七條第一項、第四百十六條第二項、第四百十七條、第四百五十六條第一項、第四百七十三條第一項、第五百十四條、第

五百六十三條第二項、第六百十一條第一項、第六百二十三條、及第九百六十三條等規定是也。此各項消滅時效。應準用一般消滅時效之規定。自不待言。又無論其爲取得時效。抑爲消滅時效。均不能由當事人以法律行爲創設。必待於法律以明文規定。此亦屬當然之理論。時效制度之存在。雖有悠久之歷史。但學者間對於此種制度。仍不免有反對之主張。卽謂取得未獲之權利、免除未免之義務、保護不正之占有、與懈怠履行之義務人是也。此等主張。純屬道德上之見解。於法律上殊乏根據。故終無實現之價值。

至擁護時效制度之學說。則衆說雜陳。莫衷一是。就其主要者言之。約有次之五說。

第一、自然法說。此說以權利因時效消滅。係基於法律之自然。卽法律有時間性。其不依時間行使權利時。其權利自應歸於消滅也。此種主張。未將時效制度存在之理由說明。殊不足採。

第二。維持審判正確說。此說以時效制度之存在。在使長期間存在之事實、歸於劃一。以維持審判上之效力。否則。於同一事實。再起爭議時。苟無時效制度。則審判上將永無確

定之期。此種主張。僅注重審判之確定。亦不足採。

第三、權利人懈怠制裁說。此說以時效制度存在之根據。係對於權利人懈怠行使權利時所加之制裁。即所懲罰是也。惟懲罰係以不法行為為要件。權利人是否行使權利。純係權利人之自由。其不行使權利。並非不法。自不應施以懲罰。故此說亦有未合。

第四、所有權起源說。此說以所有權之起源。係由於原始占有。占有以永久繼續占有為要件。乃能取得物之所有權。時效制度之存在。即為所有權發生之根據。此種主張。僅足說明取得時效關於所有權部分。對於所有權以外事件。不能說明。其於消滅時效。概未論及。尤不足取。

第五、共同生活安全說。此說着眼社會之公益。其要旨謂法律尊重永續之事實狀態。與法律尊重習慣之存在。為同一基本觀念。蓋一定事實狀態。能存續較久、而無反對形跡者。即令其權原欠缺。世人亦將信賴之。以發生種種法律關係及事實關係。至若多年之後。仍認相反之基本關係為正當。再許原權利人主張已放棄之權利。而推翻經久存續之事實及其

所由產生之各種關係。則社會之秩序。將時生動搖。殊不足以維持共同生活之安全。故時效制度之存在。即在尊重社會之公益。而犧牲個人之私益。此種主張。極有理由。故一般學者。多是認之。

時效制度。既在保持共同生活之安全。故關於時效制度之規定。全為強行法規之性質。不許當事人任意違反。即時效期間。不得以法律行為加長、或減縮短之。並不得預先拋棄時效之利益。此又為民法第一百四十七條所明定者也。

第二節 消滅時效

消滅時效者。於一定期間、永續不行使其權利、因而致權利喪失之法律事實也。茲分述如次。

第一、消滅時效。須經過一定期間。時效之要素。須經過一定之期間。此期間稱曰時效期間。必由法律規定之。故就取得時效之期間言。稱曰法定取得時效期間。就消滅時效之期

間言。一稱曰法定消滅時效期間。凡期間之長短。概由法律就權利之種類。予以規定。當事人不得以法律行為加長或減縮短之。(民法第一四七條前段)故民法第一百二十五條至第一百二十七條所規定之一般消滅時效期間。有強制遵守之效力。不許當事人任意變更。並不許預先拋棄時效之利益。

第二、消滅時效。須永續不行使其權利。時效之要素。非僅須經過一定之期間。且須就該經過期間內。有無行使權利之事實。以為權利得喪之標準。故就取得時效言。必須於一定期間內。永續行使其權利。乃生取得權利之事實。而就消滅時效言。必須於一定期間內。永續不行使其權利。乃生喪失權利之事實。又消滅時效之計算。通常應自請求權可以行使時為起算點。其以不行為為目的之請求權。則以行為時為起算點。(民法第一二八條)更須至期間終止時仍永續不行使其權利。消滅時效。始能完成。此時債務人得拒絕給付。(民法第一四四條一項)若期間進行中或終止前因一定故障致生阻滯者。則為消滅時效之中斷或未完成。其詳於民法第一百二十九條、第一百三十九條至第一百四十三條規定之。

第三、消滅時效。係致權利喪失之法律事實。消滅時效。因經過一定之時間與永續不行使權利之事實。遂生喪失權利之結果。此種事實。乃係一種法律狀態。而非屬單純之事實狀態。即基於法律之規定而發生私權喪失之效果。故稱爲法律事實。亦稱法律要件。

民法所規定之消滅時效。是否直接爲權利消滅之原因。尙應分別研究。就民法第四百十六條第二項、第四百十七條、及第五百十四條等規定觀察、屬諸形成權消滅時效之範圍。應解爲係因時效完成而消滅。至請求權之消滅時效。雖不問其爲一般消滅時效、抑爲特別消滅時效。均規定請求權因時效而消滅。

（如民法第一二五條至第一二七條、第一九七條一項、第四五六條一項、第四七三條一項、第六二三條、及第九六三條等規定

是）但民法第一百四十四條、第一百四十五條第一項、設有反對之規定。故在我國民法。凡請求權係因於債權以外之權利而發生者。如物上請求權之類。則應解爲其請求權因時效而消滅。至其基本權利。自應解爲仍不消滅。倘請求權係因於債權而發生者。則應解爲請求權並不消滅。只能成立得拒絕給付之抗辯權。此可依民法第一百四十四條第一項、及第一百四十五條第一項之規定而爲當然之解釋也。

上述三項。爲消滅時效之要件。但消滅時效。與除斥期間。頗不相同。亦不能不分別研究。除斥期間。爲學說上之名詞。卽法律對於某權利所預定之存續期間也。故一稱預定期間。其性質與消滅時效有別。蓋以該權利自始卽僅能於法律所定之期間內存續。與消滅時效之因於一定期間內不行使權利、而致權利消滅者。自不可同日而語。故除斥期間之特質有二。其一、除斥期間。不因中繼、或未完成而延長。其二、除斥期間。凡經過一定期間時。其權利卽絕對消滅。亦不許當事人拋棄。此卽除斥期間與消滅時效之異點也。故民法第七十四條第二項、第九十條、第九十三條、第四百九十八條、第九百二十三條第二項、第九百二十四條等所規定之期間。均應解爲係除斥期間之規定。

關於消滅時效中應加研究者，尙有種種。茲分款說明如次。

第一款 消滅時效之客體

消滅時效之客體。係指因消滅時效而被消滅之權利言。何種權利。得因消滅時效而消滅。亦

不可不加以研究。我國民法。仿德意志民法（德民法第一九四條）及瑞士債務法（瑞債務法第一四六條）之規定。於

一般消滅時效。僅就請求權設有明文。（民法第一二五條至第一二七條）從表面上觀察。似僅請求權因消滅時

效而消滅。但關於特別消滅時效。如民法第四百十六條第二項、第四百十七條、及第五百十四條各情形。則就請求權以外之權利。亦設有規定。故從實際上觀察。其因消滅時效而消滅之權利。又不限於請求權。茲特就財產權與非財產權分別說明如次。

第一、財產權。財產權中。又應分請求權、支配權、形成權三者說明之。

（一）請求權。凡請求權、均得因消滅時效而消滅。此不僅因於債權而生者為然。其因於物權而生、（即物上請求權）或其他之對世權而生者。亦無不然。又不僅其為行為之請求權為然。即屬於不行為之請求權。亦無不然。其期間除另有特別規定外。通常均應適用民法第一百二十五條一般期間之規定。

（二）支配權。財產權中、其性質屬於支配權者。除由該支配權所生之請求權外。其權利本身。非有特別規定。如民法第八百八十條所規定情形之類。應解為不因消滅時效而消

滅。茲述其主要者如次。

(甲)所有權。(所有權不因消滅時效而消滅。日本民法第一百六十七條。設有明文規定。我國民法就此未設明文。惟就所有權之性質言。係屬一種靜態之權利。與債權及其他物權等屬於動態之權利者不同。故所有權之本體。自不能因不行使而致經過消滅時效。仍可與日本民法爲同一解釋。不過所有權因取得時效之間接結果而致消滅。則爲當然之理論。

(因所有權而生之物上請求權。如所有物返還請求權、與妨害除去請求權之類。是否得因消滅時效而消滅。學者間約有肯定說、與否定說之二派。肯定說之主張。則謂此項請求權。既經多年不行使。若仍許行使。實有礙社會秩序。自宜與一般請求權同視。使之消滅。方不背消滅時效之本旨。(參照德國民法第 二〇三條理由書) 否定說之主張。則謂所有權本體既不因消滅時效而消滅，則凡由所有權而生之請求權。自亦不能因消滅時效而消滅。否則。其請求權既歸於消滅。則所有權將至徒爲空泛之權利而無標目物之可言。此兩

說中。德意志民法就登記及占有。設有特別規定。係採肯定說。我國民法第九百六十三條對於占有所設之規定。亦應解為係採肯定說。

(乙)擔保物權。(擔保物權為從屬於債權之權利。不能因經過時效先於債權而單獨消滅。為民法第一百四十五條第一項所明定。即抵押權、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、或留置物取償是也。此等抵押物、質物、或留置物。均為債權之擔保。故稱為擔保物權。其性質與普通債權不同。縱使時效完成。債權之請求權已經消滅。此項擔保物權。仍復存在。債權人仍可就該標的物賣得之價金。為清償其債權之用。故一般學說。均認為不能因經過時效先於債權而消滅。

(丙)與一定事實關係、或法律關係相終始之權利。此等權利。如相鄰權、(民法第七
第八〇)及共有物分割請求權(第八二)等、屬之。凡在相鄰關係、或共有關係存續間。
均當然相伴存續。自不能單獨因消滅時效而消滅。

(三) 形成權。(形成權是否因消滅時效而消滅。應視法律有無明文以爲斷。如關於特定撤銷權及契約解除權。民法已於第四百十六條第二項、第四百十七條、第五百十四條等設有規定者。自應從其規定因消滅時效而消滅。其他無規定之形成權。應解爲不得準用請求權一般消滅時效之規定。如抗辯權。亦爲形成權之一。必待他方之請求。乃能行使。其不能因時效消滅。自屬當然。

第二、非財產權。(非財產權乃指人格權、身分權等權利言。時效制度。原則上本限於財產權始能適用。故非財產權之本體。自不能因消滅時效而消滅。但因非財產權所生之請求權。如有財產之價值者。除贍養費已由民法第一百二十六條規定其各期給付請求權。因五年間不行使而消滅外。餘亦解爲應適用民法第一百二十五條一般消滅時效之規定。)(參照德民法第一九

四條
二項)

第二款 消滅時效之期間

消滅時效之期間。民法總則編僅就請求權之消滅時效期間設有規定。至請求權以外權利之消滅時效期間。則於他編分別規定。如關於抵押權之特別消滅時效期間。爲民法物權編第八百八十條所規定。形成權中之特定撤銷權及契約解除權等消滅時效期間。爲民法債編第四百十六條第二項、第四百十七條、第五百十四條等所規定是。茲就總則編所規定關於請求權之消滅時效期間說明之。約有長期消滅時效、與短期消滅時效之二種。

第一、長期消滅時效。長期消滅時效。又稱爲一般消滅時效期間。簡稱曰一般期間。此項期間。多數立法例。定爲三十年。如德國民法第一百九十五條、法國民法第二千二百六十二條、意大利民法第二千一百三十五條之規定屬之。亦有定爲三十年與四十年者。如普魯士普通法一部九章第五百四十六條、第六百二十九條、及奧大利民法第一千四百七十九條、第一千四百八十六條之規定屬之。日本民法第一百六十七條之規定。則債權爲十年。債權以外之財產權、爲二十年。瑞士債務法第一百二十七條、亦定債權爲十年。

我國民法第一百二十五條規定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。故關於請求權之一般消滅時效期間。其最長期間爲十五年。此外無論依法令或法律行爲。不得再行加長。減短則僅以法律另有規定者爲限。不許當事人以法律行爲變更之。（參照民法第一四七條前段）

第二、短期消滅時效。短期消滅時效。一稱爲特別消滅時效期間。簡稱曰特別期間。民法除於第六章特就請求權設有短期消滅時效期間之規定外。更設有短於一般期間之特別規定。如第一百九十七條第一項、第四百五十六條第一項、第四百七十三條第一項、第五百十四條、第六百一十一條、第六百二十三條、第六百六十六條、及第九百六十三條等屬之。茲之所論。僅就總則編第六章所設之短期消滅時效期間說明之。

(一)五年之時效期間。此爲民法第一百二十六條所明定。卽凡因借款所生之利息。營業獲益之紅利。土地房屋及使用物租借之租金。生活需要之贍養費。公務員休職之退職金。及其他滿一年之定期給付金。或不及一年之定期給付金。其各期給付請求權。均須於五年之期間內行使之。否則。該請求權卽因五年間不行使而消滅。

定期給付債權。係指以定期給付爲標的之債權言。卽如一個基本債權內包含有數回清償期之請求權者屬之。此種債權。其特徵有二。其一、須反覆於數回清償期爲給付、其二、須有發生此定期給付債權之基本債權是也。定期云者。乃必須經過一定期間始應爲一定給付之謂也。故發生各期給付請求權。實爲此種債權之特質。與普通債權不同。又定期給付債權。其給付之物。不以金錢爲限。卽金錢以外之物。亦可爲給付之標的。又其給付之時期。無須爲一定。但須爲二回以上者。不問確定期間及不確定期間。均無不可。且其存續之期間。亦不以確定爲必要。惟每次之清償期。不得超過一年以上。若超過一年者。則不得適用民法第一百二十六條短期時效之規定。應適用第一百二十五條長期時效之規定。

(二)二年之時效期間。此爲民法第一百二十七條所規定。卽左列各款請求權。因二年間不行使而消滅。茲分述如次。

(甲)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。茲

所謂消費物代價及墊款。即指各該處所供給之消費物品價額、并代充一切墊款言。

(乙)運送費及運送人所墊之款。茲所謂運送人。即民法第六百二十二條所定以運送爲營業之人。所謂運送費。即爲該條所定之運費。其所謂墊款。即運送人關於運送所代充之款項。

(丙)以租賃動產爲營業者之租價。茲所謂租賃。係指當事人約定一方以物租與他方使用收益。他方支付租金之契約言。(民法第四二一條)租價、即租金之謂。惟本款之適用。僅以租賃動產營業者爲限。

(丁)醫生、藥師、看護生之診費、藥費、報酬、及其墊款。茲所謂醫生。係指從事一切醫術之人。藥師、乃指從事調劑醫藥之人。看護生、則係以看護病人爲業之人。

(戊)律師、會計師、公證人之報酬及其墊款。律師、會計師、及公證人。均須有法定資格。茲所謂報酬。即指此等人因執行職務所生之報酬。墊款、即因執行職務所墊充之款項。

(己)律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還。此即以該項人因執行職務所領之物件爲限。

(庚)技師、承攬人之報酬及其墊款。茲所謂技師。係指從事土木建築機器等一切工程之設計或監督之人。所謂承攬人。即係民法第四百九十條所定承攬契約一方之人。

(辛)商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價。茲所謂商人。係指商品或產物之販賣人言。所謂製造人或手工業人。係指製造或生產該項商品或產物之人言。因上述業務所生之請求權。其性質均應從速行使。故法律對於消滅時效。更爲縮短。僅定爲因二年間不行使而消滅。

第三款 消滅時效之起算

消滅時效之起算云者。即消滅時效期間之計算方法。應以何時爲起點之謂也。消滅時效。係以經過法定期間不行使權利爲其成立要件。故此種期間之起算。即爲消滅時效期間之開始。

又爲消滅時效之進行。此種期間之屆滿。卽爲消滅時效期間之終止。又爲消滅時效之完成。關於消滅時效期間之起算方法。民法第一百九十七條第一項、第四百十六條第二項、第四百十七條、第四百五十六條第二項、第四百七十三條第二項、第五百十四條、第六百一十一條、第六百二十三條、第六百六十六條、第九百六十三條。均另設特別規定。至請求權消滅時效期間之一般起算方法。則於總則編第一百二十八條規定之。卽請求權之消滅時效。自請求權可行使時起算。以不行爲爲目的之請求權。自爲行爲時起算是也。蓋不行使權利。乃係得行使權利而不行使之事實。故在一般請求權。其消滅時效。自應從請求權可行使時起算。權利可行使時云者。卽行使權利之時。無法律上障礙之謂也。倘僅係事實上之障礙。如債權人疾病、不在等原因。其請求權之消滅時效。仍應進行。反之。如附停止條件或始期之權利。在條件成就或始期屆至前。則消滅時效。不能進行。至未定有清償期之債權。其消滅時效。究應自該債權成立時起算。抑應自催告時起算。(參照民法第二二九條二項)學者間之主張。雖尙有異同。然依民法第三百十五條之規定。自以從該債權成立時起算爲宜。又附有抗辯權之債權。可否行

使權利。學者間雖亦不無爭執。然債權人既可行使其請求之權利。自應解爲仍得進行時效。至關於不作爲目的之債權。與上述債權發生之內容有別。故民法第一百二十八條後段。仿德意志民法。(德民法第一九八條二項)規定自有違反之行爲時起算。與同條前段自請求權可行使時起算者不同。蓋此種債權之發生。不出於當事人之意思。而係基於特別關係所生之事實。如因婚姻而生之扶養義務。此扶養義務。並非原於當事人之意思。而實爲一種以不行爲爲目的之事實。故在扶養人未有違反之行爲以前。權利既在滿足狀態中。自無行使請求權之必要。必扶養人有違反其義務之行爲。被扶養人始得行使其請求權。故此項請求權之消滅時效。應以扶養人有違反義務之行爲時爲起算點。即自該時期起。權利人如仍不行使其請求權。始能爲消滅時效之進行也。

由消滅時效期間之開始。以至消滅時效期間之屆滿。若無特別原因阻却其時效之進行者。是爲消滅時效之完成。又依民法總則施行法第十八條第一項之規定。在民法總則施行前之法定消滅時效已完成者。其時效爲完成。此蓋因新舊法之適用而爲當然之規定。以杜無謂之爭議。

也。

第四款 消滅時效之中斷

消滅時效之中斷云者。於時效進行中。因有與爲消滅時效要素相反之事實狀態發生。致使已經過之期間歸於無效之謂也。申言之。卽於時效開始進行中。因發生時效中斷之事實。其已經過之時效期間。遂喪失其效用。必於其中斷之事由消滅後。再經過消滅時效之法定期間。其時效始能完成之謂也。茲就中斷之事由、與中斷之效力。分別說明如次。

第一、中斷之事由。中斷之事由有二。其一、基於因時效受利益人之行爲者。如民法第一百二十九條第一項第二款所規定之承認屬之。其二、基於因時效受不利益人之行爲者。關於此點。立法例約有二主義。卽必限於訴訟上之事由。與不必限於訴訟上之事由是也。前者係羅馬法所首創。德意志及法蘭西民法採之。（德民法第二〇九條、
法民法第三三四條）後者爲日本民法所取

。卽不以關於訴訟上者爲限。權利人之催告。亦認爲時效中斷之事由。（日民法第一一五三條）我國民

法亦然。請求列於消滅時效事由之一。卽其明證。（民法第一二九條一項一款）兩者比較。應以我國及日本所採之第二主義爲適當。茲依民法第一百二十九條所規定之中斷事由。分爲左列四類說明之。

（一）請求。此指訴訟外之請求言。卽因時效受不利益之當事人。對於相對人主張其權利之謂也。與民法一般所謂請求之意義相同。惟在債權。除通常要求履行卽催告屬諸請求外。其要求承認。亦屬請求之一。故此種請求。其義較一般請求爲廣。請求爲權利之行使。故在時效進行中。權利如有請求之事實。卽應生中斷之效力。但他國立法例認爲中斷時效者。僅限於訴訟上之請求。我國及日本民法。則訴訟外之請求。亦足中斷時效。蓋均採前述之第二主義也。

請求雖爲中斷時效之條件。但尙非卽生確定中斷之效力。依民法第一百三十條之規定。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。蓋消滅時效。原因權利人不於法定期間行使權利而喪失其請求權。既有請求之行爲。自應認爲繼續行使權利

而生中斷之效力。惟權利人請求後。相對人仍不履行其義務時。則權利人應於六個月以內向法院提起履行之訴。始能認爲永續行使其權利。而生確定中斷之效力。若一經請求。仍任相對人延不履行。並不於請求後六個月內提起訴訟者。則權利人放棄其訴權。法律上亦無保護之必要。故民法明定視爲不中斷。所謂視爲不中斷者。卽視爲自初不生中斷之效力也。不問何人。均不能以該權利曾經請求爲理由而主張中斷。時效期間。仍應自請求時依舊進行。此種規定。蓋使時效易於進行。以免義務人長受無窮之損害也。惟請求後已於六個月內起訴者。其中斷效力。仍應自始存續。無俟詳言。

(二)承認。承認者。因時效受利益之當事人。於時效完成前。表示承認相對人權利存在之行爲也。義務人既有此表示。權利人自無庸行使其請求權。故民法定爲足生中斷時效之效力。德、法、日諸國民法亦然。(德民法第二〇八條、法民法第二二四八條、日民法第一四七條)茲更分述承認之內容如次。

(甲)承認須向相對人表示。承認僅屬承認相對人權利之存在。並非從新對相對人負擔

債務。故其性質屬諸觀念表示。惟須向相對人表示。始生中斷時效之效力。如僅將欠付利息記入賬簿、或由其他行爲。表示是認債務之意旨於外部。而未向相對人爲表示時。則不得爲中斷事由。蓋僅以債務人知悉債務存在即足致時效中斷。則凡不履行債務之人。將悉無受時效利益之機會矣。故此點民法雖無明文。但應解爲須向相對人表示。始與法律定承認爲中斷事由之本旨相符。

(乙)承認須於時效進行中爲之。承認生中斷之效力。僅以時效進行中所爲者爲限。其在時效開始前、或時效完成後所爲之承認。當然無中斷之可言。惟於時效完成後所爲之承認。有時得認爲拋棄時效而生拋棄之效力。

(丙)承認須以權利存在爲前提。承認既屬觀念表示。故必以權利存在爲前提。蓋承認僅爲承認權利之存在。并非從新發生權利、負擔義務也。又其性質僅屬管理行爲。故承認人只須有管理之能力與權限。無須有處分之能力與權能。此點日本民法設有明文。(日民法第一五六條)我國舊民律草案亦然。(舊草案第二七九條)現行民法雖無規定。但亦可爲同一解。

釋。

(三)起訴。起訴者、即因時效受不利益之當事人。向法院提起民事訴訟以保持其權利之謂也。此為權利人行使權利最確實最嚴重之方法。故一般立法例。均認為消滅時效中斷之事由。(參照德民法第二〇九條、法民法第二二四四條、日民法第一五三條)我國民法。亦是認之。

訴之形式。不問為本訴、反訴、或附帶民事訴訟。法律上均無限制。訴之種類亦然。故不問給付之訴、確認之訴、形成之訴、以及執行異議之訴、執行判決之訴。均屬諸起訴範圍。惟行政訴訟或行政訴願。雖有時亦足間接使私權受影響。但其直接目的。乃在請求撤銷或變更行政處分。並非依民事訴訟以主張其權利。故不能認為中斷之事由。

起訴雖為時效中斷之條件。亦非即生確定中斷之效力。依民法第一百三十一條之規定。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。視為不中斷。蓋起訴後。自行撤回。是權利人並無主張權利之決心。故在民事訴訟法、則規定訴經撤回。視同未起訴。(民事訴訟法第二五三條)而民法則定為自初不生中斷時效之效力。又起訴

經法院駁回。其判決業經確定者。亦視為不生時效中斷之效力。以當事人對於駁回判決。既未聲明不服。是仍無主張權利之決心。法律亦無保護之必要也。

(四)視同起訴。視同起訴云者。即與起訴有同一效力之謂也。此為民法第一百二十九條第二項所規定。茲分述其事項如次。

(甲)依督促程序送達支付命令。支付命令者、第一審法院就請求給付一定數量之代替物、或有價證券。依債權人之聲請。對於債務人所發之清償命令也。此種程序。在特別訴訟程序中。稱曰督促程序。(民事訴訟法第四七三條至第四八七條)債權人依此程序請求時。其欲實行權利之心。較之起訴更為確切。自應視為與起訴有同一中斷時效之效力。惟此項中斷效力。究自聲請支付命令時發生。抑自送達支付命令時發生。不無研究之價值。日本民法學者。多主張應自聲請時生效。德國民法。則規定應自送達時生效。(德民法第二〇九條二項)我國民法亦然。(民法第一三二條前段民事訴訟法第四八〇條一項)

支付命令之送達。雖為時效中斷之條件。但此種效力。尚非絕對確定。依民法第一百

三十二條之規定。時效因送達支付命令而中斷者。若訴訟拘束失其效力時。視為中斷。於此項中斷效力。必以有訴訟拘束力為前提。倘訴訟拘束失效。如（一）發支付命令後。一個月內不能送達於債務人者。（民事訴訟法第（四八〇條三項））（二）支付命令所揭之期限已滿後。債權人不於一個月內為假執行之聲請者。（三）於適當時期聲請假執行而被駁回者。（民事訴訟法第（四八六條））其支付命令均失其效力。與未發支付命令同。故民法特定訴訟拘束失其效力時。視為時效不中斷。蓋為保護相對人之利益而設也。

（乙）因和解而傳喚。和解者、基於當事人之合意。使訴訟或擊爭之點。和平了結。而為解除糾紛之最良制度也。故不問訴訟程度如何。法院於言詞辯論前。得使受命推事或受託推事試行和解。（民事訴訟法第（三七〇條））又當事人於起訴前。得表明訴訟標的。聲請管轄初級法院傳喚他造當事人。試行和解。為舊民事訴訟條件第四百九十三條及舊民事訴訟律第五百二十五條所明定。現行民事訴訟法雖無明文。亦可為同一解釋。此種傳喚之聲請。亦為實行權利之行為。故民法定為因和解而傳喚時。亦與起訴有同一中斷時

效力之效力。（民法第一二九條二項二款）法國及日本民法亦然。（民法第二二四五條、日民法第一五一條）

因和解而傳喚。雖為中斷時效之條件。但亦非絕對確定發生中斷之效力。依民法第一百三十三條之規定。時效因和解而中斷者。若相對人不到庭、或和解不成立時。視為不中斷。準此以觀。只須他造不到。或雖到而未成立訴訟上之和解。即未經作和解筆錄者。（參照民事訴訟法第三七一條）則應自初不發生中斷之效力。蓋此時和解既無成立之可能。其時效自不能不依法進行也。

（丙）報明破產債權。破產程序之目的。因債務人之財產。不能清償債務之際。乃以債務人之總財產使總債權人、即多數債權人。得平等滿足之分配。其性質與民事訴訟法之強制執行。大略相同。惟普通訴訟程序之強制執行。係一債權人於債務人各個財產之上而為個別之強制執行。在破產程序之強制執行。則為一定時期以內之總債權人。於債務人總財產之上。而為一般之強制執行。此又兩者之異點也。故破產債權。即由破產宣告前之原因所發生之債權。破產債權人對於破產人之財產。在破產宣告前。已

具有財產上請求權之資格。其受破產宣告之債務人。稱爲破產人。其於破產宣告時屬於破產人之一切財產。及破產程序中所歸屬於破產人之財產。且得爲個別強制執行之目的者。則稱爲破產財團。此皆破產法草案所明白規定者也。

報明破產債權者。債權人因加入破產財團之分配。向破產法院呈報其債權額之謂也。

其呈報期間。自破產宣告時起。以十四日以上。四個月以下。爲法定範圍。（破產法草案第一六

八條一項）債權人應於法定期間向主管法院報明債權發生之原因及數目。其有優先權者。

並須呈報其權利。法院認其呈報適法者。則爲破產債權人。得列入債權人會議。以行使其表決權。其已受調查、並確定其債權時。更得受由破產程序上所生之利益。故民法

法認定爲於此呈報實施中。應生中斷時效之效力。（民法第一九二條三項三款）德意志及日本民法

亦然。（德民法第二〇九條二項二款、日民法第一五二條）

報明破產債權。雖爲時效中斷之條件。但亦非絕對確定生效。依民法第一百三十四條之規定。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。故債

權人撤回其報明者。仍自初不生中斷時效之效力。又債權人之報明。因不法而被駁回時。其情形與不報明無異。應不生中斷之效力。此點日本民法設有明文。(參照日民法第一五二條)

〔我國民法雖無明文。自可爲同一解釋。〕

(丁)告知訴訟。告知訴訟。屬於參加訴訟。即當事人得於訴訟拘束中。將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人。使之參加訴訟行爲也。(民事訴訟法第六二條)其告知手續。由告知人以書狀表明理由及訴訟程度提出於法院。由法院送達於第三人。並

由告知人將該書狀之繕本。交付他造。(民事訴訟法第六三條)此際權利人既恐其權利將受訴訟

結果之影響。特向義務人告知。促其參加訴訟。自可推知其有行使權利之決意。故民法特定足生中斷時效之效力。(民法第一二九條二項四款)德意志民法亦然。(德民法第二〇九條二項四款)至其生

中斷時效效力之時期。應解爲從告知之時起算。

告知訴訟。雖爲中斷時效之要件。但此要件亦非絕對確定生效。依民法第一百三十五條之規定。時效因告知訴訟而中斷者。若於訴訟終結後六個月內不起訴。視爲不中斷

。蓋告知訴訟後。受告知人不參加訴訟時。該告知人應向法院提起履行或確認之訴。以爲行使權利之表示。若於訴訟結束後六個月內。受告知人迄不參加。告知人亦不於此法定期間內提起履行或確認之訴時。是該告知人仍無行使其權利之決意。法律實無再行保護之必要。故使其自初卽不生中斷時效之效力也。

(戊)開始執行爲或聲請強制執行。強制執行。係以國家公力實現私法上請求權之法定程序。卽國家之執行機關。因實現私法上之請求權而施以強制方法也。蓋私法上有請求權者。於義務人不爲義務履行時。若任其直接以實力加於義務人之身體、財產。以求其權利之實現。勢必紊亂公共秩序。故國家特予禁止。從而權利人對於義務人僅得請求其履行。而不能直接對於義務人本人、及其請求權之標的物。爲強橫之支配。於是國家一面禁止個人之自力救濟。一面自進而爲設備執行實現權利之機關。凡個人於其權利不能滿足時。卽有請求國家執行機關爲實現其滿足之權利。此強制執行制度存在之理由也。

強制執行。並非就認爭請求權之存否加以法律上之判斷。而係以有形實現請求權之內容狀態爲宗旨。故多數立法例、類於受訴法院外。別設掌管執行之獨立機關。使其實施執行。俾執行程序。歸於簡易。而權利實現。得以迅速。依我國強制執行律草案之規定。執行機關。分承發吏及執行法院兩種。二者各自獨立。凡強制執行。均由承發吏實施。其不宜專委諸承發吏之執行行爲者。始由執行法院爲之。(參照強制執行律草案第三六條及第五一條)

惟現行辦法。則以受訴地方法院爲執行機關。於院內附設民事執行處。置執行推事、書記官。承院長之指揮命令。督同承發吏。實施強制執行事務。對於所發強制執行命令。係以院長名義行之。故現在執行機關。僅有執行法院之一種。承發吏則僅爲法院之附屬機關。無獨立之資格。此爲強制執行規則第一條至第三條所明定。

強制執行。既係以有形實現請求權之內容狀態爲宗旨。故凡執行機關開始爲執行行爲、或權利人聲請爲強制執行時。均爲行使權利最後之手段。且爲最確實之方法。故民法特定爲有中斷時效之效力。(民法第一二九條二項五款) 德意志民法亦然。(德民法第二〇九條二項五款) 惟此項

效力。亦非絕對確定。故民法第一百三十六條更設限制之規定。卽『時效因開始執行爲而中斷者。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』是也。

第二、中斷之效力。時效中斷之效力云者。卽時效進行中。因中斷事由發生。在法律上應生如何之效果之謂也。關於此點。應分效力之內容、效力之範圍、及效力之終止三項說明之。

(一)效力之內容。時效中斷之效力。甚爲顯著。卽凡時效進行中。若有法定中斷之事由發生。其以前所經過之時效期間。全然喪失其效力。時效須俟中斷之事由終止時。重行起算。其中斷事由存續間。不得進行。(參照民法第一三七條、德民法第二一七條、日民法第一五七條一項、瑞債務法第一三七條)

法國民法及其所屬法系之民法。其時效期間。原則上均爲短期時效。中斷後則變爲長期時效。又德國民法規定因確定判決而確定之請求權。其時效期間爲三十年。(德民法第一二一八條)

故凡因起訴而中斷之時效。恆變爲三十年之長期時效。我國民法。不採此制。日本民法亦然。

(二)效力之範圍。時效中斷效力之範圍。爲民法第一百三十八條所明定。即時效中斷。以當事人、繼承人、受讓人之間爲限。始有效力是也。茲所謂當事人者。係指爲中斷行爲之當事人及其相對人言。所謂繼承人。係指該當事人之一般繼承人言。所謂受讓人。係指該當事人之特定繼承人言。上述民法第二百二十九條所規定各種中斷時效之事由。均係基於因時效受利益或受不利益之當事人之行爲。故因此等事由所生中斷之效力。亦自應以因時效受利益或受不利益之當事人間爲限。如債權方面有數人。僅其中一人爲請求時。則因請求所生中斷之效力。僅以該請求人與被請求人之間爲限。即以該請求人與被請求人間。爲中斷時效效力之範圍。又如債務方面有數人。僅其中一人爲承認時。則因承認所生中斷之效力。亦僅以爲該承認之人、與對之爲承認之人之間爲限。即以該承認人與其相對人間。爲中斷時效效力之範圍。其適例也。惟此係通則之規定。此外尚有特

別規定。於民法第二百八十八條第二項、及第七百四十七條中詳之。

(三)效力之終止。時效中斷之效力。究應於何時終止。亦不可不詳加研究。關於此點。

民法第一百三十七條。曾設有規定。茲分述如次。

(甲)時效中斷者。自終斷之事由終止時。重行起算。此為關於一般時效中斷效力終止

之規定。(民法第一三三條一項)即凡因中斷事由所生之中斷效力。除起訴外。均應於中斷事由

終止時終止。自該時起。時效應從新起算。更須經過法律規定之時效期間。時效始能

完成。其在該終止點以前所經過之時效期間。均喪失其效用。如因權利人之請求而中

斷者。必至因請求發生中斷之事由終止時。即於請求後六個月不起訴之類。(民法第一三〇條

)始為中斷事由之終止。其消滅時效。亦應於該時從新起算。即其例也。

(乙)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。此為

關於起訴所生時效中斷效力終止之規定。(民法第一三三條二項)所謂確定判決。係指已經終局

判決而未依法上訴者言。所謂因其他方法訴訟終結者。係指因訴訟上之和解及自行撤

回告訴等情形致訴訟終結者言。凡因起訴所生時效中斷之效力。應以該訴訟終結時爲終止。其時效應自該終止時重新起算。更經過法律規定之時效期間。其時效始能完成。

中斷事由終止時。其時效應重行起算。業已說明。惟此種重行起算之時效。究爲舊時效。抑係新時效。學者間之主張。頗不一致。少數說主張爲舊時效。多數說則主張爲新時效。依我國民法之解釋。應以從多數說爲是。蓋法文既定明重行起算。則此起算之時效期間。當然爲新時效。而以前經過失效之期間。當然爲舊時效。不過新時效期間。仍與舊時效期間爲同一。非如法蘭西法系諸民法。由短期時效。因中斷後而變爲長期時效也。

第五款 消滅時效之不完全

消滅時效之不完全云者。即時效期間進行後。因一定事由之發生。應休止其進行之謂也。學

說上稱曰時效之停止。其性質與前述時效之中斷不同。中斷、係已經過之時效期間。完全無效。必於中斷事由終止時。再行從新起算。停止、則已經過之時效期間。仍屬有效。至停止事由終止時。尚可合併計算。質言之。中斷者。係斷絕以前經過期間之效力。停止者。係停止時效之進行。是即兩者之異點也。關於時效之停止。各國立法例頗有不同。德、法、兩系之民法。對於停止事由之發生。不問在時效期間進行之始、或進行之中、抑進行之終。均認其有停止時效之效力。(參照德民法第二〇二條至第二〇五條、法民法第二二五一條以下)日本民法不然。僅限於停止事由發生於時效期間進行之終者。始認其有停止時效之效力。故又可稱曰時效完成之停止。我國民法所採之主義。與日本民法相同。惟慮時效期間、過於延長。有礙時效制度設定之本旨。故不稱曰停止。而逕稱為時效不完成。

時效不完成之制度。原為保護因時效完成受不利益之人而設。依民法之規定。關於不完成之事由。約有左之五種。

第一、基於天災或其他不可避免事變之不完成。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。其時效未完成。此爲民法第一百三十九條所規定。(參照德民法第二〇三條、日民法第一六一條、瑞債務法第一三四條)係因保護權利人之利益而設。蓋時效期間終止之際。倘無天災或不可抗力之事變。權利人自當行使其權利。使時效生中斷之效力。如向義務人請求履行、或向法院提起訴訟之類是。(參照民法第一二九條)然此際既因水火等天災及其他一切不可避免之事變發生。權利人雖欲爲請求或起訴等行爲。事實上亦無從行使。若竟因此任其時效完成致喪失固有之權利。揆之情理。未免失平。蓋時效消滅。係以權利人不於法定期間行使其權利爲要件。此項天災及其他不可避免之事變發生。既非權利人所能抵抗。又非權利人所能預知。法律上自不能不予以相當之保護。故本條明定自其妨礙事由消滅時起。卽自天災或不可避免之事由消滅時起。停止一個月。其時效未完成。卽使完成時效。延長一個月。以資保護。若逾此停止期間。仍不爲中斷時效之事由。如不爲請求或起訴之類。則是該權利人放棄其固有之權利。法律實無再行保護之必要。故特設本條以明示其旨。

第二、關於繼承財產權利之未完成。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。此爲民法第一百四十條所規定。（參照民法第一六〇條、德民法第二〇七條）係因保護權利行使人或被行使人不確定之情形而設。蓋繼承財產開始繼承之際。有尚須確定繼承人者。如無人承認之繼承、或繼承之拋棄等屬之。（參照繼承編第二章第五節及第四節）有尚須選定遺產管理人者。如民法第一千一百七十七條規定之情形屬之。更有尚須宣告破產者。如因遺產不足清償其債務時或限定繼承之情形屬之。此際該項財產管理權之主體、既未確定。無論行使權利、或被行使權利。均屬不能。法律不能不別設有保護方法。以資救濟。故特定應自繼承人確定、或管理人選定、或破產宣告時起。六個月內。其時效不完成。即對於消滅時效之完成。延長六個月。以便管理權主體確定時。行使時效中斷之事由。倘在此延長期間內仍不行使。則爲權利人放棄其權利。法律實無再行保護之必要。此即本條設定之要旨也。

第三、關於無行為能力人或限制行為能力人權利之未完成。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。自其成爲行爲能力人、或其法定代理人就職時起。六個月內。其時效不完成。此爲民法第一百四十一條所規定。係因保護無行爲能力人及限制行爲能力人而設。蓋無行爲能力人之意思表示。係由法定代理人代爲之。(民法第七六條) 限制行爲能力人之意思表示。亦須經法定代理人之允許。(民法第七七條) 二者均不能直接爲中斷時效之行爲。其行爲須由法定代理人代行之。故當其無法定代理人代行權利之際。不可不使其屆至之時效。停止進行。俾資保護。即在時效期間終止前六個月內。缺乏法定代理人時。停止其時效之進行。必俟成爲有行爲能力人時、或俟其法定代理人就職時起。在六個月之期間內。其時間不完成。例如以十年爲消滅時效期間。至九年零七個月內。其法定代理人死亡。則時效之進行。應即停止。須俟該無行爲能力人或限制行爲能力人成爲行爲能力人時。或俟新法定代理人就職時起。始行進行。但其時效完成。必再經過六個月。非自成爲行爲能力人或新法定代理人就職日起。卽爲時效之完成。因初成爲行爲能力人或新法定代理人就職之際。諸事尙無頭緒。未必卽時爲特種權利之行使。

必再延長時效六個月。始認為完成時效。俾得從容行使其權利。庶無行為能力人及限制行為能力人之權利。不致受損。此又本條設定之本旨也。

第四、關於無行為能力人、或限制行為能力人對於其法定代理人權利之未完成。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。此為民法第一百四十二條所規定。亦係因保護無行為能力人或限制行為能力人之利益而設。無行為能力人及限制行為能力人之行為。既須得法定代理人代為行使或允許。自不免有權利義務之關係。既有權利義務之關係。則法律上不能不有保護之明文。蓋代理關係未消滅以前。無行為能力人及限制行為能力人固不能對法人代理人行使何種權利。若當代理關係消滅之際。對於法定代理人之請求權。因時效完成而逕行消滅。則法定代理人如有金錢或其他應履行義務各事項。無行為能力人及限制行為能力人無再行追問之權。殊失法律保護無能力人之本旨。故本條特定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。即關於該項權利之請求權。可延長一年之期間。俾無行為能力人或限制

行爲能力人於此延長期間內。隨時行使其中斷時效之行爲。以資保護。此又本條設定之要旨也。

第五、關於配偶間權利之不完。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。此爲民法第一百四十三條所規定。係因保護配偶間之權利而設。夫妻因婚姻關係而營共同生活。其間彼此所有權利義務之關係。自爲事實上所不免。在婚姻存續期間。關於夫妻財產制。雖於民法親屬編第二章第四節中設有規定。然究採法定財產制。抑採約定財產制。尚可聽其自行協議行之。惟於婚姻關係消滅之際。彼此既無同居之可能。則關於權利義務之關係。法律不可不有明確之規定。故本條特定於婚姻關係消滅後之一年內。其時效不完。即對於時效期間屆至之權利。延長一年之期間。俾得於此延長期間內、隨時行使時效中斷之行爲。以資保護。此又本條設定之要旨也。

上述五項。均爲時效不完之事由。即時效因此等事由之發生。遂致阻礙其期間之進行。應自該阻礙事由終止時。再行補足法定消滅時效期間。始能完成其時效。故時效不完成制度。

有延長時效期間之效力。對於停止前已進行之時效期間。仍完全有效。且於法律所定延長期間內。如不為中斷行為。則時效仍應完成。如前述關於天災事變之時效停止。其期間為一個月。(民法第一三九條)關於繼承財產之時效停止。其期間為六個月。(民法第一四〇條)關於無能力人缺乏代理人之時效停止。其期間為六個月。(民法第一四一條)其對於法定代理人之時效停止。其期間為一年。關於配偶間之時效停止。其期間為一年。即自其妨礙時效進行事由消滅時起算。如不依各該法定不完成期間內為中斷時效之行為。則各該時效仍應繼續完成之類是也。

第六款 消滅時效之效力

消滅時效之效力云者。即時效因永續不行使權利而完成時、在法律上應生如何效果之謂也。關於時效完成之效力。各國立法例。尚不一致。就其主要者言之。可大別為三系。(一)普魯士系。此系以時效完成。為推定權利得喪之證據方法。(普魯士普通法一部九章第五六八條、第五六九條)(二)法蘭西系。此系以時效完。為權利得喪之直接原因。(法民法第二二一九條)意大利及日本民法。亦與此同。(意

法第二一〇五條、日民法第一六二條、(一六三條、第一六七條、第一六九條) (三) 德意志系。此系以取得時效、與消滅時效。分別規定。

前者則認爲權利取得之直接原因。(德民法第九〇〇條、第九三七條) 後者則僅認其就請求權成立抗辯權。請求

權並未因之消滅。不過許債務人於債權人請求給付時。得拒絕給付。(德民法第二二二條一項、及第一九四條以下) 瑞

士民法。亦與此同。(瑞債務法第一二七條以下、瑞民法第六六一條以下及第七二八條)

我國民法。關於取得時效。規定於物權編。認爲權利取得之直接原因。與他國民法。大致相同。至消滅時效。則總則編專就請求權設有規定。其非債權性質之請求權。仍得解爲直接消滅。惟屬於債權性質之請求權。則不能認爲權利直接消滅之原因。詳言之。即關於債權性質之請求權。將債務與責任截然區分。消滅時效完成時。僅責任可以免除。債務仍不消滅。故債務人此際對於債權人請求給付時。具有一種抗辯權。此種規定。殆與德意志民法略同。茲述其結果如次。

第一、債務人得拒絕給付。此爲民法第一百四十四條第一項所明定。即一時效完成後。債務人得拒絕給付』是也。蓋消滅時效。既經完成。債務人之責任。依法自應解除。此際權

利人如仍請求給付。債務人得爲給付之拒絕。是爲債務人之抗辯權。卽不問債權人爲訴訟上或訴訟外之請求。債務人均有拒絕給付之權。此種規定。蓋爲保護債務人之利益而設。

第二、債務人已給付時、不得請求返還。此爲民法第一百四十四條第二項所明定。卽「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」是也。消滅時效完成。債務人本應解除責任。惟請求權因時效消滅之後。債務人不爲給付之拒絕而仍爲債務之履行者。則係債務人自行拋棄因時效完成所取之權利。其所爲履行之給付。事後不得以不知時效爲理由。請求債權人將所爲之給付仍予返還。蓋債務人於時效完成後仍爲履行之給付。其性質與民法第一百二十九條第一項第二款之承認無異。法律上實無再行保護之必要。其他以契約承認時效消滅之債務。或對於時效消滅之債務提出擔保者。其情形亦與履行之給付相同。故民法均定爲不得於事後以不知時效消滅爲理由。請求返還。蓋以保持社會之公益、而杜無謂之爭議也。

以上所述。係消滅時效效力之內容。至此項效力之範圍。民法更設有原則與例外之規定。

(一)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。此爲民法第一百四十六條所定之原則。蓋從權利之是否存在。本以主權利之是否存在爲移轉。通常主債權消滅時。從權利既亦應同時消滅。(參照民法第
三〇七條)則消滅時效之效力。自應得爲同一解釋。故從權利與主權利雖得各別消滅時效。但如主權利之消滅時效已經完成。則從權利雖尚未經消滅時效。亦應受主權利完成之效力。卽所謂效力及於從權利是也。惟法律上另有明文規定。許當事人訂立特約、或具有特別情形者。則主權利因時效消滅時。其效力不及於從權利。如當事人立有特約。先清償主債權。後清償利息債權。則主債權先消滅。利息債權後消滅。卽其例也。(二)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。但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。此爲民法第一百四十五條所定之例外。蓋抵押權、質權、留置權等之請求權。雖亦爲擔保而生之從權利。但債權人因有此種確實可靠之擔保；無庸再爲請求權之行使。其固有權利。決不至受何種影響。故此際請求權雖經時效完成。民法特定爲不因主權利消滅

之效力而受牽制。債權人仍得就其標的物請求清償。以此種從權利。與普通從權利不同。故不適用第一百四十六條原則之規定也。至利息及其他定期給付之各期給付請求權。如主權利經時效消滅者。其效力亦應及之。此又為民法第一百四十五條第二項所明定。而以保護債務人為本旨者也。

第七款 時效之加減與拋棄

時效之加減云者。即對於時效期間、以契約加長、或減短之謂也。時效之拋棄云者。即對於時效之利益自行拋却之謂也。茲分別說明如次。

第一、時效之加減。當事人以法律行為變更時效要件時，其效力如何。學說及立法例頗不一致。茲就其主要者言之。約有次之三說。

(一) 將時效要件減輕者。認為有效。加重則認為無效。此為德意志民法所取。(德民法第
二二五條)

(二) 即謂加重時效要件。如加長時效期間、創設中斷、或未完成之原因等。有害社會之公

益。自應認爲無效。反之。將時效減輕。如減短時效期間之類。並於公益無傷。且不背於時效制度之精神。故應認爲有效。日本民法學者。多主此說。

(二)加長時效期間。以不超過一般時效期間爲限。仍屬有效。此爲德意志學者德仁白耳喜氏所倡。卽謂短期時效期間。改變爲長期時效期間。仍屬有效。長期時效期間。則不得再行加長。其加長時。應爲無效。

(三)關於時效要件。不許以法律行爲變更。此爲瑞士債務法所取。(瑞債務法第一二九條)卽謂關於時效要件之規定。具有強制力。無論其爲加重或減輕。均屬有害公害。故不許當事人以法律行爲變更。

上述各說。應以第三說爲有理由。故我國民法採之。特規定時效期間。不得以法律行爲加長或減短之。(民法第一四七條前段)故時效期間。應絕對遵守法律之規定。不許當事人以契約或單獨行爲變更。雖屬因時效受益人之當事人所爲。亦所不許。蓋時效制度。原爲維持公益而設。自應不許當事人任意加減。始能貫徹維持公益之立法精神也。

第二、時效之拋棄。時效之利益。可否由當事人自行拋棄。應分別時效完成前、與時效完成後說明之。

(一)時效完成前之拋棄。時效之利益。不許預行拋棄。一般立法例。類設明文規定。如德意志、法蘭西、日本、瑞士、意大利、奧大利諸國民法屬之。

(參照德民法第二二五條、法民法第二二〇條、日民法第一四六條、瑞債務法第一四一條、意民法第二一〇七條、奧民法第一五〇二條)即在無明文規定之國。學說上之主張。亦趨於一致。

故我國民法第一百四十七條後段。特定明不得預先拋棄時效之利益。蓋時效制度。原為保護公益而設。若於時效未完成前。當事人可預先為不受時效利益之意思表示。則債務人向權利人借貸時。權利人可要求債務人以後不許依時效完成辦法。拒絕給付。債務人迫於需款濟急。貿然允諾。是債務人以後不得享受時效完成之利益。而時效制度。亦等於虛文。此本條設定之本旨也。

(二)時效完成後之拋棄。時效完成後之利益。應許拋棄。法蘭西、意大利諸國民法。設有明文。(參照法民法第二三〇條、意民法第二一〇七條)其他無明文規定之國。學說上之主張。亦幾趨於一致。

我國雖乏明文。但從民法第一百四十七條後段爲反面之解釋。亦可得同一之論斷。且就第一百四十四條第二項觀之。時效完成後。應許拋棄。更爲顯明。

拋棄之性質如何。學者間之主張，尙不一致。就其主要者言之。約有次之三說。其一、贈與說。此說謂拋棄係將已消滅之債務。從新負擔責任。其性質與贈與相同。其二、承認說。此說謂拋棄係將已生效力之時效。爲事後之追認。使其與未生效力相同。其性質與承認無異。其三、意思表示說。此說以拋棄係表示不受時效之利益。其性質屬諸法律行爲要件之意思表示。此三說中、就我國民法解釋。應以意思表示說爲當。蓋消滅時效完成後。在義務人之方面。本應因之受利益。乃竟自行拋棄。顯係爲不欲受時效利益之意思表示也。

拋棄既爲意思表示。故關於法律行爲及意思表示之規定。自應適用。至拋棄之方法。僅須由因時效受利益之當事人。向相對人以意思表示、爲之。不問明示、默示均可。卽於訴訟上或訴訟外爲之。亦無不可。從前學者間尙有主張其應爲契約者。現時一般學者。

則類主張爲單獨行爲。

拋棄之效力。在使時效完成之效力。歸於消滅。故實行拋棄後。卽喪失時效全部之利益。其性質屬諸處分行爲。非有處分之能力與權限者。不得爲之。此爲當然之解釋。無待明文另行規定也。

第四編 權利之行使

第一章 權利行使之概念

權利行使云者。權利人實現其權利之內容之謂也。申言之。卽權利人因享有法律利益之故。而爲實施其權能之行爲也。如所有物之使用、及債權之請求等。皆係因欲保全法律上之利益。而爲必要之行爲。其行使此必要行爲之力。卽爲權利之作用。學說上稱之曰權能。權利人依其權能之實行。以達到享有法律利益之目的。是爲權利之行使。此權利行使之行爲。其性質有屬於法律行爲者。如依撤銷權而爲撤銷是。亦有屬類似法律行爲者。如依催告權而爲催告是。更有屬事實行爲者。如所有人恣意毀棄其所有物是。又權利行使行爲之作用。有爲請求者。如債權人請求債務人爲給付之履行是。有爲支配者。如所有人處分其所有物是。亦有爲形成者。如解除權人解除契約是。

凡權利人、均得行使其權利。不受他人之干涉。是爲權利行使之自由。申言之。權利人欲達享受利益之目的、而行使其權利時。他人不能強之不行使。若權利人不求達享受利益之目的、而不行使其權利時。他人亦不能強之行使。卽權利之是否行使。純屬於權利人之自由。如有妨害其權利者。各權利人得依法定之方法。排除其障礙。以保全固有之權利。此民法總則第七章之所由設也。

權利之行使。雖以自由爲原則。惟法律對與權利人之權利。非僅爲個人謀利益。亦實爲社會謀利益。故因謀社會之利益。進而強制權利人行使權利。究仍不背權利之本質。且自社會道德言之。權利人亦實有利用其權利以保全社會利益之義務。如土地所有人。對於其所有之土地。永續荒蕪。以致生產銳減。供不應求。亦可謂爲反社會行爲。故法律因保持社會利益之必要。干涉此種反社會行爲。以強制權利之行使。實爲當然之理論。故瑞士民法。特揭明行使權利。應依誠實及信用。(瑞民法第二條)我國舊民律草案亦然。(舊草案第二條)現行民法。雖仿德意志民法。僅於債權規定應依誠實及信用方法。(民法第二一九條、德民法第二四二條)然對於他種權利之行使。究不

妨爲同一之解釋。故權利行使自由之原則。尙不能不有例外之限制。卽次章所述權利行使之限制是也。

權利之行使。與權利之主張。不可混同。權利之主張。係指依權利作用所得爲之一切行爲。其範圍較廣。權利之行使。則僅指權利內容所得爲之行爲。其範圍較狹。故如提起確認之訴及權利人爲權利之讓與等。尙非實現權利之內容。只可謂爲權利之主張。不得謂爲權利之行使。

權利之行使。與權利之實現。尙有區別。權利之實現云者。權利之內容、已經實現之謂也。權利之行使。則僅爲謀達到實現權利內容之行爲。故二者不可混視。蓋權利之行使。有時不必爲權利之實現者。如債權人向債務人請求給付。是爲權利之行使。必債務人爲給付之履行。乃爲權利之實現。苟債務人不爲履行。是僅有權利之行使。尙未致權利之實現。此卽兩者之異點也。

又權利之行使。與權利之歸屬及享受。亦有區別。權利歸屬之人。卽真正之權利所有人。此

項權利所有人。不必即爲權利行使之人。亦不必即爲權利享受之人。如無行爲能力人之權利。必由其法定代理人行使之。(民法第七六條)是無行爲能力人爲權利歸屬之人。而法定代理人則爲權利行使之人。又如訂定向第三人爲給付之契約。要約人固亦不失爲權利歸屬之人。但其享受利益者。爲第三人。(民法第六九條)是要約人爲權利歸屬之人。而第三人則爲權利享受之人。其明證也。

要之。權利之行使。係權利人依權利正當得爲之行爲。即權利人依其權能之實行。而謀達到享有法律利益之目的者也。

第二章 權利行使之限制

權利行使之限制云者。即對於權利行使自由之原則。另有例外限制之謂也。申言之。即權利人行使權利時。法律有時亦強制其必須行使。權利人行使權利過當時。法律亦有時禁止其不得行使之謂也。茲就強制權利行使與禁止權利濫用之情形。分節說明如次。

第一節 強制權利行使

強制權利行使云者。卽權利人不行使其權利時。法律以直接或間接之方法。強制其不能不行之謂也。茲分直接強制行使、與間接強制行使二者說明之。

第一、直接強制行使。直接強制行使云者。卽法律所賦與之權利。權利人不得拋棄之謂也。私法上之權利。本以自由拋棄爲原則。但關於特種權利。法律以明文禁止其不能拋棄者。權利人自不得不遵照行使。如民法第十六條規定權利能力及行爲能力。不得拋棄。第十七條規定自由不得拋棄。卽其例也。大抵與公益無關之私權。可由權利人自由拋棄。卽可由權利人自由行使。其關於公益之私權。類不許權利人自由拋棄。卽不許權利人任意不行使。故凡法律直接強制行使之權利。權利人卽具有行使之義務。

第二、間接強制行使。間接強制行使云者。卽法律雖無直接強制行使之明文。因其他之設定。致權利人不能不使其權利之謂也。如法律就礦業權、特許權、及其他專用權。規定

一定行使之期間。其不於期間內行使者。即應喪失其權利。因此種期間之限制。致權利人不能不為權利之行使。即其例也。又民法關於消滅時效或除斥期間之規定。本另具有特別理由。但從廣義解釋。即謂為兼具有間接強制行使之作用。亦無不可。

第二節 禁止權利濫用

禁止權利濫用云者。即權利人濫用其權利時。法律上予以制止之謂也。申言之。權利人應以正當方法行使其權利。不得有過當之舉動。倘有過當之舉動時。則法律應予以相當之制裁之謂也。蓋法律賦與個人之權利。一方雖在保護個人之利益。同時更在保護社會之利益。故權利之行使。雖以自由為原則。但係以適當之範圍為限。若超過適當之程度。致生損害於他人時。則為權利之濫用。法律為保持社會之利益計。對於權利人濫用權利之際。不能不有禁止之規定也。

各國立法例對於權利之濫用。設有禁止明文者。如德意志民法第二百二十六條。規定「權利

之行使。不許專以損害他人爲目的。瑞士民法第二條第二項。則定明「權利顯然之濫用。不得受法律之保護」。蘇俄民法第一條。則定明「行使權利。與國民經濟之目的相抵觸者。不受法律之保護」。我國民法。折衷多數立法例。特於第一百四十八條。定明「權利之行使。不得以損害他人爲主要目的」。此等規定。類皆爲保護社會之利益而設也。

所謂不得以損害他人爲主要目的者。卽行使權利、若在適當之範圍內。其結果雖加損害於他人。亦不成爲不法行爲。因之不自損害賠償之責任。如後述正當防衛、(民法第一四九條)緊急避難

、(民法第一五〇條)及自助行爲(民法第一五一條)皆是也。惟權利人之主要目的。非在實現自己之利益。

而以損害他人爲唯一之目的者。則爲權利之濫用。而非權利之行使。如甲地之所有人。以顛覆其鄰居乙地所有人之房屋爲目的。而鑿深溝於自己所有之地界。使乙受傾屋之損害。此雖係於自己之地域內鑿溝。但其主要目的既在顛覆鄰屋。則爲濫用權利。屬於不法行爲。依法應負損害賠償之責任。蓋其行爲既違反社會之利益。法律自不能不有相當之制裁也。

第三章 正當防衛

正當防衛者。對於現時不正之侵害。爲防衛自己或他人之權利、所爲之反擊行爲也。(民法第一

四九) 德意志民法。稱爲防衛行爲。 (德民法第 二二七條) 我國刑法仿之。 (刑法第 三六條) 此種行爲。係直接

根據於權利之本能。(即權能)權利人在法律範圍內。有主張不受他人侵害之權。故當侵害之來。不得不爲救濟之手段。以達到其保護權利之目的。雖法律對於一般權利之保護。類以公力救濟爲原則。然當事機危急之際。不遑待公力之保護。若不有此種正當防衛之權。將至拱手相讓。莫敢誰何。則非第權利莫保。抑亦生命垂危。故法律於必要情形。特設例外之規定。許私人有以自力救濟之權。即凡對於違法之侵害。因保護權利之必要。雖一時由私人施以反擊行爲。在法律上亦不能認爲不正當。以其未違反法律行爲之適法性。仍當視之爲適法行爲也。正當防衛。既爲適法行爲。故在民法上。均極重視。即在刑法上。則不構成犯罪行爲。而爲刑事免責之要件。在民法上。則不構成侵權行爲。而爲民事免責之要件是也。(刑法

正當防衛。既因阻却侵權行爲之違法性。不負損害賠償之責，故依民法之規定。須具有次列各要件。

第一、須有侵害。侵害者、即對於他人權利加以攻擊之謂也。防衛係對侵害而生。無侵害則無防衛之可言。故在正當防衛。必以權利被侵害爲第一要件。惟侵害究係以積極行爲爲限。抑更包括消極之不作爲言。關於此點。民法未設明文。學者間頗多爭議。有主張凡在緊急情形。即消極之不作爲。亦得爲正當防衛者。如乳母因不哺乳。致嬰孩危在旦夕。此際以腕力強迫哺乳。亦應認爲正當防衛是。此係少數說。多數學者。則謂此項消極情形。既未積極爲權利之侵害。自不得對之爲防衛。其得爲正當防衛者。應以有積極侵害之行爲爲限。綉釋民法規定之意義。自以多數說爲適當。

第二、須爲不法之侵害。不法之侵害云者。即其侵害行爲。爲法律所不許之謂也。不法、僅以客觀不法爲必要。至主觀要件是否具備。在所不問。故雖無責任能力人之行爲。及非

故意過失之行爲。凡屬不法加他人以損害者。均得謂之爲不法之侵害。即得對之爲正當防衛。

第三、須爲現時之侵害。現時之侵害云者。非過去之侵害。亦非將來之侵害。乃目前直接可以實現侵害危險狀態之謂也。蓋必須屬目前不法之侵害。不遑待公力之救濟者。私人乃有以自力救濟之權。若係過去或將來之侵害。儘可請求國家機關爲公力之救濟。無須私人爲正當防衛也。

第四、須爲防衛自己或他人之權利。即苟有現時不法之侵害行爲。則不問其權利屬於自己、或他人。亦不問權利之種類如何。均得爲私力之防衛。又參照民法第一百八十四條第一項後段之規定。雖非權利。而以違背善良風俗行爲所侵害之利益。亦應解爲得爲私力之防衛。茲所謂他人者。其範圍甚廣。即此加害人以外之第三人均包含之。

第五、須因防衛而爲之反擊行爲。正當防衛。係對於加害人而爲之反擊行爲。即因避免現時不法之侵害。而施以擊退之手段。以達到防衛之目的也。故此種行爲。雖致加害人受損

。然既因防衛之必要。依法自不負何種責任也。

第六、須不逾越必要程度。防衛行爲。雖爲法律所許。但僅能於排除侵害之範圍內爲之。

倘逾此範圍。則既非防禦所必要。是爲防衛過當。學說上稱之曰過當行爲。此種過當行爲

。在刑法上、則認爲犯罪（刑法第三六條但書）在民法上、亦認爲侵權。故定明仍應負相當賠償之責

。 （民法第一四九條但書）即仍應按照過當之程度。分別適用侵權行爲之規定。以定其應負之責任也

。不過此際如係基於恐怖、驚悸等事由。因而爲過當之加害者。法院得斟酌情形。減輕賠

償金額、或免除之。（參照民法第二一七條）

又所謂必要者。並非指爲該防衛行爲唯一防衛之方法言。雖別有他種防衛方法。苟一般人居於防衛人之地位、亦難期立刻見到者。則不用其他方法、亦不能謂爲過當。故必要之程度。應依社會觀念決之。即按照各該情形。由社會上之見解。認其爲妥當方法者。斯爲正當防衛。若由社會上之見解認爲并非妥當。則雖無他種方法。亦不得謂爲正當防衛。如甲因乙盜取園中果物。不聽制止。急用槍將乙擊殺。此際雖別無他法。然依社會上之見解。

既非妥當。自應視爲逾越必要程度。卽仍應負賠償責任也。

關於正當防衛之內容。日本民法均規定以出於不得已爲要件。(日民法第七二〇條一項、日刑法第三六條)其學

者間對於不得已之解釋。約有兩說。(甲)謂須別無他法足以避免。並限於在必要程度內行之。斯爲不得已。(乙)謂苟在排除現在不法侵害所必要之程度內。不問有無他法。亦爲不得已。故其舊日學說判例所採之觀念。概主必要性。卽謂因防止懷中錢物被竊。雖不得已將扒手殺斃。亦應認爲正當防衛。此種見解。權衡輕重。殊覺失當。故近世立法例。類改採妥當性。(一稱爲相當性)、如奧大利刑法草案第三十二條二項。瑞士刑法草案第三十二條、日本刑法改正綱領第二項及第三項之規定均屬之。日本最近民法學者之解釋亦然。我國民法以不得已字樣。易滋疑義。乃以必要程度代之。必要程度云者。係從妥當性之解釋。非從必要性之解釋。卽凡依社會觀念認爲屬於適當方法者。乃爲必要程度也。

第四章 緊急避難

緊急避難者、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加害行爲也。(民法第一五〇條) 德意志民法稱曰救護行爲。(德民法第二二八條) 我國刑法仿之。(刑法第三七條) 此種行爲、在法律上免除責任。與正當防衛相同。推正當防衛。係於危急之際。排除他人不法之侵害。緊急避難、乃於危迫之際。對他人爲加害之行爲。又此兩者之區別標準。法國學者與德意志學者之主張。頗有不同。法國學者就彼國刑法解釋。謂正當防衛。乃係因排除侵害而加侵害人以反擊。緊急避難。則係因避免侵害而加第三人以損害。德國學者則謂正當防衛。係防禦現時不法侵害所爲之行爲。故稱曰防衛行爲。緊急避難。則係避免急迫危險所爲之行爲。故稱曰救護行爲。(參照德民法第二二七條、第二二八條、德刑法第五三條、第五四條) 我國民法。大體雖係採德意志學者之見解。但與法蘭西學者之主張。究不相違。不妨兩說併存也。

又正當防衛、與緊急避難。學說上總稱曰自衛行爲。關於自衛行爲免責之理由。學者間之主張。約有主觀說與客觀說之二派。其一、主觀說。謂人當緊急狀態中。因無思考餘暇。致失自由意思。意思既失却自由。自不應負何種責任。此係就行爲人之意思立論。爲法國學者

所倡。從前民法學者多宗之。其二、客觀說。即係從客觀方面觀察。更有兩派。(甲)權利行為說。即謂自衛行為。乃係權利之行使。故不能謂之違法。(乙)非常行為說。即謂自衛行為。乃因事出非常。國家不遑救濟。惟有一任當事人之行為。以發生自然之結果。此說一稱放任行為說。比較上實稱允當。蓋法律不認自衛行為為違法行為。並非因行為人已喪失自由意思。亦非認行為人有此權利。不過事機緊迫。勢難待公力之干涉。惟有採用放任主義。聽其自為救濟。苟其結果在必要之範圍內。自不應使行為人負何種責任也。

緊急避難。亦有一定之要件。其非具此要件者。即不得免除責任。茲分述如次。

第一、須有危險。危險者、具有偶然發生實害之可怖狀態也。其危險原因。不問出於自然。抑出於人為。均無不可。前者如地震、洪水、饑饉、暴風等是。動物之侵害亦然。後者如盜難、失火、殺傷等是。

第二、須為急迫之危險。德意志及日本民法。對於此點。定明須以由他人之物所生之危險為限。(德民法第二二八條、日民法第七二〇條二項)我國民法。定明為急迫之危險。(民法第一五〇條)刑法則定明為緊急

危險。(刑法第三七條一項)其範圍均較日、德民法爲廣。故危險之原因如何。在所不問。惟須有急

迫情況乃可。所謂急迫、係指現時之危險而言。卽現時有發生實害之急迫狀態也。故對於過去之危險狀態。無所謂避難。對於未來之危險狀態。可以預避。亦無緊急救護之必要。

第三、須爲及於自己或他人生命、身體、自由、或財產之危險。此爲對於危險法益之限制

。卽須依民法列舉之法益受急迫之危險時，始得爲緊急避難。與舊民律草案之汎稱避免自己或他人之危險者。頗有不同。(參照舊草案第三一四條、德民法第一二二八條、日民法第七三〇條二項)卽凡除自己、或他人生命

、身體、自由、或財產之危險外。不得適用緊急避難之規定也。

第四、須其危險之發生行爲人無責任。卽該危險之發生。須行爲人毫無責任關係。倘行爲

人具有應負責之原因時。則不問其原因出於故意或過失。該行爲人仍不能免除賠償責任。

如隣犬狂噬。固得打殺。但係出自行爲人挑撥者。則爲與危險發生之原因有關。仍應負擔

償之責也。(民法第一五〇條二項)

第五、須因避險而爲之加害行爲。緊急避難。須係因避免急迫危險、對於危險原因之人以

外者。所爲之加害行爲。關於此點。刑法稱曰救護。民法稱曰避免。雖一似積極。一似消極。然應解爲係同一觀念。只須在脫却危險。則不論爲消極之逃避。抑係積極之救解。均無不可。又只須爲避免法律所列法益之危險。其主體係自己、抑係他人。亦可不問。且他人亦無範圍。凡對於危害原因之人以外者皆可。

第六、須未逾越危險所必要之程度。即因避險所爲之加害行爲。僅能以脫却危險爲止。逾此程度。亦爲不法。倘因此加損害於人者。仍得依侵權行爲之規定。負損害賠償之責。(法民第一五〇條但書前半)所謂必要程度。其意義與正當防衛所謂必要程度相同。即加害行爲。必須按照各該情形。由社會上之見解。認爲係適當方法者。方得謂爲緊急避難。

第七、須未逾越危險所能致之損害程度。即因避險所爲之加害行爲。其所生之損害。不得較由危險所生之損害更大。是曰兩害取輕之原則。若逾此程度時。亦爲不法。仍應負損害賠償責任。(民法第一五〇條但書後半)蓋緊急避難。範圍極廣。對於一般人。均得加害。不能不增加此種權衡損害輕重之要件。以杜一切弊害也。至如何始爲未逾越危險所能致之損害程度。亦

應依社會觀念決之。

第五章 自助行爲

自助行爲者。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、之自力強制行爲也。(民法第一五一條)關於權利之保護方法。約有私力救濟、與公力救濟二種。私力救濟。係於權利被侵害時。逕用私人腕力以爲保護。故一稱私力制裁。公力救濟。係於權利被侵害時。必依國家權力以爲保護。故一稱公力制裁。從法制進化之程序言之。原係由私力救濟、進於公力救濟。蓋當國家組織尚未完成之時。公權力尙未強固。所有私人之爭議。悉聽諸私人之自力救濟。自力制裁。如古代復仇、差押等制。其明證也。惟此種私力救濟之結果。強凌弱。衆暴寡。社會秩序。甚形紊亂。乃不能不以公權力干涉之。故至國家組織完成之際。對於私力救濟。私力制裁。極力禁止。所有關於權利之保護。一以公力救濟、公力制裁爲原則。於是民刑訴訟制度。完全確立。遂開近代法治國家之新紀元。但就近代立法例觀察。

尚有兩種主義。有全然禁止私力救濟者。如法蘭西、日本等民法是。有相當認許自力救濟者。如德意志民法是。(德民法第三一四條、第三二六條)我國民法。係仿德意志主義。故於第一百五十一條、及第一百五十二條。特設私力救濟之規定。即「爲保護自己權利。對於他人之自由、或財產。施以拘束、押收、或損害者。不負損害賠償之責。但以不及受官署援助。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」。又依此規定。拘束他人自由、或押收他人財產者。須即時向官署聲請援助。其聲請被駁回、或其聲請遲延者。行爲人應負損害賠償之責」是也。茲特述自助行爲之要件如次。

第一、須係保護自己之權利。此爲自助行爲成立之基本要件。即必以保護自己之權利爲目的。與前述之自衛行爲(即正當防衛與緊急被難)得兼以保護他人之權利爲目的者。頗不相同。故凡自己權利被侵。於法實有保護之必要者。始得爲之。至權利之種類。並無限制。惟根本不得爲強制執行之權利。應解爲不得爲之。蓋私力救濟。原屬一時權宜辦法。終當受公力之制裁。故凡不得依強制執行以爲保護之權利。自亦不許依私力救濟以爲保護也。

至保護行爲。不必由權利人本人行使。卽由代理人代爲行使。亦爲法所不禁。

第二、須爲自力強制行爲。此爲自助行爲之本體。卽自助行爲須權利人因保護自己權利之目的。以自力押收或損壞他人之財產。又或對於他人之自由施以拘束。前者如恐難受清償、而押收債務人之物。或因保全自己權利標的物、而毀損他人之物屬之。後者如恐義務人潛逃而暫行扣留。因排除義務人之抵抗、而予以強制屬之。茲所謂他人。應僅以義務人爲限。其所爲自力強制行爲。不能逾越保護權利所必要之程度。自無待明文規定。

第三、須時機緊迫。卽自助行爲。須以不及管官署援助。且非於其時爲之。則請求權不得實行。或其實行顯有困難者。始得爲之。此爲自助行爲事前之限制。蓋苟能待諸官署援助。且其權利他日仍可實行者。自應請求公力救濟。無許自力救濟。致背一般公力救濟之原則也。茲所謂官署。係指有保護權限之官署而言。必當地全無此官署、或雖有此官署、而[○]以不克及時受其保護者。始可爲自力救濟。至如何始爲時機急迫。則須按照具體情形決之。

第四、須即時向官署聲請援助。此爲自助行爲事後之限制。卽既拘束他人之自由。或押收損害他人之財產後。須即時聲請有保護權之官署爲公力之救濟。如立刻將其所拘束之人、或押收之財產、交付有權限之官署。請求爲適當之處置是。此項聲請。如稍涉遲延。或雖未遲延、而聲請被駁回者。行爲人仍應負賠償之責。蓋聲請遲延與聲請駁回。均失去自力救濟之法定要件。法律實無再行保護之必要。且爲防止濫用權利、及維持社會公益計。亦不能不有此嚴格之規定也。

上海新聞書局
藏書

中華民國二十六年七月四版

有著作權

總發行所
分發行所

著 作 人
發 行 人
印 刷 所

上海
北平
漢口
長沙
廣州
三馬路
南首
北首
琉璃廠
通陽街
南陽街
永北街

民法總論
全書
一册

實價國幣二元
外埠加郵費

上海法學編譯社
歐陽谿

上海河南路三二五號
徐寶魯

上海河南路三二五號
會文堂新記書局

會文堂新記書局

會文堂新記書局

上海图书馆藏书



A541 212 0002 76158



一册實價國幣三元