

大與唐紀翔著

再 版

民  
法  
總  
論

下卷

北平開明書局印行



大興唐紀翔著

再版  
民法總論

下卷

北平開明書局印行

中華民國二十一年八月十日初版印刷  
 中華民國二十一年九月一日初版發行  
 中華民國二十一年九月十日再版印刷  
 中華民國二十一年九月二十日再版發行

著作  
 權  
 冊  
 註

總發行所

北平前門外  
 琉璃廠路北

開明書局

電話南局  
 三九八二

分售處

北平

著作人  
 發行  
 印刷人

建設圖書館  
 佩文齋  
 開明書店  
 廣益書局  
 華盛書店  
 百城書局

大興  
 博陵  
 北平

天津

唐李聚



謙祥書局  
 江東書局  
 直隸書局  
 羣玉山房

紀斌  
 珍卿  
 閣卿

民法總論

定價貳圓

# 民法總論下卷目錄

## 第三編 權利之取得喪失及變更

一七三

### 第一章 總說

一七三

#### 第一節 權利之取得喪失及變更之觀念

一七三

#### 第二節 法律事實

一七七

##### 第一款 法律事實之意義

一七七

##### 第二款 法律事實之種類

一七九

##### 第三款 法律事實之效果

一八二

### 第二章 法律行爲

一八三

#### 第一節 法律行爲之意義

一八三

#### 第二節 法律行爲之分類

一八五

#### 第三節 法律行爲之原素

一九二

第四節 法律行爲之要件

第一款 法律行爲之成立要件

第二款 法律行爲之有效要件

第五節 法律行爲之標的

第一款 標的須非不能

第二款 標的須確定

第三款 標的須適法

第一項 違反強制或禁止之規定者

第二項 違背公共秩序或善良風俗者

第三項 不依法定之方式者

第四項 顯失公平者

第六節 意思表示

第一款 意思表示之意義

一九三

一九三

一九五

一九六

一九七

一九七

一九九

一九九

二〇一

二〇四

二〇六

二〇八

二〇八

第二款	意思表示之分類	一一二
第三款	意思表示之齟齬	一一五
第一項	總說	一二六
第二項	意思與表示不一致之情形	一二七
第四款	有瑕疵之意思表示	一二六
第五款	意思表示之效力發生時期	一二三
第六款	意思表示之領受能力	一二六
第七款	意思表示之解釋	一二七
第七節	行為能力	一三八
第八節	法律行為之代理	二四八
第一款	代理之意義	二四八
第二款	代理之種類	二五二
第三款	代理權	二五三

第一項 代理權之性質

二五三

第二項 代理權發生之原因

二五五

第三項 代理權之消滅

二五八

第四款 代理之效果

二六〇

第五款 代理之禁止

二六二

第六款 代理之變態

二六四

第一項 表見代理

二六四

第二項 無權代理(狹義)

二六五

第九節 法律行為之附款

二六九

第一款 總說

二六九

第二款 條件

二六九

第一項 條件之意義

二六九

第二項 條件之分類

二七四



第三項 條件之效力

二七七

第三款 期限

二八二

第一項 期限之意義

二八二

第二項 期限之分類

二八三

第三項 期限之效力

二八五

第十節 法律行為之無效及撤銷

二八六

第一款 法律行為之無效

二八六

第一項 無效之意義

二八六

第二項 無效之原因

二八七

第三項 無效之分類

二八七

第四項 無效之轉換

二八九

第五項 無效之責任

二八九

第二款 法律行為之撤銷

二九〇

第一項 撤銷之意義

二九〇

第二項 撤銷之原因

二九一

第三項 撤銷之主體

二九一

第四項 撤銷之方法

二九二

第五項 撤銷之效力

二九二

第六項 撤銷權之消滅

二九三

第三款 第四章第六節之附屬規定

二九三

第一項 總說

二九三

第二項 承認

二九四

第三項 同意

二九九

第三章 時(期日及期間)

三〇〇

第一節 時之意義

三〇〇

第二節 期間計算法

三〇二

第三節 年齡計算法

第四章 消滅時效

第一節 總說

第二節 消滅時效之定義

第三節 消滅時效之期間

第四節 消滅時效之效力

第五節 消滅時效之拋棄

第六節 消滅時效期間之變更

第七節 消滅時效之中斷

第八節 消滅時效之不完成

第四編 權利之行使

第一章 權利行使之意義

第二章 權利行使之自由

三〇七

三〇九

三〇九

三一三

三一六

三一八

三二〇

三二〇

三二一

三二七

三三二

三三二

三三四

第三章 權利行使之限制

三三六

第四章 自力救濟

三四〇

第一節 總說

三四〇

第二節 防衛行爲

三四二

第三節 避險行爲

三四四

第四節 自助行爲

三四六

(附錄)民法總則編及民法總則編施行法條文

民法總論下卷目錄終





































































































































































































































































































































































































# 民法總論下卷

## 第三編 權利之取得喪失及變更

### 第一章 總說

權利者，因法律上一定之事實而取得之，喪失之，或變更之者也。權利之取得喪失及變更，稱之爲法律上之效果，或法律的效果；爲其效果發生之原因之事實，稱之爲法律事實。故法律事實者，乃權利之取得喪失變更之原因也。以下先述權利之取得喪失及變更之觀念，而後述法律事實。

#### 第一節 權利之取得喪失及變更之觀念

權利之取得喪失及變更者，乃因法律事實而生之法律上之效果也；以下分述之：

第一 權利之取得 權利之取得者，即權利附着於權利主體之現象也。權利之取得，與權利之發生，性質不同，不可相混。權利之發生者，乃因法律上一定之原因，而發生新權利之謂也。如下述之原始取得，雖常與權利之發生相隨，至於繼受取得，則有時與權利之發生相隨，有時則否。權利之取得，分爲原始取得，繼受取得二種，分述如左：

(一)原始取得 原始取得者，不基於他人之權利，獨立取得新權利之謂也。如因先占而取得無主物之所有權，因加工而取得製作物之共有權等是也。此種取得，無前主後主之存在，故不生移轉或繼承等問題，所以謂之原始取得。又因其所取得者，為新權利，故常與權利之發生相隨。

(二)繼受取得 繼受取得者，(有稱爲繼承取得者)基於他人之權利，而取得權利之謂也。此種取得，有前主後主之存在，是為與原始取得區別之要點。繼受取得，更可分爲二種：

(甲)移轉的繼受取得 移轉的繼受取得，即前主所有之權利，不變其性質名稱，而移轉於後主之謂也。此種取得，僅前後之權利主體有變更，至於權利之自身，則前後同一；如因買賣，互易，贈與等而生之取得是也。移轉的繼受取得，乃取得前主之舊權利，非發生新權利，故不與權利之發生相隨。又此種取得，乃前後權利主體之變更，非前權利主體之消滅，故此種取得，不能認爲原始取得。

(乙)創設的繼受取得 創設的繼受取得，即前主之權利不喪失，而基於前主之權利

以設定新權利之謂也。如於土地所有權上，設定地上權，地役權，及抵押權等是也。此際所設定之地上權等，乃新權利，故此種取得，亦常與權利之發生相隨。又此種取得，乃基於前主之權利，故亦不能認為原始取得。

權利之取得，分爲原始取得，及繼受取得，其實益，在於能否適用『不論何人，不得以其所有外之權利，移轉於他人』之原則。在繼受取得，必適用此種原則，故由繼受取得所取得之權利，必爲前主所有之權利，且不能大於前主之權利；在原始取得，則其所取得之權利，既非由前主之手，故不適用此原則。

第二 權利之喪失 權利之喪失者，即權利與權利主體相分離之現象也。權利之喪失，與權利之消滅，性質不同，不可相混。權利之消滅者，乃權利失其存在之謂也。下述之絕對的喪失，常與權利之消滅相隨，至於相對的喪失則否。權利之喪失，分爲相對的喪失，絕對的喪失二種，述之如左：

(一)相對的喪失 相對的喪失者，即權利並不消滅，僅與前之權利主體相分離之謂也。此種喪失，由前主方面言之，雖爲喪失，由後主方面言之，則爲取得，故與上述移轉的繼

受取得之僅變更權利主體者相同，不過觀察之方面不同耳。此種喪失，不過為權利之移轉，權利之自身，依舊存在，故不與權利之消滅相隨。

(二) 絕對的喪失 絕對的喪失者，即權利之自身，全失其存在，而不附着於權利主體之謂也。此種喪失，有由於權利之性質者；如終身定期金之債權，原無永久存續之性質，債權人一旦死亡，即隨之喪失是也。有由於法律之規定者；如因消滅時效完成，請求權即因之喪失是也。有由於權利人之意思者；如就自己之權利，表示拋棄之意思，則權利即因之喪失是也。有由於自然之事實者；如因房屋之焚燬，土地之沉陷，致喪失不動產之所有權是也。此種喪失，既由於權利全失其存在，故常與權利之消滅相隨。

權利之喪失，分為相對的喪失，及絕對的喪失，其實益，在於權利消滅與否。絕對的喪失，權利因之消滅，相對的喪失則否。

第三 權利之變更 權利之變更者，權利並不消滅，僅變更其主體或內容之現象也。分為主觀的變更，客觀的變更二種，述之如左：

(一) 主觀的變更 主觀的變更者，即權利不消滅，僅權利主體有更替，或有增減之謂

也。如甲以債權讓與於乙，是為主體之更替；如甲以一人專有之債權，與乙共有，或以甲乙共有之債權，歸甲一人專有，是為主體之增減。由是言之，此種變更，實與權利之繼承取得相同。

(二)客觀的變更 客觀的變更者，即權利並不消滅，僅其內容有變更之謂也。此種變更，有由於權利分量之增減者；如因淤沙，而增加土地所有權之分量，因一部之清償，而減少債權之數額是也。有由於標的物之更替者，如以不特定物之債權，變而為特定物之債權是也。有由於權利效力之伸縮者；如無期限之債權，變為有期限之債權，有擔保之債權，變為無擔保之債權是也。

權利之變更，分為主觀的變更，及客觀的變更，其實益，在於適用關於權利承繼之法則與否。在主觀的變更，必適用關於權利承繼之法則，客觀的變更則否。

## 第二節 法律事實

### 第一款 法律事實之意義

法律事實者，即能生權利之得喪變更之事實也。若詳言之：第一，事實者，乃發生於一

定之時，一定之處，而爲人類依感觸而能覺知之宇宙間之現象也。基於人類之意思而發生之現象，固爲事實，即不基於人類之意思而發生之現象，亦事實也。例如要約，承諾，爲基於人意之事實；起風，降雨，則非基於人意之事實也。第二，法律事實者，乃能生權利之得喪變更之事實，即能生法律上之效果之事實也。事實有不關於權利者，有關於權利者。例如拜訪，散步，閒談等，屬於前者；法律行爲，侵權行爲，人類之出生及死亡等，屬於後者。蓋因法律對於一定之事實，而付以一定之效果，必出於人類共同生活之需要，至若無此需要之事實，則不付以法律上之效果。法律事實，乃能生法律上之效果之事實也，故與宇宙間不發生法律上之效果之一切事實，迥乎不同。第三，法律事實者，發生法律上之效果之各個事實也。蓋法律上之效果，因一定之各個事實之結合而發生。例如契約，必須由（1）有能力之事實，（2）要約之事實（3）承諾之事實等相結合，始能發生效果。法律事實，即指此各個之事實而言。此各個事實，與各個事實相結合之全體，並不相同。此二種事實，在德國各有相當之名詞，日本及法國，則無此等名詞。我國法律上所謂事實，在用語上，亦無區別，有時指各個法律事實而言，有時指法律事實結合之全體而言。（參照民事訴訟法第二一七條第一項

第四款) 第四，法律事實，既爲能生法律上之效果之事實，故法律上之效果，即爲由法律事實而生之效果，因之權利之得喪變更之存否，應依法律事實之存否以判定之，法院專審查法律事實之是否存在，即可判定權利之是否存在也。

## 第二款 法律事實之種類

法律事實之種類甚多，若就其內容觀察之，可大別之爲二種，分述如左：

第一 法律的行爲 法律的行爲者，發生法律上之效果之人類行爲也。若分說之：第一，法律的行爲者，人類之行爲也。人類之行爲者，由於有意識之意思作用而生之身體之舉動，故應具備二要素：一爲有一定目的之意思，即意思之決定；二爲表示於外部之作用，即意思之實行。因是之故，單純之意慮，非行爲，以其缺意思之決定也；因強制而生之身體舉動，亦非行爲，以其非有意識之意思之實行也。第二，法律的行爲者，發生法律上之效果之行爲也。發生法律上之效果之行爲，即依法律之規定，付以法律上之效力之行爲也。故依法律之規定，不付以法律上之效力之行爲，非法律的行爲；例如訪問之通知，友誼之盟約，以及普通之禮節，均非發生法律上之效果之行爲。第三，法律的行爲者，乃於私法上之利害關係

之行爲，即關係私權之行爲也。故與私權無關係之行爲，非法律的行爲；例如買賣，贈與等行爲，皆與私權有關係者，故爲法律的行爲。

法律的行爲，可分爲二種，即適法行爲，不適法行爲是也；以下分述之：

(一)適法行爲 適法行爲者，由積極的方面言之，即法律所容許之行爲也；由消極的方面言之，即不違背法律之行爲也。適法行爲，爲能發生法律上之效果之行爲之一種。適法行爲，再細別之，可分爲法律行爲，及特別行爲二種。法律行爲者，以行爲人欲生法律上之效果之意思表示爲要件，即依其所欲，而生法律上之效果之行爲也。例如買賣，贈與，乃當事人欲爲權利之移轉，因之即生權利移轉之效果之行爲，故爲法律行爲。特別行爲者，不以行爲人欲生法律上之效果之意思表示爲要件，而生法律上之效果之行爲也。例如埋藏物之發見，不問行爲人有無欲得其權利之意思，在法律上，當然發生權利取得之效果，（第八〇八條）故爲特別行爲。此種特別行爲，在法律上，無概括的規定，通常可準用關於法律行爲之規定，故學者稱此種行爲爲準法律行爲，又稱爲類似法律行爲之行爲。

(二)不適法行爲 不適法行爲者，由積極方面言之，乃違背法律之行爲也；由消極方



而言之，乃法律所不容許之行爲也。不適法行爲，既違背法律，故反於行爲人之意思，而生法律上之效果；例如因侵害他人權利之行爲而生損害賠償之效果是也。不適法行爲，固非適法行爲，然有時一種行爲，由此方面觀之，爲不適法行爲，由彼方面觀之，則爲適法行爲，此不可不知者也。例如有甲以乙所寄託之物，因故意或過失，賣與他人之時，此種賣物之行爲，由買賣契約方面觀之，爲適法行爲，由侵害乙之權利方面觀之，則不適法行爲也。或曰，不適法行爲卽侵權行爲。余以爲侵權行爲，不過爲不法適行爲中之一種，二者之意義，固有廣狹之別也。

第二 自然的事實 自然的事實者，不以人之意思作用爲要件，而發生法律上之效果之事實也。如時之經過，人之出生及死亡，身體之狀況，（如心神喪失精神耗弱等）物之消滅，華息之分離等是也。自然的事實，其特徵在不以人之意思作用爲要件，故與特別行爲不同。特別行爲，雖亦不以意思表示爲要件，然究爲基於人之意思作用之行爲，若無意思作用，則不能成立；自然的事實，則不以人之意思作用爲要件。自然的事實，其無關於人之意思作用者，固不待言，即令關於人之意思作用者，亦不因人之意思作用，而發生效果。例如所有人

，使其所有物消滅時，雖發生所有權喪失之效果，但其效果之發生，非由於所有人之消滅行為，乃由於物之消滅事實。蓋物之消滅，不論基於所有人之意思作用與否，均發生所有權消滅之效果也。

### 第三款 法律事實之效果

法律事實，通常均於成立後，向將來發生效果，因法律事實，為發生法律上之效果之原因，法律上之效果，乃法律事實之結果也。但有例外三種，分述如左：

第一 法律上之效果，於事實成立後，不即時發生者；例如當事人為買賣行為之時，雙方約定自買賣契約成立時起算，經過一年，始發生交付物品之效果是也。此種特約，既不背公共秩序善良風俗，亦不違反法律上禁止或強制之規定，在法律上，當然有效。惟此種效果，因其不於即日發生，故學者稱之為停止效。

第二 法律上之效果，有溯及於法律事實成立以前者；例如繼承之拋棄，其效力溯及於繼承開始之時是也。此種效果，學者稱之為溯及效。

第三 法律上之效果，有存於數個法律事實，前之事實，雖已成立，必俟後之事實亦

成立時，始發生效果者；例如附停止條件之法律行為是也。此種效果，學者稱之為豫生效。

## 第二章 法律行為

### 第一節 法律行為之意義

法律行為者，以欲生法律上之效果之私人的意思表示為要件，即依其所欲，而生法律上之效果之法律事實也。

試就此定義，分析說明如左：

第一 法律行為者，法律事實也。法律事實者，如前所述，乃能發生權利之得喪變更之事實也；換言之，即能發生法律上之效果之事實也。法律行為，雖為法律事實，然二者不可相混，因法律行為，不過為法律事實中之一種而已。

第二 法律行為者，以意思表示為要件之法律事實也。意思表示之意義，俟次章說明之，此處所欲言者，即法律行為與意思表示，是否同一意義之問題也。對此問題，學者之主張，殊不一致：有謂法律行為，即意思表示，二者之意義，全然相同者；有謂法律行為，與

意思表示，不可混而爲一，法律行爲，不過以意思表示爲不可缺之要件者。此二說，余贊成後說，因法律行爲，與意思表示，判然爲二物故也。茲就契約言之，契約爲一個法律行爲，而其成立則由於二個意思表示，足見法律行爲，非即意思表示也。再就要物行爲言之，要物行爲，爲法律行爲之一種，然此種法律行爲，僅有意思表示，尙不能成立，必於意思表示之外，更有物之授受，始能成立；由是更可見法律行爲，非即意思表示也。斯二者，雖判然不同，然於法文上，及事實上，均不無混用之處，且有一法律行爲之成立，由於一個意思表示者，故有時舉意思表示，以代法律行爲之用語。

第三 法律行爲者，以欲生法律上之效果之私人的意思表示爲要件之法律事實也。法律行爲，以意思表示爲要件，而意思表示，又以效果意思爲要件，效果意思，即欲生法律上之效果之意思，故法律行爲，亦即欲生法律上之效果之行爲也。法律行爲，有欲生公法上之效果者，有欲生私法上之效果者，民法上之法律行爲，則欲生私法上之效果者也。故欲生公法上之效果之行政行爲，訴訟行爲等，雖亦爲法律行爲，（有異說）然非民法上之法律行爲。又法律行爲，必以私人的意思表示爲要件，故以國家的意思表示爲要件之行爲，雖亦爲法律

行爲，然非民法上之法律行爲；但國家以私人之資格，所爲之意思表示，亦能成爲民法上之法律行爲。

第四 法律行爲者，以欲生法律上之效果之私人的意思表示爲要件，即依其所欲，而生法律上之效果之法律事實也。所謂依其所欲，而生法律上之效果，即所生之效果，恰與行爲人之意思相適應之謂也。法律行爲之效果，雖爲法律所付與，而法律付與之效果，則基於行爲人之所欲；學者稱法律行爲，爲私法的自治行爲，即由於此。

法律行爲，既依行爲人之所欲，而生效果，此即與不適法行爲不同之點也。如侵權行爲，雖亦能發生法律上之效果，但其效果，不問行爲人之欲否，當然發生；且所發生之效果，通常與行爲人之意思，不相適應；因侵權行爲之效果，乃損害賠償也。

## 第二節 法律行爲之分類

法律行爲，可爲種種之分類，述之如左：

第一 單獨行爲及共同行爲 單獨行爲者，以當事人一方之意思表示，爲其成立要件之法律行爲也；故單獨行爲，亦曰一方行爲。單獨行爲中，可分爲有相對人之單

獨行爲，及無相對人之單獨行爲二種。有相對人之單獨行爲，即依其性質，須對於某人爲之  
之行爲也；如法律行爲之撤銷，承認，解除等是也。無相對人之單獨行爲，即依其性質，無  
須對於何人爲之之行爲也；如遺囑，及捐助行爲等是也。有相對人之單獨行爲，雖其行爲，  
須對於某人爲之，然其行爲之發生效力，則不必待相對人之承諾；換言之，即令相對人不承  
諾，其行爲仍發生效力也。例如債務之免除，縱令債務人不欲其免除，依舊發生免除之效  
力是也。

雙方行爲者，以當事人間二以上意思表示之合致，爲其成立要件之法律行爲也；如契約  
，即爲雙方行爲。此爲法律行爲中之最普通者，亦最重要者。雙方之意思表示，一方謂之要  
約，一方謂之承諾。然契約觀念之範圍，因各國立法之不同，而有廣狹之別。如法國民法，  
因繼受羅馬法，以狹義解契約，謂契約以成立債權債務之關係者爲限。德國民法，則取廣義  
，謂契約爲雙方行爲之總稱，於民法總則中，設契約通則之規定。故其所謂契約，不限於債  
權債務之關係，即因物權之移轉，物權之設定，以及親屬關係等，亦得成立契約。我國一二  
次民律草案，於總則編中，亦設契約之規定，新民法總則雖不設契約之規定，然關於契約之

觀念，亦從廣義解釋。

共同行爲；一曰合同行爲，又曰協定行爲。此種行爲，亦須有二以上意思表示之合致，與契約同；惟其意思表示，非有別異相對之內容，乃對同一之方向，而有同一之內容者也。蓋在契約，其意思表示之合致，乃錯綜之合致；而在共同行爲，其意思表示之合致，乃平行之合致也。例如社員總會決議之行爲，社團法人設立之行爲，土地共有人共同設定地役權之行爲等，均屬共同行爲。共同行爲與契約宜區別之說，首創於德國學者孔滋，然亦有反對者。反對者謂：『此種行爲，非特種之行爲，不過一方行爲之集合而已，可名爲複數的一方行爲。蓋一方行爲，爲一方之意思表示，非必爲一人之意思表示也。』由是言之，可知共同行爲之說，尙非一般公認之說，然確有研究之價值也。

第二 生前行爲及死後行爲 生前行爲者，於生前發生效力之法律行爲也；通常之法律行爲，如買賣，贈與等，皆爲生前行爲。生命保險契約，雖其保險金額，以被保人之死亡，爲清償期，然其效力，則發生於契約訂立之時，故生命保險契約，仍爲生前行爲。

死後行爲者，因當事人一造之死亡，始發生效力之法律行爲也；如遺囑，遺贈等是也。

。或謂遺囑遺贈等，爲必要的死後行爲，如買賣，贈與等，如當事人欲以之爲死後行爲，固亦無妨。余以爲此種主張，尙有研究之餘地。

第三 要式行爲及不要式行爲 要式行爲者，以要式的意思表示，爲其成立要件之法律行爲也；如婚姻，遺囑之類是也。

不要式行爲者，由不要式的意思表示而成立之法律行爲也；如買賣，借貸之類是也。法律行爲，以不要式爲原則，惟限於該法律行爲宜慎重明確者，始由法律定爲要式行爲，但不要式行爲，由當事人約定爲要式行爲者有之，學者稱之爲約定要式行爲。

第四 主法律行爲及從法律行爲 主法律行爲者，不假他法律行爲之存在而能獨立存在者也。普通之法律行爲，皆能獨立存在，然能獨立存在者，不必卽爲主法律行爲，因主法律行爲，乃對從法律行爲而言者也。

從法律行爲者，以他法律行爲之存在爲要件而始能存在者也；如夫婦財產契約，債務擔保契約等，均爲從法律行爲。此種行爲之運命，繫於主法律行爲，若主法律行爲無效或撤銷，則從法律行爲，亦不能獨立存在。



第五 完成行爲及未完成行爲 完成行爲者，即能完全發生效力之法律行爲也。既能完全發生效力，則所有附帶的效力，亦當然發生；如由婚姻，當然發生同居之義務是也。

未完成行爲者，即不能發生效力，或不能完全發生效力之法律行爲也。此種法律行爲，更可分爲三種：

(一)無效之法律行爲 無效之法律行爲者，即絕對不能發生效力之法律行爲也；如有背於公共秩序善良風俗之法律行爲，違反強制或禁止之規定之法律行爲等是也。(第七一條第七二條)

(二)得撤銷之法律行爲 得撤銷之法律行爲者，即不能完全發生效力之法律行爲也；詳言之，即雖生效力，而其效力，仍得使之消滅之法律行爲也。如基於錯誤之意思表示而成之法律行爲，及基於被詐欺或被脅迫之意思表示而成之法律行爲等是也。(第八八條第九二條)

(三)不生效力之法律行爲 不生效力之法律行爲者，即本不發生效力之法律行爲也；詳言之，即行爲時雖不發生效力，而經一定之人承認後，始發生效力之法律行爲也。如限制

行為能力人獨立訂立之契約，無權代理人以代理人之名義所爲之法律行為是也。（第七九條  
第一七〇條）

第六 人事上之法律行為及財產上之法律行為 人事上之法律行為者，以人事上法律關係之發生，變更及消滅爲目的之法律行為也；如訂婚，結婚，離婚，收養子女，非婚生子女之認領等行為是也。

財產上之法律行為者，以財產上法律關係之發生，變更及消滅爲目的之法律行為也；如買賣，互易，贈與等行為是也。此種法律行為中，更可爲左列之分類：

（一）處分行爲及非處分行爲 處分行爲者，因讓與，拋棄，或負擔，而消失財產權之全部或一部之行為也；如由買賣而移轉物權，因拋棄而喪失債權，又或於物權上設定他物權之類是也。非處分行爲者，僅取得權利或管理財產之行為也；如由他人受贈與，或修繕其所  
有物等行為是也。

（二）給付行為及非給付行為 給付行為者，當事人之一方，對於他方，給與生活資料，使之使用或收益之行為也；如所有權之移轉，債務之清償等行為是也。非給付行為則反是

；如所有權之拋棄，代理權之授與等行爲是也。在給付行爲中，再細分之，尙可爲左列之分類：

(甲)有償行爲及無償行爲 此分類，惟以財產上之給付爲目的之行爲始有之。對於其給付有對價者，曰有償行爲；無對價者，曰無償行爲。如買賣，互易等行爲，屬於前者；贈與，及捐助行爲，屬於後者。

(乙)要因行爲及不要因行爲 此分類，亦惟以財產上之給付爲目的之行爲始有之。要因行爲者，其給付原因之存否，與法律行爲之成立相關聯之謂也。如買賣行爲，買者負擔給付價金之義務，以其有由賣主受財產權移轉之原因也。若不受其移轉，買賣即不能成立，而給付之義務，自不能存在，故曰要因行爲。不要因行爲者，其給付原因之存否，與法律行爲之成立不相關聯之謂也。如票據行爲，捐助行爲，均爲不要因行爲。

(三)債權的行爲及準物權的行爲 債權的行爲者，以欲發生債權債務關係之意思表示爲成立要件之行爲也；如買賣，借貸，寄託，互易之類是也。

物權的行爲者，以欲直接發生物權上之變動之意思表示爲其成立要件之行爲也；如地

上權，地役權，抵押權等之設定是也。

準物權的行為者，以欲直接發生準物權變動之意思表示為其成立要件之行為也；如著作權，商標權，開鑿權，漁業權之讓與等是也。

### 第三節 法律行為之原素

法律無為，由種種之原素而構成，故法律行為之原素者，即構成法律行為之成分也；可分為客觀的原素，及主觀的原素二種，分述如左：

第一 客觀的原素 客觀的原素者，依法律之規定而定之原素也。國家為人類之法律的生活容易，故以法律規定買賣借貸贈與等之種種模範的法律行為，而明示其構成法律行為之成分，與非構成法律行為之成分。前者謂之要素，後者謂之常素。要素者，法律行為之必要原素也。此種原素，如有缺欠，則當事人所預期之法律行為，不能成立。常素者，乃法律行為通常之原素也。此種原素，雖通常附屬於法律行為，然若除去之，並無礙法律行為之成立，故當事人得表示反對之意思，除去常素。

第二 主觀的原素 主觀的原素者，依當事人之意思而定之原素也。此種原素，謂之偶

素，即法律行為偶然之原素，乃依當事人之特約而附加者。若當事人約定附加此種原素，如有缺欠，則法律行為，亦不能成立；若無此約定，則此種原素，與法律行為之成立，毫無影響。

於此處有一問題，即法律行為之緣由，是否為法律行為之原素是也。緣由者，即決定法律行為之理由也，亦可謂為法律行為之動機。例如買賣行為之緣由，千差萬別，有因供自己之使用而為買賣行為者，有因饋贈友朋而為買賣行為者，有因於中取利而為買賣行為者。此種緣由，既因人而異，且又隱伏於當事人之胸臆，不能由推測而知，故不能認為法律行為之原素。縱令當事人為法律行為時，無一定之緣由，或雖有緣由，而出於錯誤，均與法律行為之成立無關；但當事人之一方，先以緣由通知他方而以之為一種偶素時，則與法律行為之成立，不無影響矣。

#### 第四節 法律行為之要件

##### 第一款 法律行為之成立要件

法律行為之成立要件者，則於法律行為之成立所不可缺之條件也。法律行為，如缺欠此

種條件，則任何法律行爲，皆不能成立。

法律行爲之成立要件，可分爲二種：一爲一般成立要件，一爲特別成立要件。一般成立要件者，即於一切法律行爲之成立所不可缺之條件也；特別成立要件者，即於某種法律行爲之成立所不可缺之條件也。在民法總則所欲說明者，爲一般成立要件；因一般成立要件，乃於一切法律行爲之成立共通具備之要件故也。

法律行爲之一般成立要件，果有幾種？對此問題，有三學說，列舉如左：

第一 一要件說 此說謂法律行爲之成立，祇須備一要件，即意思表示是也。

第二 二要件說 此說謂法律行爲之成立，須備二要件，即意思表示及標的（法律行爲之標的）是也。

第三 三要件說 此說謂法律行爲之成立，須備三要件，即當事人，標的及意思表示是也。

以上三說，余取第三說，因不論何種法律行爲，均須具備當事人，標的，意思表示等三要件，若缺其一，則任何法律行爲，均不能成立故也。

## 第二款 法律行爲之有效要件

法律行爲之有效要件者，即於法律行爲之有效所不可缺之條件也。法律行爲之成立期，與法律行爲之有效期，不必相同。通常法律行爲，雖一經成立，同時即發生效力，然亦有法律行爲，雖經成立，並無效力，或雖有效力，而得否認，或能否發生效力，不能確定者；此法律行爲之成立要件之外，所以又有法律行爲之有效要件也。

法律行爲之有效要件，亦可分爲一般有效要件，特別有效要件二種。一般有效要件者，即於一切法律行爲之有效所不可缺之條件也；特別成立要件者，即某種法律行爲之有效所不可缺之條件也。在民法總則所欲說明者，爲一般有效要件；因一般有效要件，乃於一切法律行爲之有效，共通具備之要件故也。

法律行爲之一般有效要件，即就法律行爲之一般成立要件，使其有效之狀態存在之謂也；故一般有效要件，必建築於一般成立要件之上。茲特依學者之說，及法律之規定，舉法律行爲之一般有效要件如左：

第一 當事人 關於當事人之有效要件，即須有行爲能力也。

第二 意思表示 關於意思表示之有效要件有二：

(一)須意思與表示一致；

(二)須意思表示無瑕疵。

第三 標的 關於標的之有效要件有三：

(一)須標的非不能；

(二)須標的確定；

(三)須標的適法。

以上各種要件，除標的非不能及標的確定二要件，為依據學說而定者外，其餘在民法上，均有明文規定，應於次節以下說明之；但為說明之便宜，並不依上列之次序。

第五節 法律行為之標的

法律行為之標的者，即法律行為之內容也。法律行為之標的，雖因各種法律行為而異，然其(一)必須非不能，(二)必須確定，(三)必須適法，始能有效，則為各種法律行為之所同。茲特分為三款，述之如左：



## 第一款 標的須非不能

不能，可分爲客觀的不能，及主觀的不能二種：客觀的不能者，由其時代之經驗智識，無論何人，皆不能爲之事項也；如步行雲際，探險星球之類是也。主觀的不能者，僅爲當事人所不能爲之事項也；如使不通外國語之人爲通譯，使赤貧之人爲千金之贈與等類是也。法律行爲，以客觀的不能之事項爲標的者，則其行爲完全不能有效；以主觀的不能之事項爲標的者，似應認爲無效，惟相對人之主觀的狀態，是否可能，在他人恆不易推測而知，若概使之無效，則易長詐僞欺罔之風，其害亦甚大。故此種法律行爲，應認爲有效，惟因事實上不能履行，則發生損害賠償之問題耳。不能又可分爲法律的不能，及事實的不能二種。前者由於法律之規定而不能，如以禁制物或人之身體，爲買賣之標的是也；後者由於事實上自然之法則而不能，如挾山超海，緣木求魚之類也。法律行爲，如以此二種不能之事項爲標的，則完全不能有效。惟此種分類，學者有以爲不當者；因不能與不法有別，可能與不能，爲事實問題，適法與不法，爲法律問題，法律的不能，乃標的之不法，非標的之不能也。

## 第二款 標的須確定

法律行為之標的，如非確定，則實際上不能發生法律上之效果，如以物贈人，必須標的確定，始能實現其效力是也。但所謂確定，非必指現時即已確定而言，即日後可以確定者，亦為確定也。關於標的之確定，雖於法律上無直接之規定，然法律行為，既以發生法律上之效果為目的，若標的不確定，則效果不能發生，因是法律行為之標的，實有確定之必要。

法律行為之標的，非必現時即已確定，即日後可以確定者，亦為確定，已如上述。惟現時尚未確定者，將來如何確定之乎？其方法大致如左：

第一 當事人有特別訂定者，應從其訂定。此際更可分為後列之四種情形：

- (一) 有由當事人以契約定之者；
- (二) 有由當事人一方定之者；
- (三) 有由第三人定之者；
- (四) 有用他種方法定之者。

第二 當事人無特別訂定，而法律上有規定者，則從法律之規定。如選擇債及種類債之給付，法律上設有明文者是也。

第三 當事人無特別訂定，法律上亦明文規定，而有習慣可從者，則依習慣定之。

### 第三款 標的須適法

法律行為之標的，必須適法，否則，不發生法律上之效果。標的之不適法，依民法之規定，可分爲後列四種，以下分項說明之：

#### 第一項 違反強制或禁止之規定者

法律行為之標的，違反強制或禁止之規定者，即法律行為之內容，違反強行法規所定之事項也。強行法中，包含命令法及禁止法二種，斯二者，皆有強行之性質，不過一爲積極的，一爲消極的而已。

強行法，對於聽用法而言，強行法者，關於法律之遵行，不得以當事人之意思左右之之法規也。聽用法者，關於法律之遵行，得以當事人之意思左右之之法規也。但何爲強行法？何爲聽用法？不能爲概括之斷定，當依各法文之自身判斷之。公法固以強行法爲常，私法固以聽用法爲常，然不能謂凡爲公法，皆屬強行法，亦不能謂凡爲私法，皆屬聽用法。即以民法言，民法固私法也，然實由強行法聽用法二者集合而成。如法文定有「但有特別訂者，不

在此限，『除有特別訂定外，』當事人有特別意思表示時，不在此限，『但有反對之意思表示時，不在此限』等文字者，即為聽用之規定。又如有『不得拋棄，』『不得成立』等文字者，則為強行之規定。惟無此等文字者，亦不能遽斷為強行法或聽用法，尚須斟酌法律之全體而斷定之。

法律行為，以違反強行法之事項為標的者，其法律行為無效。例如與人締結拋棄權利能力或行為能力之契約，或與人設定法律上所未規定之物權，又如相約不依法律之規定，成立法人，或相約不經官廳之許可，售賣火藥等類，法律上皆認為無效，蓋非此不能貫徹強行法之法意也。

民法第七十一條所規定『強制』二字，非強行之意乎？如為強行之意，則其中應包括命令法禁止法兩項，何以『強制』與『禁止』，平列規定之乎？按『強制』二字，乃強制其行為，或強制其不行為，即命令及禁止之意也，今以『強制』與『禁止』平列規定之，誠有未當。是惟有取收縮解釋法，專解作強制其行為之意，即命令之意，俾與禁止相對，然細按之，終覺未妥。

此處有一附帶說明者，即避法行爲，得認爲有效與否之問題也。避法行爲者，規避強行法之行爲也；詳言之，即當事人爲規避法律之限制，而以迂迴之手段，以達其目的之謂也。例如爲規避限制利息之規定，而以其利息之一部，作爲原本，或預先扣除若干原本之類是也。關於此問題之解決方法，大陸法派與英美法派不同。大陸法派以爲法律所限制者，在手段，斯時既改用他之手段，故認爲有效。英美法派以爲法律所限制者，在目的，斯時手段雖已改用，而其目的，依然違法，故認爲無效。余以英美法派所主張者，比較合理。

## 第二項 違背公共秩序或善良風俗者

法律行爲之標的，有背公共秩序或善良風俗者，無效，此羅馬法以來所認之原則也。羅馬法謂凡有背善良風俗之契約，均屬無效。法國民法繼之，定爲有背公共秩序或善良風俗之原因，爲不法之原因，基於不法原因之債務，無效。德國民法第一草案，亦仿法國民法，定爲違反公共秩序或善良風俗之法律行爲，無效；其現行民法，則刪去公共秩序，僅曰違反善良風俗之行爲無效，蓋以公共秩序，即包含於善良風俗之中也。日本民法，亦仿法國民法及德國民法草案，定爲以違反公共秩序善良風俗之事項爲目的之法律行爲，無效。其他如瑞士

債務法，與國民法，均有與此類似之規定。我國第一次民律草案，規定以違反公共秩序之事項爲標的者，其法律行爲，無效；第二次民律草案，規定法律行爲，有傷風化者，無效；新民法則規定法律行爲，有背公共秩序或善良風俗者，無效。（第七二條）或曰：『民法第七十一條，既規定法律行爲，違反強制或禁止之規定者無效，則所謂違反禁止之規定，非即違反公共秩序或善良風俗之規定乎？果爾，則既有第七十一條之規定，第七十二條似無規定之必要矣。』是說余不能贊同；何則？違反公共秩序或善良風俗之法律行爲，雖即爲違反禁止規定之法律行爲，但禁止之規定，乃成文法之規定，以有限之成文法，安能將違反公共秩序或善良風俗之事項，網羅靡遺？倘有遺漏，則明知其爲有背公共秩序或善良風俗之法律行爲，亦不能不認爲有效矣。因是之故，所以立法者特設一抽象之規定，俾審判官得臨時認定之，此即於第七十一條以外，另設第七十二條之理由也。

法律行爲，以違背公共秩序或善良風俗爲標的時，謂之標的之不法。煙捏克茲耶耳斯分爲左列三種情形，例舉如左：

第一 行爲之本身，即違反公共秩序或善良風俗者。此可分爲二種：

(一)以實行或獎勵違反公共秩序或善良風俗之行為，爲行為之標的者；如與人締結殺人或犯姦之契約是也。

(二)以防止公共秩序或善良風俗所要求之行為爲行為之標的者；如與人締結勿與配偶同居之契約是也。

第二 行為之本身，雖不違反公共秩序或善良風俗，但加以強制時，則爲違反公共秩序或善良風俗者。例如結婚或不結婚，奉教或不奉教，均爲各人之自由，並不違反公共秩序或善良風俗；但與人締結必與某人結婚或終身不結婚之契約，又或締結必奉某教或不奉某教之契約，斯爲違反公共秩序或善良風俗矣。

第三 行為之本身，雖不違反公共秩序或善良風俗，但因與金錢上之利益相連結時，則爲違反公共秩序或善良風俗者。例如與審判官約定必爲公平之裁判，與證人約定必爲真實之證言，而與以金錢之報酬；又或與他人約定不爲犯罪之行為，不爲賣國之行為，而給以金錢若干；此等約定，均爲違反公共秩序或善良風俗矣。因審判官原負有爲公平裁判之義務，而原負有爲真實證言之義務，國民原負有不犯罪不賣國之義務；若因是與以報酬，給以金

錢，則適與官吏職務及國民道德相背馳，而間接有害公共秩序或善良風俗矣。

所謂公共秩序善良風俗，意義過於廣漠，故欲決定是否公共秩序，是否善良風俗，不可無一定之標準。通常皆依時，人，地等三項定其標準，茲特分述如左：

第一 關於時之標準 公共秩序善良風俗之觀念，有因時而異者；如立法時，行爲時，裁判時之見解不同時，則應從行爲時之見解。

第二 關於人之標準 公共秩序善良風俗之觀念，有因人而異者；如因人之地位，身分，性質，而異其見解時，應從客觀的見解，不應從主觀的見解。

第三 關於地之標準 公共秩序善良風俗之觀念，有因地而異者；如某地方之見解，與各地方之見解不同時，應從一地方之特別見解乎？抑應從各地方一般之見解乎？對此問題，有以爲應從特別之見解者，有以爲應從一般之見解者。余以爲一地方所以有特別見解者，必其地方有特別之習慣，此際應先審查其習慣，如爲良好習慣，不妨從特別之見解，如爲惡劣習慣，則應從一般之見解；因惡劣習慣，應排除，不應容許也。

第三項 不依法定之方式者



法律行爲，所以應依一定之方式者，其目的有三：一爲當事人意思決定之真正，二爲當事人意思決定之明晰，三爲當事人意思決定之確定；是不但可以防止詐欺及脅迫等流弊，亦可證明當事人之意思，且可免去第三人意外之損害也。例如當事人爲法律行爲之時，應依言詞表示之乎？抑應依書面表示之乎？如以言詞表示，應依通常之言詞表示之乎？抑應依特定之言詞表示之乎？如以書面表示，應依通常之書面乎？應依特定之書面乎？於書面上，必須親自書寫乎？抑無須親自書寫，僅親自簽名爲己足乎？如自己不能簽名，僅僅蓋章，亦與簽名有同一之效力乎？如自己不能簽名，而又無應蓋之印章，得以指印，十字，及其他之符號，代替簽名乎？如以指印，十字，及其他之符號，代替簽名，即與簽名生同一之效力乎？抑尙須有定數之證人爲之證明乎？（第三條）又於表示意思時，應否律師或公證人到場乎？抑無須律師公證人到場，但有第三人到場爲己足乎？凡此種種，皆屬方式問題。一切行爲，均依一定嚴重之方式，固可免詐欺及脅迫之流弊，但當此交易頻繁之時代，若事事拘泥一定之方式，適足以阻碍交易，其害亦不可勝言。是以現今各國民法，皆採方式自由之原則，欲依何種方式，或竟不用方式，悉聽當事人之自由。然有時法律以爲某種行爲，關係較重，必須依

一定方式者，則以明文規定之，如婚姻遺囑之方式是也，是為法定方式。由當事人自由約定之方式，謂之約定方式。應依法定方式之法律行為，如方式缺欠，則其行為為無效；例如遺囑，依繼承法之規定，如公證遺囑，或密封遺囑，均須見證人及公證人簽名；（第一一九一條第一一九二條）否則，其遺囑無效。故民法第七十三條規定曰：「法律行為，不依法定方式者，無效；但法律另有規定者，不在此限。」由是知法定方式，與法律行為之有效與否，亦極有關係也。

#### 第四項 顯失公平者

信實公平，為人類社會生活之基礎，並可助成交易之發達者也。故顯失公平之法律行為，亦為不適法之行為，不應與其他之法律行為，受同一之保護。羅馬法規定賣主出售物品，其價在通常市價半額以下時，得對於買主要求買賣之解除。法國民法規定賣主就其不動產之價，受十二分之七以上之損失時，有權提起撤銷買賣契約之訴。德國民法規定利用他人之困難，輕率，或無經驗，使其對於自己或第三人，給付財產上之利益，或約定給付財產上之利益，而此利益，對於供給，顯失權衡，超過給付之價值時，其法律行為為無效。蘇聯民法規定

凡因急需，而締結顯有不利於己之契約者，法院因被害人，或相當之國家機關，或社會團體之請求，得認其契約為無效，或停止其將來之效力。以上所舉，皆西洋各國之立法例也。日本民法，無此規定，我國第一次民法草案，亦無此規定。我國第二次民法草案，因模仿德國民法，故亦設規定曰：「法律行為，係乘他人窘迫，輕率，或無經驗而為，依當時情形顯失公平者，其法律行為為無效。」（第二次民法草案第二五條）新民法雖亦模仿德國民法，而設類似之規定，但改無效為得撤銷，此則大有不同也。查新民法第七十四條規定曰：「法律行為，係乘他人之急迫，輕率，或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付；」又該條第二項規定曰：「前項聲請，應於法律行為後一年內為之。」此處所應研究者，即顯失公平之法律行為，應定為無效，抑應定為得撤銷之問題也。學者對此問題之主張，雖各有不同，然余則以為應定為無效；何則？相對人，既有乘人之急迫輕率或無經驗之情形，與單純顯失公平之行爲，已有不同，故應仿德國之例，定為無效，不應仿法國之例，定為得撤銷；因法國民法之規定，與德國民法之規定，其情形顯有不同故也。

## 第六節 意思表示

### 第一款 意思表示之意義

意思表示者，欲生法律上之效果之意思之發表也。就字面言之，似不問其欲生法律上之效果與否，凡屬存於內部之意思，而發表於外部者，均可謂之意思表示。但法律上所稱之意思表示，其意義並非如是之寬泛，惟欲生法律上之效果者，始得謂之意思表示。故意思表示，為法律行為一般要件之一，若無意思表示，則法律行為，不能成立；又雖有意思表示，而為無效之意思表示時，則法律行為，雖可成立，然亦為無效之法律行為；由是可知意思表示，與法律行為關係之密切矣。意思表示之定義，諸家學者，主張不同，余則以為意思表示者，乃根據表示意思，及行為意思，以表示行為，而為效果意思之發表也。以下就此定義，分晰說明之：

第一 效果意思 效果意思，為意思表示要件之一，乃欲生法律上之效果之意思也。法律行為之效果，即依此效果意思而定。惟效果意思，並非希望，乃意欲也。僅希望生法律上之效果之意思，非效果意思，必須能惹起法律上之效果之意思，始為效果意思。

法律行爲之效果，雖爲法律所付與，而法律之付與效果，則基於行爲人之意欲，故法律上之效果，必依效果意思而定也。法律上之效果，雖依效果意思而定，然法律上之效果之全體，則非全依效果意思定之，是宜注意者也。因法律有時於效果意思之外，付與附隨之效果者，亦有時除付與直接之效果外，並付與間接之效果者。蓋法律除依效果意思，付與適合之效果外，並有時依法律之規定，付與附隨或間接之效果也。法律所付與適合效果意思之效果，謂之法律行爲的效果；法律所付與附隨或間接之效果，謂之法規的效果。效果意思，有時欲生此二種效果，則此二種效果，當然因之而生；亦有時僅欲生法律行爲的效果，而法規的效果，仍然因之而生。故余謂法律上之效果之全體，非全依效果意思定之也。

第二 表示意思 表示意思者，乃以表示行爲，發表效果意思之意思也。此種意思，立於效果意思與表示行爲之中間，而保持其連絡，故亦爲意思表示之一要件。表示意思，與行爲意思，不可混同。行爲意思，乃爲表示行爲之意思，表示意思，則以其表示行爲發表效果意思之意思也。譬如爲表示承諾而點頭，點頭之意思，爲行爲意思，依點頭表示承諾之意思，則表示意思也。因有表示意思，故表示行爲，不止爲單純之行爲，而有爲意思表示之性質

矣。關於表示意思，有主觀客觀二說：主觀說謂：「必須表意人，確有以表示行為，發表效果意思之特別意思，始為表示意思。」客觀說謂：「不必表意人，確有以表示行為，發表效果意思之意思，祇要一般人，從外部見其有以表示行為，發表效果意思之意思已足。」此說之結果，大有不同，關於此事，有一常引用之例，即託利伊亞市拍賣葡萄酒之例也。據云，託利伊亞市，拍賣葡萄酒，有一種特別習慣，即以舉手為添價一百馬克之表示是也。設有一外國人，入此市場，並不知此種習慣，因呼喚其友人，而高舉其手。此時若依主觀說，則其舉手，非意思表示；依客觀說，則為意思表示。此在法律上，大有關係：從客觀說，既為意思表示，則依第八十八條之規定，祇能因錯誤而撤銷之，若不撤銷，則為有效之意思表示。又依第九十一條之規定，縱令可以撤銷，但表意人，對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償之責。若依主觀說，既非意思表示，故亦不發生此等結果。余以為表意人，並無發表效果意思之特別意思，雖為表示行為，然與效果意思之間，並無連絡，因是不能成立意思表示，故以主觀說為正當。

第三 行為意思 意思表示，必藉表示行為，始能成立，為表示行為之意思，即為行為

意思也。有表示意思，而無行為意思，則不能成立表示行為，亦即不能成立意思表示，故行為意思，亦為意思表示之要件。表示行為，既不可無行為意思，故無意思之動作，非行為；如睡眠中之動作，因不可抗力而生之動作，皆非表示行為；因表示行為，必由於行為意思也。學者有略稱法律行為為意思，為行為意思者，有稱效果意思，為行為意思者，均與此處所謂行為意思不同，是應注意者也。

第四 表示行為 表示行為，即發表效果意思之行為也。縱令有效果意思，表示意思，以及行為意思，若無表示行為，意思表示仍不能成立；故表示行為，亦為意思表示之要件。表示行為，有由作為而成者，有由不作為而成者；不論其由作為而成，抑由不作為而成，均須有表示力。何謂表示力？即有表示效果意思適當之性質也。欲決此表示力之有無，不可依表意人之主觀的標準，亦不可依相對人一方之認定，而應依客觀的標準決之；何則？若依表意人主觀的標準，則法律上規定意思表示必須表示之趣意，或恐沒却；若依相對人一方之認定，而相對人，又難保不誤解表示之意義；故欲決表示力之有無，應依客觀的標準。

有表示力之行為，不僅為積極的行為，雖所謂沉默，亦有有表示力者。在通常之時，沉

默雖無表示力，然從社會觀念，認沉默爲意思表示時，則其沉默，即有表示力。例如未成年  
人，於法定代理人之面前，爲法律行爲，此時法定代理人之沉默，即爲允許之意思表示。又  
依法律之規定，認沉默爲意思表示時，其沉默亦有表示力；如第八十條，規定法定代理人，  
不爲確答，視爲拒絕承認；此時法定代理人之沉默，即爲拒絕承認之意思表示。但所謂沉默  
，與默示的意思表示，不可混而爲一。默示的意思表示，於次款說明之。

## 第二款 意思表示之分類

意思表示，可爲種種之分類，列舉如左：

第一 獨立之意思表示非獨立之意思表示與從屬之意思表示 獨立之意思表示者，其性  
質上，不待他之意思表示，即能獨立生法律上之效果之意思表示也；如債務之免除，撤銷，  
捐助行爲，及遺囑等意思表示是也。

非獨立之意思表示者，其性質上，必與他之意思表示相合，始能生法律上之效果之意思表  
示也；如契約之訂立，總會之決議等意思表示是也。

從屬之意思表示者，其性質上，必從屬於他之意思表示，或其他之法律事實，始能生法



律上之效果之意思表示也；可分爲三種：

(一)補充之意思表示 補充之意思表示者，補充他之意思表示，或其他之法律事實，始生法律上之效果之意思表示也；如法定代理人，對於未成人之法律行爲，而爲之允許或承認等意思表示是也。

(二)破壞之意思表示 破壞之意思表示者，對於他之意思表示，或其他之法律事實，所生或將生之法律上之效果，爲之破壞之意思表示也；如法律行爲之撤銷，要約之拒絕，繼承之拋棄等意思表示是也。

(三)指定之意思表示 指定之意思表示者，對於他之意思表示，或其他之法律事實，所生之效果，爲之確定之意思表示也；如於選擇債所爲之選擇，於不特定物債所爲物之指定等意思表示是也。

第二 無效之意思表示得撤銷之意思表示不生效力之意思表示 無效之意思表示者，即絕對不發生效力之意思表示也；如無行爲能力人之意思表示，虛僞之意思表示是也。

得撤銷之意思表示者，即因有法定之瑕疵，得否認其已生之效力之意思表示也；如因詐

欺而爲之意思表示，因脅迫而爲之意思表示是也。

不生效力之意思表示者，即本不發生效力之意思表示；換言之，即視他之特定意思表示之有無，始能定其生效與否之意思表示也；如須經特定人之承認，始生效力之意思表示是也。

第三 明示之意思表示與默示之意思表示 意思表示，分爲明示默示，乃從來之通例；但此種區別，初無法律上之根據，不過學者各依其所見，以定區別之標準而已。關於此種區別，學說雖多，然大別之可分爲二派，即主觀說與客觀說是也；介紹如左：

(一) 主觀說 此說就表意人之意思，以求明示默示區別之標準。略謂：「表意人專爲表示該意思而爲表示行爲時，其表示，爲明示之表示；表意人直接表示他之意思，而使人推斷其法律行爲之意思時，其表示，爲默示之表示。」屬於此派之學者，皆易明示之意思表示及默示之意思表示，而爲直接之意思表示及間接之意思表示；如蝶命堡，司丁格耳等，即主張此說者也。

(二) 客觀說 此說就表意人表示之方法，以求明示默示區別之標準；有左列之三說：

(甲) 祇依言語或文字以爲表示者，始爲明示之表示；依其他方法以爲表示者，皆爲默示之表示；如富李刺，即主張此說者也。

(乙) 用相對人一見即能了解之方法，而爲之表示，爲明示之表示；否則，爲默示之表示；如川名兼四郎，即主張此說者也。

(丙) 以本來表示一定意思之適當手段而爲之表示，爲明示之表示；其他，皆爲默示表示；如秋特兒曼，即主張此說者也。

以上所述，爲關於區別明示表示與默示表示之學說；但明示與默示，與表示行爲之效力，初不生絲毫之差異，故就法律言之，實無求此區別標準之必要也。

第四 對於特定人之意思表示與對於不特定人之意思表示 對於特定人之意思表示者，以有特定之相對人領受爲必要之意思表示也；如委任，贈與等意思表示是也。

對於不特定人之意思表示者，無須特定之相對人領受而爲之意思表示也；如廣告，捐助行爲等意思表示是也。

### 第三款 意思表示之齟齬

## 第一項 總說

意思表示之齟齬者，意思與表示不一致之謂也。意思表示，既不可無意思，復不可無表示，意思與表示，又不可不一致。意思與表示一致之意思表示，當然生法律上之效果，毫無疑義；倘使意思與表示不一致時，應注重意思乎，應注重表示乎，抑意思與表示並應注重乎？此應研究之問題也。對此問題，有三主義，分述如左：

第一 意思主義 此主義注重意思，倘使意思與表示不一致時，則表示為無效。此主義，合於理論，而不適於實際。蓋因一般交易，皆恃外部之表示，若人可藉口表示與意思之不一致，而主張無效，則有害交易之安全，保護表意人，亦未免過厚。

第二 表示主義 此主義注重表示，倘使表示與意思不一致時，其表示仍為有效。此主義，與意思主義，恰相反對，雖可保交易之安全，然保護相對人及第三人，又未免過厚矣。

第三 折衷主義 此主義不專注重意思，亦不專注重表示，蓋折衷於意思主義與表示主義之間者也。有時以表示主義為原則，以意思主義為例外，有時以意思主義為原則，以表示主義為例外，如是既可以兼顧當事人雙方之利害，亦可以保交易之安全。

以上三主義，就理論言之，以意思主義最爲合理，以折衷主義，最爲公平；然法律非自然之法則，乃人類行爲之規則也，於人類相互間，應以維持公平爲目的，不應專重理論；故我國民法，寧捨意思主義，而取折衷主義。

## 第二項 意思與表示不一致之情形

意思與表示之不一致，可分爲兩種情形：一爲表意人知其不一致而爲意思表示時，一爲表意人不知其不一致而爲意思表示時。前者謂之故意之不一致，後者謂之偶然之不一致，以下分述之：

第一 故意之不一致 故意之不一致，分爲二種：即心裏保留，及虛偽表示是也；分述如左：

(一)心裏保留 心裏保留，一曰真意保留，即故意爲非真意之意思表示也；換言之，即無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲之意思表示也。此種意思表示，雖非表示真意，然其目的，不必出於欺罔，而有加害於相對人之心，即出於戲謔，無加害於相對人之心者，亦往往有之。例如甲對乙曰，汝能爲我削此鉛筆，當以萬金相酬，其實甲並無削筆之心，亦無酬

金之意是也。

心裏保留，其意思與表示，全然不相一致，故就理論言之，實不能認為有效。但相對人，無由得知表意人心裏之事，因其意思表示，而誤認為真實者，往往有之。此際如以其意思表示為無效，則相對人，必至受意外之損害，故民法第八十六條規定：「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示，不因之無效，」此乃例外之規定也。就原則言，意思與表示一致之意思表示，始為有效；此種意思表示，乃意思與表示不一致者，而民法亦認為有效，故為例外之規定。

心裏保留，雖其意思表示不一致，仍認為有效，已如上述。但相對人，若明知表意人無為其意思表示所拘束之意時，則仍認為無效，此民法第八十六條但書之所定也。此但書，乃例外之例外，故仍返於原則，此際縱認為無效，就通常言之，當無害於相對人，即使有害於相對人，亦係咎由自取，故法律對之，無再為保護之必要也。

相對人果否明知表意人無欲為其意思表示所拘束之意，乃事實問題，不能有預定之標準，惟徵之表意人之生平，其意思表示，實出於諧謔，反語，或大言之時，則可斷定相對人明

知表意人無欲爲其意思表示所拘束之意。

(二)虛僞表示 虛僞表示者，表意人，爲欺罔第三人與相對人通謀，而爲之意思與表示不一致之意思表示也。虛僞表示，其目的在行詐欺者有之，在達其他違法之目的者亦有之。例如債務人爲免財產之扣押，表面上僞爲讓與他人，又如欲得選舉人之資格，名義上受讓他人之財產之類是也。

依民法第八十七條之規定：「表意人，與相對人通謀，而爲虛僞意思表示者，其意思表示無效。」但其無效，非絕對的無效，乃相對的無效；即表意人與相對人間，雖爲無效，而對於善意之第三人，則不可以無效對抗之。(第八七條第一項但書)

虛僞之意思表示，其表意人之真意，本不欲成立何種法律行爲者有之，欲成立他種法律行爲者亦有之。欲成立他種法律行爲而爲虛僞之意思表示，其被隱藏之行爲，學者稱之爲隱匿行爲。隱匿行爲之應爲有效與否，爲立法上應研究之問題。我國第一次民律草案規定：「其法律行爲，不因隱蔽而失其效力；」第二次民律草案規定：「其法律行爲，仍屬有效；」是皆認隱匿行爲爲有效也。試問虛僞意思表示中所隱藏之行爲，果皆爲有效之行爲乎？無效之

行爲，不能隱藏於其內乎？設使違反公共秩序或善良風俗之行爲，違反強制或禁止規定之行爲，隱藏於其中，亦一律認爲有效乎？斷無是理也。民法第八十七條第二項規定曰：「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，」是則有效無效，惟以該項法律行爲之規定爲標準，較之兩草案，圓滿多矣。

尙有一與虛僞之意思表示相似而實不同者，即信託行爲也。（一曰假託行爲）信託行爲者，於內部另有一定之目的，而於外部，則爲與此目的不相應之意思表示也。例如甲之本意，僅欲使乙代爲索債，而竟讓與其債權；又或僅欲供債權之擔保，而竟讓與其物之所有權之類是也。此種行爲，其對外關係，委託人對於受託人，雖與以所有權人或債權人之資格，有使之完全執行委託人權利之權限；至於對內關係，對於受託人，不過與以受託人之資格，故所有權及債權，仍屬於委託人，並不屬於受託人也。

此種行爲之效力如何？學者之主張，殊不一致：有主張無效說者，有主張有效說者。主張無效說中分爲二派：一派謂：「信託行爲，即虛僞表示，故爲無效。」一派謂：「信託行爲，即避法行爲，故爲無效。」主張有效說中亦分爲二派：一派謂：「祇能認內部關係爲有效，



至於外部關係，則爲無效。」一派謂：「外部關係，對於一般人，亦屬有效，不過當事人間，應受內部關係之拘束耳。」余對於上述二說，以有效說之第二派爲是；蓋內部關係，既未表現於外部，當爲第三人所不知，其表現於外部者，惟外部關係耳。若受託人，以其財產轉讓於第三人，不應使善意之第三人受不測之損害，自應完全有效，故曰外部關係，對於一般人應屬有效。惟內部關係，既不許受託人於信託目的以外自由處分，受託人自應受其拘束，若有違反之事實，則應負損害賠償之責，然委託人不能向第三人而追及之也。蓋此種行爲之發生，顧名思義，乃以人之信用爲基礎，自當然含有喪失信用之危險，若許向第三人得以追及，則保護債權人，未免過厚，保護第三人，未免過薄矣。

第二 偶然之不一致 偶然之不一致，分爲二種：即錯誤之意思表示，及傳達不實之意思表示是也；分述如左：

(一) 錯誤之意思表示 錯誤者，認識與對象不一致之謂也。錯誤之意思表示者，基於錯誤而爲與真意不一致之意思表示也。基於錯誤之意思表示，非必皆與真意不一致，如基於動機之錯誤而爲意思表示，則非與真意不一致者。如誤信舊鉛筆已經用完，而購買新鉛筆

，是其真意為購買鉛筆，其表示亦為購買鉛筆；真意與表示，並非不一致，故不發生意思表示之效力問題。能發生意思表示之效力問題者，惟基於錯誤而為真意與表示不一致之意思表示而已；例如本欲買紅鉛筆，乃因誤認紫鉛筆為紅鉛筆，而購買之是也。此處所謂之錯誤之意思表示，即專指此種真意與表示不一致者而言。

然錯誤之意思表示，即基於錯誤而為真意與表示不一致之意思表示，其效力與通常之意思表示不同，就各國之立法例言之，有三主義：

(甲)無效主義 無效主義，即對於錯誤之意思表示，一律認為無效之主義；如英美法及德國民法第一草案，即採此主義。

(乙)撤銷主義 撤銷主義，即對於錯誤之意思表示，一律認為得撤銷之主義；如德國民法，與國民法，及瑞士債務法，即採此主義。

(丙)折衷主義 折衷主義，即對於錯誤之意思表示，分別種類，或認為無效，或認為得撤銷之主義；如羅馬法，及法國民法，即採此主義。

我國民法，採撤銷主義，遇有錯誤之意思表示，表意人得撤銷之。(第八八條)然所謂得

撤銷者，亦非基於一切錯誤而為之意思表示，皆得撤銷，惟基於重要之錯誤而為之意思表示，始得撤銷而已。所謂重要之錯誤，果為何種錯誤乎？依民法第八十八條之規定，可分為左列之四種：

(甲) 意思表示內容之錯誤 何謂意思表示之內容？若就各種意思表示言之，殊無一定，非就具體的意思表示考察之，不能決定何者為其內容；然就一般之意思表示言之，則所謂內容者，即當事人，標的物，及法律行為之種類等是也。茲即就此三者，分述如左：

(1) 當事人之錯誤 當事人之錯誤，即誤認甲當事人為乙當事人之錯誤也。例如表意人本欲僱用張某為其處理事務，乃誤認李某為張某而僱用之是也。

(2) 標的物之錯誤 標的物之錯誤，即誤認甲標的物為乙標的物之錯誤也。例如表意人本欲買華英字典，乃誤認英華字典為華英字典而買得之是也。

(3) 法律行為種類之錯誤 法律行為種類之錯誤，即誤認甲法律行為為乙法律行為之錯誤也。例如表意人本欲締結僱傭契約，乃誤認委任契約為僱傭契約而締結之是也。

(乙) 因不知而生之錯誤 因不知而生之錯誤，即表意人若知其情事、即不為意思表示

示之錯誤也。列如表意人因不知某女已經出嫁，而贈與嫁資，又如因不知某甲非自己之近親，而承認扶養是也。

(丙)視同意思表示內容之錯誤 視同意思表示內容之錯誤者，言其本非意思表示內容之錯誤，而法律上擬制為意思表示內容之錯誤也。此種錯誤，依民法之規定，(第八八條第二項)有左列之二種：

(1)當事人資格之錯誤 當事人資格之錯誤，即誤認對造當事人之資格而生之錯誤也。例如寄託，使用借貸，無利息之消費借貸，委任，保證等意思表示，常依對造當事人之資格而決定之；此外如訂婚及收養養子等意思表示，更不待言。依民法之規定，若於交易上認當事人之資格為重要者，則其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。

(2)物之性質之錯誤 物之性質之錯誤，即誤認標的物之性質而生之錯誤也。如古物以時代性質為主眼，簪環以金屬性質為主眼，若以唐鼎誤為周鼎，以鍍金耳環誤為純金耳環，即為物之性質之錯誤。依民法之規定，若於交易上認物之性質為重要者，則其錯誤，亦視為意思表示內容之錯誤。

(二)傳達不實之意思表示 表意人不直接表示其意思，用傳達人或傳達機關傳達者，往往有之。此種傳達，有時與表意人之真意不一致，是謂之傳達不實，一曰誤傳。此種傳達之不實，與表意人自爲之錯誤無異，故傳達不實之意思表示，應與錯誤之意思表示同視。民法第八十九條規定曰：『意思表示，因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之。』惟此種意思表示，可分爲左列之二種：

(甲)傳達已成立之意思表示者 所謂傳達已成立之意思表示，例如某甲，命其僕人，送信二件，一爲贈乙百金之信，一爲貸丙百金之信，而其僕人將送乙之信，誤送於丙處，將送丙之信，誤送於乙處是也。此種意思表示，非第八十九條規定之傳達不實之意思表示，因此二信於送交之時，即已成立，雖然誤送，實則均未送到，故亦不能適用第八十九條之規定。

(乙)傳達現在之意思表示者 所謂傳達現在之意思表示，例如某甲，命其僕人，告某乙云，余欲買金若干，而僕人誤云，余欲賣金若干是也。此種意思表示，即傳達不實之意思表示，第八十九條之規定，專指此種而言。

以上所述偶然之不一致，一為錯誤之意思表示，一為傳達不實之意思表示。此二種意思表示，因其與真意不一致，故表意人得將其意思表示撤銷之。惟第八十八條所謂錯誤，所謂不知，及第八十九條所謂傳達不實，必須非由表意人自己之過失，始得撤銷；否則，不得撤銷。又此種撤銷權，不應使之永遠存在，若永遠存在，則權利狀態，永不確定，殊有礙交易之安全，亦非保護相對人或第三人之道，故民法又規定撤銷之期間，使表意人知有撤銷之原因後，須速行撤銷，倘自意思表示後，經過一年，而仍未撤銷者，則撤銷權消滅，撤銷權既已消滅，則不許再主張撤銷矣。（第九十條）又此二種意思表示，依民法第八十八條及第八十九條之規定，均得撤銷，此所以保護表意人也。但表意人撤銷意思表示時，對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償之責，此又所以保護相對人及第三人也。惟其撤銷之原因，為受害人明知或可得而知者，則無要求償賠之權，而表意人亦不負賠償之責矣。（第九十一條）

#### 第四款 有瑕疵之意思表示

有瑕疵之意思表示，與意思表示之齟齬不同。意思表示之齟齬，乃意思表示不一致；至

於有瑕疵之意思表示，則其意思與表示，常相一致，不過其意思表示，由於他人不正之干涉，非出於表意人之自由而已，故與意思表示之齟齬不同。有瑕疵之意思表示，可分爲二種：一爲因被詐欺而爲之意思表示，一爲因被脅迫而爲之意思表示；以下分述之：

第一 因被詐欺而爲之意思表示 因被詐欺而爲之意思表示者，表意人，因受詐欺，致陷錯誤，即因其錯誤而爲之意思表示也。詐欺之意義，在民法上，無明文規定，從普通之意義解釋之，其成立之要件有三，分述如左：

(一)故意 故意，爲成立詐欺之主觀的要件。故意之內容：第一，須有使被詐欺人陷於錯誤之意思；第二，須有利用其錯誤，使被詐欺人爲意思表示之意思。此與刑法上之詐欺不同，刑法上之詐欺，尚須有取得財產上利益之意思；(刑法第三六三條)此則縱無加害(財產之損害)於相對人之心，或更有利於相對人之心，其詐欺仍成立也。

(二)欺罔行爲 欺罔行爲，爲成立詐欺之客觀要件。如捏造不實之事實，或隱瞞真正之事實等是也。若僅爲單純意見之表示，或希望之表示，則非欺罔行爲。欺罔既爲一種行爲，自爲有意識的身體之動作，無論用言語或用書面，皆能成立；惟沉默，能否構成詐欺？是

一問題。依一般之通說，沉默以不能構成詐欺爲原則，惟由法律上，契約上，或交易習慣上，有告知真實之義務，竟不告知，而故爲沉默者，始構成詐欺耳。

(三)被詐欺人陷於錯誤 上述二要件，爲關於行詐欺人之要件，此則爲關於被詐欺人之要件。必須被詐欺人因其詐欺而陷於錯誤；否則，詐欺仍不能成立。此亦係與刑法上之詐欺不同之點，刑法上之詐欺有未遂，(刑法第三六三條第三項)民法上之詐欺，則無未遂也。

因被詐欺而爲之意思表示，是意思表示，由於欺詐也；故意思表示，與詐欺之間，須有因果關係之存在。惟二者間之因果關係，是否存在，當由表意人『若不受詐欺即不爲此意思表示』之主觀的標準決之。例如某甲謂其偽造之畫，爲黃子久之真蹟，某乙因某甲欺詐之言，即買得此偽造之畫，是即成爲因被詐欺而爲之意思表示，因其與詐欺有因果關係故也。如縱無某甲詐欺之言，而某乙亦購買此畫，則不能成爲被詐欺而爲之意思表示，因其與詐欺無因果關係故也。

表意人所受之詐欺，有出於相對人者，有出於第三人者，情形既然不同，故其效果亦異；茲特分別說明之：



(一)詐欺出於相對人者 詐欺，既出於相對人，則因其詐欺而爲之意思表示，當然可以撤銷。

(二)詐欺出於第三人者 詐欺出於第三人時，其效果應分別言之：如第三人行其詐欺，相對人明知其事實，或可得而知者，表意人得以撤銷；否則，不得撤銷。蓋惡意之相對人，無保護之必要，若善意之相對人，則應保護之也。

表意人之撤銷權，應對於何人行使之？此應研究之問題也。行詐欺者，如爲相對人，自應對行詐欺之相對人爲撤銷。行詐欺者，若爲第三人，則應分別言之：(一)有相對人之意思表示，相對人如爲惡意，自應對於相對人爲之；(二)無相對人之意思表示，(如繼承拋棄等)則對於基此意思表示而直接受利益之人爲之，至其人知有詐欺之事實與否，可以不問也。

因被詐欺而爲之意思表示，雖得撤銷，然不得與善意之第三人對抗。此處所謂善意之第三人，即不知其被詐欺之情形之第三人也。例如某甲受某乙之詐欺，將某種財產，贈與某乙，某乙以之轉賣於某丙，某丙如爲善意，則某甲對於某乙，雖可主張贈與之撤銷，然對於某丙，不能主張財產之返還，惟對於某乙，有要求損害賠償之權耳；反之某丙若爲惡意之第三

人，則撤銷權之效力，亦得及之。

第二 因被脅迫而爲之意思表示 因被脅迫而爲之意思表示者，表意人，因受脅迫，致生恐怖，即因恐怖而爲之意思表示也。脅迫之要件有二，分述如左：

(一)故意 故意，爲成立脅迫之主觀的要件。故意之內容：第一，須有使被脅迫人發生恐怖之意思；第二，須有利用其恐怖，使被脅迫人，爲意思表示之意思。此種故意，不必於其行爲之始，即須存在，即令起初係出於他之目的，至中途改念，欲利用之，使爲意思表示者，亦得謂之脅迫。此與刑法上恐嚇之意義有別，刑法上之恐嚇，必有得財產上利益之目的，始能成立；(刑法第三七〇條)民法上之脅迫，則縱無取得財產利益之目的，其脅迫仍能成立也。

(二)脅迫行爲 脅迫行爲，爲脅迫成立之客觀的要件。脅迫行爲：第一，須表示加害之意。其受害之主體客體及種類，均無限制，故不問對於本人行之，或對於其親屬或配偶行之，亦不問對於生命身體行之，或對於財產名譽行之，更不問即時行之，或將來行之，且不問爲重大之危害，或輕微之危害，祇須足以使人生恐怖之念，均爲脅迫行爲。法國民法

，惟以對於表意人及其配偶人或尊親屬卑親屬之脅迫爲限；羅馬法以關係名譽之危害，不成爲脅迫，又羅馬法及法國民法，以脅迫須即時行之，以急迫爲必要；德國學說，則解爲必須以重大之危害，始成爲脅迫；我國民法，則無此等之限制。第二，須受脅迫者，因其脅迫行爲，致生恐怖。故對於已在恐怖狀態中之人，加以脅迫，非此處所謂脅迫。例如某甲溺於水中，向某乙呼救，而某乙要求與以一定之報酬，始肯救援，此不得謂之脅迫；因某甲之恐怖，非由某乙之要求而生也。第三，脅迫行爲，必須不法。例如某甲對某乙云，汝至期不償還債款，則將汝殺死，即爲不法；若云汝至期不償還債款，則訟汝於法院，則非不法也。

意思表示與脅迫之間，須有因果關係之存在，即表意人所爲之意思表示，須由於脅迫之結果而發生也。惟二者間之因果關係，是否存在，當由表意人「若不受脅迫即不爲此意思表示」之主觀的標準決之。例如某甲向某乙云，汝若不以千元與我，則殺汝。某乙因此脅迫，應允與以千元。此種約定，即爲因被脅迫而爲之意思表示，因其意思表示與脅迫，有因果關係故也；反之，如縱無某甲之脅迫，某乙亦以千元與之，則爲贈與之意思表示，非因脅迫而爲之意思表示，因其意思表示與脅迫，無因果關係故也。

脅迫之程度，若使表意人至全失其意思時，斯時縱有表示，非此處之被脅迫而爲之意思表示。例如某甲用暴力握某乙之手，而作借貸證書，是爲機械的動作，乃暴行人之意思表示，非被脅迫人之意思表示，故非此處之被脅迫而爲之意思表示。

又因被脅迫而爲之意思表示，與因被詐欺而爲之意思表示相同，並非無效，乃得撤銷者也。蓋因表意人受脅迫時，亦會權衡利害，始爲意思表示，不過非出於表意人之自由耳；故德法日本等國之民法，及我國民法，（第九二條）皆僅與以撤銷權。惟此種撤銷權爲絕對的與被詐欺之撤銷權爲相對的者不同；是以不問爲相對人之脅迫，或第三人之脅迫，亦不問相對人知其事實或可得而知之與否，均可行使之。又此處所謂第三人，不問爲善意之第三人，或惡意之第三人，均可對抗。蓋以受詐欺之意思表示，或由於一己之疏忽，受脅迫之意思表示，則含有不可避免之危險，是以民法上規定其撤銷權，一爲相對的，一爲絕對的。

以上所述有瑕疵之意思表示，一爲因被詐欺而爲之意思表示，一爲因被脅迫而爲之意思表示。此等意思表示，依民法之規定，雖許撤銷，然若不加以限制，則權利狀態，永不確定，實有害交易之安全。故民法規定有撤銷權之人，於發見詐欺或脅迫終止後，一年內撤銷之

；並規定撤銷權，自意思表示後，經過十年而消滅；因之於十年以後，縱令發見詐欺，或脅迫始行終止，亦不得撤銷矣。（第九三條）

#### 第五款 意思表示之效力發生時期

意思表示之成立與否，與意思表示效力之發生與否，原屬兩個問題，不可混而爲一。蓋意思表示，必先已完全成立，而後有效力問題；而發生效力之時期，則因意思表示之種類而異，茲特分述如左：

第一 對於不特定人之意思表示 對於不特定人之意思表示，應於何時發生效力？民法上無明文規定。然依一般學者之解釋，除法律有特別規定者外，均應於其表示行爲完成時，發生效力。

第二 對於特定人之意思表示 對於特定人之意思表示，有向對話人爲之者，有向非對話人爲之者，種類既然不同，發生效力之時期，自亦不得不異。茲依民法之規定，分述如左：

（一）向對話人爲意思表示者 向對話人之意思表示，應於何時發生效力？各國民法之

規定，大致相同，均謂向對話人爲意思表示者，其意思表示，以相對人了解時，發生效力；我國民法，亦如此規定。（第九三條）所謂對話人，即可以直接向之傳達意表之相對人也；雖隔地數百里，而以電話對語者，亦爲對話人；否則，雖距離咫尺，而用函件間接傳達意思者，亦爲非對話人。蓋是否對話人，不以當事人距離之遠近爲斷，而以其意思之傳達，是否直接爲斷也。

（二）向非對話人爲意思表示者 向非對話人之意思表示，應於何時發生效力？對此問題，在立法上，有四主義，分述如左：

（甲）表白主義 表白主義者，即表意人表白其意思時，即發生效力之主義也。依此主義，則繕就信函，或擬定電稿而待發出之時，即發生效力。此主義，亦曰表意主義。

（乙）發信主義 發信主義者，即表意人發表意思之通知時，即發生效力之主義也。依此主義，則信函投於郵筒，電稿送於電局時，即發生效力。

（丙）受信主義 受信主義者，即意思表示之通知，達到對人時，始發生效力之主義也。依此主義，則信函電報，已遞交於相對人時，始發生效力。此主義，亦曰到達主義。

(丁)了解主義 了解主義者，即相對人了解表意人之意思表示後，始發生效力之主義也。依此主義，必相對人實際拆閱信函電報時，始發生效力。此主義，亦曰了知主義。

以上四主義，如表自主義，相對人尙不知其意思，即使之發生效力，則有害相對人之利益，且表意人究於何時表示其意思，無從證明，故不能採用。了解主義，若因相對人之故意或過失而怠於了解其意思表示者，(如接到信函電報擱置不閱)則表意人未免蒙其損害，且相對人究於何時了解其意思，亦無從證明，故亦不能採用。此四主義中，比較的適於實際者，惟發信受信兩主義而已。此二主義，就迅速言之，則發信主義，優於受信主義；以確實言之，則受信主義，優於發信主義。我國民法，仿德日民法之例，採用受信主義，即以通知到達相對人時，發生效力也。(第九五條)例如契約之要約與承諾，以及同意，撤銷，承認，催告等，皆適用之，但間或設例外以補救之耳。

向非對話人之意思表示，既於通知達到相對人時，發生效力，此後表意人，即不得撤回。但其撤回之通知，若同時或先時到達於相對人者，則不能以意思表示之通知已達到為理由，而主張已發生效力，不許撤回。蓋通知未達到於相對人之前，表示人原有撤回之自由也。

表示人發出通知後死亡，或喪失行為能力，或行為能力受限制者，其通知仍發生效力乎？此應研究之問題也。竊以通知發出，尙未達到相對人之前，以理言之，其意思表示，似應無效；但相對人因不知表意人之死亡，或喪失其能力，或能力受限制，而為種種之行為者有之，此際若使之無效，則相對人必蒙不測之損害。故民法於受信主義之原則，而加以限制，特規定其意思表示，不因之失其效力，（第五九條第二項）其意在保護相對人之利益也。

又向非對話人之意思表示，既以通知達到相對人時，發生效力，若表意人不知相對人之姓名及居所時，則其通知，無由送達，其效力，自無從發生，當此之際，應如何？依我國民法之規定，當此之際，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達，為意思表示之通知。但有一種限制，即表意人，不知相對人之姓名或居所，須非因自己之過失；否則，不能以公示送達為意思表示之通知；是於為表意人謀方便之中，兼寓保護相對人之意也。（第九七條）

#### 第六款 意思表示領受能力

向特定相對人之意思表示，以其了解或達到，發生效力。有行為能力人，始有領受能力



，無行為能力人，或限制能力人，均無領受能力。若向此二種人爲意思表示時，應於何時發生效力乎？依民法之規定：『向無行為能力人，或限制行為能力人，爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力，』（第九六條）此原則也；但關於限制行為能力人，尙有例外之規定，分述如左：

第一 限制行為能力人，如得法定代理人之允許，亦得領受意思表示。（第七七條）

第二 限制行為能力人，對於純獲利益之意思表示，或依其年齡及身分日常發生所必需之意思表示，雖無法定代理人之允許，亦得領受。（第七七條但書）

#### 第七款 意思表示之解釋

意思表示之解釋者，謂確定意思表示之意義也。但確定意思表示之意義時，應探求當事人之真意，不可拘泥所用之辭句。（第九八條），蓋意思表示之方法，原不限於語言文字，若專恃語言文字之辭句，以解釋意思表示，則非以語言文字所爲之意思表示，將無從解釋之矣。即令其意思表示，爲以語言文字所爲之意思表示，而當解釋之時，亦不應拘泥辭句；如身體之舉動，周圍之情況，以至地方之習慣，商界之慣例，皆可用作解釋之資料，以考求當事

人之真意。但所解釋者，應以已表示之意思爲限，至於未表示之意思，固不可妄加推測也。意思表示不明了之時，法律爲之設解釋其意義之規定者有之，此所謂解釋規定也。解釋規定者，立法者以法律解釋當事人意思表示之規定也；例如法律上規定違約金，推定其爲預定之損害賠償，即爲解釋規定。

民法第四條及第五條，即爲關於意思表示解釋之規定，附述如左：

第一 關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準。

第二 關於一定之數量，以文字或號碼爲數次之表示者，其表示有不合時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以最低額爲準。

### 第七節 行爲能力

行爲能力者，即爲一種行爲能生法律上之效果之能力也。法律行爲，乃能生法律上之效果之行爲，故欲爲法律行爲，不可無行爲能力；此行爲能力所以爲法律行爲之要件也。惟必何等人始有行爲能力乎？各國法律，對此問題，多不設積極之規定，我國民法亦然。因通常

之人，莫不有行爲能力，故民法專就無行爲能力及限制行爲能力等消極方面規定之。蓋除無行爲能力人，及限制行爲能力人以外，莫非有行爲能力人也。茲就無行爲能力人，及限制行爲能力人，分述如左：

第一 無行爲能力人 無行爲能力人，即毫無行爲能力之人也。依民法之規定，（第一三條第一四條）無行爲能力人，可分爲二種：一爲未滿七歲之未成年人，一爲禁治產人。此二種人，因其無意思能力，故民法以之爲無行爲能力人，不能自爲法律行爲，故此等人之意思表示爲絕對無效。（第七五條）無行爲能力人，既不能自爲法律行爲，故律上必須爲之設立代理人，此代理人法律上謂之法定代理人。依民法之規定：「無行爲能力人，由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示，」此乃保護無行爲能力人之規定也。（第七六條）

無行爲能力人之意思表示，所以爲無效者，因其無意思能力也。由是知意思表示之是否有效，乃以識別能力是否欠缺爲斷，故雖爲有行爲能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所爲者，法律上亦爲無效。（第七五條）因其識別能力之欠缺，與無行爲能力人同，

故亦應在保護之列也。有行為能力人，為意思表示時，因其識別能力之欠缺，遂認其意思表示為無效，無行為能力人，為意思表示時，若其識別能力，無異於常人，亦得認其意思表示為有效乎？是則不許如是推論者也。有行為能力人，在無識別能力時所為之意思表示，認為無效，無行為能力人，在有識別能力時所為之意思表示，則仍認為無效；因前者為事實問題，後者為法律問題，且無行為能力人，通常皆無識別能力，縱令一時偶有識別能力，仍因其為無行為能力人，不能認其意思表示為有效也。

第二 限制行為能力人 限制行為能力人，即其行為能力，特受法律限制之人也。限制行為能力人，非如無行為能力人之絕對無行為能力，亦非如有行為能力人之完全有行為能力，實介於二者之間，法律使之於原則上，不許獨斷為意思表示之人也。依民法之規定，（第一三條）所謂限制行為能力人，即滿七歲以上之未成年人也。此種人，雖非無意思能力，然其識別能力，在通常之時，究不完全；故計較得失，斟酌利害，終有不及常人之處，若使之獨斷為意思表示，難保不意外之損害。法律為保護其利益計，故以明文規定，限制行為能力人，為意思表示，及受意思表示，應得法定代理人事前之允許，或事後之承認，始為有效。

蓋欲以法定代理人之允許及承認，以補充其能力也。以下就單獨行爲及契約，分別言之：

(一)單獨行爲 單獨行爲，以一方當事人之意思表示爲成立要件，即爲有相對人之單獨行爲，其效力之發生，亦不待相對人之承諾；如捐助行爲。債務之免除，法律行爲之撤銷，承認，及解除等是也。限制行爲能力人，如爲單獨行爲，必須先得法定代理人之允許，不准獨斷爲之。依民法之規定：『限制行爲能力人，未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲，無效。』所謂無效者，乃絕對無效也，縱令事後經法定代理人之承認，依然無效；欲救濟之，惟有依法定代理人之允許，另爲新單獨行爲而已。(第七八條)

(二)契約 契約以雙方之意思合致，爲成立要件，故契約與單獨行爲不同。單獨行爲，有有相對人者，有無相對人者，契約則皆有相對人；如買賣，贈與，借貸等，皆契約中之最重要者也。限制能力人，如與人訂立契約，亦與單獨行爲相同，必須先得法定代理人之允許，不准獨斷爲之。然未得法定代理人之允許，獨斷訂立之契約，亦爲無效乎？此種契約，非絕對無效，特不生效力而已，若加以發生效力之條件，仍有發生效力之可能；其條件，即法定代理人之承認是也。是則與限制行爲能力人所爲單獨行爲不同之點也。(第七九條)

限制行為能力人獨斷訂立之契約，必經其法定代理人之承認，始生效力，是可知法定代理人何時承認，何時即可發生效力，如是則待遇限制行為能力人，未免過厚，待遇相對人，未免過薄，似非持平之道；故民法為保護相對人，又設後列二種規定；

(甲)相對人之催告 限制行為能力人獨斷訂立之契約，如其法定代理人不表示承認，則相對人永遠候其承認，必難免意外之損害；故法律許相對人，定一個月以上之期限，催告法定代理人確答是否承認。但法定代理人於期限內，不為確答時，視為已承認乎？抑視為拒絕承認乎？法律為免發生爭論計，則規定法定代理人於期限內，不為確答者，視為拒絕承認。(第八〇條)

限制行為能力人，在限制能力中，獨斷訂立之契約，固須待法定代理人之承認，始生效力。倘於訂立契約以後，其限制能力之原因消滅，如未成年者，已達於成年，或已結婚，則對於以前訂立之契約，可以自行承認，其承認，與法定代理人之承認，有同一之效力。此際相對人，亦可對之催告，準用對於法定代理人之催告之規定。(第八一條)

(乙)相對人之撤回 限制行為能力人獨斷訂立之契約，如其法定代理人未表示承認

，而相對人於訂約時不知限制行為能力人未得允許者，准相對人撤回。蓋既在未經承認以前，是法律關係，尙未成立，况於訂約時不知其未得允許，亦足以表示其毫無惡意，故應准其撤回所訂之約，以保護其利益。但於訂約時，若明知其未得允許者，則法律對之自無再行保護之必要，故訂約時知其得允許者，則不准其撤回矣。（第八二條）

（丙）限制行為能力人之詐欺 限制行為能力人之意思表示，必須得法定代理人之允許；否則，不能有效，已如前述。但限制行為能力人爲意思表示時，用詐術使人信其爲有行為能力人，或已得法定代理人之允許者，其法律行爲，則應認爲有效，以保護相對人之利益。（第八三條）此種法律行爲之有效，以限制行爲能力人之詐術，爲必要條件，若限制行爲能力人，僅向相對人聲言自己有行爲能力，或僅聲言已得法定代理人之允許，其法律行爲，尙不能認爲有效；必須限制行爲能力人，爲使相對人信其爲有行爲能力人，或信其已得法定代理人之允許，而行使詐術，其法律行爲，始能認爲有效。所謂行使詐術者，乃積極的用其詐欺之策術之謂；例如提示偽造之出生證書，使相對人誤信其爲已達成年；又如提示偽造之信函，使相對人誤信其已得法定代理人之允許之類是也。

限制行為能力人者，即法律使之於原則上，不許獨斷為意思表示之人也；詳言之，即限制行為能力人，為意思表示，或受意思表示，以必須得法定代理人之允許為原則也。但此原則，非無例外，茲依民法之規定，述各種例外如左：

第一 純獲法律上之利益者 限制行為能力人之意思表示，所以必須得法定代理人之允許者，蓋恐其識別能力不完全，若獨斷為之，則難保不受意外之損害也。倘其所為之意思表示，或所受之意思表示，純獲法律上之利益，則無損害之可言，因之無得法定代理人允許之必要。純獲法律上利益之行為，即專取權利，或專免義務之行為也。專取權利，即單純取得權利，絲毫不負義務之謂；例如受他人之贈與是也。專免義務者，即消滅現在擔負之義務，不再擔負他種義務之謂；例如受債務之免除是也。或謂純獲法律上之利益，僅指專取權利而言，至專免義務，不應包括在內。殊不知純獲法律上之利益一語，應從積極消極兩方面觀察，積極的專取權利，固屬純獲利益，消極的專免義務，亦屬純獲利益也。（第七七條）

第二 依其年齡及身分日常生活所必需者 限制行為能力人，即已滿七歲之未成年人也。依民法第七十七條至第七十九條之規定，此種未成年人，若未得法定代理人之允許，幾乎



無論何種法律行爲，皆不得爲，縱令爲之，亦不發生效力，或竟絕對無效；如是則凡屬於未成年人之法律行爲，不論輕重大小，皆須得法定代理人之允許矣。若事事皆待允許，不但法定代理人將不勝其煩，且事實上，亦有時非常窒礙；故民法特規定依其年齡及身分日常生活所必需者，亦可以不得法定代理人之允許。（第七七條）既爲日常生活所必需者，則非過鉅之出款，可想而知。惟其年齡有長幼，身分有不同，因之其日常生活所必需之多寡，亦不能一致，此所謂依其年齡及身分，即以年齡身分爲標準之意也。年齡稍幼，用款必然較少，年齡加長，則用款必然增多；各人之身分不同，故其所需，亦不能無多寡之別。例如父母所與之學費及繕宿零用之費，未成年人即可斟酌用途及緩急，隨意處置，不必一一請命於父母；否則，不但山川阻隔，在事實上，有所不能，即令可能，亦無必要。蓋以未成年人，既達相當之年齡，亦即有相當之識別能力，許其獨斷爲相當之法律行爲，不惟於未成年人無損，且有使之養成獨立生活之利益。是以德國日本之民法，均有與此相類之規定；惟英國法，謂成年人，購買必要品之行爲，爲有效，其旨趣亦大致相同，特其用語，稍欠明確而已。

第三 允許處分之財產 允許處分之財產，即法定代理人指定某種財產，允許未成年人

得自由處分者也。未成年人既經法定代理人概括之允許，故其因處分此財產而生之種種法律行為，自可隨意爲之，不必一一再求法定代理人之允許。我國民法第八十四條規定：「法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能定人，就該財產，有處分之能力。」所謂有處分之能力，即有與通常之人同一之能力也。通常之人，皆有行為能力，故其由獨斷而爲之法律行為，爲有效；限制行為能力人，既與之有同一之能力，所以其由獨斷而爲之法律行為，亦爲有效。惟日本民法，及我國第一二次之民律草案，關於此種規定，皆分可以獨斷處分之財產爲二種；一爲豫定目的者，一爲未豫定目的者；且以前學者之解釋，每以學費爲豫定目的之財產，以零用之費，爲未豫定目的之財產，總之所舉之例，均屬爲數甚微，關係較小者。現在學者解釋本條，大多數皆採取上述之舊例，似有未合；何則？本條規定之財產，雖無豫定目的未豫定目的之分，然允許處分者，亦必有一定之範圍。惟允許處分之財產，則非必爲輕微之財產；因新民法，與舊草案及日本民法不同，於第七十七條，已有關於日常生活所必需之規定，故本條所規定之財產，不必盡屬輕微。倘使未成年人之父母，認該未成年人已有相當之識別能力，允許其處分較重要之財產，亦在本條範圍之內；是則不論依文理

解釋，或依理論解釋，均應得如是之結果者也。

第四 允許獨立營業 允許獨立營業，即法定代理人，允許未成年人獨立爲一定之營業之謂也。所謂營業，非必限於商業，如農業，工業，及其他一切之職業，均包含之。未成年人，在幼稚之時，因缺乏識別能力，固無獨立營業之能力，但若達於成年相近之年齡，其識別能力，幾與成年人相等，爲家境計，爲練習世務計，實有從事一定職業之必要；故法定代理人，允許未成年人獨立營業，亦爲事理之當然也。未成年人，既經法定代理人允許其獨立營業，則由營業而生之法律行爲，亦得獨斷爲之，自不待言。依我國民法第八十五條之規定；『法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業，限制行爲能力人，關於其營業，有行爲能力。』所謂有行爲能力，即有與通常之人同一之能力也。通常之人由獨斷而爲之法律行爲，爲有效；限制能力人，既關於營業與之有同一之能力，所以由獨斷而爲之法律行爲，亦爲有效。法定代理人，允許未成年人獨立營業以後，對於未成年人因營業而爲之行爲，雖不能再加干預，而對於自身之允許行爲，則不妨加以變更。所謂允許行爲之變更，即考查未成年人，就其營業，有不勝任之情形時，得將其允許撤銷或限制之之謂也。蓋未成年人既得允許獨立

營業之後，因其識別能力尙未充分發達，以致其所營之業，顯有日就失敗之勢時，則允許其獨立營業者，斷無袖手旁觀而不設法補救之理；所以法律又設撤銷允許，限制允許之規定。

（第八五條第二項）撤銷允許者，即將允許之全部完全撤銷也；例如曾允許其開設糧店，此時將糧店關閉是也。限制允許者，即撤銷其允許之一部也；例如曾允許其兼營造酒與賣酒，茲則僅令其造酒，或僅令其賣酒是也。此種撤銷或限制，僅能向將來發生效力，是於法律上雖如明文，然解釋止，當然如此也。又此種撤銷或限制，雖善意之第三人，亦得對抗；但爲此種撤銷及限制，必以限制行爲能力人，就其營業，有不勝任之情形時爲限，若無故爲此種撤銷或限制，則不能對抗善意之第三人矣。

### 第八節 法律行爲之代理

#### 第一款 代理之意義

代理人，代理人於代理權限內，以本人名義，爲意思表示，或受意思表示，直接對本人發生效力之行爲也。茲就此定義，分析說明如左：

第一 代理人，代理人之行爲也。代理行爲，乃代理人代本人而爲之行爲。此行爲，

在法律上，認爲本人之行爲乎？認爲代理人之行爲乎？抑認爲本人與代理人共同之行爲乎？此應研究者也。對此問題，有三學說，列舉如左：

(一) 本人行爲說 此說謂：『代理之發生，基於本人之授權行爲，且代理行爲對於本人，發生效力；故代理人所爲之行爲，即爲本人行爲。』此說因拘守羅馬法之原則，故其主張如此，然實不甚妥；何則？果如此說，則不足以說明法定代理。且意思之缺欠與否，及有無瑕疵，當就本人決之，豈非大謬？故此說，自薩威尼唱導以來，贊成者甚少。

(二) 共同行爲說 此說謂：『法律行爲之意思，可以分割者也；代理行爲之意思，一部分由本人之授權行爲表示之，一部分由代理人表示之，兩者相合，始成立代理行爲，故代理行爲，乃本人與代理人之共同行爲。』此說亦不甚妥；何則？此說僅能說明意定代理，而不能說明法定代理，且細按之，以之說明意定代理，亦有未合；因本人之授權行爲，不過爲代理之基礎，非即代理行爲也。是爲米資泰斯所唱之說，亦不足取。

(三) 代理人行爲說 此說謂：『使代理行爲成立者，爲代理人，受其效果者，乃本人也。蓋代理人爲法律行爲時，欲發生直接及於本人之效果，故法律即依其所欲，使之發生及

於本人之效果也。』此說既合於事實，亦不背於法理，故德國日本之民法，我國之民律草案及民法，皆採此說。此說爲拉班德所創，伊耶凌亦贊同之。

如上所述，既採用第三說，故余謂代理人，代理人之行爲也。代理，既爲代理人之行爲，故其所表示之意思，爲代理人之意思，非本人之意思。因是之故：第一，代理人與意思表示之傳達機關有別，如使者，其所傳達之意思，爲本人之意思，非使者自己之意思。第二，代理人與意思表示之補助機關亦有別，如通譯，不過就本人之意思，補助其表示而已，非表示通譯自己之意思。

第二 代理者，代理人以本人名義所爲之行爲也。代理人爲代理行爲，必以本人名義者，所以表明非以自己固有之資格爲此行爲也。故代理人不表明本人之名義，以自己固有之資格而爲之行爲，縱令其效果及於本人，亦不能謂爲代理行爲；由是知本人名義，與代理行爲，固大有關係也。然所謂以本人名義，亦不必一定表明本人之姓名也，僅採適宜之方法，使相對人知其爲代本人爲此行爲已足。如日本民法，規定代理人，雖不用本人之名義，然相對人明知或可得而知其行爲乃爲本人而爲者時，則其行爲，即可對於本人，發生效力。我

法上，雖無似此之明文，然在解釋上，固亦應如此也。

第三 代理者，於代理權限內所爲之行爲也。代理行爲，雖爲代理人之行爲，然非代理人之爲自己而爲之行爲，乃代理人爲本人而爲之行爲，故代理，應以代理權爲基礎。不但代理應以代理權爲基礎，且應於代理權限內爲代理行爲；否則，非此處所謂代理。如無權代理，若未經本人承認，則不能直接對於本人，發生效力，（參照第一七〇條）故與此處所謂代理不同。

第四 代理者，代本人爲意思表示，或受意思表示之行爲也。代本人爲意思表示者，曰積極代理，又曰動方代理；代本人受意思表示者，曰消極代理，又曰受方代理。總之皆以代爲或代受爲要件也。

第五 代理者，直接對於本人發生效力之行爲也。既謂直接對於本人，發生效力，可知其效力，並非先向代理人發生，然後移轉於本人，乃其效力，絕不向代理人發生，從始即向本人發生也；換言之，即代理行爲之效力，當然使本人爲權利者或義務者之謂也。例如某甲以某乙之名義，向某丙買米千石，其米之所有權，逕歸於某乙是也。效力既歸屬於本人，

故本人必須有一般權利能力，及特別權利能力，因之對於未成立之法人，不能代理；又無某種權利能力之外國人，雖以內國人為其代理人，仍不能因代理，取得此種權利。

### 第二款 代理之種類

代理，可為種種之分類，列舉如左：

第一 法定代理與意定代理 法定代理人，依法律之規定，而授與代理權之代理也。意定代理人，依授權行為，而授與代理權之代理也。

第二 積極代理與消極代理 積極代理人，代本人為意思表示之代理人。消極代理人，代本人受意思表示之代理也。

第三 直接代理與間接代理 直接代理人，代理人以本人名義，為意思表示或受意思表示，直接向本人發生效力之代理也。間接代理人，代理人以自己名義，為意思表示或受意思表示，向自己發生效力，而後移於本人之代理也。民法上所謂代理，專指直接代理而言。

第四 有權代理與無權代理 有權代理人，基於代理權之代理也。無權代理人，不基於代理權之代理也。無權代理，有廣義狹義之分。廣義之無權代理，包括兩種：一為表見代理



，一爲狹義之無權代理。（參照第一六九條）

第五 單獨代理與共同代理 單獨代理人，代理人祇有一人，得單獨爲意思表示或受意思表示之代理也。共同代理人，謂代理人有數人，非數人共同，不得爲意思表示或受意思表示之代理也。（參照第一六八條）

第六 單代理複代理 單代理人，祇發生單一關係之代理也。複代理人，代理人復選任代理人，發生重複關係之代理也。單代理，亦稱單純代理；複代理，亦稱復代理。

第七 一般代理與特別代理 一般的代理人，具有一般的概括的代理權之代理也。特別代理人，僅對於特定行爲有代理權之代理也。此特別代理，與民事訴訟法上之特別代理人不同。

### 第三款 代理權

#### 第一項 代理權之性質

代理權者，乃以本人名義，爲意思表示，或受意思表示，使之直接向本人發生效力之資格也。

原  
书  
缺  
页

原  
书  
缺  
页

第二 意定代理權發生之原因 意定代理權，乃由法律行為所授與之代理權，故其代理權之發生，由於授權行為。惟此處所謂授權行為，其性質為契約乎？抑為單獨行為乎？此應研究之問題也。對此問題，學說分為二派：

(一) 契約說 此說為法國民法所採取，以為代理不過為委任契約之對外關係，所謂授權行為，即此委任契約，必有本人與代理人間之委任契約，始能發生代理關係。

(二) 單獨行為說 此說為德國民法所採取，以為授權行為，非契約，乃單獨行為也；何則？代理權，既非義務，亦非權利之本身，不過為一種地位而已。因之授權行為，亦僅為本人承認代理人之意思表示，對於自己發生效力之行為，故僅以自己之意思表示為已足，而實無須乎代理人之承諾也。

以上二說，第一說殊不足取；何則？代理權不僅伴隨委任契約也，伴隨雇傭，合夥，承攬等契約者，亦時有之，此說謂代理關係，專由委任契約而生，似乎不妥；且以授權行為為委任契約時，則本人與代理人間之關係，其成立及撤銷，可不必通知第三人，如是則第三人必至蒙不測之損害。法律既規定代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意之第三人，（第一

○(一條)足知授權行爲，非委任契約，並可知我國民法，亦採取單獨行爲說者也。

又授權行爲，雖爲單獨行爲，然本人授與代理權之際，常與基本法律行爲結合而存在，(有與委任契約同時存在者，有與雇傭或合夥契約同時存在者)，其授權行爲，與基本法律行爲有不可分離之關係乎？換言之，即授權行爲之效力，與基本法律行爲有因果關係乎？抑無因果關係乎？對此問題，學說有三，分述如左：

(一)無因果關係說 此說謂：『授權行爲，與基本法律行爲，全然獨立，無因果關係；故基本法律行爲無效或撤銷時，授權行爲，依然有效或存續。』

(二)有因果關係說 此說謂：『授權行爲，全然從屬於基本法律行爲；故基本法律行爲無效或撤銷時，授權行爲，亦當然無效或撤銷也。』

(三)折衷說 此折衷說，更可分爲二說，列舉如左：

(甲)偏於無因果關係之折衷說 此說謂：『授權行爲，原與基本法律行爲無因果關係，惟依授權人之意思，可使授權行爲從屬於基本法律行爲也。』

(乙)偏於有因果關係之折衷說 此說謂：『授權行爲，原從屬於基本法律行爲，惟

依授權人之意思，可使之獨立而已。」

以上三說，我國民法，乃採取折衷說之乙說者也，故有左列之規定：

(一)代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。(第一〇八條第一項)

(二)代理權 得於其所由授與之法律關係存續中撤回之；但依該法律關係之性質不得撤回者，不在此限。(第一〇八條第二項)

### 第三項 代理權之消滅

代理權消滅之原因有二：一爲共同原因，一爲特別原因。共同原因者，法定代理與意定代理共同之消滅原因也。特別原因者，法定代理與意定代理特有之消滅原因也。我國民法，關於代理權共同消滅之原因，雖未設何等規定，但依學理言之，則代理人之死亡，即代理權消滅之共同原因也；何則？無論爲法定代理或意定代理，若代理人死亡，則代理關係，當然消滅故也。

意定代理之代理權，除上述之共同原因外，依民法之規定，如其爲代理原因之法律行爲爲終結，則代理權亦因之消滅。(第一〇八條第一項)例如因委任關係而授與之代理權，則委任

契約，爲代理原因之法律行爲，因合夥雇傭而授與之代理權，則合夥契約雇傭契約，爲代理原因之法律行爲。此等法律行爲，何時終結，則代理權，何時消滅。

代理人於代理權消滅時，須將授權書交還於授權人。蓋代理權既經消滅，若不將足以證明代理權之授權書交還，則代理人難免濫用，殊與授權人有害，故法律特以明文規定應將授權書交還，不得留置。（第一〇九條）或曰：「既從積極方面，規定應交還於授權人，復從消極方面，規定不得留置，似屬重複。」其實不然；此處所謂不得留置，非僅爲交還之消極方面已也，蓋謂代理人不得主張留置權也，謂此爲規定重複，則誤矣。既有不得留置之規定，則本人對於代理人應與之報酬或墊款，縱未清償，授權書仍須交還。

代理權之消滅，除第一百零八條第一項規定之原因外，尚有二種消滅原因，一爲代理權之撤回，一爲代理權之限制，分述如左：

第一 代理權之撤回 代理權由撤回而消滅者，乃全部之消滅也，本人對於代理人授與代理權以後，其所由授與之法律關係終結時，代理權當然消滅；然於其所由授與之法律關係存續中，而將代理權撤回，代理權亦因之消滅，故於此時，亦應將授權書交還。（第一〇八

## 條第一〇九條)

第二 代理權之限制 代理權由限制而消滅者，乃一部之消滅也。例如本人對於代理人授與之代理權，爲經營地畝兼收取地租兩項，以後專使之經營地畝，不使之收取地租，即爲代理權之限制，因此種限制，關於收取地租一部之代理權，遂歸於消滅。此與全部消滅不同，故此時在代理人手中之授權書，或爲更換，或爲修改足矣。(第一〇七條)

以上二種，一爲代理權之限制，一爲代理權之撤回，雖均係本人與代理人間之關係，然不能謂與第三人毫無影響。故有代理權之限制或撤回之事實發生時，應將其實事通知第三人；否則，不得以限制或撤回與第三人對抗。因不知此等事實之第三人，乃善意之第三人，法律應保護其利益也。但第三人對於限制或撤回之事實，因過失而不知者，則無保護之必要；因其縱因不知而受損害，亦屬咎由自取故也。(第一〇七條)

### 第四款 代理之效果

代理之第一效果，即代理人以本人名義所爲之意思表示，或所受之意思表示，直接對於本人發生效力是也。(第一〇三條)既直接向本人發生效力，故代理人不必有完全行爲能力。



(第一〇四條)如已滿七歲之未成年人，在法律上，雖認其爲限制行爲能力人，然可以爲代理人，得獨斷爲意思表示，或受意思表示，由其意思表示發生之效力，不因其爲限制行爲能力人，而受影響。蓋法律對於限制行爲能力人，不許其獨斷爲意思表示者，爲保護其利益也。代理人所爲或所受之意思表示，既直接對於本人發生效力，而本人又承認其爲代理人，是於其自己並無利害關係，自無保護之必要矣。此種規定，不但適用於意定代理，即在法定代理亦然；但關於法定代理人之能力，法律有特別之規定者，不在此限。

代理人所爲或所受之意思表示，雖直接對於本人發生效力，但代理人之意思表示，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，其實之有無，則應就代理人決之；是蓋因意思表示，由代理人爲之，代理人受之，非本人爲之，本人受之之結果也。但代理人之代理權，係以法律行爲授與者，(即意定代理)其意思表示，如依照本人所指示之意思而爲之之時，則上述事實之有無，應就本人決之；是蓋因意思表示，雖由代理人爲之或受之，然其或爲或受，實依照本人所指示之意思，故上述事實之有無，不應就代理人決之，而應就本人決之也。(第一〇五條)

代理之第二效果，即代理人須視同本人也。此第二效果，乃第一效果之效果也。此種效果，在法律上，雖無何等明文，然以理推之，實當然之效果也。例如代理人爲有瑕疵之意思表示時，其撤銷權，非歸代理人，乃歸於本人是也。

### 第五款 代理之禁止

代理之禁止者，即法律上所設關於代理之禁止規定也。民法法規中，有命令法規，與禁止法規之分；如第六條規定『權利能力，及行爲能力，不得拋棄』，第十七條規定『自由不能拋棄』，第二十條規定『一人同時不得有兩住所』，第二十五條規定『法人非依法律，不得成立』，第九十八條規定『解釋意思表示，不得拘泥於所用之辭句』等，均爲禁止規定。茲所述者，即關於代理之禁止規定，如第一百零六條之規定是也。我國學者多謂此爲『代理之限制』，余以爲『代理之限制』一語，不但與第一百零七條代理權之限制容易相混，且與本條之旨趣不合，故改稱爲『代理之禁止』。

代理人，於其代理權限之內，所爲之法律行爲，在原則上，固得任意爲之，然民法上有禁止之規定，分述如左：（第一〇六條）

第一 代理人，不得爲本人與自己之法律行爲；

第二 代理人，亦不得既爲第三人之代理人，而爲本人與第三人之法律行爲。

以上二種，在學問上，謂之雙方代理；若細分之，第一，謂之自己契約，第二，謂之狹義之雙方代理。法律上所以設此禁止之規定者，蓋因代理人祇能專謀本人之利益，若使其得與自己或代第三人爲法律行爲時，必至與本人生利害之衝突故也。此規定，於法定代理，及意定代理，皆適用之。

代理人違反此規定而爲之法律行爲，其效力如何？是應研究者也。對此問題，有二學說，列舉如左：

第一說 此說謂：『違反此規定而爲之法律行爲，應爲無效。』

第二說 此說謂：『違反此規定而爲之法律行爲，究應有效無效，以本人是否許諾爲斷。』

以上二說，余取第二說，因本條之規定，乃關於代理權限之規定故也。關於雙方代理，雖以禁止爲原則，但對此原則，有左之二例外：

第一 經本人許諾時，不加禁止。蓋法律之禁止雙方代理，原爲保護本人之利益，本人

既經許諾，則法律自無禁止之必要。(第一〇六條上半段)

第二 在履行債務時，縱未經本人許諾，亦不加禁止。因債務之履行，非為新交換利益之行為，無利害衝突之虞故也。(第一〇六條但書)

### 第六款 代理之變態

代理，莫不行代理權，故以有權之代理，為代理之常態；茲所謂代理之變態者，即無代理權之代理也。無代理權之代理，分為二種：一為與有代理權同視者，如表見代理是也；一為因承認而發生代理之效力者，如無權代理是也。我國民法，於總則編，僅規定無權代理人之責任，至於無權代理之效力，則規定於債編。茲為研究便利起見，特將債編關於無權代理之規定，略述如左：

#### 第一項 表見代理

表見代理，即本無代理權，而與有代理權同視之代理也。關於此種代理，依債編之規定，其情形可分為二：

第一 由自己之行為表示以代理權授與他人者 於此情形，縱令他人未受有代理權，而

其與第三人所爲之法律行爲，對於本人，亦發生效力；因第三人，於此情形，常信其人有代理權，故法律亦使其與有代理權生同一之效力；蓋爲保護第三人之利益也。

第二 知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者 於此情形，與第一之情形，效果相同，其代理人，縱無代理權，其人與第三人所爲之法律行爲，亦對於本人，發生效力；此亦爲保護第三人而設之規定也。

以上二種，均爲表見代理，僅遇此等情形，本人對於第三人，應負授權人之責任；但第三人明知其無代理權，或可得而知者，不在此限。（第一六九條）

### 第二項 無權代理（狹義）

代理人，無代理權而爲代理，又不能與有代理權同視時，謂之無權代理。無權代理之情形可分爲二種：一爲代理人超過其權限時，一爲全無代理權時。超過權限之代理行爲，與全無代理權者，效果相同，故均謂之無權代理。茲將民法總則編及債編關於無權代理之規定，略述如左：

第一 無權代理之效力 無權代理人，以代理人之名義所爲之法律行爲，在理論上，當

然無效；但此種行為，一經本人承認，即與有代理權人所爲者，發生同一之效力。（第一七〇條）茲分爲承認，拒絕，催告，撤回等四項，略述如左：

（一）承認 承認者，本人對於無權代理人所爲之法律行為，使與有權代理人所爲者，發生同一效力之意思表示也。（第一七〇條第一項）茲將其方法及效力，分述如左：

（甲）承認之方法 承認之方法，各國之立法例，不能一致，德國民法，承認應向相對人爲之，日本民法，則對於無權代理人或相對人，皆可爲之。我國民法，對於無權代理人所爲之法律行為，其承認之方法，雖無特設之規定，然就第一百十六條之規定觀之，可解爲承認得向無權代理人或相對人，皆可爲之；如相對人確定者，則應向相對人爲之。

（乙）承認之效力 承認，以溯及爲法律行為時，發生效力爲原則，因承認之目的，在使無權代理人之行爲，與有權代理人之行爲，生同一之效力故也。（第一一五條）

（二）拒絕 拒絕者，本人對於無權代理人所爲之法律行為，不與以承認之意思表示也。茲將其方法及效力，分述如左：

（甲）拒絕之方法 拒絕之方法，與承認同，但本人於確答期間內，若不確答是否承

認時，則視爲拒絕承認。(第一七〇條第二項)

(乙)拒絕之效力 本人對於無權代理人所爲之法律行爲，拒絕承認，或被視爲拒絕承認時，則其行爲當然無效。(第一七〇條第一項)

(三)催 催告者，由相對人，催告本人，使之確答是否承認之謂也。如上所述，本人對於無權代理人所爲之法律行爲，既得承認之，使對於自己發生效力，亦得拒絕承認，使歸於無效，是此種行爲，甚不確定矣。倘使此不確定之狀態，持續於永久，與相對人非常不利，故法律特規定相對人得定相當期限，催告本人，確答是否承認，所以保護相對人之利益也。(第一七〇條第二項)茲將催告之方法及效力，分述如左：

(甲)催告之方法 催告之方法，法律上無特別之規定，或以書信，或以言語，均無不可。

(乙)催告之效力 受催告之本人，於相當期限內，不爲確答時，視爲拒絕承認；故本人於期限滿後，不得承認無權代理人之行爲。

(四)撤回 撤回者，即相對人在本人未承認以前，得撤回其與無權代理人所爲之法律

行為之謂也。相對人欲行使其撤回權，須具備二要件：（1）須於為法律行為時不知代理人無代理權。若知其無代理權，自無保護之必要。（2）須在本人尚未承認以前。若本人既已承認，則該法律行為，已生效力，自不得撤回。（第一七一條）茲將撤回之方法及效力，分述如左：

（甲）撤回之方法 撤回，應由相對人，向本人或代理人為之；或用書信，或用言語，均無不可。

（乙）撤回之效力 相對人既經撤回，則本人對於該法律行為，自不得表示承認矣。

第二 無權代理人之責任 依第一百十條之規定：『無代理權人，以他人之代理人名義，所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。』其意蓋因無權代理人之行為，非得本人之承認，不能發生效力，倘本人不為承認，相對人因之而受損害時，無權代理人對之，應負損害賠償之責。但得請求損害賠償者，以善意之相對人為限，善意之相對人，即不知代理人無代理權之相對人也。如相對人與代理人為法律行為時，明知該代理人無代理權，則法律對之，無保護之必要矣。



## 第九節 法律行爲之附款

### 第一款 總說

法律行爲，乃私法上之自治行爲，故當事人對於法律行爲，得任意添加附隨條款。法律行爲之附隨條款，爲數不止一端，而其最主要而且普通者，則條件與期限是也。

附隨條款，簡稱之曰附款。此條款，雖名之曰附隨條款，但不可與從法律行爲相混，從法律行爲，乃於主法律行爲外，另成立之一行爲，附款則與基本行爲相合而成立一行爲也。

法律行爲之附款中，尚有所謂負擔者，法國法系之民法，對於負擔與條件二者，幾無判然之區別，每於條件總稱之下，混斯二者而爲一。德國法系之民法，對此二者，則區別甚明，不容相混。且於總則編中，僅規定條件及期限二種，而不及於負擔。我國民法，亦屬於德國法系，故本節所謂法律行爲之附款者，乃專指條件及期限二者而言也。

### 第二款 條件

#### 第一項 條件之意義

條件者，當事人，任意將法律行為效力之發生或消滅，使繫之於未來客觀的不確定事實之成否之附隨條款也。茲將此定義，分析說明如左：

第一 條件者，法律行為之附款也。學者之間，有謂條件非法律行為之附款者，茲特介紹其說如左：

(一) 主要成分說 此說謂：「條件非法律行為之附款，實法律行為之主要成分也。」此說似有未合；何則？條件就主觀方面言之，雖似法律之行為主要成分，若就客觀方面言之，則非法律行為之主要成分。例如買賣行為，一方既已付與價金，他之一方又已付與物品，雖不附條件，其買賣行為，仍得成立；足見所附之條件，不過附隨買賣行為之附款而已。

(二) 效力限制說 此說謂：「條件者，乃依當事人之意思，使之為法律行為效力之限制者也。」此說亦有誤解之處，何則？附條件之法律行為，乃由基本行為與條件相合而成立一行為，若如此說，是先為一無條件的行為，復為一限制其效力之行為矣，豈非誤解乎？

總之，條件者，乃法律行為之附款也，因其為法律行為之附款，故德日民法，及我國民法，均規定條件於法律行為章內。（我民法總則第四章，規定法律行為，即於本章第四節，

規定條件及期限。)然不能因此即謂一切法律行為，均可附加條件也。有某種法律行為，依法律之規定，不許附加條件者；如抵銷是也。又某種法律行為，依其行為之性質，不得附加條件者；如婚姻，私生子之認領，及繼承之承認等是也。

第二 條件者，使法律行為效力之發生或消滅，繫之於某種事實之成否者也。附條件之法律行為，其繫之於條件者，爲當事人之意思乎？抑爲法律行為之效力乎？對此問題，有二學說，介紹如左：

(一)意思說 此說更分爲左之甲乙二說：

甲說 此說謂：「當事人之意思表示，在條件成否未定之際，其意思並不存在。因意思既繫之於條件，條件未發生，意思當然不存在也。故條件成就之時，當事人始有法律上之意思表示。」

乙說 此說謂：「當事人之意思表示，在條件成否未定之際，其意思尚未確定。因條件成就以後，當事人之意思表示，溯及表示之時，視爲存在，反是則溯及表示之時，視爲不存任，故在條件成否未定之際，其意思尚未確定也。」

(二)效力說 此說謂：『附條件之法律行為，其意思表示，由行為之時，即已在存，即已確定，不過法律行為效力之發生或消滅，繫之於條件耳。』

以上二說，應以效力說爲是；何則？人類之意思，因決意而成立，當事人於審慎考慮之後，既決意爲此意思表示，其後條件雖未成就，不得因此即謂其所表示之意思不存在或未確定也。且民法第九十九條第一項曰：『附停止條件之法律行為，於條件成就時，發生效力；』又該條第二項曰：『附解除條件之法律行為，於條件成就時，失其效力。』由是益可知繫之於條件者，爲法律行為之效力，非常事人之意思也。

第三 條件者，繫之於未來客觀的不確定事實之成否者也。爲條件之事實：(1)須爲未來之事實，既須爲未來之事實，故已往或現在之事實，不得爲條件；(2)須爲不確定之事實，既須爲不確定之事實，故確定發生，或確定不能發生之事實，不得爲條件；(3)須爲客觀的不確定之事實，既須爲客觀的不確定之事實，故主觀的不確定之事實，不得爲條件。

可爲條件之事實，必須爲客觀的不確定之事實，已如上述；但所謂客觀的不確定，學者之解釋，殊不一致，有二學說，介紹如左：

(一)廣義的客觀說 此說謂不論何種事實，就客觀的(自然的)方面言之，莫非已經確定者也。如胎兒是男是女，鷄卵是雌是雄，明日降雨或不降雨，就自然言之，皆已確定，不過依吾人之知識與經驗，尙不能確知耳。就客觀的方面言，既無所謂不確定，自不應以客觀的不確定之事實爲條件；故凡過去未來及不能知之事實，祇爲當事人主觀的所不能知者，均不妨以之爲條件。

(二)狹義的客觀說 此說謂客觀的不確定，不應從廣義的解釋，必須以人類之知識經驗爲基礎，即應從狹義的解釋也。客觀的不確定之事實，若從狹義解釋，即由一般人客觀的知識與經驗不能確知其能否發生之事實也。

總之，可爲條件之事實，必須爲客觀的不確定之事實，因之主觀的不確定之事實，在原則上，不能以之爲條件。

第四 條件者，當事人任意附加之事實也。任意附加之事實，即依當事人之自由意思附加於法律行爲之事實也。或爲適應自己之便宜，或爲獎勵他人之舉動，不論出於何種目的，苟非違法，皆可附加之以爲條件。爲條件之事實，既爲當事人任意附加之事實，故由法律

行為之性質或依法律之規定而附加之事實，皆非條件也。

## 第二項 條件之分類

條件可為種種之分類，列舉如左：

第一 停止條件與解除條件 停止條件者，使法律行為效力之發生，繫之於不確定之事實之成否之謂也。故附停止條件之法律行為，必條件成就時，始發生效力。例如甲與乙約，贈乙研究費若干，但以乙畢業考試及格為條件是也。

解除條件者，使法律行為效力之消滅，繫之於不確定之事實之成否之謂也。故附解除條件之法律行為，條件一經成就，其效力即因之消滅。例如甲與乙約，以自己之書籍借與乙任意閱覽，但以乙不離學校為條件是也。

第二 積極條件與消極條件 積極條件者，為條件內容之事實，在於變更現在之狀態之謂也。例如甲與乙約，汝若出洋求學，則贈與留學費若干是也。

消極條件者，為條件內容之事實，在於存續現在之狀態之謂也。例如甲與乙約，汝若仍在校內求學，則贈與學費若干是也。

第三 隨意條件偶成條件與混合條件 隨意條件者，條件之成否，繫之於當事人之意思之謂也。其條件，由權利人之意思決定者，為積極隨意條件；例如甲與乙約，汝若改穿西服，則贈汝皮鞋一雙是也。其條件，由義務人之意思決定者，為消極隨意條件；例如甲與乙約，我若改穿西服，則將所有之華服，悉贈與汝是也。

偶成條件者，條件之成否，無關於當事人之意思之謂也；換言之，即條件之成否，繫之於外界事實，或第三人之意思之謂也。例如以風雨為條件，即繫之於外界事實者；以某人之同意為條件，即繫之於第三人之意思者。

混合條件者，條件之成否，繫之於當事人之意思及第三人之意思，或繫之於當事人之意思及外界之事實之謂也。繫之於當事人之意思及第三人之意思者，例如甲與乙約，汝若與某女士訂婚，則贈汝婚費若干是也。繫之於當事人之意思及外界之事實者，例如甲與乙約，假若我決定起章程日，我自有一船，恰巧開到，則我向汝所借之盤費，應即退還是也。

以上所列舉之條件以外，尚有所謂假裝條件者；假裝條件，乃空具條件之形體，而無條件之實質之條件也。此條件，可細分為左列之數種：

第一 法定條件 法定條件者，即依法律之規定，應附加之條件也；例如婚姻，以當事人之同意爲條件是也。

第二 既定條件 既定條件者，即用爲條件之事實，在法律行爲之當時，已經確定者也；例如某人已經結婚，而以其結婚爲條件是也。

第三 必成條件 必成條件，亦曰必至條件，即以將來一定成就之事實爲條件也；例如以死亡爲條件是也。

第四 不能條件 不能條件者，即以不能實現之事實爲條件也；例如以挾泰山超北海爲條件是也。

第五 不法條件 不法條件者，即以違背公共秩序或善良風俗之事實爲條件也；例如以殺人放火爲條件是也。

第六 矛盾條件 矛盾條件者，即與法律行爲之內容相矛盾之條件也；例如甲以某特定物賣於乙，而以丙取得該特定物之所有權爲條件是也。

以上各種假裝條件，日本民法，關於不能不法二種條件，均以明文規定之；我國民法則



均不設規定，因此等條件，均屬當然無效，不待明文規定者也。

### 第三項 條件之效力

條件之效力，可分爲條件成否未定前之效力，條件成就之效力，及條件不成就之效力三種，以下分述之：

第一 條件成否未定前之效力 在附停止條件之法律行爲，其行爲之效力，雖因條未成就，尙未發生；然當事人當然有待條件成就，取得權利之希望。在附解除條件之法律行爲，於條件未成就前，其效力雖已發生，然條件成就之時，其法律行爲，失其效力，其所取得之權利，歸還於原主，故當事人有待條件成就取還權利之希望。此種希望之效力，學者名之權曰希望權，或曰期待權。但此種權利，不可與因條件成就後所取得之權利相混，因條件成就後所取得之權利，爲因基本行爲而生之權利，此種期待權，乃因條件而生之權利也。當事人既有此期待權，相對人對之，當然有尊重之義務，故民法第一百條，特設規定，各當事人，於條件成否未定前，不准爲有損相對人因條件成就所應得利益之行爲；否則，應負損害賠償之責任。

上述有損相對人之行爲，有事實行爲，有法律行爲。所謂事實行爲，如將附條件行爲之標的物，於條件成否未定前，消滅之或損壞之是也。所謂法律行爲，如將附條件行爲之標的物，於條件成否未定前，讓與第三人者是也。日本民法，對於當事人，爲此種行爲之責任，無明文規定，於是學者解釋後者爲無效行爲，前者須任損害賠償之責。如是解釋，似有未合；何則？在條件成否未定之前，其標的物，在附停止條件者，尙爲讓與人之所有物，在附解除條件者，尙爲受讓人之所有物，所有人處分自己之所有物，豈能認爲無效？是以我國民法，從德國之立法例，特設明文規定，一律負賠償之責任。但其負責之原因，學者之主張，殊不一致：有謂因其爲不法行爲者，（參照第一次民律草案第二四五條理由及樓桐蔭民法總則編釋義第一〇〇條）有謂因其違反義務者。（參照黃炳言民律總則講義第一五六頁）余則以前說爲是，因違反義務，乃間接之原因，侵害他人權利之行爲，（我國兩次民律草案及新民法均稱不法行爲爲侵權行爲）始爲直接之原因；况條文明明規定：『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，』是在解釋上，亦應以前說爲是也。

第二 條件成就之效力 條件成就者，爲條件之事實，實際發生之謂也。在積極條件，

以其事實發生變動時爲成就；如以結婚爲條件，則以實現結婚之事實時爲條件成就。在消極條件，則以其事實不發生變動時爲成就；如以若干年不結婚爲條件，則以屆至某年，確未實現結婚事實，爲條件成就。

附停止條件之法律行爲，於條件成就時，發生效力。故其行爲，爲債權行爲時，由其條件成就時，發生債權之變動。其行爲爲物權行爲時，由其條件成就時，發生物權之變動。例如附停止條件之買賣，其條件成就，即發生買賣之效力。附停止條件之所有權讓與，其條件成就，即發生讓與之效力是也。（第九九條第一項）

附解除條件之法律行爲，於條件成就時，失其效力。故其行爲，爲債權行爲時，則債權債務，自條件成就時而消滅。其行爲，爲物權行爲時，則因條件成就，不僅消滅其效力，且當然回復其原狀。例如附條件之借貸，其條件成就時，則借貸失其效力。附解除條件之所有權讓與，其條件成就時，不獨受讓人失其所有權，且其所有權，須復歸於讓與人也。（第九九條第二項）

行爲之效力，自條件成就之時，發生或消滅。所謂『於條件成就時』者，即向將來之謂

，非溯及法律行為之當時也。是以附停止條件之債權，其當事人，自條件成就時，始為債權人債務人；附停止條件之所有權讓與，其當事人，自條件成就時，始為讓與人或受讓人。附解除條件之債權，其當事人，自條件成就時，始消滅債權人債務人之關係；附解除條件之所有權讓與，其當事人，自條件成就時，始消滅讓與人受讓人之關係。故條件未成就前，由標的所取得之孳息，無返還之義務，亦無請求其費用之權利，此為不溯既往當然之結果也。但不溯既往，並非關於公益之規定，倘當事人間有反對之特約，則不妨溯及條件成就以前，故民法第九十九條第三項規定曰：「依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。」此種特約，為法律行為之當時所附加，或以後所附加，均非所問。又所謂使「條件成就之效果，不於條件之時發生，」不僅包含溯及法律行為之當時，如溯及條件成就前若干日，發生效果，或推至條件成就後若干日，發生效果，均應包含在內也。

因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為，阻其條件之成就者，視為條件已成就，（第一零一條第一項）此乃保護相對人利益之規定也。阻害行為，必須為不正當之行為，若為正當行為，則其條件仍為成就，惟行為之正當與否，不以是否違法為標準。

第三 條件不成就之效力 條件不成就者，爲條件之事實，實際不發生之謂也。在積極條件，以爲條件之事實不發生變動時，爲不成就；在消極條件，以爲條件之事實發生變動時，爲不成就。

附停止條件之法律行爲，因條件之不成就，確定其效力之不發生。例如甲與乙約，汝若與丙女結婚，則贈汝千金，若乙竟與丁女結婚，則因條件不成就，贈與契約，遂不發生效力。

附解除條件之法律之行爲，因條件之不成就，確定其效力之存續。例如甲以住房一所贈與乙，而以乙與丙結婚爲解除條件，若丙與他人結婚，或者死亡，則其條件不成就，已經確定，於是甲乙間之贈與契約，從此永遠存續，而戊爲無條件之契約矣。

因條件不成就而受利益之當事人，如以不正常行爲，促其條件之成就者，視爲條件不成就。（第一〇一條第一項）例如房東與房客約定，每月至十五日不能交付房租，則解除租賃契約。乃房東至十五日故意他出，使房客不能交付房租，如是則條件雖成就，仍應視爲不成就；因房東故意他出，乃不正常之行爲也。

### 第三款 期限

#### 第一項 期限之意義

期限者，當事人任意將法律行為效力之發生或消滅，使繫之於未來確定的事實之屆至（廣義的屆至，包含屆滿在內。）之附隨條款也。茲將此定義，分析說明如左：

第一 期限者，法律行為之附款也。此與條件相同，已於條件款內說明，茲不再贅。期限既與條件同為法律行為之附款，故期限亦規定於法律行為章內，然不得因此即謂一切法律行為，均得附加期限也。蓋法律行為，有不許附加期限者；如婚姻，即為不許附加期限之法律行為；因婚姻而附以期限，殊有害善良風俗故也。又單獨行為，通常亦不能附加期限；（有異說）因單獨行為，原以行為人一方之意思表示而成立，若任行為人隨意附加期限，則相對人，當立於不確定之地位，未免有背於人情也。

第二 期限者，使法律行為效力之發生或消滅，繫之於某種事實之屆至者也。法律行為之效力，繫之於某種事實，此期限與條件相同者也。惟條件繫之於某種事實之成否，此則繫之於某種事實之屆至，是又期限與條件不同者也。法律行為效力之發生，繫之於期限之屆

至者，是曰始期，故附始期之法律行為，於期限未屆至以前，停止某法律行為之效力，與停止條件相似。其以法律行為效力之消滅，繫之於期限之屆滿者，是曰終期，故附終期之法律行為，於期限未屆滿以前，其法律行為之效力，繼續存在，至期限屆滿，則歸於消滅，與解除條件相似。然期限終與條件不同，不容相混者也。

第三 期限者，繫之於未來確定事實之屆至者也。未來確定事實，即屆至可以確定之事實也。由未來之點言之，與條件同，由確定之點言之，則與條件異；是以成否不定之狀態，在附條件之法律行為有之，在附期限之法律行為則無之也。法律行為之附以期限者，均為未來之期限，是則不待言者也。

第四 期限者，當事人任意附加之事實也。任意附加之事實，即依當事人之自由意思，附加於法律行為之事實也。既為當事人任意所附加，故法律上之期限，及裁判上之期限，非此處所稱之期限。

## 第二項 期限之分類

期限可為種種之分類，列舉如左：

第一 始期與終期 始期者，停止法律行為效力之期限也。效力之發生，必待始期之屆至，故一名停止期限。例如甲與乙約，至明年十月一日，贈汝千金，或距今日一年後，贈汝千金之類是也。

終期者，消滅法律行為效力之期限也。效力之消滅，必待其終期之屆滿，故一名消滅期限，又曰解除期限。例如甲與乙約，在某土地上，設定至某年月日之地上權，或對於某房屋，定三年之租期之類是也。

第二 確定期限與不確定期限 確定期限者，其為期限之時日，自始得以確定之謂也；例如某月某日，及自今後若干日是也。

不確定期限者，其期限之屆至雖確定，然其時日不確定之謂也；如死亡之時日是也。若時日及屆至，均不確定，則非期限乃條件也。

第三 可能期限與不能期限 可能期限者，即可以屆至之期限也；例如明年某日是也。不能期限者，即不能屆至之期限也；例如與月球交通之日是也。但所謂不能期限，不以絕對不能者為限，即相對不能者，亦為不能期限；例如約定在百年之後，履行債務是也。百



年後之期限，在性質上，並非絕對不能，其期限雖遠，終有屆至之一日。惟法律關係，以人事爲標準，附以極遠之期限，匪特不近人情，且當事人之意思，必係不欲受此期限之拘束；故以此種期限爲始期者，其法律行爲無效，以之爲終期者，則與無期限等。

### 第三項 期限之效力

爲條件之事實，乃不確定之事實，故其效力，可分爲條件成否未定前之效力，條件成就之效力，及條件不成就之效力三種；至於爲期限之事實，乃確定之事實，故其效力，祇有期限屆至前之效力，及期限屆至之效力，而無期限不屆至之效力。茲僅就期限屆至前之效力，及期限屆至之效力，分述如左：

第一 期限屆至前之效力 附始期之法律行爲，其期限屆至前，不發生效力；附終期之法律行爲，其期限屆滿前，保有其已發生之效力。依期限之屆至或屆滿，可以獲得法律上利益之地位，學者稱之爲期待權。此期待權之不可侵害，與附條件之法律行爲同，故第一百條關於條件之規定，亦準用於期限。（第一〇二條第三項）

第二 期限屆至之效力 期限屆至者，爲期限之事實發生之謂也。期限以確實可以屆至

之事實爲內容，故爲期限之事實，決無確屆至之理；不過其屆至之時期，有時不確定而已。

確定期限，以一定時期之到來或滿了爲屆至，不確定期限，則各依其爲期限之事實，以定其屆至；例如以某人之死亡爲期限，則以某人死亡與否，定其期限是否屆至是也。

附始期之法律行爲，於期限屆至時，發生效力，附終期之法律行爲，於期限屆滿時，失其效力。（第一〇二條第一項第二項）條件成就之效力，雖得溯及既往，期限屆至之效力，則不得溯及既往，此亦期限與條件不同之點也。

#### 第十節 法律行爲之無效及撤銷

##### 第一款 法律行爲之無效

##### 第一項 無效之意義

法律行爲之無效者，法律行爲之絕對不能發生效力之謂也。法律行爲之無效，與法律行爲之不生效力有別；法律行爲之不生效力，不過其效力未發生而已，非其效力之絕對不能發生也。又法律行爲之無效，與法律行爲之撤銷亦有別；蓋法律行爲之撤銷，乃就已發生效力

之行爲，使其效力消滅，亦非其效力之絕對不能發生也。

## 第二項 無效之原因

無效之原因，可分爲二種：一爲一般之原因，一爲特別之原因；茲專述一般之原因如左：

第一 無行爲能力人之意思表示；（第七五條）

第二 在無意識，或精神錯亂中，所爲之意思表示；（第七五條）

第三 限制行爲能力人，未得允許，所爲之單獨行爲；（第七八條）

第四 法律行爲之不法；（第七一條第七二條第七三條）

第五 心裏保留，且相對人明知其情形；（第八六條）

第六 虛僞之意思表示。（第八七條）

## 第三項 無效之分類

無效，可爲種種之分類，列舉如左：

第一 一般的無效與特別的無效 一般的無效，一曰絕對的無效，即對於一般人，皆得主張之無效也。特別的無效，一曰相對的無效，即對於特定人，始得主張之無效也。無效，

在原則上，皆爲一般的；但法律爲謀實際之便利，每規定僅對於特定人無效，或規定不得以其無效對抗第三人。（第八六條但書第八七條第一項）

第二 卽時無效與事後無效 卽時無效者，於法律行為爲之當時，即有無效原因之存在，因而不能發生效力之謂也。事後無效者，於法律行為爲成立後，始生無效之原因，以致不能發生效力之謂也。通常所謂無效，大抵指卽時無效而言。然事後無效，亦常有之；例如附停止條件之法律行為，因其條件確不成就，而不發生效力是也。

第三 一部無效全部無效 一部無效者，法律行為內容之一部無效之謂也。全部無效者，法律行為內容之全部無效之謂也。其生一部無效之問題者，以單一之法律行為爲前提，故外形上雖屬一個行為，若實由數個行為結合而成者，縱使一部無效，不得謂之一部無效。例如以十元購甲乙二書，是爲單一法律行為，若甲書不能爲給付時，自生一部無效之問題；若以六元購甲書，以四元購乙書，其契約雖同時成立，然爲二個法律行為，是時甲書若不能給付，非一部無效之問題。

法律行為之一部，有無效之原因者，對於全部之關係如何？此應研究之問題也。對此問

題，羅馬法有『有效之部分，不因無效之部分而毀傷』之原則，然欲貫徹此原則，實際上諸多不便，故我國民法，仿德國之立法例，法律行爲之一部無效者，全部皆爲無效。蓋組成法律行爲內容之各個意思表示，有互爲因果之關係，其一部既已無效，自宜推及於全部也。此爲原則，但有例外，若除去該條部分，其行爲亦可成立者，則其他部分，仍爲有效；例如超過週年百分之二十之利息，其超過之部分，雖屬無效，而其他之部分，則不妨有效也。（第一一條第二〇五條）

#### 第四項 無效之轉換

甲種法律行爲，雖因缺欠有效條件而無效，然具備乙種法律行爲之有效條件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲爲乙種法律行爲者，則無妨使成立乙種法律行爲，以副當事人之意思。例如買賣行爲，因買主無力給付價金，雖因缺欠買賣要件，不能生買賣之效力，如賣主欲以所賣之物，贈與於買主時，則其贈與行爲，仍爲有效。（第一一二條）

#### 第五項 無效之責任

無效之責任，即爲無效行爲之人應負之責任也。蓋爲法律行爲之當事人，於行爲之當時

若不知其無效而爲之，其情可原，尙可不負責任；若於行爲之當時，知其無效，或可得而知者，則對於相對人，應負回復原狀，或損害賠償之責任，以保護相對人之利益。（第一一三條）

## 第二款 法律行為之撤銷

### 第一項 撤銷之意義

撤銷者，對於通常已生效力之某種行爲。由特定人使其效力消滅之謂也。得撤銷之法律行爲，在未撤銷前，仍保有其效力，惟因其有撤銷原因之存在，法律乃對於特定人，與以撤銷之權利。有撤銷權人若行使撤銷權，則行爲之效力，因之而消滅；若撤銷權，因拋棄，或因經過除斥期間而消滅，則其行爲之效力，即因之而確定矣。

撤銷與撤回有別，撤銷乃因法律行爲有撤銷原因之存在，而使其效力消滅之謂也；撤回乃依當事人之意思，而使其效力不發生或消滅之謂也。如第九五條，第一〇七條，第一〇八條等，皆非撤銷，乃撤回也。日本民法，關於此等規定，一律謂之取消，我國民法則分撤回與撤銷二種，所以於撤銷外規定撤回者，蓋欲專對於有法定撤銷原因之法律行爲，使其效力

消滅者，始謂之撤銷也。

## 第二項 撤銷之原因

撤銷之原因，有一般之原因，有特別之原因；茲專述一般之原因如左：

第一 錯誤之意思表示；（八八條）

第二 傳達不實之意思表示；（第八九條）

第三 因被詐欺或被脅迫而為之意思表示。（第九二條）

## 第三項 撤銷權之主體

所謂撤銷權之主體，即有撤銷權之人也。撤銷原因，既有一般之原因，特別之原因二種，撤銷主體，亦可分為一般之主體，特別之主體二種；茲專就一般之主體，分述如左：

第一 左列意思表示之表意人：

（一）錯誤之意思表示；

（二）傳達不實之意思表示；

（三）因被詐欺或被脅迫而為之意思表示。

第二 前項表意人之代理人及承繼人。此種代理人及承繼人，得為撤銷權之主體，日本民法有明文規定，我國民法雖無明文規定，然在解釋上，亦應認其得為撤銷權之主體也。

#### 第四項 撤銷之方法

撤銷，以意思表示為之，相對人確定時，撤銷之意思表示，應向相對人為之；倘使相對人不確定，則據客觀的可以確知之方法，表示撤銷之意思已足；例如廣告之行為，相對人即不確定，此際欲表示撤銷之意思，祇得據客觀的可以確知方法。至用何種方法，方為客觀的可以確知，是則在法院之臨時斷定矣。（第一一六條）

#### 第五項 撤銷之效力

得得撤銷之法律行為，當未撤銷之前，雖全然有效，然一旦撤銷，則其法律行為溯及既往，視為自始無效，故不僅相對人因法律行為所取得之權利，至此歸於消滅，即第三人從相對人讓受之權利，亦同歸於消滅；惟為保護善意之第三人起見，於第九十二條第二項設有例外之規定而已。（第一一四條）

撤銷之效力，既溯及既往，故前此已發生之效力，當然因撤銷而消滅，與自始無此行為



相等；惟當事人知其得撤銷或可得而知者，則於行使撤銷權時，對於相對人，應負回復原狀或損害賠償之責任。（第一一四條第二項）

#### 第六項 撤銷權之消滅

撤銷權，除因行使而消滅外，復因拋棄及除斥期間之經過而消滅；今特就此二種，分述如左：

第一 拋棄 撤銷權既為權利之一種，故得拋棄之。撤銷權一經拋棄，則該行為，以後即不得撤銷；因撤銷權，已因拋棄而消滅也。

第二 除斥期間之經過 得撤銷之法律行為，一經撤銷，則其行為，溯及既往，視為自始無效。撤銷之效力，既如此之強，若使撤銷權永遠存續，則權利之狀態亦必因之永不確定，殊有害交易之安全，故不可不設一定之期間，以限制之。此期間，謂之除斥期間，如第九十三條規定之期間是也。此期間經過以後，則撤銷權即因之消滅。

#### 第三款 第四章第六節之附屬規定

#### 第一項 總說

本論 第三編 權利之取得 第二章 法律行為 第十節 法律行為之  
喪失及變更 無效及撤銷

民法總則第四章規定『法律行為，』第四章之第六節規定『無效及撤銷，』此『無效及撤銷，』即法律行為之無效及撤銷也。第六節之標目，無為『無效及撤銷，』但第六節所定之條文，除『無效及撤銷』外，尚有『承認』及『同意』二種規定，則非『無效及撤銷』所能包括矣。查我國第一次民律草案，稱此節為『無效撤銷及同意，』第二次民律草案，稱此節為『無效撤銷同意及承認，』其標目之用語，均較新民法為嚴密。新民法第四章第六節，既標目為『無效及撤銷，』則自第一百五條至第一百十八條關於承認及同意之規定，祇能認為附屬之規定矣，故本款標目曰：『第四章第六節之附屬規定。』茲分為兩項，述承認及同意如左：

## 第二項 承認

第一 承認之意義 承認者，對於自己（第八一條）或他人（第一一八條第一項第一七〇條第一項）不生效力之法律行為，為使之發生效力，而為之事後肯定的意思表示也。關於承認之性質，有二學說，列舉如左：

（一）撤銷權拋棄說 此說以為承認，乃撤銷權拋棄之意思表示。

（二）效力確定說 此說以為承認，乃對於效力不確定之法律行為，而使其效力確定之

意思表示。但所謂效力不確定，我國學者解釋不同，有廣義狹義二說，介紹如左：

(甲)廣義說 此說謂效力不確定，包含兩種：一為效力是否發生之不確定，一為效力是否持續之不確定。

(乙)狹義說 此說謂效力不確定，專指效力是否發生之不確定而言。

以上二說，如撤銷權拋棄說，以之解釋德國及日本之民法，因屬不誤，若以之解釋中國民法，則完全錯誤，故余採效力不確定說，且採狹義說之解釋；因我國民法規定之須經承認之法律行為，皆不生效力之法律行為故也。

第二 承認之方法 承認，亦為一種意思表示，故凡關於意思表示之規定，均得適用。為承認之時，或用明示之方法，或用默示之方法，或用言詞，或用書面，均無不可。如相對人確定時，必須向相對人為之，如相對人不確定，則據客觀的可以確知之方法，表示承認之意思已足，與前述撤銷之方法相同。(第一一六條)

第三 承認之效力 承認者，乃對於不生效力之法律行為，為使之發生效力，而為之意思表示，已如前述。故待承認之法律行為，必為不生效力之法律行為；若已發生效力之法律

行為，則無承認之必要也。如限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，（第七條）無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，（第一七〇條）無權利人就權利標的物所為之處分，（第一一八條）皆為不生效力之法律行為，亦為必待有承認權人承認之後，始生效力之行為也。此等行為，如經有承認權人承認，固可發生效力，惟其效力之發生，是否自承認之後，向將來發生效力乎？抑以溯及既往，發生效力乎？此極有關係之問題也。對此問題，我國民法有明文規定：『溯及為法律行為時，發生效力，』此原則也；但當事人間有特別訂定時，則從其訂定。因此等法律行為發生效力之時期，與公益無關，原可聽當事人自由訂定，若當事人間無特別訂定，則應從法律之規定，溯及既往，發生效力。

第一百十五條所規定之待承認之法律行為，得撤銷之法律行為，亦包含在內乎？此在我國民法上亟應解決之問題也。現今國內民法學者，均謂第一百十五條所規定待承認之法律行為，撤銷之法律行為，亦包含在內；且謂承認乃拋棄撤銷權之意思表示，幾若承認之規定，專為得撤銷之法律行為而設者。余以為不然。何則？承認者，乃對於不生效力之法律行為，為使之發生效力，而為之意思表示；得撤銷之法律行為，乃通常已生效力之法律行為，特

，溯及既往，發生效力，得撤銷之法律行爲，通常於成立之當時，已經發生效力，又何待承認之後，始溯及既往，發生效力乎？且必經承認始生效力之法律行爲，在我國民法，均於各本條，以明文規定之；如第七九條規定『須經法定代理人之承認，始生效力，』第一一八條規定『經有權利人承認，始生效力，』第一七〇條規定『非經本人承認，對於本人，不生效力，』足見承認之規定，惟對於法定必經承認始生效力之法律行爲，始得適用之耳。至於得撤銷之法律行爲，在各本條，均未見有必經承認始生效力之明文，更可斷定第一百五十五條所規定經承之法律行爲，不包括得撤銷之法律行爲在內矣。

或曰：德國民法，規定得撤銷之法律行爲，可以承認；日本民法，亦規定得撤銷之法律行爲，可以承認；我國民法，號稱模仿德日民法，何致與德日民法之規定兩歧乎？曰：此正我國立法者之善於模仿也。模仿外國法律，原應捨其短而取其長，德日民法，規定得撤銷之法律行爲，可以承認，乃其短處，我國民法，自不必模仿之。如德國民法第一百四十四條之規定，日本民法第一百二十二條之規定，均與法理不合，日本民法尤甚。我國立法者已洞

本論 第三編 權利之取得 第二章 法律行爲 第十節 法律行爲之  
喪失及變更 無效及撤銷

二九七

見其不合法理而捨棄之，豈可仍拘執德日學者之說，以解釋我國之民法乎？

或曰：『得撤銷之法律行為，不論何時，皆得撤銷，若無承認以救濟之，則權利狀態，永不確定，豈不有害交易之安全乎？』曰：『得撤銷之法律行為，民法上本有除斥期間之規定，如第九十條第九十三條之規定是也，又何致權利狀態，永不確定乎？』或曰：『雖有除斥期間之規定，亦須待至十年之久，至少亦尚須一年，如有承認以救濟之，則可於除斥期間未滿以前，早使權利狀態確定，豈不更佳乎？』曰：『撤銷權，乃權利之一種，有撤銷權人，果欲於除斥期間未滿以前，使權利之狀態確定，儘可為拋棄撤銷權之聲明，亦無承認之必要。有撤銷權人，對於撤銷權，欲拋棄，則拋棄之可也，又何必迂迴其路途，假承認而拋棄之乎？』

此處尚須附帶說明者，即第一百十八條之規定是也。本條規定者，為無權利人就權利標的物所為之處分，本不應規定於『無效及撤銷』節內，茲所以規定於此節內者，因此節既附帶規定承認，而本條又與承認有關，故亦附帶規定之也。

按權利之標的物，惟有權利人得處分之，茲謂無權利人就權利標的物所為之處分，當然

不生效力；如因無權代理而爲之處分，或因無因管理而爲之處分皆是也。此種處分，若經有權人承認，則能發生效力；如當事人間無特別訂定時，且能溯及爲處分之時，發生效力。

無權利人就權利標的物爲處分後，如因買賣或繼承等原因取得其權利者，則其處分雖未經有權利人承認，亦自始有效。

無權利人取得權利後，其以前之處分，自始有效，已如上述；但權利人就該權利標的物，曾爲數個處分，且此數個處分又互相抵觸時，應如之何？民法對此問題，定爲以其最初之處分爲有效。

### 第三項 同意

第一 同意之意義 同意者，對於他人之法律行爲，爲助其有效成立，而爲之贊成的意思表示也。同意，分爲相對人之同意及第三人之同意二種，此處所謂同意，則專指第三人之同意而言；如未成年人之訂婚及結婚，須得父母之同意，擇立養子，須得配偶者之同意等是也。（第一一七條）

第二 同意之方法 同意，亦爲一種意思表示，故凡關於意思表示之規定，均得適用。

爲同意或拒絕同意時，或用明示之方法，或用默示之方法，或用言詞，或用書面，均無不可。同意或拒絕，本應向當事人雙方爲之；但民法爲第三人便利起見，認爲得向當事人之一方爲之。

第三 同意之效力 法律行爲中，有必待第三人同意，始生效力者，則必須得第三人之同意，始能發生效力。惟此種同意，是否有溯及效力，民法上無明文規定。余以爲因事實上之必要，應認同意有溯及的效力。例如未成年入結婚之時，未得父母之同意，固因缺欠婚姻之實質要件，而應認爲無效，由無效婚姻所生之子女，亦爲非婚生子女。倘於結婚之後，得父母之同意，則應追溯至結婚之時，認爲有效，婚姻既爲有效之婚姻，則由此婚姻所生之子女，亦不應以非婚生子女論矣。

### 第三章 時(期日及期間)

#### 第一節 時之意義

時與權利之得喪及變更，有重大之關係，故爲重要之法律事實。此種法律事實，或爲積極的使發生法律效力之事實，如一定之時期屆至，支付利息是也。或爲消極的防阻法律效力



發生之事實，如前婚解銷後，非經過若干月，不得再婚，失蹤人，非經過若干年，不得爲死亡之宣告是也。或爲獨立的事實，如始期屆至，發生一定之效力是也。或爲不獨立的事實，如因一定之期間內，不行使權利，而其權利因之消滅是也。時之關係，既如此之重，故古今各國之法律，莫不設關於時之規定。

時者，測定事實發生之前後遲早之尺度也，分爲期日及期間二種。期日者，一定之日期也；如約定一月一日交付物品，此一月一日，即爲期日。期間者，期日之集合也，即自一定期日，至他之一定期日之繼續時間也；如約定從本年二月起，十個月內，交付物品，此十個月之間，即爲期間。期日與期間之關係，猶之幾何學上點與線之關係，是以學者有稱期日爲時點，稱期間爲時間者。

期日及期間，有依曆指定之者，如明年一月一日爲給付之類是也；有不依曆指定之者，如於開會前五日發出通知之類是也。前者曰不動的時，後者曰可動的時。不動的時之計算，依曆定之；可動的時之計算，則不僅依曆定之。

期日及期間，有依法令定之者，如時效及除斥期間是也；有依審判定之者，如法官於裁

判內所定之期日及期間是也；有依法律行為定之者，如約定之始期或終期是也。凡依法令審判及法律行為而定之期日及期間，除有特別訂定外，均依民法總則第五章之規定，以定其計算法，故此種計算法之規定，為補充法規，假如當事人約定用其他之計算法時，苟不違法，當然依當事人之約定。（第一一九條）

## 第二節 期間計算法

時之積而為日，為月，為年，以至於千年，萬年，並無窮盡；時之分而為刻，為分，為秒，以至於微，忽，絲，毫，亦不可究詰；但在法律上所取用者，祇有五項，即年，月，星期，日，時是也，故法律行為中所指定之期間，不外此五者。期日乃以確定之日時為期，而預先指定之者，如云下月十五日，或明日午後二時等是也；其日時既屬確定，故無所用其計算。至於期間，則以年，月，星期，日，時等為單位而計算之，如云若干年，若干月，若干星期，若干日，若干時等是也。期間因計算法之不同，其期間之長短，亦能因之而異，故法律上應定其計算法，以免爭論，是計算法乃專為期間而設者也。

期間計算法，分為二種：一為自然計算法，一為曆法計算法，述之如左：

第一 自然計算法 自然計算法者，以滿二十四時爲一日，滿七日爲一星期，滿三十日爲一月，滿三百六十五日爲一年之計算法也。依此方法，則每日，每星期，每月，每年中所包含者，必然相同。例如由本日午前八時起，計算一日之期間，則至翌日午前八時，滿二十四時之際爲止。又如由某日起，計算二個月之期間，則由即日起，至滿六十日之際爲止，而月之大小，在所不問。其以年計算者，亦可依此類推。

第二 曆法計算法 曆法計算法者，以曆爲標準，而計算期間之方法也。曆法上所謂一日，非滿二十四時之義，乃指自午前零時起，至午後十二時而言。所謂一月，非滿三十日之義，乃指自月之一日至月之末日而言。所謂一年，非滿三百六十五日之義，乃指自一月一日至十二月末日而言。月之長短，因大小平閏而有不同，年之長短，亦因每四年閏日一天，而不能一致，此所以不如自然計算法之精密也。

以上二種計算法，自然計算法，雖屬精密，然用之於較長之期間，實嫌煩瑣；曆法計算法，雖欠精密，然於實用上，則其便利；是二者各有所長，亦各有所短也。故除古代羅馬法專採用自然計算法外，現今多數國家之立法例，大致皆以採用曆法計算法爲原則，以採用自

然計算法爲例外，我國民法亦然。茲依我國民法之規定，就期間之起算，期間之終止，期間之進行等，述其計算法如左：

第一 期間之起算 期間有以時定之者，有以日，星期，月或年定之者。以時定期間者，即時起算；例如上午八時，買定物品，約定五小時內，交付價金，則自八時起，至十二時爲滿期是也。以日，星期，月，或年定期間者，其始日不算入；例如十五日買定物品，約定十日內，交付價金，此十日期間，不從十五日起算，而從十六日起算，扣至二十五日爲滿期是也。（第一一〇條）

第二 期間之終止 以時定期間者，自應將時扣足，並無疑問。至以日，星期，月，或年定期間者，以期間之末日爲期間終止之日乎？以期間末日之前一日爲期間終止之日乎？此一問題也。對此問題，各國之立法例，大都以期間之末日，爲期間終止之日，我國民法亦然；因期間末日之前一日，本非期間終止之日故也。既以期間之末日，爲期間終止之日，則又發生一問題，即以該末日之開始，爲期間之終止乎？抑以該末日之終止，爲期間之終止乎？對此問題，古今之立法例，殊不一致：在羅馬法，對於取得權利者，以末日之開始，爲期間

之終止，對於喪失權利者，以末日之終止，爲期間之終止。在德法日本諸國之民法，則不論取得權利，或喪失權利，均以末日之終止，爲期間之終止，我國民法亦然；因期間之末日，如未終止，在理論上，不得認爲期間之終止也。（第一二一條第一項）

我國民法規定以期間末日之終止，爲期間之終止，已如上述；但於一定期間內，應爲意思表示或給付者，其期間之末日，爲星期日，紀念日，或其他休息日時，以其休息日之次日代之。於一定之期日，應爲意思表示或給付者，其期日如遇此等休息日時，亦以次日代之。

### （第一二二條）

期間，不以星期，月，或年之始日起算者，以最後之星期，月，或年與起算日相當之前一日，爲期間之末日，此民法第一百二十一條第二項之規定也。所以設此規定者，蓋以期間自星期月或年之始日起算者，則以星期月或年之末日，爲期間之末日。例如從星期之始日，即星期日，起算一星期之期間，以星期六日，爲期間之末日；從月之始日，即月之一日，起算一個月之期間，以月之二十八日，（二月）或二十九日，（二月閏）或三十日（小月）或三十一日，（大月）爲期間之末日；從年之始日，即一月一日，起算一年之期間，則以其年之

十二月三十一日，爲期間之末日是也。此乃以星期，月，或年之始日起算者，固不致發生疑問；但期間有不以星期，月，或年之始日起算者，應以何日爲期間之末日？則必然發生之疑問也。因是之故，民法特規定以最後之星期，月，或年與起算日相當日之前一日，爲期間之末日。例如從星期二日，約定一星期之期間，則從次日即星期三日起算，（依第一二〇條之規定始日不算入故從次日起算）至次星期相當日之前一日，即星期二日，爲期間之末日；又如從五月十五日，約定一個月之期間，則從次日即十六日起算，至次月相當日之前一日，即六月十五日，爲期間之末日；又如從四月十五日，約定一年之期間，則從次日即十六日起算，至次年四月相當日之前一日，即十五日，爲期間之末日。但月有大小，年有平閏，以月或年定期間者，於最後之月無相當日者，則以其月之末日，爲期間之末日。例如於一月三十日，約定一個月之期間，應從次日即三十一日起算，至次月相當日之前一日，即二月二十九日，爲期間之末日；惟除閏年外，二月無二十九日，則以二月之末日，即二十八日，爲期間之末日，其以年定期間者，以此類推。（第一二二條第二項）

第三 期間之進行 以時，日，星期，定期間者，其進行之計算，自不生何等問題，因

六十分爲一時，二十四時爲一日，七日爲一星期，均屬一定故也。若以月或年定期間，則有問題矣：即以月或年定期間者，將以一月三十日，一年三百六十五日計算之乎？抑依曆計算之乎？（若依曆計算則月大小之不同年有平閏之不同）對此問題，古今之立法例，殊不一致：在羅馬法，依日計算；在德國日本之民法，則依曆計算。我國民法，於第一百二十三條規定曰：『稱月或年者，依曆計算，』乃採德日立法例也。但此種規定，在月或年連續計算之時，固可適用，若非連續計算，則不便適用矣。例如工作數日，忽而停止，旋又繼續工作，此際計算一個月之工作，自不能依曆計算；所以民法又規定曰：『月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。』

### 第三節 年齡計算法

年齡之長幼，在私法關係上，極關重要；如成年，如訂婚，如結婚，如遺囑，如親屬會議會員之順序，如監護人之資格，如收養子女，莫非與年齡之長幼有關者也。因是年齡之計算，在法律上，亦爲重要之問題。對此問題，有四主義，列述如左：

第一 年計主義 年計主義者，即以年計算年齡之主義也。取此主義，則人一經出生，

即爲一歲。雖在一年之末日出生者亦然，一至次年一月一日，則爲兩歲。我國舊法上所謂成了，即採年計主義，且民間習慣，亦大都以年計算年齡，惟此主義，粗陋而不正確，文明各國法律，無採此主義者。

第二 月計主義 月計主義者，即以月計算年齡之主義也。取此主義，則人於某月出生者，至次年相當之月，即爲一歲。日本曾經採此主義，（日本明治六年第三十六號布告）旋即廢止。此主義，較之年計主義，雖屬明確，然一月之內，包含三十一日之多，（或三十日或二十九日或二十八日）在同月出生者，至次年相當之月，均爲一歲，似亦不妥，故文明各國之法律，亦未有採此主義者。

第三 日計主義 日計主義者，即以日計算年齡之主義也。取此主義，則人自出生之日起算，必扣足一年，始爲一歲。此主義，較之年計主義，月計主義，正確多矣，故現今大多數國家之法律，均採取之。我國民法第一百二十四條第一項規定曰：『年齡。自出生之日起算，』亦採日計主義也。

第四 時計主義 時計主義者，即以時計算年齡之主義也。取此主義，則人自出生之時



起算，必按照時刻，扣足一年，始爲一歲。此主義，較之日計主義，尤爲正確，但實用上太嫌煩瑣，故文明各國之法律，亦未有採此主義者。惟於年齡相同之人，而較其長幼，則以時計算，固甚相宜也。

關於年齡，以出生之日起算，已如上述；但關於出生，尙有一問題，即出生年月，無從確定時，應如之何之問題也。若僅知出生之年，而不知出生之月日者，依學者之說：有謂應推定其爲年初出生者，有謂應推定其爲年終出生者。此二說之主張，一嫌過早，一嫌過遲，衡諸事理，均欠公允；故我國民法，折衷於二說之間，推定爲七月一日出生；若知其出生之日而不知其出生之日者，則推定爲該月十五日出生，可謂權衡至當矣。（第一二四條第二項）

#### 第四章 消滅時效

##### 第一節 總說

時效者，經過一定之期間繼續行使某權利，或繼續不行使某權利，因之而生權利取得之效果，或生權利消滅之效果之法律事實也。生權利取得之效果者，謂之取得時效；生權利消滅之效果者，謂之消滅時效。

時效之制度，發源於羅馬法，茲依羅馬法，略述時效制度如左：

第一 取得時效 羅馬法，所謂取得時效，乃使用年久，因而取得之義；即永年占有他人之物，因之而取得其物之所有權之制度也。此制度，見十二銅表法，（紀元前四百十五年）其始期間甚短，關於動產者，僅須一年之占有，關於不動產者，僅須二年之占有。此制度，因屬於市民法，故僅適用於羅馬市民及意大利之土地以內，對於外國人及殖民地，則不能適用。其後各殖民地，因實際之需要，亦發生與此相類之制度。其制度之大要：占有人及所有人，如居住於一州，則因十年之占有，取得土地之所有權；如非居住於一州，則因二十年之占有，取得其土地之所有權。此制度，視前之制度，期間較長，故稱爲長期時效。其後至優斯梯寧帝制定法典之時，遂廢此區別而畫一之。後世因此制度關於權利之取得，故稱之爲取得時效。

第二 消滅時效 羅馬法所謂消滅時效，乃指訴權而言。依羅馬市民法之規定，訴權一旦成立，則永遠存續，不因時之經過而消滅；然審判官所與之訴權，則於原則上，應於一定之期間內行使之；於是訴權遂發生永久訴權與有期訴權之區別。其後依帖倭德瑕斯二世之命

令，（紀元前四百二十五年）訴權時效，雖一律定為三十年，然猶保存舊名，稱屬於三十年之時效者，為永久訴權，稱屬於短期時效者，為有期訴權。此制度，優斯梯寧帝法典，亦採用之。但此制度，非有權利取得或權利消滅之意義，不過為對於請求權所與之裁判上之保護耳。故後世雖稱之為消滅時效，實與羅馬法上之制度，不甚適合。

以上二種制度，差異之點甚多，其重要者有三，列舉如左：

第一 起源之差異 取得時效，起源於十二銅表法；消滅時效，起源於審判官之命令。

第二 要件之差異 取得時效，以占有為要件；消滅時效，以權利不行使為要件。

第三 效果之差異 取得時效，生所有權取得之效果；消滅時效，生訴權消滅之效果。

取得時效與消滅時效，雖有上述之差異，然其目的，則皆在尊重永久存續之事實狀態，維持交易之安全，以保公共之安寧秩序也。其目的既然相同，故自中世以來，歐洲各國之法律，多以此二種制度，統於時效之概括名詞之下，而以取得時效與消滅時效，為時效之種類；如法國民法，（第二二一九條以下）奧國民法，（第一四五一條）普國國法，（第一章九節第五〇〇條以下）日本民法（第一四四條以下）之規定是也。此等立法例，雖皆淵源於羅

馬法，然不爲羅馬法所拘，能於不同之制度，綜合比較，以求其共通之點，而設對待之名詞，想見當時立法者研究之苦心矣。然後之學者，不但不諒其研究之苦心，反謂其因誤解羅馬法，始採此統一時效之制度。於是德國民法，遂一本羅馬法之精神，將消滅時效，定於總編，將取得時效，定於物權編所有權取得之章下，其理由以爲此二種制度，本不相同，故不應規定於一處云云。（理由書第二八九）余以爲此種理由，亦不過強辯而已，何則？關於時效之規定，其大部分，爲時效之中斷，時效之中斷，大致爲通於兩種時效之共通規定；即就德國民法言之，關於取得時效之停止及中斷，皆準用消滅時效之規定；足見此二種時效，若規定於一處，並無不合，且於立法上及適用上，均極便利也。而德國民法，必欲拘守羅馬法之精神，（其實亦非完全吻合）將取得時效及消滅時效，分定於兩處，謂其忠於羅馬法，固不待言，至於在立法上，果爲進步，抑爲退步？則不無研究之餘地也。我國第一次民律草案，採用統一時效制度，其理由書云：「謹按取得時效及消滅時效，應否合爲一制度，抑以其性質迥異，別得兩制度？關於此事，各國之立法例不一，惟別爲兩制度，則法律關係之發生，易滋煩雜，本案特認爲一制度，於實際上，頗覺適宜；故以取得時效及消滅時效，爲時

效之種類。』此種理由，可謂正常，然第二次民律草案，則不採統一時效制度，乃仿德國立法例，將消滅時效，定於總則編，將取得時效，定於物權編，新民法亦然，故以下專述消滅時效。

## 第二節 消滅時效之定義

消滅時效者，經過一定之期間，繼續不行使某權利，因之而生權利消滅之效果之法律事實也。

以下依此定義，分析說明之：

第一 消滅時效者，法律事實也。法律事實者，能生法律上之效果之事實也。消滅時效，能生權利消滅之效果，故為法律事實。

第二 消滅時效者，經過一定之期間之法律事實也。經過一定之期間，為消滅時效之必要條件，此經過之期間，謂之時效期間。但時效期間，與除斥期間不同，不容相混，茲舉時效期間與除斥期間差異之點如左：

(一) 在除斥期間，其權利僅於該期間內存在，期間一旦屆滿，其權利即歸消滅；在時

效期間則不然，消滅時效之權利，在原則上，原無期間之限制，果於時效中斷之事由，行之不怠，則其權利，可以永遠存續。

(二)在除斥期間，其權利祇因經過法定期間而消滅；在時效期間則不然，消滅時效之權利，非僅因經過法定期間而消滅，尚須於法定期間內，有不行使權利之事實。

(三)在除斥期間，因其期間屆滿，在法律上發生之效果，確定不動；在時效期間則不然，消滅時效之期間，雖經屆滿，而其在法律上發生之效果，則非確定不動；因是前者不許當事人自由拋棄，後者則許當事人自由拋棄。(即不拒絕給付，但亦不得預先拋棄)

(四)在斥除期間，因其為不變期間，故不得因中斷而延長之；在時效期間則不然，依法律之規定，得因中斷之原因而延長之。

第三 消滅時效者，因繼續不行使某權利之法律事實也。消滅時效，既須權繼續不行使某權利，故與繼續行使某權利時取得時效不同。所謂不行使某權利，即不行使債權之請求權也。

第四 消滅時效者，生權利消滅效果之法律事實也。消滅時效，能因期間之經過，生

權利消滅之效果；但所消滅之權利，爲起訴權乎，抑爲原有之權乎？是應研究者也。民法總則編立法原則第十八款內載：「近世法典，對於時效，有二種制度：（一）因時效而喪失其起訴權，其原有之權，仍屬存在；（二）因時效而消滅原有之權。第一制度，則時效屬於被告人辯護之一種方法，若被告人不主張，則法院不得以職權而提出之；第二制度，則時效不屬於被告人辯護方法之一種，實爲社會公共安寧之政策也。多數國家，皆採用第二制，我國亦宜仿之。」由是可知我國民法，因消滅時效而消滅之權利，非起訴權。乃原有之權也。但所謂原有之權，爲債權之自身乎，抑爲債權之請求權乎？是亦應研究者也。在日民法，因消滅時效而消滅者，爲債權之自身；在德國民法，因消滅時效而消滅者，爲債權之請求權；我國民法，採德國立法例，因消滅時效而消滅者，亦爲債權之請求權。但依德國民法之規定，債權之請求權，非因時效之完成，當然消滅，因債務人抗辯權成立之結果，始歸於消滅耳。我國民法，無此規定，故消滅時效，一旦完成，請求權當然消滅，債務人即得因此拒絕給付。惟所消滅者，既爲債權之請求權，而非債權之自身，故債務人於消滅時效完成後，仍得爲履行之給付。（一四四條）

### 第三節 消滅時效之期間

消滅時效，因期間之經過，而生請求權消滅之結果，故期間應自請求權成立時起算，抑應自請求權可以行使時起算？不可無明文規定。依民法之規定：『消滅時效，自請求權可行使時起算。』（第一二八條）故凡請求權成立後，可以即時行使者，其期間即時起算；若請求權成立營後，因障礙不能行使者，則自可以行使時起算。但以不行為為標的之請求權，自債務人行為時起算；因債務人負有不行為義務者，債權人本無須請求，故其期間，自債務人違反義務而為行為時起算；蓋債務人為違反義務之行為時，即債權人可以請求不行為之時也。

消滅時效之期間，各國法律之規定不同：有定為三十年者，如德國法國之民法是也；有定為十年者，如暹羅民法是也；有定為三年者，如蘇俄之民法是也。我國商務，正在發展之期，苟期間過長，則權利關係，久不確定，阻碍事業之發達，實非淺鮮；然使期過短，亦非保護權利人之道；故我國民法，參考各國之成法，斟酌己國之現情，規定適當之期間如左：

第一 十五年之期間 民法第一百二十五條規定曰：『請求權因十五年間不行使而消滅



。』是爲原則之規定，故該條但書又規定曰：『但法律所定期間較短者，依其規定。』蓋十五年之期間，爲最長之期間，但債權之性質，不盡相同，有無須十五年之期間者，故於此原則之外，更設較短期間之規定。（第一二五條）

第二 五年之期間 一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。所謂定期給付債權，如利息，紅利，租金，贍養費，退職金等債權是也。此等債權之請求權，債權人本可從速行使，故定其期間爲五年，是爲對於十五年原則之例外規定。（第一二六條）

第三 二年之期間 左列各款請求權，因二年間不行使而消滅：

- (一) 旅店，飲食店及娛樂場之住宿費，飲食費，消費物之代價及其墊款；
- (二) 運送費及運送人所墊之款；
- (三) 以租賃動產爲營業之租價；
- (四) 醫生，藥師，看護生之診費，藥費，報酬及其墊款；
- (五) 律師，會計師，公證人之報酬及其墊款；

(六) 律師，會計師，公證人所收當事人物件之交還；

(七) 技師，承攬人之報酬及其墊款；

(八) 商人，製造人，手工業人所供給之商品及產物之代價。

右列各種請求權，有性質上應迅速履行之債權，有以債權人不交付受領證為通例之債權，故消滅時效，定為二年，俾得速行消滅；是亦為對於十五年原則之例外規定。

上列第六款物件交還之請求權，雖因時效而消滅，然其物件之所有權，則並不因此而喪失。倘使二年之時效期間，業已經過，而其物件仍在律師會計師公證人之手時，仍得依所有權追及之原則，向之請求交還。蓋此款之規定，不過承認律師會計師公證人等因時效消滅之經過，關於物件之散失毀損，不負損害賠償之責任而已。(第一二七條)

#### 第四節 消滅時效之效力

法律上規定消滅時效之目的，在尊重永久存續之事實的狀態，維持交易之安全，以保公共之安寧秩序而已，故消滅時效之效力，不過使債權之請求權消滅，債權之自身，並不消滅；因債權自身之存在，固無妨公共之安寧秩序也。因是民法第一百四十四條第一項規定曰：

『時效完成後，債務人得拒絕給付。』所謂得拒絕給付，非必應拒絕給付，因債權之自身，固依然存在，不過債務人如不給付，債權人無請求之權而已。所以該條第二項規定曰：『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，或提出担保者亦同。』蓋債務與責任二者，截然不同，不容相混；消滅時效之完成，不過免除其責任，並非消滅其債務也。

主權利之時效，其效力及於從權利。因從權利，伴隨主權利而存在，主權利既因時效而消滅，從權利亦應隨之消滅也。若時效之效力，祇能及於主權利，而不能及於從權利，（例如原本債權之請求權，已經消滅，而利息債權之請求權，尙未消滅之時。）不但於實際上不便，且於理論上，亦有未合；故民法規定曰：『主權利因時效而消滅者，其效力及於從權利；但法律有特別規定者，不在此限。』（第一四六條）

以抵押權，質權，或留置權擔保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物，質物，或留置物取償。此蓋確保擔保物權之效力，而對於上述主權利時效及於從權利之原則所設之例外也。但此種規定，若於利息及其他定期給付之各期給付請求權，亦皆適用之，則不

獨對於債務人，未免過苛，而於第一百二十六條規定之旨趣，亦屬相背。故民法特定爲此種規定，於利息及其他定期給付請求權，不適用之；因此等請求權，可從速行使故也。（第一四五條）

#### 第五節 消滅時效之拋棄

消滅時效之拋棄，即對於因消滅時效應得之利益，而表示不欲得之意思表示也。既屬利益問題，就原則之，原應聽當事人自由拋棄；但消滅時效，乃爲保護公益，維持公共之安寧秩序而設之制度，不應以私人之意思左右之；故民法以明文規定不得預先拋棄時效之利益。蓋時效之利益，若許預先拋棄，則債權人以此向債務人請求，債務人在事實上無拒絕之理由，勢必至於承諾；果爾，則法律上設時效制度之精神，不能貫徹矣。因是之故，當事人間，就時效之利益，不得爲拋棄之意思表示，縱令爲此意思表示，亦屬無效。（第一四七條）

#### 第六節 消滅時效期間之變更

消滅時效之期間，或爲十五年，或爲五年，或爲二年，法律上均有明文規定。此種期間，當事人間，可以合意變更之乎？即當事人，對於法定之時效期間，得以法律行爲加長或減

短之乎？對此問題，學說有三：

第一說 此說謂：『加長時效期間之法律行為，因其有害公益，應認爲無效；至於減短時效期間之法律行為，既不害公益，亦不背時效制度之精神，無妨認爲有效。』

第二說 此說謂：『以法律行為加長時效期間，如其加長並未超過普通時效之期間，（如短期時效延長至長期時效之期間）則不妨認爲有效。』

第三說 此說謂：『時效期間之規定，乃強行之規定，苟法律上無特別之規定，若以法律行為加長或減短，均應禁止。』

我國第一二次民律草案，及德國民法，均採第一說，祇許減短時效期間，不許加長；現行民法，則採第三說，於第一百四十七條規定曰：『時效期間，不得以法律行為加長或減短之。』蓋時效制度，爲關於公益之制度，時效期間之規定，爲強行之規定，自不應以私人之意思變更之；故當事人間，以法律行為變更時效期間者，應認爲無效。

### 第七節 消滅時效之中斷

時效之中斷者，因發生與時效不能並立之事實，使已往之期間，歸於無用之謂也。時效

既經中斷，則其經過之期間，不能再算入時效期間之內；故時效中斷者，必須俟中斷之事由終止後，重行起算，即更爲新時效之進行也。

依民法之規定，消滅時效，因左列之事由而中斷：（第一二九條）

第一 請求 請求者，債權人，爲要求債務人履行債務，而爲之意思表示也。請求可分爲審判上之請求，與審判外之請求二種；但此處所謂之請求，則專指審判外之請求而言。請求之方法，或以言詞陳述，或用書信通知，均無不可。債權人既經請求，足以表現其行使權利，故能生時效中斷之效果。但債權人，雖經請求，如債務人拒絕其請求，債權人即應起訴，以貫徹其主張；若於六個月內不起訴，則因請求而中斷之時效，視爲不中斷。因請求既遭拒絕，若不於法定期間內起訴，則與未請求等，故其時效，視爲不中斷。（第一三〇條）

第二 承認 承認者，債務人或有承認權人，對於債權人，自認債務之存在之謂也。承認之方法，或以言詞，或以信件，或以明示，或以默示，均無不可。一經債務人或有承認權人之承認，即生時效中斷之效果；因債務人，既經承認，則債權人，知其決不否認自己之權利，此際縱不行使其請求權，與普通因怠懈而不行使權利者，大有不同，故承認能生時效中

斷之效果。惟此處所謂承認，不包括民事訴訟法規定之認諾；因認諾必在起訴之後，既經起訴，則已於起時訴生時效中斷之效果，固不必待言詞辯論時之認諾也。

第三 起訴 起訴者，債權人，對於法院，主張其權利之存在之謂也。債權人既依法起訴，是其欲行使權利，彰彰明甚，故亦能生時效中斷之效果。此處所謂起訴，但提出訴狀於法院已足，不必待其訴狀送達於相對人也。起訴雖能使時效中斷，但起訴後，若撤回其訴，或因不合法，受駁回之判決，其判決已確定時，其中斷之時效，視爲不中斷。因撤回其訴，或因不合法受駁回之判決，而其判決已確定，則與未起訴無異，故其時效，視爲不中斷。

### （第一三二條）

依民法之規定，與起訴有同一效力之事由有五，分述如左：

（一）依督促程序送達支付命令 督促程序者，請求法院，向債務人，發支付命令之特別訴訟程序也。依督促程序，送達支付命令時，即生訴訟拘束，故與起訴有同一之效力，而能生時效中斷之效果。但依民事訴訟法之規定，若訴訟拘束失其效力時，其中斷之時效，視爲不中斷。因訴訟拘束，既失其效力，則與未請求發支付命令無異，故其時效，視爲不中斷

。(第一三二條)

(二)因和解而傳喚 因和解而傳喚者，即因和解而為審判上之傳喚之謂也。案民事訴訟條例，雖有『當事人於起訴前，得表明訴訟標的，聲請傳喚他造當事人，試行和解』之規定，但新民事訴訟法關於和解之規定，則皆在起訴之後，故此處所謂因和解而傳喚，應解作因調解而傳喚，始非無用之規定。債權人既因和解，請求法院，傳喚相對人，故與起訴有同一之效力，而能生時效中斷之效果。但相對人，若受傳喚而不到庭，或和解不成立時，其中斷之時效，視為不中斷。因相對人受傳喚而不到庭，或和解不成立，與未傳喚未和解無異，故其時效，視為不中斷。(第一三三條)

(三)報明破產債權 報明破產債權者，債權人依破產法之規定，於破產程序中，呈報其對於破產人之債權之謂也。是為債權人主張其權利之表示，故與起訴有同一之效力，而能生時效中斷之效果。但債權人報明其債權之後，復將其報明撤回時，其中斷之時效，視為不中斷。因債權人報明債權之後，復將報明撤回，則與未報明無異，故其時效，視為不中斷。

(第一三四條)



(四) 告~~之~~訴訟 告知訴訟者，訴訟當事人，於訴訟拘束中，對於第三人爲促其參加，告知其訴訟現~~在~~存在之謂也。債權人既向債務人告知，足見其有主張權利之意思，故與起訴有同一之效力，而能發生時效中斷之效果。但債務人接受告知之後，不爲參加，則應於訴訟終結後，向之起訴，始足以表現主張權利之意思；若於訴訟終結後，六個月內不起訴，則其中斷之時效，視爲不中斷。因債務人於訴訟拘束中，既未參加，於訴訟終結後，竟遲至六個月之久，尙不向之起訴，其無主張權利之意思，顯然可見，故其時效，視爲不中斷。(第一三五條)

(五) 開始執行行爲或聲請強制執行 試就此二者，分述如左：

(甲) 開始執行行爲 開始執行行爲者，即開始強制執行以外之執行行爲也。如債權人爲保全執行聲請假扣押假處分(民訴第四八八條第四九八條)等是也。開始此等執行行爲，足以表現權利人有行使權利之意思，故與起訴有同一之效力，而能發時生效中斷之效果。但執行行爲開始之後，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，則其中斷之時效，視爲不中斷。因執行處分，既經撤銷，與自始未開始者同，故其時效，視爲不

### 中斷。(第一三六條第一項)

(乙)聲請強制執行 聲請強制執行者，即依訴訟上之和解終結，或判決之確定，聲請法院，實施強制執行之謂也。此種聲請，足以表現債權人主張其權利之意思，故與起訴有同一之效力，而能發生時效中斷之效果。但聲請之後，若自行撤回其聲請，或其聲請被駁回時，則其中斷之時效，視為不中斷。因聲請之撤回，或其聲請被法院駁回，均與未聲請無異，故其時效，視為不中斷。(第一三六條第二項)

如上所述，時效既因一定之事由而中斷，則其以前經過之期間，均歸於無用，俟中斷之事由終止時，重行起算，即更為新時效之進行也。時效因起訴而中斷者，其起訴前已經過之期間，亦不計算，須俟判決確定後，起算新時效，其起訴後未受確定判決，而以其他方法終結其訴訟者，(例如和解)則俟訴訟終結後，起算新時效。(第一三七條)但所謂確定判決，因不合法而駁回其訴之判決，不包含在內；所謂其他方法，撤回不包含在內，此應注意者也。

### (第一三八條)

時效中斷之效力，能否及於一切人，法律上不可無明文規定。依民法之規定，時效中斷

，以當事人繼承人受讓人之間爲限，始有效力；蓋他人不應無故受時效中斷之利益，亦不應無故蒙時效中斷之損害也。（第一三二八條）

### 第八節 消滅時效之不完全

第一二次民律草案，於時效之進行，除設中斷之規定外，並設停止之規定，及不完全之規定；新民法則於時效之進行，除設中斷之規定外，祇設不完全之規定，並無停止之規定。某學者謂：『民法第一百三十九條，至第一百四十三條，即爲關於時效停止之規定，』是實大誤；何則？時效之不完全，乃於時效期間將次屆滿之際，暫時不令其完成，並非時效之停止；時效之停止，乃因一定事由之存續中，停止其進行，必俟其事由消滅後，始更爲進行也。

法律上所以設時效不完全之規定者，蓋因時效期間，一經屆滿，則其時效完成，當事人間，一方因時效完成，得拒絕給付，而受其利益，一方因時效完成，消滅請求權，而受其不利益。在因時效完成而受不利益之當事人，本可於時效期間將次屆滿之際，依法定之事由以中斷之，俾其時效不能完成，以保全自己之利益。倘於此際，若因天災人事不能依法定之方

法中斷其時效，若遽認其時效完成，似於人情事理，均有未合；故法律特設時效不完成之規定，俾於一定之期間內，中斷其時效。茲依民法，述時效不完成之規定如左：

第一 因天災或其他不可避之事變者 民法第一百三十九條規定曰：『時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。』所謂時效期間終止時，指將屆終止之時而言，若時效期間，已經終止，則時效當然完成，自無適用本條之餘地。天災如水災地震等是也，其他不可避之事變，指天災以外之一切不可避之事變而言，如戰爭，暴動，斷絕交通等皆是。當時效期間將屆終止之時，若無天災事變等妨礙，本可為上述之請求起訴等行為，以中斷時效；茲既有天災事變等妨礙，則縱欲為請求起訴等行為，亦不可能；此際若任其時效完成，似非保護債權人之道。故本條規定：『自其妨礙事由消滅時效起，一個月內，其實效不完成。』蓋為債權人，在此一個月內，得為請求起訴等行為，俾時效可以中斷也。

第二 關於繼承財產之權利者 民法第一百四十條規定曰：『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。』屬於繼承財產之權利，即繼承財產內所有之債權；換言之，即被繼承人之債權也。對於繼承財產之權利，即繼承財產內所有之債務；換言之，即被繼承人之債務也。此際被繼承人，既已死亡，在屬於繼承財產之權利，如欲中斷其時效，則應由繼承人，或管理人，或破產管財人，向債務人，為中斷時效之行爲；在對於繼承財產之權利，如欲中斷其效，則應由債權人，向繼承人，或管理人，或破產管財人，為中斷時效之行爲。惟此際如繼承人已經確定，或管理人已經選定，或已經宣告破產，自可依上所述，為中斷時效之行爲，以中斷時效。倘使繼承人尚未確定，或管理人尚未選定，或尚未宣告破產，則在屬於繼承財產之權利，苦於無人向債務人為中斷行爲；在對於繼承財產之權利，縱欲為中斷行爲，又苦於無人領受。此際若任其時效完成，未免不當。故本條規定：『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。』蓋為繼承人等，可以於六個月內，向債務人為中斷之行爲；債權人，亦可於此六個月內，向繼承人等為中斷行爲也。

第三 關於無行為能力人或限制行為能力人之權利者 屬於此款者，可分為二種，列述如左：

(一)無法定代理人時 民法第一百四十一條規定曰：『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，自其成為行為能力人，或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成。』無行為能力人，如未滿七歲之未成年人或禁治產人是也。限制行為能力人，如已滿七歲之未成年人是也。無行為能力人之行為，須由法定代理人代理，限制行為能力人之行為，原則上亦須由法定代理人代理，如欲獨斷為之，則須得法定代理人之允許；總之，無行為能力人或限制行為能力人，欲為法律行為，不可單法定代理人也。無行為能力人或限制行為能力人，對於他人之權利，其時效將次完成時，如有法定代理人，自由法定代理人代為中斷時效之行為，俾時效可以中斷。若無法定代理人，則無人代為中斷時效之行為，而無行為能力人或限制行為能力人，又不能自為之，此際若任其時效完成，則保護無行為能力人或限制行為能力人，似欠周到。故本條規定：『於時效期間終止前，六個月內，若無法定代理人者，自其成為行為能力人，或其法定代理人就職時起，時效不完成。』蓋無行為能力人或限制行為能力人，因成年，結婚，或撤銷禁治產，為成為行為能力人時，則可以自為中斷時效之行為；法定代理人就職，則可以代為中斷時效之

行爲也。

(二)對於法定代理人之權利 民法第一百四十二條規定曰：「無行爲能力人或限制行爲能力人，對於其法定代理人之權利，於代理關係消滅後，一年內，其時效不完成。」所謂對於法定代理人之權利，即無行爲能力人或限制行爲能力人，對於法定代理人之債權也。此種權利之時效，如將次完成，原應爲中斷時效之行爲，俾使時效中斷。但法定代理人，因雙方代理之限制，不能代爲中斷之行爲，而無行爲能力人或限制行爲能力人，又因能力之欠缺，不能自爲中斷之行爲，此際若任其時效完成，殊非保護無行爲能力人或限制行爲能力人之道。故本條規定「於代理關係消滅後，一年內，其時效不完成。」代理關係消滅，或由於法定代理人死亡，則新法定代理人就職，即可由新法定代理人，代爲中斷時效之行爲；或由於無行爲能力人或限制行爲能力人之成年，結婚，或撤銷禁治產，則可由其本人自爲中斷時效之行爲也。

第四 關於夫或妻之權利 民法第一百四十三條規定曰：「夫對於妻或妻對於夫之權利於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成。」夫妻間之財產，法律上雖有夫妻財產制之規

定，然夫妻二人；等於一體，不論就感情言之，就身分言之，彼此之間，究不易權義分明，錙銖必較；故夫對於妻或妻對於夫之權利，在婚姻關係存續中，通常不發生何等問題，因是時效之完成與否，法律亦不過問。惟婚姻關係既經消滅，彼此之利害，已不相同，若權利之時效，將次完成，在昔日雖不便爲中斷之行爲者，此時則無不可爲矣。故法律規定：「於婚姻關係消滅後，一年內，其時效未完成。」蓋爲權利人之一方，得於此一年之內，爲中斷時效之行爲也。

## 第四編 權利之行使

### 第一章 權利行使之意義

關於權利行使之意義，學者之主張，頗不一致，茲爲參考之便，舉其重要之學說如左：

第一 權利之行使者，權利人實現其權利之內容之謂也。

第二 權利之行使者，權利人或其代理人，基於其權利，而爲實現其權利內容之利益所爲之行爲也。

第三 權利之行使者，爲其權利正當得爲之行爲之謂也。



第四 權利之行使者，即有權利之人，依正當之行爲，以實現其權利爲目的之動作也。

第五 權利之行使者，相當於於權利之實質之意思之實行也。

第六 權利之行使者，爲享受私權之利益之行爲之謂也。

第七 權利之行使者，事實上實現私權之內容之謂也。

以上七說，各有所長，亦各有所短；余則以爲權利之行使者，乃權利人爲享受權利，而實施其權能之行爲也。權利之種類不同，故權利行使之方法，亦不能一致：如所有權，以實施使用，收益，處分等行爲，爲權利之行使；債權，以實施請求之行爲，爲權利之行使；蓋使用，收益，處分，爲所有權之權能；請求，爲債權之權能也。爲享受權利，而實施其權能之行爲，即爲權利之行使。

與權利之行使最易相混者，爲權利之實現。須知權利之實現，乃實現權利之內容也。權利之內容，雖有因權利之行使而實現者，亦有不因權利之行使而實現者，更有於權利之行使外，再加以他之事實，始能實現者；足見權利之行使，與權利之實現，雖易相混，而其實不同也。

又權利之行使，與權利之主張，亦有區別。權利之主張者，乃因權利之存在而得爲之行爲也。權利之行使，雖亦爲因權利之存在而得爲之行爲，然因權利之存在而得爲之行爲，則不以權利之行使爲限；如提起確認之訴之行爲，排斥他人侵害之行爲，雖皆因權利存在而得爲之行爲，然不得謂之權利之行使。蓋權利之主張，其範圍甚廣，權利之行使，其範圍則較狹也。

又權利之行使，與權利之享受，亦有區別。權利之享受者，乃就權利之內容，而取得其實益之行爲也。權利之行使，雖以權利之享受爲目的，然不得逕以權利之享受，爲權利之行使；因權利之行使，乃權利人爲享受權利而實施其權能之行爲，非就權利之內容，而取得其實益之行爲也。例如債權人，向債務人請求清償，雖爲權利之行使，然非權利之享受，必受領債務之清償，始爲權利之享受也。

## 第二章 權利行使之自由

權利行使之自由者，即權利人行使自己之權利與否，不受他人干涉之謂也。凡爲權利人，在原則上，均有權利行使之自由，故權利人，對於自己之權利，均得任意行使，亦得任意

不行使，且不論何時，皆得任意行使或不行使，此爲權利行使之自由之內容，亦可謂由權利行使之自由當然發生之結果也。惟權利雖許權利人自由行使，但亦須無害社會之公益，若因權利之行使與不行使，而害社會之公益，亦爲法律所不許，故法律上對於權利行使之自由，有時設相反之規定，茲就其主要者，略舉如左：

第一 有規定權利不許不行使者 如土地法規定土地必須利用，不得任意荒蕪；否則，增加其稅率是也。（土地法第三三二條）

第二 有規定權利以行使爲義務者 如民法第一千零八十四條規定曰：『父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。』學者間解釋本條，有謂此種權利，同時又爲義務者。但既謂爲權利，同時又謂爲義務，殊與權利之性質不合，故應解爲此種權利，以行使爲義務。

第三 有規定權利須於一定期限內行使者 如漁業權，鑛業權之行使，均有法定之期限；如逾法定之期限，則將其權利撤銷，或使之消滅。（漁業法第二一條鑛業法第四條第一款）

第四 有規定權利於一定之時期不許行使者 如狩獵權之行使，依狩獵法之規定，狩獵須在狩獵期間；若違反此種規定者，則科以罰金。（狩獵法第八條第九條）

就上述四款言之，可見權利人雖有權利行使之自由，然有害社會公益時，亦為法律所不許；蓋權利行使之自由，乃相對的，而非絕對的也。

### 第三章 權利行使之限制

權利行使之限制者，蓋謂權利人雖有權利行使之自由，然亦不得濫用其權利也。羅馬法，以權利為絕對的，權利人，果在其權利範圍以內，不論以如何之方法行使之，均無不可。且以為所有權中，包含二種權利：一為享用之權，一為濫用之權。若在權利範圍以內，不論享受之方法，如何不公平，如何無理由，如何有惡意，均非法律之所禁。此種立法例，純乎以權利為本位，與二十世紀以社會為本位之法律，顯然不同。蓋現今之法律思想以社會之公益為第一位，以個人之權利為第二位。個人之權利，不但應消極的在不害社會公益之方面行使之，且應積極的在維持社會公益之方面行使之。若因行使權利，而害及社會之公益，則為權利之濫用；權利之濫用，非現代法律之所許也。各國法律，對於權利之濫用，而設限制之

規定者甚多，茲舉其主要者如左：

第一 德意志 德意志民法第二百二十六條規定曰：『權利，以加損害於他人爲目的者，不得行使。』

第二 瑞士 瑞士民法第二條第二項規定曰：『權利顯然之濫用，不得受法律之保護。』

第三 蘇俄 蘇俄民法第一條規定曰：『權利之行使，有與社會經濟目的抵觸者，不受法律之保護。』

德國，瑞士，爲西洋先進之國，蘇俄，爲實行社會主義新進之邦，此等國家，在法律上，限制權利之濫用，原不足奇，而日本之裁判上，竟亦早受其影響，足見法律思潮之趨勢矣。（參照牧野英一著法律上之進化與進步，法律評論第三百四十八期劉志敦著論權利之濫用，法律評論第三百七十九期彭時著新民法與民生主義）

我國民法，爲世界最新民法之一，關於限制權利之濫用，當然設有規定。查民法第一百四十八條規定曰：『權利之行使，不得以損害他人爲主要目的。』此條法文，驟觀之，頗似德國民法，其實與德國民法絕不相同。德國民法謂：『權利以加損害於他人爲目的者，不得行

使。』其意蓋謂權利之行使，祇要出於損害他人之目的，則非法律之所許。我國民法謂：『權利之行使，不得以損害他人為主要目的。』是權利之行使，必須以損害他人為主要之目的，始非法律之所許，至於權利行使之目的，一面在有利自己，一面在損害他人，則非法律所得干涉矣。殊不知就現代之法理言之，不但權利行使之目的，一面在有利自己，一面在損害他人者，為法律所不許；即權利行使之目的，祇在有利自己，不在損害他人，而其結果致損害於他人者，依無過失責任主義，有時亦須負賠償之責。由是可知德國民法之規定，已嫌疏漏，至於我國民法，則更與現代之法理不合矣。

劉志敏氏於民國十九年，撰有論權利之濫用一文，載於第三百四十八期法律評論；其批評民法第一百四十八條規定之失當，可供參考，茲節錄其大要如左：

『民法總則關於權利濫用之規定，應如何精密慮以從事，乃立法院於此等重要事項，沿襲陳腐之立法例，敷衍塞責，余甚惜之。姑將社會生活情形與我略相類似之日本事例，以證民法總則第一百四十八條之失當：

日本昔有傍近鐵路車站之松樹，其枝葉迎向機車之石管，常為煤煙薰染，因鐵路局未講

防止之策，致該樹枯萎，而引起樹主與鐵路局之爭訟。又有以化學工業爲生者，因未豫防硫酸瓦斯之散逸，致將附近莊稼損壞，亦生轆轤。日本民法，於濫用權利一層，原未載及，鐵路局與化學師，既均非意在損害他人，在其民法上，本可不負賠償責任。然日本大審院，則爲維持社會生活之安全起見，卒認鐵路局及化學師爲濫用權利。此二事，苟依我民法總則第一百四十八條處斷，則因鐵路局之行車，及化學師之製造硫酸，均非以枯死松樹，損壞莊稼，爲主要目的，不得認爲濫用權利，而社會上之受其實害者，亦將無法救濟矣。又如甲欲償還乙欠款九十五元，而以百元之紙幣，求乙找付尾數。乙因不耐找付之煩累，拒不受，致甲負擔遲延履行責任。又如某甲將其不能執役之病僕某乙解雇，並迫令遷離本宅。此在某甲方面，雖僅爲自身利益，而有此舉，然在病僕某乙，則因病中無力求生，其生命亦瀕於危險。此二事，如亦依前項法條處斷，則以百元一張紙幣還欠之某甲，以及因病被迫離宅之某乙，均應處於慘酷之地位，日本大審院，則又著有判例，均認爲濫用權利。其他類此者尙多，茲僅舉此四例，以概其餘，然已不勝其弊；民法總則第一百四十八條規定之失當，即亦不待煩言自明。總之，權利係爲社會生活而存在，其性質不應獨利於個人，即微細如文身以求

美觀，斷指以示情愛，亦成爲濫用人格權之問題，而爲良風美俗之累，又況其影響及於會社之生活者乎。」

總而言之，權利雖爲法律所保護，權利人對於自己之權利，雖有行使之自由，惟不能因個人之自由、而影響於社會之公益。蓋個人之權利，惟於無害社會公益、或維持社會公益之範圍內，有行使之自由而已，法律亦惟於此際加以保護而已。若個人行使權利，不足以維持社會公益，甚至有害社會公益，則爲權利之濫用，法律於此際則應加以限制。因現代之法律，雖未完全脫離權利本位時期，實已進於社會本位時期故也。

#### 第四章 自力救濟

##### 第一節 總說

人類社會，因競爭生存，不論何時，亦不能無侵害他人權利之事；因有侵害，自然發生救濟之法。關於此種救濟，自古以來有二主義：一曰自力救濟主義，一曰公力救濟主義。自力救濟主義者，個人之權利受他人之侵害時，以自己之腕力，排除其侵害之主義也。在原始社會，雖無保護權利之制度，如個人之權利，受他人之侵害時，除用自己之腕力，以排除其



侵害外，別無救濟之道。故在原始社會，祇有自力救濟主義，公力救濟主義，尙未發生。惟自力救濟主義，因人類強弱之不同，每每不能得公平之結果。強者受弱者之侵害時，雖得用自力救濟，以保護自己之權利，而弱者受強者之侵害時，則因腕力不敵，鮮不喪失其權利，是由於人類強弱之不齊，當然發生之結果也。即令一切人類，強弱平等，而自力救濟主義，亦決非完善之法；何則？兩強相遇，則互相侵害權利，亦即互相救濟，循環爭鬥，無有已時，於是社會之安寧秩序，破壞無餘，人類共同生活之安全，亦不能保矣。故當國家成立之後，爲維持人類共同生活之安全，及防止社會安寧秩序之紊亂，莫不捨自力救濟主義，而代之以公力救濟主義。所謂公力救濟主義者，即個人之權利，受他人之侵害時，國家用公之權力，排除其侵害之主義也。由自力救濟主義，進於公力救濟主義，是爲社會之一進步。

公力救濟主義，可分爲二種：一爲絕對的公力救濟主義，一爲相對的公力救濟主義。絕對的公力救濟主義者，乃當個人權利被侵害之時，專以國家之公力，排除其侵害，絕不許個人稍用自己之腕力之主義也。惟當國家制度，尙未完備，人類知識能力，尙未充分發達之時，若專恃公力救濟，於急迫之際，每每不能奏效。故進步之法律，爲完全保護個人之權利，

莫不捨絕對的公力救濟主義，而代之以相對的公力救濟主義。所謂相對的公力救濟主義者，即個人權利被侵害時，原則上用公力救濟，但當急迫之際，不及待公力救濟者，在法定條件之下，亦許用自力救濟之主義也。由絕對的公力救濟主義，進於相對的公力救濟主義，是爲社會之又一進步。

現今文明國家之法律，莫不採用相對的公力救濟主義，我國民法亦然；即原則上，用公力救濟，於例外亦可用自力救濟也。關於此種例外，我民法上有四種規定：即（一）防衛行爲之規定，（二）避險行爲於規定，（三）自助行爲之規定是也；詳以下各節。

## 第二節 防衛行爲

防衛行爲者，對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲也。此種行爲，即屬自力救濟之一種，法律認許此種行爲，即係認許自力救濟也。此種行爲，既爲法律所認許，故其外形上，縱令與侵權行爲相同，亦不負損害賠償之責。惟此種行爲，既屬自力救濟之一種，若濫用之，其害亦甚大；故須具備法定要件，始能免其責任。茲將防衛行爲之要件，列述如左：

第一 須對於現時之侵害 防衛行爲，以受他人之侵害爲前提，因無侵害，亦即無所謂防衛也。惟此處所謂侵害，以現時之侵害爲限，至於過去之侵害，及將來之侵害，均不包含在內。因過去之侵害，已無須防衛，將來之侵害，又無須自己防衛，均不適用於自力救濟，即均應藉國家之公力而爲救濟也。

第二 須對於不法之侵害 所受之侵害，雖爲現時之侵害，倘其侵害，而非不法，仍不得對之爲防衛行爲。例如消防警察，因阻斷火道，而拆毀鄰近之房屋，權債人，因保護自己之權利，於急迫之時，拘束債務人之自由；斯二者，一爲侵害財產，一爲侵害自由，然均非不法之侵害，故均不得對之爲防衛行爲。

第三 須爲防衛自己或他人之權利 對於現時不法之侵害，而爲防衛行爲，必須所防衛者爲權利始可；果爲權利，至於爲自己之權利，抑爲他人之權利，又其權利之種類如何，皆非所問。他人權利受侵害時，所以亦許爲防衛行爲者，非僅爲獎勵義俠心，實爲適應實際之需要也。例如某甲占有某乙之鉛筆，某乙對於該鉛筆，有所有權，某甲對於該鉛筆，僅有占有事實；倘此鉛筆，忽受急迫之侵害，如因所侵害者，爲事實，而非權利，即不許其爲防衛

行爲，則不但某甲之占有事實，失所保護，某乙之所有權，亦不得而維持矣。似此之實例甚多，故法律規定爲防衛他人之權利，亦許爲防衛行爲。

第四 須不逾越必要之程度 如上所述，所來之侵害，確爲現時不正之侵害，所防衛者，確爲自己或他人之權利，於此際而爲防衛行爲，尙未必可免賠償之責。因防衛行爲，對於侵害行爲，應保持其平衡，即防衛行爲，不得逾越必要之程度也。苟防衛行爲，在必要程度以下，或適合必要程度，均爲未逾越必要之程度；若逾越必要之程度，則仍應負相當賠償之責。因防衛行爲，爲自力救濟之一種，乃法律在例外認許者，若任聽爲過當之防衛，殊背立法之本意也。

### 第三節 避險行爲

避險行爲，一曰緊急行爲，即因避免自己或他人生命，身體，自由，或財產上急迫之危險，所爲之行爲也。此種行爲，亦屬自力救濟之一種，而法律認許之，縱令其外形與侵權行爲相同，亦不負損害賠償之責。此種行爲，與上述防衛行爲，雖同屬自力救濟，然防衛行爲，僅得對於加害人爲之；此則爲避免危險，可以對於人爲之，亦可以對於物爲之，可以對於

加害人爲之，亦可以對於加害人以外之人爲之；因是此種行爲，若濫用之，其害尤大。故須具備法定要件，始能免其賠償之責。茲將緊急行爲應備之要件列述如左：

第一 須因避免自己或他人生命身體自由或財產上之危險 既謂之避險行爲，故必須有外來之危險，其危險之原因，爲出於自然，抑爲出於人爲，在所不問；又所避免之危險，爲對於自己之危險，抑爲對於他人之危險，亦非所問。惟以對於生命，身體，自由，或財產上之危險爲限；若非對於此等危險，而爲避險行爲，則不能免損害賠償之責。

第二 其危險必須急迫 危險之來，原則上應由公力救濟之，不許用自力救濟，即原則上不許爲避險行爲也。惟急迫之危險，不及待公力救濟者，始許用自力救濟。故僅爲避免急迫之危險，始得爲避險行爲。若其危險之來，並非急迫，而遽爲避險行爲，以避免之，若無損害則已，若有損害，仍須負損害賠償之責。

第三 須爲避免危險所必要 對於急迫之危險，雖許爲避險行爲，然亦不得濫爲，必須爲避免危險所必要始可。故有待公力救濟之餘暇，或明知危險已無法避免，而仍爲避險行爲，即不得謂之有必要。又危險之來，其勢甚屬較微，而故爲嚴重之避險行爲，使發生鉅大之

損害；又或除避免危險之外，乘機爲不正之行爲，以資洩憤；均不得謂之有必要。避險行爲，乃避免危險之行爲，茲既非避免危險所必要，則根本不得謂爲避險行爲；故爲之者，如發生損害，仍須負賠償之責。

第四 須不逾越危險所能致之損害程度 所謂不逾越危險所能致之損害程度，即避險行爲，與外來之危險，須不失其平衡也；換言之，即避險行爲，以但能避免危險爲限，不得於避免危險以上，而爲過度之損害也。若由避險行爲所生之損害，較之危險所能致之損害加甚，則爲逾越危險所能致之損害程度，即不能不負賠償之責。惟是否逾越程度，宜就事實臨時依客觀的標準決定之。

第五 危險之發生須行爲人無責任 所謂危險之發生須行爲人無責任者，即危險之發生，須非由於行爲人之行爲也；換言之，即危險須非由行爲人招致而來者也。倘使危險係由行爲人積極或消極之動作而發生，迨既發生危險，而又爲避險行爲，以避免之，此際如發生損害，仍應負賠償之責；因既有責任於前，即不能免責任於後也。

#### 第四節 自助行爲

自助行爲者，即爲保護自己之權利，對於他人之自由或財產，施以拘束，押收，或毀損之行爲也。他人之自由財產，本不得施以拘束，押收，或毀損，縱令爲保護自己之權利，亦應請官署援助，而爲公力救濟，不應遽用自力救濟；但有時不及受官署援助，且非於其時爲自助行爲，則請求權即不得實行，或將來縱得實行，而有顯著之困難時，則法律許其爲自助行爲，而用自力救濟，藉以保護其權利。此際雖對於他人之自由或財產，施以拘束，押收，或毀損者，亦可不負損害賠償之責，惟須具備法定之要件；否則，仍須負責。茲將自助行爲應備之要件，列述如左：

第一 須爲保護自己之權利 爲防衛他人之權利，可以爲防衛行爲，爲避免他人之危險，可以爲避險行爲，至於自助行爲，則專以保護自己之權利爲限。然所謂自己，亦非專指自己本人而言，即自己之代表機關，或自己之代理人，亦應包括在內。惟爲自助行爲，須爲保護權利，若僅爲保護利益，則非法律之所許；因受之者輕，施之者亦不許過重也。

第二 須對於他人之自由或財產施以拘束押收或損毀 所謂他人，學者之見解，殊不一致：有謂他人專指義務人而言者，有謂他人不專指義務人而言，雖義務人以外之第三人，亦

應包括在內者。以上二說，余採後說，因條文祇泛言他人，在解釋上，無收縮其意義之必要；且法律認許自助行爲，乃爲保護權利，若他人專指義務人而言，則權利必難得充分之保護，與立法之本旨，亦屬不符。因是之故，余採後說。又本條所謂「對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀損」，文意殊欠明顯。就本條文意觀之，似對於他人之自由，或對於他之財產，均可施以拘束，押收，或毀損也；其實拘束，專對他人之自由而言，押收或毀損，專對他人之財產而言，此應注意者也。自助行爲，以拘束他人之自由，押收或毀損他人之財產爲限，不得爲其他之動作；如剝奪他人之生命，傷害他人之身體，毀壞他人之名譽等項，均不得爲自助行爲之內容；否則，即非自助行爲，亦即不能免賠償之責。

第三 須不及受官署之援助 保護權利，本屬官署之責，故權利有保護之必要時，原應求官署之援助，不許遽爲自助行爲，因是自助行爲，必以不及受官署之援助爲要件。惟此處所謂官署，專指有保護權利之權限者而言。倘使當地無此種官署，或雖有此種官署，而因時機緊急，不及受該官署之援助時，始得爲自助行爲；否則，仍難免賠償之責。

第四 須非於其時爲之則請求權不得實行或實行顯有困難 自助行爲，乃代官署而爲保



護權利之行爲，且與他人之自由及財產，關係甚重，故法律特限定非於其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者，不得爲自助行爲；蓋爲自助行爲，必須有爲之之必要始可也。

以上四種要件，必須具備，始得爲自助行爲；但因爲此種行爲，而拘束他人之自由，或押收他人之財產時，尤必須即時向官署聲請援助。倘使此項聲請，稍涉遲延，或雖未遲延，而其聲請因不合法或無理由而被官署駁回時，行爲人，仍應負損害賠償之責；此又爲行爲人所聲注意者也。

本論 第四編 權利之行使 第四章 自力救濟 第四節 自助行爲

三五〇

民法總論終

# 民法總則編

民國十八年四月二十日立法院通過十八年五月二十三日國民政府公布十八年十月十日施行

## 第一編 總則

### 第一章 法例

第一條 民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。

第二條 民事所適用之習慣，以不背於公共秩序，或善良風俗者爲限。

第三條 依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫；但必須親自簽名。

如有用印章代簽名者，其蓋章，與簽名生同等之效力。

如以指印，十字，或其他符號，代簽名者，在文件上，經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。

第四條 關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準。

第五條 關於一定之數量，以文字或號碼爲數次之表示者，其表示有不合時，如法院不能

決定何者當事人之原意，應以最低額為準。

## 第二章 人

### 第一節 自然人

第六條 人之權利能力，始於出生，終於死亡。

第七條 胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。

第八條 失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告。

失蹤人爲七十歲以上者，得於失蹤滿五年後，爲死亡之宣告。

失蹤人爲遭遇特別災難者，得於失蹤滿三年後，爲死亡之宣告。

第九條 受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其爲死亡。

前項死亡之時，應爲前條各項所定期間最後日終止之時；但有反證者，不在此限。

第十條 失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，依非訟事件法之規定。

第十一條 二人以上，同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡。

第十二條 滿二十歲爲成年。

第十三條 未滿七歲之未成年人，無行為能力。

滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力。

未成年人已結婚者，有行為能力。

第十四條 對於心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己事務者，法院得因本人，配偶，或最近親屬二人之聲請，宣告禁治產。

禁治產之原因消滅時，應撤銷其宣告。

第十五條 禁治產人，無行為能力。

第十六條 權利能力，及行為能力，不得拋棄。

第十七條 自由，不得拋棄。

自由之限制，以不背於公共秩序，或善良風俗者為限。

第十八條 人格權受侵害時，得請求法院，除去其侵害。

前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償，或慰撫金。

第十九條 姓名權受侵害者，得請求法院，除去其侵害，並得請求損害賠償。

第二十條 以久住之意思，住於一定之地域者，即爲設定其住所於該地。

一人同時不得有兩住所。

第二十一條 無行爲能力人，及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所。

第二十二條 遇有左列情形之一者，其居所視爲住所：

一 住所無可考者；

二 在中國無住所者；但依法須依住所地法者，不在此限。

第二十三條 因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所。

第二十四條 以廢止之意思，離去其住所者，即爲廢止其住所。

## 第二節 法人

### 第一款 通則

第二十五條 法人，非依本法或其他法律之規定，不得成立。

第二十六條 法人於法令限制內，有享受權利，負擔義務之能力；但專屬於自然人之權利義務，不在此限。

第二十七條 法人須設董事。

董事，就法人一切事務，對外代表法人。

對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。

第二十八條 法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，與該行為人，連帶負賠償之責任。

第二十九條 法人，以其主事務所之所在地為住所。

第三十條 法人，非經向主管官署登記，不得成立。

第三十一條 法人登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更，而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。

第三十二條 受設立許可之法人，其業務屬於主管官署監督；主管官署，得檢查其財產狀況，及其有無違反許可條件，與其他法律之規定。

第三十三條 受設立許可法人之董事，不遵主管官署監督之命令，或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰。

第三十四條 法人違反設立許可之條件者，主管官署，得撤銷其許可。

第三十五條 法人之財產，不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。

不為前項聲請，致法人之債權人受損害時，其有過失之董事，應負賠償之責任。

第三十六條 法人之目的或其行為，有違反法律，公共秩序，或善良風俗者，法院得因主管官署，檢察官，或利害關係人之請求，宣告解散。

第三十七條 法人解散後，其財產之清算，由董事為之；但其章程有特別規定，或總會另有決議者，不在此限。

第三十八條 不能依前條規定其清算人時，法院得因利害關係人之聲請，選任清算人。

第三十九條 清算人，法院認為有必要時，得解除其任務。

第四十條 清算人之職務如左：

一 了結現務；

二 收取債權，清償債務；

三 移交賸餘財產於應得者。



法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視為存續。

第四十一條 清算之程序，除本通則有規定外，準用股份有限公司清算之規定。

第四十二條 法人之清算，屬於法院監督，法院得隨時為監督上必要之檢查。

第四十三條 清算人不遵法院監督命令，或妨礙檢查者，得處以五百元以下之罰鍰。

第四十四條 法人解散後，除清償債務外，其賸餘財產之歸屬，應依其章程之規定，或總會

之決議。

如無前項章程之規定，或總會之決議時，其賸餘財產，屬於法人住所所在地之地方自治團體。

## 第二款 社團

第四十五條 以營利為目的之社團，其取得法人資格，依特別法之規定。

第四十六條 以公益為目的之社團，於登記前，應得主管官署之許可。

第四十七條 設立社團者，應訂定章程；其應記載之事項如左：

一 目的；

- 二 名稱；
- 三 董事之任免；
- 四 總會召集之條件，程序，及其決議證明之方法；
- 五 社員之出資；
- 六 社員資格之取得與喪失。

第四十八條 社團設立時，應登記之事項如左：

- 一 目的；
- 二 名稱；
- 三 主事務所及分事務所；
- 四 董事之姓名及住所；
- 五 財產之總額；
- 六 應受設立許可者，其許可之年月日；
- 七 定有出資方法者，其方法；

八 限制董事代表權者，其限制；

九 定有存立時期者，其時期。

社團之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之；並應附具章程備案。

第四十九條 社團之組織，及社團與社員之關係，以不違反第五十條至第五十八條之規定爲限，得以章程定之。

第五十條 社團，以總會爲最高機關。

左列事項，應經總會之決議：

一 變更章程；

二 任免董事；

三 監督董事職務之執行；

四 開除社員；但以有正當理由時爲限。

第五十一條 總會，由董事召集之。

如有全體社員十分一以上之請求，表明會議目的及召集理由，請求召集時，董事須召集之。董事受前項之請求後，一個月內，不為召集者，得由請求之社員，經法院之許可，召集之。

第五十二條 總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之。

社員有平等之表決權。

第五十三條 社團變更章程之決議，應有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或有全體社員三分之二以上書面之同意。

受設立許可之社團，變更章程時，並應得主管官署之許可。

第五十四條 社員，得隨時退社；但章程限定於事務年度終，或經過預告期間後，始准退社者，不在此限。

前項預告期間，不得超過六個月。

第五十五條 已退社或開除之社員，對於社團之財產，無請求權；但非公益法人，其章程另有規定者，不在此限。

前項社員，對於其退社或開除以前應分擔之出資，仍負清償之義務。

第五十六條 總會之決議，有違反法令或章程者，對該決議原不同意之社員，得請求法院，宣告其決議為無效。

前項之請求，應於決議後三個月內為之。

第五十七條 社團，得隨時以全體社員三分之二以上之可決，解散之。

第五十八條 社團之事務，無從依章程所定進行時，法院得因利害關係人之聲請，解散之。

## 第二款 財團

第五十九條 財團，於登記前，應得主管官署之許可。

第六十條 設立財團者，應訂立捐助章程；但以遺囑捐助者，不在此限。

捐助章程，應訂明法人目的及所捐財產。

第六十一條 財團設立時，應登記之事項如左：

一 目的；

二 名稱；

三 主事務所及分事務所；

四 財產之總額；

五 受許可之年月日；

六 董事之姓名及住所；

七 限制董事代表權者，其限制；

八 定有存立時期者，其時期。

財團之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之；並應附具捐助章程備案，

第六十二條 財團之組織，及其管理方法，由捐助人以捐助章程定之。捐助章程所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備者，法院得因利害關係人之聲請，為必要之處分。

第六十三條 為維持財團之目的，或保存其財產，法院得因捐助人，董事，或利害關係人之聲請，變更其組織。

第六十四條 財團董事，有違反捐助章程之行為時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行為為無效。

第六十五條 因情事變更，致財團之目的不能達到時，主管官署，得斟酌捐助人之意思，變更其目的，及其必要之組織，或解散之。

## 第二章 物

第六十六條 稱不動產者，謂土地及其定着物。

不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分。

第六十七條 稱動產者，爲前條所稱不動產以外之物。

第六十八條 非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，爲從物；但交易上有特別習慣者，依其習慣，

主物之處分，及於從物。

第六十九條 稱天然孳息者，謂果實，動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物。

稱法定孳息者，謂利息，租金，及其他因法律關係所得之收益。

第七十條 有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息。

有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息。

## 第四章 法律行為

### 第一節 通則

第七十一條 法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效；但其規定，並不以之為無效者，不在此限。

第七十二條 法律行為，有背於公共秩序，或善良風俗者，無效。

第七十三條 法律行為，不依法定方式者，無效；但法律另有規定者，不在此限。

第七十四條 法律行為，係乘他人之急迫，輕率，或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。

前項聲請，應於法律行為後一年內為之。

### 第二節 行為能力

第七十五條 無行為為能力人之意思表示，無效；雖非無行為為能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者，亦同。



第七十六條 無行為能力人，由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。

第七十七條 限制行為能力人，為意思表示，及受意思表示，應得法定代理人之允許；但純獲法律上利益，或依其年齡及身分，日常生活所必需者，不在此限。

第七十八條 限制行為能力人，未得法定代理人之允許所為之單獨行為，無效。

第七十九條 限制行為能力人，未得法定代理人之允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。

第八十條 前條契約，相對人，得定一個月以上之期限，催告法定代理人，確答是否承認。於前項期限內，法定代理人，不為確答者，視為拒絕承認。

第八十一條 限制行為能力人，於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約者，其承認，與法定代理人之承認，有同一效力。

前條規定，於前項情形，準用之。

第八十二條 限制行為能力人所訂立之契約，未經承認前，相對人，得撤回之；但訂立契約時，知其未得有允許者，不在此限。

第八十三條 限制行為能力人，用詐術使人信其為有行為能力人，或已得法定代理人之允許者，其法律行為，為有效。

第八十四條 法定代理人，允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人，就該財產，有處分之能力。

第八十五條 法定代理人，允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業，有行為能力。

限制行為能力人，就其營業，有不勝任之情形時，法定代理人，得將其允許撤銷，或限制之。

### 第三節 意思表示

第八十六條 表意人，無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示，不因其無效；但其情形，為相對人所明知者，不在此限。

第八十七條 表意人，與相對人通謀，而為虛偽意思表示者，其意思表示，無效；但不得以其無效對抗善意第三人。

虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定。

第八十八條 意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，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為限。

當事人之資格，或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。

第八十九條 意思表示，因傳達人，或傳達機關，傳達不實者，得比照前條之規定，撤銷之。

第九十條 前二條之撤銷權，自意思表示後，經過一年而消滅。

第九十一條 依第八十八條及第八十九條之規定，撤銷意思表示時，表意人，對於信其意思表示為有效，而受損害之相對人，或第三人，應負賠償責任；但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。

第九十二條 因被詐欺，或被脅迫、而為意思表示者，表意人，得撤銷其意思表示；但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實，或可得而知者為限，始得撤銷之。

被詐欺而為之意思表示，其撤銷，不得以之對抗善意第三人。

第九十三條 前條之撤銷，應於發見詐欺或脅迫終止後，一年內爲之；但自意思表示後，經過十年，不得撤銷。

第九十四條 對話人，爲意思表示者，其意思表示，以相對人了解時，發生效

第九十五條 非對話而爲意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力；但撤回之通知，同時或先時到達者，不在此限。

表意人，於發出通知後死亡，或喪失行爲能力，或其行爲能力受限制者，其意思表示，不因之失其效力。

第九十六條 向無行爲能力人，或限制行爲能力人，爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。

第九十七條 表意人，非因自己之過失，不知相對人之姓名，居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達，爲意思表示之通知。

第九十八條 解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。

#### 第四節 條件及期限

第九十九條 附停止條件之法律行爲，於條件成就時，發生效力。

附解除條件之法律行爲，於條件成就時，失其效力。

依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。

第一百條 附條件之法律行爲，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。

第一百零一條 因條件成就，而受不利益之當事人，如以不正當行爲，阻其條件之成就者，視爲條件已成就。

因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行爲，促其條件之成就者，視爲條件不成就。

第一百零二條 附始期之法律行爲，於期限屆至時，發生效力。

附終期之法律行爲，於期限屆滿時，失其效力。

第一百條之規定，於前二項情形，準用之。

## 第五節 代理

第二百零三條 代理人，於代理權限內，以本人名義所爲之意思表示，直接對本人，發生效

力。

前項規定，於應向本人爲意思表示，而向其代理人爲之者，準用之。

第一百零四條 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。

第一百零五條 代理人之意思表示，因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之；但代理人之代理權，係以法律行爲授與者，其意思表示，如依照本人所指示之意思而爲時，其事實之有無，應就本人決之。

第一百零六條 代理人，非經本人之許諾，不得爲本人與自己之法律行爲；亦不得既爲第三人之代理人，而爲本人與第三人之法律行爲；但其法律行爲，係專履行債務者，不在此限。

第一百零七條 代理權之限制，及撤回，不得以之對抗善意第三人；但第三人因過失而不知其事實者，不在此限。

第一百零八條 代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。

代理權，得於其所由授與之法律關係存續中，撤回之；但依該法律關係之性質，不得撤回者，不在此限。

第一百零九條 代理權消滅或撤回時，代理人，須將授權書，交還於授權者，不得留置。

第一百十條 無代理權人，以他人之代理人名義所爲之法律行爲，對於善意之相對人，負損害賠償之責。

## 第六節 無效及撤銷

第一百一十一條 法律行爲之一部分無效者，全部皆爲無效；但除去該部分，亦可成立者，則其他部分，仍爲有效。

第一百一十二條 無效之法律行爲，若具備他法律行爲之要件，並因其情形，可認當事人，若知其無效，即欲爲他法律行爲者，其他法律行爲，仍爲有效。

第一百一十三條 無效法律行爲之當事人，於行爲當時，知其無效，或可得而知者，應負回復原狀，或損害賠償之責任。

第一百一十四條 法律行爲經撤銷者，視爲自始無效。

當事人，知其得撤銷，或可得而知者，其法律行為撤銷時，準用前條之規定。

第一百一十五條 經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及為法律行為時，發生效力。

第一百一十六條 撤銷及承認，應以意思表示為之。

如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人為之。

第一百一十七條 法律行為，須得第三人之同意，始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人之一方為之。

第一百一十八條 無權利人，就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認，始生效力。  
無權利人，就權利標的物，為處分後，取得其權利者，其處分，自始有效。

前項情形，若數處分相抵觸時，以其最初之處分為有效。

## 第五章 期日及期間

第一百一十九條 法令，審判，或法律行為所定之期日及期間，除有特別訂定外，其計算，依本章之規定。

第一百二十條 以時定期間者，即時起算。



以日，星期日，月，或年定期間者，其始日不算入。

第一百二十一條 以日，星期，月，成年定期間者，以期間末日之終止，爲期間之終止。

期間不以星期，月，或年之始日起算者，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，於最後之月，無相當日者，以其月之末日，爲期間之末日。

第一百二十二條 於一定期日或期間內，應爲意思表示或給付者，其期日或其期間之末日，爲星期日，紀念日，或其他休息日時，以其休息日之次日代之。

第一百二十三條 稱月或年者，依歷計算。

月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。

第一百二十四條 年齡自出生之日起算。

出生之月日，無從確定時，推定其爲七月一日出生；知其出生之月，而不知其出生之日者，推定其爲該月十五日出生。

## 第六章 消滅時效

第一百二十五條 請求權，因十五年間不行使而消滅；但法律所定期間較短者，依其規定。

第一百二十六條 利息，紅利，租金，贍養費，退職金，及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。

第一百二十七條 左列各款請求權，因二年不間行使而消滅：

- 一 旅店，飲食店，及娛樂場之住宿費，飲食費，座費，消費物之代價，及其墊款；
- 二 運送費，及運送人所墊之款；
- 三 以租賃動產爲營業者之租價；
- 四 醫生，藥師，看護生之診費，藥費，報酬，及其墊款；
- 五 律師，會計師，公證人之報酬，及其墊款；
- 六 律師，會計師，公證人所收當事人物件之交還；
- 七 技師，承攬人之報酬，及其墊款；
- 八 商人，製造人，手工業人所供給之商品，及產物之代價。

第一百二十八條 消滅時效，自請求權可行使時起算；以不行爲爲目的之請求權，自爲行爲

時起算。

第一百二十九條 消滅時效，因左列事由而中斷：

一 請求；

二 承認；

三 起訴。

左列事項，與起訴有同一效力：

一 依督促程序，送達支付命令；

二 因和解而傳喚；

三 報明破產債權；

四 告知訴訟；

五 開始執行行為，或聲請強制執行。

第一百三十條 時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視為不中斷。

第一百三十一條 時效因起訴而中斷者，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之判決，其判決

確定，視為不中斷。

第一百三十二條 時效因送達支付命令而中斷者，若訴訟拘束失其效力時，視為不中斷。

第一百三十三條 時效因和解傳喚而中斷者，若相對人不到庭，或和解不成時，視為不中斷。

。

第一百三十四條 時效因報明破產債權而中斷者，若債權人撤回其報明時，視為不中斷。

第一百三十五條 時效因告知訴訟而中斷者，若於訴訟終結後，六個月內不起訴，視為不中斷。

斷。

第一百三十六條 時效因開始執行行為而中斷者，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，視為不中斷。

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，視為不中斷。

第一百三十七條 時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算。

因起訴而中斷之時效，自受確定判決，或因其他方法，訴訟終結時，重行起算。

第一百三十八條 時效中斷，以當事人，繼承人，受讓人之間為限，始有效力。

第一百三十九條 時效之期間終止時，因天災，或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。

第一百四十條 屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，自繼承人確定，或管理人選定，或破產之宣告時起，六個月內，其時效不完成。

第一百四十一條 無行為能力人，或限制行為能力之權利，於時效期間終止前，六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行為能力人，或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成。

第一百四十二條 無行為能力人，或限制行為能力人，對於其法定代理人之權利，於代理關係消滅後，一年內，其時效不完成。

第一百四十三條 夫對於妻，或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後，一年內，其時效不完成。

第一百四十四條 時效完成後，債務人得拒絕給付。

請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還；其

以契約承認該債務，或提出擔保者，亦同。

第一百四十五條 以抵押權，質權，或留置權擔保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物，質物，或留置物取償。

前項規定，於利息，及其他定期給付之各期給付請求權，經時效消滅者，不適用之。

第一百四十六條 主權利因時效消滅者，其效力，及於從權利；但法律有特別規定者，不在此限。

第一百四十七條 時效期間，不得以法律行為加長或減短之；並不得預先拋棄時效之利益。

## 第七章 權利之行使

第一百四十八條 權利之行使，不得以損害他人為主要目的。

第一百四十九條 對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責；但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。

第一百五十條 因避免自己或他人生命，身體，自由，或財產上急迫之危險，所為之行為，不負損害賠償之責；但以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度為限。

前項情形，其危險之發生，如行爲人有責任者，應負損害賠償之責。

第一百五十一條 爲保護自己權利、對於他人之自由或財產，施以拘束，押收，或毀損者，不負損害賠償之責；但以不及受官署援助，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。

第一百五十二條 依前條之規定，拘束他人自由，或押收他人財產者，須即時向官署聲請援助。

前項聲請被駁回，或其聲請遲延者，行爲人應負損害賠償之責。

## 民法總則編施行法

民國十八年九月立法院通過同年九月二十四日  
國民政府公布同年十月十日施行

第一條 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。

第二條 外國人於法令限制內，有權利能力。

第三條 民法總則第八條，第九條及第十一條之規定，於民法總則施行前失蹤者，亦適用

之。

民法總則施行前，已經過民法總則第八條所定失蹤期間者，得即為死亡之宣告，並應以民法總則施行之日，為失蹤人死亡之時。

第四條 民法總則施行前，有民法總則第十四條所定之原因，經聲請官署立案者，如於民法總則施行後，三個月內，向法院聲請宣告禁治產者，自立案之日起，視為禁治產人。

第五條 依民法總則之規定，設立法人，須經許可者，如在民法總則施行前，已得主管官署之許可，得於民法總則施行後，三個月內，聲請登記為法人。

第六條 民法總則施行前，具有財團及以公益為目的社團之性質，而有獨立財產者，視為法人；其代表人，應依民法總則第四十七條或第六十條之規定，作成書狀，自民法總則施行後六個月內，呈請主管官署審核。

前項書狀所記載之事項，若主管官署，認其有違背法令，或為公益上之必要，應命其變更。依第一項規定，經核定之書狀，與章程有同一效力。

第七條 依前條規定，經主管官署核定者，其法人之代表人，應於核定後，二十日內，依民



法總則第四十八條或六十一條之規定，聲請登記。

第八條 第六條所定之法人，如未備置財產目錄，社員名簿者，應於民法總則施行後，速行編造。

第九條 第六條至第八條之規定，於祠堂，寺廟，及以養贍家族爲目的之獨立財產，不適用之。

第十條 依民法總則規定，法人之登記，其主管官署，有該法人事務所所在地之法院。

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。

第十一條 外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。

第十二條 經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力。

前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。

第十三條 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，及前條之規定。

第十四條 依前條所設之外國法人事務所，如有民法總則第三十六條所定情事，法院得撤銷

之。

第十五條 未經認許其成立之外國法人，以其名義，與他人為法律行為者，其行為人，就該法律行為，應與該外國法人，負連帶責任。

第十六條 民法總則施行前，依民法總則之規定，消滅時效，業已完成，或其時效期間，尚有殘餘，不足一年者，得於施行之日起，一年內，行使請求權；但自其時間完成，至民法總則施行時，已逾民法總則所定時效期間二分之一者，不在此限。

第十七條 民法總則第七十四條第二項，第九十條，第九十三條之撤銷權，準用前條之規定。

第十八條 民法總則施行前之法定消滅時效已完成者，其時效為完成。

民法總則施行前之法定消滅時效，其期間，較民法總則所定為長者，適用舊法；但其殘餘期間，自民法總則施行日起算，較民法總則所定時效期間為長者，應自施行日起，適用民法總則。

第十九條 本施行法，自民法總則施行之日施行。