

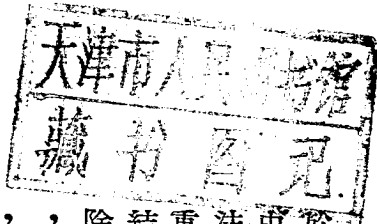
旧参
D928.3
Z J X

三十五年十一月

民 法

中央警官學校編審處印

D928.3
ZJX



民法大要

一 民法之立法精神

三民主義自由等博愛

我國民法之最高立法原則爲三民主義，卽自由，平等，博愛三原則之平均適用，而期於中和狀態也。溯至法國大革命以自由，平等，博愛爲當時立法三大原則。因此近代國家由警察國家而變爲法治國家。由專制政體而變爲立憲政體。由罪刑擅斷主義而變爲義罪刑法定主義，然由此而產生之法律，偏重於個人主義，立憲制度不外爲個人權利，自由之尊重，刑法定主義，亦不外爲個人之保護，法律之權利思想及行爲本位論，亦爲個人主義之結果，蓋既主張個人之人格，則不得不以個人爲權利之主體，而承認其得主張一定利益，除其行爲明表現於外部者外，不生責任問題，一七八九年之人權宣言，極端表示天賦人權，以爲神聖不可侵犯，故有言論自由，出版自由，集會自由，結社自由，信教自由之規定，一八零四年公佈之拿破崙法典，極端尊重個人之自由，因此演成四個原則，（一）意思自治之原則，（二）契約自由之原則，（三）責任其於過失而生之思想，（四）所有權不可侵犯，拿破崙法典雖極端尊重個人自由，然對於平等，博愛之原則，未能相提並顧，即

或涉及，亦皆囿於形式上平等之觀念，而忘實際上平等之要義，就其所定夫婦間之關係言之，妻隸於夫權之下，非得其同志，不得爲任何行爲，既不得管理共有財產，亦不得管理自己財產，並不得行使親權，就父子之關係言之，親權之內容爲懲戒權（得囚禁未滿十六歲子女），監督權（結婚未得父母同意有發送稟請書之義務）及享受權，就私嫡之關係言之，非婚生子女非得其父母認領，毫無法律上之關係，即得其認領，亦僅有一部之繼承權，就僱用人與被僱人之關係言之，勢動爲買賣之標的物，完全依約而定，而且明文規定關於工資之數額及支付有爭執時，應以主人之言爲斷，此平等原則未能實現也。且採用嚴格的責主義及權利絕對主義，無過失者不負責，既負責有債務，則應澈底履行，對於債務人及債權人之經濟狀況，毫末計及，權利可以自由行使其權利，其妨害社會利益甚或間接損害他人之利與否，在所不問，此博愛主義未能實現也，個人主義之立法予人民以政治上之解放，而且使人人有經濟上自由發展之機會，以促成產業之革命，而達成近代工商業之繁榮，此其功也，然因產業革命，大企業占絕對優勢，昔之手工業及其他獨立工作之人，皆失其獨立性，而降爲彼僱用之勞動者，於是形成勞資之對立，遂發生社會問題，爲解決社會問題，自十九世紀末以至今日，法律生莫大之變化，自由放任主義廢，而國家干涉主義行，法律由個人主義漸趨於社會主義。此種新趨勢，名爲法律之社會化，所有權不可侵犯之觀念，已不存在，法律上漸有各種之限制。無過失損害賠償之責任漸以確立，上述意思自

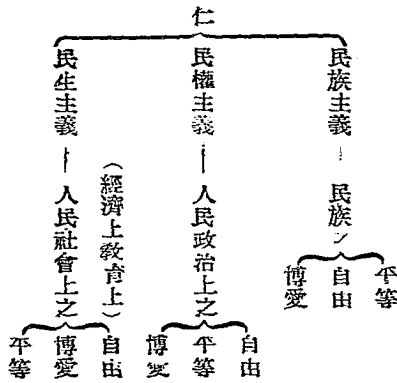
旧季

D928·3

ZJX

治及契約自由之原則，亦漸加以限制。其限制方法舉其要者。約有五端，即（一）對於契約之內容，設一定法律上之限制，以縮小當事人自由約定之範圍，即任意法規之強行法規化是也，（二）已成立契約之內容，使依法律之理想而變更，團體協約標準協約均有此效，（三）使定型化之契約，受國家之監督，例如工廠之服務規則，獨占事業之特許條件，（四）使定型化之契約約款，依經濟力之均衡爲自由之協定，以定其規範，例如團體協約，租賃規範協約，（五）契約之強制訂立，例如強制協納（我勞資爭議處理法第七條）。此外國營事業日以增加，故私法又漸有公法化之傾向。在我國從前素重禮治，而禮與法皆以家族制度爲中心，偏於君主專制之維護。所注者不出於農業社會的家族經濟之關係，個人主義之立法向未之見。故現今立法既不宜於立足於家族制度，尤不宜襲取個人主義之糟粕而應以全民族之利益爲基礎，注重農工業並進之民族經濟關係，對於以民族精神，民權思想，民生幸福爲中心之一切新組織新事業，予以保障，個人之利益全民族之利益中，始受其保護，故既非從前家族本位之立法，亦非歐西個人本位之立法，而爲全民本位之立法矣。我國立法原則，係根據三民主義，亦即以上述各點爲依歸。就三民主義與自由，平等，博愛三原則之關係言之，總理嘗以民族主義擬於自由，民權主義擬於平等，民生主義擬於愛，然此不過依其所異者而言，若就其同者觀之，則民族主義不獨求民族之自由，而亦民族間之平等與博愛，民權主義不獨求人民政治上之平等而亦求自由博愛之實現，民生

主義不獨求社會上博愛之實現，而亦求人民經濟上教育上之自由平等，不過民族主義之於自由，民權主義之於平等，民生主義之於博愛，更各有特為重視之理由，而於其他二者則情有程度上之差異。試就其關係，以表示之，有如左列。



故自由，平等，博愛三者，相牽相引，相抑相制，而為用。以物理言之，自由有如遠心力。博愛有如向心力。平等有如均衡力使皆運用得宜，則可入於正軌，無自由則不得各盡其能，無平等則行不得其道，無博愛則運用不靈此三原則，如何調合適用於民法，若別

而觀之，則可爲左列之內。

(一) 關於自由原則者

1. 私法自治原則之採用，即法律行爲以意思表示爲其不可缺之要素，內意思表示而後生法律效力，因交換的所爲兩個意思表示之相合，構成法律要件而成爲法律行爲者，爲契約。關於意思表示之自由（民法第八六條至第九八條），及契約之自由（民法第一五三條至第一六六條），民法上皆有詳細之規定。
2. 侵權行爲人及債權人，原則上僅就故意或過失之行爲，負其責任（民法一百四條至二零條）。
3. 一般自由之保護（民法十六條十七條），即保護人人之自由。精神上及經濟上之自由，皆在保護之列，他方面又爲個人契約自由之限制。
4. 人格權及姓名之保護（民法一八條一九條）。
5. 所有權於法令限制範圍內之自由行使（民法七六五條七七三條）及其他財產權之保護，然詳細規定其權利行使之界限（例如民法一四八條二四九條七七三條至八〇〇條八三三條八五〇條）。
6. 一般權利之保護（規定侵權行爲及債務不履行之裁制，即得請求損害賠償及聲強制

執行)。

(二) 關於平等原則者

1. 人人平等，即自然人均有權利力，於同一條件，均有行為能力（民法六條一二條至一一六條）。
2. 男女平等。
 - a. 男女平等繼承（民法一一三八條）。
 - b. 同得為家長（民法一一二四條）。
 - c. 同得為監護人（民法一〇九四條）。
 - d. 妻之行為能力限制之撤廢（民法一二條一三條）。
 - e. 夫妻離婚條件之相同（均得以他方通姦為離婚條件）（民法一〇五二條）。
 - f. 收養子女應得他方配偶之同意（民法一〇七四條）。
 - g. 父母共同行使對於子女之權利及負擔義務（民法一〇八九條）。
 - h. 配偶互相繼承（民法一一四四條）。
3. 親權及家長權之限制（父母子女間及家長屬間之平等）。
 - a. 父母對子女有保護及教養之義務（民法一〇八四條）。一方面為其權利，他方面

爲其務。

b. 父母濫用其權利時，得由最近親屬或親屬會議糾正之（民法一〇九〇條）。

e. 家長管理家務務，應注意於家屬全體利益（民法一一二六）。

4. 非婚生子女與婚生子女之平等待遇（民法一〇六五條）。

5. 被僱用人與僱用人間之平等，關於被僱人尤其關於工人之保護，民法擬讓於勞動法之規定。故規定較簡（民法四八三條四八七條四八八條參照勞動契約法團體協約法工廠法等）。

6. 房屋承租人與所有人之平等，關於房屋承租人之保護，民法規定於租賃內（民法四二四條至四二六條等）土地法更就屋荒救濟時，特別保護房屋承租人（土地法六一條至一七〇條）。

7. 土地承租人，永佃權人及地上權人與土地所有人之平等，關於耕作地承租人（民法四五七條至四六三一條）永佃權人（民法八四三條八四四條）地上權人（民法八三四條八三八條八四〇條），民法均有保護之規定，土地法更就自耕佃（土地法一七一條至一八七條與土地施行法三六條四〇條四二條）及以所有建築物爲目的之土地承租人（土地施行法四四條至四七條），特爲保護之規定。

8. 著作人與出版人之平等，關於著作人之保護，民法特設一節，詳爲規定（民法五一

八條至五二七條)。

9. 一般債務人與債權人之平等，民法關於債務人之保護規定，亦不鮮其例，關於給付選擇權之歸屬(民法二〇八條)，關於遲延利息之限制(民法二三三條二項)，關於抵充債務之規定(民法三二一條)，關於債務人得先期清償之利益(民法三一六條)以及後述減輕債務人責任之規定等，皆屬之，上述(五)款至(九)款之規定，一方固為平等原則之適用，而他方適為自由之限制，蓋當事人之地位有強弱不同，而所處之境遇則又各有別，若非對於弱者或境遇特別困難者，加以扶持，則所謂平等，僅形式上之假平等，非實質上之真平等也。

(三) 關於博愛原則者

1. 無過失責任之確認，關於無過失責任之根據，一般承認業務危險說之原則，例如謂業務傷害為業務固有之危險，受其利益者，受其害，故業主對於因工受傷之工人，不得不負賠償責任(參照工廠法四五條)，然民法上之無過失責任，依此尚不足以說明，可謂基於博愛之精神，依平衡之原則，及權衡損害發生之原因，當事人雙方損害之程度，或經濟狀況，而生之賠償責任也。列舉之如次。

1 因錯誤而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

- 3 三人所負賠償責任（民法九一條）
- 2 無權代理人對於善意之相對人所負之損害賠償責任，代理人不能證明其代理權即應負責，其有過失與否，在所不問（民法一〇一條）
- 3 正當防衛，逾越必要程度之賠償責任，不問行爲人就逾越之原因有無過失，均應負責。（民法一四九條）。
- 4 緊急避難因逾越危險所能致損害之程度之賠償責任，行爲人有過失與否，在所不問（民法一五〇條）。
- 5 在自助行爲，聲請援助被駁回，或聲請遲延時所負之賠償責任，其行爲人有無過失，在所不問（民法一五二他二項）。
- 6 對於管理事務人，本人所負之賠償責任（民法一七六條）。
- 7 無意識或精神錯亂中所爲行爲之賠償責任，（民法一八七條四項）。
- 8 無行爲能力人或限制行爲能力人之賠償責任（民法一八七條三項）。
- 9 僱用人就受僱人行爲所負之賠償責任（民法一八八條一項）。
- 10 債務人就其代理人或使用人爲債務履行時之故意或過失所負之責任（民法二二四條）
- 11 債務人就支付遲延利息之責任（民法二三三條）

- 12 在清償地不同之債務，爲抵銷之人對於他方因抵銷而生之損害所負之賠償責任（民法三三六條）。
- 13 出賣人就其所保證之出賣物品質所負之賠償責任（民法三六〇條）。
- 14 承租人對於其同居人或其允許爲租賃物使用收益之第三人應負責之事由所致租賃物之毀損滅失應負之賠償責任（民法四三三條）。
- 15 定作人對於承攬人因其終止契約所生損害之賠償責任（民法五一一條）。
- 16 委任人對於受任人因處理事務所受損害之賠償責任（民法五四六條）。委任人或受任人因其終止契約所負之責任（民五四九）。
- 17 寄託人因寄託物之性質或瑕疵對於受寄人所負之賠償責任（民法五九六條）。
- 18 旅店或其他以供客人住宿爲目的之場所主人對於客人所攜帶物品之毀損喪失所負之賠償責任（以法六〇六條）
- 19 飲食店浴室之主人對於客人所攜帶通常物品之毀損喪失所負賠償責任（任民法六〇七條）
- 20 運送人對於運送物之喪失毀損或遲到所負之責任（民法六三四條）。
- 21 運送人就其僱用人或其所委託爲運送之人之行爲所負之責任（民法六三六條六五八條）。

22 對於水源地或井之所有人因工事杜絕減少或污穢其水時所負之賠償責任（民法七八二條）。

23 設堰人對於對岸水流地所有人之賠償責任（民法七八五條）。

24 土地所有人使用隣地時所負之賠償責任（民法七八六條一項至七八八條七九二條七九六條）。

25 取回物品或動物對於土地所有人所負之賠償責任（民法七九一條）。

26 使用他人正中宅門所負之賠償責任（民法七九一條）。

27 質權人就轉質所負之賠償責任（民考八九一條）。

以上（7）款至（9）款，係斟酌行爲人或僱用人與被害人之經濟狀況，由法院所令給與被害人全部或一部之賠償。

2. 義務之減輕原來法律上之責任，甚爲嚴格，一旦義務成立。卽有澈底履行之責，此觀念與我國舊有之社會感情不符，故民法特許斟酌債務人之經濟狀況及其他情事，而減輕其義務。

a 損害賠償責任之減輕，損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額（民法二一八條）。損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之（民法二一七條）。

b 過失責任之從輕酌定，過失之責任依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定（民法二二條二項）。

c 違約金之減少，債務已爲一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益。減少違約金（民法二五一條）。約定之違約金額過高者，法院得減至相當之程度。

d 分期給付或緩期給付之利益。債務人無爲一部清償之權利，但法院得斟酌債務人之境况，許其於無甚害於債權人利益之相當期限內，分期給付或緩期給付。給付不可分者，得許其緩期給付（民法三一八條參照民事訴訟補充條例復員後辦理民事訴訟補充條例）。

e 贈與履行之拒絕，贈與人於約定後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與致生計有重大之影響，或防礙其扶養義務之履行者，得拒絕贈與之履行（民行四一八條）。

f 保證人責任之縮減，保證人之負擔較主債務人爲重者，應縮減至主債務之限度（民法七四一條）。

3. 自由之限制，民法關於契約之自由及權利之行使，限制規定甚多。舉其要者如次。
a 暴利之禁止，法律行爲係乘他人之急迫輕率或無經驗，使其爲財產上之給付或爲給付之約定，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

行爲或減輕其給付（民法七四條。）

b 利息之限制，約定利率超過年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息無請求權（民法二〇五條）。利息不得滾入原本再生利息（民法二〇七條）。

g 權利濫用之禁止，民法直接或間接關於此種規定甚多。例如權利之行使，不得以損害他人爲主要目的（民法一四八條）。債權之行使及債務之履行，均應依誠實信用方法（民法二一九條）。當事人如以不當行爲阻其條件之成就，或促其條件之成就時，則視爲已成就國不成就（民法一〇一條）。因權利之行使，於權利人之利益甚少而不許其行使者，則有民法第二六四條第二項之規定（他方當事人已爲部分之給付時依其情形如拒絕自己之給付，有違背誠實信用方法者，不得拒絕自己之給付），第三五四條第一項之規定（出賣人所負瑕疵担保責任，如出賣物價值減少價值之程度無關重要者，不得視爲瑕疵），第四九四條規定（承攬人不修補瑕疵或其瑕疵不能修補時定作人得解除契約或請求減少報酬，但瑕疵非重要者，不得解除契約）。他如原狀恢復義務之減輕，即回復有重大困難者，應以金錢賠償損害（民法二一五條），承攬人如修補所需費用過鉅者，得拒絕修補（民法四九三條），在雙務契約當事人所得或應得之利益或故意怠於取得之利益，均應扣去（民法二六七條四八七條），民法第四四六條所定出租人留置權之限制等

(承租人如因執行業務取去其物或其取去適於通常之生活關係或所留之物足以担保租金之支付者，出租人不得提出異議)，亦莫非權利濫用之防止也。

d 所有權行使自由之限制、所有權之行使，應在法令限制之範圍以內(民法七六五條)，不動產所有權惟於其行使有利益之範圍內及於地之上下，如他人之干涉不礙其所有權之行使者，不得排除之(民法七七三條)，民法第七七四條第八〇〇條關於相鄰權或其他之規定，在在皆限制所有權之行使。

4. 道義之尊重

- a 違反公序良俗之法律行為，無效(民法七二條參照二條三六條九三〇條)。
 - b 給付係履行道德上之義務者，不得請求返還(民法一八〇條)。
 - c 因故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得主張抵銷(民法三三九條)。
 - d 故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者，為侵權法為。
- c 脫法行為之防止，故意或重大過失之責任，不得預先免除(民法二二二條)。債權人不得以折扣或其他方法巧取利益(民法二〇六條)。旅店主人以揭示限制或免除其責任者於揭示無效(民法六〇九條)。運送人於提單或其他文件上有免除或限制其責任之記載者，除證明託運人對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力(民法六四九條)。

(四)關於全民族之利益者(自由平等博愛三位一體)

原來自由、平等、博愛三原則連環爲用，互不可分。以上乃各就其特殊之點別爲觀察。其實彼此互爲正反，並不能作截然之區分。自三者混合爲用之點觀之，則係關於全民族之利益。試分述之如左。

1. 社會之公益，民法爲謀社會之安全及健全；規定頗多。所謂社會安全又有動的安全與靜的安全之別。不獨保護靜的安全，而並應保護動的安全。不獨保護個人或一家之正當利益，而並側重於保護一般公重之利益，即謀全民族之共同利益也。關於此項條文，例示之如次。

a 法人設立之限制(民法三〇條)

b 消滅時效及取得時效期間之縮短(民法一二五條至一二七條一四七條七六八條)

c 表示主義之採取(民法八六條八七條八八條九二條)效果意思表出之時意思與表示完全一致爲意思表示之理想，然實際不能盡如此。故於此時因注重於表示人之意思或表示，而有意意思與表示主義之不同。我民法則稍偏於表示主義。蓋注重意思主義，乃傾於個人主義之法律，然民法爲顧交易上之安全，故以表示主義爲原則也。

d 占有之保護（民法九四三條九四四條九六〇條）及即時取得之規定（民法八〇一條八八六條）。

e 物權登記要件主義之採用（民法七五八條）。

f 典權人取得典物所有權之規定（民法九二三條二項）。

g 結婚推銷效力之限度（民法九九八條），即撤銷之效力不溯及既往。

h 非婚生子女之請求認領權（民法一〇六七條）。

i 親屬會對於監護人之監督（民法一〇六條一一一三條）。

j 扶養之義務（民法一一一四條一一一七條至一一二〇條）。

k 限定繼承之容許（民法一一五四條至一一六三條）。

l 遺產管理人之選置（民法一一七七條）。

m 繼承特留分之規定（民法一二二三條）。

2. 國民經濟之適合

a 關於引水排水及使用他人土地之規定（民法七七五條七七八條七七九條七八三條七八五條至七八九條七九二條）。

b 越界建築，非即提出異議，不得請求遷拆之規定（民七九六條）。

c 因附合混合取得動產所有權之規定（民法八一一條至八一三條）。

d 因加工取得他人動產之規定（民法八一四條）。

e 主物之處分及於從物之規定（民法六八條二項）。

5. 種族健康之增進

a 早婚之害足以弱身，而我國則向有早婚之習。故民法明定結婚之最低年齡，以示限制（民法九八〇條）

b 近親相婚，於遺傳生不良之影響，而於風化亦有攸關，故民法規定一定親等內之親屬間不得結婚，以杜其弊（民法九八三條）。

c 不治之惡疾及重大不治之精神病，我國舊律及歷次草案均不以為解除婚約及離婚之原因，衡諸優生學，實有未合。故民法明定其得以解除婚約及離婚（民法九七六條一〇五二條），以期增進種族之健康。

（註一）用我們三民主義的口號和法國革命的口號來比較法國的自由和我們民族主義相同。因為民族主義是提倡國家自由的。平等和我們的民權主義相同，因為民權主義是提倡人民在政治之地位是平等的。要打破君權使人人都是平等的，所以說民權是和平等相對待的。此外還有博愛口號，這個名詞的原文，是兄弟的意思，和中國同胞兩個字，一樣的解法。普通譯成博愛，當中的道理和我們的民生主義，是相通的。因為我們的民生主義，是圖四萬萬人幸福的。為四萬萬人謀幸福，就是博愛（見民權主義第二講）。

（註二）國父云「民族主義，就是拿中國要做到同現在列強處在平等的地位。就從國際上列在平等地位。民

權主義，就是要本國政治弄成大家在政治上有一個平等地位。以民爲主，拿民來治國家。民生主義，就是弄到人人生活上經濟上平等」。〔見同胞都要奉行三民主義〕又云「此三種主義，皆爲平等自由主義。其效力本屬相通。故主義雖各分立，仍須同時提倡。民族主義者。打破種族上不平等之階級也。……民權主義者，打破政治上不平等之階級也。……若夫民生主義，則爲打破社會上不平等之階級也」。〔見軍人精神教育〕又云「社會主義之國家，乃真自由平等博愛之境界也」。見社會主義之派別與方法。

二 民法原則及民法與一二兩次民律草案之比較

一、立法原則

民生立法原則，係由中央政治會議決定，送交立法院作爲起草民法之準據。計關於民法總則者，有十九點。關於債編者，有十五點。關於物編者，有十五點。關於親屬者，有九點。關於繼承編者，亦有九點。立法原則成爲民法各條文，文字上毫無變動者，無庸贅述。茲爲就其中略有出入，或一原則而散於多款條文者，略敘之如次。

(1) 關於總則編者

原則第一點規定「民法所未規定者依習慣，無習慣或雖有習慣，而法官認不良者，依法理」，民法第二條規定「民事所適用習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限」，因

爲「不良」含意、不若「公秩良俗」之的確，而有一定之標準。蓋公共秩序謂國家生活社會生活之一般要求，善良風俗謂國民之一的道德的觀念也。

原則第二點規定「民法各條應分別爲兩大種類。(一)必須遵守之強制條文。(二)可遵守可不遵守之任意條文」。凡任意條文所規定之事項，如當事人另有契約或能證明另有習慣者，得不依條文而依契約或習慣，但法官認爲不良之習慣，不適用之。凡任意條文於本條明定之」。何者爲強制規定，何者爲任意規定，我民法尙不全依文字方式以爲決定、應依法文之體裁及法律規定本身之目的，以定之，即凡條文有但書或其類似之文字者，爲任意條文。例如民法第二七條「但其章程有特別規定或總會另有決議者不在無限」，第六八條「但交易上有特別習慣者從其習慣」，第九九條依當事人之特約使條件成就之結果不於條件成就之時發生者，依其特約」等字句，然不以此爲限，例如民法第六八條第二項規定「主物之處分及於從物」，雖無但書之文字，然亦應爲任意規定。普通關於社會關於社會之秩序，國家之一般利益成直接關於第三人之利害，或爲保護一定之人所特設之規定，多爲強制規定。故下列各種，概爲強行法規，(1)關於親權，繼承次序，夫婦制度等之身份關係之規定。(2)關於物權之種類及內容之規定，(3)關於權利能力，行爲能力之規定，(4)土地法上之規定，(5)關於勞動保護之規定。然究竟如何，應具體的爲個別之決定。其次應注意者，爲任意法規與解釋法規之區別。任意法規謂當事人無特別

意思表示時，則適用法律規定。解釋法規，謂當事人意思不明或無反對之意思表示時，則法規於一定意思解釋或補充之。通常有「推定」字樣者多為解釋法規。例如民法第一百五十三條規定「當事人對於必要之點意思一致而對於非必要之點未經表示意思者，推定其契約為成立」。

原則第七點規定「對於心神喪失及精神耗弱之人，法院得宣告禁治產」，民法第十四條規定為「對於心神喪失或精神耗弱不能處理自己事務者……」。蓋精神耗弱若未至不能處理自己事務之程度，尚不宜以之為禁治產之原因也。

原則第十一點規定法律行為必須依方式者，宜定其方式……」。民法第七十三條規定「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」。法律上定有方式，不依其方式者，無效。例如民法第七百六十條「定不動產物權之移轉或設定，應以書面為之」，第九百八十二條規定「結婚應有公開之儀式及二人之證人」，但法二另有規定時，則不生無效之結果。例如民法第四二二條規定「不動產之租賃其期限逾一年者，應以字據訂立之。未以字據訂立者，為不定期之租賃」。密封遺囑，不具備法定方式，而具自書遺囑之方式者，則有自書遺囑之效力（民法一一九三條），贈與未以字據訂立者，贈與人得隨時撤銷（民法四〇八條）。原則第十八條規定「不於法定期間行使權利者，其權利因時效而消滅」，民法第一二五條規定「請求權因一五年不行使而消滅……」，蓋民法第一百四十

四條第二項規定「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。其以契約承認債務或提出担保者亦同」。若認權利根本消滅，則成不當得利之問題，債務人得請求返還矣。

(2) 關於債編者

原則第三點第三項規定預約以至清償期之利息作本生利息者，其預約無效。但債務人爲銀錢或儲蓄機關者，不在此限」。第四款規定「利息遲付六個月，經債權人之催告而不償還者，其遲付之利息得再生利息」。嗣以三四兩項似乎招觸，第三項但書之規定於第四項情形亦應當用，經中央政治會議決修正如下：「利息不得滾入原本再生利息，但當事人以書面約定利息遲付逾一年後經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定」；前項規定如商業上另有習慣者不適用之（民法二〇七條）。

原則第八規定「債務人之行爲，意圖有害於債權人之權利者，債權人得訴請撤銷」。民法第二四四條則就行爲有債與否，而爲區別規定「債務人所爲之無償行爲有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之」，債務人所爲之有償行爲，於行爲時，明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者爲限，債權人得聲請法院撤銷之」。

原則第九點規定合法占有他人之物，就該物有債權者，於該債務不履行前，得留置該物」，係以留置權爲債權上之留付拒絕權。民法則以爲物權，規定於物權編（民法九〇八

條至九三〇條)

(3) 關於物編

關於物編原則民法完全採用，文字上亦幾無變更。惟原則第七點第二項規定「共同共有人非經全體同意，不得行使其權利。但其共同關係所由規定之法律或契約另有規定者，不在此限」，民法第八二七條規定共同共有人之權利義務依其共同關係所由規定之法律或契約定之」(參照民法一一五一條六六八條)，除前項之法律契約另有規約外，共同共有物之處分及其他之權利行使，應得共同共有人全體之同意，然此亦僅規定之方式有原則例外之殊耳。

(4) 關於親屬編者

原則第五點規定與左列親屬不得結婚。

一、直系血親及直系姻親。

二、旁系血親及旁系姻親之輩分不同者，但旁系血親在七親等以外旁系姻親在五親等以外者不在此限。

三、旁系血親之輩分相同而在六親等以內者，但表兄弟姊妹不在此限。

民法第九三八條就上述第二款之「七親等以外」，改爲第八親等以外」。第三款「六親等以內，改爲「八親等以內」。將結婚限制範圍稍加擴大。蓋以八親等以內之旁系血親

：乃包含共高祖之族兄弟姊妹在內，卽五服內之兄弟姊妹也。

原則第七點規定「妾之問題無庸規定」，關於妾之地位，民法無直接規定之明文。然妾爲現存之事實，民法亦間接加以規定。依第一一三條第三項規定「雖非親屬而以永久共同生活爲目的同居一家者視爲家屬」。故妾可視爲家屬。因此第一一四條第四款所定之家長家屬相互間之扶養義務，及依第一一四九條規定「被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產」，妾亦有享受扶養及領受贍養費之權利。

(5) 關於繼承者

原則第三點第五款「第一順序之法定繼承人中有於開始繼續前死亡或喪失繼承權者，由其直系卑親屬繼承其應繼分」，民法第一一四〇條規定「……由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分」，然此不過用語上較爲精確，用意固無不同也（參照民法一一四二條。）

原則第三點第四款規定「非婚生子女經撫育或認領者，於繼承財產與婚生子女同」，繼承編關於此點雖無明文規定然依第一〇六五條規定，非婚生子女經生父認領者，視爲婚生子女，其經生父撫育者視爲認領」。結果非婚生子女俱爲第一一三八條第一款之「直系血親卑親屬」，與婚生子女同樣繼承。

二、新法與一二兩次民律草案之比較

新民法與第一次民律草案及第二次民律草案不同之點甚多。茲就其要點分編約舉之如下

總則編（一）新民法總則參酌最新之蘇俄民法暹羅民法，首訂法例一章，與第二次草案不設法例者不同。與第一次草案的設法例之內容亦異。（二）新民法採男女平等原則，不認妻爲限制行爲能力人，與第二次草案同，與第一次草案相反。（三）新民法規定禁治產附設監護人，而無準治產及保佐人照管人等名稱，與第一第二兩次草案均異（四）新民法注重公益，對於法人不問爲財團社團，非經向主管官署登記不得成立，且公益社團及財團於登記以前須得主管官署之許可，是其登記非僅爲對抗第三人之要件，與第一第二兩次均異。（五）新民法總則未設外國法人之規定，以其關係於吾國者甚爲重要。本擬另訂專法。旋以總則編施行法急恃制定，而關於外國法人之事項又不可付之缺如，故卽於施行法中訂入數條，以便暫用，與第一第二兩次草案均不相同（六）新民法以契約爲發生債權債務之原則，於債編中規定之，其總則中法律行爲一章，不復附設契約通則之規定，與第一第二兩次均異（七）新民法對於法代理及意定代理，僅於總則編中規定二者共通適用之法則，而以意定代理分別於債編及親屬編規定之，且無複代理之規定（參照民法五三七條四八條）與第一第二兩次草案均於總則編中設有詳細規定者，不同。（八）新民法倣德國民法

，將消滅時效規定於總則編，取得時效規定於物權編，與第二次草案同，與第一次草案異。債編（一）新民法第二編名之曰債，蓋指債權債務而言，且隱寓保護債權人債務人雙方之意在內，與第二次草案無異，與第一次草案之稱債權不同。（二）新民法因民商兩法合一之結果，故將商人通例中之經理人及代辦商商行爲中之買賣交互計算，行紀，倉庫，運送營業及承攬運送等，增入於第二章之中。章名各種之債，不曰各個契約關係，此與第一第二兩次草案均異。（三）新民法關於租賃，做德民法統稱租賃，不設使用租賃與用益租賃之分別與第一第二兩次草案均異。（四）新民法關於出版，訂立專節，蓋做瑞士民法，第一第二兩次草案均無此規定。（五）新民法關於債務約束，債務認諾及賭博未設專節，此與第一第二兩次草案均異。

物權編（一）新民法不用担保物權之名稱，蓋以担保物權與用益物權對立，乃學術上之用語，殊無規定之必要，用且我國典權，具有用益物權與担保物權之兩面性，亦難以截然區別，此與第二次草案同。與第一次草案之以抵押權土地債務，不動產質權及動產質權併爲一章，稱爲担保物權者不同。（二）民法關於遺失物之拾得，做日本民法，於動產所有權中設有詳細規定，不另訂法令，與第一第二兩次草案定爲另訂特別法者不同。（三）民法無土地債務之規定，蓋以我國無此習慣，就目前經濟狀況而論，亦無採用之必要也。此與第二次草案同，與第一次草案之做德國民法者不同（四）民法無關於不動產質權之規

定，僅定動產質權及權利質權，蓋以我國無不動產質權之習慣，故與第一第二兩次草案均異。(五)民法關於典權，以專章規定之，亦以我國習慣有典而無不動產質也。第一次草案規定不動產質而無典，第二次草案則典與不動產質同時規定，均有未當。(六)民法明認留置權有物權之效力，於物權編第九章規定之，蓋做瑞士民法。與第一第二兩次草案之做德國民法以留置權為質權上得拒絕給付者，不同。

親屬編，民法親屬編自大清民律草案以來，除國民政府法制局草案外，計有三種，與民法規定各有不同。(一)民法關於親屬之分類以血統及婚姻二者為標準，計分夫妻血親姻親，第一第三兩案則以宗法為主，分親屬為夫妻宗親外親及妻親，二者根本不同。(二)民法關於親等遠近之計算，採羅馬法親等計算法，第一第三兩次草案則採寺院法之計算法。(三)民法關於婚約特設專節，且以婚約為不要式行，與第三次草案稍異，第一次草案則無婚約之規定。(四)民法不認妻為限制行為能力人，與第一第三兩次草案均異。(五)民法注重增進種族之健康，以不治之惡疾及重大不治之精神病為解除婚約及離婚之原因，此為第一第三兩次草案之所無。(六)民法關於結婚之形式要件，採事實婚主義，第一第三兩次草案則採登記主義。(七)民法關於離婚之條件無復男女歧視之差別，與第一第三兩次草案均寬於男而嚴於女者不同。(八)民法關於夫妻財產，規定頗詳，第三次草案雖為規定而甚簡略，第一次草案則無此規定。(九)民法分子女為婚於及非婚生兩親，

無嫡子庶子之別，亦無嗣子私子之稱，此與第一次第三次草案大異。(十)民法關於父母對於子女之關係，係從義務方面規定而不偏重於其權利，故親權之範圍縮小。(十一)民法不設監督監護人之規定，而以監督之責任屬於親屬會議，且不許檢察官加入公力之干涉，此與第一次草案第三次草案均異。(十二)民法關於家制之規定，內容甚為簡單，注意於家長之義務，而不偏重其權利，且無家產之規定，此與第二次第三次草案不同。

繼承編，民法繼承編草案，除法制局草案外，有第一第二兩次之草案其與新民法不同之點如下。(一)新民法僅定關於遺產繼承之規定，宗祧繼承則視為宗教關係，不復設有明文，此與第一第二兩次草案根本不同。(二)民法不分男女，關於遺產繼承，均屬平等，與草案不認女子有遺產繼承權者大異。(三)新民法明定夫妻有相互繼承財產之權利，且依德瑞立法例，不設一定之順位與草案之不認配偶，有遺產繼承權者不同。(四)容許限定繼承，以免父債子還之累。(五)民法關於遺囑之方式規定特詳，以便自由擇用，與第二次草案略同。與第一次草案各異。

三 民法上之權利義務

(一) 權利之本質

權利大者，依法律之担保得貫徹主張某利益之可能性也。或謂之法律附人格者(自然人

法人)之力，故有稱法律爲權利之規定，法律學即權利之學。現代之通說也。有謂法律與權利同時存在，謂法律爲客觀的權利(Obj. etatines Recht)，權利爲主觀的法律(Subj. etives Recht)或唱權利先存說。謂法律不過擁護或限制既存之權利。關於權利之本質，有謂權利者意思之力也(Savigny)主張之(主觀說)有謂權利者法律所保護之利益也(Greif)主張之(客觀說)。有謂權利者爲保護利益所有之意思，或謂權利者依意思力所保護之利益也(意思利益折衷說)。然以上諸說皆易偏於權利先存說。權利之基礎雖在於利益，意思之支配，亦爲其要素。然利益意，不得即謂之爲權利。原來規範爲行爲之準則。其主要者爲義務之規定。權利非規範之必要素。無權利者，實規範之常態也。例如道德規範，純爲義務之規定。若云道德上之權利，則不過爲對於他人履行其義務之一希望耳。其利益之主張，依法律之担保，始發生權利。權利不僅爲主張某利益，更要求適應於其主張之物的支配以及相對人之行爲與不行爲。某關係之維持或變更，結局可依國家權力以貫徹之，從而利益之主張，依法律之担保，而大異其性質，法律外之權利與法律上之權利，迥然不同。故於此意義，可謂權利爲法律之創造(法力說)。按社會進化史與法律發進史，權利之觀念在人類社會進於某程度進化之後，爲法治之產物，始得以發生發進。有法律不得即謂有權利之存在。况謂權利先於法律而存在乎。原來人類社會進化之第一步，爲團體凝固之現象而發生者，厥爲義務觀念，至社會之中心力強要履行此義務時，法律生焉，即此可謂

義務先於法律而存在，法律係以義務爲本位，而發生發達。最初發生之義務，卽對於最高權力之服從。其服從之結果，同一社會彼此之法律上義務，因之確定，而權利之觀念卽應此義務觀念而生。個人自由思達之後，遂引起個人與最高權力之對抗。權利得以確定。法律遂由義務本位而變爲權利本位矣。

(二) 民法上之權利義務

1. 公權與私權 權利與公法私法對應，可分爲公權與私權。卽以國家生活上之利益爲內容者，爲公權。以社會生活之利益爲內容者，爲私權。故民法之權利屬於私權，然立法上難以絕對區別，故民法中公權附與之規定亦不少（民法三〇條二二七條一〇五二條）。關於公權私權之區別，特可注意者如下。

(A) 此區別無關於權利之主體，個人得享有公權。例如選舉權訴訟權。國家及公共團體亦得享有私權，例如財產權。

(B) 此區別無關於權利之如何發生，因私權之侵害而生訴權之公權。又公法上之義務違反，得生私法上之損害賠償請求權。例如官吏之賠償責任。

(C) 此區別無關於權利之有無財產上之利益，例如親屬權爲私權。官吏之俸給權爲公權。

(D) 此區別無關於權利是否得由民事訴訟主張之，例而選舉訴訟爲法院之管轄，而選舉權乃公權也。

2. 權利義務之對應 民法上之義務云者，爲民法所保護利益之實現，得強制行爲不行爲之狀態也。自法律發達史觀之，及於「勿欺勿盜」之道德規訓爲法律上之義務時，始生民法上之物權與權債。有義務然後權利生，權利生而義務益重故今日實際上權利與義務常相對應。尤其民法與其他私法爲然。但亦非無例外，如撤銷權，婚生子否認權（民法一〇六三條）等，因無與之對應之義務也。

3. 義務本位 權利本位與社會本位，權利義務大體互相對應，已如前述。故同一法律關係，自權利方面自義務方面，皆得規定之。原來法律由義務本位，漸進於權利本位，實爲法律發達之過程，自十八世紀之末至十九世紀，歐洲諸國爭編纂法典，實爲權利思想勃興之時代。近來漸有否認權利者，爲權利本位思想之反動。其代表者爲法國 *Ford aux* 大學教授 *Leon Duguit*（可參照其所被之拿破崙以來私法之一般變遷原來 *Auguste Comte* 曾主張「人只有盡其義務之權利」：*Duguit* 則謂人在社會應盡一職，並無自由之權，唯有社會的行動之義務。即如所有權非爲所有者之權利，不過爲財貨保持者之社會的機能而已。故法律不復保護所有者之權利，唯担保財貨保持人以行使社會機能之可能性而已。：此種議論，再有復於義務本位之傾向。然民法之內容，不限於權利義務之規定。例如民

法第一二條，以滿二十歲者爲成年人之規定。民法第二十條以下關於住所之規定。不得謂之直接有關於權利義務。故權利義務非爲法律全部，而法律之強要義務或担保權利者，非以義務之強行或權利之擁護爲終局之目的，要不外爲保護與促進社會生活之利益也。因此法律既不得爲權利之本位，亦無須爲義務本位，當以社會本位爲理想。及於個人自覺時代，而法律進於權利本位。入於社會自覺時代，則法律今後應變於社會本位，亦無可疑。

四 民法上之人

民法所謂人乃指權利之主權而言包括自然人及法人民法總則第二章第一節規定自然人

第二節

A 自然人

一、權利能力

權利能力 (Rechtsfähigkeit) 者得爲權利主體之地位或資格也，亦稱爲人格 (Persönlichkeit) 凡自然人皆有權利能力，始於出生終於死亡。如何謂之出生，從來學說甚不一致。有陣痛說、一部出產說，全部出產說、斷帶說、生聲說及獨立呼吸說數種。德民第一條規定「始於出生之完成」瑞民第三三條規定「以母體外之生活爲開始」，皆以生理上之獨立生活爲必要，言雖異而實同。我民法之出生亦可依此解釋。卽民法上之所謂出生，須

具備下列二條件。1. 胎兒由母體完全脫離；而一部露出，尚不得謂之出生，反之其身體既脫出，則臍帶雖與母體連絡，不妨謂之出生。2. 胎兒由母體脫離後有存活之必要，蓋自然人人格之基礎，在於生活之人類，如已死於胎肉，或出生未完成前已死亡者，無法律上之人格。然出生後無須長時間之生活，卽一瞬間之生活爲已足。獨立之生活始於胎兒之獨立呼吸。出生後生活之證明，有以爲應有泣聲者，然固無此必要。

死亡 指自然之死亡而言，卽以呼吸斷絕，心臟不復鼓動之時爲準。在今日人格大減等，法外人 *Outlaw*，準死等之舊制已不行。權利能力惟有依死亡而終止。

人之權利能力之始期終期，外國立法有只定出生爲始期而以因死亡終止，爲當然之事；認爲無須規定者。我民法則規定以死亡爲終期。蓋從瑞士，土耳其及暹羅之例也。出生與死亡之先後，與權利能力有莫大關係，故出生死亡之事實，極爲重要。關於孿生子，自以其離母體之先後爲其出生之先後。至於同時遭共同之危難，其死亡之先後不易證明，我民法第七二〇條，第七二二條，分人之生命爲三時期，自出生以至十五歲爲第一時期，自十五歲至六十歲爲第二時期，自六十歲以後爲第三時期，同死亡人年齡屬第一時期之時，年長者推定爲後於年幼者而死。反之屬於第二及第三兩期之時，年長者推定爲先於年幼者而死。依德民第二〇條、瑞民第三二條第二項，則不問年歲如何，推定爲同時死亡。我民法第一一條之規定，蓋從德瑞之例也。

二、意思能力

一般爲權利主體之自然人在於通常之狀態皆爲意思之主體。然缺乏意思能力之自然人例如嬰兒，心神喪失者，不失爲權利能力人，而一時之心神喪失，亦不因之一時喪失其權利能力也。關於具體的私權之享有以及法律所規定之權利得喪，例如依繼承之權利取得或依時間經過之權利喪失雖於無意思能力人亦同樣發生。而依意思能力之喪失不致喪失其權利，因爲當然之事也。然依其行爲使得發生權利義務之得喪變更或其他法律上之效果，則行爲人不可無意思者力。蓋意思無能力人之言語動作不得謂自爲行爲也。

意思能力者包含合理的認識力及豫期力而言也。瑞士民法謂之判斷能力（*Wirkelfähigkeit*）我民法謂之識別能力（民法一八七條）

所謂認識及豫期者，對於行爲及其法律上之效果。或事實上之結果爲認識及豫期也。從而基於行爲發生法律上之效果者有三類。

- 1 認識行爲之自身且豫期其法律上之效果而爲之行爲，所豫期法律上之效果因以發生者——法律行爲
- 2 基於認識行爲之自身而爲之行爲，不問行爲人之豫期與否，發生一定之法律上之效果者——法律的行爲或稱法律上之行爲
- 3 認識行爲之自身且豫期其事實上之結果而爲之行爲或因過失未及認識與豫期而爲

之行爲，於行爲人有使其負行爲責任之法律效果者——違法行爲
 以上三類法律效果之發生皆以行爲人有意思能力爲前提。於無意識能力之狀態所爲之
 行爲，法律上爲無效或不負責任。

三、行爲能力

行爲能力自廣義言之，乃依自己之意思活動，得引起法律上效果之能力也。然民法未
 設行爲能力之一般概念只就法律行爲能力及責任能力（民一八四條一八七條）分別爲規定
 ，故民法所謂行爲能力，指法律行爲能力而言也，法律行爲能力者，依自己之行爲得使發
 生其預期之法律上效力之資格也。關於法律行爲之規定、進用於法律行爲以外之適法行爲
 ，即後述之法律的行爲或狹義的法律上之行爲是也，（參照法律行爲之誤明）。此法律上
 之行爲，又可分爲準法律行爲，與事實行爲。惟於爲前者之行爲，須有法律行爲能力，而
 後者則否。例如催告，讓與通知，爲準法律行爲也，瘋人不得爲之。而未成年人惟於純爲
 其利益之時，得爲催告。但非得其法定代理人之同意，不得爲讓與通知也。埋藏物之發見
 ，加工，與作詩，爲事實行爲。普通只須有爲此行爲之事實上能力。故瘋人發見埋藏物或
 作詩，不妨其取得埋藏物之一半或著作權也。行爲能力與權利能力，同樣爲法律上之所付
 與者，惟未付與於一切之自然人，則與權利能力不同。即有行爲能力者，必有權利能力。
 而有權利能力者，不必有行爲能力也。所謂意思表示受領能力，（民七六條）者，非法律

行爲能力。又訴訟能力爲公法上之行爲能力，亦非民所謂行爲能力。依民訴法第四五條規定，能獨立以法律行爲負義務者，亦有訴訟能力。此與法律行爲相同。行爲能力之有無，爲區別法律行爲有效與無效之一原因。故關於行爲能力，各國民法多規定之。例如德民一〇四條至一〇五條，瑞民一六條至一九條，蘇俄民法七條至九條，我民法因行爲能力爲法律行爲要件之一，故規定於法律行爲中。依民法關於行爲能力之規定，分爲（一）有行爲能力人（二）無行爲能力人及（三）限制行爲能力人。有行爲能力人始有因法律行爲取得權利或負擔義務之能力。何人有行爲能力，依民法規定，凡禁治產人以外之成年人及未成年人已結婚者，皆有行爲能力，（民法一二條，一三條）。民法所謂有行爲能力，爲法定能力。故一時之無意識或精神錯亂，並不當然失其行爲能力。然爲有效之意思表示，則仍須有識別能力。以上所謂行爲能力者乃一般行爲能力也。對此有特別行爲能力之問題，是爲行爲能力之加重或減輕。民法有時規定特定種類之人，不得爲特定種類之行爲（民一〇七四條，一〇七六條，一一〇一條一一〇二條）。卽行爲能力要件之加重也。反之亦有行爲能力之減輕。例如民法第九七二條關於婚姻能力之規定，第一一八六條關於遺囑能力之規定是也。關於行爲能力之規定，皆爲強行法。如有此等之法定例外，固當從其規定，然不得以當事人之意思爲行爲能力之拋棄或變更也（瑞民二七條）。但約定不爲特定之行爲，不得謂之爲行爲能力之拋棄。故不行爲之債務，非反於公共秩序或善良風俗者爲有效。

又自然人以有行為力為原則。故主張其為無行為能力者，有舉證之責也。

B 法人

(一) 法人之意義

法人謂自然人以外之得為權利義務主體之織組（民法第二五條以下）。原來人之權利能力無論其為自然人或為法人，皆因法律之附與。民法以依一定之目的為結合之人的團體（社團）及供一定知亦之獨立財產（財團）為法人，分為通則，社團，財團，三款，而規定之，蓋從德瑞兩民法之例。關於外國法人，可參照民法總則施行法第一一條至一五條之規定。

(二) 公法人私法人

關於法人可大別為公法人與私法人。其區別之標準，學說紛紜甚不一致。然任何之標準，皆非給對。地域團體，如地方自治團體為公法人，大抵一致。至於公共團體，如商會，工會，工商同業公會等是否為公法人，則甚有爭執。蓋法人，二分為公私二種，原來不甚妥當，而且不必要。學者有以國家對於法人組織，有無強制，為公私法區別之標準。然國家干涉強弱之程度，不過表示法人公法的色彩之濃淡，若強為二分之則不適當。其次謂公私法人有區別之必要者，關於民事之發生（1）訴訟之管轄問題，即應起訴於普通法院抑起訴於行政法院。（2）債之執行問題，即依民訴之強制執行，抑依稅法之征收方法。

(3) 法人對於不法行爲，是否負責等。關於刑事，發生是否有瀆職罪之成立，文書偽造是否爲公文書偽造，抑爲私文書偽造等之問題。然此等問題，應依關於各該法人之特別法而爲個別決定。非可依其法人之爲公爲私，而爲一概之決定也。

(三) 法人之設立

法人非依法律不得成立，即禁止法人之自由設立。關於法人之設立，國家所採取態度，有左列各種。

一、自由設立主義即法人之設立，不需任何之形式的要件，由設立人任意設立法人之主義。此爲中世紀商事公司之勃興時代之初期所採取之立法例。

二、立法特許主義即依君主之命令或議會之立法，一法律設定一法人之主義。例如中央銀行法。

三、行政許可主義即依一般法規，以行政處分對個法人之設立，予以許可之主義。即我民法對於公益社團所採取之主義。

四、準則主義即法律規定法人之設立要件，如具備要件，則無須特許或許可當然成立法人之主義，我公司法採此主義。

上列主義，在今日爲各國所通用者，爲行政許可主義及準則主義。有單採準則主義者，如瑞民，士民（瑞民五二條，士民，四五條，五三條）有對於財團，採行政許可主義，

對於其他法人採準則主義者，爲德民，暹民（德民八〇條暹民八五條）。有對於營利社團依特別法採準則主義，而對於公益社團及財團，皆採許可主義者，例如日民。我國民法對於公益社團，財團採取行政許可主義。對於非公益非營利之中間社團及營利社團（公司）採取準則主義。蓋折衷德日之立法例也。

（四）法人權利能力

法人權利能力之範圍，除法律命令有限制，或專屬於自然人之權利義務外，法人皆有享受負擔能力。關於權利能力之範圍，各國立法例不一。有規定法人僅於其章程或捐助行為目的之範圍內，享受權利負擔義務者。如日本民法（日民四三條）有規定除專屬於自然人之權利義務外，法人之能力，完全與自然人同者，如瑞士，暹羅民法（瑞民五三條土民六四條暹民七九條）。有規定法人僅享有財產上之權利負擔財產上之義務者，如蘇俄民法（俄民一三條）。我國民法蓋仿瑞士之立法例，而稍加以限制也。法人之權利能力，自何時起至何時終。民法雖無規定，然一依民法第三〇條之規定，可解爲始於登記，依第四條第二項之規定，可解爲終於解散後清算終了時。

（五）法人行爲能力

關於法人是否有行爲能力，從來甚有爭論。採取法人擬制說者謂法人本身無行爲不過因其代理人之行爲取得權利義務。採取法人實在說者，謂法人亦有團體意思或組織意思。

基此意思而爲行動。故法人亦有行爲。然法人是否有團體意思或組織意思，非法律決定之問題。苟依當時之社會思想，謂法人於社會生活担任一個獨立之社會機能，即以法人有行爲之存在爲前提。所可注意者，關於行爲能力，法人與自然人稍有不同。自然人之無行爲能力人或限制行爲能力人所爲之行爲無效。於法人其行爲能力範圍之外則全無法人行爲之存在。

(六) 法人侵權行爲能力

關於法人是否得爲侵權行爲，在法人擬制說則否定。蓋以法人本身無行爲能力，故亦無侵權行爲能力。反之，在法人實在說，認法人有行爲能力，故亦有侵權行爲能力。我民法明定法人連帶負賠償之責任，其承認法人有侵權行爲能力，蓋無疑義。法人侵權行爲之成立須具備法定之要件。即(1)須爲法人機關之行爲(2)須爲職務上之行爲。何謂職務行爲，其標準有二。即(A)外觀上足認爲機關之職務行爲，例如運輸公司之機關發行不正之提單。倉庫公司之機關收回倉單而交付貨物。苟其行爲外觀上屬於職務範圍之內，其行爲正與不正，適當或不適當，在所不問。(B)或與職務行爲社會觀念上有適當牽連關係之行爲。例如法人之機關代表法人爲訴訟欲使他造敗訴爲虛偽之起訴，或代表法人爲有利買賣所爲之贈賄。其偽訴贈賄行爲之外觀上雖不爲職務行爲，然不可謂與訴訟或買賣之職務行爲無適當之牽連關係。(3)須具備其他侵權行爲之要件。

關於法人機關之責任依法人擬制說，董事之行爲爲個人之行爲，法人雖依法律之規定應負責任，然對於董事個人之行爲不生影響。故董事個人仍須負責。然在法人實在說，則有謂機關之行爲成爲法人之行爲故法人機關之個人不負責任。有謂法人機關之行爲一方爲法人之行爲他方爲自己之行爲，故法人與其機關個人應同時負責。瑞士民法第五條第三項規定「行爲人個人亦負責任」我民法之規定（民法二八條）亦即此義，蓋保護受害人之利益也。至於法人與其機關之相互間則視其機關是否已盡善良管理人之注意，如其行爲違反此義務則對於法人負損害利益之責（參照民法五三五條公司法一四八條）

C 外國人

何謂外國人，即非中華民國國籍之人。何人有中華民國國籍則依國籍法第一條之規定，外國人是否與中國人享受同等之權利，須依法律及國際條約定之。我民法總則施行法第二條對於外國自然人規定於法定限制內有權利能力，第一二條對於外國法人，規定經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力。可稱爲限制的平等主義。即外國人之權利能力得以法令限制之，其限制之範圍見於條約者，外國人僅得於通商口岸住居營商，租地起蓋房屋，不得有土地所有權。但中美中英新約已明許英美人在我國得享有土地所有權。見於法令者，例如土地法第一六條規定農地、林地、牧地、漁地、鹽地、鑛地、要塞、軍備區域及領域邊境之土地，不得移轉設定負擔或租賃於外國人。

監督商辦航空事業，條例第五條規定經營航空事業以有中華民國國籍者爲限。並不許參加外資或借用外資。民營公司職業監督條例第一一條規定民營公司事業不得加入外股或所借外債。國民政府二十年十一月十八日命令，禁止國內森林，鑛產，荒地，漁場，鐵道及各項企業，如未經中央主管部核准，不許締結任何租售或類似租售之契約。

五 民法上之物

物爲權利之客體，權利以有形或無形之社會利益爲其內容或目的，例如物權以直接排他的支配一定之物爲其內容或目的。債權以要求特定人之一定行爲不行爲爲其內容或目的。爲此內容或目的之成立所必要之一定對象爲權利之客體（*Rechtsgegenstand*）卽物權之客體爲一定之物，債權之客體爲特定之人，人格權之客體爲人之本身親屬權之客體爲立於一定親屬關係之他人。無體財產權之客體爲其精神之產物。故權利之客體依各種之權利而有不同，而私權之客體並不以物爲限。德國民法第一次草案將關於物之規定列於物權編第二次草案以來揭於總則編。瑞士民法及土耳其民法規定於物權編我民法則從德日俄暹民法之例對於權利之客體不爲一般之規定。惟置關於物之規定於權利主體之次。蓋以物不獨爲物權之客體，而於債權之標的亦有關係，故應規定於總則編也。

關於物之意義我民法未爲規定。然依民法之其他規定（民九〇一條八八三條三四八條

），物與權利爲對稱。可下定義曰「物者謂有體物及物質上與法律上能支配之自然力」試分述之如次。

一、物不以有體爲限。其經濟上之效用與有形物相同者亦可稱爲物。從來物之用語有廣狹之義。席義不論有形無形，皆謂之物。羅馬法亦分物爲有體物與無體物。但羅馬法有體物之觀念與所有權同，無體物指所有權以外之財產權而言，與近世所謂有體者不同。後世學者附會有體物之區別謂一切權利皆謂之物。均得爲所有權之客體。故稱有地上權或債權，即爲有其所有權之意。致債權與物權混淆無別。此解物之觀念過汎之愆也。近代立法上將物分爲有體無體者有德意荷奧等國。德日之立法例排斥無體物之舊觀念明定物爲有體物（德氏九〇條日民八九條）乃狹義之物也。有體云者占領一部分空時之謂形狀之大小以及有定形與否在所不問。故固體液體氣體皆爲物。而電、熱、音響則非物也。刑法第三二三條規定「電氣關於本章之罪以動產論」蓋以電是否爲物，易生爭議，故以明文解決之也。以物爲限於有體物則未免太狹。蓋電氣熱等之經濟效用與其他有形之物無可軒輊，更無區別之理由。故瑞士民法將物之範圍擴張。於物權編第六五五條規定「得爲土地所有權之客體者爲土地。土地之意義在本法包含登記於土地登記簿之獨立的而且繼續之權利（瑞民七七八條七八〇條）其第七一三條規定得爲動產所有極之客

體者爲性質上爲動產之有體物及得爲法律支配而不屬於土地之自然力」。暹羅民法一編草案第一條規定。「物爲動產或不動產一學者有謂「物爲法律上之排他的支配之可能」者故電氣磁氣不失爲物。卽集合物爲獨立之一體有經驗之價值一括的爲交易之客體者亦可視爲一物（我妻榮民總三一下頁）我民法則從瑞士蘇俄之立法例關於物未爲定義。自無解爲限於有體物之理。

二、有謂法律上所謂物者與物理學所稱者不同。吾人得支配之者始得謂之物，然物雖有不爲法律之對象者例如日月星辰。但法律亦無否認其爲物之必要。海洋得依行政行爲劃定一定之範圍而支配之，故得權利之對象例如漁業權。

三、所謂法律上之物應爲獨立之一體，然此不過謂物之一部原則上不得獨立前權利之客體，依法律之規定得發生反對之現象。故此獨立性不必爲物之觀念上之要件。四、人體爲有體，亦得爲法律上之物與否實一問題。

（1）活人之身體不得爲法律上之物。法律以人爲權利之主體若以其構成部分身體之全部或一部爲權利之標的，有反於承認人格之根本觀念。但此乃近世之思想，在昔羅馬，奴隸亦爲法律上之物而爲買賣之標的也。

（2）人身之一部分自然的由人身體分離之時其部分既非人身成爲外界之物，當然爲法律上之物而得爲權利之標的也。然其部分之最初所有權屬於分離以前所

屬之人，嗣後得明示或暗示讓與之或拋棄之。有疑問者最初所有權取得之原因。是也。謂為無主物先占則不當。謂為對於身體之所有權為分離則反於人格之觀念。有謂為人格權之變形者恰如人格發露之結果而生無體財產權。人格侵害之結果而生損害利益之請求權，以此說為要。

(3) 讓與尚未分離之身體一部分之契約，如約於分離之時交付之則契約為有效。若約為得請求強制其部份之分離，則反於善良之風俗為無效。

(4) 以人身填補身體之部分亦為身體之一部否則因與身體結合之程度有時為身體之一部有時為物。

(5) 死體為物，固無疑義，然除為供學術研究之外不得為財產之標的，故原則上為不融通物也。其法律上之關應依法律及習慣定之。

(6) 死亡者生前關於其遺骸處分之契約或遺囑，如不及於公共秩序或善良風俗時為有效，在歐美各國常有自鬻其遺骸與醫院，而預收其代價者，可謂適例。

五、自然力物質上能受支配者謂其有一定量之存在可以管理拊制而能計算其一定之量也。法律上能受支配者謂有經濟上之價值得為權利之標的也。例如電氣可以電表計算量又能受法律上之支配也。

關於物之種類得分為左列數種：

1. 單一物、合成物、集合物。

A 單一物者形體上成一獨立體之物也。其所以或獨立體之故不問其由於天然抑由於人爲，亦不問其爲同一稱類之物質與否。例如盆花固不妨爲單一物也。

B 合成物者由數個獨立物結合而成一體之物也。例如嵌寶石與指環。組成此等物之各物雖不致失其結合前之性質，然法律視之爲單一物，原則以獨立之一體爲權利之標的。

C 集合物者物質上未結合數多之物之聚合也。例如羊一羣，書一屋。聚合物本爲許多單一物之總稱；不過因交易上之習慣由當事人之意思常視爲亦單一物而已，法律按經濟生活之實情，有時視一財產爲單一物。其中含有有體物，權利義務謂之法律的聚合物，例如一人之財產一個營業（民法三〇五條三〇六條）一個遺產，特別財產等是。

2. 融通物與不融通物。物因其得爲私權之標的或爲交易之標的物與否而有融通物與不融通物之分。

A. 融通物者有權利能力及交易能力之物也。即吾人得占有之轉讓之，意也。

B. 不融通物者無權利能力及交易能力之物也。不得爲私權標的之物當然不得爲交易之標的物。然得爲私權之標的者不必皆得爲交易之標的物。不融通物有因物之性

質而爲不融通者。有因法律之規定而爲不融通者，前者謂之性質的不融通物。後者謂之法定的不融通物。

a. 性質的不融通物有二、曰公共物及人之屍體是也。

公共物從自然狀態供一般公衆之使用，個人不得獨占之物也例如日、月、星辰、空氣、流水、大洋。然公共物得取其一部或利用其一部，而爲私權之標的。例如貯水於池，引水發電。人之屍體爲不融通物已如前述。

b. 法定的不融通物爲公有物、公用物、禁止物。

a. 公有物者國家及其他公共團體所有之物。廣稱之爲公有物。此所謂公有物者謂其中爲公共目的使而之物，即所謂行政財產是也。例如要塞、軍艦、官衙，與純爲收盜之財政財產不同。財政財產，例如國家所有之山林、現金、官營事業等。

d. 公用物者供公衆一般使用之物也，與公有物不同。其所有權之關係不必爲問題。例如河川、道路、圖書館。

c. 禁止物者法令禁止其爲交易標的之物也。其所有及持有是否禁止，在所不問。自其無交易能力之點觀之，爲不融通物例如偽造貨幣、淫畫、屍首。

法定不融通之範圍因各國立法而異。故因時與地之不同，而其範圍有廣狹之別。觀其

趨勢則有日見增多之象。依蘇俄新民法之規定（俄民二一條二四條）則土地爲國有不得爲交易之標的。收爲國有或地方團體所有之營業及設備鐵路及其車輛而收爲國有之船舶以及收爲國有與地方團體所有之建築物，不得爲私人交易之標的物。但公有之營業建築物船舶得由其管理機關租出之（蘇俄民法二四條）他如武器、爆發物、武器品、飛機、有線及無線之通信器具，已廢止之有價證券，超過法定強度之興奮飲料，劇強之毒藥等，亦在不許私人交易之例（蘇俄民法二三條）卽金幣、銀幣、外國貨幣亦必經法定之程序及其所限制之範圍內，然後得爲法律行爲之標的（同法二四條）我土地法第八條亦規定不得私有及不得變更爲私有之土地。

3. 消費物與非消費物

消費物者依其本來用法非消耗之讓與之不得使用之物也。例如柴米油鹽。金錢之使用其物質雖未消費，然對於使用者等於消費之結果，故亦謂之消費物也。我民法雖未爲規定解釋上仍有此區別。

非消費物者依其自然之使用不失其形體之物也。例如家具船舶。此區別之實益在與消費貸借及使用貸借之區別相連。

4. 替代物不替代物，

替代物者，以同種同量之物得交互代用之物也。例如金錢米穀。外國民法有設規定者

我民法無之。

反之不替代物者於某種類中指定某物，交易上不能以他物代之者，消費物幾於全部為替代物。然葡萄酒則有時為不替代物。非消費物為替代物者亦甚多。例如印刷品。替代物非替代物之區別，於民法上最有關係者，即消費貸借之標的限於替代物也。

5. 特定物與不特定物

替代物與不替代物為一般交易客觀之區別，為同樣之區別而依交易當事者之主觀決定者，有特定物與不特定物之殊。即於交易之際依當事人着眼於物之個性或着眼於物之種類而生之區別也。從而替代物與不特定物，不替代物與特定物實際上一致之時甚多。然理論上其一致固非必要。例如約定給付酒一樽，則為種類債數，其標的為不特定。加具體的指定某樽酒則為特定物。關於不特定物外國有明文規定者，我民法無之。特定物與不特定物區別之實益現於民法各處（民法二〇〇條至二〇二條三一四條三六四條）

6. 可分物不可分物

可分物者依分割用不變其性質且不顯然減其價值之物也，否則謂之不可分物。故此所謂可分不可分者乃經濟上問題非物理上之問題。因其分離不必為有形之分割，土地之分割只須登入於土地登記簿為已足。此外性質上雖為可分之物。但依當事者之意思表示亦為不可分物。此區別之實益，主為債權人或債務人有數人之時而存。即可分物之給付與不可分

物之給付各異其規定也（民法二七一條二九二條二九三條八二四條）

7. 不動產與動產

不動產者謂不能變更其位置者而言。其主要者當然爲土地。各國立法皆爲一致。然關於其定着稍則所採主義稍有不同。依德民法第九三條至第九六條，不動產惟限於土地，其定着物就中如建築物爲重要成分，故亦爲不動產。日民及暹民於土地之外另設一定着物之觀念。日民第八六條規定「土地乃其定着物爲不動產」。定着物之內容與德國所謂重要成分相同，而其觀念則有別。日本所謂定着物爲獨立之不動產。而在德民則爲土地之成分。蓋源於羅馬法地上物屬於土地之思想也。瑞士民法亦然。我民法則從日暹之例。

定着物謂依交易上之觀念以附着於土地而達其經濟上之目的，然尙未構成土地成分之物也。故以暫時之目的附着於土地者，例如爲建築所設之工廠不得謂爲定着物。其與土地密着成爲土地之一部者亦非定着物，例如肥料播上之種子。土地與定着物各別爲所有權之標的。出賣土地不當然失其建築物之所有權。定着物之主要者爲房屋及其他建築物。

動產謂不動產以外之物，故電氣亦爲動產。動產之中其法律上之待遇有與不動產相類似，關於登記及招押，設特別之規定者，例如船舶及航空器。有爲權利之具體化雖非動產，然因交付而移轉，其移轉方法與動產相同者，則爲無記名證券（民九五一條），例如無記名公債、金庫券、車票等是。日民則規定無記名證券，視爲動產。

8. 主物與從物

主物與從物之別淵源於羅馬法。各國民法多襲用之。其區別之標準各國立法不盡相同。就我國民法之規定觀之，從物者非主物之成分常助主物之效用，而同屬於一人之物也。其效用常被輔助之物爲主物，對於從物而言也。試分述之如次。

(一)相對的關係 主物與從物爲相對之關係，皆須爲獨立之物。故一物之構成部分非從物也。例如未離樹之果實爲樹之一部，既離之後則爲獨立物，毫無主從之關係。但一物對於某物爲從物而對於他物則爲主物，亦爲可能之事。

(二)附從的關係 從物須爲主物之常用所附屬之物。二者相需然後可達經濟上之目的而且一物對於他物常爲其輔助並爲其存屬之物也。例如壺蓋之一壺，鑰匙之於鎖

(三)主觀之關係 依我國民法主物與從物須屬於同一之所有人，日民瑞士民法亦然，在德民暹民蘇民則否

(四)具備上述之條件，如交易上有特別習慣不認爲從物者仍不爲從物（德民九七條但書）例如白鐵煙筒之於火爐，樓梯段上之絨毯，天花板上之吊燈對於房屋之關係通常不視爲從物。

(五)不動產亦得爲從物否，在日民不動產亦得爲從物。例如庭園，馬廄，附舍之於正屋是。德民則規定從物限於動產。蓋德民不動產之爲獨立物或爲他物之成分全依

登記而定（德民八九〇條）故無此必要也，我國民法關於從物雖無限制其爲動產之規定然以非主物之成分爲要件，故在交易上可視爲獨立之物方得爲從物。例如灌溉用之工作爲，農業用之建築物對於耕地之關係亦可視物從物。

（六）工廠之機器得視爲工廠之從物否。在我國民法解釋上甚爲重要。蓋以之爲從物則得與工廠一同招押否，則不得爲抵押之標的也，依德民第九一八條規定供營業用之機器及其器具農業上之農具及家畜，視爲從物。奧民第二九七條。規定機器與不動結合者如得不動產所有人之同意於登記簿上記明該機器屬於他人之所有時，始不視爲其動產之附屬物（*Ingeshor*）。我國既無明文規定解釋上應以其機器是否常助工廠之效用而並同屬於一人所有以爲斷。最近最高法院亦採此解釋。即機器得爲工廠之從物，同爲招押權之標的。

六 法律行爲

a 法律行爲之意義種類及成立要件

法律行爲者（*Rechtsgewöhnliche acts jurigione*）以意思表示爲要素，法律因意思之表示而便發生法律上效力之私法律要件也。當事人所欲之法律效力，法律因爲當事人之所欲，故使其發生之。此爲法律行爲之特色。試分述之如次。

(一) 法律要件與法律上之效力

法律關係云者，依法律所生之狀態也，法律關係之內容不外事實之關係。事實之關係依法律之力而成爲法律關係。一事實之關係，達於爲法律關係之程度者，謂爲法律要件之完成。因此而生法律關係，謂之其實關係之法律上效力。即以法律要件爲原因而生之結果，自動的方面觀之，則爲法律上之效力。自靜的面觀之，則爲法律關係也。

法律要件 (Rechtstatbestand) 者，法律付以法律效力所必具之一切事實也。法律要件有以一個事實之存在而完備者。有需數個事實之齊備而始完成者。此等個個之事實謂之法律事實 (Jurisfactische)

法律上之效力者，依法律之定，法律要件完成時之法律上變動也。法律上之效力，固常現於權利之發生，變更與消滅。然亦不限於此也。例如權利能力與代理權之發生，所發生者爲能力與權限，非權利也。爲法律要件之法律事實完備之時，原則惟對於將來發生法律上之效力。但依法律特別之規定，法律上之效力有得溯及於法律事實尙未完備之時者，(民七條)。法律上之效力雖不必盡爲權利之發生，變更與消滅，然民法上之效力大部分爲關於權利義務。故特述之如次

1. 權利之絕對的發生與消滅。

權利之絕對的發生云者，非爲既存權利之繼續或爲其部分，而獨立發生之權利也。權

利常預想主體之存在。故權利之發生，自權利者之方面觀之，爲權利之取得也。權利之絕對的發生，即原始取得之意。例如先占無主物，於得遺失物，（民八〇二條，八〇七條，八〇八條，八〇〇條），天然孳息之取得，由於附合，或加工取得之權利，（民八一一條至八一四條），因取得時效之取得（民七六八條至七七〇條）即時取得（民八〇一條，八八六條），除斥期間之完成（民九二三條）等是。權利之絕對消滅云者，權利本身滅亡之謂也。自權利者觀之，即權利客體的喪失也。消滅之原因，有由於法律之規定者。例如消滅時效，除斥期間（民九二三條九二四條九四九條）。有由於標的物之消滅者，亦有由於權利人之意思者：權利之拋棄是也。

2. 權利之相對的發生與消滅

權利之取得由於承繼他人之既存權利者，謂之承受取得，即權利之相對的或主觀的發生與消滅也。舊權利人名前主，或被繼承人。新權利人名爲後主，或繼承人。繼承取得之最純粹者，爲權利之讓與，與繼承。前主之權利，原形於移後主。此移轉的取得，有基於個個之原因，個個之權利因以移轉者，謂之特定繼承。有基於一個原因，多數之權利義務爲一體而移轉者，謂之包括繼承。例如繼承，包括遺贈，及公司合併是也。至於設定的取得，例如於他人之土地，取得土地上權，永佃權，抵押權，則後主之權利與前主之權利，全異其性質，雖不得謂之爲純粹之繼承取得，然前主之權利不過有性質上之縮小，固非分

量上之喪失。而後主之權利則基於他人之權利而取得者，故亦可謂之爲繼受取得也。繼受取得與原始取得區別之實益，要在於『不能讓與較大於自己所有權於他人』或『不有不與』之法律格言之適用也。

3. 權利之變更

權利之變更者，權利不喪失其存在而變其狀態，（即主體或內容）之謂也。主體之變更者，不外於前述之移轉取得，自別一方面觀之耳。真可稱爲權利之變更者，權利內容，或客體之變更例如因附合而生土地之膨脹及債務一部之免除，抵押權次序之變更，債權履行時期之更變等是。

（二）法律事實

權利之發生，變更消滅及其他一切法律上之效力，皆爲構成法律要件之法律事實所引起者，已如前述，此所謂法律事實者即自然之事實中帶有法律上之意義者。人之行爲亦爲自然事實之一。然法律爲人之行爲之準則，故以之與自然事實相對立，亦無不當。

1. 自然之事實得分爲狀態 (Sustand) 與事件 (Ereignisse) 前者例如繼續占有。後者例如果實之分離。自然事實中之法律事實，爲可特別注意之一者時也。關於人之事實非爲人之行爲者，亦此所謂之自然事實。例如人之生死，生死不明，精神障礙，成年等之外形的事實，固不待論。知與不知，即所謂善意惡意之心內的事實，亦爲自亦事實之法律事

實也。此外人之行爲雖爲法律事實，而其行爲係出於其法律關係之當事人以外之第三人者，亦可視爲自然之事實。至於孳息之分離，雖由於人之行爲，仍爲自然之事實也。此外無意識或精神錯亂中所爲之行爲，嚴格言之，不得謂之爲行爲。只可謂之事件。然依民法第一八七條第四項之規定，得發生賠償之責任。又如民法第一八八條第二項規定僱用人之賠償責任，非因其有負責之行爲，乃因其僱用之地位，此種地位，亦狀態也。

2. 人之行爲，行爲者人之精神作用，意識的現於身體之狀態也。精神作用現於身體之狀態，不限於積極的運動，有時爲消極的之靜止者。前者謂之積極的行爲。後者謂之消極的行爲，或稱不行爲。嚴格言之無意識之不行爲不得謂之行爲。然此所謂消極行爲者，指一般現於意識之不行爲也，人之行爲不必皆生法律上之效力。例如散步睡眠，然人之行爲有法律上之效力者，實占法律規定之大部分，即人之行爲爲最重要之法律事實也。凡足以引起法律上之效力之行爲，廣稱之爲法律上之行爲。

(三) 法律上之行爲

法律上之行爲 (Juristichs Handlung) 者，爲發生法律上效力之行爲，已如上述。然此處所謂法律上之行爲，只指屬於私法者而言，概分之爲適法行爲，與違法行爲。此外尚有介於適法行爲與違法行爲之間，有稱之爲放任行爲者，即防衛行爲，避難行爲及自動行爲是也 (民一四九條至一五二條)。於法定之範圍內不負責任，即不發生法律上之效力

。故非法律上之行爲

1. 適法行爲者法律所許之構成法律事實之行爲也。例如買賣，管理事務。適法行爲又分爲表示行爲與事實行爲兩種。

A 表示行爲：表示行爲者，心裏狀態之發於外者也。心理狀態依心理學分類，普通爲知，情，意三方向。故表示行爲不外爲表示此三者之行爲也。

a 知之表示行爲，知之表示者，表示人表示其對於其事之觀念也。謂之觀念通知 (Vorstellung mitteilungen)。亦有種種。(一)表示純粹觀念者有之，例如承認他人權利之存在。(二)主張某事實者有之，例如代理人主張代理權之存在。(三)通知事實者有之，例如債權讓與之通知(民二九七條二九八條)清償標的物湮存通知。(民三二七條二項)及承諾遲到之通知(民一五九條)者，皆爲過去事實之通知也。而贈與標的物瑕疵之告知(民四二條)，買賣標的物瑕疵之告知(民三五五條)等，則爲現在事實之通知也。他如召集總會之通知、則爲將來事實之通知也。

b 情之表示行爲，情之表示 (Gefühlsäusserung) 者，表示人表示其感情之謂也。感情：能發生法律效力者，極少。惟民法第一〇五三條規定，關於通姦經一方宥恕，則不得提起離婚之訴其一例也。

G 意之表示行爲，意之表示行爲者，表示人表示其欲朝之謂也，意之表示，又可分爲意思通知，與意思表示（一）意思通知（Willensmitteilungen），有請求他人之行爲者（Aufsorderung），例如請求承認之催告（民八〇條），召集總會之請求，（五一條），報明債權之催告，選舉權行使之催告（民二一〇條二項）同意於承擔契約之催告（民三〇二條）等，是也。有爲消極的意思之通知者，例如承認之拒絕（民八〇二條）三〇二〇及要約之拒絕（民一五五條）。（二）意思表示，容於意思表示節述之。

B 事實行爲 事實行爲（Realaktes）者基於事實之狀態或經過，法律因其所生之結果，特付以法律上效力之行爲也。例如先占，加工（民八〇二條，八一四條），遺失物之拾得，埋藏物之發現，管理事務，住所之設定及廢止等。

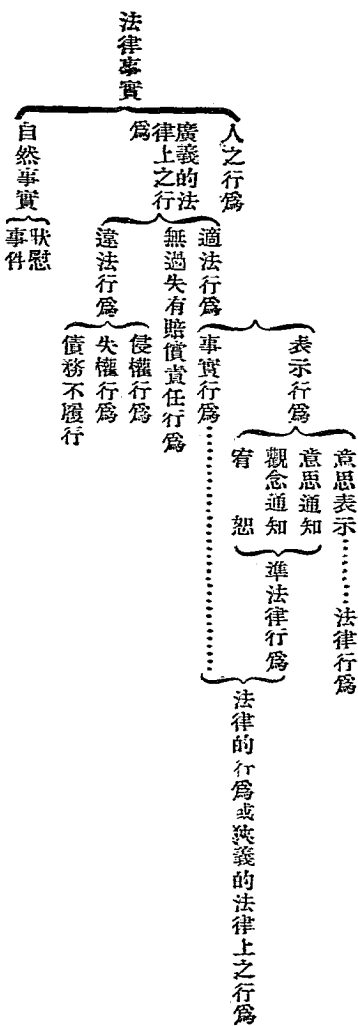
2. 違法行爲（Kehatswiderige Handlungen）者，法律加於行爲人以不利益結果之違法，或有過失之行爲也。可分之爲三者。

A 侵權行爲，侵害權利之結果，法律使侵害人負擔損害賠償之責（民一八四條以下）。B 債務不履行，債務因不履行效結果，變爲負有損害賠償之義務，（詳於債編）。

C 失權行爲，失權行爲（Verwirkung）者，因違法行爲，有權人失其權利之謂也。例如夫以同意於妻之通姦，失其請求離婚之權（民一〇五三條）。父因一定犯罪失其親

權（德氏一六八〇條）。

2. 無過失有賠償責任之行為，行為人對其他人所加之損害雖無過失，依法律之規定仍使負責。例如防衛行為逾越必要之程度（民一四九條），避難行為逾越危險所能致之損害（民一五〇條），自助行為聲請被駁回或聲請遲延（民一五二條），如行為人有過失，固可構成使權行為。即無過失，亦使負擔損害賠償之責。將以上所述列表如次。



(四) 法律行為之本質

(1) 法律行為以意思表示為其不可缺之要素。然意思表示為法律事實，而非法律行為

之本身。此法律事實一個構成法律要件，而為法律行為者有之。例如債務之免除。有兩個相合始構成法律要件，而為法律行為者，有之。例生契約。有此外尚須與其他之法律事實相合者，例如要物契約。

(2) 法律行為為私法上之法律要件，即因此惟發生私法上之效力，故官吏之任命，訴訟之提起，雖亦為發生法律效力之行為，然其效力為公法的效力，非民法所謂之法律行為，關於私法的效力之範圍，有二說，一者謂惟以直接發生權利之得喪變更為目的者，為法律行為，一者謂間接的影響於權利之得喪變更者，亦為法律行為，以後說為是，蓋法律上關於此點並無限制，苟發生私法上之效力，則無間其關係之為直接的，或間接的必要，而且承認及許可等之行為，亦實際上應以之為法律行為，而適用關於法律行為之規定。

(3) 因意思表示而發生法律效力

A 私法以自治 (Pleid'entlokniz) 為原則，然此私法的自治，亦非無限制，應以社會之利益為其界限，法律行為所生之法律效力，應基於意思表示，意思表示謂欲發生法律上效力之意思，即所謂效力意思之表示，故觀念通知，意思通知，嶺恕，有謂為非法律行為，蓋此等行為，法律不問當事人之願望與否，而使其發生一定之效力也，然除此點以外，與法律行為相類似，應準用關於法律行為之規定，故有準法律行為 (Rechtsgeschäftsahn gish'a Hnalunge) 之稱。

B 由法律行為所生之法律效力，雖基於行為人之意思表示，然不必常合於行為人之真意（內心的效力意思）。蓋若此則可使他方或第三人受不測之損失，故法律有時基於行為人之表示上效力意思，而定法律之效力（民八六條八七條八八條）。

C 由法律行為所生之法律之效力，不必皆基於意思表示，例如由買賣所生之財產移轉之債務，與代價支付之債務，雖基於行為人之意思表示，至於担保責任，當事人雖未表示其願望之意思，法律要仍發生其效力，然此法定之效力，多為當事人之意思補充，當事人如表示反對之意思，則以從其意思為原則。

(4) 法律行為因法律要件之完成而成立。通常與其成立同時發生效力，然依法律之規定或當事人之意思，法律行為之效力發生期，得後於其成立之時，例如遺囑。

(五) 法律行為之種類

法律行為，得依種種之標準為分類

1. 單獨行為，契約及合同。

A 單獨行為又稱一方行為，依當事人一方之一個意思表示而成立之法律行為，例如遺囑，捐助行為，債務之免除，私生一認領等是。

B 契約又稱雙方的行為，以交換的所為二個以上意思表示之相合為要素之法律行為也，通常依要約及承諾而成立，法國民法惟以發生債權債務關係之雙方行為，為

契約，我民法及德民法，則以與單獨行爲相對之一切雙方行爲，皆爲契約，（法民二〇一條德民一四五條至一五七條）。

C 合同行爲（*Consensus*）謂以有同一內容之平行的意思表示之一致，爲要素之法律行爲也，例如社團法人之設立行爲及決議，其法律效力對於當事人全部有同一意義之點，與契約不同，須二個以上意思表示相結合之點，與合同的單獨行爲不同。

2. 生前行爲，死後行爲。

A 死後行爲謂因當事人之死亡而發生法律效力之法律行爲也。例如遺囑。

B 生前行爲謂非死後行爲一切之法律行爲也。如買例賣贈與貸借。

3. 要式行爲與不要式行爲。

A 要式行爲謂爲法律行爲要素之意思表示，應依一定之方式而爲之者也。

B 不要式行爲謂意思表示之方式，不受限制者我民法採用方式自由之原則，婚姻，遺囑，則爲要式行爲也。

4. 有償行爲無償行爲

以財產之給付爲目的之法律行爲中，有對價者，爲有償行爲，例如買賣，無對價者爲無償行爲，例如贈與。

5. 獨立行爲與附屬行爲。

有獨立內容之行爲，謂之獨立行爲，無獨立之內容而爲他行爲發生效力之條件者，爲附屬行爲或稱補助行爲，例如同意，許可，承認。

6. 主行爲及從行爲

從行爲者其成立以他行爲或他法律關係之成立爲前提之法律行爲也。例如夫婦財產契約以婚姻之成立爲前提，質契約保證契約則以債權或貸借契約之存在爲前提。主行爲謂無此從屬關係，而有獨立存在性質之行爲。

7. 有因行爲與無因行爲。

給付行爲，法律上與其直接原因不可分者，爲有因行爲。反之。爲無因行爲（*Abstrakte geschäfte*）。財產上之給付常有原因，然法律上得將給付與其原因分離，不問爲其原因之法律關係如何，而定法律之效力，蓋保證第三人有此必要也，有因行爲，無如買賣。無因行爲，例如物權行爲，票據行爲。

8. 債權行爲，物權行爲，準物權行爲。

依發生效力之種類而爲分類，則有債權行爲，物權行爲與準物權行爲之別，債權行爲謂發生債權法上效力之法律行爲，物權行爲謂發生物權法上效力之法律行爲，物權法上的效力爲物權之發生，變更或消滅，此行爲多爲契約，稱爲律權契約，與債權契約相對稱，

準物權行為者，謂債權讓與，債務免除，無體財產權之讓與，婚姻收養等雖不以物權關係爲其效力，然直接發生法律效力之後，不復有履行之問題，與物權行為相似，故有準物權行為之稱。

(六)法律行為成立之要件

法律行為之成立，應具備其成立之要件。成立要件者，法律行為之存在上所不可缺之事實也，成立要件與效力發生要件不同，例如停止條件之成就，遺囑人之死亡，爲效力發生要件，而非成立要件。各個之法律行為，各有特殊之成立要件，故法律行為成立之要件，可分爲一般成立要件，與特殊成立要件。特殊成立要件，例如要式行為，以履行一定之方式爲成立要件。一般成立要件，爲當事人標的及意思表示，即當事人須有一般及特別之行為能力，意思表示須與真意相合，關於標的，則須具左列事件。1. 確定，2. 可能，3. 適法（民七一條）4. 社會的妥當（民七二條七四條）。

關於意思表示，容後爲說明。茲僅就標的之確定及可能，適法及社會的妥當，述明之如次

A. 標的之確定 (Bestimmtheit)

法律行為之標的，謂當事人因法律行為所欲使其發生之事項，即法律行為之內容也，

與法律行爲之動機不同。法律行爲之標的，須於成立時已確定，或得爲確定。故無依當事人意思表示全部卽爲確定之必要。其未確定之部份，苟依法律之規定（民二〇〇條二〇八條至二一一條（德民三一五條至三一九條）或依當事人所約定之決定方法或依習慣，或其他之情事，得確定之者，法律行爲爲有效。德國民法第一五七條規定「契約應顧及交易習慣，依誠實信義之原則解釋之一，我民法雖無規定，亦爲應然之事。

B. 標的之可能 (Noyblichkeit)

法律行爲之標的應爲可能；以實現不可能之事項爲標的之法律行爲無效（民二四六條德民三〇六條瑞債二〇條）不能有客觀的不能與主觀的不能之別。此所謂不能者，乃客觀的不能也。然客觀的不能亦非理論上之絕對的不能。苟依社會之觀念，爲不能則已足。但此不能，應爲確定之不能。如一時不能而有爲可能之希望者，非爲不能。使法律行爲無效之不能，須於行爲時爲不能（原始不能），行爲後爲不能者（嗣後不能），爲給付債務之問題，行爲並不因之爲無效。不能因其原因之不同，又有事實上之不能與法律上不能之區別。法律的不能，多因違反強行法規，而法律行爲之內容爲違法，然亦不盡如此。又因法律行爲目的之全部不能成一部不能，而有全部不能或一部不能之別。一部不能是否使法律行爲全部爲無效，或僅一部無效，不能一概而論。除法律另有特別規定者外（民二〇五條

，三八〇條四九條九一二條）應依民法第一一一條所規定之原則決定之。即一部分不能，原則上法律行為全部無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部份仍為有效，例如不具備票據方式之票據可作普通之債券。其他如因所附條件為不能，而法律行為之全部目的為不能時，則法律行為亦為無效。例如約定「以手止長江之流則與以百萬賞金」。

C. 標的之適法

法律行為不得違反強行法或禁止法規。強行法。謂不問當事人之意思如何，必須適用之規定也。非強行規定可分為任意規定與解釋規定。任意規定謂當事人無特別意思表示時則適用法律規定之規定也。例如民法第四條及第五條之規定是。強行規定又可分為強制規定及禁止規定。強制規定者法律命令為一定行為之規定也。例如民法第二七條第一項之規定。禁止規定者法律命令不為一定行為之規定也。然何者為強行規定，何者為非強行規定，我民法尚不能全依條文方式以為決定，應依條文之體裁及法律規定本身之目的。以定之。即凡條文有但書或其類似之文字者為任意條文、例如民法第三七條「但其章程有特別規定或總會另有決議者不在此限」，第六八條「但交易上有特別習慣者從其習慣」，第九九條，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」等字句，然不以此為限，例如民法第六八條第二項規定「主物之處分，及於從物」，雖無但書之規

定，然亦解釋爲任意規定。普通關於社會之秩序，國家之一般利益或直接或間接關於第三人之利害或爲保護一定之人所特設之規定，多爲強行法規。故下列各種，概爲強行法規，（一）關於親權，繼承次序，夫婦制度等之身份關係之規定。（二）關於物權之種類，內容之規定，（三）關於權利能力，行爲能力之規定，（四）土地法上之規定，（五）關於勞動保護之規定。然究竟如何，應具體的爲個別之決定。

法律行爲違反強制或禁止之規定者無效，但其規定，並不以之爲無效者，不在此限。何謂並不以之爲無效，其意義有二。其因法律本身有明文規定其他效力者，其他自法律規定之目的言之，惟對於違反者加以制裁，以防止其行爲。非以之爲無效者。此種規定，稱爲取締的規定，與以否認法律上效力爲目的之規定相對稱，例如民法第五六二條第九八四條爲禁止規定，而違反之效力，依第五六三條第九九一條之規定，爲介入權或撤銷權之發生。第九八五條爲禁止規定，而其效力亦只得撤銷（民九九二條）。所謂法律規定，並不以民法爲限，普通刑法所處罰之行爲，亦此所謂之禁止規定。然對於行爲之方法爲禁止者，其違反不必爲無效，例如詐欺，（刑法三三九條以下）脅迫（刑法三四六條以下）民法九二條）。普通警察上之取締規定，對此行爲之性質，惟於特殊情形，禁止其行爲，故其違反之行爲不必爲無效，例如違警罰法第五條第二款規定「未經官署許可，製造運輸或販賣煙火或其他類似爆發物者，處五日以下拘留或三十元以下罰鍰」，然販賣煙火之買賣契

約，不因之而無效。其第五四條第十一款所定不遵法令經營商業，其營業之行爲，不因之無效。又例如禁止乞丐當街行乞，然對於乞丐之施與，不因之無效。

有疑問者，脫法行爲是否有效，不無問題。脫法行爲者，謂雖不直接違反強行法規，然迴避其規定，而實際上與法律所禁止者發生同一結果之行爲也。其效力如何，則應分別考察。如法律所禁止之結果，不問用何手段皆爲所禁者，其行爲無效。反之惟禁止發生其結果之手段者，則爲有效。

（註一）何者爲解釋條文，何者爲任意條文。二者民法上未以文字截然區別。然前者多用推定字樣。後者多用「如法律另有規定契約另有訂定或另有習慣」，「依其持約」等字樣。

（註二）德民第三四條「違反法律上禁止之法律行爲無效，但依其法律發生其他結果者，不在此限」。同條後段（Wenn sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergibt）有譯爲「但法律另有規定不在此限」，似不甚妥。蓋原文並不以法律有明文規定者爲限，苟自法律之目的觀之，係在他種之效果，並不以之爲無效者，亦包含在內。此點與我民法第七十一條所定者正同。

P. 標的之社會的妥當

（一）法律行爲不得背於公共秩序或善良風俗，此原則起源於羅馬法，傳於法民（法民一一三三條一一三一條），遂爲近代民法一般之原則。所謂違反公序良俗，謂法律行爲之

內容本身，有反於公序良俗。故僅爲法律行爲之目的卽緣由，有反於公序良俗者，不包含在內。例如以殺人之目的，秘於心中，而購入短刀。其動機雖爲不良，而買賣行爲則否。然通常僅爲緣由之事項，如當事人以之爲條件爲內容，而爲意思表示時，亦得爲法律行爲之內容。例如以用於賭博之條件而貸與金錢，或知用於賭博而爲貸與，均爲貸與賭博用之金錢，可視爲法律行爲之內容。公共秩序謂國家社會一般的利益，善良風俗謂現代國民一般的道德的觀念。此二觀紀有時雖不免重複，然亦有違反公共秩序之行爲，而不反於善良風俗者，例如約定不移轉財產，亦有不違反公共秩序，而違反善良風俗者，例如約定婚姻外之通姦。如何行爲違反公序良俗，不能一概而定，依時代之進化，自有不同。然大體有左列之區別。

- (一) 給付之本身爲不當，例如約爲私通。
 - (二) 因爲給付而受拘束，故爲不當，例如約定離婚，不爲營業，不結婚。
 - (三) 因與金錢的利益之連絡，而爲不當，例如官吏行使正當職務，而約受報酬。
 - (四) 因附條件而爲不當，例如以犯罪爲條件，而與以金錢。
- 違反公序良俗，並無須直接違反法律之規定，明文上雖未直接禁止，苟有害於社會之公益或國家道德的觀念，仍爲有此原則之適用。違反公序良俗，爲法律之問題，故得以此爲第三審上訴之理由。

(二)法律行爲不得違反公平原則，(暴利行爲)在羅馬法有所謂非常損失規則，即賣主出賣物品，在通常市價半數以下，得對於買主，請求之賣之解除。依法國民法，不動產之賣主所受代價之損失，超過十二分之七者，得請求撤銷買賣(法民一六七四條一六七五條)。德民瑞士及蘇民，均有關於暴利行爲之規定。我民法第七十四條規定「法律行爲係乘他人之急迫，輕率或無經驗，使其爲財產上之給付，或爲給付之約定，依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲，或減輕其給付」。所謂他人，不以爲給付或爲給付約定相對人爲限。例如利用其近親之急迫，亦包含在內。又使其爲財產上之給付或爲給付之約定，不以對於自己爲限，即使對於第三人爲給付，亦同有適用。所謂顯失公平，應以行爲時之社會一般觀念爲標準。關於暴利行爲之效力，有規定其無效者，例如德民，有規定受害人得於一年內表示不遵守契約，並得請求返還其所給付者，例如瑞士債務法。有規定其無效僅對將來發生效力者，例如蘇俄民法。我民法規定由法院斟酌情形，撤銷法律行爲或減輕給付。此撤銷須經法院之宣示。一經宣示，則其行爲自始無效。又被害人爲此項之聲請，應於法律訂立後一年內爲之。此點與瑞民所定者相同。

D 意思表示

意思表示者，法律行爲與表示人欲望一定私法上效力之心裏表示行爲也。此意思通稱之

爲效力意思，（*Geschäftswillen*），意思表示經過效力意思，表示意思及表示行爲之三階段而成立。

（一）效力意思（亦有稱爲目的意思）

效力意思者，欲引起法律上一定效力之欲望也。效力意思雖多直接以引起法律上效力爲目的，然此種意思，有時惟可暗默的推測之者。效力意思實際必有一定動機而生。動機之如何，直接無關於意思表示之成立。唯動機含有錯誤或非自由決定（詐欺恐嚇），效力意思可謂有瑕疵。有瑕疵之意思表示，不得成立完全有效之法律行爲。故意思表示第一要素在於爲無重大瑕疵之效力意思也。

（二）表示意思（*Ansehungswillen*）

意思表示之第二段之要素，即欲表示效力意思之意思也，謂之表示意思。此表示意思之實行，即爲表示行爲。表示意思，與使表示行爲所以爲行爲之行爲意思不同，行爲意思之外，尙要有表示意思。例如舉手之動作爲行爲，須有行爲意思。然以之爲同意之表示，更須表示意思是也。即表示意思，爲效力意思與表示行爲間之連鎖。雖一方有效力意思，他方有適於表示之行爲，若其間缺有連絡之意思（表示意思），不得謂之意思表示。例如某

市場向以舉手爲買賣契約之標誌，今有某甲不知此慣例，而於市場舉手招其友人，則舉手之舉動，不得謂之意思表示。

(三)表示行爲 (Erklärungshandlung)

意思表示之第三段之要素，爲表示行爲。表示行爲云者，使效力意思得由外部認識之身體動靜也。主觀的非基於表示意思，依行爲意思而爲行爲不可。客觀的非爲適於表示當該效力意思之行爲，即非爲所謂有表示力之行爲不可。不行爲，就中如沈默，亦得爲表示行爲與否。以其是否具備此主觀與客觀之要件而定（民一六一條）所謂沈默視爲承諾之法律格言，非可濫用也（民八〇條，一七〇條，二五七條）。然表示行爲非必直接表示效果意思。苟間接的可推知之，即可。

(四)意思主義與表示主義，

效力意思表出之時，意思與表示完全一致，爲意思表示之理想。然實際上不能盡如此。故於此時，因注重於表示人之意思，或其表示，而有意意思主義與表示主義之殊。日民以意思主義爲原則，濟以表示主義。民法與德民較之日民，稍偏於表示主義，（民九一條德民一二二條）。可謂爲折衷主義。蓋注重意思主義，傾於個人主義之法律。然民法以社會

生活之規範，不能不顧交易上之安全，而應以表示主義爲原則也。關於效力意思與表示行爲之連鎖之表示意思，謂爲其有此意思，是否須以意思表示之目的而爲其行爲。抑以自覺其行爲有表示力（即可被認爲意思表示）爲已足。以前者爲必要者，爲目的主義。以後者爲已足者，爲觀念主義。而此觀念之有無，似宜客觀的判斷之也。

（五）意思表示之種類

1. 要相對人之意思表示與不要相對人之意思表示，

要相對人之意思表示者，對於特定人須有表示力之意思表示也。不要相對人之意思表示者，只須一般表示力之意思表示也。此區別與雙方行爲及單方行爲之區別不同。任構成雙方行爲之意思表示，必須有相對人。然爲單獨行爲內容之意思表示，不必皆無相對人，例如捐助行爲（民六〇條，懸賞廣告）（民一六四條）遺囑（民一一八九條等，不須有相對人。而允許（民七七條），承認（民一七〇條），撤銷（民一一六條），選擇（民二〇九條），抵銷（民三三五條），免除（民三四三條）等，則須有相對人。

2. 要式之意思表示與不要式之意思表示，

要式之表示云者，非依法律所定之方式，不認其爲有意思表示之表示力之謂也（民七三條）。否則謂之不要式之意思表示，法律所定之方式有種種。有時使其必使用文字者（

民三條)。有時使其於證人之前或於公證人之前爲意思表示者(民一一九一條)。而指示證券之讓與，非依背書之方式不可(民七一六項)。其例之最著者也。

3. 明示之意思表示與默示之意思表示 (Ausspröchliche und stillschweigende willerklärungen)

關於明示與默示之區別，議論不一。然大別之，可爲主觀與客觀兩說。

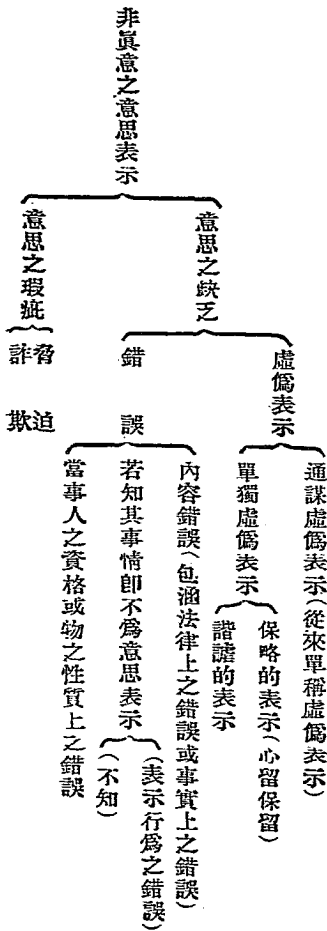
A 主觀說，主觀說者，基於表示人意思之區別也。表示人爲表示該意思而爲表示行爲之時，爲明示之意思表示。表示人表示他意思而欲使人推測其意思之時，爲默示之意思表示。

B 客觀說，客觀說者基於表示人之表示方法，而爲區別也。有謂爲依言語或文字以表示者，爲明示，否則爲默示。有謂以本來表示一定意思之適當手段爲表示者，爲明示。否則爲默示，以此說爲當。然明示默示不外爲表示力強弱之相對的區別。一旦被認爲表示行爲，則法律上效力，除法律特有規定外(民二七二條)無何差別(民一五三條四八五條)。

3. 非真意之表示

爲使意思表示有效成立，理論上意思應與表示一致。已如前述。然實際上不一致之時亦不少。所謂意思與表示不一致者，爲效力意思所表示者，與心裏之效力意思互異，或心

裏的效力意思全無之時也。普通謂之意思之缺乏 (Fehler des Willens) 與意思之瑕疵 (Willenmangel) 對稱。意思之瑕疵者，意思表示非出於自由發動者也 (民九二條民九三條)。意思之缺乏 (民八六條至九〇條) 有因表意人之不知其意思與表示不一致者，有知其不一致故為非真意表示者，前者為表示錯誤。後者為虛偽表示。虛偽表示又有二種。即相對人通謀與否之區別也。從來學者稱相對人與謀之非真意表示，為虛偽表示 (Scheinerklärung oder simulierte Erklärung)。惟表示人知情者，為心裏保留 (Mentale Reservation)。然因此名稱，兩者之關係不甚明白。不如謂前者為通謀虛偽表示。後者為單獨虛偽表示。單獨虛偽表示又可因表意人惟保留不欲表示之意，或預期他人可認其表示為非真實者、而有保留的表示與諧謔的表示之別。茲表示之如下。



關於意思之缺乏。特須說明者爲錯誤。錯誤者對象與認識卽事實與觀念之不一致也。意思表示基於錯誤而爲之者不必常致意思與表示之不一致。卽錯誤存於爲意思表示之動機者，效力意思表示之間通常無不一致之事。例如雖誤以鉛筆失去而買鉛筆，亦必爲欲買而買之者，故於此時理論上，不發生意思表示有效與否之問題。蓋若以動機錯誤之理由使意思表示得撤銷或爲無效，則甚有害於交易上之安全也。故意思表示之效力爲問題者爲依錯誤而致意思與表示不一致之時也。與錯誤不可不區別者爲不合意 (*Dissens Misverständnis*) 是也。不合意卽當事人雙方之意思表示不相符合之時而言。然其各自意思與表示之間固無不一致。非此所謂錯誤也。例如甲云「與我以此物」乙云借之。對於甲店之定貨單誤送於乙店，乙店應之。或某店供給其顧客以他種貨物異於其所定者。此等皆爲當事人之不合意。其法律行爲不成立。錯誤有種種，概舉之如次。

(一)錯誤存於表示之內容 (*Irrtum aen Erklärungsinhalt*)。表示人表示其所欲之表示惟誤認其表示之內容也。例如誤解百佛朗與百元相等而記百佛朗爲百元。誤解地上權與租賃權爲同等之權利，應言租賃權之時而言地上權。甲欲贈乙一百元以其錢貸所貯者只有百元（其實有兩百元）而謂之曰贈汝此袋。意思表示之內容錯誤因各種法律行爲而異。然就一般重要者舉之，則有如左列：

一、關於法律行爲性質之錯誤例如誤借金爲貸金而承諾之。

二、關於當事人本人自身之錯誤例如誤乙爲甲而以物贈與之。

三、關於標的物同一性之錯誤例如誤以爲漢英字典而買英漢字典。

四、關於標的物價格數量之錯誤。

(二)錯誤存於表示行爲 (Irrtumwn der Erklarungshandlung)，表示人誤表示非其所款者即知表示方法之意義而誤用之也。例如欲寫百佛朗而誤寫爲百元。欲言賃借權而誤言地上權。簽名於某文書錯以爲他之文書乃其所欲簽者。民法第八十八條所定「表意人若知其事情即不爲意思表示者」蓋主指此而言也。民法第八十九條所定錯誤存於傳達人或傳達機關之誤傳者，亦屬於表示行爲上之錯誤。

(三)錯誤存於當事人之資格或物之性質 (Eiror in Sios' antia)。當事人之資格及物之性質公認爲重要者於其錯誤與表示內容之錯誤同其效力。自概念觀之，此時並無意思與表示之不一致惟有動機之錯誤。然自經濟上之立場觀之，此等之錯誤，等於誤認物或人之同一性也。例如信以爲純金之戒指而購之。雖其欲買該戒指之意思與表示爲一致。然自經濟上觀之則表示人所欲者與其表示不一致。所謂物之性質者，不獨其自然之性質，如其用途或價值有變動者其事實上或法律上之關係亦此所謂物之性質也。物之重要性質云者依交易上之觀察有可以影響於其全體之用途或性質之謂也。例如字書之爲真跡或爲摹寫，古時物或爲現代品，出於某名

人之手與否，如以相當代價作爲美術品買賣之，但物爲之重要性質。但若以廉價在舊貨鋪購得之者則非爲物之重要性也。所謂當事人之資格者謂其身體上及精神上之性狀以及其事實上或法律上之關係。當事人之重要資格云者，於該法律之關係當事人之資格特可重視者也。例如甲誤以爲乙有資力因以物賒借之。無資力即爲當事人之重要性質也。丁曾偽造紙幣而被處罰，丙不知而與之爲長期之不動產租賃契約。此無信用力即爲當事人之重要資格也。

(四)法律之錯誤與事實之錯誤，日本舊時產法(三一一條)曾將錯誤分爲事實之錯誤與法律之錯誤。然此區別並無實益，故民法未爲此區別。可稱適當。原來法律本身亦爲事實之一種而法律之不知不爲辯解之法律格言，亦非常可適用。故法律之錯誤苟爲意思表示之內容時則與其他事實之錯誤並無區別之理由也。例如誤以連帶責任爲保證責任而書連帶則爲表示內容之錯誤可爲撤銷之原因。反之若信實之無瑕疵担任之責任則否。

(五)錯誤與不知、不知謂正當認識之不存在。而錯誤則不特無正當認識而且有積極的謬誤之認識。二者觀念上雖有不同，然全無正當認識之不知，如表示人知其情事即不爲表示者，其效力與錯誤同(德最高法院判決集六二。二〇五)。但表意人對內容之不知有認識而爲意思表示，例如某甲雖明知不識某文書之內容而仍爲署

名，則不得撤銷。

G 條件及期限

1. 條件

條件者 (Condition bedingung) 構成法律行為之意思表示之一部，使其法律行為效力之發生或消滅，繫於將來未確定事實之發生與否也。應於條件之性質，應注意左列各點。

一、條件為構成法律行為之意思表示之一部，非自其法律行為之外部限制其效力之別個的意思表示。學者有稱條件與期限為法律行為之附款 (Recombestimmung)，易於引起誤會，不如避之，蓋自重要之程度觀之，條件不必盡為附隨的。即條件雖非抽象的變更法律行為，然具體的實為左右個法律行為運命之法律行為之重要部分。

二、條件為意思表示之一部，由表意人任意的使之包含於法律行為中，故法定條件即法律所規定法律行為為效力發生或消滅之要件，非此所謂條件。例如社團法人之設立，應得主管官署之許可，遺贈效力之發生，須遺贈人先於受遺贈人而死亡，乃法律條件也。

三、法律行為之成立，非依條件為不確定，法律行為者定的成立。惟其效力（限制其發生或消滅）不確定。即當事人之效力意思非不確定，而使其法律行為之效力為不確定之效力意思，已確定的表示也。

四、含有條件之法律行為之效力，依未確定之事實將來發生與否而定。此點與後述之

期限不同。所謂不確定之事實者，其事實將來發生與否，於意思表示時非吾人知識經驗之可得確知之謂也。例如明日降雨，純客觀的雖爲確定之事實，然依現在之天氣預報，尙不能確知。故「明日降雨」得爲條件，又僅時期不確定而其發生爲確定之事實，雖爲不確定期限，不得爲條件。例如云「你如死」爲期限。「你如比我先死」則爲條件，關於條件之種類，有如左列。

一、停止條件與解除條件，此爲依於條件效力之區別，爲法律所規定惟一之區別。停止條件者左右法律行爲效力發生條件也。解除條件者左右法律行爲效力消滅之條件也。在前者條件成就時，法律行爲始發生效力，後者法律行爲先發生效力，條件成就時失其效力。

二、積極的條件消滅的條件，此爲因條件內容之事實爲積極的，或消極的而爲之區別。前者要求一定之變動，即發生其變動時條件成就，後者要求一定變動之不發生，即其事實之不發生確定時，條件成就。

條件之成就及其成就之效力，條件之成就云者，條件內容之事實已成立之謂也。在積極的條件，爲其內容之變動發生。在消極條件，爲變動之不發生已確定。條件之不成就者，謂條件之不成就已確定。條件成就時，附停止條件之法律行爲發生效力。附解除條件之法律行爲，失其效力。此爲條件性質上當然之事。惟其效力自何時發生或消滅，及其效力

爲物權抑爲債權的之二點，有研究之必要。關於第一點，條件成就之效力是否得不於條件成就時發生效力，而溯及既往。立法例不一致，有以溯及爲原則者，如法民是（法民一七九條）。有以不溯及爲原則者，如德民日民瑞民是（德民一五九條瑞民一五四條），我民法規定，蓋從德瑞之例，然依當事人之特約不獨得溯及既往，亦得使之於條件成就後發生效力。是稍有不同也，不溯及既往之結果。例示之如下：（一）在附停止條件之債權行爲，條件成就前尚未發生債權，故附停止條件債務之清償，爲非債清償。（二）在附停止條件物權之移轉行爲，其條件成就時始發生物權移轉之效力。（三）附解除條件之物權移轉行爲，於條件成就前留於受護人之手。故如有孳息，應屬於受護人。不溯及效力之原則，係基於當事人之意思。故當事人表示反對之意思，則從其意思。關於溯及效力之意思表示，發生如何效力，頗有爭議。德國民法規定惟於當事人間發生效力（德民一五九條），我民法無此限制，附溯及效力之附條件法律行爲，應解爲依當事人之所欲發生法律上之效力。或以爲如此有害第三人利益之虞。然第三人之利益，依民法第七五八條，第七六一條，第八〇一條，第八八六條之規定，已受適當之保護不足爲慮。至於溯及效力果得溯至何時，法律上雖無限制。其不得溯至法律行爲成立之前，則爲甚明。又溯及效力之意思表示，爲附條件法律行爲之一部，故應與此行爲同時成立。於法律行爲成立後所爲之別個意思表示，惟於當事人間發生效力。關於第二點，條件成就之效力，是否爲物權的，則應爲肯

定。即不惟於當事人間發生效力，無論對於何人之關係，皆發生效力。例如附解除條件之所有權移轉行為，如條件或成就時所有權當然復歸於原權利人，非所有權仍存於受護人，而原權利人惟有債權請求權也。然條件成就之結查，亦非常發生物權移轉之效力，於附條件之債權行為，條件成就時；惟有債權債務之成立。

近世之法律，一般關於法律行為皆許附以條件。在羅馬法當初因期法因關係之簡易明確，不許法律行為之成立與效力之發生異其時期。然嗣因實際上之必要，漸許可之。我民法雖無明文規定，以條件之許可為原則。殆無疑義，條件之許可雖為一般之原則，然法律行為亦有不許附條件者，謂之不容許條件之法律行為。有左列二種

一、公益上之不許可，法律行為如附條件，則直接違反公序良俗或不適於其制度之目的。例如婚姻、收養、離婚、終止收養關係，繼承之承認及拋棄，非婚生子女之認領，婚生子女之否認，票據行為等是。

二、私益上之不許可，單獨行為如附條件，則不當的損害相對人之利益是也，例如抵銷（民三三五條）日民五〇六條德民三八八條）法律行為之撤銷（民八八條）承認（民七九條），契約之解除（民二五八條），買回（民三七九條），選擇之債之選擇（民二〇九條）等是，然此種行為，不得附以條件者，為保護相對人，如相對人於附條件為同意，或條件之實行為相對人之隨意者，應解為得附以條件，例

如云『汝若二日以內不來謝罪，則以欺詐爲理由撤銷意思表示』，又單獨行爲例如債務之免除，對於相對人惟與以法律上之利益，亦得附條件。

此外有足注意者，爲假裝條件。假裝條件者惟具有條件之外觀，而未具有條件之實質之條件也。外國民法有就假裝條件爲規定者，我民法無之，解釋上應相同，假裝條件之效力如何，該分述之如次。

一、既定條件，既定條件者，成就或不成就於法律行爲時已確定之條件也。依前述之標準，實非條件。其效力如何：日本民法設有規定。即（一）如爲積極條件，其爲停止條件者，法律行爲爲無條件。其爲解除條件者，法律行爲爲無效。（二）如爲消極的條件，其爲停止條件者，法律行爲爲無效。

其爲解着條件者、爲無條件（日民一三一條一項）。我民法雖無規定解釋上應相同。

二、不法條件。不法條件者，謂因以之爲條件，其法律行爲全體爲違法不當之條件也。其效力如何，日本民法及暹羅民法皆明定其無效（日民一三二條一項瑞民一五七條法民一一七二條暹民二〇五條）。我民法無之。解釋上應相同。蓋法律行爲附有不法條件者，自應適用民法第七一條或第七二條之規定，當然爲無效也。

三、不能條件。不能條件者，其成就事實上或法律上不能之條件也。其效力如何。依

日民及法民之規定，停止條件爲不能者，其法律行爲無效。解除條件不能者，其法律行爲爲無條件（日民一三三條民一七三條）。我民法雖無規定，解釋上應相同。

四、法定條件。法定條件者，依法律行爲之性質或關於法律行爲之規定，當然爲法律行爲之效力發生消滅之條件也。其非真條件已如前述。

五、必至條件。必至條件者，以必發生或必不發生之事實爲條件也。例如云『甲死』、『晦日月出』，其非真條件已如前述。如以必至條件爲停止條件時，其法律行爲爲無條件。如以之爲解除條件時，其法律行爲爲無效。

六、矛盾條件，矛盾條件者，與法律行爲之主要內寄相矛盾之條件也。如就他人物之買賣云『所有者不同意，則將此物讓與君』附有此種條件，不能認爲有法律行爲之效力意思，故其法律行爲爲無效。

2. 期限

期限（*Diez, terme, hefristung*）者構成法律行爲之意思表示之一部，使其法律行爲之效力發生或消滅繫於將來確定事實之發生也。例如云『來年一月一日轉讓其馬』。或云『年末上京之時支付代價』。或以終身爲期限，設定地上權等是，其性質如此。

一、期限與條件同爲爲意思表示之一部。故有如法定條件非爲真條件，而法定期限（民

三八零條四四九條九一二條）及法院所定期限，亦非所謂期限。

二、期限在限制法律行為效力之發生或消滅，即對於法律行為效力之限制。然就始期言之，關於此點立法上及學說不能一致。有以期限不停止法律行為效力之發生，惟停止其履行者。即所謂附期日之法律行為（*Bestimmte Geschehnisse*）是也。例如「法民日民」（法民一一八五條日民一三五條）。有以期限為停止法律行為效力之發生者，即所謂附期限法律行為（*Bestimmte Geschehnisse*）是也。例如德民（德民一六三條）。有依法律行為之種類為區別，對於債權附期限者，惟有停止履行之效力。對於物權或準物權的行為附期限者，有停止效力發生之效力。主張是說者例如 *Haimbach* 亦有以為應依表意人之意思如何，而決定其效力者。即對於債權行為依當事人之意思，得使停止其履行或效力之發生。對於債權以外行為，性質上應解為停止效力之發生。主張是說者，例如中島玉吉（中島民法釋七二五頁）我民從德民之例，明定「附始期之法律行為於期限屆至時發生效力」。其為停止效力之發生，殆無疑義。

三、期限以將來確定發生之事實為內容。此點與條件不同。例如云「明日如降雨」為條件。若僅云「如降雨」則為期限。又以時日表示者，不必盡為期限。例如云「死亡之時」為期限。若云「結婚之時」期一般應解為條件。

關於期限之種類有如左列

一、始期及終期。始期者於其屆至以前停止法律行為效力發生之期限者。例如甲對於乙約定至某年某日讓與其房屋所有權終期者，因其屆滿消滅法律行為效力之期限也。例如設定至某年某月某日之地上權。

二、確定期限及不確定期限。確定期限者期限之時期，自始即確定之期限也。例如明年某月某日，或自本日起何日之後，又歷日當事人雖不確知而得確知者，亦為確定期限。例如「明年某節期」不確定期限者。事實之發生雖確定而其時期不確定之期限也。例如「甲死之日」。不可不注意者，時期雖確定而其屆至不確定，或時期及屆至其不確定者，則非期限。例如云「汝達於成年之時」。其成年時期雖確定，然達於成年之時是否尙生存，為不確定。若云「汝於結婚之時」則時期與到來俱不確定。

三、不能期限。不能期限者，以甚遠將來之時期為期限也。例如云「百萬年後為清償」。此非期限之性質上不能，然法律以人之生活為標準，在交易觀念上為不可能。故如以此期限為始期者，其法律行為為無效。以之為終期者，為無期限。

d. 代理

關於代理首應述明者，為代理之意義。代理 *Sellvertretung* 者，為他人對於第三人自

已爲意思表示，或爲他人由第三人自己受領意思表示，因之直接便行爲效力歸屬於該他人之行爲也。其他人謂之本人。爲代理行爲之人謂之代理人。第三人即代理人之相對人也。然此時有（1）本人對代理人，（2）代理人對相對人，（3）相對人對本人之三面關係。普通謂代理關係，係指其中之一者而言。然指其中之何者而言，則不一致。要以此三面關係之全部爲代理關係，較爲妥當。代理之意義，應依民法之規定，爲證明。茲先就與代理相似而實不同之法律關係，比較述明之如次。

一、代理人與使者不同。使者轉達他人之意思表示。代理人自爲意思表示。故在使者，意思能力之有無、錯誤、詐欺、善意惡意等之問題，應就本人決之。而在代理，則心裏保留，虛僞表示、錯誤詐欺、脅迫及善意惡意等之問題，應就代理人意思決之。

二、間接代理非代理。間接代理亦爲爲他人之行爲。然以自己之名義而且對於行爲人自身發生效力，更移轉於他人。行紀（民五七六條）其適例也。

三、爲第三人之契約（民二四二條）亦非代理。在爲第三人之契約關係以自己之名義所爲之行爲，於當事人間發生債權關係。第三人惟基於債權關係，取得請求權。

四、代位訴權（民二四二條）亦非代理。債權人行使債務人之權利，乃爲自己之利益，應以自己之名義爲之者。

五、質權人得拍賣質物（民八九三條）抵押權人得請求抵押之拍賣（民八七三條），然爲行使自己之權利，非爲代理。

六、保證人清償債務，則債務人免除債務。然此爲保證人本身債務之履行，非爲代理。

七、依民法第一〇〇三條夫妻在日常家務互爲代理人。然夫或妻不必以妻或夫之名義爲家事實上之法律行爲。卽以非必爲代理人者，視爲代理人，遺囑執行人（民一二一五條）尤其如是。

其次應說明者，爲代理之性質。代理爲代理人之行爲，對然本人發生效力。行爲人與效力之歸屬者，不必一致。然其對於本人發生效力之理由，有謂法律以代理人之行爲擬制爲本人之行爲，謂之本人行爲說。例如 *Savigny* 主張之。然此則使代理人與使者之區別不明。視代理人爲本人之手足，而且人人行爲之結果，必歸屬於行爲人之本身，已爲民法之舊思想，與現代之需要已不適應。有謂爲本人與代理人之共同行爲者，謂之共同行爲說。例如 *Dernburg* 主張之。然委任代理或指示代理行爲之本人行爲，與代理人之代理行爲，不可不爲區別。而且本人行爲說及共同爲說皆不能說明法定代理。故近時學者以行爲人爲代理人。其代理人行爲之法律效果因代理制度之作用直接歸屬於本人，謂之代理人行爲說。亦稱代表說。德民法及我民法，皆採此主義。

民法所謂代理，為法律行為之代理。即限於構成為法律行為之意思表示，故代為事實行為，不得為之代理。故代理占有，非代理。蓋占有非意思表示，而且直接占有與間接占有之間，不必有本人與代理人之關係，而其關係亦惟限於兩者，不發生對人之問題。代理與代表，二者普通互相混用，然正確的言之，代理為代理人之行爲，惟其效果歸屬於本人，在代表則代表人之行爲視為本人之行爲。故前者惟就法律行為或準法律行為行之。而後者則就法律行為以外之事實行為，亦得為之。故法人之機關之行爲，非代理乃代表。如此代理惟限於法律行為，原則對者一切法律行為皆得代理。然不例外。即有為本人之利益，法律規定禁止代理者（民法一〇六條）。他如婚姻、收養、非婚生子女之認領、遺囑等之親屬法及繼承法上之行爲，其意思表示之性質上有本人自己決定意思之必要者，不許代理。代理之種類如左：

一、直接代理與間接代理

直接代理者代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示或所受之意思表示，直接對於本人發生效力之代理也。民法所謂代理，以直接代理為限。間接代理例如行紀為他人以自已之名義，為法律行為，而以其效果移轉於他人。惟其法律行為係為他人之計算之點，稍與代理類似。

二、能動的代理與被動的代理

能動的代理者，爲意思表示之代理也。被動代理者，受領意思表示之代理也。前者如民法第一〇三條第一項所規定者是。後者如民法同條第二項所規定者是。

三、任意代理與法定代理

任意代理亦稱意定代理，其代理權基於本人之意思表示而生之代理。此以外之代理，謂之法定代理。法定代理有因對於本人之地位，當然爲代理人者，例如未成年人之父母。有因本人以外之私人指定或選定者，例如指定監護人（民一〇九三條）選定監護人（民一〇九四條）選定遺產管理人（民一一七七條）。

四、有權代理與無權代理

此因代理權之有無所爲之區別。無代理權所爲之代理行爲亦多發生一定之法律效果。故法律尙與以代理之名（民一七〇條）。不可不注意者，無權利人就他人標的物所爲之處分（民法一一八條）係以自己之名義與無權代理係以他人名義而爲之者，顯然有別。

五、一般代理與特別代理

一般代理，代理權之範圍無特定限制之代理也，特別代理者，代理權之範圍有特定限制之代理也。

e. 無效及撤銷

無效 *Void nul nichtig* 者，意思表示乃至法律行爲，法律上當然且確定的不發生其效

力之謂也，所謂不發生效力，乃指爲意思表示乃至法律行爲依法律原應發生之效力而言，至於此外之效力，則不妨發生，例如發生侵權行爲或不當得利之效力，無係係當然且確定的不發生效力，故不因當事人之行爲或時間之經過，而成爲有效，此點與得撤銷之行爲有別，蓋得撤銷之行爲，於未撤銷前，應有效，心須特定人之主張，始爲無效，而無效之行爲，則當然爲無效，然爲裁判上確定其無效，亦不妨提起消極的確認之訴，例如婚姻無效之訴，得撤銷之行爲，如撤銷權人拋棄其撤銷權，或其撤銷權因除訴期間之經過而消滅，則不得撤銷，而無效行爲，則無何等之變化，確定的無效，至於未經承認前之限制行爲能爲力人所訂立之契約，或無權代理人之行爲，其行爲因有欠缺，未發生效力有如國際條約尙未經批准，其有效無效尙未確定，可稱之爲效力之不發生，或未決之無效，非此所謂之無效也，又民法第五六條及第六四條所定之請求，法院宣告無效，名雖爲無效，實質上與得撤銷之行爲，並無大異，無效以絕對爲原則，即無論何人皆得主張之，例如甲因無效行爲轉讓其財產與乙，甲之債權人得證明其無效，而對其財產爲強制執行，然法律亦有時限制其範圍者，謂之相對的無效，例如第八七條規定，不得以其無效對抗善意第三人，得撤銷之行爲經撤銷後，亦原則上絕對爲無效，與無效行爲並無不同，然法律亦有 限制其範圍（民九二條），其次應注意者，爲法律行爲之無效與不成立之區別，無效行爲，謂法律事實已完成而不發生效力之行爲，即其法律事實已具備必要之積極條件，而爲完全效力之發

生，存有不可具之消極的條件，以阻礙其效力之發生，法律行爲之不成立，指欠缺積極條件，而其法律事實尙未完成者而言，例如惟有要約而無承認，則該契約不成立，反之標的違法之契約爲無效。不成立爲不發生完全之效力。然亦非常爲無效。就中一法律行爲由多數之意思表示而成立者，按其之行完成之程度，而發生效力者，亦不鮮。例如契約之要約於承諾前，契約雖不成立，然發生要約之效力。

撤銷在民法上有種種之意義，有指法行爲之撤銷者（民七四條，八八條，八九條，九二條，二四四條，四〇八條，四一六〇一項，四一七條，九八九條至九九七條，一二一九條）。有指定行爲以外之撤銷者（民一四條二項，三四條）。法律行爲之撤銷，又有以意思欠缺或有法律瑕疵爲原因與否者。以意思之欠缺或有瑕疵爲原因者，例如第八八條第八九條第九二條第九六條第九九七條。以當事人能力之不完全爲原因者，例如第九九〇條。基於其他原因者，例如第二四四條第四一六條一項第四一七條第九八九條第九九五條，第一二一九條。民法第一百十四條所稱之撤銷，以法律行爲之撤銷爲限，有謂此撤銷原因，應以基於意思之欠缺或有瑕疵者爲限。此在日本民法第一二〇條明定撤銷權人爲無能力人或爲瑕疵之意思表示人，故有爲此解釋之必要。然在我民法，則關於法律行爲之撤銷，苟其效力或方式，無特別規定，（例如效力不溯及或應向法院聲請撤銷），皆可適用總則之規定。蓋基於意思之欠缺或有瑕疵所爲之撤銷，亦不能謂皆可適用民法總則之規定。

例如依第九九六條第九九七條結婚撤銷之效力，不能溯及既往（民九八條），而此種之撤銷又應向法院聲請，不能僅致意思表示向相對人爲之也。（民二六條）撤銷與無效不同，已如前述。約言之，即惟因有撤銷權人消滅其效力之主張，而爲無效。於未撤銷前，其行爲一應作爲有效。有撤銷權人承認其法律行爲或撤銷權消滅者，其行爲則確定的爲有效。

撤銷權（Anfechtungsrecht）者，得依爲銷撤權人之意思表示消滅法律行爲效力之權利也。屬於可能權（Komrecht）或形成權（Gestaltungsrecht）之一種。然撤銷權爲促權利。故不得與得因撤銷法律行爲所生之權利分離而爲讓與。如某權利關係消滅，則亦因而消滅。撤銷權惟得由撤銷權人行使之。何人爲有撤銷人，或民法未設一般之規定，於各條分別定之。例如第七四條爲利害關係人。第八八條第八九條及第九二條爲○意人。第二四四條爲債權人。第九九○條爲法定代理人。有撤銷權人行使撤銷權，不限於本人。不妨由其任意代理人或法定代理人爲之。蓋撤銷亦爲法律行爲，並無不應許代理之性質也。又撤銷權除依該法律行爲所生之關係，應爲專屬權者外，得由其承繼人爲之。

承認，包括得撤銷法律行爲之承認，及行爲須得第三人之同意始生效力時，其第三人所爲之承認（民一七九條，一八條，一八五條，一七條）。在德民法，關於得撤銷法律行爲之承認，稱爲追認，（Bestätigung）（德民一四四條日民一二二條），第三人所爲之

承認，稱爲事後同意（*Camehmi gung*）（德氏一八四條），省別爲規定。我民法未爲此區別。法律行爲之承認云者，有承認權人使效力不確定之法律行爲，確定的發生效力之意思表示也。何人有承認權，應就各條決之。卽限制行爲能力人所訂立之契約，應由法定代理人，或限制原因消滅後，由本人爲之。無權代理人所爲之代理行爲，須由其本人或其繼承人爲之，得撤銷之法律行爲，應由有撤銷權人爲之。

有謂得撤銷行爲之承認，與第三人之承認，性質上根本不同。假定以十爲法律行爲之完全效力，在須得第三人同意之法律行爲，尙缺其一附加其一是爲承認。得撤銷之行爲，其效力爲十減一。取去其減一，是爲承認。卽前者爲 $(9+(1)-10$ ，後者爲 $10-1-(1)$ 。[[10理論上雖爲正當，但在適用上，則無區別之實益。

f 期日及期間

期日 *Termin* 謂不可分或視爲不可分之時之一點。例如云某日正午十二時，爲不可分之時之一點。又例如云某月某日，以其日之全部爲期日，故包含一定之時之長度。然吾人以之爲不可分之時，則爲期日。期間（*Zeit*）者期日與期日之間之義也。故必有一定之長度。其開始謂之起算點。其終了謂之滿期。自起算之時至滿了之時，謂之時之經過。關於期之計算法，有二三義。一曰自然的計算法（*Natürlicheinputagio*）。一日之長爲二十四小時。一星期爲七日。一個月爲三十日。一年者三百六十五日。故依此計算，日，星期，

月，年，所包含之時之長度，常同爲一。甚爲精密。例如云自某日午後二時起一日，則指至翌日午後二時之滿二十四小時。又如云某日午後五時起二個月，則自同日起至第六十日之同時刻屆滿，不問月之大小，單以六十計算。以年定者，不問平閏之殊，單以三百六十五日計算。他日歷法的計算法（*Eniputatio Civis*）我國舊用陰歷，今改用陽歷。依歷計算，新稱一日非二十四小時之義乃自午前零時起至翌日午後十二時止之二十四小時。所稱一月非三十日之集合，乃指一年分爲大小十二個月之一而言。有三十日者，有三十一日者，有二十八日者，在閏年有二十九日者。所稱星期亦非二十四小時之化倍。乃指星期日起至星期六之七日而言。例如一月一日起三個月，則包含一月之三十一日二月之二十八日及三月之三十一日而言。民法依歷法計算法爲原則。而依自然的計算法（關於年齡之計算）（司法院定有年齡換算表，可由陰歷表，可由陽歷年歲檢出足數之爲歷年歲）爲例外。

七、消滅時效

時效者，以一定之時間一定事實狀態之繼續，爲成立要素之法律要件也。時效因時之經過而成立。故不以時之經過爲要素之法律要件，不得謂爲時效。例如即時取得。爲時效要素之時之長短依法律之規定。不得以當事之意思表示延長或減短之。僅依時之經過不能成時效。須其時間內，有一定事實狀態之繼續（例如占有，準占有，權利不行使）。此事實狀態與時之經過相結合，其爲權利取得之原因者，謂之取得時效。其爲請求權消滅爲消

滅之原因者，爲消滅時效。總稱之爲時效。

關於時效，有於民法總則中先規定一般通則，而後就取得時效與消滅時效各爲特別規定者，例如日本民法。我民法則以取得時效規定於物權編所有權通則中，（民七六八條以下）而僅以消滅時效規定於總則中，係從德民之例也。蓋日本民法以時效爲權利直接得喪之原因，而在我國民民法雖以取得時效爲權利取得之原因，而消滅時效則僅生權利的請求權消滅之結果。則權利之本身並未消滅。二者性質既不相同，自以分別規定爲宜。關於時效期間之計算，中斷及不完成，我民法祇於總則中就消滅時效設有規定。對於取得時效，是否亦應準用，雖未如瑞士民法設有準用之明文，（瑞民六六三條七二八條）或如德民於物權編另爲文明之規定，（德民九三九條至九四四條），又或如日民設時效之通則（日民一四四條至一六一條）。解釋上應爲肯定。

時效制度存在之理由，在於尊重，已久繼續之事實狀態。一般真正權利，得基於其權利，推翻現存之事實關係，回復以前之權利關係。然此事實關係已久存在，社會皆信其爲真，則維持其關係，反可以保持社會之安全。此爲時效制度存在之第一理由。其次爲證據材料久已湮沒，舉證甚爲困難。例如我之土地如何證明爲我之所有，登記同爲證明之一法。然在昔時尚無登記制度，焉得溯及乃祖乃宗，一一證明其合法取得。又焉能證明代代合法繼承之事實。又如持有其祖先之借據，問吾索債者，吾又焉能證明其已爲清償乎。故不

如對於久已爲所有人之事實，或久未被指爲債務人而索借之事實，認爲合於正當之法律關係。便自他方面觀之，此時雖或有正當之所有權人或有正當債權之存在，然久不行使。正所謂「眠於權利之上者」，卽不予以法律之保護，亦非過當。此爲時效制度存在之第二理由。以上二種理由，就各種之時效言之，則程度上有強弱之殊。在取得時效則第一理由較強，而在消滅時效尤其債權之短期消滅時效，則第二理由較強。我民法將二種時效分編規定，此亦爲重要之理由也。

此外應注意者，時效與除斥期間不同。除斥期間 (Ausschlussfrist) 亦稱預定期間 (Deloi Prelix) 謂其期間之經過，當然使其權利消滅之期間。關於時之經過之一點，二者並無不同。然其性質及效力則大有別。

除斥期間之經過，法律上當然發生權利消滅之效力。多關於無請求權之權利。例如撤銷權。而且法院應依職權適用之。至於時效，其在取得時效，雖亦當然發生取得權利之效力，而在消滅時效，則不過爲請求權之消滅僅與債權人以拒絕付之抗辯權，非依債務人之主張，法院不得適用之。

二、時效期間得因中斷或未完成之事由而延長，除斥期間爲不變期間，不因在何事由而延長。故又謂之預定期間。依德民法，就除斥期間，有全不認中斷及未完成者，有認爲可準用關於時效中斷規定 (德氏一二四條二項) 或特規定其中斷事由者。前者可稱爲純粹

的除斥期間 (Reineurschussfrist) 後者可稱爲混合除斥期間 (Cemis hre arassh'orifristen)。我民法未爲此區別。關於消滅時效與除斥期間區別之標準，可自條文之字句窺之。一般有「某某請求權因若干年不行使而消滅」之文字者，皆爲消滅時效。

請求權 (Aussprüche) 謂對於他人請求行爲或不爲之權利。包括債權的請求權及物上請求權 (例如返還請求權妨害除去請求權) 在內。請求權由親屬關係而生者，以向將來回復相當此關係之狀態目的者，除有特別規定外 (民一〇六七條) 不因時效而消滅。蓋親屬關係不因時效而有變更。其關係存續中，事實關係與權利關係有不符者，隨時得請求回復之，而且親屬關係有關於善良風俗道德上之義務，不應因時效而消滅也。所謂血親屬關係而生之請求權不僅限於親屬相互間所生之請求權。其由此關係對於第三人所用之請求權，亦包括在內。例如夫婦同居之請求權，夫婦財產關係請回復請求權，扶養請求權，父子間關係回復請求權 (服從親權之關係) 前者之例也。父對於第三人請求交出應服其親權之子女，無過失之配偶依第一〇五七條之贍養費請求權，後者之例也。以上所述之請求權，以間將來回復相當其親屬關係之狀態者爲限。其基於過去之原因者，不在其內。例如因親屬關係之損害所生之損害賠償請求權，對於已發生之過去扶養請求權。關於物上請求權，是否因時效而消滅。頗有爭執，其由占有而生者，民法有明文之規定 (民九六三條) 間無疑義。其由所有權或其他絕對權而生之請求權 (民七六七條) 是否因時效而消滅。主張積極

說者謂此請求權若不因時效而消滅，則容許多年不行使之權利，有害於交易之安全（德民法理由書二〇三）。且僅請求權消滅，而所有權並未消滅。如所有人再取得其物之占有時，則無交還原占有人之義務。又所有物原占有人之外之人取得其占有，而非合法之承繼人時，則所有人仍得基於其所有權發生新請求權。此請求權之消滅時效自此第三占有人取得占時開始進行。如此已足內證所有人矣，主張消滅說者，所有權雖不消滅，如由此所生之請求權消滅，則等於所有權無所有物（*Dominium sine re*）則成有各無實之所有權。余以為動國民法一般規定請求權因十五年不行使而消滅，並未將此除外。且第九六三條有積極之明文。解釋上應以積極說為當。

何種權利得為消滅時效之客體。立法上並不一致。有以債權及其他非所有權之財產權為消滅時效之客體者。如日本民法（日民一六七條）有僅以請求權為消滅時效之客體者，（德民一九四條）。我民法蓋從德民之例也。以請求權為限，故所有權及其他權本身，不因時效而消滅，其因取得效間接的亦可生消滅之結果。然此為另一問題。交抵押權依民法第八八〇條亦可消滅。然此條所定，乃為除斥期間。非消滅時效交抵押權之消滅乃為權利之本身，非謂求權也。又形成權，例如撤消權，及契約解除權（民四一六條，四一七條，五一四條），其消滅為權利之本身，非謂求權。故其法定之消滅期間應解為除斥期間。依最高法院民庭議決錄「消滅時效之容體以請求權為限。但法律所定請求權之期間亦有非時

效者，應依各條文認定之。蓋法律所定之請求權，有時性質上並非請求權，乃為請求依創設的判決以變更法律關係之權利。例如請求離婚之權利（民一〇五三條）。或為請求確認一定關係之權利（確認之訴）例如無效確認之請求權（民五六條二項）。此外與一定事實關係或法律關係相終始之權利。例如基於相鄰權之請求權（民七七四條至七七七條）共有物分割請求權（民二三條），任相鄰關係或共有關係繼續中，不能單獨因時效而消滅。關於請求權消滅時效之期間，其最長期有定為三十年者，如德民（一九五條）奧民（一四七八條）。有定為十年者，如瑞士債務法是（一二七條），存定債權為十年，以外之財產權為二十年者，如日本民法是（一六七條），民法以十五年為原則，蓋取拆衷主義也，此十五年乃最長期間，但得依法律規定，減短之，此減短期間，應先於十五年之普通期間而適用，如無特別規定，得因時效消滅之請求權，俱適用本條規定為十五年，所謂法律所定較短之期間，見於消滅時效之章者為第一二六條，第一二七條，見於總則編或他編者，為數甚多（民一九七條一項四五六條一項，四七三條一項，五一四條五六三條一項六二條一項六二三條九六三條，一一〇九條，一一四六條）。其他見於各種民事特別法規者，不暇枚與（例如票據法一九條，海商法一一七條一四四條，二七四條保險法三〇條）。

附錄

民法總則編立法原則（審查案）

中央政治會議第一六八次會議議決
十七年十二月十九日送立法院

一、民法所未規定者依習慣習慣或雖有習慣而法官認為不良者依法理（原案無「或雖有習慣而法官認為不良者」十三字審查案增入）（民法一條二條）

【說明】法律無明文規定者從習慣各國民法大都相同所謂習慣者專指善良之習慣而言以補法律之所未規定者後各國判例法除承認習慣之效力有數件其中尤以合於情理者為最要我國自民國成立以來亦有此判例茲為喚起法官注意起見擬將此要件定為明文故於原案無習慣三字之不增加上文

二、民法各條應分別為兩大種類（一）必須遵守之強制條文（二）可遵守可不遵守之任意條文（同前案）

凡任意條文所規定之事項如當事人另有契約或能證明另有習慣者得不依條文而依契約或習慣但法官認為不良之習慣不適用之（原案或習慣三字之下無「但法官認為不良之習慣不適用之」十四字審查案增入）

凡任意條文於各本條明定之（民法三七條六八條九九條等）

【說明】見前條

三、失蹤人失蹤滿十年以上者法院得爲死亡之宣告（同原案）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特別災難者得於失蹤滿三年後爲死亡之宣告（同原案）（民法八條）

四、二人以上同有遇難而死無證據足以證明其死亡之先後時期推定其爲同時死亡（同原案）（民法一條）

五、足二十歲爲成年（同原案）（民法一二條）

六、未滿七歲之未成年人無行爲能力七歲至二十歲爲有限制之行爲能力人（同原案）

七、對於心神喪失及精神耗弱之人法院得宣告禁治產（同原案）（民法一四條）

八、姓名權受侵害者被害人得請求法院（禁止之同原案）（民法一九條）

九、同時不得有二處以上之住所（同原案）（民法二〇條）

十、外國法人之認可依法律之規定（原案依法律三字之下有「及條約」三字審查案擬刪）

【說明】凡條約經雙方批准公布後兩國家間當依有約束力但對於一般國民有認爲同時（發生效力者有認爲仍須經立法手續方能直授發生效力者茲擬採用第一種手續故擬刪如上文

在中國境內外國法人之設立營業及分設支店應受中國法律及規章之支配（同原

案)

經認可之外國法人與同種類之中國法人有同等之權利能力及行為能力但法令另有規定者不在此限(原案但法令三字之下有「或條約」三字審查案擬刪)

【說明】見本條第一項

外國法人受中國法人之監督及管轄(同原案)(民法施行法一一條至一五條)

十一、法律行為必須依方式者宜定其方式但種類不宜過多所定方式首不宜繁瑣(同原案)(民法七三條)

十二、法律行為雖依法定條件應認為有效者如乘他人之危急或其他特定情形顯失公平者法院得撤銷之(原案)(民七四條)

十三、以侵害他人為主要目的而使權利者其權利之行使為不法(原案作「唯一目的」審查案擬改為「主要目的」)(民法一八四條)

【說明】濫用權利之行為雖其唯一目的在侵害他人但恐有以其他目的為口實輾轉致辯希圖卸責者故審查案擬改如上文

十四、因避免不法侵害所為之行為不得認為不法但以不超越相當程度者為限(同原案)

因避免緊急危險而損害或毀滅他人之物者其行為不得認為不法但不超越相當程度者為限(同原案)(民法一五〇條)

十五、爲保護自己權利起見對於他人之自由或財產施以相當制裁之行爲不得稱爲不法但以舍此以外無他方法並事後即請求司法之援助爲限（同原案）（民法一五一條）

十六、享受權利之能力不得放棄（原案作「拋棄」審查案擬改得（放棄）（民法一六條）

十七、自由不得拋棄（同原案）（民法一七條）
契約上自由之限制不得違背公共秩序或善良風化（原案作「自由之限制以不違背公共秩序或善良風化者爲限」審查案擬改如上文）

【說明】擬改語意似較明顯。

十八、不於法定期間行使權利者其權利因時效而消滅（原案期間二字之下其「內」字審查案擬刪）

十九、最長時效期限擬定爲十五年定期給付債權擬定爲五年關於日常交易之債權擬定民二一年一（同原案）（民法一二五條至一二七條）

民法債權編立法原則

中央政治會議第一八三次會議議決
十八年六月五日送立法院

民法債權編立法原則提案審查報告

一、基於債務關係債權人負有向債務人要求給付之權利（照原文）給付不以有財產價格者爲限（增加）不作爲亦得爲給付之標的（增加）（民法一九九條）

修正說明 第二項第三項均有重要原文有說明上經已言之但似宜加入原則內較爲明顯
二、在中國境內支付之金錢債務雖以外國通用貨終定給付額者債務人仍得按給付地之市價
以中國通用貨幣給付之但依其情形或當事人之意思不得不以外國通用貨幣給付者不在
此限民法三〇二條修正說明債務人仍得下加「按給付時給付地之市減」十字畫給付之
方法亦宜規定

三、最高限之利率定爲週年百分之二十（照原文）（民法二〇五條）法定利率定爲週年百
分之五（照原文）（民法二〇三條）

預約以至清償期之利息依本再生利息者其預約無效但債務人爲銀錢業或儲蓄機關者不
在此限（照原文）

利息遲付逾六個月經債權人之確告而不償還者其遲付之利息得再生利息（加入）（民
法二〇七條後經政治會議修正如民法現有條文）修正說明第二項之情形亦應規定故加
人

四、損害之償賠以行爲時當事人所謂見或可得預見者爲限制（照原文）（民法一八四〇二
二〇條）

五、除國故意或重大過失所加入之傷害外如所應負之損害償賠對於加害人之生計有重大影
響時法院得減輕其賠償金額（稍改字句以較明顯）（民法二一八條）

- 六、債權人行使權利及債務人履行義務應依誠實及信用方法行之（民法二一九條）
 - 七、債務人因拒絕或怠於行使其權利時債權人因保存債權得以自己之名義代行使其請求權但專屬於債務人者不在此限（民法二四二條）修正說明加入「債務人因拒絕或怠於行使其權利時」似較明顯
 - 八、債務人之行為意圖有害於債權人之權利者債權人得訴撤銷（照原文加「意圖」二字）（民法二四四條）
 - 九、合法占有他人之物而所該物有債權者於該債務未履行前得留置該物（照原文）（民法九二八條）
 - 十、債務如可分割者法院得斟酌債務人之境况准於相當期限內分期給付（照原文）（民法三一八條）
 - 十一、因契約互負債權者於地方未為給付前得拒絕給付（照原文但各種情形草條文時分別詳為規定）（民法二六四條）
 - 十二、當事人之一方如不履其債務時相當人與特定情形有要求強制執行或除契約之權（民法二二七條二五四條至二五六條）
- 修正說明 當事人之一方不履契約時相對人得請求損害賠償各國規定均屬相同但於特定情形得要求強制執行或解除契約亦應規定故加入於特定情形「并刪去」或損害賠

「償」

十三、因故意或過失不法侵害他人之權利者負損害賠償責任（照原文）（民法一一八四條）
十四、受僱人因執行職務不法侵害他人之權利由僱主連帶負損害賠償責任（照原文但其中

例外起草時應注意詳細規定者（民法一八八條）被保護人不法侵害他人權利者其保護人應連帶負賠償責任照原文加（連帶）二字（民法一八七條）

說明第一項與第二項情形相同故加連帶二字

十五、因物所生之損害該物之佔有人應負賠償責任（照原文）（民法一九〇條）

中央政治會議修正民法債編原則第三條公函（中央政治會議第二〇二次會議議決十八年十月三十日送立法院）

逕啓者查民法債編原十五條前費本會議決第一八三次會議決定並函請

貴院查照辦理在案茲復准胡委員漢民提議稱民法債編立法原則第三條第三項「預約至清償期之利息佔本再生利者其預約無效」第四項則言「利息遲付逾六個月經債權人之催告而不償還者其遲付之利息生利息」兩項似相抵觸又第三項但書專以爲銀錢或儲蓄機關者爲例外則第四項之適用亦限銀錢業或儲蓄機關合併請求解釋等由復經提出本會議第二〇二次會議決議民法債編立法原則第三條三四兩項修正如下「利息不得再生利息但當事人以書面約定利息遲付於一年經催告而不償還時債權人得將遲付之利息算入原本者可依其約定」前項

規定商業上別有習慣者不適用之」等語相行再行錄案函達即希 查照辦理此致
立法院 中央執行委員會政治會議 十八年十月三十日

民法物編立法原則

中央政治會議第二〇二次會議議決
十八年十月三十日送立法院

一、物權除於本法或其他法律規定外不得創設（民法七五七條）

【說明】物權有對抗一般之效力若許其以契約成習慣隨意創設有害公益故明定除本法或其他法律有規外不得創設以示限制所謂其他法律指特別法而言該物權非必悉以民法規定如漁業權著作權及其他另有特別法規定者皆是

二、不動產物權依法律行為取得設法喪失及變更者非經登記不生效力（民法七五八條）

【說明】物權既有極強之效力得對抗一般人而為貫徹吾黨土地政策起見其權利狀態應便明確故對於不動產物權之取得設定喪失及變更採用登記要件主義明定非經登記不生效力所謂不生效力者不僅不能對抗第三人即當事人間亦不發生物權效力也
三、所有人於法令限制之範圍內得自由使用利益處分其所有物並排除他人之干涉（民法七六五條）

【說明】所有人固得任意用收益處分其所有物然為社會公益及貫徹吾黨土地使用政策起見不得不加以限制故持說明文以示其旨至於他人非法之干涉則許某排除以資保

護

四、以所有之意思五年間和平公然佔有他人之動產者取得其所有權（民法七六八條）

以所有之意思二十年間和平繼續佔有他人未登記之不動產得請求登記爲所有人（民法七六九條）

以所有之意思十年間和平繼續佔有他人未登記之不動產而占有之始爲善意並無過失者得請求登記爲所有人（民法七七〇條）

【說明】爲注重社會公益起見動產所有權及不動產所有權之狀態不宜久不確定故規定其取得時效至時效期限亦不宜過長故分別規定動產取得時效爲五年不動產取得時效爲二十年或十年

五、土地所有權除法令有限制外於其行使有利益之範圍內及於地上地下若他人之干涉無礙其所有權之行使者不得排除之（民法七七三條）

【說明】土地所有權之效力固可及於土地之表面土地之內部及土地以上之空間然如漫無限制亦屬有害公益故明定須受法令之限制至其行使亦須以有利益者爲限否則即爲權利之濫用應在禁止之列

六、以所有之意思占有無主之動產者取得其所有權（民法八〇二條）

【說明】無主之動產得因占有取得其所有權各國法律大抵相同但占有人如事實上無自己

所有之意思即無使其取得所有權之必要故明定以所有意思占有無主動產者始取得其所有權

七、依法律規定或依契約成一公國關係之數人基於其共同關係而共有一物者爲共同共有人
公同共有人非經全體同意不得行使其權利但其公同關係所由規定之法律或契約另有規定者不在此限（民法八二七條八二八條）

【說明】我國祠堂祭田合夥等均爲公同共有關係故不可無公同共有之規定至公同共有人非如普通共有人對於共有物各有其應有部分明定除依其公同關係所由規定之法律或契約另有規定外非經公同共有人全體之同意不得處分公同共有物或行使其他之權利以保護公同共有人全體之利益

八、佃權之設定有期限者視爲租賃（民法八四二條二項）

【說明】佃權本有永久存續之性質故定爲有期限者即視爲租賃適用爲編關於租賃之規定以債區別

九、佃權人因不可抗力致其收益減少或全無者得請求減少或免除佃租（民法八四四條）

【說明】佃權爲物權之一種就理論言之土地所有人固不應負何種責任然佃權人多屬經濟上之弱者故爲顧全實際狀況計規定如天災地變等不可抗力致其收益減少或全無收益時仍許其請求減少佃租或免除佃租以保護佃權人之利益

十、支付典價點有他人之不動產質而爲使用及收益者爲典權人（民法九一一條）

【說明】我國習慣無不動產質而有典二者性質不同蓋不動產質爲担保債權出質人對於原債務仍負責任苟質物價格低減不足清償出質人仍負清償之責而典則否質權既爲担保債權則於出質人不爲清償時祇能將質物拍賣就其賣得金額而爲清償之計算無取 其物所有權之權利典則找貼方法便可取得所有權二者比較典之習慣實遠勝於不動產質因（一）出典人多經濟上之弱者使其於典物價格低減時拋棄其回贖權即免負擔於典物價格高漲時有找貼之權利誠我國道德上濟弱觀念之優點（二）拍賣手續既繁而典權人既均多年點有典物予以我貼即取得所有權亦係最便利之方法故於民法中應規定典權至典係以移轉點有爲要件改又與抵押不同

十一、典權存續期間不得逾三十年約定期間逾三十年者縮短爲三十年（民法九一二條）

【說明】典權存續期間漫無限制則有害經濟上之發展故明定其權利存續期間不得逾三十年約定期間逾三十年者縮短爲三十年

十二、出典人於典權設定後仍得將典物之所有權讓與他人（民法九一八條）

【說明】出典人於設定典權後對於出典後之使用收益固受限制但典物之所有權仍屬於出典人以之讓與他人自無不可

十三、出典人於典期屆滿後經過二年不以原典價回贖典人但自出典後經過三十年不回贖者

典權人即取得所有權（民法九二三條九二四條）

【說明】典權之特質在於出典人有回贖之權利如逾期不贖則權利狀態不能確定於經濟上之發展甚有妨害故明定典權定有時間者於期間屆滿後經過二年不回贖未定期間者經過三十年不回贖時典權人即取得典物所有權

十四、出典人對於典權人表示讓與其典物之所有權者典物人得按時價找貼取得典物所有權但其找貼以一次為限（民法九二六條）

【說明】找貼習慣於出典人沒典權人雙方均甚利便可設此項之規定但習慣上往往有迭次請求找貼致生糾紛者故規定找貼或以一次為限

十五、以動產所有權或其他物權之移轉或規定為目的完善意思讓該動產之占有者縱其讓與人無讓與之權利其占有仍受法律之保護（民法九四八八〇一條八八六條）

【說明】為保護交易上之安全起見對於善意取得動產之占有者應令以保護故為此項規定

親屬法繼承編法立法原則

一、親屬法先決各點審查意見書

中央政治會議第二四三六次會議議決一九年七月二十三日送立法院

第一點 親屬分類

親屬應分爲配偶血親姻親三類

【說明】我國舊律分宗親外親妻親一類係淵源於宗法制度揆諸現在情形有根本改革之必要查親屬之發生或基於血統或基於婚姻故親屬之一類應分類應分爲配偶血親姻親一類而於血親姻親更分直系旁系如此分類不獨出於自然其於世界法制相合

第二點 夫妻子女間之姓名

一、以妻冠夫姓夫入贅妻家時冠妻姓爲原則但得設例外之規定（民法一〇〇〇條）

二、子女從父姓

三、贅壻之子女從母姓但得設例外之規定（民法一〇五九條）

【說明】本問題可假定爲下列六項辦法而研究其長短

（一）夫妻均以協定之姓（夫姓妻姓或第三姓）爲姓子女亦從之

（二）夫妻各用本姓子女併用父母之姓

（三）夫妻各用本姓子女從父姓女從母姓

（四）妻從夫姓子女從父姓

（六）妻冠夫姓子女從父姓

第一第二第三三項與男女平等之旨相符此其長也然用第一項辦法夫妻既有擇姓之自由

而子女結婚亦復有此自由則其結果恐有代易其姓之弊則姓之所以爲姓者僅矣此其短也如用第二項辦法在子女併用兩姓原無不可然子女之子女卽有二以上之字爲姓每遞下一世卽增其字數卅無窮而姓之字數增多亦無窮扞格難行此其短也如用第三項辦法則兄弟姊妹間各異其姓未免奇異此其短也第四項辦法妻不存本姓專從夫姓似有所偏第五項辦法之偏亦相等均不足取第六項辦法妻得保存本姓而夫亦不致易姓在實際上似較爲易行至子女之姓因另無完善之辦法故擬仍從父姓惟此係就妻嫁入夫家時而言若夫人贅妻家時則夫冠妻姓所生子女亦從母姓略示男女平等之意故擬一併定爲原則至應否另設例外（例如夫妻另有協定）可由負責起草條文者從長討論總之本問題欲求男完全平等殊無圓滿辦法已如上述而男女平等似應注重實際如經濟平等政權平等及民權平等不必徒驚虛名若關於姓氏必使銖兩悉稱殊屬難能惟當於可能範圍的企合於平等之旨而已

第三點 親屬之範圍

親屬不規定範圍而規定親屬之定義及親等之計算方法（民法九六七條至九七一條）

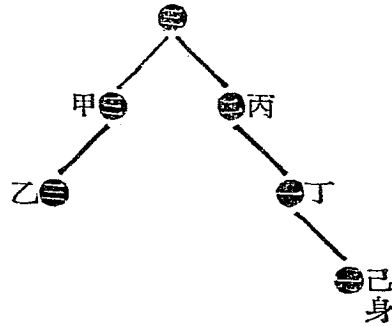
【說明】人類發生親屬之關係有血親姻親之別而血親姻親之範圍原難確定以血親言由父母而祖推而上之由子女而孫推而下之既有血統相聯雖輩數遼遠謂之非親屬而可得也直系如此旁系亦然以姻親言其無確定之範圍猶如血親然則法律所以定親屬

範圍者乃因親屬相互間有時發生一種法律關係在事實上不可漫無限制故規之以資適用耳然而各種法律關係其情形各有不同即規定之範圍亦應隨之而異則雖強爲概括之規定而遇有特種法律關係例如民事上之親屬禁止結親屬間之扶養義務及繼承權利刑事上之親屬加重及親屬免刑等類仍以定其分別規定其範圍結合於實用故親屬之親圍無庸爲概括之規定惟親屬之分類既改用血親姻親之名稱則其定義如何自非以明文定之不易明瞭且血親姻親關於特種法律關係既須分別以其親疏爲據則關於親疏自須以親等計之故應規定親屬之定義及親等之計算方法

又按計算親等之方法分羅馬法與寺院法兩種羅馬法之計算方法直系親從己身上下數以一輩爲一親等旁系從己身上數至同源之人下數至所指之親屬以其總輩數爲親等之數寺院法之計算方法直系親與羅馬法同旁系則否蓋從己身數至同源之人再從所指之親屬數至同源之人其輩數相同者以一方之輩數定之輩數不相同者從其多者定之此與羅馬法之計算依血統之遠近定親等之多寡合於情理寺院法源於歐西宗教遺規其計算親等不盡依親疏之比例如兩系輩數不同從其多數定親等之多寡則輩數少之系往往不分尊卑同一親等於理不合試爲圖以明之

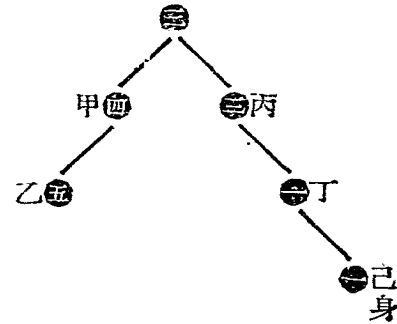
寺院

同源之人



羅馬

同源之人



依上圖己身與甲或乙之親等如以寺院法計算均以輩敬數多之一系定之即從己身至同源之人為三親等因之己身與甲及乙同為三親等如以羅馬法計算則己身與同源之人為三親等與甲為四親為五雜等兩相比較大致以依羅馬法之計算為合理

我國從前所以採取寺院法者以其與昔日之宗親限制圖相對樹凡五等服以內之宗親可以寺院法四親等包舉之而然遺故自前清比律草案以迄最近各種草案均以寺院法計算等今親屬之分類既從根本上改革分為血親與姻親兩大別已與所謂服制圖者不生關係自應擇善而從改

之爲法

第四點 成婚年齡

成婚年齡男十八歲女十六歲（民法九八〇條）

【說明】各國所定成婚年齡以氣候風俗之異頗不一致故男子最高有至二十一歲者最低有十四歲者女子最高有至十八歲者最低有十二歲者而男子成婚年齡高於女子則爲大多數之通例惟奧國定爲男女一律十四歲最近蘇俄民法亦有男女一律十八歲始許爲婚姻註冊之規定似符平等之義然男女身體之發達有遲早之別乃出於生理之自然無取乎以人力強劑之平茲折衷各國制度規定男十八歲女十六歲爲成婚年齡於我國國情亦尙適宜惟此所規定者爲男女成婚年齡之最低限度卽不達到最低限度者應絕對禁止其成婚至於男女婚姻目的之年齡不在本問題範圍內故從略

第五點 親屬結婚之限制

與左列血親不得結婚

一、直系血親及相系姻親

二、旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者但旁系血親在七親等以外旁系姻親在五親等以外

者不在此限

三、旁系血親之輩分相同而在亡親等以內者但表兄弟姊妹不在此限（民法九八三條）

【說明】直系血親之禁止結婚中外一律即直系姻親雖有例外（蘇俄及美國數州）而以禁止者爲多至旁系血親與旁系姻親各國禁止範圍不一較我國甚爲狹小按我國法律凡屬宗親皆在禁止之列幾無範圍之可言而對於外親妻親則較宗系爲狹懸殊今斟酌損益於中非法制之間對於我國向不禁止者仍則禁止例的原則第三款但書中兄弟姊妹是也對於我國禁止過廣者縮小其範圍例如原則第二款旁系血親及旁系婚姻皆有不相同者從前不問遠近均禁止之茲擬加以但書之限制蓋取解放之意也至關於血親結婚之制於非婚生之子女及子其孫亦適用之又關於姻親結婚之限制於婚姻關係消滅後亦適用之均爲多數國立法例之所同此外基於其他原因而應禁止通婚者尚不止一端其中雖非親屬而略相彷彿者則（一）其養親與其所養子女之關係（二）爲監護人則被監護人之關係似應略彷彿外國立法例規定在關係存在期間或監護人責任終了前不得結婚凡此諸端皆屬放詳細條文故不列入原則。

第六點 夫妻財產制

一、夫妻財產制應定爲法定制及約定兩種

二、法定制定爲聯合財產制（民法一〇一六條——）

三、約定法除左列三種外得規定他種制度

（一）共同財產制（民法一〇三一條——）

（二）統一財產（民法一〇四二條——）

（三）分別財產制（民法一〇四四條——）

四、夫妻以契約於定制中選擇其一爲其夫妻財產制（民法一〇〇四條）

五、夫妻未以契約約定夫妻財產制者當然適用聯合財產制（民法一〇〇五條）

六、適用約定制（除分別財產制外）或法定制後遇有特定情形當然或依法院之宣告改用分別財產制（民法一〇〇九條至一〇一一條）

七、適用約定制後在婚姻存續期內夫妻得以契約改用他種約定制但須加以適當之條件（民法一〇一二條）

【說明】各國民法關於夫妻財產制度規定纂該標準而不一致我國舊律向無此種規定配偶之間亦未有訂立財產契約者近年以來人民之法律思想逐漸發達自當順應潮流確立數種制度許其約定擇用其一其無約定者則適用法定制按各國民法關於夫妻財產之規定皆因其本國情形而異種類不一利弊互見且有條文複雜適用困難者茲就所有權管理處分權用益權及負債關係各觀念將夫妻財產制大別爲左列五種

(一) 統一財產制

(二) 共同財產制

(三) 聯合財產制

(四) 奩產制

(五) 分別財產制

右各制之內容可就其特要略述如左：

一、統一財產制 雙方財產均集中於一方妻所帶入財產之所有權均移轉於夫而妻只有請求返還權（各國現行法律惟瑞士民法第一九九條以此為約定制）

二、共同財產 此制之特質設定一種夫妻之共有財產於共有財產外各許獨有財產夫對於共有財產有管理權及處分權（關於處分權有數例外）於共同財產關係終了時雙方或其繼承人得將共有財產分析至共有財產之範圍大小不同故此制可細別為左列三種

甲、一般共同財產制（以此為法定制者如那威芬蘭荷實葡萄牙等）

乙、動產及所得共同制（以此為法定制者如法國比國等）

丙、所得共同制（以此為法定制者如蘇俄西班牙南美洲數國及美國數州等）

三、聯合財產制妻之財產除保留者外集中於夫之一方面而無夫妻共有之財產蓋各別保存其原有之財產特均歸夫一方管理耳夫對於妻所帶入之財產有用益權及在特定範圍內有處

分權此其特質也（以此爲法定制者如德國瑞士兼以所得共同制包含於中詳見瑞士民法第一九四條日本及美國數州等）

四、奩產制 妻之財產爲担任家用起見特指定一部份分爲奩產由夫管理與妻之餘產雖截然分離然其所有權仍屬於妻（但有例外）夫對於奩產之全部或一部分不得移轉及抵押（據調查所得尙無以此爲法定者）

五、分別財產制 夫妻對於本人之財產各別享受所有權管理及用益權而家用在原則上由夫妻平均負擔之（以此爲法定制者如奧國捷克匈牙利兼以所得共同制包涵於中羅馬利亞意大利希臘土耳其英國及美國數州等）

以上各夫妻財產制僅係就其大端而言實則各國採用某種制度時往往參以別種制度即如瑞士此法所規之「聯合財產制」實包涵所得共同制於中綜其要點左

一、結婚時及婚姻存續期內雙於所有財產均爲「婚產」而保留不在此限

二、關於婚產在結婚時屬於妻者及婚姻存續期內妻所繼承或受聘之財產皆爲妻之帶入產妻仍保存其所有權

夫對於自己帶入產及婚產中不屬於妻之部份爲所有人

三、妻之收益所得及其帶入產之天然果實於分離時均屬於夫但關於妻保留產者不在此限

四、婚產由夫管理其管理費由夫擔負

妻於可代表雙方範圍內有管理權

- 五、夫對於妻之帶入權有用益權並負用益權人之責任
- 六、夫除管理外非得之同意不得處要之帶入產但已歸夫所有者不在此限
- 七、妻對於妻產在可代表雙方範圍處分之

但於上列七點則瑞士之聯合財產制既便於維持共同生活復足以保護雙方權利折衷得當於我國情形亦稱適合故擬採之定爲通常法定制遇有特定情形例如一方破產時當然改行財產制（參看瑞士民法第一二八條）又夫妻中一人因債務被強制執行而不能清償時法院得因他一人之聲請宣告改行分別財產制（參看同法第一八三條）故以分別財產制爲非常法定制亦採用瑞士等國之成規也。另行約定制擬以左列三種爲限

- 一、共同財產制
- 二、統一財產制
- 三、分別財產制

約定財產制所以限於法定種類者蓋恐配偶間任其自由訂訂漫無標準則人各異其制而第三人與之交易殊感困難在社會亦覺不便關於夫妻財產制於約定係在婚姻存續期內是否許其以契約改用他種制度亦一重要之牽連問題應似加以規定考諸各國有禁止者（例如比國西班牙巴西及南美洲數國法國意大利日本荷蘭等）有允許者（例如德國奧國捷克瑞典丹麥等）

有折衷其間有條件之允許者（例如瑞士其那威英國）今擬採用折衷辦法許雙方另訂契約而加以相當條件例如（一）須經法院之許可（二）不得害及第三人之權利均可稍資限制至條件之多寡及其內容如何應於起草條文時酌爲規定庶免發生流弊

第七點 妾之問題

妾之問題無庸規定（民法一一二三條一一一四條四款一一四九條）

【說明】妾之制度亟應廢止事實上尙有存在者而法律上不容承認其存在其地位如何無庸以法典及單行法持爲規定至其子女之地位例如遺產繼承問題及親屬結婚限期問題等凡非產生子女均與產生子女同已於各該問題分別規定固無須另行解決也

第八點 家制應否規定

家制應設專章規定之（民法一一二二條）

【說明】個人主義與家屬主義之在今日孰得孰失固尙有研究之餘地而我國家制度爲數千年來社會組織之基礎一旦欲根本推翻之恐窒礙難行或影響社會太甚在事實上似以保留此種組織爲宜在法律上自應承認家制之存在並應設專事詳定之

第九點 家制本位問題

一、家長不論性別（民法一一二四條）

【說明】承認家制存在之目的以能維持全家共同生活起見故應以家人之共同生活爲本位而不應以家長權爲本位瑞士與巴爾幹諸國所規定之制足供參考我國習慣注意家長之權利而漠視其義務又惟男子有爲家長之資格而女子則無之殊與現在情形不合故於維持家制之中置重於家長之義務並明定家長不論性別庶社會心理及世界趨勢而能兼顧

二 繼承法先 各點審查意見書

中央政治會議第二百三十六次會議議決
十九年七月二十三日送立法院

第一點 宗祧繼承應否規定

宗祧繼承無庸規定

【說明】宗祧之制詳期周禮爲封建時代之遺物有所謂大宗小宗之別大宗之廟百世不遷者謂之宗小宗之廟五世則遷者謂之祧此宗祧二字之本義也宗廟之祭大宗主之世守其職不可以無後故小宗可絕而大宗不可絕此立後制度之所從來也自封建廢而宗

法已社會之組織以家爲本位而不以宗爲本位祖先之祭祀家各主之不統於一其有合族而祭者則族長主之非必宗子也宗子主祭之制不廢而廢大宗小宗之名已無所附麗而爲大宗立後之說久或虛語此就制度上宗祧繼承無繼續存在之理由一也舊例不問長房均應立後今之所謂長房固未必盡屬大宗遑論次房且同父周親復有兼祧之例因之長房之子在事實上亦有兼爲次房之後者與古人小宗可絕之義違失已甚徒襲其名而無其實此就名義上宗祧繼承無繼續存在之理由二也宗祧重在祭祀故立後者惟限於男子而女子無立後之權爲人後者亦限於男子而女子亦無後之權重男輕女於此可見顯與現代潮流不能相容此就男女平等上宗祧繼承無繼續存在之理由三也基於上述理由故認爲宗祧繼承無庸規定至於選立嗣子屬當事人之自由亦無庸加以禁止要當不分男女均得選立及被選立耳

第二點 遺產繼承是否以宗祧繼承爲前提

遺產繼承不以宗祧繼承爲前提

【說明】我國舊律遺產之繼承惟限於直系俾屬之男子蓋以宗祧繼承爲前提前提也因之無子者必立嗣子其親女無繼承遺產之權守志之婦雖得暫承夫分仍須憑族長立嗣是妻亦無繼承遺產之權也凡此男女間不平等之制度至於今日已盡人知其不可行至

於直系尊屬因舊因有子孫別籍異財之禁故尊屬若在其子孫即無遺產之可言今則情勢變遷俾幼私財之禁已漸廢弛如其死而無後必仍爲之立嗣承產而不許父母者祀享有此權亦殊悖於事理故居今日而言遺產繼承自不應以宗祧繼承爲前提也

第三點 繼承人之範圍順序及其繼承

一、繼承人分法定繼承人及指定繼承人兩種

二、法定繼承人除分配偶外依左列順序定之

(一)直系俾親屬

(二)父母

(三)兄弟姊妹

(四)祖父母(民法一一三八條)

三、非婚子女經撫育或認領者於繼承財產與產與婚生子女同(民法一〇六五條)

四、第一順序之法定繼承人不問性別以親接近者爲先(民法一一三九條)

五、第一順序之法定繼承人中有於開始繼承前死亡及喪失繼承權者由其直系俾親屬繼承其應繼外(民法一一四〇條)

六、法定繼承人不祇一人時不問性別平均繼承但有特別規定者不在此限(民法一一四一條)

七、養子女繼承順序與親子女同但應繼分爲親子女之二分之一（民法一一四二條）

八、於無直系俾親屬時得就財產之全部或若干分之繼指定繼承人（民法一一四三條）

九、指定人及被指定人均不問性別（民法一一四三條）

【說明】我國舊律繼承財產以直系俾親屬之男子爲限是○於宗祧繼承之說而以繼承宗祧爲繼承財產之前提也故無子者須立同宗昭穆相當之人爲繼因推究其雖親如父母祖父母及胞兄弟姊妹子女之繼承財產權已經第二次全國代表大會議決案應有卽定人原則外特於直系卑親屬之外並規定其他親屬之於 爲繼承 者庶與現時趨

勢相符

各國於直系卑親屬之外（配偶另詳）所定其他繼承人範圍及順序殊不一致茲就直系卑親配偶以外之繼承人時述於下（一）德國規定父母及其卑親屬祖父母及其卑親屬曾祖父母及其俾親屬遠祖及其俾親屬均爲法定繼承人，就順序以父母及其卑親爲先祖父母及其卑親屬次之以上遞推（二）瑞士則規定父母（死亡前者其直系卑親屬代表繼承）及祖父母（死亡在前者由其直系卑親屬代表繼承）均爲法定繼承而就中順序以父母爲先（三）巴西則規定直系尊親屬及六親等內之旁系親屬（死亡在前者能由其卑親屬代表繼承均有詳細之規定目的爲繼承人而就中順序之直系尊親屬爲先（四）日本則規定直系尊親屬均爲繼承人而順序以親等近者爲先復於直系尊親屬之後並及於戶主（五）蘇俄則限於被繼承人死亡前一年以上由

其扶養而無勞動能力與財產者爲繼承人似此之類不勝枚舉茲擬揆察我國國情參的外國成規定爲父母及兄弟並祖父母均得繼承財產

各法定繼承人之順序所以列直系卑親屬爲第一順序者取其合乎人情而亦世界各國之所同也父母先於兄弟姊妹而兄弟姊妹先於祖父母者雖非各國之所同然以其愜於我國之人情故擬定順序如上至於法定繼承人截至祖父母而止者因再遠則情已疏遠故不多及此尙應說明者

(一)同一順序以親等近者爲先親者相同者爲繼承人殆繼承之之通例若其中有在繼承開始而死亡者或喪失繼承權者其人應繼承擬規定由其直系卑親屬繼承(二)直系卑親屬原限於婚生者若庶子女及私生子女皆非婚生之子女也然庶子女於今尙有存者私生子女亦所難免我國舊律則祇規定依子量予半分然私生子女若輕認領在法律上應認爲子女關於繼承財產與婚生子女同亦最近立法之趨勢故特予揭明如親屬編內對於庶子女及經認之私生子女概括定爲在法律上與婚生子女無異則關於繼承自無特別規定之必要(三)養子女原係被繼承人人生前視同子女者舊律定爲酌予財產未免漫無目標茲擬尊重被繼承人人生前之感情而定爲與親生子女同順位但其應繼承分爲親生子女應繼承之二分之一又查歐美各國之法定繼承人外有許多之定繼承人者其制度發源於羅馬法而各國多效之且其範圍甚廣例如(一)不限於無法定繼承人時(二)被指定者不限於一人(三)不問其爲親屬非親屬(四)對於財產之繼承或爲全部或爲一部均無不可是蓋尊重死者之意思也茲按照我國社會情形似宜採用此種制度

故擬酌予採用而加以變通定爲於無直系卑屬時始得指定繼承人繼承其財產之全部或一部而指定及被指定者均不問性別

此外所應注意者法定繼承人之及應繼分在被繼承人對於遺產無特別處分時適用之但特留分仍不受其影響也。

第四點 配偶應否繼承遺產

配偶應有互相繼承遺產之權（民行一一四條）

【說明】我國舊律妻對於夫無繼承遺產之權所謂無子守志得承夫分者不過暫行管理而已而夫對於妻雖無明文規定然習慣上妻之財產與夫之財產不分妻亡之後其遺產卽爲夫之所有前北京大理院判例且明認妻亡無子者夫得繼承遺產矣此關於夫權制度不合於現代思想者一也我國舊律惟繼承宗祧者始得繼承遺產二者不能分離故配偶無遺產繼承之權由今觀之宗祧繼承爲奉祀權之嗣續問題遺產繼承爲財產權之移轉問題命意不同無庸牽混此關於宗祧制度不合於現代思想者二也今就原則言男女既屬平等繼承遺產又不以繼承宗祧爲前提則以配偶間利害關係之深自應認其有相互繼承遺產

第五點 配偶繼承順序及應繼分

配偶繼承不限於一定之順序其應繼分依左列各款定之

- 一、有第一順序之繼承人時與各繼承人平均分配
- 二、與第二順序或第三順序之繼承人同繼承時其應繼分爲遺產 $\frac{1}{2}$ 分之一
- 三、與第四順序之繼承人同繼承時其應繼分爲遺產 $\frac{1}{3}$ 分之一
- 四、無第一順序至第四順序之繼承人時其應繼分爲遺產全部（民法一一四四條）

【說明】各國民法對此問題之規定大別爲二類（一）列配偶於一定之順序者（二）無一

定之順序而與任何一順序均得同時爲繼承人其應繼分有差別者日本民法屬於第一類配偶居第二順序如有第一序之直系卑親屬時配偶即毫無所得如無直系卑親屬時配偶即得遺產之全部未免偏枯不平等德國瑞士等國屬於第二類權衡調劑較爲折衷可以採用惟其對於應繼分之規定過於繁瑣均無取也今酌定配偶之繼承或與其他繼承人平均分配或得遺產 $\frac{1}{2}$ 之一得遺產 $\frac{1}{3}$ 之二或得遺產全部蓋亦視其與同時繼承者之順序而定其應繼分之多寡也

第六點 繼承開始前贈與之財產應如何計算

規定繼承人在繼承開始前，結婚分居或營業等原因已從被繼承人受有財產之贈與者於繼承開始時應將其受贈財產併入遺產計算但被繼承人於贈與時有相反意思之表示者不在此限（民法二七三條）

【說明】法定繼承人之繼承財產既各有其應既分則繼承人中如有於被繼承人生前因特種原因受有財產之贈與者如不併入計算是於算繼承財產之外多有所得顯於繼承人間均平繼承之本旨不符各國民法對於併入計算問題雖條文詳略互殊而原則大致相同故擬酌予採用惟如贈與人於贈與之際曾親示意思不必併入遺產計算者爲尊重當人之自由意思起見自應定爲例外

第七點 對於遺產有貢獻之繼承人應否規定報償

對於遺產有貢獻之繼承人無庸規定報償

【說明】瑞規採用要求報償之制度以成年子女在共同生活中以勞力或資本之貢獻者爲限然在我國凡同居共財者有與維家產之責固無論矣即使異居分財而親屬間通力合作彼此互相亦視爲應盡之義務如以法律明文許其於繼承遺產時要求報償轉足以啓糾紛之端故認爲無庸規定

第八點 特留財產應否規定

特留財產應否規定

【說明】各國關於此問題之立法例有採個人自由處分之主義者如英美等國有採維持親屬關係之主義者如德法瑞士日本等國採第一主義者對於個人之遺產完全予以自由處分之權不加限制採第二主義者則個人雖得自由處分而法律規定統屬所享有之特留財產絕對不受其他規定者相較自以第二主義為合情理故擬採用之

第九點 特留財產之範圍

特留財產之範圍依左幾各款之規定

- 一、各直系卑親屬及配偶之特留分為其應繼分二分之一
- 二、父母之特留分為其應繼分二分之一
- 三、兄弟姊妹之特留分為其應繼分三分之一
- 四、祖父母之特留分為其應繼分三分之一（民法一二三三條）

【說明】各國對於特留財產其規定之意義及計算之標準可別為二（一）全體特留辦法（二）各特留辦法前者為法國系所採用其特留之部分係為列舉之繼承人全體保留

而其計算標準係就遺產若干分之幾而定之後者爲德國法系所採用其特留之部分系爲列舉之繼承人各別保留而其計算標準係就各繼承人應繼分若干分之幾而定之兩者結果不同例如享有特留分之繼承人中有一人喪失繼承權時依第一辦法其特留分即歸其他享有特留分之繼承人依第二辦法則其特留分即算入自由處分之部分與其他享有特留分之繼承人無關按特留分原係自由處分之例外享有者既喪失其權利以之歸入自由處分部分於理爲優且此辦法與其他享有者亦無妨礙故擬採之至特留分之爲應繼分之二分一或爲三分二亦就執各種關係之重輕而爲差別耳。

中央警官學校教材

中華民國三十五年十一月初版

版權所
翻印必究

民
法
講
義

編輯者
中央警官學校編審處

出版者
中央警官學校

印刷者
警聲印刷廠

上海虹口霍山路一〇〇三號

電話五〇五二六

本廠承印警政報誌及他項中西計冊表格美廉蒙任歡迎

