



黃右昌著

民法詮解

總則
編(下)

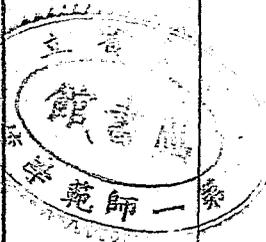
司法院法官訓練所主編
商務印書館印行



湖北省圖書館藏
法律資料

黃右昌著

民
法
詮
解
總則編
(下)



司法院法官訓練所主編
商務印書館印行

目錄(下)

第四章 法律行為	三二一
第十六解 本章之總說明	三二三
第一點至第四點	三二八
第一節 通則	三二八
第十七解 本節之總說明	三二八
第一點 第二點	三二八
第十八解 本節之逐條說明	三二八
第七十一條至第七十四條	三三一
第二節 行為能力	三三一
第十九解 本節之總說明	三四七
第一點至第三點	三四七
第二十解 本節之逐條說明	三四七
第七十五條至第八十五條	三四七

第三節 意思表示	三四九
第二十一解 本節之總說明	三三四
第一點至第三點	三三四
第二十二解 本節之逐條說明	三三四
第八十六條至第九十八條	三三四
第四節 條件及期	三七四
第二十三解 本節之總說明	三八〇
第一點至第九點	三八〇
第二十四解 本節之逐條說明	四三七
第九十九條至一百〇二條	四三七
第五節 代理	四五二
第二十五解 本節之總說明	四五二
第一點至第五點	四五二
第二十六解 本節之逐條說明	四六七
第一百〇三條至第一百一十條	四六七
第六節 無效及撤銷	四九三

第二十七解 本節之總說明.....	四九三
第一點 第二點.....	
第二十八解 本節之逐條說明.....	四九四
第一百一十一條至第一百一十八條.....	
第五章 期日及期間.....	五一八
第二十九解 本章之總說明.....	五一八
第一點至第三點.....	
第三十解 本章之逐條說明.....	五二三
第一百一十九條至第一百二十四條.....	
第六章 消滅時效.....	五四〇
第三十一解 本章之總說明.....	五四〇
第一點至第五點.....	
第三十二解 本章之逐條說明.....	五四七
第一百二十五條至第一百四十七條.....	
第七章 權利之行使.....	六〇三
第三十三解 本章之總說明.....	六〇三

第一點至第三點

第三十四解 本章之逐條說明

第一百四十八條至第一百五十二條

民法詮解 總則編(下)

第四章 法律行爲

第十六解 本章之總說明

本章應說明者四點

第一點 本之內容

本章及第五章第六章第七章均不外關於私權得喪變更及行使之規定。本章共分六節：第一節、通則，第二節、行爲能力，第三節、意思表示，第四節、條件及期限，第五節、代理，第六節、無效及撤銷。

第二點 關於本章之立法例

現代法律，關於法律行爲，以德國規定，爲最完密，德民總則編第三章法律行爲分爲六節：第一節行爲能力 *Geschäftsfähigkeit*，第二節意思表示 *Willenserklärung*，第三節契約 *Vertrag*，第四節條件期限 *Bedingung, Zeitbestimmung*，第五節代理、代理權 *Vertretung*，



Vollmacht、第六節同意承認 Einwilligung、Genehmigung、而以期間期日 Fristen、Termine、時效 Verjährung、權利實行自衛自救 Ausübung der Rechte、Selbstverteidigung、Selbsthilfe、擔保給付 Sicherheitsleistung 與法律行為平列，我第一次草案仿之。德民總則中之契約，為各種契約之通則，包債權契約物權契約身分上關係契約而言之。債權中之契約，則專指契約所生之債務關係 Schuldverhältnisse aus Verträgen 而言，與總則雖不重複。然余以為債權物權契約，屬於財產上契約，親屬關係契約，屬於身分上契約，總則規定之契約，可以通於財產，未必可以通於身分，故日本民法之法律行為，包通則意思表示代理無效及撤銷條件及期限而規定之。契約通則，列於債權第二章第一節之中，由契約所生之債務關係，列於第二節至第十四節。我民法立法例（除行為能力及債編代理權之授與外）及第二次草案立法例（除契約外）仿之。蘇俄民法之法律行為，其中不設細目，僅就契約，代理，條件三者而規定之。（俄民二六條至四三條）又德日民法，及我第二次草案，均規定代理於總則編（德民一六四條以下日民九九條以下）瑞士債務法以代理規定於債之通則債之發生中。（瑞債三二二條）泰國民法，則以代理規定於債權分則各個契約中。（泰民第三編第十五章）蘇俄民法，以代理共通適用之法則，定於總則編，復於債權編設委任代理之規定。（俄民三九條四〇條及債權編第九章第二節）我民法以代理共通適用之法則，定於總則編，復於債編第一章第一節第一款契約之後，規定代理權之授與。然代理與代理權之授與，並無個別規定之必要，因代

理權爲特種權利，（即資格權）代理人對於本人，不因此而即負爲代理行爲之義務，其負此義務者，爲委任契約或其他爲代理原因之法律關係之效果，若僅以代理權之授與，爲發生債權債務之關係，其見解不甚妥當，不如二章從德日民法立法例之爲優。至瑞士有特殊情形，不能爲例，因瑞債頒行在先，（一八八一年）瑞民頒行在後，（一九一二年）便利上不能不先將代理之規定，訂入債務法。我民法總則頒行在前，債編頒行在後，儘可於總則中規定也。

第三點 法律行爲之意義

法律行爲者，以欲發生私權變動效力之意思表示爲其構成分子之法律事實也。斷言如左：子，何謂法律事實

宇宙發生之事實，多至不可紀極，花之開落，草之榮枯，浮雲之出沒，鳥獸之飛走，與夫江上之清風，山間之明月，耳得之而爲聲，目遇之而成色，此等事實，不能發生法律之關係，可勿論矣。其足以生法律關係者，總稱法律事實 *Juristische Facta*; *facti* *juridique*，而法律關係之內容，卽由事實之關係，依法律之力而成爲法律關係，故一定之事實關係，遂於爲法律關係之程度者，謂爲法律要件之完成。自動的方面觀之，則爲法律效力 *Rechtswirkung*，自靜的方面觀之，則爲法律關係 *Rechtsverhältnis* 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，有需數個事實之整備而始完成者，此等個個之事實，謂之法律事

實。

丑、何謂私權的變動

法律效力者，依法律之規定，法律要件完成時之私權的變動也。法律效力，固常現於私權變動（即發生變更與消滅）即所謂法律現象 *Rechtsvorgänge* 是也，然亦不限於此，例如權利能力與代理權之發生，所發生者，為能力與權限，非權利也。為法律要件之法律事實完備之時，原則惟對於將來發生法律效力，但依法律特別之規定，法律效力之發生期不得先於法律事實尚未完備之時著例如胎兒。（民七條）又依法律之規定，或當事人之意思，法律效力之發生期，有得後於其成立之時者，例如遺囑（民一一九條以下）。由此觀之，法律效力，雖不必盡為私權之變動，然民法上之效力，大部分屬於私權之變動也。

其一、權利之發生 *Entstehung* 與消滅 *Aufhebung*

一為權利之絕對的發生與消滅

權利之絕對的發生者，權利附着於特定人之現象也。權利常預想主體之存在，故權利之發生，自權利人方面觀之，為權利之取得也。權利之絕對的發生為原始取得（*Ursprünglicher Originärer od-selbständiger Erwerb*）例如先占無主物，拾得遺失物，發見埋藏物，（民八〇二條、八〇七條、八〇八條、八一〇條），由於添附取得之權利，（民八一一條至八二四條）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。權利之絕對消滅者，權利與權利主體分離之現象也，自權利入觀之，即權利客體之喪失也。其消滅之原因，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，即權利之拋棄是也。

一為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，謂之繼受取得或稱傳來取得 *Derivativus* or *ab alio* *fructu*，即權利之相對的或主觀的發生與消滅也。舊權利人名為前主或被繼受人，新權利人名為後主或繼受人，繼受取得之最純粹者，為權利之讓與與繼承，前主之權利，原形移於後主，此移轉的取得，有基於個個之原因而個個之權利因以移轉者，謂之特定繼受。例如賣買贈與遺贈是也。有基於一個原因而合多數之權利義務為一體以移轉者，謂之包括繼受，例如繼承，包括遺贈，及公司合併是也。至於設定取得，例如於他人土地，取得地上權，永佃權，抵押權，則後主之權利，與前主之權利，異其性質，雖不得謂為純粹之繼受取得，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，故亦可謂之為繼受取得也。繼受取得與原始取得區別之實益，為主在於『不能讓與較大於自己所有權於他人』*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso habet* 法律格言之適用也。

其二、權利之變更 *Veränderung*

權利之本質，未生絲毫影響，惟使權利存在之現象變更也。

一爲權利主體之變更，（內容不變更）例如甲有不動產若干，甲死歸其子女四人繼承，是同一不動產，初爲甲一人所有，繼爲其四人共有。又如物權讓與之契約，其權利前屬於讓與人，後屬於受讓人是。

一爲權利內容之變更，（主體不變更）例如設定地上權或永佃權，初以十五年爲期，後延長爲二十年，或縮短爲十年。又如喪失所有物之一部，或增加抵押權之標的物是。

寅、何謂法律行爲

第一、法律行爲之概念

法律行爲（羅 *Actus legitimi*, *Negotium* 德 *Rechtsgeschäft* 法 *Act juridique* 英 *Juristic act*）與違法行爲 *Rechtswidrige Handlung* 同爲法律事實，所異者一爲適法行爲 *Rechteshandlung* 中之表示行爲 *Erklärungsakt*，一爲不適法行爲中之表示或非表示行爲也。法律行爲與事實行爲 *Realkt* 同爲法律事實，所異者，一爲表示行爲，一爲非表示行爲也。

由法律行爲所生之法律效力，雖基於行爲人之意思表示，然若以常合於行爲之真意（內心的效力意思）爲必要，則可使對方或第三人受不測之損失，故法律有時基於行爲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）

由法律行爲所生之法律效力，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，雖基於行爲人之意思表示，至於担保責任，當事人雖未表示其願望之意思，法律上仍發生其效力，然此法定之效力，多爲當事人之意思補充，當事人如表示反對之意思，則以從其意思爲原則。

第二、法律行爲屬於適法行爲中之表示行爲

表示行爲者，心裏狀態之發於外者也，心裏狀態依心理學分類，普通爲知、情、意、三者：

一、知的表示行爲

知的表示者，表示人表示其對於其事之觀念也，又謂之觀念通知或觀念表示或事實通知 *Vorstellungsmittelung*，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）清價標的物提存之通知，（民三二七條二項）及承諾遲延之通知，（民一五九條）皆爲過去 *Imperfectum* 事實之通知也。而贈與標的物瑕疵之告知，（民四一一條）買賣標的物瑕疵之告知，（民三五五條）則爲現在 *Perfectum* 事實之通知也。他如召集總會之通知，則爲將來 *Futurum* 事實之通知也。

二、情的表示行爲

情的表示 *Gefühlsäusserung* 者，表示人表示其感情之謂也，感情之能發生法律效力者極少，惟民法第一〇五三條關於通姦經一方宥恕，則不得提起離婚之訴，及一一四五條二項關於喪失繼承權，經被繼承人宥恕者則不喪失，其著者也。

三、意的表示行爲

意的表示 *Auforderung, Sollenserklärung*，表示人表示其欲望之謂也。意的表示，又可分爲意思通知，與意思表示。(一)意思通知 *Willensmitteilung*，有請求他人之行爲者，例如請求承認之催告，(民八〇條)召集總會之請求，(民五一條)報明債權之催告，選擇權行使之催告，(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，(民八〇條、三〇二條)及契約之拒絕，(民一五五條)(二)意思表示 *Willenserklärung* 容於本章第三節述之。

知的表示行爲，情的表示行爲，意的表示行爲之意思通知，有謂爲非法律行爲，蓋此等行爲，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，與法律行爲相類似，應準用關於法律行爲之規定，故有準法律行爲 *Rechtsgesellschaftsähnliche Handlungen* 之稱。

卯、違法行爲屬於不適法行爲之表示或非表示行爲

違法行爲 *Rechtswidrige Handlungen* 者，違反法律而爲法律所不容許之行爲也。可分

爲三種：

一、侵權行爲 *unerlaubte Handlung* 以故意或過失侵害權利之結果，法律使侵害人負損害賠償之責。（民一八八條以下）

二、失權行爲 失權行爲 *Verwirklichungen* 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）又德民一六八〇條父因一定犯罪，失其親權，亦其一例。

三、遲延 *Verzug* 債務人給付遲延或債權人受領遲延均負損害賠償之義務，其詳於債編述之。

此外尚有無過失賠償責任之行爲，卽行爲人對於他人所加之損害，雖無過失，依法律之規定，仍使負責，例如防衛行爲逾越必要之程度，（民一四九條）避難行爲逾越危險所能致之損害（民一五〇條）。自助行爲聲請被駁回或聲請遲延（民一五二條）如行爲人有過失，固可構成侵權行爲，卽無過失，亦使負擔損害賠償之責。又如尙無識別能力之限制行爲能力人之行爲（民一八七條三項）亦然。

辰、事實行爲屬於適法行爲中之非表示行爲

如添附（民八一二條至八一四條）先占（民八〇二條）遺失物拾得（民八〇三條至八〇七條）埋藏物發見（民八〇八條）是。住所設定，有解爲準法律行爲，有解爲事實行爲，余從後

說。

巳、自然的事件 *Rechtsnisge*

一、自然的事件關於人者：如因出生而享有私權（第六條）因死亡而取得繼承權利；（第一四七條）不當得利（民一七九條）混同（民三四四條）是。

二、自然的事件之關於物者：如天然孳息之分離及物之出產或消滅是。

午、自然的狀態 *Zustand*

一、自然的狀態之關於人者：如生死不明，（民八條）年齡，（民一二條）心神喪失，（民一四條）及某事實之知或不知（民八六條八八條）是。

二、自然的狀態之關於物者：如高地自然流至之水，（民七七五條）水源地、井、溝渠、及其水流地之自由使用，（民七八一條）土地與公路有無適宜之聯絡，（民七八七條）雜草之刈取枯枝枯幹之採取及野生物之採集。（民七九〇條）

三、自然的狀態不關於人與物者，如期日及期間（民一一九條至一二三條）時效（民一二五條至一二七條七六八條至七七〇條）。

未、綜括以上所述可略為結論如左：

一、法律行為，為法律事實之一種。

二、法律行為，為欲發生私權變動效力之行為。故關於選舉、罷免、創制、複決、及官吏

之任命、訴訟之提起，為發生公權效力之行爲，非法律行爲也。

三、違法行爲，非法律行爲。

四、事實行爲，非法律行爲。

五、自然的事件，自然的狀態，非法律行爲。

六、法律行爲，非基於意思表示，不得成立，亦非僅以意思表示，即可成立，例如契約於兩個意思表示之外，尚須兩者之合致，要物契約，於意思表示之外，尚須有物之授受，其契約始能成立。曩時學者遂以意思表示概法律行爲之說，已為現代所不取，故曰、法律行爲，係以意思表示為其構成分子。

申、為便於記憶計，表以明之：

法律行爲……屬於適法行爲中之表示行爲

知的表示行爲……
情的表示行爲……

華法律行爲

意的表示行爲
意思通知

意思表示

侵權行爲



法律事實

違法行為……屬於不適法行為之表示或非表示行為
失權行為

事實行為……屬於適法行為中之非表示行為

遲延

自然的事件

物 人

自然的狀態

物 人

第四點 法律行為之分類

其一、單獨行為及合同行為

單獨行為 *Einseitiges Rechtsgeschäft; act unilateral, unilateral act* 又稱一方行為。

依當事人一方之意思表示為其成立要件之法律行為也。有須向相對人表示之單獨行為，例如法律行為之撤銷，承認，債務免除，非婚生子認領是。有無須向相對人表示之單獨行為者，例如遺囑捐施行為是。

契約 *Contractus; Vertrag, Contract; Contract* 者，以有相對內容之數個意思表示之合致

爲其成立要件之法律行爲也。又名雙方行爲 *Zweiseitiges Geschäft*; *acte bilatéral*; *bilateralgeschäft* 卽債編第二章各種之債是。

法國沿羅馬法之舊，以狹義解契約，祇以成立債權債務之關係者爲限，始稱契約。德國以廣義解契約，不限於成立債權債務關係之行爲，卽物權移轉，親屬關係之成立消滅爲標的之法律行爲，皆爲契約。我第一次及第二次草案，於總則編中，載關於契約之規定，是取廣義解釋。我民法雖於總則編中，未定契約，然亦認有物權契約（民七五八條）及由身分關係而生之契約之存在。（民九七二條及一〇〇四條一〇〇八條一〇一二條一〇一四條等）

合同行爲 *Gesamtakt, Vereinbarung*（或稱共同行爲或協定行爲）者，其須有數個意思表示之合致，與契約同。不過其意思表示非有相對之內容，乃同一方向，同一內容者也。蓋在契約，其意思表示之合致，乃錯綜之合致，而在合同行爲，乃平行之合致也。例如社團法人之設立行爲及決議，及土地共有人共同設定地役權，卽其例也。

其二、生存行爲死因行爲

生存行爲 *Negotium inter vivos*; *Rechtsgeschäft unter Lebenden*; *acte entre-vifs* 於生前發生法律行爲之效力也。例如債編所定之各個契約是。生命保險契約，於其契約締結時，卽發生效力，不過其保險金之請求權，以死亡爲清償期而已，故生命保險契約，亦生存行爲也。

死因行爲 *Negotium mortis Causa*; *Rechtsgeschäft von Todeswegen*; *acte à cause de mort* 因當事人一造之死亡，始發生其法律行爲上之效力也，例如繼承編所定之遺囑是。

其三、有償行爲無償行爲

有償行爲 *Entgeltliches Geschäft*; *acte à titre onéreux* 有對價之法律行爲也。例如買賣租賃等是。

無償行爲 *Unentgeltliches Geschäft*; *acte à titre gratuit* 無對價之法律行爲也。例如贈與使用貸借是。

其四、要式行爲不要式行爲

要式行爲 *Formelles Geschäft* 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，如婚姻，遺囑是。

不要式行爲 *Formloses Geschäft*，謂意思表示之方式不受限制也。我民法採用方式自由之原則 *Prinzip der formfreiheit* 私權關係之法律行爲，以不要式行爲爲多。

其五、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 *obligatorische Rechtsgeschäfte*，謂發生債權法上效力之法律行爲。物權行爲 *Dingliche Rechtsgeschäfte*，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，稱爲物權契約，與債權契約相對稱。準物權行爲，謂債權讓與，債務免除，無形財產權之讓與等，雖不以物權關係爲其效力，然直接發生法律效力之後，不復有屬行之問題，與物權行爲相似，故有準物權行爲之稱。

其六、要因行爲不要因行爲

要因行爲 *Kausales Geschäft* 者，財產供與之行爲，而以其供與之原因爲其必要構成分子者也，新設債權物權於他人，及將既存之權利，移轉於他人者，皆爲財產之供與 *Zuwendung*，此供與之理由，即稱爲供與之原因，以此原因爲要素之財產供與行爲，即爲要因行爲。原因在於與以恩惠者，例如贈與。原因在於取得法上利益者，（一）對於財產之受者欲取得債權者有之，例如買賣租賃，使用貸借，皆當事人一方供與財產以欲取得他方債權之行爲也。（二）欲免自己之債務者有之，例如提存抵銷及債之讓與是。（三）不屬以上二種原因者有之，例如買主拋棄定銀之所有權，其原因在於買賣之解除是。

不要因行爲 *Abtrakter Geschäft* 者，財產供與行爲之不以原因爲要素也。即財產上之供與，縱有原因，然法律上得將供與其原因分離，不問爲其原因之法律關係如何而定法律之效力，蓋爲保護第三人，有此必要也。例如票據行爲，物權行爲是。

其七、從行爲主行爲

從行爲 *Nebengeschäft, nebensächliches Geschäft, acte accessoire* 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 *Hauptgeschäft* *handelsrechtliche Geschäft* *acte principale* 則無此從屬關係，而有獨立存在性質之行爲。

其八、現實行爲非現實行爲

意思表示之外，尚須以他之行爲爲必要之行爲者，謂之現實行爲 *Realgeschäft* 凡消費貸借契約，質契約，須以交付標的物之現實行爲爲必要者屬之。其不然者，非現實行爲也，例如贈與買賣等，於爲契約之當時，不以現實行爲爲必要，僅因當事人之意思表示，即可成立。

第一節 通則

第十七節 本節之總說明

本節應說明者二點

第一點 本節之內容

壹 法律行爲標的須適法。(七一) 貳 標的須不背公序良俗。(七二) 參 法定要式行爲之概念。(七三) 肆 關於暴利行爲之取締。(七四)

本章關於法律行爲之規定，於本法各編及其他特別法之關於法律行爲者，均適用之。故本章規定之全部，實爲本法各編及其他特別法中關於法律行爲之通則。而本節所謂通則，則又法律行爲中之通則也。其內容即不能歸納後開各節之無效法律行爲，及得聲請撤銷之法律行爲而

規定之。

第二點 一般的成立要件 一般的有效要件

子、一般的成立要件

其一 意思表示。法律行為，以意思表示爲其構成分子，已如前述，則意思表示，爲法律行為一般的成立要件之一，自屬當然。

其二 標的。(即內容)法律行為之標的，即行爲人於行爲時所欲生(期望)之法律上效力也。欠缺此標的，則法律行為，不得成立，例如買賣行爲，買主之期望，在於取得某物之所有權，賣主之期望，在於取得代價是也。至法律行為之動機，*Motiv, Beweggrund* (即緣由或名遠因)則與法律行為之成立，不生影響。

丑、一般的有效要件

法律行為之一般有效要件，散見於本章及本法各條，茲先概舉其大要如左：

- 其一 行爲人須有行爲能力。(本章七五條至八三條)
- 其二 構成法律行為之意思表示，須與真意一致。(本章八六條八七條)
- 其三 構成法律行為之意思表示，須無瑕疵。(本章九二條)
- 其四 法律行為之標的須適法。(本節七一條)
- 其一至其四於逐條說明之。

其五 法律行為之標的須可能。

法律行為之標的，應為可能，Möglichkeit以不可能之事項為標的之法律行為，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，認為不能則已足。但此不能，雖為確定之不能，如一時不能而有為可能之希望者，非為不能，使法律行為無效之不能，須於行為時為不能，（原始不能）行為後為不能者，（嗣後不能）為給付不能之問題，行為並不因之為無效。不能又因其原因之不同，有事實上不能與法律上不能之區別，法律上不能，多因違反強行法規，而法律行為之內容為違法，然亦不盡如此。又因法律行為目的之全部不能或一部不能，而有全部不能或一部不能之別，一部不能是否使法律行為全部無效，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為無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍為有效。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，例如甲與乙約，汝如以一手一足，挾山超海，則與汝百萬賞金是。

其六 法律行為之標的須可以確定

法律行為之標的，須可以確定 Bestimmtheit 然不必依當事人意思表示之全部以確定之，

其未確定之部分，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，法律行為有效。德國民法一五七條規定『契約應顧及交易習慣，依誠實信義之原則解釋之』。我民法雖無規定，亦為當然。

法律行為之有效與否，於一般要件外，尚須具該各個法律行為之特別要件，例如要式行為，須履行方式是。惟有效與否之問題，乃法律行為成立後之問題。故法律行為之一般成立要件如何，於決定法律行為之是否成立，尤關重要也。

第十八解 本節之逐條說明

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。

本條應證明者四點

第一點 本條係規定法律行為標的須適法。其關係條文為原則第二目本編五六條物權編七五八條，參考條文為保險法六條，參考他國條文為德民一三四條瑞債一九條俄民三〇條日民九一條泰民一五一條至一五三條。

第二點 立法例

德國民法關於補充規定，多用如無特別訂定時（Wenn nichts ein Anderes bestimmt，

如何如何之文句。關於解釋規定，多用如有疑義時（Im Zweifel）如何如何之句。其第一三四條『違反法律上禁止之法律行為無效。但依其法律發生其他結果者，不在此限。』但書之意並不以法律有明文規定者為限，苟自法律之目的觀之，係生他種之效果，並不以之為無效者，亦包含在內，與本條所定者正同。

第三點 釋本條之意義

其一、民法總則立法原則第二目『民法各條，應分別為二大種類：（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。但法官認為不良之習慣，不適用之，凡任意條文，於該條明定之。』

其二、何者為解釋條文，何者為任意條文，民法上未以文字截然為區別，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』『依其特約』等字樣。

其三、法律之規定，有強制規定與任意規定之別，強制規定，不問當事人意思如何，強制適用之法律規定也。任意規定則反是，即得依當事人意思而免除適用之法律規定也。惟於當事人無相反之意思時，仍應強制適用。民法中之規定，任意法規較多，強制法規較少，蓋凡關於私益之規定，類為任意規定，關於公益之規定，類為強制規定，故債編任意規定較多，物權親屬繼承各編，強制規定較多。任意規定之最明顯者，例如本編三七條六八條九九條三項等文字

即是。然無此等文字時，亦不能即斷爲強制規定，須斟酌其法條全部之關係，不能僅拘泥其文字也，惟因法律規定，有此二種區別，故實際上就案件適用法律時，第一須適用強制規定，若無強制規定時，第二即須依當事人之特約或其他意思表示，若無此等意思表示時，第三始應適用任意規定，是爲不易之順序。

其四、法律之規定，有禁止規定與許可規定之別，禁止規定，即禁止爲某行爲或不爲某行爲之規定也。許可規定則反是。何者爲禁止規定，應審查法規之性質定之，刑法及其他刑事法規，乃全體爲禁止規定，若民法及其他特別法規，則屬於禁止規定者較少，民法中之禁止規定，例如法人清算之服從監督命令，侵權行爲，債務不履行，重利，重婚之類均是。禁止規定之特徵，在於違反其規定時，應受一定之制裁，例如刑法所規定之刑罰，民法所規定之罰鍰，損害賠償等是。

其五、強制規定，既不能由當事人之意思變更，禁止規定，又明爲法律不許可之事項，當事人爲法律行爲時，如可任意違反該規定，則失其爲強制或禁止法規之性質矣。故應使之無效，例如對無行爲能力人爲法律行爲，與人約定拋棄其權利能力，於法無效是也。惟強制或禁止規定中，雖違反之，亦不必當然無效者，故如該規定並不以之爲無效，自仍可使其有效，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，爲需介權 *Mittelbar zuständiges Recht* 或撤銷權之發生，第九八〇條第九八五條爲禁

止規定，而其效力，亦祇得撤銷（民九八九條九九二條）。所謂法律規定，並不以民法為限，普通刑法所處罰之行為，亦此所謂之禁止規定，然對行為之方法為禁止者，其違反非常當然無效，例如詐欺脅迫，存刑法三三九條以下三四六條以下為禁止規定，而民法九二條其效力亦祇得撤銷。又如新違警罰法五四條十一款營工商業不遵法令之規定者，處七日以下拘留或五十圓以下罰鍰，其營業之行為不因之而無效。五五條二款未經官署許可製造運輸或販賣煙火或其他種類之爆炸物者，處五日以下拘留或三十圓以下罰鍰，然其買賣契約，亦不因之而無效。

其六、強制與禁止，並非有絕對區分之標準，各國立法例，有專以違反強制規定為無效者，有專以違反禁止規定為無效者，本條以強制規定與禁止規定並舉，立法上較為周到，蓋強制規定，大率屬於積極方面的，而禁止規定，則大率屬於消極方面的，凡屬禁止規定，可以皆稱為強制的，而強制規定，則不必皆屬於禁止的，例如自由不得拋棄，係一種禁止規定，同時亦可稱為強制規定。又如如有使用文字之必要者，必須親自簽名，法人須置董事，係一種強制規定，然無從稱為禁止規定也。故法文上就兩者並舉，於實際適用上，亦較便利。

其七、脫法行為是否有效

脫法行為 in fraudem Legis agere, Gesetzesumgehung, rechtsgeschäftlicher Schleichweg 即規避禁止規定，而出以迂迴手段之行為也。此等行為，是否有效，須視該禁止規定之立法意旨如何以定之，如其禁止規定，在於禁止目的，則手段雖不違法，仍屬無效。例如債

權人以折扣或其他方法巧取利息限制以外之利益，（民二〇六條）其行爲無效。反是若其禁止規定，僅在於禁止手段，則手段若不違法，即不能謂爲無效，例如流質契約，雖爲法律所禁止，（民八九三條二項）然如債務人以債權擔保之目的，信託的移轉動產所有權，仍爲有效。因其禁止，僅限以設定質權之手段爲之。

第四點 判例（附解釋例）

屬於前大理院者

1. 反於強行法規之行爲，法律概認爲無效，無效行爲，與撤銷行爲異，法院應不待當事人聲明，當然認定其無效，即不得以之爲斷定權義關係發生之淵源。（二年上字一〇〇號）
2. 賭博在刑法上，本爲處罰之行爲，不能發生債權債務之關係。（三年上字六號）
3. 共犯間之因犯罪所生之債權關係，法律上不予保護。（四年上字八一九號）
4. 以違反禁止法規之事項爲標的之行爲，係屬無效，即行爲本人，亦得主張之。（七年上字一〇七一號）

5. 買空賣空，與賭博同科。即兩造互爲買空賣空，一造所輸之款，不能認爲有效成立之債權。惟當事人之初意何在，究不容僅憑至期有無實貨授受之事實以爲臆測，倘其買賣原約，明以到期以實貨授受爲標的，而嗣後因另立轉賣或買回之契約，或因違約不能履行，致其結果僅依市價差額以爲賠償者，究與初意即在依市價差額賭賽輸贏者不同，仍不能以買空賣空論。

(七年上字五三七號二十一年最高法院上字四四六號同旨)

屬於最高法院者

6. 有獎債券之券面，既載有還本字樣，其性質自與近賭博之彩票不同，後雖奉令禁止，而兩造原有之權利關係，仍未可視為失效。(十八年上字二四五一號)

7. 買賣人身契約，當然無效，其權義關係，無從發生，買者既無請求交人之權，其因找人支出之費用，亦不能認為因侵權行為所生之損害而責令相對人賠償。(十九年上字二六號)

8. 販賣煙土，為現行刑法所禁止，則其債權債務之關係，自無從發生。(二十年上字二〇二號)

9. 販運煙土，為現行法上禁止之行為，託運人本於運送煙土之契約，對於運送人請求損害賠償，自為法所不許。(二十年上字二二六號)

10. 違背法令所禁止之行為，不能認為有效，其因該行為所生之債權債務關係，亦不能行使請求權。(二十年上字七九九號)

11. 違法與否，應以中央政府頒行之法律為準，若地方官吏之命令，與全國應當遵守之法令有背馳時，當事人間，若違背法律而為不法之行為，仍不得藉口於地方官署之命令而解為適法。(二十年上字一七四八號)

12. 如烟坭即係現行法令所禁止之鴉片烟，則關於違禁物之交付，顯然不能為訟爭之標的。

(二十年上字一七八四號)

13 當事人以違背法令禁止之規定爲標的之契約，當然無效，其因此所生之權利義務，即屬不能存在，販賣鴉片烟土，既爲現行法令所厲禁，則關於此種契約上之債權債務關係，自亦不能認其成立。(二十一年上字一三〇九號二十二年上字一六五二號同旨)

附解釋例

一、摺身字約無效。(六年統字七三〇號解釋例)

二、爲買空賣空代墊之款，無請求償還權。(七年統字八八號解釋例)

三、押女爲娼之契約，在法律上不能生效。設有母因貧立約，將其幼女押與他人學習爲娼，在約定期限前，自將其女帶回，不能成立刑法第二百五十七條(新二百四十一條)之罪。(十九年四月七日院字二五六號)

四、未成年子女，不同意於父母代訂之婚約，其婚約無效，不生解除問題。(二十三年十二月二十九日院字一一七四號互見民法九七二條)

五、法律行爲違反強制或禁止之規定者無效。在民法第七十一條，著有明文。販賣煙土，既爲現行法令所禁止，則當事人以此等禁止事項爲標的之合夥契約，依法當然無效，其因此契約所發生之債權債務關係訴請裁判，法院自應於受理後，予以駁回。(二十五年十一月三十日院字一五八五號)

六、未成年人之夫妻，自行離婚，民法既定明應得法定代理人同意，如違反者，應認無效。（二十五年九月六日院字一五四三號）

七、債之關係發生後給付不能者，無論其不能之事由如何，債權人均不得請求債務人爲原定之給付，此觀民法第二百二十五條第百二十六條之規定自明。物之交付請求權發生後，其物經法律禁止交易，致爲不融通物者，給付即因法律之規定而不能，其禁止交易，在訴訟繫屬中者，爲原告之債權人，如因此而有金錢之支付請求權，得依民事訴訟法第二百五十六條第三款，第四百四十三條第一項但書變更其訴，若仍求爲命被告交付該物之判決，應認其訴爲無理由，予以駁回。其禁止交易，在命被告交付該物之判決確定後者，該判決自屬不能執行。（三十年五月十四日院字二二八二號）

查鴉片烟自三十年一月一日起，已入禁絕時期，自應認爲違禁物品，其在三十年以前發生而現在尙未辦結之烟土案件，如係請求返還烟土，以應以判決駁回，如係因烟土而發生之金錢債務事件，似仍應依法繼續審理，至判還烟土已確定案件正在執行中者，其執行標的物，既變爲違禁，自應停止執行。（摘錄甘肅高等法院原呈）

第七十二條 法律行爲，有背於公共秩序或善良風俗者爲無效。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定標的須不背公序良俗。其關係條文爲本編二條一七條二項三六

條，參考條文爲一草一七五條二草一二四條，參考他國條文爲德民一三八條一項瑞債二〇條一項法民六條日民九〇條泰民一二條。

第二點 立法例

公共秩序 Public Policy, Order Public, öffentliche ordnung 或善良風俗 Bonns mores, bannes moens, gute Sitten, good morals 各詞法律，關於此點，用語殊不一致。德國民法，瑞士債務法，用善良風俗字樣，泰國民法，用公共秩序字樣，法國民法，日本民法，併用公共秩序或善良風俗。我第一次草案，僅用公共秩序字樣。二草改用風化二字。本條則從法日民法之立法例。至公共秩序與善良風俗之差別，一係從國家社會公安方面着眼，其注重在國家社會一般之利益，一係從國民道德方面着眼，其注重在維繫國民道德思想。各國立法例，雖有僅用公共秩序一語，或僅用善良風俗一語者，然二者既有着眼之點，自以並用爲宜。本條以二者並存，祇須違反其一，即可斷爲無效也。

第三點 釋本條之意義

其一、前條所稱強制規定及禁止規定，係基於公益之理由，所謂公益，實與公共秩序及善良風俗之觀念一致，故違反強制規定或禁止規定之行爲，同時即爲有背公共秩序或善良風俗之行爲，殊無可疑。惟社會事物，千差萬別，關於有背公共秩序或善良風俗之事項，勢難一一以法律爲強制或禁止之規定，法律僅能就有背公共秩序或善良風俗之事項中，認爲有特別揭出之

必要者，予以強制或禁止而已。法律所未強制或禁止，而其行為實有背於公共秩序或善良風俗者，仍應認為無效，自不可無法律明文以為根據，且以二者並舉為合實用，例如約定不移轉財產，為反於公共秩序之行為，而不反於善良風俗。約定婚姻外之通姦，雖不反於公共秩序而反於善良風俗是也。

其二、如何行為為違反公序良俗，不能一概斷定，依時代之進化，自有不同。然大體有左列之區別：

一、當事人所為行為之本身，違背公序良俗者，此可分為兩種情形：（一）以實行或獎勵公序良俗所禁止之行為為內容者，例如締結犯姦或賭博之契約是。（二）以阻止公序良俗所要求之行為為內容者，例如使人勿戒煙，或使人勿與其妻或夫同居之契約是。

二、當事人所為行為之本身，雖非違背公序良俗，然若加以外來之強制，即為違背之者，例如結婚或不結婚，營業或不營業，係屬人之自由，並不背於公序良俗，然若與人約定必終身不結婚，或終身不營某業，則有背公序良俗是。

三、當事人所為行為之本身，雖非違背公序良俗，然若與金錢利益相結合，即為違背之者，例如要求法官為公平之裁判，證人為真實之證言，並不背於公序良俗，然若給與金錢利益使為之，則為法所不許也。

其三、有背公共秩序或善良風俗之法律行為無效，較諸他種法律行為之無效，更有一特異

之點。即他種無效行爲，可因承認而向後有效，此種無效行爲，則通常不因承認而向後有效，又此種無效，係就行爲之標的言，通常與行爲之動機無關，例如因殺人而購刀，因秘密竄淫而租房，其購刀與租房之行爲，仍不失爲有效是也。蓋動機存於內部，非他人於外部所得窺知，爲保持交易之安全；故應不使影響於法律行爲之效力，若動機業已表現於外部，應否影響於法律行爲之效力，則須視該動機是否已足構成標的而定。例如租房直約定爲秘密竄淫，則該動機已足構成標的，應認爲無效，至標的本身，非背公共秩序，僅手段有背公共秩序，則未必無效，例如以脅迫手段，索償債務，以詐欺手段，解除契約，其債務如屬真實，解約如屬正當，亦不能謂爲無效，不過有時得適用第九十二條一項之規定，或構成犯罪之行爲。

其四、法律行爲之標的，是否違背公共秩序善良風俗之問題，究爲事實問題，抑爲法律問題？依最近通說，確定爲法律行爲標的之事項爲何，固爲事實問題，若對於已確定之事項，認定其是否有背公共秩序，或善良風俗，則爲適用本條之問題，係屬法律問題，故得爲第三審上訴之理由。

第四點 判例（附解釋例）

甲、法律行爲之標的，違反公序良俗者，其判例如左：

1. 當事人因一方已實施其犯罪行爲，他方遂允爲一定之報酬而締結契約者，其契約在法律上當然無效。（二人大判上字七七號）

2. 以人身爲抵押標的之契約，根本不生效力。即不得據以責令相對人負交人之義務。（十年最高法院判例上字一七四五號）

乙、法律行爲之標的，雖非違反公序良俗，然與金錢的利益相結合卽爲違反者，其判例如左：

3. 就自己義務之行爲，要挾相對人索取報酬，致訂立契約者，其內容實有害於公安公益，不能認爲有效。（三年大判上字七四二號）

丙、法律行爲之標的，依當時情形，雖非違反公序良俗，然如強制爲之，卽係違反者，其判例如左：

4. 未廢娼以前，娼妓營業，尙非違反公序良俗，然如以爲娼爲標的，買受良家子女者，依現行律例及禁革買賣人口條例，其買賣契約，當然無效，卽或原行爲娼，復行轉買爲娼者亦同。（九年大判上字八四六號最高法院院字二五六號解釋例同旨）

附解釋例

離婚後訂約，使其所生子女，與其父或母，斷絕關係，於法當然無效。（二十四年十一月二十二日院字一三四一號）

第七十三條 法律行爲，不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不在此限。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定法定要式行爲之概念。其關係條文爲原則第十一目債編一六六條物權編七六〇條親屬編九八二條繼承編二一八九條至一一九七條，參考條文爲票據法二一條一項四款及第四項一一七條一項三款及第三項一二一條四款及第二項，參考他國條文爲德民一二五條瑞債一一條俄民二九條。

第二點 立法例

德民一二五條「不具法定方式之法律行爲無效，不具法律行爲所定之方式，而當事人之意思不明者，亦同。」俄民二九條「不照法定方式而結之契約，限於法律上有明文規定者，始爲無效。」瑞士則於債務法一一條規定之。本條從德民立法例。

第三點 釋本條之意義

其一、民法總則立法原則第十一目「法律行爲必須依方式者宜定其方式，但種類不宜過多，所定方式亦不宜繁瑣。」其說明云，法律行爲有必具一定方式方爲有效者，有需一定之方式而有效者，我國習慣多重實際而不注重其形式，現在教育尙未普及，若方式過多及過於繁瑣，則實際上施行不易，故宜採以上之原則。

其二、法律行爲，有要式行爲，與不要式行爲之別，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。分爲法定要式，與約定要式兩種。法律上要求一定之方式者，稱法定要式。所謂不依法定方式者無效，乃指法律有明文規定其方式者而言，例如結婚應有公開之

儀式及二人以上之證人，遺囑之方式，票據應記載之事項等是。當事人約定一定之方式者，稱約定要式。不依法定方式之法律行為，本條明定為無效，不依約定方式之法律行為，是否無效，須視其約定之趣旨定之，債編一六六條之規定曰「契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」蓋當事人如為方式之約定，則可推定其以為法律行為有效成立之要件也。（德民一二五條後段同旨）

其三、法律行為，不依法定方式者，固以無效為原則，然絕對適用此原則，亦不免發生窒礙，故又有但書之規定。所謂法律另有規定云者，例如密封遺囑，不具備密封遺囑之方式，而具備自書遺囑之方式者，有自書遺囑之效力，又如匯票，本票，支票，均應記載受款人之姓名或商號，但又另有規定，未載受款人者，以執票人為受款人等是。（票據法二一條一項四款及四項一一七條一項三款及三項一二一條四款及第二項）

第四點 判例

凡契約當事人，如約定契約，須作字據時，則其意思，原以字據為契約成立之要件，故於未作字據以前，應認其契約為不成立。（十二年大判上字一一六一號互見債編一六六條）

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爲之。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定關於暴利行為之取締。其關係條文爲原則一二日本編一一四條本編施行法一七條準用一六條債編二〇三條至二〇七條二一九條，參考條文爲勞動契約法五條非常時期民訴補充條例二〇條二項非常時期過分利得稅法一條，參考他國條文爲法民一六七四條一六七六條德民一三八條二項瑞債二一條俄民三三三條。

第二點 立法例

在昔羅馬法，有所謂非常損失規則 *laesio enormis* 卽賣主出賣物品，在通常市價半數以下，得對於買主請求買賣之解除。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，得請求撤銷買賣契約。（法民一六七四條、一六七五條）德民一三八條二項「就中乘他人之窮迫，輕率或無經驗，使其對於自己或第三人給付或約定給付財產上利益之法律行為，依當時情形顯失平衡者，無效」。瑞債二一條「依契約使給付與對待給付之間，顯失平衡，而其契約之訂立，係當事人之一方乘他方之急迫，無經驗或輕率所爲者，被害人得於一年內，表示不遵守契約，並得請求返還其所給付者。一年之期間，自契約訂立之日起算」。蘇俄民法第三三條「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，得認其契約爲無效，或停止其將來之效力」。日本因有利益限制制法之規定，不存此

條。本法着眼於社會立法，故仿德瑞俄之立法例而規定本條。

第三點 釋本條之意義

其一、行使權利、履行義務，應依誠實及信用方法前大理院著爲判例（四年上字二三號），現行民法採入條文（債編二九條），而公平交易，童叟無欺，又爲我國固有之風習。故法律行爲，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，謂之暴利行爲 *Wucherisches Geschäft*。關於暴利行爲之效力：（一）有認爲係違背善良風俗之尤，逕定爲無付者。例如德國民法是。我勞動契約法五條，「當事人之一方，乘他方急迫輕率或無經驗，爲自己或他人訂定之勞動契約，其報酬過少，與勞動之比例，有失平衡，或勞動條件，顯與該種勞動之地方習慣，或定來慣例，較爲不利者，其契約爲無效」。即係採取德民之立法例，民法上則不以之爲當然無效，僅許其有撤銷權。（二）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，例如瑞士債務法是。（三）有規定爲無效，而其無效對將來發生效力者，例如蘇俄民法是。我民法規定，由法院斟酌情形，撤銷法律行爲，或減輕給付，蓋仍着眼於契約自由之原則而加以限制也。此撤銷須經法院之宣示，與當事人自己所爲之撤銷惟以意思表示爲之者不同。（民一一六條）然經宣示撤銷，則其行爲自始無效，（民一一四條）又被害人爲此項之聲請，應於法律行爲訂立後一年內爲之，此點與德民所定者相同。

其二、適用本條，須具備二要件。(一)須有利用他人急迫等之主觀事實。(二)須有使爲財產上給付或爲給付約定顯失公平之客觀事實。此二要件，如欠缺其一，即不得爲撤銷之聲請。至聲請撤銷之期間，定爲一年，係一種除斥期間，過此則撤銷權即應消滅。又民法總則施行前，此種法律行爲，能否撤銷，須依民法總則施行法第十七條，準用同法第十六條之規定。其三、行使撤銷權之方法，法文上雖稱聲請，然如非訟事件法未制定以前，即須提起形成之訴，請求撤銷其全部或一部。

第二節 行爲能力

第十九節 本節之總說明

本節應說明者三點

第一點 本節之內容

壹 行爲能力爲一般有效要件之一(七五)貳 法定代理人對無行爲能力人之代理權(七六)參 法定代理人對限制能力人原則上之允許權及其例外之一(七七)肆 對於單獨行爲之允許(七八)伍 對於雙方行爲之允許(七九)陸 對於法定代理人是否承認之催告爲保護相對人之一(八〇)柒 對本人是否承認之催告爲保護相對人之二(八一)捌 契約之撤回爲保護相對人之三(八二)玖 有效之強制爲保護相對人之四(八三)拾 允許處分財產爲限制能力例外之三(八四)拾壹 允許獨立營業爲限制能力例外之四(八五)

行爲人須有行爲能力，乃法律行爲一般的有效要件之一，故行爲人之行爲能力如何，影響於法律行爲之效力至鉅，蓋所謂行爲能力，即能獨立爲有效法律行爲之資格，無此資格之人，爲無行爲能力人，及限制行爲能力人，本節即規定無行爲能力人及限制行爲能力人其行爲之效力如何，兼及相對人之保護方法。

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人已結婚者，皆有行爲能力。（民一二條、一三條）民法所謂行爲能力，爲消極的規定，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，則仍須有識別能力也。

第二點 關於本節之立法例

關於行爲能力之立法例，各國民法，約分二派，甲派以之規定於民法自然人中者，如法國瑞士土耳其日本泰國及蘇俄是。乙派以之規定於民法法律行爲中者，如德國民法是。就學理論，以乙派爲合理；因行爲能力，乃法律行爲一般的有效要件之一，自應於法律行爲中規定之。我民法就其於自然人中規定未滿七歲之未成年人，及禁治產人無行爲能力，滿七歲以上之未成年人，有限制行爲能力之點言之，類似甲派之立法例。就其於法律行爲中，規定無行爲能力人及限制行爲能力人之法律行爲能力之點言之，則又類似乙派之立法例也。

第三點 行爲能力之意義

民法所謂行爲能力 *Handlungsfähigkeit* 指法律行爲能力 *Geschäftsfähigkeit* 而言也。法律

行爲能力者，依自己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，準用於適法行爲中表示行爲及非表示行爲，卽準法律行爲與事實行爲也。準法律行爲，須有法律行爲能力，例如意思通知之催告，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，不得爲讓與之通知也。遺失物之拾得，埋藏物之發見，添附，事實行爲也。普通只須有爲此行爲之事實上能力，故瘋人或未成年人拾得遺失物發見埋藏物，添附，不妨其取得拾得物之報酬，包藏物所有權之一部或半部，合成物混合物之所有權或共有權及加工物之所有權也。

以上所謂行爲能力者，乃一般行爲能力也，對此尙有特別行爲能力，例如民法一〇七四條、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者，例如民法第九七三條九八〇條關於婚姻能力之規定，第一一八六條二項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，（民一六條瑞民二七條）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。又自然人以有行爲能力爲原則，故主張其爲無行爲能力者，負有舉證之責。

第二十條 本節之逐條說明

第七十五條 無行爲能力人之意思表示，無效。雖非無行爲能力人，而其意思表示，係在

無意識或精神錯亂中所爲者，亦同。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定行爲能力爲一般有效要件之一，其關係條文爲本編一三條一項五條一六條二一條九五條，參考條文爲郵政儲金法一七條，參考他國條文爲德民一〇五條法民一三四條瑞民一八條日民四條二項九條俄民三一一條泰民四六條五五條五六條。

第二點 立法例

無行爲能力人所爲之行爲，在法律上之效力如何？有以其爲無效者，如德民是。（德民一〇五條一項）有以其如未經法定代理人之同意，得以撤銷者，如泰民是。（泰民四六條五五條）有以其原則上爲無效，例外爲有效者，如瑞士土耳其民法是。（瑞民一八條土民一五條）本條從德民立法例。後段爲便宜上之規定係從德俄民法立法例。（德民一〇五條二項俄民三一一條）

第三點 釋本條之意義

一、無行爲能力人，依我民法之規定，爲未滿七歲之未成年人，禁治產人，此兩種人之意思表示，概爲無效。蓋意思表示，係構成法律行爲之重要分子，而意思表示，又以效果意思 *Erfolgswille* 與表示意思 *Erklärungswille* 聯貫而成，未滿七歲之未成年人與禁治產人，法律因其欠缺意思能力，乃以明文定爲無行爲能力，其不得爲有效之意思表示，自屬當然。其實際上有無意思能力，在所不問，故即法定代理人允許之行爲，承認之行爲，純屬法律上利益之

行爲，日常生活所必需之行爲，及代理他人所爲或所受之法律行爲，於法皆爲無效。此等行爲，實際上雖有經法定代理人允許或承認之結果而可視爲有效者，然其有效非基於允許或承認之理由，而係基於次條由法定代理人「代爲」與「代受」之理由也。又此項無效，不獨生前行爲無效，即死因行爲，亦屬無效。（民一一八六條）不獨財產上之行爲無效，即身分上之行爲，亦無明文特許有效者。身分上之行爲，如結婚、收養、認領，德國民法，解釋上無行爲能力人，亦無此種能力，（德民一〇四條、一三〇四條、一三五一條、一七二八條）日民則以明文規定其有此種能力，（日民七五六條、七七四條、八一〇條、八二八條、八四七條、八六四條）我民法既無明文規定，似可與德民爲同一之解釋。

二、無意識卽全然欠缺意思能力之謂。精神錯亂，則指精神作用暫時發生異狀以致喪失意思能力者而言。所謂意思表示，係在無意識中所爲者，例如睡眠中之囈語。在精神錯亂中所爲者，例如重病中之囈語。此類情形，係意思與動作不相連屬，非僅欠缺效果意思與表示意思之聯繫，而其動作全非本於意思，根本上卽不得認爲有意思表示，應屬於意思表示能否成立之問題，尙未進於意思表示有無效力之問題。本條後段，乃爲立法之便利計，使與無行爲能力之意思表示，同爲無效耳，在實際適用上，或不致感受困難，惟是否在精神錯亂中，屬於事實問題，例如病重之人，於精神清爽中爲遺囑，因遺囑受不利益之人，主張係精神錯亂中所爲。又如成立契約時，當事人因契約已成立，酩酊大醉，事後主張該契約係精神錯亂中所爲，乃屬訴

訟上習見之事，非依證據法則，詳於調查，不足以資認定。

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。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定法定代理人對無行為能力人之代理權。其關係條文為本編九四條至九六條親屬編一〇八六條一〇九八條一一一三條，參考條文為商業登記法七條，參考他國條文為德民一六一七條以下日民八八四條九二二條。

第二點 釋本條之意義

一、無行為能力人之法定代理人，與限制行為能力人之法定代理人，即行親權人與監護人是也。然權限各有不同，前者僅有代理權，而無能力補充權。後者則有代理權，兼有能力補充權。惟前者之代理權，較後者為廣泛。至行使代理權，應以本人名義行之，其效力直接及於本人。又性質上不可代理者，不得代理，亦與一般委任代理無異。

二、無行為能力人不獨不能為有效之意思表示，亦不能有效受領意思表示，然無行為能力人不能脫離社會上之生活，故本法規定由其法定代理人代為之為意思表示及受領意思表示，以保護無行為能力人。依本法規定向特定相對人之意思表示，以其達到或了解時發生效力，其達到或了解，自相對人之方面觀之，則為受領，有效受領意思表示之能力，謂之受領能力(Empfangsbefähigkeit)。然有行為能力者，皆有受領能力，無行為能力者，亦無受領能力，限制行為

能力人，則於其有行為能力之範圍內，亦有受領能力。（民七七條、八四條、八五條）

第七十七條 限制行為能力人爲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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定法定代理人對限制能力人原則上之允許權及其例外之一例外之二。其關係條文爲本編一三條二項一六條二一六條九六條，參考條文爲勞動契約法三條二草一條，參考他國條文爲德民一〇七條俄民九條泰民四七條至四九條瑞民一九條一項二項日民四條及一八七四年八月七日英未成年入救濟法。

第二點 立法例

各國法律，有以妻無行為能力人者，如日耳曼古法，英普通法，及北歐斯堪狄那維亞的 *ordinaria* 諸國，瑞典（一七三四年）挪威，丹麥（一六八三年至一六八七年）之固有法是。有以之爲限制行為能力人者，如法、義、西、葡、及日本是。有以之爲行為能力人者，蘇俄民法（九條）是。我第一次草案（一草二七條）從日本立法例，以妻爲限制行為能力人，第二次草案刪之，祇以滿七歲以上之未成年入，爲限制行為能力人，（二草一一條）以符男女平等之原則，我新民法與二草正同。例外之一，係從德瑞立法例，德民一〇七條「未成年入爲意思表示，除係純得法律上之利益者外，應得其法定代理人之同意」。瑞民一九條一項二項「有判斷

能力之未成年人或禁治產人，以得法定代理人之同意時爲限，得依自己行爲負擔義務。其取得無償之利益或行使專屬一身之權利者，無須此同意。『例外之二，係從泰國民法之規定。』(泰民四九條)並與英未成年人救濟法 *Infants Relief act (Eth. Aug. 1874)* 稱以未成年人必要契約 *Contracts of necessities* 爲有效者，其用意相似。日本民法，則以單得權利或單免義務之行爲，無須得法定代理人之允許，(日民四條但書)不如德民用語之概括。

第三點 釋本條之意義

其一、法定代理人之權限

民法所稱限制行爲能力人者，僅指滿七歲之未成年人而言也。所稱法定代理人者，其代理權限根據於法律規定之代理人也。未成年人之法定代理人之權限，含有代理權與同意權。(民一〇八六條、一〇九八條、七八條、七九條)代理權者，代未成年人爲法律行爲之資格也，其法律行爲，以未成年人之名義爲之，然其行爲基於法定代理人之意思，故未成年人雖無意思能力之時，法定代理人得代之爲法律行爲。同意權者，補充他人行爲能力之權利也。故同意爲法定代理人自身之行爲，因之而爲有效者，未成年人自身之法律行爲也，從而對於無意思能力之未成年人之行爲，法定代理人不得以其同意使之爲有效。

其二、法定代理人之涵義

法定代理人，自狹義言之，爲對於未成年人之行親權人與監護人，禁治產人之監護人。自

廣義言之，卽遺產管理人（民一一七七條）失蹤人之財產管理人（民一〇條）破產財團管理人（破產法六四條）夫妻關於日常事務之代理（民一〇〇三條），亦包括在內，蓋夫對妻之特有財產有使用收益之權，（民一〇一九條）此權限雖可視為夫以自己之名義行使之管理權，然於其權限內，亦可以妻之名義行之，固不失為廣義之法定代理人或準法定代理人也。（參照本編第二十一條之說明）

其三、法定代理人之同意

一、法定代理人之同意 *Zustimmung* 其屬於事先者為允許，*Einwilligung* 其屬於事後者為承認，*Genehmigung* 允許為能力之補充，承認為效力之補充，性質上雖稍有不同，結局不過為時間前後之差別也。

二、同意應對於未成年人，以意思表示為之。德國民法，以此意思表示，亦得對於相對人為之，（德民一八二條）我民法亦有同樣之規定，（民一一七條）蓋同意為能力之補充行為，性質上應如此也。

三、同意係補充限制行為能力人之能力，使之完全有效，其自身不能發生獨有之效力，祇能發生使他人為有效行為之效力，惟此效力，因其亦為行為人所欲發生，故不失為法律行為，但為從屬的法律行為耳。

四、同意為不要式，未成年人之行為，雖為要式者，亦同。同意雖得為明示或默示，然未

表示不同意之消極的事實，理論上不得謂之有同意之存在。

五、允許必須就各個行爲分別爲之，抑可就種類行爲概括爲之，依後開第八十四條第八十五條之規定觀之，概括允許，自無不可。

六、未成年人之法定代理人法律行爲補充權，一般爲對於財產上之法律行爲而言，關於身分上之法律行爲，原則不須其同意，惟例外的規定，須得其同意，如九七四條，九八一條，九八四條，一〇四九條，亦顯然應得允許者也。

其四、允許能否撤回

一、允許能否撤回？應分別論之，限制行爲能力人如尙未爲或未受意思表示，應許撤回；已爲或已受後，即應不許撤回，允許既不須何等方式，撤回允許，自亦不須方式。惟允許係向限制行爲能力人爲之者，撤回可向限制行爲能力人或其相對人爲之，允許若係向相對人爲之者，撤回亦須向相對人爲之，否則須相對人知悉，始能對抗。

二、允許既不失爲法律行爲，故允許如具有撤銷之原因，亦應許其撤銷，撤銷允許後，限制行爲能力人所爲或所受意思表示即成爲未經允許之行爲。惟允許之撤銷，與受允許事項本身之撤銷，不可混說，受允許事項之本身，（即限制行爲能力人之意思表示）如具有撤銷原因，縱經有效之允許，仍得撤銷，若僅允許有撤銷原因，則與受允許事項之本身無涉，未撤銷允許前，其行爲固屬完全有效，即撤銷允許後，亦僅成爲未經允許之行爲而已。

其五、例外

法律規定限制行為能力人，為意思表示，及受意思表示，應得法定代理人之允許，係為保護限制行為能力人而設，若純獲法律上利益，或依其年齡及身分日常生活所必需者，必一一得法定代理人之允許，始得為之，不但事實上感受困難，且轉予限制行為能力人以不利，反失保護本旨，本條是以特設例外規定。

例外之一

所謂純獲法律上利益者，即依其法律行為，專得權利或專免義務，及其他專得法律上利益之情形也。是否純獲法律上利益，應依法律行為之性質定之，非以經濟上利益之有無為準，故如價值百圓之物，以五十元買得之，雖獲有經濟上利益，究非純獲利益，即不得適用本條。得適用本條之顯著行為，約舉如左：

- 一 贈與之允受。（民四〇六條）或撤銷。（民四〇八條）
- 二 未附有義務之遺贈承認。（民一二〇七條）
- 三 債務免除之接受。（民三四三條）
- 四 關於單負義務契約之解除或終止。（民二五八條二六三條）或委任契約之解除。（民五四九條）
- 五 為第三人契約（即利他契約）享受利益之表示。（民二六九條）

例外之二

所謂依其年齡及身分日常生活所必需者，即限制行為能力人日常生活所必需之法律行為，何者為日常生活所必需，法文既明示依其年齡及身分，則因年齡之增長，與身分之變遷，其日常生活所必需，亦隨之而異，例如八九歲為小學生時，與十八九歲為大學生時，其日常生活所必需，當然判若天淵，故欲斷定何者為必需，何者為不必需，當就具體事實，從主觀客觀各方面斟酌情形定之，而總應着眼於其年齡及身分也。

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。

右二條便利上合併說明為左之四點

第一點 右二條一為對於單獨行為之允許，一為對於雙方行為之允許。其關係條文為本編一一一條至一一六條，參考條文為勞動契約法第三條，參考他國條文為德民一一一條一項一〇八條一項日民四條二項。

第二點 立法例

限制行為能力人，除法律另有規定外，其法律行為，應得法定代理人之允許，如未得允許，其效力如何，立法例亦不一致，有不問其為契約或單獨行為，均為得撤銷之行為，如日本民法

是，（日民四條二項）前大理院判例採用之。有爲契約與單獨行爲之區別，如爲單獨行爲，則絕對無效。如爲契約，則其有效或無效因法定代理人之承認與否而定者，例如德民第一一一條「未成年人未得法定代理人之同意所爲之單獨行爲無效。未成年人對於他人所爲之此種行爲，雖得法定代理人之同意，如該他人以未成年人未提出書面之同意爲理由，卽爲拒絕之表示時，其行爲亦爲無效。但法定代理人以其同意知會他人時，該他人不得爲此拒絕之表示。」第一〇八條一項「未成年人未得法定代理人之同意所訂立之契約，因法定代理人之承認而生效力。」右二條之規定，從德民立法例。此因單獨行爲，大都相對人未爲參與，若使得依法定代理人之承認，變爲有效，不免使相對人處於不安定之狀態，而有時受不利益之結果，故德民解釋上，有謂如相對人承認此單獨行爲時，則應以之與契約並論。

第三點 釋右二條之意義

單獨行爲與雙方行爲（契約）可參照本章第一節第十七解關於法律行爲種類之說明。七十八條所稱無效，爲絕對無效，卽不得依法定代理人之承認，使之變有爲效，限制行爲能力人，於限制原因消滅後，如對於此行爲爲承認，只可視爲新行爲，不發生溯及之效力。七十九條所稱無效爲未決之無效，卽法律行爲已成立，非絕對無效，不過尙未發生效力，得因法定代理人之承認，而溯及於法律行爲時發生效力。（民一一五條）承認與允許，不過有事前與事後之區別，承認得對於未成年人或相對人爲之，（民一一七條）又民法惟就單獨行爲與契約爲規定，

不能包含合同行為在內，如未成年人未得法定代理人之允許所為之合同行為，其效力如何，不無問題，余以為合同行為，（例如總會之決議）多為資格權之行使，屬於社會法之範疇，應比照其他特別法取得社員資格年齡（例如合作社法十一條農會法十三條）解為自身行使不得依法代理人之承認而生效力。而年滿十八歲之未成年人，依兵役法第三條國民兵役起役，及民法第十三條三項之規定而為類推解釋，認為有行使資格權之能力。至不屬於行使資格權之合同行為，可解為得依法定代理人之承認而生效力。

第四點 判例

民法總則第七十九條關於限制行為能力人，未得法定代理人之允許或承認，雖不生效，但締結契約，在民法總則施行前者，應適用當時之法律，心神喪失或精神耗弱者，僅為限制行為能力人，其所為之法律行為，未得法定代理人允許或承認者，僅足據為得撤銷之原因，而非自初不生效力。（二十一年上字二一六一號法條民七九條民總施一條）

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，其承認與法定代理之承認，有同一之效力。

前條規定，於前項情形準用之。

右二條便利上說明爲左之四點

第一點 右二條一爲對法定代理人是否承認之催告爲保護相對人之一，一爲對本人是否承認之催告爲保護相對人之二，其關係條文爲本編一一五條，參考條文爲商業登記法六條七條勞動契約法三條，參考他國條文爲德民一〇八條日民一九條泰民五二條五七條六二條。

第二點 立法例

於催告所定期限內，不爲確答，究竟視爲承認，抑應視爲拒絕承認，各國立法例不同，有視爲拒絕承認者，例如德民一〇八條二項相對人對於法定代理人催告其爲承認，承認惟得對於相對人爲之，承認之催告前，對於未成人所爲之承認，或拒絕，爲無效。承認惟得於受催告後二星期內爲之，如逾此期間不爲承認時，視爲拒絕。有視爲承認者，如日本民法是。（日民一九條一項二項）次條所謂本人承認之效力，與法定代理人有同一之效力，亦係從德民立法例。德民一〇八條三項，「未成年入成爲行爲能力人後所爲之承認，代替法定代理人之承認」。泰民五二條二款亦同。

第三點 釋右二條之意義

子、總說

催告權 Aufforderungsrecht 者，對於限制行爲能力之補助人，或其本人，要求確答是否承認其法律行爲之形成權也。催告得使發生法律上之效力，非事實行爲亦非純粹之法律行爲，

乃法律行為也。蓋自其內容觀之，催告不過為欲知相對人意思之觀念表示，非直接欲望法律上效力之意思表示也。嚴格論之，催告非法律行為，只可稱為準法律行為，關於法律行為，尤其是關於意思表示之規定，得準用於催告，即對於隔地人之催告，自其達到於被催告人之時，發生效力。（民九五條）而催告中所指定應回答之期限，亦自達到時起算之。關於回答，日民採發信主義，（日民一一四條）依我民法，則回答亦以達到於催告人時，始發生效力。（民九五條）於應回答之期間內，無回答時，視為拒絕。即因此確定法律行為，自始不發生效力。依日民規定，如逾期不為回答，則視為承認，（日民一九條）此與我民法有不同也。

丑、釋第八十條之意義

限制行為能力人，未得法定代理人允許所訂之契約，既須經法定代理人之承認，始生效力，則在法定代理人未為承認，或拒絕承認以前，其契約之能否生效，即虛懸於不確定之狀態，殊與契約相對人以不利，法律為保護相對人計，特予以定期催告之權利，此權利稱為催告權，即形成權之一種，惟本條之催告，須具三種要件：

一、須定一個月以上之期限。故雖催告而未定期限，或所定期限不在一個月以上，即不能生催告效力。

二、催告須向法定代理人為之。故催告如係向限制行為能力人為之，亦不能生催告之效力。至限制行為能力人之限制原因消滅後，亦得向之為催告，但屬於次條之範圍，非本條範

團。

三、催告應表明確答是否承認之旨。故催告如未表明此旨，則催告之意旨不明，受催告人不能了解為催告權之行使也。

至催告之性質，乃要求他方確答是否承認之一種知的表示行為，不得謂之法律行為，或意思表示，故關於法律行為及意思表示之規定，於催告祇應準用，非當然適用也，雖學說上亦有主張催告為單獨行為者，然難採用，關於催告效力，有催告本身發生之效力，與因催告而發生之效力，前者準用第九十四條第九十五條，以受催告人了解時，或通知到達受催告人時，發生效力。後者乃於受催告人於所定期限內確答與否，始能見之。不為確答時，視為拒絕承認，該契約即確定為自始不生效力。在期限內全未答覆，固得適用本條二項，即答覆而未於期限內到達催告人，或其內容是否承認並不明瞭者，亦可適用本條二項。若於所定期限內確答承認，或拒絕承認，則當然發生各別之效力，不待明文規定者也。惟確答承認，係向他方為承認之意思表示，應適用關於意思表示之規定。（民一一六條）拒絕承認，則為一種知的表示行為，不過準用關於意思表示之規定而已。

寅、釋第八十一條之意義

一、限制行為能力人之限制原因消滅，依本法之規定，祇有兩種情形，即甲、限制行為能力人已滿二十歲，乙、雖未滿二十歲而已經結婚。但未滿二十歲，或未結婚前，已受禁治產之

宣告，則於滿二十歲或結婚後，縱其限制原因，因之消滅，惟已變更其身分，進而爲無行爲能力人，卽不能有本條之適用，本條所謂限制原因消滅，必別無行爲能力之障礙者方是。此時如承認其所訂立之契約，其承認卽與法定代理人之承認，有同一之效力，故法定代理人之承認，如自承認時爲始，發生契約效力，本條之承認，亦與有同一之效力。如溯及契約成立時，發生契約效力，本條之承認，亦與有同一之效力。

二、本條第一項所謂承認，不論爲自動承認，或受催告而爲承認，其承認之效力，毫無差別，自屬當然之解釋。惟限制行爲能力人，於限制原因消滅後，如不爲承認與否之表示，則契約之能否生效，仍虛懸於不確定之狀態，亦與前條之說明同，殊與契約相對人以不利。本條第二項，特揭明前條規定，於前項情形準用之，使相對人之催告權，得逕向限制原因消滅之本人行使，庶不確定之狀態，容易除去，益足確保保護相對人之目的，法文稱準用者，卽前條說明中所述一三兩條件，及期限內不爲確答，視爲拒絕承認，於本條亦一律準用。所異者，前條之催告，向法定代理人爲之，本條之催告，則向限制原因消滅之本人爲之也。

第四點 判例

按民法總則第八十條第一項第二項之規定，是法定代理人，經相對人定期催告，不爲確答者，尙應視爲拒絕承認，何能遽以法定代理人，不卽時向相對人交涉，或登報聲明，卽爲已承認。（二十一年上字二一〇八號法條民八〇條）

第八十二條 限制行爲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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定契約之撤回，爲相對人保護之三。其關係條文爲本節七七條至八一條，參考他國條文爲德民五〇九條。

第二點 立法例

德民一〇九條『契約於有承認前，相對人得撤回之。撤回亦得對於未成年人表示之。相對人知其爲未成年人者，以未成年反於事實，主張法定代理人同意時爲限，得撤回之。但於契約訂立時，相對人知其未有允許者，不在此限。』本條係倣德民立法例，與相對人以撤回權。

第三點 釋本條之意義

其一、撤回 *Widerruf* 對於尙未發生效力之行爲，防止其效力發生之行爲也。與撤銷 *Anfechtung* 有別，撤銷者廢止契約之要約或承諾也。自得爲撤回者之方面而言之，爲撤回權 *Widerrufrecht*。依德民一〇九條規定，撤回得向法定代理人或未成年本人，以意思表示爲之，我民法雖無明示，解釋上限制行爲能力人限制原因未消滅前，應向法定代理人爲之。（民七七條）限制原因消滅後，應向本人爲之。蓋契約之效力，在未確定期中，法定代理人既有承認與否之自由，而對於相對人，則不可不與以撤回與否之自由以期平衡。故於法定代理人未承

認前，相對人在原則上得爲撤回，然相對人如知未成年人未得有允許而仍然訂立契約，則是於行爲時，知其效力繫於法定代理人之承認而爲之者，應不許其撤回。但法定代理人有撤銷權，在未成年人，則不庸撤回，蓋此契約之訂立，於未成年人有利與否，尙未一定，未成年人不得因自己之行爲，喪失其一旦所取得之法律上地位也。

其二、本條規定，與前二條不同，前二條予契約相對人以催告權，催告法定代理人，或限制原因消滅之本人，使於一定期限內爲承認與否之確答，以便法律行爲，易臻確定。本條則更予契約相對人以撤回權，使於未經承認前，得撤回其契約。所謂未經承認前，法定代理人之承認，與限制原因消滅後本人之承認，均包括之，即催告已經遼測，而在未爲確答前，亦無礙於撤回權之行使也。

其三、依上所述，撤回權之行使，須具兩種要件：（一）須在未經承認以前。如已經有效之承認，則撤回權無從行使。（二）須於訂立契約之當時，不知其未得允許。若相對人已知其未得允許，則顯非善意，法律即無保護之必要，此時自不得行使撤回權。若於訂立契約後，始知其未得允許，仍可解於撤回權之行使無礙。至不知是否出於過失，可以不問。

第八十三條 限制行爲能力人，用詐術使人信其爲有行爲能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行爲爲有效。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定有效之強制爲保護相對人之四，其關係條文爲本編九二條債編一八四條，參考他國條文爲法民一三〇七條一三一〇條日民二〇條泰民五一條。

第二點 立法例

法民一三〇七條，「單售知以成年不得撤銷」即詐術須爲積極手段也。日民二〇條「無能力人，因使人信其爲能力人而用詐術者，不得撤銷其行爲。」泰民五一條亦用撤銷字樣。學者有謂本條爲撤銷權之剝奪者，然撤銷視爲自始無效，本條雖仿日泰立法例，然視爲自始有效，不能與撤銷爲同一之解釋。

第三點 釋本條之意義

其一、與前三條之區別

前三條保護之相對人，專指契約相對人而言，本條保護之相對人，則契約相對人，與單獨行爲之相對人，一併在內。蓋限制行爲能力人欲爲有效之法律行爲，須得法定代理人允許或承認之規定，係爲保護限制行爲能力人而設，若限制行爲能力人，已能用詐術使人信其爲有行爲能力，或使人信其已得法定代理人之允許，則對於一切法律行爲，不但能孰權利害，且能行使陷人於不利之手段，此時自無保護之必要，而相對人轉有保護之必要。故法律認其法律行爲爲有效，卽不論其爲契約或單獨行爲，亦不問其是否得有允許或承認，概不得爲無效之主張也。

其二、理由

限制行為能力人如用詐術，使人信其有行為能力或已得法定代理人之允許，則其所為之法律行為，應使之有效，蓋限制行為能力人，此時已無保護之價值，相對人雖亦得依民法第九十二條之規定，撤銷法律行為，或依民法一八四條以侵權行為為理由請求損害賠償，（限制行為能力人如用詐術則常有識別能力）然撤銷使法律關係複雜，損害賠償請求有證明損害之必要，實不足以保護相對人，故法律更進一步，使法律行為自始有效，即相對人亦不得撤回之，然詐術與錯誤，須有因果關係，即相對人須因其用詐術而信其有行為能力或已得法定代理人之允許，如相對人並未受欺，則無保護之必要也。

其三、何謂詐術

為使人信其為有行為能力或已得法定代理人之允許，例如未成年人偽為成年人，或偽稱已結婚或偽為已得法定代理人之允許。何謂詐術，例如偽造戶籍謄本，或結婚證書，或使第三人偽證自己為有行為能力人，或提出偽造經法定代理人之允許書函等是。若限制行為能力人，僅未告知其為限制行為能力人於相對人時，（消極手段）相對人不得以其未知其情事而主張為有效之行為。

其四、適用本條須具備左列要件：

一、須限制行為能力人，有使人信其為有行為能力人或已得法定代理人允許之故意。此故即實行詐術之故意，無此故意使人相信時，不得適用本條。惟此故意祇須就該法律行為存在

爲已足，對其他法律行爲，是否有此故意，在所不問。

二、須限制行爲能力人使用詐術。此詐術卽具體之詐欺手段而足以使人相信者，若僅有消極手段，尙難解爲使用詐術，如上所舉之例是。

三、須相對人誤信其爲有行爲能力人或已得法定代理人之允許而與之爲法律行爲。此誤信須基於限制行爲能力人之用詐術而生，卽誤信與用詐術，確有因果關係，若相對人之誤信，係出於他種原因，則限制行爲能力人雖會使用詐術，而相對人之與爲法律行爲，並非因用詐術所致，卽難適用本條。

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

本條應說明者三點

第一點 本條係規定允許處分財產爲限制行爲能力例外之三，其關係條文爲本編本節七七條但書及七八條七九條，參考他國條文爲日民五條瑞民四一四條。

第二點 立法例

允許處分財產，有預定一定之目的者，例如父母以一定之金錢交付未成年子女爲入學費用是。有不預定一定之目的者，例如父母以一定之金錢交付子女零用是。日本民法第五條就此兩種情形，分別規定。然瑞士民法四一四條則不爲此區別。我民法蓋從瑞士之立法例，故預定目

的與否，皆非所問，然必限定於一定範圍之財產，若允許處分其全部之財產，則爲限制行爲能力之全部解除，非民法之所許也。財產處分之允許，於未成年人未處分以前，得撤回之。

第三點 釋本條之意義

其一、與上開各條之區別

允許之性質，前已說明，限制行爲能力人爲法律行爲，以得法定代理人之允許爲原則，未得允許之行爲，又因其爲單獨行爲或契約而異其效力，上開各條，已有分別規定，惟上開各條，係就各個法律行爲之各別允許情形而言，本條則就一定財產之處分而爲概括之允許，限制行爲能力人，在該概括允許之範圍內，有處分其財產之能力，故不論其處分行爲，爲單獨行爲或契約，均應認爲有效。惟允許處分之財產，應限於一定財產，若就限制行爲能力人所有全部財產，均允許處分，則與保護限制行爲能力人之立法主旨相反，應所不許。又允許處分之財產，並不限於爲限制行爲能力人所有，法定代理人給予之財產，當然亦得允許處分。至允許處分時，指定一定目的與否，均無不可。

其二、何謂有處分之能力

有處分之能力，即毋庸更受允許而得獨立爲有效之處分行爲也。處分行爲者，乃就該財產上之權利，爲喪失變更或限制之法律行爲，例如允許處分之財產爲不動產時，將該不動產所有權移轉於他人，或許他人有共有權，或設定典權，均無不可。又爲處分前提之債權行爲，亦得

爲之，例如以其財產爲清償債務之用，與人訂立債權契約者，即訂立債權契約在前，於受允許後，始以之供清償之用，亦無不可。至由允許處分之財產，更取得財產時，就該財產亦得爲處分，例如允許處分之財產爲法幣一千元時，由此千元之經營儲積更得盈餘一千元，限制行爲能力人就該盈餘之千元，得自由處分是。

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

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

本條應說明者三點

第一點 本條係規定允許獨立營業爲限制行爲能力例外之四，其參考條文爲商業登記法六條勞動契約法三條，參考他國條文爲德民一二二條法民四八七條一三〇八條瑞民四一二條日民六條泰民五〇條。

第二點 立法例

營業允許，依德民一二二條一項之規定，須得監護法院 *Vormundschaftsgericht* 之許可。在瑞民四一二條須得監護官署 *Vormundschaftsbehörde* 之許可。（泰民五〇條一項同旨）在法民須受和平判事之監督。我民法無此規定。營業允許，有規定僅得就一種或數種特定之營業行之，不可概括的與以營業之能力者，例如日民六條一項是。我民法以得法定代理人之

允許爲已足，亦無設限制種類之明文。又依德國民法之規定，法定代理人允許未成年人爲他人服務時，（一）關於勞務法律關係之成立變更消滅，（二）及其履行義務，與成年人有同一能力。（德民一一三條）屬於第一種之法律行爲者，就中如勞動契約之解約通知。屬於第二種之法律行爲者，不但爲工資之受領，而其延期或免除，亦在其內。其他由於勞務關係所生損害賠償之請求或承認與履行亦然。由此種關係所發生之訴訟，未成年人亦有訴訟能力。（德民訴五二條）未成年人若不勝獨立謀生反有妨害其利益時，法定代理人，得撤銷其允許或限制之。關於此點，我民法未爲規定，另見勞動契約法第三條「法定代理人，允許未成年人爲他人勞動時其未成年年人關於該種勞動契約之成立變更消滅及其履行，視爲有行爲能力。」

第三點 釋本條之意義

一、法定代理人，允許限制行爲能力人獨立營業之立法例，有加以種類之限制者，有不加限制者，已如上述。本條概稱允許獨立營業，自應解爲並無種類之限制，至營業之觀念，不以經營商業爲限，即農業，鑛業，漁業，牧畜業，森林業，及其他以獲得利益爲目的之一切正當業務，皆包括在內，惟須繼續爲相連絡之集體行爲，始得稱爲營業，若僅爲個個無連絡之營利行爲，尚不得稱爲營業。又所謂獨立營業，祇須自爲營業主體，並不限於自己經理其業務，亦不限於單獨經營，即僱用營業使用人，或與他人共同經營，均無不可。所謂關於其營業有行爲能力，不僅屬於營業種類之行爲，不須更得允許，即凡屬於該營業目的之準備行爲，或補助行

爲，亦不須更得允許也。例如爲開設商店而租賃房屋，爲調劑資本而借貸金錢，關於租賃契約或借貸契約，亦不須更得允許是，蓋不如此，不足以保營業之敏活而策交易之安全也。

二、獨立營業之允許，係於允許營業之範圍內，就限制行爲能力人之行爲能力所加限制，予以除去，故在允許當時，不得加以限制，嗣後亦不得無故加以限制。惟限制行爲能力人，就其營業有不勝任之情形時，則法定代理人，不但得將其允許加以限制，且得撤銷其允許，蓋既有不勝任之情形，即與允許獨立營業之本旨相違反，若不撤銷或限制，將有害限制行爲能力人之利益，自不能無第二項之規定，所謂不勝任之情形，須有客觀的具體事實，不能僅憑法定代理人主觀之見解定之，至何種情形得爲撤銷允許之原因，何種情形得爲限制允許之原因，理論上固可以不勝任較重之情形，屬於前者，其較輕之情形，則屬於後者，然依本條之文義解釋，殊無如此區別之必要，祇須有不勝任之情形，法定代理人即得就撤銷或限制，選擇爲之，並不限於某種情形，必須撤銷，某種情形，祇能限制也。

三、撤銷允許以後，限制行爲能力人關於營業之法律行爲，即與未得允許同，此後若更爲關於營業之法律行爲，則應視其爲何種行爲，分別適用第七十八條（單獨行爲）第七十九條（契約）定其效力，即第七十七條第八十條至第八十四條之規定，亦仍一律適用，至限制允許，即係撤銷允許之一部，例如營業方法，爲躉賣及零賣，今限定僅能零賣。營業種類，爲販賣酒米，今限定其僅能賣米是。限制行爲能力人，此後關於營業之法律行爲，在限制允許範圍內，

仍完全有行為能力，惟在限制允許範圍外者，則為未經允許之行為，與撤銷允許之理論全同。

四、撤銷及限制，均為單獨行為，須由法定代理人向限制行為能力人以意思表示為之，故關於法律行為及意思表示之規定，應適用之。惟此所謂撤銷，非以意思表示之瑕疵為原因，而以營業有不勝任之情形為原因，故與一般撤銷之效果不同，一般撤銷之效果，依第一百一十四條之規定，視為自始無效，係因撤銷而生溯及效力，此所謂撤銷，則性質上不許生溯及效力，應自撤銷或限制時起，始生效力。

第三節 意思表示

第二十一解 本節之總說明

本節應說明者三點

第一點 本節之內容

壹 心中保留之效果，為故意之不合一。(八六)貳 虛偽表示並隱藏行為之效果為故意之不合二。(八七)叁 錯誤之效果為不虞之不合一。(八八)肆 誤傳之效果為不虞之不合二。(八九)伍 錯誤或誤傳撤銷權行使之除斥期間。(九〇)陸 撤銷權之行使不能影響於因善意而受害者之保護。(九一)柒 被詐欺或脅迫所為意思表示之撤銷。(九二)捌 撤銷權之除斥期間。(九三)玖 對話的意思表示之生效時期。(九四)拾 非對話的意思表示之生效時期。(九五)拾壹 向無行為能力人或限制行為能力人意思表示之生效時期。(九六)拾

貳 非對話的意思表示，因特殊情形，得以公示送達代通知。(九七)拾叁 意思表示之解釋。(九八)

構成法律行為之意思表示，須意思與表示一致，始為有效，為最重要之原則，合此原則之意思表示，自得發生效力如何之問題，不待明文規定。本節所規定者，惟意思與表示不一致，及意思表示不自由，並意思表示發生效力之時期，與意思表示之解釋諸問題耳。而意思與表示不合之情形，又有出於表意人之故意不合者，為故意之不合，有非出於表意人之故意不合者，為不虞之不合，亦稱為偶然之不合。

第二點 意思表示之定義

意思表示者，表意人欲發生法律上效力之意的表示行為也。分釋於左：

一、用語說明

第一點 意思表示，德曰 Willenserklärung 法曰 déclaration de volonté 英曰 Declaration of intention。在羅馬法上無相當文字，然實際上有意思表示之存在，無容疑也。意思表示，經有目的意思，表示意思，及表意行為之三階段而成立。效力意思 Geschäftswille 自其對於經濟上一定效力之欲望言之，(例如土地之取得金錢之贈與)稱曰目的意思 Zweckwille，目的意思因其意思在於經濟上經濟上，因其為意思表示之基礎稱曰基礎意思 Grundwille，目的意思因其意思在於經濟上效力之結果稱曰效果意思 Erfolgswille，欲於目的意思附以法律上效力之意思者，稱曰法效

意思 *Rechtswille*。目的意思，乃對於經濟上一定效力之欲望，法效意思，乃對於法律上一定效力之意思，就其發生之次序言之，先有目的意思，後有法效意思，然此細別，無關實用，無論其為經濟上一定效力之欲望（目的意思）與法律上一定效力之意思（法效意思）以及稱為基礎意思，稱為效果意思，皆可立於效力意思總稱之下而便於記憶也。

丑、意思表示與法律行為

法律行為者，以欲發生私權變動效力之意思表示為其構成分子之法律事實也。而構成法律事實分子之行為，又可分為表示行為，與非表示行為。非表示行為者，非表示其心理之行為也，即適法行為中非表示行為之事實行為是。表示行為者，表示其心理之行為也。即適法行為中表示行為之法律行為是。而此表示行為，通常分為知的表示行為，情的表示行為，意的（即欲望）表示行為，（即意思表示）前表已說明之。

寅、構成意思表示之三階段

其一 效力意思 *Geschäftswille* 或效果意思 *Erfolgswille*

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為目的，然此種意思，有時惟可暗默的推測者。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，唯動機含有錯誤或不自由（詐欺恐嚇）則為效力意思之瑕疵，有瑕疵之意思表示，不得成立完全有效之法律行為，故意思表示之第一要件，在於為無重大瑕疵

之效力意思也。

效力意思，雖常存於內部，而將來之法律上效力，即依其所欲望而發生，故稱之爲效力意思，蓋由法律行爲所生之效力，有在該法律行爲之性質上不得不發生者，稱爲法律行爲之要素，*essentialia negotii*。如由買賣契約所生交價交物之義務是。有與行爲人之意思無干，僅由法律依通常情形所付與之效力者，稱爲法律行爲之常素 *Naturalia negotii*，例如法律就買賣契約所定之瑕疵擔保責任是。有雖非該法律行爲性質所必需，而由行爲人特別作爲其內容者，稱爲法律行爲之偶素 *Accidentalalia negotii*，例如買賣鐘錶契約所訂無償修理年限之部分是。關於要素者，爲該法律行爲成分之意思表示必含有欲望此效力之效力意思。關於常素者，爲該法律行爲成分之意思表示則不必含有欲望此效力之效力意思，不過無反對之效力意思時，仍應發生，有反對之效力意思時，則不發生，前大理院四年上字二二七號判例法律行爲之常素，苟非特行除去，有拘束力。關於偶素者，爲該法律行爲成分之意思效力，非特別附加約款，則無含有欲望此效力之效力意思也。

其二 表示意思 *Erklärungswille, od. Aussserungswillen*

表示意思，即表示人爲意思表示時，有意使其存於內部之效力意思，與其表現於外部之行爲相連絡，此等意思，稱之爲表示意思，亦稱爲表示人之自信，無此自信，則不能謂之意思表示，例如某市場向以舉手爲買賣要約之標誌，而某甲不知此例，於市場舉手招其友人，此舉手

之行爲，不得謂爲關於買賣契約之意思表示，蓋此時不僅無表示意思，而且無效力意思也。但所謂自信，其所信確係正當與否，在所不問，故縱屬誤信，亦不害其爲自信，例如關於法律行爲之內容有錯誤之表示意思，不害其爲意思表示也。（本編八十八條）

其三 表示行爲 *Erklärungshandlung, od. Erklärungssakt*

意思表示第三段要件爲表示行爲，表示行爲者，使效力意思得由外部認識之身體動靜也。主觀的非其於效力意思與表示意思而爲行爲不可，客觀的非有表示於外之行爲（即表示力）不可。不行爲就中如沉默 *obsweigen* 亦得爲表示行爲與否，以法律上契約上或習慣上以其爲表示承諾或拒絕之普通方法爲限，（民八〇條二項一六一七〇條二項二五七條）不行爲亦爲表示行爲也。

表示行爲，須本於意識之作用，故在無意識或精神錯亂中之動作，例如睡眠中之夢話，重病中之譫語，不能謂爲表示行爲。

表示行爲，須由其行爲足以推知內部之效力意思，故不能由其行爲推知存在內部之效力意思者，不能謂爲表示行爲，故事實行爲非表示行爲也。

第三點 意思表示之種類

其一 獨立之意思表示與非獨立之意思表示

獨立之意思表示者，不待他之意思表示而能成立也。即構成單獨行爲；例如債務之免除，

撤銷，捐助行爲，及遺囑是。非獨立之意思表示者，必待他之意思表示而始能成立也。即構成契約或合同行爲；例如契約之要約承諾，及社員在總會之表決是。

其二 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。此區別與上述之單獨行爲與契約（雙方行爲）之區別不同，在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，雖不須有相對人，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，則須有相對人也。

其三 要式之意思表示與不要式之意思表示

要式之意思表示者，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（民七一六條二項），其例之著者也。

其四 明示之意思表示與默示之意思表示

關於明示與默示之區別，議論不一，可大別爲主觀與客觀兩說：

甲 主觀說 主觀說者，基於表意人意思之區別也。一稱意思主義。表意人專為表意該意思而為表示行為之時，為明示之意思表示。表意人表示他意思而欲使人推斷其意思之時，為默示之意思表示。此派學者如德仁布喜，曼典曼，司明丁格，皆易明示為直接，默示為間接。

乙 客觀說 客觀說者，基於表意人之表示方法而為區別也。一稱表示主義。有謂為依言語或文字以為表示者為明示，否則為默示。有謂以本來表示一定意思之適當手段為表示者為明示，否則為默示。然明示默示，不外為表示強弱之相對的區別，一旦被認為表示行為，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）

默示必另有他種舉動，足以間接推知其意思。（三年大判上字一二〇三號）理論上經驗上依其行為，可斷定其有該意思者為默示。（四年上字九六〇號）係採主觀說。

第二十二解 本節之逐條說明

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，不因之無效。但其情形為相對人所明知者，不在此限。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定心中保留之效果，為故意之不合一，其關係條文為債編二一九條，參考他國條文為德民一一六條一一八條一二二條日民九三條瑞債一八條。

第二點 立法例

效力意思表出之時，意思與表示完全一致，爲意思表示有效之通則，然實際上不盡如此，故於此時因注重於表意人之意思或其表示，而有意思主義與表示主義之殊，日民以意思主義爲原則，兼採表示主義，我民法與德民法稍偏於表示主義（我民法九一條德民一二二條）又可謂爲折衷主義。蓋注重意思主義爲傾於個人主義之法律，而自社會立法着眼，不能不顧及交易上之安全，而以表示主義爲原則也。

日民規定意思表示，不因表意人之故爲非真意的表示而爲無效，但相對人知表意人之真意或可得而知之時，不在此限。（日民九三條）德民規定表意人心中實保留有不欲之意思表示，不因表意人保留不欲其表示於心中而爲無效。但對於相對人所爲意思表示，相對人知表意人之保留者爲無效。（德民一一六條）日民於相對人可得而知之時，亦作爲無效。傾向於意思主義，德民重視交易上之安全，將此除外，我民法規定，蓋依德民之立法例也。

德國民法心中保留，以有效爲原則，預期表示，則概爲無效。預期表示即諧體 *offert* 的表示，不但表意人無欺人之目的，而其所表示者，一般可預期他人不致誤解也。例如優人於劇場所擬之買賣，教授爲說明所作之遺囑或票據之模型，以及笑談滑稽大言等是，依德民一一八條表意人之預期，不問客觀上正當與否皆爲無效。然相對人或第三人信其意思表示爲有效而受損害時，若非知無效之原因或其原因可得而知者，表意人對之，應負賠償責任。（德民一二二條）在我民法，關於諧體的表示，則未爲特別規定，如表意人於真意之表示，客觀的充分明白之

時，不得推斷爲有效力意思存在，解釋上當然無效。

第三點 釋本條之意義

一、本條係表意人故意之不合之一種，所謂心中保留是也。心中保留 *Reservatio mentalis*; *z.heimer vorbehalt*, *metalsreservation*, *réserveation mentale*; *wilful concealment of the truth* 或譯真意保留，或非真意表示，或單獨虛偽表示。

二、心中保留者，表意人於表示事項心實不欲而故意爲非真意之表示也。然其心中保留之動機，不外出於欺罔與出於戲謔，其出於戲謔者苟表意人預期他人可認其爲真實者，亦即心中保留也。表意人之意思，與其表示不一致，依意思主義之時，則應爲無效。然爲顧及交易上之安全，故我民法採取表示主義，作爲有效。惟於相對人明知其心中保留者，則爲無效。

三、表意人無欲爲其意思表示所拘束之意而爲意思表示者，即表意人故意表示與真意不合之意思也。此等意思表示，欠缺存於內部之效力意思，衡以意思表示之原則，應屬無效，惟效力意思，存於表意人之內部，非相對人於外部所易窺知，若概認其意思表示爲無效，相對人將蒙不測之損害，此時爲保護相對人計，自應特設例外規定，使其意思表示，不因之而無效。但其情形，若爲相對人所明知，仍爲無效，於此情形，雖返歸原則，亦無害於相對人，即係受害，亦咎由自取，無再加保護之必要也。

四、所謂其意思表示不因之無效者，即謂不得單以心中保留爲理由，而主張其意思表示爲

無效也。若尙有其他無效之原因，又當別論，例如甲無贈與乙鴉片之意思，而向乙表示贈與鴉片若干，其意思表示，即因違反禁止規定而無效，此時應受第七十一條前段之適用，不能適用本條。至本條但書規定，則限於有相對人之意思表示，始得適用。若無相對人單獨行爲，仍適用前段規定，不得主張無效。又依但書規定而無效之時，得以其無效對抗善意第三人否？本條未設有如第八十七條第一項但書之明文，解釋上雖不無疑義，惟本條但書之無效，與第八十七條第一項前段之無效，就意思表示之全體言，同爲一種原則，則第八十七條但書之規定，謂得類推適用於本條但書情形，自無不可。

五、關於本條之舉證責任，主張意思表示有效者，祇證明意思表示爲已足，無須進而證明非心中保留。若表意人主張意思表示無效，則除證明其有心中保留外，並須證明其情形爲相對人所明知而後可。

第四點 判例

1. 心中保留之表意，爲相對人所不知，並不可知者仍有效。（三十年大判上字二五五號）
2. 表意人於已表示之事項，其心中實保留有不欲之意，而相對人已明知或可得而知者，其意思表示，不生效力。（三年大判上字五八〇號）
3. 表意人於表意時，如非即有不受拘束之意而爲相對人所明知者，不得依民法第八十六條，主張無效。（二十二年最高法院上字二三八九號）

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定虛偽表示並隱藏行為為故意之不合二，其關係條文為債編二一九條二四四條親屬編一〇〇八條，參考他國條文為德民一一七條俄民三四條三五條瑞債一八條二項日民九四條。

第二點 立法例

虛偽表示，德民一一七條一項，俄民三四條，日民九四條一項，均定為無效，我民法從之。對於第三人之效力，依德民之規定，通謀虛偽表示為無效，但有時第三人被其欺罔，得請求損害賠償，（德民一一七條一項）此外德民為保護第三人之利益，見於各條之規定者不少，（德民一七二條四〇五條八九二條八九三條）瑞債一八條二項，日民九四條二項，亦有虛偽表示之無效，不得對抗善意第三人之規定，我民法亦同。隱藏行為，是否有效？在日民因無規定，解釋不一，然在我民法與德俄民法，關於此點，有明文規定，固無疑義，即當事人之效力意思，有充分之表示，而隱藏之行為，尙具備法律上要件之時，則為有效。（德民一一七條二項俄民三五條）

第三點 釋本條之意義

其一 用語釋明

虛偽表示 *Simulation*; *schlingeschäft*; *Simulatione*, *Simulation*，或稱通謀虛偽表示，或稱虛偽意思表示，謂因欲誤第三人而與相對人通謀所為虛偽之意思表示也。例如債務人爲欲免其財產之被扣押，假賣與第三人，以之爲名義上之所有人。或夫因免其財產之扣押，名義上讓與於其妻是。

其二 與前條之別

虛偽意思表示，欠缺存於內部之效力意思，而其表示與意思不合，係出於表意人故意之不合，皆與心中保留同。所不同者，心中保留，不必有相對人，卽有相對人，原則上亦不必知表意人之無真意。而虛偽表示，則必須有相對人，且不僅須相對人知表意人無真意，並須就其無真意以爲表示行爲之合意，卽所謂通謀是也。故如不具備與相對人通謀之條件，卽不得謂爲虛偽意思表示。至通謀之動機如何，是否因詐欺第三人，或使第三人受損害，或使自己或相對人受利益，皆可不問。

其三 效力

虛偽意思表示，係屬無效，立法例大致均同，惟究係絕對無效，（德民一一七條一項）抑僅相對無效（日民九四條）立法例尚不一致，我民法濟以表示主義認爲相對無效，故有但書之

規定。所謂第三人者，係指善意人與相對人以外之人並其兩者之包括繼承人以外之人而言也。所謂善意者，對於依虛偽表示而爲之假裝行爲以至於與之有利害關係之時，未知其爲虛偽者也。所謂不得對抗善意之第三人者，虛偽表示之當事人或他之第三人，對於善意之第三人，不得主張虛偽表示爲無效之謂也。然善意之第三人，對於虛偽表示之當事人或他之惡意第三人，得主張其無效或有效，即善意之第三人，得其選擇，或引原則之規定以虛偽表示爲無效，或主張與其本身之關係上視爲有效也。至知與不知，以何時爲準？應視虛偽表示成立之時期，與第三人就虛偽表示之效力發生法律上利害關係之時期，孰先孰後以爲斷定，如虛偽表示之成立，在第三人發生關係之先，則第三人祇須於發生關係之時，係屬不知，即爲善意，例如甲僞將某物讓與於乙，丙不知而由乙買去之時是。如虛偽表示之成立，在第三人發生關係之後，則第三人祇須於虛偽表示時，係屬不知，即爲善意，例如乙（債務人）對丙（債權人）負責在先，由甲虛僞讓受乙某物在後之時是。

其四 隱藏行爲之效力如何

虛僞意思表示，其表意人之真意，本不欲成立何種法律行爲者有之，或欲成立他種法律行爲者亦有之，欲成立他種法律行爲而爲虛僞之意思表示，即本條第二項所謂隱藏他項法律行爲也。學說上稱爲隱藏行爲（Disimuliertes Geschäft, verdecktes Geschäft。隱藏行爲，可分爲二種如左：

甲 與其所表示之行爲，全然異其種類者，例如表示爲買賣，而實爲贈與，或表示爲贈與而實爲借貸之類是。

乙 與其所表示之行爲，僅異其條件者，例如買賣之價金，記載於契約者，爲五千元，而實價乃爲一萬元，或實爲五千元，併爲一萬元是。

此等隱藏行爲，確爲當事人之真意，與全由虛僞意思表示而成之法律行爲有別，故應使之有效，所謂適用關於該項法律行爲之規定，如前例實爲贈與時，適用關於贈與之規定。實爲借貸時，適用關於借貸之規定等是也。

其五 信託行爲之效力如何

與虛僞意思表示相類似，而不可混同者，則信託行爲是也。信託行爲 *Fiducia*; *fiduciarius*; *ches* *Geschaft*; *trust*; *fiduciar* 者，爲充分達某經濟上之目的而設定超過其目的之法律關係之法律行爲也。例如委託他人代取而讓與其債權，爲抵押而轉讓其所有權，此時具有效力意思，而且有表示行爲，故不得謂之爲虛僞表示以爲無效，惟應於經濟之目的範圍內，信託人與被信託人之間，（對內的關係）其法律效力，有物權的或債權的限制，例如被信託人，有依約交還信託物，或所代取金錢之義務，如有違反義務之時，應負賠償損害之責。

其六 與詐害行爲之別

詐害行爲者，債務人有害債權人所爲之無償或有償的法律行爲也。得由債權人以訴請求撤

銷之，稱曰撤銷之訴 *Actio pauliana; anfechtungsklage; actio revocatoria*。未撤銷之前，尚屬有效。（民二四四條一項二項）又我國向無夫婦財產制，現行親屬編，規定甚詳，容易發生通謀虛偽表示之弊，非俟夫婦財產契約登記法制定後，依法登記，現在尙難適用也。

第四點 判例（附他國判例一則）

1. 表意人與相對人間通謀爲虛偽之表意者，該當事人間之法律行爲，不爲有效。（三年大判上字二五五號）

2. 當事人間通謀而爲虛偽之表意表示，縱屬無效，然不能以之對抗善意第三人。（六年大判上字一五二號）

（附）通謀虛偽表示，適用於身分上行爲時，有主張應受限制，例如假裝之自願離婚，對於第三人絕對爲無效，即第三人亦不得主張其爲有效。（日大審院判例十一年一月二十五日民集六九頁）

第八十八條 意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情，即不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由於表意人自己之過失者爲限。

當事人之資格，或物之性質，若交易上認爲重要者，其錯誤，視爲意思表示內容之錯誤。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定錯誤之效果爲不虞之不合。其關係條文爲本編一〇五條本編施

一七條債編二二〇條二二二條至二二四條七三八條七四八條係參攷條文爲民訴法二三二條二四〇條二項瑞債二三條至二五條法民一一〇九條一一一〇條一一一七條俄民三二條日民九五條泰民一三四條一三五條。

第二點 立法例

何者爲意思表示之內容，各國立法例，亦不一致，有採列舉主義者，如瑞債及法民是。（瑞債二四條法民一一〇九條一一一〇條）有採概括主義者，如德日泰民法是。（德民一一九條日民九五條泰民一三四條）概括主義之中，又有廣狹之別，德國民法，定爲意思表示內容之錯誤，其範圍爲廣，日泰民法，定爲意思表示要素之錯誤，其範圍較狹。本條從德民立法例，取廣義包括主義。

意思表示之內容或意思行爲有錯誤之時，則所表示者非其內心效力意思，自意思主義言之，則應爲無效，自表示主義言之則否，各國立法例有取無效主義者，日民法及英美法是也。有取撤銷主義者，德奧民法是也。有兼取無效撤銷兩主義者，法民法及屬於法法系之民法是也。本條做德奧例取撤銷主義（德民一一九條奧民八七一條至八七三條）德民一一九條一項「意思表示，關於內容有錯誤，或其內容之表示全不欲爲之者，表意人如知其事情，且若使其爲合理判斷，則可認其不爲此表示時，得撤銷之。」一一九條二項「當事人之資格，或物之性質，交易上視爲重要者，其錯誤視爲關於意思表示內容之錯誤。」本條第一項第二項之規定仿之。

羅馬法上，錯誤 *error* 與不知 *ignorantia* 相同，有時用錯誤之語，有時用不知之語，不知謂正當認識之全不存在，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，如表意人知其情事即不爲表示者，其效力與錯誤同。（德國最高法院判決集六二頁二〇五頁）我民法從此見解，於本條並定爲意思表示撤銷之原因。

第三點 釋本條之意義

其一 何謂錯誤

一、本條之意思與表示不合，乃不虞之不合，（或稱偶然之不合）即非出於表意人之故意不合也。錯誤 *Geschäftsirrtum*, *Idcirco* *irritum* 者，認識（主觀）與對象（客觀）不一致之謂也，爲吾人認識之對象者，厥爲事情，而事情有爲法律之規定者，有爲事實之狀態者，對於前者之錯誤，稱爲法律之錯誤，例如誤解抵押爲典當之類是。對於後者之錯誤，稱爲事實之錯誤，例如誤認銅爲金之類是。日本舊財產法三一一條，曾將錯誤分爲事實之錯誤與法律之錯誤，此區別無何實益，我民法未爲此區別，可稱適當。原來法律本身亦爲事實之一種，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而齋連帶，則爲表示內容之錯誤，可爲撤銷之原因，反之若信賣主無瑕疵擔保之責任則否。

二、錯誤存於爲意思表示之動機 *Motiv*, *Beweggrund*，理論上不發生意思表示有效與否之

問題，例如誤信某地將修公路而購買土地，或誤認其地將被徵收而出賣土地，此種錯誤，並非效力意思與表示行爲不一致，且動機存於內部，非他人所能推知，若以動機錯誤之理由，使意思表示得撤銷或爲無效，則其有害於交易上之安全也。又錯誤與不合意 *Unensensur* 有別，不合意指當事人雙方之意思表示不相符合之時而言，爲契約之不成立，然其各自意思與表示之間，固無不一致，非此所謂錯誤也。

其二 錯誤之各個情形

甲 關於意思表示內容之錯誤 *Irrtum über den Erklärungsinhalt*

一 關於法律行爲性質之錯誤，*Error in negotia* 例如誤解租賃爲買賣而承諾之，應言租賃權之時而言地上權。

二 關於當事人本身之錯誤，*Error in persona* 例如誤乙爲甲，而以物贈與之。當事人本身一般爲不足輕重者，例如現物之買賣，無記名證券之讓與，然信用貸借、贈與、使用貸借、委任、僱傭、婚姻等之法律關係，則皆注重當事人本身也。

三 關於標的物同一性之錯誤，*Error in corpore* 例如誤以爲漢英字典而買英漢字典。

乙 關於當事人資格或物之性質之錯誤。 *Error in substantia v. materia*

當事人之資格，與物之性質，通常不屬於意思表示之內容，若非交易上認爲重要，縱有錯誤，亦不能影響於意思表示之效力。何者交易上認爲重要，須就具體事實決之。交易上認爲重

要者，於其錯誤與表示內容之錯誤，同其效力，自概念上觀之，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，此等錯誤，等於誤認物之同一性之錯誤也。當事人之資格者，謂其身體上及精神上之性狀，以及事實上或法律上之關係，當事人之重要資格者，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，卽爲當事人之重要資格也。甲誤以乙爲本國人，而不知其已入外國國籍，而以土地賣與之。或誤以乙爲外國人，而不知其已入中國國籍，而以土地永租之，國籍之有無，卽爲當事人之重要資格也。所謂物之性質者，不獨其自然之性質，如酒與酢紙與革，其自然性質，絕不相同，信酢爲酒信紙爲革而買之，雖其欲買該酒或革之意思與表示一致，然自經濟上觀之，則表意人所欲者，與其表示不一致。又物之用途或其價值有變動者，其事實上或法律上之關係，亦此所謂物之性質也，物之重要性質者，依交易上之觀察，有可以影響於其全體之用途或價值者之謂也。例如字畫之爲真跡或爲摹寫，爲古時物或爲現代品，出於某名人之手與否，如以相當代價作爲美術品買賣之，俱爲物之重要性質。但若以廉價在舊貨舖購得之者，則非爲物之重要性也。

丙 關於表示行爲之錯誤，*Irrtum in der Erklärungshandlung*

例如語誤筆誤之類，欲言賃借權而誤言地上權，欲寫百佛郎而誤寫爲百元，簽名於某文書誤以爲他之文書乃爲其所欲簽者。本條所定「表意人若知其事情卽不爲意思表示者」，主要指

此而言。又次條所定錯誤存於傳達人或傳達機關之誤傳者，亦屬於表示行為上之錯誤。

其三 錯誤之效力

關於意思表示錯誤之效力，有採無效主義者，有採撤銷主義者，已如第二點所述。本條之規定，明採撤銷主義，表意人於有錯誤或不知事情時，通常固有撤銷權，但其錯誤或不知，若係出於表意人之過失者，則不許撤銷。錯誤存於當事人之資格或物之性質者，則以交易上認為重要者為限，視為內容之錯誤，即得撤銷之。

其四 何謂過失

按過失 *Culpa* 為欠缺注意 *Diligentia* 之程度，其意於普通注意 *Ordinaria diligentia* 者為過失 *Culpa lata*。其意於良家父之注意 *Bonus paterfamilias* 者為輕過失 *Culpa levis*。而輕過失中，又有具體的（主觀）輕過失 *Culpa levis in concreto* 謂與平常對於自己財產所加之注意 *diligentia quam suis rebus adhibere solet* 為同一之注意，我民法用與自己事務為同一之注意（二二三條六七二條），否則即任其體的輕過失之責。抽象的（客觀）輕過失 *Culpa levis in abstracto* 不以與自己財產同一注意為標準，而以一般人中注意周到之程度為標準，稱曰精密注意 *exacta diligentia*，或良家父注意，我民法用善良管理人之注意（四三二條四六八條五三五條五九〇條八八八條九三三條）否則任抽象的輕過失之責。所謂過失，在日民規定，須有重大過失，（日民九五條）我民法既未明定為重過失，自可解為輕過失。惟意思表示之錯

誤，除傳達不實之情形外，末有不原因於表意人之過失者，如以指抽象的輕過失而不許撤銷，表意人幾無行使撤銷權之機會，故表意人自己之過失云者，以解為指具體的輕過失為宜。前大判即採此說。

第四點 判例

意思表示之內容，若有錯誤，表意人若審知其事情，即不為此意思表示者，得撤銷之。
(六年大判上字一五八號)

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。
本條應說明者三點

第一點 本條係規定誤傳之效果為不虞之不合二。其關係條文為本編施一七條債編一五七條至一六三條，參考條文為德民一二〇條瑞債二七條。

第二點 立法例

德國普通法時代，關於此點，因無明文，裁判上頗感困難，現行民法一二〇條明定「意思表示，因為傳達所使用之人，或營造物，為不實之傳達者，得與因錯誤所為之意思表示，依同一之預定條件，撤銷之。」本條之立法例仿此。日本民法，無此規定。其學者之解釋，誤傳之意思表示，適用意思未達到時之規定。依傳達為表示行為而有錯誤者，類推適用日民九五條之規定。

第三點 釋本條之意義

一、錯誤存於傳達人（例如使者）或傳達機關（例如電報局郵政局）之誤傳者，與表意人自身所為表示無異，蓋表意人利用使者或電報局為其表示機關也。例如甲之電稿，為「購：：」而電文因電報局之誤譯為「買：：」，此時可比照表意人表示行為上之錯誤，即前條所稱「表意人若知其事情即不為意思表示」者相當，如其不知情事，非由於表意人之過失，則得撤銷之。

二、依傳達為意思表示，為實際上習見之事，所謂傳達不實，即係誤傳表意人之意思，係屬表示與意思不合，亦為不虞之不合也。此等不合，與表意人自己之錯誤無異，故應與錯誤同視，比照前條之規定，許其撤銷，其不實是否由於傳達人之故意或過失，或表意人之過失，均可不問。惟表意人於傳達時有過失，或就傳達人之選任監督有過失而致誤傳者，亦應比照前條之規定，不許撤銷。

三、書信之誤投，是否傳達不實，例如甲同時以一函致乙，要約買米，以一函致丙，承諾賣麥，而其僕人誤將乙函送丙，丙函送乙之類，此時是否有本條之適用？按此等情形，在書信交付時，意思表示，即已成立，不過因誤投而未達到耳，應適用意思表示未達到時之規定，不能有本條之適用。

第九十條 前二條之撤銷權，自意思表示後，經過一年而消滅。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定錯誤或誤傳撤銷權行使之除斥期間，其關係條文爲本編一一六條總施一七條參考他國條文爲瑞債三一一條法民一三〇四條德民一二一條泰民一四二條一四四條。

第二點 立法例

關於撤銷權之除斥期間，立法例亦不一致，有定爲一年者如瑞士債務法是。（瑞債三一一條）有定爲十年者，如法國民法是。（法民一三〇四條）有定爲三十年者，如德國民法是。（德民一二一條）有定爲一年十年之兩重期間者，如泰國民法是。（泰民一四二條一四四條）德民定撤銷應於知有撤銷原因後立即爲之，但自意思表示後經過三十年，則不得撤銷，此期間未免過長。依瑞士債務法，撤銷因錯誤或因詐欺，同應於發見後一年內爲之。我民法所定者，略仿瑞士之例，然不問表意人發見錯誤與否，其撤銷權均於意思表示後經過一年而消滅。

第三點 釋本條之意義

表意人之撤銷權，亦與一般撤銷權同，係屬形成權之一種，自得因拋棄及時之經過而消滅。蓋有撤銷原因之意思表示，在未撤銷前，其法律行爲爲有效，而經撤銷後，則又至始無效，此狀態若永久存續，致權義不能確定，不但有害相對人之利益，且於交易之安全有礙，故撤銷權之行使，不能無期間之限制，本條就前二條之撤銷權，明定「自意思表示後經過一年而消滅」，即其不確定狀態之存續，至少不得逾一年也。此期間爲除斥期間，不適用關於時效中

斷之規定。又本條之撤銷權，依民法總則施行法第十七條，應準用該法第十六條之規定，即於民法總則施行前期間已滿或不足一年者，得於施行之日起，一年內行使撤銷權，但滿期已逾半年者則否。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定撤銷權之行使不能影響於因善意而受害者之保護，其關係條文為債編二一六條一九七條一項，參考他國條文為德民一二二條瑞債二六條一項及其但書。

第二點 立法例

德民一二二條「意思表示，依第一一八條規定為無效，或依第一一九條第一二〇條撤銷者，如相對人或第三人因信意思表示為有效而受損害時，表意人對於相對人或第三人應賠償其損害，但賠償額，不得超過於意思表示有效時，相對人或第三人可取得利益之數額。受害人知無效或撤銷之原因，或因過失而不知者，不生損害賠償之義務。」瑞債二六條一項及其但書同旨。本條之立法例仿之。

第三點 釋本條之意義

表意人之意思表示，固可因錯誤而撤銷，但究係表意人自己之錯誤。在相對人或第三人，則往往不知其錯誤，而信其意思表示為有效，例如甲以設定抵押權之意思，誤簽名於賣契，乙信為賣契而接受之，隨又典當與丙，此時甲若撤銷其簽名之賣契，則乙（相對人）丙（第三人）均受損害，自應由甲負賠償責任。但法律保護相對人或第三人，以其為善意，不欲其無端受害，若撤銷之原因，受害人明知，或可得而知，則非為善意，即無保護之必要，自無庸由表意人負賠償責任，如前例乙接受賣契時，明知甲有錯誤，丙亦居於中證人之列，可得而知，則甲於撤銷賣契後，無庸對之負賠償責任。所稱信其為有效所受之損害者，非基於該行為有效時有請求權人所有之利益，（普通稱為履行之利益 *Erfüll. Interesse*）乃信其為有效所受之損害，即所謂消極的利益 *Negative Interesse* 例如契約訂立之費用履行準備之費用是也。依德民之規定，賠償數額消極的利益之請求，不得大於履行之利益，我民法在解釋上自應相同。至相對人或第三人行使此項損害賠償請求權，應受民法第一百九十七條第一項之適用，自不待言。

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定被詐欺或脅迫所為意思表示之撤銷。其關係條文為親屬編九九七

條，參考條文爲刑法三三九條三二八條三四六條新工會法二九條，參考他國條文爲法民一一〇九條一一一六條一一一七條德民一二三條瑞債二八條至三〇條日民九六條泰民一三六條至一四〇條俄民三二條。

第二點 立法例

甲、詐欺，因被詐欺而爲意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，爲各國立法例所從同。（法民一一一六條一項德民一二三條一項日民九六條一項瑞債二八條一項泰民一三六條）但書之規定，亦爲各國立法例所從同。但有以明知其事實爲限（即有故意）始得撤銷者，如日民法是。（日九六條二項）有可得而知其事實亦得撤銷者，如德泰民法是。（德民一二三條二項泰民一三七條瑞債二八條同旨）我民法從後之立法例。

乙、脅迫 關於被脅迫而受危害之主體，瑞士債務法，限於表意人或其近親，（瑞債三〇條一項）法國民法，限於表意人或其配偶親屬及卑親屬。（法一一一三條）德日民法，則無限制，我民法亦然，受危害之客體，瑞債限於生命身體名譽或財產，（瑞債三〇條一項）泰國民法，限於生命自由名譽或財產，（泰民一三九條）德日民法，亦無限制，我民法亦然。又關於危害之程度，有明定須爲切迫而重要之危害者，（瑞債三〇條一項）德日民法，無明文規定，我民法亦然。再德國民法，脅迫須爲不法，（德民一二三條一項）我民法無之。泰國民法，訴訟的行爲，不爲脅迫，（泰民一四〇條）我民法以保當然，不爲規定。

第三點 釋本條之意義

意思表示須自由，因被詐欺或被脅迫而爲意思表示，即意思表示之不自由也。或稱爲有瑕疵之意思表示。蓋意思表示，不但表示與意思須一致，且其一致須出於表意人之自由意思，苟受他人不正當之干涉，即其意思表示，顯有瑕疵，不能使其完全生效，惟被詐欺與被脅迫，其情形各有不同，應分別論之：

子、詐欺(Dolus, Betrug, arglistige Täuschung; fraud; dol)詐欺者，故意使他人陷於錯誤爲目的之行為也。被詐欺而爲意思表示者，謂受詐欺之結果而爲意思表示，其意思表示，與詐欺有因果關係者也。須具左列要件：

其二、須詐欺者有詐欺之故意。此即學者所謂詐欺意思，若分析其內容，則(一)須有陷相對人於錯誤之意思。(二)須有使相對人陷於錯誤因而爲意思表示之意思，否則尙難謂有詐欺之故意也。

詐欺意思，僅有上述內容爲已足，並非如刑法上之詐欺，須欲得財產上之利益，亦非如侵權行爲，須欲加相對人以財產上之損害，故本條之詐欺，非刑事責任之規定，亦非違法行爲之問題，不以刑法上之責任能力或違法行爲能力爲前提，而以意思能力爲前提也。詐欺或爲犯罪行爲而應受刑事上之制裁，(刑法三三九條)或爲侵權行爲而生損害賠償責任，(民一八四條)與本條所規定依詐欺所爲意思表示之效力如何，爲個別問題。

其二、須詐欺者有詐欺之行為，此即學者所謂詐欺行為，詐欺行為，亦與一般行為同，須本於行為人之意識作用，而其具體內容，則或表示不真實之事實，或表示不真實之意見，均包括之。表示不真實即捏造事實 *falsch behaupten* 隱匿真實事實 *Unterdrückung* 或變更事實 *Entstellung* 是。表示不真實之意見，例如商人捏稱貨真價實，此點是否構成詐欺，學說上尚有議論，當從社會上一般觀念定之，未可概論也。至於沈默不當然為詐欺，如法律上契約上或交易習慣上有告知事實之義務時而故為沈默，則為事實之隱蔽，亦可為詐欺。

其三、須被詐欺者會因詐欺而生錯誤，故雖有詐欺行為，而被詐欺者並未陷於錯誤，固不成立詐欺，即或陷於錯誤，而與詐欺行為，並無因果關係者，亦不能成立詐欺，但妨錯誤之發見，或加強錯誤之程度，則為詐欺。

其四、須被詐欺者會因錯誤而為意思表示，錯誤與詐欺，須有因果關係，如上說明，此則更須錯誤與意思表示，亦有因果關係，此關係之情形，如（一）若無此錯誤，即決不為此意思表示者。（二）若無此錯誤，則將不以此條件為意思表示者，均包括之。

其五、民事上之詐欺，與刑事上之詐欺，其區別如何，簡言之，即影響於法律行為者，為民事上之詐欺，不影響於法律行為者，為刑事上之詐欺。夫詐欺原無二種，無論刑事民事，莫非欺罔他人之不法行為，唯構成犯罪之要件，與生民法上之效果，各依其法律之所定；於刑法上應罰而影響及於法律行為者，則依民法決定之。可知刑事上詐欺，專以詐欺手段，騙取他人財

產，與法律行爲，毫無影響，蓋不外盜罪之一種，民事上詐欺，則以同一之手段，使決定表示法律行爲之意思而生法律上之效果，故其意思表示，得撤銷之。又民事上之詐欺，皆爲既遂，無未遂者，刑事上之詐欺，無論既遂未遂，均須科罪。（刑法三三九條）

止、脅迫 (motus; Drohung; zwang; coercion; Compulsion, menace)

脅迫者，故意以不當之手段，預告禍害，斃人生恐怖心之行爲也。被脅迫而爲意思表示者，謂受脅迫之結果而爲意思表示，其意思表示與脅迫有因果關係者也。須具左列要件：

其一、須脅迫者有脅迫之故意。此即學者所謂脅迫意思。若分析其內容，則（一）必有使被脅迫者發生恐怖之意思。（二）須有使被脅迫者因恐怖而爲意思表示之意思。

脅迫行爲，以意思能力爲前提，但行爲能力，違法行爲能力，與刑事責任能力，則非所需，故脅迫及於意思表示之效力，與因侵權行爲所生損害賠償問題，或與構成刑法上之恐嚇罪（刑法三四六條）問題，三者不必相排斥，亦不必相關連也。

其二、須脅迫者有脅迫之行爲，此即學者所謂脅迫行爲，即對於被脅迫者表示將加危害舉動之謂也。至加危害之種類及程度若何，法律雖無何等限制，然必足使被脅迫者生恐怖心，始能構成脅迫行爲。故（一）利用已有禍害之恐怖，非爲脅迫。若告以依自己行爲或不行爲使其禍害繼續，而使其恐怖繼續者爲脅迫。（二）脅迫行爲，依禍害之預告爲之，預告得依言語或容態表示之，禍害之恐怖，不必向表意人本身亦得向其親戚或友人之身體生命名譽財產爲之。

(瑞債三〇條法民一一三條)禍害不必由脅迫人自身引起，亦不必爲得實現者，神佛冥罰之詛祝，天災地變之預告，對於意志薄弱人，亦爲脅迫。

其三、須其脅迫係屬不當。他國立法例，有定爲脅迫須屬違法者，蓋普通謂脅迫以違法爲要件，違法有手段之違法與目的之違法，二者任有其一，則構成脅迫，例如謂「不訂此約則暗殺汝」，爲手段之違法，若謂「不賄賂則告發汝罪」爲目的之違法，此二例固然適當。若甲謂「不訂此約則告發汝罪」，其目的手段，皆非違法，亦不能不謂爲脅迫，蓋此時雖非違法，然不當也。若乙欠甲債，甲聲言若不歸還借款，則將起訴。甲與乙向爲交易士之往來，甲謂若不承諾此約，則以後斷絕交易，既非不法，亦非不當，蓋前者爲權利之實行，後者爲交易上選擇之自由也。

爲要求標準工資之加薪而罷工，在今日雖不爲違法行爲，但有條件(一)勞資間之糾紛，非經過調解仲裁程序後，於會員大會，以無記名投票，得全體會員三分之二以上之同意，不得宣言罷工。其已付仲裁，或依法應付仲裁者，仍不得宣言罷工。(二)工會不得要求超過標準工資之加薪而宣言罷工。(三)國家行政交通、國營產業、教育事業、公用事業各機關之工人，依工會法組織之工會，不得宣言罷工。(四)工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於雇主或他人之生命財產。(舊工會法二十三條新工會法二十九條大旨相同)由此觀之，罷工如合於上開條件，可視爲勞資關係上不得已所用之手段，亦非不當，故因罷工而承諾增加

工資，不得認為脅迫所為之意思表示而撤銷之也。

其四、黷人因脅迫而生恐怖，並因恐怖而為意思表示。故雖有脅迫行為，而被脅迫者，並未生恐怖心，或先已有恐怖心，其恐怖並非由脅迫而生者，均不構成脅迫，此即脅迫與恐怖，恐怖與意思表示，均有因果關係也。故民法上無脅迫之未遂。而因喪失精神作用，或其標的顯失公平所為意思表示之效力，非為依於脅迫而為之意思表示，自得依民法第七五條後段，及第七四條之規定，為無效或得撤銷。

寅、效力

其一、因被詐欺而為意思表示時，其效力如何？

(一)當事人間之關係，視施行詐欺者為何人而有區別，行詐欺者，為當事人一方時，表意人對他方，不論何種情形，均得撤銷。行詐欺者為第三人時，則該意思表示，有相對人者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷，蓋相對人不知第三人行詐欺，即無惡意，較之表意人反應受保護故也。該意思表示無相對人者，即無應受保護之相對人，自應反從原則，使表意人得以撤銷。

(二)第三人之關係。意思表示由於詐欺而撤銷時，其效力是否及於第三人，立法例雖尚不一致，而本條則明定為不得對抗善意第三人，所謂善意第三人，即指不知其意思表示係因於詐欺，而因以發生利害關係之第三人也。例如甲因被詐欺，將其所有物讓與於乙，丙不知悉，

更由乙受讓該物時，甲對乙雖得撤銷其讓與行爲，對丙則不得主張撤銷之效力。

其二、因被脅迫而爲意思表示時，其效力如何？

學者主張，雖不一致，而本條則明定爲表意人得撤銷之。不問脅迫是否由第三人所爲，並得以其撤銷對抗善意第三人，即表意人得絕對撤銷，其撤銷並生絕對效力，此與因被詐欺而爲意思表示不同之點。

被脅迫而爲意思表示者，如有左列情形，仍不適用本條：

(一)由於不能抗拒之暴力行爲。此時之意思表示，全無效力意思，即欠缺意思表示之要件，當然無效，不得撤銷。

(二)由於脅迫之意思表示，係違背公序良俗者。此時應適用第七十二條，當然無效，亦不待撤銷。

(三)被脅迫人因由真意而爲意思表示時。此時即表意人無欲爲其意思表示所拘束之意而爲意思表示者，若其情形爲脅迫者所明知，應適用第八十六條，認爲無效，亦不待撤銷。

第四點 判例

屬於前大法院者

1. 民事法上之詐欺，謂欲相對人陷於錯誤，故意將不實之事示之，令其因錯誤而爲意思表示者是。(二年上字一四五號)

2. 法律行為之成立，如因詐欺脅迫，致當事人所為意思表示，非出於自由者，為保護表意人計，自應許其撤銷。（三年上字五八〇號）

3. 意思表示之出於脅迫者，必其行為自身，足以使表意人喪失其意思之自由，若表意人因一身上特別情形，不得已而為意思表示者，是乃表示之緣由，實與因急需而賤賣財物相類，自難據以主張撤銷。（三年上字九二〇號）

4. 所謂脅迫，必其言語舉動，有足以使被脅迫恐嚇之人，發生恐怖心，致陷於不能不從之狀態，而為此言語舉動之人，亦必有使他人身體上或精神上受其壓迫發生恐怖心之故意。（三年上字一〇七一號）

5. 脅迫應與所表示意思，有因果聯絡，即因他人表示，有將加不利之威脅，因而生恐怖心，不得不表示其意思者而後可。如果威脅行為，係自由行使權利人，以正當方法行之者，不在脅迫之列，反是行使權利人，若威脅義務人，實出過當，或則不法，或違反善良風俗時，以應准撤銷之脅迫論。（四年上字一七三九號）

6. 被脅迫之表意之撤銷，得與善意第三人對抗。（四年上字一八〇九號）

7. 脅迫恐嚇，本不限於舉動一端，即故意以言語使人發生恐怖心，致陷於不能不遵從之狀態者亦是。（四年上字一九八〇號）

8. 官廳於法律所許範圍內，依債權人請求，拘押債務人，乃為適法之處置，不能以不正危

害論，該債務人因被拘押而爲之意思表示，卽不得謂爲出於脅迫，藉口被押以主張撤銷。（四年上字二四一七號）

9. 因第三人之詐欺而爲意思表示者，以相對人明知其事實或可得而知者爲限，亦得主張撤銷。（六年上字一五八號）

10. 被脅迫人，於脅迫未除去時，所爲明示或默示之追認，不能認爲有效。（六年上字一七四號）

11. 法律行爲之被詐欺或脅迫者，必其相對人或第三人之行爲，足以使表意人發生誤信，或喪失其意思之自由，始得謂之詐欺或脅迫，若當法律行爲成立時，表意人之所爲，全係出於其自由意思，僅表意之緣由，因其他事情，致有變更者，表意人卽不能據以主張撤銷。（八年上字一二八四號）

屬於最高法院者

12. 民事法上所謂詐欺者，係謂欲相對人陷於錯誤，故意示以不實之事，令其因錯誤而爲意思表示。（十八年上字三七一號）

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定前條撤銷權之除斥期間。其關係條文爲本編一一四條一一六條本編施一七條，參考他國條文爲瑞債三二條泰民一四二條一四四條日民一二六條法民一一一五條一三〇四條德民一二四條。

第二點 立法例

被詐欺或脅迫之意思表示，表意人雖有撤銷權，惟此撤銷權如永久存續，則相對人及其他利害關係人之權利，永不確定，殊不相宜，各國民法，設除斥期間之規定以限制之，有定爲一年者，如瑞債是。（瑞債三二條）有定爲一年及十年之兩種期間者，如泰民是。（泰民一四二條一四四條）我民法亦同。日民雖規定五年及二十年之兩種期間，（日民一二六條）然明定爲消滅時效之期間，與我民法之爲除斥期間者不同。有定爲十年者，如法民是。（法一三〇四條一項）有定爲一年及三十年之兩種期間者，如德民一二四條規定「依第一二三條規定得撤銷之意思表示，得於一年內撤銷之。前項期間，有撤銷權人於詐欺時自發見詐欺之時起，於脅迫時自脅迫終止之時起進行。關於期間之經過，準用第二〇三條第二項第二〇六條及第二〇七條關於消滅時效之規定。撤銷自爲意思表示之時起，經過三十年，不得爲之。」則未免失之過長矣。

第三點 釋本條之意義

關於撤銷權行使之期間，本條定爲一年，亦與第九十條同。其不同之處，在於起算點，第九十條自意思表示後起算，本條則於發見詐欺或脅迫終止後起算。惟詐欺何時發見，脅迫何時

終止，係屬事實問題，苟詐欺久不發見，脅迫久不終止，則該意思表示，無論經過若干時期，皆有所被撤銷之虞，似此永不確定，何以保交易之安全，法律為救濟此等情形計，故於本條特設但書之規定，倘自意思表示後，已經過十年，縱令此後發見詐欺，或脅迫於此時始終止，亦不得再行使撤銷權矣。此期間同為除斥期間，並應依民法總則施行法第十七條，準用該法第十六條之規定。

第九十四條 對話人為意思表示者，其意思表示，以相對人了解時發生效力。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定對話的意思表示之生效時期。其關係條文為債編一五六條，參考條文為一草一九八條一九四條二草一二九條一三〇條，參考他國條文為俄民一三一條。

第二點 立法例

對話與非對話譯自德語 *Erklärung unter Anwesenheit und abwesende* 一草一二九條一三〇條用當面與非當面不如一草對話與非對話之妥，因對話與非對話之區別，自電話發明以來，當面與否，不足為區別之標準矣。日民法學者稱為隔地（非對話）與非隔地（即對話）。對話意思表示之生效時期，德日民法，均無規定，解釋上多數主張關於對話人間之意思表示，適用於非對話人間之意思表示之原則，以意思表示達於相對人之支配範圍為生效力之時，例如文字之表示以當面交付之時，口頭之表示以相對人了解之時，發生效力，然相對人若故意掩耳不

聽，不因此而礙其效力，表意人自身或其使者以口頭向相對人之家人或僕役表示意思，如依情形該表示入於相對人之支配範圍而可期待其了知者，視為達到。商人之使用人，於營業處所聽之電話的意思表示亦然。我民法爲免爭論，仿蘇俄民法一三一條「向對話人之意思表示，在未定答復期間者，非經對話人立時承諾，不得拘束要約人。以電話表示意思，卽認爲與對話人表示意思」之立法例，以明文定之。

第三點 釋本條之意義

一、本條係意思表示生效時期之一。意思表示之發生效力，與意思表示之成立，當分別觀之。蓋必意思表示，先已成立，而後有何時發生效力之問題。所謂意思表示生效力，就通常情形言，固於當事人所期望之效力，及法律所付與之效力，一併在內，而就效力發生之時期言，則所稱發生效力，乃指當事人開始受意思表示所拘束之意而言也。故意思表示之成立，與其效力發生，不必同時，在不要相對人之意思表示，以與其成立同時發生效力爲原則，但捐助行爲，（民六〇條五九條）繼承之拋棄，（民一一七五條）遺囑（民一一九九條）等，民法關於其效力發生之時，有特別之規定者，得於意思表示成立前或成立後發生效力。本條及次條爲關於要相對人之意思表示，（卽構成要相對人之單獨行爲之意思表示及契約之要約承諾）其意思表示之成立，與其發生效力時期，應分別觀之，蓋意思表示之成立，爲關於表意人一身之現象，而效力發生，則爲相對人之問題也。

二、對話與非對話之分，以當事人意思得直接交換與否爲斷，例如以電話Telephone、旗語Signal-flags（航行海中用之亦有用此報天氣者）。或空中之無線電話與地上之有線電話相聯絡，航空中之人，以旅客機與地上之人自由說話，其表示意思，距離雖遠，不失爲對話，若以封簡傳意，雖鄰坐之人，亦不得爲對話，日民法學者，以對話稱非隔地，亦不妥當。蓋自電話發明以來，隔地與否，不足以爲區別之標準，具有永存之外形與否，（即依書面或口頭）亦不足以爲區別之標準，故今日之學者，普通以時期之關係爲區別之標準，即意思表示，去表意人之支配範圍，直入於相對人之支配範圍之時，爲對話之意思表示，否則爲非對話之意思表示。關於此區別之成爲問題者，則爲依使者之口頭表示，若使者傳達已完成之意思表示時，可解爲非對話之意思表示，反之若使者爲意思完成之機關時，則可解爲對話人之意思表示。

三、次條於非對話人間之意思表示，採取達到主義。本條於對話人間之意思表示，則取了解主義，所謂了解，以可能解爲已足，無現實了解之必要，故於通常情形可了解狀態，而相對人故掩耳不聽，或因欠缺注意不爲了解時，其意思表示，仍發生效力，但相對人有客觀的不能了解之障礙，則以實際了解爲必要，例如對於盲者當面以文字表示，對於聾者爲口頭表示，則不發生意思表示之效力。此所謂發生效力，例如在要約，則當事人因此而受拘束（民一五四條）在相對人之承諾，則因此而契約成立。（民一五六條）

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，同時或先時達到者，不在此限。

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

本條應說明者三點

第一點 本條係規定非對話的意思表示之生效時期。其關係條文為債編一五七條至一六三條，參考條文為商標法一〇條一一條，參考他國條文為德民一三〇條日民九七條瑞債三條九條俄民一三二條。

第二點 立法例

非對話而為意思表示，其意思表示生效時期，立法例向有左列各種主義。

甲、表意主義：Aussendungstheorie

表意主義者，意思表示外形具備之時，為其生效時期也。例如書信已封緘之時是。然書信尚未離表意人之支配範圍向相對人之方面進行時，不得謂之有意思表示。

乙、發信主義：Entäußerungs- absendungs- od. Übermittlungstheorie

發信主義者，表意人將其意思表示置於其支配範圍之外之時為其生效時期也。例如書信已投入於郵櫃之時是，為期交易之敏捷，此種主義，不無可取，然理論上意思表示之效力發生時期，不必與其成立時一致，實際上於此時固定意思表示未免太早，使相對人受其尚未得知之意

思表示之效力，亦爲不當。

丙、達到主義 *Empfangs- od. Zustellungstheorie*

達到主義者，以意思表示之通知達到於相對人之時爲其生效時期也。例如甲之書函，已達於乙之處所是。

丁、了解主義 *Vernehmungstheorie*

了解主義者、相對人於受領意思表示後，尙須以其了解之時爲其生效時期也。例如乙將甲之書信拆開閱覽之時是。然乙果已讀甲之書信與否，甚難證明，若因乙之故意或怠慢，使甲蒙不當之不利益，亦爲不公平。

以上四主義之中，當以達到主義爲妥。德民一三〇條對於隔地人之意思表示，以其達到相對人時，發生效力。撤回之通知，於意思表示達到相對人前或與同時達到者，意思表示，不發生效力。表意人於發通知後死亡或喪失能力，對於意思表示之效力，不生影響，是取達到主義者也。本條之立法例仿之。日民雖亦採取達到主義，然關於契約之承諾，無行爲能力人之行爲追認等，則採取發信主義，是兼用達到主義，與發信主義也。

第三點 釋本條之意義

其一、達到之意義

達到 *Zugang* 之意義如何，有謂須使相對人取得占有者，從來多有稱此爲受信主義。然相

對人之積極的行爲，非所必需，故不如謂之爲達到主義。有謂須使相對人已居可以了解之地位者，即書信已送到於乙之住處，不問乙之閱讀與否，其書信即可發生爲意思表示之效力，縱乙無理由拒受甲之書信，亦無妨也。唯乙若移居，其蹤跡不明，書信不能達到之時，則不發生效力。二說以後說較爲適當。何時始得謂相對人已居可以了解之地位？應從社會見解決之，略舉實例如左：

一、送達於相對人之居所或營業所者。此時一經送到，卽爲達到，不必交付相對人本人或其代理人，例如將書信投入相對人住宅所備之受信箱，或交其同居有行爲能力之家屬或使用人，均爲達到。惟夜間投信於受信箱者，須至通常開箱之時，始爲達到。又營業所設有營業時間及休假日者，若於其營業時間或休假日爲送達，須至次日營業時間開始時，始爲達到。

二、送達於相對人上項處所以外之地者。此時如向相對人或其代理人爲交付，自以交付時卽爲達到，若僅交付於無代理權之同居家屬或使用人，則應於其回歸該處所後，始爲達到。

三、相對人拒絕接收者。此時如相對人故意妨害達到，或無正當理由而拒絕接收，自可以達到論，若以拒絕接收有正當理由，則不論其爲本人或他人，亦不問在何處所，均不能謂爲達到。

四、意思表示依客觀不可了解者。如書信之字跡極模糊，普通人皆不能辨識，或拍致未會相告之密碼電報，相對人無從譯出，此時之不能了解，不僅屬主觀且爲客觀，自不能謂爲達到。

其二、達到主義之結果

一、非對話之意思表示，既以通知達到相對人時，發生效力，發生效力以後，自不得再行撤回。但通知達到以前，意思表示之效力，尙未發生，即不妨行使撤回權。故撤回之通知，如先於意思表示之通知達到，當然可以阻礙效力之發生，即與意思表示之通知同時達到，亦可以阻礙效力之發生。本條第一項但書之規定，蓋即採用受信主義應有之結果也。

二、非對話之意思表示，既以通知達到相對人時發生效力，則通知發出以後，祇須有達到之事實，與無撤回之事實，其效力即應發生，不能由表意人一方之情事變遷而受影響，蓋亦採用受信主義應有之結果。本條第二項所謂「表意人於發出通知後死亡或喪失行為能力或其行為能力受限制者，其意思表示，不因之失其效力」。即表意人或其繼承人或其法定代理人，不能單以此等情事變遷之事實，主張其意思表示不能發生效力也。若別有其他無效原因，或撤回之通知，先時或同時達到，則應受其他法條或本條第一項但書之適用，而不能適用本項，自不待言。

三、非對話之意思表示不到或遲到，歸於表意人之不利益。例如於懸賞募集之期間內應募之通知未達到者，其遲到雖基於郵局之過失，亦無應募之效力。

其三、向公署意思表示之生效時期

向公署之意思表示，應於何時發生效力？德國民法（德民一三〇條三項）有準用非對話人

之意思表示之規定。我民法雖無此規定，解釋上自可從同。蓋向公署之機關為意思表示，通常不能由其直接了解也。惟向組織機關之人員為意思表示，如能由其直接了解時，則可以對話人論，此不特理論為然，現在實際之辦法，大都如此。

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

本條應說明者三點

第一點 本條係規定向欠缺或限制受領能力者意思表示之生效時期。其關係條文為本編七六條七七條八四條八五條二項二七條二項，參看他國條文為德民一三一條，日民九八條。

第二點 立法例

德民一三一條「對於無行為能力人之意思表示，於未達到其法定代理人以前，不生效力。對於限制行為能力人所為之意思表示亦同。但其意思表示，對於限制行為能力人純與以法律上之利益，或經其法定代理人之允許者，自意思表示達到於限制行為能力人時，發生效力」。本條之立法例仿之。日民九八條「無受領能力之人，僅為未成年人及禁治產人。而準禁治產人，妻、則為完全之受領能力人」。此因日民有禁治產與準治產之分，且以妻為限制能力人，故根本上與本條有此不同之結果。

第三點 釋本條之意義

一、依民法向特定相對人之意思表示，以其達到或了解時發生效力，其達到或了解，自相對人之方面觀之，則爲受領。受領能力 *Empfangsfähigkeit* 者，即得有效受取意思表示之謂也。

二、向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示者，乃以無行爲能力人或限制行爲能力人爲相對人而爲之意思表示也。夫意思表示，有向相對人爲之者，有不向相對人爲之者，（即無相對人之單獨行爲）而向相對人爲意思表示，不但有對話非對話之別，更有相對人有受領能力與無受領能力或其受領能力受限制之別，本條與上開九十四條九十五條之意思表示，皆須向相對人爲之，惟上開兩條之相對人皆係有受領能力，故其效力之時期，對話則因其直接了解，非對話則因其通知達到而生效。本條之相對人，則爲無受領能力，或其受領能力受限制，既無直接了解之可言，亦不能因通知達到而生效，自不能爲特別規定。

三、有行爲能力人，皆有受領能力，無行爲能力人，亦無受領能力，惟限制行爲能力人，則有受領能力與無受領能力之殊。

甲、例外有受領能力，滿七歲以上之未成年人爲限制行爲能力人，原則上無受領能力，故對於彼等之意思表示，自其通知或表示達到於行親權人監護人或爲其所了解時發生效力。例外則限制行爲能力人，若純獲法律上利益，或依其年齡及身分日常生活所必需者，得於通知達到限制行爲能力人時，或爲其所了解時，發生效力。（本編七十七條德民一三一條二項）

乙、限制行為能力人於有行為能力之範圍內，亦有受領能力。即（一）限制行為能力人，關於已受法定代理人允許處分之財產，就其處分範圍，得自受意思表示而於其通知達到限制行為能力人時，發生效力。（本編八四條）（二）關於已受法定代理人允許之營業，就其營業範圍，得自受意思表示，而於其通知達到限制行為能力人時，發生效力。（本編八五條一項）

以上二種情形，於限制行為能力人為對話之意思表示時亦同。

四、向無行為能力人之意思表示，若為非對話時，自通知達到於其法定代理人時，發生效力，（即本條之規定）若為對話，則不發生效力。（本編七六條）所謂「以其通知達到法定代理人當時發生效力」，係專指非對話之意思表示而言，蓋無行為能力人或限制行為能力人（限制能力人除甲乙兩項）於法皆不能直接了解表意人之意思表示，通常無向之對話之可能也。通知既僅以達到其法定代理人時發生效力，即不問其意思表示，係向無行為能力人或限制行為能力人所為，抑係逕向法定代理人所為，總以通知達到法定代理人，為發生效力之時期，縱令其意思表示，係無行為能力人或限制行為能力人所受領，亦非即為無效，苟能證明已達到於法定代理人，仍應生效。

五、相對人為法人時，意思表示，自其通知達到於其代表機關（董事或業務執行人）或為其所了解時，發生效力。（本編二七條二項）蓋法人本身，無意思能力也。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定非對話的意思表示，因特殊情形，得以公示送達代通知。其參考條文爲民訴一四九條至一五三條，參考他國條文爲德民一三〇條一三二條。

第二點 立法例

本條之立法例，大體上從德民法第一三二條二項之規定。唯尙有未採用者（一）德民一三二條一項意思表示，雖依承發吏以爲送達，亦視爲送達。送達依民事訴訟法之規定爲之。此種規定，蓋避免關於達到事實及其時期之爭論，我二草曾採用之。（二草一三二條）（二）德民第一三〇條三項「前項之規定，對於公署之意思表示，亦適用之」。前項者，即表意人縱於表示後死亡或喪失行爲能力，亦不影響於意思表示之效力是。（三）表意人應向何法院聲請，依德民規定，在不知相對人之姓名時，爲表意人住所所在地之第一審法院。如於國內無住所者，爲其居所地之第一審法院。在相對人之住所不明時，爲應受送達人之最後住所所在地之第一審法院。如於國內無住所者，爲其最後居所所在地之第一審法院。

第三點 釋本條之意義

一、公示送達，係民事訴訟法所規定送達方法之一種，乃將應送達之文黏貼於一定處所或並布告其內容而爲之送達。（民訴一五一條）蓋意思表示，以達到相對人時，發生效力，苟相

對人之姓名居所不明，則無從為意思表示之通知，如表意人並無過失而不知相對人姓名居所，則不應使其久蒙不利益之結果，故本條許表意人向法院聲請公示送達，經過法定期間後，即發生意思表示通知之效力。（民訴一五二條）

二、本條係前二條之補充規定。前二條之意思表示，一則以通知達到相對人時發生效力，一則以通知達到法定代理人時發生效力，皆以表意人知悉相對人之姓名居住所為前提，否則意思表示之通知，無從發送，惟表意人不知相對人之姓名居所者，亦為事實所常有，例如相對人故諱其居所，或不告以姓名，此時即無從為意思表示之通知，苟表意人有對之意思表示之必要，將有何法使之達到，法律為救濟此等事實之窮，故使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。但其不知，以非因表意人自己之過失為限。此所謂依其規定，在表意人方面，應以聲請之形式向第一審管轄法院為之。在法院方面，如准許聲請時，應即依關係法條之規定，實行公示送達。

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。

本條應說明者四點

- 第一點 本條係規定意思表示之解釋。其關係條文為總則編一條二條四條五條債編二一三條二一六條二五九條二七一條二七九條二八〇條二九〇條二九一條三一四條至三一七條三二〇條三四六條二項三五一條三六九條暨債編一五三條二項一六六條三二五條一八四條二項二

一九條物權編八一七條二項七九九條九四三條九四四條九五二條，參考他國條爲文法民一一五六條至一一五九條一一六〇條至一一六四條瑞債一八條一項德民一三三條一五七條日民九二條泰民二三條二四條二六條。

第二點 立法例

解釋標準之立法例有四：

甲、法國民法規定應探求當事人之共通意思，不得拘泥於文字。（法民一一五六條）一文句有二意義者，應以其得發生效力之意義解釋之。（法民一一五七條）一文辭有二意義者，應爲合於契約事項之解釋。（法民一一五八條）意義不明者，應依契約地之事實上之習慣解釋之。（法民一一五九條）契約之文句應互相對照統一的爲解釋。（法民一一六一條）如有疑義者，契約應爲債務人之利益解釋之。（法民一一六二條）所用辭意雖廣，應依當事人之意思限制解釋之。（法民一一六三條）

乙、瑞士債務法規定判斷契約，應就其方式及內容，注意當事人一致之真實意思，不得注意當事人誤解或隱蔽真意所用之不當之文字或語句。（瑞債一八條一項）

丙、德國民法第一三三條規定「意思表示之解釋，應探求其真意，不得拘泥於所表現文辭上之意義」，本條之立法例仿之。關於意思表示與誠實信用原則，德民第一五七條規定「契約應顧及交易習慣及依誠實信用原則解釋之」。我民法雖無同樣規定，就二百一十九條之規定觀

之，解釋上當然相同。

丁、日民九二條規定「法律行為當事人雖未明示依此種習慣之意思，依其情事可認其有依此習慣之意思者，依其習慣」。解釋上以此爲事實上之習慣，僅爲意思表示解釋之材料，而其法例第二條所定者爲習慣法，此種解釋在日本法律爲合理，但就我民法第一條第二條之解釋，則無區別一爲習慣法，一爲事實上習慣之理由。

第三點 釋本條之意義

其一、解釋須合理化

意思表示，能發生法律上何種效力，必先確定意思表示之意義，所謂解釋意思表示，即確定意思表示自身之意義也。重在求得意思表示自身之真意，不在求得表意人內部之真意，若就意思表示所得之真意，與表意人當時內部之真意不符時，則發生意思與表示不一致，即心裏之效力意思，全未表示者，爲心中保留（本編八六條）之問題，非此解釋之問題也。至意思表示自身之真意如何，通常雖應就其表示之語言文字觀察，然語言文字，並非表示行為之全體，未必皆能顯露當事人真意，故探求當事人真意之方法，固不能擅置表示所用之辭句，亦不得拘泥所用之辭句，蓋除語言文字以外，身體之舉動，環境之事情，地方之習慣，商界之常例，皆足供判定意思表示之意義之資料也。一言以蔽之，解釋意思表示，務求得合理化之結果，然所解釋者，自以已表示之意思爲限，其未表示之意思，固不能妄加推測也。

其二、解釋與解釋規定之關係

意思表示不明之時，法律爲之設解釋其意思之規定者有之，所謂解釋規定也。原來法律之規定有三（一）任意規定，當事人不爲與此相異之訂定時，可以補充適用之規定也。（例如本法二一三條二一六條二五九條二七一條二七九條二八〇條二九〇條二九一條三一四條至三一七條三二〇條三四六條二項三五一條三六九條三七八條四二九條五七〇條五七九條五九五條六一條二項等）（二）強行規定，強其必行，不許當事人訂定有與此相異之規定也。總則編中關於能力法人時效之規定，與物權，親屬，繼承三編，多爲強行規定。債編關於契約之規定，（除定各契約之本義及權利行使之期間利率）多屬任意規定。但亦有極硬性的強行規定者，例如二〇四條五七三條六七五條是。（三）解釋規定，立法者以法律解釋當事人意思表示之規定也。例如債編一五三條二項一六六條三二五條物權編八一七條二項七九九條是。解釋規定，與任意規定，似同實異，任意規定者，當事人不爲特別意思表示時補充適用，當事人有特別意思表示時，則不適用。解釋規定不然，不必當事人有特別之意思表示，祇依種種情形，反證其解釋不對之時，當然不能適用。民法關於意思表示，設推定者，皆解釋規定也。然用推定二字，亦有非解釋規定者，（例如一八四條二項九四三條九四四條九五二條）各依其法規解釋以定之。

其三、解釋與習慣之關係

關於意思表示之解釋，如當事人之意思不明，則應依習慣以爲解釋之標準（參照第三條第一條之第二點）蓋在交易上既有顯著之習慣，自應推定當事人有依此習慣以定意思表示之內容也。例如重慶租賃房屋一年三季，四個月爲一季，卽其例也。但其習慣，如背於公序良俗，卽無據以爲解釋意思表示之餘地。

總之誠實信用之原則，爲解釋意思表示之最高原則，所謂不拘泥於辭句者，無非使意思表示之內容爲合理化，次之以任意法規習慣爲標準者，亦爲誠實信用原則之具體的表現，故其他標準不明之時，此原則亦可爲獨立之標準。

第四點 判例（附解釋例）

屬於前大理院者

1. 解釋當事人之意思表示，雖有種種方法，要當就其表示當時之一切情形爲全體之通觀，決不能拘泥文字，致失當事人真意。（二年上字八五號）

2. 解釋當事人之意思，應以表意時之情形，及一切之證憑爲資料，不能拘泥於契據之文字，故據當時事實及證憑，足知契載文句，係屬衍文，並非表示真正之意思時，卽應依其真意以爲斷定之標準。（三年上字六四號）

3. 當事人就自己或他人意思表示之內容，已爲一定之解釋，而歷久遵行者，無論解釋與原意是否全符，自應依照事後適法合意之解釋辦理。蓋當事人關於自己之權利，得以自由處分，

乃民事法上之大原則，故其後以合意所定之解釋，如係不利於一方，得認其捨棄，而利於他一方者，亦得認其承認故也。（三年上字一二一四號）

4. 意思表示不明瞭時，可以該地習慣爲解釋資料。（三年上字八六號）

5. 解釋契約，雖應探求當事人之真意，不能拘泥於契約之文字，但亦不能全舍文字而爲解釋。（四年上字九七五號）

6. 契約文字之旨趣，既已甚明，即應從其旨趣，不能任意爲擴張或縮小之解釋。（同上）
7. 齊據之內容，兩造互有爭執者，自應首先用通常文義以爲解釋。（四年上字一七三〇號）
屬於最高法院者

8. 約載文字，如與事實相反，或並有主張其與當事人真意不符，則在立約當時，是否即有視爲習慣上具文不令生效之意，法院於發生爭執時，應綜核全部事實及是否適於習慣，爲合理之解釋。（二十一年上字一〇七四號）

9. 按默示之意思表示，亦須有舉動足以間接推知其意思，若僅單純之沉默，尙不得釋爲默示。（二十一年上字二一〇八號）

附解釋例

一、地方習慣，爲探求當事人真意之一種資料，如習慣於出典不動產書立賣契，僅於契尾，載有到月歸贖，或十年二十年期滿聽贖等字樣，除有特別情形，可認爲當事人之真意，別

有所在外，自應認有典權之設定，不能認爲保留買回權之買賣契約。（二十八年七月十七日院字一八九七號）

二、交付金錢之一方，有占有他方不動產而爲使用及收益之權時，如當事人之真意，祇許他方還錢贖產，不許支付金錢之一方，求償借款者，其金錢應解爲典價，如認支付金錢之一方，得自他方求償借款，其占有不動產而使用及收益，爲別一租賃關係者，則爲抵押權。（二十八年八月三日院字一九〇九號）

三、老當不贖之土地，如其契據載有永遠管業永不回贖字樣，亦無其他情事，可認當事人對於該土地尚有何種權利關係者，自係所有權之移轉，應准爲所有權登記。（二十九年一月十三日院字一九五三號互見民法九二四條）

四、投標人標明標價，不載一定之金額，而僅就他人標價，表明增減之數者，不應准許。

（二十九年五月十八日院字二〇〇一號）

附原咨（行政院據財政部二十九年一月二十三日渝賦字第一五八八號呈稱轉咨司法院原文）

查標賣地產，係屬特種買賣，自應依民法關於契約及法律行爲之規定辦理。茲有某地方政府，公開標賣地產，開標時最高標額爲某甲之「一萬零五百一十五元」。又有某乙標爲「願比最高標價再增加一千元」。究竟何人得標，因有下列兩說：（一）某乙之標價，較甲多一千元，

其標額最高，應由某乙得標。(二)法律行爲，在有確定之意思表示；某乙之標額，雖云較某甲爲高，但未列確定數額，顯係意圖取巧，其意思表示，不能認爲有法律上之效力，仍應由某甲得標。上列兩說，事關法律疑義，請轉咨司法院予以解釋。

(左列解釋例爲貫徹國家法幣政策起見，故應犧牲當事人之真意，適用時予以注意)

五、查改定貨幣政策辦法第五款載：舊有以銀幣單位訂立之契約，應各照原定數額，於到期日概以法幣結算收付之等語。此項辦法，業經第四屆中央執行委員會第六次全體會議決議追認，交由國民政府於民國二十四年十一月六日通令施行在案。是在法幣政策施行前，債之關係，以銀幣定給付額者，不問當時銀幣兌換法幣之價格，與現時法幣兌換銅幣之價格，有無高低，債務人均得照原定數額，以法幣給付之，債權人不得按當時兌價，將銀幣折爲銅幣，請求清償，此與原係約定以銅幣計算之金錢貸借，得以法幣按財政部所定兌價折合銅幣償還者，不能同論。(三十年五月六日司法院指字(指令湖南高等法院)二一八〇號)

附他國判例二則

附一、有建築物之土地租賃，可視爲以所有建築物爲目的，故未定租賃期間者，解爲約定以至建築物朽壞之日爲期限。(日大審院判例大正九年十一月十一日民事判例錄一六九七頁)

附二、以隨時得因出租人之請求而退出房屋之文句，惟印刷於租約者，不過爲一種例文，無拘束當事人之效力。

此判例所稱例文無拘束當事人之效力，與我民法六〇九條之用意相同，實用時可併參考。

第四節 條件及期限

第二十三解 本節之總說明

本節應說明者九點

第一點 本節之內容

- 壹 條件成就之效力及依特約所生之影響（九九）貳 條件附期待權及復歸權之保護（一〇〇）參 條件成就或不成就之擬制（一〇一）肆 期限到來時之效力及到來前權利之保護（一〇二）

第二點 附款說與一元說

甲、附款說 以限制變更由一定之法律行為通常所生之效果為目的而附加以一部分者，謂之附款 *Nebenbestimmung*，附款者，屬於法律行為之偶素，構成意思表示之一部，其本身在法上無獨立之意義也。法律行為之附款，附加於通常一般之法律行為者，為條件及期限。薩威尼，溫第除底主張之。

乙、一元說又稱單一行為說 謂條件及期限，並非於原來之意思表示外，尚有欲一限制其效力之意思表示，乃欲發生其效力之表示，與欲限制其效力之表示，合而為一個之意思表示。越格斯別格兒，葉溫擇魯主張之。

二說在理論上微有出入，實用上毫無關係，余爲說明簡便計，仍採甲說。

第三點 條件附與期限附及負擔附與或遺贈之區別

子、條件附與期限附，雖同爲法律行爲之附款，然條件與期限，相似而實不同，條件者發生之事，並發生之時，均不確定。期限者，到來之事及到來之時，均皆確定，或確定其一也。例如明日降雨，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。又僅時不確定，而其發生爲確定之事實，爲不確定期限，不得爲條件，例如云「甲如死則如何」爲期限「甲如比乙先死則如何」論表面似係期限，實則條件也。

丑、負擔附贈與負擔附遺贈，雖與條件附同爲法律行爲之附款，然條件係事實而非義務，例如甲語乙曰「君如本屆考及格，則贈君一千圓。」當事人之目的，固期待高考及格，然乙如落第，並非違反義務，甲亦無因其落第而有請求履行之訴權。反之負擔附贈與或遺贈，在允受贈與及遺贈者，則有履行其負擔之義務，（民法四一三條一二〇五條）如不履行，即應返還其所受之贈與及遺贈，（民法四一二條一項）或以判決強行其履行。

第四點 條件之意義及種類

子、條件之意義

條件 Condition, Bedingung 者，法律行爲之附款，其效力之發生變更消滅，繫於將來不確定事實之發生與否也。

一、條件爲法律行爲之附款，由表意人任意的使之包含於法律行爲中，故法定條件 *conditio iuris* 卽法律所規定法律行爲效力發生變更消滅之要件，非此所謂條件，例如社團法人之設立及章程之變更應得主管官署之許可。（本法四六條五三條二項）遺贈效力之發生，須遺贈人先於受遺贈人而死亡，（本法一一〇一號）乃法定條件也。

二、得爲條件之事實（一）須爲將來之事實，故過去及現在之事實，皆不得爲條件，例如云某船昨日已由渝開漢，或某船現已抵渝，不爲條件。（二）須爲客觀不確定之事實，蓋附加條件之目的，在於限制意思表示之效力，若非不確定之事實，則無所用此限制。又不確定，須吾人一般客觀之知識認爲不確定始可，僅當事人主觀不確定之事實，不得爲條件。

丑、條件之種類

本法僅規定停止條件與解除條件，讓第二十四條之逐條說明，茲唯就學理上之分類，列舉於左：

其一 積極條件 消極條件

積極條件 *conditio affirmativa*、*affirmative od. positive Bedingung* 者，其條件內容之事實，乃以某事實之發生，卽發生某種變動者，爲條件成就，如甲語乙「君能於本年內出洋留學則贈君千圓」是。消極條件 *conditio negativa*、*Negative Bedingung* 者，其條件內容之事實，在某事實之不發生，卽不發生某種變動者，爲條件成就，如甲語乙「君如本年內不出洋

留學則贈君千圓」是。

其二、隨意條件 偶成條件 混合條件

一、隨意條件 *Conditio Potestativa* 者，謂因當事人之意思而成就之條件也。（法民一七〇條）分（一）尋常隨意條件 *Conditio Simplex Potestativa*，其條件之成否，雖本於當事人之意思，然不僅以意思表示爲已足，須有積極之事實而後成立，如旅行外洋或購買田宅是。（二）純粹隨意條件 *Conditio Purem Potestative* 其條件之成否，純粹因當事人之意思而決定之，例如言吾使汝探險北極，予以萬金爲旅費，夫以我使人，則我爲債權人，是萬金之條件，由債權人一方之意思定之。又如乙通告甲，謂吾若渡美，當以田宅賣之於甲，甲已承諾，則乙爲債務人，以後乙果渡美，甲可請求履行契約，是賣田契約由債務人一方之意思定之。純粹隨意條件中，有效無效，亦各不同。（一）在停止條件爲無效。此就屬於債務人一方之意思言之，例如言我有餘貲，則償汝舊債，或我得暇，當踐汝約，如此則償債與否，踐約與否，均憑一人之自由，與無法律行爲等，故爲無效。（法民 一七四條日民 一三四條）（二）在解除條件爲有效。此就已發生效力之法律行爲言之，例如以家具借與他人，約曰我欲用時，即應還我，此雖係一方之意思，而爲已生效力之行爲，故爲有效。但法義民法，雖解除條件，亦爲無效。

二、偶成條件 *Conditio Causalis* 者，謂條件之成否，無關於當事人之意思也。（法民一

一六九條）即條件之成否，繫於人意思以外之外界事物，如云明日天雨贈君以蓋，雪贈君以炭是。或繫於當事人以外之第三人意思，如云得父母之同意，則與君結婚，得親友之贊助，則與君合夥是。

三、混合條件*Conditio Mixta*，其條件之成否，繫於當事人及第三人之意思也。（法民二一七一條）例如甲語乙，明日如天雨，余即在宅，汝與某人結婚，則贈汝千圓是。

第五點 假裝條件非條件

假裝條件*Scheinhedingung* *Uneigentliche Bedingung*者，惟具有條件之外觀，而未具有條件之實質之條件也。他國民法，有就假裝條件為規定者，我民法無之，解釋上自應相同。假裝條件之效力如何，分述如左：

一、既定條件*Conditio in Praesens vel in Praesentium Collata*

既定條件者，成就或成就於法律行為之當時已確定之條件也。羅馬法採主觀主義，現在及過去事實，祇當事人不知，可作條件。法英採用之。日本民法及瑞士債務法採客觀主義，現在及過去事實，當事人不知，旁觀者知之，仍不得為條件。故依日本民法之規定，即（一）如為積極條件，其為停止條件者，法律行為為無條件，其為解除條件者，法律行為為無效。（二）如為消極條件，其為停止條件者，法律行為為無效，其為解除條件者，為無條件。（日民一二一條一項二項）我民法雖無規定，解釋上自應相同。

二、不法條件 *Conditio turpis; Unerlaubte und unsittliche Bedingung; Conditione immoralis illicitae*

不法條件，謂以違法或不當爲內容之事項爲條件也。其效力如何，法國日本泰國民法及瑞債，皆明定爲無效。（法民一一七二條日民一三二條一項泰民二〇五條瑞債一五七條）我民法無之，解釋上自應相同。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，當然無效，又以不爲不法行爲爲條件之法律行爲，日民亦明定爲無效，（日民一三二條二項）余以爲屬於以不當爲內容之條件，依上開定義，亦爲無效。

三、不能條件 *Conditio impossibilis; unmögliche Bedingung*

不能條件者，以客觀的成就不能之事實爲內容之條件也。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，解除條件爲不能者，其法律行爲爲無條件。（日民一三三條法民一七三條）我民法雖無規定，解釋上自應相同。

四、法定條件 *Conditio juris; Rechtsbedingung*

法定條件（或稱法規條件）者，依法律之規定或關於法律行爲之性質，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、必成條件 *Conditio necessaria; notwendige Bedingung*

必成條件（或稱必至條件）者，以必發生或必不發生之事實爲條件也。如以必至條件爲停

止條件時，其法律行為爲無條件，如以之爲解除條件時，其法律行為爲無效。

六、矛盾條件 *Perplexe od. widersinnige Bedingung*

矛盾條件者，與法律行為之主要內容相矛盾之條件也。例如甲讓與家屋於乙而與丙以該家屋之所有權是。此等法律行為，不問其爲停止條件解除條件，皆爲無效。有謂在停止條件，法律行為爲無效，在解除條件，等於無條件，德之德仁布喜，溫第賒底主張之。然終屬於意思解釋之問題，毋寧作爲錯誤之爲當也。

第六點 不許附加條件者

學說上稱爲不容許附條件之法律行為 *Bedingungsfreudliche Rechtsgeschäfte* 略可分爲左之二種：

其一、社會公益上之不許可

社會公益上之不許可者，即法律行為如附條件，則直接違反公序良俗或不適於其制度之目的是也。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，婚生子女之否認等是。

其二、國民經濟上之不許可

民法含有經濟法之成分者甚多，經濟法上之法律行為，能否附加條件，則視其爲契約，抑爲單獨行為而有別。契約得附加條件，而單獨行為，則以不得附加條件爲原則。此因單獨行

爲，依行爲人一方意思之表示而成立，若行爲人隨意加以條件，則相對人利益，當居於不確定地位，殊不足以謀國民經濟之福利也。例如抵銷（民三三五條二項）日民五〇六條德民三八八條）法律行爲之撤銷，（民八八條）承認，（民七九條）契約之解除（民二五八條）等是。然此種行爲，不得附以條件者，乃爲保護相對人起見，若相對人同意於有行爲人附條件，或單獨行爲之性質，縱附條件，相對人亦不致受何等損害之時，無妨附加條件，例如免除（三四三條）遺贈（一二〇〇條）雖爲單獨行爲，皆可附以條件。

第七點 期限之意義及種類

子、期限之意義

期限 *Dies, Zeitbestimmung, Termin* 者，法律行爲之附款其效力之發生變更消滅，繫於將來確定事實之到來也。

一、期限爲法律行爲之附款，故法定期限，法律行爲性質上當然應有之期限，以及法院所定期限，與法定條件，不得爲條件相同，非此所謂期限也。期限自身，既爲法律行爲之附款，其不能獨立存在，與條件同，例如附期限之買賣，乃一個有期限買賣之意思表示也。

二、期限在限制法律行爲效力之發生變更消滅，即對於法律行爲效力之限制也。然就始期言之，立法例亦不一致，有以期限不停止法律行爲效力之發生，惟停止其履行者，即所謂附期日之法律行爲是也，例如法民日民。（法一一八五條日一三五條）有以期限爲停止法律行爲效

力之發生者，即所謂附期限法律行為是也，例如德民。（德一六三條前段）我民法解釋上，與德民同。即始期在限制意思表示法律上效力之發生，終期在限制意思表示法律上效力之消滅。

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「明日如雷鳴」為條件，若俾云「如雷鳴」則為期限。又以日時表示者，不必盡為期限，例如云「某人死亡之時」人無不死之理，事確定而時不確定，是為期限，若云「某人結婚之時」其婚姻之事與時，均不確定，則為條件。反之確定某月某日結婚，則為期限。

丑、期限之種類

除始期終期，於第二十四條逐條說明外，茲就應說明者，分述於左：

一、確定期限 *dies certus; gewisse Zeitbestimmung; terme certain* 者，到來之時及到來之事，均可確定 *dies certus an et quando* 也。例如約以一九四一年九月二十一日十一時十五分日全蝕或約以某年月日是。其時與事均不確定 *dies incertus an et quando* 者，則為條件。

二、不確定期限 *dies incertus; ungewisse Zeitbestimmung; terme incertain* 者，時確定而事不確定 *dies certus an incertus quando* 如以某人達於兵役年齡（十八歲至四十五歲）屆滿之時為期限是。或事確定而時不確定 *dies incertus quando* 如以某人死亡之日為期限是。

第八點 不能期限猶豫期限非期限

不能期限 *dies certus non, dies impossibilis* 者，以甚遠將來之時期爲期限之期限也。例如云「千百年後爲清償」，此非期限之性質上不能，然法律以人之生活爲標準，在交易觀念上爲不可能，故如以此期限爲始期者，其法律行爲爲無效，以之爲終期者爲無期限。

猶豫期限 *Terme de grace* 者，卽法院體面債務人所予之分期給付或緩期清償之期限是。（債編三一八條一項但書）

二者具有期限之外觀，而未具有期限之實質，與假裝條件同，亦可稱爲假裝期限也。

第九點 不容許附期限之法律行爲

期限無條件同，原則上無論何種法律行爲，皆許附加期限。但有例外，是爲不容許附期限之法律行爲，與上開條件所述略同。應依社會公益與國民經濟上之標準決定之。但其範圍，則非完全一致，例如票據行爲，雖許附加期限而不許附加條件。繼承人之指定，雖許附加條件而不許附加始期或終期是。又有依法律行爲之性質，許附加始期而不許附加終期者，例如債務免除是。不容許附期限之法律行爲，如竟附加期限，則其法律行爲全部爲無效，與不容許條件之效力同。

第二十四解 本節之逐條說明

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。

本條應說明者四點

- 第一點 本條係規定條件成就之效力及依特約所生之影響。其關係條文為債編二四六條二項三三五條二項繼承編一一〇〇條，參考條文為破產法一〇二條一一三條三項一四〇條至一四三條，參考他國條文為德民一五八條一五九條法民一一七九條一一八一條一一八三條瑞債一五一條一五四條俄民四一條日民一二七條泰民二〇四條。

第二點 立法例

現代法律，一般關於法律行為，皆許附以條件，在羅馬法上初期，因使法律關係之簡易明確，不許法律行為之成立與效力之發生，異其時期，嗣因實際上之必要，漸許可之。我民法雖無明文規定，然除不容許附條件之法律行為外，可解為以許可附條件為原則。

德民一五八條「附停止條件法律行為，其繫於條件之效力，自條件成就時發生。附解除條件法律行為，其效力於條件成就時消滅，同時回復以前之法律狀態。」一五九條「依法律行為之內容，使條件成就之效果，溯及於既往者，於條件成就時，當事人應於其效力如於以前發生時其各自所應享受之程度，互負給與之義務。」本條仿之。

條件成就之效力 自何時發生或消滅，是否得不於條件成就時發生效力而溯及既往，立法例亦不一致，有以溯及為原則者，如法民是。（法民一一七九條）有以不溯及為原則者，如德

民日民瑞債是。(德民一五九條日民一二七條三項瑞債一五四條二項)我民法規定，蓋從德日瑞之例，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。

第三點 釋本條之意義

其一、條件須以之決定法律行為效力之發生或消滅

一、此即停止條件與解除條件所由區分。停止條件，解除條件，係就條件之作用而言。若就條件之種類言，則因條件事實之內容不同，可分為積極條件與消極條件隨意條件與偶成條件混合條件等，大部分皆得為有效條件。此外更有所謂假裝條件者，即徒具條件之形體而無條件之實質者也，如既定條件，不法條件，不能條件，法定條件，矛盾條件，均不成為條件，已於前解說明之。

二、停止條件 *Conditio suspensiva; aufschlebende Bedingung; Condition Suspensive, Condition Precedent* 者，使法律行為效力之發生，決之於將來不確定事實之成否也。即法律行為效力未發生，因條件之成就而發生，其條件若不成就，視若無條件。解除條件 *Conditio resolutive; auflösende Bedingung; Condition résolutoire; Condition Subsequent* 者，使法律行為效力之消滅，決之於將來不確定事實之成否也。即法律行為效力已發生，因條件之成就而消滅，其條件若不成就，視若無條件。前者例如甲與乙約云，君若與丙女結婚，則贈君千金，其贈與之效力是否發生，即視其婚姻之成否而定之類是也。後者例如甲與乙約，每

年贈與學費若干，但考列丙等，則取消贈與，其贈與之效力是否消滅，即視其考取之等第而定之類是也。

其二、條件成就之效果

一、條件之成就 *Conditio existit; accomplissement; Eintritt* 者，謂為條件內容之事實已實現也。在積極條件，為其內容變動之發生，在消極條件，為變動之不發生已確定。簡言之，條件成就時，附停止條件之法律行為發生效力，附解除條件之法律行為，失其效力。條件不成就 *Conditio deficit; Nichteingtritt; Ausfall* 者，謂為條件內容之事實，確定不實現也。條件不成就之效力，在附停止條件法律行為，條件不成就時，法律行為確定的不發生效力。附解除條件法律行為如條件不成就時，確定的不喪失效力。換言之，即等於無條件也。

二、條件成就不溯及既往之結果，例示如下：（一）在附停止條件之債權的行為，條件成就前尚未發生債權，故附停止條件債務之清償，為非債清償。（二）在附停止條件物權之移轉行為，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為，於條件成就前，尚留於受讓人，故如有孳息，應屬於受讓人。

三、本條第一第二兩項規定，停止條件應於條件成就時發生效力，解除條件應於條件成就時失其效力，係屬普通規定，於當事人別無特約時適用之。若當事人有特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，（即效力溯及條件成就以前）則應依其特約。蓋此等特約，本

爲當事人之真意，又不反於公序良俗，自不妨使之先於法規而適用，故設第三項之規定。所謂特約者，謂特別之意思表示，非必限於契約，即該法律行爲爲單獨行爲時，不妨於表意人爲其行爲時爲之。蓋不溯及之原則，係基於當事人之意思，故當事人表示反對之意思，則應從其意思也。

四、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，應解爲依條件事實之內容以定當事人所欲發生法律上之效力，例如附解除條件之所有權移轉行爲，如條件成就時，所有權當然復歸於原權利人，非所有權仍存於受讓人，而原權利人惟有債權請求權也。然條件成就之結果亦非常發生物權移轉之效力，於附條件之債權行爲條件成就時，惟有債權債務之成立。或謂如此解釋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以前，意義甚明。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特別意思表示，其特約雖非無效，惟於當事人間發生債權效力。

第四點 判例（附解釋例）

1. 讓與不動產之契約，附有停止條件者，在其條件成就以前，不能發生移轉權利之效力，

故讓與人於條件成就前，如將標的物賣與第三人，不得遽以處分他人之所有物論。曷言之，即將來條件如果成就，該標的物仍應照約歸讓受人取得，彼時讓與人與第三人間之買賣行為，於法固應失效，而於現在條件尚未成就以前，則固不能認其買賣為不合。（四年大判上字九三五號）

2. 凡就他人之債務為承任者，如承任人就其承任附有條件，效力之發生，自應視其條件能否成就為斷。（四年大判上字二〇五五號）

3. 原先贈與，附有解除條件，以後成為無條件者，並非新贈與行為。（八年大判上字一四六號）

4. 預定買賣之契約，附有停止條件者，應以其條件成就後，始能生效。若條件不能成就，則該項定約，自無法律上效力之可言。（二十二年最高法院判例上字一一三〇號）

附解釋例

協議離婚契約，並無不適用附條件法律行為之規定，如離婚條件，確載明乙須賠償財禮，與甲始能離異，自應於條件成就後，發生離婚效力，否則協議離婚契約成立為一事，約定賠償損失費給付遲延又為一事，並不互相牽涉，故甲乙協議離婚契約成立後，甲未將賠償費交乙前乙與人通姦，甲有無告訴權，應探求當時訂約真意為解決。（二十四年十一月二十三日院字一三五七號）

第一百條 附條件之法律行為當事人，於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負賠償損害之責任。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定條件附期待權復歸權之保護。其關係條文為債編一八四條，參考條文為土地法施行法二七條，參考他國條文為德民一六〇條一六一條日民一二八條俄民四二條。法民一一八〇條瑞債一五二條。

第二點 立法例

期待權復歸權之保護，立法例亦不一致，有僅設消極規定，即「條件附法律行為各當事人於條件成否未定前，不得侵害相對人因條件成就由其行為應生之利益者，如日民法是。（日一二八條）」有設積極規定，即「條件附義務人，不得因自己之行為，使條件附權利發生不良或廢棄之狀態，若發生此等情事，於條件成就時，應負損害賠償之責」者，如蘇俄民法是。（俄四二條）有設積極規定，但因事實行為與法律行為之不同而異其效果，如為事實行為，應負損害賠償之責，如為法律行為，則於妨害其效力之範圍內應屬無效者，如德國民法是。（德民六一〇條一六一條）本條係從蘇俄之立法例，自條件附義務之方面為規定，如於條件成否未定前，有損害相對人因條件成就所應得之利益者，負損害賠償之責，此損害行為，如係事實行為則成爲賠償之義務，固無問題。如為法律行為，是否僅生賠償之義務，抑於此外其處分行爲，亦應爲

無效，則不無疑問，依德民第一六一條規定，其處分於減損附條件法律行為之效力之範圍內，失其效力。我民法無明文規定，解釋上附條件法律行為如有公示之方法而具備對於第三人得主張之要件者，則有害於此行為之其他處分行爲，應爲無效，例如關於土地處分附有條件者，如爲預告登記，則於登記後土地權利人對於其土地權利所爲其他之處分爲無效。（土地法施行法二七條）

第三點 釋本條之意義

其一、條件成否未定前，法律行為之效力在於不確定狀態，故附停止條件之法律行為，其法律行為之效力發生與否未可定也，例如附停止條件之所有權讓與，其受讓人能否取得所有權，尙未可定，又附解除條件之法律行為，其法律行為之效力消滅與否未可定也，例如附解除條件之地上權撤銷，其所有人能否撤銷地上權，尙未可定。此等狀態，本僅爲事實上之狀態，而因法律加以保護之規定，乃成爲法律上之狀態，亦發生一種法律上之效力，故不可不認爲權利之一種，此權利謂之條件附權利 *Bedingte Recht*，與此權利對立之義務謂之條件附義務 *Bedingte Pflicht*、條件附權利，爲一種特別之權利，學者稱爲期待權或希望權 *Anwartschaftsrecht* 及復歸權 *Rückfallsrecht*，蓋類於形成權之一種財產權也。期待權及復歸權如被侵害，則期待權人及復歸權人雖至條件成就時，亦不能獲得其應得之利益，故課加害人以損害賠償之責任，即爲期待權及復歸權之保護規定。

其二、所謂損害相對人因條件成就所應得之利益，就停止條件言，例如甲與乙約，乙若與丙女結婚，則贈與某處特定之房屋一所，今甲竟在乙丙結婚與否未定前拆卸該特定之房屋，即乙因條件成就所應得之利益，被甲損害也。就解除條件言，例如甲以原籍房屋，借乙居住，約明甲如同歸原籍時，乙須立將房屋返還，今乙竟在甲是否回籍未定前，將該房屋設定有期限之典權，即甲因條件成就所應得之利益，被乙損害也。此時條件之成否，雖尚未定，而損害之行爲，業已發生，命行爲人負賠償責任，庶於法律允許附條件之本旨相貫徹。

其三、本條件之規定，專爲當事人一方，對於其相對人之損害行爲而設，故無相對人之單獨行爲，不能有本條之適用。至本條之損害行爲，得由第三人侵害而成爲侵權行爲否，民法就此無規定。按因條件成就應得之利益，既屬期待權及復歸權，已爲法律所保護之權利，似可適用民法第一百八十四條之規定，故如由第三人之故意或過失加以侵害，亦可成立侵權行爲。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定條件成就或不成就之擬制，其關係條文爲債編二一九條，參考他國條文爲德民一六二條俄民四三條法民一一七八條瑞債一五六條日民一三〇條。

第二點 立法例

德民一六二條「因條件成就而受不利益之當事人，如反於信義誠實，而阻條件之成就者，其條件視為已成就。因條件成就而受利益之當事人，如反於信義誠實，使其條件成就者，其條件視為不成就。」俄民四三條「因條件成就而受不利益之當事人，若有不正當行為，阻礙條件成就者，則條件認為已經成就。因條件成就而受利益之當事人，若有不正當行為，助條件成就者，則條件即認為不成就」。本條之立法例仿之。各國立法例，大致相同（法民一一七八條瑞債一五六條日民一三〇條）惟擬制之效果，規定稍異，有定為得視為條件已成就者，如日民是。即成就與否，委諸相對人之自由，如不欲視為成就，則以侵害條件附為理由，請求損害賠償，亦無不可。有定為直視條件已成就者，如德法俄民法及瑞士債務法是。即法律上當然視為條件之成就，無須為損害賠償之請求，本條之立法例仿之。本條與前條不同者，前條為對於侵害其期待權及復歸權之行為的制裁，與條件本身之成就無關。本條乃為對於阻止條件成就不正行為的制裁也。

第三點 釋本條之意義

其一、要件

條件成就不成就，即為條件內容事實實現與否之謂，純屬事實問題，惟當事人所處地位不同，有因條件成就而受不利益者，有因條件成就而受利益者，於是即有希望條件不成就，與希

望條件成就之相反觀念，本此觀念而為阻礙條件成就，或促成條件成就之行爲，乃恆情習見之事，此時若出以不正當之手段，則條件之成就不成就，顯為當事人操縱之結果，並非真正成就或不成就也，倘即依其結果，使生法律上效力，實與法律允許附條件之本旨相背，故視為有相反之結果，惟必須具備左列要件：

一、阻其成就者，必須因條件成就而受不利益之當事人，促其成就者，必須因條件成就而受利益之當事人。其由第三人阻止條件之成就者，不適用之，但當事人非僅指附條件法律行爲之當事人，其因條件成就可生法律關係之當事人，亦包含之。

二、須出於不正當行爲，即德民所稱違反信義誠實之原則也。如甲對乙曰：「我牛如生犢，則舉以贈君。」其牛適罹獸疫，甲撲殺之，非不當行爲也。又如隨意條件，決於當事人之自由，亦無本條之適用。

三、須有因果關係。即阻其成就者，須條件已確定不成就。促其成就者，須條件已因之成就。

二、舉例

一、第一項之實例，就停止條件言，如甲與乙約，乙若與丙女結婚，則贈與金千元，嗣後甲竟誘丙女與自己結婚，或使丙女與丁結婚之類是也。就解除條件言，如甲以原籍房屋，借乙居住，約明甲知回籍時，乙須立將房屋返還，乃乙於甲將歸之時，僞稱原籍匪多，或有仇人相候，使甲畏不敢歸之類是也。

二、第二項之實例。就停止條件言，如甲與乙約，乙若與丙女結婚，則贈與金千元，乃乙因丙不同意，竟糾衆將丙搶去，強與結婚之類是也。就解除條件言，如甲以房屋出租與乙，約明以每月一日爲給付房屋之期，若不如期給付滿三個月，即終止租賃契約，乃甲始則拒絕收領，繼則每月一日故意外出，使乙不能向之交付，因此謂乙違約之類是也。

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。

本條應說明者三點。

第一點 本條係規定期限到來時之效力及到來前權利之保護。其關係條文爲本編一二一條債編一八四條二四六條二項三三五條二項，暨本編八〇條債編一七〇條二項二一〇條二項二一四條二二九條三三六條二五七條四二二條四三〇條四四九條四五〇條四五一條至四五三條四七〇條四七七條四七八條四八六條四八八條五六一條六九三條七一二條二項八三四條八四〇條二項八四二條九二三條九二四條親屬編一〇九二條繼承編一一五六條至一一五九條一二〇四條，參考條文爲遺產法一〇〇條一一三條二項，參考他國條文爲德民一六三條法民一一八五條一一八六條日民一三五條泰民二〇九條。

第二點 立法例

德民一六三條「法律行爲訂立時，於其效力之發生附有始期或終期者，於附始期時，準用關於停止條件；於附終期時，準用關於解除條件之第一五八條第一六〇條第一六一條規定。」其他各國民法，大致相同。本條從德民立法例。

第三點 釋本條之意義

其一、期限者法律行爲之附款

一、故期限爲決定法律行爲效力之發生或消滅。此卽始期與終期所由區分。始期 *dies a quo*; *Anfangstermin*; *terminus initialis*; *terminus suspensivus* 停止法律行爲效力發生之期限也。故又稱爲停止期限。例如甲與乙約七月十五日將其土地所有權讓與於乙，此七月十五日，卽始期也。終期 *dies ad quem*; *Endtermin*; *terminus finalis*; *terminus extinctivus* 因其屆滿消滅法律行爲效力之期也。故期限未到來時，法律行爲之效力依然存續，期限到來時，法律行爲之效力，卽應消滅，例如甲與乙約，將房屋租賃與乙，至民國三十年十二月三十一日爲止，此年月日，卽租賃之終期也。

二、期限須本於當事人任意之限制。故法定期限及法律行爲之性質上應有之期限，此非所謂期限也，如本條第一點所舉之參考條文是。但債權的法律行爲物權的法律行爲其中亦有可爲本條所稱附終期之法律行爲者，如定有期限之租賃（民四五〇條四五三條）定有期限之使用借貸，（民四七〇條）定有期限之僱傭（民四八八條）定有期限之永佃權典權（民八四二條二項九

一三條)均爲附終期之法律行爲於期限屆滿時，失其效力。故法律行爲性質上應有之期限，亦有可爲期限者，不可不就各條規定之內容以判別之。

三、期限雖爲將來確定發生之事實，究有確定期限，與不確定期限之別。以某年月日爲始期終期，固爲確定期限，若以某人死亡之時爲始期或終期，則不確定期限也。

其二、期限到來時之效力

期限到來者，卽期限之屆至或屆滿也。附始期之法律行爲於期限屆至時，發生效力。在債權行爲，始發生債權之效力，在物權行爲，始發生物權上之變動。附終期之法律行爲，於期限屆滿時，失其效力，期限屆滿之效果，與條件之成就相同，然絕對不能發生溯及效力，則與條件成就有異，蓋期限屆滿如與以溯及力，根本上與附期限之目的相矛盾也。至期限之屆至與屆滿(一)以期日定之者，固以期日之到來，爲期限到來。若以期間定之者，則應依本法第一百二十一條之規定，以該期間末日，爲期限到來。(二)以事件定之者，應以該事件發生之時爲到來之時。如云「某人死亡之時」，則某人死亡之時，卽期限到來之時也。

其三、期限到來前權利之保護

附期限法律行爲當事人，對於期限到來前之希望，較之附條件法律行爲之當事人，尤爲確實，蓋條件有成就與不成就，而期限之到來，則爲確定也。條件附權利，既已保護，則期限附權利，更應保護，故應準用第一百條之規定，卽附期限法律行爲當事人，於期限未屆至或未屆

滿前，若有損害相對人因期限到來所應得利益之行爲者，依侵權行爲之規定（民一八四條）負損害賠償之責，即本條第三項之規定是也。

第五節 代理

第二十五解 本節之總說明

本節應說明者五點

第一點 本節之內容

- 四 壹 代理之意義及效果（一〇三）貳 代理人之限制行爲能力不影響於代理行爲之效力（一〇四）參 意思表示要件之事實及於代理效力之影響（一〇五）肆 雙方代理禁止之原則及例外（一〇六）伍 代理權之限制及撤回及於第三人之效果（一〇七）陸 代理權之消滅及撤回（一〇八）柒 代理權之消滅或撤回及於當事人之效果（一〇九）捌 無權代理人對相對人負責之要件（一一〇）

關於債編第一章第一節之第二款與本節共同說明者，其內容如左：

- 壹 授權行爲成立之要件（一六七）貳 共同代理之原則及例外（一六八）參 廣義無權代理之表見代理的成立要件（一六九）肆 狹義無權代理本人對相對人之承認（一七〇）伍 狹義無權代理相對人對本人之催告（一七一）

第二點 本節之立法例

關於代理之規定，各國立法例，頗不一致，分述於左：

甲、委任與代理混而不分，祇於債權法中設關於委任之規定者，如泰國民法是（泰民第三編第十五章）蓋源於法法系民法，以委任與代理權同視之見解也。

乙、將代理與委任析而為二，以委任為各個契約關係，而以代理規定於債之發生章契約節者，如瑞士債務法是，（瑞債第一編第一章債之發生第一節契約及第二編第十三章）按瑞債預布在民法之前，不能不先將民法總則編之事項，於債務法訂入以資適用，故其後頒布之民法第一編不稱總則而稱人格法，以代理事項，於債務法中已有適當規定，祇定自然人及法人所以避免重複也。我民法於本節規定代理共通適用之法則，復仿瑞債立法例，於債編第一章第一節第二款，另設代理權授與之規定，其立法之用意，在以代理權之授與與第一款契約並列，藉以申明代理權之授與與委任契約不可混同之觀念，然如此解釋更應規定於總則中，瑞民有特殊情形不可為例（見上說明及第十六解之第二點）。余於本節總說明中，仍將債編所規定者，併論及之，以免適用時感受困難。

丙、將委任與代理，析而為二，而以委任規定於債權，代理規定於總則者，為現代多數國家之立法例，舉其著者（一）德國民法委任規定於債務關係編第七章（債務關係之種類）之第十節，代理及代理權，規定於總則編第三章（法律行為）之第五節。（二）蘇俄民法，委任規定於債權第九章。代理規定於總則第四章法律行為中。（俄三九條四〇條）（三）日本民法委

任規定於債權編第二章（契約）之第十節。代理規定於總則編第四章（法律行為）之第三節。

第三點 代理之態樣

子、民法上之代理 特別法上之代理 訴訟法上之代理

一、民法上之代理

民法上之代理，既為一種法律行為之代理，則民法中關於一切法律行為，除行為本質（婚姻、遺囑、非婚生子認領、收養、指定繼承人及專屬於一身之扶養權）僅限於本人自己始能為之者，不許代理外，在原則上均得許用代理人。

經理權（本法五五三條）及代辦權（本法五五八條）在民商合一之下以本商人之名義，代本商人為法律行為，與普通代理，無甚差異。所不同者（一）普通代理權，原則上因本人之死亡破產或喪失能力而消滅，（本法五五〇條）而屬於商行為之經理權及代辦權，適與之相反。（本法五六四條）（二）普通代理權之授與，以意思表示為之。（本法一六七條）其為書面口頭，在所不問。經理權或代辦權之授與，其關於特定行為者，則非用書面不可。（本法五五四條二項五五八條三項）

經理人就商號對於他人之請求權，以自己名義提起給付之訴者，應認為原告不適格，予以駁回。就商號所負債務，逕向該商號之經理人，提起給付之訴者，如未主張該經理人應自負清償責任之原因，（例如經理人負有保證責任或有民法總則施行法第十五條情形）應認為被告

關於代理之規定，各國立法例，頗不一致，分述於左：

甲、委任與代理混而不分，祇於債權法中設關於委任之規定者，如泰國民法是（泰民第三編第十五章）蓋源於法法系民法，以委任與代理權同視之見解也。

乙、將代理與委任析而爲二，以委任爲各個契約關係，而以代理規定於債之發生章契約節者，如瑞士債務法是，（瑞債第一編第一章債之發生第一節契約及第二編第十三章）按瑞債頒布在民法之前，不能不先將民法總則編之事項，於債務法訂入以資適用，故其後頒布之民法第一編不稱總則而稱人格法，以代理事項，於債務法中已有適當規定，祇定自然人及法人所以避免重復也。我民法於本節規定代理共通適用之法則，復仿瑞債立法例，於債編第一章第一節第二款，另設代理權授與之規定，其立法之用意，在以代理權之授與與第一款契約並列，藉以申明代理權之授與與委任契約不可混同之觀念，然如此解釋更應規定於總則中，瑞民有特殊情形不可爲例（見上說明及第十六解之第二點）。余於本節總說明中，仍將債編所規定者，併論及之，以免適用時感受困難。

丙、將委任與代理，析而爲二，而以委任規定於債權，代理規定於總則者，爲現代多數國家之立法例，舉其著者（一）德國民法委任規定於債務關係編第七章（債務關係之種類）之第十節，代理及代理權，規定於總則編第三章（法律行爲）之第五節。（二）蘇俄民法，委任規定於債權第九章。代理規定於總則第四章法律行爲中。（俄三九條四〇條）（三）日本民法委

任規定於債權編第二章（契約）之第十節。代理規定於總則編第四章（法律行為）之第三節。

第三點 代理之態樣

子、民法上之代理 特別法上之代理 訴訟法上之代理

一、民法上之代理

民法上之代理，既為一種法律行為之代理，則民法中關於一切法律行為，除行為本質（婚姻、遺囑、非婚生子認領、收養、指定繼承人及專屬於一身之扶養權）僅限於本人自己始能為之者，不許代理外，在原則上均得許用代理人。

經理權（本法五五三條）及代辦權（本法五五八條）在民商合一之下以本商人之名義，代本商人為法律行為，與普通代理，無甚差異。所不同者（一）普通代理權，原則上因本人之死亡破產或喪失能力而消滅，（本法五五〇條）而屬於商行為之經理權及代辦權，適與之相反。（本法五六四條）（二）普通代理權之授與，以意思表示為之。（本法一六七條）其為書面口頭，在所不問。經理權或代辦權之授與，其關於特定行為者，則非用書面不可。（本法五五四條二項五五八條三項）

經理人就商號對於他人之請求權，以自己名義提起給付之訴者，應認為原告不適格，予以駁回。就商號所負債務，逕向該商號之經理人，提起給付之訴者，如未主張該經理人應自負清償責任之原因，（例如經理人負有保證責任或有民法總則施行法第十五條情形）應認為被告

不適格，予以駁回。其認經理人有自爲清償之責任，判令經理人償還者，不得就商號財產爲執行。至原告僅請求判令經理人自爲清償，而未就院字第六三八號解釋所謂經理人之清理償還責任爲預備的聲明者，不得判令經理人清理償還。(二十八年十二月十六日院字一九五〇號之三)

二、特別法上之代理

按票據法之規定，代理人未載明爲本人代理之旨而簽名於票據者，應自負票據上之責任，(票據法六條)本人不負責任。又票據上代理他人簽名，若無本人之委託，(無權代理)應自負票據上之責任。雖有委託而逾越權限時，就其權限外之部分亦同。(票據法七條)此與民法上廣義之無權代理，因本人承認，或因自己之表示或不爲反對之意思表示而負授權人責任者，規定有所不同。(參照本法一一〇條一七〇條一七一條及一六九條)

三、訴訟法上之代理

在訴訟法上之代理，刑事被告，不許用代理人(例外僅拘役罰金見刑訴三十六條)自以民法上代理之規定爲限，所謂訴訟代理人者，由當事人或法定代理人委任有訴訟能力之人使爲訴訟行爲也。與法律行爲之代理，(即民法上之代理)不同之點甚多，其甚者(一)民法上之代理，不必有行爲能力，而代理訴訟之人，則不可無行爲能力。(二)訴訟代理人，須有演述能力，而民法上代理，則不需此。(三)訴訟代理權，因訴訟委任之解除，訴訟代理人死亡，

或訴訟能力喪失，或資格喪失等而消滅。其因本人死亡破產或訴訟能力喪失，及法定代理權有變更者，仍不消滅（民訴七三條），民法上之代理權，則因本人死亡而消滅，適與相反。

丑、有權代理 無權代理 表見代理
一、表解及說明

本人與代理人之關係：此為內部關係，與代理之外部關係無涉，依具體情形，分別決定。

狹義無權代理人
代理人與第三人之關係：規定於總則一一〇條，俟第二十六
之三關係
解逐條說明之。

第三人與本人之關係：規定於債編一七〇條一七一條。

廣義無權代理

表見代理須有下列要件：
（一）債一六九條）
由自己之行為，表示以代理權授與他人者。
知他人表示其為代理人而不為反對之意思表示者。

通常所謂代理，大都指有權代理而言。廣義無權代理，包含表見代理在內。狹義無權代理，（此為學理上別於表見代理之名稱但法律上僅稱為無權代理）則指除表見代理以外，無代理權所為之一切代理行為而言，約有四種情形：（一）不具備表見代理要件之代理，（二）授

權行為無效之代理，(三)逾越代理權範圍之代理，(四)代理權消滅後之代理。以上四種情形，既無代理權，復無使相對人信其有代理權之正當理由，嚴格言之，應屬無效，但在各國法律，並不以其為當然無效力之行為，易言之，即對於本人仍有一種不確定之效力，如經本人承認，即對於本人，發生效力，未經本人承認者，則否，我民法從之，蓋謀社會生活之動態安全，而維持代理制度固有之效率也。

二、無權代理第三人與本人之關係

無權代理 *unberubene stellvertretung*, *Vertretung ohne Vertretungsmacht* 者，雖具備代理之其他要件，而欠缺代理權之代理行為也。無權代理人，既無代本人為法律行為之權限，則不問其為契約，抑為單獨行為，對於本人，自應概屬無效，但依債編第一七〇條一項之規定，假代理人，以代理人之名義所為之法律行為，得因本人承認，對於本人發生效力。此因無權代理，代理人方面，既有為本人為一定法律行為之意思，相對人（即第三人）亦有與本人成立法律行為之意思，所欠缺者，惟本人無授權意思之一點，如本人嗣後，有使代理人為自己與相對人成立同一法律行為之意思而予以追認，則與自始即有授權之意思無異，自不妨使其對本人生效也。但在本人未為承認以前，其權利狀態，頗不確定，殊有害於相對人之利益，我民法從一般立法例，於一七〇條二項，予相對人以催告權，即法律行為之相對人，得定相當期限，催告本人確答是否承認，如本人逾期未為確答者，視為拒絕承認。（德一七七條日一一四

條瑞債三八條二項）相對人如不欲與本人成立法律行為，於本人未承認前，除法律行為時，明知其無代理權者外，得撤回之。（債編一七一一條德民一七八條日民一一五條）

三、表見代理

表見代理 *Scheinvollmacht. Agency by estoppel* 者，即表面上足使人信為有代理權法律遂使本人負授權人責任之代理也。無權代理，並此表見的關係而亦無之。表見代理之成立，依一六九條，須具左列要件之一：

一、由自己之行為表示以代理權授與他人者

於此情形，必依本人之行為，足以使第三人信其與代理人間有授權關係，始有本條之適用，但無須有授權之意思表示，否則與一六七條之情形相當為有權代理矣。至表見代理人之行為，須在本人表示之權限以內，且須以本人名義為之。（債編一六九條前段日一〇九條同旨但無本條或字以下）

二、知他人表示其為代理人而不為反對之意思表示者

債編一六九條或字以下，為日民所無，在此情形，日民法上不生本人之責任。但德民一七一條「對第三人為特別之通知或公告，表示以代理權授與某人者，其人得對該第三人或一切之第三人行使代理權。此項情形，代理權在與通知同一方法表示撤回以前，仍為存續」。則與一六九條或字以下類似，其立法之理由，應指左列之情形而言：

A、若乙自稱爲甲之代理人時，甲知此情事而不表示乙非其自己之代理人，嗣後丙以乙爲甲之代理人而與之爲交易行爲者，甲應負本人（即授權人）之責任。因此時乙之行爲，已使第三人誤信乙爲甲之真正代理人，在甲知而不否認，自應有其責任。

B、如乙未自稱爲甲之代理人，乙即以甲之代理人而與丙交易時，假令甲於此後知之而不即否認，則依本條之解釋，亦應認爲無權代理行爲之默認。惟本條與德民一八二條一項，日民一三三條不同，無權代理行爲之承認，應向相對人爲之。（本編一一六條二項）則甲雖曾表示反對而未向相對人爲之，仍得謂爲未爲反對表示，而認甲有默認之效果，適用上未必不感受困難。

表見代理之效果，與無權代理不同，與有權代理亦異，本人得因第三人明知其無代理權或可得而知者，而免除其就表見代理行爲，對第三人所負責任。（債編一六九條但書）蓋以第三人爲惡意或有過失，不須保護，日民一〇九條，雖無但書規定，解釋上則同。

公司許他人以其支店名義營業者，他人所開設之店，固不因此而成爲公司之支店，惟其許他人使用自己支店名義與第三人爲法律行爲，即係民法第一百六十九條所謂表示以代理授與他人之行爲，如無同條但書之情形，對於第三人自應負授權人之責任。（二十八年最高法院上字第二五七三號判例法條一六九條）

寅、數代理人 復代理人

數代理人者，即代理人有數人時，共同行使其代理權之代理也。其代理權稱為共同代理權 *Gesamt vollmacht*。(數代理人標題有稱為共同代理然易與代理人僅一人而代理多數之當事人之共同代理相混故避而不用)關於同一事件，有數代理人時，究係單獨有代理權，抑其共同有代理權，立法例亦不一致：(甲)不設明文者，如德日民法是。(乙)設有明文規定，如無特別意思表示，即推定為單獨有代理權者，如法義民法是。(法一八五七條義一七二一條)(丙)如無特別意思表示，即推定為共同有代理權者，如奧民法索遜地方法是。(奧一〇一一條索一三三三條)乙之立法例，於保護相對人之點，是其所長，但未顧及各代理人有專擅之虞，是其所短。丙之立法例，於保護本人之點，是其所長，但未顧及相對人與各代理人為法律行為之不便，是其所短。我民法一六八條，「代理人有數人者，其代理行為，應共同為之，但法律另有規定，或本人另有意思表示者，不在此限」。以共同行使為原則，單獨行使為例外也。共同行使，不必數代理人同時為之，一人先為代理行為，其他代理人，日後追認，自無不可。但一人所為代理之行為，不得其他代理人同意，則其行為為無權代理，對本人是否生效，應解為依本人之承認與否決之。(債編一七〇條)法律另有規定者，例如法人董事有數人時，依二七條二項原則上各得單獨代表，如加以限制，應行登記，(四八條一項八款六一條一項七款)且此限制，不得對抗善意第三人，(二七條三項)商號有數經理人時，以二人以上之簽名為已足。(五五六條)遺囑執行人，視為繼承人之代理，有數人時，以過半數決之。(民一二一五

條一二一七條)

合夥之事務酌定由合夥人中數人執行者，不惟其內部關係，依民法第六百七十一條第二項，應由數人共同執行之，即民法第六百七十九條所規定之對外關係，依第一百六十八條，應由少數人共同代理行為，若僅由其中一人為之，即屬無權代理行為，非經該數人共同承認對於合夥不生效力。(二十八年最高法院上字第一五三三號判例法條民法一六八條六七一條二項六七九條)

多數代理人中之一人，既未經特定由其一人行使代理權，亦未取得他代理人之同意，則其所為之和解，自應認為無效。(三十年五月二日司法院指字(指令江西高等法院)一四七四號法條一六八號)

復代理人 *Unterbevollmächtigter; Substitut* 者，代理人為處理其權限內之行為全部或一部，以自己之名義所選任之本人之代理人也。關於復代理人之立法例，有未設明文規定者，如德民及瑞債是。故德民之解釋，多主張如有疑義時，應不許選任復代理人，蓋代理關係，乃基於信任也。然因代理權之內容及其關係，如代理權人是否親自實行，對於本人無利害關係者，則推定為所許可，葉滄擇魯即主張此說，有力學者多宗之。反之在法日民法，則有關於復代理人之規定，日本民法，對於法定代理，以得選任復代理人為原則，對於意定代理，則以得選任復代理人為例外。(日民一〇四條至一〇七條)我民法從德瑞立法例，未為規定，而且於委任契

約及僱傭契約，設有禁止之明文，（民五三七條四八四條二項德民六四四條瑞積三九八條三項）故我國民法之解釋，應以不許選任復代理人爲原則，（例外一〇九二條）但爲事實上之便利，代理人爲處理其權限內之事務經本人之許諾，或有不得已之事故，自得委任事實上之補助人以佐理之，此補助人之行爲，對於代理人發生效力，亦非法之所禁。前大理院判例，亦認復代理制度之存在，即代理人經本人之許諾，或因有不得已之事由而選任復代理人者，除其復代理人，係由本人自行指定者外，該代理人須就復代理人之選任及監督，對於本人負責。（五年上字二四三號）

第四點 代理之種類

甲、法定代理 意定代理

其一、法定代理

法定代理 *Gesetzliche Vertretung* 者，依法律規定所受與代理權之代理也。

法定代理之代理權，由於法律之規定而發生，更有左列區別：

一、祇須有法律所定之身分，或居法律所定之地位，即於法律上當然爲代理人者，如行親權人之於未成年者，監護人之於禁治產人，財產管理人之於失蹤人，破產管財人之於破產債務人等是。

二、由於官署處分者，如由法院選定之法人清算人，指定之遺囑執行人等是。

三、由於本人以外之私人行為者，如由親屬會議選定之監護人，遺產管理人等是。

其二、意定代理人

意定代理 *Gewillkürte Vertretung* 者，依當事人意思表示所授與代理權之代理也。

意定代理之代理權，由於當事人之意思表示而發生即所謂授權行為 *Bevollmächtigungssakt* 是也。代理權之授與，第一百六十七條明定「其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。」又「由自己之行為，表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人，而不為反對之表示者，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」。亦為第一百六十九條所規定。故意定代理人代理權之有無，及其範圍如何，應以會否授權及授權行為之內容定之。

代理權 *Authority; Vertretungsmacht; Vollmacht; Representative Capacity* 代理人

得所為或所受之意思表示直接對本人生效之法律上資格權也。代理權之本質如何，學說有三：一、否認說 此說謂代理為本人與代理人間之委任關係，或其他法律關係，別無獨立之代理權者，此說於我民法之解釋，不能適用，蓋我民法明認委任與代理有區別也。

二、權利說 此說謂代理為形成權之一種者，葉滄擇魯主張之。然形成權之性質，因權利人一方之意思而生效果，若以代理權稱為形成權，於消極代理時，即不能自圓其說。

三、能力說 此說謂代理為一種能力，與行為能力相類似，所不同者，行為能力，乃自己

所爲或所受之意思表示，直接對自己生效，代理權則爲代理人所爲或所受之意思表示，直接對本人生效，此雖爲現今通說，然於我民法代理權之本質，不足以說明之。蓋我民法認明代理人之資格，不因其爲限制能力而受影響也。

余以爲代理權之本質，爲一種資格權 *Right of qualification*。蓋在法定代理，因法律之規定而取得代理人之資格，意定代理，依其所由授與之法律關係而取得代理人之資格也。至無權代理，則因本人之承認而取得代理人之資格。表見代理，則因本人之行爲表示或知他人表示而不爲反對，取得代理人之資格。

授權行爲之本質如何

一、委任契約說 法法系民法之觀念，則代理權由於委任契約而發生，委任以外，不許發生代理權，（法民一九八四條）但法蘭學者，仍有區別委任代理之意思表示 *Procuratio* 與委任契約 *Mandat* 之主張，卽凡無處理委任事務之代理權，皆由單獨行爲意思表示而成立，然通說所採之見解，則謂意思表示，不過委任契約之要約，初不生如何效力，故法國主義，委任契約，與代理權之發生，有因果關係，而委任契約，卽爲代理權之授與也。實言之，卽於委任契約外，無所謂代理權授與之行爲，故代理權係由委任契約而發生，謂之委任契約說。然委任契約，不必常發生代理權，例如行紀。委任以外之契約，亦有發生代理權者，例如僱傭、合夥。原來委任契約，得使受人負有爲委任人爲一定行爲之義務，受任人之行爲，直接對於委任人

發生效力之法律關係，無僅由委任契約發生之理由，其依委任或其他債權契約發生代理權者，實因附隨於此等債權契約別有授權行為之存在也。

二、無名契約說 謂代理權雖非委任，或其他債權契約之本身，然爲其附隨之一種無名契約，謂之無名契約說，日本學者多主張之，此因日本民法無關於代理權授與之規定也。

三、單獨行為說 謂代理權，僅依代理權之意思表示而成立，謂之單獨行為說。德法系民法之觀念，委任契約與代理權之起因，劃然爲二，委任契約，以處理他人事務爲目的，委任之效力，間接及於本人，代理權之起因，成於授權行為之單獨行為，授權之效力，直接及於本人，雖授權多與委任契約，同時成立，然因此所生之法律關係，乃本人與代理人之契約關係，而代理權則非其契約之結果，乃由於授權行為而發生者也。故委任契約，未必卽授以代理權，而授權雖無委任契約，亦能成立，例如代理得與雇傭承攬及合夥之法律關係同時成立是，蓋授權非基於委任及其他契約，乃爲純然單獨行為，不必俟有可爲代理之承諾，始得成立，卽由本人對於代理人，或第三人之意思表示，（表見代理）亦可成立。（德民一六七條德商五八條六七條瑞債三九條）但德法系，亦有不明委任與代理之分界者，如普索奧等國法是。

往昔羅馬不認委任與代理之區別，法國民法亦然，此等立法例，代理權常依委任契約而成立。其以委任與代理爲個別之法律關係，則自德國學說及德國民法始也。余以爲委任之成立須契約，而代理權則不過爲得代本人爲有效意思表示之資格，（卽資格權）其代理權授與行爲，

亦不過決定代理人之意思表示，應否對於自己發生法律效果，故僅須以自己之意思表示授與之，無須代理人同意之必要，蓋依我民法一六七條之規定，代理權之授與，不問其對於代理人爲之，抑對於向代理人對之爲代理行爲之第三人爲之，祇須此授與之意思表示，達到於代理人或第三人，即可發生代理權。至代理人與本人之內部關係，則以本人之意思表示，與代理人無反對之意思表示爲要件，若代理人有反對之意思表示，自無強其承受此種資格之義務，其與行爲能力不同之點亦在乎此，蓋行爲能力，盡人有之，而代理權則必有其發生之原因（卽法定與意定）存在也。

乙、直接代理 間接代理

直接代理 *Direkte* oder *unmittelbare Stellvertretung* 者，代理人於代理權限內，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之代理也。民法所謂代理，以直接代理爲限。間接代理 *Indirekte* oder *mittelbare Stellvertretung* 例如行紀（民五七六條）爲他人以自己之名義，爲法律行爲，而以其效果移轉於他人，惟其法律行爲係爲他人之計算之點，稍與代理類似。

丙、積極代理 消極代理

積極代理或稱主動代理或動方代理 *Aktive Stellvertretung* 者，爲意思表示之代理也。消極代理或稱被動代理或受方代理 *Passive Stellvertretung* 者，受領意思表示之代理也。前

者即我民法第一〇三條第一項所規定者是。後者如同條第二項所規定者是。

丁、一般代理 特別代理

一 一般代理 *General Vollmacht* 者，代理權之範圍無特定限制之代理也。特別代理 *Spezial Vollmacht* 者，代理權之範圍有特定限制之代理也。

第五點 應與代理區別之觀念

甲、代表

代理與代表普通互相混用，嚴格言之，代理為代理人之行爲，惟其效果歸屬於本人，代表則代表人之行爲，視為本人之行爲，故前者惟就法律行爲或準法律行爲行之，而後者則就法律行爲以外之事實行爲，亦得爲之，故法人之機關之行爲，非代理乃代表也。

乙、使者

代理人與使者不同，使者傳達他人之意思表示，代理人自爲意思表示。故在使者意思能力之有無錯誤詐欺脅迫善意惡意等問題，應就本人決之。而在代理，則心中保留，虛偽表示，錯誤詐欺脅迫及善意惡意等之問題，應就代理人之意思決之。

丙、代理占有

占有爲事實行爲，代占有即代行事實行爲也。民法所謂代理，爲法律行爲之代理，即限於構成法律行爲之意思表示，代爲事實行爲，不得謂之代理，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，不發生相對人之問題。

丁、爲第三人之契約 代位訴權 保證債務

爲第三人契約，（民二六八條至二七〇條）亦非代理，此以自己名義所爲之行爲，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。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，應以自己之名義行之。保證人清償債務，則債務人免除債務，然此爲保證人保證債務之履行，非爲代理。

戊、擔保物權之行使

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

己、日常家務之互爲代理

依民法第一〇〇三條，夫妻於日常家務，互爲代理人，然夫或妻不必以妻或夫之名義爲家務上之法律行爲，即無代理之形式，亦視爲代理人。遺囑執行人（民一二一五條二項）亦然。

第二十六解 本節之逐條說明

第一百零三條 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。

本條應說明者四點

第一點 本條應規定代理之意義及效果。其關係條文爲債編一六七條至一七一條，參考他國條文爲德民一六四條一項三項瑞債三二條三三條法民一一一九條一九八四條一九八九條一九九八條俄民三八條至四〇條日民九九條。

第二點 立法例

德民一六四條一項「代理人於其權限內，以本人之名義所爲之意思表示，直接爲本人之利益，或不利益，發生效力。其意思之表示，係明示以本人之名義，或依其情事可知其所爲係以本人之名義，並不因之而有區別」。同條三項「第一項規定，於應對他人爲意思表示而對於其代理人爲之者準用之」。本條之立法例仿之。

以本人名義 *Im Namen des Vertretenden* 卽示以本人之名與其爲代理之事實，然普通代理人本身亦示以其名。若代理人惟示本人之名而不示自己之名，是否亦合於本條所稱「以本人之名義」，依德日之判例，俱承認此種代理。

代理制度，限制不嚴，往往不免使事務由簡而煩，並減少當事人之責任心，其弱點無可諱言，此蘇俄立法例，關於代理制度，比其他各國民法爲簡單也。（俄三八條三九條四〇條）

第三點 釋本條之意義

甲、用語說明

代爲意思表示，或代受意思表示之人，稱曰代理人。其相對人，稱曰第三人。受該意思表示效力之人，稱曰本人。（但表見代理，稱本人曰自己，稱代理人爲他人，無權代理又稱本人爲他人。）此項行爲，稱曰代理行爲。凡（一）本人與代理人間（二）代理人與相對人間（三）本人與相對人間之三面關係人均稱曰代理關係。

乙、代理之意義

代理 *Stellvertretung; representation; Agency* 者，代理人於代理權限內，以本人名義，向第三人爲意思表示，或由第三人受意思表示，而直接對本人發生效力之行爲也。析言如左：

一、代理須本於代理權限

此即所謂有權代理，故無權代理，或表見代理，非真正之代理，至代理權如何發生，則因其爲意定代理，與法定代理而不同，便利上於第一〇七條說明之。

二、代理須以本人名義

所謂以本人名義，即須有爲本人之意思，且將其意思表示之，而表示此項意思之方法，以用本人名義爲最適宜，故即以用本人名義爲代理之要件，此意思稱曰代理意思，即欲該代理行爲直接對本人發生效力之意思也。如非以本人名義，而係以自己資格所爲，即令其行爲之效力，直接對本人發生，亦不能謂爲代理，故如質權人抵押權人處分其擔保標的物之時，其效力雖亦直接對本人發生，究不得謂爲代理。惟代理須用本人名義，亦僅屬原則，如有特別規定，

或特種情形，自不無例外，例如無人承認之繼承之遺產管理人，其行使代理權，即無從用本人名義也。（民一五七七條）又代理人雖未用本人名義，而其有代理意思，已為相對人所明知，或可得而知者，能否成立代理，民法未設有規定，依前大理院判例，應解為成立代理。（第四點判例之五）

三、代理須關於意思表示

代理制度，係應社會之發達而發生，蓋交易頻繁，生活之各方面，均感個人活動之不足，而有協力活動之必要，其在私權關係之活動，多在為意思表示或受意思表示，尤有需人補助之必要，補助方法，雖有種種，其最普通而切要者，即係意思表示之代理，代本人為意思表示者，稱積極代理，代本人受意思表示者，稱消極代理，其非關於意思表示之代理，例如宴會之代理，迎送之代理之類，固不成為民法上之代理，即如機關職員缺額派人代理時，及訴訟法上之代理，均與此所謂代理不同。惟代理雖僅就意思表示始存在，然除各個意思表示外，就該法律行為全部，亦得成立代理，故法律行為，於意思表示外，更須現實行為，始得完成者，自亦得代理其現實行為，例如代理設定質權時，交付標的物，雖為現實行為，亦得一併代理是也。又不作為債務，或他人不得代為之作為義務，不發生代履行之問題。

四、代理行為須直接對本人發生效力

代理行為，何以直接對於本人發生效力，有數學說：

(一) 本人行爲說。謂法律以代理人之行爲，擬制爲本人之行爲，薩威尼主張之。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，而且凡人行爲之結果，必歸屬於行爲人本身，已爲民法之舊思想，與現代之需要，已不適應。

(二) 共同行爲說。謂爲本人與代理人之共同行爲。德仁布喜主張之。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行爲說，皆不能說明法定代理。

(三) 代理行爲說。現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。德民法及我民法，皆採此主義。即代理人行爲所應生之效力，均由本人受之，其代理行爲爲取得權利者，該權利直接歸本人取得，其代理行爲爲負擔義務者，該義務直接歸本人負擔。故與間接代理（行紀）先由代理人受其效力，然後移動其效力於本人之情形迥異。

丙、代理之三面關係

一、本人與代理人間之關係

此關係爲代理權之存在，與代理權之範圍。代理權非爲委任或其法律關係之一部，有獨立之本體，故本人與代理人間之代理關係，惟代理人有代理本人之資格，即有代理權之存在，與委任或其他法律關係，爲另一問題，然代理人之代理行爲，應在代理權範圍之內，蓋代理人之

行爲，如超出代理權範圍之外，則就該事項不得謂有代理權也。關於法律代理權範圍，法律對於各種之法定代理人有規定，（民一〇八八條一〇〇條以下）應依解釋以定其範圍。意定代理權之範圍，則依授權行爲而定，本人得限於一定之事項或限定一定之相對人，授與代理權，故如何代理之授與，結局爲授權意思表示之解釋，其解釋爲法律行爲制度上之重大問題，故應考慮委任狀或授權書內所記載之文字，代理人之地位，代理事項之性質等，慎重爲之。

代理於法律之規定不完全，或本人未定代理權之範圍時，有設明文之補充者，如日本民法，分爲保存行爲，利用及改良行爲，對於保存行爲，未爲限制，對於利用及改良行爲，則規定須不變物或權利之性質。（日民一〇三條，法民大致相同）對於此三種行爲，在法民通稱之爲管理行爲 *Actes d'administration* 蓋對處分行爲而言也。（法民一九八八條）

本條第二項，係從相對方面立論，所謂「於應向本人爲意思表示而向其代理人爲之者準用之」，即其效力亦直接及於本人，其代理人亦須有代理權限也。惟第一項之本人，包括無行爲能力人及限制行爲能力人，第二項所稱本人，則無行爲能力人固不在內，即限制行爲能力人，亦限於已得法定代理人允許，始可稱爲應向本人爲意思表示，否則應向代理人爲之。至代理權之有無及其範圍，應由主張有代理權限之人證明之。

一、代理人與第三人間之關係

即行爲之當事人。依本條規定，代理人爲意思表示，應以本人名義爲之，所謂以本人名

義，即表示行爲效力之歸屬者爲本人，此意思亦爲代理行爲之意思表示之一部，故應受意思表示原則之支配，是以代理人心中雖保留其效力不歸屬於本人之意思，仍不妨發生代理之效力。（民八六條）代理人雖有濫用其權利之意思，原則亦發生代理之效力，例如有收取債權之代理人，以消費其所取金錢之意思而爲收取行爲之代理，或有票據行爲之代理權人，如營自己私利之目的而爲票據行爲之代理是。但依其情形，代理人不正當之意思，爲相對人所明知者，依民法第八六條但書之規定，不生效力。我民法從德民之立法例，（德民一六四條）規定「以本人之名義」，所謂以本人之名義，依德名規定，（同條第一項後段）不必明示本人之姓名，即依其情事，明係以本人名義爲之者，亦包含在內，我民法雖無此規定，解釋上相同。普通代理人，記載甲某代理人乙某，然代理人不表示自己之名，惟示本人之名而爲行爲者亦有之，例如使爲票據之代理行爲時，與以印章，使任意記載本人之姓名而加蓋印章是。又被動的代理人，非因一一表示以本人之名義而得受領相對人之意思表示，此時可解爲相對人應表示爲對於本人之意思表示，本條第二項用準用字樣者，即以此也。

三、第三人與本人間之關係（債編一七〇條一七一條）

即代理人意思表示之效力，應直接歸屬於本人，故不獨具有有效要件之意思表示爲然，即有瑕疵之意思表示，其效力亦對於本人發生，例如相對人爲詐欺之時，被詐欺與否，雖應就代理人決之，然依民法第九二條之撤銷權，則屬於本人，但侵權行爲之責任，非意思表示制度之效果，

故代理人之侵權行為，對於本人不發生責任，惟本人為僱用人時，依民法第一八八條之規定，負其責任。

本人非自己為法律行為，故無意思能力及行為能力之必要，至於意定代理之授權行為，為法律行為，須有行為能力，自當別論。本人為權利義務之主體，權利能力，則本人必須有之，故未登記之法人，不得依代理人為法律行為。又外國人不得享有之權利，不得以中國人為代理人，取得該權利。

本條規定，對於法定代理與意定代理，俱有適用，為關於代理之總綱，但法定代理，法律有特別規定者，不在此限，例如民法一一〇二條之規定，其一例也。

第四點 判例

屬於前大理院者

1. 代理關係，除法定代理外，應以本人之授權行為為發生原因，即本人與代理人之間，有委任或依其他方法，授以代理之權而後可。（四年上字五五二號）
2. 同居家族之一人，若代全家族與他人為負擔債務之行為者，因該行為所生之債務，自得向主持家事之人，或其餘家族，請求履行。（四年上字五三一號）
3. 共有人中之一人，如有代理他共有人處分財產之權者，則其行為，依代理之法理，自可直接對於各共有人，發生效力。（五年上字九四九號）

4.代理權之授與，爲法律行爲之一種，須有明示或默示之意思表示行之。而購買貨物之代理權，與出售貨物之代理權，係屬別爲一事，不得僅以其曾授購貨之代理權，遂可推定其於售貨，亦有同一之授權。（六年以上字三八號）

5.代理人未明示本人名義而爲意思表示者，應視爲該代理人所自爲，惟相對人明知其代理權或可得而知者，不在此限。（七年以上字三五—號）

屬於最高法院者

6.代理人之行爲，能直接對於本人生效者，須爲本人委任之事項，並須以本人之名義爲之，否則不能生效。（二十一年以上字三二七三號）

7.代理人逾越代理權限所爲之法律行爲，非經本人追認，不得對本人發生效力。（二十一年以上字五四號互見民法一七〇條一七一條二十三年上字三八八八號同旨）

8.共同訴訟中之到場當事人，經未到場之當事人授權而爲訴訟之和解，應認其和解爲合法，該當事人等均應受和解之拘束，不容事後翻異。（二十一年以上字二〇〇六號）

9.受人本於委任人所授與之代理權，以委任人名義，與他人爲法律行爲時，固應直接對委任人發生效力，若以自己或第三人之名義，與他人爲法律行爲，則無所謂代理，其委任人與法律行爲之他造當事人間，並不發生何等法律關係，此即在民法施行以前，亦屬當然之法律。

（二十二年上字三二二一號）

第一百零四條 代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制行為能力人而受影響。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定代理人之能力不影響於代理行爲之效力。其關係條文爲親屬編○九六條，參考他國條文爲德民一六五條法民一九九〇條日民一〇二條。

第二點 釋本條之意義

權利能力，代理人不必有之，故依法外國人不得享有之權利，中國人如以外國人爲代理人取得其權利，亦無不可，反之本人則非有權利能力不可，故依條約，外國人在中國不得享有土地所有權，外國人縱以中國人爲代理人，取得其所有權，亦爲無效。至於行爲能力，因代理人不受其代理行爲之法律效力，其代理行爲，是否有利，對於代理人，毫無關係，故代理行爲，不須代理人有行爲能力，此本條規定之意旨也。代理人雖不必有行爲能力，然不可無意思能力，故禁治產人，不得爲代理人，蓋代理人應爲意思表示之完成也。此規定對於法定代理及法定代理，均有適用。然在法定代理，本人自以限制行爲能力人，爲其代理人，不生問題，而在法定代理，則非基於本人之意思，民法設特別規定以限制之，例如第一〇九六條未成年入及禁治產人，不得爲監護人是。至代理人得爲限制行爲能力人，亦不過謂代理行爲，不因代理人爲限制行爲能力人而受影響。至於本人與代理人間之對內關係如何，應分別而爲考察：（一）授權行爲，單獨存在時，此行爲對於代理人惟與以資格，代理人不受何等之拘束，故依民法第七

之條但書之規定，不妨發生效力。(二)授權行為，與他契約相結合，例如委任契約，使受人負擔義務，故非得其法定代理人之承認，不生效力。

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

本條應說明者三點

第一點 本條係規定意思表示要件之事實及於代理效力之影響。其關係條文，為總則八六條至八九條九二條債編一六七條一六九條一七一條三五一條三五五條四三一條四四六條物權編九四四條九四八條至九五九條，參考他國條文為德民一六六條日民一〇一條。

第二點 立法例

德民一六六條「意思表示之法律上效力，因意思之欠缺，或知其情事，或可得而知其情事而受影響者，其事實之有無，應就代理人決之。代理權由法律行為授與者，代理人依授權人指示而為其行為時，授權人就自己所知之情事，不得主張代理人之不知。可得而知，與知其情事，應視為同一者，授權人就其可得而知之情事亦同」。本條仿之。

第三點 釋本條之意義

甲、本條前段之適用

代理行為，本為代理人之行爲，而非本人之行爲，故代理人之意思表示，如因意思欠缺等情形，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之，所謂因意思欠缺，致其效力受影響者，即第八十六條之心中保留，第八十七條之虛偽表示，第八十八條之錯誤與不知，第八十九條之傳達不實或屬無效，或得撤銷是也。被詐欺被脅迫致其效力受影響者，即第九十二條所定得以撤銷之情形是也。明知其事情或可得而知其事情，致其效力受影響者，即上開各條，及第九十一條規定關於故意過失，應受何等效力之情形是也。蓋明知構成故意，知與不知，爲善意與惡意之區別標準，可得而知，謂因過失而不知，意思表示之效力受影響，謂意思表示，因其欠缺或有瑕疵等情事，應爲無效，或得撤銷，或發生其他法律上效果，例如買受人於契約成立時，知有物之瑕疵，或因重大過失而不知，則出賣人得免除其瑕疵擔保責任，（債三五條）此等事實之有無，均就代理人決之，即本人之有無此等事實，在所不問，是爲本條前段規定之原則，此原則不開法定代理，意定代理，均可適用，惟代理人有二人以上時，其事實之有無，應就全體決之，抑應祇就一人決之，解釋上不無疑義，依現在通說，均謂祇應就一人決之，然代理行為，係共同爲之者，固祇應就一人決之，若其代理行為，係各別分擔爲之者，則其中一人事實之有無，不應使其他代理行為受影響也。

乙、本條但書之適用

上開原則，固不論法定代理，意定代理，均可適用。但在意定代理，尚有例外；即其實事之有無，有時應就本人決之是也，何時應就本人決之，依本條但書所示，須具備左列要件：

一、代理人之代理權，係以法律行為授與者。

二、其意思表示，係依照本人所指示之意思而為者。

於此情形，其事實之有無，應就本人決之，故本人所知或可得而知之情事，縱令代理人不知，或因過失而不知，本人不得主張代理人之不知，例如授與購買特定房屋之代理權，本人自知其房屋之瑕疵時，縱令代理人不知之，本人對於相對人，不得使其負瑕疵擔保責任，因此時無保護本人之必要也。若本人不知其情事而代理人知之者，其效果如何？依德日民法之規定，不獨應就本人決之，同時亦應就代理人決之，即不發生不知之效果，對於第三人保護，較為周密，依我民法，則本人仍得主張不知之效果，蓋以依本人之指示 *Instruction*; *Weisungen* 而為之法律行為，在代理人幾與使者同其地位，無考慮之自由，例如指定購買某人耕牛，通常本人就其法律行為，已為充分之調查，而在代理人則因有確定之指示，已無決定之權，若本人僅委託買牛，而未指定其為某人之牛者，則非本條所謂之指示，自不適用但書之規定。又關於適用範圍，是否以積極代理即代理人所為之意思表示為限，抑消極代理即代理人所受之意思表示，亦應包含在內，本法則僅就積極代理為規定，對於消極代理，似可類推適用之，例如代理人為詐欺脅迫所使為之意思表示，或依第八條但書之規定，代理人明知相對人之心保留者，得不

問本人之情形如何而定其效力。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定雙方代理禁止之原則及例外。其關係條文爲債編五六二條公司法二八條，參考他國條文爲德民一八一條日民一〇八條法民一五九六條俄民四〇條。

第二點 立法例

德國民法一八一條「代理人無特別之許可時，不得以本人之名義，與自己以自己之名義，或爲第三人之代理人爲法律行爲，但法律行爲，純爲履行債務者，不在此限。」本條之立法例仿之。日民一〇八條亦同。

第三點 釋本條之意義

甲、爲本人與自己之法律行爲，或既爲第三人之代理人，而爲本人與第三人之法律行爲，總稱曰雙方代理，前者又稱自己代理，或自己契約，後者則爲狹義之雙方代理，又稱重複代理。雙方代理，應否禁止，德國普通法時代，頗有議論，今則德日民法，皆以禁止爲原則，我民法亦從之，特設本條之規定，至禁止雙方代理之理由，學說有二：（一）當然規定說。謂契約乃以當事人二人以上爲必要，一人而兼雙方當事人資格，乃於契約之性質上，爲不可能。

(二) 便宜規定說。謂此非理論上不可能，乃因契約當事人雙方利害各異，代理本人與自己為法律行為，或既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為，實際上甚為不宜，故法律為便宜計，設此禁止規定，此為通說。本條之規定，亦係根據此等理由。

乙、雙方代理之禁止，僅屬原則，故本條例有例外，苟有左列情形之一，亦不禁止為雙方之代理：

一、其法律行為，係專履行債務者 所謂專履行債務，係指單純之清償言，即債務已屆清償期，代理一方給付，並代理他方受領是也，此時不致有利害之衝突，故無禁止之必要，若金錢以外之不作為債務，不得由他人代為清償之債務，理論自不適用雙方代理，即代物清償及更改，因其仍須考慮利害，亦應不許雙方代理。又抵銷得許雙方代理與否？學說頗不一致，苟具備抵銷條件，不致有利害之衝突，則與專履行債務無異，似不妨許其雙方代理。

二、經本人許諾者 雙方代理，原則雖為法律所禁止，然究非強行規定，自不妨尊重當事人意思，故本人許諾為雙方代理時，其代理行為，即屬完全有效，惟所謂本人許諾，專指意定代理之本人言，在法定代理，自不適用。

丙、雙方代理，既以禁止為原則，僅限於上開兩種情形有例外，苟代理人於例外情形外，竟違反禁止規定而為雙方之代理，該代理情形之效力如何，將視為全然無效乎？抑視為無權代理，得因本人之承認而生效乎？後者殆為通說，為實際適用便利計，自以採取後者為宜。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定代理權之限制及撤回，及於第三人之效果。其關係條文爲本編二七條債編五三二條五五三條至五五七條，參考他國條文爲瑞債三四條三項德民一七三條法民二〇〇五條日民一一二條。

第二點 立法例

瑞債三四條三項「本人對於代理權之授與，明示的或事實上公告之者，其全部或一部之撤回，對於善意之第三人，以通知其撤回時爲限。得對抗之。」德民一七三條「第三人於法律行爲訂立時，知代理權之消滅，或可得而知者，第一七〇條第一七一條第二項及第一七二條第二項之規定，不適用之。」

第三點 釋本條之意義

一、代理權之限制之謂也。夫依法律規定之代理權，得由法律規定限制之，例如董事代表權之限制，及商號經理人經理權之限制，其範圍及效力如何，法律另有明文規定，依意思表示授與之代理權，得由意思表示限制之，屬當然之道理，惟代理人之資格，係由意思表示發生，而其

代理權限，却由法律規定者，例如商號經理人之代理權，能否由特別意思表示限制之，殊非毫無疑問，依本條之解釋，在當事人間，亦得有效限制。

二、代理權之撤回，謂已授予之代理權全部或一部之撤回，撤回與授與，皆爲要相對人之單獨行爲，亦得以默示爲之，例如授權書之取回是。撤回意思之表示，得向代理人或代理人對之爲法律行爲之第三人爲之，於意思表示達到時，發生效力。

三、授權行爲，係向代理人爲之者，撤回自應向代理人爲之，授權行爲，即係向相對人爲之者，依本條之解釋，撤回亦無妨向代理人爲之，惟相對人不知撤回之事實，係無過失時，不得對抗耳。

四、代理權一經限制，代理人即不得更爲已被限制之代理行爲，一經撤回，代理人即不復爲一切代理行爲，此爲代理人與本人間當然之效果，不待明文規定，至對於第三人之效力如何，即爲本條解釋之問題，所謂不得以之對抗善意第三人，即本人或代理人不得以代理權限制或撤回之事實，向善意第三人，主張某代理行爲無效也，惟第三人之不知其事實，須無過失，苟可得而知而竟不知，該第三人即有過失，仍得與之對抗。至於第三人主張代理權之限制或撤回與否，則有選擇之自由，此代理行爲之有效，亦屬於表見代理 *Scheinvollmacht* 之一，（民一六九條）若第三人因過失而不知代理權之限制或撤回，則代理人與第三人所爲之行爲，爲無權代理。（民一七一條）

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定代理權之消滅及撤回。其關係條文爲債編五四九條五五〇條五八六條，參考他國條文爲德民一六八條日民一一一條一二條。

第二點 立法例

德民一六八條「代理權之消滅，依其爲授與原因之法律關係定之，如依此法律關係，不另生其他結果者，法律關係存續中，得撤回之，關於撤回之意思表示，準用第一六七條第一項之規定」。本條仿之。

代理權與本人及代理人間，如代理消滅，則其後以本人之名義所爲之代理行爲，爲無權代理，自不待論，然對於第三人之關係，其因撤回而消滅，或縮小範圍者，其效力如何，於前條已有規定，然就代理權依其他原因之消滅，則無明文規定，日民第一一二條規定「代理權之消滅，不得對抗善意第三人，但第三人因過失而不知其實者，不在此限」。

代理權授與行爲，常與其基本法律關係相結合，有與委任契約結合者，亦有與僱傭契約或合夥契約相結合者，授權行爲與其基本法律關係之關係如何，則有有因與無因二說：無因說，

謂二者各自獨立，不相關係，故基本法律關係無效或撤銷之時，則授權行為不因之無效。有因說，謂授權行為，繫屬於基本法律關係，如基本法律關係無效或撤銷，則授權行為，亦因之而消滅。依本條第一項規定「代理權之消滅依其所由受與之法律關係定之」。蓋承認有因說。然此亦不過爲原則之規定，如依當事人之意思以之爲無因，自無不可。

第三點 釋本條之意義

第一、總說

由代理所生之三面關係，以代理權爲基礎，故代理權之消滅，三面之關係，亦因之而終了，代理權之消滅原因，有共通原因，與特別原因兩種，共通原因者，對法定代理與法定代理爲共通之消滅原因是也。特別原因者，對於意定代理或法定代理特有之消滅原因是也。關於法定代理之共通消滅原因，民法未爲規定，應依法定代理制度之目的決定之，即（一）依本人及代理人之死亡而消滅。蓋本人已死亡，已無代理之必要，而代理人死亡，則性質上，其繼承人不能繼承其地位也。（二）代理人破產，喪失能力，則應爲消滅之原因，蓋此時法定代理人，已喪失其信任或資格，（民一〇六九條）不能保護受監護人之利益也。（三）本人破產，於屬於破產財團之範圍，自無代理權，然本人仍有需代理人之必要，故只可解爲代理權之停止原因，（粵民一〇二四條）至於本人喪失行爲能力，則毫不成問題，蓋法定代理人之制度，原爲此而設也。

第二、共通原因

本條規定「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之」，然依此規定，不得謂此法律關係之消滅，與代理權之消滅，時間上常為一致，蓋於法律關係代理權之存續期間，得另定之也，內部關係之最要者，為委任僱傭承攬合夥，法律對於此種關係之終了原因，所規定者，有如下列：

一、死亡、破產、及喪失行為能力。代理人之死亡破產，常為關係終了之原因，（民五五〇條法民二〇〇三條瑞債三五條日民一一一條）本人之死亡破產，或喪失行為能力，原則上亦為終了之原因，（民五五〇條瑞債三五條）但授權行為，如另有意思，或法律另有規定者，（民五六四條民訴七三條）不在此限，如法人為代理人，於喪失法人資格時，亦喪失其代理權，但僅為財產之清算，不在此限。在合夥契約，合夥人因死亡或受破產或禁治產宣告而退夥。（民六八七條）代理人喪失行為能力時，依德國民法解釋，雖不得行使代理權，（限制行為能力人除外）而代理關係，仍然存在，（德民六七二條）依我民法，則原則上因代理人之喪失行為能力而消滅。（民五五〇條瑞債三四條一項日民一一一條一項二款）至代理人一時喪失意思能力，則不妨代理權之存在，蓋於恢復其常態時，仍不妨為代理也。

二、代理人一方面之解約通知。依民法第一〇八條第一項之規定，惟於授與原因之法律關係，得由一方解約者，代理權亦因而消滅。依民法第五四九條，委任契約，當事人任何一方，

得隨時終止之。在承攬契約，承攬人無此權利。於僱傭契約，依民法第四八八條及第四八九條之規定，得終止契約，在合夥依民法第六八六條之規定，得聲明退夥。

三、代理權因授權原因之法律關係，依法律上解除權之行使而消滅。（民二五四條二五六條）

四、代理權因代理事項之完成，或代理事項之不能而消滅。此消滅原因，於代理權限於一定事項授與者，始得發生。

第三、特別原因

代理權因撤回而消滅。代理權原則上得於所由授與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，則爲例外，例如債務人與多數債權人，約定對於其中之一人，與以收取其財產，而將所得之額，分配於債權人之代理權，不得撤回。債務人對於其抵押權人，與以收取租金而受利息清償之代理權者，不得撤回。因承攬關係所由授與之代理權，依承攬之性質，係以完成一定事務爲目的，在承攬關係存續中，即不得撤回代理權是也。

依上所述，本條第一項之規定，係就法定代理權與意定代理權之共通消滅原因言之。第二項之規定，則專就意定代理權之特別消滅原因言之。惟意定代理權，雖得於其所由授與之法律關係存續中，隨時撤回，究係第一項之例外，若依該法律關係之性質，不得撤回者，即應仍返於原則，依其所由授與之法律關係定之。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定代理權之消滅或撤回及於當事人之效果。其關係條文為債編五三一一條五五四條五五八條物權編九二八條，參考他國條文為德民一七五條法民二〇〇四條瑞債三六條。

第二點 立法例

德民一七五條「代理權消滅時，意定代理人，須將授權書返還授權人，意定代理人，就委任狀，無留置權」。在德民留置權 *Zurückbehaltungsrecht* 之成立，以對於相對人之債權，與相對人對於自己之物之交付請求權，二者互相牽連為已足，而且視為一種拒絕給付之權利，並非物權，故代理人對於本人，如因墊付費用而有償還請求權時，則對於授權書，有留置權。（德民二七三條）故其第一七五條明定不得留置，作為例外，而在我國民法，留置權為物權，其債權之發生，須與得留置之動產本身，有牽連之關係，無成立留置權之餘地，本條似無規定之必要。

瑞債三六條「交付委任狀於代理人時，代理人於代理權消滅後，有返還其證書或提存於法院之義務，授權人或權利承繼人，不請求返還者，對於善意第三人，負損害賠償之責」。

授權書既須交還而不得留置，代理人若將授權書遺失，或因其他原因，不能交還時，將如

之何，立法例有「由授權人依公示催告程序，聲請宣告授權書無效」之規定，本法雖無此等明文，可作為法理採用。

第三點 釋本條之意義

代理權消滅，則代理人無代理權，然在意定代理，於授權時，多交與委任狀或其他授權證書，而此種證書，又為證明代理權存在之用，易使第三人信其有代理權，依表見代理之理論，本人仍應負責，故本條規定代理權消滅，則須將授權書返還於授權者，以保護本人。所謂不得留置，謂縱對於授權書因費用之墊支或其他事情，有留置權（民九二八條）者，亦不得留置之謂也。

第一百一十條 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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定無權代理人對相對人負責之要件。其關係條文為債編一七〇條，參考他國條文為德民一七九條瑞債三九條法民一一二〇條日民一一七條。

第二點 立法例

瑞債三九條「明示或默示拒絕承認時，以代理人之資格而為行為者，就因契約失效所生之損害，如不能證明相對人知代理權之欠缺，或可得而知時，應負賠償之責。代理人有過失者，

法官認為公平時，得命其他之損害賠償。前二項情形，因不當得利所生之請求，仍不妨爲之。德民一七九條「爲他人之代理訂立契約者，如不證明其代理權，而本人又拒絕承認時，依相對人之選擇，得對之請求履行或使任損害賠償之責。代理人不知代理權之欠缺者，僅就相對人信爲有代理權所受之損害，負賠償責任，但其數額，不得超過於契約有效時所應取得之利益，相對人知代理權之欠缺，或可得而知者，代理人不負其責，代理人之行爲能力，受有限制者亦同。但得其法定代理人之允許而爲之者，不在此限。」

無權代理人，對其行爲，相對人應負何種責任，立法例頗不一致，有兼認代理人有損害賠償或履行契約責任，可由相對人選擇請求者，德國民法是。有祇認代理人有損害賠償責任者，瑞士債務法是。本條採後者之立法例。蓋代理行爲，明係本人爲當事人，代理人自無代爲履行之理。後例在理論上，洵爲適當，惟按之實際，此時既非真正代理行爲，使相對人絕對不能請求履行，亦未免保護相對人不周，但事屬立法問題，非用法者所能補充，至損害賠償之範圍，本條既無特別規定，自應依第二百一十六條填補相對人所受損害及所失利益。

第三點 釋本條之意義

甲、代理人與第三人之關係

無權代理 *Vertretung ohne Vertretungsmacht, Unbefugte Stellvertretung* 者，謂具備代理成立之其他要件而惟缺代理權之代理也。所謂缺代理權者，包含全然無代理權之存

在，及超過代理權之範圍者而言，在無權代理，本人與代理人間，無法律上之連絡，故不得如普通代理，使其直接對於本人，發生效力，然法律便宜上，仍付與以多少之效力，故無權代理，得分爲表見代理，與狹義之無權代理二種，表見代理，雖無代理權，然自稱代理人，表面上有如真正之代理人，足使人信其有代理權，故法律付與特別之效力，狹義的無權代理，並表見的關係而亦無之，蓋全缺代理權，或代理人權限以外之行爲，無使第三人足信其爲權限內行爲之情事也。自狹義的無權代理三面關係言之：（一）本人與代理人之關係，乃內部關係，民法未設何種之規定。第三人與本人之關係，我民法以之規定於債編「代理權授與」中。（債一七〇條一七一條）本條所規定者，爲代理人與第三人之關係，即無權代理，不能對本人發生效力，而使第三人受不測之損害，應如何保護第三八，實爲問題，本條規定，即爲解決此問題而設也。

乙、責任之根據要件及範圍

一、責任之根據 關於無權代理人之責任根據，議論不一，有謂之爲契約責任者，然無權代理人，非契約當事人，與相對人間，並無契約，有謂此兩者間有暗默之擔保契約者，然擔保以立契約爲前提，既無本契約，即無擔保契約之可言，有以之爲侵權行爲者，然無權代理之責任，並不以故意或過失爲要件，或以無權代理人於契約訂立時有過失，故應負責者，然無權代理人，不能因證明無過失而免除其責任。原來責任之根據，從來以爲限於契約或侵權行爲，不

知法律因其共同生活之利益，得使個人負無過失責任，蓋代理權之有無，應由代理人證明，如代理人不能證明時，即應負責，德日民法，關於此點，皆有明文規定，（德民一七九條日民一七條）我民法雖無規定，依舉證原則，解釋上應相同，即代理人之責任，不必有故意或過失，而其負責之根據，則可稱原因責任或結果責任。又或因維持代理制度之信用，法律所規定之責任，亦可稱信用責任。

二、責任之要件 依本條之規定，無權代理人應負責之要件如左：

1. 須有無權代理之行爲 即須「以代理本人之名義而爲法律行爲」是。

2. 相對人應爲善意 相對人善意云者，相對人不知其爲無權代理之謂也。但在德日民法，則仍須代理人非因過失而不知。（德民一七九條三項日民一一七條二項）

3. 須本人未爲承認 關於此點，德日民法，瑞士債務法，有明文規定，（德民一七九條一項瑞債三九條日民一一七條一項）我民法第一七〇條之規定，如本人爲承認，則對於本人發生效力，解釋上自相同。

三、責任之範圍 依德日民法，相對人得依其選擇，請求無權代理人，履行或爲損害賠償，我民法則從法民及瑞士債務法之例，（法民一一二〇條瑞債三九條）規定無權代理人負損害賠償之責，其賠償之程度，則不獨信任之利益，即就履行利益，亦應賠償，但信任利益之請求，不得大於履行之利益，自不待論，依德民一七九條二項規定：「如代理人不知其代理權之

欠缺者，就相對人之信任利益，負擔賠償之責任，但不得超過相對人因履行所得之利益」，我民法未爲此區別，不能爲同樣之解釋。

第四點 判例

1. 查無權代理，依據條理，善意之相對人，於本人未追認前，應有撤銷原約之權，而本人則有追認或拒絕之權，若一經合法撤銷，或不予追認，即不能反於當事人之意思，更以裁判令其契約成立。（二年大判上字七號）

2. 無權代理人，擅以他人名義爲法律行爲，與不守本人之委任之範圍而擅與他人爲法律行爲者，於用語上，雖可分爲越權代理與無權代理，而理論上越權代理，即無權代理之一種。（三年大判上字六五四號）

3. 無權代理行爲之相對人，縱因不知其爲無權代理，受有損害，亦祇能向無權代理人，請求賠償，無對本人拒絕回復原狀之理。（四年大判上字一五六五號）

4. 自稱代理人之行爲，除經本人合法追認外，其效力不能及於本人，故相對人雖因該行爲受有損失，亦不得對於本人，請求賠償。（五年大判上字八一九號）

第六節 無效及撤銷

第二十七解 本節之總說明

本節應說明者二點

第一點 本節之內容

壹 法律行爲一部無效之原則及例外（一一一）貳。無效法律行爲之轉換（一一二）叁。無效法律行爲當事人之責任（一一三）肆。撤銷之法律行爲之效果（一一四）伍。承認之法律行爲之效果（一一五）陸。撤銷及承認之方法（一一六）柒。須得第三人同意而生效力之法律行爲（一一七）捌。無權處分行爲之效果（一一八）

第二點 本節之要旨

法律行爲具備成立要件及生效要件時，即完全有效，有效之法律行爲，依當事人所欲之效力，當然發生，不須別設一般規定，故上開各節（即第一節至第五節）惟就不具備成立要件或生效要件之法律行爲，揭明某種無效，某種得撤銷而已。而無效及撤銷，應生何等結果，因之亦有設一般規定之必要，本節即就無效及撤銷之結果，兼舉撤銷與承認之方法，並類及須得第三人同意之法律行爲，無權利人之處分而爲一般規定。

第二十八解 本節之逐條說明

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定法律行爲一部無效之原則及例外。其關係條文爲總則七一條至七

三條七五條七八條八六條八七條債編二四六條三三五條二項三六六條五七三條六〇九條物權編八七三條二項八九三條二項親屬編九八八條繼承編一二〇二條，參考條文爲民法五六六條，參考他國條文爲德民一三九條瑞債二〇條二項俄民三七條。

第二點 立法例

全部無效，乃法律行爲之內容，全部具有無效之原因。一部無效，則法律行爲之內容，僅一部具有無效之原因耳。全部有無效之原因者，該法律行爲，當然全部無效，不生問題，惟僅一部有無效之原因時，究應使該法律行爲全部無效乎？抑僅該一部無效乎？立法例有二主義：（一）有以一部無效，不致全部無效爲原則者，如羅馬法德國普通法是，蓋羅馬法有「有效之部分不因無效之部分而毀傷」(utile per inutile non vitiatur)之原則也。前大理院四年上字一二一八號判例「契約之一部無效，原則上並不使他一部有效訂立之條約，亦歸無效」。即採羅馬法上原則，與本條所採之主義相反。（二）有以一部無效，致全部無效爲原則者，如德國民法瑞士債務法是。德民一三九條「法律行爲之一部爲無效時，其全部無效，但除其無效之部分，仍可認爲爲其法律行爲者，不在此限」。瑞債二〇條二項「但其瑕疵關於契約之一部者，以除去無效之部分，則可認爲不訂立契約時爲限，始爲無效」，本條之立法例仿之。

第三點 釋本條之意義

甲、無效之意義

無效 *Void, null, nichtig*者，法律上當然且確定的不發生其效力之謂也。

一、所謂不發生效力，指為意思表示乃至法律行為依法原應發生之效力而言，至於此外之效力，則不妨發生，例如發生侵權行為，或不當得利等之效力是。

二、所謂當然且確定的不發生效力者，即不因當事人之行為，或時間之經過而成為有效，此點與得撤銷之行為有別，蓋得撤銷之行為，於未撤銷前，一應有效，必須特定人之主張，始為無效，而無效之行為，則當然為無效，然為裁判上確定其無效，亦不妨提起消極的確認之訴，例如婚姻無效之訴是。得撤銷之行為，如撤銷權人拋棄其撤銷權，或其撤銷權，因除斥期間之經過而消滅，則不得撤銷，而無效行為，則無何等變化而確定的無效。

三、未經承認前之限制行為能力人所訂立之契約，或無權代理人之行為，其行為因有欠缺，未發生效力，可用承認之方式以補正之，不能稱為無效。

四、法律行為之無效，與不成立之區別。無效行為，謂法律事實已完成而不發生效力之行為，即其法律事實，已具備必要之積極的條件，而為完全效力之發生，存有不可具之消極的條件以阻礙其效力之發生。法律行為之不成立，指欠缺積極的條件而其法律事實尚未完成者而言，例如惟有要約而無承諾，則契約不成立，反之標的違法之契約為無效。不成立之行為，不發生完全之效力，然亦非常為無效，就中一法律行為，由多數之意思表示而成立者，按其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。

五、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為，並無大異。

乙、無效之區別

第一、全部無效與一部無效

此區別已見本條第二點說明，一部無效之情形有二：（一）法律行為之內容，雖屬單一，然量的一部分，超過法律許可之範圍，其超過部分爲無效者，例如超過民法第二〇五條所定之利息是。（二）法律行為之內容質的部分，由數個條項而成，其一個條項爲無效者，例如民法第二四七條第二項之情形是。但外表上雖爲一個法律行為，而其實爲數個法律行為相結合者，則其一方縱爲無效，亦不發生一部無效之問題。

第二、自始無效與嗣後無效

自始無效，乃於法律行為當時，即欠缺生效要件而無效也，例如法律行為之內容，有背公共秩序或善良風俗之類是。嗣後無效，乃於爲法律行為時，尚非有無效之原因，自行爲成立後，效力發生前，因欠缺生效要件而致無效也。例如在停止條件成就前，標的物成爲不融通物之類是。法文所稱失其效力者，多屬於嗣後無效也。

第三、絕對無效與相對無效

絕對無效，乃無論任何人均得主張，並對於任何人亦得主張，並不以當事人爲限也。相對

無效，乃不得以無效對抗善意第三人，或法律另有規定之時是。法律行為之無效，以絕對爲原則，然法律亦有時限制其範圍者，謂之相對無效，例如第八七條規定，不得以其無效對抗善意第三人，得撤銷之行為，經撤銷後，原則上亦絕對爲無效，然法律亦有時限制其範圍。（民九二條）

丙、原則及例外

法律行為之無效者，法律上當然且確定不發生效力之謂也。故（一）無效係不發生依其內容應發生之效力。所謂依其內容應發生之效力，例如法律行為之內容，爲買賣時，關於標的物所有權之移轉，價金之給付，即買賣行爲應生之效力，若買賣標的物，爲法律上之不融通物，則不能發生此等應生之效力是也。（二）無效係確定不生效力；不能更因當事人之行為或時間之經過情事之變遷而成爲有效，故雖尚未發生效力而未確定者，例如未經本人承認前之無權代理行爲，尙不得謂爲無效。（三）無效係法律上當然不生效力；不待當事人及法院有何等行爲，始爲無效者也。但無效之原因，審判上仍須由當事人主張並證明，非謂不待當事人之主張，法院得徑依職權爲無效之認定也，然當事人以無效之原因事實爲訴之理由或抗辯時，法院應依職權認定之。

所謂法律行為之一部分無效者，全部皆爲無效，例如附不法停止條件之贈與，因條件無效，其贈與亦自無效也，所謂除去該部分亦可成立者，例如以一契約贈與鴉片若干及金錢若

干，則除去鴉片部分，該贈與契約，亦可成立，故關於金錢部分之贈與，仍為有效也。總之具體事件，孰應適用前段之原則，孰應適用後段之例外，應依推定之當事人之意思，及法律行為之性質決之，如可推定當事人，縱知其一部分為無效，而仍有為該法律行為之意思，或其一部分之無效，依法律行為之性質，客觀上不妨其他部分之成立者，則其他部分，例外的為有效。例如當事人於契約訂立時，知其部分應為無效，或於訴訟上未主張其一部分之無效，則可推定其視該無效之部分，為不甚重要。又如借貸契約，違反民法第七一條規定，使借款人承擔過重之義務，則其過重義務之部分為無效，而其借貸，不當然因之為無效。保證人為借貸所設定之抵押，如為無效，而其保證行為，不因之無效。

第四點 判解

判例

1. 給與相對人犯罪行為之報酬之契約無效。(二年上字七七號)
2. 無效之法律行為，法院應不待當事人之聲明，即認定其無效。(二年上字一〇〇號)
3. 子已成年，母獨斷處分家產，不為有效。(三年上字六六九號)
4. 赦令前不法行為之契約，仍為無效。(三年上字七四二號)
5. 就自己義務而要求相對人給與報酬之契約無效。(三年上字七四二號)
6. 無效契約，有時成立他契約。(三年上字一〇〇一號)

7. 欠缺原因或原因違法之行爲，無效。(四年上字二八九號)
8. 共有地由一人典當者，無效。(四年上字三五六號)
9. 以他人間確定判決內容爲內容之行爲不能藉口訴訟法則主張無效。(四年上字四〇七號)
- 10 無效之物權行爲，無礙於債權關係。(四年上字四五五號)
- 11 無處分權人之處分行爲，不能發生效力。(四年上字四六九號)
- 12 無效行爲之當事人，應回復原狀。(四年上字五二一號)
- 13 卑幼私擅典賣尊長提留之產者，不生效力。(四年上字二〇二九號)
- 14 無權利人，迨後取得權利者，其處分行爲，應追溯當時，認爲有效。(四年上字二二五九號)
- 15 被繼承人財產，於其生存中，繼承人爲處分者，其處分爲無效。(四年上字二三一八號)
- 16 非利害關係人，不得主張行爲無效。(五年上字八五一號)
- 17 闕說官府所立之執帖，不能認爲有效。(五年上字九九三號)
- 18 惟所有人得主張無權處分之無效。(五年上字一四五九號)
- 19 保管人不得爲有效之處分。(六年上字四六〇號)
- 20 法律行爲之無效，卽行爲人本人，亦得主張。(七年上字一〇七一號)

21 契約雖因條件成就而失效，或根本不生效力，但當事人於條件成就後，另以同一或相當之內容，成立新約者，如果新約別無應行失效之原因，則舊約之有無瑕疵，及是否業經解除，均可不問。（八年上字三二三號）

22 當事人所爲之甲行爲，雖屬無效，而實已具備乙行爲之要件，且查據當事人意思，亦可認其願爲乙行爲者，依法即可發生乙行爲之效力。（八年上字一四一四號）

解釋例

一、卑幼私擅處分父兄財產者，無論相對人是否善意，其處分無效。（四年前大理院統字二二八號）

二、私賣他人所有物者，不問買主是否知情，其賣約無效。（六年前大理院統字六六三號）

三、子之私產，父不得其同意，不得處分。（六年前大理院統字七三二號）
第一百十二條 無效之法律行爲，若具備他法律行爲之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲爲他法律行爲者，其他法律行爲，仍爲有效。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定無效法律行爲之轉換。其關係條文爲總則八八條債編一六〇條一項，參看他國條文爲德民一四〇條。

第二點 立法例

德民一四〇條「無效之法律行為，合於他法律行為之要件者，當事人知其無效，即可認為欲其他法律行為之成立者，則有其他法律行為之效力。」

德國最高法院之判例，得視為行為之轉換者，例舉如下：保險單之質入，雖為無效，可認為收取保險金額之授權。街道沿綫地之讓與，雖為無效，可認為地役權之設定。不具備票據方式之票據，認為普通之債券，生前不具備法定方式之法律行為，（書面贈與之約束）認為自營遺囑。欠缺法定方式之保證，雖為債務之承受。無效之經理，認為商業代理。無效之背書，認為依請求權之讓與而為所有權之移轉。無效的抵押證書之質入，認為留置權之設定。無效的讓與，認為使用權之委付等。

第三點 釋本條之意義

無效法律行為之轉換 Konversion; umwandlung 者，即某種法律行為，如以其甲種法律行為，應為無效，但因具備乙種行為之效力，發生要件時，即以其為乙種行為而認為有效之謂也。欲為甲行為之效力意思，與欲為乙行為之效力意思，本屬不同，以欲為甲行為之效力意思，使於乙行為發生效力，依通常理論，固不甚合，但依當時情形，當事人若知甲行為無效，即有欲為乙行為之意思，自不妨尊重其意思，使甲行為轉換為乙行為而生效力，反於實際便利，例如發出本票之行為，雖因法定條件欠缺而無效，若可作為不要因之債務承擔契約者，其

契約仍爲有效之類是，所謂解釋上之轉換也。亦有就舊行爲作爲新行爲生效者，例如民法一七〇條一項規定「遲到之承認，視爲新契約」，所謂法律上之轉換也。

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。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定無效行爲當事人之責任。其關係條文爲債編一八一條一八二條二七四條物權編七六七條九五六條至九五八條親屬編九九九條，參考條文爲二章一七七條。

第二點 釋本條之意義

無效法律行爲行爲之本身，固屬無效，但當事人之一方，因該行爲而爲給付者有之，因該行爲而受損害者有之，其已爲之給付，或已受之損害，自不能無保護之道，法律或就已爲之給付，命他方當事人，負回復原狀之責，或就已受之損害，命他方當事人，負損害賠償之責，卽爲免使一方獨蒙不利也。惟限於行爲當時，知其無效，（卽非善意）或可得而知，（卽有過失者）始應負此責任。

基於無效行爲所爲之給付，可適用不當得利之規定，（民一八二條）如給付本身，亦爲無效，則他方當事人，得基於物之所有權爲返還之請求，（民七六七條）如其標的物滅失毀損，則可適用於占有之規定，（民九五六條至九五八條）本條在適用上，似無規定之必要。

第一百一十四條 法律行為經撤銷者，視為自始無效。

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定撤銷之法律行為之效果。其關係條文為總則一四條三四條七四條八五條八八條八九條九一條至九三條債編二四四條二六九條二項三〇二條四〇八條及四一二條四一六條四一七條四一九條四二〇條七三八條物權編八三六條親屬編九八九條至九九八條繼承編一二一九條至一二二二條，參考條文為商業登記法二〇條公司法一〇五條一一〇條保險法九二條二項，參考他國條文為德民一四二條法民一三一二條俄民三六條日民一二二條。

第二點 立法例

撤銷之效果，應採溯及主義即物權主義（或稱直接主義）或債權主義（或稱間接主義）學說頗有爭論，我民法仿德民一四二條一項之立法例，採溯及之物權主義，於一一四條一項明定之，日民一二一條，俄民三六條同。

第三點 釋本條之意義

甲、撤銷 *Anfechtung* 在民法上有種種之用意：

一、有總稱法律行為之撤銷者，例如民法七四條是。

二、有以法律行為能力不完全或法律行為構成分子之意思表示不合或有瑕疵為撤銷之原因

者，例如民法八五條八八條八九條九二條是。

三、有指各個法律行為之撤銷者，例如民法二四四條債權人撤銷債務人有害其債權之無償行為，四〇八條及四一六條四一七條贈與人或其繼承人之撤銷贈與，一二一九條遺囑人之撤銷遺囑是。

四、有指身分關係之撤銷者，例如民法九八九條至九九七條是。

五、有基於其他原因者，例如一四條二項法院撤銷禁治產之宣告。三四條主管官署撤銷法人設立之許可是。

本條所稱之撤銷，以法律行為之撤銷為限。有謂本條之撤銷原因，應以基於意思之欠缺或有瑕疵者為限。此在日本民法第一二〇條明定撤銷權人為無能力人或為有瑕疵之意思表示人，故有為此解釋之必要。然在我民法，則關於法律行為之撤銷，苟其效力或方式，無特別規定，固可適用總則之規定。然關於身分關係之撤銷，效力不溯既往，（民九九八條）此種撤銷不能僅依意思表示向相對人為之。應向法院為撤銷之聲請。（民九九九條至九九七條）。又法律行為之撤銷，亦有不能僅依意思表示而須向法院請求者，如民法七四條二四四條是。

乙、撤銷權之行使

撤銷權 *Anfechtungsrecht* 者，得依有撤銷權人之意思表示消滅法律行為效力之權利也。屬於形成權 *Gestaltungsrecht* 或稱能權 *Kannrecht* 之一種，然撤銷權為從權利，故不得與得

因撤銷法律行為所生之權利，分離而為讓與，如其權利關係消滅，則亦因而消滅。撤銷權僅得由撤銷權人行使之，何人爲有撤銷權人，我民法未設一般之規定，於各條分別定之，例如七四條爲利害關係人，八八條八九條九二條爲表意人，二四四條爲債權人，四〇八條四一六條爲贈與人，四一七條爲贈與人之繼承人，二二一九條爲遺囑人，九八九條爲當事人或其法定代理人，九九〇條爲法定代理人，一四條撤銷之聲請爲本人配偶或最近親屬二人，三四條爲法人之主管官署。有撤銷權人，行使撤銷權，除法律特有規定外，亦可依代理之法則，由代理人爲之。蓋撤銷亦爲法律行為，並無不應許代理之性質也。至撤銷權得移轉或繼承否，未可概論。就撤銷權係屬財產權之點言，應採肯定說。但究係一種從權利，不得獨立移轉或繼承。如由該法律行為所生之關係，有專屬性，則撤銷權自亦有專屬性，自不待言。

丙、撤銷之效果

一、法律行為，經撤銷後，溯及既往，自始無效，即不發生法律行為之效力，有如全未爲此法律行為者，申言之，即法律行為之已發生效力者否認之，使與未發生同。將發生效力者否認之，使不再發生。故撤銷之嚴格意義，並非撤銷法律行為或意思表示，而係撤銷法律行為之意思表示之效力，法文所謂撤銷法律行為，撤銷意思表示，乃不過用語之便利耳。蓋得撤銷之法律行為，與無效之法律行為，其效力已確定不發生者，固屬不同，即與效力未定之法律行為，其發生效力與否不確定者，亦不相同。撤銷固有撤銷權人消滅其效力之主張而爲無效，於

未撤銷前，其行爲作爲有效，一經撤銷，則確定自始無效，如經承認，除斥期間屆滿，消滅時效完成等原因，致撤銷權消滅時，則確定自始有效。

二、撤銷之效果，原則上得對抗第三人，但有例外之規定，例如因被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得對抗善意第三人。（民九二條二項）

三、撤銷之效果，原則上溯及既往，例外亦有不溯及既往者，例如婚姻之撤銷是。（民九八條）

四、當事人知其得撤銷，或可得而知者，其法律行爲撤銷時，準用前條之規定，爲本條第二項所明定。所謂當事人，即指爲得撤銷之法律行爲之人及其相對人，惟在由代理人爲意思表示之時，其知否，原則應就代理人決之，（參照本編一〇五條）表意人或其相對人，既明知有撤銷原因，或不知係有過失，而仍爲該意思表示，自應令其於撤銷時，對他方負回復原狀或損害賠償之責任。此所謂回復原狀，乃指爲該法律行爲前之原狀，所謂損害，乃指因撤銷而受之損害，於不能回復原狀，或無須回復原狀，而仍受有損害時，均應責令賠償。

第四點 前大理院判例

1. 行爲須有撤銷之原因而並未追認者，始得主張撤銷。（三年上字四九九號）

2. 法律行爲之撤銷權，因撤銷權人之追認而喪失。（三年上字七〇八號）

3. 撤銷權除本人外，惟法定代理人，繼承人，或夫（現行民法應爲配偶人）有之。（三年

上字一三一—一號)

4. 法律行為被撤銷者，視為從始無效，須回復原狀。(四年上字三七—一號)
5. 成年之子，未得母之同意，私擅處分家財者，其母有撤銷之權，本人及第三人，均不得主張撤銷。(四年上字二三八五號)

6. 浪費人處分行為撤銷之結果，兩造負回復原狀之義務。(六年上字一一七八號)
7. 得撤銷之行為，經追認後，視為從始不得撤銷。(七年上字一一〇五號)

第一百一十五條 經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及法律行為時發生效力。
本條應說明者三點

第一點 本條係規定承認之法律行為之效果。其關係條文，為總則七九條八一條債編一七〇條一七八條三〇一條三四條三一〇條三五六條三八四條三八六條三八七條親屬編一一〇七條繼承編一一七八條一二〇七條，參考條文為公司法六六條保險法七七條七八條，參考他國條文為德民一八四條一四四條法民一一一五條一三一一條日民一二二條一一三條泰民一一一條一四九條一五〇條。

第二點 立法例

承認之效力，仿德國民法，原則上採溯及的物權主義。德民一八四條「事後之同意，(承認)如無特別規定時，溯及法律行為訂立時，發生效力，於承認前，就法律行為之標的承認者

所爲之處分，或依強制執行或假扣押之方法，或由破產管理人所爲之處分，不因承認之溯及效力而失其效力。」一四四條「得撤銷法律行爲，經撤銷權人承認時，不得再撤銷，承認無須依就得撤銷法律行爲所定之方式。」

本條所謂承認，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，（民七七條八五條一一八條），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，*Genehmigung*（德民一八四條）我民法未爲此區別。

Einwilligung 事前同意或聲譽即我民法之允許
Bestätigung 得撤銷法律行爲之追認即我民法之承認
Zustimmung（同意）
Genehmigung 第三人之事後同意即我民法之承認

第三點 釋本條之意義

一、法律行爲之承認者，承認權人使發生效力與否不確定之法律行爲確定發生效力之意思表示也。故法律行爲之承認，須由承認權人爲之，何人有承認權，即承認主體之問題，應就各具體之法律行爲決之，如限制行爲能力人所爲之契約，須其法定代理人，或限制原因消滅後之本人，乃有承認權，無權代理人所爲之代理行爲，須本人或其繼承人，乃有承認權，得撤銷之

法律行爲，須有撤銷權之人，乃有承認權等是。

二、法律行爲之承認，係使發生效力不確定之法律行爲確定發生效力也。承認之性質如何，學者有兩主張：（一）拋棄撤銷權說。謂承認爲拋棄撤銷權之意思表示。（二）確定效力說。謂承認爲確定法律行爲之效力之意思表示。兩說雖以前者爲通說，但本條所稱承認，並非僅就撤銷之法律行爲而爲規定，即不須撤銷之法律行爲，經承認而生效者，亦包括在內，應以後說爲較妥。且專就撤銷之法律行爲之承認言之，其承認亦不能謂非確定該行爲之效力。

三、承認之效力，以溯及爲原則，蓋承認雖不限於就得撤銷之法律行爲爲之，究以就該行爲而爲承認之情形居多，此項行爲，本自行爲時，即已發生效力，則確定其效力時，仍使維持現狀，自爲合理，即承認係有限制行爲能力人所訂立之契約爲之，或就無權代理人所爲之法律行爲爲之，該各項行爲，固須待其法定代理人或本人承認，始生效力，但通常仍欲使其自初生效，故經承認之法律行爲，無論何種行爲，法律皆訂明溯及爲法律行爲時，發生效力，是爲原則，但此原則，原爲推定當事人意思之規定，當事人如有特別訂定，自可排除此原則之適用而從其特別訂定。

第一百十六條 撤銷及承認，應以意思表示爲之。

如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人爲之。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定撤銷及承認之方法，其關係條文爲總則八六條至九八條債編一六七條二五八條物權編八三六條八四七條，參考他國條文爲德民一四三條法民一三〇四條日民一二三條泰民一四六條一四八條。

第二點 立法例

撤銷之方法，立法例有二：（1）須於訴訟上爲之，即須向法院撤銷，此爲法義民法所取。（法民一三〇四條）（2）僅應以意思表示爲之，此爲德日民法所取。（德民一四三條一項）本條即採此立法例。

德民一四三條一項「撤銷依對於相對人之意思表示爲之，撤銷之相對人，在契約爲他方當事人。」於第一百二十三條第二項第二段之情形，爲因契約直接取得權利之人。單獨行爲，係向他人爲之者，其他人爲相對人。法律行爲，應對於他人或官署爲之，而向官署爲之者亦同。其他單獨行爲，以因該法律行爲直接取得法律上利益之人，爲相對人。但對於官署所爲意思表示之撤銷，得依對於官署之表示爲之，該官署應將其撤銷，通知直接有利害關係之人。

撤銷之意思表示，係屬單獨行爲，此行爲爲「須受」之意思表示否，立法例頗不一致，德國民法一四三條契約或單獨行爲，均應向其相對人或取得權利之人爲之，日本民法一二三條僅定爲於相對人確定時，應向相對人爲之，而於相對人不確定時，及更有由該行爲取得權利之第三人時，應如何辦理，別無明文規定，其國通說，均謂如更有由該行爲取得權利之第三人時，

亦祇能向最初之相對人爲之，若相對人不確定之時，則不須接受。本條第二項，既係採取日本之立法例，其國通說，自堪採用，惟有由該行爲取得權利之第三人時，舊草案會規定卽以該第三人爲撤銷之相對人，較上開通說，尤爲便利，將來判例，或棄彼探此，亦未可知。

第三點 釋本條之意義

一、承認與撤銷，適爲相反之行爲，而結果則同爲除去法律行爲效力不確定之狀態，使之臻於確定，故兩者之方法，並無何等差異，唯有應注意者三點：（1）承認乃撤銷權之拋棄，而非應經承認之法律行爲之一部，自無須與應經承認之法律行爲，取同一之方式，例如承認得撤銷之票據行爲，得以單純之意思表示爲已足。（2）承認惟得於撤銷行爲存在之時期內爲之，故對已經撤銷之行爲，不得再爲承認。（3）撤銷爲法律行爲，應具法律行爲一般之要件，故撤銷行爲，係因強迫詐欺而爲者，其撤銷行爲，亦得撤銷之。

二、本條採德國立法例。撤銷之表示，祇須適用一般意思表示及法律行爲通則之規定，並不須於訴訟上爲之，卽於訴訟上爲之，亦不必特行起訴，單以攻擊或防禦方法行之亦可，但撤銷不須於訴訟上爲之，而得於訴訟外爲之者，僅爲原則，亦有依法律規定，例外須由訴訟上爲之者，如暴利行爲，（民七四條）詐害行爲，（民二四四條）及關於婚姻之撤銷（民九八九條至九九七條）等是也。

三、得撤銷行爲之相對人，爲數人時，是否應對於其全體爲撤銷之意思表示，抑對於其中

之一人表示爲已足，余以爲在原則上，應對於全體爲之，但其中一人之行爲無效，他數人即可認爲不欲爲其法律行爲者，對於其中一人之撤銷，不可謂無消滅全部法律行爲之效力。（民一一條）

四、相對人確定者，謂契約之他方當事人，及要相對人之單獨行爲之相對人，相對人雖得將撤銷之行爲取得之權利，轉讓於第三人，仍應對於得撤銷行爲之相對人爲之，相對人死亡時，以其繼承人爲相對人，相對人爲未成年人或禁治產人時，應對於其法定代理人爲之。意思表示，應向官署或他人爲之，而向官署爲之者，則其官署爲相對人，（民一一五七條一一七四條）第三人爲詐欺者，撤銷之相對人，非詐欺人而爲行爲之相對人。在爲第三人之契約取得權利者，雖爲第三人，然非契約之當事人，仍應以契約之相對人，爲撤銷之相對人。撤銷之意思表示，於達到相對人時，發生效力。

五、於無相對人之行爲，其撤銷方法如何，有謂法律既無明文規定，可由撤銷權人，自由適用任何方法，余以爲如法律規定其撤銷方式者，自應依其規定，否則應依各項法律行爲之性質定之，例如懸賞廣告（民一六四條）之撤銷，應依其所爲廣告之方法撤銷之，關於遺囑民法上定有撤銷之方式，（民一一一九條至一二二二條）自無問題，關於物權之拋棄，法律雖未明定其方式，然因其拋棄有取得權利者，自應向其權利人表示之，一般不動產物權之取得消滅，皆須登記，故解釋上，如向登記機關爲拋棄之表示者，亦得向登記機關，爲撤銷之表示。（民

七五八條)

第一百十七條 法律行爲，須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人之一方爲之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定須得第三人同意而生效力之法律行爲，其關係條文爲總則七七條續編一七〇條三〇一條親屬編九七四條九八一條一〇〇六條一〇二〇條一〇三三條一〇四九條一〇七六條一〇八〇條一一〇一條繼承編一一七一條，參考他國條文爲德民一八二條一八三條。

第二點 立法例

德民一八二條一項「契約或應向他人爲表示之單獨行爲，須第三人之同意而生效力者，其同意或拒絕，得對於當事人之一方或他方爲之」。在德民法，事前同意，謂之允許，*Einwilligung*，事後同意，謂之承認 *Gehmigung*，我民法亦有此區別，唯無承認與追認之區別而已。（參照一一五條第二點）本條所稱同意，不獨指第九七四條，第九八一條，及第一〇〇六條，第一〇二〇條，第一〇三三條，第一〇四九條，第一〇七六條，第一〇八〇條所稱之同意，及第七七條及第一一〇一條所稱之允許，（事前同意）第一一八條及第一七〇一條所稱之承認，皆包含在內，同意爲法律行爲，故應適用關於法律行爲之規定。又同意爲不要式行爲，

雖當事人之法律行爲，爲要式行爲，而同意仍無須方式。事前之同意，於法律行爲前，待向當事人之一方或他方，以意思表示撤回之，德民有明文規定，（德民一八三條）解釋上自應從同。

第三點 釋本條之意義

一、所謂須得第三人同意始生效力之法律行爲，即依法律規定或其他情形，以第三人同意爲其生效要件之法律行爲也，例如未成年人結婚，應得其法定代理人之同意，有配假者被收養時，應得其配偶之同意等是也。此項同意或拒絕同意，應向何人爲之，非設一般規定，易生爭執，本條定爲得向當事人之一方爲之，即無論向當事人何方表示同意或拒絕同意，其效力即當然及於他方。

二、同意之性質，學者多解爲補助的法律行爲，蓋同意不過欲使他人所爲之法律行爲，發生效力，其自身並無獨力之效力，故爲補助的行爲，而此項效力意思，既爲同意人所欲，法律即付與同一之效力，故爲法律行爲，有事前同意者，能否於當事人爲法律行爲前撤回，如可撤回，其撤回應向何人爲之，法律均無明文，前者應採肯定說，後者應解爲得向當事人之一方爲之，若同意之拒絕 *Verweigerung der Zustimmung*，則僅爲一種知的表示行爲，法律不過因便利爲相並之規定，其性質究屬不同，同意或拒絕同意，均以達到於相對人時，發生效力。

第四點 判例

1. 法律上應得他人同意，如能爲處分行爲之人，若不得該同意權者同意而爲處分物權之意思表示，該物權並不因而移轉。（三年大判上字七九九號）

2. 同意與否，不僅以契據上之會否簽押爲斷，故苟有其他事實，足以證明其已經爲明示或默示（有消極動作）之同意者，則難以未經簽押，主張契約爲無效。（三年大判上字三七四號）

3. 法律行爲須經他人同意者，其同意不必限於行爲時爲之，若於事前明示或事後追認均在有效之列。（六年大判上字九七八號）

第一百一十八條 無權利人，就權利標之物所爲之處分，經有權利人之承認，始生效力。

無權利人就權利標之物爲處分後，取得其權利者，其處分自始有效。

前項情形若數處相抵觸時以其最初之處分爲有效。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定無權處分行爲之效果。其關係條文爲債編一七〇條，參考他國條文爲德民一八五條。

第二點 立法例

德民一八五條「無權利人經權利人之允許，就標之物所爲之處分爲有效，無權利人所爲之處分，經權利人承認，或爲處分人取得其標之物，或權利人繼承無權利人而就遺產財務，負有

無限責任時爲有效。前項情形，如就標的物爲互不相容之數個處分時，僅以最初之處分爲有效。

第三點 釋本條之意義

一、無權利人，即就權利標的物無處分權之人，其所爲之處分行爲，往往成立犯罪或侵權行爲，其於法律上不生效力，自屬當然。惟有權利人，於法律所許範圍內，可自由處分其權利，尙對無權利人就權利標的物所爲之處分行爲，予以承認，法律即不必反於其意思而仍使不生效力，惟此效力之發生，須自承認時爲始，並不以生溯及效力爲原則，可視爲第一百十五條之特別規定，至承認方法，應適用第一百十六條，自不待言。

二、所謂無權利人，就權利標的物爲處分後，取得其權利者，即處分時，爲無權利人，而處分後，成爲有權利人是也。例如繼承人之財產，處分時本爲無權利人，其後因被繼承人死亡，即由繼承人取得該財產之權利。又如甲將乙所有房屋，出賣與丙，甲本爲無權利人，其後甲向乙買受該房屋，甲即因買賣而取得該房屋之權利，此時所爲處分，自始有效，即溯及爲處分時，發生效力也。

三、所謂數處分相牴觸，乃指二個以上之處分，其性質上不能併存者而言，例如甲將乙所有房屋，先已出賣與丙，後又出賣與丁之類，此時丙丁若均主張取得該房屋之所有權，糾紛將無底止，法律明定以最初之處分爲有效，即惟丙能取得該房屋之所有權，丁之買受，縱係善

意，亦係與甲另一法律關係，若二個以上之處分，其性質可以併存者，則不適用此項規定，例如甲將乙所有某土地，先向丙設定抵押權，次向丁設定永佃權，最後又出賣與戊，此時雖有數個處分，然並不相牴觸，不妨使其效力併存也。

第四點 判例（附解釋例）

一號）
1. 無處分權而為轉移物權之行爲者，須經委任或追認，始能有效。（四年大判上字一六〇

2. 無權利人之處分行爲，經權利人之同意或追認而有效。（四年上字二二四三號）

3. 子之私擅處分，須經其父追認，始能有效。（五年大判上字一一八八號）

4. 無權利人就權利標的物所爲之處分無效，而於處分當時知其無效或可待而知者，應以回復原狀或損害賠償之責任。（二三年最高法院上字一二〇四號）

附解釋例

盜賣善堂公置義地，非經善堂代表追認，不能有效。（七年大理院解釋例總字八五六號）

第五章 期日及期間

第二十九解 本章之總說明

本章應說明者三點

第一點 本章之內容

壹 除特別外一般計算之定則（一一九）貳 計算期間之起算點（一二〇）參 計算期間之終止點（一二一）肆 期日及期日終止點之延長（一二二）伍 月或年之計算法（一二三）陸 年齡之計算及出生日之推定法（一二四）

第二點 期日期間之意義作用及期間與期限之區別

甲、其意義

期日及期間，爲法律事實之自然的狀態，蓋因權利之發生變更消滅，受時之經過之影響，且在訴訟法上，對於時之經過，應負舉證之責，然時無止境，事實發生，常有前後，不可不有測定之標準，故期日及期間者，即吾人測量事實發生前後之便宜所定之一種尺度也。所謂期日 *Termin* 者，一定時期之謂，例如今日，明日，或某年某月某日某時之類，祇須其時期特定，不問其時期之長短也。期間 *Zeitraum* 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。例如今年六月一日至明年五月三十一日之一年期間之類。期日與期間之別，恰與幾何學上所謂點與線之關係同。

乙、其作用

期日及期間之作用，蓋有種種，略舉數例如左：

一、定權利能力之始期及終期者，例如自然人之出生日，死亡日之類。又如法人設立許可之年月日，雖非法人權利能力之始期，然爲應登記事項之一。

二、定推定事實及法律上假設之時期者，例如民法第九條第一項，第二十條第二項之類。
三、定權利取得之時期者，例如民法第七百六十八條至第七百七十二條及第八百零七條之類。

四、定有效爲某行爲之最終時期者，例如民法第五百六十三條第二項之類。
五、定能以主張權利之最終或最初之時期者，例如民法第九十三條之類。

六、定權利消滅之時期者，例如民法第一百二十五條至第一百二十七條之類。

上開時期中，有屬於期日者，有屬於期間者。而期間，又有除斥期間，與時效期間之別，時效期間，因其可以中斷，不完成，故其最終之時期，不能預定。除斥期間，則不適用中斷與不完成之規定，故除斥期間，皆爲預定期間。

丙、期間與期限之區別

期間者，時期經過，綜合事之始期與終期言之。卽始期與終期之繼續時期也。繼續之狀態，亦不一致：（1）有始期至終期無少間斷者，稱爲連續期間，*tempus continua* 例如雇傭期間，定爲五個月，則自一月一日起至五月三十日止，不許一日休假是。（2）有始期至終期，可以因事間斷者，稱爲有用期間（或稱非連續期間）*tempus utilis*，例如學校中以六個月爲一學期，其間雜以紀念日及星期日之類是。

期限 *diēs*; *Zeitbestimmung* 者，時之計算，分別事之始期與終期言之。期限既到，則

法律行為之效力，當發生者發生，消滅者消滅。期間者，權利之發生變更消滅，受時之經過之影響也。簡言之，期限從一端言之，即時之計算。期間從兩端言之，即時之經過。民法上除一〇二條期限為法律行為之附款外，其他用限期之字樣者不少；例如總則編八〇條債編一七〇條二項二一四條二二九條二二六條三〇二條三八〇條四四九條至四五三條四七〇條四七七條四七八條四八六條四八八條五〇七條物權編八三四條八四二條二項九一五條二項九二二條一項繼承編一一五七條一一七八條是。（關於期限用語可參照公司法七條二項四八條二項九四條一項五款九八條一項一二一條二項一九八條票據法四一條至四三條一〇二條一項一二六條一二九條至一三〇條保險法二六條三三條四項八一條三項）

第三點 期日及期間之計算法

甲、曆法計算法

曆法計算法 *Computation Civilis* 者，依國曆以為計算之方法也。我國向用太陰曆，民國成立，改用太陽曆，即國曆。在歐洲各國，所用之曆法，其種類有二，一為 *Julius* 曆，為羅馬 *Julius Caesar* 所制定，以三百六十五日六時間為一年，一年十二月，平年為三百六十五日，每四年設一閏日，曆與太陽之運行，稍生差異，因實際上運行日數，為三百六十五日五時間四十八分四十八秒也。蘇俄及其他希臘教國採用之。一為 *Gregorius* 曆，為羅馬法王 *Gregorius XIII* 所制定，與太陽運行，純粹一致，歐洲諸國均採用之，我國現行之國曆即 *Gre-*

曆也。我民法關於月或年之連續期間，採用曆法計算法，即依第一二三條第一項規定，曆月或年者，依曆計算。所謂依曆計算，即一日非二十四小時之集合，乃地球迴轉一週之長度，換言之，所謂日者，自午前零時以迄於午後十二時之謂也。又所謂週，非二十四小時之七倍，乃自星期日至星期六日。所謂月，非三十日之集合，乃謂自月之一日，以迄於月之末日。所謂年，非三百六十五日之集合，乃地球迴轉太陽一週之長度，即謂自一月一日，以迄於十二月三十一日。月有大小，（或為三十一日，或為三十日，或為二十八日）年有平閏，（平年二月為二十八日，閏年二月為二十九日）其中所包含之日數不等，悉依曆法定之。曆法計算法，於計算長時間，最為便利，故我民法原則上，採用此法。

乙、自然計算法

自然計算法 *Computatio Naturalis* 者，即依實際時間以為計算之方法也。即一日為二十四小時，一週為七日，一月為三十日，一年為三百六十五日，依此計算法，則日週年，所包含之時間，常為一致，自屬精確，如云「自某日午後一時起一日」，即指翌日午後一時為止滿二十四小時之時間而言。如云「自某日午後三時起一月」，即不問月之大小，指至第三十日午後三時為止滿三十日之時間而言。又如云「自某月某日午後六時起二年」，即不問年之平閏指至第三百六十五日午後六時為止滿三百六十五日之時間而言。自然計算法，古代羅馬法行之。我民法尊重一般習慣，對於月或年之非連續期間，採自然計算法，即依民法第一二三條第二項規定：月

或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。

第三十解 本章之逐條說明

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

本條應說明者四點

第一點 本條係規定除特別外一般計算之定則，其關係條文爲本章一二〇條至一二四條民訴一六一條刑訴六五條，參考條文關於民事特別法規者，爲商業登記法八條一〇條一六條一九條二項公司法五條二項一〇條一四條二八條二項四〇條一項五〇條六一條二項六六條至六九條九九條一〇八條一〇九條一三三條二四一三四條一四九條一八一條二項一九五條一項二一條票據法四五條六五條至六七條八四條八六條一二七條海商法四七條六一條八三條八四條一七一條一七二條保險法一九條二一條二二條三項三三條一項三項四三條六三條三項六七條九〇條二項九二條破產法一二條二項四四條五〇條六三條六四條七一條二項一二四條二項一三九條四項一四二條一四三條及團體協約法二三條至二六條，關於行政審判者，爲訴願法四條二項六條二項八條二項九條二項行政執行法七條二項八條二項，關於軍法審判者，爲陸海空軍審判法二五條二項四八條，參考他國條文爲德民一八六條日民一三八條泰民三〇條。

第二點 立法例

德民一八六條「法令裁判上之處分，或法律行為所定之期間及期日，依第一八七條至第一九三條之解釋規定。」本章關於期日及期間之計算，於當事人之意思不明，始有適用，除一二四條外，亦為解釋規定。

第三點 釋本條之意義

一、本條所謂法令，謂一切法律命令。法律不獨指民法而言。民事特別法規之商業登記法、公司法、票據法、保險法、海商法、破產法等固不待論。他如民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法等，俱包含在內。所謂審判，民事及刑事審判，固不待論，即行政審判，軍法審判等，亦包含在內也。法律命令及審判有期日及期間之規定者，如無特別規定，亦有適用。所謂法律行為，本編第四章已詳言之，而法律行為之當事人，如未另定期日期間之計算方法，則除本章第一二四條外，於當事人之意思不明時，始有適用也。

二、上述期日及期間，有由法令定之者，有由審判定之者，有由法律行為定之者，定此期日及期間，同時訂定計算方法者，固亦有之。但如未特定計算方法，則應依何種方法計算，非有一定標準不可，蓋期日及期間，通常皆有起算點與終止點，不確定此兩點，則何時為逾越期日及時間，不易斷定，本條特明定「除有特別訂定外，其計算依本章之規定」，以為一般計算方法之定則。

第四點 判例

1. 指定店主爲代受送達人，縱使該店主當時，實係回籍，亦當於離店時告知學徒，或其他使用人，於收到判決時，立即轉送，若未告知，至自己回店後，始行轉寄，則其遲誤上訴時，顯係由於所指定送達代收人之過失，自不更爲該訴訟行爲。（十八年上字八七四號民訴法一六四條一項）

2. 地方發生軍事行動，固爲意外事故，非人力所能往避，惟必須事故之發生，與訴訟行爲逾期有因果關係者，始得爲遲誤之原因。（十八年抗字一六五號民訴法一六四條一項）

3. 得回復其遲誤之訴訟行爲，以遲誤不變期間爲限，若裁定期限，既可依當事人之聲請，或法院以職權酌量延展，自無再行准許回復之理。（十八年聲字一一二號民訴法一六四條之一）

4. 期間之長短，既由法院或審判長酌量情形定之，則凡路程之遠近，數額之多寡，及各該地方之經濟狀況，固應予以斟酌，而其時地方之秩序能否安寧，及道路交通之有無梗阻，亦應並爲酌奪，卽或酌定期間之當時，未能見及，或其事實尙未發生，而期間進行中已發見者，亦應以職權酌予延展該期間。（十九年抗字六一四號民訴法一六〇條）

5. 補正期間，雖非不變期間，法院得以裁定延展或縮短之。但其期間如果未經裁定延展，而當事人不於其期間內爲其應爲之訴訟行爲，自應發生一定之效果。（十九年抗字二九九號民訴法一六三條）

6. 聲請延展補正期限，乃訴訟行爲之一種，須當事人及有代理權之人，始得爲之。（十九年抗字二〇一號民訴法一六三條二項）

7. 遲誤上訴期間，（卽不變期間）雖以待奉父病爲理由，但既非不能委人代理，或由郵投遞訴狀，則其遲誤，不得謂非應歸責於己之事由。（十九年聲字二一二號民訴法一六四條一項）

8. 兩造遲誤言詞辯論日期，如有數次，則關於不續行訴訟之期間，自應從最後之一次起算。（十九年抗字七號民訴法一九〇條二項互見一九一條）

9. 所謂天災或其他不應歸責於己之事由，雖不能一一舉示，惟僅以患病爲理由，而於疾病事實外，非更有不能委任代理或不能依其他方法以免遲誤之情由者，概不准更爲該訴訟行爲。（二十年抗字八一四號民訴法一六四條一項）

10. 當事人收受補正裁定之送達後，逾期仍不遵行，經裁定駁回上訴，無論逾期之原因如何，均不得聲請回復。（二十年聲字六九五號民訴法一六四條一項）

附一 無論何種期日或期間，當事人或代理人，均有遵守之義務，不得任意違誤，而對於不變期間，（例如民事上訴限二十日之期間卽爲不變期間，尤應特別注意，一經遲誤，卽喪失其爲訴訟行爲之權利。惟當事人或代理人，遲誤不變期間）係因天災或其他不應歸責於己之事由者，於其原因消滅後十日內，如該不變期間少於十日者，於相等之日數內，得聲請回復原狀。（民事訴訟法第一百六十四條）此種手續，關係權利之得喪，極爲重要，故當事人或代理

人對於期日及期間，均應嚴行遵守，方可進行順利而達訴訟之目的。（二十四年司法行政部四一二三號訓令頒行之訴訟須知民訴部分之七）

附二 非常時期民事訴訟補充條例之關於期日及期間者

民事訴訟法第一百六十四條第三項之規定，於因戰事遲誤不變期間者，不適用之。（民補七條）

民事訴訟法關於聲請回復原狀之規定，於訴訟程序休止後，因戰事未能於四個月內續行訴訟者準用之。（民補九條）

民事訴訟法第三百八十六條之規定，於當事人在言詞辯論期日不到場，係因戰事而到場顯有困難者，亦適用之。（民補十條）

第一百二十條 以時定期間者，即時起算。

以日、星期、月或年定期間者，其始日不算入。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定計算期間之起算點。其關係條文爲本章一九九條一二四條，參考條文爲首都授時條例一條至五條陸海空軍刑法九三條，參考他國條文爲德民一八七條瑞債一三二條法民二二六〇條日民一三九條一四〇條泰民三二條。

第二點 立法例

德日民法，期間自午前零時開始者，其始日亦應算入。我民法則不問始日之起點如何，均不算入，蓋期間普通以午前零時開始者甚少，若算入始日，則以未滿二十四小時之日爲一日，於交易習慣上，既有不合，於當事人一方，未免過酷。時謂標準時，一地方之交易，依其地方之標準時定之，即以其地方太陽在子午線之時，爲正午所計算之時，然在隔地人之交易，則應依國定標準時，例如午前五時，在一地方太陽既已上昇，而他一地方，則猶爲夜半，若依地方之標準時，則一方猶在期間內，而依他方之地方標準時，則已爲期間經過後矣，故惟可依國定標準時定之。其在首都授時，以電動發音機行之。授時所傳報者爲東經一百二十度標準時之正，但在首都電廠未設日電以前暫報午後六時。每日放音自午前十一時五十九分起至十二時止，共放音一分鐘。校對鐘表應以最大音驟停斷時視爲午正。至最大音停斷後，尚有微弱之尾音，係摩托轉動之聲響，不可計入。

第三點 釋本條之意義

時之起算點，屬於期日者，尙無問題，例如定某年某月某日，爲債務履行期日，此期日無論從何時起算，決不影響於期日之到來。惟屬於期間者，若不確定起算點，則何時爲期間之屆滿，即無從確定。故本條規定起算點，專爲期間而設。期間計算之方法有二：（一）自然計算法，即依實際時間計算之謂。宜於計算短期間，以其精確而欠簡便也。（二）曆法計算法，即按曆法所定日、星期、月、年、而計算之謂。宜於計算長期間，以其簡便而欠精確也。（參照第

二九解說明）本章惟本條第一項，係自然計算法，此外多係曆法計算法。蓋以時定期間者，其事件之性質，必利在迅速，故以即時起算爲宜，例如本日午前十二時十分，約定於二十四小時內完成某事，若無特別訂定，即應從本日午前十二時十分起算，計至次日午前十二時九分終了之時，爲期間屆滿。至以日星期月年定期間，其始日不算入者，即謂應從次日起算也。蓋期間之始日，若非從午前零時起，實際上即不足一日，不足一日，亦作一日計算，未免有害當事人間之利益也。例如本日午前十二時，約定二日內完成某事，若無特別訂定，即應從次日起算，計至再次日之終止，爲期間屆滿。

第四點 解釋例

計算逃亡既遂期間之標準，陸海空軍刑法第九十三條，既有特別規定，自不適用民法總則第一二〇條第二項。（二十七年七月三十日院字一七六一號之六）

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

期間不以星期，月或年之始日起算者，以最後之星期，月或年，其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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定計算期間之終止點，其關係條文爲總則七〇條一一九條債編四五

○條物權編八四〇條，參考條文爲票據法四三條二項六五條八四條二項，參考他國條文爲德民一八八條瑞債七七條日民一四一條一四三條二項泰民三三條三四條。

第二點 立法例

羅馬法上關於期間之終止，因權利取得與權利喪失而不同，關於權利取得，以末日之屆至爲已足。權利喪失，則以俟末日之終了爲必要。此種區分致終止點不能一致，蓋由主觀的觀察爲取得，由客觀的觀察則爲喪失也。本條從多數立法例，不問權利取得權利喪失，皆以期間末日之終了，爲期間之終止。

第三點 釋本條之意義

一、期間以末日爲終止，乃屬當然之事理，惟終止之計算法有二：（1）以期間末日之開始爲期間終止者，（2）以期間末日之終止爲期間終止者，本條係採第二計算方法。所謂期間末日之終止，通常係指末日午後十二時而言，未至該時，尙難謂爲期間之終止。然如依法令定有辦公時間者，則末日辦公時間屆滿時，如無特別訂定，應否亦視爲末日之終止，殊屬疑問。余意採肯定說。商業上定有營業時間者亦同。

二、期間固應以末日之終止爲終止，但何爲期間之末日？該期間如從星期，月或年之始日起算，固可以某星期，月或年之末日，爲期間之末日，如非從始日起算，則計至何日爲期間之末日？非有明文，易起爭執。本條明定「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」，實爲計算末日之適當方法，例如定一星期之期間，係從星期三起算，則算至次星期二，卽爲期間之末日。又如定兩個月之期間，係從先年十二月三十日起算，則算至次年二月二十九日，卽爲最後月與起算日相當之前一日。然以月與年定期間者，若最後之月無相當日，則如之何？如上例以二月二十九日爲相當日，而二月如不逢閏，則無二十九日，此時以何日爲期間之末日？亦非有明文解決不可，故曰「以其月之末日爲期間之末日。」如上例，卽以二月二十八日，爲期間之末日。

第一百二十二條 於一定日期或期間內，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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定期日及期間終止點之延長，其關係條文爲本編本章一一九條，參考條文爲訴願法四條三項民訴一六一條刑訴六五條，參考他國條文爲德民一九三條瑞債七八條日民一四二條泰民三七條。

第二點 立法例

德民一九三條「應於一定之日或期間內，爲意思表示或給付者，其一定之日或期間之末日爲星期日，或爲表意地或給付地公定之一般紀念日時，以次之業務日代之。」惟在日本及泰國民法，明定以其日有不爲交易之習慣者爲限，始得以其休息日之次日代之。我民法無此限制，解

釋上自難相同。

第二點 釋本條之意義

一、吾人之法律行為，應於一定日期或期間內爲之者，不知凡幾，意思表示或給付，特其最著者耳。所謂應爲，即謂不於此時爲之，將影響於法律上之效力，例如受催告爲契約承認之確答，逾期不爲確答，則視爲拒絕承認。又如定期履行之債務，逾期不履行，則應負遲延責任之類是也。應爲此等行爲之末日，如恰爲依法令或習慣之休息日，勢難強人必於休息日工作，故以其次日代之，卽等於將末日延長一日也。

二、本條惟對於應爲意思表示或給付之日期期間有適用，年齡之計算，則不適用此規定，不獨對於期間有適用，卽對於期日，如爲性質上所計者，亦應準用之。例如應爲一定行爲之期日，恰爲休息日時，得於翌日爲之，故票據之滿期日雖非期間，亦可準用此規定。又本條規定並非禁止之義，故當事人於休息日之行爲，仍爲有效。非獨爲債務人之利益所設之規定，爲債權人之利益，亦得主張之，故於星期日受履行之請求時，債務人固得爲期限之抗辯，卽對於債務人於星期日所爲之給付提供，債權人亦不因其拒絕受領而陷於受領遲延。

三、紀念日，指國定休息之紀念日，只爲紀念日而未定應休息者，不在內，其他休息日，謂依各地方一般習慣，應一般不爲交易之休息日。若當事人一方所在地有一般休息之習慣，而在他方無此習慣時，則如之何？解釋上以應爲意思表示或給付地爲標準。

三十一年三月五日國民政府公布明定紀念日期如下：一月一日中華民國開國紀念。三月二十九日革命先烈紀念。八月二十七日孔子誕辰。十月十日國慶。十月十二日 國父誕辰。

四、民訴刑訴，關於期間之計算，依民法之規定，則期間之末日，為星期日，紀念日或某他休息日時，法院既須停止辦公，而當事人期間之利益，又不可因此剝奪，亦應以其次日為期間之末日，準此推論，法院在暑期內午後停止辦公，亦係一種普通休息時間，若期間之末日，僅計至該辦公時間屆滿之時止，則有因法院停止辦公半日而剝奪當事人期限利益之嫌，為貫徹立法本旨計，若法院於午後停止辦公時間內，並未派有值日人員，接受當事人於限內得為之訴訟行為，解釋上應以其次日午前辦公時間屆滿之時，始為期間之終止。

第一百二十三條 稱月或年者，依曆計算。

月或年非連續計算者，每月為三十日，每年為三百六十五日。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定月或年之計算法，其關係條文為本編本章一一九條，參考條文為內政部教育部會同公布印國民曆辦法，參考他國條文為德民一九一一條瑞債七六條日民一四三條泰民三五條。

第二點 立法例

羅馬計算期間，以一年為三百六十有五日，凡算人之年齡，及數時效之年限，皆以此為標

準，若逢閏年，則仿前例，合二月二十四日與閏日而爲一日，閏日不別算入，一月指三十日，大小在所不論。其計算方法，最初一日，不要滿二十四小時，自其時間起，至其日之夜半，作爲一日。然計算最終一日方法有二：（1）遺囑能力年齡，計算男子滿十四歲，最終一日不算入。（2）Prescriptio之時效期間，最終一日亦算入，故在終了之一日，原告對被告，尙得起訴。

德民一九一條『以月或年所定之期間，無須連續計算者，一個月爲三十日，一個年爲三百六十五日』。日民一四三條，『以星期，月，或年定期間者，依曆計算。』本條第一項仿日民。

第二項仿德民。

第三點 釋本條之意義

月或年之起算點與終止點，及其末日之延長，皆與以日或星期定期間者無異。前開三條，已有明白規定，而每日爲二十四小時，每星期爲七日，無論何時，不致發生變動，自無別以明文揭示之必要。惟月有大小之分，年有平閏之別，究以扣足若干日爲一月一年？抑依曆定之？即有明文揭示之必要，本條即因月或年之連續計算，與非連續計算，分別定其方法如左：

甲、月或年之連續計算者，依曆計算。所謂連續計算，即從某月或某年起，至何月或何年止，中間毫無間斷之謂。此時之月或年，應依曆定之，例如從一月一日起算，定六個月之期間，則計至六月三十日止爲屆滿，其中所經過之大小平各月，概依曆定，不須按實際之日數扣除或

補足也。又如從甲年五月五日起算，定十年之期間，則計至最後年之五月四日止爲屆滿，其中所經過之逢閏不逢閏各年，亦概依曆定，不須按實際之日數扣除或補足也。

乙、月或年之非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。所謂非連續計算，卽期間起算後，中有間斷，嗣復接續計算之謂，此時卽應扣足每月爲三十日，每年爲三百六十五日。例如承包工程，從五月五日起算，約定六個月完工，但須除去兩日計算，卽應就不雨之日，扣足一百八十日，爲期間屆滿是也。扣年之例，可以類推。

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，而不知出生之日者，推定其爲該月十五日出生。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定年齡之計算及出生月日之推定法，其關係條文爲本編六條七條二條三條一一九條親屬編九七三條九八〇條一〇六二條一〇六七條繼承編一一六六條一一八六條，參考條文爲戶籍法五一條至六一條商業登記法六條七條票據法五條六五條三項保險法七九條九三條兵役法三條國民義務勞動法七條，參考他國條文爲德民一八七條後段泰民四一條。

第二點 立法例

德民一八七條二項「以日之開始爲期間之起算日者，其始日算入之，計算年齡時，就其出

生之日亦同」。本條仿之。泰民四一條「人之出生月日，不能確定者，則自出生年之末日起算」，未免有失公平。我民法則以月日均無從確定者，推定爲七月一日。惟出生之日不確定者，則取適中之時期，推定爲該月十五日，然此爲推定，自許爲反證。

瑞債七六條「其期日定爲月初或月終者，視爲其月之第一日或最終日」。泰民第三五條第二項以「次月初爲其月之第一日，月中爲其月之第十五日，月終爲其月之末日。」我民法無此擬制之規定，惟票據法六五條三項有「票上載月初月中月底者，謂月之一日十五日末日」之規定。

第三點 釋本條之意義

甲、年齡計算之方法

計算年月，其始日不算入，爲第一百二十條第二項所明定，本條規定年齡自出生之日起算，卽該條項之例外規定，將始日亦算入也。蓋人既已出生，其出生之日，卽爲權利能力之開始期，同時其人之年齡，顯已開始進行，若待至次日，始行起算，殊不合理，且影響於將來法律上之效力甚鉅，故特以明文揭示之。至何日爲出生之日？係屬事實問題，應依證據方法確定之，而日所隸屬之月與年，爲計算年齡起點之重要關鍵，須與日同時確定，始能據以計算，尤爲當然之事理。按出生之年，證明方法較多，人非至愚，亦鮮有不能自道今年幾歲者，故欲確定其爲何年出身，尙非難能之事，惟出生之月日，證明方法較少，童愚恆不自知，智巧又或

故祕，自不免有無從確定之時，法律上若不設推定方法以濟其窮，直使年齡有無從起算之虞。本條第二項特設兩種推定方法：

一、月日均不知者，推定爲七月一日出生，蓋以七月一日，爲一年適中之時期也。

二、知月不知日者，推定爲該月十五日出生，亦以十五日爲一月適中之時期也。

上開推定，以無從確定真實之月日時爲限，苟尙有可以調查證據之方法，非竭盡職權能事，終於不能獲得結果時，不得輕率適用。

乙、年齡計算之實用

關於年齡計算之實用，蓋有種種，略舉數例如左：

一、關於民法上者，如計算成年年齡（一二條）定婚年齡（九七三條）結婚年齡（九八〇條）遺囑年齡（一一八六條），及斷定爲無行爲能力人或有限制行爲能力人（一三條）等是。

二、關於刑法上者，如計算責任年齡，及計算得爲減刑之年齡，（一八條）並保安處分（八六條）等是。

三、關於兵役及工役義務者，如男子年滿十八歲至四十五歲者，依法爲兵役年齡，有服兵役之光榮義務。（兵役法三條）滿十八歲至五十歲者，依法每年有服義務勞動十日之定限。（國民義務勞動法七條）

四、關於資格權之取得者，如年滿二十歲者，有為公民之積極資格。滿二十五歲者有為國民大會代表縣參議員及鄉鎮民代表被選人之資格，年滿四十歲者，有被選為總統副總統之資格，及其他非滿一定年齡不能取得資格之事項，皆與年齡計算法，有重要關係。

我國習慣，計算年齡，係以出生之年計算，故每有十二月終誕生，越一日至翌年元旦，即為兩歲，此種計算年歲方法，雖屬便利，但以一日即為一年，未免不稱，故西人恆以十足年齡計算，即滿足一年為一齡也。法律上之年齡，自出生之日算，習慣上之年齡，與整歲相差甚遠，為測量人之體長體量，及確定法律上之年齡計，有改為整歲之必要，左表為年齡換成表，能將用陰曆計算之年歲，改為整歲也。

換		算	時	陽	曆	月	分
出生時	陰曆月						
一月	陽曆月						
二月	陽曆月						
三月	陽曆月						
四月	陽曆月						
五月	陽曆月						
六月	陽曆月						
七月	陽曆月						
八月	陽曆月						
九月	陽曆月						
十月	陽曆月						
十一月	陽曆月						
十二月	陽曆月						
一年	陽曆年						
二個月	陽曆年						
三個月	陽曆年						
四個月	陽曆年						
五個月	陽曆年						
六個月	陽曆年						
七個月	陽曆年						
八個月	陽曆年						
九個月	陽曆年						
十個月	陽曆年						

十二月 陰	○	一個月	二個月	三個月	四個月	五個月	六個月	七個月	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年
十一月 陰	○	二個月	三個月	四個月	五個月	六個月	七個月	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年
十月 陰	○	三個月	四個月	五個月	六個月	七個月	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年	一年
九月 陰	○	四個月	五個月	六個月	七個月	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年	一年	一年
八月 陰	○	五個月	六個月	七個月	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年	一年	一年	一年
七月 陰	○	六個月	七個月	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年	一年	一年	一年	一年
六月 陰	○	七個月	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年	一年	一年	一年	一年	一年
五月 陰	○	八個月	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年						
四月 陰	○	九個月	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年							
三月 陰	○	十個月	十一月	一年	一年	一年	一年								
二月 陰	○	十一月	一年	一年	一年	一年									

右表之用法，先將陰曆年歲減去兩歲，然後增入出生時陰曆月分之直行，與換算時陽曆月分之橫行交叉處所指明之年月，例如甲之陰曆年齡，係二十歲，出生係在陰曆十二月，換成確實年歲之法，先減去兩歲，即十八歲，如換算時係陽曆十月，則應加之年月，是陰曆十二月之直行，與陽曆十月之橫行交叉處月數，即九個月，故甲之確實年齡，為十八歲零九個月，實未能認為成年也。

第六章 消滅時效

第三十一解 本章之總說明

本章應說明者五點

第一點 本章規定之內容

壹 請求權之一般消滅時效（一二五）貳 定期給付債權請求權之特別消滅時效（一二六）
參 業務債權請求權之短期消滅時效（一二七）肆 消滅時效之起算點（一二八）伍 時效中斷之原因（一二九）陸 因請求而中斷時效之限制（一三〇）柒 因起訴而中斷時效之限制（一三一）捌 因送達支付命令而中斷時效之限制（一三二）玖 因和解傳喚而中斷時效之限制（一三三）拾 因報明破產債權而中斷時效之限制（一三四）拾壹 因告知訴訟而中斷時效之限制（一三五）拾貳 因公力執行而中斷時效之限制（一三六）拾參 時效中斷對於時之效力（一三七）拾肆 時效中斷對於人之效力（一三八）拾伍 因事變以致時效之不完成（一三九）拾陸 因關於繼承財產權利時效之不完成（一四〇）拾柒 因能力關係時效之不完成（一四一）拾捌 因監護關係時效之不完成（一四二）拾玖 因婚姻關係時效之不完成（一四三）貳拾 消滅時效完成及於債務人之效果（一四四）貳拾壹 消滅時效完成及於擔保物權之效果（一四五）貳拾貳 消滅時效完成及於從權利之效果（一四六）貳拾參 時效之嚴格性（一四七）

第二點 本章規定之要旨

消滅時效者於一定期間不行使權利而致權利消滅之法律事實自然的狀態也。故第一，消滅時效，須經過一定期間。蓋期間之經過，乃時效之要素，非獨消滅時效爲然也。此期間稱曰時效

期間，須由法律定之，不得由當事人以法律行為加長或減短，亦非判例所得創設，至期間之長短，則因各種權利而有不同，本章一二五條至一二七條所規定者，乃消滅時效之各種期間。第二，消滅時效，須繼續不行使權利，凡屬時效，均須有一定之事實於一定期間內繼續，此一定事實之繼續，亦為時效之要素，故時效乃因事實之繼續與期間之經過而成立，非獨消滅時效為然也。在消滅時效，則為不行使權利之事實，於所定時效期間內繼續，此狀態必須期間開始時存在，消滅時效，始能起算。（一二八條）更須至期間終止時繼續，消滅時效，始能完成。（一四四條）若期間進行中，或終止前有一定故障，致受妨礙者，則消滅時效因之中斷，或不完成。（一二九條一三九條至一四三條）第三，消滅時效，乃致權利消滅之法律事實，凡屬時效，均以期間之經過，與事實之繼續，為其成立要素，已如上述，此一定事實於一定期間繼續之狀態，非單純之事實上狀態，乃為一種法律事實而不關人與物之自然的狀態，換言之，即時效乃依法律規定而有引起私權變動之效力也。第四，消滅時效，是否直接為權利消滅之原因？依一二五條至一二七條，皆揭明「請求權」字樣，是僅請求權因時效而消滅，其基本權利，並不因之消滅。而依一四四條一四五條一項，則請求權亦並非當然消滅，不過債務人有得拒絕給付之抗辯權，請求權乃因之消滅而已。第五，時效期間計算、中斷及不完成，我民法祇於總則編中就消滅時效，設有規定，對於取得時效，是否亦應準用，雖未如瑞士債務法設有準用之明文，（瑞債六六三條七二八條）或如德民於物權編另為明文之規定，（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。第六，特別消滅時效，例如民法一九七條一項四一六條二項四一七條四五六條一項四七三條一項五一四條五六三條二項六一一一條一項六二三條九六三條一一〇九條一一四六條二項等除時效期間，及其起算各點，適用各該本條之規定外，關於其他之點，應準用消滅時效之規定，自不待言。

第三點 時效期間與除斥期間之區別

除斥期間 *Ausschlussfrist* 亦稱預定期間 *Délai préfixe* 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，時效期間與除斥期間二者並無不同，然其性質及效力，則大有別：

一、除斥期間之經過，法律上當然發生權利消滅之效力，且係關於無請求權之權利，法院應依職權適用之。例如買回權（民法三八〇條）撤銷權（民法七四條二項九〇條九三條）婚姻撤銷權（民法九八九條以下）及繼承之拋棄（民法一一七四條）等。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，僅與債權人以拒絕給付之抗辯權，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，不因任何事由而延長，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之規定，特規定其中斷事由者，（德民一二四條二項）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。

第四點 本章之立法例

時效制度，以羅馬法爲嚆矢，考羅馬法因時間經過發生權利變更之制度有二：一爲 *usucapio*。市民法上之時效，適用於動產及義大利國內之土地，凡取得所有權者，不知其障礙之事實，於一定期間內，繼續占有，始能取得完全之所有權，其期間動產一年，不動產二年。一爲 *praescriptio* 取得縣之土地之時效也，其年限因當事人之住居同縣與否而有差異，同縣者十年，不同縣者二十年。及優帝之時，廢 *usucapio* 與 *Praescriptio* 之區別，設通常時效 *Ordentliche usucapio* 之制度，動產三年，土地則無論義大利國土地與縣之土地，居於同縣者十年，不同縣者二十年。更有一種制度，名曰非常時效 *longissimi temporis praescriptio*，年限爲三十年，或四十年，五十年，而其標的物，則不得因通常時效而取得之物，即贓品及以暴力而奪得之土地，與賭博之贏得金是也，雖無須正權原存在，而以占有人之善意爲必要。除上二種時效外，尚有訴權（即請求權）消滅之時效 *praescriptio actinum*，卽出訴期限之經過，爲債務關係消滅之一原因，後世註釋法學家，稱此種消滅時效 *Praescriptio extinctiva*，而稱上二種爲取得時效 *Praescriptio acquisitiva*，實非羅馬法上之古語也。德國民法，本羅馬法各別主義之立法例，以取得時效 *Ersitzung* 規定於物權編，而以消滅時效 *Verjährung* 規定於繼

則編。法國日本，則定兩時效於一編。第一次民法草案，沿襲法日之誤，將兩種時效，統括一處，已屬不合。余起草第二次民律草案，業經糾正。現行民法之立法例，舍第一次草案之短，用第二次草案之長，而以消滅時效，規定於總則編，（一二五條至一四七條）取得時效，規定於物權編。（七六八條至七七二條）

現代各國法律，對於私權之時效，雖其範圍廣狹，效力強弱，不甚相同，然其承認時效制度之存在，則屬一致。至其存在理由，學說紛紜，迄無定論，通說不外下述兩種理由：（一）永續狀態之保護，凡有與正當權利相異之事實關係發生，權利人固得主張其權利，以回復原有之狀態，然此事實關係，如已經過長久之時間而不予以保護，則適足以影響社會之安全，故法律特設時效制度，而使行使權利者，喪失其權利，此時效制度存在之理由一。（二）避免舉證之困難，就通常情形言之，某種事實狀態，如已經過長久之時間，則其證明資料，多屬湮滅，故法律特以時效為證據之代用，而使永不行使權利者，喪失其權利，此時效制度存在之理由二。上述兩種理由，又依取得時效與消滅時效，而有畸輕畸重之差，即在取得時效，偏重於第一種理由，在消滅時效，尤其在短期消滅時效，則偏重於第二種理由，我民法從德國民法之立法例，以取得時效及消滅時效，分別規定者，不僅採取羅馬法上之各別主義，即此點亦為其重要之理由。

第五點 關於消滅時效之時際法

關於時效適用之時際法，應注意民法總則施行法第十六條第十七條及第十八條之規定。

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。但自其時效完成後，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。

舊法原無消滅時效規定之請求權。關於消滅時效適用之過渡辦法，即承認有限制之溯及效力也。例如一般請求權之消滅時效期間為十五年，如於民法總則施行前已經過十五年，或已經過十四年半，則自施行之日起一年內，仍得行使請求權，然若於施行前已經過二十二年半，則不得復行使。

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。

民法總則第七四條，第九〇條及第九三條所定之期間，均為一年，而依民法規定，僅請求權因消滅時效而消滅，而撤銷權，只有權利本身消滅，無請求權之可言，故上述三條所定之期間，應解為除斥期間，而非時效時期，故有準用之規定。

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。

民法總則施行前，依舊法時效已完成者，不因民法總則施行而受影響，舊法所定之時效期間，較新法爲短者，依新法之規定補足之，然無此實例。舊法之規定較新法爲長者，例如二十年，則依舊法。但其殘餘期間，仍較新法之期間爲長者，例如經過三年尚有十七年，則自施行之日，適用新法，即自施行日起，算滿十五年完成。

附最高法院判例一則

有民法總則施行法第十六條但書情形者，不得於民法總則施行後，行使請求權，其於民法總則施行前請求者，時效雖因而中斷，然於請求後六個月內，若不起訴，則依法視爲不中斷，仍不得排除施行法第十六條但書之適用。（二十二年上字九六四號）

第三十二條 本章之逐條說明

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定請求權之一般消滅時效。其關係條文爲本章一二六條一二七條。總施一六條至一八條，暨債編一九七條二四五條四一六條四一七條四五六條四七三條五一四條五五三條六〇五條六一一條六六六條物權編八八〇條九六三條親屬編九九〇條至九九七條一〇五三條及一〇五四條一一〇九條繼承編一一四六條一一七一一條債施二條物施四條親施二條繼施

四條，參考條文爲公司法六九條二二四條票據法一九條海商法一一八條一四四條一七三條一七四條保險法五一條，參考他國條文爲德民一九四條一九五條瑞債一二七條法民二二六二條俄民四四條日民一六七條一六八條泰民四二五條四五〇條四五一條四五二條。

第二點 立法例

請求權消滅時效之一般期間，其最長期有定爲三十年者。如羅馬法及德民（一九五條）法民（二二六二條）是。有定爲十年者，如瑞士債務法（一二七條）泰國民法（四五二條）是。有定債權爲十年，以外之財產權爲二十年者，如日本民法（一六七條）是。有定爲三十年者，如蘇俄民法（四四條）是。本條以十五年爲原則，蓋取折衷主義。

何種權利得爲消滅時效之客體，立法例亦不一致，有以債權及其他非所有權之財產權爲消滅時之客體者，如日本民法。（一六七條）有僅以請求權爲消滅時效之客體者，如德國民法（一九四條）及瑞士債務法（一二七條）是。本條從德瑞立法例。

第三點 釋本條之意義

其一、本條以十五年爲原則，乃立法者之任意斟酌，非有絕對理由可言，惟十五年乃最長期間，無論依法令或法律行爲，均不許加長。若滅短則僅不得以法律行爲定之，仍得以法律定之，且法律所定期間較短者，乃爲特別期間，並應先於十五年之普通期間而適用，其無特別期間之請求權，概應適用本條原則，自不待言。所謂法律所定較短之期間，見於本章者，爲第一

二六條，第一二七條。見於本法或他法者，爲數甚多。例如民一九七條一項、四一六條二項、四一七條四五六條一項、四七三條一項、五一四條、五六三條二項、六一一條一項、六二二條、九六三條、一一〇九條、一一四六條等，其他見於各種民事特別法規者，不勝枚舉，例如公司法一二四條，票據法一九條，海商法一一八條，一四四條，一七四條，保險法五一條等是。

其二、本條於一般消滅時效，僅就請求權設有規定，蓋以請求權，始有消滅時效，不問其係因於債權而生，抑係因於物權而生，或其他之對世權而生，亦不問其爲行爲之請求權，抑爲不行爲之請求權，均得因消滅時效而消滅，其期間除另有特別期間外，並應適用本條之一般期間。

其三、所有權。所有權不得因消滅時效而消滅，他國民法，亦有以明文規定者，我民法雖無明文，亦可爲同一解釋。蓋所有權，爲靜態之權利，與債權或他物權爲動態之權利者不同，其權利本身，自不能因不行使而墮於消滅時效也。至所有權得因取得時效之間接結果而致消滅，乃屬當然。又由所有權所生之物上請求權，即所有物返還請求權，與妨害除去請求權，得因消滅時效而消滅否？學說及立法例，原有肯定否定二說，德國民法就登記及占有，設有特別規定，乃明採肯定說。我民法自其就占有所設之第九百六十三條之規定觀之，亦得解爲採肯定說。

其四、擔保物權。擔保物權，不能先於債權單獨經消滅時效而消滅，已為學說所公認。蓋擔保物權，係從屬於債權之權利，法律且有特別規定，於債權之請求權已經消滅時效消滅時，尚不消滅，其不能先於債權單獨經消滅時效而消滅，更屬當然。至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。蓋抵押權之消滅，乃為權利之本身，非請求權。

其五、與一定事實關係或法律關係相終始之權利，例如相鄰權。六民七七四條至八〇〇條，其有物分割請求權，（民八二三條）在相鄰關係或共有關係存續間，乃當然相伴而存續，自不能單獨因消滅時效而消滅。

其六、形成權。有主張消滅時效不以請求權為限者，即謂特定撤銷權，及契約解除權，第四一六條二項，第四一七條，第五一四條等，係形成權特別消滅時效之規定。不知上開條，其消滅為權利之本身，非請求權，故其法定之消滅期間，應解為除斥期間。依最高法院庭議決議：「消滅時效之客體，以請求權為限，但法律所定請求權之期間，亦有非時效期間者，應依各條文認定之。」例如第三六五條之價金減少請求權，在同一條文內，亦可認為有一部分之契約解除權而不適用時效之規定。

其七、時效制度，原則僅能適用於財產權，故非財產權，即人格權，身分權，其本身不能因消滅時效而消滅，乃屬當然。但由非財產權所生之請求權，如有財產之價值，除養贍費於次

條已有明定者外，餘亦解爲應適用一般消滅時效（即本條）之規定。

第四點 判例（附解釋例）

1. 民法債編關於消滅時效，及無時效性債之法定期間等規定，依民法債編施行法所示意旨，推限於權利之行使，在民法債編施行後者，始生適用與否之問題。若行使在民法債編施行以前，迨施行後，就其訴訟而爲裁判時，則絕對不應適用。蓋民法債編施行法第一條載「民法債編施行前發生之債，除本施行法有特別規定外，不適用民法債編之規定」。是明示民法債編，以不溯既往爲原則，其第二條，及準用第二條之第三條，雖係就消滅時效，及無時效性債之法定期間，爲溯及既往之例外規定，而其溯及之意義，依第二條第一項前段，所謂自施行之日起，一年以內行使，及後段所謂不在此限之文義觀察，及僅就民法債編施行前所得行使而尙未行使之權利，於民法債編施行後，按其經過期間之久暫，分別另定其行使期間，或使之不得行使而已。至民法債編施行前，業已行使之權利，其行使當時距前所得行使之日，經過期間若干，在該條並未涉及，依第一條所定不溯既往之原則，自無適用民法債編所定之消滅時效，或無時效性債之法定期間以爲裁判之理。（二十二年上字七一六號凡見債編施行法二條）

2. 分期償還債務所立票據，其發行時期，在票據法施行之前者，僅應認爲與票據法上之票據性質相同，而不能認爲票據法上之票據，其關於時效，又無特別規定，自應適用民法總則，及民法總則施行法。二十二年上字二一四七號互見一二六條）

3. 占有取得時效，原不問其請求權，時效，是否消滅，祇以占有人以所有之意思，二十年間，和平繼續占有，或十年間和平善意繼續占有並無過失者為已足。（二十三年上字二四二八號互見物權編七六九條七七〇條）

4. 請求返還代管之財產，與行使一般請求權有別，不能適用消滅時效之規定。（二十三年上字五二五號）

附解釋例

一、對期償還，屆期付清利息，雙方即認為繼續借貸之借約，乃給付有確定期限之債權，倘屆期未付本息，其請求權之消滅時效，原本適用民法第一二五條，利息適用第一二六條。（二十四年二月十九日院字一二二二號之一互見民法一二六條）

二、所有人未經登記之不動產，被他人占有而得請求回復之時起，已滿十五年，尚未請求者，則不問占有人之取得時效，已否完成，而因消滅時效之完成，即不得為回復之請求。

（二十八年一月十八日院字一八三三號互見民法七六七條七六九條）

三、民法物權編施行前，處分共同共有之不動產，未得公同共有人全體之同意者，除定其共同關係之契約，另有訂定外，固屬無效，惟因其處分而占有該不動產之人，已依民法物權編施行法第七條或第八條之規定，取得所有權者，公同共有人之權利，當然消滅，即便取得時效，尚未完成，而公同共有人之公同共有物返還請求權，依民法第一百二十五條，民法總則施

行法第十六條之規定，消滅時效已完成者，該占有人，亦得依民法第一百四十四條第一項之規定，拒絕返還。（三十年七月二十三日院字二二六號互見總則一四四條一項物權編施行法七條八條總則施行法一六條）

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定定期給付債權請求權之特別消滅時效。其關係條文為債編七二七條，參考他國條文為德民一九七條法民二二七七條瑞債一二八條日民一六九條泰民四四九條。

第二點 立法例

關於特別期間，他國法律，有定為二十年、十年、五年、一年或六個月者，例如法國民法。有定為五年、三年、二年、及一年者，例如日本民法。有定為四年及二年者，例如德國民法。有定為五年及二年者，例如泰國民法。有定為五年者，例如瑞士債務法。我民法折衷其間，酌設五年及二年兩種。

第三點 釋本條之意義

其一、本條所謂定期給付債權 *reguläre Forderung*。指於一定或不定期間，定期的給付金錢或其他物品之債權而言，就其全體言之，謂之定期給付債權，就其於各期應受之給付言之，謂之各期給付

Arrears，由此各期給付而生之請求權，即本條所稱之各期給付請求權。定期給付債權，有期者，有無期者，有依有價行為設定者，有依無價行為設定者，種類甚多，故特舉利息、紅利、租金、贍養金、退職金以爲例示。

其二、定期給付債權之特徵有三：（一）須反覆於數回清償期爲給付。（二）須有發生此定期給付債權之基本債權。例如終身定期金，一定期間之扶養費請求權。故普通之買賣代價，雖按月分期給付，仍屬於普通債權，不過所定之清償方法，稍有不同，不得謂之定期金債權。（三）其請求權得各個獨立。謂之定期者，以其須經過一定期間，始應爲一定給付也。故發生各期給付請求權，乃爲該債權之性質所必要，若普通債權，雖特別訂定爲定期給付，亦不能成爲定期給付債權。又定期給付債權，其給付之標的，並不以金錢爲限，金錢以外之物亦可。給付之數量，每期無須同一，祇須所定期間爲規則的反覆之終始。每期之長度，在利息、紅利、租金、贍養費、退職金，則不問其每期在一年以內或超過一年，苟爲定期給付，均適用本條之規定。此外之定期給付債權，則須其每期間爲一年或不及一年者爲限。超過一年者，仍應從前條長期時效之規定。

其三、各期給付請求權，學說上稱爲支分債權，或稱各期債權。蓋因每回清償期到來時，已爲獨立債權，故得獨立因消滅時效而消滅，此時效期間定爲五年，亦立法者任意斟酌，非有絕對理由可言，至各期給付請求權因時效消滅時，基本債權，亦隨之消滅否？日民法第一六八

條規定，自第一回之清償期起，爲二十年，自最後之清償期起，爲十年。我民法無明文規定，解釋上應適用一般之規定，自第一回之清償期起爲十五年，第一回已受清償者，自第二回之清償期起爲十五年，餘類推。

第四點 判例（附解釋例）

1. 給付有確定期限之債權，與定期給付之債權，其性質顯不相同。（二十一年抗字九五九號）
2. 民法第一百二十六條載，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等語。其所謂一年或不及一年之定期給付債權，原指一個基本債權而包含有數次給付期之請求權者而言，核與普通之定期債權，迥然不同。（二十一年上字一六五二號）

3. 民法總則編第一百二十六條所列舉者，乃屬定期給付之債權，觀於法文稱其各期給付請求權一語，即可明瞭。遲延利息，則爲賠償債務給付遲延所生之損害，惟限於債務人給付遲延時，債權始有請求權，自非定期給付之債務。（二十三年上字二三〇三號）
附解釋例

一、民法一一二六條所載定期給付債權，係指與利息等同一性質之債權而言，至第二二九條內稱給付有確定期限之債權，乃爲普通債權定有期限之一種，二者性質迥異。（二十四年十月二十六日院字一三三一號）

二、普通債權之定有給付期間，或以一債權分數期給付者，不包含在民法第一二六條所載其他定期給付債權之內。（二十四年三月四日院字一二二七號）

三、股東對於公司每年應分派之股息紅利，如於接受公司通知後，有積欠不來領取，或自變更住址，致公司通知，無從送達，均屬自己之過失，若從可行使請求時之日起，業已經過五年，不為請求，應認其請求權，已因時效而消滅。至時效消滅後所得之利益，當然屬於公司財產。（二十五年四月八日院字一四七六號）

四、每週年付息一次之利息請求權，應以每屆週年末日，為其可行使之起算時期，如以一年訴請求數年利息，其未逾五年之部分，自不因時效而消滅。（二十六年四月二十二日院字一六五三號）

第一百二十七條 左列各款請求權，因二年間不行使而消滅：

- 一、旅店、飲食店、及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物代價及其墊款。
- 二、運送費及運送人所墊之款。
- 三、以租賃動產為營業者之租價。
- 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。

本條應說明者四點

第一點

本條係規定業務債權請求權之短期消滅時效。其關係條文爲本編一二六條債編四二一條四九〇條六二二條六六〇條，參考條文爲醫師法一九條藥劑師法九條至一七條助產士法一四條律師法三六條公證法七條，參考他國條文爲德民一九六條瑞債一二八條法民二二七二條二二七三條日民一七〇條一七二條至一七四條泰民四四八條。

第二點

立法例（見前條之第二點）。

第三點

釋本條之意義

一、所謂運送費，廣稱陸海空之運送費（民六二二條），運送人所收之運費，固不待論，即承攬運送人所收之報酬，（民六六〇條）性質上雖稍有別，然自託運人之方面觀之，仍不失爲運費，亦應包含在內。所謂以租賃動產爲營業者，指以動產租與他人使用收益，收取租金爲營業之人。（民四二一條）醫生指廣義的從事一切醫術之人而言，齒科醫獸醫固不待論，即助產及習按摩、針灸、推拿、拔骨等不用藥品之治術者，亦包含在內，其已受營業之許可與否，在所不問。所謂技師，指從事於一切工程之設計監督之人。所謂承攬人，謂爲他人完成一定工作之人。（民四九〇條）

二、本條列舉各款之事項，概以從速解決爲宜，故其請求權定爲二年間不行使而消滅。此二年之消滅時效期間，在一般請求權中，爲最短期間，但法律所定期間更較短者，仍應依其規定，乃爲當然之解釋。

三、本條列舉各款事項中，雖均可因文見義，實用上不致發生何等疑問。但第一款所謂旅店之住宿費，第三款所謂以租賃動產爲營業者之租價，與前條定期給付之租金，有時頗生含混之慮，例如吾人於旅店內，租住別院數間，約明每月租價若干，定於每月底給付，此究爲第一款之住宿費，抑爲定期給付之租金？又如吾人向輪船公司租一輪船，約明一租三年，每年租價若干，定於每年初給付，此究爲第三款之租價，抑爲定期給付之租金？即於果應適用本條，抑應適用前條？有重大關係，此問題非可抽象率斷，應就具體事實，依第九十八條探求當事人意思表示之真意以爲解決。

第四點 判例

民法第一百二十七條所列各款之債權，其請求權，雖因二年間不行使而消滅，但此各款債權，如果經債務人，對於債權人，另行具立憑票即付之票據，則是其債權之性質，已變爲票據債權，而不得仍以民法第一百二十七條所列各款債權論。（二十一年上字一六三〇號）

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定消滅時效之起算點，其關係條文爲債編一九七條四五六條四七三條五一一四條六〇五條六一一條六二二條六六六條七一七條物權編九六三條，參考他國條文爲德民一九八條瑞債一三〇條俄民四五條日民一六六條一項一四四條泰民四二九條四三一一條二項。

第二點 立法例

以作爲爲目的之請求權，其消滅時效，應自何時起算，立法例亦不一致：有自請求權成立之時起算者，如德國民法（一九八條前段）是。有自可行使時起算者，如日本民法（一六六條一項）泰國民法（四二九條）是。本條前段之立法例，係從後者。至以不作爲爲目的之請求權，德國民法（一九八條後段）及泰國民法（四三一一條）明定其自有違反行爲時起算，本條後段之立法例採用之。

第三點 釋本條之意義

其一、消滅時效、以定期間之經過，爲其成立要素，則期間由何時開始進行？即期間之起算點，不可無明白規定。關於消滅時效之起算點，如第一百九十七條第一項，第四百五十六條第二項，第四百七十三條第二項，第五百一十四條，第六百〇五條，第六百一十一條，第六百二十三條，第六百六十六條，第七百一十七條，第九百六十三條等，固有各別之規定。而本條則特就起算點設一般規定，便於無特別規定時適用之。所謂「自請求權可行使時起算」，即謂

行使請求權並無法律上障礙，而不行使之時，消滅時效，即應開始進行也，故僅屬事實上障礙，不能阻却消滅時效之起算。所謂「以不行爲爲目的之請求權」，即謂對於負有不作爲之義務者，請求其勿違反此義務也，例如甲請求乙勿妨害其所有權之類是。此等權利，在義務人未違反其義務時，權利尚在滿足之狀態，自無何等行使之必要，故其請求權應自行爲時起算，如前例即自有妨害行爲時起算。

其二、請求權暫行使，謂其行使，無法律之障礙，故權利人之疾病不在等事實上之障礙，固不待論，即權利人爲無行爲能力人或限制行爲能力人，亦不妨時效之進行。（民一四一條）反之附有法律上障礙之權利，不問其種類如何，皆阻止時效之進行。

其三、抗辯權是否得阻止消滅時效之進行，甚有爭執，但在有滅却請求權效力之抗辯權，例如抵銷之抗辯權，不妨時效之進行，而在只有延期效力之抗辯權，例如基於所有權之物的請求權，對於有永佃權地上權或承租人，不因時效而消滅，蓋此等之權利人，有妨止物的請求權行使之抗辯權，而所有人，不能排去其法律上之障礙也。反之留置及同時履行之抗辯權，請求權人得清償自己之債務而排去其法律上之障礙，故不妨時效之進行。

其四、請求權可行使時，即消滅時效進行之時，分言於左。

1. 在確定期限之債權，自期限屆滿之時。
2. 在不確定期限之債權，於債權屆至之時，債務人知其屆至與否，在所不問。（民二二九

條二項)

3. 附有停止條件之債權，於條件成就之時。

4. 未定期限之債權，自債權成立之時。例如未定返還時期之寄託契約，寄託人得隨時請求返還。其返還請求權之消滅時效，自契約成立時進行。(日本大審院判例大正九年十一月二十七日民錄一七九七頁)消滅時效與債權成立同時進行，自債權之本質言之，似不甚妥，故有反對說，然使永不請求，則消滅時效永無進行之日，實際上亦有未便。

5. 於解約通知或請求後，一定之期間，或相當之期間後得請求之債權，自債權成立後經過一定之期間或相當之期間後，消滅時效開始進行。(德民一九九條日本大審院判例大正三年三月十二日民錄一五二頁)例如約定請求後三個月支付之存款，自契約成立後三個月後進行。蓋就得爲解約或請求之時觀之，其時已得爲意思表示，故自其時經過三個月後，卽爲可行使請求權之對。

6. 解約通知後始得請求給付之債權，以得爲通知之時爲起算點。(德民一九九條)蓋解約之通知，如權利人得隨時爲之而不爲，則是自甘放棄也。

其五、自請求權可行使時起算，固爲一般消滅時效開始進行之準則，但特種情形之請求權，何時爲可行使之時，卽消滅時效應從何時開始進行，並非毫無疑問，例如甲、未定有清償期之債權果自債權成立時進行時效，抑自催告時進行時效。乙、如須通知終止契約後經過一定

期間，始得爲一定請求者，其請求權自何時進行時效。丙、如分期給付之債權，約定一期給付遲延，即得請求全部給付者，其一期給付遲延時，是否應就債權全部進行時效，抑須債權人更請求全部給付時，始自該時起進行全部之時效。學說上均有爭執，依本法之解釋，甲之第一例應自債權成立時，乙之第二例應自一定期間經過時，丙之第三例應自一期給付遲延時，爲各該消滅時效開始進行之時。

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、開始執行行爲，或聲請強制執行。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定時效中斷之原因。其關係條文爲物權編七七一條，參考條文爲民法六五條二四四條一項五〇四條四〇九條至四三〇條破產法五五條六五條一項五款強制執行法四七條七六條一一五條一一六條，參考他國條文爲德民二〇八條至二一〇條法民二二四四條二二四五條二二四八條瑞債一三五條俄民五〇條日民一四七條泰民四三八條。

第二點 立法例

中斷之事由，有由於因時效受利益人之行爲者，即本條一項二款所規定之承認是。有由於因時效受不利益之行爲者，關於此點，立法例有二主義：其一、必限於訴訟上（審判上）之請求，始有中斷之效力者。自羅馬法以來，德國民法二〇九條一項，法國民法二二四四條，蘇俄民法五〇條，泰國民法四三八條一款，均採用此主義，我國民律新舊草案亦同。其二、不問訴訟上之請求，與訴訟外之請求，皆有中斷之效力者，日本民法一四七條，瑞士債務法一三五條二款，採此主義，本條之立法例仿之，但與日本民法稍異者，日民所謂請求，包含訴訟上之請求，與訴訟外之請求，本條所稱之請求，專指訴訟外之請求而言，訴訟上之請求，則謂之起訴，另以其獨立爲中斷之事由。

第三點 釋本條之意義

其一、時效之中斷者，在時效進行中，因有與爲時效基礎之事實狀態相反之事實發生，使其時效中斷之謂也。故時效之中斷，必在時效期間進行中，若在時效期間終止時，則爲時效完

成與否之問題，而非中斷問題。時效之中斷，與後述時效之未完成，俱稱時效完成之障礙，中斷令已進行之時效期間，全歸無效，於中斷事由終止時，重行起算，而時效之未完成，則令已進行之時效期間，仍為有效，於不完成之事由終止時，尚可一併算入，二者大有不同。依法國民法，有自然中斷與法定中斷之別，自然中斷，指因占有喪失之中斷，為取得時效特有之事由，我民法以之規定於物權編所有權通則中，（七七）條）本條所謂中斷，則專指法定中斷而言也。

其二、法定中斷事由如左：

一、請求
請求者，因時效受不利益之當事人，對於相對人主張其權利之謂也。外國立法，多依羅馬法之先列，時效之中斷，以裁判上之請求為限。本條依我國之習慣，以起訴為不得已之事，通常依裁判外之意思表示為催告，不以訴之提起為必要。

二、承認

承認者，因時效受利益之當事人，對相對人表示是認其權利存在之謂也。義務人既為此表示，權利人自信賴之，其不行使權利，不得謂為怠於行使，故能生消滅時效中斷之效力。至承認之性質，究為法律行為，抑為觀念通知，學說雖不一致，但承認僅屬是認相對人權利之存在，並非從新負擔債務，為承認之人，初不必有拋棄時效利益之意思，由承認所生中斷之效力，亦與承認人之意思無涉，應解為係一種觀念表示，而非意思表示也。又承認既非從新負擔

債務，亦非與相對人以新權利，故不能認為處分行爲，而僅係一種管理行爲，因之爲承認之人，祇須有管理之能力與權限，無須有處分之能力與權限也。至承認之方法，不限於明示，（書面、言詞、審判上、審判外等，）即默示亦可。（一部清償、支付利息、提起擔保、要求延緩等、）惟必須向相對人表示，始生中斷時效之效力。

三、起訴

此所謂起訴，指民事訴訟而言，其爲給付之訴，確認之訴，形成之訴，抑或爲本訴反訴，附帶民事訴訟，在所不論。即債務人提起債權不存在消極的確認之訴，因爲其相對人勝訴之時，亦可解爲中斷之事由。至於訴願及行政訴訟，非直接以私權之行使爲目的，故不爲中斷之事由。起訴何時發生中斷時效之效力，則有二說：一謂爲提起訴訟之時，一謂爲訴狀送達於相對人之時，我民事訴訟法第二四四條第一項規定，起訴應以訴狀提出於法院爲之，應解爲訴狀提出之時，已發生中斷效力，蓋訴之提起，已可視爲權利之行使，若於送達於相對人，則因法院事務之遲延，足使權利人受不測之損害也。關於指示債權，無記名債權，票據等，以起訴爲已足，無須提示於相對人。又在簡易程序起訴，得以言詞爲之，無須提出訴狀。（民法四二六條、四一九條、四三〇條）

其三、左列事項與起訴有同一效力

一、依督促程序送達支付命令

依民事訴訟法第五〇四條規定「債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量爲標的者，得聲請法院依督促程序發支付命令。」聲請發支付命令，爲權利之行使，故發生中斷時效之效力，然其效力之發生時期，爲聲請之時，抑爲送達之時，不無疑問。支付命令與起訴同爲權利之行使，而且育同樣之情形，故依本款文字，可解爲中斷之效力，雖因送達而發生，而其效力，則溯及於聲請之時。（同說日本大審院判例大正四年五月二十日民錄七〇五頁）但因債務人之住所不明等理由，全無不能爲送達時，則不發生中斷之效力。（同說日本大審院判例明治四十一年四月十一日民錄四二三頁）

二、因和解而傳喚

此所謂和解，乃當事人於起訴前，聲請管轄法院，傳喚他造當事人到場，試行和解之程序也。現行民事訴訟法，名爲調解，（民法四〇九條至四三〇條）規定於簡易訴訟程序內。依民事訴訟法第四三〇條規定，當事人兩造於法院通常開庭之日，得不待傳喚，自行到場。訴訟之言詞辯論或進行調解，此任意到場之調解，亦可解釋包含在內。和解之傳喚，應以聲請傳喚時發生中斷效力？抑應以傳喚他造時發生中斷效力？學說亦不一致，解釋上應以聲請傳喚時即發生中斷效力。

三、報明破產債權

報明破產債權者，債權人依破產法第六五條第一項第五款之規定，向破產管理人申報其債

權之謂也。又依破產法第五條規定，法院撤銷其認可之和解而宣告債權人破產時，以前之和解程序，得作為破產程序之一部，故依破產法第一二條之規定所申報債權，於此時亦可解為有效力。破產宣告之聲請，亦為權利行使之行為，與申報債權無區別之理由，故應為中斷時效之原因。（同說日本大審院判例明治三十七年十二月九日民錄一五七八頁）又依強制執行法參與分配之聲明，（強制執行法三二條）與申報債權，同其性質，亦可解為中斷時效之事由。（日本大正八年十二月二日大判）

四、告知訴訟

依民事訴訟法第六五條，當事人得於訴訟繫屬中，將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人，此告知訴訟，以對於第三人之請求權，由當事人之敗訴有相連關係者為限，始發生中斷時效之效力，即於敗訴時對於第三人得請求擔保或損害除去，例如買受人對於賣主之請求權，即有請求其擔保第三人就買賣標的物對於自己不得主張任何權利之權。（民三四九條）告知訴訟，以書狀提出於法院時，抑以送達於第三人時，發生中斷效力，（民訴法六六條），不無疑問，司叨丁格，主張以送達於第三人時發生中斷效力，（同氏德民二〇九條註解）余亦贊同。

五、開始執行行為或聲請強制執行

開始執行行為，謂開始查封行為，（強制執行法四七條七六條）或發出一定之命令（強制

執行法一一五條一一六條)也。強制執行，原則上因債權人之聲請爲之，但假扣押假處分及假執行之裁判，(民訴法三八九條)應依職權爲之。(強制執行法五條)所謂開始執行行爲，乃指依職權所爲之執行而言，其他之強制執行則因聲請而已發生中斷時效之效力。又民法第八七三條所規定抵押權人向法院爲抵押物拍賣之聲請，亦可解爲強制執行之聲請，故亦可發生中斷時效之效力。強制執行之聲請，基於公證書而爲者(強制執行法四條四款)因聲請新發生中斷之效力。基於確定判決而爲者，則其原有之請求權，已因起訴而中斷，消滅時效，惟因其終了而從新進行者，再因強制執行之聲請而中斷。並可使消滅時效，於強制執行程序終了前，不再從新進行，故有以之爲獨立中斷事由之必要。關於假扣押(民訴法五一八條)及假處分(民訴法五二八條)之執行，(強制執行法一三二條至一四〇條)因其只爲保全程序，是否亦包含於執行行爲之內，德國學者甚有爭論，茹兒替曼，司叨丁格，取肯定說。德仁布喜，葉涅擇魯，取否定說。在日本民法，則有明文承認其爲中斷時效之事由，余從肯定說。

第四點 判例(附解釋例)

1. 消滅時效，因承認而中斷者，係指時效進行中，曾經債務人承認而言。若在時效完成後，即無時效中斷之可言。(二十一年上字二七六七號)

2. 時效之中斷，須有法律上中斷之事由，否則時效之進行，即屬不能防阻。(二十二年上字八七〇號)

債權人之請求權，並不因債務人之逃避而不得行使，故於請求權之消滅時效期間經過後，不得以此爲時效中斷或妨礙中斷之事由。（二十八年四月十九日院字一八七五號）

第一百三十條 時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視爲不中斷。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因請求而中斷時效之限制。其關係條文爲本章一二九條一三七條，參考他國條文爲日民一五三條。

第二點 立法例（包一三〇條一三六條）

前條列舉時效中斷各事由，係爲因時效受不利益之當事人而設，惟時效制度之目的，在於保障吾人之生活，使之安全鞏固，卽有使吾人相互間之法律關係，早臻確定之必要。故各種中斷時效之事由，如因一度發生之故，卽概須依第一百三十七條重行起算，將有使時效期間無限延長之虞。我民法仿德日立法例，就各中斷事由，特設限制，除「承認」係基於債務人之行為，其應生中斷時效之效力，別無條件外，其他事由，則皆以明文定爲有某種情形時，視爲不中斷，蓋欲使時效期間，易於進行，而法律關係，較易確定也。

第三點 釋本條之意義

一、時效因請求而中斷者，若被請求人應其請求而爲義務之履行，其法律關係，卽已因此終結，固別無問題，倘被請求人否認其請求，或雖不否認而無誠意履行，則請求人除起訴外，

無由達其行使權利之目的，若經過相當期間，（六個月）並不起訴，可推知其無行使權利之決心，故應視為不中斷，即自初不生中斷之效力。請求人如欲保持中斷之效力，則非於請求六個月內起訴不可。此所謂起訴，應解為前條第二項所定與起訴有同一之效力者，亦包含在內。（日民一五三條）即送達支付命令，因和解而傳喚，申報破產債權，聲請強制執行等是也。若僅於請求後六個月內再為請求，其後六個月內，又再為請求，如此繼續，亦不發生此效力。但被請求損害賠償之人，以損害事故正在調查中為理由，而請延期時，上述六個月之期間，應自有回答之時起算。（日本昭和三年六月二十八日大審院判例見民集五一九頁）

二、請求為債權人請求履行之意思通知，某種行為，應視為請求與否，以其有無請求履行之意思通知以為斷。對於清算中法人申報債權之行為，及依破產法第一二條規定之申報債權，亦應視為請求。蓋中斷時效之請求，以有行使權利之實效為已足，無須有使相對人陷於遲延之效力，故相對人雖有同時履行抗辯權，自己未為提供而為之請求，雖無使相對人負遲延責任之效力，應解為有中斷時效之效力。應向債務人收取之債務，僅為書面之請求時亦同。但未提示票據所為票據債權之請求，是否有中斷時效之效力？然行使票據上之權利，於當事人間以提示為必要，未提示票據之請求，應解為不發生票據上請求之效力，（同說日本大正十三年三月十七日大審院判例見民集一七三頁）但亦有主張未提示票據之請求，不過不使債務人負遲延責任，仍可發生中斷之效力。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因起訴而中斷時效之限制，其關係條文為本章一二九條一三七條，參考條文為民訴法二六二條二六三條一九〇條二項二四九條四七九條，參考德國條文為德民二一二條一項法民二二四七條日民一四九條。

第二點 立法例

德民二一二條一項「因起訴之中斷，於撤回或依非決定事件本身之判決被駁回，而且確定者，視為不中斷」。

多數立法例，於訴之撤回或駁回後，原告於一定期內（例如六個月）再提起訴訟時，則溯及前起訴之時，發生中斷效力。德民二一二條二項認為自最初起訴時起，仍生中斷之效力，蓋不欲以形式之欠缺，而使其喪失時效中斷之利益。然在我民法承認裁判外之請求為中斷之原因，無為此種規定之必要。

第三點 釋本條之意義

一、撤回其訴者，原告於判決確定前，將其訴之全部或一部，表示不求法院裁判之行為也。原則應以書狀為之，但在言詞辯論時，得以言詞為之。（民訴法二六二條）訴經撤回，視為未起

訴。撤回於終局判決以後者，不得復提起與本案同一之訴。（民訴法二六三條）故時效因起訴而中斷者，至此應視為不中斷。蓋起訴時雖具行使權利之決心，而既經將訴撤回，可推知其已無行使權利之決心也。又訴訟當事人，自呈明休止時起，如於四個月內不續行訴訟者，視為訴之撤回，（民訴法一九〇條二項）解釋上亦應包括在內。

二、訴之撤回，謂訴提起不合法而被駁回（民訴法二四九條），對於駁回之裁定，得為抗告。（民訴法四七九條）經過抗告期間而未為抗告，或抗告駁回時，其裁定即為確定。至本條所稱駁回之判決，係依據當時民事訴訟條例之裁判形式而言，現行民事訴訟法，則以裁定形式駁回不合法之訴，其裁定即可視為本條之判決，實用上並無何等差異。又訴之一部，經駁回或經撤回時，則就被駁回或撤回之部分，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。
本條應說明者二點

第一點 本條係規定因送達支付命令而中斷時效之限制，其關係條文為本章一二九條一三七條，參考條文為民訴法五一一條二項五一六條，參考他國條文為德民二一三條日民一五〇條。

第二點 釋本條之意義

送達支付命令所以能中斷時效者，以其自送達時起在訴訟拘束之效力故也。若訴訟拘束，

失其效力時，自應視為不中斷。至訴訟拘束，何時失其效力？依民事訴訟法之規定，其情形有三：（一）發支付命令後，三個月內，不能送達於債務人者。（民訴法五一一條二項）（二）支付命令所載期間已滿後，債權人如於三十日內不為宣告假執行之聲請者。（三）駁回宣告假執行聲請之裁定已確定者。（民訴法五一六條）支付命令，即失其效力。

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。
本條應說明者三點

第一點 本條係規定因和解傳喚而中斷時效之限制。其關係條文為本章一二九條一三七條，參考條文為民訴法三七七條四〇九條四一四條四一九條四二〇條四二五條四三〇條五七三條五八三條，參考他國條文為法民二二四五條日民一五一條。

第二點 立法例

他國立法例，有規定權利人，如於一個月內起訴，仍許其自始發生中斷之效力者，（法民二二四五條日民一五一條）我民法未為規定。蓋如雙方當事人到場而調解不成立時，權利人得即聲請為訴訟之辯論或另行起訴，而溯及於聲請調解時發生起訴之效力，（民訴法四一九條）已足資救濟，而且調解之聲請，如已送達於債務人，一般可視為訴訟外之請求，（民一二九條）亦可發生中斷之效力。

第三點 釋本條之意義

一、本編於十八年十月十日公布施行，其時民訴法尙未制定，（民訴法十九年二月十六日公布一條至五三四條二十年二月十三日公布五三五條至六〇〇條二十一年五月二十日施行二十四年七月一日全部廢止同年二月一日公布七月一日施行新民事訴訟法）當日民事訴訟律（五二五條）及民事訴訟條例（四九三條）規定：「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。」本條規定，係以此為根據。其後公布民訴法，同時又公布民事調解法，凡「人事訴訟事件，及初級管轄民事事件，除經其他調解機關調解不成立，或調解主任認為不能調解者外，非經民事調解處調解不成或後，不得起訴」。調解範圍，至為廣泛，二十四年修正民訴法，同時於施行法第十四條，廢止民事調解法。故本條和解之範圍，解釋上實包括和解及與和解有同一效力之調解而言也。

二、在訴訟中能試行和解者，必推事能預料有和解之望時，方得為之。至試行和解時，推事應詳審案情，酌擬辦法，當庭勸諭兩造遵從，毋得率行依一造之聲請，或依職權延展期日，命當事人在外和解，以致虛耗時間。（民訴法三七七條）

三、國家為杜絕爭端減少訟累起見，特設調解制度，由法院擔任調解，兩造當事人各得推舉一人為調解人，協同調解，凡屬簡易程序之民事訴訟事件，及離婚之訴，與夫妻同居之訴，終止收養關係之訴，均須於起訴前，先經法院調解。其他民事訴訟事件，當事人亦得於起訴前，申請調解。（民訴法四〇九條四二五條五七三條五八三條）調解如果成立，則與訴訟上和

解有同樣之效力，固可收息訟釋爭之效。（民訴法四二一條）調解而不成立，如一造當事人聲請即為訴訟辯論，他造並未申請延展期日，經法院照准後，則可視為調解之聲請人，自聲請時，已經起訴。（民訴法四一九條）

四、相對人不到庭，即係拒絕調解。但現行民事訴訟法對於無正當理由不到場之當事人，得科五十元以下之罰鍰。（民訴法四一四條）法院並得酌量情形，另定調解期日。（民訴法四二〇條）如經另定期日，則調解之成立與否，尙未確定，故應解為尙未發生本條所定之效力。又當事人兩造，於期日到場而調解不成立時，法院得依一造當事人之聲請，命為訴訟之辯論，如此則視為調解之聲請人，自聲請時已經起訴，（民訴法四一九條）即調解程序一變而為訴訟程序，而消滅時效，則因起訴而發生中斷之效力。

五、調解不成立，依現行民事訴訟法之規定，其情形有二：（一）當事人兩造或一造於期日不到場者，法院酌量情形，得視為調解不成立，或另定調解期日。（民訴法四二〇條）（二）當事人兩造於期日到場而調解不成立，（民訴法四一九條）或當事人自行到庭進行調解而不成立。（民訴法四三〇條）

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。
本條應說明者三點

第一點 本條係規定因報明破產債權而中斷時效之限制。其關係條文為本章一二九條

一三七條，參考條文爲破產法一二五條，參考他國條文爲德民二一四條日民一五二條。

第二點 立法例

德民二一四條二項「撤回報明時，視爲未中斷」。本條仿之。日民一五二條「報明債權被駁回時，不生時效中斷之效力。」我民法雖無明文，解釋上自應相同。

第三點 釋本條之意義

債權人於債務人受破產之宣告時，因欲加入破產財團之分配，而向破產法院報明其債權數額，時效固應因此而中斷，若債權人撤回其報明，則不問其撤回之原因如何，就其撤回之表示觀之，總可推知其不欲加入破產財團受其分配之意思，故應視爲不中斷。至債權人之報明，因不合法而被駁回時，其不能生中斷之效力，自屬當然。又報明破產債權後，如破產宣告撤銷時，尙自初生中斷之效力否？原有否定肯定二說，而以肯定說較爲可取，蓋債權人於破產宣告撤銷前，既已報明，即已有行使權利之意思與行爲，法律別未定明應因後此撤銷破產之宣告而失效，自應使生中斷之效力，即不足視爲不中斷之原因。

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，視爲不中斷。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因告知訴訟而中斷時效之限制，其關係條文爲本章一二九條一三七

條，參考條文爲民法六五條至六七條，參考他國條文爲德民二一五條二項。

第二點 立法例

德民二一五條二項：「於訴訟終結後，若未就請求權之給付或確定，提聲訴訟，視爲未中斷，關於此期間，準用第二〇三條，第二〇六條，第二〇七條之規定。」明定訴訟爲提聲給付或確認之訴，我民法無之，解釋上應屬相同。

第三點 釋本條之意義

一、告知訴訟後，無論被告知人參加訴訟與否，告知人與被告知人間權利義務之關係，並不因該訴訟之終結而解決，故應另行起訴，如於訴訟終結後六個月內不起訴，則應視爲不中斷，所謂起訴指給付或確認之訴而言。例如買受人由第三人就其買得標之物提起追奪之訴，如買受人對於出賣人告知訴訟請其參加時，則買受人對於出賣人之追奪擔保請求權，因此而中斷消滅時效。如買受人敗訴時，則應於訴訟終結後六個月內，對出賣人提起訴訟。

二、訴訟終結，包括審判上之終結，與審判外之終結，訴訟有依裁判而終結者，有依審判上或審判外之和解而終結者，在特別訴訟程序，亦有法律上視爲終結者。本條所定六個月期間，因裁判而終結者，應自裁判確定時起算。因和解而終結者，應自和解成立時起算。

第一百三十六條 時效因開始執行行爲而中斷者，若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺，而撤銷其執行處分時，視爲不中斷。

時效因強制執行而中斷者，若撤回其聲請或其聲請被駁回時，視為不中斷。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因公力執行而中斷時效之限制。其關係條文爲本章一二九條一三七條，參考條文爲民法五一九條五二八條二項五二〇條五三〇條五二五條二項五三三條二項強制執行法四條至六條，參考他國條文爲德民二一六條日民一五四條一五五條。

第二點 立法例

德民二一六條一項「因執行行為之着手而中斷時效者，如執行處分，因權利人之聲請，或法律上事件之欠缺而被撤銷時，視為不中斷。」二一六條二項「因強制執行之聲請而中斷者，如聲請被駁回或於執行行為着手前撤回，或已爲之執行處分，依前項規定撤銷時，視為不中斷」。

強制執行，因權利人之聲請，已開始後，如有本條第一項所定之情形，即因權利人之聲請或因欠缺法律上要件而撤銷時，德國民法有明文規定其亦應視為不中斷。我民法雖無明文，解釋上應相同。

第三點 釋本條之意義

其一、開始執行行為

一、開始執行行為，乃判決或起訴前之保全程序，即法院依權利人聲請而爲假扣押或假處

分是也。若權利人於開始執行行為後，自行聲請撤銷其執行處分，又或因法律上要件之欠缺，而撤銷其執行處分，則與未會開始執行行為無異，時效因此事由而不中斷者，至此自應視為不中斷。所謂法律上要件之欠缺，例如不合於民事訴訟法五一九條或三八條二項之規定，及不依同法五二〇條五三〇條關於管轄之規定，抑或有同法五二五條二項五三三條二項之情形等是。

二、本條第一項所謂權利人，指聲請假扣押或假處分之人，及受假執行利益之人而言，如權利人自己請求撤銷執行處分，則可推定其無行使權利之意思，故應視為不中斷，然若依債務之請求而撤銷者，不在其內。如若因法律上要件之欠缺，即以不合法為理由而撤銷執行處分時，則該處分自始無效，故應視為不中斷。至於因其他理由，例如因第三人提起異議之訴，債務人聲明異議或提起異議之訴（強制執行法一二條至一五條）而撤銷者，不在其內。

其二、聲請強制執行

一、聲請強制執行，乃基於確定判決或其他債務名義實行權利之方法，若權利人撤回其聲請，或其聲請被駁回，則與未會聲請強制執行無異，時效因此事由而中斷者，至此自應視為不中斷。至撤回聲請或聲請被駁回之原因如何，在所不問。

二、本條第二項所謂「時效因強制執行中斷者」，應解為「時效因強制執行之聲請而中斷」。時效既因強制執行而中斷，若聲請人撤回其聲請，則可推定其無行使權利之意思。若因不合法而被駁回，則與未為聲請同，故應視為不中斷。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定時效中斷對於時之效力。其關係條文爲民法一二九條一三八條，參考條文爲民法四五五條四六二條四六三條五四七條及一九〇條二六三條一項，參考他國條文爲德民二一一條二一七條二一八條瑞債一三七條至一三九條俄民五一條日民一五七條泰民四三九條四四六條四四七條。

第二點 立法例

中斷效力終止時，固應重行起算時效，但不得因中斷變更時效之性質。在德民立法例，有權利如裁判上所確認，則延長其時效時間者，（德民二一八條）此種立法例，我民法不採用之。因時效期間，在法律上皆依權利之性質而爲規定，初非裁判上之確認所得變更。

第三點 釋本條之意義

其一、總說明

時效中斷之效力，有關於時者，有關於人者，關於人者，於次條更爲論述外，其關於時者，卽時效中斷前已經過之期間，概因中斷而失效，應自中斷之事由終止時，重行起算是也。重行起算之時效，究爲舊時效，抑爲新時效？依現時通說，應認爲新時效，不過時效期間，仍

與舊時效無異耳。又重行起算後，如有中斷之事由，仍得適用第一二九條，生時效中斷之效力。

其二、何時爲中斷事由之終止

一、一般中斷事由之終止，依各該事由之具體情形決之。即

1. 時效因請求而中斷者，自請求（催告）達到時，新時效開始進行。

2. 時效因承認而中斷者，以承認爲權利人所了解，或達到於權利人時，新時效開始進行。

3. 時效因送達支付命令而中斷者，如債務人提出異議，則變爲訴訟或調解程序（民訴五一

五條），如債務人未提出異議，而訴訟亦未失其拘束力時，則自宣告假執行之裁定確定

時，重新進行。（民訴五一七條）

4. 時效因和解傳喚而中斷者，如和解成立，則自成立時，重新進行，但和解中定有新履行

期者，自其期限屆至時起算，如依當事人一造之聲請，命爲訴訟之辯論，則變爲起訴。（民訴

四一九條）

5. 時效因報明破產債權而中斷者，即自破產程序終了時，重新進行時效。破產程序，因調

協之認可（破產法一三六條），或分配之終了而終了，如破產之宣告被撤銷時，則自撤

銷確定時，重新進行。

6. 時效因告知訴訟而中斷者，則自送達達到時起，重新進行。

7. 時效因開始執行行爲，或強制執行之聲請而中斷者，則自執行程序終結時起，重新進

行，如有數個之中斷事由存在者，一事由雖終了，而他事由存在時，時效仍爲中斷。

二、因起訴而中斷時效者，以何時爲中斷事由之終止？較一般中斷事由，易滋疑義。本條第二項，就此特設規定，卽：

1. 自受確定判決時。判決之得以提起上訴者，依上訴期間屆滿，及當事人捨棄上訴權，或撤回上訴而確定。判決之不得提起上訴者，如第三審不經言詞辯論之判決因送達而確定，及民訴法四五條四六二條四六三條五四七條所定不得上訴之判決，因宣告而確定是。

2. 因其他方法訴訟終結時。卽指訴訟因裁判上之和解訴之撤回及視同撤回（民訴法一九〇條二六三條一項）等情形終結其訴訟而言。

以上二者皆爲起訴事由之終止，應自該時起，重行起算時效。

第一百三十八條 時效中斷，以當事人，繼承人，受讓人之間爲限，始有效力。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定時效中斷對於人之效力。其關係條文爲債編二七六條二八五條十
四七條，參考他國條文爲德民九四一條法民一二〇六條瑞債一三六條日民一八四條。

第二點 釋本條之意義

一、時效之所以中斷，依上述第一二九條所定事由，係由於因時效而受不利益之當事人，或由於因時效而受利益之當事人之行爲而生，故其效力，祇能及於當事人，所謂當事人，卽爲

中斷行爲之人及其相對人是也。繼承人與受讓人，雖非直接當事人，然一則爲當事人之一般繼承人，（包括繼承）一則爲當事人之特定繼承人，當然爲當事人行爲效力所能及，故以此等入之間爲限，始有中斷時效之效力，例如一方債權有二人，僅其中一人爲請求時，則僅爲該請求之人與被請求之人之間，生中斷效力。又如一方債務有二人，僅其中一人爲承認時，則僅爲該承認之人與被承認之人之間，生中斷效力。

二、本條所謂中斷以法定中斷爲限，對於自然中斷不適用之。法定中斷，基於對人的行爲，故其效力亦爲對人的，例如一債權有數債權人時，其中一人爲請求，其他未爲請求時，僅爲其請求人，中斷時效，債權人之強制執行之聲請亦同。債務人對於其中一人之承認，亦可類推之。但此爲原則，立法上不無例外之規定，例如在連帶債權，其中一人爲給付之請求者，爲其他債權人之利益，亦生效力，（民二八五條）債權人向主債務人請求履行及其他中斷時效之行爲時，對於保證人亦生效力。（民七四七條）但連帶債務人中之一人消滅時效時已完成者，則僅以該債務人應分擔之部分爲限，因時效而消滅。（民二七六條二項二八八條二項）

三、連帶債務中之一人，或連帶債權中之一人，有消滅時效中斷之事由時，其效力是否及於其他債務人，或債權人？民法惟就消滅時效已完成之點，於第二七六條二項，第二八八條二項，設有規定，而於本問題則並無明文，惟依第二七九條及第二九〇條之法文觀察，應解爲仍適用本條規定之通則。

四、關於消滅時效之中斷，應準用於取得時效，例如甲乙兩人，共同占有丙之土地，取得時效進行之時，丙惟對甲為中斷行為，則惟對甲及其繼承人發生中斷之效力，乙不因此而受不利益，其時效依然進行，乙因取得時效之完成，取得與丙為共有之應有部分。又如丙占有甲乙共有之土地，丙惟對甲為承認，則惟對於甲之關係，時效中斷，乙不因此而受利益，而丙因取得時效之完成，取得與乙為共有之應有部分。但例如甲以土地所有人之資格，對於乙設定地上權，真所有人丙對乙為中斷行為時，則對於甲亦生中斷之效力，蓋性質上乙為甲之代理占有也。又土地之共有人，將因時效取得地役權時，非對於各共有人為中斷之行為，不生效力。蓋地役權性質上，不得由共有人中之一人享有，如對於共有人中之一人時效完成時，則使其為全共有人之利益，取得地役權。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因事變以致時效之未完成，其關係條文為本編一二〇條以下一二九條以下，參考他國條文為德民二〇三條瑞債一三四條俄民四八條日民一六一條。

第二點 立法例

消滅時效，以在一定期間內不行使其權利為成立要素，故在此一定期間內，而有行使其權利

利之事實者，則使其已進行之期間，全歸無效，是爲消滅時效之中斷。其雖未行使權利，而有難於行使之事實者，則使其已進行之期間，暫行中止，是爲消滅時效之停止。但在消滅時效之停止，有祇規定時效期間終止前之停止者，如日本民法是。（日民一五八條至一六一條）有同時規定時效期間終止前之停止，及進行中之停止者，如德國民法是。（德民二〇二條至二〇七條）我民法從日本民法，僅規定時效期間終止前之停止，是謂消滅時效之不完全 *Ablaufshemung*，爲廣義時效停止 *Hemmung* 之一種。停止與中斷不同之點，卽中斷係已進行之時效期間，全歸無效，於中斷事由終止後，須重行起算。停止則已進行之時效期間，仍屬有效，於停止事由終止後，仍須合算。二者之原因與作用，均有殊異。

第三點 釋本條之意義

一、時效不完成之事由，可分爲（1）因事變之不完成。（2）因繼承關係之不完成。（3）因行爲能力關係之不完成。（4）因監護關係之不完成。（5）因姻關係之不完成。本條卽因事變而不完成之規定也。所謂不完成，係法律對於已應完成之時效，因特種事由，暫使完成延期，俾因時效完成而受不利益之當事人，得利用此不完成之期間，行使權利以中斷時效之制度也。至不完成期間之長短，因不完成之事由爲何而有差異，法律概以明文規定，非當事人與法院所得任意伸縮者。本條之期間，定爲自妨礙事由消滅時起一個月內，乃因事變而不完成之一般期間，於無特別規定之時，均適用之。

二、本條所定不完成事由之成立要件

1. 須有不可避之事變。不可避之事變，即事變之發生，非人力所能抗拒，故學者稱爲不可抗力，有主觀客觀二義，主觀之不可抗力，即係權利人本身發生之事變，例如猝患不省人事急病，或被匪綁擄之類是。客觀之不可抗力，乃係權利人本身以外之一切外界事變，例如地震，海嘯，風災，洪水，戰爭，防疫之類是。本條所稱不可避之事變，究係包括主觀客觀二義，抑專指客觀而言，殊滋疑義。學者謂法文既以天災爲例，即可知係專指客觀而言，固不爲無見。惟按之實際，如上例猝患不省人事之急病，（喪失意思能力）或被匪綁擄之時，已陷於不能中斷時效之狀態，此時驟使時效完成，未免待權利人過苛，故普通主觀事變，如尋常疾病，父母死亡，住宅被焚等事變，無礙於爲中斷時效之行爲者，雖不能解爲係不可避之事變，而如上例已陷於不能中斷時效之狀態各事由，仍不能以其屬主觀的，而遂謂爲不足爲時效不完成之原因，蓋與其以主觀客觀爲準，斷定其是否爲不可避之事變，無寧以事變之性質，視其是否無礙於爲中斷時效之行爲爲準，較爲適當也。又所謂不可避，非絕對之意義，應依社會見解決定之，例如因洪水斷絕交通，雖尙可依非常方法，用飛機往還，然在一般視察，則已可謂不可避。

2. 須其事變足致中斷不能。即須因該事變而致不能爲一切中斷行爲，例如因戰爭或洪水斷絕交通，不能赴法院起訴，而權利人如尙能向義務人爲訴訟外之請求，則仍與本條之要件不符。

3. 須其事變於時效期間終止時存在。事變之發生，在於何時，可以不問，而時效期間終止

時，其事變必須存在，則爲本條之要件，蓋事變發生後，長時期在繼續狀態中，乃常有之事，
非待其事變消滅，不能爲中斷之行爲，故事變適於此時存在，自應使時效不完成也。

三、事變何時消滅，爲一個月期間之起算點，實用上須就各個具體事變決定之，例如戰爭，
究以停戰議和時爲事變之消滅，抑以和議簽字時或軍隊撤退時爲事變之消滅，須視該次戰爭之具體情形如何，
苟停戰議和時，即已恢復交通，可自由爲中斷之行爲，自該時起已可認爲事變消滅，
及是雖已至軍隊撤退時，而秩序仍然紊亂，交通尙未恢復，一般視爲尙難爲中斷之行爲，
則仍難認爲事變消滅。一個月期間，計算法，依第一二〇條以下之規定。

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。

本條應說明者二點

第一點 本條係規定因關於繼承財產權利時效之不完成，其關係條文爲本編一二〇條
以下繼承編一一七四條一一七六條一一七九條，參考條文爲破產法五九條，參考他國條文爲德民
二〇七條法民二二五八條二項瑞債一三四條日民一六〇條。

第二點 釋本條之意義

其一、總說

前條係因事變之不完成。本條因特種權利之不完成。蓋一般權利，權利人與義務人，通常

皆居確定地位，行使與被行使兩方面，並無何等困難情形。惟關於繼承財產之權利，因繼承係因被繼承人之死亡而開始，致行使與被行使兩方面，遂與一般權利特異，如無人承認之繼承，繼承人既不確定，同時即須另選遺產管理人。（民一一七七條）又如遺產不足清償債務，而繼承人爲限定繼承者，尙待爲破產之宣告。（破五九條）此時屬於繼承財產之權利，即繼承人爲權利人者，其權利人尙不確定，自無行使之主體。對於繼承財產之權利，即繼承人爲義務人者，其義務人尙不確定，自無對之行使權利之可能。其應爲破產之宣告者，亦尙有種種手續，故非自繼承人確定，管理人選定，或破產之宣告時起，經過相當期間，不應遽使時效完成。本條就此特種情形，定爲六個月內，其時效不完成，係基於權利之性質，而保護因時效受不利益之當事人也。本條所定六個月期間之計算，應依第一二〇條以下之規定。

其二、分釋本條用語

一、繼承人確定 謂繼承人已爲限定之繼承，或已經過拋棄其繼承之期間，（民一一七四條）或已有承認繼承之行爲時，繼承人因以確定者而言。

二、管理人選定 依民法第一一七七條規定，繼承人之有無不明，或繼承人均拋 繼承時，（民一一七六條）由親屬會議，選定遺產管理人。

三、破產之宣告 依破產法第五九條規定，遺產不敷清償被繼承人債務，而有下列情形之一者：即（1）無繼承人時。（2）繼承人爲限定繼承或繼承人全體拋棄繼承時。（3）未拋

棄繼承之繼承人全體有破產之原因時，均得宣告破產。

其三、分釋本條所定不完成事由之成立要件

一、須關於繼承財產之權利。即屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，均有適用。如非繼承人爲權利人，或非繼承人爲義務人，即不得適用本條。

二、須繼承開始時，時效尙未完成。此乃時效不完成制度之性質所當然，苟繼承開始時時效已完成，自不能使已完成之時效，復歸於不完成也。

三、須繼承開始時，行使權利人或被行使權利人尙未確定。蓋繼承開始時，如繼承人已確定，或管理人已選定，或已宣告破產，則可由其行使權利，或對之行使權利，自不適用本條。

第一百四十一條 無行為能力人，或限制行為能力人之權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行為能力人或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因能力關係時效之不完成，其關係條文爲本編八一條親屬編一〇八六條一〇九一條一一〇條，參考條文爲民法六一五條五一條，參考他國條文爲德民二〇六條法民二二五二條二二七八條瑞債一三四條日：一五八條泰民四三五條。

第二點 立法例

羅馬法及法國民法，對於未成年及禁治產人之權利，在原則上，其時效全然不開始進

行。(法民二二五二條)本條則從德日之立法例，以之爲不完成之理由。

第三點 釋本條之意義

其一、總說

無行為能力人之法定代理人，爲監護人。限制行為能力人之法定代理人，爲父母或監護人。所謂成爲行為能力人，在禁治產人則爲禁治產之撤銷，(民訴法六一五條)在未成人，則爲結婚或滿二十歲。蓋無行為能力人，絕對不能自己行使權利，限制行為能力人，亦不能獨立爲有效之權利行使，故除由法定代理人，代爲行使，或經其承認或允許外，其權利即無從行使，此等人若於時效期間終止前六個月內無法定代理人，自非俟其本身成爲行為能力人，或法定代理人就職，其權利無從行使之狀態，即不能除去，就令一旦除去，而其對何人有權利，及其權利應如何行使，亦尙需清查考慮之期間，故定爲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。

其二、分釋本條所定不完成事由之成立要件

一、須爲無行為能力人或限制行為能力人之權利。祇須爲此等人之權利，無論對於何人，均可適用，若他人對於此等人之權利，則不能適用。

二、須無法定代理人。無行為能力人或限制行為能力人，若有法定代理人，自可由其法定代理人爲行使權利之行爲，無使時效不完成之必要，故以無法定代理人爲要件。至須何時無法

定代理人，法文明定於時效期間終止前六個月內，祇須六個月內無法定代理人即可，苟六個月以前，早無法定代理人，其得當然適用本條，尤不待言。但限制行為能力人，關於特定行為行為能力時，（民七七條但書）關於該行為所生之權利，雖無法定代理人，亦不適用本條之規定，是為例外。

三、依本條規定應受時效不完成之利益者，以應為無行為能力人或限制行為能力人之不利益者為限。故以其對於他人之權利，應經時效消滅，及就其所有權利為他人之利益有取得時效之進行時，為本條適用之範圍。若為無行為能力人或限制行為能力人之利益應完成之時效，則不在其內，蓋相對人得依民事訴訟法第五一條之規定，為無訴訟能力人聲請法院，選任特別代理人也。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因監護關係時效之不完成，其關係條文為羈屬編一一〇一條一一〇二條，參考他國條文為德民二〇四條法民二二五二條瑞債一三四條日民一五九條一項參民四三五條二項。

第二點 立法例

德國民法及法國民法之立法例，規定父母子女關係及監護關係存續中，認為當事人間之時效均應停止，（德民二〇四條法民二二五二條）本條則惟保護服從權力之人，片面的規定時效之不完。

本條規定於代理關係消滅後一年內其時效不完成，若代理關係，縱已消滅，而於一年內，權利人仍為無行為能力人，或限制行為能力人，且尚無後任之法定代理人就職，是否仍適用本條，以有疑問？在日本民法第一五九條第一項規定：「無能力人，對於管理其財產之父母或監護人所有之權利，自其成為能力人或後任之法定代理人就職時起，六個月不完成。」本條雖未從其例，於此情形，解釋上仍可適用前條之規定，即自其成為行為能力人或其法定代理人就職時起，六個月不完成。在泰國民法第四三五條規定：五年內時效不完成，未免過長。

第三點 釋本條之意義

其一、總說

一、代理關係消滅之原因，在父母則為死亡或被停止親權，（民一〇九〇條）及子女之結婚，成年。在監護關係，則為死亡，撤退，（民一一〇八條一一〇六條）辭職，（民一一〇九五條）禁治產人之禁治產撤銷，未成年入結婚，滿二十歲等。

二、本條所異於前條者：（1）前條係無行為能力人或限制行為能力人對於一般人之權利，本條則係對於其法定代理人之權利。（2）前條不完成之期間為六個月內，本條則為一年內。

蓋此等人原立於其法定代理人保護之下，對之爲行使權利之行爲，事實上甚爲困難，故定爲須於代理關係消滅後一年內，其時效不完成。至代理關係因何原因消滅，在所不問。

其二、分釋本條所定不完成事由之成立要件

一、須爲屬於無行爲能力人或限制行爲能力人之權利。若法定代理人對於無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，則不能適用。立法例雖有法定代理人對於此等人之權利，亦設有停止時效之規定者，然爲本法所未採用。

二、須爲對於其法定代理人之權利。若對於法定代理人以外之權利，則應適用前條，而不適用本條。關於對於法定代理人之權利，有解爲以債權爲限者，余則以爲其權利因取得時效之完成而應歸於消滅者，亦包含在內。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定因婚姻關係時效之不完成。其關係條文爲親屬編九八九條以下一〇四九條以下，參考他國條文爲德民二〇四條法民二二五三條瑞債一三四條一項三款日民一九九條二項泰民四三六條。

第二點 立法例

日本民法，以妻對於夫之權利爲限，停止時效，蓋以妻爲限制行爲能力人，處於夫權之下，故特設保護之規定。我民法既採夫妻平等之原則，故從德法瑞泰立法例而爲相互平等之規定。

第三點 釋本條之意義

一、婚姻關係消滅，謂因夫妻一方之死亡，離婚，或婚姻之撤銷而消滅，死亡宣告，亦視同自然之死亡，爲婚姻消滅之原因。婚姻因死亡而消滅者，其時效對於死亡者之繼承人繼續進行而完成。離婚有協議離婚與裁判離婚兩種，協議離婚，自離婚證書之作成，裁判離婚，自判決之確定，卽生離婚之效力。婚姻之撤銷，依德民之解釋，因撤銷而溯及的發生無效之效力，故不得主張停止時效之利益，然我國民法，規定婚姻撤銷之效力，不溯及既往，（民九九八條）故於撤銷判決確定之時，始生婚姻消滅之效力。

二、本條係規定因婚姻關係之不完全，蓋夫對於妻或妻對於夫之權利，在婚姻關係存續中，其行使不無顧忌，且因相互之信賴，往往忽略權利之行使，故規定應於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成。本條之要件：（1）須爲夫對妻或妻對於夫之權利，其爲因夫妻關係而生之權利，（例如因夫妻財產制而生之權利）或非因夫妻而生之權利，在所不問。（2）須其婚姻關係尙未消滅，婚姻關係消滅之原因，卽夫妻一方死亡，離婚，或婚姻之撤銷等是。蓋婚姻關係消滅後發生之權利，卽非夫對於妻或妻對於夫之權利也，故因判決離婚所生之損害賠償請求權，（民一〇五六條）不能有本條之適用。至於婚姻之無效，乃自始無效，尙不得爲婚姻之成

立，（民九八八條）不得謂有夫妻之關係，故不生時效不完成之效力。

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，債務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為理由，請求返還。其以契約承認該債務或提出擔保者，亦同。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定消滅時效完成及於債務人之效果，其關係條文為債編一九八條三三七條八八〇條，參考他國條文為德民二二二條法民二二三條俄民四四條四七條日民一四五條一六七條以下泰民四三二條。

第二點 立法例

消滅時效之效力，固因消滅時效之完成而發生，但究發生何種之效力，立法例頗不一致：

一、權利消滅主義。即消滅時效完成後，權利之本身，歸於消滅，溫第賒底主張之。日本民法，即採此主義者也。（日民一六七條以下）

二、訴權消滅主義。即消滅時效完成後，訴訟上實行其權利之權能即訴權，歸於消滅，權利之本身，依然無恙。如依此說，則消滅時效完成後成爲無訴權之權利，即所謂自然債務是。薩威尼主說，蘇俄民法即採此主義者也。（俄民四四條四七條）

三、抗辯權發生主義。即消滅時效完成後，不損權利之本身，不歸於消滅，即實行其權利

之權能即訴權，亦不歸於消滅。所發生者，唯債務人阻止債權人行使其權利之抗辯權，如見於
學主張此說。德國民法，即採此主義者也。德民法二二二條「消滅時效完成後，義務人有拒絕
給付之權利，為因時效已消滅之請求權之履行所為之給付，雖其所為，不知有消滅時效，仍不
得請求返還。債務人依契約上之承認或擔保之提供者亦同。」本條之立法例仿之。

第三點 釋本條之意義

一、依第一百二十五條至第一百二十七條，皆揭明「請求權」字樣，是唯請求權因時效而
消滅，其基本權利，並不因之消滅。而依本條及第一百四十五條第一項之規定，即請求權亦非
當然消滅，不過因債務人有得拒絕給付之抗辯權，請求權乃因之消滅而已。故時效完成後，債
務人如為拒絕給付之抗辯權，當然生消滅時效之效果，其請求權應因時效而消滅。反是若債
務人不為拒絕給付之抗辯，則請求權依然存在，法院不得依職權以時效完成為理由，駁回債權人
之請求也。但依蘇俄民法，認為時效有消滅訴權之效力，法院應依職權審查時效已否完成，如
已完成，則駁回訴訟。我民法不採用之。

二、時效制度之主要目的，在於免除審查權利之來源，而使現在權利狀態之確定，成為簡
單化，故已經時效消滅之債權，不得為抵銷，但在時效完成前已適於抵銷者，亦得為抵銷。
(民三三七條)又已經時效消滅之請求權，不得以之為抗辯，例如買受人之減價請求權已經時效
消滅，則不以之為抗辯，(民三六五條)但基於同一事實發生請求權及抗辯權者，不在此限，

蓋此種之抗辯權，多視為有獨立之性質也，例如同時履行之抗辯權，其對待給付請求權，雖已消滅，時效完成後對於相對人之請求，仍得為同時履行之抗辯。

三、請求權雖經時效消滅，其基本權利，並未因之消滅，此時債務人仍為履行之給付，在債權人原非不當得利，同時亦可認債務人已拋棄拒絕給付之抗辯權，故債務人不得於事後以不知時效為理由，請求返還。其以契約承認該債務，或提出擔保者，亦不得主張該契約無效，或撤回其担保。而對於基於此契約之請求，亦不得以時效為抗辯，此所謂承認，與第一二九條之承認不同，蓋在彼為觀念之通知，發生中斷之效力，而此則為法律行為，此契約或為不要式之行為，例如債務人與債權人約為分期之給付，或於時效完成後，債務人請求延期，而債權人許之是也。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定消滅時效完成及於擔保物權之效果，其關係條文為總則編一二六條債編五一三條四四五條物權編八六〇條以下八八四條以下九二八條以下，參考他國條文為德民二二三條瑞債一四〇條泰民四三四條。

第二點 立法例及學說

德民二二三條一項「設有抵押權或質權之請求權之消滅時效。不妨權利人就擔保之標的受清償。」同條三項「前二項之規定，於利息及其他定期給付之欠額請求權之消滅時效，不適用之。」本條之立法例仿之。

關於抵押權及留置權，是否亦包含民法五一三條之法定抵押權，及民法四四五條之法定留置權在內，解釋上有二說：主張否定說者，爲德仁布喜，芮邊，瑞債探此說。主張肯定說者，爲菩瀾克司叨丁格，芬兒替曼，泰民探此說。依我民法八八三條九三九條之解釋，探肯定說。

第三點 釋本條之意義

一、抵押權、質權、留置權，均係供債權擔保之權利，其性質爲從權利，依次條之規定，則主權利既因時效而消滅，從權利亦應隨之而消滅，即不能再就擔保物取償，然此等供擔保之權利，究爲物權，而且債權人往往因信賴擔保物，而未及時行使權利，故爲此限制之規定，以鞏固擔保物權之效力而保護債權人之利益。

二、上述供有擔保之請求權：擔保權利，不隨請求權之消滅時效而消滅，係屬一種例外，故其性質不適用於例外之權利，即不適用上述規定。本條第二項所稱「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」，即明示此等請求權，如經時效消滅，不能復就其擔保物取償也。蓋此等請求權，既有一定給付期，債權人不難按時行使，乃竟

任其經時效消滅，預係自有過失，自無更予保護之必要。至舉利息爲例，亦與第一二六條之旨相同。再本項之適用，與第八六一條抵押權所擔保者爲原債權利，第八八七條質權所擔保者爲原債權利之規定無礙，蓋各該條係規定消滅之範圍，而本項則取債權，應隨請求權而消滅之規定也。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定消滅時效完成及於從權利之效果，其關係條文爲債編三〇七條物權編八六二條八八〇條，參考他國條文爲德民二二四條瑞債一三三條俄民四六條泰民四三三條。

第二點 立法例

德民二二四條「對於附隨於主請求權之從給付之請求權，其應適用之特別時效，雖未完成，與主請求權同時效而消滅。」本條之立法例仿之。唯綜前條視之，本條前段爲原則，但書爲例外，前條第一項，係本條例外之一實例，而其第二項則又爲例外之例外，復還於原則者，故從立法技術上言，本條與前條，不免前後倒置之嫌，然於實際之適用，則並無妨礙。

第三點 釋本條之意義

一、主權利與從權利，例如原本與利息。基於所有權之物的返還請求權，與對於惡意占有

人損壞該物之損害請求權，主請求權與孳息之請求權，債權與抵押權質權留置權。

二、從權利與主權利有附隨之關係，故常共其命運，（民三〇七條）例如原本債權消滅，則利息債權，亦隨之而消滅，基於所有權之物之返還請求權消滅，則對於惡意占有人損壞其物之損害賠償請求權，亦隨之而消滅。然有時原本債權已因時效消滅，而利息債權，尙未消滅，例如通常原本債權請求權，依第一二五條，須因十五年間不行使始消滅者，該原本所生利息，其各期給付請求權，依第一二六條，祇須五年間不行使即消滅也。因此往往有主權利之請求權，尙未因時效消滅，而從權利之請求權，已先因時效消滅者，例如民國十八年一月一日起進行時效之原本債權，債權人於民國三十一年十月間始行使請求權，此時原本債權之請求權，尙未因時效消滅，而民國十八至二十五年各期給付之利息請求權，則已因時效消滅。反是亦有主權利之請求權已因時效消滅，而從權利之請求權，反未因時效消滅者。如前例民國十八年一月一日起進行時效之原本債權，債權人於民國三十三年一月間始行使請求權，此時原本債權之請求權，已因時效消滅，而民國二十九、三十、三十一、三十二年各期給付之利息請求權，則尙未因時效消滅。前者有第一二六條之適用，後者則有本條原則之適用，但本條所示原則，法律如有例外之特別規定者，仍先適用該規定，例如前條所定抵押權質權留置權，原則上不隨其所擔保之債權消滅時效之完成而消滅。

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定時效之嚴格性。其關係條文爲本章一二五條至一二七條，參考他國條文爲德民二二五條法民二二二〇條瑞債一二九條一四一條俄民四九條日民一四六條泰民四二六條四二七條四三七條。

第二點 立法例

時效期間，能否以法律行爲加長或減短？即變更時效要件之契約，其效力如何之問題，立法例尚不一致：

一、有以時效之加長，則爲有害公益，而減短時效，則正合於時效制度之目的，故不許當事人以法律行爲加長而許其減短，例如德國民法。（德民二二五條）日本民法，雖無明文規定，學說及判例，亦同此旨。

二、有謂長期時效期間，不得加長，短期時效期間，則於長期時效期間之範圍內，酌量加長，自無不可者，德仁布喜，韋西特兒諸氏主張之。蘇俄民法，採用此說。（俄民四九條）

三、有謂關於時效期間之加減，均屬有害公益，應不許當事人以法律行爲爲之，例如瑞士債務法，（瑞債一二九條）及泰國民法。（泰民四二七條）

本條仿第三種立法例，不獨時效期間不許加減，他如創設時效中斷或未完成之原因等，足以使時效完成困難者，亦在所不許。又性質上不得因時效消滅之請求權，亦不得因當事人之契

約，使變爲得因時效而消滅。

第三點 釋本條之意義

其一、時效期間之變更，不問以契約或單獨行爲，亦不問是否因時效受利益或不利益之當事人所爲，均所不許，依此類推解釋，其他時效要件，亦不許任意變更。

其二、時效之利益，是否可以拋棄，應就時效完成前，與時效完成後，分別論之。

(一) 時效完成前之拋棄。時效利益之拋棄，乃因時效受利益之人，所爲不欲受時效利益之意思表示，換言之，即拒絕履行之抗辯權之拋棄也。此意思表示，若於時效完成前，預先爲之，則時效制度，將等於虛設，殊屬有害公益，各國民法，有特以明文禁止者，無明文之國，學說上亦幾無爭執，我民法故亦於本條揭明此旨，苟違反此禁止規定，於法即屬無效。惟如單係拋棄期間經過之利益，則可與承認同視，足生中斷之效力，不得謂爲預先拋棄時效之利益，仍應認爲有效。

(二) 時效完成後之拋棄。時效完成後，應許拋棄其利益，各國亦有以明文規定者，我民法雖無明文，而依本條「不得預先拋棄時效之利益」之反面解釋，自亦可解爲許可拋棄。至拋棄之性質如何，學說雖不一致，而吾人則信「因時效受利益之人，所爲不欲受時效利益之意思表示」之說，較爲適當。又拋棄爲處分行爲，須有處分能力與權限，始得爲之，自不待言。

拋棄得依單獨行爲或契約爲之，其性質爲要相對人之意思表示，故應對於時效完成受不利

益之當事人爲之。拋棄既爲意思表示，故應適用關於意思表示之規定，此意思表示之方法，得爲明示或默示，拋棄須有拋棄之意思，故非對於時效之完成其認識，則不得謂爲拋棄，於時效完成後，支付所欠之利息，或請求延期之行爲，如債務人知時效之完成而爲之，則爲拋棄，如債務人不知時效之完成而爲之，雖不得謂之拋棄，然依其情形，仍得適用第一四四條第二項之規定。唯應注意者，時效利益之拋棄，與拒絕給付抗辯權之不行使不同，拋棄則失時效之利益，不得再爲抗辯。抗辯不行使，則他日不妨行使之。

第七章 權利之行使

第三十三解 本章之總說明

本章應說明者三點

第一點 本章規定之內容

壹 權利濫用之禁止（一四八）貳 自衛行爲中之正當防衛及其要件（一四九）叁 自衛行爲中之緊急避難及其要件（一五〇）肆 自助行爲之要件（一五一）伍 自助行爲後應爲之處置（一五二）

第二點 本章之立法例

本章所謂權利之行使，包含權利濫用之禁止，自衛行爲及自助行爲。關於權利濫用之禁止，蘇俄民法，以之規定於第一條。瑞士民法，以之規定於第二條第二項。關於自衛行爲，及

自助行爲，日本民法，以之規定於第七二〇條，瑞士債務法，以之規定於第五二條，泰國民法，以之規定於第一九三條至第一九七條。而綜此二者，於總則編，另設一章，則自德國民法始。（德民二二六條至二三一條）本編仿德國民法總則編第六章，及我第一次民律草案總則第八章之立法例，特於總則之末，設此一章。

第三點 本章標題之意義

權利之行使 *Anstehung der Recht* 實現其權利內容之行爲也。行使權利之行爲有爲法律行爲者，例如依撤銷權而爲撤銷是。有爲準法律行爲者，例如依催告權而爲催告是。有爲事實行爲者，例如所有人任意毀損其所有物是。又此行爲之作用，有爲請求者，例如債權人請求履行債務是。有爲管領者，例如所有人處分其所有物是。有爲形成者，例如契約之解除權是。然嚴格言之，則權利之行使，與權利之主張不同，即權利之主張者，依權利之作用所得爲之一切行爲也，其範圍廣。權利之行使，則專謂依權利之內容所得爲之行爲也，其範圍狹。例如提起確認之訴，及權利之讓與，祇得謂爲權利之主張，而不得謂爲權利之行使是。又權利之行使，與權利之實現亦異，即權利之實現者，權利之內容已經實現也。權利之行使，則如以上所述，僅爲實現其權利內容之行爲。權利之實現，例如債權履行而實現，所有權依使用收益處分其所有物而實現，撤銷權依其法律行爲無效而實現。權利之實現，有因於權利之行使者，例如所有權因權利之行使而實現是。有非因於權利之行使者，例如債權因債務人之履行而實現，而非因債

權人之請求而實現是。又有於權利行使之外，再須有其他之事實者，例如民法第二四四條之撤銷權，即於權利行使之外，尚須法院之判決，其權利始能實現是。

第三十四解 本章之逐條說明

第一百四十八條 權利之行使，不得以損害他人爲主要目的。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定權利濫用之禁止，其關係條文爲總則一〇一條債編一八七條三項一八八條二項二〇五條二一五條二一七條二一八條二一九條二六四條二項二六七條三一八條四四六條二項四八七條四九三條四九四條物權編七六五條七七三條七七四條至八〇〇條親屬編一〇〇三條一〇九〇條一一〇一條一一二條二項一一二六條繼承編一一六一條一一六三條一一六六條，參考他國條文爲德民二二六條德新憲法一五三條三項瑞民二條俄民一條泰民一七條。

第二點 立法例

德國民法二二六條「權利之行使不許專以損害他人爲目的。」瑞民二條一項「行使自己權利，凡履行自己義務，應依誠實及信義爲之。」同條二項「權利之顯然濫用，不得受法律之保護。」本條係仿德民之立法例。德國於一九一九年，制定新憲法時，於一五三條三項明定：「所有權包含義務，於其行使，應同時顧及公共之利益。」此足證從前傾向國家主義之法制，歐戰後已一變而爲傾向社會主義之法制，而憲法與民法，在現代爲公法私法之混成物，亦即公

法私法崩壞之最大原因。故蘇俄新民法第一條規定：「國民私權，應受法律上之保護，但行使權利，與社會經濟目的牴觸者，不在此限」。驟觀之似甚新穎，實則前此早已有之。羅馬法上格言曰：「行使自己權利，不問對於何人，不得有不法之行使」。今觀蘇俄民法，所謂「牴觸社會經濟」云云，由其政策推論，不爲過激，蓋以社會爲本位，本於私權的相對性，深合於現代「法律的社會化 Socialization of the Law」之思想也。

第三點 釋本條之意義

其一、權利行使之限制，散見於本法各編者：

權利之行使與否，就個人主義的立法原理而言，原屬自由，不能以法律限制其行使，或強制其行使，然自團體主義發達以來，權利之限制，幾成爲最普遍之要求，故現代各國法律，除縮小權利之標的外，對於權利之行使，亦多加以適當之干涉，我民法大體本此趨勢，以爲立法之準繩。除本條外，於民法各編，對於權利行使，直接或間接加以限制，分述於左：

甲、關於總則者：例如當事人如以不正當行爲，阻其條件之成就，或促其條件之成就時，則視爲已成就，或視爲不成就。（民一〇一條）

乙、關於債編者：（一）因權利之行使，於權利人利益甚少而限制者，例如民法第二六四條第二項之規定，第三五四條第一項之規定，第四九四條之規定。（二）原狀回復義務之減輕，例如回復顯有重大困難者，應以金錢賠償損害。（民二一五條）基於同一理由，承攬人如

修補所需費用過鉅者，得拒絕修補。（民四九三條）（三）在雙務契約及雇傭契約，當事人所得或應得之利益，或故意怠於取得之利益，均應扣除。（民二六七條四八七條）（四）其他之限制。例如承租人留置權之限制規定，（民四四六條二項）違約金減低之規定，（民二五二條）利息限制之規定，（民二〇五條）分期或緩期給付之規定，（民三一八條）賠償責任減輕之規定，（民二一七條二一八條）無過失責任之規定。（民一八七條三項一八八條二項）（五）債權之行使及債務之履行，均應依誠實及信用方法。（民二一九條）我民法雖未如瑞士民法，於總則編，特設適用之通則。（瑞民二條一項）然就第二一九條之規定以爲解釋，凡權利義務，應依誠實及信用之方法以行使履行之，此點在前大理院已經採爲判例矣。（四年大判上字三二二號）

丙、關於物權者：（一）所有權之行使，應在法令限制之範圍以內。（民七六五條）（二）不動產所有權，惟於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下。如他人之干涉，不礙其所有權之行使者，不得排除之。（民七七三條）（三）土地所有人，因鄰地所有人，在其疆界或近旁，營造或修繕建築物，而有使用其土地之必要者應許其使用。（民七九二條）（四）因相鄰人或區分所有人之關係，而限制其權利之行使者。（民七七四條至八〇〇條）

丁、關於親屬者：（一）夫妻之一方，濫用代理權者，他方得限制之。（民一〇〇三條二項）（二）父母濫用其對於子女之權利時，最近尊親屬或親屬會議，得糾正之。（民一〇〇九〇

條) (三) 監護人非爲受監護人之利益，不得使用或處分其財產。其爲不動產之處分時，並應得親屬會議之允許。(民一一〇一條) 如將受監護人送入精神病醫院，或監禁於私宅者，應得親屬會議之同意。(民一一一二條二項) (四) 家長行使管理家務之權利，應注意於家屬全體之利益。(民一一二六條)

戊、關於繼承者：(一) 繼承人違反法律之規定，而不負擔其行使之義務，致被繼承人之債權人受有損害者，應負賠償之責。(民一一六一條) 其隱匿遺產，或在遺產清冊爲虛偽之記載，或意圖詐害被繼承人之債權人權利而爲遺產之處分者，不得主張限定繼承之利益。(民一一六三條) (二) 繼承人行使分割遺產之權利，應保留胎兒之應繼分。(民一一六六條)

其二、適用本條時之注意

一、因行使權利而損害及於他人，乃日常生活所習見之事，如第一五〇條一項前段，第一五一條，卽其適例。惟不得已而損害及於他人，其目的皆在維護自己正當之利益，若並不爲維護自己正當利益，而專以損害他人爲目的，則其行使權利，顯已溢出必要範圍，既爲社會道德所不許，自亦爲法律所應禁止，苟違反本條之禁止規定而爲權利行使者，卽應適用第七十一條之規定。

二、須以損害他人爲主要目的，故其權利之行使，雖知有害於他人，而不以之爲目的者，不在此內，蓋權利之行使時，對之爲權利行使之人，一般皆有損害，而行使人亦非不知，惟因

權利之行使，自己所得之利益，較對於他人之損害爲大者，本條亦無適用。有加損害於他人之意思與否，雖爲主觀之問題，然其權利之行使，於自己無益而於他人有害，或自己所得之利益極小，而對於他人之損害莫大者，通常可視爲有加損害於他人之目的，其毫無目的全不合理之行為，亦在濫用權利之列，而有本條之適用，所謂損害，不以財產上之損害爲限，權利人所欲加以損害之人，無須與實際上受損害之人或應受損害之人爲一致。

三、本條惟限制權利之行使，非限制權利之內容，違反本條規定之權利行使，法律上當然爲違法，無須當事人之抗辯。依當事人所陳述之事實，有本條要件之存在時，法院應依職權採用之，如關於要件之存否有爭執時，相對人有舉證之責。

第四點 判例（附他國判例）

1. 行使權利，若非圖自己之利益而專以損害他人爲目的者，謂之權利之濫用，不在法律保護之例。（十五年大判上字六一〇號）

2. 占有人於其占有土地所建築之房屋，土地所有人，雖得請求拆去，然依其情事，可認土地所有人依占有人請求，償以相當費用，將房屋收歸已有，實與請求拆去房屋，可得全然同一之利益者相等，若土地所有人，必使占有人拆去房屋以損其價格，自不得謂非權利之濫用。（同上）

3. 譜牒僅以供同族稽考世系之用，於私人權義，不生重大影響，故其記載雖有錯誤，苟非

確有利害關係，即屬同房族之人，亦不許告爭。（十五年大判上字一三二二號）

德國最高法院判例，認為權利之濫用者，則有下列各例：（一）對於定做之物，以其絕小之瑕疵而拒絕受領，有反於誠實信義者。（二）被告人為借款，以其一定數目字之股票為質，於被請求清償時，雖其股票已變為全無價值，而請求返還其原數字之股票。（三）父對於其所仇視之子，禁止進入其子之母所埋葬之園。（四）出賣人對於其出賣物品之瑕疵，已願為除去，而仍為解約之行爲。

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爲之行爲，不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。

本條應說明者三點

第一點 本條規定自衛行爲中正當防衛之範圍及其要件，其關係條文為債編一八四條物權編九六〇條九六二條，參考條文為刑法二三條，參考他國條文為德民二二七條瑞債五二條一項日民七二〇條一項泰民一九六條。

第二點 立法例

甲、自衛行爲 *Selbstverteidigung*，為民法上最重要之觀念，即在刑法上，則不構成犯罪行爲而為刑事免責之要件。在民法上，則不構成侵權行爲（債編一八四條以下）而為民事免責之要件。德國學者分稱爲防衛行爲 *Notwehr* 與救護行爲 *Notstand*，我國舊刑法三六條但書

七條但書沿用之。新刑法二三條但書，仍稱爲防衛行爲，二四條但書，則改稱避難行爲云。法國學者，則分稱爲正當防衛 *Defens legitima* 與緊急避難 *Etat de necessite*，日本學者多沿用之，茲因慣用之故，採此用語。至關於二種行爲區別之標準，德國學者，則謂防衛行爲，乃係防現時不法侵害所爲之行爲，救護行爲，則係避免急迫危險所爲之行爲。法國學者，就彼國刑法解釋，謂正當防衛，乃係因排除侵害而加侵害人以反擊，緊急避難，則係因避免侵害而加第三人以損害。我國民法及刑法，從其條文之精神觀之，均係採德國學者之見解無疑。

乙、自衛行爲免責之理由如何？學者之主張，影響於立法例者有主觀客觀等說。

一、主觀說。謂人當緊急之時，因無思考餘暇，已失其自由意思，故能阻却違法。此係就行爲人之意思立論，爲法國學者所倡，以前爲民刑法學者之通說。

二、客觀說。此係求其阻却違法性於客觀方面，又可別之爲二：

(一) 以爲權利行爲，即稱自衛行爲，乃係權利之行使，故不能謂之違法。(二) 以爲非常行爲，即稱自衛行爲，乃正值非常之時，不容國家干涉，惟有一任當事人之行爲，以發生自然之結果。

以上諸說，以非常行爲說，較爲適當。蓋法律不以自衛行爲爲違法，並非因行爲人即已喪失自由意思，亦非即認行爲人有權利，不過以事出非常，難再待國家之干涉，惟有聽其自力救濟，苟其結果在必要之範圍內，可不問其責任而已。

丙、私權之被侵害，應訴之公力以求救濟，爲現代立法例一般公認之原則。但於公力救濟 *Oeffentliche Hilfe* 之外，尙許自力救濟 *Selbsthilfe*（卽自衛及自助）與否？學者間雖無爭論，然多數立法例，則於一定限制下，許其自力救濟。（德民二二六條至二三〇條八五九條八六〇條瑞債五二條瑞民九二六條奧民一九條三四四條日民七二〇條泰民一九五條一九六條）我第一次民律草案，仿多數立法例，於總則編第八章，設有規定，第二次草案刪之。現行民法，仍回復一草之規定。故本條所定者爲正當防衛，次條所定者爲緊急避難，又其次爲自助行爲。

丁、德民二二七條「因正當防衛所爲之行爲，不爲不法。正當防衛，謂爲使自己或第三人得免現在不法之侵害所必要之防衛。」本條之立法例仿之。

第三點 釋本條之意義

甲、本條適用之範圍

正當防衛，以對於不法侵害之反擊爲限，爲本條適用之範圍。正當防衛，雖其手段爲違法行爲，不負賠償責任，即使違法行爲成爲非違法，其違法性，係因其行爲直接爲法律所禁止，抑或係違反法律行爲之義務，在所不問。例如物之出賣人，對於買受人，欲以力強奪其占有之舉動，爲防衛所爲之行爲，致物毀損而未逾越防衛程度者，對於買受人不負責任。然侵害須非由被害人故意所引起，如被侵害人以侵害他人爲目的，故意造成使其得爲防衛之狀態，則被侵

害人自己實爲侵害人，不得謂爲非違法。

乙、本條適用之要件

主張其行爲係出於正當防衛，應證明正當防衛要件之存在：

其一、須有加害行爲。加害行爲，爲防禦行爲之前提，更須具左列要件：

一、須爲不法之侵害

即所爲侵害行爲，爲法所不許，僅須客觀不法已足，主觀要件是否具備，可以不問。故雖無責任能力或無故意過失，而不法加人以損害，亦得謂爲不法之侵害，蓋在被害人實無甘受此等不法侵害之理由也。但動物非爲權利義務之主體，不得爲不法之侵害，動物之侵害，屬於次條所定緊急避難之範圍，然動物苟爲人利用以爲侵害之手段，則有本條之適用。又正當防衛，不以爲防衛之人，認識其在防衛之狀態爲必要，故未成年入，或有精神病人，不妨爲防衛行爲也。侵害須加於一定之權利，其爲生命，身體，自由，名譽，所有權或其他權利，在所不問。對於一定契約上義務之損害，亦得爲侵害，蓋義務之不履行，雖不能爲積極之行爲，但不行爲義務之違反行爲，得爲侵害。又此所謂侵害，對於占有之侵害，亦包含在內。即占有人，其占有物被侵奪者，其取回之行爲，不爲不法。（民九六〇條二項）

二、須爲現在之侵害

即侵害行爲，已經着手，或現正實施或尙未完畢之時，故對於過去之侵害，或將來之侵

害，均不能成立防禦行爲。惟法律祇定爲須現時，則其情形是否急迫，可以不問。至現時不法之侵害，是否必須積極行爲，抑或消極行爲亦可，應就具體事實決之，未可一概而論。

其二、須有防禦行爲。此即防禦行爲之本體，更須具左列要件：

一、須爲防禦自己或他人之權利

加害人現時不法之侵害，未有不妨害自己或他人之權利者，此時不問權利之種類如何，亦不問他人之範圍如何，均得爲排除之行爲，且其行爲是否予加害人以反擊，抑或反於他人之意，亦可以不問。防衛他人之權利所爲之行爲，又稱緊急救助之 *oddsite*，亦爲正當防衛也。爲防衛公共危險之犯罪，是否亦屬於正當防衛之範圍，解釋上應以肯定說爲是。例如墜塞水路足以引起洪水危險之行爲，或賣國之行爲，對其侵害，得許人人爲防衛，爲緊急救助人之類。

二、須未逾越必要程度

1. 必要與否，乃客觀的狀況，而非被侵害人之主觀的意見，如有多數防止之方法，則應擇其損害之較輕者，但依其情形非可強其如此者，不在此限。至於因防衛行爲所加於侵害人之損害，大於或異於因侵害對於被害人所得生之損害與否，或其比例如何，苟有必要，皆非所問，故對於所有或占有之侵害，如無其他手段可以有效防止，則不得已而傷人，亦非所不許，然爲因防衛僅少之利益，而與侵害人以莫大之損害，有失平衡者，有時得爲權利之濫用，應依第一四八條之規定，負損害賠償之責。依葉滄澤魯氏之主張，對於故意之侵害，雖可逃避，然無適

避之必要。對於過失之侵害或有精神病人之侵害，如可逃避，則應逃避之。然侵害由於故意抑或由於過失，被侵害人於被侵害時，是否得為認定，不無疑問。

2. 逾越必要程度之行為，謂之防衛過當 *Notwehr excessus*，依刑法規定，得減輕或免除其刑，然刑法上雖不處罰，不必為民法上賠償責任之解除，超過必要程度之防衛行為，仍應負賠償責任，其是否有過失，在所不問。至於誤想的防衛行為 *Fatale Notwehr* 即誤以為有防衛狀態之存在，而為防衛行為，其是否應負賠償責任，應依侵權行為一般原則，即以其誤想防衛狀況之存在有無過失以為斷。

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者為限。

前項情形，其危險之發生，如行為人有責任者，應負損害賠償之責。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定自衛行為中緊急避難之範圍及其要件，其關係條文為債編一八四條一九〇條一九一條物權編七九一條，參考條文為刑法二四條第一次草案物權編九八四條一項二項，參考他國條文為德民二二八條九〇四條瑞債五二條二項日民七二〇條二項泰民一九七條。

第二點 立法例

甲、關於緊急避難所應保全之法益，各國民法之立法例，多採概括規定，德民二二八條「爲使自己或第三人避免由他人之物所生之急迫危險，損壞或破壞其物，如其損壞或破壞爲危險之防止所必要，且其損害對於危險非爲不相當者，不爲違法」。瑞債五二條二項「爲避免自己或他人之急迫，損害或危險，對於他人之財產，加以毀損者，應依法官之裁量爲賠償」。我民法則列舉生命身體自由財產四者，係與刑法二四條爲一致之規定。

乙、所謂緊急避難，有防禦的緊急避難(Defensiver Notstand)或稱物之防衛(Sachwehr)，謂對於發生危險之物之本身加以毀損，例如鄰人之房屋被焚，破垣而入救火，以避免延燒之危險是。攻擊的緊急避難(Agressiver Notstand)，謂對於未關與危險之物，加以毀損，例如甲爲防衛內之侵害，而破壞乙之所有物之行爲是。但對於侵害人之物，加以毀損，則屬於正當防衛之範圍。

丙、攻擊的緊急避難，是否爲正當防衛，依日本民法第七二〇條第一項之規定，則爲正當防衛，換言之，即以攻擊的緊急避難，包含於正當防衛之內。其範圍以防禦的緊急避難爲限。依瑞士債務法五二條之規定，則防禦的及攻擊的緊急避難，皆包含在內。德國民法，關於攻擊的緊急避難，規定於物權編九〇四條「物之所有人，如他人對於其物之干涉，爲現在之危險所必要，且其急切之損害，較之因干涉對於所有人所生之損害甚鉅時，無禁止其干涉之權利。但所干涉人得請求賠償因干涉所生之損害。」故不含於正當防禦觀念之內。其總則中所稱緊急避難

者，則以防禦的緊急避難爲限。我第一次民律草案物權編九八四條一項二項，即與德民九〇四條爲同一之規定。例如甲乙二人，比鄰而居，丙宅失火，甲因救火，不俟乙之許諾而拆卸乙屋之一部分，以爲鎮滅火災之用，以原則論，甲有干涉行爲，乙可主張所有權以拒絕之，不知甲之干涉，乃迫於生命身體自由財產現有危險，不得已而爲之，且其所拆卸者，不過乙屋之一部分，苟非拆卸之，則甲屋所受之損害，或將倍蓰於是，是因干涉而生之乙屋損害額，較少於不干涉而生之甲屋損害額，乙即不能依原則以排除之，不過火災鎮滅之後，可以行使其物上請求權，使甲爲賠償損害而已。依此規定，必因危險所應發生之損害，較重大於因干涉所應發生之損害，乃得行干涉行爲，非然者，所有人仍得排除之，是使所有人，得於遭遇干涉時，審察危險之大小，判斷損害之重輕，而後決定排除與否也。然干涉行爲，由於危險緊迫，而當此危險之來，所有人果能於俄頃之間，爲精確之審察，下正當之判斷乎？設使判斷失當，而爲排除，干涉人即得以不法排除爲理由而請求損害賠償，不轉使所有人受意外損失乎。是欲設此規定，以謀利益之平衡，而適足以生紛擾之結果。日本民法，做法國民法例，不存此條。我第二次草案物權編及現行民法物權編所以刪除此條也。

餘詳前條第二點甲乙丙之說明，可以相互參照，不贅述。

第三點 釋本條之意義

甲、本條適用之範圍

大多數之立法例，關於緊急避難，皆以對於物之損害為限，對於他人之生命身體，加以傷害，則所不許，依我國民法之規定，則無此限制，與刑法所定者同其範圍，故民法上緊急避難之觀念，以我國所定之範圍為最廣。但損害之程度，本條則定有限制，為財產上之利益，自不許傷害他人之身體，唯對於由物直接發生之危險，得破毀其物，即對於受害人所用為攻擊武器之物，加以毀損，或因逃避危險，使用他人之物以為防衛行為因而毀損其物者，亦包含在內。又危險不以由物所生者為限，而所加之損害，亦不以物為限，其與正當防衛之範圍不同之點有二：即（一）緊急避難所加之損害，為對於他人，而正當防衛所加之損害，為對於受害人。（二）因緊急避難所得避免之損害，不得大於其所加於他人之損害，而正當防衛，則無此限制。

乙、本條適用之要件

其一、須有危險。有危險為緊急避難之前提，更須具左列要件：

一、須為急迫之危險

本條列舉自己或他人之生命，身體，自由，財產，則名譽信用等，不包含在內。多數立法例，關於急迫之危險，須以由他人之物所生之危險為限，我民法則與刑法同，定明祇須為急迫之危險，其原因可以不問，由於事變，或由於行為均可。不必由於物所生，亦不必由於他人之物所生，惟其程度必須急迫耳。例如動物向人攻擊，係自動的抑或為人所唆使，並無區別。至

如何始爲急迫，須按當時具體情形，依社會觀念決之。

二、須爲及於自己或他人生命身體自由或財產之危險

此點亦與刑法同，（刑法二四條一項）就危險之種類，設有限制，故如爲名譽信用等危險，雖屬急迫，亦不能成立避難行爲。

三、須其危險之發生行爲人無責任

1. 此點爲前條正當防衛所未規定，蓋侵害行爲之發生，被害人曾否與以原因，及與以原因之效果如何，可讓諸債編通則之規定。而避難行爲，則有就此明示其條件之必要也。苟該危險之發生，行爲人曾與以原因，則不問其是否另有他之原因，或與以原因有無故意過失，均爲行爲人就危險之發生有責任，雖爲避難行爲而致加損害於人，仍爲侵權行爲，應負損害賠償之責任。即行爲人依通常之注意，應預知其行爲足以引起危險之發生時，則爲有責任，例如依一般經驗，若如此刺激馬或牛，則足以引起危險，在行爲人本身負有責任，如他人引起危險，則行爲人不負賠償之責。至他人爲逃免被危險人之危險而爲毀損之行爲，則以其危險係爲其所引起者爲限負賠償之責。行爲人以外之人引起危險之發生，是否應負賠償責任，則以是否因其故意或過失而引起行爲人之毀損行爲以爲斷，即應依民法第一八四條之規定，負其責任。危險之發生，如應由被危險人負責者，則因逃免所爲之行爲，係他人所爲，抑係由其本人所爲，均應由被危險人負賠償之責。

2. 行爲人因避免危險而毀損他人之物因而受其損害者，是否得對於其物之所有人或他人，請賠償，未可概論，如損害係由動物所致者，適用民法第一九〇條之規定。如由他人土地上之建築物所致者，適用民法第一九一條之規定。其他由他人之物所受之損害，則應依侵權行爲之規定，即以其所有人有無過失以爲斷。

3. 對於無責任能力者之行爲，或對於由第三人用以爲攻擊工具之人，是否得爲緊急避難，依德民之解釋，刑法上雖不處罰，在民法上仍爲違法行爲，如具備侵權行爲之要件，則應負擔賠償責任，蓋德民以毀損發生危險之物，爲其範圍也。然依我民法則無此限制，故解釋上得爲緊急避難。

其二、須有避難行爲。此卽緊急避難行爲之本體，更須具左列要件：

一、須因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險

此點之種類限制，亦與上述要件其一之二同，惟刑法上之用語，稱曰避難，民法上之用語，稱曰避免，似有積極消極之不同，但細按立法本旨，應解爲係同一觀念，祇須爲脫却危險，則爲消極之逃避，或積極之救護均可。又不問爲自己或爲他人，祇須在列舉法益之範圍，均得成立避難行爲。

二、須爲避免危險所必要

避難行爲，以脫却危險爲止，逾此程度，亦爲不法，如因此加損害於人，仍得侵權行爲

爲，發生損害賠償之責任。至如何始未逾越程度，應按照當時具體情形，依社會觀念決之。

三、須未逾越危險所能致之損害程度

此卽兩害取輕之原則，換言之，由避難行爲所生之損害，不得較危險所生之損害更大也。在正當防衛，爲防衛小價值之物，得毀壞侵害人高價之物。而在緊急避難，則須權衡所加之損害與危險所能致之損害。一般人之生命身體，應視爲高於物之價值。人之自由爲物之危險所臨者甚少，然爲極短期自由之剝奪，而毀損他人高貴之物，得視爲逾越程度。爲避免輕微之傷害，而損壞他人之貴重物者亦同。德國民法，兩者相衡有過鉅之情形，始爲所不許。按我民法，則所加之損害不得逾越危險所能致之損害，卽不得大於危險所能致之損害，否則仍須負損害賠償之責，其有過失與否，在所不問，例如牛人他人之田，其禾苗雖有被害之危險，然不得因而奪殺之。此卽春秋申叔時所設踐田奪牛之說也。此價值之比例，爲客觀的事實，被危險之人，有認識與否，在所不問。

其三、緊急避難是否爲權利

關於緊急避難，是否爲權利，應與正當防衛同論，其舉證責任亦相同。誤想的緊急避難 (atairnotstand) 是否應負賠償責任，應以其誤想有無過失以爲斷，此點亦與正當防衛同。

第四點 判例 (附解釋例)

1. 侵害過去，已隔數月，其非正當防衛可知，尤與緊急避難不符。(二年刑大判上字四七

號)

2. 私人復仇，不免為不正之侵害，即不得剝奪被侵害者之防衛權。(二年刑大判上字六四號)

3. 緊急防衛權，以對於現受不正之侵害，為最要之條件，故行使此項防衛權，非有不正侵害，在閭不容髮之際，舍此別無排除之方法者，不得濫用，若其侵害已過，即不成防衛問題，更安有防衛過當之可言。(三年刑大判上字四二一號)

4. 凡對於他人不法之侵害為防衛自己或第三人之權利，所為急迫不得已之加害行為，不負賠償損害之責。(三年民大判上字六八〇號)

附解釋例

(1) 商民承辦堤岸工程，官署因其偷工減料，將該店機器查封，商民不服，訴請平反，此種情形，自係國家於民法上行使私人自衛權之一例，此項訟爭，仍應適用民事法規辦理。(三年前大理院統字一四四號解釋例)

(2) 重慶私人防空洞之剩餘洞位，應開放與他人避難，以補公共防空洞之不足，早經重慶防空司令部會同其他主管機關於上年三月間布告周知，除已照前次規定開放，給有避難許可證者外，並製就避難許可證，發交警察局各分局存備各洞主接洽，及分函洞主在案，此項辦法，自係防空主管機關，本於防空法第八條第二款職權所為之命令，持有前項許可證之人，於

空襲時，爲避免轟炸之危害，前往私人防空洞避難，其事前已受接洽之洞主，（或主持之人）就該洞所剩餘洞位，苟非臨時因人數擁擠，及其他不得已情形，事實上無法開放，依法既應容納，即係對於危害之發生，在法律上負有防止之義務，該洞主（或主持之人）拒絕容納，致避難人遭遇敵機轟炸，發生死傷之結果，依刑法第十五條規定，與因積極行爲發生結果者同，應查明該洞主（或主持之人）如有犯罪之故意或過失，分別論以故意或過失殺傷之罪。（三十年六月十七日司法院院字二二〇〇號）

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。

本條應說明者三點

第一點 本條係規定自助行爲之範圍及其要件，其關係條文爲債編四四五條四四七條六一二條物權編七九一條二項七九五條九六〇條，參考條文爲民訴法五一八條強制執行法二二二條二三條二六條五三條一二八條二項管收條例一條至一五條（管收民事被告人規則，因二十九年八月十二日公布之管收條例而歸於廢止），參考他國條文爲德民二二九條德民訴法七九八條瑞債五二條三項泰民一九四條。

第二點 立法例

現代立法例，有禁止自力救濟者，如法日等國民法是。有相當認許自力救濟者，如德國民法是。德民二二九條「以自助之目的而取去破壞或毀損其物，或拘束有逃走之虞之義務人，或除去義務人就其應容忍之行為所爲之抵抗者，其行為如於適當時期不得請求官署之援助，且非即時爲之，則請求權之實現爲不能，或顯有困難時，不爲違法。」本條之立法例仿之。餘詳一四九條第二點丙之說明，不贅。

第三點 釋本條之意義

甲、本條適用之範圍

其一、自力救濟之限制

自衛自助，卽自力救濟，自力救濟，對於公力救濟而言，權利被侵害時，逕用私人腕力以爲保護，是謂自力救濟，依國家權力以爲保護，是謂公力救濟。國家設民事訴訟等制度，原爲公力救濟之設備，其目的本欲消弭自力救濟，使悉歸於國家公力保護之下，以免社會發生強凌弱衆暴寡之弊端。故在組織完備辦案迅速之國家，可絕對禁止自力救濟，但在我國現狀之下，民事案件，一經涉訟，經年累月，方可三審終結，迨至強制執行，人事變遷，債務人非財產已歸烏有，卽死亡或逃匿無着，致債權人徒受訟累而一錢莫名，與其依訴訟方法而得此結果，曷若於法律之範圍內，限制的認自力救濟之爲愈。我民法仿德國民法，限制的認許相當之自力救濟，本條係規定事前之限制，次條則爲事後之限制也。

其二、自由之拘束或財產之押收毀損。

一、自由之拘束

依德民二二九條之規定，義務人有逃亡之虞時，得拘束其身體，故只爲防止義務人隱匿其財產，不得爲之。又依德民訴法七九八條規定：「人的保全假扣押 *Personliche Sicherheit*」應以爲保全財產上強制執行所必要者爲限，故爲強制義務人之行爲，或不行爲，不得爲之，例如對於罷工之工人，不得爲使其工作之目的而拘束之。我民訴法無關於人的保全假扣押之規定，然依強制執行法二二條二三條及二六條之規定，則債務人顯有逃匿之虞，命其提供擔保而不提供者，或擔保人故縱債務人逃亡者，亦得爲管收之原因，故解釋上與德民無異。又德民同條所稱抵抗之除去，爲對於有忍受義務人所爲之自助行爲，例如義務人應容許他人由其地引水或爲通行，而爲妨害之行爲，則權利人得排除之，排除行爲，以排除妨害所必要者爲限，但殺害之行爲，雖義務人身體之拘束爲不可能時，亦在所不許。我民法雖無抵抗除去之規定，然依強制執行法一二八條三項之規定，請求以人之交出爲目的者，亦得爲自助之目的，將其人取出，解釋上亦與德民無異。又債務人或擔保人，有管收條例第七條所列情形之一者，不得管收，更不得依本條之規定，爲自由之拘束。

三、財產之押收或毀損

押收財產，以其請求權得爲強制執行或得爲假扣押爲限，依民訴法五一八條規定，假扣押

以債權人就金錢請求或得易爲金錢請求之請求，爲保全強制執行者，得聲請之。故請求權非以金錢或得爲金錢之給付爲目的者，不許依自助行爲押收財產。又財產不得爲強制執行者，（強制執行法五三條）亦不許押收，蓋依官署之援助尙不得爲之行爲，權利人更無爲之之權利也。押收之財產，以屬於債務人所有者爲限，其係他人之物爲債務人所保管者，不得押收之。毀損行爲，雖不受上述之限制，然以適於防禦其請求權爲實行之不可能或顯有困難者爲限，例如爲保全以他人忍受行爲爲目的之請求權之實行所必要而毀損其物是。得押收或毀損他人之物，以緊急行爲爲限。

其三、其他關於自助行爲之規定

其他依民法第四四五條，第四四七條，第六一二條，第七九一條二項，第七九五條，第九六〇條等之規定，於一定條件之下，分別承認自助行爲者亦不少。

三、本條適用之要件

請求公力救濟，由起訴以至於強制執行完畢，時期甚長，不足以資保護，即假執行假扣押及假處分，有時亦嫌遲緩，難於應付，故特許自助行爲，以補其不足，其要件有如左列，且須同時具備，方許成立自助行爲。

其一、須爲保護自己之權利

此爲成立自助行爲之根本要件，亦即與自衛行爲不同之點，自衛行爲所保護之權利，不論

爲自己或他人均可。自助行爲所保護之權利，則專限於自己之權利。惟所謂權利，須以得起訴之請求權，並得強制執行者爲限，若竊盜爲防護贖物而捆縛失主，配偶爲保持同居而私禁其妻或夫，或因勞務契約要求給付勞務之請求權，均不能成立自助行爲。蓋自助行爲，爲代替國家援助之性質，如爲法律不許者，不得爲之。基此理由，其經確定判決廢棄之請求權，不得依自助行爲實行之。如請求權有抗辯權之對立，而其義務人已行使其拒絕給付之權者，自助行爲，亦不許之。得爲自助行爲者，爲權利人之本人。其他可與本人同視者，爲其法定代理人或其意定代理人。又行爲須以自助爲目的，然爲自助所爲之行爲，尙具備本條所定之要件，則雖權利人自信以爲不法，亦不因之而爲違法。

其二、須以不及受官署援助

卽不得及時請求法院或其他該管官署之援助，如被請求之官署不當拒絕其請求，而對於上級機關，難期其於適當時期爲反對之決定者，亦具備此要件。聲請援助，如因聲請之方式不合被批駁，而其補正非可及時爲之者，則自助亦爲許可，蓋自助以於其行爲時不及請求官署之援助爲必要。至於其前曾得及時爲之與否，在所不問。

其三、須非於其時爲之則請求權不得實行或其實行顯有困難

卽事機已迫，有稍縱卽逝之虞，所謂不得實行，例如債務人在本國無財產，而欲逃往外國。所謂實行困難，不包含訴訟上之遲延在內，債務人有無支付能力之虞，或有爲假扣押之原

因，亦不爲自助之理由。但其危險，權利人與有過失，於自助行爲，並無影響，例如因權利人之輕率，對於素味生平之人爲借貸，然不因此而不得爲自助行爲。

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。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定自助行爲後應爲之處置，其關係條文爲債編一八四條，參考條文爲民法五一一條強制執行法二二條二三條，參考他國條文爲德民二三〇條二三一條泰民一九五條。

第二點 立法例

德民二三〇條「自助不得超過爲防止危險必要之程度。於物之押收時，如不爲強制執行，應聲請物之假扣押。於拘束義務人身體之自由時，如不恢復其自由，應聲請其實施拘束地之法院爲人的保全假扣押，並應即將義務人移送法院。假扣押之聲請遲延或被駁回，應即返還押收物，釋放義務人。同法二三一條「誤認有阻却違法性所必要之條件，而爲自助行爲者，其錯誤雖非基於其過失，對於相對人仍負損害賠償之義務」。本條之立法例仿之。

第三點 釋本條之意義

甲、自力救濟，既係公力救濟之例外，縱一時因不得已而選用自力救濟，仍應於自力救濟後，聲請公力救濟，乃屬當然之結果，故不得已而拘束他人自由，或押收他人財產者，須即時向官署聲請援助。所謂向官署聲請援助，即謂將所拘束之人，或所押收之財產，交付於有權限之官署，請其為適當之處置也。即時云者，極言其不可任意遲延之意，是為自助行為事後之限制。

乙、法律對於自助行為之行為人，雖命其即時向官署聲請援助，然行為人如遲延不為聲請，或其聲請被駁回，則如之何？本條第二項，即係解決此問題，即此時被拘束自由，或被押收財產之人，若因此受有損害，行為人仍應負賠償之責。蓋聲請被駁回，必其聲請不合法或無理由，自足生損害於他人。聲請遲延，則顯違前項所謂「須即時」之規定，故應課行為人以責任。至如何始為不遲延，應按當時具體情形，依社會觀念決之。

丙、綜上所述，本條之涵義有三：（一）為物之毀損者，於行為後，無須請求援助。（二）押收他人財產，如不聲請強制執行，則應聲請假扣押。（民法五一一條）但為恢復其已成立權利之原狀，則於自助行為後，無須請求援助，例如所有人由盜取回其物，有收取孳息權利之人，排除所有人之反抗而收取其孳息者，均無須聲請援助。（三）於拘束債務人身體之自由時，則須依強制執行法二二條二三條之規定，將債務人或其擔保人移送法院，聲請管收。如權利人隔離法院甚遠，而當地有警察官署，則應請其援助，將債務人或其擔保人移送法院，聲請

管收。聲請被駁回或其聲請遲延，則行爲人應負賠償責任，已如上述。至於行爲人對於自助之要件所爲之誤認，雖非由於過失，亦應負賠償責任，我民法雖無明文，亦應與德民二三條取同一之解釋。

第四點 判例

1. 債權人遇急迫情形，得以自力扣取債務人之財產。（三年大判上字五八〇號）
2. 非有急迫情事，私人無須自爲保全權利。（三年大判上字七七八號）
3. 債權人爲自力救濟，奪取債權人財產，告於官司，或實際上無官司可告者，亦非違法。（三年大判上字八四二號）
4. 債權人除在法律上負有提出擔保之義務者外，債權人不得違反其意思，請其提出擔保（三年大判上字一〇四三號）





中華民國三十三年六月重慶初版
中華民國三十四年四月重慶增訂第一版
中華民國三十四年十二月上海增訂第一版

(*37306B 滬報紙)

民法詮解——總則編(下)一冊

定價國幣肆元陸角

印刷地點外另加運費

著作編者 黃右昌
司法院法官訓練所

發行人 王雲五
重慶白象街

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館
各地

版權所有
翻印必究

