

國立武漢大學  
講義

民法總則

胡元義先生著

二十二年度印

# 民法總則

胡元義編

## 序論

### 第一章 法之觀念

法律者，人類共同生活之準則也。蓋人類既須營共同生活。則不能不有生存競爭。苟無規律其相互之關係，與限制各人行爲之準則。則各人每急於圖一己之自利，致妨害他人之生存。其爭鬪不知伊於胡底。結局人類共同生活之和平及發達，將不能保全。於是以法律於人類相互之間，劃一定不可侵之界限。以維持其相互之結合。而保障個人生活之安全。因以促社會之發達。故法律者，乃爲維持社會生活之秩序及促進其發達所必要之各人行爲之準則也。

但人類行爲之準則，不僅限於法律。道德及宗教，亦足以羈束人類之心術及行爲。而定其互相遵守之本分。然則法律與道德之關係及差異若何，須視其是否具有強制力以爲斷。蓋在古代，道德與法律之界限未分。當時僅有維持其種類之結合所必要之習慣。迨時代稍進，同族相親之感情，愈形發達。於是道德之基礎始固。然當時之族長，爲統

馭其所屬之子女計，強行種種規則。此規則，即法律之起源也。

法律一般具有外形上之制裁。而道德則否。其認識遵守，一任當事人之良心。而對於違反者，並無所謂外形上之制裁。是道德乃主觀的準則。而法律乃客觀的準則也。此法律與道德之差異。而法律與宗教之差異亦同。

一 法律之意義 法律者，以社會力尤以公權力而強行之人類社會生活之準則也。

(1) 法律者人類生活之準則也 即人類行爲之準則。換言之。在同一事情之下，要求爲同一行爲。而所爲同一之行爲，常生同一之法律效果是也。

(2) 法律者社會之準則且一般具有強行力者也 所有社會生活之準則，不能皆成爲法律。其中有強行力者，方能成爲法律也。所謂強行者，依外部之力，而強要個人之遵守。對於違反者，加一定之制裁。而糾正其不遵守之結果。普通社會的準則，大都有此強制力。而道德的準則，亦有時具有強制力。若此強制之發生，由於社會之中心力時。則該道德的準則，即可稱爲法律。然社會生活之準則中，有不適於強行者。又有無須乎強行者。故社會生活之準則，不能均成爲法律也。

(3) 法律者依社會力尤依公權力而強行之社會生活之準則也。社會乃有機的結合。其組成員之個人，亦因此有機的結合，而產生一種社會力。此社會力，漸漸成爲中心力時。即社會發達之徵候。一旦成爲國家，該社會力即稱爲公權力。所謂道德的準則及其他種種準則，皆爲社會之產物。且依社會力而維持發達之。社會一旦認某準則爲社會生活所必要，而與以強行力時。則此準則，即具有特殊之性質及效力，而成爲法律矣。

## 第二章 法律學

法律學之研究，本屬於法理學之範圍。非茲所能一一詳述。然爲了解近代法律思潮起見，擇其中之重要者，略加說明。在十七十八世紀。自然法學派，幾風靡全歐。此派主張天壤間自有一種萬古不變之法則。而要求以此爲立法之標準。前世紀歐州諸國之立法，均採用之。此派將羅馬法以來之龐雜的繼受法變爲系統的組織。其功績之偉大，固不可湮沒。然所謂萬古不變之法則，畢竟不過一種主觀的理想。迨十八世紀之末葉，歷史法學派巖起。主張法律乃表彰國民總意之歷史的產物。非以立法者之主觀的理想，所能發生也。故研究法律者，須溯其歷史的淵源云云。此派之學說，雖足以擊破自然法學

派之先天主義之議論。然其說明法律之本性，尙未中肯綮。蓋法律之實質，不能與目的分離。法律之目的，在維持社會生活之安全，而促進其發達。爲達此目的，則依國情及民智之程度，往往有制定與國民習慣相反之法律之必要。若從總意說，則成文法之大部分，將不能謂爲法律矣。

關於法律學之研究，最近有二新傾向。第一非難從來所用法律的研究方法。尤其非難註釋的研究方法。第二攻擊法律學本身之自足的態度。而主張法律學爲社會學之一部。蓋從來之法律學，僅研究法律生活諸現象中之法規。致法律不能追及社會之目的。法官不能了解社會之目的。於是法律生活，與社會之實際生活，大相懸殊。此社會之大損失也。是以將來之法律學，不可不以社會學的方法爲基礎。換言之。須離開概念法學，論理法學，而爲目的法學，利益法學。此最近社會法學派之主張也。此派對於從來之立法及裁判，深致不滿。故主張法學乃研究社會生活與法規之關係之學。欲使法律與社會實際生活相吻合焉。

社會學派攻擊從來之法律學，僅抽象的分析法律之內容，卽僅用法律學的方法。但

此派亦易陷於僅用社會學的方法。不過法律學的方法，爲從來一般學者所專用。而以社會學的方法研究法律者，爲將來待闢之沃壤。於此意味，予亦左袒之。蓋法律不能將現在及將來之一切社會現象，綱羅而規定之。所謂法規無缺漏，(Lückenlosigkeit der Gesetze) 到底難期。而法官又不能藉口於律無明文，以拒絕裁判。是法官應有補充法律之權能者，寧屬當然。從來之法律學，或假定法律無缺漏。或援引立法者之意思。或爲類推解釋，擴張解釋。然畢竟無非默許法官之立法行爲也。所謂法律無缺漏，既爲空論。而未依憲法上之程序所明言之立法者之意思亦非法律。且類推解釋及擴張解釋之根據，及範圍，頗不明瞭。故不如正堂堂與法官以補充法律之權能爲愈也。

### 第三章 民法

#### 第一節 民法之語源及意義

民法一語，乃淵源於羅馬之市民法。(Jus civile) 當時所謂市民法者，不僅指私法。並包含公法。不僅指實體法，程序法亦在其中。其語義乃係與萬民法(Jus gentium) 對待而稱。一則稱適用於羅馬市民之法。一則稱適用羅馬市民與寄居外民或寄居外民相互間之法。

。然前法不及後法之簡而易行。遂終爲後法所歸併。降至羅馬 Justinianus 帝編纂法典時二者之區前，已泯然無復存在矣。顧後人仍襲用舊稱。名該法典曰市民法典。及歐洲中世，諸國承襲羅馬法時，亦遂沿用市民法之名稱。惟其意義，則專指私法。今日德之 Birgerliches Rechts法之 droit civil 乃市民法之轉譯也。

民法 (droit civil, Birgerliches Recht) 者，普通私法也。

分法律爲公法私法，則民法屬於私法。公法私法之區別，極關重要。至其區別之標準若何，則諸說紛紛，莫衷一是。茲略述其沿革及重要之學說如次。

公法私法之分，發源於羅馬。而後傳播於諸國。德國古時，亦無此種思想。普通以民商法爲私法。以憲法行政法刑法民事訴訟法刑事訴訟法等爲公法。

羅馬時代，稱從事於公共事務及公共執法之政治家，爲公法家。稱處理市民間之法律事務者，爲私法家。此時之公法私法，僅可爲事務家及學者之區別。而非法律本身之分類。究其實，公法私法之分，實濫觴於此時。

第一說，以法律之目的爲區別公法私法之標準。即以公益爲目的之法律，稱爲公法。以

私益爲目的之法律，稱爲私法。此說亦唱自羅馬。嗣傳播於羅馬法系諸國。然法律之目的之在公益私益，殊難認識。其標準亦茫漠不可捉摸。且公益私益，互有密切關係。法律究以何者爲主，其程度殊難測定。寧解釋一切法律，應同時以國家及個人之利益爲目的，較爲妥當。又此說不能說明公法與關於公共秩序之法規之差異，乃其缺點。

第二說，求區別之標準於法律關係之性質。謂公法者，規定權力服從關係之法律。私法者，規定對等權利關係之法律也。然公法中，亦有規定對等之權利關係者。（如選舉法）且國際公法，皆係規定對等關係。則依此說，不能不視爲私法。又親屬法，不能不視爲公法。其誤謬自不待言。第三說，求區別之標於法律關係之主體。公法者，規定國家及其他公人格之法律關係。最少以其一方爲主體之法律關係也。私法者，規定私人間之法律關係也。此說爲多數學者所主張。近時頗有勢力。然國家以財產之主體而發生法律關係時，自應受私法之支配者，毫無疑義。此說之優點（1）不混同公法與關於公共秩序之法規。（2）以親屬法爲私法。（3）揭示公私法區別之標準，使一見即可辨識。唯其缺點，徒趨重形式。



以上諸說，非陷於誤謬，即不完全。所謂公私法區別之標準，須視其法律關係有否統治權之作用存乎其間以爲斷。苟其法律關係，帶有統治權之作用。則縱爲私人間之法律關係，仍須受公法之支配。若無統治權之作用，則雖其一方爲國家，仍應受私法之支配也。故規定支配關係者爲公法。規定非支配關係者爲私法。如斯定義，較爲妥當。

學者有主張否認公法私法之區別者。(Schlossmann)亦不無多少理由。蓋前所述者，不過言明其一般的性質。而不能貫徹所有一切法規。如民法固爲私法，然亦包含多少公法性質之法規。又如民事訴訟法破產法之公法，亦有規定伸張私權之方法。此等規定，視爲助法時。(英法學說)固可認爲私法之一種。若認爲國家施行法律之手段時。(德國學說)則仍須屬於公法也。總之。公法私法之區別，固屬困難。然在學理上，甚關重要。故否認說不能採也。

因法律效力所及範圍之不同，而有普通法與特別法之分。民法對於商法爲普通法，即原則法。商法乃民法之特別法也。特別法關於其所規定之事項，有優先適用於普通法之效力。

民法須與民法法典相區別。蓋民法法典，乃以立法形式所制定之成文法。所謂實質上之民法全部，既非民法法典所能包含。（例如習慣法）且有時帶公法之性質故也。（例民法中規定程序法及罰則）

## 第二節 民法之法源

民法之法源，有成文法與不成文法兩種。二者雖同為一法。但前者由國家立法機關所制定。有法律或命令之形式。後者反是。由自然之習慣而成立。無一定之形式。

成文法有法律命令自治法及條約四種。民法之主要法源為法律，分述於次。

（1）法律 法律有廣狹二義。所謂狹義之法律，係指由立法院三讀會之程序通過，經國民政府公布者而言。（法規制定標準法第一條（茲所云者，係指狹義之法律也。民法法典之制定，既須以法律之形式。則其廢止或變更，亦不能不以法律之形式也。

（2）命令 乃指府令院令廳令縣令而言。此等命令，若有法律之特別委任，（委任命令）亦得規定民事事項。辛亥革命以後，政局紊亂。致多數法律，未經議會之通過，而以大總統之命令行之。今國府以立法院為專門立法機關，則今後應以法律規定之事項，當

不致以命令行之矣。

(3) 自治法 地方自治團體所制定之法規，稱爲自治法。此等自治法，亦有時規定住民之權利義務。故可爲民法之法源。

(4) 條約 一國元首與外國所締結之條約，一經適法公布，即可爲國法之法源。而條約中之民事規定，能否爲民法之法源，議論亦異。有主張若欲條約中所規定之民事事項，在國內發生效力，須制定與該事項有同一內容之法律者。又有主張公布即可發生效力者。然條約一面固爲國際法上之契約。而他面亦具有國法上之效力。締結條約權，既包含制定國法權。故條約之批准，乃國家之意思決定。批准交換，乃對於相對國之表示。而公布即可謂爲對國民之表示。則條約一經公布，自應具有國法上之拘束力也。與四者多稱之爲條約法。(Vertragsgesetz)

不文法而可爲民法之法源者，乃習慣法。習慣法乃居於民法之補充的地位之法源也。

(1) 習慣法 習慣法者，習慣的事實，而有法律效力之謂。蓋習慣可分爲二種。一則祇視爲事實。一則與法律有同等之效力。其有法律之效力者，謂之習慣法。然則如何習

慣，始得稱爲習慣法。要件有三。(1) 須不反乎公共秩序善良風俗。(2) 須爲法律所認定或關於法律所未規定之事項。(3) 須其習慣至可認爲法律之程度。

習慣之效力若何，學說判例，意見紛歧。羅馬法認習慣法與法律有同等之效力。及十八十九世紀法典盛行之時，習慣法之效力極微。甚有以文明規定，完全排斥習慣法之效力者。此種見解，祇知法典之利益。而忘社會之變遷。蓋實行乃法律之生命。若國民之法的認識，一旦有所變更。則現在之制定法，必難期其實行。律等空文，非法律之死滅而何。且對於已成爲社會生活準則之習慣法，而否認其有法的效力。亦不合於法律之理論也。

法官所下之判決，是否能爲法律之淵源。則各國見解，頗難一致。在英美兩國，判例爲主要之法源，自無可諱言。故學者亦有主張判例爲法律之獨立法源者，誤也。蓋法官乃適用法律者。而非制定法律者。不過判例能爲產生習慣法之原因。同一判例，屢次反復時。則人民間，卽生一種遵依之習慣。其習慣一旦得法的認識，卽成爲習慣法。而習慣法之起源，不僅限於判例。學說亦能產生之。故判例學說，雖與法律之淵源有間接之關

係。然不能直接爲法律之淵源也。

(2) 法理 民法第一條規定「民事法律所未規定者，依習慣法。無習慣法者，依法理」。法理者即德日瑞士等國所謂條理。乃法律全體精神所生之原則也。蓋法律之規定，無論若何精密。勢不能網羅社會之一切生活事項。若不認理法之存在，則遇律無明文，法官將有所藉口而拒絕裁判也。

### 第三節 民法法規之分類

民法得爲種種分類。略述如左。

(一) 制定法與非制定法 即成文法與不成文法，已於前述。

(二) 強行法與非強行法或任意法 前者不問當事人之意思若何，得強行適用。後者則得以當事人之意思，而排除其適用之謂也。法律既有此兩種。故法官適用法律時。第一爲強行法規。第二爲當事人之特約及其他之意思表示。第三方能適用非強行法規也。蓋任意法規，不過用爲解釋或補充當事人之意思表示。故不能反於當事人之意思，而強行之。然當事若無與任意法規不同之意思表示時，尙得強行。故仍不失爲法律也。

(三) 固有法與繼受法 由外國傳來之法律，稱爲繼受法。由本國所發達之法律，稱爲固有法。兩者區別之必要，因繼受法須以母法及其姊妹法爲研究之資料。而固有法則須研究本國立法之沿革也。

(四) 普通法與特別法 因法律之效力所及之範圍不同，而有普通法與特別法之區別。如民法對於商法爲普通法，卽原則法。商法對於民法乃特別法也。至其區別之標準若何，見解有三。

第一說謂適用於全國之法爲普通法。適用於特別區域之法律爲特別法。此種以地域爲標準之區別，在往昔封建時代，其效用甚大。現今北美及瑞士聯邦國家，尙能適用。

第二說因法律所適用之人而區別之。適用於一般人之法律爲普通法。適用於某身分人之法律爲特別法。如陸海空軍刑法及商法，乃特別法也。法國商法，係採此主義。

第三說依法律所規定之事項之性質而區別之。關於一般事項之法律爲普通法。關於特別事項之法律爲特別法。民法乃規定一般人之法律關係之法律。故爲普通法。此說盛行於近代。此區別乃相對的。如商法對於民法固爲特別法。而對於其他關於商事一部分之法

律，（如交易所法及銀行條例）仍不失爲普通法也。

普通法與特別法區別之必要，因特別法關於其所規定之事項，有優先適用之效力。

#### 第四節 民法之效力

（一）關於時之效力 法律只適用於其效力發生時所生之事項。不溯既往。乃羅馬以來一般所公認之原則。諸國法律，多以文明規定之。蓋依舊法已經確定之法律關係，若得以新法變更之。實有害於社會生活之安全也。但此僅可爲法律適用之原則，不足以拘束立法者。

（二）關於人及地之效力 關於此點，從來有二主義。一爲屬人主義。一爲屬地主義。國家人民主權之結果，不問其所在若何，中國法律，當然適用於中國人民全部。又領土主權之結果，在中國領土內之人民，不問其爲中國人外國人，皆須受我法律之支配。然貫徹此原則時，對於涉外事件，殊感不便。故各國對此，莫不設例外規定。於不妨害國家統治權之範圍內，承認外國法之適用。我國昔日，昧於法律。疎於外情。許外國以領事裁判權。致我國法權，喪失其一部之作用。洵爲大恥。歐戰後，國壞喪失領事裁判權。

俄舊政府條約失效。我法權對於此三國人之居留中國領內者，亦可行使矣。

#### 第五節 民法之解釋

(一)法之解釋者，確定其意義，即內容之謂。分有權解釋與學理解釋。前者乃以新法確定既存法律之意義。當然有溯及效。後者反是，乃個人以學理定法律之意義，無法律上之拘束力。往時立法者，多不欲解釋。謂法律已極詳明。解釋轉滋異議。拿破法典公布後，見有解釋該法典之註釋書，乃歎曰，吾法亡矣。然該法典於百年後之今日尚能行於法國者，乃學者解釋之功也。

解釋之目的，是否為闡明立法者之意思，抑為確定法律本身之意義。見解不一。近世學者，概採用後說。依前者之見解，則民法之起草理由書，起草委員之紀錄，議案之說明，會議之速記錄等，所謂立法資料，皆足以拘束解釋家。反之。若採後說，則所謂立法資料不過為參考材料之一。法律之意義，唯可以學理確定之。至立法者之意思若何，非所問也。蓋立法者之隱意，既非法律。且今日參與立法之手續，甚為繁雜。所謂立法者之意思，事實上本難確定。加之社會進化不已。解釋法律時，若徒拘於歷史的事實。是不



當以社會爲法律之犧牲。故法律之解釋，務期適應於社會，方足以補成文法之缺點也。

(二)文理解釋論理解釋 前者依法文之字義解釋法律之謂。成文法之解釋，固第一須確定文字之意義。然法典全部之組織，與他法文之關係，立法之目的，法律制定之沿革等，所謂論理的解釋之資料，亦當參考。二者兼用，法律之真意，始得闡明。此外反對解釋，當然解釋，均不外論理解釋之一方法。

(三)類推解釋 類推解釋者，於法律無規定之事項，適用與此相類似之事項之規定也。法律屢用準用一語，即明示應爲類推適用之意也。

#### 第六節 民法法典之編纂

(一)民法法典之編纂 由實質的意義而言。中國古時，已有民法。但中國公法制度，雖甚詳備。然私法制度，則發達甚遲。且私法法規，多參雜規定於刑法中。如大清律中之戶婚律及雜律各編，頗多關於繼承婚姻物權債權之規定，雖其形式爲處罰法規。考其實質，仍爲民法法規也。前清末年，擬施行憲政。作改良法律之準備。光緒二十八年，派伍廷芳沈家本爲修律大臣。當時僅注重修訂刑法。而私法之編纂，尙未計及。光緒三十

三年，憲法編查館議覆修訂法律辦法。承認立法應設審官。於是年派家本俞廉三英瑞爲修訂法律大臣。設修訂法律館。聘日人松岡義正博士，使起草民法。共分五編。宣統三年，前三編告成。後二編由中國人起草。不久亦成。卽舊民律草案是也。迨此次革命成功。國府定都南京。十七年秋，遵總理遺制，組織五院。以立法院爲立法機關。十八年春由該院委員起草民法。總則編於五月脫稿。經該院三讀會通過，交國府公佈。其他債編物權親屬繼承各編，皆已次第公佈矣。

中國編纂法典之動機，可分爲三。（1）採大陸派之法律思想，以爲統一刷新中國之法律。（2）中國舊時之法律，過於支離簡單。不足以適應現代日趨複雜之社會生活。

（3）擬完成中國法制，以謀收回領事裁權。

關於編纂民法法典，有謂中國地大民衆，應先調查各地方習慣，詳加審慎，而取慎重態度者。有謂應以先進國之民法爲模範，從速編成公佈，以謀與世界潮流適應者。由法理上言之。十九世紀歷史學派漸占勢力。謂法律乃民族精神之表現。非可以人力製造者。用以攻擊自然法學派。但以外國法爲模範而制定之新法律，苟制定得宜。能與現代社會

生活相適應。則行之既久，亦可融化於國民。而指導國民之生活。且舊習慣中，種類龐雜。頗欠明瞭。且有不應保全者。故習習之勢力，不可視之過重。總之。以上兩種主張，各有一部分真理也。

(二)民法之編別法 民法之編別法有二分述如次。

(1)羅馬式 此種編別法，創自羅馬法律家 *Gaius*。彼於註釋十二銅標法時，分爲人事財產訴訟三編。此式爲 *Justinian* 帝之 *Institutiones* 所採用，故倣之者，皆稱爲 *institutiones* 式云。此式始傳於法蘭西。其後繼成羅馬法諸國，皆以此爲標準，而定民法之編別。

(2)德國式 (*Pandekten*) 此式自德繼承羅馬法以後創自研究羅馬法之德國學者分民法爲總則債權物權親屬繼承五編此種編別法學者謂能矯正羅馬式之缺點遠駕而上之日本及我國新民法均採用之其理由爲(1)債編以其他各編之規定爲前提者甚少。反之。其他各編之規定，大抵以債編爲前提。(2)債編在交易上最關重要。(3)首設總則一編。揭各種權利關係之共通規定。以免其規定散諸各處而致重複，或缺漏。(4)分割古來混入人事編之人格能力之規定，與親屬關係之規定。使其一部入於總則。其他另爲一編。以應

將來人事之變遷。(5)不置親屬編於各編之首。而使其居於債編物權之次。以明親屬關係影響於財產之範圍。且示個人之權利義務，非如往昔，因其身分及地位而固定也。(6)以繼承法爲獨立一編。以改往日僅視爲取得財產方法之觀念。

有唱民商二法典之統一論者。卽合併民商二大法典而制定單一之私法法典。如瑞士將商法之大部分，包括於債務法中是也。商法之全部，固不能盡包含於債權法中。然除公司海商票據等具有特殊性質外，其他部分，亦無不能編入債權法中之理。我民法係採此方針也。

無使財產權之性質，頗與物權相類似。故有學者主張應將其編入物權編者。至此等特別事項，在立法上應否編入於民法中，自爲別問題。或謂法典僅可爲一般的規定。而關各種特殊事項，各須制定單行法。一面既可免法典之頻繁改正。而他面關於此等特殊事項，可制定因時制宜之法律。依此主義，則商法之一般的規定，合併於民法。而關於特殊事項之規定，則應制定多數單行法也。

#### 第四章 民法上之權利及義務

## 第一節 民法上之權利

權利之觀念論，行之已久。迄無定說。或主張須以義務或拘束之觀念以代之者。此即所謂義務本位論。確含一面之真理。我國素以儒立國。禮讓之風最盛。則義務本位之法典，應頗適於我國國情。但權利義務，常相對立。此所謂權利本位，義務本位，不過觀察方面之不同。至其內容，則無以少異。論其間接之利益。權利本位，足以獎勵個人之獨立進取。而義務本位，則足以養成謙讓守成之風。論其弊害。後者足以養成因循之習。前者又足以促進相爭之俗。故研究法律者，不可不注意於此間接效果也。羅馬法及英國普通法，大致採義務本位之觀念。然自自然法學派蹶起，權利之觀念盛行。遂形成今日法律學之趨勢。我民法亦不能出此範圍也。

關於權利之本質論，學說甚多。茲分別說明如次

(1) 意思說 謂權利者，乃以吾人心理上之意思所支配之範圍也。然若以權利為個人自然之(心理上之)意思，則無意思者將不能享有權利。殊與事實不符。

(2) 法規說 此說為 Windscheid 所唱。謂權利者，乃法律所賦之意思之力，或意思之支

配力。此說通常亦稱爲意思說。然此意思，乃指法規之意思而言。非權利人心理上之意思。故不能稱爲意思說。依此說，則無意思能力者，亦得享有權利。既無前說不當之結果。惜其未說明權利之內容。故僅可稱爲形式的定義。

(3) 利益說 爲Therding所唱。謂權利者，乃法律所保護之利益也。對於此說之非難者甚多。如 Windscheid 之批評，謂權利之內容，固爲利益。但權利之內容，並非權利本身。此說過於注意於權利說之內容，確係事實。然其長處，足以補救法規說之形式論。利益說之第二缺點，乃不能以之說明法人之權利。氏以權利主體爲利益之歸屬者。則在社團法人，非以社員爲權利主體，則其議論不能貫徹。實等於法人否定論也。

(4) 折衷說 以上三說，各有缺點。然皆含有一面之真理。現今法律思想界，莫不宗之。而摘長補短，以期其完成者。卽折衷說也。茲爲權利之定義如次。  
權利者，享受特定利益之法律上之力也。

權利之內容爲利益。吾人爲自己之生存所要求之一切事物，爲生活貨物。(Lebensgut) 而對此生活貨物所有之利益稱爲生活利益。(Lebensinteresse) 法律承認此生活貨物，而

施以保護時，則爲法律利益。卽法益。(Rechtsgut)吾人營社會生活時，對於物及其他日常生活資料之關係，須享受諸種利益。法律卽保護此等關係，與個人以享受此等利益之力。故權利者，乃法律所賦與之力。俾個人以享受特定法律利益者也。

法律認權利之理由，非僅保護個人。結局以社會之維持及發達爲目的。故在合理的範圍內，方許權利之存在。

#### 第一項 私權之分類

(1) 絕對權相對權 絕對權(Absolutes Recht)或稱爲對世權者，以一般人之不可侵義務爲其成立要素之權利也。如物權是。相對權(Relatives Recht)或稱爲對人權(Personal Recht)者，以特定人之義務爲其成立要素之權利也。如債權是。

(2) 財產權親屬權繼承權人格權及社員權 此乃以權利內容之利益爲標準之分類。略述如次。

(a) 財產權(Vermögensrecht) 財產權者，以經濟的利益爲標的之權利也。物權債權，通常皆爲財產權。物權者，以對物享受一定利益爲內容之絕對權也。債權者，對於特定人

要求爲一定行爲之權利也。債權之標的，是否須有金錢的價格，自古已有議論。德國民法，對此無規定。而一般之解釋，皆謂債權之標的，無須有金錢的價格。然不無反對說。我民法一九九條則明白規定之。「繼承權，雖通常算入財產權中。然不僅單獨財產上之關係。又社員權不必皆爲財產權。如營利法人之社員權，雖爲財產權。但公益法人之社員權，則爲非財產權也。」

無體財產權者，(Immaterialgüterrecht)存於精神的產出物上之權利也。精神產出物者，由著述發明等之精神作用，所制作之無體物也。此種權利，多爲特別法所規定之財產權。即著作權，特許權，商標權是也。其爲絕對權與物權相類似。而不以有體物爲客體，則與物權異。

(b)親屬權 親屬權者，由親屬關係所發生之權利也，以支配他人爲內容者，爲絕對權。而以要求他人之行爲內容者，爲相對權。(如受扶養之權利)。

(c)繼承權 存在於繼承人地位上之權利也。繼承權之意義有二。一爲繼承開始後，繼承人所有之權利。稱爲狹義之繼承權。一爲繼承開始前，得爲繼承人之權利。後者之



繼承權，不過爲一種之希望。但此希望，既爲法律所保護。故爲一種期待權。而有權利之性質也。

(d) 人格權 (Personlichkeitsrechte) 此係以權利人本身爲客體。又可分爲生命權身體權姓名權等。

(e) 社員權 社團法人之社員，對於法人有種種之權利。此等權利，總稱爲社員權。如社員之利益分配請求權，表決權，執行業務權等屬之。社員權以參與法人之業務爲其本質的內容。故非債權。乃一種特別之權利也。

再以權利之作用爲標準，更可爲左之分類。

(a) 支配權 (Beherrschungsgrecht) 支配權者，直接支配權利客體之權利也。若請求權權利人，欲享其權利內容之利益時。須介入他人之行爲。而支配權則否。權利人自能實現其利益之享受。無待乎他人之行爲。如物權親權是也。

(b) 請求權 (Anspruch) 請求權者，要求他人之行爲，即作爲不作爲之權利也。其特點在欲實現權利內容之利益時，須介入他人之行爲。

請求權乃法律上新觀念。爲 Windscheid 所唱。嗣爲德國民法所採用。今已成爲法律上之新觀念矣。

(c) 形成權 形成權者，因一方的意思表示而生一定法律效果之權利也。如撤銷權抵銷權解除權是。形成權非支配權，因其無支配之客體故也。又非請求權，因有不請求他人之行爲故也。又形成權無對立之義務。其行使僅依權利人一方的意思表示。而其相對人並不負何等對立之義務也。

(d) 抗辯權 (Einrede) 法律有時與債務人以拒絕債權人之請求之權利。此種反對權，(Gegenrecht) 稱爲抗辯權。又稱爲請求拒絕權。

抗辯權非要求他人之行爲，故非請求權。至其是否屬於形成權之一種，德國學者間之議論，尙不一致。然行使抗辯權與否，法律效果，大相懸殊。解釋上當然以拒絕請求爲內容之特種形成權也。

(e) 主權利從權利 從權利者，與他人之權利，有從屬關係之權利也。主權利則無此從屬關係。

## 第二節 民法上之義務

義務者，法律上受一定行爲不行爲之拘束之謂也。行爲義務，乃積極的義務。不行爲義務，乃消極的義務。權利以利益爲內容。而義務則以不利益爲內容。權利人有享受利益之自由。而義務者則須受不利益之拘束。

權利義務，以互相對立爲常態。此等現象，在債權法中，尤爲顯著。然不無例外。如撤銷權解除權等之形成權，則無與此相對立之義務者也。

法律由義務本位而進於權利本位者，乃從來法理學者所主張。而現今各國民法，多採權利本位。但輓近社會思想之勃興，學者中至有否認權利之存在。而今後立法之趨勢，亦傾向社會本位。故吾人於解釋以權利爲本位之法典時，不可不着眼於社會利益及團體利益也。

### 第五章 權利能力

得享有權利之資格曰權利能力。有此資格者，爲權利主體。

權利主體有二意。一爲特定權利之權利者。一爲有權利資格者。此所謂權利主體，指後

者而言。

得享有權利者，皆得爲義務主體。得爲義務主體者，在近世法律上，皆得爲權利主體。故所謂權利能力義務能力，其意義並無差異。不過我民法採權利本位而已。

所謂權利能力，乃純粹靜的法律上之地位。且不以特定利益爲內容。均學者有主張其爲權利者，誤也。

分權利能力爲一般的權利能力與特定的權利能力。前者乃對於一般之權利，得爲其主體之資格。後者乃對於特定之權利，得爲其主體之資格。關於一般的權利能力，在自然人与法人，本國人與外國人間，雖無差異。而關於特定的權利能力，則不能不有所不同也。

權利能力，須與行爲能力相區別。行爲能力者，依自己之行爲，得惹起法律上之效果之地位也。故無權利能力者，雖常無行爲能力。而有權利能力者，未必皆有行爲能力也。關於權利能力之法規，當解釋爲强行法規。因其與公共秩序善良風俗有莫大關係。故不得以個人間之合意而賦與剝奪或變更其權利能力。又不能依與我國不同之外國法，定其

權利能力。

### 第一節 自然人

公權中有非達某年齡不能享有者。而私法上之權利能力，雖爲法律所賦與。然不須何等賦與之形式。無論何人，於出生時皆得享有之。

古時有奴隸制度。對於奴隸，不認其有權利能力。此制度被自然法學派之力所擊破。迨十九世紀半葉，舉凡文明國中，均已無奴隸之存在。然當時猶恐有人懷疑，至有以明文規定者。（奧民十六條，瑞民十一條）然自然人之有權利能力，已爲爾後文明國所公認。而在今日，已成當然之理，無待明文規定。故我民不規定之。茲所應研究者，惟在其始期及終期二點。

權利能力，始於完全出生之時。（六條）出生乃權利能力之始期也。出生之第一要件，須胎兒全部脫離母體。但臍帶之割離與否，並非必要。此要件乃羅馬法以來所公認。據最近醫學上之研究，胎兒雖未與母體分離，苟能管獨立之呼吸，即能起獨立之血行，而爲獨立之有機體。學者有採此見解，以定出生之時期者。又刑法上之通說，謂胎兒不須

完全脫離母體。僅一部脫離母體時，亦可爲殺人罪之客體。德民第一草案規定，權利能力始於出生。因恐滋疑義，故現行民法（德民一條）改爲完全出生。蓋採羅馬法之主義也。瑞士民法規定（三一條一項）權利能力始於完成出生後之生活。亦係同一趣旨。我民法雖僅規定出生，自應解爲完全出生也。

出生之第二要件，乃胎兒於完全出生時，須爲生存。蓋自然人之人格，生存之人類，方克享有。此條件之必要，不言自明。故死產兒縱脫離母體，不能謂爲出生。反之。苟於出生時生存者，後雖即時死亡。法律於其生存之瞬間，仍認其人格之存在。至驗其出生時之生存與否，據醫學研究之結果，須視其出生時能否，營獨立呼吸以決定之。有以開目發聲爲要件者，不足採也。

完全出生之時，卽應取得權利能力。其具有生活能力或生育能力與否，具備普通形狀與否，非所問也。權利能力，既始於出生。則胎兒自不能爲權利主體。然貫徹此原則時，則胎兒之利益將蒙不當之損失。故各國法制，對此無不特設例外。或視爲既生。或僅於特定時，以保護胎兒之利益。我舊草案規定，關於由侵權行爲之損害賠償請求權，繼承

權，受遺權，三者視爲既生。新民法規定，胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既生。（七條）。

人之權利能力既以出生爲其始期，自應以死亡爲其終期。故死亡亦卽權利能力之終期也。（六條）權利能力之始期，各國民法雖以文明規定之。而對於終期多無規定者，以死亡爲人類權利能力消滅之原因，乃當然之理，無待明文規定故也。

權利能力終了之原因，僅限於死亡。蓋法律不認無權利能力之人故也。關於死亡，據醫學上之研究，以心臟及呼吸作用之絕對停止之時期爲死亡時期。但一時在假死狀態者，固不能視爲死亡而生權利能力中斷之效果。又民法所設死亡宣告之規定，乃一種推定。一旦有生存之事實，仍可請求撤銷死亡宣告。非真正之死亡也。

外國人之權利能力 外國人在法律上之地位，由敵外主義相互主義而達於現今之平等主義。敵外主義時代，對於外人，否認一般的權利能力。而相互主義，雖認外國人之一般權利能力。至認特定之權利能力與否，又有採約及法律上之相互主義之不同。現今之平等主義，無論一般與特別之權利能力，內外人皆以平等享有爲原則。但各國情形不同。風

俗各異。對此原則，無不少加限制。如日本民法第二條規定，外國人除法令或條約之禁止外，得享有私權。即此原則之例外也。我民法總則施行法第二條，亦規定外國人於法令限制內，有權利能力。

#### 第六章 行爲能力

行爲能力者，爲法律行爲之能力也。換言之。即以自己之意思所爲之法律行爲，使其完全有效之法律上之地位也。廣義之行爲能力，雖包括侵權行爲能力。而狹義之行爲能力，則專指法律行爲能力而言。茲所論者，乃狹義之行爲能力。

行爲能力與意思能力有別。意思能力者，作成正常意思之心理上之能力也。包含認識力與預期力。故意思能力，乃心理上之能力。行爲能力，乃法律上之能力也。有行爲能力者，必有意思能力。有意思能力者，未有必具有行爲能力也。行爲能力之規定，乃強行法規。故不得以契約使有能力人爲無能力人。使無能力人，爲有能力人。但不爲一定行爲之契約，乃負不作爲債務之契約。非限制行爲能力。其有效自不待言。

無行爲能力人分、絕對無能力及相對無能力兩種。如未七歲之未成年人，因精神喪失或



精精耗弱受禁治產之宣告人，屬於前者。滿七歲之未成年人，屬於後者。（十三條）

### 第一節 未成年人

人類知識經驗之發達，與年齡並進。劃一定之時期，爲成年期。而於其前後之行爲能力，設巨大之差異。在理論上不無非難之餘地。且實際上，每迫於家庭之事情。縱未達成年，亦有時須使其有行爲能力之必要。德國民法，爲避此理論上之非難，與實際上之不便。設成年宣告之制。我民法不採此制。唯規定已結婚之未成年人，有行爲能力而已。（十三條三項）然爲保護未成年人，並爲日常生活之法律關係計，又不能不設劃一制度。此成年制之所以設也。我民法以二十歲爲成年。（十二條）其計算之法，自出生之日起算。（一二四條）未滿七歲之未成年人，完全無行爲能力。其意思表示，全然無效。亦無受他人意思表示之能力。一切法律行爲，悉由其法定代理人爲之。（七十六條）已滿七歲之未成年人，除純獲法律上利益或依其年齡及身分日常生活所必需者，得單獨爲之外。其他之一切法律行爲，則須經法定代理人之允許，否則無效。（七十七條）未成年人之法定代理人，有代理未成年人爲法律行爲之權限，與補充未成年人之能力之

權限。所謂代理權，應限於管理未成人之財產，與代表關於其財產上之法律行為。而關於未成人之身分上之行為，原則上無代理權也。所謂能力補充權者，乃對於限制能力人之行為，與以允許。俾得成爲完全有效之法律行為之權限也。此權限法定代理人以自己名義行使之。故與普通之代理權異。

允許乃法律行為，且爲有相對人之單獨行為。故法律行為及意思表示之規定，皆可適用於允許。不過允許係對於他人之行為，自己無獨立之內容。須稱爲補充的法律行為。

允許既爲補充能力之行為，性質上須行之於事前，即允許須於限制能力人爲法律行為之前，或與其行為同時爲之。若限制能力人既爲法律行為之後，則已無允許之餘地。法定代理人若使其行為有效，則須採承認之形式。蓋法律既區別允許與承認，則事後之允許，自不能生允許之效力也。

對於限制能力人既爲之允許，其有效自不待言。然對相對人所爲之允許，則如何。德民（一八二條）規定仍然有效。我民法無規定，自不免發生問題。然允許既爲補充能力之行為，自不應否認此種允許之效力。且縱認此種允許之效力，亦不至有損於限制能力人

。况相對人普通多相信法定代理人之允許，而與限制能力人爲法律行爲。則在此種情形之相對人，殊有保護之必要。故我民法之解釋上，此種允許，應解爲有效也。

限制能力人未經法定代理人之允許所爲之法律行爲，雖爲無效。然爲他人之代理人所爲之法律行爲，仍爲有效。民法一〇四條規定，代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制能力人而受影響。蓋法律之所以限制未成年人之能力者，乃爲保護其利益。而爲代理人所爲之行爲，乃對於委任代理人之本人生效。而限制能力人並不受代理行爲之效果也。

左列行爲，無須得法定代理人之允許。

(1) 關於純獲法律上之利益之行爲 所謂純獲法律上利益之行爲，乃指單純取得法律上之權利，及免除法律上之義務之行爲而言。蓋此等行爲，限制行爲能力人既不受何等法律上之拘束。且不蒙財產上之損失故也。所謂取得權利之行爲，如以自己爲受贈者而爲贈與契約是。但有負擔的贈與，則受贈者亦須負擔義務。則限制能力人不得獨斷爲之。又法律上之利益，不能以經濟上之利益之有無爲標準。須就當該法律行爲以決定之。

如以五十元購買百元之動產。在經濟上固有利益之可云。然在法律上猶須負擔支付五十元價金之債務。故不能謂爲純獲法律上利益之行爲也。

(2) 限制能力人之年齡及身分日常生活所必需之行爲 蓋此等行爲，大都屬於日常細微之行爲。若一一須經法定代理人之允許，不僅不堪其煩。且有害相對人之利益。故法律特爲規定之。英法 (Infants Relief Act) 規定未成年人購買必需品 (Necessaries) 之行爲爲有效。適與我民法 (七七條) 出於同一趣旨。所謂必需品之認定困難，固爲英法主義之缺點。但其長處，能使廣汎的購買必需品之債權契約有效。

(3) 法定代理人允許限制能力人處分之財產，限制能力人就該財產有處分之能力。(八四條) 法定代理人所允許處分之財產，有預定處分之目的者。有未預定處分之目的者。前者唯於其所指定之目的範圍內，得隨意處分之。如以旅行或購買書籍之目的，所允許處分之金錢。則於此目的範圍內，得隨意處分之是也。後者限制能力人得隨意處分之。如處分由法定代理人所給與之零用錢是。如上所述，皆須限定財產之範圍。若允許其全財產之處分，則等於能力限制之解除。非法律所許也。

若限制能力人有被允許處分之財產，而締結債權契約。嗣後以該財產清償債務。則清償行爲及債權契約，皆爲有效。但尙未有允許處分之財產，而締結債權契約，因以負擔債務。（如定做衣服）嗣後取得允許處分之財產，而以之清償債務時，解釋上固有議論之餘地。亦須解爲有效也。

（4）法定代理人允許限制能力人獨立營業者，限制能力人關於其營業與成年人有同一能力。但嗣後有不勝任情形，法定代理人得撤銷或限制其允許。（八五條一項二項）成年制係以普通一般人之發育爲標準。普通未達成年年齡之人，不適於獨立爲法律行爲。但個人之實際發育，既有遲早之不同。且每迫於家政上之事情，殊有使限制能力人獨立營業之必要。若其營業已得法定代理人之允許。而關於營業之種種行爲，猶須一一經其允許。將不堪其煩。且他人亦不敢安心與該限制能力人交易。故多數國家，皆設此種擴張未成年人能力之規定。我民法亦然。

營業允許，乃擴張未成年人能力之行爲。法定代理代理人爲允許以後，則限制能力人於其營業之範圍內，完全有行爲能力。故法定代理代理人於允許營業時，不得保留營業

中某種行爲之同意權。又營業之種類，須行限定。若允許爲一切之營業，對於限制能力人甚爲危險。故法文上所謂獨立營業，應解爲種類有限制之營業而言。

限制能力人所爲之行爲，是否爲關於其營業之行爲，不能以限制能力人之主觀的意思爲標準，須依客觀的即社會一般之見解以決定之。苟客觀的非關於其營業之行爲，縱今限制能力人明言其行爲係關於營業，亦不能謂爲關於其營業之行爲也。

關於其營業之行爲者，不僅指其行爲屬於營業部類而言。至爲其營業之準備及補足行爲，亦包含之。如布疋商買賣布疋，固屬於營業部類之行爲。至其他關於營業之準備及補助行爲，如租賃舖面僱用使用人締結運送保險契約等，亦爲關於其營業之行爲也。

得允許之未成年人，有不勝任情形，法定代理人得撤銷或限制其允許。（八五條二項）所謂有不勝任情形者，因限制能力人之能力有不勝任營業之結果，致招失敗，或蒙損失之謂。限制能力人在營業上雖博大利。若因浪費而影響於營業上之財產時，亦可謂爲有不勝任之情形也。

允許之撤銷者，允許之撤回（*Rücknahme*）之謂。非使允許從始無效。乃向將來消滅限制

能力人之能力之擴張也。故一一四條之規定，不能適用。允許之限制，乃允許之一部撤回。其效果之不能追溯既往者，與允許之撤銷同。

至女子在法律上之地位，上古母權最盛時代，女子之地位概優於男子。如古時之埃及女子有優先順位之繼承權是也。此種風俗，在今日之印度亞非利加，猶有存在之痕跡。自母權衰微，女子之地位概較男子爲劣。如羅馬古代，女子均須置監護人。至Justinian帝時，男女在私法上之地位，殆無多大懸殊。迨及近世。男女在公法上之差異雖巨。然在私法上，關於私權之享有及行使，通常與男子無甚差異。唯在婚姻中之女子卽妻，各國民法對其行爲能力，莫不加多少限制。至其限制之程度，則各國立法例不一。德奧民法，雖認妻之完全能力，然關於個個行爲，猶附以多少限制。瑞士民法亦認妻之完全能力。但經營職業時，原則上須得夫之同意。英國普通法，妻因婚姻之結果，與夫合爲一體，而喪失能力。嗣由一八八二年、一八九三年之妻財產法(Married women's Property Act)及判例，妻完全有能力。唯關於個個行爲，受多少之限制而已。反之。法國及法法系民法，妻之能力之限制最大。不僅舉凡一切重要行爲，須得夫之同意。且於夫在處罰禁治

產失蹤未成年期間內，並須得法院之允許。（法民二一五條以下參照）嗣後雖依特別法及判例擴充。然其限制猶巨。日民及我舊民律草案，對於妻之能力設巨大之限制。而以妻為限制能力人。舉凡一切重要行為，皆須得夫之允許。現行民法，根據國民黨男女平等之原則，對於妻之能力，不設何等限制矣。

## 第二節 禁治產人

對於心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己事務者，法院得因本人配偶或最近親屬二人之聲請，宣告禁治產。（十四條）法律設此制度之原因，一面保護精神病人之利益。而他面則警告與其為法律行為之相對人也。

無論心神喪失為一時的或為繼續的，凡在心神喪失中所為之行為，以其缺欠意思能力，當然無效。然心神喪失人，有時亦可回復其本心。故其所為之行為，果係心神喪失中所為，抑係回復時所為，殊難判別。易生爭執。立法例為保護心神喪失人之利益，有使其行為無效者。有使其行為僅得撤銷者。我民法採無效制。（十五條）禁治產之制度，為現代多數國家所採用。古羅馬法，依精神病之程度而區別之。其甚者稱為 *furiosi*。其程



度稍低者稱爲 *démences*。法國民法，除禁治產外，又設準禁產之制度。法院於駁斥禁治產之聲請時，若一旦認爲必要，得對於被聲請人附以保佐人。（*Conseil judiciaire*）關於特定行爲，非得保佐人之助力，（*assistance*）不得爲之。又對於浪費人，亦得因聲請而爲同樣之宣告。（法民四九九條五—三條以下）日本民法倣之。使精神病人爲禁治產人。而以精神耗弱人聾者啞者盲者浪費者爲準禁治產人，卽限制能力人。德國民法對於精神病人心神耗弱人浪費者酒狂者得宣告禁治產。除因精神病之禁治產外，其他之禁治產人爲限制能力人。又對於盲者聾者啞者及其他精神上及肉體上之不具者，經其同意，得置管埋人。（*Phlegger*）（德民六條一—四條）瑞士民法，除精神病人精神耗弱人外，對於浪費者酒狂者得宣告禁治產。而以有判斷能力人之禁治產人爲限制能力人。非經法定代理人之允許，不得爲負擔義務之行爲。我民法雖倣德瑞民法設禁治產之制度。而以禁治產人爲絕對無能力人。則微有不同。

禁治產之原因，爲心神喪失與精神耗弱。所謂心神喪失者，卽繼續的在無意思之狀態也。若因大醉發熱等，僅一時的心神喪失，不能爲禁治產宣告之原因。然心神喪失固不以

絕對的無間斷的繼續爲必要。若因精神病之結果，而屢陷於心神喪失之狀態時，即可爲宣告禁治產之原因。

有心神喪失乃精神耗弱之情形，即可爲宣告禁治產之原因。其被宣告人之爲成年人與否，非所問也。關於此點，各國法制不一。和蘭民法，不許對未成年人宣告禁治產。伊大利民法，除自治產之未成年人及成年前一年之未成年人外，亦不許未成年人之禁治產。反之德瑞民法，則認未成年人之禁治產。法國民法，雖僅認成年人之禁治產。但學說及判例，皆一致認未成年人之禁治產。我民法上七歲以上之未成年人與禁治產人之能力既有不同。而有精神病之未成年人，於其達成年以前，殊有令其爲禁治產人之必要也。

禁治產之宣告，因本人配偶及最近親屬二人之聲請，於法院爲之。（十四條）蓋禁止產之聲請往往出於一己之利慾。故民法一面使與心神喪失人有密切關係之人方克聲請。一面使法院得以審察情形以決定之。不必盡容其請求也。禁治產人無行爲能力。（十五條）其所爲之意思表示無效。（七五條）一切法律行爲，須由其法定代理人爲之。（七六條）

關於外國人之禁治產，凡在中國有住所或居所之外國人，依其本國法或中國法，同有禁治產之原因者，得宣告禁治產。（法律適用條例第七條）

禁治產之原因消滅時，須依民事訴訟法之規定，撤銷宣告。（一四條二項）禁治產宣告撤銷之要件，乃禁治產之原因之消滅，即禁治產人之心神喪失與精神耗弱之情形已經消滅也。撤銷禁治產宣告之行爲，乃國家之公法的行爲。自不能適用一一四條之規定。縱令其爲私法的行爲，所謂撤銷即廢止之意。與有瑕疵行爲之撤銷之觀念，自有不同。故撤銷前，法定代理人爲禁治產人所爲之行爲，仍然有效。而禁治產人所爲之行爲，仍爲無效也。

以上乃說明禁治產宣告之撤銷。但特別訴訟程序，尙規定有不服禁治產宣告之訴。（Anfechtungsklage）（人訴五七一條以下）法院若認其訴有理由時，得以判決撤銷禁治產宣告之決定（人訴五七七條）因此不服之訴而撤銷禁治產宣告之決定，與禁治產宣告之撤銷不同，乃以消滅禁治產宣告之效力爲目的。並非爲恢復禁治產人之能力。當然有溯及效。故禁治產之宣告撤銷前，禁治產人所爲之行爲，不能以禁治產爲理由，而主張無效。

（人訴五七八條二項）此與禁治產宣告之撤銷不同之點也。然法律爲保護第三人之利益，及交易之安全，使撤銷前法定代理人所爲之行爲，仍不失其效力。（人訴五七八條一項）

### 第三節 限制能力人之相對人之地位

限制行爲能力人，未得法定代理人之允許，所爲之單獨行爲無效。（七八條）其所訂立之契約，非經法定代理人之承認，不生效力。（七十九條）但相對人於契約未經承認前，得撤回之。（八十二條）若相對人不爲撤回，則有確定其契約之效力，或使其溯及的消滅之權利者，僅屬於當事人之一方。法律之設此規定，固爲保護限制行爲能力人之利益，與基因於社會之需要。然此種法律狀態，長期繼續時。則其相對人將蒙不測之損害。且於社會之公益，大有妨碍。是以民法斟酌外國立法例，對於限制能力人之相對人，設保護之法。予相對人以催告權及否認撤銷權。分述如次。

（一）催告權 契約相對人得定一月以上之期限，催告限制能力人之法定代理人，確答是否承認。（八十條）縱令不得回答，亦生一定法律效果。以確定其法律關係。論催告之性質，乃一種意思通知。蓋催告雖生一定法律效果。然此效果，不以當事人之認識欲

求爲必要。故非法律行爲。亦非意思表示。不過法律對於意思通知，無明文規定。不能不將意思表示之規定，類推適用而已。法定代理人於該期限內不爲確答，視爲拒絕承認。（八十條二項）限制能力人於尙未成爲有能力前，其相對人向之所爲之催告，自不能發生催告之效力。但於限制原因消滅後，相對人亦得定一月以上之期間，對於本人催告其所爲之行爲，確答是否承認。若受催告人於該期間內不爲確答，視爲拒絕承認。（八一條二項）若予以承認，其承認與法定代理人之承認有同一之效力。（八一條一項）

（二）否認撤銷權 所謂否認權者，卽限制能力人使用詐術，使人信其爲有行爲能力人，或已得法定代理人之允許者，其行爲有效是也。（八三條）使用詐術，乃違法行爲。通常須任損害賠償之責。唯損害之多寡及賠償之數額，殊難確定。故不如強其承認。俾限制能力人不敢以詐術欺人。而相對人不致因契約無效而蒙意外之損失也。

所謂使相對人信其爲有能力人者，不必須使人信其爲一般能力人。如使人信其對該行爲爲有能力人，卽可構成詐術。又所謂詐術，限制能力人不僅須有欺詐之故意，且積極的須使用欺之手段。如限制能力人偽造法定代理人允許之證書是。又相對人須陷於詐術而爲

行爲。此要件法律雖未明言。然相對人倘明知其爲限制能力人，或其所爲之行爲與詐術無關係時，自不應適用八三條之規定也。

### 第七章 住所

住所者，以久住之意思，而住於一定地域之謂也。（二十條）住所係一定地域，抑係地域與人之關係，學說上不無議論。究以地域之說爲妥。

設定住所時，除定住之事實外，是否須有定住之意思。法意日本等國之民法，以各人生活之根據地，卽生活關係之中心點，爲住所。不問其有否定住之意思。反之，德瑞民法，皆採意思主義。我民法倣之。（二〇條一項）

（1）住所與居所之區別 居所者，無久住之意思，於多少期間內續繼居住之地域也。在不採意思主義之民法，則不能不以人與地域關係之深淺，而區別住所與居所焉。

（2）住所之廢止或變更 住所既得自由設定，亦得自由廢止或變更之。廢止者，消滅其住所是也。凡以廢止之意思，離去其住所者，卽爲廢止住所。故有廢止住所之意思，而不實行。或離去其住所而無廢止之意思，均不得謂爲廢止住所。變更者，廢止舊住所，

同時即設定新住所。是爲住所移轉。

德國民法，認一人同時得有二處以上之住所。我民法規定以一處爲限。（二十一條二項）蓋一人有數住所時，其法律關係，易致紛離錯亂故也。

人得無住所與否，法國學者，不認無住所之人。蓋法民（一〇二條）規定，人皆須有住所。故有此議論。我民法既無類規定，自不能爲同一解釋。且有否住所，純爲事實問題。苟未設定住所，自爲無設所人。如浮浪人是。

三、法定住所 無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所。（二十一條）法人以其主要事務所之所在地爲住所。（二十九條）住所無可考，或在中國無住所者，其居所視爲住所。（二十二條）視居所爲住所者，非以其居所爲法定住所。不過就住所所應就發生之法律關係，使就居所發生之而已。但衣住所地法時，不在此限。

四、假住所 假住所者，因特定行爲選定住所者，關於其行爲視爲住所。（二十三條）假住所僅依選定之。當事人自無須居住該地。不過就該特定行爲，發生與住所有一之效力而已。

假住所之制度，爲法法系之法律所採用。（民法一一一條）德國除從來實行法國民法之地域外，不認假住所之制度。

假住所之選定，全係當事人之自由。民事訴訟法及刑事訴訟法，雖規定於特定之時，訴訟當事人須選定假住所。然此時之假住所，僅爲訴訟文件送達之處。非民法上之假住所也。

#### 第八章 失蹤及死亡宣告

一失蹤 法律對於失蹤人有兩種法律關係，須行規定。若失蹤不久，將來尙可望其歸來時。爲預防其財產之朽廢，並保護其利益計，置財產管理人。以管理其財產。（十條）若失蹤之期間過久，將來幾無復歸之希望時，則爲繼承人及其他利害關係人之利益計，將失蹤人推定爲死亡。而確定其法律關係。羅馬法雖有不在者之財產管理制度，然無死亡宣告之推定。對於長期生死不明者，以法官之自由認定，假定其死亡。而發生死亡之效果。近世諸國法制，得區別爲二主義。法民無死亡宣告之制。依失蹤期之長短，分爲三期。第一期管理失蹤人之財產。第二期爲失蹤之宣告。俾繼承人假占有其財產。第三



期變假占有爲確定占有。德瑞民法，於規定財產管理之外，設死亡宣告或失蹤宣告之制度。爲死亡之推定，而確定其法律關係。我民法之規定，倣後者之立法例也。

二 死亡宣告死亡宣告者對於長期生死不明之失蹤人，爲死亡之宣告。俾發生死亡的法律效果之法院之宣告也。其要件有四。（一）失蹤人生死不明 所謂失蹤，非僅蹤跡不明，須生存死亡均不能證明也。瑞民三四條「雖無見屍體之人，而某人於可信爲確實死亡狀態之下，成爲行蹤不明時，其死亡視爲已證明，」之規定，卽此意也。（二）失蹤須經過法定期間 普通期間爲十年。自最後音信之日起算。（八條）若失蹤人爲七十歲以上者，其期間得縮短爲五年。（八條二項）特別期間，卽因各種危難而失蹤者，爲三年。自危難清弭後起算。（八條三項）（三）須有利害關係人之聲請。（四）須有法院之宣告。

三 死亡宣告之效果及其效果發生之期間 有採用宣告之時爲死亡之時期者。由死亡宣告乃裁判效果一點觀察之，固不爲無理。但死亡之時期，往往爲聲請者及裁判程序之遲延所左右，乃其缺點也。民法以失蹤期間滿了之時，爲死亡時期。（九條）失蹤人受死亡

宣告後，以判決所確定之時，推定其爲死亡。其效果與自然死亡相同。即法律關係因死亡而發生者，至是亦隨之而發生。因死亡而消滅者，至是亦隨之而消滅。故死亡宣告，有絕對的效力。不但對於失蹤人及聲請人發生死亡之效果。對於一切利害關係人，亦發生死亡之效果。唯須注意者，所謂推定，仍許提出反證將推定變更之。（九條二項）又二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡。（十一條）四死亡宣告之撤銷 如受死亡宣告之人尙生存時，或以確定死亡之時日爲不當時，得由本人及利害關係人之聲請，法院須以判決撤銷死亡宣告。（民事訴訟法五九六條五九七條）死亡宣告之撤銷，有絕對的溯及效。但有次之例外。

（1）撤銷死亡宣告之判決確定前，以善意所爲之行爲，其效力不變更。

（2）因死亡宣告而取得財產人，若因撤銷而失其權利者。惟就現受利益之限度，負歸還之義務。（同法六〇〇）

失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，依非訟事件法之規定。（十條）

## 第九章 人格保護

人莫不有人格，即莫不有人格權。蓋人格權者，對於己身之權利也。法律保護人格，即保護人格權也。邇來學者，均主張人之生命身體名譽自由姓名身分能力等權利，為人格權。是人格權誠人類日常生活所不可缺者。故法律特設規定以保護之。茲述其維持及保護之方法如左。

(1) 人格之維持 權利能力與行為能力，與人格有密切之關係。不能稍生缺憾。故自奴隸制度廢止以後，無論何人，皆有權利能力。而行為能力，僅少受法律之限制。吾人若欲違背此法令而自甘拋棄人格，即非法律所許。蓋所以均強弱而杜侵陵也。又吾人於法律範圍內享有之自由，亦為吾人之權利。故不得拋棄或違背公序良俗而加以限制。(十六條十七條)

(2) 人格之保護

(a) 人格關係之保護 吾人之生命身體名譽自由身分能力等被侵害時，除依法請求法院除去其侵害外，並可依法律之特別規定，請求損害賠償或撫慰金。(十八條) 蓋此等權利，雖非直接有金錢上之價格。然因侵權行為，使被害人間接蒙金錢上之損

失者，固爲社會上所常見也。

(b) 姓名權之保護 姓名之專用，亦係一種人格權。如受侵害時，得請求法院除去其侵害。並得請求損害賠償。(十九條)

## 第十章 法人

### 第一節 法人之本質

法人者，法律認其有權利能力之一種社會的組織體也。所謂社會的組織體者，卽其與個人同爲社會之一分子，而爲活動主體之謂。此等事實，攷之古代，亦有存在之痕跡。迨及近世，以公益爲目的之事業，漸次勃興。關於此類法律，亦漸臻完備。但瑕疵之點，亦復不少。殊不能不引以爲憾。法人發達之原因，不外個人之生命及能力有限。以之營大規模而永久之事業頗不適當。雖有合夥之制，以救其窮。然合夥僅能於當事人間，作契約上之法律關係。不能離脫個人，而作成別個團體人格。故個人之色彩尙濃。且與個人之生命財產狀態等，有密切關係。以之營大規模而永久之事業，亦不無困難。於是法律於合夥之外，認法人之制度。至法人之本質，自十九世紀後半以來，爲學者激論之焦

點。茲述其大要及短評如次。

(1) 擬制說 此說唱自德國之沙非泥。(Savigny)嗣後布兜他威得賢得(Puchta, Windsch- and)等皆祖述之。乃往時最有力之學說也。其詳細內容，各學者所說稍異。至其理論，不外僅自然人能為權利主體。非自然人而能為權利主體者，乃法律之擬制也。此說之缺點，誤在混同自然人與權利主之觀念。於是獨斷除自然人外，均不能為權利主體也。吾人由法律之目的言之，社會需要其為權利主體時，法律即當認為權利主體。而具備此社會的要件者，不僅限於自然人也。再由權利之觀念言之，能享有法律上能力之實體，皆得為權利主體。法人既有此組織，即當認為權利主體。

(2) 法人否認說 (A)目的財產說 謂因擬制而為權利主體，實質上所謂法人者，不過為一定目的而存在之財產而已。(B)受益者主體說 而實際上受利益者，為權利主體。(C)管理者主體說 謂在處理法人財產之地位者，為權利主體。

(3) 法人實在說 此說不以法人之實體為法律之創造物。主張法人亦能為權利能力之實體。又分為二。(4)有機體說 又稱為團體人格說。謂除個人之意思外，有團體意

思。除自然的有機體外，有社會的有機體。法人乃社會的有機體。且具有團體意思。故法人乃實在體也。此說除指摘擬制說之誤謬外，其闡明法人之社會的作用，固大有功績。但其法律上之立腳點，仍不出權利意思說。又以有機體為權利主體，頗受學者之攻擊云。

(3) 組織體說 此說以法人之實體為適為權利主體之組織體。現今法人實在說中，以此說為最有力。蓋其既可免擬制說之非難。又無有機體說之牽強也。

或主張法人之本質論為無用之學術論者。若關於法人之法規，已臻完備。或無須乎本質論之研究。但現今關於法人之法規，既未完備。且事實上頗難期其完備。故欲補充此不完備之缺點時，則不能不取決於法人之理論。如各種權利，法律雖行列舉。但不能將其所有一切效力，皆行歸納於法典中。尚須研究權利之本質，以資補救者，其理由無或稍異也。故欲定法人之權利能力之範圍及行為能力與侵權行為能力等，非研究法人之本質，不足以資解決也。

## 第二節 法人之權利能力

權利能力存在之理由，在自然人與法人之間，無所差異。已於前述。法人之權利能力，

始於其成立之時。如公益法人，除得主管官署許可外，非向主管官署登記，乃未能成立。權利能力之終期，當於法人解散章中論之。法人之特別權利能力，有次之三種限制。

(1) 基因於目的之限制 法人祇能於章程及捐助行為所定之範圍內，得享有權利，負擔義務。蓋法人之能為權利主體者，因其為達一定目的之社會的組織體也。則其權利能力及行為能力之範圍，自應受其目的之限制。如公益法人，不能為營利事業。則對於營利事業。自無權利能力與行為能力。但擬制說論者，與實在說論者，對於此點，見解甚不一致前者對此限制有嚴格解釋之傾向。主張法人為達其目的之必要範圍方，有權利能力。反之。持實在說論者，對此限制之解釋，甚為寬大。不僅為達目的之必要範圍內，有權利能力。苟於其目的有益且相當時，亦應有權利能力。蓋關於法人全無關係之事項，雖不能認法人之權利能力。然法人以社會的活動主體活動時，從關於與其自己之目的，直接無關係之事項，亦不能不為社會的活動者，在事實上寧屬當然也。

(2) 法令之限制 民法第二十六條規定，法人於法令限制內享有權利，負擔義務之能力。蓋法人之權利能力，既為法律所認定。自不能不受法令之限制也。外國法制，有恐

法人財產之非常的增加，足以威脅國家之存在，而限制法人不能所有定額以上之財產者。（德民施行法八十六條）我國現行法制，則無此等限制。而財團社團之財產，乃為達其目的，所必要之手段。法人得無限制的享有也。

（3）性質之限制 法人既非自然人，則以身體之存在為前提之權利，不能享有。如人格權自由權及親屬權中之親權夫權等，法人不得享有也。但不以身體之存在為前提之人格權，（如名譽權）法人亦得享有之。關於名譽權之本質，議論甚多。大別之為主觀客觀二說。前者主張名譽乃自己人格之自覺。後者則主張名譽乃由他人所受之尊敬。此多數學也。依前者之見解，則名譽不能被他人侵害。然實際上名譽之被他人侵害者，乃事所常見。故在法律觀念上，以後說為當。是由此客觀的意義，法人亦有名譽。故第三人就法人財產上之信用及公益上之功績等，對於法人所為之尊敬，即法人之名譽也。

### 第三節 法人之行為能力

關於法人之本質，採擬制說者，否認法人之意思。謂法人無行為能力。而採有機體說者，謂法人有有機體的意思，故有行為能力。余雖不採有機體說。但法人既有作成其意



思之組織，亦當有行爲能力。故董事非在法人之外部，代理法人。乃在法人之內部，爲構成法人組織之一部。

再參考外國立法例，德國民法廿六條規定，法人之代理人，有法定代理人之地位。而解釋者，則以董事爲法人之代表機關。不可與純粹之法定代理人同視。瑞士民法更一進步，其第五四條規定，法人依法律及章程，而構其必要之機關時，即取得行爲能力。其五五條規定，法人依其機關而表示其意思，機關以其法律行爲及其他之行爲，使法人負擔義務，而關於歸責於法人之事項，行爲者亦負責任。我民法廿八條規定，法人對於董事或職負，因職行職務，所加於他人之損害，與該行爲人連帶負擔賠償之責。蓋採瑞士立法例也。

法人之行爲能力，自應以其權利能力之範圍爲限。至法人是否有侵權行爲能力，關於此點，採擬制說者，謂法律雖規定法人之賠償責任。非認法人有侵權行爲能力。法人之機關之侵權行爲，並非法人自身之侵權行爲。不過法律爲便宜計，爲保護第三人計，且爲增加法人之信用計，認法人負擔損害賠償之責任而已。而採實在說者，謂法人機關之行爲，

乃法人之行爲。如因此致侵害他人之權利時，當然成立法人之侵權行爲。或又云。所謂違法行爲，並不屬於法人目的之範圍。故法人不能有違法行爲。然以適法之目的所設立之法人，爲達其目的所爲之行爲，致侵害他人之權利時，當然成立侵權行爲也。

法人既有權利能力與行爲能力，自應有爲訴訟上之原告或被告而起訴或被訴之能力，即法人有訴訟上當事人之能力與訴訟能力。

#### 第四節 法人之種類

一、公法人私法人 此區別之標準，甚爲困難。至有否認此種區別者。茲略述各種學說之大要如次。

(1) 公法人與私法人之區別，乃基於社會觀念。故不能以唯一之標準而定兩者之區別。致與社會觀念相衝突。但社會觀念，頗難正確。此說不足採。

(2) 由其目的事務之公私而爲區別。若依此說。則同一性質之事務，以國家行之則爲公事務。以私人行之則爲私事務。如學校鐵道等，自不能以目的事務之公私而定法人之性質。

二

(3) 由設立人之公私而爲區別。依此說，由國家所設立之銀行及其他營利事務爲目的之法人爲公法人。與前說有同缺點。

(4) 以對於國家有特別之利害關係，而受特別之保護者，爲公法人。以私人之利益爲直接之目的者爲私法人。此說運用於實際時，殊欠明瞭。

(5) 依公法之規定，對於國家有實行其目的之義務者，爲公法人。此有名之 *Rosin* 氏之學說也。謂事務之公私，不能由其性質而爲區別。蓋公事務乃國家之事務。故團體以公事務爲目的時，國家絕不放任之。必課以實行之義務。反之。其目的之事務爲私事務時，直接與國家無甚密切之關係。其實行與否，國家不加干涉云云。然此說不無遺憾之點。蓋以同一性質爲目的之法人，勢不能不依義務之有無，而異其性質。如私設鐵道私立學校等，若國家課以實行之義務時，則爲公法人。否則爲私法人，殊有背於普通觀念也。

(6) 以國家或國家統治權所認定之事業爲目的所設立之法人爲公法人。其他之法人爲私法人。公法人與私法人之區別，以此說爲妥當。

兩者區別之必要，因公法人執行其目的之事業時，有特別之強制力。

二、公益法人營利法人 (Idealer Verein, Geschäftsverein) 營利法人者，以營利爲目的之法人也。公益法人者，以公益爲目的，即不以營利爲目的之法人也。故以公益爲目的，同時又以營利爲目的之法人，仍爲公益法人。

關於營利法人之觀念，有客觀主義與主觀主義。前者不問設立人之目的是否有圖一己之利益，苟法人目的之事業，性質上爲經濟上之行爲時，乃營利法人。依主觀主義，若法人最終之目的，爲圖社員之利益時，乃營利法人。不然者爲公益法人。不問其目的之事業，是否爲經濟上之行爲也。

以上兩說，以後說爲當。蓋(1)財團法人，雖得爲公益法人，但不能爲營利法人。以其欠缺享受利益之社員故也。若依前說，則不能說明財產法人之何以不能爲營利法人。(2)公益法人之設立，須得主管官署之許可。營利法人則不然。因公益法人之目的既爲公益。故國家預防其濫設，而有干涉之必要。若依前說，則經營營利事業，而以其收益供公益之用者，勢不能不爲營利法人。其設立自無須得管官署之許可。殊不合於法律之

目的也。

所謂公益，須爲社會一般之利益，或爲不定多數人之利益，若爲一家之利益所設立之家庭，(Familienstiftungen)及我國之祠堂，以養贍家族爲目的之獨立財產，不能成立法人，職是故也。

三、社團法人財團法人 社團法人者，以社員爲其構成分子之法人也。財團法人者，無社員，以供一定目的所捐出之財產爲中心所成立之法人也。故社團法人，必有社員。且有社員總會。各社員有出席總會，參與法人事業之權利。又兩法人之組織亦異。社團法人之設立，除以章程定法人之目的及組織外，尙有社員總會。而總會有變更章程之權限。故社團法人之目的及組織，能隨時變更。富有彈性。而財團法人之設立，則以捐助行爲定法人之目的及組織。法人之董事，依捐助行爲以處理其事務。無變更捐助行爲之權限。苟捐助行爲中，未設變更之特別規定時，則捐助行爲永久不得變更。故財團法人頗具固定性。如欲爲公益事業設立法人時，須考慮兩者之特性以定其組織。

#### 第五節 法人之設立

法人之設立有次之諸主義

(1) 自由設立主義 對於法人之設立，不加何等限制。隨設立者之意思，得自由設立法人之主義也。

(2) 特許主義 關於個個法人之設立，以主權者之命令或法律之制定，為必要之主義也。

(3) 許可主義 關於法人之設立，以行政官署之許可為要件之主義也。民法對於公益法人，採此主義。

(4) 準則主義 先以法律規定法人之社會組織體之要件。設立者依此要件作成社會的組織體時，無待乎國家之特許或許可，即當然為法人之主義也。

民法關於營利法人之設立，均依特別法之規定。(四五條) 蓋此等法人，種類甚多。為立法上之便利計，應規定於特別法中也。營利社團法人之公司，依公司法之規定。蓋純取準則主義。無須經官署之許可也。公益法人之設立，須有設立行為，設立登記，與主管官署之許可。主管官署之許可者，對於設立者所組織之社會組織體，賦與人格之行政

行爲也。許可登記與設立行爲，三者缺一，即不能發生法人成立之效果。故縱令有設立之許可，有設立之登記，苟其設立行爲無效時，法人當然不能成立。又縱有設立行爲，苟無許可，法人亦不能成立也。

一、社團法人之設立 社團法人之設立行爲，乃以創設社團法人之權利主體爲目的之法律行爲。故須訂定章程。章程所應記載之事項如次。（四十七條）（1）目的（2）名稱（3）董事之任免（4）總會招集之條件程序及其決議證明之方法（5）社員之出資，章程即爲無效。此外有所謂任意事項。其記載於章程與否，全係設立者之自由。但一旦記載於章程，即成爲必要記載事項。非依變更章程之程序，不得變更之。

社團法人，乃人的團體。不得以一人設立之。德民規定以七八爲限。我民法雖無規定，當解釋須二人以上之設立人。

社團法人設立行爲者，以二人以上之設立人之合意爲要素之法律行爲也。此法律行爲之性質若何，有契約說與合同行爲說。近世學者，多採合同行爲說。蓋設立行爲，非以成

立設立者相互間之權利義務之關係爲目的。乃以創設權利主體爲目的。此等合意，對於法律行爲之各當事人，有同一之意義。並生同一之法律效果。與對各當事人有互異之意義，生反對法律效果之契約，在法律之性質上，大相懸殊。故合意乃合同行爲，非契約也。

二財團法人之設立 財團法人之設立行爲者，設立人訂定之章程及其捐助之行爲也。捐助行爲者，以設立財團法人爲目的捐助財產之要式的法律行爲也。其捐助行爲之方式，因生前捐助與遺囑捐助而異。在生前捐助者，應訂立捐助章程。以遺囑捐助者，須依遺囑之方式。章程之必要記載事項，除關於社員之規定外。與社團大體相同。惟認捐助行爲之補充一點稍異。卽捐助行爲之絕對的必要事項，乃法人之目的及資產。二者缺一，則捐助行爲爲無效。至其他之記載事項，如名稱及任免董事之方法，不必設立人自定。若設立人不定此等事項而死亡時，則法院得因利害關係人之聲請，爲必要之處分。（六十二條二項）蓋社團法人之設立人，大都不止一人。其中雖有死亡，而其他之設立人，尙得補充章程之不足。故無須國家之干涉。至財團法人，其設立人概爲一人。於其死亡



時，若法律不認法院之補充，則以公益爲目的之事業，不易發展也。

捐助行爲，乃無相對人之單獨行爲。如設立人決定設立財團法人之意思，並將此意思記載於書面。則捐助行爲卽行成立。固無須將此意思，表示於他人。而向主管官署之聲請，不過將已成立之捐助行爲，提出於官署。並非將捐助行爲之要素，向官署表示之也。捐助行爲乃以捐出財產設立法人爲目的之行爲。但捐助行爲，是否須有一定財產之助出。依從來之通說，財團法人之基礎，既爲財產。則無財產，卽無財團法人。故設立財團法人之捐助行爲，須同時提出一定財產而提存之。反對論者，謂財團法人非以財產爲法人。故財產之存在，非財團法人之必要條件。然爲達財團法人目的之手段者，不得不爲財產。是財團法人之財產，較諸社團法人之財產，尤爲重要。但設立時，不必提存。若有將來取得其財產之確實方法時，法人亦可成立。

捐助行爲乃以設立法人爲目的之無償處分財產之行爲。茲所謂捐助與普通之捐助不同。其行爲之發生效力，以設立許可爲條件。故財團法人之設立人，於爲捐助行爲後，未得設立許可前，尙不能生處分財產之效果。換言之。此時之捐助財產，尙屬於設立人也。

然既得許可以後，其捐助行爲，完全生效。其所捐助之財產，法律上是否當然屬於法人。抑設立人僅負移轉財產之義務。而移轉時，是否更須有移轉之行爲。此點爲從來學者所激爭。日本民法採物權主義，其四三條一項規定，以生前處分爲捐助行爲者，其捐助財產，於得法人設立之許可時，構成法人之財產。德國民法財採債權主義。使設立人負移轉財產之債務。我民雖無規定，以應採德民之解釋也。

以遺囑爲捐助行爲者，其遺囑於遺囑人死亡時，即發生效力。以後由繼承人或遺囑執行人將捐助行爲提出於主管官署，而請求許可。故遺囑發生效力時，法人尙未成立。捐助財產，須先移轉於繼承人。而繼承人自得爲有效之處分。若捐助財產被處分時，則捐助人之目的，將不能達到。故日本民法第四二條二條規定，以遺囑爲捐助行爲時，其捐助財產，於遺囑發生效力時，視爲歸囑於法人。關於此點，我民法未以明文解決，以爲遺漏也。

#### 第六節 法人之登記

登記者，記載一定事項於公簿之謂。法律爲社會交易之安全計，屢用登記制度，公宗一

定事項。俾利害關係人，以閱覽之機會。至於法人，亦有將其實在狀況，公示於世人之必要。故法律採用登記制度。將法人之設立及其他關於法人之事項，公示於第三人。法人之登記，分設立登記，變更登記，及解散登記三種。董事或清算人，怠於登記時。有一定之制裁。其程序規定於非訴訟事件法中。

(1) 設立登記 設立登記者，設立法人之登記也。德國民法第二十一條規定，不以營利爲目的之社團法人，於其所屬之初級法院登記時，享有權利能力。我民法則規定法人非經向主管官署登記時，不得成立。(二十條)

法人爲設立登記後，所應登記之事項，爲目的名稱，主事務所，及分事務所，董事之姓名及住所，財產之總額，應受設立之許可者，其許可之年月日，定有出資方法者，其方法，限制董事代表權者，其限制，定有存立時期者，其時期。又社團及財團之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。並應附具章程及捐助行爲備案。

(四八條一項二項六一條一項二項)

記立登記，與法人以對外的效力。法人爲設立登記後，固行成立。但有應登記之事項而

不登記，或已登記之事項有變更，而不爲變更登記者，不得以其事項對抗第三人。（三一條）所謂第三人，或以法人爲標準，指法人以外之人爲第三人。或以設立程序爲標準，指干與設立法人以外之人爲第三人。考諸立法理由，對於已經干與之設立人及主管官署，主張法人之設立時，並無須乎登記。故解釋上自以後說爲當。

（2）變更登記 登記事項有變更時，須爲變更登記。登記以前，不能以其變更對抗第三人。（三一條）事務所之遷移，亦爲登記事項之一。故須於舊事務所所在地爲遷移之登記。新事務所所在地爲設立登記。若其遷移在同一登記區域內者，只須爲遷移之登記。

（3）解散登記 法人解散時，除破產外，須爲解散登記。關於法人解散之登記事項，民法雖無規定。清算人之姓名住所及解散之原因年月日等，自應登記。又破產時，自應爲破產登記。

若登記聲請書不具備四八條一項及六一條一項之要件時，登記官吏，得拒絕登記。然登記官吏因故意或過失，收受不完全之聲請書，且將其登錄於登記簿並公告時。其效力如

何。依此二條之規定，所謂應登記之事項，不必同時登記。若於一定期間內，其事項全部登記終了時，亦可爲有效之登記。有缺欠之登記，固不能發生登記之效力。若能補足。則於補足時，仍可發生登記之效力。

#### 第七節 法人之機關

關於法人機關之性質，採擬制說者，以董事爲在法人以外代理法人。故不認機關之觀念。而採有機體說者，視法人爲社會的有機體。法人之有董事爲其機關，如自然的有機體之有耳目手足爲其機關也。余採組織體說。以董事爲法人組織體之一部。擔任法人之活動。故以董事爲法人之機關。構成法人機關之自然人，除爲法人之機關外，尙一面爲獨立自然人。董事對法人，負執行業務之義務。又對於法人，有報酬請求權。

法人之機關，有董事及總會。董事爲社團財團共通之機關。而總會則僅社團法人有之。一、董事 董事者，有執行法人業務之權利與義務之法人必備的機關也。（二十七條一項）其額數資格及其任免之方法，固可以章程及捐助行爲自由定之。然法人是否應置董事，則縱以章程及捐助行爲或總會之決議，亦無左右之自由。但法人非以董事之無間斷

存在爲必要。如董事辭職或死亡時，則法人之權利能力，不能謂已歸消滅也。德民（二十九條）規定法院得於此時因利害關係人之聲請選任董事。以補充法人之代表機關。俾法人不致發生損害。現行民法，則未置此種規定。將來是否能認法院有補充之權，不能無疑。董事須以自然人組織之。若以法人爲他法人之董事，則爲法律所不許。財團法人之董事任免方法，以章程或捐助行爲定之。社團法人之董事之選任及解任，須經總會之決議。（五十條二項二款）但得以章程定解任之原因。選任董事行爲之性質若何，頗有爭論。有主張爲單獨行爲者。然不經被選任者之承諾，即使負擔董事之重任。在不以社員爲被選資格之公益法人，尤多不當。故選任行爲，當爲委任及準委任之契約。

董事對外有代表法人對內有執行業務之權。（二十七條二項）

（一）代表法人 董事關於法人之一切事務，不問其爲審判上審判外，均有代表法人之權。代表云者，乃爲屬於法人之行爲。非董事之行爲之法律效果，及於法人也。故代表之性質，與代理異。又代理僅限於法律行爲。代表則除法律行爲外，舉凡一切事實行爲，皆能代表。然董事代表法人爲法律行爲時，使依代理之規定，甚爲便宜耳。以章程捐

助行爲或總會之決議，得限制董事之代表權。至以其他之方法限制董事之代表權，則其限制，不能有效。董事代表權之限制，不僅使董事負遵從之義務。而對外亦限制其代表權。如董事違背限制所爲之行爲，則爲越權行爲。然法律爲保護善意之第三人，設一特則。即對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。（二十七條三項）較之德民以登記之有無，爲對抗之標準者，其保護更厚也。

對於法人與董事之利益相反之事項，董事是否有代表權。民法無規定。然關於此等事項，若使董代表法人時，則法人將蒙不測之損失。解釋上董事不應有代表權也。所請利益相反者，不僅董事與法人爲法律行爲。至法人與第三人爲法律行爲時，亦包含之。例如董事爲法人之債務人，又爲第三人之保證人時，則董事不能代表法人，與該第三人爲和解是也。

（2）執行業務 董事有執行法人業務之權限與義務。此義務發生之原因，法律雖無規定。唯董事被選任以後，其與法人之法律關係，既須準用委任之規定。則董事對於法人之業務，當以善良管理者之注意爲之。又董事須依章程捐助行爲或總會之決議，執行法人

之業務。換言之。董事執行法人業務時，不得違反章程捐助行爲及總會決議之趣旨。但總會之決議，違反法令或章程董事所應執行法人之業務，雖不能一一列舉。茲據一般之規定及其主要者，揭述之。

董事須聲請關於法人諸種之登記。(三二條四八條六一條)

民法總則施行法第八條規定，法人應編造財產目錄及社員名簿。財產目錄(Inventar)者，法人之積極的及消極的財產之總目錄。即關於貸出借入財產之明細表也。屬於法人之動產不動產債權債務著作權特許權及其他之財產均須揭載。編造財產目的之目的，一面爲明示法人之財產狀況。俾監督官署及第三人容易知悉。一面將設立人董事社員個人之財產，與法人之財產明瞭區別。使董事及其他之機關無作弊之餘地。又財產目錄，因編造時期之不同，可分爲二。一爲法人設立時所編造，是爲基本財產目的。一爲每年定期所編造，是爲每年度財產目錄。

社員名簿者，記載社員之全部，俾一般知悉何人組織社團法人之賬簿也。社團法人之社員嗣後有變更時，須訂正之。



此外董事有招集通常總會與臨時總會之權。(五一條一項二項)如法人之財產不足清償債務時，須聲請破產。(三五條)於法人解散時，得為清算人(三七條)則已非有效之決議。董事自無服從之義務。且不能服從也。

董事之姓名住所，均屬登記事項之一。故其選任退任，皆須登記。登記以前，不得以選任退任，與善意之第三人對抗。

二，社員總會 社員總會者，由社員全部所組織之議決機關。且社團法人之必要的最高機關也。所謂以社員全部組織者，非須社員全部出席於總會，而行使表決權之意。乃非社員全部皆有表決權，則總會不能有效成立之謂。換言之。縱以章程之規定，總會之決議，亦不能剝奪一部分社員之表決權。又對一部分社員，不為招集總會之通知，致彼等無行使表決權之機會時，則總會亦不能有效成立也。

社團法人之事務，除以章程規定屬於董事及其他辦事人外，須以總會之決議行之。苟其決議不違背法令及章程，則董事須行遵從。此總會之所以為法人最高機關也。

總會乃法人之議決機關。換言之。即依議決之方法，決定法人意思之機關。故總會可謂

爲法人之意思機關。擬制學者，雖否認法人意思機關之觀念。而採組織體學者，則以總會爲決定法人意思之機關。社員所表示之意思，苟依決議之原則而統一時。其統一之意思，並非社員個人（自然人）之意思。乃法人本身之意思。然總會雖爲法人之議決機關。而執行此決定之意思，仍須由他之機關，即董事爲之。故總會非法人之執行機關。亦非法人之對外代表機關。唯在內部，決定法人最高意思之機關也。又總會爲會議制之機關。須依招集總會之方法召集之，始能成立爲機關。否則縱社員之全部偶然集合於一地，亦不能稱爲總會也。

總會分通常總會與臨時總會兩種。前者依章程所定之時日召集之。後者則經全體社員十分之一以上之請求，表明會議目的及召集理由，請求招集時召集之。（五十一條二項）法律賦與少數社員權者，蓋防董事之專斷。受此請求之董事，不於一月以內召集時，得由請求之社員經法院之允許召集之。（五十一條三項）通常總會與臨時總會之差異，唯在其召集之時期。非在其權限。故通常總會，於預行通知之事件外，並得議決臨時事件。總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之。（五十二條一項）日本民

法，雖規定不出席社員，得以書面或派代理人出席而爲表決。（日民六十條二項）我民法不採用之。各社員之表決權，須爲平等。（五十二條二項）即每社員各有一表決權也。蓋有經濟目的之法人，雖能以出資額之多寡，定表決權之差異。而在民法上之法人，則不能因出資而有差異。亦不能以章程規定，而剝奪其表決權也。關於法人與社員及其配偶或其直系親屬之關係，（如解任董事或對某社員提起訴訟或除名）而爲議決時。該社員是否有表決權，民法雖無規定。然爲謀決議之公平，解釋上該社員不能有表決權也。

社員於一定情形，得請求法院宣告撤銷總會之決議。（五十六條）德國學者，通常稱爲決議撤銷之訴訟。社員提起此訴之權利，不能剝奪。縱以章程之規定，亦不能禁止之。提起此訴之條件如下。（1）須總之決議，違反法令或章程。所謂違反法令或章程者，非僅指決議本身，違反法令或章程。即總會招集之程序或其決議之方法，違反法令或章程時，亦包括在內。（2）此訴須從知決議日起，三個月以內提起之。（3）提起此訴者，須爲不同意之社員。（4）提起此訴之社員，祇須證明總會之決議，違反法令或章程

。無須證明該決議是否有害法人之利益。

有經濟目的法人之機關，通常除總會及董事外，復置監察人。無經濟目的之法人，以監察人爲非必要之機關。故日本民法，以是否設置監察人，委之於章程捐助行爲及總會之決議。蓋無經濟目的之法人，既非營利。且有主管官署爲之監督。董事不易舞弊。第監察人之任務，在監視法人之財產狀況，及董事之業務執行。自屬有益於法人。我民法未行規定，立法論上不無討論之餘地也。

#### 第八節 社團法人之內部關係

一，社員之資格 社團法人之設立人，訂立章程，並得主管官署之許可，及爲設立之登記後，卽能取得社員之資格。換言之。卽社團法人之設立人，於法人成立時，當然爲社員也。然社團法人設立後，新社員入社，則非依入社之程序不可。社團法人之社員入社程序，若章程無特別訂定之時，須依總會之決議爲之。至社員入社之法律上之性質若何，學者間原有議論。有謂社員入社，爲新社員與從來之總社員間之契約者。其說殊謬。蓋法人與合夥有別。合夥非人格者，故入夥應爲從來之總合夥員與新合夥員之合夥契約

。而法人則不然。法人者有人格者也。故社員之入社，爲法人與新社員間之行爲。非總社員與新社員間之行爲也。德國基爾克(Charko)謂入社雖由於意思之合致。實個人法上所未有之別種關係。而爲社會法上所特有。日本松本蒸治博士云，入社行爲者，法人與新社員間所締結之一種契約。但其契約人之一方，爲他方之服從者。故爲一種服從的契約。與通常個人間之債務契約迥異，卽此意也。

社員之資格有因自然的喪失者。如因法人之消滅或社員之死亡是。有因人爲的喪失者，如退社及除名是。社員得隨時退社。但章程限定於業務年度終，或經過預告期間後，始准退社者。則於年度終，或預告期後，方能退社，(五十四條一項)其預告期間，不得超過六個月。社員退社後，關於法人之財產，失其一切請求權。而所應分擔之出資，仍負清償之義務。(五十五條一項二項)

二，資格之專屬 資格者，社員之身分之謂也。換言之。卽社員對於法人所有一切之權利義務關係也。在有經濟上目的之社團法人，卽公司，其社員之資格，原可以讓與或繼承。(公司法二十九條)而無經濟上目的之社團法人，卽公益法人之社員，其性質與公

司之社員迥異。其社員之資格，應禁止讓與或繼承。

#### 第九節 章程及捐助行爲之變更

社團法人之目的及組織，雖得以設立人之章程訂定之。但社團法人，必有社員。亦必有社員總會。而總會乃決定法人意思之最高機關。當然能變更社團法人之章程也。外國法制，有分章程爲基本的章程與非基本的章程兩種。前者則不許變更。我民法無此區別，自不能採此解釋。唯變更章程，乃法人之最重大事項。故須全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意。或全體社員三分之二以上書面之同意。（五十三條一項）又章程規定不許變更章程時，其章程仍得變更之。蓋禁止變更章程之規定，亦章程也。但其變更違反法令，或有不合於社團法人之本質時，則不能有效。如將公益之目的變爲營利。廢止總會。剝奪社員之不可奪權利等是也。

變更章程，乃總會之特有權限。故縱以章程之規定，總會之決議。亦不能委任於其他之機關。

法人之目的，亦可依變更章程之方法變更與否，解釋上殊多疑議。有謂法人之目的，乃

法人之生命。絕對不許變更。有謂變更法人之目的，無殊將舊法人消滅，從新設立法人者。然爲一定目的而存在之活動主體，不能因爲擴張或變更其活動之範圍，當然喪失其人格之同一性。而以法人之目的，比之於自然人之生命。尙不脫擬制說之臭味。故隨時勢之變遷，加變更於法人之目的者，乃社團法人富有彈性之特色。舊草案規定，法人之目的，非經全體社團之同意，不得變更。民法則無規定。

公益法人章程之變更，若無主管官署之許可，僅以總會之決議，不能發生效力。（五十三條二項）蓋訂定章程時，既須經主管官署之許可。則變更時，亦當然須經其許可也。若章程之變更，包含登記事項之變更時，亦須爲變更登記。登記前，不能以其變更，與他人對抗。

財團法人之目的及組織，原則上依捐助行爲者之意思而定。若捐助行爲中，定有變更之規定及程序時，固可從其規定，而爲捐助行爲之變更。蓋如此乃實行捐助行爲者之意思。非反於其意思也。然財團法人之捐助行爲，永久不能變更時，其結果將感種種不便。故民法規定，爲維持財團之目的或保存其財產，法院得因捐助人董事或利害關係人之聲

請，變更其組織。（六十三條）又因情事變更，致財團之目的不能達到時。主管官署得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要之組織。或解散之。（六十五條）洵爲適當之規定也。

#### 第十節 法人之監督

法人之監督，分業務監督與解散及清算監督兩種。

一，業務監督 業務監督者，監督法人之業務，是否違反法人之目的。董事是否有不正行爲等之事項也。監督法人之官署，依法人之目的而定。故俾主管官署，以當其監督之任，寧爲適當。主管官署爲達其監督之目的，得以職權隨時檢查法人之財產狀況，及其有無違反許可條件，與其他法律之規定。（三十二條）若董事有不遵主管官署之命令，或妨碍其檢查者。須受五百元以下之罰鍰。（三十三條）又法人違反設立許可之條件時，主管官署得撤銷其許可。（三十四條）

罰鍰者，以強制私法法規之遵守爲目的之強制罰。卽民事上之金錢罰。而非刑事上之制裁。故不適用刑法總則及刑事訴訟法。而依非訴事件程序法。關於累犯併合論罪之規



定，自不適用。德非訟事件法規定，於科罰鍰之前，須預定期間而為警告。若董事及清算人，於該期間內不遵命令時，始得科以罰鍰。故罰鍰之真正原因，乃不遵官署之警告。而非法規定違反。故董事一次不遵官署之命令而被處罰時，官署得再加以警告而處罰之。我民法之解釋，官署為達監督之目的，對於董事一次科以罰鍰，若董事仍不遵從，而有違反法規之行爲時，自得繼續科以罰鍰。

二，解散及清算監督 法人之解散及清算之監督，屬於法院。法院得以職權隨時為必要之檢查。（四十一條）蓋法人之解散，是否正當，清算人有無不正行爲等，大都屬於同一之事項。不因其目的之事業，而有差異。且此時須保護利害關係人。故不以主管官署為監督機關。而以法院為監督機關。若清算人不遵法院監督命令，或妨碍檢查者，得處以五百元以下之罰鍰。（四十三條）

#### 第十一節 法人之解散

法人之解散者，法人喪失權利能力之原因也。以解散為權利能力消滅之絕對原因時。因法人無繼承人。則屬於法人之權利義務，將隨主體之消滅而消滅。故法律為預防此不便

之結果，設清算之制。迄清算終了之時爲止，法人尙視爲存續。（四十條二項）是以解散非即時消滅法人之人格。僅爲喪失人格之原因也。

解散後所存續之法人，卽清算法人，在法律上之性質若何，學說不一。或謂法人因解散而消滅。清算法人，乃由法律上直接作用，所新設之法人。或謂法人之權利能力，不因解散而消滅。解散不過於法人之權利能力中，喪失其生產方面之能力而已。爾後存續之法人，與解散前之法人同一也。解釋上自以後說爲妥。唯此同一法人之存續，是否由於法律之擬制，則有研究之餘地。蓋清算法人，有時殊難認爲與解散前之法人同一故也。（如社員之缺亡）

清算法人唯在清算目的範圍內，有權利能力。故不能執行原來設立法人之目的事業。又不能變更清算目的，復執行本來目的之事業。然在清算之目的範圍內，從來之法人，尙視爲存續。故法人對內對外關係，尙爲存續。總會仍爲法人之機關。得監督清算事務。法人之債權人，非清算人及歸屬權利人之債權人。法人之債務，仍爲法人本身之債務。

法人解散之原因如次。

(1) 總會之決議 僅爲社團法人解散之原因。社團法人得隨時以全體社員三分之二以上可決解散之。(五十七條)

(2) 因章程及捐助行爲所定解散事由之發生 章程及捐助行爲，得自由訂定其解散事由。最普通者，爲定有存續期間。其時期到來前，固可將章程及捐助行爲變更，以延長其期間。然期間滿了後。則法人即須解散而爲清算。不得延長其存續之期間也。

(3) 破產 法人之財產不能償還債務時，董事應即須向法院聲請破產。(三十五條一項) 蓋法人之資力，主爲財產。如使債務超過之法人存續時，其影響第三人匪淺。故法院得因董事之聲請，宣告破產。若董事不爲破產之聲請，致法人之債權人受損害時，應負賠償之責任。(三十五條二項)

(4) 設立許可之撤銷 法人違反設許可之條件時，主管官署得撤銷其許可。(三十四條) 許可撤銷時，法人即須解散。

主管官署爲設立之許可時，固完全屬於自由裁量之範圍。然一旦欲撤銷其許可時，則不

能不有法律上之根據。此點爲學說所一致。若主管官署無正當理由，撤銷設立之許可，或爲解散之宣告，法人得依行政訴訟，以資救濟。

(5) 解散之宣告 法人之目的，或其行爲，有違反法律公共秩序或善良風俗者，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。(三十六條)

(6) 目的事業已成就或不成就 法人目的事業之成就，當然爲法人解散之原因有，自無問題。然其成就不能，是否爲法消滅之原因，則議論不一。或謂不能僅可爲法人消滅之遠因。非法人當然歸於消滅。其目的不能時，猶可變更法人之目的，而使同一法人存續。或謂不能雖可爲法人消滅之原因。但有直接變更目的之方法時，則不然。或謂目的不能以前，故不妨變更其目的，而使法人存續。而一旦成爲不能時，法人已缺乏成立要件。此時除解散外，別無救濟方法。我民法規定，社團法人之事務，無從依章程所定進行時，法院得因利害關係人之聲請，解散之。(五八條)因事情變更致財團法人之目的不能達到時，主管官署得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要之組織。或解散之。(六五條)

(7) 社員之缺亡 此亦僅限於社團法人，羅馬法以社團無一人存在時，法人方可解散。蓋社員尚有一人時，法人尚有存續之可能。故無使法人消滅之必要。又有少數學者，主張社員縱全部缺亡，法人尚非當然消滅。蓋法人尚可補充新社員故也。又有主張社員全部缺亡時，則該社團法人須令其變為財團者。關於此點，我民法雖無規定。但社團法人既為人的團體。則社員之缺亡，應為社團法人解散之原因者，自無疑義。而社員缺亡之解釋，以第一說為當。蓋社員尚有一人時，尚可補充新社員入社，而構成人的團體，使法人存續故也。然在立法論上，或倣德民（二二一條）之立法例，規定最小限度之社員額為妥。蓋法人之社員僅剩一人，則法人所有一切業務，皆取決於一人。難保其不發生弊端也。

一，清算 清算者，處理法人殘務之程序，而民法法人解散之必然的結果也。商法中之公司，可依合併之方法，將其財產全部，為包括的移轉。民法則不認此方法。對法人為破產宣告時，須依破產法所規定之程序，以處理殘務。其程序雖與民法所規定不同，固不失為一種清算程序也。

關於清算之民法規定，乃强行法規。故縱以章程及捐助行爲之訂定，總會之決議，若不依法律所規定之清算程序時，則不能處理已解散之法人之殘務。但民法法人可定剩餘財產之歸屬者。

辦理法人清算事務之機關，是爲清算人。其對法人之關係，與董事同。不過其權限，僅限於清算之範圍而已。

法人解散後，其清算事務，原則上由董事任之。但章程及捐助行爲有特別訂定，或總會另有決議者，自應依其訂定或決議。（三十七條）若無特別訂定，總會亦無決議，董事亦不存在時，法院得因利益關係人之聲請，選任清算人。（三十八條）而由法院所選任之清算人，法院認爲有必要時，得解除其任務。（三十九條）

清算人之職務，爲了結現務，收受債權，清償債務，移交剩餘財產於應得者，數種。（四十條一項）但不能以此規定，爲限定清算人之範圍。清算人固不能爲新事業。而於處理殘務之範圍內，除列舉之事項外，尙得爲必要之行爲也。此外登記，及清算人查悉法人之財產不足清償其債務時，須從速聲請破產，亦爲清算人之職務也。

清算法人之債務清了後，尚有剩餘財產時，結局歸屬何人，成爲立法上之問題。自然人原則上有繼承人。於死亡時，其遺產縱有時歸屬國庫，亦不至生不當之結果。但法人無繼承人，若以其剩餘財產爲無繼承人之財產，使歸屬於國庫，殊有背於法人設立人之本意。此法律不能不定剩餘財產之歸屬也。營利法人，係以社員個人之利益爲目的，固可以其剩餘財產分配於社員。而公益法人，非以社員個人之利益爲目的。故處分其剩餘財產時，務期合於設立之目的。因此理由，民法規定。

(1) 法人剩餘財產之歸屬，應依其章程之規定或總會之決議。以章程或捐助行爲指定剩餘財產之歸屬時，其被指定之人，在法人存續期間內，對於法人之財產，尙無何等請求權。僅有一種期待權。恰與繼承開始前之繼承人之地位相類似。自得以章程及捐助行爲之變更而喪失其地位。但此時是否須經歸屬權利人之同意，則微有議論。在以營利爲目的之法人，社員權之重要部分，乃取得解散後法人之財產。故不能以多數決而排除之。而公益法人，則與此異。所豫定之歸屬權利人，對於法人之財產，無何等既得之權利。縱以多數決而變更之，不能謂爲權利之侵害也。

法人解散時，其期待權一變而為完全之財產權。然其權利之性質若何，則有數說。或以之為對於法人之債權。或以為與繼承權相類似之一種財產權，而有取得財產之法律上之原因之特別權利。以後說為當。故法人之剩餘財產業已確定，而清算人不移交於歸屬權利人時。歸屬權利人得以所有權之訴，而請求移交。

若歸屬權利人有數人時，須以所定之成數分配之。德國民法雖規定須以金錢換價。而於移交剩餘財產前，須定若干停止期間，俾債權人報明其權利。我民法既未設此種規定，自不能為同一解釋。故清算結止後，即須移交剩餘財產。若歸屬權利人有數人時，不妨按所定成數為自然之分配。

(2) 若無章程之規定或總會之決議時，其剩餘財產屬於法人住所所在地之地方自治團體。(四四條二項) 若章程及捐助行為無特別訂定，總會亦無決議時。有主張國庫乃法人之繼承人。應準用缺乏繼承人之規定，使其剩餘財產歸屬於國庫。有主張法人消滅後之剩餘財產，成為無主物。須依無主物歸屬於國庫者。但法人之解散，不能即視為繼承開始之原因。則國庫不能視為法人之繼承人者，其理甚明。又歸屬於國庫之無主物，



僅限於不動產。而解散後法人之財產時，並不限於不動產。於移交於歸屬權利人以前，尚爲法人之財產，亦非無主物也。或有主張法人之剩餘財產，須歸屬於其最後之社員。或該社員之繼承人者。然民法上之公益法人，非以社員個人之利益爲目的。若以其剩餘財產分配於社員，殊有背於設立人之本意。故民法使其歸屬於法人住所所在地之自治團體。

## 第十二節 外國法人。

法人亦有內國法人與外國法人之別。蓋兩者之權利能力之範圍，及其代表管理監督之規定各異故也。

以血統爲區別自然人國籍之原則，不能適用於法人者，其理甚明。又如少數學者所主張，以設立人之國籍而決定法人之國籍，其誤謬自待言。

民法總則施行法，對於內外法人，未指示區別之標準。僅對於我國是否承認外國法人一點，設有規定而已。故區別內外法人之標準，勢不能不求之於民法及其他法律之立法理由而決定之。此問題之研究，屬於國私法之範圍。茲爲決定民法適用於外國法人之範圍

起見，略述內外法人之區別如次。

第一，外國法人，除依我國法律規定外，不認許其成立。（民總施行法十一條）蓋法人之人格，乃法律所賦與。依他國法律所賦與之人格，在我國法律上，不能當然認其人格。如依外國法所設立之法人，其住所移轉我國時，不能當然爲內國法人也。第二，須在我國有住所，或主事務所。自理論上言之。法人須以住所或主事務所爲決定國籍之標準。蓋國籍之決定，須法人與該國有密切關係爲標準。而法人之住所，乃其業務之中心點。故其中心點之所在地，即可謂與該國有密切之關係。加之。按我民法之規定，法人之設立，須於其主事務所爲設立登記，方能成立。其登記程序，須依我國法之規定。故在我國無住所之法人，不能爲設立登記。故住所亦爲外國法人要件之一。

民法上之法人，僅限於公益法人。各國之利害關係，不必一致。在一國視爲有益之事業，在他國往往認爲有害。故外國法人者，畢竟依外國法所設立，而依內國法之認許，方賦與人格者也。所謂認許者，非認外國法人爲內國法人。乃認外國法人爲內國私權主體而已。

經我國法律認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人有同一之權利能力。又其服從中國法律之義務，與中國法人同。（民總施行法十二條）蓋外國法人，於其本國享有之權利，往往在我國法上不能享有。而於其本國不能享有之權利，在我國有時亦得享有之。但有次之例外。（1）外國人不能享有之權利，外國法人不得享有。（2）依法令或條約之規定，外國法人不得享有之權利，不能享有。

外國法人在中國設有事務所者，準用三〇條四五條四六條四八條五九條六一條及前條之規定。（民總施行法十三條）蓋依中國法律所認許之外國法人，在中國無事務所時，固不能強令其登記。且無強制之必要。若在中國設事務所時，則該外國法人，已有在中國經營事業之意。故須令其登記。俾該法人之目的及組織，公示於衆人。否則一般人將不敢安心與法人發生關係。此時關於登記事項，登記期間，及制裁等，皆須適內國法人之規定。若此種外國法人之目的及行爲，違反我國之法律公共秩序善良風俗者，法院得撤銷之，（民總施行法十四條）

關於外國法人之管理，民法既無明文。解釋上當從其本國法之規定。蓋認許外國法人之

成立，乃認外國法人之人格。則關於其機關與代表方法等，勢不能不依其本國法也。關於解散事由亦然。未經認許成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任。（民總施行法一五條）

#### 第十一章 權利之客體

權利者，法律其爲活動主體，（權利主體）而享受一定社會的利益之法律之力也。故權利之成立，除權利主體外，尙須有爲其內容之社會的利益。此種社會的利益，稱爲權利之目的。而權利目的之成立，尙須以一定對象之存在，卽生活資料爲必要。此種對象，稱爲權利之客體。卽普通所謂標的是也。權利之客體，因各種權利而異。如物權之客體，爲所有物。而債權之客體，則爲債務人之行爲。其他繼承權之客體，乃繼承財產，卽權利義務之一團。無體財產權之客體，乃精神的產出物是也。

#### 第一節 物之意義

民法上之所謂物，僅限於有體物。羅馬法及法法系民法，不以有體物爲物之要件。故分物爲有體物及無體物。德國民法，否認無體物之觀念。其理由爲若認無體物之觀念時，

則所有權債權等亦得稱爲物。是於所有權債權之上，更得有所權之存在。故認無體物之觀念時，轉足紊亂物權債權之區別，而無實益也。民法對於物之觀念，既無規定。自應採德國之解釋也。

有體物者，存在於自然人之身體以外，而占領空間之一部者也。至占領空間之形狀若何，並無限制。故除固體外，液體氣體亦得爲有體物。然光熱音響，則非物也。

自然人之身體，雖可爲身體權人格權之客體。然權利人自己爲其權利之客體者，乃當然之結果。身體不能獨立爲權利之客體也。他人之身體，或其一部，其不能爲權利之客體，自不待言。至以人工接着於身體之物，苟認其爲身體之一部時，亦不能爲權利之客體。（如鑲牙）

已與人體分離之齒髮等，得爲權利之客體。蓋人之不能於其身體上發生所有權者，以其現尙構成身體一部分之故障之存在之故。苟其故障一旦撤除，則對於此等已非構成身體一部之物，自得發生所有權也。

使分離身體一部之契約，是否能生法律上之效果。須視此種契約是否違反公序良俗以爲

斷。如理髮手術之契約，固爲有效。而無故使切斷身體一體之契約，與以身體一部供債權擔保之契約，則爲無效也。

屍體是否爲物，又其得爲如何權利之客體，議論尙難一致。日本鳩山博士解釋屍體爲物，且得爲繼承人之所有權之客體。蓋死人之身體已爲外界之一部。自得稱爲物。又如反對論者所主張，謂屍體不能爲所有權之客體者。不過以屍體既非財產。則存在於其上之權利，不能爲財產權耳。但所有權，不一定須有經濟的價值。故反對論者之主張不能認爲有充分理由。

不適於爲私權客體之物，在物理學上雖可稱之爲物。然非民法上之物。得爲私權客體之適格，稱爲物之權利能力。而得爲交易客體之適格，謂爲物之交易能力，或行爲能力。所謂無權利能力之物，如不在人力支配內之物，（日，月，星海洋）是。

物之一部分，原則上不能視爲物。然有次之例外。

- （1）法律對於物之一部，亦有時認物權之成立。此時物之一部，亦得爲物權之客體。
- （2）社會觀念上，如認物之一部爲獨立權利之客體時，須依其社會觀念。因之能獨立

與否，須依社會觀念而決定之故也。此點之詳細研究，始讓諸物權法。

物之集團，原則上不得一個權利之客體。如一羣之羊及圖書館之藏書，祇能對於各個之物，成立所有權。但有次之例外。

(1) 一定量之集合物，如認為有社會的價值時，得為一個權利之客體。如米谷土砂之類，各粒之米，不能為權利之客體。

(2) 法律上以有經濟價值之財團，作為一個之不動產或物者。此時物之集團，法律上視為一個之物，而為一個權利之客體。如工場財團，鑛業財團是。

## 第二節 物之種類

民法僅規定動產不動產，主物從物，原物孳息，數種。究其趣旨，並非否認羅馬以來所公認之物之分類。故除民法規定外，一般所公認之物，尚須為種種之分類。茲簡單說明如次。

一融通物及不融通物 此以物之交易能力，即融通能力為標準之區別也。故無權利能力之物，民法上既不能稱為物，當然無融通能力。茲舉其不融通物之主要者如次。

(1) 公共物 如空氣海洋，雖爲人類所使用。但無論何人，不能支配之。自無權利能力。然此等物一般人皆得使用之。苟他人不當妨害其使用時，即可視爲人格權（自由權）之侵害，而爲侵權行爲。

公共物雖不得爲一般私權之客體。然依國家之行政行爲，亦可爲權利之客體。如將海面之一部，劃爲獨占之漁場是。

(2) 公有物 公有物有廣狹二義。廣義之公有物，乃指屬於國家或公法人之物而言。狹義之公有物，乃供公衆使用之物。故廣狹之公有物中，供國家或公法人私用之物，卽所謂收益財產，如國有之山林原野有價證券等，非不融通物也。唯狹義之公有物，乃不融通物。而供公共使用之物中，得區別爲供國家或公法人之公務使用物，與供公衆使用物。如官廳要塞軍艦，屬於前者。公園公川港灣屬於後者。此等物非於公用廢止後，無融通性。

(3) 禁止物 法令所禁止之物，包含禁止所有持有之物，與禁止交易之物。如阿片煙偽造之貨幣猥褻之文書圖畫的。



二代替物不代替物 一般交易上，注重於品質種類數量之物，爲代替物。而注重於其交易上之個性之物，稱爲不代替物。如米穀油酒金錢書籍之類，爲代替物。而土地房屋鐘表寶石之類，爲不代替物。兩者之區別，在能否以同種同量之物代替爲標準。於民法之適用上最有關係者，乃消費借貸之標的物，限於代替物也。

代替物與不代替物之區別，與特定物不特定物之區別，似同而實異。前者專以物之性質而分。後者則依當事人之意思而定。法律行爲之當事人，得以性質上不代替之物爲不特定物。（如若十頭之馬）亦得以性質上可以代替之物爲特定物。（如箱中之銀，倉中之米）

三消費物不消費物 由消耗或讓與以達使用目的之物，爲消費物。不然者，爲不消費物。穀米油鹽金錢屬於前者，書籍衣服房屋屬於後者。

四可分物不可分物 由分割而不變其性質，或不甚減少其價格之物，爲可分物。由分割而變其性質或甚減少其價格者，爲不可分物。如分割一馬，卽失馬之性質。分割一粒真珠，則大減其價格。故馬及真珠爲不可分物。此區別之實益，爲債權人或債務人有數人

時，最關重要。又關於共有物之分割，及附合混合，亦有此區別之必要。

五、特定物及不特定物 依當事人之意思，及其他之事實所具體指定之物，為特定物。唯抽象的指定種類品質數量之物，為不特定物。兩者之區別，在債權法中，最為顯著。而物權原則上僅能存在於特定物上也。

六、單一物合成物及集合物 單一物者，形體上為獨立一體之物也。其成為一體時，固不問其由於自然，抑由於人力。但其各構成部分，須喪失個性。

合成物者，依數個物之結合，所成立之物也。在其結合狀態，固為一個之物，而為一權利之客體。但其各構成部分，尚得認為一個物體也。如建築物及寶石耳環是。

集合物中，所謂物之集團，稱為事實上之集合物。其非一物，已於前述。此外尚有所謂法律上之集合物。如包括財產，乃指權利義務之一團而言。究非集合物也。

七、動產不動產 土地及其定着物，為不動產。其他之物，為動產。動產不動產之區別，在物之分類中，極關重要。自羅馬法以來，莫不認之。其區別之理由有二。（1）社會上經濟上價值之差異 在以土地為世襲財產之封建時代，則土地在社會上自有重大之價

值。自封建制度廢止以後，此社會的價值，雖微減少。然猶不僅在人類生活之根據上，占重要地位。且在經濟的價值上，較多數之動產，占優越之地位。（2）基因於不動產之性質。因不動產不易變更其位置。且得依賬簿之記載，認識其同一性。而於其所在地以公簿公示其法律關係之特徵。此不動產之所以採用登記制度也。

性質上絕對不動之物，雖僅限於土地。而與土地永久定着之物，如房屋，在其不易變更位置一點，與一般動產大異其趣。視爲不動產，頗爲便宜。故諸國法制，皆視房屋爲不動產。至其認爲不動產之形式，則各國法制，不定一致。羅馬採地上之物屬於土地之原則。故規定着於土地之建築物及其他之物，爲土地之構成部分，而爲不動產。歐州諸國法制，皆採此原則。我國雖未全然排斥土地構成部分之觀念然。無視房屋爲土地一部分之習慣。故不採羅馬之原則。而以房屋爲獨立之不動產。

八，主物從物 非主物之成分常助主物之效用，而屬於同一人者爲從物。對此從物，而有獨立之效用者，稱爲主物。主物從物之區別，淵源於羅馬。各國民法，多襲用之。我民法亦然。（六十八條）物之構成部分與從物之區別。前者乃物理上與物相結合。且一

般觀念上，認爲物之一部。又在法律上屬於同一所有者爲原則。從物則否。又從物雖多爲動產。然不動產亦得爲從物。如附屬於大農園之小屋是。

從物須常助主物之效用。換言之，卽完成主物之經濟上之效用所附屬之物也。故室中陳設之古玩，不得謂爲室之從物。

主物從物區別之必要，乃從物須從主物之運命故也。主物從物，原各爲獨立之物，各有獨立之所有權。故從物須從主物之運命，各國各以法律規定之。但從物從主物之運命之程度，各國立法，不能一致。德國民法，主物爲土地之時與爲動產之時有別。主物爲動產者，祇讓與主物或於主物上設定質權時，當然其效力及於從物。又遺贈時，推定其遺贈之債務及於從物。日本民法則反是，爲概括的規定，令從物須從主物之處分焉。（日民八七條二項）日民與德民相異之點有二。

（1）所謂處分者，指權利人對於物所爲之一切行爲而言。故日本民法不限於讓與主物或於主物上設定質權及遺贈時，其從物始從主物之運命，是不待言。

（2）日民規定，非意思解釋之規定。換言之。當事人無時別意思表示之時，從物當然

從主物之處分也。故與德民推定當事人之意思不同。

我民法六八條二項規定，主物之處分及於從物。係採日民法例也。

九，原物及滋息 滋息者，由物所生之收益物也。而生此收益之物，稱爲原物。德民規定包含權利所生之收益。然我民法所規定之收益，僅限於由物所生之收益也。

滋息分天然滋息法定滋息。關於天然滋息之意義，有數說。有由自然科學上之觀察，稱物之有機的產出物爲天然滋息者。此說曾盛行於德國。然近時之學說，皆由經濟的見地，以定滋息之意義。故無機的產出物，亦得稱爲滋息。

出產物者，由某物所產生之物也。不問其由於自然或人工，爲有機的或無機的。故除樹之果實，乳牛之乳外，其他煤炭土砂礦物等，皆得稱爲天然滋息。然物苟變更其形態時，則不能稱爲產出物也。如由雞卵所生之雛雞，牛肉等則非滋息也。

天然滋息，於其與物分離之時，歸屬於有收取權之權利人。德國固有法採生產主義。羅馬法則採分離主義。我民法及諸國法制，均倣羅馬法。蓋俾後之所有權人或收益權人，以取得滋息之權利，在現今社會制度上，寧爲當然也。又由法律上言之，滋息於其分離

時，方爲獨立之物，而發生獨立之所有權。此時當俾得有取得所有權之權利人，以取得滋息之權利也。

法定滋息者，謂利息租金及其他因法律關係所得之收益也。有收取法定滋息之權利人，按其權利存續期間內之日數，取得滋息。

## 第十二章 法律行爲

### 第一節 總說

一，法律關係及法律效果 法律關係者，法律所規定之生活關係也。人之生活關係，有得爲法規之對象者。有不得爲法規之對象者。例如由買賣所生買主賣主間之關係，屬於前者。而與友人散步約束所生之關係，乃屬於後者。法律關係，常爲社會之中心力（國權及法律）所認知保獲。而單純之事實關係，則缺此保獲。此二者之差異也。有此保獲，則爲其基本的事實，不僅生事實上之效果。且生法律上效果。此效果稱爲法律效果。故法律關係，乃有法律效果之生活關係也。

法律效果之主要者，爲權利之得喪變更。但其他之法律效果，亦非絕無如權利能力及行

爲能力之取得等，亦爲一種法律效果也。

法律效果之發生，必有爲其原因之法律事實。此法律事實，稱爲法律要件。法律行爲，乃法律要件之一。故於研究法律行爲以前，須略述權利之得喪變更及法律要件。

二，權利之得喪變更 權利之取得者，乃權利與特定之主體（自然人或法人）相結合之謂也。分爲原始的取得與繼承的取得。前者乃不基於他人之權利，而獨立取得權利之謂。如先占及時效屬之。後者乃基於他人之權利，而取得權利之謂。如繼承讓與屬之。權利之喪失者，權利與其主體分離之謂也。分權利之喪失爲主觀的喪失，即相對的喪失。與客觀的喪失，即絕對的喪失。前者從來之權利人，雖喪失其權利。然其他尙有取得此權利之人。故由取得者言之，爲繼承的取得。由權利本身言之，爲主體之變更。後者則指權利之消滅而言。如因物之滅失而喪失是也。權利之變更者，不喪失權利之存在，僅變更其存在之狀態之謂也。權利之變更，有下列三種。（1）主體之變更（2）內容之變更 如債權之內容，因一部清償而縮小是。（3）作用之變更 如將不能對抗第三人之權利，變爲對抗之權利是。

三，法律要件法律事實 爲一定法律效果之原因之事實全部，稱爲法律要件。而構成法律要件之各個事實，稱爲法律事實。如契約，乃一法律要件。而構成此契約之要約及承諾，各爲一法律事實也。

分法律事實爲基於人之精神作用之事實，與不然之事實。前者常以行爲表現於外部。然亦有時僅爲內部之事實者。合此二者，統稱之曰容態。(Verhalten)前者爲外部的容態。後者爲內部的容態。不基於人之精神作用之事實，稱爲事實。分述於次。

(一)外部的容態 基於人之精神作用之身體之動靜也。其身體之動靜爲積極的狀態時，則爲作爲。爲消極的狀態時，則爲不作爲。

人之身體之舉動，有生法律效果者。有不生法律效果者。如散步訪友等，因其不生絲毫法律效果。故非法律事實。而生法律效果之身體的舉動，雖皆屬於法律事實。就中猶可區別以一定之精神作用爲要素者，與不然者。茲所謂外部的容態，(行爲)乃生法律效果之身體之舉動，且以一定之精神作用爲要素者也。而不以一定之精神作用爲要素者，則屬於事實。此類以精神作用爲要素之外部的容態，又稱爲廣義的法律行爲。再由其生



法律效果之理由，又分爲適法行爲及違法行爲。

(1) 適法行爲 適法行爲者，適應於法律，而認其有法律效果之行爲也。法律認某行爲有法律效果時，須該行爲適應於法律，且爲法律所容許。然後方賦與一定法律效果。然法律對於違反法律之行爲，亦賦與一定法律效果。此所以生適法行爲與違法行爲之區別也。

適法行爲，由人之精神作用與法律效果之關係若何，又分爲意思表示與意思表示以外之適法行爲，即準法律行爲。

(a) 意思表示 以發生一定效果爲目的之意思（效果意思）之表示也。意思表示乃法律行爲之基礎。凡法律行爲，皆以此爲要素。

(b) 狹義之適法行爲 狹義之適法行爲，雖須一定精神作用。但其精神作用，並非效果意思。由此所生之法律效果，不以行爲人之認識欲求爲必要。此與法律行爲及意思表示之區別之特徵也。唯其須一定精神作用一點，意意思表示相類似。故於類似之範圍內，類推適用意思表示及法律行爲之規定。

狹義之適法行爲，從其精神作用之內容，可分爲三種。

(甲)意思通知 效果意思以外之意思之表示行爲也。意思表示與意思通知之差異，非在表示與通知。乃在其所發表之意思。故與其稱爲意思通知，寧可稱爲非效果意思的表示。不過此名稱過於新奇。茲仍沿用從來之意思通知。如要求債務履行之催告，承認之拒絕，債務履行之拒絕，要約之拒絕等是。此等行爲所發生之法律效果，並不以行爲者之認識欲要求爲必要也。

(乙)觀念通知 又稱爲事實通知。卽行爲者對於現在及過去之事實之觀念及認識之通知也。在知的表云一點，與意思表示異。如債權讓與之通知，承諾遲延之通知，社員總會招集之通知等是也。

(丙)感情之表示 表示一定感情之行爲也。在情的表示一點，亦與意思表示不同。如我民法及日本民法所規定之恕宥是也。(一〇五三條)

(2)違法行爲 違法行爲者，法律認其行爲有害社會生活。爲鎮壓其行爲及除去由此所生之損害計，附以一定法律效果之謂也。刑法主以鎮壓爲目的。而民法則以主以填補

損害爲目的。

違法行爲，分爲侵權行爲及債務不履行。後者乃債務人侵害債權之行爲。性質上雖與侵權行爲同。然民法特規定其要件及效果。故須與侵權行爲相並立，而爲違法行爲之一種。

(二)內部的容態 內部的容態者，乃發生法律效果之一定精神作用，而此作用不以表現於外部爲必要也。依其精神作用之內容，可分爲意思的容態，與觀念的容態。前者乃有一定之意思與否之事實也。以隱蔽之意思而生法律效果者，固屬例外。於第三人之清償，因當事人之意思存在與否，其效果自異。(三一一條一項)後者乃有一定觀念及認識與否，即知一定事實與否之精神狀態也。所謂善意惡意，即此容態之別。

(三)事件 不以人之精神作用爲要素之法律事實也。如時之經過，人之生死，身體之狀態，(心神喪失等)物之破壞，果實之分離是。此等事件，與法律行爲之差異更巨。故不得準用法律行爲及意思表示之規定。

## 第二節 法律行爲之本質及種類

法律行爲者，以意思表示爲要素，而由此意思表示，法律賦與法律效果之要件也。所謂意思表示者，效果意思之表示也。法律行爲，乃自然人之自治行爲。則其所發生之法律效果，不可不基於自然人之意思。故效果意思之表示，爲法律行爲之要素也。

意思表示與法律行爲之關係，若何見解不一。然要物行爲，除意思表示外，尙須有交付物品之事實行爲。而契約又須有意思表示合致之事實。故法律行爲，乃一法律要件。而意思表示，乃構成此法律要件之法律事實也。

法律效果，有屬於公法者。有屬於私法者。民法上之法律行爲，僅能發生私法的法律效果。故如任免官吏，提訴訟等，發生公法的效果之行爲，非民法上之法律行爲也。凡法律效果，均爲法律所賦與。故法律行爲之法律效果，亦爲法律所賦與。不過法律賦與法律效果之理由，則不一致。或出當事人之欲求。或不問當事人之意思若何，法律亦賦與一定法律效果。但法律行爲之效果之發生，完全出於當事之欲求。有此特徵，故法律行爲，得與事實行爲，及狹義之法律行爲，相區別。如債權讓與之通知，法律與讓與以對抗力，而發生一定法律效果。然此效果，非出於通知者之預知欲求。故非法律行爲。又

債務履行之請求，雖生債務人之遲延及時效中斷之效果。然此兩種效果，不以催告者之預知及欲求爲必要。故非法律行爲。私法的效果之範圍若何，有二說。或以直接生權利得喪變更之行爲爲法律行爲。或主張間接影響於權利得喪變更之行爲，亦得爲法律行爲。余採後說。蓋法律既未設限制，則生私法的效果之行爲，且係根據行爲人之意思而認其效果時，縱令其行爲無獨立之目的，即縱令不以權利之得喪變更爲目的，亦應使其爲法律行爲。且實際上殊有適用法律行爲之規定之必要。如法定代理人對於限制能力人所爲之允許，雖祇能擴張限制能力人之行爲能力，並未予彼以爲行爲之權利或令其負擔義務，亦應解爲法律行爲也。

法律行爲，得依種種標準，而爲次之分類。

(1) 單獨行爲契約及合同行爲 單獨行爲者，乃一方的行爲。即由當事人一方之意思表示所構成之法律行爲也。如遺囑捐助行爲債務之免除是。

契約者，雙方的行爲。即由二個以上之意思表示之合致，所構成之法律行爲也。此二個以上之意思表示，有互異之意義。合同行爲（又稱協定行爲）者，由有同一內容同一意

義之多數意思表示之合致所構成之法律行爲也。自德國學者Muntze著合同行爲論，於由多數意思表示所成立之法律行爲中，論契約與合同行爲之區別以來。學說分爲兩派。故不認合同行爲之獨立存在之學者，或視爲契約，或主張爲單獨行爲。然合同行爲，須與契約及單獨行爲相區別。而爲一種特殊之法律行爲。其與契約相異之點，契約之各個之意思表示，對各當事人有正反對之意義。故其法律行爲，有二個以上之目的。反之。合同行爲之各個之意思表示，對當事人之全部，有同一之意義。故其法律行爲，僅有單一之目的。例如買賣，買的意思表示，與賣的意思表示，在純粹客觀上，雖具同一之內容。然在各當事人。則有正反對之意義。反之。社團法人解散之決議，各社員之意思表示，對各社員具有喪失社員權之同一之意義。又買賣有買主之目的，與賣主之目的。即兩個相異之目的。反之。解散決議及設立行爲，對各當事人，有同一單一之目的。

(2) 生前行爲死後行爲 死後行爲，又稱爲死因行爲。乃因行爲人之死亡，而生效果之法律行爲也。遺囑及死因贈與是。生前行爲者，乃指非死後行爲之一切行爲而言。

(3) 要式行爲不要式行爲 要式行爲者，其構法律行爲之意思表示，須遵一定方式之

行爲也。不要式行爲者，法律對於該意思表示之方式，不加何等限制之行爲也。我民法倣近諸世諸國立法例，採方式自由之原則。僅使特殊之法律行爲，如婚姻<sub>註</sub>囑票據等，遵一定之方式而已。此等要式行爲，若不具備法律所必要之方式，則爲無效。（七三條）贈與雖非純粹之要式行爲然不依字據所爲之贈與，其效力比較薄弱耳。（四〇八條）故贈與行爲，又可稱爲準要式行爲。

法律採方式自由之原則之理由，不過將法律行爲之方式，一任當事人之選擇，而法律不加何等限制耳。然爲比較重要行爲之當事人，須作成證書及以其他方法保存證據爲妥。法律以特殊之法律行爲爲要式行爲之理由，因各種要式行爲而異。或爲慎重起見。或爲保存證據起見。或爲確定權利之範圍而利其流通起見。如票據行爲，乃根據最後之理由，而使其爲要式行爲也。

（4）有償行爲無償行爲 在以捐出財產爲目的之法律行爲中，有對價者，稱爲有償行爲。無對價者，稱爲無償行爲。如買賣租賃等，屬於前者。贈與屬於後者也。

（5）主行爲從行爲 從行爲者，以他之行爲及他之法律關係之存在爲前提而成立之法

律行爲也。爲此前提之法律行爲，稱爲主法律行爲。如夫婦財產契約，乃婚姻之從契約。設定質權契約，保證契約，乃債權或消費借貸契約之從契約是。從行爲因有從屬關係。故其法律行爲之運命，被主行爲或主法律關係所支配。

(6) 獨立行爲補助行爲 補助行爲者，如同意允許等，無獨立實質的內容，僅爲其他行爲發生效力條件之行爲也。反之。有獨立實際的內容之法律行爲，稱爲獨立行爲。

(7) 有因行爲無因行爲 在以捐出財產爲目的之法律行爲中，包含其捐出財產之直接原因之法律行爲，爲有因行爲。或要因行爲。而與其原因相獨立，單以捐出財產爲目的之行爲，爲無因行爲。在無因行爲中，得以當事人之意思表示，使其爲有因行爲者，稱爲相對的無因行爲。而不得以當事人之意思表示，使其爲有因行爲者，稱爲絕對無因行爲。例如物權契約，爲相對的無因行爲。票據行爲，爲絕對的無因行爲。吾人爲捐出財產之行爲（如處分權利負擔債務）時，並非漫然爲之。心理上必有某種原因。或爲清償債務。或爲取得債權。然此等原因，法律不能均使其爲捐出財產行爲之要素。其以爲要素者，爲有因行爲。若不以之爲要素，使捐出財產行爲，與其原因分離時，則其行爲無



因行爲。有因行爲，缺乏原因時，其捐出財產之行爲爲無效。如買賣，買主之所以負擔支付價金義務者，乃因賣主負擔移轉財產權之債務之故。此互爲原因之二個捐出財產行爲，合爲一法律行爲。故買賣爲有因行爲。若一方之債務不成立時，則買賣無效。而他方之當事人，亦不負擔債務。反之。在無因行爲，其原因之存在與否，毫不影響於其行爲之效力。縱令缺乏原因，不過生返還不當得利之義務而已。如爲支付價金，而發行期票之行爲，爲無因行爲。縱令價金債務未存在，該期票並非無效。不過生返還不當得利之債務而已。

### 第三節 法律行爲之目的

法律行爲之成立要件中，有爲一般法律行爲所共通者。有爲個個法律行爲所特有者。前者稱爲一般成立要件。後者稱爲特別成立要件。茲所應研究者，僅限於一般成立要件。法律行爲之成立要件有三。卽當事人，目的，及意思表示是也。學者或以意思表示爲一般成立要件。而將當事人及目的除外者。然無當事人或無目的之法律行爲自不能存在。故此二者，當與意思表示同爲法律行爲之要件也。

一，目的之確定。法律行爲之目的者，指當事人以法律行爲所欲發生之事項，即法律行爲之內容而言。但法律行爲，非根據於當事人之隱意。須以其所表示之意思，即意思表示爲標準。故於決定法律行爲之目的時，須解釋當事人之意思表示而決定之。而當事人之所以爲法律行爲之動機或緣由，非特表示時，不得爲決定法律行爲之內容之標準。法律行爲之內容，可分爲抽象的內容與具體的內容。前者指法律所規定之內容而言。通常分爲要素(essentialia)常素(naturalia)及偶素(accidentalia)三種。要素者，乃成立法律行爲所必要之事項也。如買賣之移轉所有權與支付價金是。常素者，雖通常亦爲法律行爲之內容。但得以當事人之意思表示排除之。而縱令排除，仍不失爲法律行爲。如買賣之瑕疵擔保責任是。偶素者，乃當事人特爲附加之事項。通常並非法律行爲之內容。如買回之特約支付價金之期限是。具體的內容者，當事人爲具體的法律行爲之內容也。抽象的內容，固得以法律定之。而具體的內容，則不能不取決於當事人之意思表示。法律不過爲補充或解釋其意思表示之資料而已。

關於法律行爲之目的，法律僅規定不得違反強行或禁止之規定，及不得違反公共秩序或

善良風俗。(七十一條七十二條)此外尙有可能及確定，以爲法律行爲之成立必要要件者，乃爲一般學者公認也。欲確定法律行爲之目的，固不可完全以當事人之意思表示爲標準。然須依其意思表示，周圍之事情，交易上之習慣，及法律之規定等，確定其目的時。該法律行爲方能成立。否則該法律行爲，因其欠缺法律效果之對象，自不能成立。二，目的之可能 對於以不能實現爲目的之行爲，不可賦與法律上之效力者，其理甚明。故以不能爲目的之法律行爲，不能有效。

除法律行爲之內容爲物理的不能實現之事項外，尙包含社會觀念上所認爲之不能。如數月間以泰山墳北海，在現在社會觀念上，皆認爲不能。故以此爲目的之法律行爲，須解爲無效也。

不能分爲原始的不能與後發的不能。前者乃在法律行爲，成立當時所認爲不能。後者乃嗣後所認爲不能也。

不能又分爲客觀的不能與主觀的不能。後者其不能之原因，存在於行爲當事人一身上之事情之謂。客觀的不能者，指此外之不能而言。能妨碍有效法律行爲之成立之不能，僅

限於客觀的不能。若僅主觀的不能時，則相對人及第三人大都信其行爲爲有效。故有認其行爲之效力與行爲人之責任之必要。如素無外國文研究之人與人締結翻譯契約是。

不能又分離爲事實的不能與法律的不能。即因事實上之理由而爲不能，與因法律之規定而爲不能之區別也。學者或將法律的不能視爲違反法律。即法律的不能之問題與法律行爲之內容是否適法是否違反公序良俗之問題相混同者。然某事項之實現，雖屬可能。但因其違法而爲不能，與其實現因法律之規定而爲不能，自應區別。故除違法之外，尙有認法律的不能之餘地。如締結十年以上不分割共有物之契約，固爲違反强行法規。（八二三條二項）如使妾獲得法律上之地位之契約，因妾在法律上並無地位，均爲實現不能也。

法律行爲之內容全部不能時，稱爲全部不能。僅其一部不能時，稱爲一部不能。一部不能及於法律行爲之殘部之效力若何，當於債編中論之。

三，目的之適法 違反强行或禁止法規，及違反法令中關於公共秩序善良風俗之法律行爲，因其有違法的內容，故爲無效。而反面解釋。則以異於任意法規，即非强行法規之

事項爲內容之法律行爲，其有效自不待言。

雖不直接違反强行法規，而以其他之迂迴方法，以達與强行法規之內容有同一效果之行爲，稱爲脫法行爲。脫法行爲之效力若何，依其所迴避之禁止法規而異。如禁止法規之趣旨，在於法律行爲之目的時。則以他種手段，達到同一目的之所爲，尙得謂爲違反禁止規定。其行爲仍爲無效。例如不用利息之名稱，而以他種名義，（如手續費）以謀限制外高利之契約是也。反之。法律之趣旨，唯在禁止以特定手段而收一定效果時，則以他種手段而收同一效果之行爲，並非違反禁止法規。仍爲有效。例如以擔保債權爲目的，信託的讓與動產所有權時，雖爲脫法行爲，究不能謂爲無效也。

四，目的之社會的妥當 以公共秩序善良風俗限制法律行爲內容之規定，既存在於羅馬。嗣爲法國民法所繼承。德國民法，及其他諸國法制，倣之。我民法亦規定法律行爲有背於公共秩序善良風俗者無效。（七一條）法律之目的，在於社會之維持及發達。而私法的自治行爲，亦僅能於此範圍內，而認其效果。苟其行爲有害社會秩序或善良風俗，則該行爲即缺乏社會的妥當性。法律不保護之，此當然之理也。法國民法制定當時，此

公序良俗之觀念，僅適用限制契約自由之原則。迄於近世，一變而為支配一般私法之大原則矣。現今不僅契約自由，至一般私權之行使，亦僅能於此範圍內，方能視為正當也。

所謂公共秩序，係指國家一般之利益而言。違反公共秩序之行爲，殊有害於共同生活之維持及發達。均須令其無效。然何者為國家一般之利益，則因時代不能不有所變更。在德國民法起草當時，雖以營業自由為國家之方針。然在今日，對此方針，則有漸加限制之傾向。故違反營業自由之行爲，不能即斷為有背公共秩序也。若制定法律時，行爲時，與裁判時，其公共秩序之觀念各異時，則須依其行爲時之觀念。蓋行爲之性質及效力，須決定於其行爲成立之時故也。

所謂善良風俗，有主張係指現代風俗中之善良者而言。但非確論。通說謂此規定，並非為保護善良風俗。如贈禮之風俗，小販之風俗，縱令社會上認為善良，然有背於此風俗之法律行爲，並不能即謂為無效也。

以善良風俗限制法律行爲之效力，其目的亦為保護國家社會之健全狀態者，與公共秩序

無以少異。換言之。以違反共同生活之維持及發達爲目的之法律行爲，不應受法律之保護。唯公共秩序，係由國家之安寧秩序方面觀察。善良風俗，係由道德方面觀察。使違反道德之行爲無效。此點雖以混淆法律與道德之界限，而踰越法律之適當範圍。實則不然。蓋法律強制道德之所謂善，與不保護道德之所謂惡，其間自有區別。前者雖非法律之本分。而後者則不能謂爲越出法律之範圍也。如以法律強制禁酒禁煙節酒節煙，固屬不當。（美有禁酒法）然每日必飲酒數斤或吸煙若干之契約，法律不施以保護，則理所當然也。違反道德之行爲，殊有害於國家社會之健全狀態。故使其無效。但他面須維持法律與道德之分界。即道德注重於個人之心術。而法律則注重於行爲之內容。蓋保持社會之健全狀態，並非個人之道德問題也。如行爲人自以爲一生不結婚爲善而爲一生不結婚之契約時，其契約在個人道德上並不能謂爲惡。然法律仍使其無效。又如知某人放蕩而貸與金錢，其契約在個人道德上自應爲惡，然法律仍使其有效是也。總之。法律採用善良風俗之觀念，結局以保持社會之健全狀態爲目的者也。

所謂法律行爲之內容，須依其具體的意思表示以決定之。而具體的法律行爲之內容，以

當事人所欲發生之法律效果爲內容乎。抑此外當事人所表示之意思，亦可爲法律行爲之內容乎。如以使用於猥褻行爲爲條件，租賃房屋時，此條件因可爲法律行爲之內容。若不以之爲條件，僅發表其欲使用於猥褻行爲之意思時，則如何。關於此點，見解歧而爲二。

(1) 以動機爲條件時，則可爲法律行爲之內容。

(2) 不僅以動機爲條件，縱不以之爲條件，苟已表示時，亦得爲法律行爲之內容。故其已表示之動機，若帶反社會性，亦可適用七二條。

第一說不足採。因其已表示之動機。縱不以之爲條件，亦得爲決定法律行爲之反社會性之標準。蓋法律行爲之內容，須以意思表示及其他各種客觀的事實爲標準而決定之。而已表示之動機，亦爲客觀的事實之一。則於決定法律行爲之內容之社會的意義時，不可不以之爲標準也。

法律行爲，係乘他人之急迫輕率，或無經驗，使其爲財產上之給付。或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者。法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲。或減輕其給付



。(七十四條一項)此即德國國民所謂貪圖暴利之行爲也。此等行爲，因其違反善良風俗，即缺乏社會的妥當性。故俾當事人之一方以請求撤銷之權。

#### 第四節 意思表示

意思表示者，效果意思之表示行爲也。其成立要素有三。即效果意思，表示意思，及表示行爲也。

一，效果意思 效果意思者，欲發生法律行爲之效果之意思也。有稱爲法律行爲爲意思者。然效果意思，自與行爲意思不同。故近時學者，多用效果意思之名稱。所謂效果意思，乃由表示而認爲行爲人之意思乎。抑事實上行爲人須有此意思乎。前者稱爲表示上之效果意思。後者稱爲心內的效果意思。非真意的表示，雖具備表示上之效果意思。然不具備心內的效果意思也。表示上效果意思，雖爲意思表示之不可缺乏要素。而心內的效果意思，亦爲意思表示之要素與否，乃意思主義與表示主義之爭。我民法不採純粹之意思主義。而採以意思主義爲原則之拆衷主義。故心內之效果意思，僅爲意思表示之通常要素。非其不可缺乏之要素也。

關於效果意思之內容，有法律的效果說，與經濟的效果說。前者主張須以由法律行為所生之法律效果為內容。後者則主張行為人不必認識慾望該法律效果。祇須認識慾望由法律行為所生之經濟的或社會的效果而已。然吾人細察法律行為之目的及實際之交易時，則極端的法律效果說與極端的經濟效果說，均不可採。蓋當事人表示欲成立一定生活關係時法律即認為法律關係。而俾以法律效果。故法律效果本身，不必胥出於當事人之慾望。又實際上當事人為各種法律行為時，不必常豫期其成為法律問題，即訴訟。故以法律效果為效果意思之內容者，殊不符於實際之交易。是以當事人僅有以其主要效果，作為事實而發生之慾望即可。此時法律當得補充當事人之意思，而認其他之法律效果。又當事人為法律行為時，固不必有積極的豫期其後為法律問題（訴訟）之意思。然若有不使其成為法律問題之意思，即有不成為權利義務關係之意思時，則不能賦與法律效果也。（如父母貸小刀於其子之例是）

二，表示意思 表示意思者，連絡效果意思與表示行為之心理作用也。民法雖未規定表示意思為意思表示之要件。但意思表示之觀念上，則不可不有表示行為之表示力（表示

價值)之心理作用。此心理作用，稱爲表示意思。

三，表示行爲。表示行爲者，有表示價值之行爲也。表示乃人之行爲，故須有身體之動靜，與惹起動靜之意思。此意思，稱爲行爲意思。無行爲意思者，則無所謂行爲。亦無所謂行爲意思。如眠睡中之行爲，因不可抵抗之強制舉動等是。又表示須有表示價值。(表示力)表示價值者，乃用以推測一定意思存在之行爲之價值也。

表示價值，須依客觀的標準而決定之。表意人一方之主觀的標準，固不可從。而相對人一方之主觀的標準，亦不可從也。若表意人與相對人間，關於其表示之意義，有特殊之關係時，固應依其關係。若無此關係，須依信義之原則，以知其具體事情之公平第三人爲標準而決定之。

不作爲亦有表示價值與否，亦可依上述之標準以決定之。即不作爲非在特定人間有爲一定意思表示之特殊情形，則不能謂爲意思表示。「緘默視爲承諾」之原則，不可爲一般之標準。

從來之通說，分意思表示爲明示默示兩種。此種區別，非存於法律之規定。寧屬於學術

上之便宜。故學者，各以其獨得之見解，而爲種種之區別。茲大別之爲主觀客觀二說。前者求區別之標準於表示人之意思。若表意人專爲或主爲表示某種意思，而爲表示行爲時。則其表示，稱爲明示。如表示人直接表示他種意思，而間接則欲相對人推測其法律行爲之意思時。則其表示，稱爲默示。此派學者，往往不用明示默示之術語，而用直接之意思表示，與間接之意思表示。後者求其區別之標準，於表示之方法。或以言語所表示者，爲明示。或以所用之方法，使相對人直接了解者，爲明示。而相對人解釋周圍之事情後，方得了解者，爲默示。尙有少數學者，以沈默之表示爲默示者。若法律對於明示默示之間，異其表示行爲之效力時。則兩者或有區別之實益。然我民法不僅未揭兩者區別之標準。且於兩者之效力，亦未設差異。自無區別之必要。

心內的效果意思，是否爲意思表示之不可缺之要素。此於意思與表示相齟齬時。卽有表示上之效果意思，而缺乏與此對應之心內的效果意思時。其意思表示是否有效之問題，乃意思主義表示主義折衷主義議論之焦點也。

(1) 意思主意 法律之所以與意思表示以法律效果者，乃根據於當事人之意思。而表

示不過用以推知意思之方法。故表示不能爲法律效果之原因。是以不出於心內的效果意思之表示，當然無效。

(2) 表示主義 人之意思，僅可由其發表之手段即表示而推測之。且爲保障交易之安全，不問其真意若何，須以其所表示者爲標準，而賦與法律之效果。

(3) 折衷主義 此派以極端之意思主義，極端之表示主義，爲不當。或以意思主義爲原則，而認例外。或以表示主義爲原則，而折衷於意思主義。此兩主義之爭，不能取決於法律行爲及意思表示之理論。須考慮當事人之公平的保護，交易之安全，及社會的便宜，而決定之。如意思與表示不一致。依意思主義，以其缺欠心內的效果意思，使其意思表示無效時。則表意人固不受其所不豫期之法律效果，而不蒙何等損害。然其相對人及第三人，則往往信其表示爲有效，而蒙損失。又依表示主義，使非真意之表示爲有效時。其相對人及第三人，固不因此而蒙損失。然表意人則將爲其所未豫期之法律效果所拘束。極端的意思主義及極端的表示主義，均不可採。須折衷兩者而謀保護雙方當事人也。我民法係採折衷主義。

(一)意思與表示之不一致 即雖有表示價值之行為，而欠缺心內的效果意思也。意思與表示之不一致，可大別爲二。第一，表意人知其不一致。第二，表意人不知其不一致。前者稱爲故意之不一致。即心裏保留，及虛僞表示是。後者即錯誤，及誤傳是也。

(1)心裏保留 又稱爲非真意表示。乃表意者知其非自己之真意而爲意思表示是也。學術上稱爲心裏保留，不過以表意人保留其真意於心中故耳。

心裏保留，可分爲二種情形以說明之。即他人相信行爲人有行爲意思，與他人知表意人無行爲意思。兩者在表示行爲之客觀的性質，姑不必論。而其主觀的狀態，則有差異。在前者固有欺罔他人之意思。而在後者，不過僅有戲言或詼諧之意思。德國民法，依此主觀的標準，而異其意思表示之效力。前者一般雖爲有效。(德民一一六條)後者則爲無效。(德民一一八條)我民法不依此主觀的標準。八六條規定，表意人無欲其意思表示所拘束之意，而爲意思表示者，其意思表示，不因之無效。故爲心裏保留之當事人之意思，不問其爲欺罔他人，抑僅爲戲言或詼諧，均應受本條之適用。不過戲言詼諧之意思表示，在其客觀的性質，不能謂爲表示行爲。且非本人之真意，甚爲明顯。多受本條

但書之適用而已。其結果與德民無甚差異。然其立法論上，與其採德民之主觀主義，無寧依我民法之客觀主義，對於交易之安全，甚為適宜也。

心裏保留原則上不影響於其意思表示之效力。若於心裏保留之外，尚有無能力及欺詐強迫之原因時，則因此理由，其影響於意思表示之效力，自不待言。蓋心裏保留，出於欺罔之動機，則表意人自無受特別保護之理由。故不能因其心裏保留，即令其意思表示無效。若僅為戲言，而由客觀的觀察，尚可認為表示價值之行爲時。則與其保護為此戲言之表意人。寧保護信賴此戲言之相對人為當。此所以使非真意的意思表示為有效也。但其心裏保留之情形，為相對人所明知者，其意思表示仍為無效（八十六條）

（2）虛偽表示 又稱通謀的虛偽表示。或假裝行爲。乃與相對人通謀所為之非真意的意思表示也。其與相對人通謀一點，與心裏保留異。

虛偽表示，通常多為欺罔第三人而為之。故法律令其行爲無效。但不得以其無效，對抗善意第三人。（八十七條）蓋為使第三人，不致因當事人通謀之虛偽表示而蒙損失也。第三人者，指為虛偽的意思表示之當事人及其包括繼承人以外之人而言。以詐害債權人

爲目的，而爲瑕疵的意思表示時，該債權人固爲第三人。而因此瑕疵意思表示成爲名義上之權利人，若將其權利與讓他人時，該受讓人亦爲第三人也。

虛僞的意思表示，往往隱藏他項意思表示。此等隱藏行爲，德國民法規定，適用其所隱藏之法律行爲之規定。（德民一一七條二項）我民法從之。（八七條二項）如假裝買賣而隱藏贈與或借貸之意思時，則依贈與或借貸之規定，以定其成立及效力。隱藏行爲，雖不能以隱藏爲理由，而爲無效。然欲發生效力，則須具備一般法律行爲之成立要件，與該法律行爲之成立要件。關於第一點，是否須有真意的表示，成爲問題。就虛僞的意思表示，雙方當事人雖有合意。而就隱藏行爲，非有適於認識真意存在之表示行爲，則不能謂爲意思表示之合致也。關於第二點，如買賣隱藏贈與時，雖有買賣證書，不能認爲字據贈與也。

所謂信託行爲，須與虛僞表示相區別。信託行爲者，與相對人以超過經濟上目的之權利，而使相對人僅能於經濟上之目的範圍內，方得行使其權利之法律行爲也。如以担保之目的，不設定擔保物權，（如質權抵押權）而將物之所有權移轉於相對人。而相對人僅



能於担保之目的範圍內，行使其所有權之行爲也。往時多以此種信託行爲，與虛偽表示相混同。然近代莫不認此兩者之區別。蓋在虛偽表示，缺乏使其行爲發生法律效果之意思。而在信託行爲，則有此意思。不過其內部關係，有限制其法律效果之意思而已。

(3) 錯誤 錯誤者，認識與對象之齟齬，即觀念與事實之不一致也。意思表示之錯誤有二。即爲意思表示之動機之錯誤，與意思表示之錯誤是也。如誤信將通電車，而購買其沿線之土地時，則僅屬於動機之錯誤。此種錯誤，不能生意思與表示不一致之效果。蓋法律行爲之動機，千差萬別。若以之左右意思表示之效果時，殊有害交易之安全。故關於動機之錯誤，不足影響於意思表示之效力也。

表意者誤表示其內容時，雖有表示上之效果意思。然缺乏心內的效果意思。於是發生此種意思表示，是否有效之問題。若採極端之意思主義，則此種意思表示爲無效。若採極端之表示主義，則其錯誤，毫不影響於意思表示之效力。前者偏於保護表意人，而犧牲其相對人及第三人之利益。後者偏於保護相對人及第三人，而對表意人未免過酷。故諸國法制，莫不折衷之。唯重大之錯誤，方足影響於意思表示之效力。我民法亦採折衷主

義。意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其情節即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但其錯誤或不知其情，非由於表意人自己之過失者為限。當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤視為意思表示內容之錯誤。（八十八條一項二項）關於錯誤之效果，有無效主義，及可得撤銷主義。德國民法採撤銷主義。且於相對人因撤銷而蒙損失時，應賠償其所謂消極的契約之利益。換言之。即賠償其相對人信其意思表示有效所受之損害也。日本民法則採無效主義。以要素之錯誤，為意思表示無效之原因。採無效主義者，固基於意思主義之理論。然因錯誤而左右意思表示之效力時，不僅偏於保護表意人。且意思表示之有效無效，在相對人及第三人，多不明瞭。故立法論上，自以採撤銷主義為當。我民法完全採德國立法例，規定因錯誤而撤銷意思表示之表意人，對於信其意表示為有效，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。（九十一條）意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，表意人得撤銷之。（八九條）因意思表示之內容之錯誤，或傳達之錯誤，其表意人之撤銷權，自意思表示後經過一年而消滅。（九〇條）

(二) 瑕疵之意思表示 因他人之干涉，而決定效果意思時。表意人所爲之意思表示，雖有效果意思。但其效果意思之決定，乃由於他人之干涉。故民法俾表意人，即受干涉人，以撤消之權利。此種意思表示，稱爲瑕疵之意思表示。即被欺詐脅迫而爲之意思表示也。

(1) 被欺詐而爲之意思表示 欺詐者，以使他人陷於錯誤爲目的而爲之故意行爲也。其效果涉及民刑兩法。刑法爲維持社會之秩序，處行欺詐者以刑罰。民法則爲保護被欺詐人之利益，俾其得撤銷其意思表示。兩者之目的，各有不同也。

欺詐在民法上之效果，有二。其一，爲被欺詐而爲之意思表示之效果。此時被欺詐人之當事人，有撤銷其意思表示之權。而以其撤銷，得免法律上之拘束。第二，用欺詐所爲加害行爲之效果，法律視此等行爲爲侵權行爲。使其對於被害人，負損害賠償之責。此兩種效果，相互爲用。方足以充分保護當事人之利益。茲所述者，僅限於第一種效果而已。

被欺詐而爲之意思表示者，因相對人及第三人之故意行爲，致陷於錯誤而爲之意思表示

也。故第一，須有錯誤。第二，其錯誤由於相對人及第三人之故意行爲。第三，須陷於錯誤而爲意思表示。

(a) 須有錯誤 表意者須陷於錯誤。故民法上未遂之欺詐，不生何等法律效果。

(b) 錯誤須由於欺詐行爲 此點乃單純之錯誤與由於欺詐之錯誤之區別也。所謂欺詐行爲，乃以非真實之事項爲真實，而表示之行爲也。其捏造虛僞之事實，與隱蔽真實之事實，皆可稱爲欺詐。而單純之沈默，雖通常不構成欺詐行爲。然法律上契約上及交易之習慣上負有告知義務時，通說皆謂爲可構成欺詐行爲。但僅以有告知義務，即可構成欺詐行爲，其範圍未免過泛。如以欺詐之故意，不告知其已知之事項，固爲隱蔽事實而爲欺詐行爲。而於不可認有告知義務時，則缺乏違法之要素。其欺詐不生何等法律效果也。

(c) 欺詐須出於故意 故意者，乃欺詐者使其相對人陷於錯誤，且因此使其爲一定意思表示也。即第一，須有使其生錯誤之意思。第二，須有使其因錯誤而決定爲法律行爲之意思。如僅有使其生錯誤之意思，不得謂爲欺詐。例如以僞畫爲真畫，因以誇示自己

之富豪是也。然除此二種意思外，不必尙有謀得財產上利益之意思，及使表意人蒙財產上損失之意思。此與侵權行爲上之欺詐相異之點也。

欺詐非法律行爲。欺詐者無須有行爲能力。又與侵權行爲之欺詐不同，亦不須有責任能力。然欺詐既須故意，則不能不具有意思能力也。

(d) 須由錯誤而爲意思表示 卽錯誤與意思表示之間，須有因果關係。卽無錯誤，則不至爲意思表示是也。

被欺詐而爲之意思表示得撤銷之。(九十二條一項) 有撤銷權者，乃表意人。而欺詐者固無撤銷權也。但有限制，卽其撤銷不得以之對抗善意第三人。(九十二條二項)

第三人行欺詐時，表意人以相對人明知其事實，或可得而知者爲限，得撤銷其意思表示。(九十二條一項但書) 就有相對人之意思表示，第三人行欺詐時，則法律究應保護表意人，抑應保護相對人。在立法論上，大有研究之價值。日民規定表意人於相對明知第三人行欺詐之事實時，方有撤銷權。我民法規定，縱相對不明知其事實，苟其不知由於過失時，表意人亦有撤銷權。

一欺詐行爲，在刑法上構成犯罪，在民法上構成侵權行爲，且具備九二條一項之要件者不少。欺詐之意思表示，在刑法上構成犯罪時，其在民法上之效力若何，有撤銷說與無效說。無效說之第一理由，謂犯罪行爲之觀念與法律行爲之觀念互有矛盾。然刑法係以處刑爲目的。苟其目的已達，則該行爲在民法上有若何之效力，自可不問。謂兩者互相矛盾者誤也。無效說之第二理由，謂構成犯罪行爲之欺詐，在民法上該當七二條所謂違反公序良俗之行爲，應爲無效。然一方當事人之違法行爲與法律行爲之目的之不法，其間自有區別。總之。一行爲涉及民刑兩法，而有兩面的法律效果時。其民法上之成立要件及效果，一依民法之規定以決定之。若係由於欺詐之意思表示，則該當九二條一項之規定。故以撤銷說爲適當。

(2) 被脅迫而爲之意思表示 被脅迫而爲之意思表示者，相對人及第三人故意示加害之意，使表意人生恐怖心。因此恐怖，而爲之意思表示也。

(a) 須使表意人生恐怖心 民法不能視表示加害爲不法，而加以制裁。縱令相對人及第三人表示加害之意，而表意人不生恐怖心時，亦不至影響於其意思表示之效力。故民

法上未遂之脅迫，不生何等法律效果。

(b) 恐怖須因脅迫而生。如相對人及第三人未表示加害之意，而表意人無故自感恐怖時，不能謂為脅迫也。英法所謂不當之威力，(Undue influence) 卽有威力之強者，對於弱者以口頭或容態表示其將利用其威力之意思時，卽為脅迫。蓋此意也。

(c) 其意思表示須因恐怖而為之。卽恐怖與意思表示之間，須有因果關係。

(d) 須有脅迫之故意。

(e) 脅迫須為違法。德國民法(一二三條)規定，違法為脅迫之要件。我民法雖無明文。然使被脅迫而為之意思表示，得以撤銷者，因其意思決定，受不正或不當之干涉，故脅迫須為違法。如告債務人以不履行債務，必訴之於法院。或告人以不承諾要約。則將來斷絕交易等。縱令足使相對人感覺恐怖，不能謂為脅迫也。

被脅迫而為之意思表示，表意人得撤銷之。(九二條一項) 其撤銷並可對抗善意第三人。此與被欺詐而為意思表示之撤銷不同之點也。此項撤銷，應於脅迫終止後一年內為之。但自意思表示經過十年，不得撤銷。(九三條)

意思表示當然無效時，則不能適用九二條。次之各種行爲屬之。

(a) 由於強暴之行爲 由於不可抗力之強暴行爲而爲意思表示時，雖有意思表示之外形。然無表示意思與行爲意思，當然無效。如強拉他人之手使捺印是。此等行爲不能謂爲本人之行爲也。

(b) 因脅迫而意思之自由被剝奪之行爲 雖非有形之強制，然因加害之通知，情形急迫，使表意人完全喪失意思之自由時。其所爲之意思表示，亦無行爲能力，當然無效。不能適用九二條。但實際上當事人不能證明意思之欠缺時，法官仍可適用此條也。

(c) 依民法七二條當然無效之行爲 由於脅迫之意思表示，因不可謂爲當然違反公序良俗。然以脅迫強使締結婚姻豫約時，當可適用七二條與九二條。但七二條之效力較九二條爲大。故不能除外七二條而適用九二條也。

(4) 依民法八六條而爲無效之行爲 被脅迫人爲非真意的意思表示而爲脅迫人所明知時，其行爲當然無效。自不應適用九二條。

(三) 意思表示發生效力之時期 意思表示發生效力之時期，因有相對人之意思表示與



無相對人之意思表示，而異。關於無相對人之意思表示，法律無一般的規定。則除有特別規定外，其成立時期，然然爲發生效力之時期。而有相對人之意思表示，則須使相對人了解。故不能以成立之時期，爲發生效力之時期也。

有相對人之意思表示，有對話者與非對話者之分。此兩者之區別，似指意思表示之當事人之在同一地方與否而言。然對話者與非對話者之區別，非以空間爲標準，須以時間之經過（一般交易上時間之經過）爲標準而決定之。即該意思表示離表意人之支配後，無時間之經過，而爲相對人所受領者，乃對話人間之意思表示。而以此時間之經過爲必要者，則爲非對話人間之意思表示。如以電話所爲之意思表示，仍不失爲對話人間之意思表示也。對話人爲意思表示者，其意思表示以相對人了解時發生效力。（九四條）

非對話之意思表示，自其通知達到於相對人時，發生效力。（九五條一項）

向無能力人或限制行爲能力人爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。（九六條）

關於此點，從來有表白主義，發信主義，達到主義或受信主義，及了解主義之四主義。

如表自主義及了解主義之主觀的事實，不易爲外部所認識。以之爲標準，殊不適當。故此四主義中，所爲採用爲立法上之主義者，唯發信主義與達到主義。前者於期交易之敏捷一點，固有可採之價值。然意思表示未入相對人之支配範圍內，即使拘束表意人。於相對人尙未了解之時，即認意思表示之效力。殊爲不當。達到主義，則以其意思表示於相對人之支配範圍內，即意思表示之通知達到於相對人時，爲意思表示發生效力之時期。蓋此時表意人自不能任意撤回。而相對人既在了解之狀態，縱未了解，或因特別情形而不能了解，亦無妨認意思表示之效力。此達到主義之最適於保護當事人雙方之利益。且最適應於交易上之需要也。

德國學者，有解釋達到爲意思表示之成立要件者。然達到並非意思表示之成立要件。乃完成之意思表示之發生效力要件。故意思表示之具備成立要件與否，不能以達到之時爲標準而決定之。

達到主義之結果如次

(1) 達到以前得撤回其意思表示 但撤回意思表示之效力，不能發生於被撤回之意思

表示之後。故撤回之通知，須先時或同時達到於相對人。（九五條一項但書）

（2）達到之遲延及障礙歸於表意人之不利益。如期限內不達到是也。

（3）表意人於發通知後，死亡或喪失行爲能力，或其行爲能力受限制者。其意思表示不因之失效力。（九五條二項）

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。（九七條）

（四）意思表示之受領能力。意思表示之受領，由客觀的觀察，則爲達到。由主觀的觀察，則爲受領。故意思表示之受領，既非法律行爲。又非意思表示。則其受領能力，自不能適用行爲能力之規定。然受領時之了解狀態，爲達到之成立要件。故受領者須有了解之能力。此能力稱爲意思表示之受領能力。

受領能力，雖不適用行爲能力之規定。然受領能力之有無，多以行爲能力爲標準。普通有行爲能力之人，有受領能力。無行爲能力人，無受領能力。惟限制能力人，有受領能力者。有無受領能力者。故向無能力人（未滿七歲之未成年人或禁治產人）或限制行爲

能力人爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。（九六條）但專爲取得權利，免除義務之意思表示，滿七歲之未成年人，得受領之。故此等意思表示，以其了解或達到時，發生效力。又法人依其機關以爲活動。故向法人爲意思表示時，自應以其代表機關之得知與否，決其意思表示發生效力之時期。

（五）意思表示之方法 通常雖以言語文字爲最適當。但當事人無妨選用此外之方法。如用暗號爲意思表示之類是。單純消極的行爲，即緘默，通常固不能認爲意思表示之表示方法。若當事人以特約定爲意思表示之表示方法時，則緘默亦可爲意思表示之方法也。

意思表示無論用何種方法均可。但法律有時限定意思表示之方法。於此情形，非依其方法，不能爲意思表示。法律所限定之方法，稱爲方式。要方式之意思表示，稱爲要式的意思表示。不要方式的意思表示，稱爲不要式的意思表示。

近世法律，關於意思表示，皆以不要式爲原則。要式爲例外。其所以設例外之理由有二。第一，爲使意思表示明確，以免將來發生爭執。如使其必用書面，或使用一定文字爲

意思表示之類是。第二，強制表意人慎重爲意思表示。如使其於證人前，爲意思表示是。

依法律之規定，有使用文字之必要者。得不由本人自寫。但必須親自簽名。如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名有同等之效力。如以指印十字或其他符號代簽名者，在文件上經二人簽名證明，亦與簽名生同等效力。（三條）關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者。其文字與號碼有不符時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準。關於一定之數量，以文字或號碼爲數次之表示者。其表示有不符時，如法院不能決定何者爲當事人之原意，應以最低額爲準。（四條五條）

（六）意思表示之解釋 解釋意思表示時，應探求當事人之真意。不得拘泥於所用之辭句。（九八條）蓋表意人所用之辭句，並不能謂爲表示行爲之全部。此外如身體之舉動，周圍之事情，地方之習慣，商界之常例等，皆足以爲探求當事人之真意之資料也。

第五節 代理 第一項 總說

代理者爲他人（本人）對第三人爲意思表示，或由第三人受領意思表示，而使其意思表

示之利益或不利，均直接歸於本人之謂也。（一〇三條）其性質如次。

（1）爲意思表示或受領意思表示者，乃代理人。

代理人所爲之意思表示，何故對於本人生效力。嘗爲德國學者所爭論。或擬制代理人之意思表示，爲本人之意思表示而說明之。（本人行爲說）或以爲本人與代理人之共同行爲而說明之。（共同行爲說）然此兩說，皆拘泥於法律行爲之當事人與受其效力之當事人須爲同一人之羅馬法之原則。殊與事實不符。故近時之法制及學說，不採用之。蓋代理人表示本人受其法律行爲之效果之意思時，法律即根據此意思，而賦與本人以法律效果，在理論上毫不足怪也。此說稱爲代理人行爲說，或代表說。

爲意思表示或受領意思表示者，乃代理人，若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。（一〇五條）代理人被欺詐脅迫時，得撤銷其意思表示。此撤銷權，究屬何人。則非一〇五條之所規定。然由意思表示發生撤銷權與否，殊與法律效果有重大關係。故解釋上本人亦應有撤銷權也。

意思能力之有無，於決定意思之缺欠與否，有關係。故代理人雖不須有行爲能力，然須有思能力。民法第二〇四條規定，代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制能力人而受影響。是代理人固無須有行爲能力也。

爲意思表示者，雖爲代理人。但本人於委託特定之行爲時，其代理權係以法律行爲授與者，其代理人之意思表示，如依照本人所指示之意思而爲之者，其事實之有無，應就本人決之。（二〇五條但書）蓋本人對於代理人之意思表示，既加以特別之指示。則不得關於自己已知之事情，而主張代理人之不知。或關於自己因過失而不知之事情，而主張代理人之無過失也。如本人於授與購買特定物品之代理權，而知該物品之瑕疵時。則不能以代理人之不知爲理由，而請求瑕疵擔保是也。

（2）直接對本人發生效力 爲意思表示及受意思表示者雖爲代理人。然一切法律效果，皆歸屬於本人。此乃代理之本體也。

所謂直接者，非先對代理人發生法律效果。然後由代理人將此法律效果移轉於本人。乃最初即對於本人發生法律效果。而使本人當然爲權利人或義務人之謂也。

本人直接受此法律效果之結果。則本人須有受該法律效果之資格。即須有一般權利能力及特別權利能力。故不能爲未出生之人及尙未成立之法人爲代理行爲。又關於外國人所不能享有之權利，縱令用內國人爲代理，亦不能取得其權利也。

不僅由意思表示或法律行爲所生之法律效果，直接歸於本人。其非法律行爲的效果，亦直接歸於本人。如代理人被欺詐脅迫而爲意思表示時，本人有撤銷權。反之。侵權行爲上之責任，不能謂爲意思表示或法律行爲之效果。則本人自不能對於代理人之侵權行爲，亦負責任也。

(3) 代理人須以本人名義而爲意思表示。蓋法律使法律效果直接歸於本人者，乃基於行爲人之之慾望。此意思乃效果意思之一部。故須依意思表示之通則表示之。使相對人得知何人受此法律效果也。

代理人以本人名義爲代理行爲時。須將本人名義表示之。故稱爲顯名主義。(Offenheitsprinzip) 其表示方法，雖常稱爲「某人之代理人某」。但不必一定明示。如能使相對人知其爲本人之代理人即可。若行爲人以固有之資格所爲之行爲，縱令其效果及於本人。



亦非代理行爲。如質權人抵押權人爲處分其質物或抵押品之行爲，不能爲代理行爲也。往昔羅馬因社會上甚乏代理之需要。故法律上無代理之規定。迨羅馬末葉，方認許二三代行爲之代理。然在近世，社會關係，日趨複雜。一般交易，亦日尙敏捷。故變此例外而爲原則。除以本人之意思表示爲必要之特殊行爲外，一般皆認代理之成立。不許代理之行爲，稱爲不適於代理之行爲。如婚姻離婚等之親屬法上之行爲，及繼承之承諾及拋棄等繼承法上之行爲，特以本人之意思表示爲必要。故不許代理。

## 第二款 代理權之發生

代理權者以本人名義所爲之意思表示。或所受之意思表示，得使其直接對本人發生效力之法律上之資格也。關於代理權之法律上之性質，學說不一。概可分爲否認說權利說及資格說三種。否認說之主張，謂除本人與代理人間之委任關係及其他之對內的法律關係外，則不能認代理權之獨立觀念。此說在理論上，及法律之所以區別委任與代理之解釋上，其不足採也明矣。區別委任與代理而認代理權之獨立觀念者，厥爲權利說。與資格說。但權利說以代理權爲權利之一種。更研究代理權之性質。謂屬於形成權。若以代理

權爲權利之一種，固屬於形成權。然代理權不能即謂爲權利。須解釋爲法律上之資格或能力。此資格說之所以爲正當也。資格說以代理權爲類似行爲能力之法律上之地位。行爲能力者，乃使自已之行爲發生法律上效果之法律上之地位。而代理權者，乃使自已之行爲之法律效果，歸屬於他人之法律上之地位也。

代理權之成立，乃基於本人之意思。但其成立，除本人爲授與代理權之意思表示外，是否尚須有代理人之意思表示。此單獨行爲說與契約說之爭。關於此點。法律既無明文。解釋頗滋疑義。又授與代理權之行爲，是否爲有因行爲，亦爲所應研究之問題。分述於次。

(1) 羅馬法及法國民法，未區別委任與代理。故其學說於委任契約外，不認代理權之授與行爲。而解釋代理權之發生，乃由於委任契約，寧屬當然之結論。然履行委任事務之債務，與爲代理行爲之權限，性質上不能混同也。

(2) 德國民法，採單獨行爲說，以授與代理權之意思表示，即可成立代理權。蓋代理權既非義務，又非權利。不過取得使自已之意思表示對於本人生効力之地位。而授與代

理權之行爲，不過爲決定其意思表示之效力是否對於本人發生之標準而已。故應以本人一方之意思表示，即可授與代理權。固無須得代理人之同意也。

我民法一六七條規定代理權係以法律行爲授與者，其授與應向代理人或向代理人對之爲代理行爲之第三人以意思表示爲之。是採後說則無庸疑。

代理權之授與行爲，爲有因行爲。抑爲無因行爲。學說上頗有爭議。蓋普通代理權之授與，非爲代理本身之目的。乃爲達某種目的。或以達履行委任事務爲目的。或以達雇傭契約合夥契約爲目的。尙有爲達其他種種目的者。此等基本法律關係與授與代理權之行爲，是否不可分離。其基本關係不成立無效或撤銷時，則授與代理權之法律行爲，亦將失其效力與否。此卽所謂法律行爲爲有因無因之問題也。民法一〇八條一項規定代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之，似採有因說。但社會上每使授與代理權之行爲與其基本關係相獨立。故授與代理權之行爲，通常雖爲無因行爲。但得以當事人之意思表示使其爲有因行爲。

代理權之範圍，卽代理人之權限，須由發生代理權之原因而決定之。代理權之發生，由

於法律之規定者。須依法律之規定。由於當事人之意思表示者，須依授權行為而決定之。

所謂雙方代理，是否有效。在德國普通法上，原有議論。德國民法（一八一條）原則上禁止之。我民法亦有同樣之規定。（一〇六條）所謂雙方代理者，在雙方行為，而為其相對人之代理人。或為當事人雙方之代理人是也。前者稱為為自己之契約。後者稱為狹義之雙方代理。禁止雙方代理之理由。學說不一。或謂一身而兼雙方當事人之資格，在以二人以上之當事人為必要之契約性質上，為不可能。或謂理論雖屬可能。然契約當事人之利害關係，各有不同。若使自己之代理人與自己締結契約。或為雙方之代理人時。實際上易生弊端。故應禁止雙方代理云云。後者之見解，頗中肯綮。然民法關於債務之履行，則許雙方代理。蓋債務之履行，非新利益之交換。不至發生利害衝突故也。所謂債務之履行，雖包含代理人對於本人所為債務之履行。及本人對於代理人或第三人（他方之本人）所為債務之履行。但於清償本人之債務時，不得拋棄本人所有之期限利益。代物清償，雖與清償有同一之效力。（三一九條）究為新利益之交換。非茲所謂債務之

履行也。關於抵銷，解釋上不無議論。雖有主張消極說者。亦不足採，蓋抵銷之內容，并非新利益之交換。乃一種互相清償之簡易方法。且代理人對於此種互相清償，亦有權限也。

共同代理者，數人之代理人共同行使代理權之謂也，僅一人之代理人，不能為代理行為。故為代理權之限制之一種。民法一六八條規定代理人有數人者，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，不在所限。

### 第三款 代理人之能力

代理人不須有行為能力。即代理人或向代理人所為意思表示之效力，不因代理人為限制能力人而受影響。（一〇四條）蓋代理行為之效力，不及於代理人，而及於本人。則縱使限制能力人如以七歲以上之未成年人為代理人，亦無害於無能力人之保護。且本人既願意授與代理權於限制能力人，縱因其缺乏知識經驗而蒙損害。亦屬咎由自取也。但全無意思能力之未成年人，則不能為代理人。

### 第四款 代理權之撤回及消滅

代理權之消滅依其所由授與之法律關係定之。(一〇八條)代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於授權人不得留置。(一〇九條)蓋代理消滅時，授權書亦應消滅。以防代理人之濫用。而有害於授權人也。故代理人不得引用留置權之規定，而拒絕授權書之交還。

代理權得於其所授與之法律關係存續中撤回之。(一〇八條二項)於此情形，其代理權即因撤回而消滅。但依該法律關係之性質不得撤回者，不在此限。又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。(一〇七條)

#### 第五款 無權代理

無權代理者，缺乏代理權，而具備其他要件之代理行為。即無代理權之代理行為也。所謂缺乏代理權，包含代理權之不存在，與超越代理權之範圍。

分無權代理為表見代理與狹義之無權代理。表見代理者，實際上雖無代理權。而表示上似有代理權者之謂。法律因此理由。對於本人認一定之法律效果。狹義之無權代理，則

無無此特殊情形。本人當然不受何等法律上之拘束也。

### 第一 表見代理

表見代理 (Agency by estoppel, Scheinvollmacht) 者，無代理權之自稱代理人所爲之代理行爲，因有正當理由，足以使他人相信其有代理權。而法律即使本人受一定拘束之謂。法律規定表見代理之理由。使相對人及第三人，不至因交易上之代理而受損失。藉以維持代理制度及交易之信用。而保護交易之安全。即保護動的安全之制度也。代理制度，固足以擴張交易之範圍。且足以促交易之敏捷。若代理人所爲之交易，縱有使人相信其有代理之正當理由。因實際上無代理權即不使受該代理行爲之效果時。則與代理人爲交易者，將蒙不測之損失。結局無論何人，將不能與代理人交易。此法律有保護交易之安全即動的安全之必要也。又由本人方面言之。因與自己全無關係之他人所爲之代理行爲，縱有使人相信其爲代理人之正當理由。而受其行爲之拘束。殊於害於所謂靜的安全。是以於認表見代表時，同時又須顧全本人之靜的利益。於本人與自稱代表人有關關係時，方能認表見代理之效力。茲因其關係若何，分表見代理爲次之三種。

(1) 由本人自己之行爲，表示以代表權授與他人或知他人表示其爲代理人而不爲反對之表示者。此時不問實際是否授與代理權。代理人得因其表示或不反對，對於第三人行使代理權。蓋此時縱令本人未授與代理權。然對第三人已表示其爲代理人。或知他人表示其爲代理人而不爲反對。在通常情形，大都信賴此種表示而與代理人爲種種法律行爲。故本人對之，亦應負責也。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。  
(一六九條)

(2) 越權行爲。即代理人超越其權限所爲之代理行爲也。此時代理人關於其越權之代理行爲，雖無代理權。然關於其他之行爲，尙有代理權。如僅有販賣之代理權者，而爲購買行爲是也。日本民法(一一〇條)規定，如第三人有相當事理由，信其有代理權時。則本人對於代理人之越權行爲，須負責任。關於此點。我民法既無規定。則不能不依無權代理之規定而決定之。即此等越權行爲，非經本人承認，對於本人不生效力。

(3) 代理權消滅後前代理人所爲之代理行爲。代理權消滅後，其消滅之事實，概不



公示於第三人。而第三人每每誤信前代理人有代權。與之爲種種法律行爲。此等行爲之效力，是否及於本人。民法無規定。須解釋一〇七條之規定，以保護善意第三人爲當也。

## 第二項 狹義之無權代理

狹義之無權代理又稱爲無權代理。乃表見代理以外之無權代理者。此種無權代理，即原無代理權。且亦無使相對人信其有代理權之正當理由。自嚴格理論言之。自毫無拘束本人之效力。不過一般立法例，均不以之爲全然無效之行爲。而認其對於本人。仍有一種不確定之效力。對於代理人，亦許於一定條件之下，發生特種效力。我民法亦然。蓋爲計實際交易之便利。并維代理制度之信用也。依民法規定，無權代理之效力，分爲對行本人之效力，對於相對人之效力，及無權代理人之責任三點。略述於次。

第一對於本人之效力 無權代理人以代理人名義所爲之法律行爲，非經本人承認，於本人不生效力。（一七〇條一項）無權代理人爲之代理行爲當然不能拘束本人。蓋此等代理行爲，并非有代理本人之法律上之地位者所爲之行爲故也。但代理人既以本人名義

爲法律行爲。而相對人亦有與本人成立法律行爲之意思。故法律與本人以承認權。使其與自始有代理權者生同一效果。

承認 (ratihabito, nachträgliche Genehmigung) 者，以使無權代理人所爲之法律行爲，與有代理權人所爲之行爲生同一效果爲目的之法律行爲。且有相對人之單獨行爲也。民法除無權代理之承認外，尙認無效行爲之承認。及得撤銷行爲之承認。所謂無效行爲之承認，在其視爲新行爲一點，自有特殊之性質。而無權代理行爲之承認與得撤銷行爲之承認，皆係確定其不確定法律關係。且在其有溯及效之點。固有類似之性質。但其間不無重要之差異。蓋得撤銷之行爲，迄被撤銷時止，尙有一定效力。而承認不過確定其不確定之效力耳。因承認一面有拋棄撤銷權之性質。故又有稱之爲確認 (Confirmation, Bestätigung)。其結果，若有撤銷權人不予承認又不爲撤銷，而經過時效期間時。則其法律行爲之效力因撤銷權之消滅而確定。反之。無權代理行爲，於承認前，對於本人不生何等效力。則承認乃新與效力之行爲。固非撤銷權之拋棄也。又其行爲不因時效間之經過而爲有效。

承認乃有相對人之單獨行爲。則本人得爲承認之權利，乃以一方的意思表示而發生法律效果之權利。具有形成權之性質。

承認須具備法律行爲之要件。而被承認之法律行爲，須爲無權代理人之行爲。換言之，除缺欠代理權外，須具備代理行爲之成立要件。蓋代理權之欠缺，雖得以承認補救之。而代理行爲之其他要件之欠缺，則無法補救故也。如本人不存在，本人無權利能力。無權代理人不明示本人名義時。則本人縱予以承認，不能有效也。

承認之拒絕者，乃發表其無承認意思之行爲。且有相對人之意思通知也。因承認之拒絕，則無權代理人之行爲之效果不能及於本人者，卽已確定。爾後本人不得再爲承認。而其相對人縱不爲撤銷，亦不受該行爲之法律的拘束。

本人僅承認代理行爲之一部時，民法無規定。此時與對要約爲一部承諾極相類似。須類推適用一六〇條二項之規定，視此一部之承認爲新要約。但其法律行爲有可分之內容，且相對人就其一部亦有爲法律行爲之意思時。則一部之承認，亦應解爲有效也。

法律規定本人有承認權。然承認權非一身專屬之權利。故因承認所生之權利義務，如非

專屬於一身時，則其承認權，不能不有繼承性也。又承認權乃與本人地位相結合之權利，雖不能讓與於他人。但本人之地位得為讓與時，則承認權亦得與其地位同時讓與。如無權代理人為土地所有人締結租賃契約，土地所有人得將其對於無權代理行為之承認權與土地所有權同時讓與是也。

承認權屬於本人云者，非其行使限於本人之意。故得由代理人為承認之意思表示。又法定代理人得為未成年人或禁治產人為承認也。

第二對於相對人之效果 無權代理行為，不能使本人與相對人間或立有效之法律行為。則由代理行為所生之權利義務，當然不能拘束其相對人。然本人既得承認其無權代理行為。而相對人亦因其承認。不能不受法律上之拘束。如此。相對人之法律上之地位。甚不確當。故法律予相對人以催告權及撤回權而保護之。此相對人之地位，與無能力人之相對人之地位頗相類似。

無權代理行為之相對人，得定相當期限，催告本人確答是否承認。如本人逾期不為確答者，視為拒絕承認。（一七二〇條二項） 催告（Aufforderung）者要求確答是否承認

無權代理行爲之意思通知也。催告權人無須認識期待由催告所生之法律效果。則催告非意思表示。但須有要求相對人之行爲之意思。故爲一種意思通知而爲準法律行爲。

相對人所定之期限之相當與否，須以其被承認之法律行爲之輕重，當事人間距離之遠近等客觀的事情爲標準而決定。而本人之疾病等主觀的事情，則無須斟酌。如相對人所定之期限過短而不相當時，其催告是否完全無效。抑於催告後經過相當期限而生效力。成爲解釋上之問題。但相當期限在法文上乃催告之要件。故其所定不相當期限之催告，自不發生催告之效力也。

本人受催告後，爲承認或拒絕承認時，則生承認或拒絕承認之效果。自不待言。但催告之實益，乃於本人不爲何等意思表示時，尙能生一定法律效果。即本人於催告期限內，不爲承認或拒絕之確答時，視爲拒絕承認。蓋因期限之經過，法律上當然生拒絕承認之效果。而法之所以視爲拒絕承認而不視爲承認者，乃因無權代理行爲不能當然使本人與相對人間成立法律行爲也。

催告權者以通知自己之意思而發生一定法律效果之權利。故屬於形成權之一種。

無權代理人所爲之法律行爲。其相對人於本人未承認前，得撤回之。但爲法律行爲時，明知其無代理權者，不在此限。（一七一條）法律予相對人以撤回權者，乃使其不受不確定之法律關係之拘束。藉以保護其利益也。有撤回權人惟限於善意之第三人。即在契約當時，若相對人知其無代理權時，則不能撤回。蓋此等相對人，行爲當時即預期受不確定之法律關係之拘束。不過希望本人或行承認而爲法律行爲。故予以催告權已足充分保護之。更無庸予以撤回權也。相對人之惡意，須本人證明之。

撤回須於本人之承認前爲之。若一經承認，則法律行爲之效力，即行確定。其不能撤回，自不待言。

第三無權代理人之責任 茲所述無權代理人之責任者，乃指無權代理人對於相對人所負之責任而言。此外無權代理人對於本人固應負責。但此責任，非屬於代理所應研究之問題。

無權代理行爲，因本人之承認，而相對人不蒙何等損害時。則無權代理人對於相對人，固不負何等責任。若不得本人之承認，而相對人因不能達到其所預期之目的，而蒙損失

時。則無權代理人自應負責。故民法規定無權代理人以他人之代理人名義所爲之法律行爲，對於善意之相對人，負賠償責任（一一〇條）

所謂賠償責任，乃賠償相對人所蒙之損害者，無待特加說明。唯有議論者，乃關於損害賠償之範圍。即使代理行爲爲有效，是否應賠償相對人所受利益之全部。（履行利益 *Erfüllungsinteresse*）抑僅須賠償相對人信其有代理權而蒙之損害。（信賴利益 *Vertrauensinteresse*）稍有問題。然損害賠償之責任，不應限於消極的利益之範圍。則本條所規定之賠償責任，須以履行利益爲內容也。

無權代理人之行爲，除欠缺代理權外，須具備代理行爲之要件者，已於前述。

無權代理人若爲無能力人時，解釋上自應不負賠償責任。然無能力人得法定代理人之允許而爲代理行爲，則該無能力人，已無特加保護之必要。自不能免賠償責任也。

關於無權代理人負賠償責任之理由，學說不一。或以過失主義說明之。謂無權代理人無代理權而爲代理行爲時，則有過失。自應負賠償責任。或以無權代理人與相對人間，有默示之擔保契約，故應負責云云。此兩說均不足以說明無權代理人之賠償責任。蓋一一

○條所規定之責任，并不以無權代理人之過失或擔保契約之存在爲必要。且以之爲侵權行爲或契約上之責任時，亦無須特設明文也。法律所以規定無權代理人之責任之理由，乃因一般責任不足以保護相對人及維持代理制度之信用。則此責任，乃不以過失爲要件之特殊法律上之責任。法律之所以使無權代理人負無過失責任者，乃基於保護交易之安全即動的安全之社會上之需要。而在無權代理人方面，亦有足使他人信其有代理權之事實。縱使其負無過失責任，不能謂爲不當也。

#### 第六節 法律行爲之無效及撤銷

##### 第一款 無效之法律行爲

無效之法律行爲（*Void act, nichtiges Rechtsgeschäft*）者，法律上第然並確定其不生法律行爲之效力之法律行爲也。其性質如次。

（1）無效者，無效力之謂也。法律行爲不成立時，固當然無效。而具備成立要件之法律行爲，若不具備發生效力要件，亦不能有效也。如有要約與承諾其契約雖可成立。但有時因其內容之違法而無效。故無效須與不成立相區別。



（2）無效者無法律行爲上之效力也。無效之法律行爲，雖不生法律行爲上之效力。但不妨生非法律行爲的效果。如無效之行爲，有時具備侵權行爲之要件。又有由此發生返還不當利得之義務是也。

（3）確定其無效力也。此點與效力在未確定狀態之法律行爲之性質不同。而得撤銷之法律行爲，因其效力不能確定。故性質上與無效之行爲異。無權代理行爲，雖當然不生效力。然一經承認，亦能溯及的發生效力。則在行爲當時，其能發生效力與否？亦在不確定之狀態。故其性質亦與無效之行爲異。所謂無效之行爲者，不能因爾後當事者之行爲無效之行爲，雖因爾後事情之變化，至不違反公序良俗，亦不能成爲有效之行爲。

（4）法律上當然無效也。法律上當然云者，其行爲之無效，在當事人及法院方面，並不須何等使其無效之行爲之謂。所謂得撤銷之行爲，則因撤銷權人之撤銷，方失其效力。而無效之行爲，則當然無效。無須此等行爲也。故得主張無效之期間，既無制限。而無效之行爲，又不因時效期間之經過而爲有效。

當然無效云者，並非法院得以職權審查其無效之原因之意。蓋無效之原因，須當事者主

張之，證明之。若一經證明。則法院以職權，即當否認其法律行為之效力。

(5) 無效乃絕對的原則 即原則上，無論何人，無論對於何人，皆得主張其無效。但亦有不能以無效對抗特定人者。(八七條一項)

無效之原因，有為一般法律行為所共通者。有為特定法律行為所特有者。所謂意思能力之欠缺，虛偽表示，目的之違法，不能，等，乃一般的無效之原因。而九八八條關於婚姻之規定，乃特殊法律行為之無效原因也。

無效可分為次之數種

(1) 絕對的無效相對的無效 無效原則上雖為絕對的。然亦有時為相對的。

(2) 全部無效一部無效 於法律行為之內容全部有無效之原因時。固生全部無效。而僅內容之一部有無效原因時。是否全部無效？抑僅一部無效？關於此點。我民法做德民(一三九條)特設規定。即法律行為一部無效者，全部皆為無效。但除無效之一部，亦可成立者，則其他部分仍為有效。(一百一十一條)

(3) 當初無效與事後無效 學者往往除當初無效外，尚認事後無效。所謂事後無效

者，乃法律行爲成立之當時，雖無無效之原因。然於其成立後，效力發生前，方缺發生效力要件之謂。如停止條件成就前，法律行爲之標的物成爲不融通物是也。因於其效力發生前，方缺發生效力之要件。其法律行爲雖結局不生効力。然非於法律行爲成立之時，即可確定其無效。故在適當之意義。其性質與無效之行爲，微有不同。又於法律行爲成立之當時必須存在之要件，如意思能力行爲能力等，其成立後雖不存續，尙不影響於法律行爲之效力也。

我民法關於無效行爲之承認，未設規定。則無效之行爲，不能因承認而爲有效者，其理甚明。然在過去曾爲無效之行爲，而在將來不能謂在當事人間不能爲同一內容之新法律行爲。如曾有一次爲虛僞的意思表示之後，仍不妨以真意爲同一意思表示。曾爲違反公序良俗之行爲，迨社會事情變遷，至不違反公序良俗時，當事人仍可爲有同一內容之行爲。此時當事人不爲新行爲，僅於舊行爲加以承認，自不能謂爲違反公序良俗。其承認當然有效。至其承認之效力是否可以追溯既往，日本民法（一一九條）則視所承認之行爲爲新行爲。而不與以溯及效。德國民法（一四一條二項）規定無效行爲之承認，原則

上有債權的溯及效。我民法雖無規定，解釋上承認之效力不應追溯既往也。

無效法律行為之當事人之責任 無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可

得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。（一一三條）蓋以法律行為雖無效，而一方當事人難免不依該行為為給付。亦難免不依該行為為無效而受損害。若行為人或其相對人於行為時明知其無效或可得而知者，對於他方所為之給付，自應負回復原狀之義務。如不能回復原狀或無須回復原狀，而有損害時，則對於他方，應負損害賠償之責任。

無效行為之轉換

無效之甲種法律行為，如具備乙種行為之要件，並因其情形，可認當事人若知甲種法律行為為無效，即欲為乙種行為者，其乙種行為仍為有效。（一一二條）此稱為無效行為之轉換。（Konversion, Umwandlung）此轉換得分為次之二種。

（1）法律上之轉換 依法律之規定而轉換者。如將要約擴張限制或變更而為承諾者，視為新要約（一六〇條二項）是。

（2）解釋之轉換 關於此點，民法倣德民一四〇條之規定。無效之法律行為，若具

備他法律行爲之要件，並因其情形，可認爲當事人若知無效而欲爲他法律行爲者，其他法律行爲仍爲有效。（一一二條）蓋法律行爲無效時，若其行爲具備他法律行爲之要件。且依他法律行爲，可達同一之目的者。是當事人若明知其無效，有爲他種法律行爲之意思。此時應使其他之法律行爲爲有效。藉以符當事人之意思。

## 第二款 撤銷

### 第一項 意義

撤銷一語，用之於種種意義。有用之於法律行爲之撤銷者。有用之於法律行爲以外之撤銷者。而法律行爲之撤銷。又有以意思表示之瑕疵爲原因者。或不以此爲原因者。茲所述者，唯限於原因意思表示之瑕疵之撤銷而已。

得撤銷之法律行爲 (Voidable act; actes nullables; anfechtbares Rechtsgeschäft,) 者，表意人因其意思表示之瑕疵，而使其所爲法律行爲之效果，溯及的消滅之法律行爲也。其性質如次。

(1) 得撤銷之法律行爲，於被撤銷，前仍不失爲有效之法律行爲。此與無效行爲之性

質不同之點也。

(2) 得撤銷之行爲之效力，在不確定狀態。一旦撤銷，方能確定其爲無效。反之，若一經承認，或其撤銷權消滅時，則確定其自始有效。而生此未確定之效力者，乃得撤銷行爲之特色。

(3) 撤銷 (Anfechtung) 僅有撤銷權者方得爲之。有撤銷權人究爲何人當於後述之。總之。有撤銷權人，乃爲有瑕疵意思表示之人。非如無效行爲之無論何人得主張其無效也。如此，則撤銷可稱爲相對的。所謂相對的者，乃指撤銷權者唯限於具備特殊要件之人而言。非撤銷之效果，爲相對的也。一旦有撤銷之意思表示，則其行爲自始爲無效。而生絕對的效果。

撤銷權者，以自己之意思表示，而否認法律行爲之效力之權利也。此權利之性質若何，固有議論。其爲權利，且屬於財產權之一種，則無疑義。然非關於物之權利，自非物權。又不以請求他人之行爲爲內容，亦非債權。係以自己之行爲而惹起一定法律效果爲內容之權利，故爲財產權之一種。

(4) 得撤銷之行爲，僅因撤銷，方能喪失效力。故撤銷權因時效及其他原因而消滅時，則得撤銷之行爲之爲有效，即行確定。此點與無效之行爲不同，已於上述。

### 第二項 撤銷之原因

撤銷之原因，有爲一般法律行爲所共通者。有爲特殊之法律行爲所特有者。一般之撤銷原因，如意思表示之瑕疵是。因此原因之撤銷，即可適用民法一一四條以下之規定。而特殊之撤銷原因，則無一般的規定。民法唯於各種法律行爲，規定其特殊之撤銷原因而已。(四〇八條九八九條九九〇條)因此等原因之撤銷，須先適用其特別規定。若無特別規定時，然後方可補充適用一一四條以下之規定也。

### 第三項 撤銷權人

撤銷權 (Anfechtungsrecht) 者，以自己之意思表示而消滅法律行爲之效力之權利也。性質上爲形成權之一種。

得撤銷之行爲，與無效行爲異。非無論何人皆得主張其無效。唯撤銷權人方得使其法律行爲無效耳。

撤銷原因，既有一般撤銷原因，與特別撤銷原因二種。故撤銷權亦可分爲一般撤銷權，與特別撤銷權。爰所述者，乃一般撤銷權也。

(1) 爲有瑕疵之意思表示者 乃指被欺詐強迫而爲意思表示者而言。其撤銷權發生之要件，已如前述。

(2) 代理人 爲有瑕疵之意思表示者之代理人，能代之行使撤銷權。代理人僅能有代理本人行使撤銷權之權限。不能有獨立之撤銷權。代理人所爲之意思表示，因有瑕疵而發生撤銷權時，亦然。其發生撤銷權原因之事實，即意思表示之有瑕疵與否之事實，雖就代理人決之。(一〇五條)但因此所發生之撤銷權，則屬於本人。

(3) 繼承人 繼承人有包括繼承人，與特定繼承人。不問其屬於何者，其繼承前主之撤銷權者，皆得行使之。其撤銷權既由前主繼承。則其消滅時效，亦須前後通算也。

保證人，不能謂爲當事者之繼承人。若使保證人得撤銷主債務人之法律行爲時，殊不合乎保證債務之性質。故保證人不能行使主債務者所有之撤銷權也。(同說川名氏石坂氏穗積氏三瀨氏反對富井氏橫田氏)



#### 第四項 撤銷之方法

撤銷以意思表示爲之（一一六條）。外國立法例，除意思表示之外，尙有以訴訟爲必要者。我民法原則上不以此爲必要。至其意思表示之方法，則無制限。既不必用撤銷之文字。又無須表示撤銷之原因。撤銷之意思表示之得附條件與否？乃單獨行爲之得附條件與否之問題。總之除不使相對人生不利益之條件外，當解爲不得附條件也。

撤銷之意思表示，須對何人爲之？如得撤銷行爲之相對人確定時，須對此相對人爲之。（一一六條二項）如不確定時，則以因其行爲而直接取得權利之人爲撤銷權之相對人。

相對人有數人時，撤銷之意思表示，須對全員爲之乎？關於此點，法無規定。然除法律行爲之內容可分於數人之外，當解爲不許一部之撤銷也。（註）

（註）日本梅博士對於一人所爲撤銷之意思表示，有對於一人之效力。如他之當事人因此不能達法律行爲之目的時，得解除之。然此見解殊不足採。蓋此時不僅不能成立解除之理由，且不能認對一人撤銷之效力。

#### 第五項 撤銷之效果

撤銷有溯及效。換言之，撤銷不僅消滅法律行爲之將來的效力。且與自始未爲法律行爲者生同一之效果。（一一一四條）但婚姻之撤銷，因特別理由，僅對將來生效力。

撤銷原則上生物權的效果。撤銷雖僅爲特定人爲之。而有撤銷權人之權利，一旦經撤銷權人之撤銷。則其行爲，無論對於何人，皆爲無效。又無論何人，皆得主張其無效。但有一例外。即因欺詐之撤銷，不能與善意第三人對抗。（九二條二項）撤銷雖生物權的效果。但其效果之範圍，僅限於其所撤銷之行爲。如當事人爲債權的行爲，且因此而爲物權的行爲。若僅撤銷其債權的行爲時，則其撤銷，不能使其物權的行爲爲無效也。

撤銷生物權的效果，且對第三人亦得主張其行爲從始無效云者，非使第三人負擔返還其得撤銷行爲之標的之權利之義務也。若此第三人受九四三條之適用，則讓與人縱爲無權利人。而此第三人尙能取得動產上之權利。且撤銷不過使讓與人爲無權利人。而第三人固無須返還其由九四三條所取得之權利也。

因得撤銷之行爲所爲之給付，於其行爲被撤銷時，當事人於若何之範圍，返還其所受領之給付？關於此點，民法規定當事人知其撤銷或可得而知者，其法律行爲撤銷時，應負回復原狀或損害賠償之責任。（一一四條二項一一三條）此所謂當事人乃指爲得撤銷法律行爲之人及其相對人而言。惟在由代理人爲意思表示之時，其知否原則上應就代理人決之。（一〇五條）表意人或其相對人既明知其有撤銷原因，或因過失而不知，而仍爲該意思表示時，自應令其於撤銷時，對他方負回復原狀或損害賠償之責。

#### 第六項 撤銷權之消滅

撤銷權除因行爲之撤銷而消滅外，尙有因除斥期間之滿了消滅時效之完成及承認而消滅。

##### 一 承認

撤銷權人得承認其得撤銷之行爲。（一一五條）得撤銷之行爲，一經承認，即確定其有效。故承認亦爲撤銷權消滅原因之一。

（一）承認乃確定得撤銷行爲之不確定之效力也。此行爲在承認前，亦有一定效力。承

認不過確定其效力而已。故此承認可稱爲確認。(Confirmation, Bestätigung)與無權代理行爲之承認，及無效行爲之承認，乃以發生新法律效果爲目的者，微有不同。

因承認有消滅撤銷權之效果。故通說皆以得撤銷行爲之承認爲撤銷權之拋棄行爲。但少數說，謂承認權與撤銷權各不相同。而確定法律行爲之效力之積極的意思表示，不必含有喪失撤銷權之消極的意思表示云云。然確定法律行爲之效力之意思表示，當然含有不使其效力消滅之意思表示。故承認之意思表示之反面，亦當然有拋棄撤銷權之意思表示也。

承認乃一法律行爲，且爲一方的行爲。縱其所承認之行爲爲契約，亦無須得相對人之同意。此點由一一六條之規定觀之，甚爲明顯。假使須相對人之意思表示時，則相對人強要撤銷之結果，將不得爲承認矣。現學者間稍有爭執者，乃此一方的行爲之承認，是否爲有相對人之意思表示而已。德國多數學者主張爲無相對人之意思表示。我民法規定，如相對人確定者，承諾之意思表示，應向相對人爲之。(一一六條二項)

(2) 得撤銷行爲之效力因承認而確定 經承認之法律行爲，如無特別訂定，溯及法

律行爲時，發生效力。（一一五條）法律行爲經承認後，嗣後不得再行撤銷。而由得撤銷行爲之性質論之。則承認乃確定其當初所生不確定之效力。自應有溯及效也。

（3）承認之要件如次。

（a）承認須撤銷權人爲之。

（b）承認須於撤銷之原因終止後爲之（九三條）。如撤銷之原因爲脅迫時，若使被脅迫人於脫離不當干涉前，得爲承認時，徒使法律關係，益趨複雜。故承認須解爲於撤銷原因終止後方得爲之。

（c）承認須於撤銷權人知有撤銷之行爲後爲之。

承認之一面，有拋棄撤銷權之性質。若不知撤銷之原因所爲之承認，當然無效。

（4）承認之方法 與撤銷之方法同。即承認應以意思表示爲之。如相對人確定者，應向相對人爲之。（一一六條）

二，承認之效果，如承認時如無特別訂定，溯及爲法律行爲時發生效力。（一一五條）蓋承認之。目的無非欲除去法律行爲發生效力之障礙。如當事人無特別訂定，承認自應

溯及爲法律行爲之時發生效力，且不得撤回者，寧屬當然也。

三，須得第三人同意之法律行爲

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。（一一一七條）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，第三人同意爲其生效要件之法律行爲也。如法定代理人所爲之特種法律行爲，須得親屬會議之同意而後發生效力是。此種法律行爲之發生效力與否，既繫於第三人之同意或拒絕同意，故民法特爲規定之。（一一一七條德民一八一條）

同意之性質應解爲補足的法律行爲。蓋同意不過欲使他人所爲之法律行爲發生效力，其本身無獨立之效力故也。又同意於事前事後均得爲之。但事前之同意得於爲法律行爲前撤回。（參照德民一八三條）同意之拒絕，應解爲意思通知之一種。

四，無權處分之法律行爲

無權利人就權利標的物所爲之處分，經有權利人之承認，

始生效力。（一一一八條一項）處分權利之標的物時，須自有處分之權能。無權利人就其標的物所爲之處分，當然無效。此種處分，雖經權利人之事前或事後同意，在理論上亦應使之無效。然如此辦法，實際上，頗多不便。故無權利人爲自己處分他人權利之標的

物時，若經權利人之承認，仍生效力。又無權利人於處分他人權利之標的物後，依一般繼承或特定繼承，成爲權利人時，其處分仍可自始有效（同條二項）若數處分相抵觸時，以最初之處分爲有效。（同條三項）

#### 第七節 條件及期限

法律行爲乃私法上之自治行爲。則當事人自得以意思表示限制變更其法律行爲之效力。此任意限制中最爲重要者，厥爲條件及期限。

學問上稱此任意之限制爲法律行爲之附款。（*Nebenbestimmung*）附款云者，非謂其存在於法律行爲之外部，而由外部以制限其意思表示之效力。又非因其附款之價值，有附隨的意義。蓋條件及期限，均爲構成法律行爲之一部之意思表示。並非存在於法律行爲之外部者也。當事人有時，對之附以重大之意義。則條件及期限亦非僅有附隨的價值者。乃當然之理。其所以稱爲附款者，不過因其爲當事人所特別附加之約款耳。

除條件及期限外，關於贈與及遺贈之附款，有所謂擔負（*modus, Auflage*）者。然總則編所規定者，昨限前之二種。

第一款 條件

第一項 條件之意義

條件(Conditio, Condition, Bedingung)者，使法律行為之效力之發生及消滅，繫於將來且不確實之事實之成就與否之法律行為之附款也。

(1) 條件乃制限法律行為之效力之發生或消滅。即受條件之制限者乃法律行之效力，而非其成立。如「余若明年遠游，則租此屋與汝」之條件，若相對人一經承諾。則租賃之效力之發生，繫於遠游之事實之發生。而其契約，不待條件之成就，即行成立也。條件有使法律行為之效力之發生為不確定者。有使其效力之消滅為不確定者。前者稱為停止條件。後者稱為解除條件。其詳細之意義，當於後述之。

(2) 條件者，因將來且不確實之事實之成就與否，而制限法律行為之效力。此與期限相異之點也。

將來且不確實之事實云者，乃法律行為成立之時，成為條件之事實之成就與否客觀的為不確定之謂也。或有主張得以當事人主觀的成否不確定之事實，為條件者。依此見解。



則過去之事實，如爲當事人所不知時，亦得以爲條件。然附條件的法律行爲之特徵，乃爲生效力不確定之法律關係。如客觀的業已確定之事實，僅以主觀的不知，而制限法律行爲之效力時。則不能生客觀的效力不確定之法律關係。因此理由。當如通說所主張，其爲條件之事實，須爲客觀的成否未定之事實。且須爲將來之事實也。（註）

（註）客觀的不確定說，雖爲通說。然不無反對者。如梅氏謂「如明日降雨」之條件，依天地自然之法則，明日降雨與否，與昨日降雨與否，乃可以確定之事實。故確定不確定者。不過主觀之見解云云。然法律問題之標準，非根據自然之法則，乃根據吾人之知識經驗。則以吾人之知識經驗爲標準時，則過去之事實雖已確定。而將來之事實，則不能謂爲確定也。

（3）條件乃法律行爲之附款 卽當事人以意思表示而制限法律行爲之效力者也。不基於當事人之意思表示之附款，不可謂爲條件。而所謂法定條件，(Conditio iuris)乃法律規定上當然所存在之制限。非茲所謂條件也。

條件乃構成法律行爲之一部。故不可不具備意思與表示之二要件。若僅有當事人之意思

，而不以之表示時，則不能謂爲條件。如豫想其將轉任而租賃房屋。若不將以轉任爲條件之意思表示時，則不能謂爲附條件之法律行爲也。

條件既構成法律行爲之意思表示之一部。則獨立之法律行爲，不能謂爲條件。如爲甲法律行爲，而更爲制限其效力之乙法律行爲時，乃無條件之甲乙二個法律行爲。非一個附條件之法律行爲也。

### 第二項 條件之種類

一，停止條件及解除條件 乃因條件之效力之區別。且爲法律所規定之唯一之區別也。

停止條件 (*Conditio Suspensiva*, *Condition Suspensive*, *Condition Præcedent*, *aufschickende Bedingung*) 者，乃制限法律行爲之效力之發生。即條件成就時，其法律行爲方生效力。如條件不成就，則不生效力。故附停止條件之法律行爲之效力發生與否？在不確定狀態。解除條件 (*Conditio resolutive*, *Condition Subsequent*, *Condition résolutoire*, *auflösende Bedingung*) 者，乃制限法律行爲之效力之消滅。即法律行爲於發生效力後，條件一旦成就時，則該

法律行爲即行喪失效力。故附解除條件之法律行爲，一旦發生效力。而其效力之消滅與否？在不確定狀態也。

有主張所謂條件，在理論上並無停止與解除之區別。而所稱爲解除條件，理論上亦不外爲一種停止條件者。（註）如「汝若不赴美國，（條件）則與汝以此土地」之契約。「若赴美國」之條件，雖爲解除條件。然此法律行爲，理論上乃二個法律行爲。換言之。乃無條件之贈與契約，與附停止條件而使其贈與契約之效力歸於消滅之契約之結合云云。但此見解，殊與民法明認停止解除二種條件之趣旨相反，且在理論上，當事人殊無爲此二個法律行爲之理。而當事人縱有以解除條件之作用爲一法律行爲。籍比以達二個法律行爲之目的之意思。亦不必勉強將其分爲二個法律行爲也。

（註）wirdscheid, Dernburg,

#### 一 積極條件及消極條件

以某事實之發生或變動爲條件者，稱爲積極條件，或有的條件。（*Conditio affirmativa, affirmative Bedingung.*）而以某事實之不發生或不變更爲條件者，稱爲消滅條件，或無的條

件。(Conditio negativa, negative Bedingung,)前者以某事實之發生，爲其條件成就之時。後者以其不發生已確定之時，爲其條件成就之時。此點乃二者區別之實益也。

三隨意條件偶成條件及混合條件

(一)隨意條件(Conditio Potestativa, Condition Potestative, Potestativbedingungen,)者，以當事人一方之意思而決定其成否之條件也。此條件更分爲單純隨意條件(Condition Simplement Potestative)與純粹隨意條件。(Condition Purement potestative)前者其條件之成否，固決定於當事人之意思。然其決定，不僅有使其條件成就之意思尙須有其他之意思決定。而後者，僅有欲其條件成就之意思，即可使其條件成就也。如「余若赴上海，則贈汝以金錶，」乃單純隨意條件之例。又「余喜則爲贈與，」乃純粹隨意條件之例。

(二)偶成條件(Conditio Causalis,)者，條件之成否？不繫於當事人之意思之謂也。所自然界之事實，其可爲偶成條件自不待言。而由第三人之意思行爲所決定之條件，亦屬之。

(三)混成條件(Conditio Mixta)者，條件之成否？依當事人一方之意思，及第三人之意思而決定之條件也。如「汝若與丙女結婚」之條件是也。

偶成條件及混成條件，均爲有效。故由法律之適用上言之。僅可區別隨意條件與非隨意條件而已。

### 第三項 條件之成否

一，條件之成就 (*Conditio existit, accomplishment, Eintritt*) 者，條件之內容之事實之實現也。在極積條件，其條件之內容之事實發生時，卽其事實生變動時，爲其條件之成就。而在消極條件，其事實已確定其不發生或變動時，爲其條件之成就。

二，條件之不成就 (*Conditio deficit, non-realisation, Nichteintritt, Ausfall*) 者，乃條件成就之正反對。卽在積極條件，其內容之事實已確定其不發生。又在消極條件，其不可發生之事實已發生。則爲條件之不成就。

三，因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲，阻其條件之成就者。視爲條件已成就。(二〇一條一項) 又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。(同條二項) 若無此規定，則阻止條件之成就者，或促條件之成就者，乃侵害附條件之權利須負損害賠償之責。但法律更爲保護附條件之權利人起

見。視其條件已成就或不成就。

(1)要件 此規定之要件有四。(a)須為因條件成就而受利益或不利益之當事人之行為。(b)由其行為而生條件成就或不成就之結果。於判斷條件之不成就時，固不無多少之困難。但因妨害行為而使條件甚難成就，或於相當期內，成就不能時。在一般觀念上皆可認為不成就也。(c)其行為須為不正。如甲對乙謂「汝若與丙結婚，則與金若干圓。」而甲妨害乙丙間之結婚是也。若當該條件之成就與否可由受不利益者之意思決定時，則不能適用本條。蓋其行為，不能謂不正故也。知「余若渡美，與此房屋與汝」之例。則嗣後決不渡美，而致條件不能成就。不能生謂為妨害條件之成就而仍負贈與房屋之義務也。

(2)效果 本條「視為已成就或不成就」，乃做德民一六二條之規定。條件之成就與否？乃法律之推定。非與相對人以視其條件成就或不成就之權利也。

#### 第四項 附條件法律行為之效力

##### 甲 條件成否確定後之效力

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喪失效力。（九九條）此乃條件之性質使然。無待贅述。唯須研究者，其效力之發生及消滅，究始於何時？為法律上當然發生乎？又其效果，為物權的效果乎？三點。

一條件成就之效果原則上不溯既往 即附停止條件之法律行為，自條件成就之時起，向將來發生效力。附解除條件之法律行為，自條件成就時起，喪失效力。故原則上，當事人於條件成就前所取得之滋息，無返還之義務。又無請求費用之權利。但條件成就之效果之能追溯既往與否？自羅馬法以來，議論叢生。法國法系之民法（法民一一七九條等）皆以溯及效為原則。我民法效德民，（一八五條）且根據於普通當事人之意思，以不溯及為原則。如附停止條件之債權行為，於條件成就以前，尚未發生債權。故其成就前所為之清償，為非債清償。附停止條件之物權移轉行為，於條件成就之時，方生物權移轉之效果。附解除條件之物權移轉行為，迄條件成就時止，受讓人仍為物權人。其條件成就以後，其物權方移轉於讓與人也。

二依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。（九九

條)不溯及之原則，乃基於普通當事人之意思者已於前述。如當事人有溯及或其他之特約固須從其特約也。

(1)此特約之效力若何？解釋上不無議論。德民(一五九條)規定，溯及效僅發生於當事人間。我民法雖無此類制限，自應為同一解釋。

(2)法典僅規定「不於條件成就之時發生」則自能溯及於法律行為之時。又能溯及其成立後，條件成就以前之一定之時。但無論如何，不能溯及法律行為成立以前也。

(3)溯及效之特約乃附條件法律行為之一部。附條件之法律行為成立後，當事人為使其生溯及效之別個法律行為時。其特約雖為有效。但僅能於當事人間生有溯及效之債權關係。不能變普通附條件之法律行為，為有溯及效之附條件法律行為也。

三，條件成就之效果當然發生。當然發生云者，祇有條件成就之事實，即能發生效果。此外不須何等之事實也。換言之。在當事人方面，不須主張其條件之事實，或要求其效果之發生。此點雖律無明文。由九九條之字句，及當事人之意思自應如此解釋。

四，條件成就僅生債權的效果。條件成就，祇能於當事人間生債權的效果。不能無論



對於何人，皆生附條件行爲之法律效果也。如附停止條件之所有權移轉行爲，其條件成就時，則其所有權雖應行移轉。附解除條件之所有權移轉之行爲，其條件成就時，則其所有權雖應復歸原主。但此所有權爲善意之第三人所取得時。則當事人祇能要求相對人回復原狀，或要求損害賠償。不能向第三人回復其所有權也。

關於條件不成就之效果，無特述之必要。如附停止條件之法律行爲之條件不成就時，其法律行爲不生效力。附解除條件之法律行爲之條件不成就時，其法律行爲不失效力。

#### 乙 條件之成否確定前之效力

條件之成否未定中，其法律行爲之能發生效力與否？尙在未確定狀態。則當事人由此法律行爲所期待之權利義務，亦未發生。然條件一旦成就，則法律行爲之內容之權利義務之必行發生者，在附條件之法律行爲成立當時，已可確定。故因條件成就而應取得權利之當事人，於條件成否未定中，不能不有將來取得權利之希望。若法律未設規定。則此希望，不過爲一種事實上之希望，或期待耳。故民法設一〇〇條之規定以保護之。

使相對人不得加以損害。故有權利之性質。此種權利，稱爲附條件之權利。與此相對立之義務，稱爲附條件之義務。

附條件之權利，有期待權或希望權(*Anwartschaftsrecht*)之性質。即將來於一定事實發生時，取得一定權利之權利也。其應取得之權利，則因附條件法律行爲之內容而異。或爲所有權，及其他物權。或爲債權。然應取得此類權利之權利，既非所有權，又非債權。乃以取得此類權利之期待爲內容之權利也。此附條件之權利之所以稱爲期待權或爲一種特別之權利也。(註)

(註)有期待權之性質之權利，有因附條件法律行以外之原因而發生者。如承繼開始以前之承繼權，有期待權之性質。又拾得遺失物者，依法令之規定，亦能取所有權。故亦爲一種之期待權。又附停止法律行爲發生效力之期限者，亦足以發生期待權也。

附條件權利之內容，乃於條件成否未定中，不能害及取得權利之期待也。此內容須由相對人之義務方面規定之。民法規定，附條件之法律行爲當事人，於條件之成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行爲者。負賠償損害之責。〔(一〇〇)條〕

關於其內容所須研究之點如次。

(1) 與相對人之利益相抵觸之行爲，爲事實行爲時。則生損害賠償請求權。如因故意或過失而將附條件行爲之標的物毀損是也。

(2) 與相對人之利益相抵觸之行爲，爲法律行爲時。其處分行爲在與附條件之法律行爲不相容之範圍內，爲無效。然決定其與附條件之法律行爲之能相容與否？更須分別研究之。

(a) 附條件之行爲爲債權行爲時，則縱在無條件之債權行爲，亦僅能生當事人間之債權關係。故債務人爾後不妨處分其目的物。而其處分行爲不能不有效也。第附條件行爲之義務人，因歸責於自己之事由，而爲履行不能時。須負損害賠償之義務耳。

(b) 附條件之法律行爲爲物權讓與之物權的行爲時。則爾後所爲之法律上處分行爲之內容，勢必與附條件之法律行爲相抵觸。故附條件行爲之義務人，不得爲如此處分行爲。若爲之，則爲無效。(有少數之反對說如中島氏)但其附條件之法律行爲，不具備對抗第三人之要件。或依七六八條之規定，其標的物爲第三人所取得時，僅生損害賠償之

義務耳。

(3) 基於附條件之權利之侵害而生之損害賠償請求權，及處分行爲無效之效果，須俟其條件成就時方能發生。關於此點，雖律無明文。但條件不成就時，其附條件之法律行爲，既不能生何等效果。則上述之損害賠償請求權，亦因條件不成就，不能不歸於消滅。故此效果之能發生與否，亦繫於條件之能成就與否也。

第三人破壞附條件法律行爲之標的物，或侵害附條件行爲之權利人，因條件成就所應受之利益時，能否發生損害賠償請求權？解釋上不無議論。然第三人侵害債權，既能構成侵權行爲。則第三人侵害附條件之權利，亦可構成侵權行爲，而發生損害賠償請求權也。

#### 第五項 附假裝條件之法律行爲

假裝條件 (*Scheinbedingungen*) 者，其外形雖似條件，而實質上不具條件之性質者也。因其與條件之性質不同，而有次之區別。

一 既成條件 (*Conditio in Praesens vel in Praeteritum Collata*) 者，條件之成就或不成就，在

法律行爲之當時，業已確定之條件也。因其缺乏成否未確定之要件？故不生法律行爲之效力未確定之狀態。是以非適當意義之所謂條件也。（註）

（註）以將來之事實但其發生在法律行爲之當時業經確定之事實爲內容之條件，有稱之爲必成條件（*Conditio necessaria*）者。但此類條件，乃期限，而非條件也。

附既成條件之法律行爲，其爲無效或爲無條件既已確定。其以既成條件爲停止條件者，其條件若已成就，乃無條件。如不成就，則其法律行爲無效。又以之爲解除條件時，則爲正反對。卽已成就時，其法律行爲無效。不成就時，乃無條件耳。

條件之成就不成就，在法律行爲之當時，雖已確定。倘爲當事人所不知者，其行爲之效力若何，但此種客觀的業已確定，唯主觀的不確定之條件，與真正之條件不同，不能置法律行爲之效力於不確定之狀態。自不應視爲附條件之法律行爲也。

二不法條件（*Conditio turpis, Condition immorale ou illicite, unerlaubte oder unsittliche Bedingung*）者，使法律行爲之全部，有不法性質之條件也。至不法條件之意義若何，解釋上不無議論。或以條件內容之事實之不法爲不法條件者。（中島氏三瀨氏）然條件內容之事實，

縱爲不法。若不能使法律行爲之內容爲不法時，亦不能使其法律行爲無效。故不法條件者，須以使其法律行爲之全部有不法之性質爲必要也。

附不法條件之法律行爲，解釋上當爲無效。固無待明文之規定也。蓋條件乃法律行爲之一部，與法律行爲合爲一體。且不法條件，足使法律行爲之全部，帶不法之性質。故不僅須使其條件無效。且須使其法律行爲之全部無效也。

三，不能條件，( *Conditio impossibilis*, *Condition impossible*, *unmögliche Bedingung* ) 者，以客觀的不能之事項爲內容之條件也。日民一三三條規定，以不能條件爲停止條件時，則法律行爲無效。爲解除條件者，爲無條件之法律行爲。我民法雖無規定，亦當爲同一解。而不能之爲有的不能？抑爲無的不能？其間並無差異。所謂有的不能者，以有的條件，即某事實之發生爲內容之條件，而其發生不能之謂也。無的條件者，以無的條件，即以某事實之不發生爲內容之條件，而其事實之必發生。換言之，即不能不發生之謂也。此無的不能，與以某事實之不發生爲內容之條件其事實之一定不發生者不可混同。後者非不能條件，乃其成就之既已確定之必成條件也。

四法定條件 (Conditio juris, Rechtsbedingung) 者，依法律之規定，而為法律行為之效力發生之要件之事實也。因其缺任意之要件。故非適當意義之所謂條件也。

法定條件得別為二。其一，法律將法律行為之效力，繫之於將來且不確實之事實之成否？如遺贈之效力，以在遺囑人死亡當時，受贈者之生存為條件是也。其二，在法律行為當時，以其事實之存在為法律行為之效力發生要件。如讓與債權，以債權之存在為要件。擔保物權之設定，以債權之存在為前提是也。前者，當事人雖為以當該事實為條件之意思表示。亦不過重述法定條件耳。並無何等意義。而後者如當事人表示須以其事實之發生，為法律行為之效力發生要件時。則與法律所規定之條件不同。其當事人之意思表示足以左右法律行為之將來的事實。則不可不謂為適當意義之條件也。

生效力不確定狀態之附法定條件之法律行為與附條件之法律行為同。故在其成否未定中，亦生附條件之權利義務。關於上述第二意義之法定條件。如當事人表示須以其為條件之意思時，固須適用九九條以下之規定也。）

第六項 條件之許可

近代法律，一般皆認許法律行爲之得附以條件。在往昔羅馬法，因當時法律關係崇尚簡明。故務使法律行爲成立之時，卽爲其效力發生之時。而不許法律行爲之附以條件。致使兩者之間有時間之差異。嗣後迫於必要，亦行許可矣。我民法雖無明文。亦當依近代法之原則。且總則之所以規定條件者，卽許可一般法律行爲得附以條件之趣旨也。例外有不許附以條件之法律行爲，是爲不適於附條件之法律行爲。(Bedingungseindliche Rechtsgeschäfte)有次之一種。

(1) 公益上之不許可 有法律行爲附以條件時，殊違反公共秩序或强行法規者。如婚姻，私生子認知，離婚是。

(2) 私益上之不許可 有法律行爲附以條件時，直接殊有害於私人之利益。因此違反公序良俗者。民法關於抵銷不許其附條件者，(三三五條二項)蓋卽此意。至抵銷以外之單獨行爲，如契約之解除，(二五八條)意思表示之撤銷(八八條)承認(七九條)買回(三七九條)選擇債務(二〇九條)等亦不可不爲同樣之解釋。蓋得以單獨行爲而決定法律關係者，乃特爲保護行爲人而犧牲相對人之利益。故不許更附條件，而使其



相對人受法外之損失也。

私益上不許可之理由，既在於保護其相對人之利益。倘無此理由，則不能不許。如相對人對其條件表同意，或其所附之條件為相對人之隨意條件是也。如「汝於二日內不謝罪時，將以欺詐為理由而撤銷意思表示」之條件，不能使相對人蒙撤銷以上之不利益。故須解為有效也。

## 第二款 期限

### 第一項 期限之意義

期限(dies, termine, Termin, Zeitbestimmung)者，將法律行為之效力之發生，及消滅，繫於將來且確實之事實之發生之法律行為的附款也。如自明年一月一日起，租賃此房屋。年末赴京時，交付價金。或以今後九十九年為期，而設定地上權之類是也。其性質如次。

(1) 制限法律行為之效力之發生，及消滅。民法第一〇二條規定附始期之法律行為，於期限屆至時，發生效力。附終期之法律行為，於期限屆滿時，失其效力。

(2) 以將來確實到來為內容 此期限之與條件相異之點也。

期限之內容之事實，須確實云者非不許其所附之期限與不確實之事實相牽連之謂也。若不確實之事實發生或確定其不發生而以其一事實為期限時則其一事實之發生尙屬確實。故仍不失為期限也。如「赴京之時，支付價金」之例。若為赴京，則支付價金否則不支付之意時，固為條件，而非期限。若為赴京，則於其時期支付價金。若不赴京，則於不赴京確定支付之意時，仍為期限也。

(3) 期限乃法律行為之附款 此點與條件無異

#### 第二項 期限之種類

(1) 始期及終期

始期 (*dies a quo, terme suspensif, terme initial, Anfangstermin*) 者，迄其到來而停止法律行為之效力之發生者也。終期 (*dies ad quem, terme final, Endtermin*) 者，因其到來，而消滅其法律行為之效力者也。

(2) 確定期限及不確定期限

確定期限 (*dies Certus, termo Certain, gewisse Zeitbestimmung*) 者，不僅期限之事實發生可以確定。且其發生之時期，亦能確定之期限也。如來月一日或自今一月後等是。不確定期限 (*dies incertus, terme incertain, ungewisse Zeitbestimmung*) 者，其事實之發生，雖為確實。但其發生之時，尚不確定之期限也。如於余死亡之日是。

### 第三項 期限之屆至

期限之屆至者，期限之內容之事實發生之謂。以歷日所定之期限，則其日之到來，為期限之屆至。以期間所定之期限，則依一二一條以下之期間計算法，於其末日之終了，為期限之屆至。又以一定事實之發生所定之期限，則於其事實發生時，為期限之屆至。

### 第四項 附期限之法律行為之效力

#### 甲期限屆至後之效力

期限屆至時，則所附於法律行為之制限即行解除。即附始期之法律行為，則依其期限之內容，或發生效力。或得請求債務之履行。又附終期之法律行為，則喪失效力。(一〇

二條一項二項)

因期限之屆至，所生之法律效果，與條件之成就同。而在其絕對的不生溯及效一點，則與條件成就異。蓋因期限之屆至，而與以溯及效時。殊與附期限之本意相矛盾也。

乙期限屆至前之效力

期限之屆至，得行確定。故不生法律行為之能發生效力與否之未確定狀態。此與附條件法律行為相異之點也。

關於期限屆至前之法律行為之效力，法律未設規定。所謂附條件法律行為，尙能生附條件之權利義務。則對於附期限之法律行為，亦須認附期限之權利義務也。茲分述於次。

一，附始期之法律行為。在附始期法律行為，其期限屆至前，由法律行為所生之權利義務，即債權債務，業已成立。故其權利之不可侵害，自不待言。

二，在附終期之法律行為，則於終期之屆滿前，回復權利人，亦有期待權也。

第五項 期限之許可

法律行為一般得附以期限。而因特殊理由，亦有不許附期限之法律行為，即不適於

期限之法律行爲。與條件之許可所述相同。至其不許可之特殊理由，則條件與期限之間，不無多少之差異。

關於不許生不確定法律關係之法律行爲，雖不許附以條件，然不妨附加期限。如票據行爲是也。

有主張所有權具有永久之性質，而不得附以終期者。然以附終期之法律行爲而讓與所有權時，則終期之屆至，不過消滅讓與行爲之效力。並非消滅所有權。故附終期之所有權讓與，並降無效也。

### 第十三章 期日及期間

#### 第一節 期日及期間之意義

期間(Delais, Fristen)者，以一定之時間爲起點，而繼續之時間部分也。人類因種種目的，將無窮連續之時間劃分之，而設一日一月一年等之界限。所謂期間者，即其所界限之時間部分也。

期間與法律效果，有種種關係。或因一定期間之經過，而法律行爲能力即行成立。或因

一定期間一定事實狀態之存續，而生權利之得喪變更，或於一定期內所爲者，方有一定意思表示之效力。此外其例不堪枚舉。是期間，雖非法律要件，然爲構成法律要件之法律事實。則其期限之計算方法，殊有影響於法律效果。此民法之所以規定期間計算法也。

期間與期日異。期日乃指特定之時間而言。而期間乃以一定之時期爲起點，而繼續迄於他時之時間也。故期日縱其非瞬間之意，但無繼續之觀念。而期間則以繼續之觀念爲必要也。或以期日爲靜的觀察之時間，而期限爲動的觀察之時間者，卽此意也。

期間依法令審判及法律行爲定之。依法令所定者，如十二條八條七六八條七六九條是也。若法令審判及法律行爲未定期間之計算法時，則依總則第五章之規定。

## 第二節 期日及期間計算法

一，計算法之種類 期間之計算法，分自然的計算法(Computatio naturalis)與曆法的計算法(Computatio Civilis)兩種。前者之計算法，甚爲精密。且有不加人爲增減之便宜。而後者則依曆法上之單位，卽依年月星期日等而計算之。兩者之間，各有得失。前者雖非

簡便然甚精密。適於短期間之計算。後者雖不精密，然頗簡便。殊適於長期間之計算也。民法原則上依曆法的計算法。至於時之計算，則依自然的計算法。而時以下之分秒，雖無特別規定，亦不可不依自然的計算法也。

二，以時所定之期間計算法 以時定期間者即時起算。（一二〇條一項）至其滿了點，則無規定。由起算點計算經過至其所定之時為滿了點者，則毫無疑義也。

三以日星期月年所定之期間計算法

（1）其期間之始日不算入（一二〇條二項） 如在今日午後一時謂自今起十日間者，則自明日午前零時計算。又如自來月一日起三個月者，則來月一日亦必算入。

（2）終止點 有以末日之開始為期間終止點，之計算法，又有以其終了為期間終止點之計算法兩種。民法則採後例。（一二一條一項）故民法不問其末日之有無交易時間之習慣，於該日午後十二時以前，尚得為債務之履行及其他之行爲。然其行爲倘於夜深不適當之時間為之，而有反於信義時。則其行爲不能認為有效而已。

（3）末日之延期 於一定期日或期間內應為意思表示或給付者其期日或其期間之末

日適值星期日紀念日其他休息日時，則以休息日之次日爲終止期間。（一二二條）

（4）末日之算出法 以日定之期間，固無問題。而以月年所定之期間，則不能不生是否以日換算之問題。民法規定依歷計算。則一月者不問其大小皆爲一月。一年者，不計其有無閏月皆爲一年。（一二三條一項）星期月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日（同條二項）

期間之不以星期月或年之始日起算者，以最後之星期月或年與起算日相當日之前一日爲期間之末日。但以月或年定期間，於最後之月無相當日者，以其月之末日爲期間之末日。（一二一條）如於十二月三十日起算，約定二個月之期間。至次年二月無相當之日，（三十日）則以二月之末日二十八或（二十九日）爲期間之末日是也。

四年齡自出生之日起算

計算年齡，其出生之日應否算入？古來學說聚訟。各國立法例亦不一致。然出生之日，亦須算入。如此，實合於人類生活上之觀念。故民法特爲規定之。（一二四條一項）又出生之月日無從，確定時，推定其爲七月一日出生。知其出生之月而不知其出生之日者



，推定其爲該月十五日出生。（同條二項）

## 第十四章 消滅時效

### 第一節 總論

第一，時效之意義 時效 (Praescriptio Prescription, Verjährung) 者，於一定期間內，以一定事實狀態之繼續爲其成立要素之法律要件也。

### 第二，時效之沿革

(1) 羅馬法 時效制度，於羅馬法發達甚早。最初係認所有權之取得時效。嗣後更認訴權之消滅時效。此二種制度，在羅馬法上，其發源之時期實不相同。以後之羅馬法註釋派學者，解釋二者爲統一之制度，要屬出於誤解。

(2) 法國法 此承註釋派之見解，亦以二者爲統一之制度。一則爲取得權利之方法。一則爲免除義務之方法。性質相同。均須經當事人援引，不許法官依職權適用。日本民法係採此見解。

(3) 德國法 德國自 Savigny 以來，普通法時代學者，卽力稱羅馬註釋派之非。謂

取得時效與消滅時效，性質各異。一則有直接取得權利之效力，一則無直接消滅權利之效力。Windisch III 更闡明訴權之消滅時效，即係私法上請求權之消滅時效。祇能因時效而生拒絕請求之抗辯權。嗣後德國民法遂採此見解，完全以之為各別之制度。一則規定於物權編。一則規定於總則編。我民法倣之。

第三時效制度之理由 所謂權利，原則上有排除事實狀態之效力。而時效則與永續之事實狀態以較權利更強之效力。於是此種事實狀態，反能排斥權利，而受法律之保護。故時效制之立法理由，殊有研究之必要。

永續的事實狀態，足以成立一種社會的秩序。普通莫不視此永續之事實狀態為適法。往往因此發生種種法律關係，及事實關係。若經若干年後，一旦以往日之證據材料，確定原權利人之權利而顛覆此社會的秩序時，殊有害於社會之公益。而犧牲社會之公益，以認原權利之存在，殊有反乎法律之目的。此乃認時效制之主要理由也。要之，法律須保護因永續之事實狀態所成立之秩序。此外尚得列舉其他種種之附隨的理由。其一，永續之事實狀態，普通概認為正當成立之事實狀態。其二，長久不行使自己之權利人不

管睡眠於其權利之上。縱使喪失權利，亦不爲酷。總之。時之力之不可否認者，乃認時效之重要理由。以之與習慣法相比較。習慣法者，時之力及於客觀的法律之上。時效者，時之力及於主觀的權利之上者也。

時效制度，既基於維持社會秩序之公益上之理由。則關於時效之規定，原則上具有强制性。知使權利不因時效消滅之特約，或使時效完成困難之特約，不能不解爲無效。

## 第二節 消滅時效

消滅時效(erlöschende Verjährung)者，於一定期間內，不行使權利，而致權利消滅之法律要件也。

(1) 須經過一定期間 其期間之長短，雖因各種權利而有所不同。但須爲法律所定之期間。故不以時之經過爲要素者，則非時效也。時效期間，不得以法律行爲加長或減短之。並不得預先拋棄時效之利益。(一四七條)

(2) 須繼續不行使權利 僅有時之經過，尙不能成立時效。於其時之經過期間內，尙須有一定事實狀態(權利之不行使)之繼續。此種事實狀態，與時之經過相結合，即成

爲法律狀態。而爲喪失權利之原因。

(3) 時效乃法律要件也

(4) 消滅時效與除斥期間 (Ausschlussfrist) 或豫定期間 (délai préfix) 之性質不同。所謂除斥期間者，乃法律爲一定之權利所豫定之存續期間。而消滅時效則不然。乃因種利之不行使，而消滅其權利。非豫定其權利於一定期間內之存續也。故時效有時因中斷或不完成而延長。除斥期間則否。且權利因除斥期間之經過，卽絕對的消滅。其效果不能以當事人之行爲(如中斷等)而左右之也。

### 第三節 消滅時效之客體

何種權利得因消滅時效而消滅，民法雖依德國民法(一九四條)及瑞士債務法於一般消滅時效，僅就請求權設有規定。一若惟有請求權始有消滅時效者。但同時於特別消滅時效，就請求權以外之權利，亦設有規定。(如四一六條二項四一七條五一四條等)故解爲得經消滅時效者，并不以請求權爲限。應分別論述如次。

第一，財產權(1)請求權 不問其爲行爲之請求權，抑爲不行爲之請求權，(參照一

二八條）均得因消滅時效而消滅。其期間除有特別規定外，應適用一二五條之規定。

（2）所有權 所有權不得因消滅時效而消滅。他國民法，亦有以明文者。（日民一六七條）我國民法雖無明文，亦可為同一解釋。蓋所有權非如債權等為動態權利，而為靜態的權利。其權利本身，自不能因不行使而致經過消滅時效也。至所有權得因取得時效之間接效果而致消滅，乃屬當然。由所有權所生之物權的請求權，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與否，學說有二。

（a）肯定說 謂此項請求權，既久不行使，實有害社會秩序。自仍應與一般請求權同視，使之消滅。方合於消滅時效之精神。

（b）否定說 謂所有權本身既不能因消滅時效而消滅，則由其所生之物權的請求權，自亦不能因消滅時效而消滅

我國民法就占有所設之第九六三條之規定觀之，似應採肯定說。（陳瑾昆氏民法通義總則編第三五〇頁）然九六三條所規定之期間乃除斥期間而非時效期間。（日本松岡義正氏物權法一六五頁）日本鳩山博士以前雖採肯定說，現已改為否定說。謂物權的請求權

雖與普通債權的請求權相類似而實有不同。債編之規定，僅能於容許之範圍內，準用於物權的請求權。所有權於其圓滿狀態被妨害之間，乃不斷發生除去或返還請求權。故物權的請求權不能消滅時效而消滅云云。所謂物權的請求權，乃以完全發揮基本物權之內容爲目的。故於此範圍內，方能存在。若基本物權一旦消滅，則物權的請求權當然歸於消滅。又基本物權存續期間內，物權的請求權不能單獨因消滅時效而消滅也。不然者，事實將有所謂無物權的請求權之物權。此種物權，僅有物權之名而無物權之實矣。

(3) 擔保物權 擔保物權不能先於債權獨經消滅時效而消滅。乃爲學說所公認。蓋此項權利，乃爲從屬於債權之權利。法律且有特別規定，於債權之請求權，經時效消滅時，尙不消滅。(一四五條一項八八〇條) 其不能單獨先於債權經時效消滅，更屬當然。

(4) 與一定事實關係或法律關係相終始之權利 例如相鄰權(七七四條以下)及共有物分割請求權(八二三條)在相隣關係或共有關係存續期間內，乃當然相伴而存續。自不能因時效而消滅。

(5) 形成權 形成權中如特定撤銷權及契約解除權，民法設有特別規定。(四一六條二項四一七條五一四條)。又抗辯權，乃待他方之請求，始得行使。不能依時效消滅。第二非財產權 時效制度，原則上僅能適用於財產權。故非財產權如人格權身分權，其本身不能因時效消滅。但由非財產權所生之請求權，如有財產上之價值，除贍養費已有明文規定者外，(一二六條)亦應適用消滅時效之規定。

#### 第四節 消滅時效之期間

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。(一二五條)茲所謂請求權乃指私法上之請求權而言。非指公法上之請求權(即訴權)也。又我民法規定請求權之消滅時效，而不規定債權之消滅時效者，與德國民法同。而與日本民法異。

一二五條所規定之請求權，乃指一二六條一二七條及其他特別規定外之請求權而言。其成立原因是否為法律行為，是否經判決確認，是否作成公認證書，為主債權，抑為從債權，非所問也。然物權的請求權則不包含之。

請求權之消滅時效，亦有長期短期之別。其期間自請求權可行使時起算。但以不行為為

目的之請求權，則自爲行爲時起算。（一二八條）請求權之消滅時效之期間，以十五年爲原則。但依權利之性質，又規定較短之期間。

（1）五年之時效期間 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。（一二六條）

（a）定期給付債權者，於一定或不定之期間，以受領金錢或其他不特定物之定期的給付爲目的之債權也。其特質爲定期給付之反覆，與生此定期給付債權之基本的債權。又所稱爲定期給付債權者，其所給付之物，不必限於金錢。又不問其存續期間之爲確定與否也。

因一定期間之經過，而生爲一定給付之債務，此法文所以稱爲定期也。然生每定期給付債權，須基於當該債權之性質上之必要。而普通之債權，縱有年付月付等之特約，而不能稱爲定期給付債權也。

除以每期給付爲目的之債權之集合外，尙須有生此債權之基本債權。此基本債權，稱爲定期給付債權。如每年受千圓之終身年金債權，及每一年生千元之債權是也。



每期債權與定期給付債權之關係若何？見解歧而爲二。有主張基本債權成立時，則每期之債權，（以定給付爲目的之債權）卽行成立。期間之經過，僅爲清償期，屆至者。又有主張因期間之經過，卽生每期之債權者。然終身定期金之每期之債權，究發生於何時？殊爲不明。故每期之債權，須解爲因時間之經過而成立也。

（2）二年之時效期間 以二年爲時效期間之請求權如次。（一二七條）

（a）旅店飲食店及娛樂場之住宿費飲食費座費，消費物之代價及其墊款。

（b）運送費及運送人所墊之款。

（c）以租賃動產爲營業者之租價。

（d）醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款。

（e）律師會計師公證人之報酬及其墊款

（f）律師會計師公證人所收當事人物件之交還。

（g）技師承攬人之報酬及其墊款。

（h）商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價。

以上各種請求權令其依短期之消滅時效而消滅者，蓋爲使權利人應從速行使其請求權爲宜故也。

#### 第五節 消滅時效之進行及完成

消滅時效乃以經過法定期間不行使權利爲其成立要件。此期間開始，曰消滅時效之進行。又曰消滅時效之起算。此期間屆滿，曰消滅時效之完成。又曰消滅時效期間之終止。民法就請求權設有一般起算點之規定。（一二八條）即請求權之消滅時效，自請求權可行使時起算。以不作爲爲目的之請求權，則自行爲時起算。所謂權利可行使之時者，即謂行使權利無法律上之妨碍之時也。均僅因權利人之疾病不在等原因，就行使權利有事實上之妨礙者，時效仍應進行。反之。如附停止條件或始期之權利，在條件成就始期屆至前，則不得進行時效。未定有清償期之債權，其時效之進行，果自其權利成立時起，抑自催告時起，（參照二二九條二項）學說上有爭執。以前說爲當。（參照三一五條）又附有抗辯權之債權，是否爲可行使之權利，不無疑義。亦須解爲時效仍得進行。至關於不作爲之請求權，應自何時起進行時效，學說上亦有議論。民法倣德國民法（一九八

條二項）以明文解決。係自有違反之行爲時進行時效。蓋在未有違反行爲以前，權利仍在滿足狀態。并無何等行爲之必要。故須於有違反行爲之時，始得爲行使權利之時。自該時起，仍不行使，始能進行時效也。

#### 第六節 時效之拋棄

時效之利益，不得豫先拋棄。（一四七條）  
如得豫先拋棄時，其結果等於排除時效之適用。殊與設時效制之公益上之目的相反。故諸國之法制，無不禁止事前之拋棄。（德民二五五條民法二二二〇條）

於時效進行中所爲之拋棄，固當然爲事前之拋棄，而爲無效。但僅拋棄過去所經過期間之利益時，則祇生時效中斷之效力，仍爲有效。若拋棄將來時效完成之利益時，則爲事前之拋棄，不能有效也。於時效完成後所爲之時效利益之拋棄，通說皆視爲有效。關於此點，雖律無明文。而時效利益不得豫先拋棄者，當解爲事後得行拋棄。又於時效完成後，縱認私人意思之效力，亦不至有破壞時效制之虞也。

（1）關於拋棄之性質，尙有議論。或解爲贈與，或以爲將已取得之權利更爲讓與，

或以爲從新負擔債務，其內容與業已消滅之債務相同者。若以時效爲喪失權利之絕對的原因時，如斯解釋，固爲正當。然拋棄之當事人，不一定有消滅過去之法律效果，而作新法律關係之意思。且法律對於當事人，無強其必受時效效果之理。故當事人爲不受之意思表示時，亦須認其意思表示之效力也。或主張拋棄爲時效一旦發生效力之後，更使其喪失效力之一種承認。此說在其認承認之效果一點固屬正當。然若認此效果，則如前所述，不能以時效爲絕對的即確定的生喪失權利之效果也。

比較適當之解釋，須以拋棄爲當事人所爲之不受時效利益之意思表示，且因此而生效不完成之效果也。如此解釋，不僅最適合當事人之意思。且適合於利用時效與否？一任當事人之意思之法律趣旨也。

拋棄既爲不受時效利益之意思表示。故與爲時效中斷之原因之承認不同。倘不認識時效之完成，則不能爲拋棄之意思表示。

(2) 關於拋棄之能力及效果，法律無特別規定。然拋棄乃消滅既完成時效之效果之行為。故爲一種處分行爲，須有處分能力及權限也。

(3) 拋棄之方法，爲對於相對人之意思表示。其與贈與不同之點，拋棄雖不須相對人之承諾。但須爲對相對人之意思表示也。

#### 第七節 時效完成之妨礙

時效於其期間進行後，因一定之事實狀態之存在，而不能完成。所謂中斷及不完成是也。併稱之爲時效完成之障礙。

#### 禮一項 中斷

時效之中斷(interruption, unterbrechung)者，於時效進行中，因發生與時效之要素相反之事實，而使其所經過之期間，歸於無效之謂。

中斷事由可大別爲二。第一由於因時效受利益人之行爲者。第二由於因時效受不利益人之行爲者。前者一二九條所規定之承認是也。後者立法例又可分爲二。第一必限於訴訟上者。爲德法及法法所採用。(德民二〇九條法民二二四四條)乃係從羅馬法之先例。第二不必限於訴訟上者。爲日本民法所採用。即認權利人之催告爲中斷事由。(日民一五三條)我民法亦然。一二九條一項所規定之請求即是。

(1) 請求 乃指訴訟外之請求而言。即因時效受不利益之當事人，對於相對人主張其權利也。若在債權通常為要求履行。(催告)但僅要求承認亦可。

因請求而生時效中斷之效力，乃條件的而非確定的。即時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視為不中斷。(一三〇條)蓋權利人為請求後，義務人如未之應，而權利人仍行枚置。則亦可謂為無行使權利之意思。故民法視為不中斷。

(2) 承認 承認者，受時效利益之當事人，承認債權人之權利存在之表示行為也。債務者為此行為時，債權人即信賴之而不行使權利。並不可謂為有怠於權利之行使。故須使其發生時效中斷之效力。而此承認，並無從新負擔債務之意思表示。不過認識債權存在之知的表示而已。

承認須對於相對人表示之。此點法律雖未明白規定。但觀念通知，準用意思表示之規定。且考諸承認之所以為中斷事由之理由，尤須以表示為必要。如依支付利息及其他方法，而承認債務時，非對於相對人表示之，則不能生時效中斷之效力。若僅以債務人知債務之存在為中斷事由時，則惡意之債務人，勢必不能受時效之利益。殊有理沒法律之所

以就承認不分善意惡意之趣旨也。若已對相對人表示，則其表示之爲書據或口頭，非所問也。

承認僅能存在於時效進行中，在時效期間進行前，固不得有所謂承認。而在時效完成後，既不有所謂中斷，自不能爲有中斷效力之承認也，不過知時效完成所爲之承認，生拋棄之效力而已。

(3) 起訴 起訴者，因時效受不利益之當事人，對於法院主張其權利存在之謂也。其訴爲履行之訴，爲確認之訴，在所不問。因起訴而時效中斷者，即由於訴狀提出於法院，(民訴二三五條)即生中斷之效力。不必俟其訴狀送達於相對人也。於此情形，如相對人撤回其訴，或因不合法受駁回之判決，其判決確定時，不生中斷之效力。(一三一條)蓋撤回其訴，是當事人自願拋棄其依訴而受保護之請求權。又因其不合法而駁回其訴之判決確定之時，其訴既爲無效，故不生中斷之效力。乃理之當然也。

所謂附帶私訴，因有民訴之性質。足以生時效中斷之效力。但行政訴訟及行政訴願，則並非依民訴之程序，而主權權利。故不能謂爲起訴也。蓋依是等程序，固能間接影響於

私權。然其直接之目的，在求行政處分之撤銷或變更。故不能因此而生時效中斷之效力也。

(4) 與起訴有同一效力之事項可分爲五

(a) 依督促程序送達支付命令 督促程序者，以請求對於債務人發支付命令（*Zahlungsbefehl*）爲目的之特別訴訟程序者也。依督促程序送達支付命令之時，即生訴訟之拘束。（權利拘束）故能發生時效中斷之效力。是不待言。但於此情形，若訴訟拘束失其效力之時，仍不發生時效中斷之效力。蓋訴訟拘束既失其效力，則與未發支付命令無異。故不能生中斷之效力。亦理之當然故也。（一三二條）

(b) 因和解而傳喚 因和解而傳喚者，因和解而有裁判上之傳喚之謂也。因和解而傳喚，是權利人既爲主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。是不待言。但於此情形，相對人不到庭，或和解不成，（一三三條）而權利人於一個月內不起訴訟時，（民訴草案六二九條）仍不發生時效中斷之效力。蓋相對人不到庭或和解不成立，而權利人於一個月內不起訴者，是不完全行使其權利。故不使其發生時



效中斷之效力。亦理之當然也。

(c) 報明破產債權 破產債權者，報明其對於破產人之債權之謂也。破產債權之報明，是債權人既為主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。但於此情形，若債權人撤回其報明時，仍不發生時效中斷之效力。(一三四條) 蓋債權人撤回其報明者，與未經主張其債權無異。故不能發生時效中斷之效力。

(d) 告知訴訟 訴訟告知者，原告或被告對於第三人，促其參加，通知其訴訟現在存在之謂也。訴訟之告知，是即對於義務人主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。是不待言。但於此情形，若告知人於訴訟終結後，六個月內不起訴者，仍不發生時效中斷之效力。(一三五條) 蓋告知人於訴訟終結後六個月內不提起訴訟之時，是不欲完全行使其權利。故不能發生時效中斷之效力。亦理之當然也。

(t) 開始執行行為或聲請強制執行 此二者亦皆權利人既為主張其權利之表示。故能發生時效中斷之效力。是不待言。但因開始執行行為而時效中斷者，若因權利人之聲請，或法律上要件之欠缺，而撤銷其執行處分者，仍不生時效中斷之效力。

。(一三六條)因聲請強制執行而時效中斷者，若其聲請被駁回，或自行撤回其聲請者，仍不生時效中斷之效力。(一三六條二項)蓋上述種種事由，與未開始執行行為，未聲請強制執行無異。故不能發生時效中斷之效力。

(5)時效中斷之效力 時效中斷之效力，在使中斷事由發生前所進行之時效期間，歸於無效。時效自中斷事由終止時起，重行起算也。(一三七條)

(a)中斷效力之範圍 時效中斷之效力，僅及於當事人及其繼承人受讓人。(一三八條)所謂當事人即指為中斷行為之當事人及其相對人而言。所謂繼承人，即指該當事人之一般繼承人而言。所謂受讓人即指該當事人之特定繼承人而言。

(b)中斷後之時效 中斷事由終止後，時效不妨從新進行。其時效之期間須從新起算。而中斷前所經過之時效期間，則不能算入。中斷後，新時效進行之起算點，為中斷事由終止之時。(一三七條一項)如因起訴而中斷之時效，自受確定判決，或因其他方法訴訟終止時，重行起算。(一三七條二項)因報明破產債權而中斷者，須至破產程序終結時，因告知訴訟而中斷者，須至確定判決或依其他方法而訴訟終結時，重行起算

## 第二項 時效之不完全

時效期間進行後因一定事由而停止進行者，學說上稱爲時效之停止。(Suspension, Hemmung, Ruhen)時效之停止與時效之中斷異。後者係將已進行之時效期間，歸於無效。前者不過因一定事實之存在，不許時效進行而已。關於停止之立法例有二。德法兩系之民法，不問停止事由，係發生於時效進行之始，或進行中，抑進行之終，均認其有停止時效之效力。(德民二〇二條至二〇五條法民二二五一條以下)反是。而日本民法則僅限於停止事由發生於時效期間進行之終，始認其有停止時效之效力。此又可稱爲完成之停止。我民法係採第二主義。均不稱曰停止而逕稱時效不完全。

不完全之事由，民法所規定者爲五種。然可大別爲三種。

(1) 由於事變之不完全 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，一個月以內，其時效不完全。(一三九條)若將本條終止二字，解爲時效完成之瞬間時，未免爲文字所拘泥。其妨礙事由，縱於完成

前一日消滅，而最後一日有不能爲時效中斷之困難情形時，仍須認爲未完成也。又所謂不可避之事變，乃指天災以外之事變而言。而戰爭暴動等是。而權利人之主觀的妨礙如疾病旅行等，則不包含也。

(2) 由於權利之未完成 屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，自斷承人確定或管理人選定，或破產之宣告時起，六個月以內其時效未完成。(一四〇條) 蓋繼承財產之屬於何人管理，尙不分明時，不僅不能實行其屬於繼承財產之權利。且對於繼承財產之權利，亦不易實行也。

(3) 由於權利人之未完成 (a) 由於能力之絕對未完成 無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行爲能力人，或其法定代理人就職時起，六個月以內，其時效不完成。(一四一條) 因此時之無行爲能力人，或限制行爲能力人，不能自己實行其權利。故法律暫時停止其時效之進行，以保護其利益。

(b) 由於身分之相對不完成 無行爲能力人或限制行爲能力人，對於其法定代理人

之權利，於代理關係消滅後一年內，其時效不完成。（一四二條）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。（一四三條）蓋此時為中斷行為，甚感困難故也。

#### 第八節 消滅時效之效力

我民法倣德國民法，規定請求權之消滅時效於總則編。請求權之消滅時效完成後，若為非債權性質之請求權，自應因時效而消滅。若為債權性質之請求權，則時效不得解為權利消滅之直接原因。即關於有債權性質之請求權，將債務與責任截然區別。消滅時效完成時，祇責任可以免除，債務並不消滅。故債務人此時對於債權人，祇有抗辯權。其結果如次。

（1）時效完成後，債務人得拒絕給付。（一四四條一項）故債務人經債權人請求給付，無論其為審判上或審判外，如不為消滅時效之抗辯，仍應為給付。

（2）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。（一四四條二項）

主權利因時效而消滅者，其效力及其從權利。但法律有特別規定者，不在此限。（一四六條）蓋從權利從主權利之運命。在通常主權利消滅時，從權利既亦應同時消滅。（三〇七條）則消滅時效之效力，自亦應同一論之。

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。（一四五條一項）此乃從權利從主權利之運命之例外。蓋請求權之所以經消滅時效，往往因權利人信賴擔保物權使然。故法律定為不依上述原則。但此項規定，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。（一四五條二項）

#### 第十五章 私權之行使

私權之行使者，享受私權內容之利益之行爲也。有直接實現利益之享受者。有須與他事實相結合，方能實現利益之享受者。其享受利益之行爲，或爲法律行爲。或爲事實行爲。或爲裁判上之行爲。或爲裁判外之行爲。權利之行使，原則上非權利人之義務。權利人之行使其權利與否，原則上乃權利人之自由。故不行使權利致損害他人時，原則上不能爲違法行爲。然法律有時爲公益上之必要，使權利人負行使權利之義務。或以當事人

之契約，亦不妨定行使權利之義務也。權利行使之問題，尤其關有限生活資料之權利，如土地所有權行使之問題，在社會政策上大有研究之必要。

因權利之行使而致損害於他人者不少。然法律於其分配社會之利益時，既認一方之權利。則他方之蒙不利益，亦勢所難免。故適當行使權利，縱致損害於他人，亦不能謂為違反法律。但專以損害他人為主要目的而行使權利時，即為權利之濫用。殊有背於公共秩序善良風俗。為法律所不許也。（德民二二六條二四二條八二六條瑞民二條）近世關於權利濫用之問題，頗為一般學者所注目。故各國多以明文規定之。我民法亦然。（一四八條）

第一正當防衛 對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行爲，不負擔害賠償之責。（一四九條）此學說上所稱為正當防衛是也。

防衛行爲者，為防衛自己之權利所為之行爲也。在往時法律尙未完備，權利之保護尙未充分之時，人民往往以自己之力防衛自己之權利。故此時自衛權之範圍甚廣。迨時世進步，權利保護之制度亦逐漸發達。於是自衛權之範圍，亦逐漸縮小。現今文明諸國，對

於權利侵害之救濟，須依法律所規定之方法。不許個人之自力救濟。然公力救濟，其發動甚遲。若對於急迫不正之侵害，必須依公力之救濟時，是不啻袖手而待權利之侵害。於是法律設正當防衛之制度。以自力而防衛權利之侵害者，為適法行為。其趣旨與刑法上之正當防禦相同。

正當防衛之要件如次。

(1) 須有他人之不法行為 其不法行為，僅客觀的不法，即可構成正當防衛乎。抑尚須具備責任能力及故意過失之要件乎。解釋上不無疑問。然不具備主觀的要件者所為之侵權行為，亦無甘受之理。故應解為客觀的不法，即可構成正當防衛也。對於適法行為，不能成立正當防衛，是不待言。

刑法上之正當防禦，以急迫不正之侵害為必要。而民法則無以此為必要之明文。然侵害不急迫時，尚得依公力救濟而糾正之。解釋上對於不急迫之侵害所為之自助行為，殊難構成正當防衛也。

(2) 須為防衛自己或第三人之權利 關於第三人之範圍及權利之種類，並無限制。



則是否應權衡所防衛之利益與因防衛使相對人所受之損害，固不屬於正當防衛之要件。然於決定其是否有防衛之必要時，亦應以此點為標準也。

防衛非報復或救濟過去權利之侵害，乃以防衛現在之侵害為目的。故侵權行為已經完了之後，不能有防衛行為也。但相對人將為侵權行為時，或於着手侵權行為之後，尚有繼續之虞時，仍得為防衛行為也。

(3) 須限於必要程度 若超過必要程度，則於超過之範圍，仍為違法。自應負損害賠償之責。(一四九條但書) 防衛至若何程度，方視為必要，須以防衛當時情況及一般社會觀念以決定之。

正當防衛，不僅對於侵權行為人所加之損害，不負賠償責任。至為防衛之必要對於第三人所加之損害，亦不負賠償責任。此時受損害之第三人對於侵權行為人自得請求損害賠償。如乙為防衛甲之侵權行為，破壞丙之物品時，丙對於甲有損害賠償請求權是也。又防衛人為防衛行為之後尚不免發生損害時，亦得請求賠償。

第二緊急避難 因避免自己或他人之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爲限。（一五〇條）其危險之發生不問其由於天災，或由於偶然之事實，或由於他人之行爲，均可爲緊急避難。若由於他人之行爲時，而該行爲亦不必爲違法行爲。此與正當防衛不同之點也。然對於法律所要求之必要行爲，自不得爲緊急避難。

緊急避難，須對於現在急迫之危險。若危險不急迫或已過去時，自不得爲緊急避難之原因。

加害行爲，須爲避免危險所必要。並未逾越危險所能致之損害程度爲限。換言之。由其避免危險之必要所生之損害，須不超過由其危險所發生之損害程度。若其危險之發生，行爲人有責任時，應負損害賠償之責。（一五〇條二項）

因緊急避難而不成立侵權行爲者，因本人無冒險之義務故也。若本人於危險發生時，負擔一定行爲之業務上之義務時，則爲違反其義務之行爲，仍爲違法。如船長於有急迫之危險，非盡保護人命船舶及載貨之必要手段，且使乘客船員離船之後，不能離開其所指揮之船舶。若違反時，縱令該時於自己之生命有莫大危險，亦不能援引緊急避難之例，

而免除其違反義務之責任也。又醫生看護婦不能以有傳染之虞爲理由，而遺棄病人是也。

人在緊急狀態中默視自己，或他人之法益被人侵害乎。或犧牲第三人之法益而救濟自己或他人之法益乎。何去何從，緊急避難人自得以自己之意思決定之。由心理上觀察之，自不能謂爲無意思之自由，或選擇之自由。然由普通人情觀察之，能犧牲自己之法益，而尊重他人之法益者，寧屬非凡之舉。非一般庸俗所能爲。故在若不喪失自己之生命身體，則不能不加害於他人之緊急狀態中所爲之行爲，普通皆謂爲非由於自由意思所爲之行爲。或因不可抗力所爲之行爲。即無責任之行爲。此種觀念亦不足採。蓋權利之保護，乃正義之要求。而法律禁止一般復仇的私力救濟者，乃爲維持社會之秩序耳。則對於緊急避難之私力救濟，自無禁止之必要。然一面尚須犧牲他人之權利。故法律亦非積極的保護此私力救濟。不過於超過損害之範圍內，採放任主義而已。此緊急避難之所以不爲違法行爲也。

### 第三權利之保護

法律於正當防衛緊急避難之外，爲保護自己之權利，對於他人之自

由或財產，施以拘束押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受官置援助，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。（一五一條）若爲保護自己之權利，拘束他人之自由，或押收他人之財產者，須即時向官署聲請援助。若其聲請被駁回或其聲請遲延者，行爲人負損害賠償之責。（一五二條）

民法總則講義終

封底