

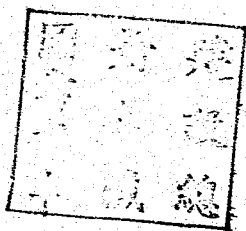
實用法律叢書

民法總則

胡長清編著

主編者

王雲五 徐百齊



商務印書館發行

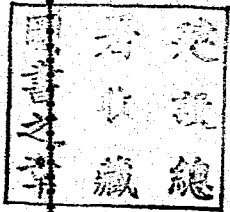
實用法律叢書

民 法 總 則

胡長清編著

主編者

王雲五 徐百齊



商務印書館發行



3 1763 7175 9

實用法律叢書例言

(一) 本叢書主旨，在使中等以上學校學生及一般民衆獲得吾國現行重要法律之知識，以供從事法律職務者及應文法官考試者之參考。

(二) 本叢書包括下列各書：(1) 中華民國訓政時期約法，(2) 民法總則，(3) 民法債，(4) 民法物權，(5) 民法親屬，(6) 民法繼承，(7) 公司法，(8) 票據法，(9) 海商法，(10) 保險法，(11) 刑法，(12) 民事訴訟法，(13) 刑事訴訟法，(14) 土地法，(15) 破產法，(16) 違警罰法，(17) 法院組織法，(18) 民事訴訟強制執行法，(19) 商標法，(20) 公司登記規則。

(三) 本叢書各書，係依據現行法律條文，綜合編述，以期系統井然。

(四) 本叢書各書，對於現行法律，釋義力求周詳，論列力求正確；對於法律術語及立法理由，扼要闡明；對於疑難條文，詳舉事例；惟因但求實用，學說及立法例，概從省略。

(五) 本叢書各書，文筆務求淺顯。



目次

緒論

.....一

第一章 民法的名稱和意義.....一

第二章 民法的編纂.....六

第三章 民法的法源.....九

第四章 民法的效力.....一五

第五章 民法的適用.....一七

第六章 民法的解釋.....一九

第七章 民法與權利義務……………二二一

本論……………二一五

第一章 法例……………二一五

第二章 人……………二二一

第一節 人在法律上的意義……………三二一

第二節 自然人……………三二二

第一款 權利能力……………三二二

第一項 權利能力的意義……………三二二

第二項 權利能力的始終……………三二三

第三項 胎兒的權利能力……………三三四

第四項	外國人的權利能力·····	三五
第二款	死亡宣告·····	三七
第一項	死亡宣告的意義·····	三七
第二項	死亡宣告的要件·····	三八
第三項	死亡宣告的效力·····	四〇
第四項	未宣告死亡前財產的管理·····	四二
g	第三款 行爲能力·····	四二
第一項	行爲能力的意義·····	四二
第二項	有行爲能力人·····	四五
第三項	無行爲能力人·····	四七
第四項	限制行爲能力人·····	五一
第四款	人格的保護·····	五一

第五款 住所·····	五四
第二項 住所的意義及其必要·····	五五
第二項 任意住所·····	五六
第三項 法定住所·····	五八
第四項 居所視為住所·····	五九
第三節 法人·····	六〇
第一款 通則·····	六〇
第一項 法人制度的必要及其本質·····	六〇
第二項 法人的分類·····	六三
第三項 法人的設立·····	六四
第四項 法人的能力·····	六六
第一目 權利能力·····	六六

第二目	行爲能力	六八
第三目	侵權行爲能力	六九
第五項	法人的機關	七一
第六項	法人的住所	七三
第七項	法人的監督	七三
第八項	法人的解散	七五
第二款	社團	八〇
第一項	社團的設立	八〇
第二項	社團的社員	八四
第三項	社團的總會	八七
第四項	社團的解散	九三
第三款	財團	九三

第一項 財團的設立	九四
第二項 財團的變更	九八
第三項 董事行爲無效的宣告	一〇〇
第四款 外國法人	一〇〇
第三章 物	一〇四
第一節 物的意義	一〇四
第二節 物的分類	一〇六
第三節 動產和不動產	一一〇
第四節 主物和從物	一一三
第五節 原物和孳息	一一五
第一款 原物和孳息的意義	一一五

第二款 孳息的分類……………一一五

第三款 孳息的收取……………一一七

△ 第四章 法律行爲……………一一八

第一節 法律現象與法律事實……………一一八

第一款 法律現象……………一一八

第二款 法律事實……………一二二

第二節 法律行爲通則……………一二六

第一款 法律行爲的本質……………一二六

第二款 法律行爲的分類……………一二七

第三款 法律行爲的標的……………一二三

第一項 法律行爲的構成要件……………一二三

第二項	標的的可能	一三四
第三項	標的的確定	一三五
第四項	標的的合法	一三七
第一目	標的不違反強行規定	一三七
第二目	標的不背於公序良俗	一三九
第三目	標的的非顯失公平	一四一
第四款	法律行為的法定方式	一四二
第三節	行為能力	一四三
第一款	無行為能力人的行為能力	一四三
第二款	限制行為能力人的行為能力	一四五
第一項	限制行為能力人能力的補充	一四五
第二項	相對人的保護	一五二

第四節 意思表示·····	一五七
第一款 意思表示的意義·····	一五七
第二款 意思表示的分類·····	一六一
第三款 意思與表示的不一致·····	一六三
第一項 非真意表示·····	一六三
第二項 虛偽表示·····	一六五
第三項 錯誤·····	一六八
第四項 誤傳·····	一七三
第四款 意思表示的不自由·····	一七四
第一項 詐欺·····	一七四
第二項 脅迫·····	一七八
第五款 意思表示的生效時期·····	一八一

第一項 意思表示的成立與生效	一八一
第二項 非對話意思表示的生效時期	一八二
第三項 對話意思表示的生效時期	一八五
第六款 意思表示的受領能力	一八六
第七款 意思表示的解釋	一八八
第五節 條件及期限	一九〇
第一款 條件	一九〇
第一項 條件的意義	一九〇
第二項 條件的分類	一九二
第三項 條件的成否	一九六
第四項 條件附法律行為的效力	一九九
第一目 條件成否確定時的效力	一九九

第二目	條件成否確定前的效力	二〇二
第五項	避忌條件的法律行爲	二〇三
第二款	期限	二〇五
第一項	期限的意義	二〇五
第二項	期限的分類	二〇六
第三項	期限的到來	二〇八
第四項	期限附法律行爲的效力	二〇八
第一目	期限到來時的效力	二〇八
第二目	期限到來前的效力	二一〇
第五項	避忌期限的法律行爲	二一〇
第六節	代理	二一一
第一款	代理制度的必要及其本質	二一一

第一項 代理制度的必要·····	二一一
第二項 代理的本質·····	二一二
第二款 代理的分類·····	二一四
第三款 有權代理·····	二一五
第一項 代理權的本質·····	二一五
第二項 代理權的發生·····	二一六
第三項 代理人的能力·····	二一九
第四項 代理權的範圍·····	二二三
第五項 雙方代理的限制·····	二二三
第六項 代理權的消滅·····	二二六
第一目 代理權消滅的原因·····	二二六
第二目 代理權消滅的效果·····	二二九

第四款	無權代理	1130
第一項	無權代理的意義	1130
第二項	狹義的無權代理	1131
第一目	狹義無權代理的意義	1131
第二目	無權代理人對於相對人的責任	1131
第五款	複代理	1133
第七節	無效及撤銷	1134
第一款	無效	1134
第一項	無效的意義	1135
第二項	無效的分類	1137
第三項	無效行為的轉換	1139
第四項	無效法律行為當事人的責任	1139

第二款 撤銷·····	二四〇
第一項 撤銷的意義·····	二四〇
第二項 撤銷權人·····	二四二
第三項 撤銷權的行使·····	二四三
第四項 撤銷的效力·····	二四五
第五項 撤銷權的消滅·····	二四六
第三款 效力未定·····	二四八
第五章 期日及期間·····	二五一
第一節 期日及期間的意義·····	二五二
第二節 期日及期間的計算·····	二五三
第一款 計算的一般規定·····	二五三

第二款	計算法的種類	二五四
第三款	計算的起點和終點	二五五
第三節	年齡的計算法	二五八
第六章	消滅時效	二六〇
第一節	時效的意義及其必要	二六〇
第二節	消滅時效的本質	二六二
第三節	消滅時效的客體	二六四
第四節	消滅時效的期間	二六五
第五節	消滅時效的起算	二六九
第六節	消滅時效完成的障礙	二七〇
第一款	消滅時效的中斷	二七〇

第一項	消滅時效中斷的意義	二七〇
第二項	消滅時效中斷的事由	二七一
第三項	消滅時效中斷的效力	二七九
第二款	消滅時效的未完成	二八二
第一項	消滅時效不完成的意義	二八二
第二項	消滅時效不完成的事由	二八二
第三項	消滅時效不完成的效力	二八八
第七節	消滅時效的效力	八八九
第八節	時效期間的加減及時效利益的拋棄	二九二

第七章 權利的行使……………二九四

第一節 權利行使的意義及其限制……………二九四

第二節 權利濫用的禁止·····	二九六
第三節 自衛行爲·····	二九六
第一款 自衛行爲的意義及其根據·····	二九六
第二款 正當防衛·····	二九七
第三款 緊急避難·····	三〇〇
第四節 自助行爲·····	三〇三
附錄·····	三〇九
民法總則施行法·····	三〇九

民法總則

緒論

第一章 民法的名稱和意義

第一 民法的名稱

一 名稱的起源

民法的名稱，起源於羅馬法的 *Jus civile*，到了後來，*Jus Civile* 即成爲德國 *Bürgerliches Recht*，法國 *Droit civil* 的語源，當日本起草民法的時候，將法國的 *Droit civil* 譯做民法，我國起草民法法典，也就襲用民法的名稱。

二 羅馬的市民法

在羅馬當時有所謂市民法 (Jus civile) 及萬民法 (Jus gentium)。適用於羅馬市民的法律，叫做市民法；適用於非羅馬市民的法律，叫做萬民法。到了後來，萬民法變為公法的意義，市民法變為私法的意義；再到後來，市民法則又變為民法的意義。

一 英美法與民法

因為民法的名稱，起源於羅馬的市民法，所以凡是繼承羅馬法的國家，皆用民法的名稱；可是在非繼承羅馬法的國家，如英國及美國，則並無民法的名稱，所謂 Civil Law 一語，通常係指羅馬法。

第二 民法的意義

通常所謂民法，有兩種意義，即形式意義的民法，與實質意義的民法。附有民法稱謂的法典，叫做形式意義的民法；凡一切關於權利義務的私法，叫做實質意義的民法，茲分別說明如次：

一 實質的意義

甲 民法係私法

(一) 法的意義 什麼叫做法？學說很多；依照通說：法就是國家強制其遵守的人類共同生活的規則。所謂規則，就是事物的秩序。規則，可分爲自然的規則與規範的規則，前者例如春，夏，秋，冬的推移是；後者例如法律，道德，宗教，風俗及習慣是。

人與人相結合，組織社會，固然非互相協力不能完成一己的生存；但是，如果彼此之間沒有一定的秩序，那麼，必至弱肉強食，破壞其共同生活的安定，所以，在人類相互的生活範圍以內，必須有一定的準則，一面足以維持相互間的結合，一面足以保持相互間的安定，這種準則，便是共同生活的規則。

人類共同生活的秩序，不但可以用法律來維持，法律以外的宗教，道德，風俗，習慣等，也可以維持共同生活的秩序；不過國家對於法律，可以用刑罰或其他強制手段，強制其遵守；對於宗教，道德，風俗，習慣等的違反，則祇受教條，良心及輿論的制裁，所以，法律係國家強制其遵守的人類共同生活的規則。

(二) 公法與私法的區別 法律，可以分爲公法及私法。什麼是公法私法？學說很多，有的

謂關於公益的法律叫做公法，關於私益的法律叫做私法；有的謂規定權力服從關係的法律叫做公法，規定平等關係的法律叫做私法；有的謂規定國家與國家間，或國家與私人間的法律叫做公法，規定私人與私人間的法律叫做私法；有的謂人類的的生活關係不外兩種，即政治生活關係與非政治生活關係，即所謂社會生活關係，規定政治生活關係的法律叫做公法，規定社會生活關係的法律叫做私法。近來一般學者多採最後的一說。

乙 民法係一般法

法律，可以分爲一般法及特別法。凡一切的人或一切的事物均應適用的法律，叫做一般法，祇限於特定的人或特別的事物所適用的法律，叫做特別法。民法，屬於一般法，商法，陸，海，空軍刑法，屬於特別法。

丙 民法係實體法

法律可以分爲實體法及程序法。規定權利義務之存否性質及其範圍的法律，叫做實體法；規定運用實體法的法律，叫做程序法。民法刑法，屬於實體法，民事訴訟法，刑事訴訟法屬於程序

法。

二 形式的意義

所謂形式意義的民法，即民法法典是。民法法典，在德國叫做 *Bürgerliches Gesetzbuch*，法國叫做 *Code civil*，至於實質意義的民法，在德國則叫做 *Bürgerliches Recht*，法國則叫做 *Droit civil*。我國從前也有這種區別，實質意義的民法，叫做法，形式意義的民法，則冠以民律的名稱，但是現在已無此種區別，就是形式意義的民法，即民法法典，也叫做民法了。

第二章 民法的編纂

第一 民法編纂的沿革

我國向來祇有實質意義的民法，而無形式意義的民法，到了前清末年，因為要取銷領事裁判權，所以纔着手編纂民法法典。最初替我國編纂民法的，係日本的法學博士松岡義正，民法的前三編（即總則、債權、物權），在前清宣統三年編纂完成，同時民法的後二編（即親屬繼承）亦於是年脫稿，這部民法，叫做大清民律草案。不久，民國成立，因為大清民律草案不切實際，又先後成立法典編纂委員會、法律編查會、修訂法律館，另行起草，在民國十四年纔編纂完成，全部民法也分五編，關於法條內容，比較民律草案頗有進步，這就是所謂第二次民法草案。及到國民政府奠都南京，國內外的法律思潮均有變動，於是再由立法院組織民法起草委員會，起草民法，全部民法法典，經過兩年起草始告完成（民國十八年及民國十九年），亦分五編，總則編係民國十八年五月二十三日

公布，同年十月十日施行，債編係民國十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行；物權編係民國十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行；親屬編及繼承編係民國十九年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行。這就是現行的民法法典。

第二 民商兩法的統一

在多數國家，民法與商法，係兩種對立的法典，規定民事關係的法律，叫做民法；規定商事關係的法律，叫做商法（因其同係私法的緣故，通常又稱民法為一般私法，商法為特別私法）。民商兩法的對立，起於拿破崙法典，在法國當時，固然有其分立的理由，但至後來不但在實際上商法有補充民法的效用，且因交易頻繁，民法和商法已無絕對分野的必要，所以一般學者多謂民商兩法對立，祇有沿革上的理由，而在理論上及實際上毫無根據。由理論而生事實，便是所謂民商兩法的統一。民商兩法的統一，首見於一九一一年的瑞士債務法。次見於一九二二年的蘇俄民法，一九二五年的暹羅改正民法，一九二七年的土耳其債務法，再見於法、義兩國的共同債務法及契約法草案。我國起草民法，正是這種潮流盛行的時候，所以也將民商兩法打成一片，而以商行為的一部分。

規定於債編（各個之債）。但是，這種統一，並不十分徹底，所以，除了民法法典以外，還有所謂公司法，票據法，保險法和海商法。不過此等法律，祇能認為民法的特別法，而不能認為係與民法對立的商法或商事法，這是應該注意的。

第三 民法的編別

關於民法的編別，有兩種方法，即：羅馬式的編別法與德國式的編別法。前一種方法分民法為三編，第一編人法，第二編物法，第三編訴訟法；後一種方法分民法為五編，第一編總則，第二編債權，第三編物權，第四編親屬，第五編繼承。但是也有將物權列在債權前面的，例如日本現行的民法是。我國民法則完全採取德國民法，將物權列在債權的後面。

第二章 民法的法源

民法的法源，即民法的淵源。法律既係國家強制其遵守的人類共同生活的規則，那末，法律依其形成的方式，可以分爲制定法及非制定法。民法的法源，也不外此。非制定法，通常又分爲習慣法，法理及判例，於此，我們可以知道，民法的法源，即制定法，習慣法，法理及判例等四種，——也可以說是三種。

第一 制定法

一 制定法的意義

制定法，係依國權的發動，而以一定形式所制定的法律。其編纂爲成文的，叫做成文法。

二 制定法的種類

制定法因其制定的式形不同，可以分爲法律，命令，自治規則及條約，茲分述如次：

甲 法律

法律，有廣狹兩種意義。廣義的法律，就是實質意義的法律；狹義的法律，就是形式意義的法律。換句話說，就是依照法規制定標準法所制定的法律。此處所謂法律，即指形式意義的法律而言。

乙 命令

命令之為民法的法源，係屬例外而不是原則。通常除緊急命令可以代替法律外，其餘如府令、省令、市令、縣令，均須依照法律的委任。

丙 自治法規

自治法規係地方自治團體所制定的成文法，自治法規中如具有實質意義的民法規定時，亦為民法的法源。

丁 條約

條約能否為民法的法源，學說上頗有爭論，我以為條約雖係國家與國家間的契約，但是同

時也具有國法上的效力，如已公布的條約，例如通商條約，著作權條約等而有實質意義的民法規定，也應認爲民法的法源。

三 民法主要的法源

在制定法中，民法法源最主要的，是民法法典；但是，民法法典，不能將一切的民事法規網羅淨盡，所以，其他的法律命令，尙有不少的民法法源，舉其重要的，如民法特別法的公司法，票據法，保險法及海商法皆是。此又不僅以上述民法特別法爲限，舉凡現行有效的一切民事關係法令，不問其爲狹義的民事關係法令，或廣義的民事關係法令，皆可以爲民法的法源。

第二 習慣法

一 習慣法的意義

什麼是習慣法？在一般學說上很有爭論，依據通說，凡基於國民全體或一部，以同一狀態繼續而成的慣行，爲國家所承認，而生法律上效力的規則，叫做習慣法。習慣法所以異於制定法的，在於習慣法的成立，無須文書，所以習慣法通常稱爲不成文法，或不成文法。

二 習慣法的成立要件

習慣法的成立，須具備左列四種要件，即：

甲 須有國民全體或其一部以同一狀態繼續而成的慣行 基於這種慣行，反覆繼續遵守的規則，叫做習慣，此項習慣，而有法律上的效力，便成爲習慣法。

乙 須其慣行基於法律的必要觀念 所謂法律的必要觀念，即權利義務的觀念。慣行如缺乏權利義務的觀念，即不能成立爲習慣法，例如旅館或浴室的小賬是。

丙 須其慣行不違背公共秩序及善良風俗 此爲我民法第二條所明定的要件，因爲公共秩序與社會公益有關，善良風俗與國民道德有關，如有違背，即不能成其爲習慣法。

丁 須其慣行爲國家所承認 無論何種法律，須本於國家的承認，慣行所以成爲法律，也是由於國家承認牠的緣故。我民法第一條前段規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，」即明白承認習慣有法律的效力。

三 習慣法的效力

習慣法的效力如何？學說及立法例很不一致，有絕對不認習慣法有法律的效力的，有絕對承認習慣法有法律的效力的；有相對的承認習慣法有法律的效力的。依我民法第一條前段規定「民事，法律所未規定者，依習慣；」即明白承認習慣法在原則上有補充法律的效力，即相對的效力。

四 習慣法與事實上的習慣

習慣法與事實上的習慣不同，即：習慣法具有法律的必要觀念，事實上的習慣，缺乏法律的必要觀念，所以習慣法有補充法律的效力，事實上的習慣，祇能有時為補充或解釋當事人意思表示的材料。我民法第一第二等條所稱的習慣，係指習慣法，而不是事實上的習慣，應該注意。

第三 法理及判例

一 法理

什麼是法理？在一般學說上也有爭論，我以為法理，就是法律通常的原理。所謂法律通常的原理，例如歷來辦案的成例及法律上一般的原理原則是。法理是不是民法的法源？其說不一，我

以爲依照現行民法解釋，應認爲民法的法源，因爲我民法第一條後段明白規定：「無習慣者，依法理」的緣故。

二 判例

判例，係法院就同一性質的事件，反復所爲同一見解的判決。判例是不是民法的法源？學說上頗有爭論，在英、美法系的一般學者通常將判例分爲兩種：一種是宣言的判例，此種判例係證明既存法規的證據方法；一種是創設的判例，此種判例，則在創設法規，而有法規設定的效力，應認爲不文法的法源。但是，在大陸法系，各級法院不一定要受判例的拘束，法院既不一定應受判例的拘束，那末，判例即無法規設定的效力而被視爲民法法源的一種。不過就我國的司法現狀說：雖無法律上的判例，但是也可以說有事實上的判例。我以爲判例——即歷來辦理的成案，應認係法理的一種而爲民法的法源。

第四章 民法的效力

第一 關於時的效力

民法和其他法律一樣，原則上祇能適用於施行以後發生的事項，此原則，叫做法律不溯既往的原則。我民法總則施行法第一條規定：

「民事，確民法總則施行前發生者，……不適用民法總則之規定。」

就是這個意思。但是這種原則，祇是法律適用的原則，而不是立法上的原則，換句話說，如立法上確定其溯及既往，是可以的。例如同法施行法第三條第一項規定：

「民法總則第八條，第九條及第十一條之規定，於民法總則施行前失蹤者，亦適用之。」
便是很好的例子。

第二 關於人及地的效力

民法也和其他法律一樣，他的效力係本於國家主權的結果，主權的支配範圍，通常應從兩方面觀察：凡屬中國國民，不問其在中國或外國，均應適用中國民法的，叫做人民主權；凡在中國領土以內，不問其為中國人或外國人，均應適用中國民法的，叫做領土主權。前者叫做屬人主義，後者叫做屬地主義。但是如果絕對貫徹上述兩種主義，很容易與他國的法律發生衝突，此即所謂國法的衝突。為調和此種衝突，於是設了種種的例外，這種例外，便是國際私法的規定，其詳請參考民國七年八月五日教字第三三號所公布的法律適用條例。

第五章 民法的適用

第一 適用的意義

無論何種事實，可從抽象的及具體的兩方面觀察。如說：由買賣而生的事實，即係抽象的事實；由某年某月某日訂立買賣契約而生的事實，則係具體的事實。法律對於抽象的事實，規定其一定的效果；以此一定的效果，應用於具體的事實，叫做適用。此種適用，稱為形式意義的適用，以別於實質意義的適用，例如民法第八七條第二項所稱的適用。

第二 類推或類推適用

在法律無規定的事實，適用關於其具有類似性質的事項所定的法規，叫做類推，或類推適用。類推的性質如何？學說上頗有爭論，有謂類推係法規的創設的，有謂類推係法律的解釋的。我則以為類推係法律適用的一種，既不是法規的創設，也不是法律的解釋。至於民法上的法條，可不可以

類推，雖然沒有明白規定，但是在一般學說並不反對。

第三 準用

準用，係法律適用的一種，其不同於適用的，即適用須完全依照被適用的法規；準用，則祇限於性質類似的地方，依照被準用的法規，其不同於類推的，即類推並無明文規定被適用的法規，準用則有明文規定被準用的法規。法律所以規定準用，在於避免法條反覆的麻煩，例如民法第一〇二條第二項的規定，便是復好的例子。

第六章 民法的解釋

第一 解釋的意義

法院在適用法律的時候，不可不先確定具體的事實，於確定具體的事實以後，不可不確定應該適用於此事實的法規，因為要適用某種法規，即不可不探求某種法規的意義，這種探求的作用，即係法律的解釋。

第二 解釋的種類

法律的解釋，可以分爲有權解釋與學理解釋，以此法規確定彼法規的意義的，叫做有權解釋。有權解釋，又可分爲立法解釋及慣行解釋。用以爲解釋的法規，係制定法的，叫做立法解釋；係習慣法的，叫做慣行解釋。立法解釋，以在同一法規的爲最多，例如民法第六六條第一項規定：「稱不動產者，謂土地及其定着物，」便是很好的例子。其次，以學者或實務家的意見確定法規的意義的，叫

做學理解釋。學理解釋，又可分爲文理解釋及論理解釋。依法條的文字確定法規的意義的，叫做文理解釋；依法規的精神確定法規的意義的，叫做論理解釋。文理解釋與論理解釋，關係很切。二者須相互爲用，纔能得到法規真正的意義。

第三 例外法規與擴張解釋

擴張解釋，係論理解釋的一種，從廣義方面解釋法規用語的，叫做擴張解釋。例外法規對原則法規而言，在某種情形，不適用一般原則的法規的，叫做例外法規，例如民法第十二條爲行爲能力的原則法規，第十三條第三項即爲行爲能力的例外法規是。例外法規，應當嚴格解釋，——即不許擴張解釋。爲羅馬法以來的法律格言，這種格言，在適用法律的時候，應當注意。

第七章 民法與權利義務

第一 權利

一 權利的意義和本質

什麼是權利？自來學說很有爭論。有謂權利是法律所賦與的意思力或意思的支配力的，叫做意思說；有謂權利是法律所保護的利益的，叫做利益說；有謂權利是依意思力所保護的利益的，叫做折衷說；有謂權利是法律所認許的自由行爲的，叫做自由行爲說；有謂權利是人類對於生活資料應當享有的部分的，叫做應有部分說；有謂權利是法律行爲上的狀態的，叫做狀態說；有謂權利是爲享受特定利益所附與的法律上之力的，叫做力說。最後一說，爲現今一般的通說，如依此說，那末，我們可以知道：利益，係權利的內容。法律上的力，係權利的外形。也可以說：利益，係權利的實質要素；法律的力，係權利的形式要素。

二 權利的種類

法律許可我們可以享受的利益，大概可以分爲三種：一種是對於生活資料的支配，就是對於物、權利、他人的身體、智能的作物等的支配；一種是對於他人行爲的請求，就是對於他人作爲或不作爲的請求，一種是法律關係的變動，就是因支配生活資料及請求他人作爲或不作爲所生的變動。以此，法律上的力，即依我們可以享受的利益，其性質頗不一樣，即吾人可以享受的利益爲第一種的，其附與的力，爲支配力；我們可以享受的利益爲第二種的，其附與的力，爲請求力；我們可以享受的利益爲第三種的，其附與的力，爲變動力。法律上的力，雖通常必屬於上述三種的一種，但是有以一種的力而成的，也有以數種的力而成的，在第二種情形，應依其主要的力，來決定權利的種類。

三 權利與法規的反射作用

法律爲保護人類的利益，固然通常附與權利，但是也不盡然，我們不能說有法律即有權利。這是因爲有時祇須有命令法規或禁止法規，即能充分保護人類利益的緣故。在此場合，相對人之享受利益，即由於上述命令法規或禁止法規的反射作用。

第二 義務

一 義務的意義及本質

權利既係爲享受特定利益所附與的法律上的力，那末，假使有某種力量與此法律上的力發生抵觸，法律爲保護權利人所享受的利益，即不能不對於一般人或特別人，命令其行爲，或禁止其行爲。此一般人或特定人，因命令或禁止所受的法律上的拘束，叫做義務。受此法律上拘束的人，叫做義務人。

二 義務的內容及外形

義務的內容，在於爲某事（作爲）或不爲某事（不作爲），義務的外形，則爲法律上的拘束。

第三 權利與義務的關係

權利與義務的關係怎樣，在學說上頗有爭論。一說謂權利與義務，係法鎖的兩端，同一法律關係，由這方面看係權利，由那方面看係義務，權利是義務的反面，義務是權利的反面，無義務即無權利，無權利即無義務。又一說謂權利與義務不一定對立，有權利的地方，固然一定有義務；但是有義務

務的地方，卻不一定有權利。還有一說謂權利與義務不一定對立，有祇有義務而無權利的，也有祇有權利而無義務的。上述三說，應當採取最後的一說。祇有義務而無權利的，例如民法第三十條登記義務是。祇有權利而無義務的，例如民法第八五條第二項的撤銷權是。

第四 我民法與權利本位

法律的本位，可以分爲三種：即義務本位、權利本位及社會本位。就法律發生的過程說，在個人不自覺的時代，法律係義務本位；在個人自覺的時代，法律遂由義務本位轉到權利本位；在社會自覺的時代，法律又由權利本位轉到社會本位。社會本位的法律，雖然也有權利義務的規定，但是係以擁護權利，強行義務爲達到某種目的的手段，法律的最終目的，仍在社會生活利益的保護和促進。至於我國現行民法所採用的本位，就整個法典觀察，與其說是社會本位，毋寧說是權利本位。不過現代立法的趨勢和標準，既已趨向社會本位，那末，我們在解釋現行民法的時候，在可能範圍以內，應當置重社會本位，不能固守權利本位。

本論

第一章 法例

第一 法例的意義

揭開民法法典一看，第一章的規定便是「法例」。什麼是法例，法例一章為什麼排在民法法典的最前面？均有說明的必要。法例二字，就是法律上通例的意思，猶之物理學或化學上的基本原理一樣。爲的要了解物理學或化學的全部內容，不可不先了解物理學或化學上的基本原理；同樣，爲的要研究民法全部的內容，不可不預先研究民法上的基本原理——這便是全部民法所以將「法例」排在第一章的理由。

第二 民事法則適用的順序

民法第一條規定：

「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

依照本條規定，民事法則適用的順序，應當是：（一）法律；（二）習慣；（三）法理。什麼叫做習慣，法理？前面已經說過，茲不再述。所謂法律，乃指民法法典和其他特別民事法令而言。說到「特別民事法令」，他的範圍，又不僅以公司法，票據法，保險法，海商法等爲限；舉凡現行有效的一切民事關係法令：（1）狹義的民事關係法令，如時例應用陽曆令，當商利率不准通融令，和（2）廣義的民事關係法令，如商標法，船舶法，交易所法，銀行法等關於商事的法令，和勞資爭議處理法，團體協約法等關於農工的法令，均是。

爲什麼民法認許習慣和法理有補充法律的效力？他的理由很簡單，因爲社會上的事體，千變萬化，而人與人間的關係，更是層出不窮，立法者制定的法律，縱然很詳細，也難概括無遺；在另一方面，縱然法律未設規定，司法機關亦不能拒絕裁判，所以立法者想了一個通融的辦法，無論何種民事，凡法律所未規定的，可以依照習慣辦理；連習慣都沒有的時候則依據法理以爲裁判。

第三 法律行爲的方式

法律行爲，通常可以分爲兩種：一種是要式行爲，一種是非要式行爲。某種法律行爲，須要一定方式始能成立的，叫做要式行爲，反之，不須何種方式亦能成立的，叫做非要式行爲。要式行爲，通常均以使用文字爲必要，例如民法第三〇八條第一項，第三二四條，第四二二條，第四六二條第一項，第五三一條，第六一五條，第六一七條，第六二四條，第六二五條，第七三〇條，第七六〇條等均是。但也有爲文字以外的法定方式的，不過情形不多，如民法第九八二條規定：結婚，必須有公開的儀式，和兩個以上的證人，便是一例。

要式法律行爲，既然大多數以使用文字爲必要，那末，使用文字自然有應該注意的地方，所以，民法第三條規定：

「依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。

如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。

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

力。」

本條規定，可以分爲三點說明：（一）某種法律行爲，法律上規定必須以文字表示，如果本人不會寫字，或不願意寫字，可以請人代筆，可是仍得要自己簽名，以示鄭重。簽名，亦稱署名，是由本人書寫姓名的意思。（二）原則上固然必須自己簽名，以示鄭重；但是也可以用印章，指印，十字或其他符號，如花押等等以爲代替。（三）印章，指印，十字或其他符號，固然可以代替簽名，但是他的效力卻不相同。就是，蓋用印章，和簽名有同樣的效力；用指印，十字或其他符號，則必須有兩個以上的證人簽名認證，方能有效，這是因爲指印等等不如印章來得顯明的緣故。

第四 確定數量的標準

我民法所定確定數量的標準，有兩種：其一，以文字爲準；其二，以最低額爲準。現在分別說明如次：

一 以文字爲準

我國人記載數量所常用的文字，是壹，貳，叁，肆，伍，陸，柒，捌，玖，拾，這些字筆劃很多極難竄改。至於

依照本條規定，如數次所表示的數量彼此不符，不問是文字的與文字的表示不符，號碼與號碼的表示不符，或是文字的與號碼的表示不符，法院遇着這種認爭案件的時候，應該先推求當事人的原意如何？如果原意無法決定，那末，甯可偏重債務人的利益而用最低的數量，以爲裁判的標準。

第二章 人

第一節 人在法律上的意義

「人」在法律上的意義，和在生物學上的意義不同。在生物學上，必須具備五官四肢——兩手兩足——，能言語，能以下肢獨立行走的，方可算是人。但是在法律上則無須如此，只要是獨立的人格者，便可叫做人。法律上的人格者，不以自然人（即生物學上所謂人）為限，社會組織體的法，也是法律上的人格者，同樣的可以做私權的主體，——享權利，負義務。

自然人和法人，雖然同為法律上的人格者，同樣的可以做私權的主體。但是，二者之間尚有區別。就是在自然人方面，只要在生物學上有可稱為「人」的單純事實發生，法律便承認其為人格者。在法人方面，則法律上定有一定的要件，必須有了適合於這種要件的事實發生，法律始承認其為人格者。我國現行民法上所謂人，便是包括自然人和法人兩種而言；但是也有專稱自然人為人

的，例如：失蹤人，未成年人，禁治產人，法定代理人，無行為能力人，限制行為能力人等皆是。

第二節 自然人

如前所述，自然人係私權的重要主體，所以我民法特將自然人權利能力的始期終期，行為能力的限制，死亡宣告的要件，自由和人格的保護，住所居所的設定和廢止等，訂在一節，以便適用。

第一款 權利能力

第一項 權利能力的意義

「權利能力」就是人在法律上享受權利的資格。我們知道：權利的反面是義務，權利與義務是相因而生的，享了權利，必負義務，所以權利能力四字雖是從權利方面著眼，實際上也就是個人在法律上享受權利負擔義務的一種地位。

關於權利能力的範圍，有下列四點應該注意：（一）凡人均有權利能力。（二）凡人一經出生，法律即賦與權利能力，其已為出生登記與否，與出生無關。（三）權利能力，以平等為原則，不因性別，年齡，身分，種族，階級，宗教，國籍等的不同而生差別；但如外國人的權利能力，有時則須受限制，

係屬例外。(四)權利能力，既爲法律所賦予，所以須限於法律範圍以內。關於這一點，我民法以爲在自然人方面是當然的，僅於第二六條就法人方面加以規定：

「法人於法令限制內，有享受權利，負擔義務之能力。」

第二項 權利能力的始終

民法第六條規定：

「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」

茲就本條分析說明如次：

第一 始於出生

出生，是胎兒脫離母體，生產出來的意思。法律所認定的出生，與一般觀念不同。在一般觀念，有以產婦陣痛便算出生的，有以胎兒一部露出母體算出生的，有以胎兒全部露出母體始算出生的。法律上所認定的出生，比較上面三種說法嚴格，即必須具備左列兩種要件，纔能算是出生。

(一) 須胎兒和母體已經完全分離。胎兒如果還沒有和母體完全分離，在生理上尙未獨

立成爲一體，所以不能認爲出生。胎兒一旦與母體分離，卽爲出生，臍帶之切斷與否，在所不問。再者，出生之出於自然，抑由於人爲，亦與出生無關。不過人爲出生，有時不免構成了刑法上的墮胎罪。

(二) 須胎兒和母體完全脫離後，係屬生存。自然人人格的基礎存在於生存的人類，因此，法律上必須胎兒脫離母體以後，係屬生存，纔能算是出生。至於生存時間的久暫，可以不問。斷定胎兒是否生存，應以曾否獨立呼吸空氣爲準，較爲可靠。

第二 終於死亡

自然人的權利能力，既以出生時爲始，自應以死亡時爲終，似乎無須規定。但是在我國歷代的舊法，往往於人死以後，還認其有人格的存在，例如追贈官爵，殺戮屍體等等。民法爲避免誤解起見，所以有人之權利能力，終於死亡的規定。可是，必須注意的，此處所謂「死亡」，專指自然死亡而言，法律上的死亡宣告（民法第八條以下），沒有本條規定的效力。因爲受死亡宣告的人，雖然推定其已經死亡，如果實際上尙屬生存，他的權利能力仍然存在，不受影響。

第三項 胎兒的權利能力

民法第七條規定：

「胎兒，以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。」

茲就本條分別說明如次：

第一 胎兒保護的必要

胎兒，在母體之內，自受胎之日起，至出生完成之日止，都叫做胎兒。胎兒，係母體的一部分，尙未獨立生存，似乎不應認爲權利能力人（民法第六條）。但是胎兒遲早終須出生，直接保護胎兒卽是間接保護將來出生的人類，所以刑法上有處罰墮胎的規定，民法上亦認胎兒爲權利能力人。

第二 胎兒權利能力的性質和範圍

胎兒的權利能力，依民法規定，係以出生爲條件，卽必須等到出生以後，方溯及既往承認其出生以前的權利能力。所謂「以將來非死產者爲限」，便是這個意思。其次，關於胎兒權利能力的範圍，我民法則採概括主義，凡關於胎兒個人利益的保護，均視爲既已出生，可謂保護的很周到了。

第四項 外國人的權利能力

第一 外國人的意義

依據我國現行國籍法，所謂外國人，係指沒有取得中華民國國籍的自然人（國籍法第一條，第二條，第十條。）於此，有兩點應該注意：（一）凡沒有取得中華民國國籍的人，均是外國人，其在外國有無國籍，可以不問，所以沒有國籍的人，也是外國人。（二）此處所謂外國人，專指自然人，外國法人的權利能力，民法總則施行法第十二條另有規定，不在此限。

第二 外國人權利能力的內容

民法總則施行法第二條規定：

「外國人於法令限制內有權利能力。」

這便是我民法對於外國人的權利能力，在平等原則下所設定的限制。舉例說：如土地所有權，以及森林、礦業、墾荒、鹽業、漁業等各項企業的所有權，外國人均屬不能享有（大理院八年上字第九一九號判決，森林法第一三條，礦業法第五條，國有官荒承墾條例第四條，製鹽特許條例施行細則第一條，漁業法第三條。）但是因為不平等條約的束縛，許多本不應許可外國人享有的權利，也多給

他們享有了，其最顯著者，例如外輪在內河的航行權，外國人在境內開設工廠的企業權等等皆是，因此，就目前的實際狀況而言，外國人的權利能力，似應依照下列的標準以爲決定。

(一) 條約上已經許可給予的權利，在條約未廢除以前，外國人仍得繼續享有。

(二) 條約上未許予，也未禁止或限制的權利，縱使沒有法令的限制，外國人也不得享有。

(三) 條約或法令上明文禁止或限制的權利，外國人一概不得享有。

第二款 死亡宣告

第一項 死亡宣告的意義

死亡宣告，是失蹤人失蹤經過一定期間後，法院依利害關係人的聲請，將失蹤人裁判宣告作爲已經死亡的一種制度。民法上規定這種制度的理由：因爲人的生死，影響身分上和財產上的法律關係，頗爲重大，如果一個人離去向來的住所或居所，生死不明，那麼，他的身分上和財產上的法律關係，勢必永不確定，此不但與利害關係人的利益有礙，就是社會的公益也受影響，死亡宣告制度，就是以結束失蹤人和利害關係人的法律關係爲目的。

第二項 死亡宣告的要件

民法第八條規定：

「失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告。」

失蹤人爲七十歲以上者，得於失蹤滿五年後，爲死亡之宣告。

失蹤人爲遭遇特別災難者，得於失蹤滿三年後，爲死亡之宣告。」

依據本條規定，死亡宣告的要件，可分爲實質要件和形式要件兩種，茲分別說明如次：

第一 實質要件

一 須係失蹤

失蹤，是離去向來住所或居所，生死不明的意思。依此定義，有下列兩點必須注意：（一）須有離去向來住所或居所的事實。至於失蹤人有無返歸的意思，可以不問。（二）須生死不明。生死不明，就是或生或死，毫無消息的意思，倘使失蹤人或他人尚有音信可通，即不能認爲生死不明。

二 必須經過一定期間

依照上開條文的規定，普通人的失蹤，必須經過十年以後，法院纔可以依照利害關係人的聲請，宣告死亡。但如失蹤人在失蹤的時候，年已滿七十，只要經過五年便可以聲請。俗語說：人生七十古來稀，七十歲以上的老年人，死亡的多，所以經過五年即可。又如失蹤人係因遭遇戰爭、海難等特別災難而致失蹤，則更縮短期間為三年，因為遭遇災難而失蹤，十之八九係已無生理了。至於期間的起算點，無論是什麼災難，均應以遭難的那一天為起算點。

第二 形式要件

一 須有利害關係人的聲請

所謂利害關係人，係指因失蹤人的生死，有法律上的利害關係人。例如失蹤人的配偶，繼承人，法定代理人，財產管理人，債權人，受遺贈人，和生命保險金受領人等均是。

二 須由法院作死亡的宣告

依上開條文所定，失蹤人失蹤，經過一定期間後，法院得因利害關係人的聲請，為死亡之宣告。依此解釋，死亡宣告的事件，自然須由法院辦理。但是應該注意的，法院對於聲請准許與否，有

依職權裁量的自由，此就條文所用「得」字可以看出。至於法院宣告死亡的程序，我新民事訴訟法第六二一條至第六三六條，定有明文，其詳請參照本叢書的民事訴訟法，茲不多贅。

第三項 死亡宣告的效力

民法第九條規定：

「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡。」

前項死亡之時，應為前條各項所定期間最後日終止之時，但有反證者，不在此限。」

依照本條規定，有三點應該說明：

第一 認定死亡的形式

本條第一項規定：「受死亡宣告者，……推定其為死亡。」推定二字，在法律上有一種特別解釋。我們常見法律上有「推定」或「視為」字樣，字面的解釋，似乎一樣，可是實際上卻大不相同。就是於「推定」的事實，可以用反證推翻；「視為」的事實，則不許用反證推翻。舉例說：假如受死亡宣告者的繼承人，向保險公司請求支付保險金，如果法律上定為「推定其為死亡」，那麼，保險

公司倘能認明其人尙屬生存，即可拒絕支付保險金。反之，法律上如定爲「視爲其爲死亡」那麼，保險公司非先聲請法院撤銷死亡宣告，不能拒絕支付保險金。

第二 認定死亡的時期

依照本條第二項規定，關於認定死亡的時期，應該依據民法第八條各項所定，爲十年，五年及三年的最後日終止時。但是同項下段又沒有但書規定：「但有反證者，不在此限。」所謂反證，就是說，法院方面調查證據的結果，如果發見失蹤人真實死亡的時期，與上開規定推定死亡的時期不符，應以真實死亡的時期，爲認定死亡的時期。

第三 同時死亡的推定

民法第十一條規定：

「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。」

所謂「二人以上同時遇難」就是說失蹤的人有許多個，這許多人在一起同時遇難。例如同赴戰場，同遭海難等是。在這種情形之下，如果事實上無從證明死亡者的先後，那麼，無論是多少人，應該

推定他們是同時死亡，免得引起糾紛。但是，適用本條應該注意的：例如有甲乙兩人同時遇難，現在只有甲的利害關係人聲請為甲的死亡宣告，乙的利害關係人並未聲請，此時即不必推定他們兩人係同時死亡。

第四項 未宣告死亡前財產的管理

民法第十條規定：

「失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，依非訟事件法之規定。」

如前所述，死亡宣告，必須分別失蹤人的情形，經過一定期間後（第八條），方可聲請法院為之。在此期間以內，他的身分上的關係，雖然沒有影響，可是他的財產倘使無人管理，即難免不發生滅失或滅失，本條即為保護失蹤人的財產而設，同時，在公益方面，也有關係。至於「非訟事件法」現時尚未制定頒行，內容如何，尚不可知。

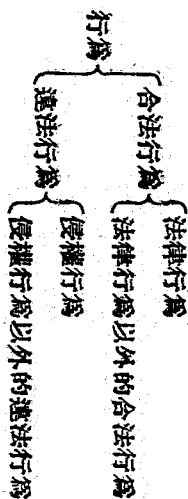
第三款 行為能力

第一項 行為能力的意義

第一 行爲能力的概念

自然人出生以後，即取得享權利負義務的地位，這在前面已經說過，但是，權利和義務的發生，必有一定的原因，這原因是什麼呢？就是事實和行爲。

行爲，有爲法律所許可的。有爲法律所不許可的。法律所許可的行爲，通常叫做合法行爲；法律所不許可的行爲，通常叫做違法行爲。合法行爲，又可分爲兩種：一種是法律行爲，一種是法律行爲以外的合法行爲。違法行爲，也可分爲兩種：一種是侵權行爲，一種是侵權行爲以外的違法行爲。茲列表如左：



此處所謂行爲能力，從最廣義說，包括合法行爲能力和違法行爲能力；從狹義說，專指合法行

爲能力；從最狹義說，惟有法律行爲能力纔是這裏所說的行爲能力，法律行爲以外的合法行爲能力，不能包括在內。

第二 行爲能力和權利能力的區別

行爲能力，是一個人的行爲能夠發生法律上一定效力的能力。權利能力，是一個人法律上享權利負義務的一種地位。有沒有享權利負義務的地位，係權利能力的問題。行爲發生以後，能不能發生法律上一定的效力，係行爲能力的問題。兩者的性質既不相同，所以有僅有權利能力而無行爲能力的，例如未滿七歲的未成年人和禁治產人；也有僅有行爲能力而無權利能力的，例如古代羅馬的奴隸是。

第三 行爲能力和意思能力的區別

意思能力，是能夠判斷自己行爲效果的能力，包含正常的認識力和預期力；行爲能力，如前所述，則是一個人的行爲能夠發生法律上效果的能力。前者係一個人事實上的能力，而後者則是法律上所給予的。意思能力，是意思表示的要件，但並非行爲能力的要件。例如團體，雖然沒有意思能

力，但是牠有行為能力；又如無意識或精神錯亂的人，雖然不是無行為能力人，但是因為他欠缺意思能力，所以他的意思表示不能發生效力（民法第七五條後段）。

第四 行為能力的分類

自然人行為能力的有無，通常可以分為三種：（一）有行為能力人，凡是滿二十歲或已結婚的人，無分男女，均為有行為能力人。（二）限制行為能力人，凡是七歲以上而未結婚的未成年人，均為限制行為能力人。（三）無行為能力人，凡是未滿七歲的幼童，以及心神喪失，或精神耗弱，不能處理自己事務，經宣告為禁治產的人，均為無行為能力人，茲列表如左：

（一）無行為能力人 （二）限制行為能力人 （三）有行為能力人

原則：一歲 ←————→ 七歲 ←————→ 二十歲

例外：禁治產人 …………… 未滿二十歲的已結婚人

第二項 有行為能力人

如前所述，我民法所規定的有行為能力人，計有兩種，一種是已滿二十歲的成年人，一種是未

滿二十歲的已結婚人。茲分別說明如次：

第一 已滿二十歲的成年人

民法第十二條規定：

「滿二十歲爲成年。」

所謂有行爲能力人，就是他所做的法律行爲在法律上都能完全有效的人，換句話說，能夠依據他的法律行爲享受權利，負擔義務的人，便是有行爲能力人。民法上所以以成年人爲有行爲能力人者，因爲自然人的生長，必須到了完全成熟的時期，知識纔能完全發達，可以熟權利害，和人家發生關係，方不至於吃虧，所以法律上特以成年人爲有行爲能力人。其次，民法上所以以已滿二十歲爲成年人者，因爲人的發育常因氣候環境等的不同而有早遲，例如熱帶的人，往往十幾歲便已成熟；反之，在寒帶的人，往往年齡很大，尙未發育完全。人的發育既各有遲早，如一一由審判官臨時調查酌定，不勝其煩，所以民法上爲整齊劃一起見，斟酌古今，以已滿二十歲爲成年。所謂已滿二十歲，是指自出生之日起推算，依照陽曆，實足的已滿二十歲。我國舊法計算歲數，係以出生的這一年算爲一

歲，並且係照陰曆推算，那是不對的。

第二 未滿二十歲的已結婚人

民法第十三條第三項規定：

「未成年人已結婚者，有行為能力。」

前面說過，民法所以以成年人為有行為能力人，蓋在保護未成年人的利害，但是，因為未成年人的發育程度往往不同，而且常有因特殊情形，非自為法律行為不可，如必拘守「滿二十歲為成年」的規定，反而不便，為謀事實上的便利，所以特設一種未成年的緩衝制度。同時，在另一方面，人們既已發育成熟，達到結婚年齡，雖然不夠二十歲，其知識程度必然與成年人相差無多，此時使其獨立為法律行為，實際上亦必無害處，這也是規定本條的一個理由。但是，既已結婚，便是有行為能力人，嗣後縱使配偶死亡，亦與行為能力無關。

第三項 無行為能力人

所謂無行為能力人，就是在法律上絕對不能為有效法律行為的人；此等人縱使事實上曾經

做過法律行為，也是不能發生法律上的效力。什麼人是無行為能力人呢？依照我民法第十三條第一項及第十五條的規定，計有兩種，一種是未滿七歲的未成年人，一種是禁治產人。現在分別說明如次：

第一 未滿七歲的未成年人

民法第十三條第一項規定：

「未滿七歲之未成年人，無行為能力。」

民法所以以未滿七歲的未成年人為無行為能力人，前面曾經說過，因為無意思能力的人，沒有行為能力。未滿七歲的幼童，雖然不能說完全沒有意思能力，但是究竟有無意思能力？他的意思能力到什麼程度？很難證明；況且這類幼童，入世未久，知識和經驗，均極薄弱，事實上也少有能自為法律行為的，所以也沒有予以行為能力的必要。

第二 禁治產人

民法第十五條規定：

「禁治產人無行為能力。」

什麼是禁治產人？可看民法第十四條第一項的規定：

「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。」

依照本條規定，法院因法定人的聲請，將某人宣告禁治產時，這被宣告的人，便是禁治產人。禁治產制度設立的目的，在於保護精神上發生障礙的人，以及和他相交易的人。至於宣告禁治產，尚須具備一定的要件，即：

一 實質要件

甲、須為心神喪失人或精神耗弱人。心神喪失和精神耗弱，並不是性質的區別，而是程度的不同，即：全然欠缺意思能力的，叫做心神喪失，並非全然欠缺意思能力，不過意思能力不很完全的，叫做精神耗弱。這兩種精神上的障礙，不問是先天的，或後天的，但必須係常態的續行，倘僅是一時的現象，那便沒有保護的必要。

乙、須至不能處理自己事務的程度。被宣告禁治產的人，不但須心神喪失或精神耗弱，並且須其心神喪失或精神耗弱達到不能處理自己事務的程度。因為一旦宣告禁治產，即剝奪被宣告人的法律行為能力，倘使精神障礙程度並不重大，那簡直不是保護他而是害他了。因此，加上這樣的一個條件。

二 形式要件

甲、必須法定人的聲請。宣告禁治產，和前面所說的宣告死亡一樣，必須有人聲請，法院不能自動干涉。至於什麼人可以聲請，條文上定的明白，為「本人配偶，或最近親屬。」最近親屬，係指精神障礙人親等較近的親屬，其為血親或姻親，直系或旁系，可以不問。

乙、須由法院為禁治產的宣告。宣告禁治產必須由法院辦理，這是上開條文所明白規定的。又就條文中所用的「得」字解釋，法院宣告與否，尙有依職權裁量的自由。至於法院宣告禁治產的程序，新民事訴訟法第五九三條至第六〇五條沒有詳細規定，可以參照。其次，應該說明的，就是民法第十四條第二項規定：

「禁治產之原因消滅時，應撤銷其宣告。」

所謂「禁治產之原因消滅」係指禁治產人心神喪失或精神耗弱的障礙業已排除而言。禁治產宣告一經撤銷，則禁治產人便立即回復其行為能力，與未經宣告的一樣。至於什麼人可以聲請撤銷禁治產的宣告，以及撤銷的程序怎樣？新民事訴訟法第六一六條至第六二〇條規定很詳，可以參照。

第四項 限制行為能力人

限制行為能力人，就是法律行為能力受有限制的人，限制行為能力人，非如無行為能力人絕對的無行為能力，也不像有行為能力人絕對的有行為能力，他是介於兩者之間，而其行為能力法律上受有一定的限制。這種限制，即民法第七十七條前段所規定，其為法律行為須得法定代理人的允許是。至於什麼人是限制行為能力人？我民法第十二條第二項設有規定云：

「滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力。」

民法何以以滿七歲以上的未成年入為限制行為能力人？其理由甚為簡單，因為這種人較之未滿

七歲的未成年人，知識經驗固屬進步，但是權計得失，審察利害，究竟不如成年人的周密，所以以其爲限制行爲能力人。

第四款 人格的保護

人格權，是和我們的人格不可分離，而與財產沒有直接關係的權利。人格權較之財產權更爲重要，當然應該加以保護。茲將我民法上關於保護人格權的規定，分述如次：

第一 能力的保護

民法第十六條規定：

「權利能力及行爲能力，不得拋棄。」

如前所述，權利能力是享權利負義務的能力；行爲能力，是有效爲法律行爲的能力，雖然都不是權利，但是牠和人格權的完全與否，均有密切關係，法律爲保護個人，維持社會起見，自非加以保護不可。關於保護的方法，就是條文上所定的「不得拋棄。」所謂不得拋棄，不問其拋棄的原因如何，以及全部的拋棄或一部的拋棄。

第二 人格權的保護

一 抽象的規定

民法第十八條規定：

「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害。

前項情形，以法律有特別規定者爲限，得請求損害賠償，或慰撫金。」

所謂人格權受侵害，係指生命，身體，自由，名譽，貞操，姓名等權利受有侵害而言。此等權利受有侵害，第一種救濟方法，就是可以請求法院除去其侵害；第二種救濟方法，就是可以向法院請求損害賠償或慰撫金。但是這種請求，必須法律上有明文規定纔可。法律上有明文規定的，例如民法第一八四條，及第一九二條至第一九五條等規定皆是。

二 具體的規定

甲 自由權的保護

民法第十七條規定：

「自由不得拋棄。」

自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。」

自由權，是我們的身體或精神的活動，不受不當拘束的權利。自由權是一種私權，倘使法律不以明文規定不許拋棄或不當限制，那麼，社會上強有力的人，很可以用種種手段去壓迫弱者，欺侮弱者，那成什麼世界呢？關於公共秩序和善良風俗的解釋，詳見本書第四章第二節「法律行爲通則」，茲不多贅。

乙 姓名權的保護

民法第十九條規定：

「姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償。」

姓名，是表示異於他人的符號，也是人格權的一種，所以也應該不許他人侵害；其保護方法，與民法第十八條保護一般人格權的規定同。這一條也是第十八條第二項所謂法律上的特別規定。

第五款 住所

第一項 住所的意義及其必要

第一 住所的意義及其在法律上的效果

在我們的日常生活，必須有一定的住址。倘使以永久居住的意思，居住於一定的地域，便是表示設定住所於該地，一個人是否必須要有住所。法律上固然沒有規定，但是因為住所而生的法律效果，則非常之多。就民法說：有為決定失蹤與否的標準者，例如第八條的規定是，有為決定清償債務的標準者，例如第三一四條第二項的規定是。其次，就訴訟法說：有為決定土地管轄的標準者，例如新民訴法第一條和新刑訴法第五條的規定是。有為決定書狀送達處所者，例如新民訴法第一三六條和新刑訴法第五五條的規定是。此外，有為決定適用法律的標準者，例如法律適用條例第一條第二項，第三條，第一八條及第二三條的規定是。有為歸化和回復國籍的條件者，例如國籍法第三條第二項第一款，第四款及第五條的規定是。更有為決定本籍和寄籍的條件者，例如戶籍法第四條第一項第一款及第五條第一款的規定是。

第二 住所與本籍居所現在地及營業所的區別

爲使住所的意義容易明確起見，特就左列幾個相似的名詞，加以區別。

一、本籍 本籍，一名籍貫，本籍係戶籍上的管轄區域。住所，只須有久住的意思，和住於一定地域的事實即可；本籍，則必須以登記決定之，轉籍除籍也是如此而且兩者的效力，也不相同（戶籍法參照。）

二、居所 居所，是我們因暫時的目的所居住的處所，而住所則須有久住的意思，這就是兩者主要的區別，其詳細情形，容後再述。

三、現在地 現在地，是我們暫時置身的處所，固然顯明地和住所不同，就是和居所也不一樣。這三者的區別，我們可以這樣說：住所，是法律上的處所；居所，是事實上的處所；現在地，則不過是偶然的處所罷了。

四、營業所 營業所，是我們爲營業而居住的處所，住所和營業所固然不同，但是事實上則往往一致。

第二項 任意住所

第一 任意住所的設定

民法第二〇條規定：

「以久住之意思，住於一定之地域者，即爲設定其住所於該地。

一人同時不得有兩住所。」

本條規定設定住所的要件和數目。茲分別說明如次：

一 設定住所的要件

根據本條第一項規定，設定住所必須有兩個要件：一爲主觀的要件，即須有久住的意思，所謂久住的意思，祇須有繼續居住的意思即可，縱令暫時離去，而有回歸的意思，仍然無礙。一爲客觀的要件，即須有久住於一定地域的事實。所謂久住，並非居住的時間毫不間斷，縱然暫時離開，而有時常回歸的事實，亦無不可。

二 設定住所的單一

如前所述，有許多法律關係須以個人住所爲決定的標準的，因此，假使一個人同時設定二

個以上的住所，則法律關係必更繁複，所以我民法特設限制，一個人不得同時有兩個以上的住所。但是，前面已經說過，住所和居所及營業所不同，一個人固然不能同時有兩個以上的住所，但是不妨同時有兩個以上的居所或營業所。

第二 任意住所的廢止

民法第二四條規定：

「以廢止之意思，離去其住所，即為廢止其住所。」

住所既然許可自由設定，當然也就可以自由廢止。廢止住所，也不可同時兼備主觀的和客觀的兩種要件。所謂主觀的要件，就是廢止住所的意思；所謂客觀的要件，就是離去其住所的事實。倘使僅有廢止住所的意思，並沒有實行離去；或者雖已離去其住所，但是沒有廢止住所的意思，均不得謂為住所的廢止。

第三項 法定住所

法定住所，係對任意住所而言。如前所述，以久住的意思，住於一定的地域，即以該地為其住所，

這是任意住所。反過來說，不問本人是否以久住的意思住於一定的地域，法律上逕以某地爲其住所的，那便是法定住所。我民法第二一條規定：

「無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所。」

這就是法定住所的規定。民法上所以設此規定的理由，因爲設定住所，雖然不是法律行爲，但是必須要有設定的意思，無行爲能力人和限制行爲能力人的意思能力，既然不很健全，所以應當以其法定代理人的住所爲其住所。

第四項 居所視爲住所

如前所述，居所是我們因暫時的目的所居住的處所，居所和住所的區別，即在於久住意思的有無。但居所在法律上的效力，有時卻視爲住所，依照民法第二二條第二三條有下列三種的情形：

一、住所無可考者 所謂住所無可考，包含全無住所，和雖有住所，但是所在地不明兩種情形而言。

二、在中國無住所者 所謂中國無住所，專指在中國無住所而在外國有住所的情形而言。

使無論在中國和外國均無住所，即屬於前款的情形，而為住所無可考。在中國無住所而在外國有住所，外國的住所地非我民法效力所能及，因此不能不以其在中國之居所視為住所。但是依照國際私法之原則，必須適用住所地的法令時，即不能因為在中國無住所，便以其居所視為住所，強制其適用中國的法令，所以我民法特設例外規定曰：「但依法須依住所地法者，不在此限」（第二條第二款但書）這是要避免與住所地法的法意相衝突，所以有此規定。

三、因特定行為選定居所者 民法第二三條規定：

「因特定行為選定居所者，關於其行為，視為住所。」

此係關於選定居所效力之規定。選定居所與住所之區別，在於：一為法律行為，一為事實行為；一則僅限於特定行為為有效（例如清償債務，和訴訟行為），一則是對於一切行為均有效力。

第三節 法人

第一款 通則

第一項 法人制度的必要及其本質

第一 法人制度的必要

法人，是具有人格的社會組織體。爲什麼民法除了自然人而外，還要以一種社會的組織體作爲活動的主體呢？這裏可舉兩個例子來說：第一，先就社團說：現在假使有兩個人互約出資共同經營事業，固然不妨採取合夥的形式；但是合夥是一種契約，只是各合夥人間發生權義的關係（民法第六六七條），而且合夥的財產，屬於合夥人全體所共有（民法第六六八條），假使合夥人間有一個人聲明退夥，即可將其出資自由取出（民法第六八六條）。反之，如爲法人，那便沒有這種自由了。因爲法人能離去其社員做一個獨立的人格者，其財產屬於法人本身，社員縱使聲明退社，也決不影響法人的組織。——這是社團制度必要的理由。其次，再就財團說：我們欲以一定的財產做一種事業，固然無須採用財團的形式；但是，假使這一位出資的人負有債務，那末，這一定的財產，便不能免於債權人的扣押；再如出資人如已死亡，他的繼承人便有取回其財產的自由，從而本來目的，便不能達到的危險。反之，如爲法人，則其財產屬於法人的本身，縱使設立人負債或死亡，也決不影響於法人的組織。——這是財團制度必要的理由。

第二 法人的本質

關於法人本質的問題，學說很多，歸納起來，大概有擬制說，否認說和實在說三種。否認說又可分爲無主財產說，受益人主體說，和管理人主體說。實在說又可分爲有機體說和組織體說。以上各種學說，都是歷來外國各大法學家所提倡的，並且還有許多學者隨聲附和。不過在現在看來，只有實在說中的兩說，可以站得住，其他的學說，已經不大有贊同了。茲就實在說中的兩說，介紹如次：

(一) 有機體說 此說略謂：人類生存於社會，有兩種生活，一爲個人意思，一爲共同意思，共同意思相合，成爲團體意思，所以團體本身有其獨立的意思和生活，法律上對此團體予以一定的人格，這便叫做團體人。團體人和個人一樣的得爲權利的主體。

(二) 組織體說 此說略謂：法人的基礎，不在於其爲社會的有機體，而在於其有適於爲權利主體的組織，這種組織，便是具有一定目的的社團或財團。

我們知道：社團和財團，均是社會上獨立的構成份子，不僅是人或財產的集合，而且是具體活動機關的組織體，所以一般學者多採組織體說。

第二項 法人的分類

第一 公法人和私法人

公法人是國家和其他本於統治權作用，以處理國家事務為目的的法人，例如國家和地方自治團體是。此外的法人，均是私法人，例如依民法規定而成立的社團財團，依公司法規定而成立的各種公司是。

第二 社團和財團

私法人，由其內部組織的不同，可分為社團和財團兩種。社團，是以社員為其成立基礎的法人；財團，則無須社員，而以捐助財產為其成立基礎的法人。社團和財團，成立的基礎既不相同，所以兩者的組織也不一樣。社團是以人為其成立基礎的，所以，社團成立以後，設立人即為其構成分子，即社員；復由各個社員組織意思機關，既是有意思機關，所以社團的目的和組織，可以隨時變更。反之，財團是以捐助財產為其成立基礎的，所以，設立人並不是財團的構成分子，另外也沒有所謂意思機關，從而財團的目的和組織，祇能依據捐助行為辦理，不得隨時變更。

第三 營利社團和公益社團

社團，又可分為營利社團和公益社團。營利社團，是以營利為目的的社團。所謂以營利為目的，就是以所得的利益，分配於各社員為其最終目的的意思。準此，則前述之財團，既無享受利益的社員，那麼，財團應為公益法人而非營利法人。我們於是更進一步說：社團雖亦有時營利，但是假使他的最後目的，不在分配利益於各社員，那麼，這種社團仍係公益社團，而非營利社團。

第三項 法人的設立

第一 自由設立的禁止

在個人主義盛行時代，設立法人全屬自由。但至近代，各國的法律，多已進於干涉或助長的時期，我民法第二五條規定：

「法人，非依本法或其他法律之規定，不得設立。」

也就是明文禁止自由設立的意思。所謂法律，係指由立法院依三讀會程序通過，再由國民政府公布施行的各種法規，但是並不包含各種命令在內。我國現行法律許可設立法人的，例如依公司法

而設立的公司（公司法第三條）依工會法而設立的工會（工會法第十條）依商會法而設立的商會（商會法第二條）等皆是。

第二 設立的許可

關於法人的設立，除自由主義外，尙有三種主義：每一法人的設立，必須制定法律或經元首許可的，叫做特許主義。本於既存的法規，成立法人，須得主管官署的許可的，叫做許可主義。法律先定一種要件，合於此要件的團體，就當然享有人格的，叫做準則主義。自由主義失之過寬，特許主義又失之過嚴，所以我民法除以營利爲目的的社團，明定其採準則主義外，以公益爲目的的社團，和財團，在登記以前，概須得着主管官署的許可（民法第四五條，第四六條，第五九條）這就是採用許可主義。所謂主管官署，係管理法人的目的事業的官署，例如慈善事業，以內政部爲其主管官署，文化事業，以教育部爲其主管官署是。

第三 設立的登記

登記，就是將法人成立及其存續的各類事項，呈報主管官署，在公簿上一一載明的意思。我民

法第三〇條規定：

「法人，非經主管官署登記，不得成立。」

法人登記的主管官署，依照民法總則施行法第十條第一項及法人登記規則第一條規定，應為法
人事務所所在地的地方法院或縣司法機關。為什麼設立法人必須要登記呢？因為法人一經組織
成立，即取得人格而為權利義務的主體，倘使不經登記，則第三人不能明瞭他的內容，一旦和他發
生法律關係，不免吃虧。但是登記之後，第三人又怎麼便能夠知曉他的內容呢？所以，民法總則施行法
第十條第二項明白的規定：

「法院對於已登記之事項，應速行公布，並許第三人抄錄或閱覽。」

第四項 法人的能力

第一目 權利能力

第一 權利能力的始終

法人係法律上的人格者，當然有享受權利負擔義務的能力，即權利能力；但是法人的權利能

力應以何時爲始何時爲終？民法上並無明文規定，而是一個解釋問題。我的解釋是：民法第三〇條既規定法人非向主管官署登記，不得成立。那末，法人登記的時候，自然是法人權利能力的始期。又依照民法第三七條以下的規定，法人解散以後，清算終了的時候，便是法人權利能力的終期。

第二 權利能力的範圍

民法第二六條規定：

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

這便是關於法人權利能力範圍的規定。依此規定，法人的權利能力有左列兩種限制：

(一) 法令上的限制 法人的權利能力，既然是法律所賦予的，自然也得以法令加以限制。例如公司法第十一條規定：公司不得爲無限責任股東。但是，限制法人的權利能力，和限制自然人的權利能力，稍有不同：就是法人的權利能力可以用命令限制，自然人的權利能力祇能用法律限制。

(二) 性質上的限制 法人人格的基礎，既是組織體而非肉體，那末，專屬於自然人的資格，例如生命權，身體權，身體的自由權，和專屬於自然人的身分權，例如親權，家長權，遺產權，繼承權，法人自然無法享有，這便是法人權利能力性質上的限制。但是同屬人格權而不以生命身體為前提的稱謂權，名譽權，精神的自由權，法人仍得享有，更不待言。

第二目 行為能力

第一 法人有沒有行為能力

法人有沒有行為能力，則因對於法人本質所採的學說而有不同。我們既採法人實在說，那末，法人自然有行為能力。因為董事是法人的機關，並非法人的代理人，董事職務上的行為，不是他個人的行為，而是法人自身的行為，所以法人自身是有行為能力的，不過必須依賴他的機關以為行爲罷了。

第二 法人的行為如何實現

法人，是無形的權利主體，所以法人的行為，畢竟需要依賴自然人的行動，纔能實現。這自然人

所做的行爲，在一定場合之下，即認爲係法人的行爲。這自然人，便是法人的機關。法人的機關究竟有幾個？要依照法人內部的組織纔能決定。通常是董事，除董事而外，還有社員總會，清算人和監察員等。

第三目 侵權行爲能力

第一 法人有沒有侵權行爲能力

法人有沒有侵權行爲能力，也是因爲對於法人本質所採的學說而有不同。我們既採法人實在說中的組織體說，那末，法人自然有侵權行爲能力。因爲董事是法人的機關，法人的行爲由董事代表，所以，董事因執行職務所爲的侵權行爲，也就是法人的侵權行爲，民法第二八條規定的立法理由，即在於此。

第二 侵權行爲的要件

民法第二八條規定：

「法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責

任。」

依照本條前段規定，法人侵權行爲的要件有二：

(一) 須爲法人機關的行爲。此處所謂法人的機關，範圍很廣，舉凡董事和其他的職員皆是。不過職員與法人係屬僱傭關係，解釋上，法人應該依第一八八條所定，負其責任，纔算合理。

(二) 須爲執行職務的行爲。法人的機關，祇能在職務行爲範圍以內，代表法人，所以法人亦惟就其機關因執行職務所爲的侵權行爲，負其責任。至於執行職務的範圍怎樣，應該以法人機關的意思以爲決定的標準。

第三 連帶責任

依上開法條規定，法人機關所爲的侵權行爲，法人須與該行爲人連帶負賠償責任。所謂連帶責任，就是權利被侵害的人，可以同時或先後，向法人，行爲人或是法人與行爲人，請求爲全部或一部賠償的意思（民法第二七二條以下參照。）法人機關所爲的侵權行爲，似乎祇應由法人負責，爲什麼行爲也要負責任呢？立法的用意，不外使行爲人慎重將事，藉以保護交易的安全。

第五項 法人的機關

法人的機關，可大別爲二：一爲意思機關，一爲執行機關。前者指社員總會，後者則指董事和其他的職員。董事是社團和財團同具的機關，所以民法的法人通則，設有董事的規定。

董事，是對外代表法人，對內執行職務的通常而且是常設的機關。我民法第二七條規定：

「法人須設董事。」

董事就法人一切事務，對外代表法人。

對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。」

依此規定，董事的職權，可分爲下列兩種：

第一 對外代表法人

代表與代理不同：代理，是兩人格者的獨立關係，並且代理的事情以法律行爲爲限。董事既是法人的機關，那末，並不是兩人格者的獨立關係，而且，如前所述，其所得爲的行爲，又不以法律行爲爲限，即事實行爲和違法行爲，董事也可以做，所以，民法上不用代理的字樣，而用代表字樣。又本條

第三項規定所謂不得對抗善意第三人，就是第三人與法人發生交易時，如果事實上不知道法人限制了董事的代表權，其所受損失，仍由法人負責的意思。

第二 對內執行事務

董事有對內執行事務的權限，雖然法律上沒有明文，但是這是當然的。至於執行事務的範圍和種類，固然應該依照章程和總會的決議，但是就現行法解釋，下述幾種事務，董事有應為執行的義務。

(一) 聲請登記 法人設立變更及消滅的登記，在法人未解散以前，均應由董事聲請辦理（民法第四八條第一項，第六一條第一項，法人登記規則第四條，第五條。）

(二) 編造財產目錄及社團名冊 財產目錄，是記載財產種類和數量的簿冊。社員名簿，是記載社員及住址等的簿冊。前者是社團和財團均有的，後者祇是社團所獨有，這兩種簿冊，均應由董事負責編造（民法總則施行法第八條。）

(三) 聲請破產 法人的財產，不能清償債務時，董事應向法院聲請破產；董事倘因過失未

會聲請，便應由其賠償債權人因此所受的損失（民法第三五條。）

第六項 法人的住所

法人既然是法律上的人格者，因為訴訟上，或訴訟外的一切活動，自然有設定住所的必要。所以，我民法第二九條規定：

「法人，以其主事務所之所在地為住所。」

所謂事務所，係指法人執行事務的處所而言。依照民法第二〇條第二項的規定，住所只限於一個，因此，倘使法人的事務所只是一處，固無問題；反之，如有兩處以上，那末，便應該以其主事務所為住所；其餘的分事務所，則與自然人的居所一樣。至於何者是主事務所，法人在登記的時候，應該明白的聲明（民法第四八條第一項第三款，第六一條第一項第三款）。

第七項 法人的監督

第一 監督的機關

關於公益社團及財團的設立，我民法係採許可主義，已如前述，所以設立以後，仍須不斷的加

以監督。關於監督機關，則因情形而不同，就是在法人的存續中，屬於行政機關（主管官署）的監督，在法人解散以後，清算未終了以前，則屬於司法機關（法院）的監督（民法第三二條前段第四二條前段）。其所以如此規定的，因為存續中的監督，在於檢查他的業務是否與公益相反；解散後的監督，則祇在保護利害關係人的私益，與公益無關。

第二 監督的方法

關於監督的方法，也因情形而不同：主管官署的監督，在於檢查他的財產狀況，及有無違反許可條件和其他法律的規定（民法第三二條後段）；法院的監督，則在隨時為監督上必要的檢查（民法第四二條後段）。

第三 不服監督的制裁

為貫徹監督法人的旨趣起見，我民法特地規定不服監督的制裁，但也因情形而有不同：

（一）董事倘不遵主管官署監督的命令，或妨礙其檢查時，可以處以五百元以下的罰鍰（民法第三三條）。

(二) 法人違反設立許可的條件時，主管官署可以撤銷他的許可（民法第三四條）。

(三) 清算人倘不遵法院的監督命令，或是妨礙其檢查時，也可以處以五百元以下的罰鍰（民法第四三條）

所謂罰鍰，在形式上與罰金的意義相同，但是一為民事法上的用語，一為刑事法上的用語，性質上頗不一樣。

第八項 法人的解散

法人的解散，是法人人格消滅的原因，但法人的人格，並非是一經解散即歸消滅，因為解散以後，還有許多事情尚須結束，所以我民法第四〇條第二項規定：

「法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視為存續。」

茲將解散的事由和清算中及清算後的各種問題，分述如次：

第一 解散的事由

一 撤銷許可

依我民法第三四條規定：

「法人違反設立許可之條件者，主管官署得撤銷其許可。」

撤銷許可以後，法人在法律上即喪失其存續的根據，與已經解散一樣。

二 宣告破產

依我民法第三五條第一項規定：

「法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。」

法人既經宣告破產，那末，他的事業便無從繼續，自然不得解散了。

三 宣告解散

依我民法第三六條規定：

「法人之目的或其行為有違反法律，公共秩序或善良風俗者，法院得因主管官署，檢察

官或利害關係人之請求，宣告解散。」

解散，所以必須法院宣告的，因為究竟有沒有違反法律及公序良俗的情事，一方面固然以法院

認定來得適宜；他方面，即在避免行政機關的干涉。

以上三種關於法人解散的事由，對於社團和財團，均可適用。此外，對於社團和財團尚有特殊的解散事由。其關於社團者，例如第五七條及第五八條規定是。關於財團者，例如第六五條規定是。詳細情形，容後再說。

第二 清算

清算的情形有二：一是破產時的清算，一是其他解散時的清算。此處所說的，祇是解散的清算。茲分述如次：

一 清算人的種類及其任免

當清算之任的，叫做清算人。清算人有三種：

甲、法定清算人 民法第三七條規定：「法人解散後，其財產之清算，由董事任之，」董事便是法定清算人。

乙、選任清算人 清算人，原則上固應由董事擔任，但依民法第三七條但書規定，也可以

章程或總會的決議，另行選任董事以外的人為清算人，這被選任的便是選任清算人。

丙、指定清算人 民法第三八條規定：「不能依前條規定，定其清算人時，法院得因利害關係人之聲請，選任清算人。」這被法院選任的便是指定清算人。

上述三種清算人，法定清算人和選任清算人，與法人均屬於委任的關係，故其辭任及解任，應該準用民法債編關於委任的規定。至於指定清算人，則是一種公職，只有他自己可隨意辭任，社員是不得隨意解任的。但無論何種清算人，在法院認為必要的時候，均可解除其任務（民法第三九條）。

二 清算人的職務

依照民法第四〇條的規定，清算人的職務計有下列四種：

甲、了結現務 法人解散時已經着手而未了結的事務，不問其事務的性質怎樣，均應由清算人負責了結。

乙、收取債權 法人對於他人享有財產，清算人應該代為收取。

丙、清償債務 法人對於他人負有債務時，清算人應該代為償還。

丁、移交賸餘財產於應得人 法人的財產，如於清償債務以後，尚有賸餘，清算人應該交給於應得財產人。什麼人是賸餘財產應得人，民法第四四條設有明文，容後再說。

三 清算的程序

關於法人解散後的清算，我公司法規定甚詳，民法為免重複起見，只於第四一條規定說：「清算之程序，除本通則有規定外，準用股份有限公司清算之規定。」

所謂準用股份有限公司清算的規定，即準用公司法第二〇九條至第二一四條的規定是。

第三 賸餘財產的歸屬

法人是沒有繼承人的，所以我民法第四四條規定，法人解散以後，除清償債務外，應該依左列程序，定其賸餘財產的歸屬。

一 依照章程規定或總會的決議

我民法以章程或總會決議所定的人，為第一順位的歸屬人，因為法人的財產，不是社員的

出資，便是設立人私人所捐助，所以應當首先依照章程或總會決議定其賸餘財產歸屬人。

二 屬於法人住所所在地的地方自治團體

民法第四四條第二項規定：

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

所謂地方自治團體，例如縣市以及區坊鄉鎮之類是。民法上所以以其歸屬於地方自治團體，而不歸屬於國庫的，因為民法上的法人，係以公益為目的，以其賸餘財產歸屬於地方自治團體，比歸屬於國庫，更為適合於社員或捐助人的意思。

第二款 社團

第一項 社團的設立

第一 社團的設立人

社團既係以人為其成立的基礎，所以社團必須有其設立人。公益社團的設立人，究竟須有幾

個。民法上並無規定，我以為至少應當有兩個人，祇要有兩個人即可，其為自然人或法人，可以不問。

第二 社團章程的訂定

設立社團，應該訂定章程，這是我民法第四七條所明定的。所謂章程，就是規定法人內部組織及其他重要事項的規則。至於章程上應行記載的事項，我民法上分為兩類：

一 必要事項

甲、目的 社團的目的事業，係章程上首應記載的事項。

乙、名稱 名稱的記載，所以便於識別和稱謂。

丙、董事的任免 所謂任免，應作廣義解，舉凡人數、資格、任期和任免方法，均包括在內。

丁、總會召集的條件、程序及其決議證明的方法 因為總會是社團必要的機關，所以應將召集條件、程序等項，詳細載明，以便遵守。

戊、社員的出資 所謂出資，應作廣義解，舉凡出資額數、出資方法、出資種類，以及財產的總額均是。

已社員資格的取得和喪失 所謂社員資格的取得與喪失，就是關於社員入社，退社及開除等的條件和時期。

二 任意事項

依照上述民法第四七條關於社團章程必要事項的規定，頗爲簡單，所以，我民法再來一個補充的規定，凡係不違反法律及背於公序良俗的事項，均屬可以任意訂定的。民法第四九條規定：

「社團之組織及社團與社員之關係，以不違反第五〇條至第五八條之規定爲限，得以章程定之。」

第三 社團的登記

一 社團設立時的登記

依照前述民法第三〇條規定，法人非經向主管官署登記，不得成立，故我民法特於第四八條第一項規定社團設立時應行登記的事項如左：

甲、目的；

乙、名稱；

丙、主事務所及分事務所；

丁、董事的姓名及住所；

戊、財產的總額；

己、設立許可的年月日；

庚、定有出資方法者，其方法；

辛、限制董事代表權者，其限制；

壬、定有存立時期者，其時期。

依照同條第二項規定：社團的登記，應該由董事向社團主事務所及分事務所所在地的主管官署爲之；並且應該附具章程備案，以資查考。此處所謂主管官署，依照民法總則施行法第十條第一項及法人登記規則第一條規定，係指當地的司法機關——法院。關於登記的程序，法人

登記規則規定甚詳，可以參看。

二 社團設立後的登記

社團設立後的登記，有三種情形：在登記後有應登記的事項時所爲的登記，叫做補充登記。已登記的事項有變更時所爲的登記，叫做變更登記。曾經登記的事項，已消滅時所爲的登記，叫做消滅登記。我民法對於補充登記和變更登記，於第三一條規定：

「法人登記後有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更，而不爲變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。」

所謂不得對抗第三人，就是在沒有登記以前，社團不得以其事項向第三人主張的意思。反過來說，第三人以其事項向社團對抗，是可以的。消滅登記，民法上沒有規定，我以為應該用塗銷登記的方法，把他塗銷（法人登記規則第五條）假如沒有塗銷，解釋上即不得以之對抗第三人。

第二項 社團的社員

第一 社員資格的取得和喪失

社員，是社團成立的基礎，除設立人於社團成立後當然取得社員資格外，其他的人，非經過入社手續，不能爲社團的社員。關於入社手續，民法上未經規定，應該訂爲章程，共同遵守（民法第四七條第六款。）

其次，說到社員資格的喪失。社員資格，應當因社員的死亡或社團的消滅而喪失，但是我民法並無明文，所明白規定的，祇是社員退社和開除。

一 退社

社員自動的與社團脫離關係，叫做退社。社員入社以後，如果永遠不許退社，未免過於拘束社員的自由，而且事實上也沒有這樣的必要。所以，我民法第五四條規定：

「社員，得隨時退社。但章程限定於事務年度終或豫告期間後，始准退社者，不在此限。前項預告期間，不得超過六個月。」

依此規定，社員退社，固須遵照章程所定的限制，但是預告期間也不能定得很久，以免不便。

二 開除

社員被動的與社團脫離關係，叫做開除，亦稱除名。社員一經入社，如果無論怎樣均不得開除，對於社團本身很不方便，但是如其可以隨意開除，也有流弊。所以，我民法第五〇條第二項第四款規定，除經總會的決議外，尚須有正當的理由。

社員已經退社或開除，固然立即喪失社員的資格，但是他與社團的權利義務關係應該怎樣？民法第五五條則設有規定：

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

前項社員，對於其退社或開除以前應分擔之出資，仍負清償之義務。」

倘無本條規定，則社團將因社員的退社或開除，影響其存續和進行。

第二 社員的權利和義務

一 社員的權利

社員的權利，有共益與非共益的區別。共益權，係為完成社團的作用參與其事務的權利。依

我民法規定，有出席總會的權利（第五二條第一項），請求或自行召集總會的權利（第五一條第二項第三項），請求宣告總會不當決議無效的權利（第五六條第一項）和參與總會表決的權利（第五二條第二項）。非共益權，係社員個人所享受的權利，例如利用社團設備的權利是。

二 社員的義務

社員的義務，也有共益與非共益的分別。共益義務，係為完成社團的作用，參與其事務的義務。例如出席總會的義務，參與表決的義務，和執行業務的義務是。非共益義務，係社員個人所負擔的義務，例如出資的義務是。

第三項 社團的總會

第一 總會的性質

總會，亦稱社員大會，是社員全體所組成的最高且必要的社團議決機關。分析的說：（一）總會是社員全體所組成的機關，非社員全體有表決權，即不能成立總會。（二）總會是社團的最高機關，（民法第五〇條第一項）社團的事務，除以章程委託董事或其他職員外，必須經由總會的

決議。如其決議不違反法律命令或章程，董事或其他職員即有必須服從的義務。(三)總會是社團的必要機關，此因社團係以社員爲其成立基礎的緣故。(四)總會是社團的決議機關，所謂決議機關，即依決議方法決定法人意思的機關，不過總會決議後，尙有賴於董事或其他職員的執行。

第二 總會的種類

一 定期總會

定期總會，也叫做常會或例會。我民法第五一條第一項規定：

「總會，由董事召集之。」

關於召集的時期，我民法未設明文，自有待於章程的訂定（民法第四七條第四款。）

二 臨時總會

臨時總會，係對定期總會說的，通常在必要的時候纔能召集。召集臨時總會，第一，當由董事和社員的認定，所以民法第五一條第二項規定：

「如有全體社員十分一以上之請求，表明會議目的及召集理由請求召集時，董事須召

集之。」

這就是所謂少數社員的權利。祇須具備各種法定的要件，即非依法召集不可，否則便當給此少數社員以召集權。就是：

「董事受前項之請求後，一個月內不為召集者，得由請求之社員，經法院之許可，召集之。」（民法第五一條第三項。）

第三 總會的權限

關於總會的權限，我民法係採列舉主義，凡左列各種事項，均應經過總會的決議（民法第五

○條第二項）

- （一）變更章程 變更章程，就是變更社團的目的和組織，所以應當經過總會的決議。
- （二）任免董事 董事，是社團的必要機關，所以董事的任免應當經過總會的決議。
- （三）監督董事職務的執行。
- （四）開除社員，但以有正當理由時為限。

因為總會是社團的最高機關。在解釋上，除去上面所列舉的幾種事項而外，總會對於其他的事項，均應有決議權。

第四 總會的召集

總會的召集，就是召集權人向各社員發出開會通知的意思。召集，係總會成立的要件。召集權人，通常是社團的董事，不問係出自他自己的意思，或社員的請求。但如董事於接受社員的請求後，一個月內不為召集，則請求召集總會的社員，於經法院許可以後，可以自行召集，則是一般社員有時亦有召集權。關於召集的條件和程序，我民法未設明文，自有待於章程的訂定（民法第四七條第四款）。

第五 總會的決議

一 表決權

凡屬社團的社員，均有表決權，且其表決權完全平等，決不因出資的多寡或其他情事而有變更。關於表決權的行使，我民法祇於變更章程一項定有明文（第五三條第一項後段）其餘

則無規定。

二 決議的方法

甲、通常決議 民法第五二條第一項規定：

「總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之。」

此係關於通常決議的方法。所謂本法有特別規定，例如關於變更章程和解散社團的規定是。通常決議，既係須有出席社員過半數的同意，那末，實際上究有若干社員出席，可以不問。

乙、特別決議 依我民法規定，特別決議，計有兩種：

(A)變更章程的決議 民法第五三條第一項規定：

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

其所以設出席社員和同意社員名額的限制，因為變更章程，關係非輕，倘無一定的限制，那末，很可以以少數壓迫多數了。

(B)解散社團的決議 民法第五七條規定：

「社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之。」

社團的成立，既係以社員為基礎，那末，社團的解散，也應當尊重社員的意思，不過為集思廣益起見，應當經過全體社員三分之二以上的同意。

三 決議的無效

總會的決議，固然有拘束全體社員的效力，但是如有一定的情事發生，也可以請求法院宣告其決議為無效。依我民法第五六條規定：

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

前項之請求，應於決議後三個月內為之。」

依此規定，得為決議無效請求的，以原不同意的社員為限，而其時期須在三個月以內，否則便喪失其請求權。

第四項 社團的解散

社團的解散，除適用通則中關於一般法人解散事由的規定外，我民法另有兩種特殊的規定：

第一 總會決議的解散

如前所述，社團係以社員爲其成立基礎，其得由總會決議解散，事屬當然，不過依我民法第五七條規定，必須全體社員三分二以上的可決，方能生效。此點前面已說過，茲不贅。

第二 社團事務無從依章程進行的解散

我民法第五八條規定：

「社團之事業，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。」

社團的存續，在於經營一定的事業，如因法令的改正，或有其他意外情事，不能依照章程順利進行，那末，即無再令其繼續的必要，所以我民法以其爲審判上的解散原因。所謂利害關係人，不以社員爲限，社團的債權人和賸餘財產的歸屬權人，也包括在內。

第三款 財團

第一項 財團的設立

第一 財團的設立人

財團和社團相同，也必須有設立人。但是，社團是以社員爲其成立基礎的，所以解釋上須有兩個以上的設立人。財團並不以社員爲其成立基礎，我以爲解釋上縱然只有一個設立人也是可以的。

第二 財團章程的訂立

一 訂立章程的必要

民法第六〇條第一項規定：

「設立財團者，應訂立捐助章程，但以遺囑捐助者，不在此限。」

財團設立人可以生前捐助，也可以用遺囑捐助。如在前捐助，除捐助行爲而外，尚須訂立章程；如以遺囑捐助，則可以遺囑代替章程，因爲依照民法第一一八九條以下的規定，遺囑須依照一定方式，並須以書面爲之，那末，關於財團的目的及其所捐財產，遺囑上自必已有相當記載了。

二 章程記載的事項

甲、必要事項 依照民法第六〇條第二項規定：

「捐助章程，應訂明法人目的及所捐財產。」

同法第六二條第一項規定：

「財團之組織及管理方法，由捐助人以捐助章程定之。」

依此規定，財團章程必要記載的事項有左列三種：

(A) 目的；

(B) 所捐財產；

(C) 組織及管理方法。

乙、任意事項 除上述三種必要事項外，其他如名稱，事務所，董事的任免，監督董事執行職務的方法，以及賸餘財產的歸屬等，均不妨於章程中加以補充。

三 章程的補充

民法第六二條規定：

「財團之組織及管理方法，由捐助人以捐助章程定之。

捐助章程所定之組織不完全或重要之管理方法不具備者，法院得因利害關係人之聲請，爲必要之處分。」

此係財團章程可以任意補充的規定。法院所以有補充章程的權限，因爲財團和社團不同，並無意思機關，如不由法院予以補充，則財團的事業即無從進行了。但是，法院可以補充的，僅限於財團的組織和管理方法，財團的目的和所捐財產，法院是不能補充的。

第三 財團的登記

一 財團設立的登記

財團和社團一樣，非經主管官署登記，不得成立（民法第三〇條。）其應行登記的事項，有左列八項（民法第六一條第一項）

（甲）目的；

(乙)名稱；

(丙)主事務所及分事務所；

(丁)財產的總額；

(戊)受許可的年月日；

(己)董事的姓名和住所；

(庚)限制代表權者，其限制；

(辛)定有存立時期者，其時期。

登記的處所及聲請人，也和社團一樣，就是：

「財團之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之。並應附具捐助章程備案」(民法第六一條第二項。)

以備考核。

二 財團設立後的登記

財團設立後的登記，與社團相同，也可分為補充登記，變更登記和消滅登記。我民法第三一條對於前兩種登記，定有明文，可以適用。關於消滅登記，解釋上應與前述的社團一樣，可參閱之。

第二項 財團的變更

財團的設立人，於財團設立以後，即脫離關係，關於財團的組織和目的，似乎不容有所變更。但是在某種情形之下，如財團的組織顯然不健全，或財團的目的顯然不能達到，而不予監督官署以一種糾正的權限，那末，不但不能貫徹設立人的意思，即對於社會公益亦有妨礙。所以我民法特設以下的規定。

第一 財團組織的變更

我民法第六三條規定：

「為維持財團之目的，或保存其財產，法院得因捐助入董事或利害關係人之聲請，變更其組織。」

依此規定，財團組織的變更，必須具備左列三種要件：

- (一) 須爲維持財團的目的或保存其財產；
- (二) 須因捐助人董事或利害關係人的聲請；
- (三) 須法院爲之。

第二 財團目的的變更

我民法第六五條規定：

「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，變更其目的及必要之組織，或解散之」。

依此規定，財團目的的變更，必須具備左列三種要件：

- (一) 須因情事的變更，致財團的目的不能達到；
- (二) 須斟酌捐助人的意思；
- (三) 須由主管官署爲之。

具備上述三種要件以後，不但可以變更財團的目的，並且可以變更其必要的組織，或逕行解散。

第三項 董事行爲無效的宣告

董事，係財團的必要機關，依照我民法解釋，董事執行業務時原應服從主管官署的監督，所以民法復於第六四條規定：

「財團董事，有違反捐助章程之行爲時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效。」

利害關係人之所以有權聲請宣告，完全因爲財團非如社團尙有總會監督董事執行職務的緣故。

第四款 外國法人

第一 外國法人的意義

關於本國法人與外國法人的區別，學說上有好幾個標準：有以設立時所依據的法律爲標準的，有以設立地爲標準的，有以社員的國籍爲標準的，有以事業地爲標準的，有以住所地爲標準的，其詳細的研究，屬諸國際私法範圍，茲不多述。依照我民法第二五條規定：「法人非依法律之規定，不得成立。」可見我民法係採第一個標準，即通常所謂準據法主義。因此，我們可以說：依據中國法

律成立的法人，是中國法人，依據外國法律成立的法人，是外國法人。

第二 外國法人的認許

因為國際關係與世界商業的發達，承認外國法人，誠屬必要，但是也不能漫無限制。所以，我民法總則施行法第十一條規定：

「外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。」

所謂認許其成立，就是說：已依外國法律成立的法人，承認牠在中國也是法人的意思，並非一經認許，即使外國法人成爲中國法人，或是在外國尙不能成爲法人的，也成爲法人。

未依中國法律認許成立的法人，在中國既非法律上的人格者，自然沒有權利能力和行爲能力，但是事實上，這種未經認許的外國法人在中國做交易的很多，我民法總則施行法第十五條又復規定：

「未經認許其成立之外國法人，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。」

這全然是在於保護與其為交易的相對人為目的。

第三 外國法人的權利義務

我民法總則施行法第十二條第一項規定：

「經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人有同一之權利能力。」

所謂法令的限制，除民法第二六條但書的規定外，凡外國自然人所不能享有的權利，也均不能享有。

其次，同條第二項規定：

「前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。」

此係關於外國法人義務的規定。

第四 外國法人的登記和撤銷

經認許的外國法人，其在中國設有事務所的，也應該負登記的義務。至其詳細手續，則準用民法總則第三〇條第三一條第四五條第四六條第四八條第五九條第六一條及民法總則施行法

第十二條的規定（民法總則施行法第十三條。）又同法施行法第十四條規定：

「依前條所設之外國法人事務所，如有民法總則第三十六條所定情事，法院得撤銷之。」
依照民法總則第三十六條規定，中國法人如其目的或行為有違反法律，公共秩序或善良風俗時，法院可以宣告解散。外國法人雖不能宣告解散，但是法院亦得以職權或依主管官署，檢察官或利害關係人的請求，撤銷他在中國所設的事務所。

第二章 物

第一節 物的意義

權利，由形式方面觀察，係法律對於權利主體所認許的力；由實質方面觀察，則是歸屬於各個權利主體利益的限界。因此，無論什麼權利，必以一定的利益，為其內容。為構成此內容，必須有一定的對象，或稱客體，例如債權，以特定人的行為，為其權利的客體；身分權，以有一定身分關係的他人，為其權利的客體；人格權，以權利人的自身，為其權利的客體。至於物權，則以一定的物，為其權利的客體。由此可知私權的客體種類原來很多，我民法祇於總則中規定，物權的客體物，係因物在私權客體中，占有重要地位的緣故。

什麼是物？民法上雖無明文規定，但是就學理解釋，我們可以說：凡在吾人可能支配範圍內，除去人類的身體，而能獨立成爲一體的有體物，便是法律上所謂物。茲分析說明如次。

第一 物必有體

關於此點，民法上雖無明文規定，但是我以為民法上所謂物，係專指有體物。其理由有二：（一）我民法債編和物權編，常將物和權利分而為二，那末，通常所謂物，自係專指有體物，不包含權利在內。（二）就學理上說，如果物權債權等權利，也稱為物，那末，必於其上更認所有權的觀念，如此一來，將使物權和債權的區別，渾亂不清。但是所謂有體物，與有定形的物不同，有體物不必皆有定形，凡是占有一定空間的物體，皆是有體物，例如瓦斯，也是有體物。

第二 物必在我們可能支配範圍內

民法上的物與物理學上的物，其範圍頗不一致。大凡占有一定空間的，固然是物理學上所謂物，但是如果我們不能支配，即不能算是民法上所謂物，例如海洋空氣和光線是。因為物權是支配物的權利，如果不能支配，便不能做物權的客體，也就不是民法上所謂物。但是，我們不能夠支配，常因時代變遷而不同，例如天然力中的電氣，以前是不能支配的，現在因為科學的進步，已可以支配，所以也就是民法上所謂物。

第三 物必獨立為一體

民法上的物，須能獨立爲一體。所謂獨立爲一體，就是能獨立有其個體的意思。至於是否獨立爲一體，應該依當時交易上的習慣去決定。舉例來說，例如一座房屋和一隻船，雖由許多木片構成，但是日常交易，仍以其獨立爲一體，所以民法上也須把他們當做一物，而爲私權的客體。

第四 物須除去人類的身體

爲什麼民法上的物，必須除去人類的身體？因爲人身爲人格所附屬，所以不能當做物。更進一步說，人死之後的屍體，和以人工連接於身體的物，如可認爲身體的一部，例如義手義足之類，也不能當做物。但是如毛髮牙齒等等，在未與身體分離以前，固然不能當做物，假使已經與身體分離，仍得稱爲物。

第二節 物的分類

我民法總則所定的物，有動產不動產，主物從物，原物和孳息等。這且等到下文再說；現在先將一般學者所舉的分類，分述於次：

第一 融通物和不融通物

這是基於能否為交易目的而定的區別。前者是融通物，後者是不融通物。不融通物，通常有左列幾種：

一、古物及法物 例如名勝古蹟古物保存條例上所定的古物，和監督寺廟條例上所定的法物，均是不能由個人獨占的。

二、公有物 國家或公共團體，因經濟目的所使用的財產及因公共目的所使用的物，例如學校官署軍艦是。

三、公用物 直接供公眾使用的，例如道路，河川，圖書館是。

四、禁制物 依法令規定，禁止所有，持有，或交易的，例如猥褻書畫（刑法第二三五條），鴉片煙具（同法第二六五條）是。

第二 代替物和不代替物

在一般交易觀念只注重其物的品質、種類、數量的，叫做代替物。例如金錢米穀是。如在注重其物的個性，不得以同品質、種類、數量的他物代替的，叫做不代替物，例如牛馬書畫是。至於區別代替

物和不代替物的實益，於消費借貸及消費寄託中見之（民法第四七四條第六〇二條）茲不贅。

第三 特定物和不特定物

如前所述代替物和不代替物，是基於一般交易觀念的區別；至特定物和不特定物，則是基於當事人的意思或其他事實的區別。就是：依當事人主觀的意思或其他事實，具體的指定之物，叫做特定物；反之，僅以種類、品質、數量抽象的指定之物，叫做不特定物。代替物不代替物的區別，和特定物不特定物的區別，似是而實不同，因為前者是依各個交易主觀決定的，後者則係依一般交易客觀決定的，例如金錢是代替物，但是寄託封緘的金錢，即成爲特定物，關於特定物和不特定物區別的實益，於所有權移轉及危險負擔中見之，其詳可參照本叢書的民法債編，茲不贅。

第四 消費物和不消費物

在交易上，依其物的用法，只能使用一次，便歸消滅或變更主體的，叫做消費物，例如油、米、酒、柴、金錢是。反之，叫做不消費物，例如衣服器具是。二者區別的實益，於消費借貸使用借貸和租賃中見之，因為消費借貸，須移轉所有權，所以必爲消費物，使用借貸和租賃，只須移轉占有，所以必須爲不

消費物。

第五 可分物和不可分物

凡物，不因分割變更其性質或減損其價值的，叫做可分物。反之，如因分割而毀損其物的性質或價值的，叫做不可分物。前者例如一石米，縱經分割，也不致毀損其性質及價值。後者例如一匹馬，一經分割，即毀損其性質和價值是。二者區別的實益，在於決定多數債權人及債務人，其債權債務是否可分（民法第二七一條第二九二條第二九三條）和共有人對於共有物能否請求分割，或僅能請求換價（第八二三條第一項第八二四條第一項第一款）。

第六 單一物集成物和聚合物

形體上能獨立成爲一體的，叫做單一物。其所以獨立成爲個體，不問由於天然，由於人爲，抑由於社會的觀念。例如一株樹，一輛洋車，一雙皮鞋是。由多數結合而成的個體，叫做集成物。例如由門窗戶壁天蓋地板等物結合而成房屋是。由單一物或集成物聚合而成的，叫做聚合物。例如羊羣圖書館是。聚合物既獨立成爲個體，具有經濟上的價值，所以也可認爲一物而爲權利的客體。

第三節 動產和不動產

第一 動產和不動產區別的必要

動產和不動產的區別，在民法上很關重要，區別動產不動產的理由約有兩種：（一）不動產在經濟上封建制度上的價值遠勝於動產。（二）不動產不若動產容易變更位置，所以關於不動產權利的得喪變更，可採登記制度：動產則以對於其物取得事實上的支配爲要件。不過到了現在封建制度已成過去，而船舶和有價證券等動產，在經濟上的價值，也不亞於不動產，所以在現代法制上，區別不動產和動產的理由，只剩後述的一種。

第二 動產和不動產區別的標準

關於動產與不動產的區別，我民法第六六條第六七條定有明文。茲分別敘述如次：

一 不動產

民法第六六條第一項規定：

「稱不動產者，謂土地及其定着物」

甲、土地 土地係指地球能爲人力可能支配的部分，通常包含地表、空中及地下。就我民法第七七三條觀察，土地應該包含空中，固然沒有疑問，但是也有一定的限度，對於無害於土地的空中飛行和電線等，則不能主張地面上的支配力。再者，基於經濟上的理由，礦產應當屬於國有，亦非土地所有權支配之所及（鑛業法第一條）。

乙、土地的定着物 所謂土地的定着物，有兩個要件，就是一方面必須定着於土地，他方面須未構成土地的一部分，土地的定着物，可大別爲兩種，一是與土地各別獨立的不動產，例如房屋和其他建築物。一是定着於土地的一部分，例如溝渠、牆垣和其他的工作物是。

此外，我民法第六六條第二項規定：

「不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分。」

本項規定，雖泛云不動產，實則專指土地，因爲只有土地纔有出產物。所謂土地的出產物，就是土地的天然孳息。

二 動產

什麼是動產？我民法只於第六七條設有消極的規定曰：

「稱動產者，為前條所稱不動產以外之物。」

這種規定甚為概括。茲依據學理下一定義：凡是不毀損其物，能夠變更其所在的有體物，都叫做動產。動產，有依自力移動的，例如動物是，有依他力移動的，例如器具是。

第三 動產和不動產區別的實益

區別動產和不動產的實益，牽涉很廣，就民法上的規定來說：例如第二四一條第一項關於債權人遲延的規定，第四四二條第四四五條第四五〇條第三項關於不動產租賃的規定，第五一三條關於承攬人抵押權的規定，第五三四條第一款第二款關於受任人特別授權的規定，第五五四條第二項關於經理人書面授權的規定，第七五八條至第七六〇條關於不動產公示方法及移轉設定方式的規定，第七六一條關於動產讓與的規定，第七六八條至第七七〇條第七七二條第八〇一條關於取得時效的規定，第八六〇條第八八四條第九一一條第九二八條關於典質抵押留置的規定，第九六〇條關於占有物取回的規定，第一一〇一條關於監護人處分權限的規定是。

第四節 主物和從物

第一 主物和從物區別的理由

凡物，由他的經濟作用觀察，有的具有獨立的效用，有的處於從屬地位祇能補助他物的效用。前者例如電燈是，後者例如電燈上的燈罩是。在一般交易上，前者的處分，以及於後者為原則，民法上為避免爭執起見，特設主物和從物的規定。

第二 主物和從物區別的標準

民法第六八條第一項前段規定：

「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬一人者，為從物。」

那末，反過來說，被從物所從屬的，就是主物。茲將從物的要件分述如次，至於什麼是主物，可由反面推論而知。

一、主物和從物須為兩個獨立的物。關於此點，就上開條文「非主物之成分」一語即可了然。否則如為他物的構成部分，例如房屋上的門窗，則不發生主從的關係。

二、主物和從物之間須有主從關係。關於此點我民法雖無明文，但在解釋上應該如此，至於有無主從關係，應依交易上的通念決定，所有人的意思如何，可以不問。

三、須從物常助主物的效用。所謂「助」就是現實補助主物經濟上效用而成爲附屬品的意思。所謂「常」原對暫時而言，但又不可與不間斷的意思相混。

四、從物與主物須同屬於一人。關於此點，可由民法第六八條第二項解釋得之，因爲完成主物經濟的效用，達到同一的經濟目的，自然非從物與主物同屬於一人不可。

以上四點，均爲從物的要件，但是交易上如有特別的習慣，仍可從其習慣（民法第六八條但書），所謂交易上的特別習慣，例如洋爐的煙筒，裝米麥的麻袋，在南京交易上的習慣，並不當作洋爐與米麥的從物是。

第三 主物和從物區別的實益

區別主物和從物的實益，在使從物的運命從屬於主物，所以我民法第六八條第二項規定：「主物之處分，及於從物。」

所謂處分，係指權利人對於其物所可爲的一切行爲。不過此項規定，祇能在當事人意思不明的時候可以適用，如果當事人另有反對的意思表示，當然應該從其表示。

第五節 原物和孳息

第一款 原物和孳息的意義

孳息，係由原物所產生的收益。產生此收益的物，便是原物。所謂原物，不限定是「物」，即由權利而生的收益，也叫做孳息。孳息有天然孳息和法定孳息的區別，依物之用法所收穫的出產物，叫做天然孳息；因法律關係所得的收益叫做法定孳息。

第二款 孳息的分類

第一 天然孳息

民法第六九條第一項規定天然孳息的意義說：

「稱天然孳息者，謂果實動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物。」

茲分析說明如次：

一、天然孳息爲原物的出產物 所謂出產物，大致有兩種情形：一是有機的出產物，例如樹木的果實，動物的乳雛是。一是無機的出產物，例如鑛山的鑛物，石山的石材是。

二、天然孳息係依原物的用法所收穫 所謂原物的用法，就是依原物經濟上的目的而收穫的意思，例如因種田而獲得的穀物是。其非依經濟上的目的而收穫的，例如因種田而發見藏金是，後者不能算爲孳息。

第二 法定孳息

民法第六九條第二項規定法定孳息的意義說：

「稱法定孳息者，謂利息租金及其他因法律關係所得之收益。」

茲分析說明如次：

一、法定孳息是原本的收益 所謂收益，指他人因利用原本所給與的報酬。收益並不以權利爲限，就是金錢或其他之物，也可當做收益。

二、法定孳息係依法律關係的所得 所謂法律關係，不以使用爲限，舉凡一切的法律關係皆

包括在內。至其所得，究竟是由法律行爲而生，抑由法律規定而生，也可不問。

第三款 孳息的收取

第一 天然孳息的收取

民法第七四條第一項規定：

「有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息。」

依此規定，天然孳息應屬於原物分離時的權利人，其生產人爲誰，可以不問。但是我民法恐其有失公平，特於第四六一條設一補充規定，其詳可參考本叢書的民法債編，茲不贅。

第二 法定孳息的收取

民法第七〇條第二項規定：

「有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息。」

所謂收取權利人，例如利息以債權人爲收取權利人，租金以出租人爲收取權利人。所以必須按日收取，因恐收取權利人先後不同，發生不公平的緣故。

第四章 法律行爲

第一節 法律現象與法律事實

法律行爲，是法律事實中的一種。我們要知道法律行爲在民法上所占的地位，不可不明瞭法律事實、法律現象和法規三者相互間的關係。如以論理學上的三段論法爲例：那末，法規係大前提，法律事實係小前提，法律現象則係由此大前提、小前提推斷而得的結論。舉例來說：如民法第六條規定，人的權利能力始於出生（法規，大前提），某甲爲人（法律事實，小前提），所以某甲自出生時起便享有權利能力（法律現象，結論）是。法律行爲既是法律事實中的一種，因此，我們知道：僅有法規，法律現象無由產生，法律現象的發生，有待於法律事實，尤其是法律行爲的活動。茲先敘述法律現象和法律事實的含義，藉以明其與法律行爲的關係。

第一款 法律現象

法律現象，係由法律事實適用法規所生的結果，法律上的現象，雖然很多，但大致不外權利的變動，即權利的發生，變更和消滅。

第一 權利的發生

權利的發生，係權利附着於特定人的現象，換句話說，就是權利的取得。權利取得，通常分爲原始取得和繼受取得：

一 原始取得

原始取得，係非基於他人的權利，獨立取得權利的意思。例如因先占取得無主物的所有權（民法第八〇二條），因拾得取得遺失物的所有權（民法第八〇七條），因取得時效取得他人之物的所有權（民法第七六八條至第七七〇條）是。

二 繼受取得

繼受取得，係基於他人的權利而取得權利的意思。繼受取得，有係基於取得人的意思的，例如依法律行為取得權利是。有非基於取得人的意思而是由於法律規定的，例如因遺產繼承取得權利。

利是。

三 原始取得與繼受取得區別的必要

繼受取得，不管他的種類怎樣，總是基於他人的權利而取得權利，因此「無論什麼人也不能將大於自己所有的權利移轉於他人。」反之，在原始取得，則沒有這種的限制。

第二 權利的變更

權利的變更，係並不影響於權利的本質，僅僅變更其性質的現象，通常可以分爲下列三種：

一 權利主體的變更

權利主體的變更，有種種形態：有祇變更主體的，例如狹義的權利讓與是。有原屬於一人的權利，分屬於數人的，例如數人繼承一人的遺產是。有原屬於數人的權利，改屬於一人的，例如兩共有人中一人拋棄其應有部分是。

二 權利客體的變更

權利客體的變更，也有種種形態：就物權說，例如所有權標的房屋因失火燒燬其一部是。就債

權說，例如以不特定物爲標的之債爲特定之債是。

三 權利內容的變更

權利內容的變更，也有種種形態：有變更其性質的，例如由固有之債變爲損害賠償之債是。有變更其作用的，例如由不能對抗第三人的權利，變爲得以對抗第三人的權利是。有變更其狀態的，例如抵押權次序的變更和債權履行期的變更是。

第三 權利的消滅

權利的消滅，係權利和權利主體分離的現象。通常可以分爲下列兩種：

一 權利之相對的消滅

權利之相對的消滅，就是權利與以前的主體分離，而移屬於他權利主體的意思。於此情形，就以前的權利主體說，固然是權利之相對的消滅。但就新權利主體說，則又係權利的繼受取得了。

二 權利之絕對的消滅

權利之絕對的消滅，係權利本身，客觀的失其存在的意思。權利之絕對的消滅原因很多，有依法律規定而消滅的，例如請求權因十五年間不行使而消滅。有依當事人的意思而消滅的，例如權利因拋棄，而消滅。有因標的物的滅失而消滅的，例如房屋因失火燒燬，所有權因而消滅。有因效用的終了而消滅的，例如借用權因借用物依借貸目的使用完畢而消滅。

第二款 法律事實

第一 法律事實的意義

大凡法律現象的發生，必有法規附與其效果的事實，這種事實便是法律事實。法律事實，是發生法律現象的原因，換句話說，法律事實與法律現象處於原因和結果的關係。因為這個緣故，所以凡欲主張某種法律現象的存在，即應就其法律事實負舉證責任，我新民事訴訟法第二七七條所開：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實，有舉證之責任。」就是指這種法律事實而言的。

第二 法律事實的構成

法律事實的構成，情形不一，有由單一事實構成的，例如自然人的出生死亡是。有由多數事實

構成的，例如質權的設定是（設定質權，由雙方意思表示的合致，和標的物的交付而成立。）這多數的事實，有同時存在的，例如社員總會的決議是。也有先後存在，即一事實先發生，俟有他事實，纔成爲完全的法律事實，而生完全的法律現象的，例如訂立契約，必須先有要約的意思表示，俟有承諾的意思表示，纔成爲完全的法律事實，產生完全的法律現象是。

法律事實的構成，既然有單一與複數的分別，那末，發生效力的時期，自然亦不相同。如果法律事實是單一的，則於事實完成時發生效力。法律事實如係複數的，則必俟此多數事實相次發生，在最後事實發生的時候，纔發生效力。但是我們應當知道：法律事實的自其完成時對於將來發生效力，乃係原則，也有依法律規定或是法律事實的性質溯及既往發生效力的。例如法律行爲的撤銷（第一一四條），法律行爲的承認（第一一五條），選擇之債的選擇（第二一二條）契約的解除（第二五九條）是。

第三 法律事實的分類

法律事實，因觀察標準不同，得爲種種的分類：（一）單一事實與構成事實，關於此點，已如前

述，茲不贅。(二)獨立事實與附屬事實。獨立事實，是獨立存在的事實，附屬事實，是必與他事實結合纔能存在的事實，例如善意惡意，故意過失是。(三)人的行爲與人的行爲以外的事實。末後的一種分類，頗關重要，茲分別說明如左：

一 人的行爲

行爲，係基於人類精神作用的身體動靜。其行爲是積極的運動時，叫做作爲；其行爲係消極的狀態時，則叫做不作爲。行爲，更得爲左列的分類：

甲、合法行爲 合法行爲，是適應法律而爲法律所容許的行爲。通常又可分爲法律行爲及準法律行爲。

(A)法律行爲 法律行爲，是以意思表示爲其要素的行爲，其詳俟於下節再說。

(B)準法律行爲 準法律行爲，是法律行爲以外的合法行爲，例如觀念表示，感情表示，及請求表示是，其詳俟於意思表示中再行說明。

乙、違法行爲 違法行爲，是違反法律而爲法律所不容許的行爲，通常又可分爲侵權行

爲及準侵權行爲。茲分述如左：

(A) 侵權行爲 侵權行爲，是故意或過失不法侵害他人權利的行爲。例如故意或過失不法殺傷他人的生命身體，剝奪他人的自由，誹謗他人的名譽，毀損他人的財產是。其詳請參照本叢書民法債編侵權行爲章，茲不贅。

(B) 準侵權行爲 準侵權行爲，就是侵權行爲以外的違法行爲，其最主要的是債務不履行，其詳請參考本叢書民法債編債之效力章，茲不贅。

二 人的行爲以外的事實

人的行爲以外的事實，或單稱事實，通常可分爲左列兩種：

甲、事件 事件有關於人的事件和關於物的事件。前者例如出生死亡（第六條）不當得利（第二七九條）混同（第三四四條）及繼承開始（第一一四七條）是。後者如天然孳息的分離，和物的出產或消滅是。

乙、狀態 狀態，也有關於人的狀態和關於物的狀態，前者例如生死不明（第八條），

年齡（第一二條）、心神喪失（第一四條）是，後者如鄰地毗連（第七九三條）附合（第八一二條）、混合（第八一三條）及加工（第八一四條）是。

第二節 法律行為通則

第一款 法律行為的本質

什麼是法律行為？民法上沒有解說的明文，我以為：法律行為是以私人欲想發生私法上效果的意思表示為要素，因有此表示，所以發生法律上效果的法律事實。茲分析說明如左：

一 法律行為係法律事實

法律事實，是發生法律現象的原因，法律行為，則是法律事實的一種。其詳已如前述，茲不贅。

二 法律行為係私人發生私法上效果的行為

法律效果，可分為公法上效果與私法上效果。民法上的法律行為，只發生私法上的效果。

三 法律行為以意思表示為要素

意思表示，即所謂效果意思表示。因為法律行為，是有行為能力人的自治行為，以發生一定

效果的意思爲基本的，所以效果意思的表示，就是法律行爲構成要素。

四 法律行爲所生的效果爲人所希求

這一點，便是法律行爲與違法行爲及準法律行爲的重大區別，例如違法行爲中的侵權行爲，雖然也由法律賦予一定的效果，但並非行爲人所希求，又如準法律行爲中的債權讓與通知，債務履行請求等，雖然也由法律賦予一定的效果，可是亦與行爲人的意思無關。

第二款 法律行爲的分類

第一 單獨行爲契約及共同行爲

一 單獨行爲

單獨行爲，係依一方當事人的意思表示而成立的法律行爲，又叫做一方行爲。單獨行爲，可以分爲兩種：一種是有相對人的，例如法律行爲的撤銷，承認，契約的解除，及債務的免除是。一種是沒有相對人的，例如遺囑及捐助行爲是。但是縱係有相對人的單獨行爲，也祇須行爲人向相對人表示即可，無須相對人承諾，其法律行爲始能完成，這就是單獨行爲與契約不同的所在。

二 契約

契約，係依雙方當事人相互的意思表示之一致而成立的法律行為，又叫做雙方行為。當事人雙方的意思表示，在方向上內容上均相對應，由相對應而合致的時候，則其契約即屬成立。其詳請參考民法債編第一五三條以下的規定，茲不贅。

三 共同行為

共同行為，係多數當事人平行的意思表示之一致而成立的法律行為，又叫做協定行為。例如社團法人的設立行為，社團法人的解散決議是。就其須為多數意思表示相結合的一點說，固然與單獨行為有別，就其多數意思表示之一致，係同一方向具有同一意義同一目的的一點說，則又和契約不同。

第二 債權行為物權行為親屬行為及繼承行為

一 債權行為

債權行為，係發生債權法上效果的法律行為。有為單獨行為的，如無因管理是，有為契約的，如

買賣互易贈與及租賃是。這種契約稱爲債權契約。

二 物權行爲

物權行爲，係發生物權法上效果的法律行爲。也有單獨行爲和契約之分，前者例如所有權地上權的拋棄是。後者例如抵押權質權的設定是。

物權行爲和債權行爲的關係，在於：債權行爲僅能發生債的關係，物權上的變動，則由物權行爲而生，例如即時買賣，係物權行爲與債權行爲同時並存；不特定的買賣，係先有債權行爲後有物權行爲，僱傭，係僅有債權行爲，沒有物權行爲；而不當得利的返還原物，則又係僅有物權行爲，沒有債權行爲是。

三 親屬行爲

親屬行爲，係發生親屬法上效果的法律行爲，也可分爲單獨行爲和契約。前者例如婚姻的撤銷，非婚生子女的認領是。後者例如結婚和協議離婚是。這種契約，叫做親屬契約。

四 繼承行爲

繼承行爲，係發生繼承法上效果的行爲，大抵皆是單獨行爲。

第三 生前行爲與死後行爲

死後行爲，係以當事人一方死亡發生效力的法律行爲，又叫做死因行爲。有在性質上是死因行爲的，例如遺囑及遺贈是。有依當事人的約定爲死因行爲的，例如買賣互易等契約，由當事人約定，依一方的死亡發生效力是。生前行爲，除死後行爲以外的一切法律行爲均是。

第四 要式行爲與非要式行爲

非依一定方式不能成立的法律行爲，爲要式行爲。要式行爲可分爲法定要式行爲和約定要式行爲。前者之爲要式行爲，由於法律所規定，例如結婚及遺囑是。後者之爲要式行爲，則由於當事人所約定，例如動產的買賣，當事人約定須以書面訂立是。非要式行爲，就是無須依照一定方式即得成立的法律行爲。多數行爲，均是非要式行爲，這叫做方式自由的原則。

第五 主行爲與從行爲

一種法律行爲的發生效力，以他種行爲或他種法律關係爲前提的，叫做從行爲；爲其前提的

法律行爲，叫做主行爲。從行爲，例如夫妻財產契約，質權設定契約及保證契約是。因爲夫妻財產契約係以婚姻契約的存在爲前提，質權契約和保證契約，係以債權契約的存在爲前提。爲其前提的婚姻契約債權契約，便是主行爲。

第六 獨立行爲與補助行爲

法律行爲本身並無獨立的實質和內容，僅爲他種行爲發生效力的條件的，爲補助行爲，反是，法律行爲本身具有獨立的實質和內容的，則係獨立行爲。補助行爲，例如允許，同意及承認是。

第七 有償行爲與無償行爲

在以財產給付爲標的的法律行爲中，雙方當事人各因給付而取得利益的法律行爲，爲有償行爲。反是，當事人的一方，無所給付而取得利益的法律行爲，則屬無償行爲。前者例如買賣互易及有利息的消費借貸是。後者例如贈與使用借貸及無利息的消費借貸是。有償行爲，應該準用關於買賣的規定（民法第三四七條。）這是區別有償和無償的實益。

第八 要因行爲與非要因行爲

在以財產給付爲標的的法律行爲中，而以給付原因爲要素的法律行爲，爲要因行爲。反之，僅以財產給付爲標的，而不以給付原因爲要素的法律行爲，則屬非要因行爲。買賣、贈與等，屬於前者，票據行爲，屬於後者。

第九 要物行爲與諾成行爲

於意思表示之外，尚須有現實給付纔能成立的法律行爲，爲要物行爲。反之，僅有意思表示即能成立的法律行爲，則屬諾成行爲。法律行爲，以諾成行爲居多數，要物行爲，僅係少數的例外，例如使用借貸必因借用物的交付纔生效力（民法第四六五條）是。

第十 完全行爲與非完全行爲

完全行爲，係能完全發生效力的法律行爲。非完全行爲，則係不能完全發生效力的法律行爲。前者例如各種有效的法律行爲是。後者通常可以分爲三種：（一）無效的法律行爲，就是完全不能發生效力的法律行爲，例如違反強制或禁止規定的法律行爲（民法第七一條），和虛偽的意思表示（民法第八七條）是。（二）得撤銷的法律行爲，就是不能確定有效的法律行爲，例如錯

誤的意思表示（民法第八八條）是。（二）效力未定的法律行為，就是發生效力與否尙未確定的法律行為，例如限制行為能力人所締結的契約（民法第七九條）是。其詳容於後文再說。

第三款 法律行為的標的

第一項 法律行為的構成要件

法律行為的構成，須有兩種要件，一是成立要件，一是有有效要件。

成立要件，係法律行為成立時所不可缺少的要件。成立要件，有一般成立要件和特別成立要件的分別。特別成立要件，因法律行為的種類而有不同，例如要物行為，以現實的給付為其成立要件，要式行為，以履行一定方式為其成立要件。一般成立要件，則為一切法律行為所通有的成立要件，即意思表示是。

有效要件，係已成立的法律行為發生效力所不可缺少的要件。也有一般有效要件和特別有效要件的區別。特別有效要件，因法律行為的種類而有不同，例如遺囑遺贈以遺囑人或遺贈人的死亡為其有效要件。一般有效要件，則為一切法律行為所通有的有效要件。什麼是一切法律行

爲所通有的有效要件。依照通說：（一）須當事人有行爲能力，（二）須有適當的標的，（三）意思表示必須健全。關於第一及第三，我民法未設專節，等到本章第三節及第四節再說。關於第二，通常又分爲標的的可能確定及適法三點，茲分別說明如次，並就法律行爲的方式，附帶說明。

第二項 標的的可能

第一 標的可能的意義

法律行爲的標的，係當事人依其法律行爲所欲發生的事項，換句話說，便是法律行爲的內容。所謂標的的可能，就是說這種內容有實現的可能。至於怎樣纔是可能，須就牠的反面「不能」解釋，方可明瞭。所謂不能，可由各方面觀察：（一）物理的不能與社會觀念的不能，前者例如挾泰山以超北海是，後者例如海底撈針是。此處所謂不能，兼指二者。（二）自始不能與嗣後不能，前者例如買賣房屋，其房屋於契約成立以前即已燒燬是，後者例如買賣馬匹，該馬匹於契約成立以後，因故死亡是。此處所謂不能，專指前者。（三）主觀不能與客觀不能，前者例如以不諳外國語言的人充任翻譯是，後者例如欲一人通曉全國方言是。此處所謂不能，專指後者。（四）全部不能與一部

不能，前者例如房屋全部燒燬是，後者例如房屋僅燒燬一部分是。此處所謂不能，須視各種情形始能決定。

第二 標的不能的效力

我民法對於標的不能的效力，未設一般規定。依上所述，若法律行為的標的係自始不能，客觀不能，全部不能，則其法律行為應屬無效。何以故呢？因為標的如屬不能，那末，法律上的效力便無由實現故也。我民法對於契約標的的不能，於第二四六條第一項設有明文，可參考之。

第三項 標的的確定

第一 標的確定的意義

所謂標的的確定，係法律行為的內容，於法律行為成立當時已經確定或可得確定的意思。確定，對不確定而言。通常所謂不確定，有兩種情形。一種是法律行為的範圍毫無限制，純由當事人一方的自由決定，例如說：某甲應允許某乙的一切請求是，一種是法律行為的範圍已經確定，但其內容尙未具體決定，例如說：某甲應向某乙給付一千元至一千五百元是。通常所謂標的的不確定，專

指前者，後者則屬可得確定，而非不確定。

第二 標的確定的方法

法律行為的標的，不以法律行為成立當時便已確定為必要，就是到了後來可得確定，亦屬無妨，因此發生標的確定的問題。關於標的確定的方法，我民法只是對於種類之債和選擇之債，設有明文（民法第二〇〇條第一項第二〇八條至第二一一條），而於一般法律行為則無規定。我以為依據學理解釋，其確定方法，不外下列三種：（一）依當事人雙方或一方的意思，以為確定，如前例所示，某甲應向某乙給付一千元至一千五百元，究竟給付若干，由甲乙雙方以契約確定，或單由一方自由確定是。（二）依第三人的意思以為決定，如前示之例，由當事人以外的第三人確定其給付金額是。（三）依其他的事實以為確定，如前示之例，依某種需要確定其給付金額是。

第三 標的不確定的效力

我民法對於標的不確定的效力，未說明文規定，不過我們可以說：倘使法律行為的標的於法律行為成立當時未經確定，至後也無從確定時，那末，法律上的效力即屬無由實現，其法律行為應

該無效。

第四項 標的的合法

第一目 標的不違反強行規定

第一 強行規定的意義

民法和其他法律的規定，可分爲強行規定和任意規定。不問當事人的意思怎樣，必須適用的法律規定，叫做強行規定。可以當事人的意思，排斥其適用的法律規定，叫做任意規定。就大體上說，債編多屬於任意規定，物權親屬繼承則多屬於強行規定。任意規定，又可分爲補充規定和解釋規定。於當事人無特別意思表示時，以法律補充其意思的，叫做補充規定，例如民法第三七條是。於當事人的意思表示不明時，以法律解釋其意思的，叫做解釋規定，例如民法第四條第五條是。強行規定，也可分爲強制規定和禁止規定。以法律命令其爲某種行爲的，叫做強制規定，例如民法第二七條第一項是。以法律命令其不爲某種行爲的，叫做禁止規定，例如民法第十六條及第十七條是。再者，禁止規定，更可分爲取締規定和效力規定。取締規定，係對於違反者課以制裁，以阻止其行爲的

規定，例如民法第九八〇條是。效力規定，係以否認違法行為在法律上發生效果為目的的規定，例如民法第九八三條是。

第二 違反強行規定的效力

民法第七一條規定：

「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」

這便是對於違反強行規定效力的規定。所謂「違反強制規定或禁止規定者無效」，例如與人約定，縱為侵權行為，亦不負損害賠償責任，或是令人拋棄其權利能力及行為能力，這種約定，應屬無效。所謂「但其規定並不以之為無效」，例如民法第九八一條原為強制規定，縱有違反，亦祇得為撤銷（民法第九九〇條）。又如民法第九八四條原為禁止規定，縱有違反，亦祇得為撤銷（民法第九九一條）是。

第三 脫法行為

一種行為，在表面上雖不直接違反禁止規定，但是他種迂迴方法使與被禁止的法律規定，發

生同一效果的，叫做脫法行爲。例如債權人以折扣或其他方法巧取利息限制以外的利益（民法第二〇六條）是脫法行爲，在法理上應該無效。

第二目 標的不背於公序良俗

第一 公序良俗的意義

公序良俗，是公共秩序或善良風俗兩名詞的簡稱。所謂公共秩序，是指國家社會的一般利益；所謂善良風俗，是指國民的一般道德觀念。所謂國民的一般道德觀念，固然不是道德的理想，也不是個人的或階級的道德觀，乃是指我們日常生活所必須實踐的道德律。公共秩序和善良風俗的區別，大體如此，但是嚴格的說，二者的範疇，則又常相一致。因為維持國民的一般道德觀念，未始不是適於國家社會的一般利益，而維持國家社會的一般利益，也未始不是適於國民的一般道德觀念，所以在理論上是難得明確區別的；所可區別的，只是一以國家社會的秩序爲主眼，一以國民的道德觀念爲主眼罷了。

第二 決定公序良俗的準則

國家社會的秩序，和國民的道德觀念，常因時代而不同，其內容如何，很難具體決定，茲姑舉數例如下，以爲決定公序良俗的準則：（一）法律行爲的內容，違反公序良俗，例如以實施通姦、猥褻、賭博等犯罪行爲爲目的所訂定的契約是；（二）法律行爲的內容雖非違反公序良俗，但如承認其法律上的效力，進而強制履行，即違反公序良俗，例如以不結婚、離婚等爲內容的法律行爲是；（三）法律行爲的內容雖非違反公序良俗，但因其與金錢的利益相結合，即違反公序良俗，例如就自己義務的行爲，要求相對人給與報酬所訂定的契約是；（四）法律行爲的內容雖非違反公序良俗，但因附加條件，即違反公序良俗，例如訂立以實施犯罪行爲爲條件而給與報酬的契約是；（五）法律行爲的內容雖非違反公序良俗，但爲動機不良，並已將此種動機向相對人明白表示，即違反公序良俗，例如甲向乙租賃房屋，已表示將供開設賭場之用是。

第三 違反公序良俗的效力

前面所說的強行規定，雖然也與公序良俗有關，但是法律未必能將一切的公序良俗事項，網羅無遺，所以有許多法律行爲雖然並不違反強行規定，但是確有背於公序良俗，自然也有實行禁

制的必要，因此，我民法特於第七二條規定。

「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」

這便是違反公序良俗效力的規定。

第三目 標的的非顯失公平

第一 顯失公平的意義

法律行為如何纔是顯失公平？依照我民法第七四條前段解釋，計有兩種要件：（一）主觀的要件，就是：須乘他人的急迫，輕率或無經驗。（二）客觀的要件，就是：須有財產上的給付，或是給付的約定，並且依照當時情形顯失公平。

第二 顯失公平的效力

有了上述顯失公平的法律行為發生，依照我民法第七四條第一項後段規定，法院可以因利害關係人的聲請，撤銷顯失公平的法律行為，或者減輕其給付。但是，依照同條第二項規定，利害關係人的聲請，須於此項顯失公平的法律行為成立後一年內為之，過了一年以後，便不得再行聲請。

以示限制。

第四款 法律行為的法定方式

第一 法定方式的意義

如前所述，法律行為可分為要式行為與非要式行為兩種。成立法律行為所使用的方式，以當事人自由選擇為原則，這叫做法律行為方式自由的原則，但例外，也有限定某種法律行為必須履行一定方式的，這便是法定方式。法定方式可分為二，有以使用文字為必要的，例如我民法第七六〇條規定，不動產物權的移轉或設定，須以書面為之。有須履行文字以外的一定方式的，例如我民法第九八二條規定，結婚應有公開的儀式及兩個以上的證人是。此外，當事人有以契約定明須用一定方式的，這叫做約定方式，例如合夥經營商業，通常多須訂立合夥合同是。約定方式的效力，我民法第一六六條訂有明文。

第二 不依法定方式的效力

民法第七三條規定：

「法律行爲不依法定方式者無效，但法律另有規定者，不在此限。」

這便是關於法律行爲不依法定方式的效力的規定。所謂「法律行爲不依法定方式者無效」，例如依民法第五三一條規定「爲委任事務之處理，須爲法律行爲，而該法律行爲依法應以文字爲之者，其處理權之授與，亦應以文字爲之」，如不依此方式，則其處理權的授與，應爲無效是。所謂「法律另有規定」，例如依民法第四六二條第一項規定「耕作地之租賃，附有農具牲畜或其他附屬物者，當事人應於訂約時，評定其價值，並繕具清單，由雙方簽名，各執一份」，縱不依此方式，其租賃契約解釋上亦非當然無效是。

第三節 行爲能力

第一款 無行爲能力人的行爲能力

所謂無行爲能力人，便是在法律上絕對不能爲有效法律行爲的人。依我民法規定，無行爲能力人，計有兩種：一爲未滿七歲的未成年人，一爲禁治產人（民法第十三條第一項第十五條）。茲就無行爲能力人的行爲能力問題，分述如次：

第一 無行為能力人的法律行為無效

民法第七五條規定：

「無行為能力人之意思表示無效；雖非無行為能力人而其意思表示係在無意識或精神錯亂中所為者，亦同。」

本條所謂意思表示，就是法律行為的意思，無行為能力人所為的法律行為，既屬無效，那末，無論何種法律行為，無行為能力自然均不能做。又本條後段所謂「無意識」就是全然欠缺意思能力的意思。所謂「精神錯亂」則指精神作用暫時發生異狀，以致喪失意思能力而言。所謂「亦同」，就是說這兩種人的意思表示和無行為能力人一樣，不生效力。

第二 由法定代理人代為法律行為

如前所述，無行為能力人既不能自為法律行為，自然必須有人代其為之，所以我民法第七六條規定：

「無行為能力人由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。」

此處所謂法定代理人，依我民法規定，在未成年人，係行使親權的父母及監護人，在禁治產人則係監護人（民法第一〇八六條第一〇九八條第一一一三條）。法定代理人既祇有代理權，則其所代理者應以財產上的行為為限，身分上的行為，自屬無權代理。

第二款 限制行為能力人的行為能力

限制行為能力人，就是法律行為能力受有限制的人。依我民法規定限制行為能力人只有一種，即滿七歲以上的未成年人（民法第十三條第二項）是。茲就限制行為能力人的行為能力問題，分述如次：

第一項 限制行為能力人能力的補充

第一 原則須得法定代理人的允許

民法第七七條前段規定：

「限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。」

如前所述，限制行為能力人雖非全無意思能力，但其知識尚未充分發達，所以也應該加以保護，這

是本條規定的本旨。本條所謂意思表示，應作法律行為解。所謂法定代理人，即行使親權的父母或監護人（民法第一〇八六條第一〇九八條）。但是應該注意的，限制行為能力人的法定代理人與無行為能力人的法定代理人，所有權限頗不相同。即在後者，祇有代理權而無能力補充權，前者則代理權與能力補充權，二者兼有。本條所謂允許，便是能力補充權的規定。茲就允許二字解說如左：

（一）允許的性質 法定代理人的允許，在補充限制行為能力人意思的欠缺，可見限制行為能力人得法定代理人允許所為的法律行為，仍係本於限制行為能力人的意思為之，法律行為的當事人仍然是限制行為能力人，並非是法定代理人。又允許是一種意思表示，應該適用關於意思表示及法律行為的規定。

（二）允許的方式 允許，係非要式的法律行為，縱使限制行為能力人所為的法律行為是要式行為，允許也無須一定的方式。

（三）允許的範圍 須得允許的法律行為，不以財產上的行為為限，即身分上的行為，也須得法定代理人的允許，這就是允許和代理不同的一點。

(四) 允許的撤回無效及撤銷 法定代理人於已爲允許以後，限制行爲能力人尙未爲法律行爲以前，可以撤回其允許。又允許因有無效或可得撤銷的原因歸於無效或撤銷時，限制行爲能力人的行爲，則成爲未經允許的行爲。

第二 例外無須得法定代理人的允許

行爲能力的制度，固在保護未成年人的利益，但是假使對於未成年人並無損害，或是未成年人的精神已有相當的發展，而在事實上又非自爲法律行爲不可時，自以許可未成年人亦能獨立爲一定的行爲，較爲妥當。茲就我民法所規定的情事分述如次：

一 純獲法律上利益的法律行爲

依我民法第七七條但書規定，限制行爲能力人純獲法律上利益的行爲，無須得法定代理人的允許。所謂純獲法律上利益，應依法律行爲的性質決定，與有無經濟上的利益無關。例如價值百元的什物，以五十元買受，縱在經濟上爲有利，但非純獲法律上的利益，因爲仍須支付五十元的緣故。因此，凡是雙務契約，有債契約，以及權利義務並失的單獨行爲，限制行爲能力人皆不

得獨立爲之。茲將可以適用本條的行爲，列舉如下：（一）單純贈與的承諾（第四〇六條），（二）單純遺贈的承認（第一二〇七條），（三）債務免除的接受（第三四三條），（四）單純義務契約的解除（第二五八條），（五）單純義務契約的終止（第二六三條），（六）第三人利益契約享受利益的表示（第二六九條第二項）皆是。

二 日常生活所必需的法律行爲

依我民法第七七條但書規定，限制行爲能力人依其年齡及身分，關於日常生活所必需的法律行爲，無須得法定代理人的允許。何種法律行爲爲日常生活所必需，應該依限制行爲能力人的年齡資力和社會地位等，分別決定。舉其顯著的事項說，例如普通的消費，像理髮沐浴及購買零食等行爲，通常限制行爲能力人皆得獨立爲之。

三 就法定代理人允許處分的財產所爲的法律行爲

依我民法第八四條規定：

「法定代理人允許限制行爲能力人處分之財產，限制行爲能力人就該財產有處分之能

力。」

這是因限制行爲能力人年齡稍長，如果一切行爲均須得法定代理人的允許，不勝其煩，所以設此概括允許的規定。此處所謂允許，與第七七條所謂允許，意義相同。所謂處分，指移轉財產上權利的行爲而言。得爲處分行爲的，自得爲保存行爲，利用行爲和改良行爲。所以，限制行爲能力人除得將允許處分的財產讓與他人外，負擔讓與的債務，自無不可。又所謂財產，固不限於金錢，但必須有一定範圍。

四 就法定代理人允許的營業所爲的法律行爲

(甲) 獨立營業的允許 依我民法第八五條第一項規定：

「法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者，限制行爲能力人關於其營業有行爲能力。」

此因限制行爲能力人年齡稍長，往往爲練習職業或自謀生計起見，有從事工商業的必要，如一須得法定代理人的允許，不勝其煩，因此特設本條的規定。所謂營業，就是職業的意思，並不限

於商業，舉凡工業農業及其他營利的職業，皆包括在內。

(乙)營業允許的撤銷和限制 限制行爲能力人的職業，如果一經法定代理人允許，即永遠不許撤銷或限制；那麼，在限制行爲能力人對其職業不能勝任的時候，便無法救濟。因此，我民法第八五條第二項規定：

「限制行爲能力人就其營業有不勝任之情形時，法定代理人得將其允許撤銷或限制之。」撤銷，係將允許的全部撤銷，限制，則係於允許數種營業時，限制其一定的種類。又通常所謂撤銷，溯及於法律行爲當時發生效力，本條所謂撤銷，係撤去之誤，只能對於將來發生效力。

第三 未得法定代理人允許的效力

依上所述，限制行爲能力人，除得獨立爲之的法律行爲外，原則上須得法定代理人的允許。假使未得到法定代理人的允許，那麼，他所爲的法律行爲，其效力如何，即有問題。於此，我民法第八七條規定：

「限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲，無效。」

又第七九條規定：

「限制行爲能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。」

我民法所以設此差別的規定者，因爲單獨行爲，例如解除契約，免除債務及捐助行爲等，大都行爲人蒙受損失故也。法定代理人的承認，也係補充限制行爲能力人意思的欠缺與允許相同，可是允許是事前的，承認是事後的；允許沒有一定的範圍，承認則只限於契約。承認既係事後的，所以我民法第一一五條明定：

「經承認之法律行爲，如無特別規定，溯及法律行爲時發生效力。」

又限制行爲能力人未得法定代理人允許所訂立的契約，不但得經法定代理人的承認發生效力，並得依第八一條第一項規定：

「限制行爲能力人於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認，有同一效力。」

因爲限制行爲能力人的限制原因既已消滅，則法定代理人之權責已經解除，自以由本人自行承認爲合理。所謂限制原因的消滅，就是已滿二十歲或已結婚是。

第二項 相對人的保護

依上所述，限制行爲能力人所締結的契約，如果事前未得法定代理人的允許，必俟其承認以後，方纔發生效力。如此辦理，對於限制行爲能力人的保護，固然十分周到，但是對於相對人則頗不利，所以，我民法特設催告承認及撤回契約的規定。又限制行爲能力人如有詐欺的情事，尙可強制其有效。現在分述如次：

第一 承認的催告

我民法爲保護相對人起見，特於第八〇條第八一條第二項就限制行爲能力人未得法定代理人允許所訂立的契約，設承認催告的規定，茲分述如次：

(一) 催告的性質 催告，是要求他人確答是否承認的意思通知。催告，性質上既是屬於意思通知中的一種，自爲準法律行爲，當然準用關於法律行爲的規定。這種催告的權利，叫做催

告權，係形成權的一種。

(二) 催告的相對人 催告的相對人，因情形而不同。在限制行為能力人限制原因消滅前，為其法定代理人（民法第八〇條），在限制原因消滅後，則為限制行為能力人本人（民法第八一條第二項）。

(三) 催告的期間 關於催告的期間，我民法定為一個月以上。其所以設此長久猶豫期限，係為使限制行為能力人本人或其法定代理人有考慮承認與否的餘地。催告既須定有一個月以上的期限，那末，未定期限的催告，或其所定期限不足一月，則解釋上自不發生催告的效力。

(四) 催告的效力 限制行為能力人本人或其法定代理人，經相對人催告以後，如為承認的確答，則其法律行為自始有效，如為拒絕承認的確答，則其法律行為自始即不發生效力，此係當然，無須明文規定。此處所謂催告的效力，係指在催告所定期限內不為確答，究應視為承認，抑應視為拒絕承認而言。我民法定為視為拒絕承認，即法律行為自始不生效力的意思。

第二 契約的撤銷

限制行為能力人未得法定代理人允許所訂立的契約，相對人固然可以定期催告其為承認與否的確答，但如相對人不願成立這種契約，自應許其可以撤銷。所以，我民法第八二條規定：

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

茲分述如次：

(一) 撤銷的性質 我民法用撤回字樣，實係撤銷之誤。所謂撤銷，係相對人使已生效的契約或承認，自始無效的意思表示。撤銷，既為意思表示，自應適用關於意思表示和法律行為的規定。這種撤銷的權利，叫做撤銷權，係形成權的一種。

(二) 撤銷的相對人 什麼人是撤銷的相對人，因情形而不同。在限制行為能力人限制原因消滅前，為其法定代理人，或限制行為能力人本人；在限制原因消滅後，則為限制行為能力人本人。

(三) 撤銷的要件 關於撤銷的要件，依照本條規定，計有二項：(一) 須在契約未經承

認以前，所謂未經承認，祇須有效承認尚未達到相對人即可，縱已催告承認，亦屬無妨。（二）須相對人在訂立契約時不知其未得有允許，故縱在訂立契約以後知其未得允許，亦無妨礙。至其對於不知有無過失，可以不問。

第三 強制有效

民法第八三條規定：

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

這便是法律行為強制有效的規定。茲述其要件及效力如次：

一 強制有效的要件

（甲）須限制行為能力人係用詐術使人信其為有行為能力人或已得允許。詐術就是詐欺的意思。所謂詐欺，係以使人發生錯誤為目的故意行為。使人信其為有行為能力而用詐術，例如限制行為能力人提示偽造的結婚證書，使相對人誤信其為有行為能力人，使人信其

已得允許而用詐術，例如提出偽造經父母允許的信函，使相對人誤信其已得法定代理人的允許是。

(乙)須相對人因此發生錯誤而為法律行為。關於此點，我民法雖未設明文，但在解釋上則屬當然。所謂相對人因此發生錯誤，即相對人因為限制行為能力人的詐術，誤信其為有行為能力人或已得法定代理人的允許是。所謂相對人因此發生錯誤而為法律行為，係發生錯誤與該項法律行為有因果關係的意思。反過來說，縱使限制行為能力人曾用詐術，但是相對人並未因此發生錯誤，或相對人明知其為限制行為能力人或未得法定代理人的允許，而仍和他締結契約，即無適用第八三條規定的餘地。

二 強制有效的效力

依照本條末段規定，限制行為能力人為使人信其為有行為能力或已得允許而用詐術，則其法律行為為有效。準此以解，限制行為能力人自不得主張該行為為無效，相對人亦不得行使撤銷權或催告權，限制行為能力人的法定代理人更不得拒絕承認，主張其行為為無效。

第四節 意思表示

第一款 意思表示的意義

第一 意思表示的概念

意思表示，係對於外界表彰法律行為上意思的行為。換句話說，就是：以具有足以形成法律行為內容的意思，表示於外部的行為，叫做意思表示。意思表示，和意思的表示意義不同。後者如侮辱、誹謗等侵權行為，也包括在內。民法上所謂意思表示，乃是就其為法律行為的構成要素而觀察的，自非具有足以形成法律行為的內容，不得稱為意思表示。

第二 意思表示的成立要件

就表意人為意思表示的過程說，必先有一定的動機，其次須有目的意思，其次須有法效意思，再其次須有表示行為，而意思與表示之間，復有一定的聯絡，然後意思表示纔能成立。動機和意思表示的成立無關，姑且不說。茲就目的意思，法效意思，表示行為及表示意思各端，分別說明如次：

一 目的意思

目的意思，是對於經濟上一定效果的慾望。例如土地的取得，金錢的贈與是。意思表示的成立，以有目的意思為必要，所以，假如內心全然欠缺目的意思，或是外表上全然欠缺目的意思，那末，並不是意思表示無效的問題，而是意思表示不成立的問題。

二 法效意思

法效意思，是欲於目的意思附以法律上效果的意思。就其發生的次序說，先有目的意思，然後有法效意思。前者是經濟的意思，後者是法律的意思。但是，對於目的意思非必一概附以法律上的效果，例如情人搬運行李，和僱車夫搬運行李，其經濟上的意思固屬相同，但是一則發生法效，一則不生法效，這就是因為沒有法效意思的緣故。

三 表示行為

表示行為，是以目的意思及法效意思置於他人可以認識狀態的行為。意思表示的構成，必須有表示行為，並且這種表示行為，必須為自由自覺的行動，所以，例如書信的遺失，雖然可以偶然置諸他人手中，但並非遺失者的意思表示。又如強制簽名的文書，縱其內容與表意人應為的

義務相當，但是並非簽名者的意思表示。因為前者欠缺表示行為，後者的表示行為，不是由於表
意人自由意思的緣故。

四 表示意思

表示意思，是將目的意思和法效意思彰於外部的意思。其實行，即表示行為。所以，表示意思，實係聯絡目的意思法效意思與表示行為的心理作用。準此以言，雖有目的意思和法效意思，也有足以表彰這目的意思和法效意思的表示行為，但是，假使沒有表示意思從中聯絡，那末，也不能算是意思表示。例如在拍賣場中多以舉手為表示承諾的方法，今有某甲不知這種慣例，而於拍賣呼價時舉手招其友人，這舉手的動作，即不能算是意思表示。

第三 意思表示與意思表示以外的合法行為

合法行為，基於精神作用的內容，及其精神作用有無法律效果的關係，可分為意思表示與意
思表示以外的合法行為。意思表示以外的合法行為，通常稱為準法律行為。準法律行為，就其為精
神作用說，與意思表示相同，但是意思表示係以法效意思為其成立要件，準法律行為，則不以此為

要件。不過準法律行為也可以就類似的範圍內類推適用關於意思表示和法律行為的規定。準法律行為，因其精神作用的內容不同，可以分爲左列三種：

一 意思通知

意思通知，是法效意思以外的意思表示，例如召集總會的請求（民法第五一條第二項）、要約的拒絕（民法第一五五條）、承認的催告（民法第八〇條第一項）、承認的拒絕（民法第一七〇條第二項）及重婚通姦的同意（民法第一〇五三條）等皆是。

二 觀念通知

觀念通知，亦稱爲事實通知。所謂事實通知，便是對於過去現在或將來的事實，行爲人所得觀念或認識的通知。過去事實的通知，例如債權讓與的通知（民法第二九七條）、清價標的物提存的通知（民法第三二七條第二項）、及承認遲到的通知（民法第一五九條第一項）是。現在事實的通知，例如贈與標的物瑕疵的告知（民法第四一一條）及買賣標的物瑕疵的告知（民法第三五五條第二項但書）是。將來事實的通知，例如召集總會的通知（民法第五一條）是。

三 感情表示

感情表示，係表示一定感情的行爲。於其爲情的表示一點，與意思表示之爲意的表示，性質上大不相同。感情表示，例如民法第一〇五三條第一一四五條第二項所謂有怨是。

第二款 意思表示的分類

意思表示，因其觀察標準不同，得爲種種的分類。茲述其重要者如次：

第一 要物的意思表示與單純的意思表示

祇須有發生法律上效果意思的表示，便能成立的，叫做單純的意思表示。於意思表示以外，同時尚須有物的交付纔能成立的意思表示，叫做要物的意思表示。要物的意思表示，例如動產所有權的拋棄，除拋棄所有權的意思表示外，同時須有拋棄其占有的事實是。

第二 獨立的意思表示與非獨立的意思表示

獨立的意思表示，係無須其他的意思表示而能成立的意思表示，例如債務的免除，撤銷，捐助行爲，及遺囑是。非獨立的意思表示，係必待其他意思表示纔能成立的意思表示，例如契約的要約，

承諾及社員在總會的表決是。獨立的意思表示，構成單獨行爲，非獨立的意思表示，則構成契約或共同行爲。

第三 有相對人的意思表示與無相對人的意思表示

有相對人的意思表示，係必須有相對人纔能成立的意思表示，例如催告，債務的免除及契約的解除是。無相對人的意思表示，係無須有相對人而能成立的意思表示，例如遺囑，捐助行爲及總會的決議是。

第四 對於特定人的意思表示與對於不特定人的意思表示

對於特定人的意思表示，就是相對人必爲特定人的意思表示，例如同意，承認，撤銷，解除，免除及契約的要約承諾是。對於不特定人的意思表示，就是相對人爲不特定人的意思表示，例如懸賞廣告是。

第五 明示的意思表示與默示的意思表示

明示的意思表示和默示的意思表示，係從表意人所採的表示方法上生出來的區別。就是表

意人所採的表示方法是積極傳達意思的，例如語言文字等，叫做明示的意思表示；反之，倘用爲傳達意思的方法是消極的，例如不作爲，沈默等便叫做默示的意思表示。但無論是二者中的那一種，其表示行爲，必須爲有意識的舉動，如爲夢囈等無意識的舉動，卽不能算是傳達意思的方法。

第三款 意思與表示的不一致

意思表示，是由意思與表示兩種要素相俟而成的，意思與表示既然不能一致，則其效力如何？應該分別情形而論。意思與表示的不一致，大略可以分爲兩種：其一是表意人明知其不一致，叫做故意的不一致，例如非真意表示，及虛偽表示是。其二是表意人不知其爲不一致，叫做偶然的不一致，例如錯誤，誤傳是。茲分別說明如次：

第一項 非真意表示

第一 非真意表示的意思

非真意表示，就是表意人存心不欲爲其所拘束的意思表示，亦稱心裏保留。所謂心裏保留，便是僅於表意人自己心中保留其非真意的意思。非真意表示，例如表意人出賣甲地，故意表示其出

賣乙地是。

第二 非真意表示的要件

非真意表示的成立，必須具備下列三種要件：（一）須有意思表示的存在；（二）須表示與真意不一致；（三）須表意人自知其表示與真意不一致。非真意表示，祇須具備上述三要件即可，表意人究竟基於何種理由而為非真意的表示可以不問。

第三 非真意表示的效力

我民法第八六條規定：

「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示不因之無效，但其情形為相對人所明知者，不在此限。」

此係關於真意表示效力的規定。茲分述如次：

一 原則為有效

非真意表示，原則上為有效，上開條文所謂「其意思表示不因之無效」即係此意。所謂不

因之無效，就是不得以心裏保留爲理由，主張其意思表示的無效或可得撤銷的意思。

二 例外爲無效

依上開條文但書規定，倘其情形爲相對人所明知，則其意思表示爲無效。這是因爲相對人既然明知表意人的非真意，即沒有保護必要的緣故。所謂相對人所明知，雖然不問其係直接依表示行爲所明示，抑係依其他情形所明知，但是如果不是行爲當時所明知，即沒有適用本條但書的餘地。

第二項 虛僞表示

第一 虛僞表示的意義

虛僞表示，是表意人和相對人通謀所爲的非真意的意思表示。這種表示的特徵，在於當事人圖欠缺法效意思，例如某甲爲免其財產爲債權人所扣押，與乙通謀，假裝的將其財產讓與某乙是。

第二 虛僞表示的要件

虛僞表示的成立，須具備下列四種要件：（一）須有意思表示的存在；（二）須表示與真意

不一致；(三)須表意人知其表示與真意不一致；(四)須表意人與相對人通謀。所謂表意人與相對人通謀，就是關於非真意的表示，表意人與相對人具有合意的意思。

第三 虛偽表示的效力

我民法第八七條第一項規定：

「表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者，其意思表示無效，但不得以其無效對抗善意第三人。」

此係關於虛偽表示效力的規定。茲分述如次：

一 當事人間的效力

依照上開條文前段規定：「表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者，其意思表示無效。」所謂無效，就是對於雙方當事人皆屬無效的意思，所以，縱使第三人主張爲有效，也不相干。

二 對於第三人的效力

虛偽表示對於第三人的效力怎樣？上開法條但書定有明文，即「不得以其無效對抗善意

第三人。」所謂第三人，係指虛偽表示的當事人及其一般的或特定的繼承人以外的人。所謂善意惡意，就是知與不知的意思，知其爲虛偽表示的爲惡意，不知其爲虛偽表示的爲善意。至於知與不知應以什麼時候爲準？法無明文，頗有問題。我以爲應該依第三人與虛偽表示發生關係的時候爲準。詳細的說，就是：虛偽表示的成立，如在與第三人發生關係之先，第三人祇須於發生關係時係屬不知，就是善意。虛偽表示的成立如在與第三人發生關係之後，第三人祇須於虛偽表示成立時係屬不知，就是善意。所謂不得對抗，就是當事人不得對第三人主張其爲無效的意思，至於第三人的主張有效無效則屬自由，不受限制。

第四 隱藏行爲

虛偽的意思表示中，隱藏他項法律行爲的，叫做隱藏行爲。例如某甲欲將一萬元的財產贈與某乙，因恐家屬反對，於是僞書一萬元的買契。關於隱藏行爲的效力，我民法第八七條第二項規定：

「虛偽意思表示，隱藏他項法律行爲者，適用關於該項法律行爲之規定。」

如前例所示，其買賣契約雖屬無效，但是應該適用關於贈與的規定是。

第三項 錯誤

第一 錯誤的意義

通常所謂錯誤，有兩種情形：（一）意思與事實的不一致，（二）意思與表示的不一致。前者通常叫做動機的錯誤，後者叫做法律行為的錯誤。動機的錯誤，僅係意思與事實的不一致，例如租賃房屋的人，當初誤信以為四周閑靜，適於讀書，誰知事實上不是如此。這種錯誤，不發生法效意思與表示行為不一致的問題，因為動機是存在內部的，非他人所得而知故也。至於法律行為的錯誤，就其意思與表示不一致說，與非真意表示及虛偽意思表示無異，但就表意人不知其不一致說，則又與非真意表示及虛偽表示不同。因此，學者稱之為偶然的「不一致」。但是，此種錯誤既為意思與表示的不一致，自以有意思及表示的存在為前提，因此，我們對於錯誤二字可以下一個定義說：「錯誤，是表意人意識的表示，偶然與表意人的意思不一致的事實。」我民法第八八條所謂錯誤，即指此種情形而言。

第二 意思表示內容的錯誤

什麼是意思表示內容的錯誤？我民法第八八條設有規定。可是什麼是意思表示的內容？則應該就各種法律行為的內容，具體決定，不能一概而論。現在姑舉幾個例子，以爲適用上的參考。

(一) 關於法律行為性質上的錯誤 例如以贈與誤爲借貸，以單純的保證誤爲連帶的保證是。這種錯誤，通常屬於內容的錯誤。

(二) 關於當事人的錯誤 例如欲將某物出賣於甲，而誤賣於乙是。在通常情形下，當事人只是法律行為的主體，而非內容，所以關於當事人其人的錯誤，不能算是內容的錯誤。但是，如其法律行為置重於當事人其人，或以當事人爲法律行為的要素，則非單純主體的錯誤，而應算是內容的錯誤。所謂法律行為置重於當事人其人，例如信用買賣和無利息的消費借貸是。所謂以當事人爲法律行為的要素，例如婚姻和繼承人的指定是。

(三) 關於標的物的錯誤 例如原欲出賣甲地而誤云出賣乙地是。這種錯誤，通常屬於內容的錯誤。

(四)關於當事人資格或物的性質的錯誤。關於當事人資格的錯誤，例如誤信其為難民而為贈與，實則並非難民是。關於物的性質上的錯誤，例如誤信其為純金的什物而為買賣，實則並非純金是。這兩種錯誤，性質上係動機的錯誤，但是民法上把牠視為內容的錯誤，於第八八條第二項規定：

「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。」

交易上是否認為重要，應依具體情形決定。至視為二字的解釋，即不許用反證推翻的意思，與推定不同，前已述及，茲不多說。

第三 錯誤與不知

錯誤與不知，二者性質不同。錯誤，係意思與表示均屬存在，不過欠缺一致的意思。不知，則係雖有表示存在，但是對於所表示的事項全然欠缺認識。例如不知某紙片為千元的票據，而為簽名是。錯誤與不知，性質上既然不同，所以，我民法特於第八八條第一項明定：「表意人若知其情事即不

爲意思表示」一語，以爲適用的準據。

第四 錯誤與不知的效力

一 原則得撤銷

關於錯誤與不知的效力，我民法第八八條第一項設有規定說：

「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其情事即不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。」

我民法既定爲得爲撤銷，則在表意人還沒有撤銷以前，其意思表示，仍屬有效存在，自不待言。

二 例外不得撤銷

依我民法第八八條第一項但書規定：「但以其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者爲限。」準此以解，表意人自己如有過失，即不能撤銷。所謂過失，便是注意義務的毀損，自其注意的程度說，過失可分爲輕重過失兩種，輕過失又可分爲抽象的輕過失與具體的輕過失，我民法既祇定爲過失，當然係兼指輕重的兩種過失而言。

三 撤銷權的除斥期間

如前所述，意思表示因錯誤或不知的結果，表意人得將其撤銷，不過這種撤銷權如永久存續則相對人和其他利害關係人的權利，將受影響，所以，我民法特於第九〇條規定，此項撤銷權，自意思表示後，經過一年即算消滅。

第五 善意相對人及第三人的保護

依上述民法第八八條規定，錯誤的意思表示被撤銷時，在表意人方面固屬情有可原，可是在其意思表示為有效而為行為的相對人或第三人，因此而受不測的損害，則未免吃虧。所以，我民法第九一條規定：

「第八八條之規定，撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。」

但如錯誤或不知的事實，為受害人所明知或可得而知時，換句話說，便是懷有惡意或過失時，自無予以保護的必要，所以同條但書規定：「但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。」

以期公平。

第四項 誤傳

第一 誤傳的意義

表意人所爲的意思表示，無論是由傳達人或傳達機關傳達，如果傳達有誤，這便是意思表示的誤傳。就理論上說，意思表示的誤傳，有兩種情形：（一）誤傳已成立的意思表示，例如甲寫了兩封信，一封給乙贈與千元，一封給丙貸與千元，他的使用人將給乙的信誤交給丙，而將給丙的信誤交給乙是。（二）依傳達爲表示行爲而傳達有誤，例如命使用人向金店買金千兩，而使用人誤傳爲賣金千兩是，我民法所謂誤傳，係專指第二種情形。

第二 誤傳的效力

關於誤傳的效力，我民法第八九條設有明文規定：

「意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之。」

所謂比照前條之規定撤銷，就是：「意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，表意人得將其意

思表示撤銷之。但其傳達不實由於表意人自己之過失者，不在此限。」所謂傳達不實由於表意人自己的過失，就是表意人選任傳達人或監督其傳達，未為相當的注意。誤傳的撤銷權，限於在意思表示後一年以內行使，經過一年即歸消滅（民法第九〇條）。又我民法對於誤傳意思表示的撤銷，也設有保護相對人及第三人的規定，就是除相對人或第三人明知其撤銷原因或可得而知者外，表意人對於相對人或第三人所受的損害，應負賠償責任（民法第九一條）。

第四款 意思表示的不自由

第一項 詐欺

第一 詐欺的意義

詐欺，是以使人發生錯誤為目的的故意行為。詐欺的效果，分見於民法和刑法。刑法係以維持社會秩序為目的，所以對於詐欺行為科以一定的處罰（刑法第三三九條）。民法係以保護被害人利益為目的，所以有時候以其為侵權行為，使其對於被害人所受的損害負賠償責任（民法第一八四條）；有時候以其為意思表示的瑕疵，使受詐欺的當事人，可以撤銷其所為的意思表示。

(民法第九二條)。現在所要討論的祇是意思表示的撤銷一端。

第二 詐欺的要件

我民法第九二條第一項所謂因被詐欺而為意思表示，係指因相對人或第三人的故意行為，基於錯誤，所為的意思表示。茲述其要件如次：

一 須詐欺人有詐欺的行為

詐欺行為，就是表示虛偽事實的行為。詐欺既為行為，自須由於行為人的意識作用，從而在無意識或精神錯亂中所為的行為，不能叫做詐欺。但是，詐欺並非法律行為，無行為能力人自然也可以為詐欺的行為。所謂表示虛偽的事實，有三種情形，就是：捏造虛偽的事實，隱匿真實的事實，及變更真實的事實。至於表示的手段，係直接的，還是間接的，可以不問。

二 須詐欺人有詐欺的故意

詐欺故意，是詐欺人有使相對人陷於錯誤，且因其錯誤而為一定意思表示的意思。於此，我們可以知道，詐欺的故意，有兩種意義：第一，須有使相對人陷於錯誤的意思；第二，須有使相對人

因其錯誤而爲一定意思表示的意思。於此兩種意思以外，有沒有欲得財產上利益的意思，和使相對人感受財產上損失的意思，與詐欺無關。

三 須相對人因詐欺陷於錯誤

此處所謂因詐欺陷於錯誤，不僅指表意人原無錯誤，因詐欺人的詐欺陷於錯誤，就是表意人已有錯誤，因詐欺人的詐欺使其錯誤更爲深刻，也包含在內。又所謂錯誤，無須法律行爲的內容有錯誤，就是法律行爲的動機有錯誤，也應該解爲係因被詐欺的意思表示。

四 須相對人係因錯誤而爲意思表示

相對人係因錯誤而爲意思表示，就是錯誤與意思表示之間有因果關係的意思。此處所謂因果關係係以表意人的主觀爲準，無須客觀上也認爲有因果關係的存在。又所謂錯誤與意思表示有因果關係，約有兩種情形：（一）如無此錯誤，即全然不爲意思表示；（二）如無此錯誤，即不會以此條件爲意思表示。

第三 詐欺的效力

一 當事人間の效力

(甲) 詐欺人爲當事人的一方時 依我民法第九二條第一項規定：

「因被詐欺而爲意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」

享有撤銷權的人，係因被詐欺而爲意思表示的人，詐欺人自然沒有這種撤銷權。

(乙) 詐欺人爲第三人時 依我民法第九二條第一項但書規定：

「但詐欺係由第三人所爲者，以相對人明知其事實，或可得而知者爲限，始得撤銷之。」所謂明知，就是故意的意思。所謂可得而知，就是對於不知有過失的意思。

二 對於第三人的效力

我民法第九二條第二項規定：

「被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」

此係因詐欺行爲及於第三人的效力。所謂善意第三人，指不知其意思表示係由於被詐欺，因以發生法律上利害關係的第三人。所謂其撤銷不得以之對抗善意第三人，非謂有善意第三人時

不得撤銷，乃是縱爲撤銷，亦惟有對於當事人圖及對於惡意第三人發生效力，對於善意第三人，不得因撤銷的結果主張其意思表示爲無效。

三 撤銷權的除斥期間

如前所述，被詐欺的意思表示，表意人得將其撤銷，但是此項撤銷權如永久存續，那麼，相對人及其他利害關係人的權利，將受影響，所以，我民法特於第九三條規定：

「前條之撤銷，應於發見詐欺後一年內爲之。但自意思表示後經過十年，不得撤銷。」

第二項 脅迫

第一 脅迫的意義

脅迫，係以使人發生恐怖爲目的的故意行爲。脅迫的效力，分見於民法和刑法。民法上的效果，可以分爲兩項：一爲侵權行爲上的效果，一爲對於意思表示效力的效果。

第二 脅迫的要件

我民法第九二條第一項所謂被脅迫而爲意思表示，係指因相對人或第三人的故意告以危

害，致生恐怖，基於恐怖所為的意思表示。茲分述其要件如次：

一 須脅迫人有脅迫的行為

脅迫行為，係告以將來發生危害的行為。脅迫既須為行為，所以假如是自然力，例如天災地變等，瀕於危難，雖生恐怖，也不得叫做脅迫；那末，所為的意思表示，自然不能算是脅迫的意思表示。

二 須脅迫人有脅迫的故意

所謂脅迫故意，係脅迫人有使表意人發生恐怖，且因其恐怖而為一定意思表示的意思。因此，脅迫的故意，有兩種意義：（一）須有使表意人陷於恐怖的意思，（二）須有使表意人因其恐怖而為一定意思表示的意思。至於有無得財產上利益的意思，及使相對人感受財產上損害的意思，可以不問。

三 須其脅迫係屬不法

關於此點，我民法雖無明文規定，但是在解釋上則屬當然，因為脅迫行為，係對於表意人的

自由意思加以不當干涉的緣故。

四 須相對人由脅迫發生恐怖

所謂恐怖，應該依被脅迫人的主觀狀態決定，因為能不能夠發生影響於其意思表示效力的恐怖，純係被脅迫人心理狀態的關係。所謂因脅迫發生恐怖，不僅指表意人原無恐怖因脅迫人的脅迫因而發生恐怖；就是表意人已有恐怖，脅迫人使其繼續存在，也包含在內。

五 須相對人係因脅迫而為意思表示

所謂相對人因脅迫所為意思表示，就是脅迫與意思表示之間有因果關係的意思。關於此點與前述詐欺相同，可參閱之。

第三 脅迫的效力

依我民法第九二條第一項規定：

「因脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」

此與前述關於詐欺的效力相同，所不同的，祇是：（一）脅迫如係第三人所為，縱為第三人所不知，

也可以撤銷，(三)被脅迫而爲的意思表示，其撤銷可以對抗善意第三人。此因脅迫比詐欺來得更嚴重，苟非如此，即不足以保護表意人的利益。至於撤銷權的行使，我民法亦與詐欺同，即應於脅迫終止後一年內爲之，但自意思表示經過十年，即永久不許撤銷（民法第九三條）。

第五款 意思表示的生效時期

第一項 意思表示的成立與生效

第一 意思表示的成立與效力的發生

意思表示的成立和效力的發生，非必同時。意思表示常因置其意思於外部可以認識的狀態時，便算成立，但是效力的發生，有與成立同時的，有與成立不同時的。後者例如遺囑，因遺囑人完成遺囑要件的時候，便算成立，可是效力的發生，則係在遺囑人死亡的時候（民法第一一九〇條至第一一九五條及第一一九九條）。

第二 意思表示發生效力的時期

已成立的意思表示，什麼時候發生效力？大體上可以分爲左列兩種：

一 無相對人的意思表示

關於無相對人的意思表示，通常在成立的時候即發生效力。例如所有權的拋棄，與其行為的完成，同時發生效力（民法第七六四條）是。但是如果法律上另有規定時，則應從其規定，如前例所示，遺囑自遺囑人死亡時發生效力是。

二 有相對人的意思表示

關於有相對人的意思表示，我民法依非對話的意思表示與對話的意思表示，異其發生效力的時期。茲分項說明如左：

第二項 非對話意思表示的生效時期

第一 非對話人的概念

非對話人，對對話人而言。非對話人與對話人的區別，是不管表意人與相對人的間隔怎樣，凡處於直接可以交換意見地位的，為對話人；非處於直接可以交換意見的地位的，為非對話人。例如為依電話或其他暗號（如旗語之類）為意思表示，雖然兩下距離很遠，但意思表示脫離表意人

的支配後，無須經過相當的時間，相對人即能受領，這仍是對話人間的意思表示，而非非對話人間的意思表示。

第二 非對話意思表示的生效時期

非對話人間的意思表示，依我民法第九五條第一項規定，以達到爲生效時期。所謂達到，就是在通常的情事之下，使相對人居於可以了解意思表示的狀態。至於是否置於可以了解的狀態，則係事實問題，應該歸納周圍的情狀以爲決定。例如將信函投入相對人住宅所備的受信箱內，或交付於其同居的家屬或受僱人也可認爲達到，不一定須交給相對人本人或代理人。我民法既以達到爲生效時期，於是發生下列兩種結果：

一 意思表示發生效力後不許撤回

依我民法第九五條第一項規定：

「非對話而爲意思表示者，其意思表示以通知達到相對人時，發生效力。但撤回之通知，同時或先時達到者，不在此限。」

依此規定，則表意人於意思表示發生效力後，即不許撤回的。如要撤回，必須撤回的通知先於意思表示的通知達到於相對人，或至少須與意思表示的通知同時達到於相對人。

二 表意人死亡或喪失行為能力時

非對話為意思表示，其意思表示以通知達到相對人時發生效力，已為民法第九五條第一項所明定，但是所謂達到，究竟是意思表示的成立要件，還是生效要件，頗有問題，所以民法第九五條第二項規定：

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

此即明白表示達到為意思表示的生效要件；而意思能力行為能力，則為意思表示的成立要件。

第三 公示送達

非對話人間的，意思表示，如果相對人的住居所在不明，或表意人不知相對人的姓名，則通知無由到達，效力即不能發生，很為不便，所以民法第九七條規定：

「表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名住所者，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。」

所謂公示送達，就是依一定的程式，將應行送達的文書公示後，經過一定期間，即視爲與已爲送達同，並非實有送達。關於公示送達的程序，我新民事訴訟法第一四九條至第一五三條規定很詳，可資參照。

第三項 對話意思表示的生效時期

第一 對話人的概念

如前所述，不管表意人與相對人的間隔怎樣，凡處於直接以交換意見地位的人，便是對話人。那末，表意人與相對人同居一室，直接面談，固然叫做對話人，就是依電話或暗號直接處於可以交換意見地位的，也叫做對話人。

第二 對話意思表示的生效時期

關於對話的意思表示，我民法以了解爲生效時期。我們看第九四條的規定，即可明白：

「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。」

所謂了解，就是相對人了解表意人所表示的意思的意思。但是，祇須可能了解即可，究竟實際上有沒有了解，可以不問。所以假如表意人所爲的意思表示，在通常情形下，本可了解，而相對人故意不爲了解，或因欠缺注意致未曾了解，其意思表示仍然發生效力，不受限制。不過在相對人有客觀故障的時候，則須實際了解，例如對於聾者，以語言爲意思表示的通知；對於盲者，以書面爲意思表示的通知，即不是意思表示的效力是。

第六款 意思表示的受領能力

第一 行爲能力與受領能力

法律行爲能力，係自行決定意思的能力；意思表示受領能力，係消極的受領意思表示的能力。兩者的性質和範圍，均不相同，所以，我民法於第四章第二節（第七五條至第八五條）規定法律行爲能力；於第九六條規定意思表示受領能力。

第二 無受領能力人

一 非對話爲意思表示時

依我民法第九六條規定：

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

此係指非對話人間的意思表示而言。所謂通知達到法定代理人，不管他是向無行爲能力人或限制行爲能力人所發的通知，抑是向法定代理人所發的通知，均須於達到法定代理人纔生效力。

二 對話爲意思表示時

此依意思表示的受領人究爲無行爲能力人抑爲限制行爲能力人，不能一樣。依我民法第七六條規定，無行爲能力人既須由法定代理人代受意思表示，那末，向無行爲能力人對話爲意思表示，不問其真能了解與否，均不發生效力。至在限制行爲能力人，應該類推適用第九六條的規定，就是向限制行爲能力人爲意思表示時，應以其法定代理人了解的時候發生效力，不過已

得法定代理人允許的行為，則只須限制行為能力人本人了解的時候，即可發生效力。

第七款 意思表示的解釋

第一 意思表示解釋的必要

意思表示的解釋，其目的在於確定意思表示的意義。解釋的任務計有兩種：（一）普通人所為的意思表示，言語舉動等所組成的表示行為，往往不很完全，或者曖昧難解，為使這種表示行為完全或明瞭起見，則有待於解釋。（二）普通人因為欠缺法律知識，所為的意思表示，往往係非法律的，為使其合於法律的組成，也有待於解釋。

第二 解釋意思表示的標準

關於解釋意思表示的標準，我民法祇於第九八條規定：

「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」

這種規定，未免過於簡單，茲為便於適用起見，特為補充說明如左：

一 意思表示與任意規定的關係

如前所述，法律的規定，又分爲強行規定和任意規定，而任意規定又可分爲補充規定與解釋規定。意思表示的解釋，和任意規定很有關係。就是：解釋意思表示時，如果當事人已有與任意規定相反的約定，應當依其約定；必須當事人別無約定，纔能依照任意規定以爲補充或解釋。但是，應該注意的，假如雙方當事人貧富相差懸殊，則應以任意規定爲強行規定，當事人間縱有相反的約定，仍應適用任意規定，而不適用約定。因爲不如此，即不足以保護經濟上的弱者。

二 意思表示與習慣的關係

關於意思表示的解釋，如其當事人的意思表示不明，便應該依照交易習慣以爲解釋的標準。因爲交易上既有顯著的習慣，自應推定當事人有依此習慣以定意思表示內容的意思。但是，應當考慮的，假如此項習慣違背公共秩序和善良風俗，即無遵從此項法則的餘地。

三 意思表示與誠實信用原則的關係

解釋意思表示時，如前所述，如其當事人的意思不明，固可依任意規定及習慣以爲解釋，但是，在不能依任意規定或習慣的時候，則應該以誠實信用的原則作爲解釋的標準。因爲誠實信

用的原則，範圍很廣，所謂依任意規定以爲解釋，依習慣以爲解釋，也不外是這個原則的具體表現罷了。

第五節 條件及期限

我們通常所爲的法律行爲，無論是單獨行爲或契約，有無須立時發生效果，必俟一定的事實發生，或一定的時期屆至纔發生效果的；也有無須已發生的效果絕對存續，而俟一定的事實發生或一定的時期屆至，即歸消滅的；這便是所謂條件附和期限附的法律行爲。我民法總則在第四章第四節（第九九條至第一〇二條）設有規定。茲分款說明如次：

第一款 條件

第一項 條件的意義

條件，係表意人附加於其意思表示的任意限制，使其在法律上的效力，繫於將來客觀不確定的事實的成就或不成就。茲就此定義分析說明如左：

第一 條件是表意人附加於其意思表示的任意限制

條件既須爲表意人所加的限制，構成意思表示的一部，那末，其非出於當事人的意思表示，而係依法律規定當然必有的限制，例如設立法人的登記（民法第三〇條），許可（第四六條），受遺贈人須於遺囑發生效力時生存（第一二〇一條）等，則係法定條件，而不是此處所說的條件。

第二 條件在限制意思表示法律上的效力

受條件所限制的，不是法律行爲的成立，而是他的效力。換句話說，附條件的法律行爲，不是他的成立不確定，而是他的效力不確定。所謂效力不確定，有關係於效力的發生的，例如說：君如結婚則贈君千元是。有關係於效力的消滅的，例如說：君如考試不及格，則應將此書還我是。

第三 條件須爲將來客觀不確定的事實

這就是說，在意思表示成立的時候，得爲條件的事實，將來能不能夠實現，客觀上尙難臆料的意思。這裏有兩點應該注意：第一，得爲條件的事實，須客觀上不確定，如係客觀上已確定的事實，雖表意人主觀上並不知道，也不能作爲條件內容；第二，得爲條件的事實，須爲將來的事實，如係過去或現在的事實，即不能作爲條件的內容。

第二項 條件的分類

第一 停止條件與解除條件

停止條件，是限制法律行為效力發生的條件。就是法律行為於條件成就時發生效力，於條件不成就時便不發生效力。因此，停止條件附的法律行為，其效力發不發生，在於不確定的狀態。解除條件，是限制法律行為效力消滅的條件，就是已發生效力的法律行為，於條件不成就時，保持其效力，於條件成就時，喪失其效力。因此，解除條件附的法律行為，其效力消滅不消滅，乃在於不確定的狀態中。

第二 積極條件與消極條件

就法律行為成立時候的現狀來看，以將來某事實的發生，即變動為條件的內容的，叫做積極條件。例如現居國內，以將來留學外國為條件，即以變更現居國內的狀況為內容。反過來說，以將來某事實的不發生，即不變更為條件內容的，叫做消極條件。例如對於某學者以將來不變更學者生活為條件，贈與研究費萬元，即以不變更學者生活的現狀為條件是。

第三 隨意條件偶成條件與混合條件

一 隨意條件

隨意條件，係依當事人一方的意思決定其成立不成立的條件。此可分爲二種：（一）非純粹的隨意條件：條件的成就與否，除依當事人一方的意思而外，尚須具備其他事實的，叫做非純粹的隨意條件。例如說：「君如赴美國留學，即贈君千元」是。（二）純粹的隨意條件：條件的成就與否完全基於當事人的意思的，叫做純粹的隨意條件。例如說：「君如願意領受，則贈君千元」是。純粹的隨意條件，又可分爲積極的和消極的兩種。條件的成就與否，純依債權人一方的意思以爲決定的，叫做積極的純粹隨意條件；條件的成就與否，純依債務人一方的意思以爲決定的，叫做消極的純粹隨意條件。關於消極的純粹條件附法律行爲，解釋上應該認爲無效。

二 偶成條件

條件的成就與否，與當事人的意思無關，純依自然界的事實或第三人的意思以爲決定的，叫做偶成條件。例如說：「明日如天下雨，即送君雨傘一把」、「如得家父母同意，即與君結婚」

是。這種條件，自然是有效的條件。

三 混合條件

條件的成就與否，依當事人一方的意思與第三人的意思以為決定的，叫做混合條件。例如甲與乙約，以乙與丙女結婚為條件，贈與千元是。這種條件，也是有效的條件。

第四 表見條件

表見條件，係祇有條件的外形而未具備條件實質的條件，因其非真正的條件，所以也叫做假條件。表見條件，計有多種，均不能適用民法關於條件的規定。茲分述如次：

一 既定條件

既定條件，係條件成就與否，在法律行為當時即已確定的條件。如云：「某船如到上海，即購買該船所載某貨，」實際上在說這話的時候，該船早已到了上海是。

二 不法條件

得為條件事實的本身，並非不法，但是如果以其為條件則該法律行為即屬不法時，這種條

件，叫做不法條件。例如說：「無子則離婚，」無子的事實並非不法，但如以「無子」為離婚的條件，那末，這種條件便是不法的條件。

三 不能條件

條件的成就不成就，在事實上或法律上均不可能的，叫做不能條件。這也不是真正的條件。

四 法定條件

依法律規定或法律行為的性質，當然為法律行為發生效力的要件或存續要件的，叫做法定要件。例如遺囑的效力以遺囑人的死亡為條件；擔保物權的設定，以債權的存在為條件是。這種條件，也不能認為真正的條件。

五 必至條件

以必發生的事實的發生為條件，或以必不發生的事實的不發生為條件，叫做必至條件。例如說：「甲如不死便如何如何，」「長江的水如不西流便如何如何，」甲的必死和長江水的必不西流，皆是勢所必至的事實，與上述條件的要件不合（為條件的事實須將來客觀不確定），

也不能算是真正的條件。

六 矛盾條件

矛盾條件，係有與法律行為的主要內容相矛盾的內容的條件。例如說：「如所有人不同意，即將這件東西讓給足下」是。這種條件，也是無效的條件。

第三項 條件的成否

第一 條件的成就

所謂條件的成就，就是條件的內容已經完全實現的意思。條件的成就，因情形而有不同：在積極條件，於得為條件內容的事實發生時，為條件的成就。在消極條件，於得為條件內容的事實不發生時，為條件的成就。前者例如甲向乙說：「君如結婚，則贈君千元。」乙如實行結婚，其條件即為成就。後者例如甲向乙說：「君如本年內不結婚，即贈君千元。」乙如不於本年內結婚，其條件即為成就。

第二 條件的不成就

所謂條件的不成就，就是條件的內容已經確定不能實現的意思。條件的不成就，也因情形而有不同：在積極條件，於得爲條件內容的事實不發生時，爲條件的不成就；在消極條件，於得爲條件內容的事實發生時，爲條件的不成就。前者例如說：「君如於本年內結婚，即贈君千元。」如不在本年內結婚，其條件即爲不成就。後者例如說：「君如不於本年內結婚，即贈君千元。」如竟在本年內結婚，其條件即爲不成就。

第三 條件成就的擬制

依我民法第一〇一條第一項規定：

「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，視爲已成就。」此係條件成就的擬制。茲分述其要件及效果如次：

一 要件

(甲) 阻止其條件成就的人須爲因條件成就而受不利益的當事人。假如阻止其條件成就的是第三人，便沒有適用本條的餘地。但是，所謂當事人，不僅指條件附法律行爲的當事人，

舉凡立於因條件成就而受不利益的地位的人，均是當事人。例如遺囑人甲立遺囑說：「乙如與丙結婚，即贈乙千元。」甲的繼承人丁，進讒言於乙丙雙方，致使婚姻不能成立，此時丁即立於因條件成就而受不利益的地位，便是此處所謂當事人。

(乙) 此當事人須依不正當行為阻止其條件的成就。什麼是不正當行為？應就具體事實依其行為是不是違反誠實信用的原則，以為決定。譬如甲對乙說：「我的母馬如能生子，即將所生之馬給君，」但是恰巧母馬有病，甲因而把他殺掉，這種行為即不能認為違反誠實信用的原則。

二 效果

關於阻止條件不成就的效果，我民法定為視其條件為已成就，從而便不發生損害賠償的問題，與第一〇〇條不同，這是應該注意的。

第四 條件不成就的擬制

依我民法第一〇一條第二項規定：

「因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為促其條件之成就者，視為條件不成就。」此係條件不成就的擬制。關於擬制不成就的要件和效果，參照前段所述即可明瞭，不用再說。

第四項 條件附法律行為的效力

第一目 條件成否確定時的效力

第一 停止條件成就時的效力

依我民法第九九條第一項規定：

「附停止條件附的法律行為，於條件成就時，發生效力。」

依此規定，停止條件附的法律行為為債權行為時，因條件的成就，即發生債權法上的效力。停止條件附的法律行為為物權行為時，因條件的成就，即發生物權法上的效力。前者例如停止條件附的買賣，於條件成就時發生買賣的效力是。後者例如停止條件附所有權的讓與，於條件成就時，發生所有權讓與的效力是。

第二 解除條件成就時的效力

依我民法第九九條第二項規定：

「附解除條件附之法律行為，於條件成就時，失其效力。」

依此規定，解除條件附的法律行為為債權行為時，其已發生的債權法上的效力，因條件成就歸於消滅；解除條件附法律行為為物權行為時，其已發生的物權法上的效力，因條件成就歸於消滅。前者例如解除條件附的租賃，於條件成就時，喪失租賃的效力是。後者例如解除條件附所有權的讓與，於條件成就時，喪失所有權讓與的效力是。

第三 條件成就時的效力能否溯及既往

條件附法律行為，於條件成就時，有沒有溯及的效力，應該依當事人的意思以為決定，我民法為尊重當事人的意思起見，所以，除於上述第九九條第一第二兩項設推定的規定，明定條件成就原則上沒有溯及的效力外，並於同條第三項規定：

「依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就時發生者，依其特約。」

茲就本項規定應行注意之點，分別說明如次：

(一) 特約的意義 所謂特約，係泛指特別的意思表示，不一定是契約，該項法律行為縱為單獨行為，表意人也可為特別的意思表示。

(二) 溯及到什麼時候為止 關於此點，我民法只說：「條件成就之效果，不於條件成就時發生」，究竟溯及到什麼時候為止沒有限制。那末，在解釋上，自法律行為生效時起溯及於法律行為成立時止，都可以的。

第四 條件不成就時的效力

條件不成就時的效力怎樣？我民法沒有明文規定。茲依據學理補充說明如次：

(一) 關於停止條件的 停止條件附的法律行為，於條件確定不成就時，其法律行為即確定不生效力。因此：(一) 在條件成就時可能發生的權利，便永不發生；(二) 在條件成否未確定前所有的一切權利義務，完全歸於消滅。例如條件附的權利歸於消滅時，如有從權利，其從權利也歸於消滅是。

(二) 關於解除條件的 解除條件附的法律行為，在條件確定不成就時，其法律行為已

發生的效力即無條件的存續下去。

第二目 條件成否確定前的效力

第一 條件附權利的本質

在停止條件附的法律行為，於其條件成否沒有確定以前，雖然此項法律行為的效力能不能夠發生，在於不確定的狀態，可是當事人有一種一旦條件成就即可取得某種權利的希望。在解除條件附的法律行為，於其條件成否沒有確定以前，雖然此項法律行為的效力已經發生，但是一旦條件成就，此項法律行為即馬上失其效力，其已取得的權利，仍須歸還於原權利人。因此，財產處分人也有一種一旦條件成就，即可取回其原有權利的希望。這種希望，究竟是單純的希望，還是一種權利學說上固然很有爭論，可是就我民法說，第一〇〇條既設有保護的明文，自然應該認為係一種權利，而不是單純的希望。

第二 條件附權利的保護

如前所述，條件附法律行為的當事人，既有因條件成就取得一定權利的希望，那末，各當事人

自不得爲損害相對人因條件成就所應得利益的行爲。因此，我民法在第一〇〇條設積極保護的規定說：

「附條件之法律行爲當事人，於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行爲者，負賠償損害之責任。」

所謂損害相對人因條件成就所應得利益的行爲，例如停止條件附的買賣，出賣人毀損其買賣的標的物，或將其買賣標的物轉賣於他人是。解除條件附的法律行爲，也與此相同，不必細說。

第三 條件附權利與第三人的關係

第三人侵害條件附的權利，其效力怎樣？我民法雖無明文，我以爲在解釋上應認爲構成第一八四條的侵權行爲。因爲條件附的權利，既然是權利中的一種，那末，無論何人如有侵害，便應該依第一八四條規定，負責賠償。第三人侵害條件附的權利，例如第三人奪去其依條件附所出賣的標的物，或毀損其依解除條件附所讓受的什物是。

第五項 避忌條件的法律行爲

一切法律行為，以許當事人得任意附加條件為原則，但是，例外也有不許附加條件的。這種不許附加條件的法律行為，便是避忌條件的法律行為。避忌條件的法律行為，可分為下列兩類：

第一 公益上不許附加條件

某種法律行為如附加條件，即違反強行規定或公序良俗的，那末，為保護公益起見，便不許附加條件。附加條件違反強行規定，例如債務的抵銷（民法第三三五條第二項）是。附加條件背於公序良俗，例如結婚離婚，收養子女，非婚生子女的認領，繼承的承認和拋棄是。

第二 私益上不許附加條件

某種法律行為，有為保護私人利益起見而不許附加條件的，例如法律行為的撤銷（民法第八八條第一項），承認（第七九條），選擇之債的選擇（第二〇九條），契約的解除（第二五八條）及買回（第三七九條）等須受領的單獨行為是。因為法律既許行為人可以依單獨行為決定法律關係，如再許其附加條件，那末，必使相對人更加不利了。但是，依條件事實的性質，不致損害相對人利益的，縱附加條件，亦無不可。例如說：「如不支付租金，則解除租賃契約」是。又附加條件，

如已得相對人的同意，也應認爲例外，因爲相對人既然自願犧牲利益，自無不許附加條件的理由。

第二款 期限

第一項 期限的意義

期限，是表意人附加於其意思表示的任意限制，使其意思表示法律上效力的發生或消滅，繫於將來確定事實的到來的意思。茲分析說明如次：

第一 期限是附加於意思表示的任意限制

關於此點，與條件所述相同。所以，凡是法律規定或法律行爲性質上當然應有的限制，不是此處的所謂期限。法律所定的期限，例如民法第三八〇條第四四九條第一項所定的期限是。法律行爲性質上當然應有的期限，例如非對話爲意思表示，應有通知達到於相對人的相當期限是。又期限既爲附加於意思表示的限制，自以具備意思與表示爲必要，此點也與條件所述相同，茲不再說。

第二 期限在限制意思表示法律上的效力

期限，可以限制法律行爲效力的發生與存續。關於限制法律行爲效力發生的，爲附始期的法

律行爲，於期限屆至時發生效力。例如甲向乙表示，俟明年四月底，贈與千元，如乙願意接受，此項贈與契約固已成立，但必須待至明年四月底纔能發生效力。關於限制法律行爲效力的存續的，爲附終期的法律行爲，於期限屆滿時失其效力。例如甲借洋千元與乙，約定明年四月底返還，此項消費借貸契約固已成立，並且已經生效，但其效力的存續，只能截至明年四月底是。

第三 期限須爲將來確實可以到來的事實

爲期限內容的事實，須爲將來確實可以到來，此係期限與條件重大不同的地方。但是所謂爲期限的事實須確實可以到來，並不是說在定期限的時候，不許其與不確定的事實發生牽連，所以如以不確定事實的發生或不發生，兩者之中實現其一爲期限的時候，也可以的。例如說：如到滬則於到滬之日支付，不到滬，則於確實不到滬時支付是。

第二項 期限的分類

第一 始期與終期

始期，係於其期限屆至以前，停止法律行爲效力發生的期限。終期，係因期限屆滿，消滅法律行

爲效力的期限。前者例如甲與乙約於二十四年九月十日將某處土地的所有權讓與於乙是。後者例如甲在自己所有的土地上面爲乙設定至二十四年九月十日爲止的地上權是。

第二 確定期限與不確定期限

確定期限，不但是期限事實的發生已經確定，並且其發生的時期也是業已確定的。例如說：「來月一日，」或「自本日起一個月後」是。不確定期限，係期限事實的發生雖已確定，但其發生的時期尙未確定的期限。例如說：「於某甲死亡的時候」是。

第三 不能期限

不能期限，是以很遠的將來爲期限的期限。例如說：「千年之後履行債務」是。這種期限，在性質上固非不能，但是法律是以人生人事爲標準的，這種極端的期限，與法律的宗旨頗不相合，所以在解釋上如以此種期限爲始期，其法律行爲應認爲無效；如以此種期限爲終期，其法律行爲應認爲無期限。此與前述不能條件完全一樣。

第四 約定期限與恩惠期限

約定期限，係當事人所附加的期限。例如當事人約定於來年一月一日履行債務是。恩惠期限。係法院斟酌債務人的境況，准許分期給付或緩期清償的期限。後者我民法曾於第三一八條第一項但書規定之。

第三項 期限的到來

所謂期限的到來，就是得為期限內容的事實已經發生的意思。我民法稱始期的到來為「屆至」，稱終期的到來為「屆滿」。期限在什麼時候繼可以說[？]是到來。應該分別情形而論：（一）以期日及期間定期限的，應該依照民法第一二〇條以下所定，定其到來的時期。（二）以事件的發生定期限的，應該以該事件發生時為其期限到來的時期。例如說：「某甲死亡時」即以某甲死亡的時候為其期限到來的時期是。

第四項 期限附法律行為的效力

第一目 期限到來時的效力

第一 始期屆至時的效力

依我民法第一〇二條第一項規定：

「附始期之法律行為，於期限屆至時，發生效力。」

依此規定，如始期附的法律行為為債權行為時，因期限的屆至，即發生債權法上的效力。始期附的法律行為為物權行為時，因期限的屆至，即發生物權法上的效力。此點與前述停止條件成就時的效力相同，茲不再說。

第二 終期屆滿時的效力

依我民法第一〇二條第二項規定：

「附終期之法律行為，於期限屆滿時，失其效力。」

依此規定，無論終期附的法律行為為債權行為，還是物權行為，其已發生的效力，均因期限屆滿即歸消滅。此點與前述解除條件成就時的效力相同，茲不再說。

第三 期限到來時的效力不能溯及既往

關於期限到來時的效力，能否溯及既往？我民法無明文規定，我以為應取否認說，因為倘許其

溯及法律行為時發生效力，那末，便要與附期限的法則相矛盾了。

第二目 期限到來前的效力

期限附法律行為的當事人，於其期限未到來以前，有將來可以取得其權利的希望，與條件附法律行為完全相同；而且，期限是必可到來的，較之條件附法律行為當事人法律的地位，尤為確實，此項希望自有特加保護的必要。所以，我民法第一〇二條第三項規定：

「第一百條之規定，於前二項情形準用之。」

所謂準用，就是說：附期限的法律行為當事人，於期限未到來以前，若有損害相對人因期限到來所應得利益的行為，應負損害賠償的責任。第三人侵害此項希望時，應依民法第一八四條負損害賠償的責任，其詳已如前述，茲不再說。

第五項 避忌期限的法律行為

期限與條件相同，無論什麼法律行為，原則上皆許可附加期限，但是例外也有不許附加期限的，這便是避忌期限的法律行為。避忌期限的法律行為，固與條件所述略同，應依公益上與私益上

的標準決定，但是他的範圍並非完全一致。例如票據行爲，雖許附加期限，但不許附加條件；繼承人的指定，雖許附加條件，但不許附加始期或終期。又有依法律行爲的性質，許附加始期，而不許附加終期的，例如債務的免除是。避忌期限的法律行爲，倘竟附加期限，則其法律行爲應全部爲無效，例如民法第三三五條第二項規定是。

第六節 代理

第一款 代理制度的必要及其本質

第一項 代理制度的必要

代理，是代理人於代理權限內，以本人名義向第三人爲意思表示，或由第三人受意思表示，而直接對於本人發生效力的行爲。代理制度的產生，乃是由於人類共同生活的發展，漸次形成的。因爲社會生活漸趨複雜，個人獨立的活動常感不足，尤其是在經營大規模商業的時候，非有人從中幫助不可。至於補助的方法，約有下列三種方式：（一）意思決定的補助，例如顧問鑑定等是。（二）表示的補助，例如代筆、翻譯、電報等是。（三）傳達的補助，例如使用人信差等是。但是上述三種方

式，僅爲構成意思表示各部分或傳達手段的補助，於是更進一步產生直接代爲意思表示或代受意思表示的制度，這就是所謂代理制度。

第二項 代理的本質

如前所述，代理是代理人於代理權限內，以本人名義，向第三人爲意思表示或由第三人受意思表示，直接對於本人發生效力的行爲。茲就此定義分析說明如次：

第一 代理人須本於代理權爲之

代理行爲能否直接對於本人發生效力，須視其有無代理人的資格而定，這資格就是代理權。所以，代理必須本於代理權爲之，且須在其範圍以內，我民法第一〇三條第一項所謂「於代理權限內」就是這個意思。至於什麼是代理權？等到次款再說。

第二 代理須以本人的名義爲之

所謂以本人的名義爲之，就是表示依其行爲取得權利負擔義務的人爲本人是。如係依本人的名義爲之，縱使事實上沒有爲本人謀利益的意思，甚且濫用代理權而爲自己圖謀一定的利益，

仍然不失其爲代理的行爲。反過來說，如係以行爲人自己名義爲之，縱使法律上的效果及於本人，也決不能認爲係代理的行爲，例如質權人抵押權人等，對於質物抵押物所爲的處分是。

第三 代理須係關於意思表示

代理須係關於意思表示，此爲我民法第一〇三條所明定。代理之在於爲意思表示的，叫做積極代理，例如甲代乙爲買賣的要約是。代理之在於受意思表示的，叫做消極代理，例如甲代乙接受買賣的要約是。代理既須關於意思表示，那末，事實行爲自不能成立代理，通常在宴會或迎送席上所謂代理，實在不是代理。依照同樣的理由，侵權行爲也不能成立代理，這就是代理和代表顯然區別的地方。

第四 代理行爲須直接對於本人發生效力

爲意思表示或受意思表示的，雖然是代理人，但是法律上的效果，卻直接歸屬於本人，這就是代理的本體。所謂直接，就是說，法律效果不是先對於代理人發生，然後移轉於本人，乃是對於本人自始即發生法律上的效果。換句話說，就是代理行爲的結果，本人當然爲權利人或義務人，代理和

間接代理的區別，即在於此。

第二款 代理的分類

第一 直接代理與間接代理

直接代理，係代理人於代理權限以內，以本人名義爲意思表示，或受意思表示，直接對於本人發生效力的代理。間接代理，係以代理人自己的名義，爲本人的計算，爲意思表示或受意思表示，而以其效果移轉於本人的代理。我民法所謂代理，專指直接代理。

第二 積極代理與消極代理

積極代理，是爲意思表示的代理。消極代理，是受意思表示的代理。前者即我民法第一〇三條第一項的規定是。後者即我民法第一〇三條第二項的規定是。

第三 有權代理與無權代理

有權代理，是基於代理權所爲的代理。反是，非基於代理權所爲的代理，便是無權代理。真正的代理，係指有權代理。無權代理，通常可分爲表見代理和狹義的無權代理。所謂表見代理，係代理人

雖然沒有代理權，但是在表面上可以使人信爲有代理權，法律因而即使本人負擔一定責任的代理（民法第一六九條。）所謂狹義的無權代理，則指除表見代理以外，無權代理人所爲的一切的代理行爲（民法第一七〇條。）其詳請參考本叢書民法債編代理權的授與一章，茲不多說。

第四 意定代理與法定代理

意定代理，係指代理權由於本人意思表示而生的代理。法定代理，係指代理權不是由於本人意思表示而生的代理。其詳等到在代理權發生的原因中再說。

第五 一般代理與特別代理

一般代理，係指代理權的範圍無特定限制的代理。特別代理，係指代理權的範圍有特定限制的代理。前者又稱爲無限代理或概括代理。後者又稱爲有限代理或部分代理。其詳等到在代理權的範圍中再說。

第三款 有權代理

第一項 代理權的本質

基於代理權所爲的代理，叫做有權代理，已如前述。所謂代理權，就是代理人以本人的名義，爲意思表示或受意思表示，而使其法律上的效果直接對於本人發生的權能。關於代理權的本質學說頗多，一般通說均謂代理權是一種能力，與行爲能力相似，其與行爲能力不同的，祇是：行爲能力係自己所爲或所受的意思表示，直接對於自己發生效力；代理權，則係代理人所爲或所受的意思表示，直接對於本人發生效力。如依此說，則代理權係一種資格，不能稱爲權利。不過這種資格非如行爲能力盡人皆有，必有其發生的原因，纔有所謂代理權，此點等到在代理權發生的原因中再說。

第二項 代理權的發生

第一 代理權發生的原因

代理權發生的原因，不外兩種：其由於本人意思表示而生的，叫做意定代理，其非由於本人的意思表示而生的，叫做法定代理，此在前面已經說過。這種區別，很重要，茲分別說明如次：

(一) 法定代理 非由於本人意思表示而生的代理權，爲法定代理權，有此代理權的人，爲法定代理人。法定代理人大概可以分爲三類：(一) 因法律規定而有代理權的，例如未成年

子女的父母（民法第一〇八六條）禁治產人的監護人（民法第一〇一〇條）是。（二）因法院的選任而有代理權的，例如法院所選任的法人清算人（民法第三八條）或特別代理人（民事訴訟法第五一條）是。（三）因私人的選任而有代理權的，例如親屬所選任的監護人及遺產管理人（民法第一〇九四條第一一七七條）是。

（二）意定代理 由於本人的意思表示而生的代理權，叫做意定代理權。有此代理權的人，為意定代理人，授與代理權的行為，叫做授權行為。授權行為的本質如何？請看次節的說明。

第二 授權行為的本質

如前所述，意定代理的代理權，係由本人的授權行為而生，那末，授權行為的本質如何，頗有問題。我以為授權行為係一種單獨的行為。因為如前所述，代理權既非權利，又非義務，不過是得以替代本人為有效意思表示的一種資格，所以，代理權授與行為，僅在決定代理人的意思表示應否對於本人發生法律上的效果，祇須以本人的意思表示授與即可，無須取得代理人的同意。請看我民法第一七〇條的規定：

「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為法律行為之第三人，以意思表示為之。」

依此規定，代理權的授與，不問是向代理人表示，還是向代理人對之為法律行為的第三人表示，祇須這授與的意思表示達到於代理人或第三人，便發生代理權。

第三 授權行為與其基本的法律關係

代理權的授與，得向代理人為之，也得向代理人對之為法律行為的第三人為之，已如前述。其向代理人對之為法律行為的第三人為之，固祇須有授權行為的存在即可；反之，如係向代理人為之，則代理權的授與行為，常與其基本的法律關係相結合，其中有與委任契約相結合的，有與僱傭契約相結合的，也有與合夥契約相結合的。關於授權行為與其基本的法律關係的關係，我民法第一〇八條第一項設有規定：

「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」

依此規定，可見授權行為既由於基本的法律關係而生，而為其基本的法律關係的附屬品，所以在

基本的法律關係無效或撤銷的時候，授權行為也就歸於消滅了。

第三項 代理人的能力

如前所述，代理人所為的意思表示或所受的意思表示，既係直接對於本人發生效力，那末，關於能力的問題，自然應該依照下述各點解決之。

第一 權利能力

代理人無須有權利能力，因為代理人並非取得權利負擔義務的主體。例如中國銀行的股東，外國人雖然依法不得享有（中國銀行條例第四條），但是中國人不妨以外國人為代理人，取得其股東權。代理人固然無須有權利能力，但是本人卻非有權利能力不可，因為本人為取得權利負擔義務之主體的緣故。

第二 行為能力

代理人也無須有行為能力。此為民法第一〇四條所明定：

「代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人所受影響。」

因爲限制行爲能力人代本人所爲或所受的意思表示，係直接對於本人發生效力，僅能拘束本人，不能拘束爲或受此意思表示的代理人，所以代理人所爲或所受的意思表示，不因其爲限制行爲能力人而影響其效力。不過本條規定，僅能適用於意定代理，關於法定代理，我民法設有特別規定（民法第一〇九六條），應當認爲例外。

第三 代理行爲的瑕疵

代理人固然無須有行爲能力，但是爲或受意思表示，係由代理人爲之，自以有意思能力爲必要，所以我民法特設代理行爲發生瑕疵的解決辦法。

一 原則

依我民法第一〇五條規定：

「代理人之意思表示，因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。」

所謂意思欠缺，係指意思與表示的不一致，舉凡非真意思表示，虛偽表示，錯誤及誤傳，皆包含在

內。所謂被詐欺脅迫，不但相對人的詐欺脅迫，就是第三人的詐欺脅迫也是。所謂明知其事情或可得而知其事情，例如民法第九一條但書及第九二條第一項但書的規定是。本條規定，不但適用於意定代理，即法定代理亦同一適用。

二 例外

依我民法第一〇五條但書規定：

「但代理人之代理權係以法律行為所授與者，其意思表示如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。」

本條但書的適用，必須具備下列兩種要件：（一）須其代理為意定代理，此就「代理權係以法律行為所授與」一語，可以見之，法定代理即無適用本但書的餘地。（二）須代理人所為或所受的意思表示，係依本人所指示的意思。所謂指示，就是委託其為或受意思表示的方針。本人的指示，通常必須經過充分的考慮，所以關於上述關於意思表示要件的事實，應該就本人決定，不就代理人決定。

第四項 代理權的範圍

所謂代理權的範圍，係代理人得於某種範圍內爲意思表示，或受意思表示，而其效力及於本人的意思，亦稱爲代理人的權限。如前所述，代理人的權限，在意定代理，應依授權行爲定之，在法定代理，應依法律規定，或依法定代理權發生要件的事實定之（民法第二七條第二項第一〇八八條第一一〇〇條第一一三條）。所以，我民法不設代理權範圍的規定，但是，如果代理權的範圍，不很明瞭，那末，以下所舉的幾種行爲，很可以供解釋上的參考。

（一）保存行爲 保存行爲，就是維持財產現狀的行爲。保存行爲，有屬於事實行爲的，例如代理人對於其所管理的房屋自爲修繕是。也有屬於法律行爲的，例如因修繕房屋而與他人訂立修繕契約是。但是，代理僅以法律行爲爲限，其以保存爲目的的事實行爲，應當適用關於委任或無因管理的規定（民法第五二八條第一七二條）。

（二）利用行爲及改良行爲 利用行爲，就是以財產爲收益基礎的行爲，有屬於物的利用的，例如以金錢存儲於銀行而得利息是。有屬於權利的利用的，例如以著作權租與他人使用

而得報酬是。改良行爲，係以增加財產經濟上的價值爲目的的行爲。增加物的價值的，例如對於房屋加以適當的改造是。增加權利的價值的，例如對於有負擔的權利除去其負擔是。但是無論是利用行爲或改良行爲，均須不變更其物或權利的性質，如以耕作地變更爲住宅地，或以金錢變更爲股票，在通常交易觀念上，既不能認爲利用行爲，也不能認爲改良行爲。

第五項 雙方代理的限制

雙方代理有二：爲本人與自己的代理行爲，叫做自己契約；既爲第三人的代理人而又爲本人與第三人的代理行爲的，叫做狹義的雙方代理。雙方代理的效力問題，我民法原則是禁止的，外則承認其有效。茲分別說明如次：

第一 雙方代理的禁止

依我民法第一〇六條規定：

「代理人……不得爲本人與自己之法律行爲，亦不得既爲第三人之代理人，而爲本人與第三人之法律行爲。」

此係雙方代理禁止的規定。本來，一人而兼雙方當事人的資格，在契約性質上非不可能，其所以要禁止的，乃係因為雙方當事人的利害關係，頗不相同，如代理人代理本人與自己為法律行為，或為雙方的代理人，實際上殊為不當，法律為保護本人利益起見，所以特地的加以禁止。違反本條所為的行為，自然應該無效。又本條的規定，在解釋上，不但適用於契約，且可適用於單獨行為，不但適用於意定代理，且可適用於法定代理。

第二 禁止的例外

一 已經本人的許諾時

雙方代理的禁止，既係為保護本人的利益而設，如已得本人的許諾，自無予以保護的必要，故我民法特設明文，認為例外（第一〇六條首段。）

二 係專履行債務時

法律行為，如專在履行債務，依我民法第一〇六條但書規定，應認為雙方代理禁止的例外。因為履行債務，並非從新交換利益，本人不致因此發生損害的緣故。所謂債務，解釋上係指作為

債務，不作爲債務，性質上不適於代理人的履行，自非此處所謂債務。所謂履行，應作狹義清償解釋，抵銷也可包括在內，至代物清償，雖與清償有同一的效力，但係從新交換利益，不是此處所謂債務的履行。

第六項 代理權的消滅

第一目 代理權消滅的原因

關於代理權的消滅，其原因有二：一爲共通消滅的原因，一爲特別消滅的原因。共通消滅的原因，係法定代理和意定代理所同具的消滅原因；特別消滅的原因，係法定代理或意定代理所特有的消滅原因。茲分述我民法上的規定如次：

第一 共通消滅的原因

一 授與法律關係的終了

依我民法第一〇八條第一項規定：

「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」

這是我民法所定惟一的共通消滅原因。其屬於法定代理的，例如因監護關係所由發生的代理權，依監護關係的終了而消滅是。其屬於意定代理的，例如因委任關係所由授與的代理權，依委任關係的終了而消滅是。

二 本人的死亡破產或喪失行為能力

這三點我民法未設規定，茲依據法理分別解決如下：（一）本人的死亡：在法定代理，其代理權應依本人的死亡而消滅，在意定代理，原則上亦應依本人的死亡而消滅，因為本人的意思，通常不欲以代理權的授與拘束其繼承人的緣故（民法第五五〇條）。但如授權行為另有意思表示，自應從其表示；法律另有規定，也應從其規定（民法第五六四條）。（二）本人的破產：本人的破產，是代理權的停止原因，並不是代理權的消滅原因，因為本人回復其處分自己財產的能力以後，仍有時需用代理人的緣故（民法第五六四條），但法律另有規定的，亦應從其規定（民法第五五〇條）。（三）本人喪失行為能力：不問是法定代理或意定代理，其代理權均不應依本人的喪失行為能力而消滅（民法第五六四條），但法律另有規定的，自應從其規定。

（民法第五五〇條）

三 代理人的死亡破產或喪失行為能力

關於這三點，我民法也未設有規定，茲依據學理分別解決如下：（一）代理人的死亡：代理權祇是一種資格，繼承人無從繼承，那末，代理權自應因代理人的死亡而消滅（民法第五五〇條），但法律另有規定的，從其規定（同條但書）。（二）本人的破產：代理人既經破產，即喪失其信用的基礎，自應以其為代理權消滅的原因（民法第五五〇條），但法律另有規定的，從其規定（同條但書）。（三）代理人喪失行為能力：依民法第一〇四條解釋代理人固然無須有行為能力，但如代理權授與後喪失行為能力，通常不能謂本人仍有使其繼續代理的意思，所以也應認為代理權消滅的原因（民法第五五〇條），但法律另有規定的，自應從其規定（同條但書）。

第二 意定代理的特別消滅原因

關於意定代理的特別消滅原因，依我民法規定，為代理權的限制及撤回兩種，茲分述如次：

一 代理權的限制

所謂代理權的限制，係指代理人通常應有的權限，而依本人的意思表示特別加以限制的意思，就我民法第一〇七條解釋，本人對於代理權既得加以限制，那末，一旦受有限制，其代理權的一部分，自然應因限制而消滅。

二 代理權的撤回

所謂代理權的撤回，係以本人一方的意思，直接消滅代理權的意思表示。我民法第一〇八條第二項規定：

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

代理權一旦撤回，則其代理權自然應因撤回而消滅。

第三 法定代理的特別消滅原因

關於法定代理的特別消滅原因，我民法並未設有規定，應就各種法律規定以爲決定，自不待

官。

第二百 代理權消滅的效果

第一 當事人間的效果

代理權一旦消滅，前代理人無代理權，如果更爲代理，自應適用關於無權代理的規定。但如代理權係因於本人意思表示而生，我民法第一〇九條設有規定：

「代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於授權者，不得留置。」

依此規定，縱代理人依法享有留置權（民法第九二八條），也不得主張留置權，此係爲避免權利義務關係過於複雜的緣故。但本人縱不爲授權書交還的請求，對於代理權的消滅，亦屬無妨，不過對於善意第三人，解釋上不得以之對抗罷了（民法第一〇七條）。

第二 對於第三人的效果

對於第三人的效果，我民法第一〇七條設有明文。即：

「代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其事實者，不

在此限。」

本條的適用，應具備下列三種要件：（一）須第三人為善意，就是第三人不知代理權消滅的事實，仍信其為有代理權。（二）須第三人無過失，就是第三人不知代理權消滅的事實，不是由於自己的過失。（三）須前代理人於其權限範圍內，以本人名義，而為一定的行為。又本條法文雖祇限於代理權的限制及撤回，但是我以為應該從擴張解釋，對於代理權一般的消滅，均可適用，因為倘不如此解釋，即不足以保護善意第三人的利益。

第四款 無權代理

第一項 無權代理的意義

無權代理，係具備代理行為其他的成立要件，僅欠缺代理權的代理。如前所述，代理應具備下列四種要件：（一）須本於代理權為之；（二）須以本人名義為之；（三）須關於意思表示；（四）須直接對於本人發生效力。所謂無權代理，就是指具備（二）（三）（四）各種要件，欠缺（一）要件的代理。無權代理，通常可分為表見代理與狹義的無權代理兩種，二者區別的要點，前面已經

說過，其詳請參照本書民法債編「代理權之授與」一章，民法總則中所規定的，僅為狹義的無權代理中代理人對於第三人的關係，茲於次項說明之。

第二項 狹義的無權代理

第一目 狹義無權代理的意義

狹義的無權代理，係學說上的用語，所以別於表見代理。但是在法律上則逕稱為無權代理。廣義的無權代理，包含表見代理在內，狹義的無權代理，則指除表見代理以外無代理權所為的一切代理行為。狹義的無權代理，大概有四種情形：（一）不具備表見代理要件的代理，（二）授權行為無效的代理，（三）逾越代理權範圍的代理，（四）代理權消滅以後的代理。狹義的無權代理，可發生下列三種關係：（一）本人與代理人的關係，（二）代理人與第三人的關係，（三）第三人與本人的關係。本人與代理人的關係，我民法則規定於債編「代理權之授與」中（第一七〇條第一七一條）民法總則所規定的，只是代理人與第三人的關係，茲說明於後。

第二目 無權代理人對於相對人的責任

在有權代理，其代理行為係直接對於本人發生效力，所以代理人對於第三人，不負何種責任；反之，在無權代理，因其不能對於本人發生効力，善意第三人自不免因此發生不可豫料的損害，所以我民法第一一〇條規定：

「無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之第三人，負損害賠償之責。」

茲分述其責任要件及內容如次：

第一 責任的要件

無權代理人對於相對人負責的要件，依我民法規定，有如左述：

一 須有無權代理的行為

所謂須有無權代理的行為，即須「以他人之代理人名義而為法律行為」是。此點為我民法第一一〇條所明定，由此可知無權代理和有權代理的區別，僅在是不是欠缺代理權。

二 須相對人為善意

所謂相對人爲善意，就是相對人不是明知其無代理權的意思。如果相對人明知其無代理權，而竟貿然與其爲一定的行爲，那是咎由自取，沒有予以保護的必要。

三 須本人未爲承認

關於此點，我民法雖無明文規定，但是我以爲解釋上當然應該如此，因爲本人如已爲承認，依我民法第一七〇條第一項，其所爲的法律行爲，即應對於本人發生效力了。

第二 責任的內容

無權代理人對於相對人負責的內容，我民法則明定爲應負損害賠償責任。所謂損害賠償，就是填補相對人所受的損害的意思。但是損害賠償的範圍如何，我民法未設明文，我以爲不但相對人因信其有代理權所失的利益，無權代理人應負責賠償，就是代理行爲如爲有效，相對人所應得的利益，也應該負責賠償。

第五款 複代理

所謂複代理人，就是代理人爲處理其權限內的事務全部或一部，以代理人自己的名義，所選

任的本人的代理人。分析言之：（一）複代理人是處理代理權限內的事務的代理人，（二）複代理人是代理人以自己的名義所選任的代理人，（三）複代理人是本人的代理人。我民法不但未設複代理人的規定，且於委任僱傭等契約設有禁止複代理的明文（民法第五三七條第四八四第二項），所以，從立法精神上看來，應該解為不許選任複代理人。不過為求事實上的便利，代理人為處理其權限內的事務，自然可以委任事實上的補助人，從事佐理，這補助人所為的行爲，只對於代理人發生效力，自不待言。

第七節 無效及撤銷

就法律行爲與其效力的關係說，可分爲完全的法律行爲和不完全的法律行爲。具有法律行爲的外觀而不完全發生效力的行爲，叫做不完全法律行爲。不完全法律行爲，又可分爲三種：（一）無效的法律行爲，（二）可得撤銷的法律行爲，（三）效力未定的法律行爲。我民法只就無效及撤銷設有明文規定，茲分別說明於次。

第一款 無效

第一項 無效的意義

當然的且已確定的不發生效力的法律行爲，叫做無效的法律行爲。茲分析說明如次：

第一 無效與不成立不同

法律行爲未具備成立要件的，叫做法律行爲的不成立；法律行爲已具備成立要件而未具備有效要件的，叫做法律行爲的無效。前者例如契約，有要約而無承諾，或要約與承諾不一致，其契約爲不成立是。後者例如要約與承諾雖已一致，但因標的的不合法，其契約爲無效是。

第二 無效即不發生法律行爲上的效力

此處所謂無效，專指不發生法律行爲上的效力而言，其行爲的本身並不因之而消滅，所以，無效的法律行爲當事人，仍應負擔法律行爲以外的責任。例如無效行爲具備侵權行爲的要件時，即發生賠償損害的效果，具備不當得利的要件時，即發生返還利益的效果是（民法第一八四第一七九條）。

第三 無效係確定不生效力

無效的行爲與效力未定的行爲不同。效力未定的行爲，係發生或不發生效力，尙屬未能確定，並非於行爲當時即確定不生效力；而無效的行爲，則係行爲當時即已確定不生效力。前者例如無權代理行爲，不過在未經本人承認以前，對於本人不生效力，並非在行爲當時即確定不生效力（民法第一七〇條第一項）是。後者例如違背公序良俗的行爲，於行爲當時即確定不生效力；嗣後因情事變更其標的由不合法變爲合法，也不能由無效行爲變爲有效行爲（民法第七二條）是。

第四 無效係法律上當然不生效力

所謂法律上當然無效，就是不待當事人或法院的行爲，宣告無效，而依法律規定，當然無效的意思。此與可得撤銷的行爲，須經撤銷權人的撤銷，纔視爲自始無效，完全不同（第一一四條第一項）。因此，主張無效的期間，毫無限制，也不能因時效期間的經過，成爲有效。可是在法律上當然無效的行爲，自然也不妨提起消極確認之訴，請求法院確定其無效，例如婚姻無效之訴（新民事訴訟法第五六四條以下）是。

第二項 無效的分類

第一 絕對無效與相對無效

無論何人或對於無論何人皆得主張無效的，叫做絕對無效。一定的人或對於一定的人不得主張無效的，叫做相對無效。無效，以絕對無效為原則，相對無效為例外。相對無效，例如民法第八七條第一項但書的規定是。

第二 自始無效與嗣後無效

法律行為成立當時即有無效原因的，叫做自始無效；法律行為的成立與效力的發生，並非同時，而於其間發生無效原因的，叫做嗣後無效。嗣後無效，例如遺囑，於具備法定方式時成立，其效力則自遺囑人死亡時發生，依照現行民法遺贈原得以遺囑為之，但如在遺囑尚未發生效力以前，新法即禁止其以遺囑為遺贈是。自始無效，與嗣後無效的原因，非必一致，例如意思能力的欠缺，雖為自始無效的原因，然於法律行為成立以後，縱使行為人喪失行為能力，也不影響於其行為的效力。反之，權利能力及標的物的可能合法，則須至發生效力時為止，繼續存在，如於法律行為成立以後，

有所變更，即屬嗣後無效，而非自始無效。

第三 全部無效與一部無效

法律行為的內容全部無效的，叫做全部無效；僅係一部無效的，叫做一部無效。一部無效的情形，計有兩種：（一）法律行為的內容，由數個條項而成，其中一個條項為無效的。（二）法律行為的內容雖屬單一，但是在分量上其中一部分超過法律許可的範圍，其超過的部分為無效的，例如超過民法第二〇五條所定的利息是。至法律行為的一部無效，是否影響於法律行為的全部？民法於第一一一條設有規定：

「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍為有效。」

所謂除去該部分亦可成立，就是縱無無效部分，也可推定其為法律行為的意思。至其推定的資料，自應就法律行為的性質和當事人的意思表示決定。但是法律上有特別規定的，則應從其規定（民法第二四七條第二項）。

第三項 無效行爲的轉換

所謂無效行爲的轉換，即某種法律行爲，如其爲甲種行爲應爲無效，但因其具備乙種行爲的效力發生要件，即以其爲乙種行爲而認爲有效是。無效行爲的轉換，有兩種情形：（一）法律上的轉換，例如民法第一六〇條第一項規定：「遲到之承認，視爲新要約」是。（二）解釋上的轉換，我民法第一一二條規定：

「無效之法律行爲，若具備他法律行爲之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效即欲爲他法律行爲者，其他法律行爲仍爲有效。」

例如簽發本票的行爲，雖因法定要件欠缺而無效，若可作爲不要因的債務承擔契約，其契約仍爲有效是。本條規定的理由，在於尊重當事人的意思和謀實際上的便利。

第四項 無效法律行爲當事人的責任

依我民法第一一三條規定：

「無效法律行爲之當事人，於行爲當時知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠

「償之責任。」

因為法律行為雖屬無效，但是有時一方當事人已依該行為為給付，或因該行為無效而受損害，倘行為人於行為當時明知其無效或者可以知道而不知道，對於他方所為的給付，自應使其負回復原狀或賠償損害的義務，以示懲制。

第二款 撤銷

第一項 撤銷的意義

民法上所謂撤銷，有種種的意義。有指法律行為的撤銷的，有指法律行為以外的撤銷的；而在法律行為的撤銷，有以意思表示有瑕疵為原因的，有不以意思表示有瑕疵為原因的。法律行為以外的撤銷，例如民法第十四條第二項及第三四條的規定是。以意思表示有瑕疵為原因的撤銷，例如民法第七四條，第八八條，第八九條，第九二條，第九九六條及第九九七條的規定是。不以意思表示有瑕疵為原因的撤銷，例如民法第一六五條，第二四四條，第四一六條第一項，第四一七條，第九八九條至第九九五條及第一二一九條至第一二二二條的規定是。此處所要說明的，祇是以意思

表示有瑕疵爲原因的撤銷。

所謂以意思表示有瑕疵爲原因的撤銷，就是因意思表示有瑕疵，由撤銷權人溯及的消滅其法律行爲的效力的意思。茲分析說明如次：

第一 可得撤銷的行爲其效力係已發生

此即與無效行爲顯著不同的地方，因爲無效的行爲，於法律行爲當時即已確定其不生效力故也。例如買賣人口的契約，於契約成立當時，即因違背公序良俗應歸無效是。反之，可得撤銷的法律行爲，例如被詐欺脅迫訂立的契約，倘其契約已具備法定要件，即發生法律上的效力，不過因爲意思表示具有瑕疵，撤銷權人得爲撤銷，使其效力歸於消滅罷了。於此也可知道撤銷與撤回不同，撤銷是消滅已生效的行爲，撤回則在阻止尙未生效的行爲爲發生效力。

第二 可得撤銷的行爲其效力在於未確定的狀態

得撤銷的行爲，其效力既在於未確定的狀態，所以撤銷權人一爲撤銷，其行爲即確定自始爲無效（民法第一一四條第一項。）反之，如撤銷權人一爲承認，或其撤銷權因除斥期間的經過而

消滅，其行爲即確定自始爲有效（民法第一一五條，第七四條第二項，第九〇條，第九三條，第九六條，第九七條。）於此可以知道：可得撤銷的行爲，與效力未定的行爲不同，因爲效力未定的行爲，他的效力還沒有發生，並非像可得撤銷的行爲，他的效力在於未確定的狀態。

第三 可得撤銷的行爲惟因撤銷喪失其效力

可得撤銷的行爲，既然惟因撤銷喪失其效力，那末，假如表意人不爲撤銷，他的撤銷權便將因除斥期間的經過而消滅，因此，可得撤銷的行爲，即確定自始爲有效。但是應該注意的，可得撤銷的行爲，因撤銷而喪失的，係行爲的效力，並非行爲本身。我民法所謂法律行爲或意思表示的撤銷，不過爲用語上的便宜罷了。

第四 撤銷祇得由撤銷權人爲之

撤銷，祇得由撤銷權人爲之，這是撤銷與無效不同的地方。因爲無效，係法律上當然不生效力，所以無論何人皆得主張其無效，撤銷祇得由一定的人爲之，這特定的人，便是撤銷權人。

第二項 撤銷權人

如前所述，撤銷，祇得由撤銷權人爲之，至於什麼人是撤銷權人？我民法並未設有規定，抽象的說，此處所謂撤銷權人，當係指爲有瑕疵的法律行爲或意思表示的人。例如民法第七四條第一項的撤銷權人爲急迫輕率或無經驗的行爲人；第八八條第一項，第八九條，第九二條第一項的撤銷權人，爲錯誤，誤傳，被詐欺，或被脅迫的表意人；第九九六條，第九九七條的撤銷權人，爲精神錯亂，被詐欺或被脅迫的行爲人是。撤銷權人固爲有瑕疵意思表示的人，但其行使則不妨由法定代理人或意定代理人爲之，因爲撤銷權的行使，與一般權利的行使相同，沒有限於必爲權利人本人的必要。但是，倘使有瑕疵的意思表示，係代理人爲之，其撤銷權仍應屬於本人，而不屬於代理人。因爲代理行爲是直接對於本人發生效力的。至於撤銷權能不能夠由繼受人繼承，也是一個問題？我以為不同是一般繼受人或特定繼受人，通常均得繼承原權利人的撤銷權，不過除斥期間應該前後通算，纔算公平。

第三項 撤銷權的行使

第一 撤銷的方法

關於撤銷的方法，我民法於第一一六條第一項規定：

「撤銷，應以意思表示爲之。」

依此規定，可見撤銷無須於訴訟上爲之，即於訴訟外爲之，也可以的。但是，此僅係原則，例外也有必須以訴訟爲之的，例如民法第九九六條第九九七條及其他凡用「請求撤銷」字句的，皆是。撤銷，原則上既應以意思表示爲之，自應適用關於意思表示及法律行爲的規定。又撤銷無須方式，也不必以明示爲之，但撤銷的原因總得要充分表明，使撤銷相對人可以知曉。再如其不損害撤銷相對人的利益，撤銷也可以附加條件，例如在附加隨意條件時說，倘不爲一定的行爲，即便撤銷是。

第二 撤銷的相對人

撤銷的意思表示，應該對於何人爲之？我民法於第一一六條第二項定有明文：

「如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人爲之。」

本條對於契約和有相對人的單獨行爲，均可適用，固然沒有問題，但是所謂確定的相對人，究係法律行爲當時的相對人，抑係指因其行使直接取得權利的人，實在很有問題。我以爲民法上既明定

其爲相對人，當然應解爲專指法律行爲當時的相對人。至若無相對人的行爲，撤銷的意思表示，應向何人爲之，我民法未設明文，在解釋上，如有直接的利害關係人，自非對之表示不能生效。例如撤銷地上權的拋棄，須對於土地所有人爲之。又撤銷的相對人，如有數人，原則上應該對於全體爲之，不過法律行爲的內容，如係可以分割，也可以不必對於全體爲之。

第四項 撤銷的效力

第一 撤銷的溯及效力

關於撤銷的效力，我民法第一一四條明定：

「法律行爲經撤銷者，視爲自始無效。」

依此規定，撤銷的效力，有如下述：（一）撤銷的效力，溯及既往。就是說：已發生效力的法律行爲，一經撤銷，等於自始沒有發生效力一樣。但是也有例外不溯及既往的，例如關於婚姻的撤銷（民法第九九八條）是。（二）撤銷的效果，無須撤銷權人的請求，當然發生。（三）撤銷的效果，原則上得以對抗第三人，但有例外，例如撤銷被詐欺而爲的意思表示，不得以之對抗善意第三人（民法

第九二條第二項)是。

第二 撤銷行為當事人的責任

依我民法第一一四條第二項規定：

「當事人知其得撤銷，或可得而知者，其法律行為撤銷時，準用前條之規定。」

所謂準用前條規定，係準用第一一三條，明知或可得而知其撤銷的，當事人應負回復原狀或損害賠償的責任。至於什麼是回復原狀，什麼是損害賠償及其相互間的關係怎樣，前面已經說過，不用再說。

第五項 撤銷權的消滅

撤銷權消滅的原因，大概有下列三種：(一)行使撤銷權為形成權的一種，自應因其行使而消滅。(二)除斥期間的經過：關於撤銷權的行使，我民法均定有一定的期間，這叫做除斥期間，如不於此一定期間內使行，其撤銷權即因期間的經過而消滅(民法第七四條第二項，第九〇條，第九三條)。(三)承認：我民法對於承認設有一般規定，茲分述如次：

第一 承認的意義

承認，是撤銷權的拋棄。換句話說，就是使攻擊可得撤銷行爲的手段（撤銷權）歸於消滅，以確定其行使效力的意思表示，叫做承認。由此可以知道：此處所謂承認，和無權代理行爲的承認不同，因為無權代理行爲的承認，能使其積極的發生效力故也。

第二 承認權人

如上所述，承認既是撤銷權的拋棄，那末，承認權人必定是撤銷權人。我民法以其專屬當然，所以未設規定。至於什麼人是撤銷權人？前面已經說過，不用再說。

第三 承認權的行使

關於承認權的行使，我民法第一一六條設有規定：

「承認，應以意思表示爲之。」

如相對人確定者，前項意思表示應向相對人爲之。」

本條的解釋，和前述撤銷權的行使相同，但是有兩點應該注意：（一）承認是撤銷權的拋棄，並非

應經承認的法律行為的一部，所以，無須與應經承認的法律行為取同一的方式。(二)承認，須於應經承認的法律行為存在時爲之，所以，對於已經撤銷的行為即不得再爲承認。

第四 承認的效力

關於承認的效力，我民法於第一一五條規定：

「經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及爲法律行為時發生效力。」

爲什麼探溯及主義呢？因爲承認是撤銷權的拋棄，所以他的效力也應溯及既往，使其應經承認的行為，自始即爲完全的行爲。

第三款 效力未定

第一 意義

效力未定的法律行為，係效力能不能夠發生尙未確定的法律行為。這種行爲，如經特定人承認，即確定其自始發生效力，否則即確定其自始不生效力；但是該特定人久不否認，也不能便因此發生效力。效力未定的法律行為很多，例如限制行爲能力人未得法定代理人允許所訂的契約

(民法第七九條)無權代理行爲(民法第一七〇條)無權處分行爲(民法第一一八條)應得第三人同意而未經同意的行爲(民法第一一七條)皆是。我民法對於後面兩種，設有一般的規定，茲分述如次：

第二 須得第三人同意纔能生效的法律行爲

須得第三人同意纔能生效的法律行爲，是指依法律規定，或當事人的意思，以第三人同意爲生效要件的法律行爲。此處所謂同意，就法律規定說：例如民法第一〇〇六條的所謂同意，第一〇一條的所謂允許及第一一八條的所謂承認是。但是不能與第九七四條第九八一條的所謂同意，第七七條的所謂允許，相提並論，因爲那是得以撤銷的行爲，並非效力未定的行爲。至於同意的方法，依我民法第一一七條規定：

「法律行爲，須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕，得向第三人之一方爲之。」原則上本須對於雙方當事人爲之，爲事實上的便利起見，所以許其向當事人的一方爲之。又同意係補助的法律行爲，不是法律行爲的成立要件，自然無須依照法律行爲的方式。

第三 無權處分的行爲

無權利人就權利標的所爲的處分行爲，往往成立犯罪或侵權行爲，法律上固然應該不生效力；但是，此時行爲人出於善意的，也未嘗沒有一律使其無效，也不妥當，所以我民法第一一八條第一項規定：

「無權利人就權利標的物所爲之處分，經有權利人之承認，始生效力。」

此處所謂承認，便是事後的同意。承認，也是補助的法律行爲，處分行爲一經承認，應溯及於處分當時發生效力。至無權利人於爲處分行爲以後，依一般繼受或特定繼受取得其權利時，依照我民法第一一八條第二項規定：

「無權利人就權利標的物處分後，取得其權利者，其處分自始有效。」

此項規定，也是在謀實際上的便利。又無權利人於未取得其權利前，曾爲數種處分行爲，彼此間發生抵觸，嗣後取得其權利時，各行爲的效力應當怎樣解決？我民法爲避免爭執起見，亦於第一一八條第三項設有規定：

「前項情形，若數處分相接觸時，以其最初之處分爲有效。」
依此規定，既以其最初之處分爲有效，那末，最初行爲的相對人對於行爲人及其他的相對人和一
般人，自得主張該處分行爲爲有效。

第五章 期日及期間

第一節 期日及期間的意義

期日和期間的總稱叫做時間。時間是測定事實發生前後的尺度，時間固然漫無止境，但是事實的發生，常有前後，既有前後，便不能不有測定的標準，所以，所謂時間，便是供我們測定事實發生前後所定的一種尺度。所謂期日，係指不可分或視為不可分的一定日期。例如「某日午前十二時」是不可分的一定日期，「某月某日」是視為不可分的一定日期。所謂期間，係指由一定日期的繼續時期。例如說：「由民國二十四年八月十五日至民國二十五年八月十五日」的一年期間是。期日既是不可分，所以沒有所謂期日的經過；而期間必有一定的長度，開始的時候，稱為起算時或稱起算點，終了的時候，稱為終止時，或稱終止點，由起算點以至終止點，稱為期間的經過。

時間的本身，雖然不能發生法律上的效果，但是他多為對於某種事實附以法律上效果的標

準，所以對於權利的得失，關係很大。舉例說：（一）有非在一定的期日或期間，則法律事實即不發生法律上效果的，例如繼承的拋棄，非於知悉其得繼承的時候起二個月內爲之，他的拋棄即不發生法律上的效果（民法第一七四條第二項）是。（二）有非經過一定的期間後，則法律事實即不發生法律上效果的，例如附有始期的債權，非經過一定時間後，他的債權不發生法律上的效果（民法第一〇二條第一項）是。（三）有一定的事實，非一定的期間繼續，不發生法律上效果的，例如消滅時效（民法第一二五條至第一二七條）是。

第二節 期日及期間的計算

第一款 計算的一般規定

依我民法第一一九條規定：

「法令審判或法律行爲所定之期日及期間，除有特別訂定外，其計算依本章之規定。」

這是計算期日及期間的一般規定。所謂法令，兼指法律及命令。所謂法律，並非專指本法，他如刑法，刑事訴訟法，民事訴訟法等皆是。但是刑事訴訟法（第六三條至第七〇條）和民事訴訟法（第

一五四條至第一六七條，各有其特別的計算法，解釋上自應儘先適用各該法的規定，然後適用本章的規定。又本條並非強行規定，因為有「除有特別訂定」的規定，所以關於期日及期間的計算，須當事人的意思不明，纔有適用本章的餘地。這也許是因為國曆還沒有普遍實行的緣故。

第二款 計算法的種類

關於期日和期間的計算，通常分爲自然的計算法與曆法的計算法兩種。茲分述如次：

第一 自然的計算法

自然的計算法，係依實際時間以爲計算的方法。就是一日爲二十四小時，一週爲七日，一年爲三百六十五日。依照此種計算法，日週月年所包含的時間，均屬一致，可算比較的正確。所以我民法對於月或年非連續的時間即採自然的計算法，即依第一二三條第二項規定：

「月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。」

所謂非連續的期間，就是無須繼續經過的期間，例如說：「請假至三月以上，着即休學」，這就是非連續的期間，祇要滿足九十天就算期間的屆滿了。

第二 曆法的計算法

曆法的計算法，係依國曆以爲計算的方法。我國向來採用太陰曆，自民國成立以後纔改用太陽曆。我民法關於月或年連續的期間即採曆法的計算法，依第一二三條第一項規定：

「稱月或年者，依曆計算。」

所謂依曆計算，就是所謂月，不是三十日的集合，乃是自月的第一日起到月的最末日止，所謂年，是三百六十五日的集合，而是地球回繞太陽一週的長度，就是自一月一日起至十二月三十一日止，月有大小（分三十一日，三十日及二十八日三種）年有平閏（平年二月二十八日，閏年二月二十九日）其中包含的日數雖然不等，但是均依照曆法以爲計算的標準。

第三款 計算的起點和終點

第一 期間的起算點

一 以時定期間的起算點

依我民法第一二〇條第一項規定：

「以時定期間者，即時起算。」

這就是以時定期間的起算點。所謂即時起算，例如上午八時十分買賣貨物，約定四小時內成交，即自八時十分起計算其四小時的時間是。

二 以日星期或年定期間的起算點

依我民法第一二〇條第二項規定：

「以日星期或年定期間者，其始日不算入。」

這就是以日星期月或年定期間之時的起算點。所謂始日不算入，例如說：「自一月一日起若干日，」即不算入其始日的一月一日，而自翌日的一月二日爲始，計算其期間是。

第二期間的終止點

一 以日星期月或年定期間的終止點

依我民法第一二一條第一項規定：

「以日星期月或年定期間者，以期間末日之終止爲期間之終止。」

這就是以日、星期、月或年定期間時的終止點。例如自日曜日（星期日）起算一星期的期間，以土曜日（星期六）午後十二時為終止點。自月之一日起算一月的期間，以月的末日為終止點。以一月一日起算一年的期間，以其年十二月的末日為終止點。本條規定對於以時定期間時，不能適用，例如自下午二時三十分起算五小時的時間，應該以七時三十分為終止點。

二 不以星期、月或年的始日起算期間的終止點

依我民法第一二一條第二項規定：

「期間不以星期、月或年的始日起算者，以最後之星期、月或年與起算日相當之前一日，為期間之末日。」

這就不以星期、月或年的始日起算期間的終止點。例如自星期一午後三時起算一星期的期間，即從星期二起算，以下星期的相當日就是下星期一的前一日，為期間的末日。至於月或年的終止點，可以照此類推。但是，以星期定期間的最後的一星期固然有其與起算日相當的日，而在以月或年定期間的最後的月或年，卻未必有其與起算日相當的日，這是因月有二十八日、二

十九日，三十日，三十一日四種差別的緣故。因此，我民法第一二一條第二項但書規定：

「但以月或年定期間者，於最後之月無相當日者，以其月之末日爲期間之末日。」

例如自一月三十日起算一個月的期間，至二月無相當日，卽三十日，卽以二月的末日，卽二十八日或二十九日爲期間的末日是。

第三 期日及期間終止點的延長

依我民法第一二二條規定：

「於一定期日或期間內應爲意思表示及給付者，其期日或其期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之。」

此係關於期日及期間終止點的延長。所謂星期日，就是曆定的日曜日，所謂紀念日，就是法令所定的紀念日，所謂其他休息日，就是依各地習慣所定的休息日。本條規定在於保護一般休息日的安息。

第三節 年齡的計算法

關於年齡的計算法，我國南北習慣，很不相同，北方各省係以經過一年為一歲，南方各省，則又以滿足一年為一歲，民法為劃一年齡的計算法起見，所以於第一二四條第一項規定：

「年齡自出生之日起算。」

依此規定年齡的計算，是以滿足一年為一歲。不過，出生的月日或日如不確定，又有問題？所以，我民法又在第一二四條第二項規定：

「出生之月日無從確定時，推定其為七月一日出生。知其出生之月，而不知其出生之日者，推定其為該月十五日出生。」

不過既係推定自然可以提出反證。

第六章 消滅時效

第一節 時效的意義及其必要

第一 時效的意義

時效是以於一定期間內，一定事實狀態的繼續，爲其成立要件的法律事實。分析的說：（一）時效係以一定期間的經過爲要素，（二）時效係以一定事實狀態的繼續爲要素，（三）時效是法律事實。這種法律事實，有的是取得權利的原因，有的是喪失權利請求權的原因，前者的時效，叫做取得時效，後者的時效，叫做消滅時效。

第二 時效制度的必要

時效制度的必要有二：（一）永續狀態的保護：凡有與正當權利相異的事實關係發生，權利人固然可以主張他的權利，以回復其原有的狀態。但是這樣的事實關係，如已經過很長的時間，仍

然不加保護，也很足以影響於社會的安全。所以，法律特設時效制度，使原權利人喪失他的權利。（二）避免舉證的困難：就通常情形說，某種事實狀態，如已經過長久的時間，他的證明資料，很難完全存。在所以，法律特以時效為證據的代用，使永不行使權利的原權利人，喪失他的權利。上述兩層理由，在取得時效，偏重於第一層理由；在消滅時效，則偏重於第二層理由。

第三 我民法的規定

我民法關於時效的規定，係將消滅時效規定於總則編（第一二五條以下），取得時效規定於物權編（第七六八條以下）。為什麼要分開規定呢？因為取得時效是取得權利的直接原因；消滅時效的完成，只是喪失權利的請求權，權利的本身並不消滅的緣故。不過我民法對於時效的起算，時效的中斷，以及時效的未完成，只是消滅時效設有規定，取得時效在解釋上自然也應準用。又我民法總則編所規定的，係一般的消滅時效，此外，還有特別的消滅時效，例如民法第一九七條第一項，第四五六條第一項，第四七三條第一項，第五一四條，第五六三條第二項，第六一一條第一項，第六二三條，第九六三條，第一一〇九條，第一一四六條第二項等，除時效期間及其起算各點，適用各

本條的規定外，關於其他各點，仍應準用一般消滅時效的規定。

第二節 消滅時效的本質

第一 消滅時效的意義

消滅時效，是以於一定期間內，不行使其權利為成立要素的法律事實。茲分析說明如次：

一 消滅時效須經過一定的期間

消滅時效，以經過一定的期間，為其成立要素。但其期間的長短，則因情形而有不同，依我民法第一二五條至第一二七條規定，計有十五年、五年、和二年三種，其詳等到時效期間中再說。

二 消滅時效須繼續不行使權利

消滅時效，不但須要經過一定的期間，並且係以在此一定期間內不行使權利，為其成立要素。我民法第一二五條至第一二七條所謂「不行使而消滅」就是這個意思。權利人有得行使權利的狀態而不行使的，叫做權利的不行使。

三 消滅時效為一種法律事實

如前所述，消滅時效係以時間的經過與繼續不行使權利為其成立要素，於一定期間內不行使權利的狀態，叫做法律事實。所謂法律事實，就是時效依法律規定而有引起私權變更的效力的意思。

第二 消滅時效與除斥期間的區別

除斥期間，係法律對於某種權利所預定的存續期間。茲就除斥期間與消滅時效的區別說明如次：

(一) 在消滅時效，其權利是永久存續的，並不包含時間的限制，所以必因外部原因，即時效的完成而消滅。反之，在除斥期間，其權利自始即有存續期間的限制，所以在期間屆滿的時候，其權利便當然歸於消滅。

(二) 在消滅時效，設有時效中斷和不完成的規定，所以，他的期間得因中斷和不完成而延長。反之，在除斥期間，則係不變期間，不得因中斷或不完成而延長。

(三) 關於期間的起算點，在消滅時效，我民法於第一二八條設有一般規定，以其請求權

可以行使或行為時爲起算點。反之，在除斥期間，我民法未設一般規定，除於各本條另有規定外，解釋上應以其權利完全成立時爲起算點。

(四) 除斥期間的屆滿與消滅時效的完成，實際上的效力固屬相同但是：(一) 消滅時效非常事人援用，法院不得以其職權作爲裁判的資料。反之，除斥期間，當事人縱不援用，法院也得以其職權作爲裁判資料的。(二) 已完成的消滅時效，其利益解釋上可以拋棄；反之，已屆滿的除斥期間，其利益則不得拋棄。

第三節 消滅時效的客體

什麼權利得爲消滅時效的客體？各國法律很不一致，依我民法第一二五條以下的規定，則係以請求權爲消滅時效的客體，既以請求權爲消滅時效的客體，那末，不但支配權，例如物權，擔保物權，人格權和身分權等不能爲消滅時效的客體，就是形成權，例如撤銷權，解除權，催告權和承認權等，也是不能爲消滅時效的客體。所謂請求權，有因債權而生的，有因物權而生的，這兩種固均包括在內，至於由物權以外的絕對權，如人格權身分權等所生的請求權，能否爲消滅時效的客體？解釋

上則很成疑問。我以為這個問題，應當依據各種情形分別決定，就是：由物權以外的絕對權而生的請求權。例如贍養費的各期給付請求權，可以為消滅時效客體的；由於夫妻關係而生的同居請求權，則不能為消滅時效的客體。又由債權而生的請求權，固得為消滅時效的客體，但如其請求權與一定事實關係或法律關係相終始，則不能單獨因消滅時效而消滅。例如由相鄰關係而生的請求權（民法第七七四條以下），共有物的分割請求權（民法第八二二條），同時履行抗辯權（民法第二六四條），保證人的先索抗辯權（民法第七四五條）都是。其次還有應該注意的，我民法以請求權為消滅時效的客體，僅屬原則，例外也有並其權利而亦一併消滅的，例如第八八〇條所定的情形是。不過這種例外很不多見罷了。

第四節 消滅時效的期間

第一 一般期間

依我民法第一二五條規定：

「請求權，因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。」

此係消滅時效的一般期間。所謂法律所定期間較短者，例如第一二六條，第一二七條，第一九七條第一項，第四五六條第一項，第四七三條第一項，第五一四條，第五六三條第二項，第六一一條第一項，第六二三條，第九六三條，第一一〇九條，第一一四六條所定的期間是。

第二 特別期間

我民法除規定消滅時效的一般期間外，還有五年和二年的兩種特別期間。茲分述如次：

一 五年的特別期間

依我民法第一二六條規定：

「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。」

所謂定期給付債權，就是在一定或不定期間，定期的給付金錢或其他物品的債權。就是全體說，叫做定期給付債權，就其於各期應受的給付說，叫做各期給付。由此各期給付所生的請求權，就是本條所謂各期給付請求權。定期給付債權，有有期的，有無期的，有依有價行為設定的，有依無

價行爲設定的，種類很多，難以列舉，所以我民法特舉利息紅利租金贍養費退職金等，作爲例示。又依本條規定，必須定期給付債權爲一年或不及一年始可適用，但是我以爲由利息紅利租金贍養費退職金等定期給付債權而生的各期給付請求權，應以從速消滅爲宜，各給付期縱在一年以上，亦不妨適用本條的規定。

二 二年的特別期間

我民法除上述的特別期間外，還設有更短的特別期間，即依第一二七條規定：

「左列各款請求權，因二年間不行使而消滅。」

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

(六) 律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還。

(七) 技師、承攬人之報酬及其墊款。

(八) 商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價。

第二款所謂運送人，就是民法第六二二條所定，以運送物品或旅客為營業，而受運費的人。第三款所謂以租賃動產為營業的人，就是依民法第四二一條第一項所定，以動產租與他人使用收益，收取租金為業的人。第四款所謂醫生，指從事一切醫術的人而言。至於按摩、鍼灸、接骨、催眠、符水等不用藥品的人，能不能叫做醫生，頗有問題。但是我以為從廣義解釋，這些人都應在醫生之列。所謂藥師，就是以調劑醫藥為業的人。所謂看護生，就是以看護病人為業的人。第七款所謂技師，舉凡以工程的設計監督為業的人皆是。工業的種類如何，可以不問。所謂承攬人，就是民法第三四九〇條所定，為他人完成一定工作的人。第八款所謂商人，就是以販賣商品為業的人。所謂製造人，舉凡加工於材料，作成新物的人皆是，其規模如何，可以不問。所謂手工業人，係對工廠職工說的，舉凡理髮、洗染、裁縫、紡織及其他從事於家庭工業的人皆是。

第五節 消滅時效的起算

關於消滅時效的起算，我民法除對於各種特別消滅時效設有規定外，於第一二八條設有一般規定：

「消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行爲爲目的之請求權，自爲行爲時起算。」

本條前段，係指以作爲爲目的的請求權。以作爲爲目的的請求權，祇於由債權而生的請求權有之。此項請求權的消滅時效，我民法定爲自請求權可行使時起算。所謂請求權可行使時，係指權利人有得行使其權利的狀態。行使權利的時候，如法律上的障礙已不存在，這便爲得行使其權利的狀態。至所謂法律上的障礙，應該分別情形決定，例如停止條件附或始期附的債權，於其條件未成就或始期未屆至以前，其請求權爲有法律上的障礙。定有清償期的債權，在期限未屆滿以前，其請求權爲有法律上的障礙。至於未定清償期和無確定清償期的債權，於債權成立時，便是清償期，其請求權是沒有法律上的障礙的。其次，本條後段所謂以不作爲爲目的的請求權，不但可由債權而生，並且可由物權和其他絕對權而生，此項請求權的消滅時效，我民法定爲自有違反行爲時起算。因

爲以不作爲爲目的的請求權，於未有違反行爲以前，在於滿足的狀態，故必於有違反行爲時，始有積極請求其除去的必要。

第六節 消滅時效完成的障礙

如前所述，消滅時效，以在一定期間內不使其權利爲成立要素，那末，在一定期間內而有行使其權利的事實，或雖未行使而有難於行使其權利的事實，則時效期間的進行，即有障礙，這叫做消滅時效完成的障礙。在此一定期間內，而有行使權利的事實，使其已進行的期間全歸消滅的，這叫做消滅時效的中斷。雖未行使權利而有難於行使的事實，使其已進行的期間，在時效期間終止以前，暫行中止的，這叫做消滅時效的不完成。茲分別說明如次：

第一款 消滅時效的中斷

第一項 消滅時效中斷的意義

所謂消滅時效的中斷，就是時效期間進行中，因有與時效要素相反的事實發生，使其已進行的時效期間全歸無效的意思。時效的中斷，可以分爲自然中斷和法定中斷。自然中斷，係因喪失占有

的中斷，這是取得時效時特有的情事，我民法把牠規定在物權編所有權通則中（民法第七七一條），此處所說的，祇是消滅時效的法定中斷。取得時效，自屬亦可準用。

第二項 消滅時效中斷的事由

關於消滅時效中斷的事由，我民法於第一二九條明定爲：（一）請求，（二）起訴，（三）承認，和（四）與起訴有同一效力的事項等四種，除此四種以外，不許當事人類推擴張。

第一 請求

所謂請求，係權利人對於因時效受利益的當事人，於訴訟外行使其權利的意思表示。例如債權人催告債務人履行其債務是。依我民法第一二九條第一項第一款規定，請求固爲時效中斷的事由，但如權利人於爲請求後，義務人置諸不理，而權利人也滿不在乎，不予追究，可見其並無真要行使權利的意思。所以，我民法第一三〇條規定：

「時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視爲不中斷。」

所謂視爲不中斷，就是視爲自始不生時效中斷的效力。換句話說，就是時效期間仍自請求時起，繼

續進行，與未經中斷同。但如權利人於六個月內已爲起訴，其中斷效力，仍自始存續，自不用說。

第二 承認

所謂承認，係因時效受利益的當事人，對於權利人表示承認其權利存在的行爲。義務人如對於權利人表示承認其權利的存在，權利人因而予以信賴，不急急行使權利，事屬常見，所以，民法從一般立法通例，以承認爲時效中斷的事由（第一二九條第一項第二款）。不過我們應當知道：承認僅是權利存在的自覺表示，並無創設債務的效力，倘使事實上並無債務或其債務已經消滅，債務人縱爲債務的承認，亦不能因承認而負有何種的債務。至於承認應向什麼人表示？民法上未設明文規定，我以爲應該準用關於意思表示的規定，對於時效的相對人爲之。但是，以對於相對人爲之即可，無須一定的方式，且不問其是明示或默示，也不問其是係以言詞表示，或書面表示。

第三 起訴

所謂起訴，係因時效受不利利益的當事人，提起民事訴訟行使其權利的行爲。起訴，是權利人行使其權利最確實而有效的方法，所以，民法從一般立法通例，以其爲時效中斷的事由（第一二二

九條第一項第三款。此處所謂訴，專指各種的民事訴訟，訴願和行政訴訟並不包括在內。又起訴，應該以訴狀提出於法院的時候，發生時效中斷的效力，因為依照我新民事訴訟法第二四四條第一項規定，起訴應以訴狀提出於法院爲之，無須俟送達於相對人纔生效力的緣故。但如係以言詞起訴，便應以於推事前陳述起訴意旨，由法院書記官作成筆錄時，發生時效中斷的效力（新民事訴訟法第四二六條）。

起訴爲時效中斷的事由，也有一定的條件，我民法第一三一條規定：

「時效因起訴而中斷者，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之判決，其判決確定，視爲不中斷。」

所謂撤回其訴，係指原告拋棄因起訴所生法律上效力的意思表示（新民事訴訟法第二六二條第一項）。訴經撤回，視同未起訴（同上第二六三條第一項），所以我民法規定，時效因起訴而中斷的，如已撤回其訴，即視爲不中斷。所謂因不合法而受駁回的判決，則係指原告之訴，有新民事訴訟法第二四九條各款所定情事，駁回其訴的裁定。

第四 與起訴有同一效力之事項

依我民法第一二九條第二項規定：與起訴有同一效力之事項，其情形有五，茲分述如次：

一 依督促程序送達支付命令

依我新民事訴訟法第五〇四條規定：「債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，得聲請法院依督促程序發支付命令。」依督促程序送達支付命令，如債務人提出異議，在解釋上，債權人之聲請，即應認為與起訴一樣（民法第五一五條第一項），所以，我民法以其為時效中斷的事由。送達支付命令，應該自什麼時候起發生時效中斷的效力，頗有問題？如依上述民法第五一五條第一項規定，應該自聲請發支付命令時，發生時效中斷的效力；但是就民法第一二九條第二項第一款規定解釋，則又應該自送達支付命令於債務人時，發生時效中斷的效力，依我個人的意見，應該依照民法的規定。

送達支付命令，固有中斷時效的效力，然如訴訟拘束失其效力，則與未發支付命令同。所以，我民法特於第一三二條規定：

「時效因送達支付命令而中斷者，若訴訟拘束失其效力時，視為不中斷。」所謂訴訟拘束失其效力，例如債務人對於支付命令已向發命令的法院提出異議（民訴法第五一二條第一項），及支付命令所載期間業已屆滿，債權人在一個月內不為假執行的聲請，或已聲請假執行而被駁回（同上第五一六條）等皆是。

二 因和解而傳喚

查民法總則編制定頒行的時候，在訴訟法方面，還是適用民事訴訟條例及民事訴訟律。依照民事訴訟條例及民事訴訟律規定：當事人於起訴前，得表明訴訟標的，聲請傳喚他造當事人試行和解（條例第四九三條，律第五二五條）。權利人既因和解而為傳喚的聲請，可見其有行使權利的意思。所以，我民法從一般立法通例，以其為時效中斷的事項。但是，依照新民事訴訟法第四〇九條第一項規定：「第四百〇二條第一項及第二項所定之訴訟，於起訴前應經法院調解。」又依同法第四一一條第一項規定：「調解依當事人之聲請行之」。雖然所用的名詞不同（即一用和解，一用調解），我以為為權利人既已聲請調解，其有行使權利的意思，甚為顯然，依照

新法亦應以其為時效中斷的事由。

和解傳喚，或聲請調解，固有中斷時效的效力，然如和解或調解並未成立，而當事人又另行起訴，可見其對於行使權利，並不在意（民訴條例第四九四條，民訴律第五二六條，我民法第四一九條，第四二〇條）。所以，我民法又於第一三三條規定：

「時效因和解傳喚而中斷者，若相對人不到庭，或和解不成立時，視為不中斷。」

三 報明破產債權

所謂報明破產債權，係債權人因欲參加破產財團的分配，於法院所定期間內，報明債權額及其原因的行為（破產法第六四條第六五條）。債權人既經報明破產債權，可見其有行使權利的意思，所以我民法從一般立法通例，以其為時效中斷的事由。

債權人報明破產債權，固有時效中斷的效力，但為撤回其報明，即與未經行使其債權同。所以，我民法第一三四條規定：

「時效因報明破產債權而中斷者，若債權人撤回其報明時，視為不中斷。」

至於債權人報明破產債權，因不合法而被駁回時，我以為也應該解為不生時效中斷的效力。又如破產宣告經撤銷後（破產法第一五〇條）是否影響於報明破產債權的效力？學說上很有爭論，我以為時效中斷，係依破產法行使權利（報明債權）的效果，而非破產宣告的結果，破產宣告縱被撤銷，也不應該影響及於報明破產債權的效力。

四 告知訴訟

告知訴訟，也叫做告知參加。所謂告知參加，係當事人於訴訟拘束中，將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係的第三人，使其為從參加的行為，（新民事訴訟法第六五條至第六七條）。例如原告或被告，於訴訟拘束中，將訴訟告知於因自己敗訴而負擔保或償還義務的第三人，使其參加訴訟是。權利人既已對於義務人為訴訟的告知，促其參加訴訟，可見其已有行使權利的意思。所以，我民法亦以告知訴訟為時效中斷的事由。

告知訴訟，固有中斷時效的效力，但如於訴訟終結後不為起訴，那末，可見其對於行使權利並不在意。所以，我民法又於第一三五條規定：

「時效因告知訴訟而中斷者，若於訴訟終結後六個月內不起訴，不生時效中斷之效力。」

五 開始執行行為或聲請強制執行

強制執行，是執行機關對於當事人的一方，以強制方法使他方得以實現其權利的處分。強制執行行為，是行使權利最後且最確實的方法，所以我民法以開始執行行為或聲請強制執行為中斷時效的事由。

強制執行法規，我國現時尚未制定頒行，依照舊強制執行律草案的規定，執行機關分為承發吏（即執達員）和執行法院兩種。凡執行行為均由承發吏實施，其不宜由承發吏實施的，纔由執行法院為之（強制執行律草案第二六條，第五一條）。所以我民法也分別情形以為規定，就是：強制執行由承發吏為之的，以執行行為的開始（扣押）為中斷時效的事由；強制執行行為由法院為之的，以執行的聲請為中斷時效的事由。但是在現行辦法，以受訴地方法院為執行機關，於院內附設民事執行處，設置執行推事書記官，承院長指揮命令，督同承發吏實施強制執行事務，所發的強制執行命令，概用院長名義行之（民事訴訟執行規則第一條至第三條）。於此，我

們可以知道，承發吏僅爲執行法院的附屬機關。

開始執行行爲，或聲請強制執行，固然有中斷時效的效力，但如執行處分業已撤銷，執行聲請業已撤回或駁回，卽與未開始執行行爲或未聲請強制執行無異。所以，我民法特於第一三六條規定：

「時效因開始執行行爲而中斷者，若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時，視爲不中斷。

時效因強制執行而中斷者，若撤回其聲請或其聲請被駁回時，視爲不中斷。」
但是，撤銷其執行處分，撤回或駁回其執行聲請的要件怎樣？因爲強制執行法尙未制定頒行，很難爲明確的解說。

第三項 消滅時效中斷的效力

第一 對於時的效力

消滅時效中斷的效力，在使中斷事由發生前已進行的時效期間全歸消滅，原有的時效重行

起算。所以，我民法第一三七條規定：

「時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算。」

因起訴而中斷之時效，自受確定判決或因其他方法訴訟終結時，重行起算。」

第一項是一般時效中斷效力的終止，第二項是因起訴所生時效中斷效力的終止。第一項所謂中斷事由的終止，因情形而不同，即時效因承認而中斷的，以承認為權利人所了解，或到達於權利人（民法第九四條第九五條第一項），為中斷時效的終止；時效因送達支付命令而中斷的，於訴訟拘束失其效力，為中斷事由的終止；時效因報明破產債權而中斷的，於債權人撤回其報明或其報明已被駁回，為中斷事由的終止；時效因告知訴訟而中斷的，於訴訟終結後六個月內不實行起訴，為中斷事由的終止；時效因強制執行而中斷的，於撤銷其處分，撤回或駁回其聲請，為中斷事由的終止。第二項所謂確定判決，也因情形而不同，即判決可以提起上訴的，依上訴期間屆滿及當事人捨棄上訴權或撤回上訴而確定（民訴法第四三六條第一項，第四三七條，第四五六條第二項），判決不可以提起上訴的，例如第三審不經言詞辯論的判決，因送達而確定，及民事訴訟法第四五五

條，第四六二條，第四六三條，第五四七條第一項所定不得上訴的判決，均因宣告而確定。所謂因其他方法終結訴訟，則指訴訟因裁判上的和解，訴之撤回，及視為撤回（民訴法第一九〇條，第二項，第二六三條第一項，第三八〇條）等情形而終結其訴訟而言。

第二 對於人的效力

消滅時效的中斷，既然是基於因時效而受利益的當事人的行爲而生，或是因時效而受不利益的當事人的行爲而生，那末，牠的效力自然是相對的而不是絕對的。所以，我民法第一三八條規定：

「時效中斷，以當事人繼承人受讓人間爲限，始有效力。」

此處所謂當事人，係指關與時效中斷的當事人，不是指時效當事人的全體。例如債權人爲甲和丙，債務人爲乙和丁，甲如對乙提起債權確認之訴，甲乙兩當事人間的消滅時效，固然因之中斷，但是對於共享債權的丙，和共負債務的丁，並不生時效中斷的效力。可是本條規定僅屬原則，我民法還有例外，例如連帶債權人中的一人，請求給付因而中斷其時效時，對於他債權人也發生效力；再如

債權人向主債務人請求履行或爲其他中斷時效的行爲時，對於保證人也發生效力（民法第二八五條，第七四七條）。所謂繼承人，就是時效當事人的一般繼承人。所謂受讓人就是時效當事人的特定繼承人。此等人，皆係因時效而受利益或不利益的利害關係人，所以時效的中斷，對於此等人也生效力。

第二款 消滅時效的不完成

第一項 消滅時效不完成的意義

消滅時效的不完成，係在時效期間終止的時候，因有難於行使其權利的事實發生，暫時不令其完成的意思。本來時效期間，原不應因外部的障礙中止其進行，但如於時效期間終止的時候，因外部的障礙，致使權利人不能行使權利或難於行使權利，也放任時效期間的完成，則權利人未免吃虧，所以我民法特從一般立法通例，設時效不完成的制度。

第二項 消滅時效不完成的事由

關於消滅時效不完成的事由，我民法定爲下列五種：（一）因事變的不完成，（二）因繼承

關係的未完成，（三）因能力關係的未完成，（四）因監護關係的未完成，（五）因婚姻關係的未完成（民法第一三九條以下）。且僅以此五種爲限，不許當事人類推擴張。茲分述如次：

第一 因事變的未完成

消滅時效終止的時候，如因事變致事實上不能爲中斷時效的行爲，而使時效完成，那末，簡直與處罰不能無異。所以，我民法特於第一三九條規定：

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

本條的適用，須有三種要件：（一）須有事變：所謂事變，就是天災及其他不可避的障礙。天災，指自然力，例如地震洪水之類是。其他，包含甚廣，即由於人爲障礙，也包括在內，例如因戰爭防疫致使交通斷絕是。所謂不可避，應依一般通念以爲決定，不是絕對的。（二）須其事變以致不能中斷時效：中斷時效的方法很多，須一切方法均爲事變所妨害，纔有本條的適用，假使祇有一種方法被妨害，還有他種方法可以利用，即不能說是「致不能中斷其時效」。例如因戰爭關係，法院停止辦公，權

利人雖不能用起訴的方法中斷其時效，但是可以用起訴以外的方法中斷其時效。(三)須其事變於期間終止時存在：這一點就條文上所謂「時效之期間終止時」一語解釋，則係當然的要件。

第二 因繼承關係的未完成

於繼承開始時，如繼承人尙未確定，或尙未選定遺產管理人，也並未宣告破產，無論是行使權利，或是被行使權利，總是很感困難，或竟至陷於不能。所以，我民法第一四〇條規定：

「屬於繼承財產之權利，我對於繼承財產之權利，自繼承人確定，或管理人選定，或破產之宣告時起，六個月內，其時效不完成。」

本條的適用，須有三種要件：(一)須爲關於繼承財產的權利：所謂繼承財產，就是因繼承開始，由被繼承人移轉於繼承人的財產，包括權利及義務(民法第一一四八條)。所謂繼承財產的權利，是兼指屬於繼承財產的權利，及對於繼承財產的權利。(二)須繼承開始時，繼承人未確定，管理人未選定，或尙未宣告破產：依我民法第一一七七條規定，繼承開始時，如繼承人的有無不明，這叫做無人承認的繼承，應由親屬會議選定遺產管理人，管理其遺產；如繼承人尙未確定，管理人也沒有

遵定，那末，行使權利或被行使權利，自必很感困難，或竟至陷於不能，所以，我民法以其爲要件。但是如已有被產的宣告，那末，他的遺產應屬於破產管財人，即無停止時效進行的理由，以我民法又以尙未宣告破產爲時效不完成的要件。（三）須繼承開始時時效尙未完成。此就立法精神解釋，應該如此，如於繼承開始時時效業已完成，即無適用本條的餘地。

第三 因能力關係的不完成

無行爲能力人和限制行爲能力人，或則絕對無行爲能力，須由法定代理人代爲意思表示及代受意思表示，或則行爲能力受有限制，其爲意思表示及受意思表示，須得法定代理人的允許。這兩種人既然不能獨立行使權利，而於無法定代理人代爲行使權利時，如任其時效完成，不加阻止，很不公平。所以，我民法第一四一條規定：

「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，六個月內，其時效不完成。」

本條的適用，須有三種要件：（一）須爲無行爲能力人及限制行爲能力人的權利；既以法定的無

行爲能力人及限制行爲能力人爲限（民法第十三條第一項第二項第十五條）那末，縱使權利人喪失其意思能力，而未受禁治產的宣告，成爲無行爲能力人，即無本條的適用。至所謂無行爲能力人及限制行爲能力的權利，專指屬於無行爲能力人及限制行爲能力人的權利，對於無行爲能力人及限制行爲能力人的權利，不得適用本條的規定。（二）須無法定代理人：所謂法定代理人，在未成年人，爲父母及監護人；在禁治產人爲監護人。無行爲能力人及限制行爲能力人如有法定代理人代爲行使權利，則無使其時效不完成的理由，所以民法以無法定代理人爲其主要的要件。（三）須於時效期間終止六個月內無法定代理人：此點亦爲民法所明定。所以，縱使在六個月前無法定代理人，也無礙於時效的進行。例如十五年的消滅時效，第三年無法定代理人，其時效仍照舊進行，並不停止，必須待至十四年六個月以後無法定代理人，纔停止時效的進行。

第四 因監護關係的未完成

無行爲能力人或限制行爲能力人，在法定代理人的監督保護之下，如對於法定代理人行使權利，不但事實上很感困難；而且因爲關係過於密切，以致疏於行使權利，也是常見的事實。就法定

代理人方面立言，利用他人的信任，以謀一己的私利，揆諸正義，亦不應該。所以，我民法特於第一四二條規定：

「無行為能力人或限制行為能力人，對於其法定代理人之權利，於代理關係消滅後一年內，其時效不完成。」

本條的適用，須有兩種要件：（一）須為無行為能力人或限制行為能力人對於法定代理人的權利；這是條文上所明定的，所以，如係對於無行為能力人或限制行為能力人的權利，即無本條的適用。（二）須其監護關係尚未消滅；此點就條文上「於代理關係消滅後」一語解釋，是為當然。不過依照民法第一〇九四條所定監護人而有違反同法第一一〇六條各款情事，由親屬會議將其撤退時，如被監護人在一年以內尚未成年，且尚無後任的法定代理人，倘亦適用本條，那末，無行為能力人或限制行為能力人未免吃虧，最好能將條文上「於代理關係消滅後一年內」改為「自其人成為行為能力人或其後之法定代理人就職時起一年內」，以免適用上的困難。

第五 因婚姻關係的不完成

夫妻關係至爲關切，無論是夫對於妻，或妻對於夫，其行使權利均有困難；且因相互信賴的結果，以致疏於行使權利，亦爲事所常見，利用他人的信任，圖謀一己的私利，殊不應該。所以，我民法特於第一四三條規定：

「夫對於妻或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後一年內其時效不完成。」

本條的適用，須有兩種要件：（一）須爲夫對於妻或妻對於夫的權利；所謂夫妻，係指在婚姻關係存續中的男女，其詳請參考本叢書的民法親屬一書，茲不多說。（二）須其婚姻關係尙未消滅；此就條文所定：「於婚姻關係消滅後」一語解釋，是爲當然。婚姻關係的消滅，有由於自然的，有由於人爲的。前者例如婚姻因當事人雙方或一方的死亡而消滅是。後者例如婚姻因離婚或撤銷而消滅是。至於婚姻的無效，乃係自始無效，不發生時效不完成的效力（民法第九八九條以下，第一〇四九條以下）。

第三項 消滅時效不完成的效力

消滅時效的中斷與消滅時效的不完成，其效力不同。消滅時效的中斷，在中斷時效期間的進

行，使其已進行的時效期間完全歸於無效，自中斷事由終止時起，重行開始時效期間的進行。消滅時效的不完成，僅在使其將完成的時效，於一定期間內暫不完成，其已進行的時效期間仍為有效，如於此一定期間內別無中斷時效的事由，那末，他的時效便因經過法定猶豫期間而完成。此項一定期間，我民法設有明文規定，即：時效因事變的不完成，為自事變消滅時起一個月內；因繼承關係的不完成，為自繼承人確定，管理人選定或破產宣告時起六個月內；因無行為能力或限制行為能力的未完成，為自其成為行為能力人或其法定代理人就職時起六個月內；因監護關係的不完成，為自監護關係消滅時起一年內；因婚姻關係的不完成，為自婚姻關係消滅時起一年內。

第七節 消滅時效的效力

第一 效力的內容

消滅時效的效力，係因消滅時效的完成而發生，但是牠的內容怎樣？學說及立法例，頗不一致，大約有下列三種主義：（一）權利消滅主義：即消滅時效完成後，權利的本身歸於消滅。（二）訴權消滅主義：即消滅時效完成後，訴訟上實行其權利的權能（即訴權），歸於消滅。權利的本身依

照存在。訴權是請求權中的一種，故從廣義方面說，亦可稱請求權消滅主義。(三)抗辯權發生主義：即消滅時效完成後，不但權利的本身並不歸於消滅，就是實行其權利的權能，也不歸於消滅，所發生的，僅是債務人阻止債權人行使權利的抗辯權。然我民法第一二五條至第一二七條看來，既明定請求權因若干年間不行使而消滅，可見其是採用請求權消滅主義，至於第一四四條第一項規定：

「時效完成後，債務人得拒絕給付。」

不過是一種注意的規定，不能解為債務人因消滅時效的完成，取得阻止債權人行使其權利的抗辯權。如此說來，消滅時效的完成，其所消滅的既祇為權利的請求權，基本權利並不消滅，那末，縱令債務人因履行而為給付，或雖非履行而就該債務以契約為承認，或提出擔保，仍應認其為有效。因此，我民法第一四四條第二項規定：

「請求權已經時效消滅，債務人仍為履行之給付者不得以其不知時效為理由，請求返還。其以契約承認該債務，或提出擔保者亦同。」

第二 效力的範圍

前面說過，從權利與主權利同其運命，即：從權利的發生，以主權利的發生爲前提；從權利的消滅，也因主權利的消滅而消滅（民法第三〇七條）。至於從權利請求權和主權利請求權的關係，也是如此。所以我民法第一四六條規定：

「主權利因時效消滅者，其效力及於從權利；但法律有特別規定者，不在此限。」

所謂主權利因時效消滅，其效力及於從權利，就是說：主權利的請求權因時效消滅，其效力及於從權利的請求權。所謂法律有特別規定，例如民法第一四五條第一項規定：

「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。」

民法上所以認此例外的，因爲債權人因信賴抵押物質物或留置物等現實存在，而不及時行使權利，實所常見，設此例外，即所以保障擔保物權的確實。不過我民法對此例外，還設有一例外的例外，這就是民法第一四五條第二項規定：

「前項規定，於利息及其他定期給付之各期給付請求權，經時效消滅者，不適用之。」

這是因爲利息及其他定期給付請求權，如亦適用前項的例外，即與民法第一二六條規定短期消滅時效的精神不合，所以我民法仍使其返於原則，就是：主權利的請求權因時效消滅時，其效力及於從權利的請求權。

第八節 時效期間的加減及時效利益的拋棄

第一 時效期間的加減

時效期間的規定，是一種強制規定，無論是加長或減短，均與公益有害。所以，我民法特於第一四七條前段規定：

「時效期間，不得以法律行爲加長或縮短之。」

此不但時效期間如此，就是時效要件的變更，依類推適用和時效制度的立法精神說，也不應該許可。

第二 時效利益的拋棄

時效利益，能否拋棄？依我民法的規定和解釋，應因情形而不同。在時效未完成以前，不得拋棄，此為我民法所明定，即依第一四七條後段規定：「不得預先拋棄時效之利益」是。因為時效係關於公益的制度，所以不許當事人以法律行為避其適用；而且，如許其可以預先拋棄，那末，債權人大可利用其優越地位，預求時效利益的拋棄，債務人遍得無路可走，祇好無條件的承諾，這還有什麼設立時效制度的必要呢？至於時效完成後的拋棄，就第一四七條後段反面解釋，是可以的，通常所謂拋棄，即指此種情形而言。又拋棄無須明示，默示亦可。所謂默示，例如債務人於消滅時效完成後，支付完成後的利益或提供擔保是。

第七章 權利的行使

第一節 權利行使的意義及其限制

第一 權利行使的意義

權利行使係實現權利內容的行為。行使權利，通常於裁判外爲之，但也有須於裁判上爲之的，例如債權人行使民法第二四四條的撤銷權時，須向法院聲請，僅有債權人的撤銷行爲，不生效力。是。裁判外行使權利的行爲，可以分爲下列三種：（一）法律行爲：例如行使撤銷權的撤銷行爲是。（二）準法律行爲：例如行使催告權的催告行爲是。（三）事實行爲：例如使用所有物，毀損所有物是。

權利的行使與權利的主張不同；權利的主張，係依權利的作用，所得爲的一切行爲；權利的行使，則專指依權利內容所得爲的行爲。前者的範圍廣，後者的範圍狹，例如提起確認之訴和權利的

讓與，祇得謂爲權利的主張，而不能稱爲權利的行使。

權利的行使和權利的實現也不相同：權利的實現，係權利內容已經實現的意思；權利的行使，如上所述，僅係實現其權利內容的行爲。權利的實現，例如債權依履行而實現，所有權依使用收益處分其所有物而實現，撤消權依其法律行爲無效而實現是。權利的實現，有由於權利行使的，例如所有權因權利的行使而實現是。有非由於權利行使的，例如債權因債務人的履行而實現，並非因債權人的請求而實現是。

第二 權利行使的自由與限制

人類爲經營社會生活，對於人或物，及其他的生活資料，有享收各種利益的必要，法律爲保護此種必要，特附與人格者以法律上的力，這種力就叫做權利。據此，我們當知道：權利乃人類社會生活所必要，法律的承認和保護，非僅爲圖個人的利益，同時並須顧及社會的利益，爲謀社會生活的利益，權利人自有適當利用其權利的義務。所以，近世各國立法例，對於權利的行使，在自由的原則之下，加以限制，我民法的規定，大體上也依此趨勢，有直接限制權利的行使的，例如第七六五條，第

七七三條，第七七七條及第八五四條的規定是。有間接限制權利的行使的，例如關於消滅時效及除斥期間的規定是。也有使其負擔行使權利的義務的，例如第一〇八四條關於親權的規定是。又關於權利行使的方法，依照民法第二一九條規定，以爲解釋，均應依誠實和信用的原則，自不用說。

第二節 權利濫用的禁止

在從前個人主義的法律時代，權利含有絕對性。不但權利人有行使其權利與否的自由，縱因行使權利，致使他人發生損害，也不負擔賠償責任，可是現代法律，捨個人主義而採團體主義，各國多以明文禁止權利的濫用，我民法亦於第一四八條規定：

「權利之行使，不得以損害他人爲主要目的。」

權利，是法律所分給權利人的一部分社會利益，行使權利的結果，固然不免使他人發生損害，但如專以損害他人爲目的，即係權利的濫用，我民法爲團體利益計，所以特地加以禁止。

第三節 自衛行爲

第一款 自衛行爲的意義及其根據

自衛行爲，是權利人在事出非常的時候，不用國家干涉，法律許其於必要範圍內，得以自力救濟的行爲。自衛行爲，可分爲二：一是防衛行爲，一是救護行爲。通說對於前者叫做正當防衛，對於後者叫做緊急避難。這兩種自衛行爲，在刑法上爲不罰（刑法第二三條第二四條第一項），在民法上亦不成立侵權行爲。考其所以不罰以及不成立侵權行爲的根據，就正當防衛說：抵抗外來的侵害，所持以保護自己權利的，固然有待於國家的公力，但有時因爲危害急迫，等不及公力的救濟，法律爲顧及這一點，所以許可權利人有正當防衛權，對於不法侵害，得以正當防衛的行爲，以爲補充。就緊急避難說：緊急避難行爲，就犧牲他人利益保全自己的利益，爲法律所不保護的一點說，自然不是合法行爲，再就犧牲他人利益，保全自己利益，爲法律所不禁止的一點說，也並非違法行爲，那末，所謂緊急避難行爲，實居於合法行爲與違法行爲之間，而爲一種放任行爲，法律對於這種具備一定要件的緊急避難，所以不罰以及不成立侵權行爲的，也不外是放任罷了。

第二款 正當防衛

我民法第一四九條規定：

「對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲，不負損害賠償之責，但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。」

依據本條規定，正當防衛的行爲，必須具備下列六種要件，即：

第一 須有侵害存在

無侵害，即無所謂防衛，這是一定不易的道理，所以正當防衛的成立，以侵害的存在爲必要。所謂侵害，是對於他人權利加以攻擊的意思。攻擊他人的權利，便是本條的所謂侵害，至其侵害行爲，係積極行爲，還是消極行爲，可以不問。

第二 侵害須係現時

正當防衛，係對於現時的侵害，加以反擊，以此正當防衛的成立，以有現時的侵害爲必要。所謂現時的侵害，便是侵害行爲已經着手，或正在進行，還沒有完畢的意思。那末，例如，侵害行爲實施業已完畢而加以反擊；或是想像其有侵害，而先爲加害行爲，均不能主張正當防衛。

第三 侵害須屬不法

正當防衛權的行爲，係對於不法侵害爲之。那末，對於一切合法行爲，即不能主張正當防衛。所謂不法侵害，就是侵害爲法律所不容許的意思。既以法律所不容許的侵害爲不法侵害，那末，此處所謂不法，自係指客觀的不法，加害人主觀的責任能力怎樣，均非所問。因此，對於無故意過失的行爲，無侵權行爲能力的行爲，以及緊急避難的行爲，自然可以行使正當防衛權。

第四 須爲排除現時不法侵害所爲的防衛行爲

本條所謂防衛，係指保護自己或他人的權利，排除現時不法的侵害，對於加害人所爲的反擊行爲。其行爲之爲積極或消極，雖非所問，但是須以反擊行爲爲保護權利的手段，否則，即不能算爲正當防衛。又對於加害人加以反擊，因屬正當防衛，然如因反擊侵害，侵害他人的權利，只能算是緊急避難，不能算是正當防衛。

第五 須爲防衛自己或他人的權利

此處所謂權利，包括很廣，舉凡生命、身體、自由、名譽、財產等各種權利都是。權利不僅以屬於自己的爲限，就是屬於他人的權利，也包含在內。

第六 須防衛行為未逾越必要的程度

防衛行為之不負損害賠償責任，須未逾越必要的程度，否則，叫做過當行為，仍應負相當的賠償責任，防衛行為，是否逾越必要的程度，應就具體情形，依客觀的標準決定。就力量說：對於輕微的侵害，加以重大反擊，這是過當的。就人數說：對於少數人的侵害，加以多數人的反擊，這是過當的。就方法說：對於徒手之侵害，加以凶器的反擊，這是過當的。再就法益說：對於財產的侵害，加以死傷的反擊，這也是過當的。

第三款 緊急避難

我民法第一五〇條規定：

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

前項情形，其危險之發生，如行為人有責任者，應負損害賠償責任。」

依據本條規定，緊急避難，須具備下列七種要件，即：

第一 須有危險存在

緊急避難，以有危險存在爲必要。所謂危險，就是因人類行爲及人類行爲以外的事變，將有發生實害之虞的意思。由於人類行爲而生的危險，例如因狂人追擊，而有發生死傷的危險是。由於人類行爲以外的事變而生的危險，例如因天災、地變、洪水、猛獸等事變，即有害及生命身體財產的危險是。

第二 其危險須屬急迫

緊急避難，以其危險係屬急迫爲必要。所謂急迫危險，就是危險迫在目前，換句話說，急迫危險，就是現時的危險。

第三 危險須屬不法

關於此點，我民法雖未設有明文，但就理論上說，危險固然不盡是違法行爲，（例如因緊急避難而爲的緊急避難是。）但法律上所要求的合法行爲，決不能認爲危險，這是因爲依合法行爲所發生的損害，在法律上不能認爲權利侵害的緣故，例如依第一五一條規定，爲保護自己權利所爲

的自助行爲，即不純以其爲侵害行爲而爲緊急避難是。

第四 須爲保全自己或他人生命身體自由或財產所爲的避難行爲

關於緊急避難所得保全的法益，我民法刑法均以生命、身體、自由、財產四者爲限（刑法第二四條第一項）。但是我以爲爲保全名譽，也可以爲避難行爲。所謂避難行爲，有防禦和攻擊兩種。前者例，如甲、乙兩人同遭水難，甲奪取乙所持的木板，致乙失其憑藉而被溺死是。後者例如救護好友，對於噬傷好友的動物加以鎗殺是。

第五 須避難行爲係避免危險所必要

避難行爲是否爲避免危險所必要，應視其有無不得已的情形，以爲決定。所謂不得已，就是說：除爲避難行爲以外，再沒有什麼方法可以避免危險的意思。避難行爲，既須爲避免危險所必要，那末倘使不爲避難行爲，也能避免危險，自不能以其加害行爲爲避難必要範圍內的行爲。例如得以正當防衛排除其危險，或得以逃避及其他方法避免其危險時，即不得藉口緊急避難，損害他人的權利。

第六 須避難行爲未逾越危險所能致的損害程度

避難行爲之不負損害賠償責任，須未逾越危險所能致的損害程度，否則叫做過當行爲，仍應負賠償責任。所謂未逾越危險所能致的損害程度，就是因避難行爲所生的損害，較之危險所能發生的損害，其間大小輕重，必須相等，或者未達於相等的程度。比較損害的大小輕重，應就具體情事，依客觀的標準以爲決定，舉凡法益的性質，以及關係人實際上所受損害的具體價值，均須顧及。

第七 須危險的發生行爲人無責任

所謂危險的發生行爲人無責任，係指危險的發生行爲人全未與以原因而言。危險的發生，祇須行爲人未與以原因即可，至於是否另有其他原因，以及危險的發生有無故意或過失，可以不問。

第四節 自助行爲

第一 公力救濟與自力救濟

關於權利的保護，有公力救濟與自力救濟兩種。於權利被侵害時，依國家權力以爲救濟的，叫做公力救濟。於權利被侵害時，運用私人腕力以爲救濟的，叫做自力救濟。在從前國家權力還沒有

強固，組織還沒有完備以前，權利如被侵害，總是依賴私人的腕力以爲救濟，這種辦法，不但助長私人間的紛爭，而且最足以紊亂社會的秩序，所以在國家權力已臻強固，組織已臻完備的時候，公力救濟遂起而代之，民事訴訟和強制執行等制度特爲發達的原因，即在於此。但是公家的公力，究難普遍，所以在個人權利不及受官署援助，且非及時爲之，請求權即不能實行或其實行顯有困難的時候，如亦必須國家公力以爲救濟，則有時不免加重損害的程度，所以我民法仍有許可自力救濟的規定。

第二 自助行爲的要件

自助行爲，是權利人爲保護自己權利，對於他人的自由加以拘束，財產加以押收或毀損的行爲。自助行爲固不負損害賠償責任，但是以不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求權不能實行或其實行顯有困難時爲限（民法第一五一條。）並且，於拘束他人自由或押收他人財產以後必須馬上向官廳聲請援助，如聲請遲延或被駁回，行爲人仍應負損害賠償之責（民法第一五二條。）茲依此兩條規定，說明其要件如次：

一 須爲保護自己權利

此點爲我民法所明定。自助行爲與自衛行爲不同之點，即在於此。自衛行爲所保護的權利，如前所述，不僅限於自己的權利，自助行爲則必限於自己的權利，他人的權利，縱有急迫情形不能請求公力救濟，也沒有妄爲干涉的理由。但所謂權利就第一五一條但書規定看來，似限於請求權，實則一切權利也包括在內。不過我們知道，自力救濟是一種權宜辦法，終須求公力以爲救濟，所以在解釋上凡是不能依強制執行以爲保護的權利，皆不許依自力救濟以爲保護。

二 僅得對於他人的自由或財產施以拘束押收或毀損

這也是自助行爲與自衛行爲不同之點。在自衛行爲，種類毫無限制，自助行爲則以對於他人的自由，加以拘束，財產加以押收或毀損爲限。所謂他人，係指義務人。所以允許對於義務人的自由加以拘束的理由，在恐義務人有逃避的危險，例如義務人將要避往外國，債權人於其臨行之際加以阻留是。至其所以允許對於義務人的財產加以押收或毀損的理由，在恐義務人將權利的標的或可供執行的財產隱匿或滅失。例如義務人將抵押出去的東西，私行出賣，債權人於其成交時加

以押收是。但是，無論是拘束收押或毀損，均須不逾越保護權利所必要的程度。

三 須有急迫情形不及請求公力救濟

所謂有急迫情形，不及請求公力救濟，係指權利人的權利不及受官署援助，且非即時為之，請求權即不能實行或其實行顯有困難而言。民法上所以設此事前限制的理由，因為如其權利尙能請求官署援助，且他日尙可實行，也許其可以自力救濟，即不啻助長權利的濫用故也。此處所謂官署，指有保護其權利的官署，例如職司審判的司法機關是。至於是否不及受官署援助，且非及時為之，即不能行使權利，或行使困難，應就各種情形依客觀標準以為決定，自不待言。

四 須即向官署聲請援助

自助行為，不但有前述的事前限制，事後也有限制。所謂事後的限制，就是權利人於拘束義務人的自由或押收其財產後須即時向官署聲請援助是。所謂聲請官署援助，就是押收義務人的財產的人，須向法院聲請為保全財產的扣押；拘束義務人的自由的人，須速向拘束地的法院聲請為保全身體的管收。如聲請遲延或被駁回，除應速將義務人釋放或將財產返還於義務人外，依我民

法規定，行爲人並應負損害賠償的責任。這是因爲誤用自助行爲，影響於義務人的利益很大，所以不能不令行爲人負擔損害賠償的責任，以資保護。

附錄

民法總則施行法

民國十八年九月十日立法院第四十七次會議通過，同年九月二十四日國民政府公布，同年十月十日施行。

第一條 民事在民法總則施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法總則之規定。

第二條 外國人於法令限制內有權利能力。

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

民法總則施行前已經過民法總則第八條所定失蹤期間者，得即爲死亡之宣告，並應以民

法總則施行之日爲失蹤人死亡之時。

第四條 民法總則施行前，有民法總則第十四條所定之原因，經聲請官署立案者，如於民法總則施行後三個月內向法院聲請宣告禁治產者，自立案之日起視爲禁治產人。

第五條 依民法總則之規定，設立法人須經許可者，如在民法總則施行前已得主管官署之許可，得於民法總則施行後三個月內聲請登記爲法人。

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

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

第七條 依前條規定，經主管官署核定者，其法人之代表人應於核定後二十日內，依民法總則第四十八條或第六十一條之規定聲請登記。

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

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

第十條 依民法總則規定，法人之登記，其主管官署爲該法人事務所所在地之法院。

法院對於已登記之事項，應速行公布，並許第三人抄錄或閱覽。

第十一條 外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。

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

前項外國法人，其服從中國法律之義務與中國法人同。

第十三條 外國法人在中國設事務所者，準用民法總則第三十條第三十一條第四十五條第四

十六條第四十八條第五十九條第六十一條及前條之規定。

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

第十五條 未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行

爲應與該外國法人負連帶責任。

第十六條 民法總則施行前，依民法總則之規定消滅時效業已完成，或其時效期間尙有殘餘不足一年者，得於施行之日起一年內行使請求權。但自其時效完成後至民法總則施行時已逾民法總則所定時效期間二分之一者，不在此限。

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

第十八條 民法總則施行前之法定消滅時效已完成者，其時效爲完成。

民法總則施行前之法定消滅時效，其期間較民法總則所定爲長者，適用舊法。但其殘餘期間自民法總則施行日起算，較民法總則所定時效期間爲長者，應自施行日起適用民法總則。

第十九條 本施行法自民法總則施行之日施行。

中華民國二十四年十月初版
中華民國二十六年一月五版

(37323.5張)

實用法律叢書
民法總則一冊

紙本 每冊實價國幣捌角
外埠酌加運費匯費

編著者 胡長清

主編者 王雲五 徐齊

發行人 王雲五
上海河南路

印刷所 商務印書館
上海河南路

發行所 商務印書館
上海及各埠

* 有 所 權 版 *
* 究 必 印 翻 *



476273

07

