

張正學
曹傑 著

民法總則註釋

商務印書館發行

MG
D929.6
2000

張正傑
曹傑
著

民
法
總
則
註
釋

商
務
印
書
館
發
行



3 2173 3067 3

71395

敘言

本書之目的，主爲釋明吾民法典，以便於實務家。故於沿革，批評，比較等處，特避免之，專致力於實際上各種問題之解決。

本書於外國書之參考，多不引用，蓋引用外國書，對於不通其國語者並無何等實益；對於通曉其國語者，徒招蛇足之譏；不過於必要處，往往揭示外國法之條文或名家學說，以期明瞭吾民法之意旨。

本書採德日民法書之註釋體，於各章節之前，置總說明，以照顧關於全章全節之事項；於各條之釋義，偶亦分其段落，俾便閱覽。

本書爲共同著作，從第一章起至第四章第三節止，由張正學擔任之。從第四章第四節起至第七章止，又緒論五章，由曹傑擔任之。然當脫稿時，均經互相參照，庶前後義理，不致矛盾。至民法其餘各編，當於業餘盡其全力註釋，若夫完成之期，則不敢預定也。

中華民國二十五年七月 日

目錄

緒論	一
第一 民法法典之成立	一
第二 民法之組織	七
第三 民法之性質	九
第四 民法之解釋	一二
第五 民法上之權利義務	一六
第一章 法例	二〇
第二章 人	二八
第一節 自然人	三九
第二節 法人	六〇
第一款 通則	六六
第二款 社團	九〇

第三款 財團	一一四
第二章 物	一一二
第三章 法律行為	一四五
第一節 通則	一七〇
第二節 行為能力	一七八
第三節 意思表示	一九六
第四節 條件及期限	二三四
第五節 代理	二五一
第六節 無效及撤銷	二七六
第五章 期日及期間	二九四
第六章 消滅時效	三〇一
第七章 權利之行使	三三一

民法總則註釋

緒論

第一 民法法典之成立

(一)世界兩大法系之對立及其溝通 法系云者，即法律系統或法律宗派之謂。詳言之，即一國或數國間之法律，具有獨特之性質，自成系統，能與他民族之法律判然分別之謂也。古今來之法系，爲數甚多，舉其犖犖大者，有(1)印度法系，(2)回回法系，(3)猶太法系，(4)中國法系，(5)羅馬法系，(6)海洋法系或英國法系六種。今日世界，殆爲羅馬法系與海洋法系所平分，代表前一法系之國家，爲德瑞日俄法比意等國，代表後一法系之國家，爲英美等國及澳洲加拿大等地。此兩大法系之造成，是因大陸等國與英美歷史風俗人情種種之不同，所謂一爲成文法，一爲不成文法是也。英美法以判例著，英國法官之引用成案，始於十三世紀，其初不過備訴訟上之參考，從違與否，一任審判官之自由裁量，繼而成案

日多，引用日廣，遂發生一定之拘束力，儼然有與成文法同等地位，所以彼邦人士有「法官造法」之稱也。反之，在歐洲大陸諸國，則受羅馬法之影響較久。羅馬法全典中之印斯梯突式（*Institutiones*），殆爲歐洲諸國法典編纂之楷模，至於上級法院所爲之判例，僅以之與學者之意見或理論同視，而爲法律上之一種參考資料而已。但從另一方面觀之，上級法院既就法律中之缺漏與疑義，以判決爲之補苴，人民對此判決，自足引其尊信心理。人民既重視判決例，甚或依據判決例所示之法律行爲，而形成其權利義務，若法院自身，反不知尊重，任意取捨，殊有礙生活之安全，所以大陸諸國，近亦有注重判例法之傾向。況成文法，縱欲網羅萬象，而爲詳密之規定，實則條文簡括，事變無窮，往往窒礙叢生，難於應付，若有判決例可援，卽不致無所遵循，是法院因襲成例，形成此趨向者，亦無足怪。故判例法在大陸諸國，形式上雖無拘束力之可言，在實質上亦儼然有其地位，此故近世大陸諸國學者頗注意判例之研究也。在英義之判例法，以其量之宏富，質之縝密，似可應用裕如；然因拘束先例之原則過嚴，其結果亦殊有礙審判官之自由裁量，而與成文法有同一之流弊，於是平衡法出，藉謀補救。學者中更不乏唱法典編纂之說者，雖一時未能見諸實行，然各種單行法之頒布，則日見增多，已不能謂爲純然採判例法制。準斯以言，成文法與判例法，將有趨於適中制度之定向，是亦大可尋味之事也。

(二)吾國民法制定前之私法狀態 吾國上古以血統爲基礎，宗族制度盛行，以宗子統轄族人，事

無大小之別，皆以慣習處斷之，向無成文之私法。益以儒家思想，重禮治而輕法治，於是言法言禮，門戶各別。所謂法者，殆指刑罰法而言，關於人事社會生活事項，則納諸禮制範圍。如周禮儀禮禮記諸書，條分縷舉，言之算詳，後世式遵，遞遺勿替，而歷代之典章，私家之著述，更不勝枚舉。自漢定九章之律於李悝之法經六篇以外，（盜法賊法囚法捕法雜法具法）加戶與廩三篇，於是戶婚之事，亦入於律，是為有成文私法之嚆矢。自漢以迄隋唐，雖略有增損，然亦側重刑法，無關宏旨。唐律定十二篇，其戶婚篇中，關於婚姻錢債諸事，規定較詳，宋元因之，不過篇目稍有移易耳。明代以中書析為六部，（吏戶禮兵刑工）即以六部名稱，冠律之名，加以名例律，是為七律，形式為之一變。清律初亦因之，其後雖代有修訂，均無大更易，至光緒末年，始大加修改，分為三十六卷，首為律，自服制圖服制卷一，卷二為名例，卷三職制，卷四公式，卷五戶役，卷六田宅，卷七婚姻，卷八卷九倉庫，卷十課程，卷十一錢債，卷十二市廛，卷十三祭祀，卷十四禮制，卷十五宮衛，卷十六軍政，卷十七關津，卷十八廢牧，卷十九郵驛，卷二十至卷二十二賊盜，卷二十三人命，卷二十四二十五關殿，卷二十六罵詈，卷二十七訴訟，卷二十八受贓，卷二十九詐偽，卷三十犯姦，卷三十一雜犯，卷三十二捕亡，卷三十三卷三十四斷獄，卷三十五營造，卷三十六河防，定名為現行刑律。然其戶役，婚姻，田宅，錢債，一面為刑罰之規定，一面為私法上權利義務之規定。此外，在各部尚有其則例，如戶部則例等，亦可為民法之一部。民國肇興，除關於刑罰部分，因另頒刑法而失效外，其中民事部分與國體無抵觸

者，仍認爲有效，此吾國以前私法狀態之概略也。

從上述之沿革觀之，可見吾國自古雖無形式的民法，然有實質的民法，蓋自漢律以後，如人事戶婚，已見規定，不過雜於刑法之中，而無獨立之形式。且當時國家與社會，所注重者不在於法，而在於禮，如禮儀禮記，以及後代之各種專典，（唐之六典明之通典清之通禮會典）於尊卑名分之別，上下等級之辨，與夫婚姻喪節之儀文，益復詳爲規定，以爲朝野共由之法，則名爲禮制，實亦有私法之性質存焉。除律例及禮制以外，尙有足述者，卽自民國肇興，法規未備，且以時代之推移，思想之嬗變，舊日律例中之民事部分，有與社會實際相差過遠者，有缺焉不詳者，前大理院乃採取法理，著爲判例，於是無形中形成大理院之判決，而有實質拘束力之權威。迄至最高法院成立，民法頒行以前，判例數字迭增，社會人士幾奉爲訟爭之依據，下級法院亦資爲審判之準繩，於是此種判決例，無形中亦具有實質的民法之意味，此又吾國民法制定前私法狀態史之一頁，爲研究沿革上所不可不知者也。

(二)民法編纂之動機 民法法典編纂之動機，固有種種，舉其主要原因，不外下列數端：(1)舊時法律過於簡單，不足以適應現今複雜之社會生活。(2)一面採取世界最新立法原理，一面參酌固有習俗成規，以期建設新中國法律系統。(3)完成中國法制，以謀收回領事裁判權。

在歷史學派以法律乃可以成立之物，非可以創造之物，且以法律爲一民族精神之表見，由民族思

想慣習風俗積聚而成，在民族思想慣習風俗未臻統一以前，不可全以他國社會發生發達之法律爲規定之內容，因而不主張從速編纂法典者，如德國學者薩威尼（Savigny）即持此見解最有力之人也。有謂民族思想慣習等等之統一，須由法律之統一始能成就；而法律之根本須依據正義及理性，未可俟其自然發達，即習慣勢力，亦未可視之過重者，如德國學者提波（Thibaut）即爲主此說之代表，故當德國有編纂法典之動機時，亦有兩派之爭論。在吾國，雖無如斯劇烈爭論，然亦有一部分人，信以法典編纂過於倉卒，未必通行無礙而能於社會相適應者，此則狃於歷史學派之誤解，徵之前述三種原因之主要性，殊未可以成功過速，加以非難也。

（四）民法編纂之經過 前清末葉，庚子亂後，朝野始憬然圖變法自強。光緒二十八年派沈家本、伍庭芳爲修律大臣，當時注重修訂刑律，而關於私法之編纂，尙未議及。至光緒三十三年設修訂法律館，聘日人松岡博士擔任起草民法前三編，至後三編，則由本國人起草。（主其事者高种朱獻文等）宣統三年脫稿，所謂大清民律草案，即第一次民法草案是也。民國成立後，先附設法典編纂會於法制局，未久改隸於司法部，更名爲法律編查會，後又獨立改爲修訂法律館，廣聘專家，從事訂正各種法律草案，至民國十四年完成，是爲第二次民法草案是也。國民政府成立後，奠都南京，成立法制局，毅然以完成民法法典爲己任。十七年夏初，着手起草，親屬繼承兩編，歷時五月脫稿，未及呈請公布，法制局即奉命結束。至十七

年十二月成立立法院，內設民法起草委員會，於翌年二月開始起草，先成立總則編，於十八年五月二十三日經國府公布，是年十月十日施行。嗣後債編物權編亦陸續脫稿，於十八年十一月間經國府公布，十九年五月五日施行。至親屬繼承兩編，則以關係甚大，委員會極主鄭重，一面徵求各地習慣，一面就各國法制詳加研究，於十九年秋初着手起草，是年冬間完成，呈請國府於同年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行。至是，吾國始有整個民法法典，是亦立法史上一大可紀念之事也。

(五)民法編纂之方針 吾國以三民主義爲立國基礎，三民主義是一切建國工作的最高原則，而立法是建國工作之一，當然不能離開三民主義。三民主義立法特點，乃立於全民族利益的基礎上，一方面不能完全因襲傳統上禮法分治觀念；又一方面不能倣效歐美的個人本位制度。易言之，三民主義的立法特點，乃以社會的共同福利，或民族的共同福利爲法律目標，其立法之方針：第一、爲謀社會之安定；第二、爲謀經濟事業之保養與發展；第三、爲求社會各種現實利益之調節與平衡。本於上述之原則，表現於民法上幾個具體問題者，約歸納於下列數端：一爲所有權之限制（第一四八條第七六五條第七七三條以下）二爲契約自由之限制（第七一條第七二條第七四條第二一九條）三爲無過失損害賠償責任之確立（第一八七條三項四項第一八八條三項）四爲遺產繼承之相對限制（第一一四五條第一一八七條）五爲利息債權之限制是也。（第二〇三條至第二〇七條）

除以上所述者外，尙有一大可注意之點，即民商法合一制定是。民商法應否合一，在理論上固有積極與消極兩說；然吾國自漢弛商賈之律，四民同受治於一法，由來已久，在商人既無特殊地位，自無獨異之理，否則成爲法律以保護特殊階級利益而設，非爲全民族利益而設矣。故民商法合一之理論，實爲基於三民主義立法原則之當然結果，毋待多言。惟爲免除法典條文採雜起見，有依其性質上另訂單行法爲宜者，則分別訂立單行法規，（如公司股票、海商保險等法）然僅係一種單行法，與土地法、破產法殆立於同一地位者也。

第二 民法之組織

民法法典編制之形式有二：一爲羅馬式或法律階梯式（*Justinianones system*）編制法，一爲德意志式或法律會典式（*Pandecton System*）編制法，茲述其概略如次：

（一）羅馬式編制法 此組織方法導源於羅馬法律家給雅斯（*Gaius*）氏作十二銅表法之解釋，分爲三部：第一編爲人事法（*Jus Quod ad Personam Pertinet*）第二編爲財產法（*Jus Quod ad Res Pertinet*）第三編爲訴訟法（*Jus Quod ad Actiones Pertinet*）。此分類法爲優帝法典之法律階梯（*Justinianones*）所採用，雖成立四編，然只爲各編之分量相均爲出，其根本觀念仍出於給氏之法

律教科書，蓋無疑也。其分實體法爲人事與財產兩種，實有相當之根據。法國民法及法國法系之民法，做此體例，除去訴訟編，將第二編財產法分爲二，合之人事法，成爲三編，即法國民法第一編人事法，第二編財產及所有權之變形，第三編所有權取得之方法。荷比意西葡諸國民法及日本舊民法，均與法國法同，至奧大利民法，雖亦取三分法，第一編爲人法，第二編爲物法，（凡債權物權均包含於其中）然於第三編置總則，斯爲羅馬式之變體也。

（二）德意志式編制法 此爲羅馬輸入德國後，爲德國學法研究之分類法也。始自何人不明，要爲一種新創設無疑。依此法分民法全部爲五編：第一編總則，第二編物權，第三編債權，第四編親屬，第五編繼承。薩克森（Saxony）民法（一八五二年草案一八六三年施行）首採用之。惟巴弗利亞（Bavaria）一八六一年之民法草案，則置債權於物權之前。德國民法做之，其理由以債法在交易上最爲切要，且債權法以其他各編之規定爲前提者甚少。反之，其他各編之規定，以債權法爲前提者較多故也。（見德民法理由書三頁。）然對此種見解，學者亦有批評之者。吾民法即做此體例，於第一編設共通規定，爲全部民法適用之通則，以冀避免重複，於第二編及第三編，爲純然財產權之規定，惟因物權與債權性質各異，故使各自獨立爲一編。於第四編規定親屬關係，最後一編規定特別權利義務移轉原因之繼承遺贈，可謂純然之德國式；而日本現行民法，則從薩克森式之編制法也。此外如瑞士民法，第一編爲人格，第二編

爲親屬，第三編爲繼承，第四編爲物權。關於債權，則另訂單行法。蘇俄民法，分總則、物權、債權、繼承四編。關於親屬及監護事項，另訂單行法，均爲德意志式之變體而已。

第三 民法之性質

民法二字，導源於羅馬法之市民法，當時指適用於某特定國家市民之法律，以別乎爲各國國民所共遵守之萬民法，與自然法也。至傑斯提尼安帝（Justinian）編纂統一法典，已無市民法與萬民法之名稱，惟自用語之沿革上論之，萬民法爲國際法之語源，市民法則爲國內私人間權利義務關係規律之語源，故現代民法二字，專指私法而言。

民法者，主爲私法的原則法也。與民法會於第一條，揭民法之定義，吾國民法與其他各國民法，均不探此態度，其性質如何，一任之於學說，可謂適當。然一案各國民法法典之內容，主爲包含學說上所謂私法之原則，雖往往有置關於公法性質之規定者，亦僅出於便宜上之例外。又關於私法事項，亦非悉網羅之無遺，僅定其原則而已。在民商法分立之國家，民法係與商法對待而稱，故關於商事，悉讓之於商法。在吾國，固不爲此區別，然有依事項之性質，不能納諸民法法典中，而有另訂單行法之必要者，尤不在少。此外，關於手續之規定，亦多讓諸各種程序法，如民事訴訟法、戶籍法、破產法、登記法等，雖民法內間有插

入程序部分之規定，亦無非從於立法便宜之例外耳。

公法與私法之區別，其理論極久，而其標準則欠分明。蓋公法與私法分野，發源於羅馬，因羅馬法之傳播而流入諸國，故其由來有如此之久者。在普通的傳統觀念，即以民法爲私法，以憲法、行政法、刑法、民刑訴訟法爲公法。今若基於學理上之根據，定其區別之標準，則見上述沿革觀念之標準，殊不切當。反之，若依學理而爲說明，則衆說紛紛，是亦極感困難之事也。

沿革上說明學說之變遷，於羅馬古代，以此爲從事於法律之事務家及學者之區別。即稱從事於公共事務及公共執法之政治家爲公法家；稱處理市民間法律事務之人，爲私法家。故非依法律而分類，乃依人而分類，然公法與私法之區別，實濫觴於此時代。降及後世，以之爲法律本體之區別，舉其學理上分類之方法有三：（一）以法律所保護之利益，求公私法之標準。即公法爲確保公益爲目的，私法爲確保私人利益爲目的，然以利益之界限不能分明，致生種種解釋；通說以公益爲社會全體之利益，私益爲個人之利益，是即所謂利益說是也。然利益之觀念，其自身既不明瞭，同時，一切法律凡關於私益者，即不能謂與公益無關，尤其在社會本位之立場觀察，一切法律均應以達保護社會全體利益爲目的，故此說殊不足取。（二）以法律關係之主體而爲分類。即以定國家及其他公共團體爲法律關係雙方或一方主體之法，爲公法；規定私人相互間之關係之法，爲私法。此說固較前一說爲優，然有陷於機械論之憾，且與

實際情形未合。信如斯說，則當國家爲財產權主體，或與私人爲一種買賣行爲時，亦將不受私法支配矣。有是理乎？（三）求其區別標準於法律關係之性質。卽以規定權力關係（不對等關係）之法爲公法，以規定權利關係（卽對等關係）之法爲私法。此說在理論上，固甚痛快，然其結果將以國際公法爲私法，以民法中關於親權行使之規定爲公法，與現在法學之情態生衝突，故未能有多少勢力也。

如上所述，學說之紛紜如此，故有從根本上否認此種區別者。自一九一九年德國憲法於共同生活章中，規定婚姻親子之關係之後，他國新憲法，亦多有舉私人生活事項（如所有權之限制等）爲原則的規定者，故公私法區別之標準，誠然已被動搖。惟現時一般之通說，仍以規定關於國家之組織及統治作用之法爲公法，其規定與國家組織及統治作用無關之法爲私法。蓋公法與私法之區別，應基於個體與社會之觀念。在現今之社會，個人相集合營社會生活，故一方爲社會之一員，同時於他方，仍有個人之存在。人不失其個人之存在，屬於一家，則與其家族營共同生活，屬於一村一鎮以及屬於一縣一省，更大而言之，屬於一國，屬於一國際團體亦然。此等大小社會團體，更爲法律關係之主體，卽權利義務之主體。此今日之實際現象也。故法律規定事項，可分爲：以一個人因其個體對他一個人之關係者；以一個人因其社會之一員，對於團體之關係及團體相互間之關係者。前者所謂個人法，後者所謂社會法，更於社會團體中，分別爲有統治作用之政治團體，與無統治關係之團體二種：國家及自治團體，屬於前者；家族及

民事上之社團法人，屬於後者。關於定統治關係之法律爲公法，此外則爲私法。約言之，公法者，關於政治團體之統治關係之法律；私法者，定非統治關係之法律也。民法之內容，規定關於財產關係及身分關係，均無統治作用存於其間，故其性質，屬於私法。

第四 民法之解釋

(一) 解釋之意義 民法之解釋云者，確定民法內容之意義是也。法律之內容確定以後，始適用於實際問題，故解釋之必要，誠不讓於立法；而解釋之困難，較諸立法尤甚也。

(二) 解釋之分類 解釋法律，通常分爲兩種：(1) 公權的解釋。公權的解釋，乃以法律解釋法律，其解釋有強制的效力者也。故又稱爲強制的解釋。公權的解釋，有用成文法者，或於法律中插入解釋條文之規定，或另布法令以解釋既有之法律，於此場合，可謂立法的解釋。有用習慣法者，此時稱爲慣行的解釋。然無論如何，仍係以法律解釋法律，其目的雖在解釋前法，而其實則爲新的立法，故以此種解釋，爲非解釋之議論者不少；惟法律之意義，經此解釋，即爲確定，不能更解爲他義，其具有強制的效力，則不容隱言者也。司法機關於審判案件，適用法律之際，所下之解釋，對於下級法院，有時固亦有拘束力，然究不能視爲公權的解釋，仍屬於學理的解釋範圍。因司法者，不能有立法權，故其解釋之效力，遜於立法解釋，不

過經其一度解釋之後，對於以後所發生之同樣事情，有須遵循之以行審判之傾向，惟亦得因情勢不同而變更其從來之解釋也。(2)學理的解釋。學理的解釋者，法官學者以學理定法律意義之謂也。其解釋本爲個人之私言，原無強行之力量，然因學識及技能之影響，無形中具有重大之勢力。與學理解釋有關者，厥維解釋之方法，試於第三段述之。

(三)解釋之方法 學理的解釋方法，通常分爲文字解釋與論理解釋二種；前者乃依法條之文字，以定其意義；後者乃搜集可供解釋該法條之一切材料，依推理方法以定法律之意義，如立法機關之材料，立法之沿革，立法理由，法律上之原則，社會之實況，均爲論理解釋方法中極要之資助。惟文字解釋與論理解釋，究非各自獨立之解釋方法，兩者實相需爲用，相合而成之一個解釋方法。全然離開法條文字，僅依推理方法，以爲解釋，則爲成文法主義所不許。反之，若捨去推理方法，惟依法條文字以爲解釋，其結果止求得文字意義，而不能闡明法律之意義。故於具體解釋法律之際，固無不兩法併用者也。茲再舉可供解釋方法之資助事項如下：(甲)解釋之資料不得不求之於外國法。在歐陸各國，其法學發極久，而後成立法律，故得以自國法學之力解釋之，蓋爲國法之性質上所當然。吾國素重禮治，而鄙刑名，殆及最近，始有法典之頒布，且大體取範於歐陸，故欲解釋法律，而闡明其意義，不可不致力於外國法之研究，此雖可爲悲痛之現象，然爲後進國家所不得已者也。(乙)法文之文字須從普通之語義。文字因其時代

地方或所用之人不同，而有異其意義者，然法律不外對於普通一般人之國家意思之宣示，因而法律文字不可不從普通之意義，而為解釋，此為條文解釋之第一義。然若普通意義解釋，有不通或不合之結果，或其全然不能用於通俗之場合，則不可不訴諸法律學之力，此種專門術語，既有特別意義，對之解釋特感困難。吾民法既多繼受歐陸各國，若非研究外國法，則不易明瞭其意義，毋待煩言也。（丙）民法須合全體而為解釋。民法雖有五編，計一千二百餘條，然為一個法典，有其總合前後貫通全體之基本觀念，以支配之。故解釋時，應保持其各條互相連絡，不生矛盾，是為解釋之最終目的。此種解釋，多依於推理方法，故學者稱此為組織的解釋。抑民法支配吾人私生活之全部，而吾人私生活雖有許多方面，然畢竟有一調和之點，法律上亦如此。其多數規定，與變化之日常生活相當，然法律全體，則與吾人生活全部相當，此所以法律有統一解釋之必要也。若許吾人生活有左右前後相矛盾，又其各方面個個獨立，則解釋規定各方面之法條，與其他部分無關係，已可為盡其能事；然人類之生活，為一全體而不可分，故法律亦須調和相為一體，此即統括的解釋之基礎也。因是對於條文有擴張解釋或縮小解釋之必要，蓋一條一項之法規，為法律全體之一部，不能獨立存在，有此一規定之內容，與他一規定之內容相競合時，於此場合，若非將一方為縮小解釋，則失其全體之調和。又或有對於某事項全缺乏固有之規定者，則須於其他規定為擴張解釋，以補其缺，而保其全體之調和。如此解釋，使多數之規定相牽連，雖人事百端，其數無限，然法

典中自可求適應於大抵場合之規則，故法律解釋之能事，至統括的解釋盡矣。

與解釋法律似是而非者，爲類推適用是。類推適用者，關於特定事項，法律無直接規定時，適用關於與其類似之事項之規定之謂也。其性質如何，學說紛歧，迄無定論。一爲立法說，以類推適用，既以無適用之法規爲前提，此時之類推適用，卽爲制定新法，此論固極鋒利，然賦與裁判官以立法權，殊無十分根據。二爲解釋說，蓋類推適用非立新原則，不過活用從來之原則，故仍不失爲解釋。雖然，解釋須以法規之存在爲前提，而在類推適用，既以缺乏明文爲因素，其本質究與解釋異。三爲法理說，卽以類推適用爲適用民法第一條之法理，所以補明文之不足者也。然若以法理二字，指爲從法律全體精神所生之原理，則其結果，仍不脫第二說（卽解釋中之組織解釋）之範圍；若以法理指爲事物當然之理，或法律普遍之原理，則法理有其獨立之存在，而與以一事項，類推適用於其他事項者，其意迥殊。故此說亦難首肯。四爲折中說，以類推適用，其本質爲法律之制定，其形式則爲法之解釋，是爲最苦心之說。其言曰：類推適用，不僅在解釋法律，且可因此發見法律，但非依於立法者之態度，唯求包含於現行法中之原則的發展，其說明方法，固與立法說稍異，然畢竟不外立法說也。

上述諸說，均不能圓滿。類推適用，絕非立法，蓋司法者不能有立法權也。亦非純粹之解釋，蓋以無明文規定爲前提也。又不能以之爲獨立存在之法理。其性質，乃在於法規缺乏明文之場合，得適用關於

類似場合之規定，以處分其事件之處分行爲耳。故自類推適用終結其事件，當事者之權義雖確定，但若
有可依據之法規發生或存在，則失卻類推適用之效力也。然則裁判官何以有類推適用之處分權？不免
又生問題。立法例置有明文認司法者有此處分權者。（奧民第七條德民第一章案第一條）吾民法無
明文，其根據之所在，依愚所信，存於裁判官之職責，蓋裁判官不得以法無規定理由，拒絕裁判，若使裁判
官盡此職責，則有類推適用之必要。故於法無明文之場合，最適當之標準，即適用於類似場合之法規，
蓋同一事件受同一之判決；而類似事件，可受類似法規之支配，可爲事理之當然，而合於有理性人類之
一般確信者也。法律中有明定此一事項之法規，可應用其他一事項者，所謂準用某條或某章者，雖與類
推適用無異，然既定明準用，則不得以爲類推解釋。又法律規定多爲抽象的，若解釋得宜，頗有運用之餘
地。又若有習慣法或法理可資準據時，亦不可輕言法律之缺陷，遂依於類推適用而爲誤判，此又職司裁
判者所應深切注意者也。

第五 民法上之權利義務

（一）私權之意義 自然法上之論權利，出於本書註釋體之範圍以外，姑置不論。從成法上言，有一
般權利論之價值與否，亦不免有疑問。余輩所信者，實際存在，只有各種權利，而無一般之權利，蓋在成法

上求一般權利之觀念，除用歸納法定各種權利之共通觀念外，無他法。例如第一百八十四條，雖使用最廣泛權利之文字，是亦不過成法上所認各種權利之總稱。故實際上，只須研究各種權利爲足，法律所規定者，亦不過各種之權利耳。雖然於學術上作各種權利共通之觀念，有便於思索之益。余輩茲論權利，亦本此旨趣。或者曰：權利觀念，行之於世已久，然無一定說，是其不可用之證，應以義務或拘束之觀念代之，此所謂義務本位論，確包含一面之真理也。尤其在吾國儒家論治，夙重禮讓，則以義務本位成立法典，最合國情。但權利與義務，常相對立，故本位之說，僅因其觀察方面，有所不同，以言其內容，則無何異。其間接之利益，卽權利本位，足以獎勵個人獨立進取之志；而義務本位，足以資長讓讓守成之德。若言其弊害，則義務本位，致因循之習；而權利本位，啓爭競之風。論法律者，不可不致意於此間接之效果也。如羅馬法及英國普通法，主從義務方面觀察，迄受自然法之勢力侵入，權利本位之觀念盛行，以致形成今日法律學之大勢。現代多數國家，均依權利本位編成法典，吾民法亦不能例外。就其大體觀之，係以權利爲中心觀念，不容諱言。惟有足述者，吾民法典雖大體以權利爲中心觀念，而於社會之安定及健全，亦多所顧及。例如：急迫輕率無經驗者之保護，（第七四條）權利濫用之禁止，（第一四八條）無過失賠償責任制度之確立，（第一八七條三項，第一八八條三項，第一〇五七條）所有權之限制，（第七六五條，第七七三條）等等規定，其他散見於各編者，尙不在少，可謂其爲社會本位初期之立法例，放一異彩也。

權利果爲何物？是謂權利之本質問題。關於此問題，從來學說紛紜，迄無定論，茲舉其重要之學說如次：

(甲)意思說 此說以吾人心理上之意思支配範圍（受法律之保護）爲權利。德國學者薩威尼氏（Savigny）所唱導者也。然此說不足以說明現行法，何則？若以權利爲個人之意思力，則不能有意思者，即不能享受權利，其結果如未成年人，精神病人，均不得有權利能力矣。

(乙)法力說 此說以權利乃法律所賦與意思之力，爲德國學者文差德（Windelband）所首唱者也。通說以之爲意思說，然文氏所謂意思，非有吾人心理上意思之意味，乃指法律所賦與之意思，其結局與言屬於某人自法律所賦與之力無異，故名之爲法力說，示與前之意思說，有區別之特徵也。依氏之主張，即無意思能力者亦得爲權利主體，既可避免前說不當之結果；且能示明權利支配力之根源，是其所長。所可惜者，即不能說明權利之內容實質，僅足完成權利二字之形式定義耳。

(丙)利益說 此說以權利爲法律所保護之利益，爲德國學者葉林（Jhering）所唱導者也。氏以意思說之獨斷的形式論，有不能表示權利之目的及實質之憾，故自權利發生之原因立言，以意思既非權利之目的，亦非其原動力，則以意思或力之觀念，均不足以明了權利之意義，應予排斥，進一步求權利之實質的及形式的要素。實質的要素，即有益有用所得等等；形式的要素，即受法律所保護。實質的要素，

爲權利之神髓，形式的要素，不過保護權利之皮面，猶其爲兩者之關係，前者乃目的，後者僅爲達此目的之手段，遂置重實質的要素，而謂權利者，法律所保護之利益也。所謂利益，不限於金錢或經濟上之利益，凡無形之利益，亦包含在內。對於此說之非難者不少，蓋權利之目的固多爲利益，但權利之目的，究非權利之本身，利益說有過於置重目的之缺陷，然其優點即在挽回法力主義形式論之流弊。

（丁）折衷說 以上三說，均各有其缺點，而各具有一面之真理。現今法律思想界之潮流，乃採其長者，補其短者，以期完成，即所謂折衷說。故曰：權利者，爲充實特定人所享受之利益，法律對之所付與之力也。一面置重於力之觀念，一面置重於利益之觀念，近世學者大多從此說。惟亦有採狀態說者，謂權利乃法律許吾人得爲某行爲之狀態，蓋以權利之內容不必爲利益者，反之，亦有受利益而法律不認其爲權利者，不過此種學說，尙未成熟，吾輩寧從多數說，以爲結論。依此定義，「以權利者，爲特定人因法律所充實之特定利益，法律特賦與此特定人之力。」實際固難免流於機械，不可以云滿足，然一試爲從來成法之解釋，應避免與成法衝突，則取此定義者，亦出於迎合態度之不得已也。

（二）私權之分類 私權因觀察點之不同，分類之標準向不一致，本書爲實用起見，避免種種無益之分類，茲僅依權利之主體，權利之客體（或標的），權利之內容（或作用），三者爲分類之標準，述之如次。此外，有以權利之目的分爲絕對權與相對權者，或有用對世權與對人權字面者，此種區別，徒增眩

惑，毫無實益，本書不採之。

(甲)依權利主體而爲之分類 權利主體，即享有權利之人格者，有自然人與法人，又單獨人與數人。因其體樣不同，在法律上亦有不少之影響，然無論如何，絕不因其主體之不同，隨而變其性質。茲依權利主體而爲分類之着眼點，即權利與其主體之關係是也。權利附著於權利主體，有兩種體樣：(1)直接附著；(2)間接附著。直接附著，爲無中間關係而附著，此爲原則。間接附著，必先有某權利關係或事實關係之存在，基於此關係以附著權利。例如：先有親屬關係，而後附著扶養權利。又如在有價證券，必先有證券之所有權，而判以證書上之權利。又如地役權，必以需役地所有權或地上權永佃權典權爲基礎，擔保物權必以質權爲基礎，是其實例也。間接附著之權利，因其基礎關係消滅而消滅，是此二者區別之實益也。又權利附著於主體之程度，有輕重之差別，或種權利得與其主體分離於他主體，所謂無專屬性之權利。反之，有全然不能與其主體相分離者，所謂有專屬性之權利。財產權多以得移轉爲原則，然亦有例外；身分權人格權則爲專屬權，但其中亦有得具移轉性中之繼承性者，如家長權是也。

(乙)依權利客體（或標的）而爲之分類 權利之客體，即權利者之力所包含之物體，有種種形狀或因客體自身有異其構造之性質者，或對於權利者之關係，有直接與間接者，從上述各點爲權利之分類，是爲本書之主眼。

(1) 權利得以自身之人格爲客體。所謂人格權，如生命、身體、自由、名譽、姓名等權是也。然亦有特別取得之原因，有特別取得之原因者，有與其人格分離之可能，例如姓名權是。在德日民法，雖認侵害生命、身體、自由、名譽等爲不法行爲，生損害賠償之請求權，然是否即以之爲權利，尙不免有爭論，其證據在於法律未明定其爲權利也。惟在吾民法既有明文規定，自不生此問題（參照第十八條第十九條。）

(2) 權利得以他人之身體爲客體。即存於有一定身分關係之人之身上之權利，如親權、家長權、監護權是也。此種權利之標的，非義務者之行爲，乃義務者之身體；又其內容非請求，乃直接實行權利者之力也。然在今日之觀念，義務者之人格，非可全然受權利者之支配，若流於濫用，斯爲法所不許，必限於可能範圍內，此種權利，始可直接對於特定人格者行使也。

(3) 權利以物或權利爲客體者，爲物權或準物權。此爲保障權利主體，對於權利客體之支配關係也。夫權利得以他之權利爲客體與否，不免有議論之者，然在權利質，已認質權人得直接就其取價爲權利的目的之債權（第九〇六條），故以屬於質權者之支配爲正當。關於此點，俟於註釋物權編，再詳論之。

(4) 權利有以他人之行爲爲客體者。詳言之，以特定他人之行爲爲權利者之法力之客體也。此雖非支配他人人格之全體，然在一定範圍內，他人之人格供權利者之犧牲，則無足怪，如債權是也。債權之標的，爲債務者之行爲，其行爲以關於交付物或其他權利爲通例，此時其物或權利，僅爲債權之間接客體。

從裏面言，僅爲給付之客體，而給付之本身，則爲債權之客體耳。

得爲權利之客體，猶不限於以上四者，如無形財產權，其客體存於智能上產出之無體物，乃以無形的利益，爲客體之權利。又如社員權，其一面乃以自身之人格爲客體，其另一面，乃以法人之人格爲客體，乃一種獨特之權利也。惟以上之四者，最爲主要，故述之較詳。

(丙)依權利內容(或作用)而爲之分類 權利之內容，卽由法律所賦與之力之內容，其主要者有三：

(1)支配權 支配權云者，以干涉權利客體上之力爲內容之權利也。易言之，卽直接支配權利客體之權利也。如物，無形財產權，與親屬法上之親權監護權是。支配權，以伴以排斥第三者之干涉爲通常，但亦有不然者，例如地役權中之通行權，雖得通行於他人土地，然不能排斥第三者之通行也。

(2)請求權 請求權云者，以對於義務者促進特定之作爲或不作爲之力爲內容之權利也。易言之，卽要求他人爲一定行爲，或不爲一定行爲之權利也。如此權利，常對於特定義務者而存在，在私法範圍內，無對於一般人請求爲特定作爲或不作爲爲內容之權利之實例。促進權之客體，在於義務者作爲與不作爲，債權卽其顯著之例；然在物權及其他支配權，亦生請求權，俟於後述之。

(A)請求權之沿革 請求權之觀念，創自德儒文差德 (Windchaid) 在文氏以前，與訴權之觀

念不分。對於訴權之本質，大體有兩種議論：其一，以此爲由侵害權利所發生之獨立權利，與英美法上救濟權之思想，若合符節。其二，以訴權爲權利之附屬物，非爲獨立之權利，故非與權利同時發生，在權利被侵害以前，僅與以訴權存在之動機，至實行訴追，而實現其權利也。以上兩說，雖各含一面之真理，足以助後世法學之發展，然認請求權與訴權爲一體，對於相對人之關係，與對於法院之關係，不可分離，則出一轍。迨至文差德出，始分別訴權與請求權，一爲對於國家請求保護之公權，一爲對人的私權，其功殊不可埋沒也。

(B) 請求權之觀念 在德國民法，以請求權爲對於他人請求作爲或不作爲之權利，爲法典之定義。(德民第一九四條) 吾民法雖未明示此定義，然依第一百二十五條第一百二十八條之規定觀之，與德國民法相同，故可依德國學者之學說，說明其主要之點。其一，請求權有由物權而生者，有由債權而生者，然等請求權與其基礎權利，非爲同一，不問基礎權之性質如何，凡有前示之內容法律上之力者，概稱爲請求權。其二，請求權不能獨立發生，以有其基礎之存在爲前提，然一旦發生以後，有其獨立之存在，非必與基礎權同其運命，故有基礎權存在，而消滅其請求權者，又得僅以請求權讓與。以上爲請求權之骨髓也。

(C) 請求權之類別 請求權，有由物權而發生者，有由債權而發生者，前者稱爲物權的請求權，後

者稱爲債權的請求權。對於此點，非無反對說，其言曰：凡請求權，皆爲同種類，有債權的性質，此論固有極強之理由，然通說均認二者有其區別，且在適用上有區別之必要，其詳俟於註釋物權編述之。茲姑從文差德氏以來之慣用上，就其基礎權之性質，而爲分別。

所謂物權的請求權，不限由物權（基礎權）而發生，即由其他支配權爲基礎所生之請求權，亦包括之。例如：從人格權親屬權所生之請求權，廣義言之，亦有物權的請求權之意味。又學者中有分物權的請求權爲二種者：其一，即以請求一般人不得侵害其權利爲內容之請求權；（消極的內容而以不妨害權利者對於客體之支配關係爲旨趣）其二，即物權因受侵害而發生之請求權是也。余輩不從此說，蓋物權僅於受侵害之時，權利人得請求回復原狀，或排除侵害，其被侵害以前之請求權，乃一種觀念上之想像，即此種請求權，理論上縱認其存在，然不得行使，亦不得處分，殊無絲毫之效用，故分物權請求權爲兩種，殊無謂也。或又以吾民法第七百六十七條、第九百六十二條，關於所有權或占有有被妨害之虞者，得請求防止，是於權利受侵害前，認請求權存在之證明。殊不知防止侵害之請求權，非存於所有權或占有成立之當時，乃指日後有妨害之虞之具體情事即達於危險之程度發生時，始得行使請求權也。若謂物權，早含有請求一般人不得侵犯之消極作用，則須知無論何種權利，均具此不可侵性，而非物權之特質也。故物權僅有受侵害或有受侵害危險之情事發生時，而生回復物之圓滿狀態，或其支配力爲內容之

請求權。就中有基於所有權者，有基於占有者，即返還請求權，除去妨害請求權，預防侵害請求權。（第七六七條第九六二條）此種權利，或稱物上請求權，其性質雖有種種議論，亦通說均認謂準物權之特種請求權，所應注意者，物上請求權，以物權享有者失其對物支配之圓滿狀態而發生，初不以侵害者之行為有不法原因為要件；若物權受不法侵害時，更生損害賠償請求權，此請求權乃債權，與前述之物上請求權，不可混為一事也。

所謂債權的請求權，須辨明其與基礎權之關係，否則不易解答。蓋債權自兩方面而成，一為積極的對債務者請求給付，二為消極的保持債務所為之給付，此兩者皆為債權所包含之效力。然通常僅著眼於其積極方面，而忽略於其消極方面，蓋以第二種效力為當然事理，果如所說，直以債權與請求權，視為同一，則無特認請求權觀念之必要矣。尤其在吾國，係以請求權為時效消滅之客體，其與基礎權即債權，尤有區別之必要；而在羅馬法及法國民法上，有所謂自然債務，其與請求權之區別，尤為顯著。所謂自然債務，即僅有消極方面的作用，而無積極方面的作用，故債權人無進而為請求之權利，既無請求權，即不得提起給付之訴；然債務人若願為給付，其給付仍生保持債權之效力，此即無請求權之債權，此即請求權與債權非為一事之證明也。學者以債權之內容，以請求權而盡者殆誤，不過請求權為債權之主要內容而已。

(D) 請求權之客體 請求權之客體，即義務者之行為，其行為有為純然動作之場合，有為包含物或其他客體之場合，前者謂之給付，後者包含之物或其他客體，謂之給付之客體。給付又可分為作為與不作為二種：作為之請求權，以義務之行為為客體，其行為有一次終了者，有於一定期間繼續者，又有於一定期間為循環反覆者。後之事例，即發生請求權係一個抑數個之問題，關於此點，固有多少議論，然通說均以應視其發生之原因而定。若其原因為單一，則其發生之請求權亦為單一，但對於請求權之基礎權利，亦須注意，如以一行為而毀損某物時，因此發生所有權之物上請求權，及占有之物上請求權，為兩個原因，有兩個請求權之發生，蓋其外形上之原因，縱為單一，而因此所毀損之基本權有數個時，則有數個之原因矣。其在分期給付或按期給付之請求權，是否為一個請求權？抑數個請求權？亦不能純就外形上原因之是否單一以施判斷，應依各種事例解釋，而決定之。不作為之請求權，以義務者之不作為為客體者，有於一定時期內一次之不作為即為終了者，有於一定期間內為繼續者，又須反覆的或循環的不作為者，後二例之請求權之為單一與否？與作為之請求權相同，可參照上述。

(E) 請求權之保護 請求權於發生得請求他人為作為或不作為之權能時，一屆履行期，即得行使，惟及期行使，非請求權之要件，於履行期到來前，仍有請求權之獨立存在，不過在履行期到來之請求權，伴以保護此請求權之訴權耳。訴權者，對於國家請求為判決之公權，而請求權為對於相對人之私權。

故此二者不可混同。有應注意者，即在履行期未到來之請求權，具備一定要件，亦得提起給付之訴，求為義務人將來及期履行之判決，在訴訟法上亦許之（民事訴訟法第二四六條）。此則基於特別保護之理由也。

(F) 請求權之消滅 請求權之消滅原因甚多，茲所述者，即不問物權的請求權與債權請求權之共通特別消滅原因，即請求權之競合是也。請求權之競合者，在同一之當事者間，於同時生有同一目的之多數請求權，例如：因物之侵奪，生所有權之請求權，占有之請求權，與對於侵權行為之回復原狀請求權三種。請求權同時存在，然其經濟上之目的則一，故行使一請求權，而達其目的時，他之請求權歸於消滅。

(3) 可能權或得為權 此為從於德德基特爾曼氏 (Girdmann) 之用語，或有評其不當者，然信為較之通說之形成權之命名為妥。所謂可能權或得為權者，即法律上認其單純為某行為而生一定效果權利也。對於將來法律上之效果之現在之力，許權利者從其單獨行為直接得實行之權利，而其力之內容，在於「能」在於「可能」，故稱可能權。既非對特定之客體現實支配之，亦非對於特定義務者請求其作為或不作為，於現在之狀態，只存「能」之力，依其實行，始生法律上之效果，例如：撤銷權解除權，是其適例也。可能權之觀念，在法學上為新的發見，今日不明其觀念者，當不在少。或有以之為無客體

之權利者，但權利之客體，爲權利之要素，無客體之權利，觀念上不能存在，不過可能權對於客體之力非支配請求。例如：在法律行爲之撤銷權，在契約之解除權，其法律行爲或契約，皆爲權利者力所可及之處，故認其有客體爲正當。

可能權者，其自身非有獨立存在之權利，其存在之目的，在致他之權利之發生，變更或消滅。換言之，以他之權利之發生，變更或消滅，爲手段之權利也。故有從此點觀察，稱之爲形成權者，然其意義稍失之狹。例如：債權人得行使債務人權利之代位權，又債務人對於債權人之抗辯權，均非創設變更或消滅他之權利，自不得謂爲形成權。然代位權與抗辯權，仍不失爲可能權或得爲權者也。

於茲尙有一言者，卽抗辯權與請求權之關係是也。抗辯權，爲對於請求權之反抗權，卽債務者據以拒絕債權者請求之權利。抗辯權與抗辯事由，觀念應有區別，蓋前者僅在抑制請求權效力之作用，後者在否認相對人之權利或事實主張。例如：援用時效以拒絕給付，卽爲行使抗辯權；若以債務業經清償，或從始未發生，爲反對者，卽爲否認相對人之權利或主張之事實。至訴訟上之防禦權，有以實體上之抗辯權爲基礎者，有僅在否認原告之權利或事實主張者，亦有依訴訟程序以爲妨訴抗辯者，凡被告據以爲一切方法之反抗均爲防禦權，與實體法上之抗辯權，亦有區別。

(三)義務 義務者，在法律上應爲一定行爲或不爲一定行爲之拘束之謂。應爲某行爲，卽爲積極

的義務，應不爲某行爲，卽爲消極的義務。權利既以享受一定利益爲內容，而爲法律所賦與之力，則其反面之義務，卽以受不利益爲內容，而受法律之束縛者也。

在現代法律上，權利與義務，常相對立，在債法上，此種關係，尤爲顯著。然亦不無例外，如撤銷權解除權，均無與之對立之義務；又如公告登記等事，雖一方履行義務，然他方則無與此對立之權利也。

第一章 法例

第一章 法例

法例爲全部法則之總括規定。本章係仿瑞士選遞及蘇俄之立法例，摭列適用於民法全部之數大法則，冠諸編首，以免規定之重複。

一 條

第一條 民事法律所未規定者依習慣無習慣者依法理

民事

本條係定民事適用法則之順序。民事者，爲私的生活關係，即社會生活關係所發生之事項，所以別於公的生活關係即國家生活關係之事項而言。不問爲一般之普通生活事項，抑爲商人或工人等關於職業上之特別生活事項，皆屬之。即國家非以權力主體之資格所發生之生活關係，如與個人訂立買賣或運送契約時，亦爲私的生活關係，而屬於民事之範圍。簡言之，凡應受私法支配之事項，皆民事也。依本條之規定，民事應適用之法則，先應依法律規定，次依習慣，又次依法理。

法律規定

依廣義言之，凡人類共同生活之規則，有社會力爲之後盾者，皆法律也。惟本條之所謂法律，係指成文法即依文字制定之法律而言。蓋如爲不成文法，則無所謂規定，其義至明。成文法者：不外爲（一）由立法機關通過並經頒布之法律即狹義之法律；（二）其他機關經法律授權所制定之命令如各項之

規則及條例等；(三)自治法規；及(四)條約數種。故其事項如爲上述之數者有明文規定時，不問其爲普通法抑爲特別法，皆應依其規定。惟如爲特別法規定之事項，則先應適用特別法。特別法無規定時，再適用普通法。例如關於公司之事項，先應適用公司法，如公司法無規定，然後適用本法之規定。此爲特別法優於普通法之大原則。

習慣

習慣者，爲多數人關於同種事項繼續反覆爲同一行爲所成立之準則也。通行於全國者，謂之一般習慣。限於一定之地方者，謂之地方習慣。普通一般人所慣行者，謂之普通習慣。限於特種身分職業或地位之人者，謂之特別習慣。至於反覆之程度，或繼續之期間，則無一定之標準。要之應依於各種之事項，在社會上得認爲有一定之準則之存在時，則其反覆雖或有例外，而其繼續期間雖非如英美判例之須至於不可知其起源，亦得認習慣之成立。惟本條所稱之習慣，須有法之價值，如一定之慣行無法之價值，即行之者非有權利義務之觀念，故無法之認識者，如社交上或宗教上之習慣等，雖亦爲事實上之習慣，不得有法之效力，非本條所稱習慣之意義。

習慣之舉

法律之存在及其內容如何，爲法院職務上應知之事項，當事人無舉證之責任。惟於習慣之成立及其內容，難強法院以週知，故雖亦爲法律之問題，除爲法院所已知外，主張之者有舉證之責任，不過法院依其職權亦得爲必要之調查而已（民事訴訟法第二八三條）。

習慣之優
先效力

依本條規定，習慣雖僅有補充之效力，即於法律無明文規定時始有適用之餘地，然法律規定中之任意條文，依其文義，習慣有得先於法律而適用者，自應從各該條之特別規定。本法之有此特別規定者甚多：如第六八條第一項，第二〇七條第二項，第三一四條，第三六九條，第三七二條，第三七八條，第四一九條第一項，第四三九條，第四五〇條第二項，第三項，第四八六條，第四八八條第二項，第五三七條，第五四七條，第五六〇條，第五七〇條，第五七九條，第五八二條，第五九二條，第六三二條第一項，第七七六條，第七七八條，第七八一條，第七八四條第三項，第七八五條第三項，第七八六條第三項，第七九〇條第二款，第七九三條，第八〇〇條第一項，第八三四條第一項，第八三六條第一項，第八三八條，第八四六條，第九一五條第一項等，皆是也。又如任意條文中，有契約另有訂立者，依其訂定，或除契約另有訂定外，等規定者，因契約之內容，往往須以關於該事項之習慣為其解釋之資料（參觀九八條註）是依其意旨，亦得認習慣優先效力之存在矣。

法理者，為合於法律精神由法規全體所得認識之原則也。即依客觀的公平正義之條理，所得採為裁判之準則。此事裁判官因無法律規定及習慣之證據，應依其時其地及其情狀為前提，自處於類於立法者之地位，尋釋法規之全體，以求合於客觀的公平正義之原則；不得純憑主觀之理性。且其依據，係受法之拘束，非逕認裁判官有立法之權義。

法院之判決例，在我國無法律上之拘束力。然在本法未施行以前，法院之裁判，往往惟判例是引，故法院判例佔極重要之地位。即本法之編訂，採取從前判例之處，亦復不鮮。其為法律之間接淵源，不容或疑。然其究為何種性質，居何等地位，則前大法院民國十一年統字第一七八一號之解釋例稱「本院現行判例，雖不認有反對之條理存在，惟已有習慣法者，仍應先適用該習慣法」等語，是其效用不過形成法理之內容，應後於法律規定及習慣而適用，非有絕對及優先之勢力，與學說同。但其得影響於習慣之產生，並得為習慣存在之證明，亦為不能否定之事實。

二條

第二條 民事所適用習慣以不背於公共秩序或善良風俗者為限

適用習慣之限制

公共秩序為國家社會公共之安寧與利益；善良風俗為國民社會一般之道德觀念。習慣之內容，如違反公共秩序或善良風俗，是違反共同生活之要件，妨害社會之發展，缺乏為規範之價值。故本條對於前條特設限制之規定，凡背於公共秩序善良風俗之習慣，不得適用之。

公共秩序與善良風俗，因時代而變遷，且非各地皆同；當依該地現在社會組織之狀態，共同生活之需要，與客觀的一般道德觀念以解決之。內容至廣，亦無定態，茲錄述數例以見一斑：

習慣法則，應以一般人所共信，不害公益為要件。否則縱屬舊有習慣，亦難認為有法的效力（最高法院十七年上字六九一號判例。）

本案上告人主張之舊習，具備其他條件與否，茲姑不論。然其因船長之故意或過失所加他人之損害，而可以免責，因貪利而為過重之積載或過量之拖帶，將毫無民事上之責任，弁髦他人之生命財產，其弊何可勝言。是故此項舊習，即使屬實，而為公共秩序計，亦斷難予以法之效力（前大理院三年上字七三三號判例。）

習慣之有法律上效力，尤以不害公益為其要件之一端。如所主張商號負債不能涉及家產之辦法，於交易安全，實有妨礙，縱令果屬舊有之習慣，亦斷難認為有法律之效力（同院三年上字九八八號判例。）

收欠還欠之辦法，無論有無此種習慣，既於交易上之安全顯有妨礙，亦難認為有法之效力（同院七年上字一四三八號判例。）

賣業先儘親房之習慣，既屬限制所有權之作用，則於經濟上流通及地方之發達均有障礙，即難認為有法之效力（同院四年上字二八二號判例。）

親房攔產之習慣，不惟舊律，有明文禁止，且足長親房把持抑勒之風，於社會經濟毫無實益，不能認為有法之效力（最高法院十八年上字一三四六號判例。）

第三條 依法律之規定有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親

自簽名

如有用印章代簽名者其蓋章與簽名生同等之效力

如以指印十字或其他符號代簽名者在文件上有二人簽名證明亦與簽名生同等之效力

法律以文字
爲必要
之法律行

法律行爲之方式，本以自由爲原則；然法律對於特種重要之法律行爲，爲使明白確實適於保存證據或防免當事人輕率與詐欺起見，規定以具備一定之方式爲必要者，是爲法定要式行爲（參觀第四章總註及七三條註）。法定要式行爲之中，有以使用文字爲必要者，有非然者。其爲本法所規定以使用文字爲必要者：如一年以上不動產之租賃契約（四二二條）、委任爲法律行爲該行爲依法應以文字爲之者其處理權之授與（五三一條）、經理人對於不動產爲買賣或設定負擔之特別授權（五五四條二項）、代辦商負擔票據上義務或爲消費貸借或爲訴訟之特別授權（五五八條三項）、倉單（六一五條）、託運單（六二四條）、提單（六二五條）、指示證券（七一〇條一項）、終身定期金契約（七三〇條）、不動產物權之移轉或設定（七六〇條）、夫妻財產制契約之訂立變更或廢止（一〇〇七條）、兩願離婚（一〇五〇條）、一〇〇七條、收養子女（一〇七九條）、終止收養關係（一〇八〇條二項）、繼承之拋棄（一一七四條二項）及遺囑（一一八九條以下）等。此種書據，雖不必由當事人自行書寫，惟爲

貫徹立法之精神計，必須立據人自行簽名，以期真實。然如蓋用印章以代簽名，則依我國慣例，亦應認與簽名有同等之效力。若既未親自簽名，又未蓋印章，僅捺指印或劃十字或以其他之符號代簽名者，則以指印往往模糊難辨，十字或其他符號又輒不易核對，故須有二人之簽名證明。其非親自簽名，又未蓋印章，並未以指印十字或其他符號以代簽名，或雖以指印十字或其他符號以代簽名而未經二人以上之簽字證明者，即屬不備法定之方式，不能發生效力，但有特別之規定者，自當從其規定。特種之法律行為，依特別法規定有使用文字之必要者，除有特別之規定外亦同。然雖未親自簽名經委任他人代為簽名者，則以代理人於代理權內為本人所為之行爲其效力應直接及於本人，故亦爲有效。不過依本法第五三一條之規定，該項委任亦應依文字爲之。而其委任之字樣，自仍有本條之適用。

四條

第四條 關於一定之數量同時以文字及號碼表示者其文字與號碼不符 合時如法院不能決定何者爲當事人之原意應以文字爲準

關於一定之數量如僅一次以文字表示，或僅一次以號碼表示，或同時以文字及符號表示而相符合時，自無問題。若同時以文字及號碼表示而不相符合時，以何者爲準，在原則上法院應儘當事人辯論之意旨及依調查證據之結果以自由心證推究當事人之原意定之。例如債務人於字據內載明應給付債權人洋一千元而同時所用之號碼則爲 \$1000.00，此時債務人如能證明債務成立之緣由爲給付

同時以文字及號碼表示不合時決定之標準

五條

馬十匹之代價，每匹馬之價值則爲一百元者，自應以文字所示之一千元爲準。反之，若債權人能提出人證物證如介紹人保證人帳簿債務人之函件等證明兩造之約定確爲洋一千一百元者，則應以號碼所示之一千一百元爲準。如雙方皆不能有相當之證據，法院雖已盡職權上之能事，關於當事人之原意不能得適當之心證時，則文字較之號碼，更爲鄭重，且不易錯誤，故不問文字所示之數量與號碼所示者孰多孰少，終應以文字爲準，以免紛爭而便適用。

第五條 關於一定之數量以文字或號碼爲數次之表示者其表示有不符

合時如法院不能決定何者爲當事人之原意應以最低額爲準

數次表示
數量不符
合時決定
之標準

關於一定之數量以文字或號碼爲數次之表示，而其表示不符合時，則不問爲文字與文字之不符，號碼與號碼之不符，或文字與號碼之不符，法院亦應依調查證據之結果，依自由心證之法則，推究當事人之原意定之。如不能得適當之自由心證以決定當事人之原意時，則不問文字與號碼之表示，孰先孰後，孰多孰少，應依最低額即最少之數量爲準。立意與前條同。

第二章 人

第二章 人

人格

得享有權利者謂之權利主體；得享有權利之能力，謂之權利能力；得為權利主體而有權利能力之資格，謂之人格；具有人格者，謂之人。法律上之人，有自然人與法人兩種。自然人即有肉體及精神之人類。人類有生存目的，為組織社會之份子；法律承認其有權利能力而為權利主體。法人為社會之組織體，雖無人類之生存目的，然亦為組織社會之單位，有承認其人格之必要。現行法制不認奴隸之制度，凡為人類，皆有人格。然人格係法律所賦與，自然人與法人無異。惟因自然人皆有人格，故似自然人當然有人格耳。

權利能力

權利能力，為享有權利之能力。有此能力者，為權利主體；故即為權利主體之資格。權利能力之自體，非以特定之利益為內容，故非權利之一種，而為法律上所賦與之一種資格，且包括負擔義務之能力而言。蓋古時之奴隸，雖僅有負擔義務之能力而無享有權利之能力，然現在則有負擔義務之能力者必有享有權利之能力，有享有權利之能力者亦必有負擔義務之能力，故權利能力與義務能力必相一致。簡言之，即凡為法律上之人，皆有權利能力與義務能力者也。惟權利能力，有一般權利能力與特定權利能

力之別。一般權利能力，即得爲一般權利主體之資格。特定權利能力，爲得爲特定權利主體之資格。自然人之一般權利能力，以平等爲原則，不因年齡智能性別國籍宗教身分職業等區別而有差異。但在特定之權利，以一定之事實關係爲附着權利之基礎者，則因事實關係之有無而生能力上之區別；如內國人與外國人關於土地所有權之能力是也（參觀六條註。）

權利能力，爲法律上抽象之資格。通常之自然人，雖有意思能力，然權利能力非以意思能力爲前提。即無意思能力之自然人，如嬰兒喪失心神人等，尚不失其有權利能力。本章係關於爲權利主體即人之規定，而人之意義，通常係兼指自然人與法人而言。其關於權利能力之法律規定，皆與公共秩序有直接之關係，爲強行之法規，故如特定人約定拋棄限制或轉讓其權利能力時，其約定爲無效。

第一節 自然人

第一節 自然人

自然人係對於法人而言，爲有精神肉體之人類，而爲權利主體之最要者。本節規定其權利能力之始終，死亡之宣告，行爲能力之限制，人格之保護，與住所之設定等。男女均同其適用，不因性別而殊異。是爲男女平等之原則。本節所用之「人」字，皆僅指自然人而言。

第六條 人之權利能力始於出生終於死亡

第二章 人

權利能力
之終始

凡爲人類皆爲權利主體，有權利能力，已如前述（本章總註）。自然人於出生以前，爲母體之一部，而於出生之時，則成爲人類，故應於同時有權利主體之資格，爲權利能力之始期。若然人死亡，則精神與肉體脫離，不復爲人類而歸於物界，故同時失其權利主體之資格，爲權利能力之終期。自然人自出生至死亡，爲權利能力之存續時間，並無何等之限制。

出生

出生者，由母體分離而爲獨立生活之謂。關於出生之時期，學說甚多，有陳滄說，初聲說，一部露出說，全部露出說，及獨立呼吸說等；以全部露出說及獨立呼吸說爲最有勢力。前者爲羅馬法所採之見解，即胎兒完全與母體分離之謂；後者爲近世生理學上之見解，以胎兒縱未與母體完全脫離，然如能以肺臟獨立呼吸空氣，卽爲生活之開始。本條從出生二字之文義解之，自以從完全分離說爲當。至其出生之由於自然抑出於人爲，及其臍帶之業已切斷與否，在所不問。然其完全分離時，必須保有生命者，方得謂爲出生。故胎兒縱於分離之中途能自行呼吸，但於分離完成之時已死亡者，不得謂爲有出生之事實。反之，若於分離之前爲假死之狀態，未行呼吸，於分離以後，始爲呼吸者，則不失其爲出生。至其有無長時期之生活力，則所不問。雖僅於分離之一瞬間有其生命，此一瞬間卽爲有權利能力之自然人。胎兒於出生時，是否保有其生命，現在醫學上以其於出生時是否以肺臟爲獨立呼吸，爲惟一決定之方法。

畸形兒

凡人體胎產者卽屬人類，雖偶有變形與常人形體有多少之不同，卽所謂畸形兒者，亦無礙其爲自

孿生兒

然人而爲權利之主體。學說及立法例有孿生兒應以出生之先後定其長次，（第二次民律草案七條）

中性兒

及中性兒應以其主性定其男女等說，本法未以明文規定，一任諸學者之解釋。

死亡

死亡爲自然人之終了，故爲權利能力之終期。所謂死亡者，生活絕對消滅之義，應以呼吸及心臟全部終局之停止以定死亡之時期。若僅呼吸或其他生活機能一部之休止，未有全部終局停止之事實者，不得謂爲死亡。故如一時氣閉再行蘇甦者，非即死亡，不生權利能力終止或中斷之問題。

外國人

外國人之權利能力以與內國人平等爲原則。然關於特別之權利能力，則因國勢之需要，得以法令限制之。（民法總則施行法二條）條約爲法律之直接淵源，故條約上之限制，即法律上之限制。現在外國人之特別權利能力其最重要之限制，即土地所有權與通商口岸已定及將來所定爲外國人居住合宜地界以外之土地租借權外國人不得享有之（前大理院八年上字九一九號判例）是也。

七條

第七條 胎兒以將來非死產者爲限關於其個人利益之保護視爲既已出

生

胎兒

胎兒者，懷妊以後出生完成以前尙在母胎之兒也。僅爲母體之一部，非有獨立之生存。依前條之規定，本不得有權利能力。惟胎兒遲早有成爲獨立人類之可能，關於其利益，有保護之必要。故各國立法例多設例外之規定，以保護其利益。惟其範圍，有採絕對主義，無論何種利益均予保護未加限制者；有採列

舉主義，關於特種之利益，若繼承權及損害賠償權等始予保護，其餘利益則不予保護者。本法則從前者，關於胎兒一切利益均予保護，並無限制。

胎兒有權利能力乎

關於胎兒之地位，學說及立法例有二，其一以胎兒關於其利益直視為有權利能力，惟如於出生時不能保有其生命則溯及的喪失其權利能力即視為自始未有權利能力者，是以死產為胎兒權利能力溯及之解除條件者也。其一則以胎兒不得有權利能力，惟於出生時保有其生命者，則溯及的取得其權利能力，是以胎兒非即有權利能力，而以生產為其權利能力溯及之停止條件者也。本條則從於前者，故胎兒關於其利益之保護，與已出生者同，視為有權利能力，惟以死產為其溯及之解除條件耳。

胎兒利益之保護人

胎兒關於其利益之保護，既視為有權利能力，自有定其代理人以為保護之必要，本條雖無明文規定，然從視為既已出生之文義觀之，自應準用關於未成年人規定，以父母為其保護利益之法定代理人，蓋無庸疑。

八條

第八條 失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請為死亡之宣告

失蹤人為七十歲以上者得於失蹤滿五年後為死亡宣告

失蹤人為遭遇特別災難者得於失蹤滿三年後為死亡之宣告

自然人離去住所居所而生死不明者，謂之失蹤。失蹤人之生死，有於日後得分明者，亦有永不得分明者。若經長期間之失蹤而不能定其法律上之地位，則其利害關係人之法律關係久不確定，有害於公益。故本條規定因一定期間之經過，法院得因利害關係人之聲請，宣告其死亡。

生死不明者，既不能知其生存，又不明其死亡之謂。至如何程度始得謂為不明，則應由法院依於各種事情認定之。例如有無直接或間接之音信是也。但非無論何人皆不明其生死之義，如依其情事聲請人及法院不能明其死亡，即為生死之不明。

宣告死亡
之要件
（一）失蹤
後一定期
間之經過

失蹤須經過一定之期間方得為死亡之宣告。於普通情形其期間為十年。惟年在七十歲以上者，以其死亡之或然性較強，故縮短為五年。遭遇特別之災難者，則其死亡之或然性更強，故縮短為三年。律文所稱失蹤滿十年或五年三年後者不外為生死不明之繼續經過十年或五年三年之義。其期間之起算點應為最後得知失蹤人音信之時。其音信之為書面抑為言詞，為失蹤人所發抑為他人所發，係憑新聞紙之記載或由其他事實之推知，在所不問。而其計算期間之方法，則應依第五章規定。

第三項所謂遭遇特別之災難，種類上無一定之限制，祇須失蹤人因其所遭之危難易使人推測其罹於死亡，即足以增加其死亡之或然性者皆是也。不問為天災，為人禍，亦不問為一般之事變，抑為個人之危難。如戰亂、舟車之覆沒、洪水、海嘯、天災、地震等為其例之顯著者。

（二）利害關係人之聲請

死亡之宣告，須經利害關係人之聲請。所謂利害關係人者，即因失蹤人生死之不明，於身分上或財產上有利害之關係者，如失蹤人之配偶、承繼人、受遺人、財產管理人、法定代理人、生命保險金之受領人、及債權人等是也。其宣告之手續，應依民事訴訟法關於宣告死亡事件程序之規定（民事訴訟法六二一條至六三六條）。先為公示之催告於催告所載自最後登報日起六個月以上期間屆滿後，或百歲以上之失蹤人經催告所載自布告日起二個月以上期間之屆滿未呈報其生存者，法院應以判決宣告其死亡並確定其死亡之日時。

本條規定於民法總則施行前，失蹤者亦適用之（民法總則施行法三條）。

九條

第九條 受死亡宣告者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

死亡之推定期

宣告死亡之制，其用意在於確定失蹤人之法律關係，故以判決所確定之時，於失蹤地推定其為死亡。即不問其人於事實上是否生存，凡於失蹤地以失蹤人為中心之法律關係，基於法律上之推測，應自判決所定之時始，發生類於死亡之效果。例如失蹤人之配偶因死亡之宣告其婚姻關係歸於消滅而得再為婚姻；其繼承人因死亡之宣告而開始其繼承；其所立之遺囑因死亡之宣告而發生其效力；其專屬於

一身之權利因死亡之宣告而歸於消滅；生命保險金之受領人因死亡之宣告而得爲保險金給付之請求等是也。

死亡效力之發生，溯及於判決所確定之時，而判決所確定之時，則爲法定期間屆滿之時，卽通常爲最後音信時起十年，七十歲以上者五年，遭遇特別災難者三年，其最後日終止之時是也。但如有反證，則應另行計算以確定其時期。若在民法總則施行前失蹤，而於施行前已經過前條規定之期間者，得卽爲死亡之宣告，並應以民法總則施行之日，卽民國十八年十月十日爲失蹤人死亡之時（民法總則施行法三條。）

宣告死亡
判決之性質
及其效力
之範圍

宣告死亡之判決爲形成判決，非確認判決。蓋非確認其有死亡之事實，而爲創設同於死亡之效力。且其效力爲絕對的，而非相對的，卽非僅對於聲請人發生其效力，凡與失蹤人有法律關係之人，縱非聲請人，亦有其效力，此爲宣告死亡之性質上所不得不然者。故如失蹤人之配偶聲請爲宣告死亡之判決，同時因其判決以消滅其婚姻而得再爲婚嫁；其失蹤人之承繼人雖未爲聲請亦得因其判決而開始其承繼；其生命保險金之受領人並得因其判決而請求保險金之給付。惟宣告死亡爲私法上之制度，其效力亦以關於私法者爲限，與刑法及其他公法上之法律關係全無影響。且宣告死亡之用意，既不外於確定失蹤人於失蹤地所發生之法律關係，故其效力亦應以從來之住所或居所爲中心之法律關係爲範。

圍，於失蹤人之現存地不生其效力。例如失蹤人經上海法院以判決宣告其死亡，其在庫倫現存地之財產不屬於承繼人承繼之範圍。而失蹤人之權利能力與行為能力亦不因宣告死亡而喪失，蓋死亡之宣告不過出於法律上之擬制不能使實際上生存之人喪失其人格也。

外國人之
死亡宣告

凡在中國有住所或居所之外國人生死不明時，祇就其在中國之財產及應依中國法律之法律關係得依中國法為死亡之宣告（法律適用條例七條。）

一〇條

第一〇條 失蹤人失蹤後未受死亡之宣告前其財產之管理依非訟事件

法之規定

失蹤人於
失蹤後宣
告死亡前
其財產之
管理方法

失蹤人於失蹤後及宣告死亡前，須經過法定之期間，如第八條之規定。在此期內，失蹤人之財產如無代為管理之人，或雖有管理人而其管理不當時，則其財產必有滅失之虞。直接影響於失蹤人及其利害關係人之利益，間接影響於國家經濟上之利益。不可不於法律上規定其管理之方法，惟此項失蹤人財產之管理為非訟事件，應於非訟事件法內規定之，故應依該法之規定。

一一條

第一一條 二人以上同時遇難不能證明其死亡之先後時推定其為同時

死亡

二人以上

二人以上其死亡之孰先孰後往往於法律關係上發生重大之影響。在原則自應依其事實定之。故

同時遇難
其死亡完
後之推定

二人以上同時遇難，其死亡之先後，應依證據證明之。如不能為證明時，則應推定其為同時死亡，以免爭議。但遇難人如無第八條利害關係人之聲請，則雖與有聲請者同時遇難，無庸為同時死亡之推定也。

本條規定於民法總則施行前，失蹤者亦適用之（民法總則施行法三條）。

宣告死亡
之撤銷及
更正

經宣告死亡之人，如於實際上尚係生存，或判決內所確定之死亡時日為不當者，有法律上利害關係之人得提起撤銷宣告死亡之訴。此項撤銷宣告死亡之判決，亦不問對於何人均有其效力。且於原則上應溯及於為宣告時發生其效力。但為避免法律關係之紛雜計，對於判決確定前以善意所作之行為，不發生影響。例如受宣告死亡人之配偶善意與人結婚，其婚姻不因撤銷宣告死亡之判決而失其效力。又因宣告死亡而取得財產之人，因撤銷宣告死亡或更正死亡時之判決而失其權利者，祇於現受利益之限度內負歸還之義務。例如因失蹤人宣告死亡而承繼其財產者，其後有撤銷宣告死亡之判決，祇須將現存之財產歸還之，其於已消耗之財產無歸還之義務也（民事訴訟法第六三一條至六三六條）。

十二條

第一二二條 滿二十歲為成年

行為能力

權利能力，人皆有之，已如前述。惟一般之行為能力，除已結婚之未成年人外，（一三條三項）須成年後方得有之，與權利能力不同。行為能力者，謂為法律行為之能力，即自己所為之法律行為，得發生私法上效果之能力也。有行為能力，然後得自己為取得權利或擔負義務之行為。既與權利能力不可混同。

亦須與意思能力區別之。意思能力謂決定合理的意思之能力，包括正當之認識力與豫期力而言，為心理上之能力。行為能力則為法律上之能力。惟意思為法律行為之要素，無意思之舉動非法律上之行為，故無意思能力，即不能為意思表示。但無行為能力者，不得即謂其無意思能力也。

成年

成年人，為法律上認為意識力已完全成熟之年齡。成年之人始得依其自己之智識判別利害而自為法律行為。雖意思能力之發達，因人而異，以一定之年齡以區別其是否完全成熟，似與實際之生活不符，然為交易之安全起見，實為不得不然之制度。本條參酌國情，以滿二十歲為成年，即自出身之日起算以歷計之（一二三條一二四條）滿足二十年是也。

外國人之
成年年齡

人之能力依其本國法（法律適用條例三條），故外國人之成年年齡應依其本國法所定。

一三條

第一三條 未滿七歲之未成年人無行為能力

滿七歲之未成年人有限制行為能力

未成年人已結婚者有行為能力

未滿七歲
之未成年
人

未滿七歲之幼年人，雖不得謂為全無意思能力，然究其有無意思能力，事實上頗難證明。本條第一項，參酌常情，為一律之規定，以未滿七歲之未成年人，不問其意思能力如何，概為無行為能力，由其法定代理人代為意思表示並代受意思表示，其自己所為之意思表示不生法律上之效力（七五條七六條）。

七歲以上
之未成人

已結婚之
未成人

外國未成
年人

一四條

滿七歲之未成人，即七歲以上未滿二十歲之幼年人，智識雖已漸開，然究未完全發達，其鑑別是非，判別利害之能力，尙難謂已充分成熟，本條第二項定爲有限制行爲能力，以保護其利益。至其限制如何，則詳見第七七條至第八五條之規定。

雖未成人，然已達結婚年齡而結婚者，則其身體之發育已與成人無殊，且已結婚之人而仍限制其行爲能力，於事實上亦殊多不便，故爲有行爲能力，其自己得爲有效之法律行爲，與成人同。

外國未成人行爲能力之有無，及其限制，應依其本國法所定（法律適用條例三條）

第一四條 對於心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者，法院得因

本人配偶或最近親屬二人之聲請，宣告禁治產。

禁治產之原因消滅時，應撤銷其宣告。

禁治產

禁治產者，因法院之宣告，使其財產上自治能力之謂。其實體上之要件有二種：（一）心神喪失；

（二）精神耗弱，因致不能處理自己事務者。

（一）心神
喪失

心神喪失者，謂缺乏意思能力之精神狀態，即對於自己行爲之效果，缺乏合理之判斷力。惟一時之心神喪失，爲偶然之精神變態，於自治之能力無傷，不得爲宣告禁治產之原因。其足爲宣告禁治產之原因者，必有心神喪失之常態而後可，即其心神喪失之狀態，有繼續之性質，致不能處理其事務者，方有宣

告禁治產之需要。惟其繼續性是否爲間斷的，即是否不時回復其本心，則所不問。

(二)精神耗弱

精神耗弱者，謂其精神狀態之障礙，雖未至完全缺乏判斷之能力，但較之常人則不健全，對於自己行爲之利害得失，非有充分之識別力。其原因或在於先天的，或如疾病衰老等之在於後天的。惟未受教育，不得謂爲心神耗弱。而其得爲宣告禁治產之原因者，亦須有繼續性，並須達於不能處理自己事務之程度。是否達於不能處理自己事務之程度，則應由法院於訊問鑑定人後認定之。其聾人盲人瘖啞人皆得認爲精神耗弱人，如至於不能處理自己事務時，即得爲宣告禁治產之原因。

聲請人

禁治產之宣告，須本於聲請爲之。有聲請權者爲（一）本人，（二）配偶，（三）最近親屬二人。蓋本人縱屬精神喪失，尙有偶爾回復之時，或係精神耗弱，亦非絕無了解之時，配偶則利害關係最切。惟配偶以外之最近親屬，即有密切之關係，因宣告禁治產之效果，影響於本人之利害至鉅，故須有二人之聲請，方爲合法，以免偏私。

宣告之效力，爲創設的，而非確認的，爲絕對的，而非相對的，故不僅限於爲聲請之當事人，對於當事人以外之第三人，亦有其效力。禁治產之原因消滅，即心神喪失者已回復其心神，精神耗弱者已臻於健全，而至於能處理自己之事務時，即應撤銷其宣告。有聲請宣告權者，即爲有聲請撤銷權人。易言之，本人配偶，或最近親屬二人是也（民事訴訟法六〇五條二項）。撤銷之效力，亦爲絕對的，爲創設的，係對於

將來而發生，不外爲禁治產之終了，使本人回復其原有人之能力也。

宣告禁治產裁定自禁治產人之法定代理人或依法律應爲監護人之人受送達時發生效力。(民事訴訟法六〇一條一項) 惟禁治產人自知禁治產宣告時起，其他有聲請宣告禁治產權人自宣告發生效力時起，三十日內得提起撤銷禁治產宣告之訴(同法六〇七條)。如法院認其訴爲有理由時亦應撤銷其宣告也(同法六一二條一項)。

一五條

第一五條 禁治產人無行爲能力

禁治產人因精神上之障礙不能處理自己之事務，故自宣告時起至撤銷時止，認爲無行爲能力。縱於此時期內有回復本心之時間，該時間內所爲之法律行爲亦無其效力。

一六條

第一六條 權利能力及行爲能力不得拋棄

私法上之權利，除與公秩良俗有關係外，以得自由拋棄爲原則。然權利能力及行爲能力皆爲法律上之資格，非特定之權利，苟得拋棄，則不特自然人之人格無以保全，且必致強弱相凌。紊亂公共之秩序，故不問基於何種原因，概不得爲全部或一部之拋棄。此爲強行規定，凡違反規定而爲拋棄全部或一部能力之特約者，無其效力。

一七條

第一七條 自由不得拋棄

第二章 人

自由之保護

自由之限制以不背於公共秩序或善良風俗者爲限

自由者，關於精神或肉體之活動不受他人牽制之狀態也。在法律內享受自由，謂之自由權，爲自然最重要之權利。自由而可拋棄，即人格易受缺損，危害公安公益至重且鉅，故特設強行規定以禁止之。惟自由雖應禁其拋棄，不得禁其限制。蓋契約之締結，恆爲自由多少之限制，僱傭其尤顯著者。絕對禁止自由之限制，無異不許人締結負擔債務之契約。要其限制，不得違反公共秩序與善良風俗，否則欠缺社會之妥當性，應爲無效。例如許他人將自己監禁或爲不求學不結婚之契約等應無效力是也。

一八條

第一八條 人格權受侵害時得請求法院除去其侵害

前項情形以法律有特別規定者爲限得請求損害賠償或慰撫金

人格權之保護

人格權者，以人格爲客體，與人格相終始而不能分離之權利也。其以人之生存安寧爲目的而屬於靜態者，如生命權、身體權、健康權、名譽權、姓名權、肖像權、貞操權等。其以人之活動爲目的而屬於動態者，如自由權、營業權等。所謂受侵害者，爲基於加害人之故意或過失之不法行爲，而侵犯加害其權利之意。若因犯罪而被處死刑或自由刑以剝奪其生命或自由，或因契約而爲自由之適當限制，凡基於合法之原因而非因於不法行爲之侵害者，自無適用本條之餘地。人格權受侵害時，以得請求法院除去即屏除或防止其侵害爲原則。其因侵害人格權而引起財產上之損害者，如侵害身體或健康致支出醫藥費時，

固得併爲賠償損害之請求，無待特別之規定。否則人格權之損害與財產權之損害究屬不同，難以估計其價額，應以法律有特別規定者爲限，始得請求損害賠償或慰撫金；如次條關於侵害姓名權規定及依本法第一九四條侵害人之生命者被害人及配偶雖非財產上之損害得請求賠償相當之金額；又依第一九五條第一項侵害人之身體健康名譽或自由者被害人於非財產上之損害亦得請求賠償相當之金額是也。

損害賠償爲填補所受之損害及所失之利益，以回復損害發生前之原狀爲原則。如不能回復或顯有重大困難時則以金錢賠償爲例外（二一三至二一六條）。故法院於定賠償之數額時，應調查其實際所受之損害（前大理院五年私上字四二號判例。）

慰撫金者，則係以金錢慰籍精神上所受無形之痛苦。法院判給慰撫金之數額，應審核各種情形定之，例如被害人地位家況及與家屬之關係並加害人之地位資力等均應斟酌之（前大理院八年私上字七七號判例。）

一九條

姓名權受侵害者得請求法院除去其侵害並得請求損害賠償

姓名權之保護

姓名權爲自他人區別自己而存在之人格權，若被他人盜用影射妨害其使用，或以其他方法侵害其權利時，即得請求法院屏除阻止其侵害。倘因侵害而受損害，並得於同時請求損害賠償，以保全被侵

害人之人格。

二〇條

第二〇條 以久住之意思住於一定之地域者即爲設定其住所於該地

一人同時不得有二住所

人與地之關係

人類生活必於一定之土地，基於人類與土地之關係，以定法律上之關係，實爲便宜之立法政策，各國咸採認之。此種土地場所，大別之爲本籍地、住所、居所、營業所，及現在地數者，而以住所爲最重要。

住所之意義與要件

住所爲自然人常住之場所，而實爲其一般生活之中心點。其構成要件，須有久住於該一定地域之意思，並有住於該一定地域之事實。前者爲住所之主觀要件，後者爲住所之客觀要件，兩者不可缺一。故僅有久住之意思而無其事實者，固不得稱之爲住所，即雖有久住之事實而無其意思者，亦不得謂其場所爲住所。有無久住之意思與事實，應就其人全般生活之狀態定之。如不因特別之事故，或營特種之生活而至他處，則有繼續居住於該場所之意思及事實者，始得定其住所之所在。故縱其居住有間斷，有由經營商業或其他特種生活而離去之時期，但有復歸之意思者，固不失其爲住所。且住所通常雖爲住宅，然非必係住宅，苟爲常住之場所，又有久住之意思時，則雖非有住宅之存在，而爲如旅館等有生活之設備者，亦無礙其爲住所。

任意住所

住所所有任意住所與法定住所之別。任意住所爲本人得自由設定變更或廢止之住所。本條係規定

與法定住
所

人之任意住所，爲住所之常例。法定住所則不問本人意思如何及事實上是否有住於一定地域之事實，法律規定其爲住所之住所。如次條及第一〇〇二條，是爲住所之變例。

住所之設
定行爲與
單一主義

任意住所得自由變更設定或廢止之。法定住所依本條第一項規定，祇須有久住之意思及實行其意思之事實，不必要有意思表示，故非法律行爲，而爲事實行爲。然既須以久住之意思爲要件，故無意思能力之人不得爲之。住所之廢止，見第二四條規定。廢止舊住所而設定新住所，則爲住所之變更。住所爲一般生活之中心點，且應爲決定法律關係之標準，故一人同時僅能有一住所，不得有兩住所，此之謂住所單一主義。但關於特定行爲，得依第二三條規定於住所外選定居所視爲住所。如事實上無一般生活之中心點，即無久住於一定場所之意思及其事實者，則不得認爲有住所，是爲無住所人。就我民法解釋固非必自然人以設定住所也。惟各種法律關係，應以住所爲解決者，依第二十二條第一款規定，以其居所視爲住所而已。

住所之效
果

住所於法律上有種種效果，其尤重要者如爲宣告死亡制度之根據（八條註）；決定給付特定物以外債務清償地之標準（三一四條二款）；決定票據行爲之場所（票據法一七條二一條五項八條二項九九條一項一一七條四項）；決定訴訟事件土地管轄之標準（民事訴訟法一條刑事訴訟法五條一項）；決定受送達之場所（民事訴訟法一三六條一項刑事訴訟法六二條）於國際私法爲

決定適用法律之標準（法律適用條例二條二項三條一八條二三條四項）於國籍法爲決定歸化及回復國籍之要件（國籍法三條二項一款四條一項五條十六條等是也。）

二二條

第二一條 無行爲能力人及限制行爲能力人以其法定代理人之住所爲住所

無行爲能力人及限制行爲能力人之法定住所

無爲行能力人即未滿七歲之未成年人與禁治產人（一三條一項一五條）限制行爲能力人即滿七歲以上之未成年人（一三條二項）無行爲能力人之意思表示不能發生效力（七五條）須由法定代理人代爲意思表示並代受意思表示（七六條）限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示除純獲法律上利益或依其年齡身分日常生活所必需者外須得法定代理人之允許（七七條）未得法定代理人允許所爲之單獨行爲無效（七八條）所訂立之契約則須經法定代理人承認始生效力（七九條）在在需法定代理人之監護故本條爲便利計不問無行爲能力人及限制行爲能力人有無設定住所之意思與事實概以其法定代理人之住所爲住所學者稱之爲法定住所（見前條註）

二三條

第二二條 遇有左列情形之一者其居所視爲住所

一 住所無可考者

二 在中國無住所者但依法須依住所地法者不在此限

住所無可
考及在中
國無住所
者之擬制
住所

自然人雖以有住所爲常，然法律非必人以設定住所，故事實上未設定住所者，或雖設定住所而不能明其所在者，如不設擬制之規定，是使應依住所以解決之各種法律關係無從決定其效果，又如在中國有居所而無住所，即在外國設有住所，若各種法律關係依法須依住所地法者，外必以在外國之住所爲解決之標準，於事實上殊多不便，且有時不足以保護國內人之利益，故本條爲擬制之規定，以其居所視爲住所，附以關於住所各種法律上之效果。

居所之意
義

居所者，爲暫時居住之場所，通常以出於特定之生活目的者爲多，例如因求學而居於學校，因療養而居於病院，因經商而居於商店所在地。因執行徒刑而居於監獄，因避寒避暑而居於旅館別墅等是也。雖或爲該特定生活中心之所在，但非爲一般生活之中心點。若其居住僅爲一時的而無若干時間之繼續性者，則爲現在地而非居所，例如家住天津之學生，在上海學校求學，由家至校，途經南京，在南京旅館中停宿一宵或數宵，則天津爲其住所之所在地，上海爲其居所之所在地，而南京則爲其停宿時之現在地。設定居所非若設定住所之須有主觀要件，故無意思能力人如精神病人幼童等亦得有居所。居所不必單一，故一人同時得有複數之居所。

住所無可
考及在中
國無住所
之憲法
義

所謂住所無可考者，兼指不明住所之所在，及無住所者而言。所謂在中國無住所者，係指所在雖可考，然不在中國，在於外國者而言。至其人爲中國人，抑爲外國人在所不問。本條第二款所以有但書之

規定，則以如依國際私法須依當事人之住所地法時，若不依住所地之外國法，而須依居所地之中國法，明明與法意不符也。又如國籍法關於歸化及回復國籍之規定，（國籍法三條二項一款，四條一項，五條十六條）須以住所所在中國為要件者，亦不得以其在中國之居所視為住所自為理之當然。

二三條

第二三條 因特定行為選定居所者關於其行為視為住所

假住所

當事人如未設定住所，或雖設定住所，然相隔甚遠，關於特定行為應於住所地所為之行為有時為事實所不便，關於該特定行為使得另行選定居所，以其所選定之居所視為住所，附以住所所在法律上所有之效果，實為立法上之便宜政策。此項選定居所，或稱之謂假住所，既未與住所單一之法意相違，且於事實上有許其選定之必要者。故如住在天津之甲商，向上海乙商為商業上之交易，若乙商以甲商住在天津，關於該交易上之行為，須向天津為通知及清償等，於事實為不便時，得與甲商約定由甲在上海選定居所，於其交易行為視為住所以期便利。又如當事人為某項法律行為豫測其有發生訴訟之可能，因相對人住所甚遠，若須赴遠地起訴以為不便而憚於為該行為時，為訴訟之便宜計，亦得由相對人在近地選定居所視為住所，以除去其困難。

選定行為之性質

因特定行為選定居所視為住所之行為，因其有使選定之場所關於其行為發生與住所同一效果之欲望，即須有效果意思而以有意思表示為必要，故為法律行為，與設定住所之為事實行為迥不相同。

選定行爲，有爲單獨行爲者，亦有爲契約者。無行爲能力人不得爲之（七五條）。限制行爲能力人須得法定代理人之允許（七七條）。否則如爲單獨行爲應屬無效（七八條）。如爲契約則須得法定代理人之承認始生效力（七九條）。

選定行爲
有排斥本
住所之效
力乎

因特定行爲選定居所視爲住所，關於該特定行爲有排斥原有住所之效力乎？法律並無規定，應依解釋當事人之意思定之。如其選定僅爲相對人單方之便利時，應解爲非排斥原有住所爲宜，故相對人向原有住所所爲之行爲，不得謂爲不合；否則應認爲排斥原有之住所，以符當事人選定之真意。

二四條

住所之廢止

第二四條 以廢止之意思離去其住所者即爲廢止其住所

廢止住所者，使已設定之住所失其爲一般生活之中心點也。與廢止同時不另設定新住所者，是爲住所之絕對廢止。與廢止同時另行設定新住所者，即爲住所之變更。

廢止住所，亦須有廢止之主觀意思，及實行離去之客觀事實。僅有廢止之意思而未離去其住所者，固未得謂爲廢止。已離去其住所仍擬復還而無廢止之意思者，亦不得爲廢止。惟廢止之意思與離去之事實是否同時，及孰先孰後，則所不問。住所之廢止行爲，無須有意思表示，爲事實行爲，非法律行爲，並與設定行爲無異（參觀二〇條註）。

二節 法人

第二節 法人

法人者，非自然人而為權利主體之組織體也。組織體於自然人外構成社會之一份子，而為事業活動之主體，由來已久。然法律之所以須承認其有人格而為權利主體者，蓋社會事業往往非一人所能舉辦，須羣策羣力以為之。但如以合夥之結合為之，則合夥不過為合夥員間之契約關係，合夥財產屬於合夥員共有，有一二人退夥或負私債即不免有搖動之虞，事業難期發展。使其成立為法人，則其組織離社員而別為主體，法人之財產非即社員之財產，社員之退社或負私債與法人無涉，此社團法人制度之所以與也。其後則以特定財產供特定目的之用者，亦感有認其人格之必要。否則設立者之繼承人有中止其使用之自由，而該財產又時有為其債權者扣押之慮，目的不易成就。使其成立為法人，而後該特定之財產得脫離於設立者之手，不受設立人私人事項之影響，而有恆久強固之基礎，此財團法人之所以繼作也。社會事業愈進展，則法人制度益發達，法人制度之發達，實為近世特殊之現象。

實 法人之本

說 (一) 擬制

關於法人之本質，學說不一，得分之為擬制否認及實在三說，述之如左：

(一) 擬制說 略謂在理論上惟自然人始有人格而得為權利之主體，蓋以權利為意思之力，而意思力則惟自然人有之，不過法律因社會生活之需要，於自然人外以假設立之方法，創造一種人格，補理

論之所窮。換言之，即法人之人格，僅由於法律之擬制，憑想像之作用，視非自然人爲自然人，使其得爲權利之主體而已，非有真實之存在也。其謬點，在以本無意思之物而視之爲有意思，本非自然人而視之爲自然人，不免有矛盾之誼。猶之懸帽於壁，壁本無釘而視之爲有釘，其不可甚明。且由法律之目的觀之，權利主體之觀念，係適應社會的需要，基於法律而後生，何得混自然人與權利主體之觀念爲一談，而謂自
然人外即無權利主體之存在。又由權利之觀念言之，權利爲享受利益法律上之力，足以享有法律上之力者，皆得爲權利之主體，亦毋庸以意思力爲前提也。

(二)否認說

此說根本否認法人有人格之存在，其立說亦甚紛紜。或以爲法人不過爲一種無主財產，本於特定之目的而存在者，此之謂無主財產或目的財產說。或以爲實際上享受法人權利之利益者要爲各個之自然人，享受利益人之全體乃真權利之主體，此之謂受益者主體說。或以爲法人不能爲權利之主體，爲權利之主體者實爲管理法人財產之自然人，此之謂管理者主體說。均從法人之財產立論，而不知法人之財產不過爲達法人目的之一種工具。其在法律無明文規定之國家，或得張其唇舌，在有成文法規定法人於某種條件下得爲權利主體之國家，無主張之餘地。

(三)實在說

略謂法人非出於法律之擬制，有現實人格之存在，又有有機體說與組織體說之分。
(甲)有機體說 此說以法人雖無自然人之肢體，然其有意思有行爲則與自然人無異。在社團法

人，社員總會之決議，即法人意思之表現也。在財團法人，設定人之設定行為，即其意思之所在也。董事之行為，即法人之行為也。社員也，董事也，皆法人體中之一份子，與細胞之於自然人無異。是其為說，於個人意思之外，又認團體意思；於個人生活以外，別認團體生活；於自然人的有機體外，更認社會的有機體。而其為人所指摘者，亦在以意思能力為權利主體之前提，且混社會學論為法律論，不知人格與權利本非以意思能力為要素，否則嬰兒與喪失心神者均無意思能力，仍不失為權利主體者，其何解乎？

(乙)組織體說 此說謂法人有一定之目的，有一定之機關，其本質為一個組織體。此組織體縱非有機，尚適於為權利之主體。法人有適於為權利主體之實體組織，則其存在即為實在，而非法律上之擬制。蓋權利為法律上之力，而權利能力法律因需要而賦與，自然人與法人無以異，有機與否，非所問也。

我國所採
之學說

以上諸說，否認說之勢力最微，擬制說則盛於昔而衰於今，以實在說中之組織體說為現在之多數說。我民法總則，無規定法人本質之明文。第二十五條不過排斥自由設立主義，人格之存在，本基於法律，不得為擬制說之論據。第二十六條規定法人有權利能力，惟其範圍應依法令之限制，權利能力為法律所賦與，法律加以限制，固無不可，與法人之本質無關。第二十七條規定法人之代表機關，尤非不採實在說之旨趣。而前大理院民國二年上字第二三八號判決例謂「法人之存在，本為社會上自然發生之事實，社會因種種之必要而發生特種之現象，國家惟有制定法則謀所以規範之，斷無根本上加以否認之

理」又謂「在事實上別於個人有應獨立享權利負義務能力之人類集合體或財產固定體，當然不能不以爲法人而認許其存在，」蓋亦從實在說中之組織體說也。

類人之分

法人因種種標準得分類如左：

(一)公法人與私法人

(一)公法人與私法人 以行使或分擔國家統治權作用爲目的依於公法而產生之法人爲公法人；經營私事業爲目的依於私法而產生之法人爲私法人。公法人之例其顯著者：如國家及其行政區域地方公益團體等是。公法人於執行其事務時，視其規定之法律，常得行使多少之強制力。公法人爲私權之主體時，亦應適用私法之規定，然本節則僅適用於私法人，公法人不適用也。

(二)社團法人與財團法人

(二)社團法人與財團法人 社團法人者，爲達一定之目的，由人之集合而成之法人也。所集合之人，即爲社員。社員之額數雖無限制，然社團應有總會，(五〇條一項)自當在二人以上。財團法人者，因供一定目的之集合財產而成之法人也。社團法人與財團法人雖同爲人類組織之團體，然社團法人以社員之集合體爲基礎，其社員之存在及活動，皎然可觀；財團法人以集合財產之固定體爲基礎，其設立人恆隱而不見，如募資建廟組成財團法人其出資施主因無利害關係每爲人所不察。

(三)營利法人與公益法人

(三)營利法人與公益法人 以營利爲目的之法人爲營利法人；以公益爲目的即非以營利爲目的之法人爲公益法人。以營利爲目的者，謂其所得經濟上之利益分配於其社員爲其最終之目的。苟法

人之最終目的非分配其利益於社員而在於公益，則雖以營利為手段，仍為公益法人而非營利法人。如營植樹或印刷等事業以其收益為維持貧民院基金或辦理其他慈善事業之法人，又如以救濟失業工人為目的設立貧民工廠，其贏利不分配於社員者，皆公益法人也。然如相互保險會社消費會社之類，雖非以利益之分配為其直接目的，究以社員得分擔危險之利益及低價供給之利益為其最終目的，皆營利法人也。法人有兼具營利及公益兩目的者，仍為營利法人而非公益法人。營利法人以分配其利益於社員為最終目的，故財團法人皆為公益法人非營利法人。

(四)內國
法人與外
國法人

(四)內國法人與外國法人 內國法人與外國法人之區別，不能依其社員或其設立人之國籍定之，亦不能依其設立之目的係為內國或外國謀利益定之。其區別標準，學說有二：一為準據法說，一為住所說。依前說，法人之國籍應視其設立所準據之法律，準據內國法設立者為內國法人，準據外國法設立者為外國法人。依後說，法人之國籍應視其住所即主事務所所在地定之，其住所內國者為內國法人，在外國者為外國法人。法人之本質既認為實在雖似應以住所說為較合理論，然在實例上則準據法說亦頗佔勢力。

法人之設
立

(一)自由
設立主義

關於法人之設立，立法例有四種主義。

(一)自由設立主義或放任主義 對於法人之設立，一任設立者之自由，法律上毫無限制之主義

或放任主義

也。此主義雖便於公益事業之發展，然設立濇濇，監督難週，有妨公安。現在各國法例無採用之者。我國在施行民法以前，關於法人之設立，並無限制之成文法，而社會上因種種需要，產生之公益法人，其類不少。前大理院爲適應此種現象起見，以判決例探認此主義（前大理院二年上字第二三八號、三年上字第九〇一號及十五年上字第一八一號）惟本法則不採之（見第二五條）。

(一)特許主義

(一)特許主義 又可分爲二：每設立一法人須經立法機關制定一法律以許之者，曰法律特許主義；須經國家元首頒命令以許之者，曰國首特許主義。雖盛行於昔日，因手續過於繁重，現在採用者不多。

(二)許可主義

(二)許可主義 法人之設立，以行政公署認許爲條件之主義也。

(三)準則主義

(三)準則主義 法律規定設立法人一定之準則，合於此準則者，即得成立法人之主義也。

民法所採之主義

本法不採自由設立主義（第二五條），關於營利法人之設立須依特別法之規定（第四五條）。

關於公益社團法人及財團法人之設立則兼採準則及許可兩主義者（第三〇條、四六條及第五九條）。本節分通則、社團及財團三款。凡私法人均適用之。惟公法人應依公法之規定，故無本節之適用。如特種之私法人有特別法爲之規定時，則依特別法優於普通法之通則，先應適用特別法之規定，關於特別法無規定之事項，仍應適用本節。惟外國法人就其設立能力事務所之撤銷責任等，於本法總則施行法中有特設之規定耳（民法總則施行法第一一條至第一五條）。

第一款 通則

第一款 通則

本款規定私法人共通之法則，不問社團法人與財團法人皆適用之。

第二條

第二五條 法人非依本法或其他法律之規定不得成立

立法人之成

本條係排斥自由設立主義（參觀本節總註），規定法人之取得人格，須依法律之規定。所謂法人，專指私法人而言，公法人不在其內。所謂其他法律，不包含行政命令。人之人格本為法律所賦與，故本法之規定，與法人之本質無關（參觀本節總註）。

外國法人之認許

甲國法律之效力不能及於乙國，已成立之外國法人，在我國非當然認其有人格。本法總則施行法第十一條規定外國法人非依吾國法律之規定，不得認許其成立。惟條約對內為國內法一部，故條約上之認許，即法律上之認許。

第二六條

第二六條 法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力但專屬於自

然人之權利義務不在此限

法人既有人格，自有其享受權利負擔義務之能力。惟有二種之限制：

法人之權利能力之限制

（一）因於法令之限制 權利能力之源，在於法律。法人權利能力之範圍，得以法律命令限制之，事

因於性質
之限制

屬當然。超越法令限制，即不得爲權利義務主體。然非法人本質之規定（參觀本節總註）。

（二）因於性質之限制 法人雖有實在之本質，究爲社會之組織體，非有自然人之身體。故以身體的存在爲前提之權利不得享之；以身體的存在爲前提之義務不得負之。所謂專屬自然人之權利義務，即謂自然人以身體的存在爲前提之權利義務。茲分述之：

財產權

（甲）財產權 法人關於財產上之權利能力，與自然人之能力無異，凡物權債權各種無形財產權如著作權特許權專利權等皆得享有之。其於債務，雖不能服身體上之勞務，然如承攬或供給勞務之債務，固亦得負擔之。

人格權

（乙）人格權 人格權中關於保全身體之自由健康安全生命等權利，法人雖不得享有之。然法人之有名稱名譽信用及關於業務之自由存在之安全等權利，亦與自然人同。法人能否爲他人之代理人，或爲他法人之社員，雖有爭議，以積極說爲通說。

親屬權

（丙）親屬權 本於親子夫婦等關係所生之親屬權，非法人所得享有，但法人得爲他人之監護人，爲近日學者所認。

繼承權

（丁）繼承權 法人不得爲狹義之繼承人（自然人之一般繼承人），但得爲受遺贈人。

公法上之
權利義務

（戊）公法上之權利義務 法人之權利能力，不僅限於私權，於特定範圍內，並有享有公權及負擔

公法上義務之能力，如於訴訟法上有當事人之能力，得以法人之名義起訴，應訴及負擔納稅義務之能力，其顯著者也。

權利能力
以目的為
限制乎

依本條規定，關於法人權利能力之限制，不採日本法例而從瑞士法例，不以目的範圍內為條件。故如以營利為目的之社團法人捐助財產於慈善事業，不得謂無其能力，亦所以貫徹本質實在說之觀念也。

外國法人
之權利能
力

經法律認許之外國法人，於法令限制內與同種類之中國法人有同一之權利能力，其服從中國法律之義務亦與中國法人同（民法總則施行法第一二條）。如無同種類之中國法人時，其權利能力應依其本國法（法律適用條例第五條一項）。外國法人之本國法即謂其住所地法（同條例三條）。條約之限制，亦法令上之限制，故依條約外國人所得享有之權利，外國法人亦不得享有之（參觀六條註）。

二七條

第二七條 法人須設董事

董事就法人一切事務對外代表法人

對於董事代表權所加之限制不得對抗善意第三人

法人之行為
能力與
必要機關

法人既為實在之組織體，有權利能力，則於其權利能力範圍以內，亦自有行為能力。但其活動，須賴

有一定之機關，其意思之決定及其表示，須由其機關爲之。董事即爲社團及財團法人共通必要常置之機關也。然非以董事構成員無間斷之存在爲法人存在之條件，如因董事構成員死亡辭職致有間斷時，不爲法人權利能力消滅之原因。但此時之法人無代表之機關，有從速補充之必要，有監督權之主管官署，因監督權之作用，亦得命其補充之。

法人之代表機關

董事對內爲法人之執行機關，對外爲法人之法定代表機關，其代表權爲一般的，不問訴訟上或訴訟外一切之事務均代表之。

非法人之代理人

代表與代理不同。代理爲兩獨立人格間之關係，董事爲法人之機關，構成法人組織體之一部，非與法人有對立之人格，故非法人之代理人。董事之行爲即法人之行爲，不得當然適用關於代理之規定。其代表範圍，不以法律行爲爲限制，法律行爲以外之事務亦代表之。

代表權之限制

董事行使職務，應依章程之規定。其在社團法人，因總會爲最高機關（五〇條一項），又應從總會之決議。故董事之代表權，得以章程或總會決議限制之。

董事，指各董事也。董事如僅一人，由該一人代表，不生問題。若有數人時，其行使代表權不必全體爲之，亦不必以多數爲之，各董事皆得單獨爲之。如章程規定或總會決議須董事全體或數人方得代表時，即爲代表權之限制。

代表權之
限制與對
外關係

代表權之限制，對外發生何種效力，有四種主義：（一）完全不能對抗第三人，（二）完全可以對抗第三人，（三）登記後得以對抗第三人，（四）不得對抗善意第三人。第一主義保護第三人過厚。第二主義保護第三人過薄。第三主義董事既為法人之一般代表機關，第三人與之交易，又須隨時檢閱登記簿於事不便。本條第三項係從第四主義，故董事之姓名住所及代表權之限制，雖均為應登記事項，（四八條一項第四第八款及六一條一項第六第七款）然代表權之限制，即使登記，其效力如何，仍以第三人善意惡意為標準。對於知此限制者，方得對抗，對於不知有此限制者，不能對抗。惟依第三一條規定，董事代表權之限制，如未登記，縱第三人為惡意，亦不能對抗之。

代表權之
限制與內
部關係

但內部關係，董事對於代表權之限制，有服從之義務。如超越其權限，對於法人即構成損害賠償之原因。然董事對於章程規定，總會決議是否違背法令，及總會決議是否違反章程，有審查之責任。違法之章程決議，亦無盲從之義務。故如因不法行為致他人受損害時，雖係從章程之規定或總會之決議，不能免賠償之責任（參觀二八條註）。

董事之選
任

董事之任免方法及其資格與員數，法律均無限制，依章程定之。惟社團法人董事之任免，應依總會之決議。（五〇條二項二款）而由董事為法人機關之性質觀之，應以自然人為限。董事為法人組織體之一部，董事之行為，非董事個人之行為，故無完全行為能力之目，然人亦得任為董事。社團法人之董事，

非限於社員，得以社員以外之自然人任之。

選任董事行爲之性質，或以爲單獨行爲，或以爲契約，董事之責任重大，非得被選任人之同意，難強其擔負，現以契約說爲多數說。故選任之發生效力，以被選任人之承諾爲必要。選任無完全行爲能力人爲董事時，必須得其法定代理人之同意。董事得向法人辭任，法人對於董事，亦得依章程之規定或總會之決議而免其任務。

違法之選任，被選者雖不能有效取得董事之資格，然如法人以其選任爲登記，致第三人誤信其爲合法選任之董事，則該善意之第三人得主張其行爲爲有效，法人不得以選任之違法對抗之，此登記制度之當然結果也。

董事得委
代理人否

董事既爲法人之代表機關，權大任重，其選任也係以個人之技術及信用爲基礎，當親自執行其職務，不得包括的以其職務之全部或一部另委代理人爲之。惟如因疾病或其他原因實際上有必要時，除爲章程或總會決議所禁止或爲性質所不許外，董事以自己之責任，就特定之行爲委任代理人爲之，亦爲解釋之所許。

二八條

第二八條 法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害與該行爲人連帶負賠償之責任

法人之責任能力

法人有無責任能力，昔時雖有爭議，然法人既有代表之機關，其機關之意思即法人之意思，其機關之行為，即法人之行為，法人之有行為能力，已如前述，其有責任能力，亦應與自然人無殊。本條規定法人與為不法行為之董事或職員因執行職務所加於他人之損害，負連帶賠償之責任。一方所以明法人之責任能力；一方使執行職務之董事或職員格外慎重不得藉口於法人職務內之行為以自免其責任，而俾受害者得充分之救濟。

因執行職務之行為

法人與其董事或職員負連帶賠償之責任，以其董事或職員因執行職務加害於人時為限。例如戲館董事為編演戲劇而侵犯人之著作權；藥房董事為發行藥品而侵犯人之特許權；建築公司之建築員於建築時因怠忽工程而損害人之建築物；電車公司之司機因駕駛電車而傷害路人等是。董事或職員於執行職務外之行為，則全係該董事或職員個人之行為，與法人無涉。又若法人之董事或職員利用執行職務之機會，以為不法行為時，例如電車公司之司機於駕駛電車見有嫌疑之人行經路軌，乃利用駛車之機會疾駛殺之，亦非因執行職務之行為，應由行為者個人負其責，公司不負連帶責任。

他人之解釋及責任條件

本條之所謂「他人」，包括同法人之社員，其他之董事或職員，及他法人而言。法人之不法行為，應否以故意過失為責任之條件，應以如自然人為之時，是否以故意或過失為責任之條件為斷。如自然人為之，須有故意或過失方負責任時，於法人為之，亦須有故意或過失方負責任。如自然人為之，不必有故

求償權

意或過失須負責任時，於法人爲之，亦不必有故意或過失須負責任。

法人與爲行爲之董事或職員連帶賠償責任者，即法人與爲行爲之董事或職員皆有賠償之責任，被害者得同時或異時共同或單獨向法人及行爲人請求賠償也。惟董事或職員對於法人執行職務有重大注意之義務，如違反此義務因故意或過失致法人對於第三人負賠償責任而受損失時，法人對之得轉行求償也。

法人之犯罪能力

法人既有責任能力，理論上亦應有犯罪能力。惟法人性質上祇能科以財產刑，不能科以自由刑或生命刑，故科自由刑或生命刑之罪，法人不能犯之。依前大理院四年上字一〇一二號判例及同院三年統字一八四號解釋例，法人不得爲普通刑法上犯罪之主體，須有明文規定時，始有犯罪之能力。

外國法人於認許前之責任

外國法人除依法律規定外，不認許其成立。（民法總則施行法一一條）在認許以前非權利之主體，無能力之可言。但如其名義與他人爲法律行爲，僅令爲行爲之自然人負責，不足以保護第三者，故本總則施行法第十五條規定，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。

二九條

法人之住所

第二一九條 法人以其主事務所所在地爲住所。

法人既與自然人同有權利能力，亦自須有住所以爲活動之本據，而爲定各種法律上效果之標準。

法人如有一個之事務所時，則其事務所即爲其活動之本據，應即以其事務所所在地爲法人之住所。如有數個之事務所時，則以不得有數個之住所，應以其主事務所所在地爲法人之住所。

主事務所爲法人之中樞事務所，即爲其業務活動之中心點也。主事務所及分事務所均爲應登記之事項（四八條一項三款及六一條一項三款），其後如遷移或增減執行事務所之場所即爲事務所之變更，如遷移爲活動中樞事務所之場所即爲主事務所，亦即住所之變更，皆應爲變更之登記，否則不能對抗第三人（三一條）。其在法人開始業務以前，雖未執行事務，然爲登記之事務所，即所定將來執行事務所之場所，仍不失爲法人之事務所。

三〇條

法人登記
之意義

第三〇條 法人非經向主管官署登記不得成立

法人非如自然人之具有形體，其存在及其組織有公示於衆之必要，登記者即將其事項登載於公之帳簿（即登記簿）許公衆閱覽抄錄之公示方法也。

法人登記
之種類

法人之登記有三種：（一）設立登記，（二）變更登記（見三一條註）及（三）解散登記（見四一條註）。本條規定爲法人之設立登記。立法例有以法人之設立登記爲法人對抗第三人之要件，有以法人之設立登記爲法人成立之要件，本條規定登記爲法人成立之要件。如以公益爲目的之社團及財團於登記前應得主管官署之許可（四六條五九條），在得許可後未登記前尚不得成立。惟若於登

設立時應
登記事項
登記官署

記時未得主管官署之許可，登記官署固不當爲之登記，縱誤爲登記，以其缺少許可之要件，亦不能有效成立。

法人於設立時應登記之事項，見第四八條及第六一條規定。

登記之主管官署爲法人事務所在地之法院。（民法總則施行法一〇條一項）如法人有數個事務所而其事務所所在地爲數個法院管轄時，各事務所所在地均應爲設立之登記。如其隸於同一法院管轄時祇須向該法院爲登記。若數個事務所所在地不同應向數處法院登記時，其成立時期在數處之登記均完畢時乎？抑已爲一處之登記即爲成立乎？解釋上應以其主事務所所在地已未登記爲其成立與否之標準。

登記之公
布

登記法院爲地方法院（前北京政府十一年五月二十一日教令公布之登記通例第三條）。法人對於已登記事項應速行公布並許第三人抄錄或閱覽（民法總則施行法一〇條二項）。惟登記之效力於登記時發生，登記之公布非發生效力之要件，故法人之成立不必俟登記之公布。

外國法人
之準用

本條之規定在，中國設有事務所之外國法人準用之（民法總則施行法一三條）。故在中國設有事務所之外國法人除須依法律規定認許外，（同施行法一一條）尚須爲設立之登記，方能取得人格。其在以公益爲目的之外國社團法人及外國財團法人於登記前並須得主管官署之許可（同施行法

一三條。

在本總則施行前，依前大理院判例，凡人類集合體或財產固定體已具備法人之基礎條件者，即應認其成立（見本節總註）。此種已成立之法人，如因本總則之施行，以其未為登記，即否認其人格之存在，有妨秩序而礙公益。故在本總則施行前，具有財團及以公益為目的社團之性質而有獨立財產者，除祠堂寺廟及以養贍家族為目的之財產外，視為法人。惟其代表人應依第四七條或第六〇條之規定，作成書狀，自總則施行後六個月內呈請主管官署核定，並於核定後二十日內依第四八條或第六一條聲請登記（民法總則施行法六條一項七條九條）。其設立應得許可之法人，如在本總則施行前已得主管官署之許可者，得於施行後三個月內聲請登記為法人（同施行法五條）。

三三條

第二一條 法人登記後有應登記之事項而不登記或已登記之事項有變更而不為變更之登記者不得以其事項對抗第三人

應登記事項而不登記之效果及

法人於設立登記時應為登記之事項，見第四八條及第六一條規定。其中之任意登記事項（見四八條六一條註）有於設立登記時不存在其後始存在者，如董事之代表權於登記時未有限制其後加以限制者，或社團法人於設立時未定出資之方法後經總會議定者，初無存立之時期後經總會議決者等，均應於存在時補行登記。已為登記之事項，其後發生變更如目的名稱之更改，事務所之增減或遷移。

董事之改任，財產總額之增減，董事代表權限制之擴張減縮或廢除，存立時期之延長或減短，及社團出資方法之變更等，皆應向主管法院爲變更之登記，以公示於羣衆。董事於滿期後重膺選任者，其姓名住所雖無變更，然其董事之資格於滿期時消滅，於重任時復生，亦爲登記事項之變更，應爲變更之登記。

法人於設立登記後，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，其效果爲不得以其事項對抗第三人。即第三人於其有利益時，得認其事項之存在，法人不得否認之；第三人於其事項有不利利益時，得否認其存在，法人不得主張之。例如改任董事不爲變更之登記時，第三人得以登記簿上之舊董事爲法人之代表，而與之爲法律行爲，亦得以新董事爲法人之代表而與之爲法律行爲，其爲善意與惡意不問也。

登記爲公示之方法，不能變更實在之事實，不能因登記而視爲存在。惟爲登記者對於因之而受損害之第三人，不得不負賠償之責耳。

登記法院於有追加或變更之登記後應即公布。惟登記之效力於登記時發生，非以公布爲要件。故已爲登記雖未公布之事件，即有對抗第三人之效力（參觀前條註）。且登記與公布不符時，亦應以登記爲準。如登記之董事爲李日新，公布時誤作季日新，季日新之爲該法人董事，第三人不得而否認之也。

本條規定於在中國設有事務所之外國法人準用之（民法總則施行法一三條）。

外國法人
之準用

三三條

第三二條 受設立許可之法人其業務屬於主管官署監督主管官署得檢查其財產狀況及其有無違反許可條件與其他法律規定

法人業務之監督

法人事業之盛衰，關係於公益甚鉅，故本法對於法人之設立，不探放任主義，而探準則許可主義（參觀本節總註），以防其濫設。本條基於同一之理由，使受設立許可之法人，於其存續之中，受主管官署之監督，以視其業務之是否違反法人之目的公益與法律。

受設立許可之法人，即公益社團法人（四六條）財團法人（五九條）及依特別法於設立時應受許可之營利法人等是也。業務謂法人事業上之事務。主管官署謂主管法人目的事業之行政官署，例如其目的事業為宗教，則內政部為其主管官署；其目的事業為教育，則教育部為其主管官署。如其事業不止一種屬於數個官署主管時，則須受數個主管官署之監督，例如財團法人以其收益一方與辦教室一方設立學校，則同時須受內政部及教育部兩部之監督（參觀四六條五九條註）。

法人於存續中行政主管官署監督之手段，除得（一）撤銷許可（三四條）（二）請求法院宣告解散（三六條）（三）變更社團法人章程之許可（五三條二項）（四）變更財團法人之目的組織或解散（六五條）外，並得依本條（五）檢查法人之財產狀況與其業務有無違反許可條件（參觀三四條註）或其他法律規定，及（六）為其他適當之監督命令。

第三三條 受設立許可法人之董事不遵主管官署監督之命令或妨礙其

檢查者得處以五百元以下之罰鍰

董事不遵
監督命令
或妨礙檢
查之罰鍰

行政主管官署為實行監督起見，對於法人得隨時為適當之監督命令，並檢查其財產與業務（參觀前條註。）執行法人業務之董事有服從之義務，如不遵守其命令或違反其檢查時，得處以罰鍰以為之制裁，惟罰鍰之數額至多以五百元為限。

罰鍰之性質為行政罰非刑罰。處罰之手續，非依刑事訴訟法之規定，當規定於非訟事件手續法中。刑法總則之規定亦無其適用，故如有數個違反命令而處以數個之罰鍰時，應併執行之。處罰之前，無庸警告，亦無消滅之時效。同一董事對同一命令有數次之違反時，並得為數次之處罰。惟得處罰者，非必處罰之意，縱有不遵命令或違反檢查之行爲，亦得因情節免予處罰。如應處罰之行爲同時觸犯刑法時，則刑法上之制裁與本條規定之行政罰無牽連之關係，應分別辦理。

董事如有數人，於不遵命令或妨礙檢查時，應使各董事分別負責乎？抑應使連帶負責乎？董事以得各自執行業務為原則，非應以董事之全體為單位，自應使不遵命令或妨礙檢查之董事各自負其責任。

第二四條 法人違反設立許可之條件者主管官署得撤銷其許可

三四條
設立許可
之撤銷

主管官署於許可法人設立時，得附以一定之條件。如於許可病院之設立時，附以一定之設備為條

件；於許可學校之設立時，附以具備一定之課程或以其教員須具備一定之資格爲條件，此種條件，受許可之法人有實行之義務，如不實行，爲保護公益起見，該主管官署得撤銷其許可。許可一經撤銷，法人即因以消滅。

三五條

第三五條 法人之財產不能清償債務時董事應卽向法院聲請破產

不爲前項聲請致法人之債權人受損害時其有過失之董事應負賠償之責任

董事聲請破產之義務

財產不能清償債務，卽消極財產超過於積極財產，爲宣告破產之原因。法人已陷於破產之境地，則已不能進行其業務，如使其繼續存在，第三人易罹不測之損害，應令聲請破產以解散之。本條第一項規定，使董事負聲請破產之義務；第二項規定，如董事怠於聲請致法人之債權人受損害時，受損害之債權人得向有過失之董事請求賠償。有過失之董事既有賠償之責任，則因故意而不爲聲請之董事，亦當然不能免賠償之責任。

三六條

第三六條 法人之目的或其行爲有違反法律公共秩序或善良風俗者法

院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求宣告解散

法人解散之原因及宣告解散

法律秩序與風俗，因時變遷，隨地不同。法人之目的，有初於法律秩序風俗無礙，後因變更而爲違反

法律公共秩序善良風俗者（參觀五三條註。）有目的雖未變更，因情事之遷易而變為違反法律公共秩序善良風俗者。例如國家之法律，初不禁止裁種罌粟，以裁種罌粟為目的之營利法人，本非違法，後經制定新法律禁止罌粟之裁種，則其目的變而為違法矣。以研究劍術為目的之法人，初不妨礙秩序，嗣因民風梟鷲，藉劍術以殺人者甚衆，或得變而為違反公共秩序矣。雇用裸女，以研究人體畫為目的之法人，與風俗無礙，然如在風俗澆漓之地，或應認為違反善良風俗矣。法人之行爲，有軼出於法人合法目的範圍以外而為違反法律公共秩序善良風俗者，如以宣傳宗教為目的之法人，有宣傳無政府主義之行爲是也。有雖在法人合法目的範圍以內，而因其行爲之個性為違反法律公共秩序善良風俗者，如以研究藝術為目的之法人有陳列猥褻圖畫之行爲是也。此等法人如任其繼續存在，為害甚大，故使主管官署檢察官或利害關係人得請求法院宣告解散，使其消滅，但法院如無聲請，不得依職權解散之。

三七條

第三七條 法人解散後其財產之清算由董事為之但其章程有特別規定或總會另有決議者不在此限

清算

法人於解散後關於財產上之法律關係，尚有殘餘之事務，非即完全終了，除係因破產而解散應以破產法規定之程序辦理外，應以清算之程序以處理之。

清算人之性質

清算者，處理法人之殘務以終結已解散法人之法律關係為目的之程序也。執行清算事務之機關

清算人

謂之清算人。本條規定以未解散前之董事爲當然之清算人，因董事對於法人之事務最爲熟悉，爲便宜上之規定也。惟章程或總會以董事爲不當而有特別之規定或另有決議時，從其規定或決議，因國家無干涉之必要也。故章程及總會得排斥董事而以非董事之人爲清算人，亦得於董事以外增加他人爲清算人。

清算人之地位及職務見第四〇條註。

三八條

第三八條 不能依前條規定其清算人時，法院得因利害關係人之聲請

選任清算人

法院選任
之清算人

不能依前條規定其清算人，即關於清算人之選任方法，章程既未規定，總會又無決議，而解散前之董事因死亡辭任或於爲清算人後被法院解任而缺亡時（見三九條註）是也。此時如清算事務任其停頓，則法人之債權者及財產歸屬者必蒙重大之損害，故本條使利害關係人得聲請法院爲之選任清算人。

董事之選
任

法院選任清算人時，關於其人選得自由決定之。因情事之所宜，或選任社團法人之社員，財團法人之設立人爲之，亦得選任其他之人爲之。利害關係人並得陳述意見，以供法院之採擇。惟如無利害關係人之聲請時，法人於解散後雖無清算人，法院不得依職權選任之。又若聲請者並無利害關係時，法院亦

當以不適當而駁斥之。

定清算人
之次序

依本條及前條規定，產生清算人之方法有四，其次序如下：（一）章程規定，（二）在社團法人時總會之決議，（三）董事之充任即當然之清算人，（四）法院因利害關係人聲請而為之選任。

第二九條 清算人法院認為有必要時得解除其任務

三九條
法院之解
任權

法人能否為適當之清算，非特於利害關係人有重大之關係，且關係於公益亦非淺鮮。如清算人不能為適當之清算，於必要之時，為保護利害關係人及保全公益起見，應使為清算監督機關之法院得解除其任務。

然清算人職繁任重，如輕易更動，亦非所宜，故法院之行使解任權，以必要時為限。惟何種情事為有解任之必要，純為事實問題，由法院審察各種情形認定之。例如清算人之濫用職權，曠廢職務，有不忠實不正當之行為，或患重病有顯著不勝任之事跡等，法院皆得因其情節認為有解任之必要。

清算人不能為適當之清算，法院認為有必要時，因應依職權解除其任務，惟利害關係人亦得為解任之聲請，以促法院之注意，使法院認定有無必要之情事，以定解任權之應否行使。

法院行使解任權時，被解任之清算人係如何產生，是否為法院所選任抑為當然之清算人或依章程規定總會決議所選任，皆非所問。

清算人如有數人時，法院僅得對於不適任之清算人解其任務。如因法院之解任而清算人缺亡時，代之之新清算人，當遵前條所註之順序，依章程之規定總會之決議，或以其他之董事任之。如不能依上述方法定新清算人時，法院得依前條之規定因利害關係人之聲請選任之。如利害關係人不知為選任之聲請時，法院對之得為必要之指示。

四〇條

第四〇條 清算人之職務如左

- 一 了結現務
 - 二 收取債權清償債務
 - 三 移交賸餘財產於應得者
- 法人至清算終結止在清算之必要範圍內視為存續

清算人之
性質及地
位

清算人之
職務

清算人為法人於解散後執行清算事務唯一之機關，與董事在法人未解散前為法人執行業務之機關性質相同，故法人不得為清算人。清算人之地位，亦與董事無區別。於其執行清算之職務時，為法人之代表。因執行職務加損害於他人時，法人與行為之清算人應連帶負賠償之責任。清算人執行職務，應行使重大之注意，如違背法定義務或有過失致有損害於法人債權人時，亦負有賠償之責任。清算人之權限，凡與清算事務有關之一切行為皆得為之。本條第一項係對於清算人之職務為列舉之規定，由一

了結現務

方面言，爲清算人執行之權限。由他方面言，爲清算人執行之義務。了結現務者，謂完結法人於解散時已着手未終了之一切事務也。清算人固不能着手爲新事業，然爲終結未了事務起見於必要時亦得爲新法律行爲。

收取債權

收取債權者，爲對於已到期之債權請求債務人履行並受其履行之謂也。惟法人之清算與債權債務之期限及條件無影響，故期限未屆滿或條件未成就前之債權，祇能俟期限屆滿或條件成就時收取。惟清算人爲結束現務起見得爲賣卻，以得相當之換價，如無得換價之必要時，亦得將附期限附條件之債權加入於贖餘財產之中以移交於財產歸屬人。至債務人爲社員與否，則非所問，社員對於法人出資之債務，清算人亦有收取之職務。

清償債務

清償債務者，亦指清償已到期之債務而言。惟未到期之債務，清算人得提存其標的或拋棄其期限之利益而爲清償。如得債權人之同意，亦得將附期限附條件之債務由第三人承擔之。或依鑑定人之評價，預向債權人清償。或於清償期前向債權人提供擔保，俾其任務得告一結束。其餘與清償有同一效果之行爲，如抵銷等，清算人亦得爲之。惟清算人如發見公司之財產不足清償債務時，應向法院聲請破產。贖餘財產者，謂法人於清償債務後尚存財產之餘額，即積極財產減去消極財產後之差額也。應於清償債務清算有結果後移交之。如債務尚不完全清償，必於將來爲清償後仍有餘裕已臻明瞭時方可

移交贖餘
財產於應
得者

爲之。否則，是否尚有賸餘財產，既在未可知之列，不得逕爲移交。如移交過早，則對於受害之債權人不得不負其責任。

清算人移交時，凡關於移轉權利一切之手續皆須爲之，如不動產物權移轉之登記，動產之交付，讓與債權對於債務人之通知等皆是。

賸餘財產之應得者，見第四四條規定。如應得者有數人時，得分割其財產之持份而分配之，所謂自然之分配是也。如爲自然之分配有不利益時，得爲賣卻而分配其價金。

清算事務，千頭萬緒，清算人爲執行上述各項職務起見，有爲一切必要行爲之權，如訴訟行爲公斷契約、和解契約、買賣契約及其他與清算有關之新法律行爲等。清算人如怠於爲職務上之必要行爲致法人或債權人受損害，例如於收取債權因怠於起訴至罹消滅時效時，有賠償之責任。

清算中法
人之性質

法人於解散後清算中在法律上有何種之性質，學說及立法例不一。或謂法人因解散而消滅，惟爲應實際之需要起見，直接因於法律之作用，從新成立一以清算爲目的之法人，故清算法人與解散前之法人非同一之法人也，是謂異體說。或謂法人之權利能力非因解散而完全消滅，解散之效果不過使法人喪失其生產方面之能力，清算中法人即解散前法人之繼續，是爲一體說。本條第二項規定法人至清算終結止，在清算之必要範圍內視爲存續，則清算中法人即解散前法人之繼續，蓋無疑義。惟清算中法

執行清算
職務必要
行爲

人，其權利能力既以清算目的範圍內爲限，法人之目的事業已不能繼續進行，董事亦因解散而失其地位，社團之總會又或因社員死亡而無其存在，組織體亦非同一，故本條第二項係採擬制存續說，即以清算中法人雖係解散前法人之繼續，然法人之本質於解散之時失其實在之存在，不過法律爲擬制之規定，假定其在清算必要範圍內繼續存在而已，「視爲」二字義至明顯也。

清算中法人既爲擬制的存續，故不能變更清算之目的，回復爲從前之法人，或再變更爲其他目的之法人。然於清算必要範圍內視爲存續，故法人對內對外之關係，於清算範圍內亦依然繼續存在。社團之總會，仍爲法人之機關，法人之債權人，仍爲對於法人之債權人，非清算人之債權人，法人之債務，仍爲法人自身之債務，而非清算人之債務也。

清算之範圍，卽爲第一項列舉三款之事務。是否爲必要，應依各個之事實定之。清算之終結，卽爲第一項列舉三款之事務皆已終了時，或因財產不能清償債務而已有破產之宣告時。

四一條

第四一條 清算之程序除本通則有規定外準用股份有限公司清算之規定

商事股份有限公司與其他法人在解散前其目的及組織雖不盡同，然於清算中同以清算爲惟一之目的，且同以清算人爲執行清算之機關，故關於清算程序除本款有規定外，以準用公司法股份有限公司

股份有限公司
清算程序之準
用

公司之規定爲宜。因準用之結果，清算人於清算範圍內之權利義務，原則上與董事相同，清算人有爲登記造具各種簿冊對於債權人催報及聲請破產等義務，清算終結後如查知尚有餘賸財產時利害關係人得聲請重行分派（公司法第四章第十節）。

四二條

第四二條 法人之清算屬於法院監督，法院得隨時爲監督上必要之檢查。

清算之監督

法人之清算，關係於法人之債權人及財產歸屬人等利害甚鉅，不可無監督之機關。法人於解散前其業務上公益之考量，爲行政官署所主管，故使主管行政官署監督爲宜（三二條）。然於清算中以公平保護利害關係人之權利爲重，應以法院監督爲當。監督清算之法院，爲法人住所所在地之法院。法院爲行使監督起見，得隨時爲一切必要之檢查，如監視清算之執行，檢閱財產之狀況及簿冊之記載等。清算人如妨礙其檢查時，得處以五百元以下之罰鍰（四三條）。如清算人於其清算之職務不爲適當之執行時，法院得發監督命令以督促之糾正之，於必要時，並得解除清算人之任務（三九條）。如發見清算人有詐欺侵佔等犯罪之嫌疑時，並得依刑事訴訟程序懲處之。

四三條

第四三條 清算人不遵法院監督命令或妨礙檢查者，得處以五百元以下

之罰鍰

清算人不遵監督命令

法院因監督權之作用，非特隨時得爲必要之檢查，並得爲各種監督之命令，清算人皆有服從之義務。

令之前裁

務。如不遵守法院監督之命令，或以拒絕藏匿等方法妨礙其檢查時，法院得處以五百元以下之罰鍰以制裁之。罰鍰之性質見第三三條注。清算人如有數人時，應各自負其責任。

四四條

第四四條 法人解散後除清償債務外其贖餘財產之歸屬應依其章程之規定或總會之決議

如無前項章程之規定或總會之決議時其贖餘財產屬於法人住所所在地之地方自治團體

贖餘財產
之歸屬

法人非如自然人之有繼承人，於清償債務後尚有餘贖之財產，不能不以法律定其歸屬之方法，此本條所由設也。

法律定贖餘財產歸屬之方法，應以法人設立人之本意爲重，法人設立人關於財產之歸屬有顯明之意思時應從其意思。故第一項規定贖餘財產之歸屬，應依其章程之規定或總會之決議。

章程規定或總會決議雖未指明歸屬人之姓名或名稱，如定有指定之方法時，亦應從其方法之規定，例如章程規定或總會決議贖餘財產之歸屬人應由特定之第三人公共機關或主管官署指定之是也。

章程未規定或總會無決議時，其贖餘財產應歸屬何人，各國立法例頗不一致。有定爲歸屬於設立

人或其繼承人者；有定爲應依與法人目的事業相類之方法處分之者；有定爲應歸屬於國庫或地方公共團體者。本條第二項定爲屬於法人住所所在地之地方自治團體，使得經營類似之地方公益事業，期合設立人之原意。惟地方自治團體於財產歸屬後有自由處分使用之權，非以用於特種公益事業爲限制之條件。

章程規定或總會決議之贖餘財產歸屬人，於法人存續中對於法人之財產並無何種之既得權，不過有一種期待權或希望權，與承繼開始前繼承人之地位相似，得因變更章程或變更決議而失其地位。惟如其取得有特別之原因時，自當別論。

財產之歸屬人於法人清算中對於法人之贖餘財產其所有之權利，祇有請求移轉之債權乎？抑因法人之解散而即取得其所有權乎？學者之主張雖不一致，應以前者之見解爲當。蓋法人於清算中視爲存續，仍爲權利義務之主體，其贖餘財產須於清算人爲移交時方移轉於歸屬人也。

二款 社

第二款 社團

本款爲關於社團法人之特別規定。社團法人者以人之集合爲基礎而成立之法人也（見本節總註）不曰社團法人而曰社團者，以其在未成立前尙未取得人格不能稱爲人，在已成立後則其爲法人

自無疑義，故簡稱之也。

四五條

營利社團
之設立

第四五條 以營利爲目的之社團其取得法人資格依特別法之規定

以營利爲目的之社團，即所謂營利法人，以分配其經濟上利益於社員爲其最終之目的者也（見本節總註。）營利法人之發達，於社會經濟關係至鉅，如嚴其限制，有礙社會事業之進步，故於其設立，不妨稍從寬大，通常以僅取準則主義爲已足，不必兼以許可爲條件。且種類繁夥，性質不一，以規定於特別法中爲宜。其於設立以外之事項，如特別法中有規定時從特別法，如特別法中無規定時則從本法。

營利社團
之例

營利法人之例，若商事公司，及以農業、漁業、林業、鑛業、消費合作相互保險及營其他各種之原始生產業爲目的等社團均是。其非商事公司之營利社團，或以與商事公司對照而稱爲民事公司，若鑛業公司、漁業公司等是也。

四六條

公益社團
可設立之許

第四六條 以公益爲目的之社團於登記前應得主管官署之許可。

以公益爲目的之社團，即非以分配經濟上利益於社員爲其最終目的，而以有關於發展公益爲其目的之社團也（參觀本節總註。）其例不勝枚舉，如以關於政治、宗教、慈善、學術、技藝、社交等事項爲其目的之社團皆是。此等法人以其與公益有關，於其設立，不得不嚴其限制，故以登記爲其成立之條件外，（三〇條）於登記之前，尤以得主管官署之許可爲必要，即兼採準則與許可兩主義者也（參觀本節

總註。）

主管官署者，管理法人的事業之行政官署也。例如宗教、公共衛生、社會救濟、移民等事務之屬於內政部管理，學術及教育等事務之屬於教育部管理是也。故如設立以移民爲目的之社團，須得內政部許可；設立以研究學術爲目的之社團，須得教育部許可。如一社團有數個之目的而不隸屬於同一行政官署主管時，須得數個主管官署之許可。例如以研究學術之社團同時亦以宣揚宗教爲目的者，並須得教育內政兩部之許可，以行政官署於權限以外無爲許可之權也。然依於官制之所定，如主管官署委任於其指揮監督下之地方行政官署使其爲設立之許可者，亦非無效。

許可者，行政行爲也。主管官署應否爲設立之許可，得斟酌一切情形定之。而社團之目的事業是否違反公益及其有無完善之章程及組織，尤有審查之必要。主管官署於爲許可時，並得附以一定之條件。若社團違反設立許可之條件，主管官署得隨時撤銷其許可（三四條。）

設立人之訂定章程（即設立行爲），主管行政官署之許可，及主管法院之登記，俱爲公益社團成立法人之要件。訂定章程後雖有許可而未爲登記，固不能取得人格，未得許可而逕行登記，登記官署應駁斥之，即誤爲登記，亦無成立法人之效力（參觀第三〇條註。）已成立後主管官署因其違反設立許可之條件而撤銷其許可時，縱未消滅其登記，亦爲喪失權利能力之原因（參觀三四條註。）

本條規定於在中國設立事務所之外國社團準用之。（民法總則施行法第一三條）

第四七條 設立社團者應訂定章程其應記載之事項如左

一 目的

二 名稱

三 董事之任免

四 總會召集之條件程序及其決議證明之方法

五 社員之出資

六 社員資格之取得與喪失

設立人

社團之成立，係以人之集合為基礎，故須有設立社團之人。至設立人之為自然人或法人，則非所問。故甲法人亦得為乙法人之設立人。設立人之人數無限制，有二人以上即為已足。

設立行為

設立人為設立社團起見，須有設立之行為，而設立行為之內容，須訂定社團之基本規則，即所謂章程是也。章程之訂定，係基於設立人共同之合意，為設立法人不可缺少之行為，應以書面之方式為之，且必須記載本條列舉各款之事項，故為要式之法律行為（第四章總註。）

章程記載
之事項

本條列舉各款之事項，爲社團章程必須記載之事項，苟缺其一，卽無章程之效力，故爲必要之記載事項。此外之事項，如設立人之以記載於章程中者，則爲任意之記載事項。任意之記載事項，其記載與否，一任設立人之自由，與章程之效力無關。惟如爲記載以後，則將來變更時，不得不依變更章程之手續爲之。

必要之記
載事項

必要之記載事項卽：

(一)目的 目的爲法人精神之所寄，就其事業之範圍，須爲明確之記載，例如本社團以促進國際永遠和平或以研究音樂爲目的，不當僅泛載爲促進公益或研究學術。

(二)名稱 法人之有名稱，與自然人之有姓名同，皆所以標明其獨立之存在，而爲人格權之一種。例如本社團之名稱爲中西音樂研究會是也。

(三)董事之任免、董事對內爲執行機關，對外爲代表機關，得人與否至關重要，故於其資格人數任期條件選舉免職等事項，均應爲詳細之規定，以資將來之遵守。

(四)總會召集之條件程序及其決議證明之方法 總會爲社團之最高機關，故章程於其召集之條件程序及其決議證明方法，須爲必要之記載。召集之條件與程序，例如總會之召集應由董事於開會一星期前證明會議之目的處所及日時以郵信或登載某種報紙通知於各社員爲之，其在臨時總會如

有全體社員十分之一以上之請求，董事不於一個月內召集經法院之許可而召集者，應以同一之方法爲之等是也。決議證明之方法，例如總會之決議，書記應記載於會議錄證明之是也，總會之決議如違反章程之規定時，不同意之社員得於決議後三個月內請求法院宣告其決議爲無效（五六條。）

（五）社員之出資 社團之能爲活動，賴有社員之出資，故於其社員出資之數額次數方法期限種類等重要事項，應規定於章程，以免日後之爭議。例如本社團通常社員每年應交社費二元，特別社員每年應交社費十元，但特別社員如一次交付社費百元以上者，嗣後得免再交社費是也。

（六）社員資格之取得與喪失 社團之成立，以社員爲基礎，故關於如何而取得社員之資格，何時而可以退社，有何過失而可以開除，宜以章程預定之。例如本社團除設立人當然爲社員外，凡贊同本社宗旨經社員二人以上之介紹，得入社爲社員，社員退社須於事務年終或於三個月前預向董事通告，社員如有不名譽行爲或借本社名義在外招搖者，得經總會之決議開除之是也。

任意之記載事項，法律並無限制，凡有重要關係之事項，設立人均得記載於章程中，以便遵守而免將來之輕易變更。例如關於董事代表權及其執行職務之限制，主事務所分事務所之所在地及其個數，選任清算人之方法，賸餘財產歸屬人之指定，及除第五〇條至第五八條外關於組織上及社團與社員間其他之特別規定，及其他之重要事項等皆得記載之。

任意之記載事項

設立行為
不合法而
已登記時
其效力如
何

設立社團
行為之性
質

設立行為既爲設立法人必要之要式行為，如未訂定章程或章程不備要件時，主管行政官署應不爲設立之許可登記，法院應拒絕爲設立之登記，縱誤爲登記並已得主管官署之許可，以其不合必要之準則，不得爲有效成立，此爲本總則兼取準則主義當然之結果，在他國亦有相當之判例（如日本東京控訴法院大正十一年判決見法律新聞二〇二九號五頁。）

設立社團行為之性質，學說有三：（一）契約說，（二）單獨行為說，與（三）共同行為說。設立社團行為須有意思表示之合致，與契約相同。然契約係成於相對的意思表示之合致，而設立社團行為則成於平行的意思表示之合致。例如在買賣契約買主欲得貨，賣主欲得價，其意思表示雖屬合致，惟其利益相反，其方向則爲相對的，而在設立社團行為，設立人同欲設立社團，其意思表示固屬合致，而其方向則爲平行的，故非契約也。在設立社團行為，設立人之意思表示其方向爲一面的，與單獨行為相似，然單獨行為乃由一個之意思表示，即可發生法律上之效果，而設立社團行為，則須設立人之合意，故非單獨行為也。近時學者對於設立社團行為之性質，多採共同行為說，蓋共同行為成立於二個以上平行的意思表示之合致，設立社團行為，亦須由二個以上意思表示之合致，且其方向亦爲平行的，適合於共同行為之定義也。雖然，設立行為不當與設立行為前之準備行為相混，緣設立人與設立人之間，往往於訂立章程以前，預爲設立法人之契約，設立行為之共同行為與準備行為之契約雖然爲二個之行為，不能混

而爲一也。

本總則施行前已成立之公益社團，其代表人依本條作成之書狀，於施行後六個月內呈由主管官署核定者，與章程有同一之效力。惟其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時，於核定前應命其變更（民法總則施行法六條）。

四八條

第四八條 社團設立時應登記之事項如左

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

九 定有成立時期者其時期

社團之登記由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之並應附具章程備案

社團設立
時應登記
之事項

法人非為設立之登記不得成立（三〇條）。登記時應將其基本之事項活動之機關場所等詳細載入登記簿，以公示於衆，故於應登記之事項特設本條第一項以列舉之。其第一至第五款之事項為必須登記之事項，第六至第九款事項則不存在者不得為登記，惟於存在時則必須登記之，亦有稱之為任意登記事項者，然非正確也。本條第一項非限制之規定，此外重要之事項，如認為有登記之利益時，亦得登記之。

為設立之登記時，董事業已選任，故應由董事為之。聲請書除應備載第一項各款事項外，並應附呈章程以備查考。登記之主管官署為事務所所在地地方法院，見三〇條註。如聲請書不備本條第一項各款事項時，登記法院得廢斥之。如僅登記其一部之事項時，不能發生登記之效力。然非以同時登記為必要，如為數次之登記，以補足其事項者，於補全時發生其效力。

本總則施行前已成立之公益社團，其代表人依前條規定作成書狀，於施行後六個月內呈經主管官署核定者，亦應於二十日內依本條規定聲請登記（民法總則施行法七條）。

第四九條 社團之組織及社團與社員之關係，以不違反第五十條至第五八條之規定為限，得以章程定之。

章程關於
社團組織
及社團與
社員關係
之規定
係任意之
規定

第五〇條至第五八條皆為關於社團組織及社團與社員間關係之規定，有強行之性質，章程不得違反之，如有違反規定時，則關於該部份章程之規定為無效。惟各社團目的不同，性質殊殊，事務有繁簡之別，規模有大小之異，於其組織及社團與社員間關係，如於法律規定外不許其有因宜適便之訂定，非所以促社團事業之發展，故使其以不違反第五〇條至第五八條強行各規定為條件，得於章程內為特別因宜之訂定，但不得違反社團之本質與公益而已。例如關於社團之組織，章程得於總會董事外別設監察顧問等機關；關於社團與社員間關係，章程得訂定贖餘財產之歸屬，限於特別之社員；或社員於總會行使表決權時，不得委任非社員之代理人等是也。

第五〇條 社團以總會為最高機關。

左列事項應經總會之決議。

- 一 變更章程。
- 二 任免董事。
- 三 監督董事職務之執行。

總會

四 開餘社員，但以有正當理由時爲限。

總會爲社員全體所組織，爲決定社團之意思必要並最高之機關也。分言之如左：

(一)總會爲社員全體所組織之機關 社員全體所組織者，非謂必社員全體之出席並行使表決權總會方得成立之意，蓋必社員之全體於總會之決議皆有表決之權，並皆有行使表決權之機會者，方爲有效成立之謂。故社員之表決權，不得以章程或總會之決議剝奪之。又如總會之召集僅通知一部分之社員，非通知社員之全體，俾社員之全體同有行使表決權之機會者，其總會即非有效成立。惟如總會決議之事項，與該社員有權利爭執之關係者，該社員應無表決權，此爲當然之例外。(參觀五二條註)

(二)總會爲決定社團意思之機關 董事雖亦有決定發表社團意思之時，(二七條註)然董事爲總會所選任於對外代表時有爲之之時而已，非直接決定社團意思之機關也。總會之決議，方爲社員直接之意思。其決議雖成於社員之表決，然非各個社員之意思，而爲社團之意思。故總會爲社團之機關，而非社員之機關。惟總會雖爲決定社團意思之機關，然非實行意思之機關，總會決定社團之意思後，仍由董事執行之，代表之，故實行意思之機關爲董事，而非總會也。

(三)總會爲社團之必要機關 社團係以人之集合爲基礎，故性質上必須有社員總會之存在，總會爲社團之意思機關，董事爲社團之執行及代表機關，皆爲社團所不可缺少者。惟財團係以財產之集

合爲基礎，故性質上不得有總會之存在，此社團與財團組織上最大之異點也。

(四)總會爲社團之最高機關。總會之決議，即法人之意思，除有無效之原因外，董事及其他之機關有服從之義務。換言之，總會得指揮並監督董事及其他之機關。總會之於社團，有類似於民主政治國家之國會或全民會議之地位，故爲社團最高之機關。

總會之事
理事事項

總會既爲社團之最高機關，凡社團之一切事務，除依章程或決議已委任於董事或其他之機關者外，均應依其決議行之。然有特種之重要事項，性質上不得委任於他機關者，是爲總會專屬之事項，如依章程之規定或總會之決議以之委任於他機關時，其規定及決議爲無效，受委任之機關不得有其權限。即本條第二項列舉之四款是也。

(甲)變更章程。章程爲社團之根本規則，然依社團事業之發展及情事之變遷，不能不許其變更。猶之國家之憲法不能不爲修訂也。惟變更章程必須經總會之決議，其決議須以全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或以全體社員三分之二以上書面之同意爲之。(五三條一項)在受設立許可之社團，並須得主管官署之許可。(同條二項)其程序較爲繁重而已。但總會雖得以決議變更章程，其在章程未變更以前，關於章程規定之事項，爲違反章程之決議者，其不同意之社員，得於決議後三個月內，請求法院宣告其決議爲無效。(五六條)爲執行機關之董事並得不爲執行。(見五六條註)

(乙) 任免董事 董事為社團之執行機關，又為代表機關，得人與否，至關重要，故任免之權，專屬之總會，惟得以章程規定其資格任期及免除之事由等。如章程已有規定，則任免之時，須依其規定。選任董事行為之性質，見第二七條註。被免任之董事，如有契約上權利時，仍得本於契約以行使其請求權。任免董事之決議，以出席社員過半數決之。(五二條一項)

(丙) 監督董事職務之執行 董事之職務，及其能否為適當之執行，甚屬重要，應由總會之決議以監督之。然總會非常設之機關，為便於監督起見，不妨依章程之規定，別設監察之機關，使得隨時為檢査以報告於總會，而使總會得因其報告以為監督上之決議。監督董事職務執行之決議，以出席社員過半數決之。(五二條一項)

(丁) 開除社員 社員一經入社，如不問因何種情事，永不能使其出社，於社團至為不利，故如有正當之理由時，應使總會得以決議開除之。所謂正當理由即如不為開除有妨害社團利益之情事也。惟何種情事方可為開除社員之正當理由，得依章程規定之。若無正當理由而為開除之決議時，即為違法之決議，被開除及其他不同意之社員，得依第五六條規定，於決議後三個月內請求法院宣告其決議為無效。開除社員之決議，亦以出席社員過半數決之。(五二條一項)

總會之決議，為決定社團意思之方法，非社員間之契約。而於事實上有僅為社團之觀念表示者，有

假決議

包含意思表示者。包含意思表示之決議。其意思表示有爲契約之組織分子者。如選任董事之決議。有非爲契約之組織分子者。如變更章程之決議是。而總會之能否爲決議。應以總會是否合法成立爲前提。如總會未經召集或其召集之手續違反法令章程。固不得爲有效成立。且法律對於出席足額人數雖無限制之規定。故不問社員總數若干有二人以上之出席即可成立。然如章程訂定須有社員若干以上之出席方爲足額而出席員數不能滿其定額時。總會亦不能成立。從而不得爲有效之決議。即所謂流會是也。惟於流會時往往經到會社員之表決有所謂假決議者。假決議非法律上之決議。不經總會之追認。無法律上之效力。

五一條

第五一條 總會由董事召集之

如有全體社員十分一以上之請求表明會議目的及召集理由請求召集時董事須召集之

董事受前項之請求後一個月內不爲召集者得由請求之社員經法院之許可召集之

定期總會
與臨時總會

總會有定期總會及臨時總會之分。定期總會一稱通常總會。即有一定之時期之總會。或每年一次。

第二章 人

或每半年一次，任由章程定之。臨時總會即非定期之總會，因臨時之必要，或於社團有利益時隨時召集之。

召集

召集者，對於社員爲開會之催告，總會成立之第一要件也。社員非經召集，而爲偶然之集合，不得爲總會，即不得爲有效之決議。召集之方法，應依章程之所定，或對於社員爲各別之通知，或登載新聞紙雜誌以公告之。其通知之時期，或依章程之規定，須在開會若干日以前，若章程未爲規定時，應依召集者認爲得使各社員知悉之適宜方法，於相當則期以前爲之。如召集不合法，其總會非有效成立，所爲決議，得爲宣告無效之原因。（參觀五六條註）

董事爲執行業務常設之機關，故雖爲總會所選任，然總會之召集，則應由董事爲之。惟如有全體社員十分之一以上認爲有召集之必要，或於社團有利益時，得表明會議之目的及召集之理由，請求董事召集之。董事受其請求，有召集之義務，如於一個月內不爲召集時，請求召集之社員得經法院之許可，自行召集之。此時如有損害，以董事違背法律上義務，得對之行使求償權。

五二條

第五二條 總會決議除本法有特別規定外以出席社員過半數決之

社員有平等之表決權

決議之方法

總會決議之方法，有主張應以表決權之絕對多數決之者，即應以社員全體之過半數決之，然總會

之開會，既不能必全體社員之出席，如須以絕對多數決之，勢必發生困難，於社團業務之進展，即有妨礙之虞，故本條規定，除本法就特種事項有特別之規定（五三條五七條）外，應以出席社員過半數決之。但除章程有禁止之規定外，社員得不親自出席，委任代理人表決之。總會於代理人表決之先，得令其提出授權之憑證，以明其有代理之資格。

社員

社員者，組織社團之自然人，或法人。或即為社團之設立人，是為當然之社員；或於社團成立後因入社而為社員者。入社之手續如何，及須備何種之資格等，宜以章程規定之。如無規定時，應於總會決議之。（前大理院三年上字第九〇一號判例）若章程為禁止入社之規定時，則非變更章程不得為入社之決議。社員雖為組織社團之分子，然社團法人雖社員而有其人格，故社員之人格，非即社團之人格；社團之權利義務，非即社員之權利義務；社員不得以自己之名行使社團之權利，亦無庸以自己之財產清償社團之債務。如依章程之規定，社員得以自己之名行使社團之權利時，是其權利為社團與社員所共有者。如章程規定社員須以自己之財產清償社團之債務時，是其債務為社團與社員所共負者，或為連帶，或為保證，依其規定之內容定之。

社員依法律章程之所定，有種種之權利義務，與社員之地位相終始，總稱其權利為社員權利，總稱其義務為社員義務。

社員權

社員權因於入社而取得，因於社員之死亡退社除名而消滅，係以社團構成分子自己之人格爲客體，故爲人格權。除章程有特別之規定外，不得轉讓或繼承之。有普通社員權與特別社員權之分，凡一切社員均得享有之權利，爲普通社員權，如爲特定之社員本於特別之原因所有特種之權利，爲特別社員權。

普通社員權

普通社員權依法律所規定者，如請求召集總會之權利（五一條二項三項）及本條第二項所規定之表決權是也。此外若閱覽社團圖書籍之權利，利用社團俱樂部之權利等，皆得依章程規定之。凡依法律及章程一切社員皆得享有之權利，皆普通社員權也。惟公益社團之社員，無請求分配經濟上利益之權利，對於社團之財產，並無持分，故無分割之請求權，退社或開除之社員，亦無返還出資之請求權。（參觀五五條一項）蓋違反公益法人之性質也。惟得依章程之規定或總會之決議以社員之全體依平均之分配，爲社團解散後賸餘財產之歸屬人。（參觀四四條一項）普通社員權除法律有特別規定外，如根據於總會之決議者得以總會決議變更之，如係章程所規定者得因章程之變更而變更之。

普通社員權中之表決權

社員權中最重要者，厥爲表決權。表決權者，社員於總會中參加決議之權利也。各社員應一律平等，不能以章程或總會決議變更之，即每一社員有一表決權，不得以章程或總會決議以剝奪之或輕重之也。表決權爲社員地位之表見，僅有出資義務而無表決權者爲單純之捐助人而非社員，然決議之事項，

如與特定之社員有權利之爭執時，該社員不當有表決權，蓋免利害衝突之社員，濫用其權利而使總會
有健全之決議計，理論上當然之結果，且與表決權平等之原則，亦非違反也。惟關於營利法人之特別法
中，不乏以出資之多寡為表決權多寡之例，如股份有限公司之股東以每一股有一表決權為原則也是。

（公司法第一二九條）

行使表決
權之性質

表決權之行使，為足以發生私法上效果之意思表示，故為法律行為，無行為能力人之表決權應由

法定代理人代之，限制行為能力人行使表決權應得法定代理人之同意。特別社員權為特定之社員

特別社員
權

本於特別原因所特有之權利，例如減少出資之權利，優先任董事之權利，及贖餘財產限定歸屬之權利
等是也，特別社員權非得權利人之同意，不得以總會之決議或變更章程之方法以侵奪之。社員義務之

社員義務

最重要者為出資之義務，社員之出資為章程必要記載之事項，（四七條五款）然非以平等為必要，得
以章程區別之，且不妨於特種之社員全免其出資之義務。如章程於出資之多寡比例未為規定時，應依
社團之目的及其業務所需要各社員按平等之比例負擔之。出資之期限次數定為每若干時一期，或定
為一次數次，出資之種類或以金錢，或以其他之財產，或以勞務，皆得以章程規定之。章程關於出資之規
定，並得依變更章程之方法變更之。

五三條

第五三條 社團變更章程之決議應由全體社員過半數之出席出席社員

第二章 人

四分之三以上之同意或有全體社員三分之二以上書面之同意

受設立許可之社團變更章程時並應得主管官署之許可

變更章程

章程爲社團之根本規則，不宜輕易變更，然因社團業務之狀況時勢之變遷有變更之必要者，除其變更違反法律之強行規定或社團之本質，如廢除總會完全撤廢事務所以決定開除社員之權授之董事以決定任免董事之權授之特定之社員或未經有權利者之同意剝奪社員之特別權等解釋上不得發生效力外，應設其變更，以適應新環境與新需要。

變更章程者，變更記載於章程之規定也，不問爲更改，爲增入，爲刪除，爲附註；又不問爲實質之變更，變更規定之事項，抑爲形式之變更修改規定之字句，亦不問爲必要記載事項之變更，或爲任意記載事項之變更，（參觀四七條註）皆爲章程之變更，應適用本條之規定。

目的得變更字

社團之目的，爲章程規定之一事項（四七條一款）故目的之變更，亦章程之變更也。或有謂目的爲法人之生命，變更目的，無異使舊法人消滅而另成立一新法人，故應得社員全體之同意者，此以法人之目的，比之自然人之生命，不脫擬制說之窠臼，而不知因於一定目的存立之活動主體，嗣後擴張或變更其活動之範圍，不得解爲喪失其人格之同一性。隨時勢之進展，使得依通常變更章程之方法以變更其目的，實爲社團彈力性之特色。

禁止變更之規定得變更乎

章程如有禁止變更之規定時，仍得變更之乎？此項規定，要不外爲規定之一，不得解爲絕對不得變更，以減失社團之彈力性，而阻礙其事業之發展也。蓋既亦爲章程規定之一，法律對之又無特別之規定，遇有必要或於有益時，自得仍依本條之規定以變更之。

變更章程之方法

變更章程，事屬重要，爲應經總會決議之事項，（五〇條二項一款）且其決議，不應以出席社員過半數之通常方法決之，依本條第一項其方法有二：

（一）全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意。

（二）全體社員三分之二以上書面之同意，蓋以社員之個人各有業務，且在公益社團社員之於社團無密切之利害關係，須過半數之出席，事非易易，故使得省略召集之形式，以全體社員三分之二以上書面之同意代之，或稱之爲略式總會。

變更章程之許可及登記

在受設立許可之社團，章程規定之事項，爲設立許可之條件，若使其於受設立許可之後，得擅爲變更，則國家監督權之效用，勢必變爲有名而無實，故以得主管官署之許可爲必要。主管官署之許可，爲受設立許可社團變更章程發生效力之要件，在未得變更之許可以前，雖有總會之決議，不生變更之效力。變更章程時如包含登記事項之變更時，應爲變更之登記，於爲變更之登記以前，不得以其變更對抗第三人。（三一條）

五四條

第五四條 社員得隨時退社但章程限定於事務年度終或經過預告期間始准退社者不在此限

前項預告期間不得超過六個月

社員之退

退社者，社員自動與社團脫離關係以喪失其社員之地位也。社員於入社後，如永不許其退社，無異剝奪其一部分之自由，有背於公共利益，故本條第一項規定，社員得隨時退社。但如章程對於退社之時期及應否預行告知有規定者，為社團之利益計，社員之退社，應從其規定。惟章程規定之預告期間不得超過六個月，若超過於六個月時，社員如已為六個月期間之預告，即不能不許其退社。告知之方法，得向董事為之。

五五條

第五五條 已退社或開除之社員對於社團之財產無請求權但非公益法人其章程另有規定者不在此限

前項社員對於其退社或開除以前應分擔之出資仍負清償之義務

退社或開除之效果

合夥員於脫離合夥時得請求返還其持份（六八九條）蓋合夥為合夥員間之契約關係，無獨立之人格。社團則為法人社團之財產其所有權屬於社團，非屬於社員，故社員於退社或開除時，對於社團之財產無請求權。惟非以公益為目的之法人，其章程另有規定者，應從其規定。蓋此項法人率以分配其

經濟上利益於社員爲其最終之目的，社員於入社時，往往以將來得享分配財產之利益爲其條件，且從其章程之規定，使退社或開除之社員有請求權，亦無礙於公益。

社員於退社或開除時，與社團脫離關係，社員權隨社員之地位以喪失，故在營利法人社員因退社或開除而不得分配社團嗣後之利益。社員於退社或開除以後，不問爲公益社團或營利社團，皆不負出資之義務。然社員於退社或開除時已應分擔之出資，則因其對於社團出資之債務已成立於退社或開除以前，故仍使負清償之義務，庶不致害及社團之基礎。

五六條

第五六條 總會之決議有違反法令或章程者對該決議原不同意之社員得請求法院宣告其決議爲無效

前項之請求應於決議後三個月內爲之

本條所規定者爲宣告決議無效之訴，其要件如左：

宣告決議無效之訴
(一)其要件

(一)須總會決議違反法令或章程 所謂總會決議違反法令或章程者，不惟指決議之自身爲違反法令或章程，即總會召集之程序或其決議之方法違反法令或章程者亦在其內，至其決議是否違反社團之利益，在所不問。

(二)提起此訴者爲原不同意之社員 即提起訴訟者必爲社員，而該社員於爲決議時必未爲贊

同之表決者。未出席之社員，並未由代理人爲贊同之表決者，亦得提起之。若當時曾爲贊同表決之社員，縱其後認其決議爲違反法令或章程，不得提起之。至起訴者是否爲充任董事之社員，抑非充任董事之社員，及於討論之時是否有反對之陳述，皆所不問。

(三)須決議後三個月內爲之。蓋總會爲決議後，苟非顯然違法，董事有執行之義務。若逾時已久，仍得提起宣告無效之訴，則董事本於決議所爲之行爲常在不穩定之地位，有害社團之利益，故本條第二項規定應於決議後三個月內爲之。逾期起訴，法院應駁回之。

(四)其效
宣告決議無效之訴其效果如後：

(一)宣告決議無效之訴，雖已提起，然未有確定之判決，其決議之是否無效，尙未可知，故董事得繼續執行，無中止之義務。但因執行決議，恐將來宣告無效後，有不可回復之結果時，董事亦得斟酌情形，中止其執行。若董事認其決議在應宣告無效之列已顯明者，則應以自己之責任中止之。

(二)宣告決議無效之訴，如法院認爲無理由而爲駁回之判決，則其決議經確認為有效；如法院認爲有理由時而爲宣告無效之判決，則其決議爲自始無效者，非在判決前有效至判決後始歸無效也。

(三)宣告決議無效之訴關於實體上之確定判決，有絕對之效力，卽不僅對於訴訟當事人間發生效力，對於訴訟當事人以外之第三人亦有其效力。蓋決議之有效無效，不能有兩可之性質，對於社團各

社員及利害關係人性質上爲必須合一確定者，與通常之訴訟不同也。

(四)宣告決議無效之判決僅有消極之效力，即其效果與總會未爲決議同，如總會就其事項有爲決議之必要者，須另爲之，不能以宣告決議無效之判決確定其決議也。

五七條

第五七條 社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之

解散之可決

社團因於社員之意思而設立，自得因於社員之意思而解散。惟社團之解散，如須全體社員之同意，則難保無一二之社員故意阻撓以圖其私利。此時大多數社員認爲有解散之必要，僅因至少數社員之不同意而必使其繼續業務，事實上至感困難，故本條規定得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散。此項可決，不論以何種方法爲之皆無不可，不必具總會決議之形式，即雖未經召集，社員因偶然之集合爲解散之可決，或各自以書信電報爲解散之可決，皆爲有效，亦不必再經主管官署之許可。如其可決附有條件或期限時，雖有主張無效者，但無可採之理由。

五八條

第五八條 社團之事務無從依章程所定進行時法院得因利害關係人之聲請解散之

無從依章程進行之解散

社團之事務無從依章程所定進行時，如章程所定之目的顯然不能成就，或因社員無出資之能力，或因社團財產之缺少不能進行其業務，或董事構成員缺額又不能依章程所定之要件以爲補充之選

任等是也。除在不能進行以前，已依變更章程之程序變更其規定外，為保護社團之利害關係人起見，使法院得因利害關係人之聲請以解散之，免受意外之損失。但其解散如無利害關係人之聲請，法院不得依職權為之，即有聲請，社團之應否解散，法院仍有斟酌之餘地。

三款 財

第三款 財團

本款為關於財團法人之特別規定，財團法人者即以財產之集合為基礎而成立之法人也。因無社員，不能有營利法人。（參觀本節總註）不曰財團法人而曰財團者，意與前款不稱社團法人而稱社團同。（參觀前款總註）

五九條

第五九條 財團於登記前應得主管官署之許可

財團之設立皆有關於公益，故亦以登記及主管官署之許可為其成立之要件，與以公益為目的之財團設立之許可

社團同，何者為主管官署及許可之性質，皆見第四十六條註。

本條規定於在中國設事務所之外國財團準用之。（民法總則施行法第一三條）

六〇條

第六十條 設立財團者應訂立捐助章程但以遺囑捐助者不在此限

捐助章程應訂明法人目的及所捐財產

設立人

財團亦須有設立人，至設立人之爲數人或一人爲自然人或法人則所不問。

設立行爲
爲必要手續

關於財團之設立行爲與捐助行爲理論上本可分而爲二，然實際上常合併爲一，捐助行爲恆即已合設立行爲也。捐助行爲者，以設立財團法人爲目的，將特定財產爲無償處分之單獨行爲也。於爲捐助之時，法人尙未成立，故爲無相對人之單獨行爲。以生前之處分爲捐助行爲者，須訂立捐助章程，且捐助章程必須訂明法人之目的及所捐之財產；以死後之處分爲捐助行爲者，應依遺囑之方式，故爲要式之單獨行爲。生前之捐助行爲以其爲單獨行爲，故與贈與之爲契約不同。死後之捐助行爲，以其爲行爲時無相對人之存在，故與有相對人之遺贈有別。

捐助行爲
以提供一
定之財產
爲必要手續

捐助行爲係由兩個之意思表示組合而成：一爲設立一定之法人；一即捐出一定之財產。惟捐助行爲是否以提供一定財產爲必要，學者尙有爭議。或謂財產之於財團固甚重要，然捐助者雖未提供一定之財產，尙有取得財產之方法時，亦不妨成立爲財團，故捐助行爲不以提供一定之財產爲必要。然多數學者，則以爲財團之成立，係以財產之固定體爲基礎，如無一定財產之提供，即根本上不能成立爲財團，故捐助行爲係以提供一定財產爲必要之條件。惟提供一定之財產，不必爲現實有形之財產，即無形財產如設立人負擔捐出定期金之債務，或指定其他一定之財源使財團有要求之權利時，亦爲一定財產之提供。如設立人或其他之義務者不履行出資或其他之債務時，財團之董事得對之要求其履行。但若

捐助行為
得撤銷乎

僅有取得財產之希望，而無財產之存在者，不得成立為財團。

捐助行為如具有法定撤銷之原因者，不問已否得設立之許可，有撤銷權之人，得行使撤銷權，不成問題。如無法定撤銷之原因時，立法例有定為在許可設立以前本人得自由撤銷者，然設立之許可，雖為財團成立之要件，非捐助行為發生效力之要件，捐助行為於意思表示具備法定之方式時即發生效力，無待於主管官署之許可，故無法定撤銷之原因時，捐助行為既已發生效力，以不得任意撤銷為正當之解釋。

捐助行為
得變更乎

捐助行為不得任意撤銷既如上述，基於同一之理由，除捐助行為之自身定有變更之方法者，不得任意變更之。惟為適應事實上需要起見，使法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請變更財團之組織以維持其目的或保存其財產（六三條）及因情事變更致財團之目的不能達到時主管官署得斟酌捐助人之意思變更其目的及其必要之組織（六五條）而已。

捐助章程
之記載事項

捐助章程必須訂明法人之目的及所捐之財產，否則無效，是為必要之記載事項。此外仍得依捐助者之意思於捐助章程中為關於財團組織管理及其他有關係事項之記載，是為任意之記載事項，與社團章程之有必要記載事項與任意記載事項無異。（參觀第四七條註）

捐助財產
之移轉

捐助之財產，於財團成立時當然歸屬於財團無庸再為移轉。抑財團於成立時對於捐助人僅有

原捐助人有監督權

請求移轉之權利，財產之歸屬法人尚須有移轉之行爲乎？立法例有採債權主義者，捐助入於法人成立時負移轉財產之義務，在未移轉以前仍爲捐助入所有，（德民法第八二條）我國第一次民律草案從之。（一五〇條一項）有採物權主義者，捐助之財產於法人成立時當然歸屬於法人，無庸捐助人之移轉。（日本民法第四二條）本總則對於此點未有明文規定，應依提供財產之內容定之。如提供之內容在於移轉財產時，則於法人成立時當然歸屬於法人，無庸再爲移轉，如提供之內容在於負移轉財產之債務時，則財團於成立時僅有請求移轉之債權，所捐助之財產尚須俟捐助人之移轉方歸屬於財團也。

設立入於財團成立後在原則上與財團無若何之關係，前大理院迭次判例（三年上字第五九五號五年上字第二五五號同年上字第二八六號同年上字第五〇八號同年上字第八二〇號同年上字第八二二號八年上字第七七五號九年上字第五八號）對於原捐助入認其有監督顧問之權，實因當時民法尚未頒行，監督之機關未臻完善，故爲適應當時情形之解釋，本總則既規定受設立許可之法人其業務屬於主管行政官署監督，（三二條）則此項判例自不能再爲適用。惟爲維持財團之目的或保存其財產捐助入得聲請法院變更其組織，（六三條）主管官署因情事變更致財團之目的不能達到時得斟酌捐助入之意思變更其目的及其必要之組織或解散之，（六五條）原捐助入要不能逕自監督顧問或有其他之權利。

本總則施行前已成立之財團，其代表人依本條作成之書狀，於施行後六個月內呈由主管官署核定者，與章程有同一之效力。如主管官署認其有違背法令或為公益上之必要時，於核定前應令其更正。

（民法總則施行法六條）

六一條

第六一條 財團設立時應登記之事項如左

- 一 目的
- 二 名稱
- 三 主事務所及分事務所
- 四 財產之總額
- 五 受許可之年月日
- 六 董事之姓名及住所
- 七 限制董事代表權者其限制
- 八 定有存立時期者其時期

設立財團
登記之事
項

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

設立財團登記之事項與設立社團登記略同，其性質及效力亦與設立社團之登記無異，參觀第四
八條註，茲不贅述。

本總則施行前已成立之財團，其代表人依前條規定作成書狀於施行後六個月內呈經主管官署
核定者，亦應於二十日內依本條規定聲請登記。（民法總則施行法七條）

六二條

第六二條 財團之組織及其管理方法由捐助人以捐助章程定之捐助章
程所定之組織不完全或重要之管理方法不具備者法院得因利害關係
人之聲請爲必要之處分

法院之必
要處分

捐助章程以訂明財團之目的及所捐財產爲已足，（六〇條二項）關於財團之組織及其重要之
管理方法，如事務所董事之任免及名稱等，雖非捐助章程必要之記載事項，然如章程已爲規定時，爲尊
重捐助人之意思起見，自應從其規定，如其規定不完全或不具備者其捐助行爲並非無效，惟應使利害
關係人得聲請法院爲之補定或爲其他之處分以免捐助人空懷好義之心。所謂利害關係人者，地方公
益團體亦在其內。又依前大理院判例（三年上字第一一五二號）若捐助章程關於重要之管理事項

遺漏未載如有成規實行多年爲各利害關係人所確守者，亦不得以章程無明文而否認其存在。

六三條

第六三條 爲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

組織之變更

法人之組織同應從章程之規定，然從其規定不能達法人之目的或保存其財產時，其在社團得由總會依變更章程之方法以補救之，但在財團無社員總會之存在，若無變更之方法，是使財團趨於絕滅之途，故本條使捐助入董事或利害關係人得聲請管轄法院變更其組織。例如財團之目的事業甚爲繁重，董事一員不能執行其業務，得聲請管轄法院增加其員數；又如財團之財產數額甚鉅，或曾發見董事有不適當管理之行爲，得聲請法院另設監察人是也。

六四條

第六四條 財團董事有違反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

行爲之宣告無效

董事爲執行機關，其行爲不得違反章程之規定。其在社團因有總會爲最高之機關，對於董事之行爲得時施監督，然在財團無類似總會之機關，董事易於爲違章之行爲，故本條使利害關係人得聲請管轄法院宣告其行爲無效。

六五條

第六五條 因情事變更致財團之目的不能達到時主管官署得斟酌捐助

因目的不
易達而變
更其目的
組織或解
散

人之意思變更其目的及其必要之組織或解散之

因情事變更致不能達財團之目的，如必使之解散，或違反捐助人之本意，故使主管行政官署得斟酌捐助人之意思，或變更其目的及其必要之組織，或解散之。如捐助入僅提供財產之使用而非以所有權為捐助者，於財團目的消滅（即成就或不成就）後得收回之。（前大理院五年上字第一〇八九號判例）

第三章 物

第二章 物

私權之客體

爲私權內容受法律上之生活利益爲私權之目的，爲其對象之生活資料爲私權之客體，故私權之客體者，爲權利主體依於法律所得支配之生活資料也。私權之客體以得置於吾人支配力之下爲其特性，具此特性之生活資料皆得爲私權之客體，其有形與否爲物質上之生活資料抑爲精神上之生活資料無區別。其種類則依於各種權利而不同，約略言之，人格權之客體爲生命身體自由姓名名稱名譽節操等，身分權（親屬權）之客體爲他人之人格，智能權（著作權特許權等）之客體爲智能之出產物，承繼權之客體爲被承繼人財產之全體，債權之客體爲他人之給付，（作爲或不作爲）形成權（撤銷權解除權等）之客體爲法律關係，商號商標權之客體爲商號商標，物權之客體爲物，權利質之客體爲權利。科學日益發達，社會日益進步，得爲私權客體之生活資料亦日益繁夥，而總則特於物爲規定者，蓋以私權之客體究以物爲最重要，物權債權承繼權等無不直接或間接與物有關係也。

物之廣義

法律上之物有廣狹二義，廣義之物包括有體物與無體物而言，狹義之物專指有體物而言。有體物者，卽有體性可依吾人之感官以觸覺之物也。羅馬英美法國法例從廣義，德日法例及我民律草案從狹

義。兩義以何者爲當，應依文化及經濟上之觀念定之。近世因科學之進步，權利範圍逐漸擴張，有昔日不認爲法律上之物而今日應以爲法律上之物者，例如權利之得爲買賣或擔保之標的物，（三五〇條八八二條九〇〇條）竊取他人所有之電流者成立竊盜罪（刑法第三二三條）等，蓋各種自然力及其他之無體物，因科學之發明，漸得爲吾人所支配而以供吾人生活之資料，物之意義固不能拘拘於狹義也。

物須爲吾人所得支配

法律上之物與物理學上之物，非同其範圍，蓋法律上之物須得爲權利之客體而供吾人所利用者，故雖爲物理學上之物，如不能置之吾人權力之下而爲吾人所支配者，不得爲法律上之物，例如日月星辰之類是也。物之能否爲吾人所支配，依於時代及人智之進步而殊異，有爲昔日所不能支配者今日以科學人智之進步而得支配之，如上述之電流是也。

物須能供吾人生活之需要

物爲私權之客體，而私權之客體則爲生活之資料，故不能滿足吾人生活之需要而爲生活之資料者，非法律上之物，例如碎瓦殘石不能供建築賞鑑或其他之用者，雖爲物理上之物，非法律上之物，又如一袋之米一瓶之酒雖爲法律上之物，然如一粒之米一滴之酒通常不能滿足吾人生活之需要，故亦非法律上之物。然能供吾人生活之需要者，不必以物質的或有金錢價值者爲限。

物之成分非物

爲物之成分非有獨立之存在以供吾人生活之需要者，非物也，在原則上不得以之爲物權之客體

而處分之。如一椽之屋，一隻之舟，其組成之木片爲其成分，而屋舟所有人之所有權係存在於屋及舟之全體，非對於各木片上有多數之所有權，以其非有獨立之存在以供吾人生活之需要故也。若不動產之部分，及不毀損或變更其性質不得與動產分離之組成份子，例如書籍之紙頁，衣服之布料，家畜之毛皮等，皆爲物之成分，而不能以之獨立爲物權之客體。然如原物解體，與成分分離，其成分有獨立之一體以供生活之需要時，亦得各自成爲物權之客體，如屋毀後之木片，馬死後之毛皮是也。

人之身體
非物

昔時認奴隸爲物之一種，今日則不認之。人依精神與肉體相合而成爲權利之主體，故五官四肢髮膚軀體血肉臟腑皆爲構成權利主體之一部，而非爲權利客體之物。人對於自己之身體及他人之身體，非有所有之權，傷害人之身體時雖爲損害賠償之原因，然係侵害人格權（人之自由安全等）之結果，而非侵害所有權之結果。因於人工以與身體相連接而補充身體之效用者，如假齒假眼假手假足等於與身體相連接後，亦爲身體之一部，不得有所有權之成立。惟身體之一部與身體分離後，脫於吾人精神作用之範圍者，亦不妨以之爲物而處分之，如髮之離於膚，爪之離於指是也。以身體之一部爲於將來分離後轉讓之契約雖爲有效，若其內容有分離之債務時，其有效與否應以是否違反公共秩序善良風俗爲斷，如爲剪髮修指等契約固爲有效，若爲斷肢體及其血肉之一部爲債權擔保之契約則無效也。

屍體爲物
否

屍體是否爲物有四說：（一）屍體非物，（二）屍體爲無主物，（三）屍體爲不融通物，（四）屍

體爲承繼人承繼之物，雖應依其國社會一般之觀念解決之，然就理論言，要以第四說爲正當。蓋人身於死亡後其遺體與精神脫離而歸於物界，無不得以爲物之理由，而財產權之客體，非以有經濟之價值爲必要，自在得由承繼人承繼之列，故承繼人於不違反公共秩序善良風俗範圍以內，得爲埋葬或火葬及其他之處分，他人佔有其屍體時承繼人得對之請求其交付，如死者於生前以遺囑處分其屍體苟非違反公序良俗若爲遺贈於醫院以供解剖或爲其他有關學術之處分等均屬有效，是以屍體非必無融通之能力，至其處分之得有對價與否，亦非所問也。

物之能力

物亦有權利能力與行爲能力，得爲私權客體之能力謂之權利能力，得爲變易客體之能力謂之行爲能力。行爲能力一稱交易能力，亦稱融通能力。不得爲私權客體之物非法律上之物，故法律上之物必具有權利能力。有行爲能力者必有權利能力，有權利能力者，雖以兼有行爲能力爲原則，然非必有行爲能力。物之僅有權利能力而無行爲能力者，是謂不融通物。

凡具有形體爲吾人感官所得觸覺之物爲有體物，如具有一定形體之固體，及具有不定形體之液體氣體是也。其無形體非爲吾人感官所得觸覺惟憑智能所得理解之物爲無體物，如香味色熱光線電氣聲音行爲姓名名譽權利義務等是也。現在科學發達，爲吾人所得支配足以滿足吾人生活之需要者，不問爲有體物或無體物，均得爲私權之客體，故物之意義，不得限於有體物，已如前述。

物之分類
有體物
無體物

(一)有主物與無主物

現爲所有權之客體卽所有人之物爲有主物，非爲所有權之客體卽無所有人之物爲無主物。無主物之例，若遺棄之物品，山野之鳥獸，河海之鱗介是也。動產之無主物得因占有而取得所有權。(八〇二條)惟遺失物非無主物。

(二)融通物與不融通物

兼具權利能力及行爲能力之物爲融通物，僅有權利能力而無行爲能力之物爲不融通物，卽融通物爲得爲交易之物，不融通物，爲不得爲交易之物。物以兼具權利能力與行爲能力爲原則，故通常爲融通物，例外則爲不融通物。不融通物有基於物之性質者，有基於法律之規定者，公共物屬於前者，公有物公用物禁止物及其他不得處分之物屬於後者。分述之如左：

公共物

公共物者供公眾之使用，非個人所得獨占之物，如空氣光線流水等是也。一般人皆有使用公共物之權利，苟以不當之方法妨害他人之使用者，得構成不法行爲。吾人於其分離後之一部份，雖亦得取而獨占之，惟在其自然之狀態，不得獨占而處分之，故爲不融通物。

公有物

公有物有廣狹二義，由廣義言之，爲國家及其他公法人所有物之總稱，由狹義言之，專指國家或他公法人所有物中之供於公用者。廣義之公有物中，有爲國家或其他公法人因經濟上之目的供該公法人私用之物，如國有或省有之鑛場等，以其爲公法人收益之淵源，故謂之收益財產，完全受私法之支配，得如個人處分其所有物而處分之，故非不融通物。狹義之公有物有直接供國家或其他公法人公務

之用者，謂之公務用物，如官署要塞砲臺軍艦兵營及其附屬物等是也。有供於公眾之用者謂之公衆用物，如公園公河港灣等是也。狹義之公有物，於公用廢止後，公法上之限制消滅，其所有人雖得任意處分之，然在公用繼續中，受公法上之限制，不得任意處分之，故為不融通物。

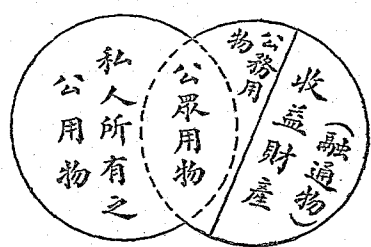
公用物

公用物者直接無條件供公眾使用之物也。有屬於國家或其他公法人所有者，同時又為狹義之公有物；有屬於私人所有者，則為非公有物之公用物。所謂直接無條件供公眾使用者，為得使用者不限於有特種資格者之義。惟於使用時徵收使用費與否，非為解決是否為公用物之標準，故如公共學校醫院圖書館公園等雖徵收入場費或使用費仍不失其為公用物。而公眾一義，則為不特定人衆之謂。然非無論何人之意，即限於一國或一定行政區域之不特定人衆，仍與公眾之義無礙。公用物之所有權雖不因公用而消滅，然其處分在公用之目的內恒受公法之限制，故為不融通物。

河川與道路

公用物之主要者為河川與道路。河川雖有公川與私川之別，然可通運之江河，應歸公有。（土地法八條一款）關於公有水面之使用應使利用者各得其平而不相侵越。（前大理院六年

公用物 公有物



上字第一八〇號判例）使用者之使用以不害及他人使用之限度爲原則，但國家對於公有水面得於例外情形限於依特別法律行爲或具有特種條件之人始許其使用，至使用水面之人因而使及岸地侵害岸上業主之土地所有權者，業主本於其所有權之效力仍得請求排除其侵害以禁止使用其岸地。（前大理院七年統字第八八四號解釋例）江河以外之流水，若湖澤鑛泉地瀑布地公共需用之水源等，皆應受同一原則之支配，（土地法八條一項二款四款五款六款）若供多數人使用之流水，因一造使用致他一造不能使用者，依前大理院判例（六年上字第一九五號）須由使用之一造酌貼費用於他一造，俾其設立工作物以全其用水之利益。

道路亦分爲公路與私路二者，關於分別公私之標準計有二說：在羅馬法以公有土地上所築之道路爲公道，以私有土地上所築之道路爲私道，即依土地之公私以分道路之公私，然今日之通說，則以供公眾之使用者爲公道，供特定人之使用者爲私道，蓋公有地或有因地役權而爲特定之個人設定通行之道路者，不得謂爲公道，私人於其所有之土地上亦得設立道路以供公眾之使用，在公眾使用繼續中不得謂爲私道，即道路之公私不應問土地之公私而應以是否供公眾之使用爲解決之標準也。敷設公道之土地雖仍屬設定人之所有，然設定人行使對於公道之所有權時，須受公法之限制，惟私人所設之公道究竟是否爲不融通物，應依關於道路之公法規定之。公眾對於公道之使用亦以平等爲原則，然亦

得因國家之許可而取得專用權，如軌道之敷設權是也。因國家許可而取得之專用權有財產權之性質，得爲轉讓之標的。

禁止物

禁止物者性質上非不得爲私權之客體，然法律爲保護公共安寧秩序及風俗起見，或禁止其收藏，或禁止其交易，即對於物之權利能力及行爲能力法律上有剝奪其全部或一部之規定是也，如猥褻之文書圖書偽造之貨幣疫死之獸肉以及鴉片嗎啡高根安洛因及其化合物料等是也。或絕對不能爲個人所有權之客體，或不能以之流轉於社會，故爲不融通物。

此外尚有因法規之所定而爲不融通物者，如應保存之古物寺廟等是也。

其他之
融通物
(四)代
替物
與不代
替物

代替物者交易上不置重於個性得以同種類同品質同數量代替之物也，反是則爲不代替物。金錢米穀油鹽布疋等屬於前者，土地房屋字畫珍寶等屬於後者，其區別之標準係由社會一般交易上之觀念定之，非物之自然區別也。其區別之實用，於債權法上最爲顯著，即消費借貸及消費寄託之標的物以代替物爲限（四七四條六〇二條）而在民事訴訟法則對於給付不代替物之債務不得依督促程序請求發給支付命令。（民事訴訟法第五〇四條）

(五)特定
物與不特
定物

特定物者謂以當事人之意思具體的指定之物，如某處之地某匹之馬是也。不特定物者謂當事人之意思僅以數量種類容積抽象的指示之物，如田若干畝馬若干匹酒若干斤是也。亦非物之自然區別，

純以當事人之意思決之。此區別易與代替物與不代替物之區別相混，然代替物與不代替物之區別，係依交易上一般之觀念決之，為客觀之區別，而特定物與不特定物之區別，則依當事人於該法律行為之意思定之，為主觀之區別。不代替物通常雖為特定物，然得因當事人之意思而為不特定物，如交易價值千元之房屋若干所是也，代替物通常雖為不特定物，亦得以當事人之意思而為特定物，如指定交易某瓶之酒某袋之米是也。特定物與不特定物之區別，其實益亦在於債權關係，如第二百零一條第三、四條等是其例也。

○消費物與不消費物

物無絕對不消耗者，然法律上之所謂消費物，則須依於通常之使用方法，因一回之使用即歸消耗致失其形體者，如米鹽油醬柴炭等，或因一回之使用物質上雖不歸消滅，然以其即為讓與對於使用人生與物質消耗同一之效果者，如紙幣等，反是如衣服器具房屋等非因一回之使用而消耗者為不消費物，然依於非常之使用方法非依於經濟上之通常用法者，縱因一回之使用致歸消耗，不得謂為消費物，如以桌椅供燃燒是也。消費物與不消費物之區別，係基於物之性質，非基於當事人之意思，然亦有因從於所屬者之種類而異其消費不消費之性質者，如書籍在於圖書館或讀者之手為不消費物，若在於書肆則為消費物矣，衣服屬於通常之人為不消費物，然屬於估衣之肆則為消費物。消費物不消費物區別之實益，在不消費物與以一定期間之使用權時，屆時須返還其原物，在消費物與以使用權時，使用人同

時取得物質上之處分權。將來只須返還同種類品質數量之他物，不必返還其原物。故僅不消費物始得爲使用租賃或使用貸借之標的物，消費物則祇能爲消費貸借之標的物。

消費物通常雖爲代替物，然非必一致，如經數百年之美酒雖爲消費物而爲不代替物。代替物而爲不消費物者其例尤多，如報紙書籍釘針球棒之類皆是也。

(七)可分
物與不可
分物

分一物爲數物，謂之分析。物無物理上不可分者，然法律上所謂可分物者，爲因於分析不失其本來之性質，各獨立體依其分量保有其效用及經濟上價值之物也。若因分析須毀損物之本質各獨立體不能保有其效力或因分析需費過鉅者爲不可分物。如土地布匹酒肉鹽米屬於前者，房屋桌椅鐘表牛馬屬於後者。物經分析之結果，原物歸於消滅，而於分析後各獨立體上各存其所有權。若本爲二物，因於物理之結合而分離之，如築屋於地，屋之與地本非一物，移去其屋非茲之所謂分析。但性質上雖爲可分物，得以當事人之意思視爲不可分者，如依於當事人之意思表示爲不可分之債務是也。

可分物與不可分物區別之實益，在分割共有物時，如爲可分物，得爲自然之分析而分配之，如爲不可分物原則上須賣得其價金而分配之，或由共有人中一人以金錢補償他共有而分配之。又在多數之債權人債務人如其標的物爲可分物，則以平均分受或分擔爲原則（二七一條）如爲不可分物各債權人僅得爲債權人全體請求給付，債務人亦僅得向債權人全體爲給付（二九三條一項）並準用

連帶債權債務之規定。(二九二條)

(八單一
物與聚合)

單一物爲從形體上獨立成爲個體之物，其構成分子在法律上無獨立存在，故單一物於保有其形體間，各構成分子失其個性而必從於同一之命運，不能分別處分之，其得分析與否及爲自然之一體抑爲人爲之一體則非所問，苟分析之則本來之單一物即失其存在，而其分析之各部分各成爲一物而各異其命運，如犬馬木石房屋船舶機械等是也。細分之又得別爲單成物與合成物，單成物爲其構成分子失其固有性質之物體如犬馬是，合成物爲其構成分子不失其固有性質之物體如船舶是。惟土地關於此點與他物稍異其性質，甲地與乙地區別而各成爲單一物，全從所有人之意思，通常得以不動產登記簿一頁記載之用紙表示之。氣體液體則以容於一定量器爲其個體而爲一物，如一壺之茶一瓶之酒是也。又有因交易上之觀念以物之一對或數件爲一個權利之客體者，是謂堆積物，如手套鞋襪一部之書是也。

聚合物者多數單一物之聚合，其聚合之各物仍各有其存在，如因交易上之便宜附以一定之名稱者，則爲聚合各物之總稱。故正確言之，聚合物非物，物之聚合也。又得分之爲事實上之聚合物與法律上之聚合物。前者多數之單一物因當事人之意思聚合於一處視之如一物，如羊羣圖書館之書籍商店之商品是也，其聚合之各物非有物理上之結合，多數物之總計而已，從而聚合之各個物上各有一所有權。

動產與不
動產

(九)主物
與從物

(十)原物
與孳息

六六條

不動產

(一)土地

非聚合物之全體爲一所有權之客體也。後者因於法律之規定以多數有體物與無體物之集合，視之爲一體，如繼承財產是也。聚合物雖非一物，然物之須有一定之量方有經濟上之價值者，應以該物一定量之聚合爲一個權利之客體，例如鹽米沙礫之類，通常非以一粒之米一顆之沙爲其權利之客體，而以一合一升之米一袋一車之沙方爲權利之客體也。

單一物與聚合物區別之實益，即在單一物其所有權存在於物之全體而爲一個交易之標的，而在聚合物其所有權存在於聚合之各體，同受區分與否應以當事人之意思定之。

動產與不動產之區別見第六六條及第六七條註。

主物與從物之區別見第六八條註。

原物與孳息之區別見第六九條註。

第六六條 稱不動產者謂土地及其定着物

不動產之出產物尙未分離者爲該不動產之部分

不動產者，性質上不能移動或非輕易所得移動之物，即土地及其定着物是也。

土地爲地球之一部，不僅指地之表面，包含表面以上之空間及表面以下之土壤地殼而言。惟以爲人力所能支配者爲限，爲人力所不能支配者，非法律上之物也。（參觀本章總註）

二〇定着物

定着物者，與土地有各別之存在，非土地之一部，從於經濟上之用法，繼續固定附着於土地，不能輕易移動其位置之物也。故如失其個性，與土地有不可分離之結合，若播於地下之種子或肥料以及溝渠之類，爲土地之成分而構成土地之一部者，非定着物也。僅與土地相接觸，非達於不能移動之程度，如置於地上之物，非定着物也。如其附着僅供一時之用，非有恆久之繼續性者，若爲建築用暫設之小屋或木架等，非定着物也。又如其附着非從於經濟上之用法者，若埋藏金錢於地下，雖歷時甚久，亦非定着物也。定着物之例即建築物是也。

所謂固定附着者，應依社會上觀念解釋之，非必非毀損不能分離之意。故如可移動之房屋，雖不毀損亦得與基地分離，然究不能輕易爲之。社會觀念上得認爲有繼續固定附着之關係，仍爲定着物也。

定着物爲一個之物，非土地之一部，故得別於土地而各爲權利之客體。如定着物與土地同屬於一人，其所有權人處分其定着物時，原則上不及於土地；若處分其土地時，原則上不及於定着物。前大理院三年上字八九二號判例載，土地房屋應認爲各別之不動產，亦即此義。

不動產之出產物者，不減損不動產原物之本質，由不動產分出之物也。所謂不減損不動產原物之本質者，非物理上之意義，亦應從經濟上之觀念解釋之。故有機之出產物，若草木禾穀之類固爲不動產之出產物，即無機之出產物，若土地包藏之礦物石材等，亦爲不動產之出產物。惟埋藏物當然不得爲出

不動產之出產物

產物。不動產之出產物在未分離前，構成不動產之一部，非爲各別之物體；於分離後，則自成爲物體。

六七條
動產

第六七條 稱動產者爲前條所稱不動產以外之物

動產者得移動其位置之物也有依自己之力以移動其位置者如動物是也有依外力以移動其位置者如器皿是也惟本條不爲積極之規定而爲消極之規定以動產爲不動產以外之物之總稱卽非土地及其定着物之物也

動產與不動產區別之實益

法律因動產與不動產之區別而異其規定者，其例甚多，如法律適用條例關於能力之規定，（五條二項）民事訴訟法關於訴訟管轄之規定，（一〇條）民事訴訟執行規則關於執行方法之規定，（一四條至一六條）本法關於交付不動產義務之債務人於債權人遲延後得拋棄其占有之規定，（二四一條一項）不定期租賃物爲不動產者因其價值之昇降當事人得聲請法院增減其租金之規定，（四二條）不動產出租人留置權之規定，（四四五條）租賃契約解除之通知，（四五〇條三項）承賃人之抵押權，（五一三條）概括委任人之特別授權，（五三四條一款二款）經理人之書面授權，（五五四條一項）不動產物權依法律行爲取得設定喪失及變更之登記，（七五八條）不動產物權移轉設定之方式，（七六〇條）動產物權讓與之交付，（七六一條）取得時效，（七六八條至七七〇條）

動產之即時取得（八〇一條）占有物被侵奪之取回（九六〇條二項）及關於質權（八八四條）抵押權（八六〇條）典權（九一一條）留置權（九二八條）監護人爲不動產之處分時應得親屬會議之允許（一一〇一條）等之規定皆是也。故其區別至爲重要。

六八條

第六八條 非主物之成分常助主物之效用而同屬於一人者爲從物但交易上有特別習慣者依其習慣

主物之處分及從於物

二物相助以達經濟上共同之目的，其爲主之物謂之主物，爲從之物謂之從物，依本條第一項規定，從物之要件有四：

從物之要件
(一) 從物須爲獨立之物

(一) 從物須爲獨立之物 主物與從物雖相助以達經濟上共同之目的，然各爲獨立之物，而非物之成分。若一物附加於他物合成爲一體時，則失其獨立之存在，而爲物之一部，不能有主物從物之關係，例如樑柱之於房屋，輪軸之於機械，皆不得謂爲從物。

(二) 從物須常助主物之效用

(二) 從物須常助主物之效用 二物相依以達經濟上共同目的，未必有主從之關係，必一物常助他物經濟上之效用，方得稱爲從物。常助者非一時補助之義，但亦非永遠補助之謂。補助須現實補充主物經濟上之效用，固須有補助之主觀意思，並須有補助之客觀事實，如所有人僅有內部之意思或僅有

(三)從物須與主物同屬於一人

意思之表示，未成爲事實時，尙不得謂爲已有主從之關係。又若僅供所有人個人之便利，非以補充物之效用者，如繫印章於金表，印章非金表之從物。

(三)從物須與主物同屬於一人。從物之命運以從於主物爲原則，故須同屬於一人，如異其所有人時，卽不能同其命運，故不能有主物從物之關係。例如房屋之租賃人爲房屋裝設紗窗，紗窗雖常助房屋之效用，然非業主之所有，其命運非隨房屋而變更，故非房屋之從物。然其始雖異其所有人，其後同屬於一人時，則自同屬於一人時起，發生主物從物之關係。反之，其始雖同屬於一人，其後異其所有人時，則自異其所有人時起，失其主物從物之關係。

(四)須交易上無特別之習慣

(四)須交易上無特別之習慣。交易上如對於特種常助他物效用之物，有認爲非從物之習慣者，應從其習慣，否則不足以保護所有人也。如盛米之袋，各地習慣多有不以爲從物者，在有此習慣之地，米之買賣契約，苟無特別之意思表示，袋非當然隨米而爲買賣之標的物。

例 從物之實例

從物之實例，有以動產爲動產之從物者，如櫓楫之於舟，鑊鑪之於鑊是也。有以動產爲不動產之從物者，如耒耜之於農田，鑊鑪之於倉庫是也。有以不動產爲不動產之從物者，如農場耕作之建築物，旅館附築之馬廐是也。有以無體物爲無體物之從物者，如擔保權之於債權，地役權之於土地所有權是也。

區別之實益

主物從物區別之實益，在從物之命運，原則上須隨主物而變更，卽本條第二項所規定處分主物之

效力當然及於從物是也。而在買賣契約，因主物有瑕疵，而解除契約者其效力亦及於從物。（三六二條一項）惟本項之規定，非置重於公益而為當事人意思解釋之規定，若置重於公益，則主物從物之關係不當以同屬於一人為要件，故非為強行法規而為任意法規。（參觀本書緒論）所應注意者有下列之四點：

應注意事項

（一）由所有人之意思表示處分其主物時其效力當然及於從物，例如買賣金錶，對於金錶之鑰匙，不必另有意思表示，當然亦為買賣之標的物。處分云者，請就其物上設定變更或消滅各種權利義務之行為也，應從最廣義解釋，包括所有權之拋棄移轉，使用權擔保權之設定，管理權之授與等等，且為物權之處分，抑為債權之處分，亦無區別。即凡主物上設定何種權利時，從物上亦當然設定同一之權利；主物上之權利消滅或變更時，從物上之權利亦當然消滅或為同樣之變更也。又如動產本不得為抵押權之標的物，惟如不動產上設定抵押權時，其效力亦及於為其從物之動產。（八六二條一項）惟若動產與不動產脫離主從關係時，其及於動產之效力，亦歸於消滅。但仍許反對之意思表示，如所有人處分其主物時對於從物明示不隨同處分者，無本條第二項之適用。

（二）非由於所有人之意思表示而為處分時亦應適用本條第二項之規定，蓋本項規定非僅為關於所有入意思之解釋，而為關於就主物一切有處分權入意思之解釋也。故如因於法律直接之規定，對

於主物有使用權管理權者，對於從物亦有使用權管理權。在強制拍賣公用徵收及其他之行政處分，從物亦隨主物而同其命運，故如於強制拍賣拍定其主物時，對於從物亦取得其所有權。但法律或處分權人有相反之意思時，不在此限。

(三)對於物以特定事實之存在為發生法律上效果之要件時，則其法律上之效果應以及於事實存在之範圍為限。若其事實之存在，僅限於主物時，則其效果不能並及於從物。例如主物之占有因人取得時效而取得其主物時，若對於從物未為占有，不能並取得其從物，主物之留置權人若不占有其從物，並不得留置其從物。

(四)從物之處分不及於主物，從物雖應從主物之處分，主物不必隨從物之命運，故處分權人祇處分其從物時，其效力不及於主物，如僅買賣鎖鑰之鑰匙時，鎖鑰非買賣之標的物也。

六九條

第六九條 稱天然孳息者謂果實動物之產物及其他依物之用法所收穫之出產物

稱法定孳息者謂利息租金及其他因法律關係所得之收益

原物與孳息
天然孳息
法定孳息

天然孳息者，依於經濟上之用法，由於自然或人工之作用，所生之收益物也；法定孳息者，為基於法律關係為使用物之對價所得之金錢或其他之收益物也。本條第一項係關於天然孳息之規定，第二項

係關於法定孳息之規定。

關於天然孳息之本質學說有三，述之如左：

天然孳息之學說
(一)定期收穫物說

(一)定期收穫物說 此說以收穫須有一定之時期，定天然孳息之性質，然天然孳息雖以有一定收穫之時期為多，但如牛馬所生之子，縱無一定之時期，不得謂非天然孳息，故收穫之有一定時期，僅得以為辨認天然孳息之資料，不得以之定天然孳息之特質。

(二)不消耗原物之收穫物說

(二)不消耗原物之收穫物說 此說以收益之收穫，須不消耗原物之本質，定天然孳息之性質，如此則由土地收穫之礦物石材等逐漸消耗其原物不得謂為天然孳息矣，未免失於狹隘而違通常之觀念。

(三)依物用法之收穫物說
依物用法之收穫物說
天然孳息之實例
(一)果實

(三)依物用法之收穫物說 此說即本條第一項所採者，依律文所示之實例有三：
(一)果實 即草木所生之果子結實，如穀麥梨橘是也。

(二)動物之出產物

(二)動物之出產物 即由動物生產之物，如羊之羔，牛之犢，雞之卵是也。

(三)其他依物之用途所收穫之出產物

(三)其他依物之用途所收穫之出產物 所謂依物之用途者，係從於原物經濟上之目的以收取之義，非依於經濟上之用途，所收取者，雖為物之出產物，非物之天然孳息。故牛馬之糞非牛馬之孳息；落葉枯枝非樹木之孳息；雜樹蕪草非田園之孳息。物之經濟上用法，應依物之性質及使用人之意思定之。

至使用人有無正當之權，及在法律上能否取得其孳息，則所不問，例如竊盜以竊得之物供於一定目的而使用之，因而收穫之出產物不得謂非物之孳息。

出產物之意義

所謂出產物者，由原物分出之收益物而於一般之觀念上認為不變更原物之本質者也。其出產之方法，不必限於自然之作用，即有人工或其他之力參於其間者，亦無礙其為出產物，非物之出產物，如埋藏物，加工於生產物之物等皆非孳息，故牛之乳固為孳息，由牛乳製成之酪，則非孳息，羊之毛固為孳息，由毛織成之呢，則非孳息，山林之木材，雖為孳息，由木材製成之炭則非孳息。即為出產物而於一般觀念上所得認為變更物之本質者，如屠牛所得之肉，雞卵孵出之雛，亦非牛及雞卵之孳息。惟孳息與原物分離後，雖為獨立之一物，在未分離前則為原物之一部，如於分離前非物之一部者，若養魚池網得之魚，狩獵場射得之獸，非魚池獵場之孳息。至收穫不必要人之行為，即因於自然力而與原物分離者，亦法律上所謂收穫也。

法定孳息本條第二項所示之實例亦有三即：

法定孳息之實例

(一)利息

(一)利息 利息者為使用金錢或其他代替物之對價依原物之額為比例而給付之物也，由於當事人所約定者為約定利息，基於法律之規定者為法定利息。

(二)租金

(二)租金 租金者，基於租賃關係為對於特定物使用或收益之對價，所給付之物也，為租賃關係

要件之一，且其額數不必與原物爲比例。

(三)其他因法律關係所得之收益

(三)其他因法律關係所得之收益 即因於借貸租賃以外之法律關係，依照法律之規定或當事人之約定所得之收益物。

法定孳息之要件

法定孳息之觀念，雖爲對於天然孳息，因類推之適用而擴張之，然依本條第二項之規定則祇須因法律關係有收益權利之人所得之收益，不必有原物之存在。但法定孳息亦必爲物，通常雖爲金錢，然如租米等其他之物亦得爲之。且非以代替物爲限，如甲租賃乙房屋十年其所付之對價爲古畫一軸，古畫不失爲房屋之租金。或謂法定孳息有以孳息爲請求給付對價之權利而非對價物之自身者，要不足採。

七十條

第七十條 有收取天然孳息權利之人其權利存續期間內取得與原物分

離之孳息

有收取法定孳息權利之人按其權利存續期間內之日數取得其孳息

天然孳息之取得

天然孳息在與原物未分離以前爲原物之一部，無獨立之存在，本不得謂爲孳息，惟爲用語上之便利，亦有稱之爲未分離孳息者。未分離孳息非現在之物，爲將來之物，雖得對之爲將來處分之契約，而成立債權債務之關係，但不得以之獨立爲物權之客體，故有收取孳息之權利者，於孳息未分離以前，僅有一種期待權，非有獨立之所有權。

天然孳息自與原物分離而成爲獨立之一物，卽於其分離之一瞬間，歸屬於收取權利人之所有。分離爲與原物脫離之謂。其分離係因於人爲或出於天然之作用，則無區別，分離之果實已成熟乎，未成熟乎，亦無區別。有收取天然孳息之權利人，雖以原物之所有人爲原則（七六五條七六六條）然例外甚多，如承租人（四二一條一項）地上權人（八三二條）永佃權人（八四二條一項）質權人（八八九條）典權人（九一一條）留置權人（九三五條）善意占有人（九五二條）行親權之父母（一〇八八條二項）監護人（一一〇一條）夫（一一〇一九條）等是也。

於分離時，無收取權人，雖於分離前有收取權，無取得天然孳息之權利，惟爲保持公平起見，耕作地之承租人，因租賃關係終止時，對於未及收穫之孳息所支出之耕作費用於不超過孳息價額之範圍內，得請求出租人償還之。（四六一條）

法定孳息
之取得

法定孳息屬於有收取法定孳息之權利人，例如利息屬於主債權人取得，租金屬於出租人取得是也。惟法定孳息通常係以時間爲比例而繼續產生，如中間變更其權利人時，應按權利存續期間之日數，以取得其孳息，實爲公平分配之方法，例如甲將月租三十元之房屋於月之十日轉讓於乙時，甲取得是月之租金十元，乙取得二十元是也。

所謂按權利存續期間之日數以取得其孳息者，其真意在孳息之分配，應依權利存續期間之短長

爲比例，故如租賃車馬等以時間定利息者，則應依權利存續之時數以取得其孳息。如以年月日定利息而於日之中間變更其權利主體時，則爲避免以時間計算之煩雜，該日應視爲無變動，其孳息仍爲讓與人取得。惟本條第二項非強行之規定，當事人得以合意變更之。又於讓與債權時，其未支付之利息，應推定其隨同原本移轉於受讓人。（二九五條二項）

第四章 法律行為

法律關係

吾人之生活關係有爲法律規範之對象者，有不然者，前者爲法律關係，後者非法律關係而爲單純之事實關係，如因於買賣而生買賣主之關係，法律關係也，親友飲宴之邀約，單純之事實關係也，法律關係爲法律所承認而保護，單純之事實關係則不然，法律關係因爲法律所保護，故爲其基礎之事實，不僅發生事實上之效果，而又發生法律上之效果，係爲生活關係之伴有法律效果者也。

法律效果

法律效果爲一切法律上狀態之變動，其內容之主要者，即權利之得喪變更是也。然非無其他之法律效果如權利能力或行爲能力之取得，雖非權利之得喪或變更，然足以影響權利之得喪變更，故亦爲法律上狀態之變動，而爲法律效果之一種，惟占法律效果之主要部份者爲權利之得喪與變更耳。

權利之取得

權利之取得者，權利附着於特定之主體，即自然人或法人之謂也。分之爲原始取得與承繼取得二種：

分類
○原始取得

原始取得者非基於他人既存之權利而取得新發生之權利也，如因於占有而取得無主之動產，（一八〇二條）因於時效附合或加工而取得物之所有權（七六八至七七〇條八一一至八一四條）

所有人，承租人，永佃權人，質權人，典權人，留置權人，善意占有人，等取得與原物分離之天然孳息。（七六五條四二一條一項八四二條一項八八九條九一一條九三五條九五二條）因於契約或單獨行為而取得債權等是也。有基於權利主體之意思而取得之者，如因締結契約而取得債權是；有非基於權利主體之意思而取得之者，如因於不法行為而取得之請求權，因於自然力之分離，而取得天然孳息之所有權是。因於時效加工等而取得之權利，雖其物上本有他人權利之存在，然其所取得者非他人既存之舊權利，而為獨立之新權利，故亦為原始取得也。

(二) 承繼取得

承繼取得，一稱傳來取得，即基於他人既存之權利而為權利之取得也。承繼取得有基於取得人之意思者，如因於法律行為而取得所有權是；有非基於當事人之意思而基於法律之規定者，如因於承繼而取得被繼承人之財產是。

(1) 創設之承繼取得與移轉之承繼取得

承繼取得又得分為創設之承繼取得與移轉之承繼取得。創設之承繼取得者，基於前主既存之權利，而取得異其分量性質之新權利。前主既存之權利非失其存在，惟因後主之新權利而受其限制，如土地所有人於土地上設定地上權，永佃權，地役權，或抵押權是也。或謂取得人所取得者為前主既存權利之成分，前主權利之成分，因設定行為分離而移轉於取得人而已，故非創設之取得也。然所有權為一個之權利，非多數權利之聚合，地上權，永佃權，地役權，抵押權等非包含於土地所有權而為所有權之成分，

乃因於設定行為而成立之新權利，不過以既存之所有權爲其基因。此其所以異於原始取得也。若以權利之一部，依一定之分量，而割讓於人，如非物之所有人與物之所有人因契約而爲共有時，則非爲創設之承繼取得，而爲移轉之承繼取得矣。

移轉之承繼取得者，前主既存之權利不變更其性質，與前主脫離而移轉於後主也，僅有權利主體之變更，無新權利之發生。有有償者如買賣，是有無償者如贈與是。

承繼取得又分爲特定承繼取得與包括承繼取得。特定承繼取得者，對於各個特定之權利各別繼承之謂也，如買賣是。若同時爲數個之特定取得時，對於各個之權利俱須有獨立取得之原因。

包括之承繼取得者，屬於前主多數之權利基於單一之原因視爲一體而承繼之，如遺產之承繼。公司之合併等是也。或以爲包括承繼前主與後主視同一人，故爲人格之承繼者，然有專屬性質之權利固不得承繼之，不得謂爲確論。承繼取得以特定承繼爲原則，而包括承繼則以有特別規定時爲限。

特定承繼與包括承繼其區別之實益有二：

(一) 在包括承繼，承繼人於原則上非僅取得被承繼人多數之權利，並與權利相共而承受其多數之義務，在特定承繼則否。

(二) 在特定承繼，承繼人對於各個權利之取得須各別證明其原因，在包括承繼則所承繼之多數

(2) 特定承繼取得與包括承繼取得

特定承繼與包括承繼之區別

權利視為一體無須為各別之舉證。

原始取得與承繼取得其區別之實益有三：

(一) 在承繼取得，後主之權利係以前主既存之權利為基因，故後主不能取得前主所無之權利，其舉證責任非特應證明其取得之原因，並須證明前主權利之存在，在原始取得非以既存之權利為基因，故祇須證明其取得之原因。

(二) 在承繼取得，後主不能取得較優於前主之權利，故附着於前主權利之瑕疵及負擔等，當然一併移轉於後主，例如土地所有權之承繼取得，若前主於土地上設定地役權或永佃權時，後主承繼取得之所有權，亦應受地役權或永佃權之限制，在原始取得則不生移轉之觀念。

(三) 在承繼取得，承繼人以並取得其從權利為原則，在原始取得以其非基於既存之權利而為獨立發生之新權利，於原則上不能有從權利之取得，例如甲之土地於鄰地有地役權，若甲出賣於乙時，乙為承繼取得故取得其所有權並取得其地役權，若乙因時效而取得其土地所有權時則為原始取得，苟其占有僅及於土地不及於地役權，乙僅能取得土地之所有權不能並取得其地役權。

惟承繼取得固以後主不能取得前主所無之權利，及後主不能取得較優於前主之權利為原則，法律亦不鮮例外之規定。如表意人與相對人通謀為虛偽之權利讓與，相對人本不能取得其權利，然相對

法律之例外規定

原始取得與承繼取得之區別之實益

人轉讓於善意第三人時，善意第三人得取得其權利（八七條一項）又如如有不得讓與契約之債權，債權人無讓與之權利，然如讓與於善意第三人時，善意第三人得取得其債權（二九四條二項）又如無記名證券因遺失被盜或其他非因發行人之意思而流動者，惡意之持有人雖不能取得其權利，若由惡意持有人移轉於善意持有人時，發行人不能免證券上之責任（七二一條一項）再如動產之受讓人占有動產而受關於占有之保護者，雖讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍取得其所有權（八〇一條）等是也。

權利之變更

權利之變更者，非謂變更權利之本質而謂變更權利之狀態也，變更之權利不失其同一性，否則為舊權利消滅，新權利發生，非權利之變更矣，權利之變更得分為主體變更客體變更與內容變更三者：

(一) 主體變更

權利主體之變更有二種方式，一為主體之更改，如甲代乙而為權利之主體即權利之移轉是也；一為主體之增減，如本為一人之所有後為數人所共有，或本為數人所共有後為一人所獨有，又或共有之人數有增減是也。權利主體之變更，自移轉人觀之，即為權利之相對喪失，自受移轉人觀之，即為權利之承繼取得。或謂權利以特定之主體為要素，權利主體之變更，則權利失其同一性，前主之權利消滅，後主以前主既消滅之權利為資料而取得獨立發生之新權利者，然依今日之法律思想，無不認權利之得為移轉者，蓋主體雖為權利之要素，然主體之為甲為乙非權利之要素，權利依法律之方使之附屬於甲，又

依法律之力使之移屬於乙，不必失其同一性。

(二)客體變更

權利客體之變更亦有數量之變更與種類之變更二種，如所有權因標的物附合而增加，(八一一條八一二條二項)因滅失其標的物之一部而減少屬於前者；如債權因歸責於債務人之事由以致不能履行變更而為損害賠償之請求權屬於後者。後者之例或以為非權利之變更，係消滅舊權利發生新權利者，然普通之見解，則認為原權利之存續，故為其從權利之擔保權等亦依然存在。

(三)內容變更

權利內容之變更如附條件之權利變更而為無條件；附期限之權利變更而為無期限；債權因債權人之遲滯致減輕債務人之責任；(二三三條)不得對抗第三人之權利發生對抗之效力等是也。

權利之喪失

權利之喪失者，權利脫離於其主體之謂也，分之為相對之喪失與絕對之喪失：

(一)相對喪失

權利之相對喪失者，權利脫離於前主體而移轉於後主體也，自後主體觀之，為權利之移轉取得，然自前主體觀之，則為權利之喪失也。惟權利之本質非歸消滅，僅有主體之變更，故為相對之喪失，如權利之讓與，遺產之承繼等是也。

(二)絕對喪失

權利之絕對喪失者，權利脫離於其主體，非移轉於他主體而歸於消滅是也。其原因甚多，有基於法律之直接規定者，如因時效而消滅是；有基於權利客體之消滅者，如因標的物滅失而消滅是；有基於權利已盡其效用者，如債權因清償而消滅是；有基於權利人之意思者，如財產權因拋棄而消滅是。

權利之拋棄與不行

權利之拋棄與權利之不行使，須區別之。拋棄者，使權利消滅之意思作用也，權利以得拋棄為原則，以不許拋棄為例外。（如人格權身分權時效之利益等）雖拋棄之結果，他人常有受其益者，然為拋棄之間接效果，非受益人承繼其權利也，例如地上權人拋棄其地上權時，所有人獲免其負擔之利益，但非地上權人之權利移轉於所有人也，債權之免除亦同。權利之不行使，除罹消滅時效外，非權利之消滅，權利人不喪失權利，得於他時行使之。

法律事實

法律常對於一定之事實付與一定之效果，有對於單獨之事實付與效果者，有須與他事實相合而付與效果者，前者如人之生死，後者如契約。

法律效果發生之時期

法律效果付與單獨之事實者，則於其事實之完成，為效果發生之時期。如須數事實相合而付與效果者，則須於最後事實之完成，方發生其效果。如一部事實完成，他部事實未完成時，則因他部事實之完成可取得利益者，亦有希望之利益，此利益為法律所保護時，學者稱之為希望權或期待權，如附條件之法律行為當其於條件成否未定前若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，有賠償損害之責任。（一〇〇條）即其一例。法律效果於事實完成時以對於將來發生為原則，溯及既往為例外，如法律行為之撤銷，（一一四條一項）承認，（一一五條）給付之選擇，（一二二條）契約之解除，（二二五條）非婚生子女之認領，（一〇六九條）繼承之拋棄，（一一七五條）等其例外也。

法律事實
之分類

法律事實，有基於人之精神作用者，有非基於人之精神作用者。其基於人之精神作用者，有須表現於外部者，有無庸表現於外部者。須表現於外部者，謂之行爲，無須表現於外部者，謂之容態，非基於人之精神作用者，謂之事件。

(一)行爲

行爲者，基於自覺之精神作用，表現於身體外部之狀態也。故非基於精神作用之外部狀態，如爲他人所強制之身體舉動，或僅有內心之現象，無自覺之精神作用，如夢中言語，皆不得謂爲行爲。身體之狀態，有爲積極之動作者，謂之作爲；有爲避免一定積極之動作而爲消極之靜止者，謂之不作爲。遺忘，即因於過失之不作爲，是否爲行爲，雖有爭議，然在於有意識之狀態而不作爲，以之爲行爲爲宜。人之行爲，非發生法律上效果，如飲宴之邀請，散步之約定，訪問之通知等，非法律上之所謂行爲。惟法律爲關於人事之規定，人之行爲，付與法律上效果者，占法規之大部分，故爲最重要之法律事實。

行爲分類

行爲得分爲適法行爲與違法行爲：

(子)適法
行爲

適法行爲者，適合於法律之準則，爲法律所容許而賦與法律效果之行爲也。又得分爲四種：

(甲)意思
表示

(甲)意思表示，基於以發生一定效果爲目的之意思表示（即效果意思表示），而法律賦以效果，爲組成法律行爲之要件也，詳述於後。

(乙)意思
知通

(乙)意思通知，非以發生一定效果爲目的之意思表示，（效果意思以外之意思表示），惹起法

律上效果之行為也；曰表示，曰通知，非發表行為之不同，乃以別發表之意思是否以發生效果為目的，例如承認之催告（八〇條）給付之催告（二二九條二項）給付領受之拒絕（二三四條）要約之拒絕（一五五條）等，因其表示而賦與之法律效果，非表示人之目的也。

觀念通知

（丙）觀念通知 觀念通知，一稱事實通知，所發表者非行為人之意思，乃行為人對於過去現在或未來之事實所具之觀念或認識也，如債權讓與之通知（二九七條）財產或營業概括承受之通知（三〇五條）承諾遲延之通知（一五九條）等是也。

感情通知

（丁）感情通知 為發表一定感情之行為，其例甚少，如宥恕（四一六條二項）一〇五三條一一四五條二項）是也。

法律行為

意思觀念感情之通知，於基於精神作用之點，與意思表示相類似，故學者稱其行為為法律行為，通說於類似範圍以內，應類推適用關於法律行為之規定。

違法行為

違法行為者，違反法律之準則，非法律所容許，法律因欲鎮壓或除去其損害而附着以一定效果之行為也。其效果通常為行為人法律上一定之不利，現於積極方面者為回復原狀賠償損害提供擔保除去妨害等義務，現於消極方面者為權利之喪失及相對人之解除權介入權等。違法行為有侵權行為及違反債務行為二種，當於債編詳述之。

內部之容態。

內部之容態者，發生法律效果之精神作用，祇須存在於內部，無須表現於外部者也。法律僅因內部之精神作用而附着以一定之效果，非原則而爲例外。如構成法律事實時，具容態人祇須證明其內部之存在，不必有發表之行爲，過去後之事情亦得爲證明之資料。分之爲意思之容態、觀念之容態、感情之容態三種。

容態之分類
類惡惡之容態

(子)意思之容態 惹起法律效果存於內部之意思也。意思不經表示即生法律效果者，其例甚稀，因時效而取得所有權，及因占有無主動產而取得所有權，皆以占有所有之意思爲法律事實之一，(第七六八條七六九條七七〇條及八〇二條)而其所有之意思祇須存在於內部非以表示爲必要也。

觀念之容態

(丑)觀念之容態 惹起法律效果一定事實之知與不知也。律文所稱善意或惡意，即以分別觀念容態之消極或積極二者，善意即不知其事爲消極之觀念容態，惡意即知其事爲積極之觀念容態也。以善意惡意之區別，以定法律之效果，爲容態中之最多者。

感情之容態

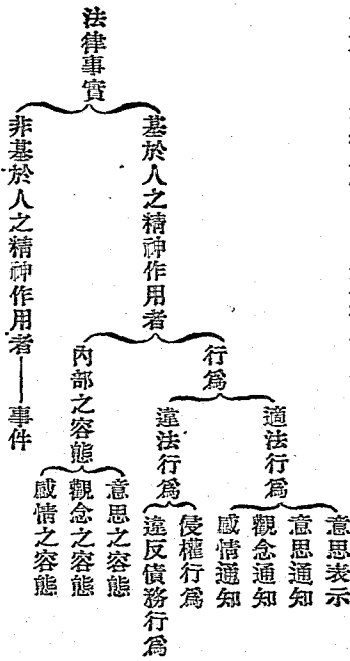
(寅)感情之容態 惹起法律效果內心之感情也。例如被脅迫而爲之意思表示，表意人得撤銷之者，以其有恐怖心之存在(九二條註)是也。

事件

事件者，非基於人之精神作用之法律事實也，例如時之經過，人之生死，身體之狀況，(心神喪失等)物之毀滅，孳息之分離等是也。其特徵在非以人之精神作用爲要素，縱或有人之精神作用參於其間，如

非以之爲要素者，仍不失爲事件，若焚燬之因於落雷或因於人之放火，皆發生所有權消滅之效果，幸息之分離或因於自然力或因於人工，皆發生取得幸息所有權之效果，人之放火與人工之分離，雖有人之精神作用存於其間，然非爲其要素，故俱爲事件而非行爲。基於同一理由，雖以人之身體舉動爲必要，而非以人之精神作用爲要素者，即法律賦與以效果，僅須有外觀之事實，無須有內心之表演者，如加工，埋藏物之發見，遺失物之拾得等，或稱之爲事實行爲，實則皆爲事件，非能準用關於法律行爲或意思表示之規定者也。

茲爲便於說明法律事實起見列左表以明之：



法律行為
之意義

法律行為者，以意思表示為要素，基於其意思表示而賦與法律效果之行為也。即係意思表示為其中心之法律事實，行為人有發生私法上效果之願望，法律因之而賦與其效果之謂也。分述之如左：

(一) 法律行為係以意思表示為要素也。法律行為以有效果意思表示為必要，即行為人表示發生效果之願望，為法律行為之必要成分，故或稱為私法之自治行為。

(二) 法律行為為構成生效事實之全體也。昔時以法律行為為意思表示之自身，然今日之通說不認意思表示即為法律行為，而以法律行為為構成生效事實之全體，惟以意思表示為法律行為之要素而已。故如一個意思表示即可發生效力者，該意思表示固即可成為法律行為，如尚須有其他事實方能生效時，則法律行為為事實之全體。例如契約為一個之法律行為而其構成之事實須有兩個之意思表示，且須有意思表示之合致；又在要物行為於意思表示以外尚須有物之交付，可知法律行為為構成生效事實之全體，而意思表示則為構成法律行為之中心事實。

(三) 法律行為係發生私法上效果之行為也。法律效果有發生私法上效果與公法上效果之別。民法上之法律行為則以發生私法上效果為限，故如官吏之任命、選舉，及關於訴訟之行為等，發生公法上效果者，為公法上之行為，非民法上之法律行為。而私法上之效果，通常雖為權利之得喪變更，然縱非以權利之得喪變更為直接之目的，僅間接影響權利之得喪變更者，亦不失為法律行為，例如法定代理

人對於未成人所爲行爲之同意是也。

(四)法律行爲係基於意思表示而賦與法律效果也。法律效果雖皆爲法律所賦與，然法律之所賦與效果，其理由不一，或係因當事人之所欲，或不問當事人之欲否，因當事人之所欲而賦與法律效果，爲法律行爲之特徵，如在買賣契約買主欲取得財產權而支付其價金，賣主欲取得價金而移轉其財產權，法律因之而使買主對於賣主有請求移轉財產權之權利而負支付價金之義務，賣主對於買主有請求支付價金之權利而負移轉財產權之義務。如債權讓與之通知雖生對抗債務人之效力，然其效果之發生不問通知人之欲發生與否，故非法律行爲也；如侵權行爲縱行爲人有欲爲賠償損害之意思，然法律效果之賦與，非以行爲人之效果意思爲其基因，故非法律行爲也。凡違法行爲，事實行爲，以及意思通知，觀念通知，感情通知等皆非法律行爲。

法律行爲之法律效果，雖基於行爲人之意思表示，但非必盡合行爲人之真意，如行爲人之表示與內心之真意不合時，法律不問其潛於內心之真意如何，以其表示於外者爲生效果之標準，而於理論上則仍以行爲人之意思表示爲賦與法律效果之基因也。

由法律行爲所生的法律效果有主要效果與附屬效果之別，法律行爲效果之賦與基於意思表示者，係指主要效果而言。故效果之全體，不必皆基於意思表示，亦不必皆合於意思表示，苟其主要之效果

係基於意思表示者，雖其附屬之效果非基於意思表示，亦不妨其為法律行為。例如買賣契約其所生移轉財產權及支付價金之債務為其主要效果，且係基於意思表示者，而其所生賣主權利擔保（三四九條）瑕疵擔保（三五四條）之責任，則為附屬之效果，而非基於意思表示者；又如法律基於行為人意思表示而賦與以一部之效果時，雖未全部賦與以效果，仍不失為法律行為，例如典權之約定期限逾三十年者，縮短為三十年（九一二條）三十年以外之期限雖不生法律效果，然其主要之效果則係因意思表示而賦與，故為法律行為也。

法律行為
之分類

法律行為因種種標準得分類如左：

（一）契約單獨行為與共同行為

契約一稱雙方行為，以二個以上相對意思表示之合致為主要組成分子之法律行為也。契約之成立，須（一）有二個以上相對之意思表示，（二）意思表示之交換，（三）意思表示之合致，（四）通常一方有契約之意思表示他方有承諾之意思表示，然亦有同時因交互之要約而生意思表示之合致者，例如買賣租賃等是也。

單獨行為一稱一方行為，由當事人一方之意思表示成立之法律行為也。又得分為有相對人之單獨行為與無相對人之單獨行為，前者以有相對人之受領為必要，如解除，（二五八條一項）抵銷，（三

（一）契約
單獨行為
與共同行為
之分類

三五條一項）選擇（二〇九條）繼承之拋棄（一一七四條二項）等是也。後者不必要有相對人之存在，如遺囑捐助行為（參觀六十條註）等是也。單獨行為通常雖為一個之意思表示，然非以一個為限制，如二人之共同賃借人解除租賃契約時，雖為二個之意思表示，亦單獨行為也。

共同行為者，由二個以上同方向意思表示之合致所成立之法律行為也。因須有二個以上意思表示之合致，故與單獨行為不同，因二個以上之意思表示須同其方向，故與契約有別，如社團之設立行為（參觀四七條註）總會親屬會之決議等是也。

(二)生前
行為與死
後行為

(二)生前行為與死後行為

死後行為一稱死因行為，因行為人死亡而發生效力之法律行為也。如遺囑遺贈等屬之。凡非死後行為皆為生前行為，買賣賃借等普通之法律行為皆屬之。生命保險契約於生前有支付保險費之義務，故為生前行為而非死後行為。死後行為為於行為人死亡之前未發生效力，以得自由撤銷為原則，（一一二一九條）但如為契約時，不在此限。

(三)要式
行為與不
要式行為

(三)要式行為與不要式行為

要式行為者，組成法律行為之意思表示，以從於一定之方式為必要之行為也。不要式行為者，其意思表示之方式無一定限制之行為也。要式行為為其必要之方式，係當事人所約定者，為約定要式行為，在

未備約定之方式以前，除有特別之訂定外，推定其為不成立；其必要之方式由於法律所規定者，為法定要式行為，不備法定之方式時，除另有規定外，其行為為無效。（七三條）法律對於法律行為以方式自由為原則，意思表示之方式一任當事人之選擇，以適應交易之敏捷與事實之便利，惟於特種之法律行為，為明白確實適於保存證據，防免當事人之輕率與詐欺起見，以一定之方式為必要，如結婚（九八二條）離婚（一〇五〇條）遺囑（一一八九至一一九八條）一年以上不動產之租賃契約（四二二條）終身定期金契約（七三〇條）法人之設立行為（四七條六〇條）不動產物權之移轉及設定行為（七六〇條）票據（票據法二二條、一一七條、一二二條）等是也。

(四)有償
行為與無
償行為

(四)有償行為與無償行為。

以財產上之給付為目的之法律行為，有對價者為有償行為，無對價者為無償行為，買賣質借雇傭等屬於前者，贈與遺贈使用借貸等屬於後者。單獨行為無交換之性質，不能為有償行為，故其區別僅於契約有之。有償行為除性質所不許外，準用買賣之規定。（三四七條）

(五)有因行為與無因行為。

(五)有因
行為與無
因行為

行為人減少自己之財產以增加他人之財產，如權利之移轉債權他物權之創設等，謂之財產之供與。吾人以財產供與他人，通常非無故為之，必有供與之理由，如為贈與其理由係欲使受贈人得財產上

之利益。如在買賣主以欲取得財產權爲理由，賣主以欲取得價金爲理由，此供與之理由，即爲供與行爲之原因。昔時分原因爲（一）授與原因，（二）受益原因，（三）免債原因三者，然亦有不能歸屬於上述三種之原因者。以一定原因不能與行爲分離而爲其構成部分之法律行爲，爲有因行爲，一稱要因行爲。行爲之原因與行爲分離不爲其構成部份之行爲爲無因行爲，一稱不要因行爲。其區別之實益，在有因行爲如欠缺原因時其行爲不能成立，例如買賣契約買主支付價金之義務不成立時，賣主亦無移轉財產權之義務，而買賣契約即不能成立；而在無因行爲原因之存在與否與行爲之成立無關，惟原因不存在時受益人有返還不當得利之義務而已。（一七九條）依前大理院判例，法律行爲除依法律規定及行爲性質爲不要因者外，如欠缺法律上原因或原因爲違法則該行爲即不能有效成立。（四年上字二八九號）惟關於身分行爲常爲無因行爲，例如因一定原因而締結婚姻，縱其原因不成立，於婚姻不生影響。物權行爲亦以無因爲原則，惟得依當事人之意思而爲有因。債權行爲則除指示證券之承擔無記名證券票據等爲無因外，以有因爲原則，但亦得依當事人之意思而爲無因。故本法雖無債務約束及債務認諾（第一次民律草案八六〇條至八六二條）之規定，然如當事人約定負支付洋若干元之義務不以原因爲必要時，尙非違反公序與良俗，不當解爲無效也。

(一〇) 主行爲
爲與從行爲

(一〇) 主行爲與從行爲

以他行爲之存在爲成立前提之行爲爲從行爲，爲其前提之行爲爲主行爲，如借貸契約主行爲也。因借貸契約而爲設定質權之契約從行爲也，結婚主行爲也，因結婚而爲夫婦財產之契約從行爲也。其區別之實益，在從行爲從於主行爲之命運，主行爲不成立時從行爲亦不成立，主行爲消滅時從行爲亦歸消滅。惟主行爲不從從行爲之命運，從行爲不存立時與主行爲之存立無影響，從行爲消滅時主行爲不必隨之消滅也。

(七) 獨立行爲與補助行爲

(七) 獨立
行爲與補
助行爲

有獨立實質內容之行爲爲獨立行爲，無獨立實質內容而爲他行爲發生效力條件之行爲爲補助行爲，如法定代理人對於限制行爲能力人所爲行爲之同意是也。

(八) 債權行爲與準物權行爲

(八) 債權
行爲與準
物權行爲

債權行爲者以發生債權債務爲目的之法律行爲也，如買賣租賃等是；物權行爲者以直接發生物權上之變動爲目的之法律行爲也，如他物權之設定物權之移轉等是。物權行爲有以債權行爲爲先驅者，如買賣契約賣主先負移轉財產權之債務，繼因履行債務而爲移轉財產權之行爲是也；有與債權行爲無關係而獨立存在者，如買主拋棄定銀之所有權非先有拋棄之債務是也；又有一行爲同時爲債權及物權行爲者，如地上權之設定契約是也。其區別之實益，在物權行爲直接發生物權上之變動而生物

權得喪變更之效果，在債權行爲則否，例如買賣契約債權行爲也，在賣主未爲移轉財產權以前，賣主對於買主僅負移轉之債務，爲買賣標之物之財產權仍爲賣主之所有。然若法律行爲之撤銷債權之讓與債務之免除等，雖非發生物權上之變更，其惹起終局之法律關係則與物權行爲無殊，故學者稱之爲準物權行爲。

(九)財產
行爲與身
分行爲

(九)財產行爲與身分行爲
財產行爲者以財產權之發生變更消滅爲目的之法律行爲也，債權行爲物權行爲皆屬之；身分行爲者以發生身分上效果爲目的之法律行爲也，如結婚離婚等屬之。

(十)現實
行爲與非
現實行爲

(十)現實行爲與非現實行爲
於意思表示以外尚須有現實之事實爲要素之行爲爲現實行爲，如使用借貸(四六五條)、消費借貸(四七五條)、寄託(五八九條一項)、動產物權之讓與(七六一條)、質權之設定(八八五條一項九〇四條九〇八)等，以物之交付爲行爲成立之要素是也；非以現實之事實爲要素之法律行爲爲非現實行爲，如買賣、贈與等是也。

法律行爲
之成分

(一)要素

法律行爲之成分即構成法律行爲之原素，有要素、常素、偶素之分。
法律行爲之要素者爲法律行爲不可缺少之成分而爲法律行爲成立之要件，有爲一般法律行爲

不可缺少之成分者謂之一般要素，有為特種法律行為不可缺少之成分者謂之特別要素。如當事人之權利能力及意思能力等為法律行為之一般要素，若當事人無權利能力或意思能力者無論何種法律行為皆不能成立也，如當事人之一方約定移轉財產權他方約定支付價金為買賣契約之特別要素，若無移轉財產權及支付價金之約定則買賣契約不能成立也。且法定要素雖已具備，苟依當事人之意思於法定要素以外定為必要之內容者謂之主觀要素，例如買主為何人本非買賣契約之要素，然如買主為賣主之恩人故賣主售與其珍愛物時特定之買主為買賣之主觀要素矣。

(二)常素

常素者通常雖為法律行為之成分，然得依當事人之意思除去之，縱因除去而不存在無害於法律行為之成立也，如在買賣契約無特別之約定時買主有瑕疵擔保之義務，苟以特約除去之於買賣之成立無影響是也。

(三)偶素

偶素者通常非法律行為之成分，如當事人以特約附加時則為其成分而認其效力，如法律行為之條件或期限等是也。

法律行為之要件

法律行為之要件有成立要件與有效要件二者，法律行為之成立要件即法律行為成立必要之事實，苟缺其事實法律行為不能成立者也，然法律行為雖已具備成立要件如不備有效要件時，法律行為雖已成立亦不能發生法律上之效力也。

(一) 成立要件

法律行為之成立要件有爲法律行為共通所必要者爲一般成立要件，有爲特種法律行為所必要者爲特別成立要件，法律行為之一般成立要件爲（一）當事人（二）意思表示（三）標的（卽內容）三者，苟缺其一無論何種法律行為不能成立也。

原因與緣

原因雖爲有因行為之要件，然須與緣由區別之。原因爲法律行為之直接理由如買主之欲得財產權，賣主欲得價金爲買賣契約之原因；緣由則爲決定理由之動機而爲理由之理由。在同種之法律行為恆爲同一之原因而緣由則雖在同種之法律行為亦各不同，如買賣契約買主之欲取得財產權或爲自己使用，或爲營利而轉賣，或欲爲恩惠而贈與他人，千差萬殊，並無定態，獨立於法律行為以外，而非形成法律行為之內容，其存否及適法不適法，與法律行為無影響，故如捨棄權利之行為捨棄人是否有施與恩惠意思於捨棄行為之成立無涉。（前大理院四年上字第六六五號判例）若法律行為之內容並無違反公共秩序或強行法規，祇其法律行為之動機違反者，則其法律行為仍屬有效，而由此發生之債權債務自非有無效之可言（同院三年上字一七八號判例）。

(二) 有效要件

法律行為之有效要件，亦有特別有效要件與一般有效要件之分。特別有效要件爲特種法律行為發生效力之要件，如遺囑以遺囑人之死亡爲發生效力之要件是。一般有效要件爲一般法律行為發生效力共通之要件，法律行為之一般有效要件有下述九種：

(甲)行爲人須有行爲能力 見十三條及七五條註。

(乙)行爲人須有處分權能 權利人以得自由處分其權利爲原則，其例外有二種，有因於外部之事由而剝奪或限制其權能者，如因扣押及破產等是，有因權利之性質而缺亡或限制其權能者，如扶養之權利是。處分權利之能力非特所有人有之，所有權以外之人亦有有處分權利之權能者，如質權人（八九二條八九三條一項）、抵押權人（八七三條一項）、財產管理人、破產管理人等是。權利人與他人約定不處分其權利，如違約而處分其權利時，祇生債務不履行之問題，其約定僅有債權之效力而無物權之效力，故其處分非絕對無效，蓋不能因其約定以剝奪或限制其權能也。無處分權能之人爲處分權利之法律行爲不能發生效力，但其權能之被剝奪或限制係爲保護特定私人之利益時，僅對於該保護人爲無效，我第一次及第二次民律草案（第一次一七七條第二次一二六條）於此種情形規定如受益人非因歸責於自己之事由而不知者仍屬有效，本總則未採之。

(丙)行爲之內容須可能 當事人於法律行爲所發生效力之事項，爲法律行爲之內容。可能乃對不能而言，非不能卽爲可能。特種事項之是否可能，應依當時一般之智識經驗定之，有昔日視爲不能者今日以爲可能，今日以爲不能者，他日因科學之進步或亦成爲可能，例如飛至天空昔日視爲不能，今日因有飛機飛機而成爲可能矣。法律行爲之不能，於物理上之不能外，包含觀念上之不能（卽論理上之

物理上不能
與觀念不能

不能，)如變女爲男，固爲物理上之不能，法律行爲以之爲內容者不能發生效力，即非物理上到底不能，若需不相當之費用勞力難以實現者，如大海擄沉冢山於渤海之類，雖非物理上之不能，然社會觀念上則亦認爲不能者，若以此等事項爲法律行爲之內容，亦非有效。不能之種類，又得因種種標準分之如左：

客觀不能
主觀不能

(A)客觀不能與主觀不能 客觀不能者，無論何人不能實現之謂也，如以不存在之物爲讓與是主觀不能者，其不能之原因僅存在於當事人個人之謂也，如無財產者爲給付財產之契約，不通英語者爲翻譯英語之契約是。法律行爲內容之可能，祇須爲客觀所可能，如客觀所可能，則雖爲主觀所不能，法律行爲仍屬有效，當事人應負不履行之責任，蓋當事人主觀之狀態，相對人不易確知，若以主觀之不能否認法律行爲之效力，非所以保護交易安全之道，法律不責不能之格言，固僅能適用於客觀也。

原始不能
與後發不能

(B)原始不能與後發不能 法律行爲之內容，於行爲成立時即爲不能者，爲原始不能，成立時雖可能，其後成爲不能者，爲後發不能。法律行爲之命運，應於行爲成立時決之，不當因日後之事項而受其影響，如成立時因不能而無效者，其後雖成爲可能，不能追補其效力，故法律行爲之不能係以原始不能爲限。但如其事項僅爲一時之不能，而當事人以其將來之可能爲發生效力之條件者，則其條件並非無效。若法律行爲非原始之不能而爲後發之不能，不生是否無效之問題，惟有是否消滅效力之問題，蓋法

法律行為之效力於後發不能之原因發生時歸於消滅，如係由於當事人之故意或過失者，不能免賠償損害之責任也。

一部不能
與全部不能

(C) 一部不能與全部不能 法律行為之內容，一部不能實現者為一部不能，全部不能實現者為全部不能。法律行為之全部不能者全部無效，一部不能者不能之部分無效，可不待言。法律行為於一部不能時，其餘可能之部分是否有效，則應依行為之性質及當事人之意思定之。若行為之一部無效，倘得認當事人有為其餘部分之意思時，則其餘部分有效。若行為之內容為不可分，或當事人之意思於一部分無效不能認其有為其餘部分之意思時，則其餘部分亦為無效。

事實不能
與法律不能

(D) 事實不能與法律不能 因於事實上理由而不能者為事實不能，如起死回生拔山超海是。因於法律之規定而不能者為法律不能，如讓與不融通物或設定法律規定以外之物權（七五七條）是。學者有以法律不能之問題與內容適法之問題同視者，然一定之事項有違法而可能者，如約定利率超過週年百分之二十者雖屬違法（二〇五條），但非不能，故應區別之。事實上可能與法律上可能，俱為法律行為之有效要件。

(丁) 行為之內容須可確定 行為之內容如不能確定，則法律無從施以保護，行為之效果即未由實現，例如買賣契約之價金或所買之標的物未為約定，或贈與契約僅約定贈與一物未確定其為何物

時，不能推測當事人有受拘束之意思，其法律行為自無從發生效力。但法律行為非以於成立時有現實確定之內容為必要，雖非現實確定，然依於意思表示，周圍事情，交易習慣，法律規定，得以確定之者，仍屬有效。例如關於履行契約之時期地點契約之內容雖未確定，然依當事人之意思表示，應由當事人之一造或第三人指定之者，或依於周圍之事情交易之習慣該項契約之履行有一定之時期地點者，又如為給付米一百石之契約對於米之品質雖未約定，然依於第二百零一條第一項規定債務人應給以中等品質之物，選擇債權之選擇權屬於何人雖未約定，依第二百零八條規定應屬於債務人，清償債務之抵充清償人雖未指定應依第三二二條規定之方法以定其抵充之次序，抵銷之抵充雖未確定依第三四二條之規定應與清償債務之抵充同其確定之方法等，其內容皆有確定之遺，故非無效。

(戊) 行為之內容須不違反強行法規 見第七一條註。

(己) 行為之內容須不違反公共秩序或善良風俗 見第七三條註。

(庚) 行為之內容須不顯失公平 見第七四條註。

(辛) 行為須具備法定之方式 見第七三條註。

(壬) 意思表示須符真意及無瑕疵 見第八六條八七條八八條及九二條註。

第一節 通則

本節爲關於上述法律行爲有效要件戊己庚辛四項之規定，爲法律行爲爲共通之原則，實爲一般有效要件之一部份。

七一條

第七一條 法律行爲違反強制或禁止之規定者無效但其規定並不以之爲無效者不在此限

強制規定
與禁止規定

強制之規定者，命令個人爲一定作爲之法律規定也，或稱之爲強制法規或命令法規；禁止之規定者，強制個人一定不作爲之法律規定也，或稱爲禁止法規。強制法規與禁止法規，皆爲強行法規，不許當事人之意思表示以排除其適用，故以違反強行法規爲法律行爲之內容者應以無效爲原則，例如人民有納稅之義務強制法規也，行求或收受賄賂者處刑罰（刑法二二一條）禁止法規也，若法律行爲之內容爲不納稅或爲贈與賄賂，法律上不認其效力。

惟法律行爲之內容雖違反法律強制或禁止之規定，若依其規定並不以之爲無效者仍爲有效，或非以爲完全無效者則於一定之範圍內仍有其效力，例如本法第二〇七條一項利息不得滾入原本再生利息，爲禁止之規定，然依同條二項商業上另有習慣時則以利息滾入原本再生利息之行爲亦非無

效又如本法第九一二條與權約定期限不得逾三十年爲禁止規定，但依同條逾三十年之約定非完全無效在三十年範圍以內仍有其效力。

禁止之規定如僅禁止其手段而非禁止行爲之內容者，違反禁止規定之法律行爲，無無效之理由，例如官吏不得經營商業禁止規定也，然爲官吏服務之法規，所禁止者在其手段非在於法律行爲之內容，故官吏違反其規定而爲經營商業上行爲時，其法律行爲不能謂爲無效。

違反任意法規之法律行爲並非無效，蓋任意法規當事人得以意思表示排除其適用，當事人之意思表示應先於規定而適用也，例如第三七一條規定買賣標之物與價金應同時交付者其價金應於標的物之交付處所交付之，然如當事人約定標的物與價金雖應同時交付但須異其交付之處所者仍應解爲有效，蓋該規定與公益無關，非強制之規定也。

脫法行爲

行爲之內容雖非直接違反強制之規定，若依迂回曲折之方法間接生違反規定同一之效果者，即形式雖非違反禁止之規定，但實質上係違反禁止規定之精神者，謂之脫法行爲。脫法行爲在原則上爲無效，如依第二〇五條規定約定利率超過周年百分之二十者債權人對於超過部份無請求權，若債權人預扣其數額或以小費酬謝等名目及其他之方法以達取得周年百分二十以上之利率者，其行爲即爲脫法行爲，不能發生效力（二〇六條）又如依公司法公司不得爲他公司無限責任股東（公司

〔法一一條〕若某公司非以公司之名義爲他公司無限責任之股東而以第三人名義爲其股東實際上由該公司享權利負義務者，亦爲脫法行爲而非有效；再如官吏之養老金不得轉讓或設定質權，若以委任債權人代領之形式使債權人於領得後充償其債權，其契約爲脫法行爲而無效。然如禁止法規之趣旨非絕對禁止發生一定之效果而在於禁止用一定之手段者，則如依其他之手段以取得同一之效果雖爲脫法行爲仍屬有效，如依第八九三條第二項規定約定於債權已屆清償期而未爲清償時質物之所有權移屬於質權人者其約定爲無效，若當事人爲避免其適用起見不爲設定質權之契約而代之以附解除條件或買回條件之買賣契約以達同一之目的，其行爲並非無效。

七二條

第七二條 法律行爲有背於公共秩序或善良風俗者無效

本條之立法理由

法律行爲違反強行法規不能發生效力已如前述，即未直接違反法律強行之規定而缺乏社會的妥當性，違反社會共同生活之要件者，如法律予以保護，與法律以維持及促進社會爲目的之義背馳，故亦不能有效。

公共秩序
與善良風俗

公共秩序者謂國家社會公共之安寧與利益，善良風俗者謂國民社會一般之道德觀念，兩者皆所以保全社會健全之狀態及維護共同生活之圓滿（參看第二條註），惟直接影響於安寧秩序者，謂之公共秩序，影響於國民道德者謂之善良風俗。違反公共秩序與違反善良風俗雖常相一致，然未必盡然。

決定是否
良俗之標
準

例如永遠限制財產權讓與之約束雖因妨礙經濟之流通有背於公共之秩序但無礙於善良之風俗，以秘密通姦爲目的之契約雖因違反一般之道德觀念有背於善良風俗然與公共秩序則不相涉。

法律行爲是否違反公共秩序與善良風俗，不當僅依因於法律行爲實現之事項定之，應觀察構成法律行爲之各種成分就法律行爲之全體及其所生之影響是否有違反社會之妥當性背於公共生活之要件以解決之。且如道德觀念雖有理想之成分，然不能僅憑當事人或審判官個人之道德觀或理想之道德觀，應依現代社會一般之觀念以爲斷定之基礎。

行爲之動
機違反公
序良俗其
行爲有效
否

法律行爲之動機通常非法律行爲之內容，故僅純粹之動機違反公共秩序善良風俗法律行爲非以其動機爲條件，且未發表而相對人不知者，例如甲欲殺人而購刀，其相對人不知甲係以殺人爲動機，則買賣之行爲不得謂爲違反公序良俗而非無效。若以其動機爲行爲之條件構成行爲之內容時，則其動機之違法即爲行爲之違法不能有效。苟雖非以動機爲其條件，然當事人發表之或爲相對人所知時，其行爲是否有本條之適用，尙無定說，但本條係爲保護健全之生活關係，免生反社會性之效果而設，應就行爲各種之事項全體觀察之，如認爲有效，不足以貫徹立法之精神，故以解爲無效爲是。

行爲之手
段違反公
序良俗者
其行爲有
效否

法律行爲之內容，非違反公序良俗，僅其手段違反時，不受本條之適用，如以脅迫之手段，爲解除契約之行爲時，仍發生解除之效力，惟是否構成妨害自由罪（刑法三〇四條三〇五條等）及如使相對

人為意思表示時，有無第九十二條之適用係另一問題。

依民事訴訟法規定，僅法律問題得為第三審上訴之理由，（民事訴訟法四六四條）特定之法律

行為是否違反公序良俗，非僅確定事實之問題，而為解決是否有本條適用之問題，故為法律問題，得為

上訴於第三審理由。

特定法律行為是否違反公序良俗得為第三審理由否
類實例之種

法律行為之是否違反公序良俗，不能依抽象之標準而應依具體之內容以為認定之基礎，已如上述，其事例至為繁夥，不能一一類別之，惟為說明之例示計，得分下列之三類：

(一)行為之自身違反公序良俗者
放公序良俗者

(一)行為之自身違反公序良俗者 又得分為：(甲)以實行或獎勵公序良俗所禁止之行為為內容者，例如以殺人放火賭博姦非等為內容之行為是也，(乙)以妨止公序良俗所要求之行為為內容者，例如締結勿與夫或妻同居之契約或締結對於窮困之親友勿為扶養或援助之契約是也。

(二)行為之自身雖非違反公序良俗因法律上強制之而違反公序良俗者 例如終身不結婚之契約永不遷移住所永不處分財產永不脫離合夥之契約，一生不就公職之契約，不適當限制營業自由之契約，讓與將來全部財產之契約等，其終身不結婚永不遷移住所永不處分財產永不脫離合夥一生不就公職一生不為營業讓與將來全部財產之行為其自身皆非違反公序良俗，然如強制之，則違反公序良俗矣，故其法律行為為無效。

(二)與金
錢利益相
連結時違
反公序良
俗者

(三)行爲之自身雖非違反公序良俗然與金錢之利益相連結時違反公序良俗者 如官吏行使正當職務給與報酬之契約，有正當拒絕證言理由之人（民事訴訟法三〇七條刑事訴訟法一六七條至一六九條）拒絕證言給與報酬之契約，以不犯罪爲條件給與金錢利益之契約，其行爲之自身，非特不違反公序良俗，或且爲公序良俗所要求，但如給與金錢上利益時，則生反社會性之影響，而違反公序良俗矣，故非有效。

七三條

法定要式
行爲

第七三條 法律行爲不依法定方式者無效但法律另有規定者不在此限
特種之法律行爲依法律規定須具備一定之方式者，即所謂法定要式行爲，法定要式行爲之意義及實例見本節總註。

法律對於特種之法律行爲規定其須具備一定之方式者，其理由不外爲保存證據及限制詐欺二種，法律行爲若不具備法定之方式爲貫徹法律規定之旨趣計，應認之爲無效，惟法律如別有規定時則仍應從其規定，例如依第四百二十二條規定不動產之租賃契約其期限逾一年者應以字據訂立之，但依同條規定未以字據訂立者應認爲不定期限之租賃，非完全無效也。

七四條

第七四條 法律行爲依乘他人之急迫輕率或無經驗使其爲財產上之給付或爲給付之約定依當時情形顯失公平者法院得因利害關係人之聲

請撤銷其法律行為或減輕其給付

前項聲請應於法律行為後一年內爲之

法律行為之內容如係使他人爲財產上之給付，或爲將來給付之期約，按行爲時之情形，顯失公平者，雖無關於公益，不必即認爲無效，然爲顧全他方及利害關係人之利益起見，應許聲請法院撤銷其行爲，或減輕其給付。依本條規定得聲請法院撤銷或減輕給付之法律行爲，其要件有三：（一）法律行爲係乘他人之急迫輕率或無經驗。（二）法律行爲係爲財產上之給付或爲給付之約定。（三）行爲內容依行爲時之情形係顯失公平是也。

本條之要件

乘之意義

乘者利用之義，故相對人非特須知其從急迫輕率或無經驗之事實，且須利用之使之爲財產上之給付或爲約定給付之行爲。

急迫之意義及實例

急迫之意義非以經濟上之困厄爲限，即生命身體自由名譽等有即被侵害或緊急危難之情形，皆得謂爲急迫，例如知他人之急需現款，利用其急需，與之訂立對價不相當之買賣契約，知他人之將被羈押，允爲之具保，而索取不相當鉅額之報酬，知他人有不名譽之行爲，而利用其恐懼之心理，使爲給付財產之契約等是。

輕率者未爲適當考慮之謂，例如利用他人之要務忙集，或極度愉快，知其少考慮之時機，使之爲贈

與其他給付財產之契約是。

無經驗者，爲對於法律行爲內容之事項，缺乏相當之經驗，致不能確知其意義與價值之謂，例如利用他人不明物之市價而故高其價格與之爲買賣契約，利用他人不辨貨之優劣而故以劣貨易其優貨等是。

受益人以
相對人爲
限乎

因給付而受利益者，爲行爲之相對人，或爲第三人，並無區別，皆有本條之適用，故甲乘乙之急迫輕率或無經驗使之給付財產與丙，顯失公平者，亦得聲請撤銷或減輕之。

顯失公平
之意義

顯失公平者，非必給付無對價之意，雖有對價然其對價與給付之財產其價值相差甚鉅，數量懸殊，顯然不相稱而失其均衡者亦在其內。是否顯失公平，應以行爲當時之情形，依客觀之標準定之。法院因聲請而撤銷其行爲或減輕其給付，無非爲平不平起見，故如減輕其給付時，減輕之數額，當至與對價相稱而止。

有聲請權
人

凡法律行爲之利害關係人，皆有本條聲請之權利，即給付財產人或因給付而影響於其利益之人，若給付人之債權人或對於給付標的物有權利之人等皆是也。給付人之債權人，本於本條之聲請權，與本於第二百四十四條之聲請撤銷權係相互爲用，蓋依第二百四十四條二項債務人所爲之有償行爲，須債務人於行爲時明知有損害於債權人之權利及受益人於受益時亦知其情事債權人方得聲請撤

銷其行爲，若其所爲之行爲合於本條規定之要件時縱債務人於行爲時不知損害債權人之權利，有利害關係債權人，亦得聲請撤銷或減輕其給付也。

行使聲請
權之期限

准法律行爲之效力，不當使之久不確定，故聲請權人之聲請應於行爲成立時起一年內爲之，如距行爲之成立已逾一年者，即使聲請權人不知其原因，不得再爲撤銷或減輕之聲請，此本條第二項之所由設也。

第二節
行爲能力

第二節 行爲能力

行爲能力，謂爲法律行爲之能力即在法律上能依自己之意思表示，使成立有效法律行爲之資格也。行爲人須有行爲能力，爲法律行爲一般有效要件之一（本章總註。）本法對於自然人之行爲能力，分爲無行爲能力，限制行爲能力，及有行爲能力三種。何時爲無行爲能力，何時爲限制行爲能力，何時有行爲能力，已於第十二條至第十五條明爲規定。至法人之本質既應探實在說（二章二節總註。）則於其權利能力範圍以內，自有行爲能力（二七條註。）非若自然人之有無行爲能力與限制行爲能力之區分，其有行爲能力人所爲法律行爲，除缺乏其他之有效要件外（本章總註。）即能發生法律上之效力，皆爲當然之事理，無庸以明文規定之。其無法律行爲能力人與限制行爲能力人所爲關於法律行爲

之意思表示，及意思表示之收受在法律上之效果如何，屬於法律行為有效要件之一問題，特於本節規定之。

七五條

第七五條 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

無行為能力人之意思表示無效

無行為能力人即未滿七歲之未成年人（一三條一項）與禁治產人（一五條）此等人法律既以明文規定為無行為能力，即不問其事實上無意思能力，皆不能自為法律行為，故如有特殊智能未滿七歲之未成年人及禁治產人於心神回復中能證明其有意識能力者，其所為之行為，亦不能發生效力，雖其行為純係獲法律上利益，或為日常生活所必需者亦然，無行為能力人所為意思表示既屬根本無效，故縱為法定代理人所允許或經其承認者亦不能發生效力。

是否以關於財產上之行為為限

無行為能力人之意思表示無效是否以關於財產上之行為為限，抑係包括身分上之行為而言，尙無定論，然以不包括身分上之行為為通說。蓋身分上之行為，應以本人之意思為重，原則上不得由他人代理之，故關於身分上之行為，即為無行為能力人，苟於事實上有意思能力者，若禁治產人在精神回復中時亦得為之。惟法律如有特別之規定時，自應從其規定，例如禁治產人於訂立變更或廢止夫妻財產制之契約時，應得其法定代理人之同意（一〇〇六條）及無行為能力人與未滿十六歲之未成年人

不得爲遺囑（一一八六條）是也。

無意識或精神錯亂中所爲之意思表示
雖非無行爲能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中者，如於睡夢中泥醉中受催眠術中疾病昏沉中偶發的心神喪失中一時之昏迷不省人事中等，以其不具備效果意思與表示意思（見四章三節總註），本不得認爲有意思表示，自無從發生其效力。本條特與無行爲能力人之意思表示並予規定爲無效，係出於立法上之便宜耳。

第七六條 無行爲能力人由法定代理人代爲意思表示並代受意思表示

七六條
法定代理人
無行爲能力人之行爲既屬無效，若無法定代理人之制度，使法定代理人代爲其法律行爲則無行爲能力人之權利能力，勢將無由實現，故本條規定應由其法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示，即無行爲能力人如欲對於他人爲意思表示時，應由其法定代理人代爲之，他人如欲對於無行爲能力人爲意思表示時，亦須由其法定代理人代受之，方爲有效，以保護其利益。

法定代理人者，其代理權之賦與，係本於法律之規定，非基於本人之意思，爲委任代理人以外之代理人（參觀第五節總註）即未成年人之父母或監護人及禁治產人之監護人是也（一〇八六條一〇九八條及一一一三條一項）惟其代爲或代受意思表示，亦應以關於財產上行爲爲限，身分上行爲不包含之（參觀前條註）而監護人爲受監護人處分其不動產時，應得親屬會議之允許（一一〇一

條二一三條)

第七七條 限制行為能力人為意思表示及受意思表示應得法定代理人之允許但純獲法律上利益或依其年齡及身分日常生活所必需者不在

此限

限制行為
能力人為
意思表示
與法定代
理人之能
力補充權

限制行為能力人即七歲以上未結婚之未成年人（一三條二項三項）此等人雖非全無意思能力，然其知識尚未充分發達，若其單獨所為之行爲，即能發生效力，殊非限制行為能力人之利，故俾法定代理人以能力補充權，使限制行為能力人所為之意思表示，及所受之意思表示，除純獲法律上利益或依其年齡及身分日常生活所必需者外，須得法定代理人之允許，其未得允許所訂立之契約亦須經其承認方能發生效力（參觀七九條註。）

限制行為能力人之法定代理人，即七歲以上未結婚未成年人之父母或監護人（一〇八六條一〇九八條）限制行為能力人應得法定代理人允許或承認之意思表示，亦以財產上行爲爲限，身分上行爲除法律有特別規定外，不在此限，故在原則上限制行為能力人關於身分上之行爲，如有意思能力時，得單獨為意思表示及受意思表示。其在法律上有特別規定者，如男未滿十七歲女未滿十五歲者不得訂定婚約（九七三條）未成年人訂定婚約應得法定代理人同意（九七四條）男未滿十八歲女

未滿十六歲者不得結婚（九八〇條），未成人之結婚，及離婚應得法定代理人同意（九八一條一〇四九條），未成人未得法定代理人同意而結婚者如未懷胎，法定代理人得自知悉其實起六個月內或於結婚後一年以內向法院請求撤銷之（九九〇條），未成人訂立變更或廢止夫妻財產制契約時應得法定代理人同意（一〇〇六條），限制行為能力人雖無須經法定代理人之允許得爲遺囑，但未滿十六歲者不得爲遺囑（一一八六條二項）等是也。

允許

允許者，對於限制行為能力人所爲之意思表示或意思表示之收受於事前或同時表示其同意之謂也，因法定代理人之允許，使限制行為能力人所爲之意思表示或意思表示之收受發生效力，此能力補充權之名所由來也。

允許應以意思表示爲之，爲有相對人之單獨行爲，非構成法律行爲之一部，應適用關於意思表示及法律行爲之規定，且因其自身爲法律行爲，即使所允許之法律行爲爲要式行爲，其允許仍非要式，不問明示默示皆得爲之，惟其目的在於補助他法律行爲，使之發生其效力，故非獨立之法律行爲而爲補助之法律行爲（四章總註）。

允許之作用，既爲補充限制行為能力人之能力，其得向限制行為能力人爲之，自屬不成問題，至其能否向限制行為能力人之相對人爲之，雖似有疑義，然依第一百十七條規定，法律行爲須得第三人

同意始生效力者，其同意或拒絕得向當事人一方爲之，則允許如對於限制行爲能力人之相對人爲之，自亦不能認爲無效。

得爲概括
之允許乎

法定代理人對於限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示之允許，須各個的分別爲之乎，抑得概括的爲之乎，學說頗有爭議，惟如法定代理人對於限制行爲能力人之一切行爲，得爲無限制之概括允許，是無異使限制行爲能力人成爲有行爲能力人，非法律之所許，然若法定代理人對於得豫見之多數行爲，同時爲概括之允許，如對於限制行爲能力人關於求學旅行，或服勞務等範圍內之多數行爲，預爲概括之允許者，自非無效，該限制行爲能力人在該範圍內之行爲，自不必再得其分別之允許。

允許得撤
回乎

限制行爲能力人於得允許後已爲或已受意思表示時，則因其已發生效力，法定代理人自不得撤回其允許以妨害他人之利益，惟在限制行爲能力人未爲或未受意思表示以前，法定代理人得將其允許撤回之。允許經撤回後，與未爲允許同。限制行爲能力人於撤回允許後所爲或所受之意思表示，與未受允許同。

例外

限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示所以應得法定代理人之允許者，原爲保護限制行爲能力人之利益，然如其行爲係純得法律上利益，則雖未得法定代理人允許，亦無不利益之可言，又或依限制行爲能力人之年齡，身分爲其日常生活所必需者，如必須個個得法定代理人之允許，適於限制行

爲能力人不利，故本條但書，設爲例外，限制行爲能力人於爲意思表示及受意思表示，雖未得法定代理人之允許，亦生效力。

(二) 純獲法律上利益者
所謂純獲法律上利益，即依法律行爲之性質，或單取得權利，或單免除義務，如無負擔贈與之承諾，無負擔遺贈之承認，免除債務之接受，單負義務契約之解除，單負義務契約之終止，爲享受契約利益之第三人時爲享受之表示（二六九條二項）等是也。不應僅以在經濟上是否有利爲解決之標準，故即於經濟上於限制行爲能力人有利，然在法律上非純獲利益者，如以低價購買貴物，以劣貨易取珍貨，仍應得法定代理人之允許，方爲有效。

(三) 日常生活所必需者

日常生活所必需者，爲於生活上日常之所必需，如必須經法定代理人之允許，反足以妨礙限制行爲能力人之生活也。是否爲日常生活所必需，應依限制行爲能力人之年齡身分定之，如在求學時期，則購買該時期內所需之書籍儀器以及製備日常所需之衣服等行爲，皆得認爲日常生活所必需，無須得法定代理人之允許；如以笈人子而購買華貴之衣服，或珍侈之用具，則依其身分，不得謂爲日常生活所必需，若未得法定代理人之允許，自非有效。

法定代理人對於限制行爲能力人之代理權

法定代理人對於限制行爲能力人依於本條之規定，固有能力補充權，對於限制行爲能力人之意思表示及受意思表示，得予以允許，使之發生效力，然法定代理人於其能力補充權外，本於其法定代理

七八條

人之關係，尙有代理權，得代限制行為能力人爲意思表示，及受意思表示，理之當然。

第七八條 限制行為能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲無

效

限制行為能力人所爲之單獨行爲

單獨行爲即得由一方面之意思表示成立之行爲也（參觀四章總註），如解除契約，免除債務，捐助財產等，大抵於行爲人方面發生損失，故如未得法定代理人之允許應爲無效，縱事後經法定代理人之承認，亦不能發生效力。

七九條

第七九條 限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂之契約須經法

定代理人之承認始生效力

限制行為能力人所爲之契約

契約爲雙方行爲（參觀四章總註），係與相對人雙方所訂立，在原則上自亦應得法定代理人之允許，方能發生效力，若事前未得法定代理人允許而於事後經法定代理人之承認者，則依本條規定，亦使之發生效力，且其契約在未經承認以前，固非有效，然一經承認，則除有特別之訂定外，應溯及於訂立契約時發生其效力（一一五條）。

承認

承認者，事後之同意也，亦應以意思表示爲之，爲有相對人之單獨行爲，及爲補助之法律行爲，應適用關於意思表示及法律行爲之規定，其表示得向限制行爲能力人或其相對人爲之，皆與允許同（七

七條註。)但契約一經承認，即溯及於訂立契約時發生效力，故其承認，除有撤銷之原因得，以撤銷外（八八條八九條九二條，）不得撤回。

八〇條

第八十條 前條契約相對人得定一個月以上之期限催告法定代理人確答是否承認

於前項期限內法定代理人不為確答者視為拒絕承認

立法理由

限制行為能力人未得法定代理人允許所為之單獨行為，應屬無效（七八條，）縱為有相對人之單獨行為，其法律關係，亦不致有不確定之狀態，惟如前條規定，限制行為能力人未得法定代理人允許所為之契約，一經法定代理人承認，即能發生效力，且其效力以溯及於訂立契約時為原則，則其在未為承認以前，限制行為能力人之利益，固已充分保護，然其相對人之地位，須因法定代理人之承認與否而生影響，致陷於不確定之狀態，故本條及次條第二項為保護相對人之利益起見，使其除得依第八十二條規定，苟非於訂立契約時知其未得允許者，得在未承認前撤回外，不問於訂立契約時是否知其未得允許，均得為承認之催告，以除去其不確定之狀態。

催告權及
催告之性質

契約相對人得為催告之權利，謂之催告權。因催告權之行使，使得使不確定之法律關係成為確定，故為形成權。催告係通知他造確答其是否承認，非以有發生催告效果之欲望為必要，故非意思表示，而為

意思通知。惟於性質上頗與意思表示相類似，故爲準法律行爲，應準用關於意思表示及法律行爲之規定（參觀四章總註。）

催告之內 容

催告之內容祇須能認識爲要求催告人確答是否承認之意旨，並須有一個月以上之期限，如不能認識爲要求確答其是否承認，或未附有期限，或雖附有期限，然其期限未滿一個月者，皆無催告之效力。至其期限之計算，應準用九四條九五條一項，自催告發生效力時起算。

催告之方 法

催告之方法並無一定之限制，無論爲書面爲口頭皆可，惟在限制行爲能力人限制原因消滅以前，應向法定代理人爲之，於限制原因消滅後，則應向本人爲之（八一條註。）

催告之效 力

契約相對人向限制行爲能力人之法定代理人爲承認之催告後，如法定代理人於期限內確答承認，則其契約溯及於訂立時發生效力（一一五條。）如確答拒絕承認，則契約即確定爲自始無效，若於期限內不爲確答時，則應認爲承認與否，不可不以明文定之，本條第二項，則爲保護限制行爲能力人起見，明定視爲拒絕承認，即確定其契約爲無效，若於期限屆滿後再爲承認，其承認不能發生效力。

視爲之意 義

視爲者，不問特定事實之有無，法律上使其與有該事實者發生同一效果之謂，有確定法律上效果之意義，與推定之僅爲假定之意義者不同。故在推定得由當事人提出反證，以證明其不實，而在視爲則即使與真正事實不符，亦不許其反證，故如法定代理人於限期內不爲確答，縱其本意實欲作爲承認，不

得證明其事實以發生其效力。

八一條

第八十一條 限制行為能力人於限制原因消滅後承認其所訂立之契約

者其承認與法定代理人之承認有同一效力

前條規定於前項情形準用之

限制行為
能力人於
限制原因
消滅後所
為之承認

限制行為能力人之限制原因消滅，即由未成年或結婚是也，其於限制原因消滅以前，未得法定代理人允許所訂立之契約雖尙未經法定代理人承認，然於限制原因消滅後，既已有行為之能力，自不得再由未消滅前之法定代理人代為承認，應使其自己之承認，與法定代理人之承認發生同一之效力，即使其契約得因其自己之承認溯及於訂立時發生效力（七九條註）以維護其利益。

相對人於
限制行為
能力人限
制原因消
滅後所為
之催告

限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，在限制原因消滅以後，既得因本人之承認而發生效力，則在其未為承認以前，其契約相對人仍居於不確定之地位，故仍應使相對人有催告權俾法律關係早得確定，惟其得為承認之權，不在於從前之法定代理人，而在於本人，故其催告亦自應向本人為之且應準用前條之規定，如催告之內容須為請求其本人確答是否承認，並附以一個月以上之期限，如本人於期限內不為確答時，應視為拒絕承認，均與於限制原因未消滅前，向法定代理人所為之催告無異。

第八二條 限制行為能力人所訂立之契約未經承認前相對人得撤回之

但訂立契約時知其未得允許者不在此限

相對人之
撤回權

一般契約之要約或承諾，雖得撤回，但撤回之通知，須與所撤回之要約或承諾同時或先時達到者方為有效（九五條一項一六二條一六三條）。然在限制行為能力人未得法定代理人允許所訂立之契約，既得因承認與否而影響於相對人之地位，雖相對人有催告權，然尚不足以充份保護其利益，故使相對人於催告權外更有撤回權，祇須在法定代理人未為承認或限制行為能力人於限制原因消滅後未為承認以前得隨時撤回，以確定其無效。

相對人之撤回權，得使可因承認發生效力之契約確定為無效，故為形成權。在限制行為能力人限制原因未消滅以前，應向其法定代理人以意思表示為之，於限制原因消滅以後，應向其本人以意思表示為之，故為有相對人之單獨行為，應適用關於意思表示及法律行為之規定。相對人於撤回以後，固不得再為催告，然於催告以後，未確答以前，仍不妨其為撤回。惟相對人之撤回權，須於訂立契約時不知未成年入未得允許者，方得為之，若於訂立契約時已知其未得允許，則僅得為承認之催告，無與以撤回權之必要，至相對人之不知有無過失及於訂立契約後是否即知其未得允許，皆所不問，但如係限制行為能力人用詐術使相對人信其得法定代理人之允許者，則因其契約為有效，不生撤回之問題（八三條

註。

八三條

第八三條 限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者其法律行為為有效

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

如限制行為能力人用詐術使相對人誤信其為有行為能力人或已得法定代理人允許時則限制行為能力人之利益已無保護之必要此時應以相對人之利益為重故其法律行為不必待法定代理人補充其能力應為有效而其契約之相對人亦無庸有催告權及撤回權。

使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，祇須使人對於該行為信其為有行為能力人或已得法定代理人允許為已足，不必使人信其為一般之有行為能力人。在限制行為能力人方面固須有使人誤信之故意，且須會用具體之詐欺手段，如偽造或變造戶籍簿籍本偽造法定代理人之允許證偽造結婚證書或使人偽言其為成年人或已結婚或已得允許等，若為單純之沈默或僅告人以已滿成年，依通說尚不得認為已施用詐術。又須相對人之誤信，與限制行為能力人所用之詐術，有因果之關係，故如限制行為能力人雖用詐術而其相對人並未因之誤信，或相對人雖屬誤信，然並非因於限制行為能力人之詐術，則尚無本條之適用。

與第九十二條之關係

合於本條規定之要件時，相對人尚得依第九十二條之規定，以撤銷其意思表示乎？通說以法律行

八四條

爲之效果，並非反於相對人之豫期，故相對人之意思表示不得撤銷，例如未成年人用詐術使相對人誤信其爲成年人因與之訂立買賣契約時，該未成年人雖有詐欺，然買賣契約之效果，完全合於相對人之豫期，故不得以此爲理由以撤銷其契約，惟因限制行爲能力人之詐欺，致相對人關於其他之事實亦陷於錯誤時，自仍得適用第九十二條規定以撤銷之。

第八四條 法定代理人允許限制行爲能力人處分之財產限制行爲能力人就該財產有處分之能力

立法理由

限制行爲能力人達於相當之年齡時，爲適應實際生活上需要起見，法定代理人得許其就特定之財產，爲自由之處分，限制行爲能力人對於該財產之個個處分行爲，不必逐一徵取法定代理人之允許，實於限制行爲能力人有利。

允許處分財產之性質

得指定處分之目的及爲全財產處分之允許否

允許處分財產之性質，爲有相對人之單獨行爲，爲補助之行爲，與對於一般法律行爲之允許同（七七條註。）其允許使限制行爲能力人就該財產有處分之能力，性質上僅得向限制行爲能力人爲之，不必具備一定之方式，法定代理人於限制行爲能力人未爲處分以前，並亦得撤回其允許或限制之。法定代理人於爲允許之時，有指定處分之目的者，有不指定者，如有指定目的時，則其處分，自不得超越於目的以外，例如法定代理人允許限制行爲能力人爲求學之目的，得處分現洋一千元時，限制行

爲能力人於求學目的之範圍內，固得自由將該洋繳納學費，購買書籍，及爲其他之使用，若出於求學目的以外，而爲捐助贈與或購買與學業無關之物件時，仍應適用第七十七條至第八十三條之規定。且其允許處分之財產必須有一定之範圍，如爲全財產處分之允許時，則將與解除行爲能力之限制發生同一之結果，非法律之所許。

允許處分財產與限制行爲能力人之能力

限制行爲能力人因法定代理人之允許，就該財產有處分之能力，故其對於該部財產，得獨立爲有效之處分行爲。處分行爲者，爲移轉或變更財產上權利之行爲也，限制行爲能力人既得獨立有效爲移轉或變更財產上權利之行爲，則其得獨立有效就該財產爲管理保存或改良等行爲，並得爲處分前提之債權行爲，皆無疑義，因允許財產之處分而更取得財產時，限制行爲能力人對於所取得之新財產，亦應有處分之能力，惟原財產處分之允許附有一定之目的者，新財產之處分亦不得出於原定目的範圍以外。

八五條

第八五條 法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者限制行爲能力人關於其營業有行爲能力

限制行爲能力人就其營業有不勝任之情形時法定代理人得將其允許撤銷或限制之

立法理由

限制行爲能力人達於相當之年齡，其智識有較爲發達者，爲補充家計練習經驗或適應其他實際上需要起見，往往有使其獨立營業之必要，若於其營業上之行爲均須經法定代理人之允許，不特於事實不便，且有礙於交易之安全，故如其法定代理人基於實際上之需要，認該限制行爲能力人能獨立營業時，得允許其獨立營業，以擴張其行爲能力，俾其關於該營業所爲之行爲不必得法定代理人之允許，完全有效，與上條同爲適應限制行爲能力人實際上需要之規定。

允許營業之性質

法定代理人允許限制行爲能力人營業，係擴張限制行爲能力人之能力，使其於營業範圍以內，除去其能力上之限制，而與有行爲能力人無殊，非僅以補充限制行爲能力人之能力，與對於限制行爲能力人爲概括之允許不同。允許營業爲有相對人之單獨行爲，及爲補助行爲，與其他之允許同，惟其相對人必爲限制行爲能力人，而其方式亦無一定之限制，無論爲明示爲默示皆可，故如法定代理人任限制行爲能力人開設新營業，或繼續經營其所承繼之舊營業，而未加阻止者，得認爲默示允許其營業。

營業之範圍

營業者，謂以營利爲目的反覆爲同種類行爲之一切職業也，故不限於商業，如工業農業鑛業漁業林業畜牧業等皆營業也，然若爲個個無連絡之營利行爲，或非爲業務之主體而爲他人之雇傭人，及僅爲營利社團之社員者，皆非營業。

營業祇須以營利爲目的，究其於事實上是否獲利則非所問，且不必單獨經營，即與他人共同經營，

亦無礙其爲營業。

法定代理人於爲允許之時得指定以一種或數種之營業爲限，亦得不指定其種類任限制行爲能力人之自擇。

允許營業
與限制行
爲能力人
之能力

法定代理人允許限制行爲能力人營業後，限制行爲能力人關於其營業爲有行爲能力人者，其法定代理人就關於營業範圍內之行爲，無法定代理權，不得代爲其行爲，亦不得於爲允許之時，對於關於營業之特定行爲，保留其允許權。限制行爲能力人關於營業之行爲縱經其法定代理人表示不同意，亦爲有效。

限制行爲能力人所爲之行爲，是否關於營業之行爲，應依社會上之一般見解即客觀之標準決定之，非應以限制行爲能力人或相對人主觀之標準決定之，且所謂關於營業之行爲者，不僅限於爲營業自身之行爲，凡與營業有關聯之行爲，如營業之準備行爲，補助行爲及訴訟行爲等皆包含之，故如法定代理人允許限制行爲能力人爲買賣業時限制行爲能力人不僅於爲買入及賣出商品之行爲有行爲能力，即因經營買賣而爲租賃店屋之行爲等，亦有其能力。

允許營業
之限制及
限制

允許限制行爲能力人營業既能使限制行爲能力人關於其營業有行爲能力，若於允許以後發見該限制行爲爲能力人之知識經驗尙有未足或有其他不能勝任之情事，殊於限制行爲爲能力人不利，故使

撤銷或限制允許營業之效力

法定代理人以限制行為能力人就其營業有不勝任之情形時為限，得撤銷或限制其允許，以救濟之。撤銷允許者使允許之效力完全消滅，即使限制行為能力人因允許關於其營業所擴張之行為能力，歸於消滅，仍回復其限制之狀態，嗣後關於其營業之法律行為，須得法定代理人之允許與一般法律行為無別。限制允許者，如限制營業之種類或方法等，為允許一部之撤銷，限制行為能力人於限制允許後，在限制範圍以內，仍有行為能力，惟在限制範圍以外，雖亦關於營業之行為，其須得法定代理人之允許，與一般法律行為同。

允許營業之撤銷及限制，由法定代理人以意思表示向限制行為能力人為之，為有相對人之單獨行為，應適用關於意思表示及法律行為之規定，不須備何等之方式。惟其效力在性質上祇對於將來而發生，不溯及於既往，與因於意思表示之瑕疵而撤銷其意思表示者不同，（參觀八十八條八十九條九十二條及一一四條註）在允許未撤銷或限制以前限制行為能力人關於營業所為之行為仍完全有效，不因嗣後之撤銷或限制而發生影響。

撤銷或限制允許營業之要件

但法定代理人於允許限制行為能力人獨立營業時應有慎重之考慮，故於為允許以後不得基於個人主觀之意見任意撤銷或限制之，必須於限制行為能力人就其營業有不勝任之情形時方得為之。所謂有不勝任之情形者，即須已發見其限制行為能力人於其營業有不能勝任之具體事實，若繼續其

允許，則於限制行為能力人不利之義。是否具備此撤銷或限制允許之要件，亦應從客觀之標準決之，非法定代理人所得任意依主觀之見解斷定之也。

三節 意思表示

第三節 意思表示

意思表示之要素及其意義

意思表示為組成法律行為之要件，乃欲發生私法上一定效果意思之表現也。其要素有三：（一）欲發生私法上效果之意思即效果意思，（二）有將效果意思表示於外部之意思即表示意思，（三）基於表示意思而為表示之行為即表示行為是也。

內心之效果意思與表示上之效果意思

效果意思為欲發生私法上效果之意思也，存於內心者為內心之效果意思，表現於外部而為他人所得認識之者為表示上之效果意思，表意人以內心之效果意思因於表示而表現於外部為常例，即內心之效果意思與表示上之效果意思常相一致，然若為非真意之表示，雖有表示上之效果意思而無內心之效果意思時（如八六至八八條），其意思表示亦得成立，惟如僅有內心之效果意思他人依於通常之理性不能認識之者，自無意思表示之可言，故表示上之效果意思為成立意思表示絕對之要素，內心之效果意思通常雖為意思表示之要素，然非不可缺者，為成立意思表示相對之要素。

關於效果意思之內容有法律效果與經濟效果二說：

效果意思
之內容
法律效果
難及其非

經濟效果
難及其非

本書所採
之見解

法律效果說以由法律行為所生法律上之一切效果為效果意思之內容，其非難為吾人為法律行為之時對於行為在法律上之性質及其所生法律上之效果一一理解而認識之為法律家所難，況於常人，故以法律行為所生法律上一切效果為效果意思之內容，反於交易上之實驗。

經濟效果說以由法律行為所生經濟上或社會上之效果為效果意思之內容，其非難為信如此說，則如債務人欲免債權人之扣押，移轉財產於他人，或非消費借貸之債務人與債權人以合意更改為消費借貸時，其表意人僅有發生法律上效果之欲望，將不得謂為效果意思之內容，且同欲發生經濟上某種效果之目的，因依於法律手段之不同，有達其欲望與不達其欲望者，此經濟效果說之謬也。

自法律之目的與交易之實際觀察之，極端之法律效果說與極端之經濟效果說皆不可採，而效果意思之內容，要為以依於法律上手段之旨以發生為私法效果主要事實之欲望，分述之如左：

(一)效果意思須有發生為法律效果主要事實之欲望 法律對於特種之法律行為所附與之效果，非具有深湛之法律知識，難認識其全部，表意人以對於為法律主要效果之事實有其認識與欲望為已足，對於為法律附與附隨或補充之效果，縱無其認識與欲望，亦無礙於意思表示及法律行為之成立，故如土地之買賣契約當事人祇須有移轉所有權及給付價金之合意，其地役權之隨同移轉及賣主所負權利與瑕疵擔保之義務即非當事人所認識亦發生其效力。

(二)須有依於法律上手段之意旨。當事人如無依於法律手段之意旨，即無發生權利得喪變更或影響其得喪變更之旨趣時，不得謂為法律上之意思表示，而法律無附與效果之理由，例如子使用父之衣服時無使用借貸契約之成立。

效果意思
之性質

對於效果意思心理上之性質，有希望與欲望二說，以欲望為現在之通說，蓋以意思表示為要件之法律行為為私法上之自治行為，法律於原則上因表意人之欲望而與以所欲之效果，故組成效果意思之心理作用係以法律行為之效果為其對象，非以效果為對象之心理作用，不成立效果意思，此法律行為與其他之適法行為所由區別也。

表示意思

表示意思謂將效果意思依於表示行為而表示之意思，為連絡效果意思與表示行為之心理作用，蓋意思表示之成立，效果意思與發表之動作，須有因果之關係，如吾人雖有效果意思，因偶然之動作適合於其表示而無因果關係存於其間者，不能成立意思表示，表示意思即為連絡兩者因果關係之決意，故為意思表示第二段之要素。

表示意思
之本質
(目的)
主義
(觀念)
主義

關於表示意思之本質，或以為對於表示行為之表示力須具有欲望，或以僅有表示力之認識為已足，前者謂之目的主義，後者謂之觀念主義，以觀念主義為通說，故如於特種情形（特別習慣特約或法律規定）表意人知沉默可為意思之表示時，對於其沉默雖無表示力之欲望，仍不失為意思表示。

表示行爲

表示行爲者使外界 識其效果意思之行爲，（身體動靜）爲意思表示第三段要素，由主觀言之，爲本於表示意思而依於行爲意思所爲之行爲，由客觀言之，爲適當於表示效果之意思且有表示力之行爲。

行爲意思

行爲意思不可與表示意思相混同，表示意思爲依於表示行爲以發表其效果意思之意思，行爲意思則爲爲表示行爲之意思，即爲爲有表示力身體動靜之意思也，例如以點首表示承諾之行爲，依於點首以表示其承諾之意思，表示意思也，而點首之意思，則行爲意思也，無行爲意思之身體動靜，非行爲也，故如噩夢中之言語，因於強制力不能抵抗之舉動等，皆非表示行爲。

表示力

表示行爲須有表示力，表示力一稱表示價值，即適於認識效果意思存在之力也。表示力之有無，不當依表意人或相對人一方主觀之標準定之，而應依客觀之標準定之，對於特定人之意思表示，因於特約慣例或其他之原因就特種之行爲如暗號信號等有特殊之意義時，雖爲一般人所不認識，尙得謂爲有客觀之表示力，否則應綜合諸般具體之情事，從於信義之原則，依社會觀念上適當公平見解決之。

沈默有表示力乎

單純之沈默通常無表示力，故不得以沈默爲意思表示之方法，例如對於契約之要約不爲拒絕之回答，不得謂爲有承諾之表示，惟如合於前述之標準，於特種情形足認爲有一定之表示時，不問因於當事人之特約或依於交易上之信義亦得以之爲表示之方法，即依於交易上之慣例事項之性質及當事

人之關係等，表意人若有相反之意思時，從於信義之原則，須有積極之表示而不爲時，其單純之沈默，得認爲依於消極方法之意思表示，例如於法定代理人前與七歲以上之未成年人訂立契約，法定代理人之沈默，於其情形得認爲同意之意思表示，又法律有於特種情形規定其沈默視爲一定之表示者，如第八十條二項八一條二項第一七〇條二項等是也。

意思表示

意思表示得因種種標準，分類如左：

(一)獨立

(一)獨立之意思表示與不獨立之意思表示

之意思表示
與不獨立
之意思表示

獨立之意思表示不待他意思表示之結合，獨立組成法律行爲之意思表示也。凡組成單獨行爲之意思表示，皆獨立之意思表示，如債務之免除，抵銷，無記名證券之發行，捐助行爲，遺囑等是也。獨立意思表示之中，有非單獨惹起法律上效果而爲補充破壞或確定其他法律要件之效果者，因其須有他法律要件之存在爲其成立之前提，故謂之從屬之意思表示。補充他法律要件之意思表示，例如法定代理人之承認（七九條）無權代理行爲之承認（一七〇條一項）對於與第三人爲給付之契約第三人享受利益之意思表示（二六九條二項）等是也；破壞他法律要件效果之意思表示，例如法律行爲之撤銷（一一四條一項）契約之解除（二五四條二五六條）等是也；確定他法律要件效果之意思表示，例如選擇債權之選擇（二〇八條）是也。

不獨立之意思表示必俟他意思表示之結合始組成法律行為之意思表示，例如組成契約之要約承諾，組成決議之各個意思表示，組成設立社團行為之各個意思表示是也。

(一) 對於特定人之意思表示

特
定
人
之
意
思
表
示
與
對
於
不
特
定
人
之
意
思
表
示

(一) 對於特定人之意思表示與對於不特定人之意思表示
對於特定人之意思表示即有相對人之意思表示以有相對人之受領為要件之意思表示也，至相對人之為一人或數人在所不問，例如解除，(二五八條一項) 免除，(三四三條) 撤銷承認，(一一六條二項) 同意，(一一七條) 催告，(八〇條一項) 選擇，(二〇九條) 抵銷，(三三五條一項) 及契約之要約承諾等是也。

對於不特定人之意思表示即無相對人之意思表示，非以相對人之受領為要件之意思表示也，例如捐助行為，(六〇條) 設立社團行為，(四七條) 廣告，(一六四條一項) 遺囑等是也。

(二) 明示之意思表示與默示之意思表示

明
示
之
意
思
表
示
與
默
示
之
意
思
表
示

(二) 明示之意思表示與默示之意思表示
默示之意思表示亦須有積極之動作以為表示之方法，故與沈默不同，明示默示之區別有主觀與客觀二說：

主觀說以表意人之目的為區別之標準，表意人以直接表示其效果意思為目的者為明示之意思表示，表意人以使人間接推知其效果意思為目的者為默示之意思表示。

(乙) 客觀

客觀說以表意人表示之方法為區別之標準：(一)或以依言語或文字之方法為表示者為明示，依其他方法之表示為默示；(二)或以依相對人一目了然之方法為表示者為明示，否則為默示；(三)或以依交易上習慣或約定之方法為表示者為明示，依其他之方法為默示。

前大理院
判例

前大理院三年上字一二〇三號判例載：「意思表示有明示默示之別，所謂默示者雖未以言語行動明白表示其意思，而亦必另有他種舉動足以間接推知其意思，若單純之沈默不得謂為默示。」同院四年上字九六〇號判例載：「行為人雖未明示何種意思而依其行為由理論上或經驗上當然可斷定有該意思者始得謂為有默示之意思表示。」是傾向於主觀說者也。

(四) 要式意思表示與不要式意思表示

須具備法定或約定方式之意思表示為要式意思表示，無須具備一定之方式者為不要式意思表示，凡組成要式行為之意思表示皆要式之意思表示也（參觀第四章總註）。近世法律以方式自由即不要式為原則，而以要式為例外，其所以有此例外之理由，無非為(一)明白確實，(二)保存證據，(三)防免輕率詐欺與錯誤起見，而所規定之方式，則不外為(一)字據，(二)一定記載之書據，及(三)在一定公務員或證人前之表示是也。

意思表示
之主張

意思與表示不一致時，其效力如何，因對於意思表示觀念之不同而主張不一，有意思主義，表示主

義及折衷主義之分。

(一) 意思主義

意思主義以意思表示發生效力之基礎爲表意人內心之效果意思，法律因表意人所欲而賦與以效力，表示不過使人認識內心效果意思之方法，故無內心效果意思之表示法律上不生效力。

(二) 表示主義

表示主義以意思包藏於心中他人僅依其表示而認識之，爲保護相對人利益及交易安全計，法律上所生之效果應以表意人之表示爲標準，故表示與內心之真意不相符時仍應有其效力。

(三) 折衷主義

折衷主義以極端之意思主義保護表意人過厚，而不顧第三人之損害，極端之表示主義，則保護第三人過當，而不顧表意人利益，兩者皆有所不取，法律爲保持當事人之公平，並願交易上之安全，應根據社會之需求爲折衷之規定，本法第八六條至第八八條等規定，是從於折衷主義者。

八六條

第八六條 表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲意思表示者，其意

思表示不因之無效，但其情形爲相對人所明知者，不在此限。

表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲之意思表示，即表意人於心中保留其真意，而爲非真意之意思表示，與次條規定之虛僞意思表示，同爲意思與表示之不一致，學者稱之爲心中保留，其要件如左：

(一) 意思表示之存在 即其表示須有有表示力之表示行爲，雖不具備內心之效果意思，但須有

爲意思表示其他之要件，否則其表示當然無效，不生心中保留之問題。

(二)表示與真意不一致，即表示上之效果意思，非有一致之內心效果意思，否則亦無心中保留之問題。

(三)表意人明知其不一致，表意人如不知其不一致是爲錯誤之意思表示，(八八條)而非心中保留。

(四)非與相對人通謀，如表意人與相對人通謀而故意爲不一致之意思表示，是爲虛偽之意思表示，(八七條)亦非心中保留。

苟具備上述之要件，即有本條之適用，其出於何種動機及表意人豫期相對人等之認識與否，在所不問，例如欲博他人之歡心故爲贈與之意思表示，實無贈與之真意，或欲誇示其珍物之價值故爲以一百萬元出賣之要約，實無爲要約之真意，若出於欺罔相對人或第三人之動機而爲非真意之意思表示，其非出真意豫期他人之不認識者也，若爲諧謔表示如爲戲言或舞臺上之演述等，則其非出真意，豫期他人之認識者也。

心中保留雖無內心之效果意思，然自客觀觀察之，同爲有表示力之表示行爲，與有內心效果意思無異，故爲保護相對人及第三人起見，仍以有效爲原則，其爲單獨行爲之意思表示抑爲契約上之意思

心中保留
之效力

表示，爲有相對人之意思表示抑爲無相對人之意思表示無區別，惟有相對人之意思表示其非出於表
意人真意，於行爲當時依行爲之自體或其他之理由爲相對人所明知者，無保護相對人之必要，故應爲
無效。

決定相對
人明知之
時期

非真意之表示爲相對人明知與否，應依行爲當時之狀態定之，如相對人於行爲當時不知其非真
意，其後始知之者，仍不因之無效。所謂行爲之當時，即相對人了知意思表示之時也。

但書規定
得對執管
第三人

心中保留之意思表示，於例外無效時，能否以其無效對抗善意第三人，有積極與消極兩說。例如某
甲戲以其房屋贈於乙，乙知其諧謔更以之贈與於善意之丙，依積極說甲得向丙取回其房屋，僅於乙丙
間生賠償損害之問題，依消極說則不然。通觀本法規定之全體，對於意思表示雖係採折衷主義，然係以
意思主義爲原則，而以表示主義爲例外，但書既僅稱不在此限，無限制之規定，則不問立法之當否，解釋
上究應從積極說爲是。

無相對人
之意思表
示有他書
之適用否

本條固不問爲有相對人之意思表示或無相對人之意思表示，均同其適用，然但書之規定，通說以
適用於有相對人之意思表示爲限。雖然，若其非出真意於客觀明瞭時，則自無效力可言，故如戲爲遺囑
或戲拋棄其動產之所有權，若依其情形客觀的知其爲諧謔時，其意思表示不能發生效力，遺囑上之受
遺人不能主張其權利，第三人亦不得因佔有而取得動產之所有權也。

舉證責任

心中保留是否爲相對人所明知，爲事實問題無一定之標準，如相對人是否知表意人有爲戲謔之慣行，及其他當時一切之情形，皆得爲認定之資料。如當事人主張其意思表示爲有效，祇須證明有表示之存在，不必證明其心中保留之不存在，如主張其意思表示爲無效，則不僅須證明其有心中保留，且須證明相對人明知之事實。

與九二條之關係

因於脅迫而爲心中保留之意思表示，同時應有第九二條之適用，如其由於脅迫而非出於真意爲相對人所明知時，應適用本條但書之規定，其意思表示爲無效，如爲相對人所不知時，例如甲脅迫乙向丙爲贈與之表示意思，丙不知甲之脅迫並不知乙之心中保留時，其意思表示爲有效，但仍應適用第九二條，乙得撤銷其意思表示也。

八七條

第八七條 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。

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

虛偽意思表示

表意人與相對人通謀而爲之非真意思表示，謂之虛偽意思表示，由虛偽意思表示構成之法律行爲，謂之假裝行爲。虛偽意思表示之構成要件須（一）有意思表示之存在，（二）表示與真意不一致，（三）表意人明知其不一致，皆與心中保留之意思表示無異，惟第四要件表意人須與相對人通謀，

何種意思
表示得爲
虛偽表示

則與心中保留之意思表示不同。所謂通謀，爲對於虛偽之意思表示當事人間有意思之合致，即當事人間有知其反與真意而爲表示行爲之合意，通常以出於欺罔第三人之動機爲多，例如債務人欲免財產之扣押名義上移轉其所有權於他人，如不動產買賣之當事人爲少納登記費起見，對於不動產實價爲虛偽抵減之約定，又如某種公法上之資格係以有不動產爲要件，表意人爲獲得該資格起見，串同有不動產之相對人爲不動產虛偽之買賣是也。然亦有純爲表意人或相對人之利益，或出於其他之動機者，非以欺罔他人或有利之動機爲必要也。

虛偽表示既以與相對人通謀爲必要，故無相對人之意思表示如所有權之拋棄，及設立社團行爲捐助行爲等，祇能有心中保留之表示，不得有虛偽表示。惟通謀雖須與相對人有虛偽之合意，然非雙方皆須有虛偽表示之義，故不限於契約，於有相對人之單獨行爲亦得爲之，例如債權人與債務人通謀而爲假裝之免除是也。以國家爲相對人之意思表示，性質上不能有虛偽表示，但以國家之公力爲意思表示之方式或發生效力之條件者，不在此限。

虛偽表示
之效力

虛偽表示之效力，依於當事人相互間或當事人與第三人間而不同，於當事人之相互間，因其表示缺乏內心之效果意思，非特爲相對人所明知，且相對人亦具有合意，故爲無效，無論何方皆得主張之。即有第三人主張其有效，於當事人間仍無其效力。

對於第三人之關係，則其效力應視該第三人之爲善意抑爲惡意而定之。對於惡意第三人與當事人相互間同，無論何方均得主張其無效，惟爲保護交易上安全起見，對於善意第三人不得以其無效對抗之，故行爲之當事人不得向善意之第三人主張其無效，即其他之第三人對於善意第三人亦不得主張其無效。所謂第三人者爲表意人相對人及其一般承繼人以外之人，於其意思表示有直接或間接之利害關係，如表意人之債權人是也。然若甲以虛僞之意思表示移轉其所有權於乙，丙不知其虛僞而竊取之，甲仍得本於所有權之效用向丙請求其返還，蓋丙非有法律上之利害關係非茲之所謂第三人也。

虛僞行爲如其虛僞存於一部時，則僅其虛僞之部份爲無效，例如以一萬元買賣房屋一所，當事人雖無買賣基地之真意，而僞爲一併買賣者，則僅關於買賣基地之部份有本條之適用。基於虛僞行爲而爲給付者，原則上得本於不當得利之規定，請求返還其標的物。

隱藏行爲

虛僞之意思表示，往往有潛伏真正之意思表示者，即表意人雖不欲成立所表示之行爲，然有欲成立該虛僞表示所隱藏之他行爲者，學者稱之爲隱藏行爲。隱藏行爲有與其所表示之行爲全然異其種類者，例如實爲贈與而僞爲買賣是，有祇異其條件者，例如買賣價額實爲一萬元而僞爲六千元是。隱藏行爲是否有效，頗有爭議，本條第二項則以明文規定應適用關於隱藏行爲之規定，即隱藏行爲如具備該行爲之成立要件與有效要件時，則虛僞之行爲雖屬無效，所隱藏之行爲則仍屬有效，其隱藏之行爲

不應適用關於虛偽行為之規定，而應適用關於該行為之規定也，例如偽為買賣而隱藏贈與時，則應用贈與之規定，故若表意人未交付其標的物，除立有字據或為履行道德上義務外，得撤銷之（四〇八條）。

信託行為

與虛偽表示似是而非必須區別之者，為信託行為，信託行為者，對於外部使生權利移轉之效力，而於內部則使發生與未移轉權利同一效果為目的之法律行為也，即表意人對於相對人授以超過經濟上目的之權利，而附以須在經濟上目的範圍內行使其權利之約束，例如目的在管理財產或設定債權，而為移轉所有權之行為，目的在委任收取債權，而為讓與債權之行為等是也。昔日以信託行為雖於表面採移轉權利之形式，然於內容非有真正之移轉，故與虛偽表示相混同，然在虛偽表示，表意人並無發生法律效果之意思，故為無效，而在信託行為，則表意人非無發生法律效果之意思，不過於其效果之發生，在對內關係有受一定限制之意思而已，不可不劃然區別之。信託行為盛行於今日之社會，其應有效，殆無庸疑。

信託行為之效力

信託行為應為有效能發生權利移轉之效果，已如上述，然權利移轉之效果，僅發生於對外關係乎？抑並發生於內部關係乎？附於信託行為之限制，為物權之限制乎？抑為債權之限制乎？學者尙無定論。惟民法不認有相對之所有權，權利移轉之效力，不能因對外關係與對內關係而有區別，故在信託行為其

內部之限制，應爲債權的而非物權的，即受託人爲完全之所有權人，或爲完全之債權人，完全取得其所
有權或債權，不過對於委託人內部之關係，負不濫用其權利之義務，若受託人違背信託之目的而處分
其信託物時，其處分爲完全有效，不問第三人知其違背信託與否，皆得因其處分而取得其權利，委託人
對於該第三人無回復信託物之請求權，惟對於受託人得以違背義務之理由，得請求賠償其損害而已。

八八條

第八八條 意思表示之內容有錯誤或表意人若知其事情即不爲意思表
示者表意人得將其意思表示撤銷之但以其錯誤或不知事情非由表意
人自己之過失者爲限

當事人之資格或物之性質若交易上認爲重要者其錯誤視爲意思表示

內容之錯誤

錯誤

錯誤者認識與對象之齟齬，即觀念與事實之不一致，爲意思表示偶然之不合，非若心中保留或虛
偽表示之因於表意人之故意，例如誤解連帶爲保證而爲連帶之表示誤以銅錶爲金錶而爲買賣之表
示等是也。

意思表示發生錯誤之情形通常有二：其一誤解表示方法之意義，例如誤以租賃爲抵押於爲租賃
之表示時作爲抵押是，其二則爲表示方法之誤用，例如欲售百元而誤稱十元欲買甲屋而誤言乙屋即

語誤筆誤之類是。表示方法之誤用有以爲非錯誤者，要非確論。

依本條之規定，意思表示得因錯誤而撤銷之者，計有三種：（一）意思表示內容之錯誤，（二）重要事情之不知，（三）交易上認爲重要之錯誤。

（一）意思表示內容之錯誤

（一）意思表示內容之錯誤

何者爲意思表示之內容，不僅包含客觀之成分，亦且包含主觀之成分，故應就各個之法律行爲，本於具體之事實，對於當事人之意思，依客觀之解釋認定之。有同一之事實，因於當事人之地位狀況，或爲意思表示之內容，或非意思表示之內容者，例如爲買犬一頭之意思表示，關於犬之出產地，因於特種情形有爲當事人所置重而爲其條件者，則其出產地即構成意思表示內容之一部，苟有錯誤，應有本條第一項之適用，若就通常情形，當事人對於其出產地不甚置重，非以之爲條件時，即非意思表示內容之事項，縱其認識與對象相齟齬，非意思表示內容之錯誤，無本條第一項之適用。

（甲）事實錯誤

意思表示內容之錯誤，得分爲事實錯誤與法律錯誤，何種事實構成意思表示之內容，應就各個之法律行爲定之，已如上述，惟法律行爲之種類性質，當事人及標的物三者，爲意思表示必有之內容，例如誤贈與爲質借，誤保證債務爲連帶債務，爲法律行爲種類之錯誤，誤甲地爲乙地，誤子馬爲丑馬而爲買賣之意思表示時，爲標的物錯誤，誤丁大爲李四而爲贈與委任雇傭質借或信用買賣等意思表示時，爲

當事人錯誤，皆為意思表示內容之錯誤，但當事人是否同一，為依於行為之性質非表意人所置重時，則非意思表示之內容，如在現金買賣或互易等，相對人之為丁大抑為李四，於表意人無足重輕，故關於其是否同一之錯誤，非意思表示內容之錯誤。法律行為之條件及期限，通常構成意思表示內容之一部，故有錯誤時，恆為意思表示內容之錯誤。

(乙)法律錯誤

法律錯誤為法律規定之誤解，例如：誤解連帶債務之法規與保證債務之法規無殊，而為負擔連帶債務之表示是也。法律錯誤與事實錯誤，在刑法上雖認有區別，在民法上則同其效力，均有本條之適用。法律錯誤之存於意思表示之內容者如上述之例是，有不存於意思表示之內容者如誤認某處不動產在法律上可免除租稅而購買之意思表示是，後者之例，僅為緣由之錯誤，無本條之適用，惟法律錯誤往往得因其情形認為表意人自己之過失，易有本條第一項但書規定之適用。

(丙)重要事情之不知

錯誤為觀念與對象之齟齬，不知則為觀念之不存，嚴格論之，二者顯屬不同，然在表意人非有正當觀念之一點則二者全同其價值，故因於不知某項事情而為之意思表示，亦得認為錯誤之意思表示。惟有本條之適用者，須其不知之事情甚為重要，表意人如知其事情即不為該意思表示者為限，至不知之事情為事實抑為法律，亦無區別，法律之不知，如賣主不知有瑕疵擔保之義務而為買賣之意思表示

是，惟不知瑕疵擔保之義務，通常非重要事情之不知，或得認為表意人自己之過失，不得為撤銷之原因。

(三) 交易上認為重要之錯誤

雖非意思表示之內容，苟交易上認為重要者，則其錯誤與意思表示內容之錯誤，在法律上之價值亦無異致，故應視為意思表示內容之錯誤，如非表意人自己之過失，使得為撤銷之原因。其情形有二：

(甲) 當事人資格之錯誤 例如：關於當事人之支付能力特種之技能學識經驗等。在通常情形，當事人之資格，或僅為意思表示之緣由，非意思表示之內容，且非關於意思表示之重要事項，然於特種情形，有於特種之資格，在交易上認為重要者，如在為商事公司擔保之法律行為，恆以公司之營業能力為重要之資格，在委任訴訟代理人之法律行為，以被委任人之律師資格為重要之事項是也。

(乙) 標的物性質之錯誤 例如：誤以鍍金鍍為純金鍍，誤以栗木桌為柚木桌是也。標的物性質之錯誤，通常亦僅為緣由之錯誤，惟於交易上認為重要時，則應視為意思表示內容之錯誤。

關於意思表示緣由之錯誤，除關於當事人之資格，標的物之性質，於交易上認為重要者外，原則上於意思表示之效力無影響。蓋意思表示之緣由，即決定意思表示之理由，千差萬殊，各各不同，若得因其錯誤而撤銷其意思表示，則無以保護交易之安全，例如：誤信某公司股票紅利優厚，或某地段附近有電車通過而購買其股票或土地，不得因股息微薄或附近無電車而撤銷之。惟同一之事實，其通常情形雖

僅爲意思表示之緣由，在特定行爲表意人以此爲條件時，則構成意思表示之內容，故如上述兩例，表意人若以有一定之紅利或電車之通過爲購買之條件而錯誤時，固得而撤銷之也。特定之事項，是否爲意思表示之內容，抑僅爲意思表示之緣由，不能抽象決定之，應就各個之法律行爲，依其具體之事實，分別認定之。

錯誤之效果

錯誤之效果如何，立法例有採無效主義者，有採撤銷主義者，本條則從後者。故錯誤之意思表示非當然無效，不過表意人得撤銷之，如表意人不爲撤銷，則爲有效，如表意人撤銷之，則視爲自始無效。（一四條一項）有撤銷權者爲表意人，相對人及第三人無撤銷權。

因於錯誤而認表意人有撤銷權者，無非爲保護表意人利益起見，故如其錯誤或不知事情，由於表意人自己之過失者，則自無保護之價值，不認其有撤銷權，即其意思表示完全有效，與無錯誤之意思表示同。而表意人有無過失，應依具體之事情，以客觀之標準決定之，如表意人於其情形缺少普通人所用之注意者，即爲有過失。

八九條

第八九條 意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者得比照前條之規定撤銷之

關於意思表示之方法，表意人不自爲表示而使他人傳達之者，往往有之，於此情形，當傳達之任之

傳達不實

他人或機關，有爲不實之傳達時，例如使者因於故意或過失爲異於表意人囑付之陳述，若表意人欲買甲地而傳達人則誤傳爲買乙地，或郵便更改函中之記載或電報局誤翻電文字碼等是也。傳達人之傳達，不過爲意思表示之一種方法，故因於不實之傳達而發生不正之客觀表示力，與表意人自陷於錯誤其結果無異，應準用第八八條關於錯誤之規定，即不問傳達人或傳達機關有無故意過失，苟其傳達之不實，係關於意思表示之內容，或表意人若知其事情即不爲表示，或關於當事人資格標的物性質而交易上認爲重要者，表意人得撤銷之，但其不實之傳達係由於表意人自己之過失者，則不得撤銷是也。

九〇條

第九〇條 前二條之撤銷權自意思表示後經過一年而消滅

前二條撤銷權行使之期限

錯誤之意思表示及傳達不實之意思表示，雖許表意人撤銷，然其撤銷權之行使，須於一年內爲之。其所以設此限制者，蓋表意人之撤銷權如可長存不滅，則法律關係久不確定，足以損害他人之利益，故本條特定撤銷權行使之期限，須在意思表示後一年以內，逾期即歸消滅，俾權義關係得早確定。至一年期限以內表意人能自覺察其錯誤或傳達之不實，與事實上能行使其撤銷權與否，皆非所問，縱未能覺察或未能行使其撤銷權，亦因經過一年之期限而消滅。

九一條

第九一條 依第八八條及第八九條之規定撤銷意思表示時表意人對於

信其意思表示爲有效而受損害之相對人或第三人應負賠償責任但其

撤銷之原因受害人明知或可得而知者不在此限

關於錯誤及傳達不實之賠償責任

意思表示之錯誤及傳達之不實，雖均得為撤銷之原因，然相對人或第三人確信其意思表示為有效，其後因表意人之撤銷而受損害者，其錯誤及傳達之不實，縱非由於表意人之過失，表意人對於受損害之相對人或第三人不可不負賠償之責任，否則使相對人或第三人橫罹損失，無以保交易之安全。此時如傳達之不實，係因於傳達人或傳達機關之故意或過失者，表意人對之得轉行求償，自不待言，即表意人因撤銷其意思表示所受其他之損失，亦得向之求償也。惟意思表示之錯誤或傳達之不實，為受損害人所明知或可得而知者，若其錯誤或不實甚為明顯，或行使相當之注意即可知之，因不注意而不知時，或出故意，或有過失，無保護之必要，雖因表意人撤銷其意思表示而受損害，表意人對之無賠償之責任。

九二條

第九十二條 因被詐欺或被脅迫而為意思表示者表意人得撤銷其意思

表示但詐欺係由第三人所為者以相對人明知其事實或可得而知者為

限始得撤銷之

被詐欺而為之意思表示其撤銷不得以之對抗善意第三人

效果意思與表示雖非不一致，然其效果意思之決定，係基於他人不當之干涉，非出於表意人自由

有瑕疵
思表示
因被詐欺
之意思表
示

之意思者，其意思表示雖非不成立，然為有瑕疵之意思表示，本條特予表意人以撤銷權，以維護其利益。他人不當之干涉，不外詐欺與脅迫二者，詐欺者為故意使他人陷於錯誤之欺罔行為，出於積極者為事實之虛構，出於消極者為事實之隱蔽，因被詐欺所為之意思表示者，為因於相對人或第三人故意之欺罔行為致表意人陷於錯誤而為之意思表示，其要件須具備：（一）相對人或第三人之欺罔行為，（二）欺罔之故意，（三）表意人之錯誤，（四）錯誤與意思表示之因果關係。分述之如左：

（一）欺罔
行為

欺罔行為者，為不真實事實之表示，即以不真實之事實示為真實之行為也，或為真實事實之變更捏造，或為真實事實之隱蔽，或以真否未確實之事實示為確實，其方法或依文書，或以言詞，或由其他之動作態度，並無限制。單純之沈默，通常非欺罔行為，然如於法律上契約上或交易之習慣上信義上有告知之義務而不告知時，亦得構成欺罔行為。陳述非真實之意見，是否為欺罔行為，並應以有無陳述真實意見之義務為斷，通常在交易上對於相對人陳述意見時，難期其毫無偽飾，苟為交易上一般觀念所寬容者，以其非具有不法性，不能認為欺罔之行為，例如：販賣商對於自己之商品為多少反於真實之鼓吹誇獎以廣招徠，事所常有，相對人縱不無因之而陷於錯誤，然若依其情形，尚為交易上一般觀念所容許者，不得以之為欺罔行為而撤銷其意思表示。

（二）欺罔
之故意

詐欺須有欺罔之故意，欺罔之故意者，即知其反於真實，使表意人陷於錯誤，因之而為一定意思表

示之意思，故不知其非真實，或雖知其非真實，然無使人陷於錯誤之認識者，固非詐欺，縱知其非真實，且知人之將陷於錯誤，但無使表意人因之而為一定意思表示之意思者，亦不得謂為詐欺，例如欲誇示其富有，出銀錶示客，謂為白金，不成立詐欺，惟欲使人與之訂立買賣契約，則成為詐欺矣。至有無使自已或第三人得財產上利益或表意人蒙財產上損失之意思，在所不問，蓋因於欺詐之意思表示，所以使表意人有撤銷權者，全因表意人意思之決定，係受他人不當之干涉，非以侵害他人財產上利益為要件，此與刑法上之詐欺不可同論也。

詐欺人要有行為能力或責任能力否

詐欺非法律行為，故詐欺人不必要有行為能力，詐欺不必為不法行為，故詐欺人不要有責任能力，但因其須有欺罔之故意，故須有事實上之意思能力。

表意人之錯誤

表意人須陷於錯誤，若詐欺人雖有欺罔行為，表意人不因之而陷於錯誤時，不生詐欺之問題，蓋民法上不認有詐欺之未遂也。且其錯誤，非以存於意思表示內容之事項為限，即僅存於意思表示之動機者，亦得為因於詐欺之意思表示，不過其錯誤如存於意思表示之內容時，則尚有第八十八條之適用，即其詐欺係由第三人所為者，雖相對人非知其事實或可得而知者，亦得撤銷，且其撤銷不問第三人之善意或惡意皆得對抗之。

以爲於新錯誤爲必要

於他人既存之錯誤，除法律上契約上交易之習慣上信義上有告知之義務外，即利用其錯誤，不得

謂爲詐欺。然妨礙其既存錯誤之發見，或加強其錯誤之程度，與使人陷於新錯誤無異，亦應認詐欺之成立。

(四)錯誤與意思表示之因果關係

須因於錯誤而爲意思表示，即錯誤與意思表示之間，須有因果之關係，苟無錯誤則無意思表示也。表意人雖因於相對人之欺罔行爲而陷於錯誤，然縱無錯誤亦爲意思表示時，不得謂爲因被詐欺之意表示，例如古玩商出示字幅僞稱係王羲之真跡，買者雖陷於錯誤，但見其字佳，即不信爲王羲之真跡，亦欲購買之時，其錯誤與買賣之意思表示間，即非有因果之關係。由此觀之，表意人如其爲欺罔行爲，或不問有無欺罔行爲皆有意思表示之決意，或於意思表示成立後始有欺罔行爲者，皆非前之所謂欺罔而無本條之適用。惟其因果關係祇須有主觀之存在，不必爲客觀的相當，故即使表意人亦有過失，或智慮淺薄，致助成其錯誤，而決定其意思表示，亦不妨詐欺之成立。

因被詐欺之意思表示之效力

因被詐欺之意思表示，表意人之效果意思，與表示行爲，固相一致，自屬有效成立，惟爲保護被詐欺之表意人起見，俾表意人以撤銷權，即該意思表示表意人得撤銷之，於未撤銷前有效，於被撤銷時則視爲自始無效（一一四條）。但於有相對人之意思表示，若其詐欺非相對人所爲而爲第三人所爲，相對人不知第三人詐欺之事實，且非因過失而不知者，此時權衡表意人與相對人兩者之利益，寧以相對人爲重，故表意人無撤銷權，但相對人知第三人之詐欺或行使相當之注意可知其詐欺者，因相對人係有

惡意，或有過失，表意人仍得撤銷之。如相對人有數人，其中一二人知第三人之詐欺或因過失而不知，但其他之數人不知第三人之詐欺且無過失者，表意人祇對於該知情或有過失之相對人有撤銷權，對於其餘之相對人則無撤銷權。相對人之代理人非第三人，其代理人所爲之詐欺，與相對人自爲無異，即相對人本人不知其實，且非得而知者，表意人得撤銷之。爲第三人利益訂立之契約（二六九條），係因於受益之第三人行詐欺時，應解爲相對人之詐欺乎？抑第三人詐欺乎？雖有爭議，究以解爲第三人之詐欺爲當。

意思表示撤銷之效果，雖應視爲自始無效，然於詐欺之意思表示，其撤銷之效果，有一制限，即不得對抗善意之第三人，故有善意第三人時，表意人雖非不能撤銷其因被詐欺所爲之意思表示，然對於善意之第三人，則不及其效力，例如：甲因於詐欺而移轉其土地所有權於乙，乙又移轉於不知情之丙，此時甲對於乙雖仍得撤銷其移轉所有權之意思表示，但除爲丙所承認外，對於丙不得主張其效果以請求其交回，否則有害交易之安全也。

如表意人因詐欺發生之錯誤，存於意思表示之內容，或爲交易上認爲重要之錯誤者，應有第八十八條之適用，除表意人自己已有過失，雖詐欺係第三人所爲，相對人不知其事實且非得而知者，表意人仍有撤銷權，其撤銷之效果，無論第三人之爲善意抑爲惡意，皆得對抗之，已如前述，且因被詐欺而爲之

脅迫
之意
表示

意思表示，受有損害者，不問該意思表示得撤銷與否，被侵害人得從於侵權行為之規定（一八四條）向詐欺人請求賠償損害，又如其詐欺構成刑法上之詐欺罪時（刑法三三九條），更有刑法上刑罰之制裁，故本條表意人之撤銷權與損害賠償權及詐欺人於刑法上應受刑罰之制裁，恆並存而非相悖。

脅迫者，加害之通知，使人生恐怖心之行為也。因被脅迫所為之意思表示，即因他人故意所為之脅迫行為而生恐怖心，由此恐怖心決定效果意思之意思表示也。其要件有五：（一）脅迫行為，（二）脅迫之故意，（三）表意人之恐怖心，（四）恐怖心與意思表示之因果關係，（五）脅迫之違法性。述之如後：

（一）脅迫
行為

脅迫行為即通知加害之行為，其為脅迫者之為相對人抑為第三人，在所不問。惟如非他人之行為，僅因天然之事實，致生恐怖心者，其事實不得為脅迫行為，故利用表意人因事變所生之恐怖心，使之為法律行為者，其為法律行為之意思表示，非因於脅迫行為，不屬於本條之範圍，惟在多數情形，其法律行為或係違反善良風俗，或係乘他人之急迫有第七十二條及第七十四條之適用而已。至通知之方法，或直接或間接，或以言詞，或以書面，或依一定之容態，皆無不可，亦不問為積極的如言將焚而屋，殺而人，或為消極的，如醫師中止其手術，使病者知其危險，而所通知者，為現在之害惡，為將來之害惡，及其害惡之種類，更無限制，且所加害之客體，不論係對於身體生命自由名譽貞操財產或其他之利益，亦不論係對

於表意人之自身或其親屬朋友，即對於與表意人毫無關係之第三人，或脅迫者之自身，如言若不繼承，則將殺人放火或自殺之類，苟其結果適合於發生恐怖心者，皆得為脅迫行為，而其害惡之重大與否，及能實現與否，皆與脅迫行為之是否成立毫無影響。

以使生新
恐怖心為
必要乎

脅迫行為之成立，不必限於使生新恐怖心，如於表意人既存之恐怖心，使加強之，亦不失為脅迫行為。惟如為不防止既存害惡之通知，是否構成脅迫行為，則應以於法律上契約上交易之習慣上信義上有無防止其害惡之義務為斷，例如見他人失火，踟立傍觀，為不救火之通知，被火人許以報酬，使為救火時，非因被脅迫之意思表示，不過依當時情形，如其報酬顯失公平者，有第七十四條之適用而已。若有救火義務之消防夫，為不救火之通知，被火人因之許以特別之報酬者，則為因被脅迫之意思表示，但依該例情形，其所成立之法律行為，應有第七十二條之適用，故屬無效。

(二)脅迫
之故意

脅迫行為，須出故意，脅迫之故意者，即有使表意人發生恐怖心，及基於恐怖心而為意思表示之認識也，至其不必要圖得利益，或損害表意人之利益及脅迫者，祇須有事實上判斷之能力，致能有脅迫之故意，不必要行為能力及責任能力，與詐欺同。

(三)表意
人之恐怖
心

在民法上無脅迫之未遂，故表意人於事實上須因脅迫行為而發生恐怖心，如雖有脅迫行為，表意人並不因之生恐怖心，而仍如脅迫者之要素為一定之意思表示者，非因被脅迫之意思表示，所謂恐怖

心者爲精神上不安之感覺，於其決定效果意思之自由，受若干之限制，純爲表意人主觀之問題，惟非全失意思能力之義，若其恐怖之程度，至全失其意思能力時，則其意思表示不能成立，不發生能否撤銷之問題，無本條之適用矣。

(四) 恐怖
心與意思
表示之因
果關係

恐怖心與意思表示之間，須有因果關係，故縱有脅迫行爲，表意人並無恐怖心，或雖有恐怖心，但其意思表示非因於恐怖心而爲，卽若無恐怖心，亦爲此意思表示者，非因被脅迫之意思表示。恐怖心與意思表示，有無因果關係，亦純爲主觀之問題，不必客觀的相當，故如對於有畏蛇蟲之癖性者，聲稱將捉蟲若干條放汝室中，或對於迷信鬼神者聲稱將焚符招鬼以爲汝家宅之祟，他人聞之雖不致生恐怖心，然該特定人因之生恐怖心而爲一定之意思表示者，卽爲因被脅迫之意思表示。

(五) 脅迫
之違法性

脅迫須有違法性，違法性者，卽違反法規之義，至其違法性之在於手段抑在於目的，則所不問，例如追索債權之目的，雖非不法，然如言不爲清償，將以白刃相嚮，是其手段爲違法矣；告發犯罪之手段，雖非不法，然如言不贈與財物，將向法院告發某項之罪，是其目的，爲違法矣；兩者皆不失爲脅迫行爲。但若加害之事實行爲爲權利行爲或爲放任行爲時，原則上非脅迫行爲，如言不清償債務，則將起訴；不履行契約，則將解約，或請求損害賠償；不賠償因犯罪行爲所生之損害則將告發其犯罪；均非不法行爲。工人欲增加工資，或改良待遇，而爲同盟之罷工，今日亦認爲放任行爲，不得謂有違法性。

因被脅迫
意思表示
之效力

因被脅迫之意思表示，不問其脅迫行為，爲相對人所爲，抑爲第三人所爲，表意人皆有撤銷權。且其撤銷之效果，亦非若被詐欺意思表示之受有限制。即善意之第三人，亦得對抗之。表意人之撤銷權，於本於侵權行為之損害賠償權（一八四條）及脅迫人是否應受刑法上脅迫罪或恐嚇罪規定之制裁（刑法三〇四條三〇五條三四六條），皆不相衝突。若由被脅迫之意思表示組成之法律行為，其行為之自身，違反公共秩序或善良風俗時，則其行為，應受第七十二條之適用，完全無效，與由被詐欺之意思表示組成之法律行為，其行為違反公共秩序善良風俗時同。

九三條

第九十二條 前條之撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之但自
意思表示後經過十年不得撤銷

被詐欺或
被脅迫之
意思表示
行使撤銷
權之期限

被詐欺及被脅迫之表意人雖應保護，然如使權利狀態，久不確定，亦非社會一般之利益，故表意人之撤銷權，應於發見詐欺或脅迫終止後一年內行使之，如不能發見其詐欺，或其脅迫繼續不止，或其發見與終止已逾九年者，則於意思表示後經過十年亦歸消滅。此亦爲行使撤銷權之除斥期限，惟此時表意人雖因期限之經過而喪失其撤銷權，然與對於詐欺人或脅迫人本於侵權行為之損害賠償權不涉。所謂發見詐欺者，爲發覺因於欺罔行爲所生錯誤之義，所謂脅迫終止者，爲因於脅迫行爲所生之恐怖心已歸消滅之義。其詐欺之發見，或脅迫之終止，如在本法總則施行前，已經過一年，或其殘餘期限不足

九四條

一年，除已逾一年又六個月外，得於施行日起一年以內，行使其撤銷權，或其詐欺雖未發見，脅迫雖未終止，但其意思表示，於本法總則施行前，已經過十年或其殘餘期限，不足一年者，除已逾十五天外，亦得於施行之日起一年以內，行使其撤銷權（民法總則施行法一六條一七條）。

第九十四條 對話人爲意思表示者其意思表示以相對人了解時發生效力

意思表示之成立效力

意思表示之成立時期與發生效力之時期，須區別之，蓋意思表示固於發表完成時即行成立，至其效力之發生，在無相對人之意思表示，如捐助行為及社團總會之決議等，除法律有特別之規定外，在解釋上固應與成立同時發生其效力，其在有相對人之意思表示，則法律基於實際之便宜，須另定其發生效力之時期。惟相對人有對話人與非對話人之別，本條爲對於對話人意思表示發生效力時期之規定，次條則爲對於非對話人發生效力時期之規定。

對話人與非對話人

對話人與非對話人之區別，如就其字義言之，似係同在一地親面對談者爲對話人，否則爲非對話人，實則不然。蓋法律關於意思表示發生效力之時期，所以區分爲對話人與非對話人而異其規定者，重在意思表示之相對人能否即時了解，其表示，凡在直接得爲意思表示之交換而即時了解其表示，即表意人得直接傳達其意思者，爲對話人，非直接得爲意思表示之交換而不能即時了解其表示者，爲非對

語人。其區別之標準，係在於時間之差異，不在於空間之差異。故如同在一地，親面對談者，固為對話人，即非同在一地，如以電話交談或以燈號旗號等方法直接傳達意思者，其表示之完成，與相對人受領及了解之時期，在物理學上雖係有若干時間之存在，然在交易之觀念上往往不能認之，亦對話人也；反之，雖同在一地，若以書信為傳達之方法，或由中人為接洽之媒介，則非對話人矣。

對語人意
思表示之
生效力之
時期

對語人意思表示發生效力之時期在無明文規定之國家，學說上有達到主義與了解主義之分，本條則定明以相對人了解時發生效力。若對話時相對人因耳聾不能聞表意人之語言，目瞽不能視表意人表示之動作，或不通表意人之方言，或因其他情由相對人未為了解時，即未發生其效力。然若因相對人之故意或過失致未了解時，若掩耳而不聽，閉目而不視者，自仍應以了解論。

對語人之意思表示，通常相對人於表意人為表示時即行了解，故表意人祇須就表示及對話舉證，不必就相對人之了解舉證，相對人如主張未了解時，應由相對人負舉證之責任。

適用於默
示之意思
表示否

本條之適用，不以明示之意思表示為限，默示之意思表示亦同其適用，故對話人默示之意思表示，亦應以相對人之了解為發生效力之時期。

九五條

第九十五條 非對話而為意思表示者其意思表示以通知達到相對人時

發生效力但撤回之通知同時或先時達到者不在此限

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

非對話人係對於對話人而言，即表意人不能直接傳達其意思之相對人，如依於電報郵函或使者等以傳達其意思之相對人也，相對人不能直接了解其意思表示，表意人之表示與相對人之了解，有時間之存在者，皆是也（參觀前條註）。向非對話人意思表示發生效力之時期，立法例上有四種主義：

(一)表示主義 即意思表示於其表示完結時發生其效力，實言之，即意思表示與其成立同時發生效力之主義也，例如依於書信而為意思表示時，即於作成書信時發生其效力。

(二)發信主義 即意思表示於為發送而離於表意人之支配時發生其效力，例如書函於投入郵箱時，電報於交付電報局時，使者於啓行時，即應發生效力。

(三)達到主義 一稱受信主義，即意思表示之通知已達到於相對人而入於相對人之支配時，發生其效力，不問相對人之知悉與否，如已入於相對人可以知悉之範圍內者，如郵函於投入相對人之受信筒，或於交付相對人家內之雇傭人時，即為其發生效力之時期。

(四)了解主義 即意思表示之通知，不僅須達到於相對人，且須於相對人了解其內容，如相對人已拆閱書信時方發生其效力。

上述之四主義中，自應以了解主義爲最合於理論，然於相對人之了解與否有爭執時，就相對人已爲了解之事實頗不易舉證，勢必使意思表示之發生效力與否，得由相對人一方所左右。表示主義則非惟不合於理論，且不適於事實，蓋意思表示之通知雖尙在表意人支配中，即可發生其效力，則得因表意人之自由支配以左右法律關係之運命，殊非交易安全之所宜。發信主義雖於交易上之敏活不無片長，然如意思表示之通知在途中紛失，相對人縱無了解意思表示之機會，亦應有其效力，於相對人不利。惟達到主義如意思表示在途紛失致不能發生效力，固反於表意人之豫期，然不過止於不能發生效力，且表意人係在得爲預防之地位，較之發信主義利多害少，故本條第一項從之，向非對話人所爲之意思表示以其通知達到於相對人時發生效力。

達到之意
義與實際

達到云者，非必相對人已取得意思表示通知之占有，如意思表示之通知已置於相對人可以了解之地位者，即可謂已有達到之事實。是否已置於可以了解之地位，應從社會客觀之見解定之，例如書函已投入於相對人之受信箱，或其他相對人指定受信之處所，或於相對人之住所交付與相對人成長之家屬雇傭人等，皆得謂爲達到。如於相對人住所以外之處所交付與相對人之家屬雇傭人等時，則須俟該家屬或雇傭人還至相對人住所時方得謂爲達到，若該家屬或雇傭人於途中紛失，或表意人於相對人不知之時將書函投入於相對人之袖中，或其住所之庭園中，不得認爲達到。如以不適當之通知方法

達到與發
達之意思

客觀的爲相對人所不能了解者，如字跡不能辨識，或向不通西語之相對人用西語爲通知時，亦不得謂爲達到。反之，如相對人故意妨害達到，或拒絕收受而無正當之理由時，應以達到論。又若意思表示之通知已置於相對人可以了解之地位，而相對人因主觀之障礙，如因疾病旅行等事實，一時在不能了解之狀態者，仍不失其爲達到。

向非對話人之意思表示因達到而發生效力者，必其意思表示通知之發送不反於表意人之意思，如與第三人閒談中，偶露其一定之意思，因而傳聞於相對人，或書函雖已作成，尙無發送之意思，偶爲他人遞送於相對人者，皆不得謂爲已有本條規定之達到。但表意人如有發送之意思，則雖其傳送之方法與途徑反於表意人之豫期，無礙其爲達到。如表意人本欲將書函付郵，乃爲其僕役所持送，本係囑僕役面交，乃在途失落爲行人拾得轉送者，仍得謂爲達到。

達到非意
思表示之
成立要件

向非對話人意思表示之達到，非意思表示之成立要件，而爲意思表示之有效要件，意思表示於爲發送前即已成立，惟須於達到時方能發生其效力。

意思表示
之撤回

向非對話人所爲之意思表示，既須於達到時發生效力，則在意思表示未發生效力即未達到以前，表意人自有阻止其發生效力之自由，阻止其發生效力之方法，即撤回是也。

撤回亦爲有相對人之意思表示，亦應於達到相對人時發生其效力，故應與所撤回之意思表示同

時達到或先於所撤回之意思表示而達到者方能阻止其效力之發生，若後於所撤回之意思表示而達到，則因其意思表示業已發生效力，其撤回為無效。

表意人於發死亡後，其行為能力喪失，其受限制時其效力之效力

意思表示於為表示時成立，達到僅為有效要件，非其成立要件，已如上述。依理論言之，表意人如於意思表示成立時有行為能力者，不當因成立後發生之事由而影響意思表示之效力。惟意思表示之達到，須其通知之發出，不反於表意人之意思，故表意人於未發出通知前，死亡，喪失行為能力，或其行為受限制者，因不能有有效之達到，其意思表示自無從發生其效力，但如在發出通知後未達到前，死亡，喪失行為能力，或其行為受限制者，自不當因之妨礙意思表示之效力，此為意思表示之達到為有效要件非其成立要件當然之結果。

九六條

第九六條 向無行為能力人或限制行為能力人為意思表示者以其通知達到其法定代理人時發生效力

向無行為能力人或限制行為能力人所為意思表示之效力

無行為能力人應由法定代理人代為意思表示，限制行為能力人受意思表示應得法定代理人之允許，已於第七十六條及第七十七條明為規定，蓋以無行為能力人對於所受領之意思表示無了解之能力，其於意思表示之受領固非有效，而限制行為能力人亦不能為充份之了解，法律為保護其利益起見，於其受領意思表示之能力亦明設限制之規定，基此理由，故向無行為能力人或限制行為能力人所

九七條

爲之意思表示，不問係向無行為能力人或限制行為能力人所爲抑係向其法定代理人所爲，其發生效力之時期，不應以達到於無行為能力人或限制行為能力人時爲準，而應以達到於其法定代理人時爲準，縱係由無行為能力人或限制行為能力人受領，苟於其受領後達到於其法定代理人時，仍得於此時發生其效力。

第九七條 表意人非因自己之過失不知相對人之姓名居所者得依民事

訴訟法公示送達之規定以公示送達爲意思表示之通知

意思表示
之公示送
達

向非對話人所爲之意思表示，既以通知達到於相對人時爲發生效力之時期（九五條）而表意人通知其意思表示於相對人，自以表意人知相對人之姓名及其居住處所爲必要，否則無從爲通知，若表意人因於自己之過失而不知時，如表意人本可得知因於不注意而不知，或本已得知因於不注意而遺忘時，其過在於表意人，法律不必爲設特別之通知方法以爲救濟，然如其不知非因於表意人之過失，表意人雖行使相當之注意仍無由知其相對人之姓名或其居住處所時，使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，俾其意思表示得以發生效力，實爲保護無過失表意人之利益。

公示送達之方法，依民事訴訟法之規定，應由法院書記官保管應送達之文書，而於法院之牌示處黏貼布告曉示應受送達人得隨時向其領取（民事訴訟法一五一條一項）法院並得將文書之繕本

公示送達
之方法

或節本登載於公報新聞紙或用其他相當方法通知或布告之。(同條二項)公示發達發生效力之時期，應自黏貼牌示處之日起，其登載公報新聞紙者自最後登載之日起，經二十日發生效力(同法一五二條)。

九八條

第九八條 解釋意思表示不應探求當事人之真意不得拘泥於所用之辭

句

法律行為之解釋

法律行為之解釋者，謂確定法律行為之意義也，法律行為之意義確定後，然後關於定法律行為效果之種種問題，如意思與表示是否一致，行為之內容是否可能及是否違反公共秩序善良風俗等，得依於法律規定之原則以解決之。

法律行為之對象

法律行為解釋之對象為意思表示，在單獨行為為行為人之意思表示，在契約或共同行為在當事人間合致之意思表示，應以意思表示之外形即表意人依於表示方法而表示於外之效果意思為基礎，如表意人隱藏於心內而不表示於外之真意，則以其僅有內心之事實而非意思表示，為解釋所不及。

解釋意思表示之方法

決定當事人潛於內心之意思，雖非解釋意思表示之任務，然解釋意思表示須為合理之解釋，以符當事人之真意，故如當事人關於意思表示所用之辭句如甚顯明，當事人之真意已甚明瞭時，自無問題，如不甚明瞭或依其情形尚有疑義時，則應以當事人之真意為重，不得拘泥於所用之辭句，致反失當事

人之真意，故表示當時週圍一切之情形，該地普通之習慣，及當事人有無經濟上特別之目的等，皆應參酌，為全體之通觀，以為解釋之依據。

法律行為之解釋與法律解釋之異同

法律行為之解釋與法律之解釋，雖皆係基於客觀之事實以定其合理之意義，然兩者旨趣，並非全同，蓋法律為對於一般人且以定比較永久之關係為目的，故其解釋應以發見最適合於現在社會生活為旨歸，得因社會事態之變遷而變更其解釋，法律行為以對於特定人且以定一時之關係為多，故其解釋應依行為當時之事實為資料，不庸因時勢之變遷而影響之。

民法於特種法律行為之解釋與規定

本法對於特種之法律行為，關於特定事項，如意思表示未臻明確時，就其解釋有設一定之規定者，如違約金除當事人另有訂定外視為因不履行而生損害之賠償總額，（二五〇條二項）買賣價金如未具體約定但依情形可得而定者視為定有價金，（三四六條一項）價金約定依市價者除另有訂定外視為標的物清償時清償地之市價，（同條二項）買賣標的物交付定有期限者，其期限推定其為價金交付之期限，（三七〇條）按照貨樣約定買賣者視為出賣人擔保其交付之標的物與貨樣有同一之品質，（三八八條）租賃期限屆滿後承租人仍為租賃物之使用收益而出租人不即表示反對之意思者視為以不定期限繼續契約，（四五一條）僱傭及承攬如依情形非受報酬即不服勞務或不為完成其工作者視為允與報酬，（四八三條一項及四九一條一項）出版如依情形非受報酬即不為著作物

之交付者視為允與報酬，（五二三條一項）出版人有出數版之權者其次版之報酬及其他出版之條件推定與前版相同，（同條二項）居間如依情形非受報酬即不為報告訂約機會或媒介者視為允與報酬，（五六六條一項）寄託物為金錢時推定受寄人無返還原物之義務，（六〇三條一項）合夥僅就利益或僅就損失所定之分配或數視為損益共通之分配或數，（六七七條二項）合夥所定期限屆滿後合夥人仍繼續其事務者視為以不定期限繼續合夥契約，（六九三條）終身定期金契約關於期間有疑義時推定其為於債權人生存期內按期給付，（七三一條一項）終身定期金契約所定之金額有疑義時推定其為每年應給付之金額，（同條二項）夫妻分別財產制契約妻以其財產之管理權付與於夫者推定夫有以該財產之收益供家庭生活費用之權，（一〇四五條一項）遺囑人因遺贈物滅失毀損變造或喪失物之占有而對於他人所取得權利時推定以其權利為遺贈，因遺贈物與他物附合或混合而對於所附合或混合之物取得權利時亦同，（一二〇三條）等是也。

第四節 條件及期限

法律行為
之附款

表意人對於法律行為之效力，得為任意之限制，使其效力之發生或消滅，係於一定事實之發生，或一定時期之屆至或屆滿，學者對於此種任意之限制，或稱為法律行為之附款，即條件與期限是也。此項

限制，係基於表意人之表示，但與欲發生效力之表示合而為一個之意思表示，非於原來之意思表示外，另有欲限制效力意思表示；故為法律行為之一部份，且屬於法律行為之偶素。

條件者，法律行為效力之發生或消滅，於將來客觀的不確定事實之發生或不發生之任意限制也。例如：甲與乙約，如明日天雨則贈與洋傘一柄，或甲向乙租賃房屋，約定如政府遷都，甲即遷讓是也。

條件，必須表意人任意為之，而為意思表示之一部；故如雖為行為發生效力之限制，但非由於表意人之任意附加，而為法律之所規定時，例如：要物契約以標的物之交付為發生效力之要件，遺贈以遺贈人之死亡為發生效力之要件等，或稱之謂法定條件，然以其為法律規定上當然存在之限制，故非真實之條件。條件乃組成意思表示之一部，故如僅有限制之意思，而未為表示時，當然不能發生效力。

構成條件之事實，須以將來並客觀不確定者為限，故過去或現在之事實，不得為構成條件之事實。如云：若其船於前日開抵上海，或某船若現泊上海，皆不得謂為條件；且即為將來之事實，然如其成就與否已確定者，如云：君若將來死亡，則因人必有死，其成就業已確定。或云：君若登仙，則其不成就業已確定，亦非條件。至其是否確定，應依吾人一般之知識經驗為標準，非絕對的不確定之意，故如云：明日天雨，或某人若在兩年內死亡，則其成就與否，雖在物理上或已確定，然依吾人一般之知識，得認為尚未確定之事項，不妨以為構成條件之事實。

許可條件
之原則及
其例外

法律行為以得附條件為原則，但其例外有三，分述如左：

- (一) 基於法律之規定 如法律有明文規定不許附加條件時，則不得附加之。例如：債務之抵銷，
- (三三五條二項) 匯票，(票據法二二條一項五款) 本票，(同法一一七條一項四款) 支票 (同法
- 一一一條一項五款) 等是也。

(二) 基於公益上理由 法律雖無明文規定，然如附加條件，違背公共秩序善良風俗等公共利益時，不得附加之。如親屬編中結婚離婚，非婚生子女之認領，及收養子女等，繼承編中繼承之拋棄及承認等。

(三) 基於私益上理由 有相對人之單獨行為，如行為之撤銷或承認，契約之解除，債之選擇等，如附加條件時，足使相對人陷於不確定之地位，妨害相對人之利益，故不得附加之；但雖為有相對人之單獨行為，如其(甲)所附之條件，為相對人所同意，或(乙)其所附條件，不致使相對人陷於不確定狀態，如若不付對價，則撤銷行為，若不清償欠租，則解除租約，或(丙)單獨行為之性質，如附加條件時，不致妨害相對人之利益者，如債之免除，權利之拋棄，遺贈等，固無禁止附加條件之理由，均得附加之。

不得附加條件之法律行為，如附加條件時，有主張惟其條件無效者，惟依一般之通說，則應認為法律行為為全部無效，蓋如認為惟其條件無效，則附條件之意思表示，變而為無條件，與當事人之真意顯然

不得附加
條件之法律
行為，其條件
無效時，其法律
行為亦無效

不符也。

條件之分類

條件依其內容得分其種類如左：

(一)停止條件與解除條件

(一)停止條件與解除條件 停止條件者，為停止法律行為發生效果之條件，即法律行為於條件事實成就時，發生效力，於條件行為不成就時，則不生效力。如謂：汝如結婚則贈與某處房屋是也。解除條件，為消滅法律行為效力之條件，即法律行為於條件事實不成就時保有其效力，於條件事實成就時，則喪失其效力。如謂：汝如離婚，則贈與解除是也。其區別之標準，不在於構成條件事實之性質，而在於條件對於法律行為效力之作用；蓋停止條件之作用，為限制法律行為效力之發生，而解除條件之作用，為限制法律行為效力之消滅（參觀九九條註。）

(二)積極條件與消極條件

(二)積極條件與消極條件 積極條件，一稱有的條件，因條件事實之發生為條件之成就。如云：汝如於一年內結婚，則贈汝某處之房屋是。消極條件，一稱無的條件，因於條件事實之不發生為條件之成就。如云：汝如於一年內不結婚，則贈汝某處之房屋是。積極條件於發生變動時為成就，消極條件於不發生變動時為成就，此為區別之實益。

(三)隨意條件與混合條件

(三)隨意條件與混合條件 條件之成否，繫於當事人一方之意思者，為隨意條件，又可分為純粹隨意條件，與純粹隨意條件。非純粹隨意條件者，條件之成否，雖依於當事人一方之意思而

決定，然尚須有其他之事實參與其間，如汝如建造住宅則贈汝百元是純粹隨意條件者，條件之成否，完全依於當事人一方之意思而決定，如云：汝如願意接受，則贈汝此屋是純粹隨意條件，又得分為積極之純粹隨意條件，與消極之純粹隨意條件，前者為條件之成否，完全依於債權人一方之意思，而決定，後者為條件之成否，完全依於債務人一方之意思而決定，消極之純粹隨意條件，若為停止條件時，如云：我如願意則贈汝此屋，在解釋上應屬無效，蓋不能認為有欲生法律上拘束之意思表示也。若為解除條件時，如云：汝租此屋，但我欲自住時，即應還我，應解為有效，蓋此雖係由於債務人一方之意思而決定，然法律行為之效力，在債務人意思決定前，業已發生也。

偶成條件者，條件之成否，與當事人之意思無關，或繫於自然界之事實，如云：今年如有旱災，則贈汝米百石，或繫於第三人之意思，或其作為不作為，如云：如父母同意，則與汝結婚，或如某人赴某處宴會，則贈汝禮服是也。

混合條件者，條件之成否，繫於當事人一方之意思及第三人意思之條件也。如云：汝如與某女結婚，則贈汝某屋是，偶成條件與混合條件，皆以有效為原則。

假裝條件

雖有條件之外形，而不具條件之實質，即雖形似條件，然非真正之條件者，學理上稱之為假裝條件，其主要者，有所謂法定條件，既定條件，必成條件，不法條件，不能條件，及矛盾條件等。

（一）法定條件

法定條件者，爲法律行爲之性質上，或本於法律之規定，爲法律行爲發生效力或其效力繼續之限制。例如遺贈，須受遺贈人於遺囑人死亡時，尙生存而生效力（一一〇一條）消費借貸，因標的物之交付而生效力（四七五條）抵銷，須有適合於抵銷債權之存在而生效力（三三四條）等是。此種法定條件，雖非當事人對於法律行爲之效力所加注意之限制，故非真正之條件，然其法律行爲不確定之狀態，則與條件同，故於其條件成否之間，似亦可類推適用民法第一百條第一百零一條之規定，以保護當事人之利益。

（二）既定條件

既定條件者，條件事實之發生與否，在法律行爲當時業已確定，即以過去或現在之事實爲條件事實之條件也。條件成就與否，在行爲當時，既已確定，則法律行爲之效力，並不生未確定之狀態，故非真正之條件，此種既定條件，如於行爲時業已成就，則視其停止條件或解除條件而區別其效力，蓋如爲停止條件時，則應爲無條件，即僅條件爲無效，如云某飛機若飛抵上海，則結付機價十萬元，不知該飛機於立約時已飛抵上海，則當然不停止契約之效力，而爲無條件契約。如爲解除條件時，則法律行爲全部無效，如訂立買賣船隻之契約，而以該船駛抵上海前沉沒爲解除之條件，不知該船於立約時，業已沉沒，則此契約根本無從發生效力。反之，如既定條件於行爲當時已不成就時，若爲停止條件，其行爲爲無效，如前例以飛機飛抵上海，爲買賣契約之停止條件，不知當時該機已於中途毀失，故買賣契約完全無效，若爲

解除條件時，則爲無條件，如前例以船抵上海前沉沒爲解除條件之買賣契約，不知當時該船已安抵上海，則條件事實之不發生既已確定，而買賣契約則自屬有效，此爲對於當事人意思合理解釋當然之結果。

(三) 必成條件

必成條件者，以將來必成就之事實爲條件事實之條件，即以將來必發生之事實之發生，或以將來必不發生之事實之不發生爲條件，如云：某人若死，或某尸若復活，則將如何，以其並不生不確定之狀態，故欠缺條件之要件，其以將來必發生之事實之發生爲條件者，通常實爲不確定之期限。

(四) 不法條件

不法條件之意義約有二說：一說以條件事實性質之不法爲不法條件，一說以條件事實性質之自身不論適法與否，然以之爲條件時，使法律行爲之全體具不法之性質者，爲不法條件，以上兩說，應以後說爲當。所謂不法者，即違反強行法規或公共秩序善良風俗之義，附不法條件之法律行爲，完全無效，按諸本法第七十一條及第七十二條之規定，蓋無疑義。如云：汝如殺人賭博，或爲猥褻，則贈汝千元等是也。但如不法行爲人須受不利益時，恆非不法條件，如云：贈汝房屋一所，然汝如賭博或傷害人時，則贈與解除，雖賭博傷害之事實爲不法，然由行爲之全體觀之，則並無不法性，故非不法條件，而其行爲爲有效。又如以第三人之不法行爲爲條件事實時，通常亦非不法條件，如云：令子若因犯罪而處徒刑，當贈汝千元，以資養贍是。又如以不爲不法行爲爲取得利益之條件時，如汝如一年內不竊盜或不傷害人，則贈汝千

元，以其違反公序良俗，其條件事實之自身，雖非不法，然行爲之全體，實有不法之性質，故爲不法條件，而行爲爲無效（參觀七二條註。）

（五）不能條件

不能條件者，以客觀不能成就之事實爲條件事實之條件也。依自然界之法則不能成就者，爲事實不能，如條件之事實，爲挾山超海是也。依法律的規則所不許可者，爲法律不能，如條件之事實，爲締結永遠租賃契約是也。事實不能，應依一般之社會觀念爲標準，並應於行爲成立時決之，如依一般之社會觀念，得認爲不能成就者，若以之爲條件事實時，卽爲不能條件，如大海撈針是也。如於行爲成立時非不可能，其後變而爲不能者，是爲條件之不能，非不能條件，惟如當事人於行爲成立時，知爲不能，而以將來變爲可能爲條件時，則非不能條件，如云：將來如變更民法得締結永遠租賃之契約時，則將如何是也。以不能條件爲停止條件時，法律行爲爲無效，如云：汝如旅行月球，則贈汝千元，蓋以法律行爲實無發生效力之餘地也。以不能條件爲解除條件時，則法律行爲爲無條件，如云：贈汝金錶一隻，若汝行抵月球，則須返還，蓋以法律行爲之效力實無從消滅也。

（六）矛盾條件

矛盾條件者，爲以與法律行爲主要內容相衝突之事項爲條件事實之條件也。如云：此地如轉讓與李某，當與汝以所有權，無論爲停止條件，抑爲解除條件，在解釋上，均以行爲無效爲是。

期限

期限者，爲法律行爲效力之發生消滅或其履行，繫於將來確定事實屆至之任意限制也。期限爲當

事人任意所加之限制，故如基於法律之規定，或行爲性質上所應有，或裁判上所定之期限，非茲之所謂期限。期限爲意思表示之一部份，而爲行爲之偶素，皆與條件同；其與條件不同者，即在條件係以將來發生與否及發生之時皆不確定之事實爲內容，而期限則係以將來屆至之事或屆至之時皆爲確定或確定其一之事實爲內容。如云：某年某月某日或於某人死之時，皆期限也，前者屆至之事及時均確定，後者屆至之時雖未確定，然屆至之事則爲確定，蓋人必有死，不過遲早不定耳。若云：如某人於三年內死亡，則爲條件，而非期限矣。期限對於法律行爲效力之限制有三種狀態：一爲關於法律行爲效力之發生，如至某年某月某日爲汝設定地上權是也。一爲關於法律行爲效力之消滅，如租賃房屋兩年爲期是也。一爲關於行爲之履行，如借洋一千元明年一月一日清償是也。

期限之許
可與例外

法律行爲，亦以許可附加期限爲原則，基於法律之規定或公益及私益上理由而不許附加爲例外，與條件之許可與否相同。大致不許可條件之法律行爲，亦不許可期限，然亦並非完全一致，例如：票據行爲不許附加條件，但許附加期限，又有依法律行爲之性質祇許附加始期，不許附加終期者，如債務之免除是。不許附加期限之法律行爲，附加期限時，以行爲全部無效爲原則，然亦有因法律之明文規定行爲並非無效，且其附加之期限僅超過法定最長期部份無效者，如本法第三百八十九條第四百九十九條第九百十二條等是也。

期限之種類
○(1)定期
○(2)終期

期限得分其種類如左：

始期者，爲停止法律行爲效力之發生或其履行之期限也。即因期限之屆至，法律行爲之效力始能發生，或債權人始能請求履行。如云：明年一月一日，爲汝設定地上權，或買米百石，約定明日交貨是也。終期者，爲消滅法律行爲效力之期限，即因期限之屆滿，法律行爲之效力消滅，如租賃定明一年爲期，則經過一年，租賃契約之效力消滅是也。

○(3)確定
○(4)不確定
○(5)與不
○(6)與不

確定期限者，爲期限事實之發生與發生之時期均已確定之期限。不確定期限者，爲期限事實之發生，雖已確定，但發生之時期則尙未確定之期限。前者如云：某年某月某日或距今百日，後者如云：某人死亡之時是也。

九九條

第九九條 附停止條件之法律行爲於條件成就時發生效力

附解除條件之法律行爲於條件成就時失其效力

依當事人之特約使條件成就之效果不於條件成就之時發生者依其特約

條件成就
與不成就

條件成就，爲條件內容之事實實現之謂。即在積極條件，爲條件內容之事實發生，如甲謂乙汝如一年內至美留學，則贈汝千元，乙於一年內，果至美留學是也。其在消極條件，則爲條件內容之事實已確定

爲不發生，如甲謂乙汝如一年內不旅行，則贈汝某書一部，乙於一年內，未爲旅行是也。條件不成就，適與條件之成就相反，在積極條件爲條件內容之事實已確定爲不發生，如前例甲謂乙汝如於一年內赴美留學則贈千元，乙於一年內並不赴美留學是也。其在消極條件，則爲條件內容事實之發生，如前例甲謂乙汝如一年內不旅行，則贈汝某書一部，而乙於一年內旅行是也。

條件成就之效力

不溯及之原則

附停止條件之法律行爲，於條件成就時始生效力，權利人始有其權利，義務人始負其義務，卽如爲積極條件時，於條件事實發生時生效，如在消極條件時，於條件事實已確定其不發生時生效，附解除條件之法律行爲，則於條件成就時消滅其效力，權利人失其權利，義務人免其義務，卽如爲積極條件時，於條件事實發生時失效，如爲消極條件時，則於條件事實已確定爲不發生時失效，條件成就之效力，皆係當然發生，不待當事人何種之行爲，且不僅能發生債權上效力，如爲物權行爲時，亦能發生物權上效力。

溯及之特則

條件成就之效力於條件成就時發生，而不溯及既往爲原則，但當事人有特別意思表示，欲使效力發生於條件成就以前者，自應從其意思，關於此點，解釋上固有多少議論，然吾民法既無如德民法第一五九條相同之規定，而依本條之立法旨趣觀之，當事人定生溯及效力之條件附法律行爲，自從當事人之意思表示之所定，使其生法律效果，毋庸置疑也。所謂特約，非必爲契約，乃指特別意思表示而言。所謂使條件成就之效果不於條件成就之時發生者，非必爲溯及法律行爲爲當時，卽依當事人之意思，溯及於

債權效果
與物權效果

法律行為成立後條件成就以前之某定時，亦無不可；惟不能溯及於法律行為成立以前，自不待言。

生溯及效力之特約，僅於當事人間有效乎？抑對於第三人均有有效乎？學者間議論之所在也。然所謂條件成就之效果，可以對抗第三人，如通說所云有物權的效力者，乃指對於任何人均生條件附法律行為之目的之法律效果而言，非直生物權變動效果之謂，例如：移轉所有物行為，仍須以登記或交付為要件，故縱謂此處生物權的效果，絕無妨害第三人利益之虞，第三人之利益，仍得依其他規定而受保護也。（參照第七五八條七六一條七六八條至七七〇條。）

一〇〇條

第一〇〇條 附條件之法律行為當事人於條件成否未定前若有損害相
對人因條件成就所應得利益之行為者負損害賠償之責任

條件附權利

按條件附法律行為，以條件成就時發生或喪失效力為原則，如前所述，則在條件成否未定以前，其法律行為之效力，尚在未定之狀態中，在此狀態中，亦生一種法律上之效力，依本條而受保護。即在停止條件附之法律行為，其當事人之一造，有因將來條件之成就取得本條權利之希望，在解除條件附之法律行為，其當事人之一造（權利讓受人）雖直取得本條之權利，然他之一造（權利讓與人）亦有因條件之成就，取回其權利之希望，通說稱此希望為期待權，或條件附權利，有保護之必要。

權利之性質

條件附權利，乃依將來條件成就所可取得之權利之現在的權利，不可與依於條件成就時直取得

之權利相混同，就兩者之關係言，前者爲手段，後者爲目的，其爲目的之權利，因條件附法律行爲之內容而異，或爲物權，或爲債權，然爲手段之權利，則非物權，亦非債權，乃以取得此等物權或債權之期待爲內容，故條件附權利，爲一種特別權利，蓋與繼承開始前之繼承權，具有相同之性質者也。

權利之保護
條件附法律行爲之各當事者，既有依於條件成就取得權利之期待權，故各當事者不可有妨害其對方期待權之行爲，易言之，當事者相互間負擔不可妨害一方期待權之義務，否則應負損害賠償之責。茲再就妨害相對人利益之行爲之制裁，分述如左：

本實行爲
(甲)妨害行爲爲事實行爲時 例如毀損條件附行爲之目的物之場合，則生損害賠償義務，惟此義務之根據，不可求之於爲基礎之法律關係，蓋基礎法律關係（如買賣貸借）於侵害當時尚未發生效果，至是否以之爲不法行爲，則有議論，或謂不法行爲，以侵害他人權利爲前提，而在毀損自己之物之場合，斯欠缺不法要件，蓋在停止條件附法律行爲，例如甲以其所有物出賣於乙，附有停止條件時，甲之權利尙未移轉，雖甲毀損之，實毀損其自己之物，又如甲以其所有物出賣於乙，附有解除條件，則於條件成就前，其權利屬於乙，故乙毀損其物，亦不生不法行爲之問題，故本條僅從負擔不得妨害相對人之義務違反之點，定損害賠償之責任。雖然，行使權利，僅於不損害他人利益範圍內，有其自由，爲現代民法所認之原則，若逾此範圍，卽爲不法行爲，故信以不法行爲根據說爲當。

(乙)妨害行為爲法律行為時 例如在停止條件附行爲，讓與人於條件成否未定間，更讓與其權利於他人，又如在解除條件附行爲，讓受人將其所取得之權利，於條件成否未定間，更讓與於第三人也是也。於茲場合，學說及立法例頗不一致，有以後之處分行爲於滅殺條件附行爲效力之範圍內爲無效者，有分別條件附行爲爲債權行爲與物權行爲而異其效果者，易言之，即條件附行爲，若爲債權行爲時，則後之處分行爲並非無效，蓋縱在無條件之法律行爲，若爲債權行爲，亦僅於當事者間有其效力，債務者爾後不妨處分其目的物，不過對於有期待權人負損害賠償之義務而止。反之，若條件附行爲爲物權行爲，則後之處分行爲，對於前之行爲，應爲無效。從本條之文義觀之，似祇有賠償損害一端，且無與德國民法第一六一條相當之規定，故無論條件附行爲爲債權的，抑或爲物權的，似均無可爲無效說之根據。即按諸交易安全之計，亦不應根本以爲無效。至條件附法律行爲已具備本法第七五八條第七六一條之要件者，則後之行爲，對於因條件成就而取得權利之人，自不生效力，若不然，則所謂條件成就之效果有物權的效果者，將無意義，而物權法上公示力之原則，亦被動搖矣。

復次，此損害賠償請求權，發生於條件成就之時乎？抑發生於有妨害行爲之當時乎？應以通說（前一說）爲是，蓋於條件不成就之場合，其附條件之法律行爲，既不生何等效果，自無得受何等利益之可言，故無可爲請求損害賠償之根據，惟如因毀損目的物之結果，而使條件之成就變爲不能者，則仍須負

損害賠償
請求權之
發生時期

賠償義務。

與第三者之關係

第三者爲侵害條件附權利之行為，例如：奪去附停止條件而賣卻之物，或毀損附解除條件而讓受之物時，自應依一般侵權行爲之法則，定損害賠償之責任。

一〇一條

第一〇一條 因條件成就而受不利益之當事人如以不正當行爲阻其條件之成就者視爲條件已成就

因條件成就而受利益之當事人如以不正當行爲促其條件之成就者視爲條件不成就

條件成就之擬制

於條件成否未定間，當事人應誠實待其確定，若當事人故意爲免除自己所受之不利益，妨其成就者，則無異侵害條件附權利，應負損害賠償之責。然法律以僅得損害賠償，尚不足以資保護，故爲進一步之規定，使相對人即條件附權利人，於此場合視爲條件已成就，所謂條件成就之擬制是也。例如：甲與乙約，如乙與丙結婚，則贈與若干元，嗣後甲破壞乙丙之結婚，即可適用本條第一項之規定。甲即負履行贈與之義務，此規定要件事實有三：

要件

(一) 妨害條件成就須爲惡意之行為。若有正當理由妨害條件之成就者，自無本項之適用。至是

否有正當理由，應依誠實信用之原則決之，其出於過失原因者，亦當別論，蓋立法理由，純爲對於不正行

爲之制裁也。(二)須有因條件成就而受不利益之當事人爲阻卻條件之行爲。第三人若爲阻止條件之行爲，仍適用一般侵權行爲之法則，不待多言，惟此所謂當事人，不能從狹義解爲指條件附法律行爲之當事人，凡因條件成就所生法律關係之當事人，皆包含在內，例如：在附條件債務之保證之場合，保證人固非條件附行爲之當事人，然因於條件成就所生之法律關係，可受不利益之地位，故保證人妨害條件之成就者，亦受本項之適用。(三)須因於不正行爲，生條件不成就之結果。確定條件不成就，有時不免判斷困難，但因妨害行爲使條件之成就困難，或於相當時期內不能成就時，則不能使條件附權利人得預期的結果，在一般觀念上，均可認爲不能成就。

效果

具備以上之要件，爲保護條件附權利之利益計，視爲條件已成就，此時不待當事人之意思表示，乃法律上之當然效果，本項乃倣德國民法之規定，惟在立法論，應以日本民法定爲得視爲條件已成就者爲妥，蓋當事人如不願視爲成就，則固可請求損害賠償也。

條件不成就之擬制

因於條件成就而受利益之當事人，反於信義，促其條件成就時，其不正情形，與上述相同，故特設規定，視爲條件不成就。例如：火災保險，被保險人縱火圖賠保險金是，惟此類事件，於特別法上多有規定，故適用之事例甚罕，至關於擬制的不成就之要件及效果，參照前段所述自明。

103條

第一〇二條 附始期之法律行爲於期限屆至時發生效力

附終期之法律行為於期限屆滿時失其效力

第一〇〇條之規定於前二項情形準用之

期限屆至或屆滿，即期限到來之謂，以曆日定期限者，其期日之到來時，以期間定之者，則依第一二一條以下之期間計算法，其末日終了時，又以一定事實之發生定期限者，其事實之發生時，均為期限之到來。

期限之屆
至與屆滿

期限到來
之效力

期限到來時，依於期限所附法律行為之限制，即被除去，即附始期之法律行為，從於期限之內容，或使法律行為之效力發生，或得請求債務之履行。（參照本節總註）關於此點學說上頗有議論，有謂附始期之法律行為，僅在停止法律行為之履行者，有謂僅在停止法律效力之發生者，更有折衷說，以債權行為附有始期者，其始期在停止債務之履行；反之，物權行為附有始期，其始期在停止效力之發生，然期限有如何之效力，為意思表示之解釋問題，就一般情形言，在債權行為附期限，以決定其效力之履行，亦無不可，至債權行為以外之行為，如所有權之移轉，其他物權之設定，當事人之意思，自在於期限到來前限制效力之發生，不待論也。附終期之法律行為，為消滅法律行為之效力，則無異說。

期限到來之效果，為當然的，且生物權的效果，與條件成就相同，但於絕對不許生溯及效力之點，則與條件成就異，因如許其得有溯及效力，未免與附期限之本質相矛盾也。

期限與條件尚有異點，即期限之到來，可以確定，故不生法律行為效力不確定之狀態。然在期限未到來以前，當事人有因期限到來取得權利或負擔義務之法律上地位，與條件附行為在條件成就以前相同，且此法律上之地位，較之條件附行為之當事人地位更為確實，自有特別保護之必要，故第一百條之規定於此準用，即法律行為之當事人於期限到來前，不得損害相對人因期限到來所得之利益，如惡意損害時，應負損害賠償之責任是也（參觀一〇〇條註）。

第五節 代理

代理之意義

代理云者，為他人對於第三者為意思表示，或從第三者受意思表示，因之對於他人發生法律效果之行為也。為他人表示意思或意思表示之人為代理人，其法律效果所及於之他人為本人，故代理人與本人要為別個之人格，此即代理為代表不同之點。代理制度之起源，比較為法律觀念發達以後之事，其在古昔，人事簡單之社會，各人於其自己關係之法律行為，常由自身為意思表示或受意思表示，殊無感覺代理之必要，然在交易頻繁之今日，若必遇事躬親，自所難能，因之不得不有受他人補助之方法，其補助之手段，固有種種，有僅為意思決定之補助者，如顧問鑑定等；有僅為表示之補助者，如代書通譯等；尚有為傳達之補助者，如使者郵便等；而最重要者，即意思表示本身之補助，乃依於補助人為意思表示或

受意思表示，使本人坐收法律上之效果，斯爲代理。

代理行爲，何故對於本人發生法律上效果？從來學說不一，分述之如次：

(甲) 本人行爲說 此說以代理行爲之基礎，非代理人之意思，乃本人之意思，蓋代理人從本人授權，基於本人之意思爲行爲，故其行爲與本人之行爲同視，從而所生之權利義務關係，由本人受之。雖然，此說之缺點，不但不足以說明法定代理，且亦不足以說明意定代理，蓋因於錯誤詐欺脅迫等之事情，致意思表示之效力受影響時，若從此說之結果，應就本人決之，非就代理人決之，殊妨害交易之安全。

(乙) 共同行爲說 此說以本人之意思與代理人之意思，結合爲一體，作爲代理行爲之意思，然無論如何巧妙，與甲說有同一之缺點，且不澈底。

(丙) 代理人行爲說或代表說 此說以意思表示與其效果之歸屬，全然異其主體，即意思表示，全爲代理人之意思表示，而其效果，則全歸屬於本人，德日學者均以此爲通說，吾民法亦依此說而爲規定，徵之第一〇三條之文義甚明。

代理之要件

代理行爲須具備左之要件：

(一) 代理須以本人名義爲之 法律於代理，認直接對於本人發生法律上效果者，乃基於行爲者之願望，此意思，即對於本人發生法律效果之意思，而爲效果意思之一部，故有從於意思表示之通則而

表示之必要；惟代理意思與代理人之真意不必一致，縱令代理人之真意係爲其自己，亦不生代理人心裏保留之效力。代理人爲此意思表示，係爲其自己利益，抑爲本人之利益，更可不問。至相對人有須表示與本人爲法律行爲之意思與否，雖有採積極說者，然應以消極說爲當，蓋代理人既示明本人之名義，即對於本人發生效力，初不問相對人之意思如何，惟在消極代理場合，相對人須有此意思表示，而代理人則毋須有此種表示，因此時代理人純然處於受方地位故也。

在代理關係，代理人與本人爲判然之兩人格者，本人爲效力上之當事者，代理人爲行爲上之當事者，故關於權利能力，決之於本人，非決之於代理人。例如中國人爲外國人之代理人而爲依吾國法上外國人不得享受權利之法律行爲，如購買土地所有權等，其行爲無效。反是，外國人爲中國人之代理人而爲此法律行爲，則仍爲有效。關於行爲能力與意思能力，則由代理人決之爲原則，蓋在法定代理之場合，本人即爲無行爲能力及無意思能力者也。惟在任意代理之場合，賦與代理權行爲，即授權行爲者，必須有行爲能力，又關於意思能力，有時由本人決之者，亦爲法律所設之例外。（參照一〇五條但書）又代理人毋須有完全行爲能力。（參照一〇四條）亦爲法律基於特別理由所設之規定。

（二）代理須關於意思表示 代理限於意思表示，蓋法律認「爲本人」之效果意思之效力，爲私法上自治，若不在此範圍內，不得成立代理，因之於事實行爲及不法行爲，均無代理之可言。（占有爲事

實，不得成立代理，所謂代理占有，並非真正之代理，不過有類似代理之現象。）惟法律行為，有於意思表示以外，更以事實行為爲要素者，於茲場合，其事實行爲包含於法律行為中，而爲一體，則仍不妨成立代理。例如：在設定質權或消費貸借之要物行爲，關於物之交付，亦爲事實行爲，仍得成立代理是也。

法律行爲及法律行爲上之意思表示，以許代理爲原則，在羅馬法當時，社會關係單簡，不感覺認一般代理之需要，故僅於少數特殊行爲，許有代理，近世社會關係日趨煩雜，爲交易上之便益計，不得不將此例外變爲原則，故除以本人之意思表示爲必要之行爲外，概許代理，至不許代理之行爲，如關於身分上之行爲是。

(三)代理行爲須對於本人直接發生法律效果 爲意思表示又受意思表示者爲代理人自身，其法律效果則直接歸屬於本人，是謂代理之本體。所謂直接，即代理行爲之結果，非對於代理人而發生，然後移轉於本人，乃法律效果自始即對本人發生，此與間接代理之純爲債權關係者有異。例如：第五四一條第二項之規定，即屬間接代理之一例，法律蓋因間接代理制度，不足以應經濟上之需要，故有直接代理之認許也。

(四)須有代理權之存在 代理行爲，對於本人發生法律上效果，如前所述，故代理人與本人之間，要有一定關係之存在，而其一定之關係，通常稱謂代理權，其詳俟於後述之。

代理可爲下列各種之分類：

(一)直接代理與間接代理 直接代理，謂代理人於代理權限內，以本人名義所爲之意思表示或所受之意思表示，直接對於本人發生法律效果之代理。間接代理，乃以自己名義與他人爲法律行爲，而以其行爲之結果，事實上移轉於本人是也。所謂代理，即指直接代理而言，至間接代理，並非真正意義之代理，不過學術上之用語而已。

(二)積極代理與消極代理 積極代理，爲意思表示之代理，消極代理，爲受領意思表示之代理。

(三)有權代理與無權代理 有權代理，謂基於代理權之代理，無權代理，則又可分爲表見代理與狹義之無權代理二種：表見代理，雖不基於代理權，然從其外形之表見事實，足使他人信爲有代理權，或有可信其有代理權之正當理由，仍認爲有代理權是也。狹義之無權代理：(1)有根本未發生代理權者，(2)有雖發生代理權而已消滅者，(3)有超越代理權限者，至其效力之如何，吾民法分別規定於債編(一七〇條以下)及本編第一百十條，可參互觀之。

(四)法定代理與意定代理 法定代理者，代理權發生之原因，非出於本人之意思之代理也。意定代理，則與此相反，故法定代理，有基於法律上之規定，當然爲代理人者，如行親權者爲未成年子女之法定代理人，監護人爲受監護人之代理人是；有因於法院之選任而爲代理人者，如法院所選任之清算人

是，有因私人之選任而爲代理人者，如經親屬會議所選任之遺產管理人是。

(五)一般代理與特別代理 一般代理者，代理權之範圍無特定的限制，如受人基於概括委任而生之代理，商業經理人於營業範圍內之代理是；特別代理，爲個別法律行爲之代理，其代理權限，有特定的範圍者也。

(六)單獨代理共同代理與復代理 單獨代理，代理者係一人，共同代理，代理者係數人，復代理，即代理人於其權限內事務之全部或一部，以代理人之名義所選之本人代理人也。單獨代理，爲極普通之事例，共同代理，是否得各自有代理權，抑僅共同有代理權，不免發生問題，吾民法於債編內（一六六條）規定之。復代理在本法未設明文，就立法精神解釋，似原則上採禁止主義，（參照五三七條四八四條二項）惟如經本人同意或另有習慣，或有不得已之事由時，許其選任復代理人，但此指意定代理而言，至法定代理，僅限法律有明文規定，得選復代理人，如本法第一千〇九十二條，是其例也。

代理權
發生法律上效果之一種法律資格也。
代理必基於代理權，已如前述，代理權者，爲本人爲意思表示或受意思表示，因而對於本人得直接

代理權之本質
關於代理權之性質，有種種學說，大別之，爲：(1)否認說，(2)權利說，(3)資格說，(能力說)否認說，在不認代理人與本人間之委任關係，與其他對內之關係相分離，而有代理權獨立之觀念，此說係將

代理權發生之原因

代理與委任混爲一談，殊無可取之價值。權利說，則區別委任與代理，認代理權有獨立之觀念，此點與否認說異，不過以代理爲一種權利，且屬於形成權之一種；但所謂形成權者，乃由權利者一方之意思而生法律上之效果，而代理之效力，則與代理人之意思無關，在有代理權之場合，不問代理人之意思如何，可生代理之效力，尤其於消極代理，特別顯明，故此說亦不足採。資格說，則以代理權爲與行爲能力相似之一種法律上地位，卽有行爲能力者，得爲對於其自己發生法律效果之法律行爲，而有代理權者，得爲對於他人發生法律效果之行爲，蓋能力爲一種潛勢力，尙有能力，其爲法律行爲完全生效，今日學者多趨向第三說，信以此說爲當。

代理權發生之原因，依於法定代理與意定代理而異，法定代理權之發生，非由於本人之意思表示，乃因於法律上規定之各種要件而成立，除於消極的事實（卽非由本人之意思表示而發生）有其共通點外，其積極的事實，應就各種法定代理研究之。至意定代理權，則因本人之授權行爲而發生，惟此授權行爲之性質，從來有種種議論，試分述如下：

（甲）委任契約說 在羅馬法，直接代理制度尙未發達，只認委任契約，從而無關於授權行爲之學說。在民法，則無代理之規定，因而不認於委任契約外，更有所謂代理權授與行爲，以代理亦因於委任契約而發生。嗣後德日學者亦多採此說，然委任事務履行之債務，與代理行爲之權限，其性質迥異，故縱

無前者，亦有後著之存在，例如：於僱傭合夥等關係亦常伴以代理權，即在委任契約，亦有不伴以代理權者。（參照五四一條二項）故以兩者之發生，解為同一法律行為，其理論不當，毋待多論。吾民法將代理與委任分別規定，其為各別觀念甚明，不過在事實上，於委任契約同時，授以代理權之場合較多而已。

（乙）無名契約說 此說即以代理權之發生，因於本人與代理人間之契約而成立。易言之，即對於授與代理權之本人的意思表示，以得相對人（即代理人）之承諾為要件，惟此契約，僅以發生代理權為目的，與其基本關係之法律行為，或屬委任或屬僱傭無關，乃依於契約自由之原則而成立者也。此在日本為最有方之學說，然其缺點，在重視內部關係，而忽略外部關係，若依此說，發生代理權之契約，有無效或撤銷原因時，代理權當然不存在，然於第三者（即與代理人為交易行為之相對人）不免蒙不測之損害也。

（丙）單獨行為說 此說即以代理權之授與行為，由於本人一方之意思表示而成立，是為德國學者之通說。其理由，以義務及負擔，若非得其人之同意自不得強制，而代理云者，乃依代理人之行為，對於某人發生效力，並非課以義務或負擔，故以一方的意思表示授與代理權，在理論上非無不當。

在吾民法之解釋上，應採第三說，蓋民法第一六七條與德民法為同旨趣之規定，依此規定，只須將授與代理權之意思表示到達於代理人或與代理人為法律行為之第三人，即生效力，法文甚顯，或以為

強制他人承受代理權，有反於他人意思之嫌，此乃誤會承受代理權爲一種義務或負擔之結果，夫以一方行爲而發生法律上效果，在他方爲處於受利益之地位者，自無不得拋棄其利益之理由，例如：遺贈爲單獨行爲，而在受遺贈人仍得拋棄其遺贈，茲謂授與代理權爲單獨行爲，亦不過謂得由本人一方之意思而生效，並非代理人絕對不得辭任，故解爲單獨行爲，亦絕無強制他人意思之嫌也。

次則爲代理權授與行爲，有因與無因之問題，若以代理權授與行爲與委託契約有不可分之關係，如前述法國民法之觀念，即不生此問題。反是，採無名契約說或單獨行爲說，則有討論之必要。今日學者之見解，大多取折衷說，即原則上爲有因行爲，若當事人有特別意思表示時，亦得爲無因行爲。然若以代理權授與行爲爲無名契約，如在日本民法之解釋，斯得同一之結論。吾民法既明定爲單獨行爲，自不能採原則上有因說，且在立法政策上，亦以採原則的無因說爲宜，若不然，善意之第三人，難免受不測之損害也。惟代理權授與行爲，在事實上多非達授與自身之目的，乃以達他種目的，故常與委任僱傭合夥契約相伴，若有此等法律關係相結合時，則此基本的法律關係，與代理權授與行爲不無牽連，故此基本的法律關係無效或撤銷之時，授與行爲，亦從同一之運命，比較適合當事人之意思。反是，（參照一〇八條一項）若無此等法律關係結合，而爲純然之授與行爲之場合，例如：僅以授與代理權之旨，對第三人爲意思表示者，則以採無因說爲當然。

代理權之範圍

代理權之範圍即指代理人之權限，其權限如何，基於代理權之發生原因定之。關於法定代理，依於法律之規定，及法定代理權之發生要件，與其實質之內容定之。例如：行親權人監護人（一〇八條以下一一三條）遺產管理人（一一八四條）是也。關於意定代理，則依於授權行為之內容定之。吾民法未如法日民法設有補充的規定，就大體言之，在一般代理，保存行為，及不變更代理之目的物或權利之性質範圍內而為利用或改良之行為，均得為之。例如：為修繕家屋，與他人訂立契約或處分易於腐敗之物，而保存其價值，即屬於保存行為。將物品租賃於他人使用，或存貯金錢於銀行，即屬於利用行為。對於無利息之債權與債務人訂約，附加利息，即屬於改良行為是也。

代理權之消滅

代理權消滅之原因，有為法定代理與意定代理共通者，有為其特有者。民法於法定代理權之特殊之消滅原因，於各種法定代理場合見之，如父母喪失親權（一〇九〇條）監護人之撤退（一一〇六條）遺產管理人之職務終了（一一八四條）均為代理權之消滅原因。此外，尚有依當然之解釋，為法定代理權消滅之原因者，如子女成年，禁治產之撤銷，監護人之辭職，或解除委託，均屬之。至意定代理權之特殊之消滅原因，應依其所由授與之法律關係定之（一〇八條一項）如基於委任關係而生之代理權，僱傭關係而生之代理權，因此等關係消滅而歸於消滅，又撤回代理權，亦為消滅原因之一（一一〇八條二項）茲就一般法理，述明代理權之共通消滅原因如次：

(一)本人之死亡 在法定代理，若本人死亡，代理權無存續之理，由不俟言也。在法定代理，若本人死亡，其繼承人是否有以原代理人為代理人之意思，殊不明瞭，故亦以消滅為原則，惟本人有特別意思表示，或法律有特別規定時，自為例外。（參照五五〇條但書五五一條五六四條。）

(二)代理人之死亡 代理非權利，不能繼承，且代理乃基礎於個人信用之結果，故代理人死亡，代理權當然消滅，惟法律有特別規定者，亦為例外（參照五五〇條但書五五一條。）

(三)代理人受禁治產或破產之宣告 法定代理人受禁治產之宣告，其代理權當然消滅（參照一〇九一條一〇九六條）意定代理人受禁治產之宣告，依第五百五十條為類推解釋，亦以解為原則。上消滅為當，蓋第一百〇四條，雖得以限制行為能力人為代理人，然究不得以無行為能力人為代理人也。至代理人之破產，是否為消滅原因，則在意定代理，如係委任時，依第五百五十條規定，原則上為消滅之原因，而於契約另有訂定，或其性質不能消滅者，則不消滅。其在法定代理，雖他國之立法例，不乏規定以破產為消滅之原因者，但而我國無此規定，不得為同樣之解釋。至本人受破產或禁治產之宣告，則以此種事實為法定代理權發生之原因，其原有法定代理權，並不因之消滅。例如：未成年人受破產之宣告，其行親權之父母，並不因有破產管財人而喪失其法定代理權，不過對於破產財團有關事項停止代理權行使而已。又如未成年受禁治產之宣告時，因禁治產之保護，與未成年之保護目的不同，此時應適

用禁治產規定置監護人，而對於未成年人之法定代理，即停止作用。至事實上禁治產人之監護人，與未成年人之父母或監護人，容有同爲一人者，乃依法律規定順序資格之偶合而已。在意定代理，本人受破產或禁治產之宣告時，依理論言，代理權以不消滅爲當，因代理特於此種場合，始足發揮其效用也。在商事行爲更定有明文，（參照五六四條）惟委任代理，依第五百五十條之規定，原則上行爲消滅，然此點寧解爲委任代理之特別規定。

代理權消滅後，代理人爲本人所爲之行爲，屬於無權代理行爲，適用無權代理之規定。（一七〇條）惟對於代理權之撤回，固亦爲代理權消滅原因之一，但在民法上有保護善意無過失第三者之規定（一〇七條）。

一〇三條

第一〇三條 代理人於代理權限內以本人名義所爲之意思表示直接對本人發生效力

前項規定於應向本人爲意思表示而向其代理人爲之者準用之

本條第一項規定有權代理之要件及其效果。第二項爲積極代理之規定準用於消極代理。

關於有權代理之要件及其效果，已詳總注，茲再申述其意義。所謂於代理權限內，即爲於有代理權之範圍內，代理人縱不知有代理權之存在，若確有代理權事實存在時，仍爲有權代理，其行爲直接對於

積極的有權代理之要件及其效力

本人發生效力。所謂以本人名義所爲之意思表示，卽代理人須示明爲本人而爲之意義，易言之，卽示明由其行爲取得權利或負擔義務者爲本人而非代理人自己之謂。學說上謂爲顯明主義是也。其表示方法，通常固言爲某某之代理人，但亦不必指出本人之姓名，只以採使相對人得知爲本人之方法爲足。又代理人所爲之意思表示，縱未示明爲本人而爲，然相對人明知或可得知其爲本人爲之者，在他國法律亦有明文規定發生代理之效力，學說上所謂隱名代理是。吾民法雖無明文，應爲同一之解釋，蓋非如此，不足以謀交易上之便利也。（參照前大理院七年上字三五七號判例）至民法上於特種場合，有規定視同代理人者，（參照一一八四條一二一五條二項）乃基於其他理由而設，非真正之代理，不可認爲顯名主義之例外。

消極代理
之適用

消極代理，爲受動代理，卽他人向代理人爲意思表示，而此意思表示，須示明使本人取得權利或負擔義務在代理人此時，僅處於受領地位，則無須示明爲本人之旨也。又在消極代理，特授與消極代理權之事例甚鮮，通常關於某事項授與代理權，同時卽授與受領意思表示之代理權，亦可認爲受領意思表示之代理權，卽包含於積極爲意思表示代理權之中。例如：有與他人訂立契約之代理權，當然包含有受領相對人要約或承諾之代理權是也。

一〇四條

第一〇四條 代理人所爲或所受意思表示之效力不因其爲限制行爲能

力人而受影響

代理人之能力

法律限制能力之目的，在保護欠缺能力者，於直接代理制度，代理人之行爲，非對於代理人發生效力，故縱使限制行爲能力者當其任，與保護之精神並無違反。

本條規定不論法定代理與意定代理，均有適用。在意定代理，本人對於限制行爲能力者授與代理權，假令代理人缺乏智識經驗，使本人受損害時，乃本人自招之結果。反之，法定代理，其代理權既非基於本人之意思而發生，爲保護本人之利益計，以有能力者當其任爲適當，民法基此理由，設有種種規定，如第一千〇八十六條第一千〇九十六條是，但於無此等明文規定之場合，殊無排斥限制能力者法定代理權之理由，如第一千一百七十八條之遺產管理人，固不限於有完全行爲能力人也。

所謂意思表示之效力，不因其爲限制行爲能力人而受影響，即不得僅以代理人爲限制能力者，而否認其代理行爲之意，非規定本人與代理人間之關係也。本人得以代理人之無完全行爲能力爲理由，以否認其代理行爲與否，應依一般規定與代理權授與行爲之性質決之，如授權行爲與委任一類契約相結合時，常因其爲有因契約，而被認爲無效，或效力未定。若爲無因行爲，（即單純授權行爲）則與純獲法律上利益之行爲相同，不因此而受影響，即在有因行爲，其結果縱爲無效，亦不過於本人與代理人間失其效力爲止，而在對外關係，仍於代理行爲之效力也無妨。

第一〇五條 代理人之意思表示因其意思欠缺被詐欺脅迫或明知其事情或可得而知其事情致其效力受影響時其事實之有無應就代理人決之但代理人之代理權係以法律行為授與者其意思表示如依照本人所指示之意思而為時其事實之有無應就本人決之

原則

本條規定，為取代表說之結果。蓋在代理行為，為意思表示及受領意思表示者，乃代理人非本人，故因於其行為可受影響之事實有無，應就代理人決之，是為原則，然本條不限於積極代理有適用，蓋為意思表示之效力之一般規定。即對於代理人為意思表示，亦包含在內。所謂意思之欠缺，如心裏保留，虛偽或錯誤之意思表示，以及意思能力之缺乏，均屬之。所謂詐欺脅迫，不僅指法律行為之相對人行詐欺脅迫，即第三者行詐欺脅迫之場合亦然。所謂明知其事情，指有惡意而言。所謂或可得而知其事情，指有過失而言。法律行為之效力，因有惡意或有過失而受影響之事例甚多，如以他人之物為買賣標的，買主於立約當時，明知有權利之瑕疵者，對於買主無擔保請求權。（三五一條）又如買主因重大過失，不知標的物品質之瑕疵者，買主既未保證其無瑕疵，對於買主亦無擔保請求權。（三五五條二項）凡因此等事實，致法律行為受影響者，應就代理人決之，故代理人為非真意之意思表示，虛偽或錯誤之意思表示，均有第八十六條第八十七條第八十八條之適用，不問本人之意思如何也。代理人如受詐欺脅迫所為

之意思表示，有第九十二條之適用，雖本人未受詐欺脅迫，仍得撤銷其意思表示也。代理人明知買賣之標的物有瑕疵，或因過失而不知其有瑕疵時，縱使本人善意無過失，亦不能主張瑕疵擔保請求權。反之，代理人若為善意無過失，縱使本人為惡意或有過失，亦得對於賣主主張擔保請求權也。

如前所述，本條不限於積極代理有適用，乃意思表示效力之一般規定，故代理人以詐欺脅迫方法，使其相對人為意思表示時，相對人基於第九十二條有撤銷權，惟在法條上殊欠明瞭。又在共同代理，即數代理人共同為代理行為之場合，關於意思欠缺等問題，究由代理人全體決之，抑由其中一人決之，雖有種種議論，然應如德國學者之通說，由其中一人決之為當。

對於前述之原則，設有例外，即代理人之代理權，係以法律行為授與者，其意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之，故適用本條，但書，須備下述要件：（一）代理人之代理權，係以法律行為授與。此限於意定代理，固極明瞭，且在實際上多與委任或其他基本法律關係相結合，惟不限於委託為特定的法律行為之場合，即在概括委任之場合，亦有受指示之可言。（二）依照本人之指示。此意義殊欠明瞭，在學理上亦有種種議論，惟從立法之旨趣考之，即法律行為之具體內容中，其問題之事情，要基於本人意思而決定之謂，不必一一有受本人指示之特殊事實也。本人對於代理人既與以指示，通常對於其所為法律行為，已有精密之調查，故代理人從其指示而為之意思表示時，若本

人有惡意（即明知其事情）或有過失而不知其事情（即可得而知其事情），不得主張代理人之善意無過失，例如：本人命代理人向某甲買入某特定物，而明知該物不屬某甲之所有者，雖代理人不知其瑕疵，亦不得對某甲主張擔保請求權，立法本旨在適於交易安全，以保護法律行為之相對人，並非保護本人，故所設例外之範圍，不宜過廣。（參照德民一六六條二項日民一〇一條二項）若依本條，但書之解釋，一切事實之有無，應就本人決之，似代理人若明知或有可得而知之情事，在本人不知或無過失時，亦將由本人決之矣，誠不免立法上之非難也。關於代理人之意思欠缺被詐欺被脅迫，是否適用此例外規定，亦不無疑問，惟信以採消極說為當。

一〇六條

第一〇六條 代理人非經本人之許諾不得為本人與自己之法律行為亦不得既為第三人之代理人而為本人與第三人之法律行為但其法律行為係專履行債務者不在此限

雙方代理之禁止

本條為關於雙方代理之規定。雙方代理有廣狹二義；從廣義言，代理人與自己為法律行為，亦包括之。從狹義言，專指一面代理本人，一面又代理第三人（即法律行為之相對人）與為法律行為是也。禁止雙方代理之理由，有種種學說；或以一人而兼雙方當事人之資格，與契約須有二人以上之原則相衝突，故為性質上所不能。或採相反之見解，以理論上非不可能，不過契約當事者異其利害關係，故使代

禁止之理由

理人代理本人與自己爲法律行爲或爲雙方之代理人，在實際上殊有弊害，僅基於此便宜上理由而禁止之。對於以上兩說，應採後說，蓋代理人之意思表示，雖其成立上不外代理人自身之意思表示，然在法律上之效果，與本人自身爲意思表示相同。民法對於債務人之履行，許其雙方代理之理由，即因債務之履行，非新利益交換，從而利害不衝突，故認此例外。若依前說，係性質上之不可能，殊無說明此例外之理由也。

雙方代理之禁止，不問法定代理與意定代理，均有適用；但在法定代理，尙應注意親屬編內之規定。（參照一一〇二條）又所謂法律行爲，亦不限於爲契約行爲，即在有相對人之單獨行爲，（如行使解除權撤銷權或免除債務）亦有適用。在共同行爲，則因當事者非有互相對立之關係，僅共同對於第三者爲意思表示，以不受此限制爲當。至無相對人之單獨行爲，按之法條文義，亦不生適用之問題。

禁止之效果

違反本條所爲之行爲，其效力如何？有絕對無效說及相對無效說二種：第一說，以禁止雙方代理之原則爲公益的規定，除有明文之例外，（即本條但書）不因本人之承認而生效力。第二說，以縱有違反，亦不過對於本人不生效力爲止，其結局等於無權代理行爲，適用無權代理之規定。通說均採第二說，從吾民法立法之旨趣觀之，更以採後說爲有據。蓋法條示明：非經本人之許諾，不得爲本人與自己之法律行爲云云，其爲保護私益之規定，至爲明顯。況經本人之許諾，並不限於事先許諾，即如適用無權代理，因

但書之適用

承認而生效力。(參照一七〇條一項)與本人之意思絕不違反也。

關於債務之履行，不禁止雙方代理，蓋如前所述，履行債務，非新利益之交換故也。所謂債務之履行，包括代理人對於本人所有債務之履行，與本人對於代理人或第三人(他方之本人)債務之履行，惟履行本人之債務，不得拋棄本人所有期限之利益，或先訴抗辯之利益，斯不待論。又此之履行債務，指狹義之清償行為而言，按其性質，本非法律行為，故屬於法律行為性質之代物清償，有可考量利害之餘地，不適用此例外，更改契約亦然。關於抵銷行為，則有議論，然抵銷既非新利益之交換，不過相互清償之簡易方法，信以採肯定說為當。

一〇七條

第一〇七條 代理權之限制及撤回不得以之對抗善意第三人但第三人因過失而不知其事實者不在此限

限制及撤回之意義

代理權之限制，即關於代理權範圍之限制也。在意定代理，以有此種限制為常，在法定代理，則除法律有明文規定外，不容由本人任意特示限制。代理權之撤回，即本人以意思表示使代理權消滅之謂也。此則限於意定代理有適用，更為了然。

代理權被限制而為超越其限制之代理行為，是謂越權代理。代理權被撤回而為代理行為，是謂無權代理。然不得與表見代理相混。(參照一六九條)乃法律上一種特別規定，立法本旨，純為保護第三

者而謀交易之安全，因限制及撤回之事實，既不公示於第三者，在第三者往往信其有代理權，而與爲法律行爲，若絕對適用無權代理之規定，不免使第三者蒙不利益之結果也。

要件

本條之適用，以第三人（即代理人之相對人）善意且無過失爲要件。善意云者，即不知有代理權限制或撤回之事實；無過失云者，即雖用相當之注意而仍不知其事實之謂。關於舉證責任，在第三人毋須證明其爲善意，若本人主張其爲惡意者，應由本人負舉證之責。至有無過失，應歸何方舉證，固有議論，信爲亦應由本人負舉證責任爲當。

效果

本條適用之效果，即不得對抗第三人，易言之，即第三人對於本人得主張法律行爲之效力，本人不得以越權代理或無權代理以與第三人對抗。或謂此種效果與表見代理無異，此在日本民法，或可爲如斯解釋。（參照日民一〇九條一一〇條一一二條）在吾民法，則以法文之用語不同，不可相提並論。蓋在表見代理（一六九條）若具備各種要件，其代理行爲之效力，當然及於本人，第三人並無選擇之自由也。

適用範圍

本條不問於積極代理或消極代理，均有適用，是爲通說。惟於法定代理應解爲無適用。蓋法定代理權之限制，爲法律之所規定（參照一一〇一條一一七九條二項）若謂不得對抗善意無過失之第三人，殊失立法本旨。至撤回代理權，乃指意定代理而言，徵之次條之文義，至爲明顯。尤應注意者，限制與撤

回，固亦爲代理權消滅之事由，（限制僅一部消滅）但不能擴張解釋，謂對於代理權一般之消滅，概有本條之適用。

一〇八條

第一〇八條 代理權之消滅依其所由授與之法律關係定之

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

第一項之適用

關於代理之消滅，有爲法定代理與意定代理所共通者，有爲法定代理或意定代理所特有者。（參照本節總註說明）而本條第一項，則指意定代理之特殊消滅原因而言。蓋代理權之授與，多非爲達代理自身之目的，乃爲達他種目的。或爲委任處理事務，或爲達僱傭契約合夥契約之目的，故此等基礎的法律關係消滅，其基礎上之代理權授與行爲亦因以消滅爲常。例如因委任而生之代理權，因委任之終了而消滅是。惟代理權授與行爲並非當然的有因行爲，已如前述，本條第一項不過爲推測當事人意思之規定，依於當事人間之特別意思表示，使授權行爲與此基礎的法律關係相獨立，亦所無妨。例如：示明委任契約縱有無效或撤銷之原因而歸於消滅，亦不影響於代理行爲，則委任關係雖消滅，而代理權並不消滅是也。

第二項之適用

代理權之授與，既爲單獨行爲，則得以本人一方之意思而撤回，固所當然。代理權經撤回即歸於消滅。

滅。

撤回之意思表示以對於代理人爲之爲已足。在第三人（即代理人之相對人）已有前條之保護，故不問授權行爲是否係向第三人爲表示者，均不以向第三人表示撤回之意思爲必要。

撤回僅以於其所授與之法律關係存續中爲之。若所授與之法律關係已不存在，則適用第一項，似無撤回之可言。然法律亦不過規定通常場合爲止。如前所述，授權行爲並非當然的有因行爲，亦非當然的與其基本的法律關係相結合而不可分，則其基本的法律關係縱不存在，而代理權不消滅者亦有之。於茲場合，仍不妨爲撤回，又雖在所授與之法律關係存續中，若依其性質不得撤回者，亦不許本人撤回。例如委任他人代理訴訟，若不撤回委任，則不能僅撤回代理權是也。反之，如委任他人收取金錢物品，則不妨撤回其代理權，而使受任人以其自己之名義爲委任人取得權利，以繼續委任關係是也（參照五四一條二項）。

一〇九條

第一〇九條 代理權消滅或撤回對代理人須將授權書交還於授權者不

得留置

代理權授與，基於授權人之意思者，依前條之規定而歸於消滅，若在授與代理權之當時付與授權證書，迨代理權消滅時，代理人應將此證書交還於授權者，以免代理人之濫用，而使法律關係趨於複雜。

至撤回代理權，亦為消滅事由之一，法文特為揭出，不過期其醒豁而已。本條立法本旨，在避免與第三者發生法律關係之複雜，故不問本人與代理人間之債務關係如何，不許代理人留置，若代理人違反之，使本人受有損害者，（例如撤回不得對抗善意無過失之第三人時）對於本人應負賠償責任。

一一〇條

第一一〇條 無權代理人以他人之代理人名義所為之法律行為對於善意之相對人負損害賠償之責

無權代理人之責任

茲所述無權代理人之責任，乃對於相對人所負之責任；至無權代理人對於本人所負之責任如何，在代理一節內未設規定，不外依其基本的法律關係決之。在無權代理場合，本人與第三人之關係，吾民法以之規定於債編中，（參照一七〇條一七一條）若本人追認無權代理行為時，相對人不受何等損害，則無權代理人對於其相對人不負何等責任。反之，若本人不為追認，相對人不能遂其所期之目的，難免有受損害，故民法規定無權代理人對於相對人之責任。茲述其內容要件及理由如次。

內容

（一）責任之內容 立法例有認無權代理人從於相對人之選擇，任履行或損害賠償之責者；即相對人之權利為選擇債權，其請求履行或損害賠償，屬於其自由。在吾民法僅規定損害賠償責任為止。惟關於損害賠償之範圍問題，從來有兩說：一為消極利益說，即以賠償相對人信為有代理權而蒙之損害，所謂信賴利益為已足。例如所失之郵費旅費等是。一為積極利益說，即代理行為，若有效，相對人應得之

利益亦須賠償。例如：以代價八百元而買價值千元之土地之契約，得請求二百元之賠償。或以吾民法因未規定相對人有履行請求權，蓋不認其與損害賠償有同等的價值，故僅以賠償消極利益爲足，此種見解，固有一面之理由；但民法於損害賠償之債，設有一般規定，（參照二一六條）而在本節，又未另有規定，自應從通說，不但消極利益，即積極利益，亦包含在內，無權代理人均有賠償之責任。

要件

(一) 責任之要件 無權代理人負擔上述之責任，須具備下列要件：

(甲) 須爲無權代理行爲 即無權代理人之行爲，除欠缺代理權一點以外，具備其他代理行爲之要件。若代理行爲反於公序良俗，或本人無權利能力，又不爲代理之意思表示，因於此等理由，不生拘束本人之效力時，無適用本條以保護相對人之理由。

(乙) 須本人未爲承認又於承認以前相對人未爲撤回 本人如爲承認，則代理行爲對於本人發生效力，相對人無損害之可言。又相對人迄於本人之追認以前，得撤回其意思表示（參照一七一條）若已爲撤回，縱受損害，亦存於相對人自身之原因，無使無權代理人負責任之理由。

(丙) 須相對人爲善意 相對人若明知代理人無代理權者，乃自始甘冒危險，與其爲一定之法律行爲，法律無保護之必要。至不知無代理權之原因，出於故意抑過失，在本法之解釋上，不生區別。

除上述三種要件外，尚有一問題，即無權代理人，是否須爲有行爲能力之人是也。或以爲我民法未

以明文規定此要件。不可與德日民法爲同一之解釋。但若以無能力者當然負此責任，殊欠卻法律保護無能力者之旨趣。故絕對無行爲能力人之代理行爲，應解爲不負本條之責任。至限制行爲能力人，是否負此責任，應以其所爲代理行爲，是否得法定代理人之同意爲斷。如已得法定代理人之同意，仍不能免與有能力者負同一之責任也。

(三)責任之根據 無權代理人何故對於相對人負上述之責任？關於此理由，有種種學說：或依於過失賠償之原則，以無權代理人爲代理行爲，乃基於其過失應負責任。或以無權代理人與相對人間有默示之擔保契約，故使負擔此責任。又或以無權代理爲不法行爲，應負此責任。然民法於本條並未表明以無權代理人之故意或過失爲負責之要件，且若以其爲不法行爲，即屬侵權行爲，以適用一般侵權行爲之規定爲足，無特設明文之必要。故第一說與第三說毫無足取。其中最有力者，厥維第二說，即擔保責任說是也。此說之理由，以無代理權人在與他人爲法律行爲時，含有若不得本人承認，有自爲法律行爲當事者意思之擬制；又或雖以本人之名義爲之，而有擔保代理行爲生效之意思，即擔保契約，故於其效果應負責任。此說非特與事實相符，且若如所說，在相對人亦應有此意思，願何以法律尙認相對人有撤回權，此其說之不能圓滿者一也。且若爲擔保契約，應使無權代理人先負履行之責任矣。願何以法律僅認負損害賠償之責任，此其說之不能圓滿者二也。凡擔保契約，必以主契約存在爲前提，然於代理行爲，

理由

既不生效力，反謂有從屬性之擔保契約有效，寧非矛盾。此其說之不能圓滿者三也。故今日學者之通說，皆謂本條之責任為法律直接規定，即法律上之特別責任，乃基於保護交易之安全所設，信以此說為最當。

無效及撤銷

第六節 無效及撤銷

完全法律行為與不完全法律行為

法律行為之效力云者，法律付於法律行為之拘束力也。法律行為適應於表意者所欲發生之效力，以具備形式的與實質的條件為必要。凡具備其條件之完全法律行為，謂之有效法律行為；若缺乏其條件之一部，則為不完全之法律行為，因而其效力即不完全。得分為無效行為、撤銷行為、與狹義的效力未定之行為三種述之。蓋廣義的效力未定之行為，不但包括得撤銷行為在內，即凡附條件附期限行為亦屬之。茲所述之效力未定的法律行為，指經第三人允許承認或同意而生效之法律行為而言也。

無效行為

(一) 無效行為

無效之意義

無效行為，即法律事實雖客觀的完全，然缺乏有效條件，故不發生法律行為內容之效果。然欲發生非法律行為內容之效果則無妨。例如無效行為，若具備不法行為要件時，得發生損害賠償義務；若具備不當利得要件時，得生不當利得返還之義務是也。

無效行爲，與法律行爲之不成立，異其觀念。蓋前者乃法律事實已完全，即其法律事實所不可缺之積極條件已具備，僅缺乏有效要件，因而謂之法律行爲之無效。後者乃缺乏積極條件，故法律事實不完成。例如：僅有要約而無承諾，是爲契約不成立。反之，有要約與承諾，其契約固爲成立，但其內容違法，則爲無效是也。

無效行爲，係確定的不發生效力，關於此點，與效力未確定之法律行爲異其性質。例如：無權代理行爲，於未經本人承認以前，對於本人不生效力；但於承認時，仍溯及於行爲當時發生效力，即其行爲之當時是否發生效力，尙在未確定之狀態中也。無效之法律行爲，自始確定的不發生效力，不因爾後當事者之追認而爲有效；亦不因時之經過或情事變更而爲有效。例如：行爲之標的，因反於公序良俗之故爲無效，雖以後情事變更不認其事項反於公序良俗，亦不能變爲有效行爲也。

無效行爲，如已死之產兒，任何名醫，亦不可使其復生，故在法律上當然無效。所謂當然無效，即毋須當事者或法院爲何等行爲而使無效；然爲使裁判上確定其無效，亦不妨提起消極確認之訴。例如：婚姻無效之訴，不外屬於消極的確認之訴之性質也。無效行爲，不獨於當事者間無效，不問何人苟有利害關係者，皆得主張其無效。又不問對於何人皆得主張其無效，是爲原則。惟法律偶有例外規定，即對於某種人不得主張無效者，稱爲相對無效。例如：民法第八十七條第一項但書規定是也。

無效之原因

無效行為之原因，有為一般法律行為所共通者，如意思能力之欠缺（第七五條）、虛偽意思表示（第八七條一項）、法律行為標的之違法（第七一條）、法律行為違反公序良俗（第七二條）等屬之。有為特定法律行為所特有者，例如關於婚姻之法律行為是。此在民法上與其他特別法上規定，殊不在少，應就各該行為具體考察之。

無效之種類

行為之無效，得依左之標準，而為分類：

（甲）絕對無效與相對無效 凡對於不問何人，又或由任何人均得主張無效者，謂之絕對無效。如由一定之人或對於一定之人亦不得主張無效者，謂之相對無效。相對無效之用語，是否正確，不無疑問。蓋於一方有效力，另一方對於某人則無效力，其觀念未免矛盾。然若自無效之觀念中，排斥相對無效之用語，吾人不可不創立足以表示適當之名詞。關於此點，迄今無何等之提倡，故不得不踏襲從來之用語。所謂相對無效之例，已如前述。（第八七條第一項但書）惟應注意者，相對無效，與不得對抗一定人之有效行為，似同而實異。例如：民法第二十七條第三項之不得對抗善意第三人，其行為之本質，仍為有效。不過不能對於一定之人主張之，並非謂第三人得主張其為無效也。

（乙）一部無效與全部無效 法律行為之內容，全部有無效之原因時，則全部無效。若僅法律行為內容之一部，有無效之原因時，究為全部無效抑僅一部無效，則因立法例不同。吾民法從德國法例，以全

部無效爲原則，以一部無效爲例外。（參照第一一一條註）惟一部無效之問題，係以一個法律行爲爲前提。例如：超過民法第二百零五條之利息，超過九百十二條之典期，其超過部分無效是。若表面上爲一個法律行爲，其實乃數個法律行爲相結合者，則其一方縱無效，亦不得謂一部無效。例如：以十元買（甲乙）二卷一部之書，乃一個法律行爲，若甲卷給付不能時，得生一部無效問題。反之，以七圓買甲卷，以三圓買乙卷，假令同時成立契約，仍爲兩個法律行爲。故甲卷縱給付不能，亦不生一部無效問題。又在雙務契約，係由一契約生兩當事者之義務，一人之義務，縱有履行可能，而他方之義務有不能履行之場合，亦不得自爲一部無效。蓋對於兩當事者發生義務，乃雙務契約之要件，故一方之義務不成立時，雙務契約卽全部無效，不生一部無效之問題。

（丙）當初無效與嗣後無效 無效原因，存於法律行爲成立之當時者，爲當初無效。法律行爲之成立，與效力發生之時異，而於其期間內發生無效原因之場合，爲嗣後無效。例如：遺囑雖成立在遺囑人未死亡以前，尙未發生效力，設在遺囑人未死亡前，發生無效之原因，則爲嗣後無效。如現行法許以遺囑指定繼承人，但在遺囑人未死亡以前，生有子女，該遺囑卽爲無效。（參照第一一四三條）與嗣後無效不可混同者，在於法律行爲發生效力後，成爲給付不能是也。例如：以特定物給付爲標的之契約發生效力後，其目的物滅失，而其契約仍爲有效，其結果或生損害賠償，或生免除給付義務之問題。（參照第二二三

條)此與法律行為不生效力之事後無效,異其觀念。

當初無效之原因,與嗣後無效之原因,非必同一。例如:意思能力之欠缺,固為當初無效之原因,然一旦行為成立後,行為者雖喪失意思能力,不影響於法律行為之效力。反之,若於成立後,而變為標的不能或不合法,則屬嗣後無效。

(二)得撤銷之法律行為

得撤銷行為
概念

民法上撤銷一語,用之於種種意義:第一,有法律行為之撤銷,與法律行為以外之撤銷之別。如法人設立許可之撤銷,(第三四條)禁止產宣告之撤銷(第一四條第二項)等事,均屬法律行為以外之撤銷,不適用本節撤銷之規定。第二,在法律行為之撤銷中,有以意思表示之瑕疵為原因者,有不然者,如詐害行為之撤銷(第二四四條),贈與之撤銷(第四一六條第四一七條)等,雖得準用本節規定,但均與意思表示之效力無關,亦不在本節說明之列。茲所述者,僅就由於意思表示有缺點而得撤銷之行為而言。

撤銷之意

可得撤銷之法律行為,當然其內容發生相當之法律上效果,此與無效行為確定的不生效力者不同。故可得撤銷之行為,其效力在未確定(即動搖)狀態之中,經撤銷始確定自始無效;經承認或撤銷權因一定期間經過而消滅,始確定自始有效。此為得撤銷行為之特色。就廣義言,得撤銷之行為,亦為效力

未定行爲之一種，然與後述之效力未定行爲，亦有不同。蓋在後者，係效力發生與否未定；而在前者，不過因撤銷之結果歸於無效，非法律行爲之發生效力與否未定也。

撤銷與撤回

撤銷與撤回異。撤銷云者，乃使一旦生效之行爲效力，歸於消滅。反之，撤回則在防止未生效力行爲之效力發生。例如：本法第九十五條第一百七十一條規定之撤回，甚爲明瞭。然在民法中亦有用撤銷之用語，其實不外撤回之意義者，如第一百六十五條廣告之撤銷，第一千二百一十九條遺囑之撤銷，均有用語混雜之嫌。在嚴格的意義言，均與本節所述之撤銷有異，不可不辯。蓋法律行爲一般之原則，在意思表示未發生效力以前，本得由表意者任意撤回。例如：契約於未達到相對人以前，得自由撤回是也。

撤銷權之行使

撤銷僅得由有撤銷權人爲之，非如無效行爲，不問何人均得主張無效者也。有撤銷權人乃係爲有瑕疵意思表示之人，惟代理人與繼承人應解爲亦有此權。又依本法第一百零五條前段之規定，其事實之有無，固就代理人決之；但本人亦有撤銷權，已成通說。

撤銷權之本質

撤銷權：內容，並非對相對人請求爲一定行爲，乃依一方之意思表示消滅其法律行爲之效力，前爲形成權。又撤銷權爲從權利，故不得與其基本的法律關係相分離，而爲單獨讓與。

撤銷之原因

撤銷之原因，乃因意思表示具有瑕疵。有謂行爲能力之欠缺，亦爲有撤銷之原因者，此在日本民法可爲如斯解釋，而在我民法，則以之爲無效，或效力未定。（參照第七五條第七七條至第七九條）不得

認爲屬於得撤銷之行爲。至特殊的撤銷原因，（例如：第二四四條第四一六條）在民法不設一般規定，應就各項情形定之，蓋爲法定之撤銷原因，與當事者之意思無關也。

撤銷必具有一定原因，已如上述；故以當事者間之契約，任意的使發生撤銷權，在所不許。然保留解除權則不妨。或以爲此兩者之區別點，即撤銷爲關於法律行爲之效力；而解除乃關於法律行爲之本體。然法律行爲一旦成立，欲使此事實滅卻，決非人爲所可及。故撤銷，係因法律行爲之成分有瑕疵；而解除，則非因法律有缺點，乃依當事者之意思或法律之規定附着其於外部之權利。以此，爲二者性質上之差異，較爲允當。

撤銷權行使之方法

關於法律行爲撤銷之方法，在法國民法以訴訟上主張之爲必要；而德日民法則以意思表示爲之已足。吾民法係採後例；但此屬原則，若有例外規定時，則須以訴訟主張。例如：本法第九百八十九條至第九百九十七條，其適例也。

效力未定行爲

(三) 效力未定之法律行爲

效力未定之法律行爲云者，法律行爲發生效力與否尙未可定之謂也。其與無效行爲不同之點，即非如無效行爲，自始確定無效。其與撤銷行爲不同之點，即非如得撤銷行爲，經撤銷之結果，始歸於無效者也。效力未定之行爲，不一而足；如遺囑行爲，附停止條件或附始期之行爲，亦屬之。惟此處所述者，僅指之遺囑。

經第三人同意而生效力之法律行為而言。

同書九章
或承認

民法上得經第三人同意而生效力之法律行為，其用語有不表明同意字樣，而以承認或允許表示之者。就大體言，允許者，事先或同時表示同意之謂。而承認，則事後表示同意之謂。但亦不可一概而論。如第一千一百零一條與第一千一百七十九條第二項之立法本旨相同，但若謂監護人處分受監護人之不動產，縱經親屬會議之事後追認，亦屬無效，殊不近情。總之，民法於此等用語，隨事具名，殊乏明確標準。惟無論如何，允許或承認，均為同意之一種，而同意，即包含允許或承認在內者也。

須得第三人同意而生效力之法律行為有種種。例如：第一百八條第一千零六條第一千一百零一條。至於第七十九條與第一百七十條之規定，通說以為非經第三人同意而生效力之行為。乃經法定代理人或本人同意而生效力之行為，似有少許誤解。蓋第七十九條與第一百七十條，皆為效力未定之行為，易言之，即甲之行為，須經乙之同意，始生效力。無論其為法定代理人或本人，而其所處地位，則與第三人同。若不如此解釋，則一百七十七條所設之一般規定，將不適用於第七十九條第一百七十條，寧非矛盾。

法律之特
別規定

經第三人同意而生效力之法律行為，固與得撤銷行為不同，已如前述。在民法上亦有特別規定，如違反第九百八十一條之結婚，則屬得撤銷行為（參照第九九〇條），是為例外。

一一二條

第一一一條 法律行爲之一部分無效者全部皆爲無效但除去該部分亦

可成立者則其他部分仍爲有效

無效行爲
之範圍
全部無效
爲原則一
部無效爲
例外

法律行爲之內容有可分的與不可分的，若爲不可分的法律關係，則一部無效之影響及於全部。例如附不法條件之法律行爲，即屬全部無效，蓋於此場合，其法律行爲繫於該條件之一點，已成不可分之關係也。法律行爲，雖以不可分爲原則，但有依於行爲之性質或當事者之意思，除去該部分仍可成立者，則其他部分不妨仍爲有效。例如：在法律行爲發生效力以前，法律行爲標的之給付，成爲一部不能；（如多數物品其中有數種變爲不融通物）而其他一部，仍爲可能時，則僅不能之部分屬於無效。蓋依於法律行爲之性質而可分者也。其由於當事人之意思，而認一部有效之例更多，如公司之合併決議之內容中，不承擔被合併公司之債務，固屬違法，但當事人之意思若以此種決議爲有效，則於內部關係，仍有其合併效力。又假如設定地上權之契約，不得永久無期，如當事人約定成立永久無期之地上權，仍不妨認爲不定期限之地上權契約者也。至於法律有明文規定，則從其規定。如第三百八十條，第四百四十九條第一項，第九百十二條，是其適例。

一一二條

第一一二條 無效之法律行爲若具備他法律行爲之要件並因其情形可

認當事人若知其無效即欲爲他法律行爲者其他法律行爲仍爲有效

無效行為
之轉換

甲種法律行為爲無效行為，若具備可發生乙種法律行為之要件時，得認乙種法律行為之效力。學者稱之爲無效行為之轉換，而爲本條所明示者也。

法律行為之轉換，可分爲法律上之轉換，與解釋上之轉換兩種。如將要約擴張限制或變更，而爲承諾者，視爲新要約（第一六〇條二項），是爲法律上之轉換。又如發行本票行為，雖因要件欠缺，不能認爲負擔票據債務；但若可作不要因之債務承擔契約，其契約仍爲有效。又如已有婚生子女，而以遺囑指定他人爲財產繼承人，雖其指定行為無效，但若可作爲遺贈行為，其遺贈仍爲有效。但此爲推測當事人之意思之規定，若當有顯然相反之意思時，則不能爲如此解釋。又當事人若明知其無效者，即不適用本條規定。

一一三條

第一一三條 無效法律行為之當事人於行為當時知其無效或可得而知者應負回復原狀或損害賠償之責任

無效行為
當事人之
責任

基於無效行為所爲給付之場合，應使當事者相互間回復原狀之義務，其所受之給付不可不返還。但因法律行為之目的不法而爲無效者，原則不得請求返還其給付之物。（參照第一八〇條）又當事人於行為時，若爲善意且無過失時，則不負此責任，但信爲可適用第一百七十九條及第一百八十二條第一項。在原因行為無效，而給付行為有效時，如爲物權行為之前提行為（債權行為）無效，而物權

行爲有效者，則僅有本條回復原狀或賠償損害之請求權。反是，原因行爲無效，給付行爲亦無效時，給付者除有本條之請求權外，尚有基於所有權之返還請求權，即物上請求權。蓋給付行爲既爲無效，給付者仍爲所有權人，對於無權占有之任何人有回復請求之權利也。（參照第七六七條）惟第八十七條第一項但書，則爲例外。事實上如不能回復原狀，或回復原狀顯有困難時，即應以金錢賠償損害，故本條之賠償損害，與第二百五十五條之命意相同。

一一四條

第一一四條 法律行爲經撤銷者視爲自始無效

撤銷之效力及當事人之責任

當事人知其得撤銷或可得而知者其法律行爲撤銷時準用前條之規定。本條規定撤銷之效力。關於撤銷之效果，從來有溯及主義，不溯及主義，物權主義，與債權主義之爭。本條規定探溯及的物權主義。故撤銷之結果，視爲自始無效，且得對抗一般人。但法律亦有例外規定，如婚姻之撤銷，其效力不溯及既往（第九九八條），撤銷被詐欺之意思表示，不得對抗善意第三人（第九二條二項）是也。

撤銷之效力，既探溯及主義，因撤銷視爲自始無效，故當事人應負回復原狀或損害賠償責任。且因撤銷有物權的效力，非僅法律行爲相對人，因其行爲而取得權利者，當然返還於撤銷權人，即從其相對人，讓受同一權利之第三人，亦當然喪失其權利。但此係依原則言，尙有左列例外：

與第三者
之關係

(一)由於詐欺之撤銷，依前所述不得與善意第三人對抗，僅受詐欺者對於行為相對人有本條請求權。

(二)在當事人間為債權行為（即原因行為），且基於此為物權行為時，其債權行為雖被撤銷，其物權行為尚非當然無效，此時僅撤銷權人對於相對人人生本條請求權，不能與第三人對抗。

(三)債權行為與物權行為均被撤銷，雖得對抗第三人，然第三人若受占有有公信力之保護（參照第八〇一條第九四三條第九四八條），第三人依於占有而取得之權利，亦不負返還義務，僅當事人間有本條請求權。

以上所述，為撤銷行為之一般效力。至因錯誤而撤銷其意思表示者，對於受損害之相對人與第三人，須負賠償責任，則為另一規定，不可與此相混。（第九一條）例如：甲與乙訂立某種契約，乙受領甲之給付，嗣後甲依於第八十八條第八十九條撤銷其意思表示時，甲對於乙，若具備本條之要件，可行使對乙之回復原狀或損害賠償請求權；而乙若具備第九十一條之要件，亦可對甲行使該條請求權是也。

當事者間
之關係

依於本條所為回復原狀或損害賠償，是否為不當得利之返還，抑為特別責任，在學說上極有爭論。就理論言，應分別債權行為之撤銷，與物權行為之撤銷，而有差異。在前者則生不當得利之請求權，在後者則其權利自始未移轉，須全部返還，如事實上不能返還，或有重大困難時，則以金錢賠償損害，始為正

當。在吾民法，以有善意惡意與過失有無之區別，尙不能全爲此解釋。茲爲分別情形，說明其適用如次：

(一)物權行爲撤銷之場合 物權行爲，乃直接使物權發生變動之意思表示也。物權行爲，通常以債權行爲爲原因行爲。於此場合，其物權自始即未移轉，其關係不能依不當得利法則解決，若其物在相對人占有中，應將其物返還於物權所有者；如不能返還，則以金錢賠償損害，即全部利益返還是也。此時尚有人不特有本條請求權，且有物上請求權明矣。其在債權行爲與物權行爲共得撤銷之場合，亦生同一之結果。

(二)債權行爲撤銷之場合 債權的原因行爲存在，而於其後爲前示之物權行爲（給付行爲），僅其原因行爲被撤銷時。於此場合，撤銷權人能否向相對人取回其已給付之物，在德日有多數學說，而以發生不當得利請求權爲通說。在吾民法則有明文認爲有全部返還請求權。（原則上返還受領物者，有不能以金錢賠償損害）蓋本條準用前條，示明應負回復原狀或損害賠償責任，且以行爲時知其無效或可得而知者爲限，按與第一百八十二條之規定迥異也。惟對於善意無過失之相對人，不妨行使第一百八十二條第一項之請求權。

(三)於有原因行爲而未爲給付行爲僅原因行爲撤銷之場合 債權關係雖已成立，而於基於此關係爲給付以前，被撤銷時。於此場合，未爲物權之移轉，在德日學者通說，均認爲不生返還利益之問題。在

吾民法此時仍得依本條請求賠償損害，不過對於善意無過失之相對人，則無請求權明矣。

一一五條

第一一五條 經承認之法律行為如無特別訂定溯及為法律行為時發生

效力

可得撤銷之行為有撤銷權人得承認之因於承認以確定可得撤銷行為為有效故承認屬於撤銷權消滅原因之一

承認之性質及其效力
承認，乃確定得撤銷行為之不確定的效力之意思表示也。可得撤銷之行為，在承認前亦有一定效力，因於承認，始確定其效力。故此之承認，與無權代理行為之承認，以發生新法律效果為目的者，亦有所不同。承認付以撤銷權消滅之效果，故通說以承認為撤銷權之拋棄。少數說則反對之，以承認權與撤銷權為各別權利，故確定法律行為效力之積極意思表示，不必包含拋棄撤銷權之消極意思表示。然確定法律行為效力之意思表示，當然含有不使其效力消滅之意思表示，故承認之意思表示，解為有拋棄撤銷權之意思表示之另一面為當。

承認既含有拋棄撤銷權之意思，故其效力原則上，溯及既往。惟在當事人間不妨以特約使其從承認時發生效力，或於法律行為成立以後，承認以前之某時發生效力。在外國立法例，有規定雖有溯及效力，然不可害及第三人已得之權利者，然對於第三者之關係，應以其取得之權利，是否具備對抗要件而

決，故此處無設明文之必要。

一一六條

第一一六條 撤銷及承認應以意思表示爲之

如相對人確定者前項意思表示應向相對人爲之

撤銷及承認之方法

本條規定撤銷及承認之方法。不拘撤銷以不拘形式之一方意思表示爲之，在例外言有須以訴之方式主張者，如詐害行爲之撤銷（第二四四條）、婚姻之撤銷（第九八九條至第九九七條）是。

撤銷爲法律行爲，故須具備法律行爲之一般有效要件。如錯誤之撤銷，或被詐欺脅迫之撤銷，仍得撤銷其所爲之撤銷也。

撤銷應表示其原因否？在學說上有種種議論，然信以探積極說爲正當。蓋表示撤銷之原因，在有撤銷權者毫不感覺痛苦；且對於相對人，若不使其爲何理由，不免陷於茫然之境地也。

撤銷得附條件與否？多數學者皆否定之，其理由，以撤銷者乃確定得撤銷行爲之運命爲目的之法律行爲也。若許附加條件，則不能確定其行爲之運命，故在行爲之性質上爲不許可。然法律行爲之原則，皆許附條件，故在無害之範圍內附條件之撤銷，亦所不妨，如附加隨意條件，是其適例。

撤銷之意思表示，對於何人爲之，立法例規定不同。我民法則以行爲之相對人確定者，爲其意思表示之相對人，於相對人不確定之場合，法無明文。通說以任何方法爲之均可，毋須對於利害關係人，或其

他特定人爲之，但吾輩不贊成此說。蓋撤銷，畢竟以消滅行爲之效力爲目的。若非對於有直接利害關係之人爲之，自不發生效力。例如：撤銷地上權之拋棄，非對於土地所有人爲之，應解爲不生效力者也。又於相對人確定之場合，應對於法律行爲當初之相對人爲之，如相對人以其取得之權利讓與於第三人時，仍以行爲當初相對人爲撤銷之相對人。在相對人死亡之場合，以其繼承人爲相對人；在相對人爲無能力或限制行爲能力人之場合，應對於其法定代理人爲意思表示；於相對人有數人之場合，原則上應對於全體爲之，但法律行爲之內容係屬可分關係者，自不必對全體爲之。惟對最後所述一問題，學說上有種種議論，迄今尙無定論也。

以上所述爲撤銷之方法。至於承認之方法，大體與撤銷同。不過對於已經撤銷之行爲，不得再爲承認；又承認非於有撤銷原因終了以後爲之，亦不生承認之效力。如因詐欺脅迫而爲法律行爲，須於脫離此等不正之干涉以後爲承認，始生效力也。

一一七條

第一一七條 法律行爲須得第三人同意始生效力者其同意或拒絕得同當事人之一方爲之

本條規定表示同意或不同意之方法。即凡經第三人同意始生效力之行爲，不問對於該行爲之任何一方，表示同意或拒絕，均生同一之效果。惟對於一方表示同意，同時對於另一方表示拒絕者，其意思

同意或拒絕同意之方法

表示既有矛盾，應解為不生效力。其對一方表示同意於先，而對他一方表示拒絕於後；或對一方表示拒絕於先，而對他一方表示同意於後，究生如何之效果，不無疑問。此問題應就法律行為是否成立決之。若在法律行為成立之當時或已後，既表示同意或拒絕，其表示已生確定效力，縱已後為相反之表示，不能推翻以前之表示也。如先表示同意，後又表示拒絕，仍生同意之效力；如先表示拒絕，後又表示同意，則祇能認為得成立新法律行為而已，不生追溯之效力。反之，若在法律行為成立前，其事先雖已為同意之表示，迄於法律行為成立之時，則不妨撤回其同意。此在德民法第一百八十三條定有明文，吾民法亦可為同一之解釋也。

本法未規定其效力時期，但法律行為繫於第三人同意者，即應溯及於行為當時發生效力。若有特別訂定，則為例外。

一一八條

無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認，始生效力。

無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效。

言前項情形，若數處分相抵觸時，以其最初之處分為有效。

處分

本條之原則，亦為法律行為之效力繫於第三人同意之一種。惟係指事後承認，即追認而言。按處分

行為之效力

行為，非有處分權人不得爲之，在法律上當然不發生效力。惟爲實際上便利，亦得由處分權人承認，使之發生效力。所謂處分行爲，指物權行爲與準物權行爲而言。在債權行爲，本屬行爲當事人間之關係，其債權行爲自體尙非無效。例如：甲以乙所有之土地出賣與丙，未經乙之承認，對於乙不生效力，而甲丙間之買賣契約，尙有債權之效力。又處分行爲雖不生效力，但若權利標的物爲動產，而行爲之相對人，受占有公信力之保護者，（參照第九四三條第九四八條第八〇一條）縱無處分權人就其物爲處分，受讓人具備即時取得之要件，仍取得其權利。此時處分者爲侵權行爲，對於有權利人，負損害賠償責任而已。

無權處分行爲，原則上雖須經有權利人之承認，始生效力；但若於處分後取得其權利者，其處分仍自始有效，亦所以謀實際之便利也。所謂取得其權利，固以取得所有權爲通例，但亦不限於所有權，只須取得處分權即可。例如：甲以乙所有之不動產出典於丙，於處分後，甲對乙取得典權，若合於第九百十五條之要件，其處分仍自始有效，蓋有處分權人與所有權人，不必爲同一人也。

本條第三項規定無處分權人，就權利標的物爲數個處分而互相牴觸者，以其最初處分有效。在解釋上，頗生困難。蓋在第二項情形，爲數個處分行爲，各行爲之效力如何，應以三者之取得權利，是否具備物權行爲之要件而定。易言之，最初行爲之相對人對於一般人能否主張有效，應以是否具備對抗要件爲斷，否則僅對於行爲人得主張其債權效力而已。故本項規定，認爲不必要。

第五章 期日及期間

時之概念

法律上所謂時，有兩種意義：一指時點，即測定事實發生前後之尺度之意味。一指場合，即某事實發生之情況之意味。例如：民法第二百四十三條所謂債務人負遲延責任時，二百四十四條所謂受益人於受益時，以及第二百四十七條至第二百五十條之時，均含有場合之意味，非有時點之意味者也。

期日與期間之意義

時點不可分，或視同不可分者，謂之期日。如云某日正十二時，即不可分之時點；又如云某月某日，雖亦包含一定之長度，然吾人以之視同不可分者也。從一定之時點，至於他時點之經過，謂之期間。故期日就其不可分之點觀之，殊無繼續之觀念，而期間則以有繼續觀念為必要。學者有謂期日係從靜的方面觀察，期間係從動的方面觀察。

期日與期間之性質及其法律上之影響

期日及期間是否法律事實，為學者議論之所在。一說以法律事實者，現象也。時之經過，非現象，故非法律事實，不過對於或種事實，附與法律上效果之標準。他說以權利之得喪，由時之經過而生者，在訴訟上，吾人應負立證責任，故時之經過為法律事實。以上兩說，迄今尚無定論，然時間在種種之點，與法律效果有密切關係，則不俟言。或因到達一定期日，或經過一定期間，法律事實始生一定之效果；或在一定期

間，因於一定事實狀態之存續而生權利之得喪變更，其例不遑枚舉，此本法於總則編，所以規定期日與期間之一般計算法也。

期日與期間之計算法
(一)自然計算法

(二)歷法計算法

期日及期間之計算法，有兩種主義：一為自然計算法，即定一日之長度二十四小時，一週為七日，一月為三十日，一年為三百六十五日，依此法而為計算，極為精密，不加入為之增減。如云自本年一月一日午前十時五十分起，三日，則其期間算至同日午後一時五十分滿了。又如云自本年一月一日午前十時五十分起，一日，則其期間為次日午前十時五十分滿了。依此類推，算月則不論大小，概以三十日為一月。算年則不論平閏，概以三百六十五日為一年是也。吾民法不以此為原則，僅於第一百二十條第一項第一百二十三條第二項採此計算法。一為曆法計算法，即從於本國採用之曆法計算，於是月有大小之區別，年有平閏之區別，其中所包含之日數不等。其以日或星期為單位者，亦以午前零時至午後十二時為一日，此外之小時，在所不計。以日曜日迄於土曜日為一週，非自其起算之時刻或自事件屆立之時刻起算，以達於二十四時之七倍足數也。從兩計算法比較觀之，前者精密而不簡便，後者簡便而不精密，固各有其得失。惟民法本章非強制的規定，不患無紳縮之餘地也。

期間有繼續的與不繼續的兩種，繼續的期間者，一旦開始進行，其經過不中斷者也。非繼續的期間者，不以繼續經過為必要。例如於一年內服三個月之勞務，於一年內與以一個月之休課是也。於此場合，

祇須以三個月相當之日數服勞務，以一個月相當之日數依課，不以繼續為必要，此在社會之習慣上，均視一月為三十日，一年為三百六十五日，故吾民法於第一百二十三條第二項規定之。

二一九條

第一一九條 法令審判或法律行為所定之期日及期間除有特別訂定外

其計算依本章之規定

一般規定

期日及期間有以法律定之者，如民法第八條第十二條是；有以裁判定之者，如民法第一千一百五十六條第二項第一千一百五十七條第一千一百七十八條是；有以當事人之意思定之者，（即法律行為所定之期日期間）如民法第八十條第一百七十條第二項是，於此等之場合，除有特別訂定外，概適用本章之計算法。所謂有特別訂定，如在其他法律或命令中，有特別規定，或當事人之意思另訂計算法，亦無不可，例如：在國曆尙未普行之際，某種地方之人訂立契約，有從於舊曆（即陰曆）之意思，依其意思可也。

二二〇條

第二二〇條 以時定期間者即時起算

以日星期月或年定期間者其始日不算入

以時定期間之計算法

本條第一項為取自然計算法之一例。蓋以曆言之，時以下無單位，故以時定期間者，不得不從自然計算法，即時起算，如自上午九時十分起四小時內，即自上午九時十分至下午一時十分止是也。其以時

以下之分秒爲單位之場合，法律未設明文，然信爲亦採自然計算法無疑。

於一定地方之交易，依其地方之標準時，定時之起算點，卽以其地方太陽在子午線上之時爲正午，依此而定其計算。關於此點，因無一定之學理可據，然可認爲適合於當事人之意思，其在隔地間之交易，應依於國定標準時定之。例如：云午前五時，在此一地，太陽已出，在彼一地，天猶未明，若依於地方標準時，則因兩地異時，往往失判定行爲之效力標準，若依於國定標準時，雖亦有不便，然若全國劃一，則亦無何種困難也。

不以時定
期間之計
算法

本條第二項爲取人爲計算法之一例。卽以日、週、月、年爲單位之場合，其始日不算入。例如：自今日午後一時起，十日內，卽以明日之始計算十日期間是。但期間自午前零時起者，在外國立法例有規定仍算入本日者，吾民法則未設此規定。

一二三條

第二二二條 以日、星期、月或年定期間者，以期間末日之終止爲期間之終止。

期間之終
止點

期間不以星期、月或年之始日起算者，以最後之星期、月或年，與起算日相當之前一日爲期間之末日；但以月或年定期間，於最後之月無相當日者，以其月之末日爲期間之末日。

本條第一項，爲以日、星期、月或年，定期間時之終止點之規定。故以時定期間之場合，不適用之。關於

終止點之立法例，有以末日之開始，爲期間滿了之計算法，有以末日之終了爲期間滿了之計算法。本法則採後者，隨而吾民法不問其末日有交易時間之習慣與否，非至午後十二時止，期間不滿了，得爲債務之履行，或其他之行爲。然依行爲之性質，如在深夜不適當之時刻，仍得認爲反於信義，蓋行使權利履行義務，須依誠實信用之旨故也。

末日（正點）之算

本條第二項，爲末日算出法之規定。關於末日之算出，在以定期間之場合，不生問題，故本項不加規定。在以週、月、年爲單位，定期間之場合，而不以週、月或年之始日爲起算期間者，其期間之終了，以最後之星期、月，或年，相當於起算日之前日爲末日。例如從一月十日起計算五個月，即以六月九日爲末日，其餘算法，可以類推。但以月或年定期間之場合，於最後之月無相當日者有之，例如：平年一月爲三十一日，二月爲二十八日，若從一月三十日或三十一日起算一月期間，依上述辦法，須至二月二十九日或三十日爲末日，但二月僅有二十八日，則祇得以此日爲末日，雖不精確，然係採曆法計算當然之結果，而無可如何也。

二二三條

第一二二條 於一定期日或期間內應爲意思表示或給付者其期日或其

期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時以其休息日之次日代之

期日及期間終止點

本條爲期日及期間終止點延長之規定。卽於一定日期應爲意思表示或給付者（例如票據之到

之延長

期日)若該日期恰當星期日、紀念日、或依一定地方所定之休息日者，以其次日代之。又於一定期間內應為意思表示或給付者，於期間內之末日恰當星期日、紀念日或其他休息日時亦同。本章各條，雖非強制規定，但期日或期間之末日，恰當星期日、紀念日、休息日者，不問有無是日休業之習慣，概有適用。蓋此等日期，原為民衆休息而設，殊無以相反習慣得為攻擊之理由也。惟本條旨趣，非禁止於此等日期為意思表示或為給付，故若為意思表示或給付者，於此等日期仍願為意思表示或給付，而在相對人依然受領者，其意思表示或給付，仍為有效，不待言也。

一三三條

第一二三條 稱月或年者依曆計算

月或年非連續計算者每月為三十日每年為三百六十五日

月年計算
法之原則
與例外

本條第一項定以月年定期間之計算法之原則，即示明曆法的計算法之應用也。曆法上之月年，非為多數日之集合，乃各別為時之單位，易言之，月不問其大小，概為一月，年不問其平閏，概為一年者也。

第二項為對於原則規定之例外。即非連續的期間，縱以月或年為單位，亦採自然計算法。如云：在一年中如怠工一月，即得解雇，則以前後怠工三十日統計之。三年中有一年缺席，即喪失其某種權利，則以前後缺席日數，共達三百六十五日計算是也。其以日或週為單位者，雖不連續，亦均不生換算問題，故本法不加規定。

二二四條

第一二四條 年齡自出生之日起算

出生之日無從確定時推定其爲七月一日出生知其出生之月而不知

其出生之日者推定爲該月十五日出生

年齡計算法

計算年齡，應否計算出生之日，爲學說所聚訟。然算入出生之日，實合於人類社會生活之觀念。所謂自出生之日起算，卽始日算入，不論時間，以滿足一年，卽以達於次年與起算月日相當之前一日爲滿足一歲。其出生之月日無從確定者，各國立法例有推定其爲年初出生，有推定其爲年終出生者。本法採折衷主義，以七月一日爲出生日，若知其出生之月，而不知其出生之日者，依上述折衷之例而類推，卽以該月十五日爲出生日，惟此爲推定辦法，若有反證，不在此限。

第六章 消滅時效

時效之意

時效云者，以一定期間一定之事實狀態之繼續爲成立要素之法律要件也。

(一) 以一定期間之經過爲要素 其期間之長短，依於時效之種類而生差異，然常以經過法律所定之期間爲必要。故不以時之經過爲要素者非時效，如依於民法第九百四十三條第九百四十八條第八百零一條之動產物權即時取得，有稱爲瞬間時效者，然既非以時之經過爲必要，不得與時效同視。

(二) 以一定之事實狀態之繼續爲必要 時效尙非僅因時之經過而成立，於時之經過之期間內，要有一定事實狀態之繼續（占有準占有或權利之不行使）。然此事實狀態，不以適法成立爲必要，以有單純事實上之狀態爲足。此單純的事實狀態，與時之經過相結合而爲法律狀態，成爲權利得喪之原因，此爲時效之特質。

(三) 時效乃法律要件 時效乃依法律規定而有引起私權變動之效力，故亦爲法律事實之一種，又稱法律要件。此法律事實，有爲取得權利之原因者，有爲喪失權利之原因者。前者謂之取得時效，後者謂之消滅時效。然在立法例中，有不以消滅時效爲直接消滅權利之原因者。吾民法亦依之。此則基於沿

革上之理由，俟於後述。要之，不問取得時效與消滅時效，而有引起私權變動之效果，則一也。

時效制度
之理由

權利排斥事實狀態之效力為原則，然在時效，則認永久之事實狀態，有優於權利之效力。曷言之，即事實狀態，排除權利，而受法律之保護也。時效制度之基礎，在於永續事實上之狀態，有保護之必要，保護永續事實上之狀態，為安定社會生活所不可缺之要件也。蓋一旦成立之狀態，既歷久無何等故障，無論何人對之安心，遂不免怠於為證據之保存，是為當然之理。若至後日，求其證據，使受意外恐慌，殊有損害生活之安全。例如多年占有無故障之物，行使權利，若因無取得權利之證據，不問何時，均有喪失之虞，則吾人不可不永久保存證書，其事甚煩。又如債務人履行債務，有意於請求債權證書之返還者，則多年之後，再被請求，不免為二重之清償，如斯，非所以安固社會生活之道。故時效以永續行使權利者為權利者，永續不行使權利者，則使喪失其權利為目的。於此意義，時效為證據之代用。

又時效於大多數之場合，與事實相符，永久不行使權利者，多為無權利者，多年占有其物者，多為有權利者，至有少數例外之事例，使惡意占有者，取得其物，或使債務人得免其清償之責，自所不免。或僅以此點反對時效制度，認為保護掠奪者，殊不思欲起大利，不得不伴以小害，為顧全一般之利益，使少數人受犧牲，乃法律上無可如何者也。

時效制度，基於維持社會秩序公益上理由之結果，如上所述。故關於此法規，以有強行性為原則，即

或對於權利不罹於時效，或使時效期間加長與縮短之特約，不能認為有效。

時效制度，導源於羅馬。在羅馬法上，關於時之經過而生權利之變動，有兩種制度：一為取得時效，即多時占有他人之物而取得所有權制度，在十二銅表法中已存在。當初定期甚短，對於動產為一年，對於不動產為二年。然此制度，屬於市民法，以對於羅馬市民及伊大利以內土地有適用，對於外國人及殖民地尚不適用。此後於殖民地，因事實之需要，亦有同此精神之制度，即占有者及所有者，居住於同州內者，因十年之占有，非居住於同州內者，因二十年之占有，以取得土地所有權。比於前述之期間較長，故釋之為長期時效。至儒帝時，廢此區別，對於動產，採短期時效制；對於不動產，採長期時效制。後世稱為取得時效，即此之謂。一為消滅時效，即關於訴權消滅之制度。在羅馬市民法，向無此制，然裁判官所賦與之訴權，要於一定期間內行使，於是有永久訴權與有期訴權之區別。嗣後以命令定一般訴權之消滅時效為三十年，以沿用舊名稱，猶稱爲永久訴權。短於三十年者，則爲有期訴權。儒帝立法從之。由此以觀，當時之訴權消滅時效，不過爲訴訟形式上之意義，後世漸失此意義，遂有與私權抗辯權發生之相當意味矣。若就其沿革上考之，羅馬法上之消滅時效，非有權利消滅之意義甚明。

德國民法，即基於上述之沿革上理由，以取得時效與消滅時效性質各別。前者有直接取得權利之效力，後者無直接消滅權利之效力，不過因消滅時效而生拒絕給付之抗辯權而已。故將取得時效，規定

於物權編，而將消滅時效，規定於總則編，以解釋兩者爲非統一制度。吾民法亦倣之。反之，在法日民法，則以時效爲單一之統一制度，而於一概括名辭之下，分時效爲取得時效與消滅時效兩種。奧民法與普魯士民法，均踰襲此思想者也。

消滅時效
之性質

消滅時效者，於一定期間內不行使權利爲要素之法律事實也。析言之：（一）消滅時效，須經過一定期間。（二）須繼續不行使權利。（三）消滅時效，爲一種法律事實。惟依吾民法規定，消滅時效，非爲直接消滅權利之原因，僅或立一種抗辯權，使債務人得以拒絕債權人之給付請求而已。

消滅時效，與法律之除斥期間觀念，極易混淆，不可不辯。除斥期間者，對於一定之權利法律所預定之存續期間也。消滅時效，乃因權利之長久不行使，而發生法律上一律之效果，並非其權利自初預定在一定之期間內而存續也。隨而（一）除斥期間，非如消滅時效，有中斷及不完成延長。（二）除斥期間之經過，權利絕對歸於消滅，非因於當事者之行爲（不援用或拋棄）而左右其效力。除斥期間，在民法上規定之場合極多，要在按其性質而定。間有用語上類如消滅時效，而其實爲除斥期間者，如第四百一十六條第二項，第四百一十七條，第五百十四條之契約解除等規定，均爲除斥期間，並非消滅時效。有解此爲形成權之消滅時效者，殊難贊同。

消滅時效
之客體

吾民法倣德瑞法例，僅以請求權爲消滅時效之客體。所謂請求權，即請求他人爲作爲或不作爲之

權，其與債權本體之觀念有別。故不但身分上之權利，不因時效而消滅，即物權債權及無體財產權，亦不因時效而消滅。惟亦有例外規定，如民法第八百八十條之抵押權是。所生問題者，即請求權有因債權而發生者，有因物權而發生者，關於債權之請求權從來不生爭論。關於物權之請求權，是否因時效而消滅？有肯定與否定兩說。肯定說之理由，以民法祇言請求權因時效而消滅，初無區別爲物權請求權與債權請求權之必要。否定說之理由，以物上請求權非純然債權，如民法第七百六十七條之請求權，祇可作準債權解，故關於債權之規定，僅於物上請求權性質所許之範圍內，得以準用；而在消滅時效，從物權不羅於消滅時效之點觀之，其由物權所生之物上請求權，無單能羅於消滅時效之理。否則不適於物權之本質。就理論言，以採第二說爲正當。不過在我民法之解釋上，因有第九百六十三條之規定，採第一說，亦非無所依據。此外，請求權與一定法律關係相終始者，如因相隣間之關係而生之請求權，因夫婦關係而生之同居請求權，亦不因時效而消滅者也。

形成權不因時效而消滅，已成通說。吾民法第四百一十二條第二項，第四百一十七條，第五百一十四條之契約解除權，係除斥期間，已如前述。又民法第一千零五十二條之離婚權，第一千零八十一條之終止收養權，其本質皆形成權，而非請求權，不過謂行使此種權利，須依訴主張。因而第一千零五十三條，第一千零五十四條，均爲出訴期間之規定。至因共有關係而發生之分割請求權（第八二三條），或有

認爲消滅時效之例外者，然共有物分割之請求，即得廢止共有關係之權利，最近學說，已認爲係廣義之形成權，故不因時效而消滅，是爲當然。

二二五條

第一二二五條 請求權因十五年不行使而消滅但法律所定期間致短者依其規定

消滅時效
之一般期
間

本條前段定請求權普通消滅時效之期間。於外國立法例，有規定三十年或二十年者，皆因襲羅馬法之先例，不適用於時代需要。最近之立法例，有縮短爲十年以下者，亦未免矯枉過正。吾民法定爲十五年，蓋折衷至當之辦法也。

關於有擔保（對人擔保或對物擔保）之債權，或有延長期間之立法例，於吾民法不生此區別。在德國民法，對於有執行力證書之請求權，設有特殊規定，爲本法所不取。故本條規定爲請求權之一般消滅時效期間，不問其成立原因如何，亦不問其是否經確定判決，或有他執行力名義。

本條後段示例外之適用。如第一百二十六條，及第一百二十七條，以及第一百九十七條第一項，第四百五十六條第一項，第四百七十三條第一項，第五百一十四條，第五百六十三條第二項，第六百一十一條第二項，第六百二十三條，第一千一百零九條，第一千一百四十六條各規定，均爲特別期間。其在特別法上有較短期間之規定時，自亦應從其規定。

第一二六條 利息紅利租金贍養費退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權其各期給付請求權因五年間不行使而消滅

五年之特別期間

本條及次條爲短期消滅時效之規定。所列舉之請求權，以屬於日常行爲，在性質上，有速爲請求或速爲清償之意味。且在慣習上，常不保存其債務清償證書，故爲免權利關係不明確起見，以適用致短之時效期間爲妥當。

本條爲以定期，即按期給付爲目的之債權有適用。非所論於定清償期在一年內之債權。此從法條「其各期給付請求權」之文句，可以瞭然，而利息租金等，不過爲其例示耳（租賃動產之租價適用次條第三款）。

要件

適用本條之要件有三：（一）要以按期給付爲目的。其各期給付之額，非必爲一定。其每期之間隔，亦不必均等，惟其特質在經過若干期間，即須爲給付，含有反覆爲之，或循環性意味。例如每三個月付洋若干，又或在一年內，某月付若干，又某月付若干是也。又其每期所生之請求權，有爲其權利性質上所必要，故如普通債權，依當事人之意思，約爲分期給付者，不受本條之適用。定期給付債權，與其各期給付請求權，有基本權與支分權之關係。所謂定期給付債權，乃於一定或不定之期間，以定期受金錢或其他不特定物之給付之債權。其主要者，如年金，恩給，贍養費是也。所謂其各期給付請求權，即從定期給付債權

所分化者。學者稱前者爲基本權，後者爲支分權，信爲得當。蓋前者係從其全體觀察，後者係從每期可受之給付（即個別的）觀察，至於利息租金紅利，則除有其生每期利息之基本債權（即整個利息等債權）外，尚有原本返還債權，不過利息租金，其性質上以按期給付爲目的者爲多，故本條舉以爲例示，非謂一切利息租金紅利，概可適用本條也。例如一次存入銀行之款，定期至若干時，本息合併，全部可得若干元，此種利息，既非以按期給付爲目的，即不能適用本條。又商場上滾息爲本計算，以及遲延利息，其類數乃依於利率計算爲止，非以按期給付爲目的，亦無本條之適用。（二）要以一年或較一年更短之期間爲給付，或以爲於定期給付，在一年以上之利息等債權，亦應適用本條，殊不思立法理由，在於因債權者之怠慢而堆積，未免使債務者感受痛苦，故有從速解決之必要。若不然，則漫無限制，假若存款定期二十年，約定每十年給付利息一次，並無疊次堆積之慮，且債權人於十年內本不能爲利息之請求，若解爲經過清償期五年，即因時效而消滅，殊欠公平也。（三）要爲以金錢或其他不特定物爲目的之債權。法條上雖未如日本民法第一百六十九條的明示，然從立法之精神考之，應依此解。

一二七條

第一二七條 左列各款請求權因二年間不行使而消滅

二年之特別期間

一 旅店飲食應及娛樂場之住宿費飲食費座費消費物之代價及其墊款

- 二 運送費及運送人所墊之款
- 三 以租賃動產爲營業者之租價
- 四 醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款
- 五 律師會計師公證人之報酬及其墊款
- 六 律師會計師公證人所收當事人物件之交還
- 七 技師承攬人之報酬及其墊款
- 八 商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價

本條第一款之費用及代價，指各該處所供給居住飲食娛樂等之對價。所謂墊款，即除上述之費用代價以外之墊用款項。例如：入旅館之車資及運行李費等。第二款之運送費，不限於商事行爲以運送爲營業而生之運費，從廣義言，凡以運送而生之運費，亦包含之。例如：普通之車資船資，皆有適用。（其純粹爲服務勞務者又當別論）惟因運送而代支出之款項，則必爲以運送爲業者之墊款，始有適用。蓋在社會習慣，普通之車主及船主，無代墊費用之事例也。第三款之租價，即租金，惟必以租賃動產發生者始可。第四款之醫生，乃指從事一切醫治之術之人，不問爲獸醫、齒醫，以及按摩、鍼灸、催眠、施符等，以治療疾病爲目的者，均包含在內。至是否經考試及格，領得醫師執照，亦無區別。所謂藥師，指從事調劑藥品之人，看護

生，指以看護病人為業務之人，惟產婆則應認為產科醫生，而不包括於看護者之內。本款之報酬，指診費藥費以外之報酬，墊款，指與醫藥有關所墊之費用。第五款第六款之律師會計師公證人，係指依法從事於此等職務之人，不生疑問。所謂所收當事人之物件，乃指關於職務上所收之物件，惟不限於有物上請求權，乃指由當事人所交付者而言。其非由當事人直接所交者，如為第三人之物，該第三人有物上請求權，自不受本條之適用。第七款之技師，指以從事專門事業之設計或監督之人。所謂承攬人，則依民法第四百九十條之所定。第八款之商人，指以販賣商品或產物為營業之人，所謂製造人，即以加工於材料作成新物之人。惟限於職工，以與手工業者為對待。故如從事理髮、裁衣、洗染、家庭紡織之人，則屬於本款之手工業人矣。

以上各種債權，在日常生活上發生最多，且往往不給受領書據，若為期過久，不易證明，有從速定其法律關係之必要也。

一一八條

第一二八條 消滅時效自請求權可行使時起算以不行為為目的之請求

權自為行為時起算

消滅時效
之起算

本條為消滅時效起算期之一般規定。其有特別規定者，依其規定。（參照第一九七條第一項第四五六條第二項第四七三條第二項第五一四條第六一一條第六二三條第六六六條。）

消滅時效，以權利之不行使與一定期間之經過，爲其成立要素，故消滅時效以請求權得行使時開始進行。所謂得行使之時，即無法律上障礙之謂，如附停止條件或始期之權利，在條件未成就，期限未屆至，均爲有法律上障礙，須待條件成就，期限屆至，開始進行。至事實上之障礙，不包含在內。對於清償期到來前之債權，不得請求履行，故在清償期到來以前，不進行時效。反之，未定清償期之債權，通說均以債權成立時進行時效，蓋以清償期與債權成立在於同時也。惟須注意民法上誠實信用之原則，否則於債權人方面，未免過酷。附有抗辯權之債權，其時效何時進行，有種種學說：有謂時效之進行，不因此而受影響者；有謂應分別抗辯權之種類，而異其效力者，如抵銷抗辯權，則不能阻礙時效之進行，而同時履行抗辯權，則非一造履行債務，不能進行時效。依吾人所以探前說爲是，蓋附有此種抗辯權之債權，不過以未爲反對給付，不生請求履行之狀態，而在債權者無妨依於履行之提供。或其他行爲，以排除此狀態之發生，尙得行使其權利，故不礙時效之進行也。在通知終止契約後，經過相當期間，始得爲履行之請求者（第四五〇條第三項），其請求權時效，自何時進行，頗有疑問，應解爲自期間經過後，開始進行時效爲正當，因此等權利，須經過此期間，始生得行使之狀態故也。在分期給付之債權，約定債務人一次怠於清償時，即得請求爲全部履行者，其一次給付遲延，是否就全部債權進行時效，亦有疑問，應解爲自更爲請求全部履行時，始得進行全部時效，蓋此特約，係確保債務清償之特約，若反於債權者生不利之結果，

殊欠允當，然亦有不少反對之見解。對於不作爲之債權，則自有違反行爲時起算，蓋以債務人既無違反行爲，其權利尚在圓滿之狀態故也。

一一九條

第一二九條 消滅時效因左列事由而中斷

消滅時效之中斷

- 一 請求
- 二 承認
- 三 起訴

左列事項與起訴有同一效力

- 一 依督促程序送達支付命令
- 二 因和解而傳喚
- 三 報明破產債權
- 四 告知訴訟

五 開始執行行爲或聲請強制執行

中斷之權義

時效之中斷云者，謂因生與時效之要素事實狀態相反之事實，使已經過之期間，歸於無效之謂也。蓋消滅時效，以在一定期間不行使權利爲要素事實，若在此期間內，而有行使權利之事實，則不得以爲

中斷之原因

權利之睡眠，因之時效期間之進行，即不免發生障礙。

中斷之原因，本有自然中斷與法定中斷二種。自然中斷，如取得時效中之喪失占有，此為取得時效之特有者。本條所規定，則為法定中斷原因，法定中斷原因，本條限於（一）請求，（二）起訴，（三）承認，（四）與起訴有同一效力之事項，不許類推擴張。茲分述本條所定之原因如次：

（一）請求 茲所謂請求，專指裁判外之請求而言，例如：對於債務人請求履行其債務是。至審判上之請求，則屬於第三款範圍，對於法院為假扣押或假處分之聲請，是否認為有請求，不無疑問，或從廣義解，認為凡對於法院為保護之請求，而於實體上有請求權之場合，均可包含在內，如不然，此種情形既不屬於第三款與第二項，則無法解決，殊欠公允。但假扣押與假處分，為審判上之請求，而又不屬於本條第二項之列舉範圍，自不得類推擴張解釋。不過法院因有此種聲請，而為開始執行行為，自可適用第二項第五款，不患無救濟之途也。

（二）承認 承認云者，受時效利益之人，對於有請求權人，表示認其權利存在之謂也。債務者，既為此表示，權利人因而信賴之，以不行使權利，自不得謂為怠於行使，故賦與時效中斷之效力。承認以對於相對人表示為必要。惟此表示，非有為負擔新債務之旨之意思表示，唯承認權利存在之自覺表示而已（即觀念表示）。至表示之方法，並無限定，明示之，默示之，以書面為之，以言詞為之，均無不可。例如：一部

清償或抵銷，或請求延期，皆可為承認之表示。但如債務人一方為利息之記入，或依於其他之行爲，而有認其債務之趣旨表現於外部，若非對於債權人或其代理人為表示者，仍不能為中斷。承認僅得於時效進行中爲之，時效進行前，固無所謂承認，即於時效完成後爲承認，亦無中斷之可言。唯知時效之完成而爲承認，可認為拋棄時效之利益。

(三)起訴 起訴，即提起民事訴訟之謂。行政訴訟，雖亦間接影響於吾人之私權，然究非確保私權存在或實現之手段，故不包含在內。至民事訴訟，則不問爲給付之訴，或確認之訴，亦不問爲本訴反訴，或附帶民訴。若債務人提起債權不存在之消極確認之訴，而債權人以其權利並未消滅爲抗辯者，是否認爲有起訴之效力，不無疑問。但信以否定說爲妥，因此際債權人既未提起反訴之旨，不能認爲有審判上之請求故也。因於審判上請求之時效中斷，究以訴狀之提出時起，生中斷之效力，抑以送達於相對人時起生中斷之效力，固有議論，然以前說爲正當，蓋既起訴即爲當事人實行權利之行爲，若不然，因於法院送達手續遲延，而左右其效力，殊欠允當。

(四)與起訴有同一效力事項

(甲)依督促程序送達支付命令 支付命令者，依於督促程序之審判上請求也。(民訴法第五〇四條以下)債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量爲標的者，得聲請法院

依督促程序發支付命令，此亦為權利實行行為，故與以時效中斷之效力。關於中斷效力發生之時期，究以聲請之時發生抑以送達之時發生解釋上有議論，然法文既明定送達，自以採後說為當。

(乙)因和解而傳喚 本款係依當時適用之民訴律及民訴條例而為規定，即當事人於起訴前，得表明訴訟標的，聲請管轄初級法院，傳喚他造當事人試行和解。(民訴律第五二五條民訴條例第四九三條)此亦為實行權利行為，故列為中斷事由。現行民事訴訟法已不設同上之規定，僅於簡易程序內規定調解(民訴法第四〇九條以下)，是在解釋上，凡有調解之聲請者，仍有本款之適用。

(丙)報明破產債權 債權者欲加入破產財團之分配，向破產法院呈報其債權額，亦為實行權利之一方法，故生中斷時效之效力。為破產之聲請，是否包括在內解釋上有廣義狹義二說，然信為應採後說，蓋雖為破產之聲請，而未為債權之報明，在法文上究欠依據，又非於債務人宣告破產之場合而報明債權者，例如：因限定繼承(第一一五七條)，無人承認之繼承(第一一七九條)，或公司宣告清算而報明債權者，雖其實行權利之方法，與報明破產債權相似，然法條既有未備，不能為類推解釋，不過此種情形，可認為有審判外之請求意思耳。

(丁)告知訴訟 告知訴訟，即民訴法上之告知參加，當事人於訴訟繫屬中，將訴訟告知於有法律上利害關係之第三人，謂之告知參加(民訴法第六五條)，蓋以權利人既對於義務人為告知，即足認

爲有行使權利之意思，故認有中斷時效之效力，例如原告自信敗訴之後，得向該第三人爲擔保與償還之請求，是也。

(戊)開始執行行爲或聲請強制執行，強制執行行爲，乃國家機關以強制方法，使權利人得實現其權利之處分也。此爲行使權利最後之手段，且爲最確實之方法，故列爲中斷原因之一。強制執行，祇須有執行名義，不以有確定判決或假執行之判決爲前提，故如爲假扣押假處分，或基於公證證書而開始執行者，得獨立爲中斷事由，惟其效力發生之時期，則以執行機關依職權爲此等行爲之時，或權利人聲請強制執行之時，在假扣押或假處分之場合，有對於受時效利益爲之者，有不然者，於第二種情形，須對於受時效利益者爲通知，始生中斷之效力，例如甲擔保乙之債務，於其自己之財產上設定抵押權，或質權，債權人丙扣押甲之財產時，須對於乙即債務人爲通知，始生中斷效力也。

一三〇條

第一三〇條 時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視爲不中斷。

因請求而中斷之限

因於審判外之請求而生中斷之效力，爲多數立法例所不採。吾民法因有特殊之慣例，乃倣日本民法，以審判外之請求有時效中斷之效力，惟此效力較爲薄弱，即於請求後六個月內若不爲起訴，視爲不中斷。但在此期內，如有債務人承認或其他中斷原因者，則基於其他原因，仍生中斷之效力，斯不待言。爲

請求之後，在六個月內更爲請求，或有連續多次之請求者，此六個月期間，解爲不得延長，如不然，則請求者可陸續請求，以避免起訴之煩雜，而此規定將等於虛設，殊失立法本旨矣。

一三二條

第一三二條 時效因起訴而中斷者若撤回其訴或因不合法而受駁回之

判決其判決確定視爲不中斷

因起訴而中斷之既

時效因起訴而中斷者，以此訴不經撤回或被駁回爲其要件。撤回者，原告拋棄因起訴而生法律上效果之意思表示，易言之，訴之撤回，使消滅訴訟拘束之效果也。訴之撤回，原告實體上之權利並不消滅，固不妨再爲起訴，但既經撤回，即視同起訴，而生中斷時效之效力，其因休止訴訟而視同撤回者（民法第一八九條至第一九一條）亦包含在內。訴之駁回，此處示明僅因於形式上理由被駁回而言，其因實體上之理由而被駁回者，不受本條之適用。又此處所謂判決，非有形式上判決之意義，乃裁判之總稱，蓋吾國民訴條例對於訴之不合法者，係以判決之方式駁回，而現行民訴法則以裁定駁回之（民事訴訟法第二四九條）故也。訴因不合法而被駁回，即自始視爲不生中斷效力。

一三三條

第一三三條 時效因送達支付命令而中斷者若訴訟拘束失其效力時視爲不中斷

因送達支付命令而中斷之既

因於送達支付命令之中斷效力，亦非確定的，爲條件的，即於送達支付命令後，訴訟拘束不失效力

爲條件，所謂訴訟拘束失其效力，在現行民訴法之解釋上，即該命令失其效力，例如：支付命令所載期間已滿，債權人不爲假執行之聲請（民訴法第五一六條），或支付命令不能送達於債務人（民訴法第五一一條二項），或債務人於法定期內提出異議（民訴法第五一五條），如有此種情事，即自始視爲不中斷。

一三三條

第一三三條 時效因和解傳喚而中斷者若相對人不到庭或和解不成時

視爲不中斷

因和解傳喚而中斷之限制

本條亦係依當時之民事訴訟條例而爲規定（參照條例第四九四條），依現行民事訴訟法，調解不成立時，有視同起訴之規定（民訴法第四一九條），若合於該條所定情形，仍得以有起訴，而不阻卻中斷效力，若不合於該條所定情形，視爲調解不成立者（民訴法第四二〇條），則適用本條。

一三四條

第一三四條 時效因報名破產債權而中斷者若債權人撤回其報名時視

爲不中斷

因報名破產債權而中斷之限制

報名破產債權，既認爲有與起訴同一效力，則撤回報明，自亦與撤回訴訟生同一效果，此本條所由規定也。至債權人報名破產債權，因不合法而被駁回者，在本法雖無規定（參照日民第一一五二條），然以第一百三十一條之立法精神推之，亦應從同一解釋，即時效不中斷。破產宣告之撤銷，是否影響於

報名破產債權之效力學說上固有爭論，然信以採消極說為當，蓋債權人既報明債權，即有行使其權利之意思，自不因破產宣告之撤銷，喪失時效中斷之效力也。

一三五條

第一三五條 時效因告知訴訟而中斷者若於訴訟終結後六個月內不起訴視為不中斷

因告知訴訟而中斷之限制

因告知訴訟而生中斷時效之效力，以於訴訟終結後六個月內，對於受告知人起訴為要件，若不於此期間內起訴，可知其並無行使權利之決心，即不生中斷之效力。

一三六條

因執行而中斷之限制

第一三六條 時效因開始執行行為而中斷者若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時視為不中斷

時效因強制執行而斷者若撤回其聲請或其聲請被駁回時視為不中斷
撤銷執行處分者，為終局的推翻執行處分是也。其與停止執行有別，就大體言之，如因再審之訴之結果，廢棄原確定判決之裁判確定，或因上訴之結果，廢棄下級審宣示假執行之判決是也。其因權利人聲請撤銷處分者，或因於當事人在執行外有和解，或允許為展期清償均屬之，惟不問何種原因，只須權利人有此聲請，即不生中斷效力，若執行行為尚未開始，而有聲請強制執行之權利人聲請撤回，或其聲請被駁回者，亦同。

一三七條

時效中斷
關於時之
效力

第一三七條 時效中斷者自中斷事由之終止時重行起算

因起訴而中斷之時效自受確定判決或因其他方法訴訟終結時重行起算

本條第一項，係一般時效中斷效力之規定；第二項，係因起訴所生時效中斷效力之規定。時效中斷之效力，在使過去進行之時效，全歸無效，其時效重行起算；而其起算點，則為中斷事由終止之時，非中斷事由發生之時。至中斷事由之終止，則因情形而不同，此可參照前述各種中斷事由自明。例如：因請求而中斷者，以請求後六個月內起訴時為中斷事由終止之時；因承認而中斷者，以承認之通知到達於權利人時為中斷事由終止之時；因送達支付命令而中斷者，以經過異議期間債務人不為異議時為中斷事由終止之時；因聲請和解傳喚而中斷者，通說以和解成立時為中斷事由終止之時，但和解之結果，若另定履行期者，則於新定履行期到來時，更新進行時效，又和解之結果，原債權關係歸於消滅者，則不生中斷時效之問題。其餘各種事由，可以類推。

因起訴而中斷者，本法定有明文，以判決確定時，為中斷事由之終止。判決確定，因情形而不同，其判決得以上訴者，因上訴期間屆滿，當事人捨棄上訴權或撤回上訴而確定；其判決不得上訴者，因送達或宣告而確定，此可參照民事訴訟法自明。所謂依其他方法終結訴訟者，如因審判上和解而終結，則以和

解成立時，爲中斷事由之終止是也。

一三八條

第二三八條 時效中斷以當事人繼承人受讓人之間爲限始有效力

時效中斷
關於人之
效力

時效中斷僅於當事人及承繼人之間有其效力。至受讓人，亦爲廣義的繼承人，即特定繼承人，民法標明受讓人者，所以免生爭論也。本條所謂當事人，非謂當事人之全體，指關於中斷時效之當事人而定。例如共同債權有數債權人之場合，僅一債權人爲請求，他債權人不爲請求時，僅對於有請求者生時效中斷，但法律上亦有例外之規定，如第二百八十五條，第七百四十七條，卽其適例。

一三九條

第二三九條 時效之期間終止時因天災或其他不可避之事變致不能中斷其時效者自其妨礙事由消滅時起一個月內其時效不完成

消滅時效
之不完成
之意義

時效不完成云者，時效停止之謂也。時效無論權利人有何外部之故障，不妨開始進行，然於將達完成之際，因外部之故障，不能爲中斷，或有難於使其中斷之情況時，使停止時效之進行，妨其完成，以保護權利人，此爲時效停止之立法理由。時效之停止，非使已經過之期間歸於無效，不過於停止原因除去後，再開始進行，通算其前後期間，此與時效中斷不同之點。吾民法僅於時效完成之際，認此停止，所謂時效不完成之猶豫，與他國民法認時效期間進行中之停止有異。

以至第一四三條規定停止之事由。此所謂天災或其他不可避之事變，指有不可抗力之原因

如何之程度，始認為不可抗力，應由社會觀念決之，非必有絕對之意義；惟因於權利人主觀的，因以致不能中斷其時效者，則不包含之。適用本條之要件，須一切之中斷方法，均為事變所妨阻，審中斷方法有種種，若僅其一種方法被妨害，倘有其他方法可以行使權利者，則尚不能中斷時效，故僅以不能提起訴訟，尚為未足，須無論何種方法，皆不能為之也。又事變須存於時效完成之際，在嚴格之解釋上，若事變於期間滿了之前一小時已消滅，亦無本條之適用；然本條終止二字，若解為時效完成之瞬間，未免過於拘泥，即按之誠信原則，亦有未洽，故信以探較廣義說為妥。即事變縱消滅於時效完成前之一日，而最後之一日有不能為時效中斷之困難情形時，仍有本條之適用也。

一四〇條

第一四〇條 屬於繼承財產之權利或對於繼承財產之權利自繼承人確

定或管理人選定或破產之宣告時起六個月內其時效不完成

因繼承關係之不完

繼承雖開始，繼承人尚未確定，又或無管理財產之人，或未宣告破產，則對之行使權利，實際上不免發生困難，而在被繼承人所有之權利，則遇此種情事，直不能有所行使，故以之為時效不完成之原因。所謂繼承人確定，即已有法定或指定之繼承人是也。若繼承人之有無不明，則為繼承人未確定，於此場合，應由親屬會議選定遺產管理人（第一一七條），又或繼承人均拋棄繼承亦同（第一一七條以下），所謂管理人之選定，即依第一千一百七十七條，由親屬會議選定管理人。至破產之宣告，則依破產

法之規定。法院爲破產宣告時，應選任破產管理人（破產法第六四條）。凡無上述之人，其時效期間之進行，卽生停止，惟上述各種原因，須在繼承開始時，時效將達完成尙未完成時，方有適用。若繼承開始時，時效已完成者，自無本條之適用。又雖在繼承開始後時效完成前，有上述各原因，若其原因已消滅在時效完成前，迄於時效完成之日，已逾六個月者，亦無本條之適用，蓋如前述，本法所採主義，不認時效期間進行中之停止故也。

一四一條

第一四一條 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

因能力關係之不完

就職時起六個月內其時效不完成

未成年人或禁治產人，既不能獨立行使權利，而於無法定代理人之場合，聽其時效完成，未免過酷，故設此規定。本條之適用要件有三：（一）爲無行爲能力人或限制行爲能力人之權利。至他人對於無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，則無本條之適用，此觀乎法條文義甚明。（二）須無法定代理人，所謂法定代理人，應依親屬編之規定（第一〇八六條第一〇九八條），若有法定代理人，則其權利不患無行使之人，故無本條之適用。又在限制行爲能力人，在無須得法定代理人之允許而有行爲能力之範圍內，縱無法定代理人，亦無本條之適用。如依第八十五條第一項就營業上之權利，既得獨立行使，

即不能因無法定代理人，而使時效不完成也。(三)須於時效期間終止前六個月內，無法定代理人，故於終止前六個月以前，無法定代理人者，其時效仍不妨進行，例如十五年之消滅時效，須於經十四年六個月以後，尚無法定代理人是也。其在時效終止後，尚無法定代理人者，當然適用本條，例如十五年之消滅時效，算至第十六年，尚無法定代理人之情形是。

在不滿六個月之短期時效，則非自無完全能力者成爲有完全能力，或自有法定代理人就職時起，經過六個月，其時效不完成，然亦有主張於此場合受時效利益者，本得主張成爲有能力者或法定代理人就職後之時效，不必爲如斯解釋者。

一四二條

因監護關係之不完

第一四二條 無行爲能力人或限制行爲能力人對於其法定代理人之權利於代理關係消滅後一年內其時效不完成

無能力者立於他人保護之下，對於保護者之權利實行，不免感受困難，故設此規定。本條所謂對於法定代理人之權利，即對於父母或監護人之權利，至其權利之種類，不以因行使親權或處理監護事務所生之債權爲必要，對於行使財產管理權之父母或監護人所有一切權利，均有適用，但對於無管理財產權之父母（參照第一〇九〇條），則屬例外。又在監護關係消滅後，權利人仍未達於完全有能力之地位，而在短時間內無後任監護人者亦有之，於此場合，應解爲適用第一百四十一條之規定，以保護此

等無完全能力人。

一四三條

第一四三條 夫對於妻或妻對於夫之權利於婚姻關係消滅後一年內其

因婚姻關係之不完

時效不完成

成

夫對於妻或妻對於夫之權利，在其婚姻關係存續中，因相互間之信賴，不肯輕易行使權利，爲人之常情，若聽其時效完成，未免過酷，故設此規定。本條所謂婚姻關係消滅後，有自然消滅與入爲消滅二種情形；例如婚姻當事人一方之死亡，婚姻關係消滅，於此場合，得對於其繼承人繼續進行時效；又如婚姻之撤銷或離婚，自其判決確定時而解消，時效於是時起，一年內不完成。

雖然，本條之適用，僅限於夫妻之一方，對於他方於婚姻關係存續中得行使之權利，若爲法律規定，在婚姻關係存續中不得行使者，例如：夫妻適用聯合財產制，迨至婚姻關係消滅之時爲止，其基於第一千〇二十七條第一項之補償請求權，則無本條之適用，應自婚姻關係消滅後，始進行時效是也。

一四四條

第一四四條 時效完成後債務人得拒絕給付

消滅時效之效力內容

請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還其以契約承認該債務或提出擔保者，亦同。

關於消滅時效，生如何之效力，立法例與學說，均不一致，大別之爲三：(一)權利本體消滅主義。即

於物權，則本體不消滅，僅其物上請求權消滅，於債權則債權本體消滅。(二)訴權消滅主義。即消滅時效之結果，債權自體亦非消滅，不過不能為審判上之請求，而無訴權之債權，即生殘留的自然義務。(三)抗辯權發生主義。消滅時效完成之結果，債權毫無損害，即訴權亦不受影響，只債務者得有拒絕給付之抗辯權而已。

消滅時效之效力，為極有興味之問題，今為本著之目的，不欲多所論究。本法係採第三主義，在條文上毫無容疑，惟有不少之異說，大約分為兩派：一派主請求權消滅說，請請求權與債權本體，本為各別，債權本體並未消滅，僅其請求權消滅，依此說之結果，與訴權消滅主義相同，何也？在實體法上，既無請求權，在訴訟法上，即不能有訴權，此一定不易之理也。按與本條第一項之文義，顯不符合。又一派採折衷說，即非債權性質之請求權（大概指物上請求權），得因時效完成而直接消滅；其有債權性質之請求權，則僅為債務人抗辯權之發生。然物權的請求權，是否得為時效消滅之客體，尙有多少疑問，縱令得為消滅時效之客體，而此請求權之行使，乃在對於特定人請求其作為或不作為，殊不能謂其不含有債權意味，則強設此區別，並無何種根據，況若依此解釋，則物上請求權已直接消滅，而仍保留物權自體，將至有名無實，故信以採抗辯權發生主義為正當。其結果如次：

(甲)時效完成後，債務人得拒絕給付，此種抗辯權，不問在審判上或審判外，均得主張，如不為此主

張，仍應爲給付。但此規定，與日本民法第一百四十五條不可爲同一解釋。蓋彼邦民法，係採權利直接消滅主義，而該條之規定，在立法上本不貫徹，以致引起種種誤解也。

(乙)請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還，其以契約承認債務或提出擔保者亦同。蓋以債權人之請求權，並未消滅，債務人既不援用時效而爲抗辯，則不能解爲非債清償，自不生返還請求權之問題，此與第一百八十條第三款之情形，尙有不同。蓋依該款規定，係以於給付時明知無給付之義務爲要件，而本條第二項，只須給付時不知可受時效之利益，即不得請求返還，此爲吾民法採上述第三主義之明證。其以契約承認債務或提出擔保者，並非以其有拋棄時效利益之意思，不過以此等行爲，足以認定其不行使抗辯權，故亦不得以有知時效爲理由，而別有主張也。

一四五條

消滅時效
之效力範圍

第一四五條 以抵押權質權或留置權擔保之請求權雖經時效消滅債權人仍得就其抵押物質物或留置物取償

前項規定於利息及其他定期給付之各期給付請求權經時效消滅者不適用之

抵押權質權留置權均爲擔保物權，乃從於債權之權利，故債權之請求權罹於時效而消滅，則擔保

物權亦當然消滅，惟債權人因信賴擔保物之現實存在，而不及時行使權利者，實所常見，若使其同時歸於消滅，於權利人未免過酷，故本條第一項設此例外規定。惟抵押權人於請求權消滅時效完成後，五年間不實行其抵押權，其抵押權亦消滅耳（八八〇條）。本條第二項，為主權利之效力及於從權利之原則規定，蓋以此種請求權，既係以按期給付為目的，其權利有從速解決之必要，若不然，日積年累，殊失卻本法第一百二十六條之旨趣，故雖認擔保物權猶存在，其已因時效時而消滅之利息等按期給付債權，則不得就擔保物行使權利。

一四六條

第一四六條 主權利因時效消滅者其效力及於從權利但法律有特別規定者不在此限

主權利之消滅及於從權利

所謂主權利因時效消滅者，即主權利之請求權因時效消滅也。主權利之請求權，既已消滅，從權利之請求權，無獨立存在之餘地。例如：對於債務人之請求權，因時效而消滅，對於保證人之請求權亦消滅是（參照第七四二條），但法律有例外之規定，如第一百四十五條，即不適用此原則。

一四七條

第一四七條 時效期間不得以法律行為加長或減短之並不得預先拋棄

時效之變更及拋棄

時效之利益

時效之規定與公益有關，為一種強制規定，不得以當事人間之法律行為，加長或減輕其要件。例如：

加長或減短時效之期間，其法律行為，不能認為有效，惟亦有相反之立法例及學說，一派以加重時效要件，例如加長時效期間，創設中斷之原因，則為有害公益，然如減輕時效要件，則於時效制度之精神，並不違反。又一派則以長期時效期間，固不得加長，然於短期時效期間，得酌量加長，只須不超過長期時效期間之限度，亦無不可。本法為避疑起見，設此明文，無論加長或縮短，均在禁止之列。

因時效而受利益之人，有不欲受時效之利益者，法律上似無強使其受時效利益之理由；但於時效未完成以前，豫先拋棄其將來可享時效之利益，則於認時效制度之精神根本違反。故各國之法制，概禁止之。若不然，債權人往往利用其地位，以豫求時效之拋棄，債務人不得不從之，則有減輕時效制度之效用，於債務人方面不利。不過在時效進行後完成前，單為拋棄時效期間經過之利益，而非拋棄將來時效完成之利益者，則與承認無異，仍為有效。至時效完成後之拋棄，通說均解為有效，從本條後段之反面解釋亦同，關於時效拋棄之性質，有贈與說，及負擔新債務說，然與當事人之意思不符，且若從此說，拋棄必須依契約為之，不得依一方之行為而拋棄，亦顯失當。由此以觀，拋棄為債務人為不受時效之意思表示，惟不限定債務人對於法律上時效制度有認識，只須有將來無論何時，均為履行之意思表示即可。

於本法，既採抗辯權發生主義，則拋棄時效利益，與不援用時效以為抗辯，其間頗不易區別。然亦有可區別者，即若為拋棄之表示，不問為明示或默示，一經拋棄，即不得再為援用時效為抗辯。反之，若僅對

於債權人之請求，當時不行使拒絕給付之抗辯權，而任意延宕者，嗣後仍得對於其請求行使此抗辯權也。

第七章 權利之行使

本條之立法理由

民法以權利爲其中心思想，此在權利本位之立法時期，直以民法爲規定權利之工具。惟法律保護權利過甚，致釀成種種流弊，而影響於社會之生活安全，乃有社會本位立法之要求。其基礎觀念，則以法律承認權利，非僅在保護個人爲其唯一目的，同時實欲依此以維持社會之利益。故權利僅於社會意識上合理的範圍內，始受保護。對於權利之行使，不得不加限制，以謀個人利益與社會利益之調和。然以權利爲民法重要之觀念，則爲任何制度下所同視也。吾民法從現代之趨勢，特設本章於總則編，示明權利濫用之禁止，及自衛行爲，與自助行爲，其意義及要件，俟後述之。

權利行使之意義

權利之行使云者，實現權利內容之行爲也。其行爲有爲法律行爲者，有爲事實行爲者。如行使撤銷權屬於前者；所有人任意毀損其物，屬於後者。權利之行使，不過爲實現權利內容之行爲，其與權利內容之實現，尙有區別。例如：債權人向債務人請求給付，爲權利之行使，必待債務人實行給付後，始能實現是也。又權利之行使，與權利之享受或歸屬，亦不必一致。有謂權利之行使，即享受私權內容之利益行爲，殊屬誤解。例如：爲第三人之契約，要約人固亦爲權利人，但享受利益之人，則屬第三人是也（參照第二六

九條。)

權利之行使，本屬權利人之自由，而非義務；但在社會本位之立場言，既以權利具有社會性質之利益，則其行使與否，不能純然委諸個人自由，而須依社會的利益為準據，加以相當之限制。例如：土地所有人，任其土地荒蕪，而不加墾植，國家得依法律加以干涉，強制其行使。他如礦業權，特許權，及其他專用權，為其一定之行使期間，若過一定期間而不行使，則使其喪失權利，此乃間接強制行使之方法。蓋近世法律已由權利本位，進為社會本位，私權之設立，非僅在滿足個人需要之手段，同時亦為完成一定社會的職分之手段，若一任個人自由，毫不加以干涉，則於社會之利益，或不無多少之妨害也。

一四八條

第一四八條 權利之行使不得以損害他人為主要目的

權利濫用之禁止

權利人僅於法令限制內得自由行使，此認權利為社會制度之思想也。所謂受法令之限制，得別為法律的作用之限制，與事實的作用之限制，例如：禁止所有權之處分，屬於前者；（參照破產法第七五條）民法第五三一條第二項（為相隣間之關係，使一方停止當然得為之特定的事實作用，或忍受當然得禁止之特定的事實作用，屬於後者）（參照民法第七七四條以下）關於行使權利之限制，散見於本法及其他法令者，殊不在少。民法復於總則編設一適用之通則，禁止權利之濫用，所謂不得以損害他人為主要目的，即不得濫用權利以損害他人，例如：所有權人拋棄其所有權，固屬其自由；但所有人已就

其所有權爲他人設定擔保物權，則應解爲不得拋棄，蓋如果許其拋棄，則擔保物權失其標的，殊損害他人之權利也。

一四九條

防衛行爲

第一四九條 對於現時不法之侵害爲防衛自己或他人之權利爲之行爲，不負損害賠償之責，但以逾越必要程度者，仍應負相當之賠償責任。

本條爲緊急防衛行爲之規定。卽爲防衛自己或他人之權利，對現在不法之侵害，加之以反擊之謂也。緊急防衛行爲，在刑法不認爲犯罪，在民法上亦不認爲侵權行爲。關於此種行爲免責之根據，學說紛歧，然信以權利說爲最當，卽人在法定準則範圍以內，有抵抗外來侵害之權利，所恃以保護自身權利者，固有賴乎國家公力，但如遇急迫之危害，猶須待公力之來援，則權利之保護不周。此法律所以容許權利人有緊急防衛權，使其對此不法之侵害，得爲緊急防衛之行爲也。

要件

緊急防衛之成立，須具有下列要件：（一）須有侵害之存在。侵害云者，對於他人之權利加以以攻擊之謂。至其侵害之爲積極的或消極的，在所不問。關於此點，有採異說者，以侵害行爲，須爲積極行爲是也。然消極侵害行爲，非不可能，如乳母以餓死嬰兒之意思，以絕其食，於茲場合，爲保護嬰兒之生命計，於危害急迫之際，以腕力強制其哺乳，卽對於消極侵害得成立防衛行爲者也。（二）須爲現在之侵害。現在侵害云者，侵害行爲已達直接開始之狀態，或開始後正在繼續中也。準此定義解釋現在之侵害，得有

下列二結果：其一，對於未來之侵害，想像其可發生，而為先發制人之行為，不得認為緊急防衛。其二，侵害行為既終，是為過去之侵害，對此過去侵害而反擊之，是為復仇，亦不得認為緊急防衛。（三）須為不法之侵害。不法侵害者，其侵害行為無排除違法性原因是也。例如：官吏適法執行職務行為，以及懲戒行為，緊急防衛行為，縱令有害自己之權利，均無所謂緊急防衛；惟對於適當防衛行為，復仇行為，則仍得為緊急防衛。所生疑問者，即不法行為由防衛者行為所挑撥，發生一定之侵害者，此種侵害，亦可謂為不法乎？對此侵害，加以反擊，仍不失為防衛行為乎？對此問題之解答，應以侵害行為，是否適當或復仇行為為前提，若屬適當或復仇行為，則屬法律所不容許之行為，對其侵害加以反擊，正與緊急防衛之觀念相當。惟若假防衛之名，而行害人之實，先以不正之行為，挑動他人之侵害，俟侵害發生，而達加害之目的者，則不得援用緊急防衛以免責。（四）須為防衛自己，或他人之權利。所謂權利，包含甚廣，且不屬於自己者為限，即為保護第三人而為防衛，亦無不可。（五）須非適當防衛。於防衛行為，而為之反擊行為，雖加損害於相對人，不負賠償責任者，以不逾越必要限度為要件。若逾越必要限度，即屬防衛過當。關於此問題，亦有種種學說，但信以就各種事實具體認定為最妥當。至防禦人於此時就其適當行為，雖應負賠償損害責任，但對於加害人，應適用民法上過失相抵之法則，亦不待言（參照二一七條。）

第一五〇條 因避免自己或他人之生命身體自由或財產上急迫之危險

所爲之行爲不負損害賠償之責但以避免危險所必要並未逾越危險所能致之損害程度者爲限

前項情形其危險之發生如行爲人有責任者應負損害賠償之責

本條爲緊急避難行爲之規定，卽爲避免自己或他人之生命、身體、自由、或財產上急迫之危險，有他人正當利益之行爲也。此種行爲，在刑法上不罰，在民法上亦不負侵權行爲之責。惟其免責之根據何在？則有種種學說；主觀主義論者，以身受危難之際，意思自由因而喪失，在此意思自由喪失之中，急於保全自己利益，不暇顧及他人之利益，而加害於人者，是謂無責任能力之行爲，所以不構成犯罪，亦不爲侵權行爲。利益量定主義論者，則以兩法益本不相容，今以犧牲小利益，而保全大利益，卽爲緊急避難權之根據。又有採公平主義說者，以輕人重己，人之恆情，當危難急迫之際，爲保全自己利益，而損害他人利益，亦人情中無可如何，如以之爲犯罪行爲，則失之酷。以上三說，均有相當缺點，故最近學說，均取放任行爲說，卽緊急避難行爲，實居於適法行爲與違法行爲之間，不外法律放任之而已。

緊急避難之行爲，須具有下列要件：（一）須有危難存在。危難云者，因人類及人類以外行爲之一切偶然事實，將有發生實害之虞之謂也。例如：因受水災火患，爲保全自己財產，而毀損隣人之土地房屋，被強人追襲，爲保全生命身體，而撞傷他人是也。（二）須有緊急危難存在。緊急云者，危難切迫，以自力

不能抵抗拒卻之謂；若過去之危難，與將來之危難，均未足以爲緊急避難之原因。（三）危難須非違法行爲。危難雖不必皆是違法行爲，然法律上所要求之適法行爲，則不能視爲危難，如因公務之執行，而受生命身體自由財產之侵害者，不能以受侵害爲理由，對公務員或第三人爲緊急避難是也。（四）須有保全之法益。即法文所示自己或他人之生命身體自由財產。惟名譽則不在內，在立法論，固有批評之者在解釋上則無疑問。（五）須有避免危難之必要。即爲避此緊急危難，而有害他人之利益者，須出於不得已。易言之，即除爲此加害行爲外，別無方法可避免之謂也。故對於危難，得以緊急防衛之方法排除之，或以他種方法能避免者，則不能藉口緊急避難，損害他人之利益。（六）避難行爲，須未逾越必要之程度。避難行爲以未能逾越危難所能致之損害程度爲限，即從避難行爲所生之損害，較之因危難可能發生之損害，其間大小輕重，必須較小或相等，或不達相等之程度而後可，至比較損害之大小輕重則按諸具體情形以認定之。

危難係由自己行爲所招致者，是否得援緊急避難行爲以免責？爲刑法學上極有爭論之問題。本條第二項明定其危險之發生，行爲人有責任者，應負損害賠償之責，如因鄰人之動物往噬，固得打殺；但如係因自己挑撥，則亦有責，仍須賠償是也。

一五二條
第一五一條 爲保護自己權利對於他人之自由或財產施以拘束押收或

自力救濟
行為

毀損者不負損害賠償之責，但以不及受官署援助並非於其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者爲限。

本條爲關於認自力救濟行爲之規定。依法理皆認政府所設之機關，爲保護權利之所，不能逕用私力腕力，以爲救濟，否則助長私人間之紛爭，亂社會之秩序，此民事訴訟制度及強制執行制度之所由來也。但在事實上言，無論法律手續如何簡單，其處理有必經之程序，必需之時日，則事實發生後，如債務人逃避或隱匿及處分其財產等事，權利之保護，不無困難，此多數國家民法，特認於一定條件下，許私人自力救濟之理由也。

要件

適用本條之要件有三：（一）須爲保護自己權利。此與前述之防衛行爲避難行爲最異之點，即自衛行爲，不限於保護自己之權利，而自助行爲，只限於保護自己之權利。至權利之種類，則以請求權爲限，惟不限定債權之請求權，應包括物上請求權言之。此從本條後段之文義，可以推知者。在非有請求權之權利，如支配權，或形成權，並非需他人爲給付，則無拘束他人之自由，或押收、毀損他人財產之必要。況自力救濟，本爲一種權宜辦法，終須請求公力以爲救濟，而可爲公力強制執行之權利，則必爲給付之訴之判決，若確認之訴，形成之訴，縱判決確定，亦不生執行問題。至可爲給付之判決，則必有私法上之請求權爲前提故也。（二）僅得對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀損。所謂他人，乃指負有義務之

人而言，其許對於義務之自由，施以拘束者，蓋恐其人之逃匿也。其許對於義務人之財產，施以押收者，蓋恐其將權利之標的或可供執行之財產隱匿或處分也。至毀損行為，本非權利人之所願為，不過為保護自己權利，施以押收時，若有毀損情事，亦屬不得已，故不負賠償損害之責。（三）須有急迫情形，不及請求公力救濟。此為自助行為事前之限制，以其權利尚可請求官署救濟，例如請求法院為保全程序，當不慮無保護之方法者，則無本條之適用。至是否有急迫情形，應就具體事實，依客觀標準以為認定。

一五二條

第一五二條 依前條之規定拘束他人自由或押收他人財產者須即時向

官署聲請援助

自力救濟
之事後救濟

前項聲請被駁回或其聲請遲延者行為人應負損害賠償之責

法律許權利人自力救濟，本為一時之權宜，並非以之分擔國家之職務，故權利人對義務人拘束其自由，或押收其財產以後，須即時向官署聲請援助。此所謂官署，指保護私權之司法機關，所謂聲請，指請求而言，如聲請法院為保全財產之假扣押，再向法院起訴；或向法院起訴，再聲請對債務人施以管收處分，均無不可。惟在有此請求時，須將已為拘束之債務人或押收之財產，即時交於官署，為適當之處置，靜待其裁判，若聲請遲延有意損害他人權利，或其聲請被駁回者，則足證為自助行為之濫用，仍須負損害賠償之責。

中華民國二十六年五月初版
中華民國三十五年五月三版

民法總則註釋一冊

定價國幣柒元

印刷地點外另加運費

著者 張正傑

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

版 翻
權 印
所 必
有 究

(本書校對者 胡達章 宣聰)

58
11-317