

比較法學叢書

# 民法概論

緒論  
總則

前編  
第一編

蕭山  
毓傑  
胡著

MG  
D913.01  
10  
11

# 民法概論目錄

曹序

楊序

自序

弁言

## 前編

緒論

第一章 法律之概念.....三

第二章 法律之意義.....一三

第三章 法律之目的.....一六

第四章 民法之概念.....二五

第五章 民法之法源及其效力.....三〇

民法概論 目錄



3 1763 2243 0

第一節 民法之來源	三〇
第二節 法律之效力	四五
第六章 民法之史的法展	五六
第一節 歐洲私法發達史	五六
第二節 我國民法之史的發展	六四
第七章 現行民法上之權利義務	七三
第一節 民法上之權利	七四
第二節 義務	八九
第八章 現行民法汎論	九三
第一節 現行民法法典之編制	九三
第二節 現行民法之特色	九四
本論	
第一編 總則	一〇七

前言	一〇七
第一章 法例	一〇八
第二章 私權之主體「人」	一〇九
第一節 自然人	一一〇
第二節 法人	一六一
第三章 物	一二九
第四章 法律行為	一五〇
第一節 通則	一五〇
第二節 行為能力	一八〇
第三節 意思表示	二八〇
第四節 條件及期限	三四三
第五節 代理	三五五
第六節 無效撤銷及承認	三八五
第五章 期日及期間	四〇一

第六章 消滅時效	四一三
第一節 時效制度之沿革	四一三
第二節 消滅時效概說	四一六
第三節 消滅時效學理上之基礎	四二九
第四節 時效進行之障礙	四三一
第五節 消滅時效之效力	四四三
第七章 權利之行使	四四八
第一節 濫用權利之禁止	四五二
第二節 自助行為	四五七

## 曹序

吾國自法典頒行以來，關於民法之著述亦不在少，然多限於一部。或偏重於財產法，或獨詳於身分法，尚無周密完備而極有系統之研究刊物問世，不可謂非一憾事也。最近各大學法學院課程已列民法概要一門爲一年級生之必修科，期於初學者通曉私法學之梗概，則爲教材之適用，欲求敘述簡明組織合理之民法全書尤感切要矣。胡君美成篤學士也，夙從予遊，孜孜不倦。自畢業東吳法學院後復赴美留學，力求深造。歸國後曾任職法曹，旋講學於燕京。茲以其數年來之講稿，詳加增補勒成專書。既蒞事，索序於予。予之研習法典有年矣，閱是書竟深覺義理精確，文筆亦極暢達，不料相隔數年即有此驚人成績。既可以彌士林之缺憾，應時代之需求。其風行海內傳誦遠近，自可操券。而青藍之譽，猶當膾炙人口也。故樂而爲之序。

中華民國三十年四月曹傑

民法概論  
書序

## 楊序

夫民事法規與人生之關係最直接，亦最密切。其基本原則之認識研究，實完美之公民教育所不可或缺。民法學乃探討民事法規及其類似生活之法律科學。其地位之重要，殆不言而喻。吾國近三十年來，潛心斯學者，頗不乏人。民法典公布施行後，以平時心得著書問世者，亦指不勝屈。具徵斯學之見重於時，洵可喜也！顧問嘗考國內學校所採用之講義及坊間所流行之書籍，其內容剽竊日人之著作者，每居多數。執筆之人，或因文字之隔闕，或因見聞之狹隘，能直接參考歐美之重要典籍而對於吾國民法典所自來之西洋民法上基本制度之派別源流，實際利弊及理論根據有準確之認識者，殆如鳳毛麟角。其持論大都平庸膚淺，非惟於吾國未來法制之改革無所裨益，即於現行條文之解釋亦未盡能事。有識之士，輿嘆久矣！曩者負笈歐美，攻比較法學、法律哲學等科，見德、法、英、美等邦民法學者著作之精深淵博，深感吾國之宜急起直追。十餘年來每思參照東西洋重要國家之成例學說，根據吾國已往之歷史及現在之需要，以批評比較之方法就我國現行民法作系統之研究，然後著為專書，公諸當世，以挽頹風於萬一。惟以屬於職務，一再因循，愧無成就。適者友人燕京大學法學教授胡美成博士本多年教學之心得完成民法概論一書，都六十萬言，付梓將竣，寄示樣本，囑為

之序。余披誦之餘，覺其內容豐富，議論精確，於解釋批評吾國民法原則之時，上溯羅馬法制，旁及歐美成例，引證翔實，不尚空言，理論實際，均能兼顧，與時下流行之作未可相提並論，深喜余平日所計畫而未實現者胡君已發其端。行見此書一出，吾國民法學界之風氣必爲之轉移。其嘉惠士林，豈淺鮮哉！爰略抒所見，用示景仰之意，並以告當世之同好者。

中華民國三十年五月十二日金壇楊兆龍序於國立西北大學法商學院。

## 自序

讀律以來，今茲十稔，日積月累，每喜一得。且也家本越人，系出秋官門第，牛刀初試，亦嘗歷任法曹。講學四年，更復寢饋于此。操弧率爾，竟有成書。二十九年夏復從事民法學之述作，至三十年春兩編已成，都一〇八七頁，計六十餘萬言。呈政 師門，亦蒙嘉許。

曉樓孫先生，爲之紹介再版于巴渝，

士彬曹先生爲之撰序，並以函來，告以詳盡如

此不應以概論名書，而宜易名全論。但大部已付梓人，更易書名，已不可能。 師門盛誼

，感且無似。 學長一飛楊先生長國立西北大學法商學院，喜後進之有成，賜加寵召，且爲

作序。來鴻千里，締神交于文字；停驂有待，識荊州以來茲；知己之感，永矢勿諼矣。所惜

者：時艱如此，道阻且長，舊時師長，多斷音書。雖薪火相傳，敢忘所自，而請益莫由，不

無悵惘。 季陶戴先生， 太澂王先生，拔草芥于多士，列瑛珉于英材。 德生吳先

生 叔翔楊先生致誨殷勤，既示周行于庠序；量材考選，復再列下士于門牆。四郊多壘，

空懷嚮往之殷；點鐵成金，無計匡直之政，此則作者所深憾也。爰誌數語，即以爲序。

中華民國三十年七月美成胡毓傑自叙于燕東園寄廬

民法概論 自序

## 弁言

(一)關於民法之述作，坊間不乏成書，但前輩學者多成一家之言，同時大陸法家亦鮮就法律哲學爲有系統之研討。因之博雅精深雖非後學所敢仰望，但兼英美大陸之長者尙鮮前例。誠傑讀律十年，兼攻大陸及英美法學，雜而不精固其所短，惟兼收並蓄，則不敢後人。對於法學除受一般之訓練外，嘗從吳德生先生治法律哲學，法理學，從陵其翰先生治大陸法律思想史，負笈北美又從德同羅威教授治羅馬法及英美法律哲學，舉凡僕洛克、龐德、狄驥、著勒，甚至穆瑞格利諸英美法德意近代名家之著作或畢其原書，或畢其譯本，近代法律思想，蓋窺涯涘。故本書取材雖不敢以善美自居，但思想方面則有一貫之系統，概念問題亦均簡明扼要。

(二)龐德教授嘗云「實務家所重視者爲法律之分析研究，而學者所重視者，則爲其歷史上的興革演變」，法律內容之分析一切實務問題固不敢忽，同時程序上之牽連問題有時亦連帶說明。至于源流演變之所自，往往上溯羅馬法制，以迄今茲，此一方面，亦爲本書之特色。

(三) 比較法學最大困難爲逐譯問題，本書參考各國法典不少，胡次威先生李麤齋先生所著比較民法取精用宏助我良多，應致感謝。

(四) 本書校讎欠精，作者實尸其咎。排印初成，值有遠行，目錄未能求詳，亦望讀者諒我。

# 民法概論

蕭山胡毓傑美成著

## 前編

### 緒論

民法學乃法律科學 *Legal Science* 之一部，而法律科學依德國學者之見解，得大別之爲法律學及法律哲學 *Jurisprudence and Philosophy of Law* 兩大部門。法律學之對象，乃特定時間空間具體法律之研究；而法律哲學之對象，則爲抽象的基本原則（一）。故法學之研究，有就抽象的理論爲形而上之研究者，乃法律哲學之範疇；亦有以實際問題爲具體之探討者，是爲法律學。本書以民法爲對象，乃法律科學之一部，所研究者爲中華民國現行民法典，乃特定時間空間具體的法典，自非純理論之探討。復以法學之研究，不僅在知其然，其所以然，亦爲學者之所應知。故本書之範圍，不限于民法上之實際問題，舉凡理論上之基礎觀念，及其基本原則，亦有探原索委之必要。然就特定時間空間具體之法典而從事研究，亦有立法論及解釋論之兩種途徑。探解釋論之途徑，以探求法律之含意爲究竟義。探立法論之途徑者，不惟須探原索委說明法律之所以然，且須就客觀之環境，社會之需要，思想之傾向，而探

求法律演進之所應然。以近代之趨勢，解釋法律亦不斤斤于文義，美國名學者故最高法院推事卡度索 Justice Cardozo 嘗引用法國最高法院首席推事之言曰：「今日而解釋法律，非以探求百年以前立法者當時之原意爲究竟，更應設身處地，以探求昔日之立法者，苟生于今日，處今日之環境而立法，其命意應如何」(一)。是知今日而言解釋，已非以盡文義之分析爲能事，且須明法律之應然。著者學問未成，不敢立異爲高，而本書之期望，則在向讀者介紹現行民法典之內容爲何如外，更探原索委，說明現行民法之所以然，復進而就環境之需要及其趨勢，而探求民法典之所應然，是爲本書之目標，然任重途遠，顯爲駕下所難勝任愉快。○本書之目標固期讀者能就此一編，對於現行民法法典知其然 What the law is，知其所以然 Why the law is，更進而知其所以應然 What the law ought to be。○此本書所以以現行民法法典爲探討之基礎，而與一般僅以實用問題爲對象之述作，有所不同也。(三)

(一) 見 Sternberg, Allgemeine Rechtliche Part 1, pp. 128, 133 及見 K. Garbis' Introduction to the Science of Law (Koenerk Translation), New York 1924 p. 22。

(二) 卡氏名著著者曾舉數種，所引一節印像極深，惟藏書存濕，究見何書不復記憶。

(三) 司法院法官訓練所講義純以實用問題爲對象，其書名均標明實用字樣，例如民法講義即名爲民法實用，會文堂所出版之現行法律釋義叢書，亦以實用爲主。惟其中數種，出自名家手筆，亦不囿于條文之分析解釋爲能事，而兼及于學理之探討，俞志增（承修）師著刑法釋義其明例也。

## 第一章 法律之概念

法律之概念，依龐德氏 R. Pound (四)之觀察，是演化的；自古至今，歷經變遷，因文化之演進，及研究方法之代興，其概念亦因之而演變。就法律制度之演變而言：法律之起源，學說不一，羅別孫氏 (五)于其所著 *Civilization and the Growth of Law* 1935, London 嘗謂：爲法律之界說而能滿人意，固非易事，求法律之起源，更屬困難。(六)在有史以來之原始社會，殆無不有具體而微之社會規範之存在。最古之成文法典，乃罕謨刺比帝 (七)所頒之法典。其法典頒佈于紀元前二二三至二〇八一之間，然吾人不能謂在罕謨刺比帝所頒法典以前，無法律之存在。在此法典頒佈以前，不獨有法律規範之存在，甚且得謂在數世紀以前已有成文法規之制定。罕謨刺比帝之法典，不過就已經存在之規範，加以整頓編纂而已。(八)故學者多謂在原始社會，未經治者宣告其社會規範爲法律以前，其時之人民，蓋依不知其源起之慣例，Immemorial tradition 以定其多方面相互之關係。因之學者或謂法律之起源蓋本于習慣，習慣則本于慣行，而慣行則基于自律之觀念。當原始社會政治組織尙未形成之際，人與人之外部關係，雖然單純；而有無相通，守望相助，疾病相扶持，已有其需要。其相互

之間既有相當之關係，自必需有共同之準則，以維持其正常之關係；且以解決其利害相背之糾紛。于是本于共同之信仰，及各該種族正與不正之觀念（九）；其相互確信以爲準則之規範，經反覆適用於同一事件，遂成爲共同遵守之習慣（十）；習慣法之形成，乃由于不知不覺之慣行，因時代之過程，文化之演進，人類之相互關係，由家族推而至于部落，由各個部落內部之相互關係，推而至于各部落間之相互關係。繼而政治組織形成，遂被享治權者所接受，而編纂以成法典。此共同確信以之爲生活準則之習慣，遂形成制定之成文法規。因社會需要之增加，相互關係之日趨複雜，制定之成文法規，不足以應付此日進月益之社會關係，于是制定法以外，不得不有待于習慣法以爲補充，因之制定法吸取習慣以後，而制定法以外，仍有習慣法之存在。故法律雖有成文之制定法，與不成文之非制定法之別，吾人僅得謂成文法之部份，乃享有治權者對於既存之不成文法，加以編纂，予以形式上之宣示，實不得謂成文法，乃純由享有立法治權者，本于其自身之意思，所創設之規律也。（十一）奧斯汀一派學者，所謂法律爲國家之命令，非所敢信。而法律之形成，則深信爲演化的產物，其淵源所自，不僅一端。猶之百川匯集，而爲江河，窮其源流所自，固可謂上遊發源何所，若謂全流出于之源，則不免大謬，謂法律之起源，本于、人與人間共同之習慣則可，若謂法律之全部均本于習

慣則大謬。予固不以奧斯汀派之學說爲然，但亦不能絕對否認法律之中含有享立法治權者，本于自身之意思，所創設之規律。例如爲求市政之美觀而制定之建築規程；爲維持專政政黨之尊嚴，而制定壓制他黨存在之法令；自不能謂之非法，即不能謂法律之中不含有享治權者本于自身之意思，而創設之部份。

法律既爲演化的，爲集合各種淵源而形成的，故法律在其演進之過程中，其概念亦非一成不變的，從而對於法律所爲之界說自亦不能一致，龐德教授嘗蒐集各家之定義，都數十則（十二），爲後之學者治學之一助，敬本據龐德教授所著法律哲學導言（十三），略舉古今不同之法律概念于次，以供參考。

一、神權色彩之法律概念 在文化幼稚時期對於一切不知其所以然之宇宙現象，社會事物，多以之爲本于神爲；自然現象中日月之運行，萬物之繁殖，歸德于神；而社會秩序，政治組織亦謂本于神意，此爲東西上古之共同觀念。故東方有天視天聽之儒家思想，西方有神權學說之政治法律概念。其始也以爲法律直接由于神定，直接頒降自神，猶太族之摩西律（十四）印度族之馬努法典（十五）回族之可蘭（十六），均明例也。

繼而文化之水準漸高，不復以法律爲直接頒降自之規律；但法由人定之觀念雖已興起，

而神權色彩仍未脫離；或以法律乃無遠神意之習慣所形成；或以法律乃本于神意之法則；神權色彩之觀念影響及于初期之法學者極深，故羅馬法家嘗謂：「法學乃神事與人事之智識……」（十七）尚書呂刑（十八）亦謂：「天齊于民……爾尙敬逆天命：」（十九）。

二、初期自然法學派之概念 羅馬法家受希臘哲學之影響，以爲宇宙間之事物，均有一定之真理爲其不變之法則，而人事關係亦然；于是分析法律爲自然法及人爲法，人爲法乃適用于特定時間空間之法則，而自然法則爲一切事物共同之法則，不因時間空間而有異同（廿），亞理士多德以爲最高之規範，乃不成文的永久的不可變更而合乎自然的規範（二一），謝雪廬亦以爲法者乃最高之條理，爲自然之產物，命（人類）以應爲而禁止其所不應爲者也。（二二）

三、正義觀念之法律概念 羅馬法家雖自始分法律與道德爲二事，但烏爾比央一派之學者，則混同正義之觀念與法律之概念，以爲拉丁文「法」*Jus*之語源出自「正義」*Justitia*，故以爲法律者「正當」*recte*「公平」*Equabile*之技術也」。（廿三）又謂：「法學……乃正與不正之科學」（廿四）。

四、倫理色彩之法律概念 法律之概念，既自神權思想之領域而步入哲理推論之領域，古代思想受倫理之洗禮特深，因之法律概念，亦因倫理思想之介入而與道德觀念難有顯明之

界限；復以初期之剛性法律 *strict law*，如羅馬之十二標法，及我國漢高帝之約法三章，法文簡約，條例不繁，少伸縮之餘地，乏適應之性能，不免使人生「法律雖非不道德的，而是非道德的」*Law is not immoral but un-moral*（二五）之感想；其思想之反動，益生法律應與道德相符合之信念。故學者或曰法律為永久不變之道德律。

五、葛羅秀斯以後自然法家之法律概念 葛羅秀斯以人類理智解釋自然法，以自然法無他，人類之理智是也，孟德斯鳩于其名著法意 *L'esprit des Loix* 書中，對於法律所為之界說即曰：「法律自其大體而言，人類之理智也」（廿六）。

六、社約論者之法律概念 此派論述之中心以法律為公共合意之規範，故盧梭謂法律為公共意思之表示（二七）。

七、國權主義者之法律概念 英國學者奧斯汀氏謂法律乃主權之命令，厄斯琴 *Austin* 氏謂：「法律之本意乃主權之命令，其內容則為一般臣民生活之共同規範」（二八），伯勞道夫 *Pufendorf* 亦曰：「法規者在上位者所製定以指示其被治者而使其行為合于其所命者也」（二九）。

八、歷史學派之法律概念 此派之觀念與上述以法律為國家之命令者顯然兩岐；以為法

律非制定的，亦非一時創造的，而為習慣經驗之產物。

九、唯物主義之法律概念 十九世紀為自由主義意思主義法學最盛之時期，同時因資本社會之畸形發展，貧富之不均，形成階級對立之狀態。從而在十九世紀之中葉，政治經濟思想又生劇變；法律學說，亦自以意思自由為中心之權利思想一變而以社會利益為前提。法律思想，亦自人類意思之平等發展一變而以人類慾望之平均滿足為標的。從而以經濟理論對於法律現象作唯物主義之說明者，遂盛行一時；此其概念則以法律乃本于經濟利益而形成之規範。此派之學說，雖對於現存之制度探攻擊之態度，以為法律乃統治階級本于其自身之利益，所製定之規範。此種理論，雖為消極的持論，但其積極的建樹，則為打破二百年來注重意思之法律觀念，而步入注重利益之途徑。

十、二十世紀以來之概念 近四十年之法律概念，與前此不同之點：則以社會科學之聯合研究，打破以往囿于法學法律以研究法學傳統的態度。經濟、政治有不可分離之趨勢。法學之研究亦捨以法學為自足的科學之觀念，而從多方面之學科為研究法學之一助。既以經濟史觀為治法學之方法，復自心理以求解人類之慾望，以人類慾望之協調，為法律之目的。以利益之權衡 *Balancing of Interests* 為尺度法律之所保護及所限制。昔之以形而上之理論為

法學之研究者，今則以實際問題爲探討之中心。在法律上及政治上均主張以政府之行動促進社會上之利益。此爲近四十年之傾向，此其概念，蓋以法律乃經濟社會動向所形成之原則。

綜上而言：法律之概念是變遷的，今昔之概念固不一致，復以派別之各異，觀點之不同，自亦莫由從同。個人之觀念則不敢執一于一是，神權觀念已爲今日一般學者所否定而倫理色彩之法律概念，亦爲學者所不採，但今日之法制，多少不免倫理之成份，例如美國紐約州離婚原因限于通姦，離婚之方式限于裁判上之宣告；而意大利葡萄牙且根本否認離婚，此實爲清淨教徒及天主教徒宗教思想倫理觀念之反映，自不能否認傳統的倫理觀念對於法律之影響。社約論者之持論，以法律爲公共意志之表示，奧斯汀一派則以之爲國家之命令，理論上之非難姑不具論。即以事實而言，亦難謂與事實相符。在民主國家，其法律固未必完全由於民意。即在極端專制之國家，其法律之大部亦非國家之命令。若以英美爲民主國家之典型，葛萊教授嘗云：「法律之全部爲法官所製定」(三〇)，偉羅貝亦云各國之立法機關雖致力於法典之編纂，而安格魯撒克遜族私法之大部仍爲司法機關慘淡經營而成立之原則，(卅一)。司法機關原非代表民意之機關，據此立論，已不能謂社約論者之概念爲合于實際。且不能以此種理論說明訓政時期專家立法我國之現行法令。若謂法律爲國家之命令，其說亦顯與事實

相背。緣法律不僅成文之製定法，不成文之習慣法法理均為法律之淵源，我國民法，且以明文規定習慣法理均為民事法之一部。習慣法理當然非國家之所命。而英美之普通法依布萊克同氏之分類，乃久經成立之習慣及格言，(卅二)非國家之命令，更屬顯然。此予之所以主張執一于一是，而闡于一家之言也。

(四) Roscoe Pound 1870—前哈佛大學法律學院院長，為近年有數之學者。

(五) William A. Robson, Barriester-at-law of Lincoln inn; Reader in Administrative Law in the University of London

(六) William A. Robson: Civilization and the Growth of Law, 1935, London P. 10

(七) Hammurabi, King of Babylon 2128—2081 B. C.

(八) William A. Robson: Civilization and the Growth of Law, pp. 10—15

(九) 羅馬學者謂法學為正與不正之科學。

(一〇) 前大理院二年上字三號判例，列舉習慣法之構成要件凡四，在初民社會尚無所謂法典及公序良俗之標準，故以相互共信以為準則之規範，及反覆適用於同一事項為習慣法構成之要件。

(一一) John Austin 1790—1853英國分析學派之領袖。

(一二) R. Pound: Theories of Law at 22 Yale Law Journ., 114 及 Progress of the Law at Harvard

*Law Rev.* 174卷長R. Pounds, *Outlines of Lectures*, 4th ed., pp. 37—47 及 *Hur's Readings in Jurisprudence* pp. 1—11.

- (一三) R. Pounds, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 1926, New Haven Chapter II.
- (一四) *Mosaic Law* 猶太族之古法也。
- (一五) *Law of Manu* 婆羅門教之教典爲印度之古法。
- (一六) 可囑爲回教之經典。
- (一七) R. Pounds, *Readings in Roman Law* 2nd ed., 1914, Cambridge, Mass., Part I, p. 1.
- (一八) 呂則爲尚書之第二十九篇，雜僞經古之部書，爭辯孔多，愚學問未成，對此未敢固加按語，但不問其究否出自周代，其足以反映我國古代之法律概念則敢斷言。
- (一九) 尚書卷第十二呂刑篇，頁第八之乙（中華書局四部備要本）。
- (二〇) C. G. Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, 1980, Cambridge, Mass., pp. 4—12.
- (二一) *Jurid.*, p. 6
- (二二) R. Pounds, *Theories of Law* op. cit., p. 1.
- (二三) G. P. Sharman, *Roman Law in The Modern World*, 1924, New York, vol. I, p. 3.
- (二四) 見R. Pounds, *Readings in Roman Law* op. cit., Part I, p. 1.
- (二五) P. Pounds, *The Birth of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines*, in *Harvard Law*

Review, vol. XXVII, No. 3, p 187. 謝赫尼之讀法在法學雜誌, p. 68.

(114) R. Pound, *Theories of Law*, op. cit.,

(115) J. Rousseau, *Contract social*, Part I, p. 6.

(116) J. Baskine, *Principles of The Law of Scotland*, 21st. ed., 1911, Edinburgh, p. 1.

(117) 謝赫尼, *Theories of Law* op. cit.,

(118) J. G. Gray Late Royall Prof. of Harvard Law School, *The Nature and the Sources of the Law*, 2nd ed., 1924, New York, p. 125.

(119) W. W. Willoughby, *An Introduction to the Problem of Government*, 1923, New York, p. 200.

(120) Blackstone's *Commentaries on the Law of England* (Sharwood's ed.), 1859, Philadelphia, p.

67. Glarck, *Roman Private Law*, p. 114.

### 本章之國際參考書

1. Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Ch. II.
2. W. A. Robson, *Civilization and the Growth of Law*, Ch. II—VI

## 第二章 法律之意義

法律之概念，既如前述，爲法律求確當之界說，更屬困難。末學支離，于此原不欲有所論列，昔著法學綱要時，嘗冒昧爲法律之定義曰：

「法律者，權利義務關係之準據，且爲權利義務關係之範圍。」

法律之內容爲權利義務，乃學者所公認。至於所謂權利義務，乃指法律上之權利義務而言，與道德上之權利義務有別。所謂法律上之權利義務，謂依法律得主張之利益及應履行之責任是也。與道德之權利僅爲一種希望，道德上之義務履行與否，僅生道義之違反與否之問題者，顯不相同。

準上而言，權利既爲依法律得主張之利益，其權利之行使自必有一定之範圍，行使權利，而逾越範圍，是爲權利之濫用；義務既爲依法應履行之責任，其責任亦有一定之限度，逾其限度，亦無庸與以履行；故法律又爲權利義務之尺度，換言之，即爲權利義務之範圍。在私法上如此，公法亦然；蓋私人與私人間，國家與人民間，甚至國家與國家間之權利義務蓋莫不以法律爲其權利義務之準據，且以之爲範圍也。

上列界說于著述法學綱要時倉猝爲之以供讀者之參考，偏而不全，自所難免，及今思之，尙不能謂爲差強人意，況足稱之爲允當乎。近讀克拉克氏羅馬私法（三三），而喜其所爲之界說，爰紹介如次：

「（法律）乃國家所承認之規範及原則，而且在行政上及司法上予以適用者也。」（三四）此爲英國分析學派接受歷史學派之影響以後，對於法律所爲之界說。變更其原來視法律爲國家所制定之觀念，而視法律爲國家所執行之規範。賀蘭德氏（三五），布洛克氏（三六）之見解大致攸同。戴雪氏亦云：「各國之法律，包括各該國法院本于國權所適用之法規原則，以及主義之全部而言。」（三七）

社會學派對於法律之觀念，與分析學派異；分析學派注重國權，于其始也，以法律爲主權之命令，接受歷史學派之影響以後，亦以之爲國家所承認，並與以執行之法則；而社會學派則視法律爲社會規範。一八八八莫爾斯基氏以爲：

「（法律者）關係個人及團體活動之社會上共同生活之條件也。」（三八）白魯沙德亦云：

「（法律者）確定社會生活之規範，最低限度亦有社會之制裁力，是爲社會對於個人所加之拘束。」（三九）准此而言，社會學派蓋視法律爲社會共同生存之規律，有社會之制裁力，

且爲社會對於個人所加之拘束，此真觀念實進一步，蓋可採也。

(三三) Clark, *Common Private Law*, 1914.

(三四) *Ibid*, *Jurisprudence*, Part I, p. 75.

(三五) T. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 11th ed., 1910, Oxford, p. 42 英譯譯作：「More briefly, (law is) a general rule of human action enforced by sovereign political authority。」

(三六) Sir F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence for Students of Common Law*, 1899, London, p. 17 英譯譯作：「(Law is) the sum of the rules of justice administered in a state by the authority。」

(三七) A. V. Dicey, *Private International Law as a Branch of the Law of England*. O Law quart. Rev. 3, 1880.

(三八) Maitland, *Theory of Law and Civil Society*, p. 3, 12.

(三九) Bristaud, *Manuel d'histoire du droit Français*, p. 3.

### 本章出題參考書

1. R. Pound, *Theories of Law*.
2. W. A. Robson, *Civilization and the Growth of Law*, Ch. I.
3. T. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, Chs. II-IV.

### 第三章 法律之目的

就前列兩章，對於法律之概念及其意義雖略可知其梗概，若不明法律之目的，亦無從深切了解法律之所以然及其所以應然。按法律之目的 *The End of law*，因社會之演進，思想之推動，今昔不同，蓋不得一概而論，龐德教授曾詳言之。茲依據龐德教授不朽之名著法律目的在法制上及理論上之發展 *The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines* 一文而略為說明于次。依龐德教授之分期，法律之發達過程階段凡五。(一)原始階段：其時去古未遠，文化初萌，法律之目的，不過在確保和平之秩序，免除私鬪而已。其法律之目的，既屬單純，其內容亦極其狹隘；訴訟之程序，交易之往還，均嚴其格式，以免出入，而減少爭議。對於加損害者則與以制裁，而使受損害者能得其平。與我國漢高帝殺人者死，傷人及盜抵罪之三章約法，蓋相近也。(二)曰剛性法規之階段：當文化之發展，脫離原始階段以後，法律之發達亦步入另一階段。此其社會關係，既漸趨複雜，人事之交往，亦日多一日，僅以維持社會秩序，免除鬪爭為目的之法律，已不足以適應當時之需要；于是法律規範，漸趨嚴密，惟其目的，則仍以明確有常為宗尚。其所以然，則在于避免執法者之舞弄法文，而上

下其手。同時則受前此法律意識之影響。其特徵凡五：(a)嚴格的形式主義，訴訟之程序無論矣，交易之往還，亦採要式主義，方式不備，即否認其法律關係爲存在；事實之何如則非法律之所問。(b)漠視法律關係上之道德問題，惟斤斤于文義，而不問其究否持平。(c)絕對義務本位，個人之然諾，個人應負絕對之責任。縱其交易之成立，本于他人之詐僞，亦須履行其義務。此依耶冷所以謂「依羅馬之古法，所承認者僅表示于外部之意思。……換言之，法律關係，僅本于其所表示之意思，而未表示之真意，則絕非所問」。(四十)(d)以家族爲法律之單位，而不以個人爲法律之單位。(e)其法律無伸縮之餘地，而爲絕對的法則。在昔羅馬之十二銅標法，及英美古代之普通法，其性質均如此。(二)衡平階段：嚴格之法規，對于社會之事物，既乏適應之性能，在社會交往日繁之際，已不足以適應其需要，而剛性之法規，惟斤斤于形式文義，亦引起思想上之反動。因之法律之發達，遂又入于另一階段。其見于法制史者，在羅馬爲萬民法之接收，在英國則爲衡平法院之成立(四一)。此一階段之法律目的，則以合理持平而與道義觀念相吻合爲宗旨。在前一階段之法律，以劃一固定爲特徵，而此一階段則以合理爲其特色。前一階段以絕對之方式主義，注重表示于外部之意思，而不問其真意之究竟。此一階段則以公平爲主旨，因之衡平階段之特徵，計凡四端：(a)法律上

人格之普遍的承認。前此之法律，以家族為單位，僅享家長權者得為法律上之主體，而處于家長權下之家族份子，均不得為權利義務主體，而享有法律上之人格。此一階段，受自然法家平等思想之影響，以為除本于自然而無法律上之能力者外（指未成年精神病人）在法律上均應有平等之能力，享有為權利主體之資格。（b）法律關係，應探求內在之事實，而不斤斤于形式及文義。蓋其目的在以合理之判斷，解決法律上之糾紛，與前此之一切委之一成不變之法則，執一以處理千變萬化之事態者，自不相同。（c）以誠實信用為處理法律關係之基礎。此其特徵，則以衡平階段之法律，以合理為中心，以與道義相吻合為究竟。（d）對於不當得利之禁止。此其特徵，則以衡平階段之法律，以內在之事實及當事人之真意為究竟。故對於無正當原因而獲得之利益，縱其方式完備，亦為法律所不直；今日英美法契約之成立以有相當緣由 Due Consideration 為要件，大陸法法律行為之有效，則以正當原因 Due Cause 之存在為前提。對於非出真意之意思表示，其責任不在表意人者，均許以相當之救濟，蓋本乎此。（四）成熟階段：衡平階段其法律以持平為目的，且有廣泛之適應作用，對於社會，原不至發生枵格不入及不能適應之問題。惟以衡平階段中之法律伸縮之餘地較廣，執法者自由裁量之範圍失之于泛，人治之色彩趨于濃厚，而使法律之明確性亦因之而動搖。于是法律乃脫

離衡平階段而步入成熟之階段。此其階段，在羅馬爲優帝法典之編纂，在英美則爲衡平規範 Rules of Equity 成爲系統的規範之時。承受原始階段，以公共秩序爲對象之觀念；剛性法規階段以固定安全爲對象之觀念；以及衡平階段以合理之方法解決糾紛之觀念；集此三階段之大成，縱合各該階段之特長，形成此一階段之特色。此龐德教授之所以名之爲成熟階段也 The maturity of law。其法律目的則爲平等與固定安全。所謂平等之內容，得分析之爲二端：(a)曰法律之平等適用。即所謂法律之前，人人平等。承認一般人在法律上之地位，爲法律上權利之主體。(b)曰機會平等，使人人得自由發展其智能利用其物質。簡言之，所謂平等，乃法律之平等適用及權利之平等行使。而所謂固定安全，雖承受自剛性法規階段之觀念，然經衡平觀念之修正，已自重視形式之方式主義，轉變而爲重視真意之意思主義。故所謂安全固定，則爲確保個人之權利，使不受他人之侵犯。同時亦命以履行對於他人因法律行爲或違法行爲所應爲給付。此其特徵，爲拿破崙法典編纂以來，個人主義法律之共同色彩。

(五)社會立法之階段：當十九世紀之末葉，個人主義之下，契約自由，財產自由，既風靡一時。權利本位之立法，僅使個人對於物質生活享充分之自由，而精神生活及社會生活，則爲權利本位之立法所忽視。因之法律之發展，又趨轉變，而入于社會立法之階段。在今日社會

立法之趨勢，尙屬萌芽，個人主義之立法，仍占主要之地位。近四十年中，社會立法之成就，則不外下列數端：(a)行使權利之限制。雖權利之行使，應以社會之利益爲前提，尙僅爲學說上之理論。而見于法制者，則對于違反社會利益而行使權利者(是謂權利之濫用)，已有禁止之明文。(四二)(b)契約自由之限制，在理論上已爲多數學者所承認；在法制上則違反公共利益及秩序之契約，已否認其效力。資本主義之國家，已有禁止脫拉司之法律。(四三)此外如勞働法令及關於統制經濟之法令均是。(c)財產處分權之限制，爲家族之利益，爲社會之公益，財產之處分亦有相當之限制。(d)行使債權之限制，債務人固應依誠實信用之方法，履行債務。但爲債務人之利益，債權之行使，應不及于債務人生活及業務上必需之財產。在我國法律上，有禁止扣押之財產。(四四)同時民法亦有二一八條明示如因損害賠償而賠償義務人之生活受重大之影響者得減輕損害賠償金額。(四五)(e)無過失賠償主義之確立。其詳見債編通則。(f)無主物範圍之縮小，而使一部之無主財產，列爲國家之公物。我現行法，即不認土地得爲無主物之標的。無所有人之土地，即認爲國民所公有。(四六)(g)家族生活中依賴份子利益之尊重，換言之，即親權夫權之相當限制。

前節所述，乃就龐德教授所著法律目的在法制上及理論上之發展一文略爲紹介。末學支

離，對於法學僅窺涯涘，上下古今，而暢談法律目的，實非才力所勝。故本述而不作之旨，僅編譯其要旨，以供學者之參攷。讀其原文，則所盼于讀者。（四七）但于此有應說明者，法律之目的，因文化水準，社會組織，今昔之不同而相異。同時因空間之不同，亦不能一概而論。世界之大，民族之多，深山大澤之間，初民社會遺風，猶有存者；此其法律之目的，自與現代國家最新之立法異趣。即文明國家之間，因歷史文物之各異，經濟制度及思想之不同，其法律之目的，亦無從齊一。資本主義尖端之英美，與無產專政之蘇聯，及三民主義立法之我國，亦不能相提並論，此亦學者所不可不辨。總之法律之發達因時間空間而有異同，其法律之目的，亦不一致，此應三致意者也。

謹按法律于其發達之初期，其目的為消極的，以免除糾紛維持社會現狀為本旨。就其大體而言，其法律為義務本位之立法，所注重者，為違背義務之制裁。就程式而言，不問其為交易上之手續，或為訴訟上之程序，均屬繁縟。就實體法之內容而言，關於身份之規定，遠較近代為詳盡。就法律上之主體而言，則以家族為單位，個人在法律上除享家長權者外，鮮有與其家族以外之人發生法律關係之可能。羅馬之市民法，Jus Civile 及我國古代法律，其發達之過程，蓋出一轍。所不同者，惟我國古代法，對於形式方面素不重視耳。

歐陸及英美法律自其發達之初期，以至近代，其間演化蟬蛻之經過，歷數階段，已如上所述。至于我國法律發達之史跡，因法律及道德思想，自先秦以後，即少劇變，而社會制度，經濟組織，除井田制度，為一大興革外，亦無重大變更足言。因之反映于法律之興革者幾微。直至海通以後，思想及社會組織均生劇變，變法以後，三十年之間，多數法律，均數經起草，而後公佈施行，公佈以後，又數經修正，始有今日。故就我國法律發達史而言，實與歐美各國法律發達之經過不同。

義務本位之法律，直至產業革命以後，經濟組織，社會制度，均大見革新，同時個人主義之政治經濟思想，應運而生，乃進入權利本位之階段。于是，法律之目的，乃由消極的一變而為積極的，以個人之自覺自決為法律之中心思想。此時期之立法，放任自由實其主要色彩，契約自由，為民商法規所標榜之主義。法律上之主體，由家族集團，一變而以個人為單位。法律上之程式，無論交易手續，及訴訟程序，均趨向簡單。為求交易之迅速，除例外事項，經特為列舉者外，殆鮮要式行為。而訴訟制度，在歐洲大陸，則確定四級三審或三級三審制度。法律之中心思想，既為個人自由，及法律之前人人平等，因之家族本位，及封建制度，重視身份之立法，遂日形減少。除親屬一編，民法他部蓋鮮關係身份之規定，是為權利

本位之特色。

及至二十世紀初期，資本主義，因個人主義之發達而發展達于畸形。封建制度下因身份而生之階級問題，竟以財富分配之不均而形成貧富懸殊之社會階級。因之政治經濟思想在十九世紀中葉，又生劇變。至二十世紀初期，遂逐漸反映于成法。殆至大戰結束，十月革命成功于蘇聯，戰後新憲法，亦因大戰對於政治之影響，紛紛頒佈于歐陸。于是法律發達史，又入另一階段。而社會本位之立法，遂奠定于無產專政之蘇聯，無論矣。其流風所及，影響于歐美及我國者，不一而足。昔日以自由意志為中心之權利思想，竟一變而為社會功能之理論。其明顯之趨勢，厥為個人權利之限制，昔日認為不可侵犯之所有權，今日立法或認為所有人有為社會之福利而利用其所有權之義務。(四八)昔所認為無上原則之契約自由，法律已加以種種之限制。同時法律之前人人平等之觀念，亦有變遷，以為有應加以特別保護之社會弱者。勞働立法，對於童工女工之特殊規定，其明例也。復次法律受社會科學發達之影響，法律之發達，不僅表現于法律之革新，社會政策亦反映于法律。例如我國限制資本，平均地權，地盡其利，物暢其流之立法，均社會本位立法之特徵也。

(四〇) *Jhering, Geistiges Romischer Rechts*, III, 48.

(四一) 英國衡平裁判所成立時期在愛德華三世 Edward III 在位時，時在 1272 至 1377 年間。見 *Encyclopaedia*

*Britannica*, vol. VIII, p. 611.

(四二) 民法一四八條，「權利之行使，不得以損害他人為主要目的」。

(四三) *Antitrust Act, 1890* 即頒行于美國，即著名之 Sherman Act 也。

(四四) 禁止扣押之財產，參看強制執行法。

(四五) 損害非故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額

(四六) 依土地法第七條中華民國之土地屬於國民全體，其經人民依法取得所有權者，為私有土地。在所有權銷滅時，其土地即復為國民全體所公有，而非無主物，故在我法制中已不認土地得為先占或添附之標的物。

(四七) 照氏原文見 *Harvard Law Review*, Vol. XXVII, No. 3, p. 155 以下。又見吳經熊先生所譯 *Descartes in Jurisprudence And Legal Philosophy*, 東吳大學法律學院印行，及本人所選 *Readings in Jurisprudence*，北平三友書社印行。

(四八) 參看憲法草案第一一七條第三項。土地法一五五條及二〇八條。

### 本章主要參考書考

Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines*, Harvard Law Review, Vol. XXVII, No. 3, p. 197 et. seq.

## 第四章 民法之概念

在說明民法之概念以前，首先應與說明者，厥爲民法之語源。民法一語，在法文爲 *Droit Civil*，在瑞士稱 *Zivil Recht*，在英文爲 *Civil Law*，均淵源自拉丁文之 *Jus Civile*。羅馬法稱其內國私法適用於羅馬市民之固有法爲 *Jus Civile*。其羅馬以外之人民，則適用各該當事人本籍地之習慣法。此其習慣法爲羅馬所接收，而自成爲一獨立之系統，乃名之爲 *Jus Gentium*，我國學者譯 *Jus Civile* 爲市民法，譯 *Jus Gentium* 爲萬民法，市民法及萬民法均爲羅馬規律私權之法規。惟前者爲羅馬之固有法，而後者則爲羅馬接受自其鄰國不同之習慣，浸假而形成與市民法對立之系統；迨至後世，萬民法日有進步，羅馬學者推崇爲人類共同之法則，(四九) 雖羅馬市民亦適用萬民法。而羅馬之市民法與萬民法遂浸假而失其分立之必要。至優斯丁尼帝在位時 (紀元後五二七至五六五)，編纂法典統一市民法與萬民法，而編爲 *Corpus Juris Civile*，我國學者多稱之爲優帝法典，萬民法與市民法之區別遂歸于銷滅。羅馬之市民法，其內容不僅規律私權關係之實體法，程序法，亦爲市民法之一部。而後世以其大體爲規律私權關係之法規，乃以 *Jus Civile* 名其規律私權關係之法規。轉譯而爲 *Droit Civil* (法譯)，

*Meili Rechts* (瑞士)，英美法系與大陸異，英美法之本身自稱爲 *Common Law*，而稱大陸各國規律私權關係之法規爲 *Civil Law*。法國瑞士以及英美對於規律私權關係之法規之名稱，其語源之由來，蓋本自拉丁文之 *Jus Civile* 而我國學者譯羅馬法之 *Jus Civile* 爲市民法。對於規律私權關係之法規，遂名之爲民法，是爲民法一語之由來。胡次威先生並謂民法一語之首先採用者則爲日人箕作麟祥氏，用以轉譯法語，*Droit Civil*，(五二)而我國學者因襲日本之名辭以名其法典云。

關於民法之述作，鮮有爲民法之界說者，依愚所見，民法乃國內法之一部，爲規律私權利及私義務關係之實體法則。茲分別說明于次：

一、民法爲國內法之一部 國內法乃對國際法而言，國內法乃一國之法律，而國際法則爲二以上之國家所公認以支配其國際關係之法則。民法雖已有國際立法之趨勢，但僅爲局部的，(五一)而民法之全部，則各國均以其自國之法典或不成文法適用於其管轄範圍以內，(五二)今日各國之民法，雖多受羅馬法之影響，(五三)多數之法則，已脫離固有之法則，而趨向于世界主義，以便利私人國際間之交易，其大部份實具有萬民法之色彩，但今日之國際法之語源 *Law of Nations*，雖出自 *Jus Gentium* (羅馬萬民法之名稱)，而其含意則不相同；羅

馬所謂 *Jus Gentium* 者，乃萬國適用之共同法則，而此所謂 *Law of Nations* 者，乃各國所遵守以支配其國際關係之法則；民法為支配私權關係之法則，故為國內法而非國際法。

二、民法為私法 再所謂國內法，不僅規律私權關係之法規，故國內法得分為公法及私法，公法及私法之區別標準不一：(a) 有以法律所保護之對象為區別之標準者。據此，則保護公益之法律為公法，保護私益之法律為私法；此說欠當，蓋無專門以公益或私益為對象之法典。保護公益之刑法，其中不乏保護個人財產（私益）之規定。我刑法分則編中之第二十六、七、八、等章，以及第三十章以下五章均為保護私益之規定。而民法中之以善良風俗、公共秩序為前提者，亦不勝枚舉。故此項分類標準為多數學者所不取，但近代外國學者探此種標準者仍不乏其人，堅克私之法理學 *Jenks, The New Jurisprudence*, London, 1913, 及開通之法學原理 *G. W. Keeton, The Elementary Principles of Jurisprudence*, London, 1930, 均列民事訴訟法為私法，蓋本此說。(b) 有以法律關係為分類之標準者，據此，則規定平等關係者為私法，規定不平等之權力服從關係者為公法。憲法、行政法、刑法、及民事刑事訴訟法等為規定國家與人民間之權力服從關係之法律，故為公法。而民法商法為規定個人與個人間之權利義務關係之法律，是為私法。然國際公法並非權力服從關係，同時民法中

之父子關係，監護關係，亦非平等性質，是以此說亦顯有問題。(c)有以法律主體爲分類之標準者。據此，則凡以國家或公法人爲法律關係當事人之一造者爲公法，其完全以私人爲法律關係之主體者爲私法。依此分類，則憲法、行政法、法院組織法、刑法、民刑事訴訟法以及國際公法莫不以國家或公法人爲其法律關係當事者之一造，故爲公法。民法、商法以其完全以私人爲其法律關係之主體，故爲私法。至如國家或公法人而爲民事商事法律行爲之主體者，雖不乏其例；但此種場合，國家或公法人顯非以統治者之資格而參加法律關係，乃以私人之身份參加法律關係，故仍無碍于此種理論。例如國營鐵路賣出客票，此時國家非以統治者之身份而行使其權力，乃以運送人之地位，而與客商往來。是蓋以國家不僅得爲權力之主體，亦得爲私權之主體。爲私權主體之國家，與爲權力主體之國家，顯具不同之身份，自不能僅以主體爲國家而逕行認定其爲公法。同時在行政法中，私人亦有時受國家之委任而代行公務，爲行政上之主體，例如銀行而代征所得稅，包商承辦屠宰稅，其征收行爲之主體雖爲私人，要不能謂所得稅暫行條例，及屠宰稅之法令爲私法。(d)依愚所見，應以法律關係爲區別之標準，其規律政權治權關係之法則爲公法，而規律政權治權以外之法律關係者爲私法，民法之內容純以私權爲範疇，故曰爲國內法之一部。

三、民法爲規律私權利及私義務之法則 法律關係有公私之別，而法律上之關係則爲權利及義務之關係。公法上之權利義務爲公權利及公義務，而私法上之權利義務，則爲私權利及私義務。民法爲國內之私法，故其內容爲規律私權利及私義務之法則。所謂私權利及私義務，乃對公權利及公義務而言；公權利及公義務以政權及治權爲本據，民法上之權利義務，則與政權治權無與，故謂民法乃規律私權利及私義務之法則。

四、民法爲實體法 實體法乃對程序法而言，規定法律關係之存否，性質，及其範圍之實體法則，學者稱之爲實體法 *Substantive Law*；其規定運用實體法之手續者，學者稱之爲程序法 *Adjective Law or Procedure Law*。民法之大部爲規律法律關係之實體規定，雖不無少數關於程序之法規，然爲附帶之規定，但就其全體而言，則民法固以實體法爲主也。

民法之意義既明，于此尙有應予說明者數事：（一）在民商法分立之國家，民法僅爲私法之一部份，而規律商事關係之私法，則歸入商法之範圍。我國民法典之立法原則，採民商兩法統一主義；從而在我國法制之下，即無所謂商法，關於商事之私法，除吸收入民法債編者外，其海商法、保險法、票據法以及公司法，則僅爲民法典之特別法，而爲民法之一部，就我國法則而言，民法之範圍包括全部之私法。故本書所爲之民法界說，乃以廣義之民法爲對

象，此項界說，若適用於民商法典分立之國家，則失之于泛，而應加「……商事關係以外」之限制，而變更之爲「民法乃國內法之一部，爲規律商事關係以外之私權利及私義務之法則」。(二)再民法又有形式民法與實質民法之別，所謂實質民法，乃指一切關於私法之法則而言，不惟民法法典，舉凡單行法規，以及一切法令中有關私法之規定，均包括焉。而所謂形式的民法，則僅指民法法典而言，上述民法之定義則包括實質民法之全部，至于本編敘述之範圍則以現行民法典爲限，乃以形式的民法爲範圍。

(四九) 烏爾比安 創三分說，謂自然法爲動物所共同之法則，萬民法乃人類所共同之法則，而市民法則爲特定時間空間之法則。見 G. G. Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, op. cit., pp. 10-11.

(五〇) 胡長清中國民法總論，第六頁。

(五一) 如國際聯盟關於蒙據之國際立法。

(五二) 詳見民法之效力章中。

(五三) 參看 G. P. Sherman, *Roman Law in the Modern World*, Vol. I, 及 R. Pound, *Readings in*

*Roman Law and the Civil Law and Modern Codes As Development Thereof*.

## 第五章 民法之法源及其效力

所謂法源 Sources of the law 一語，其意義有三：(一)指對於法令與以執行而賦予以效

力之政治組織，爲法律之淵源，如此則國家爲唯一之法律源。(二)指吾人求得關於法律智識之所自，蓋以法典及關於法律之文獻爲法律源。(三)指構成民法法規之一切法則而言。所謂法律源，我國及日本學者多僅取最後所述之意義，紹介于讀者。但上列三種意義均爲學者之所應知。法律與道德律不同之點，端在前者乃國家所承認，而且予以執行，因之有法律上之制裁力，與後者僅有倫理上之是非問題，而無所謂執行力者，迥然有別。分析學派學者目國家爲法律源，其論據蓋本乎此，易言之，無國家即無法律，現代之法律實以國家爲其淵源。學者縱有法律先存或國家先存之爭；(五四)但現代之法律，雖非全部爲國家所製定，然法律之有法的效力，則有待國家之承認及國家與以執行，則不容致疑。法則因國家之承認而生效，其爲國家所否定者亦因之而失效，故應認國家爲法律之泉源。但國家僅賦法律以效力，不過爲法律效力之所本，初非法律之所自來，與本章所謂民法之泉源含義有所出入；故此一意義，非本章所從同也。至于第二意義以關係法令之文獻爲法律源；是乃吾人法律智識之所自，爲法律之泉源，是蓋以六法全書及關於法學之著述爲法律源，此僅法律智識之泉源，初非法律本身之泉源。故本章所謂之法律源，乃指構成民法法則之一切規範而言。

所謂構成民法之一切法則，得分之爲成文的制定法及不成文的非制定法。制定法可分爲

(a) 法律，(b) 命令，(c) 自治法規，(d) 條約四種。而非制定法則可分之爲 (a) 習慣，(b) 解釋，(c) 判決例，(d) 法理四種。

### 一、制定法

制定法者，國家之意思依一定之形式而表示于外部者也。故制定法在實質上以國家之意思爲要素，在形式上則需合于一定之方式；換言之，即必須合于一定之程序，始生法律上之效力。例如立法院三讀通過之法律案，在未經國民政府公佈施行以前，雖具備實質上之要件，(五五) 程序上尙有欠缺，尙不得稱之爲法律者是。總之制定法在實質上以國家之意思爲要素；形式上以合于法定之程序爲要素。依憲法（在訓政時期爲訓政時期約法）及關於政治組織及其權限之法令，決定國家意思而表示于外部之機關，非僅限于最高之立法機關，同時其表示之方式亦非一致。從而制定法即有法律、命令、自治法，及條約之別。

A. 法律 指最狹義的法律而言，(五六) 僅指現行之法規制定標準法所謂之法律，及憲法施行後「經立法院通過，總統公佈之法律」。(五七) 此外之規章之由行政機關或其他機關制定者，則屬于命令之範圍，非此所謂法律也。

B. 命令 國家除依正式程序而成立之法律外，依憲法或約法（訓政時期約法之簡稱，下

（做此）及各該機關組織法之授權，均得在法定範圍以內，決定國家之意思而表示于外部，是爲各該機關之命令權。本于命令權之作用而頒佈之規則章程，其名稱雖不一，而依其性質則均爲國家機關之命令。其關於民事部份，均得爲民法之法源，例如民法債編施行前民國十六年七月十九日規定年利不得超過百分之二十之國民政府令，其顯着者也。

C. 自治法規 除國家制定之法律，及本于國權作用而頒佈之命令以外，公共團體及地方自治機關本于自治權之作用所立之法則是爲自治法；自治法之關係民事部份，當然爲民法之法源。于此有應說明者，在完成自治以前地方政府之權限授自中央，所頒佈之命令規章，當然爲命令權之作用，應屬命令一類，而不得認爲自治法規。在完成自治以後，地方政府之縣、市一方面爲自治單位，一方面亦爲執行中央政令之行政區域。其本于自治權之作用所制定之單行規章，乃此所謂之自治法規；其因執行中央法令，辦理中央委辦之事項，所頒發之規章命令，其權限既由于中央所委任，即不屬于自治事項，即不能目爲自治法規。（五八）

D. 條約 指國際條約之經公佈而有國內法 *Municipal Law* 之效力者而言。國際條約原爲國際間之契約；依契約之效力僅及于當事人間之原則而言，其效力原不及于當事人（國家）以外之人民。且條約爲國際法上之法源，亦非國內法之民法；惟國際法之法則，經國家承認以

後：即爲國內法之一部（五九）。國際條約爲國際法之一部，當然爲國內法之一部。且條約爲國家意思之表示，在締結以後，締約之國家固受其拘束；條約而經公佈即爲國家對於人民之表示，故對於人民亦生效力。各國憲法且有明示條約對於人民有國內法之效力者（六十）。我國憲法及約法雖無明文規定，依學理上及國際法之原則，解釋上則當然有國內法之效力。條約之關係私法上之權利義務者不少，例如通商條約及國際商標條約是，故亦爲民法之法源。

## 二、非制定法

非制定法與制定法不惟形式上有成文與不成文之區別。在實質上制定法爲國家意思之表示；而非制定法除判決例係國家機關之法院本于國權作用所表示之國家意思外；習慣法及法理均非國家之意思表示。非制定法在實質上既不以國家之意思爲要素，在形式上亦不需履行一定之程式，此愚之所以不以奧斯汀一派之學者視法律爲國家之命令，爲國家之意思之說爲然。良以非制定法之大部份，既非出于國家所制定，且與國家之意思無涉也。非制定法約言之得分析之如次：

(A.)習慣法 謂有法律效力之習慣而言，與單純之事實習慣不同；所謂事實習慣包括一切之習慣。而有法律效力之習慣本爲事實習慣之一部，惟因人民有確信以之爲法之意思，共

遵守之以解決私法上之糾紛，因之而成立爲私法上之法則，與一般之習俗上之慣例有所不同。依前大理院二年上字第三號判例，習慣之有法律上之效力者，其要素凡四：「(1)人人有確信以爲法之心，(2)於一定期間，就同一事項，反覆爲同一之行爲，(3)爲法律所未規定之事項，(4)無背于公共秩序及利益」。所謂人人確信以爲法之心，乃習慣法與單純之事實習慣不同之點，已如前述；至其必須于一定期間內，就同一事項反覆爲同一之行爲，則爲習慣法之成立事實上之要件。就特定事項偶爲或種行爲不過特定之行爲而已，不得視爲習慣。即使連續爲之，而間隔數百年之期間，亦難成立爲習慣。必也繼續在一定期間之內，反覆爲之；所謂一定期間之內，其期間上間隔之久暫，須視其事件之性質，例如以年關爲對外之大結束，及三年或五年爲對內之總結而分配紅利舊式商店之習慣也，要不失其成立爲習慣。總之有一定期間間隔之循環事項，苟反覆爲之而有一律之間隔，均不失爲習慣。若無期間間隔性質之事項，若三數年間始一爲之，則難成爲習慣。再習慣有全國一致者是爲普通習慣，例如商業上三節收賬，及年關之大結束是。有限于特殊區域者是爲地方習慣，如華北之舖底權是。亦有限于某一特定團體者，例如燕京大學亦有其特殊之習慣者是。不問爲地方習慣，或特定團體之習慣，對普通習慣而言，均爲特別習慣；而特定團體之習慣對地方普通習慣

慣，或適用於其同一種類團體間之共同習慣而言，亦爲特別習慣。例如河北省習慣，對於風行全國之習慣，固爲特別習慣，但對於某一市、縣之習慣，則又爲普通習慣。華北教育界之習慣，對全國教育界之習慣而言，爲特別習慣。而燕京大學之特別習慣，對華北教育界之特別習慣而言，則又爲其特別習慣。特別習慣與普通習慣分別之實益，依特別法優于普通法之原則，在適用之順序上特別習慣有排斥普通習慣而優先適用之效力。所謂須法律上無明文規定，此僅原則而已。依民法第一條所示，法律所未規定者依習慣。是習慣之適用，以法律上（狹義的）無明文規定者爲限，但法律亦有時以特別規定，明示習慣有得優先于法律而適用者。例如民法第六十八條第一項即曰：「……交易上有特別習慣者從其習慣。」其二〇七條第二項曰：「前項規定商業上另有習慣者不適用之。」可知法律上已有明文規定之事項，若法律上有特別規定習慣得優先適用，自應從其習慣。反之，若法律無特別明文規定，而習慣與法律並存，依民法第一條之規定，其習慣即爲法律所排斥，而無適用之餘地。故大理院「以法律所未規定之事項」爲習慣法成立要件之一。至于所謂無背公共秩序及利益一點，現行民法第二條明示「民事所適用之習慣以不背于公共秩序善良風俗爲限」，則是有背公序良俗之習慣，自不能有其適用，即不得謂之爲習慣法。而公共秩序善良風俗之意義，乃因時間空間而

不相同。舉例以言，中世紀之歐洲，對於利息之收取視爲不道德的，當然以之爲有背于良俗；在十九世紀契約自由爲思想之中心。對於有關利息之約定，當然與以尊重；而至近代社會立法時期對於高利之約定，自又認爲有背于公序良俗。公序良俗之觀念，雖因時間空間而不同，然民法法典所採之原則，則足爲公序良俗之準則。例如昔者以七出爲單方離婚之原因，一紙休書即得解除婚姻關係，在大江以北，尙爲習慣上所許可。此其習慣與現行民法協議離婚及判決離婚制度，積不相容，自不能認爲合于公序良俗之習慣，而視爲有習慣法之效力。

(B.) 解釋 法律之意義有待于解釋而後明，此爲一般學者對於解釋共同之見解。惟一部份學者之見解，以爲解釋之作用，不過詮釋法律而已；準此則解釋之本身，初非獨立之法源，而僅在說明法規之意義，故學者中有否認解釋爲獨立之法源，而僅認習慣、判例、及法理爲民法之法源者。史尙寬先生即如此。(六) 依德國學者Josef Kohler 所著成文法之司法解釋 Judicial Interpretation of Enacted Law一文，(六) 以爲解釋法律而以探求立法者之真意爲究竟，乃屬謬誤之見解。緣思想初非意思之奴隸，思想乃獨立于意思之外，初非個人自身所創造，而爲社會的產物，爲若干年智慮之結晶，與不可以數量計之思想有直接間接的連繫，而其概念則未必出于思想者個人之意識。法律所表現之思想，既非立法者個人之意思，而

爲全人類之思想。故對於法律之解釋，不應以尋求立法者之命意爲能事，並須尋求其適當之意義。據此，則法律之解釋蓋非求立法者之命意，而在求適當之意義。近代社會解釋之學派既興，解釋之作用，在法律上實影響法律之發展，解釋權之作用，雖與立法作用不同，而解釋之結果，則有時對於舊有之法規而賦以新的精神。法國學者阿爾維茲 Alvaroz 嘗云：「解釋之功用，在此社會環境經濟情形日新月異之期，應以助成法律制度與社會之演化趨勢相符合，以適用於當前之案件，而無與社會演化之途迥相背馳爲要旨。」依氏之見解，以爲爲法律對象之社會事項，所經歷之演化過程初非一致，氏分析之爲三類：（a）其中之一部經數百年而鮮有變化。今日關於此種事項之法律關係，與立法之當時既無大異同，此其法規之適用，僅依立法當時所宣示之規範而爲適當之解釋足矣。（b）其中之另一部份因時間之經過，社會之演進，而全部變更。此其法律關係既今異于昔，其關係法規之適用，自亦不能率由舊章而應順時應變，以近代演化之傾向，爲解釋之準繩。例如女子地位，既今異于昔，其未經修定之法律，在解釋上自不能拘泥原來之法則，而應以男女平等爲解釋之準則。舉例以明，關於婚姻事件之管轄，現行民事訴訟法僅明示專屬夫之住所地法院管轄，而無關於贅夫之例外規定。而近年一般之解釋則咸以贅夫之婚姻事件訴訟應以妻之住所地法院爲管轄法院。（c）

其中之又一部份雖非全部變更，而性質上已今昔不同，亦不乏其例，此其法律關係已有性質上之變更，關係法規之解釋，自亦以事實上之性質及目的爲準則。(六三)據上立論，解釋之作用，雖非以立異爲高，以改革法律之規定爲能事，但在爲法律標的之事項已有變更之後，在解釋上即須順時間空間之需要，而改革原來之命意，以適應實際之現狀。我國民法頒行未久，(六四)所規定之事項，大致均能於現狀相符合，與法國民法之拿破崙法典，自頒行以來已歷時百年以上者自不相同。(六五)惟近代社會事物際此新陳過渡之轉變時期，多方面之演變，乃現階段一般之現象，法律之解釋，已不能專採墨守成規之方式。加之抗戰軍興以來，社會組織，經濟機構均在高速度轉變途徑之中，今後解釋之作用，自非以探求適當之命意爲已足，而應以適應轉變中之社會情事爲宗旨。故解釋雖非在於創造新法，然解釋法律而不囿於法律之文義，固得目之爲獨立之法源。不過其中之一部僅以探求法律之命意爲究竟者，則不過分析詮註現存之法規；其結果仍爲現存法規含義之探求，則不能列爲獨立之法源。

法令之解釋，以解釋者是否依法律享有解釋法律之權限，得分別之爲有權解釋及學理解釋：

甲·有權解釋 有權解釋，對私人意見而言；學說權威，雖爲萬流所仰，但其意見，則

無法律上之拘束力可言。而有權解釋，則指其解釋有拘束力者而言。其中得更進而分爲（A）立法解釋（B）司法解釋及（C）行政解釋。

（A）立法解釋 乃立法機關對於所制定之法律，依職權所加之解釋，其習見之方式，有下列數種：（a）以解釋規定，列入法規，例如民法第六十六條第一項所謂「稱不動產者謂土地及其定着物」者是。（b）以解釋規定，列入附屬之施行法。此亦爲習見之方式。（c）以議決案，解釋法律中之疑義。（d）以理由書之方式，說明立法之意旨。此其效用，雖足爲運用法律之南針，但拘束力則遠遜于前者。（e）立法時之立法原則，其效用與（d）欸雖極近似，但效力則較前者爲強。蓋法律之運用，決不得與立法原則相背，此爲我國之特色，緣我國多數法律，于立法之初，均經中央政治會議先行議定立法原則。

（B）司法解釋 此指具有統一法令解釋權之機關依職權所爲之解釋，及最高司法機關之判例之關於法律解釋者而言，其方式亦不一致。（a）解釋例。前大理院統字各號解釋，及最高法院解字第一至二百四十五號解釋，及司法院組織法變更後法令之統一解釋權移爲司法院之職掌，故近年解釋均冠以院字。（b）判例。此指前大理院最高法院及行政法院之判例而言。判例之屬于解釋法律者不少，詳見後述。（c）最高司法機關關於適用法

令之庭長會議決錄，對於法院，其拘束力則遠遜于前述(a)(b)兩款，但其議決錄，在實際上則為適用法律之津梁。

(C) 行政解釋 司法解釋以外，其他政府機關，雖無解釋法令之特權；但其他政府機關就其職權範圍以內之事項，以訓令，指令或決定及其他公文書，議決案以解釋法令者，不乏其例，亦為有權解釋之一種。對於下級官署自有其拘束力，惟此種行政官署之解釋，多限于行政法令上之問題，但亦有涉及民事者。

乙·學理解釋 此為私家之見解，雖與有權解釋之有拘束力者不同，然直接間接對於法律適用之影響極深。不過僅為解釋之資料，與有權解釋效力顯然不同。故其方式一無限制，任諸自由。而學理解釋，在我國法制上則應列為法理之一部。

除上述之種類外，復有所謂文理解釋 Grammatic Interpretation，及論理解釋 Logical Interpretation 之別，而論理解釋中又分為限制解釋，及擴充解釋。然此種分類，僅為學理上之便宜而已，茲不詳述。

法律之解釋雖無一定標準，但有下列準則以為規範，茲就其重要者列舉于後：

(一) 法律依文義已無疑問者，不容任意加以解釋。(二) 應先依文理解釋，仍有疑義者，

而後依論理解釋。(三)文理解釋與論理解釋有衝突者，不必拘泥于文理解釋。(四)法律上之文字，應從其制定時之用法，例如法幣制度實行以前之法令用語，所謂之「銀行券」，當然不能謂其包括國家銀行所發行之法幣。(五)解釋法令，須參考關係法令之全部，而不得斷章取義。(六)法律所用之文字，應依通常文理以為解釋，而不得擅依別解。(七)凡例外規定，應限制解釋，而不得為擴充解釋。(八)加重人民義務限制人民權利之規定，在原則上不得為擴充解釋。

C. 判決例 判決例在英美法系與大陸法系所佔之地位不同，在英美法系判例為法律之泉源，故有全部法律為法官所創造之說。在大陸法系原則上判例對於法院無拘束力。換言之，即法院無必須根據判例以為裁判之義務。我國亦然，判例在我國法制上雖無強行之拘束力，而援引判例以為裁判者居大多數；民事訴訟之裁判，完全依據判例者亦居其多數（按刑事裁判必須援引法律正條以為裁判基礎，其援引判例不過以之為其判決理由之本據，而民事裁判則無須援引法律正條，故完全以判例為裁判基礎者實占多數）。故判例亦為獨立之法源。惟判例在法律上所佔之地位，依前大理院民國十一年統字第一七八一號解釋云：「本院現行判例已有習慣法者，仍應優先適用該習慣法。」準此，則判例之地位蓋次于習慣。其後最高

法院于二十一年上字第一〇一三號判決判例爲二類：(a)其內容屬於解釋法規者，其適用在習慣之前；(b)其非以解釋法規爲內容者，適用在習慣之後云云。是蓋以非以解釋法律爲內容之判例，爲法理之一部。但其影響于習慣法之產生並得爲習慣存在之證明(六六)在法學上實佔主要之地位。即使認爲法理之一部，然爲具體的司法判例，在民法學上實爲主要之法源。

D. 法理 法理之意義學者之見解不一，陳克生氏謂法理爲「事物當然之理」。(六七)余戰門氏謂「……法理者應解爲從法律全體精神所生之原理之義」。(六八)胡次威氏謂爲法律通常之原理 *General Principle of Law*。(六九)史尙寬先生謂「法理者謂法之原理。其探求之方法，第一應依據現行法規並就社會之現象爲研究，以求與公共秩序協調之原則。第二應訴與理性及道德之知覺，以求正義之基礎。所謂社會之現象，即爲社會的、道德的、宗教的、政治的、經濟的組織。故應以社會科學之全部爲基礎，而研究社會現象之全部，以發現應依據之法則。所謂依據法典而超于法典者是也」。(七〇)陳克生先生之意見謂法理爲事物當然之理，其說直視法理爲自然法，以形而上的概念，解釋法律用語，顯非可取。余戰門先生之見解以法理爲法律之精神，是不免研究法理囿于法律之弊，從余先生之言，則所謂法理之範圍不過法律之

解釋及類推適用(比附援引)而已，亦不足採。胡次威氏謂法理爲法律通常之原理，與史先生之見解似相一致；惟史尙寬先生所謂法之原理與胡先生之見解不同；胡次威先生謂法律通常之原理爲「歷來辦案之成例及法律一般之原理原則」(七一)，其弊亦如徐氏。蓋其方法仍在求法理與法律範圍之內。吾人雖非盲從自由裁判之說 *Free Legal Decision* (七一) 但依民法第一條所明示，法理之適用在法無明文又無習慣之際；換言之。法理之作用，乃所以補充法律及習慣之不足；故法理之探求，自應依據法典(俾無違背現行法典之精神)而超于法典。法理之作用既爲法無明文亦無習慣時之補充法則，乃無法律時之公平準則 *Justice without law*，而非依法律以爲裁判 *Justice according to law*。余戲門先生胡次威先生囿于法律而言法理之立論，非所敢從同也。故愚見從同史尙寬先生。惟尙有數點須加補充，法理之探求方法史尙寬先生言之甚詳；惟自社會科學或社會現象以探求法理，若其是非顯然，如黑白之易辨，自無問題。但學說理論有時莫衷一是，社會觀念有時亦積不相容，值此轉變時期之我國，各派學說理論之背馳，新舊觀念之相互矛盾，何去何從以採擇公平適當之準則，以爲裁判之基礎，自不能不有相當之標準，以爲取舍之準據。依予所信，下列原則蓋可採也：(a) 以現行法之目的爲標準。(b) 無上述之準據時，以利益之權衡定取捨之標準。所謂利益之權衡 *Balancing*

of Interests。蓋自裁判結果所生之影響，依將然之論理 Logic of would be 推求利益之權衡。換言之，即兩利相衡取其重，兩害相衡取其輕。吳德生先生于此著論甚詳，可參看也。（七三）

法理之內容，略為分析，得列舉如次：（a）條理，即事理、情理及學理之總稱，乃本于理智就社會科學社會現象所探求而得之衡平公正之原則。（b）判例，依最高法院之見解，判例之非以解釋法律為內容者亦視為法理之一部，民國二十一年上字一〇一三號判例著有明文。（c）外國法律及判例在法律上雖僅視為事實，但他山之石可以攻錯；值此吸收各國法例以為立法借鑑之際，外國之成法及例案，實亦構成法理之主要因素。（d）宗教及倫理上之觀念及其原則亦為法理之一部。

## 第二節 法律之效力

法律之泉源既非一端，制定法及非制定法均為法律之一部；以言法律之效力，制定法與非制定法均有不同，茲分別說明于次：

一、在適用之順序上，法律（狹義的）佔第一順位，習慣次之；但法律有明文規定時，習慣亦得優先于法律而適用，已如前述。法理之適用，則在習慣之後；至于解釋之適用則在習慣之前，與法律居于同一順位。惟此所謂之解釋，專指有權解釋而言；其學理解釋，當然為

法理之一部，其引用自不能在習慣之前。判例，依前大理院及最高法院之判解，應分別其性質是否以解釋法規為內容，其以解釋法規為內容者與解釋在同一順位，而居習慣之前；反之則位于習慣之後。

再有應注意者法律有普通法與特別法之類別，以地域而言，適用於全國者為普通法；其適用僅限于地方者為特別法。以範圍言，適用於一般事項者為普通法；僅適用於特定事項者，為特別法。舉例以明，中華民國民法典適用於全國一般事項之法典也，當然為普通法。如前武漢臨時商事法庭理債標準，適用於特殊區域特殊事項之特別法也。在適用之順序上特別法應優先于普通法。再普通法與特別法生補充作用，凡普通法與特別法均有規定之事項，不問其為競合或互異，均應適用特別法；其特別法無規定者，則適用普通法以補充之。

二、法律效力之關於時者，在制定法原則上自施行之日起開始有其適用。依法律不追既往之原則，對於已經成立之法律關係，原則不許適用事後頒行之法規。惟例外亦得溯及的適用，但以有明文規定者為限。緣法律不溯既往之原則乃所以保護依法取得之既得權利，若使事後頒行之法規溯及的適用，則人民之既得權利即不免有動搖之虞。然在今日社會立法之時期，有利多數之立法，亦無妨使之得溯及的生效。故民法各編之施行法，均有例外規定，使

一部份之規定得溯及的生效。

再有進者，制定法生效之始期，原則雖爲其施行期日。而其施行期日在現行法制則由國民政府以命令定之。但制定法之施行期日，有以公佈之日爲施行期日者；亦有另定施行期日者。主要法典原則均另定施行期日。以民法爲例，總則編民國十八年五月二十三日公佈，同年十月十日施行；債編十八年十一月二十二日公佈，物權編全月三十日公佈，均于十九年五月五日施行；親屬編十九年十二月二十六日公佈，繼承編二十年一月二十四日公佈，均于二十年五月五日施行。法律之公佈期日與施行期日既有數月之間隔，其施行期日得預以命令定之；故其施行期日一旦屆至，全國即可同時生效。至其他法規以公佈之期日爲施行期日者，如票據法明示「本法自公佈之日施行」，（七四）法規雖已公佈施行，但因轉令及在途期間，（七五）主管官署于其施行之日，尙未奉令，人民更無從知其內容。故其實際生效期日，依法律施行日期條例，及法律施行日期表（七〇）之所示，因主管官署階級之有等差；各地方距離首都之有遠邇；其生效之始期亦不一致。依上述法律施行日期表舉例以明，五院爲三日；各部會爲七日，江蘇省爲十五日，新疆、西藏爲百二十日。故法規之公佈期日與施行期日無相當之猶虞期間者，其生效之始期，須依上述法律施行日期表算定其期日。緣我國法律之施行

始期探到達主義，傳達期間，須予扣除。否則若不顧事實，法律一經公佈，即責人民以遵守之義，務是強人民遵守尙未週知之法律，實與法律不溯既往之原則相違背。因不溯既往之原則，理論上之根據，即在不使人民對於所不及前知之法律負遵守之義務也。

法律之效力既始于施行，其終期則爲其廢止之期日。但法律之始期，例須明令公佈其施行日期。而法律之廢止，(a)有時爲明示的，以命令明示廢止之；(b)有時則爲默示的，以命令明示其廢止，而公佈新法以代謝作用使舊法歸于廢止；例如民國二十四年七月一日刑法，刑事訴訟法，民事訴訟法開始施行，因之前此之舊刑法刑事訴訟法及民事訴訟法俱歸失效，即其明例。此外尙有因法律之一部或全部經其他法律之吸收，或因政治上之變動，而一部或全部與國體國策相抵觸，(七七)以致全部或一部廢止者，又比比皆是。我商人通例，即一部爲民法吸收(七八)另一部與立法原則相悖(七九)而部份的失效，是其例也。學者于此有應予注意者，若原有之法律爲普通法，而後來之規定爲特別法，則不生代謝問題；而僅生適用問題。例如禁烟治罪暫行條例，無礙刑法鴉片烟罪章之存在；懲治盜匪暫行辦法，無礙強盜罪章之存在。反之，普通法之頒佈，亦無影響于特別法之效力，自不待言。(c)法律之附有終期者，期限屆至而未經明令延長其適用期間者，亦當然廢止；前懲治盜匪暫行條例即其例。

也。

三、法律效力之關於地者。一國法律之適用，原則以國境爲範圍，蓋法律之效力待國家司法行政機關之執行而後顯著，立法、司法以及行政之國權之作用，原則以國境爲限。故法律適用地域，通常以一國之領域爲限度。所謂領域包括領土及領水而言，是爲法律之屬地性。然此僅爲原則，實際不無例外，容後說明。法律原則上既以國境爲限度，同時除地方制定之法規及有明文限制其適用於某一特定區域者外，原則適用於全國。其因治外法權而適用於國外之使館及外國領海內之本國軍艦、公海上之本國船舶，粗視之，雖似法律之適用伸張于國外，但核之實際，國外使館、軍艦及公海上之船舶，依國際法實視同本國之領土，而非法律之國外適用。

法律之得適用於國外者，約言之，計有下列數種：（一）屬人性質之法令，此種法令，在性質上適用於中華民國人民，不因其在國內國外而有別，故往往因人民之僑居國外，其法律之適用，亦因之而無遠弗屆。（二）保護主義之立法，以保護本國利益爲前提，其適用範圍，自亦不限于國境。至于一國之法律，經他國法院依國際私法而適用者，則爲國際私法上外國法適用問題，非本節所論之法律效力問題也。

四、法律效力之關於人者。法律對於人之效力，依原則而言，法律之前人人平等，不因種族國籍而有所歧視。但法律有專用于特殊身分之人者，亦有明示特殊人物例外者，故亦無例外。茲分別說明于後：(a)原則適用於國境之內一切人民，所謂之人民，包括外國僑民之居留本國而言。屬人法之效力，且兼及僑居國外之本國人民，惟對於外國人之效力，僅及于居住內國之外僑；其領域以外之他國人民，則非本國法權之所及，自不待言。(b)但上述情形僅屬原則，而例外之事項筆不勝書，蓋法律之適用有僅及于有特殊身分者，如民法一百八十六條之適用僅及于公務員。有專用于外國人者，如民法總則施行法第二條之規定是。亦有專用于本國人者，凡關於行為能力之規定依國際私法之公認原則為屬人法，其適用範圍僅以有中華民國國籍者為限。(c)又民法之效力不及于主權者或國家元首；換言之，即中華民國及外國國家本身及其元首，不受民法之拘束。但國家得自動的服從法律之管轄，然此為例外問題，原則則不受法律之支配。(d)法律之效力亦不及享有治外法權之外交代表。(e)因不平等條約而享有領事裁判權之外僑亦不受民法之管轄。

五、法律效力之關於行為者。法律之適用及于行為者，得分為法律行為及侵權行為、事實行為而分別予以說明：(a)法律行為成立于國內者，原則適用內國之法律；惟現行法律適

用條例探契約自由主義，對於發生債之關係之法律行為許當事人約定所適用之法律；（八〇）因之成立于國內之債權契約，當事人而約定適用外國法律者，當然排斥民法之適用。反之在國外成立之債權契約，而約定適用我國民法者，自亦當然適用我國之民法。（八二）不法行為及事實行為而構成于國內者，當然適用民法關於侵權行為，無因管理及不當得利之規定。惟不法行為及事實行為有結果在國境以內，而行為在國境以外者；亦有行為在國境以內，而結果在國境以外者。前者之例，如發鎗于國境以外而傷人于國境以內；後者之例，如繕函于國境以內，而以詐術使人在國境以外為給付者是。究否適用我國法令，學說上有行為地主義，以為行為地之法律應優先適用。有結果地主義，以為結果所在地之法律應優先適用。我國民法于此雖鮮明文，而比附刑法第四條之規定，（八一）蓋兼採行為及結果地主義。換言之，即侵權行為或事實行為其行為或結果，有一在中華民國領域內者，應適用中華民國之法律。至於在外國之侵權行為，依法律適用條例之規定雖依行為地法，但必須依中國法認為不法者始認為成立。其損害賠償及其他處分之請求亦以中國法所認許者為限。（八三）是則在國外因不法行為所發生之債而由中國法院予以受理時，雖應適用行為地法，而中國法亦為其裁判之基礎。

六、非制定法之效力，與制定法之效力原則相同。惟制定法無所謂施行之始期終期間題，惟解釋及判例依國民政府司法部統一法令解釋及變更判例規則，解釋及判例均得變更。原來之解釋及判例一經變更，自應廢止其適用。習慣及法理雖不因有權機關依職權之行為，而使之變更或廢止，但習慣而違背公序良俗者為無效。(八三)因思想之推動、社會之演進、國策之變更以及立法原則之傾向，往往使一部分之習慣發生與公序良俗違背之問題。加之我國自變法以來，因東西文化之交流，五四之思想運動，以及國民革命之成功，舊有習慣因時代之演進而與公序良俗積不相容而淘汰者，不知凡幾。其因社會之演進而產生之新習慣亦不勝枚舉。再解釋及判例有時以習慣法理為根據，判例變更之結果，亦影響所根據之習慣或法理。例如已嫁女子死亡于中國國民黨第二次全國代表大會婦女運動案議決以前，而被繼承人死亡在民法繼承編施行以後，該已故女子之直系血親卑親屬有無代位繼承之權利？司法院統一解釋法令委員會，初探固有權利說，以為得代位繼承；繼探繼承權利說，以為代位繼承僅限于已故女子所享有之權利，其死亡在全國第二次代表大會以前者，其時女子尚未享有繼承權，其直系血親卑親屬，自不能享有代位之權利；最後復探固有權利說。固有權利說或繼承權利說均為學說上之理論，為法理之一部，一旦為解釋所採用，當然視為解釋而有優先適用

之效力；但解釋一經變更，其原來所採用之學理，既爲新解釋所不採，且與之相違背自不得與以適用。故判解之變更，有時影響法理或習慣在實用上之效力，則不待言。

非制定法雖因制定法及判解之變更而影響其實用上之效力，但非制定法則無不得溯及適用之限制，苟能證明其爲存在，初不問其創始何時，亦不問繫爭法律關係之發生究否在其創始以後，均得予以援用。此又與制定法顯不相同。

(五四) 參看胡厥傑著，法學綱要，第一編，第三章。

(五五) 國家之意思表示，得分爲意思之決定及意思之表示。在現行法上，立法院爲立法方面決定國家意思之機關，三讀通過之法律案實已具備國家之意思。故曰已具備實質上之要素。

(五六) 廣義之法律，包括制定法及非制定法之一切法則。狹義之法律，如奧斯汀一派之界說，亦包括命令於其範圍以內。此所謂之法律，僅立法機關未予立法權所制之法律，實爲最狹義的法律。

(五七) 憲法草案第一百三十九條。

(五八) 全上第一百〇九條，「縣長辦理縣自治，並受省長之指揮，執行中央及省委辦事項」。

(五九) 英美學者均認International law is law of the land，

(六〇) 美憲第四條，日憲第六條，舊一九一九德憲第四條。

(六一) 史著民法總則釋義，民國廿五年，上海法學編譯社出版，七五十一頁。

- (六二) 英譯見 *Science of Legal Method, Selected Essays*, New York, Macmillan, 1921, pp. 187-201.
- (六三) A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904 (英譯之一部，見前書四一九至四九七頁。本文所採見前書四四八至四五二頁)。
- (六四) 現行民法典分編頒佈總則編頒行最早，于民國十八年五月公佈。繼承編最後，于民國十九年十二月公佈。
- (六五) 法國民法典于一八〇四年頒行。
- (六六) 參看張正華，曹傑著，民法總則註釋(商務本)，第三十三頁。
- (六七) 陳耀昆，民法通義總則，第一六頁。
- (六八) 余榮昌，民法要論總則，第二九頁。
- (六九) 胡長清，中國民法總論，第三二頁。
- (七〇) 史尚寬，民法總則釋義，第六七頁。
- (七一) 胡氏前稿，第三二頁。
- (七十二) 自由裁判之說，法國學者 Gény 主張最烈，其詳可參看其 *Natural Freedom of Jurisdiction* (英譯自法文) 見 *Science of Legal Method, Selected Essays*, pp. 1-46。
- (七十三) 吳德勝著 *The Function of Legal Methods in the Balancing of Interests*, 譯自 *The Art of Law*, Commercial Press, Shanghai, 1936, pp. 15-42。

(七四) 憲法，第一三九條。

(七五) 所謂轉令期間，政府機關依其系統，各級機關僅令知其直屬機關，而後由其直屬機關轉令次級之機關，層層轉令以達最低級之機關，故轉令須費相當之時日。所謂在途期間，指郵遞所需之時間而言。

(七六) 國民政府于二十年十二月廿三日公佈施行。

(七七) 法律而與國體或國策抵觸者，即生違憲問題，自應歸于無效。

(七八) 商人通例中關於商業使用人之規定，代遞商之規定，爲民法借鑒所吸收。

(七九) 商人通例關於女子之能力，因與男女平等之原則相背而失效。

(八〇) 法律適用條例第二十三條第一項。

(八一) 刑法第四條，「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，爲在中華民國領域內犯罪。」

(八二) 法律適用條例第二十五條。

(八三) 參看民法第二條。

### 本章主要參考書

1. G. W. Keeton, *The Elementary Principles of Jurisprudence*, pp. 45-84.
2. J. A. Gray, *Nature and Sources of the Law*.

3. 史尚寬，民法總則釋義，七一—一，六六一—六八頁。
4. 胡長清，中國民法總論，一〇—一，二九—三七頁。
5. 賤著，法學綱要，三三一—三二頁。

## 第六章 民法之史的發展

在我國法制史上，民法之發達爲晚近之史實。變法以前，民法不過爲刑法之附庸。惟民法在歐陸法制史上自始即佔主要之地位。在紀元前四百五十年即有具體之民法法典，（八四）同時法律學亦成爲獨立之科學。民法之發達在歐陸具二千年之歷史。至近五十年始爲亞洲國家所繼承，日本民法典之頒行，距今僅四十二年，（八五）我國民法之發達亦爲近五十年來之史實。我國民法雖其中之一部份爲固有之規範，（八六）而大部份則直接間接繼承歐陸之民法。（八七）故自法制史上而述民法之源流，應自歐陸法制史而詳其變遷。

### 第一節 歐洲私法發達史

自歐陸之法律發達史以溯民法之源流，羅馬之十二銅標法以前雖已有制定法之存在。（八八）但書缺有間已難知其梗概。即十二銅標法之內容雖經多數學者之考訂，能于斷簡殘編

中求得其大致者，亦不過四五條耳。(八九)故治羅馬法學史者，或以十二銅標法之制定爲始期。(九〇)歐陸法制史依法律發達過程分之爲五期；(九一)(一)羅馬地方色彩之羅馬法。(二)世界主義之羅馬法；(三)羅馬法之黑暗時期。(四)羅馬法之復興。(五)近代法典之完成時期。

(二)自十二銅標法之頒行(羅馬法之萌芽時期)，以迄優帝法典之完成，學者或分之爲二期。自紀元前四五年(十二銅標法編纂委員會成立于是年)，至紀元後八九年(時羅馬合併義大利全土)爲第一期，此一期中羅馬法乃適用於羅馬市民之 *Jus civile*。其地方色彩極濃，英美學者咸稱之爲 *Roman law as a Local city law*。(九二)羅馬市民法之對象爲羅馬之市民，除享有市民權者不得爲市民法權利義務之主體。其內容則注重形式，一切交易往還均採嚴格的要式主義，所有權之移轉無論矣，即借貸亦須經一定之儀式，其適用於移轉所有權之儀式曰 *Mancipatio*。其借貸之成立所適用之儀式，則曰 *Natum*。儀式不備，則兩造之關係僅爲事實上之關係，而無法律上之救濟可言。使其儀式具備雖無法律上之原因，其法律關係，亦爲法律所承認。而法律之解釋則探嚴酷的狹義解釋。殆至紀元前三世紀羅馬與其鄰邦有貿易之往還，雜居羅馬之僑民，已不乏其人；而羅馬與其鄰邦亦時相締結友好條約，因條約之

作用，亦一度使締約國人民得享受市民法上平等待遇。其後羅馬強大，多數鄰邦均為羅馬所蠶食，羅馬之市民法遂又為專用于市民之法律。

(二)自紀元後八十九年羅馬既併義大利半島于版圖之內，帝國之基礎已成，服從羅馬之法權者，已不僅其市民 *Cives*，被征服者外，往來羅馬者亦不乏其人；緣羅馬在此時期在政治上為帝國之首都，在商業上為國際之市場。專用于市民之 *Jus Civile* 已不足以應其需要，而鄰境之習慣，規範以及衡平之法律應運而為羅馬所逐漸吸收，而羅馬除市民法 *Jus Civile* 外，復有所謂萬民法 *Jus Gentium* 以治外來之僑民。羅馬此時遂有平行之法制。至優士丁尼帝于紀元後五百三十四年完成世所稱為優帝法典，計三部分：曰法學梯階 *Institutiones* 凡四卷；(九三)曰學說彙纂 *Digesta*，(九四)凡五十卷；曰法令類典 *Codes*；(九五)前二者于紀元五三三年完成。後者則于五三四年完成。自優帝編纂法典以迄優帝升遐 (535—565)，所頒之勅令，原為單行法律，其後亦編纂而為新勅令 *Novellae Constitutiones*，(九六)與前述之法學梯階，學說彙纂，法令類典共為四部分；而總稱為國法大全 *Corpus Juris*。(九七)至此而羅馬法在發達史上已屆成熟時期，市民法與萬民法之平行制度，亦因優帝之編纂法典而統于一。自萬民法發達之始期，羅馬之法制，即不復囿于偏狹之觀念，以羅馬市民為其法律上唯一之對

象。萬民法既爲適用於僑民之法則，蓋以世界人類爲對象，故學者目萬民法創始以來之羅馬法爲世界主義之法律。其後羅馬法又爲世界各國所繼承，故自紀元後八九年以來學者目羅馬法爲世界之法律 Roman law as world law。(九八)羅馬法成熟之期即優帝法典編纂時期，羅馬帝國已經衰亡其法典之編纂已非羅馬故都而在東羅馬帝國之首都君士但丁堡 Constantinople。

(三)羅馬法之成熟時期初屆，羅馬本部已淪陷于日耳曼族諸王之手，羅馬帝國雖已衰微，但羅馬法之適用則除局處近東之東羅馬帝國外，亦普遍適用於全歐。因日耳曼族諸王國雖未嘗以羅馬法爲其國法，仍以其本族之習慣法爲主，但以其法學理論採屬人主義，以爲人民應服從其本族之法則 Tribal law。故羅馬法除適用於東羅馬帝國領域以外，羅馬本土及義大利半島在日耳曼族諸王國支配之下仍以羅馬法爲羅馬人之法律。惟法律在適用上，若與日耳曼種族法衝突，則日耳曼種族法居優先之地位。優士丁尼帝除編纂法典以外，復以武功恢復舊土，驅日耳曼諸王于羅馬本土以外，時在第六世紀中葉。及至優帝升遐，羅馬帝國復衰。至六世紀之末葉，日耳曼族之朗巴德人 Lombard 復入主羅馬本土。自此羅馬帝國在中歐之國勢，遂一蹶不振。在羅馬法之史實上，亦遂入于黑暗之時期。在羅馬之本土朗巴德法既隨其政權而龐大。南歐之羅馬舊領，又爲日耳曼族中之西苟斯人 Visigoth 所佔領。而各該種

族之習慣法遂風行于羅馬舊領。其後雖均受羅馬法潛勢力之影響，而羅馬化，在八世紀西荷斯族之王國作法典之編纂，其外形上雖為西荷斯之法典，而在實質上羅馬之因素實佔其主要部份。至九世紀之初期，日耳曼族諸王國聯盟而成之佛蘭克帝國查理曼大帝因其時宗教思想上之支配，承認羅馬主教為至上權威。于紀元八百零九年受封而君臨西羅馬帝國。自此宗教在政治上之地位益固。從而中世紀之法律發達史上，除羅馬法日耳曼種族法外寺院法亦佔重要之地位。西羅馬帝國在法制上之供獻，在立法方面，則有帝國之勅令，在司法方面，則有略具規模之上訴法院。除地方之保安官 *Justice of Peace* 以外，在帝國有中央法院，有巡迴法院。以其時無正式之法典，案件之判斷以衡平之法理為本據，故其判例法亦為相當之法源。使西羅馬帝國而長存，則歐洲將為統一之法令所統制。乃西羅馬帝國不久崩潰，自十世紀始歐陸遂入于混亂之局面。立法司法既無相當之機關，而法律思想又受封建制度之影響。屬人之觀念為屬地之觀念所破壞。統一之法制既隨帝國之崩潰而銷滅，一屬地主義之封建法令，又屏除羅馬法之適用。自第十世紀以降以迄羅馬法之復興，歐陸之法制史上，有三種法律系統之發展：(a) 在侯王統治之下，有封建制度之法令。(b) 在教庭之下，有寺院法之發展。(c) 在商人之間，則商業習慣因地中海商務之發達，而形成為具體的海上及陸上之商事規範。自十

一世紀以降，商事規範既爲商人所遵守，而商人在海陸集散之要區，又各有公斷機關之組織，此爲商事習慣形成爲獨立之法律，而爲近代多數國家民商法典分立之基礎。而商事法之所以形成獨立系統之主因，則以當時無統一政令之機關，屬地主義之封建法規既不適宜于萬方聚處之商事集散市場；而寺院法以當時宗教之色彩對於商事既無適用之餘地，而教庭之法庭，對於商事亦無管轄之權限。此商人所以自設公斷之機關，而形成適用於商人之法律規範也。商法之形成，則爲中世紀惟一之供獻。在十一世紀商業漸興，于是社會經濟制度發生劇烈之變化。在封建社會以及古代社會，土地爲唯一之主要財產；法律制度以土地所有權、使用權、收益權爲財產權之中心。其時之法制之主要規定，關於身份者，規定嚴密；關於財產者，則集中于土地之權利義務。而關於債權債務及動產使用收益以外之權利義務（質權及權利質權）則缺如也。迨至十一世紀以降，社會組織因商業之發達，貿易之日增而不變。昔之以農業爲基礎者，至此而步入重商之經濟組織。土地非唯一之財富，而動產及無體財產權逐漸而爲財產權之中心。自日耳曼農林生活而演進以農村爲對象之封建法制，既不足以適應當時之需要，變法之呼聲因之而發生；加以海陸通商，交易往還，已具國際貿易之規模，普遍適用之法律亦爲當時之急需。封建侯王既不足當此任重途遙之變法工作，且無相當之立法

司法機關以担當此重任；而教庭之寺院法，對此種新生之社會需要，原無管轄之權限已見前述，且與當時之需要背道而馳（如寺院法對於利潤之態度）；因之羅馬法應運而起，復為中古歐陸所普遍採用，以補充其不完不備之法制。緣羅馬法為都市文化之結晶，羅馬之 *Jus Civile* 在十二銅標法頒佈之時，已為城市之法令。至 *Jus Gentium* 則全由于治外大法官 *Prætor Peregrinus* 歷數百年吸收羅馬鄰邦商業中心之習慣所形成；此羅馬法之所以合于轉變時期之需要，而為當時所普遍採用也。

（四）羅馬法之復興，既由于需要，故在歐陸因需要之不同而有若干之例外。在北歐方面 *Scandinavia* 一帶（即今之挪威丹麥），仍滯留于農村社會，變法之需要不殷，羅馬法因之而未接受；在 *England* 則以自 *Henry II* 在位之時（1135—1189），司法制度已經確立；復以英為島國，與大陸隔絕，其政治之基礎固定，有本身之立法，復有相當完備之司法制度，已足以適應其需要，故羅馬法之原理，雖經吸收于英國之法制，而羅馬法之本身，則未直接引用于英國。羅馬法既復興于歐陸，而普遍採用，于是治羅馬法學亦為普遍之需要。其時全歐文化以義大利為盛，而義大利為羅馬之本土，羅馬遺法，始終適用，故羅馬法學以義大利為中心，負笈襄糧而就學于義大利者，乃日增一日。義大利學者，同時亦因歐陸直接採用羅馬法

典，故其研究之對象，以國法大全正文之註釋為主，此前期註釋學派 *Glossatores* 所以昌明于義大利也。義大利學者 *Therinus* 于十二世紀之初年（一一〇〇），與其弟子專心致力於羅馬法正條之註釋，至十三世紀而後期註釋學派 *Post Glossatores* or *Commentatores* 繼起，以註釋前期註釋學派學者之論著為主旨。其方法雖採註釋之方式，至其目的則以合于實用為宗尚。法律科學與實際生活之符合，實為後期註釋學家之供獻。羅馬法雖為進步之法典，但其內容究難與數世紀後之實際生活相適應；加以義大利本土經日耳曼族朗巴德人 *Lombardi* 之統制，朗巴德之種族法與羅馬法並行適用者有年（均採屬人主義，義大利之士著用羅馬法朗巴德人用朗巴德法）。同時宗教勢力隨教庭地位而增高，宗教觀念及寺院法亦為支配實際生活之規範。後期註釋派之學者，既以法律學與實際生活之符合為宗尚，從而協調羅馬法，寺院法及日耳曼種族法之法則（朗巴德人為日耳曼族）入手，而使與實際生活相符合。此後期註釋學家巴耳妥路氏 *Bartholus* 之論著，所以為義大利建國以後，義大利國家私法之主要本據也。不惟義大利民法以巴氏之論著為本據，歐陸國家甚至英美均直接間接受其影響。至此而羅馬法。復興之勢已成，復為世界所從同之規範。其初因經濟落後而未直接援用羅馬法之北歐國家，以及森林地帶之瑞士，亦相繼吸收羅馬法之規範。不過在羅馬法復興之初期相繼援用羅

馬法者，乃羅馬國法大全之正文。而後世則吸收羅馬法之原理，實質上固無異于昔者。在形式上則為各該地方之 Common law（學者譯為普通法易與 General law 相混故選用原文）。

(五)其後國家制度完成，歐洲大陸已脫離封建之時期而成立現代之國家。同時因文藝復興、產業革命、國家主義以及法國大革命相繼發生，國家法典之需要增高，而私法之發展又屆成熟之時期，拿破崙法典遂于一八〇四出現于法國，中南歐諸國羣起倣效而為多數法典之模範，世稱法國法系。至十九世紀之終期德國民法典異軍突起，而不以法國民法典為模範，亞洲國家之中華民國民法典及日本民法典從之。歐洲之瑞士民法典亦大致從同，世稱德國法系。近代國家之民法法典雖分為兩大系統，但均以羅馬法為淵源，則所攸同。歐洲之法律發達史，雖非單純羅馬法之發達史，而始于羅馬法之萌芽，終于羅馬法之普遍吸收以形成各國之法典，歐陸法律發達史，蓋實以羅馬法為經緯也。

英美法之發達過程與大陸異。而英美法之精神則受羅馬法之影響，英美法中羅馬法之成份蓋所在均是。本章對於法律史之探求，不過欲藉以明我國民法源流演變之所自耳，英美法之發達史，既與我國民法無直接之關係，自無詳為說明之必要。

## 第二節 我國民法之史的發展

以言我國民法之發展，我國自古以來重禮輕法爲儒家之中心思想；仲尼有言，「導之以德，齊之以禮，有恥且格；導之以德，齊之以刑，民免而無恥。」（九九）春秋之季世晉作刑鼎。（二百）鄭作刑書，（一）均爲時論所不直。重治人輕治法，雖爲我國之傳統思想，而我國之有成文法典則溯源自周代始。至于尚書呂刑（二）雖有真僞之辯，但春秋時已有刑書刑鼎，謂法典始于周代，蓋無疑義。惟宗法社會宗親關係居首要之地位，封建時代君臣上下亦爲中心之組織，羅馬古法關於身份之規定特詳；而我國自古以迄清末以身份關係屬之于禮，所謂父子之親、君臣之義、長幼之序、上下之別以及一切宗法上封建上之秩序，均以禮爲基礎，而不以法律爲範疇。至于財產關係，古代法制在農業經濟組織之下，土地原爲財產之中心；而秦代以前我國之井田制度不認土地爲私產；其他財產之交易在自足之農業社會有習慣已足遵守，亦無需法律爲之規律。身份關係及關於土地之財產關係依各國之古代私法而言，原爲其中心問題；而在我國古代，前者屬於禮之領域，後者在井田制度以前，又非屬于私有；私法無相當之對象，自無獨立之可能。此我國所以在秦以前，僅有刑法發展之餘地，而無私法可言。故見于尚書者，爲象刑；（三）呂刑；見于春秋者爲刑書刑鼎。先秦法家思想爲刑法思想，李悝法經亦爲盜法、賊法、囚法、捕法、雜法、具法六篇。盜賊囚捕諸法，一望而知其

爲刑事法令，雜法乃零星法令之集體名稱，而具法則爲名例；是周代之法，乃純刑事法，而私法不與焉。漢既代秦，蕭何定九章律，于李悝法經六篇外，增戶、興、厯三章。（四）戶者戶婚，此爲親屬身份定入法規之始。至唐律戶婚章中，增入關於錢債之規定，是爲中國私法除身份以外列入債之關係之始基。至光緒朝大清律始列田宅、婚姻、錢債等三卷于三十二卷之現行刑律中。其田宅、婚姻、錢債各卷仍一面爲私法之規定，一面仍爲刑事之制裁。變法以前我國固無純粹之私法，即附屬刑律之各章，亦非純粹之私法。其所以然，重禮輕法之觀念雖具相當之原因，但儒家之傳統思想，無損于刑法之發展，而獨礙私法之發達，亦爲理論所難通。不過身份關係爲歐洲私法初期之主要部份，我國古代，則列爲禮制之中心，而居于私法領域以外。自漢以降，雖列戶婚爲專章，而大部之親屬關係仍屬禮制之範圍。至光緒朝現行刑律吸收禮制，列服制爲名例之一部；身份關係始列入于法律之領域，身份關係不列于私法領域以內，可謂重禮輕法之觀念對於私法發達之障礙；然不得謂全部私法發達史之落後，咸由于此。至其主要之原因，依愚所信，厥爲經濟組織自始以農業爲基礎；至海通以前，經濟組織鮮相當之變動。國際貿易，在鴉片戰爭以前雖已數見于史籍，但一暴十寒，始終無正式之市場。國內貿易，雖自周代即有商賈（五）爲有無相通之媒介；然輕商之習已成，

商人始終居于四民之末，(六)經濟之發展既始終留滯于農業社會，對於私法之發達，即鮮積極之需要，此我國私法在變法以前始終爲刑法之附庸也。海通以後，社會有急轉直下之丕變，經濟組織亦入于產業革命之階段；加以文化交流，歐美之思想制度均爲當時所吸收，舊有之法制，不足以適應當時之需要，變法之局勢已成，此我國所以接收西洋法制而私法之發達亦一躍而入于今日之新階段也。我國私法之演變過程，張正學、曹士彬(傑)師言之甚詳，茲轉錄如次：

「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，言之甚詳，後世式遵，遞遞勿替，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、興、廐三篇，於是戶婚之事，亦入於律，是爲有成文私法之嚆矢。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。明代以中書析爲六

部，(吏、戶、禮、兵、刑、工)即以六部名稱，冠律之名，加以名例律，是爲七律，形式爲之一變。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，分爲三十六卷，首爲律。自服制圖服制卷一爲名例，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，卷十二市廩，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，卷十八廩牧，卷十九郵驛，卷二十至二十二賊盜，卷二十三人命，卷二十四二十五鬪毆，卷二十六罵詈，卷二十七訴訟，卷二十八受贓，卷二十九詐僞，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，定名爲現行刑律。然其戶役，婚姻，田宅，錢債，一面爲刑罰之規定；一面爲私法上權利義務之規定。此外，在各部尙有其則例，如戶部則例等，亦可爲民法之一部。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，如周禮儀禮禮記，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，上下等殺之辨，與夫婚姻喪節之儀文，益復詳為規定，以為朝野共由之法，則名為禮制，實亦有私法之性質存焉。除律例及禮制之外，尚有足述者，即自民國肇興，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，前次大理院乃採取法理，著為判例，於是無形中形成大理院之判例，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，社會人士幾奉為訟爭之依據，下級法院亦資為審判之準繩，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之一頁，為研究沿革者所不可不知者也。

「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；且以法律為一民族精神之表現，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為規定之內容，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（Tiebo）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。

「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、伍廷芳，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，至後二編，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，從事訂正各種法典草案，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。〔七〕

(八四) 羅馬之十二編標法其前十標于紀元前四百五十年制定，其後二標于紀元前四百四十九年制定。見黃右昌羅馬法，民國七年北京大學再版，緒言，第十六頁。

(八五) 日本民法典一八九八年施行。

(八六) 我國民法雖大體繼受自歐陸，而其中如物權編，親屬編不乏為我國固有之法規及習慣所形成。

(八七) 現行民法吸收歐陸德法俄瑞，諸國之法律，日本及暹羅民法亦為民法編纂之參考。

(八八) 罕談剛此帝法典頒行于紀元前二二三至二〇八一年之間。

(八九) 參看黃右昌前揭緒言第十六頁。

(九〇) 索姆之羅馬法即以紀元前四五一年為始期，見 *Sohm's Institution of Roman Law*, (Ledlie's translation) 3rd ed., 1926 oxford, p. 48。而錫而門教授則以紀元前七五三年羅馬立國時為始期見 C.

P. Sherman (Professor of Yale Law School), *Roman law in the Modern World*, 2nd ed., 1924, N. Y., vol. 1, p. 28。就法制史而言分期，索姆氏以法制史上劃時代之史實為始期實較當也。故從其說。

- (九) 羅馬法之分期學者有分之為二期者，有分之為三期者，亦有分之為四期或五期者，詳見丘漢平著羅馬法上冊第三章，但均為限于羅馬法本身所為之分期。本書非研究羅馬法之述作，本章之目的不過在略述歐陸法律發達史之概要以明我國民法源流之自。不採求詳，僅在略述歐陸法制史之大致，故對於羅馬法之本身探索索姆氏之二分說為分期之準繩。自第三至五期則為歐陸法律發展之鳥瞰，此種分期惟求簡明使讀者得略知我國民法之源流所自，不求精確俾免冗長，知我罪我則有待于讀者。

(九二) 見索姆氏及錫爾門氏前揭同頁。

(九三至九七) 譯名，均從同黃蘊馨師見黃氏前揭，緒言，第二二頁。

(九八) 索姆氏以 Roman law as law of the world 名章而錫爾門氏則以之名編 *Sohn's Institutions*, Part I, ch. II; Sherman, *Roman Law in the Modern World* vol. 1, part II,

(九九) 論語為政章。

(一〇〇) 左傳昭公二十九年，晉鑿刑鼎，見春秋左傳正義第十冊第五十三卷第六頁之乙（中華四部備要本）。

(一〇一) 左傳昭公六年，鄭人鑄刑書，見春秋左傳正義第十五冊第四十三卷第六頁之乙（中華四部備要本）。

(一〇二) 尚書第二十九篇。

(三) 尚書舜典，象以典刑，鄧憲璋氏疑中國法制史四三至四十六頁說明至爲詳盡。

(四) 蕭何九章律就李悝法經六篇外增戶，興，厠三章，戶者戶婚，興者擅興，厠者厠庫。

(五) 商賈數見于孟子及左傳。

(六) 四民者：士、農、工、商，而商人居末位。

(七) 張正學、曹傑，民法註釋二至六頁。

## 本章之主要參考書

1. *Shon's Institution of Roman Law* Part I, Chs. I-III.
2. C. P. Sherman, *Roman Law in the Modern World*, Vol. I.
3. M. Smith, *General View of European Legal History*, pp. 4-42.
4. 張正學、曹傑，民法總則註釋第二至六頁。

## 第六章 現行民法上之權利義務

法律之本位，有義務本位、權利本位、及社會本位之別。古代之法律多爲義務本位，緣規範爲行爲之準則，故規範之本來作用，在規律人民使其行爲無逾一定之範圍而侵害及于他

人。古代羅馬法家以「生活正直化，毋侵犯他人而使人人各得其所應得」*「to live honourably, not to injure another, and to give each his due, (八)*爲法律之最高概念。其法制亦以身份爲主，以各安其位無妨害社會之既存秩序 *social status quo* 爲目的。我國古代法制在秦以前爲純刑罰之規定，此爲義務本位之特徵。以法律爲行爲之規範，法律規範乃命人民以應爲而禁其所不應爲，(九)是爲義務本位之法律。歐洲至產業革命以後法制思想丕變，法律乃自義務本位而入于權利本位；在公法上則爲自由之不受侵犯，在私法上則爲權利之確保。社會本位乃近年之趨勢，各國雖多少均有社會立法之趨向，而一般之法律仍爲權利本位、個人主義之立法。現行民法雖以社會立法爲標榜，(十)但就大體而言，則仍爲個人主義、權利本位之立法。同學劉朗泉教授嘗先我言之，(十一)現行民法雖非全部爲關於權利義務之規定，(十二)然除少數之例外，其大多數則爲關係權利義務之規定，故研究民法應就民法上權利義務之概念，首先予以說明。

### 第一節 民法上之權利

一、權利之義意 何謂權利？各派學說不同，有確認權利爲存在者，亦有否定權利爲存在者。其否認權利爲存在者，其說與事實不符，茲不具論。至確認權利爲存在者，派別不

一；大別之，有A. 權利先存說，B. 法律先存說，及C. 法律與權利同時存在說三派。A. 主張權利先存者，以爲法律不過保護既存之權利，而初未創造權利，其中又得分析爲：a. 主觀說、以爲權利者意思力也，德人沙維尼 Friedrich K. Savigny 1779—1861 本于黑格爾哲學主張之，學者名之爲意思說。b. 客觀說，以爲權利者法律所保護之利益也，德人依耶令氏 Rudolf von Jhering, 1818—1896 主張之，學者稱之爲利益說。此外尚有折衷說，以爲權利者保護利益之意思也，B. 法律先存說，以爲法律上之權利，與道德上之權利不同之點，蓋前者得依法律以主張其利益之實現，不僅此也，更得請求國家權力以貫徹之。是其利益之主張，依法律之擔保而後與道德上所謂之權利有別，分析法學派均主此說，以爲權利爲法律之創造物，此說學者目之爲法力說，謂權利者法律附與人格者（自然人、法人）之力也。C. 法律與權利同時存在說，以爲法律者客觀之權利 Objective Recht，權利爲主觀之法律 Subjective Recht，故謂法律爲權利之規定，而權利爲法律之表現於實際者也（按德文 Recht 一字有二重意義，一、法律，一、權利）。

上述學說，究應何去何從？首先應於說明者，即權利與法律孰先存在之問題。學者主張各異，實由於學派不同。歷史學派，以爲法律非一時創造之法則，而爲習慣經驗之產物。哲

學派以爲法律非由於創造，乃人類理智之產物。社會學派，以爲法律乃觀察社會現象所發現之原則。此三派，均以爲法律爲發現的，而非創造的。社約論者，亦以爲國家之基礎及生活之規律，由於公共意志，亦認法律非創造的，而爲公意所承認者。因之均以爲權利先法律而存在。分析學派以爲法律者，國家之命令；法律待國家制定，權利亦待國家命令而後成立。功利主義以爲權利有待於相對之義務而後成立，無義務即無權利，債權之內容爲債務人之行爲，或不行爲。物權之內容，爲第三人尊重其權利，而不得侵害之義務。義務之成立，有待於法律，故權利爲法律之產物。唯物主義派學者之法律觀念，以階級鬥爭爲出發點，以爲法律者，統治階級，剝削被統治階級之工具。權利爲統治階級法律所創造，藉以剝削被統治階級者也。準此而言，是蓋亦主張法律先存者也。但依愚見法律既非先於權利而存在，同時權利亦非先於法律而存在。試就法律發達史而言，東西法律於其萌芽時期，多屬義務本位，以免除私鬥維持社會之現狀爲目的，可知法律於其萌芽時期，未嘗創造權利。復次，法律之發達，成文法實後於習慣法，本編第一章已有說明；而習慣之形成，蓋基於梅因 Sir Henry Maine 所謂「莫知所以由然之慣行。」(十三)同時布齊克司通 Sir W. Blackstone 亦稱英國普通法 Common Law 之主要部份爲普通習慣 General Custom，此部份之習慣爲不能記憶之慣

行所形成。(十四)準此而言，法律之興也，後於習慣，而導源於習慣。可知權利之起源實非由於法律之創造，已屬顯然。同時法律之大部份爲宣告性質，例如關於人類生命身體生而自來，不受他人侵害之權利，法律不過對於公認之利益加以宣告，而使爲受保護之權利而已。

法律先存說，既非可信，已如前述。則是權利先存，然依余所信，在法律承認其權利以前，縱有權利，而無法律可依據，以主張其實現，不過僅有實現之希望，亦不得即認其權利爲法律上所謂之權利，不過單純之利益而已。爲求說明之便利，且避免名詞之混淆起見，請以利益 *Interests* 表示未經法律承認之權利，而以法律上之權利 *Legal rights* 表示依法可得主張之權利。愚見以爲社會秩序 *Social order* 之成立實先於法律秩序 *Legal order*，社會上本於人類理智而公認之利益，得名之爲自然權利 *Natural rights*，實先於法律而存在。但其利益之內容，不過僅得希望其實現，而非得主張之權利。必也經法律之承認，而後成爲法律上之權利。例如依誠實信用之方法以履行其一切社會義務；此種觀念，實存在於法律以前，其相對人在法律有規定以前，不能謂無享受其義務人行爲或不行爲之利益。但如義務人，不依誠實信用之方法履行其義務，其相對人亦莫可奈何，故此種利益，僅爲希望。而其相對人之義務，亦不過道德上之責任，是可知法律上之權利，亦無從先於法律而存在。

總上而言，權利先存說及義務先存說，均非予所置信；而承認權利與法律蓋同時存在。蓋以權利義務乃法律之內容，法律自不能先于權利義務而存在。同時法律上之權利亦待法律而後可得主張其實現，在未經驗以前不過單純之利益，亦不得即目之為法律上之權利。準此，則利益之存在，雖先于法律，而法律上之權利初非先于法律。復以法律之內容乃權利義務，不問為義務本位、權利本位或社會本位之法律，斷不能先于其內容而存在。故以為法律與權利為同時存在者也。

總上而言，吾人既確認法律與權利為同時存在的，至于權利之意義，究應何去何從以為研究民法之基本概念。意思說以意思力為權利，準此，則權利與意思蓋不可分離；無意思能力者（十五）應無權利可言。但各國私法均承認無意思能力者，如嬰兒、精神病人甚至胎兒均得為權利之主體。（十六）主張意思說之學者，雖謂無意思能力人有法定代理人為之補充意思，以自圓其說。然核之實際，法定代理人僅對於無意思能力人之行為，補充意思。而無意思能力人之享受權利，初不待法定代理人為之補充意思。且純獲法律上利益之事項，依我民法，及德、日、瑞、暹民法均認為不必法定代理人為之補充意思。（十七）其說之非可信，已屬顯然。加之依意思說而言，當事人本于其意思而成立之契約關係，其權利義務之發生，既

本于當事人之自由意志，則其權利爲成立蓋無可疑。然而際此社會立法之時，或種契約縱令合于當事人之意思，但其權利有時非法律所承認。如關於勞働契約及利息契約是。(十八)再就權利之行使而言，現行法律亦非毫無限制，(十九)意思力說，實不足以解釋現行法上之權利。至于利益說視利益即爲權利，其說之問題在于混權利之標的爲權利之本身。以物權爲例，吾人對于物資之享受，吾人之利益也；而物權之本身乃對于其物之支配力，而非其物之本身。因物之本身，僅爲物權之標的，而非物權之本身。依此立論謂權利即利益，已屬欠妥。加之依利益說而爲推論，權利既與利益合一，享權利者，自必爲受益之人；而受利益者，亦必爲權利人矣。但核之實際，未必盡然。例如親權之享有者，爲父母，而親權則以子女之利益爲前提，初非行親權人之利益，是可知權利雖以利益爲實質，但與利益則亦有所不同。他如法力說，目權利爲法律賦予人格者之力，此說以權利之作用爲權利之本身，亦有問題。此外尚有自由說，謂權利爲吾人自由行動之範圍，以抽象之自由概念，說明法律上之權利概念，其不易了解，更甚權利之意義。加之依近代觀念，權利乃客觀規律所承認者，自由說與意思說，均偏于主觀方面，亦非吾人所應從同。唯物主義之學者，或提倡應有部份說，以爲權利乃吾人對于生活資料應有之部份。此說所謂之應有部份，已欠明瞭；同時此其學說

充其量，亦僅能說明物質上之權利（財產權）而已，至于人格權及身份上之權利（如親權、夫權）則非此說所能包括。因之，近代學者多從權利之內容與權利之作用，說明權利之意義。而謂權利為享受利益之權能 *capability*；此種傾向，可自多數論著中，觀察得之。史尚寬先生謂「權利者，依法律之擔保得貫徹其利益之可能也；」（110）胡次威先生謂「權利者，法律為特定人因充實其所認許之利益，對之所付與之力也；」（111）余亦從同此項方法，自權利之內容及其作用之二方面，界說權利。在賤著法學綱要中對於權利所為之定義如次：

「權利者，法律所承認，本于法律而得對於他人有所主張者也。」（112）

準此，則法律上所謂之權利 *Legal Rights* or *Rights de Jure* 與單純的事實上之權利 *Rights de Facto* 不同。事實上之權利，無須為法律所承認，而法律上之權利，則必須為法律之所承認。事實上的權利，一經法律承認，即為法律所保護。而權利人即得依法律主張其實現；單就事實上之權利，在一般觀念上，雖認許其成立，但不得依法律而對於他人有所主張；例如賭債一般觀念上未嘗不視為債權，但非法律所承認；又如宗法社會之傳統觀念，族人相互間之扶養權利，而逾越民法親屬編關於扶養權利之範圍者，雖不失為道德上之權利義務，然其權利人則不得依法律而有所主張。故法律上之權利，以法律所承認者為限。惟所謂法律所承

認者，非謂必須法律一一列舉而明示的與以承認。須視其權利之性質，而分別言之。凡法定之權利，以有法律上之明文根據者爲限。所謂法定權利，乃對意定之權利而言；意定權利謂本于當事人之意思而發生之權利。有本于雙方之合意而發生者，有本于義務人單方之意思表示而發生者，有本于當事人之協同行爲而發生者。而法定權利，則不以當事人之意思爲要素，乃依法律當然發生之權利。此其權利必待法律明示規定，合于法定之條件，始能認許其權利爲成立。至于意定權利，則本于意思自由之旨，不必待法律之積極規定，而後成立。惟有反于公序良俗而爲法律所不許者，或違背法律之強行規定者，或基于不法之原因者，則非法律所承認。縱當事人之意思視爲權利，既非法律所承認，即不得依據法律而主張之；即不得目爲法律上之權利。但此僅權利的實質要素，蓋法律所承認之利益，乃權利之標的，而非權利之本身。而權利之本身，則爲一種權能 *capacite*。乃對於此種利益之支配力，及支配此種利益之資格。換言之，即本于法律對於他人得主張其權利之謂。良以權利義務乃人與人間之法律關係，獨居索處與人無與，即無所謂權利義務。故吾人之權利作用，乃對於他人得主張之。吾人之生命權非對於吾人之生命而有其權利，乃對於他人得主張其不受侵害也。吾人之所有權非對於所有物而主張之，乃對於他人得主張排除其干涉也。權利有對於特定人而主

張者，債權及債權以外之相對權是也。有對於不特定之人得主張者，債權以外之絕對權屬之。總上而言權利之內容為法律所承認之權利，而權利之作用則為對於他人得主張其為一定行為或不為一定之行為。利益說，僅自其靜的狀態而立論，故視權利為法律所保護之利益。意思說，僅就其動的作用而言，故謂之為意思的支配力。近代傾向既兼顧權利之內容及權利之作用以爲權利之界說。故予謂權利乃法律所承認之利益，而得依法律對於他人有所主張者也。惟權利既有待于法律之承認，其未經法律承認以前，不過爲單純之利益。一旦法律廢止其承認者，亦不復得爲法律上之權利。自變法以來親權夫權等身份上之權利，其範圍已累經減縮，其明例也。權利經法律之廢止，雖不復依法律得主張之，而仍爲事實上之利益者有之，此外更有因法律之變更，其原爲法律所承認之權利一變而成爲法律上禁止之事項者，亦不乏其例。如昔日之奴隸制度，法律承認之制度也，而近代法律則無不禁止者是。

二、權利之種類 權利爲法律上之總括概念，依其內容得爲種種之分類。自權利之總體而爲之分類得分別之爲公權及私權。公權者本于政權治權而發生之權利關係也。人民之四權，國家之五權，公權也。私權者與政權治權無與之權利關係也。舉凡物權、債權、以及本于親屬關係而生之身份上之關係均是。民法之對象則爲私權，故公權之種類非本節之所及，

而僅以私權爲限。私權之種類自不同之觀點上得爲不同之分類。茲就其重要者列舉如次：

A. 以私權標的之性質而分析之，得大別爲人身權及財產權

1. 人身權者存在權利人之本

身，及他人本身之權利也。a. 其存在于權利人之本身者，爲人格權，b. 其存在于他人之本身者，則爲身份權。生命權、身體權、自由權、姓名權、及名譽權均屬於人格權。以其附屬於權利人之本身也。至于夫權、親權、家長權、監護權、以及本于此種身份而發生之權利均爲身份權，以其權利以一定身份之存在爲前提也。B. 至于財產權之界說，學者咸以對於財產權爲積極之界說難得明確之概念，多從反面爲消極的界說。胡次威氏謂財產權爲「非人身權之權利」(二三)。陳克生氏亦以「……人格權身份權爲非財產權而以此外之權利爲財產權」(二

四)。史尚寬先生亦云「故財產權者祇可謂爲身份權及人格權以外之權利」(廿五)。但愚見以爲前此通說之謂「……財產權乃以經濟利益爲標的之權利」(廿六)。其概念固失之于狹。因財產權之標的不必有客觀的經濟價值，而僅有主觀之價值者，不乏其例。如對於良友書信之所有權，雖毫無經濟上之利益，而僅爲精神上之享受者亦得爲債之標的，又如使人歌曲奏樂之債權亦不能謂有經濟上之利益，而爲我國近代學者所不取(廿七)。但僅爲消極的界說，自反面爲財產權之定義，亦難稱爲完善。故愚見以爲爲抽象的定義既難允當，僅爲反面之定義

，亦非完善。毋寧列舉財產權之內容以爲財產權之界說。按財產權之內容依一般學說不外債權物權，準物權及無體財產權四種。而愚見則主張物權之標的不限于有體（其詳見後），否定物權與準物權之區別。而僅認財產權之內容爲債權，物權及無體財產權三種。故曰財產權者，以債權物權及無體財產權爲標的之權利也。

二，基于私權效力所及之範圍爲標準。得區分之爲絕對權及相對權。A. 絕對權者，以得請求一般人不爲一定行爲之權利也。B. 相對權則以得請求特定之相對人爲一定之行爲或不爲一定行爲之權利也。前者得對抗一般人使無侵害其權利。財產權之物權及人身權之人格權均有此作用。而後者僅得對抗特定人，爲其特徵。財產權之債權，其效力僅得向債務人請求爲一定行爲或不爲一定行爲其明例也。此外身份權之一部，在效力上，亦爲相對權之性質，例如同居權利，配偶之一方僅得請求他方履行同居之義務者是。

三，基于私權之作用爲分類之標準。得分析之爲支配權、請求權、形成權、及抗辯權。A. 支配權者，謂直接支配其權利標的之權利也。其要素凡二：權利人享有直接支配其權利標的之權能。權利人享有請求他人不爲一定行爲之權利。故支配權在性質上有排他性，且有禁止他人妨害之作用。B. 請求權者，請求他人爲一定行爲，或不爲一定行爲之權利也。與支配

權之區別，則以前者有直接支配權利標之作用，而後者則僅得對於他人請求爲一定行爲或不爲一定行爲，而無直接支配之作用。C. 形成權者，依權利人單方之行爲，得使法律關係發生消滅或變更之權利也。法律關係乃人與人之間之關係，個人雖得以自己單方之行爲拘束本人，但依法理在原則上不應使個人之行爲，影響他人之權利義務。而享有形成權者，則其人之單方行爲，足以影響其本人與他人之權利義務之得喪變更。形成權之作用有使新法律關係發生者，如無權代理之承認是。有使原來法律關係變更者，如選擇債務之選擇是。有使原來法律關係銷滅者，如撤銷權是。形成權與請求權不同，以其非要求他人爲一定之行爲或不爲一定之行爲。與支配權亦不同，以其效用不在支配一定之標的。且其惟一之特色，則在使形成權人一人之意，能使其與他人之法律關係發生消滅或變更。D. 抗辯權者，對抗他人以妨害其行使請求權之對抗權也。如民法二六四條雙務契約之同時履行抗辯權是也。抗辯權獨立于支配權請求權形成權以外乃近代之學說。史尚寬先生即如此（廿八），而舊派學者則認抗辯權爲形成權之一種，陳克生先生因之（廿九）。予從同史尚寬先生之見解，茲轉錄其否定抗辯權爲形成權之一部之理論于次。按「…形成權乃有使權利創設變更或消滅之作用，而抗辯權…祇有停止請求權行使之效力」故抗辯權爲一種特殊獨立之權利。

三、基于其權利是否附着于權利人之本身及得否移轉而區別之爲專屬權與非專屬權。A. 專屬權者，不得移轉或繼承之權利也。人身權之人格權，以權利人之一生爲終始。身份權以一定之身份爲前提，故均爲專屬權。或謂姓名權非不得移轉讓與，如電影明星收一定之金額，而使商人得使用其姓名以爲商標，亦事所恒有。但此非出賣其人格權之姓名，不過因其姓名之使用，有財產上之價值，而以其使用權爲移轉之標的。實爲財產權之交易。而非以人格權爲交易之標的也。B. 非專屬權，得爲讓與或繼承之標的之權利也。財產權之大部分均爲非專屬的權利。但有因社會政策，而法律明示不許其移轉者，如禁止扣押之債權是，(三十)亦有本于當事人之特約而禁止移轉者(卅一)，亦有依債之性質而不得爲移轉繼承之標的者(卅二)亦爲專屬之權利。再財產權中之從權利在性質上不許與主權利分離而爲讓與，似亦有專屬性，但實際不然，蓋此所謂之專屬權，乃不得讓與之權利，從權利不過不得與主權利分離而爲讓與，乃從權利因從屬性而發生之結果。主權利而得讓與他人，其從權利亦當然從屬而移轉于他人，故不得僅以其在性質上不得單獨讓與，而目之爲專屬權也。

四、依權利之相互關係得分之爲原權與救濟權，及主權利與從權利。A. 權利而被侵害，依民法侵權行爲之規定，其權利人得請求侵權行爲人，回復原狀，或以金錢補償其損害，是

爲救濟權。B.其原來之權利，則謂之原權利。救濟權之發生，以原權利之受侵害爲前提，但救濟權與原權利之關係，乃原權利之變形；以原權利因侵權行爲而受損方始發生，其作用則爲損害賠償之請求權，與主權利及從權利之關係不同。C.從權利者，從屬於主權利之權利，須附屬於主權利以存在。D.而主權利則爲獨立存在之權利。主權利與從權利之關係，在形式上爲主從關係，在作用上則從權利恒具補充主權利之效能之作用。如抵押權，質權乃物權爲債權之從權利者也。如利息債權，違約金債權及保證債權，乃債權爲債權之從權利者也。從權利之存在，以主權利之存在爲前提，故主權利不發生，從權利亦無由發生。主權利無效或經撤銷而消滅者其從權利亦必無所附麗而歸于消滅。是爲主權利與從權利分類之實益。

四、權利之分類，此外尙夥，非能一一列舉，除前述之分類外茲再就權利之標的說明現行民法上之權利。惟權利之標的千差萬別，自難網羅全部，僅就其主要者述之如次：A.權利有以權利人之本身爲標的者，人身權之人格權及社員權是也。人格權乃與權利人不可分離之利益，而社員權則爲社員對於所屬社團所享之權利，其性質爲一種資格，故原則乃其本身所享有之權利；在人合之團體，此種權利原則爲專屬的權利。在資合的社團，則不無例

外（例如股份有限公司之股東權依其章程未必為專屬的權利）人格權則絕對為專屬的權利。B. 有以他人為標的權利，親屬權之親權配偶權之作用是也。（一般民法著作成名之為夫權，以其與現行民法不合，故易之為配偶權，緣近代思想，親權夫權之範圍日趨狹隘，男女平等為現行民法之立法原則，夫權之支配力日漸消滅，同時夫妻之權利義務為相互的，夫權之名稱，已非確當。但配偶相互間則均有以他方本身為標的之權利。如配偶相互之貞操義務，舊刑法僅責有夫之婦以此種義務，而現行刑法則明示其義務為相互的（廿四）。故夫權之名稱應易之為配偶權，謂配偶相互之權利也。惟配偶相互之權利，不僅以他方之本身為標的，有以財產為標的者，如夫妻財產制關於相互財產之關係是也。此僅指其因身份關係而對於他方本身之權利而言，）親權之監護教育懲戒之權，在近代之學說雖視為享親權者應盡之義務，而應以義務為中心，（廿五）但此其義務，乃對於社會國家應盡之職責，吾人固不應視子女為父母之所有物，而認享親權者對於未成年之子女，有絕對之支配權。但在法律所許可之範圍內，享親權者對於其子女固享有相當之支配權利。行親權人蓋仍有以子女之本身為標的之權利也。C. 以他人之行爲或不行爲為標的者債權是也。D. 有以物為標的者，物權是也。E. 有以無形之財產為標的者，無體財產權是也。F. 有以包括繼承人財產上之權利義務為標

的者繼承權是也。

## 第二節 義務

一、義務之本質 義務者，權利之對稱，乃吾人依法律之強制，所負之作爲或不作爲之責任也。恒與權利相對當。在初期之法律，以義務爲本位，法律之目的不過在維持社會上之秩序，鎮壓反側，使無背于國家所命之義務。法律雖以義務爲本位，但其義務則初非無相對之權利，法律強制無侵害他人，被強制者，固爲義務，在不受侵害之他人而言，則爲其應享之權利。奧斯汀氏嘗謂絕對之義務 *absolute duties* 則無對當之權利；開通氏 *G. W. Keeton* 反覆辯證其立說之不當，而否定所謂無對當權利之絕對義務。（卅〇）葛萊教授 *Prof. J. C. Coe* 從同奧斯汀氏及英國功利主義派學者之見解，以爲無對當之義務，必無權利；而謂有無對當權利之義務（卅七）。我國學者則或認民法上之形成權爲無對當義務之權利（卅八）。總之權利必有主體而後可以存在，其權利或爲具體之個人或團體之利益；或爲抽象的國家或社會的利益；法律上之義務亦必須享權利者得依法律主張之，而後得稱爲法律上之義務；故無對當權利之義務，實爲理論上所難通。依法律而負擔義務者，雖必得確定其人，而法律上之權利，亦必有其主體，但未必爲確定之人。例如警察法規禁止深夜叫器，其義務似無對當之權

利（奧斯汀氏即目此種對於不確定之人 *Not determinate persons* 所負擔之義務爲無對當權利之絕對義務）（卅九）。但此其義務，乃對於公衆之義務，而不確定之公衆各個份子，則有享受安寧不受煩擾之權利。至如對於非人類所負擔之義務，例如刑法褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章之規定（四〇），及警察法規禁止虐待牲畜之規定，以及狩獵法關於孳生時期禁止田獵之規定，似亦爲無對當權利之義務，（奧斯汀氏亦目此種非對人負擔之義務 *the duty imposed is not to ward man* 爲無對當權利之義務）（四一）。然此種義務，乃國家本于社會上之道德利益，或國家之經濟利益，而對於人民所命之義務。國家及社會公衆實享有不受侵犯之權利。開通氏已先我言之（四二）。義務之存在，既恒有對當之權利，而形成權究否有無對當之義務，依予所信，形成權之作用，乃使權利人單方之行爲足使相互之法律關係發生消滅或變更，如撤銷權，認領權及承認權之類是；但此種權利之行使苟爲正當，他方當事人，至少有忍受之義務，故予亦從開通氏之言以爲結論；「權利與義務恒爲對當的」。

二、義務之種類 民法上之義務約言之得別爲A. 積極的義務及消極的義務；與B. 固有義務及救濟義務；積極的義務作爲之義務也，恒與請求權相對應。消極的義務，不作爲之義務也；其基于特定之行爲而發生者，恒與請求權相對應；其非本于特定行爲而發生之法定義務也。

務，則不必與請求權相對應。至于固有義務原來之義務也，而救濟義務，則因義務之違反，而發生之義務也；如依契約而應爲之給付，原來之義務也；違約而負之賠償責任，救濟之義務也；故恒與原權利及救濟權相對應。

(八) 參 D. G. J. J. Id. 及 Sherman, *Roman Law in the Modern World* vol. II, p. 10 及 Pound, *Readings in Roman Law*, Part I, p. 1.

(九) 謝雪塵 *Cicero is Law is the highest reason commands what ought to be done and prohibits the Contrary* 見 Pound, *Theories of Law*.

(十) 參看史尚寬前掲六十至六十五頁「新民法之立法精神」。

(十一) 劉朗泉著中國商事法（商務）（大學叢書本）上册一至二頁。

(十二) 如關於住所及能力之規定是。

(十三) Sir Henry Maine, *Ancient Law*, 譯文據方宗懋譯古代法（商務）（萬有文庫本）第六頁。

(十四) Sharwood's Blackstone's *Commentaries of the Law of England*, p. 87.

(十五) 意思能力與行為能力不同，其詳見後。無意思能力者指無變別能力之精神病人及嬰兒而言。

(十六) 民法第七條。

(十七) 民法第七十七條但書，德民第百〇七條，日民第四條但書，瑞民第十九條第二項，暹民第四十七條。

(十八) 團體協約法第十六條前段。民法第二〇五條。

(十九) 民法第一四八條。

(廿) 史尚寬，前揭第二十四頁。

(廿一) 胡長清，前揭第三十九頁。

(廿二) 胡毓傑，法學綱要第五十一頁。

(廿三) 胡長清，前揭第四一頁。

(廿四) 陳蘊昆，前揭第三四—三五頁。

(廿五) 史尚寬，前揭第三三頁。

(廿六) 參看陳蘊昆，前揭第三四頁。

(廿七) 陳胡史三先生均否定此說，參看註廿二至廿五。

(廿八) 史尚寬，前揭第三八—三九頁。

(廿九) 陳蘊昆，前揭第四十頁。

(卅至三三) 民法第二九四條但書。

(三四) 舊刑法第二五六條規定「有夫之婦與人通姦者……」新刑法第二三九條則易爲「有配偶而與人通姦者

……」，舊刑法之犯罪主體，以有夫之婦爲限。而新刑法則包括有婦之夫是配偶相互負貞操義務之明證也。

(三五) 史尚寬，前掲第三五頁。

(三六) G. W. Keeton, *The Elementary Principles of Jurisprudence*, p. 98—99

(三十七) J. C. Gray *The Nature and Sources of the Law*, pp. 8—9.

(三八) 史尚寬前掲第二十七頁。陳運昆前掲第四一頁。

(三十九) *J. Austin Lectures on Jurisprudence*, 5th. ed., vol. 1, p. 401

(四〇) 刑法第十八章。

(四一) 全註三九。

(四二) 全註三六。

## 本章主要參考書

胡統傑著 法學綱要 八至一六及五一至五七頁

G. W. Keeton, *The Elementary Principles of Jurisprudence* Part II, Sec. 15.

## 第七章 現行民法汎論

### 第一節 現行民法法典之編制

民法法典之編制有羅馬式及德國式二種，羅馬式之編制始於羅馬學者蓋由斯氏之法律教

科書，爲優帝國法大全 *Corpus Iuris* 之法律梯階 *Institution* 所採用。故羅馬式之編制法通稱 *Institution system*；分民法爲人法，物法，及訴訟法三編；後世法典編纂採此式者不少，而以訴訟法爲程序法，且性質上爲公法，非直接規定私權之法規，乃少加變更刪去訴訟法而以人法及物法爲民法之內容。奧大利民法典，即本此制，而與人法物法兩編外增總則一編；法國民法典，亦採此制易物法之名稱爲財產法，而分析之爲人法，財產法及財產取得法三編。荷比西葡之民法典從之。故羅馬法式之編制乃近代法國法系諸國法典所從同。德國式之編制始于德國學者胡苟 *Hugo* 氏研究日耳曼普通法 *German Pandekten* 所創始之編纂方法，分民法爲五編，一、總則，二、債權，三、物權，四、親屬，五、繼承，爲多數學者所從同，至一九〇〇德國民法典採之，而爲一般德國法系國家所採用，故通稱之爲 *Pandekten System*；以其原始爲研究日耳曼普通法之分編方法也。我國現行民法因之，其所以然，則以（一）羅馬式無總則一編，關於各編共同適用之通則，不能集爲一編以便于適用；（二）羅馬式之編制，親屬繼承等關於身份之規定與關於能力行爲之規定相混于入法之中；（三）債法又與物法不分，綱舉目張自不如採德國式之編制爲允當也。

## 第二節 現行民法之特色

現行民法，立法于二十世紀社會立法呼聲正盛之時。加之國民革命初告成功，以三民主義爲立法精神，以社會福利爲立法之對象，現行民法在編制上雖從同二十世紀初期之德國民法典，而其特色則顯有不同，茲分別說明于次：

一、民商法典之合一 民商兩法之來源不同，在前述民法史的發展一章已有說明，民法乃羅馬法演化而形成之產物，商法則爲中世紀商事習慣所形成。商法之萌芽遠在羅馬法成熟（四三）以後，商法之有具體的法典則爲法王路易十四 Louis XIV 在位 1643—1715 編纂法國商法典時始；去羅馬之國法大全蓋千餘年。故歐陸多數國家（四四）均分別民商法典。日本因之。我國變法以來，初採民商法典分立之制，清末即着手商法之編纂，草案數更，迄未完成。惟單行之法規，則有商人通例，于民國三年三月公佈，其他部份則僅公司條例于民六公佈。及至國民政府定都南京，編纂法典，于民法總則編公佈以後，續編之編纂即將開始之時，民商法典採分立主義抑採合一辦法，首先應予決定；乃由立法院院長胡漢民副院長林森向中政會提議訂立民商統一之法典。後經審查通過。此爲我國民商兩法合一編纂之經過。至於民商合一之呼聲，則創自歐陸。良以民商法典分立不過沿革上之原因，實之理論上之根據。在適用上法國法系以行爲爲標準，凡商事行爲屬于商法之管轄；而德國法系，則以

人爲標準，凡商人間之交易則適用商法；商事行爲與民事行爲難有適當之分野。而德國商法所謂之商人，亦以商行爲業者爲商人；適用上之管轄問題實增煩擾。故意大利學者維問特 Vivante，法國學者葉樂耳 Thaller，德國學者鄧白格 Dernburg，瑞士學者孟幸格耳 Munzinger，荷蘭學者摩稜格樂夫 Monleraff 及日本學者梅謙次郎均作統一之呼聲。而法例之創始則以一九〇一瑞士債務法爲先河。我國學者朱學曾氏嘗著民商法統一論主張最力，近年蘇俄民法典（一九二二）暹羅民法典（一九二五）亦均廢民商分立之制度亦爲我國民商統一立法之前例。

至于我國民商兩法合一之理由，就民商法劃一提案審查報告書（四五）所列各點撮要轉錄于次：（一）在沿革上，我國自漢初弛商賈之律，四民卽受治一法，歷代法制，買賣錢債，無分民商商人既非特殊階級，無分立法典之必要。（二）或謂商事交易之法規探邁進主義，而民法則重固定；但民商不分之英美關於商事之法規其進步遠過于民商分立之德法；同時現代立法，民法亦有採進步政策之必要。（三）或謂商法有國際立法之趨勢，而民法則否；但在近日國際之交往，初不限于商事，民法關於債之規定，亦有國際立法之趨向；至于民法親繼及不動產物權之有注重國內固有習慣之必要者，亦不因民商之統一，而有妨礙（四六）。（四）各國

商法之一定之標準（四七）；且乏一致之內容（四八）。（五）各民商法典分立國家商法不過民法之特別法耳，其無規定之事項，仍須適用民法。且商法法典仍不能包括全部之商事法規，而須另設單行法規以補充之；民商統一，其不能包括于民法法典之規定，則列之爲單行法令，亦無不便。（六）且民商分立當事人之一方爲商人一方非商人，在適用上既感不便；同時法典分立，同一事項，根據不同之法典，易引起不同裁判之結果（四九）。（七）再如買賣合夥，在民商分立國家或則互相援引或則僅規定其不同之點于商法；德國商法典無關於合夥之專章，法國商法典關於買賣之規定僅有一條（五〇）；民商合一既無不便可言，民商分立徒增法典之紛歧，及適用上之煩擾；準此理由，我國現行民法乃依最新之條例，採民商統一之編制。商事法在性質上許可編入民法者均編入民法債編分則章中；其性質上不能編入民法典者，則另爲單行法規，而爲民法之特別法。緣民商法典，既不復分，在理論上即無專用于商事之法規，縱民法典以外之特別法，在性質上有僅適用於商事者，如海商法，但商法典既不存在于我國，在理論上，僅爲民法典之特別法而已。

二、新民法之立法精神 民商兩法之合一，爲新民法本于三民主義平等思想。所爲之典革。胡漢民先生等于其民商法劃一提案審查報告書中首先說明，我國商人非特殊之階級，

不宜歧視，而另設法典。至就新民法之內容而言，則有一貫之精神。按個人主義風行歐美，學說之提倡其他無論矣。在法學思想上，實導源于十六世紀葛羅秀斯 Grains (1583—1645)一派以人類之理性爲自然法之說明。而法制之實現，則始于法國革命時期，在歐陸有法國之人權宣言，在美洲有獨立宣言，在英國則有改革法案 Reform Bills。其中心思想，爲人權天賦；在公法上，爲憲法上自由之保障；在私法上則形成下列之四大原則：(一)意思自由；(二)契約自由，(三)無過失即無賠償責任，(四)所有權爲神聖不可侵犯之權利。在英美普通法 Common Law 此其原則之確立，雖未敢確言其日月(五一)而歐陸之創始則爲一八〇四法國之拿破崙法典。個人自由，既爲其時私法之中心思想，法律之本位即以權利爲基礎，放任主義之結果，爲近代各國產業發達之張本，同時亦爲貧富不均，勞資對立，階級問題，社會問題之本據。故十九世紀末葉，自由主義雖未全部推翻，而放任主義則入于末路；國家干涉既爲社會上之需要，于是法律制度亦大見變更。在公法上一九一九以後之新憲法無論矣，即以美憲而言，最高法院解釋憲法之趨勢，亦以公共政策 Public Policy 範圍之擴充，爲限制個人自由提高國家警察權 Police power of the state 之張本。在私法則有(一)權利行使之限制，(二)所有權之限制，(三)契約自由之限制，(四)無過失賠償主義之確立。此爲現代一般

民法之趨勢。我現行民法本于三民主義以爲立法原則，以法律之前人人平等，男女之地位平等，及家屬地位之提高以貫徹自由平等之民族主義。以經濟之平均發展，及民生問題之解決爲貫徹民生主義之方案。細爲分析，其內容之足稱道者，約近百端，史尙寬先生法學先進，且爲現行民法起草委員，終始參與現行民法之編纂，已先我言之；茲轉錄于後（五二）：

「1. 社會公益之注重 在於謀社會之安全及健全，不獨保護靜的安全，而並保護動的安全。不獨保護個人或一家之正當利益，而並側重於保護一般公眾之利益，即謀社會之共同利益也，關於此項條文，試例舉之如次。

A. 法人設立之限制（民三〇條）。

B. 消滅時效及取得時效期間之縮短（民一二五條至一二七條、一四七條、七六八條）。

C. 表示主義之採用（民八六條、八七條，八八條至九二條）。

D. 占有之保護及即時取得之規定（民九四三條至九四四條、九六〇條、八〇一條、八八六條）。

E. 物權登記要件主義之採用（民七五八條）。

F. 典權人取得典物所有權之規定（民九二三條二項）。

- G. 結婚撤銷效力之限制(民九九八條)。
  - H. 非婚生子女之請求認領權(民一〇六七條)。
  - I. 糾正父母對於子女之權利之濫用(民一〇九〇條)。
  - J. 親屬會議對於監護人之監督(民一一〇六條、一一一三條)。
  - K. 扶養之義務(民一一一四條、一一一七條至一一二〇條)。
  - L. 限定繼承之容許(民一一五四條至一一六三條)。
  - M. 遺產管理人之選置(民一一七七條)。
  - N. 繼承特留分之規定(民一二二三條)。
- 「2. 國民經濟之適合
- A. 關於引水排水及使用他人土地之規定(民七七五條、七七八條、七七九條、七八三條、七八五條至七八九條、七九二條)。
  - B. 越界建築，非即提出異議，不得請求遷拆之規定(七九六條)。
  - C. 因附合、混合，取得動產所有權之規定(民八一一條、八一三條)。
  - D. 因加工取得他人動產之規定(民八一四條)。

E. 主物之處分及於從物之規定（民六八條二項）。

「3. 無過失責任之確認 關於過失責任之根據，一般承認業務危險說之原則，例如謂業務傷害為業務固有之危險，受其利者，受其害，故業主對於因工受傷之工人，不得不負賠償責任。然民法上之無過失賠償責任，依此尚不足以說明，可謂基於平衡之原則，及權衡損害之原因，當事人雙方損害之程度或經濟狀況而生之賠償責任也，試例舉之如次。

A. 正當防衛逾越必要程度之賠償責任，不問其就逾越之原因有無過失（民一四九條）。

B. 緊急避難因逾越危險所能致損害之程度之賠償責任（民一五〇條）。

C. 因自助行為之損害賠償（民一五一條、一五二條）。

D. 無意識或精神錯亂中所為行為之賠償責任（民一八七條四項）。

E. 無行為能力人或限制行為能力人之賠償責任（民一八七條三項）。

F. 雇用人之賠償責任（民一八八條二項）。

G. 無權代理人之賠償責任（民一一〇條）。

「4. 義務之酌減 原來法律上之責任，甚為嚴格，一旦義務成立，即有澈底履行之責，此觀念與我國舊有之社會感情不符，故民法特許斟酌義務人之經濟狀況及其他情事，得酌減

義務人之責任。

A. 損害賠償責任之減輕（民二二八條、二二七條）。

B. 過失責任之從輕酌定（民二二〇條二項）。

C. 違約金之酌減（民二五二條）。

D. 分期給付或緩期給付之利益（民三一八條）。

「5. 自由之限制 民法雖一方保護個人之自由，例如自由及人格保護之規定（民一七條、一八條）。然一方為社會之利益，限制個人自由之規定甚多。

A. 急迫輕率及無經驗者之保護（民七四條）。

B. 權利濫用之禁止（民一四八條）。

C. 利息之限制（民二〇三條、二〇五條、二〇六條）。

D. 違約金之減少（民二五一條、二五二條）。

E. 所有權行使之限制（民七六五條、七七三條至八〇〇條）。

F. 出租人終止契約之限制（民四五九條）。

「6. 平等之原則 此原則在民法可謂充分採用。

**A. 男女平等之原則。**

- a. 妻之行為能力限制之撤廢（民一三條）。
- b. 男女均得爲家長（民一一二四條）。
- c. 離婚條件之相同（例如夫婦均得以他方通姦爲離婚條件）（民一〇五二條）。
- d. 收養子女須得他方配偶之同意（民一〇七四條）。
- e. 男女平等繼承（民一一三八條）。
- f. 配偶互有繼承權（民一一四四條）。

**B 親權及家長權之限制（父母子女間及家長家屬間之平等）。**

- a. 父母對於子女有保護及教養之權利義務，（民一〇八四條）一方面爲其權利，他方面則爲其義務。

b. 父母濫用其權利時，得由最近親屬或親屬會議糾正之（民一〇九〇條）。

c. 家長管理家務，應注意於家屬全體利益（民一一二六條）。

**C. 非婚生子女與婚生子女之平等待遇（民一〇六五條）。**

**D. 雇用人及被雇用人間之平等，關於被雇用人，尤其關於工人之保護，民法擬讓於勞動**

法之規定，故規定較簡（民四八三條、四八七條、四八八條）。

E. 承租人與出租人間及所有權人與佃權人間之平等，關於承租人及佃權之保護，民法規定不少（民四二五條、四五七條、四五九條、四六〇條、八四四條）。土地法更就自耕佃及屋荒救濟時及房屋承租人，為特別保護。

F. 著作人與出版人間之平等，關於著作人之保護，民法設有規定（民五一八條，五一九條至五二七條）。

G. 債權人債務人間之平等，民法關於債務人之保護規定，亦不鮮其例，關於抵充債務之指定（民三二一條）及關於分期付款買請求支付全部價金之限制等規定；以及前述減輕責任之規定，皆屬之。

上述D款至G款之規定，一方固為關於平等原則之適用，亦同時為維持社會之公益，而他方則又為契約自由之限制，蓋當事人之地位，有強弱不同，若非對於弱者加以扶持，則所謂平等者，僅形式上之平等，非實質上之平等也。

#### 「7. 種族健康之增進

A. 早婚之害，足以弱種喪身，而我國則向有早婚之習，故民法明定結婚之最低年齡，以

示限制（一九八〇條）。

B. 近親相婚，於遺傳生不良之影響，而於風化亦有關係，故民法規定一定親等之親屬間，不得結婚，以杜其弊（民九八三條）。

C. 不治之惡疾，及重大不治之精神病，我國舊律及歷次草案，均不以為解除婚約及離婚之原因，衡諸優生學，實有未合，故民法明定其得以解除婚約及離婚（民九七六條、一〇五二條）。以期增進種族之健康。」

（四三）羅馬法之成熟時期，為薩帝羅慕國法大全之時，時當六世紀中葉。

（四四）歐洲國家除瑞士及蘇俄外，均採民商分立制度。

（四五）民商法劃一提案審查報告書乃中央政治會議于接受胡漢民林森之提議後，以原提案發交胡委員漢民戴委員傅賢王委員龍惠審查。報告書則為胡漢民之審查意見書。原文見立法專刊第一輯，第二十三頁以下。

（四六）民商統一，僅指編收商事法規與其他各種無異。

（四七）法法系以行為標準。德法系以人為標準。

（四八）日商德商法商內容均不一致。

（四九）民商分立國家有民事買賣，與商事買賣，商人用商法，非商人則用民法，易因法規之不同而有不同之

裁判。

(五〇) 法商一〇九條。

(五一) 英美爲判例法其一例之起源，多莫可究詰。

(五二) 史尙寬，前揭五七至六四頁。

### 本章主要參考書

一、民商劃一提案審查報告

二、史尙寬 民法總則釋義第四七至六四頁。

二、胡長清 中國民法總論一至五及二五—二九頁。

# 民法概論

## 本論

### 第一編 總則

#### 前言

總則對特別而言，總則者適用於民法全部之法則，而特別則為僅適用於一部之規範。民法規定之法律關係有關於財產之關係者，法典分之為債編及物權編；有關於身份之關係者復分之為親屬編及繼承編；而財產關係及身份關係所發生之權利及義務，均以法律上之人格者為主體；至其客體雖不限于物，而多數之法律關係則以物為客體；以言法律關係之得喪變更，原則本于人類行為之法律行為；此外時間之經過，對於法律關係之影響實深，關於時間之計算，以及時效對於法律關係之影響，與夫權利之行使均為關係民法全部之事項；故民法規定之于總則編中。總則編之範圍，原則以適用於全部或其適用不限于債，物權，親屬，繼承等編之一編者屬之；其專用于債或物權或親屬繼承者是為特別；特別之規定則列入于各該本編而不屬於總則之範圍。故關於時效之規定，其取得時效僅適用於物，因之取得時效列入物

權編。(一)而民法總則關於時效之規定，僅以消滅時效為限，是民法編制之體例，亦立法之技術也。

(一) 取得時效，在法國民法日本民法均與消滅時效並列時效章中，而為總則之一部。我民法從德國民法典以為取得時效，僅適用於得因繼續占有而取得之權利故列入物權編。見德民第九〇〇條以下。我民法七六八條以下。

## 第二章 法例

法例者，民法全部適用之通則也。英譯法例為 Application and Interpretation 蓋就民法法例之內容而為意譯也。我民法總則之法例計五條，第一條規定法律之適用順序。第二條規定法效習慣之消極要件。第三條乃關於使用文字之要式行為簽署問題之規定，第四五兩條乃關於數量之文字號碼表示不符之解釋規定。其第一二兩條已詳前編茲不復贅，(三)第三條以下均為關於使用文字之法律行為之規定，民法規定于此在體例上實欠允當，胡次威先生已先我言之。(三)依愚見以為要式行為書面之作成及其解釋乃法律行為章中之問題，列入總則第四章法律行為章中也可。又此項規定均為關於文書效力之認定不列入民法而列入民事訴訟法第

二編關於書證之規定，(四)在體例上更屬謹嚴。不問其規定應否列入民法，其不宜置法例章中，則無可疑。本書既不採釋義體例，而以法條之順序爲敘述之綱領而以學理之論理組織爲本書之綱目。故上開關於文書之作成及解釋之規定容後說明(五)。

(二) 關於習慣其詳見前編第六章第一節第三四一七頁。關於適用順序其詳見同章第二節第四五至四六頁。

(三) 胡氏前揭第四九頁。

(四) 民事訴訟法第二編第一章第三節第四目爲關於書證之規定。

(五) 見本編第四章法律行爲之要式行爲節中。

## 第二章 私權之主體「人」

私權之主體者權利所附屬之主體，且爲權利之歸屬。不問公權或私權均必有所附屬，民法上之權利限于私權，故曰私權之主體。私權之主體乃指依法律得享有權利負擔義務者而言。故民法總則繼法例章之後而以「人」爲其第二章。惟此所謂「人」者，乃指依法律享有人格者而言，與一般用語所謂人者，有所不同。一般用語上所謂「人」者，通常指生物界之人。與近代法律用語之「自然人」意義相當。而法律用語所謂「人」者，則包括自然人

Natural Person 及依法律而視為權利主體之法人 Juridic Person。民法上所謂人者原則乃包括自然人及法人而言；然此指其廣義之用法，非無用作狹義而專指自然人者。例如失蹤人、未成年入、禁治產人、法定代理人、限制行為能力人均是。法律上所謂之「人」既不限于自然人，凡依法律享有人格者均為法律上之人。古代法律自然入中僅自由入為有人格者，故羅馬法上之自然入乃專指自由入而言。現代法律既不承認奴隸制度，同時亦不復以家庭為法律之單位，而以個人為單位。一切生物界之人類既無所限制而均視為享有人格者對於胎兒亦附條件而于或種場合視為私權之主體（六）。是自然入人格享有乃本于單純之事實。而法人之入格則以法律所承認之組織為限始得享有人格，而為私權之主體。

（六）參看民法第七條

私權之主體既有自然入與法人之別，民法總則爰分之為二節而分別與以規定：

### 第一節 自然入

#### 第一目 權利能力 Capacity of Right

A. 權利能力之意義 自然入者生物界之人類。現代法律無貴賤長幼之別均視為享有人格而得為享有權利負擔義務之主體。此種為權利義務主體之資格，在法律用語上，謂之權

利能力。權利能力之意義，學者雖不一其說。然一言以蔽之，享有權利負擔義務之資格也。法律謂之權利能力，乃以十九世紀之立法，以權利爲本位，僅從權利着眼而爲定名。其含義在觀念上，實包括負擔義務之能力 Capacity of duty，故胡次威先生主張改稱爲「權義能力」。(七)予亦謂然。

B. 權利能力之終始 權利能力既無分癡愚賢不肖而爲自然人所共同享有，其權利能力當然與自然人之人格相終始。自然人之人格始於出生，其權利能力亦當然以出生爲始期。此乃各國法例之所攸同。惟關於出生之解釋，學說不同，有(a)陣痛說(b)一部露出出說(c)全部產出說(d)母體分離說又稱斷帶說及(e)獨立呼吸說數種；按陣痛說及一部產出說未免言之過早，全部產出說及母體分離說對於死產胎兒亦得目之爲出生，而謂有權利能力，其說實欠健全。獨立呼吸說乃現代學者多數從同之通說。依此說而言，所謂出生，其要件凡二：(一)胎兒須與母體完全分離，所以以完全分離爲要件者，以胎兒在與母體分離以前，尙非獨立之個體；(二)胎兒須與母體分離，尙係生存；因自然人之人格，始於出生終於死亡，死產胎兒出生未畢即已死亡自不能謂其人格已既開始；故以脫離母體之後尙係生存爲要件。至于是否生存則以呼吸之有無爲斷。至若生存之久暫，臍帶之已否斬斷，形貌之是否與常人殊，

則非所問。此爲通說之見解。惟依愚見形貌與常人異之畸形嬰兒，如官肢不整，固不妨視之爲人。若怪胎異物，不具人形在一般之觀念上，不視之爲人，法律自不能賦予以人格。胡次威先生謂「至如何程度始得謂之備具人形頗難立明確之界限」(八)予不以爲然。蓋官肢之殘缺或畸形發展，甚至連體孿生，社會上之一般觀念，蓋未嘗不目之爲人。若人面蛇身之異物，在社會上之一般觀念則不以之爲人。法律上所謂之自然人，當以社會之客觀見解爲準據，自不能謂無明確之界限也。

C. 胎兒之權利能力 何謂出生？所以爲法學上之爭執焦點者，緣在民事上各國法例及我民法第七條對於胎兒之權利均予保護。蓋以胎兒在出生以前雖尚非自然人。但胎兒終必出生，法律爲保護將來出生之自然人，對於其個人之利益視爲已既出生。惟所保護者，非母體內胎兒之利益。乃將來出生之人之利益。故我民法明示「胎兒以將來非死產者限。關於其個人利益之保護，視爲既已出生」。他國民法亦均以「生體分屍」爲條件。瑞民第三十一條，土民第二十七條，暹民第三十九條之規定均如此(九)。法律對於胎兒既視爲有權利能力，使得于出生後溯及的享有在受胎期間內所取得之權利。出生完成而後死亡與出生前死產，其影響于民事上之法律關係者實深。不徒其個人之權利能否溯及的享有，且影響第三人之權利義務。

舉例以明，我民法一一六六條關於遺產之分割明示須保留胎兒之應繼分。胎兒死產所保留之應繼分，即仍爲遺產之一部，與自始無胎兒者同，而由與胎兒同爲繼承人者分配之。若胎兒于出生後死亡，縱僅一呼吸，所應保留之應繼分，即歸屬於胎兒；而應由胎兒之繼承人繼承之。出生與否，其影響于民事法律關係者如此。此法學上對於出生所以有學說之爭執也。

D. 權利能力之終期 自然人之享有權利能力始于出生；而權利能力之終期則爲死亡。但他國法例多僅明示權利能力之始期，除瑞士士民及暹民外（十）鮮有明示終期者。現行民法所以從同少數法例，于第六條後段明示「自然人之權利能力終于死亡」者，以我國舊俗本于「孝子不忍死其親」之儒家思想。對于逝者往往認其人格爲存在。而仍爲權利之主體。在錢債往來有生前圖章之使用。（十一）在田宅之不動產物權更有遠祖之堂名沿用至數百年者。此我民法所以明示以死亡爲權利能力之終期，俾免解釋上之爭執耳。惟此所謂之死亡，乃指自然死亡而言。其宣告死亡，雖有結束失蹤人法律關係之作用，但此不過法律之推定，以結束其法律關係，若其人如尙生存其權利能力並不因死亡之宣告而有影響，且我國法制上不採人格減等（十二）及無保護 *Cul law*（十三）及準死，*Civil Death*（十四）之制度，故此所謂之死亡，乃僅指自然死亡而言。

F. 外國人之權利能力 依法律之前人人平等之原則，權利能力雖爲人人所得享有；蘇俄民法且于其第四條第二項明示「性別種族宗教族籍對於權利能力之範圍並無影響」。但蘇聯及其各邦之立法，爲國際主義之立法。在民族主義之國家，立法自不能不採保護主義。凡關係國家及民族生存之權利，要不能使外國人完全平等享有。故民法上之權利能力，凡依國籍法而享有中華民國國籍之人民固平等享有。而外國人之權利能力，依民法總則施行法第二條惟于法令限制內享有之。所謂外國人指無中國國籍者而言，有無他國國籍則非所問。至所謂法令限制內，依現行法非對於外國人得享有之權利爲列舉之明示；惟對於外國人不得享有之權利，則明示或默示禁止其享有。有見于法律明文者，如土地法第十七條之規定是（十五）；有見于命令及行政處分者，前者之例如國民政府二十年十一月十六日禁止以國內森林礦產漁場及各項企業私擅與外人締結租售或類似租售契約令；後者之例則多見附屬於行政許可之條件。至所謂默示禁止者，如前大理院八年上字九一九號判例云：「中國與各外國通商條約祇許外國人于通商口岸租地起蓋房屋，並不能解爲准許外國人得于中國享有土地所有權，或在租界外承租土地」。九年上字五九三號判例：「外國人除教堂有特別條約外，無在中國購置土地之權；故外國商人購買土地，其買賣契約根本上不能認爲有效。」此均就通商條約及關

係教會置產約章，而爲反面之解釋，是爲就明文規定推論而得之默示結果。準上而言，外國人依法原則與中國人享有平等之權利能力；而例外則有相當之限制。此其限制則爲保護主義之立法。凡關係國家主權及民族生存之權利，以及關係公益之企業，除有特別條約，或經特許者外（十）原則上應否定外國人得享有此種權利。

再依國際私民法之屬人法 *Ras Persona*（十七）原則不適用於外國人之有國籍者，及無國籍而住所在中華民國國境以外者。故凡關係身份能力之權利義務，依我國法令雖無否定外國人此種權利能力之規定。但外國人既依法律而應分別依據其屬人法以定其權利義務。因之其權利義務之疇範，即與民法上之權利義務有所不同。

再有進者國人之權利能力，雖以平等爲原則，但權利之性質，亦因性別年齡精神狀態而有不同。例如女子不得爲夫權之主體，未成年及禁治產人雖有權利能力，而無行爲能力，或爲限制行爲能力者，其處分權即因之而有等差。此亦不可不注意者也。

#### 參考法令

【民法】第六條「人之權利能力始於出生終於死亡」。第七條「胎兒以將來非死產者爲限視爲既已出生」。

【關係法令】a. 民法總則施行法第二條 b. 國籍法第一第二及第十條 c. 法律適用條例第五至第二十一條。

(七) 胡氏前編，第五八頁。

(八) 同上，第六一頁註二。

(九) 瑞民謂瑞士民法典，土民謂土耳其民法典，暹民謂暹羅民法典，下倣此。

(十) 瑞民第三一條，土民第二七條，暹民第三九條。

(十一) 生前囑章謂死者之囑章，印鑒仍繼續使用之謂。

(十二) 人格滅亡 *capitis deminutio* 乃羅馬法之舊制。

(十三) 英國之法制，今已廢。

(十四) 法國之舊制，見法民第二十二條于一八五四年五月三十一日以法律廢止。

(十五) 土地法第十七條左列土地（農地，林地，牧地，荒地，鹽地，礦地，要塞軍備區域及領域邊境之土地），不得移轉，設定負擔，或租賃于外國人。

(十六) 如中比條約及內地外國教會租用土地房屋暫行章程及中國航空公司章程等是

(十七) 關於人格，能力，親屬繼承之法律為屬人法 *Personae Law*。

## 第二目 宣告死亡

A. 宣告死亡之意義 宣告死亡者，對於失蹤滿若干年之失蹤人，法院因利害關係人之聲

請為推定死亡之宣告，以結束其以住所為中心之法律關係之制度也。此種制度乃以保護利害

關係人及社會上之一般法益爲目的；而非以駁奪被宣告人之私權爲目的。故宣告死亡與刑罰作用以駁奪私權爲目的之法國舊制「準死」(Civil Death)之宣告性質上絕對不同。良以權利與其主體之關係至深，權利之作用有待于主體之行爲，其主體而死亡，其專屬之權利義務，當然歸于消滅。其非專屬之權利義務，亦依法歸屬於有權繼受其權利之人。若其主體失蹤，則其權利義務均陷入不確定之狀態。其法律關係均失其作用。利害關係之義務人徒受其法律關係之拘束，其享有權利者，除得對物行使者外，亦座視其權利而無從行使。同時權利義務作用之停滯，亦爲社會上之損失。故法律規定宣告死亡制度；使其法律關係得以確定；其財產上之權利義務，得有所歸屬。而身份上之權利義務，得告結束。而免利害關係人因法律關係之不確定，蒙無益之損害。故曰宣告死亡之目的，乃以保護相對人及社會之一般利益爲目的。

再宣告死亡之效力，僅結束失蹤人以原來住所爲中心之法律關係，若失蹤人而流寓他鄉以其所在地爲中心之法律關係，則不因死亡之宣告而有影響。失蹤人而復歸，其宣告死亡之判決，得以訴撤銷之。(十八)除撤銷前其法律關係因善意行爲而不得回復原狀者外(十九)恢復其原來之法律關係；是死亡宣告對於被宣告人之生存他所有者既不生影響，可知宣告死亡其命意顯非以駁奪失蹤人之權利爲目的也。

B. 宣告死亡之要件 宣告死亡既以結束失蹤人以其從來之住所為中心之法律關係，故宣告死亡有一定之要件。(a)須失蹤人離去其從來之住所，且須生死不明，此為失蹤之事實要件。僅離去其住所，而仍有一定之下落者，非此所謂之失蹤。必也離去之後，音訊俱無，既不知其生于何方，亦不知究否已故。若知其確係生存，其法律關係，即有相互繼續或了結之可能；自不能為死亡之宣告。若確知其已故，則死亡之事實已明，亦不待為死亡之宣告而推定之為死亡。此死亡宣告所以以失蹤人離去其住所，且須生死不明，為要件之一。(b)須其失蹤已滿一定之期間，緣偶然之離去，而無音訊，原為習見之事實，尚不能謂之為失蹤。而宣告死亡影響于被宣告人之權利也至鉅。自必須經一定之期間而後得為死亡之宣告；故法律以失蹤人之失蹤，經過一定之期間，為要件之一。而所謂一定之期間，因情事之不同，而有不同之規定。在一般情形其期間為十年。(民法第八條第一項)，是為普通期間。至失蹤人為七十歲以上者，其期間為五年(全條第二項)；若失蹤人遭遇特別災難者其期間則縮短為三年(全條第三項)是為特別期間。法律所以分別規定不同之期間者；良以七十以上在我國已屬稀齡；七十以上其死亡之可能與遭遇特別災難其死亡之可能均多；故法定期間均較短也。惟于此須致意者，所謂遭遇特別災難，非泛指災難而言；必其特別災難而與失蹤人有密

切之關係，而後得謂之遭遇特別災難。一、二、八及八、一、三之滋滬戰爭，自不得不謂之特別災難。但不得謂在滬居民，均遭遇特別災難。必也失蹤人與特別災難有相當之關係，乃得謂之遭遇災難。如證明其人陷身火線，或身臨絕地而致失蹤，方得謂之為遭遇特別災難。至于上述期間之起算點，在失蹤人離去其住所地即無消息者，當然自離去之日起算。若離去後尚有音問者，則自最後音信發出之日起算。德日及我國學者均從同此說。予亦謂然。至于計算期間之方法，當然依民法總則第五章第一百二十條第二項及一百二十一條第一項之規定計算之。再有進者，設其人于失蹤時尚未滿七十歲，于失蹤後未幾即滿七十歲者；應依民法第八條第一項所規定之普通期間以十年為標準，抑以同條第二項之五年為標準；愚見以為法律之規定宣告死亡；乃所以結束久不確定之法律關係；其期間之計算，在解釋上應以易于宣告死亡之得早日實現者為合于法律之精神。故以為苟發生上述情形，應以第八條第二項所定之五年期間為準。惟其計算則應自失蹤人滿七十歲之日起計算之。一孔之見學者或以為然也。

(c) 除上述實質要件以外，復有形式上之要件。即第一、須因利害關係人之聲請。第二、須由法院以判決為之。所謂利害關係人，乃泛指對於失蹤人有直接法律上利害關係之人。所以有待于聲請者，緣民事關係均為私權關係，民事訴訟法採不告不理主義。故以聲請為喚起國權

活動之要件，而後法院本于其聲請，依民事訴訟法之特別程序（二十七）進行調查公告而為適當之裁判。其或推或否則由法院依證據認定之。其為宣告死亡之判決者，其宣告死亡始為成立。惟依法得提起撤銷之訴（廿八）。緣宣告死亡制度不過推定為死亡，法律之推定自得予以反證推翻之。此宣告死亡之裁判，所以得以撤銷之訴以判決撤銷其宣告，而不生確定問題也。

C. 宣告死亡之時期 依民事訴訟法第六百二十九條宣告死亡之判決，應確定死亡之時。緣人之權利能力終於死亡，死亡之時為權利之終期。而死因行為及遺產繼承均以行為人或被繼承人死亡之時開始，影響于權利義務關係者至為重大，對於繼承關係猶為重要。故應確定死亡之時，以為確定其法律關係之基礎。但各國法例及學說不一：有以最後音問或災難發生之日為死亡之時者，此其推定與多數之事實不符。有以裁判宣告之日或宣告確定之日為死亡之時者，此則不免因聲請人聲請之遲速，及程序進行之緩急所影響；自更難與事實相符。有任審判官以自由心證（廿九）認定其期日者，依此法例，雖可求與事實相符，但一無標準司審判者實難有據以確定死亡時之標準。故我民法第九條第二項明示原則「以法定期間最後日終止之時為死亡之時」。此項標準雖不能必其與事實相符；但依理論而言，則較之前述法例及學說，較為進步。蓋失蹤人之宣告死亡，原為死亡之推定；法律以經過一定時間為要件，而

此以其期間最後終止之時推定爲死亡之時。與法定經過一定期間之法意相符。在理論上自屬允當。惟有事實之反證而仍以推定之時爲其死亡之時。則顯與事實相背。亦非應採之態度。故同項但書明示：「但有反証者，不在此限」。例如民國二十六年八月十四日之上海大世界慘案，死亡逾千，血肉模糊，莫可辨別，以致生死不明者千百人。如有反証，能證明失蹤人于慘案發生時身臨其境，雖宣告死亡須俟法定期間之屆滿。而死亡之時，則應以慘案發生之時日爲准。而不應以三年之期間屆滿時爲其死亡之時日。惟此所謂之反證，乃以反證證明失蹤者有于某一時日死亡之最大可能。非明確證實其死亡于何時。緣明確證實其人之已故。則生死已明而爲自然之死亡，即不得爲宣告死亡之標的矣。

推定死亡之時日，我民法之規定如此，至于二人以上同時遇難，其死亡之時有無先後，或認爲同時死亡。古代羅馬法於二人同時遇難，原則推定爲同時死亡。但如係父子，若子爲未成年人，則以子先于父死亡；子爲成年人，則推定爲後死。近代立法或不設明文規定，或則推定爲同時死亡。我民法從同後者之例于第十一條明示「二人以上同時遇難，不能証明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡」。此項規定，不採羅馬法之分別規定，在理論上，實與第九條第二項之規定相一致。緣依第九條第二項之規定，以法定期間屆滿日終止之時爲死亡

之時；二人既同時遇難，其起算點既同，其終止之時之屆至，自亦相同。乃理論上之自然結果。

D. 宣告死亡之效力 宣告死亡其效力不及于在他地尙屬生存之被宣告人；若其人而生還，則須以訴主張撤銷宣告死亡之判決，而後得回復其原來之法律關係。但撤銷宣告之訴判決前，其新成立之法律關係，亦不因宣告死亡之判決尙未撤銷而有影響。蓋宣告死亡制度，其目的非以駁奪被宣告人之私權爲目的，已見前述。至于原來法律關係之回復，須待撤銷宣告之判決者，則以宣告死亡之判決之拘束力，非經撤銷，不得消滅故也。至于宣告死亡之判決，究對於一般之法律關係發生效力，抑僅對於一定之法律關係發生效力。學說不一，有謂其效力僅及于財產權，而不及于關係身份之權利者，此爲法國學者通說。緣法國民法不採宣告死亡制度而僅爲失蹤之宣告（廿三）。宣告失蹤與宣告死亡之效力自不能同視，故此說說明我現行民法，顯非可取。有以爲宣告死亡之效力原則及于一般之法律關係，惟婚姻關係不在此限；須配偶再婚始認其婚姻關係爲消滅。此爲德國學者本于德民一三四八條所爲之解釋，我國學者有從同此說，以解釋現行民法者，胡次威氏即其例也（廿四）。有以爲宣告死亡之效力及于一切法律關係而無所差異，此爲日本及我國多數之通說亦從同。至于胡次威

先生之持論以爲如依通說「……則其人一旦歸還，非再行結婚不能爲婚姻關係之繼續」（廿五）

此種論據，蓋未嘗注意及于民事訴訟法撤銷宣告死亡判決之效力，而引起之誤解；依民事訴訟法第六三六條「撤銷宣告死亡之判決，不問對於何人均有效力，但判決確定前之善意行爲不受影響」。據此而言，撤銷宣告死亡判決之效力，原採回復原狀主義，其因善意行爲而致不能回復者，不在此限；婚姻關係與一般法律關係無別，一切法律關係因宣告死亡而歸于消滅或移轉者，因撤銷宣告死亡之判決，不待更爲一定之行爲而回復原狀；婚姻關係之回復，自亦不待再行結婚。胡次威先生之立論，實有未當。故予從通說認爲宣告死亡對於一切法律關係均生效力。若因失蹤人復歸而撤銷宣告者，則除因善意行爲而致不能回復者外，則一律回復，此爲撤銷宣告死亡判決之當然效力，原不待另爲法律行爲也。

E. 失蹤人宣告死亡前財產之管理 宣告死亡依民法規定，須經一定之期間，最短期間亦須三年以上；于此期間之內，失蹤人既未宣告爲死亡，其權利義務，即在不確定狀態之中，其身份上之關係，原則爲專屬之權利，除因宣告死亡而使之歸于消滅外，不必爲過渡之規定。至于財產上之權利，因失蹤人之失蹤，而致使用受益管理均因之而停頓，失蹤人之法益無論矣，第三人亦不免蒙其損害，故法律明示「失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管

理，依非訟事件法之規定」。非訟事件法尙未頒行，其內容雖無從隱斷，但既曰管理，則不外依法定順序或法院指定或命其親屬會議選定管理人，而管理之範圍，則不外保存其財產，了結現務，收取債務，清償債權，以免失蹤人與第三人受無益之損害耳。

參考法令

〔民法〕第八條「失蹤人失蹤滿十年後法院得因利害關係人之聲請爲死亡之宣告」失蹤人爲滿七十歲以上者得于失蹤滿五年後爲死亡之宣告」失蹤人爲遭遇特別災難者得于失蹤滿三年後爲死亡之宣告」第九條「受死亡宣告者以判決內所確定死亡之時推定其爲死亡」前項死亡之時應爲前條各項所定期間最後日終止之時但有反證者不在此限」第十條「失蹤人失蹤後未受死亡宣告前其財產之管理依非訟事件法之規定」第十一條「二人以上同時遇難者推定其爲同時死亡」

〔關係法條〕民事訴訟法第六二一條至六三六條。

〔十八〕民事訴訟法第六三二條後段。

〔十九〕全上，第六三六條第二項。

〔二十〕民事訴訟法第九編（人事訴訟程序）第四章宣告死亡程序。

〔廿一〕民訴（民事訴訟法下做此）第六三一條以下。

〔廿二〕自由心證乃對法定證據而言，法定證據者，苟其證據合于法定要件即視爲真正。而自由心證乃法院對

于調查之結果認定其爲真實可信而採用爲心證者也。

(廿三) 法國民法第一二二至一三八條

(廿四) 謝氏前揭，第七五頁。

(廿五) 全上

### 第三目 行爲能力 Capacity for Acts-in-the-law or Disposing Capacity,

A. 行爲能力之意義 行爲能力者，行爲人之法律行爲得依其本旨以發生法律上效力之能力也。自然人自其出生以迄死亡均有權利能力，已如前述。而行爲能力之享有，則非始於出生終于死亡。蓋以前者乃爲權利義務主體之資格，近代思潮尊重個人之權利，而以人人平等爲法律上之一大原則；故人人均有權利能力。而後者，則爲使行爲人得依其自己之意思所爲之法律行爲發生權利義務之得喪變更之能力；權利義務之得喪變更影響及于行爲人之利益者至深且鉅，若使意志未定精神耗弱之人，亦一律享有行爲能力，而以其自己之意思所爲之行爲，發生法律上之效力危險實深；故法律爲保護意志未定精神耗弱之人，或完全否定其有行爲能力，(廿六)或限制的與以行爲能力，(廿七)惟對於已成年，而未經宣告禁治產者，與以完全之行爲能力。(廿八)。與權利能力之爲人人始於出生終于死亡，而普遍享有者，顯不相同。

B. 成年與行為能力 行為能力之享有，既非如權利能力之始于出生終于死亡，而為人所自始享有。是行為能力之有無，自應有一定準則。雖法律之否定或限制未成年入及禁治產人之行為能力，乃以保護智能之發達及精神狀態尙欠健全者之利益為目的。但智能精神至如何程度，始得謂為健全，頗難得適當之標準；同時個人因教育程度，健康情形，對於其智能之發達，及其精神狀態，均有相當之影響，而難期其一致。若純以智能精神為有無行為能力之標準，雖與立法之本旨相符合，然不便至甚。此各國立法，咸以一定年齡之屆滿為成年；而以成年為享有行為能力之要件。惟各國因其民族之不同，環境之各異，關於成年之年齡，互不一致；有以十八歲為成年者，有以二十歲為成年者，亦有以二十一歲甚至二十五歲為成年者。我現行民法則以滿二十歲為成年。乃本于中央政治會議第一八六次會議議決之民法總則編立法原則審查案，所為之規定（三二），依原案（胡漢民林森孫科所提出之民法總則編立法原則第五項之說明：「成年期限，世界各國不同，然多數定為二十一歲。我國人生理上發育較歐洲人為早，故擬定為二十歲」云云。依各國法例，其最早有定為十八歲者，最遲有定為二十五歲者，而二十一歲則為多數之法例（三三）。至于我國之以滿二十歲為成年雖為中央政治會議議決之民法總則編立法原則審查案所定，但前此民律新舊草案（三三）均以滿二十歲為成

年（三四），此爲我國採滿二十歲爲成年之源淵所自也。在民法頒行以前，前大理院嘗一度以滿二十歲爲成年（二年上字五八號）；後以于法無據，變更判例而以十六歲爲成年；是蓋以現行律（大清律在民法頒行以前暫准援用部份，稱現行律）以十六歲成丁之說爲依據。十六歲成丁，固爲我國之舊制，惟成年過早，亦非所宜，斟酌而以二十歲爲成年，實無可議。

C. 成年制度之緩衝 成年制度，在各國法制雖均以一定年齡之屆滿爲要件。但因個人之環境、秉賦、教育均不一律，而一律使之非屬法定成年年齡不得有行爲能力，亦不免有削足適履之弊。故各國民法均有成年之緩衝制度。其方式不一，（a）有採宣告成年制者；即未成人滿一定之年齡，經監護法院以判決宣告爲成年，德國民法之制度也（三五）。（b）有採自治產制者，即未成人經其父母或親屬會議經一定之程序宣告爲自治產人，法國民法之制度也（三六）。（c）有採結婚成年制者，即未成人，已結婚者有行爲能力。（d）有兼採結婚成年制，及宣告成年制者；瑞士民法及土耳其民法是也（三七）。我國民法則採結婚成年制。民法第十三條第三項明示：「未成人人之已結婚者，有行爲能力」，以爲成年制度之緩衝。時論非之。咸以爲我國有早婚之習，採結婚成年制，不免使智能尚未發達至相當程度者，亦享行爲能力，實違法律保護智能未達一定程度者之本旨。雖我民法對於適婚年齡，有相當之

限制(三八)；但違背適婚年齡之限制，而結婚者，不過依法得撤銷其婚姻而已；初非無效(三九)。而婚姻之撤銷，依法亦非溯及的生效(四〇)，則是未至適婚年齡而結婚者，均須視為成年。即使其婚姻而經撤銷，比照司法院二十年院字第四六八號解釋而言(四一)亦不因其撤銷而有礙其為成年人，影響其依法已取得之行為能力。加之近年實況，早婚惡習，在文化發達之區，已逐漸淘汰；在蔽塞之區，則仍然盛行，教育程度愈高者，結婚愈晚。而智能愈下者，結婚每早。是探此制度，不過使智能程度欠發達者，有因提早成年享有行為能力，而蒙不測損害之虞。其智能發達而晚婚者，則非滿二十歲不能成年，此時論之所以非難結婚成年制；而或主張我國應採宣告成年制，以為成年之緩衝也(四二)。愚意：成年制度，在民法上為享有行為能力之準則，原應以智能程度為標準，各國民法所以以年齡為標準，乃所以濟智識程度難得客觀標準之窮耳。故愚主張成年之緩衝，除採宣告成年制外，應設教育程度之標準。凡教育程度已達一定水準者，自必能處理其自己之事務。未成年而完成高等教育者有之，未成年而應國家考試服公務者有之，同寅何景岑十九歲及格高等考試任江蘇上海第一特區地方法院推事，此不過一例耳；未成年而完成高等教育，而服公務其智能發達，已顯非成年之普通人可擬，法律仍使為限制行為能力人，殊無謂也。故愚意法律應設專

條使完成中等教育之未成年人有爲能力。緣依我國國情，一般成年人之智識程度，與完成中等教育者較尙多不及也。

D. 禁治產人無行爲能力 依現行民法成年人有行爲能力，未成年之已結婚者亦有行爲能力，然此僅原則亦不無例外；即已成年或已結婚而宣告禁治產者，依法亦無行爲能力。禁治產制度，乃所以保護精神病人之利益所爲之規定。禁治產乃對於心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己事務者，法院得因其本人配偶或最近親屬二人之聲請宣告之（四三）。宣告禁治產之立法意旨，一則以保護被宣告人之利益，一則以保護相對人之利益；緣法律行爲之有效要件，除行爲人有行爲能力外，尙須行爲人有辨別是非之意思能力。行爲人而在心神喪失，精神耗弱狀態之下，其法律行爲即爲「無意識或精神錯亂中之所爲」，自不能生法律上之效果，而依法應歸于無效（四四）。其相對人而信之爲有效，實足以致不測之損害。同時其本人亦足以招致不利于己之結果，此法律所以有禁治產制度也。惟心神喪失，精神耗弱有爲一時的，有爲繼續的；其暫時之心神喪失，精神耗弱，在此情形之下所爲之法律行爲，有民法第七十五條後段之規定，足資救濟。故一時的心神喪失，精神耗弱，尙不得爲禁治產之原因。必也達于不能處理自己事務之程度。然不必永久在此種狀態之下，即時愈時發，而

間隔的有此種情形，亦足爲禁治產之原因。至于禁治產之宣告，除有上述原因外，尚須經依法有聲請權人之聲請。而後得由法院宣告之。其聲請權依法爲本人或配偶或最近親屬二人得行使之。法院之宣告禁治產亦如宣告死亡須依民事訴訟法第九編，（人事訴訟程序）之第三章（禁治產事件程序）第五九三至六二〇條之特別程序爲之。禁治產之聲請，或准或否法院應依證據爲基礎，惟對於禁治產之宣告或駁回，則以裁定爲之（四五）。其以裁定宣告禁治產者不得爲抗告；其以聲請爲無理由而駁回者則得爲抗告（四六）。緣禁制產于宣告後其原因不存在者依民法第十四條第三項，「應撤銷其宣告」；同時，民事訴訟法第六〇五條第二項明示以宣告禁制產之裁定爲不當者，得提起撤銷禁治產宣告之訴。其六一五條則明示「…於禁治產之原因消滅後，得聲請撤銷禁治產。」此所以對於宣告禁治產之裁定不許抗告也。至于民訴第六〇五條第二項所謂撤銷宣告禁止產之訴，乃以禁止產之原因自始不存在，其禁治產之聲請根本不當，故以訴主張之。六一五條所規定之情形，則爲禁治產人，原有禁治產之原因，而其後不存在者；如精神病人，其後全愈者是；故仍以聲請爲之。而法院對於撤銷宣告禁治產之訴，則以判決爲之裁判；而對於撤銷宣告禁治產之聲請，則以裁定爲之。撤銷宣告禁治產之判決及裁定，實質上其效力雖同；而形式上之程序，則顯有分別，此爲民事訴

訟法之問題，茲不詳述。

宣告禁治產之效力，使禁治產人喪失行爲能力；而與未滿七歲之未成年人同。民法第十五條明示：「禁治產人無行爲能力」。無行爲能力人，完全無爲法律行爲之能力。故禁治人應置監護人，爲其法定代理人，以處理其法益。其監護人之設置，及監護人與禁治產人之關係；則依民法第四編（親屬編）第四章（監護）第二節之規定，（民法第一一〇至一一三條）容後詳述；茲不復贅。

于此有一問題。卽未成年人得否宣告禁治產？學者論著鮮有述及。依予所信，成年人及滿七歲之未成年人均得宣告禁治產。蓋有行爲能力人因宣告禁治產而喪失其行爲能力，滿七歲之未成年人，依法有限制行爲能力，既有心神喪失，精神耗弱之情形；自亦得爲宣告禁治產，而使之爲無行爲能力人。至于未滿七歲之未成年人，原爲無行爲能力人，爲之宣告禁治產，卽無實益可言。同時天真之孩提，亦無從判斷其究否有無心神喪失，或精神耗弱之情事也。

E. 行爲能力之態樣 依現行民法，行爲能力之態樣採三級制度：（1）有行爲能力，（2）無行爲能力，（3）限制行爲能力，原則均以年齡爲標準。滿二十歲之成年人，有行爲能力。

未滿七歲之未成年入，無行為能力。滿七歲之未成年入，則有限制行為能力，其因結婚而有行為能力，或因禁治產之宣告，而喪失行為能力，則屬例外；以其以特定事實為原因也。有行為能力人，其法律行為原則為有效（其例外而無效者容後說明）；無行為能力人，其法律行為須由其法定代理人代為之（四七）。其自己所為之法律行為無效，初不因法定代理人之同意，或于自己享有行為能力後之追認，而生法律上之效力。均無詳為說明之必要，惟限制行為能力人之法律行為，非如有行為能力人之所為原則為有效；亦非如無行為能力人之所為當然為無效。法律既詳其規定學說上自亦應詳為說明。

a. 限制行為能力人之法定代理人，得代為法律行為。民法第七十六條明示：「無行為能力人，由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示」。第七十七條前段云：「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。」似限制行為能力人之法定代理人，與無行為能力人之法定代理人，權限有所不同。但核之實際，此僅許限制行為能力人得經其法定代理人之同意，自為行為而已；限制行為能力人之法定代理人，與無行為能力人之代理權，則初無二致。在法定範圍內（四八）均有代為意思表示或代受意思表示之權限。

b. 限制行為能力人，單方行為以外之法律行為，須得其法定代理人之同意，或于成年

後自行承認其所爲之法律行爲者始生法律上之效力。所謂同意，在法律用語上有允許及承認之別。事前之同意謂之允許。事後之同意，則謂之承認。法定代理人之代爲意思表示，代爲意思表示。是爲法定代理人之代理權。而法定代理人之同意權，則爲法定代理人之能力補充權。因限制行爲能力人之行爲能力，與無行爲能力人不同；亦與有完全行爲能力者有異；法定代理人之同意，乃所以補充限制行爲能力人能力上之欠缺也。限制行爲能力人在未成年以前所爲之行爲其能力雖有欠缺成年之後其能力即屬完整；故法律亦認限制行爲能力人于限制原因消滅後（四九）自行承認其所定之契約（謂在限制行爲期間內所定之契約），與法定代理人之同意有同一之效力（五〇）。此則以限制行爲能力人，在限制原因消滅後爲有完全行爲能力之人；許其自行補正其因能力欠缺而效力未定之契約行爲。于保護限制行爲能力人之立法意旨無違，而對於其相對人則甚便也。

所謂允許及承認，其性質爲同意權，爲形成權；所謂形成權者；謂有同意權人，得以自己之意思，發生法律關係之變動。再允許或承認，均爲法律行爲。而法律未規定一定之方式；故非要式行爲。允許及承認，僅須有同意權之人表示其意思，而不待他方之承認即生效力，故又爲法律行爲中之單方行爲。再允許或承認，應向何人爲之，法律未特爲規定，解釋

上在法定代理人所爲之允許或承認，向限制行爲能力人或限制行爲能力人對之爲法律行爲之相對人爲表示均無不可。而限制行爲能力人于限制原因消滅後自行承認其契約行爲者，則應向相對人爲承認之表示。

限制行爲能力人，未經其法定代理人允許，所訂立之契約究否生效？在不確定狀態之下，其相對人實處于不利益之地位。法律爲保護相對人計，與以催告權及撤回權。依民法第八十條明示：其「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」。其限制行爲能力人限制原因消滅後，而未自行承認其所定之契約者，其相對人亦得定期催告確答是否承認。此爲民法第八十一條第二項明文所示；是爲相對人之催告權。經過所定期間，而未得確答者；則視爲拒絕承認（五）。同時法律亦許相對人于其契約未經承認前，得撤回之。所謂撤回與撤銷不同；撤銷乃對於已生效之法律行爲因一定瑕疵之存在爲原因而撤銷之。至于撤回，乃對於未生效力之法律行爲撤回而阻止其發生效力也。限制行爲能力人，未經其法定代理人之同意，所定立之契約；在經承認以前，雖其契約已經成立，而限制行爲能力人之行爲則因能力須待補充，尙未發生法律上之效力，其契約之拘束力，即未發生；故得撤回。所謂撤回，亦爲單方之意思表示，而撤回權之性質，亦爲形成權之一種。相對人既

享有撤回權，一經表示撤回之意思，其契約即不得更行生效，亦不待言。惟相對人于定約當時已知其未經允許者，則喪失其撤回權。此爲民法第八十二條但書所明示。蓋以相對人于定約之初，既知其未得允許，而仍定契約，非有巧取利益之意思；即屬自願負擔法律關係不確定之不利。法律自無加以保護而使享有撤回權之必要也。

c. 限制行爲能力人之單方法律行爲（我民法用語爲單獨行爲（五二））必須先經法定代理人之允許。法律行爲，學者分析之爲單方行爲，契約行爲及協同行爲（其詳見後）。單方行爲，原則爲增加義務之行爲。依法理而言，個人單方之意思，不能使他人負擔義務。故單方行爲，通常爲負擔義務或減削權利之行爲；如設定負擔之票據行爲，及拋棄權利之免除債務行爲均是。民法爲保護限制行爲能力人之利益，于第七十八條明示：「未得法定代理人之允許，所爲之單獨行爲無效」。此以事前之允許爲要件；若未先經法定代理人之允許，縱事後法定代理人與以追認的承認；或限制行爲能力人于限制原因消滅後自行承認，亦不能使之生效。因無效之行爲，不能因事後之補正而生法律上之效力。張正學師曹士彬師嘗曰：「無效行爲，如已死之產兒，任何名醫亦不能使其復生，故在法律上當然無效。」（二二）（五三）。不過事前之允許，及事後之承認，僅有時間上之差異，主張其未得事前之允許者，應負舉證

之責自不待言。

d. 限制行為能力人于法定範圍內對於特定之事項，得不必經法定代理人之同意。限制行為能力人之法律行為，原則雖須經其法定代理人爲之補充意思。但限制行為能力人究與無行為能力人不同。對於自己之事務，非完全不能處分。故法律特示例外，許限制行為能力人于一定範圍內有完全之行為能力。(一)其法律行為，係純受利益者。(二)依其年齡或身分爲日常生活所必需者其行為即無須得法定代理人之同意。例如無條件接受贈與，純受利益之法律行為也；至于所謂年齡身分，年齡之長幼其足以影響及于日常生活之需要，無待詳言。而所謂身分，我國爲民主國家，自無貴族庶民問題，亦非指親屬法上之身分，故此所謂之身分，顯與身分權之身分有所不同。在解釋上，蓋指經濟狀況及社會地位 *Station of life and social status* 而言。緣生活上之必要，應依年齡及經濟狀況社會地位而有所不同也。至其行為是否以直接關係日常生活必需之事項之行為爲限；抑得兼及間接關係日常生活之行為；例如向學校繳納學費，其行為直接與日常生活所必需之事項有關；而向人借貸，以繳學費，其借貸行為則爲間接關係日常生活必須之事項。在解釋上應均包括。而所謂必需，則應以客觀之標準定之，亦不待言。上述純受利益之事項，依保護限制行為能力人之意旨自不必加以限

制；至所謂依年齡及生活所必需者，爲限制行爲能力人生活上之便利；亦不應加以限制，而一一須經法定代理人之同意。此民法第七十七條但書之立法理由也。

e. 法定代理人概括的允許限制行爲能力人，對於一定之財產或營業有處分或經營之權者，其行爲不必一一經法定代理人之同意。限制行爲能力人之行爲，原則應由其法定代理人各別的予以同意，以補充其意思之欠缺。緣民法使限制行爲能力人之行爲須得法定代理人之同意，目的在使限制行爲能力人之行爲須經其法定代理人審核是否可行，以免受不當行爲所招致之損害。故以由法定代理人就個別事項一一予以同意爲原則。若使法定代理人，概括的予以同意，而任限制行爲能力人對於一切行爲均有處分之自由，此種允許，有違立法之本旨，且與民法第七十七條前段之強行規定（五四）相背。自不得解爲有效。但事實上若限制行爲能力之一切行爲，均須得法定人之同意，亦有不便，而徒增煩擾。故民法第八十四條明云「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」。此其規定，僅許限制行爲能力人之法定代理人就一定之財產許限制行爲能力人自行處分。非許其法定代理人漫無限制允許限制行爲能力人自爲財產上之一切行爲也。至于允許處分之財產，雖無法定之範圍，若法定代理人爲限制行爲能力人之父母，而許其子女對於其特有財產（五五）

或父母所給與之財產，自由處分，自無問題。反之若為監護人時，如其裁量不當，有背民法第一一〇條第二項之注意義務，則須負相當之責任。就一定之財產，許限制行為能力人自行處分者，限制行為能力人關於其財產依法即有處分之能力。所謂處分，乃包括使用，受益，管理，保存，及一切處分行爲而言。而處分行爲，亦不限于雙方行爲之法律行爲，單方行爲在解釋上，亦在其處分行爲範圍之內。八十四條之規定，對七十七條前段，及七十八條所示之通則而言，爲特別之性質，依特別法優先之原則，特別自有排斥通則之效力。亦爲學者所應注意。

限制行為能力人而獨立營業，乃社會上之普通現象，惟此所謂之營業，不限于商業；緣法學上所謂之商業，通常指商人通例第一條所列舉之營業而言（五六）。民法第八十五條僅曰營業，而未指定爲商業，解釋上自不宜限于商業；工業，農業以及其他營業，均包括焉。再所謂獨立營業，乃指自爲營業之主體而獨立經營之謂。若限制行為能力人不自爲營業主體，而爲他人經營，如經理人或商業使用人，則限制行為能力人，即居于代理人之地位。依我民法爲他人之代理人，原不問其行爲能力，是否受有限制（五七）。自無須經法定代理人之允。限制行為能力人僅自爲營業主體，而不自行經營，則限制行為能力人之權利能力，原

無欠缺；亦無須法定代理人之允許，而後得爲營業主體。故此所謂獨立營業者，非指限制行爲能力人，單純的爲營業主體；且指限制行爲能力人自行經營，自爲意思表示，自受意思表示，而對外直接爲營業行爲也。法定代理人既許其獨立營業，自有許其對於所經營之營業，有爲一切行爲之意思，民法第八十五條之規定，蓋本于此。至于所謂關於其營業之行爲，護見亦以爲包括單方行爲，嘗于賤著商法講義上册詳論之（五八）可參看也。

限制行爲能力經法定代理人之允許，而獨立營業者，仍不失爲限制行爲能力人，其營業行爲，雖可不必一一須經其法定代理人之同意而後生效，其營業行爲則仍屬法定代理人監許權範圍以內之事項。故限制行爲能力人而不勝任者，民法于第八十五條第二項明示；「法定代理人得將其允許撤銷或限制之」。所謂「撤銷」者，撤銷其允許之全部，而與未爲允許者同。「限制」，則爲部份的撤銷其允許；限制行爲能力人僅依其限制範圍以內有局部的獨立營業之能力。惟于此有應特別予以說明者。本項所謂之「撤銷」，乃撤去其原來允許之意，在解釋上，其撤銷或限制僅得向將來生效，而不得解爲允許之撤銷，亦有溯及的效力，而使其允許自始失效（五九）。乃一般學者之通說（六〇）。撤銷或限制之效力雖僅向後發生，然允許自撤銷或限制後，限制行爲能力人對於其營業即不復有營業上之能力。第三人不知

其已經撤銷或限制者，仍以限制行為能力人為對手而為營業上之行為，往往因之而受不測之損害，故學者或主張允許之撤銷或限制，不得對抗善意第三人（六一）。他國法例及舊商人通例則以明文規定，須經一定之公示程序（六二）。我民法既未規定須經一定之公示程序，解釋上為求交易之安全，自以解為不得對抗善意第三人為宜。惟自立法論而言，為保護第三人計，似以採登記公示主義為得計也。

f. 限制行為能力人以詐術使人誤信其有行為能力或已經法定代理允許者其行為之效力  
限制行為能力人未經法定代理人之允許，所為之行為通常須經承認而後生效，已如前述。但如限制行為能力人以詐術使人誤信為有行為能力人，或已得法定代理人之允許者，為保護相對人計，其法律行為依法視為有效。此蓋以限制行為能力之立法意旨，乃所以保護未成年人之利益，若限制行為能力人以詐術使人誤信為已成年或已得法定代理人之允許者。即無保護之必要，此民法第八十三條所以視為有效也。視為有效者，即視其行為能力為無欠缺，而以之為有效也。

#### 參考法令

〔民法〕第十二條「滿二十歲為成年」。第十三條「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

行爲能力」。〔未成年人已結婚者，有行爲能力〕。第十四條「對於心神喪失，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〕。第十五條「禁治產人無行爲能力」。第七十五條「無行爲能力人之意思表示無效」。第七十六條「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」。第七十七條「限制行爲能力人所爲意思表示及所受意思表示，應得法定代理人之允許；但純獲法律上之利益或依其年齡及身份日常生活所必須者不在此限」。第七十八條「限制行爲能力人未得法定代理人之允許，所爲之單獨行爲無效」。第七十九條「限制行爲能力人未經法定代理人之允許所訂立之契約，須經法定代理人承認始生效力」。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」。〔于前項期限內法定代理人不爲確答者視爲拒絕承認〕。第八十一條「限制行爲能力人于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之效力」。第八十二條「限制行爲能力人所訂立之契約未經承認前相對人得撤回之。但訂立契約時知其未得允許者，不在此限」。第八十三條「限制行爲能力人用詐術使人誤信爲有行爲能力，或已得法定代理人之允許者，其法律行爲爲有效」。第八十四條「法定代理人允許限制行爲能力人處分之財產，限制行爲能力人就該財產有處分之能力」。第八十五條「法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者限制行爲能力人關於其營業有行爲能力」。〔限制行爲能力人就其營業有不勝任之情形時得將其允許撤銷或限制之〕。

〔關係法令〕 一，民事訴訟法第九編第三章第五九三條至六二〇條關於禁治產事件程序之規定。二，舊商人通例第二章第四至七條關於商人能力之規定。

(二六) 民法第十三條第一項及第十五條未滿七歲之未成年人及禁治產人無行爲能力。

(二七) 民法第十三條第二項「滿七歲以上之未成年人有限制行為能力」。

(二八) 民法第十三條第一二兩項之反對解釋及第三項。

(二九) 民法第七十八條「限制為能力人未得法定代理人之允許所為之單獨行為無效」。而票據行為則為單獨行為。

(三十) 胡次威先生云「行為能力者行為能發生法律上一定效力之能力（資格或地位）也」。見胡氏前揭第七

九頁。陳寬生先生云「行為能力者人之行為于法律上發生一定效力之資格也；自最狹義言之則為法律行為能力」見陳氏前揭第五一頁。黃毅馨先生云「行為能力為能生法律上效果之行為能力也」。見黃

右昌民法要義（民國十六年六月京華印書局印行）第六十五頁。

(三一) 民法總則編立法原則審察案第五款「足二十歲為成年」。

(三二) 蘇俄以十八歲為成年乃最早之例，丹麥智利以二十五歲為成年乃最晚之例，而大多數之法律比，法，德，英，意，葡及美之若干州均以二十一歲為成年。

(三三) 舊草案一稱第一次民法草案（簡稱一草）於遜清光緒三十三年起開始籌備，至宣統三年竣事，定名大

清民法草案，分五編計千五百六十九條。新草案一稱第二次民法草案（簡稱二草）為前北京政府修訂法律館所起草，于壬子左右着手，至十四年因法權調查會議開會而提早完成，是為我國之第二次民法草案，定名新民法草案，分五編，凡千五百十四條。

(三四) 一草第十條「滿二十歲者為成年人」。二草第九條「足二十歲為成年」。

(三五) 德民第三條第一項。

(三六) 法民第四七六條。

(三七) 瑞民第十四條，第十五條。土民第十一及十二條。

(三八) 民法九八〇條，「男未滿十八歲，女未十六歲不得結婚」。

(三九) 同上，九八九條。

(四〇) 同上，九九八條。

(四一) 「未成年之婦女已結婚者，有行為能力，不因夫之死亡（婚姻關係息滅）而隨之喪失。」云云。

(四二) 橫右昌先生民律要義卷一，總則編第六九頁。

(四三) 民法第一四條第一項。

(四四) 同上，第七五條後段。

(四五) 裁定為法院裁判之一種，裁判有依法應以判決為之者，亦有應以裁定為之者。

(四六) 抗告者，對於未確定之裁定，聲明不服之方法。與上訴同為不服裁判而請求上級法院對於原裁判予以

糾正之方法。惟抗告乃對於裁定為之。而上訴則對於判決為之。

(四七) 法定代理人者依法律而享有代理權之人也，無行為能人或限制行為人之法定代理人通常為其父母；其

無父母者，則為其監護人。禁治產人之法定代理人為禁治產人之監護人。又無行為能力人之法律行為

由其法定代理人為之。見民法第七六條。

(四八) 法定代理人之法定代理權乃法律所授與；其範圍應以法律所認許者為限。

(四九) 依我國民法僅滿七歲之未成年人為限制行為能力人，故所謂「限制原因消滅」乃指成年而言。

(五十) 民法第八一條第一項。

(五一) 視為拒絕承認，緣在法理上否認個人得以單方面之行為使他人負擔義務；法律雖賦予催告權人以催告權向有同意權人為催告，但法律不認受催告者有答覆之義務。因之適催告所附期限而未確答則視為拒絕承認。而不視為默認的同意。依首示說明法律上蓋無所謂默認。至於一般催告函件上或有書明不答即作默認云云者，實無法律上之根據，且與法理相背亦不能發生法律上之效力。

(五二) 單獨行為見民法第七十八條。惟單獨行為為易生誤解故學說上多用單方行為。予亦從同。

(五三) 羅禮合著 民法總則注釋第二七七頁。

(五四) 強行規定對任意規定而言；民法之規定依其性質得分析之為兩大類其必須遵守之強制規定及不得違反之禁止規定為有強行效力之規定曰強行規定。其或違或否悉本當事人之自由者曰任意規定。

(五五) 所謂特有財產見民法第一〇八七條。

(五六) 商人通例上所列舉之商業凡十七種。

(五七) 民法第一〇四條「代理人：不因其為限制行為能力人而受影響」。

(五八) 胡毓傑 商法講義 燕京大學政治學系油印本第一頁。

(五九) 撤銷而有溯及的效力則其允許自始失效，因之限制行為能力人之行為將一律因之而失其效力。

(六十) 參看胡氏(長濱)前揭第二四三頁, 史氏前揭第二九四頁, 張博合著前揭第一九五頁。陳氏前揭第二〇五頁。

(六一) 胡氏前揭第二四三頁。

(六二) 日本非訟事件法第一六八條舊商人通例第七條第二項「前項之撤銷或限制歷呈報註冊」註冊雖非公示但有使他人週知之可能。

### 第三目 意思能力

意思能力者，辨別是非之能力也。行爲人有無辨別是非之能力，乃本據于其人之精神狀態，而與行爲能力之有無無關。有行爲能力之人，雖恒有意思能力，但有時則不免因精神之失常或酗酒泥醉而一時的無意思能力；無行爲能力人，則未必無意思能力，意思能力之有無，在法律行爲而言，足以影響法律行爲之效力，我民法第七十五條後段所云「雖非無行爲能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中所爲者，亦同（無效）」。即係關于意思能力之規定。惟行爲能力之有無，以法定條件已否具備爲要件，而意思能力之有無，則爲行爲人行爲當時隱存的精神狀態，判斷其時意識之有無，或精神之是否錯亂，則須以證據爲基礎。故學者或謂行爲能力，爲法定之能力。而意思能力，則爲事實上之能力。法律行爲既以意思表示

爲要件，故意思能力之欠缺其行爲應歸于無效。而侵權行爲依我民法在原則上以故意或過失爲要件，所謂故意比照刑法第十三條第一二兩項乃行爲人對於侵權行爲之事實，明知並有意使其發生或預見其發生而其發生並不違背其本意者之謂。至於過失之意義，比照同法第十四條則爲按其情節，應注意，並能注意，而不注意；或預見其能發生，而確信其不發生，乃終至發生者而言。則是侵權行爲之成立乃以認識其事實並有注意之能力爲要件。是亦以意思能力爲前提。此民法一八七條所以有「以有識別能力者爲限」之規定也。惟無過失賠償主義已爲民法所吸收，其賠償責任既不以故意或過失爲要件。自不以有無思能力能力爲前提。但此僅例外，原則上則仍以意思能力爲決定侵權行爲責任之要件。

#### 參考法條

〔民法〕第七十五條後段「…雖非無行爲能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中所爲者，亦同。」

#### 第四目 責任能力

責任能力，乃行爲人對於不法行爲引起之責任，負賠償義務之能力也。故學者或名之爲責任能力，又曰侵權行爲能力。依我民法在原則上人人均須對於其不法行爲負責，故人人均有責任能力與刑法上之責任能力之須達一定之任責年齡始對於其行爲負刑事責任者不同。

(六三)。與新舊民律草案之視未滿七歲之無行為能力人爲無責任能力者亦有不同(六四)；準此：若逕謂人之責任能力始于初生終于死亡，殆無不可。惟責任能力與權利能力亦有所不同。權利能力之享有，依法無任何條件，而責任能力原則則以行爲人于行爲時有意思能力者爲限。換言之，除依法不問其有無認識而須負無過失賠償責任者外；以行爲人對於其不法行爲須有認識爲要件。責任能力，蓋以意思能力爲前提也。

#### 參考條法

〔民法〕第一八四條「因故意或過失不法侵害他人之權利者負賠償責任」。

(六三) 刑法第十八條，「未滿十四歲人之行爲不罰」。

(六四) 「章第三十八條，二章第十四條第一項。」

### 第五目 人格權

人格權者，附麗于權利人本身之權利也。舉凡生命、身體、自由權均屬之。其重要性自遠過于身外之財產權，及對于他人之身份權；民法關於財產權之法律關係，有債編及物權編之規定；關於身份權之規定，則有親屬編；而關於人格權則無專編以規定其法律關係。良以人權天賦，雖僅爲近代之思潮；但在私法上人格權之不可侵性，則爲理所當然，不待明文規

定，而後得排除他人之侵害。故各國民法多不為規定。其間有規定者，如德國民法及遲遲民法典亦僅有關姓名權之規定（六五）。蘇俄民法典亦僅以規定禁止限制權利能力及行為能力之契約（六六）。我民法從同瑞士民法典及土耳其民法典之前例（六七）。除保護人格權之概括規定外，更以明文列舉權利能力行為能力及自由為不得拋棄之權利。而姓名權則另設專條于民法總則編中。

A. 關於人格權之概括規定 人格權為得對抗社會一般人之絕對權，不待法律之列舉規定而當然具有排他作用。此民法所以僅概括明示「人格權受侵害時得請求法院除去其侵害」（六八），與憲法上關於人權之保障，採列舉之方式者顯有不同。良以人民與國家在公法上之關係為權力服從關係，前者對於國家政令有服從之義務，而後者對於服從其法權之人民有支配之權力，從而國家對於人民之權力服從關係，非有憲法上之限制，原則應認國家有干涉之權利，而人民則有服從之義務。反之在私人之間其地位在原則上為對等的，非有法律之特別規定或當事人之特約，應否定個人有干涉他人之權利；同時亦無被干涉之義務。民法實不必為之列舉；此民法所以僅為概括之規定也。惟人格權之受侵害，通常非財產上之損失，我民法關於損害賠償，原則採回復原狀主義。人格權之內容為生命，身體，自由，及名譽貞操等權利。

咸非得以金錢爲計算者；故人格權而受侵害，除依法得主張排除侵害外，以法律有特別規定者爲限，始得請求損害賠償或慰撫金；此所謂之損害賠償，指有形損害之賠償，如醫藥殮葬扶養之費用是。而慰撫金則爲精神上所受無形損害之補償，故慰撫金之數額之計算，非如有形損害易求一定之標準。依前大理院八年上字七七號判決云：「判給撫慰金，自應審核各種情形。例如被害人之地位，家况，並加害人或其繼承人之地位資力，均應加以斟酌」云云。依民法關係條文人格權而受損害，得請求賠償者，有第十九條後段，關於姓名權之規定，第一九五條關於身體健康名譽或自由之規定，一九四條生命受侵害其家屬之損害賠償請求權，及九九九條九九九條一〇五六條之規定均是。

B. 姓名權之保護 姓名權爲個人使用其名字，以與他人相區別之權利也。史尚寬先生謂之爲「專用其名稱之權利」(六八)。但同一姓名爲事所恒有，殊不發生侵害姓名權之問題，謂之爲專用權，實有未當。至于民法第十九條所謂「姓名權受侵害者」乃指他人以不法之行爲，侵害其姓名，乃得請求法院除去其侵害；例如名張學良者不一其人，此僅爲偶然之同名，而無一定之目的，即不得謂之爲姓名權之侵害。必也意圖影射以遂一定之目的，如伶人而亦以梅蘭芳馬連良爲藝名，或雖無惡意未得本人之同意而使用社會週知之姓名，以爲商標

以遂其推銷之目的，亦可生侵害姓名權之問題。于此有應注意者數端。a. 姓名而經登記爲商標商號者，則爲商標權或商號權，而非此所謂之姓名權。商標權之侵害，除構成妨害商標專用權之民事責任外，並構成刑法妨害農工商罪章之罪刑。而商號權之影射，則以商人通例之第四章尙爲有效部份，自應依商人通例第二十條之規定以主張之。又商標權商號權均爲無體財產權，而非人格權。故商標商號雖用自然人之姓名，亦得移轉讓與。以其性質上爲財產權也。而姓名權原則不得爲讓與或繼承之標的，以其爲人格權也。但以姓名之使用權讓與他人爲商標者，數見不鮮，如名伶或電影明星收一定之代價，而使人得用其名字以爲商品之標幟者，不乏其例。然此爲姓名使用權之授受，而非姓名權本身（人格權）之授受，亦爲學者之所不可不知。b. 姓名權旣不能謂之爲專用權，他人而同一姓名，不得謂之爲姓名權之侵害。但如以惡意而使用他人之姓名，以名操賤業者，則構成姓名之侵害。c. 再所謂姓名不僅一般所謂之姓名，別字，藝名，甚至綽號均得對之主張姓名權。例如譚鑫培之綽號叫天，未嘗不得對之主張姓名權，但一般之綽號無與他人相區別之作用者，則不得對之主張姓名權。于此更有應注意者，如以侮辱之惡意，而以他人之姓名名其犬馬，或于社會小說中以音譯影射他人姓名，則爲名譽之妨害，而非姓名權之侵害，亦可斷言。

姓名權既附麗于本人，與其人格相終始，原爲人格權之一部，而法律另設專條，學者不免非議。但依民法第十八條後段，人格權受侵害時除法律有特別規定者外，僅得排除他人之侵害，而不得主張損害賠償。第十九條之特設規定以保護姓名權，殆爲此也。胡次威先生謂民法一八四條第一項前段所謂「權利」不僅指財產權，言外之意謂姓名權亦包括于內。民法一八四條所謂之權利，誠包括人格權于內，惟第十八條第二項則明示人格權受侵害時「以有特別規定者爲限，得請求損害賠償，或慰撫金」。自不能僅據民法一八四條之概括規定，而主張損害賠償。且關於人格權之生命身體健康名譽及自由之損害賠償民法第一九二，一九三，一九四，一九五等條均有特別規定，而姓名權不與焉；以此而解釋民法第十九條對於姓名權特設規定之原因，要無不當。胡次威先生之謬論未敢從同；不過就立法技術而言愚見則從同胡氏。以爲第十九條之規定應刪，而關於姓名權受侵害時主張損害賠償之根據，則不妨列入民法第一九五條即鮮重複之弊矣。

C. 能力與自由之保護 人格權之保護，法律賦與以排除不當侵犯之作用，而人格權之自由權及能力，不但須排斥他人之侵犯，且須禁止個人以自己之意思拋棄之。良以自由與能力，乃個人人格之表現，若喪失自由或能力，其人在法律上之地位，即顯有減損；故法律對

于自由及能力之處分，特設禁止規定。其第十六條明示「權利能力及行為能力不得拋棄」。而十七條則明示「自由不得拋棄」。依此規定，則拋棄自由或能力之表示，即根本不能生效。至于自由及能力得否以自己之法律行為加以限制；按自由與能力不同，能力為享有權利負擔義務或使其行為發生法律上之效力之資格。而此種資格之享有，乃本于法律之強行規定，自不徒不許個人拋棄，且不許個人加以限制。緣部份的對於行為能力或權利能力加以限制，例如婚姻能力或享有財產權之能力之限制均不免有礙于公共秩序及善良風俗；至于自由固不許拋棄，而自由之部份限制，則非一律為法律所不許。緣債之標的為相對人之作為或不作為，是債之關係多少均不免于限制當事人一造或雙方之自由。故以法律行為限制自己之自由，在原則上非法律之所禁，惟限制自由，而有背公序良俗，則非法律之所許。所謂公序良俗，其概念固非一成不變；但約言之，關於身份上及精神之自由原則不許加以限制。例如婚姻自由，信仰自由，而以契約限制，自屬有背公序良俗。此外經濟上之自由雖得加以限制，如其限制有害個人經濟上之發展者，亦非現代法律之所許，例如同業競爭之限制，法律之所許也。但如其限制而及于一切商業之經營，則不免有礙個人及社會經濟之發展。其限制自不應有效。

## 參考法條

「民法」第十六條「權利能力及行為能力不得拋棄。」第十七條「自由不得拋棄。」自由之限制以不背于公共秩序或善良風俗者為限。」第十八條「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為限，得請求損害賠償或慰勞金。」第十九條「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。」

(六五) 德國民法典第十二條，暹羅民法典第四二條。

(六六) 蘇俄民法典第十條。

(六七) 瑞民法典二七至三〇條。土民法二二至二六條。

(六八) 民法第十八條。

(六九) 德民法前揭第一四頁。

## 第六目 住所

住所之英文為 *Domicil* 其語源則出自拉丁文之 *Domus*, *Domus*, *Domus*。我第一次民律草案稱之為住址，第二次民律草案因之(七〇)，現行民法以住址之語意與通信處所易致混淆乃易之為住所。住所者謂吾人法律生活本據之場所也。人類生活，必憑藉一定之場所，在法律上遂視一定之場所，與吾人或一定之行為有相當之關係；惟因吾人之生活，不囿于單一之場所，而各個場所因吾人居留之久暫，目的及意思之不同，以及所發生事故之不一律，其與吾

人之關係，亦不一致。吾人戶籍之所在，是爲本籍地。出生之場所，是爲出生地；本籍地及出生地，雖生公法上之關係，而與民法無與。自無詳爲說明之必要。至于一定場所與行爲之關係，如締約地，清償地等場所與行爲之關係雖爲民法上之問題，但其詳則俟關係章節與以說明。于此應行說明者，惟私法上場所與人之關係而已。在私法上場所與人之關係；約言之，得分別之爲 a. 所在地，b. 居所，c. 營業所，及 d. 住所四種。所在地者吾人置身之場所也；居所者，一時滯留之場所也；營業所者，吾爲經營一定業務，而選定之場所所以爲營業上活動之中心之場所也；而住所者，則爲吾人以永久居住之意思，居住一定之地域，乃吾人法律生活之中心，而且爲吾人一切法律生活之本據；與吾人之關係最深；故法律特設規定，以明吾人與場所之關係。住所既爲吾人法律生活之本據，不惟民法上之法律關係與住所有密切之關係。在民事訴訟法院之管轄，遑達之效力，原則上亦均以住所爲標準，依我法律適用條例（我國關於國際私法之法律）對於無國籍人及其本國內各地方法律不同者，且依住所決定其屬人法之適用。（七一）

住所之設定，依我民法其要件凡二：（一）須有永久居住之意思，學者謂之爲心素

*Animum Manenti* 及（二）須有居住一定區域內之事實，學者稱之爲體素，*Factum* 必此二

者俱備，始得謂其場所爲住所。住所之設定，除須有客觀的居住之事實，且須有主觀的設定住所之意思；則是選定住所或變更住所，自應以意思能力之存在爲前提。惟依民法第二十一條之規定而爲解釋，設定住所不徒須有意思能力，且須有完全之行為能力。選定住所既須具備完全之行為能力，從而無行為能力人及限制行為能力人依法即不能自行選定住所；故民法第二十一條以其法定代理人之住所爲住所。

至于住所之類別；依民法得分析之爲 a. 法定住所，b. 意定住所。法定住所乃依法律之規定而以他人之住所爲其住所，或以其居所視同住所者也。意定住所，乃有行為能力人，依其自由意志，而選定之住所也。意定之住所，既屬自由設定，故意定住所所以當事人有永久居住之意思（心素）及居住之事實（體素）爲要件。至于法定住所，既非自由選定，乃依法律之規定而當然發生自不必有永久居住之意思，且無須有居住之事實。例如未成年之子，以其父之住所爲住所，其父變更住所其子縱負笈住校，並未入新居一步，其住所亦不因其無居住之事實，而有影響。是可知民法第二十條所謂「以久住之意思，住于一定之地域者，即爲設定其住所于該地」，乃專指意定住所而言。故惟意定住所，以永久居住之意思之心素，及居住事實之體素爲要件。而法定住所則不必俱備上述之要件。此亦學者所不可不知。又法定住

所，在無行為能力人及限制行為能力人以其法定代理人之住所為住所。此蓋以無行為能力人及限制為能力人之法律生活，通常以其法定代理人為中心，故以其住所為住所。此外，妻以夫之住所為住所；而贅夫則以妻之住所為住所（七二）是則本于夫妻有同居之義務（七三）同居乃其常態，而分居則屬于例外也。此亦為法定之住所。

意定住所所以永久居住之意思及居住之事實為要件。惟所謂永久居住之意思，不必當事人有終身居住之意思，祇須其有不定期間居住之意思即足。若當事人于居住之初，即有在一定期間或不確定期間屆滿時，離去該地域之意思者，如受聘而任職某地，其居住期間恒以其任職期間為終始，不問其期間為久暫，或無一定之任期，其居住之期間既以任期相終始；即不得謂有不定期間居住之意思。即不因居住之期間延續至若干年以上而得視之為住所。反之，若其人有安居某地之意思，縱席未暇暖，即因事離去，亦不失為有永久居住之意思，而應以該地域為其住所。至于居住之事實，雖為意定住所設定之要件。但不必須經一定長度之期間。美國例案，嘗有人自西維爾基尼亞州 West Virginia，以久居之意思遷居本雪文尼州 Pennsylvania 遷居當日，因新居爐火設備未成，苦寒，復歸西維爾基尼亞州借居戚家，次日，其妻病，而不得不暫居戚家，至妻愈其本人即病死。其住所問題為決定遺產繼承應依何州法律

之先決條件；法院判決以本雪文尼州爲其住所，以爲已遷入新住所，雖僅作片刻停留，而居住之要件已備；自應以其新住所爲其住所。（七四）是可知居住之事實，初不須經一定長度之期間。

再依我國民法一人同時不得有二以上之住所而得無住所。與英美法不同。依英美法一人固不得同時有二以上之住所，且不得無住所。緣英美無通行國內之法典，地方法律，尤其屬人法之適用，通常以當事人之住所定之。當事人而無住所即使法律之適用發生重大困難。但英美之制度不同，英國分住所爲原始住所與傳來住所。出生時之法定住所爲原始住所，出生以後之住所不問其爲法定住所或意定住所，均爲傳來之住所。因遷移或其他原因而無住所時，則以其原始住所爲其人之住所（七五）。美國制度少異，凡人離去原住所而未取得新住所者其舊住所視爲存續（七六）。我國爲大陸法系國家，全國適用統一之法典，住所雖爲法律關係之中心及民事訴訟土地管轄之本據；然與國內法之適用問題無與，當事人而無住所，以居所代之，尙無不可。故依我民法「住所無可考者」，則以其居所視爲住所（七七）。同時住所之廢止亦不待新住所之取得祇須有廢止之意思及離去之事實即足（七八）。

住所之廢止，雖不待新住所之取得，然其要件亦有二：a. 廢止其住所之意思（心素），及

b. 離去其住所之事實(體素)。僅有離去之事實，不得謂之住所之廢止，緣暫時的離去住所乃事所恒有，自不能以暫時離去之事實謂之為住所之廢止。僅有廢止之意思，而事實仍居于原來住所者，亦不得謂之已廢止其住所。必也二者俱備，其住所始因之而消滅。惟于此有一問題，如有人因一定之事由，舉家離去其原來之住所而至他處；例如，因事變而西行，或因就職而舉家赴任，在原來住所亦無任何財產，惟其人則有子事後復歸之意思；在他處之居處亦僅為暫時之意思。其人之住所是否變更？依學理而言，其住所仍為原處。蓋住所 *Domicil* 與「家」*Home* 不同，住所乃個人與一特定地域之關係，初不必有特定門戶之存在；故無廢止住所之意思，而離去其住所者，其原來之住所仍為其住所(七九)。

依我民法得以居所代住所。視居所為住所者，依民法規定，其情形不一：a. 住所無可考者；b. 在中國無住所者；所謂在中國無住所，乃指其人外國雖有住所，而流寓或服務中國居處于中華民國國境以內，而未設定住所，其在中國之法律關係，若仍以其在外國之住所為中心，不便至深，故以其在中國之居住視為住所；惟依法(指法律適用條例)須適用住所地法者則不得以居所地代之；緣依國際私法(我國關於國際私法之法規曰法律適用條例)，關於屬人法 *Lex Personam* 之適用有時適用當事人之住所地法(八〇)，依國際私法之原旨，屬人

法之適用，原以中國法律不便適用於該當事人，若亦以在中國之居所視為住所，而適用中國法律，實與一般國際私法上之理論，及我法律適用條例之立法本旨相背也；e. 因特定行為而選定住所者，關於其行為視為住所（八），此指當事人因營業或特定行為而選定居所以為關於其行為或業務上之本據者而言，為當事人之便宜計，法律乃以其選定之居所為住所。

#### 參考法條

〔民法〕 第二十條「以久住之意思住于一定之地域者即為設定住所于該地。」一人同時不得有兩住所。」第二十一條「無行為能力人及限制行為能力人以其法定代理人之住所為住所。」第二十二條「遇有左列情形之一者其居所視為住所：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。」第二十三條「因特定行為選定居所者關於其行為視為住所。」第二十四條「以廢止之意思離去其住所者即為廢止其住所。」

（七十） 一草第四一條，二草第二一條。

（七一） 法律適用條例第二條第三兩項。

（七二） 民法一〇〇二條。

（七三） 民法一〇〇一條「夫妻互負同居之義務」

（註四） *White V. Tennant*, Supreme Court of Appeals of West Virginia, 1898, 82 W. Va. 760; 18 Am. St. Rep. 896.

(七五) 參看 *Dieny's Conflict of Laws*, 5th ed. pp. 75, 80-83

(七六) 參看 C. W. Goughn's *Selection of Cases and Materials on Conflict of Laws* pp. 33-34. In re

*Jones Estate*, (1921) 192 Iowa 87.

(七七) 民法第三十二條第一款。

(七八) 同上，第二十四條。

(七九) *Dacey* 前揭 pp. 70-71

(八〇) 全法七一。

(八一) 民法第二十三條。

## 第二節 法人

### 第一目 概說

A. 法人之意義及其作用 法人 *Juristic Person* or *Artificial Person* 者社會之組織體而依法律具有人格者也。法人與自然人同為法律上之人格者，乃各國法律之所從同。緣社會事物之經營，若完全以自然人為其主體，則不免人存事存，人亡則事業亦隨之而歸于消滅。故以人為中心之事業其存在也罕逾百年，同時大規模之事業，亦非個人精力資力之所能勝。社會事業無論矣；即以營利事業而言，人合之合夥，其範圍絕不能與資合之股份有限公司相比擬；緣

人合之合夥其合夥人必限于少數之友好，而公司之股東甚至推及世界不相間問之人；大規模之企業，非人合之合夥組織所得勝任者，而由公司經營，則屬輕而易舉；至于事業之延續，公司合夥亦顯有差別；公司不因股東之死亡退股而歸于消滅，合夥事業，則往往因合夥人之死亡退夥而致解散。我國民法雖未如法國法系國家以合夥人之死亡破產喪失能力為合夥解散之法定原因（八二），但合夥人之死亡破產或喪失行為能力恒影響其事業之存續，我國商業組織除有家族因素者外鮮有延續至百年以上者，徵結所在，蓋由于此。至若社會事業，更不宜以個人為主體，緣社會事業之基金而為私人之所有物，其事業廢續，往往為私人意志所左右，財團法人發達于歐美，歐美之教育機關慈善事業，歷數百年者比比皆是，北美建國，歷時百五十年，而私立著名學校有百年以上之歷史者，不勝枚舉。我國以二千年之古國，社會事業，有百年之歷史者，實乏其例。可知以個人為事業之中心，規模難求其廣，同時亦難求其永續而不衰。此法人制度，所以為我國法制所吸收而為必要之制度也。

B. 國家對於法人之政策 法人依法享有資格，故在法律上為權利義務之主體，除專屬自然人之權利義務外，法人均得享有或負擔之（八二）。法人既獨立享有權利負擔義務，而獨立于組織法人之自然人以外，以與社會發生多方面之法律關係。法人之設立自其事業之經營能

力而言，對於社會有百利而無一弊，但法人而為法律關係之主體，除社團法人中無限公司一類之團體組織，其社員亦與之對外負擔連帶責任外；財團法人及多數之社團法人，僅以法人之財產對於其債權人負責任；故法人之濫設，亦足以使社會蒙受不測之損害。此各國立法對於法人之設立，鮮採自由設立之放任主義；而多少加以相當之干涉。各國所採之制度，約言之，得分別為：a. 特許主義，探此主義者，法人之設立須經國家之特許，其中又得細則之為立法許可主義，及行政許可主義；b. 準則主義，即法律預定法人成立之要件，凡合于其要件之法人，無須經過特許，一經登記，即當然成立為法人；我國立法，關於營利法人原則採準則主義（八三）；而對於公益社團法人，及財團法人，則採行政許可主義；于其登記以前，須先經主管官署之許可（八四）。而法人之目的事業，有關國家民族之利益者，則採立法許可主義，如中央銀行條例，中國銀行條例之類是也。

C. 法人之本質 關於法人之本質，學說不一，有 a. 法人擬制說，b. 法人否認說，及 c. 法人實在說。a. 法人擬制說 *Fictitious Theory* 由來最古，為羅馬法上之觀念，因近代學者沙維尼 *Savigny* 等歷史學派之提倡而益光大，謂權利能力，惟享有意識能力之自然人應享有之。法人之權利能力，乃本于法律之擬制，故謂法人為擬制人 *Persona ficta*。此為意思主義派

Will Theory 學者之見解。以爲權利能力以意思爲本據，無意思者即無權利能力，法人雖與自然人同爲權利義務之主體，而依法享有權利能力，但法人自身並無意思，而須由自然人爲之補充意思，欲圓其說乃創設擬制之說，以解釋法人之權利能力。但權利能力，在法學上初不能謂以意思能力爲前提，胎兒精神病人及初生嬰兒，均不得謂有意思能力；然均有權利能力。法人縱無意思，要亦不非得爲權利能力之主體。且依此說法人爲權利主體由于擬制，于是法人之董事或職員之行爲，亦本于法律之擬制，而視爲法人之行爲，因之僅合法行爲得視爲法人之行爲，而違法行爲之侵權行爲，則不得視爲法人之行爲。緣法律所擬制之事項應不包括違法之事項也。準此立論，則法人無意思能力，雖有權利能力，亦本于法律所擬制。法人既無意思能力，因之法人即無以意思能力爲前提之侵權行爲能力。以此說而解釋我國民法顯有未當。緣民法第二十八條明示，法人亦有違法行爲之侵權行爲能力也。

b 法人否認說 此爲反對法人擬制說之學者，所持之議論，否認法人爲權利義務之主體。而以法人之權利義務爲另有所屬；而意見不一，約言之得分爲（一）管理人主體說 Representative Theory，法人之行爲由代表法人之管理人爲之，法人之權利義務，亦由其管理人代表組成法人之團體員享有或負擔之。依此見解，則公司合夥即無分別可言，已不足以

解釋我國民法與公司法分別規定合夥與公司爲不同之組織。再依此說而解釋社團法人尙無大謬，以之解釋財團法人則不免大謬，將不免視大學之基金爲校長之私產。自不足取。(一)受益人主體說，此說爲依耶令氏 *Heintz* 所首創，謂法人之權利義務，非屬於法人，而屬於依法律應享其利益之人，依此說而解釋營利法人之公司，謂其權利之歸屬爲其股東似尙可通，而法人之義務，在有限公司其股東于出資之外即不負擔額外之義務，而以之爲義務之歸宿，已顯非可信。至若財團法人，公益法人而謂其權利義務，非以法人爲主體，而以受益人爲主體，其與事實不符更無疑問。(二)無主財產說，謂法人之財產爲無主體之財產，其說之非可信無待詳言。

c. 法人實在說 *Theory of the Reality of Juristic Person* 此爲近代多數之學說導源于日耳曼種族法上之概念，德國學者基爾克氏 *Kierke* 提倡而發揮光大。依此派見解，法人有自決意思自爲行爲之能力，故法人爲權利義務之主體。此派大體復分別爲二派，曰有機體說，曰組織體說。有機體說，假借生物學之名稱，以闡明法人爲實在。視法人有其自身之意思，獨立于其組織份子以外，而爲法人之意思。故法人能自決意思自爲行爲，而自爲法律關係之主體。此派之見解，仍以意思爲中心，不免爲學者所非難。在組織體說，則謂法人之適于爲法

律關係之主體，不在于具有獨立之意思，而在于其有適于爲權利義務主體之組織，此說爲我國多數學者所從同。然組織體說，亦非絕對之論，良以非法人之團體，而有相同之組織者不乏其例，要不能僅謂具有適于爲權利義務主體之組織，即爲法人。

一孔之見，異于前人。而擬以社會上之需要，說明法人之本質。社會上大規模之企業，及公益事業，既有待于法人以爲其主體；已如前述。是法人制度，乃社會上之需要，同時爲求大規模企業之發展，開發富源，便利民生，及公共事業，公益事業之普遍經營，除由國家以行政上之活動實行以外；多數事業，尙有待人民之助成。此種事業既不適于以個人爲其主體。而須以法人爲其主體，始得有適當之發展。社會上既有以法人爲事業主體之需要，法律上自應賦予法人以權利義務主體之資格；使享有法律上之權利能力，以担当社會所需要之活動。法人權利能力之享有，實以社會需要爲其基礎，至于法人是否亦如自然人有行爲能力，及責任能力？法人非如自然人之有精神意志而自爲行爲乃不爭之事實。法人既爲多方面社會事業之主體，自必需有多面之活動，以實現其社會上之功能。法人不自爲行爲，而由爲法人機關之自然人代爲行爲。謂法人一如無行爲能力人之由其法定代理人代爲意思表示，代受意思表示，似無不便。然依代理之法理，不問其爲法定代理人或意定代理人，代理人之

行爲初非視爲法人之行爲，不過代理人之行爲，直接而對於本人生效而已（其詳見本編第四章第五節），故代理人僅能代理本人爲合法行爲之法律行爲。此外代理人之事實行爲及侵權行爲，則不屬於代理之範圍。在今日社會法理學盛行之際，受其益者負擔其危險之業務危險說已爲一般立法政策所接受；視法人爲無行爲能力者，而以法人機關爲法人之代理人，則其推論結果，必不免陷于法人擬制說之覆轍，而謂法人爲無責任能力者。在昔個人主義之意思主義盛行之際，侵權行爲責任亦以意思爲出發點，故有侵權責任個人化 Individualization of liability 之說；換言之，即負賠償責任者，應限于爲侵權行爲之人。但近代法理因社會立法之趨勢，除無過失賠償責任，已爲一般立法所接收；而侵權行爲責任，亦有有負擔能力者負其責任 the person best able to pay shall be made to pay 之傾向（八五），雇用人對於受僱人之行爲負侵權行爲責任，在學理上及實例上日見擴充，其明例也。爲法人執行機關之自然人，其行爲而侵害他人之權利，若視該行爲人爲代理人，在理論實不能視其行爲爲法人之行爲，而使法人亦負責任。法人而對於其執行機關之職務行爲，而侵害他人者，不負賠償責任。在社會立法之觀點而言，實不足以保護相對人之利益。緣在一般情形法人經濟上之負擔能力，恒較爲法人執行機關之自然人爲優越，現代法律即使法人對於其董事或職員，因執行職務所

加于他人之損害，與行爲人負連帶責任，法人與其職員原爲僱傭關係，其負責任與法人之有無行爲能力無與。而董事與法人之關係，則不能以僱傭關係視之。爲說明法人負責之根據，即牽涉及于法人之行爲能力，法人若無行爲能力，則董事居于法定代理人之地位，法定代理人之行爲，雖得對於本人（被代理者法律用語謂之本人）生效，但以代理權之範圍爲限。侵權行爲顯非代理權範圍之所及。據此立論，則法人即不應對於董事之侵權行爲負賠償責任。反之視法人爲有行爲能力，而以董事爲其代表，則其職務行爲，即視爲本人之行爲，如此則法人即應對於其董事職務範圍以內之侵權行爲負賠償責任；愚旣以社會需要爲解釋法人本質之基礎。在現行法上亦爲保護相對人，且無背于公平原則，而使法人對於其董事職務上侵權行爲負責，而視董事爲法人之代表（八〇），在解釋上自宜視法人爲有行爲能力。至于法人有無責任能力，依業務危險說之原理，且爲保護相對人之利益，亦有使之負侵權行爲責任之必要。若謂法人爲無責任能力，則一切業務上之危險，非以個人之故意或過失爲原因者，受害人將不免無所救濟之虞。即使其損害之發生，而由于法人之董事或職員之行爲者，若行爲人而無資力，受害人之損害賠償請求權，亦不免于有名無實。舉例以明，重工業上之危險，多數非由于人爲。重工業主體之法人，而無責任能力，則因此種業務上之危險而受損害者，即

無從請求損害賠償，此前者之例也。即使損害之發生，由于人爲，如氣車司機而傷害他人，依民法第一八八條，其僱用人原負責任，若謂法人無責任能力，則是自然人爲僱用人者，其受害人除行爲人外，得對於其僱用人請求賠償，而法人爲僱用人，則僅得對於行爲人爲損害賠償之請求。行爲人而無資力，即無從取得補償。且工業上之危險受損害者，通常爲服役之勞工；而一般之受損害者，亦有補償其損害之必要；若謂法人爲無責任能力，將使大規模之企業，置身于其業務危險以外，而使受損害者負擔其危險，其非事理之所宜而有背于公平自不待言。是法人之應對於其業務上之危險，及其董事職員之職務行爲，而致他人受損害者負侵權行爲責任，亦爲現階段社會上之需要；則法律之以法人爲有責任能力，實亦事理之所應然。此愚之所以主張不意思之有無，自形而上之理論爲探討法人有無責任能力之本據，而以社會之需要，爲說明法人之本質及法人權利能力，行爲能力及責任能力之基礎，管見如此非敢立異以爲高也。

D. 法人之能力 民法上之能力計凡四種：曰 a. 權利能力，b. 行爲能力，c. 意思能力及 d. 責任能力。法人究否有此能力及其能力之範圍何如？理論上之根據已略如前述，茲再就民法之規定，而略爲說明如次：

a. 法人于法令限制內享有權利能力 此爲法人與自然人之權利能力不同之點，專屬自然人之權利義務，如親屬上之權利義務，依其性質自非法人所得享有，是不待言。即非專屬自然人之權利義務，法人亦惟于法律限制內得享有或負擔之（八六）；良以自然人之權利能力生而自來，法律不過予以承認而已。至于法人之權利能力，則爲法律所授與；其權利能力自應受相當之限制，而僅于法律限制內有權利能力。例如股份有限公司，不得收買本公司之股份，且不得爲他公司之無限責任股東，（八七）其明例也。此種明示之限制，恆本于公益上之必要，再法律雖無一般之限制，但法人之設立，恆有一定之目的事業，其權利能力。自亦應以其目的事業爲範圍。

b. 法人之行爲能力 法人是否有行爲能力？在法律上雖無明文，而通說均以之爲有行爲能力。依愚見推論，亦有視法人爲有行爲能力之必要（已詳前述）。法人既視爲有行爲能力，然法人非有四肢百骸能自爲行爲，其行爲則須俟自然人代爲之；自然人而爲法人補充行爲者，在一般情形之下，厥爲董事及職員。董事及職員均爲法人之機關，惟所處之地位不同，董事爲法人之法定執行機關，法律明示爲法人之代表，代表在其職務範圍以內之行爲，視爲法人之行爲；故董事職務之行爲，依代表之理論，視爲法人之行爲。故其法律行爲侵權

行爲均爲法人之行爲。而使法人與其相對人直接發生法律上之關係。至于法人之職員，雖爲法人補充行爲，然其與法人之關係，則與董事不同；緣職員非法人之法定執行機關，而爲法人法定執行機關（董事）之補助機關（八八）。其與法人之關係，乃本于勞務契約與董事不同（按法人董事之關係本于法律及章程）；職員既本于勞務給付契約而執行職務；其職權之授與，實爲代理之性質。代理與代表，在法學上性質不同。代表之行爲即視爲本人之行爲，已如前述；而代理人之行爲，則非視爲本人之行爲，乃依法律之規定（民法一〇三條），而使其行爲直接對於本人生效而已。法人之職員與董事，雖均爲法人補充行爲之機關，而其法律上之關係則不相同，此亦學者所不可不辨。法人之法定執行機關，在平時爲法人之董事。在解散後清算終結前，則以清算人爲其法定執行機關（八九）。有時法人之監察機關，監察人，亦得依法律而得執行特定之職務；如公司法第一五一條，第一五八條，第一六二條監察人得代表公司委託會計師核對表冊簿據，及對於董事爲審判上或審判外一切行爲者是。準此，則法人之法定執機關，平時爲董事；在清算時爲清算人；在特定情形之下，則由監察人爲之。而補助法定執行機關，以執行職務者則爲職員。職員本于勞務給付契約之委任關係執行職務，對外僅得在其職務範圍內有代理權，而法人之法定執行機關，不問爲董事，爲監察人或清

算人，均爲法人之代表。

c. 法人之意思能力 法人究否有意思能力？爲學說上爭辯之中心，然法人均有爲之決定意思並表示于外部之代表機關（董事）；社團法人，且有特設之最高意思機關（社員總會），謂之爲有意思能力，要無不當。

d. 法人之責任能力 法人應有責任能力，已如前述。故民法第二十八條明示「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責任」。法人對於其董事職務內之侵權行爲，應負連帶責任，理論上之根據以董事爲法人之代表，代表之行爲，即視爲本人之行爲，因之董事職務內之行爲，不問其爲法律行爲，或侵權行爲，均視爲法人之行爲；此法人對之負連帶責任之本據也。至于職員，依法非法人之代表，不過本于勞務給付契約，而爲法人執行職務；職員與法人之關係，既本于勞務給付契約，職員實居于用人之地位，職員在職務範圍內所爲之法律行爲，本于代理之法理而對於法人生效，無待詳言。職員因執行職務而加損害于他人，其所以使法人負連帶責任者，理論上之根據厥爲 *Respondeat superior* 之原則。僱用人對於使用人之侵權行爲負責，在近代法理，日見擴充。我民法一八八條已充分表明其傾向，而首列法條（民法第二十八條）雖以同一條文，明示法人

對於其董事或職員職務內之侵權行為負連帶責任；但法理上之根據，則有不同。法人對於其董事職務內之侵權行為負責，以其爲法人之代表也（九〇）。法人對於其職員在職務範圍內之侵權行為負連帶責任，則以 *Respondent superior* 之理論爲根據；此爲學者所不可不辨。

法人對於其董事或職員之侵權行為負連帶責任其侵權行為，須爲職務內之行為；所謂職務內之行為，乃對職務外之行為而言。董事職務內之行為，應依民法或其他法令關於法人董事之規定（九一）及該法人之章程決之；而職員職務內與職務外之分野，則須視其與法人之關係，及其地位，以爲決定之標準（九二）。又于此有應注意者：1. 民法第二十八條之規定，其立法意旨不過明示法人對於其董事或職員之侵權行為亦負責任，而免解釋上之紛歧（九三）。對於職員各別之侵權行為究否負責，愚見以爲須合于民法第一八八條第一項及第二項之規定。○緣對於侵權行為而負賠償責任，以有過失爲原則；而無過失亦負賠償責任，則屬於例外。法人對於其職員在選任及監督其職務之執行，如已盡相當之注意，或縱加以注意，而仍不免發生損害者，依民法第一八八條第一項但書，法人亦應免負連帶責任。至于董事之侵權行為，依代表之理論，法人代表之行為即視爲法人之行為，故法人代表之過失即爲法人之過失，自不問過失之誰屬，而得逕使法人負連帶責任。至于法人與其職員之法律關係，顯屬僱用人

與受僱人之關係，其應適用民法第一八八條之規定，則屬當然。在例外情形，民法已確認無過失賠償責任，法人亦當然須負此種責任。惟依民法第一八八條第二項而言，僱用人對於受僱人之侵權行為無過失而負賠償責任，須備具相當之條件（九四）。法人無過失而負侵權行為責任時，自亦當然須備具民法一八八條第二項之條件。2. 再民法二十八條之規定不過明示法人對外之責任，至于法人與其董事或職員之內部關係，依一般之法理，董事或職員處理職務內之事項，均須負相當之注意責任；欠缺注意而致法人受損害者，原負賠償責任；且依民法第一八八條第三項之規定，法人因其董事或職員之侵權行為對於他人為賠償後，亦當然對於該行為人有求償權。3. 法人為賠償後，雖有求償權，此僅指過失在行為人者而言；若法人與有過失，或其董事或職員職務內之侵權行為，係本于法人之意思者（如本于總會決議而執行之事項），其求償權自亦因之而消滅或減免（九五）。

e. 法人能力之終始 法人之有權利能力行為能力意思能力及責任能力，與自然人同。惟法人與自然人究有不同，自然人之權利能力，始於出生，終於死亡。自然人之有行為能力，須滿一定之年齡；而有行為能力人以外，又有限制行為能力人及無行為能力人之區別。至其意思能力之有無，則以其人之精神狀態為標準。而法人則不然，法人之人格，為法律所

賦與，出生死亡，成年以及精神狀態種種問題，與法人無與；故法人雖與自然人同具上開之能力，惟其究否有無上開能力，則與自然人適用不同之法則。總括而言，法人之一切能力均始于成立，而終于清算終結。

法人能力之始期始于成立，法人之成立，依民法第二十五條，非依民法或其他法律不得成立，而其成立始期，以我民法探登記要件主義（九六），一切私法人之成立，均以登記為要件，故法人成立之始期，不始于法人之組織完備之時，而以登記完竣為成立之始期，法人之登記，須向主管官署為之，主管登記之官署，依民法總則施行法為法人住所地之法院（九七）。至于法人之活動（關於其目的事業之活動），通常雖因解散而終止，但法人對外之法律關係，于其解散之時，初未全部結束，以解散為法人之終期，亦有未便，故民法原則探假存續說，視解散後清算終結前之法人仍為存續（九八）。公司法則探同一人格說，視解散後清算終結前之公司，在清算範圍內為尚未解散（九九），準此而言民法與公司法所採之學說雖有不同，而其以清算終結為法人一切能力消滅之終期，則屬攸同。

f. 法人之住所 法人既有權利能力，而為法律關係之主體，其法律關係，自必須以一定之處所為中心，故法人亦有住所，法人之住所為其主事務所（一〇〇）。何謂主事務所，以願意

則以其法定執行機關董事會所在地爲主事務所，而非以其目的事業之中心爲住所。緣一般法人之法律關係之得變更更通常由爲法人代表之董事爲之，故原則應以董事會之所在地爲住所，而不問其目的事業究否在同一處所，例如中國銀行其營業所遍全國，而總管理處（卽其董事會所在地），則在上海，自應以上海爲其住所，惟如其法定執行機關之董事會，在中華民國國境以外者，則應以在中國之主事務所爲住所（一）。

E. 法人之機關 法人雖有人格，但法人究非能以自己之活動處理其事務，故法人恆賴以自然人組成之機關爲之處理事務。法人機關之組織因需要之不同，其組織之繁簡亦異，然得分之爲法定機關，及意定機關。法定機關者，依法律之規定，而不可缺之機關也。意定機關，則爲法人以章程或以契約自由設定之機關；意定機關，除監察機關外（二），恆爲補助法定執行機關，以執行一定職務者，是爲法人之職員。因法人目的事業之不同，及其範圍之有廣狹，而不一律；非法律所宜一一爲之規定。職員與法人之關係，本于勞務給付契約已如前述，本于勞務契約而爲法人執行職務者，因其地位之不同，而民法債編關於經理人又另設專節，故應依其職務之性質而分別之爲經理人及一般職員。民法關於經理人之規定，雖原則僅適用於營商業之法人（三），但其法則未嘗不得類推適用於營利法人以外之法人之設有經理人

者。此外之職員則應依民法債編關於委任及僱傭之規定決之。至于法人之法定機關依民法而言，執行機關之董事爲社團、財團共同應有之機關；而意思機關之社員總會，則爲社團所專有，因財團無社員，自無從有社員總會也。故民法規定于社團節中。法人于解散後清算終結前，除由董事負責清算者外（四），其清算事項既非由董事爲之，因之關於清算事項之執行，即非以董事爲執行機關，而以清算人爲法人之法定執行機關。至于監察機關各國法例有規定于民法總則而爲一般私法人之法定機關者（五）；我民法未與規定，雖特別法不乏關於監察機關之規定，而以之爲法人之法定機關者，公司法第四章第五節股份有限公司之監察人即明例也。一般之私法人雖依民法不必設立監察機關，但依其章程而設置監察機關，則非法律所不許。

法人之常設執行機關爲董事，法人于解散後清算終結前，除由董事爲清算人者外，其法定執行機關爲清算人。至于法人執行機關之補助機關（職員）以其非法定機關而爲意定之機關，因法人之目的事業及組織範圍而有不同，無從說明，茲僅就董事及清算人而略爲說明。

董事 董事乃法人之常設執行機關，在外部關係上爲法人之代表（六），其一切行爲對於法人均生效力；法人對於董事之代表權雖得加以限制，然不得抗善意第三人（七），故董事而

代表法人所爲之一切行爲，對外均使法人負責。至于內部關係上董事而逾越權限，或因故意過失而陷法人于不利益者，則董事對於法人事務之處理，亦屬本于委任 *Mandatation*，依委任之原則，受任人處理事務有相當之注意責任；因之董事與法人間在內部關係，如有逾越權限或因過失而陷法人與不利者，自應負賠償責任，惟賠償責任因有債無償而有分別，則爲民法第五四四條之所明示（八）。

董事之資格，我民法無明文規定，一般通說均以爲應以自然人爲限。至于其他資格，一任法人章程定之。董事之人數，民法亦無明文規定，解釋上一人或數人均可，惟以數人組織董事會者，原則上應爲奇數，以免表決上之困難。董事有數人時，其職務是否應由過半數以決議行使，或以其中之一人爲全體之代表，或每一董事均得單獨行使之，民法未如日本民法設有明文（九），解釋上當然以法人之章程爲準則。惟在外部關係上，則每一董事單獨代表法人所爲之意思表示及受意思表示者，縱違背法人章程上之限制原則亦應認爲有效。因民法第二十七條第三項明示，對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人，法人之章程而明定須經決議，或由二以上之董事或特定之董事（俗所謂之常務董事）始得爲法人之代表，在性質上實爲董事代表權之限制，自應解爲不得對抗善意第三人。但如第三人知其章程之內容，

而仍與之爲法律行爲則該第三人既明知其事實，即不得主張爲善意第三人矣（十）。

董事之職權，依民法之規定不外數端；a. 對外爲法人之代表，代爲意思表示及代受意思表示。b. 對內爲法人執行一切事務。代表雖與代理在法理上性質不同，但關於代表法律未設特別，自應準用關於代理之規定，已爲學者之通說。至于董事之責任，在內部關係前已詳言。在外部關係上，依代理之法理，代理人對於相對人原無法律上之責任，惟法人之財產，除無限公司外，原爲有限之資產。依債法之原則，債務人以其財產之全部爲債務之擔保，而對於債權人負債務責任；法人財產之狀況，惟其執行機關之董事知之甚詳，故法人之董事，于法人之財產不足清償債務時，應即聲請破產。若應爲破產之聲請，而不爲聲請，以致法人之債權人受損害者，其有過失之董事應負賠償責任（十一），是爲民法所示之特別。蓋以保護交易之安全爲目的，而特設之規定也。復次，董事既爲法人對內對外一切事務之執行機關，對於主管監督官署之監督行爲依法自應與以協助，其違反監督官署之命令，或妨礙其檢查者，是爲公義務之違反；以代表之理論而言，似違反公義務之責任亦應歸屬於法人；惟法人之董事事實上實居其咎，故民法第三十三條明示，由董事直接負責，而得由主管官署處以五百元以下之罰鍰。罰鍰爲行政罰之性質，乃公法性質之規定，民法規定于此爲便易之計耳；

在立法技術上，實有相當之問題，愚意此項規定，似不妨列入民法總則施行法中。

清算人 爲法人解散後清算終結前之執行機關，法人之清算，得由董事爲之。董事而執行清算事務，乃董事職務之行使，自不得目之爲清算人。法人解散後，依其章程或總會之決議另行選定清算人；其董事不自爲清算，又不能選定清算人時，則法院得因利害關係人之聲請指定清算人。清算人或由于選定或由于指定，均爲法人解散後清算終結前之法定執行機關，在清算範圍內對外代表法人。所謂清算範圍內之事項，約言之不過 a. 了結現務；d. 收取債權；清償債務；c. 有剩餘財產時，則以之移交與依法律或章程應得之人。

F. 對於法人之監督 法人之自由設立，有足以影響社會公益之虞，故民法不採放任主義，而對於公益社團及財團且採干涉主義；其設立必須經主管官署之許可，設立以後其業務之經營亦屬主管官署之監督；此所謂主管官署非法人登記之主管官署，乃法人目的事業所屬之主管行政官署，例如學校之監督官署爲教育行政官署，社會事業則屬於主管社會事業之內務行政官署；亦有因其目的事業爲二以上之官署所共同管轄，而受二以上官署之共同監督。故監督法人之主管機關，須依法人之目的事業而定其管轄。至于監督之方法，則不外 a. 檢查其財產狀況 b. 審核其業務之執行，有無違反受許可之條件，及其他法律之規定。所謂受許可

之條件，緣行政許可，為行政上之法律行為，許可與否依行政法一律以法律為準據，故設立許可恆須備具一定之法定要件。同時，行政許可在法律範圍內亦得附加相當之限制，故許可條件之遵守，為法人之義務；其有違背受許可之條件者，主管官署得撤銷其許可。(十二)許可為公益社團及財團設立之要件，許可一經撤銷，當然須歸于解散。

G. 法人之解散 法人之人格終于清算終結以後，而解散則為法人人格消滅之原因。至于法人之解散，則以因一定事由之發生為原因，得列舉如次：a. 法人章程而定有存續期間者，其期間之屆滿。但社團之章程，得依一定程序與以變更，其存續期間屆滿，亦得依變更章程之程序與以延續，因之章程所訂存續期間之屆至，雖為解散之原因，而非必須解散；b. 法人目的事業之完成，或不能完成；c. 章程所定其他解散事由之發生；d. 社團之社員僅餘一人時；e. 社團總會之解散決議；f. 法人與他法人之合併；上述解散事由，均為意定之解散原因。至于法定解散原因。約言之得分為下列數種：g. 受設立許可之法人經撤銷其許可者；h. 其許可附有終期而終期屆至者；但主管官署得延長之；i. 依民法第三十六條因法人之目的或行為違反法律及公序良俗者，法院經主管官署，檢察官或利害關係人之聲請，得宣告法人之解散；j. 法人之破產；k. 法令之變更，有時亦為法人解散之原因；例如交易所法之頒佈為上海市物

品交易所之解散原因者是。

法人因解散之原因發生而解散，法人之人格是否一經解散即歸于消滅；學說法例不一；有 a. 人格消滅說，以爲法人解散後，其人格即歸于消滅；其法人之財產，即爲社員所公共共有。此說不宜適用於財團。在社團之股份有限公司，適用上亦有困難。因解散後之法人，其財產而視爲社員所公共共有，即須以合夥之法理適用於解散後之法人。合夥與有限公司之責任不同，實不宜在解散後清算終結前，另用合夥之法理。b. 清算人格說，以爲解散後之法人：人格已歸于消滅，在清算範圍內，視其財產爲獨立之法人；此蓋以遺產財團之法理，(十三) 適用於解散後清算終結前之法人。c. 假存續說，認法人之人格雖因解散而應歸消滅，惟在清算範圍內，仍視爲存續，此爲民法所採之主義。故民法第四十條第二項明示「法人至清算終結止，在必要之範圍內，視爲存續」。d. 同一人格說，謂法人雖已解散，然必至清算終結時止，始歸于消滅，清算後清算終結前，法人之人格與未解散之法人同。此爲我公司法所採之原則，故公司法第五十二條「解散後之公司在清算中，於清算之範圍內，視爲尚未解散。」民法與公司法雖採不同之主義；但其視解散後清算中之法人，仍屬存續，則所攸同。以法理而言，公司法之採同一人格說，實較民法爲優，緣清算中之法人，仍以其名義行使權

利履行義務，在一般觀念上，固不因其一經解散，而視其人格與未解散前之人格為非同一。公司法探同一人格說，實與社會上一般之觀念相符，自較進步。

解散後之法人，在清算終結前，法律仍視為存續，以結束其應行結束之事項；此種事項之結束法律謂之為清算 Liquidation 屬於清算範圍之事項凡三種：a. 了結現務 b. 收取債權 c. 清償債務。負清算責任者，原則為董事，學者或稱之為法定清算人。例外得依章程或總會之決議另選清算人，學者稱之為選任清算人。其不能依上述方式產生清算人者，則法院得因聲請指定之；是曰指定清算人。清算範圍內之行爲，在法律學上謂之為清算行爲；清算行爲，不問法人目的事業之種類，均受法院之監督（十四）。良以清算行爲動徹關係私人之法益，此所以以法院為監督機關也；不過清算中之法人關於其目的事業，仍有相當之活動，其原來之主管監督官署，自亦仍得本于其他法令而以加監督，亦不待言。惟關係私權之事項，原則應屬于法院之監督，至于清算人而不勝任，亦僅法院得依職權與以解職（十五）。至于清算程序，民法未詳為規定，而明示準用公司法股份有限公司清算之規定（十六），其詳可參看公司法第二〇五條至二一四條茲不詳述。

清算人之產生已如前述，至于清算人之解任，依原則而言，產生清算人之機關應有解任

之職權。惟清算受法院之監督，故不問依何方式而產生之清算人，法院均得解除其職務；同時以清算行為影響于法人之權義者深，在社團法人準用公司法第二〇六條之規定，其清算人除由法院指定者外；得依總會之決議與以解任；同時法院亦得因社員十分之一以上之聲請，其設有監察機關者，其監察機關之聲請，得將清算人解任。

清算終結後，清算人應造具清算期內收支計算書，損益計算表，連同各項簿冊，提交有權審核之機關請求承認（十七），並應于清算終結日起，向法院為呈報，（十八）法人之清算程序即告結束，清算人之職務亦當然解除。至于清算人對于法人之責任，除有不正當行為者外，于有權審核之機關，承認以後，即歸于解除（十九）。清算完成，而法人仍有剩餘財產時，其財產之歸屬，除特別法另有規定者外，依法人之章程或其總會之決議，交付與應得之人，其章程無規定，又無總會之決議時，其剩餘財產應歸屬于法人所在地之地方自治團體（二〇）。緣法人之人格，既經清算完成即歸于消滅，即不復得為權利之主體，其剩餘財產即為無主財產，在近代多數法例均以國庫或地方自治團體，為無主財產之歸宿，我國民法則以為法人剩餘財產而無所歸屬者多為公益法人之財產（因營利法人之財產依公司法歸屬于其股東（二一），不生無所歸屬之問題），公益法人恒為地方之利益而存在，故于其解散後之剩餘財

產，以地方自治團體爲其歸屬。

### 參考法條

「民法」第二十五條「法人非依本法或其他法律之規定不得成立」。第二十六條「法人于法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。但專屬自然人之權利不在此限」。第二十七條「法人須設董事」。「董事就法人之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」。第二十八條「法人對於董事或職員因執行職務所加于他人之損害，與該行爲人連帶負責」。第二十九條「法人以其主事務所之所在地爲住所」。第三十條「法人非經向主管官署登記不得成立」。第三十一條「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爲變更之登記者，不得以其事項對抗第三人」。第三十二條「受設立許可之法人其業務屬于主管官署監督，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之規定」。第三十三條「受設立許可法人之董事不遵主管官署之命令或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰」。第三十四條「法人違反設立許可之條件者，主管官署得撤銷其許可」。第三十五條「法人之財產不能清償債務時董事應即向法院聲請破產」。第三十六條「法人之目的或其行爲有違反法律公共秩序善良風俗者，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求宣告解散」。第三十七條「法人解散後其財產之清算由董事爲之，但其章程有特別規定或總會另有決議者不在此限」。第三十八條「不能依前條規定定其清算人時法院得因利害關係人之聲請選任清算人」。第三十八條「清算人法院認爲有必要時得解除其任務」。第四十條「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爲存續」。第四十一條「清算之程序除本通則有規定者外（指民法總則第二章第二節第一款而言）準用股份有限公司清算之規定」。第四十二條「法人

之清算屬于法院監督法院得隨時爲監督上必要之檢查」。第四十三條「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」。第四十四條「法人解散後除清償債務外其賸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賸餘財產屬于法人住所地之地方自治團體」。

〔關係法令〕一，民法總則施行法第十條。二，公司法第五十二條，五十七條，五十八條，第六十條至第六十四條，六十七條及二百〇五條至二百十四條，

(八二) 法國民法第一八六五條關於合夥解散之原因列舉五款，其第三至第五款「合夥人之死亡」「合夥人之準死Civil death (準死制度爲法國民法之吞制于一八五四廢止) 或受禁治產及破產之宣告」「合夥人之一人或數人之退夥」(譯文以商務印書館編譯所民二漢譯法國六法爲根據而少加潤色以合于法律用語)

(八三) 參看公司法。

(八四) 民法第四十六條及第六十五條。

(八五) 參看 Prof. Morgan's Remedies Against The Crown Introduction chapter to G. E. Robinson's *Public Authority and Legal Liability* p. xxiv 及 R. Pound on *Liability* 及 *Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. IX, pp. 427-429.

(八六) 民法第二十七條第二項董事就一切事務對外代表法人。

(八七) 公司法第十一條前段。

(八八) 補助機關謂補助他機關以執行職務者之謂。

民法概論

(八九) 公司法第二〇七條「清算人于執行清算事務之範圍內。其權利義務與董事同」民法第四十一條明示準用公司法二〇七條之規定

(九〇) 全註八六。

(九一) 如公司法第一三八條至一五一條及其他關於董事之規定。

(九二) 法人之職員與法人之關係須依其與法人之契約定之。

(九三) 法人之有無權權行為能力乃學說上所聚訟之問題。

(九四) 依民法第一八八條第二項僱用人無過失而負賠償責任其條件凡二：1. 須被害人不能受賠償，2. 須斟酌僱用人與受害人之經濟狀況。

(九五) 法人之董事或職員本于法人之意思而為之執行職務則過失責任即與行為人無異自不能使行為人負責。

(九六) 關於法人之登記有登記要件主義及登記對抗主義之別；民法明示「法人非經登記不得成立。」乃以登記為成立之要件也。

(九七) 民法總則施行法第十條「法人之登記，其主管官署為該法人事務所在地之法院」

(九八) 民法第四十條第二項。

(九九) 公司法第五二條。

(一百) 民法第二十九條。

(一一) 比照民法總則施行法第十三條「外國法人在中國設事務所者」云云，可知對於外國法人之法律關係；

選以其在中國之事務所爲中心，而不問其究否爲主事務所。但外國法人在中國而有多數事務所者，如有主從關係，則仍應分別主從以定其住所。

(二) 除股份有限公司依公司法須設監察人外，在股份有限公司以外之法人則設監察人與否完全任諸章程之規定，故爲法人之任意機關。

(三) 民法債編關於經理人之規定雖明示適用於商號之經理人但此項規定得準用于非商業機關之經理人。

(四) 民法第二十七條。

(五) 如日本民法典。

(六) 民法第二十七條第二項。

(七) 全上第三項。

(八) 民法第五四四條第一項「受人人處理委任事務有過失或因逾越權限所致之損害對於委任人應負賠償之責，」第二項「委任爲無償者受人人僅就重大過失負過失責任。」

(九) 日民法第五十二條第二項。

(十) 善意第三人 *Mora-fida third person* 英美法謂之爲 *Ignorant third party* 指不知情之第三人而言。

(十一) 民法第三十五條。

(十二) 民法第三十四條。

(十三) 遺產財團指被繼承人死亡後遺產分割前，其遺產在法律上視爲財團而得爲權利義務之主體之謂。

(十四) 民法第四十二條。

(十五) 民法第三十九條。

(十六) 民法第四十四條。

(十七) 依公司法清算人應備具簿冊提交股東會與以承認。民法上之法人不僅社團故曰由有權承認之機關予以

承認，社團之總會及監督清算之法院均是。參看公司法第二一一條。

(十八) 民法準用公司法關於股份有限公司清算之規定，依公司法第二一四條準用全法第六十七條。

(十九) 公司法第二一一條第三項。

(二十) 民法第四十四條。

(二一) 公司法第六五及第二一〇條。

## 第二目 法人之種類

法人之種類自大體言之有公法人與私法人之別；a.公法人為權力之主體，依公法而對於其主管事務有支配他人或其團體員之權力。在法律範圍以內，其被支配之客體則有服從之義務。公法人為權力主體，乃公法人之特徵，與私法人之僅為權利主體，而非權力主體者不同。公法人在公法上，為權力之主體，在私法上亦為權利之主體。其享受權利負擔義務與私法人同。b.私法人者，依私法而組成之法人，與政治組織無與；而有一定之目的事業；僅為私

法上權利義務之主體；而無公法上之權力能力；不過在公法上則與自然人同爲權力之客體；而對於依公法享權力能力者；有服從之義務。茲分別詳爲說明如次：

壹公法人乃一切依公法而有權力能力之法人之總稱；分析言之，公法人又得分別之爲，  
a. 國家 b. 地方團體 c. 公法社團及 d. 營造物法人四種：

a. 國家是否爲法人？學者不免爭議；其主張否定國家爲法人者，以爲法人，乃依法律組成者；國家自身爲法律之所自出；其非法律所創造之法人實屬顯然。此種理論，雖近乎是，但實有未當。緣法人之須依法律組織，此爲一般法人取得人格之要件，以法人之組織必須合于一定之條件（法定要件），而後國家乃承認其人格，而後認許其成立。故國家以外之法人，除合法組織以外，更須進而履行一定之方式，以取得國家之承認。最普通之方式，厥爲請求登記。其關係公益之法人，且須經主管官署之許可。是可知國家以外之法人必須依法組織，乃取得國家承認之要件，是一般法人之人格，與其謂爲法律所創造，無寧謂爲國家所賦予。國家既得賦予其他法人以人格，國家自得創設其自己之人格，謂國家爲法人，已無問題。加以，所謂法人，乃依法律享有人格而得爲權利義務之主體者也；現代國家已不僅依公法而爲權力之主體，且在民事法律關係上爲權利義務之主體。國家而爲契約之當事人者，數見不

鮮，則是以國家爲法人更屬當然。

于此有一問題，國家既爲法人，其在民事法規上之能力，自與其他法人攸同。惟國家有無侵權行爲能力，則爲聚訟之中心。其舊派學者，本于「主權不能爲非」*Sovereign can do no wrong* 之觀念，以爲國家爲主權之主體；國家之行爲，自不能構成侵權行爲。或更以爲國權之活動，在法治國家，一律以法律爲本據，法律範圍以內之行爲，自無構成侵權行爲之可能。因之在往昔之法制，均以爲國家無侵權行爲能力。國家之行政行爲不當或違法侵害及于人民時；則由負責之官吏負其責任。現代英美法，在原則上仍視違法或不當之行政行爲爲官吏之所爲，而使官吏負其責任蓋本乎此。然在事實上，國家之行爲違法或不當者，既不乏其例，「主權者不能爲非」之觀念，既與事實不符，因之在十九世紀之末葉，法學上之觀念及制度均有相當之變動。然仍爲「主權不能爲非」之概念所左右，浸假而機關人格說遂乘時而起。雖仍持「主權不能爲非」之論調，但以爲不當或違法之行爲既爲國家機關之所爲，國家雖無侵權行爲能力；而其機關則有侵權行爲能力。于是在學說上視國家之機關爲法人，在法制上亦以國庫爲法人 *the Treasury* 而視爲享受權利負擔義務之主體。德國民法典即明示國庫與其他公法人亦對於其職員之侵權行爲負擔賠償責任(三三)。我舊民事訴訟法(二三)亦明示國庫受法院之管

轄，其他關係法令雖未明示國庫爲法人，但舊民事訴訟法既明定國庫之審判籍（二四），舊民事訴訟法關於法院之管轄探原從被主義（二五）；則是以國家爲被告之案件不得逕以國家爲被告，而以國庫爲被告。此其觀念，蓋仍以「主權不得爲非」之概念爲中心，而以機關人格說救濟其窮。視國家機關之國庫爲有人格者，而以之爲審判上及審判外一切權利義務之主體也。近年學說制度，又見革新，「主權不能爲非」之概念在學說上已受多數學者之攻擊，自一九一三法國學者狄驥 *Duguit* 氏之巨著公法之變遷 *Le transformation due droit Public* 問世以後，學說上已確認國家對於侵權行爲應負責任。繼狄驥氏而主張國家應負責任者，英美派學者牛津大學教授維諾葛羅道夫 *P. Vinogradoff*、倫敦大學教授毛根 *Prof. I. H. Morgan* 亦主張英國現制應予革新，而探帝國屬地與大利亞洲之制度；代表國家之英皇 *The Crown* 應受司法之管轄，且主張 *Respondent Superior* 之原則，應適用於英皇，而對於官吏職務內之侵權行爲應負責任。（二六）首次大戰結束，國家應負責任之理論，已自學說之提倡，進一步而規定于制定之法規。德國舊共和憲法一三一條明示：「國家或公法人對於公務員執行職務而加損于第三人者，應負賠償責任」我行政訴訟法首先確認國家之侵權行爲能力，于第二條明示「提起行政訴訟得附帶請求損害賠償；」爲國家負侵權行爲責任見于我

國法規之痛矢。殆至憲法起草，立法院于其最後議定之憲法草案第二十六條以明文規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者……，被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」。此爲我國在公法上確認國家負侵權責任之明證。至于在私法上國家有無侵權行爲能力，行政訴訟法上之規定雖不能當然適用（二七），然我國法制既明白否定「主權不能爲非」之概念，民法雖無國家負賠償責任之明文，但國家爲法人已爲學說及判例解釋所不爭（二八）。則是國家之有侵權行爲能力要無可疑。

再有進者，國家之機關雖非法人，但國家機關依法有訴訟上之當事人能力（二九）；國家而與人民有私法上之糾紛；不問國家起訴或被訴，均應以主管官署爲該訴訟行爲之當事人。最高法院十九年上字三一六號判例云：「國家所設之……機關，於法律上固非有獨立之人格，惟該……機關之官吏本有代理國家處理該機關私法上事務之權，故因該機關與私人間所生之私法上關係，得逕以該機關爲……當事人」。〔三〇〕

于此尚有應予說明者，國家機關之行爲視爲國家之行爲，須其機關權限授自國家，且須其機關本身無獨立之人格。若行政機關之權限，非授自國家，則不能視爲國家之行爲。自治之縣市，自治事項範圍內之權限，即非授自國家而爲自治範圍內之事項。自治之地方，在公

法上爲地團法人，有獨立之人格；因之地方自治機關之所爲，不應視爲國家之行爲，而爲該地團法人之行爲。依憲法草案縣市爲自治單位（三二）；惟縣長市長一方面爲自治官署，同時亦爲執行中央及省委辦事項（三三）之官署。故縣市一方面爲自治單位，同時又爲國家之行政區域。以自治單位而言，縣市爲地團法人，故縣市機關之所爲，因縣市在法律上有獨立之人格其行爲自不應視爲國家之所爲。自中央及省（三三）委辦之事項而言，則自治之縣市仍爲中央之行政區域，行政區域無獨立之人格，其行爲自應視爲國家之行爲，而歸屬於國家。再其他國營事業，多數爲營造物法人，如國有鐵路及中央銀行等是，亦有獨立之人格；而有獨立之權利能力。亦當然獨立享有權利負擔義務。但國營事業中亦不乏無獨立之人格者，如以公用局而兼營交通或電氣事業者是；此亦應予注意者也。

b. 地團法人 所謂地團法人，通常指地方自治區域，在自治事項範圍內，對於國家有相當獨立地位，故地團法人之自治機關，與國家行政機關在法律上之地位不同。地團法人，以一定之地域與居民爲構成份子；雖與國家相近似，但處于國權支配之下，爲自治權之主體。地團雖以團員（人）爲組成份子，與社團近似。但社員與社團其相互關係，與地團與居民間之關係不同。在前者其加入或退出，須經一定之手序；而後者則取決居住之事實，有居

住之事實，而合于法定要件者，即當然取得構成份子之資格。一經遷移，其資格即因之而喪失。

c. 公法上之社團法人 公法上之社團法人，亦以一定之社員組織而成，與民法之社團實相近似，但其目的則為國家所賦予，乃國家本于組織權所組織之團體，與民法上之社團為私人所自動組織者，有所不同。如農會工會律師公會之法定社團均是。

d. 營造物法人 營造物法人，公法上之財團法人也；即由設定者（國家或地團法人）本于特定之目的，提供財產而組成之法人；如中央銀行，及一切公用及公益事業而有獨立之人格者均是。

B. 私法上之法人 私法上之法人，依其目的事業而為分類，得分別之為：a. 營利法人，b. 公益法人。依其組織為分類之標準，得分析之為 a. 社團法人及 b. 財團法人。依我民法之規定，營利法人之設立不必經主管官署之許可；（三四）而公益法人則必需于登記前經主管官署之許可。準此，則營利法人之設定，蓋採準則主義，而公益法人，則于準則主義外，兼採行政許可主義。是蓋以以公益為目的之法人，若許其濫行設立，或不免無補于公益，而且有譬如教育機關之設立，以公益為目的者也，而野雞學校之濫設，于社會無補，且不免誤盡。

青年，其明例也。故對於公益法人之設立干涉較嚴，此外營利法人，既以營利爲目的，苟其所爲，無背于公序良俗，國家無干涉之必要。而公益法人，對於公共利益，動即影響；故亦有監督之必要。此民法第四十六條所以明示「以公益爲目的之社團，於登記前，應得主管官署之許可」。至于財團法人，既非以私人之利益爲目的，通常均爲公益法人，均須經許可（三五）而後可得設立，同法第三十二條，所謂「受設立許可之法人，其業務屬於主管官署監督」，蓋指公益法人之活動須受國家行政上之監督（三六）此爲區別營利法人與公益法人之實益。再私法上之法人，其成立有完全以民法或特定之特別法爲準則者，有兼採民法及其他特別法一種或數種以爲準據者，例如普通之營利法人，依公司法組織之。特種營利法人，則除公司法外，尚須依其他關係法規以爲設立之準據。如銀行之設立，須依公司法銀行法者是。私法上之法人，有依民法以爲組織之準據者，有以其他法令爲準據者。依民法第四十五條，營利法人之社團法人，其取得法人之資格，應依特別法之規定。緣以營利爲目的之社團通常爲商事公司，關於公司之規定，在民商法分立國家，以其爲關係商事組織之法令，多列爲商法之一部。我國雖採民商法統一主義，公司法在性質上爲民法之一部，惟以公司法之內容屬於程序上者不少，列入民法法典，在立法技術上，有相當困難；故列爲民法之特別法。營

利社團，雖不限于依公司法組織之。而依公司法組織或于公司法外乘依其他法律組織者，實佔多數。營利社團而非公司組織者，則佔絕對之少數，例如會員組織之交易所，其明例也。

(三七)

依法人之組織爲分類之標準得區別法人爲社團法人及財團法人。a. 社團法人乃人合之團體故英文謂之爲 *Comparations Aggregate* 而拉丁文則名之 *Universitatis Personam* 故以社員爲其組織份子。b. 財團法人則無須社員而以特定之財產爲其構成之要素，在英文爲 *Fundation* 拉丁文爲 *Universitatis bonorum* 茲分別社團財團而予以說明。

a. 社團 民法關於社團列爲法人節中之第二款，自第四十五條至第五十八條計十四條。社團爲人合之團體，在歐洲古代原則否認人民有集會結社之自由，故社團之發達遠在財團之後；至十八世紀法國革命以後集會結社之自由雖經承認，但其時在思想上以爲團體之組織足以減削個人之自由，故關於社團之立法在法國民法上僅承認其存在。至十九世紀末葉德國民法典始詳爲規定，蓋十九世紀以來產業革命以後，以切事業之經營有賴于社會組織體以爲其經營之主體。故關於社團之立法長足進展，亦爲進年之史實。此案姆教授所以謂法人爲文化之產物也（三八）。

民法上分社團爲營利社團，及公益社團。營利社團者以農工商業之經營爲目的之社團也。此種社團多數爲公司組織之團體，間亦有會員組織者，然佔絕對之少數。民法關於公司之組織，既讓諸公司法及其他法令，故關於營利社團，不爲規定；而僅于第四十五條明示，「以營利爲目的之社團，其取得法人之資格，依特別法之規定。」公益社團，乃以公益爲目的之事業之法人。公益法人依史尚寬先生之見解其積極之要件須以公益事業爲目的，其消極要件且須不以營利爲目的；故同時以公益及營利爲目的者，則仍應視爲營利社團。愚見則以爲仍應現爲公益社團（三九）。公益社團直接影響社會之利益，故民法探干涉主義，其設立之初，須經許可；設立之後，其業務亦受主管官署之監督。（四〇）再依學者之通說我民法雖僅分別營利社團及公益社團兩類。但除公益社團營利社團以外，尚有公益社團以外之非營利社團。史尚寬先生謂之爲中間社團（四一）。胡次威先生異說，以爲非營利社團，即爲公益社團，而無所謂中間社團（四二）。總之我國民法，在用語上既與德國民法之分社團爲有經濟目的之社團，與無經濟之社團者，用語不同。自不能強從德國民法之二分說。而應以我國民法之用語爲準。故予從史尚寬先生之見解，三分民法上之社團。承認于營利社團公益社團以外，有中間社團之存在。緣學說團體，如「中國比較法學會」，及社交團體，如同學會之類，

既非以公益爲目的；同時亦非以營利爲目的；在學說上既不能列之爲公益法人，且不能列爲營利法人。同時在實用上，此種社團，在設立登記之前，亦無強以應得主管官署許可之必要。此予之所以從同史尚寬先生。而採三分說也。於此有應釋明者，在現行法制上，學術團體及社交團之組織；雖須依修正民衆團體組織方案之規定，應經當地高級黨部予以許可，但此乃依黨務法令（特別法規），而須經黨務機關之許可，與民法第四十六條所謂于登記前應得主管官署之許可者，有顯然之區別。

至于社團之組織；以社團爲人合之團體，以社員爲其構成要件；社員之人數我民法無明文規定，在解釋上自無一定之限制，僅二人以上即可。若僅一人，則以社團在性質上爲人合之團體，自不得僅以一人成立團體。同時比照公司法無限公司之股東僅餘一人時，亦爲其法定之解散原因（四三）；社團自亦不能以一人而組織社團，同時在社員僅餘一人時，亦應解爲社團解散之原因。

社團之章程 社團之組織；必備組織之章程。章程所載之事項，依學理得分析之爲1. 必要記載之事項；及2. 任意事項。必要記載之事項，法定必須記載于章程之事項也。依民法第四十七條凡六款：一、目的，二、名稱，三、董事之任免，四、總會召集之條件程序及其

議決證明之方法，五、社員之出資，六、社員資格之取得與喪失。缺一于此其章程即非完備。至于任意記載之事項，則任諸自由。惟民法第五十條至五十八條所示社團與社員之關係爲強行規定，自不許以章程而有所變更。故任意事項雖無一定之內容，但與上開法條有出入者，即難認爲有效（四四）。至于社團章程之變更，其程序容後說明，而變更章程在一般社團必須爲變更章程之登記。其社團之設立須經許可者，其變更章程，且須經主管官署之許可。

**社團之登記** 社團之登記，得分別之爲1. 設立登記；2. 設立後之登記；又得分析之爲i. 補充登記，應登記之事項而未登記，其後加以補正，是謂補充登記；ii. 變更登記，已登記之事項，加以變更之後，而爲變更登記者之謂。3. 解散登記，社團解散後，以其解散事由向主管官署登記于之謂。我民法于社團之設立登記採登記成立主義，社團在未經登記前，固不認其爲成立。而設立登記之應行登記事項，依民法第四十八條第一項所列舉，計凡九款：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、應受許可者其許可之年月日；七、定有出資之方法者，其方法；八、限制董事代表權者，其限制；九、定有存立期間者其期間。上述應行登記之事項，自一至五款爲一切社團之法定必要事項。第六款爲公益社團必要事項；第七款至第九款則爲意定事項；其章程關於此種

事項，有特別規定者，應予登記。再民法對於法人之成立，雖探登記要件主義，至于應行登記之事項而未登記，不視為要件之欠缺。惟關於其事項不得對抗第三人，此為本法第三十一條所明示。所謂不得對抗第三人，而無善意與否之限制，即不得對抗一切第三人；是蓋探登記對抗主義；亦為學者所應注意。應登記之事項而未于設立時登記，得于事後為補正，是為補充登記。

主管法人登記之機關依民法總則施法第十條第一項為法人主事務所所在地之法院。法人之登記，為法院非訟事件範圍內之行政事務，乃專屬地方法院之職權；法人之設立登記，原則向其主事務所所在地之法院為登記；法人即為成立。民法第四十八條第二項，以為法人不惟以其主事務所為活動之中心，其設有分事務所者其分事務所，亦為法人法律關係之中心。故明示「社團之登記由其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」。然法人一經登記即為成立，若設有分事務所之社團，僅向主事務所所在地之法院為登記，而未向分事務所所在地之法院為登記者；解釋上不能否認其為已成立。至于已登記之事項有變更者，亦應為變更登記，始得對抗第三人，此亦第三十一條之所明示。

社團與社員 社員為社團成立之基礎社團之發起人固當然為社員。其他社員資格之取

得須經入社之程序，民法未示明文，一任章程之規定。社員對於社團，有社員權。社員權爲一種資格，乃社員與其所屬社團權利義務關係之總稱。至其定名所以僅稱社員權者，實爲十九世紀以來個人主義權利本位法制之遺跡。其性質則爲對於社團享有權利及負擔義務之資格，與權利能力相同。不過權利能力爲一般權利義務享有或負擔之資格。而社員權則爲社員對於社團享有權利或負擔義務之資格。故承認社員權爲特種之能力 *Capacity* 而非權利，與多數之見解異趣（四五）予既認社員權爲能力而非權利，故謂社員權爲一種資格；本于此種資格乃得對於社團享有權利或負擔義務，社員權之本身實非權利，亦非義務，不過爲社員與社團間權利義務關係之基礎耳。

社員與社團間權利義務關係之內容，得分別爲權利及義務而說明之如次：

社員之權利 社員之權利，依其性質得分析之爲共益權及非共益權。共益權者，爲完成社團之作用而參與社團事務之權利也。其內容凡四：1. 社員出席總會之權利；社團之總會以社員爲構成份子，同時社團之總會爲社員全體之組織故每一社員均有出席總會之權利。2. 社團總會之召集，原則爲其董事之職權，惟十分一以上之社員有請求其董事召集總會之權利，若董事于受請求後一個月內不爲召集，社員得經法院之許可，自行召集總會（四六）故請求

召集總會或自行召集總會，亦為社員之權利。3. 社員有參與總會之權利，故社員均有平等之表決權，此為民法第五十二條第二項所明示，學者解釋多謂社員之表決權均屬平等不因出資之多寡或其他情事而有異同（四七）；此其解釋蓋以社員之平等表決權，為每人一權也。但愚見以為所謂平等之意義，在解釋上不必囿于人數，須視其社團之組織，在性質上為人合之團體，抑為資合之團體。若為人合之團體，其表決權自以一人一權為標準，不以社員之有等差（如普通特別基本）而有差別；方合于民法之意旨。若為資合之團體而以出資為單位，計算其表決權，苟屬平等，亦與民法之意旨無違。實無膠柱鼓琴，在解釋上囿于以人為單位之見解，而謂一人一權方合于民法所謂平等之表決權也。緣以人數為計算表決權之單位，或以出資之數額為其計算之標準，均能適合法律上所謂平等之意旨。初不必限于每一社員僅一表決權方得謂之為平等。至于予之所以主張應別人合資合之標準者，因人合之團體，以人為惟一之要素，自必以人數為標準。而不得以其出資有所不同而表決權亦有差異。因人合團體之出資，乃費用負擔之性質（會費之性質為費用之負擔）；社團之費用，由社員負擔因納費之不一而分別為不同種類之社員者，所在多有，例如青年會。會員即以納費多寡分別會員為不同之等級，依此費用負擔性質之出資，為計算表決權之標準，實有未當，故予謂人合之團體，仍應

以人數計算其表決權。至若資合之團體，其出資既非費用負擔之性質，而爲社團目的事業經營之資金；在解釋上自應許以出資之數額，爲計算表決權之標準。社員對於總會之決議原不同意者，得以其決議違背法令或章程爲理由，聲請法院宣告其議決爲無效。是爲社員之共益權。至于非共益權之權利，乃社員個人對於社團所享之權利，民法于此未有特別規定，自應依其章程定之。

**社員之義務** 關於社員之義務，凡上述社員之共益權，在一方面爲社員之權利，同時亦爲社員對於社團之義務。此外出資之義務爲社員對於社團經濟上之負擔其詳法律讓諸章程。

社員權既爲一種資格而非權利，依一般能力之原則，有專屬性。至于社員權之消滅其法定原因，依民法第五十四條及第五十條第二項第四款所示，則不外下列二種。一、退社，二、開除。本于結社自由之理論，結社自由既爲法律所許可，退社自由，自亦應爲法律所保障。惟社團爲人合之團體，社團對於入社之社員，自得以章程加以限制。惟社團章程而限制退社自由，使入社之社員不能脫離其社團，則對於個人自由，妨礙至深，故民法第五十四條明示「社員得隨時退社」。但社員之退社自由，固應保障。惟社團于其事業進行中，而社員得

任意退社；對於社團亦有未便，故社團以章程限制退社須經過預告期間，或須在社團事務年度終了時始得退社者民法明示從其規定。不過章程限定須經預告期間者，其期間不得逾六個月（四八），若其章程上之預告期間逾六個月者，解釋上應解為縮短至六個月，而不得逕視為無效。至于社員之開除，則須備具正當之理由。且須由社團最高機關之總會以決議為之。

社團與社員之關係。雖因開除或退社而消滅；但社員與社團之間原則有財產上之權利義務關係。社員而退社或經開除，對於社團其他權利義務關係之以社員權為前提者，當然因社員權之消滅而消滅。至其財產請求權及出資之義務，是否因退社開除而消滅。依民法第五十五條所示，原則無財產請求權，惟非公益之社團，其章程另有訂定者，從其訂定。此外特別法尚有規定退社之社員與社團應行清算其財產上之關係者，如公司法第四十四條之規定，依特別法優先之原則，自應從其規定，是不待言。至于出資義務，雖亦以社員權為本據，惟退社或開除前應為之出資，乃社員對於社團所負之債務，社員與社團之債務，自不因社員權之消滅而消滅。

社團之機關 法人均須有執行機關以執行其事務，故關於法人執行機關（董事）之規定，民法列入法人節之第一款「通則」內。以其為財團社團所共同適用之規則也。社團特有

之機關則爲社員總會。社員總會爲社團之意思機關，爲決定社團一切重要事項之機關。故民法明示總會爲社團之最高機關（四九）。總會之組成份子爲社員全體，故社員均有參加總會之權利；但總會之開會不必以全體之出席爲必要而以一定人數之出席爲法定人數。同時社員對於總會之表決權，原則爲平等的；此爲一般社團總會組織之大致也。民法上之社團原則爲人合之團體，其總會之法定組織以出席人數定之，其決議亦以人數定之（五七），雖無可議，但社團未必均爲人合之團體，人合以外兼具資合之性質者，不乏其例。民法未如公司法之兼以出席人數及所代表出資之數額爲計算之標準。似限于以人數爲權數之標準。出資之數額則非所計。對於資合之社團，適用上似有未便。再表決權爲本于社員權之權利，社員權之性質，學者通說多認爲有專屬性。惟表決權之行使，民法雖未如公司法第一三〇條之明示「股東得委託代理人出席股東會」，在解釋上，亦應認爲得由代理人出席總會，並行使表決權。

總會之召集 社團總會之召集，在一般情形之下，由其董事爲之。以召集總會之原因而言，總會得分別爲定期總會，及臨時總會。定期總會，乃依社團之章程或法律之規定而召集之常會；我民法未規定總會是否須每年召集，而任諸章程之訂定；依民法而組織之社團，無必于一定期間內召集總會之必要。而臨時總會者，董事因特殊之事由發生，而召集者有之；

亦有由一定人數之社員之請求而召集者；民法規定以十分之一之社員爲請求召集臨時總會之法定人數；董事于受其請求後應于一個月內召集總會；若董事而不爲召集者，得由請求之社員經法院之許可召集之。（五一）

· 總會之權限 總會爲社團之最高機關，總會之權限應無限制；故我民法對於總會之權限，未爲相當之規定。惟于第五十條第二項列舉非董事或其他總會以外法人之機關所得處理之事項，爲專屬於總會之職權。其事項計凡四種：一、變更章程；二、任免董事；三、監督董事職務之執行；四、開除社員。其他事項，法律雖未明示，就總會爲最高機關一點而言，總會之權限，蓋無限制。

總會之決議 民法未規定總會集會之法定人數，當然取決于章程，而一般事項之表決，第五十二條第一項明示爲出席人數之過半數。惟特殊事項，依五十三條之規定變更章程之決議，其總會集會之法定人數爲全體社員之過半數，而表決通過則須四分之三以上之同意。但社團之組織龐大社員散處四方而不以一省一市爲單位之社團，其變更章程若必須以全體過半數之出席，每不可能。故法律亦許以「全體社員三分之二以上書面之同意」可決章程之變更，換言之，即得以集會以外之通信方式可決章程之變更；緣平時總會集會之法定人數，法

律無一定之限制，而以取決于法人之章程，其法定出席人數每因社團之性質及社員散處之情形而不一律。有定至十分之一爲法定人數者，亦有以區域爲單位而採間按代表制者，故一般總會之集會，非屬難能。而變更章程之總會，則以法律明示須「社員過半數之出席」，其總會之召集即非易易；故特明示得依集會以外之通信方式，爲變更章程之決議也。社團解散之決議，亦爲特別重要之事項；依我民法第五十七條此項決議亦須經全體社員三分之二以上之同意爲之。于此有一問題，第五十七條之規定：「社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之」。依文義而言，似本無解散之原因，而社團之總會得任意以全體社員三分之二以上之可決而解散之。若本有法定之解散原因，在解釋上自得不經社員之可決而解散之。至若僅有章程上之解散原因，而無法律上之解散原因者是否亦須經全體社員三分之二以上之可決，始得解散。愚意章程而有解散原因之規定，若其解散原因發生，其社團即應歸于解散；原不必經社員之可決。故愚見以爲第五十七條乃僅指無解散之原因而社員得以全體三分之二以上之同意，任意解散之。準此則章程定有解散之原因，其原因發生者，即無須經三分之二以上之可決。

c. 社團之解散 一般法人之解散原因亦均爲社團之解散原因，茲不詳述；此外民法尚

有關於社團解散之特別規定。一、社團得因全體社員三分之二以上之決議隨時解散。二、社團之事業無從依章程之規定進行時，法院得因利害關係人之聲請宣示其解散；此爲民法第五八條之規定。按此所謂之利害關係人在解釋上當然不限于其社員；而包括一切有利害關係之人。至于主管監督官署是否亦包括于內，愚意以爲主管監督官署在行政上雖有監督之權，而無宣告解散之權，比照民法第三十六條法人之目的或行爲違反法令或有背公序良俗者，主管監督官署亦須聲請法院宣告解散，準此：則主管監督官署，無自爲宣告解散之權，已屬顯然；社團而不能依章程進行其事務，主管監督官署認爲有宣告解散之必要者，自亦得依民法第五十八條聲請法院爲解散之宣告。

B. 財團 Fundation 者以特定事業之經營爲目的，而捐助一定財產，使享有獨立之人格以爲其目的事業之主體。故財團無所謂社員，而以一定之財產爲其構成要素。財團乃供一定目的事業之財產所組成，其財產之集合由于捐助行爲，因財產一經捐助，而爲財團之財產，即與其原來之所有人脫離關係，而爲財團之財產。其目的事業雖無一定之範圍，但財團之財產與其捐助人無與，故財團之目的事業，恒爲公益事業，而絕無以營利事業爲財團之目的者。財團之組成，既不以社員爲其構成要素，故財團之設立，不必有二以上之設立人。僅

有一人亦得設立財團，如羅氏基金及鴻英圖書館個人獨立設立財團之明例也。再財團非人合之團體，以死因行為（五二）設立財團，亦事所恒有，與社團之成立不同。

財團之設立，必須由設立人捐助一定之財產，並須訂立章程。緣財團與社團不同；社團于其設立之初，未訂立章程者，得由其意思機關（總會），在其設立之後訂立或變更章程。財團之財產于捐助之後，即與設立人脫離，而非設立人之所有物。故捐助之初，必有其目的，且須由設立人訂立章程使財團之目的組織略具規模，而後其財團有所遵循，以資成立。否則僅為財產之捐助，而不為之訂立章程，其目的既無由確定，財團亦無由組織。則其財產之提供，直同財產之拋棄，而非提供財產以成立社會組織體之財團也。故一般財團之設立，除由設立人捐助一定之財產外，尚須訂立章程，俾得組成爲一定目的而存在之法人（財團）。此民法第六十條第一項前段所以明示「設立財團者應訂立捐助章程」。依學者分析，設立財團，係以捐助行爲（捐助一定財產之意思表示），及設立行爲（設立一定法人之意思表示）所組合而成；缺一于此，財團即無由成立，捐助行爲，須表明提供一定之財產。而設立行爲，則須以章程明示所擬設立財團之目的。至若財團之組織及其他事項，雖爲章程應行訂定之事項；若捐助人未于捐助章程中訂明時，依民法第六十二條得由法院以必要之處分予以補充，若

捐助章程未明示法人之目的，則其財團即根本無由設立，故民法于第六十條第二項明示捐助章程，最低限度須「訂明法人之目的」。

財團之設立，在設立人捐助財產訂立章程以後，其法人尙未成立。故設立人之捐助行為，學者謂之爲無相對人之單方行為。再捐助行為有以生前之處分爲之者；亦有以死因行為之遺囑爲之者；以生前之處分而設立者依民法設立人應訂立捐助章程，其以遺囑捐助者，則以依我民法遺囑爲死因行為，其效力之發生，始于遺囑人死亡之時（五三）。故以遺囑設立財團者，若未定立章程，自不能由捐助人予以補正。此民法第六十條第一項但書明示「但以遺囑捐助者不在此限」。換言之：即以遺囑設立者，得不訂立捐助章程也。法律雖明示以遺囑捐助者不必訂立章程，惟遺囑人亦必須于遺囑中明示其所擬設立之財團之目的；及所捐助之財產；否則其意思即無由推定，財團自亦未由成立。亦不待言。

設立人于爲捐助行為時，其財團尙未成立，故爲無相對人之單方行為，其財產之所有權尙爲設立人所有（因財團在成立前，尙不適爲權利之主體也）。是捐助行為在性質上非物權行為，而僅爲債權行為；捐助人因捐助行為而對於將來成立之財團，有交付其所捐助之財產之義務而已（有異說）。準此：則捐助行為之生效，須待財團之成立；緣財團若不成立，

則因捐助行為而生之債務，乃無債權人之債務。依民法原則權利義務均須附麗于主體而後得有其存在。財團成立以前設立人因捐助行為所負擔之債務，實無相對之債權人；其債務即無由發生效力；可不待言。未發生效力之法律行為，得撤回之。乃民法所確認之原則，故愚見以為在財團正式成立以前，捐助行為應視為未生效力之行為，而得撤回，與我師張正學先生曹士彬先生趣（五四）。但財團一經成立，則其捐助行為即發生效力，自非有法定原因不得撤銷。

再財團之設立人所捐助之財產，于財團成立實行交付以後即非捐助人之所有物；而為財團所有之財產。至財團與設立人間亦無法律上權利義務關係可言；緣財團之設立，乃以一定之社會事業為目的，而非為財團設立人之私益。故財團一經成立，即與設立人無與，而為其自身之目的而存在。再財團之業務在成立之後，屬于主管官署之監督，初非原捐助人所得直接支配。縱原設立人為維持財團之目的，或保存其財產，得聲請法院變更其組織。民法第六十三條。因情事變更致財團之目的不能達到時，而由法院變更其目的或組織或解散之亦須斟酌原捐助人之意思。民法第六十五條。但原捐助人對于財團則無直接支配之權利。此為現行民法之要旨。法律之採取財團制度以之為獨立之主體，擔當一定社會事業之經營，方足表現其在社會上之作用

。若使于成立之後，仍受設立人之直接支配，則隨處之所能貴，隨處亦能賤之。其結果必使財團之目的時時變更，其存續亦有問題。財團之作用亦即無從表現。此所以在法律上不認財團之設立人對於財團得直接支配也。

民法關於財團，除適用一般法人共同適用之通則外，尚有適用於財團之特則，茲分別說明于次：

a. 財團之章程 財團之章程原則由設立人訂立之。其章程必要記載之事項，依民法第六十條第二項及第六十二條前段所示，不外三點：（一）目的：財團乃為一一定目的事業而存在之法人，例如燕京大學財團，其目的為在華辦理教育；若設立人而未指定目的，其財團即無由成立。以遺囑設立之財團，雖依法律不必訂立章程，但其目的亦必由遺囑人予以指定否則亦無成立法人之可能，前已說明，茲不贅述。不過財團之目的雖應由設立人與以指定，是否應為具體之指定，抑僅為抽象之指定即足。按財團受主管官署之監督，主管官署得斟酌捐助人之意思，而變更其目的或組織。則是捐助入僅抽象的指定其目的，例如在章程上或遺囑中指定提供一部份之財產辦理文化教育事業，難未具體表明所擬經營之事業，其意思已有抽象的範圍；目的事業雖未確定，主管官署已能據此而加以斟酌，自亦得認為已表明財團之目的

。故財團之章程所載財團之目的，原則雖應具體予以指定，但僅抽象的指定其目的者，要亦不得謂有欠缺。(二)所捐助之財產；此為設立人捐助行為之表示。(三)財團之組織及其管理之方法。按財團之組織及管理方法，依民法第六二條第一項應由捐助人，以章程訂定之，然在性質上，捐助行為及財團之目的非由設立人明白表示財團即無由成立者不同，故關於組織及管理若未詳為訂定，民法明示得由主管官署與以補充；是為主管官署之章程補充權。民法于同條第二項所謂「捐助章程所定之組織不完全……或管理方法不具備，法院得因利害關係人之聲請為必要之處分」。是蓋授法院以章程補充權也。上述三者為章程之法定必要記載事項。其他意定事項苟無違反民法上之強行法規，自亦認為有效。

b. 財團之成立 財團之成立民法採干涉主義。因財團之目的事業，原則為社會之公益事業；財團于登記之前，須經主管官署之許可；民法第五十九條。此種許可為行政許可；其主管官署通常為其目的事務有關之行政官署；受設立許可之後，應向主管法人登記之官署，為設立之登記；依民法總則施行法第十條主管登記之官署，為法人事務所所在地之法院，登記程序完成財團始告成立，而後依民法享法律上之人格。

財團于登記之後始告成立；其應行登記之事項，依民法第六十一條其事項凡八：一

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、董事之姓名及住址；七、限制董事代表權者其限制；八、定有存立期間者其時期；上述八項第一至第六爲法定必要登記之事項；其七八兩項則爲任意事項。財團之登記亦得分析之爲設立登記，及設立後之登記。設立後之登記，又得分析之爲補充登記，變更登記，及消滅登記大致與社團同。惟于此有一問題，社團之章程而有變更，非經登記不得對抗第三人，已如前述。若財團之章程所載之事項，由主管官署本于民法第六十二條第二項第六十三條及第六十五條之規定，而有所變更時，是否亦非經登記不得對抗第三人。胡次威先生僅曰關於補充及變更登記採登記對抗主義（五五）。但愚意以爲應登記之事項而未登記者，固不能對抗第三人。其已登記之事項而有變更者，則應分別其變更見否由于主管官署爲之，而有所不同。如董事之人選，依章程而有更替者，自應爲變更之登記。至如主管官署依民法之規定以行政處分而變更或補充財團應登記或已登記之事項者；愚意在未經登記之前，亦得對抗第三人。緣登記對抗主義，乃以國權之介入使其應登記之事項發生法律上對抗第三人之作用。主管官署依民法規定對於財團所爲之處分，根本爲國權作用，自不能謂此種國權活動之處分，無對抗第三人之效力；須經登記，經登記官署之國權介入，而後得對抗第三人也。

c. 財團之機關 財團之法定機關依我民法僅以董事爲其法定執行機關；財團董事之產生，依其章程之規定決之。若其章程規定不詳，則應由法院依民法第六十二條之規定，本于利害關係人之聲請，爲任免之處分。緣財團無總會；董事之任免，僅得依章程之規定爲之；章程而無規定，或規定不詳，關於董事之任免，在解釋上，自應視爲屬於財團組織之範圍。而法院得依聲請爲任免之處分。

d. 財團之監督 國家對於財團採干涉主義，成立之前須經許可；成立以後，其業務且屬于主管官署之監督，財團董事之行爲違反法律或章程時，依監督權之作用，主管官署自得予以糾正或予以指示，是不待言。惟財團之主管監督官署，通常爲行政官署，其監督權之行使，屬于行政作用，自應依關係法令（行政法令）決之。至若利害關係人對於董事之行爲（代表財團之所爲）違反章程者，亦得聲請法院宣告其行爲爲無效（五〇），是法院對於財團之行爲蓋亦有監督之權。

e. 財團之目的及組織之變更 財團之組織不健全或其目的事業不能達到者，究爲財團解散之原因抑得變更其組織或目的而使仍得存續；我民法從瑞士法例，瑞士民法第八十五條以下，土耳其民法第七十八條以下，以爲爲維持財團之目的或財產，法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請變更其組織；

民法第六十三條。其因情事變更致財團之目的不能達到者，則主管官署得斟酌捐助人之意思而變更其目的及其必要之組織。民法第六十四條。

f. 財團之解散 一般法人解散之原因均得爲財團之解散原因，惟財團無總會故不得因決議而解散。又財團之業務屬於主管官署之監督；主管官署以財團之目的因情事變更不得達到者，依民法第六十四條亦得爲解散之宣告。

參考法令

〔民法〕 第四十五條 「以營利爲目的之社團，其取得法人資格，依特別法之規定」。第四十六條 「以公益爲目的之社團，於登記前應得主管官署之許可」。第四十七條 「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；第四十八條 「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、定有存立時期者，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」。第四十九條 「社團之組織及社團與社員之關係。以不違反第五十條至第五十八條之規定爲限，得以章程定之」。第五十條 「社團以總會爲最高機關」。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；四、開除社員，但以有正當理由時爲限」。第五十一條 「總會由董事召集之」。如有全體社員十

分之一以上之請求，表明會議目的及召集理由，請求召集時；董事須召集之。董事受前項之請求後，一個月內不爲召集者，得由請求之社員經由法院之許可召集之」。第五十二條「總會決議。除本法有特別規定外。以出席社員過半數決之」。第五十三條「社團變更章程之決議。應有全體社員過半數之出席。出席社員四分之三以上之同意。或有全體社員三分之二以上書面之同意」。第五十四條「受設立許可之社團變更章程時。並應得主管官署之許可」。第五十四條「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後始准退社者，不在此限」。第五十五條「前項預告期間，不得超過六個月」。第五十五條「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」。第五十六條「前項社員，對於其退社或開除以前應分担之出資，仍負清償之義務」。第五十六條「總會之決議，有違反法令或章程者，對該項決議原不同意之社員，得請求法院宣告其決議爲無效」。第五十七條「前項之請求，應於決議後三個月內爲之」。第五十七條「社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之」。第五十八條「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」。第五十九條「財團於登記前應得主管官署之許可」。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」。第六十一條「捐助章程應訂明法人目的及所捐財產」。第六十一條「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」。第六十二條「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」。第六十二條「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」。第六十三條「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」。第六十四

條「財團董事有違反捐助章程之行為時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行為無效」。第六十五條「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人之意思，變更其目的及其必要之組織解散或散之」。

〔參考法令〕 公司法關於股份有限公司之清算，及關於董事，及股東會之規定。

(二二) 依總民第八十九條，全法第三十一條之規定準用于國家及其他公法人。

(二三) 民國十九年及二十年分次頒佈之民事訴訟法于二十四年七月因現行民事訴訟法施行而廢止，故謂之爲舊民事訴訟法。

(二四) 舊民事訴訟法第三條。

(二五) 全上第一條「民事訴訟，由被告之普通審判籍所在地之法院管轄」。

(二六) 參看 Vinogradoff 氏 'Some Problems of Public Law,' 見一九二四年七月份及九月份之

California Law Review, Morgan 氏 'Remedies Against The Crown' 及 G. G. Robinson 氏

Public Authority and Legal Liability p. 1-1 XXXIV.

(二七) 行政訴訟法上之損害賠償須依行政訴訟之方式提起不能直接適用於民事法上。

(二八) 今日學說上及判例解釋均認爲國家爲法人。

(二九) 民事訴訟法第二條：「對於公法人之訴訟，由其公務務所在地之法院管轄」。並參看十八年上字第三〇

五號判決例，及十八年院字第六號解釋。

(三〇) 當事人能力與權利能力不同，權利能力惟依法律享人格者有之，而當事人能力，則不限于依法律享人

格者。比照民事訴訟法第四十條第三項：「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力」。

故官署（國家之機關）依法雖非法人，而否定其有權利能力；然無疑其有當事人能力。前大理院九年上字第八四四號判例，嘗明示此旨：「官署在法律上為國家之機關，固非有獨立之人格，惟官吏本有代理國家處理私法事項之權限，其代理行為即或不用國家名義，而逕以官署出名起訴，亦非法所不許」云云。

(三二) 憲法第一〇三條。

(三三) 全上第一〇九條，「縣長……並受省長之指揮執行中央及省委辦事項」。

(三四) 省在憲章上為中央之機關，參看憲章第九十九條可知省非自治之機關。訓政時期約法第七十八條，且明示「省設省政府受中央之指揮……」。

(三五) 民法第四十六條之反面解釋。

(三六) 學者之通說。

(三七) 行政監督原則由行政官署為之。

(三八) 參看交易法第五條。

(三九) *Sohme's "Institut of Roman Law"*, § 31.

(四〇) 史者前揭一六五頁。愚見與史氏異趣，因同時以公益及營利為目的者，既不免影響公益，自應視為公益社團而加以干涉，始與社會政策相符。

(四〇) 民法第四十六條。

(四一) 史著前掲第一四〇頁。

(四二) 胡著前掲第一一頁。

(四三) 公司法第四十六條第一項第四款。

(四四) 民法第四十九條。

(四五) 胡次威先生謂「社員權者社員對於社團所有權利義務之總稱也」。史尙院先生謂「社員權爲獨立之權利

」。學者通說亦謂之爲權利。參看胡氏前掲一四五頁，史氏前掲一八二頁。

(四六) 民法第五十一條第二項。

(四七) 胡氏前掲一五〇頁。

(四八) 民法第五十四條第二項。

(四九) 民法第五十條第一項。

(五〇) 民法第五十二條第二項。

(五一) 民法第五十一條第三項。

(五二) 死因行爲 *Mortis Causa*，指遺囑遺贈，其意思表示非即時生效，而須待表意人之死亡。此種行爲以

表意人之死亡爲其行爲生效之原因，故學者稱之爲死因行爲，亦有稱之爲死後行爲者，胡次威氏其例

也。見胡氏前掲第二二四頁。

(五三) 民法第一一九條「遺囑自遺囑人死亡時發生效力」。

(五四) 歐禮合著前揭一一六頁。

(五五) 胡氏前揭第一五九至一六〇頁。

(五六) 民法第六十四條。

#### 第四目 外國法人

外國法人者有外國國籍之法人也。法人亦如自然人有一定之國籍。決定法人國籍之標準學說上不同之主義凡五：一、曰準據法主義，依此說凡依本國法律所組成之法人爲本國法人；依外國法律所組織之法人爲外國法人。二、曰設立地主義，準此則設立于本國領域內者爲本國法人；反之爲外國法人。三、曰設立人主義，此蓋依設立人之國籍，以決定法人之國籍。四、曰事業所在地主義，據此則法人之國籍以其目的事業之所在地爲標準。五、曰住所地主義，據此則以法人之主事務所定法人之國籍。我國法則蓋採準據法主義。緣上述不同之標準在學術上惟準據法主義爲合于實用而少學理上之非難。且法人之人格依所準據之法律而產生，其國籍以準據法決之亦屬允當。再依取締華商向外國註冊掛號辦法云「凡華人設立之公司……不論何種名義，如向外國政府註冊掛號……者概以洋商論。」可證我國對於法人之國

藉蓋法人成立時所準據之法律爲決定其國籍之標準。故此所謂外國法人，乃指非依中華民國法律所組織之法人而言。與史尙寬先生之見解異趣（五七）

外國法人乃依外國法律所成立之法人。在我國法制上是否亦承認其爲有人格者，學說上不一其說，其主張法人擬制說之學者，以爲法人之人格本于法律之擬制。故法人僅在本國法律適用領域內爲有人格者。準此而言，外國法律無域外之效力，外國法人自不能在該外國法律適用區域外，享有人格。其主張法人實在說者，則以爲外國法人在外國既有適于爲權利義務主體之組織，在內國法律上，自亦當然應視之爲有人格者。主前說者蓋視法人之人格附麗于其所屬國之法律。在其法律適用領域以外外國法人根本不視爲法人。依後說而言，則視外國法人與外國人外國之  
自然人同。而當然承認外國法人爲法人。法人擬制說已爲過去之學說，故現代法例已鮮根本否認外國法人爲法人者。惟因採保護主義，對於外國法人多少均加以相當之限制。我民法亦然，于民法總則施行法第十一條明示「外國法人除依法律規定外不認許其成立」。民法此項規定非採擬制說之見解，根本否認外國法人爲得依法律享有人格者；亦非依法人實在說而一律視爲法人。外國法人蓋須經認許而後視爲成立。所謂認許，胡次威先生云「……認許無創設之效力，換言之即不過承認已依外國法律成立之法人在中國亦爲法人。初

非一經認許即使外國法人成爲中國法人，或在外國尙不能成爲法人者亦成爲法人……」（五八）云云。至于外國法人之請求認許，依民法總則施行法第十三條外國法人之認許須依我國一般法人成立之程序爲之。換言之外國法人均應向主管官署登記。其公益社團及財團于登記前且須經主管官署之許可。其受許可之外國法人業務之經營且須受主管官署之監督。其應登記之事項亦與同種類之中國法人同。緣對於外國法人採認許主義，乃保護主義之立法。緣國家之間利害衝突，在所不免。外國視爲有利之組織。在我國未必爲有利我國之組織。國際上利害之矛盾姑不俱論。而關係公益之法人，此國所認爲有利者，他國未必不認之爲有害。故外國法人一律當然視爲中國法律上之人格者，在國家政策而言，實有問題。爲保護本國之利益，法律對於外國法人不得不採認許主義。採認許主義之結果，外國之營利法人請求認許苟合于我公司法及其他法令之規定，即合于法定之要件。其關係公益之外國法人，其認許之法定要件。除合于關係法令以外，尙須得主管官署之許可。其業務亦受其監督。對於國家利益之保障始可謂臻完善。

于此有應說明者，外國法人不僅私法上之法人。其公法上之外國國家及其他公法人亦爲外國法人。是否亦須經認許而後視爲依法律享有人格者。民法雖未如日本民法之明示外國國

家及公法人無須認許而承認其爲有人格者，但解釋上則屬相同。緣外國國家依國際法之原則經承認者即應予以尊重。外國國家之得爲私法上之法人自不必經認許之程序。至于外國之公法人通常爲外國國家之機關，外國國家及其政府苟經承認（五九），其他爲外國國家機關之公法人自亦無否認其爲法人之餘地。總之，外國國家及其政府之承認乃政治問題 *Political question* 而非法律問題 *Legal question*（六十）。然不問依國際法或國內法之理論外國國家及其政府而經我國予以承認在我國法律上即應視之爲法人而爲國際法及國內法上權利義務之主體；自不必經認許之程序。可不待言。不過外國國家雖得爲私法上權利義務之主體，在民法上有權利能力。在民事訴訟上有當事人能力。但依國際法而言，外國國家有治外法權 *Extraterritoriality*（六一）除經其明示或默示服從我國法權者外，原則不受我國立法及司法法權之管轄（六二）。此亦學者所不可不知。

外國法人而經認許，則該外國法人即依我國法律而視之爲法人。法人依法有權利能力。故民法總則施行法明示「外國法人於法令限制內于與同種類之中國法人有同一之權利能力」。據此規定，外國法人經認許者原則與中國法人之權利能力相同。惟各國法律均以或種權利爲外國人所不能享有之權利。外國法人自亦不得享有。此所以明示外國法人所享之權利能力以

「……法令限制內……」爲限也。

權利能力原包括負擔義務之能力，已見前述。民法總則施行法第十二條第二項特示「……外國法人其服從中國法律之義務與中國法人同」。胡次威爲先生嘗批評之謂「……此種規定殊嫌蛇足……」(六三)然愚意則從同史尙寬先生之見解，而以首此種規定在領事裁判權撤廢以前實有規定之必要。緣外國法人經認許後，不過依中國法律而享有權利能力，初非一經認許即視爲中國法人。則是外國法人仍保有其原來之國籍，仍受其本國國家之保護；據此而言，則享有領事裁判權之國家，其法人與自然人均得依不平等條約主張領事裁判權而逃避中國法律上之義務。我國法律而明示經認許之外國法人其服從中國法律之義務與中國法人同。則外國法人之請求認許即得解爲自願服從中國法權之表示 Submission to Jurisdiction；如此，即不問該法人所屬之國家有無領事裁判權，經認許之法人即不得主張此種本據不平等條約之權利而與中國法人同受中國法律之支配，及中國法院之管轄。此項規定非無實益可言。但領事權撤廢以後，此項規定即失其命意之所在。總之民法總則施行法乃針對領事裁判權所爲之規定。不久將來不平等條約廢止，此項規定將爲法律史上之遺跡矣。

外國法人經認許者，須依我國法律向主管官署爲登記始得視爲成立；但如該法人之目的

或行為有違公序良俗者，依民法總則施行法第十四條之規定，法院得依職權或依聲請撤銷其登記；登記而經撤銷，則該外國法人之認許當然亦歸于消滅。

外國法人而未認許在我國法制上即不以之為法人。但得視之為非法人之團體之設有代表人或管理人者。依我民事訴訟法第四十條第三項亦視為有訴訟上之當事人能力。然依民法則否定其有權利能力。因之在我國法律上，即無享有權力及負擔義務之能力。故法律明示「未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為應與該外國法人負連帶責任」。此蓋以外國法人未經認許其成立者，亦不得為義務主體，故法律特示明文使其名義為法律行為者負連帶責任。蓋所以保障國人之法益也。又此項規定對於關係代理之規定而言為特別之性質。亦為學者所不可不辨（六四）。

#### 參考法條

〔民法總則施行法〕 第十一條「外國法人除依法律規定外不認許其為成立」。第十二條「經認許之外國法人于法令限制內與同種類之中國法人有同一之權利能力」。〔前項外國法人其服從中國法律之義務與中國法人同〕。第十三條「外國法人在中國設立事務所者，準用民法總則第三十條第三十一條第四十五條第四十六條第四十八條第五十九條第六十一條之規定」。第十四條「依前條所設之外國法人，如有民法總則第三十六條所定情事法院得撤銷之」。第十五條「未經認許其成立之外國法人以其名義與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為應與該外國法人負連帶責任」。

(五七) 史氏前揭第五三五至五四〇頁謂我國民法原則採住所地主義，依住所定法人之國籍。

(五八) 胡氏前揭第一六六頁。

(五九) 外國國家之承認與政府之承認爲二事；新興之外國國家經承認而後爲國際法上權利義務之主體，外國政府有更替時因承認而後得爲國際交涉之對手，同時亦承認其法律命令及一切行爲爲合法外國政府之行爲。其詳可參看 *Oppenheimer's International Law* 4th. ed. (McNair), Vol. I, pp. 150—155.

(六十) 外國國家及政府之承認爲政治問題，因其爲政策問題也。參看 *Brierly, Law of Nations* (1880) pp. 104—105.

(六一) 治外法權者對於外國國家及其元首或外交代表所賦予之特權，依原則而言，享有此種特權者，不受法律及法院之管轄。其本意則爲國際禮讓。

(六二) 治外法權，乃外國國家所享之特權；故外國國家得自動拋棄其權利而服從他國之法權。其詳可參看 *Briège The Law of Nations* 1888 pp. 239—240.

(六三) 胡氏前揭第一六七頁，註二。

(六四) 代理人，依我民法及一般法理，在代理權範圍以內之行爲，直接對於本人（被代理人）生效，代理人原則不負責任，以未經認許之外國法人之名義與他人爲法律行爲者雖爲代理人而法律亦使之負責者，以未經認許之外國法人不適爲權利義務之主體，故爲保護相對人計亦使代理人負連帶責任，此種規定對於代理之規定（民法一〇三條至一〇六條一六七條至一七一條），實爲例外之特則。

## 本章主要參考書

- 一、胡長清 中國民法總論 頁五六至一六九。
- 二、前人 各國民法條文比較 總則編 頁七至一四二。
- 三、史尚寬 民法總則釋義 頁七五至二〇七又五二五至五二八又五三三至五四五。
- 四、陳蓬昆 民法通義 總則 頁四五至一三五。
- 五、張正學 曹傑 民法總則註釋 頁三八至一二一。
- 六、黃右昌 民律要義 總則編 頁五三至一四六。
- 七、民法總則編立法原則
- 八、Gierke's *Natural Law and the Theory of Society* vol. I, pp. 62—137
- 九、*Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, Ch. III. §§, 17, 18, 19, 22, 27, and 40—43. (This chapter is selected from L. Duguit's "*Le Transformations generales du droit Prive depuis Le Code Napoleon.*")

## 第三章 物

### 第一目 概說

私權之客體 *Object of Private right* 雖不限于物上之權利，而物上權利實佔主要之地位。故民法總則特設專章而對于物之本身（六七）為相當之規定。至于何者為物？民法無明文規定，然與民法其他規定相對照，物與權利為對稱之名詞。故物之義意乃一切有體物及物質上法律上能支配之自然力之總稱也。張正學師曹士彬師及史尚寬先生同說，而胡次威氏及陳克庄氏異說（六八）；予之所以從同張曹史三氏之見解，蓋以科學進步之今日，人力所得支配之物質，不限于人類視覺觸覺所及之有體物；無體之物質而為吾人權利之標的者數見不鮮。例如電流固非有體之物質，但在今日則為吾人所得支配，同時亦為吾人物上權利之標的。此近年新派學者多謂民法上所謂之物不限于有體物而兼及無體之自然力也。再關於物之觀念，向有廣狹二義；除德日民法採狹義之觀念，明示法律上所謂「物」者以有體為限（六九）；羅馬法及英美法各等國之法例，均採廣義之概念，而不以有體物為限。至于德國民法之所以採狹義之概念，乃以為民法上所謂之物包括無體物易使債權物權之區別混淆；故改從狹義；而日本民

法從之。狹義之概念，不過爲當時學者之主張，僅爲少數法例所採取。在實用上既與現代生活實況不符，結果對於電流不能當然視爲刑法竊盜罪之客體，而須特設規定（七十），同時復須在民法上，設準有體物之規定（七一）。在理論上狹義說亦鮮特殊之供獻，我民法既未如新舊民律草案，從同德日民法（七二）而明示物以有體爲限；在學說上自亦應採廣義說之見解，以說明我國民法上所謂之物。且新民律草案原採狹義說，其時學者已不乏主張應採廣義之概念者（七三）。自無不顧立法之趨勢，實際之狀況，而墨守德日學者本據德日民法所創之理論以爲解釋我國民法之準據。

物之概念，現代學者故多採廣義之見解，不問其爲有體物或無體之自然力，均視之爲法律上之物；惟法律上所謂之物與物理上所謂之物不同：

第一、法律上所謂之物，須爲吾人所得支配。蓋法律上所謂之物，乃權利之客體，故必須爲吾人所得支配而供利用之物質，或自然力；否則縱爲物理上之物，而非吾人所得支配者，如日月星辰之類，非法律上所謂之物也。

第二、法律上所謂之物，須得吾人權利之標的除得爲吾人所支配以外，且須吾人對之有權利之觀念。因之經濟學上之自由物，如空氣日光，非法律上所謂之物，同時或種之物縱爲

物理上之物而吾人對之無主張爲權利標的之概念者，如無線電之電波及農作物之害蟲，非法律上所謂之物也。

### 第三、法律上所謂之物以適于爲財產權客體者爲限 統觀民法全部，「物」僅爲財產權之

客體；

吾人所謂之財產權，原不以有財產價值者爲限，參看前編八三至八四頁。

故法律上所謂之物，應以適于爲私法上財產權之客體者

爲限。因之在一般觀念上及道德倫理上不以之爲私法上財產權之客體者，即非法律上所謂之物。例如人之身體及屍體在法律上不以之爲物。良以人體爲人格所附麗，僅爲人身權之客體而非財產權之客體；至于屍體，學說上聚訟紛紛，他國學者無論矣，張正學師曹士彬（傑

）師謂屍體「爲繼承人繼承之物」；史尙寬先生謂之爲「不融通物」；陳克生先生謂「屍體仍應爲繼承人所有，不過不能謂爲屬於繼承財產而已」。徐戲門先生及黃馥馨先生則未加具體之按語，而謂屍體究否爲物：「……不能純依理論，須根據其國社會一般心理解決之」（七四）。按上列學者之見解，其概念蓋失之于泛，而未限制物之觀念爲財產權之客體故也。

屍體爲物理上之物，同時亦得爲埋葬火化之處分，或依遺囑供解剖之用；此其處分，實非以之爲財產權之客體而予以處置，甚屬顯然。至于以不法行爲侵害屍體者，其民事上之損害賠償非屬侵害財產權之補償性質，而刑法關於侵害屍體罪之規定

刑法第  
十八章

亦非保護私人之財產法

益。故予對於「物」之概念，以適于爲財產權之客體者爲限；對於人之身體及屍體，不認爲物。但醫學院之標本，及博物院之木乃伊既以屍體爲所有物，而以之爲財產權之客體，當然應視之爲物，然此僅例外耳。又人體之成分與人體分離後，而得爲財產權之客體者，如人髮之類當然爲法律上之物。

第四、法律上所謂之物須爲獨立之個體。按民法上所謂之物乃私權之客體，私權之客體爲獨立存在之物；而非物之成分。例如項圈爲百十珠鑽所合成，鐘錶汽車爲千百零件所集成，而吾人對於項圈鐘錶汽車僅有一個所有權，而非對於各個珠鑽或零件上有多數之所有權。良以物之成份，非有獨立之存在以供吾人生活之需要；在觀念上，吾人之私權不存在于爲物之成分之各個物體上，而存在于獨立之物體上。故獨立之物體，一旦集合而爲另一獨立之物之成份而喪失其獨立時，即非法律上之物，而惟以其合成物爲法律上所謂之物。因惟合成物爲法律上財產權之客體也。即使爲合成物成分之各部份，不屬于一人；如珠寶商數人各以其所有之珠鑽合製項圈，在法律上亦非視各該成分之所有人，分別就其所有之成份，有各列之所有權，而視其合成物之項圈爲數人所共有之物。故曰法律上所謂物者，須爲獨立之物。但合成物之成份一旦解體，其物之成分，于分離之後，亦爲獨立之個體；而復爲財產權之客體

時，即復爲法律上所謂之物。亦爲學者所不可不知。

## 第二目 物之種類

物之種類依不同之觀點得分析之爲：

A. 有體物與無體物 凡具有一定形體而爲吾人所得觸覺或持有之物，爲有體物 *Res Corporales*；凡不具一定之形體非吾人所得觸覺，或持有而惟憑智能假借器械以利用控制者，是爲無體物 *Res Incorporales* 如電氣音響以及光線色香等是。我民法所謂之物，既未如德日民法限于有體，故此項分類，殆無實益可言。

B. 融通物及不融通物 以物之能力爲分類之標準，得分析之爲融通物 *Res Communium* 及不融通物 *Res externa commercium*，在學說上物亦有行爲能力，及權利能力；有權利能力之物，謂得爲權利客體 *Object of Rights* 之物也，予對於法律上所謂物之概念既以得爲財產權客體者爲限，故一切不得爲財產權客體之物質，如人之身體及屍體，當然爲無權利能力之物。又法律上所謂之物，有得爲私法上物權之標的，亦得爲公法上物權之標的者；亦有僅得爲公法上物權之標的，而不得爲私法上物權之標的者；前者如金錢及一切得爲私法上交易客體之物，而後者如軍艦要塞僅得爲國家之所有而不得爲私人所有者是。民法爲規律私權之法律

，僅得爲公物權標之物，亦不得謂爲有民法上之權利能力。故民法上所謂之物，應以依民法得爲財產權之客體者爲限。準此則羅馬法所謂之公共物，*Res Omnium Communia*，如空氣、光線、流水乃經濟學所謂之自由物，非法律上之權利客體，當然無權利能力。其僅得爲公物權之客體而不得爲私物權客體之公有物 *Res Publicae* 如軍艦、要塞、江河（指官河而言）國道之類，在公法上雖有權利能力，在私法上則無權利能力。其他如羅馬法所謂之謂府有物（*Res Publicae*）與近代所謂之公用物意義相當，如公園及國立市立圖書館之類，亦僅爲公物權之標的，非經以行政處分廢止其爲公用物後，不得爲民法上私權之標的，亦不得視爲有權利能力（七〇）。有民法上權利能力之物而後私人得依民法對之享有物上之權利。準此：則民法上所謂之物，蓋以民法上有權利能力之物爲限。而民法上有權利能力之物，然未必均有行爲能力。所謂行爲能力，指物之融通能力而言；法律上許可以其物爲私人之所有，而不許其買賣交易者，爲有權利能力而無行爲能力之物。例如淫書淫畫，而爲私人所有，非法律之所禁，而販賣淫書淫畫則構成刑法上之犯罪。（刑法第二百三十五條：「販賣猥褻之文字圖書者，處一千元以下罰金。」）又軍用槍砲私人雖得經許可而持有之，但私相授受買賣贈與均爲法律所不許，是爲有權利能力，而無行爲能力之物之明例也。無權利能力之物，不得爲一切私權之客體；無行爲能力之物其交易非經許可不

生法律上之效力，有行為能力之物，法學上謂之爲融通物，反之則爲不融通物。

C. 代替物與不代替物 以物爲交易之標的者，其給付限于特定之物者，爲不代替物之給付。其給付僅以種類數量指示者爲代替物之給付。代替物 *Res fungibiles* 者謂在交易上不置重于物之個性而得以同種類同品質同數量之物代替者也。反之則爲不代替物 *Res non fungibiles*。金錢米穀之類，原則爲代替物；土地房屋以及珠寶古書古畫原則屬于後者。與代替物不代替物近似而實非者，爲特定物與不特定物。不代替物當然爲特定物，但特定物未必盡屬于不代替物。例入米穀代替物也，當事人指定應給付之物時（七七），即爲以特定物爲給付標的之契約。惟不特定物原則恒爲代替物。因不代替物，不適于以不特定物爲給付標的之契約之客體也。何者爲代替物何者非代替物？依交易上之觀念，標的物之性質，及當事人之意思定之。例如土地房屋，雖非僅有之物，但在一般交易觀念上，土地房屋之交易，恒爲指定的土地房屋；汽車爲代替物，而舊車之買賣，其標的物在性質上爲不代替物之買賣；馬匹爲代替物，而當事人以名駒之受授爲目的，則依當事人之意思，亦應認爲以不代替物爲其買賣之標的。代替物不代替物區別之實益，則以不代替物之滅失，發生債之標的履行不能之問題。而代替物之滅失則不然。

## D. 消費物與不消費物

凡物依其使用之方法，一經使用即歸于消費，而失其原來之形態者，謂之消費物 *Res Consumitiles*，如柴米油鹽之類是也。其經使用雖不免損耗，而依其

用法非一經使用即歸于消滅者為不消費物

*Res inconsumitiles*，如衣服車馬之類是也；此種

分類之實益為消費物之所有人以使用權授與他人時，他人縱有返還之義務，有返還之義務，亦

不負返還原物之責；而不消費物之所有人，以使用權授與他人時，該他人于使用權消滅後

應返還原物于所有人；其不能返還原物者，則負賠償責任。依學見，消費物與不消費物之區別不僅在

別之實益。例如機關以墨水供給使用，及其他工具供給使用，在前者當然無返還義務，而使用其他工具者，則負返還責任，故不專指借貸關係。

E. 可分物與不可分物 在物理上物無不可分者，惟法律上所謂可分物，謂物經分割而

不失其本來之性質；其分割後之各個獨立物體，仍保有其效用及經濟上之價值之物為可分物

*Res dividuae* 如土地布匹均是。反之，一經分割須毀損其本質；而分割後之各個獨立物體，

亦不能具有原來之效用及經濟上之價值者，則為不可分物 *Res indivisibiles*。如車馬鐘錶之類

是也。可分物得為可分給付之標的，而不可分物，則否。同時在債之履行，其以可分物為標

的者，法院得斟酌債務人之境況，許其于無甚害于債權人利益之相當限度內，分期或緩期

為給付。其以不可分物為給付標的者，則僅得許其緩期給付，而不得分期為之。民法第三

百十八條

依我民法數人負同一債務或享同一債權者，除屬連帶債務或連帶債權者外，其標的可分者，應平均分担或分受之。民法第二百七十一條，其標的物不可分者，則債權人僅得為全體之利益請求給付；債務人亦僅得向債權人之全體為給付。民法第二百九十三條。

F. 有主物與無主物 有主物與無主物為研究物權法重要分類之一。有主物對無主物而言，無主物 *Res nullius* 謂不屬於任何主體之物；其物上即無既存之權利，因之其物得因先占取得而為首先占有者之所有物。物之屬於無主物之範圍者，原則為天然孳生或自然增長之物。德國民法第九六〇條至九六四條所列舉得為先占標的之野生物均是。凡經人力加工而產出之物及家畜，不問其為耕作物或工作物，在原則上均非無主物。因經加工而產生之物及家畜，于出產時起自始必有一定之主體，其物上自始即有既存之權利。因之原則為有主物。有主物即不得為先占之標的物。故有主物除經其所有人以拋棄之意思，拋棄其占有者外，不得目之為無主物。因有主物上，有既存之權利存在也。德國民法第九百五十九條，所謂「所有者以委棄所有權之目的（意思），拋棄物之占有者，其物為無主」。即明示物之原屬有主者，除經所有人以拋棄之意思（心素）及占有之拋棄（體素），不得為無主物。故遺失物，有主物，非出于所有人之意思而與漂流物水上之漂均非無主物；因上述之物，均非自始為無主體之物，其物所有人脫離者之謂。

所有人，對於遺失物漂流物雖喪失占有，而非出于其人之意思；其物雖遺失漂流而所有人之權利，並未因之而喪失；其物上既有既存之所有權，即非無主物。此遺失物漂流物所以不得逕視之爲無主物而爲先占之標的也。物與主體分離之後，法律上既非一概視之爲無主物。或種之物，一經與主體分離，卽爲無主；或種之物，雖與主體分離，而仍視之爲有既存權利之遺失物及漂流物而非無主物。是必須以法律上有主物與無主物區別之分野決之。謹按所謂無主物 *Res Nullius* 原則以一般觀念上認爲不屬于任何主體之物屬之。故曰原則爲天然孳生及自然增長之物。在一般觀念上無不以海洋之鱗介，原野之鳥獸，爲自由無主之物也。此所謂之自由無主之物與經濟學上所謂之自由物含義不同，經濟學之自由物乃指無經濟價值之物，而此則指無既存權利支配之物。至于因人力加工而生產之物，及家畜之類，自始必有一定之主體，在一般觀念亦不以無主物視之。舉例以明，野生之雉兔，一般觀念上之無主物也，獵人得之，即因先占而取得所有權；牛羊鷄犬家畜也，途遇而捕獲，是竊盜之行爲，當然不能謂爲先占，而取得所有權。故曰凡經人力加工所產生之物及家畜原則非無主物，以其自始非自由無主之物也。但有主物之所有人以委棄之意思，拋棄其占有者，亦爲無主物。然必須在環境上能證實其所有人有拋棄之意思，及拋棄之行爲，而後得主張爲無主物，依先占之法則，取得所有權。德國民法第九五九條嘗明示此旨。我國民法雖未爲

同一之規定，僅于民法第八〇二條明文規定；「以所有之意思，占有無主之動產者，取得所有權」。解釋上則屬依同。總之無主物得爲先占之標的，乃羅馬法以來之觀念；欲明無主物之意義，必首先明瞭關於無主物得因先占取得之立法命意所在。此實以古者經濟制度，物質之屬于人類所支配者範圍有限，而多數物質均爲自由無主之物。孰先占有，孰取得之。以無主物爲先占取得之標的之立法所由來也。再則一般文化之進展，均經漁獵時代 Age of Hunting 之過程，漁獵捕獲，爲個人取得魚獸之方法；因之先占取得，乃爲法律所承認之制度。故所謂無主物，乃指自始未屬于所有人之物，及原有所有人，而爲所有人所拋棄之物。但自物之性質上言之，則一切天然產物原則認爲無主物，縱已經他人取得所有權，其所有人苟喪失占有，而恢復其物之自然自由者，即仍視爲無主。如雉兔之野生物，經捕獲之後，一經恢復自由，即爲無主物。德民第九六〇條第二項所謂「已捕獲之野獸，再得自由時，所有者如非迅速尋覓或覓不尋覓時，則爲無主」。蓋以天然產物，在一般觀念上，不認爲有主物也。至若人力加工之產物及家畜，在一般觀念上，應以之爲有主物，除能證實其所有人有明示或默示拋棄其物之意思，且實行拋棄其占有者外。原則否認爲無主物。有主物與無主物觀念上區別之實益而應予致意者則以無主物得爲先占之標的，而遺失物漂流物之拾得非經法定之

招領程序，拾得人不得依先占之法理，取得其權利；且構成刑法上之犯罪（七八）。準此而言無主物與有主物，在理論上及實用上，均有區別之實益。

無主物之範圍因人類征服自然之程度，及經濟發展之過程而範圍日狹；在古代土地及動產中得為先占標的之自由無主之物不勝枚舉，在部落生活時代，敵人之土地物品亦視為無主物。在古代法律，視敵國之人為無權利能力者，故敵人之財產，視為無主財產。及至近代，人類征服自然之程度，日進一日。經濟上之財富多數已為人類所占，僅野生動物之類尚屬自由無主之物；交戰國之敵產，在國際公法上亦不得視為無主財產。近年多數國家社會化之立法，且以土地除經私人依法取得所有權者外

，原則為國民所公有；因之土地縱為其所有人拋棄，亦不得視為無主物，而為先占取得之標的物。

因所有人拋棄其土地所有權時，其土地之私法所有權歸于消滅，而恢復為國民公有之土地，然仍非無主物。我土地法之立法，即採此種觀念，其第七條明示：「中華民國領域內之土地，屬于國民全體；」第十二條第一項，「凡未經人民依法取得所有權之土地，為公有土地」。其第二項更以明文規定：「私有土地之所有權消滅者，為公有土地」。在我國法制上土地原則為公有，其經人民依法取得所有權者，為私有土地。土地之所有權消滅，即復為公有，因之土地蓋不得為無主物。此亦學者之所應知。

上述分類以外，民法更以明文規定動產與不動產及主物從物之分類。

G. 動產與不動產 *Res mobiles* 謂依物之性質不能移動，或雖得移動而其移動恒毀損其物或減損其經濟上之價值者之謂。我民法列舉其內容，而為不動產之界說于第六十六

條第一項：「稱不動產者，謂土地及其定着物」。土地依現行法制，原則上雖視為屬於國民全體，土地法，第七條前段。但人民依法取得所有權者，則為私有土地；全上第七條後段。故在現行法上土

地仍得為私法上權利之客體。再所謂土地依土地法之法定界說「謂水陸及天然富源」；土地法，第一條。所謂土地之定着物，謂附着于土地而未構成土地之一部，雖非完全不能與土地分離

，然非變更其形態毀損其價值，不能分離者之謂。故房屋及其他建築物為定着于土地之不動產。至若門前之石獅，墓前之華表，以及電杆水管之通過地上地下者，雖移動不易，然移動亦不至變動其形態，毀損其價值，要不得謂為定着于土地之不動產也。至于土地上之樹木作物根生土壤，是否此所謂之定着物？按法律上所謂之物，在觀念上須為獨立之物體，土地上之樹木禾稼在與土地分離之前，尚非獨立之物體，故法律特明示「不動產之出產物，尚未分離前，為該不動產之部份」。按不動產僅土地得有出產物，故此所謂不動產之出產物乃指土地之天然孳息而言，土地之天然孳息如樹木果實以及農作物之類，在未分離前，尚非獨立之物體，謂之為動產為時尚早。謂之為不動產之成份，則天然孳息乃土地之出產物，而非土地之構成份子，亦非所宜。故民法明文規定不動產之出產物為該不動產之一部份。再有應說明者，不動產之出產物因我土地法明示「附着于土地之礦，不因取得土地所有權而受影響

……」(七九)。礦既與土地無關，故礦產在我國法制上不認爲土地之出產物。又如觀音粉之類，非土地法所謂之礦者(八十)，乃土地之成份，亦非之地之出產物。故予謂不動產之出產物乃指土地之天然孳息而言。再土地之天然孳息，一旦分離恒爲動產，而不因其在分離以前曾爲不動產之部份，而有影響。

動產 *Res mobiles* 謂不必毀損其物，而能變更其所在地之有體物及一切無體之自然力也。自電流細菌以至重逾萬噸之輪船蓋船，均爲動產；我民法未爲積極的定義，而爲消極的法定界說于六十七條：「稱動產者爲前條所稱不動產以外之物」。換言之，即土地及其定着物以外之物均爲動產。法律用語「定着物」之意義前經闡明，于此尚有應予說明者；多數學者，或以「不能輕易移動其位置」或「非容易分離」說明定着物。其說易引後學于誤會，例如頤和園之太湖石，其面積不亞于他處公園人造之假山；若以人力移其位置，假山之翻造或較易也；但太湖石爲動產，而假山則爲不動產，因太湖石雖重逾千噸，然可不變更其形態而移動其位置；與門首之石獅，墓前之華表，碾米之磨盤無異；乃附着于土地之物，而非定着物。至于假山雖小，茅屋雖陋，拆卸不難，翻造亦易，然非變其形態，不能移動；則爲定着于土地之建築物，工作物，而爲不動產。故予從同胡次威先生一部份之說明，以是否非

經變更形態不能移動其位置，爲區別動產與不動產之標準，而否定胡次誠先生以容易分離與非容易分離之觀念，爲區別定着物與定着物以外附着于土地之動產之標準。(八一)

動產與不動產之區別，在我民法上，因動產與不動產適用不同之法則；牽涉極廣；實益不勝枚舉。茲僅就其顯著者列舉于次：1. 不動產物權之設立變更須經登記；而動產則以占有爲要件；2. 取得時效，民法第七七二條第八〇一條顯然不同；3. 在担保物權，不動產爲抵押權之客體；而動產則爲質權之標的；4. 不動產得設定地上權、典權、地役權、永佃權、抵押權等他物權；而動產之他物權，則限于質權及留置權；此外在5. 民事訴訟法上不動產之訴訟得依物之所在地定法院之管轄，而動產隨人，不生管轄問題；在6. 國際私法上不動產之所在地法 *Lex situs* 發生法律之適用問題，而動產則否，此僅其主要者耳。動產與不動產之區別實益如此。學者應三致意焉。

H. 主物與從物 物有主從之別，乃依物之經濟作用而爲之分類；其有獨立之效用者，爲主物 *Hauptgegenstand*，其無獨立之效用而恒居從屬之地位以補助他物之效用者曰從物 *Nebensachen*，舉例以明，拾得主物也，燈罩從物也。手錶主物也，錶帶從物也。物之區別爲主從，則以自羅馬法以來恒認主物之處分其效力及于從物；一般交易上之習慣，亦以主物之處分

連帶及于從物。法律爲避免解釋上之爭議，乃以明文規定主物從物之分野。所謂主物，民法未爲具體之界說，緣一切法律上所謂之物，均爲獨立之物體，均有其獨立之個性，分別而言，原無所謂主物從物。例如手錶與錶帶，合于一處則錶爲主物，帶爲從物。分離言之，錶帶固亦有獨立之個性。故一切之物，均得自爲一體，自爲主物，此法律所以對於主物不爲具體之界說也。至于從物，乃對主物而言；必與主物相提並論，始有所謂從物。從物之意義，依民法之法定界說：則從物者「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬于一人者」也。依此界說，則所謂從物者，a. 必須爲獨立之物體，若二物相合而爲一物者，如車輪之皮帶，已成爲車輪之構成份子，已喪失其獨立性，即不得獨立而爲財產權之客體，非此所謂之從物；因從物雖與主物有從屬關係，然在法律上均得分離而爲權利之客體，故必須有獨立性。b. 必須對於主物有從屬關係，其主從關係應自其使用之方法上觀察得之；從物在使用上恒補助主物以增加其使用上之效能；如手錶之錶帶，自由車之車鈴是也。故法定之界說曰「非主物之成分常助主物之效用」；所謂常助主物之效用，謂從物居于補助之地位，對於主物因之發生主從之關係；c. 且須同屬于一人，緣主物從物之關係，在于主物之處分，效力及于從物；若非屬于一人，則依法理而言，無權利人就權利標的所爲之處分，不能生效。

面解。因之主物與從物若非同屬一人，其主物之所有人對於從物即無處分之權，其對於從物雖直接爲處分，亦不能生效，況間接之處分乎。此法律所以不認分屬於二人之物，有主從之關係也。

主物從物區別之實益，在於處分之效力，使主物之處分效力及於從物。此爲民法第六十八條第二項所明示，故物在使用上，縱有主從之關係，不同屬於一人者，不認爲從物，即使同屬於一人，而交易習慣上不認其處分之效力得及於從物者，法律上亦不認爲從物。例如錶錶常助錶之效用，與手錶之錶帶同。但在交易習慣上，手錶之買賣，固及于錶帶；而錶之買賣，一般習慣鮮有附錶練者；在用法上錶練雖常助錶之效用；而習慣上則不以之爲有主從關係。法律上自亦不能視之爲從物。故民法第六十八條第一項特以但書明示，「但交易上有特別習慣者從其習慣」。

1. 原物與孳息 孳息者 *Fructus*，謂物之經濟上之收益也。法律學上分之爲天然孳息 *Fructus naturalis* 及法定孳息 *Fructus Civilis*。天然孳息，謂「果實及動物之產物及其他依物之用法所收穫之出產物」；此爲民法第六十九條第一項之法定界說。凡由原物分離而收穫之產物如樹木之果實，馬牛之犢特，及羊毛牛奶均是；但伐木取材，殺牛取革，則非此所謂之孳息。

因孳息之收獲，非原物本身之消耗；若伐木取材，殺牛取革，則爲原物消費，而非天然孳息之收獲。故所謂孳息乃依原物之自然用法所出產之物。而原物者 *Substrat* 產出孳息之物也，天然孳息乃依原物之用法，所出產之物，而法定孳息依民法第六十九條第三項之法定界說：則爲「……利息租金及其他因法律關係所得之收益」。黃鵬馨先生謂爲「使用其物之對價」(八二)；準此則法定孳息之產生，須以原物供他人使用，因之發生一定之法律關係，如金錢之借貸，動產或不動產之租賃。而其孳息，則爲因原物供他人使用所生之使用對價。再法定孳息，乃對物之使用代價，若對於勞力所爲之對待給付如工資之類則非此所謂之法定孳息。再不問其孳息在性質上爲天然孳息，或法定孳息，其孳息之收獲權，我民法採原物主義 *Substantial principle* (八三)；以原物之所有人爲孳息之歸屬。但孳息之收獲權在性質上爲收益權；收益權非專屬所有人之權利，所有人不移轉所有權而僅以收益權讓與他人者事所恒有，故收益權人與所有權人未必一致。例如土地而設定永佃權者，其收益權人爲永佃權人，而非物主者是。但于此有應注意者，所有權之內容包括使用權收益權及物之處分權；所有人以法律行爲以物之使用權授與他人，依其性質有時包括收益權，有時則否。例如土地租賃乃以收益爲目的者也；其以土地之使用權租賃于承租人，其承租人當然有收益之權利。反之在一般

之使用借貸及租賃，有時包括收益權，有時則否，須視其法律行為之目的，爲決斷之基礎。在一般情形，不應解爲包括收益權，但依其法律行為之目的當事人之意思而包括收益權者，當依其法律行為之目的當事人之意思而認爲包括收益權之讓與。例如租用奶牛，或由國家借予種馬，其目的顯在收益者是。

有天然孳息收益權之人，在其權利存續期間內對於與原物分離之天然孳息，取得所有權。此所謂與原物分離，由於自然或由于人爲均所不問。惟以人力加工而使孳息與原物分離，須不違反經濟上之用法，無損原物者爲限。反之有收益權人于權利存續期間屆滿時，以不正當之方法以人力加工收取孳息，是否構成侵權行為，則須視其個別之情形定之。

至于有法定孳息收益權之人，因法定孳息之「利息，租金及其他因法律關係所得之收益」恒以時間爲計算收益之標準，故民法第七十條第二項明示「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」。

#### 參考法令

「民法」第六十六條「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，爲該不動產之部份」。

第六十七條「稱動產者，謂前條所稱不動產以外之物」。第六十八條「非主物之成份，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，從其習慣。」主物之處分，及于從物」。第六十九條「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，謂利息租金及其他依法關係取得之收益」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」。

## 〔關係法令〕

土地法第一條，第七條，及第十二條。

(六七) 民法總則編第三章自第六六至七〇條之規定，乃對於物之本身所爲之規定。而物權編則爲關於物上權利之規定。

(六八) 張齊合著前揭第一二二至一二三頁；史氏前揭第二〇九頁；胡氏前揭第一七一頁；陳氏前揭第一三八至一三九頁。但張齊兩師混，無體物與權利爲一談；其所謂物之範圍且包括權利非予所從同。

(六九) 德民第九〇條，「本法之所謂物者爲有體物」。日氏第八五條，「本法所稱爲物者謂有體物」。

(七〇) 刑法第三二三條：「電氣關於本章之罪，以動產論」。我刑法之立法蓋採自日本之法律；日刑第二四五條與我刑法第三二三條同旨，但日刑之規定以日本民法明示「：所稱爲物者，謂有體物」。因之電是否爲物，卽有疑問，此日本民法所以以竊電者，爲準竊盜罪。我國民律新舊草案亦明示物限于有體（一）草一六六條，（二）草九五條，故舊刑法（指暫行新刑律及民國十七年「民法頒行前」刑法）不得不爲從同日刑之規定。現行刑法頒行于民法施行之後（現行刑法二十四年七月頒行），而仍以竊取電氣者，爲準竊盜罪，甚無謂也。

(七一) 二草第九條第二項「能受法律支配之天然力，視為有體物」。

(七二) 一草一六六條，二草九五條第一項。

(七三) 黃右昌前揭第一四八頁。

(七四) 張寶合著前揭一二五頁；史氏前揭二一三頁；陳氏前揭一四六頁；徐氏前揭一二三頁；黃氏前揭一四九頁。

(七五) 府有物之譯名從黃右昌先生羅馬法所用譯名；見黃著羅馬法，(民七，北大出版)第一九六頁。

(七六) 參看范揚行政法總論(商務大學叢書本)第四三頁。

(七七) 民法第二百零條第二項「債務人交付其物之必要行為完結後，或經債權人同意指定其應交付之物時，其物即為特定給付物」。

(七八) 刑法第三三七條「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占遺失物或漂流物或其他離本人所持有之物者，處五百元以下罰金」。

(七九) 土地法第七條第一項但書。

(八〇) 全法第七條第二項：「前項所稱之礦，以鑛業法所規定之種類為限」。鑛業法所列舉之礦，見鑛業法第二條。

(八一) 胡氏前揭一八〇至一八四頁。

(八二) 黃著羅馬法一九九頁。

(八三) 原物主義對生產主義 *Produktionsprinzip* 而言，原物主義，以孳息歸屬於原物之所有人；而生產主義，則採勞力說而以爲孳息應歸屬於加工者，自以前說爲合于法理。

### 本章主要參考書

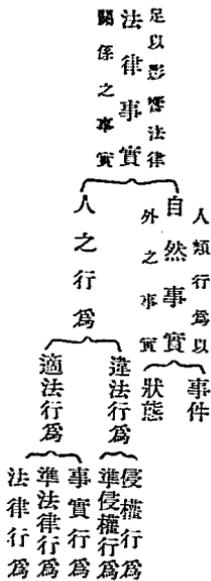
- 一、嚴正學  
曹傑 民法總則註釋 第一二二至一四四頁。
- 二、史尚寬 民法總則釋義 第二〇八至二三六頁。
- 三、胡長清 中國民法總論 第一六九至一九五頁。
- 四、陳瑾昆 民法通義總則 第一三七至一五六頁。
- 五、黃石昌 民律要義卷一總則編 第一四七至一七一頁。
- 六、前人 羅馬法 第一八五至二〇〇頁。
- 七、Sohn's *Institution of Roman Law* § 58—60.

## 第四章 法律行爲

### 第一節 通則

#### 第一目 概說

法律行為 *actus legitimi* 者，以法律關係之發生消滅或變更爲目的之行為也。在英文一般稱之爲 *Juristic Act* 亦有稱之爲 *Act-in-the-law* 者，法律行為在我民法無法定界說，依一般通說，法律行為乃以法律上權利義務關係之發生消滅或變更爲目的之行為也，按法律關係之發生消滅或變更不僅由于人類之行為；人類之行為在法學上不過法律事實之一部份而已；權利義務之變動（發生消滅或變更）固大部由于人類之行為；然人類行為以外之自然事實，亦足以使權利義務關係發生消滅或變更。至于人類之行為；足以影響權利義務之變動者，亦不均爲法律行為；法律行為以外之不法行為，乃損害賠償之債發生之原因，事實行為亦爲不當得利或無因管理之債之發生原因。準此；則人類之行為僅爲法律事實之一部，而法律行為則又爲人類行為之一部。欲明法律行為之概念，應先釋明爲權利義務關係變動之法律事實。茲列表于次，以明法律行為之地位：



依上表所示，法律事實之足以影響權利義務之變動者，不僅人類之行為，人類行為以外之自然事實，亦足以影響權利義務之變動。例如人之出生死亡，物之產生毀滅，是動的事件之影響于權利義務之變動者也。又如時間之經過，使時效完成，年齡屆滿，是靜的狀態之影響于法律關係之變動者也。此種自然事實，均非由于人類之行為；前者為動的事件，而後者則為靜止的狀態。至如風雲變幻，日月晦明，既無與于權利義務之得喪，即非此謂之法律事實。

至于人類行為，其無關於權利義務之得喪變更者，亦非此所謂之法律事實。而人之行為，其關係權利義務之得喪而為法律事實之一部者，亦不僅法律行為，法律行為不過其最主要之部份耳。依上表所示為法律事實之人類行為有：

A. 違法行為 違法行為者，違反保護他人之法律，因之發生一定責任，從而對於他人負回復原狀或補償損害之賠償義務之行為也。故違法行為亦為法律事實之一種。違法行為，學者區別之為侵權行為，及準侵權行為，侵權行為者行為人故意或過失不法侵害他人權利之謂。而準侵權行為者，因債務不履行而發生之責任問題，換言之違反債務之行為也。

B. 適法行為 適法行為者，適合于法律準則，而為法律所容許之行為也。又得分別之為

a. 法律行爲；b. 準法律行爲；及c. 事實行爲。a. 法律行爲爲本章之中心問題，容後詳述。b. 準法律行爲自其爲精神作用表示于外部之點而言，與法律行爲同爲表示行爲。不過法律行爲之效力，以當事人表示于外部之意思爲本據。而準法律行爲雖亦爲表示行爲，但其效力之發生，以法律之規定爲準據；而不問當事人之法效意思爲何如；故學者名之爲準法律行爲。例如契約，法律行爲也；因契約而發生之效力，恒與當事人之法效意思相一致。至于向破產財團申報債權，乃準法律行爲，其申報之效力，以破產法之規定爲準據，而不以申報者之意思爲準據。是爲準法律行爲與法律行爲區別之特徵。c. 至于事實行爲者，乃當事人事實之行爲，與法律行爲及準法律行爲之爲表示行爲者有異。其行爲初非侵害他人權利之行爲，而爲法律之所容許；故亦與不法行爲之侵權行爲有別。民法關於不當得利及無因管理之債之規定，其債權債務之發生，既非由于當事人之表示行爲亦非由于侵權行爲乃以無法律原因而受利益，及未受委任而爲管理之事實行爲爲其法律關係發生之原因。

準上而言：人之行爲僅爲法律事實之一部，而法律行爲又僅爲人之行爲之一部；法律關係之發生變更及消滅既非完全以法律行爲爲本據；而民法對於法律行爲特設專章者，蓋以法律行爲雖僅爲法律事實之一部。然民法採私法上自治之原則，意思自由，爲法律所尊重；因

之法律行為在民法上實居絕對主要之地位。法律行為之意義已見首示界說；茲更分析說明如下：

A. 法律行為之語源 乃轉譯自拉丁語之 *Actus Legitimus*。而法律行為之名稱初未見于羅馬法，至一八〇五德人胡果 Hugo 于所著日耳曼普通法 *Pandekten* 中始以 *Rechtsgeschäfte* 語德譯之爲法律行為。名一切合法之行為；至莎維尼 Savigny 氏始附以一定之界說；基得爾門 Zitelmann 氏以心理學分析法律行為始分別準法律行為與法律行為以外。至此法律行為之意義始確定其範圍。法律行為之用語，首先採用者爲德國學者；繼續研究者亦爲德國法家。故成文法之首先採用法律行為之用語者，亦爲德國民法典。日本民法典轉譯德語 *Rechtsgeschäfte* 爲法律行為；我民法歷次草案，及現行民法典因之。德國法系以外之國家，學者雖亦沿用法律行為之用語，從事法學之研究；然僅爲學說上之用語。成文法上，則無此名稱；法國瑞士其例也。

B. 法律行為乃法律事實之一種 已詳前述茲不辭贅。

C. 法律行為之效果，乃行為人之所意欲 法律行為之基本觀念，在于私法上之自治自決。故行為人所意欲發生一定效果之意思，苟無違反法律上之強行規定，法律即賦與以一定之效果。而其效果之內容與範圍，恆與行為人之意志相符合。例如有人與燕京大學定約以三十

元之代價供給用煤百噸，其權利義務與雙方之意思恒相一致，其明例也。此爲法律行爲與事實行爲，侵權行爲，及準法律行爲不同之點。事實行爲及侵權行爲與行爲人之意思無關，且非表示行爲，無待詳言即顯見其不同。準法律行爲，雖爲表示行爲，然其效果則一律以法律之規定爲準繩；而不以行爲人之意思爲準據，此爲法律行爲與準法律行爲不同之點。

D. 法律行爲之效果，既以當事人之意思爲中心；故法律行爲以意思表示爲要素，所謂意思表示，容後說明。學者中不乏主張法律行爲與意思表示完全同一者；但核之實際，則法律行爲與意思表示蓋非完全同一；不過法律行爲以意思表示爲要素耳。例如契約爲單一之法律行爲；而包括二以上之意思表示。又如要物行爲，及要式行爲，除意思表示以外，尙須待物之交付，方式之完備，而後其法律行爲始告完成。可知意思表示僅爲法律行爲之要素，而其本身則與法律行爲有相當之不同。故予以爲法律行爲與意思表示，非完全相同。

## 第二目 法律行爲之種類

法律行爲，自不同之觀點，得爲種種之分類：

A. 自法律行爲由于單一之意思或二以上之意思所組合而成；得分析之爲 a. 單方行爲 b. 契約行爲及 c. 協同行爲。

a. 單方行為一稱單獨行為，民法之用語即曰單獨行為見八七條。謂由當事人一方之意思表示所成立之法律行為也。依法理而言，個人之意思除有法律之根據，原則不能使他人負擔義務，或減損他人之權利。故單方行為，在原則上為行為人負擔義務或處分權利之行為。單方行為，又得分析之為有相對人之單方行為，與無相對人之單方行為。前者如債之免除，以債務人為相對人之單方行為也；後者如物權之拋棄，則不以有相對人為要件。

b. 契約行為，一稱雙方行為。乃二以上之意思表示相互結合而成之法律行為也。故契約之成立其要件凡三：一、須有二以上之當事人，二、須有二以上相對之意思表示，三、須其意思表示之法律意思相互一致。所謂法律意思，對目的意思而言，契約行為之意思表示得分別之為目的意思，必也一方之目的意思為實，一方為實。始能成立買賣。而法律意思則須合致；謂雙方有成立契約之意思也。若法律意思不一致，則契約亦無從締結。一般述作多不分法律意思與目的意思，而混曰「意思表示之合致」易致誤會。故予特加限制，而曰「須其法律意思相互一致」。然後契約始告成立與單方行為之僅以一方之意思，為成立要件者有所不同。

c. 協同行為又稱共同行為，二以上之當事人平行之意思表示互相一致所成立之法律行為也。與單方行為不同，以其行為之成立有待複數意思之一致。與契約行為亦有不同，以其目的意思非相互對立，而與法律意思均數屬相互一致。例如總會之決議，其決議之成立，須符合于法定人數意思表示平行的一致者是。

B. 依法律行為所發生之法律關係之性質爲分類之標準；得分析之爲 a. 債之行爲； b. 物權行爲； c. 親屬行爲及 d. 繼承行爲。

a. 債之行爲，以發生債權債務關係爲目的之法律行爲也。契約行爲單方行爲，均得發生債之關係。前者如買賣契約，後者如票據行爲。債之行爲與物權行爲，在法律學上，其分類之實益，則以債之行爲，僅發生爲一定行爲或不爲一定行爲之請求權，或給付義務。而物權行爲，則發生物上權利之得喪變更。例如買賣契約，債之行爲也。其標的物之所有權，初不因買賣之約定而有所變更。至于標的物之交付及受領，爲物權行爲。物權行爲之效力，發生物上權利之得喪變更。此爲學者所不可辨。

b. 物權行爲乃以直接發生物上權利之變動爲目的之行爲，亦有單方行爲及契約行爲。例如以所有之意思，占有無主物，或以拋棄所有權之意思，拋棄物之占有，以單方行爲而發生物上權利得喪變更之明例也。至如移轉所有權，一方面須有交付之行爲，他方則須有受領之行爲，是以契約行爲而生物上權利之得喪變更者也。

物權行爲與債之行爲，其分類之實益，已如前述。而物權行爲中之契約行爲，多數以債權契約爲前驅。例如因買賣契約而發生給付標的物之權利及義務；其後因債權債務之實現，

而移轉標之物之所有權（物權）其明例也。在現物買賣之場合，其債之契約，與物權契約之成立，雖無時間上之間隔。但物權之移轉，實以買賣契約之成立為先決條件；此種物權契約之成立，在觀念上仍以債之契約為前驅。以吾人之日常生活經驗而言，至書攤翻書，先取書在手，而後議買賣，似物之交付在前，買賣之成立在後。但書之所有權，初不因取書在手而移轉，必也待買賣成立而後移轉，是物權之移轉顯在債權成立之後。學者間不乏謂現物買賣，乃債權契約與物權契約並存，而無先後者胡次威先生（八四）之議論如此。余則異說。蓋愚見以為，現物買賣，物權之移轉，仍以買賣契約債之成立為前提；在外形而言，雖無時間上之先後，甚至物先交付而後買賣成立如前舉買書之例。然在觀念上則所有權之移轉實後于債之關係之成立。物權法上之簡易交付，我民法雖曰「……與讓與合意時即時生效」，（八五）但此謂之讓與合意，乃物權契約之締結。而非債之契約之合意，與物權之移轉同時也。

c. 親屬行為，謂以發生親屬上身份關係為目的之法律行為也。親屬關係之身份關係，一部由于自然事實血親關係一部則本于法律行為。如婚姻關係，及養親子關係均是；以發生親屬法上之效果為目的之法律行為，有為單方之行為，如非婚生子之認領及婚約解除權之行使。有為契約行為，如婚約之訂定及結婚是。而親屬會議之決議，則為協同行為。

d. 繼承行為，以發生繼承法上之效果爲目的之法律行為也。繼承法上之行為多數爲單方行為；例如繼承之拋棄限定，及遺囑均是。此外契約行為及協同行爲未始無之，如繼承之分割，通常須經各繼承人之同意，其明例也。

c. 以法律行為效力之發生，是否須待當事人之死亡，得分別之爲死因行為及生前行為。死因行為，謂須待當事人死亡之後，而後生效之法律行為也。或稱之爲死後行為。如胡次威先

前編，一四頁。法律行為有在性質上當然爲死因行為者，如遺囑是。亦有本于當事人之意思者，如

當事人以特約約定其契約須待當事人一造之死亡而後生效者是。至于生前行為，除以當事人之死亡爲條件之死因行為以外之法律行為，均是。

D. 以法律行為之成立，是否須經一定之形式，得分析之爲要式行為，及非要式行為。要式行為者，須依一定方式始能成立之法律行為也；在古代法律，均置重于形式，多數之法律行為均爲要式行為。近代文化經濟之發展，已非昔比，交易之敏捷，爲近代之需要。要式行為之日見減少，乃近代立法之當然趨勢。故我民法之法定要式行為在物權親屬繼承行為中尙居主要地位。而債權行為，除關係第三人之利益者外，鮮爲要式之行為。法定要式行為以外，我民法亦承認約定要式行為。民法第一六六條所謂「契約當事人約定其契約須用一定方式

者，在該方式未完成前，推定其契約爲不成立」即此謂也。非要式行爲，謂其行爲無須履行一定方式之行爲也，要式行爲以外之行爲均屬之。

E. 以法律行爲之成立是否須以物或金錢之交付爲要件，得分析之爲要物行爲，及諸成行爲，學者亦名之爲現實行爲，及非現實行爲。要物行爲之成立，以物之交付爲要件之行爲也。如借貸，租賃，寄託，以及定金契約之類，均爲要物行爲。僅有當事人之合意，而未爲實物之交付，其債權債務無由發生故也。諸成行爲者，僅有當事人之合意，即得成立之法律關係屬之；如買賣，互易，僱傭，委任，以及其他無須以實物交付爲其法律關係成立之前提者均是。

F. 以法律行爲之生效 是否以原因之存在爲前提。得分析之爲要因行爲，及不要因行爲。要因行爲者，謂以財產之給付爲標的之法律行爲，而以給付之原因爲要素之行爲也。以財產歸屬于他人，法律用語謂之爲財產之給付。吾人以財產給與他人，必有給付之理由，此種理由，在法律用語上謂之爲給付之原因 *Cause*，法律行爲之以財產給付爲標的者，在一般情形之下，須有正當之原因存在，方合于公平正義。故英美法以正當緣由 *Due Consideration* 爲一般財產給付契約成立之要件。而大陸法系國家亦以正當原因 *Due Cause* 之存在爲多數

財產給付行爲之有效要件。故以財產給付爲標的之法律行爲，多數爲要因行爲；而不要因行爲，在財產給付行爲，則以法律有特別規定者爲限。故不要因行爲，實屬于例外。法律所以有此例外規定，乃以或種以財產給付爲標的之債權，得以展轉讓與；若亦使義務人得以原因之不存在，對抗權利人，即足以影響第三人之利益，且危及交易之安全。故對于特定之債權，法律明示爲不要因之債務。民法上之指示證券無記名證券，及票據法上之票據均是（八六），自債之行爲而言，以要因爲原則，不要因爲例外。而物權行爲親屬行爲則恒爲不要因之行爲。

G. 以法律行爲之成立是否以他行爲之存在爲前提，得分析之爲主行爲及從行爲。從行爲之成立，須附屬于主行爲以存在者也。從行爲既須附屬于主行爲以存在，故主行爲無效者，從行爲亦無效；主行爲不成立，從行爲亦無由成立。如借貸契約主契約也，因借貸關係而成立之抵押或質權契約，從契約也。從行爲須附屬于主行爲以存在而主行爲則不待從行爲而得獨立存在，不因從行爲之不成立或無效而有影響。

H. 以法律行爲是否以有相對人爲必要，得分析之爲要相對人之法律行爲，及不要相對人之法律行爲。要相對人之法律行爲，其法律行爲之意思表示，須向相對人爲之。但其相對人

不必為特定之人，例如懸賞廣告，要相對人之意思表示也，而其相對人則非特定之人。法律行為原則上多為要相對人之行為。但亦不無例外，雙方行為之契約行為，以有相對人為必要。而單獨行為及共同行為，則不乏不要相對人之行為。如設立財團之捐助行為，不要相對人之單方行為也。解散總會之決議，不要相對人之共同行為也。

### 第三目 法律行為之要件

法律行為之成立，必須備具之要件，曰成立要件。法律行為之生效所必須備具之要件，曰有效要件。

法律行為之成立要件，法律行為不可或缺之要件也。有僅以意思表示為成立要件者，有兼以意思表示及標的之法律行為為要件，更有以當事人意思表示及內容為要件者。不問以當事人意思表示及標的為要件，或僅以意思表示為要件，其結果均屬一致。蓋意思表示必有為表示之當事人，同時意思表示亦必有相當之內容（標的），為說明之便利計，予從後說，以A.當事人，B.意思表示，及C.標的，為法律行為之成立要件。

法律行為之成立，既以當事人意思表示及標的為成立之要件，其法律行為是否生效，須視其A.當事人之能力有無欠缺，是否適格。B.意思表示是否符合真意，且無瑕疵。C.其標的

是否可能適法。茲分別說明于次：

A. 當事人 所謂當事人者，爲行爲之當事人也。在單方行爲其行爲人恒屬單數，而契約行爲及協同行爲則爲複數。法律行爲之是否生效。必須其當事人有權利能力，行爲能力；及意思能力。且須對於其行爲之標的。有處分之權能。

a. 當事人之權利能力 依民法而言「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」似不生權利能力之問題。但法人，外國人及外國法人之權利能力，依民法第二十六條前段，民法總則施行法第二條，第十二條，其權利能力蓋有限制。逾越限制者，其權利能力即有欠缺，因之其法律行爲即難有效。例如外國人而購置土地，其買賣行爲及所有權之移轉不能有效，以其權利能力有欠缺也。

b. 當事人之行爲能力 已詳前章。無行爲能力人之所爲無效，限制行爲能力人之所爲，須得法定代理人之允許；其契約行爲于行爲後經法定代理人或其本人于限制原因消滅後承認者，亦得生效。

c. 當事人之意思能力 指當事人之精神狀態而言，當事人之精神狀態，以健全爲原則，而心神喪失精神錯亂爲例外，故以當事人之行爲係在無意識或精神錯亂中之所爲而主張其

無效者（八七）應負舉證責任。（八八）權利能力之有無，以法律有無限制為前提，行為能力之有無以行為人行為時之年齡及曾否宣告禁止產為基礎。而意思能之能有無，則以行為人于行為時之精神狀態為準據。故主張意思能力有欠缺者，須負舉證責任。

d. 除上述能力問題外，其行為人且須有為該行為之權利，是謂當事人之資格。權利之處分行為須該當事人有處分之權能始能生效；無處分權人所為之處分，依民法第一一八條第一項之反面解釋，當然為無效。例如非所有人而對於他人之物為買賣互易之債權行為，或為設定負擔之物權行為，均難生效。此外如親屬行為之締結婚姻，依法須由婚約當事人自行訂定，以及依事件之性質，如遺囑行為之，非本人不得為之者，其法定代理人若為越俎代謀，其婚約及遺囑均不能生效，以當事人非資格也。

B. 意思表示為法律行為之不可或缺之要件，故意思表示而與真意不符，或非出于當事人之自由意志者，均為意思表示之瑕疵，而足以影響其法律行為之效力；意思表示為法律行為之中心問題，民法特設專節，于法律行為章中自第八十六條至第九十八條均為關係意思表示之規定，容後說明。

C. 法律行為之標的者 法律行為之內容也，法律行為之內容即為意思表示之內容，法律

行爲之效力，恒與意思表示之內容相符合，故法律行爲之生效，須其內容可能合法。其須經一定之方式者，且須具備一定之方式。

2. 法律行爲之內容必須可能，可能對不能而言。以不能之事項爲法律行爲之內容者，其行爲即不能生法律上之效力。例如與人訂立向月球運送貨物之契約，或以日月星辰爲買賣之標的，履行既不可能，其法律行爲當然無效。民法未規定于總則編中，而規定于債編之通則章中。其二四六條明示「以不能之給付爲契約之標的者，其契約爲無效」。此其規定雖明示適用於契約，然契約行爲以外之單方行爲，及協同行爲，而以不能之事項爲內容者，亦應解爲無效。惟所謂「不能」者，乃指絕對不能實現其給付者而言。若僅當事人不能實現其給付，而他人仍得實現其給付者，即非此謂之不能。又不能之情事之發生，若行爲人與有責任，行爲人仍須因其法律行爲而負相當之責任。其法律行爲雖因不能而不發生積極之效力，依法律行爲之本旨而履行其義務，然仍得發生消極的效力。因法律行爲之不能實現而生之賠償責任，予謂之消極效力。嚴格言之，其法予名之爲法律行爲之消極效力。律行爲固非完全不生效力，故學者分析「不能」爲下列種類，以便敘述。(一)客觀的不能，與主觀的不能。客觀的不能，謂絕對不能之事項，不僅行爲人不能依法律行爲之本旨而實踐其義務。且爲盡人所不能。例如挾太山以超北海，盡人之所不能也，以客觀不能爲法律行爲

之內容者，其行為當然無效。至于主觀的不能，謂行為之當事人雖不能依行為本旨實踐其義務。而他人仍得實現其義務者之謂。此其行為，仍應認為有效；當事人間，因之而發生相當之權利義務。此外尚有（二）原始不能，與事後不能之分類。原始不能，謂于法律行為成立之時其不能之情形已經存在者之謂。事後不能，則其行為之內容原非不能；于法律行為成立後，始發生不能之情事。原始不能其行為自始無效，原則不生責任問題。事後不能，其法律行為既非自始無效，因事後發生不能之情事，而影響于法律行為之實踐。若當事人之一造與有過失，應負責任；惟其不能之原因，基于不可抗力之事由者，其法律行為始完全不生效力。

（三）學者更分析「不能」為事實不能，及法律不能。事實不能，物理上不能之謂，例如挾太山以超北海者是。法律不能則指事實上雖非不能，而法律不許其實踐者之謂，例如美國禁酒時期，以酒為買賣之標的，在事實上給付非不可能；而在法律上則為不能之事項。法律不能與事實不能結果雖無不同，不過法律不能係由于法律之規定；法律明示禁止或種物品之流通者，有時備具相當之條件，仍得為交易之標的。如麻醉劑毒品醫藥業經許可後仍得買賣使用，亦有法律禁止或種物品之流通，而明示應以法定物品代替，如現金國有之法令，使金種契約發生給付不能之情事，但依關係法令，金種契約均應以國幣代替給付；故法律不能與事實

不能，究有不同，事實不能乃絕對之不能，而法律不能備具一定之條件，其不能未嘗不得除去，同時法律規定代替給付者，其法律行為亦非無效。

于此有一問題，若法律行為之內容：一部不能，而其他部份仍屬可能者，其法律行為究爲全部無效或僅不能之部份歸于無效，而可能部份仍爲有效。通說須視行為之性質及當事人之意思定之。若其行為之內容可分；而一部不能尙得謂當事人仍有履行其餘部份之意思者，則一部之不能，不影響其殘存部份之可能。反之，若其內容爲不可分，或當事人之意思于一部不能時即無繼續履行其殘存部份之意思者，則一部不能之結果，與全部不能者同。又行為之內容雖可分，而不能部份與殘存部份有主從關係。若不能之一部爲其法律行為之主要部份，亦應認爲一部之不能，影響及于全部。反之則應解爲不影響于殘存部份之履行。我民法未于法律行為章中爲一般之規定，而于債編通則章債之效力節中，明示「給付一部不能者，若其他部份之履行於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付」。〔八九〕與通說蓋相合也。

D. 法律行為之內容須得確定 所謂得確定，對不確定而言。法律行為之內容若不着邊際，而無從確定當事人之命意所在者，即無從實現，故其行為不能生效。

c. 法律行為之內容必須合法，所謂合法，分析言之須其行為不違背強行規定，須不違反善良風俗公共秩序，且不顯失公平。

i. 法律行為違反強制或禁止之規定者無效乃民法第七十一條前段之明文規定。所謂強制規定，謂法律強制遵守之規定也；禁止規定者，謂法律禁止為一定行為之規定也。民法上之規定，得分別為強行法規 *The Coercive Law* 一稱命令法規：本于公益之理由，不得以個人之意思所左右之法規也。有命人以應如何作為者，即民法第七十一條所謂之強制規定者是；例如民法第七六〇條所謂「不動產物權之移轉或設定應以書面為之。」其明例也。其命人以不得為或種作為者，是為禁止規定；例如民法第十六條「權利能力行為不得拋棄，」禁止以法律行為拋棄權利能力行為之規定也。強行法規，既非個人之意思所得左右；民法雖採意思自由主義，承認個人得以自己之意思，處分其權利。但為公益之故，而不許個人以絕對之自由；故民法中仍有一部份之強行規定。加以社會立法，為民法之特徵，限制個人自由之規定，亦逐漸加多；但意思自由，個人自治，既為十九世紀以來私法上之基本原則。非強行法規之規定，在民法中仍佔多數。此種非強行法規之規定學者目之為任意法規 *The Dispositive Law*。所謂任意法規者，謂法律設相當之標準，為決定當事人間權利義務之準則，而或從

或否，得以當事人之意思左右者之謂。任意法規，得分別爲解釋規定及補充規定，解釋規定于當事人意思不明時據以解釋其疑義之規定也。例如民法第四、五兩條是。補充規定，于當事人無明示約定時，補充其意思之規定也；如當事人未約定利率時，依民法第二〇三條而予以補充，視其利率爲週年百發之五者是。

法律行爲之違反強行規定者，除法律明示不以其爲無效者外；原則爲無效。至于脫法行爲，其效力何如，應予連帶說明。

脫法行爲者，規避禁止規定之行爲也。詳言之，即因法律禁止爲一定行爲，乃迂迴爲他行爲，使與被禁止之行爲發生同一之效力之謂。學者名之爲脫法行爲，或稱避法行爲；例如欲免週息百分之二十之限制，而以折扣或其他方法巧取利益，或爲避免禁止蓄婢之法禁，而以養女之形式順遂蓄婢之目的。均爲以迂迴之方法，順遂一定目的之行爲。此種行爲，究否有效？學者議論紛紜，莫衷一是。余駁門先生廣敵馨先生以爲「脫法行爲雖反于法律之禁止，然不能謂爲全然無效。」余著民法要論總則編頁一六九。  
廣著民法要義總則編頁一九八。張正學師，曹士彬師及胡次威陳克生先生等。均以爲應分別法律所禁止者究爲其事項之目的；抑僅禁止以一定之手段完成一定之目的。若法律所禁者爲目的。其脫法行爲無效。反之，若法律僅禁止以一定之手段完成一定之

目的。則其脫法行為應認為有效。且均以折扣或其他方法巧取利息，為前者之例；而以信託契約，隱藏流質契約者，為後者之例。張寶合著民法總則註釋第一七一至一七二頁；南著中國民法總論第二二四至二二五頁；陳著民法通義總則編第一八四至一八五頁。此為一般學者之通說。

但愚見與上述學者之見解均異。予以為脫法行為乃雙方通謀隱藏他法律行為之虛偽法律行為。與民法第八十七條第二項所謂之「虛偽意思表示隱藏他法律行為者」若合符節。應適用民法第八十七條第二項之規定，「……適用關於該項法律行為之規定」。換言之即應依關於所隱藏之法律行為之規定，決定其效力。緣脫法行為，不外以合法之法律行為，掩飾不法行為；以達一定之目的。實為當事人雙方通謀以虛偽之法律行為隱藏他項行為者也。如前舉之例，以蓄婢之目的而定立虛偽之收養契約；以避免流質契約之禁止，而定立虛偽附買回權之契約，或信託的移轉其質物之所有權；均為以虛偽意思表示隱藏他項法律行為。脫法行為而為單方行為者，為雙方通謀之單方虛偽意思表示。其為契約行為者，則為雙方通謀之雙方虛偽意思表示。不問其為雙方通謀之單方虛偽意思表示，或為雙方通謀之雙方虛偽意思表示，其為虛偽表示則一。虛偽意思表示而隱藏其他法律行為者，自應依民法第八十七條第二項之規定，依關於所隱藏之法律行為之規定決定其效力。故依愚見，在法學上脫法行為即為虛

僞表示，而不必另爲說辭，質之諸先進學者，或以爲然也。

ii 法律行爲須不違反善良風俗公共秩序 所謂公共秩序善良風俗之意義，依胡次威先生之見解，公共秩序國家社會之利益也。其見解蓋本于德國民法首次草案所謂國家之一般利益。至于善良風俗，胡氏謂爲國民之道德觀念，所謂國民之道德觀念，非指道德之理想個人或特殊階級之道德觀念，乃一國一般之道德觀念。又予意道德觀念，受時間空間之支配，思潮及現實生活之影響，不惟中西不能並論，今古亦顯有差別。不能以一教一派之倫理目爲道德規範，自亦不能以玄想之理論爲決定善良風俗之標準；而應以一般國民現實生活之道德觀念爲準據。上述法律上之強行規定，雖均以公益爲理由，爲關係公序良俗之規定。然法律不能網羅一切關係公序良俗之事項一一爲之規定。因之法律行爲縱不違反強行規定，而仍不免妨害善良風俗公共秩序者在所不免。例如與人訂約限制其人終身不得結婚，結婚則須支付違約金若干元。其契約雖無違于強行規定，但與善良風俗公共秩序則有相當之抵觸。其契約當然無效。緣法律以維持公序良俗爲目的。法律行爲，苟有背于善良風俗公共秩序，自非法律之所應許。此民法第七十二條所以明示「法律行爲，有背于公共秩序，善良風俗者，無效」也。于此有應進而說明者，法律行爲在性質上根本違背善良風俗公共秩序者，當然不能有效

。反之其法律行為在性質非根本有背于公序良俗，不過在一定之限度內，雖為公序良俗之所許，逾越其範圍者，亦不能認為有效。例如影片公司以影星結婚，足以影響其號召力，而與所訂立之契約中，明訂在一定期間內不得結婚，在一般觀念上，其契約之內容，與社會道德秩序初無違背。若以契約約定終身不得結婚，或須至五十歲以後始得結婚，即與公序良俗抵觸，不能認為有效。又如輸血契約，如其契約約定供血數量，使供血人喪失健康，至不能恢復之程度者，亦不能認為有效。以其不免超過公序良俗所許可之限度也。

iii 法律行為之以財產給為內容者，須不顯失公平，法律行為有以財產之給付為標的者，亦有財產給付以外之法律關係為內容者。以財產給付以外之法律關係為內容者其法律行為不必以原因 *Cause* 之存在為前提。而以財產之給付為內容之法律行為原則為要因行為，已詳前述。見二六〇頁關於要  
因行為之說明。此種法律行為既以原因之存在為前提；依學者分析，所謂原因，不外與受益人以恩惠，或為自己取得交換利益。其在與受益人以恩惠者，如贈與遺贈自不生公平與否之問題。在以取得交換利益為原因之法律行為，則發生是否公平之問題。例如以千元代價，易取杯水，或以黃金十兩，抵銷半元之債務。雖有交換利益，為其法律行為之原因，然既顯失公平，其法律行為之效力即有問題。在羅馬古法有「非常損失規則」*Lesio*

*conditio* 對於買賣契約之代價，低于市價半額時，出賣人得請求解除契約。德國民法蘇俄民法及瑞士民法均有禁止暴利行爲之規定（九〇）；我民法本于同一理論，而使顯失公平之法律行爲得撤銷之或減輕其給付。依我民法之規定顯失公平之法律行爲，除依當時之情形顯失公平外，尚須受益人有乘行爲人之急迫輕率或無經驗而巧取利益之意思。否則雖失公平，亦不能有本條之適用。蓋以財產給付爲標的之法律行爲，在外表上其對待給付，依客觀標準，雖顯不相當而行爲人力有見仁見智主觀之目的者亦不乏其例。例如募捐集會，一花之微，代價百元。去歲上海難民救濟照相競賣；最高代價竟有以六千元之鉅款易明星照片一幀者。其目的既不在物品之對價，而另有所在，則受益者既無乘人急迫輕率或無經驗之居心；在受損者又另有所爲。依法律保護私益而且尊重私人意志之原則，亦無強爲干涉而許以撤銷之必要。如此其財產之給付或約定以財產爲給付，既非以對待給付物之客觀價值爲交換利益。自不能完全以客觀之標準決定其財產之給付或約定是否公平。故民法第七十四條第一項之規定明示：「法律行爲，係乘他人之急迫，輕率或無經驗，使爲財產上之給付或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲或減輕其給付。」分析言之。本項之要件凡三：a. 須其給付或給付之約定顯失公平；是爲客觀的要件。b. 須受益人有巧

取利益之意思，是為主觀的要件。c. 須經利害關係人之聲請。本項之規定在解釋上意義顯然，而生平曾見實例二次，守舊法官，拘泥文義且誤解法律以致本條之立法有等于無。緣法律文義既曰「乘人急迫，輕率或無經驗」依文義解釋之法則，「或」與英文之 *or* 相當依 *O'Neil* 氏 *On Construction and Interpretation of Laws* 法律用語列舉數事，而以 *or* 「或」介入者其意義謂有一于此即足備具法定要件。我國學者雖無關於解釋法律之專著；然法律用語既曰如此或如彼，乃有一于此即足構成法律之要件。即依本項而言，「或」凡二見。曰「乘人急迫，輕率〔或〕無經驗」，又曰使「其為財產之給付〔或〕為給付之約定」。所謂使為財產之給付，原不必更為給付之約定，而後合于本項之要件。所謂乘人急迫，輕率或無經驗，亦明示有乘人急迫之情事，有乘人輕率之情事，或有乘人無經驗之情事，備具其一，即與要件相符。而目擊實例，因當事人為商人，守舊法官均謂商人處理商事非無經驗，縱有急迫情事，亦不合本項之規定。此其誤解蓋對「或」之意義，尙未了然。我國雖無文法，但法律用語原則均與普通用語之意義相同，凡法律條文例舉數事而介以「或」者，原則無須兼具各項要件。且各該要件為平行的，具備其一，即足構成，實為學者所不可不知。爰連帶說明于此。

再聲請撤銷，或請求減輕給付，為訴權之一種；此種訴權，受斥除期間之限制。自行

爲成立後，經過一年，其聲請權即歸于銷滅，是爲第七十四條之規定。所謂斥除期間，排斥權利存續之期間也。民法上之撤銷權恒受斥除期間之限制，緣得撤銷之法律行爲，其效力在不確定狀態之下，撤銷權若使其無期限的存續，則對於交易安全不免不良之影響。且使信之爲有效之相對人或第三人不免受不測之損害。此爲規定斥除期間立法之命意。自撤銷權人方面言之于相當期間之內，不行使其權利，依權利因怠于行使而消滅之原則而言，亦非過苛。

E. 法律行爲之要式行爲須合于法定方式 法律行爲有要式行爲與非要式行爲之別，前已略爲說明。要式行爲依法律之規定，非履行一定之方式，其法律行爲即難認爲有效者，是爲法定之要式行爲。其依當事人之預約，其相互間之契約，須用一定之方式者，在未備具約定之方式以前，其契約亦不能視爲成立；是爲意定之要式行爲。現行民法採法律行爲方式自由之原則，除少數之例外事項，以明文規定須經一定之方式者外；多數行爲均非要式。但要式行爲，在古代法律則佔絕對之多數。同時古代法律上之要式行爲，又多以一定儀式之舉行爲必要。例如羅馬法物權之移轉或經 *nuncupatio* 之方式，或經擬訴棄權 *in jure cessio* 之方式。 *Emancipatio* 之方式舉行之際，須有十四歲以上之羅馬市民五人爲證人，另以二人持銅與秤，而由讓與人與受讓人舉行一定之形式，其物之讓與行爲始告成立。擬訴棄權 *in jure cessio* 者，由讓與人與受讓人，至審判機關舉行擬訴，而以拆毀之儀式，爲買賣。依近代法律要式行爲已占少數，同時要式行爲亦鮮要求行爲人以須經一定之行爲之法定方式也。

儀式者。我國民法宗教成份遠遜他國，因之法律行爲中之要式行爲，除結婚之法定方式須經公開之儀式外（九一）鮮採儀式主義。在法國法系國家，每以須經公證爲要式行爲之法定方式，我國公證制度雖經提倡，然遠在民法頒行以後（九二）。而德日民商法典中之要式行爲，以須經登記爲法定之要件。我國民法雖亦間採登記制度，如法人之登記，以及不動產物權之登記。但以登記制度，在我國尙屬萌芽；其以登記爲法定要式行爲之要件者亦遠遜于德日之民商法典。故在我民法上其要式行爲之法定方式，原則僅須以書面作成。我國民法關於法定方式之規定，與多數國家相較，蓋簡而易行。雖以歷史背景及實際情況有以使然，但方式簡易，則不至繁擾，實亦進步之立法也。再依我民法；法定方式原則既僅須以文書作成。依關係規定，要式行爲，法律有僅明示須以文書爲之，法律既未進而規定其文書之內容，文書之方式。當事人自得任意作成之。一經作爲文書，其法定方式卽爲完備。有除以明文規定須以文書爲之者外，更進而規定文書內容應記載之事項者。如民法第六二五條關於物品運送之提單，第六一六條倉庫營業之倉單，及票據法上之票據，其文書之內容，法律既明示應行記載之事項，當事人作成之文書，自必依法一一記載，若有遺漏，除法律有補充規定者外，（九三）其文書卽難認爲有效，因之其法定方式亦不得謂已具備。

法定要式行爲，其方式不具備者，依民法第七十三條「法律行爲不依法定方式者無效」，然此僅原則，若法律另有規定，則應依其規定而仍視爲有效，例如票據法第二十一條第一項，關於滙票之規定，其必要記載事項凡八款，然同條第二至六項之補充規定，對於其漏未記載之事項，分別與以規定，因之其已有補充規定之事項而未記載，雖爲方式之欠缺，但法律既與以補充，即難謂之爲無效。此民法第七十三條後段特以但書明訂「但法律另有規定者不在此限」也。再須有應進而說明者，要式之法律行爲因方式不備而無效者，雖不能依其法律行爲之本旨，而發生效力，但不妨發生他種法律行爲之效力；學者目之爲法律行爲之轉換。我民法第一一二條且明示此旨：「無效之法律行爲，若具備他法律行爲之要件……者，其他法律行爲仍爲有效，」例如提單倉庫而未具備民法所規定之方式者，亦得認爲物品之收據。

至於約定要式行爲，指依當事人之特約其法律行爲須履行一定之方式者之謂。約定要式行爲，原則爲契約行爲，故法律規定于債編通則章債之發生節中。且明示：「契約當事人約定其契約須用一定之方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」民法第一六六條。依其文義似約定要式行爲，僅限于契約行爲，而不及于契約行爲以外之法律行爲。民法第一六六條之當

然適用範圍，原則僅及于契約。然單方行爲，或協同行爲，而經當事人特約須經一定之方式者，予亦以爲應準用上開規定，亦解爲在其約定之方式未完成前，應推定其行爲爲尚未成立。良以方式自由乃民法所本據，同時意思自由，又爲民法之主要原則。故當事人而以特約約定須經一定之方式者，自應與以尊重，而否定未履行約定方式之法律行爲爲已成立。

再有進者要式之法律行爲，在我民法原則僅須以書面爲之，以書面作成之文書民法第三條明示不必由本人自寫但必須親自簽名是爲原則，例外亦得以印章代之，至如以指印或其他符號代簽名者如花押或「十」字則須經二人以上在文件上簽名證明始與簽名生同一之效力。民法第三條規定甚詳可參看也。

### 參考法條

〔民法〕第七十一條「法律行爲違反強制或禁止規定者無效。但其規定並不以之爲無效者不在此限。」第七十二條「法律行爲有背于公共秩序或善良風俗者無效。」第七十三條「法律行爲不依法定方式者無效。但法律另有規定者不在此限。」第七十四條「法律行爲有背于公序良俗者無效。」第七十五條「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。」第七十六條「契約當事人約定其契約須用一定方式者在該方式未完成前推定其契約不成立。」第七十四條「法律行爲有背他人之急迫輕率或無經驗使其爲財產之給付或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請撤銷其法律行爲或減輕其給付。」前項聲請應於法律行爲後一年內爲之。」

(八四) 胡氏前揭第二一三頁。

(八五) 民法第七六一條第一項但書。

(八六) 民法第七一一條第二項「被指示人(經承担者)僅得本于指示證券之內容，或其與領取人同之法律關係所得對抗領取人之事由，對抗領取人。」第七二二條「無記名證券之發行人，僅得以本于證券之無效，證券之內容；對抗持有人。」票據法第十條「要據債務人不得以自己與發票人或執票人之前手所存抗辯事由，對抗持票人。」是爲不要因行爲之明例。

(八七) 民法第七十五條後段「其意思表示係在精神錯亂中所爲者亦同(無效)」

(八八) 所謂舉證責任，乃民事訴訟法之用語，依民訴第二七七條「當事人主張有利于己之事實者就其事實有舉證責任。」

(八九) 民法第二二六條。

(九〇) 德民第一三八條第二項；蘇俄民法第三〇三條；瑞債第一一一條。

(九一) 民法第九八二條「結婚應有公開之儀式及二人以上之證人。」

(九二) 公證制度，在我國尙屬萌芽時期，尙無專業之公證人 Public notary，至民國二十四年始頒佈公證法推行公證制度。在各大都市之地方法院，設公證處，以推事辦理公證事務，遠在民法頒行之後。

故民法中無涉及公證之規章。

(九三) 票據法第八條之規定其明例也。

## 第二節 行爲能力

法律行爲之生效以行爲人有行爲能力爲要件之一，行爲人無行爲能力者，其行爲無效。行爲人爲限制行爲能力人，而未得法定代理人之允許所爲之行爲除另有規定者外，其效力爲不確定。換言之即其行爲生效之要件有欠缺非于行爲完成時即時生效，須經補充而後其行爲生效，反之不爲補充，其行爲即不能生效。其生效與否，在不確定狀態之下，故爲效力未定之行爲。其詳見本編第一章，第一節，第一二五至一四一頁。

### 第三節 意思表示

#### 第一目 概況

意思表示 *Declaration of intention* 者，行爲人以發生法律關係之意思明示或默示表示與外部之謂。故意思表示之構成要素索姆教授分析之爲二部：a. 意思 b. 表示。吾人對外之表示行爲，所表示者未必盡爲意思。有以其人之觀念宣示于外部者，是爲觀念通知。有以其人之情感宣示于外部者，是曰感情通知。是故吾人之表示行爲，分析言之，得分爲意的表示；觀念的表示；及情感的通知。觀念的表示及情感的通知，原則不生法律上之效果。其例外發生法律上之效果者，則佔絕對的少數。如民法第一五九條承諾遲到的通知，第三五六條瑕疵存

在之通知，觀念通知之生法律上效果者也。又如第四一六條第二項因宥恕之表示而使撤銷贈與之撤銷權消滅，第一一五三條宥恕之表示致離婚請求權之消滅，感情表示之發生法律效果者也。至于意的表示有依當事人之意思表示之本旨以發生法律效果者，是謂意思表示。此外尙有所謂意思通知，意思通知亦爲當事人對於外部意思之表現。但其法律效果之發生，則以法律之規定爲本據而非如意思表示效果之發生，純以當事人之意思爲本據。例如對於要約人爲拒絕承諾之通知，依民法第一五五條而生要約拘束之作用；選擇之債選擇權行使之催告，依第二一〇條有移轉選擇權之效力，其效力之發生以法律之規定爲依據，與意思表示不同。故雖同爲對於外部表現其意思之行爲，而實質不同。蓋意思表示其意思爲法效意思及目的意思所組合而成；其法律效力之發生純依當事人之意欲爲依據。而意思通知，當事人雖有一定之目的，然其法效之發生則非以當事人之法效意思爲本據。故胡次威先生謂意思通知「……母寧稱爲非法效之意思表示」(九四)云云。

準上說明吾人之心理狀態表現于外部者，細爲分析得別爲：

一、觀念通知 即知的表示，一稱事實通知，行爲人對於過去現在或將來之事實，所有之觀念或認識之通知也。

一、感情通知 即情的表示，謂一定情感之表示，喜怒哀樂有怨哀矜均爲情感之表示，惟有怨之表示，依民法之規定，得生法律上之效力耳。

意的表示 謂以表示其意思于外部之行爲。其行爲之法效，有待法律之規定而後生效者，是爲

a. 意思通知 有純依當事人之意思以發生效力者，是爲

b. 意思表示

再有進者吾人之精神作用表示于外部而得發生法律上之效力者，據上文所述不僅意思表示，而意思表示不過僅爲吾人精神表示于外部者之一部份而已。然吾人隱存之精神作用而未表示于外部者，亦得發生相當之法律效果。此種隱存之精神狀態，學者名之爲內部之容態。張正學師，曹士彬（陸）師，其例也。見張齊合著前揭第一五四頁。所謂內部之容態者，謂發生法律效果之精神作用，隱存而未表現于外部而法律附着以一定之效果者之謂。按吾人精神作用未表示于外部者，原則不生法律上之效果。依耶令氏嘗謂吾人不受未表示于外部之意思所拘束（九五）。吾人之精神作用，既未表示于外部，自不因之而與外部發生法律上之關係。故內部之容態，原則不生法律上之效力。但依法律規定，內部之容態，亦得例外發生一定之效力；內部容態之得發生法律上之效力

者，分析之得大別爲：

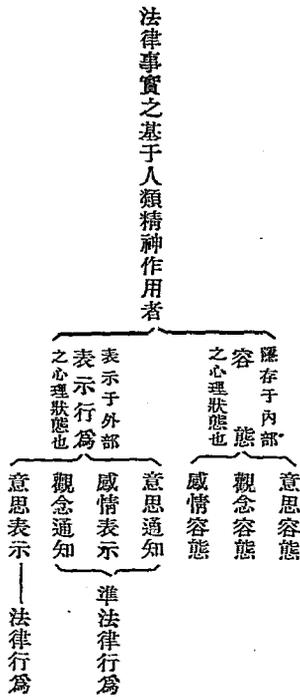
一、意思容態 惹起法律效果而存在於內部之意思也。意思不經表示而發生法律上之效力者，佔絕對少數。但時效取得及先占取得，皆以占有人有所有之意思爲要件，民法第七六八第七六九第七七〇第八〇二二條之規定蓋均對於隱存之意思賦與以法律上之效力。

一、觀念容態 對於或種事實之知與不知，而足以引起法律上之效果者，爲觀念容態。法律上所謂之善意第三人，通常指不知其情事之第三人而言；而法律上所謂之惡意故意通常亦指行爲人對於事實有認識者而言。

一、感情容態 足以惹起法律效果之感情容態，民法第九十二條所謂「因……被脅迫而爲意思表示者，表意人得撤銷其意思表示」。即以恐怖（感情容態）之存在爲得撤銷之原因。

準上說明，以吾人之精神作用爲基礎而發生法律上之相當效果者不僅表示于外部之觀念或意思，隱存于內部之心理狀態，亦足以構成影響法律關係之發生變更或銷滅之法律事實。故法律行爲僅爲法律事實中之人之行爲之一部，而意思表示爲法律行爲之要素。其他人類之行爲或不行爲之足以影響法律關係者，或爲吾人之精神作用，或爲吾人精神作用以外之事

實，皆與意思表示無與。惟意思在法學上因意思自由為私法上之主要原則，而佔絕對主要之地位；但意思表示，不過為吾人精神活動之一部份，則為學者所不可不知。列圖于後，以示梗概。



意思表示與其他人類之精神作用所不同者，厥為意思表示乃以「具有足以形成法律行為之內容之意思」(九〇)表示于外部；故意思表示為法律行為之要素。

準上而言法律上所謂意思表示，乃以「足以形成法律行為之內容之意思」向外表示之謂。

與單純以意欲向外部爲表示不同。詩人寄箋而曰「與君共飲三百杯」，自其以意思向外部爲表示之點而言，固爲意思之表示。然不得謂爲法律上所謂之意思表示。緣法律上所謂之意思表示，須爲「具有足以形成法律行爲內容之意思」向外爲表示。換言之，即所表示之意思，須有發生法律上權利義務關係之目的。故意思表示之成立要件，其意思必須具備目的意思，法効意思，而且有表示行爲然後成立民法上所謂之意思表示。

## 第二目 意思表示成立之要件

爲說明意思表示而分析當事人之意思依學者通說當事人須備具（一）動機（二）目的意思（三）法効意思（四）根據表示意思所爲之表示行爲。學者甚至抽絲剝繭謂「自表意人爲意思表示之過程而言之，必先有一定之動機，次有目的意思，次有法効意思；次有表示行爲。而意思與表示之間，復有一定之連絡。指表示意思，欲以目的意思及法効意思表影于外部之意思。然後意思表示始告成立」。此爲胡次威先生之卓見（九七）。而陳克生先生則僅分析意思表示之意思內容爲効力意思及表示意思（九八）。陳先生之見解蓋不分目的意思及法効意思而統稱之爲効力意思（九九）。史尙寬先生從同陳克生先生而謂「効力意思（一稱目的意思）欲引起法律上一定効力之欲望也」（一〇〇）。而予之所以從同胡次威先生者以個人見解亦深信目的意思與法効意思不同。目的意思在德語

爲 *Wreckville* 乃表示人目的之所在也。或以其爲意思表示之基礎，而稱之爲基礎意思。或稱效果意思，亦有稱爲行爲意思者。此種意思，乃法律行爲之目的，爲表意人之所望，例如買賣行爲，取得財產權，買受人之目的意思也；取得金錢之對待給付，出賣人之目的意思也。而法效意思者，則爲對於目的意思附以法律上之效果之意思也。以前舉之例而言，買賣雙方之合意成立契約，乃雙方法效意思之合致也。法律上之意思表示除目的意思以外，尙須有法效意思，法律行爲所以別于社交上道德上之行爲者即在于此。有目的意思而無法效意思，則當事人間，原則不生法律上之關係。例如煩至友代爲攜帶行李，或搭乘友人之汽車入城，當事人雖有欲達一定目的之意思；且實現其意思；然無發生權利義務關係之法效意思。自不能謂之因此而生法律上之權利義務。反之使轉運公司運送行李，搭乘出租汽車，行爲人雖未表明其有法效意思，而行爲人之有支付運費或車資之意思，則可斷言。故缺乏法效意思，則不能成立法律行爲，因之亦不能成立法律上所謂之意思表示。學者或混同目的意思及法效意思爲一談，而統稱之爲效力意思，已難謂爲充當。加以分析法效意思，與目的意思，且有相當之實益。按契約之界說學者咸認「〔契約乃〕二以上之當事人……彼此所爲對立之意思表示，互相一致之法律行爲」。(一)黃馥馨先生洪賦林師分析上開界說，均謂當事人之意思表示

必須互相對立，且須相互一致。按契約當事人之意思表示既曰相互對立，對立者相互，反對之謂。而又曰相

互一致，似屬矛盾。然當事人之意思表示，相互對立者，爲其目的意思。而相互一致者，則爲其法效意思。蓋在契約關係當事人之目的意効，非互相對立不得成立契約；一方出賣，一方買受始得成買賣契約。而法效意思不一致，亦不得成立契約。謂當事人有相互契約之意思。此爲分析目的意思與法效意思之實

益。若混目的意思與法效意思爲一談，則解釋契約之意義，即難得明確之概念。此多數學者對於契約之說明，失之含混，其原因蓋有所在。此予之所以從同胡次威先生之卓見，而分析意思表示之內容，爲目的意思，及法效意思也。

至于表示意思者，即表意人，欲爲意思表示之時，須有一種意思作用，使其內心之意思法效意思及目的意思。表現于外部之行爲相聯絡。此種連絡目的意思法效意思與表示行爲之心理作用，

德國學者稱之爲表示意思 *Rechtswilligkeit*。欠缺表示意思，其表示行爲即爲無意識之動作。不能目爲意思表示之表示行爲。例如有入于心口相商之際，而自言自語；其言語所表現者，雖爲其中心之意思。但其人既無表示意思，則內心之意思，雖流露于口角，然不得謂之意思表示。

據此：則形成意思表示內容之意思，乃包括（一）目的意思，（二）法效之意思，（三）表示

意思所組合而成。目的意思乃意思表示之內容，法效意思乃發生法律上效力之意思。而表示意思則爲連絡表示行爲，與當事人內心之意思之心理作用。缺一不可，其意思表示即難成立。緣無目的意思，其法律行爲即無內容。無法效意思，雖得成立社交上道德上之關係，而法律關係，則無由發生。無表示意思，則其表示于外部之動作，與內心之意思，無適當之連絡，法律關係，亦無從發生。

意思表示除以表意人內心之意思爲要件以外，尚須有表示行爲。表示行爲者，以目的意思及法效意，置於他人可認識之狀態之行爲也。故意思未經表示，或雖表示而非他人之所得明悉者，不得成立。其意思而有瑕疵或其表示與意思不一致，其意思表示之效力亦有問題。而非當然有效。

意思表示，除其意思須具備必要之內容，且經表示以外。其意思表示尚須爲關係人所得了解，始得發生法律上之效力。故意思雖已表示，而未置於他人得了解狀態之下者仍與未表示同。例如向不解英語者，以英語爲要約，其表示與未爲表示者同。再按法律行爲，有要相對人之法律行爲，及不要相對人之法律行爲。在要相對人之法律行爲，其意思表示不但須爲他人之所得了解，且以特定相對人之了解爲必要。如前舉之例，以英語爲意思表示，旁觀者

，雖不乏了解其意思之人，惟特定之相對人獨不了解，其意思表示亦不能謂已生效。但在不要相對人之法律行為，其意思表示，苟已置于他人得了解之狀態者，即得認為生效。

再意思表示不限于明示，默示之意思表示，其足為他人所了解者，亦生表示之效力。何謂明示？何謂默示？學者聚訟紛紜，其自主觀方面說明明示及默示之區別者；以為明示者，表意人明白表示其意思之謂。而默示者，表意人明白表示他意思，而使人推斷以求得其意思之謂。此說欠當，且欠明確。故近代學者，多採客觀之標準，依表意人之表示方法，求明示默示之區別。依基得爾曼 N. Jachmann 氏之見解，凡以交易上或習慣上習用之方法傳達意思者，為明示的意思表示。其以非習用之方法傳達意思者為默示的意思表示。故明示或默示之區別標準，乃以其意思之傳達是否採交易上或習慣上習用之方法為斷，而不問當事人之意思。以語言文字為傳達之工具者，固為明示。即以符號手勢或信號為傳達之工具者，如在交易所以手勢表示買賣，輪船以信號表示海難救助；或以旗號表示需用淡水，均不失為明示之表示。至于默示的表示，則指以交易上或習慣上非習用之方法表示其意思者之謂。例如租用器具，期滿之後，不表示返還，亦不為返還，而繼續付租，是可知當事人有延長租賃之意思，而其意思之表現于外部則非以通常之方式表示之，是默示之明例也。

于此有應三致意者，默示與默認有別。按法律在原則上不認當事人之一方，得以一方之意思使他方負擔義務。因之當事人之一方向他方為意思表示，或為意思通知者，他方並不因而負擔答覆之義務。故受意思表示或通知之他方，而不為答覆者，在法律上不得視為默認。

故在法律上所謂之默示，亦須為表示之當事人有積極之作爲。至若單純之沉默 *Stille*，原則不得解爲默示。最高法院二十二年上字第五二號判例有云：「單純之沉默，難認爲默示之用意」。全年上字第九五〇號判決亦云：「默示……必依要約受領人之舉動，或其他情事，足以間接推知其有承諾之意思者，始得認之。若僅……單純之沉默，不能遽謂其即爲默示」。二十三年上字第一七九五號判例更進而說明：「默示須有足以間接推知其意思之舉動，若單純沉默，不得謂爲默示」云云。可知默示之表示，與一般所謂之「默認」，有顯然之區別。不過沉默而合于民法第一六一條所示之要件者，亦得解爲默示之表示云。

意思表示既須待他人之了解而後生效，在無相對人之意思表示，其意思苟經表示，而爲他人可得據以主張時生效，容後詳言。而有相對人之意思表示，則須爲相對人所了解，或可得了解時，始能生效力。民法因意思表示有對話與非對話之別，而分別予以規定。其對話而爲意思表示者，以相對人了解時爲其意思表示生效之時。其非對話而爲意思表示者，則以

通知到達相對人時，爲其生效之時。

### 第三目 意思表示生效之要件

意思表示備具成立要件者，固即認爲成立然其意思表示究否生效，則須備具下列之要件。

一、其意思須與表示一致。

一、其意思須出于表意人之自由意志。

如意思表示或其意思而非出于表意人之自由意志。則以其意思表示在形式上已經成立，在實質上雖有問題，若一律認爲無效，即不免使信賴其意思爲有效者，受不測之損害，而影響交易之安全。一律認爲有效，亦不足以保護表意人之利益。緣意思表示之生效效，乃基于當事人之意思，若表示而與意思不一致，或非出于表意人之自由意志亦一律認爲有效，則不免與保護當事人意志自由之本旨有所未符。此我民法所以折衷意思主義 Will Theory 及表示主意 Declaration Theory 而不執一于一是，採折衷之態度，分別其表示與意思不一致，或非出于自由意思之原因，有分別予以規定。

在學說上：意思主義，爲德人沙維尼 Savigny之所提倡，以爲法律對於意思表示與以效

果，乃基于當事人之意思。表示行爲不過使當事人之意思表現于外部而已，故表示而與意思不一致，或非出于當事人之自由意志者，應歸無效，此派置重于主觀之意思，及表意人之利益，乃個人主義法學之特徵。表示主義，爲德人丹子 *Danis* 諸氏所提倡，以爲當事人內心之意表非吾人所得知，惟依所表示于外部者得知之，故應以表示爲準。且爲保護交易之安全，亦應以所表示者爲惟一之準據。至于折衷主義，則爲德人鄧白格 *Dernburg* 等所提倡，以爲極端意思主義，對於保護表意人固盡善矣，然不足以保護交易之安全。極端表示主義，對於交易安全固盡其保護，而對於表意人則未免失之于苛。且依極端的意思主義，對於表意人與有過失之意思表示，亦使之不受拘束。在極端表示主義，甚至使表意人對於因被詐欺脅迫所爲之表示，亦負責任，均非事理之平。此多數法例所以均採折衷主義也。惟採折衷主義，有以意思主義爲原則者，如日本民法其例也，(四)亦有以表示主義爲原則，而以意思主義爲例外者，我國及德國民法是也。(五)以社會政策而言，自應以表示主義爲原則。史尙寬先生嘗謂：「注重意思主義，傾向于個人主義……民法爲社會生活之規範，不能不顧交易之安全，而應以表示主義爲原則」(六)。茲分項說明于次：

#### 第一款 意思須與表示一致

意思與表示一致，乃意思表示生效要件之一。意思而與表示不一致，則其意思與表示不相吻合，而影響其意思表示之效力，其意思而與表示不一致者，有出于表意人之故意者，是為故意的不一致。有非出于表意人之故意者，學者謂之偶然的 inconsistency。真意保留，及虛偽意思表示，故意的不一致也。錯誤不知及誤傳，偶然的 inconsistency。

### 第一類 故意的不一致

A. 真意保留 真意保留 *Mental Reservation* 者，表意人無欲為其表示所拘束之意思，而故意所為與真意不符之表示也。真意保留于內部，惟表意人知之。故學者名之為真意保留，或稱心裏保留，或稱非真意表示，又或稱之為單獨虛偽表示。(七)

表意人既無欲為其意思表示所拘束之意思而故為非出真意之表示，其目的不外出于欺罔他人，或出于戲謔之意思。其出于戲謔之目的所為之非真意表示，德國民法另列專條，德民第一一八條

其國學者，亦稱之為諧謔表示 *Scherz*。以與出于欺罔目的之真意保留相區別，依德國德民第一一六條

民法對於真意保留，採表示主義，而以其表示為有效。德民第一一六條第一項。對於諧謔表示，則採意思

主義，而認為無效。德民第一一八條。此蓋以當事人主觀之動機，為分別真意保留與諧謔表示之標準。

我民法則不問表意人主觀之動機何在，一律視為真意保留。且一律採表示主義，而對於此種

表示認爲有效。使表意人受真意保留之表示所拘束。其立法意旨，蓋以于其探意思主義，保護因欺罔或諧謔之目的而爲非真意表示之表意人；毋寧保護受欺罔被諧謔而信其表示爲有效之相對人也。故民法第八十六條前段云：「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」。我民法在原則上蓋不許表意人以真意保留爲理由，而主張其意思表示爲無效也。惟如相對人明知其保留之真意，則無保護之必要。且如相對人明知表意人非出于真意，而仍視其表示爲有效，則不免使相對人取得不當之利益。故民法于全條但書，明示：「……但其情形爲相對人所明知者，不在此限」。換言之，即相對人明知表意人非出于真意者，表意人即得據其意思表示非出于真意爲理由，而主張其意思表示爲無效。然本條但書爲例外之特則，故但書之適用，須以相對人明知其表意人之意思表示非出于真意爲前提。因之表意人而主張適用本條之但書者，須負舉證責任，釋明相對人有明知之情事，始得以真意保留對抗之。

B. 虛僞表示 虛僞表示 *Simulation* 者，表示人與相對人通謀，所爲之非真意表示也。與上述之真意保留不同，上述之真意保留，惟表意人自知其表示非出于真意，故學者或稱之爲單獨虛僞表示；而此所謂之虛僞表示，則爲表意人與相對人通謀，所爲之非真意表示。故學

者或名之爲通謀的虛偽表示。(C)似此情形，表意人與相對人均知其表示非出于真意。其相對人即無保護之必要。良以此種意思表示，其目的不外以欺罔第三人爲目的，例如不能支付債務之商人，以不當之方法保全其財產，而與他人通謀爲虛偽之讓與，其明例也。此種虛偽表示之效力，與前述之真意保留自不能齊一。以虛偽表示，其表示不但表意人知其表示與真意不合，相對人亦明知之。故法律明示「表意人與相對人通謀而爲虛偽表示者，其意思表示無效」。第一項前段。民法第八十七條 虛偽意思表示在當事人間無效，乃其原則。但如以虛偽表示，而隱藏

其他法律行爲者，苟其法律行爲非屬不法。法律自不能一律視爲無效。例如欲以傳家古物，贈與次子，而恐家人反對，與次子通謀，爲虛偽之買賣。此其虛偽表示之買賣，固不能生效；但所隱藏之贈與行爲，初非不法。故其虛偽表示，非完全無效。依民法第八十七條第二項之規定，應「……適用該項法律行爲之規定」。換言之，其法律行爲不視爲所表示之行爲，而依其所隱存之法律行爲決定其法律關係。例如以買賣契約而隱藏贈與，其法律關係不依關於買賣之規定，而依關於贈與之規定定之。同時如其行爲有害及債權者，其債權人得依民法第二百四十四條行使撤銷權，有妨碍及于平均繼承之原則者，民法第一一七三條仍有其適用。如前述之例，債務人欲保存其財產，而假買賣之形式隱藏贈與行爲，以移轉財產與最

近親屬，俾免債權人之扣押，自不應視為買賣，而仍應視為無償行為，得由其債權人撤銷之，又如有人偏愛幼子，以買賣之方式隱藏贈與行為而移轉財產于幼子，仍應視為繼承開始前所受之贈與，而依民法第一一七三條之規定，決定其應否自應繼份中與以扣除。

于此有一問題，以虛偽表示隱藏他法律行為者，依法應適用關於該項法律行為之規定，已如前述。但如有人居心為逃避債權人之扣押，以買賣之方式隱匿財產，與買受人通謀而半送半賣，或賣一送十；例如以百元之代價，出賣千元之珍物。此種行為，既有買賣之事實即非虛偽表示，自不能視為隱藏他項法律行為之虛偽表示。因之即不能依關於贈與之規定決定之。然法律已有規定，足資準則；民法第二四四條第二項所謂「債務人所為之有償行為，買賣為有償行為，贈與為無償行為。」于行為時明知有損害于債權人之權利者，以受益人于受益時亦明知其情事者為限。債權人得聲請法院撤銷之。準此：則上述情形，不能當然認為隱藏他項法律行為之虛偽表示，因之雖得適用民法第二四四條第二項之規定。但本項<sup>民法第八十七條第二項</sup>規定，則非當然可得適用。

## 第二類 偶然的不一致

意思表示而與真意不一致，其出于表意人之故意者，是為故意的不一致，前述之真意保

留，及虛偽表示是也，其非出于表意人之故意者，是爲偶然的不一致。得分折之爲A.錯誤，B.不知，C.誤傳。

A. 錯誤 錯誤 Error or Mistake 其情形有二。(一)動機之錯誤，Error in motive (1)法律行爲內容之錯誤 Essential Error。依沙維尼 Savigny氏之見解，動機之錯誤，僅爲意思與事實之不一致；例如購屋鬧市，而誤爲環境清幽，適于習靜；此種錯誤，原則不影響其法律行爲之效力。我民法第八八條所謂之錯誤雖未如法國民法第一一〇條明示：「錯誤除影響契約行爲之內容者外，不得以其錯誤爲撤銷契約之原因」，而所謂「意思表示之內容有錯誤」在解釋上蓋不包括動機之錯誤；緣動機者，法律行爲之遠因 *Causa Remota* 也，同一種類之法律行爲，其內容雖恒爲一定，而動機則千差萬別。例如租賃契約，恒以「一方以物租與他方使用受益，他方支付租金」(九)爲內容。而動機則千差萬別，有因居住而租屋者，有以設肆設廠而租屋者；故依原則：動機之錯誤不影響法律行爲之效力。但學者咸謂，動機而爲法律行爲之要件時，即爲法律行爲之內容。主觀，客觀，及折衷派學者均同說。而主觀派及折衷派之學者，且均謂動機苟表示于外，不問是否爲法律行爲之要件，亦應視爲法律行爲之內容。例如明示以習靜爲目的，而租賃房屋。若誤租鬧市房屋，自得解爲內容之錯誤。此亦學者之所應知。

再于此有應說明者，法律行為之錯誤，得分析之爲（一）法律上之錯誤 *Error in law*，及（二）事實之錯誤 *Error in fact*。學者或以爲法律上之錯誤，不影響法律行為之效力。亦有以爲法律上之錯誤，與事實上之錯誤有同一效力。法國學者拉克汀尼瑞 *La Cauteris* 氏，嘗謂「法律上之錯誤與事實之錯誤同足影響意思表示之效力」。〔十〕但愚見以爲誤解或不知法律，固不得據爲免除責任之根據；然誤解或不知法律究與事實之錯誤或不知有別。事實之錯誤或不知，應依民法第八八條之規定決之。其誤解或不知法律如所誤解者爲法律之強行法規，以致違反法律上之強行規定者，自應依民法第七十一條之規定決定其效力。反之若誤解強行規定，其結果而無違反法律上之強制或禁止規定者，如誤以買賣借貸爲要式行為，而書立文據，且行登記。此種錯誤，既無關意思表示之內容。自不影響其法律行為之效力。再如誤解法律，所誤解者如爲任意規定，任意法規之或遵或否本任諸當事人之自由，其誤解之結果，亦不生意思表示之內容違法問題。因之亦無影響。〔十一〕準此而言，法律上之錯誤之足以影響意思表示之效力者，以其誤解或不知足生違法之問題者爲限，此種錯誤在我民法蓋非視爲單純之錯誤，而應視爲違法之行為當然不生效力，與爲意思表示內容之事實之錯誤顯有分別。〔十二〕故愚意以爲法律上之錯誤其足以影響法律行為之效力者，既與事實上之錯誤適用不同之法則。自不能視同一律。

故愚見以爲法律上之錯誤或不知，以關係強行規定者爲限，足以影響法律行爲；雖與事實上之錯誤同。但適用不同之法則，要不能謂民法第八八條所謂「意思表示之內容之錯誤」，包括法律上之錯誤也。

準此：則民法第八八條所謂之錯誤，依民法而爲之分析，得分別爲a. 法律行爲性質之錯誤，b. 標的物其物之錯誤，c. 關於當事人其人之錯誤及d. 關於當事人之資格或物之品質之錯誤。茲分別予以說明如次：

a. 法律行爲性質之錯誤 法律行爲性質之錯誤 *Error in negotia* 者，意思表示之錯誤，在法律行爲之性質者之謂。例如誤買賣爲贈與，誤寄託爲運送者是。此其錯誤當然爲意思表示內容之錯誤。

b. 標的物之錯誤 標的物其物之錯誤 *Error in Corpore* 者，對法律行爲之標的有錯誤者而言。關於標的之錯誤，得分別爲種類之錯誤 *Error in kind* 及品質之錯誤 *Error in substantia*，誤金爲銅，前者之例也。誤九成金爲足赤，後者之例也。依原則而言，品質之錯誤，除交易上認爲重要者外，不影響法律行爲之效力。容後說明。而本項所謂關於標的物其物之錯誤，乃種類之錯誤，標的物爲意思表示之內容，其錯誤當然影響其意思表示之效力，例如誤漢英

字典爲英漢字典，此其錯誤，當然爲內容已錯誤。

c. 關於當事人其人之錯誤 所謂當事人其人之錯誤 *Mistake as to Person* 者，謂誤以甲爲乙之謂，但法律行爲之當事人，僅爲爲意思表示或受意思表示之主體，而非意思表示之內容，多數法律行爲，蓋無擇于當事人之爲誰何。故當事人其人之錯誤，原則不影響法律行爲之效力。例如商人誤認過客爲舊友，而減價出售其貨物，此種減價出售之決意，基于錯誤，而此種錯誤，則爲動機之錯誤，故原則不影響其意思表示之效力。但法律行爲不乏置重于當事人其人，或以當事人本人爲其法律關係之要素者。在財產給付契約固不問當事人之爲誰何，而勞務給付契約則多數置重于當事人之爲誰何。例如誤以車夫爲名廚，而與之訂立僱傭契約；此其錯誤，當然爲意思表示內容之錯誤。至于以當事人本人爲法律關係之要素者，如婚約之訂立，婚姻之締結，如有錯誤其法律行爲之受影響，更屬當然。

d. 關於當事人之資格及物之品質之錯誤 當事人其人之錯誤，除置重于當事人本身或以當事人爲法律行爲要素者外，原則不認爲意思表示內容之錯誤。同時標的物品質之錯誤，原則亦不影響法律行爲之效力，羅馬法家烏爾比央且謂「標的物種類之錯誤，影響法律行爲之效力。僅程度上之錯誤則不生影響。」(十三)自學理上嚴格言之當事人之資格及物之品質，

不過爲決定意思之動機，而非意思表示之內容。且程度之差別與種類之差異，亦不可一概而論。故在原則上，當事人之資格及物之品質，縱有錯誤，亦不足以影響法律行爲之效力。然程度之差別，有時形成種類之差別。大學與中學程度之差別耳，但以教育程度爲甄錄之標準，博士碩士學士與中學畢業，實爲種類之差別。金銀成色之高低，程度之差別也；然九成足赤十八K十四K在金業交易上，則視爲種類之差別。故日耳曼固有法 *Rechtswesen* 採意思主義以爲當事人資格之錯誤及物之品質之錯誤，爲意思表示內容之錯誤。（十四）近代立法，固鮮從日耳曼固有法而以當事人之資格及物之品質之錯誤一律視爲意思表示內容之錯誤者，然亦鮮有從羅馬爾比央之見解，而以爲「僅程度上之差異，不足影響法律行爲之效力」者。故多數法例均在一定之範圍內，確認當事人之資格及物之品質得視爲意思表示內容之錯誤。我民法亦然。于第八八條第二項明示：「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」。至于何爲交易上認爲重要者，則須依個別情形及一般之觀念定之。舉例以明，技術人員之聘任學術機關教員之人選，以當事人之資格爲重要者也。而商業機關商業使用人之選任，則鮮注重當事人之資格。又如單純金銀之交易其成色在交易上視爲重要者也。而金錶之成色，及鑲坎鑽石珍寶之金銀飾品，原則不重視其金銀之成色。此

依一般交易上之觀念為準則者也。此外因當事人之特約，或機關團體之章則特約明示置重予當事人之資格或物之品質者，自應以之為交易上認為重要之事項，亦不待言。

于此有一問題，依國外學者之述作，以為契約行為當事人之一造苟誤解相對人之意思 *Misunderstanding* 所為之意思表示，亦為意思表示內容之錯誤。(十五)舉例以明，如在競賣場中，誤以美幣百元為國幣百元，或誤瑞士佛郎為法國佛郎，其誤解自應影響其契約之效力。惟所謂誤解，及引起錯誤之原因，故誤解之結果，使當事人之意思表示發生錯誤，其錯誤之結果，則不外關於法律行為性質之錯誤，當事人其人之錯誤，或標的物其物之錯誤，或為當事人之資格及物之品質之錯誤。故依愚見，誤解無另列專款之必要。

B. 不知 不知 *Ignorantia* 者，表意人對於其意思表示之內容欠缺認識之謂。學者于此聚訟紛紜，有以為「不知」乃錯誤之一種徐戰門先生主張之。有以為「不知」者乃表意人「……雖有表示存在，然對於所表示之事項全然欠缺認識而言」。胡次威先生主張之。史尙寬先生謂「不知謂正當認識之全不存在，而錯誤則不特無正當認識；而且有積極的認識之認識。二者觀念上雖自不同……（不知之）效力與錯誤同」。(十六)史尙寬先生對於錯誤與不知之分野，說明固極貫徹，予亦從同此種見解而分別錯誤與不知為二事。但史胡二氏，均謂不知乃表

意人對於所表示之事項全然欠缺認識或正當認識之全不存在之謂，則非愚見之所從同。緣不知乃指表意人對於爲意思表示內容之情事，欠缺認識之謂。苟對於爲意思表示內容之事項（當事人標之物或法律行爲之性質或當事人之資格及物之品質）認識有欠缺者，即足構成意思表示內容認識之欠缺，而構成此謂之「不知」，固不限于對於所表示之事項全然欠缺認識也。再依民法用語「……表意人若知其情事，即不爲意思表示者」，所謂知其情事之反面解釋當然爲對於其情事有所不知。依其文義而言初不限于全然不知，僅有一部重要情事之不知，已足構成「不知」之要件。故予謂不知者，表意人對於其意思表示之內容，欠缺認識之謂。

錯誤與不知在觀念上固有顯然之分別，但其對於法律行爲之效力之影響則屬相同。但各國之法律，其採意思主義者，以爲意思表示內容之錯誤或不知應使其意思表示歸于無效，英美法採此主義。故意思表示內容有錯誤或不知者，在英美法其意思表示無效，（十七）若依表示主義而言，錯誤與不知僅存在于表意人方面，似不應使錯誤或不知足以影響法律行爲之效力。但絕對之意思主義，逕以錯誤或不知爲其意思表示無效之原因，對於相對人之保護及交易之安全均欠妥善；然依絕對之表示主義，而視錯誤與不知對於意思表示之效力不生影響

，對於表意人亦不免失之于苛。故我民法從同多數法例對於錯誤或不知而非出于表意人之過失者，得為撤銷其意思表示之原因。(十八)同時復以明文規定因錯誤或不知為原因而撤銷其意思表示者，對於善意之相對人或第三人因信其意思表示為有效而致受有損害者，負賠償責任。民法蓋折衷表示主義及意思主義，使表意人對於受損害之善意第三人，須負賠償責任。此以表示主義為原則之立法也。同時而許無過失之表意人得撤銷其有瑕疵之意思表示亦所以尊重表意人之意思也。

C. 誤傳 誤傳者意思表示本身無錯誤，而因傳達不實致使傳達之結果，與表意人之真意不一致者之謂。按錯誤乃意思與表示相齟齬，而誤傳乃指傳達之結果與表意人原來之表示有齟齬者而言。故傳達不實與錯誤有顯着之區別。意思表示除對話為意思表示者外，有假手于第三人以資傳達者，亦有假手傳達機關為之者。其傳達而有錯誤，亦應影響其意思表示之效力。依我民法之規定，傳達不實得比照全法第八十八條（關於錯誤及不知）之規定撤銷之。換言之。誤傳之結果，在法律上與錯誤或不知同。故民法第八十九條所以明示「得比照前條之規定，撤銷之。」

意思表示因錯誤不知或誤傳而撤銷者，依民法所示其撤銷權之行使蓋有相當之限制。

(一)須其錯誤不知或誤傳之發生非由于表示人自己之過失。所謂過失民法未如日本民法第九十五條第二項之規定明示限于重大過失。(十九)因之多數學者均以爲我民法第八十八條但書所謂「但以其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者爲限」，乃指客觀的輕過失而言。胡次威陳克生周新民史尙寬諸氏及張正學師曹士彬師均採用同一之見解，而愚見則異是。按法律上所謂過失，在民法法典無顯明之法定界說但比照刑法第十四條及民法第一八四條第二項之規定，所謂過失，乃「按其情節，應注意，並能注意，而不注意」及「違反保護他人之法律者……」(二十)之謂。故所謂過失者，一言以蔽之，注意之欠缺也。依民法而言過失責任因民法明示過失責任依事件之性質而有重輕。(二)故決定過失之有無應首先決定行爲人之注意責任。其注意責任高者對於輕過失應負責任，其注意責任從輕擬定者，則對於較重過失始負責任。此法學上所以有重過失 *Culpa Lata* 及輕過失 *Culpa Levis* 之區別也。而輕過失中，又得分析之爲抽象的過失 *Culpa in Abstracto* 及具體的過失 *Culpa in Concreto*。抽象的輕過失者，欠缺善良管理人之注意即行構成之過失也。具體的輕過失，欠缺處理自己事務同一之注意所構成之過失也。而重大過失則爲全然欠缺注意始行構成之過失也。抽象的輕過失具體的輕過失雖均爲輕過失 *Culpa Levis*。但善良管理人之注意，及處理自己事務同一之注意，在法

學上顯有異同。換言之一般人處理自己事務，其所需之注意在程度上恒較善良管理人之注意為低。比較民法關係法條，其責行為人以善良管理人之注意者，與責行為人以處理自己事務為同一之注意者，亦在加重前者之注意責任。(二二)故抽象的輕過失與具體的輕過失雖同為輕過失，而前者因欠缺善良管理人之注意即足構成，而後者則以欠缺處理自己事務同一之注意為其構成要件。抽象的過失與具體的過失，對重大過失而言，雖均為輕過失。而抽象的過失對具體的過失而言，因對於抽象的過失負責任者。其注意義務遠較對於具體過失負責任者為高，因之抽象的過失實為最輕之過失。準此則民法上之過失蓋得分之為三級：(一)欠缺善良管理人之注意之過失(抽象的過失又稱客觀的輕過失)，茲名之為輕過失。(二)欠缺處理自己事務同一之注意之過失(具體的過失又稱主觀的過失)。茲名之為普通過失。(三)全然欠缺注意之過失，即重大過失。(二二)準據學理及我民法所謂客觀的輕過失，乃指負最大注意義務欠缺善良管理人之注意即足構成之過失。而意思表示內容之錯誤或不知，依一孔之見，蓋無不基于表意人之欠缺注意而發生。何以言之，所謂意思表示內容之錯誤或不知或存在于當事人其人，或存在于標的物其物，或存在于當事人之資格或物之品質，或存在于法律行為之性質。此其錯誤或不知蓋均為應注意且能注意之事項。是錯誤或不知之發生，表意人已

不能辭欠缺注意之責任。其欠缺注意亦必顯然欠缺善良管理人之注意之程度。準此而言，意思表示之內容之錯誤或不知，表意人最低限度必已具備學說上所謂抽象的輕過失 *Caveat Lesus* 之 *liberatio* 矣。若解民法第八十八條但書所謂之「……表意人自己之過失者……」為抽象的輕過失，是本項但書非僅限制第八十八條之適用，且不免根本否定錯誤或不知得為撤銷意思表示之原因也。依論理解釋通說實與邏輯未合。再依立法技術之原理而言，但書之作用不過限制本項之適用而已。斷無以但書推翻本項之理。據此立論，則是民法第八十八條第一項但書所謂「……非由表意人自己之過失者……」亦不得不解為專指重大過失而言。再本項但書之法律例，借鏡日本民法第九十五條但書之規定。拘泥文義以為解釋，在邏輯上既不可通，自應依論理限制解釋以符合立法之意旨。總之：本項但書，僅曰「過失」，而解釋結果不能不限制為「重大過失」，在立法技術上實有問題。愚見如此，非敢立異為高不過欲求法律之究竟耳。

(二)此項撤銷權，因一定期間之經過而消滅。依民法第九十條明示其「……撤銷權自意思表示後經過一年而銷滅」此種期間，為斥除期間，亦不待言。

再錯誤不知及誤傳之得為意思表示撤銷之原因，所以保護表意人之利益也。但相對人及第三人之利益，亦有保護之必要。故民法于第九十一條前段明示「依第八十八條 以錯誤及不知為原因者。

及第八十九條<sup>以誤傳爲原因者</sup>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……」。惟此項賠償責任之發生，以相對人或第三人所受之損害與被撤銷之意思表示有相當之因果關係，且有具體之損害者爲限。至其損害賠償之範圍，亦應以所受損害爲限，而不包括所失之利益。(二四)緣此種賠償責任之發生，本于法律之規定，故此種賠償責任，不以表意人之故意或過失爲基礎。而表意人之撤銷權，亦爲法律所享有之權利。表意人依法而撤銷其意思表示，其意思表示因撤銷而視爲自始無效，(二五)因之相對人或第三人本于其意思表示有效而得享有之利益<sup>所失之利益</sup>。不應包括。亦不待言。故此所謂之損害賠償以填補相對人或第三人因信其表示爲有效所受之損害爲限。而不及于所失之利益。

對於善意相對人或第三人法律有加以保護之必要。若該相對人或第三人明知有撤銷之原因，或因自己之過失而不知有撤銷之原因者，相對人或第三人即不免與有過失，依過失相殺之理論(二六)其損害自應自己負擔，而法律亦無加以過度保護之必要。故民法第九十一條特設但書明示「但其撤銷之原因受害人明知或可得而知者不在此限」。

第一款 意思須出于表意人之自由意志

意思表示而與真意不符，除真意保留外，依我民法其意思表示因真意與表示不一致，而影響其意思表示之效力。此所謂之意思須出于表意人之自由意志；緣意思自治乃近代私法上之原則。民法之所以尊重當事人之意思，乃以其意思出于當事人之自由意志也。若其意思而非出于表意人之自由，其意思即有瑕疵，因之其法律行為即為有瑕疵之行為。意思表示而非出于表意人之自由意志者，有基于被詐欺者；有基于被脅迫者，學者因之而分為詐欺脅迫而與以探討。茲分別說明于次：

A. 詐欺 詐欺 *Dolus* 者，故意使人陷于錯誤為目的之欺罔行為也。被詐欺人因詐欺之結果所為之意思表示雖與其意思相符合，但其意思之決定，則為被詐欺之結果；其意思實有瑕疵。意思為意思表示之要素，其瑕疵之存在，實足以影響其意思表示之效力；此法律所以賦予被詐欺而為意思表示之表意人以撤銷權也。

再被詐欺之結果，使被詐欺之表意人陷于錯誤，而為意思表示，與前款所謂之「錯誤」初無不同。不過所謂「錯誤」者，係由于表意人認識不足以致其觀念與事實不相一致。此則由于他人欺罔行為之介入，而使表意人陷于錯誤。在單純之錯誤，表意人最低限度應自負認識不足之責。而此則基于他人之詐偽致陷于錯誤。在表意人方面，更有保護之必要。此民法

所以對於被詐欺而為意思表示之表意人所賦予之撤銷權，期限上之限制，與基于單純錯誤者不同。因錯誤而撤銷其意思表示者，其撤銷權之斥除期間，為自發表之日期起算一年間不行使而消滅。民法第九十條而被詐欺者之撤銷權，其斥除期間，原則自詐欺發現時起算經過一年而消滅。

但自表意後，已滿十年者不得撤銷。同時被詐欺而為意思表示之表意人，行使撤銷權者，對於其相對人亦無賠償責任可言。復次單純之錯誤，以其錯誤存在於意思表示之內容者為限，始得據為撤銷之原因；而被詐欺以致陷於錯誤者，則不問其錯誤是否存在於意思表示之內容，均得據為撤銷之原因。準此而言：詐欺與單純之錯誤，在法律上其效果蓋顯不相同，則是主張被詐欺而撤銷其意思表示者，自必須舉證證明其陷入錯誤，係由于他人之欺罔行為，其意思表示且為被詐欺之結果。始得主張其意思表示為被詐欺所為之意思表示。表意人主張被詐欺者，既須舉證證明被詐欺之事實，至于詐欺之成立，依學者分析其要件凡三：

第一、須相對人或第三人有詐欺之行為。按詐欺既為行為，自必為詐欺人之精神作用。因之無意識或精神錯亂中之所為，例如夢中之囁語，瘋人之狂呼，不得成立詐欺行為。然詐欺乃不法行為，故雖須行為人有意識能力，但無須有行為能力。故無行為能力人亦得為詐欺。此外詐欺之內容，須為表示虛偽之事實，所謂虛偽之事實，依學者分析不外：a.捏造事

實；例如以無爲有以有爲無。b. 隱匿真實之事實；或c. 變更真實之事實。不問欺詐之內容究屬何類，在法律上均得成立。至于詐欺行爲之手段，是否必須爲直接之行爲？按巧妙之詐欺，往往非直接表示，而以間接之方法使表意人自爲歸納以陷于錯誤者爲事所恒有，故間接之表示亦足以成立詐欺。至于單純之沈默，得否成立詐欺，學者通說則以爲如在法律上或交易習慣上有告知之義務，而不告知者，即成立詐欺。故詐欺行爲，不必有積極的直接行爲，即間接的表示或消極的不作爲亦可成立。再詐欺之詐欺行爲人，不限于表意人之相對人。第三人爲詐欺行爲者，亦得據以主張撤銷。惟以相對人明知或可得而知者爲限耳。緣一般詐欺行爲除由相對人直接行詐術者外，合謀局騙而由第三人爲詐欺者亦事所恒有。故詐欺之行爲人，不限于相對人；惟如相對人而不知情，則相對人即與詐欺行爲無關。法律自亦不得不顧事實，而一例許以撤銷。舉例以明，例如有人與第三人通謀而詐欺他人，使以重價買其做古書畫；法律自應保護表意人，而使得撤銷。反之第三人以惡作劇之故意捏造事實，使表意人請客；表意人，誤信爲真正，而施筵設席于出名酒家；酒家方面絕不知情，亦無從得知其實，若法律亦許表意人撤銷其對于酒家預定筵席之表示；則酒家即不免受不測之損害，故法律明示「詐欺係由第三人所爲者，以相對人明知或可得而知者爲限始得撤銷」。蓋所以保護

相對人也。似後述情形，相對人與詐欺行為，無意思聯絡，自有與以保護之必要。至于表意人因被欺而發生之損害，則為表意人與詐欺行為人間之關係，須視其是否構成侵權行為以決定其應否賠償，亦不待言。

第二，詐欺須有故意，所謂故意謂詐欺人明知其反于事實，而故意陷人于錯誤之謂。若認識錯誤。而以與事實不符之觀念告知他人者，則非詐欺。

第三，表意人須陷于錯誤且須與詐欺有因果關係。詐欺人縱有詐欺行為，而表意人未陷于錯誤，例如以收買贗鼎古畫之目的，而以廉價購入贗鼎古畫，在出賣人方面雖有作偽之情事，而買受人既未受其欺自不能主張撤銷。即使表意人而陷于錯誤，但如其表示與詐欺行為無因果關係，亦不得謂其意思表示與詐欺有關。自亦不得以詐欺為撤銷之原因。例如一般磁商對於新出磁器，均書光緒年號；買受人，以家用之目的而購買之，其買受之動機（意思之決定）既與詐欺無因果關係；亦不能據為撤銷之原因。

B. 脅迫 *Metus, Duress* 之意義，在我民法無法定之界說；依學者之探討，所謂脅迫乃以行將加害通知被脅迫人；使生恐怖心理之故意行為也。表意人被脅迫而為之意思表示；其意思既非出于自由，故民法許被脅迫而為意思表示者得撤銷之。被脅迫人而主張其意思表示

係出于脅迫之結果者，亦應立證釋明其有被脅迫之事實。按脅迫之成立，其要件凡五。

第一、須有脅迫行爲。按脅迫以有他人之脅迫行爲爲要件。若恐怖之發生而非由于他人之脅迫，從而所爲之意思表示，即不得謂爲被脅迫所爲之意思表示。因之亦不得據此而主張撤銷。例如陷入水火而懸賞求救，此其危害之發生非由于脅迫行爲，自不能以脅迫爲理由而主張撤銷。即使施救之人，利用其既存之恐怖至爲過當之需索始允救助。如非許以千元報酬不爲援手；亦不得謂之爲脅迫。但得謂施救人有「乘人急迫，使爲財產給付之約定」，而依民法第七十四條主張撤銷，或減輕其給付。要不能依據全法第九十二條而以脅迫爲撤銷之理由。準此：則脅迫之構成要件以恐怖之發生，係由于脅迫行爲爲要件。故利用既存之恐怖以爲要挾，之如前舉。非此所謂之脅迫。但如利用既存之恐怖，復告以依自己之行爲或不行爲足使危難繼續或擴充者。如前舉之例，固僅爲要挾而非脅迫；若施救人于要挾之外，更告知波瀾人若不與鉅金，不惟不予援手，且將下石，或阻止他人之援手。是爲加工于既存之恐怖，自可成立脅迫行爲。

復次所謂脅迫，學者或謂爲加害之通知。加害之方法要不外以行將加害于之意思通知表意人，而使發生恐怖。他國民法有明示範圍者，依法國民法及瑞士債務法其將受危害之客

體，限于表意人之本人及其最近親屬之生命身體名譽及財產。至其危害之程度，瑞士債務法則限于「切迫而重要之危害」。(二七)我民法未為從同之規定解釋上自難謂有限制。僅須其加害之通知，足使表意人發生恐怖即足，而不問其脅迫之內容，為何如也。緣脅迫之內容，千變高化；對于表意人而告以對于其本人或最近親屬將加危害，固足以使生恐怖心理。反之即對于表意人所敬愛之師友，將加危害，亦足以使表意人發生恐怖心理。故依愚見，我民法之不為限制，在理論上，實較法階之明示限制者為得體。不過于此有應說明者，脅迫行為是否足致被脅迫人于恐怖，原則雖應依表意人之主觀心理狀態定之。但如其脅迫行為根本無使一般人發生恐怖之可能者。亦不得謂為脅迫，例如友人相誑，而謂汝不予我十元，則將拔汝一毛，自難謂為脅迫。

第二、脅迫人須有脅迫之故意。此所謂之故意，須有使相對發生恐怖之意思，及使相對人因恐怖而為一定表示之意思；否則不得謂為脅迫。

第三、脅迫須屬不當。我民法雖未如德國民法明示脅迫須限于不法(二八)但在解釋上則屬相同；如催告債務人即日履行債務否則即訴之公庭，勞工以行將罷工怠工通知資方要求增加工資，或減少工作時間，雖均屬予相對人以心理上之壓迫。但均非不法。(二九)自不能

謂之脅迫。但所謂不法對合法而言；有時加害通知，雖于法並無不合，而不失爲脅迫者，亦不乏其例。例如債權人不起訴爲索債之手段，而告債務人若不爲償還，即告發其犯罪；接告發犯罪之手段，與索債之目的，均非不法；然不失爲不當之脅迫。

#### 第四、須表意人因脅迫行爲而陷于恐怖。

第五、須表意人之意思表示，與其脅迫行爲，有因果關係，否則不得主張撤銷。

脅迫之效力，在使被脅迫而爲意思表示者，得依民法第九十二條以撤銷其意思表示；與詐欺之效力同。但脅迫係由于他人之脅迫行爲，使表意人完全喪失其意思之自由。與詐欺係基于他人之欺罔，而自行陷于錯誤者究有不同。因之被脅迫而爲意思表示者，不問其脅迫行爲係由相對人爲之，或第三人爲之；亦不問相對人是否知情；一律均許撤銷。與被詐欺而爲意思表示者，若其詐欺行爲係由第三人所爲者，限于相對人明知或可得而知者始許撤銷者；則有相當之異同。此蓋以被脅迫而爲意思表示之表意人，較之被詐欺而陷入錯誤之表意人更有保護之必要也。

以被脅迫爲理由而撤其意思表示者，其撤銷權亦有斥除期間之限制。依全法第九十三條自脅迫終止後，經過一年而銷滅，但自意思表示後，經過十年者，亦不得撤銷。所謂脅迫終

止後，謂自其加害之可能消滅以後也。例如以加害其人陷身危險區域之剪子爲脅迫之手段。一旦其子歸還而入安全區域，即爲脅迫之終止。故所謂脅迫之終止，非指脅迫行爲之終止，乃指加害之可能已消滅也。故脅迫之延長，有時至數年以上。

綜合而言，意思與表示不一致，及意思表示不自由，均爲有瑕疵之意思表示。其意思表示之效力，依法或歸于無效或得撤銷。意思表示而無效者，自始即不生法律上之效力。其得撤銷者，則自撤銷權人撤銷後，始溯及的無效。撤銷權人而不爲撤銷，則其意思表示仍得有效；故得撤銷之意思表示，在撤銷權消滅前，實爲效力未定之意思表示。

意思表示之無效或得撤銷，因意思表示爲法律行爲之要素，其法律行爲往往因之而爲無效或爲效力未定之法律行爲。但意思表示僅爲法律行爲之要素，而非法律行爲之本身，已如前述。故意思表示之無效或得撤銷，僅原則使其法律行爲亦歸于無效。非意思表示無效或經撤銷，其法律行爲亦必一律不得有效也。在單方行爲其意思表示而經撤銷其法律行爲當然歸于無效。在契約行爲，及共同行爲，當事人中之一人撤銷其意思表示時，其法律行爲未必即歸于無效。緣契約行爲之當事人，未必限于二人、多數之當事人協定之契約，如合夥契約，或團體協約之類，其中之一人因意思表示之有瑕疵而歸于無效或經撤銷者；僅使該契約之效

力，對於其人不生效力。對於他人蓋仍得有效存在。但如契約當事人之一方僅有一人時，其意思表示無效或經撤銷，則其契約當然歸于消滅；在共同行為，行為人意思表示之瑕疵，原則雖應影響其共同行為之效力，但有時亦不因其中一人意思表示之有瑕疵，而影響共同行為之效力，例如社團之總會，其決議須經法定人數之同意，其中一人之意思表示無效或經撤銷，若其結果影響法定同意之人數時，當然影響共同行為之效力。反之若減去其中一二人之表決，仍足法定數額者，自無影響。準此立論，可知意思表示，僅為法律行為之要素，而非法律行為之本身。而意思表示之無效或撤銷，未必影響其法律行為之效力，不過依原則而言，多數之法律行為，因意思表示之有瑕疵，而受影響，則不待言。

#### 第四目 意思表示效力發生之時期

意思表示效力之發生，謂意思表示在法律上發生效果而對於表意人有拘束力之謂。按意思表示之成立，與意思表示之生效原則雖多同時。但亦不乏異時之例。以遺囑而言，其成立也在遺囑依法作成之時，至其效力之發生，則在遺囑人死亡之後。以及其他附停止條件或始期之法律行為，其成立之時期與生效之時每不相同，亦明例也。意思表示之成立，既未必與生效同時，故意思表示生效之時期，應予分別說明。再本節僅就一般之情形而為說明，至于

附停止條件或始期之法律行為，其生效之始期，則容待關係章節而為說明于後。

### 第一款 無相對人之意思表示

法律行為有要相對人者，與不要相對人者。無相對人之法律行為；其意思表示自無從向相對人為之。在有相對人之意思表示，原則須其表示置于相對人得了解狀態之下始生效力。

見後。在無相對人之意思表示，究與何時生效。依通說謂其意思表示之生效與成立同時。例如

拋棄物權其拋棄之表示，表見于外部之時成立之時即為其生效之時是也。但愚見異是。依一孔之

見，意思表示之生效，應在有人得本據其表示于外部之意思而有所主張之時。意思經表示後，其意思表示固已成立，但在他人尙未得據以有所主張之際，其意思表示不能謂已生效。

故我民法對於未生效之意思表示，許表意人任意撤回，以其未生法律上之拘束力也。參看民法第九十五條後段，第一百六十二條及第一百六十三條之規定可知其詳。既生法律上效力之

意思表示，表意人即不得任意撤回，而須備具法律上之瑕疵，而後許其撤銷。故法律上所謂

「撤回」與「撤銷」之意義迥不相同。撤回與撤銷之不同，詳見本章第六節。至于法律所以許表意人對於未生效之

意思表示，得任意撤回，以其所表示之意思尙未與他人發生法律上之關係。而對於已生效之意思表示，則不許任意撤回，而須備具一定之條件始許撤銷；乃以已生效之意思表示，表

意人已與他人發生法律上之關係，故非備具一定之原因，不得撤銷。在有相對人之意思表示之生效，須待相對人之了解或可得了解時，始生效力。時，指非對話之意思表示到達相對人始生效力。以其時，乃置於相對人可得了解狀態之下也。以其意思表示在相對人了解或可得了解時，始生法律上之關係；因之法律以之為意思表示發生效力之時。參看民法第九四、九五兩條。在無相對人之法律行為，其意思表示成立之時，未必即與他人發生法律上關係。表意在與他人發生法律上關係之前，自行撤回，自非法律所禁。且法律之作用乃所以調整人與人間之關係，意思雖經表示而未與他人發生關係之時，自不能謂已生效。且依我民法已生效之行為，不許任意撤回；而無相對人之意思表示，在未與他人發生法律上關係之時，表意人而任意撤回，亦無人與之對抗。自事理法理而言，均不能謂已生效。舉例以明，如前舉拋棄物權之例，使有人因戒烟之意思，而拋棄所有之存烟，如謂其拋棄行為之意思表示，與拋棄行為完成之時，同時生效。則其人即不許以自動收回，實與事理未合。故依愚見，意思表示之生效時期，乃意思表示發生拘束力之時；意思表示之發生拘束力，恒待與他人發生法律上之關係，他人得據其表示于外部之意思，對抗其人之時。因之愚見以為無相對人之意思表示，須待至其意思表示與他人發生法律上之關係時，始有拘束表意人之效力。在未與他人發生法律上之關係以前，仍為未發生效力之意思表示。

或謂無相對人之意思表示，經表示後，而未與他人發生法律上關係以前，似不能一概謂爲尙未生效。例如前舉拋棄物權之例，其物一經拋棄，即爲無主物，而得爲先占之標的。初不待他人之先占，而後成爲無主物。是拋棄之意思一經成立，其物即爲無主；初不待他人有所主張，是爲無相對人之意思表示之成立與生效同時之明證。是爲意思主義學者之一般見解。但愚意以爲不然。按物經拋棄而爲無主物，乃法律上之問題；法律所以視經拋棄之物爲無主物者，須先占之占有人主張其爲無主物，以取得所有權也。在無人先占之時，其物之是否無主初不發生法律上之問題。且依耶令 *Rudolf von Jhering* 嘗謂「個人之意思對於其本人並無拘束力，其本人得自由變更之」。(三十一)故意思而未表示者不生法律上之拘束問題，意思雖已表示于外部而無人得據以對抗表意人時，對於表意人自亦不生拘束力。換言之即未發生效力。無相對人之意思表示如前舉拋棄物權之例亦須待有人先占主張其物爲無主時使生效力。拘束本人之效力。而不得謂其效力與表示同時生效。一孔之見所本者爲客觀說之見解 *Objective Theory*，自法律關係上觀察意思表示之拘束力。與一般學者之自表意人主觀之心理狀態說明意思表示之拘束力者有所不同。故前論財團之捐助行爲亦謂爲在「財團設立以前設立人因捐助行爲所負擔之債務實爲無相對債權人其債務即未發生效力得撤回之」。蓋亦本于此旨。綜上而言愚見蓋以爲

無相對人之意思表示須有人據以對抗表意人時始生效力也。

## 第二款 有相對人之意思表示

有相對人之意思表示，自理論言之自應一律以相對人了解其意思表示時爲發生效力之時期。然執一于上述理論則有相當之不便；緣意思表示之表意人雖以相對人之了解爲目的，相對人之了解乃表意人所意欲，在對話爲表示者，表意人于何時了解，自爲表意人之所得知。其非對話而爲意思表示者，其傳達所需之時間，爲表意人所得預計，而相對人于何時得悉其意思表示之內容則爲隔地之表意人所難預計。例如函件到達後，久久而未拆閱亦非所恒有。故多數國家之法例，對於非對話之意思表示鮮與對話之意思表示探同一之原則，而多爲不同之規定。我民法亦然。在對話而爲意思表示者探了解主義而非對話者則探到達主義。

A. 對話之意思表示 依我民法第九十四條「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。乃採取了解主義之明證。所謂對話人，謂表意人與相對人得直接以語言或其他方式交換意見而不必展轉傳達者均謂之對話人。表意人與相對人之間隔如何則非所問。晤言一室固爲對話，即相距千里而以電話交談亦爲對話。他國民法有明示利用電話交談爲對話者。(三)我民法雖無同一規定，解釋上應屬相同。至于使用他人以傳達者因非直接交換意

思不得謂之爲對話人。陳克生氏異說，見陳著民法通義總則編第二三四頁。至于使用文字傳達意思者原則雖多爲非對話之意思表示。但晤聚一室因方言不同而代以筆談初不失爲對話。又所謂相對人了解，胡次威氏謂不以現實了解爲必要，以可能了解爲已足。此蓋不免宥于主觀說之見解。愚見以爲原則應以相對人實際了解爲必要。對於聾者低語而爲表示，對於未諳英語者以英語爲意思表示，依客觀說而言絕對不能謂已了解。但例外于相對人有過失時，則表意人已明白表示其意思，而相對人充耳不聞，或欠缺注意而未了解者，亦應視爲已經了解。

非對話之意思表示，民法採受信主義。學者以其以客觀之事實爲決定意思表示生效之標準，而加以稱道。對話之意思表示，民法所以多採了解主義者，因對話之意思表示無發信時或受信時之問題。而僅有表示時及了解時之問題，採了解主義，自較允當。

B. 非對話之意思表示 非對話之意思表示者，謂表意人與相對人非以語言或其他方法直接交換意思，而須經傳達以交換意見者之謂。按所謂對話與非對話之意義，我國多數學者之見解，均以意思之交換是否須經傳達爲標準，然亦間有以表意人與相對人爲意思表示時是否間隔相當之距離爲區別之標準者。是蓋墨守日本民法及第二次民律草案之見解，而以隔地人爲非對話人故也。(三)然核之實際，在科學昌明之今日，地隔千里，而以電話直接交換

意思者，乃普遍之現象。巴拿馬民法典且明示，以電話爲意思表示者，與對話所爲之意思適用同一之法則。(三三)是則以空間之隔離，爲對話與非對話之區別標準，已非有當。故新派學者均以時間爲對話與非對話之標準。胡次威先生謂「對話人與非對話人區別之標準，應以時間之經過定之。與空間無關。」(三三)換言之即意思于表示後，無須經過相當時間即得爲相對人受領者，是爲對話之意思表示。反之；于表示後，須經相當之傳達時間始得爲相對人所受領者爲非對話之意思表示。再統觀民法第九十四條，第九十五條，第一五七，第一五九，第一六二，第一六三等條之文義；立法意旨所置重者，實以時間爲中心，而無與于空間。胡次威先生之見解，實發玄抉微，而爲學者所應服膺。

對話之意思表示，我民法採了解主義，以相對人了解時爲生效之時。其非對話而爲意思表示者，我民法則採到達主義，于第九十五條第一項前段明示：「其意思表示以通知到達相對人時發生效力。」按關於非對話之意思表示生效之時期，在法理上得分析爲四種不同之主義：a.表意主義，以意思表示之表意人完成其意思表示時發生效力；b.發信主義，以表意人發出通知之時爲表示生效之時。英美契約法對於承諾人之承諾採發信主義。(三四)c.受信主義，依此主義，則意思表示，須俟通知到達相對人時始生效力；d.了解主義，此則以相對人實

際了解之時爲其意思表示生效之時。以上四說爲學說上聚訟之中心，但表意主義及了解主義，均以主觀之事實決定意思表示生效之時期，前者以表意人之主觀事實爲標準；後者則以相對人之主觀事實爲標準。而發信主義及受信主義，則以客觀之事實爲標準。依純理論而言固以了解主義爲最妥，但相對人究于何時了解，在非對話之表示人方面無從前知。同時以主觀之事實爲標準，亦不如客觀事實之易于證明。以客觀之事實爲標準，自較以主觀事實爲標準之表意主義及了解主義便于實用。至于以客觀事實爲標準之發信主義及受信主義。前者以表意人發出通知之時爲其意思表示生效力之時，其表示之內容在發信之時，非相對人之所得知，使其意思表示與通知發出之時，即時生效，實不免于過早。且依愚見，意思表示應以他人得據以對抗表意人時，發生效力。其詳已如前述。見本編第三一八頁以下發信當時，受意思表示之相對人，尙未得知其意思表示之內容；謂已生效實不免言之過早。再核之各國法例，雖有人謂英美法採發信主義。此實爲對于英美法之誤解。按英美法無適用於全部之總則。故關於意思表示之生效時期，在英美法亦無一般之法則。惟英美契約法之法理，認爲契約一經承諾其契約即爲成立，而不得由要約人自由撤回。故對于承諾之通知，意思表示之通知採發信主義。而以承諾人發通知之時，爲契約成立之時。對于其他之意思表示，則亦採受信主義。以要約爲例，英

美契約法即謂要約須經到達始生效力。英國法學名宿堅克思 T. L. Jencks 于其所著英國民事法提要 Digest of English Civil Law 中曾經說明要約須傳達于要約受領人時發生效力。(三五) 美國學者 司本塞 W. H. Spencer 亦云「要約在未經傳達至要約受領人時絕無生效之可能乃一般所深信」(三六)且引用美國例案 Brodnar Vs Ledbetter, (三七)以證實其說。準上而言：可知在英美契約法亦非一律採發信主義。而僅以發信主義適用於承諾耳。日本民法原則採受信主義，(三八)但對於承諾亦例外採發信主義；蓋與英美契約法採同一之見解；以爲要約一經承諾契約即爲成立故也。(三九)據此立論，可知發信主義，除承諾之通知，實不能適用。緣法律上之意思表示在相對人無從得悉其內容之時，實無生效之可能也。發信主義既非得適用於一般意思表示之原則。我民法之採受信主義，自爲當然之結果。

民法對於非對話之意思表示，採受信主義，故以其意思表示之通知到達相對人時，爲其意思表示生效之時。但所謂到達，學者亦有相當之爭執。有謂須相對人對於通知取得占有時，始爲到達。有謂不必待至相對人對於其通知取得占有而後謂之到達，苟其通知已置于相對人可得而知之狀態之下。即得謂之到達。以上兩說應以後說爲是。因意思表示之通知，未必限于書件，使人以口頭傳達者，亦事所恒有。以取得占有說明到達，對於使傳達人傳達意思

者，實不能加以說明也。

非對話之意思表示，既採受信主義，因之意思表示在未達到相對人以前，即未生效，而許表意人自由撤回。惟撤回之通知，亦須到達相對人始生效力。因之撤回之通知，先時或同時到達者，始足以阻止其意思表示之生效。若撤回之通知，後時到達；其意思表示即已生效在前，當然不得許其撤回。故民法第九十五條第一項但書僅許「撤回之通知同時或先時達到者」得阻止其意思表示之生效。其法理上之根據已于說明無相對人之意思表示時，略予說明，茲不辭費。惟于此有一問題，若撤回之通知依通常情形應先時或同時到達；而遲到者，如以快信向親友為意思表示，後以電報為撤回之通知，依通常情形，電報投遞僅須數小時，而快信反後于快信。應如何決定其效力，愚見以為民法雖未以遲到通知之義務，責諸相對人。但比照民法關於承諾之遲到及要約或承諾撤回通知之遲到之規定；民法第一百五九條，第一六二條，第一六三條。自應解為相對人應發遲到之通知。若相對人怠于通知。其撤回通知亦應比照民法第一百五九條第二項第一六二條第二項而視為未遲到。不如此解釋，實不足以保護表意人也。

非對話而為意思表示者，民法既採受信主義；是表意人自為意思表示之後，至其意思之生效每有相當時間之隔離，即依近代交通情形，而以郵遞表示意思，需時亦甚至數月若表意

人于爲表示後，通知到達前；因一定事故之發生，而喪失行爲能力，或能力受限制或死亡者，其意思表示是否得生效力不無疑問。故民法特設明文于第九十五條第二項，「表意人于發出通知後死亡或喪失行爲能力，或其行爲能力受有限制者，其意思表示不因之而無效。」

非對話而爲意思表示者，原則須俟其通知到達相對人時，始生效力。若不知相對人之姓名，住所，其意思表示之通知，似即無由到達。其意思表示，即無由生效。在法律生活中，實有相當之不便。民法從同多數法例，于第九十七條明示「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。」所謂公示送達，乃因通知有無從送達之情事，由法院書記官保管其應爲送達之文書，而于法院牌示處黏貼布告，曉示應受送達之人隨時向其領取應爲送達之文書。是爲一般公示送達之方法。但法院得斟酌情事，而命將應爲送達文書之繕本或節本（四〇）登載公報或新聞紙，或用其他方法，通知或布告之。受通知人而于一定期間之內向法院書記官領取其文書者，其通知即爲實際到達。自應解爲自相對人領取時生效。相對人于一定期間內領取，則依公示送達之作用，在經過二十日之不變期間而視爲已經送達。但其二十日不變期間之起算，則因公示送達所用之方法不同，而有差別。其以布告黏貼于牌示處者，自牌示之日起算。其登載公報或

新聞紙者則自最後登載之日起算。是爲公示送達。其詳可參看中華民國民事訴訟法第一五一條至一五三條，茲不詳述。于此有應說明者數點：a. 公示送達有推定相對人于法定期間屆滿時應知其通知內容之效力。此蓋本于法律推定人民有應知國家公告事項之義務。故公示送達，須經國權之介入，始生公示之效力。故私人之登報聲明，不能視爲公示送達。b. 民法既明公示送達須依民事訴訟法之規定爲之，其公示送達自應聲請法院爲之，是爲法院主管之非訟事件，其詳應依非訟事件法之規定。非訟事件法在起草中，尙未公佈施行；在今日既無特別法令可資遵守，遂以聲請爲之也可。c. 其聲請法院爲公示送達者，以民法明示不知相對人之姓名居所須非因表意人之過失爲限者，故表意人應立證釋明，其無過失。法院並應予以調查。

### 第三款 意思表示之生效與相對人之受領能力

對話之意思表示以相對人了解爲生效之要件。非對話之意思表示以通知到達于相對人時發生效力。此蓋以通知之到達了解，乃表意人與相對人發生法律上關係之時。故法律使其意思表示同時生效。但因意思表示而發生之法律關係，原則爲因法律行爲而發生之關係。法律行爲以當事人有行爲能力爲要件，因之意思表示之相對人，須有受領能力。使相對人而無行爲能力，或僅有限制行爲能力，縱其意思表示已爲相對人所了解或已到達，而相對人之能力

有欠缺，其法律關係仍無由發生。其意思表示亦不能謂已生效。故法律明示例外；其第九十六條云「向無行為能力人或限制行為能力人爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時發生效力」。換言之，即縱向相對人爲表示，因其行為能力之欠缺，尙無意思表示之受領能力；仍不能生效。而須向其法定代理人爲之。因法定代理人有代受意思表示之權也。參看民法第七十六條後段然于此有應說明者，限制行為能力人，依民法第七十七條但書，第八十四條，第八十五條之規定，得自爲或種法律行為，其受法定代理人之允許者亦得自爲相當之行為。故有上述之情形者，相對人雖爲限制行為能力人，依法既不視其行為能力爲有欠缺。故依法亦有意思表示之受領能力。反之若相對人無受領能力，表意人而對之爲意思表示，相對人若無行為能力，根本無受領能力可言。其意思表示比照全法第七十五條前段，根本無從生效。其相對人若爲限制行為能力人，其意思表示則非無效，而爲效力未定之意思表示，須經限制行為能力人之法定代理人之承認或限制行為人于限制原因銷滅後，自行承認（補充其受領能力），而後其意思表示發生效力。

#### 第五目 意思表示之解釋

意思表示之解釋，與法律之解釋原則相異。法律爲社會關係之準則，故現代關係法律解

釋之論著，不以探求立法者之真意爲能事，而須使法律之運用，與社會之實況相符合，前經說明，見前編頁三七至四一。可參看也。而意思表示之解釋，自意思自治之原則而言，自須以探求當事人之真意爲最高原則。此我民法第九十條所以明示「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥于所用之辭句」。

解釋意思表示既以探求當事人之真意爲最高原則，是解釋意思表示，亦得分析爲文義解釋，及論理解釋。民法既曰「……應探求當事人之真意而不必拘泥于所用之辭句」。似應以論理解釋爲主而文義解釋反居于次要之地位。但實際不然，蓋當事人之真意，爲當事人主觀之心理狀態。非經表示于外部，不能有客觀的認識。而客觀的認識，則有待于當事人表示其意思時所使用之語言文字，或其他之表示行爲。民法雖明示「……不必拘泥于所用之辭句」。但當事人之真意非自當事人用以表示其意思之辭句，無從得客觀之認識。因之意思表示之解釋，雖不拘泥于所用辭句，但文義解釋，仍居主要之地位。而論理解釋則須以依文義解釋有相當之疑問時，始有其適用，英美學者嘗謂「當事人所用之文義若已明晰而無疑義，即無解釋之餘地」最高法院十七年上字第一一八號判例亦云：「解釋契約固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥于所用之文字，但契約文字業已表示當事人之真意，無須別事探求者；即

不得舍契約文字而別求曲解」云云。可知論理解釋，居于補充之地位。須其文義有疑義，而後依論理解釋，以推求當事人之真意。因探求當事人爲意思表示時之真意，惟當事人所用之文件足爲直接之準據。依其他方法探求而得之資料，則均爲間接之資料，故解釋意思表示，非顯有疑義者，除有反證外，不得捨文義而爲論理解釋。歷次講授商法，嘗分析列舉解釋意思表示之方法，以與從遊諸子相討論，茲連帶說明于次，以供學者之參考：

一、解釋意思表示應就意思表示之全部詳爲斟酌，而不得斷章取意，以免陷于誤解。按解釋意思表示與解釋法律有共同之原則，即必須會通其意思表示之全部，以求當事人之真意。若僅就局部文義，以爲解釋，則不但無發現真意之可能，且不免限于曲解。前大理院二年上字第八五號判例會云：「解釋意思表示，須統觀全部。」最高法院十九年上字第二八號判例更進而說明：「……不能……截取書據中一二語，任意推解，致失真意」云云。

二、解釋意思表示，除須就意思表示之全部，詳爲斟酌以外，且應以當事人爲表示時之一切情形，爲探求真意之根據。探求當事人之真意除就其意思表示之全部，詳爲斟酌以資探求以外，而當事人爲意思表示當時之環境，實爲決定其意思之原因。故爲解釋意思表示之主要資料。前大理院及最高法院，均三致意焉。前大理院七年統字第八九六號解釋云：「私人

契約之解釋，應由審判衙門斟酌立約當時之情形，期得立約人之真意」。最高法院十七年上字第六七七號，十八年上字第一七二七號，及十九年上字第二八號判例，均採同一之見解。其二十一年上字第一三〇九號更進而闡明：「私人契約之文字，除就文理考究外，尚應由法院調查立約當時之情形，互相參較，始能獲得立約人之真意，而予以正當之解釋」云云。

三、依文義解釋以探求當事人之真意者，原則須以習用之文義為準據。但如其用語依地方習慣，或為專門術語而有特殊之含義者則屬例外而應以其特殊之含義為準。語言文字，原所以表見當事人之意思，當事人所用之文義，雖未必一律合于一般習用之含義。但不能以別解為宗尚，而應以習用之含義為準則。前大理院四年上字第一七〇三號判例嘗明示此旨：「書據內容，文義有爭執，應先依通常文義解釋」。然此僅原則；若核之當事人行為當時之情形，或文據之全部文義，或當事人有反證證明所用文字顯依別解者，自不能拘泥于通常之文義。再有進者，如所用文字依地方習慣，或特殊事項，顯有別解者。自應以其特殊之含義為準。例如銅元若干吊，在全國一般習用之意義，每吊為銅元百枚；平津則以十枚為一吊；而徐海魯南則以四十九枚為一吊。其明例也。故美國學者克拉克氏云解釋契約文義應以普通之文義為準，但有例外，其文字有特別習慣者，應從其習慣。為專門用語者，應從其專門用語之

含義。(四二)

四、文義或論理解釋若有二以上之含義，應以合理者爲準。若當事人意思表示中所用之文字，而有二以上之含義，且無從決斷孰爲當事真意所在者。則應以比較合理者爲準據。緣法律行爲以公平合理爲原則，解釋當事人之意思表示，而以較合理性者爲準據，自可推定其合于當事人之本意也。

五、文義或論理解釋，若有二以上之含義，從其中之一解釋，將使其行爲歸于無效；從另一解釋，則使其法律行爲得生效力，應以有效之含義爲準。按法律行爲違背公序良俗者無效，違反強制規定者無效，已如前述。如意思表示有二以上之含義，得解爲違法，亦得解爲適法者，則應以後者爲準。緣法律行爲之當事人，原有與相對人發生法律關係之意思，解釋意思表示而使之生效，原不背乎當事人之本意也。法國民法第一一五七條嘗明示此旨，「契約之文意有不同之解釋時，與其自可使契約歸于無效之含意解釋之，寧從他意解釋，而使契約爲有效」。

六、依文義或論理解釋，而有不同之含義，亦不能依文義全部及當時情形決定，孰爲當事人之真意者，應以有利于債務人之解釋爲準。但保證約款之解釋，不在此限。此爲近代一

般之傾向，法國民法第一一六二條云，「契約之文義有疑意者，應為債務人之利益……解釋之」。秘魯最高法院亦云解釋意思表示而有疑義時，應以最有利于債務人之意義為準據。

(四二)核之民法第五條後段之立法意旨自應探同一之見解。緣保護債務人之利益，乃近年社會立法之當然趨勢也。至于契約中之保證條款則應以不利于保證人之解釋為準。英美判例如此，(四三)我民法雖無從同之規定，判例解釋亦無可據；但在理論上則應從同。良以附保證條款之契約行為，或單方行為，當事人即應依約款而負完全責任。為不利于保證債務人之解釋，亦不至有背當事人之真意。此為英美判例所持之理論。自難以約款之疑義，而減免其責任。故對於担保約款不宜為有利于債務人之解釋。反之且有減縮保證約款效力之嫌。吾人而解釋保證約款，苟當事人無明示限制責任之約定，于文義有疑義時，不宜為有利債務人之解釋。再如保證約款而附限制責任約款，則宜限制其解釋。因限制責任約款，所以限制債務人之責任。以減縮保證責任之範圍為目的。若亦從擴充解釋則不免減削保證約款之效力。故保證約款及限制責任約款之解釋，有疑義者，應以不利于債務人之解釋為準則。

七、關於一定之數量，同時以文字及號碼表示，而文字與號碼不符者，如法院不能決定何者為當事人之原意時，應以文字為準。此為民法第四條之解釋規定。

八、關於一定之數量，以文字或號碼爲數次之表示，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。此爲民法第五條之規定。

十、當事人之意思未經表明，而法律有補充規定時應依補充規定爲解釋之依據。按意思表示之解釋，乃就當事人已表示之意思，予以解釋。若當事人未經表明之意思，原無從予以解釋。但民法第一五三條第二項規定：「〔契約之〕當事人，對於必要之點意思一致，而對於非必要之點未經表示意思者，推定其契約爲成立。關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之」。準此而言，契約當事人對於非必要之點，未經明示其意思者，民法亦視其契約爲成立。而使法院與以決定。因之法院對於此種未經表明之意思亦應予以決定。至于契約行爲以外之法律行爲，當事人而對於非必要之點未經表示意思，民法雖未另有明文，但比照全法第一五三條第二項苟關於必要之點，已經表示，非必要之點雖未經明示亦應認爲成立。例如買賣契約而未約定契約履行地，或履行期者，依民法第一五三條第二項之規定，視爲成立。單方行爲匯票本票之發票，若未明示付款地或付款時者，法律亦應視爲成立。我票據法第二十條第二項以下，及第一一七條第二項以下，且均有補充規定。準此而言，契約行爲以外之法律行爲，非必要之點若未表示固亦應視爲成立。當事人之法律行

爲，而有未經表示之意思，自無從依其所用辭句與以解釋。故當事人之意思不明，而依法由法院予以決定者，即應依其事件之性質，與以裁量。然民法及其他關係法令，不乏補充規定，何謂補充規定，前經說明。見二六九頁。法律關於其事項，而有補充規定者，自應以其補充規定爲準，無補充規定時，始得依當時之環境，及其他情形予以決定。

十一、當事人之意思表示，若前後矛盾者；法院應斟酌當事人爲表示時之一切情形，以求當事人之真意。若無從依上開方法以求當事人之原意者，應以有利債務人之解釋爲準。據解釋意思表示，以求得當事人之真意爲原則；而不必拘泥于所用之辭句。但文義解釋，仍應居于主要之地位，前已詳言。然如當事人之意思表示，前後有矛盾者；究應何去何從，是爲解釋意思表示時之主要問題。依前大理院及最高法院歷次判解，均以爲應以當時之事實及其他證據資料爲解釋之基礎。但事實證據均無可據，或雖有旁證，而亦不能據以推定當事人之真意者，則應以最有利債務人者爲準。比照民法第五條之立法意旨，蓋爲當然之結論。但于此有應三致意者，英美關於文字之矛盾，若其文據一部係屬印就，另一部繕成者，繕寫部份，若與印就部份矛盾；則以繕寫部份爲準。其判例學說已趨一致。(四四)我民法雖無從同之規定，但以印刷製成之文據，固爲當事人之意思表示，然于印就之文據，附加繕寫之

條款，可知當事人有以附加之條款，變更或限制印就文據之內容之意思。英美判例學說之見解，蓋可採也。

上述各點爲本人平素涉獵所及，然學力有限，且關於解釋意思表思之文獻苦缺，羅列欠詳自所不免。然有勝于無，或足爲學者所參考也。再于此尙有應注意者二點：

第一、當事人事後之協議，應予以尊重。解釋當事人之意思表示，以探求當事人之真意爲最高原則。所謂當事人之真意，原指爲意思表示當時之原意。但意思自治爲民法上之原則。當事人之意思自由，既爲法律所尊重；當事人以事後之協議擴充或限制其原來之意思，原非法律之所禁。故當事人以事後之協議，擴充或限制其既存之意思表示者，縱其事後之協議與原來之意思表示相矛盾，亦應尊重其事後之協議。但于此有應說明者，所謂當事人事後之協議；乃指當事人雙方權利人及義務人之協議而言。緣法律行爲，在一經成立之後，不問其爲契約行爲，或單獨行爲，權利務關係即已存在。當事人之一方，固不得以一己之意思，擴充其權利；同時亦不得以一己之意思，減削其義務。故惟事後之協議，應予尊重。若當事人一方對於其意思表示所爲之解釋，除能就客觀環境上，証明其意思爲合于當時之原意者外，應毋庸置議。此亦學者應注意。

第二、解釋意思表示應注意證據 解釋意思表示，或須以當事人爲意思表示當時之客觀事實爲基礎，或須以習慣爲基礎；依民事訴訟法之規定，法院固應予以調查，民事訴訟法第一八七條以下。除其事實或習慣爲法院所已知者外；當事人有舉証責任。民事訴訟法第二七七，第二七八第二八三等條規定甚詳，可參看也。

### 參考法條

〔民法〕第八十六條「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」。第八十七條「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」。第八十八條「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情非由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」。第八十九條「意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者得比照前條之規定撤銷之」。第九十條「前二條之撤銷權自意思表示後，經過一年而消滅」。第九十一條「依第八十八條及第八十九條之規定撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示爲有效，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」。第九十二條「因被詐欺或被脅迫而爲意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所爲者，以相對人明知其事實或可得而知者爲限，始得撤銷之」。「被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人」。第九十三條「前條

之撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之。但自意思表示後，經過十年不得撤銷」。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」。第九十五條「非對話而爲意思表示者其意思表示以通知達到相對人時發生效力，但撤回之通知，同時或先時到達者，不在此限」。「表意人於發出通知後死亡，或喪失行爲能力，或其行爲能力受限制者，其意思表示不因之失其效力」。第九十六條「向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力」。第九十七條「表意人非因自己之過失不知相對人之姓名居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達爲意思表示之通知」。第九十八條「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」

(九四) 胡氏前揭第二五六頁。

(九五) Rudolf von Jhering, *Der Herkantseller*, Ch. II, 英譯見 R. Pound's *Readings in Roman Law* Part II, pp. 101-113.

(九六) 胡氏前揭第二五一頁。

(九七) 全上第二五二頁。

(九八) 陳氏前揭第二一二頁。

(九九) 胡氏前揭第二五二頁，註一。

(一百) 史氏前揭第二九八頁。

(一) 洪文瀾師民法債編通則釋義第八頁。

(二) 二十三年上字第一七九五號判例，對於默示之意義說明素詳。惟用語混默示為默認，故為更正而以

「」標明。

(三) 民法第一六一條：「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實者，其契約為成立」。「前項規定于要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者，準用之」。

(四) 此較日本民法第九五條與德國民法第一一九條及我民法第八八條可知日本係以意思主義為原則。

(五) 民法第九一條，德民第一一二條。

(六) 史氏前揭第二九八頁。

(七) 胡氏稱為非真表示。其餘散見各家關於意思表示節之說明。

(八) 史氏前揭第三〇一頁。

(九) 民法第四二一條。

(十) 見 R. Pound's, *Reviews in Roman Law*, Part I, p. 41.

(十一) 任意法規之誤解僅足發生動機之錯誤。

(十二) 因違法而無效者應適用民法第七十一條。

(十三) 參閱見 R. Pound's, *Reviews in Roman Law*, Part I, p. 39.

(十四) *Baron's Pryncklen* § 50. 參閱見 R. Pound's *Reading in Roman Law*, part I, p. 39.

(十五) 誤解在日耳曼固有法上視為意思表示內容之錯誤，Baron 氏特別之為專款而舉以說明其餘全註十四。

- (十六) 余氏前揭第一七七頁；胡氏前揭二七二頁，史氏前揭三一一至三三四頁。
- (十七) 參看 E. Tenker, *A Digest of English Civil Law* Vol. I, p. 37, § 87.
- (十八) 民法第八八條第一項但書。
- (十九) 日本民法第九五條第二項「但表意人有重大過失時不得自行主張其無效」。
- (二十) 民法第一八四條第二項「違反保護他人之法律者推定有過失」。
- (二一) 民法第二二〇條第二項。
- (二二) 參看民法第五三五條，第五九〇條。
- (二三) 參看洪氏前揭第二一九至二二〇頁。
- (二四) 損害得分折之爲(1)所受損失及(2)所失利益；參看民法第二二六條第一項。
- (二五) 民法第一一四條第一項。
- (二六) 過失相殺謂受害人亦與有過失應與侵權行為人之過失相抵銷也。參看民法第二七條。
- (二七) 法國民法第一一一三條瑞士債務法第三〇條。
- (二八) 德國民法第一二三條。
- (二九) 勞工之有罷工權已爲一般所承認之權利。
- (三十) 英譯見 R. Pound's *Readings in Roman Law* Part II, pp. 104—118.
- (三一) 日民法第九十七條第一項「對於隔地人之意思表示」；二草第一三〇條「非當面爲意思表示」；依其文

義實致意于空閒然立法意旨則致重于時間此民法所以改用「非對話…」也。

(三二) 巴拿馬民法第二〇三條，英譯見 T. E. Obregon, *Latin American Commercial Law*, p. 200.

(三三) 胡氏前揭第二九二頁。

(三四) 此為英美契約法久經確立之原則。

(三五) T. E. Jenks, *A Digest of English Civil Law* Vol. I, p. 88, § 190.

(三六) W. H. Spencer (Dean of the school of Business of The University of Chicago), *A Text Book of Law and Business*, 2nd. ed. (1938), p. 202.

(三七) *Brodman Vs. Ledbetter*, 100 Tex. 376 (1897).

(三八) 日民原則採受信主義。見九十七條第一項。

(三九) 但日民第五二六條對於非對話之承諾則例外採發信主義，原文如次：「隔地間之契約成立于發承諾通知之時」。

(四〇) 緒本節本為公文書上之專用名詞，按原來之文書謂之原本，依原本而正式作成之複本則謂之正本，而繕本則為依原本抄錄者之謂。節本乃依原本作成之節略。

(四一) Wm. L. Clark, Jr., *Handbook of the Law of Contracts* (4th. ed. 1931), p. 557, § 228.

(四二) *Amat Vs Marzano*, Corte Suprema de Just., Lima, Peru, (1978) 英譯見 Obregon, *Latin-American Commercial Law*, (foot-note no. 6) p. 300.

(E11) *Barney Vs Newcomb* 9 Cush (Mass.) 46.

(E12) *Wm. L. Clark Jr., Law of Contract* § 222, p. 558, and 564. 至于英美判例，克拉克氏列舉甚夥，見前書五六四頁，註十七。

#### 第四節 條件及期限

條件及期限均爲法律行爲之行爲人對於其法律行爲所加之限制，以限制其法律行爲之效力；學者謂之爲法律行爲之附款。其作用乃所以限制其法律行爲之效力。吾人所爲之法律行爲，原不必附以相當之限制，但依吾人之意思，有時不欲其即時生效，而俟一定事實之發生或一定時間之屆至而後使之生效。亦有不欲其效力永久存續，而以一定事實之發生或一定時期之屆至，而使其法律行爲之效力歸于消滅。是均爲對於法律行爲所附加之限制。故一稱法律行爲之附款。按法律行爲之附款，細爲分析，得區別之爲三類：(一)條件，(二)期限，(三)負擔。

條件及期限，民法詳爲規定于總則章中。而關於附負擔之法律行爲，則散見于關係章節，而未爲一般之規定。按所謂條件者，乃法律行爲之行爲人對於其法律行爲所加之附款。而使其效力之發生或消滅，取決于將來不確定事實之發生與否者也。有以將來不確定事實之

發生爲其法律行爲生效之條件者，是爲停止條件。例如父與子約，如考甲等則贈與以價值千金之古書。在其子未考甲等以前，雖其父之諾言已經成立，但條件未成就以前，其贈與行爲即未生效。有以將來不確定事實之發生爲其法律行爲之效力消滅之條件者，是曰解除條件。例如父與子約，在爾就業以前，每月給予津貼若干，其給予津貼之法律行爲之效力，蓋以就業事實之發生，爲解除條件。其條件成就時其法律行爲之效力即歸于消滅。至于期限，乃表意人對於其法律行爲所爲附款，而使其效力之發生或消滅，有待于所附期限之屆至者也。法律行爲俟一定期限之屆至而後生效者，是曰附始期之法律行爲。其因一定期限之屆至而消滅者，是曰附終期之法律行爲。而附負擔之法律行爲，則與附條件或期限之法律行爲在性質上有顯然之區別。附條件或附期限之法律行爲，其行爲不過以附款對於所爲之法律行爲，附加限制而已。而附負擔之法律行爲，則使其相對人因負擔而負相當之義務。在附條件或附期限之法律行爲，不過以事實之發生時日之屆至爲其法律行爲發生或消滅之原因，而附負擔之法律行爲，則使相對人負擔相當之義務。故附負擔之法律行爲，與前二者性質根本不同。但亦爲附款之一種。故爲連帶說明于此。不過附負擔之法律行爲乃使相對人負擔義務，僅適用於特種法律行爲而非如前二者之得普遍適用，故民法總則在法律行爲章中，僅規定條件及期限

而不及于附負擔之法律行為也。

再于此有應說明者，附款之法律行為所附之限制與其法律行為之本身，究爲同一之法律行為，抑爲有主從關係個別獨立之法律行為？前者學者謂之同一行為說，胡次威氏主張之（四五）後者謂之爲附款說。換言之，即認附款爲從屬於其法律行為，而有主從關係個別獨立之法律行為。予從後說。在理論上法律行為與附款原則固多同時爲之，然苟經當事人合意，蓋未嘗不許追加附款，附款既得追加，則是在性質上附款與法律行為爲本身，蓋非不可分者，附款與其法律行為既屬可分，則是視爲同一行為，即不無疑問，故予從同附款說也。

#### 第一目 條件

##### 第一款 概說

條件乃法律行為之行為人對於其法律行為所附加之任意限制，而使其法律行為，俟將來不確定事實之發生而後生效，或因之而消滅者也。

按我民法所謂條件，僅指行為人所加之任意限制，而不包括法定之限制。與羅馬法家之見解不同。羅馬法家所謂之條件，包括法律所附加之限制，而稱之爲法定條件 *Conditio Iuris* 以與當事人所附加之任意限制相區別，而後者則名之爲意定條件 *Conditio Facti*，近代法家咸

以法律所附之限制乃法定要件，與條件之僅爲偶素者性質上顯不相同，故近代法典所謂之條件，僅指當事人所加之任意限制而言。

條件既爲對於法律行爲所加之限制，故其條件之內容須爲將來不確定之事實，若其事實已確定，則不得謂之爲條件，至于已確定與不確定之標準，何如？學者有主觀說及客觀說兩派不同之見解；其主張主觀說者以爲縱其事實于行爲當時，已經確定，苟當事人不知其已確定者，仍得以其事實爲條件之內容。例如同學相約，本屆成績最佳之同學，應請客一次，其時成績雖已判定（客觀已確定），在未發表以前，當事人尙未知其究竟之時（在主觀上仍爲未確定之事實），仍得以之爲條件。而主張客觀說者，則以爲構成條件內容之事實，必須客觀的不確定。若其事實在客觀上已確定，當事人縱不知其事實，（如前舉之例），亦不得以其事實爲條件之內容。但客觀說則爲多數學者之所從同，予亦謂然。故予謂附條件之法律行爲乃行爲人所附加之任意限制，而使其法律行爲俟將來不確定事實之發生而後生效，或因之而消滅其效力者也。

## 第二款 條件之種類

條件之種類，我民法僅規定停止條件及解除條件二大類別。在實用上而言，附條件之法

律行爲，固不外上述二類。但自學理上而爲進一步之研究，則條件之種類，蓋得自不同之觀點，分析爲不同之種類。德國學者之分類最詳，茲僅舉其主要者說明于次：

a. 停止條件與解除條件 停止條件 *Conditio suspensiva* Condition precedent 者，限制法律行爲發生效力之條件也。依我民法之規定：「附停止條件之法律行爲于條件成就時，發生效力。」換言之，即附停止條件之法律行爲，在條件成就以前，其法律行爲因條件不具備而未生效力。在于停止狀態之下，俟條件成就，而後其法律行爲開始發生效力。附此種條件之法律行爲，在其條件成就以前有停止其效力之作用，故我民法謂之爲停止條件。其語源譯自拉丁。例如父與子約汝考取留英公費，則贈以古書萬卷，即爲附停止條件之贈與行爲。其贈與行爲雖于約定之時即已成立，但以考取留英公費爲停止條件也。至于解除條件 *Conditio resolutive* Condition subsequent 者，消滅其法律行爲之效力之條件也。依我民法之規定，「解除條件之法律行爲于條件成就時，失其效力」。換言之，附解除條件之法律行爲，本已生效，因解除條件之成就，而消滅其法律行爲之效力。例如父與子約，茲贈汝古書萬卷，但汝如有不及格之課程，則解除其贈與者是。附此種條件之法律行爲，在條約成就以前，原屬有效；條件完成，其法律行爲即因之而喪失其效力，故民法謂之爲解除條件。語源亦譯自拉丁。以其作用有解除既存權利

義務關係之效力也。

b. 積極條件與消極條件 積極條件 *Conditio affirmativa* 者，以或種事實之發生為內容者也。而消極條件 *Conditio negativa* 則以或種事實之不發生為條件者也。例如友人相約羅斯福當選則設筵慶祝，是以羅斯福當選事實之發生為條件，是為前者之例。又如友人相約，汝能在三個月月中不飲酒不吸煙，則贈與千元，是以不作為之事實為條件者也，是為消極條件。

c. 隨意條件偶成條件及混合條件 此種分類，則以其條件之成就與否，是否為當事人之一方所得左右為標準。其條件之成就繫于當事人一方之意思者，是曰隨意條件 *Conditio potestativa*。例如約定汝戒煙三月則我贈與千元。而偶成條件 *Conditio casualis* 者，其條件之成否非當事人之所得左右，或繫于自然事實，或繫于第三人之意思。例如約定如明日天雨則贈汝雨衣一襲，是以自然之事實為偶成條件者也。又如約定羅斯福參加競選，則贈與美金十元，是以第三人之意思決定其條件之是否成就者也。至若其條件之是否成就，一方面取決于當事人之意思，另一方面取決于自然事實，或第三人之意思者，學者謂之為混合條件 *Conditio mixta*，例如相約明日如大雨而汝冒雨來舍則贈與十元；或汝若與某女士結婚則贈與以華屋一所，其明例也。

法律行爲本于意思自由之本旨，原則許由當事人任意加以限制，故法律行爲以得附條件爲原則。但依其行爲之性質或法律之規定，亦有不許附條件者；依行爲之性質而不許附條件者有以其事項關係公益，若許附加條件，則與公序良俗相齟齬，基于公益上之理由自不許附加條件。關於親屬法上之行爲屬之。有以其事項關係相對人之私益若許附加條件，每致相對人于不利益者，亦不許附加條件。故形成權之行使原則不許附加條件。至如基于法律之規定，不許附條件者，例如票據之發票，依票據法之規定，即不許附加條件。

性質上不得附條件之法律行爲，而附條件者，其效力何如？張正學師曹士彬師謂「……依一般之通說，則應認爲法律行爲全部無效。」（四六）但愚見異是，而主張依不能條件之原則，而分別其爲停止條件抑或解除條件，而異其效力。所謂不能條件者，謂其所附條件之內容，無發生之可能之謂。例如挾太山以超北海，或以日從西出爲條件之內容，此其條件即無發生之可能。若法律行爲而以此種事實爲條件，學者謂之爲附不能條件之法律行爲，日本民法嘗分別與以規定。其一三三條第一項「以不能之條件爲停止條件者，其法律行爲無效」。其第二項：「以不能之條件，爲解除條件者，爲無條件」。此其規定，蓋從德國民法學者之多數意見，我民法雖無從同之規定，而多數學者之意見，則均以爲法律行爲而附不能之條

件，若其條件爲停止條件，其法律行爲無效，舉例以明，如約定苟能挾太山以超北海，則贈汝千元，當事人既以不能條件爲贈與行爲之停止條件，其無贈與之意思是屬顯然。反之若以不能條件爲解除條件則應解爲無條件，例如贈人千元，而約定若日自西出之日，即撤銷其贈與，當事人而以不能條件爲贈與行爲之解除條件，可知當事人即無撤銷其贈與之意思，故學解爲無條件。陳克生先生之見解，即探此說。（四七）不許附條件之法律行爲，若附條件，愚見亦以爲應分別所附之條件爲停止條件或爲解除條件而異其效力。若所附者爲停止條件，其法律行爲應全部歸于無效。因附停止條件之法律行爲，須其條件成就其法律行爲爲始生效力，其行爲在性質上，既不許附加限制，若當事人而附條件，其條件自不能有效。若僅視其條件爲無效，而仍以其法律行爲爲有效，則不免與當事人之意思相違背。故依愚見其法律行爲應解爲全部無效。例如婚約依其性質不得附條件，若當事人于訂婚時約定以男方得博士學位爲停止條件，是當事人並無無條件締結婚姻之意思，若僅視其條件爲無效，而仍使其法律行爲生效，即不免違反當事人之意思。反之，若締結婚姻而附解除條件，其附條件雖非法律之所許，然當事人則有締結婚姻之意思；其所附之條件，雖不應解之爲有效，但其法律行爲之本身，若亦解爲無效，即不免于當事人之意思相背。故愚見以爲在解釋上應視爲無條件。

換言之，即僅以其條件行爲無效，而法律行爲之本身，當事人既有使之生效之意思，自不應違反其意思而使之全部歸于無效。

不許附條件之法律行爲而附條件，其效力如何？已如上述。至于法律行爲而附不法條件，或附矛盾條件者其効力何如？所謂不法條件者，謂以不法之事實爲條件之內容者也。法律行爲而附不法之條件，其法律行爲當然無效。反之則不免助長不法行爲之効力。附不法條件之法律行爲，既足以使其行爲之本身無效。故所謂不法行爲，學者多主張爲限制解釋。僅指附不法行爲之結果，致其法律行爲之本身，亦爲不法者，始謂之爲不法條件。反之，若其所附之條件，雖以不法之事實爲條件，其法律行爲並不因之而生不法之問題者，仍不得謂之爲不法條件。舉例以明，如當事人約定受僱人若爲不法行爲即解除其僱傭契約。雖以不法之事實爲條件之內容，其契約之本身並不因之而不法。故不得即謂之爲不法行爲。再所謂矛盾條件謂所附之條件，與法律行爲之本身相互矛盾，而不能並存者之謂。例如約定俟現金國有之日，我與汝黃金十兩，其法律行爲自不能有效。

## 第二目 條件之成就與不成就

依我民法附停止條件之法律行爲，于條件成就時發生效力；附解除條件之法律行爲，于

條件成就時失其効力。故條件之成就或不成就，足使當事人之權利義務發生相當之變動。附條件之法律行為，當事人須俟條件成就，始得主張因條件成就所應得之利益；故條件成就以前因條件成就而得主張利益之人，其權益雖未成熟，然不失為享有權益之人。此種權利在性質上為期望權為可能權。因條件成就而得享利益之人，在法律上于條件成就以前已享有相當之權利，在法律上即應享有相當之保護。我民法第一百條所謂「附條件之法律行為，當事人于條件成否未定前，若損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負賠償損害之責任。」此所謂「損害相對人因條件成就所應得利益之行為」，乃指不當之行為而言，若依法律行為之本旨，以正當方法使用收益，自不得謂之損害相對人之行為。同時其損害賠償請求權之成熟，亦須俟條件之成就；緣條件成就而得享利益之人，必須條件成就，對于其利益始得完全享有，在條件成就以前，其利益尚不得謂已確定。自不得謂有損害賠償之請求權也。

因條件成就而受利益之人，既有期望權，其相對人因條件成就而受不利益之人。自不許以不正當之行為，阻其條件之成就。其因條件成就而受利益之當事人，亦不許以不正當之方法促其條件成就，故民法于一零一條第一項明示：「因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件成就者，視為條件已成就。」其第二項：「因條件成就而受利益之當事人，如以不正當

行爲促其條件成就者視爲條件不成就。」所以保護雙方當事人之利益也。

## 第二款 期限

期限 *Time*。者亦爲當事人對於其法律行爲所附加之任意限制，使其法律行爲之效力發生或消滅取決于所附期限之屆至者也。有以期限之屆至爲法律行爲發生效力之期日者，是爲附始期之法律行爲；有以期限之屆至而使其法律行爲歸于消滅者，是爲附終期之法律行爲。依我民法第一〇二條之規定「附始期之法律行爲于期限屆至時發生效力。」「附終期之法律行爲于期限屆滿時失其效力。」此爲期限之作用在原則上蓋與條件相類似。但條件之成就或不成就爲將來不確定之事實；而期限之到來則爲將來必然之事實。故以遲早必然發生之事實爲條件者表面雖爲條件實際上仍爲期限。例如與人相約歐戰結束時供給留學旅費。表面上雖爲條件，實際仍爲期限；因歐戰必有結束之一日故不能謂之爲條件而爲附不確定期限之法律行爲。準此而言，條件乃以將來不確定事實爲內容，而期限則以必至之時日爲內容，但期限不必爲確定之期日，不確定之期日亦得爲始期或終期。例如燕京大學之聘書載明自一九四〇之七月一日至一九四一之六月三十日止是以確定之期限爲始期及終期者也。又如約定冰場結冰之日起至冰融之日止僱用其人爲冰場司事是以不確定期限爲始期及終期者也。但所謂不確定

之期限乃指其期限之屆至雖不確定而其將來之必然屆至則須確定。若或種時期雖得預計但未必屆至者或時期及其屆至均不確定者則仍爲條件而非期限。舉例以明，如相約俟羅斯福三屆當選之日捐助圖書千本以爲紀念，雖美國大選在十一月五日舉行但當選者究否爲羅斯福則仍爲將來不確定之事實也。又如相互約定汝結婚之日我贈爾百元，其結婚之期日及究否結婚均不確定，是亦不得謂視之爲期限而仍爲條件；是爲條件與期限不同之點。蓋前者以不確定之事實爲內容而後者則以必至之時日爲內容。若必至時日以外另附不確定之事實或附未必屆至之時日者均爲條件而非期間。

再期限亦有所謂不能之期限，例如約定于「百萬年之後履行契約」是爲絕對不能之期限。如以不能期限爲始期其法律行爲當然無效；其以不能期限爲終期者，其法律行爲仍應有效。而視爲無期限。又法律行爲不許附條件者原則亦不許附期限；但不無例外；如票據之本票匯票不許附條件者也。但得附期限。此亦學者之所應知。

附期限之法律行爲在期限未屆至前其權利人亦僅有期待權與附條件者同，但期限之屆至原則非人力所得左右；故不發生阻礙其期限屆至或促成期限屆至之問題。但在期限未屆至時當事人之一方若有損害相對人因期限到來所應得之利益者，亦應負賠償責任。此爲民法一〇

二條第三項所以明示準用民法第一百條也。

### 參考法條

〔民法〕第九九條「附停止條件之法律行為於條件成就時發生效力。〔附解除條件之法律行為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。」第一〇〇條「附條件之法律行為當事人于條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負賠償責任。」第一〇一條「因條件成就而受不利益之當事人，如以不當行為阻其條件成就者，視為條件已成就。」「因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為促其條件之成就者，視為條件不成就。」第一〇二條「附始期之法律行為于期限屆至時發生效力。」「附終期之法律行為于期限屆滿時失其效力。」「第一百條之規定于前二項情形準用之。」

〔四五〕胡氏前揭第三〇四頁，胡次威稱之爲「單一行爲說」易致誤會故改爲「同一行爲說」。

〔四六〕張貴合著前揭第二三六頁。

〔四七〕陳氏前揭第一六六頁。

### 第五節 代理

#### 第一款 代理之觀念

代理 Representation 者，代理人于代理權之範圍內以本人之名義所代爲之意思表示或代受意思表示，而直接對於本人生效者也。此爲民法第一〇三條第一二兩項所明示之法定界說。

○準此界說，代理行爲其法律關係之當事人有三：a 代理人 agent；b 本人 Principle 即被代理人；與 c 相對人 other party 指與代理人爲法律行爲之對造當事人。依上述法定界說，代理行爲係由代理人爲之，而代理人並不因之而享受權利或負擔義務，惟本人與相對人間發生法律上之關係；故代理之作用乃使本人因代理人之行爲而享受權利負擔義務。是代理人乃補助本人以爲意思表示或受意思表示者也。按吾人之爲意思表示或受意思表示，往往須賴他人之補助。其補助之性質有僅在補助本人以決定意思者，如顧問及鑑定人等是；有僅在補助本人以表示其意思者，如代書通譯及傳達人等是；然均非代理。蓋顧問鑑定人等不過補助本人以決定其意思，而代書通譯及傳達人等其作用僅在補助本人以表示其已決定之意思。至于代理人則在代理權範圍以內代理本人決定意思且表示于外部以發生法律上之關係。

依原則而言，因法律行爲而發生之法律關係，乃以當事人之意思爲本據。故構成法律行爲要素之意思表示，應由當事人自行決定。但法律關係之當事人，有因能力欠缺依法律之規定而須由法定代理人爲之補充意思，或代爲法律行爲。故本人之行爲能力有欠缺者，以有法定代理人爲必要。至于社會組織體之法人及非法人之團體，其事務之執行亦須授權自然人以爲執行事務。不問其享有事務執行權者爲董事或管理人，依法亦爲法定代理人。同時在社會

關係發達之今日，交易頻繁，千頭萬緒，事必躬親，已屬難能，因事實之需要，而授權代理人以代為意思表示或代受意思表示，亦為普遍之事實。學者謂之法定代理，以與法定代理相區別。

代理之本質 依首示界說所謂代理既為代理人于代理權之範圍內，以本人之名義代為意思表示或代受意思表示，而直接對於本人生效。分析而為說明：

A. 代理人須有代理權 代理權之性質，在學說上聚訟紛紜。而我國學者通說則多採能力說，認代理權為能力 *Capacity* 之一種。換言之，代理權者，代理人得本之而為本人代為意思表示或代受意思表示之資格也。故惟代理權範圍以內之行爲，對於本人生效。逾越其範圍，即為無權代理。除本人予以追認者外，對於本人不生效力，其詳容後說明。

代理權之發生，有基于法律規定者，有由于當事人之授權者，前者謂之法定代理權。而後者則謂之為意定代理權。法定代理權之發生，原則雖以身份關係為前提，但依民法及其他關係法令，法定代理人，蓋不限于親屬法上所謂之法定代理人。法人之董事及行政官署之長官，以及其他依法令而有代理權者，在性質上均為法定代理。故法定代理權之發生，不以親屬法為限。至于意定代理權之發生，則由于本人之授權行為，民法特設專款于民法第二

編（債編）第一章（通則），第一節（債之發生）之第二款（代理權之授與）；為說明之便利計，連帶說明于此。所謂代理權之授與，謂本人向代理人或向代理人對之為法律行為之第三人，以意思表示表明其授權之意思，即生效力。參看民法第一六七條。故授權行為依民法為單方行為，僅須授權人一方之意思表示，即生效力，而無須代理人之同意。同時代理權之授與亦非要式行為，得以明示或默示之意思表示為之。前大理院六年上字第三八號判例曾明示此旨。然此僅原則，依民法規定，例外亦有須以書面之要式行為為之者，例如民法第五五四條第二項，所謂「經理人除有書面之授權，對於不動產不得買賣或設定負擔」。換言之授權經理人而代為不動產之買賣或設定負擔，即須以書面為之。

代理權之授與，其性質何如？學者聚訟紛紜，不一其說。有委任契約說，無名契約說，及單獨行為說三派。但解釋民法則應採單獨行為說。因民法第一六七條明示「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為法律行為之相對人以其意思表示為之。」依上開規定，代理權之授與且無須向代理人為之，其性質顯非契約，是委任契約說，及無名契約說，均非可採，已屬顯然。再代理權之授與，又有要因說及無因說之爭論。我國民法學者對於代理權之授與，在性質上為單獨行為，意見已歸一致。但關於代理權之授與，究為

要因行爲抑爲無因行爲，雖通說多認代理權之授與爲要因行爲。然亦不乏異說。張正學師謂士彬師其例也。（四八）愚見亦採無因說。按代理權之授與依通常情形雖恒有基礎法律關係之存在，例如經理人之代理權以委任關係爲基礎；訴訟代理人之代理權，亦以委任關係爲基礎；此爲採要因說者之本據。但事實上無基礎法律關係而授以代理權者，亦屬事所恒有。例如使友人代爲訴訟行爲，或使經理人夥友而代爲營業行爲以外之法律行爲，此爲代理權之授與與其基礎法律關係截然爲二事之明證。縱謂原因之有無與基礎法律關係之是否存在有相當之差別，但原因之存否乃本人與代理人間之內部關係，而非相對人之所得知。若謂代理權之授與爲要因行爲，則是原因之存否即足以影響授權行爲之效力。對於交易之安全即難確保。且民法第一〇七條明示「代理權之限制或撤回不得對抗善意第三人。」代理權之限制或撤回乃第三人可得而知之事實法律且明示不得以之對抗不知其情事之第三人。授權行爲原因之存否，乃本人與代理人間之內部關係，爲隱存之事實，而採要因說之結果必不免于謂本人得以原因之不存在，主張其授權行爲爲無效。其足以影響交易之安全，甚屬顯然。核之民法第一〇七條之立法意旨，亦顯有未符。此予之所以採無因說也。予既以代理權之授與爲無因行爲，因之本人即不得以原因之不存在對抗相對人。其有基礎法律關係之授權行爲，其基礎法律

關係與授權行為亦截然爲二事。其基礎法律關係無效或撤銷，亦不影響授權行為之效力。而使之亦溯及的無效；不過其基礎法律關係之消滅所謂消滅，當然包括因撤銷而消滅者。亦使代理權歸于消滅。此爲民法第一〇八條之當然解釋。惟代理權雖因基礎法律關係之消滅而亦歸于消滅，但僅自消滅時向後消滅其效力，縱其基礎法律關係因無效撤銷而自始無效。即溯及的無效。其授權行為亦僅向後消滅其效力。而非溯及的無效。以授權行為影響第三人代理人對之爲法律上之權利人。之權利故也。

B. 代理須以本人之名義爲之 代理之作用在使本人與相對人間直接發生上關係。故以「以本人之名義」爲要件之一。所謂以本人名義，即代理人表明其爲意思表示，或受領意思表示，係爲本人爲之。若代理人而未表明係爲本人爲之。學者稱之爲隱名代理，以與「以本人名義」之顯名代理相區別。隱名代理是否得生代理之效力，索姆敦教授謂「隱名代理非真正之代理。」(四九)按代理人縱有代理之意思，代本人爲意思表示，或受領意思表示，而未表明係爲本人爲之；若一律視爲代理，而使相對人與本人直接發生法律上之關係，是不啻使相對人因隱名代理而與不知其爲誰何之本人發生法律上之關係；甚非所以保護相對人之道也。故學者或否定隱名代理爲真正之代理。各國立法在原則上均採顯名主義，明示代理須以本人之名義爲之。對於隱名代理，雖非完全否定其爲真正之代理；但以相對人明知或依其情事顯係

爲本人爲之者爲限，亦生代理之效力。日本民法第一〇〇條所謂「代理人若不表明係爲本人，則認爲自己所爲者。」原則上否定隱名代理之效力。但相手方知其爲本人或可得而知者，準用前條第一項之規定」。日民法第九十九條與我民法一〇三條大致相同。德國民法第一六四條但書所示：「但無論明示以本人名義爲之，或依情事顯係以本人之名義爲之者，皆同」。(五十)德日民法例外承認隱名代理，俱以相對人明知或可得而知爲前提。瑞士債務法之規定，與德日民法少異。然對於保護相對人之意旨，則顯然昭示。其第三十二條第二項云：「代理人于訂立契約時，不表明其爲代理人者，本人以相對人與任何人訂立契約亦無關係時爲限，直接取得權利，負擔義務。」我民法無關於隱名代理之規定，對於隱名代理，是否一律否認其對於本人得生效力。不無疑問。但依學者通說，及論理解釋。隱名代理若依其情事顯係爲本人爲之，且爲相對人所明知者，亦應視爲代理行爲，而對於本人直接生效。良以隱名代理若一律承認其效力，則對於相對人有相當之不便。但相對人已明知其情事，或依其情事顯係爲本人爲之者，自無一律否定其效力之理。反之相對人無從知悉其行爲係爲本人爲之者，則不能認爲代理行爲。然其行爲，亦非無效。不過在法律上不使直接對於本人生效而已。

C. 代理行爲直接對本人發生效力 所謂對本人發生效力謂代理人依代理權而爲意思表示

或受意思表示其行為人雖為代理人，但其行為之效力則直接對於本人發生而與代理人無與。此為代理權之作用，亦為直接代理與間接代理不同之點。間接代理乃代理人以自己之名義，為他人之計算，所代為之法律行為。其效力非對於本人直接發生而須經債之讓與之程序，始移歸本人。按間接代理非真正之代理，而直接代理，必須對本人直接生效。代理人之行為所以對於本人直接生效，在法律上固為代理權之作用，但在觀念上則有不同之持論。a. 本人行為說，以為代理行為乃代理人根據本人之意思所為之行為，故其行為等於本人之行為；此說不足以說明法定代理，故不足取。b. 共同行為說，此說以為代理行為乃代理人之行為及本人之授權行為結合而成之共同行為；但核之我民法第一〇七條「代理權之限制或撤回不得對抗善意第三人」，是授權行為雖經撤回，使代理人之行為仍得對於本人生效；且因身份關係而當然發生之法定代理無所謂授權行為。是共同行為說亦非可採。c. 代理人行為說，其持論以為代理行為仍為代理人之行為，不過因代理權之存在，法律因而使其效力直接對於本人生。已為今日之通說，予亦從之。

D. 代理限于意思表示 違法行為不適于代理，適法行為之事實行為亦不適于代理，故說者或謂僅法律行為適于代理。但嚴格言之，僅意思表示得為代理。何以言之，意思表示為法

律行爲之要素；然法律行爲之內容，在契約行爲及協同行爲，乃複數之意思表示所結合而成。代理人僅得代理當事人之一方爲意思表示，或受領意思表示，以組成法律行爲耳。此我民法所以明示「以本人之名義所爲之意思表示，直接生效」其代受之意思表示，亦從同也。爲意思表示及受領意思表示，原則均許代理，俱依事件之性質，亦有不許代理者，例如婚約之締結，遺囑之作成，則不許代理，此亦學者之所應知。

## 第二款 代理人之能力

總上而言，代理僅其所爲意思表示及所受意思表示之效力對於本人直接生效。而非直接視爲本人之行爲。故代理人之行爲僅其効力及于本人，其意思之決定則爲代理人而非本人。因之代理人無須有權利能力，而意思能力則爲代理人必須具備之能力。至于行爲能力亦非代理行爲有效之要件。茲分別說明于次：

A. 權利能力 代理人僅代爲行爲，而不自享其權利或負擔其義務，故代理人不必具有享有其權利負擔其義務之能力。故外國人雖無在華享有土地所有權之權利能力，但外國人而爲中國人之代理人以購置土地，則非法律所不許。但本人則必須具備享有該權利或負擔其義務之權利能力。

B. 意思能力 代理人不自享其權利，亦不自負擔其義務，故代理人不必有權利能力。但代理人之代為意思表示，及代受意思表示，代理人實為本人決定意思，故意思能力為代理人必須具備之能力。同時意思之欠缺，及意思之瑕疵，以及其他種種足以影響意思表示效力之心理狀態。原則上均應取決于代理人。故民法第一〇五條前段；「代理人之意思表示因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，致其効力受影響時；其事實之有無，應就代理人決之」。但意定代理之代理人為意思表示或受意思表示，有時係依照本人之指示，按直接依照本人之指示所為之意思表示，及所受意思表示，雖假手代理人為之，而代理人並未為之決定意思，而由本人自行決定；故關於上述事情之有無仍應就本人決之。故民法第一〇五條但書明示：「但代理人之代理權，係以法律行為所授與者，其意思表示如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無應就本人決之」。

C. 行為能力 代理人是否須有行為能力，民法第一〇四條明示；「代理人所為或所受意思表示之効力，不因其為限制行為能力人而受影響」；據此規定，可知代理人之行為能力非法律上之要件，代理人行為能力縱有欠缺，原則亦不影響其代理行為之効力。此蓋以民法關於行為能力之限制非以概奪限制行為能力人之權利為目的，而其目的之所在，乃所以保護限

制行爲能力人之利益也，其立法意旨前經詳述。選任代理人而以行爲能力有欠缺者充任，若因代理人缺乏智識經驗致生不利益之結果，本人于選任之時，不加審慎，以致自招不良之結果，法律實無特加保護之必要，故明示代理人行爲能力之欠缺不影響其法律行爲之效力。

意定代理，而選任限制行爲能力爲代理人時，不因代理人行爲能力之有欠缺，而受影響，其理論之根據，已如前述。至于「四條之規定是否亦得適用於法定代理？多數學者，均採肯定之解釋。胡次威先生云：「如無特別規定，仍應適用第一〇四條之規定」。張正學師曹士彬師亦云：「……不論法定代理，及意定代理，均有適用」。〔五二〕依此解釋對於保護當事人之本旨，似有未符。但實際不然。按法定代理人有因本人之行爲能力有欠缺而設置者，此種法定代理人，不外未成年人之父母，及未成年人或禁治產人之監護人。未成年人之父母，原則爲已成年之人。而監護人依民法所示亦必須爲有行爲能力之人。〔五三〕故爲保護行爲能力有欠缺之本人而設置之法定代理人，依我民法第一〇八六條，及一〇九六條，其代理人之行爲能力必無欠缺。此外依法應設法定代理人者，所在多有。例如法人之董事，清算人及遺產管理人均是，而此種法定代理人之產生或由于章程之規定，或由于利害關係人之選任，法律既無從同一〇九六條之限制，依其章程或利害關係人之選任，而以限制行爲能力爲法定

代理人時，自非法律之所禁。同時此種法定代理人之產生，非由于法人之章程，即由于利害關係人之選任，依通說解釋，適用民法第一〇四條之規定，要亦與上述理論，不至背馳也。

### 第三款 代理權之範圍

代理人，惟于代理權範圍以內所爲或所受之意思表示，對於本人得生效力，逾越其範圍即屬無權代理，而代理權範圍之決定，則應分別法定代理及意定代理而與以說明：a. 法定代理人之代理權自應以關係法令爲準。b. 意定代理則應首先確定其爲一般代理或特別代理而後得確定其範圍。所謂特別代理乃特定事項之代理，其權限之範圍自應以其事項之性質及當事人之意思決之。而一般代理則爲概括之代理。其權限之範圍我民法未于代理節中明示規定，前大理院受日本民法第一〇三條之影響著有判例謂一般代理之代理權僅包括保存利用及改良行爲。<sup>八年上字第</sup>二二〇號而處分行爲不與焉。學者因之，亦謂一般代理其範圍應以保存利用及改良行爲爲限。但依愚見以爲一般代理在性質上與概括委任相近似，我民法第五三四條關於受概括委任受任人之權限，明示「得爲委任人爲一切法律行爲，但左列行爲須有特別之授權：一，不動產之出賣，或設定負擔；二，不動產之租賃，其期限逾二年者；三，贈與；四，和解

；五，起訴；六，提付仲裁」。在民法頒行以前，前大理院不得已而借鑒外國法律，採爲法理以爲判決基礎，自屬正當。今日而解釋民法，既有法條可資準據，自不必拘泥當日大理院在民法頒行前之判例；故愚見以爲經概括授權之代理，其代理權之範圍亦應以上開規定爲準；而不必借鑒日本民法以資解釋。

代理權之範圍既有客觀之標準，法定代理人，其代理權取決于法定範圍。意定代理而爲特別代理者，其範圍取決于其事項之性質，一般代理依五三四條之規定決之。當事人而限制其範圍，依意思自由之本旨，法律原應予以尊重。不過假手代理人所爲或所受意思表示。本人與代理人及相對人間之相互關係，在法學上得分別內部關係及外部關係，而予以探討。本人與代理人間因代理權之授與而發生之法律關係，是曰內部關係。本人與相對人間因代理人所爲或所受意思表示而發生之法律關係，是曰外部關係。在內部關係上本人與代理人之間雖不因代理權之授與而發生權利義務，因代理權之性質，在民法上非權利亦非義務。但本人與代理人之間，則有相當之法律關係，本人對於代理人所爲或所受之意思表示應受其拘束。代理人雖不因單純代理權之授與，而有作爲之義務，但代理權之有限制，代理人則有與以尊重之義務。自內部關係而言，代理權之限制，固使代理人受其限制。但在外部關係上，本人與相對人間因代理人本于代理權所爲或所受意思表示，而生法律上之關係。至于代理權有無限制，乃本人

與代理人間之問題，而與相對人無與。故代理權之限制，原則不得對抗相對人。茲相對人在本人與代理人之內部關係上，為第三人也。惟限制代理權之情事，若為相對人之所明知，或可得而知，仍不顧其限制，則相對人即不得謂之善意。本人自得代理權之有限制，而對抗之，上述理論，不徒適用於代理權之限制，同時亦適用於代理權之撤回。我民法用語曰撤回者，蓋以代理權在性質上非權利亦非義務，本人與代理人間，不因代理權之授與而生拘束，故得任意撤回。故民法明示「代理權之限制或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。」民法第一〇七條。

代理權因限制而縮減其範圍者，依民法所示不得對抗善意第三人；至若代理權之當然範圍，則為第三人之所得知，自無不許對抗之理，依首示法條但書所示，亦屬顯然。

再代理權非權利亦非義務。故得隨時撤回，前已說明。然此僅指單純以代理權授與他人而無基礎法律關係者而言。若本人與代理人間除代理權之授與以外，尚有其他基礎法律關係者，如僱傭關係委任關係；其代理權是否亦得任意撤回。依民法第一〇八條第二項前段所示原則而言亦許撤回，故曰「代理權得于所由授與之法律關係存續中，撤回之。」此其規定蓋明示代理權之授與與其基礎法律關係顯可劃分；代理權之授與縱以他法律關係為基礎，（例如使常年法律顧問代理訴訟，其訴訟之代理即以常年法律顧問之聘任為基礎。）在他法律

關係存續中，亦許撤回代理權，是為原則。但亦有例外，依基礎法律關係之性質，而不許撤回者，即不得任意撤回。所謂依基礎法律關係之性質而不許撤回者，蓋指基礎法律關係之存在與代理權之存在不可分離，撤回代理權時，其基礎法律關係亦即無從存在，此種情形，其代理權之撤回，即為基礎法律關係之終止。此種情形，其代理權既為基礎法律關係之要素，除其基礎法律關係得隨時終止者外，其代理權自不得任意撤回，舉例以明，經理人及代辦商之經理權，及代辦權，性質上均為代理權。乃經理人契約代辦商契約之要素。在經理人代辦商契約存續中，而撤回經理權代辦權，自非其契約性質之所許也。一〇八條但書之規定指此。

#### 第四款 雙方代理之限止

雙方代理，有廣狹二義。自狹義言之，所謂雙方代理，謂代理人既代理本人又為相對人之代理人，學者名之為狹義的雙方代理。按法律行為，不問其為契約行為，或為單方行為，當事人之兩造利害恒相對立，一人而代表雙方，自不免于矛盾，而使授權人之利益，受不良之影響。而廣義之雙方代理，則除上述為當事人雙方之代理人以外，且包括代理人代理本人以與自己為法律行為，代理本人以與自己為法律行為，學者名之為自己契約。狹義之雙方代理，在法理上尚不免于矛盾，自己契約，則以人性自私，對於本人更不免于不利，故雙方代

理，學說及立法例，在原則上均加以禁止。民法第一〇六條所謂「代理人非經本人之許諾，不得爲本人與自己之法律行爲，亦不得既爲第三人（指相對人）之代理人，而爲本人與第三人之法律行爲。」即限制雙方代理之規定也。

但雙方代理之禁止，乃所以保護本人之私益。若本人而明示許諾使代理人得爲雙方代理者，法律亦無強爲干涉之必要。故經本人許諾者，即不受上述之限制。是爲民法一〇八條之當然解釋。

再雙方代理之限制，因法律行爲當事人雙方之利害關係每相背馳。故有限制之必要。至若單純債務之履行並非權利義務之交換。且依既存之債權債務而予以履行，亦不至發生不利當事人之情事。故法律亦明示「但其法律行爲，係專履行債務者，不在此限。」不過此所謂之履行債務，是否僅指單純清償行爲而言，抵銷及代物清償是否包括。學者咸謂抵銷乃交互清償之簡易方法，應許雙方代理。而代物清償，則非依債之本旨以爲給付，且依其性質係新權利義務關係之成立，應不許雙方代理。

#### 第五款 共同代理

代理人僅有一人時，不問其爲意定代理人或爲法定代理人，當然有單獨代理本人之資格

。倘代理人不僅一人時，各代理人是否均得單獨代理，抑須共同爲之。各國之立法例不一；有不設明文而任諸解釋者，德日民法其例也。有明示除授權人另有意思表示，或法律另有規定者外，法律推定各代理人均得單獨代理。法國民法典及意大利民法典如此。亦有明示授權人無特別意思表示，法律無特別規定者，即推定爲共同代理。奧大利民法典第一〇一一條及沙克遜民法典第一三一二條即採此旨，上述法例，雖各有短長，但推定爲共同代理，較能合于授權人之真意。緣授權人爲特定事項而授權多數代理人，以爲代理行爲，其無集中權限于一人之意思，至屬顯然。推定爲單獨代理而使各代理人均得單獨代理，實不能謂于授權人之意思相符合。自以推定爲共同代理爲較當。故我民法亦從同後者之例，而于民法第一六八條規定：「代理人有數人者，其代理行爲應共同爲之。但法律另有規定或本人另有意思表示者，不在此限。」

民法第一六八條規定于代理權之授與節中，當然適用於意定代理。至于法定代理是否亦得有其適用，按法定代理人而有數人亦非法律所禁，除父母爲未成年人之法定代理人者，其代理權之行使民法第一〇八九條已另設規定，若監護人或其他法定代理人而不至一人者，其代理權之行使，除法律另有規定，或授權人

依民法一〇九二條一〇九三條而設置之監護人，未成年人之父母爲授權人；依一〇九四條第五款設置之監護人，親屬會議爲

授權人。另有意思表示，或章程另有訂定者外，法人之董事，其職務之行使，應依章程定之。上開規定，自應準用。

#### 第六款 代理權之消滅

A. 代理權之消滅原因 按代理權因一定事由之發生而消滅，然代理有意定與法定之別，因之代理權之消滅原因，有為意定代理及法定代理所共同者，亦有僅各別適用於意定代理或法定代理者茲分別三項而與以說明：

##### a. 共同消滅原因計凡二端：

一、所由授與法律關係之終了 我民法第一〇八條第一項明示「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」此項規定為意定代理及法定代理共同之消滅原因。意定代理雖有時與基礎法律關係相結合，有時無基礎法律關係之存在。其有基礎法律關係者，其基礎法律關係之消滅者，除訴訟代理人依民事訴訟法第七十四條第三項之規定，其代理權非即時完全消滅外（五三），代理權當然因所由授與之法律關係之消滅而無所附麗。至于法定代理則恆有一定法律關係原因之存在為前提，其原因之消滅代理權亦當然消滅，例如未成年人之成年，禁治產人之撤銷禁治產，均為其法定代理人代理權消滅之原因。

二、代理人之死亡或喪失行為能力 代理為能力而非權利自不適于繼承。代理人之死亡

，當然爲代理權之消滅原因。且意定代理在性質上爲勞務給付；依勞務給付之原則，選任代理人者恒以其人之信用技能爲基礎。代理人之死亡，當然使代理權歸于消滅。至于代理人行爲能力之喪失。依民法第一〇四條之規定，似不影響代理權之存續。惟民法第一〇四條之立法意旨乃以本人而授權行爲能力有欠缺者爲代理人時，不得以代理人行爲能力之有欠缺對抗其相對人。若代理人于事後<sup>授權行爲</sup>喪失行爲能力，則不能謂本人仍有使其代理權繼續存續之意思。故學說上咸以爲代理人行爲能力之喪失，爲代理權消滅之原因。

#### b. 意定代理權之消滅原因

一、代理權之撤回 代理權之撤回，以本人一方之意思而撤回其代理權之謂也。

二、代理權之限制 代理權之限制，代理權因受限制而部份的消滅，與代理權之撤回雖有不同，但亦爲代部權部份的消滅原因。

三、代理人之破產 代理人之破產學者或謂爲代理權之共同消滅原因，但予不謂然。按破產人于宣告破產之後，復權以前，其權利之行使，雖受相當之限制。但破產人究非無行爲能力人；在意定代理雖謂本人于代理人宣告破產後，即喪失其信用之基礎；而無使其代理權繼續之意思。故代理人之破產得解爲意定代理消滅之原因。至于法定代理是否亦以代理

人之破產爲其消滅之原因，依予所信，法定代理與意定代理不同。意定代理以本人之意思爲本據，在解釋上自應以本人之意思爲準；而推定本人于代理人受破產之宣告時，即無使其代理權繼續之意思；故得以代理人之破產爲意定代理人代理權消滅之原因。法定代理其代理權既非本人所授與，而由于法律之規定，我民法既未如法國民法明示代理人之破產爲代理權之共同消滅原因，法民第二〇三條第三款商務法國民法本，譯被產爲「家資分散。」解釋上自不能從同。再我民法第一一〇六條第二款，雖以「無支付能力」爲親屬會議撤銷監護人監護權之原因；但依民法第一一〇六條之規定，監護人而無支持能力，初非使其監護權當然歸于消滅，不過被監護人之親屬會議，得據爲撤銷其監護權之理由耳。據此而言，可知監護人經宣告破產，其法定代理權亦非當然歸于消滅，尙須經親屬會議行使撤銷權，而後歸于消滅。故予以爲代理人之破產，在解釋上僅得謂爲意定代理消滅之原因，而法定代理則不得謂爲從同。胡次威先生異說。見胡氏前揭第三五八頁。

### c. 法定代理之消滅原因

關於法定代理權之消滅，除上述代理權之共同消滅原因，在解釋上爲意定代理及法定代理之共同原因外，此外關於法定代理權之消滅，民法無一般規定，應就關係法條以爲決定，自不待言。

## 第七款 無權代理

無權代理者，無代理權而以他人代理人之名義所爲之代理行爲也。根本無代理權而爲代理行爲其爲無權代理固矣；逾越代理權之範圍以及代理權消滅後所爲之行爲，均爲無權代理。無權代理既欠缺代理權，其代理行爲自不能與有代理權者之代理行爲同視，原不待言。但根本無代理權而以代理人之名義所爲之代理行爲，在法學上有狹義無權代理，及表見代理之類別，其效果亦顯不相同；而逾越代理權及代理權消滅後所爲之代理行爲，因民法第一〇七條前段之規定，其效果亦與狹義的無權代理有相當之差異；無權代理在法律上，既生不同之結果，自應分別而與以說明。

A. 表見代理 表見代理者，無權代理人雖事實上無代理權，而因本人之行爲或不行爲，足使第三人誤信爲有代理權者，是謂表見代理。表見代理與有權代理不同，因表見代理雖有足使人誤信本人曾授與以代理權，而本人在實際上，則無授權之意思。表見代理在實質上雖與狹義的無權代理相同，但表見代理在外形上有使人誤信本人曾授與以代理權，故法律亦使本人負相當之責任；與狹義無權代理之對於本人絕對不能生效者有所不同。

按表見代理成立之原因，依民法規定其情形有二：（一）因本人自己之行爲明示或默示授

與他人以代理權，實際縱無授權之意思，但本人此種行爲，足以引第三人于誤會，此爲因本人自己之行爲而發生之表見代理。(2)本人明知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者，本人既明知他人表示爲其代理人，而不爲反對之表示，亦足致第三人誤信其曾經授權，此乃因本人之不行爲而發生之表見代理。依上述情形，第三人而誤信無權代理人爲有權代理，本人實與有過失，故法律上對於表見代理亦使本人對於第三人負授權人之責任。換言之，表見代理亦對於本人生效。表見代理，雖亦無權代理，但依首示法條，本人與相對人間蓋得因之而發生法律上之關係。此其立法意旨，蓋以保護相對人爲目的，而使本人亦負授權人之責任；蓋以依上述情形本人不免與有過失故也。但如相對人而明知其爲無權代理人，而仍與之爲法律行爲，則相對人即不免于惡意。相對人雖不知其爲無權代理，但依情事可得而知，相對人因過失而不知，法律亦無過加保護之必要。此一六九條但書之所由定也。若表見代理而合于一六九條但書之規定，其結果與狹義之無權代理同。又相對人而主張表見代理者，應負舉證責任。反之本人而主張相對人明知或可得而知者，亦應立證釋明，自不待言。

B. 逾越代理權之限制，及代理權撤回後之代理行爲 逾越代理權之範圍，及代理權消滅後所爲之代理行爲，亦爲無權代理。自不待言。惟依民法第一〇七條之規定「代理權之限制

及撤回不得對抗善意第三人。」因之逾越代理權之意定限制謂本人任意所加之限制。或代理權撤回後所為

之代理行為，本人對於善意之相對人，所負之責任，與表見代理同。但相對人明知其實質，即不得謂之善意，在解釋上本人即得對抗，同時相對人因過失而不知其限制或撤回者，依全條但書之規定，亦為本人所得對抗，換言之，本人即得對之主張其代理行為為無權代理。此種無權代理，與狹義之無權代理亦有相當之異同。

C. 狹義之無權代理 狹義之無權代理，對表見代理而言。狹義之無權代理，在實質上在形式上本人均無授權之情事，本人當然不因其代理行為而負授權人之責任。

無權代理因本人得否對抗相對人而結果不同，不問其為表見代理或依民法第一〇七條之規定而使本人不得對抗相對人者，本人與相對人間即負授權人之責任。換言之在本人與相對人間無權代理亦與有權代理無別，而本人與無權代理人間發生相當之債權債務；同時代理人對於相對人亦不免負相當之責任。至于狹義之無權代理，則本人與相對人間不生法律關係，而代理人則負賠償責任。茲分項說明于後。

A. 代理人與相對人間，因無權代理而發生之法律關係 按代理人在代理權限內，所為或所受意思表示，對於本人直接生效，從而代理人與相對人間即不因之而發生法律上之關係。

故代理人雖爲事實上之行爲人，但非其法律關係上之當事人。故代理人與相對人間，初不因之發生法律上之關係。但在狹義的無權代理，本人既不因之而與相對人間發生法律上之關係，無權代理之代理人因之對於相對人即須負相當之責任。是爲法理上之所當然。至于表見代理及依一〇七條之規定本人對於無權代理之所爲，雖不得對抗善意第三人，而應負授權人之責任。但無權代理之代理人仍不因本人負授權人之責任，因之而使其無權代理受有影響。準此推論，則不問其無權代理，爲狹義的無權代理，或爲表見代理，或因代理權之限制或撤回而構成無權代理者。代理人均對於相對人負相當之責任。不過本人不得以無權代理對抗相對人者，相對人得對於本人，或無權代理人選擇以行使其請求權耳。

至于無權代理人對於相對人負責之根據，法學上計分五說：(1)契約當事人說；(2)侵權行爲說；(3)訂立契約過失說；(4)保證責任說；(5)法律上之特別責任說；而通說多採法律上之特別責任說。參看胡次敏著中國民法概論頁三六四。但愚見不然。按所謂法律上之「特別責任說」，其持論以爲無權代理人之應負責任，乃由于法律之直接規定。然法律所以使無權代理人負責，亦必有相當之根據；既推源溯流而欲闡明無權代理人負責之根據，而謾之法律上有此條文，實非治法學者應有之態度。且吾人治學而探本求源乃根求此項立法學理上之本據，而非以法律

上是否有此條文爲探討之目的。故「法律上之特別責任說」，顯無足探。至于其他各說，亦均有理論上之瑕疵。就「契約當事人說」而言，無權代理人，無自任當事人之意思，其相對人亦未嘗有以代理人爲他造當事人之意思；其非可探，亦無疑問。至于「訂立契約過失說」，一方面與契約說不免于同一之非難，另一方面復踏侵權行爲說之窠臼。「保證責任說」，以爲代理人與相對人間有默示之保證契約，此說之欠當，更屬顯然。第一：保證債務爲從屬性質，必也主債務生效而後保證之債始生效力。無權代理，因代理權之欠缺，而不得對於本人生效，其主債務蓋未嘗有效成立；依從債務必須附麗主債務之點而言，要難認爲成立；則是保證責任說，已非可探。第二、保證責任之發生，基于契約行爲，是蓋以當事人之合意爲其債權債務成立之基礎。無權代理人于代爲或代受意思表示之時，無自負保證責任之意思；同時其相對人亦不能謂有此種意思，故保證責任說非吾人之所應準據。至于「侵權行爲說」，在理論上雖鮮非難，但因侵權行爲而構成之責任，初不因受損人是否善意而有不同。在他國民法無權代理人所負之責任，不僅損害賠償，有時且負代位履行之責。德國民法，第一七九條第一項。日本民法，第一七條第一以侵權行爲說爲賠償責任之根據，尙無不可，至于代位履行則非侵權行爲說所得包括。此德日多數學者所以不採侵權行爲說也。至于我國民法第一一〇條明示：「無權代理人，以

他人之代理人名所義爲之法律行爲，對於善意之相對人應負賠償責任。」以侵權行爲說爲理論上之根據，雖可自圓其說，但依民法所示，無權代理人蓋僅對於「善意之相對人」負其責任，實非侵權行爲說，所得貫徹。此愚見之所以異於一般學說，而另倡「交易安全說」以爲法律之所以責無權代理人以賠償責任，蓋以確保交易之安全爲目的。以此爲無權代理人對於善意相對人負責之論據，似可免于理論上之責難。即以此而解釋德日民法亦不至發生理論上之非難。吾人既以交易安全爲我民法立法之基礎故無權代理惟對於善意相對人負賠償責任。若相對人明知其事實則相對人即與有惡意，對於惡意相對人即無加以保障之必要。此民法所以明示「對於善意相對人負賠償之責」也。

無權理代人對於相對人所負責任之範圍 無權代理人對於善意第三人應負責任，其範圍何如，各國法例有使無權代理人除負損害賠償責任以外兼負代位履行之責，而賦予相對人以選擇權者。德日民法其例也，有僅明示無權代理人應負賠償責任者，法瑞民法 法德一〇條 及我國民法第一一〇條均然。依理論而言，代位履行責任，與損害賠償責任並存，對於無權代理人未免過苛。據無權代理，未必出于惡意。爲本人之利益而爲無因管理者，乃事所恒有，善意之無因管理人，使負適當之責任，非立法政策之所許也。且無權代理人以代理人名義所爲之法律行爲，在性質上亦有非代理人所得代位履行者，使無權代理人負此種責任

，亦非理論上之所許。故我民法從同法瑞之法例而僅使無權代理人負賠償責任。至于其賠償責任之範圍，胡次威先生謂包括所受損害，及所失利益。此所謂之利益，應包括信賴利益，及履行利益而言。詳見胡氏前稿 第三六六頁。

于此有應注意者，除狹義之無權代理外，相對人不僅得向無權代理人請求損害賠償，本人對於相對人亦應負授權人之責任。

在表見代理，民法明示本人應負授權人之責任，至于民法第一〇七條雖僅曰「：不得以之對抗善意第三人。」換言之，本人亦應對之負授權人之責。

似此情形，對於善意相對人，負責任者，不僅無權代理人，本人亦對之負有履行或不履行之賠償責任。是無權代理人及本人均因無權代理而居于債務人之地位；善意之相對人，得對之選擇以行使權利，但相對人僅有單一之債權，雖得對於無權代理人及本人選擇以行使權利，然若經本人履行，則相對人之債權即歸于消滅，從而無權代理人對於相對人之債務亦歸于消滅。

B. 相對人與本人之法律關係 無權代理因代理權之欠缺在原則上不使本人與相對人間因無權代理而發生法律上之關係。但表見代理及依民法第一〇七條之規定而使本人負授權人之責任者，本人既依法而負授權人之責任，則本人與相對人間即在法律上發生相當之權利義務關係，是不待言。又無權代理得因本人之承認而補正其代理權之欠缺，溯及的自始直接對於

本人生效。參看民法第一一五條及胡次威氏中國民法債篇總論第七四頁。此為本人與相對人間得因無權代理而發生法律上之關係之又一原因也。

狹義無權代理之法律行為，既得因本人之承認而對於本人生效，是無權代理之法律行為，即為效力未定之法律行為。得因承認而對於本人生效，亦得因本人之拒絕，而對於本人確定不生效力。在本人未表明其意思時，其效力即未確定。此種法律行為，對於本人既非確定有效，亦非當然無效。相對人實居于不利益之地位，故民法賦予相對人以催告權，及撤回權。依民法第一七〇條第二項「相相對人得定相當期限，催告本人確答是否承認，如本人逾期而未確答者，視為拒絕承認。」無權代理因承認而溯及的對於本人生效，其經本人拒絕承認或視為拒絕者，亦因拒絕而確定使本人與相對人間不因之發生法律上之關係。至于撤回權限于在本人未為承認前得行使之，因本人未為承認以前，無權代理之法律行為，實未生效，故相對人得撤回其法律行為，此為民法第一七一條前段所明示。但如相對人于為法律行為時，明知其為無權代理人，即無賦予以撤回權之必要，此全條但書所以明示例外也。

C. 本人與無權代理人間之法律關係 無權代理人與本人之相互關係，依愚見以為應依民法第一七二條至一七八條關於無因管理之規定決之。按無權代理人之以本人名義為代理行

爲，動機雖未必出于善意；有出于諧謔之動機，或其他動機者，如愚人節而代友人定購食品，似非無因管理，而近于侵權行爲。但出于善意而爲他人管理事務者，實佔多數。例如見價廉物品而爲友訂購，或遇罕見書籍而爲圖書館購買；亦爲數見不鮮之事實。此其代理行爲雖屬無權，然其爲「依本人明示或可推知之意思以有利本人之方法爲之」要無可疑。核之民法第一七二條之規定，在性質上實爲無因管理。至于非出善意之無權代理既非依本人明示或可推知意思爲之，似非無因管理所得包括。然民法第一七四條亦明示「管理人違反本人明示或可推知之意思而爲事務管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失亦應負賠償之責。」是視無權代理爲無因管理，以決定無權代理人與本人相互間之法律關係，對於其動機出于善意者，固有明文規定可資準據；即其動機非出善意者，亦得依首示法條<sup>民法第一七四條</sup>以決定其權利義務。故予以爲無權代理人與本人相互間之法律關係，應視爲無因管理，而準用民法第一七二條至一七八條之規定。其詳可參看第二編卷一第一章第三節關於無因管理之說明。

### 參考法條

〔民法〕第一〇三條「代理人于代理權限內，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。」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。」第一〇五條「代理人之意思表示，因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時；其事實之有無應就代理人決之。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。」第一〇六條「代理人非經本人之許諾不得為自己與本人之法律行為，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。」第一〇七條「代理權之限制或撤回不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知者不在此限。」第一〇八條「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」「代理權得于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。」第一〇九條「代理權消滅或撤回時代理人須將授權書交還于授權者。」第一一〇條「無代理權人以他人之代理名義所為之法律行為，對於善意之相對對負損害賠償之責。」（民法債編第一章第一節第二款）第一一七條「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為法律行為之第三人以意思表示為之。」第一一八條「代理人有數人者，其代理行為應共同為之。但法律另有規定，或本人另有意思表示者，不在此限。」第一一九條「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示其為代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其為無權代理者不在此限。」第一七〇條「無代理權人以代理人之名義所為之法律行為非經本人之承認對於本人不生效力。」「前項情形法律行為之相對人得定相當期限催告本人確答是否承認；如逾期本人未為確答者，視為拒絕承認。」第一七一條「無代理權人所為之法律行為其相對人對於本人未為承認前；得撤回之。但為法律行為時，明知其無權代理者，不在此限。」

〔關係法令〕民法第一七二條至第一七八條關於無因管理之規定。

(四八) 限價合著前揭第二五九頁。但非絕對採無因說，不過以無因說為原則。與鄰見有相當之出入。

(四九) *Sohn's Institutes of Roman Law*, p. 223

(五十) 商務民國二年德國六法本譯文生澀。故依王亮暉先生英譯德國民法典另譯。

(五一) 胡氏前揭第三四九頁。限價合著前揭第二六四頁。

(五二) 民法第一〇九六條「未成年入及禁治產人不得為監護人」

(三) 民事訴訟法第七四條第三項「由訴訟代理人解除委任者；十五日內仍應為防衛本人權利所應為之必要行為」

## 第六節 無效撤銷及承認

自法律行為之效力方面觀察法律行為；得分析之為四類：a. 有效之法律行為 *Valid act*；

b. 無效之法律行為 *Void act*；及得撤銷之法律行為 *Voidable act*。此外尚有 d. 須得第三人同意（承認）之法律行為。上述四類法律行為，其行為皆已成立；除有效之法律行為外，其他

三種法律行為雖已成立，而生效要件則有欠缺，其欠缺生效要件，而至依法絕對不能生效者，是因無效法律行為。無效之法律行為，確定不能生效，不待當事人主張其無效，而當然不生效力；故無效之法律行為之當事人，原則上不得依其法律行為之本旨而發生法律關係。至于得撤銷之法律行為；其生效要件有相當之瑕疵，因之法律賦與當事人以撤銷權；經撤銷後

，其法律行為之效力歸于消滅。若撤銷權人而拋棄其撤銷權，或因斥除期間之經過而消滅者，其法律行為之效力即確定有效。故得撤銷之法律行為，其效力雖已發生，但在不確定狀態之下。因撤銷而歸于無效，因撤銷權之消滅而確定有效。故學者謂之為效力尚未確定之法律行為。效力尚未確定，言雖已生效，但未確定。與「生效與否為不同」。至于須得第三人同意（承認）而後生效之法律行為亦因生效要件有欠缺須經補正而後得使之生效。此種法律行為，于其成立要件未經補正以前，法律視其效力為尚未發生；須經補正而後得生效力；反之，若未不經補正，其法律行為，即不得生效。是為生效于否未定之法律行為。茲分項說明于後：

### 第一目 無效

無效之法律行為，其法律行為之成立要件雖已具備，然欠缺有效要件。故不得依其法律行為之本旨而生效力。但得因之而生與其法律行為之本旨無異之法律關係。例如因備具其他法律行為之要件而發生之法律關係，或因之而發生不當利及侵權行為之法律關係等後說明。再無效之法律行為，僅為有效要件之欠缺，但無效之法律行為，絕對不得依其本旨以發生法律上之關係。與法律行為之不成立異其觀念。無效之法律行為，非不成立，不過有效之要件不具備，故雖成立，而無從生效。又無效之法律行為，係確定不生效力，不待當事人主張其無效而後發生無效之問題；故無效之法律行為與得撤銷之法律行為須經撤銷而後無效者不同。與生效于

否未定之法律行爲，得因補正而生效者，亦有不同。自不待言。

法律行爲之無效依民法總則之規定，有因意思能力之欠缺而無效者第七十條。有因違法而無效者，

一、有因違反公序良俗而無效者，第七十條。有因方式之不具備而無效者，第七十條。此

爲適用於一般法律行爲之共同原則。至若法律之特別規定、而適用於特定之法律行爲者，自應分別依其規定。

無效之法律行爲，其無效之原因有自始存在者，其法律行爲自屬自始不能生效。反之其無效之原因，雖非自始存在，而于行爲成立以後發生無效之原因者，是曰嗣後無效。不問其爲自始無效，或事後無效；皆使其法律行爲不能依本旨以生效力。此外又有所謂一部無效，與全部無效之說；所謂全部無效，謂其法律行爲之全部，皆屬無效之謂。而一部無效，乃其法律行爲之一部份，有無效之原因存在，而其餘部份仍得有效者之謂。全部無效其法律行爲當然不能有效，事屬顯然。在一部無效之場合，其法律行爲是否全部亦歸于無效。我民法從同羅馬法之原則，于第一一一條明示「法律行爲之一部份無效者，其全部皆爲無效。」然此僅原則，例外亦承認一部無效，其結果並不影響其法律行爲他部份之效力者，但以除去該無效部份亦可成立者爲限。全條但書。所謂除去該無效部份其他部份仍可成立者，須依法律行爲之

性質，當事人之意思及標的是否可分，決定之。例如為法律行為內容之標的，顯無連帶關係，其一部之無效，原則不影響其他部份之效力。再無效部份雖與其他部份有連帶關係，而顯屬主從關係者，若無效部份為主行為，一部之無效，當然使其法律行為之全部不能生效。反之，若無效部份為從行為，則主行為除去該無效部份仍可成立。自應仍以之為有效。例如保證契約，借貸契約之從行為也，保證契約之無效，其借貸契約應不受影響，反之借貸契約，若歸于無效，其保證契約自不能有效。其明例也。

無效之法律行為，不能依其行為之本旨發生法律上之關係，然得發生其他法律關係。依我民法第一一二條第一一三條之規定，依無效之法律行為而得發生之法律關係計凡二種：

a. 無效行為之轉換。無效行為之轉換云者，謂無效之法律行為，雖不能生效，但已具備他法律行為之要件，即可轉換而視為他法律行為而使之生效，例如滙票之作成，欠缺票據法第二十一條之方式，而不能有效者，若已具備指示證券之要件，自得視為指示證券而使生指示證券之效力。是為無效行為之轉換。但無效行為之當事人，是否有使其法律行為轉換以生他法律行為之效力之意思，則法律亦應予以尊重。而不能一律依此原則使之轉換，而發生他法律行為之效力。如前舉之例，滙票轉換為指示證券，表面上雖無問題，但實際上滙票之持票

人，有在票據市場貼現之權利，而指示證券則無此種效用。可知無效之法律行為，縱具備他法律行為之要件，亦須推定當事人有使之轉換以生法效之意思，而後得爲之轉換爲他行爲。故民法第一一二條明示，除其行爲須備具他法律行爲之要件外，且明示「……並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲爲他法律行爲者，……」始得轉換爲他行爲也。本條之規定，一方面固求實際上之便利，一方面亦須顧及當事人之意思。再本條不曰行爲人而曰當事人，愚見以爲解釋上應包括相對人，而不僅指行爲人，緣契約行爲當事人之兩造均爲行爲人固矣，而單方行爲及共同行爲之對造<sup>相對</sup>人。雖非行爲人，然不失爲當事人；且法律行爲之無效，乃已成立之法律行爲而欠缺生效要件者，其法律行爲雖不生效，但其行爲已經成立；相對人已爲利害關係當事人之一方，故愚見以爲不獨行爲人之意思，應予尊重，相對人之意思，亦有予以尊重之必要。故予謂民法第一一二條所謂之當事人，在解釋上應包括相對人也。b.無效行爲之反射作用。所謂反射作用者，謂因無效之法律行爲而引起權利義務關係也。無效行爲雖不能依其本旨以發生法律上之積極效力；但因法律行爲之無效，而得使當事人間發生法律上之關係，約有二端：第一、以無效之法律行爲爲給付之原因者，發生「不當得利」之債。第二、無效行爲爲當事人之一造與有過失者，對於相對人信之爲有效而發生之損害，應負侵

權行爲之賠償責任。是爲解釋上之當然結論。法律原不必另爲規定。乃民法于第一一三條明示「無效法律行爲之當事人，于行爲當時，知其無效；或可得而知者，應負回復原狀，或損害賠償之責任」。反使解釋上發生困難。緣無效法律行爲之當事人，以無效之法律行爲爲原因所受領之給付當然發生不當得利之返還義務；不當得利之返還義務之範圍因當事人于受領當時知其無原因，或不知其無原因，而有差異，民法第一八一條第一八二條已有規定；故準此而言，本條之規定實嫌蛇足。余戲門前輩已先我言之；參看余著前揭第二二頁。全時，無效法律行爲之當事人；對於善意相對人因此所受之損失，應負侵權行爲之賠償責任，亦爲事理所當然（五）。

## 第二目 撤銷

A. 撤銷之意義 民法上所謂之「撤銷」有不同之含義。有法律行爲之撤銷；與法律行爲以外之撤銷。法律行爲以外撤銷，如法人設立許可之撤銷。三十四條，禁止產宣告之撤銷。十四條均非法律行爲之撤銷。不適用本節撤銷之規定。至于法律行爲之撤銷，有以意思表示之瑕疵爲原因者，亦有非以意思表示之瑕疵爲原因者。非以意思表示之瑕疵爲原因者，如贈與之撤銷。第四一六條。及第八十五條獨立營業之允許之撤銷，雖用語同曰撤銷。但既非以意思表示第四一七條。

之有瑕疵，（法律行為生效要件之瑕疵，）為理由。因之其法律行為之撤銷，即非撤銷其法律行為之本身，而使之自始歸于無效。不過撤銷其法律行為之效力，而使之自撤銷之日始，向後消滅其效力。故本節所謂之撤銷，乃僅指因意思表示之有瑕疵而撤銷者而言。

按得撤銷之法律行為，乃以構成法律行為之意思表示具有相當之瑕疵（即法律行為本身之瑕疵）為原因。而由撤銷權人撤銷其法律行為，從而使其法律行為自始歸于無效。準上而言，得撤銷之法律行為，其特徵如次：

第一、得撤銷之法律行為，原屬有效。須經撤銷其效力始歸于消滅。與自始無效之無效行為有相當之差異。按無效之法律行為乃自始無效之行為，不待撤銷而當然不能發生效力與得撤銷之法律行為須經撤銷而後始歸于無效者顯然不同。

第二、得撤銷之法律行為其效力在于未確定之狀態，經撤銷時固使其效力歸于消滅。反之其撤銷權如經銷滅，銷權因拋棄或因斥除其行為即屬自始確定有效。

第三、得撤銷之法律行為乃以意思表示具有相當之瑕疵為撤銷之原因。故得撤銷之法律行為之撤銷使其法律行為之效力根本歸于消滅，從而得撤銷之法律行為經撤銷者，與自始未為該法律行為者同。此民法所以于總則編中明示「法律行為經撤銷者視為自始無效」第一一四條第一項

也。然此僅原則，若因公益上之理由，法律而明示例外者，自應從其規定。全法第九九八條所謂「結婚撤銷之效力，不溯及既往」其明例也。

第四、得撤銷之法律行為，僅撤銷權人得行使撤銷權，以消滅其法律行為之效力。故得撤銷之法律行為之撤銷，須由享有撤銷權之人撤銷之。

B. 撤銷權 得撤銷之法律行為，須待享有撤銷權之人與以撤銷而後歸于無效；得撤銷之法律行為之撤銷，須由撤銷權人行使撤銷權，而後其法律行為之效力始行消滅。

所謂撤銷權者，依撤銷權人一方之意思表示以消滅其法律行為之效力之權利也。按法律行為成立後當事人間即發生一定之法律關係；法律關係一經發生，當事人之一方，即不得以單方之意思變更其相互間之權利義務。而撤銷權之作用，則使撤銷權人得以一方之意思表示消滅其法律行為之效力，故撤銷權之發生，以有法定原因之存在為前提。依我民法意思表示之有瑕疵，乃一般法律行為撤銷之原因。至于特殊之撤銷原因，散見于民法各編，茲不詳述。然撤銷權為法定之權利，與當事人之意思無關，當事人若以契約約定使當事人之一方享有撤銷權，則非法理之所許；張正學師，曹士彬師，已先我言之。見國合著前揭第二八二頁。至于撤銷權之性質，乃形成權之一種；良以撤銷權之作用，使撤銷權人得以單方之意思，變更當事人間

已存在之法律關係，故為形成權。又撤銷權為從權利，須附屬於該得撤銷之法律行為而在，該得撤銷之法律關係而有專屬性，其撤銷權亦有專屬性；至若該得撤銷之法律行為而得讓與繼承；撤銷權亦一併讓與繼承。至其不得獨立移轉，則屬當然。

準上而言，撤銷權惟撤銷權人得行使之，何人得享有撤銷權，除法律有特別規定指定撤銷權人者外，如民法第九八九條至第九九七條。一般撤銷權之發生既以意思表示之瑕疵為原因，從而以意思表示

示之有瑕疵為撤銷之原因者，其撤銷權人恒為有瑕疵意思表示之表意人。撤銷權縱為從權利，不得獨立讓與，但撤銷權之行使與一般權利之行使同。初不限于由本人為之，由法定代理人及意定代理人代為行使自無不可。再撤銷權人雖恒為有瑕疵意思表示之表意人但非不許附隨得撤銷之法律行為所發生之權利義務而讓與繼承，因之其權利義務而繼承讓與者其撤銷權亦一併移轉于繼受其權利義務之人，核之繼承法上之繼承其性質為包括的繼承；而民法債編關於債之讓與，亦許承擔債務者得以原債務人所得對抗債權人之事由，對抗債權人。  
三〇 則是撤銷權之得移轉要無可疑。  
三條

C. 撤銷權之行使 至于撤銷權之行使方法他國法例有明示須以訴為之者；法國民法其例也。○四條。我民法則從同德日法例，一般法律行為之撤銷依第一一六條第一項僅須以意思表示

示爲之。但撤銷乃消滅既存之法律關係，其性質爲「二次法律行爲」，故原則爲要相對人之行爲。撤銷之生效，須其撤銷之意思表示爲相對人所了解，或置于相對人可得了解時發生效力。民法亦明示「如相對人確定者，前項意思表示應向相對人爲之。」全條第二項。準此，則相對人而未確定，自不必向相對人爲之。再撤銷權之行使原則雖僅須以意思表示爲之，但如法律而有特別規定，須請求法院撤銷者，自應以訴爲之。此種訴訟爲形成之訴。其由當事人之一造提起者，當然以相對人爲被告，其由第三人提起者，如依民法第二四四條及第九八八至九九四條之規定而由第三人提起者，其性質上蓋爲「必要共同訴訟」。參看民事訴訟法第五〇三條以下。而應以該法律行爲當事人之兩造爲被告。

#### D. 撤銷權之消滅 撤銷權之消滅原因有二：

第一、因行使而消滅 撤銷權爲形成權，一經行使即歸消滅。

第二、因斥除期間之經過而消滅 按得撤銷之法律行爲，其法律行爲之效力尙未確定；若使其撤銷權永遠存續，則因得撤銷之法律行爲所發生之法律關係即永遠處于不確定之狀態。法律關係而確定生效，或不生效，對於當事人雖有相當之影響；而法律關係之不確定對於當事人之不利益則遠過之。緣法律關係而不確定，當事人信之爲絕對有效，固足以生相當之

不利益；視之爲無效，亦足以招致相當之損害。故撤銷權之存在，法律附以相當期間之限制。

此種限制，在性質上，爲斥除期間。斥除期間與民法上之消滅時效雖均以時間之經過，使當事人喪失相當之權利。但依我民法消滅時效僅使相對人得以消滅時效爲抗辯，其權利之本身

則仍存在。而斥除期間，則使其權利本身歸于消滅。又時效有中斷及不完成等問題。詳見本編第六章關於消滅時效之說明。而斥除期間則無上述之問題。因之其期間自起算以迄終了，恒屬連續。期間一經屆

滿，其權利即歸于消滅；而無所謂不完成之問題。此爲斥除期間之特徵。至于斥除期間存續之久暫，以及起算之始期；則法律因其法律關係之性質，且依其情節有撤銷權之當事人是否應予特別保護，而分別爲不同之規定。比較民法第九十條，第九十三條，第九九八條，至九九七條之規定，可知其詳。

第三、撤銷權因拋棄而消滅 按私法上之權利原則均許拋棄，撤銷權人自亦得拋棄其權

利；德日民法及我新舊民法草案，  
德民一四條，日民一三三條，  
草案二五八條，草案一八〇條自拋棄撤銷權之積極作用而予以規

定，不曰撤銷權之拋棄，而曰「承認」。所謂「承認」者，承認得撤銷之法律行爲，自始有拘束力，撤銷人自不得更行主張撤銷也。我現行民法未特爲規定，在解釋上，撤銷權自得因拋棄而消滅，明示拋棄或以承認之方式爲之，則非所問。

得撤銷之法律行為，因其法律行為本身具有相當之瑕疵，故其效力尚非確定，得因撤銷以消滅其效力；但撤銷權一經消滅，因其法律行為所發生之關係，即歸于確定，自不待言。

### 第三目 須得第三人同意之法律行為

須得第三人同意之法律行為，其法律行為，外形上雖已成立；但依法則須經第三人之同意，而後得生效力。在未經第三人同意以前，其法律行為即難依其本旨以發生法律上之效力。依我民法須得第三人之同意而後得生效力者，一般規定見于民法總則者，有第七七條第七九條關於限制行為能力人自為法律行為時，須得法定代理人之同意以補充其能力之欠缺，此外特別規定之見于各編者，不一而足；例如第三〇一條，關於債務承擔，須得債權人之同意；及一〇〇六條，未成年人所訂之夫妻財產契約，須得法定代理人之同意者，均是；但我民法關於須得第三人之同意而後生效之法律行為，其用語不一；或曰「應得……同意」；或「應得……允許」；有時則曰「須經……承認」；用語雖不相同；但命意則均指同意。所謂「允許」，指事前之同意而言；所謂「承認」，則指事後之同意；法律行為須得三人之同意者，除依民法第七十八條之規定，「限制行為能力人所為之單獨行為……」，必須事前得法定代理人之允許外；其餘欠缺同意之法律行為，依法均得以事後之同意（承認）以補正其欠

缺。故須得第三人同意之法律行為，（除民法第七十八條之單獨行為外）原則均得因事後之承認，以補正其欠缺；而使其法律行為得生效力。

須得第三人同意而後生效之法律行為在外形上雖已成立，而效力則未發生；第三人事後而予以「承認」，則其法律行為之生效要件即因補正而無欠缺。反之，其行為之效力即難發生。故須得第三人同意而後生效之法律行為，在未經「承認」前，其效力之究否發生亦未確定。該法律行為之相對人，亦處于不利益之地位。故法律通常與相對人以催告權；定相當之期限，催告有同意權人，是否承認。參看民法第八〇條第一項，第八一條第二項，第三〇二條第一項之規定，均以明文賦予相對人以催告權；其他須經同意之行為，法律雖未明示賦予催告權，但在解釋上，則應從同。惟同意權人，雖有同意之權，而無必為承認之義務。故同意權人，得拒絕承認，而使其法律行為確定不生效力。又催告權之作用，不過使催告權人得據以向相對人催告是否承認。同意權人亦不因之而負答覆之義務，從而同意權人不予相當期限內答覆是否同意者，「視為拒絕承認」。參看民法第八〇條第二項，第八一條第二項，第三〇二條第一項。須得第三人同意而後得生效力之法律行為，一經拒絕，自因之而確定不得生效。

按須經第三人同意而後得生效力之法律行為，因生效要件尚有欠缺，在同意權人承認其法律行為以前，其法律行為因意思之欠缺而尚未生效；與得撤銷行為之承認不同。得撤銷之

法律行為之承認，乃已生效力之行為，因有撤銷權之存在，而未確定。因之其效力之欠完全，以數字說明，乃百分之一百。可減百分之一百而等零（無效）；其承認之作用，則使其減百分之一百之可能性消滅耳。至于須經第三人同意之法律行為，在經承認前，尙未發生絲毫效力，經承認而後完全生效，以數字說明，乃百分之零，可因加百分之百而等百分之一百；其承認之作用，則爲對於毫無效力之法律行為，賦予以完全之效力；是爲二者不同之點。雖同曰承認，其含義自不相同。

須經第三人同意之法律行為，同意權人之承認或拒絕須向當事人之兩造爲之，抑僅須向其一方爲之？民法第一一七條明示「……其同意或拒絕得向當事人之一方爲之。」承認及拒絕均爲意思表示，比照民法第一一六條，既無須履行一定之方式；逕以意思表示爲之也可。再此指由第三人行使同意權者而言，若當事人之一方，行使同意權者，不問其爲得撤銷之法律行為之承認，抑爲民法第八一條之承認。限制行為能力人于限制行為原因消滅後，所爲之承認。其相對人確定者，其承認或拒絕自應比照民法第一一六條第二項之規定，向相對人以意思表示爲之。

承認之效力，民法在原則上蓋採溯及生效之物權主義，其第一一五條云，「經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及法律行為時發生效力」。

#### 第四目 無權處分之法律行為

前述法律行為之成立要件時，嘗謂法律行為之當事人，除有權利能力，行為能力，及意思能力以外；且須適格。所謂適格，謂為該法律行為之當事人，對於其法律行為之標的須有處分之權能。換言之，當事人對於其標的須有為處分之資格。無處分權人，所為之處分，不能生效，乃事理所應然。此種處分行為，不能生效之原因，則為處分權之欠缺。此種欠缺並非不得補正，一經補正，其處分行為即得有效。故我民法分別規定于第一一八條。

第一、無權處分，而經有權利人之承認者當然生效。按處分權之行使，未始不許代理，有處分權人對於無權處分而予以承認，其處分行為即得對於本人生效，與無權代理之承認同。

第二、無權處分人，而事後取得其權利，其處分亦當然自始有效。

第三、無權處分人，于未取得權利前，曾為數處分，而相互抵觸時，其效力何如，民法于全條第三項，特示解釋規定，以最初之處分為有效。

#### 參考法條

【民法】第一一八條「法律行為之一部分無效者全部皆為無效，但除去該部份亦可成立者則其他部份仍為有效」。

「二條」，「無效之法律行為若具備他法律行為之要件並因其情形可認當事人若知其無效即欲為他法律行為者其他法律行為仍為有效。」第一一三條「無效法律行為之當事人于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」。

第一一四條「法律行為經撤銷者視為自始無效。」「當事人知其得撤銷或可得而知者其法律行為撤銷時適用前條之規定。」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」第一一六條「撤銷及承認應以意思表示為之。」「如相對人確定者前項意思表示應向相對人為之。」第一一七條「法律行為須得第三人同意始生效力者，其同意或拒絕得向當事人之一方為之。」第一一八條「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。」「前項情形若數處分相抵觸時以最初之處分為有效。」

(五五) 參看胡氏前揭第三七四頁註一。

### 本章主要參考書

- 一、胡長清 中國民法總論 頁一九六至三八七。
- 二、史尚寬 民法總則釋義 頁二三七至四二四。
- 三、張正學 民法總則註釋 頁一四五至二九三。
- 四、黃右昌 民法要義 總則編 頁一八〇至三〇六。
- 五、陳瑾昆 民法通義 總則 頁一六四至三八八。

六、胡長清 各國民法條文比較 譯叢編 頁一四一至二二八。

七、E. J. Schuster *The Principles of German Civil Law* pp. 80—128.

八、R. Pound, *Readings in Roman Law* part 1, pp. 22—66.

九、R. Shon's *Institutes of Roman Law* pp. 204—224.

## 第五章 日期及期間

時間空間在法律關係上均居相當之地位，而時間在法律事實上尤居主要之地位。時間之經過足以使法律關係發生消滅或變更，時日之屆至亦為法律關係終始之境界，此外權利義務之是否成熟並存之權利孰應優先？亦以時日定之。故關於日期日期間民法有特設專章之必要。此其規定不僅適用於民事，民法以外之法規有關期日期間之問題，除另有規定者外，亦當然準用民法之規定。民事訴訟法關於日期日期間雖設有專節，第一編第四章第三節，其第一六一條云：「期間之計算，依民法之規定。」第一編刑事訴訟法亦另設專章，第七章。其第六十五條亦云，「期間之計算，依民法之規定。」此外行政法令及其他法規亦當然準用。此民法第一一九條所以明示「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。」

法律上所謂時間，其含義有二：a. 指時點 *Point of time*。時點爲不可分之時間，或雖可分而視爲不可分之時間，是爲「期日」。所謂不可分，或雖可分而視爲不可分，乃謂期日在觀念上不可分，非謂期日不許有相當之長度也。例如與樂師訂約某日午前零時三十分，在電台播音，其契約有無違背即以此不可分之時點爲標準；又如借貸期約，約定十一月二十三日清償期屆至。其清償期日除有營業時間之限制者外，雖得分爲二十四小時，但在觀念上，則以之爲不可分之時點，所注重者，爲時點之屆至，而不注重時間之經過。遲誤期日，所生遲延問題，須俟該期日之終止，故學者謂期日爲不可分，或雖可分而視爲不可分之時點。再須應注意者，期日既指不可分或雖可分而視爲不可分之時點，因之期日不必爲某一特定之日，日以下之「時」「刻」「分」「秒」，得指定爲期日，日以上之「星期」「月」「年」亦得爲指定之期日。例如約定某月之最後一星期，或某月或某年完竣某事項者，其指定之「年」「月」「星期」，在性質上均爲期日。b. 指一定長度之時期 *Period*，所注重者爲一定時間之經過，例如約定播音三十分鐘，或服務一年，均以一定長度之時間爲其法律關係起迄之標準。是爲「期間」。期間必有一定之長度，其開始之時爲起算點；其終了之時爲終止點；期間之起算點及終止點則恒爲指定之期日。例如自一九四〇至一九七九，是以年爲起算點及終止點者也。

## 第一目 期日期間之計算

期日及期間之計算，向有自然計算法 *Naturalis Computatio* 及歷法計算法 *Computatio*

*Civilis* 兩種方法；自然計算法者依實際之時間以爲計算之方法也；在原則上一日爲二十四小

時；工作時間，及營業時間之計算，一日固不足二十四小時，而應以實際工作或營業之時間計算，故曰原則爲二十四小時。一週爲七日，一年爲三百六十五日。而歷

法之計算者，依一國所採用之國歷，以爲計算之方法也。于是年有平閏；月有大小；所稱年月，其包含之日數，未必一致；而一本于歷法。上述方法，以精確而言，自以自然計算法爲優；以便利而言，則以歷法之計算爲便；例如自七月一日起訂約一年；依自然計算法；自必日積月累持籌握算始可求出其終期。以歷法計算，則不必思索，其終期當然爲來年六月之三十日。古代法律，注意計算之精確，故羅馬法採自然計算法；近代法律，注意交易上之便利；故原則均採歷法之計算；而僅例外情形，始採自然計算法。我民法亦然。一般連續期間 *Tempus Continuum* 之計算，採歷法之計算，以求交易上之便利；而非連續期間 *Tempus Discreta* 之計算，則採自然計算法，以求精確。同時非連續期間，亦無從依歷法計算。例如工廠規則，請假逾一月者扣薪，即須計算其請假日數，是否逾三十日。

歷法計算與自然計算法不同之點；必須其期間延續至朞月以上，始見其差異。因歷法上

之月有大小，年有平閏也。若不足一月之期間，歷法上之十日或一週，與自然計算法上之十日或一週，絕無不同可言。我民法第一二三條第一項曰「稱月或年者依歷計算」；因年月以下期間之計算，無所謂歷法計算及自然計算法之區別也。

民法所稱「……依曆計算」，所謂「曆」者，當然指國定曆法而言。我國國定曆法，從同多數國家以公曆為國曆，始於民國紀元，迄今祇三十年，雖數經政府嚴厲推行，但舊曆之使用，積習深入民間，農村無論矣，商業上，以舊曆定期日及期間者，仍居多數；期日及期間之計算，依法雖應以國曆為準則；但民法第一一九條：「……法律行為所定期日及期間，除有特別訂定者外，其計算依本章之規定」；依上開法條之文義，以為解釋，當事人蓋得自行約定計算方法，是法律行為而指定依舊曆計算，自亦應從其規定，而依舊曆法定其期日及期間；張曹兩師全說。(五六)

稱月或年，而連續計算者，既須依曆法定之，因之月未必為三十日，年亦未必為三百六十五日；若非連續計算，民法既例外採自然計算法，是年月計算之標準，法律亦應為之規定，以免爭議；此民法第一二三條第二項所以明示：「……每月為三十日，每年為三百六十五日」也。

## 第二目 計算之起迄

期間既爲一定長度之時間，故期間恒發生起算點及終止點之問題。

第一、期間之起算 依我民法，以時定期間者，與以日星期月或年定期間者，其起算點不同。a. 以時定期間者，即時起算；民法第一二〇條第一項。 b. 其以日星期月或年定期間者，其始日不算

入；全條第二項。

所謂始日不算入者，即自翌日起算之謂。以日星期月或年定期間者，原則不計算

其始日，乃一般法例之所從同；是蓋以法令審判或法律行爲，而附期間，當事人間往往發生期限利益之爭執，其期間既以日星期月或年定之，其期間若亦即時起算，其起算點究竟始於何時，頗生問題。故日耳曼固有法不採羅馬法一律即時起算之制；而創始日不計入之法則；

以免除起算點，究始於何時之無益爭論。(五七)德國民法典從之。但明示例外，其以一日之

始時

即日本民法第一四〇條但書所

爲期間之起算點者，始日亦列入。我民法第一二〇條第二項，

僅明示「以日、星期、月或年定期限者，其始日不算入。」而未從同德日民法另設但書，學

者之評議，或以爲「自立法論言之，是否允當，不無疑問。」(五八)但愚見以爲依我民法一

般法定期間，取得時效，消滅時效，及各種斥除期間。之進行應自翌日起算，而法律行爲所定之期間，若明示自某時

起算者，其期間之計算，即應即時起算；蓋我民法關於日期日及期間之規定，均爲解釋規定之

性質，任意法規之一種。全法第一一九條嘗明示此旨：當事人計算期間，而注重始時，其期間自得即時算起；且當事人之法律行為而指明起算之時刻，解釋當事人之意思即可推知其有即時計算之意思（例如旅館業于店簿中指明入館時刻者），此種期間，即應計入始日。是法律縱未特示例外，當事人既指定起算之時刻，解釋上自應包括始日；若當事人而未指明起算時刻，即有從同德日民法之規定，其當事人既未指明時刻，亦不能援引于實用；準此而言，我民法之不爲規定實無可議。

期間之起算，不算入始日，所以免爭議且所以保護當事人之期限利益也。若其權利發生之先後，發生法律上之問題；如抵押權之順序，因時間之先後而有優劣。自不能謂始日不算入，且對於同一日內發生之數個抵押權，有時間之先後者，亦生權利之優劣問題；他國法例雖亦不計入始日，但如一日之中所發生之權利，若因發生之先後而有優劣者，其時間之先後，亦爲法律所尊重自不待言；日耳曼普通法，及英美法，可借鏡也。（五九）

第二、期間之終止 期間之終止者，期間之終止點也。以日星期月或年定期間者其始日不計入，所以免期間利益之爭議也；至于期間之終止點，除以時計算者外，其終止點，恒爲特定日。而一日之中，又得分爲若干單位，究應以何時爲終止點，法律不爲規定，亦足以引

起爭議；故自羅馬法以至現代民法均明示標準；惟羅馬法分別取得權利及喪失權利而分別爲不同之標準，其因期間屆滿，而取得權利者，則以期間末日之開始爲終止點。反之其因期間屆至，喪失權利者，則以期間末日之終止爲終止點。近代民法多不爲分別規定而一律以期間末日之終止爲終止點，我民法亦然。第一二一條第一項云「以日星期月或年定期限者，以期間末日之終止爲期間之終止。」按所謂「期間末日之終止」，在原則上當然指期間末日最後時之屆滿。按曆法雖有異同，但一日之終始，始於午前零時，終於午夜之十二時，則爲古今中外之所從同；羅馬法亦稱「*diei*」爲謂「羅馬之一日，始於午夜而終於繼至之午夜。」是所謂期間末日之終止，乃指該日之二十三時六十分屆滿之時而言，固無疑問。但現代交易上有營業時間，工作時間，及辦公時間等問題；所謂「期間末日之終止」，解釋上固不限于該日最後時間之屆滿，此等時間之屆滿，亦使其期間歸于終止。例如依約定應于十一月二十五日向銀行付款，遲誤其營業時間；亦生遲誤問題；因履行債務須依誠實信用之方法，遲誤營業時間，即不得謂之爲合于誠實信用；在解釋上，應屬如此。又于此有一問題，民刑訴訟及行政訴訟以及訴願依法均有斥除訴權之不變期間，其期間之終止，是否必須俟末日終止之到來。抑因受理機關辦公時間之終止而使其期間完成。依愚見斥除訴權之不變期間，乃法定期間；而受理機關之辦公時間，亦由法定。準是而言，其不變期間之終止，除受理機關依法應于停止辦公

後設值日人員者外，自亦應以期間末日辦公時間之終止時爲終止時也。昔羅馬學者拜魯士氏曾云：「一日雖包括午前午後二半夜，及一晝，但有作爲之必要者，應于日間（指白晝）任何時爲之」；(160)此可知自古法家，對於期間之終止，其觀念上蓋以應爲作爲者須在日間爲之，從而期間之屆滿原則雖爲午夜，但依其法律行爲之性質，及當事人之意思，以及交易習慣有無營業時間辦公時間等問題，而未必以該日之終止爲終止。

再民法對於連續期間之計算，既採歷法計算爲原則；因之其以星期月或年定期間者其末日之求得，依民法第一二一條第二項，得分別三點而與以說明：  
a. 期間以星期月或年之始日起算者，以最後星期，月或年之末日爲期間之末日，本項反面解釋 例如定期五年，自民國二十六年一月一日起算其期間之末日即爲民國三十年十二月卅一日。  
b. 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。」如自星期三起算一星期，或一月三日起六個月，或一九四〇年七月一日起一年，其期間之末日，即爲下星期二，七月二日，或一九四一年之六月卅日。  
c. 於最後之月無相當日者，以其月之末日爲期間之末日；例如國曆之二月，閏年爲二十九日，平年爲二十八日，如以月計年計而以二月之末日爲期間屆滿者；二月無三十日，祇得以二十八日或二十九日代替之。

不問法定期間或約定期間其期間之屆滿即生法律上一定之效果；其爲法定之消滅時效或斥除期間，因期間之屆滿生失權之效果；在約定期間亦使當事人因其期間之屆滿而生法律關係上之變動；若依法令或約定當事人於一定日期或期間內應爲意思表示或給付，其日期或其期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日者，依民法第一二二條之規定，應以其休息日之次日代之。準此規定，則時效及斥除期間（當事人應于期間內行使其權利）之末日，如爲休息日，即以次日代之。其約定或指定之日期或期間之末日爲休息日，除非使當事人于該期日或于其期間內爲一定行爲者外，亦一律以其次日代之。于此有應注意者本條所謂「星期日、紀念日、或其他休息日」乃指休息日而言，故紀念日而不放假者，即不得因之而使期間之終止延長；又休息日亦不限于法定休息日，因地方習慣或特定事業之休息日，均得包括于此所謂之休息日中，惟如其休息日非當事人兩造之共同休息日者，例如各大都市外國銀行界之休息日與中國銀錢業之休息日每不一致；如復活節，爲西商假日，華商並不營業。是否亦得謂之爲本條之休息日？愚見以爲本條之規定，乃置重因適奉假日以致當事人不能于該日爲意思表示或爲給付；故使其期日之屆至，期間之屆滿，延至翌日。若休息日縱非當事人雙方所公同，已致當事人不能于該日爲意思表示或爲給付者；（如西商假日，華商銀行亦因西商之放假而不能對之爲意思表示

示或爲給付；其期日之屆至期間之屆滿，自亦因之而延至次日。準此而言，可知本條所謂之休息日，原不限于當事人雙方之共同休息日而言；但休息日雖不必爲雙方所共同，然必須爲特定地方特定行業之公休日，始得援引本條而使其期日期間延至翌日。反之，若僅因當事人私人原因而發生或私人所定之休息日，（如商號因婚喪停業）該造當事人仍不得主張本條之適用；惟他方則得主張其期日及期間延至翌日，因他方當事人，已因其停業而致不能爲意思表示，或爲給付也。

### 第三目 年齡之計算

關於年齡之計算，與一般法定或約定期間之計算不同，因期間之計算發生期限利益問題，故明示始日不計入之法則；反之在年齡之計算，既無期限利益問題，在習慣上亦均計入出生之日，此民法所以明示「年齡自出生之日起算」民法第一二四條第一項。也。

關於年齡之計算，不徒在民法上爲行爲能力之根據；其他公法上之權利及義務，及刑法上之責任能力；亦均以滿一定年齡爲前提；故年齡之計算，法律上有規定其計算方法之必要。再依我國習慣上之計算方法，獻歲一度，年齡即加一歲，因之歲尾誕生之嬰兒，出生尙未盈月，年齒已稱兩歲者，比比皆是。而法定年齡，則均爲足歲。即滿一年爲一歲。民法關於成年之規

定，曰「滿二十歲……」，關於行為能力，曰「未滿七歲……」，「滿七歲……」，關於適婚年齡，曰「男未滿十八歲，女未滿十六歲……」，關於遺囑能力，則曰「但未滿十六歲……」；刑法之任責能力，曰「未滿十四歲人之行為……」，「十四歲以上未滿十八歲人之行為……」，「滿八十歲人之行為……」；此外其他法律上之公權利或公義務，如公民權之享有，亦以年齡為基礎。均有限制，公義務之兵役義務，亦均以滿若干歲為條件，國人之年齡計算，既多與法令未合，因之發生換算問題；關於年齡之換算，司法部會頒有年齡換算表；其詳可參看原文，但其換算之公式，則簡而易行，其公式如次：「以依習慣計算之年齡數減二年，加自出生日至歲除之日數，再加自獻歲至換算日之日數。」舉例以明，予生于公元一九〇九之九月卅日（公曆）依習慣計算方法稱三十二歲，在一九四〇年十一月二十五日換算足歲。

32歲 - 2歲 + 3月1日 (九月三十日換算) + 10月25日 (至十月卅日又二十五日)

= 31歲又1月26日

依上例所示，予自出生至一九四〇年十一月二十五為三十一足歲又一個月二十六日，屈指計算自一九〇九九月卅日至一九四〇九月廿九日，滿三十一年；九月廿九日至十一月廿五日確為一個月又廿六日可證換算公式之精確；不過國歷舊歷之換算：則須依表稽核，以求正確。

年齡之屆滿，既影響公私權利義務；若有人而不知其出生之日或月者，其年齡之計算，即有重大困難，故法律亦明示推定之標準，民法第一二四條第二項規定「出生之日無從確  
定時，推定爲七月一日出生，知其出生之日，而不知出生之日者，推定爲該月十五日出生。」

參考法條

〔民法〕 第一一九條「法令審判或法律行爲所定之期日及期間除有特別規定外其計算依本章之規定。」第一二〇條「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。」第一二一條「以日星期月或年定期間者以期間末日之終止爲期間之終止。」「期間不以星期月或年之始日起算者以最後之星期月或年與起算日相當日之前一日爲期間之末日。但以月或年定期間其最後之月無相當日者以其月之末日爲期間之末日。」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期間之末日爲星期日或其他休息日時以其休息日之次日代之。」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爲三十日每年爲三百六十五日。」第一二四條「年齡自出生之日起算。」「出生之日無從確定者推定爲七月一日出生。知其出生之日而不知其出生之日者推定爲該月十五日出生。」

(五七) 張曹合著前揭第二九六頁

(五八) Demburg, *Pandekten part I*, 77, *Pound R., Readings in Roman Law* 68.

(五九) 胡氏前揭第三九三頁

(五九) Pound, R., *Readings in Roman Law* Part I, p. 69.

(六〇) *Digest* II, 12. 8.

## 本章主要參考書

- 一、胡長清 中國民法總論 頁三八八至三九六
- 二、張正學 民法總則註釋 頁二九四至三〇〇
- 三、Pound, R., *Readings in Roman Law*, Part I pp. 67—72.

## 第六章 消滅時效

### 第一節 時效制度之沿革

時效 *Prescription* 者，在一定期間，一定事實狀態之續繼，法律承認其既存之事實而使之確定，從而發生權利義務之得喪者也。故時效之要件凡二：一、須為一定事實狀態之續繼；二、其事實狀態，須經一定之期間，而無變動。

按時效制度之由來，導源也古。在紀元前四百五十年「取得時效」即肇端于羅馬之市民法，對於物上權利因占有事實之繼續而使其占有人取得占有物之所有權以確定物上權利。羅

馬法稱之曰 *Usucapio*；消滅時效起源也晚，按萬民法上之訴權 *Actio Honoraria* 在羅馬法成憲以前，純以大法官 *Praetor* 之文告 *Edict* 為依據；大法官之任期有終始，因之大法官文告上所賦與之訴權遂有時間之限制。此種有時間限制之訴權，因時間之經過而消滅；此種訴訟謂之「有期訴權」*Actio temporalis*。其權利本身因其繫于訴權之存續，而市民法上之訴權則無期間之限制，故對有期訴權而言，乃稱為「永久訴權」*Actio Perpetua*。準此羅馬法于其始也。消滅時效，蓋僅及于大官法上之權利；至紀元後四百二十四年，*Theodosius* 帝制定法規對一切訴權均加時效之限制，除原來之「有期訴權」仍從舊貫外，市民法上之訴權，「永久訴權」之存續期間一般為三十年，其另有規定者，為四十年；至此，消滅時效之制度，乃適用於市民法上之權利。同時，關於訴權之限制，亦僅認為訴權消滅之原因，其權利本身，則仍存在，而為不得以訴主張之「自然權利」*Natural Right*。此種觀念，為後世繼承羅馬法之國家所從同，而一致採用，是為時效制度發生之大致也。（六一）

準上而言，羅馬法上之 *Usucapio* 及訴權之限制之觀念，非出于同源，其肇始之史跡，相去約九百年。B.C. 480 前者乃所以確定事實上之權利，使繼續占有其物者，確定其物上之權利；後者則使訴權因不行使而消滅，故在羅馬法上時效取得，與消滅時效，在適用上，在概

念上，在效力上，均有不同。故取得時效與消滅時效，實非對稱之名詞。

中世紀之意大利註釋學派法家，強不同以為同，而以羅馬法上之 *Usucapio* 及訴權之時效限制為對待之時效，而名之為 *Præscriptio acquisitiva* 「取得時效」，及 *Præscriptio extinctiva*

「消滅時效」；取得時效消滅時效之名稱，非始于羅馬法，而始于意大利之註釋學家；但溯

其源流，今日法制上物權之得因若干年之和平公然占有以取得物上之權利參看民法七六八條至七七二條。蓋始

于羅馬法上 *Usucapio* 之制度。而請求權之因若干年不行使而消滅，則始于羅馬法上之「有期訴權」*Actio Temporalis*。

取得時效與消滅時效為對稱之名詞，始于意大利之註釋學家，其後日耳曼法家亦宗此說；*Gierke* 氏其例也。因之日耳曼固有法 *Pandekten* 均列取得時效與消滅時效為一談。法國

民法典及日本民法典因之，而列取得時效與消滅時效于其總則編之時效章中。但德國民法典受歷史學派學者沙維尼 *Savigny* 氏之影響，否定「取得時效」與「消滅時效」為對稱之名詞，

消滅時效為其總則編之第五章，而以「時效名章」；德民一九四至二二五條。關物權之時效取得，則規定

于其民法之第九二七關于不動產，及九三七至九四五條。關于不動產。蓋以羅馬法之精神為準據也。我現

行民法及二草從同德國民法之制度。「草總則編之主稿者，為日人松岡義正，故從同日本民

法典之編纂，現行民法既分別規定消滅時效于總則編，而列取得時效于物權編，故本章所謂之時效，乃僅指消滅時效而言。

## 第二節 消滅時效概說

所謂消滅時效，在英文爲 *Prescription extinctive* 語源出自拉丁語之 *Prescriptio extinctiva*。按 *Prescriptio* 一語，雖始見于羅馬法，初指縣土地之取得時效而言；(六二) 意大利註釋學者，始以 *Prescriptio* 爲時效之總稱，名「取得時效」曰 *Prescriptio Acquisitionis* 謂「消滅時效」爲 *Prescriptio extinctiva* 時效制度，雖濫觴于羅馬法，已見前述，但近代時效制度，則因意大利註釋派學者學說上所提倡而具體形成。消滅時效制度之由來在法學史既有相當之變遷始告形成，故近代之法制無不有關於時效之制度。而我國之有消滅時效，則始于民國十八年十月十日民法總則編施行之日。

依我民法，所謂消滅時效者，有請求權人于其請求權可得行使之日起，經過一定期間不<sub>能</sub>行使其請求權，以致其相對人得據法律上關於時效之規定，以拒絕其請求。

準上而言，消滅時效之內容如次：第一、須經過一定之期間；第二、須有請求權人于此一定期間內繼續不<sub>能</sub>行使其權利；第三、消滅時效所消滅者非權利之本身，不過使相對人因之

而發生拒絕給付之抗辯權耳。

第一、消滅時效既須經過一定之期間，其期間之久暫則由于法定；各國立法關於消滅時效立法例不一；羅馬法定一般之消滅時效為三十年，德民法從之；德民一九五條，法民三二六二條。近代立法對於消滅時效制度，則趨向縮短其期間俾使久不行使之權利義務關係，得早日確定。以

阻礙正常社會上經濟之發展。因之暹羅民法典、瑞士債務法均定一般時效為十年，瑞債第一二七條，暹民第四

五〇至四五二條，蘇俄民法典則進一步而縮短一般時效為三年。俄民第一我民法于立法之初關於時效期間

之久暫中央政治會議于所議決之民法總則編立法原則審查案（六三）第十九項明示「最長時效擬定為十五年定期給付之債權擬定為五年，關於日常交易之債權，擬定為二年。」民法第一

二五條以次準據中央政治會議所定之原則，定一般之時效為十五年。關於定期給付之債上請求權，定為五年間不行使因時效而消滅。所謂定期給付，即民法第一二六條所列舉之利息，

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也。關於因日常交易所生之債權，依民法第一二七條所列舉之八款概括言之，工商業上之墊款，商品之代價，及自由職業

者之報酬墊款之請求權，均因二年間不行使而消滅；此種期間均為法定期間，除民法第一二六及一二七兩條或其他法令另為規定者外，原則上一概請求權之消滅時效均為十五年之最長

時效，故民法第一二五條實爲一般之規定。

關於時效期間既須由于法定；當事人是否得以合意縮短或延長之，我民法明示禁止；其第一四七條曰「時效期間不得以法律行爲縮短或延長之」；同時亦不許預先拋棄時效利益；故全條後段明示「並不得預先拋棄」。準此而言，關於時效之規定，在性質上爲強行法規；是蓋以請求權之久不行使，而不加以適當之限制，對於經濟之發展及社會上之秩序，均不免于相當之不利；時效既爲強行法規，因之法院亦不得以判決創設時效；前大理院會一再明示此旨，三年上字第九一〇號判例及同年統字第一四〇號解釋例，可參看也。民法頒行以前，新舊民律草案之原則，雖曾爲前大理院及其下級法院予以尊重；但新舊草案關於時效部份，則未爲大理院所採用；良以草案在民法頒行以前雖得視爲法理，但未正式施行，自不能據以使人民之權利歸于消滅也。是我國民事法律關係在十八年十月十日以前蓋無所謂消滅時效。

(六四)但依民法總則施行法，第十六條以下之規定關於消滅時效蓋採有限制的溯及適用主義。

(六五)民法頒行前，已經屆滿，屆滿後尙未經過民法所示期間二分之一者，或雖未屆滿而殘餘期間不足一年者，民法總則施行法定有特別。至于在民法總則頒行前已得行使之請求權，其時效之進行應溯及的自請求權得行使之日起算；而非自民法總則編施行後開始，殆無可

疑。再于此有應說明者民法總則施行前，我國法制上根本無所謂法定時效，故民法總則施行法第十八條之規定，等于虛設；史尚寬先生嘗謂「……然無此實例」。(六六)學者慎勿誤會而以爲民法總則施行前第二次民律草案所定之一般時效爲三十年，而謂得依民法總則施行法第十八條第二項之規定以計算時效也。緣新舊民律草案，均未施行，雖有關於時效之條文，然既未施行，不過法案；自不得謂之爲合于民法總則施行法所謂之法定消滅時效；準此則民法總則施行法第十八條之規定，實爲虛設之條文，無補實際，徒足引人于誤會耳。

第二、消滅時效之請求權人須在法定期間內繼續不行使其權利；所謂不行使其權利，謂權利人于得行使請求權時始，經過法定期間而繼續不行使其權利，因之其請求權即罹于時效；民法第一二五至一二七條所謂「因（若干）年不行使而消滅」，即指此也。但請求權之可得行使，在一般之請求權未必與其權利之成立同時。因權利雖已成立，但權利人未必得即時主張其相對人即時履行其義務。因一般之權利，其成立之時期，與成熟之時期，未必同時也。例如定期存款，其債權債務之成立爲存款之日，而其應爲給付之時期，（債權之成熟時期）則爲清償期屆至之時。故法律明示「消滅時效自請求權可行使時起算」。此指以積極給付爲內容之請求權而言，所謂請求權可行使時起算，依學者通說「……謂其行使無法律上之障礙」

而言。換言之，其權利依法律得行使請求權時，而不行使，即爲怠于行使。其時效即開始進行，至于所謂行使請求權法律上之障礙，依學者通說得列舉如次：

a. 附期限之債權，其期限尙未屆至時；

b. 附停止條件之債權，其條件完成前；此種權利既有附款之限制，在其期限屆至，條件完成以前，債權人即不得請求；故其時效因有法律上之障礙而不完全。至若事實上之障礙，不問其障礙存在于請求人方面，或在相對人方面，無礙時效之進行，即使請求人之行為能力有欠缺，而無法定代理人者，除依第一四一條之規定而妨礙其時效之完成外，不影響時效之進行。

c. 至若不定期間之債務，其時效究應自何時起算；通說以爲自債權成立之日開始進行；此其持論蓋以民法第三一五條「清償期除法律另有規定，或契約另有訂定，或不能依債之性質，或其他情形決定者外；債權人得隨時請求清償……。」此種債務，債權人既得隨時請求清償，是自債之成立時始，債權人即得行使請求權；故以爲應自成立時始，即時起算；此種理論對于或種不定期債務雖得圓滿適用，例如一般現物買賣，買受人自其成立之日，即得請求標的物之交付，出賣人亦得即時請求價金，依通說而使其請求權之時效自買賣契約成立

之日起算，自屬允洽。不過多數不定期間之債權債務，依通說所言，則未必與當事人之意思及事實相符；例如不定期間之存款，不定期間之寄託，其存款之日或寄託物交付之日；存款之債權人及寄託人雖得即日行使請求權。但核之當事人之意思，及債之本旨，債權人蓋無于其債之成立當時即時有行使債上請求權之意思也。此通說之所以不乏責難。但不定期債權，在原則上若未經債權人請求給付，或債務人提出給付依民法債編第二二九條第二項及第二三四條發生遲延問題，其時效即永不進行，自亦不便；此通說之所為多數學者所採用，且為我同法院及日大審院所奉為圭臬也。參看同法院二十四年院字第一二二號解釋，及日大審院大正九年十一月二十七日民錄一七九七頁。愚見雖以為通說在理論上有相當之問題，但反對說亦有瑕疵而非可採，故不得已從同通說。但定期債權與不定期債權在實用上須深切注意，依民法第三一五條債權人之得隨時請求清償者，須法律未另為規定，契約亦未另有訂定，且不能「……依債之性質或其他情形決定……」其清償期者為限。從而依其債之性質，或其他情形以決定其清償期者，此種債權即應視為附確定期間或不確定期間之債權，而不得以其未明示期限，一概視為未定期間之債權。例如商人供給商品，其代價之給付，固非附確定期間之債權；但依習慣，一般商人間之賬款，有三節清償或年關結束之習慣，此種債權雖未定有期限，其清償期既可依其債之性質或其他情形定之；即應視為附

有清償期之債權。其時效之進行，即須俟此種期間屆至時起算；準此而言，因法律行為而發生之債權，應否視為附有期限之債權，則為法律行為之解釋問題。若依其債之性質或其他情形，所謂其他情形，當然包括習慣以及當事人之意思。而得解為附有清償期者，其時效之進行，自應以其清償期之屆至為起算點；而不得以債權成立之日為起算點。比照二十四年院字第一二二二號解釋，愚見蓋不

謬也。按上述解釋關於對期借約，屆期付息而未取本，同法院以習慣為根據，以為屆期付息，而不取本，依該省習慣，即認為繼續借貸，則是自付利之時，借貸契約即屬更新，時效即不能起算云云。

d. 不定期債權而附有通知期間者，如銀錢業之通知存款及見票遲若干日給付之證券；此種債上請求權既非自催告之日即得行使，其時效之進行，自應俟通知期間屆滿而後進行。

e. 約定分期付款，而約定一次遲延即得請求全部給付者，自遲延發生時起，全部之消滅時效開始進行。

f. 抗辯權之存在，原則不妨礙時效之進行，此為學者之通說。

g. 以不行為為目的之請求權，自債務人違反義務時開始進行。此種請求權之發生，有基于約定者，如同業競爭之禁止之約定；有基于法定者，如民法第十八條第十九條之規定是；有基于權利之當然作用而發生者，如物權之排他作用，其權利人于債務人或第三人違反不作為義務時，即時得行使其請求權。故時效自有違反義務之行為時起算，此為解釋所當然。

民法于一二八條後段且明示規定：「以不行爲爲目的之請求權，自爲行爲時起算。」此所謂以不行爲爲目的之請求權，換言之即以相對人或第三人不作爲義務爲內容之權利，故其時效自爲行爲時（即違反不作爲義務時）起算也。

于此有應特予說明者，本法關於消滅時效，是否適用於物上請求權，通說採肯定說；予亦從同。則是民法第七六七條之物上之請求權，其時效之存續法律既無特別規定，亦當然爲十五年。然依民法第七六八至七七二條，關於取得時效之規定，除第七六九條外，其他各條所定之取得時效，均短于十五年。第八〇六條遺拾物，漂流物，及沉沒品經依法招領而無人認領者，其拾得人自拾得後滿六個月而取得所有權；據此則一方面因取得時效而享有權利者，已依法取得其權利。而他方面，其物之原所有人物上請求權，尙未消滅；仍不免于抵觸。按取得時效爲原始取得，拾得人之取得遺失物，漂流物，及沉沒品亦爲原始取得，原始取得，有斥除物上既存權利之作用。（其詳容于第四編說明）是原所有人之物上請求權，已因原始取得之作用而斥除，實無抵觸可能。總之，消滅時效，爲請求權消滅原因之一，此外尙有種種意定原因，及法定原因，使請求權歸于消滅。例如權利之拋棄，請求權消滅之法定原因因也。斥除期間，申報權利之公示催告，請求權消滅之法定原因也；消滅時效不過法定原因

之一種，時效未經屆滿，請求權亦得因他原因而歸于消滅，自不待言。

第三、消滅時效僅適用於請求權，且所消滅者亦非權利之本身，不過使相對人得以時效爲抗辯而拒絕給付。茲分別二項，說明如次：

a. 消滅時效，僅適用於請求權。前編第六章說明民法權利之種類時，嘗謂基于私權之作爲分類之標準，得分析之爲支配權、請求權、形成權及抗辯權四種，其詳見前編第八四至八五頁，請求權

不過其中之一種耳，消滅時效之適用範圍，依民法第一二五至一二七條「……請求權因（十五）（五）（二）年不行使而消滅……。」法律既明示，限于「請求權」，其適用自以請求權

爲限，同時支配權、形成權、及抗辯權，在性質上，亦不適爲消滅時效之標的。以支配權而

言，乃權利人對於其權利標的所享有之支配力，支配權之不行使，除法律另有規定者外，參看民法八八〇條初不發生失權之效果；自不生罹于時效之問題。以所有權爲例，所有權之內容凡三：

曰使用權，收益權及處分權；物之所有人，而以所有物束之高閣，歷數十年，然後使用收益處分，其權利自不因久不行使而受影響；在法律上除依社會功用之理論，「Theory of social

Faction」對於關係國民生計之物資，實所有人以充分使用之義務，憲法草案第一一七條第三項，所謂「土地所有人對於所有土地者充分使用之義務」。或以怠于使用爲原因而使需用人得徵收之；土地法第一一五條其明例也。要不能使其權利因不行使

而罹于時效。形成權，在性質上不得為消滅時效之對象，最高法院二十二年上字第七一六號判例曾明示此旨：「因時效而消滅之權利，均為請求權。……形成權……顯不為消滅時效之客體。」至于抗辯權，乃對抗他人之權利，其權利之行使，須待他人有所主張，此種權利，自屬永久存續，他人于任何時間有所主張，抗辯權人均得以之為對抗。故消滅時效之客體，限于請求權；但因支配權之排他作用而發生之物上請求權，其本身既為請求權，自得為消滅時效之客體。

又學者或謂因親屬關係而發生之請求權，其以回復親屬關係之正當狀態為目的者，除法律另有規定者外，原則不因時效而有影響。故夫妻相互間之同居請求權，父子關係之回復請求權，以及扶養之請求權等，均不因時效而受影響；此種觀念，實以德國民法第一九四條第二項之規定為基礎；我民法雖無從同之規定解釋上則應從同。良以親屬關係，有關於善良風俗，自應認為不因時效而受影響。但依親屬關係而發生之債權債務，縱其法律關係之基礎係以親屬身份為原因，其債之關係一旦成立，根據此種債之關係而請求給付者，其請求權之性質即非親屬法上之請求權；而應與一般之債上請求同一待遇。舉例以明，如夫妻失和，其夫不願贍養，其妻本于夫妻關係而享有之贍養請求權，初不因久不行使而罹于時效；因贍養費

之請求權，爲親屬法上之請求也。但如經約定或基于判決，其夫應按月給付生活費一百元，其約定生活費之給付請求權，則爲以親屬關係爲原因之債上請求權，從而其各期生活費之給付請求權，即因五年間不行使而罹于時效。民法第一二六條。因約定之生活費雖以親屬關係爲原因，而其權利之性質則爲定期債權故也。又有須特予說明者，我民法條文用語有時雖曰「請求」而其權利本身，則非請求權而爲形成權者，不一而足；例如民法一〇五二條之離婚權，一〇八一條之終止收養權，其權利在性質上顯然爲形成權者是；又如第八二三條共有人之分割請求權，及一一六四條繼承人對於遺產之分割請求權，今之學者已不乏以之爲形成權者（六七）然亦有視爲不受時效影響之請求權者。（六八）余戲門前輩即主後說，至其觀念之由來，蓋亦受德國民法之影響，（六九）我國民法，既無從同德民之規定，而分割請求權，在性質上亦合于形成權之界說；愚意亦以之爲形成權，（七〇）至于相鄰權學者多以爲因相鄰關係而發生之請求權，乃與一定事實關係相終始之請求權，應不單獨罹于消滅時效，胡次威先生張正學師曹士彬師均同說，（七一）愚見異是，按相鄰權之本身爲支配權；（七二）故相鄰關係存續中相鄰權人時時得主張相鄰權之權利。至于愚見之所以視相鄰權爲支配權，其學理上之根據，蓋以相鄰權之作用乃對於鄰地之支配權。法律爲求土地之充份利用乃賦予土地所有人在利用自己

土地之必要限度內，對於鄰地得爲法定範圍以內之利用。故相鄰權之性質，乃以他人之土地供自己必要便宜之用之權利；實爲法定之物上權利。故法國民法學者謂之爲法定地役。（七

三）相鄰權之本身既爲支配權，其不受時效之影響自屬當然。至若因相鄰關係而發生之請求權，在相鄰權人方面之請求權，核之民法第七七四條以下恒爲以不行爲爲目的之請求權（因相鄰權之作用，鄰地所有人有容忍其使用不妨礙其使用之義務。）；而鄰地所有人之請求權，則多爲補償性質之償金請求權，及損害賠償請求權。此種因相鄰關係而發生之請求權，雖以相鄰權爲其發生原因，一旦其請求權成立，亦無不受時效限制之理由；此種請求權或自鄰地所有人妨礙其相鄰權之行使之日起算，第一二八條後段。或自償金及損害賠償債權得請求之日起算，亦不因相鄰關係之成立久遠而發生不能計算時效之問題；可知因相鄰關係而發生之請求權，得爲時效之客體，並無諸前輩所想像之不便也。

b. 消滅時效之效力在立法例上有三種不同之主義：1. 訴權消滅主義；依此主義則消滅時效完成以後，其權利仍屬存在，不過依法不得以訴主張。其權利雖云存在，既不得依法請求救濟，從而所殘存之權利，學者謂之爲自然債務 *Natural obligation*；因訴權已失，債務人是否履行任諸自由故也。消滅時效之起源，由于羅馬大官法訴權之限制；訴權消滅主

義實最合于古制。法國民法第二二六二條及蘇俄民法第四四條即採此制。依此制而言，消滅時效完成之後，權于時效之權利，僅喪失其訴權，其權利本身則仍存在。從而債務人以自然債務為原因而為給付，或為給付之約定者，即不得以之為無原因而依不當得利之法則請求返還；此俄民第四七條所以明示「債務人履行權于時效之債務者，雖不知其期間之經過，亦不得請求給付之返還。」我民法及德民雖所採之主義異于羅馬法以來之訴權消滅主義。但亦認其權利為存在，因之債務人仍為債務之履行者，亦不生返還問題。此我民法第一四四條第二項，及德民二二三條第二項與俄民第四十七條之規定內容亦趨一致也。

2. 抗辯權發生主義；德國民法即採此主義我國民法亦然。而消滅，但全法第一四四條明示「時效完成後，債務人得拒絕給付，第一四四條乃關於消滅時效力之規定，故學者多謂民法採抗辯權發生主義，兩次威先生獨持異說，謂民法係採請求權消滅主義，而謂民法一四四條之規定為一種注意的規定，（胡氏前揭第四三頁）比較我民法第一二五條至一二七條所謂「：因不行使而消滅，與德民第一九四至一九七條所謂「：「權于時效之意義相當。民法第一四四條第一項所謂「時效完成後債務人得拒絕給付，」亦與德民第二二三條「時效完成後債務人有拒絕給付之權利」相同。德民與我民法既有母法子法關係，兩次威先生之見解，未敢從同。但請求權消滅與抗辯權發生之爭執，在實用上有區別之實益；如認請求權因時效而消滅，最低限度其時效之效力應與訴權消滅之結果相同，時效完成後債務人仍為給付者，雖不生返還問題；但債權人如提起訴訟，法院即應依職權駁回，而不待債務人拒絕給付之抗辯。蘇俄民法其明例也。我司法院二五年院字第一四九八號解釋云：「執行名義之請求權，雖已罹時效而消滅，執行法院仍應依聲請執行，惟債務人得提起異議之訴。」可證我國民法之有權解釋，亦採抗辯權發生主義也。

抗辯權發生主義，與訴權消滅主義，均于時效完成後，承認其權利之本身尚屬存在；不過抗辯權發生主義，在消滅時效完成後，仍承認其訴權為存在，債權人仍得以

訴主張其權利。不過債務人得以時效爲抗辯，以拒絕給付耳。反之，債務人不爲抗辯，法院卽不得依職權審查，駁回債權人之訴。同時債務人，若未於第一二兩審以時效爲抗辯，亦不得以時效爲理由提起第三審上訴。因債務人不以時效爲抗辯，法院不爲斟酌而爲有利于債權人之判決，不得謂爲違背法令也。參看民事訴訟法第四三五條。 3. 權利消滅主義，依此主義則時效完成其請

求權之本身卽歸于消滅。學者多謂日本民法卽採此主義；個人對於日本民法學之文獻，涉獵苦少；未敢罔加論斷。惟核之日本民法第一四五條，「時效非當事人援用之，則裁判所不得依此而爲裁判。」予蓋疑日本民法亦非採絕對的權利消滅主義也。總之我民法關於消滅時效之效力既採抗辯權發生主義，故時效完成後債權人仍得以訴主張其權利，不過債務人提出抗辯，則債權人之訴法院當然應予駁回，其權利既不因時效而消滅，債權人履行其給付或爲給付之約定者均不得以不知時效爲原因，而請求返還或撤銷其給付之約定，其有物上担保者，債權人仍得就担保物權行使其權利；民法第一四五條。 惟抵押權于時效完成經過五年不行使而消滅，此爲民法第八八〇條之規定。

### 第三節 消滅時效學理上之基礎

自消滅時效制度之沿革而言，羅馬法之有期訴權，*Actio temporales* 實爲其權輿，而有

期訴權則爲人治色彩之產物。羅馬之市民法爲重視形式之法律，故市民法上之訴權 *Actio* *Quibus* 不能適應交易日繁文化漸進以後之需要。因之萬民法上之救濟應運而生，此羅馬法在接受萬民法之過程中有大官法 *Prætorium edict* 上之訴權 *Actio Honoraria* 也。大官法上之訴權，因大法官 *Prætor* 任滿更替，往往變動；故侵假而形成有期訴權之制度。準此而言時效制度之導源，初非有理論上之根據，不過以有期訴權非羅馬市民法上之訴權而爲大官法之訴權；其訴權所依據之律令（指 *leges*）與大法官之任期相終始，從而其訴權之存續亦爲有期限的；與羅馬市民法上之訴權永續存在，學者所謂永久訴權者，*Actio Perpetua* 相比擬，顯有人存政存人去則法廢之現象。故曰爲人治色彩之產物。至紀元後四二四年羅馬帝國以皇帝勅令規定一切訴權均因久不行使而受時效之排斥，永久訴權之名義雖存，除另有規定者外，在通常情形因三十年不行使而消滅。訴權之時效限制，至此而確定，欲明時效制度之理論基礎，自應先明時效制度之由來。

近代學者關於時效之理論，簡言之得分析爲二派：一、消極說，此派以爲時效制度有背于公平正義，不應列入民法，英國之邊沁 *Bentham* 法國之亞科拉士 *Accolas* 主張之。此其持論既與一般法制未合，自非學說上所得從同。二、積極說，此派之觀念以爲時效制度，有存

在之必要；惟其持論則各有異同，擇要介紹如次：a. 審判上之公正維持說，以爲經年累月久不行使之權利，而仍得據以提起訴訟，則證據之保全困難，事實之調查不易；審判上即難公平適當；爲保持審判之正確，應設時效制度。b. 權利人怠于行使權利，其權利即不應使之永久存續；此其持論蓋以時效制度，乃因權利人之怠于行使權利，故使其權利罹于時效；上述二說前者之持論與時效制度之起源相吻合，以之說明探訴權消滅主義之立法，亦爲當然之理論。惟以之說明我國民法，則仍不免偏而不全，因依我民法，消滅時效完成後，請求權人，蓋仍得以訴主張其權利，同時，我國法制對於審判上之執行名義（包括確定判決）之執行請求權亦得罹于時效，實非此說之所得包括。至于後說，以怠于行使權利爲消滅時效斥除權利之根據，理論上自屬可採，以之解釋我民法亦無扞格不入之虞。

#### 第四節 時效進行之障礙

消滅時效以請求權人于一定期間內不使其權利爲其要件，故在此一定期間內而有行使權利之事實或其不行使權利而有事實上難于行使之原因，則其時效之進行，即因之而受有障礙。其時效因權利人之行使權利而阻礙其進行者，則其已進行之時效，亦因之而受排斥，溯及的消失。緣時效制度既以權利人之怠于行使權利爲基礎，請求權人既經行使請求權自不應

使其時效仍得進行。同時已經經過之時效，亦因之而受排斥，是為時效之中斷。至于請求權人之不行使權利，而有一定事實上之困難，其權利之不行使，既難歸責于權利人，即難謂權利人怠于行使其權利；其時效之進行，自亦應受阻礙；惟此種阻礙，既非如行使權利與時效之本旨積不相容，因之此種障礙，僅阻止時效之進行，而不排斥已進行之時效，是為時效之未完成。

### 第一目 時效之中斷

#### 第一款 中斷之原因

時效之中斷，以權利人之行使權利為原因；權利人之行使權利，不外于審判上或審判外為給付之請求；故以請求權人之行為為時效中斷之原因者，不外審判上或審判外之請求。同時義務人為承認之表示，亦使權利人因之而不即時行使其權利。故時效之中斷，不外以權利人之行使權利及義務人之承認其義務為原因。權利人之行使權利，得別之為：

1. 請求 請求相對人為給付之表示行為也。

2. 起訴 對於相對人以訴主張其權利，是為起訴。主張權利依法非必須以訴為之，故法律明示下列事項，與起訴有同一之效力。

a. 依督促程序送達支付命令 督促程序爲民事訴訟法之特別程序，所以督促債務人以履行債務者也。

b. 因和解而傳喚 此指依民事訴訟法而聲請法院調解或向其他依法有調解權能之機關聲請調解者而言。

c. 報明破產債權 依破產法，在破產程序開始後，除有別除權者外，依破產法第九十九條破產債權非依破產程序，不得行使，因之破產債權之權利人，僅得以參加破產債權，爲行使權利之方法；報明破產債權，即爲參加破產債權，以行使權利之表示，故爲時效中斷之原因。

d. 告知訴訟 即民事訴訟法上第六十五條所謂告知參加是也。依民事訴訟法當事人得于訴訟繫屬中，聲請法院由法院將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人；全法第六十六條。是爲告知訴訟。一般學者解釋本款，均謂「權利人對於義務人爲告知，即足認爲有行使權利之意思，故認有中斷時效之效力」云云。但核之民事訴訟法第六五條，告知訴訟係對「因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人」爲之，似聲請告知之當事人，已不限于權利人；全時因當事人之一造敗訴而有利害關係者，在一般給付之訴，給付之訴恒以請求權爲基礎又恒爲從債務人

；如保證人之類。細觀民事訴訟法第六十五條之文義，則聲請法院向利害關係人爲告知者雖不必爲原告，但多數爲債務人，而非請求權人；故愚見以爲通說之解釋蓋有問題；比照民事訴訟法

第六五至第六七條之規定，告知訴訟，使被告知人得參加訴訟，全時被告知人而不爲參加，依法亦視同參加。（民訴第六十七條）此民法之所以使告知訴訟有中斷時效之效力歟？

e. 開始執行，或聲請強制執行，強制執行，依民事訴訟執行規則。（強制執行法雖已草成，尙未頒行，關於民事訴訟之執行，現行法令以民事訴訟執行規則及補訂民事執行辦法爲圭臬，強制執行法頒行當以新法爲準。）民事訴訟強制執行之開始，不必依當事人之聲請爲之，法院得依職權開始執行；開始執行爲實現權利之最後手段，故使時效中斷。至于執行雖未開始，當事人已經聲請，亦足以明證當事人有實行其權利之意思，故聲請執行，與開始執行，有同一之效力。

因上述情事之發生，而致時效中斷者，但如有下列情事時，其時效視爲不中斷。

一、因請求而中斷者，于請求後六個月不起訴。按審判外之請求，僅爲權利人行使權利之表示行爲，如義務人不爲履行，亦不爲承認；權利人即應爲審判上之請求，以貫徹其行使權利之意思，反之其時效即不中斷。

一、因起訴而中斷者，撤回其訴，或因不合法而駁回其訴之裁判已確定。按本訴或反

訴之駁回有以實體上之理由爲基礎者，其裁判確定因既判力之作用，參看民事訴訟法第三九九條。使請求權

人喪失其請求權；故此所謂因不合法而駁回者，乃專指以形式上之理由爲駁回請求之基礎者而言。此種裁判確定之後，因其裁判未及訴訟標的之本身，請求權人之權利仍屬存在，故仍得爲消滅時效之客體，起訴而經駁回，其時效自不因曾經起訴而中斷，又訴經撤回者，依民事訴訟法第二六三條視同未起訴，故時效亦不中斷。

一、因送達支付命令而中斷者，其訴訟拘束失其効力。按支付命令除合于民事訴訟法之規定，依第五一七條而視同確定判決爲執行名義者外；因民事訴訟法所示之種種原因而失其効力，支付命令而失効力，其訴訟之拘束力，亦完全喪失；與未爲支付命令之聲請者同；故視爲不中斷。

一、因和解之傳喚而中斷者其和解不成立時。和解成立其請求權因法律關係之轉換；審判上之和解成立，即得爲執行名義；請求權人雖執行名義以爲請求，實非根據原來之法律關係。其時效自應更始。若和解不成立，請求權人即應爲其他審判上之主張，以實現其權利，若和解不成立，又不爲其他有效之主張，其時效自不中斷。

一、因報明破產而撤回報名者。撤回報明，與未報明債權者同。

一、因告知訴訟而中斷者，于訴訟終結後六個月內不起訴。按告知訴訟被告知人而參加者，其訴之裁判對於被告知人始有拘束力可言；若被告知人不為參加，其裁判之效力，依民事訴訟法第四百條對於當事人以外之第三人不生效力，對於被告知人之請求權，雖因告知而時效中斷，但訴訟因終局判決或其他原因<sup>如和解或撤回。</sup>而終結者，若請求權人，不于六個月內起訴，其時效即不中斷。

一、因開始執行或聲請強制執行而中斷者，其聲請而經撤回或被駁回或于開始執行後撤銷執行處分者，其時效亦不中斷。良以聲請之撤回與駁回，<sup>以形式上之理由為駁回之基礎者。</sup>與起訴之撤回駁回同；執行處分之撤銷，亦使其處分溯及的失效，故時效因之而不中斷。但撤銷原處分而另為適當之處分，及執行處分雖經撤銷而不影響執行程序之繼續者，不在此限。

因請求起訴或與起訴有同一效力之事項，而時效中斷者；乃以請求權人之行使權利為原因；故請求權人行使權利而不貫徹；如請求後六個月而不起訴，或起訴而又撤回；或因程序之瑕疵而遭駁回；依民法第一三〇條至一三六條之規定，其時效均視為不中斷。蓋以請求權人行使權利而不貫徹，法律自不能使其時效歸于中斷。但時效中斷原因，亦有由于債務人之行為者。因債務人之行為而致中斷，不外債務人之承認表示，故承認為時效中斷之又一原

因。

3. 承認 承認云者，受時效利益之人對於有請求權人，表示承認其權利為存在而予以尊重之表示行為也。權利人因而不行使其權利，實由于信賴其表示，自非怠于行使權利，故債務人之承認，民法第一二九條視為時效中斷之原因。但所謂承認，不限于明示，以書面為之，以言詞為之，甚至以默示為之，均無不可。苟其表示足解為有尊重請求權人之權利，而于日後履行者，均得解為承認。是為學者之通說。但承認之性質，學者不乏爭議，有主張承認為意思表示者，因之視承認為單獨行為，亦有認承認為權利存在之自覺表示，而視為觀念通知者。依予所信。承認既無一定之方式，若債務人僅表示尊重請求權人之權利者，固僅為意思通知，（非觀念表示而為意的表示）。但亦不乏以意思表示為之者，例如與債權人成立分期付款之契約，發行分期付款之期票，成立提供担保之物權契約，均為承認行為；故予認承認為表示行為，而不必為意思表示。（七四）債務人之承認，其效力足以使請求權人緩其權利之行使，且債務人乃因時效而受利益之人。其所為與時效利益相反之表示行為，自為中斷時效之原因；且不生不中斷之問題。惟于此有應說明者，時效為強行法規，民法第一四七條明示不許預先拋棄時效之利益，同時時效完成以後，債務人為給付或為給付之約定，發生新債權

債務固爲法律之所許，時效完成以後，即不生中斷問題，因之時效完成後亦不生承認之問題。故承認僅得在時效進行中爲之始生中斷之效力，亦不待言。

## 第二款 中斷之效力

消滅時效之中斷其效力何如？依我民法第一三七條第一項：「時效中斷者，自中斷事由之終止時，重行起算。」準此規定，則中斷之效力，不僅使時效不完成而已，且斥除已經進行之時效，故中斷之事由終止後，其時效應更始進行，所謂「自中斷事由之終止時，重行起算」，因中斷事由雖非均有一定長度之存續期間，而不乏有相當之存續期間，以承認爲例，自表面言之，承認不過債務人確認債權存在之表示耳，原無相當之存續期間；但債務人而約定緩期給付，則其承認即附有期限；因之其中斷事由（承認）之終止，即非與表示（爲承認表示之日）同時，其明例也。法律明示規定，不過爲免除無益之爭議，且自終止時更始起算，亦爲理論上之所當然也。

一般因法律行爲而發生之請求權，受時效之影響，其因起訴而受確定判決，或依其他民事訴訟法上所示之手段而取得之執行名義，如審判上之和解，或審促程序之支付命令。本據執行名義而享有之給付請求權，或強制執行請求權，是否亦受時效之影響？依民法第一三七條第二項：「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；」準此，可知因判決或與判決有同等效力之執行名義，蓋亦受時效之支配；其執行名義之執行力，雖不因時效而消滅；但義務人則得提起執行異議，以主張因時效完成而發生之抗辯權。二十五年院字第一四九八號解釋可參看也。執行名義因民法第一二五至一二七條所示(十五)(五)及(二)年期間之經過而罹于時效者，在解釋上因聲請執行或開始執行以及執行憑證之發給<sub>民事訴訟執行規則第七條</sub>或債務人之承認<sub>全上</sub>而中斷，自不待言。

時效之中斷，在多數債權人或多數債務人其中一人之時效中斷，或對於其中一人中斷時效者，其利益或不利是否得及于他債權人或他債務人，依民法第一三八條時效中斷之效力，僅及于當事人或其繼承人及受讓人而言。可知時效之中斷，其利益或不利蓋不及于他人，自為當然之解釋。

## 第二目 時效之不完全

所謂時效之不完全者，因時效終止之際，權利人有難于行使權利之法定事實，從而法律上使其時效暫不完全，以免請求人于行使權利有相當故障之際，而仍受消滅時效之不利；此種制度，蓋所以保護請求權人之權利也。

第一款 時效不完成之原因

依民法第一三九以下之規定，時效不完成之法定原因凡五：

一、因天災事變之發生，致使時效不能中斷者，自妨礙事由消滅時起，一個月內時效不完成。此指因不可抗力之事變，以致權利人不能用任何方法以行使權利者而言；不但不能起訴，亦不能為請求且不能使相對人為承認始得援引本項原因，以主張時效之不完成。因之圍城經年，但請求權人與相對人仍得過從，其時效並不因之而不完成；因請求及承認並未因之而受妨礙故也。反之船舶因衛生檢驗，而罰港三日，請求權人若困居舟中，其時效適于此期間中屆滿，其時效即不完成，因船舶罰港，內外連絡斷絕；請求，起訴，甚至承認，均不可能故也。

一、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。當事人之一造死亡，而發生繼承問題時，若其繼承開始之際，適值時效將完成而未完成，因繼承之開始，其時效即不完成。（胡次威氏異說）核之民法第一四〇條之文義解釋，實以繼承開始為時效不完成之原因，而自繼承人確定或管理人選定或宣告破產時開始起算其六個月不完成之期間耳。此蓋以繼承開始，以當事人一造

之死亡爲原因；民法第一一四七條死亡之當事人爲請求權人時，繼承開始之後，其繼承人遺產管理人及遺產宣告破產時之破產管理人，在繼承開始或就任之初，對於應屬繼承財產之權利，未必明悉其內容，及其行使之方法；使法律而不設六個月內不完成之制度，則此等屬於遺產之權利，十九不免座視時效完成而罹于消滅。反之死亡之當事人爲相對人，在此繼承開始之期間，請求權人亦有難于行使權利之故障，此蓋民法第一四〇條立法之本旨，則是民法蓋遲以繼承開始（當事人一造之死亡）爲時效不完成之原因，而胡次威諸氏之見解，須繼承開始時無人承認其繼承，始有本條之適用，核之本條之文義，蓋有出入。

一、行爲能力欠缺者之權利，于時效期間終止前六個月內，無法定代理人時，自其成爲行爲能力人或其法定代理人就職時起六個月內其時效不完成。行使權利恒爲表示行爲，其行爲人有行爲能力始能使其行爲發生一定之效力；而起訴及其他審判行爲，依民事訴訟法亦須有訴訟能力。行爲能力有欠缺者，須有法定代理人爲之補充能力，或代之爲審判上審判外之行爲，以行使權利；故無行爲能力人，限制行爲能力人之權利，于時效期間屆滿之際，而無法定代理人爲之補充能力或代之行使權利，法律亦使爲時效不完成之原因。而使其停止進行之時效，至本人之行爲能力無欠缺時，或其法定代理人就職日始經六個月而後完成。民法

第一四一條之規定，僅使屬于行為能力有欠缺者之權利，因法定代理人之缺位，而不完成。對於行為能力有欠缺者之權利，則不因此種情形之存在而有影響，良以民事訴訟法第五十一條另有補救之方法，請求權人既得據之請求法院為相對人選定特別代理人，以代之受訴，民法自不必以此為時效不完成之原因。

一、行為能力有欠缺者，對於其法定代理人之權利于代理關係消滅後一年內時效不完成。按行為能力有欠缺者，自為法律行為須經法定代理人之同意，或由其法定代理人代之為法律行為。至于行為能力有欠缺者，對於其法定代理人之權利，其法定代理人既居于義務人之地位，而與行為能力有欠缺者居于利害相背之地位，因之對於其法定代理人之權利之行使，即不免有相當之故障；故法律明示對於法定代理人之權利，其時效於代理關係消滅後，一年內不完成。

一、夫妻相互間之請求權，在婚姻關係消滅後一年內時效不完成。緣夫妻以共同生活為目的，其相互間雖有權利義務問題，但在婚姻關係存續中，依一般情形，恒未必斤斤較量；且婚姻關係存續中，而以債權債務問題對簿公庭者，亦屬絕無僅有；此民法第一四三條所以從同多數法例，以婚姻關係之存續，為夫妻相互請求權時效不完成之原因。其消滅時效，

在婚姻關係消滅後一年內不完成。至于所謂婚姻關係之消滅，依我民法，其原因有人爲之消滅，離婚及婚姻之撤銷是也；有自然之消滅，夫妻一方之死亡是也。

## 第二款 時效不完成之效力

時效不完成僅使將完成之時效于一定期間內暫不完成；其效力與時效之中斷顯然不同，時效中斷之效力使已經進行之時效，受中斷效力之排斥而全部消失其效力；故自中斷事由終止後，更始進行。而時效之不完成，並不排斥已經進行之時效，從而自阻礙其時效完成之事由終止後，事變終止後；繼承人確定或管理人確定後，成爲行爲能力人，或法定代理人就職後；代理關係消滅後或婚姻關係消滅；均爲妨礙時效完成之事由之終止。經過法律所定期間，而無中斷之事由發生，其時效即歸于完成。

## 第五節 消滅時效之效力

消滅時效完成者，其效力何如？依我民法乃採抗辯權發生主義，前已說明；因之時效完成後，僅債務人取得抗辯權以對抗請求權人；若債務人不爲抗辯，而仍爲給付或約定爲給付，或提出担保即不得以不知時效爲理由，而請求返還或撤銷其給付之約定。

復次消滅時效之客體以請求權爲限。從而担保物權性質上爲處分其物，以優先受償之權利，乃支配權而非請求權。原則不因時效而消滅。故担保物權，不問爲意定之抵押權，質權或法定之留置權，並不因時效之完成而

失其存在。故債權人仍得就供担保之物或留置物，行使權利。此爲民法第一四五條第一項所明示。惟此項規定依全條第二項對於利息或其他定期給付則不適用；再依民法第八八〇條抵押權於請求權之時效完成後五年間不行使而消滅；故對於抵押物行使權利，則須在抵押權消滅前爲之，此亦學者所應注意。

請求權有主權利與從權利之別，主權利罹于時效者，其效力亦及于從權利，惟法律另有規定者不在此限。<sup>一四六</sup>前款所謂之担保物權，從權利也；法律既有規定，自不受影響，至于保證債權，及附屬于主權利之約定利息，遲延利息之類，則隨主權利而受時效之支配，自不待言。

### 參考法條

〔民法〕 第一二五條「請求權因十五年間不行使而消滅；但法律所定期間較短者依其規定。」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。」第一二七條「左列各款請求權因二年間不行使而消滅：一、旅店飲食店及娛樂場之住宿餐飲食費廢棄物之代價及其墊款；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；」第一二八條「消滅時效自請求權可行使時起算，以不

行爲目的之請求權自爲行爲時起算。」第一二九條「消滅時效因左列事由而中斷：一、請求；二、承認；三、起訴；四、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。」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。」第一三一條「時效因起訴而中斷者，若撤回其訴或因不合法而受駁回之判決，其判決確定視爲不中斷。」第一三二條「時效因送達支付命令而中斷者，若訴訟拘束失其效力時，視爲不中斷。」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。」第一三四條「時效因報明破產債權而中斷者，若債權人撤回其報明時，視爲不中斷。」第一三五條「時效因告知訴訟而中斷者，若於訴訟終結六個月內不起訴，視爲不中斷。」第一三六條「時效因開始執行行爲而中斷者，若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時，視爲不中斷；時效因強制執行而中斷者，若撤回其聲請，或其聲請被駁回時，視爲不中斷。」第一三七條「時效中斷者，自中斷事由終止時重行起算；因起訴而中斷之時效，自受確定判決或因其他方法訴訟終結時重行起算。」第一三八條「時效中斷以當事人繼承人受讓人之間爲限始有效力。」第一三九條「時效之期間終止時因天災或其他不可避之事變不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。」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被產之宣告時起六個月內其時效不完成。」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就職時起六個月內其時效不完成。」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。」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時效不完成。」第一四四條「時效完成後

債務人得拒絕給付。」「請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，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。」「第一四五條「以抵押權質權或留置權担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。」「第一四六條「主權利因時效消滅者，其效力及於從權利，但法律有特別規定不在此限。」「第一四七條「時效期間不得以法律行爲加長或減短之；並不得預先拋棄時效之利益。」

(六二) 參看黃右昌著羅馬法與現代頁二五六至二六〇及四九二至四九五，又前人民律要義總則編頁三〇九至

三〇九。Shoma Institute of Roman Law, S. 54, pp. 282-5

(六三) Præscriptio 原指羅馬境內土地之取得時效而言，按羅馬古代土地屬於國領，法律上原則不認得爲私人所有，故市民法之 Usucapio 制度僅適用於助產及義大利境之土地（羅馬屬地之土地）；羅馬本土境內之土地則不認得爲私有之標的。後世羅馬本土以內之土地事實上亦爲私人所占，其歷久占有之土地羅馬之大官法亦承認其得因繼續占有而依時效取得。此種取得時效與市民法上之取得時效 Usucapio 相對稱而名爲 Præscriptio 云。參看黃著羅馬法與現代第二五七至八頁。

(六四) 民法總則立法原則之原案由胡漢民林森科提出經審查後爲中央政治會議所接受故名審查案。

(六四) 十八年十月十日爲現行民法總則編施行之日。

(六五) 施氏前編五五四頁。

(六六) 全上第五四六頁。

(六七) 張晉合著前掲第三〇五—六頁。

(六八) 余樂昌民法要論物權編第六二頁。

(六九) 德國民法第七五八條共有關係廢止之請求權不因時效而消滅。

(七〇) 胡次威氏異說，參看胡氏前掲第四〇五頁。

(七一) 胡氏前掲四〇五頁，張晉合著前掲第三〇五頁。

(七二) 陳瑾昆同說，陳氏前掲第三五一頁即列相鄰權爲支配權之一種。

(七三) 法定地役 *Servitutes legales* 爲法國民法上之名稱。

(七四) 意思表示與意思通知均爲表示行爲，見本編二八〇至二八九頁。

### 本章之主要參考

一、黃右昌 羅馬法與現代 頁二五六至二六〇又四九二至四九五。

二、史尚寬 民法總則釋義 頁四三六至四九九又頁五四四至五四七。

三、前人 民律要義 總則編 頁三一—至三二四。

四、胡長清 中國民法總論 頁三九七至四三五。

五、張正學 民法總則註釋 頁三〇一至三三〇。

民法概論

六、陳蓮昆 民法通義總則 頁三四六至三八四。

## 第七章 權利之行使

所謂權利之行使，實現其權利之謂也；法律既賦予吾人以權利，原應使吾人充份享有，充份行使，以使其權利得充份實現。惟法律上之權利有一定之範圍，權利之行使自不能逾越此範圍；同時行使權利在在得與他人直接間接發生相當之利害關係；從而法律對於權利之行使，不能不加以適當之限制。故所謂權利之活動，有主觀的範圍，及客觀的限制。所謂主觀範圍，謂依其權利的性質所應享有之範圍也。以所有權為例，所有人有使用受益及處分之權，依所有權之本質，所確定之範圍也。但所有權之行使，因環境之支配，及人與人間利害之矛盾，在事實上其行使往往受種種之限制。故法律關於權利，除依其性質而自主觀方面確定其範圍以外；復自客觀方面，因事實之需要，而加以適當之限制，例如民法第七七三條前段所謂「土地所有權除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及于土地之上下；」是為土地所有權之主觀範圍；而所謂「法令之限制」，即為客觀的限制；土地所有人之權利，依學者通說，其限制得分為二類：曰、公法上的限制；及私法上的限制。公法上的限制，始不

具論；私法上的限制，民法第七七四條至七九八條，關於相鄰關係之規定，爲使相鄰土地均得「地盡其力」而對於土地所有權所加之限制，按相鄰關係，在一方面觀察爲因相鄰關係而發生之權利，在另一方面則爲義務，換語實際，我民法之設此種規定，實非爲所有權人創設權利，而以「地盡其力」爲目標，故近代學者，多名之爲相鄰關係，而不復稱之爲相鄰權；其詳可參看第三編第二章第二節。此其明例也。準上而言，法律一方面自主觀方面規定權利之內容，一方面復自客觀方面明示行使權利應受之限制，是爲權利法定之範圍。

在昔法文簡約權利之範圍固鮮規定，在思想上又以權利爲絕對的；稱物上權利爲絕對權，支配權親權債權亦爲絕對的權利。從而古昔之家長有生殺與奪之權；債權之行使甚至以債務人之身體生命爲執行標的。此種絕對權利主義之法律觀念，固曾一度視權利之行使爲絕對的且無限的。對於因其行使權利而致他人受相當之損害，乃不可避免之結果。此其觀念，蓋本于絕對的意思主義，其論據如次：第一、所謂侵權行爲，乃故意或過失妨害他人之權利；第二、侵權行爲乃違法之行爲；行使權利，其行爲人既有權利，因之其行使權利之所爲，即非違法行爲，即非侵權行爲；全時，行使權利亦不能謂之爲妨害他人權利之行爲；故行使權利而致他人受有損害，應無責任可言。（七五）權利本位之主觀思想，創始于希臘司脫亦克（Stoic）學派之玄想；爲羅馬法家所接受，（七六）而爲數千百年法學上及法制上之傳統觀念。至

社約論者之提倡，而益光大；遂爲十九世紀初期法制之中心。在公法方面，人權宣言（一七八九）視人生而自由平等，且永續自由平等以享有其權利；此種權利之內容則爲自由權及財產權……（七七）在私法方面，拿破崙法典即法國民法典于五四四條明示財產權爲絕對的權利……此爲個人主義法律思想對於立法之影響。及至十九世紀中葉以後，社會主義（七八）法學受孔德學說之影響而抬頭，學說立法均生丕變。在學說方面，狄驥諸民之主張社會功能說者，甚至否定個人享有權利；（七九）而謂個人應各盡社會功能 *Social Function*。個人之自由權在十九世紀之初期，依人權宣言其含義蓋謂個人在不侵犯他人之範圍內有絕對之自由作爲之權，全時亦應認個人有不作爲而絕不行使其權利之權。但在今日，依社會功能之理論，以爲凡人皆應盡其所能，以實現其社會上之職務，而否定個人得無所事事。故今日所謂自由權之觀念，乃個人爲社會而各盡所能，得自由發展，不受干涉之權利；而非個人的絕對權利。同時財產權之觀念，亦非如昔日視個人對於其財產有絕對支配之權；而認爲有財產者，有依其占有之事實，以實現其財產之社會功能。僅在使用其財產以盡社會功能之範圍內有受法定保障之權利。（八〇）準此而言，近代之思想，已自權利本位之主觀觀念，而轉變爲社會本位之功能思想。此其思想，易詞言，蓋以「地盡其力」「物盡其用」「人盡其能」爲中心；與我國立法

之中心原則，蓋相近也。

法律思想在近百年中，既有顯著之變遷。前述社會功能之理論，雖在學說上尚非普遍公認之學說；然行使權利須有相當之限制，逾越其範圍即為權利之濫用，則已為一般學說上所公認。昔日自由行使權利之學說 *Principle of free exercise of rights* 因濫用權利說 *Theory of the Abusive use of rights* 之代興，在十九世紀中葉以後，權利之濫用，須受禁止，而且須負相當之責任，已為學者通說之所公認。至一九〇〇德國民法頒行，成文法規始見限制權利行使之明文；德民第二二六條曰：「權利之行使，專以損害他人為目的者不許之；」瑞士民法從同德民之法例，其第二條曰：「權利之顯然濫用，不受法律之保護」。至一九一九德意志共和憲法首先接受社會功能之理論，其一五三條曰：「所有權包含義務，其行使應顧及公共之利益」。我憲法草案第一一七條第三項亦明示：「土地所有權人，對於其所有之土地，有充份使用之義務。」此為近代法制已自個人主義權利本位之立法而趨向社會立法之傾向。二十世紀之初年，德國民法瑞士民法首先明示濫用權利之禁止。一九一九德意志共和憲法乃進一步而首先接受社會功能之理論明定于制定法中。我憲法草案，繼受德國法例，而以明文規定土地之所有權人有充分利用其土地之義務。此為關於權利之行使，近年法制上及思想上變遷

之大致也。今日而言權利之行使，自不能以主觀學說為依歸。而應自社會立法之觀點說明其法律之本旨。我民法關於權利之行使從德民法例，特設專章于總則之末，為行使權利之一般規定，其內容得分析為三點：第一、濫用權利之禁止；第二、關於正當防衛及緊急避難；第三、自助行為。茲分別說明于次：

### 第一節 濫用權利之禁止

權利非絕對的而有一定之範圍，近代學說上已無爭論。因之行使權利即不得逾越其範圍，已如前述；但行使權利並未逾此範圍，粗視之縱使妨害他人，亦不能謂之為濫用權利；古代學者，囿于此種見解，蓋由斯 Gaius 嘗謂「個人行使權利，不生違法問題。」No one appears wrongfully who makes use of his own rights (X) 拜魯士 Paulus 更謂「土地所有人，若變更其土地內之水道，而使其鄰地喪失使用餘水之機會，鄰地所有人不得有所主張；」烏爾比央 Ulpian 亦謂「土地所有人若為增進其自己土地之利用，而截斷水流使鄰地之灌溉，受重大困難，鄰地所有人亦不能有所主張。」(XII) 此其觀念，蓋以為權利之行使苟為法律之所許，縱損害他人，亦不負任何責任。權利之行使，有利于己者，固未必有利于人。損人而利己者，亦事所恒有；而且為使「地盡其力」「物盡其用」亦往往非使他人蒙相當損害不得

達此目的；例如土地之引水排水，及近代工程設施水管電線之通過，均不能不利用他人之土地，此種由于相鄰關係而發生之權利，其行使也必使他人忍受相當之不利益；法律且爲之規定于民法物權編第二章「不動產所有權」節中；學者且從而名之爲相鄰權。可知行使權利而在必要之範圍內，使他人受不可避免之損害，法律除爲維持公平而使權利人支付相當之價金或限制其權利之行使，須擇對於他人損害最輕微之方法爲之外；參看民法第七七九第七、八六零條之關係規定。要不能絕對禁止。然行使權利對於他人而有不可避免之加害，如袋地所有人之通行鄰地。固非法律所絕對禁止，但如其行爲行使權利之行爲。而以損害他人爲目的，則非法律之所應許。德人依耶令氏嘗舉例說明，其例如次：「在某一城鎮，有飯店主人因其鄰人之糞窖，與其飯店之食堂密邇，思以重價購置其地，而鄰人抬價特高，以致未果成交；其後，該鄰地所有人爲使旅店主人順應其加價之要求，乃命其園丁每日撒飯店客滿之時，攪動糞窖；因之飯店營業受相當之影響，飯店主人乃以訴主張排除其每日攪動糞窖之行爲；鄰人則以行使權利爲抗辯。」(八三)依上述之例，鄰人之攪動糞窖，縱爲事實所必要，而于飯時爲之，即應視爲濫行權利。緣行使權利，若不能避免損害及于他人，亦應擇其損害最少之處所時間及方法爲之。準此而言，行使權利，在法令所許之範圍內，亦應顧及對於他人之損害，而不能僅爲一己之利益，使他人受重大之損害。

故近代立法，多有禁止濫用權利之規定。

關於濫用權利之禁止，德國民法第二二六條：「權利之行使，專以損害他人為目的者不許之；」瑞士民法第二條第二項：「權利之顯然濫用不受法律之保護；」我民法第一四八條「權利之行使，不得以損害他人為主要目的。」比較上述法條，依文義而言，瑞民僅曰「不受法律之保護」；較之德民及我民法自欠貫徹。比較德民及我民法而言，僅就文義尙難得其究竟，自民律草案及民法總則立法原則而予以審究即可窺其涯涘。我第一次民律草案第三一二條曰：「權利人於法律限制內，得自由行使其權利，但專以損害他人為目的者，不在此限。」

此項規定，較之德民顯欠貫徹，因該條前段乃以民法第五四四條為法例，且從而推廣之也。

民法總則立法原則原案第十三項云「以侵害他人為唯一目的，而行使權利者……為不法。」此所謂唯一目的，與德民專以損害他人為目的者，大致相同。民法總則編立法原則審查案第

十三項以原案所謂「唯一目的」，易生爭論；而易為「主要目的」。審查案原文云「以侵害他人為主要目的，而行使權利者，其權利之行使為不法。」民法第一四八條文義雖有變動，但其用語，則從同審查案，準上而言：可知法律用語所謂「主要目的」，與「唯一目的」，有相當之異同；我民法之立法，較之德國民法蓋相當貫徹。

但于此有不得已于言者，我民法關於濫用權利之禁止，雖較德國民法為進步，然尙不能

謂已盡善盡美；胡次威先生，嘗謂「……此種規定實不無後時之嫌」；而主張從同蘇俄民法第一條「私權以不違反社會的經濟的目的而行使者爲限，受法律之保護；」（八四）之條例。而進一步規定權利之行使須顧及社會上之利益；不但濫用權利而侵犯人之權利者，應加以適當之禁止，即不侵犯他人之權利，若行使權利而違反社會利益 *Anti-social use of rights* 亦非法律之所應許；此蓋胡氏之所以主張爲進一步之規定，而視現行規定爲後時也。愚見固從同胡次威氏之解，然對於本條尙有下列之商榷。德國民法之立法，在主觀主義法學盛行之際，其立法雖邁進而仍不能脫離主觀主義意思主義之窠臼，自屬應然。我民法之立法較晚，客觀主義，社會主義之法學，已完全成立；全時，我國民法之立法精神，亦以三民主義爲最高原則；關於此種關係民法精神之法條，似應採客觀主義之觀點，而與以規定。行使權利，而違反社會利益，須加禁止，應否列入民法，雖尙有斟酌之餘地。因行使權利而違反社會利益，須加禁止，在今日雖無疑義。但列入民法，似無實益，不如列入公法爲宜。但法律用語曰：「不得以損害他人爲主要目的，」蓋仍就當事人之意思自主觀方面而爲規定，適用上顯有困難。在立法精神上，在技術上，亦非妥善。愚見以爲本條之規定最低限度亦應修正而採客觀方式之規定。依一孔之見，本條似可改訂如次：「行使權利而致他人受損害者，雖無過失亦應賠償被害人因其行爲所受之損害。」其行使權利，而致他人受

非不可避免之損害者，被害人得請求除去其侵害。」按行使權利而致他人受不可避免之損害，非法律所應絕對禁止，前經說明，但爲維持公平，我民法于其列舉規定曾有支付償金之明文；例如民法第七九條第二項。惟列舉規定，偏而不全，自應有概括規定，以補列舉之不足。且舊派學說多謂因行使權利所加于他人之損害，乃權利之作用，無賠償之義務可言；已如前述，歐洲學者甚至謂行使權利而加害他人乃「加害他人之權利」[It is his rights to injure them]且有諉之自然法，以圓其說者（八五）此種觀念，固非近代學說之所許；我民法在所有權章中，亦明示行使正當權利而致他人受損害者，應支付償金；可知我民法亦認行使權利而加損害于他人，亦應補償他人之損失；則是爲公平起見，而使行使權利，加害他人者，負賠償責任，實合于民法之精神，且可免囿于舊派觀念者之誤解。至于所謂「雖無過失亦應賠償因其行爲所受之損害」，則以此種責任係以公平爲本據，初不以故意或過失爲要件。明示「雖無過失」可免爭議。至于賠償範圍，在行爲人<sup>行使權利者</sup>方面，既屬行使權利，自非侵權行爲，而爲法定之責任；自宜限于「所受損害」，而不宜及于所失之利益。再行使權利，而致他人受不可避免之損害，法律僅得科以賠償責任，而不得加以禁止；其被害人自亦不得排除其侵害；但逾越範圍，而使被害人受非不可避免之損害者，自應許其排斥。末學淺見，倡言變法，甚至私擬條文，

自知不免妄人之議；然既有所見，姑妄言之，至于知我罪我，則非所計。

## 第二節 自助行爲

自助行爲，我國學者多從狹義之觀念，以爲自助行爲，乃專指民法第一五一第一五二兩條關於自力救濟之規定而言。然核之國外法家龐德 R. Pound，教授及鄧白格 Demburg 氏均以自助行爲 *self-help* 包括自衛 *self-defence* 及自力救濟 *self-remedies*；(八六)故予亦從廣義而視自助行爲包括自衛及自力救濟。所謂自衛，謂于受他人不法之攻擊或陷身危難之時爲保護自己或他人之權利，以自己之體力防衛權利或避免危難之謂。故所謂自衛，實包括正當防衛，及緊急避難而言。至于自力救濟，在法治社會，權利而受障礙，應請求國權加以救濟，而不許以腕力直接自力救濟，以致社會秩序，因而破壞；故自力救濟，原則非法律之所許，僅在不及受官署之援助且非即時自力救濟，其請求權即有不得實行或實行顯有困難之虞者，始許爲之。故自力救濟僅爲行使或保護權利之例外方法。自衛及自力救濟既均爲以自己之行爲保護或行使權利，故學者統稱之爲自助行爲。在古代初民社會，政治組織尙未形成，自助行爲乃行使或保持權利之主要方式，迨至組織已備，法令已成，行使或保全權利有法定之方式，及享治權者之援助。因之自助行爲在法律生活上已占次要之地位；全時享治權者，不問

其為家族之領袖，部落之酋長，封建之侯王或貴族，為維持其尊嚴，及社會上之秩序，私鬥之禁止，為第一意。因之私人之自助行為乃趨于沒落。惟私人之自衛權，則為從來法學所承認，羅馬法家烏爾比安管謂「以自力對抗暴力，為法律所應許，以其本于自然也。」（八七）但自力救助在古代則絕對禁止，羅馬法家拜魯士管謂「依法應由公力為之者，（指債權之執行及占有之回復）私人之自力行為，應予禁止。否則將致社會于紊亂。」（八七）莫德士梯第 Modestinus 云「設債權人無〔執行名義 *actus*〕而扣押其債務人之財產，依本法（指 *Lex Julia de vi Privata*）應處以三分之一罰金，且為破廉恥 *Infamia*」按破廉恥為羅馬法上之懲罰。云。但近代法律，對於權利之行使及保障亦以請求國家之援助為原則，但以近代情勢有許權利人以自力救助之必要，故一般立法在一定條件之下均許「權利人」為保護自己之權利，對於他人之自由或財產施以拘束扣押或毀損……」（八八）

#### 第一款 自衛行為

自衛行為者，于發生倉猝之際，不及待國家之援助，法律許權利人于必要之範圍內，得以自己直接之行動，防衛其權利，或避免危難；因之其防衛行為或避難行為，而致他人受侵害者，在刑法上不視為犯罪，在民事法規上亦明示不負侵權行為之責。是為法律上所確認

之自衛權。依我民法及刑法所承認之自衛權，得依其性質分析之爲正當防衛。及緊急避難；茲分別說明于次：

### 第一目 正當防衛

第一、正當防衛之概念 依民法第一四九條所謂正當防衛者：「對於現時不法之侵害爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲」也。正當防衛之根據何在，學說上聚訟紛紜。或以之爲正當防衛乃對於不法之侵害所加之反擊，不法侵害他人者，應不受法律之保護，故爲正當防衛者，對之應無責任可言。此直視不法加害他人者，爲「法律所不保護之人」[Out of Law]，此種觀念于近代法律思潮不合，且我民法亦僅認適當範圍內之防衛行爲爲正當防衛，此種見解實不足以說明正當防衛之根據。此外學者或以爲正當防衛乃自然法 Natural Law 之所許，故法律亦應認許，此說之由來也古，烏爾比央嘗謂「以自力對抗暴力，乃本于自然。」(八九)但此說不免有不求甚解，諉之自然之嫌。(九〇)依學者通說，則視正當防衛爲權利。按正當防衛之語源，出自法國刑法典第三二八條所謂 *La légitime défense*。法律之所以承認此種防衛行爲爲合法；實以吾人在法定準則範圍以內，有抵抗侵害之權利。吾人權利之保障固有待于國家之公力，但遇急迫之侵害，不及請求公力救助之際，法律乃賦予權利人以正當防

衛之權利；使得以自力排斥不法之侵害；此爲多數之通說，印度刑法典，且明示承認正當防衛權 *The right of Private defense*。予亦從同通說，以正當防衛權爲防衛行爲在法律上免負責任之根據。

第二、正當防衛之成立要件 依學者通說正當防衛之成立要件如次：a. 須有侵害行爲之存在，所謂侵害之存在云者，謂須他人有極積的或消極的行爲，侵害其權利始得對之爲防衛行爲，消極的不作爲得否視爲侵害行爲，學者多採肯定說（但有異說）；惡以爲社會事物千變萬化，在原則上消極的不作爲不能謂之爲民法第一四八條所謂之侵害；但不能一概而論謂消極的不作爲不能立此所謂之侵害。例如醫療之際，醫師看護生之消極的不作爲，固足以侵害人之生命也。b. 須爲現在之侵害，現在侵害所以別于過去將來之侵害而言。過去之侵害在民事上可依正式之程序請求賠償，在刑事上亦可赴訴有權機關爲相當之處分，加以反擊是爲報復，自非法律所許。至于將來之侵害，學說上雖認權利人有排除侵害之預防請求權，但預以自力防衛，而對有侵害其權利之虞者，預施暴力，非法理及事理所應許也。c. 須其侵害係屬不法，官吏對之執行職務，懲戒權人行使懲戒權，或債務人依自力救濟之規定而扣押其財產；或爲法律上職權之行使，或爲權利之行使，自不得對之爲防衛行爲。d. 須爲防衛自己

或他人之權利，按正當防衛，不限于自己之權利，爲保護第三人之權利而對於加害人與以反擊，亦不失爲正當防衛。且不限于與第三人有相當之關係，緣路見強暴，而爲救護行爲者，乃事所恆有；故不限于以自己或利害相同之第三人之權利爲防衛之標的。再此所謂之權利，不問其爲生命，身體，名譽，自由或財產權；再我民法雖不認占有爲權利，但占有之侵害亦不失爲權利之侵害。史尙寬先生嘗先我說明此旨。史氏前揭第 五〇六頁。e. 須對於加侵害者爲之。緣正當防衛乃對於加害人之反擊，行爲人若爲避免急迫之侵害而損及他人之權利應否負責，須視其是否構成次款所謂緊急避難；要不能謂爲正當防衛也。f. 須其防衛非過當。因防衛行爲而對於加害人予以反擊，在刑事上不成立犯罪，在民事上不負賠償責任。依我刑法及民法之規定，蓋均以「必要程度」爲範圍，逾越此限制即仍不能免其責任。故刑法第二十三條曰：「……但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑。」民法第一四九條亦曰「……但已逾越必要之程度者，仍應負相當賠償之責。」可知防衛行爲不得逾越必要之程度，但何謂必要程度，則應以客觀之情勢決之。而難得概括之標準。

第三、正當防衛之作用 正當防衛既視爲個人自衛之權利，故行使防衛權對於加害人與以反擊，而致加害人受有損害，亦不負賠償責任，依民法第一四九條前段是爲正當防衛權之

當然作用。不僅此也，行使正當防衛權而逾越必要之程度者，依全條但書雖不能完全免除責任，惟本條但書明示，「逾越必要程度者，仍應負相當之賠償責任。」既曰「……」仍應負相當賠償責任。」依文義而言，可知防衛行為適當；行為人雖應負責，亦與一般侵權行為異其範圍。因防衛行為縱屬適當，其行為既由于加害人之加害行為所引起；依民法上過失相抵之法則，被害人（即加害人）既與有過失，自不能使行使防衛權之行為人負全部之賠償責任。而應參酌民法第二一七條之規定，減輕或免除防衛人之賠償責任。準此：可知基于正當防衛權之作用，行為適當亦得據以主張減免其應為之賠償。此法律用語所以曰仍應負「相當」賠償責任，而不逕曰應負賠償責任也。

## 第二目 緊急避難

第一、緊急避難之概念 緊急避者，為避免自己或他人之生命身體自由或財產上急迫之危難不得已而加損害于他人之行為也。此種行為雖加害于他人，但行為人以避免危難為目的，且非出于不得已；故在民法上均以之為免責原因。至于緊急避難所以為免責原因。學者聚訟不一其說。其自意思主義方面解釋緊急避難所以為免責之原因者，以為民法上之侵權行為，刑法上之犯罪，均以故意或過失為要件，故民事上及刑事上之責任問題均以意思能力為前

提。緊急避難之行爲人陷于急迫之危難，其意思能力顯有欠缺，從而因緊急避難之行爲致加害于他人者，應不負責任。是爲意思主義學者之立論。此外有認緊急避難爲權利者，以爲吾人之權利遭遇危難，其有避免危難之權，則爲權利之當然作用。從而因避難行爲而致他人受不可避免之損害，自無責任可言。此亦爲主觀主義之學說。其主客觀論之學者，則有利益量定說；及公平說；其主張利益量定說者，以爲輕微利益應供重大利益之犧牲，爲救護自己或他人之重大利益，而犧牲第三人之輕微利益，應爲事理之所許。此其持論，蓋以權衡利益爲根據。而主張公平說之學者，則以爲重己輕人乃人之恒情，當危難急迫之際，損人利己，亦爲人情之常；而仍使之負責，實有背于公平，此爲公平說之持論。同時主張公平說之學者，更以爲緊急避難非法律上視行爲人有損害他人之權利，故因避難而損害他人之權利，非適法行爲；但法律上既不使之負侵權行爲之責任，故亦非違法行爲；而爲放任行爲。所謂放任行爲者，謂法律非以其行爲爲合法，亦非以之違法，不過予以放任而已。上述學說，究應何去何從？予從我國學者之通說，以公平說爲準據。良以依意思主義而視行爲人之意思能力爲有欠缺，理論雖屬可通，但事實上難于實際相符。因人在急迫危難之中，精神意思未必喪失。且我民法關於緊急避難，不僅適用於保全自己之權利，且適用於保全他人之權利。他人之權

利陷于危難，更未必使行為人之精神意思受相當之影響。至于權利說，認緊急避難行為爲權利，其說實有足採，吾人之權利在陷于危難之時，自有加以救護之權利，此種救濟權，自爲原權利之當然作用。不過行使權利，無當然得損害他人利益之理，同時亦無以說明救護他人權利之避難行爲。至若利益量定說之非可採，民刑法學者多有說明，無待詞費。此予之所以採公平說也。

第二、緊急避難之要件 緊急避難之行爲，法律上既予以放任而視爲免責原因；故行爲人而主張緊急避難者，必其行爲合于法定要件，始得免負責任。依學者通說緊急避難之要件如次：a.須有危難存在；所謂危難，指因人類行爲或人類行爲以外之事實所發生之危難也。水火盜賊均是。b.須爲急迫之危難，所謂急迫之危難，謂其危難迫切，故其救護行爲不可稍緩，否則危難如非切迫，避免其危難即無不擇手段之必要，自難主張其行爲爲緊急避難。例如火勢燎原之際而毀他人財產以救護自己或他人之生命財產，法律有予以放任之必要。若星星之火，杯水可滅，而毀他人財產，以避免火患，其非正當，自屬顯然。c.危難須非合法；對於危難可主張避難者，以其危難之避免，乃法律之所許也。若其危難爲適法行爲，如公務員依法逮捕人犯，或扣押財產，自不許以避免逮捕或扣押爲主張緊急避難之理由。d.其危

難之發生須非由于行爲人所招致；危難之發生若由于行爲人所招致，是否仍得主張其行爲爲緊急避難，學者不乏爭議；民法第一五〇條第二項明示規定「……其危險之發生如行爲人有責任者，應負損害賠償之責。」故我國民法學上，危難之發生而爲行爲人所招致者，已一致採否定說。e. 須爲保全自己或他人之生命、身體、自由或財產，是爲民法第一五〇條所列舉之範圍；此外之權利，如姓名名譽應不包括，學者或有非難，愚見權利之得因急迫危難而受損害，須即時救護者，不外生命身體自由及財產而已，其他權利之被侵害，原不得爲緊急避難之標的。f. 須有避免危難之必要，按避免緊急危難而有害他人之權利，須有不得已之情形；若得依防衛行爲以防護其權利，或依他法避免，即不得藉口避難而損及他人之權利。g. 避難行爲須爲避免其危難所必要，何爲必要？則應依具體事件決之。例如火勢燎原之際，自得拆毀房屋以斷火道。如火勢初起，撲救不難，而逕爲拆毀房屋截斷火道之措施，即不能謂之爲必要。h. 因避難行爲所加于他人之損害須未逾越因危難所能致之損害程度，民法雖非以利益量定說，爲緊急避難之根據。但因避難行爲而加于他人之損害，如遠過于所得保全利益者，例如爲保全一毛而毀人千元之財產，自非法律之所應許。故民法亦明示限制。

第三、緊急避難之作用 使行爲人因避免自己或他人之生命身體自由或財產上之急迫危

難，所爲之危難行爲，不負賠償責任。但逾越避免危險之必要範圍，或所加于他人之損害逾越危險所能致之損害程者不在此限而仍應負責。

第四、立法問題之商榷 按緊急避難與正當防衛不同；正當防衛乃對於加害人之反擊，故因正當防衛而被害者，恒爲加害人；是被害人之受損害，雖不能謂爲罪有應得，但被害人實有以招致；自遭伊戚，原無同情之必要。至于緊急避難，受損害者乃無辜之第三人；爲避免自己或他人權利之危難，而致他人受有損害，法律有予以放任之必要，固有其理由，已如前述。然依社會政策而言，法律似應另設規定，授權法院得酌斟被害人與因避難行爲而受利益者之經濟狀況，命受益人爲全部或一部之賠償。依社會立法之民法精神，固應如此。且依近代法學上所謂「受其益者負擔其損害之理論」蓋亦應如此。茲舉例以明民法有設此種規定之必要；例如我輩中產份子，遊行市衢，突遭危難，如途遇瘋犬奔來，爲避免危難，而闖翻浮攤，使攤主盡喪糊口之資，吾人而不賠償，攤主將無以糊口。使斟酌雙方之經濟狀況，而使吾人賠償則所失有限，自社會觀點而言，似以賠償爲較當。又如大火發生，救火隊爲斷絕火道，而毀人房屋，所保全者數十百家之財產，而受損失者，則爲火未而至先拆毀之房屋；爲公衆而犧牲者，似應由公衆分担其損害；而不宜使首當其衝者，獨供犧牲。予之所以主張

另加規定，理論之本據，蓋在於此。至于所以主張斟酌被害人與受益人之經濟狀況，蓋非根本否認緊急避難得為免責根據，故僅例外認為應予賠償；而仍以不賠償為原則也。再主張由受益人負擔賠償責任，而不曰行為人者，緣行為人在緊急避難之必要程度內，所為之必要行為，不得謂之侵權行為；自非因其行為而使負擔賠償責任。且緊急避難，不限于為保全自己之權利，故受益人不必為行為人。吾人而主張自社會立法之觀點斟酌當事人之經濟狀況，以決定應否賠償，原非以行為之有無過失為根據；同時亦非視其行為為不法行為，而實以「受其益者負擔其損害」之社會法學理論為基礎；故曰應由受益人負此責任。

## 第二款 自力救濟

自衛行為，原則為從來法制之所許；而自力救濟，在原則上則非法制之所許。良以自力救濟易致私人間之糾紛，紊亂社會上之秩序，故近代國家無不設訴訟程序及執行程序以便利私人請求救濟。然不問程序如何簡易；司法機關之效率何似；公力之救濟，必須相當之時日。在特定情事之下，如債務人而其權利非即時行使或保全，即有難于實行或實行現有困難者，致遭死亡。亦例外許權利人在合于一定條件之下許其自力救濟。故德瑞民法及我民法均許自力救濟。依民法第一五一條之規定：「為保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束抑或毀損者

，不負賠償責任。但以不及受官署援助，並非予其時爲之，則請求權不得實行或實行顯有困難者爲限。」準上而言自力救濟雖爲法律之所許，但必須合于首示法條列舉之要件。依學者分析，其要件如次：a. 須爲保護自己之權利；所謂自己之權利，別于他人之權利而言。自衛行爲之正當防衛及緊急避難，法律擴充其範圍，及于他人之權利者，以他人遭遇危難，或被侵害，本于互助精神，而援助他人，自爲法律之所許。至于自力救濟，乃以實行權利或保全權利爲內容；自力救濟之許可，已屬例外，自不許旁及他人。故法律明示限于自己之權利。但因一定法律關係或委任而應代理本人行使自力救濟，則亦爲法律所許。再此所謂之權利指得依民事訴訟主張請求權，且得依強制執行程序依權利之本旨以實現者爲限。緣自力救濟，乃所以補助公力救濟之不足也。如其權利之實行，依法不得強制執行；如同居之訴（民事訴訟法執行規則第八十八條）以及婚約之不得強迫履行（民法第九〇條）。以及婚約之不得強迫履行（民法第九〇條）。者自不許自力救助。此外如相對人有抗辯權，不問其爲同時履行抗辯權，或拒絕給付之時效抗辯權，均足以阻礙請求權之行使；故亦不許自力救濟。b. 須其救濟行爲非于即時爲之其請求權即有不得實現或難于實現之虞者，始得爲之。故債務人而有逃亡之虞者，固得實行自力救濟，阻止其離去或留置其動產。但如債務人而有其他可供執行之財產，債權人即不得拘束其行動，留置其財物，自屬當然。c. 再除有上述情事外，

尙須有不及受官署之援助之情事。國家所設之官署，不問爲司法法院或行政官署，在其職務範圍以內，均有應人民之請求，以保護其正當權利之義務。故人民而聲請援助，官署即應即時爲適當處置；但司法法院及行政官署在法治主義之國家，均須經法定之程序，始能有其活動，聲請援助，雖非曠日持久；但實際必須相當之時間，故不及聲請官署援助者，得許自力救濟。反之則自力救濟即不能謂之爲合法。d. 自力救濟所用之手段，須適合于其請求權之實行；故自力救濟之手段，不外對於財產之扣押或毀損；及相對人自由之拘束，按爲保全權利而扣押他人之財產，參考民事訴訟法第五一八條其請求權恒爲金錢給付，或得易爲金錢之請求，始許扣押債務人之財產。至于毀損相對人之財產，則須依具體事實爲斷，非有毀損之必要者，即應負賠償責任。再自拘束相對人之自由而言，按妨害自由，足以構成刑法上之犯罪刑法分則第二十六章。同時債務人之生命身體及自由，在現代法律上亦不得以之爲強制執行之標的，故對于相對人而加以拘束，在現代法制上其範圍至狹；我民法雖未如德國民法之明示限于義務人有逃亡之虞，或對于有容忍義務之債務人爲阻止其抵抗時始許拘束其自由；德民第二二九條。解釋上則應從同。

依自力救助而押收他人之財產，或拘束他人之自由者，應即時向官署請求救助。其聲請

被駁回或聲請遲延者，依民法第一五二條之規定，其行為人即應負賠償責任。此所謂之聲請援助，謂行為人于自力救濟之行為完成後，應即時以所扣押之財產，聲請法院予以扣押。參看民事訴訟法之假扣押程序。對於義務人自由之拘束，不過為保全其權利手段；故應即時聲請主管官署加以救濟，而不得繼續拘束其自由。再于此有一問題，德國民事訴訟法第九一八條，有所謂人的保全假扣押；我民法無從同之規定，民法雖許權利人為保全權利而拘束義務人之自由，但民事訴訟法無對人之假扣押程序，若債權人因債務人有逃亡之虞，在訴訟繫屬前或繫屬中扭送債務人至管轄法院，法律無關於其程序之規定，雖曰有管收民事被告規則可資依據，然愚見以為自由之拘束，關係人民之基本權利，程序方面，似有詳為規定之必要。自不能僅依管收民事被告規則而由法院裁量其應否管收也。此為民事訴訟法上之問題茲不具論。

### 參考法條

〔民法〕 第一四八條「權利之行使，不得以損害他人為主要目的。」第一四九條「對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。」第一五〇條「因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險所為之行為，不負損害賠償之責。但以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者為限。」前項情形，危險之發生，行為人有責任者，應負損害賠償之責。」第一五一條「為保護自己

權利，對於他人之自由或財產應以拘束或毀損者不負損害賠償之責。但以不及受官署之援助並非于即時為之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者為限。」第一百五二條「依前條之規定，拘束他人自由或押收他人財產者，須即時向官署整請援助。」前項整請被駁回，或其整請遲延者，應負損害賠償之責。」

(七五) 二十世紀以前法學上關於賠償責任，多自主觀的意思為推論之出發點，故有無過失即無賠償責任之言論。

(七六) 此為一般之通說。

(七七) 法國人權宣言第一二兩條。

(七八) 此所謂之社會主義，非指某一黨派或學派之主義；乃對個人主義而言。凡一切以社會福利為中心而不以個人之權利為中心者均是。

(七九) Duguit's *La Transformation generale du droit* *Prise depuis le Code Napoleon*, §§5 and 6.

(八〇) 全上。§5

(八一) *Digest*, L, 17, 55 英國譯本 Pound, R., *Readings in Roman Law*, Part I, p. 74.

(八二) *Digest*, XXXIX, 3, 2, § 9 及 *Digest*, XXXIX, 8, 1, § 21 英譯見前卷全頁。

(八三) *Juching's, Law in Daily Life*, (Gowdy's Transl.) X, 30.

(八四) 胡氏前揭第四四三九頁。

(八五) *Planiol, Traite de Droit Civil* (4 ed.) II nos. 871 英國譯本 Pound, R., *Readings in*

*Roman Law* Part I, p. 76.

(八六) *Dembyg, Pandecten* § 112 英譯見前卷。頁八一。全時前書在編制上亦列「自衛」及「自力救濟」

等「自助行為」

(八七) *Digest*, XLIII, 1, 27 英譯見前卷。頁八〇。

(八八) 德國民法第二二九條瑞士債務法第五二條第三項。

(八九) 全註八七。

(九〇) 按初期法學往往以神意萬能解釋一切，其後言自然法者亦每以一切法之自然，是亦不免視自然法為萬能之嫌。

### 本章主要參考書

1. POUND, R.: *Realities in Roman Law* Part I Ch. II, pp. 74-83.

2. Duguit's *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 英譯見 *Progress of Continental Law in the 19th Century*, pp. 65-146.

三、胡長清 中國民法總論 頁四三六至四四九。

四、張正學 民法總則註釋 頁三三一至三三八。

五、史尚寬 民法總則釋義 頁四九九至五二四。

民法概論本第一編終

民法概論  
前編  
總則編

定價 肆圓

著者 紐約大學法學博士 燕京大學法學教授 胡毓傑

印刷者 京城印書局

發行者 胡毓傑

代售處 各大書店

