

民法總論

上海華通書局發行

周新民著

華通  
叢書

民

法

總

論

上海華通書局發行



3 0477 2836 9

## 凡例

一、本書以現行民法總則編，及重要關係法規爲根據，并引用外國立法例及學說，以資說明。

二、本書編制，適當法學思潮轉變時期，故解說民法的基本問題，多依據現代學說，期與社會情勢相適應。

三、本書編制及內容，力求整飭明顯，凡無關重要的學說及判例，均不列入。

四、本書用語措詞，務求通俗共曉，以期讀者對於艱深的法文，不致誤解。

五、本書原係上海法政學院民法總論的講稿，現經增刪修改，倉卒付梓，不無舛錯之處，尙祈海內鴻碩指示，容再改正，是幸。

周新民附誌

民國二十年六月十日

凡例



民法總論

# 民法總論目錄

## 緒論

### 第一章 民法的意義

#### 第一節 法律的定義

#### 第二節 民法的定義

#### 第三節 民法與商法

#### 第四節 民法與民法典

### 第二章 民法的形式

#### 第一節 總說

#### 第二節 成文法

#### 第三節 習慣法

#### 第四節 法理

## 目錄

緒論.....一  
第一章 民法的意義.....一  
第一節 法律的定義.....一  
第二節 民法的定義.....二  
第三節 民法與商法.....四  
第四節 民法與民法典.....六  
第二章 民法的形式.....七  
第一節 總說.....七  
第二節 成文法.....八  
第三節 習慣法.....一  
第四節 法理.....一六

第五節 判例及學說·····	一八
第二章 民法的編制·····	一八
第一節 編制的方式·····	一八
第二節 編制的主義·····	二三
第三節 我國民法的沿革·····	三〇
第四章 民法法規的種類·····	三四
第五章 民法的解釋·····	四〇
第一節 總說·····	四〇
第二節 學理解釋·····	四二
第三節 類推適用·····	四五
第四節 自然法說·····	四七
第六章 民法的效力·····	四八
第七章 民法上的權利義務·····	五二

第一節 民法上的權利·····	五三
第一款 總說·····	五三
第二款 公權與私權·····	五七
第三款 私權的分類·····	五九
第一項 依權利的『內容』而分類·····	五九
第二項 依權利的『作用』而分類·····	六四
第三項 依權利的『效力範圍』而分類·····	七〇
第四項 依權利的『相互關係』而分類·····	七二
第五項 依權利『與其主體的關係』而分類·····	七三
第二節 民法上的義務·····	七五
本論·····	七九
第一編 總則·····	七九

第一章 法例	七九
第一節 總說	七九
第二節 民事法規的適用	七九
第三節 文字的使用	八二
第二章 私權的主體	八四
第一節 總說	八四
第二節 自然人	八七
第一款 權利能力	八七
第二款 行為能力	九四
第一項 總說	九四
第二項 有行為能力人	九八
第三項 無行為能力人	一〇〇
第四項 限制行為能力人	一〇五

第三款	責任能力	一〇七
第四款	住所	一〇八
第一項	總說	一〇八
第二項	住所的種類	一一三
第三項	住所的效力	一一六
第五款	死亡宣告	一一七
第六款	人格保護	一二四
第三節	法人	一二七
第一款	總說	一二七
第一項	法人的沿革	一二七
第二項	法人的意義	一二九
第二款	法人的能力	一三四
第三款	法人的種類	一四〇

第四款 法人的設立·····	一四六
第一項 總說·····	一四六
第二項 社團的設立·····	一五一
第三項 財團的設立·····	一五四
第五款 法人的機關·····	一六〇
第一項 總說·····	一六〇
第二項 董事·····	一六二
第三項 社員總會·····	一七〇
第六款 法人的住所·····	一八一
第七款 法人的變更·····	一八一
第一項 社團法人的變更·····	一八一
第二項 財團法人的變更·····	一八二
第八款 法人的登記·····	一八三

第九款	法人的消滅	一八七
第一項	解散	一八七
第二項	清算	一九〇
第十款	法人的監督	一九四
第三章	私權的客體	一九六
第一節	總說	一九六
第二節	物	一九九
第一款	物的意義	一九九
第二款	物的能力	二〇二
第三款	物的種類	二〇三
第一項	動產不動產	二〇三
第二項	主物從物	二〇七
第三項	融通物不融通物	二〇九



第四項	可分物不可分物·····	二二二
第五項	單一物合成物集合物·····	二二三
第六項	消費物不消費物·····	二二四
第七項	替代物不替代物·····	二二五
第八項	特定物不特定物·····	二二六
第四款	物的孳息·····	二二七
第一項	孳息的意義·····	二二七
第二項	孳息的分類·····	二二七
第三項	孳息的取得·····	二二八
第四章	私權的得喪變更·····	二二三
第一節	總說·····	二二三
第一款	法律關係·····	二二三
第二款	法律效果與權利的變動·····	二三四

第三款 法律事實·····	三二〇
第一項 法律事實的意義·····	三二〇
第二項 法律事實的分類·····	三三一
第二節 法律行爲·····	三三五
第一款 總說·····	三三五
第一項 法律行爲自由的原則·····	三三五
第二項 法律行爲的意義·····	三三七
第二款 法律行爲的種類·····	三四二
第三款 法律行爲的要件·····	三五一
第一項 總說·····	三五一
第二項 行爲人須有行爲能力·····	三五四
第三項 法律行爲須有適當的內容·····	三六六
第一目 內容的可能·····	三六六

第二目 內容的確定	二六八
第三目 內容的合法	二七〇
第一分目 內容須不違反強制或禁止規定	二七〇
第二分目 內容須不違反公共秩序與善良風俗	二七三
第四項 意思與表示須爲一致	二八一
第四款 法律行爲的方式	二八二
第三節 意思表示	二八二
第一款 意思表示的意義	二八三
第二款 意思表示的種類	二八七
第三款 非真意表示	二九一
第一項 總說	二九一
第二項 故意的不合	二九四
第一目 真意保留	二九四

第二項	虛偽表示	二九七
第三項	無意的不合	三〇一
第一目	錯誤	三〇二
第二目	誤傳	三〇〇
第四款	有瑕疵的表示意思	三一
第一項	總說	三一
第二項	因詐欺而爲意思表示	三一
第三項	因脅迫而爲意思表示	二七
第五款	意思表示發生效力的時期	三二四
第一項	總說	三二四
第二項	非對話人間的意思表示	三二五
第三項	對話人間的意思表示	三二九
第四項	意思表示的受領能力	三三〇

第六款 意思表示的解釋……………三三一

第四節 條件及期限……………三三一

第一款 總說……………三三一

第二款 條件……………三三一

第一項 條件的意義……………三三一

第二項 條件的種類……………三三六

第三項 條件的許可……………三四二

第四項 條件的成否……………三四五

第三項 附條件法律行為的效力……………三四六

第一目 條件成否未定中的效力……………三四六

第二目 條件成否確定後的效力……………三四七

第二款 期限……………三五〇

第一項 期限的意義……………三五〇

第二項	期限的種類·····	二五三
第三項	附期限法律行為的效力·····	二五四
第一目	期限屆至前的效力·····	二五四
第二目	期限屆至後的效力·····	二五五
第五節	代理·····	二五六
第一款	總說·····	二五六
第一項	代理制度的沿革·····	二五六
第二項	代理的意義·····	二五八
第三項	代理的能力及意思表示問題·····	二六三
第二款	代理的種類·····	二六六
第三款	代理權·····	二六八
第一項	代理權的性質·····	二六八
第二項	代理權的發生·····	二七〇

第三項 代理權的範圍.....	二七三
第一目 總說.....	二七三
第二目 雙方代理.....	二七五
第三目 共同代理.....	二七八
第四項 代理權的限制.....	二八〇
第五項 代理權的消滅.....	二八〇
第六節 無效及撤銷.....	二八三
第一款 無效.....	二八四
第一項 無效的意義.....	二八四
第二項 無效的原因.....	二八六
第三項 無效的種類.....	二八六
第四項 無效行爲的轉換.....	二八九
第五項 無效行爲的承認.....	二九〇

第二款	撤銷	三九一
第一項	撤銷的意義	三九二
第二項	撤銷的原因	三九三
第三項	撤銷權	三九三
第三款	須得三人同意的法律行爲	四〇〇
第五章	期日及期間	四〇二
第一節	期日及期間的意義	四〇二
第二節	期日及期間的計算法	四〇三
第六章	時效	四〇八
第一節	總說	四〇八
第二節	消滅時效	四一一
第一款	消滅時效的意義	四一一
第二款	消滅時效的適用範圍	四一四



第三款	消滅時效的期間	四一六
第四款	消滅時效的效力及援用	四一九
第一項	消滅時效的效力	四一九
第二項	消滅時效的援用	四二二
第五款	時效利益的拋棄	四二三
第六款	消滅時效的中斷及不完成	四二五
第一項	總說	四二六
第二項	消滅時效的中斷	四二六
第一目	中斷的意義	四二六
第二目	中斷的事由	四二七
第三目	中斷的效力	四三一
第三項	消滅時效不完成	四三三
第一目	不完成的意義	四三三

第二目 未完成的事由·····	四二四
第三目 不完成的效力·····	四二八
第七章 權利的行使·····	四三八
第一節 總說·····	四三八
第二節 自衛行爲·····	四四二
第三節 自助行爲·····	四四七

民法總論

一八

民法總論目錄終

# 民法總論

周新民編著

## 緒論

### 第一章 民法的意義

#### 第一節 法律的定義

法律的定義如何，本不難予以解答；但因各派的法律觀不同，對於法律所下的定義，亦有種種的差異。有謂法律為社會生活中人類行為之不可破的規範（註一）；有謂法律為社會生活的規範，依社會的中心力，尤其從國家的權力而強行之（註二）；有謂法律是以犧牲少數人的利益，保護增進多數人的利益為目的的範圍（註三）；有謂法律是社會身分或階級所判定的社會規範，而以身分或階級力担保執行之（註四）；有謂法律為最有力之社會階級的意志表現，由經濟的動機而決定（註五）。吾人在未決定依據何派的學說，以確定法律的定義以前，首先要確定法律是否與

經濟的法  
律觀



政治、道德、宗教、藝術同建築於經濟基礎之上。假使認定法律制度爲「經濟的構造」所規定，而爲上層建築之一，那末，法律是因着經濟組織的需要而產生，隨着經濟關係的發達而變化，其成分當然充滿着「階級意識」。前述各說中的最後一說，即經濟史觀派亞達姆（Brook Adams）的學說。我們如贊成他的主張，不但不能空洞地謂法律爲人類行爲的規則，或社會生活的規範，亦不可含混地謂法律爲犧牲少數人的利益，保護增進多數人的利益的規範，必須依據經濟史觀來解說，方可闡明法律的正確定義。

（註一）歐宗祐民法總則四頁。

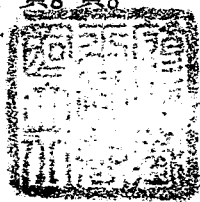
（註二）穗積重遠民法總論上卷四頁。

（註三）甯敦武法學概論一〇頁。

（註四）陶希聖法律學之基礎知識八三頁。

（註五）陸鼎揆譯社會法理學論略七二頁。

## 第二節 民法的定義



關於民法的定義除奧國民法(第一條)明定外,各國民法大都無明文規定,而取決於學說。從來學說分析民法之實質的意義,大都謂(1)民法為規範一國民族私生活關係的法律(國內法);(2)民法為規定狹義的社會生活的法律(私法);(3)民法為規定權利義務之存否及性質範圍的法律(實體法)。總括來說:有謂民法為規定狹義的社會生活的準則(註一);有謂民法為規定實體上權利義務的私法(註二);有謂民法為規定私法上權利義務的普通法(註三);有謂民法為規律人類當經營社會生活,而要求保護增進個人的利益之必要手段的普通私法(註四);有謂民法為規定民衆之經濟生存與家庭生活的基礎(註五)。要之,關於法律的定義,如須依據經濟史觀來解說,則民法為法律的一部,亦應依據經濟史觀,方可說明其正確定義。民法是私有經濟社會的產物,帶着經濟色彩特別濃厚,其主要目的係保護個人財產權。如果抹煞這一點,即無從說明民法的定義。茲確定民法的定義如左:

民法為規定吾人相互間的權利義務,而以保護個人財產權為主要目的的法律

(註一)穗積民法總論上卷二頁。

(註二) 陳瑾昆民法通義總則二頁。

(註三) 歐宗祐民法總則二一頁。

(註四) 佐佐穆民法之社會化一頁以下。

(註五) 遊佐慶夫民法要論一頁。

### ○ 第二節 民法與商法

廣義的民法  
與狹義的民法

民法有廣義的與狹義的兩種：廣義的民法，包括私法的全部（成文法及習慣法均在內），商事各特別法乃爲其一部；狹義的民法，乃爲私法的一部，即指商事各特別法以外的私法而言。民法對商法爲一般的社會生活的規定，商法對民法爲特別的社會生活的規定，故得稱民法爲普通私法，商法爲特別私法。雖然，民法所規定的民事與商法所規定的商事，同爲狹義的社會生活，在理論上或實質上均難有明確的區別，不過民法爲原則的規定，商法爲細目的規定，乃爲程度上的差異而已。商二法的並立，本基於沿革上的理由，在今日仍認商法爲一獨立法典，而與民法立於

對立地位，不僅法律適用上易生混雜紛亂的弊害，即交易的安全與敏活，亦常被其阻礙。近時主張民商二法統一論，固爲多數，反對民商二法統一論，亦不乏人。然就理論言之，當以主張民商統一者確有根據（註一）。

我國民草採用大陸主義，規定民商分立，實不妥當。近來中央政治會議鑑於本國實際情形，各國立法趨勢，及其他各種關係，於十八年三月十三日第一八三次會議，議決編訂民商法統一法典案，是不僅有學理上的根據，亦可免實際上的困難。（註二）我國自規定民商統一後，一面將商法總則中的經理人（五五三條）及代辦商（五五八條），商行爲中的交互計算（四〇〇條），行紀（五七六條），倉庫（六一三條），運送營業（六二二條），承攬運送（六六〇條），編入民法債編中，一面以公司法（十八年二月二十六日公布），票據法（十八年十月三十日公布），保險法（十八年十二月三十日公布），海商法（十八年十二月三十日公布），交易所法（十八年十月三日公布，十九年六月一日施行），定爲單行法規。是商法名目已經根本廢除。即使如英、美、瑞士等國，仍有商法的用語，亦不過學說上一括商事各種規定，能對一般私



法的民法爲一個總稱而已。

(註一)松本烝治商法總論七頁以下。

(註二)中央政治會議編訂民商法統一法典案。

#### 第四節 民法與民法典

民法有形式的與實質的兩種：形式的民法，即以法典形式制定的，命名爲民法的成文法；實質的民法，乃指廣義的民法與狹義的民法而言。形式的民法，固以網羅實質的民法全部爲主旨，實際上則與實質的民法異其範圍：(1) 民法典不是包含廣義的民法，即私法的全部，另有商事各特別法；(2) 民法典不是網羅狹義的民法全部，在民法典以外，尚有關於民事的特別成文法及各種不文法甚多；(3) 民法典多含有公法的規定，例如第三三條第四三條的罰則，及二二七條的強制執行的規定，固含有公法的性質；即如第八條第十四條第三〇條等規定，亦溢出實質的民法的範圍。如此，民法典與實質的民法範圍不一，不外出於立法上及運用上的便宜而已。

民商二法統一後，民法與商法已無實質上的區別，雖無異議；但民法典與商法典即可打爲一片，尙有再考慮的餘地。若將商法典的規定合併於民法典中，其得實行的，僅有總則編及商行爲編中的一部分。他如公司法，保險法，票據法，海商法等特別法，多不宜編入之，是民法典與實質的民法範圍仍有不同，可知（註）。

（註）穗積民法總論上卷八—十頁。

## 第二章 民法的形式

### 第一節 總說

民法的形式，從來學者多稱爲民法的淵源或法源；但淵源的用語，有幾種的意義：（一）有謂制定法規的原動力爲淵源，則淵源爲神意，君意，及民意；（二）有謂構成法律知識的材料爲淵源，則淵源爲法典，立法理由書，議決記事錄，判決錄，著書，論文，及可證明習慣的文書；（三）有謂構成法規的內容爲淵源，則淵源爲習慣，宗教，道德，學說，及外國法等項；（四）有謂法規形成的形式爲淵源，則淵源爲成文法，習慣法，及判

例法。前述第四說係日儒穗積重遠的主張，本書從之，故不稱爲民法的淵源，乃稱爲民法的形式。註。茲依其成立的形式，分爲成文法、習慣法及法理論之，最後略述判例及學說。

註穗積民法總論上卷二九頁。

## 第二節 成文法

### (一) 成文法的意義

成文法即以明文制定的法律，亦可稱爲「制定法」。制定法與非制定法相對的，其制定程序，雖因各國憲法規定而有不同，但須由法定機關依照法定程序爲之，則無差異。從狹義方面說，凡由立法機關議決而頒行的法律，始得謂爲成文法；從廣義方面說，凡以書面制定而頒行的法律，均可謂爲成文法。前者專指法律而言，後者包括條例，及自治法、條約法在內。

### (二) 成文法的種類

制定法與  
非制定法

現代文明諸國，除英吉利及美利堅數州外，皆採成文民法主義。民法成文法的種類，各國雖不盡相同，大約不出左列四種：

- (1) 法律 法律一語，有廣狹兩義。廣義的法律，包含法律的全部；狹義的法律，專指立法機關議決的法律而言。此所謂法律，即為狹義的法律。凡由立法院三讀會的程序通過，經國民政府公布的，因為法律（法律制定標準法第一條）；即在立法程序公布前，經大元帥府（十二年二月二十一日起）或國民政府公布，涉及國家各機關的組織，或人民的權利義務關係，及在立法程序公布後（十七年三月一日）至立法院成立止（十七年十二月五日），經國民政府以法的名稱公布的，亦均為法律（法規制定標準法第二條，第三條）。在立法程序中，法律是以最慎重的程序制定的，民法典即為此種法律。成文法有為法典而公布的，例如民法；有為單行法而公布的，例如關於工廠鑛山森林著作等特別法。
- (2) 條例 條例即為執行法律或基於法律的委任所得制定施行法律的規則（立法程序法第二條）。制定條例，雖應根據法律，不得違反或抵觸法律（法規

制定標準法第三條，第四條；）但條例在不與法律違反或抵觸的範圍內，如有關於民事的規定，亦爲成文法的一種。

自治法

(3)自治法 自治法即地方自治團體本諸法律所授與的自治立法權而制定的單行法規。自治法中關於民事的規定（縣組織法第九條）亦可爲成文法的一種；但在性質上不得謂爲純粹的民法法規。至於私法人的章程，雖有學者謂其爲私法人本於自治立法權而制定，亦可謂爲成文法，然其性質上却與自治法不同。

條約法

(4)條約法 條約法中有關於民事的規定（例如通商條約，國際著作權條約，國際工業所有條約）能否視爲成文法？學者中曾有很多的議論：有謂條約爲國家間的契約，僅可拘束締約國的自身，不能直接拘束國民，故條約定有關於國民權利義務的事項時，該國如向無「與條約以法律之效力」的規定，其欲實行條約，仍當另以法律定之，對於國民始能直接拘束。有謂條約締結權之內，當然含有立法權，其批准即爲國家意思的決定，公布即爲對於國民的表示，故條約

一經公布，即可發生國法的效力。要之，條約與法律之形式上的效力，既無可認何等優劣的根據，自以從後說爲是。

### 第三節 習慣法

#### (一) 習慣法的意義

何謂習慣法  
習慣法是因社會的慣行而發生的規範，以不成文的原形，經社會階級力的判定，承認其爲法律的規範而強行之。這種規範自經承認之後，必然的能豫期由社會階級力壓迫制裁其違反習慣者，以強行其習慣；人民因此豫期而遵守續行其習慣，通常的社會生活規範的習慣，遂成爲法律的規範的習慣，即爲「習慣法」。民法第一條所謂習慣，殆仿日本民法用語，類皆指習慣法而言。

習慣法與  
習慣

#### (二) 習慣法的要件

習慣法成  
立的要件

習慣能成爲法律，須具備左列的要件：

(1) 須有慣行的存在 此爲習慣法成立的要件，已爲判例所明認（前大理院一

年上字三號判例，最高法院十七年上字六一三號判例參照。）何謂慣行的存在？即在長久期間內，依一定的規範，反覆繼續為同樣的行為。慣行的成立，既須反覆繼續為同樣的行為，則僅有一次行為，或時有相異行為，均不得成為慣行。但偶爾有相反行為，而為一般人認為變態時，慣行仍可成立。至慣行的成立，須經幾何長久期間？則應依社會一般觀念決定之。

(2) 須有法的認識 此為習慣法的成立要件，亦為判例所明認（前大理院二年上字三號判例，最高法院十七年上字六一三號判例參照。）何謂法的認識？即普通一般人遵行其習慣，有確信以為法的意識。若遵行其習慣，並非本於法的認識，只可認為事實的習慣。事實的習慣，僅可為意思表示的補充，或供解釋的材料，並無法的效力。例如承諾無須通知的習慣（第一六一條），即為事實的習慣；反之，關於土地規定的習慣（第七七六條，第七七八條，第七八一條，第七八四條，第七八五條，第七八六條，第七九〇條，第七九三條，第八〇〇條），則為習慣法。

③須不背公序良俗。習慣法的成立，必須具備此要件；不僅判例早已明認（前大理院二年上字三號判例參照），即民法亦有規定（第二條）。故習慣的內容，有害於社會的公益，或反乎國民的道德觀念，均不可認為法律（本書本論第四章第二節第四款第二目第二分目參照）。

④須為法律所未規定的事項。關於習慣內容的事項，原則上須為法律所未規定者，始可適用習慣法（第一條）；但亦有已為法律所規定者，仍認習慣法之存在，而有優先成文法的效力（本書本論第一章第一節參照）。

### (三) 習慣法的效力

習慣法的效力如何，立法例和學說尚不一致。茲分述之如左：

(1) 絕對無效說。此說盛行於十八世紀至十九世紀之初（所謂成文法熱的時代），亦稱『無法律效力說』。各國法典多受其影響，而驅逐習慣法於法域以外，當時習慣法，實瀕於危險的地位。如巴登 (Baden) 國法第六條，及薩克遜 (Saxony) 國法第二十八條，均規定習慣法僅能解釋當事人的意思，而無法律的



效力。法國民法雖無規定，大多數學者亦從此說。

(2) 絕對有效力說。此說爲德國歷史法派所提倡的，他們主張習慣法與成文法有相互廢止與變更的效力，亦稱『同等效力說』。德國民法施行法第二條明定：民法典所謂法律，乃爲一切法規，可解爲係認習慣法與成文法有同等之存在，現今德國學者仍主張習慣法有變更成文法的效力。

(3) 相對有效說。此說主張凡具備一定要件的習慣，可附與法律同一的效力，以補成文法的不足，亦稱『補充效力說』。如普魯士國法緒論第三條，定明凡不爲法典所規定的習慣，皆無效力；奧國民法第十條，定明習慣須法典定爲可以適用時，始可適用；日本法例第二條，定明習慣法僅限於法令特別認定的事項，及關於法令無規定的事項者，始認有效；瑞士民法第一條，定明習慣法限於無成文法時，始能適用。我民法亦明定民事法律未規定者依習慣，殆即從此見解。

(第一條)

#### (四) 習慣法與成文法的消長

習慣法有  
補充成文  
法的效力

法律既因時代需要而產生，亦必隨社會進化而變動，非可長期保守的。在國家成立以前的野蠻社會，及初期的國家，習慣法頗為重要，佔了法律的全部或大部分，是可得想像的。惟習慣法之存在和內容，常有不明瞭的遺憾，自不能追隨社會的進化，和經濟的變動，而有迅速的進展，以適應新時代的需求。故當社會生活漸漸發達，文字使用漸漸普及時代，只有成文法可以應時代的需要。十八世紀末至十九世紀初，一方面歐洲諸國，日益強大，中央集權之勢已成，國法統一之望隨之而起；他方面自然法論的理想主義風靡於法學家，各國競爭編輯大規模的成文法典，企圖網羅民法法規於其中，相信施行這種宏大的民法法典以後，決可廢止一切習慣法，將來無再發生習慣法的餘地。當時制定宏大的民法法典者，有一七九四年普魯士的普通國法，一八〇四年法蘭西的拿破崙法典，一七八五年奧大利的約塞夫法典，及一八一一年同國之民法典等，無一不是明言或暗示否認習慣法。然因資本主義的發達，與社會問題的發生，引起了嚴重的事象，又非成文法所能適應的，而有新的法律的要求。為適應此種要求，有人主張擴大法官自由裁

量的範圍，有人主張成立新習慣法。第一種主張實現以後，法院審理案件，不僅應依法典以求『抽象的公平』，并應就各個具體案件，加以詳密的觀察，以求得『具體的公平』。第二種主張實現以後，大都捨棄『法無不備的原則』，而容『新習慣法的發生』。一八九六年德國民法，對於此點，雖未設若何規定，學者論其趣旨，已多謂其習慣法與成文法有同等的效力。至一九〇四年，瑞士民法第一條，則明定習慣法對成文法有補充的效力。如此，習慣法又有復興的趨勢，已無疑義（註）。

（註）穗積民法總論三六頁；陶希聖法律學之基礎知識七一—七三頁。

#### 第四節 法理

##### （一）法理的意義

法理即法律一般的原理；換言之，即由法典全體推出的原理。其意義雖較日本裁判事務心得第三條所謂『條理』為狹，但與德國民法第一草案所謂『法規精神所生的原則』、奧國民法第七條所謂『自然的法則』、瑞士民法第一條第一項

所謂『自居立法者地位所當制定的法規』則無區別。

## (二) 法理適用的必要

法律既有固定性，一經成立，即不容易變更。然社會進化，經濟變遷，不特日新月異，且又綜錯紛紜，極其繁雜。法律的進化和變遷，無論如何，總趕不上社會的進化和經濟的變遷那樣迅速。況簡單的法律，不能把社會中一切現象，均網羅而為規定，使之毫無遺漏。如有新的事實發生，而無法條或慣例可以援用時，法官仍須以法理為標準審判之。故法理為民事適用法規之一，已無疑義。

## (三) 法理的認定

法官既可根據法理以為審判，則法理的認定，果為主觀的，抑為客觀的？學說上不無爭議。法理的認定，應依據客觀情形，求其適合社會的原理，不能由法官的主觀見解，而為自由裁量；但徵諸事實，法理的認定，不外法官當下判決時，認為某種資料，或感情可為依據的，遂以法理或條理的名稱命之而已。如此，法官所認定的法理，是否本諸支配階級意識而認定，實有討論的餘地（註）。

法理應依  
客觀認定

(註)陶希聖法律學之基礎知識一〇五頁；甯敦武法學概論三四頁。

### 第五節 判例及學說

判例即法院據以判決的規範。判決能否成爲法規各國法制尙有不同。英美兩國採判例拘束主義，判例固爲法律的主要淵源，而佔國法中的大部分；大陸派諸國如法德瑞士日本等國則採判例不拘束主義，判例唯就特定事項有拘束力，自非法律的直接淵源。

學說即個人關於法律問題的見解。在法律不完備時代，常採取名家的學說，作爲法律的直接淵源，例如羅馬明令採用五大家的學說，賦與法律的效力。近時則無明令採用學說之例，不過得供立法者參攷，而爲法律的間接淵源而已。

## 第三章 民法的編制

### 第一節 編制的方式

判例拘束主義與判例不拘束主義

法典編制的體裁

各國民法典多採論理體

羅馬式的編制法

民法的編制，即指民法分部編制而言。欲明全體的法理和各部的關係，不可不先知編制的方式。英美爲不文法國，各種法律大半爲習慣法，民法既無成文法典，自無編制之可言。歐洲大陸諸國，成文法實居多數，自有成文法編制的必要。關於編制的方法有四：(1)依法律發達的順序以編別之者（沿革體的法典）；(2)依法令頒布的年月以蒐輯之者（編年體的法典）；(3)依國字的順序以整列之者（韻府體的法典）；(4)依論理的分類法以排列之者（論理體的法典）。上述四種方法，大多成爲歷史上的遺物，唯第四方法的推行範圍甚廣。近世各國民法典，除英美以外，大多採第四方法。第四方法沿至後世，復分爲羅馬式編制法與德國式編制法。茲先述羅馬式編制法與德國式編制法，次述蘇俄式編制法於左：

#### (一) 羅馬式編制法

羅馬式編制法，是取法於羅馬學者給雅斯（Gaius）的法律教科書及查士丁尼帝的法律階梯所爲的編制法，一名法律階梯式編制法。這種編制法，即將民法分爲人事法，財產法，訴訟法三編。法國民法一八〇四年即採此編制，不過將訴訟

法刪去，而以財產編分而爲二。其第一編爲人事；第二編爲財產及所有權的變更；第三編爲所有權取得的方法。意大利，西班牙，荷蘭，比利時，葡萄牙諸國民法及日本舊民法均採此方式。

## (二) 德國式編制法

德國自繼受羅馬法後，法學者即設立更合於理論的編制而研究之。德國式編制法即取法於德國私法學者的普通法講義或著述所爲的編制法，一名法律會典式編制法。這種編制法的特色有二：其一在於債權、物權、親屬、繼承四編之前，冠以總則編，以規定上述四編中法律關係的通則；其一在於分財產權爲債權物權兩大部分，以辨明其性質。薩克遜民法（一八六三年）首先採用這種編制法；惟因其視物權較債權爲重，特列物權編於前。巴侖（Bavaria）民法草案（一八六一年）又以債權爲物權的取得方法，乃列物權編於後。日本現行民法（一八九八年）仿薩克遜式。德國現行民法（一八九六年公布，一九〇〇年施行）則採巴侖式。瑞士民法（一九〇七年）第一編人事，第二編親屬，第三編繼承，第四編物權，

債權一編會另以債務法定之（一八八一年發布，實與德國式編制法中債權法的規定相等）。暹羅新民法第一編總則，第二編債權，第三編物權，第四編親屬及繼承，第五編國際私法，是均師法德制而略加區別。我新舊民草及民法的編制，雖亦仿德國式，唯民法參考瑞士暹羅蘇俄等國法制，採民商統一主義，內容多有刷新之處。德國式與羅馬式的差異點有四：

(1) 德國式於篇首設總則編，彙集權利能力，行為能力，以及其他各種法律關係的共通事項，而為總括的規定；羅馬式則無此概括的規定。

(2) 德國式將性質判然不同的物權法與債權法分別規定，以明其對人對物效力之差異；羅馬式則同置於財產法中。

(3) 德國式將關於人格及能力的規定，與親屬關係劃分；羅馬式則為混合的編制。  
(4) 德國最後置繼承一篇，凡關於繼承的複雜事項，均為詳密的規定；羅馬式則以繼承專看作取得財產的方式（註一）。

學者常根據上述不同之點，而謂羅馬式為非論理的及非系統的，不及德國式



之完備，然徵諸學說，亦有謂親屬法爲維持全社會之基礎的法律制度，非以設定特殊階級的特權爲目的，無論有產者與無產者，莫不受均等的維繫，民法典先宜規定親屬法，德國式編制法將親屬法定爲第四編，亦不免有本末倒置的缺憾。

### (三) 蘇俄式編制法

民法編制的方式，向來僅有羅馬式與德意志式兩種；惟自蘇俄十月革命以後，又產生一種新穎的編制法。蘇俄於一九二三年一月一日實行的新民法，其編制分爲四編：第一編總則；第二編物權法；第三編債權；第四編繼承。這種編制的方式，就其排列次序而言，是與巴侖式相反，而與薩克遜相似；但薩克遜的債權法中不涉及商法範圍，蘇俄則以公司法規定於債權編中，是其不同的第一點。薩克遜式以第四編規定親屬法，蘇俄新民法中則無親屬法的規定，另有關於身分登記，婚姻，親子關係，及後見的法典（一九一八年九月十六日施行），是又其不同的第二點（註二）。要之，蘇俄新民法的編制，其立法理由乃與新經濟政策相對應，自與資本主義國家的立法不同，不可認爲德國式所可完全系屬的。

(註一) 穗積民法總論一八頁；歐宗祐民法總則二八頁以下；陳瑾昆民法總義總則二三頁。

(註二) 高柳賢三新法學之基調一四九—一五三頁。

## 第二節 編制的主義

凡一階級奪得政權，必以某種主義爲其基礎，制定各種法律，以保障其政權，并鞏固其經濟組織。民法既爲法律的一部，其基礎亦必建築於一定的主義之上。例如一八〇四年的法國民法，以個人主義爲精神。一九〇四年的德國民法，以連帶主義爲骨幹。一九二一年的蘇俄民法，以社會主義爲基礎。茲就近代民法的立法主義觀察之，可分爲左列三種：

### (一) 個人主義的民法

個人主義的民法，既以保護私有財產制爲目的，其基本原則，不外保護『所有權的絕對性』和『契約的自由』。此種原則，係濫觴於羅馬法，而大成於法國民法。

(1) 羅馬法 羅馬法爲所有權本位的法律，即以保護獨占私有財產權的階級爲職志。依據羅馬法保護的結果，社會的富固可增加和積蓄。但社會的富乃由財貨的轉換而增加其價值，法律又須使財產能夠自由轉換而後可。財產的自由轉換，乃爲交易自由的原則，亦即羅馬法所寓的精神。羅馬法既負有保護所有權和契約自由的使命，不僅促成榨取利益的階級與利益被榨取的階級相對立，并能破壞中世的封建制度，以樹立近世資本主義制度，已很明顯的（註一）。

(2) 法國民法 法國民法典，是根據一七八九年人權宣言第一條的意旨而制定，其基礎當然建築於個人主義之上。個人主義的民法有三大原則：(A) 個人所有權不可侵的原則，及繼承權的原則；(B) 契約自由的原則；(C) 過失責任的原則（註二）。此三大原則，是資本主義法律的主要象徵，不僅保障生產手段的私有，亦可促成生產自由，勞動自由，及自由競爭。法國民法本產生在封建生產關係破壞後，乃爲努力於新基礎上再建生產關係的法律。故法國民法一方面反對封建社會所遺留的舊生產關係，他方面復反對大革命時期的急進

思想，不外爲中間階級所要求的法律。茲就法國民法的內容分析於次：(1)法典對於勞動契約無特別的保護規定，反之，商人階級與非商人階級所適用的法律不同；(2)法典對於財產權有詳密的保護規定，反之，對於勞動契約則委於資本家與勞動者的自由意思；(3)法典對於有產者所受的封建束縛，嚴加剷除，反之，對於無產者的生存却無絲毫的保障；(4)法典一方面認定個人人格一律平等，他反面却認嫡出子與私生子待遇不同，及男女私權的差別。

個人主義的法典，在資本主義發展期，勢難永久保持而無變遷的。法國民法既亦受同樣的影響，當然有下列的變遷：例如一九〇一年社團法，便是補救民法既法人制度的缺點；例如法院關於權利濫用的判例，便是限制所有權的行使；又例如法典對於勞動者工作時所受傷害，必須雇主有過失始負賠償的責任，判例則取結果責任主義，不論雇主有無過失，皆須賠償。如此，法國民法雖爲保護中間階級利益的工具，但因資本主義的發展，及法律思潮的震蕩，終有很大的變遷，亦爲時勢所使然（註二）。

連帶主義  
的民法

## (二) 連帶主義的民法

產業革命以後，有產者利用個人主義的法律爲護符，在國內造成特權階級，加緊剝削勞動者；在國際形成帝國主義，任意侵掠殖民地。其結果不僅造成財富集中，階級對立；亦足促成帝國主義者的衝突，世界大戰的暴發。國家社會主義派及講壇社會主義派目睹自由放任的流毒，勞工解放的運動，日甚一日，遂主張行使社會政策，以限制個人自由。限制個人自由的主義，卽爲『連帶主義』。在德瑞等國民法上尤有顯著的表現。

(1) 德國民法 德國民法爲所有權法典的大成，同時表現後期資本主義的特色。從技術上說，法國民法是立法者對於已成的法規加以整理；德國民法則爲有意識的計劃起草，可稱爲有科學系統的法學者法。從精神上說，其基礎原則與法國民法相同，皆爲所有權的法典；但對於極端的個人主義却有多少的變更。不僅法人有詳細規定，雇傭有保護規定，卽權利濫用亦有相當限制，凡只有侵害他人權利的目的之權利行使，則認爲違法。故學者多以爲德國民法的精神

德國民法  
的特點

非爲個人主義，乃爲連帶主義。

到了一九一四年的世界大戰發生，促進了德國革命。德國新憲法第一五三條第三項規定：所有權包含義務，所有權的行使，同時要爲着公共的福利而爲之；同法第一五五條第三項規定：開拓或利用土地，爲土地所有者對於公共所負的義務，其用勞力或資本所生的土地價格，要爲着公共利用之。這種規定，是認定所有者對於財產的使用，一半是權利，一半是義務，已使民法的作用受了很大限制。

(2) 瑞士民法 瑞士民法比德國民法更爲進步。自技術上說，其文字較爲淺顯，稍有平民化的傾向；其規定只涉及法律制度的綱要，未有德國民法那樣詳密，比較上富於彈性。自精神上說，日耳曼法的色彩較強，個人主義的精神較弱。最重要的是左列兩個特點：

(A) 權利濫用的限制加強 凡人必須以善意行使權利并履行義務，顯明的權利濫用，乃爲法律所不保護的。

(B) 法院自由裁量的範圍加廣 此與德國民法限制法院解釋者不同。凡未

有立法的規定可以適用時，法官應依習慣；無習慣時，應依其若自爲立法者所當定的法則而爲裁判（註四）。

德瑞兩國立法的精神，雖注及社會經濟的利益；其立法的基本觀念，似由個人主義變爲社會主義。然以嚴正的眼光觀察之，其基礎仍建築於承認私有財產制度上，乃以調和社會感情爲手段，保障個人利益爲目的。故此種立法仍宜視爲限制的個人主義的立法，與法意英美等國所採取的個人主義，僅有程度的差異而已。

### （三）社會主義的民法

俄國舊民法典的內容，大都受着十九世紀諸國立法的影響。卽一九〇五年民法典編纂委員起草的民法典草案（所謂第二草案），亦明明採用德國民法典及其學說。自建立社會主義聯邦蘇維埃共和國以後，其憲法已充滿社會主義的精神，保護私產的民法亦自應全部廢止。惟至一九二一年，蘇俄發布新經濟政策以後，復認許私人在與社會經濟之目的不抵觸的範圍內，可以自由置產及自由

支配，是又允許人民私有小資本額。在這種新式的經濟的生活中，既不能不發生私產關係，亦即不能不制定新民法，以維持其關係。所以一九二二年十月間，全俄蘇維埃中央執行委員會第九屆大會第四次會議，遂通過一種新民法。這種新民法當然是社會化的，與一般資本主義國家的民法最顯著的差異點有二：（一）是關於不動產法；（二）是關於繼承法。並且該民法只有四百三十五條，比任何國家現行的民法都要簡單些，這是在現代民法中別開生面的（蘇俄勞動羣衆權利宣言第三條及民法第一條，第二一條，第四一六條參照）。

綜上所述，個人主義的立法原理，爲『個人自由』；社會主義的立法原理，爲『一切平等』；社會政策的立法原理，爲『限制個人自由』。故其影響所及，個人主義能推翻君主貴族；社會主義能打倒資產階級；社會政策僅能調和不等的情感，未可消滅不平的基因。

十九世紀前半期以前的立法，大都本諸『個人主義』及『自由主義』，特別保護所有權的不可侵性和契約自由。到了十九世紀後半期，法學思潮已經轉變了，反對過



去立法主義的呼聲，幾能遍諸各國。總括他的呼聲，不外提倡：『法律社會化』、『私法公法化』、『由個人本位向社會本位』、『由個人主義向集團主義』、『由個人主義法學向社會主義法學』（註五）。這種傾向，不是少數人的思想，已成爲現代流行的思想。新制定的民法，固應接受時代的要求；卽已經制定的民法，亦多有相當的變遷。

（註一）平野義太郎法律與階級鬥爭（薩孟武譯本）六一—六三頁；佐  
佐穆民法之社會化一七三—一八〇頁。

（註二）我妻榮民法總則一二頁以下。

（註三）陶希聖法律學之基礎知識五一—五四頁。

（註四）陶希聖前書六〇—六二頁。

（註五）高柳賢三新法學之基調一四〇頁。

### 第三節 我國民法的沿革

我國自唐虞以來，歷代均有法典的編纂。然向多趨重公法方面，未有完成獨立商

私法典。徵諸我國歷史，雖尚書孔傳已有民法的名稱，歷代律文戶婚諸條，即爲解決民事的法規；但其規定的形式，仍爲處罰的律條，當與現代所謂民法不同（註一）。到了前清季年，朝野人士始知舊法的腐敗，難應時代的需求，曾有變法之議。光緒二十八年派沈家本、伍廷芳爲修律大臣。然其時專注重修訂刑律，尙未顧及私法方面。民元以後，關於民事法規既未規定，仍須適用民事有效部份（前大理院判例上字三〇四號）。茲將民法編纂的沿革分述於次：

（一）民律草案的編纂

光緒三十三年，派沈家本、俞廉三、英瑞爲修訂法律大臣，設修訂法律館，始起草民律。該律採大陸最新立法主義，計有一五六九條，共分五編：前三編由日人松岡義正博士起草，於宣統三年完成；後二編由朱獻文、高种等起草，亦於同年脫稿，此即本書所稱舊民律草案（簡稱舊民草）。

舊民草既直接師法日本，間接倣效德國，大部份繼受外國法而來。從形式上說，雖甚整齊周密，有條不紊，從實際上說，則與我國國情不無抵觸（註二）。後經修訂

法律館修改，刪去五十五條，仍存一五一四條，即本書所稱新民律草案（簡稱新民草）。舊民草與新民草區別的要點有二：（一）舊民草總則編有權利之行使及担保的規定，新民草則完全刪去；（二）舊民草物權編無典權的規定，新民草則增定之。

## （二）民法的頒行

五院成立後，中央政治會議議決民法總則編（十七年十二月十九日，第一六七次會議），債權編（十八年六月五日，第一八三次會議），物權編（十八年十月三十日，第二〇二次會議）等立法原則，已由立法院制定，并經國民政府頒行之。（1）民法總則編 民法總則編於十八年四月二十日由立法院第二十次會議通過，國民政府於同年五月二十三日公布，并決定同年十月十日施行。該編共分七章，計一百五十二條，較舊民草（共分八章，三百二十三條）固縮減一半有奇；即較新民草（共分五章，二百二十三條）亦將減去三分之一。該編參酌暹羅、蘇俄等國民法，及法意共同民法草案，搜集全編共同的法則，訂為法例一章，

列於編首；并能確定男女平等，注重社會公益，是較新舊民草爲進步。

(2) 民法債編 民法債編於十八年十一月五日，由立法院第五十八次會議通過，國民政府於同年十一月二十二日公布，並決定於十九年五月五日施行。該編編制於民商法統一後，其編制及內容自與新舊民草不同。

(3) 民法物權編 民法物權編於十八年十一月十九日，由立法院第六十一次會議通過，國民政府於同年十一月三十日公布，並決定十九年五月五日施行。其編制及內容，固與舊民草不同，亦與新民草有異。

(4) 民法親屬繼承兩編 民法親屬繼承兩編於十九年十二月三日，由立法院第一二〇次會議通過，國民政府於二十年一月二十四日公布，並決定同年五月五日施行。其規定的內容，多與新舊民草不同。親屬編有下列特點：(1) 承認男女平等；(2) 明認結婚離婚自由；(3) 明定夫妻關係；(4) 廢除妾的制度；(5) 提高私生子及養子的地位。繼承編亦有下列特點：(1) 廢除宗祧繼承；(2) 男女繼承平等；(3) 確認配偶互有繼承權；(4) 承認父母兄弟姊妹及祖父母有繼承權；(5) 限定繼承的

承認。

(註一) 歐宗祐民法總則四八頁。

(註二) 歐宗祐前書四九頁。

#### 第四章 民法法規的種類

法律得依系統實質效力等標準而分類，則民法典及其內容各法規，亦可從法律的分類觀察之。民法典中包含以公法規定與私法規定，前已述之。茲就其以外之民法法規的種類，加以觀察，并分析說明於次：

##### (一) 固有法與繼受法 (採放法)

固有法是以其社會內所發生發達的社會規範為內容的法律；繼受法是以他社會內所發生發達的法律移而為其社會的法律。簡言之，固有法為本國固有的法律；繼受法由外國傳來的法律。外國法的繼受，有習慣法的繼受與立法的繼受兩種：前者如十三世紀十四世紀德意志之繼受羅馬法；後者如比利時意大利等

固有法與  
繼受法

繼受法的  
實例

國之繼受拿破崙法典，繼受法有無真正爲本國法律的價值，尙有疑問。當資本主義達於最後階段，財政資本已能支配全世界，一民族或一國家的社會生活自非絕對的可以孤立，乃與他民族或他國家的社會共同構成人類社會。一民族一國家既可受他民族或他國家的刺激誘導，以促進其發達，則法律的繼受，亦正爲人類社會應有的現象（註一）。雖然，甲國法律必根據其國的經濟組織而產生，乙國法律亦應適應其國的經濟組織而制定。如甲國的經濟組織與乙國的經濟組織尙未站於同一階段上，乙國固不能刻板式的採仿甲國法，以充實其國法律的內容。即兩國的經濟組織達於同一階段，在實際上有繼受的可能和必要，然繼受以後，甲乙兩國的一切社會情狀，亦時常發生變動，難保無抵觸的地方。如此，一國制定法律時，既不能盲目的繼受他國的法律；法律制定後，又不能盲目的依照母法或姊妹法及其解釋可知（註二）。我民法總則編，殆全爲繼受法；債編的內容，亦大部分由繼受而成。物權親屬繼承等編則不然，物權編既含有固有法（例如典權）；親屬繼承兩編，尤不宜多仿外國法。

實體法與  
程序法

(二) 實體法與程序法

民法中含  
有程序法

實體法係規定權利義務的存否、性質、及範圍的法律；程序法係規定權利義務實行之手段的法律。普通稱前者為民法及各種民事特別法，亦云「主法」；後者為民事訴訟法，破產法，強制執行法，不動產登記法，戶籍法，亦云「助法」。然此種區別，不過就大體言之。自民法上觀察，亦非全體均由實體法而成，其中亦多含有程序法。又如關於法人的設立（三二條—三四條），登記（三〇條，三一條）及清算（四一條—四三條）等規定，本為實體法，同時亦為程序法。此種區別，在法文解釋適用上本無何等的實益，唯在立法上方針上有將此二者分別規定的必要。從理論上說，固可認為先有實體法而後有程序法；但從法制史上觀之，無論民事刑事，程序法均先發生發達，而為實體法之發生發達的誘因（註二）。

普通法與  
特別法

(三) 普通法與特別法

普通法與特別法區別的標準有三：(1) 基於法律適用的「地域」而區別；(2) 基於受法律適用的「人」而區別；(3) 基於法律規定的「事項」而區別。就第一標準言之，

能施行全國領域的法律爲普通法；僅能施行於一地方的法律爲特別法。就第二標準言之，能適用於一般人民的法律爲普通法；僅能適用於特種人民（即有特別地位或職業的人民）的法律爲特別法。就第三標準言之，規定一般事項的法律爲普通法；規定特別事項爲特別法。在民商二法分立時代，固稱民法爲普通法，商法爲特別法；即民商二法統一以後，我國雖不規定商法法典，現行的商人通例（除編入民法債編的部分外）及已經公布的公司法，票據法，保險法，海商法，對於民法仍爲特別法。普通法與特別法的區別，無論依據前述何種的標準，特別法關於其規定的事項，均優於普通法，而先受其適用。然特別法亦非全然排斥普通法的適用，不過普通法多補充特別法以受其適用而已（註四）。

#### （四）原則法與例外法

原則法是關於某事項在一般情形所適用的法規；例外法是關於該事項有特別情形時排斥原則法而適用的法規。例如我民法第六條爲原則法，第七條爲例外法。原則法例外法的區別，與普通法特別法的區別並不相同。普通法對特別法



雖爲原則的規定，特別法對普通法雖爲例外的規定；然不能謂普通法全部爲原則法，特別法全部爲例外法。民法絕對的爲普通法，不僅其全部中含有原則法與例外法；即一個條文中亦含有原則法與例外法。例如總則編的規定對債編的規定常爲原則法；債編的規定對總則編的規定多爲例外法（第一條第三七條參照）。又例如本文的規定對但書的規定常爲原則法；但書的規定對本文的規定亦多爲例外法（第二二條，第二六條，第三七條，第五四條，第六〇條參照）。此種區別的實益，在解釋時須特別留意兩者的關係；但不宜拘守例外應嚴格解釋的原則，以沒視社會的合理性（註五）。

### （五）強行法與任意法

強行法是其法規所規定之法律關係的內容，不許以當事人的意思變更的；任意法是其法規所規定之法律關係的內容，不過爲當事人之意思的補充或解釋。換言之，強行法不問當事人的意思如何，須適用其規定；任意法依當事人的自由意思，得排除其適用。法規有此二種的結果，法官對於個個案適用法律時，第一

須適用強行法規；第二須依當事人的特約或其他意思表示；第三始適用任意法規。任意法原爲解釋或補充當事人的意思而設，非可反乎當事人的意思以強行之，必於無當事人的意思表示時，始得適用之。雖然，當事人未有與任意法規相反的意思時，仍不妨強行之。任意法一旦已經決定適用，其強行與所謂強行法相同，惟當事人對於任意法得豫先表示反對意思，以排除其適用，是又與強行法有異。民法規定何者爲強行法或任意法？在法文體裁上多有明示（例如用有除當事人有特別訂定，或特別意思表示，或特約的語句時，則爲任意規定）其未有明示時，不外詳攷立法的目的以決定之。依從前的解釋，債編多爲任意法；物權親屬繼承等編多爲強行法。然契約自由的原則，乃爲個人主義的產物，不僅無絕對存在的真理，且已造成有產者剝削無產者的惡劣現象。社會主義的國家，固反對契約自由的原則；卽近世社會政策的國家，亦實行契約自由的限制。如此，債編中的任意法，勢必日漸減少而無疑（註六）。

（註一）穗積民法總論上卷四五—四七頁。

(註二) 甯敦武法學概論三六頁。

(註三) 穗積前書上卷四八頁。

(註四) 穗積前書上卷四九頁。

(註五) 穗積前書上卷五〇頁；鳩山日本民法總論上卷一九頁；我妻榮民法總則四〇頁。

(註六) 穗積前書上卷五一—五四頁；佐佐穆民法之社會化一七三—一八六頁；甯敦武前書四七頁。

## 第五章 民法的解釋

### 第一節 總說

法律成立以後，全靠人去運用，方可發生效力。運用的方法，無論是行政上的執行，或司法上的適用，均須先明白法律的真正意義。法律原用文字爲符號，構成條文的形式，方發表於外；但是文字雖能傳達他們的意思，決不能將他們的意思整個的傳

達出來。那末，法律的意義，當然有不明白或不詳盡的地方。這些疑義，無論是表現於法文的表面上，或者隱匿於法文的裏面，均足隱蔽法律的真正意義。我們要將法律的真正意義闡明，使其毫無曖昧或矛盾的地方，即非加以正確的解釋不可。況且社會是變動的，進步的，法律大半是硬性的，固定的，以硬性和固定的法律，拘束此變化不居的事物，當為事實上所不能，則欲有以濟法律之窮，更應重視法律的解釋。

法律解釋的目的，在闡明法律本身的意思，非闡明立法者的意思。習慣法與判例法雖不無解釋的問題，尤以成文法有解釋的必要。民法典是抽象的規定原則，且設有國民前所未聞的新制度，若不先確定其意義，不得充分的發揮法律的效用。如此，欲闡明民法上的表現疑義或隱匿疑義，非特別注重解釋不可。

就法律解釋的效力說，可分為強制解釋與學理解釋兩種。所謂強制解釋，是出於有適用法律權者的解釋，其解釋的本身，具有法律的效力，故又稱有權解釋，或公解釋（包括立法解釋，司法解釋，行政解釋三者）。所謂學理解釋，是出於學者的私見，其解釋的本身雖無強行力，亦有學理上的價值，故又稱無權解釋，或私解釋（包括文

字解釋，論理解釋。』茲所謂解釋，即『學理解釋。』拿破崙於其法典頒布後，見有解釋其法典的註釋書，雖有『吾法典喪矣！』之嘆，然拿破崙法典自頒布以後，迄今已百餘年，仍能行於法蘭西者，實全為學理解釋之賜。（註）

（註）穗積民法總則上卷五五頁以下。

## 第二節 學理解釋

學理解釋，是由個人的思慮以確定法律的意義。其中得分為文字解釋與論理解釋兩種：

### 文字解釋

#### （一）文字解釋

文字解釋，即依法文的字義，以解釋法律的方法。又稱為文理解釋，或文典解釋。元來成文法所以為成文法，以其有法文的字義為基礎，則解釋成文法，應以文字為根據，已無疑義；但專重文字的解釋，實又不無缺點：（1）法律的解釋，非以究明文字的意思為目的，乃以闡明法律的意思為目的。如謂僅能明瞭文字的意思，即為

文字解釋  
的缺點

明瞭法律的意義，實爲錯誤。(2)現社會的法律，並非古典，乃爲支配現實的活動不居的共同生活的規範。如以文獻學的或註釋古文書的方法解釋法律，則文字意義有不明瞭，或同一文字具有數個意義，或僅依文字解釋而與其他法條相抵觸的場合，仍非依照古典式的解釋不可。(3)法律上的術語，僅依字面解釋，往往發生謬誤，即雖法律術語以外的文字，亦常有不依通常的意義，須依法律上特別的意義解釋之，方可適合實際生活。例如「物」與「因果關係」等名詞，不可從物理上及哲學上的意義解釋，應依法律上的意義解釋之。

如上所述，文字解釋非獨立的而且完全的方法，不過爲法律解釋的一種而已。如欲法律解釋，能闡明法律的真正意義，必與後述的論理解釋相輔而行，方可達到目的。

## (二) 論理解釋

論理解釋，即由推理的作用，以解釋法律的方法。其所用的方法，亦不僅專憑論理解釋之，故近世學者多謂其名稱爲不當。有的主張改稱論理解釋爲法律學的

解釋；有的主張改稱論理解釋爲法律的解釋；有的主張改稱論理解釋爲目的解釋；嚴格論之，均有不安，不如消極的解爲「文字解釋以外的一切解釋方法」較爲適當。論理解釋的方法，不外注重下列各點：(1)須參考立法的材料（如草案、理由書、委員會的記錄、及議會的筆記錄）；以究明法律的內容；(2)須研求法律的沿革（即歷史的研究法），以說明形式上實質上的變遷；(3)須注重法典的組織；（即組織的解釋）；以避免法條與法律全體或其他法律相抵觸；(4)須依據立法的理由（即目的解釋），以闡明法律之實質的內容；(5)須依據法律上的原則，使各條文有一貫的精神；(6)須依據法律制定的原因，以探求法律的意義；(7)須着眼實際的結果，以求法律與實際生活相調和。此外尚有嚴格解釋（例外規定或特種規定均須從之），與當然解釋（亦稱強論理法），亦爲法律解釋的原則。

根據前面所述，論理解釋實包含多種解釋的方法；其中大部分未有多大的價值，不過「組織的解釋」與「目的解釋」最爲重要而已。前者是從形式方面，依據論理方法，以解釋法律；後者是從實質方面，依據價值判斷，以解釋法律。從來此派學

者謂僅依論理方法即可解釋法律，亦不免有所偏見。

(三) 文字解釋與論理解釋的關係

近世學者有謂文字解釋與論理解釋爲各自獨立的解釋方法；有謂文字解釋不能明瞭法文的意義時，始可用論理解釋；前者爲相對立說，後者爲有順序說，均不可認爲正確。究之，文字解釋與論理解釋乃相依爲用，相合爲一的解釋方法，並可同時並用，以觀察其內部的理由。文字解釋與論理解釋的結果，如互有出入，或意義不明時，須從左列的標準：

(1) 法文含有數種意義，或意義不明時，須依論理解釋，即依『宣言解釋』以確定或補充其意義。

(2) 文理解釋與論理解釋的結果有矛盾時，須依論理解釋即依『擴張解釋』或『縮小解釋』或『變更解釋』以擴充，縮小，或變更其意義(註)。

(註) 歐宗祐民法總則三三頁—四三頁。

第三節 類推適用



準用與適用的區別

類推適用，即法律中無明文規定的事項，可適用與此類似事項的規定以處理之。類推適用所以補充民法的不備。近世各國民法中，往往有「準用」一語，殆即表明類推適用的意義。例如我民法第四一條，第八一條二項，第一〇條三項，第一〇三條二項，第一一四條二項等規定。此種規定，不外立法上爲便宜的規定，以避免重複繁雜，實質上仍與之一一詳細規定無異。惟準用與「適用」不同，非將所引用的規定完全適用，不可不適應事物的性質以適用之。有時亦有「準用之準用」的複雜關係（例如日民法第三五〇條，第三六二條二項等規定），解釋上須特別注意。準用規定的濫用，立法技術亦須避免之。

法律無準用規定時，是否允許類推適用？從必要上說，則不能不許類推適用。民法乃爲社會生活的原則規定，欲以民法典網羅現在及將來所有社會的現象，自爲事實上不可能。若不允許類推適用，不僅民法爲社會生活之原則規定的效力大受限制，亦將發生不公平的結果。然類推適用果應依如何的根據而允許之？學者中有謂類推適用爲新立法，其結果能發生新習慣法或判例法；有謂類推解釋爲解釋的一

類推適用的根據

方法，其解釋即擴張解釋帶有類推的意義；是均不能認為正確。依第一說，則類推解釋非為原則的適用，乃為原則的設定；依第二說，則超出類推解釋的程序，不得認為解釋。余以為類推的根據「是法理」或「條理」。元來所謂法理，不是法官及其他解釋者之主觀的標準，乃社會生活之原則的觀念。社會生活的原則，不可不求統一。現在欲求可適用於甲事項的原則，適有與之同性質的乙事項，在法律上已有明定，則可準用於甲事項，即所以從法理或條理。若以與可適用於乙事項的法規相異的原則，適用於與乙事項性質相同的甲事項，則反乎法理或條理，故法律上的類推適用，即依法理或條理以關於某事項的法律規定應用於與之同性質的他事項（註）。

（註）穗積民法總則上卷五九—六一頁。

#### 第四節 自然法說

自由法說是二十世紀初，法德奧三國學者所唱道，主張在國家法律之外，尚有自由法之存在，又名新自然法論。此派學者一面排斥論理的方法，而視擴張解釋，縮小

解釋，類推解釋，及其他一切解釋的原則爲古典式的解釋法；一面認定法規不過爲裁判官之一的指針，主張裁判官在法規以外，可依科學的自由探究，以發現基於事物的本性的法律。簡單說，就是脫離『概念法學』、『論理法學』的羈絆，另闢『目的法學』、『利益法學』的新道路，不專靠死板板的法文，而能檢討活潑潑的法律。這種主張，誠可推翻裁判官的任務，在於闡明立法者及法律的意思的學說，而在法學界中能另闢一新生面，放出異彩不少（註）。

自由法說既可免概念法學的流弊，復可補制定法律的不備，是能使法律自由發達，以適應社會的變遷。然法律的目的有二：一則在於適用於個個事件，求得正當衡平的裁判；一則在於法律生活的安定，不使人民的權義時生動搖。是二者不可稍有偏畸。論理法學固是重視後一目的，而忽視前一目的的缺點；自由法說亦有重視前一目的，而忽視後一目的的缺憾，誠可謂美中不足。

（註）歐宗祐民法總則四四頁。

## 第六章 民法的效力

民法關於  
時的效力

同時施行  
主義與異  
時施行主  
義

所謂民法的效力，即民法得於何時，何地，及對於何人，何時而適用之的問題。民法的適用，乃以民法的規定為大前提，現在發生的事實為小前提，以推論其法律上的結果。至民法適用的範圍，亦可從種種的見地加以觀察，分為關於時，關於地，關於人，及關於事數種。關於事的效力，俟於本論第一章法例中說明之，先將關於時地人的效力說明於左：

(一) 關於『時』的效力，

民法關於時的效力，即因成立而生效力，因廢止而失效力。茲將施行期間及不溯既往的原則分述於次：

(1) 施行期間 法律的施行期間，通常有兩種主義：一為同時施行主義，即自法律公布之日，或自法律公布之日起，經過一定期間以後，同時施行於全國；一為異時施行主義，即自法律公布之日起，依距離法律公布地的遠近，分別設立達到期限，全國各地的施行期間，遂因之各有不同。我民法總則編於十八年五月二十三日公布，同年十月十日施行；民法債編於十八年十一月二十二日公布，次

年五月五日施行；民法物權編於十八年十一月三十日公布，次年五月五日施行；是均採同時施行主義，已無疑義。

(2) 不溯既往的原則 此原則自羅馬以來，即為諸國法律一般所公認。如美國憲法及法國民法第二條，日本舊法例第二條，均有明文規定。法律關係既已受舊法的支配，而發生法律上的效果，若再受新法的支配，勢必將已經確定的法律關係牽動，使之復生變化，則吾人的生活，時有因法律變革而致動搖的隱慮，實非所以保護社會生活之道。況且新法時代的事情與舊法時代的事情相扞格，強為適用，亦必與社會背景相衝突。如此，法律不溯既往的原則實有存在的必要。我民法（總則編、債編及物權編）依總則編、債編、物權編各施行法第一條的規定，不適用於民法總則編、債編、物權編施行前所發生的民事，是亦採不溯既往的原則；但立法上認為有溯及既往的必要，均由各施行法特別規定之。例如民法總則施行法第三條至第六條，第十六條至第十八條；民法債編施行法第二條至第八條，第十條至第十三條；民法物權編施行法第二條，第四條至第七條。

不溯既往  
的根據

溯及既往  
的例外

## 第九條至十三條

## 二 關於「人」的效力

民法本爲普通法，自不適用於某種特別階級之人，而適用於一般之人。然所謂一般之人，有二種解說：(1)國法的效力，能追隨其國的人民，不問所在如何，凡屬本國國籍者均應受其拘束；(2)國法的效力，僅限於其國的領土，不問國籍如何，凡在本國領土內者均應受其拘束。前者爲「屬人主義」；後者爲「屬地主義」。中古以前，專行屬人主義。近世國家發達，始發生屬地主義，而與前主義併立爲原則。故今日的國法，因行使「人民主權」的結果，不問其國人民在本國，抑在外國，國家均可支配之；因行使「領土主權」的結果，凡住在領土內的外國人，亦須受其支配。我民法依此原則，不僅適用於本國領土內的本國人；亦可適用於領土外的本國人，及領土內的外國人。然我國與各國締結不平等條約，承認外國有領事裁判權，凡有領事裁判權各國的居留中國人民，均不受我民法的適用。

近世各國，既多以屬地主義爲基礎，而折衷屬人主義，其國法自應支配領土內

國際私法  
的使命

民法關於  
地的效力

居留的外國人。然各國若盡量行使人民主權與領土主權，其結果必有很大的衝突。況內外人情風俗習慣，多有不同，尤難強以同一法律繩之。爲調和此種涉外的私法關係，須有『國際私法』的必要，即對前述的原則而設重要的例外。此種法規有於民法中規定的，如法國民法；有於民法施行法中規定的，如德國民法施行法；有以單行法規定者，如日本法例，及我國法律適用條例。此種法規，就其作用說，固爲國際私法；就其本身說，則仍爲國內法。

### (三) 關於『地』的效力

民法既爲普通法，自非適用於特定區域，而以適用於全國領土爲原則；但民法亦有因特殊情形，不能適用於本國領土內某一地方。例如朝鮮台灣樺太等地，雖均爲日本的領土，須適用朝鮮民事令，台灣民事令，及關於樺太的特別法令，而不適用日本民法的全部。我民法施行後，自應適用於全國領土，不能以某一地方爲例外。然我國領土廣闊，人事複雜，民法亦有一時不能施行（例如蒙古西藏等處）。

## 第七章 民法上的權利義務

## 第一節 民法上的權利

### 第一款 總說

#### (一) 權利的意義

關於權利的本質，學說上很多爭執，特舉其重要於左：

(1) 意思說 此說為沙威尼所奉持的，即謂權利是依法令所賦與的意思力（即意思支配）。對於此說的非難：法律在很多的場合，雖規定以意思為要件（例如無意思能力人的行為為無效；占有權發生以有意思為必要），却不能謂無意思即不能享有權利。如謂享有權利，必須以意思為要件，則幼年及精神病人均無意思能力，仍得享有權利，又將何以說明之？或有謂無意思能力人置有法定代理人，即所以補充其意思。然法定代理人僅能代理無意思能力人行使權利，而享受權利者仍為無意思能力的本人。

(2) 利益說 利益法學者係從權利的內容着眼，以為權利是依法律而被保護的



利益。又有些學者把利益說與範疇說相結合，以爲權利是法律所限定的利益。對於此說的非難：（一）在法律上有權利的，不必常有利益，例如親權及債務超過的繼承權。（二）法律所保護的利益，亦不必盡有權利，例如行政官署命令土地所有人設立路燈，通行人的利益雖依此命令而被保護，却無請求其爲此行的權利；又例如受債權的讓與通知，乃爲債務人的利益，債務人却無請求其通知的權利。（三）即使權利雖有賦與利益時，乃爲權利的結果（目的），非即權利的本體。

(3) 範疇說 此說爲自由主義之倫理化的說明，即謂權利是依法律所許容之人類行爲的範疇。對於此說的非難：（一）範疇乃爲權利的外廊，而非權利的本質；（二）依法律所許容的行爲，不是均爲權利行爲。

(4) 折衷說 此說係折衷意思說與利益說，即謂權利一面爲意思之力，一面爲利益。對於此說的非難，亦與對於意思說與利益說的非難相同。

(5) 職能說 前述各說皆爲主觀的形而上的權利觀念，對此各說的反動，乃有職

能說。職能說謂個人與個人間只有社會職能，個人與國家間只有公共服務，決無權利之存在。權利本爲個人主義的產物，反對個人的學說，多唱權利否認論，而認爲社會的作用（註一）。

社會關係，是個人與個人的關係，階級與階級關係之總和。個人與個人的關係，階級與階級的關係，最後皆決定於社會生產與交換制度，而受社會經濟所支配的。無論何人皆有意識或無意識的加入社會生產與交換關係之中，不能脫離此關係的拘束。凡參加共同生活分子，均須對社會盡一種責任，他們所盡的責任，有了社會的價值，方爲法律所應保護的。

現代法律關係的內容，雖漸受階級勢力的決定，而法律關係的成立，仍由個人的發動。今日的社會，仍是個人意志交錯而成的社會，則在這種社會裏面，個人在社會經濟的組織中，不得不居重要的地位。例如物價雖漸受國家的干涉，而買賣契約的成立，却發動於出賣人與買受人。又例如勞動條件雖漸受國家及勞動契約的限制，而勞動契約却又發動於勞動者與工廠管理人。如此，個人在現代社會

權利的定

權利的主体

權利的客體

中，是仍有社會的經濟職能，但個人為行使其社會的經濟的職能，必能有法律上的能力而後可。法律為使個人行使其社會的經濟的職能所賦與的能力，便是「權利」。

## 二、權利的要素

(1) 權利的主体 通常稱權利人為「權利的主體」；義務人為「義務的主体」。綜合權利人與義務人稱為「權利的當事人」。權利的當事人相互間立於享有權利負擔義務的對立狀態。稱此狀態為「法律關係」或「權利關係」(本書本論第一章第一節參照)。

(2) 權利的客體 權利常依權利的對象而存在。所謂權利的對象，即權利因之而發生的基體，例如所有權依物而生，親權依子而生。名其對象(物、子)為權利的客體(本書本論第三章第一節參照)。權利的客體與權利的目的雖非分離而為獨立的權利的要素，但通常却並稱權利的主体，權利的客體，及權利的目的為權利的三要素。

權利的目的，向來以確定可能適法爲原則。所謂確定的，即得履行之義；所謂可能的，即得實現之義；所謂適法的，即不爲法律所禁止之義。確定可能適法的原则，亦爲法律行爲的一般有效要件（本書本論第四章第二節第四款第二項參照）。

(3) 權原 法律效果必由一定的原因而發生。發生法律效果的原因，謂爲『法律事實』。若由權利發生方面觀之，則稱爲『權原』。權原雖通常不認爲權利的要素；但權原無效，權利則不能發生，是權原可爲權利的要素無疑（註一）。

（註一）岩田新日本民法總論一——八頁；陶希聖法律學之基礎知識一一六——一八頁。

（註二）岩田新前書三〇——三二頁。

## 第二款 公權與私權

公權與私權的區別，乃與公法和私法的區別相對應，即公權爲公法上的權利，私權爲私法上的權利。公法上的權利，即由統治關係而生之統治階級利益與國家共

同利益；私法上的權利，即由非統治關係而生之身分利益與個人利益。更進一步說：凡立於統治關係時，不問是國家或公共團體對於私人，或私人對於國家或公共團體所有的權利，均為公權；其以外的權利，均為私權。公權與私權的區別，尚須注意左列四點：

(一) 此種區別不在其『主體』。國家或公共團體立於私法關係時，得有私權；私人立於統治關係時，亦得有公權。例如國家或公共團體得為財產權的主體，私人得為選舉權訴訟權的主體。

(二) 此種區別不在其『發生原因』。訴權本為公權，常因私權侵害而發生；特許權本為私權，曾因國家特許而發生。

(三) 此種區別不在其『是否關於財產上的利益』。租稅徵收權，官吏俸給權，雖有財產上的利益，仍為公權；親權雖無財產的利益，仍為私權。

(四) 此種區別不在其『有無民事訴訟的保護』。私權不必盡為民事訴訟所保護；公權亦不必盡為民事訴訟所除外，例如權利侵害有時為行政訴訟所保護，選舉

訴訟亦可為普通法院所管轄(註)。

(註)穗積民法總論上卷七七頁以下。

### 第三款 私權的分類

#### 第一項 依權利的『內容』而分類

所謂權利的內容，即指權利內容之有形無形的利益而言。就此標準得將權利分為左列六種：

#### (一) 財產權

(1) 財產權的意義 關於財產權的意義，學者的見解不一：(一)謂財產為有金錢的價值之權利；(二)謂財產權為得處分的客體之權利；(三)謂財產權乃以得處分的利益為標的之權利。要皆有可批評之點。債權的標的，既不限於有財產價格(例如約人歌舞)，物權的客體，亦有無金錢上的價值(例如好友書信)，是(一)說不甚正確。財產權雖多為得處分的客體之權利，亦有不得處分其客

體，仍得爲財產權（例如專屬一身的權利，雖有得爲財產權，然實不得處分之）。是（二）說亦不足取。財產權的內容，雖多在得可以處分的利益，亦有僅在得精神上的愉快，並不在得可以處分的利益，仍不失爲財產權（例如約人奏樂，則（三）說不能無誤，益無疑義。要之，財產權乃得與人格身分分離而存在，可解爲人格權身分權以外的權利（註一）。

(2) 財產權的種類 就財產的種類言之，可分左列五種：

(甲) 物權 物權卽以直接在物上享有一定利益爲內容的權利。民法物權編中所規定的所有權（七六五條以下），地上權（八三二條以下），永佃權（八四二條以下），地役權（八五一條以下），抵押權（八六〇條以下），質權（八八四條以下），典權（九一一條以下），留置權（九二八條以下）等皆屬之。

(乙) 準物權 準物權卽非以有體物之使用、收益及處分爲目的的權利，而法律上視爲物權。民法物權編中所規定的準共有（八三二條），準占有（九六六條），權利質（九〇〇條以下），固爲準物權；卽如漁業權、鑛業權等，雖以物

無體財產  
權

債權

得有權

之採取爲目的，並非現實以特定物爲標的，唯將來依特定行爲得享有其物，法律上亦認爲物權。他如日本特別法規中所規定的工場財團、鑛業財團、鐵道財團等亦屬之。

(丙) 無體財產權 無體財產權即存於精神的製作上的權利，或以無形的利益爲目的的權利。此種權利與物權同其性質，其所異的，一則以有體物爲目的，一則以無形的利益爲目的。例如著作權、特許權、意匠權、商標權等皆屬之。

(丁) 債權 債權即以特定人之特定行爲爲目的的權利；詳言之，即債權人對於債務人要求其爲作爲或不作爲的權利。民法債編中所規定的權利，均爲債權。

(二) 得有權

得有權即由自己一方的行爲，得享受法律上之效果的權利，亦稱『能權』及『可能權』。例如前述之準物權中的鑛業權、漁業權，及後述之形成權中的承認權（八〇條、八一條）、撤銷權（八八條至九二條）、選擇權（二〇八條至二一三條）抵



銷權（三三四條以下），解除權（二五四條以下），終止契約權（四〇三條，四二四條，四四三條，四五八條，四七二條，四八五條，五四九條，五六一條），利息滾入元本的權利（二〇七條一項但書）皆屬之。他如離婚權（一〇四九條以下），非婚生子女認領權（一〇六五條，一〇六七條），拋棄繼承的權利（二七四條以下）等，亦可謂爲形成權。

## 人格權

### （三）人格權

人格權即以與權利人的人格不可分離的利益爲標的的權利。其性質爲絕對權，且爲專屬權。例如生命權，身體權，自由權，名譽權，貞操權，信用權，肖像權，職業權等屬之。職業權更可分爲營業權，競業禁止權，非賣同盟權，雇入封鎖權，同盟罷工權等。惟此等權利，多因維持公共秩序的必要而受限制，不得自由行使之。

### （四）親屬權

親屬權即以由親屬關係所生的利益爲標的的權利；換言之，卽有一定身分的人格者始得享有的權利，故亦稱『身分權』。例如親權，子權，夫權，妻權，家長權，家族

## 親屬權

## 繼承權

權等屬之。有謂親屬權乃以相對人的一身為標的的權利，親屬權即為人身權，實與尊重人格之義不合。此種權利更可細分為三：有以相對人的行為為標的，例如扶養請求權（一一一四條以下），認領請求權（二〇六七條），夫妻同居請求權（二〇〇一條）；有以使用收益或管理相對人的財產為標的，例如夫妻的原有財產有使用收益管理之權（一〇一九條，一〇二〇條），親對子女的特有財產有使用收益處分之權（一〇八八條），有依自己的行為得使發生法律上特定的效果，例如離婚權，夫妻財產契約廢止權（二〇二二條）。前述三種權利，雖均本於親屬關係而生，若就其實質言之，則第一種權利帶有『債權性』，第二種權利帶有『物權性』，第三種權利帶有『能權性』，親屬權不過為其一統括的名稱而已。

### （五）繼承權

繼承權有兩種意義：（一）繼承開始後的繼承權；（二）繼承開始前的繼承權。前者與繼承權的意義適合，後者不過為一種的期待權，而非真正的權利。然法律對於期待權加以保護，是仍具有權利的性質。

(六) 社員權

社員權即社團法人的社員對於該法人所有的權利之總體。例如表決權、執行業務權、監督權、分配利益請求權、選舉及被選為董事之權均屬之。

第二項 依權利的『作用』而分類

權利的主要作用，可分為：(一)自為特定的行為；(二)要求他人為特定的行為；(三)拒絕他人的請求；(四)單由一方的行為，使生法律一定的效果。依此標準以區分私權，得分為左列四種：

(一) 支配權

(1) 支配權的意義 支配權是就權利標的得為特定行為的權利，例如物權、準物權、無體財產權、親屬權屬之。從來學者有謂支配權為支配權利的客體的權利；有謂支配權為得請求他人不為一定行為的權利。就前者言之，則親權將為支配子身的權利，實與近代尊重人格之旨相反，故不可採。就後者言之，其作用有

積極的支配  
權

請求權

絕對請求  
權與相對  
請求權

二(一) 請求他人勿爲同一的支配，是曰排他性，或獨占性；二(二) 請求他人勿妨害其支配，是曰禁止妨害性，學者稱之爲「禁止權」，其實，禁止權非一種獨立存在的權利，僅爲支配權中之禁止的作用而已。

(2) 支配權的類別 支配權可分爲積極的支配權與消極的支配權二種：

(A) 積極的支配權 此依作爲而爲支配的權利，例如地上權，永佃權。  
(B) 消極的支配權 此依不作爲而爲支配權利，例如不作爲地役權。

## 二二 請求權

(1) 請求權的意義 請求權即以請求他人爲一定行爲，或不爲一定行爲爲內容的權利(德民一九四條參照)。請求他人爲一定行爲，是爲「積極請求權」；請求他人不爲一定行爲，是爲「消極請求權」。請求權有僅能行使一次的；有能繼續或反覆行使的。前者固爲一個請求權；後者應視其發生的原因而定。

(2) 請求權的類別 請求權可分爲絕對請求權與相對請求權二種：

(A) 絕對請求權 此爲對於一般人的請求權，即通常由絕對權(物權，無體

財產權、親屬權、繼承權等) 而生的請求權。

(B) 相對請求權 此為對於特定人的請求權，即通常由相對權(債權、社員權等) 而生的請求權。

請求權與  
債權

(3) 請求權與「債權」的關係 對於請求權與債權的關係，向有兩種學說：有謂債權的內容，不以請求權為限，請求權以外尚有代位權、撤銷權、抵銷權、解除權等；有謂債權的內容，純為請求權，即專在請求特定人為一定行為，或不為一定行為。至於代位權等，乃法律於其固有的內容外，特別賦與的效力。前者為消極說，後者為積極說。請求權本為債權作用的重要部分，而非請求權即為債權，自以從前說為正確。况我民法明定請求權雖因時效消滅，債權仍得受領清償。(第一四五條) 尤可證請求權與債權非為一物，不過為債權的效力之一而已。

(4) 物上請求權與「物權」的關係 因物權被侵害而生的請求權有二：一為損害賠償請求權；一為返還標的物請求權及原狀回復請求權。前者以金錢給付為目的，乃為純然的債權；後者以原狀回復為目的，則為物上請求權(帶有準物

物上請求  
權與物權

權性。)物上請求權與純然的債權不同，唯於性質所許的範圍內，得適用債權的規定。

對於物上請求權與物權的關係，亦有兩種學說：有謂物上請求權爲物權的作用，而不以之爲獨立的權利；有謂物上請求權爲從物權所發生之獨立的權利，與債權的內容毫無區別。前說爲多數說，後者爲少數說。物上請求權既以要求他人之積極的行爲爲內容，而物權本身則非以他人之積極的行爲爲內容，是應從後說視爲獨立的權利，較爲正確。

(5)請求權與「訴權」的關係 從來學說，皆以訴權爲私法上的請求權或請求權之一作而，用不承認其有區別，其實，一爲程序法上的權利，其內容在請求國權的發動，純爲公權的一種（學者間有稱之爲權利保護請求權，判決請求權）；一爲實體法上的權利，其內容在請求其爲某行爲或不爲某行爲，純屬私權的範圍；二者的性質，是有截然不同。

### (三) 抗辯權

延期抗辯  
權與永久  
抗辯權

再抗辯權

形成權

(1) 抗辯權的意義 抗辯權即拒絕現在請求權使不能履行的權利；換言之，即得拒絕請求權人請求給付的權利。故又稱爲給付拒絕權，對抗權，否認權，消滅權，或防衛權。抗辯權的性質，從來學說有三：(一) 請求權說；(二) 形成權說；(三) 撤銷權說。前二說固不正確，後一說亦不洽當，宜認爲一種「特別權利」。

(2) 抗辯權的類別 關於抗辯權的種類，可分爲延期抗辯權與永久抗辯權兩種：

(A) 延期抗辯權 此爲暫時得拒絕他人的請求權，即一時妨止請求權的行使，例如同時履行的抗辯權（第二六四條），拒絕代爲清償的抗辯權（第七四五條）。

(B) 永久抗辯權 此爲永久得拒絕他人的請求權，即絕對的使請求權歸於消滅。例如消滅時效完成後債務人的抗辯權。

(3) 再抗辯權 再抗辯權即請求人對於對手方的抗辯權；換言之，即對於抗辯權的反對權，其性質與抗辯權同。

(四) 形成權

(1) 形成權的意義 形成權即得以單獨行為發生法律上之效果之權利，詳言之，即得由一方的意思表示而使權利發生變更消滅，或使生其他法律上的效力。此種權利在未行使以前，對於原存的法律關係，並無何等變化，不過有引起變化的可能性，學者從此着眼，故稱之為『能為權』。此種權利一經行使之後，則對於原存的法律關係，必發生一種變化，學者從此着眼，又稱之為『形成權』。要之，形成權為得有權的一種，其本質原無差異，不過得有權的命名，就權利的結果而觀察，形成權的命名，就權利的作用而觀察而已。

形成權雖為私權的一種，其性質却與其他私權不同。考其特質有三：(一) 形成權無可供支配的客體，故非支配權；(二) 形成權非要求他人為一定行為，故非請求權；(三) 形成權無相對應的義務，故非普通權利。

(2) 形成權的類別 形成權以法律關係的效力為標準，得分為左列三種：

(A) 創設權 創設權即依單獨行為以創設新法律關係。例如買回權（第三七九條），先買權（第九一九條）等。又有附與終局的效力於法律關係者，例



如法律行爲的同意允許承認權(第七七條,第一一七條,第一一八條),無權代理行爲的承認權(第一七〇條)等。

(B)變更權 變更權即依單獨行爲以變更原法律關係。例如選擇債務的選擇權。

(C)消滅權 消滅權即依單獨行爲以消滅原法律關係。例如撤銷權,撤銷訴權,抵銷權,解除權,終止契約權等。

形成權雖可創設權利,變更權利,要以消滅權利爲最多。前述的抗辯權,亦可解爲形成權的一種。

### 第三項 依權利的「效力範圍」而分類

以權利效力所及的範圍爲標準,權利得分爲絕對權與相對權。此種分類,雖法國學者多持否定,英美學者則力唱之。關於絕對權與相對權的定義,向有種種解說:有謂絕對權爲得對抗一般人的權利,相對權爲僅得對抗特定人的權利;有謂絕對權

乃以一般人爲義務人的權利，相對權乃以特定人爲義務人的權利；有謂絕對權乃請求一般人之不行爲的權利，相對權乃請求特定人之行爲或不行爲的權利。亦有以對世權與對人權的名稱代之，而以物權人格權及繼承權爲前者的適例，債權爲後者的適例。

此種分類雖在私權分類上佔重要的地位；但因有左列各種理由，亦不能認爲充分徹底：

- (1) 此種分類既不能將一切權利概分爲二，形成權自無所歸屬。
- (2) 物權雖爲絕對權的適例，然他物權不能強烈地對抗目的物所有人，固帶有若干相對權的色彩。即所有權在不得否認他物權的場合，亦可謂帶有相對權的性質。

(3) 學者間有謂親屬權爲絕對權，有謂其爲相對權，要之，親屬權非爲單純的權利，乃兼有絕對權與相對權的性質（例如夫妻關係）。

(4) 依德國學者的通說，第三者侵害債權，不得成立不法行爲，債權自無不可侵的

性質；但英國有反對的判例，已明認相對權在某種程度亦有絕對的效力。要之，絕對權與相對權的分類，依前述的標準，既不充分徹底，可謂絕對權以一般人之不可侵義務為成立要素；相對權以特定人之義務為成立要素。

#### 第四項 依權利的「相互關係」而分類

### 原權與救濟權

#### (一) 原權與救濟權

原權即不待他人的侵害行為而原來存在的權利；救濟權乃因原權受侵害時所發生的權利。例如返還標的物請求權，回復原狀請求權，及損害賠償請求權。救濟權與流出權尚有不同：流出權即以既存的權利為原因而發生的權利，其範圍當較救濟權為廣。例如由扶養請求權而發生每期扶養費請求權，由定期金債權而發生每期定期金請求權，因物權的侵害而發生物上請求權，因一般權利受侵害而發生不法行為債權，均可包括之。

### 主權利與從權利

#### (二) 主權利與從權利

主權利即不從屬於他權利而能獨自存立的權利，又稱爲獨立權利；從權利乃以他權利爲其成立及存在之要件的權利，又稱爲從屬權利。從權利既係附屬於主權利，故其發生消滅及移轉，以隨主權利爲原則，例如質權、抵押權、留置權之於債權，地役權之於要役地所有權，及利息債權之於元本債權的關係。

前述的救濟權，雖在某種意義可謂爲從權利，但與此處所謂從權利，仍有下例差異之點：(1)救濟權爲請求權；從權利則多爲支配權。(2)救濟權因原權受侵害而當然發生；從權利則與主權利共發生，或因特別的設定行爲而發生。(3)救濟權以原權的缺損爲前提，從權利以主權利的存在爲前提，故救濟權有因原權消滅而發生，從權利則以主權利併存在共消滅共移轉爲原則。要之，救濟權以原權的變形爲精神，從權利以主權利的增加爲本旨。

#### 第五項 依權利「與其主體的關係」而分類

此種分類，乃以權利是否專屬於權利人一身之權利爲標準。依此標準得分爲專

屬權與非專屬權兩種。專屬權常專屬於權利人一身，不得處分的權利；非專屬權非專屬於權利人一身，而可處分的權利。例如身分權爲專屬一身的權利。財產權雖多爲非專屬一身的權利；然由委任契約或雇傭契約所生的權利及終身年金權等，則多爲專屬於一身的權利。財產權中的專屬權，尙可分爲享有專屬權與行使專屬權。例如因不法行爲而生損害賠償請求權或股東權爲行使專屬權，終身年金權爲享有專屬權。

非專屬權即得處分的權利。所謂得處分的權利，即權利不變更其內容而可變更當事人的權利。此種權利又可分爲得拋棄的權利，得繼承的權利，得讓受的權利三種。權利中有得拋棄而不得繼承的（例如委任人對於受任人的權利）；有得拋棄得繼承而不得讓受的（例如解除契約權，終止契約權）；又有得拋棄得繼承且得讓受的（例如普通的財產權）。

本節參考岩田日本民法總論一〇—三〇頁，穗積民法總論上卷八八—

一一一頁，鳩山日本民法總論上卷二五—三六頁，歐宗祐民法總則五八

一六七頁，陳瑾昆民法通義總則二九—四三頁。

## 第二節 民法上的義務

義務的意

### (一) 義務的意義

義務是應為一定作為或不作為之法律上的拘束。所謂法律上的拘束，是有被強制的狀態，當然與道德上宗教上的義務不同。道德上與宗教上的義務，大都無拘束力；法律上的義務，則含有強制力。

### (二) 義務的類別

(1) 公法上的義務與私法上的義務 公法上的義務，即公法上所規定的義務，例如當兵義務，及納稅義務；私法上的義務，即私法上所規定的義務。凡民法上所稱義務，均屬於後者。

(2) 積極義務與消極義務 義務係以一定作為或不作為為標的，前者稱為積極義務，例如為他人從事勞務的義務，及給付某物於他人的義務；後者稱為消極

積極義務  
與消極義務

公法上的  
義務與私  
法上的義

對主義務  
與單存義  
務

第一義務  
與第二義  
務

主義務與  
從義務

權利與義  
務的關係

義務，例如不可侵害他人財產的義務，及不毀損他人榮譽的義務。

(3) 對主義務與單存義務 對主義務，即與權利相對應的義務。此種義務，乃為權利的反面，又可分為對於相對權的義務，與對於絕對權的義務兩種；對於相對權的義務，是包含有積極義務與消極義務；對於絕對權的義務，則僅有消極義務一種。單存義務，是單獨存在的義務，其與前項義務不同的，即在其反面無對應的權利之存在。

(4) 第一義務與第二義務 第一義務與第二義務的區別，乃與權利之分為第一權與第二權同一標準。不可侵害他人的權利的義務，乃為第一義務；因其侵害而發生賠償的義務，即為第二義務。

(5) 主義務與從義務 主義務與從義務的區別，是與主權利與從權利的區別相對立。即主義務是與主權利相對的義務，例如債務人所負償還債務的義務；從義務是與從權利相對的義務，例如保證人的担保義務。

### (三) 權利與義務的關係

自一般言之，權利與義務固常相對立，多數學者遂以此為權利必有的現象，有權利則其反面必有義務。然在公法上僅有義務而無權利，固所常見；即在私法上亦有此種情形。登記義務及公告義務，固無對立的權利，形成權的反面，又無對立的義務，則謂二者常相對立，已不正確。

社會規範在本質上只發生義務，而不發生權利。權利是市民社會的特有觀念。近來各國法律上所規定的權利，或行使上伴隨義務，例如德國之所有權，或性質上變為義務，例如親權與家長權。過去之親權與家長權，是為父母及家長的利益而存在的權利；今後的親權與家長權，是為子女及社會的利益而存在的義務。如此，法律的進化，是由義務本位到權利本位，復由權利本位返於義務本位，已可證實了。

#### (四) 間接義務

間接義務雖可稱為義務，然實與義務的性質不同。間接義務不過由法律規定不利益的情形，以間接強制人為一定行為。究竟為此行為與否？仍為其自由，未受



法律的拘束。例如債權人對於債務人雖有請求給付的權利，而不負受領的義務；法律有使之負遲滯責任的規定，即間接強制債權人有受領的義務（第二三四條）至催告及選擇的意思表示（第一七〇條二項，第二一〇條）買賣瑕疵的通知（第三五六條），亦均屬於此類。

# 本論

## 第一編 總則

### 第一章 法例

#### 第一節 總說

法例爲全部法則的總括規定。各國民法典的編制，有設法例的，如瑞士，暹羅，及蘇俄的民法；有不設法例的，如德意志，法蘭西，及日本的民法。惟從民法編制上說，法例爲適用於民法全部的法則，應規定於第一編的編首。民法若無法例的規定，而以應規定的法則分列於民法各編中，組織上固不完備，即有總括的規定，其位置不列於第一編的編首，系統上亦有欠缺。因此，我民法特將法例規定於總則編第一章，實爲編制上的必要。

#### 第二節 民事法規的適用

何謂民事

## (一) 民事的意義

所謂民事，即國家生活以外之社會生活中的各種事項；換言之，即狹義的社會生活中的一切事項。民事有廣狹二義：廣義的民事，包括民事的全部而言；狹義的民事，專指商事以外的民事而言。在採民商分立主義的國家，民事與商事是劃分的，其所謂民事，即狹義的民事。在採民商統一主義的國家，民事與商事是不劃分的，其所謂民事，即「廣義的民事」。我民法既採民商統一主義，則第一條上所稱民事，應包括商事在內，已無疑義。

## (二) 民事法規適用的範圍

依民法第一條的規定：關於民事，應先依法律規定；法律無規定者，依習慣；無習慣者，依法理。是民事適用的法規，應以法律、習慣、法理為限可知。所謂法律規定，即法律有明文的規定，自非專指民法而言。民法以外的公司法、票據法、保險法、海商法，固為民事的範圍；即條例、自治法、條約法中如有關於民事的規定，亦可適用之。故民法第一條不曰本法，而以法律一語統括之。

民事法規  
適用的範  
圍

關於民事，法律如無規定時，依東西各國的立法例，大都依據習慣，我民法亦從之（本書緒論第二章第二節參照）。惟習慣僅能補充成文法而受適用，則適用習慣，必須法律無明文規定而後可。苟有明文足資根據，即不得排除法律，援用習慣，以妨害法規統一之旨（前大理院三年上字一一九八號判例，四年上字一二二二號判例）。雖然，法律亦常有就特定事項已設規定，仍許其適用習慣，殆以習慣存在與否，往往不明，特預為補充規定，以防不備。此種規定，既為補充習慣法而設，必須法律有明認習慣的效力，習慣法始得成立（例如第六八條，第三七二條等規定）。法律既無規定，復無習慣可援用時，各國立法，主張不同：有規定由法官準用最類似的條文；有規定由法官推演法理以處理之；有規定法官應自視處於立法者的地位，以立法的觀念處理之（本書緒論第二章第四節參照）。然近似條文，非可必得，援引不無困難；立法之權，授諸法官，流弊亦易發生。我民法持採第二方法，規定無習慣者依法理，究其所以不稱條理，而曰法理者，以條理一語，意殊含混，不若法理二字的意義較為明晰。

### (三) 民事法規適用的順序

民事法規適用的順序，應依其性質確定之。茲確定其適用順序如下：(1) 民事特別法；(2) 民法；(3) 民事特別條例；(4) 民事有效部分；(5) 民事習慣法；(6) 法理。

### 第三節 文字的使用

#### (一) 文字使用的必要

法律行為有無使用文字的必要？當以法律上有無明文規定為先決。法律無明文規定時，使用文字與否？固全屬當事人的自由。凡法律有明文規定者，當事人的法律行為，即須訂定一定的書面，以證明法律行為之成立，或權利義務之存在。若不依法定方式，除法律另有規定外，其法律行為為無效（第七三條）。法律定明須使用文字者甚夥，不僅不動產物權移轉或設定（第七六〇條），夫妻財產契約的訂立變更或廢止（第一〇〇七條），及兩願離婚（第一〇五〇條），作成遺囑（第一一八九條），均有使用文字的必要；即如不動產的租賃（第四二二條），處理權

的授與(第五三二條)經理人的特別委任(第五四條二項)代辦商的特別授  
權(第五五八條三項)終身定期金的契約訂立(第七三〇條)亦須使用文字以  
訂立其方式。至使用文字的種類，法律雖無明文，要以使用普通文字爲原則。若當  
事人約定使用外國通用文字，法律亦可認爲有效，但以號碼使用於書面者，則不  
可與使用文字同視。

(二)文字使用的方式

使用文字的方式，依民法第三條所規定，不出左列三種：

(1)親自簽名 書面固不限於本人自寫，但必須本人自簽姓名。

(2)用印章代簽名 使用人如不親自簽名，用自己印章代之，其效力與親自簽名  
同。

(3)用指印，十字，或其他符號代簽名 使用人如不能簽名，復無印章，往往於他人  
代書的姓名之下，捺用指印，或畫十字，或其他符號，以代簽名，必須經二人簽名  
證明，始與親自簽名生同等效力。

### (三) 文字與號碼的使用效力

關於數量的記載，如僅以文字或專用號碼，自不發生何等問題；惟以文字及號碼為同時表示，或以文字或號碼為數次表示，其表示有不符合時，法院自應以當事人的原意為依據。若不能推知當事人的原意，究竟以何者為準，為避免實際上的爭議起見，民法實有明定的必要。茲分說之於次：

(1) 表示數量不符合時，同時以文字及號碼表示，其表示有不符合時，應以「文字」所記載的數量為準（第四條）。

(2) 表示數次不符合時，凡以文字或號碼為數次表示，其表示如有文字與文字不符，或號碼與號碼不符時，均以「最低額」為準（第五條）。若同時以文字及號碼為數次表示，其表示有不符合時，則應以「文字的最低額」為準。

## 第二章 私權的主體

### 第一節 總說

## (一) 私權主體的意義

所謂私權的主體，即私權所歸屬的本體，通常稱爲「人格者」，亦有時稱爲「權利人」；惟就私權主體的意義論之，得享有私權的資格，與現實享有特定的私權不同：前者即在法律上得享有私權之人，是爲人格者；後者即以自己的名義，在實際上享有私權之人，是爲權利人。人格者在實際上不必即爲享有權利之人（例如凡人皆有買受土地的資格，但未經購買的手續，則未取得其權利）。權利人在實際上亦不必即爲得行使權利之人（例如無行爲能力人的權利，須待法理代理人行使之）。如此，人格者與權利人，仍不可視爲一物，已無疑義。

無主體的權利，學說上雖有主張能存在，然權利本爲法律上的狀態，法律即係人格者相互的關係，則權利未有離人格者而能獨立存在者，已可判然了（註）。

## (二) 私權主體的種類

古代認爲權利的主體，多不限於自然人，往往有以超自然之物（例如古羅馬法認神，天使，惡魔等爲人），無生物（例如耶穌教未輸入前，羅馬人以神社爲權



自然人

利主體)及動物(例如古埃及以貓能具有權利,暹羅以白象爲權利主體)爲權利主體。近世法律認爲權利的主體,不外自然人與法人兩種:

(1)自然人 自然人有取得權利的資格,無論男女老幼,均得爲權利的主體。即變態的人類,例如瘋癲,白癡,亦仍得爲權利的主體。雖然,在奴隸制度社會,奴隸佔有者大都視奴隸爲財物,而可任意買賣之或贈與之。奴隸在生理上雖無欠缺,而與奴隸佔有者同爲人類,然終不得爲權利的主體,是亦當時經濟組織有以使然。及奴隸制度廢除以後,自然人在法律上雖均得爲權利的主體,不可視爲權利的目的,然徵諸實際,往往有買賣人口,典押妻息,是近世仍有以人類爲權利的客體,勢非嚴加禁止不可。

(2)法人 在法律上得享有私權的資格,非以有生命有官能的自然人爲限。在自然人以外,法律亦賦與無形人或意識人以人格,是爲法人。法人除不得享有身分權外,其權利能力大都與自然人同。

(註)陳瑾昆民法通義總則四六頁。

## 第二節 自然人

### 第一款 權利能力

#### (一) 權利能力的意義

權利能力，即以享受權利負擔義務為職分的資格（法律上的地位）。德國學者稱之為「人格者」，法法系及日本民法稱之為「私權的享有」。權利能力原有公權力與私權力兩種，民法所規定的權利能力，乃指後者而言。又權利能力有廣狹二義，自狹義言之，是在私法上享受權利的資格，與此對立的為義務能力，即謂在私法上負擔義務的資格。羅馬法上的奴隸，固僅有義務能力。然近世已無此種制度，則所謂權利能力，應作廣義的解釋，不僅有享受權利的資格，亦含有負擔義務的資格，換言之，權利能力同時為義務能力（註一）。我民法稱爲權利能力，係從權利方面規定的結果，當然包括義務能力，與瑞士民法稱爲權利及義務能力無異（瑞民第一一條二項）。

權利能力  
與義務能力

公權力  
與私權力

權利能力  
與權利主體

一般的權利能力  
與特定的權利能力

權利能力  
始於出生

權利能力一語，通常解為與權利主體同意義。然權利能力雖為權利主體成立的前提，却非有權利能力之人，均必為權利主體，不過得為權利主體而已。

學者有謂權利能力可分為一般的權利能力與特定的權利能力兩種：一般的權利能力，為對一般權利得享有之的資格；特定的權利能力，為對特定權利得享有之的資格。若依此說，無論自然人，或法人，中國人，或外國人，就一般的權利能力，均為平等；就特定的權利能力，則有差異。此所謂權利能力，乃指前者而言。

## 二 權利能力的始終

(1) 權利能力的始期 自然人的權利能力，始於出生時，乃為各國法例所通定。德民一條，法民八條，瑞民一一條，意民一條，日民一條。我民法亦有明定（第六條）。關於出生的要件，各國法例及學說，尙未一致，約可分為六說：(甲)陣痛說；(乙)一部出生說；(丙)頭部出生說；(丁)初聲說；(戊)全部出生說；(己)獨立呼吸說。德日學者則謂須具備左列兩要件，始為出生完全：

(A) 出生完畢 所謂出生完畢，須胎兒全部與母體分離，即全部出生說，但出

生後，切斷臍帶與否？在所不問。據最近醫學家研究，謂其無關於獨立生存的條件，則臍帶未切斷，仍可視爲出生完畢。全部出生說乃爲羅馬法以來多數立法例所採取，德日民法均設有明文。至出生的前後，應以離母體的前後爲準，普國法第一章第十五條，定有明文。我民法雖未明定，亦得爲同一解釋。

(B) 生體分娩 胎兒與母體分離後，尙須爲生體，始爲出生完全，則死產及流產，當不得謂爲生出。至分娩後，保持生命時間的長短，固非所問；即縱爲畸形兒，或變形兒，亦仍取得權利能力。

自然人既須具備前述二要件，始爲完全出生，得有權利能力，則胎兒在未出生以前，仍爲母體的一部，不能獨立存在，在法律上似不能爲權利主體；惟各國法例爲保護胎兒將來的利益起見，亦曾設有例外，而與之以權利能力。至保護胎兒利益的範圍，各國立法例亦不一致：有採絕對主義，凡屬胎兒的利益，均視爲既已出生，如羅馬法及普奧荷瑞諸國民法（普國普通法一部一一條，奧民一二二條，荷民三條，瑞民三一二條二項）有採相對主義，凡胎兒應加保護的利益，

均以法律特定之，如德日諸國民法（德民八四四條四項，一〇二三條，日民七二二條，九六八條，九九三條，一〇六五條）絕對主義係概括的規定，不免失之太寬，自易發生流弊，似以採相對主義為宜；但相對主義，僅認胎兒有損害賠償請求權，遺產繼承權，及受遺權，仍不能保護胎兒的全部利益。

我民法明定：胎兒以將來非死體者為限，關於其個人利益的保護，視為既已出生（第七條），是為第六條的例外規定，已無疑義。依民法第七條的規定分析之：（一）胎兒個人的一切利益，無限制的受法律上的保護；（二）胎兒有權利能力，與已出生者同；（三）胎兒的權利能力，附有非死體的條件，即附有解除條件。解除條件附權利能力，與停止條件附權利能力不同：停止條件附權利能力，即為胎兒的權利能力，乃以『出生』為條件，須待出生以後，始能溯及未出生前，取得其權利能力（註一）；解除條件附權利能力，即謂胎兒的權利能力，乃以『非死產』為條件，如出生為死體，則溯及未出生前，消滅其權利能力（註二）。民草係從停止條件說（第六條），民法則從解除條件說。

胎兒的權利能力  
解除條件

權利能力  
終於死亡

自然死亡  
與法律上  
視為死亡

權利能力  
的限制

(2) 權利能力的終期。自然人享有權利能力，始於何時，終於何時，法律上均有明定的必要。各國法典，有僅訂其始期，而以死亡為消滅權利能力的唯一原因，不復加以規定。我民草亦未規定其終期。民法則以自然人自出生以迄死亡，皆為權利能力存續期間，特於第六條規定其終期，是與瑞士民法第三十一條所明定的意旨相同。民法既有明文，自然人的權利能力，自因死亡而消滅，惟此所謂死亡，乃指自然的死亡（即呼吸斷絕，心臟止動之謂），與法律上視為死亡不同。法律上視為死亡，實際上仍有生存，例如失蹤人受死亡宣告。

### (三) 權利能力的範圍

自然人的權利能力，限於法律的範圍內，須以一律平等為原則，不可稍有歧視。凡自然人於出生後，即當然取得權利能力，雖各國戶籍法有出生應行呈報的規定，究與權利能力無關。雖然，自然人的權利能力，往往因國籍、性別、身分、職業，及階級的關係而有不同。此種例外的規定，得就左列各點言之：

(1) 因「無本國國籍」而受限制。從沿革上說，古代民族富於排外思想，全不認外

國人有權利能力，如希臘、羅馬，及日耳曼古法。及封建制度崩潰以後，外國人在法律上的待遇，始有改善。關於外國人的權利能力，立法主義有三：(A) 限制主義，即以不與外人以權利能力為原則，此為歐洲中世所採取；(B) 交換主義，即以本國人在外國的權利能力為標準而定之，更分為條約交換主義與法律交換主義兩種：前者如法民法（第一一條），後者如奧民法（第三三條）；(C) 平等主義，即以外國人與本國人享受同等權利為原則，此為荷蘭所採取。近世各國立法，自一八二九年荷蘭民法（第二條）首先取用平等主義，意大利民法仿之（第二條）。德瑞民法雖無明文，亦以之為原則；但使外國人享受一切權利，恐與國家利益相抵觸，又往往設有例外（例如外國人不得享有土地所有權、漁業權、鐵礦投資權等）。日本民法第二條的規定，固足限制外國人的權利能力；美國移民法案的通過，尤予東洋民族特別的限制（註四）。

(2) 因「性別」而受限制 現代女子，在私法上雖應與男子立於平等地位；但因性別的關係，其權利能力仍必然的而有不同。例如父權與夫權，非女子所可享有

的，母權與妻權，亦非男子所可享有的。

(3) 因「職業」或「能力」而受限制。關於此點，法律多有明定，例如官吏不得爲交易所的社員，及參與其他直接或間接的投機事業；未成年人及禁治產人不得爲遺言執行人（第二二〇條）。

(4) 因「階級制度」而受限制。凡本國人皆得享有私權，乃爲近世立法的原則，然徵諸歷史，羅馬法上的奴隸，及美國未解放前的黑奴，其權利能力皆被剝削；即我國滿清時代對於娼優卑隸僧民，亦有不平的待遇。士農工商的差別待遇，在近代法律上雖完全撤廢，但在實際上仍有不平等的現象。例如日本土族與平民的稱呼不同，華族享有特種的權利（註五）。

#### （四）權利能力的規定

權利能力與行爲能力的規定，均爲強行法規，不僅當事人不得任意拋棄，讓與，創設，亦不得加以限制，或變更之。例如以契約認權利能力人爲無權利能力人，其契約作爲無效。



(註一) 岩田日本民法總論四一頁。

(註二) 松本註釋民法全書一卷八五頁；川名日本民法總論三七頁；穗積

民法總論上卷一一九頁。

(註三) 中島民法釋義一卷九一頁以下；末弘債權各論一一〇四頁。

(註四) 歐宗祐民法總則七頁以下。

(註五) 岩田前書四五—四八頁。

## 第二款 行爲能力

### 第一項 總說

#### (一) 行爲能力的意義

行爲能力，即依自己的意思表示，能使其法律行爲發生一定效力之法律上的資格。行爲能力，從廣義言之，包含法律行爲能力與不法行爲能力；從狹義言之，則專指法律行爲能力。民法上所謂行爲能力，係指後一種而言。

行爲能力  
與權利能  
力的區別

行爲能力  
與意思能  
力的區別

行爲能力  
與權利能  
力及意思  
能力的關  
係

絕對無能  
力與相對  
無能力

行爲能力與「權利能力」雖均爲法律上的能力；但權利能力是得爲權利或義務之主體的資格；行爲能力是得親自爲取得權利或擔義務之行的資格。現代法律，原則上雖認人人皆有權利能力，然有權利能力之人，不必皆有行爲能力。行爲能力雖以「意思能力」爲實質要件，然二者仍不可視爲一物。意思能力爲心理上的能力；行爲能力乃法律上的能力，故有意思能力之人，不必均有行爲能力。

行爲能力與權利能力及意思能力雖各有區別，亦有密切的關係。有權利能力之人，不以有意思能力或行爲能力爲必要；反之，有行爲能力之人，則以有權利能力及意思能力爲必要（註一）。故權利能力之存在，非以有意思能力或行爲能力爲前提；行爲能力之有無，却以有權利能力及意思能力爲先決條件。

### （三）行爲能力的種類

行爲能力既以有意思能力爲先決條件，則無意思能力，自無行爲能力。就無能力的程度說，可分爲絕對無能力（例如未滿七歲的未成年人及禁治產人），與相

一時無能  
力與繼續  
無能力

一般無能  
力與特別  
無能力

對無能力(例如滿七歲的未成年入)就無能力的時間說,可分爲一時無能力(例如因恐怖而失神,因發熱而囈語,及睡夢中的行爲,酒醉中的行爲)及繼續無能力(例如無行爲能力人及限制行爲能力人)就無能力的規定說,可分爲一般無能力(即民法總則上關於一般行爲能力的規定)及特別無能力(即民法總則以外關於特別無能力的規定,如婚姻年齡,遺囑年齡)(註二)。

### (三)行爲能力的立法例

從自然人的行爲能力觀察,可分爲有行爲能力人,無行爲能力人,及限制行爲能力人三種。何者爲有行爲能力人?依各國民法規定,多以達於成年兼有識別力爲要件。至何者爲無行爲能力人?何者爲限制行爲能力人?各國立法尙不一致,大約有左列二主義:

(1)實質主義 此主義僅規定限制行爲能力人,無行爲能力人則無規定。何者爲無行爲能力人?概作爲事實問題。凡在事實上無意思能力,即爲無行爲能力。意思能力之有無,均依具體情形定之,此爲法國民法所採取。法民所謂無行爲能

實質主義

力人，即專指限制行爲能力人而言（第一一二三條）。日本民法亦然。

(2) 形式主義 此主義關於無行爲能力人，與限制行爲能力人，法律均以明文規定其種類。其中又有兩種區別：

(A) 德國民法 以未滿七歲的未成年人，精神病人，及因精神病的禁治產人，爲無行爲能力人；以滿七歲的未成年人，因心神耗弱浪費及酒狂的禁治產人，及暫時付監禁之人，爲限制行爲能力人。奧國民法從之（德民一〇四條至一〇六條，及一一四條，一九〇六條，奧民八五六條）。

(B) 瑞士民法 瑞民雖設有未成年人，禁治產人，及無判斷力人等的區別；但僅以無判斷力人爲無行爲能力，其他均爲限制行爲能力人（瑞民一二條至一九條）。

我民法與新舊民草均仿德國民法，係採第二主義（第十三條，第十四條，及第十五條）。茲分兩點說明於次：

(1) 絕對無能力 所謂絕對無能力，是法律上純然不認其有能力，其行爲當然

無效，如未滿七歲的未成年人及禁治產人。

(2) 相對無能力 所謂相對無能力，是法律上非純然認為無能力，不過受限制的  
法律行為，不得單獨為之，如滿七歲的未成年人。

(註一) 岩田新日本民法總論四三頁。

(註二) 岩田新前書四八—五二頁。

### 第二項 有行為能力人

有行為能力人，略稱之為『有能人』，即在法律上能為完全有效的法律行為之人。易詞言之，即能單獨因法律行為以取得權利或負擔義務之人。凡此種人所為的法律行為，除另有無效或撤銷的原因外，均為絕對有效。何種自然人始為有行為能力人？舊民草曾仿瑞士民法設明文規定，須具備左列二要件：

#### (一) 實質要件

實質要件，即須有識別力。識別力為意思能力的主要部分，意思能力之有無，須

有能人  
須具備的  
要件

視識別力之有無以爲決。我民草仿瑞士民法，直以識別力代表意思能力。所謂識別力，卽能爲合理行動的能力；詳言之，凡人當爲行爲之時，於該行爲將生何等結果，并於社會上有何種意義，能有常識的判斷，斯爲有識別力（瑞民一六條）。

## （二）形式要件

形式要件卽須達於成年。身體及智識的發達程度，雖不可概以年齡區別之；惟自通常言之，智識自係與年俱進，凡未達一定的年齡，多不能熟權其利害，此法律所以有設此形式要件的必要。

關於成年的年齡，各國的人種，習慣，氣候，經濟狀態，既有不同，其立法例亦有差異：有定爲二十五歲，如丹麥；有定爲二十四歲，如奧大利；有定爲二十三歲，如荷蘭、西班牙；有定爲二十一歲，如英、美、法、德、意；有定爲二十歲，如瑞士、日本；有定爲十八歲，如蘇俄。我民法仍從新舊民草，規定滿二十歲爲成年人（第十二條）。

前述兩種要件，民法對於前者雖無明文，僅有後者的規定；但依民法關於未成年及禁治產人的規定解釋之，亦可得反對的結論：必須具有識別力，而後始有行爲

能力。

### 第三項 無行為能力人

無行為能力人，略稱之爲『無能力人』，即絕對無爲法律行爲的能力之人。此種人非自然無能力，乃法定無能力，即使實際上曾爲法律行爲，亦絕對不生效力。依民法規定，凡七歲未滿人，及禁治產人，均無行為能力（第一三條一項，第一五條）。

自然無能力與法定無能力  
七歲未滿人

二分主義

各國立法例關於年齡的區分，曾有兩種主義：

#### (一) 七歲未滿人

(I) 二分主義 此主義亦稱劃一主義，即分年齡爲成年與未成年二期。已達於成年期者，均視爲完全行爲能力人；未達成年期者，概視爲限制行爲能力人。至是否絕對無行為能力，須視其實際有無意思能力而定。此爲法日等國民法所採取。此種主義，無論在理論上或實際上均有非難的餘地，人類知能的發達，乃爲漸進的，非一時所可成熟的。劃一的區分，事實上既爲不可能，如仍勉強行之，勢

必發生不當的結果。

(2) 數分主義 此主義亦稱階段主義，即將年齡分爲成年與未成年二期之外，復於未成年期中又設數階段：未達某一定年齡者，視爲絕對無行爲能力；已達某一定年齡者，則爲限制無行爲能力。此主義創自羅馬法，近世如德奧瑞諸國民法，均於未成年期內設有七歲以上，及七歲未滿二階段。我民法亦取法德奧國民法，無論有無識別力，均視爲完全無行爲能力，此所以防實際認定的困難（第一三條一項）。

(二) 禁治產人

(1) 禁治產的意義 禁治產乃爲自主能力的反面，凡有自主能力人的行爲，均不受他人的干涉，而能獨力以行使或處分其權利。行爲能力如受禁止，則不能自爲權利的主宰，凡法律上有有效的法律行爲，均須待他人主持之，此即禁治產的名稱所由來。

(2) 禁治產宣告的必要 民法設禁治產制的宣告，其理由有二：一面可以保護本



人的利益，一面可以維持社會的安全。自然人所以有宣告禁治產的必要，要皆以其有心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己事務的情形。凡有此種情形者，雖或有時回復，然其所爲的行爲，果在心神喪失中所爲，抑在心神回復時所爲？實不易辨別之。故對於此種人須爲禁治產的宣告，不僅可以保護本人的利益，亦可使一般人均知其爲禁治產人，不至輕與之交易，以受不虞的損失，則禁治產的宣告，有益於社會安全亦大。

法法系民法（法意日諸國）均於禁治產外，復對精神耗弱，聾，盲，啞，浪費，五種人設『準禁治產制』。德國民法則未分別規定，即浪費，酗酒，品行惡劣，亦爲宣告禁治產的原因。我國舊民草有禁治產與準禁治產之分，殆與法法系民法相同。修正案僅規定禁治產，而無準禁治產制，是又取法德國民法。民法以精神耗弱爲禁治產的原因，其他則不加限制，理論雖爲一貫，實際能否與社會情形適合？仍有討論的餘地。

(3) 禁治產宣告的要件及程序 關於禁治產宣告的要件及程序，依民法第一四

準禁治產  
制

禁治產宣  
告的要件

條一項規定，得分爲三點說明於左：

(A) 須有禁治產宣告的原因。關於禁治產宣告的原因，各國法典所規定，雖不完全相同，要皆以有『精神障礙』爲主要原因。我民法規定禁治產的適用範圍，須以心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己事務者爲限。所謂心神喪失，即缺乏識別能力，例如瘋癲，白癡。心神喪失須有繼續的狀態，若酒醉之人，雖一時喪失其識別力，則非此所謂心神喪失。所謂精神耗弱，即其識別能力特別低弱，例如神經極度衰弱，或老年昏耄。精神衰弱須有不能處理自己事務的常態，如仍可勉強處理自己的事務，則不可爲禁治產的宣告。

(B) 須有聲請權者的聲請。凡具有禁治產的原因者，大都全無識別力，即有識別力亦不完全，常不能處理自己事務，苟聽其自由處分財產，實有害於本人的利益，故法律許其宣告禁治產。但禁治產的宣告，必須先有本人，配偶，或最近親屬二人的聲請。

(C) 須有法院的宣告。有聲請權人既依聲請程序爲禁治產宣告的聲請，法

院即可基於其聲請，依照民事訴訟法所規定的程序，而為禁治產的宣告。

(4) 禁治產宣告的效力 禁治產的宣告，究有如何效力？立法例尚不一致：依日耳曼古法係發生認定的效力；依現時德日民法則發生創設的效力。我民法與民草均從德日法例，應發生左列的結果：

(A) 發生確定的效力 即無論何人，必經宣告始為禁治產人，一經宣告以後，又必經撤銷，始為非禁治產人。

(B) 發生絕對的效力 即一經宣告以後，不僅對於聲請人發生效力，即對於一般人亦一律發生效力。

禁治產宣告的性質，既經說明，其在法律上有如何地位亦不可不論之。據民法第十五條規定，禁治產人既無行為能力，當不得為法律行為。禁治產人如為法律行為，其效力如何？立法例亦有二：

(A) 撤銷主義 即僅得撤銷，並非無效，法日民法從之。（法民五〇二條，一二五條，一三〇四條，日民九條）

(B) 無效主義 即概定爲無效，德奧及我民法從之。(德民一〇四條，一〇五條，奧民八五六條，我民一五條，七五條。)

(5) 禁止產宣告的撤銷 自然人經宣告禁止產以後，雖其精神已經回復，亦不能即爲非禁止產人，尚須經撤銷的程序(第二四條二項)。此種撤銷的效力，即在使禁止產人回復其行爲能力，與未經宣告時同。至撤銷的程序，當規定於民事訴訟法中。

#### 第四項 限制行爲能力人

限制行爲能力人，略稱之爲『限制能力人』，即其行爲能力特受法律限制之人。凡未受限制的法律行爲，雖得單獨爲之；其受限制的法律行爲，須得法定代理人的允許，始得爲之(第七七條至七九條)。如此，限制能力人既非如無能力人絕對無行爲能力，亦非如有能力人完全有行爲能力，其行爲能力實介乎此兩者之間。據舊民草的規定，限制行爲能力，不僅以『意思能力』爲原因，並有以『身分』爲原因，故滿七歲

的未成年人，及準禁治產人，均被定爲限制能力人；妻亦以尊重夫權與維持家庭和平的關係，而被定爲限制能力人。民法關於限制能力人的規定則不然。準禁治產制，既不復採用；妻的行爲能力，又不加以限制；是在民法上爲限制能力人，不外滿七歲的未成年人而已（第一三條二項）。

民法對於未成年人的規定，既取數分主義，將未成年人分爲兩階段：一爲未滿七歲的未成年人；一爲已滿七歲的未成年人。七歲未滿人的意思能力非常薄弱，法律認爲絕對的無行爲能力，固無疑問；惟自滿七歲至滿二十歲，其間相隔時間，既有十三年之久；精神發達的程度，亦必大有差異。八九歲的未成年人與十七八歲的未成年人，雖均爲未滿二十歲的未成年人；但其知能却有霄壤之隔。八九歲的未成年人的知能，雖甚薄弱；十七八歲的未成年人的知能，幾與成年人相等。各國民法爲補救此種缺點，特採『伸縮主義』，以避免不當結果之發生。例如法意民法設自治產制（法民四七六條以下，意民三一〇條以下）；法瑞民法設婚姻成年制（法民四七六條，四四四條，一四五條，瑞民一四四條二項，九六條）；德瑞民法設成年宣告制（德民三至

五條（瑞民一五條）。據我民法規定，未成年人所為法律行為，除具有法定原因外，均須經法定代理人的允許（本書第四章第二節第四款第二項參照）；但未成年人已結婚者，則有行為能力（第一三條三項）。此以其身體發育，知識完全，已與成年人無異，故仿法瑞民法有此『婚姻成年制』的規定。

### 第三款 責任能力

責任能力一語，依德國學說及民法，均專指侵權權利行為而言；惟自學理上言之，應汎指一般違法行為能力，較為正確。所謂責任能力，即關於負責關係的資格；詳言之，即對於違法行為能負擔法律上制裁（例如損害賠償）的資格。法律採結果責任主義，固不以行為的結果，必與其精神確有聯絡為要件。若採過失責任主義，則不然。凡人應否負違法行為的責任，以其有無責任能力（違法行為能力）為前提；責任能力之有無，又以其有無意思能力（識別力）為先決。故有意思能力人，必能預知其行為的結果，即為有責任能力；其無意思能力人，無從預知其行為的結果，即為無責

任能力。如此，責任能力與意思能力的關係，甚爲密切，故一般立法例及學說，均以責任能力與意思能力同視。

#### 第四款 住所

##### 第一項 總說

### (一) 住所的意義

住所即吾人設定爲常住的場所。日本民法稱爲人之生活的本據；德國學者稱爲人之生活關係的中心點，或人於法律上所憑據的中心點；法國學者稱爲人與處所之間所成立的法律關係；其大旨均屬相同。住所原爲吾人法律生活的中心點，唯自然人乃能有之，德國學者所謂住所能力，即指此而言。至於法人的事務所，雖亦爲其住所，乃係法律所擬制。

住所與本籍，居所，現在地，及營業所均有區別。茲分述之於左：

住所與本籍的區別

(1) 住所與『本籍』的區別 本籍爲戶籍或原籍所在的場所。住所如採形式主義，

住所爲吾人法律生活的中心點

本籍的呈報，即爲住所的呈報，二者固無何等的區別。若採事實主義，生活的根據地，往往有不在本籍而在他地，是二者仍有區別。要之，本籍由家族關係而形成之生活的中心點，住所由事實關係而形成之生活的中心點（註一）。

(2) 住所與「居所」的區別 住所與居所的區別有三：(1) 住所爲達其一般生活上之目的而居住的場所，居所爲達其特定生活上的目的而居住的場所，是其「設定的目的」不同。(2) 住所的居住意思與事實爲永久的，居所的居住意思與事實爲一時的，是其「居住的意思與事實」不同。(3) 住所採單數主義，以有一個爲限；居所則可設立數個，是其「設立之數」不同。例如寄宿舍，病院，兵營，別墅，均爲居所（註二）。凡人住居之處，因不合住所的條件，而不能認爲住所，祇可認爲居所，乃事實上所常有。據民法第二二條規定，居所在法律上的效力，遇有左列情形之一者，其居所視爲住所：

(A) 住所無可考者 有無住所，無由查考，是與無住所相同，即以其居所視爲住所（第二二條一項）。若其人並無居所，則其現在所即爲居所，而視之爲



住所（例如浮浪無定居之人）。

- (B) 在中國無住所者，確有住所，其所在亦甚分明；惟其住所不在中國（例如僑居中國的外國人），其在中國者，乃為居所，於此不問其人為內國人與外國人，應視居所為住所（第二二條二項）。然亦有例外，即依國際私法上的原因，須從住所地的法令時，不可以其無住所於中國，即以居所視為住所。
- (3) 住所與「現在地」的區別。現在地即其人現時所在的場所。現在地隨時變更，與居所不同。有謂居所即為相當時間繼續居住的場所，現在地即僅為一時居住的場所，竟認現在地不過為居所的一種。其實，居所生活上之設備的場所，現在地乃單純的為吾人現時所在的場所；二者截然不同。例如辦公室、工場、教室，均為現在地。現在地既與居所不同，其與住所更有相異可知（註二）。
- (4) 住所與「營業所」的區別。依普通情形言之，二者多同在一處。然營業人的住所，非以營業所為要件，故住所之外，不妨再有一營業所。

(二) 住所設定的主義

住所與現  
在地的區  
別

住所與營  
業所的區  
別

形式主義  
與事實主義

必要主義  
與自由主義

複數主義  
與單數主義

住所所在立法上的主義，亦不一致，可分爲三種：

(1) 形式主義與事實主義。前者即依呈報而定人之住所的主義；後者即依事實而定人之住所的主義。依前者人之住所，往往在於本籍。然住所與本籍非必同在一處，故依形式主義斷定人之住所，殊與事實不合。日本舊民法採用之。依後者住所既以事實爲重，則法律不必命其呈報，可依事實定之。凡爲生活的本據，即可認爲住所。所謂生活的本據，乃爲生活中心點的場所；換言之，即以常居的意思，而住於一定的地域內。法蘭西，意大利，荷蘭，西班牙，比利時，德意志，及日本新民法採用之。據我民法第二〇條一項所規定，亦採事實主義。

(2) 必主要義與自由主義。前者即人雖不必有數個住所，然於法律上不得有兩個住所；後者即設定住所與否，乃爲個人的自由，即無住所，亦非非法所不許。英、瑞、士等國採用前者，德、日等國採用後者。

(3) 複數主義與單數主義。此即關於住所之數，前者許一人同時設定數住所；後者不許一人同時設定數住所。德國民法採用前者（第七條二項），瑞士及我民

法採用後者（瑞民第二三條二項，我民第二〇條二項）。

### （三）住所的要素

住所的設定，非僅有住居的事實，必有與事實相伴的意思，而後住所始得成立。茲將住所的要素說明於次：

（1）主觀的要素 即其人有常住的意思。常住非一時的性質，即不定期間常久居住之謂。例如訪問友人，不得已滯留其家，不能以友人的住宅爲其住所。雖然，常住亦非不可間斷，偶爾離開生活的中心點，仍不失爲常住。常住必以有以之爲生活中心點的意思，如無此種意思，仍不可視爲住所的成立。故囚人處於獄中，兵士處於營內，即有十年之久，仍以其缺乏久住的意思，不得成立住所。

（2）客觀的要素 即有實行其意思的事實。吾人對於一定的場所，雖有住居的意思，而無實行其意思的事實，不得遽以其地爲住所，必有常居於一定場所的外部狀況，始可謂久住意思之實行。例如家屋的取得，家族的聚居，地方稅的納付，皆足以爲實行住所意思的左證。

居住意思

居住事實

(註一)穗積民法總論上卷一八四頁。

(註二)岩田新日本民法總論八八頁。

(註三)岩田新前書八九頁。

## 第二項 住所的種類

住所的種類，因觀察點之不同，而有種種的區別。茲將最重要的分述於左：

### (一) 任意住所

任意住所即基於各人之自由意思而設定的住所，乃與法定住所相對的。其中可分為本住所與假住所：

(1) 本住所 此即為通常生活根據的處所。茲將本住所的設定與廢止分述於後：

(A) 設定 設定住所的要素，已於前項說明，則其要件如何？亦不難斷定。設定住所，須具備主觀與客觀二要件，缺一則不得構成住所。

設定行為，既非法律行為，究竟為類似法律行為，抑為事實行為？學說尚非

一致，以解爲『事實行爲』爲正當。

設定行爲，既以久住意思爲要件，則無意思能力人，當然不能設定住所。德國民法規定：無行爲能力人或限制能力人無法定代理人的同意，不得設定或廢止住所（第八條）。日本民法雖無明文，亦可爲同一解釋。

(B)廢止 廢止住所，即將現時住所廢止，而不新設住所，是與變更住所不同。變更住所乃係廢止現時住所，而更設新住所。住所既許各人自由設立，亦應許各人自由廢止；惟據我民法所規定，仍與草案相同，凡廢止住所，亦如設定住所，須有主觀與客觀二要件，即一須有廢止現時住所的意思，二須有停止常居的事實（第二四條）。至廢止行爲的性質，亦與設定行爲同爲『事實行爲』。

(2)假住所 此即當事人因某特定行爲而選定的住所。關於其行爲，法律上視爲與住所有同一的效力。其種類如左：

(A)假住所依『法律的要求』而選定。例如訴訟當事人與本住所隔離甚遠，

法律上得命其設一假住所，此時當事人仍有自由選擇之權，關於其訴訟文書之送達，視為本住所。

(B) 假住所依『當事人的契約』而選定。例如住在上海之甲，與住在天津之乙，結成買賣契約，關於其買賣，乙以住上海的丙家為假住所，法律上可附以本住所的效力。

假住所的選定行為，係法律行為，應適用行為能力的規定。此種制度：唯法意、日等國法例有明文規定（法民第一一一條，意民第一九條，日民第二四條）。德國民法則付缺如。至於假住所的效力，我民法與新舊民草的規定相同，關於其特定行為，視為住所（第二三條）。

## 法定住所

### (一) 法定住所

法定住所，即不問本人有無設定某處所為其生活根據地的意思，法律逕認定該處所為其住所。此制度為德法瑞意等國所取，不外沿襲從來的習慣（德民九條至一一條，法民一〇五條至一〇九條，瑞民二五條，意民一八條）。例如兵士以

兵營地，妻以夫的住所，嫡出子以父的住所，私生子以母的住所，養子以養親的住所爲住所。卽就我民法的規定言之，亦有法定住所的規定，例如無行爲能力人，及限制行爲能力人，以其法定代理人的住所爲住所（第二一條）。

### 第三項 住所的效力

住所爲人與地之法律上的關係，故在公法私法均發生種種的效力。茲將其重要的效力分述於次：

- (一) 爲決定失蹤的標準（第八條）。
- (二) 爲決定債務清償地的標準（第三一四條二項）。
- (三) 爲繼承開始地的標準。
- (四) 爲決定審判籍的標準（民事訴訟法第二條）。
- (五) 爲受送達的處所（民事訴訟法第一三七條）。
- (六) 爲決定破產事件管轄的標準。

(七) 爲決定國際私法上準據的標準 (法律適用條例第二條二項, 第三條, 第一八條, 第二三條四項)。

(八) 爲歸化及回復國籍的條件 (國籍法第三條二項一款, 四條, 及第五條)。

### 第五款 死亡宣告

#### (一) 死亡宣告的立法例

自然人離開從來的住所或居所, 去向與生死均不分明, 其身分上財產上的法律關係, 均陷於不確定的狀態。法律若任其長期存在, 事實上勢必發生種種的困難, 故各國民法對於失蹤均有明定的必要。羅馬法雖爲失蹤人設管財人, 不認失蹤宣告或死亡宣告的制度, 失蹤人非經裁判官認定其死亡, 其財產永由管財人管理, 承繼人仍不得承繼之。此種制度與德國古法適相反: 古德國法規定自然人失蹤時, 其繼承人即開始繼承, 若失蹤人未死亡, 仍返還其財產。是德國古法保護失蹤人過薄, 羅馬法又保護失蹤人過厚, 近代均不採用之。近代的立法例, 大都將



失蹤人分爲數期，而爲保護的規定。茲將法德二國的制度分述於左：

(1) 法國制 法國採用『不在宣告制』，復將其分爲三期：第一期爲不在的推定，法院得因利害關係人的聲請，執行保護其財產的處分；第二期爲不在的宣告，如有委定代理人時，則不在後逾四年，無委定代理人時，則不在後逾十年，其假定繼承人得向法院聲請之，假定繼承人因法院的宣告，即得假占有其財產；第三期自不在日起算逾三十年，或其人若生存已達百歲時，法院於聲請後使其繼承人完全確實占有其財產，并得處分之（法民一一五條，一二一條，一二五條，一二九條，一三二條。）

(2) 德國制 德國採用『死亡宣告制』，復將其分爲二期：第一期爲財產的管理，即爲失蹤人設不在保佐人，使之管理財產；第二期爲死亡的宣告，即失蹤達於一定期限，宣告其死亡，使與死亡生相同的法律上效果（德民一三條，一九一條）。

法國制既較德國制爲複雜，自以採用德國制爲宜。瑞士及日本民法，大抵均仿

德民法（瑞民三五條，日本二五條至三二條）我民法亦採德國制，在失蹤人失蹤後未受死亡宣告前，設管財人管理其財產，若經過法定時間，即爲死亡的宣告，使發生死亡推定的效果。然我民法與德國民法仍有兩點不同：(1)關於財產的管理，德民法規定於親屬編中（一九一一條），我民法規定於非訟事件法中（一〇條）；(2)關於死亡的宣告，德民法明定未滿二十一歲者不得爲之，是因成年與否而異（一四條），我民法則無此限制，即未成年人的失蹤人，其得受死亡宣告，亦與成年人同。

## (二) 死亡宣告的意義

死亡宣告，即失蹤人已經一定的期間，由利害關係人聲請初級法院爲死亡宣告，以推定其死亡。失蹤人失蹤後，其所有的財產，雖已設管財人代爲管理之；但此爲暫時辦法，仍待其生死分明，以恢復失蹤前的狀態。若其生死久不明，則其身分上財產上的法律關係，亦必長期的陷於遊移不定的狀態，其影響於個人及社會，實非淺鮮。故近世各國法制，大都設死亡宣告制度，以確定其久延不決的各種

法律關係（德民一三條以下，奧民二四條，瑞民三五條以下）。例如失蹤人宣告死亡，其配偶可以再婚，繼承人可以開始繼承。

我民法死亡宣告的用語，係從德國民法，與法國所稱不在人雖有區別，與日本所謂不在人則無不同；法國之不在人，專指所在地不明之人，非包含生死不明之人而言；日本之不在人，與我民法失蹤人的規定同，其失蹤宣告的規定，亦與我民法死亡宣告的規定同。

### （二）死亡宣告的要件及程序

失蹤人須具備一定的要件，並依照一定的程序，始可受死亡宣告。據我民法第八條的規定，其要件及程序如左：

（1）須為生死不明的失蹤人。所謂生死不明，即失蹤人存在與否，陷於不能證明的狀態。此所謂不能證明，乃為相對的，而非絕對的，即僅由聲請人及法院偵查，認為生死不明即可。

（2）須經過法定的期間。生死不明的狀態，須存續於一定的期間。其期間有普通

與特別兩種：

(A) 普通期間 關於普通失蹤期間，德民法定爲十年（德民一四條）；日民法定爲七年（日民三條一項）；瑞民法定爲五年；我民法倣德制定爲十年（第八條一項）。

(B) 特別期間 關於特別失蹤期間，德日民法取列舉主義；我民法則採概括規定。德民法定爲五年，三年（德民一四條二項，一五條一項，一六條一項）；日民法定爲三年（日民三〇條二項）；瑞民法定爲一年；我民法則倣德制定爲五年，三年（第八條二項三項）。

前述期間的計算法，應從民法第一二二條及一二三條的規定。至其起算點，在普通失蹤期間，德國學者解爲以最後消息爲起算期，日本多數學者從之。我新民草就此特設規定：在普通失蹤期間，定爲自最後消息的次年；在特別失蹤期間，定爲自災難消弭後的次年。民法則不問其爲普通期間或特別期間，均定爲自失蹤時起算，并以解爲自有足以推測死亡的情形發生時起算爲適當。

(3) 須有利害關係人的聲請。此所謂利害關係人，即對於死亡宣告有法律上利害關係之人。如失蹤人的配偶、繼承人、法定代理人、管財人、受遺人，及因失蹤人的死亡而得保險金之人均屬之。聲請人中所以不列入檢察官者，因死亡宣告制度乃以保護繼承人及其他利害關係人爲主要的目的。他如失蹤人的債權人、債務人（因其死亡得免債務）及繼承人的債權人，亦均爲利害關係人。

(4) 須由法院的宣告。法院得因利害關係人的聲請，而爲死亡的宣告；但在未爲死亡宣告以前，法院對於失蹤人及知失蹤人生死之人須爲一種公示，催其於某一定期間內，將失蹤人生死存亡的事實呈報之。如在其所定期間內，未有生存事實的呈報，法院始能爲死亡宣告。關於死亡宣告的程序，應於民事訴訟法中規定之。

#### (四) 死亡宣告的效力

關於此點，日本民法與德國民法所取的主義不同。日本民法定爲「視爲死亡」，一乃確實測定之義，在未宣告撤銷前，不得一一以反證推翻之；德國民法定爲「

視爲死亡  
與推定死

推定死亡，係姑爲測定之義，凡欲爲反對主張者，仍得舉反證以推翻之。我民法仿德民法，定爲死亡的推定，故無撤銷死亡宣告的規定（第九條一項及一一條）。惟因撤銷死亡宣告或更正死亡時期而有利益之人，仍得提起撤銷宣告之訴。至撤銷的程序，應於民事訴訟法規定之。

死亡宣告的效力，究應對於何種法律關係發生？立法例及學說尙不一致：在德國普通法，學者多謂僅及於財產關係，親屬關係則不受影響；在日本民法，一切法律關係均因之消滅，而無例外的規定；在德國民法，財產關係雖全然變動，婚姻則非當然消滅，須至配偶者再婚時始行消滅。我民法既無明文，推定死亡的效力，自應及於一切法律關係；惟此所謂一切法律關係，僅以宣告失蹤的處所即失蹤人的住所或居所之財產身分關係爲限，至其地以外，或其時以後，失蹤人在法律上的地位，並不受如何影響。

死亡的時期，應探何者爲標準？向有四種主義：(1)以法院宣告之日，或其宣告確  
定之日爲死亡的時日；(2)以法官判決所認定死亡之日爲死亡的時日；(3)以最後

死亡時期  
決定的標  
準

音信或危難發生之日爲死亡的時日；(4)以失蹤期間滿了之日爲死亡的時日。與國舊民法取第一主義（第二七八條）；瑞士民法取第三主義（第三八條二項）；德國民法及奧民新規定，兼取第二第四兩主義（德民第一八條，奧民一八八三年修正）；日本民法則取第四主義（三一一條）。我民法仿德民法，略有變更，定爲受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其爲死亡（第九條一項）。至判決內所確定死亡之時的標準，除另有反證外，又應從失蹤期間最後日終止之時，非可由法院隨意認定之（第九條二項）。

### 第六款 人格保護

#### (一) 人格保護的立法例

人格權較財產權尤爲重要。法律關於財產權，既有詳細的規定；關於人格權，亦應有保護的規定。惟各國的立法例殊不一致：有於民法法典中明認人格權，如德意志瑞士等國民法（德民八一三條，瑞民二八條）；有於民法法典中不明認人

人格保護  
的必要

格權，如日本民法（七一〇條）。我民法則仿前者，已認人格權之存在。德瑞民法雖均有人格保護的規定，其規定亦仍有不同。德國民法規定於債權編中，瑞士民法規定於總則編中。我民法關於保護方法，則仿照瑞士民法，特規定於總則編中，實際上較爲便利。

## （二）人格保護的方法

（I）消極的保護方法 此種保護方法，約有左列兩種：

（A）能力的保護 自然人的權利能力，係得享受權利的資格，行爲能力，係得爲法律行爲的資格，均與維持吾人的人格權有密切關係。凡人若將權利能力及行爲能力的全部或一部拋棄之，是即損其人格。故民法明定權利能力及行爲能力，不得拋棄（第一六條）。

（B）自由權的保護 吾人於法律內享受自由，乃爲人格的活動範圍。故吾人若將自由權任意拋棄，或濫加限制，則其人格必受缺損。我民法特揭示兩點如下：（甲）自由權無論如何，不得拋棄；（乙）自由權雖得以合意限制之，



積極的保護方法

但不得違背公共秩序或善良風俗（第一七條）。

(2) 積極的保護方法 此種保護方法，亦有左列兩種：

(A) 人格權的保護 各國民法大都以侵害人格爲侵權行爲，而規定其應負賠償的義務。我民法亦設二種保護方法，卽人格權侵害時，第一得請求法院除去其侵害，第二得請求損害賠償或撫慰金（第一八條）。凡吾人的生命，身體，健康，自由，名譽，或貞操，如被他人的不法侵害，均得請求除去之。被害人不能自行請求時，其親屬卽得代爲請求之。惟被害人能否請求損害賠償或撫慰金，須視法律有無特別規定以爲決。單純的人格受侵害時，既難以金錢估計，自以不用金錢賠償爲原則；但法律有特別規定時，被害人及其利害關係人仍得請求之（第一九二條至第一九五條）。

(B) 姓名權的保護 民法關於姓名權，特設保護的規定，始於德國民法。日本民法否認姓名權爲獨立的私權，因無明文的规定，解釋上尙多疑義。我民法仿德制，明定姓名有受他人侵害時，得請求法院除去其侵害，其因受而害

有損害者，並得請求賠償之（第一九條）例如使用自己的姓名，而被他人的妨害，或他人僱用與己同一的姓名，均得請求法院屏除或禁止之，其因妨害或僱用而受財產上的損害者，並得請求賠償金（德民一一二條，瑞民二九條）。

### 第三節 法人

#### 第一款 總說

#### 第一項 法人的沿革

人類的經濟活動，無論在如何時代，如何地方，決非個人活動所可達到的。個人的生命和能力，均屬有限，要想經營永久的偉大的各種事業，勢必於個人的經濟活動外，設有團體的經濟活動，始可遂其目的。這些團體，無論其以社員為基礎，或以財產為基礎，要皆因經濟組織的需要而產生，隨經濟關係的發達而發達，法律上不能不認為權利的主體。

法人制度，雖濫觴於羅馬法，然當時祇認羅馬帝國及國內各行政區劃爲有人格的團體。及帝政以後，凡經皇帝允許的私法上團體，始有權利能力。歐洲中世以來，工商業日漸繁盛，商事公司隨之勃興。關於公司的法規，遂亦遂漸完備，其相沿而成的公司法，乃成爲一般法人法的模範法。迨至近世，物質文明愈形進步，經濟組織愈臻發達，舉凡大規模的產業，以及永久建築的公共事業，均須創設法人，始可舉行，故各國法律關於法人的規定，亦日見完密。一八〇四年成立的法國民法，關於法人的規定，尙僅有數條。其餘屬於法法系的立法例（如意大利、西班牙等國），關於法人規定亦極簡略（法民第五三七條至第五四三條，六一九條，九一〇條，九三七條，意民第二條，西民第三五條至第三九條）。然在資本主義發展期，簡略的法規實不足應用。故法國不僅從事法人法律案的調查，並於一九〇一年制定社團法，以補救民法上法人制度的缺點。德法系諸國的法律，關於法人的規定，較爲完備，其中最稱完備的，當推德國民法、日本民法關於法人的規定，專仿德國民法。瑞士民法對於法人規定，尤爲精詳。英美法關於法人制度，與大陸不同的要點，卽有社團法人，而無財團法。

人。按英美法制，凡欲以其財產充慈善事業之用，須將財產委託某人或某社團法人，請其代行此種目的，即所謂「信託制度」。信託制度與財團法人制度不同：財團法人制度，其財產係由管理人分離，而為獨立的權利主體；信託制度，其財產在法律上到最後仍歸屬於受委託者，而非獨立的權利主體。如此，英法上絕無如德法系有無社員的法人（財團法人）（註一）。

我國從來有團體的經濟活動，尤其慈善團體組織已久（例如育嬰堂，苦兒院，養老院，清節堂等）。然法人的觀念，則輸自西歐，非本國所固有。民法關於法人的規定，大都仿瑞士民法，特設專節，將法人通則及社團、財團分款規定之。

## 第二項 法人的意義

法人與自然人的人格，雖均為法律所創設；但二者却有不同：即一為天然的存在，一屬吾人的認識，故學者又稱法人為無形人或意識人。法律對於此種無形人或意識人所以賦與以人格者，則在滿足吾人的需要。吾人既創有一定社團或財團，使其

法人本質

存在於社會中，卽有使其享受權利及負擔義務的必要。故法律爲滿足此目的，遂於吾人人類以外，更認許一種人格者，使之享有權利能力。關於法人的本質如何？學者聚訟紛紜，莫衷一是。茲將各派學說分述於左：

說法人擬制

(1) 法人擬制說

羅馬法中法人的思想，雖卽以擬制說爲其核心，然此說之大成，實藉德國歷史法學家薩費尼 (Savigny) 之力。自經薩氏著近世羅馬法論以後，其學說乃風靡一時，不僅影響奧國學說，并輸入法國，復由法輸入意，比英，美諸國。此說的大要，祇有自然人始能爲權利的主體，非自然人而爲權利的主體，不過爲法律所擬造，非實際上之存在。

擬制說的批評

此說的謬誤，在其立論根據，竟以自然人與權利主體視爲一體，以爲自然人始得爲權利主體。然從法律的目的言之，凡能應社會的需要而爲法律所創設，皆得認爲權利主體，固不限於自然人；從權利的觀念言之，凡能享有法律上之力的實體，均得爲權利的主體，則法人的組織，亦與此種條件相吻合。(註二)

法人否認

(2) 法人否認說 此說不承認法人有實體之存在。細別之，更可分爲三派：

(A) 無主財產說 此說爲勃林斯 (Prinz) 所唱，即謂將無意思之物，勉強作爲有意思，且名之爲人格者，是等於對於無釘之壁，視爲有釘，從而懸掛衣物。法人的財產本爲無主，有爲特定自然人而存在的，是爲屬人財產；有爲特定目的而存在的，是爲目的財產。

此說的謬誤，是在誤信自然人始得爲權利主體，故謂法人的財產爲無主的權利，實與近代法律思想相反。

(B) 受益者說 此說爲耶靈 (Thring) 所唱，即謂權利爲法律所保護的利益，利益歸屬於何人，即應以何人爲權利主體。然權利之所歸屬，應以自然人爲限，則法人的財產，不過屬於因法人享受利益的個人。依此說，則社團法人的真權利者，乃爲社員，財團法人的真權利者，乃爲貧人，病人，及因財團而受利益之諸人。

各國法律既明認法人財產屬於法人的自身，因法人而享受利益的自然人亦恆有變動，是此說不但與現行法規相反，且與實際不合。

管理者說  
的批評

法人實在  
說

(c) 管理者說 此說爲赫爾德 (Hölder) 所唱，即謂法人非實在，實在者乃爲自然人相互間的法律關係；在利己的社團法人，以有處分權的社員爲權利主體；在利他的社團法人財團法人及公法人，以有處分權的管理人爲權利主體。

國家的權利，既非官廳的權利，則謂法人的財產，即爲管理者的財產，尤不合乎近代法律思想。

(3) 法人實在說 此說反對否認說及擬制說，即謂法人的實體，非法律上的創造物，乃可認爲有權利能力的實體之存在。此可分爲兩派：

(A) 有機體說 此說爲基爾克 (Gierke) 所唱，即謂法人的本質係一團體人；換言之，法人非其構成分子的總計，乃爲一超個人之社會的統一體。個人意思之外，有團體的意思；個人生活之外，有團體的生活；即自然的有機體之外，復有社會的有機體。法人的實體，即社會的有機體，因其具有獨立的意思，故認法人爲實在之物。

此說的誤處，即在以社會學研究與法律學研究相混；自社會方面觀察，謂法人爲一有機體，而有實驗之存在，固無不可；但從法律方面觀察，則法人之所以有人格，乃基本於法律，謂其不待法律規定，而能獨立存在，則爲失當（註三）。

(B) 組織體說 此說爲法國學者密秋 (Michoud) 薩萊伊 (Saville) 及意大利 學者斐拉 (Ferrero) 所唱。即謂法人乃於法律上有獨立意思的組織體，不過此意思非如自然人所有的自然意思，乃爲法律上所認定的意思。詳言之，法人機關所決定的意思，即爲法人獨立的意思；其所以能成爲獨立意思者，乃本於法律的規定。

此說與前說雖同認法人爲有實體之存在。然一則謂爲自然界之存在，一則謂爲法律上之存在；一則謂其意思爲自然意思，一則謂其意思爲法律意思；二者固迥然不同。近代解釋法人的本質，大都贊成此說。

前述數種學說，皆爲法人本質論。關於法人的法規，既嗟掛漏百出，甚不完備，



則法人本質論未始不能補此缺點。在現行法律之下，法人權利能力的範圍，及行為能力，與其不法行為能力等，皆隨法人本質論而定，是不可謂其為無用的學說。雖然，法人人格之發生，非法律任意付與之，實因其有實在之社會的價值，則解釋其本質如何？必本於社會生活上的要求，而後可以說明之（註四）。

（註一）我妻民法總則一七五—一七九頁；歐宗祐民法總則三六一—三七頁。

（註二）歐宗祐前書三八頁以下。

（註三）陳瑾昆民法通義總則八四頁。

（註四）岩田新日本民法總論二八頁。

## 第二款 法人的能力

### （一）權利能力

法人權利能力的範圍，立法例及學說向不一致：（A）謂法人僅於其目的的範

物實存在之  
法爲現

權利結力  
始於登記  
終於清算  
完結

制能法人  
力的權利  
的限

圍內，始有權利能力；(B)謂權利能力除專屬於自然人外，法人皆得享有之。前者爲日本民法所明定（日民第四三條）；後者爲瑞士民法所明定（瑞民第五三條）。據我民法第二六條的規定，仍與草案第六一條相同，不外取法瑞士民法，認法人爲現實存在之物。茲將法人的權利能力的始終，及其範圍，分述於左：

(1) 權利能力的始終 法人不問以公益或營利爲目的，均須經向主管官署登記，方得成立（第三〇條，及公司法第五條），則其權利能力，當以經向主管官署登記爲始期，已無疑義。至法人權利能力的終期，俟於論法人的解散時述之。本節第九款參照。

(2) 權利能力的範圍 法人的權利能力，因目的，及性質，法令而受限制，其範圍當較自然人爲狹隘。

(A) 因『目的』而受限制 法人既爲能遂行一定目的之社會的組織體，其權利能力及行爲能力的範圍，當因其目的而受限制，例如公益法人不可爲營利事業。所謂因其目的而受限制一語，擬制說論者與實在說論者的解釋。

仍有廣狹不同。擬制說論者對此限制有從嚴格解釋的傾向，謂僅於遂行法人目的有必要時，始承認法人的權利能力；實在說論者對法人的權利能力有從廣義解釋的傾向，謂不僅於遂行法人目的有必要時，始承認法人的權利能力，即在遂行目的之相當或有益の場合，亦須承認之。依此二說的解釋，法人權利能力的範圍大有不同，然依吾人的見解，以從後說爲是（註）。

(B) 因『法令』而受限制 法人的權利能力，既由法律所賦與，亦能由法令加以限制，故民法明定法人僅於法令限制內有享受權利負擔義務的能力（第二六條）。外國立法例，雖有限制法人不得領有土地及某定額以上的財產（德民施行法八六條，普魯士施行法六條，七條），我民法則無此限制的規定。

(C) 因『性質』而受限制 法人的權利能力，原則上雖與自然人同等，但專屬於自然人人格權（例如身體權，生命權，身體的自由權等）及親屬權（例如親權，夫權，家長權等），法人均不得享有之（第二六條但書）。法人得享

(二) 行爲能力

有私權者必限於不以身體之存在爲前提的人格權（如名譽權、精神的自由權、及名稱權等）。他如遺產繼承權、及社員權、法人亦得享有之。

法人雖有權利能力，不能自由活動，其權利必待自然人代爲行使之。關於代法人活動之自然人的性質，學者見解不同，可分爲二說：

(1) 代理人說。此爲採法人擬制說者所主張，即爲該自然人的行爲，乃爲其自身的行爲，不過其效力及於法人。故其結論否認法人具有有機的意思，而謂法人無行爲能力。

(2) 機關說。此爲採法人有機體說者所主張，即謂董事爲法人的機關，猶如自然人之有手足，董事於行使職權時所爲的行爲，即爲法人自身的行爲。故其結論承認法人具有有機的意思，而謂法人有行爲能力。

德國民法（第二六條第二項）規定法人的董事有法定代理人的地位，是已認其非純代理關係。瑞士民法（第五四條，第五五條）則以明文規定法人有行

爲能力。我民法雖未明定，依二七條二項解釋之，應從機關說，已無疑義。

### (三) 責任能力

關於法人的責任能力，學說上亦有兩種主張：

(1) 無責任說 此說謂法人無意思能力，即無責任能力。其所持的理由，有謂法人  
在法律所認許的目的內始能存在，越此目的的行爲，即非法人的行爲；有謂董  
事等雖爲法人的代理人，只可爲適法行爲，對於不法行爲則無代理之可言；此  
二說均與理論及實際不合，不外爲擬制說所誤。如依此說，則民法第二八條規  
定，非認法人有責任能力，不過爲保護第三人的權利，并增進法人的信用起見，  
始認法人負有損害賠償的義務而已。

(2) 有責任說 此說謂法人有法律上的意思，即有責任能力，其所持的理由，有謂  
法人原有意思能力，自得爲侵權行爲，此爲持法人實在說者的結論；有謂法人  
對於董事的行爲負責，乃因其選任及監督之誤，此爲法國學者所主張；有謂法  
人對於董事的行爲應負責任，非因法人本身的過失，乃法律所以保護交易的

法人有責  
任能力的  
根據

法人對於  
侵權行為  
應負責任  
的條件

安全，并維持法人的信用。法人負責的根據，當於董事的性質中求之，若以之爲法人的機關，則於其機關職務上的行爲應負責任（德民三二條，八六條，日民四一條一項，瑞民五五條，我民二八條）。

法人對於董事或職員的侵權行爲，雖應負責，亦必具備左列兩條件：

(1) 其加害行爲須爲法人機關的行爲。法人機關乃代表法人行使職權，其行爲即爲法人的行爲，故法人對其機關所爲的侵權行爲，須負賠償責任。

(2) 其侵害行爲須爲法人機關於行使職務時加害於他人的行爲。法人機關原以私人充之，僅於其行使職務時始爲法人機關，故法人所負賠償責任的行爲，須以其機關於行使職務時所爲者爲限。

法人雖代機關負責，其充當機關之人，並不能因之免責，應與法人負「連帶責任」。民法對於此點，與新舊民草均以明文規定之。

（註）鳩山日本民法總論一三六頁以下。

### 第三款 法人的種類

公法人與  
私法人

#### (一) 公法人與私法人

以法人的「職務」為標準，可分為公法人與私法人。公法人是依公法規定之法律事實所產生，而以行使及分擔公的職務為目的的法人，例如國家、地方團體（如省、縣、市、區、村等）、公共團體（如某地的水利組合、水產組合、畜牧組合、森林組合等）、營造物法人（如國立學校、國辦郵政、電報、國有鐵道等）。私法人是依私法規定之法律事實所產生，而以經營私的事業為目的的法人，例如民法及其他私法所認定的社團法人、財團法人。簡言之，公法人應依行政法規的規定，可謂為國家的法人；私法人則依民法及其他私法的規定，可謂為社會的法人。

公法人與私法人人區別，應從各方面而為總括的觀察，不能專依某一個標準以判定。從來學說中有謂公法人以公益為目的，私法人非以公益為目的；有謂私法人能為私權的主體，公法人不能為私權的主體；是均就單一的標準判定之。公

法人固以公益爲目的，私法人亦有以公益爲目的（例如公益法人），是二者之區別，不在其是否以公益爲目的。私法人固能爲私權的主體，公法人亦能爲私權的主權（例如享有私法上的財產），是二者之區別，又不在其能否爲私權的主體。如是，法人有公私之別，應就法人的目的、職務、加入的強制、賦與的特權、及目的遂行的義務諸點觀察之而後可（註一）。

## （二）社團法人與財團法人

以法人的「組織」爲標準，私法人可分爲社團法人與財團法人。社團法人是以社團爲成立要件的法人；財團法人是以捐助行爲爲成立要件的法人。即前者必有社員，并有社員總會，後者必無社員，并無社員總會。多數學說均謂社團法人爲人之集合（人集），財團法人爲財產之集合（財集），是由法人擬制說的見解。在社團法人，雖以人之集合爲其成立的基礎，在財團法人則，非以財產爲其成立的基礎，乃以捐助行爲爲其成立的基礎。

社團法人與財團法人的組織不同，社團法人之發起人，須訂定章程，記載法人



的目的及其組織，其組織的最高機關爲社員總會，對於章程有變更的權限；財團法人之設立人，須訂定捐助章程，明定法人的目的及其組織，依照捐助章程執行法人事業的董事，對於捐助行爲無變更的權限（捐助行爲的本身，若無可以自行變更的規定，則捐助行爲不得變更）。是社團法人可以應時勢的要求，以變更法人的目的及組織，可謂富有彈性；財團法人依照設立當時的意思，永久限定法人的活動，可謂富有固定性（註二）。

### （三）公益法人與營利法人

以法人的「目的」爲標準，私法上更可分爲公益法人與營利法人：公益法人是不含營利的性質，而以謀公益爲團體之直接目的的法人；營利法人乃不問其有關於公益與否，而以謀社員財產上之利益爲目的的法人。簡言之，即前者係以公益爲目的的法人，例如關於政治、宗教、學術、技藝、慈善及其他以一般社會公益爲目的的社團與財團屬之；後者乃以營利爲目的的法人，例如民事公司，及商事公司屬之。

自公益法人的組織言之，得分爲公益的社團法人與公益的財團法人。公益的社團法人，即於一定公益的目的之下，由人之結合而成的法人。例如紅十會以救濟戰時病傷者爲目的，純係公益的事業，設立人及後之加入者，均爲該會的分。公益的財團法人，即由供一定公益的目的之用之財產所成的法人。例如學校，病院，貧民院，及其他關於公益事業，而以財產爲組織者，皆稱公益的財團法人。

自營利法人的定義觀之，營利法人既以謀社員財產上的利益爲目的，是必限於有社員的社團，則未有社員的財團，斷無最終利益的享有者，當不得存營利的目的，故以營利爲目的的財產團體，乃爲實際上所不能。營利法人中，有關於民事的，有關於商事的。前者例如農業公司，及礦業公司屬之；後者例如無限公司，兩合公司，股分有限公司，股分兩合公司屬之。

日本民法將社團法人分爲公益法人與營利法人兩種（第三四條，第三五條，學者已謂其不合，公益與私益的觀念，不甚明顯。我民法今仍從之（第四五條，第四六條），實易發生疑義。分類的法則，往往一方爲公益法人，他方可稱爲私益法

內國法人  
與外國法人

人；一方爲營利法人，他方可稱爲非營利法人。又有某種社團，既非以公益爲目的，又非以營利爲目的，如社交俱樂部、運動俱樂部等，若依民法分類的標準，勢必使其無所歸屬。如此，德國民法及瑞士民法不以公益與營利爲標準，乃以營利與非營利爲標準，實最合於理論與實際。（德民二一一條，二二條，瑞民六〇條）（註三）。

（四）內國法人與外國法人

法人與自然人同，亦有國籍之別；惟內國法人與外國法人的區別標準，尙不一致；有以設立人的國籍爲標準（設立人說）；有以設立時所依據的法律爲標準（準據法說）；有以設立行爲的地方爲標準（設立地說）；有以主事務所所在地爲標準（住所地說）；有以法人的主要事業遂行於何地爲標準（事業地說）。

前述各說，當以最後一說爲妥。惟法人既以主要事業遂行於中國爲目的，亦應依據中國法律而設立，并在主事務所所在地爲登記，其結果勢必在中國設有住所（註四）。故謂中國法人是依中國法律而設立的法人，即在中国的領域內有住所的法人；外國法人是依外國法律而設立的法人，即在中国的領域內無住所的。

外國法人的權利能力與行為能力

外國法人的管理

法人，亦無不可。

外國法人在中國自非當然取得人格，得為權利義務的主體，惟在無害公益或有補於經濟的限度，始依法律規定，而認許其為本國法律上之人格者。外國法人雖認許其在中國成立，其權利能力及行為能力如何？仍應由中國法令定之。我民法對於此點，雖無詳細的規定，但據民法總則施行法的規定：外國法人在法令限制內，與同種類之中國法人有同一的權利能力，及行為能力（民法總則施行法第一一條，第一二條）（註五）。

關於外國法人的管理，民法雖無特別的規定。然認許外國法人之成立，既係以其為外國法人而認許之，則關於其機關，及代表方法等，亦應依外國法之所規定。至其在中國設立事務所，關於應登記的事項，及應撤銷的情形，均得準用中國法人的規定（民法總則施行法第一三條，第一四條）。

（註一）岩田新日本民法總論一一八一—一二〇頁。

（註二）鳩山日本民法總論一五四頁。

(註三) 穗積民法總論 二二二頁；平野義太郎民法中之羅馬思想與日耳

曼思想 一一一—一二三頁。

(註四) 岩田新前書 一二九頁。

(註五) 歐宗祐民法總則 八五—八八頁。

法人的設立

第四款 法人的設立

第一項 總說

各國法人  
設立的主  
義

(一) 各國法人設立的主義

法人的設立，即惹起法律對於社團或財團賦與以權利能力的行為。法人權利能力的賦與，絕不含有絲毫擬制說的意味，其人格自與自然人的人格無異，皆由法律所賦與。惟自然人因出生而有人格，其本體成立，即同時發生權利能力；法人必須經民法或其他法律所規定的手續，始得享有人格（第二五條）。法人的設立，既須依民法或其他法律的規定，始得成立，則必得依條例或命令創設之，已無疑

義。從來認許法人的主義有五：

(1) 放任主義 此主義即法人的設立，不須具備何等形式上的要件，設立者自由設立，即得成立，亦稱『自由設立主義』。凡表示設立法人的意思，其法人即得成立，是社團或財團本體的成立，同時即享有法律上的人格，不須具備何等的要件。此主義雖得促進團體的發達，以完成社會的作用；但依此主義，一般人對於法人的內部組織既不明瞭，勢必使營利法人易於濫設，以妨害交易的安全。此主義在歐洲中世紀商人公司勃興時代的初期，頗為盛行，今則絕無採用之。

(2) 特許主義 此主義即設立一法人，須依主權者的命令或議會所制定的法律，始得成立，亦稱『立法的特設主義』。其中又可分為元首特許主義，與法律特許主義二種。此主義全不認法人設立的自由，僅負有特殊使命的法人採用之。一般法人自無採用的可能。故採此主義者，唯限於特殊的銀行公司之設立，例如英吉利之於東印度公司，英領南阿非利加公司，概依勅許而設立；日本之於日本銀行，橫濱正金銀行，及南滿洲鐵道股分公司，東洋拓殖股分公司，均依特許

而設立。

許可主義

(3) 許可主義 此主義即設立一法人，須依法律所定的要件，并由行政官署予以許可，始得成立，亦稱「行政的許可主義」。依此主義，法人的設立，均出於行政處分，不無阻礙團體發達之虞。然對於須由國家保護監督的公益法人，仍以採此主義為宜。日本民法規定公益法人的設立，須得主管官署的許可（三四條。

）德國民法規定財團法人的設立，以經許可為要件（德民二二條，八〇條）。

準則主義

(4) 準則主義 此主義即法律預定法人的成立要件，凡能適合其要件者，不須行政官署的許可，或國家的特許，法人即可成立。社團或財團的本體，一旦雖已成立，如未具備一切條件，仍不得享有人格，必於具備法定條件後，始得認為法人。設立經營私人事業的法人，自以採此主義為宜。日本民法對於營利法人，瑞士民法對於非經濟的社團法人，均明定於依法定要件設立時，即成為法人（日民三五條，瑞民六〇條）。

登記主義

(5) 登記主義 此主義即依法定要件設立社團或財團，尙未享有人格，必須完成

登記的手續，始成爲法人。法人的設立，若僅依準則主義，仍不能使社會一般人明瞭其內容，實易發生流弊，必須將其組織內容公諸社會，而後可保公共利益。德國民法對於非經濟的社團法人，以登記時爲成立（德民二二條）。瑞士民法對於一切社團法人及財團法人，在原則上均以登記取得權利能力（瑞民五二條）。

如前所述，放任主義，既失之太寬，特許主義，又失之過嚴。故近世立法例，絕無採用放任主義，亦罕採用特許主義，大都兼採並用，不外準則主義與許可主義，或登記主義而已。

## （二）我國法人的成立要件

我民法關於法人的設立，究竟依據何種主義？實有說明的必要。茲先將其成立要件分述於左：

（1）須依本法或其他法律的規定。即民法上的法人，須依民法所定的要件而設立，民法以外的法人，須依特別法所定的要件而設立（第二五條，第四五條）。



前者如公益社團法人及財團法人；後者如營利社團法人。

(2) 須得主管官署的許可。公益社團法人與財團法人的設立，不僅應依民法上的規定，並須於登記前得主管官署的許可（第四六條，第五九條），是與營利社團法人勿須許可，即可登記不同（公司法第五條）。此所謂主管官署，即管理法人目的事業的官署。例如關於宗教事業的法人，須經內政部或民政廳的許可；關於教育事業的法人，須經教育部或教育廳的許可。其事業若屬於兩個以上官署的管轄，則須經各官署的許可。

(3) 須向主管官署為登記。即不問設立社團法人，或財團法人，均須向主管官署登記，方得成立；換言之，即法人取得權利能力，以向主管官署登記為要件（第三〇條）。此所謂主管官署，即管理登記官署。據民法總則施行法所定管理登記的官署，即該法人事務所所在地的法院（第一〇條及法人登記規則第一條參照）。

如上所述，民法上的法人，係以登記時為成立；但登記以得主管官署許可為前

設立的主  
義

社團的設  
立

的團設  
要件

提，如未得其許可，即不得呈請登記。如此，我國對於私法人的設立，除營利社團外，均採『許可主義』兼『登記主義』，已無疑義。

## 第二項 社團的設立

### (一) 社團設立的要件

(1) 須有設立人 社團法人的成立，既以人之集合為基礎，其性質上當然不能以一人組織之。設立人須有若干人，其設立方為有效，則因各國立法例而有不同。羅馬法規定須有三人；德民法規定須有七人以上（德民第五六條）。我公司法規定股份有限公司須有七人以上的發起人（公司法第八七條），是與德民法同。惟民法對於社團法人未設若何限制，應解為須有二人以上。如有二人以上，則不問其為自然人或法人均可。

(2) 須訂定章程 章程為社團組織的基礎，亦即社團活動的根據，故德日民法的規定，設立社團，須先有設立行為；其設立行為又以訂定章程為必要條件（德

民五七條，日民三七條。訂定章程的行爲，爲一種要式行爲，須以書面爲之，不依書面的章程，應爲無效。據我民法所規定，章程中記載的事項（第四七條）有二種：

（A）必要事項 必要事項乃爲章程所必須記載的。若有缺略，章程卽爲無效，法人的設立行爲，亦因而爲無效。依民法第四七條規定，所謂必要事項，卽左列六種：

（甲）目的；

（乙）名稱；

（丙）董事的任免；

（丁）總會召集的條件、程序，及其決議證明的方法。

（戊）社員的出資；

（己）社員資格的取得與喪失。

（B）任意事項 除前舉必要事項外，其餘事項應記載與否？一任設立人自由。

訂定之（第四九條）任意事項一旦記載於章程中，即得爲章程的一部。不得任意變更之，其變更必須依變更章程的程序。例如總會的開會期，總會的決議方法，及解散的事由等。

(3) 須經主管官署許可及登記 設立以公益爲目的的社團，在訂定章程後，其組織雖已完備，惟欲完全成立，尙須經主管官署的許可（第四六條）并向之登記（第三〇條）。許可行爲，乃行政處分之一種，僅有認定的效力。苟法人欠缺其他成立的要件，雖經許可，亦不能有效成立。

## (二) 社團設立行爲的性質

社團設立行爲，即以某一定額數以上的設立人之合意爲要素的法律行爲。對此法律行爲的性質，向有兩說：(1) 契約說；(2) 合同行爲說。設立行爲，非以於設立人相互間成立權利義務的關係爲目的，乃以創設權利主體爲目的。此種法律行爲，各當事者既立於並立關係，而發生同一意義的法律效果，則與契約之各當事者立於對立關係，而發生不同意義的法律效果，性質上判然不同。近世學者多謂社

設立行爲  
爲合同行

財團的設  
立

財團設立  
的要件

財團設立  
與社團設立  
的差異

團的設立行爲爲合同行爲不外採取後說。

### 第三項 財團的設立

#### (一) 財團設立的要件

(1) 須有設立人 財團雖亦如社團須有設立人；但社團爲社員構成的團體，其設立人須在某一一定額數以上；財團非以社員構成的團體，其設立人卽爲一人亦可，此爲其相異之點。

(2) 須訂立捐助章程 設立社團，須訂立章程，設立財團，亦須訂立捐助章程。惟社團未訂立章程，則不得成立；財團未訂立捐助章程，仍可以捐助行爲代之。（舊第一四四條三項，新第七七條但書，民第六〇條一項）此亦爲其相異之點。

捐助章程所記載的事項，亦可分爲必要事項與任意事項兩種。據舊民草第一四四條二項規定：應記載目的、名稱、事務所、捐助財產的規定、任免董事的規定等事項。民法對於此點，大致與新民草的規定同（新第七七條二項，民第六

○條二項，其應訂明事項如左：

(A) 指定目的；

(B) 捐助財產。

除前述必要事項外，關於財團的組織及其管理方法，捐助人亦得以捐助章程定之；但捐助章程所定的組織不完全，或重要的管理方法不具備，法院得因利害關係人的聲請，而爲必要的處分（第六二條）。社團章程中應記載的事項，若有缺漏時，其設立行爲，即因而失其效力，法院不得有以補充之；財團設立人，祇須示明一定目的及財產，其未定的名稱、事務所，及任免董事的方法等事項，法院得因利害關係人的聲請，而爲補充之，此又爲其相異之點。

(3) 須經主管官署許可及登記。財團的設立，關係於公益甚大，不若社團尙有以營利爲目的，故其設立均須經主管官署的許可（第五九條），并向之登記（第三〇條）。

## (二) 捐助行爲

捐助行爲

捐助行為  
為無相對  
人的單獨  
行為

捐助行為  
須捐出一  
定財產

(1) 捐助行為的性質 捐助行為，即以設立財團的目的，將某項財產為無償處分的單獨行為。此種行為，乃由兩種意思表示而成，即一在設立一定的法人，一在捐出一定的財產，必有此兩種意思表示相結合，始能成一捐助行為。捐助行為為無相對人的單獨行為，與契約及合同行為不同。捐助行為與設立行為，在理論上固判然而為兩種行為，在實際上常合併而為一種行為，故德日民法（德民第八〇條，日民第三〇條）不設捐助行為與設立行為的區別，將設立財團所為的捐助行為，認為設立行為。據我民法的規定：設立財團，須有捐助行為，並須定捐助章程，是二者仍不容或混。

捐助行為是否以捐出財產為要素？學者間尚有議論：少數學者謂設立財團並無須捐出財產，該財產亦無須現時存在；多數學者謂捐出一定財產與確定一定目的，乃為財團的設立要件。民法採取後說（第六〇條二項）。

捐助行為既為單獨行為，不問設立人為一人，抑為數人，即設立人有數人，在相互間另有契約時，亦仍為單獨行為。

捐助行爲乃爲要式行爲，亦不問設立人以生前處分爲之，抑以遺囑爲之，即以遺囑爲捐助，其繼承人或執行遺囑人，亦應爲設立許可的聲請。

(2) 捐助行爲的要件 捐助行爲的性質，既經說明，則其要件如何，亦不難判定之。其要件有五：(A) 須爲一定目的而捐助財產；(B) 須以組織體的創設爲本旨；(C) 須有民法上所規定的目的；(D) 須爲無相對人的行爲；(E) 須爲無償的行爲。

(3) 捐助行爲的撤銷 捐助行爲得撤銷與否，立法例頗不一致。茲分述之如左：

(A) 本人 日本民法（第四一條，第五〇條）定爲：(子) 捐助行爲若以遺囑爲之，準用遺贈的規定；(丑) 捐助行爲若於生前爲之，則準用贈與的規定，故不立書件者，得以撤銷，立書件者，不得撤銷。德國民法（第八一條二項）定爲：(子) 在未經許可設立前得撤銷；(丑) 若已向主管官署爲設立許可的聲請，須向主管官署聲明；(寅) 若在許可設立後則不得撤銷。我舊民草（第一四七條二項三項）係從德法例。民法未設明文，可解爲在法



人未成立以前，設立人得撤銷其捐助。

繼承人的  
撤銷權

(B) 繼承人 瑞士民法(第二八條)以明文規定其得以撤銷；日本民法(第四一條二項)因適用遺囑的規定，無論何時均不得撤銷；德國民法(第一八三條)則定為在聲請允許或為其他公示後，不得撤銷。我舊民草(第一四八條)仿德法例；新民草(第七八條)仿瑞法例。民法未為規定，可解為除另有法定原因外，其繼承人無撤銷權。

債權人的  
撤銷權

(C) 債權人 瑞士民法(第八二條)以明文規定其得以撤銷。我舊民草(第一四九條)規定在許可法人設立後，不得行使撤銷權；新民草(第七八條)則仿瑞士法例予債權人以撤銷權。民法亦無明文，依二四四條一項的規定解釋之，如有害及債權時，債權人亦得行使撤銷權。

(4) 捐助財產的歸屬 設立財團時所捐助的財產，其性質如何？立法例有二主義：(A) 物權主義 即設立人所捐助的財產，自法人設立許可或遺囑生效時起，當然歸屬於法人，此為日本民法所取(第四二條)。

捐助財產  
的性質

(B) 債權主義 卽設立人所捐助的財產，原則上仍爲其所有，或其繼承人所  
有，不過法人得向之請求移轉，此爲德國民法所取（第八二條，八三條，八四  
條）。

我舊民草仿德法例（第一〇五條，一五一條，一五四條）民法雖無明文，亦可  
從德民解釋之。依舊民草的規定，捐助財產的移轉，因生前捐助與死後捐助而  
有不同。

(A) 生前捐助財產的移轉 設立人生前捐助財產，因其在許可設立時尙生  
存與否而異：(甲) 設立人於已經許可設立時尙生存者，須於許可設立時，  
移轉其捐助財產。若專以意思表示卽可移轉的權利，於許可設立時，卽歸屬  
於法人，不必再經移轉的程序（舊民草第一五〇條一項）。(乙) 設立人於  
未經設立卽已死亡者，須視爲自其死亡時起，其財產卽歸屬於法人（舊民  
草第一五一條）。

(B) 死後捐助財產的移轉 設立人死後捐助財產，其繼承人或執行遺囑人

須於設立許可時，移轉其所捐財產。若專以意思表示即可移轉的權利，則自其得設立許可時起，其財產即歸屬於法人（舊民草第一五四條）。

### 第五款 法人的機關

#### 第一項 總說

法人機關  
的性質

#### （一）法人機關的性質

法人無自然的意思，自然的手足，一經設立以後，則實行其在法律上的權利，必賴有機關的活動，以表白其意思，並為各種法律行為，及事實行為，方得遂法人的目的。至法人機關的性質如何？學說上議論不一：採擬制說，謂董事及其他職員為法人的代理人，採有機體說，謂董事及其他職員為法人的機關。擬制說既不可採，有機體說亦有非難。惟機關的觀念，邇來已為一般所承認（本節第二款參照），則董事及其他職員乃為法人的機關，已無疑義。

機關的特色，即其行為在法律上直接為法人自身的行為，與為法人而為的行為

機關關係  
與獨立關係

機關行為  
與獨立行為

法人機關  
的種類  
意思機關  
執行機關

爲不同：前者爲機關關係，後者爲獨立關係。代理人與本人立於對立地位，使用人與主人立於對等地位，均爲獨立的人格者，是爲獨立關係。機關關係以甲人格者的行爲，爲乙人格者之行爲的內容，故甲乙二人格者非爲獨立的人格者，乃爲機關關係。若謂機關爲代理人或使用者，是以機關關係與代理關係或使用關係混爲一談。

法人的機關，既由自然人所構成；構成法人機關的自然人，則稱爲機關構成員。機關構成員除有爲法人機關的資格外，仍有其他根據於自然人的事實所得爲之種種資格，則其行爲自亦有機關行爲與獨立行爲之不同。所謂獨立行爲，卽代表法人對外爲之或對法人直接爲之的行爲，例如法人與參與者所爲的共同不法行爲，或董事及其他職員請求報酬的行爲（註一）。

## （二）法人機關的種類

依我民法及新民法規定，法人的機關有二：（A）意思機關；（B）執行機關。意思機關乃決定法人的意思（社員總會），故又稱『議決機關』；執行機關乃

監督機關

處理法人的事務，并對外代表法人，而不能一時或缺（董事），故又稱「代表機關」或「常設機關」。日民法規定則不然，除意思機關及執行機關外，並得設立監事，以爲監督執行的機關。惟監督機關設立與否，悉委之於章程，捐助行爲的規定，或社員總會的決議，故又稱「任意機關」。我民法僅設意思機關與執行機關，不另設監督機關，殆以公益法人既非有利可圖，又已有主管官署爲之監督，當無另設監督董事的機關之必要（註二）。

董事會爲社團法人與財團法人共通的機關，社員總會則僅爲社團法人專有的機關，殆以財團法人無社員，自無社員總會。

（註一）岩田新日本民法總論一四八一—一五一頁。

（註二）歐宗祐民法總則六三頁。

董事

董事的性質

第二項 董事

（一）董事的性質

董事代表  
行其意思  
以實

董事的任  
免  
董事任免  
的方法

董事有執行法人業務的權利與義務，對於法人的一切事務，均得代表行之，故董事爲法人的代表機關（德民二六條，日民五二條及五三條，瑞民九六條，我民二七條一項）。董事執行業務，非實行其自身的意思，乃代表法人以實行其意思，則與代理人不問本人意思如何，得以獨立意思爲一定的法律行爲不同。至董事的人數、資格，及其任免方法，雖可依章程，或捐助行爲自由訂定，却不能以章程，捐助行爲，或總會議決，定明不設董事之旨。惟因董事辭職或死亡的結果，雖有一時不存在，法人的權利能力，仍不因之而受影響，不過有從速補充的必要。

## （二）董事的任免

董事既爲法人的必要機關，其任免董事的方法，在社團法人，雖以章程訂定爲準（第四七條），仍須以社員總會的決議爲之（第五〇條二項二款）。在財團法人，其組織雖由捐助人以捐助章程定之，若其所定的組織不完全，法院得因利害關係人的聲請，而爲必要的處分（第六二條）。財團法人董事的任免方法，可任捐助章程定之，其有未規定者，法院得爲補充的規定（舊民草第一四七條參

董事的員  
數無限制

董事與法  
人爲契約  
關係

照。

董事的員數，大都因法人的性質，及事務的繁簡，酌量董事一人或數人，而無一定的限制。德民法規定董事得以數人組織之（第二六條及第八六條）；日民法規定法人須置一人或數人的董事會（第五二條）；我民法僅規定法人須設董事，并無人數的限制，是僅設一人亦可（第二七條一項）。

關於選任董事行爲的性質，有兩種學說：

(1) 單獨行爲說 此說謂董事爲法人的法定代理人，選任董事，無須經被選人的同意，其選任行爲當然發生效力。

(2) 雙方行爲說 此說謂總會選舉，頗似對於被選人的要約，董事就職，亦頗似對於選舉人的承諾，若非被選人表示承諾，總會決議仍不能發生效力。

依前說所主張，被選人未表示承諾，即使其負重要責任，實不妥當。故選任行爲可依後說的主張，不妨解爲與「委任」相類似，而爲一種的無名契約。董事與法人既爲「契約關係」，則董事自可隨時辭職，總會亦可決議解任。惟解任與選任

董事的權  
限

代表法人

代表與代  
理區別的  
要點

仍有不同選任必須經被選人的承諾，方生效力，解任則無得董事同意的必要

(註)

### (三) 董事的權限

(1) 代表法人 新舊民草及日本民法規定董事會關於法人的業務，於審判上及審判外均得代表法人（舊民草第八九條第一項，新民草第五八條第一項，日民法第五三條）；民法規定董事就法人一切事務，對外代表法人（第二七條第二項）；是明定董事對於法人一切事務有總括的代表權，已無疑義。代表與代理不同，前已略述（本節第五款第一項參照）其區別的要點，不僅發生法律效果不同，即其所有權限亦異：代理僅限於法律行為，始可行使代理權；代表則不限於法律行為，始可行使代表權。即在職務上的違法行為，或事實行為，董事亦往往為之。

民法規定董事的權限，既與德日民法同採總括權限主義，則其代表權自以無限制的施於法人的一切業務為原則；但依章程，捐助行為，或總會決議，對董



事的代表權，得加以限制（日民第五三條但書，德民第二六條，我新民法第五八條第三項），使其活動的範圍，不能出設立行為所許容之外。對董事的代表權加以限制，就對內言之，當然生其效力；就對外言之，能否與第三人對抗，實亦問題。對此問題的解答，學說有四：

- (A) 謂對董事代表權所加的限制，全然不能對抗第三人；
- (B) 謂對董事代表權所加的限制，全然可以對抗第三人；
- (C) 謂加於董事代表權的限制，須先行登記，方始有效；
- (D) 謂加於董事代表權的限制，不能對抗善惡的第三人。

前述(A)說待第三人太厚，而待法人太薄，法人加於董事的限制，毫無實用。(B)說待法人過厚，而待第三人過薄，第三人欲與法人交易，非先熟習其章程，必將蒙不測的損害。(C)說雖較(B)說待第三人為厚，然第三人欲與法人交易，必須隨時檢查登記簿，方可免害。(D)說實欲矯正前三說一偏之弊，似甚簡易而公平，然善意惡意往往難於證實，其結果亦生流弊。德民法(第

二六二八、六四七〇各條) 採 (C) 說,日民法(第五四條)採 (D) 說,我民法(第二一七條第三項)及舊民草(第八九條三項)亦從 (D) 說。

(2) 執行業務 董事在對內關係上,有執行業務的權限,當非以民法上所規定者為限;但民法上所規定的權限,董事即有應執行的義務。茲分述之於左:

(A) 須聲請關於法人的各種登記 (第四八、六一等條);

(B) 須召集通常總會及臨時總會 (第五一條);

(C) 須編造財產目錄及社員名簿,并存於各事務所(民法總則施行法第八條及舊民草七五、七六、一三九條二款,新民草六一條一項,日民五一、八四條二款參照);

(D) 須於法人財產不能清償債務時聲請破產 (第三五條第一項);

(E) 須於法人解散後担任清算事務 (第三七條)。

(3) 董事相互間的權限 董事有數人時,必發生相互間的權限問題。即董事人於執行業務及代表法人時,是否須經全體董事的同意? 第二人若向法人為意思

表示時，是否須對董事全體爲之？董事對外關係，應以單獨代表爲原則；其對內關係，則宜依社員總會的決議（德民二八條一項，我舊民草九〇條一項，新六〇條一項參照）。依民法二七條二項規定，董事一人既得向第三人爲意思表示，第三人自亦得僅向一董事爲意思表示（德民二八條二項，我舊民草九〇條二項，新民草第六〇條二項參照）。

#### （四）董事的登記

董事於被選任後，應將姓名及住所登記（第四八條一項四款，第六一條一項六款）。登記後如有變更，仍須速爲變更的登記（舊民草第八〇條參照）。於未登記以前，則不得與第三人對抗（舊民草第八一條參照）。

#### （五）董事議決的方法

董事僅有一人，自不發生議決問題。若有數人時，究應採何議決方法？如由董事各自獨斷獨行，事務則難統一；反之，須經全體一致，方可執行，又以方法嚴重，易至延誤。故採折衷主義，以多數或過半數議決事務，最爲適當（德民第二八條，日民

董事的登記

董事議決的方法

折衷主義

第五二條，及我舊民草第九〇條參照。）民法對於此點，既無明文規定，自可依章程或捐助行為定之。即民法有明文，亦為任意的規定，如依章程或捐助行為為特別規定，當亦法律所不禁，則德日民法，及我舊民草所定董事會多數或過半數議決的法則，仍有不適用於設立行為有特別規定之時可知。

(六) 董事違反義務的制裁

董事對於法人一切業務，既負有執行的義務，即應切實執行之。如董事違反義務，法律上自應予以制裁。德日兩國民法對於此點，均有明文規定（德民第七八條，日民第八四條參照）我民法及舊民草亦然。據舊民草一三九條規定，凡董事有左列各款情形，科以五元以上，五百元以下的罰鍰：

- (1) 怠為本節所規定的登記；
- (2) 違第七五條及七六條的規定，或於社員名簿及財產目錄有不正的記載；
- (3) 於第一一二條或第一三八條的情形，妨礙主管衙門或審判廳的檢查；
- (4) 對於衙門或總會為不實的聲請，及隱蔽其事實；

(5) 違第一一五條的規定，怠於聲請破產宣告。

民法對董事違反義務的制裁，雖不若舊民草有詳密規定；但就第三三條及第三五條觀之，凡受設立許可法人的董事，不遵主管官署監督的命令，或妨礙其檢查者，得處以五百元以下的罰鍰；其應向法院聲請破產而不為聲請，致使法人的債權人受損害時，有過失的董事，應負賠償責任。

(註) 岩田新日本民法總論一五六頁；歐宗祐民法總則六五頁。

### 第三項 社員總會

社員的意義

(一) 社員的意義

社員乃社團法人的構成分子（自然人及法人），而有對於法人取得一定權利，及負擔一定義務的資格。

(二) 社員的資格

(1) 資格的取得 設立人於訂立章程，并得主管官署許可後，即當然取得社員的

社團資格

的取得

入社與入夥的差異

社員資格的喪失

退社的限

資格其他社員必須於設立後，經過入社的程序，始得爲社員。關於入社的程序，章程上多有特別規定，若無特別規定時，則須由總會依到會社員的多數決之（舊民草第一〇七條參照）。

社員入社，在法律上的性質如何？學說上曾有爭論：有謂社員入社爲新社員與從來總社員間的契約關係；有謂新社員與社團的契約關係。要之，法人與合夥不同：合夥非人格者，法人爲人格者，故合夥的入夥，乃爲從來的總社員與新入夥者間之新合夥契約；社員的入社，爲法人與新社員間的行爲，非從來總社員與新社員間的行爲。

(2)資格的喪失 社員因法人消滅，或本人死亡，當然喪失其資格，已無說明的必要。茲應加以說明者，不外退社與除名而已。

(A)退社 社員入社以後，若不許其退出，實足剝奪社員的自由，并有反乎社會的公益，故法律許社員隨時退社（第五四條一項）。惟章程限定於事務年度終，或經過預告期間後，始准退社者，社員只得依章程所定而退社（同

除名的限制

社員資格  
的專屬性

條第一項但書) 至其預告期間,新舊民草規定不得逾一年(新六三條二項,舊一〇八條二項參照)民法則定以六個月為最長期間(同條第二項)。

(B) 除名 社員一經入社,若不許其除名,法人亦甚不利,故各國民法有社員除名的規定。除名須有正當理由,并經總會的決議(第五〇條),殆防有濫行除名之弊。社員既被除名,對於除名的決議,雖不得提起撤銷之訴,亦可向法院提起調查除名理由是否正當之訴,無待明定(舊民草一〇九條參照)。社團為鞏固基礎,以遂行其目的起見,凡已退社或除名的社員,除非公益法人的章程另有規定外,對於社團的財產,不許其有請求權;即對於其退社或除名以前,應負擔的出資,亦仍負清償的義務(第五五條)。

(3) 資格的專屬性 公益社團法人的社員,既具有公益的性質,自與公司的股票不同,除章程有特別規定外,乃含有專屬性,不得讓與或繼承(舊一〇六條新六五條參照)。

(三) 社員的權利義務

凡已取得社員的資格者，即能享有或担负法律及章程所規定的權利或義務。其權利義務，有普通與特別兩種：前者乃爲各社員所通有；後者乃特定的社員所獨有。茲將社員的權利義務分述於左：

(1) 社員的權利 凡與社員資格相始終的各種權利，總稱之爲『社員權』。社員權有爲法律所規定者，有爲章程所訂定者。前者即出席總會，陳述意見，平等表決（第五二條二項），請求召集總會（第五一條二項），及請求法院宣告總會的不當決議爲無效（第五六條一項）等權利；後者如利用法人的俱樂部及圖書館的權利。

(2) 社員的義務 凡與社員資格相始終的各種義務，總稱之爲『社員義務』。社員最重要的義務，厥爲出資義務。社員出資應按如何比例，民法無明文規定，據新舊民草規定：除章程有特別規定外，各社員對於法人的目的，及賠償債務所必要的金額，應平等出資（舊一〇四條，新六九條參照）。

(四) 社員總會



總會的性質

(1) 總會的性質 總會爲全體社員所組成之最高的必要的議決機關（第五〇條一項）茲就其意義說明於次：

(A) 總會爲「全體社員所組成的機關」 所謂爲全體社員所組成者，即全體社員均有出席總會之權，非謂須由全體社員出席總會，始得行使表決權。

(B) 總會爲社團的「最高機關」 總會爲社團的最高機關，民法已有明定（五〇條一項）故社團的業務，除屬於執行機關外，悉經總會決議行之。總會決議如不違反法令或章程，董事及其他辦事人均負有服從的義務。

(C) 總會爲社團的「必要機關」 財團既無社員，自無總會的必要；社團乃爲人的集合，必以總會爲其必要機關。

(D) 總會爲社團的「議決機關」 總會雖爲議決機關，僅對於內部爲決定社團最高意思的機關，自不能對外代表，并執行其已決定的意思；其已決定的意思，須由他機關（董事）負責執行之。

(2) 總會的權限 總會既爲社員所組織的議決機關，一切重要事務，自應由總會

總會的權

議決行之。凡變更章程，任免董事，開除社員，及解散，固為總會的權限；即監督董事職務之執行，亦為總會的權限。日民法規定監事為社團法人的監督機關，我民法既未設此機關，總會亦應有監督執行機關之責，故仿瑞士民法設有明文規定（五〇條二項，五七條）。

(3) 總會的種類 社員總會有『通常總會』與『臨時總會』二種：通常總會即每年於一定時期內所召集的總會。其開會時期，須先依章程之所定。若章程無所規定，總會又未預定，則可由董事定之。臨時總會乃應臨時必要而召集的總會。其召集有因董事認為於社團有利益者；有因總社員十分一以上的請求者；有經法院的許可者（第五一條三項）。

(4) 總會召集的性質及程序 所謂召集，即向各社員發出開總會的通知。關於召集的『性質』，有謂為意思表示；有謂為觀念表示；大多數從後說，即認為通知之一種。關於召集的『程序』，民法無明文，舊民草定為：(A) 須至遲於開會五日前通知各社員；(B) 須於通知內記明會議目的，處所，及日時（第九八條參照）。

總會有  
效的決  
議

通知方法，須依章程之所定，或向各社員發通知，或在新聞紙上登廣告。若章程無所規定，董事即可斟酌採用適當方法，以期各社員咸得知總會召集的事實。

(5) 總會的決議 總會須先有效成立，始得為有效的決議。通常會議有效成立的要件有三：(A) 須經召集的手續；(B) 其手續須為適法；(C) 須足法定人數。舊民草對於前兩點有所規定（第九八條參照），而對於後一點無之；民法對於後一點有所規定（第五二條及第五三條），而對於前兩點無之。茲將決議的意義，事項，方法及效力分述於左：

(A) 決議的意義 決議即各社員對於提出的議案，各依其表決權以表示意見，而就同一內容的意見，已達於一定數之謂；簡言之，即達於一定數的同意。

(B) 決議的事項 草案仿日瑞民法定為：總會決議，除章程有特別規定外，限於預行通知的事項（舊九九條，新五五條，日民六四條，瑞民六七條參照）。民法對於此點，雖無明文，但從第五〇條二項及第五七條觀之，其應決議的事項，不得超越其權限可知（總會的限權參照）。

通常決議  
的方法

(c) 決議的方法 就決議的事項言之，有通常決議的事項，與特別決議的事項兩種；就決議的方法言之，亦有通常決議的方法，與特別決議的方法兩種。茲分述之於次：

(甲) 通常決議的方法 通常決議，即關於通常事項的決議。其決議的方法，舊民法及德民法均規定依到會社員多數決之（舊一〇〇條，德三二條；新民法則定爲以出席社員過半數決之（第五二條一項））。日民法對於此點，雖無直接規定，從第三八條及六九條觀之，當亦採比較的便宜方法，不能戾於多數原則。

特別決議  
的方法

(乙) 特別決議的方法 特別決議，即通常事項以外的決議。其決議的方法，亦較通常決議爲嚴重。茲就變更章程與社團解散言之：

(1) 關於章程變更議決的方法 此不拘於多數的原則，須依特別的程序。德民法規定：變更章程的決議，須經出席社員四分之三的同意（德民三三條一項）；日民法規定：變更社團的章程，須有全體四分之三以上的同

意（日民三八條一項）我民法規定：社團變更章程的決議，應有全體社員過半數的出席，出席社員四分之三以上的同意，或有全體社員三分之二以上書面的同意（第五二條一項）依我國與德日二國民法規定，關於社團章程的變更，原則上雖應得社員四分之三的同議，方得議決；不過日民計數方法，以全體社員為準，我民與德民的計數方法，乃以出席社員為準。然德民不須有全體社員過半數的出席，我民限於有全體社員過半數的出席，是二者又有不同。

(2)關於社團解散議決的方法 社團特有的解散原由，除社員缺亡外，尚有社員總會的決議。德民法規定：須有出席社員四分之三以上的同意（德民四一條）日民法規定：須有全體社員四分之三以上的同意（日民六九條）我民法規定：須有全體社員三分之二以上的可決（第五七條）是中德日三國民法所規定，雖有不同，而認社團解散的決議，須經特別程序，不拘於多數的原則則一。

$\frac{7}{4}$

$\frac{461}{420}$

45

營利法人  
社員的表  
決權以出  
資計算

公益社團  
法人社員  
的表示權  
以員數計  
算

總會決議  
的無效

據上所述，通常決議，須從多數的方法；特別決議，須從三分二或四分三同意的的方法。所謂多數，三分二，四分三者，其計算方法，將以員數為準，抑以表決權為準？在以營利目的的社團法人（例如股份有限公司）其社員間的表決權，雖按照其出資的比例，以定表決權的多寡，每議一事，均以表決權計算，而不以員數計算。然以公益目的的社團法人，則不能因社員出資的多寡，以影響其表決權。公益法人的社員，本無財產上的觀念，雖出資不無厚薄，其維持公益之心則同。故在總會所有的表決權，自應一律平等，每一社員僅有一個表決權而已（第五二條二項）。

(D) 決議的效力 總會決議，雖為多數社員的特別意思表示，而有拘束全體社員的效力；但違反法令或章程的決議，固應無效；即侵害社員的特別權，或獨對於特定社員使負特別義務，或較他社員負更大的義務，或剝奪社員的普通權利等決議，亦屬無效。

(6) 總會決議的無效 社員於有法定情形時，得請求法院宣告其決議為無效（

第五六條)可稱爲『決議無效之訴』。社員有提起此訴的權利，與有請求召集總會的權利，同爲不可剝奪的權利；即以章程規定，亦不可剝奪之。惟提起決議無效之訴，須具備左列的條件：

(A)須總會決議違反法令或章程。總會決議違反法令或章程，非僅指決議自身違反法令或章程而言，即總會召集的程序或其決議的方法違反法令或章程，亦包含在內。

(B)須提超此訴者爲原不同意的社員。總會決議有違反法令或章程時，法律許社員提起決議無效之訴，既爲保護對於決議原不贊成的社員之利益而設，則能提起此訴者，自以原不同意的社員爲限。至其爲充董事的社員，或非充董事的社員，均非所問。

(C)須於決議後三個月內提起。決議無效之訴，應於決議後三個月內提起之，逾此期限，即不許再行提起。

所法人的住

所在地為住所  
以主事務所為

更法人的變

的變更章程

### 第六款 法人的住所

法人既有權利能力，自應指定其活動場所的中心點，以爲其活動的本據，故民法準用自然人住所的制度，規定法人以其主事務所的所在地爲住所（第二九條）。所謂事務所，即執行法人事務的場所，雖不必由章程或捐助章程定之；但設立時，必須列爲登記事項，方可對抗第三人。事務所如爲一個時，其事務所所在地，即爲法人的住所。若事務所所有數個時，則以主事務所爲住所，當不得以分事務所所在地視爲法人住所可知。

### 第七款 法人的變更

#### 第一項 社團法人的變更

社團法人章程訂定後，可否變更？立法例頗不一致：英國法將章程分爲基礎的章程，與非基礎的章程兩種，前者不許變更，後者則許變更。我民法與日民法均未設此



社團目的  
的變更

區別，社團法人的一切章程，概可由社員總會變更之（第五〇條）。

社團法人章程既可變更，其目的可否變更？學說與立法例亦不一致：有謂目的爲法人的生命，絕對不許變更，變更法人的目的，即消滅法人，創設新法人，有謂法人的目的，並非不可變更，不過此舉爲法人最重要的事項，須經全體社員的同意，始爲有效。我新草案採前說（第五六條一項）；德國瑞士等國民法採後說（德民三三條，瑞民七四條，及我舊草案第一〇一條第一項但書）。民法對於此點，雖未明定，自可解爲法人的目的亦得變更。

## 第二項 財團法人的變更

財團法人與社團法人的性質不同：社團法人的設立人，即爲其社員，故於其目的或組織得變更之。若財團的設立人，則自財團成立後即脫離關係，故應解爲於目的或組織不能有變更的權限。設立人既無變更其目的或組織的權限，則有此種權限者，不外法院與主管官署而已。茲特分述之於左：

財團組織  
的變更

(一) 組織的變更

財團法人變更組織，依民法六三條規定，須具備左列的要件：

- (1) 須為維持財團的目的，或保存其財產；
- (2) 須有捐助人、董事，或利害關係人的聲請；
- (3) 須由法院為之。

財團目的  
的變更

(二) 目的的變更

財團法人變更目的，依民法六五條規定，須具備左列的要件：

- (1) 須限於因情事變更，致財團的目的不能達到時；
- (2) 須斟酌捐助人的意思。
- (3) 須由主管官署為之。

法人的登  
記

第八款 法人的登記

登記的意  
義

(一) 登記的意義

登記爲成  
要件

登記的種  
類

登記的事  
項

登記乃將法人的一定事項，記載於國家公簿上，以公示於衆，使利害關係人均有閱覽的機會。此種制度，能使法人的狀況公示於世，可圖交易的安全，故各國民法多採用登記制度。惟依各國立法例，有以登記爲成立要件（德民二二條），有以登記爲對抗要件（日民四五條）。我民法仿前者，明定法人非經向主管官署登記，不得成立（三〇條）。

### （二）登記的種類

- （1）設立登記 即社團或財團設立時所應爲的登記。
- （2）變更登記 即登記事項生變更時所須爲的登記。
- （3）解散登記 即法人解散時所應爲的登記。

### （三）登記的事項

（1）設立時登記事項（A）社團設立時，應登記的事項爲：目的、名稱、事務所、財產總額、出資方法、存立時期、設立許可的年月日、董事姓名住所及代表權的限制等（第四八條）。（B）財團設立時，應登記的事項爲：目的、名稱、事務所、財產總

額，存立時期，設立許可的年月日，董事姓名住所及代表權的限制等（第六一條）。要而言之，即須將社團章程或財團捐助章程之基本的事項，及其機關，和活動的中心場所，登記於公簿而已。

(2) 變更時登記事項 凡社團或財團已登記的事項，若有變更或消滅，均須一一登記，方得與第三者對抗。例如法人遷移事務所，除同一管轄區域外，於舊所在地及新所在地均須登記。

(3) 解散時登記事項 法人解放，須將其解散原因，及年月日登記之。

#### (四) 登記的時期及方法

(1) 設立登記的時期及方法 設立的登記，應於得主管官署的許可後，依第四七條或第六〇條的規定，作成書狀登記之（第四六條，第五九條參照）。但在民法總則施行前，已得主管官署的許可者，其登記須於民法總則施行後三個月內聲請之（民法總則施行法第五條）。

(2) 變更登記的時期及方法 變更的登記，應於已登記的事項有變更後爲之（

第三一條。其登記方法，依法人登記規則第五條規定，須依更正登記的方法爲之。

(3) 消滅登記的時期及方法 消滅的登記，應於宣告解散時爲之。其登記方法，依法人登記規則第五條規定，須依塗銷登記的方法爲之。

所登記的處

(五) 登記的處所

設立登記，須於主事務所及分事務所所在地的主管官署行之（第四八條二項及第六一條二項）。設立後新設事務所，須於新事務所所在地，並須於其他事務所所在地爲之（舊民草第七八條，日民第四五條三項參照）。設立後遷移事務所，除同一管轄區域外，須於舊事務所及新事務所所在地爲之（舊民草第八〇條參照）。

序登記的程

(六) 登記的程序

聲請登記，乃爲董事會或清算人的職務，若怠於聲請，應受罰鍰的制裁（民草第一三九條參照）。關於聲請登記的程序，另有法人登記規則詳定之。

登記的效力

(七) 登記的效力

社團財團在未經登記前，尙未取得法律上的人格，必於已經登記後，始得稱爲法人。故設立登記，不外付與法人以對外的效力。法人登記後，如有應登記的事項而不登記，或已登記的事項有變更，而未爲變更的登記，均不能與第三人對抗（第三一條）。反之，凡已登記的事項，則可與第三人對抗。

法人的消滅

第九款 法人的消滅

解散

第一項 解散

解散的意義

(一) 解散的意義

解散即因有解散事由發生，而使法人喪失其權利能力之確定的狀態。法人宣告解散，與自然人受有致命傷無異，非其權利能力立時喪失淨盡，不過停止法人的活動而已。

解散的原因

(二) 解散的原因

法人解散的原因，有爲社團法人與財團法人所共通的；有爲社團法人所獨有的；有爲財團法人所獨有的。總括言之，不外左列五種：

(1) 撤銷許可。法人雖已得許可，如違反設立許可的條件，主管官署得撤銷其許可（第三四條）。

(2) 宣告解散。凡法人有左列原因之一者，即應宣告解散：

(A) 法人的目的或其行爲有違反法律，或公序良俗時，法院得因主管官署，檢察官，或利害關係人的請求，宣告解散（第三六條）。

(B) 社團的事務，無從依章程所定進行時，法院得因利害關係人的聲請，宣告解散（第五八條）。

(C) 財團因情事變更，致其目的不能達到時，主管官署即得解散之（第六五條）。

(4) 總會決議。社團法人本由社員所組成，如經全體社員三分二的可決，自應解散（第五八條）。

解散的公  
示

解散的效  
力  
解散後仍  
視爲存續

(5) 社員缺亡。社員缺亡，固爲社團法人解散的原因。究竟社員應缺少如何人數，始可解散？各國立法例不同：有規定減少一人，即須解散者（日舊民法）；有規定減至定數，即須解散者（德民法七三條，日商法七四條，二二一條，我公司法四六條，二〇一條）；有規定社員全缺，始得解散者（薩克遜，普魯士，日本等國民法）。我民法既無規定，自應從第三立法例解釋之。

### (三) 解散的公示

法人解散後，須向社會公示之。其公示方法，民法未設明文，依舊民章規定，須由管轄社團法人的初級審判廳將解散的公告，登載於該審判廳所指定的新聞紙

#### (第一二八條)

### (四) 解散的效力

法人解散後，其權利能力非即時喪失，僅停止法人生產事業，變更其原有的目的而已。據民法四〇條二項規定：法人至清算終結止，在清算的必要範圍內，視爲存續（舊一二二條，新四五條一項，德民四九條，日民七三條參照）。解散後仍然



清算法人

在清算目的範圍內仍有權利

清算

清算的性質

存續的法人，謂之「清算法人」。關於清算法人的性質，有謂舊法人已因解散而消滅，清算法人係由法律新創設；有謂法人僅停止生產事業，其本身仍與以前的法人無異。我民法既明定視為存續，自以從後說為宜。要之，法人解散，其本身仍未消滅，不過變其原來目的為「清算目的」。其在清算目的範圍內，仍具有權利能力。故於對內關係，社員總會仍得行其監督；於對外關係，法人的債權人與債務人仍為法人的債權人債務人。

## 第二項 清算

### (一) 清算的性質

清算即以處理被解散法人之殘餘財產為標的的程序。法人一經解散，除因破產而被解散外，必須經過民法中所規定的清算程序（第三七條至第四四條）。換言之，因破產而解散者，應依破產法所規定；因破產以外的原因而解散者，則應依民法所規定。民法關於清算的規定，乃為強行法規，縱有章程，捐助行為，或總會

清算人的  
任免

清算人的  
選任

清算人的  
解任

清算人的  
職務

清算前的  
職務

的決議，亦應依民法所定的清算程序處理之。

## (二) 清算人的任免

清算人爲辦理法人清算事務的機關。其選任方法，民法第三七條及第三八條已有規定，即除章程有特別規定或總會另有決議外，清算事務由董事辦理之。若章程既未特定清算人，總會亦未選定清算人，應辦清算事務的董事又已死亡，或因病不能執行時，法院得因利害關係人的聲請，選任清算人。

清算人的解任方法，民法第三九條亦有規定，即清算人有不忠實或不能勝任等重大事由時，法院得解除清算人的任務。清算人解除任務後，或另行選任清算人，或由利害關係人聲請法院選任清算人，均無不可。

## (三) 清算人的職務

關於清算人的職務，得分爲左列三點言之：

(1) 清算前的職務 清算人於着手清算前，須向主管官署爲解散的聲請及解散登記；前者所以使主管官署知解散的事實；後者所以使大眾知解散的事實。

參看本書本節第八款，及舊民草一二五條一項，新民草四三條，日民法七七條一項。

清算中的  
職務

(2) 清算中的職務 清算法人雖不能營清算以外的新事業；但清算中的職務，亦不限於民法上所列舉的事項（第四〇條）。茲將民法上所列舉的事項分述於左：

(A) 了結現務 即法人解散時，業已着手而未完結的事務，應由清算人完結之。

(B) 收回債權 即請求法人的債務人清償其債務；但對於未屆清償期的債權，則不得請求清償之。

(C) 清償債務 即清償法人已至履行期的債務；但履行期專為法人的利益而設，則得拋棄而預行清償之。

(D) 移交賸餘財產 法人於清償債務後，如仍有賸餘財產，自應移交於應得者。法人與自然人不同；自然人常有繼承人，其死亡後的財產，自應屬於繼承

清算後的  
職務

清算人違  
反義務的  
制裁

人；法人因無繼承人，其賸餘財產，究應歸屬於何人？在營利法人，以分配利益於其社員爲目的，清算後若有賸餘財產，自應分配於其社員。在公益法人，既不以謀私人的利益爲目的，則不能採同一方法，故民法對於其賸餘財產有規定處理方法的必要（第四四條）。茲將其規定分述如左：

（甲）歸屬於章程所明定或總會所議決之人；

（乙）歸屬於法人住所所在地的地方自治團體。

（3）清算後的職務 清算完結後，清算人欲使利害關係人及主管官署知其消滅的事實，須向法人住所地的登記所聲請登記，并向主管官署呈報清算完結。

#### （四）清算人違反義務的制裁

清算人既有執行清算事務的義務，即不得加損害於他人或法人的債權人，并不得違反法院監督命令或妨礙其檢查。如清算人因其職務上行爲加損害於他人者，應與法人負連帶賠償之責；違背法定義務致加損害於法人的債權人者，亦應賠償。法人清算，本屬於法院監督，若清算人不遵法院監督命令，或有妨礙法院

清算的  
程序

檢查者，得處以五百元以下的罰鍰（第四三條）。

（五）清算的程序

清算的程序，在公司法上既有詳密的規定，法人的清算程序，又與股份有限公司的清算程序相同，故除民法所規定的通則外，其詳細程序，準用股份有限公司清算的規定（等四一條）。

清算完結  
的效力

（六）清算完結的效力

清算事務終結後，清算人的任務已告終了，法人即因之消滅，完全喪失其權利能力。

法人權利  
喪失

法人的監  
督

第十款 法人的監督

（二）業務的監督

設立財團及以公益爲目的的社團，既須經主管官署許可，則成立以後，亦應由主管官署監督。民法從多數立法例以明文規定：受設立許可的法人，其業務屬於

業務的監

主管官署監督。主管官署因監督法人的業務是否違背法人的目的或公益，董事等是否有不正的行爲，得隨時檢查其財產狀況，及其有無違反許可條件，與其他法律的規定（第三二條）。

### （二）解散及清算的監督

業務監督，既須因法人的目的事業，以定其監督官署，自以主管官署任監督之責爲宜。解散及清算的監督，則不須因法人事業的性質，以定其監督機關，當由法人住所地的法院任監督之責。法院因監督上的必要，得隨時實施檢查（第四二條），方可防止清算人有不正行爲，以侵害利害關係人的利益。

### （三）罰則

法人的董事或清算人，若有不從主管官署或法院的監督命令，或妨礙其檢查時，監督機關得處以五百元以下的罰鍰（第三三條第四二條）。如無此種規定，則法人的監督機關，當難達其監督的目的。

私權的客體

## 第三章 私權的客體

### 第一節 總說

私權的客體意義

#### (一) 私權客體的意義

權利的成立，必先具有權利的要素。所謂權利的要素，通常除有權利的主體外，尚須有權利的客體。若無私權的客體，是無一定社會的利益為其內容，即缺乏充實私權的必要條件，私權仍有不得成立。

私權的客體與私權的目的

學者間多認私權的客體，與私權的目的有同一意義而用之。然私權內容的本身，與構成私權的內容之必要的生活資料不同：前者可稱為『私權的目的』；後者可稱『私權的客體』。私權的客體，即為『私權的對象』；私權的目的，即為『私權的內容』。何謂私權的對象？即為私權發生的基礎。例如所有權以物為其對象，親權以子為其對象，債權以債務人的行為為其對象。私權的內容，除例外的場合外，大多為權利人的行為。例如所有權的內容，為對於所有物之使用，收益處分；

私權客體  
的種類

物

權利

精神作用

特定財產

人

親權的內容，爲對於子之教育、監護、懲戒、債權的內容爲對於債務人得請求爲一定行爲。如此，不可視私權的客體與私權的目的爲同一意義可知（註一）。

（二）私權客體的種類

私權的客體，因各種私權之不同而有差異。茲將其重要者說明於次：

（1）物 物爲物權的客體，亦有爲債權的客體。民法特倣德國民法，在總則編設概括的規定，俟次節詳述之。

（2）權利 權利爲支配權的客體，乃占有重要的地位。例如權利質，準共有，準占有，及以地上權，永佃權爲抵押權的客體。

（3）精神作用 卽由吾人之智能作用而成的無形物，近世已認其爲獨立權利的客體，稱爲『無形財產權』。例如著作權，特許權。

（4）特定財產 卽由物或權利的集合而成的財產。例如工廠，鑛業，鐵道，或公司，可一括而爲所有權及抵押權的客體（註二）。

（5）人 人爲私權的主體，似不可爲私權的客體；但自身爲私權的主體，同時以立



於某特定關係之他人爲私權的客體，亦無矛盾。在公法上，固多以人爲權利的客體（例如刑罰權）；即在私法上，亦常以人爲權利的客體。親權及夫權，固以人（子或妻）爲其客體，即債權亦有以人爲其客體（例如旅客運送）。

自身

行爲與勞力

(6) 自身 學說中雖有否認自身爲權利的客體；但據通說的解釋，人格權即以自身爲其客體的權利。依此學說，形成權可解爲以自己的行爲爲其客體的權利。(7) 行爲與勞力 行爲與勞力，亦均爲私權的客體。通常以作爲或不作爲爲標的的債權，即以行爲爲其客體。所謂勞動契約，亦不外設定以勞力爲客體的權利之契約。

屍體及由人體分離的一部份

(8) 屍體及由人體分離的一部份 人體在未由人格分離前，固不可視爲物。若已由人格分離，且可供諸支配，當然爲物。例如屍體及與人體分離的毛髮，爪牙，腎肉等。屍體是否爲物？約有四說，(1) 屍體非物；(2) 屍體爲無主物；(3) 屍體爲不融通物；(4) 屍體爲繼承人繼承之物。現代多從第四說，已認屍體爲繼承人所有權的客體，惟繼承人不得爲反乎公序良俗的處分而已。

物

物的意義

法律上的  
物與物理  
上的物

有體物與

(註一) 岩田新日本民法總論一九一頁。

(註二) 岩田新前書一九四頁。

## 第二節 物

### 第一款 物的意義

法律上物的意義，與物理上物的意義不同：物理上所謂物，僅論及物的本身與其性質；法律上所謂物，則論及物與人的關係。法律上所謂物，乃一種社會的觀念，即以吾人生活資料之自然的性質為基礎，攙合各時代各地方的文化觀及經濟觀而造成的。故法律上所謂物，雖不能完全無視物理上的要件，亦不能完全受其要件的拘束，復可因時因地而變其觀念。近世各種自然力及其他無體物，已因科學之發達，漸得為吾人所支配，而供為生活資料，是物的意義，已未能從狹義解釋，謂以特定的有體物為限。

關於物的意義，各國法律規定不同，可分為三派：(1) 羅馬法以物為包含有體物

(其所有權亦包含在內)及無體物而言。法法系民法亦認物包括有體物與無體物兩種，并將一切權利悉劃歸無體物的範圍內。(法民五一六條以下，意民四〇六條以下)奧荷等國民法(奧民二八五條，二九一條，二九二條，荷民五五五條)及普國普通法(一部二章二條)英國普通法，日本舊民法亦然。(2)德國法系以物僅指有體物而言(德民第一章案七七八條，現行民法九〇條，日民八五條，及我舊民草一六六條，新民草九五條)。(3)瑞士民法，不設物的定義，僅於條文中明示法律之所謂物(瑞民六六五條)蘇俄民法亦然(蘇俄民法第三章)民法明定物包括有體物與無體物，固屬含義太廣。若認物僅限於有件物，又不免含義太狹，遺憾甚多。(註)故我民法特採瑞俄先例，不立物的界說，僅規定動產，不動產，主物，從物而已。民法關於物的意義，雖未明定；但法律上之物，必為吾人所得支配，并可供為生活資料的物體，已無疑義。

(1)物須在人力所及的範圍內，法律上之物，既與物理上之物不同，則物理上之物，自有不得為法律之物。例如日，月，地球，星辰及水流，空氣等，雖為物理上之物，

物須供吾  
人的需要

物須獨立  
爲一體

人身非爲

而以其事實上不能爲吾人所得支配的客體，故不得爲法律上之物。物之能否爲吾人所得支配，又因時代之進化，及人智之發達，而有變動。例如電流，在昔日雖爲人力所不能支配的，現在已屬支配的範圍（刑法三四〇條二項參照）。

(2) 物須供吾人的需要 凡物能爲私權的客體，必以其能滿足吾人生活的需要爲條件。故不能滿足吾人生活需要之物，雖爲物理上之物，却非法律上之物。例如一袋之米，一瓶之酒，雖爲法律上之物。若爲一粒之米，一滴之酒，則不能滿足吾人生活的需要，故非法律上之物。

(3) 物須獨立爲一體 所謂獨立爲一體，即能獨立有其個體，而非物之成分。依物理的觀念，物之成分，雖得爲物；依社會的觀念，物之成分，則不得爲物，例如一隻鞋襪，一粒米豆，自不得爲獨立的物。他如書籍的紙頁，衣服的布料，家畜的皮毛，亦均爲物之成分，不能獨立爲物權的客體。然原物解體，其成分有獨立爲一體，以供吾人生活需要者，亦得爲物的客體。例如屋毀後的木片，馬死後的皮毛。

(4) 人身非爲物 羅馬法雖認奴隸爲有體物，近時法律則不認之。吾人的五官四

肢，髮膚軀體，血肉臟腑，皆爲構成身體的一部，固不得爲物；卽如假齒，假眼，假手，假足，雖由人工而成，自其與身體連接後，亦爲身體的一部。必其已與身體分離，而脫離吾人精神作用的範圍，始得爲物。例如髮已脫膚，爪已脫指。

（註）歐宗祐民法總則九二—九四頁。

## 物的能力

### 第二款 物的能力

人有權利能力及行爲能力；物亦有權利能力及行爲能力。物的權利能力，卽得爲私權客體的資格；物的行爲能力，卽得爲交易客體的資格。換言之，物的行爲能力，不外具有『交易能力』。茲將物的權利能力與交易能力分述於左：

(1) 物的權利能力 凡經濟學上所謂自由財，或人力所不能支配的物（例如日，月，星辰，大洋，空氣等），均無權利能力，則從反面言之，卽吾人在法律上可得支配的物，始能有權利能力。

(2) 物的交易能力 物有權利能力，未必均有交易能力（融通能力）。有交易能

## 物的權利能力

## 物的交易

力的物，謂之融通物；無交易能力的物，謂之不融通物（例如公有物，公用物，及禁制物）。各國民法，認許物的交易能力，異常廣泛；惟蘇俄新民法限制物物的交易能力甚嚴，實爲民法史上之一創例（俄民第二一條，第二二條，第二三條參照）。

### 第三款 物的種類

#### 第一項 動產不動產

動產與不動產的區別，雖在古代日耳曼法及後期羅馬法中即已存在，然得爲私人權利的客體，仍以動產爲限，土地則爲團體所有。及土地得爲私人權利的客體，動產與不動產始截然區分。不動產在封建時代，其在社會上經濟上的價值，固較動產爲大，而受法律特別的待遇。卽封建制度廢止以後，土地的社會價值，雖略有減少，亦不失爲人類生活的根據。在資本主義發達時代，資本家的財產多爲動產，其價值未必劣於不動產，則二者的區別，已不若往時之重要可知。雖然，二者的性質，本係不同；

法律的待遇，自亦不能無異。故各國民法，除蘇俄新民法外（俄民二一條），莫不認其區別。茲將二者區別的標準，及實益，分述於左：

（一）區別的標準

動產與不動產的區別，非依當事人的意思，當考察社會各種情形以爲決。凡性質上全然不能移動其位置之物，或非經破壞變更則不能移動其位置之物，皆爲不動產（例如土地及其定着物）。不動產以外之物，則爲動產。

（1）不動產 何爲不動產？各國立法例，頗不一致：羅馬法及德國民法（第九三條至九六條），均以土地爲不動產，固著於土地上的建築物，則視爲土地的構成物；法國民法（第五一七條至五二六條）則取列舉主義，將不動產一一列舉；日本民法（第八六條）以土地及其定着物（係指建築物及竹木而言）爲不動產；瑞士民法（第六四二條至六五五條）以土地爲不動產，其重要構成部分，則包含於土地之中。英國法亦以土地爲不動產，包含產出物，定着物，置於土地之物，及水。我新舊民草以（A）土地的定着物，（B）與土地未分離的出產

動產與不動產區別的標準

不動產的立法例

土地及其  
定着物爲  
不動產

土地所有  
權的範圍

定着物的  
意義

物，及(c)以永久目的附着或連屬於土地之物，爲土地的重要部分；但房屋則爲獨立的不動產（舊一七條，新九六條）。民法明定以土地及其定着物爲不動產；不動產的出產物尙未分離者，則爲該不動產的部分（第六六條）。

土地爲地球的一部，究應包含地球的中心，抑僅指地球的表面？學說上不無議論。若謂土地應包含地球的中心，則土地所有權的效力可以及於空間與地身，勢必發生權利的濫用。若謂土地僅指地球的表面，則土地所有權的效力不得及於空間與地身，又必常受他人的妨害。故民法爲保護個人的利益，并顧及社會的利益，特明定土地所有權除法令有限制外，於其行使有利益的範圍內，及於地之上下，如他人的干涉，無礙其所有權的行使者，不得排除之（第七七二條）。

定着物係依經濟上的用法，繼續的固定附着於土地，不能輕易移轉其位置之物。所謂繼續附着，即非暫時附着於土地，乃有較爲永久之義。例如建築廠上暫設的木架，博覽會內暫建的小屋，均供一時之用，而非定着物。所謂固定附着，



即附着於土地，尙未至與土地不能分離的程度。例如溝渠、池塘、溫泉，及播種的種子，均爲土地的成分，而非定着物。定着物附着於土地，既須依經濟上的用法，若埋藏金錢於地下，雖歷時甚久，亦非定着物。通常所謂定着物，即僅指房屋及其他建築物而言。

動產的立  
法例

(2) 動產 何謂動產？各國立法例，亦不一致：法國民法（第五二八條至五三六條）取列舉主義，將動產一一列舉。英國法中所謂動產，指不動產（土地）以外一切有體物而言，即指（A）可移動之物，（B）非土地定着物之建造物，及（C）商品。日本民法（第八六條第二項）以土地及其定着物以外之物，皆爲動產。我新舊民草對於動產雖無直接規定，亦可解爲不動產以外一切之物均爲動產。民法則明定動產爲不動產以外之物（第六七條）。

## (二) 區別的實益

動產與不動產區別的實益如下：(1) 關於能力的規定（法律適用條例第五條第二項）；(2) 關於法院管轄的規定（民事訴訟法第一一條第二二條）關於執行方

動產與不  
動產區別  
的實益

法的規定（民事訴訟執行規則第一四條至八六條）；(3)關於債權人遲延的規定（民法第二四一條一項）；(4)關於不動產租賃的規定（民法第四四二條，第四四五條，第四五〇條三項）；(5)關於承攬人抵押權的規定（民法第五一三條）；(6)關於受任人特別授權的規定（民法第五三四條一款二款）；(7)關於經理人書面授權的規定（民法第五五四條二項）；(8)關於不動產公示方法及移轉設定方式的規定（民法第七五八條至七六〇條）；(9)關於動產讓與的規定（民法第七六一條）；(10)關於取得時效的規定（民法第七六八條至七七〇條，七七二條，八〇一條）；(11)關於典質抵押留置的規定（民法第八六〇條，八八四條，九一一條，九二八條）；(12)關於占有物取回的規定（民法第九六〇條）。

第二項 主物從物

主物與從物的區別，始於羅馬法，法德日瑞蘇俄等國民法亦多以明文定之（法

## 例的立法

## 從物的要件

民五四六條，德民九七條，九八條，日民八七條，瑞民六四四條，俄民二五條。惟各國所取的主義，尙有不同：羅馬法及日本民法均不限於動產，德瑞民法則僅以動產爲限；日本民法及我新民草（第九九條）必須主從二物屬於一人所有，其他各國民法亦無此種限制。我民法規定從物的意義，其大旨與日本民法同（第六八條）就其所規定分析之，從物須具備下列的要件：(1)須非主物的成分；(2)須常助主物的效用；(3)須與主物同屬於一人，缺此要件，則不得謂爲從物。但交易上有特別習慣者，仍應從其習慣。

何謂非主物的成分？即與主物各爲獨立之物，而非爲其成分。例如墳地的小屋，農莊的肥料屋，均爲從物。反之，如樑柱之於房屋，輪軸之於機械，則不可謂爲從物。何謂常助主物的效用？即一物常助他物經濟上的效用，而非僅有一時補助的目的。例如鍊之於錶，鎖之於箱，均爲從物；反之，繫印章於金錶，掛字畫於客廳，則不可謂爲從物。何謂與主物同屬於一人？即從物與主物須屬一人所有。例如房屋與紗窗均爲一人所有，始可發生主從的關係；反之，房屋爲甲所有，乙承租後始設紗窗，紗窗雖常助房

屋的效用，而非甲所有，故不可謂爲從物。從物既爲附隨於主物而存在之物，則被從物所附隨之物必爲主物，已無疑義。

主物與從物區別的實益，卽在於「處分權的歸屬」；換言之，卽從物須隨主物而處分。法日瑞等國民法，及我新民法（第九九條二項，第八七條二項），均採括概主義，明定從物隨主物的處分，我民法亦從之（第六八條二項）。從物既須隨主物的處分，是其命運常隨主物而變動，例如在買賣契約，因主物有瑕疵而解除契約者，其效力及於從物（三六二條）；在抵押權設定，抵押權的效力，亦及於抵押物的從物與從權利（第八六二物一條）。惟此項規定，非強制規定，當事人自不妨爲反對的意思表示。

### 第三項 融通物不融通物

此種區別，乃以物有無交易能力爲標準。詳言之，卽融通物得爲交易之物，不融通物不得爲交易之物。物以有權利能力，兼有交易能力爲原則，而以僅有權利能力，未

有交易能力爲例外。故通常之物，皆爲融通物，無須說明。茲應說明者，爲不融通物。不融通物，有基於物的性質；有基於法律的規定。前者如公共物；後者如公有物，及禁制物。茲分兩點說明於左：

(1) 不得爲私權客體之物 凡供公眾使用之物，均不得爲私權的客體。例如公共物中之空氣，光線，流水等，一般人皆有使用的權利。若以不當的方法，妨害他人的使用者，得構成不法行爲。至何物屬於此種，當視各國法律規定及社會觀念決定之。依羅馬法，則以公共物（如空氣，流水，海洋，海岸等）及神物（如寺廟，墓地等）爲不融通物。自我國言之，關於前者，可爲同一解釋；關於後者，則不可概論。例如寺廟不動產，法物，及義園，義地，均以不得處分爲原則，並非不得爲私權的客體。

(2) 不得爲法律上處分的物 此種物雖得爲私權的客體；但因法律有限制的規定，而成爲不融通物。此種不融通物有二：

(A) 公有物 公有物有廣義與狹義兩種：廣義的公有物，即國家或其他公法

有物與狹  
義的公有  
物

公務用物  
與公衆用  
物

人所有的物，狹義的公有物，即國家或其他公法人供公衆使用的物。廣義的公有物中，其供國家或其他公法人私用的物，即所謂「收益財產」。如國有的林野，鑛山，鐵道，工場等，並非不融通物，唯狹義的公有物，始爲不融通物。狹義的公有物中，有直接供國家或其他公法人公務之用者，謂之行政財政或公務用物，例如官署的建築物，要塞，軍艦等；有供公衆之用者，謂之公衆用物或公用物，例如學校，圖書館，醫院，公園，河川，港灣，道路等。狹義的公有物，至公用的目的被廢止時，始能取得融通性或交易能力。

(B) 禁制物 禁制物乃法令上所禁止交易的物。例如鴉片，嗎啡，高根，安洛因，猥褻書畫，偽造貨幣，及法令特別保護的建築物。日本法律明定貴族的世襲財產，亦爲禁制物。蘇俄民法規定軍械，爆烈物，軍用品，航空機，電報及無線電信機，被廢棄的有價證券，超過法定限制的酒類，及劇烈藥品等，均爲私人間不得流通的物。(俄民二三條參照)

第四項 可分物不可分物

不可分物與  
可分物區別  
的標準  
物之分割  
的要件

不可分物與  
可分物區別  
的實質  
益

此種區別，乃以物能否分割為標準。法律上的分割，非物理上的問題，乃經濟上的問題。故物之分割，須具下列二要件：(1) 須分割後，其各部的性質，仍與固有的全體無異；(2) 須分割後，其部分應有的價值，不致遽為減少。凡不因分割而變更其性質或減少其價值的物，是為可分物；反之，因分割而變更其性質或減少其價值的物，則為不可分物。前者例如土地布匹酒肉鹽米等；後者例如房屋鐘錶牛馬寶石等。

前述之可分物，乃就通常言之；但亦有性質上本為可分物，得由當事人的意思定為不可分物。例如寄託封閉的金錢。

可分物與不可分物的區別，在民法上甚為重要：(1) 在共有物的分割，如為可分物，得依自然的分析而分配之；若為不可分物，原則上須賣得其價金而分配之（八二四條）；(2) 在有多數當事人的債，其標的物如為可分物，則以平均分受或分担為原則（二七一條）；若為不可分物，各債權人僅得為債權人全體請求給付，債務人亦

僅得向債權人全體爲給付（二九三條一項）。

### 第五項 單一物合成物集合物

此種區別，乃以物之分割能否保全其個體爲標準。茲分述之於左：

單一物 卽形體爲獨立一體之物。其爲自然的一體，或人爲的一體，或社會觀念上的一體，雖非所問，各構成部分必已失其獨立性。例如馬一匹，牛一頭，石一塊，梨一個。

合成物 卽由數物結合而成的物，亦稱爲組成物。其各構成部分雖結合爲一體，法律上認爲一權利的客體，然其固有性質不致喪失，通俗仍認各物爲獨立物。例如一個鐘錶，一棟屋宇，一隻鑲寶石的指環。

集合物 卽由多數單一物或合成物集合而成之物的集團。此種物本非一物，原則上自非全體爲一權利的客體，其中各個體皆爲單獨分別爲所有權的客



體，惟因當事人的意思，或法律的規定，不能不視之爲一物。

(A) 事實上的集合物 此因當事人的意思，乃聚合多數的單一物於一處而視之爲一物。例如羊羣的羊，圖書館的書，商店的商品，一定量的穀米。

(B) 法律上的集合物 此因法律的規定，乃聚合多數的物及權利，而視之爲一體。例如繼承財產，及包括財產（如日本之工場財團，鑛業財團，及鐵路財團，）法律上均視爲一權利的客體。

### 第六項 消費物不消費物

此種區別，乃以基於物之性質，是否因使用歸於消費爲標準。依通常使用方法，使用一次，即歸消耗，或可讓與之物，謂之消費物。反是，則爲不消費物。前者如穀米，油鹽，柴炭，金錢，紙幣等；後者如衣服，書籍，鐘錶，房屋等。要之，消費物須具有下列二要件：(1) 須使用一次，即歸消耗，或被讓與；(2) 須依通常使用方法使用，以致消耗，或被讓與，缺此要件，則不得爲消費物。消費物與不消費物的區別，始於法民法（第一八九二條。

消費物與  
不消費物  
區別的標  
準

消費物的  
要件

消費物與  
不消費物  
區別之實  
益

替代物與  
不替代物  
區別之標  
準

替代物與  
不替代物  
區別之實  
益

(我舊民草(第一七二條)曾仿德民法(第九二條)而為區別的規定,民法則無明文。此種區別,與借貸及寄託有關。消費物可為消費借貸及消費寄託的標的物,不消費物可為使用借貸及通常寄託的標的物。

### 第七項 替代物不替代物

此種區別,乃以社會一般交易上的觀念為標準。凡在交易上着眼於其種類,品質,或數量而指定之物,謂之替代物。若在交易上着眼其個性,而於種類中指定某物,不能以他物代替之,則為不替代物。前者如金錢,書籍,穀米,煙酒,油鹽等;後者如土地,房屋,字畫,寶石等。

替代物與不替代物的區別,始於羅馬法,法(一二九一條)德(九一條)日(四〇〇條,四八二條)等國民法,及我舊民草(二七一條)皆仿之。此種區別,在債編上最為重要,例如消費借貸及消費寄託僅能以替代物為標的物(四七四條,六〇二條)。

特定物與  
不特定物  
區別之標  
準

特定物與  
不特定物  
區別之實  
益

替代物與  
不特定物  
不替代物  
與特定物

### 第八項 特定物不特定物

此種區別，非基於物之性質，乃以當事人的意思為標準。同一之物，得因當事人的意思，指定為特定物，或不特定物，例如金錢，通常原為不特定物，指定金鎊，即為特定物。特定物即以當事人的意思，具體的指定之物。例如某縣某區某村的土地，或某街某巷的房屋。不特定物即依當事人的意思，唯以種類、品質、數量所指定之物。例如若干畝地，或若干斗米。此種區別，於債權有種種實益（二〇〇條一項及二一四條）若物權則僅以存於特定物之上為原則。

學者中有謂替代物及不替代物的區別，易與特定物及不特定物的區別相混，實仍有不同。前者乃本於社會的觀念，為客觀的；後者乃本於當事人的意思，為主觀的。替代物通常雖為不特定物，得依當事人的意思而為特定物，例如寄託金錢，約定返還原物；不替代物通常雖為特定物，亦得因當事人的意思而為不特定物，例如以不替代物為種類債權的標的。

物的孳息

孳息的意義

物的孳息的立法例

孳息規定的實益

孳息的分類

#### 第四款 物的孳息

##### 第一項 孳息的意義

關於物的孳息，羅馬法及法德日瑞等國民法均有規定，不過德國國民法尚認有權利的孳息（第九九條）。我舊民草（第一七三條）仿法日民法，僅以由物所生的收益爲孳息；新民草及民法（第六九條）則仿德國民法，對於因法律關係所得的收益，亦稱爲孳息。故物的孳息，有由物產生的；有由法律關係產生的。前者謂爲天然孳息，後者謂爲法定孳息。產生天然孳息之物，稱爲「原物」；產生法定孳息的資本，稱爲「原本」。

關於孳息的實益，存於物權，故法法系的民法，多將孳息規定於用益權之部。若德法系的民法，則將孳息的一般原則，規定於總則編中，我新舊民草及民法均從之。

##### 第二項 孳息的分類

## 天然孳息

## (一) 天然孳息

何謂天然孳息？學說上的解答，向不一致：(1) 定期收穫物說，即謂孳息爲定期收穫之物；(2) 不消耗原物的收穫物說，即謂孳息爲不消耗原物所收穫之物；(3) 依物用法的收穫物說，即謂孳息爲依物用法所收穫之物。依第一說，則牛生犢，鷄生卵，均非定期收穫物，不可謂爲孳息；依第二說，則鑛山的鑛物，石山的石材，均逐漸消耗其原物，亦不可謂爲孳息；是均不合實際，自以採第三說爲宜。我民法明定果實、動物的產物，及其他依物之用法所收穫的出產物，爲天然孳息，殆即採第三說。茲依此定義分說之如左：

(1) 須爲果實 物的孳息與物的成分不同：在未與原物分離以前，僅爲物的成分，不能獨立爲權利的標的；必其已與原物分離，能獨立爲一體，始爲物的孳息。學說上雖有稱爲『未分離的孳息』，究非真正的孳息。例如園中的瓜豆，樹上的果實，雖得成立債的標的；但在未分離以前，則不得視爲孳息。

(2) 須爲動物的產物 動物的產物，須具有下列的條件：(A) 須爲原物所產出，例

天然孳息  
的意義

如畜牧場的牛，狩獵場的獸，養魚池的魚，均非由原物所產出，故不得謂爲孳息；(B)須產出無害於原物，例如牛生犢，馬生駒，鷄生卵，其產出均不害原物，故得謂孳息。出產物的產出方法，不必限於自然作用，即出於人工或其他作用亦可。惟物在發生時已變更其形態，則不問其由於天然，抑由於人爲，均不得謂爲出產物。例如鷄卵鴨化的雛，由牛乳製成的酪。

(3)須依物之用法所收穫 何謂依物之用法所收穫？即依原物經濟上的目的以收穫之義。凡依經濟上之用法所收穫的出產物，均爲天然孳息。就有機的出產物而言，例如耕地而穫穀，畜牛而取乳；就無機的出產物而言，例如鑛山的鑛物，石山的石材。反之，不依經濟上之用法所收穫的出產物，例如倉庫的穀麥，耕牛的乳汁，樹木的枯枝，田園的蕪草，及偶從室內掘得藏金，忽由耕地發見水晶，則不得謂爲孳息。

## (二)法定孳息

何爲法定孳息？民法第六九條二項已有明定，即利息，租金，及其他因法律關係

法定孳息  
的意義

所得的收益。茲就此定義分說之如左：

(1) 因容許他人使用其物品得的對價。所謂使用其物的對價，即他人因使用其物而給與的報酬。德國多數學者解釋彼國民法，均為法定孳息為請求對價的權利。我民法六九條二項的規定，其大旨既與德民法九九條的規定同，亦應從經濟上廣義的用語釋之。例如在租賃契約，承租人因使用其租賃物，須支付一定的租金（四二二條）；在消費借貸契約，借用人因消耗其借用物，須支付一定的利息或其他報酬（四七七條）；固為法定孳息。即因債務遲延而得請求的利息（二三三條一項），或因契約解除而應返還的利息（二五九條一款），亦均為法定孳息。

(2) 因法律關係所得的利益。民法既明定法定孳息為因法律關係所得的收益，則法定孳息非以物為限，亦可包含權利，已無疑義。所謂因法律關係，即須以特定的法律關係為其基因。至其係因法律行為而生，抑因法律規定而生，則非所問。

孳息的取得

天然孳息的取得

天然孳息收取的立法例

生產主義

原物主義

### 第三項 孳息的取得

#### (一) 天然孳息的取得

未分離的孳息，既爲原物的一部，當不發生收取問題。若於天然孳息產生中，提供資本或勞力之人，與孳息分離時，享有原物的所有物，或其他收益權之人，非同爲一人，則發生天然孳息收取的問題。從來的立法例有二：

(1) 生產主義 此爲德國固有法上的主義，即謂天然孳息應歸孳息生產中提供資本或勞力之人。例如甲於所有之原物上，已經播種施肥，而讓與於乙，其由原物所生的孳息仍屬於甲，可以其爲獨立之物而處理之。

(2) 原物主義 此爲羅馬法上的主義，即謂天然孳息應屬於分離時享有原物的所有權或其他權利之人。例如甲於今日由乙購得結有桃子的桃樹，而爲桃樹所有人，則今日以後，由桃樹分離的孳息（桃子）亦應屬甲所有。

前述兩種主義，立於對立地位，不外爲勞動與資本的鬥爭。原物主義現雖戰勝



原物主義  
的補救規  
定

生產主義，風行一時，法德意日瑞諸國民法（法民五八五條）德民一〇一條，意民四八〇條，日民八九條一項，瑞民六四三條三項）及我民法（七〇條一項）均採用之。然徵諸實際，原物主義亦有缺點，故我民法復仿德民法，設有補救的規定（我民四六一條，德民五九二條，九九八條）。

民法既從原物主義，凡天然孳息一旦與原物分離，則有收取其權利之人，不須更行占有，即當然取得其所有權。至何人有此權利，應就分離時對於原物的法律關係決之，不僅所有人，地上權人，永佃權人，典權人，占有人得有此權利；即如承租人，及借用人（使用借貸），亦得有此權利。

法定孳息  
的取得

## （二）法定孳息的取得

法定孳息與天然滋息不同，非與原物爲一體，乃可隨時發生之，故有收取法定孳息權利之人，於其權利存續期間中，可按日收取之。即收取權利人前後不同，亦以各按其權利存續之日數收取爲平允。例如利息計算，可以債權存續期間之日數爲標準；租賃計算，則以土地房屋所有權移轉之日爲標準。法德意日諸國民法

法定孳息  
取得之法  
律例

私權的得  
喪變更

法律關係

法律關係  
與事實區  
別

〔法民五八六條，德民一〇一條，意民四八一條，日民九條二項〕及我民法（七〇條二項）均以明文規定之；惟德國民法限於定期收入物，始從此原則，其餘的法定孳息，則定為應歸屬於交付時的收入權利人。

## 第四章 私權的得喪變更

### 第一節 總說

#### 第一款 法律關係

人類的社會生活關係，有為法律所規律的，有不為法律所規律的。前者為『法律關係』，例如因買賣，贈與，借貸而生的關係；後者為『事實關係』。（即單純的生活關係）例如因道德，宗教，社交而生的關係。在原始社會中，人類的社會生活關係，大部分為事實關係，其為法律所規律者甚少。及社會進步，法律制度日漸完備，其所規律的範圍，亦日漸增加。凡從來為他種規範的對象，已漸次均以法律規定之。故在現

代法治國，人類的生活關係，大都成爲法律關係，已無疑義。

法律關係與事實關係不同：事實關係，純賴道德、宗教、習慣之力保障之；法律關係，乃由國權或根據國權而發布的法律保障之。故前者僅發生事實上的效果，後者乃發生法律上的效果。此種效果，是爲『法律效果』；發生此種效果的生活關係，是爲『法律要件』。(註)

(註)我妻民法總則三四三頁。

## 第二款 法律效果與權利的變動

法律效果  
與權利的  
變動

法律效果  
即直接或  
間接發生  
權利變動

現代的法律關係，多由權利本位而發動，其發生法律上的效果，亦不外爲『權利的變動』。權利的變動，雖爲主要的法律效果；但所有的法律要件，亦非均可直接的發生權利的變動。例如法定代理人對於限制能力人的允許，雖可擴張其能力，只此仍不能發生何等權利的變動。雖然，限制能力人因其允許，而爲完全的法律行爲，即發生權利的變動，故允許對於權利的變動雖無直接的影響，仍有間接的影響。如此，

權利變動  
的內容

私權的取  
得

原始取得

繼承取得

民法上的法律效果，乃直接的或間接的發生權利的變動。所謂權利的變動，即私權的取得，變更，及喪失。茲特說明其意義如左：

### (一) 私權的取得

私權的取得，即私權與新主體相結合之謂，亦稱『權利的發生』。其取得方法有二：

(1) 原始取得 原始取得，即不基於他人既存的權利，而獨立取得的權利，亦稱『絕生的發生』。例如因先占而取得無主物所有權（八〇二條），因拾得而取得遺失物所有權（八〇七條），因時效而取得地上權（七六八條）。依此方法而取得的權利，即使其權利雖從前屬於他人，現非基於他人的意思而取得之，仍不失為新權利的取得。故其標的在從前雖為某擔保的標的，現因原始取得而得的新權利，決不負擔其從前的擔保。

(2) 繼承取得 繼承取得，即基於他人既存的權利，以取得的權利，亦稱『相對的發生』。此種取得方法，必以他人有權利為前提，故稱前權利人為前主，或被繼

移轉繼承

承人；後權利人爲後主，或繼承人。繼承的取得，可分爲移轉繼承與創設繼承兩種：

(A) 移轉繼承 移轉繼承，卽不變更前主的權利而移轉於後主，使其取得與前主全然同一的權利。申言之，卽不消滅舊權利，亦不發生新權利，唯見『權利主體的變更』而已。其原因有爲法律行爲者，例如因買賣、贈與而取得；有爲法律規定者，例如因繼承而取得。移轉繼承復可分爲兩種：

特定繼承  
與包括繼承

(甲) 特定繼承 特定繼承，卽個別的繼承前主的各個權利義務；換言之，卽各個的權利根據各個的原因而取得之。例如因買賣、贈與而取得權利。

(乙) 包括繼承 包括繼承，卽包括的繼承前主的一切權利義務；換言之，卽繼承前主的一切權利義務，而代其法律上的地位。例如因繼承，包括遺贈，及公司合併而取得的權利。

創設繼承

(B) 創設繼承 創設繼承，卽不消滅前主的權利，而基於其權利以取得與此相異的新權利。例如由所有人於其所有物上設定地上權、永佃權、抵押權、質

繼承取得  
的結果

私權的變  
更

權，自地上權人、永佃權人、抵押權人、質權人視之，其所取得的權利，非已存在於前主的權利上，乃由創設而取得與前主之所有權相異的各種新權利。故前主的所有權不因此而消滅，唯因其所有權上曾設定某種物權，而受相當的限制而已。

繼承取得與原始取得區別的實益，在乎能否適用『不能以較多於自己的權利移轉於他人』的法律格言。此種格言，在原始取得，全不適用；在繼承取得，則完全適用。故繼承的取得，必生如左的結果：

- (A) 繼承人不能取得前主所未有的權利；
- (B) 繼承人欲主張自己所取得的權利，須證明其前主權利之存在；
- (C) 繼承人的權利，不能比前主的權利更形優良。

## 二二 私權的變更

私權的變更，即權利不失其存在，唯其容態發生變更；換言之，即其權利的本質不受何等影響，唯其主體、內容、作用發生多少的變更。權利的變更，可分為左列三

主體的變更

內容的變更

作用的變更

私權的喪失

種：

(1) 主體的變更 權利主體的變更，可分爲主體更替的變更與主體增減的變更。前者例如權利的繼承，後者例如獨有變爲共有。此種變更，學者雖稱爲權利的變更（註一），然自他方面觀之，不外爲移轉的繼承。

(2) 內容的變更 權利內容的變更，可分爲數量的變更與性質的變更。前者例如所有權的客體因附合而增加，債權的給付因一部清償而減少。後者例如交付特定物爲目的的債權，因債務不履行而變爲損害賠償請求權。

(3) 作用的變更 權利作用的變更，雖可稱爲廣義的內容的變更；但從狹義方面言之，作用與內容仍有區別。例如不能對抗第三人的權利，變爲得以對抗的權利；附有條件或期限的權利，變爲無條件或無期限的權利。

(二) 私權的喪失

私權的喪失，即權利脫離其權利主體。此與權利的取得適成反對，可分爲兩種言之：

(1) 絕對的喪失 卽權利的本體歸於消滅，亦稱「客觀的喪失」。此種喪失，有因人的行爲而生；有因自然的事變而生。前者例如所有人因破壞其所有物而失其所有權，債權人因表示拋棄或受清償而失其債權。後者例如所有物因罹火災而消滅。此等權利的喪失，自權利人方面觀之，其喪失雖與後述相對的喪失無異；惟就客觀的方面言之，其權利本體的狀態，不僅見其變更，直因此而終止，故學者特稱爲「權利的消滅」。

(2) 相對的喪失 卽權利雖脫離從來的主體，尙有他人爲其主體，亦稱「主觀的喪失」。例如買賣契約的結果，在舊主體方面觀之，固爲權利的喪失；在新主體方面觀之，乃爲繼受的取得。故其權利本體，決不因此而消滅，只可謂爲相對的喪失。

(註一) 我妻民法總則三四三頁。

(註二) 富井民法原論總論三〇頁；川名日本民法總論一五二頁；松岡民法總則三八七頁；平沼民法總論三八八頁；中島民法釋義一卷四



一二二頁。

法律事實

法律事實  
的意義

第三款 法律事實

第一項 法律事實的意義

法律上的  
事實與事  
實上的事  
實  
法律事實  
與法律關  
係及法律  
效果

法律事實

法律事實，即發生法律現象之原因的事實；換言之，即發生私權得喪變更之原因之總稱。凡私權的得喪變更，必基於一定的事實，方發生一定的結果。其結果為法律上的變動（即權利的取得，變更，及喪失）；其原因為法律上的事實（即法律事實）。自然事實非均有法律上的意義，其有法律上的意義者，為法律上的事實；其無法律上的意義者，為事實上的事實。事實上的事實，只能構成事實關係，發生事實效果；法律上的事實，則可構成法律關係，發生法律效果。凡由法律事實所發生的結果，從其靜的方面觀之，可謂為「法律關係」；從其動的方面觀之，即可謂為「法律效果」。

法律事實與法律要件有無差異？學說上尚不一致：有謂法律事實與法律要件的

與法律要件

法律事實的分類

自然的事實

意義相同，有謂法律事實與法律要件之意義有異。余從後說。法律要件，固有僅因一個法律事實而完成；但普通多以數個事實完成一個法律要件。要之，法律事實，係構成法律要件各個事實；法律要件，係發生法律效果的原因全體。前者例如構成契約的要約及承諾；後者例如契約。

## 第二項 法律事實的分類

法律事實的分類，最爲繁複。有因單一的事實而成，例如出生死亡；有因數個的事實而成，例如設定質權（須由雙方意思表示的合致，與標的物的交付而成）。有爲偶然的事實，例如因落雷而喪失物的所有權；有爲特定的事實，例如因時效取得權利，須有繼續占有的狀態。有爲積極的事實，例如訴訟的提起；有爲消極的事實，例如期間的經過。法律事實的分類，最重要而且最普通的，爲自然的事實，及人的行爲兩種。茲分述之於左：

### （一）自然的事實

事件

自然的事實，即不由於人之精神作用的事實，亦稱『狹義的事實』。狹義的事實，可分爲事件與狀態兩種：

(1) 事件 事件有關於人的事件與關於物的事件兩種：前者例如出生死亡（六條），繼承開始（一一四七條），混同（三四四條），不當利得（一七九條）等。後者例如天然孳息的分離，及物之新生或消滅等。

狀態

(2) 狀態 狀態有關於人的狀態與關於物的狀態兩種：前者例如年齡（一二條），心神喪失（一四條），生死不明（八條），及某事實之知或不知（八六條，八八條，九一條，九二條）等。後者例如鄰地的毗連（七九三條），及附合（八一二條），混合（八一三條），加工（八一四條）等（註一）。

人的行爲

(二) 人的行爲

行爲即由於人之精神作用之身體的狀態，亦稱『外部的容態』。其身體的狀態，不必限於積極的舉動，即消極的靜止亦屬之，前者謂之作爲，後者謂之不作爲。廣義的行爲，有生法律上的效果；有不生法律上的效果。前者稱爲法律上的行

法律上的

行爲與事實上的行爲

適法行爲與違法行爲

適法行爲的種類

法律行爲

準法律行爲

爲；後者稱爲事實上的行爲。事實上的行爲（例如社交上的行爲，及道德上的行爲），均無法律上的意義，自不可謂爲法律事實。能爲法律事實者，當以法律上的行爲爲限。

法律上的行爲，得分爲(1)國家統治機關的行爲，與(2)私人的行爲兩種。前者屬於公法範圍，姑不具論。茲專就『私人的行爲』分類如左：

(1)適法行爲與違法行爲 此種分類，乃以行爲人的行爲是否基於法律所容許爲標準。

(A)適法行爲 適法行爲，係適應法律而爲法律所容許的行爲。此種行爲復可分爲左列三種：

(甲)法律行爲 法律行爲乃以意思表示爲要素的法律要件。例如契約，共同行爲，及單獨行爲（本章第二節第二款參照）。

(乙)準法律行爲 準法律行爲，卽具有一種的精神作用，而不以效果意思爲要素的行爲，亦稱狹義的法律行爲。例如觀念表示，感情表示，及請求表

事實行爲

違法的種類  
不法行爲  
債務不履行

表示行爲  
與非表示  
行爲

示（本章第三節第一款參照）

（丙）事實行爲 事實行爲，即須有人身的舉動，而不以精神作用爲必要的行爲，亦稱現實行爲。例如無主物的先占，遺失物的拾得，埋藏物的發見。

（B）違法行爲 違法行爲，係違反法律而爲法律所不容許（禁止）的行爲。違法行爲，可分爲不法行爲及債務不履行二種。債務不履行，乃債務人侵害債權的行爲，論其性質，雖亦爲侵權行爲，但民法對於債務不履行，特設明文，自不適用侵權行爲的規定。所謂不法行爲，即基於行爲人的故意或過失而侵害他人權利的行爲，亦稱「侵權行爲」（一八四條以下）。

（2）表示行爲與非表示行爲 此種分類，乃以行爲之意思的內容是否明確的向外部表現爲標準。所謂表示行爲，即行爲人以欲發生法律效果而向外部表現的行爲；反之，則爲非表示行爲。前述法律行爲與準法律行爲，均爲表示行爲；事實行爲則爲非表示行爲（註一）。

（註一）岩田日本民法總論二二九頁；鳩山日本民法總論二八〇頁。

法律行為

法律行為  
自由原則

私法關係  
變遷的軌  
迹  
法律行為  
自由的內  
容

(註二)岩田前書二二六頁。

## 第二節 法律行為

### 第一款 總說

#### 第一項 法律行為自由的原則

吾人的私法關係，大部分是由法律行為而產生。身分關係，除由出生而生者外，均由身分上的法律行為而成立；財產關係，除由繼承而生者外，均由財產上的法律行為而成立。然如此的狀態，實為法國革命以後的產物。在法國革命以前，吾人的私法關係，大部分由固定的身分關係而決定。及法國革命以後，私法關係忽為轉變，始有由身分而向契約的趨勢。在法國革命中所表現的：在公法上的主張，為自由民權的思想；在私法上的主張，為『法律行為的自由』。所謂法律行為的自由，即契約自由，遺言自由，及社團設立自由，亦稱『私法的自治』。此等自由，實含有個人意思表示的自由，結局即為『個人意思的自治原則』。

契約自由  
與自由就  
爭契約自由  
與自由就  
挽救

法律行爲自由的原則，不僅能破壞十八世紀末封建的生產關係，并可促進十九世紀資本主義的文明，日益發達，其成績實甚顯著。然至十九世紀末及二十世紀中，資本主義經濟組織的發達，已達極端，契約自由的原則，遂喪失其從來主張的意義，而變爲自由競爭的結果。在資本集中時代，大企業關於勞動者的雇傭，生產品的販賣，及其他所有的生活關係，均使其契約成爲定型化。故當事人僅有締結契約與否的自由，而無決定契約內容的自由。況資本結合的自由，與企業者協定的自由，是相應而生的，更可使一方決定契約的內容，以強制他方當事人，他方當事人迫於生存的必要，不得不忍受其苦痛，以締結不自由的契約。如此，契約自由的原則，已與個人財產權不可侵的原則相結合，而爲有產者支配無產者的作用。如欲挽救此種危機，首應變更個人主義民法的主張，不僅對於個人意思自治的原則須加修正；即對於個人財產權尊重的原則，及自由責任（亦稱過失責任）的原則，亦必加以修正而後可（註一）。

現時各國法律，對於法律行爲的自由，雖均容許；但其所取的主義，及所持的態度，

尙有不同(1)民法採個人主義(亦稱自由主義)在本則上承認私法的自治,惟立法者加以適當的限制。(2)德民法採限制的個人主義(亦稱連帶主義),法律上雖承認私法的自治,須以不反乎社會國家共同生活的精神爲限度。現時的社會生活及經濟生活的現象,既日趨社會化,無產階級與資產階級的鬥爭,又益趨尖銳化,立法政策即取限制的個人主義,尙難適應社會的要求,其無採取個人主義的可能,已無疑義。故現時個人的法律行爲,不僅不能背於公序良俗(七二條),并應受住宅法,勞動法,農耕法等特別法的限制,是其範圍較十八九世紀所謂私自治自治爲狹,亦已彰然(註二)。

(註一)我妻民法總則三五二至三五八頁;鳩山日本民法總論二八一至二八三頁。

(註二)歐宗祐民法總則一一八,一一九頁。

## 第二項 法律行爲的意義



法律行為的定義如何？民草及民法均無明白規定，學者間亦各異其見解。法律行為乃以意思表示為要素的法律要件；詳言之，法律行為即以意思表示為要素，法律克如表意人所欲，使發生私法上的效果的法律要件。茲就其意義分析說明如左：

(一) 法律行為為一法律要件

法律行為為發生私法上效果的原因；換言之，即為私權發生變更及消滅的原因。私權變動的原因，固不限於法律行為；但法律行為實為各原因中之最重要的。

(二) 法律行為以意思表示為要素

意思表示，即所謂效果意思的表示。效果意思的表示，乃為法律事實，非即為法律行為。從前學說雖有誤認意思表示即為法律行為；但近世學者，多謂意思表示非即法律行為，不過為法律行為的構成分子而已。單獨的意思表示，雖得成為法律行為（例如捐助行為，債務免除），亦往往須有兩個以上意思表示的合致，或與其他事實相結合，始得構成法律行為。例如(1)契約為二個法律行為，因二個意思表示的合致，始得成立；(2)要物契約於意思表示以外，尚須有物之授受，始得成

法律行為  
為一法律  
要件

法律行為  
以意思表  
示為要素

法律行為  
發生私法  
的效果

法律行為  
基於意思  
表示而生  
私法的效果

立。故意思表示非與法律行為同一，益無疑義。雖然，法律行為必以意思表示為不可缺的要素；換言之，即決無不含有意思表示的法律行為。

### (三) 法律行為以發生私法的效果為目的

私人的行為，有生公法的效果；有生私法的效果。民法上的法律行為，以發生私法的效果為目的。例如議員的選舉，官吏的任命，訴訟的提起，均生公法上的效果。乃為公法上的行為，非民法上所謂法律行為。關於私法的效果的範圍，從來有一說：有謂法律行為的效果，以直接發生權利義務之得喪變更為限；有謂法律行為的效果，不僅以直接發生權利義務的得喪變更為限，即間接影響權利義務的得喪變更，亦為法律行為，例如同意及許可。前者係從狹義解釋，後者係從廣義解釋，余從後說。

### (四) 法律行為的效果，係克如表意者所欲而發生

(1) 由法律行為所發生的法律效果，以基於行為人的意思表示為特徵。一切法律效果，既為法律所賦與，則法律行為的法律效果，亦必為法律所賦與。然法律

所賦與法律效果的理由，常不一致。有從當事人之所欲而賦與之，有不問當事人的意思如何，而由法律認定之。前者爲法律行爲，後者爲非法律行爲。法律行爲爲私法上的自治行爲，必須含有所欲的精神作用。故法律行爲的效果，係法律克如表意者所欲，而使之發生。此爲法律行爲與其他「法律上的行爲」區別的標準，亦即法律行爲的特徵。法律行爲既有此特徵，不僅與不法行爲不同，即與事實行爲（例如往所的設定，無主物的失占，遺失物的拾得，埋藏物的發見）及準法律行爲（例如意思通知，觀念通知，及感情通知）亦有差異。

(2) 由法律行爲所發生的法律效果，雖基於行爲人的意思表示，不必常與行爲人的真意相適合。從承認法律行爲的趣旨論之，雖僅於適合行爲人的真意時，始可發生法律效果。然如此，則相對人或第三人常蒙不測的損害，及害交易的安全。故法律決定法律效果，不問行爲人潛於內心的真意如何，而以行爲人已表示自己的意思爲標準（八六條，八七條）。在此場合，行爲人之內心的效果意思，雖不爲法律效果的基本，而法律尙以行爲人表示上的效果意思爲基本。

故不可謂其與法律行爲的理論相反。

(3) 由法律行爲所發生的效果，不必均基於意思表示，亦不必全與意思表示相合致，僅其主要的效果，須根據意思表示即足。法律上有時除發生當事人所欲的效果外，並賦與當事者所不豫期的種種效果。例如因買賣契約而發生財產權移轉的債務，與支付價金的債務，雖根據當事人的意思表示，然追奪擔保及瑕疵擔保的責任（三四九條至三五五條）則不須當事人表示所欲的意思，而由法律直接規定之。當事人既非預想由法律行爲所生的一切結果，而爲意思表示，則法律自有補充當事人意思表示的必要。法律關於當事人意思表示的補充規定，除當事人有反對的意思外，原則上均應從其規定。因此，由法律行爲所生的法律效果，有須當事人的意思表示，有不須當事人的意思表示，前者謂爲法律行爲的效果，後者謂爲非法律行爲的效果。

參考鳩山日本民法總論二八三至二八九頁；穗積民法總論下卷一〇至一六頁。

法律行為  
的種類

## 第二款 法律行為的種類

法律行為可為種種的分類，茲舉其重要者如左：

### (一) 單獨行為，契約，共同行為

此種分類，以意思表示的狀態為標準。即第一點須着眼意思表示為單數，抑為複數？第二點須着眼意思表示如為複數時，其方向是否同一？按單獨行為與契約，在第一點及第二點均有不同；單獨行為與共同行為，則僅有第一點不同；契約與共同行為，又僅有第二點不同。茲分述之於次：

(1) 單獨行為 單獨行為，唯由一方的意思表示而成立的法律行為，亦稱「一方行為」。此種行為，僅須由一方為意思表示，無須得相對人的同意，即可發生效力。（例如債務人受債務免除的通知時，雖不同意，仍發生免除的效力。）所謂一方的意思表示，雖僅有一人一個的意思表示即足，但非以一人一個的意思表示為限。故偶由數人為同方的意思表示，其效果對各當事人均有同一的意

單獨行爲  
的種類

契約

廣義的契  
約與狹義  
的契約

義者，仍爲單獨行爲。例如由數人合同而爲捐助行爲。

單獨行爲，可分爲有相對人的單獨行爲，與無相對人的單獨行爲兩種。有相對人的單獨行爲，其行爲的性質，須對於特定人爲之。通常的單獨行爲，均屬此類，例如撤銷、承認、抵銷、解除，及債務免除。無相對人的單獨行爲，其行爲的性質，無須對於特定人爲之。例如捐助行爲，及遺囑。

(2) 契約 契約乃由雙方的意思表示而成立的法律行爲；詳言之，卽以有相對應的一個以上意思表示（卽要約與承諾）的合致爲其成立要件的法律行爲，亦稱『雙方行爲』。例如買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、雇傭、承攬，皆爲法律行爲中的最重要者。

契約有廣狹二義：從廣義解釋，契約不僅以成立債的關係爲限，卽其他雙方行爲（例如以成立物權關係或身分關係爲目的的法律行爲）亦稱爲契約；從狹義解釋，就雙方行爲中，唯以成立債的關係者爲限，始稱爲契約。德民法係從前者（德民一四五條至一五七條）；法民法係從後者（法民一一〇一條）。

（我新舊民法草均仿德民法，特於總則中設契約的規定，民法則仿日民法，乃規定契約於債編中。惟依日本學說及我前大理院判例，凡以物權關係，親屬關係，及繼承關係之成立或消滅為目的的法律行為，均為契約，是又從德民法的見解（註一）。

共同行為

共同行為  
與契約的  
差異點

（3）共同行為，乃由有同一內容同一意義的意思表示之合致而成立的法律行為，亦稱『協定行為』。共同行為與契約是否相同？學說上頗不一致。從前學者均謂共同行為為契約的一種；德國學者昆澤（Kunze）則主張共同行為與契約不同。就意思表示之『數』言之，共同行為須有兩個以上的意思表示相合致，是與契約相同；但由意思表示的『方向』言之，共同行為則與契約有異：契約係由二個以上之不同方向的意思表示而成立；共同行為係由二個以上之同一方向的意思表示而成立。故構成契約的意思表示，乃為交錯的合致，其內容及效果均為反對的；構成共同行為的意思表示，則為平行合流的合致，其內容及效果均為同一的，是二者畢竟有別。共同行為的適例，如社團法

死後行為  
生前行為

要式行為  
不要式行為

人的設立行為，土地共有人共同設定地役權的行為（註一）。

## （二）死後行為，生前行為

此種分類，以效力發生的時期為標準。死後行為，即因當事人一方死亡而發生效力的法律行為，亦云『死因行為』。例如遺囑，及遺贈。生前行為，即死後行為以外的一切法律行為，例如買賣，贈與，租賃，借貸等普通法律行為。生命保險契約，在行為人生前即負有支付保險金的義務，故亦為生前行為。

## （三）要式行為，不要式行為

此種分類，以意思表示有無法定形式為標準。要式行為，即必依一定方式始能成立的法律行為。例如遺囑，婚姻，及票據。不要式行為，即不須經一定方式即得成立的法律行為（即方式自由的行為）。要式行為，能使法律關係明白確定，是其所長；不要式行為，能使法律關係之發生，變更，消滅，儘可自由敏捷，亦甚適於實際。故法律行為以不要式行為為原則，以要式行為為例外。考法律進化的軌跡，大抵係由形式主義而進於非形式主義，近復返於形式主義（註三）。



有償行爲  
無償行爲

## (四) 有償行爲，無償行爲

此種分類，以當事人所爲的給付是否有對價關係爲標準。在以財產的給付爲目的的法律行爲中，凡有對價關係者，是爲有償行爲；其無對價關係者，則爲無償行爲。按單獨行爲的性質，不生對價問題，故此區別實爲契約的分類。例如買賣（三四五條）、互易（三九八條）、交互計算（四〇〇條）、租賃（四二一條）、雇傭（四八二條）、承攬（四九〇條）及有利息消費借貸等皆爲有償契約；贈與（四〇六條）、使用借貸（四六四條）及無利息消費借貸等則爲無償契約。此種區別，與雙務契約片務契約的區別，不可混同。例如無利息消費借貸爲片務的無償契約；有利息消費借貸爲片務的有償契約。

## (五) 要因行爲，不要因行爲

此種分類，乃以給付行爲是否得與其原因分離爲標準。就以給付財產爲內容的法律行爲而論，事實上須有給付財產的原因始能成立者，是爲要因行爲，亦稱『有因行爲』；通常的債權行爲屬之。事實上不須有給付財產的原因亦得成立者，

不要因行爲  
為

是爲不要因行爲，亦稱『無因行爲』。通常物權行爲，準物權行爲，及票據行爲屬之。無因行爲復可分爲相對的無因行爲，與絕對的無因行爲兩種。前者即得由當事人的意思表示變爲有因行爲，例如物權契約；後者即不得由當事人的意思表示變爲有因行爲，例如票據行爲。

吾人爲財產上的給付，從心理上言之，有以清償債務爲原因，有以取得債權爲原因，有以給與利得於相對人爲原因，決非爲漫然的給付。雖然，法律亦非常以一定原因爲給付行爲的要素。凡給付行爲不得由其原因分離時，其行爲爲要因行爲。反之，給付行爲得與其原因分離時，其行爲則爲不要因行爲。要因行爲缺乏原因時，其給付行爲則爲無效。例如在買賣契約，買受人因取得財產權而負擔價金支付的債務；出賣人因受領價金而負擔財產權移轉的債務；是此等財產的給付，均互有原因，乃合而爲一法律行爲。故一方的債務不成立時，買賣即爲無效，他方當事人亦不負擔債務。反之，在無因行爲，其原因之存否，於其效力毫無影響，故缺乏原因時，唯生不當利得的返還義務（一七九條以下）。例如本票的發出行爲，

爲無因行爲，故因支付價金而發出本票時，即使價金債務雖不存在，其票據仍非無效，僅依不當利得資返還的債務而已（註四）。

原因與緣由（即動機）不可混同：原因乃對於其行爲直接的決意，緣由即爲此決意的理由。例如贈與一事，贈與人或有返禮之意，或有感謝之意，是皆贈與的緣由；換言之，即爲原因的原因。依原則論，緣由對於法律行爲的成立及效力，不生何等的影響。

（六）有相對人的行爲，無相對人的行爲

此種分類，乃以意思表示有無特定相對人爲標準。有相對人的行爲，即以對於特定相對人而表示爲必要的法律行爲。例如撤銷、承認及解除。無相對人的行爲，即不以對於特定的相對人而表示爲必要的法律行爲。例如捐助行爲及遺囑。有相對人的行爲，須俟相對人領受其意思；無相對人的行爲，則不以領受爲必要。

（七）主行爲，從行爲

此種分類，乃以法律行爲是否基因其他法律行爲而成立爲標準。凡法律行爲

有相對人的  
無相對人的  
行爲

主行爲  
從行爲

獨立行爲  
補助行爲

債權行爲  
非債權行爲

以有他種法律行爲或他種法律關係之存在爲前提而始成立的法律行爲，是爲從行爲，亦稱從的法律行爲。與爲從行爲之前提的法律行爲，則爲主行爲，亦稱主的法律行爲。例如質權設定契約爲債權的從契約，夫婦財產契約爲婚姻的從契約。從行爲對於主行爲既有從屬關係，則在法律上自亦受主行爲的支配，而與之共其命運。

#### (八) 獨立行爲，補助行爲

此種分類，乃以法律行爲的自身是否含有獨立性爲標準。凡有獨立的實質內容的行爲，是爲獨立行爲。反之，僅爲完成他種獨立效力的條件者，則爲補助行爲。例如『同意』及『允許』

#### (九) 債權行爲，非債權行爲

此種行爲，乃以法律行爲發生效果的種類爲標準。茲分述之於次：

(1) 債權行爲 債權行爲，以欲發生債權債務的效果爲要素的法律行爲。此種行爲，有爲契約者（學說上稱爲債權契約），如買賣，借貸，合夥，及寄託；有爲單獨

行爲者，如特定名義的遺贈。

(2) 非債權行爲 非債權行爲，以欲發生債權債務以外的效果爲要素的法律行爲。其中又可分爲兩種：

(A) 物權行爲 物權行爲，即使直接發生物權得喪變更之效果的法律行爲。其中有爲契約者（學說上稱爲物權契約），例如所有權的讓與；有爲單獨行爲者，例如他物權的設定。

(B) 準物權行爲 準物權行爲，即物權行爲以外的非債權行爲。例如債權的讓與、債務的免除、著作權的讓與。此等行爲，雖與普通物權行爲有別，然其直接所惹起之終局的法律關係，頗與物權行爲同，故稱爲準物權行爲。

債權行爲以外有無物權行爲之存在？在立法例及學說頗不一致。法國學者解說彼國民法，均不認物權契約之存在，而謂物權上的變動，即係直接由債權契約而生。德國學者則取反對見解，均謂債權行爲僅能發生債的關係，物權上的變動，應由物權行爲而生。德民法即係採此見解。自學理言之，自以後者爲是。至債權行爲

物權行爲

準物權行爲

債權行爲

與物權行爲

完全行爲  
不完全行爲

設權行爲  
廢權行爲  
保權行爲

與物權行爲的關係，不外下列四點：(1)物權行爲與債權行爲並立者，例如特定物的買賣；(2)先有債權行爲，後有物權行爲者，例如不特定的買賣；(3)僅有債權行爲，而無物權行爲者，例如雇傭契約；(4)僅有物權行爲，而無債權行爲者，例如因不當利得而返還原物，及消費借貸時讓與消費物的所有權（註五）。

(十)完全行爲，不完全行爲

此種分類，以效力能完全發生與否爲標準。完全行爲，即能完全發生效力的法律行爲。不完全行爲，即不能完全發生效力的行爲，其中復可分爲三種：(1)無效的行爲，即完全不能生效的法律行爲；(2)得撤銷的行爲，即不能確定有效的法律行爲；(3)其他不完全行爲，例如附停止條件法律行爲，及無權代理行爲。

(十一)設權行爲，變權行爲，廢權行爲，保權行爲

此種分類，以私權之發生，變更，消滅，及保存或確定爲標準。設權行爲，即以發生權利爲標的的法律行爲，例如物權的設定。變權行爲，即以變更權利爲標的的法律行爲，例如權利的讓與。廢權行爲，即以消滅權利爲標的的法律行爲，例如債務

的免除。保權行爲，即以保存或確定已存之權利爲標的的法律行爲，例如得撤銷法律行爲的承認。

(註一) 陳瑾昆民法通義總則一六九頁。

(註二) 鳩山註釋民法全書第二卷三七頁以下。

(註三) 陶希聖法律學之基礎知識七五頁。

(註四) 鳩山日本民法總論二九六頁。

(註五) 陳瑾昆前書一七一頁。

### 第三款 法律行爲的要件

#### 第一項 總說

法律行爲的要件，可分爲左列二種：

#### (一) 成立要件

成立要件，即法律行爲成立時所不可缺的要件。法律行爲未具備此要件，則不

法律行爲  
的要件

成立要件

一般成立要件與特別成立要件

有效要件

一般有效要件與特別有效要件

能成立。此項要件，有一般成立要件與特別成立要件之分。特別成立要件，即各種法律行為所應特別具備的成立要件，例如在要物行為，則以授受某物為成立要件，在要式行為，則以履行一定方式為成立要件。一般成立要件，即為一切法律行為所不可缺的要件，例如意思表示為一切法律行為的成立要件。

## (二) 有效要件

有效要件，即已成立的法律行為發生效力時所不可缺的要件。法律行為未具備此要件，雖能成立，仍不能發生效力。此項要件，又有一般有效要件與特別有效要件之分。特別有效要件，即法律就各種法律行為特別規定的要件，例如遺囑須於遺囑人死亡時始能發生效力；一般有效要件，即一切法律行為所共通的要件。此種要件，可分為左列數種：

- (1) 行為人須有行為能力；
- (2) 法律行為須有適當的內容；
- (3) 意思與表示須為一致。



行爲人須  
有行爲能  
力

無行爲能  
力人

無能力人  
不得自爲  
財產上之  
一切行爲

法律行爲，既以行爲人有行爲能力爲一般的有效要件，則無行爲能力人，限制行爲能力人，及有行爲能力人在無意識或精神喪亂中所爲的行爲，當爲『不完全行爲』。茲分述之於次：

(一) 無行爲能力人

無行爲能力人，無論其爲未滿七歲的未成年人，或禁治產人，其意思表示均爲無效（七五條前段）是不問其實際上有無意思能力，概不得自爲法律行爲。故無行爲能力人，不僅對於負擔義務的法律行爲，不得爲之；即純獲法律上的利益，或爲其日常生活所必需者，亦不得爲之。要之，無行爲能力人對於財產上的一切行爲，不得自爲或自受意思表示，必須由法定代理人代爲或代受意思表示，方生效力（七六條）。無行爲能力人既不得自爲或自受意思表示，更不得爲他人的代理人，而代爲或代受意思表示，已無疑義。

無能力人  
的法定代  
理人的權

限制行為  
能力人  
限制能力  
人原則上  
不得獨立

民法第七一六條所謂法定代理人，即指其行親權人及監護人而言。無行為能力人的法定代理人的權限，與限制能力人的法定代理人的權限不同；後者乃有代理權及能力補充權；前者則僅有代理權。故限制能力人的法律行為，如得法定代理人的允許，尚可自為之；無行為能力人的法律行為，必須由法定代理人完全代理，不可自為之。雖然，代理行為亦有一定的限度，不僅關於身分上的行為，法定代理人不能代理之；即財產上的行為，亦有因法律的規定或性質的限制，不得由其代理之。

有行為能力人所為的意思表示，原則上固屬有效。然在意識或精神錯亂中所為的意思表示（例如睡夢、泥醉、疾病昏沉，或偶發的精神病人在心神喪失中的意思表示），則與無意思的表示無異，故亦認為無效（七五條）。

## （二）限制行為能力人

限制能力人，既非如無能力人絕對不得自為或自受意思表示，亦非如有能力人完全得自為或自受意思表示。故其自為或自受意思表示，以應得法定代理人

的允許爲原則；其不須經其允許者，乃爲例外。茲分述之如左：

(I) 限制能力人的行爲 限制能力人自爲或自受意思表示，既應得法定代理人的允許，始生效力（七七條前段），則未得其允許，所爲的法律行爲，究應有如何效力？限制能力人未得法定代理人的允許，所爲的法律行爲，不外單獨行爲與契約兩種。前大理院判例仿法日民法，不問其爲單獨行爲或契約，均認爲得撤銷的行爲；現行民法則仿德國民法，規定單獨行爲爲確定無效，契約得因承認而生效力。究之，單獨行爲與契約的性質，及行爲人應負的責任，均有不同，法律亦宜分別規定之。

(A) 限制能力人所爲的單獨行爲 限制能力人未得法定代理人的允許，所爲的單獨行爲，無論爲有相對人的單獨行爲（例如契約的解除，債務的免除），或無相對人的單獨行爲（例如捐助行爲），要皆行爲人受其損失。法律爲保護限制能力人的利益計，自應使之根本無效（七八條）。

(B) 限制能力人所訂立的契約 限制能力人未得法定代理人的允許，所訂

立的契約，須經其承認，始生效力。此項承認，不僅法定代理人在事後得爲承認（七九條），即限制能力人在限制原因消滅後（即未成年人已成年或結婚），亦得爲承認（八一條）。

限制能力人關於財產上的行爲，雖以得法定代理人的允許爲原則；但有左列情形之一者，不待法定代理人的允許，即可獨立爲之：

(A) 因純獲法律上利益而爲的法律行爲 所謂純獲法律上的利益，即指專得權利，或專免義務，及其他專得法律上的利益而言。舊民草仿日民法定爲專得權利或專免義務的行爲（一四條）；民法仿德民法定爲純獲法律上利益的行爲（七七條但書）。其大旨雖無差異，適用範圍則較爲廣。何種行爲方可純獲利益？應依法律行爲的性質以決定之。即使限制能力人所爲的雙務契約，有償契約，以及抵銷，雖獲經濟上的利益，亦不得獨立爲之。限制能力人得獨立爲法律行爲，必以專得權利（例如贈與的承諾，遺贈的承認），專免義務（例如接受債務的免除，解除或終止專負義務的契約），以及其

他專得法律上的利益（例如爲第三人契約享受利益的表示）爲限。

(B) 因日常生活所必需而爲的法律行爲 何種法律行爲爲日常生活所必需？不可專依主觀，亦不可專憑客觀，應依社會見解及限制能力人的年齡身分以決定之。

(C) 因法定代理人允許其處分財產而爲的法律行爲 限制能力人雖無處分財產的能力，若法定代理人認爲有允許其處分特定財產的必要而允許之，限制能力人在其允許的範圍內，即得爲處分行爲（八四條）。何謂處分行爲？即指關於其財產上的權利，得爲喪失變更或限制的法律行爲。限制能力人既得法定代理人的允許，不僅得爲管理行爲，保存行爲，及改良行爲；即爲物權行爲，抑爲債權行爲，亦非所問。惟法定代理人的允許，既經指定財產，又多定有目的，限制能力人自應於該目的的範圍內，處分其所允許的財產。例如父母以定額的金錢交付未成年入爲修學的費用，未成年入即得自由處分之。又例如父母每月以定額的金錢交付未成年入爲日常的零用，未成

年人亦得自由消費之。

(D) 因法定代理人允許其獨立營業而爲的法律行爲，限制能力人本無獨立營業的能力，若法定代理人認爲有允許其獨立營業的必要而允許之，限制能力人關於其營業，即完全有行爲能力。惟限制能力人開始營業後，法定代理人若發見其有不勝任的情形時，仍得將其允許撤銷或加以限制。

關於允許營業，依日民法規定，允許營業僅以一種或數種的營業爲限；依德奧瑞荷等民法規定，得允許其獨立營業，不加種類的限制。我民法汎稱允許營業，是亦未加種類的限制，殆仿德奧瑞荷等國民法，而與日民法的規定不同。至所謂營業，殆指以營利爲目的各種事業而言。凡從事商業，固爲營業，即從事農業，工業，鑛業等，亦爲營業。

(2) 法定代理人的權限 法定代理人的權限有二：(A) 代理權；(B) 能力補充權。所謂代理權，即法定代理人得代爲或代受意思表示，使其效果直接歸屬於限制能力人。所謂能力補充權，即允許權及承認權的總稱。法定代理人對於限制

能力人自爲或自受意思表示，得與以允許，是其有『允許權』。法定代理人對於限制能力人未得允許的契約，得與以承認，是其有『承認權』。茲特分述之於次：

(A) 允許權

(甲) 允許的性質 允許係贊成限制能力人自爲或自受意思表示，并從屬於限制能力人所爲的法律行爲，是不僅爲單獨行爲，亦可謂爲補助行爲。故允許的意義，與舊民章及日民法所謂『同意』同，應適用關於法律行爲及意思表示的規定。

(乙) 允許的方法 允許雖無須一定的方式，應於限制能力人未爲或未受意思表示前以意思表示爲之。其意思表示，通常係向限制能力人爲之；但解爲準照一一七條的規定，亦得向相對人爲之。

(丙) 允許的效力 允許係補充限制能力人的能力，使其得爲完全有效的法律行爲，其自身不能具有獨立性，僅能發生使他人得爲有效行爲的

允許權  
質

允許的方  
法

允許的效  
力

承認權

承認的性質

承認的方法

承認的效力

相對人的保護

效力。

(B) 承認權

(甲) 承認的性質。承認係追認限制能力人未得允許的契約，使發生與已得允許有同一效力的法律行為。此種行為為單獨行為，亦為補助行為，得適用關於法律行為及意思表示的規定。

(乙) 承認的方法。承認應於限制能力人訂立契約後以意思表示為之（一一六條）。其意思表示，固應向法定代理人的相對人為之（一一六條）；但解為應向限制能力人為之，亦屬有效。

(丙) 承認的效力。契約在未經承認前，自應解為不生效力；但一經承認，原則上應自訂立契約時即生效力，非自承認時始生效力（一一五條）。

(3) 相對人的保護。限制能力人未得法定代理人的允許，所為的單獨行為，民法已明定其為無效，相對人固無何等不利益。若限制能力人未得允許的契約則不然。限制能力人未得法定代理人的允許，所訂立的契約，在未經其承認以前，



催告權

質  
催告的性

既非確定有效，亦非確定無效，乃居於不確定的地位。此不確定狀態，如使其長期存續，相對人時有感受不利益之虞。故法律為保護相對人的利益，特許其行使『催告權』或『撤回權』（八〇條至八二條）。又限制能力人所為的法律行為，如有出於欺詐者，法律亦應認其法律行為為有效（八三條）。

（A）催告權 限制能力人未得法定代理人的允許，而訂立契約時，其相對人得定一個月以上的權限，催告是否承認。又限制能力人於限制原因消滅後，相對人亦得向本人為同一的催告。若法定代理人或本人不於所定期限內為確答，即視為拒絕承認（八〇條，及八一條二項）。茲將催告的性質，方法及效力說明於後：

（甲）催告的性質 催告為形成權的一種，即要求他方確答是否承認的觀念表示。催告的效力，本與行為人的意思無關，自不得謂為法律行為或意思表示；但其為類似法律行為的一種，亦可準用法律行為及意思表示的規定。

催告的效力

(乙) 催告的要件 催告不問向法定代理人爲之，抑向本人爲之，均須定一個月以上的期限。若未定催告期限，或定有期限而不在一月以上者，均應解爲無效。其期限的起算，準用民法第九四條及九五條的規定，應從催告發生效力。

催告的效力

(丙) 催告的效力 受催告人在所定期限內確答承認，其契約即應溯及訂立時發生效力。若係拒絕承認，其契約即自始不生效力。確答承認與確答拒絕承認不同：前者係爲承認的意思表示，應適用一般意思表示的規定；後者係爲一種觀念表示，不過應準用意思表示的規定而已。

撤回權

(B) 撤回權 限制能力人未得法定代理人的允許，而訂立契約時，相對人固得行使催告權。若不願契約的成立，亦可於未經承認前行使撤回權。但訂立契約時，知其未得允許，猶與之訂立契約者，則不許撤回之（八二條）。茲將撤回的性質，要件，方法及效力分述於後：

撤回的性質

(甲) 撤回的性質 撤回亦爲形成權的一種，即使已生效力的要約或承諾

自始無效的意思表示。此種表示，關於意思表示及法律行為的規定，均應適用。

撤回的要件

(乙) 撤回的要件有二：(1) 須於未有有效承認達到相對人以前爲之；(2) 須在訂立契約時，不知其未得允許。

撤回的方法

(丙) 撤回的方法 撤回爲有相對人的單獨行爲，即應由相對人以意思表示爲之。惟其意思表示，在限制原因未消滅前，應向法定代理人爲之；在限制原因消滅以後，則應向本人爲之。

撤回的效力

(丁) 撤回的效力 未得有允許的契約，與通常的契約不同：通常契約的要約及承諾，於其結合以成立契約時，效力即爲消滅，自不能再行撤回；未得有允許的契約，在未經承諾前，要約或承諾的效力，尙係存續，故所謂撤回契約，即撤回契約的要約或承諾。

撤銷權的剝奪

(戊) 撤銷權的剝奪 法律與限制能力人以撤銷權，乃以保護其利益爲目的。若限制能力人曾用詐術，使相對人信其有行爲能力人，或已得法定代理

人的允許者，法律即無須予以保護，應使其法律行為有效（八三條）。此所謂法律行為有效，乃逕由法律承認為有效，不但相對人不得表示撤回，限制能力人不得主張無效，亦不須相對人行使催告，或限制能力人表示承認。惟適用此項規定，須具備次述的要件：

（甲）須限制能力人出於故意。所謂故意，即限制能力人有使相對人就該法律行為信其為有行為能力人，或已得法定代理人允許的故意。

（乙）限制能力人曾用詐術。所謂詐術，即在實際上曾使用具體的積極的詐欺手段，例如偽造已成年的證書，或偽為已得允許的證書。

（丙）須相對人陷於誤信。所謂誤信，即相對人因限制能力人使用詐術，而誤信其有行為能力人或得法定代理人的允許。

（丁）須相對人因誤信而為法律行為。限制能力人雖用詐術，相對人並非因其詐術而為法律行為，是其間仍無因果關係，必須相對人因信其有行為能力，或已得允許而為法律行為，始得適用此項規定。

法律行為  
須有適當  
的內容

內容的可  
能

內容可能  
的意義

不能的意  
義

### 第三項 法律行為須有適當的內容

#### 第一目 內容的可能

##### (一) 內容可能的意義

所謂內容的可能，即構成私法上效力的事項須為可能；換言之，即法律行為以實現不能的事項為標的，則為無效。可能係對「不能」而言，故可能的意義，可由其反面「不能」的意義以定之。茲將不能的意義分析說明如左：

(1) 物理上的不能與法律上的不能 前者乃從物理見解而認為不能；後者乃從社會觀念而認為不能。此所謂不能，當從後義解之。

(2) 主觀的不能與客觀的不能 前者乃不能的原因，存於當事人之一身上的事情，亦稱相對的不能；反之，則謂客觀的不能，亦稱絕對的不能。此所謂不能，乃專指客觀的不能。何者為客觀的不能？學說尚不一致：有謂必須人人均屬不能，始為客觀的不能；有謂僅須通常人居行為人的地位，係屬不能，即為不能。余以後

說爲是。

(3) 天然的不能與擬制的不能。前者乃因事物性質而爲不能，例如挾泰山以超北海之類；後者乃因法律規定而爲不能，例如讓與不融通物，或設定法律所未規定的物權之類。此所謂不能，乃包含二者而言。

(4) 原始的不能與後發的不能。前者乃法律行爲成立時，其內容事項卽已不能實現；後者乃法律行爲成立後，其內容事項始變爲不能實現。此所謂不能，係以原始不能爲限。若後發不能，則常發生債務履行不能的問題。

內容不能  
的效力

## (二) 內容不能的效力

法律行爲的內容，苟爲實現不能的事項，卽欲發生私法上的效力，亦無從發生。故法律行爲以實現不能的事項爲標的，當然無效（二四六條參照）。至內容是否可能自應以行爲時爲標準。行爲時如爲不能，雖至後日變爲可能，亦不承認爲有效。但其不能情形可以除去，而當事人並預期於不能的情形除去後爲給付者，其契約仍爲有效（二四六條但書）。

內容的確定

內容確定的意義及效力

內容確定的標準

## 第二目 內容的確定

## (一) 內容確定的意義及效力

法律行為有效成立，其內容須為確定。所謂內容的確定，雖不以唯由當事人的意思表示全然確定為必要，必須由意思表示，法律規定，交易習慣，及社會情事得以確定，方可發生私法上的效力。若法律行為以如何事項為內容，在現時既未確定，在日後亦不得確定，是即缺乏法律應賦與法律效果的對象。例如買賣的價金與賣品，如為不確定，其契約即不得成立。至何者始能認為已達確定或得確定的程度，須解釋法律規定及意思表示以為決；詳言之，即於法律有規定的法律行為，如有名契約，則視該規定及意思表示如何而定；於法律無規定的法律行為，如無名契約，則專視意思表示如何而定。

## (二) 內容確定的標準

法律行為的內容，僅須日後得以確定為已足，不須現時即已確定，已如前述。惟

現時尙未確定的內容，究應依如何標準確定之？其確定的標準有四：

(1) 依當事人特別訂定而確定。當事人有特別訂定者，應從其訂定。關於當事人特別訂定的內容，不外左列四種情形：

(A) 有由當事人嗣後以契約決定者。

(B) 有由當事人一方決定者。

(C) 有由第三人決定者，例如約定價金由某甲指定。

(D) 有由他種方法決定者，例如約定價金概照時價。

(2) 依法律規定而確定。當事人無特別訂定，而法律有規定者，應從法律規定，例如種類債權（二〇〇條），選擇債權（二〇八條），債務的抵充（三二二條），抵銷的抵充（三四二條）。

(3) 依習慣而確定。不能由當事人意思表示或法律規定以爲決定，而有習慣可從者，應從其習慣。例如未明示報酬的雇傭契約，及承攬契約（四八三條二項，四九一條二項）。



(4) 依當事社會情事而確定，不能由當事人意思表示，法律規定，及習慣以為決定，而按諸社會情事可以確定者，亦可參酌以決定之。

### 第三目 內容的合法

#### 第一分目 內容須不違反強制或禁止規定

#### (一) 強制或禁止規定的意義

就法律規定的「效力」言之，得分為「強制規定」與「任意規定」兩種：任意規定，即與公益無直接關係，得依當事人的意思表示，以排除其適用；強制規定，即與公益有直接關係，不問當事人的意思如何，必須適用之。例如民法第三七八條及四三九條所規定者，均為任意規定；民法第一二條，九八〇條，一〇八四條，及一一三八條所規定者，則為強制規定（本書緒論第三章參照）。他如物權的種類，內容，及夫婦制度，亦均為強制規定。

就法律規定的「性質」言之，得分為「禁止規定」與「許可規定」兩種：許

內容的合法

內容須不違反強制或禁止規定

強制規定的意義

禁止規定的意義

可規定，即許可爲某行爲的規定；禁止規定，即禁止爲某行爲或不爲某行爲的規定。何種法律規定爲禁止規定？應審查法律規定的性質以爲決。例如刑法乃全部爲禁止規定，民法則僅一部爲禁止規定。民法中關於拋棄能力（一六條）、拋棄自由（一七條）、及侵權行爲（一八四條以下）、暴利行爲（二〇五條）、債務不履行（二三一條）、重婚（九八五條）等規定，均爲禁止規定。按禁止法令中，有以遏止違反者的違反行爲爲目的，有以否認違反行爲之法律上的效果爲目的。前者稱爲『取締規定』，後者稱爲『效力規定』。凡法律行爲因違反禁止規定而無效，大都限於違反後者的場合。

法律行爲的無效，有因其自身具有瑕疵而無效者；有因其自身雖無瑕疵而亦無效者。前者即法律定爲無效的法律行爲，例如因虛僞意思表示而成立的法律行爲（八七條）；後者即法律所禁止的法律行爲，例如直系血親及直系姻親不得結婚（九八三條）。

（二）強制規定與禁止規定的關係

定的關係

違反強制規定或禁止規定的行爲，雖均有『違法性』，但二者的範圍，却有所不同，例如暴利行爲，乃爲違反禁止規定的行爲；乘他人的困難，以搾取不當之利，則爲違反善良風俗的行爲。故民法關於此點，仍宜分別規定之。依日本學者解釋，彼國民法（日民九一條），僅以法律行爲違反強制規定爲違法；依德國學者解釋，彼國民法（德民一三四條），僅以違反禁止規定爲違法。我民法則明定法律行爲違反強制或禁止規定，均爲違法，是與德日民法又有不同（七一條）。

違反強制  
或禁止規  
定的效力

### （三）法律行爲違反強制或禁止規定的效力

法律行爲的內容，須不違反強制或禁止的規定，方生法律上的效力。如有違反強制或禁止的行爲，原則上應爲無效；但強制或禁止規定中，亦有與公益無關者，法律如明定不以之爲無效，其行爲仍爲有效（七一條）。

### （四）避法行爲

所謂避法行爲，即欲避法律禁止規定的行爲；詳言之，即因法律禁止爲某種法律行爲，而用迂迴的方法，以規避法律的規定，使與被禁止的法律行爲生同一的

避法行爲

內容須不  
違反公序  
或良俗

公序與良

效力，亦稱『脫法行爲』。避法行爲應否與違法行爲同視，概認爲無效。違法行爲乃直接違反法律，固應認爲無效。若避法行爲則非直接違反法律，而以別種手段達其同一目的，其應否有效，自應視禁止規定的趣旨以定之。禁止法規的趣旨，如在法律行爲的目的時，凡依他種手段，使達同一目的的行爲，尙爲違反禁止法規，自應認爲無效。例如巧避利息限制，而以手續費的名義搾取高利。反之，禁止法規的趣旨，唯在禁止依特定的手段時，凡依他種手段，使生同一的效果，則不爲違反禁止法規，仍應認爲有效。例如債務人讓與動產所有權，以設定質權的信託行爲，雖對流質契約的禁止規定爲避法行爲（八九三條），則非無效（註二）。

（註一）我妻民法總則三九〇頁。

（註二）鳩山日本民法總論三〇八頁。

第二分目 內容須不違反公共秩序或善良風俗

（一）公共秩序與善良風俗的立法例

法律行爲的內容，須受公共秩序或善良風俗的限制，始於羅馬法，首由民法繼承之（一一三一條，一一三三條）。德奧意荷日瑞等國民法（德民一三八條，奧民七八條，意民一二二條，荷民一三七三條，日民九〇條，瑞債一九條，二〇條）及我民草民法（舊民草一七五條，新民草一二四條，民法七十二條），亦均仿倣之。他如英國法庭對於妨害職業的契約，賭博契約，重利契約等，均得以公共秩序爲根據，而否認其執行，是其判例法中亦承認此種原則。

法律行爲制度，非認個人的一切意思活動有絕對的效力，唯在適當的範圍內，始認其有效力。故個人的法律行爲，不僅應受強制規定或禁止規定的限制，亦應受公共秩序或善良風俗的限制。凡法律行爲的內容，雖不違反強制或禁止的規定，而有妨害社會秩序或破壞社會道德的情形，其法律行爲亦爲無效。當法國民法制定，僅以違反公序良俗爲限制契約自由的大原則而止。迨至近世，不僅契約自由的原則，即權利的行使，亦應受其限制（德民八二六條參照）。

（二）公共秩序與善良風俗的意義

公共秩序的意義

善良風俗的意義

公序良俗決定的標準

公共秩序，乃爲國家一般的利益。何者爲國家一般的利益？應基於大眾一般的生活需要而決定，非以特殊階級或特殊團體的利益爲標準。惟在階級對立的社會，統治階級欲鞏固其政權，必先努力維持其所需要的公共秩序。故其所認爲公共秩序，常爲統治階級所要求的利益，而非大眾一般的生活需要。

善良風俗，乃爲人民一般的道德。何者爲人民一般的道德？應基於大眾一般的道德觀念而決定，非可以當事人或審判官之個人的主觀的道德主義爲標準。然從實際上觀之，關於善良風俗的認定，往往有以個人的思想及信仰爲依據，而非基於人民一般的道德觀念。

如前所述，個人的法律行爲，是否違反公序良俗？應基於大眾一般的生活需要，及一般的道德觀念而決定。然生活需要，乃爲經濟組織的反映，道德觀念，乃爲思想信仰的反映，自非一成不變。大眾生活及人民道德，既爲時代的產物，則所謂公序良俗，不僅因時而異，亦常因人因地因團體而有不同。茲將其決定的標準分述於左：

(1) 關於「時」的標準 公序良俗的觀念，如因立法時，行爲時，或裁判時的見解而有不同時，應從行爲時決定之。

(2) 關於「人」的標準 公序良俗的觀念，如因人的地位，身分，性質而見解有不同時，不能從主觀而決，應從客觀決定之。

(3) 關於「地方」或「團體」的標準 公序良俗的觀念，有因地方或團體而異者，此際應從特別觀念，抑應從一般觀念？學說上雖有爭執，自以從後說爲宜。

### (三) 公共秩序與善良風俗的關係

關於公序良俗的規定，立法例不一，有以其範圍不同，主張並用公共秩序善良風俗二語者；如法日民法及德民法第一草案；有以其界限不明，主張僅用善良風俗一語，或僅用公共秩序一語者，如德國民法及我國舊民草。余謂公共秩序與善良風俗，雖同以維持一國家及人民的健全爲目的，然一則係從國家的公安方面着眼，一則係從人民的道德方面着眼，是二者仍有區別。例如締結永久勿讓與某財產於他人的契約，一般雖不認爲反於善良風俗，却有背於公共秩序。又如未婚

男女締結私通的契約，一般雖不認反於公共秩序，却有背於善良風俗。故僅用公共秩序，或善良風俗一語，不免有所偏廢。若欲對社會秩序與道德觀念兩方面皆能包括無遺，自以並用兩語爲宜。

#### (四) 違反公共秩序與善良風俗的事例

公序良俗之具體的內容，既有不斷的變遷，如採列舉規定，自爲事實上不可能。故法律迫於實際生活的要求，只可爲抽象的規定（七二條）。茲將最重要的事例分述於左：

(1) 行爲的本身，即違反公序良俗（不法）關於此點，有以實行或獎勵公序良俗所禁止的行爲爲標的；有以妨止公序良俗所要求的行爲爲標的。前者多爲反乎正義觀念的行爲，例如締結犯姦、賭博，或吸食鴉片的契約；後者多爲反乎人倫的行爲，例如締結勿與母同居，或勿與妻同居的契約，以及違反親子夫妻之間人情道義的法律行爲。

(2) 行爲的本身，雖不違反公序良俗，然加以法律上的強制，則爲不法。例如在未



廢娼以前，娼妓營業，雖爲行政上所允許，若與人締結契約，令其爲娼，則爲不法。又如，在僱傭關係存續中，競爭禁止的特約，雖非法律所禁止，若締結永久不爲營業，則爲不法。

(3) 行爲的本身，雖不違反公序良俗，然因與金錢的對價相結合，則爲不法。例如刑事被告人要求法官或證人爲公平裁判或真實證言，雖非不法，但約以能爲公平裁判或真實證言，即與以某種報酬，乃爲不法。

(4) 乘他人的急迫，輕率，或無經驗，而博取不當之利的行爲，亦爲不法。此種行爲，乃違反道德的觀念，學說上稱爲「暴利行爲」。德國民法明定：乘他人的困難，輕率，或無經驗，而約定其不相當之財產給付的行爲，其法律行爲爲無效。（德民一三八條）。我民法及瑞士債務法（一一條）蘇俄新民法（三三條）亦均仿之。惟德民以其甚違反善良風俗，逕定其行爲爲無效。我民則未定爲無效，僅得撤銷其法律行爲，或減輕其給付，是又其不同之點。依民法七四條規定，須具備下列的要件，方得適用之：(1) 須有利用他人之急迫的故意；(2) 須有其給付與反對

違反公序  
或良俗的  
效力

違反公序  
良俗的動  
機

給付顯失公平的事實；(3)須有利害關係人於法律行爲一年內聲請之。

(五)法律行爲的內容，違反公共秩序或善良風俗的效力。

法律行爲的內容，如違反公共秩序或善良風俗，原則上應爲無效（七二條）；但只得請求撤銷或減輕其給付者，則爲例外（七四條）。此種無效的行爲，與他種無效的行爲不同：他種無效的行爲，仍可除去無效的原因而爲承認，使自承認時發生效力；此種無效的行爲，則以其承認時，無效的原因仍多未除去，故通常不許承認之。

法律行爲的內容與「動機」不同：法律行爲的內容違反公序良俗，其行爲應爲無效，若僅其動機違反公序良俗，其行爲仍爲有效。法律行爲的動機，是否違反公序良俗，本非由外部所能窺知。若使法律行爲的效力，竟因其動機的不法而受影響，實有害於交易的安全。故單純的動機，雖違反公序良俗，其行爲尙不失爲有效。例如爲劫奪財物而購刀，爲祕密賣淫而租屋，其買賣契約及租賃契約仍爲有效。若其動機不止存於內部，而爲法律行爲的條件，或雖非爲其條件，而已表現於

外，足爲決定法律行爲之反社會性的標準，則應認爲無效。例如買刀時，約以供劫奪財物之使用爲條件，租屋時，約以供祕密賣淫之使用爲條件，其契約固爲無效；即其買刀時，雖未約以供劫奪財物之使用爲條件，而已明示其買刀的目的，或租屋時，雖未約以供祕密賣淫之使用爲條件，而已言明租屋的目的，其契約亦均爲無效（註一）。

違反公序  
良俗的手  
段

法律行爲的內容與「手段」不同：法律行爲的內容違反公序良俗，雖應爲無效，若僅其手段違反公序良俗，其行爲不應認爲無效。例如以脅迫的態度催索債務，以欺騙的方法解除契約，其債務如應催索，契約如應解除，雖手段不適法，仍不能謂爲無效。惟構成脅迫行爲，或犯罪行爲時，始適用民法九二條一項的規定，及受刑事上的制裁（註二）。

事實問題  
與法律問  
題

一定的法律行爲，是否違反公序良俗的問題，究爲事實問題，抑爲法律問題？關於此點，應區別爲二個問題，即確定法律行爲內容的生活關係究爲如何生活關係的問題，與已被確定的生活關係是否違反公序良俗的問題。前者爲事實問題，

應屬事實審的專權；後者爲法律問題，乃屬法律審的權限，即得爲上告的理由。法  
國學者中有主張其爲事實問題，實屬謬誤（註三）。

（註一）鳩山日本民法總論三二三至三二〇頁。

（註二）三瀨民法總則提要三三四頁。

（註三）鳩山前書三二一頁；三瀨前書三三四頁；中島民法釋義一卷四六  
六頁；川名日本民法總論二〇五頁；松岡民法論總則四三一頁。

#### 第四項 意思與表示須爲一致

有效的法律行爲，其意思與表示必須一致，乃爲民法上的一般原則。意思與表示  
不一致有二：(1)因故意而不一致，如真意保留及虛偽表示；(2)因無意而不一致，如錯  
誤及誤傳。前者適用八六條及八七條的規定；後者適用八八條至九〇條的規定。茲  
爲敘述的便宜，特於次節說明之。

法律行為  
的方式

## 第四款 法律行為的方式

法律行為  
不依法定  
方式或約  
定方式的  
效力

法律行為，可分爲要式行為與不要式行為，前已言之（本章第二節）。法律行為，本以不要式爲原則，可由行為人自由表示意思，不須依一定方式。惟因特別理由，有由法律或契約定明須依一定方式者，是爲原則的例外。法律行為有由法律定明須一定方式者，是爲法定方式，例如訂婚，立嗣等；有由契約定明須一定方式者，是爲約定方式，例如合夥經營商業等。法律行為不依約定方式，民法既未明定其無效，自不能一概論之，應斟酌當時情形以爲決。若法律行為不依法定方式，民法則明定其無效；但法律有特別規定者，不在此限（七三條）。

法律行為的方式，必須使用一定的文字。關於文字的使用，前已詳論之（本書本論第一章第二節參照）。

意思表示

## 第三節 意思表示

意思表示  
的意義

意思表示  
的成立要  
素

效果意思

效果意思  
的性質

### 第一款 意思表示的意義

意思表示，有廣狹二義：從廣義方面說，不問其係表示公法上的欲望，或表示私法上的欲望，均稱爲意思表示；從狹義方面說，僅表示私法上的欲望，始可稱爲意思表示。民法上所謂意思表示，即指後者而言。茲將意思表示的成立要素，分述於左：

#### (一) 效果意思

效果意思，爲意思表示的第一段要素，即表意人有欲發生由法律行爲所生效果的意，亦稱『法律行爲意思』。

(I) 效果意思的性質 效果意思，非僅有對於效果的認識，亦非以單純的觀念爲已足，乃有以欲生效果的心理作用爲必要。組成效果意思的心理作用，既以法律行爲的效果爲對象，則左列三種心理現象，均不以法律行爲的效果爲對象，非可謂爲效果意思：

(A) 觀念的表示 觀念的表示，即當事人表示對於事物所有的觀念，亦稱知

的表示，或事實通知。例如總會召集的通知（舊民草九八條參照）債務的承認（一一九條）。

（B）感情的表示 感情的表示，即表示其一定感情的行爲，亦稱情的表示。例如恕宥（日民八一四條二項參照）。

（C）請求的表示 請求的表示，即當事人要求某人爲某行爲或不行爲的表示，亦稱意思通知。例如各種催告（八〇條，二一〇條，及三一五條所規定的請求清償），總會召集的請求（五一條）。

前述三種表示，近世學者多不認爲意思表示，即不認爲法律行爲，特稱之爲『準法律行爲』（註一）。惟此種行爲，既可準用法律行爲的規定，似又無區別的實益，故有學者持反對論（註二）。

（2）效果意思的內容 關於效果意思的內容，有謂須欲由法律行爲發生法律效果；有謂僅須欲由法律行爲發生經濟的或社會的效果即足。前者爲法律效果說，後者爲經濟效果說。惟就法律認法律行爲的目的，及交易上的實際觀察之，

極端的法律效果說與極端的經濟效果說，均不可取。效果意思的內容，即須欲使發生由法律行為所生的主要法律效果，成爲事實，且使發生此種效果，須無不依法律的手段的意思（註三）。

(3) 效果意思的種類 效果意思，可分爲表示上的效果意思，與內部的效果意思兩種：前者係根據表示而認定行為人有效舉意思；後者須行為人在事實上有效果意思。表示上的效果意思，爲意思表示不可缺的要素；內部的效果意思，是否爲意思表示不可缺的要素，尙有後述意思主義與表示主義之爭。我民法既採折衷主義，內部的效果意思，只爲通常效果意思的要素，而非其不可缺的要素。例如非真意表示，雖有表示上的效果意思，却無內部的效果意思（八六條）。

(二) 表示意思

表示意思，爲意思表示的第二段要素，即欲將效果意思向外表示的意思；詳言之，即表意人使其存於內部的意思（效果意思），與現於外部的行為（表示行



爲)相聯絡的心理作用。若一方雖有效果意思，他方雖有足以表示此效果意思的行爲，其間缺乏聯絡的意思(表示意思)，仍不得謂爲意思表示。表示意思與效果意思，固屬不同；即其與行爲意思，亦有區別。例如買賣一事，欲爲買賣，是爲『效果意思』；將以言語而表示買賣意思的意思，是爲『表示意思』；言明買賣，是爲『表示行爲』；發出此言語的意思，乃爲『行爲意思』。

表示行爲

(二)表示行爲

表示行爲，爲意思表示的第三段要素，即使效果意思得由外部認識之身體上的動靜。表示行爲須具備左列二要件：

表示行爲的要件

(1)主觀要件 所謂主觀要件，即該行爲須本於意識的作用；換言之，即該行爲須具有行爲意思。凡無行爲意思者，即無意識的舉動，不得謂爲表示行爲。例如睡眠中的舉動，及因暴力強迫而爲的舉動。

(2)客觀要件 所謂客觀要件，即由該行爲須足以推知內部的效果意思；換言之，即須有表示價值(亦稱表示力)。若雖有行爲，不足以推知其一定意思之所

意思表示  
的種類  
要式意思  
表示不要  
式意思表  
示

在，仍不得爲表示行爲。至何種行爲始足以推知其一定意思之所在？不可依表  
意人或相對人主觀的標準而決定，須依客觀的標準決定之。若表意人與相對  
人間，關於表示意義定有特種關係者，應從其所定。如無如此關係，則應從信義  
的原則，按照各種情形，而以能知悉具體的事情之公平第三者爲標準決定之。  
(註一)川名日本民法總則一五九頁以下；鳩山註釋民法全書二卷一九  
一 五頁以下。

(註二)中島民法釋義一卷四三七頁以下。

(註三)鳩山日本民法總論三三四頁以下。

(註四)鳩山前書三四一頁以下。

## 第二款 意思表示的種類

### (一) 要式意思表示，不要式意思表示

要式的意思表示，即須依法定或約定的方法而爲意思表示；不要式的意思表

示，即不問依如何方法均可爲意思表示。意思表示的方法，本可由當事人自由選擇，故以不要式爲原則，而以要式爲例外。

要式的意思表示，其普通的方法有三：(1)須作成書面（一一八九條）；須於書面上記載一定事項（四七條，六〇條）；須於一定之人的面前爲意思表示（一一九一條，一一九二條）。意思表示既定有一定方式，若不依其方式者，其意思表示即不得成立；惟約定方式，無須強制，當事人如有特別訂定者，仍爲有效（舊民草一八八條，一九二條參照）。

## (二)明示的意思表示，默示的意思表示

明示的意思表示，即直接由表示足以推知行爲意思；默示的意思表示，即間接由表示始得推知行爲意思。何者足以推知行爲意思？須依交易的觀念定之。例如表意人以言語或書面爲表示，固爲明白的意思表示；即向電車舉手，習慣上亦爲明示的意思表示。反之，飛乘電車，雖非必爲乘車契約締結的意思表示，有時由周圍的意思測之，亦可爲默示的意思表示。

明示的  
表示的  
意思不  
表示的  
意思

獨立的意思  
表示不  
獨立的意思  
表示

有相對人

默示的意思表示，既亦為意思表示，必須有一定的舉動，故全然無表示者，則非默示的意思表示。例如無何等的意思或舉動，而視為意思表示者（八〇條二項，一七〇條二項），或雖有舉動，不問其意思之有無，而視為意思表示者（日民一二五條參照），均為推測的意思表示，而非真正的意思表示（註一）。

沉默與默示不同：默示尚須有一定的舉動；沉默乃為不作為的狀態。故沉默通常不能為意思表示的方法，其得為意思表示者，必須有法律規定，或交易上的習慣，或當事人的特約始可。

### （二）獨立的意思表示，不獨立的意思表示

獨立的意思表示，即不待他之意思表示，而能獨立發生法律效果的意思表示。例如捐助行為，債務免除，遺囑等。不獨立的意思表示，即必待他之意思表示，始能發生法律效果的意思表示。例如買賣契約的要約或承諾，社員總會開會時各社員的表決等。

### （四）有相對人的意思表示，無相對人的意思表示

的無思表  
示無相對  
人的意思  
表示

本人的意  
思表示由  
他人的意  
思表示

須發的不  
思發的不  
須發的不  
思發的不

有相對人的意思表示，即對於某特定人爲意思表示，例如契約，允許，承認，撤銷，免除等；無相對人的意思表示，即對於一般人爲意思表示，例如捐助行爲，懸賞廣告，遺囑等。意思表示，大多數爲有相對人，無相對人的意思表示，實屬少數。

(五) 本人的意思表示，由他人的意思表示

本人的意思表示，即表意人爲自身而爲的意思表示；由他人的意思表示，即表意人代本人而爲的意思表示。此種區別，有二意義：就狹義言之，乃以其意思表示爲何人的行爲爲標準而區別之，由他人的意思表示，即爲代理人的意思表示之義；就廣義言之，由他人的意思表示，亦包含使用他人爲意思表示的傳達機關，例如使者，郵政，電報等。

(六) 須發的意思表示，不須發的意思表示

須發的意思表示，即須向特定人表示始能成立的意思表示，其表示行爲須爲適於使特定人知其表示的方向者始可。例如契約的解除，法律行爲的撤銷等。不須發的意思表示，即無須向特定人表示即能成立的意思表示，其表示行爲僅爲

須受的意思  
不須受的意思  
表示

非真意表  
示

適於使一般人知其表示的方向已足。例如捐助行爲，遺囑等。意思表示中，屬於此類者甚少（註一）。

（七）須受的意思表示，不須受的意思表示

須受的意思表示，即須達到相對人始發生效力的意思表示。不須受的意思表示，即不問達到與否均發生效力的意思表示。此所謂達到，乃從廣義言之，例如在對話人則須其了解，在非對話人則須其接收（註三）。

（註一）岩田日本民法總論二四三頁以下。

（註二）陳瑾昆民法通義總則二一六頁。

（註三）陳瑾昆前書二一六頁。

### 第三款 非真意表示

#### 第一項 總說

意思與表示相一致，即完全發生效力。若意思與表示不一致，即所謂「非真意表

示。』非真意表示，雖有表示上的效果意思，却無與之對應之內部的效果意思。其意思表示的效力，究應如何決定？從來學說及立法例有三：

## 意思主義

## (一) 意思主義

此說爲沙費尼 (Savigny)、溫德塞 (Windscheid) 等所唱，即謂法律所以與意思表示以法律效果，乃根據當事人的意思，表示不過爲知此意思的方法，不能認爲法律效果的原因。故未根據內部的效果意思，自應使之無效。

## 表示主義

## (二) 表示主義

此說爲羅提馬 (Lohmar)、丹慈 (Danz) 等所唱，即謂意思非他人直接所得知，唯依其發表手段始得知之。故爲保護交易的安全計，不問其真意如何，應以所表示爲標準，而與以法律效果。

## 折衷主義

## (三) 折衷主義

此說爲端堡 (Demburg)、雷溫哈德 (Leonhard) 等所唱，即謂意思與表示不一致時，極端的意思主義，與極端的表示主義均不可採，須折衷兩主義，或以意思主

義爲原則，而以表示主義爲例外，或以表示主義爲原則，而以意思主義爲例外。前述第一主義，係說明意思表示的拘束力，而以尊重個人利益爲根據；第二主義，係保護無過失的相對人，而以保全交易安全爲根據；均各有一面的真理。惟從意思主義，凡無內部的效果意思，其意思表示均爲無效，則表意人既可不受其不豫期的法律效果，固全無損害，然相對人或第三人往往因誤信其意思表示爲有效，而受重大的損害。若從表示主義，凡未伴有真意的意思表示，仍爲有效，則相對人及第三人雖未受其損害，然表意人往往因其不豫期的法律效果，而受莫大的損害。如此，採極端的意思主義，既保護表意人過厚，而待相對人及第三人太薄；採極端的表示主義，又保護相對人及第三人過厚，而待表意人過薄。故須折衷二者之間，以保護雙方當事人的利益，及交易上的安全。德日民法均採折衷主義，我新舊民草及民法亦然。意思與表示不一致時，採以意思主義爲原則的折衷主義，雖無不可；但從交易方面觀察，仍以採取表示主義爲原則的折衷主義，較爲正當。

關於意思與表示不一致，有爲表意人知其不一致者，有爲表意人不知其不一



致者。前者謂爲『故意的不合』，包含『真意保留』與『虛偽表示』二種；後者謂爲『不虞的不合』，包含『錯誤』與『誤傳』二種。

故意的不  
合

真意保留

真意保留  
的意義

真意保留  
的要件

## 第二項 故意的不合

### 第一目 真意保留

#### (一) 真意保留的意義

真意保留，即表意人故意爲不合於真意的表示，詳言之，即表意人故意隱匿其真意，而表示其非真意的表示行爲，亦稱單獨虛偽表示。例如表意人實欲讓與甲等土地，而故意表示讓與乙等土地之類。德民法所謂表意人祕密保留其不欲表示之事，日民法所謂知其非真意而爲意思表示，我民法所謂無欲其爲意思表示所拘束之意而爲意思表示，均屬於此。

#### (二) 真意保留的要件

真意保留須具備下列的成立要件：(1) 須有意思表示之存在；(2) 須表示與真意

不相符合；(3)須表意人自知表示與真意不相符合。真意保留雖須具備一定的要件，究竟表意人的動機，出於欺罔，抑出於戲言（即諧謔表示），均非所問。德民法既將二者分別規定，自有區別的實益。我民法及日民法均不認此差異，即無區別的必要。

### (二) 真意保留的效力

真意保留有二種：有預期他人將認爲真實者；有預期他人將不認爲真實者。德民法係注重主觀，對於後者概爲無效（德民一一八條），對於前者以有效爲原則，無效爲例外（德民一一六條前段）。日民法係注重客觀，對於二者概以有效爲原則（日民九三條前段）。我新舊民法仿德民法，前者以有效爲原則，後者則概爲無效（舊一七九條，新一一五條）。依民法八六條規定，其大旨殆仿日民法（註一）。

民法八九條所謂「不因之無效」，即不得以真意保留爲理由，而主張其意思表示爲無效。若在真意保留以外，尙有其他無效原因（例如無能力），則可影響

真意保留  
及於當事  
人間的效  
力

### 意思表示的效力。

真意保留，不問其出於欺罔，抑為戲言，對於表意人均無保護的必要，原則上應認其為有效。若相對人明知表意人的意思表示，與其內部的效果意思不一致，法律即無須予以保護。所謂為相對人所明知，究竟相對人因表示行為的自身而知之，抑因其他的事情而知之，均非所問；惟相對人非在行為當時知之者，則不得適用本條但書。又本條但書的適用，唯限於有相對人的意思表示，無相對人的意思表示，則不適用之。

依但書規定而為無效時，其無效得以對抗善意第三人與否？本條既未設有如第八七條一項但書的明文，似可解為得以對抗善意第三人；但根據應保護第三人的理由，亦可類推適用該項但書的規定（註二）。

關於舉證責任，當事人主張意思表示為有效，只須證明有意思表示之存在，不須證明真意保留之不存在。反之，表意人主張意思表示為無效，僅證明真意保留尚不足，更須證明相對人明知其非真意，或非真意保留而為錯誤（註三）。

真意保留  
的舉證責  
任

真意保留  
及於第三  
人的效力

虛偽表示

虛偽表示  
的意義

虛偽表示  
的要件

(註一) 陳瑾昆民法通義總則二一九頁。

(註二) 鳩山日本民法總論三四九頁；穗書民法總論下卷五五頁；我妻民法總則四一七頁。

(註三) 鳩山前書三五〇頁。

## 第二目 虛偽表示

### (一) 虛偽表示的意義

虛偽表示，即表意人與相對人通謀而為非真意的意思表示，亦稱通謀虛偽表示，或假裝行為。例如因欲免債權人的扣押，而與第三人通謀，偽讓與自己的財產。又如因欲任某公司的董事，而與第三人通謀，偽讓受其股份。至虛偽表示的動機如何，則非所問。

### (二) 虛偽表示的要件

虛偽表示須具備下列的要件：(1) 須有意思表示之存在；(2) 須表示與真意不一。

致；(3)須表意人自知其不一致；(4)須與相對人通謀。上述(1)至(3)三要件，均與真意保留同，惟第(4)要件則為虛偽表示所特有。

虛偽表示是否須由於特別的動機？德日民法均無明文規定，彼國學者解為：通常雖多有欺罔第三人的目的，但不以此種目的為必要，亦不加以損害於他人，或自得利益的意思為必要。我舊民草雖明定須有誤第三人的動機（舊一〇八條），新民草及民法均未明定，當不以欺罔第三人為必要（新一一六條，民八七條一項）。

虛偽表示的效力

(三) 虛偽表示的效力

虛偽表示的效力，立法例尚不一致：德民法定為絕對無效（德民一一七條一項）；日民法定為相對無效（日民九四條）。我新舊民草及民法均從後者（舊一八〇條一項，新一一六條一項，民八七條一項）。我民法既定為相對無效，其效力即因當事人間的關係與對於第三人的關係而異：

(1) 虛偽表示及於當事人間的效力 虛偽表示，無論由當事人之何方，均得主張

虛偽表示

及於當事  
人間的效力

虛偽表示  
及於第三  
人的效力

惡意與善  
意的決定  
標準

無效，即使有第三人爲有效的主張，當事人間亦不因而有效，故當事人間常爲無效。

(2) 虛偽表示及於第三人的效力 虛偽表示對於第三人的關係，因第三人爲善意，抑爲惡意而異；對於惡意第三人的關係，與當事人間同，無論由何方均得主張爲無效。對於善意第三人，不僅當事人不得主張無效，亦可解爲其他第三人不得主張之（註一）。

所謂『第三人』，係指虛偽表示的當事人及其包括繼承人以外之人而言。所謂『善意第三人』，係專指不知其爲虛偽表示，而就該法律行爲的內容有法律上利害關係之人而言。所謂『惡意與善意』，即知與不知的區別，應視虛偽表示成立的時期，與第三人就該內容發生法律上利害關係的時期之孰爲先後而判定之。如虛偽表示的成立，在第三人發生關係之先，則第三人須於發生關係時係屬不知。若虛偽表示的成立，在第三人發生關係之後，則第三人須於虛偽表示成立時係屬不知，即足稱爲善意。至始終不知或爭議時尙屬不知，

固非構成善意的要件（註二）。所謂「不得以其無效對抗第三人」，依多數說，則謂僅當事人不能向善意第三人主張無效，而善意第三人則得主張有效，或主張無效；依少數說則謂對於善意第三人的關係，一律有效。余從後說（註三）。

隱蔽行為

隱蔽行為  
的意義

隱蔽行為  
的效力

#### （四）隱蔽行為

隱蔽行為，即隱蔽於虛偽表示中的真實意思表示，亦稱隱匿行為。例如甲買受乙之地皮，價金本為二萬元，甲為減少其登記費，乃於買契上載為一萬元，又如甲欲贈其婿乙房屋一棟，恐為嗣子丙所爭執，遂偽立五千元賣契。就第一例言之，一萬元的買賣，雖為虛偽，二萬元的買賣，則為真實。就第二例言之，買賣雖為虛偽，贈與則為真實。具有此項真實意思表示的法律行為，本與由虛偽表示而成的法律行為有別，其效力如何，應依其是否具備一般法律行為的要件而決定（德民一七條二項，瑞債一八條一項）。故此項行為，苟於該行為應具備的成立要件，及有效要件無欠缺者，仍應適用該項法律行為的規定。我民草及民法亦仿之（舊

信託行爲

一八〇條新一一六條二項，民八七條二項。

(五) 信託行爲

信託行爲，乃表意人爲充分達到某種經濟上的目的，而設定超過其內容之法律關係的法律行爲；換言之，即以對外部發生權利移轉的效力，同時在內部仍收與權利未移轉的同一結果爲目的的法律行爲，亦稱假託行爲。例如以債務的擔保爲目的，而移轉其所有權；或僅欲使他人代索債務，而竟讓與其債權。從前學說均謂信託行爲與虛僞表示無異。近世各國，已有制度信託法，明定受託人應負擔處理信託事務的債務，並明定信託財產與受託人的固有財產相分離，是信託行爲與虛僞表示不同可知。况虛僞行爲係缺乏欲發生法律效果的意思；信託行爲，則具有欲發生法律效果的意思，益可見其有顯著的差異。（註四）

此項行爲的效力，學說上有主張爲無效，有主張爲有效，要以主張後說爲多數。

(六) 詐害行爲

詐害行爲，即債務人明知有害債權人而爲的法律行爲（二四四條二項參照）。



( ) 詐害行為與虛偽表示不同，例如債權人因虛偽表示而受損害者，得主張其無效；因詐害行為而受損害者，則僅得訴請撤銷，在未撤銷前尚屬有效。

(註一) 鳩山日本民法總論三五二頁；三瀨民法總則提要三三九頁；長島

民法總論二七八頁。

(註二) 陳瑾昆民法通義總則二二二頁。

(註三) 川名民法總論二二二頁。

(註四) 岩田日本民法總論二八三頁。

### 第三項 無意的不合

#### 第一目 錯誤

#### (一) 錯誤的意義

錯誤乃觀念與對象相齟齬，即認識與事實不一致之謂。例如誤鹿為馬，誤金為銅。錯誤的結果，雖亦為意思與表示不一致，然其所以不一致者，由一事物的誤解，

無意的不合

錯誤

錯誤的意義

非出於故意的，故與「真意保留」及「虛偽表示」不同。錯誤係對於事物無正確的認識，而非全無認識，是又與「不知」不同。惟二者在意思表示，均係表示行為不足表示效果意思，故多數學者主張在民法適用上，得以不知與錯誤並論。我民法將錯誤與不知相並規定，亦即從此見解（八八條）（註一）。

## （二）錯誤的種類

錯誤既非表意人出於故意，如悉使之無效，則非交易上所許，故法律必須分別輕微與重大規定之。意思表示有重大錯誤時，法律上應別為待遇，自羅馬法已然。羅馬法明認關於當事人標的物的同一，法律行為的種類等錯誤為無效，標的物性狀的錯誤為得撤銷。近世立法例大多仿羅馬法，惟何者始為重大錯誤？其規定有採列舉主義；有採概括主義。前者係將重大錯誤列舉規定，如法意荷瑞等國民法；後者係將重大錯誤設概括規定，如德奧日等國民法。我民法八八條，即仿後者規定之。

意思表示的錯誤，究應如何分類？學說上尚不一致：有以效果表示及合致為標

動機的錯  
誤

內容的錯  
誤

法律的錯  
誤與事實  
的錯誤

準而分類（註二）；有以動機內容及表示為標準而分類。茲從後者分述於左：

(1) 動機的錯誤 此即意思表示的緣由有錯誤。例如誤信某地將通電車，而購其沿途的地皮。此種錯誤，既不發生效果意思與表示不一致的問題，且同一法律行為的動機，亦有千差萬別，如可使其足以左右法律行為的效力，實大有害交易的安全。故我國民法亦仿各國立法例，不使意思表示的效力，而受動機錯誤的影響。雖然，法律一定的事實，究屬於法律行為的內容，抑僅屬於動機？應就各個具體的意思表示決定之。就上例言之，當事人如以電車開通為買賣的條件，則電車開通，已非單獨的動機，而為買賣的內容（註三）。

(2) 內容的錯誤 此即意思表示的意義有錯誤；詳言之，即僅有表示上的效果意思，而無內部的效果意思。內容的錯誤，可分為『法律的錯誤』與『事實的錯誤』兩種：法律的錯誤，即為法律的誤解。例如表意人因誤解連帶為保證，致僅有願任保證的意思，而為可負連帶責任的表示。又如表意人因誤解借貸為贈與，致僅有願受贈與的意思，而為借用的表示。此種錯誤，不能拘泥於『不想法

之不知』的格言，亦與事實的錯誤同認爲得撤銷的原因。事實的錯誤，即爲事實的誤解。此種誤解，因各種法律行爲之不同，而不能有一定的標準，應就具體的意思表示決定之。左列各項，均足爲決定事實錯誤的標準：

(A) 關於法律行爲性質種類的錯誤 此種錯誤，通常爲內容的錯誤。例如欲約保證債務，而誤約連帶債務；欲設定質權，而誤設定抵押權。

(B) 關於當事人本身（同一）的錯誤 此種錯誤，是否爲內容的錯誤？應視法律行爲的種類而定。例如婚姻，立嗣等契約，均以當事人爲法律行爲的要素，當事人如有錯誤，固爲內容的錯誤。卽如贈與，使用借貸，無利息消費借貸，及信用買賣，交互計算，僱傭，委任，寄託等契約，均注重特定的相對人，當事人若有錯誤，亦爲內容的錯誤。反之，現金買賣，交易所買賣，則不發生內容的錯誤的問題。

(C) 關於標的物本身（同一）的錯誤 此種錯誤，通常爲內容的錯誤。例如誤認甲地爲乙地；誤認英漢辭典爲漢英辭典。

(D) 關於當事人資格或標的物性質的錯誤 此種錯誤，是否適用意思表示內容錯誤的規定？應視其在交易上是否為重要而定（八八條二項）。前者例如誤認無支付能力人為有支付能力，誤認非被難人為被難人，均應與內容的錯誤同視。後者例如誤認鍍金錶為純金表，誤認某偽畫為某真畫，均應與內容的錯誤同視。

(E) 關於標的物數量及履行期、履行地、履行方法的錯誤 標的物「數量」的錯誤，在許多的場合，理論上雖得稱為內容的錯誤，但非為法律行為的要素時，應解為不得撤銷的原因。例如出租城市土地，丈尺如有錯誤，當事人莫不重視，即為內容的錯誤；反之，出租野外荒山，丈尺若有不符，當事人多不重視，即非內容的錯誤。關於「履行期」、「履行地」及「履行方法」的錯誤，雖有許多場合，不得稱為內容的錯誤，但非在特定的時期、特定的場所，或依特定的方法履行之，則不能達到法律行為的目的者，其錯誤亦得為內容的錯誤（註四）。

表示的錯誤

(3) 表示的錯誤 此即意思表示的外形有錯誤。例如欲記爲五元，而誤記爲五十元。此種錯誤，與內容的錯誤甚有區別，不可混爲一致。民法所謂『若知其事情即不爲意思表示者』，通常即指此而言。表示有錯誤時，其意思表示是否因無表示意思即不成立，在理論上雖有疑義；但按民法八八條一項的規定，既可包含表示行爲的錯誤，自應認爲得撤銷的原因。

### (三) 錯誤的效力

意思表示錯誤的效力，從來立法例有三：

(1) 無效主義 即認錯誤爲意思表示無效的原因，德國民法第一草案（九八條至一三〇條）及日本民法（九五條）屬之。

(2) 撤銷主義 即認錯誤僅爲意思表示得撤銷的原因。德國民法（德民一一九條，奧八七一條，至八七三條），及瑞士債務法（二二三條至三一一條）屬之。

(3) 折衷主義 即認錯誤有時爲意思表示無效的原因，有時爲意思表示得撤銷的原因。羅馬法，及法意民法（法民一一〇九條，一一一〇條，一一一七條，意民

折衷主義

撤銷主義

無效主義

錯誤的效力

## 一一〇八條至一一一〇條）屬之。

自交易安全與實際便宜方面言之，前述三主義中當以撤銷主義爲宜，故我民  
草及民法均仿德奧民法，採撤銷主義（舊一八一條，新一一七條，民八八條）民  
法既採撤銷主義，則錯誤的結果，表意人只得撤銷其意思表示，非其意思表示當  
然無效（前大理院六年上字一五八號判例參照）。

表意人於有錯誤或不知事情時，通常固得行使撤銷權；但其錯誤或不知事情，  
若係由於表意人自己的過失，則不得行使之（八八條一項但書）所謂自己的  
過失，即表意人欠缺其注意。過失有主觀過失與客觀過失之分。此所謂過失，應指  
客觀過失而言。關於舉證責任，應解爲表意人須舉證其由錯誤，或不知；相對人須  
舉證其由過失。

表意人的撤銷權，乃爲形成權的一種，其行使自應適用一般原則。惟表意人若  
於長久期間內得以行使其撤銷權，則相對人及其他利害關係人的法律關係，勢  
必永久居於不確定的地位，而受莫大的損害，故民法特規定其除斥期間，使其於

我民法採  
撤銷主義表意人原  
則上得行  
使撤銷權

撤銷權的

意思表示後經過一年而消滅（九〇條）。

意思表示有重大錯誤時，表意人雖得行使撤銷權，其善意的相對人或第三人若因信其有效而受損害者，法律固應加以保護，使表意人負賠償責任（九一條）。

（反之，受害人對於撤銷的原因，已明知（即有惡意）或可得而知（即有過失）者，法律即無須予以保護，應設有例外規定（九一條但書）。關於舉證責任，解為相對人或第三人應就其因信意思表示有效而受損害的事實舉證，表意人應就其明知或可得而知的事實舉證，較為洽當（註五）。

（註一）三瀨民法總則提要三四五頁；陳瑾昆民法通義總則二二四頁。

（註二）岩田日本民法總論二八六頁。

（註三）鳩山日本民法總論三五七頁。

（註四）三瀨前書三五一頁。

（註五）陳瑾昆前書二二〇頁。



誤傳

第二目 誤傳

誤傳的意義

(一) 誤傳的意義

表意人爲意思表示，既常用傳信人，及郵政、電報、電話等傳達機關，以傳達其意思，實際上自亦難免誤傳。關於誤傳的種類，可分爲二：有因傳達人傳達已成立的意思表示而有錯誤；有因傳達人爲意思表示的機關而有錯誤。民法所規定的誤傳，即係專指後者而言（八九條）。例如使夥友、學徒，或由電報、電話傳達其意思，而有所誤傳。此時表示行爲必須依傳達機關始能成立，如有錯誤，即與表意人自有錯誤無異。

(二) 誤傳的效力

誤傳既與表示行爲外形的錯誤無異，其效力亦當同論。民法明定因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照錯誤的規定撤銷之（八九條），殆仿德民的規定

（德民一二〇條）。

誤傳的效力

有瑕疵的  
表示意思

#### 第四款 有瑕疵的表示意思

##### 第一項 總說

有瑕疵的意思表示，即非表意人自由發表的意思表示；詳言之，即被表示的效果意思之決定，非出於表意人的自由意思，乃由他人加以不正的干涉。民法爲保護表意人的利益，及維持社會的秩序起見，仍應使其不能完全生效，而許表意人得以撤銷之。所謂不正的干涉，即指『詐欺』與『脅迫』而言。此二者在法律上發生種種的效力，不僅在刑法上能構成犯罪，即在民法上亦可構成侵權行爲。

詐欺

##### 第二項 因詐欺而爲意思表示

詐欺的意  
義

##### (一) 詐欺的意義

詐欺即故意欺罔他人，而使其陷於錯誤，并因之爲一定意思表示的行爲。詐欺行爲，須有詐欺意思，自以有『意思能力』爲前提。若因幼兒、狂人等的言語舉動

詐欺得與  
侵權行為  
及犯罪行為  
並立存在

詐欺的要  
件  
詐欺意思

而陷於錯誤，則不得謂為被欺罔。然詐欺非為法律行為，僅須有意思能力，不以有『行為能力』為必要。又民法第九二條的規定，既非不法行為的問題，亦無刑事責任的性質，則詐欺自不以『不法行為能力』與『刑事責任能力』為前提。故詐欺的成立，不須如詐欺罪必以欲得財產上的利益為要件，亦不須如侵權行為必以欲使相對人受財產上或非財產上的損害為要件。詐欺為侵權行為時，則發生損害賠償的問題，應適用民法第一八四條的規定；其為詐欺罪時，則發生刑事處罰的問題，應適用刑法第三六三條的規定。然民法第九二條所規定的詐欺行為，則為另一問題。此三現象的效果，雖有不同，要皆以保護救濟被欺罔者為目的。故此三現象，既不相排斥，亦不相伴隨，各有獨立存在的必要（註一）。

## （二）詐欺的要件

（1）須詐欺人有詐欺意思 所謂詐欺意思，即詐欺人有使相對人因其虛偽的表示而陷於錯誤，并因之為一定意思表示的意思；簡言之，即詐欺人須有二段的故意。何謂二段的故意？即詐欺人須有左列的兩種故意：

(A) 須有使相對人陷於錯誤的故意，即詐欺人須明知事項爲不真實，仍向相對人表示，而使其陷於錯誤的意思，可稱爲第一段的故意。若其所表示的事項，尙未明知其事項爲不真實，而即以之告人者，不得謂爲詐欺。

(B) 須有使相對人因其錯誤而爲意思表示的故意，即詐欺人須有利用相對人的錯誤，而使其爲意思表示的意思，可稱爲第二段的故意。若詐欺人僅有第一段的故意，而無第二段的故意，亦不得謂爲詐欺。例如因炫一己之富有，遂謂僞古董爲真古董。

(2) 須詐欺人有欺罔行爲，所謂欺罔行爲，即詐欺人以不真實的事項而爲真實的表示行爲。詐欺行爲雖不問其爲作爲或不作爲，要皆本於行爲人的意識作用。詐欺人表示不真實的事實與意見，是否均得構成詐欺？仍須分別言之：

(A) 表示不真實的事實時，在此情形，不問詐欺人係捏造虛僞事實，抑係隱蔽真實事實，均得構成詐欺。

(B) 表示不真實的意見時，在此情形，是否構成詐欺？學說上尙不一致。有謂

凡屬個人的意見，不得構成詐欺；有謂本人如已知其意見爲誤，即可構成詐欺。究之，詐欺人表示不真實的意見，應從社會見解，以判定其是否得構成詐欺（註三）。

純粹的沉默，通常雖不構成詐欺；但對於法律上契約上或交易習慣上有通  
知真實的義務，而故爲緘默者，亦得謂爲詐欺（註四）。

詐欺與錯  
誤須有因  
果關係

(3) 須相對人因詐欺而陷於錯誤 詐欺的成立，不僅詐欺人須有詐欺意思及欺  
罔行爲；即被詐欺人亦須因詐欺而陷於錯誤。茲就此要件分爲兩點言之：

(A) 須相對人曾陷於錯誤 詐欺人雖有詐欺，如相對人未陷於錯誤，則不得  
成立詐欺。民法與刑法的目的不同，故不若刑法上認詐欺的未遂（註五）。

(B) 須相對人因詐欺而陷於錯誤 相對人雖陷於錯誤，如與詐欺無因果關  
係，亦不得成立詐欺。但錯誤與詐欺既有因果關係，若僅超過其程度，或雜有  
其他原因，仍不妨成立詐欺。

(4) 須相對人因錯誤而爲意思表示 詐欺的成立，不僅錯誤須與欺罔有因果關

錯誤與意

思表示須  
有因果關  
係

詐欺的效  
力

詐欺及於  
當事人間  
的效力

係，亦須與意思表示有因果關係；換言之，即若無其錯誤，則不爲此意思表示。雖然，此所謂因果關係，對於表意人有主觀的存在爲已足，不以有客觀的存在爲必要。

## (二) 詐欺的效力

因詐欺而爲意思表示，乃專以表意人因詐欺行爲陷於錯誤而爲之意思表示爲主眼，即不問其屬於意思表示內容的錯誤，抑或屬於動機的錯誤，其結果均發生撤銷的效力。茲將其效力分述於左：

(1) 詐欺及於當事人間的效力 須視詐欺人爲當事人或第三人而異：

(A) 詐欺人爲當事人時 詐欺人爲當事人的一造，其被詐欺而爲意思表示的他造，則不論何時均得撤銷之（第九二條一項前段）。

(B) 詐欺人爲第三人時 詐欺人爲第三人，又因其意思表示有無相對人而異：

(甲) 該意思表示有相對人時 此時應保護被詐欺的表意人，抑應保護其

相對人立法例尚不一致：日民法明定相對人若知其事實，始得取銷其意思表示（日民第九六條二項）；德民法明定相對人雖不知其事實，然其不知，乃其過失，其意思表示仍須撤銷（德民第一二三條二項）。我民法則規定以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷，殆仿日民法的規定（第九二條一項但書）。

(乙) 該意思表示無相對人時 此時既無相對人，自應依一般原則，使表意人得以撤銷。

(2) 詐欺及於第三人的效力 因詐欺而為的意思表示，雖得撤銷，其效力是否及於第三人立法例亦不一致。我民法仿德日民法定為不得與善意第三人對抗。例如甲因被乙詐欺，而讓與其土地於乙，乙受讓後，又復讓與於丙，如丙不知甲被詐欺的事實而受讓之，即為善意第三人，甲欲行使撤銷權，自不能與丙相對抗。民法所以設此限制，殆以善意第三人較表意人更有保護的必要。如前所述，因詐欺而為意思表示，以表意人可得撤銷為原則，不得撤銷為例外。

脅迫

脅迫的意義

至撤銷權的行使，民法定有除斥期間，即應於發見詐欺後一年內爲之，其未發見者，自意思表示後經過十年，則不得撤銷之（第九三條）。

（註一）穗積民法總則下卷七二頁。

（註二）岩田日本民法總論二九一頁。

（註三）陳瑾昆民法通義總則二二三頁。

（註四）富井民法原論四五三頁；三瀨民法總則提要二五九頁；穗積前書

下卷七二頁。

（註五）穗積前書下卷七三頁；三瀨前書三六〇頁。

### 第三項 因脅迫而爲意思表示

#### （一）脅迫的意義

脅迫即故意爲不正危害的預告，使他人發生恐怖，而爲意思表示的行爲。脅迫雖以『意思能力』爲前提。不須有『行爲能力』、『不法行爲能力』及『刑事



脅迫得與  
侵權行為  
及犯罪行  
爲並立存  
在

脅迫的要  
件

脅迫意思

脅迫行爲

責任能力』此與詐欺同。脅迫的法律效果，乃跨於民法與刑法；其在刑法上得構成恐嚇罪（刑法第二七〇條）；其在民法上則發生脅迫行爲，及侵權行爲；此二者可以並立存在，亦與詐欺同。

## （一）脅迫的要件

（1）須脅迫人有脅迫意思 所謂脅迫意思，即脅迫人有對於表意人示以惡意，使生恐怖，復因之而爲意思表示的意思。就其內容分析，脅迫人須有左列之一段的故意：

（A）須有欲使表意人感覺恐懼的故意；

（B）須有欲使表意人因恐懼而爲意思表示的故意。

如上所述，脅迫意思，不若恐嚇罪須欲得財產上的利益，侵權行爲須欲加以財產上的損害，即以圖被脅迫人的利益爲目的，亦仍可成爲脅迫，此均與詐欺同。

（2）須脅迫人有脅迫行爲 所謂脅迫行爲，即脅迫人預告被脅迫人將加危害的

受危害的  
主體

受危害的  
客體

危害的方  
法

危害的程  
度

舉動。所謂危害的預告，原指將來的危害而言；但密接現在的危險，亦包含在內。例如僅言不給余錢，余將殺汝，固為脅迫。若其言時，即以手鎗威嚇，亦為脅迫。惟僅報告過去或現在的危險，則不得構成脅迫。

(A) 受危害的主體 法法系民法雖明定以表意人或其配偶及親屬等為限。法民第一一三條，瑞債三〇條。我民法及日本民法則無此限制。故受危害的主體，不必限於表意人的自身，即對其親屬友人亦可。

(B) 受危害的客體 法法系民法規定不以身體財產為限，英法規定不以人身的安全自由為限，是不問身體，自由，財產，名譽，貞操，或其他種類，均可為受危害的客體。

(C) 危害的方法 危害的方法如何？民法上既無限制，可解為脅迫本不限於舉動一端，即故意以言語或客體使人發生恐嚇，致陷於不能不遵從的狀態，均無不可（前大理院四年上字一九八〇號判例參照）。

(D) 危害的程度 關於危害的程度，除法法系民法有重大急迫現在不可避

免的規定，瑞士債務法（第三〇條一項）有用迫切而且重大的字句外，大都讓諸學說解釋之。羅馬法學者有解爲須爲行危害人所得即時實行的，現時德國學者有解爲須爲重大的。究之，其程度不必加以限制，只須由客觀方面，認爲能使被脅迫人發生畏懼爲已足（註一）。

脅迫須爲不當

③須其脅迫爲不當。德民法規定脅迫以『違法』爲要件（第一二三條），我民法及日民法均無此規定。學說中雖多謂危害的預告，須爲不法，然亦有主張脅迫僅爲不當即可。例如欲於正當的範圍內，締結契約，告以如不訂約，則告發汝之犯罪。似此情形，亦爲脅迫無疑，但不能謂爲不法，祇能謂爲不當。要之，脅迫僅於社會見解認爲不當已足，不必定爲不法。即不當的解釋，亦非永久不變，當以社會變遷爲轉移。例如債權人通知債務人若不清償債務，將訴於法院，債務人雖感覺恐怖，仍不爲脅迫；但債務人境况窘迫，債務人若逼令其一次清償，則爲不當（第三一八條參照）。又例如工人因要求增加工資而爲同盟罷工，在資本家看來，雖爲脅迫；但同盟罷工乃爲工人對抗資本家的武器，在今日已不

同盟罷工  
與脅迫

脅迫的手段或目的不當

脅迫與恐怖須有因果關係

### 能認爲不當（註一）

脅迫不問其手段爲不當，或目的爲不當，均可成立。前者即脅迫行爲的本身爲不當。例如債權人請求清償，雖屬合法，若告以不爲清償，則將加以殺害，即爲脅迫。後者即脅迫行爲的本身雖爲正當，其目的乃爲不當。例如要約他人贈以財產，告以若不承諾，則將告發汝之犯罪，告發本爲法律所許，欲利用之以訂贈與契約，則爲脅迫。

(4) 須被脅迫人因脅迫而生恐怖 被脅迫人的恐怖，須因相對人或第三人有脅迫行爲而生。若相對人或第三人無此行爲，而表意人自生恐怖者，則不得謂爲脅迫。被脅迫乃以被脅迫人會因脅迫行爲而生恐怖爲要件。茲分述之於次：

(A) 須被脅迫人會生恐怖 相對人或第三人雖有脅迫行爲，而表意人未生恐怖，自不成民法第九二條的問題。

(B) 須被脅迫人因脅迫而生恐怖 表意人既須因脅迫而生恐怖，則先已有恐怖者，即不得構成脅迫。惟對於已受危害之人，告以不施救助者，是否構成

恐怖與意  
思表示須  
有因果關  
係

脅迫的效  
力

脅迫？此問題的解答，須視其對於已受危害之人有無救助義務而決定。無救助義務者爲此行爲，既缺乏違法成分，自不得謂爲脅迫；反之，有救助義務者，僅利用他人陷於困境，不得謂爲脅迫，若告以將使其困境持續，則爲脅迫。

(5) 須因恐怖而爲意思表示 詐欺的成立，須錯誤與意思表示間有因果關係；脅迫的成立，亦須恐怖與意思表示間有因果關係。此所謂因果關係，表意人亦僅有主觀的關係爲已足，不必有客觀的關係之存在，是與詐欺亦同。

### (三) 脅迫的效力

因脅迫而爲意思表示的效力如何？學說上雖未一致，立法例大致相同。德日民法定爲表意人得以撤銷（德民一一三條一項，日民九六條一項）；我民草民法及民事判例亦屬一致（舊一八六條，新一二一條，民九二條，及前大理院四年上字一七三九號，一四一七號判例參照）。因脅迫而爲意思表示，致因詐欺而爲意思表示，均非出於表意人的自由，應使表意人得行使其撤銷權，以保護表意人的利益。况脅迫乃陷於不易脫避的狀況，應不問相對人的脅迫，第三人的脅迫，或相對

意與惡意，法律均使表意人得撤銷之。又表意人現處被脅迫的地位，較善意第三人尤當矜憐，故其效力使得與善意第三人相對抗，是較因詐欺而為意思表示者，其所受法律的保護為更強。

因脅迫而為意思表示，既僅得撤銷，則左列當然無效的行為，自不能適用民法第九二條的規定：

(1) 因暴力而為的行為 因不可抵抗暴力而為意思表示，在表意人既無表示意思，並無行為意思，實欠缺意思表示的要件，自應不能生效。例如甲以腕力強執乙手，使於其證書上署名捺印。

(2) 因脅迫而全失自由意思的行為 此種行為，與因脅迫而為意思表示不同：因脅迫而為意思表示，表意人尚有選擇的餘地；因脅迫而全失自由意思的行為，表意人已無思慮的餘暇。故前者有效果意思，僅得撤銷；後者已無效果意思，則為無效。

(3) 因脅迫而為違反公序良俗的行為 因脅迫而為意思表示，如有違反公序良

俗的行爲，則應行依民法第七二條的規定，例如因脅迫而約爲私通（註三）。

(4) 因脅迫爲非真意的意思表示，被脅迫人爲非真意的意思表示，如爲脅迫人所明知者，自應適用八六條但書的規定，不待撤銷之（註四）。

（註一）三潛民法總則提要三六四頁；陳瑾昆民法通義總則二三八頁。

（註二）穗積民法總論下卷七九頁；陶希聖法律學之基礎知識一二二頁。

（註三）三潛前書三七一頁。

（註四）三潛前書三七一頁。

### 第五款 意思表示發生效力的時期

#### 第一項 總說

何謂意思表示的效力？即法律所付與的一切效力，自非僅指當事人所欲發生的效力而言。例如買賣契約，移轉財產權與支付價金的義務，雖爲表意人所欲發生的效力；追奪擔保與瑕疵擔保等的義務，則爲法律所付與的效力（註一）。

意思表示  
發生效力  
的時期

意思表示  
效力  
的意義

無相對人  
的意思表

有相對人  
的意思表

非對話人  
間的意思  
表示

何謂非對  
話人

非對話人  
與對話人  
的區別標  
準

意思表示發生效力的時期，因有無相對人而異；無相對人的意思表示，應於何時發生效力？民法雖未明定，從一般學說的解釋，除捐助行為及遺囑等有特別規定外，其餘各種無相對人的意思表示，應於其表示行為完成時即生效力。有相對人的意思表示，又因其意思表示是否向對話人為之而異。關於此項規定，我民法與德日民法仍有不同：德日民法僅關於前者設有規定，我民法則關於二者均設有規定。

## 第二項 非對話人間的意思表示

### (一) 非對話人的意義

非對話人乃與對話人對稱的名詞，即謂表意人不能向之直接傳達意思的相對人。日民法稱爲隔地人；我新民法稱爲非當面人；舊民法及民法均稱爲非對話人。非對話人與對話人的區別，不以空間的差異爲標準，乃以時間的差異爲標準。例如各在一地，若能直接的以電話傳達意思，仍可以謂之爲對話人；反之，同在一室，僅可間接由中人傳達意思，亦可謂之爲非對話人。要之，凡表示意思與其了解



間不費時間者，應認爲對話人；表示意思與其了解間較費時間者，則得認爲非對話人。

（二）非對話人間之意思表示生效的時期

非對話人間之意思表示生效的時期

（1）立法主義 非對話人的意思表示，應於何時發生效力？立法例向有四主義：

表示主義

（A）表示主義 此即意思表示一經成立，應即發生效力，亦稱表意主義，或表白主義。例如書信已封緘時，或口授使者已終了時。

發信主義

（B）發信主義 此即表意人以通知相對人的目的，將其意思表示置於自己實力支配之外，即應發生效力。例如書信已投入信箱時，或送信使者已發腳時。

受信主義

（C）受信主義 此即意思表示須於達到相對人之時始發生效力，又稱達到主義。例如書信已投入相對人的受信箱時，或使者已將書信交付相對人時。

了解主義

（D）了解主義 即此須相對人已了解其意思表示，始能發生效力，又稱認知主義。例如相對人已開閱書信時，或已聽了使者口述時。

前述的表示主義，僅具意思表示的外形，即應發生效力，則相對人之知與不知，均可不問，殊於實際不合。例如催告通知等行為，假使無須發信，即自其表示完成時生效，則相對人絕無知其意思表示的機會，而竟受其拘束，於理實不可通。反於表示主義者爲了解主義，依純理論，了解主義自爲正當，然實際上有表意人多方盡力，立盼相對人早日了解，竟因相對人的故意或懈怠，致妨礙效力之發生，而令表意人受其累。例如甲送到催告的書件於乙，在乙未披閱了解前，可不發生效力。如此情形，於乙固有益，在甲則易蒙意外的損失。依上所述，表示主義與了解主義，皆爲主觀的事實，甚難從外部認識，故各國立法例鮮有採用之。其可採爲立法上的主義，不外發信主義與受信主義而已。發信主義，以意思表示離開表意人的支配時，即發生效力，雖於交易上有多少便利，但未入相人的支配範圍時，即可拘束表意人，在相對人未了解以前，即認其對於相對人發生效力，亦仍有不能解答的問題。如此，前述四主義中，當以「受信主義」較合於實際。英美法雖採發信主義，德日民法則以受信主義爲原則（德民一三

達到的意  
義

達到的事  
例

公示送達

○條，日民九七條。）我民法亦仿德日民法，原則係採受信主義（第九五條一項），例外則採發信主義（第九五條二項）。

(2) 達到的意義 何謂達到？我民法與德日民法均未明定，可解為只須相對人已居可以了解的地位。惟何時始得謂為相對人已居可以了解的地位？應從社會的見解決定之。例如書件送致於相對人的住宅時，不必交付於相對人本人或其代理人，始為達到；即交付於其同居的家屬，或使用人，或將書信投入相對人住宅所備的受信箱，亦為達到。若將書件送致於相對人住宅以外之地，而未交付於相對人本人或其代理人，則不能謂為達到。他如書件的字跡模糊，或用不通的外國文，而使相對人不能了解者，亦不能謂為達到。

(3) 公示送達 表意的通知，以知曉相對人的姓名及居所為必要。若不知相對人的姓名，或居所，則其通知無從送達，應許其依民事訴訟的規定，以公示送達的方法通知之；但表意人因自己的過失，而不知相對人的姓名及居所者，仍不許其公示送達（第九七條）。

受信主義  
的結果

對話人間  
的意思表  
示

何謂對話  
人

(4) 受信主義的結果 向非對話人爲意思表示，原則上既採受信主義，其結果如左：

(A) 意思表示於達到相對人時即生效力，不許自由撤回。如欲撤回，其通知須與意思表示同時或先時達到（第九五條一項）。

(B) 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（第九五條二項）。

(C) 意思表示的通知，若因達到的遲延或遺失而生損失者，應由表意人負責。

### 第三項 對話人間的意思表示

#### (二) 對話人的意義

對話人即直接可通意思表示之人。所謂可通意思表示，須相對人已居可以了解的地位，例如向睡眠者或聾者爲意思表示，或向不解外國語者爲意思表示，是等於向壁發言語，自不能認爲已了解者。

非對人間  
之意思表  
示生效的  
時期

我民法探  
了解主義

意思表示  
的受領能  
力

## (二) 對話人間之意思表示生效的時期

向對話人爲意思表示，應於何時發生效力？德日民法對此均無明文，彼國學者的見解，分爲了解主義與達到主義二派。我民草及民法均採『了解主義』，即自相對人了解其意思表示時始生效力（舊一九八條，新一二九條，民九四條）。

### 第四項 意思表示的受領能力

意思表示的受領，實即達到之義。從客觀方面觀察之，是爲意思表示的達到；從主觀方面觀察之，則爲意思表示的受領。受領既非法律行爲，亦非意思表示，故不得適用關於行爲能力的規定。惟受領即爲可得了解的狀態，自須具有可得了解的能力。此種能力，即意思表示的受領能力。無行爲能力人或限制行爲能力人自爲表意人時，民法設有保護的規定（第七五條至第七九條）；其爲相對人時，亦應設保護的規定。依民法第九六條規定：向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示者，以其通知達到法定代理人時發生效力。但限制行爲能力，依民法第七七條但書，及第

意思表示  
的解釋

解釋不得  
拘泥於文  
字

條件及期  
限

八四條，第八五條等規定，而得受領意思表示者，則爲例外。

#### 第六款 意思表示的解釋

欲定意思表示的效力，須先確定意思表示的意義；欲確定意思表示的意義，又不可不注重意思表示的解釋。意思表示的解釋，須參考各種情形，以探求當事人的真意，不得拘泥於所用的辭句（第九八條）。表示意思時所用的辭句，雖足爲解釋的參考，不可視爲唯一的根據，而使其真意喪失（二年上字八五號，三年上字六四號，四年上字九七五號參照。）

#### 第四節 條件及期限

##### 第一款 總說

法律行爲的當事人，得以限制或變更一定的法律行爲普通所具有的效果爲目的，而附加一部的意思表示，謂之「附款」。附款乃爲法律行爲的偶素，即爲組成法

附款的意

律行爲之一部的意思表示，其自身在法律上無獨立的意義。若謂其存於法律行爲的外部，或僅具有附隨的價值，均屬謬誤。

附款的種

法律行爲的附款，通常得附於一般的法律行爲，不外「條件」與「期限」兩種。然附款則非以此爲限，負擔亦爲限制或變更法律行爲之效力範圍的附款。例如贈與附有負擔或遺贈附有負擔，亦可限制或變更其效力範圍（第四一三條，第一二〇五條）。法法系的民法，不認負擔與條件的區別，而於條件總稱之下，將此兩者混爲一譚。德法系的民法，認此二者判然有別，并於總則編中僅規定條件及期限兩種。本節所述，亦即以此爲限（註）。

（註）三藩民法總則提要四七五頁；歐宗祐民法總則一九五頁。

條件

## 第二款 條件

條件的意

## 第一項 條件的意義

條件即表意人附加於意思表示的任意限制，而使法律行爲效力之發生或消滅，

繫諸將來客觀上不確定的事實之成否的附款。例如甲與乙約，余若出洋遊學，則以住屋售與汝；或汝若與丙結婚，則贈汝千金。前者爲附條件的買賣；後者爲附條件的贈與。茲依上述定義分析之於左：

(一) 條件係附加於意思表示，以限制法律行爲效力之發生，或消滅。

關於此點，頗有爭議：有謂繫於條件者，爲當事人的意思；有謂繫於條件者，爲法律行爲的成立；有謂繫於條件者，爲法律上的效力。近世立法例及學說，則均認繫於條件者，不外法律上的效力（德民一五八條，瑞債一五一條，法民一一六八條，意民一一五七條，日民一二七條）。我民草及民法亦同（民草二四三條，二四四條，民法九九條）。例如甲與乙約，汝若來年試驗及格，則贈以此書，是贈與契約效力之發生，乃繫於『及格的事實』，即所謂附停止條件。又例如甲與乙約，現以此錶贈汝，若來年不及格，則應歸還，是贈與契約效力之消滅，乃繫於『不及格的事實』，即所謂附解除條件。

條件既係限制法律行爲效力之發生或消滅，則條件自身雖亦爲一種意思表示



示，然祇能爲他意思表示的一部，不能認爲獨立存在。例如附條件的買賣，條件即存在買賣契約中，並非於該契約之外，尙別有附條件的意思表示。

(二) 條件係客觀上不確定的將來事實

條件係客觀上不確定的將來的事實

民法上所謂條件，固必爲一定的事實。究竟如何事實，方適合條件，不得不說明之。解決此問題，從來有二主義：

- (1) 主觀主義 此爲少數說，即謂可充條件的事實，只須主觀上以爲不確定即可。即使客觀上雖爲確定的事實，而在主觀上爲不確定的，仍得謂之爲條件。故如過去或現在已發生的事實，或雖未發生，而在客觀上能確定的事實，若當事人不知其已確定時，亦得以之制限法律行爲的效力（註一）徵其理由，原來所謂不確定，不過就其人觀察而爲『不確定』。若由宇宙的法則觀之，縱令將來的事實，亦得謂之爲確定，唯吾人不得知之而已。故自嚴格言之，客觀的不確定，實不能存在。

- (2) 客觀主義 此爲多數說，即謂可充條件的事實，須以將來不確定的事實爲限。

主觀主義

客觀主義

若過去或現在的事實，實際上既已確定，雖當事人不知之，亦不得爲條件。至於確定不確定的標準，可就一般的交易關係及吾人知識經驗定之。

前述二主義，依日本民法解釋，學者間雖有爭論，然採主觀主義者，在法文上究屬全無根據，（註二）故近世學者，多採『客觀主義』。

（三）條件爲任意的附款

凡使法律行爲效力之發生消滅，繫於不確定的事實時，此事實必須全出於當事人的意思。否則即非條件。故由行爲之性質所生的要件，如債務之存在，固爲清償的要件，非茲所謂條件。又依法律之規定所生的要件，如遺贈的效力發生，以遺贈人死亡時受遺人之生存爲要件；保證債務的效力發生，以主債權之存在爲要件，亦非茲所謂條件。

（註一）梅謙民法要義總則編三三〇頁；岡松民法理由上卷六六頁。

（註二）鳩山註釋民法全書二卷四五五頁以下三瀆民法總則提要四七六頁以下。

條件的種類

停止條件  
與解除條件

## 第二項 條件的種類

### (一) 停止條件與解除條件

此因其限制法律行為效力的狀態之不同而生的區別，乃為各國民法所明認的，我民法亦從之（第九九條）。

(1) 停止條件 停止條件，即為限制法律行為效力之「發生」的條件；詳言之，即至其條件事實之成就時止，停止發生其特定法律行為之效力的條件。故必該條件成就時，法律行為始發生效力。若條件之成否尚未確定，則法律行為的效力亦不能確定。例如甲與乙約，汝若與丙結婚，則贈汝千金，其贈與的效力，即視其婚姻成否而定。

(2) 解除條件 解除條件，即為限制法律行為之「消滅」條件；詳言之，即自其條件事實之成就時起，使前已發生的特定法律行為之效力歸於消滅的條件。故必該條件成就時，法律行為始消滅效力。若條件之成否尚未確定，則法律行為

之能否繼續有效，亦尙未能確定。例如甲約贈乙千金，若乙不爲丙之繼承人，則不贈與，其贈與的效力，即視其承認繼承與否而定。

## (二) 積極條件與消極條件

此因條件事實內容之不同而生的區別，乃爲沿革上所承認的。此種條件，亦稱肯定條件及否定條件。

(1) 積極條件 積極條件係因事實之發生而成就的條件；換言之，即爲條件內容的事實在於變更現在的狀態。例如甲與乙約，汝若被選爲次期國會議員，或汝若與丙結婚等條件，皆爲積極條件，又名有的條件。

(2) 消極條件 消極條件係以事實之不發生而成就的條件；換言之，即爲條件內容的事實在於存續現在的狀態。例如甲與乙約，汝若不被選爲次期國會議員，或汝若至三十歲仍不成婚等條件，均爲消極條件，又名無的條件。

前述二種區別，日本舊民法認之，實無多大的實益。然學者有謂此區別，單爲指示方法之不同（例如汝必留居此處，則給汝百金，此爲積極條件；反之，如云汝勿

他往，則給汝百金，又爲消極條件。）實屬謬誤。要之，積極條件，須爲條件內容的事實之現在狀態與條件成就時的狀態發生變化。否則，卽爲消極條件。積極條件於發生變動時，卽爲成就；消極條件於確定不生變動時，卽爲成就。

(三) 隨意條件偶成條件及混合條件

(1) 隨意條件 隨意條件，卽因當事人一方的意思，以決其成否的條件。此種條件可分爲兩種：

(A) 普通隨意條件 卽非以純由當事人的意思所得發生的事實爲條件。例如甲與乙約，汝於一月內赴美遊歷，或汝如於今年留申讀書，卽是普通隨意條件。何以言之，赴美留學，留申讀書，固係乙一人意思所得自由決定。然於豫定的期間內，難保不發生天災地變疾病及其他事故，以妨礙之。故附此種條件的法律行爲，既含有客觀的不確定性，仍爲有效。

(B) 純粹隨意條件 卽以僅由當事人一方的意思所得發生的事實爲條件。此條件有無效力，又須分別言之。

隨時條件  
偶成及件  
混合條件

(甲)權利人的隨意條件 此即條件之成就完全由權利人的單純意思所得左右的條件。例如甲與乙約，汝若欲金錶，余則與之，或與汝金錶，但汝若欲不用，則返還之，是與無條件的法律行為同，均應認為有效。

(乙)義務人的隨意條件 此即條件之成就完全由義務人的單純意思所得左右的條件。此應分為停止條件與解除條件論之。其為停止條件時，該法律行為應為無效；若為解除條件時，其法律行為則為有效。前者例如甲與乙約，余欲與汝金錶時則與之；後者例如甲與乙約，余與汝金錶，但余若欲自用，則返還之（註一）。

(2)偶成條件 偶成條件，即不能由全當事人的意思，以決定其成否的條件。凡以偶成的事實為條件，皆為有效。此種條件，亦得細分為二：

(A)條件之成否，係於第三人的意思 例如甲對乙表示，丙如免除汝的債務，余亦免除汝的債務。

(B)條件之成否，係於天然的事實 例如明日天如降雨，或明年秋收有成。

(3) 混合條件 混合條件，即因當事人及第三人的意思，以決定其成否的條件。例如汝若與某女結婚之類。自其不唯基於當事人的意思之點觀之，雖與前述的普通隨意條件同，似無區別的必要。然就抵銷、解除等有相對人的單獨行為言之，附以普通隨意條件則可，若附以混合條件則不可，是二者又有區別。

#### 假裝條件

#### (四) 假裝條件

假裝條件，即徒具條件的形體，而無條件的實質的條件，亦稱膺似的條件，或非真正的條件，此種條件，可分左列六種：

(1) 法定條件 此即依法律的規定，或因法律行為的性質，當然為其法律行為效力發生的要件。例如遺贈效力的發生，以受贈人在遺贈人死亡時尚生存為條件。法定條件，非為任意條款，即缺乏任意的要件，自不能謂之為真條件。

#### 必成條件

(2) 必成條件 此即以到來之確定的將來事實為條件。例如甲與乙約，我死則贈汝千金，其形式上雖為條件，而實際上則為期限。

#### 既定條件

(3) 既定條件 此即法律行為的當時，其條件之成就或不成就，既已確定。凡條件

之成否，於爲法律行爲時已確定者，即缺乏成否未確定的要件，自不能發生法律行爲效力不確定的狀態。此種條件，亦不能謂之爲條件。茲將既定條件分爲積極的與消極的兩點，說明其效力如左：

(A) 積極既定條件 此即在法律行爲時，以成就既確定的事實爲條件。其效力因其爲停止條件或解除條件而異：

(甲) 其條件爲停止條件時 例如甲與乙約，某船如昨日到上海，則購買該船所載的某物，實際上某船昨日已泊岸；又例如丙與乙約，某地如今日降雨，則買賣某物，實際上某地現正降雨；此等附假裝條件的法律行爲，法律上認爲『無條件』。何則，當事人在當時雖未知其條件的事實確已成就，然當事人有因其條件之成就，使發生買賣效力的意思，自屬顯而易見，故其效力無停止的理由。

(乙) 其條件爲解除條件時 例如甲與乙約，丙某如已歸國，則當解除其住宅借貸契約，實際上丙現已歸國。此種附假裝條件的法律行爲，法律上認



爲『無效』。甲乙間約以丙歸國的事實，爲停止其住宅借貸契約效力之消滅的條件。今條件既已成就，其被停止的住宅借貸契約效力之消滅，自因其成就而逕得發生，即甲乙間的住宅借貸契約，當然不生其效力。

(B)消極既定條件 此即在法律行爲時，以不成就已定的事實爲條件。其效力亦因其爲停止條件或解除條件而異：

(甲)其條件爲停止條件時 例如甲與乙約，如某船於三日內到上海，則購買某物，實際上某船於三日內不到上海，是當事人所欲發生的效力，在法律行爲時，已確定不得發生，故其法律行爲爲『無效』。

(乙)其條件爲解除條件時 例如甲與乙約，丙歸國後，則當然解除甲乙間所訂的住宅借貸契約，實際上丙已決不歸國，是可消滅其法律行爲效力的事實，永遠不得發生，則當時所成立之法律行爲的狀態，自可維持到底，故其法律行爲爲『無條件』。

不能條件

(4)不能條件 此即以在客觀上成就不能的事實爲內容的條件。其效力如何？我

不法條件

矛盾條件

條件的許可

民法未設明文，依日本民法規定，不能條件爲停止條件時，其法律行爲爲『無效』；若爲解除條件時，其法律行爲爲『無條件』。（日民一三三條參照。）

(5) 不法條件 該條件而致有違反強行規定，或公序良俗的情形。此即對於法律行爲的全部與以不法性質的條件；換言之，即法律行爲因附有不法條件的法律行爲，依第七一條及第七二條的規定，應爲無效。

(6) 矛盾條件 此即其條件的事實與其法律行爲的內容相抵觸的條件。例如余買得此物仍歸汝有者，余則買之之類。附有矛盾條件的法律行爲，是否有效？學說有謂附停止條件時，其法律行爲無效，附解除條件時，其法律行爲爲無條件；有謂凡附有矛盾條件時，不問其爲停止條件，或解除條件，其法律行爲，均歸無效。余從後說。

### 第三項 條件的許可

在羅馬法時代，法律關係，甚爲簡單，自無認許法律行爲附條件的必要。後來迫於

實際生活的要求，法律關係，日趨複雜，始許法律行為附加條件。近世各國民法，在原則上殆無不承認法律行為可以附條件。然對此原則，亦有不許附條件的例外，即所謂『不附條件的法律行為』。不許附條件的法律行為，而仍附以條件者，即應作無效論。茲分兩點說明於左：

公益上不許附條件

(1) 公益上不許附條件。凡法律行為，因附以條件而有違反强行規定或公序良俗者，皆不許附以條件。例如親屬法中特有的法律行為（如婚姻，離婚，養子，非婚生子女的認領等），不得附加條件。

私益上不許附條件

(2) 私益上不許附條件。財產上的法律行為能否附加條件？須視其為契約，抑為單獨行為而有不同。契約可以附加條件；單獨行為則以不能附加條件為原則。單獨行為為原依行為人一方的意思表示而成立，若任行為人隨意附加條件，則相對人常居於不確定的地位，殊大背於條理。例如抵銷的意思表示，不許其附有條件（第三三五條二項）。此外如各種意思表示的撤回，法律行為的撤銷或承認，契約的承諾或解除，繼承及遺贈的承諾或拋棄等項，原則上亦不許附

條件的成  
否

條件成就

條件不成  
就

視為條件  
成就或不

加條件。惟此等行爲，若相對人對於附條件行爲表同意時，固無不可。又爲其條件的事實，性質上無害於相對人之處時亦同。

#### 第四項 條件的成否

條件成就，即條件事實之發生。在積極條件，以其條件事實發生變動時爲成就；在消極條件，以不發生一定變動時爲成就。例如以某甲結婚爲條件事實，則某甲結婚時，即爲條件的成就。又例如以某甲一年鰥居爲條件事實，則某甲鰥居狀態繼續一年時，即爲條件的成就。條件不成就，即條件事實之不發生。在積極條件，係以其條件事實確定不發生變動時爲不成就；在消極條件，係以其條件事實發生一定變動時爲不成就。例如以某甲今年結婚爲條件事實，則某甲今年未結婚時，即爲條件不成就；又例如某甲鰥居爲條件事實，則某甲結婚時，即爲條件不成就。

(1) 因條件成就而受不利益的當事人，如以不正當行爲阻其條件之成就時，相對人得視爲條件已成就（第一〇一條一項）（註一）。

(2) 因條件不成就，而受不利益的當事人，如以不正當行為促其條件之成就時，相對人得視為條件不成就（第一〇一條二項）。

### 第五項 附條件法律行為的效力

#### 第一目 條件成否未定中的效力

附條件的法律行為，其條件成否未定中的效力如何？可分數點說明如左：

(1) 效力不確定的狀態 附於法律行為的條件，無論為停止條件，抑為解除條件，其成否尚未確定時，法律行為的效力，乃為不確定的狀態。例如附停止條件的債權讓與，其條件尚未成就時，受讓人不得對債務人請求履行，即使債務人誤向受讓人為清償，亦仍得請求返還之。

(2) 期待權的發生 條件成否未定中，法律行為內容的效力，雖不確定；但當事人有期待將來停止條件之成就而得權利的，有期待將來解除條件之成就而回復權利的。法律為保護此種期待起見，乃視為一種權利，即學者稱之為期待權。

附條件法律行為的效力  
條件成否未定中的效力

條件成就  
的效力

條件成否  
確定後的  
效力

或希望權。此種權利，非債權，亦非物權，乃爲此兩種權利以外之一種法律上的狀態。

(3) 利益侵害的保護 期待權被侵害，如無保護規定，即使其條件成就，期待權人亦不能收何等的利益。故各國民法關於期待權的效力，皆特別設有保護的規定（德民一六一條，瑞債一五二條，日民一六條）。我民法與新舊民草亦均以明文規定之（舊一四五條，新一四九條，民一〇〇條）（註）。

（註）三瀋民法總則提要四八九——四九四頁；歐宗祐民法總則二〇二頁。

## 第二目 條件成否確定後的效力

### (一) 條件成就的效力

條件成就後，其法律行爲的效力，固應發生或消滅。究竟其效力之發生或消滅，是否溯諸既往？是否當然發生？不可不解答之。

效力原則  
上不溯諸  
既往

停止條件  
成就的效  
力

解除條件  
成就的效  
力

(1) 條件成就的效力，原則上不溯諸既往。條件成就的效力，是否應溯諸既往？自羅馬法以來，頗多爭論。法法系以溯諸法律行為成立時發生效力為原則（法民一·一七九條，意民一·一七〇條，舊民四〇九條）；德法系以溯諸條件成就時發生效力為原則（德民一·五八條，瑞債一·五一條二項，一·五四條二項，日民一·二七條）。我民法與新舊民草，亦以不溯既往為原則（舊二·四四條，新一·四八條，民九九條三項）。茲將停止條件與解除條件成就的效力分述於左：

(A) 停止條件成就時，附停止條件的法律行為，自條件成就時發生效力。故其行為為債權行為時，則發生債權的效果；其行為為物權行為時，則發生物權的變動。例如附停止條件的買賣，其條件成就時，則發生買賣的效力；附停止條件的所有權讓與，其條件成就時，則生所有權讓與的效力。

(B) 解除條件成就時，附解除條件的法律行為，自條件成就時喪失效力。故其行為為債權行為時，其債的關係則因條件成就而消滅；其行為為物權行為時，則不僅其已發生的效力，因條件成就而消滅，並應回復其原狀。例如附

解除條件的租賃其條件成就時，則租賃失其效力；附解除條件的所有權讓與，其條件成就時，則受讓人失其所有權。

據前所述，條件成就的效力，自不能溯諸既往。然此非關於公益的規定，當事人如有反對的特約，應許其溯諸既往。至此溯及效爲物權的，抑爲債權的？立法例頗不一致：日民法認爲物權的效力，可以拘束第三人（日民一二七條三項）；德民法認爲債權的效力，僅可拘束當事人（德民一五九條）。我民草係仿德制，只認發生債權關係（第二四四條二項），民法雖無明文規定，亦可爲同樣的解釋。

(2) 條件成就的效力，乃當然發生。條件成就的效力之發生或消滅，既僅須有條件成就的事實爲已足，不須另有何等意思表示（例如主張條件成就，或要求其效力發生），其爲當然發生者，已無疑義。故停止條件成就時，法律行爲的效力，當然發生；解除條件成就時，法律行爲的效力，亦當然發生。就此點論之，解除條件的成就，與契約的解除有別：契約的解除，必須表示其解除的意思；解除條



效力乃一  
般發生

條件不成  
就的效力

期限

期限的意  
義

件的成就，則當然消滅其既生的效力。

(3) 條件成就的效力，乃一般發生。條件成就時，不僅當事人間能發生效力或消滅效力，即對於一般人，亦生其效力。

(二) 條件不成就的效力

(1) 停止條件不成就時 附停止條件的法律行為，於條件確不成就時，其法律行為不能發生效力，而確定為無效。故如存於條件成否未定中的權利義務，當然歸於消滅。

(2) 解除條件不成就時 附解除條件的法律行為，於條件確定不成就時，其法律行為所發生的效力，乃為確定繼續有效。

第三款 期限

第一項 期限的意義

期限即表意人附加於意思表示的任意限制，而使其法律行為效力之發生消

期限係行  
制法律限  
為之發生  
消滅及債  
務履行

期限係以  
將來確定  
的事實為  
內容

減，及債務的履行，繫諸將來確定屆至之事實的附款。例如約定明年一月十日償還某借款，或來年十月一日讓與某物所有權。茲就上述的定義析之於左：

(一) 期限係附加於意思表示，以限制法律行為效力之發生，消滅，及債務履行

關於此點，依日本民法論之（第一三五條一項），解釋上尚有疑義（註）我民法明示附期限法律行為準用條件的規定（第一〇二條三項），是認期限之所繫，可與條件之所繫為同樣解。

(二) 期限須以將來確定可以屆至的事實為內容

條件以將來「不確定」的事實為內容；期限乃以將來「確定」的事為內容；是二者主要的區別，即在將來事實確定與不確定的一點。茲因兩者易於混同，特舉例以明之：

(1) 將來事實確實屆至，其屆至的時期亦為確定的場合，是為「期限」，例如何年何月末日。

(2) 新來事實雖確定屆至，其屆至的時期為不確定的場合，亦為「期限」，例如某

甲死亡之日。

(3) 將來事實屆至與否不確定，唯何時確定的場合，是為「條件」，例如某甲六十歲的誕生日。

(4) 將來事實屆至與否不確定，何時亦不已定的場合，亦為「條件」。例如某地鄉村師範辦成之日。

### 三二 期限為任意的附款

期限乃本於當事人的任意限制，自由由當事人隨意附加於法律行為者為限。故依法律所定的期限，法院所定的期限，及事物性質上應有的限制，皆非此所謂期限。

法律行為，在原則上均得附以期限；但亦有不得附期限的例外。例如婚姻即不能附期限的法律行為。附以期限，殊違背善良風俗。單獨行為，本依行為人一方面的意思表示而成立，若任行為人隨意附以期限，相對人必常居於不確定的地位，故單獨行為，通常亦不能附以期限。在不許附期限的法律行為，而附以期限時，其法律行為

不許無期  
限的法律  
行為

期限為任  
意的附款

期限的種類

始期與終期

確定期限與不確定期限

以無效爲原則；但依法律的特別規定，不許附過長的期限，而當事人仍附之者，只可在法定期限內縮短之（第五四條）。

（註）三藩民法總則提要五一〇頁以下。

## 第二項 期限的種類

### （一）始期與終期

（1）始期 附始期的法律行爲，即在期限屆至前，停止其效力發生的期限。此種期限，對停止條件而言，可稱之爲『停止期限』。例如甲與乙約，於本年八月十日將土地所有權讓於乙。

（2）終期 附終期的法律行爲，即在期限屆滿前，停止其效力消滅的期限。此種期限，對解除條件而言，可稱之爲『解除期限』。例如甲爲乙設定至某年某月某日止的地上權。

### （二）確定期限與不確定期限

限期

(1) 確定期限 確定期限，即到來的事實為確定，到來的時期亦可預定。例如何年何月何日或幾個月後。

(2) 不確定期限 不確定期限，即到來的事實為確定，到來的時期不可預定。例如約定某甲死亡之日，或分居之時，履行債務。

假裝期限

(三) 假裝期限

假裝期限，即徒具期限的外形，而無期限的實質的期限。凡已經屆至的期限，不能屆至的期限，或不基於當事人意思的期限均屬之。假裝期限的性質，與假裝條件相似，可準用假裝條件解釋之。

第三項 附期限法律行為的效力

第一目 期限屆至前的效力

附始期的法律行為，於期限屆至時，發生效力；附終期的法律行為，於期限屆滿時，失其效力。此為期限性質上的當然結果。惟係期限之屆至，當事人可獲得法律上將

附期限法律行為的效力  
期限屆至前的效力

來的利益，學者亦稱之爲「期待權」。此期待權之不可侵，亦與附條件的法律行爲同。故附期限的法律行爲，其期限未屆至前的效力，準用附條件法律行爲的規定。據民法第一〇二條三項所規定，在期限屆至前，若有損害相對人因期限屆至所應得的利益者，應準用第一〇〇條的規定，使行爲人負損害賠償的責任。

## 第二目 期限屆至後的效力

### (一) 期限屆至的意義

期限屆至，即期限事實之發生。期限原以確定可以屆至的事實爲內容，故期限事實，決無不可屆至之理；不過(1)確定期限，以一定時期之屆至，或一定時日之滿了爲屆至；(2)不確定期限，則各依其期限事實的解釋，以定其屆至而已。例如以某人死亡之時爲債務履行的時期，須以某人之死亡與否，定其期限之是否屆至。

### (二) 期限屆至的效力

附始期的法律行爲，自期限屆至時發生效力（第一〇二條一項）。附終期的

期限屆至  
的效力不  
得溯諸既

代理

代理制度  
的沿革

法律行爲，自期限屆滿時失其效力（第一〇二條二項）。此種效力之發生，爲當然的而且一般的，是與條件無異。惟期限屆至的效力，不得以當事人的意思，使人溯及既往，此乃與條件不同之點。條件爲不確定的未來事實，期限則爲確定的未來事實，故如以當事人的意思，使期限屆至的效力溯諸既往，是與不附期限同。

## 第五節 代理

### 第一款 總說

#### 第一項 代理制度的沿革

羅馬古代，不認代理制度，實以其時社會生活甚爲簡單，唯以家長爲權利主體，凡依家族及奴隸活動的結果，均直接歸屬於家長的權利範圍，故實際上無代理制度的必要。况古代法所規定的法律，係注重簡明，一切法律行爲，均須行爲人自爲或自受之，不許依他人（代理人）的行爲，直接對自己（本人）發生效力，此亦爲羅

馬法不認代理制度的理由。惟社會關係，日漸複雜，徒恃個人能力的活動，實難達其目的，則代理制度的需要，自有逐漸增加的趨勢。故在後期的羅馬法，已因實際生活的要求，不得不承認種種的代理類似制度，以補充其不便。雖然，如現時之所謂代理制度，仍爲當時所未見。法國民法對於代理制度，雖有規定，尙無詳細的法條。至德國民法制定時，始有充分的規定（德民一六四條以下）。日本民法（第九九條以下，瑞士修正債務法（第三二條以下），及我民法（第一〇三條以下），關於代理制度的規定，大部仿德國的先例。

晚近社會生活，日益發達，經濟政策，時有變動，個人在私法上欲專以自力爲意思表示，或受意思表示，自不足應實際生活的需要。况自奴隸制度廢止以來，即奴隸在私法上亦各有權利主體的資格，若無代理制度，則無論何人，非自爲或自受意思表示，必不能取得何等的權利。如此，代理制度之產生和存在，實有兩種的重大作用：（一）私法自治範圍的擴張；（二）私法自治範圍的補充。有了第一種作用，在稍大規模的商業上，及各種社會的活動上，方易得他人的協助；有了第二種作用，無行爲



意思表示  
的補助方  
法

能力人及限制行爲能力人的權利，始得有適當的保護。

關於意思表示的補助，約有下列兩種：（一）由補助人代爲或代受意思表示，其法律效果直接歸於本人；（二）由本人自爲或自受意思表示，僅用他人爲其補助，不生對外關係的法律問題。後者復可分爲三種：（A）爲意思決定的補助，如顧問、鑑定等；（B）爲表示的補助，如通譯、電信等；（C）爲傳達的補助，如使者、郵政等。在（一）種，爲意思表示，或受意思表示者，爲補助人，而非本人；在（二）種爲意思表示或受意思表示者，爲本人，而非補助人，兩者之間，其性質顯有不同。本法所謂代理，卽爲前一種。

### 第二項 代理的意義

代理的意  
義代理的三  
面關係

代理乃某人爲他人對第三人爲意思表示，或由第三人受意思表示，而使其效力直接歸屬於該他人的行爲。學說上稱某人爲代理人，他人爲本人，第三人爲代理行爲的相對人。故代理關係乃包含（A）本人對代理人；（B）代理人對代理行爲的相

代理的要件

代理須明示爲本人行爲代理

對人（C）代理行爲的相對人對本人的三面關係。就（A）關係說，爲代理權的存在；就（B）關係說，爲法行爲的當事人；就（C）關係說，爲法律效果的歸屬者。茲依上述的定義說明其要件如左：

（一）代理須明示爲本人而爲代理行爲

所謂爲本人，即由其意思表示所生的利益或不利益，直接歸屬於本人；換言之，即其爲意思表示或受意思表示之法律上的效力，直接對本人而發生。代理人爲本人爲代理行爲，必須先有代理意思；在動方代理，代理人有代本人對第三人爲意思表示的效果意思；在受方代理，亦有代本人對第三人受意思表示的效果意思。

代理意思，必須對外表示，方可對本人發生效力。至其表示方法，平常雖多用某人的代理人某某等的言詞，然亦不以明示本人的姓名爲必要，僅採適當的方法，明示或默示使相對人知其以本人的名義而爲代理行爲即可。（德民一六四條，法民一九八四條，奧民一〇二條，一〇八條，瑞債三二條，日民九九條，我民一〇三

條一項。代理人須明示本人的名義，即所以表示非以自己的固有資格而爲此行者，此在學問上稱爲「顯名主義」。代理人不明示本人的名義，而以自己的固有資格爲一種行爲，縱令此種法律行爲的法律效果及於本人，亦不能謂之爲代理行爲。但此爲原則，法律如有特別規定，自亦無須表明。日民法明定代理人雖未明示本人的名義，而爲意思表示，若相對人明知其行使代理權，或可得而知之時，其行爲仍可直接對本人發生效力（日民一〇〇條但書參照）。我民法雖無明文，亦可爲同一解釋。

## （二）代理須限於法律行爲上的意思表示

代理認許的範圍，依民法第一〇三條所規定，固知其以意思表示爲限。即就法律認許代理制度的目的言之，亦知其限於意思表示，不得爲意思表示以外的行爲。代理既限於意思表示，不僅不法行爲，及事實行爲（例如遺失物的拾得），不得成立代理；即代理占有，亦不能謂之爲代理。代理占有既非意思表示，又非法律行爲，不過爲與代理相類似的一種現象而已。

代理須限  
於法律行  
爲上的意  
思表示

意思表示  
以不許代  
理爲例外

代理須本  
於代理權

法律行爲有以意思表示與其他法律事實爲其構成要素時，則其法律事實實包含於法律行爲中，亦得成立代理。例如僅就契約的要約或承諾，固得成立代理，即在設定質權或成立消費借貸，而爲質物或借用物交付的代理，亦不妨成立代理。如此，代理有就組成法律行爲的各個意思表示而成立，亦有就法律行爲全部而成立。

意思表示雖以許代理爲原則，但亦有不許代理的行爲：(1) 法律行爲的性質上，必須本人自身爲意思表示時，如親屬法上（例如婚姻、離婚、養子、非婚生子女的認領等），及繼承法上（例如繼承的承認、拋棄、與遺囑等）的行爲；(2) 本人與代理人的利害相反，或有損害本人利益之虞時，如民法第一〇六條所規定，皆爲法律不許代理的行爲，概不得成立代理。

### (三) 代理須本於代理權

代理行爲能否直接對本人發生效力，須視其有無代理本人的資格而定。代理人有無代理本人的資格，又視其有無代理權之存在而定。如代理人與本人間無

代理須代  
理人自身  
爲意思表示  
或受意思  
表示

代理關係，或不於權限內爲代理行爲，即發生無權代理或踰越權限等問題。

(四)代理須代理人自身爲意思表示或受意思表示

代理人的行爲，何以能對本人發生法律效果？從來學者頗多爭議；有謂代理人的意思表示，本於本人的授權行爲，即爲本人自身的意思表示，是本人行爲說；有謂代理行爲的意思表示，其一部分爲本人依其授權行爲的意思表示，他一部分爲代理人的意思表示，乃同爲二者的共同行爲，是爲共同行爲說；有謂爲或意思表示者爲代理人，受其法律效果者爲本人，爲或受意思表示的當事人，與受其法律效果的當事人分離，毫不反於法理，是爲代理行爲說，或代表說。前二說均株守羅馬法上的意思表示祇能拘束表意人自己的原則，實與事實相反，故近世法制及學說均不採用之。現時一般所採用者爲第三說，日民法及我民法亦然（日民第九九條，第一〇一條，我民第一〇五條）。

依我民法所規定，既採代理人行爲說，則依代理而爲意思表示，乃代理人自身所爲的意思表示，依代理而受意思表示，亦代理人自身所受的意思表示；換言之，

代理的意思  
直接對本人  
發生效力

代理的能力  
及意思表示  
問題

權利能力

代理人係以自己的意思爲意思表示或受領之，而非傳達本人意思的機關。故郵差、通譯員等，固非茲所謂代理，即使者亦與代理不同。

### (五) 代理的意思表示依直接對本人發生效力

代理人所爲或所受的意思表示，本有使其效力直接歸屬於本人的效果意思，則本此效果意思而爲代理行爲，自應直接對本人發生效力。所謂直接，非法律效果先向代理人發生，而後移轉於本人，乃法律效果絕不向代理人發生，即從始向本人發生；換言之，即代理行爲的效果，當然使本人爲權利人或爲義務人，此點與所謂間接代理不同。

### 第三項 代理的能力及意思表示問題

代理行爲，既直接對本人發生效力，其能力究應如何決定之？茲分三點說明於次：

### (一) 權利能力

代理行爲的效果，既直接歸屬於本人，使其享受因此所取得的權利，則本人必

之有無須  
就本人決

之行爲能力  
就代理人須  
決之

須有因此享受所發生的一般權利能力，或特別權利能力。否則，本人爲不得享受某種權利之人，縱令其代理人有取得其權利的能力，然以其本人不能取得某種權利爲內容的代理行爲，決不得成立。例如中國銀行的股東權，法律上不許外國人享有，苟有中國人爲外國人的代理人時，雖依代理行爲，買受中國銀行股票，然以該本人爲外國人，即無享受此種權利的能力，故其行爲仍歸無效。

## (二) 行爲能力

本人既不自爲或自受意思表示，自不須爲有行爲能力人，故其行爲能力之有無，當就代理人定之。然代理人以有意思能力爲已足，非必須爲法律上的行爲能力人（法民第一九九〇條，意民一七四三條，奧民一〇一八條，德民第一六五條，日民第一〇二條參照），徵之我民法第一〇四條的規定自明。或謂限制能力人爲自己爲法律行爲，尙須得法定代理人的允許，其爲他人代爲或代受意思表示，並不因能力的限制而妨其效力，於理未免不合。不知法律上就限制能力人爲自己爲或受意思表示，不與以完全的效力者，乃專以保護此限制能力人的本身利

益爲目的。若限制能力人代他人爲或受意思表示，既可直接對本人發生效力，則代理行爲僅足以拘束被代理人，不足以拘束爲代理行爲的限制能力人，代理人自不必以『有行爲能力』爲其行爲的有效要件。如此，民法第一〇四條的規定，尙無不當。惟於此有宜說明者，卽本條的規定，通常適用於意定代理爲多。意思代理人必由本人的自由意思而選任之，其選任時，本人授權於有能力人或限制能力人，均聽本人自便；惟一旦選任限制能力人爲其代理人，則由其代理行爲所生的不利益，本爲本人所豫期，法律上固不必爲之過慮。若法定代理人的選任，民法設有特則，非有待於本人的授權，乃依法律規定，以管理他人的身體、財產，故其責任繁重，非有完全能力人不克任之。且此種法定代理人，多爲無能力人或限制能力人而設，自以有能力人爲要件（民草第一四一六條，德民第一七八〇條，日民第九〇八條參照）。

### （三）關於意思表示要件的事實

意思表示的效力，因其意思欠缺，如真意保留，虛僞表示，錯誤，誤傳（第八六條



關於意思  
表示事實  
之有無原  
則上須就  
代理人決  
之

代理的種  
類

一般代理

至九一條)或被詐欺,或被脅迫(第九二條及九三條)或明知其事情,或可得而知其事情(第九二條)致其效力受影響時,其事實之有無,應就代理人決之(第一〇五條本文,及德民第一六六條一項,日民第一〇一條一項參照。)惟此項規定,僅適用於「本人的意思,毫不加入於代理人的意思表示」之情形,若代理人的代理權,係以法律行為授與者(意定代理),其意思表示,如依照本人所指示的意思而為時,其事實之有無,則應就本人決之。代理人既從本人的指示而為代理行為,則其意思表示,係由本人與代理人共同決定而表示之,代理人主觀的狀態,固不容置諸度外,本人主觀的狀態,亦不宜置之不顧,故須依民法第一〇五條但書的規定而解決之(德民第一六六條二項,日民第一〇一條二項參照。

## 第二款 代理的種類

### (一) 一般代理與特別代理

與特別代理

積極代理  
與消極代理

法定代理  
與意定代理

此種區別，以代理權有無特定的範圍爲標準。一般代理，即代理權的範圍無特定限制的代理，亦稱無限代理，或總理代理；特別代理，即代理權的範圍有特定限制的代理，亦稱有限代理，或部理代理（本節次款參閱）。

### （二）積極代理與消極代理

此種區別，以代理人是否居於主動地位爲標準。代理本人對相對人爲意思表示者，是爲積極代理，亦稱動方代理，或主動代理（第一〇三條一項）；代理本人向相對人受意思表示者，是爲消極代理，亦稱受方代理，或受動代理（第一〇三條二項）。前者例如甲代乙爲買賣的要約；後者例如甲代乙爲買賣的承諾。

### （三）法定代理與意定代理

此種區別，以代理權發生的原因，是否爲本人的意思爲標準。法定代理，其代理權依法律規定所授與；意定代理，其代理權依授權行爲所授與。前者如無行爲能力人或限制行爲能力人的法定代理人；後者如本人自行授權或代理人代爲授權的任意代理人。

直接代理  
與間接代理

(四) 直接代理與間接代理

此種區別，以代理是否用本人名義，并直接對本人發生效力為標準。直接代理，即用本人的名義為或受意思表示，而其法律效果直接對本人發生的代理；間接代理，乃以自己名義為他人的計算，而為或受意思表示，其法律效果由代理人移轉於本人的代理。前者如總則編中所謂代理；後者如債編中所謂行紀。本節所欲說明者，唯以直接代理為限，不涉及間接代理。

(五) 有權代理與無權代理

此種區別，以代理權之有無為標準。有權代理，即實際上有代理權限的代理，如前述的法定代理，意定代理，及一般代理與特別代理屬之；無權代理，即實際上無代理權限的代理，如表見代理，與狹義無權代理屬之。

代理權

第三款 代理權

代理權的  
性質

第一項 代理權的性質

代理權爲  
法律上的  
資格或能  
力

代理權係代理人爲本人爲意思表示，或受意思表示，而使其法律效果直接對本人發生之法律上的狀態。關於代理權之法律上的性質，從來頗多爭議，約有否認說、權利說，及資格說（即能力說）三說：(1)否認說不承認代理權有獨立的觀念，乃謂代理爲本人與代理人間的委任關係，或其他之對內的法律關係，離開此種關係，則無所謂代理權之存在。(2)權利說承認代理權有獨立的觀念，乃以代理權爲一種權利，若更進而考究此種權利的性質，則可稱之爲形成權（註一）。(3)資格說乃以代理權爲與權利能力行爲能力相類似之一種法律上的地位（註二）。

民法既明認代理與委任的區別，則否認說不可採，已無疑義。權利說以代理權爲一種權利，稱之爲形成權，雖爲正當，仍不若資格說以代理權並非權利，乃爲法律上的資格或能力，更爲正確。代理權既非權利，故不生時效，不法行爲等問題。

（註一）松岡民法論總則四九一頁；曄道日本民法要論總論一一九頁。

（註二）三澤民 總則提要四〇〇頁；鳩山日本民法總論四一二頁。

代理權的發生

## 第二項 代理權的發生

代理權的發生原因，因法定代理與意定代理而有不同。茲分述之於左：

### (一) 法定代理權的發生原因

法定代理權因法律所規定的法律要件之成立而生。其中可分為三：

(1) 因法律規定而生的代理權 例如行親權人的代理權，監護人的代理權（第一零八六條，第一〇九八條參照）。

(2) 因官署處分而生的代理權 例如法院選定的法人清算人（第二八條）。

(3) 因私人選任而生的代理權 例如社員總會選定的董事，親屬會選定的監護人（第五〇條，第一零九四條參照）。

### (二) 意定代理權的發生原因

意定代理權因本人的意思表示而生；換言之，即由法律行為而生。發生代理權的本人意思表示，學者稱之為代理權的授與，略稱之為「授權行為」。授權行為

法定代理權的發生原因

意定代理權的發生原因

授權行為的性質

的性質如何？學說與立法例可分爲三說：

(1) 委任契約說 此說謂代理權乃因本人與代理人間的委任契約而生。向來各國民法，不爲代理權設特別明文，而以之規入於委任契約中，稱爲委任代理。今日法國民法（法民法一九八四條），固取此說；即普魯士、薩克森、奧大利等國民法（普國法一部一三節五條，薩民一〇一條，二九五條，奧民一〇〇一條）亦從之。

(2) 無名契約說 此說謂代理權乃爲本人與代理人之一種無名契約，即由委任契約以外的特別契約而生。日本有力學者從之（註一）。

(3) 單獨行為說 此說謂代理權非因委任契約而生，亦非因特別契約而生，實因單獨行為的授權意思表示而生。德國通說從之。

前述第一說既誤認代理權的基本法律關係限於委任（雇傭合夥承攬等亦爲代理基本原因），又以本人與代理人的內部關係與代理人對第三人及本人對第三人的外部關係混爲一譚，自不可取。第二說亦多謬誤，在有特別明文規定

的國家，尤不可採。從理論上言之，應採第三說，故我民法從之。

本人為授權行為，自應有基本的原因。所謂基本的原因，即發生授權行為的基本法律關係。授權行為（外部關係）與基本法律關係（內部關係）有無不可分離的關係？學者中又大有議論：

不要因單  
獨行為說

(1) 不要因單獨行為說 此說可分為兩說：

(A) 絕對不要因說 即謂授權行為與其基本法律關係全然獨立，不相關涉。故後者縱為無效或撤銷時，其授權行為仍屬有效，尙能使代理權發生或存續。

(B) 相對不要因說 即謂授權行為，原則上係與基本法律關係獨立；但得依授權人的特別意思表示使之從屬。

(2) 要因單獨行為說 此說亦可分為兩說：

(A) 絕對要因說 即謂授權行為與其基本法律行為有不可分離的關係，故後者若為無效或撤銷時，其授權行為亦為無效，或撤銷，即授權行為因其基

要因單獨  
行為說

授權行為  
爲相對要  
因的單獨  
行爲

代理權的  
範圍

本行爲之無效或撤銷，而當然歸於消滅。

(B) 相對要因說 卽謂授權行爲原則上係從屬於其基本法律關係，但得依授權人的特別意思表示，使之獨立。

我民法第一〇八條明定代理權的消滅，依其所由授與的法律關係定之，則代理權之發生或存續，自應從屬於其基本法律關係（例如委任、雇傭、合夥等契約關係）。但有特別的意思表示，而使之獨立存在者，亦可認爲有效。故授權行爲可解爲『相對要因的單獨行爲』。

(註) 穗積民法總論下卷九七頁。

### 第三項 代理權的範圍

#### 第一目 總說

代理權的範圍，卽爲代理人的權限，可因代理權的發生原因而決定之，學者稱之爲『代理權限』。在法定代理，則依法律規定以定其權限，例如法人董事會的代理



代理權  
權限不定  
代理人的  
權限

保存行爲

狹義的管  
理行爲

權限（第二七條）及行親權人監護人的代理權限（第一零八六條，第一零九八條）在意定代理，則依授權行爲以定其權限，例如依委任的代理權限（第五三四條）。若依法律規定，或授權行爲，仍不能確知其代理權限時，他國民法有設補充規定，以限定其權限（法民第一九八八條，日民第一〇三條，意民第一七四一條）。我民法雖未明定，其代理權限可解爲與管理權同。故此時代理人，僅就左列行爲得行使其代理權：

(1) 保存行爲 所謂保存行爲，即防止物或權利之消滅毀損，以維持其現狀的行爲。例如因防止房屋破壞而爲修繕，因保養牛馬而飼以食料，因有罹時效之虞而爲中止行爲，因欲未登記的不動產能與第三者對抗而爲聲請登記，固爲保存行爲；即清償到期的債務，拍賣易腐敗的物體，能維持本人財產全體的現狀，使其價格不致減少，亦可認其爲保存行爲。

(2) 狹義的管理行爲 所謂狹義的管理行爲，即在不變更物或權利之性質的範圍內，可爲利用或改良的行爲。變更物或權利之性質的行爲，謂之「處分行爲」。

利用行爲  
與改良行爲

雙方代理

雙方代理  
的意義

二代理人須經本人特別授權，或法律特有規定，始得爲之。至變更物或權利的性質與否？非可僅由物理上化學上的意義觀察之，亦非可僅由法律上的意義判定之，不可不以一般交易觀念爲標準。例如耕地改爲宅地，水田改爲乾田，金塊製爲指環，存款變爲股份，皆認爲性質的變更。權限不明的代理人，僅有爲左列兩種行爲的權限。

(A) 利用行爲 卽有利使用的行爲。例如將物出租於他人，將金錢存貯於銀行，而收取其租金與利息。

(B) 改良行爲 卽增加物及權利之使用價值，或交換價值的行爲。例如在新造房屋中爲適當的裝製，將無利息債權改爲有利息債權，而增加本人的利益。

## 第二目 雙方代理

### (一) 雙方代理的意義

雙方代理，即於雙方行爲中，就自己的法律行爲，爲相對人的代理人，或就同一的法律行爲，爲當事人雙方的代理人。前者謂之自己代理，或自己契約；後者謂之狹義的雙方代理，或重複代理。雙方代理，不僅爲法定代理及意定代理的共通限制，即復代理亦可適用之。我民法仿德日民法，明定以禁止爲原則，不禁止爲例外（第一〇六條，及德民一八一條，日民一〇八條參照）。茲就民法所規定者，分析說明於次：

- (1) 無論何人，不得爲相對人的代理人與自己爲法律行爲；
- (2) 無論何人，不得爲當事人雙方的代理人而爲法律行爲。

禁止雙方的代理理由

(一) 禁止雙方代理的理由

民法禁止雙方代理，學說上有謂雙方代理爲契約性質上所不可能（當然規定）說；有謂雙方代理乃爲實際上所不許（便宜規定說）。余從後說。代理人只能專謀本人的利，若使代理人能與自己訂立契約，或爲當事人雙方的代理人，必致與本人的利害相衝突。故法律爲實際上的便宜計，有設此禁止規定的必要，非

違反禁止規定的效力

禁止雙方代理的例外

以其性質上不可能而規定之。

### (三) 違反禁止規定的效力

雙方代理，既經禁止，代理人即負有不得違反的義務。如有違反時，其代理行為是否無效？按此規定既非強行法規，僅為代理權限制的一種，則代理人雖有違反，不可認為無效，可解為與無機代理行為同視，得因本人承認而生效力（二七〇條參照）。

### (四) 禁止雙方代理的例外

代理人原則上雖不得為雙方代理，但有左列情形之一者，則為例外：

(1) 專履行債務時，不加禁止。債務的履行，非為新交換利益的行為，代理人與本人間既無利害衝突，自可認許雙方代理（第一〇六條但書）。關於債務的履行，包含代理人對本人負有債務，及本人對代理人或第三人負有債務而言。例如甲為乙的代理人，對於乙的一般債務，有履行代理權，若甲對乙有債務時，甲一面向乙履行債務，一面仍由自己受其履行。反之，若乙對甲有債務時，甲一面

爲乙履行債務，一面自己復受其履行。

(2) 經本人許諾時，不加禁止。民法第一〇六條既爲代理限制的規定，而無強行法規的性質，則本人認爲於其利益無妨礙時，亦得許諾代理人爲本人與自己的法律行爲，或爲本人與第三人的法律行爲。

## 共同代理

### 第三目 共同代理

## 共同代理 的意義

### (一) 共同代理的意義

共同代理，即數代理人共同行使一代理權；換言之，即共同代理非依代理人全體的協力，不能行使其代理權。共同代理，與各自代理不同：各自代理，係各代理人各自獨立享有其代理權，而可單獨行使之；共同代理，乃數人共同享有一代理權，必須共同行使之。故共同代理，自其代理權的一面觀之，初不見其代理權受何制限，第因數人共同，始能行使一完全的代理權，則自各個代理人的一面觀之，其權能又不能謂無限制。此項限制，雖非代理權之客觀的限制，亦可謂爲其主觀的限

## 共同代理 的原則

制。

### (二) 共同代理的原則

關於同一事件，有數代理人時，究應認為各自代理，抑應認為共同代理？法意民法係推定為各自代理（法民一八五七條，意民一七二一條）；奧薩民法係推定為共同代理（奧民一〇一一條，薩民一三三條）。依我民法第一六八條規定：代理人有數人時，除法律另有規定，或本人另有意思表示外，應確定為共同代理，不僅推定而已。我民法既明定以共同代理為原則，如法律未另規定，或授權行為未另訂定，代理人單獨為代理行為，自應適用無權代理的規定，許經本人承認而有效。

## 共同代理 的效力

### (三) 共同代理的效力

共同代理，須由代理人全體共同對外代為或受意思表示，始對本人發生效力。若有一代理人單獨行使其代理權，則為逾越權限的無權代理，本人自不受其拘束。

代理權的  
限制

#### 第四項 代理權的限制

代理權有因法律規定而生；有因授權行為而生。其由法律規定而生者，得由法律規定限制之；其由授權行為而生者，亦得依法律行為限制之。惟代理權由法律規定而生者，當事人得否以意思表示限制之？依一〇七條觀之，當事人在適當的範圍內，亦得以特別意思表示限制之。

代理權既得限制，究有如何效力？依一〇七條規定：代理權的限制，除第三人因過失不知其事實外，不得以之對抗善意第三人。

代理權的  
消滅

#### 第五項 代理權的消滅

代理權消  
滅的原因

##### (一) 代理權消滅的原因

代理權消滅的原因，可分為一般的消滅原因與特有的消滅原因兩種。茲分述之於左：

(1) 一般的消滅原因 卽法定代理與意定代理所共通的消滅原因。民法關於此點，雖未設一般規定，依法理論之，其原因不外左列各點：

(A) 代理人死亡 代理關係，恆着眼代理人的本身，則代理人死亡，除有特別規定外，應解爲代理權的消滅原因（五五〇條參照）。

(B) 代理人喪失意思能力 所謂喪失意思能力，卽常時缺乏正當的識別力與預見力。代理的作用，既在代爲或代受意思表示，代理人若喪失意思能力，卽不得再爲代理人（本書本章本節第一款第三項參照）。

(C) 代理人破產 日本民法雖明定代理人破產爲代理權的消滅原因（日民一一一條參照），然在我國除有特別規定外（五五〇條），則不可爲同一解釋。

(D) 本人死亡，禁治產，或破產 本人死亡，固爲法定代理權的消滅原因；卽在意定代理，除有特別規定外（五六四條參照），亦可解爲消滅原因。至本人禁治產，或破產，原則上則不可解爲消滅原因。



特別的消滅原因

法定代理權的特別消滅原因

意定代理權的特別消滅原因

(2) 特別的消滅原因 關於特別的消滅原因，得就法定代理權與意定代理權分別言之於次：

(A) 法定代理權的特別消滅原因 法定代理的代理權，除上述共通的消滅原因外，尚有種種特別的消滅原因。例如行親權人的法定代理權，因行親權人喪失其親權而消滅；董事會的法定代理權，因法人解散而消滅。要之，法定代理權概本於法律規定的資格而發生，其法定的資格，與代理權兩者不可分離，故其代理權因其資格的消滅而消滅，自無疑義；惟其各種的特別消滅原因，須依各法條決之，茲不細論。

(B) 意定代理權的特別消滅原因 依民法所規定，意定代理權的特別消滅原因有二：

(甲) 意定代理權因其基本法律關係終結而消滅 授權行為既為相對要因的單獨行為，則代理權不僅因其基本法律關係存續而存續，亦必因其基本法律關係終結而消滅。例如因委任關係而授與的代理權，恆依委任

關係的終結而消滅；因合夥關係而授與的代理權，則係合夥關係的終結而消滅。

(乙) 意定代理權因授權撤回而消滅。代理權的授與，雖由於本人的單獨行為，然授權行為與其基本法律關係，兩者究非一物，除依該法律關係的性質不得撤回者外，授權人於其所由授與的法律關係存續中撤回其代理權，亦屬無妨（第一〇八條二項）。惟代理權的撤回，雖得對抗因過失而不知其事實的第三人，若善意第三人則不得對抗之（一一〇七條）。

### （二）代理權消滅的效果

代理權的消滅原因發生之日，即為代理權消滅之時。故代理權消滅後，不僅前代理人，不得再行使代理權，並須將授權書交還於授權人，不得留置之（第一〇九條）。

## 第六節 無效及撤銷

無效

無效的意義

無效與不成立的行為不同

無效係無法律行為的效力

無效係法律上當然

## 第一款 無效

### 第一項 無效的意義

無效的法律行為，即在法律上當然的確定的且絕對的不生效力的法律行為（註）其性質如左：

(1) 無效與不成立的法律行為不同 不成立的法律行為，因缺乏成立要件，根本不能成立；無效的法律行為，本屬成立，因缺乏有效要件，不能發生效力。例如契約僅有要約，而無承諾，其契約即不成立。假使已有要約，又有承諾，不過其契約的內容為違法或不當，則其契約非不成立，僅歸於無效而已。

(2) 無效係無法律行為上的效力 無效的法律行為，雖不發生法律行為的效力，然不防發生非法律行為的效果。例如無效的法律行為，雖具備不法行為的要件，仍可發生占有物返還，不當利得返還等債務，及損害賠償的義務。

(3) 無效係法律上當然不生效力 所謂法律上當然，即無效的結果，在法律上當

不生效力

無效在原則上絕對不生效力

無效係確定的不生效力

然發生，雖何人不主張其無效，或法院不宣其無效，其法律行為仍從始不生效力。可得撤銷的法律行為，須有撤銷權人撤銷之，始失其效力；無效的法律行為，不須有如此行為，乃當然為無效。因此，無效的主張，隨時皆得為之，不生期間時效等問題。

(4) 無效在原則上絕對的不生效力 所謂絕對的，即無論由何人，或對何人，皆得主張其無效；但此為原則，亦有對於某人不得主張其無效的例外。例如因真意保留，而無效的法律行為，若遇善意的相對人信為真實時，表意人則不能對之主張無效（第八七條）。又如因虛偽表示而無效的法律行為，表意人不能以其無效與善意第三人對抗（第八七條一項但書）。

(5) 無效係確定的不生效力 所謂確定的，即當事人無論何時，皆得主張其無效；換言之，即不因承認、時效，及無效原因的消滅等而變為有效。從來學者曾謂「無效的法律行為，與死產兒相若，縱有盧扁之術，亦不能生之」，詢為允當。如此確定的不生效力，與效力未確定的法律行為為不同。可得撤銷的行為，固生未確

定的效力，即無權代理行為，雖當然不生效力，若經本人承認之，尚可溯諸既往，從始發生效力，是在行為當時亦生未確定的效力。故二者的性質均與無效的行為不同。

(註) 鳩山日本民法總論四八四至四八六頁；三瀨民法總則提要四四五至四四八頁；穗積民法總論下卷一四八至一五二頁。

無效的原因

第二項 無效的原因

無效的原因，有一般的與特殊的兩種：前者即缺乏法律行為的一般有效要件，例如意思能力的欠缺，虛偽表示，及法律行為內容之不法，不能或不確定；後者即缺乏法律行為的特別有效要件，例如婚姻遺囑等法律行為，如缺法定方式，則為無效。茲應說明者唯限於前者而已。

無效的種類

第三項 無效的種類

絕對無效  
與相對無效

全部無效  
與一部無效

(一) 絕對無效與相對無效

絕對無效，即由一切之人，或對一切之人，皆得主張其無效。相對無效，即由特定之人，或對特定之人，不能主張其無效。法律行為的無效，自以絕對無效為原則；但亦有例外。例如虛偽意思表示，不得以其無效對抗善意第三人，是即相對無效（第八七條一項但書）。

(二) 全部無效與一部無效

全部無效，即法律行為的全部無效。一部無效，即法律行為的一部無效。法律行為，唯一部有無效原因時，應使其全部無效，抑僅使其一部無效？依德國民法及瑞士債務法所規定，均以全部無效為原則（德民一三九條，瑞債二〇條二項）；日本民法則未設一部無效的通則，解釋上易生疑問。究之，意思表示既為不可分，法律行為一部無效時，其全部即應作為無效（第一一一條前段）；但對此原則，尚有左列的例外：

(1) 依當事人的意思解釋，法律行為除去無效部分亦可成立者，則其他部分仍為

初無效  
嗣後無效

有效（第一一一條但書）

(2) 依法律的特別規定，法律行為一部無效者，其餘部分仍為有效（第二四七條二項）。

(二) 當初無效與嗣後無效

當初無效，即其無效的原因，發生於法律行為的當時，即確定從始不生效力。嗣後無效，即其無效的原因，發生於法律行為成立以後，始確定不生效力。此所謂無效，乃指自始未具備要件而確定為無效而言。至嗣後無效的效果如何，可分兩點言之：

(1) 在意思表示未發生效力前（例如遺囑雖成立，在遺囑人未死亡前。又如附停止條件的法律行為，在條件未成就前），即生無效原因時，其效力則因原因之如何而異。例如其原因為意思能力的喪失，雖無影響於法律行為的效力，苟其原因由於標的物變為不融通物，則其法律行為不生效力。

(2) 在意思表示發生效力後，始生無效原因時，其結果或成履行不能，或生代位關

係（例如標的物因公用徵收，而發給補償金時。）

#### 第四項 無效行爲的轉換

無效行爲的轉換，即同一的法律行爲，將其作爲甲種行爲，則爲無效，若當事人知其無效，即有將其作爲乙種行爲的意思，并已具備發生效力的要件時，則可認爲有乙種行爲的效力。關於法律行爲的轉換，德國民法設有明文（德民第二四〇條），我新舊民草及民法均仿之（舊二五三條，新一七五條，民一一二條）。徵其理由，殆以法律行爲無效時，其行爲如備有其他法律行爲的要件，且依其他法律行爲可達同一的目的者，當事人若明知其無效，有爲他種法律行爲的意思，此時應使其他法律行爲爲有效。例如發出票據的行爲，雖因法定要件欠缺而無效，若可作爲不要因債務的承受契約，其契約仍爲有效（前大理院判例三年上字一〇〇號，八年上字一四一四號參照）。



無效行爲  
的承認

第五項 無效行爲的承認

無效行爲，雖不得溯及承認以前，使之生效，然除去無效的原因而爲承認，使其自承認時起，從新生效，理論上則非不可能，故德日民法均有無效行爲承認的規定（德民一四一條，日民一一九條）。我新舊民草亦定明無效法律行爲，若當事人知其無效而探認者，視爲新法律行爲（舊二五四條，新一七六條參照）。民法雖無明文，亦可爲同一解釋。茲專依舊民草的規定分析說明於左：

(1) 探認的當事人，即爲無效行爲的行爲人。無效行爲爲單獨行爲時，應由行爲人一方探認之。若爲契約，則不可不由雙方的當事人探認之。

(2) 探認得依默示行之。默示的探認，其主要須履行由無效行爲所生的義務。例如就無效行爲而負有義務的當事人，本不可履行其義務，而卒履行之者，是即默示的探認。

(3) 探認祇生新行爲的效力。所謂祇生新行爲的效力，即探認的結果，並非使舊

行爲成爲有效，乃視爲新行爲。然此新行爲，依以舊行爲的內容爲其內容，亦不可謂其毫無關係。例如因法律所禁止，或無意思能力等無效原因，非於原因消滅後，縱有探認，仍屬無效。

(4) 探認不能生溯及效。當事人對於無效行爲，既不得爲溯及探認，只可謂非溯及探認，則與可得撤銷行爲的承認及無權代理行爲的承認顯有不同。若當事人間訂有溯及效的特約，其效力如何，不可不一言及之。依德民法第一四一條二項所定：當事人特約的效果，在不反乎公序良俗，及不對抗第三者的範圍內，得生債權的溯及效。即據我舊民草第二五四條理由書所載：當事人亦得以特約使生債權的溯及力。雖然，此債權的溯及效，仍非基於探認的效果，乃由特約的效果而生。故在單獨行爲的探認，決無發生債權的溯及效之理。

## 第二款 撤銷

### 第一項 撤銷的意義

撤銷

義  
撤銷的意

可得撤銷  
之法律行  
爲的性質

撤銷即法律行爲因其意思表示帶有欠缺，表意人得依自己的意思，使已發生的效力回復未發生的狀態，或未發生的效力陷於不能發生的地位的行爲。此項行爲，乃爲權利的一種，故稱爲撤銷權。茲將可得撤銷之法得行爲的性質分析如左：

(1) 可得撤銷的法律行爲，其效力乃已發生或將發生，非如無效行爲根本上不生效力。

(2) 可得撤銷的法律行爲，乃在未確定的狀態，經撤銷始確定自始無效，經承認或撤銷權消滅始確定自始有效，非如無效行爲確定的不生效力。

(3) 可得撤銷的法律行爲，欲消滅其效力，須經有撤銷權者爲撤銷的意思表示，非如無效行爲當然的不生效力。

(4) 可得撤銷的法律行爲，一經撤銷，除有特別情形外，皆以溯及其行爲生效時，消滅其效力爲原則，非自撤銷時起算，唯向將來失其效力，是又與無效行爲的承認不同。

撤銷的原  
因

一般的撤  
銷原因

特別的撤  
銷原因

撤銷權

撤銷權的  
性質

## 第二項 撤銷的原因

可得撤銷的原因，有一般的撤銷原因與特殊的撤銷原因兩種。一般的撤銷原因，有關於當事人能力的限制，例如民法第八五條二項所規定的撤銷原因；有關於意思表示的不合或瑕疵，例如民法第八八條，第八九條，及第九二條所規定的撤銷原因。至特別的撤銷原因，民法則無一般規定，須就各項情形定之，例如民法第二四四條，第四一六條，第四一七條所規定的撤銷原因。一般的撤銷，須適用民法第一一四條以下的規定；特別的撤銷，則先適用特別的規定，無特別規定時，民法第一一四條以下的規定始可補充適用之。

## 第三項 撤銷權

### (一) 撤銷權的性質

撤銷權即依自己的意思表示，可溯及的否認法律行為之效力的權利。此種權

利，既非物權，亦非債權，乃以否認法律行為的效力為其內容，故稱之為一種形成權。

撤銷權人

（二）撤銷權人

可得撤銷的法律行為，唯法律與以撤銷權者始能撤銷之，非若無效行為不問何人均能主張其無效。撤銷的原因，既有一般撤銷原因與特別撤銷原因兩種；得行使撤銷權人，亦可分為一般撤銷權人與特別撤銷權人兩種。此所謂撤銷權人，唯指前者而言。

一般撤銷  
權人與特  
別撤銷權  
人

依舊民草第二五五條所定，得行使撤銷權者有五：(1)限制能力人；(2)意思表示有瑕疵人；(3)代理人；(4)繼承人；(5)夫。依前大理院三年上字一三一號判例所載，得行使撤銷權者有四：(1)本人；(2)代理人；(3)繼承人；(4)夫。從表面觀之，舊民草與判例似有不同，其實，判例所謂本人，係包括限制能力人及意思表示有瑕疵人而言，是二者仍無差異。民法對於此點，雖無明文，依照現在立法精神論之，得行使撤銷權者，不外左列四種：

限制能力人

無意不合或有瑕疵的表意人

代理人

繼承人

(1) 限制能力人 限制能力人所爲的法律行爲，如缺乏能力補充的要件，則成爲可得撤銷的行爲。凡以可得撤銷的行爲爲原因而發生的撤銷權，限制能力人，自身得單獨行使之，不須得法定代理人的同意。其理由如次：撤銷乃回復未爲法律行爲時的原狀，則使限制能力人單獨爲之，亦不缺乏限制能力人的保護。反之，若謂撤銷行爲更能撤銷，則將發生極複雜的關係，其結果必爲不當。

(2) 無意不合或有瑕疵的表意人 撤銷權如因意思表示的無意不合或有瑕疵（錯誤，誤傳，詐欺，脅迫）而發生，其能行使撤銷權者，唯以無意不合或有瑕疵的表意人爲限（即錯誤人，被詐欺人，被脅迫人）。

(3) 代理人 撤銷權雖應歸屬於本人，但其行使則不必限於本人，自可由代理人代其行使之。

(4) 繼承人 繼承人不問爲包括繼承人，抑爲特定繼承人，通常應許其繼承撤銷權。繼承人既可繼承所繼承人的撤銷權，其計算撤銷權的消滅時效，即須前後通算，已無疑義。

## 撤銷的方法

## (三) 撤銷的方法

關於撤銷的方法，法意民法規定須於訴訟上爲之（法民一三〇四條，意民一三〇〇條）；德日民法規定，須以意思表示爲之（德民一四三條，日民一二三條）；我民法原則上依仿後者（一一六條一項），若暴利行爲及詐害行爲，則須於訴訟上爲之（七四條二四四條）。此種意思表示，雖須具備有效要件，却不須有何等形式，亦不問明示或默示均可。

撤銷得附條件與否，頗爲疑問。撤銷的作用，不外使不確定的法律關係歸於消滅。故撤銷附以條件，勢必使法律關係益爲複雜不定，實非撤銷制度的精神上所許可。若撤銷附以任意條件，亦無不可。撤銷爲要相對人接受的一方行爲。如相對人確定者，應向相對人爲之，以期意思表示的明確（第一一六條二項）。此所謂相對人，非專指爲契約或爲單獨行爲的相對人而言，即第三人因可得撤銷行爲而直接取得權利者，亦得爲撤銷的相對人（舊民草第一五六條二項參照）。

## (四) 撤銷的效力

## 撤銷的效力

可得撤銷的行爲，在未被撤銷前，乃爲有效的行爲。故債權契約在撤銷前已爲履行，其履行亦爲有效。然有撤銷權人一旦行使撤銷權，不僅對於未生效力的法律行爲，使其不能發生；即對於已生效力的法律行爲，亦使其從始消滅。故被撤銷的法律行爲，有溯及的效力，視爲自始消滅（第一一四條一項）。

撤銷行爲既有溯及效，非僅使當事人的行爲無效，亦得使第三人的行爲無效。故相對人因其行爲而取得權利者，當然復讓於撤銷權人；即從其相對人讓受同一權利的第三人，亦當然喪失其權利。但此係依原則而言，尙有左列的例外：

(1) 關於當事人間之效力的例外 即(A)因錯誤而撤銷意思表示，表意人對受損害的相對人須負賠償責任（第九一條）；(B)可得撤銷的行爲，爲當事人所明知或可得而知者，其法律行爲撤銷時，須負回復原狀或損害賠償之責（一一四條二項）。

(2) 對於第三人之效力的例外 即(A)因詐欺而爲的撤銷，不得與善意第三人對抗（第九二條二項）；(B)因錯誤而爲的撤銷，表意人對受損害的第三人



應負賠償責任（第九一條）。

### （五）撤銷權的消滅

撤銷權的  
消滅

承認的意  
義

撤銷權消滅的原因有四：(1)撤銷；(2)除斥期間屆滿（七四條二項，九〇條，九三條）；(3)消滅時效（四一六條二項，四一七條）；(4)承認。茲專就承認分析說明於左：(1)承認的意義 學說上有謂承認為拋棄撤銷的意思表示（拋棄撤銷權）；有謂承認為確定法律行為之效力的意思表示（確定效力說）。依我民法所規定，承認非專就可得撤銷的法律行為為之，不過欲使效力來確定的法律行為而發生確定效力的意思表示（二五條）。承認即舊民草所稱追認，可稱為承認權，乃為形成權的一種。

(2)承認權的要件 承認權的要件有三：

(A)須由有承認權者為之 例如在可得撤銷的法律行為，有撤銷權人者始可為承認。

(B)須對於應經承認的法律行為為之 例如法定代理人，對於限制能力人

承認權的  
要件

單獨訂立的契約而爲承認。

- (C) 須於瑕疵原因終止後爲之。例如被詐欺人或被脅迫人於已發見詐欺或脅迫終止後而爲承認，均生效力。但民法對此既無明文，亦不能一概論之。
- (D) 須於明知其爲應經承認的法律行爲後爲之。例如限制能力人已達成年後，須明知其爲可得撤銷的行爲而爲承認，始生效力（舊民草第三六〇條參照）。但法定代理人爲承認時，則不須具備此要件（舊民草第二六〇條二項參照）。

承認的方法

(3) 承認的方法 承認並非要式行爲，無論以明示或默示均可。日本民法特設有認爲追認諸事項的法文（日民第一二五條參照），學者稱之爲法定承認。我民法第一一六條定明承認應以意思表示爲之，如相對人確定者，意思表示并應向相對人爲之。

(4) 承認的效力 可得撤銷的法律行爲，固因承認而生效力，惟其效力之發生，應限於自承認以後，抑可溯及法律行爲成立時？不可不以明文定之。據民法第一

承認的方  
法

承認的方  
法

一五條所規定，承認的效力，乃以溯及法律行為時為原則，而以當事人有特別訂定者為例外。

### 第三款 須得三人同意的法律行為

須得三人同意的法律行為  
同意的性質

#### (一) 同意的性質

同意即附隨於他人的法律行為，使發生效力所為的意思表示，德國學者解為補助法律行為。同意既非法律行為的成立要件，即不須依法律行為的方式為之。德民一八二條參照。惟茲所謂同意，並非由其行為的當事人為之，乃以由第三人為之為其特色（一一七條）。

#### (二) 同意的類別

從狹意方面說，同意與承認及允許不同；從廣義方面說，同意可以包含承認及允許在內。茲從廣義分析其類別如左：

(1) 因行為人行為能力缺乏時 例如限制能力人所訂立的契約，須經法定代理

同意的類別

人的承認，始生效力（七九條）。

(2) 因行爲人無代理權時，例如無代理權人所爲的法律行爲，非經本人的承認，對於本人不生效力（一七〇條）。

(3) 行爲人就該行爲的標的物無完全處分權時，例如無權利人就權利標的物所爲的處分，經有權利人的承認，始生效力（一一八條）。

(4) 因法定代理人理於被代理人的財產有重大關係時，例如監護人爲不動產的處分時，須得親屬會的允許（一一一一條）。

前三種的承認，卽所謂事後的同意；後一種的允許，卽所謂事前的同意。本款所謂同意，始卽指後者而言。

#### (四) 同意的效力

法律行爲須得第三人的同意，始生效力，卽其效力之發生與否視乎第三人的同意或拒絕而定。至第三人同意或拒絕的表示，應以向雙方表示爲原則；惟爲便利第三人起見，許其得向當事人的一方爲之（第一一七條）。

同意的效力

期日及期  
間期日及期  
間的意義期日與期  
間的區別  
標準期日及期  
間的作用

## 第五章 期日及期間

### 第一節 期日及期間的意義

時爲法律事實的一種，且占重要的位置，殆以其與法律效果有種種的關係，而爲權利得喪的重大原因。時有期日及期間之別：期日即不可分的一定時點，例如約定本年七月一日，或明日午後一時交付物品；期間即由一定的時點達於一定的時點所經過的時間，例如約定一九二九年七月一日至一九三〇年一月一日讓與權利。期日與期間差異，非以時間的長短爲標準，乃以有無繼續的觀念爲標準。期日縱非爲瞬間的意味，亦必缺乏繼續的觀念，若期間則以常有繼續的觀念爲必要。故從靜的方面觀察，時則爲期日，從動的方面觀察，時則爲期間。若以幾何上的術語喻之，可謂期日爲點，時間爲線。

期日及時間，在法律上發生種種的作用：有爲行爲能力成立的時期，例如民法第一二條的規定；有爲權利能力終止的時期，例如民法第八條的規定；有爲決定權利

取得的時期，例如民法第七六八條至第七七〇條，及第八〇七條，第八一〇條等規定；有為決定權利消滅的時期，例如民法第一二五條至第一二七條等規定；有為推定事實的時期，例如民法第九條的規定；有為能主張權利的最初點，例如民法第一一四七條的規定；有為得拋棄權利的最終點，例如民法第八三五條的規定。

期間之中，有時效期間與預定期間（亦稱不變期間，固定期間，除斥期間）之別；時效期間每因時效之中斷，或停止，得以伸長，故其最終期不得預定，例如民法第一二九條以下的規定；預定時效不因時效之中斷，或停止，得以伸長，故其最終期本為固定，例如民法第七四條，第九〇條，第九三條等規定。

## 第二節 期日及期間的計算法

期日及期間，有由法令規定的；有由法院決定的；有由法律行為訂定的。此種期日及期間的計算法，如法令法院或法律行為有特別訂定時，應依其訂定。若無特別訂定時，則依本章規定計算之。本章所定，乃為一般通用的計算法，凡無特別訂定者，均

計算法的  
類自然計算  
法歷法計算  
法

應適用之。茲將計算法的種類，期間的起算點終止點，及末日的延期，分述於左：

(一) 計算法的種類

(1) 自然計算法 此即從起算期間的時刻，或從事件屆至的時刻，以計算期間的方法（一二〇條一項）。例如從本日午後三時起經二日，即自當時起經四十八小時為終止。此種計算法，雖一瞬間亦精密地算入，不能便宜從事，固屬煩瑣，然以之計算短期間，殊為適宜。

(2) 歷法計算法 此即以日，星期，月，年為單位，不精算其時刻分秒的方法（一二一條二項）。例如約定一日，則從午前零時起午後十二時止；約定一星期，則從月曜起至日曜日止；約定一月，則從月之一日起至月之末日止；約定一年，則從一月一日起至十二月末日止。此種計算法，不論月之大小，年之常閏，悉從曆計算，雖欠精密，然以之計算長期間，甚為便利。

自然計算法與歷法計算法既各有得失：計算長期間，宜採曆法計算法；計算短期間，宜採自然計算法。故各國民法，在原則均採歷法計算法，唯遇以時定期

間時，則用自然計算法。我民法亦然，除以時定期間外，特認曆法計算爲原則（第一二三條一項）。至以時以下的分秒爲單位，雖無明文規定，亦應依自然計算法。

（二）時間的起算點及終止點

（1）起算點 關於起算點，分爲兩項說明如左：

（A）以時定期間的計算法 凡以時定期間者，須用自然計算法，自應即時起算（第一二〇條一項）。例如上午九時買賣物品，約定四小時交付，即自九時起至十二時止（日民法一三九條參照）。

（B）以日，星期，月，或年定期間的計算法 依德日民法規定：以日，星期，月，或年定期間者，其期間如由午前零時起，當日仍須算入（德民一八七條，日民一四〇條但書參照）。我民法既無明文，即可解爲始日一律不應算入，例如約定自一月五日起十日間，二星期間，三月間，其起算不問其約定時爲午後或午前，均以翌日午前零時爲起算點。此項起算法，是爲「延長計算法」。



縮短計算  
法

第一二〇條二項) 若年齡的計算,因其有關係能力,無論其出生爲午前零時,抑爲午後零時,皆自其出生之日起算,是爲『縮短計算法』(一二四條一項,及德民一八七條,日民一四〇條參照) 如出生的月日無從確定時,究應如何推定之?在各國立法例,有推定爲年初出生的,亦有推定爲年終出生的:衡諸事理,均失公平。我民法採折衷主義,推定其爲七月一日出生;其知出生之月而不知出生之日者,推定其爲該月十五日出生(第一二四條二項)。

期間的終  
止點

(2)終止點 關於終止點,分爲三項說明於次:

(A)以日,星期,月,或年定期間者,以期間末日的終止,爲期間的終止(一二一條)。

凡以日,星期,月,或年定期間者,固以期間的末日爲期間的終止。然究以該末日的開始爲期間的終止點,抑以該末日的終止爲期間的終止點?不可不以明文定之。我民法與德日民法同,採用後一種計算法,即最終之日,須閱全

日（德民一八八條，日民一四一條參照）例如從星期日起算，一星期的期

間，以星期六午後十二時爲終止點；從月之一日起算一月的期間，以月之末日爲終止點；從一月一日起算一年的期間，以其年十二月末日爲終止點。

（B）期間不以星期、月、或年的始日起算者，以最後之星期、月、或年與起算日相當日之前日，爲期間的末日（第一二一條）例如於星期一一日午後三時約定一星期的期間，則從翌日星期二起算，以下星期的相當日（即下星期二之前一日）爲期間的末日。

（C）以月或年定期間，於最後之月，無相當之日者，以其月的末日，爲期間的末日（第一二一條二項）。例如從一月三十日起約定一個月的期間，至二月無相當日（即三十日），則以二月的末日（即二十八日）爲期間的末日。

### （三）末日的延期

在一定日期或期間內，應爲意思表示（例如對於定期催告的答覆）或給付者，其末期適爲星期日、紀念日、或其他休息日時，以其休息日的次日代之（第一

一一二條。

時效

第六章 時效

第一節 總說

時效的意義

(一) 時效的意義

時效，即一定的事實狀態，在一定期間內繼續，法律遂賦與一定效力的制度。此種制度，非僅為民法上的制度，亦為刑法上及刑事訴訟法上的制度（刑法第九七條至第一〇二條，刑事訴訟法第一四三條參照。）

(二) 時效制度的基礎

時效制度的基礎

時效制度的存在理由，即以尊重永續的事實狀態為歸宿。凡有與正當的權利關係相異的事實關係發生時，權利人常能根據其權利，以推翻事實關係，而回復以前的權利關係。然永續的事實關係，已成社會的秩序，而為社會上所信賴，法律若不尊重其關係，仍使其回復於適合正當的權利關係的狀態，實難保全社會的

平安。故法律爲保障人類的生活，預防社會的糾紛起見，必須設有時效制度，以變更事實關係而爲法律關係，始可達到目的。不然，社會已成的秩序，人人仍得本其過去的事實，再爲權利的主張，社會紛爭，將無解決的一日。要之，時效制度不僅有保護義務人個人的意義，亦不僅有制裁權利人個人的意義，畢竟爲謀社會上圓滿的共同生活的制度。或有以時效制度有時保護不法的占有人，及惡意的債務人，遂痛詆之爲『法律上的掠奪』。然立法的目的，在避免社會公益的擾害，保持法律生活的安全。當不遑顧及怠者的利害。

時效制度，既以保持在此永續的事實關係上所築成的法律秩序爲目的，則時效的法規，自以帶有『強行性』爲原則。所謂強行性，卽未罹時效的權利，既不得以當事人的意思，使之罹於時效；已罹時效的權利，亦不得以當事人的意思，使之不罹於時效。例如時效期間及時效利益，既不許當事人自由加減，或預先拋棄（第一四七條）；卽關於時效期間的起算點，及中斷，不完成等事由的規定，亦均帶有強行性的效力（第一二八條至第一四六條）。

時效制度  
的沿革

### (三) 時效制度的沿革

時效制度，本濫觴于羅馬法。關於時效的立法，雖無概括的系統，然在二銅表中，已認所有權的取得時效。及紀元後四二四年，更認訴權的消滅時效，凡財產上的訴權，在一定期間內繼續不行使，其權利即歸於消滅。此二種制度，在羅馬法上的發源時期，本不相同，羅馬法註釋派學者解釋二者為統一制度，實屬誤解。後來法國民法繼承其見解，亦以二者為統一制度，明定其為取得權利及免除義務的方法（法民第二二一九條，第二二三三條）。德國民法明定取得時效為權利取得的原因，消滅時效為拒絕請求權的時效，並將取得時效規定於物權編中，在總則編中僅設定消滅時效的規定（德民第一四九條以下，第九三七條參照）。日本民法取法於法，曾設劃一的時效制度，將取得時效與消滅時效均規定總則編中，並設有通則一節（日民第一四五條以下參照）。蘇俄民法僅規定起訴權的消滅時效，而無取得時效的規定（俄民第四四條以下參照）。我舊民草仿法日民法，採統一主義，將時效分為通則，取得時效，及消滅時效三節，規定於總

消滅時效

消滅時效  
的意義

消滅時效  
的要素  
須經過一  
定期間

則編中。修正案則仿德國民法，採各別主義。現行民法亦然，在總則編中僅規定消滅時效（第一二五條以下），將取得時效規定於物權編中（第七百六十八條以下）。

本節參考三瀋民法總則提要五三四頁至五三六頁，穗積民法總論下卷二二四頁至二一六頁，我妻民法總則五八八頁至五九一頁，歐宗祐民法總則二一二頁。

## 第二節 消滅時效

### 第一款 消滅時效的意義

消滅時效，即在一定期間內有繼續不行使權利的事實為成立要素的法律要件。茲依此定義說明其要素如左：

#### (一) 消滅時效須經過一定期間

凡屬時效，均以經過一定期間為要素。若未經過一定期間，即不得成為法律狀

態。故消滅時效除有不行使權利的事實外，尚須經過一定期間（即時效期間）。其期間的長短，雖因時效的種類而有差異，要皆不可不經過法律所定的期間。所謂即時時效（瞬間時效），既不以經過時效期間為必要（例如民法第八〇一條），固不得認為時效；即不定時效，雖為羅馬法古代德國法及寺院法所採用，然援用久經不可記憶的事實，以主張權利的得喪，亦不可認為時效。

## （二）消滅時效須繼續不行使權利

須繼續不行使權利

時效須於一定期間內，有一定事實狀態的繼續；換言之，在取得時效，以占有或準占有為必要，在消滅時效，以不行使權利為必要。消滅時效既以不行使權利為要素，則除斥期間（預定期間）僅經過一定期間，即使其權利歸於消滅，是不能認為消滅時效，已無疑義。例如民法第七四條，第九〇條，第九三條，第四九八條，第九二三條二項，第九二四條，及第九四九條所規定的期間，均可解為除斥期間的規定。所謂不行使權利，即權利人有得行使權利的狀態而不行使之。所謂得行使權利的狀態，即行使權利時，法律上的障礙已不存在。權利的行使，與權利人知其

權利存在與否，固無關係；即權利人行使權利，雖有事實上的障礙（例如疾病失蹤等），亦不妨消滅時效的開始進行。

消滅時效的開始進行，因各種債權的性質內容之不同而異。茲分述之於左：

(1) 以行爲爲目的的債權 此項請求權的消滅時效，自請求權可以行使時起算

（第一二八條）。惟請求權可以行使時，又因債權定有清償期與否而有不同：

(A) 定有清償期的債權 債權定有清償期，不論其爲確定期限與不確定期

限，其消滅時效的進行，均開始於期限到來時。

(B) 未定清償期的債權 依原則論，於債權成立時，其消滅時效即開始進行

（註）

(2) 以不行爲爲目的的債權 此項債權，債務人僅負有不作爲的義務，債權人自

無須積極行使之。故其消滅時效自債務人爲違反義務的行爲時起算（第一

二八條）。

(三) 消滅時效須爲權利消滅的法律事實



因債權  
的請求  
而生非  
債權與  
的請求  
而生非

消滅時  
效的適  
用範圍

消滅時效，非單純的事實狀態，乃為一種法律事實。故消滅時效不僅須在一定期間內有一定事實狀態的繼續，並須因時效的完成，而有引起私權變動的結果。消滅時效，是否直接為權利消滅的原因？須就民法所規定分別論之：民法關於一般時效，雖僅就請求權設有規定，然請求權有因債權而生，亦有因非債權而生（例如物上請求權）。因非債權而生的請求權，雖應因時效而消滅，其基本權利並不消滅，故債權人仍得就其抵押物質物或留置物以取償之（第一四五條一項）。因債權而生的請求權，僅可因時效免除責任，其債務並不消滅，故債務人只能成立得拒絕給付的抗辯權（第一四四條）。

本節參考三瀆民法總則提要五三七頁，沼義雄民法總論二七六頁。

## 第二款 消滅時效的適用範圍

消滅時效原則上僅能適用於財產權，非財產權（例如人格權身分權）的本身，則不能因時效而消滅；但因非財產權而生的請求權，如有財產的價值，亦可適用之。

財產權不  
適用消滅  
時效的例

所有權

(例如贍養費) 財產權雖為消滅時效的客體，亦有因法律規定，或權利性質，不得適用之。茲略舉之如左：

(一) 所有權

法律既認所有人在法令限制內，得就其所有物而為總括的支配，則行使所有權的方法，自應無何等的限制。況所有權乃為靜態的權利，縱使多年不行使，亦不致經過消滅時效。故所有權除因時效而被他人取得外，並無因時效而消滅其權利之理。至由所有權所生的物上請求權，則應與一般請求權同視，自得因時效而消滅。

担保物權

(二) 担保物權

担保物權乃從屬於債權的權利。債權的請求權雖罹消滅時效，担保物權尙不消滅(第一四五條，第八八〇條)，則其不能先於債權而罹消滅時效，益無疑義

(註一)

(三) 與一定法律關係相終始的權利

與一定法  
律關係相

終始的權

此種權利，即在一定法律關係存續中不因罹於時效而消滅。例如相隣權（第七七四條以下），共有物分割請求權（第八二三條），及選擇權（第二〇八條以下），在相隣關係，或共有關係，或選擇債務關係存續中，均為當然存續，不能單獨罹於消滅時效。他如同時履行的抗辯權（第二六四條），及保證人的抗辯權（第七四五條），亦伴隨一定法律關係而存在，不能罹於時效而消滅。

消滅時效  
的期間

## 第三款 消滅時效的期間

消滅時效的期間，除蘇俄民法不分長短，并定為三年外（俄民第四四條），各國民法大都因各種債權的性質不同，而有長短的差異。茲就我民法總則所規者定分述於次：

## (一) 長期消滅時效（一般期間）

關於長期消滅時效，各國規定不同：有規定其期間為三十年（德民第一九五條，法民第二六二條，意民第二一三五條），有規定其期間為三十年與四十年（

長期消滅  
時效

普國普通法一部九章第五四六條，第六二九條，奧民第一四七九條，第一四八六條；有規定其期間爲十年（暹羅民法）；亦有規定債權的期間爲十年，其他財產權的期間爲二十年（日民一六七條）。消滅時效期間的長短，實與社會經濟及私人權利有關。其期間規定過長，固影響於社會經濟的發展；若規定過短，又難保護權利人的權利。我民法特根據現代的客觀情形，規定除法律有特別規定外，請求權因十五年不行使而消滅（第一二五條）。

（二）短期消滅時效（特別期間）

關於短期消滅時效，各國規定亦不一致：德民法對此不求細分，僅規定四年、二年兩種（第一九六條，第一九七條）；日民法分爲五年、三年、二年、一年四種（第一九六條以下）；法民法分爲五年、三年、二年、一年、六個月五種（第二二七條以下）；我舊民草分爲五年、三年、二年三種（第三〇六條以下）；新民草分爲五年、三年兩種（第一九七條以下）；民法則分爲五年、二年兩種。茲依民法所規定者分述於次：

五年  
消滅時效  
期間

二年  
消滅時效  
期間

(1) 五年的消滅時效期間 定期給付債權的各期給付請求權，既不宜適用長期消滅時效的規定，即有短期消滅時效規定的必要。依民法第一二六條規定：利息、紅利、租金、贍養費、退職金，及其他一年或不及一年的定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。

(2) 二年的消滅時效期間 日常交易的債權，在性質上既應從速履行，債權人亦多不交付受領證，故應縮短其消滅時效。依民法第一二七條規定：左列各款請求權，均因二年間不行使而消滅：

- (A) 旅店、飲食店、及娛樂場的住宿費、飲食費、座費、消費物的代價，及其墊款；
- (B) 運送費，及運送人所墊之款；
- (C) 以租賃動產為營業者的租價；
- (D) 醫生、藥師、看護生的診費、藥費、報酬，及其墊款；
- (E) 律師、會計師、公證人的報酬，及其墊款；
- (F) 律師、會計師、公證人所收當事人的物件之交還；

(G) 技師，承攬人的報酬，及其墊款；

(H) 商人，製造人，手工業人所供給的商品，及產物的代價。

前述長期時效與短期時效，均爲『一般時效』。除一般時效外，尚有所謂『特別時效』。所謂特別時效，卽指法律上對於各種權利有特別規定的時效而言。例如損害賠償請求權的時效（第一九七條一項），撤銷訴權的時效（第二四五條），贈與人及其繼承人撤銷權的時效（第四一六條二項，及四一七條），出租人賠償請求權及承租人償還費用請求權的時效（第四五六條一項），貸與人賠償請求權及借用人賠償請求權的時效（第四七三條一項），定作人瑕疵修補請求權及承攬人損害賠償請求權的時效（第五一四條），均爲特別時效。

#### 第四款 消滅時效的效力及援用

##### 第一項 消滅時效的效力

消滅時效的效力，各國立法例尚不一致：依普國普通法所定，時效完成爲推定權

消滅時效  
的效力

利得喪的證據方法（普第一部第九章第五六八條，第五六九條）依法意民法所定，時效完成雖為權利得喪的原因（法民第二一九條，意民第二一〇五條）其他條文又有推定的字樣（法民第一三五〇條，意民第一三五〇條）依日本民法所定，時效完成固為權利得喪的直接原因（日民第一六二條，第一六三條，第一六七條，及第一六九條以下）依德國民法所定，取得時效雖為權利取得的直接原因（德民第九三七條）消滅時效，只認債務人得拒絕給付，請求權的本身，則不因時效消滅（德民第一九四條以下）依瑞士債務法所定，時效完成後，債務非即消滅，尚殘存不完全債務，其大旨殆與德民同（瑞債一二七條以下，瑞民六六一條以下及七二八條）。

我民法係仿德國民法，取得時效雖為權利取得的直接原因，消滅時效則非均為請求權消滅的直接原因。消滅時效能否為請求權消滅的直接原因，須視其請求權有無債權性質以為決。非債權性質的請求權，固以消滅時效為直接原因；若債權性質的請求權，則非以消滅時效為直接原因，即債務人對於債權人只有拒絕給付的

時效完成  
後債務人  
得拒絕給  
付

時效完成  
後債權人  
得就擔保  
物上行使  
其權利

主權利因  
時效消滅  
其效力及  
於從權利

抗辯權。茲就我民法所規定分述於左：

(一) 時效完成後，債務人得拒絕給付

消滅時效完成後，債務人如仍為履行的給付，或以契約承認該債務，或提供債務的擔保，固不得以不知時效為理由而請求返還之（第一四四條二項）。即債務人經債權人請求給付，如不為消滅時效的抗辯，亦應仍為給付（一四四條一項）。

(二) 時效完成後，債權人得就擔保物上行使其權利

凡以抵押權、質權，或留置權擔保的請求權，雖經時效消滅，其對於物上擔保則未消滅，故債權人仍得就其抵押物、質物，或留置物以取償之。但對於利息及其他定期給付的各期給付請求權，苟其時效已經消滅，則不得適用之（第一百四十五條）。

(三) 主權利因時效消滅，其效力及於從權利

從權利本與主權利共命運，自應伴隨主權利消滅而消滅。故通常主權利已因



時效而消滅，從權利的時效，雖未完成，亦應隨之消滅。例如對於主債務人的請求權，已罹時而效消滅時，其對於保證人的請求權，亦應罹時效而喪失（第一四六條）。

消滅時效  
的援用

## 第二項 消滅時效的援用

時效制度，係法律爲圖社會生活的圓滿而設。當事人苟以因時效而得利益或免義務爲不潔，不欲享受因時效而得的利益，或依時效以外的方法，以主張其權利時，則法律自不宜從而強制之。故當事人是否援用時效，以主張權利的取得，或義務的免除，均一任其自由決定之。

所謂時效的援用，即主張時效完成之利益的意思表示。關於時效的援用，依日本民法所規定，時效須經當事人的援用，不許法院以職權爲之（日民第一四五條）。依德國民法所規定，關於取得時效，法院有援用的職權，關於消滅時效，須待當事人的援用（德民第二二二條）。我舊民草仿日民法（第二七六條），民法雖無明文，

可依德民法解釋之。

### 第五款 時效利益的拋棄

時效利益的拋棄，即當事人不欲享受因時效取得權利，或免除担負之利益的意義表示。此種意思表示，雖得由因時效而受利益之當事人的一方行為爲之，然須對其相對人（即因拋棄而受利益者）表示意思。至表示意思的方法，無論以明示或默示均可。例如債務人已知其消滅時效完成，仍對於債權人支付利息，是即默示拋棄時效利益的意義。茲應說明的，即時效利益，是否得於時效完成前拋棄，或須於時效完成後拋棄？茲分述之如左：

#### （一）時效完成前的拋棄

時效制度，係確保永續的事實狀態，使成爲法律關係。究其目的所在，不外一方保護個人的利益，他方維持社會的公益。法律爲貫徹其維持公益的目的，應不許當事人預先拋棄時效的利益。我民法仿各國立法例（德民第二二五條，法民第

先拋棄時  
效利益時效完成  
後得自由  
拋棄時效  
利益

二二二〇條，日民第一四六條，瑞債第一四一條，意民第二一〇七條，奧民第一五〇二條參照）特設禁止的規定（第一四七條）。如當事人於時效未完成前，即訂立拋棄時效利益的契約，其契約應爲無效。

## （二）時效完成後的拋棄

時效完成前的拋棄，雖有反乎公益，而爲法所不許。若時效完成後的拋棄，則爲法所不禁。學說上有謂時效完成後的拋棄，亦與時效制度的目的不合，余不贊同。近代法制，對於財產權的保護，當以所有權爲最鞏固。所有權人尙可自由拋棄所有權，則因時效而受利益之人，又何不可拋棄其利益？況債權關係，得因債權人爲免除的意思表示而消滅（第三四三條），已爲各國立法例所公認，則對於因消滅時效而受利益之人，又何必禁止其拋棄？反對論者謂時效完成後的拋棄，亦有害於公益，實由其將時效完成前的拋棄，與時效完成後的拋棄混爲一譚。殊不知時效完成前的拋棄，法律所以應加禁止者，大抵爲防債務人受債權人的壓迫。至時效完成後的拋棄，就消滅時效而言，非但不生債權人壓迫債務人的情形，反

時效拋棄的方  
法

時效拋棄的效  
力

時效拋棄與  
時效援用的關係

足以遂債務人道義的初心。茲將時效利益拋棄的方法，效力，及時效拋棄與時效援用的關係，分述於左：

(1) 時效利益拋棄的方法 時效利益的拋棄，僅由受利益當事人的一方為意思表示，即生效力，初不待相對人的承諾；但意思表示，須向受不利益的相對人為之，自不待言。

(2) 時效利益拋棄的效力 時效的利益，既經受益人表示拋棄，即與從始未經時效同。故因時效而消滅請求權，受益人若拋棄其時效利益，其請求權仍與從始未曾消滅同，並非重生一請求權。

(3) 時效消滅與時效援用的關係 時效完成後，因時效而受利益之人，雖無論何時，皆得拋棄其利益；但一經拋棄，即無時效存在，不得再為援用。反之，時效援用後，復將其拋棄，仍屬無妨，此即拋棄與援用二者之不同。

#### 第六款 消滅時效的中斷及不完成

## 第一項 總說

消滅時效的完成，既以時間的經過，事實的繼續為要素，則在時效進行後至其期間完成前之間，如有行使權利的事實發生，時效固不可完成。即使權利人未行使權利，而有礙難行使權利的事實，時效亦不應完成。故法律為保護因時效受不利益的當事人，特使已進行的時候全歸無效，或暫行中止；換言之，即使其已進行的時效因一定故障而發生中斷或不完全。

## 第二項 消滅時效的中斷

消滅時效  
的中斷  
的意義

### 第一目 中斷的意義

消滅時效的中斷，即當時效期間進行中，因有與時效要件適相反對的特定事由發生，而使以前經過期間的利益歸於消滅。時效的根本目的，即在於無反對的形跡時，始尊重永續的事實狀態。若其事實狀態有反對的形跡，則當然不能尊重之，非使

中斷不可。

第二目 中斷的事由

消滅時效中斷的事由，各國民法規定不同：德民法定爲(1)承認，(2)起訴，(3)與起訴有同一效力之事項（德民第二〇八條，第二〇九條）；日民法定爲(1)請求，(2)扣押假扣押及處分，(3)承認（日民第一四七條）；我民法定爲(1)請求，(2)承認，(3)起訴，(4)與起訴有同一效力之事項（第一二九條）。茲依我民法所規定者分述如左：

(一) 請求

請求即權利人對於將受時效利益之人，而於訴訟外爲主張權利的意思表示。例如債權人催告債務人履行其債務（日民第一五三條參照）。依德奧民法規定：請求以裁判上的請求爲限，對於裁判外的請求，則不認時效中斷的效力（德民第二〇九條，奧民第一四九七條以上）；依日本民法規定：請求不設限制，無論爲訴訟上的請求與訴訟外的請求，均生時效中斷的效力（日民第一四七條）。

我新舊民草唯認起訴有時效中斷的效力，殆仿德奧民法不認裁判外的請求舊二七八條以下，新二〇一條以下。民法認起訴有時效中斷的效力，復有請求的規定，其意旨殆與日民同。所不同者，日民法所謂請求，係包含訴訟上的請求與訴訟外的請求；我民法所謂請求，係專指訴訟外的請求，另以訴訟上的請求定爲起訴（第一二九條）（註）

因請求而生時效中斷的效力，非爲確定的，乃以權利人於請求後六個月內起訴爲條件。若權利人於請求後六個月內不起訴，其時效視爲不中斷（第一三〇條）。

## 承認

### （二）承認

承認即可受時效利益之人，承認其權利人權利存在的觀念表示。例如債務人承認其債權人的債權。關於承認的方法，無論依明示，或默示均可。例如可受時效利益之人，於時效進行中，爲一部清償，或提供担保，或支付利息，或請求緩期，皆默示承認債權人的債權之一方意思表示。承認雖須對於相對人爲之，然究係可受

時效利益之人的—方行為，不待有相對人的承諾，即得生時效中斷的效力（第一二九條）。

### （三）起訴

起訴即因時效而受不利益的當事人，對於法院提起民事訴訟，而主張其權利存在的行為。此所謂起訴，依包含(1)給付之訴，(2)確認之訴，(3)請求執行支付之訴，(4)請求諭知執行判決之訴而言。因起訴而中斷時效者，於提出訴狀於法院時，即生時效中斷的效力，不必待其訴狀送達於相對人（民事訴訟法第二三五條參照）。起訴後，如當事人撤回其訴時，或因不合法受駁回的判決，而其判決確定時，均視為不中斷。當事人撤回其訴，係拋棄其依訴而生的保護請求權，即無主張權利的意思，自應使其自始不生中斷的效力。此所謂起訴，應指合法的起訴而言。若起訴因不合法而受駁回，判決且已確定，其訴即為無效，自不能生中斷的效力。

### 第一三一條）

### （四）與起訴有同一效力的事項

與起訴有  
同一效力  
的事項



(1) 依督促程序送達支付命令 何謂督促程序？即民事訴訟法上以請求對於債務人發支付命令爲目的的特別訴訟程序。何謂支付命令？即法院就給付一定數量之代替物或有價證券的請求，依債權人的聲請，而對於債務人所發的清償命令（民事訴訟法第四七三條參照）。依督促手續送達支付命令時，即生訴訟的拘束（即權利拘束），自可發生時效中斷的效力（第一二九條二項一號）。若訴訟拘束失其效力，則與未發支付命令無異，即視爲中斷（第一三二條）。

(2) 因和解而傳喚 何謂因和解而傳喚？即法院因試行和解而爲傳喚（民法第三七〇條參照）。因和解而傳喚，乃爲權利人既主張其權利的表示，自能發生時效中斷的效力（第一二九條一項二號）；但相對人若受傳喚而不到庭，或和解不成時，仍視爲不中斷（第一三三條）。

(3) 報明破產債權 破產債權，即對於破產人的債權。報明破產債權，即債權人加入破產財團的分配，而向法院報明其債權額。此種表示，亦爲實行權利的

方法自能發生時效中斷的效力（第一二九條二項三號）但債權人若撤回其報明時，仍視爲不中斷（第一三四條）

(4)告知訴訟 告知訴訟，即訴訟當事的一造（原告或被告）於訴訟拘束中，將訴訟告知於有利害關係的第三人，而促其爲從參加。此爲權利人對於被告知人主張其權利的表示，自能發生時效中斷的效力（第一二九條二項四號）但告知人若於訴訟終結後，六個月內不起訴，仍視爲不中斷（第一三五條）

(5)開始執行行爲或聲請強制執行 此兩種行爲，皆爲權利人主張其權利的表示，自能發生時效中斷的效力（一二九條二項五號）但因權利人的聲請，或法律上要件的欠缺，而撤銷其執行處分時，視爲中斷。其因聲請強制執行而中斷時效者，若撤回其聲請，或其聲請被駁回時，亦視爲不中斷（第一三六條）

### 第三目 中斷的效力

時效中斷的效力，在於使中斷事由發生以前所經過的時效期間歸於無效，而令

其時效從新進行，換言之，即中斷前已經過的時間概不算入，須俟中斷的事由終止時重行起算（第一三七條）。

時效中斷的效力，是否及於一切之人，抑僅及於特定之人？我民法仿日本民法（第一四八條），明定時效中斷（亦曰法定中斷），以當事人、繼承人、受讓人之間為限，始有效力，則對於其以外之人，均不生中斷的效力可知。例如甲乙二人，對於丙負担連合債務，乙向丙承認，僅乙之消滅時效中斷，甲之消滅時效則不中斷。但此為原則，尚有左列的例外：

(1) 連帶債權人中之一人為給付的請求，以中斷其時效時，對於他債權人亦生效力（第二八五條）。

(2) 債權人向主債務人請求履行，及為其他中斷時效的行為時，對於保證人亦生效力（第七四七條）。

時效中斷的效力，應於何時終止？依民法第一三七條所定，凡因一般事由而中斷時效者，自中斷的事由終止時重行起算；其因起訴而中斷時效者，自受確定判決，或

中斷效力  
的例外

中斷效力  
的終止

消滅時效  
不完成的  
意義

因其他方法訴訟終結時，重行起算。故因中斷事由所生的中斷效力，應於中斷事由終止時終止，其新時效的進行，亦即以此時爲起算點，更須經過法定時效期間，其時效始得完成。

(註) 沼義雄民法要論總則編二九〇頁。

### 第三項 消滅時效不完成

#### 第一目 不完成的意義

消滅時效不完成，即時效期間進行後，因一定事由而停止其進行，學說上亦稱爲『時效的停止』。時效的停止，與時效的中斷不同：時效的中斷，乃使中斷前已經過的時效期間全歸無效，俟中斷的事由終止時從新起算；時效的停止，即已經過的時效期間仍屬有效，唯停止原因存續時，時效暫停進行，俟停止的原因終止，仍繼續進行，將從前經過期間與此後經過期間一併計算。

關於停止的立法例，有不問停止事由發生於時效進行中或終止前，均認其有停

止的效力（德民第二〇二條以下，法民第二二五條以下參照）有僅規定停止事由發生於時效進行終止前，始認其有停止的效力（日民第一五八條以下參照）。  
我民法係從後者，故稱爲時效不完成。

不  
完  
全  
的  
事  
由

△ 第二目 不完成的事由

依民法所規定，不完成的事由，可分爲左列三種：

（一）從權利人的能力身分而生的不完成 此可分爲二種：

（1）因能力而設的『絕對不完成』應受時效的對抗者，若爲無行爲能力人，或限制能力人時，不能爲有效的中斷行爲，故自羅馬法以來，各國法律均設保護的規定（註）。我民法仿德日民法（德民第二〇六條，日民第一五八條）明定行爲能力人或限制行爲能力人的權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人，自其成爲行爲能力人或法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成（第一四一條）。本條規定，不問無能人或限制能力人，對於任何人有權

從  
權  
利  
人  
的  
身  
分  
而  
生  
的  
不  
完  
成

利，均可適用，故爲『絕對不完成』。絕對不完成的事由，須具備左列的要件：

(A) 因時效而受不利益之人，須爲無行爲能力人，或限制行爲行爲能力人。

因此等人未有獨立行使權利的能力，故應使其時效不完成。

(B) 在時效期間終止前六個月內，須無法定代理人。在時效完成前六個月內，如有法定代理人，固可代爲時效中斷行爲；即無法定代理人，若離時效成完前，尙不止六個月，亦不妨時效的進行。反之，在時效完成前六個月內，因無法定代理人之故，亦可生絕對不完成。例如十五年的消滅時效，已經十四年零十個月，尙餘二個月，因法定代理人死亡，須選任其繼任人，必至十五年零四個月，方得爲時效完成。此因繼任的法定代理人，欲調查其應受時效之不利益的物體，將爲時效中斷的準備，法律即不可不暫使完成延期。

(2) 因身分而設的『相對不完成』。無能力人，或限制能力人，對於法定代理人有權利，及夫對於妻，或妻對於夫有權利，往往爲德義上所拘束，或事實上所牽制，皆立於不能保護自己利益之境。故法律爲保護其利益起見，特使其時效暫

時不完成。惟其不完成，以對於有特別關係的時效對益人（此指法定代理人及夫或妻而言）為限，非若民法第一四一條的規定，對於任何人的權利，均可適用，故為『相對不完成』。相對不完成的情形，可分為二種：

（A）無行為能力人，或限制行為能力人，對於其法定代理人有權利時。依民法第一四二條所規定：其權利於代理關係消滅後一年內，不完成時效。惟適用本條的規定，須具備下列二要件：(1)須為屬於無能力人或限制能力人的權利；(2)須為對於法定代理人的權利。

（B）夫對於妻或妻對於夫有權利時。依民法第一四三條所規定：其權利於婚姻關係消滅後一年內，不完成時效。惟適用本條的規定，須具備下列二要件：(1)須為屬於夫或妻的權利；(2)須其婚姻關係尚未消滅。

## （二）從權利的性質而生的不完成

凡屬於繼承財產的權利，或對於繼承財產的權利，當財產繼承時，如繼承人未確定（例如無子待繼時），或管理人未確定（例如繼承人無能力，尚未選定代

從權利的  
性質而生的  
不完成

理人時) 或受破產的宣告者(例如遺產不足清償債務時)均無人為中斷行為,亦無人受中斷行為,應使時效暫時不完成。故民法第一四〇條規定自繼承人確定,或管理人選定,或破產宣告時起,六個月內,其時效不完成。惟適用本條規定,須具備左列三要件:

(1) 須為關於繼承財產的權利;

(2) 須繼承開始時,其時效尚未完成;

(3) 須繼承開始時,行使權利人或被行使權利人尚未確定。

### (二) 因事變而生的不完成

因時效完成而受不利益之人,本可於時效期間將次滿了時,依第一二九條所定的方法以中斷之,使其時效不能完成,以保全自己的利益。然時效若將次滿了,而因天災或其他不可避的事變,以致不能依此方法以中斷時效者(例如因兵燹疫癘,交通阻礙,而不能為起訴的手續)此時竟認其時效完成,殊失公允。故民法為保護權利人的利益計,特明定自其妨礙時起,一個月內,其時效不完全(第



一三九條。惟須具備左列三要件，方可適用本條規定：

- (1) 須有不可抗力之事變；
- (2) 須致其事變足致中斷不能；
- (3) 須其事變於時效終止時尚存在。

不完成的  
效力

### 第三目 不完成的效力

時效不完成，既與時效中斷不同，則停止事由終止後，時效更繼續進行，並非從新起算，即將從前經過期間與此後經過期間一併計算。惟時效的停止期間，不算入時效期間內，方可保護因時效而受不利益之人。

(註) 三瀋民法總則提要五七〇頁以下。

## 第七章 權利的行使

權利的行  
使

### 第一節 總說

(一) 權利行使的意義

權利的行使，即權利人或其代理人基於其權利，而為實現其權利內容的利益所為的行爲。就其「性質」言之，有為法律上的行爲（例如撤銷權及抵銷權的行爲）；有為事實上的行爲（例如所有人使用其所有物）；就其「作用」言之，有自為特定的行爲（例如所有人處分其所有物）；有要求他人為特定的行爲（例如債權人請求債務人為給付）；有單由一方的行爲而發生法律一定的效果（例如終止契約權的行使）。要之，權利的行使，與權利的主張，及權利的實現，均有不同。茲特分述之次於：

(1) 權利的主張 權利的主張，即依權利的作用所得為的行爲；權利的行使，即依權利的内容所得為的行爲；是前者的範圍較後者為廣。例如提起確認之訴，及權利的讓與，均為權利的主張，不得謂為權利的行使。

(2) 權利的實現 權利的實現，即為達其權利存在的目的而為的行爲。例如債權依債務之履行而實現，所有權依所有物之使用收益處分而實現，撤銷權依使

其法律行爲之無效而實現。故權利的實現，有因權利的行使而生，例如所有權及撤銷權均因權利的行使而實現；有不因權利的行使而生，例如債權非因請求而實現，乃因履行而實現；有因在權利行使以外，復加以其他的事實而生，例如撤銷訴權必因有裁判的結果始得實現。

權利行使  
的自由

## (二) 權利行使的自由

法律認許個人的權利，其目的非僅保護個人的利益，亦須顧及社會的利益。故法律爲保護社會的利益起見，往往對於權利人行使權利，有加以限制或強制的必要。茲特分述之於左：

權利行使  
的限制

(1) 權利行使的限制 法律對於個人行使權利，必須限制其範圍，方可保全社會的利益。例如土地所有人不得設置屋簷或其他工作物，使雨水直注於相鄰的不動產（第七七七條）；地役權人因行使或維持其權利得爲必要的行爲，但應擇於供役地損害最少的處所方法爲之（第八五四條），是均限制權利的行使。

(2) 權利行使的強制 權利行使與否？原則上雖為個人的自由；但法律認許權利，既以社會的利益為依據，則其權利的行使，自不能純然委諸個人的自由，故法律有直接或間接加以強制的必要。例如土地所有人任其土地荒蕪而不墾殖，法律在必要時，須加以干涉，以強制其行使。又例如工業所有權、鑛業權、狩獵權、發明權等，均定一定行使的期間，如不於其期間內行使權利，即作為已經喪失。

### (三) 權利濫用的禁止

在個人主義的法律時代，各個人的權利，均含有絕對性，不僅有行使不行使的自由；即行使權利有踰越範圍，而使他人受其損害者，亦不任賠償的責任。現代法律多採連帶主義，除法日民法無明文規定外，大都明定權利的濫用，不僅不受到等適法的效力，並對他人負損害賠償的責任。德國民法規定：權利的行使，不許僅以損害他人為目的（第二二六條）。瑞士民法規定：權利的顯著濫用，不得受法律的保護（第二條二項）。蘇俄民法規定：權利的行使，有與社會經濟目的的衝突時，不得受法律的保護（第一條）。我民法亦仿各國立法例，明定權利的行使，不

得以損害他人爲主要目的（第一四八條）。法律認許權利，其目的係使權利人享受利益。若權利行使的結果，於自身既無利益，徒使他人受其損害，是即權利的濫用，法律自有嚴加禁止的必要（本書緒論第三章第二節參照）。

自衛行爲

第二節 自衛行爲

自衛行爲的意義

（一）自衛行爲的意義

自衛行爲，即權利人當事出非常，不容國家的干涉，法律許其在必要範圍內，得自爲救濟的行爲。自衛行爲，在刑法上不構成犯罪行爲，在民法上亦不構成侵權行爲。故適法的自衛行爲，得爲民事免責的要件。

自衛行爲的種類

（二）自衛行爲的種類

自衛行爲，係法國學說，分爲正當防衛與緊急避難；依德國學說，分爲防禦行爲與救護行爲。日本學說沿用前者，我民法係仿後者。茲特分述之左：

防禦行爲

（1）防禦行爲 防禦行爲，即防禦現時不法侵害所爲的行爲，詳言之，即對於現時

不法的侵害，爲防衛自己或他人的權利所爲的反擊行爲。此種行爲，在必要程度的範圍內，固爲合法行爲；但已踰越必要程度時，仍須負相當賠償的責任。  
第一四九條。防禦行爲須具備左列的要件：

(A) 須爲不法侵害。所謂不法侵害，卽其侵害行爲爲法律上所不許。侵害行爲僅須爲客觀的不法卽足，不必完全具備侵權行爲的要件。故加害人無侵權行爲能力，及是否由其故意或過失，均非所問。若非不法行爲，則不爲構成防禦行爲的要件。例如行親權人在適法範圍內行使懲戒權，不得對之爲對防禦行爲。

(B) 須爲現時侵害。所謂現時侵害，卽目前對於他人權利所加的攻擊。防禦行爲，既非對於已往的侵害爲報復，亦非對於將來的侵害爲預防，必對於已經着手或現在實施的侵害行爲，始得爲防禦行爲。

(C) 須爲積極行爲。防禦行爲，既須有侵害行爲，究竟其侵害行爲是否以積極的作爲爲限？依通說，侵害行爲須爲積極的作爲，單純不作爲（例如債務

不履行) 則不得成立防禦行為。

(D) 須爲防禦自己或他人的權利。現時苟有不法的積極的侵害權利的行爲，不問其權利屬於自己，抑或屬於他人，均得爲反擊行爲。應防禦的權利，既無限制，凡生命，身體，自由，財產，名譽被侵害時，均得爲防禦行爲。即非權利，而以違反善良風俗所侵害的利益，亦應解爲得防禦之（第一八四條一項後段）。

(E) 須未逾越必要程度。所謂必要程度，即依社會觀念，得認爲適當的範圍。在適當範圍內，防禦他人的侵害，固爲適法。若踰越其範圍，仍得構成侵權行爲。例如受小兒的攻擊，甚易逃避，若爲反擊行爲，則踰越必要的範圍。凡踰越必要的範圍，仍應按其過當程度，使負相當賠償之責。

(1) 救護行爲。救護行爲，係避免急迫危險所爲的行爲；詳言之，即因避免自己或他人生命，身體，自由，或財產上急迫的危險所爲的加害行爲。此種行爲，如爲避免危險的必要，並未踰越所能至的損害程度，或其危險發生非由行爲人的責

任，始爲合法行爲。否則，仍成爲侵權行爲，應負損害賠償的責任（第一五〇條）。  
救護行爲。應具備左列的要件：

(A) 須有危險。所謂危險，即因偶然事件發生實害的可虞狀態。其危險原因，無論出於自然，抑或出於人爲，均無不可。前者例如地震、暴風、洪水，及動物的侵害等；後者例如盜難、失火，及殺傷等。

(B) 須爲急迫危險。所謂急迫，即現有發生實害的緊急狀態。依民法規定，救護行爲只須有急迫危險即足，不以由他人之物所生的危險爲限。德日民法均規定以由他人之物所生的危險爲要件（德民第二二八條，日民第七二〇條），是與我民法所規定者不同。至如何程度始爲急迫，應依當時的客觀情形定之。

(C) 須爲避免自己或他人的危險而爲加害行爲。關於危險的種類，德日民法均無限制。依我民法規定，應救護的法益，乃以自己或他人生命、身體、自由，或財產爲限。加害行爲爲救護行爲的要件，亦爲其與防禦行爲區別的要點。



防禦行爲，係對於加害人的反擊行爲；救護行爲，乃對危險原因之人以外者所爲的加害行爲。若對於危險原因之人予以反擊，則爲防禦行爲，非爲救護行爲。

(D) 須未越必要程度，並權衡其損害的輕重。此所謂避免，與刑法上所謂救護的意義同。避險行爲，雖不問爲消極的避險；或積極的避險；但只能以避却危險爲止，不可逾其必要範圍，並踰越所能至的損害程度。如有逾越其必要範圍，或超過其所能至的損害程度，而加損害於他人，仍得成爲侵權行爲，應負損害賠償之責。

(E) 須其危險之發生，行爲人無責任。危險如因行爲人與以原因而發生，不問其有無故意，過失，及其他原因，均應負損害賠償的責任。反之，危險之發生，行爲人若全未與以原因，則其避難行爲雖加損害於人，仍爲合法行爲，不負損害賠償的責任。

## 第三節 自助行爲

權利保護的方法，本有公力救濟與私力救濟兩種。在國家權力未固，組織不備時代，個人權利如被侵害，固得賴私人腕力以謀救濟。然權利有被侵害，得由自力救濟，不僅個人間易啓糾爭，即公共秩序亦難維持。及國家強固以後，公力救濟的設備，既日臻完備，則對於私力救濟，即有禁止的必要。況法律進化的途徑，本由私力救濟進而爲公力救濟。現代個人權利的爭執，既可請求公力救濟，則私力救濟已無存在的餘地。雖然，對於私力救濟，如欲完全禁止，實際上又不可能。法日民法，雖完全禁止自力救濟，德國民法則有相當認許的規定（德民第二三七條至第二三一條）。我民法與舊民章均仿德民法，亦設自力救濟的規定（舊三一五條，三一六條，民一五一條及一五二條）。

自助行爲，即權利人爲保護自己的權利，而對於他人的自由，或財產，施以拘束，押收，或毀損的行爲。此種行爲如爲適法，固不負損害賠償的責任；但以不及受官署援

自動行為  
的要件

助，並非於其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者爲限（二五一條）。茲將其成立要件分述於左：

（一）須爲保護自己權利

此爲自動行爲的成立要件，亦爲其與自衛行爲區別的要點：自衛行爲得爲保護他人的權利而爲之；自動行爲必爲保護自己的權利而爲之。關於權利的種類雖不以債權的請求權爲限；但不得依強制執行以爲保護的權利，亦不得依自力救濟以保護之。

（二）須僅對他人的自由，或財產，施以拘束，押收，或毀損

此所謂他人，應解爲僅以義務人爲限。權利人爲保護自己的權利，雖得拘束義務人的自由（例如恐義務人潛逃，而暫行扣留），押收義務人的財產（例如恐債務難受清償，而押收權利的標的），以防其逃匿，隱避，或滅失，並在不得已的範圍內，加以毀損（例如因保全自己權利，而毀損他人之物），惟此等行爲，最易侵害義務人的自由及財產，必須於保護權利的必要程度而始得爲之。

(三)須有緊迫情形，不及請求公力救濟

所謂有緊迫情形，不及請求公力救濟，即指權利人~~之權利~~不及受官署的援助，且非於其時爲之，請求權即不得實行，或其實行頗有困難而言。自助行爲既易侵害他人的自由及財產，法律於事前必加以限制，方可防非權利人任意行使之。故權利人的權利，尙可待官署予以援助，且其權利他日尙可實行，或其實行並無困難，自應請求公力救濟，無須個人自爲保全行爲。

(四)須即時向官署聲請援助

自助行爲，不僅在事前應有限制，即在事後亦應有限制。故權利人拘束他人的自由，或押收他人的財產，須即時聲請官署予以援助（第一五二條一項）。所謂聲請官署援助，即應將其所拘束之人或押收的財產送交有權利的官署，請求予以適當的處置。若聲請遲延，或聲請被駁斥，行爲人即應負賠償責任（第一五二條二項）。



平 治  
訂 蒙 平 和

— 民法總論 —

實價一元五角

著者 周 新 民

發行者 華 通 書 局



版權有所翻印必究

印刷者 三 星 印 刷 所

法租界普恩濟世路七十六號

上海四馬路望平街口五二九號

中華民國二十三年九月再版

