

民法總則

平 北
 堂 魁 聚
 局 書 義 講 訂 裝
 星 魁



✽ 字 印 皮 書 ✽
 街 中 寺 光 永 外 宣
 號 九 十 東 路 頭 北

民法第一編總則目錄

緒論

一 民法之基本概念

第一 民法之意義

第二 民法與民法典

第三 民法之語源

二 民法編纂之方式及沿革

第一 民法編纂之方式

第二 民法編纂之沿革

三 民法之效力

第一 民法之效力與時間性

第二 民法之效力與空間性

四 民法之解釋

第一 解釋之意義

第二 解釋之方法之分類

五 民法上之權利

第一 權利之本質

第二 權利之分類

六 民法上之義務

第一 義務之本質

第二 義務之分類

第三 民法與權利義務之關係

—緒論完—

本論

第一章 法例

(一) 民法之法源

第一 成文法

第二 習慣法

第三 理法

第四 條約法

第五 協約規範

第六 判例

(二) 民事文件之作成及解釋

第一 民事文件作成上之限制

第二 民事文件之解釋標準

第二章 人

民法總則 目錄 法政二一 法三丙

(一) 人與權利之主體

第一 人乃唯一之權利主體

第二 權利主體之意義

第三 民法上之權利主體爲私權主體

(二) 人與權利能力

第一 權利能力之意義

第二 權利能力與行無能力之比較

第三 權利能力之規定爲強行規定

第一節 自然人

(一) 自然人之權利能力

第一 權利能力之發生

第二 權利能力之終止

(二) 外國人與權利能力

第一 外國人之意義

第二 外國人於法令限制內有權利能力

第三 敵國人權利能力之理論與實際

(三) 自然人之死亡宣告

第一 死亡宣告制設立之原因

第二 死亡宣告制之比較

第三 死亡宣告之要件

第四 死亡宣告之效力

(四) 自然人之行為能力

第一 行為能力之意義及其界限

第二 行為能力與意思能力之關係

第三 有無行為能力及限言行為能力之法定標準

(五) 自然人之人格權保護

(六) 自然人之住所

第一 設定住所之意義及其要件

第二 法定住所

第三 住所之效力

第二節 法人

第一款 通則

(一) 法人之意義及其本質

(二) 法人之分類

第一 公法人與私法人

第二 社團法人與財團法人

第三 公益法人與營利法人

(三) 法人之成立

第一 法人須依本法或其他法律之規定

第二 法人須經主管官署之許可

第三 法人須向主管官署登記

(四) 法人之能力及住所

第一 法人之能力

第二 法人之住所

(五) 法人之董事

第一 董事之性質

第二 董事之權限

第三 董事相互間之權限

第四 董事之任免

(六) 法人之登記及其監督

第一 法人之登記

第二 法人之監督



(七) 法人之解散

第一 法人解散之意義

第二 法人解散之原因

第三 法人解散之效果

(八) 法人之清算

第一 法人清算之意義

第二 清算人

第三 清算人之職務

第四 清算程序

(九) 法人之消滅

第二款 社團

第一 社團之設立與其章程

第二 社團法人與社員

第三 社團法人與社員總會

第三款 財團

第一 財團法人與捐助章程

第二 財團法人之設立登記

第三 財團法人之變更

第四款 外國法人

第一 外國法人之意義

第二 外國法人之權利能力

第三 外國法人之義務

第四 外國法人事務所之撤銷

第五 未經認許之外國法人之連帶責任

第三章 物

第一 物之觀念

第二 物之種類

第三 物之孳息

第四章 法律行爲

第一節 通則

(一) 總說

第一 法律關係與法律效果及法律要件

第二 法律要件與法律事實

第三 法律效果與利權之變動

(二) 法律行爲之本質

第一 法律行爲自由之原則

第二 法律行爲之意義

(三) 法律行爲之分類

第一 單獨行爲契約行爲及全國行爲

第二 生前行爲與死後行爲

第三 債權行爲身分行爲物權行爲及準物權行爲

第四 要因行爲與離因行爲

第五 要式行爲與不要式行爲

第六 有償行爲與無償行爲

第七 有效行爲無效行爲及未生效行爲與得撤銷行爲

第八 設權行爲變權行爲保權行爲廢權行爲

第九 主行爲與從行爲

第十 獨立行爲與補助行爲

(四) 法律行爲之基本要件與完成要件

(五) 法律行爲與其目過

第一 目的之概念與法律行爲之關係

第二 目的之確定

第三 目的之可能

第四 目的不得違反強制規定或禁止規定

第五 目的不得違背公共秩序及善良風俗

第六 法律行爲之目的與方式

第七 法律行爲之目的與公平觀念

第八 脫法行爲

第二節 行爲能力

(一) 無行爲能力人與法律行爲

第一 無行爲能力人之意思表示無效

第二 無行爲能力人與法定代理人

(二) 無意識中與精神錯亂中之行爲

第一 無意識中與精神錯亂中之行爲無效

第二 民法第七五條後半規定之疑義

(二) 限制行為能力人與法律行為

第一 概說

第二 允許與承認

第三 限制行為能力人之行為與其相對人之保護

第三節 意思表示

(一) 意思表示之本質

(二) 意思表示之分類

第一 有相對人之意思表示與無相對人之意思表示

第二 對於特定人之意思表示與非對於特定人之意思表示

第三 獨立之意思表示與獨立之意思表示

第四 直接之意思表示與間接之意思表示

第五 明示意思表示與默示意思表示

(三) 意思表示之方法

(四) 意思與表示之不一致

第一 概說

第二 真意保留

第三 虛偽表示

第四 錯誤

第五 傳達不實

(五) 意思表示之不自由

第一 概說

第二 被詐欺之意思表示

第三 被脅迫之意思表示

第四 被詐欺脅迫之意思表示之效果

第五 被詐欺脅迫之意思表示之撤銷與除斥期間

(六) 意思表示之生效時期

第一 概說

第二 對話人間意思表示之生效時期

第三 非對話人間意思表示之生效時期

第四 向無行為能力人或限制行為能力人所為意思表示之生效時期

第五 公示送達之生效時期

(七) 意思表示之解釋

第一 意思表示解釋之意義

第二 解釋意思表示正確與否之標準

第三 解釋意思表示不得拘泥於所用之辭句

第四節 條件及期限

(一) 條件及期限乃法律行為之附款

第一 法律行為附款之意義

第二 法律行為附款之性質

第三 附款之種類與條件期限

(一) 條件

- 第一 條件之意義
- 第二 條件之分類
- 第三 假裝條件
- 第四 不許附加條件之法律行為
- 第五 附條件之法律行為與其效力

(二) 期限

- 第一 期限之意義
- 第二 期限之種類
- 第三 禁忌期限之法律行為
- 第四 附期限之法律行為與其效力

第五節 代理

(一)代理之概念

- 第一 代理制度產生之原因
- 第二 代理之意義

(二)代理之分類

- 第一 意定代理與法定代理
- 第二 積極代理與消極代理
- 第三 有權代理與無權代理
- 第四 一般代理與特別代理
- 第五 直接代理與間接代理

(三)代理人之能力

- 第一 代理人與權利能力
- 第二 代理人與行為能力
- 第三 代理人與意思能力

第四 代理行為與意思能力之欠缺或有其他欠缺

(四)代理權

第一 代理權之本質

第二 代理權之發生

第三 代理權之範圍

第四 代理權之限制

第五 雙方代理問題

第六 代理權之消滅

第七 代理權消滅之效果

(五)無權代理

第一 無權代理之意義及其權限不存在之原因

第二 無權代理之責任

(六)複代理

第一 複代理之意義

第二 複代理制與我民法之立法意旨

第六節 無效及撤銷

(一) 概說

(二) 無效之行爲

第一 無效之意義

第二 無效之種類

第三 無效行爲之轉換

第四 無效行爲與當事人之責任

(三) 得撤銷之行爲

第一 撤銷之意義

第二 撤銷之方法

第三 撤銷之效力

第四 撤銷權之消滅

(四) 法律行為效力之確定

第一 概說

第二 須經承認而後始能確定生效之行為

第三 無權處分之法律行為

第五章 期間及期日

(一) 概說

第一 時間與法律事實之關係

第二 期間與期日之意義

(二) 期間及期日之計算方法

第一 概說

第二 期間起算點之標準

第三 期間終止點之標準

第四 期日或期間終止點之延長

第五 年齡計算方法

第六章 消滅時效

(一) 概說

第一 時效制度之沿革

第二 消滅時效之意義

第三 得援用消滅時效之權利

第四 除斥期間與消滅時效之區別

(二) 消滅時效之期間

第一 消滅時效之認定標準

第二 時效期間之起算點

(三) 消滅時效之中斷

第一 時效中斷之意義

第二 中斷之特定事由

第三 時效中斷之效力

(四)消滅時效之不完成

第一 消滅時效不完成之意義

第二 消滅時效不完成之事由

第三 消滅時效不完成之效力

(五)消滅時效之效力

第一 消滅時效效力之範圍

第二 消滅時效效力之內容

(六)禁止加減時效期間及預先拋棄時效利益

第一 加減時效期間之禁止

第二 預先拋棄時效利益之禁止

第七章 權利之行使

(一) 概說

第一 權利行使之意義

第二 權利行使之限制

(二) 權利濫用之禁止

(三) 防衛行爲

第一 防衛行爲之意義

第二 防衛行爲之構成要件

(四) 避難行爲

第一 避難行爲之意義

第二 避難行爲之構成要件

(五) 自助行爲

第一 自助行爲之意義

第二 自助行爲之限制

民法總則
朝陽院學講義

——民法總則目錄完——

二四

民法第一編

總則

民國十八年五月二十三日國民政府公布同年十月十日施行

陶惟能編述

緒論

(一) 民法之基本概念

民法之意義

第一 民法之意義 民法者規定社會生活中私生活之準則，據爲裁判規範之私法也。茲析述之：

社會生活

(一) 社會生活 人類生活，純賴於需給相應，交互協助，故人自出生以至於死亡，均不能與社會相分離，然人之生存於社會，必賴有一定之規範，此類規範之中，其最能使人類生活秩然有序，強行有力者，厥爲法律，故解釋法之意義，不能與社會生活相離也甚明。一般法律之意義如此，民法尤然。新近社會法學者，恒主張以法律而規範社會生活不能僅以個人或階級爲本位，而應對於經營共同生活之全人類，謀其永久共存之基礎者，職是之故，換言之：法律之對象，直應以人類生存之社會生活爲出發點是也。然人類之集合，非如木石之雜然相聚，乃另有維繫人類生存之生命綫存於其間，此種生命綫爲何？即須有一定組織一定秩序是也。其組織之得以表現而秩序之得

以安全者，則又純爲一般法則是賴，綜合言之，之不能離社會以孤獨生存。而一有社會，必有法則，即法因社會而生，社會賴法律以共存，二者不容或離是也。

如上所述，人之行爲，純因生存於社會而後生，則人之一言一動，縱屬日常個人之私生活，亦含有社會的意義，自非立於此種社會生活準則之一般法則下，以受其規律或批判不可，因之社會生活與社會規範，乃實質上應行併存之工具，並非形式上得以各別獨立之現象可知，然人類社會生活，在今日最發達之形式，厥爲國家，而社會上一般法則中，其經國制定或容認之法律，亦不過其一部，故區分人類之活動，則有直接關係於國家團體之組織或維繫者，有不必與國家團體之組織或維繫，發生直接關係者，前者謂之國家生活，後者謂之社會生活。今之攻究法律者，基於此種分化作用，乃對於規定前者生活之法律，謂爲國家規範之法律，對於規定後者生活之法律，謂爲社會規範之法律，似此則社會生活一語，其義亦有廣狹之分，單就狹義言之，則係指國家生活以外之人類生活而言，即私生活是矣。吾人據此而解釋民法，即得謂爲係規定此狹義社會生活準則之法律也。

(二)裁判規範 國家之法律，單就形式上以考察其主要使命，得析為三方面觀察之，憲法及其他國家機關組織之附屬法令，得謂為係基於國家自身之組織而制定，納稅兵役警察等各種法令，得解為係命令國民為各種行為之規定，然國家設置機關，其機關應有行動之準則，尤以裁判所之行動，無一不應就已之法律而為規範，此即所謂裁判規範是也。裁判規範上所應守之法律，固不以民法為限，而民法即得解為係裁判規範準則上主要元素之一。今更就民法為裁判規範之特質，例證於次：

(1)民法為保持其在裁判上之規範，恒漠視各個具體情形，為劃一之規定。例如成年制度，民法上以滿二十歲為成年，(十二條)限制行為能力人之獨斷行為無效，須經法定代理人之允許或承認，始生效力，(十三條)及總則第四章第二節行為能力之規定參照)似此則未滿二十歲，無論其行為能力，如何發達，均不能認其獨斷行為為有效，然社會生活上，人類之智育發達，實非平等，即不能謂為此種規定，與實際上完全一一相符，即係此種情形，乃預防裁判官不能得正確或劃一之判斷，故立此共通標準，以表明其為裁判規範之特質。

(2) 民法爲保持其在裁判上之規範，因避免證據不確實之困難，恒設各種假設之規定，蓋因裁判官所爲之強判，不能不根據明確之證據，特實際上不能求得證據或不易得確實之證據時，法律不爲之設一般之標準，卽有不能下裁判之苦，故法律上恒因此而設多數之假設規定，例如所記載之數量，其文字與號碼不符時，法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準。(第四條)又如數量上之表示，設數次表示中之文字與號碼不符時，法院不能決定何者爲當事人之原意，應以最低額爲準。(第五條)等規定，卽其例證。此種規定，在社會生活之準則上，雖無重要意義，但於裁判時之應奉爲規範，仍屬不可缺也。

第二 民法與民法典 民法一語，有實質及形式兩義，前之所述：乃關於民法上之實質意義，至其形式上之意義，則專指民法法典而言，卽國家以法典形式所制定之民法是也。本講義乃以研究現行民法爲主旨，故其意義，亦自以形式意義的民法爲限，茲更就其內容組織之範圍述之：

(1) 民法之內容組織，以私法之規定爲主。法有公法私法之分時，則民法屬於私

法。公法私法之區別標準，其最有力者，計有利益說，法律關係說，主體說，統治權說四種，至就近代社會法學家所倡，則謂：「規定關於國家生活的法律關係之法律，謂之公法，規定關於非國家生活的法律關係之法律，謂之私法。」民法既係規定狹義社會生活的法律，其為私法的規定，自不容疑。但民法之全部，亦非絕無涉及公法之規定，例如法人之設立，須得主管官廳之許可，（三十三條四十六條五十九條）及法人董事清算人之罰則規定，（三十三條四十三條）是。但此乃民法上之便宜規定，仍無害於民法之屬於私法也。

民法爲實體法

（2）民法之內容，係以實體法的規定為主。法有實體法與程序法之分類時，則民法屬於實體法。民法爲規定權利義務之性質所在及其範圍如何？故爲實體法。至間有關於手續之規定，如前述法人之設立須呈報主管官署者，此亦因關係較切，不便分離，故便宜規定及之也。

民法爲普通法

（3）民法之內容，係以規定民事關係之普通法爲主。法有普通法與特別法之分類時，則民法屬於普通法，至普通法與特別法之區分標準，不外三端，即以地方爲區別分

標準時，則施行於特定區域內者爲特別法，施行於全國領域內者，爲普通法。次之以被適用之人爲區別標準時，其適用於特殊身分之人民者，爲特別法，適用於人民全體者，爲普通法。再次以適用之事項爲區分標準時，其規定特殊事項者爲特別法，規定關於一般事項者，爲普通法。民法乃規定一般社會生活關係之法律，故爲普通法。但吾國既採民事商事合一之新近立法體例後，遂將舊日之商事特別法，亦歸納其一部分於民法中，此乃與舊草案相異最著之一點也。

民法爲強
行法及任
意法之兩
性法

(4) 民法之內容係強行法及任意法之兩性法律。法有強行法與任意法之分時，則民法固有任意法之規定，而其規定之具有強行力者，亦已逐漸增多，蓋如第二編之債，固多有任意規定，至總則編中，如能力，法人，時效等規定，則多屬於強行法。故民得解爲含有強行法與任意法之兩性法律。

民法兼有
固有法及
繼受法

(5) 民法之規定內容，乃兼因固有法與繼受法所構成。固有法乃指其由本國之固有文化淵源所形成之法而言，其採取外國法制而形成之法，則稱爲繼受法。現行民法，有純基於固有文化者，如物權編之典權規定是。至其他大體上，則多係採取德瑞之立

法例。

第三 民法之語源 民法 (Rürgerliches Recht; droit civil: civil law.) 一語，乃淵源於羅馬之市民法，市民法乃與萬民法相對稱，其適用於羅馬市民者，謂之市民法 (Jus civile)，其適用於羅馬市民與寄居之外民及外民相互間之法，則為萬民法，(Jus gentium) 嗣因疆域日廣，市民法漸為萬民法所合併，遂漸失兩者之區別，迨紀元前五百三十年，優斯提尼安帝 (Justinianes) 修纂羅馬法全典 (Corpus juris civilis) 之際，已不復有市民法與萬民法之分矣。但證之前述各種用語，皆因繼受羅馬法之影響而成者也。及今觀之，世界五大法系，均因史跡之變遷，其立法思想，恒係直接間接受羅馬法之影響，故討論民法之語原，必追源於羅馬法，至吾國於民律草案時代，雖承襲唐律清律之例而名曰民律，今新民法亦更稱民法矣。

(一) 民法編纂之方式及沿革

第一 民法編纂之方式 民法編纂之方式者，民法法典編制之形式上，所採取之體裁及方法之謂也。此在立法之體例，及運用之便利上，極關重要；故立法家，多重視之。

民法編纂之方式

雖古來對於法典編別之標準，沿革上亦不無種種區別，然現今所稱爲論理式的編制方法，大抵不外左之二種：

羅馬式編別法

1 羅馬式編別法 (Institutionensystem) 此編別法，分法典全部爲三編，第一編人法，第二編物法，第三編訴訟法，創於羅馬法律家 Gaius 之法律著書，而爲優斯提尼安帝編纂 Institutiones，所採用者也，法國民法及法法系民法，大體皆從此式，其異點在將第三編訴訟法除去，而以第二編分爲財產法及所有權取得法二編而已。

德意志式編別法

2 德意志式編別法 (Pandekten-system) 此編別法，分法典全部爲五編，第一編總則，第二編債權，第三編物權，第四編親屬，第五編繼承，乃取法於德國私法學者著書中所爲之分類也。其與羅馬式不同者：(一)首設總則編，以規定各種法律關係之通則；(二)分債權物權各爲一編，以辨明其性質，(三)將關於人格及能力部分，與親屬關係劃分規定；(四)繼續獨列一編：不僅視爲取得財產之方法，其分編之明當，自較羅馬式爲勝。然其中復可分爲三派：一有因編纂關係，而以債權獨立成爲一編，列於民法全部之外者，如瑞士債務法是；二有視物權較債權爲重，而將物權之規定，先於債權者，如日本民法

及最近之蘇俄民法是，三有因債權爲物權之取得方法，而將物權之規定，後於債權者，此爲德民法所採用，而我國舊民律草案及現行民法，皆從此主義者也。

又我國現行民法，遵照中央政治會議民商法合一之原則，將通常屬於商法總則中之經理人，代辦商（債編第二章第十一節）及屬於商行爲中之交互計算，行紀倉庫，運送營業，承攬運送等，併訂入債編中；（債編第二章第三節第十三節及第十五節至第十七節）其性質特異，不能與民法合一規定者，如公司，票據，海商，及保險等，則分別另訂公司，票據，海商及保險等單行法規，其編別之方式，與其他瑞士，蘇俄之採取民商法統一法規者，又各不同，此亦當注意者也。

第二 民法編纂之沿革

我國編纂新式民法法典之機運，實起於前清末季。自光緒三十三年，憲政編查館議覆修訂法律辦法，認立法須設專官，遂於是年派沈家本，俞廉三，爲修訂法律大臣。設修訂法律館，聘日人松岡義正起草民法，助以我國留學生，宣統三年，首成前三編，後二編由法律館商同禮學館，亦繼續訂正告成，卽所謂第一次民律草案是也。民國成立後，

初設法典編纂會於法制局，後改屬於司法部，易名曰法律編查會，嗣復改稱修訂法律館。對於第一次草案，曾加修正，是為第二次民律草案。民國十七國民政府成立後，立法院制定現行民法五編，其總則編於十八年五月二十三日公布，十八年十月十日施行；債編於十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行；物權編於十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行；親屬繼承編於十九年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行；於是我國始有正式之民法典焉。

民法之效力

(二) 民法之效力

民法典得以支配之範圍，謂之民法之效力。此種範圍問題，有屬於事物者，有屬於時間性者，有屬於空間性之人及地域者，且應分別研究之；惟民法典所得支配之事物，應以其他特種民事法規無特別規定者為限，始能受其支配，其義甚顯，毋庸深論，茲僅就民法之效力與時間性及民法之效力與空間性二者言之：

民法之效力與時間性

第一 民法之效力與時間性

民法典有明定之施行日期，對於法律施行日期前之事項，不能受該法律之支配，乃羅馬法以來之原則，所謂法律不遡及既往之原則是也。我民

法律不遑
及既往之
原則

法各編施行法第一條，即係明揭此旨，其他法例，亦有以明文定之者，（法民第二條日舊法例第二條）蓋因已受舊法支配之事項，不問新法之規定，合於舊法時代之情事與否？強為適用，而令其既存之法律關係，發生變化，既背於事理，亦徒害於社會之安寧故也。

惟所謂法律不遑及既往之原則，乃法律解釋上之原則，並非立法上之原則，此已為近代多數立法例及一般學者所主張，蓋又因制定法律，本屬立法者之自由，制訂法律之際，負有改造法制之責任，株守不遑及既往之原則，則法律亦將永無改進之望，故因公益上之必要，縱違反不遑及既往之原則而明定某種情事之遑及效力，亦無不可。

新民法施行法亦然。（民總施行法第三條及債編物權親屬繼承各施行法第二條以下參照）

第二 民法之效力與空間性

民法之效力，除應受時間上之限制外，尚應着眼於人及地之關係而定其支配範圍，此種情形，吾人擬名之曰民法之效力與空間性。即民法典之制定，亦係本於主權者之行動而生，故關於人及地之空間效力，亦應以主權之行使範

民法之效力
與空間性

圍定之，依此原則，則應有注意之點二，即（1）苟為本國人民，縱在外國，亦應受本國法主義之支配。（2）以領土主權言，外國人民，在本國領土內，本國法律，亦得支配之。民法亦法律之一，其效力亦即應以斯為準，綜合言之，中華民國之人民，不問駐在國內或國外，及外國人民，苟駐在中國領土內時，中國民法，均能支配之，此原則也。但此種原則，亦非盡能通行無阻，茲更就對此原則之例外情形例示如次；

例外一
（1）本國人民，因特殊情形，不適用民法者有之，例如因有十八年八月二十三日可法院院字一四三號解釋薩院則例及番例條款之適用指令，則蒙藩人民，仍可沿用舊習，不得因民法之公布施行而受其效力拘束是

例外二
（2）外國人民，縱在本國領土範圍內，其不適用民法者，亦有之，如中國因受領事裁判權之拘束，而不能暢行民法之效力是。

例外三
（3）涉外事件之法律關係，依據國際私法上之規定，得以國內之法律，許某種法律關係，不適用本國民法之規定。（法律適用條例參照）

民法之解釋
（四）民法之解釋

解釋之意義

第一 解釋之意義 確定民法之意義，謂之民法之解釋。惟民事法律所未規定者依習慣

……(第一條)則民法之解釋對象，自不限於成文法，但吾國乃採成文法主義，故現行法之大部分，均有成文法可據，從而習慣之存在即少，於是學者間對於解釋之根本意義，多就成文法方面研究之。惟法律之解釋，係探求法之真意，並非探求立法者之真意，因之理由書，說明書，記事錄等，固可供解釋上之參考，苟與法律之真義或社會實狀相背謬時，自亦可不受其拘束以另求正當之解釋也。

解釋方法之種類

第二 解釋方法之種類 解釋方法，得為種種之分類，其主要者如次；

強制解釋

(一)強制解釋 強制解釋，一稱公力解釋或曰有權解釋，因係基於國權之發動所為之解釋，故一經此種解釋，其義遂定，至此種解釋方法中，有於法律文句中自為解釋者，有另頒其他法令而為解釋者，故名曰解釋，實即立法也。

任意解釋

(二)任意解釋 任意解釋，一稱私見解釋，又名學理解釋，因其係學者之自由意見所為之解釋也。此種解釋之方法，更得析言如次；

文理解釋

(甲)文理解釋 基於法令中之辭句之章之意義，所為之解釋，謂之文理解釋，立法

論理解釋

者之意思，既係以文字表示，則文意即法意之表現，故法之真意，首宜依此決之。

(乙)論理解釋 依論理學之法則，以推理作用，而解釋法律之意義，謂之論理解釋。蓋因法令之組織，實有系統，其構成之理論，亦有聯貫，似此則局部法文之單獨文義，即不能謂係立法者之全部真意，故文理解釋之外，論理解釋尙焉。惟論理解釋之方法中，其推理作用之一般標準如何，又不無疑。更撮要述之於次：

(1)組織解釋 法律條文，殆如蛛網之密布，故解釋之際，須注意其相關之法條，以期一貫。

沿革解釋 由立法上法之成立沿革及其變遷，徵集立法材料或原因而爲之解釋，得統稱爲沿革解釋。

擴張解釋 法文之辭句，較法意狹小時，得爲擴張解釋。

縮小解釋 縮小解釋，一稱限制解釋，蓋法文之用語，其有時超越於立法者之原意而失之廣汎時，爲家其真義所在，自亦得縮小解釋之。

實況解釋 法文之解釋，有時應注意社會上之實況，蓋社會狀況之變遷，不

類推解釋

能必其與歷久之既成法典相吻合，故解釋之際，尤宜注意社會上之實況，此種情形，吾人擬暫名之曰實況解釋。

(6)類推解釋 法律上關於特定事項，無直接規定，而以論理方法，擇取關於類似事項之規定以適用之是也。類推解釋之本質如何？其說甚多，有認為直係立法者，有謂係裁判官之一種處分者，有認為仍不外解釋方法之一者，然社會情事，錯綜複雜，一一定諸法條，欲期其毫無遺漏，實不可能，適用法律者，以類似規定，藉推理作用，而裁判類似事項，原與解釋之義不相背也。

民法上法
權利

(五) 民法上之權利

權利之本
質

第一 權利之本質 權利之本質若何？學說極為紛歧，其主要者，有：一意思說，利益

意思說

說，折衷說，法律上之力說」，等，主張意思說者，或以權利為人之意思自由，或以

利益說

權利為意思之力，或以權利為意思之支配標的，然人之得以享受權利，與吾人之意思

折衷說

力，並無不可分之關係，其說自難謂當。主張利益說者，乃以權利之本質，為生活財

法律上之
力說

貨之分配及求其分配所得之保護法，故曰：權利者，乃法所保護之利益也。然有權利

者，不必盡有利益，人類所享受之一切利益，亦不必完全基於權利作用，故其說亦難謂當。至折衷說乃以意思說及利益說之折衷見解，說明權利之本質，其立說固能兼備前兩說之所長，實亦兼有前兩說之所短，難以贊同，亦極顯然。反之若解為權利係以吾人之意思而得主張之法律上之力時。則更可析述其要點如次：

(1) 享受權利，屬於特定人格者。法律上之反射利益，盡人皆能享受，權利所歸屬之主體，則以特定人格者為限。蓋法因社會而生，社會生活，實又賴於人類以共存；次之，法律上之權利，就現代社會生活言之，人類固應有均等享受之機會，實則一切之權利，不必盡人皆時時立於享受之狀態，至人類之意思力，則又係實現權利之手段也。

(2) 權利乃法律上之力。法律上之力，其義有二，一為法律上所容許之可能狀態，一為對於其可能狀態，亦僅能就其力之所及為限。蓋法律上之動態安全與靜態安全，及依法而得以發生之積極消極功能，均有賴於法律而後始能表現，即權利之原動力與其所為之最後保障，既基於法律所賦與，自得解為權利乃法律上之力。然法

享受權利
屬於特定
人格者

權利乃法
律上之力

權利之分類

本質上之分類

人格權

債權

物權

準物權

律上之力，亦有定限，逾越其範圍，即屬於權利之濫用，（德民二二六條，瑞民二二條中民一四八條參照）申言之：法律上所容許之權利，不僅在謀個人生活之完滿，對於社會生活之全部，苟未顧及，亦與人類之具足安全相背故也。

第二 權利之分類 民法上之權利，固屬於私權利，然單就私權言之，亦得為種種之分類，析述如次：

（一）以權利之本質為標準所為之分類 得屬於此種分類者，其數較多，更析言之：

（1）人格權 以保護權利人本身之人格為內容之權利，謂之人格權。例如生命，身體，姓名，自由，名譽等權利是。

（2）債權 請求特定人行為不行為之權利，謂之債權，如約定他人為一定給付之行為是。

（3）物權 直接存在於物上之權利，謂之物權。所有權，（七六五條參照）抵押權（八六零條參照）等均屬之。

（4）準物權 以權利視為物體，而與物權受相同待遇之權利，謂之準物權。權利質權

親屬權

(九〇〇條參照)，權利抵押權(八八二條八八三條參照)等均屬之。

(5)親屬權 基於親屬關係人之身分而生之權利，則之親屬權。但親屬關係人之相互間，恒有種種之維繫目的，故基於親屬關係而生之權利，亦得分別觀察之，其富有債權性質而以親屬關係相對人之行為為目的者，如扶養請求權(一一二四條以下)是其富有物權性質，而以管理親屬關係相對人之財產為目的者，如財產管理權(一零八八條參照)是。其富有形成權之性質而以一己之行為，發生法律上之特定效果為目的者，如非婚生子之認領權(一〇六五條參照)是。

繼承權

(6)繼承權 存在於繼承人地位而發生之權利，謂之繼承權。例如繼承開始後，繼承人對於被繼承人，所生之繼承權利是。

能權

(7)能權 以一己之行為，而有引起法律上一定效果之可能性之權利，謂之能權。選擇權，解除權，撤銷權等，在未行使前之本質屬之

社員權

(8)社員權 社團法人之社員，對於其法人所有之權利，謂之社員權，如出席會議，分受紅息等權利是。

工業所有權

權利與權
利主體爲
不可分性
時之分類

身分權

專屬權

(9) 工業所有權 對於精神上所產生之無體物而存在之權利。謂之工業所有權。如特許權。商標權是。

(二) 基於權利與其主體之不可分性而爲之分類 無主體之權利，不能存在，已爲一般所承認，故吾人於說明權利本質之際，即謂權利須屬於特定人格者，似此則有主體之權利與無主體之權利之分類，已難存在，自不容疑。茲僅就權利與其權利主體之不可分性而言，得分類如次：

(1) 身分權 特定之人格者，在現代社會生活上，固均有享受權利之資格，至權利之存在，須與具有一定身分之人格者相結合時，則屬於身分權問題。換言之：單純之人格者，不得享有之權利，必以一定身分之人格者爲限，始得享有之權利，謂之身分權。例如親權夫權是。

(2) 專屬權 權利有富有移轉性者，有不容移轉者，其以附着於享受權利之特定人格者爲限，而不容許移轉之權利，謂之專屬權。前述之身分權人格權，固屬於專屬權，他如終身定期金之債權亦屬之。

權利目的
上之分類

財產權

非財產權

權利效用
上之分類

支配權

請求權

(三)基於權利之目的所爲之分類 權利固有賴於法律上之力以援助其實現，至法律上判定權利之目的，則不外係滿足人類社會生活之需要，以人生之需要爲基本而說明權利之目的時，則可析爲財產權與非財產權兩種述之：

(1)財產權 以滿足經濟上之需要爲目的之權利，即得同解爲財產權，其最顯著者如物權，債權是。

(2)非財產權 人類社會生活，不單以經濟上之需然爲限，故人生於經濟上之需要外，以滿足其他需要爲目的之權利，得解爲非財產權，如身分權，人格權是。

(四)基於權利效用所爲之分類 各種權利，均有其存在上之效用，概括言之，得析述其效用之上分類如次：

(1)支配權 對於權利之客體，得以直接顯著其支配效用者，謂之支配權，支配權之特色，在於不需要他人之行爲介入，即得繼續實現其權利之目的，人格權，物權，準物權，工業所有權等，均有此類支配效用。

(2)請求權 請求他人爲一定行爲或不行爲之權利，謂之請求權。其請求行爲，有寓

形成權

有經濟效用者，有不然者，前者如價金減少請求權是。(二二六三條)後者如親屬編之認領請求權是。至請求之原因，有因支配權之被侵害而發生者，亦有不然者，前者如民法七六七條之物上請求權是，後者如債權是。

(3)形成權 依一方之單獨行爲，得以引起法律關係上之效果之權利，謂之形成權。有稱爲能權或能爲權者，亦有稱爲變更權者，此種權利，在未行使以前，僅有引起法律關係之效果之可能性，迨一經行使，則形成一種法律關係上之特殊效果，至其所形成之法律關係，亦有種種之狀態，其得以創設某種法律關係者，如無權代理之承認權是。其得以變更某種法律關係者，如選擇權是。其屬於消滅某種法律關係者，如撤銷權解除是。

權利相互
關係之分
類

原權與救
濟權

(五)基於權利相互關係所爲之分類 甲權利與乙權利相因而生時，卽能就其相互關係而分類如次：

(1)原權與救濟權 救濟權乃對於原權而言，其特色在於他權利被侵害時，而後顯著其救濟上之效用，救濟之方法，或爲回復原狀，或爲請求賠償，(圓)分別情形定之，

如債務不履行之損害賠償請求權是。

(2) 主權利與從權利 從權利乃對於主權利而言，其特色在於附隨於他權利而後始能成立，附隨於他權利而存在後，縱謂其有時得以獨立存在，但兩則之發生，仍有主從關係，如利息與原本是。

絕對權與
相對權之
分類不當

權利之分類，究應以何種標準為當？在學說上尙非一致，然權利之種類問題，重在相互比較以明瞭其特性，故上述之五種分類，亦係就其相似而實有不同者言之，乃藉以作研究上之標準而止，他如絕對權與相權對之分類，則因權利之不可侵性，是否物權所獨具，竊不無疑，故略之。(註)

(註)日人大谷美隆氏民法總論講義二十四頁同氏民法論集權利之空間效力論末弘氏民法講話上卷九十三頁以下參照

(六) 民法上之義務

第一 義務之本質 應為一定作為或不作為之法律上拘束，謂之義務。其要點得析述如

次：

民法上之
義務
義務之本
質

義務與責任

義務之分類

公法上義務與私法義務

積極義務與消極義務

對立義務與孤立義務

通常義務與間接義務

(1) 義務有拘束性 至實現其拘束性之負擔力，則屬於「責任」問題，二者不必僅同

(2) 義務內容之拘束力 乃由法律上之規定而發生。

(3) 義務之實現，為義務人之行為，其行為得分為作為與不作為兩種。

第一 義務之分類 義務因其拘束性之內容範圍不同，得析言如次。

(1) 公法上之義務與私法上之義務 民法上之義務，屬於私法上之義務。

(2) 積極義務與消極義務 以義務人之作為為內容者，謂之積極義務。以義務人之不作為為內容者謂之消極義務。

(3) 對立義務與孤立義務 履行義務，有權利相對者，謂之對立義務。此種義務，恒

為權利之反面，故其內容性質範圍等，亦常依對應之權利定之。反之履行義務，並

無對應之權利存在者，謂之孤立義務。如雙方登記時，登記義務人之義務是。

(4) 通常義務與間接義務 通常義務，有拘束性，間接義務，則義務人為其行為與否

，得以自由。通常義務，不能免除，間接義務，於為其行為時，則有利益狀態，不

為其行為時，亦僅有法律上之不利益狀態而止。

第三 民法與權利義務之關係 社會生活中之私生活，既應由民事法以構成，同時即應受民事法之支配，爲使其由事實關係以移於法律關係，於是民法以法之豫定目的，鑄成生活上之典型，爲顯著既成典型之價值與運命，復制成各種之權利義務，故民事法上之權利義務，乃與民事法有不可分性也。然民法上之規定，雖係分別成條，得因適用之次數發生同一效果，即同一之權利義務發生以後，其法之妥當性，仍離於被適用之事實而獨立存在，此種情形，恰與製造物件之模型相同，蓋同一之物，得由同型面生，既鑄之物，一與模型相離，其模型仍屬獨立存在也。

本論

第一章 法例

(一) 民法之法源

法之淵源一語，其義甚多，有解爲拘束力之所由生者，有解爲獲得法律智識之材料者，有解爲構成法規內容之材料者，有解爲得以認識法之存在之材料者，吾人以最後一義而解釋民法之法源時，則不外指民法之成立淵源而言，茲析述之：

成文法

第一 成文法 成文法亦稱制定法，乃國家有權機關依立法程序以文書作成之法。蓋因

規定社會生活之法規，其意義及內容，於可能範圍內，均應求其明確精當，此成文法之所以必要也。惟立法既有一定程序，則是否現行有效之成文法。審判官於適用之際，既有審查之權限，亦有必須審查之義務，所謂法律之審查 *Legal Review* 是也。次之就民法之成文法而言，則最主要者，當係民法法典，此外民事關係之特別法，亦屬之，他如基於自治立法權，其所制定之自治法規中而與民事有關者，在一般通說，亦解爲民法法源之一。

習慣法
意義
種類

習慣法拘
束力之根
據

慣行說

法的確信
說

第二 習慣法 習慣法乃基於慣行事實經國家承認而後存在之法，習慣之種類，以地域為標準時，得析為一般習慣與局地習慣，以人為標準時，有普通習慣與特別習慣，以時為標準時，既可分為新近習慣與永久習慣，以形式為標準時，又可析為成文習慣與不文習慣，不問其慣行之發生情形如何？其得以成立為習慣法之基礎則一。茲更就習慣法拘束力之根據及其成立要件與效力等分述如次：

(i) 習慣法拘束力之根據 習慣法得以發生法鎖拘束之理由安在？說非一致，更析言之：

(a) 慣行說 某某事項，其解決方法，既有反覆繼續遵行之沿革性，則即得依據其有慣行歷史而發生法律上之拘束力，故曰習慣法之拘束力根據，即慣行是也。此說既不啻以問答問，且果如其說，亦將與禮義習俗等自由規範，毫無所別，自難置信。

(b) 法的確信說 此乃歷史法派者之主張也，即以爲一國之法，不外一國國民精神之表現，乃基於其內心之自然確信其有拘束力而生，故曰一定之習慣，乃因人民確信其有一定行爲不行爲之權利或義務，故生法鎖拘束。然果如其說，則人民慣行上之

誤信，亦可賦與以法之效力，故此說雖能就習慣法之實質方面，言之成理，而對於其拘束力能產生法的效果之原因，則仍嫌未當。

(c) 法定要件說 法律以成文形式豫定習慣法之成立要件，此乃習慣而取得法鎖拘束之直接效果，故合於其豫定要件之習慣，即能發生拘束力。然實際上察之，習慣法之產生，并非以基於成文法之豫定要件為限，即國家縱令對於習慣法之成立，不設要件時，亦得成立，果如其說，則成文法上未豫定習慣法之成立要件者，將不得承認其有習慣之存在矣，自亦顯有不當。

(d) 國家承認說 法之援助其實現，乃以國權為最後保障，故就現代社會生活言之，一切之法，苟與國家觀念相難，均難成立，關於此點，不問其為成文法或不成文法，均無所異，故習慣法之發生拘束力，實亦因國家承認而然，道德禮儀與單純之習俗等，其與習慣法相異者，其主要原因，亦即在此。但所謂國家承認云者，並非謂國家對於一切之習慣，均立於具體狀態而現實承認之意，乃因習慣法而得受國家之最終判定者，即得發生習慣之法鎖拘束也。

習慣法之成立要件

(2) 習慣法之成立要件 習慣法之成立，依通行見解，均謂其須具備左列四要件，更析言之：

須有習慣存在

(a) 須有習慣之存在 習慣之存在，乃指慣行而言，即同種事件之解決方法，於多數人間在長久時期內，有同一行為不行為反覆繼續之存在是矣。所謂多數間，如一定集團之民衆，一定之行政區域，一定之職業團體等是。至究應經過若干年月，始得謂爲長久時期，則不外以社會觀念決之。

須有法的價值

(b) 須有法的價值 剖解習慣之內容，須具有法的規範性之社會價值，始得成立習慣法。故法的價值一語，得就兩方面觀察之，即：(1) 在價值上之考察，其慣行之內容，既適於社會生活，並能保存其遵行習慣者權義關係上之具足安全是。(2) 在事實上之考察，其慣行已博得一般人之信仰是。蓋社會上之慣行甚多，不得一律自爲習慣法也。

須與公序良俗不背

(c) 負不背於公序良俗 公共秩序，乃指社會生活上之普遍靜態安全而言，善良風俗，乃指社會內部之普通道義觀念而言。習慣法須與此二者均不相背而後可，我民法

須爲法所
明認或欠
缺

習慣法之
效力
習慣法效
力之發生
時期

習慣法得
改廢成文
法否

第二條並明訂此旨，自不容爲相反之解釋。

(d) 須爲法所明認或欠缺之事項。習慣之是否爲法？既仍應本於國家之意思，茲就我民法言之，則其情形有二，即法令所明認或欠缺之事項是，其在法文上明白承認習慣法得以優先適用者，如七七六條七七六條七八四條至七八六條等是，其因法文上之規定有欠缺而承認習慣法之補充效力者，我民法係於第一條，則設有概括之規定。

(3) 習慣法之效力。習慣法之效力問題，得析爲左之三端述之：

(a) 習慣法效力之發生時期。習慣法之效力，究應於何時發生？此乃極難解決之疑問，若以爲法院之適用，始生效力，則既有司法官參與立法權之嫌，並與習慣法於法院未適用前，已發生靜態安全效力之情形相背故依吾人見解，則以爲習慣性之效力，應於得受國家判定之際，爲其效力之發生時期。

(b) 習慣法不得解爲能改廢成文法。依純理言，成文法與習慣法，既均爲民法之法源，則依後法優於前法之原則，解爲習慣法得以改廢成文法，亦無不可，惟我民法乃

明定民事法律無規定者依習慣，故只能解爲於明認其優先效力之法定情形外，僅能解爲有補充效力，即不得以習慣法而改廢成文法是也。

(4) 習慣法之證明與職權調查 依民事訴訟法第二百七十一條之規定；習慣除當事人有舉證之責外，法院亦得依職權調查之，似與則習慣法之有無及其效力若何？亦得以當事人之證明或職權調查之結果決之。

第三

理法

理法一語，在民律草案，稱曰條理，現行民法，稱曰法理，依吾人見解，

以理法二字較當，蓋單純之條理，有得以容許其存在，而不必令其發生拘束力者，如通行之禮儀，不得謂其對於人類行爲之節文表現，毫不合於條理是。次之稱曰法理，解釋上亦生疑義，如以爲係法律上所暗藏之原理，則屬於法之解釋問題，而不得目之爲法源，若以爲一般法理，則成文法與習慣法之基本理論，亦包括於其中，若謂爲係：「千古不變東西不移之法理」及：「超越於成文法及習慣法以外之不變法理」時。此種不變法理何在？殊難肯定。無已只能就：「法理」得以成爲民法法源之原因言之，此項原因，不外兩端：一爲成文法與習慣法之適用，有時而窮；一爲

民事不得以法無明文，拒絕裁判，似此則「法理」之能立於法源地位者，一方爲救濟民法適用上之窮，一方面在對於不能以民事成文法及民事習慣法解決之事項，謀一解決之道。似此則吾人之信爲：「理法」者，不能單被個人之智情意所束縛而求其主觀判斷，應因時因地因事而求其客觀上得以存在之社會妥當性也。此種妥當性，有謂爲：「法律所根據之原理，即不背於法之統一性或秩序性」者，吾人則以爲法理既應解爲理法，則理法僅能謂之爲法律得以根據之原理之一部而止。

條約法

第四

條約法

國際條約，其有關於民事者，例如通商條約工業所有權條約等，得爲民

法之法源與否？學者間爭論亦多，蓋條約乃以多數國家爲主體而締結之契約，其當事人既爲國家，則約成之日，僅能拘束締約國之本身可知，似此則締約國欲以條約內容拘束其國內之人民，尙須以該條約制定爲法律之一而後可。然自他方面言之，亦有謂締結條約權之內容，即含有國法之制定權，既經締結之條約，一面即能對於締約國發生國際法上之關係，他方面亦即與國內制定法之效力相同，而能拘束其國民。自理論上言之，國家意思之決定，既有統一性，自能發生對於國民之拘束力，然意思決定之

際，僅有締約國之了解，對於人民發生拘束力者，尙應使人民得以知悉，此種使人民知悉之方法，即條約內容之公布是矣。公布即係國家所決定之意思，復對於國民所爲之表示，故條約以公布而得爲民法法源，自無不當。

協約規範

第五 協約規範 特定團體所協定之約款，對於其所屬團員有規範性，而潛存於其團體內部之自治法則，得解爲協約規範，德法學者 *Cartmann*、*赫里托曼* *Hedman*、*赫德滿*等，近亦主張其有法的本質，其發生原因，乃爲防止契約自由原則所生之弊竇，故得解爲係由社會經濟地位較弱者之力謀團結而然，然此類協約規範之中，其與民事有關係之內容，得據爲裁判規範之法則與否？實不無疑，而此類狀況，其將逐漸發展，亦屬必然之現象，故就現行民法而言，得解爲以其對於成文法無顯著衝突者爲限，亦得爲法源之一云，

第六 判例 法制未備之時期，司法官恒兼有立法權，其所下之判例，即日爲審定法而

與法律無殊，故 *Matte*、*馬因氏*曰：「法律非由原則而生，乃積各事件之判例而成原則」，似此則係以判例爲法源可知。英美法系，至今對於法院判例，仍視爲法源之一種，

民事文件
之作成及
解釋
民事文件
作成上之
限制

須以親自
簽名為原
則

不親自簽
名之例外
方法

故有判例法 *Chrydemade Law* 之稱。大陸法系則否，我國亦係採取成文法主義，自不能與英美法採取同一見解，然習慣之存在，常因判例而證明，其同一判例，屢經援用，亦得成爲習慣法，則實難否認也。

(二) 民事文件之作成及解釋(三條至五條)

第一 民事文件作成上之限制 依法律之規定，有使用文字之必要者，其文件之作成，須分別情形，遵守一定之限制如次：

(1) 民事文件，須以親自簽名為原則 作成文件，一則須有文字之寫錄，再則須表明其權義上之負責主體，三則須表明其守而不失之確信觀念。然寫錄事項有由本人自寫者，有不能自寫者，亦有爲便利計而由他人代寫者，其情形如何？在所不問，均須自行簽名。即自行寫錄者，固須親自簽名，其由他人代寫者，更須自行簽名也。

(2) 民事文件簽名之例外 簽名得以代替方法爲之，即：(1) 以印章代簽名者，其蓋章與簽名發生同一效力(2) 以指印十字或其他符號代簽名者，則須另有簽名負責之證人以證明之，始能生效。(德民一二六條，瑞債一三條一五條舊民草一八九條至一

民法第三條之不當

九一條參照)

上之所述，乃我民法第三條之規定，惟該條第一項有：「依法律之規定有使用文字之必要者……」一語，故嚴格言之，則當事人自由約定使用文字之情形，似即可不遵守此種限制，實則不然，蓋本條立法主旨，乃重在保證文字之確定，藉以防止偽造變造及其他糾紛，故一經使用文字以作成文件，不問其基於法定與約定，均應同受限制也。(瑞債十六條二項俄民二十八條舊民草一九三條一項參照)

民事文件之解釋標準

第二 民事文件之解釋標準

民事文件因發生疑義而確定其真意所在之標準，即得謂係民事文件之解釋標準。民事當事人之意思表示，原不應拘泥於所用之文句，而應探求當事人之真意。(九十八條參照)但意思表示之文句有接觸，而又不能決定當事人之真意者，民法設有左列標準以解決之：

應以文字為準

(1) 關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準。(四條)

應以最低額為準

(2) 關於一定之數量，以文字或號碼為數次之表示者，其表示有不合時，如法院不

能決定何者爲當事人之原意，應以最低額爲準。(五條)(新票據統一法第六條比照)

第二章 人

人與權利
主體

類乃唯一
之權利主
體

權利主體
之意義

(一) 人與權利主體

第一 人類乃唯一之權利主體 法律乃人類生活中規範法則之一，而現存法律，仍未與權利中心之觀念相離，故權利之歸屬主體，卽爲人類。換言之，權利必歸屬於人，無主體之權利，究難存在，而人類卽爲唯一之權利主體是也。

第二 權利主體之意義 權利主體，有僅指某特定之權利人而言者，亦有指一般得爲此種權利人之資格者而言者，此之所謂權利主體，乃指後者而言。現行民法所認許之權利主體有二，卽自然人與法人是矣。古昔羅馬之奴隸，縱屬自然人，因不認其有權利能力，故仍無權利主體之資格，時至今日，則以平等享有此種資格爲原則，自不因身分宗教男女年齡之不同而有差異。至若法人，得就其權利主體之資格而發生種種限制者，則因法人究係非自然人而認其有人格者，故就法人之本質言，乃與自然人有異故也。

民法上之
權利主體
為私權主
體

人與權利
能力

權利能力
之意義

第三 民法上之權利主體為私權主體。民法上之人，其立於權利主體之地位而享有之權利，限於私權，故民法上之權利主體，亦得解為私權主體。蓋因人之靜態動態，有屬於事實上者，有屬於法律上者，有屬於民法上者，有對於其他法律發生法律效果者，其一動一靜之人體，雖無所異，而其有無效果及其所生之影響如何？則屬不同故也。至在民法上。得為權利主體者，同時即得為義務主體，更不俟言。

(二) 人與權利能力

第一 權利能力之意義 得歸屬(享有)權利之法律上資格，謂之權利能力。法律上之得以為人，即以此為主要原素，故亦有解釋權利能力，為法律上人為之資格者。茲更析述其要點如次：

(1) 權利能力，乃人在法律上之資格，故不得直以權利能力，解為權利。

(2) 權利能力，既係法律上之資格，故其得以享有之狀態，乃由法律所創設。

(3) 權利能力，不得與權利主體相分離，而權利之本質，既非意思之支配力，亦非法律所保護之利益，故享有權利能力之權利主體，既不必為有意思能力之人，亦不必在

權利能力
不可與行
力與相混

權利能力
為強行規
定

實際上為享受利益之人。

第二 權利能力不可與行為能力相混 因自己之行為，能發生一定效果之法律上資格，謂之行為能力，若與權利能力比較言之，雖同為法律上之一種資格，但就上列諸點而言，則可知二者不容相混，茲析述之：

(1) 權利能力，不以有法律行為能力之存在為前提要件，行為能力，則恒以有一般權利能力之存在為前提要件。

(2) 權利能力，不以有事實上之意思能力為必要，法律行為能力，則以具有意思能力為必要。

(3) 權利能力，乃指其得立於權利義務主體之資格而言，行為能力，則係指其得以一己行為，有取得權利能力負擔義務之資格而言。

第三 權利能力之規定為強行規定 民法上關於權利能力之規定，為強行規定，自不許任意違反，民法第十六條，雖僅言權利能力，不得拋棄，然其不得以一己意思，自由限制讓與或創設，自亦可為擴張解釋也。

自然人之
權利能力
之發生

權利能力
發生之原
則

胎兒須全
部脫離母
體

第一節 自然人(六條至二四條)

(一) 自然人之權利能力

第一 權利能力之發生一人之權利能力，始於出生，：(第六條前半)此原則也。「胎兒則以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲已出生」(第七條)茲更析爲：

(一) 權利能力發生之原則及：(二) 胎兒之利益保護二者分述於次：

(1) 權利能力發生之原則 自然人之權利能力，乃與其出生同時發生，至所謂出生云者，乃指胎兒全部脫離母體並能獨立生存之狀態而言。故須具備左之要件：

(甲) 胎兒須全部脫離母體，胎兒全部脫離母體，始爲出生，乃羅馬法以來一般承認之通則，(德民十一條瑞民三十一條比照)我國民律草案第五條，亦曾以明文定之。然近代醫學發達，竟有謂未與母體分離前亦能獨立呼吸者，因其既能於母體中獨立呼吸，即不外胎兒之本體，已能獨立喚起其血輪之流行，當爲獨立之有機體，故得解爲獨立呼吸之際，即係胎兒已能生存。(岡松博士人之始終謂文參照會載內外論叢紀念講演集六九頁以下)然民法上規定人之出生，乃以其加入社會生活團員之一，

出生後須
尙能生存

出生之證
明

胎兒之利
益保護

即由此而始，既與研究生理學之目的，不能一致，亦與研究刑法之注重於外部侵害之事實者，其義亦異，故單由生理上之人，何時始能爲法律上之人格者而言，究以全部脫離母體之際，始爲出生較當也。似此則所謂：催生說，一部出生說，頭部出生說，獨立呼吸說及斷臍帶說等，以之解釋民法上出生之意義，均微嫌不當。至出生之脫離母體，原爲自然事實，並非法律行爲，自不問其爲早產流產或由於人爲而脫離母體，均與出生之本旨無關也。

(乙)胎兒須脫離母體而尙能生存 胎兒與母體分離，苟已不能生存，則爲死產兒，自仍不能論爲出生，故出生以後，至少必須有一息之生存，始能爲享有權利能力之主體，至其生存時期之久暫，既可不問，縱爲畸形兒或孿生子亦屬無妨。

出生之要件，既如上述，至出生之證明方法，固得以戶籍簿之記載爲最有力之證據，但法律上並無一定之限制，故依醫師產婆及其他材料之證明，認爲與實際相符合者，亦不得謂其證明毫不足信也。(石田文次郎民法總則五十四頁以下參照)

(2)胎兒之利益保護 人之權利能力，始於出生，則已成孕而未出生之胎兒，原不

胎兒以將來非死產爲限視爲已出生

胎兒利益予以概括保護

權利能力之終止

過母體之一部，自難謂其已構成法律上之權利主體，然胎兒之利益，則非無保護之必要，茲就我民法第七條之規定，析述其要點如次：

(甲)胎兒以將來非死產爲限視爲已出生。胎兒在母體中，既已能受民法第七條之保護，其生而爲死體者，則又不得視爲有出生之事實，故產生後之有無其生前之利益保護問題，非因其生而爲死體，始追溯而失效，(法定解除條件說)乃因其生而爲生體，始能追溯而享有生前之利益保護也。(法定之停止條件說)

(乙)胎兒之個人利益係予以概括之保護。胎兒出生後，其生前之利益保護，有個別保護主義與一般保護主義之分，前之主義，日民法採之。(日民七二一條九六八條九九三條一〇六五條參照)我民法則關於其生前之一切利益保護，乃採取羅馬法以來之概括保護主義者也。

第二 權利能力之終止。自然人之權利能力，因死亡而終止，我民法仿瑞民(瑞民三一一條)之例，於第六條亦明訂之，所謂死亡，當係指生活機能，完全斷絕之狀態而言，即醫學家所謂呼吸及心臟完全絕止之時期是也。自然人權利能力之終止，乃以死亡爲

唯一之原因，其經死亡之宣告者，乃法律上因一定時期之生死不明者，恐其權利關係，永不確定，徒滋紛擾，故推定其爲死亡而止，（八條）苟被宣告死亡者，實際上尙屬生存，則其權利能力，並不因其宣告死亡而終止也。至若確係死亡與否之證明問題，除民法第十一條因同時遇難，不能證明其死亡之先後者，推定其爲同時死亡外，其他情形，常由主張某人死亡之有利益當事人，負證明之責，因此乃舉舉證之一般法則故也。

外國人與
權利能力

外國人之
意義

（二）外國人與權利能力

第一 外國人之意義 無中國國籍之自然人，（外國法人問題，俟於法人中另述之）得統

稱之曰外國人。依此解釋，則應注意之點有三，即：（a）有中國國籍，同時亦有外國國籍之二重國籍人，仍爲中國人。（b）既無中國國籍，亦無外國國籍之無國籍人，則爲外國人。（c）既無中國國籍，縱有二重之外國國籍，亦得解爲外國人。至有中國國籍之標準，則不外以國籍法上之國籍得喪定之。

第二 外國人於法限制內有權利能力 外國人與權利能力問題，因時代上及對外思想

外國人於
法限制內
有權利能
力

之變遷，今昔異致；賤外主義及排外主義，固不屑或不欲賦與外國人以權利能力，即相互主義之觀念，亦係因對特定外國人，有利害關係之交換意義而生。前之情形，在今立法上，殆已絕跡，後之情形，如法墮民法之以條約相互主義或法律相互主義而規定外國人之權利能力者是，但就現代立法例及裁判上之解釋趨勢而言，則大體以平等主義爲原則矣。我民法施行法第二條所謂：「外國人於法令限制內有權利能力」云者，亦得解爲符於此近代立法之原則者也。蓋權利能力，不啻法律上得以爲人之資格問題，若因其有外國國籍或無國籍，遂不認其有此能力，即不啻否認其爲人而禁止其爲社會生活上活動之一員，於國際交往頻繁之今日，既屬事所不能，在理論上亦屬不當故也。然既爲外國人矣，祖國異國之觀念既異，利害上之影響即殊，故一切之民法上權利，均以中外一體待之，而令任何外國人，對任何私權，均能一律與中國人爲同一之享有能力，自亦有礙於本國人之利益。故對於平等主義之原則，常設以例外之限制，就現行法言之，如外國人不得享有漁業權（漁業法第三條二項）及土地法對於外國人享有土地權利之限制（土地法第十六條第十七條）等是。（日文法學新報第十四卷二號

中村氏外國人之私權享有論文參照)

第三 敵國人權利能力之理論與實際 戰爭中之敵國人，不能與平時之外國人相同視，此乃國民與國家觀念之必有現象，但就理論上言之，戰爭中之敵國，乃外國國家，並非敵國之人民。故敵國人民，縱於戰爭狀態之下，亦不宜一律絕對限其權利能力。因之在嫉視敵國人之觀念下，固曾盛行絕對禁止敵國人權利能力與禁止敵國人交易之方法，以今之國際法理論而言，則反有不合，故今之國際法者，則恒爲敵國人在戰爭中，除爲保護本國利益之必要限度外，仍許敵國人其居住營業之自由，此即所謂由戰時絕交主義進化爲對敵貿易自由主義是也。但前次歐戰，則各國仍多採絕交主義以待遇敵國人，故對於敵國人之權利能力問題，當視實際上宣戰後所頒之法令如何？以定之也。(日文國際外交雜誌第一卷九號山由氏外國人之私權享有論文參照)

(三) 自然人之死亡宣告

第一 死亡宣告制設立之原因 自然人之權利能力，其開始異終止，既純繫於其人之生存或死亡，則其或生或死，影響於其身分生活及經濟生活者自鉅，設生死不能分明，

即其身分上與財產上之關係，永難確定，法律上如果容許不確定之狀態，永久存在，則不獨直接有害於個人之利益，而其牽連所及，並能妨害社會生活之公共福利，故近世立法例，恒對於生死不明之人，以一定期間及其他條件之完成，則推測其為已死，並宣告於一般人，以明其已非權利主體，死亡而有宣告之制者以此。

死亡宣告制之比較

第二 死亡宣告制之比較 死亡宣告，究應分期為之？抑應劃一定之？在制度上恒非一致，茲分述之：

法國制之三期推定法

(1) 法國制對於自然人之死亡宣告，分為三期，一為失蹤推定之時期，經過失蹤之推定後，即由法院為之設立管理人以保管失蹤人之財產。二為失蹤之宣告時期，由失蹤人之繼承人聲請法院為之，一經法院之宣告失蹤，其繼承人即可對於失蹤人之財產，實行假占有。三為死亡之推定，即自失蹤宣告後已滿三十年或失蹤人已滿百歲時，得更由假占有人之請求而確定其財產關係是。(菅原脊二民法總論上卷一八一頁至一八二頁參照)

德國制之劃一推定法

(2) 德國制之劃一推定法，乃純以失蹤人經過一定失蹤之期間，即對

失蹤人爲死亡之宣告，受死亡之宣告者，即以判決內所確定之死亡日期，推定其爲已死，而失蹤人之法律關係，亦即由斯以定。

上述兩種制度，自以德制爲優，因分期而爲死亡之逐漸推測，其利害關係人之法律關係，仍有相當時期，不能確定，且對於未經宣告死亡之失蹤人，而發生與死亡人之相同效果，亦嫌未當，故不若直接用劃一之推定方法，一經死亡宣告，即立於確定之狀態，反較明切，我民法乃大體採取德國制之劃一推定方法者也。

死亡宣告
之要件

第三 死亡宣告之要件 何種情形？始能宣告死亡？宣告死亡，須由何種機關及經過如

何之程序爲之？在法律上均有明定其完成要件之必要，茲依民法第八條規定，析述其要件如次：

須爲生死
不明之失
蹤人

(一)須爲生死不明之失蹤人 人之失蹤，不僅以其離開向來之住所或居所爲已足，並須蹤跡不明之人，已立於生死不明之狀態而後可，此種狀態，即指以吾人之理智推測，已不能證明其有生存之情況而言，並不必在積極方面，須另有確定失蹤人業已死亡之明證也。次之，以推測觀念而確定失蹤人之生死不明，究應以一切人均已對於

失蹤人信其已不生存爲準？亦僅以利害關係人及法院之信其已不生存爲已足？寧從後說。

須已達一
年之失蹤
期間

(二)須已達於一定之失蹤期間 此項失蹤之經過期間有三，即在通常狀態，須失蹤後，已滿十年，如失蹤人爲七十歲以上者，僅須滿五年，其失蹤爲遭遇特別災難者，則僅須滿三年是也，(德民十二條至十七條日民二十七比照)似此則失蹤人之失蹤狀態，業已確定者，亦僅係因失蹤而得以聲請宣告死亡之起算期間，在未完成此類法定期間以前，仍不能即時聲請宣告其死亡也。

須經利害
關係人之
聲請

(三)須經利害關係人之聲請 此之所謂利害關係人，乃指因失蹤人之宣告死亡，即對之在法律上發生利害關係者而言。所謂利害關係，其基於身分關係或單純之財產關係。既非所問，則利害關係人，即不限於失蹤人之配偶或其繼承人，申言之，即失蹤人之債權關係人，亦不失爲有利害關係也。因之利害關係人之聲請，得解爲係有聲請之權利。

須經法院
宣告

(四)須經法院宣告 死亡宣告，固非職權行爲，但既因聲請人之聲請宣告死亡，法

死亡宣告
之效力

死亡宣告
效力之發
生時期

立法例之
比較

院即應依民事訴訟法之死亡宣告程序決之，似此則未經宣告死亡，自不得以利害關係人之單純聲請，即生效力。

第四 死亡宣告之效力 死亡宣告之效力，其應注意之點有三，一為效力發生之時期，二為死亡宣告效力之內容，三為死亡宣告效力所及之範圍是。更析言之：

(一) 死亡宣告效力之發生時期 死亡宣告，既係確定自然人死亡之一種制度，故究應以何時為死亡？立法例亦非一致，其以宣告之時或宣告確定之時，為死亡之時期者，如俄民第二條及德民第一次草案第二一條是。其以最後之音信或危難發生之時為死亡之時期者，如瑞民第三十八條第二項之規定是。其以失蹤期間終了之時，為死亡之時期者，日民第三一條及德民關於普通失蹤之規定採取之。此三種主義中，單就第一主義言，固易使法律關係，期於簡明，然聲請有遲速，法院之進行程序，亦有勤怠，或遲或速，一勤一怠，即可左右人之死亡時期，自屬不當。又之，單就第二主義言，其所謂最後音信或危難發生，當純係事實問題，以事實上之證明，確定其死亡之時期，因不無所長，然最後之音信及危難之甫發生，其當時尚係失蹤人之生存期間，自有

悖於真實，此其弊也。次之聲請宣告其死亡，尙須經過法定年限，乃於宣告死亡之時，反以追溯方法回算其以前之期間，業已死亡，是不獨有與失蹤期間規定之本旨相反，即第三人亦得因此而蒙意外損害，此其弊二也。故比較言之，以第三主義爲當，因其既無第一主義與第二主義之所短，其宣告死亡之時與失蹤期間終了之時，所距尙不甚遠故也。我民法第九條之規定，即係採此主義，故一則曰：「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推事其死亡」，再則曰：「前項死亡之時，應爲前條各項所定期間最後日終止之時」。但又應注意者，此項確定死亡之時日，既屬法律上之推定，則另有反對證明者，自亦可不適用此規定，而以真正死亡之日時，定其死亡發生之時日也（九條二項但書）。至二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡。（十一條）

（二）死亡宣告效力之內容 死亡宣告，既經法院認定其某日爲死亡之日，則其所認定者，究應：「視爲死亡」，亦應定爲：「推定死亡」，在立法例上既不一致，其效果亦迥然不同，蓋如仿照日本民法第三十一條之規定，而視爲死亡，則其宣告之效力甚強

死亡宣告
效力所及
之範圍

失蹤人之
財產管理
與死亡宣
告之撤銷

。申言之：宣告其死亡以後，縱失蹤人確有尙係生存之明證，在未撤銷其死亡之宣告前，仍不能推翻其已宣告之效力，反之如德瑞民法（德民一八條瑞民二八條）之規定，僅係推定其死亡時，則宣告死亡後，在未撤銷其宣告前，果另有失蹤人尙屬生存之反對證據，即可推翻其已宣告爲死亡之效力，而人之或生或死，其影響於其本人與利害關係人之牽連甚多，就法律應符於實際之點而言，自以德瑞民法之立法例爲優，故我民法從之。

（三）死亡宣告效力所及之範圍 死亡宣告之效力，就其對人效力而言，當有絕對性，即不僅聲請宣告死亡者，受其宣告之效力拘束，即對於聲請人以外之一般人，亦能發生其效力。次之就其對於法律關係之效力而言，則解說尙未一致，有以之解爲對於財產關係，一律發生變動，而對於身分上之法律關係，則加以相當限制者，（德民一三四八瑞民一〇二參照）有解爲財產關係身分關係，均因之消滅者，我民法關於此點，並無明文解釋上，則宜以及於一切之財產關係與身分關係爲當。

第五 失蹤則之財產管理與死亡宣告之撤銷 失蹤人失蹤後未宣告死亡前，得發生失蹤

人之財產管理問題，死亡宣告後，因確有撤銷其死亡之原因，法院亦得據利害關係人之起訴，撤銷其死亡之宣告，前之情形，係定於非訟事件法，後之情形，亦屬於民事訴訟法上之問題，茲從略。

行爲能力

意義及界限

第一 行爲能力之意義及其界限 人之行爲，在法律上得以發生一定效果之資格，謂之行爲能力，前已言之，（前三七頁參照）但民法上之行爲能力一語，尙有左之界限，茲析述之：

法律行爲能力

（一）行爲能力，係指法律行爲能力 人之行爲，固有動態靜態之分，而同一行爲，又有適法行爲與違法行爲之別，適法行爲之中，更得析爲法律行爲與其他適法行爲，廣義之行爲能力，固兼指一切行爲而言，但民法關於不法行爲能力，乃於債編另有規定，（一八七條二二一條）關於法律行爲，則於本編設有專章，故以解爲專指法律行爲能力較當，其他適法行爲，則僅能解爲得以按其性質而類推適用之。

一般行爲能力

（二）行爲能力，係指一般行爲能力 行爲能力，更得析爲一般行爲能力與特殊行爲

行有能
力與意
思之關
係

意能
非法律
力之
法定
要件

能力，蓋因人類生活，既於私生活中得析爲身分生活與財產生活，故近今一般學者，遂解爲一般行爲能力，只能適用於財產生活，而不能一律適用於身分生活，因基於身分上而生之法律關係，應以尊重當事人之本意爲常故也。此種情形，如婚姻年齡，遺囑年齡是。（九八零條一一八六條二項參照）依此則此之所謂行爲能力，自宜解爲係指一般行爲能力而言。

第二 行爲能力與意思能力之關係 意思能力，乃由認識力與判斷力兩種成分所構成，行爲之動機與結果，先基於正常之認識，繼以正常之決意者，此種能力，卽得解爲意思能力，故就行爲能力與意思能力比較言之，則兩者之關聯甚切，茲就其關聯之點，析述如次：

（一）我民法上之行爲能力，在實際上，固應以有意思能力爲元素，在法律上則非以具備意思能力爲要件。申言之：意思能力，乃法律行爲上意思表示之要件，不得直解爲行爲能力之要件，蓋人在實際上欠缺意思能力之行爲，固應無效，法律上則非以此而直謂爲無行爲能力人，反之加禁治產人及七歲未滿之未成年人，固係法律上之無行

法能力人，在實際上亦不能絕對謂其毫無意思能力故也。此種立法理由，乃採取德民之立法例而然：反之，如瑞士民法之規定（瑞民一三條一六條一九條），則因其係以意思能力之有無？為決定有無行為能力之標準，自不能為同一之解說也。

意
有
無
能
力
以
年
齡
長
幼
及
禁
治
產
原
因
之
無
為
準

（二）意思能力之有無，係以年齡之長幼及禁治產原因之有無決之。此乃因人之行為，必與其他相對人發生一定之關係，設於為一定行為之際，必須證明自己之有無意思能力及考察相對人之有無意思能力。均屬極困難之事，故法律為防止實際上之糾紛及保護實際上無意思能力者，對於其意思決定上之錯誤起見，則設以明確劃一之制度，即單以年齡為標準時，則成年人而有行為能力者，即以其有意思能力為原則，否則不問其實際上具有充分之意思能力與否？一律認為無行為能力人或限制行為能力人。次之以生理關係有無變態為標準時，則以精神狀態有欠缺之人，經過聲請與宣告程序者，一律認為無行為能力人，嗣後在實際上究係回復其意思能力與否？亦非所問。綜合言之：其經法律上認為無行為能力或限制行為能力人者，不待客觀上之證明或斷定，其行為均屬無效或得撤銷也。似此則民法上行為能力之規定，謂其係由意思能力之

有無行為
能力及
限制之
標準

原因而生，亦無不可

第三 有無行為能力及限制行為能力之法定標準，決定行為能力之有無及其限制之標準，在立法例上並非一致，法民法乃僅就限制行為能力，設有規定，其無行為能力人，則待諸事實上之決定，法律上並不為之設一般規定。反之，在德民之立法例，則係對於無行為能力人與限制行為能力人，均有明文定其種類與範圍，我民法乃採取德民之法例者，但在舊民律草案，則更以妻為限制行為能力而設立準禁治產制度，現行民法則否。故單就現行民法上行為能力之種類及範圍而言，不外三端：（一）滿二十歲之成年人，其所為之法律行為，除別有無效或得撤銷之原因外，其行為均屬絕對有效。（二）已滿七年之未成年人，為限制行為能力人，其被限制之法律行為，須得法定代理人之允許，始得為之，否則無效或得撤銷。（三）未滿七歲人及禁治產人，為無行為能力人，其所為之法律行為，完全無效。以次更分別述之於次：

（一）有行為能力人 有行為能力人，民法上之規定有二，一法成年人，二為婚姻補充成年人是。更析言之：

(甲) 成年人 滿二十歲為成年，(十二條) 未成年人，則以其是否滿七歲為標準，對於七歲未滿者，為無行為能力人，而以滿七歲而未滿二十歲間之人，為限制行為能力人，(十三條一項二項) 就此兩條規定合併釋之，則滿二十歲之成年人，為有行為能力人，自不容疑。然人之成年，究以滿若干歲為常？立法例上既不一致，(如最低有波斯以十五歲為成年最高有智利丹麥以二十五歲為成年等是) 即就我國而言，因前清律以十六歲為成丁，故前大理院判例即以十六歲為成年，(民國三年大理院字第七九七號判例參照) 直自民律草案及改正案與現行民法，乃始以滿二十歲為成年也。至成年制之思想，得解為已存在吾國古代禮教之中，如記載二十而冠三十而有室，即其明證。(拙著中國古代法律思潮參照，曾載日文日華學報) 次之年齡之計算，及出生之日無由確定者，我民法並設有一二四條以為解決之標準。

(乙) 未成年之結婚人 「未成年人已結婚者，有行為能力」。(十三條三項) 此種規定，乃以結婚而補充人之行為能力也。蓋株守滿二十歲始為成年之制度，實際上恆生種種之不便，故立法例上，於成年制度之原則規定外，必助以補充成年之制，其採取

限制行爲
能力人

宣告成年之方法者，如德民第三條至第五條及瑞民第十五條之規定是。其採取自治產制度者，如法民四七七條以下之規定是。我民法之婚姻補充年齡制度，其意旨乃與瑞士民法十四條二項及法民法民七六條之規定，大致相同，似此則係對於未成年之結婚人，直接由法律賦與以成年人相同一之能力也。

(一) 限制行爲能力人 法律行爲能力受限制之人，謂之限制行爲能力人。民法上僅有滿七歲之未成年人一種。此點既與舊草案相異，亦較其他立法例所規定之範圍爲狹。限制行爲能力之行爲，就我民法言之，其爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許，(七七條前半)其未經允許之單獨行爲，則更屬無效，(七八條)至契約行爲，亦須經法定代理人之承認，始生效力。(七九條)反之他人之向限制行爲能力人爲意思表示者，亦以其通知達到其法定代理人時，始生效力。(九六條)因其意思與行動，均應受相當限制，故曰限制行爲能力人。法律上設此限制行爲能力之制者，乃又因滿七歲之未成年者，其智識雖較發達，究不能與已滿二十歲之成年人相同視故也。

(二) 無行爲能力人 無行爲能力人，得更析爲(甲)禁治產人及(乙)七歲未滿人兩者

無行爲能
力人

禁治產人

意 義

述之如次：

(甲)禁治產人 瑞士民法有自主能力 (Mündigkeit) 一語，人之有此能力者，即能獨立行使或處分其權利，反之此種能力有被禁止之原因時，即因此而無自主之能力，所謂禁自主是也。禁治產一語，即與此禁自主之意義相同，乃法律以人之生理狀態為標準而決定人之無行為能力也。此制產生之因，乃係淵源於羅馬法上，對於心神喪失者所設之管財人制度，因設有管財人為之助理者，其法律行為未經管財人之助理，即屬無效故也。迨至後世，始由此管財人制而確立禁治產之制，近則幾成為民法上之一般通則矣。然同為禁治產制度，在立法例上之規定，亦互有不同，如法日民法及我舊草案，則係採取禁治產與準禁治產之對立制，德瑞民法，則係採取禁治產之獨立制，現行民法，係從後制，但詳加考察，則又有不同，即瑞民之禁治產人，既尚係對於有無實際上之判斷力，而設有區別，(瑞民十八條十九條)德民之禁治產人，亦係分為無能力之禁治產人及限制行為能力之禁治產人兩種，我民法乃一律以禁治產人為無行為能力人也。(一六條)茲更依民法第十四條之規定，分述其要點如次：

(1) 禁治產之原因爲心神喪失或精神耗弱致不能處理自己之事務，心神喪失，即不外人之意思力，已失去自由主宰，精神耗弱，則不外人之意思力，已不健全而缺乏正當之判斷，斯二者，並非本質上此所不同，乃程度上有深淺之分也。然所謂失却自由主宰及缺乏正當判斷，究應以如何情形爲準？則以其是否已陷於：「不能處理自己事務」決之。其已陷於不能處理事務之狀態者，如所答非所問，或不能權衡通常事務之真僞及利害等是。至此種情狀，是否屬於心神喪失或精神耗弱人之常態與否？（日民第七條比照）在法文上雖未明定，但由民法第七十五條之規定：「精神錯亂中之行爲無效」，以比較解釋之，則仍宜解爲其心神之喪失或精神之耗弱，須已罹於常態，亦不容疑，蓋心神或精神健全之人，偶因病魔發狂或刺激失常醺酒泥醉等類情事，亦能陷其人之精神於錯亂狀態，不過此類情狀，究屬人類一時之精神變態，尙不得直接解爲已係心神喪失或精神耗弱也。然又應注意者，心神喪失或精神耗弱，固宜解爲已有常態，但此種常態，究係與生俱自？抑係因中年之罹病而然？或是否永無回復爲通常人之可能性？則又均非所問也。

宣告禁治產之聲請

(2) 宣告禁治產之聲請 自然人具備禁治產之原因後，尚不得即為禁治產人，故欲心神喪失或精神耗弱之人，由通常人而變為禁治產人，尚待本人，配偶，或最近親屬二人之聲請於法院，依此則本人，配偶，及最近親屬二人，均得為宣告禁治產之聲請當事人可知，此蓋因配偶與其最近親屬，固屬利害關係最切之人，即具備禁治產原因之本人，在精神回復通常狀態之時期，亦能自權利害故也。

禁止產之宣告

(3) 禁治產之宣告 具備禁治產原因之本人，配偶，或其最近親屬二人，聲請宣告禁治產於法院後，法院即能基此聲請而進行禁治產宣告程序，蓋法院雖不能以職權行為宣告禁治產，但一經當事人之聲請，即得依人事訴訟程序以宣告之也。其業經法院之宣告禁治產者，始為禁治產人。

禁治產宣告之效力

(4) 禁治產宣告之效力 人被宣告為禁治產人後，其效力得析言如左：

無行為能力

(a) 無行為能力 「禁治產人，無行為能力」，(一五條)此即宣告禁治產之主要效力，

從此則禁治產人不論其自為法律行為或自受法律行為。均為無效。(德民一〇四條一〇五條一三一條我民法七五條七六條九六條比照)

應置法定代理人

有確定性及絕對性之效力

禁治產宣告之撤銷

(b) 應置法定代理人 禁治產人，既不能自為法律行為及自受法律行為，則自應設置法定代理人以代理其財產上之行為，其詳俟於親屬法禁治產人之監護節中述之。

(c) 有確定性及絕對性之效力 宣告禁治產，乃經宣告而完全確定其為無行為能力，非經撤銷其宣告，不能推翻其效力，此種效力，不獨對於聲請人發生，且並能對於一般人發生。綜合言之，宣告禁治產，乃係確定生效並能絕對生效也。

(5) 禁治產宣告之撤銷 禁治產之原因，為心神喪失或精神耗弱，但既經宣告為禁治產人，不能單因其宣告之不當或其精神已回復原狀，即變為通常人，即由禁治產人而回復其為通常人之資格，尚須經過撤銷禁治產宣告之程序，此種程序，亦屬於民事訴訟法之規定，單就其以撤銷宣告禁治產之情形而言，則有兩端，一為原因消滅之撤銷 (十四條二項) 一為宣告不當之撤銷是。(民訴訟五七一條參照)

(乙) 未滿七歲人 自然人之年齡，在立法例上，有採取二分主義者，有採取數分主義者，前之情形，乃以人之年齡，分為未成年與成年期二種，如法日民法是。後之情形，乃於成年與未成年之兩種區分外，更以其是否達於七歲為一分別之標準，其

未滿七歲人，爲完全無行爲能力人，其確有^{六〇}意思力與否？均非所問，乃所以防止認定上之困難也。如德民法是。我民法第十三條第一項曰：「未滿七歲之未成年人無行爲能力」亦卽採後之德奧立法例也。

(五) 自然人之人格權保護

人格權之意義，係以保護權利人本身之人格存在爲內容，已如前述，（緒論一七頁參照）其範圍若何！法律並爲例示規定，但如生命權、名譽權、自由權、姓名權、身體權、信用權、貞操權、肖像權等，應包含之，則已無疑。然人格權乃非財產權，故其保護方法，亦與財產權之保護方法有異，茲析爲後列數端述之：

(一) 人格權之保護，民法已有明定。就人格權之發達言之，則較其他權利爲遲，故有謂其係自十九世紀而始產生者，（栗山武夫人格權之發達全書參照）考其原因，謂係基於人智之進化及社會維繫力之變遷而然，亦無不當。就立法例言之，有於民法中尙未明定法又者，有雖以明文規定，而未明定其確定不移之種類者，我民法乃仿德瑞立法先例，於民法總則中，既設有規定，於其請求賠償或慰撫金之方法，又有其他特別

自然人之
人格權保
護

人格權之
意義及範
圍

人格權之
保護民法
已有明定

人格權之
保護方法
一般保護
方法

規定。

(一) 人格權保護之方法 人格權之保護方法，及得分述如次：

(1) 一般保護方法 維持人格權之健全存在，純屬於靜態，換言之；人格權不待行使而後顯著其效用，更非一一請求他人之協助以保持其功能，故人格權於違反法律上保護意旨之際，有發生精神上之痛苦者，有發生身體上之不健全或死亡者，縱謂財產上之損害，尚屬於間接影響，亦無不可。故法律上對於人格權之保護方法，一則為侵害之除去，再則為損害賠償或撫慰金之請求。(一八條)所謂侵害，乃指因某種事實，以致人格權之享有，發生不利益之狀態而言，此種被侵害之狀態，若係情形急迫，不能待法院之援助者，並能於請求法院援助前，先施之以自力救濟，(一五一條參照)至其被侵害之事實，或由人之行為而生，或由於單純之事實而生，則均非所問。次之因人格權之被害，而更能請求損害賠償者，如一九三條之身體，健康，等被侵害之規定是，其能請求損害賠償或撫慰金者，如一九五條第一項前半之規定是。

(2) 自由權之保護方法 人之自由，固係存在於法所限定之範圍或法律上之放任，

自由權之
保護方法

但人之自由權，則不能受不正當之拘束，此因人之自由，一方面與個人之人格存在有關，他方面於社會上之公益，亦得以發生影響故也。但人之自由而受不正當之拘束，若與其他人格權比較言之，更有其特性存在，即：(a)個人而拋棄其終身之全部自由，其拋棄固為無效，即聲言永遠不能享有人生應有自由權中之一部自由，其拋棄亦為無效。(一七條一項)(b)自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。(一七條二項)蓋因人之自由，雖得以受合法之限制，(如債務人不能違反債務本旨是)其限制之不當，即有背於公序良俗，如限制其終身不讀書不結婚等是。人之自由，而受有不正當之拘束者，若係基於他動原因而生，固得依上述第十八條之規定，以為人格權之一般保護方法，其基於自動原因而生者，法律上亦係認其行為為無效，民法第十七條殊為規定之由來以此。

姓名權之保護方法

(3) 姓名權之保護方法 姓名乃代表人格及與其他人格相區別之文字記號，故姓名係人格之表徵，並係一人與他人之區別工具，其與人格關係之重要，當不俟言。但立法例上有規定姓名權者，如德瑞民法是。有不特設姓名權之規定者，如日法民法是。

因之在日本民法學者之爭論甚多，有主張日本民法之理論上，當然承認姓名權者，亦有主張法無明文，即不應承認其爲權利的，（有馬忠三郎著不正競業論三八一至三九八頁及法政大學創立三十週年紀念論文集所載川名兼四郎論氏名一文參照）我民法乃以使用姓名之權利，明定爲姓名權，故於第十八條一般人格權之保護外，復於第十九條明定爲：「姓名權被侵害者，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償」。此因人之姓名，即係他人對於其人，在形式上識別方法之稱謂，而一切權義關係之往來，均賴於有此稱謂以代表其人，自應在民法總則上，確定其保護之方法，且藉以免去無益之糾紛也。然單就保護方法而言，我民法對於一般人格權之侵害，雖間有許可其請求慰撫金者，（如一九五條一項）獨於姓名權之被侵害則否，故民法上十八條及十九條之規定，合併言之，雖與瑞西民法第二十八條第二十九條相似，若單言姓名權之保護，則不得解爲係採取德民之立法例也。（德民一二一條八二三條八四七條參照）

（六）自然之住所

第一 設定住所之意義及其要件 「以久住之意思，住於一定之地域者，即爲設定其住

自然人之住所
設定住所之意義及其要件

所於該地」。(二〇條一項)此乃表明設定住所之意義及其要件也。住所不以設定之住所爲限。則解釋住所之意義，不能單以此住所之設定者，爲惟一之標準，其理甚明。今單就此設定住所而言，其設定要件，即得分述如次：

久住之設定意思

(一) 久住之設定意思 人類生活，必先有一定居住之所在，而此種居住之所，在時間上有久暫之別，在目的上則有爲特定事實所限而暫時逗留者，亦有意在長久之住居而不欲離去者，必對於一定最小行政區域之一定處所，有久住之意思者，始能謂之住所，故住所與非住所，不能單以時間之久暫爲準，如一年之中，在外爭逐商業，其靡有定所之時間，縱在半年以上，亦不得以其經商之不他地域爲住所。(瑞民二三條比照)必以其住居事實，係由其生活樞紐上之久住意思而生名，始得謂人之住所之設定。

住居之事實

(二) 住居之事實 設定住所之意思，固以其人之有無久住意思而定，然對於某地域縱有設定其爲住所之事實，但因其他障礙所限，並未實在其意思，而發生居住事實者，亦不得僅以其有單住居之主觀意思，即解爲住所，但住居之事實，亦非以一定之長

久時間，繼續住居爲準，只單以基於其設定意思有住居之事實爲已足。例如北平有住所者，縱令其因留學而出國，因遊覽而遍經國內之名勝地域，但因其係以北平爲歸宿，則仍以北平之某地段爲住所。

住所
主與
義一
所單
主

法定住所

以本人之
法定代理
人之住所
爲住所者

上述要件具備後，始得解爲人之住所之設定，故決定住所之意義，若單以我民法爲立場，即不能單獨採取主觀說或純客觀說，即應以解釋瑞士民法第二十三條爲準，認爲折衷見解較當。（穗積重遠氏民法總論本論第一章第四節參照）至若一人得同時設定二以上之住所與否？立法例上，並非一致，例如德民法七條二項，則係採取住居複數主義，我民法則爲防止法律關係之錯縱紛亂起見，係採住所單一主義，由理論上言，自以住所單一主義較當。（參照日本法學協會雜誌第四十卷三號末宏氏住所之意思及單一說）

第二 法定住所 法律上於特種情形之下，不問本人之有無記定某地域爲住所之意思，以一定處所視爲住所者，謂之法定住所。茲更就民法第二十一條至二十三條之規定析述於次：

(1) 以本人之法定代理人之住所爲住所者 「無行爲能力人及限制行爲能力人，以

其法定代理人之住所爲住所」。(一一條)此蓋因此人類之行爲，尙應受法定代理人之監護，故不如直以其法定代理人之住所爲住所較便。

居所視爲住所者

(2)居所視爲住所者，其情形有三，更析言之：

住所無可考者

(a)住所無可考者 居所與住所之區別，其要點有二：即單以目的而言時，乃爲達特定之目的而居住之某地域，單以時間而言時，乃暫時之繼續寓居，並非長久之歸宿地域。在居所之地域，既無設定爲住所之意思，原不應與住所同視，但遇無住所或住所不明之人，則法律上不得不設救濟規定，故以其居所視爲住所。

在中國無住所者

(b)在中國無住所者 在中國無住所者，則其人是否爲中國人？既非所問，即是否往外國已有一定住所？亦非所問，即凡在中國領域內之無住所人，均包含之是。此類人在國內既無住所，其法律關係，仍有急待確定之必要，故以其居所視爲住所。但於此尙應注意者，依國際私法言之，有須依住所地法者，故在中國無住所者，其應以居所視爲住所之情形，又宜解爲以依法應適用住所地法者爲限也。

因特定行爲選定居所者

(c)因特定行爲選定居所者 本人因特定之行爲，或因原定住所相離甚遠，或因其他

住所之效力

事實之不便，另行選定居所者，法律上為實際上之便利計，乃以其特定行為為限，許其以選定之居所為住所。

第三 住所之效力 法律上明設住所之規定，乃因住所係確定其法律關係行為地域之所

在，故因住所之確定，在法律上即得以發生種種效力，其要者如次：

- (1) 決定訴訟上之審判籍。
- (2) 定取得國籍之要件。
- (3) 決定失縱之根據。
- (4) 定清償債務之行為地。
- (5) 決定國際私法法律適用之標準。
- (6) 決定繼承開始之地域。
- (7) 定受送達之處所。

住所之廢止

第四 住所之廢止 以廢止現在住所之意思而離去其住所者，謂之：「住所之廢止。」以

此則僅有離去住所之事實，尙無廢止之意思者，固不得謂為廢止，即單有廢止住所之

意思者，亦不得直解爲住所之廢止，即：「廢止意思」與：「離去事實」二者，係住所廢止之連鎖要件是也。至廢止而離去其住所後，是否已另行設定新住所？則與住所廢止之成就無關。

第二節 法人（二五條至六五條）

第一款 通則

（一）法人之意義及其本質

自然人以外之具有法律上人格而獨立爲權利義務之主體者，謂之法人。*(Juristische person, Person, morale on juridique)* 法人而與自然人相較，則一在抽象之意識上而獨立存在，一有獨立之自然身體與智識機能而具體存在，故有謂法人爲無形人或無意識人者。法人既無自然形體之存在，則其得以適於爲權義主體之本質，其理由若何？不無疑問，茲縱列各說而論斷之。*鳩山秀夫氏民法研究第一卷法人論松本蒸治氏私法論文集法人學說法*

學新報第十三卷岡松氏關於法人之論文等參照）

擬制語

（一）擬制說 法律乃國家一切制度之源，故法律得與自然之常態相背，本於法律萬

法人之意義及其本質

否認說

受益人主體說

能之力，以創制手段，於自然人以外，創設法人人格，即民法上之權義主體，雖應限於自然人，但經過法律上之創設法人，法人遂與自然人受相等之待遇而同爲人格者。此說乃淵源於羅馬法上之法人思想，德學者 *Savigny* 沙費尼倡之，*Windscheid*，芬德謝德 *Puehr* 普弗達等祖述之。以現代法學立場，自難謂當，蓋法律人之人格者，解爲應限於自然人時，其出發點即已謬誤。且人之觀念與權利主體之觀念，原屬各別獨立，離去法律之觀念，既無所謂人格，亦即無所謂權利主體，而自要人之得以爲權利主體，亦不外法律所創設，似此則法律上之所以必須規定人格者，乃因人與法人，均另有承認其能獨立活動之必要，自不能單以制度上之擬定爲理由而說明法人之本質。

(二)否認說 不承認法人有法律上之實體存在者，得統謂之法人否認說，但因其所持爲否定說之理由互有不同，得更分別述之如次：

(a)受益人主體說 法人之財產。實受其利益者，因法人而存在之各個自然人，故法人並非權利主體，其爲真正之權利主體者，爲享受法人利益之各人類，故曰因法人而存在之受益人，爲權利主體，此即受益人主體之所以名也。德學者葉林氏 *Thring*

無主財產說

首創此說，法國學者蒲拉尼 Planiol 之共同財產說，亦得解爲屬於此派。

(b) 無主財產說 法人之財產，屬於無主狀態，其或爲特定之自然人而存在，或爲特定之目法而存在，皆與自然人脫離關係，財產與自然之相離而存在者，即僅能解爲無主財產。普林斯 *Prinz* 主張之。普氏拚擊擬制說最力，恒謂：「擬制說自無生有，假設法人有獨立人格，不啻對於空壁而擬其有釘以試掛衣帽也」。

管理人財產說

(c) 管理人主動說 法人必有其管理之自然人，故法人之權利，不過管理人之權利而止，因法人之行動，亦係以管理人爲主動故也。黑耳得 *Holder* 米得耳 *Binder* 等主張之。

法人否認說，其不得採取之理由，厥有二端，即該說之以權利主權，限於自然人，乃與擬制說陷於同一誤謬，而否認法人之有獨立人格，亦明與現行法相反故也。

實在說

(二) 實在說 主是說者，謂法人有實際上之主體存在，並非法律上所擬制或空虛之觀念。但因所持見解有異，亦得分述如左：

團體人語

(1) 團體人說 此說論法人成立後，則係有機關而能獨立存在於自然界，因其於所統

一之全體範圍內，另有團體意思，故曰法人乃因團體而存在之人格者，基耳喀（Cicero）主張之，此說雖已能闡明法人在實際上存在之現象，但法律上之規定其有獨立人格存在之理由安在？尙未說明，自仍有不當。

（2）組織體說 法人乃因法律之承認，遂產生獨立活動之生命，法律上承認其有獨立之活動生命者，即因其已有獨立活動之組織體，故法人機關所決定之意思，亦即為法人之意思。但法人機關所決定之意思，其所以能成為獨立意思者，仍不外本諸法律之規定而然，故此說雖已較前說為當，然於法律上承認法人得以為獨立人格之基本理由，仍置而未言，即不得謂為已完而無缺。主張組織體說者，有法之密秀（Mechoud）及意大利之匪哪（Ferrara）等。

（3）社會價值說 自然人成立為獨立之權利主體者，固因自然人之得以獨立活動，但就他方面言之，社會生活之中，設無各個人之活動行為，則社會生存之機運已滅。故就權利主體而承認其有人格者，即因其在社會上有存有之價值也。基此同一理由，於自然人之個體以外，其一定組織得以獨立擔當社會生活之活動者，自亦有適於為

權利主體之社會價值也。主是說者，有法之狄冀 Despit 德之柯哪 Koller 日之穗積重遠，我妻榮氏及我國民法教授曾志時氏等，余以爲今後之法人論，亦應努力於其存在價值上之批評也。

類法人之分

公法人與私法人

第一 公法人與私法人

公法人者，以行使國家統治權職務爲目的之國家或其他爲國家

生活而設立之法人，謂之公法人。反之以經營一般社會生活中之私生活而成立之法人，則爲私法人。二者之區別方法，就實質上言之，固以是否有統治事務爲準，就形式上言之，則以是否含有國家之行政組織爲準。至公法人之成立原因，則係基於行政法或其他公法之規定，私法人則係基於民法及其他特事法民事之規定，故亦得謂公法人爲國家的法人私法人爲社會的法人。（註）

（註）公法人與私法人之區別方法，其說甚多，（一）利益說——乃以公益私益爲準，但因私法人亦有公益目的者，故不足採。（二）以公私法爲區別公爲人私法人之標準者，因公法人亦得受私法支配及私法人亦得受公法支配，亦難徵信。（三）

社團社人
與財團法
人
社團法人

財團法人

以有無實現一定目的之義務爲區別標準者，因私法人亦有受國權干涉而實現一定目的者，故亦難謂當。(四)以團體員之是否必須強制加入爲區別標準者，因居住於本國領土內者，不必強制其加入國家法人，自亦與理論及實際不符。(菅原春二氏日本民法總論上卷二〇八頁以下參照)

第二 社團法人與財團法人 私法人中得更析爲財團法人與社團法人二種言之如次；

(一) 社團法人 社團法人，乃以實現一定目的之社員集團爲其成立要件，其特殊之點有二，(1)須有二以上之社員，以其社員所組織之總會爲其意思機關，至所訂立之章程，僅係法人行動之準則，既係以構成社團法人之社員爲主，其章程自亦得變更之。(2)法人成立後，亦能以社員總會之決議，決定其最高之意思，即存在上之管理或組織之變更及法人之解散等，均能以總會爲自決之標準，故亦有解爲自動法人者。

(二) 財團法人 財團法人，乃以捐助行爲之財產爲基礎而成立之法人。其特殊之點，亦有兩端：(1)以捐助行爲之捐助財產爲基礎，其資產雖不限於現時給付具體之財產，但法人對於捐助人之給付請求權，其財產須適於爲財團法人之基礎。至法人之目

的，組織及財產狀況，則一以損助行為定之，別無意思機關，自不如社團法人之章程，得以隨時變更也。(2)財團法人別無決定法人意思之社員，乃純以損助行為之意思，支配法人之永久意思，故亦有解為他動之法人者。我民法於法人節中，即以財團與社團為法人之主要分類。

公益法人
與營利法人

第三 公益法人與營利法人 經營有利事業，以期獲得其經濟上之利益，分配於社員而成立之法人，謂之營利法人。但財團法人，不以社員為成立要件，則營利法人 自應解為以社團法人為限。反之，以經營一般公共社會事業為目的而成立之社團或財團法人，則為公益法人。我民法第四十五條及第四十六條，明定此種分類，其立意殆與日民法第三十四條第三十五條之規定相似，就理論上言之，實嫌未當。蓋法人之非以營利為目的而成立者，不必盡有公益目的之存在，其非以公益為目的而成立之法人，亦未必盡有營利目的之故也。(德民第二一條第二二條及瑞民第六十條係分為營利法人與非營利法人)

法人之成立

(二) 法人之成立

須依本法
或其他法律
之規定

須經主管
官署許可

第一 須依本法或其他法律之規定 法人乃非自然人而有人格之存在，故法人之取得人格，應依本法或其他法律之規定，所謂其他法律，如公司法即其最著者，似此則我民法係不許法人之自由設立可知。（第二五條）

第二 須經主管官署之許可 設立法人，究應具備何種形式要件，自來有四種主義，其設立一法人必須制定法律或須經國家元首之許可者，謂之特許主義。其在法律上或行政上毫無何種干涉而得以自由設立者，謂之放任主義。他如許可主義，則係以主管官署之許可，為設立法人之要件；又如準則主義，則係以適合於法律上既定之標準原則，為法人之成立要件。就我民法言之，對於公益社團法人及財團法人，均採許可設立主義，（四六條五九條）對於營利法人，則一依特別法之規定決定之。（準則主義）四五條公司法三條以下參照）至應受許可之時期，則為法人之登記以前，而有權許可之機關，則又為主管官署，如學校之設立，屬於教育部所主管，因宗教祭祀等事項而設立之法人，則屬於內政部所主管是。然此種許可之權，在中央政府之主管各部，亦得委任於其受指揮監督之下級官廳為之，其不必直接得主管各部之許可者，經過其直接

受指揮監督官廳之許可，亦與既受許可之效用相同，此民法上之所以不曰：「主管各部」而僅曰：「……主管官署：」也。

須向主管官署登記

第三 須向主管官署登記 「法人非經向主管官署登記不得成立」(三〇條)此亦係我民法對於一切法人之成立，所規定之通則，似此則應經許可而尚未受主管官署之許可者，自不能逕行聲請登記，即已受許可設立之法人，尙未有主管官署之登記經過者，亦不能謂其法人業已成立也。(民總施五條比照)至辦理登記之主管官署，依法係指：「法人事務所在地之地方法院或縣司法機關之登記處」而言，(民總施十條一項法人登記規則第一條參照)故又與受許可之主管官署有別。

法人之能力及住所

(四)法人之能力及住所

法人之能力

第一 法人之能力 法人之能力，原可析爲公法上之能力(如犯罪能力訴訟當事人能力)與民法上之能力兩種，僅就法人在民法上之能力言之，則可分爲法人之權利能力，及法人之行為能力與不法行為能力三者述之如次：

法人之權利能力

(一)法人之權利能力 法人有獨立之人格，故法人應有權利能力，毫無疑義，但法

本質上之
限制

人非有自然狀態之生死問題，則其權利能力之始終，自不能與自然人爲同一之解釋，（六條）次之，就法人權利能力之範圍而言，立法例亦非一致，其以法人目的範圍內爲限，始能享有權利負擔義務者，如日民法第四十三條之規定是。其謂：「法人於性，年齡，親屬關係等以自然人天然之性質爲要件之權利義務外，其他權利義務，皆能享有或負擔之。」一者，如瑞士民法第五十三條之規定是。我民法第二十六條但書規定，固得謂爲與瑞民第二十八條之規定相同，然該條前半，復言：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力……」即不得謂與瑞民之立法例完全相同，茲更就本條規定，說明法人權利能力之限制原因如次：

（1）本質上之限制 法人究無自然身體之存在，故：「專屬於自然人之權利義務。」法人即不能享有或負擔之。此乃基於法人本質，當然應受之限制，至何種權利，始應謂爲對於自然人而有專屬性，則不外就自然人與法人相比較以解釋定之，故如瑞民所謂：「性，年齡，親屬關係，（親權，家長權等）」等，固得解爲自然人有專屬性，他如身體生命之人格權，亦係專屬於自然人之權利，更屬顯然。

法令上之限制

(2) 法令上之限制 法人之權利能力，得依民法而受限制，亦得依民法以外之法令而受限制，在民法第二十六條文義之解釋，乃毫不容疑者，蓋法人與自然人之人格，均係法律所賦與，自得以法令而限制之。(民總施二)即現行法上尙未設有限制法人權利能力之規定，亦得以新法令而限制之也。

法人之行為能力

(一) 法人之行為能力 法人之本質，有擬制說與實在說之分，採取擬制說者，主張法人本無意思能力，係以代理人之行為，而享受權利負擔義務，故完全否認法人有行為能力之存在，反之，依法人實在說，則謂法人有組織意思或團體意思，執行其意思者，即係法人之機關。此種情形，恰與自然人之必待手足而後始能行動者然，故其機關所為之行為，即係法人之行為，而法人即應有行為能力。瑞士民法第五十四條及第五十五條，並明白規定法人有行為能力，我民法雖無明文，但一則曰：「法人之董事對外代表法人。」(二七條二項)再則曰：「社團以總會為最高機關。」(五〇條一項)其係承認法人之有行為能力，原不容疑。

法人之不能行為

(二) 法人之不能行為能力 「法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損

害，與該行爲人連帶賠償之責任。」（二八條）似此則我民法係認法人之不法行爲能力，自不容疑。（富井氏法學協會雜誌第三十四卷十號法人之不法行爲能力論文參照）茲按本條規定，析述其要如次：

（1）法人之董事，乃法人之機關，法人之職員，係法人之使用人，機關之行爲，即法人行爲之表現，使用人之行爲，亦係根據法人意識而爲爲事實上之行動，故法人對於其機關及使用人之行爲，即應負責。

（2）法人之董事及其職員，其所爲之行爲，除係代表法人或事實上被法人之支配外，仍不失爲人格者而能獨立存在，故其對於法人，既有職務上之行爲，亦有職務外之獨立行爲，因之法人對於其董事及使用人之不法行爲所生之責任，應以其係對於法人職務上之行爲爲限。

（3）法人之不法行爲責任，須法人之董事及其使用人，已因執行法人職務而加於他人之損害，舊無損害即無賠償原因故也。

（4）法人之董事及其職員，所加於他人之損害，與法人負連帶責任，即受害人單對

於法人而為全部損害賠償之請求，固無不可，單對於加害之董事及其使用人請求賠償或同時對於法人及加害人之董事與其使用人併行請求賠償，亦無不可。（二七三條參照）

（5）法人之董事及其使用人，所加於他人之損害，乃指其對外關係而言，反之，若因董事及其使用人之背職或違反約定義務，致法人受有損害者，法人對於加害行為之董事及其使用人，得以請求賠償，則屬於內部關係之另一問題，不得與本條之規定相混。

（6）因董事及其使用人之加害行為而法人構成不法行為責任者，是否仍須以故意過失為要件，仍應就其行為之本質決之。即自然人之為同一加害行為，須故意過失與否？法人為之，並無異致也。

所
法
人
之
住

第二 法人之住所

法人既與自然人同為法律上之權利主體，其應依住所而決定之法律

關係，亦與自然人同。但法人究係非自然人之權利主體，故何者為其住所所在，更應以明文定之。民法第二十九條明定：「法人以其主事務所之所在地為住所」者以此。

法人之董事

法人機關
之行爲
其構成
自身行
動之差
異

法人之共
通機關
爲董事

法人之事務所，不分其爲主事務所或分事務所，均應依法登記，如事務所所有變更時，亦應爲變更之登記，似此則何者爲法人之主事務所所在？宜以登記爲準定之。

(五) 法人之董事

法人乃非自然人而有人格者，故其意思之決定與事務之執行，均賴自然人以爲法人之機關，此項機關，遂變爲法人之構成部分矣。因之所謂法人之機關，既非指機關構成員而言，其構成員對於法人之地位，亦與代理人之關係有異，（菅原脊二氏民總二五七頁二五八頁參照）卽立於法人之機關地位所爲之行爲，完全爲法人行動之表現，猶之人之耳目口鼻，其視聽言動，完全爲人之視聽言動是也。但自然人之耳目口鼻，不能與自然人相離而自爲視聽言動，反之法人之機關，離於其機關之地位，又得自爲行爲，故法人之機關，其表現法人活動行爲之際，固非機關構成員自身之行爲，而直爲法人之行爲，若其行爲非立於法人活動範圍內者，則已喪失其機關效用，不能謂爲法人之行爲也。

構成法人之機關有二；一爲意思機關他爲執行機關是，意思機關，由社員組織之，執行機關，由董事組織之，然社員之存在，限於社團法人，故基於社員而成立之意思機關，

亦限於社團法人，始須具備，反之，執行法人行法之機關，則不問其爲社團法人或財團法人，皆須具備，故民法於法人通則中單規定法人共通機關之董事，而於社員總會，則入於第二節第二款社團中規定之，於此專論法人之董事。

董事之性質

第一 董事之性質 對內執行法人事務對外代表法人之法定機關，謂之董事。民法第二十七條第一項明定：「法人須設董事」者以此。董事之任免，僅係於設置董事之原則下，定其選任或罷免之標準，固可於法人之內部章程，自由訂定，但所訂定之章程，若不設置董事，則爲無效，蓋因民法上對於法人之董事，係表明其應設置，非僅定其得設置董事也。董事既爲法定機關，則應注意之點如次：

(一) 董事乃法人之必要機關，故董事之員額缺亡，固非法人之直接解散問題，但應從速選任，則不容疑，關於此點，在立法例上，有明定臨時董事之制度者，如德民二九條日民五六條是。(民草九二條及修正案第六〇條參照)

(二) 董事之對內對外，其職務之分配，固可依章程而自爲限制，於其限制外，則能直接以代表權處理之。

董事之權
限
對內權限

第二 董事之權限 董事之權限，得析爲對內權限與對外權限二者述之：

(1) 對內權限 董事之對內關係，乃指法人內部對於董事之相互關係而言，即法人之事務，在董事固有執行之權限，亦得解爲係有執行法人事務之權利與義務，其內容與範圍，一依選任行爲定之，民法未另設明文之規定，茲就其事務中之最要者，分述於次：

聲請登記

(a) 聲請登記 法人之設立變更及消滅，均應依法登記，(四八條三項六一條及法人登記規則第五條參照) 其屬於設立登記者，固應由董事向法人之主事務所或分事務所所在地之官署爲之，即在法人解散前，其變更或消滅之登記，亦應由董事聲請之也。

召集總會

(b) 召集總會 不分爲通常總會或臨時總會，均應由董事召集之。(五一條)

聲請破產

(c) 聲請破產 法人之財產，不能清償債務時，我民法第三十五條定爲應向法院聲請破產，不爲破產之聲請致法人之債權人受有損害時，其有過失之董事，應負賠償之責任，蓋董事既係代表法人，其不爲代表行爲之基於過失者，自不能因此而令法人

之債權人，受其損害也。

清算財產

(1) 清算財產 法人解散後，除章程另有特別規定或總會另有決定者外，由董事爲之。此亦爲民法第三十七條所明定者。

對外權限

(2) 對外權限 董事就一切事務，對外代表法人。(二七條一項)此即明定董事對外權限之廣大，即不問其訴訟上之行爲或法律行爲，苟屬於法人之事務，其董事之一靜一動，均係直接表現法人之行爲，即董事對於法人之事務，固可代表法人主動爲之。亦可代表法人被動受之也，此項代表行爲，既係以董事爲法人之機關，則董事與法人，此時非有二個人格存在，其理甚明，故代表權而生之行爲，自與有本人及代理人二個人格者存在之代理行爲有別，然代表行爲之法鎖拘束及其效果如何？民法並未明定，解釋上，以準用代理規定爲通說。(菅原氏民總二六六頁參照)次之董事之代表權，在法律上既屬廣汎，則第三人對於法人之董事，其信仰亦深，故法人對於董事之代表權，在內部關係，固可限制，其限制之內容，自不能使善意之第三人，強其不知而任受限制上之同一拘束，即第三人以不知其限制爲理由，向法人主張時，法人固不得就

其已有限制而爲對抗，（被動之對抗）縱基於法人之自動，亦不得單以其對於董事之限制而直接向第三人主張因此限制而生之利益也。此項限制，依法亦應登記，（四八條一項八款六一條一項七款）似此則二七條第三項所謂：「不得對抗善意第三人」者，亦僅指已登記之限制董事代表權而言，反之僅有內部限制而尙未登記者，縱對惡意第三人，在解釋上亦不得對抗也。（三二一條比照）

第三 董事相互間之權限，董事有數人時，其代表權究係全員代表半數代表或單獨代表，民法上並無明定，解釋上自不無疑，吾人以爲宜依左列標準決之；

（1）對外代表行爲，以各董事得單獨代表爲原則。（二七條二項）

（2）代表權在社員總會或章程中，訂立有全員代表半數代表之限制者，不得以其限制對抗善意第三人。（二七條三項）

（3）對內權限，先依章程之所訂，章程中並未訂明者，不外依一般觀念，以多數決行之。

（石田文次郎氏民總一五三頁日民五二條二項德民二八條一項民法改正案六零條

董事之任
免

一項參照

第四 董事之任免 選任或罷免法人之董事，謂之董事之任免，其要點得析述如次：

(1) 社團法人之任免董事，為訂定章程中應記載之事項，(四七條一項三款)故其任免方法，得依章節之記載定之。但任免董事，在實際上尙應經總會之決議，(五〇條二項二項)似此則社團法人之任免董事章程，亦應受相當之限制。即其章程中訂立任免董事之權限，屬於總會以外者，則為無效也。

(2) 財團法人之董事，當由捐助人以捐助章程定之，其捐助章程不完全者，法院得因利害關係人之聲請，為必要之處分。(六一條參照)

(3) 選任董事之行為，其性質固有單獨行為說及契約行為說之分，通說則皆認為契約說，蓋選任以後，被選任之董事，亦有待其承諾之必要故也。似此則宜解為委任契約較當。基此同一理由，則罷免董事或董事之自行辭任，其章程中之訂立不完全者，亦得解為應適用委任契約之規定。

(六) 法人之登記及其監督

法人之登記及主管官署之監督

法人之登記

設立登記

法人一經成立，其擔當社會生活之活動能力，與各個自然人之個別能力相比，在實際上恒較強大，蓋因事業之繁雜者，衆力易舉故也。因之法人之成立及其存續期內，必待主管官署或法院之國權干涉，民法於其成立時，則定爲以登記爲法人之成立要件，（三〇條）成立後之法人人格存續期內，或清算時期，則或以登記程序間接強制之，（三二條）或以檢查方法而實施其監督，或由法院監督及檢查之。（四二條四三條）茲析述如次：

第一 法人之登記 法人應依法登記之情形有三，更析言之；登記主管官署爲人事務所

所在地之地方法院或縣司法機關之登記處。（民施十條法人登記規則第一條參照）

（一）設立登記 法人於設立時，即應向主管官署依法登記，非經過其登記，不得成立，（三〇條）此即所謂設立登記是也。其應行登記之事項，則因其爲財團法人或社團法人而略有差異，（後詳四八條六一條參照）其應先經許可而後始能登記者，須於取得主管官署許可後爲之，其在民法總則施行前已取得主管官署之許可者，得於民法總則施行條三個月內逕行登記，（民施五條）現因民法施行已久，則此種事項，已無發生可能也。

變更登記
與補充登記

(2) 屬變更登記與補充登記。法人設立時，業經依法登記之事項，有所變更時，應更正其已變更事項之登記行爲，謂之變更登記。法人登記後，有應登記之事項而未爲登記者，亦得聲請補充登記。(如董事代表權有所限制而未登記其限制情形是。)不同其爲變更登記或補充登記，苟已有變更或補充之原因，而不爲變更或補充之登記者，即不得以其已變更或應補充之事項向第三人有所主張或對第三人之主張而爲對抗。(三一條)

解散登記
與消滅登記

(3) 解散登記與消滅登記。法人成立後，有依法定原因(如三六條)或事實原因而應解散者，亦有業經登記之事項，現已發生不存在之原因者，前之情形，宜解爲應向主管官署而爲解散登記，後之情形，亦宜解爲應向主管官署而爲消滅登記。設已有解散原因或消滅原因而不爲登記者，並宜解爲不得對抗第三人。(同說我妻榮氏民總三百頁參照)

法人監督

第二 法人之監督 民法上關於法人之監督，得大分爲左之二端述之：

法人存續
中之監督

(1) 法人存續中之監督 法人存續中，主管官署之監督責任，其情形有二，更析言

受設立許
可法人之
監督

法人目的
行爲之是
否正當

法人清算
時之監督

之：

(a) 受設立許可法人之監督 公益社團法人及財團法人，其設立應先經主管官署之許可，此類法人，在其法人人格之存續中，其監督之範圍有三，即：(甲) 法人業務之進行，(乙) 檢查其財產狀況，(丙) 是否違反許可條件與其他法律之規定是。(三二條) 其實施監督之方法，或以監督命令行之，或派員實施檢查方法，均無不可。若受設立許可之董事，不遵守監督命或妨礙其檢查，並得處以五百元以下之罰鍰，以期其監督行爲之實現。(三三條) 至違反許可條件者，更得撤銷其許可。(三四條)

(b) 法人目的行爲之是否正當 法人之主管官署，既有監督一般法人之責，並能實施監督上之必要行爲，則法人之目的或其行爲，有違反公共秩序或善良風俗者，自易於發見，一經發見，即得請求法院宣告其法人之解散，似此則法人之有無此類被請求宣告解散之原因，其主管官署，亦即有監督之責。(三六條)

(2) 法人清算時之監督 法人解散後，於其清算財產時，則係法院有監督之責，其方法與實施監督之強制力，得析爲左之諸端述之：

(a) 法院於其監督上，得下監督之命令。(三三三條四三條比照)

(b) 隨時爲監督上之必要檢查。(四二一條)

(c) 法院認爲必要時，得解除清算人之任務。(三九條)

(d) 清算人不遵法院之監督命令或防礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰。(四三條)

法人之解散

解散意義

(七) 法人之解散

第一 法人解散之意義 確定法人人格之消滅原因，謂之法人之解散。法人既入於解散

狀態，其人格本應完全消滅，但法人之殘餘財產關係，仍有了結之必要，爲謀其財產

關係之了結，乃於確定法人之消滅前，先之以清算，算清既係法人解散後消滅前之必

要行爲，故民法不以法人之解散，直謂爲法人之人格消滅，而以；「法人至清算終結

止，在清算之必要範圍內，視爲存續」(四〇條二項)學者間謂；「法人之解散，恰與自

然人受致命傷之狀態相同」者，以此。(川名氏日本民法總論一一九頁參照)

第二 法人解散之原因 法人之解散原因，有爲財團及社團法人所共通者，有爲社團或

法人解散
之共通原因

撤銷許可

財團法人所獨有者，茲析述之：

(一) 社團及財團法人解散之共通原因 財團法人及社團法人，一有左列原因，均屬法人之解散，更析言之：

(1) 撤銷許可 法人違反設立許可之條件者，主管官署，得撤銷其許可，(三五條) 法人之應受主管官署許可者，(四六條五九條) 一經撤銷其許可，其人格即不能再為存續，故得解為法人解散原因之一。撤銷已許可設立之法人，乃主管官署之行政處分，其撤銷處分違法者，固可依行政訴訟程序請求救濟，但在未撤銷其已為之撤銷許可處分前，其違法之撤銷許可處分，亦非當然無效。

(2) 宣告破產 法人之財產，不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產，(三五條一項) 法人之資力，常以法人財產之總和為限，故其消極財產大於積極財產時，即得解為因債務超過而清償不能，此種情形，仍令法人之繼續存在，則第三人將蒙不測損害，故一經為人董事之聲請法人破產，亦為法人解散之原因，其法人之已有清償不能原因，乃因董事之有過失，未聲請法人破產，以致法人之債權人受損害時，

法院之宣告解散

民法並定爲：「……其有過失之董事，應負賠償之責任」。 (三五條二項日民八四條一項五款參照)

(3) 法院之宣告解散 法人之目的或其行爲，有違反法律或公共秩序善良風俗者，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。(三六條) 例如以公益事業爲目的之法人而爲政治上之軌外活動，又如以慈善或宗教爲目的之法人而分利於其社員等是。

社團法人解散之特殊原因

(二) 社團法人解散之特殊原因 社團法人，其解散之特殊原因，得析爲：(1) 法定之特殊解散原因，及：(2) 解散上之特殊解散原因，述之如次：

法定特殊解散原因

(1) 社團法人之法定特殊解散原因 此項特殊原因，如民法第五十七條與第五十八條之規定是。即一爲社員之議決解散，一爲社團之事務，無從依章程所定而進行之情形是。前之情形，因社團法人之成立，既係基於各社員之志意相同而生，自得以各社員之多數決而解散之也。後之情形，既係因社團法人之事務，不能依其所定章程而進行，即不外法人之目的，永無成功之希望，富亦可依照其利害關係人之請求，

議決解散由進行無由

解釋上之
特殊解散
原因

財團法人
解散之特
殊原因

法人解散
之效果

由法院根據其聲請而解散之。

(2) 社團法人在解釋上之特殊解散原因 社團社人，除前述之共通解散原因及法定特殊解散原因外，在解釋上尚有社團法人之特殊解散原因，其最要者，例如社團法人之內部章程所明定之解散原因及社團法人全體社員之缺亡等是。

(三) 財團法人解散之特殊原因 「因情事變更，致財團之目的不能達到時，主管官署，得……解散之」(六五條)此種情形，例如為戰爭而設立救護傷亡之財團，因戰爭終了而目的不能再達，又如基於迷信而設立之財團法人，因革命迷信而目的不能再達等是。然其中有得由主管官署斟酌捐助人之意思變更其目的及其必要組織者，如在前清因獎勵科舉而設立之財團，得因科舉廢止而興辦學校是。設其預定目的，既不能達，而又不能變更其目的或欲變更而明非捐助人之本意所在者，則除解散之外，實無他道也。

第三 法人解散之效果 法人一有解散原因而確定其人格應消滅時，既非原有法人之健全存在，亦非法人格之業已消滅，故生左之效果：

(1) 法人之解散，僅係確定其人格業將消滅之原因，並非法人人格之因解散而業已消滅，故法人一經解散，即應付之清償。

(2) 法人解散後，其財產之歸屬次序如次：

(a) 清償債務。(四四條前半)

(b) 依章程所定或總會之議決而能確定剩餘財產之應得人時，當依章程或總會決議之所定(四四條一項後半)

(c) 不能依章程或總會決議而確定剩餘財產之應得人時，則應歸屬於法住所在地之地方自治團體。(四四條二項)

(3) 剩於財產之歸屬，既係法人解散後之最後效果，其歸屬剩餘財產之時期，須得解為清算人移交之際。(四〇條一項三款比照)

(八) 法人之清算

第一

法人清算之意義

了結解散法人之事務，整理法人之積極消極財產，移交剩餘財

產於應得人所應遵守之程序，謂之法人之清算。但法人之解散，有基於破產原因者，

法人之清算
算
法人清算
之意義

清算人

有基於其他原因者，基於破產而解散之法人，其清算程序，係規定於破產法中，民法所規定者，乃破產解散原因以外之清算程序，此項清算程序，縱令法人之章程或其總會決議有相反之訂定或議決案，亦不能因之而有所變更。

第二 清算人

法人解散後，於清算之範圍內，代表法人執行其事務之機關，謂之清算人。法人之清算，即由此清算人爲之，其地位與董事同，（德民四八條第二項比照）法院認爲必要時，得解除其任務。（三九條）至清算人之產生，依民法之規定，（三七條三八條），其情形有三：

- (1) 依章程或總會決議所定之清算人。
- (2) 章程未定清算人或總會無清算人之決議案可據者，亦得以董事爲清算人。
- (3) 法院所選任之清算人 法人解散後，必須設置清算機關，自不能因章程未定清算人或總會無議決之清算人，及無董事以充當清算人，遂置法人之清算事務於不顧，且法人解散而久不爲清算，亦與其利害關係人之影響甚鉅，故一遇此類情事發生，法院即得因利害關係人之聲請而選任清算人。

清算人之
職務

第三 清算人之職務 依民法第四十條規定，清算人之職務，得析述如左：

了結現務

(一) 了結現務 此所謂：「現務」，其義甚廣，即不屬於後述各款之一切收付事務，

均得解為現務是。現務既係以了結為目的，則為達到了結之最終希望，而為一定之
斯行為，亦屬無妨。(舊民草四一條二項比照)

收取債權

(二) 收取債權 法人之債權，有屬於社員以外之一般債務人者，有屬於社員者，法
人之債權，固能收取，即社員對於法人之債，亦能收取之也。至債權中之尙未屆清
償期者，雖不能直接請求給付，亦不妨以變價轉讓或其他方法收取之。

清償債務

(三) 清償債務 法人所負之債務，清算人亦應為之清償，其已屆清償期者，固應全
部清償，其未屆清償期者，亦不妨拋棄其期限利益預為清償，蓋所以期其全部了結
以減紛糾也。

移交賸餘
財產於應
得者

(四) 移交賸餘財產於應得者 法人之債務，全部清償後，如尙有賸餘財產，清算人
即應移交於其應得人。

清算程序

第四 清算程序 「清算程序，除本通則有特別規定外，準用股份有限公司清算之規定

法人之消滅

。一（四二條）其於本編則已有特別規定者，如三十八條三十九條是，其得以準用公司法之規定者，如公司法二〇九條以次各條之規定是。

九 法人之消滅

自然人之死亡，其權利能力，因之終止，其財產之歸屬，恒有繼承人，法人則無繼承人可言，故法人一有不能存續之原因，一方應禁止其目的上之活動，一方應整理其財產關係，前之情形，屬於法人之解散問題，後之情形，屬於法人之清算問題，然：「法人至清償終結止，在清償之必要範圍內，視為存續。」故法人之消滅時期，就現行民法言，既不能解謂即因解散而消滅，其清算中之財產，亦不能解為屬於社員之共有或另行承認清算法人有獨立之人格。換言之：法人於解散後，清算終結前，仍不外其原有人格之延長是也。惟此種法人人格之延長，非謂法人之人格，當然至於清算終結時為止，乃因法律上之假設，限其於清算目的範圍內，存續其人格而止。（我妻榮氏民法總則三九三頁以次穗積重遠氏民法總論二六九頁以此參照）依此論結，則法人一經解散，其實質上之人格，已確定其必將歸於消滅，在形式上則係延長於清算終結日止而完全消滅也。（即

因清算終
結而消滅

解散已係法人罹於不治之病，特藉醫治之力，苟延殘喘於清算終結時也。）

社 團

第二款 社團（四五條至五八條）

社團法人，除應遵行一般法人通則之規定外，尚有爲社團法人所應單獨遵行之特則，本款所述，即單以社團所有之特則爲限。

社團之設
立與其章
程

第一 社團之設立與其章程「設立社團者，應訂立章程……」（四七條）似此則社團乃以訂立章程爲其設立行爲之要件可知。茲更就有關於章程之各要點，析述於左：

章程之意
義及其性
質

（一）章程之意義及其性質，章程係以書面作成之一定準則，社團法人之章程，即係規定社團人格者，在其人格活動上之基本標準規則。就其形式言，爲要式行爲之一種文件書面，其有關於文件作成之要件，（二條）該章程自亦應具備之。就其實質言，則以文件所記載之規條，其有關於社團法人之目的，組織及其他重要事項，皆應於此規條內確定之。欲謀社團之設立有效，即應以此章程之訂立，爲產生其社團人格之先決要件。至該章之本來性質如何？則說分爲三，即單獨行爲說，契約行爲說，合同行爲說是。解爲單獨行爲說，與其內容所代表多數訂立者之同一意旨相背，固難謂當，解

爲契約行爲，則因訂立者間，皆係向同一方向以進行其所組織之社團目的，並非以對立之意思表示，構成訂立者間之相互權義關係，換言之：訂立者間，均以同一方針，期達其同一目的，藉此共同意旨所寄託之表現文件，以創設一新新法人人格，自亦與契約之有對立互應表示者有別，故亦難謂當。似此則應解爲社團章程，乃以同一意旨，進行其集合目的也。故吾人亦贊同章程屬於合同行爲之說。（松本氏法學新報二五卷五號以次所載公司設立行爲之本質論及我妻榮氏民總二三七頁以次參照）

（二）訂立章程之人的問題 訂立章程之人的問題，其義有二，一爲有訂立章程資格之人的問題，一爲訂立章程者之人數問題是也。由前言之，我民法第四十七條，既明定爲：「設立社團者，應訂立章程：」則決定章程訂立及如何訂立之人格者，係屬於社團之設立人，自不容疑，由後言之，其訂立章程之人數問題，我民法雖無明定，（瑞民日民亦然）然社團乃以人之集合爲主，故通說皆解爲應有二人以上之設立人，始爲設立社團之本旨相符，（公司法一二條七八條及德民五六條比照）自係正論。

（三）章程之記載事項 章程之記載事項，有屬於必要不可缺者，即：（1）社團之目

的，(2) 社團之名稱，(3) 董事之任免，(4) 總會招集之條件程序及其決議證明之方法，(5) 社員之出資(6) 社員資格之取得喪失等是。(四七條)有屬於訂立者自由意旨之任事項者，如民法第四十九條所謂社團之組織及社團與社員之關係是。但所謂任意事項！任其毫無限制，亦恐不當，故民法復定爲：「以不違反第五十條至第五十八條之規定爲限，」此亦所以示訂立者以任意事項之標準原則也。

章程發生效力之時期

(四) 章程發生效力之時期 社團章程，既基於設立社團者之訂立而成，但訂立之內容，經確定後，尙係設立內容之內部完成，在其法人尙未成立前，不得直解爲其章程已生效力，而社團法人之成立，除應向主管官署登記外，(三〇條)其以營利爲目的者，尙應依特別法之所定，(四五條)其以公益爲目的者，尙應於登記前，先取得主管官署之許可，(四六條)故章程之生效，亦宜解爲在法人成立以後。(民德施六條參照管原氏民法論總則上卷二二三三頁以次比照)

社員

第二 社團法人與社員 社團法人，必有社員，故社團法人與社員問題，應分述其要點如次：

(一) 社員之意義 社團法人不可缺之構成分子，對於法人而能享受一定權利，負擔一定義務之資格，謂之社員。單就社員之本體言，固不失獨立之人格者，然因社員總會，尚係社團法人之機關，故以社員資格而對於社員總會言，則係社團之構成分子。似此則社員之資格有二，一為對於社團而為其構成分子，一為離去社員資格而為一般之獨立人格者，前者為法人與其分子之關係，與後者之為通常平等兩資格者間之關係，不可同視也。

社員資格之得喪

社員資格之取得

(二) 社員資格之取得與喪失 社員資格之取得及喪失，情形各殊，更析述之：

(1) 社員資格之取得 社員資格之取得，應定於設立章程中，故社員資格之取得，首應依章程之所定。(四七條一項六款參照)次之法人乃獨立之人格者，社員入社而為其構成分子，不可不先有法人之同意，故入社手續，亦為取得社員資格不可缺之程序，申言之：合於章程所定之社員資格，於其表示願入社為社員之意思後，尚須經過法人承諾，始完全取得其社員之資格。此種入社手續，不問其係設立人而入社之社員，或係設立人以外之人而入社之社員，在解釋上均應同一履行也。(松本蒸

治私法論文集入社契約論參照）至已取得之社員資格，得以繼承或讓與方法移轉其資格於他人與否？則應分別情形論之，蓋社團法人中，有以營利爲目的者，亦有以公益爲目的者，營利社團法人之社員，固不妨許其轉讓或繼承，公益社團法人之社員，則應爲限制解釋而不許其任意移轉其社員資格。（德民三八條瑞民七三條三項參照）

社員資格之喪失

(2) 社員資格之喪失 社員死亡，因社員之本體已不存在，固喪失其資格，法人消滅時，因社員已無所附麗，自亦係喪失其資格。此外之喪失社員資格原因，則爲法上之開除社員及社員之自行請求退社是。法人之開除社員，不待被開除社員之同意，卽生效果，故得解爲開除之決議，係法人之單獨行爲。但法人開除社員之決議，須附有正當理由，並須經由總會之議決，（五十條二項四款）其所謂正當理由，是否違背章程之所定，則非所問，卽非以章程爲根據而另有正當理由存在者，亦不妨議決開除也。至其所議決開除之實質理由與形式要件，有背於法令或章程者，則被開除之社員，尙可請求法院宣告其決議爲無效。（五六條）以資救濟。次之就社員之自動

社員之權利義務

社員之權利

退社而言，亦不外社員欲脫離其社員資格之單獨行爲，此點證之第五十四條所定，「社員得隨時退社……」既不容疑，則其章程上縱有禁止社員之自由退社者，其所定亦無效也。但章程上非嚴格禁止社員之自由退社，僅限制其退社之時期或須經預告退社之手續者，則非無效，關於此點，我民法并例示其限制情形，爲事務年度終了或經過六個月以下之預告期限。（五十四條）至已退社或被開除之社員，對於退社或開除前應分擔之出資，固仍負清償義務，（五五條二項）其對於社團之財產，除係非公益法人而其章程另有規定者外，則一律無請求權。（五五條一項）

（三）社員之權利義務 社員之資格，既一方爲法人之構成分子，他方仍爲獨立之人格者，自能獨立取得權利或負擔義務，茲更論其權利義務之概略如次：

（1）社員之權利 社員之權利，乃基於社員資格，對於法人享有之一切權利，總稱之曰社員權。析言之：其內容有二，其爲法人目的上而存在之社員權，屬於社員權中之共益權，如招集總會請求權，（五一條）出席總會權，表決權，（五二條）宣告總會議決無效人請求權（五六條）等是。反之爲達其社員自身利益而存在之社員權，則

屬於社員權中之自益權。如利益分配權，剩餘財產分配權，社團設備之利用權等是。此類社員權，因既不能與社員身分分離而單獨存在，故通說皆解爲身分權之一種。其作用則有屬於形成權者，有屬請求權者。（我妻榮氏民總二八七頁以下參照）自應分別定之也。

(2) 社員之義務 社員之義務，係基社員權之相應而生，其應負擔之理由，即不外因其已取得社員資格而然，其義務之種類與內容如何，我民法并無詳定，然出資乃社員之當然義務，則不容疑。（四七條一項五款比照）且應出資之分擔額，縱在退社或開除後，仍負清償之責。（五五條二項）蓋社團乃以社員爲其構成分子，其基本財產，當亦由社員分別負擔之也。如業務之執行，雖散見於營利社團公人之特別法中，（公司法一八條參照）本法则無明定，故一般團社法人，是否有此義務，則一以章程中之有無特別規定爲準。（菅原氏民總三零四頁以下參照）

第三 社團法人與社員總會 社團以社員爲必要之組成分子，社會恒有二人以上，則集合多數社員之全體共同意志及多數社員之共同意志，即有賴於社員之集會決議，此項

總會之性質

總會係由社員所組織

總會為社團法人之意思機關

總會為社團法人之最高機關

集會，民法上稱曰：「總會」。實即社員總會是也。茲將此總會之性質及召集方法，決議效力等析述於次：

(一) 總會之性質 社團以其社員所組織之意思機關及唯一之最高機關謂之：「總會」。依此則更能析述其要於次：

(1) 總會係由社員所組織 社團不可無社員，非社員亦不得即為社團之組織分子，總會既係社團之意思機關及最高機關，故應由社員組織之。

(2) 總會為社團法人之意思機關 社團法人之意思，原則上均應由總會之決議，始能產生，即社員而欲為法人決定意思，亦應以總會形式，發表其總意，其不待總會之決議者，僅以章程或法律明定其屬於董事或他職員之事項為限。故總會為社團法人之意思機關，因其為意思機關，自不能由總會執行其事務及代表社團。

(3) 總會為社團法人之最高機關 總會之決議 有廣大之拘束力，對於社員有開除權限，對於執行職務之董事及其他職員，時立於監督指揮之地位，並得與全體社員三分之二以上之可決，解散法人，故民法明定社團以總會為最高機關。(五零條)

(二)總會之種類及其召集程序 總會有通常總會與臨時總會之分，通常總會，多於章程中規定其召集之時期。臨時總會，我民法定為得由全體社員十分一以上之人數表明會議目的及召集理由，請求法人定期召集之。(五一條二項)至於必要情形，得由董事自動召集臨時總會，亦不容疑，蓋董事僅係執行法人職務之機關，遇有不能解決之事項，除召集總會以求解決外，自別無他道也。至召集之條件程序，固以章程所定為準，而召集總會之執行人，不問其總會之種類如何？均屬於董事，其因社員請求召集而董事於遲至一個月仍不召集者，則請求召集總會之社員，始得聲請法院經法院之許可而自行召集之。(五一條三項)

(三)總會之決議 社員總會之決議，乃指一定人數以上之社員，對於總會之討論，欲其生效之同意而言。其同意之方法與其人數，有限於出席而為同意者，有不然者，有限於出席社員之過半數者，亦有不然者，茲就有關於總會決議之情形，析為左之數端述之：

(1)決議人數之原則及其例外 「總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半

應經總會
決議之事
項

總會決議
與社員之
表決權

數決之」。(五二條)此原則也。其所謂本法之有特別規定者，如解散法人之決議，須經全體社員三分二以上之可決，(五七條)及：「社團變更章程之決議，應有全體過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或有全體社員三分二上書面之同意」。(五三條一項)其在公益社團之決議變更章程，並須經主管官署之許可者，始能生效，(五三條二項)等是。此例外也。

(2)應經總會決議之事項。總會乃社團之最高意思機關，其明定為應經總會之決議事項，非經總會決議，即不能生效，但應經總會決議事項之明定，並非限制總會決議事項之範圍，故除五十條第二項所定：「(1)變更章程，(2)任免董事，(3)監監董事職務之執行，(4)基於正常理由而開除社員等事項外，其依章程所訂立或董事及社員之認定，仍非總會決議不可者，總會亦能依照第五十二條一項後半之原則而決議其事項。自不容疑。

(3)總會決議與社員之表決權。「社員有平等之表決權」(五二條一項)乃本法所明定，則社員間之出資額多寡，即不能為表決權增減之原因可知，此蓋防止資力較強之社

員，操縱法人之意思而損及其他社員之實益也。（石田文次郎民總一六七頁以下參照）

總會決議之拘束力

（四）總會決議之拘束力 總會之合法決議，即係法人之意志表現，自能對於全體社員，發生拘束力，反之總會之決議，或為違反法令，或為違背章程之規定者，則對於其決議原不同意之社員，即能於決議後三個月內，請求法院宣告其決議為無效，（五六條）其決議為違背法令者，如社員之請求召集總會，未經法定程序，經過一日期間及法院之許可是。（五一條比照）至決議之違背章程與否？則宜以章程之具體規定分別決之。（長島毅氏民法總論二四八頁以下參照）

財團

第三款 財團（五九條至六五條）

財團法人，除應依法人規定之通則外，尚有財團法人應遵守之特則，法人之通則，已知前述，本款乃專就財團法人之特則而言。

第一 財團法人與捐助章程 設立財團法人，除於登記前，應得主管官署之許可外，（

財團法人與捐助章程

五九條）尚應由設立者，訂立捐助章程，以次擬專論財團法人之捐助章程。

(一)捐助章程之意義及性質。參閱我九八頁九頁比照。捐助章程，係財團法人於其人格活動上之基本準則，形式上屬於要式行爲，實質上則有關於財團之目的，組織，資產保管利用及其他重要事項，均應於此章程內確定之。至就捐助章程之本質而言，則以捐助人之爲一人或二人以上而異，蓋財團原不以人之集合爲要件，其設立人縱爲一人，亦能以其所訂立之捐助章程設立之，此時之訂立章程人既爲一人，即得解爲屬於單獨行爲，反之捐助入爲二人以上時，則因所捐助之財產，雖不必盡同，其於法人之目的，仍須一致，(長島毅氏民總二〇八頁以下)故宜解爲合同行爲。

(二)捐助章程之記載。捐助章程之記載事項，得大分爲二，一爲必要記載，他爲任意記載是，任意記載，在解釋上只須不背於公序良俗，均無不可。必要記載，依民法之規定，又得析爲兩端，一爲法人目的及其所捐助財產，(六零條二項)他爲財團之組織及其管理方法，(六一一條前半)然二者之中，在解釋上仍有輕重之別，蓋捐助而未記明財產，其捐助意旨，即非完全，次之僅有捐助之財產而未明訂法人之目的者，亦不得即謂爲已有設立財團之目的，故民法僅對於捐助章程中所定之組織不完全成重要之

管理方法不具備者，要其因利害關係人之聲請於法院，由法院爲必要之處分以救濟之

。(六一條後半)

捐助章程
之訂定者

(三)捐助章程之訂定者 捐助章程之訂立人，即爲財團之設立者，(六〇條一項前半)捐助人爲一人時，固由其一人之單獨意旨爲之，捐助人爲二人以上者，則以捐助人之合同意旨定之，捐助人既有財產上之捐助，故於其捐助之際，須有行爲能力，固屬當然解釋，但民法上亦許可捐助人單以遺囑代替捐助章程，(六〇條一項但書)故以遺囑之捐助而設立財團者，亦得解法僅具備遺囑能力爲已足。(一一八六條參照)

捐助章程
之效力

(四)捐助章程之效力 財團法人成立前，乃先因捐助章程之訂定而設立，故捐助章程在實際上之生效時期，宜解爲在財團法人成立之際，似此則於財團法人未成立前之捐助章程，因其僅係設立財團者設立行爲之內容，固可解爲得以隨時撤銷，反之於財團法人設立後之捐助章程，則撤銷之際，宜解爲以有正當原因之限。如捐助後有害於捐助人之債權人，其債權人即可聲請撤銷是。關於此點，各國立法例，亦非一致，(日民四一條五五〇條德民八一條二項八二條瑞民八二條等比照)我民法則並無明定。

至法人成立後未經撤銷之捐助章程，既能完全生效，則財團董事，即有遵行之義務，違反之際，其利害關係人並得聲請於法院，由法院宣告其違反捐助章程之行爲無效，（六四條）次之就所捐助財產之歸屬效力而言，有採取物權主義者，如日民四二條是，有採取債權主義者，如德民及我舊民草是。（德民八二條至八四條舊民草一五〇條一五一條一五四條等）民法對此，亦無明文，在解釋上則宜解爲有明訂交付捐助財產之時期者，屆時即有交付之責，未明訂交付時期者，法人對於捐助人，亦有請求權，蓋財團之設立人，既明訂捐助財產於捐助章程，其財產即係法人之基金，設立人當負有交付其財產義務也。（我妻榮氏民爲總論二四零頁以下參照）

第二 財團法人之設立登記 財團之登記，由董事向其主事務所及分事務所之主管官署爲之，並應附具捐助章程備案（六一條二項）其應登記之事項，則爲：（1）目的，（2）名稱，（3）主事務所及分事務所，（4）財產之總額，（5）受許可之年月日，（6）董事之姓名及住所，（7）限制董事代表權者，其限制，（8）定有存立時期者其時期等。

第三 財團法人之變更 財團法人，既非以人之集合爲要件，亦非如社團法人之有社員

總會爲其最高意思機關，則因財團之目的或其組織，有變更之必要時，自亦應另有補救之道，茲依民法第六十四條及六十五條之規定析述如次：

(一)維持財團目的或保存財團法財產而變更其組織者，得由捐助人董事或利害關係人聲請於法院，另由法院變更其組織。

(二)因情事變更，致財團之目的不能達到時，主管官署，得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要組織。

第四款 外國法人問題

外國法人
之意義

第一 外國法人之意義

何謂外國法人？法無明定，故研究外國法人之意義，須先明瞭內國法人與外國法人之區分標準，此項區分標準，得析爲左之諸端述之：

國籍區分
主義

(一)社員或設立人之國籍區分標準 依此標準，則社員或設立人爲外國人者，即得謂外國法人。然法人不能否認其有獨立人格，故法人之國籍，即不能隨其社員或設立人爲轉移，加以法人之社員或設立人，亦有兼有內國人與外國人者，故此種區分標準

所在地區
分主義

法人住所
所在地區
分標準

準據法規
之區別標
準

外國法人
之權利能
力

，即難謂當。

(二) 設立法人所在地區分標準 依此標準，則完成設立法人行爲之所在地爲外國者，即得解爲屬於外國法人，然設立行爲之完成與否？應依其設立時所準據之法律決之，不能單以其設立行爲完成之地域爲準，事極顯然，故亦難謂當。

(三) 法人住所所在地區分標準，依此標準，則係以法人之在外國而有住所者，即解爲外國法人，然法人之成立，並非單以其住所爲要件，且就我民法第二十九條與民法總則施行法第十三條規定比較言之，則外國法人，縱在中國有主事務所，仍不妨爲外國法人。故亦難謂當。

(四) 準據法規之區別標準 法人成立之際其所準據之法規爲外國法者，斯爲外國法人。諸說之中，以本說較當。(明治法學三六年五二號五三號五五號山田民法人。國籍論及磯積氏還歷祝賀論文集外國法人論與松本氏私法論文集論外國法人之意義再論外國法人之意義等文參照)

第二 外國法人之權利能力 外國法人之權利能力，其應研究之點有二，蓋因外國法人

，關於權利能力之取得，民法上設有一定限制，既取得權利能力以後，其範圍亦有限制標準故也。茲析爲外國法人權利能力之取得，及外國法人權利能力之範圍述之於

次：

外國法人
權利能力之
取得

(一)外國法人權利能力之取得 外國法人，有在中國設有事務所者，有不然者，因其權利能力之取得，即非一致，其在中國未設有事務所者，則僅依法律之規定，得以認許其成立以後 即有法人人格。所謂認許，即不外承認外國已成立之法人，依據中國法律規定，許其在中國氣域內，亦有權利能力。此點證之：民法總則施行法第十條之規定：「外國法人險依法律規定外，不認許其成立」，其理甚明，次之外國法人在中國設有事務所者，則於其得依據中國法律認許其成立外，並應履行民法總則上法人成立之形式要件之程序，即該外國法人，應準用民法第三十條第四十八條第六十一條以爲登記，如爲公益社團或財團，並應依民法第四十六條第五十九條，於登記前，取得主管官署之許可，如係營利目的之社團，亦應據特別法之規定，取得其法人資格，若有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不爲變更之登記時，則亦應

外國法人
權利能力
之範圍

依民法第三十一條之規定，不得以其事項，對抗第三人。（民總施十二）

（二）外國法人權利能力之範圍 外國法人，雖能依上述規定在中國領域內取得權利能力，但並不能因其取得權利能力，即能與中國法人，完全相同，故已取得權利能力之外國法人，亦發生權利能力之範圍問題。即外國法人權利能力之範圍，固能與同種類之中國法人相同，但亦能依法令而受限制，至外國人自然人不能享有之權利，外國法人不能享有，更屬當然解釋。（民總施十二條一項）

外國法人
之義務

第三 外國法人之義務 經認許之外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。

（民總施十二條二項）

外國法人
事務所之
撤銷

第四 外國法人事務所之撤銷 外國法人，在中國設有事務所者，既能經認許及履行成立之形式要件而取得同種類中國法人之權利能力，則其法人之目的或其行為，有違反法律公共秩序或善良風俗者，即與最初許其有權利能力之本旨相背，民法總則施行法第十四條定為得由法院撤銷之。

第五 未經認許之外國法人連帶責任，外國法人，不問其在中國設有事務所與否？其權

未經認許
之外國法
人

利能力之取得，應經認許則一，設有在外國已成立之法人，尙未經中國之認許其成立，在中國當無權利能力可言，但認許與否？一般人既不易知悉，亦易於失之查覺，故民法總則施行法第十五條定爲；「未經認許其成立之外國法人，以其名義與他之爲法律行爲者，其行爲就與該法律行爲該外國法人負連帶責任一。

第三章 物（六六條至七〇條）

物

物之觀念

第一 物之觀念 物之觀念，得解爲存在於自然界而無理性，占有一定之空間，而能供人類之支配。由前言之，則人以外，始有物，羅馬法上之以奴隸爲物者，此乃歷史上過去觀念之例外情形也。由後言之，則人力所不能及者，亦不得即謂之爲物，故一般通說：均以爲物之觀念，尙須具備左列要件：

（1）物對人而言，乃存在於人以外。人而生存，卽有軀體以及構成部分，人之軀體及其構成部分，以今日之科學發達，間亦能以人工幫助其健全，其與人之生命相併存在時期內，縱由人工而補足之人的構成部分，亦不得解之爲物。其依人之契約而分離人之軀體或構成部分者，仍須不害於人之生活力也。

物乃存在於人以外

物以有體
爲原則

(2) 物以有體爲原則 占有一定空間而存在者，即得解爲有體，其爲固體液體或氣體，則非所問。但物之存在，究限於有體物與否？在立法例上既非一致，在解釋上亦有爭論。其承認無體物之觀念者，如法民五二七條以下日舊民法財產取得編六條及瑞民七一二條等是。反之物限於有體者，如德民九零條及日民八五條等是，現行民法，並無明文規定，則無體物是否爲物？不外依其體情形之解釋定之，據吾人見解，有體物在實際上尙居多數，故解爲物以有體爲原則，其在社會觀念上，以無體自然物爲交易之客體者，則不妨解釋爲民法上之物。

物須人所
能及

(3) 物須人力所能及 有體物中，亦有人力所不能及者，如日月星辰等是。既非人力所能及，即不供吾人之支配，自不能解爲民法上之物。但地球雖非人力所能全部支配，而水陸及子然富源，亦能就其一部而供人之支配，故其應於爲交易客體之際，自亦得解爲民法上之物。

物須有獨
立支配之
個體

(4) 物須有獨立支配之個體 物之個體，須依社會觀念決之，蓋物之集合狀態，得將多數物之個體而成爲一物，此種情形，其物之效用以單一個體爲物者，則於其單一

個體之際，即屬民法上之物，反之以多數單一一個體，而變成他物之構成部分者，則以其構成部分之總體爲物，例如房屋與棟樑之關係是。

第二 物之種類 物之種類，得析述如次：

物之種類
動產與不
動產

(一) 動產與不動產 「稱不動產者，謂土地及其定着物。」(六六條一項)「稱動產者，謂土地及其定着物以外之物。」(六七條參照)由此兩種規定合併觀之，可知動產及不動產，乃物之最大分類，而土地事項，又另制專法，其性質之重要，更不俟論，茲更就土地與定着物分別述之於次：

土
地

(1) 土地 土地之意義，就最狹義言，僅係地球表面之一部，就狹義言，則包括水面及陸面，就廣義言之，則水陸及天然富源，均得解爲土地，廣義之土地，係土地法上之土地意義，(十一條)民法上之土地，其範圍則較狹，但尙應注意者兩事，即：

(a) 土地所有權之行使，得及於上空與地心，(民七七三條比照)(b)「不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分」(六六條二項)是也。

土
地
之
定
着
物

(2) 土地之定着物 在社會觀念上，其附着於土地之物而有繼續性者，得解爲土地之

定着物。(參原卷二氏民法總論三八)以下參照)其應行注意之點有三：(a)附着之義，乃指其非加以毀損，不能使其與土地分離而移轉之一般社會觀念而言。例如房屋是。反之其物雖與土地相附着，亦能不損其原狀或原物之經濟效用而可自由移轉者，則不得直解爲土地之定着物，例如石像假山等是。(b)附着之原因，非基於土地之自然殖力養力，蓋基於土地之自然殖力養力而繼續附着於土地者，則得解爲土地之生產物而爲土地之一部分，指非獨立之不動產故也。例如岩石植物等是。(c)附着之狀況及時間，須在一般社會觀念上，即應繼續附着於土地，反之其狀況雖係附着於土地，其目的仍不失爲暫時性質者，(如爲建築房屋而樹立之材料廠或人工臨時休息所是)亦不得直謂爲定着物也。

動 產

動產不動
產之區別
效果

不動者之意義，僅兼指土地及其定着物而言，已如上述，此外不屬於土地及其他着物者，皆屬於動產，故動產之範圍，其義甚廣，即體形之笨重如機械全部者，固可謂爲動產，體形之不易查覺如無體自然物者，果能在社會觀念上，適於爲交易之客體，亦不妨解爲動產也。至動產與不動產二者之分類結果，除民法上之得喪變更，設有嚴重之區別外

主物從物

，(七五八，七六一，七六八，七六九，七七零，一一〇一等條參照)他如訴訟法上之管轄，(民訴第一章第一節)執执行程序，(執行規則第二章第三章)亦各異其方法。

(二)主物與從物 非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，為從物。(六八條一項前半)此乃我民法上關於主物從物在法律意義上所規定之原則，茲析為：

(1)主物從物之關係，(2)主物從物之例外，(3)主物從物區別之效果等述之於次：

主物繼物之關係

(1)主物從物之關係，主物從物之關係，其要點有三：(a)主物從物，須各別得以獨立為物，並非此物即係彼物之成分是。(b)從物須係常助主物之效用，如鑰匙之與鎖是。(c)主物從物，須同屬於一人所有，蓋物之主從，既能各別獨立為物，亦即能分屬於相異之所有權主體，其不屬於同一人所有者，亦不能即生主物從物之關係也。

主物從物之例外

(2)主物從物之例外 主物從物，固能依上述關係而成立，但；「交易上有特別習慣者，依其習慣。」換言之：在理論上之主物從物成立後，在交易上不以主物從物而同時發生權關係者，即不得藉口主張主物從物之效果是也。

主物從物
區別之效果

(3) 主物從物區別之效果 「主物之處分，及於從物」(六八條二項)此所謂處分，竊以爲其義較廣，其發生物之所有權得喪變更者，固屬於處分。其以之供擔保者，亦得解爲處分。蓋物之有主從區分者，在提供擔保之際，是否以主物從物同爲擔保之標的，其及其於擔保額之利害關係甚鉅故也。惟本條規定，不得解爲有強制力，當事人於處分之際，明言主物從物分別處分者，亦不得謂爲無效。

代替物與
不代替物

(二) 代替物與不代替物 社會觀念上，不注重其物之個性，只注重其種類品質數量而爲交易上之指示者，謂之代替物，反之則爲不代替物。二者之區別實益，最顯著於消費借貸及消費寄託，(四七四條六零二條比照)蓋消費借貸及消費寄託之標的，當明以代替物爲限故也。(鳩山秀夫氏民總二四七頁以下參照)他如種類之債，其標的屬於代替物，更屬顯然。

特定物與
不特定物

(四) 特定物與不特定物 特定物與不特定物之分，恒依當事人之主觀意志以定，析言之：當事人之意思或其他方法具體指定其個體之物，謂之特定物。反之，當事人並不注意於物之個體，僅以種類品質概括指示之物，即謂之不特定物。例如指定購買

其冊書某張畫，其書畫之個體，一經確定，即爲特定物。反之如僅云購買十二元一包之米，則其所指示之米，即係不特定物。此二者之區別，與債之標的確定與否及債之清償責任等，所關甚鉅。然特定物與不特定物之區別，恒易與代替物及不代替物之觀念相混，但吾人若以代替物與不代替物及特定物與不特定物二者比較觀察之，則又區別顯然，蓋特定物不妨爲代替物，而不代替物亦不妨爲不特定物，前之情形，如同種類同價值之米，本可互爲代替，設當事人一經選定某某包，則某某包之米，即爲特定物。後之情形，例如書畫古董，本不容互爲代替，設同形同一人同一種類之書畫甚多，同一時期同一體類之古董，不只一份時，當事人未具體指定者，亦仍小失爲未特定也。

融通物與
不融通物

(五) 融通物與不融通物 融通物與不融通物之區別，乃由其物之有無一般交易能力而分，即有交易能力者，謂之融通物，反之不許當事人以之爲交易標的者，即爲不融通物。通常之物，多有融通性，其無融通性之物，更得概括言之如次：

(1) 公有物 國家或其他公法人以公共目的而保有之物，謂之公有物，例如政府機關

公有物

公共物

禁止物

公用物

屍體

用地，國防用地，依古物保存法令之限制而保存之古物等是。然屬於國家或其他公法人之物，原不以皆有公共目的爲必要，因之縱屬於國家或其他公法人之物亦有得以融通而許其爲交易標的者，例如官產是。此因其僅係基於經濟目的而所有之物故也。至土地法上所謂：「不得爲私有」與：「不得變爲私有」之土地（土第八條），其屬於公有物，更不俟論。

(2) 公共物 任何人不能專有之物，即得謂爲公共物。例如空氣海洋等是。此類物體，既不能由個人所專有，即不得爲交易之標的，故爲不融通物。

(3) 禁止物 國家依法令而禁止私有之物，謂之禁止物。例如鴉片嗎啡等是，此種物品，單就其物之本質而言，固不妨爲交易之標的，然一經法令之禁止製造販賣，即爲不融通物。

(4) 公用物 國家或其他供一般公眾使用之物，謂之公用物，例如道路公園等是。此類物體，既係基於公共利用之目的而存在，自亦屬於不融通物。

(5) 屍體 屍體在物之分類中，有解爲不許先占之無主物者，亦有解爲不能處分之繼

承人所有物者，不問其解說如何？，其含有不融通性則一。

(六)有主物與無主物 物之有私有權存在者，謂之有主物。反之爲無主物。但土地本屬於國權領土之一部，其無私所有權之存在而又未經公共利用者，亦即屬於公有，故土地不許有：「無主物」觀念之存在。

不可分物與不可分物 物之可分與否？得由兩方面定之，即物之本質與當事人之約定是也。由物之本質上着眼時，則不損害其物之性質並不減少其比例上應具有之價值而得以任意分割者，謂之可分物，反之爲不可分物。前者如金錢或土地是。後者，如衣服或房屋是。然物之本質上縱屬可分者，設當事人約定其爲不可分時，亦得由可分物而變爲不可分物。至兩者之區別實益，得解爲與物權法上之共有及債法上多數人之債有關。

非消費物與非消費物 依物之性質及其利用方用，一經使用即歸於消耗而不能使其原物繼續存在或保留其權利者，謂之消費物，反之經屢次或長久時間之利用，其物縱有毀損而原物或其權利仍能繼續存在者，謂之非消費物。穀米倉物與金錢等，屬於

前者，土地房屋衣服等，屬於後者。債法上之借貸寄託等契約，如為消費物，則不必還返原物。反之須返還原物者，則恒以非消費物為標的也。

(九) 單一物合成物及集合物

(1) 單一物 形體能獨立成爲一體而有單獨交易性之物。謂之單一物。例如牛一頭樹一株等是。

(2) 合成物 由多數之物所組成而結合爲一體以完成其交易性或一般價值之物，謂之合成物。例如鑲嵌之金銀珠寶首飾等是，故一稱組成物。

(3) 集合物 以多數之單一物或合成物而集合之團體物，謂之集合物。例如羊羣或書庫等是。

上述單一物或合成物，其一物即爲一權利之標的，集合物則或以一定數量爲一權利之標的，或以各別個體爲其權利之標的，均無不可。

第三 物之孳息 物之孳息，得析爲天然孳息及法定孳息兩者述之；

(一) 天然孳息 天然孳息，所應研究之問題有二，一爲天然孳息之意義，他爲天然

孳息之歸屬問題 更分述之，

(甲)天然孳息之意義 「稱天然孳息者，謂果實，動物爲產物，及其他依物之用法所收穫之出產物。」(六九條一項)茲依此義，析爲左三端述之：

(1)果實 果實之成爲天然孳息，乃支在果實爲物之獨立性，蓋與果實相對立者，恒有原物存在，其與原物相結合之際，尙不失爲原物之一部或原物之成分，迨既與原物分離之後，其果實始爲天然孳息也。然未分離之果實，固非獨立物體，若當事人僅注重其：「得以確定爲獨立物」之觀念，而爲債權之標的，亦屬無妨。(穗積重遠氏民統三〇六頁以下參照)

(2)動物之產物 動物之產物，亦能成爲天然孳息，乃因其原物既未變更其原性，其產生之物，亦能各別獨立存在，如牛之犢，馬之駒是，反之如由雞卵而豢養之雛，由牛乳而製成之酪，則否。蓋動物之產物而能構成天然孳息，一則須原物與所分離之物，有性質上之連絡，再別須其孳息之分離後，而原物僅有生理上變化，並非原物已失其獨立性故也。

動物之動
物

果
實

意
義

其他依物
之用法所
收穫之物

天然孳息
之歸屬

(3) 其他依物之用法所收穫之出產物 植物之果實及動物之產物，乃社會觀念上最顯著之天然孳息，此外我民法更採較廣之意義，謂凡依物之用法而能收穫其出產物者，亦不失為天然孳息，至所謂：「依物之用法」一語，則其意義有三，一為物之固有使的方法，二為物之經濟使用方法，三為社會觀念上，一般所承認之使用方法是。由第一點言之，如種穀穫稻，固係由耕地之固有使用方法而收穫之出產物，反之，如掘地而拾金，其金固非必得之物，且亦非使用耕地之固有產物也。由第二點言之，例如植林豢魚，意在培養風景壯麗觀瞻者，縱有孳息之取得，即不得謂其係利用原物之經濟效用也。由第三點之，如牛之種痘，其痘種之收取，乃醫學上之專用，亦即非社會上一般觀念之孳息，似此則所謂天然孳息，既不限於定期收穫之物，亦不限於不消耗原物而收穫之出產物也。(長島毅氏民總一九四頁以下參照)

(乙) 天然孳息之歸屬 天然孳息，既有原物與其所分離之物，則原物與其所分離之孳息，究應屬於何人取得？仍不無疑，關於此點，其主義有二，一為生產主義，一為為分離主義，由前言之，則孳息之歸屬人，須為加以勞力資本而助理其生產主人，由後

言之，則須於分離時，確定何人有歸屬孳息之權利，其有歸屬權利者，始能取得其孳息，我民法乃從後之主義者。故於第七十條第一項定爲：「有收取天然孳息權利之人，其權利存在續期間內，取得與原物分離之孳息」。似此則物之所有權人，其他物權人，或債權人，只須有法院原因或約定原因，約能於物之分離之際，即能取得其孳息之所有權。

法定孳息

意義

收
意

(一) 法定孳息 法定孳息之意義及法定孳息之歸屬二者，亦得分述如左：

(甲) 法定孳息之意義 「稱法定孳息者，謂利息，租金，及其他因法律關係所得之收益。」更依此義析述如次：

(1) 法定孳息，乃法律上之收益 法定孳息之本質，有以爲因元物之使用對價所取得之物者，如日民是。(日民八八條二項比照) 有不限於有體物，其本於法律關係所生之收益，均謂爲法定孳息者，如德民是。(德民九九條一百條比照) 我民法乃大致採取德民之規定而然，故宜從寬解釋，即因使用原本所取得之利益，均不妨解爲法定孳息之收益。

因法律關係而生之收益

法定孳息之歸屬

法律行為

通則

總則

法律關係與法律效果及法律要件

法律關係

(2) 法定孳息之收益，乃由法律關係而生，由法律關係而生之收益，指利息之基於元本債權，租金之基於租賃契約所生者而言。收益之非由法律關係而生者，則屬於因事實關係而生之天然孳息故也。

(乙) 法定孳息之歸屬 法定孳息，本與原物立於分離狀態，其取得孳息權利之歸屬問題，我民法定為：「有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期內之日數取得其孳息」(七零條二項) 就利息言之，蓋指原本債權發生後，直至清償日止之總額，均能取得是。

第四章 法律行為

第一節 通則(七一條至七四條)

(一) 總說

第一 法律關係與法律效果及物律要件 研究法律行為，首應明瞭法律關係與法律效果及法律要件，茲先就此三者分別簡述其義如次：

(一) 法律關係 人類之社會生活關係，一受法律規定之拘束，即得解為法律關係。

夫人之一切社會生活關係，非必隨時隨地，完全受法律規定之拘束，亦未認盡受民事法上規定之拘束，不過民事生活，乃日常所習見，自無貴賤，無貧富，均不能脫其繫屬，故直謂現代人類生活關係，其大部分均屬於民事法律關係，亦無不可。

法律效果

(一) 法律效果 一定之生活關係，既應受法律規定所拘束，則由此生活關係而產生之一定狀態，即生一定之效果，此類效果，在過去社會生活之中，或係單獨受道德律之保障，或係單受宗教及單純之習慣所保障，今茲社會進少，則其保障力之來源，不單以此類道德宗教或習慣為限，即更由法律之力而受其保障是矣。似此則以法律關係而由法律的保障所發生一定效果，即得解為法律效果。

法律要件

(二) 法律要件 人類必有生活關係，生活關係之中，又必有法律關係，既有法律關係，更應產生一定之法律效果，依此論結，則發生法律效果之生活關係，就法律上言之，即又得目之為法律要件。

實與法律要件
法律要件

第二 法律要件與法律事實 如前所述，發生法律效果之前提原因，即係法律要件，然構成此原因，必有各別之事實，此類各別之事實，既係構成法律要件所必需之資料，

即得解爲法律事實。立律要件與法律事實，有混爲一談者，但爲求用語之明確，則仍以分別爲當，蓋法律要件之完成，其中所包含之事實，不必一致，今就法律行爲言之，（法律行爲，乃最重要之法律要件）其中一方意思表示之一個事實所構成者，爲單獨行爲，其由雙方意思表示之二個事實所構成者，爲契約行爲，其由多方意思表示之數個意思表示所構成者，則爲合同行爲，但法律上並不區別其構成事實之多寡，而一律以法律行爲之名稱概括之，似此則係有一個法律行爲，即有一個法律效果矣，其有無法律效果？純以是否完成法律要件定之，不以其事實之多寡或差異爲衡也。

次之就完成法律要件之事實而言，有基於自然事實者，亦有基於人之容態者，以次更析言之：

（一）自然事實 不受人之心理作用所支配而成立之法律事實，謂之自然事實，如人之一生一死，時間之經過等，卽其最著者。

（二）人之容態 基於人之心理作用所成立之法律事實，謂之人之容態。其中有應單純考量或證明人之內部作用而始明確者，如善意，惡意，占有意思，所有意思等是。

反之亦有表現於人之外部的作用者，此即所謂：「行爲」是矣，人之行爲，在法律事實中，有重要性，縱謂一般法律要件之構成，均有賴於人之行爲，亦無不可，於茲更詳論人之行爲於次：

(一) 適法行爲 人之行爲，符於法之基本精神，因法律之容許，而能生產一定效果者，謂之適法行爲，析言之，則更有左之兩端：

(a) 非表示行爲 法律效果之發生，不以其行爲係先基於人之內心所表示者，謂之：「非表示行爲」，換言之：法律上對於一定之行爲，雖生一定效果，而其行爲之表示於外之原因，不以其先有此效果之心理作用爲必要者，即得統名之爲：「非表示行爲」。如設定住所，發見埋藏物，先占無主物等是。

(b) 表示行爲 法律效果之發生，以其行爲係先基於人之心理作用所表示者，謂之：「表示行爲」。更析言如次：

(甲) 知之表示行爲 「知」之表示行爲，一稱：「觀念表示」，即行爲人對於某事物之認識行爲之表示是也。其中有自動主張其事實之存在者，如主張自己有代理權是

適法行爲

非表示行爲

表示行爲

觀念表示

感情表示

欲望表示

違法行爲

法律效果
與私權之
變更

。有僅係表示某事實之觀念者，如承認他人之權利存在是。亦僅有通知某事實者，如告知贈與標的之瑕疵，通知總會之召集期，通知債權之讓與等是。

(乙)情之表示行爲 情之表之行爲，一稱：「感情表示」，即係行爲人表示對於一定之事物之感情作用。此種情形，其得以發生法律效果者甚少，有之，如贈與之人宥恕(民四一六條)及夫妻間之宥恕(一〇五三條)等是。

(丙)欲之表示行爲 欲之表示行爲，一稱：「欲望表示」，又得稱爲：「意爲表示行爲」，其中有單係屬於事實上之欲望表示者，如請求召集總會，或催告債務人履行債務是。反之，其欲望在發生私法上之效果而爲表示者，則專屬於意思表示問題。

(二)違法行爲 背於法之基本精神，爲法律所不容許，因而生產一定效果之行爲，謂之：「違法行爲」。其中又有：「債務之履行」與：「侵權行爲」兩種，我民法係規定於債偏中。

第三 法律效果與私權之變動 現代私法之趨向，雖盛言：「私法之公法化」及：「個人

之團體化」，（佐佐穆氏民法之社會化及社會法學之發達兩書比照）然仍未脫離權利本位之構成形式，故法律效果，多表現於私權之變動，縱謂一切之法律要件，非盡係直接發生權利之變更，然其間接影響所及，亦係發生私權之變動結果，故於現代立法形式之下，欲說明法律行為之法律效果，仍須先述私權之變動：

私權之變動，乃兼指權利之發生消滅及得喪變更而言，析述如次：

權利之發生消滅
發生權利與權利之消滅，乃私權變動中相對應之法律現象，茲分別說明於左：

權利之發生
發生在最初產生或出現之狀態，謂之：「權利之發生」。蓋同人乃權利之主體，其權利之得以產生或出現與否？在法律上仍須有相當之原因，合於法律上產生或出現之必要原因以後，其最初產生或出現之狀態，即權利之發生也。至就權利之發生原因言之，則有產生於法律行為者，亦有出現於一定關係之構成者，前之情形，多屬於財產權，後之情形，多屬於身分權。

權利之消滅
權利絕對失其存在之狀態，謂之權利之消滅。其消滅之原因，有基

權利之得
喪變更

權利之所
得

原始取得

於權利主體者，如借用人之死亡而借用權消滅是，有基於權利被支配標的之：「物之滅失」者，如消費物已全部消費而所有權消滅是。有純基於自然事實者。如土地被可通運之水道所湮沒是。

(二) 權利之得喪變更 權利之得喪變更，乃兼指權利之取得及權利之變更與權利之喪失而言。三者亦恒有牽連或對應之現象，更分述如左：

(1) 權利之取得 權利與特定主體相結合之狀態；謂之：「權利之取得」。無主體之權利，既難存在，則權利一經發生，即有取得者，然單就取得狀態而言，則又有左列數種：

(a) 原始取得 權利之取得，非以既存在之權利為基本者，謂之：「原始取得」，先占即其最著之例。他如因取得時效而取得之權利，亦不失為原始取得，蓋因取得時效而取得之權利，其時效未完成前，似尚有既存之權利為基本，而不能謂純粹之：「原始」狀態，實則既存權利之罹於時效，即已消滅，其因時效而取得之權利，已能獨立存在而與既存權利，毫無關係故也。

繼受取得

(b) 繼受取得 權利之取得，以既存在之權利為基本者，得解為：「繼受取得」。其稱為傳來取得者，義同。既有繼受關係，即恒有被繼受之相對方面存在，因此，取得人更得稱為：「繼受人」，而被繼受之相對方面，又得名為：「被繼受人」或：「前主」，然繼受取得之中，其情形亦非一致，析而言之，得如次述：

創設繼受

(1) 創設的繼受取得，因他人以既存之權利為基本，而創設一新權利，乃從而取得其權利者，得解為：「創設的繼受取得」。此種情形，以本於所有權而創設他物權（如地上權，永佃權……）為最著，蓋所有權人創設他物權以後，其：「他物權取得人」，即係因所有人之：「創設」，而：「繼受取得」故也。

移轉繼受

(2) 移轉的繼受取得 以既存之權利為基本，不變更其原來性質，使他人因：「繼受」而：「取得其權利」者，得解為：「移轉的繼受取得」。此種情形，如因買賣而移轉出賣物之所有權 其：「買受人」即係因：「移轉物之所有權」而：「繼受取得」也。

特定繼受

(3) 特定的繼受取得 各個權利，因：「各別特定原因」，而發生：「繼受取得」之狀態，得解為：「特定的繼受取得」，例如因出賣土地而始取土地所有權，又因出賣某動

產而取得其動產所有權是。

(4) 包括的繼受取得 各個權利，因：「同一原因」而發生；「繼受取得」之狀態，得謂爲：「包括的繼受取得」，遺產繼承及包括遺贈，均其適例也。

上述繼受取得之各種分類，乃因觀察方法不同而生。並非絕對各別獨立，毫不相涉，例如：「特定的繼受取得」，亦仍不妨有：「移轉的繼受取得」之現象存在是。

權利之喪失

(2) 權利之喪失 權利既恒有權利主體，則一與其主體有分離狀態之際，即得解爲「權利之喪失」。其中雖得分爲：「相對喪失」與：「絕對喪失」，但與權利之消滅相並稱時，則絕對喪失，即得解爲：「權利之消滅」，其單屬於：「權利之喪失」狀態者，則宜解爲以：「相對喪失」爲限。即權利因移轉於他人，而自己遂喪失其權利是。

權利之變更

(3) 權利之變更 權利與其既存狀態發生變化之情狀，得解爲：「權利之變更」。其情狀亦非一致，更析言之：

主體變更

(a) 權利主體之變更 權利主體之變更狀態，有基於主體之增減者，有基於主體之更迭代替者，前之情形，如一主體之權利而變爲數主體，或由數主體而變爲一主體是

內容變更

，後之情形，以前述之：「繼受取得」為最著。

(b) 權利內容之變更 權利有一定之內容，其原有之內容與現有之內容不同時，即得解為內容變更是。如權利存續期限或縮短是。

(c) 權利客體之變更 權利之客體，有增加或減少之狀態者，謂之權利客體之變更。就所有權之客體言，如土地所有權之土地面積，因自然現象而增減，就他物權之客體言，如增加擔保物權之擔保標的是。

客體變更

法律行為之本質

法律行為自由之原則

(一) 法律行為之本質

第一 法律行為自由之原則 法律行為，得任憑各個人之自由意思，從其所：「欲」，以

發生私法上之效果，謂之：「法律行為之自由原則」，亦得目為：「私法之自治」。此種

原則，係由法國大革命而生，蓋歐洲中世紀之社會，各個人之法律生活，恒隨其身分關係之高低而有差異，不承認個人之自由意志，在法律上純立於平等關係。迨人智漸進，經濟生活，亦日益發展，遂欲脫離身分階級之拘束，尊重各個人之個性；自由意思之活動，乃相因而生，英國學者馬因 Maine 氏，所謂：「由身分關係而入於契約關係

法律行爲
之意義

法律行爲
乃以意思
表示爲要
素

一者，即指此種變遷現象與法律行爲之關係而言。然法律行爲既自由矣，又形成現代之資本主義社會；蓋人類生活之環境互異，智愚亦殊，擁護契約自由，而事實上之盲從成逼從，亦未能免，故名義上之自由，反因經濟力之差異，造成弱肉強食之結果，似此則所謂法律行爲之自由原則，爲保持社會生活之正義，又應謀其有適當之界限，而於相當程度內以救濟此種實際情形之畸形現象也。（津曲藏之丞氏契約自由與勞働法之指導原理參照）

第二 法律行爲之意義 法律行爲者，乃以意思表示爲要素，從其所表示（欲）之內容，以定其發生私法上效果原因之法律要件也。析言如次：

（一）法律行爲，乃以意思表示爲要素。法律行爲與其他行爲之重然差異，即因其以意思表示爲構成要素。意思表示云者，乃效果意思之表示也。民法上之效果意思，固以發生私法上之效果意思爲限，但效果意思之內容安在？則有解爲法律的效果者，亦有解爲經濟的效果者，（小池隆一氏日本民法總論二二三頁以次參照）吾人單就論上言之，固宜謂效果意思之內容，係欲發生法律上之效果，反之，若舍理論而言實狀，

則效果意思之內容，又宜以推測當事人之本意為準也。（穗積氏民總二八四頁以次石田氏民總二六五頁以次參照）

法律行為
係發生私
法上之效
果

(一) 法律行為，係發生私法上之效果。法律上之效果，原有公法上效果與私法上效果之別，民法上之法律行為，則恒係發生私法上之效果。至私法上之效果中，或係直接發生權利之變動，或係間接發生權利之變動，則應就具體情形決之。

法律行為
要件

(二) 法律行為，為法律要件。法律行為，固係以意思表示為構成要素，實則與單純之意思表示有別，析言之：法律行為，有單以意思表示而成立者，（如債務之免除是）此為少數情形，在多數情形中，則有為二以上意思表示之合致者，（契約）有尙待意思表示與其他法律事實相結合者，（如要式行為與要物行為）故僅能解為法律行為，係法律要件，與完成其要件之資料（法律事實），得分別觀察之也。

法律行為
乃基於意
思表示而
生法律效
果

(四) 法律行為，乃本於意思表示而生法律效果。法律行為，其所以有：「發生法律效果」之：「原因力」者，即為順於表意人之所「欲」，故法律行為，與前述之：「法律行為」對於前述之知的表示及情的表示而言）有別，即法律行為之本義，因賴有意

法律行為
之分類

單獨行為

契約行為

思表示以爲其要素，法律上所給與之法律效果，乃以其意思表示爲基礎也。

(三) 法律行為之分類

第一 單獨行為契約行為及合同行為

(一) 單獨行為 單獨行為，亦稱一方行為，其特色在於以一方當事人之意思表示爲其成立要件。然同爲單獨行為，有：「有相對人」者，有：「無相對人」者，其有相對人之單獨行為，乃以其特定之相對人，爲其行為之對象，故：「有相對人之單獨行為」，必向相對人爲之，始生效力。如撤銷其已爲之法律行為，及解除契約，免除債務等，均屬於：「有相對人之單獨行為」。反之，在：「無相對人之單獨行為」，其行為既無：「特定對象」，故不必向：「特定相對人」爲之，即可以發生效力。如遺囑或捐助行為等是。然既屬單獨行為，則不問其對象有無特定相對人，均不待於他人之承諾，即可生效，故與契約行為，不容相混。

(二) 契約行為 契約行為，亦稱雙方行為，其特色在於有雙方相對人之對應意思表示之合致爲成立要件，雙方表示，雖係立於：「對立」而「對應」之狀態，亦恒有先後可

言，其發生於前者，謂之：「要約」，應其要約而合致以發生於後者，謂之：「承諾」，現行民法，雖將契約通則，規定於債編通則中，實則契約行爲所生之效果，並不以債權關係爲限，換言之：發生債權關係之契約，固得解爲債權契約，他如以契約而發生物權法上之關係或親屬上之關係者，亦得名曰：「物權契約」及：「身分契約」也。石坂音四郎日本民法債權總論一七四二頁以下參照）

合同行爲

(二)合同行爲 合同行爲，又可名之爲：「多數當事人之併行行爲」，蓋因其乃以多數當事人之非對立數個意思表示之合致爲成立要件故也。合同行爲之當事人，雖有二以上之多數人，但並非「對應」及「對立」之現象，故與契約不同，次之，合同行爲中意思表示所進行之方向，雖係單向同一方向爲之，但其中一個當事人之單獨表示，不能成立，乃以集合多數當事人之併行合致表示而成立，故又與單獨行爲有別。

生前行爲 死後行爲

第二 生前行爲與死後行爲 行爲人於死亡後，始生效力之法律行爲，謂之：「死後行爲」，例如遺囑與遺贈是，死後行爲以外之通常法律行爲，不以行爲者之死亡，爲其行爲效力之發生原因，故一般之通常法律行爲，若與死後行爲相對稱時，又得謂爲：

「生前行爲」

第三 債權行爲身分行爲及準物權行爲

債權行爲
身分行爲
物權行爲

(一) 債權行爲 以發生債權債務爲目的之法律行爲，謂之債權行爲。買賣，雇傭等行爲屬之。

(二) 身分行爲 以發生身分關係爲目的之法律行爲，謂之：「身分行爲」，如婚姻及非婚子認知等行爲是。

(三) 物權行爲 以發生品權之變動爲目的之法律行爲，謂之：「物權行爲」，所有權之移轉與他物權之設定等行爲均屬之。

(四) 準物權行爲 以發生物權外其他權利之變動爲目的之法律行爲，謂之：「準物權行爲」。如讓與著作權及免除債務等行爲是。

要因行爲
離因行爲

第四 要因行爲與離因行爲 以具有一定原因爲其構成要素之法律行爲，謂之要因行爲，反之，不以具備有一定原因爲必要之法律行爲，謂之離因行爲。離因行爲，亦稱不要因行爲或稱「無因行爲」吾人以爲離因行爲之中，既非毫無原因存在，亦非不要任何

原因，即可成立其行爲，乃因其行爲能爲其原因相分離而獨立存在，故不名曰：「不要因行爲」及「無因行爲」而改名之曰：「離因行爲」。中村武氏債權發生原因論五二以下參照）

要式行爲
不要式行爲

第五 要式行爲與不要式行爲 以具備一定方式爲必要之法律行爲，謂之：「要式行爲」如婚姻，遺囑等行爲是。反之，不以依據一定方式爲必要，即能成立之法律行爲，謂之：「不要式行爲」，通常之法律行爲，多屬不要式行爲，惟所要謂式行爲，則並不以其行爲在法律上之成立要件，以具備一定方式者爲限，申言之：法定之不要式行爲，亦得以當事人之約定而變爲要式行爲也。

有償行爲
無償行爲

第六 有償行爲與無償行爲 以財產上之給付爲目的之法律行爲中，其行爲即能取得相當之對價者，謂之：「有償行爲」，反之，不能取得相當對價之法律行爲，謂之：「無償行爲」前者如買賣行爲是，後者，如贈與及使用借貸等是。（曄道文藝氏）民法研究

有效行爲
無效行爲
未生效行爲
銷行爲

第七 有效行爲無效行爲及未生效行爲與得撤銷行爲
一七三頁以次論有償行爲一文參照）

有效行爲

(一)有效行爲 行爲之全體，均能完全發生效力之法律行爲，謂之：「有效行爲」。

無效行爲

(二)無效行爲 自始即能確定其行爲之全體，均不能有效之法律行爲，謂之；無效行爲」。例如違背公序良俗之行爲是。

未生效行爲

(三)未生效行爲 法律行爲，雖已成立，效力尙未發生之法律行爲，謂之，「未生效行爲」。如附有停止條件之行爲是。

得撤銷行爲

(四)得撤銷行爲 一定之行爲，因撤銷權之行爲，即能自始無效之法律行爲 謂之：「得撤銷行爲」，例如未成人之行爲是。

第八 設權行爲變權行爲保權行爲廢權行爲

設權行爲

(一)設權行爲 以設定一新權利爲目的之法律行爲，謂之；「設權行爲」，如設定他物權之行爲是。

變權行爲

(二)變權行爲 以變更權利內容爲目的之法律行爲，謂之「變權行爲」。例如延長或縮短租賃期限之行爲是。

保權行爲

廢權行爲

主行爲與
從行爲

獨立行爲
與補助行
爲

法律行爲
之基本要
件與完成
要件

(二)保權行爲 以保全或確定已存在之權利爲目的之法律行爲，謂之：「保權行爲」。例如追認得撤銷之行爲是，(石田氏財產法動的理論全書第二二號以下參照)

(四)廢權行爲 以消滅既存在之權利爲目的之法律行爲，謂之：「廢權行爲」。例如拋棄是。

第九 主行爲與從行爲 爲其他法律行爲所附隨而存在之法律行爲，謂之：「主行爲」。例如設定有抵押權之金錢借貸行爲是。反之，因附隨於主行爲而發生之法律行爲，謂之「從行爲」。如前例之抵押權設定契約是。行爲之有主有從者，即因主行爲之有一無效或得撤銷原因，其從行爲亦即因之而無效或得撤銷也。

第十 獨立行爲與補助行爲 非爲使其他法律行爲發生效力之法律行爲，謂之，「獨立行爲」。反之，爲使其他法律行爲發生效力而存在之法律行爲，謂之：「補助行爲」，通常之法律行爲，多屬獨立行爲，他如法定代理人對於未成年人之行爲之允許或承認，則爲補助行爲。

(四)法律行爲之基本要件與完成要件

基本要件

法律行爲之基本要件，一稱法律行爲之成立要件，法律行爲之完成要件，一稱效力要件，兩者皆係法律行爲上必要不可缺之要件，並以分別觀察爲當，（岩田新民日本民法總論二六二頁小池氏日民二三四頁參照）茲析述於次：

（一）基本要件 法律行爲之基本要件，又得分爲兩端，即一爲一般基本要件，二爲特殊基本要件是。一般基本要件之中，有解爲應包含：（1）當事人；（2）目的及；（

一般基本要件與特殊基本要件

3）意思表示；三者，（小池氏民總二三五頁穗積氏民總二九五頁參照）亦有解爲法律行爲之一般基本要件，只限於意思表示者，（三濑氏民總三二二頁參照）比較言之，以後說爲當，蓋一有意思表示，即有當事人存在可知，設僅有意思表示而無目的，亦難完成其爲意思表示，依此解說，則：「當事人」乃發生意思表示之主體，而：「目的」更係意思表示內容中應具備之希望，即：「當事人」與：「目的」二者，均不能與意思表示相分離而成爲法律行爲之單獨構成要件故也。次之，所謂：「特殊基本要件」則宣就各個法律行爲之本質以分別觀察，不能就一切法律行爲而爲統一之論斷，例如：寄託契約，除意思表示外，更須交付其寄託物於他方（五八九條比照）遺囑行爲，於意思表示

外，更須履行一定方式，（一一八九條以次比照）等，其所具備之「交付寄託物」與：「履行一定方式」，均得解為特殊基本要件也。

完成要件

（二）完成要件 法律行為之完成要件，亦可分為一般完成要件與特殊完成要件二者言之，前者，乃一般法律行為在其生效上所不可缺之完成要件，後者，係因各種法律行為。在性質上既各有相異之點，則其完成要件，自亦隨其法律行為之種類不同而異。由前言之，則一般完成要件，又得析為三種，即：（1）行為人須有行為能力，（2）行為之目的，須為適法，（3）意思表示，須無瑕疵或其他欠缺是。由後言之，例如：試驗買賣，因承認其所試驗之標的而完成，（三八四條）遺囑行為，自遺囑人死亡而完成（生效）是。（一一九九條）

法律行為與其目的

（五）法律行為與其目的

目的與標的，在現行民法上，其義有異，即單用：「目的」字句時，多指其內容事項之單純希望而言，（三六條，四五條至四八條五一條，六〇條，六三條，六五條，二五五條比照）其混用：「標的」（如一〇一條，一三三三條）或：「標的物」（或一三二九條三六七條）與

目的與標的之差異

：「給付物」者，（如一〇〇條，二五九條）則恒指其內容事項所最後取得或喪失之「物體」而言，依此則現行民法上之：「目的」及：「標的」兩語，其義明有不同之點，即：「目的」與：「標的」二語，各別獨立，一為法律行為中內容事項之抽象觀念，一為發生法律行為後，其結果所欲取得或喪失之物體，與日本民法上之單用：「目的」二字，以包括：「內容事項之希望」，及：「最後由法律行為所得喪之物體」者，顯有差異，故吾人於此，特以：「法律行為與其目的」為標題而分別研究之。

第一 目的之概念與法律行為之關係 為法律行為，構成要件之意思表示，其內容事項，所應具備之希望，得謂為：「法律行為之目的」，然法律行為，既應就其內容事項以具備一定希望矣，其所希望之目的，即應求其實現，而在法律上得以許可法律行為所實現之目的，則有一定限制，由是而法律行為與其目的之關係以生，分析言之：（1）法律行為之目的，須確定或得以確定，（2）所確定之或得以確定之目的，須屬可能，（3）確定而可能之目的，須為合法等是。蓋法律行為之目的，苟不確定，則其意思表示所欲發生之效果，即無從推知，既不能推知其欲生之效果，其效果即無從發生，次

之，法律行爲之：「目的」，縱已確定，設又係實際上所：「不可能」者，其行爲亦不能發生效果，再進一步言之，法律行爲之目的，既：「確定」而又：「可能」矣，在法律上又應考察其有無：「存在之價值」，故目的得確定而又可能之行爲又必須經過法律上之評價，容許其存在者，其行爲始能完全生效也。

目的之確定

第二 目的之確定 法律行爲與其目的之確定與否？更得分爲：（一）目的確定之意義，

目的確定之意義

（一）目的確定之方法，述之：

（一）目的確定之意義 法律行爲之目的，由其意思表示，即可推知其目的之：「性質」，「內容」，「範圍」者，得謂爲「目的之確定」。然所謂：「確定」之程度，則又必限於一一具體確定，即在當事人之意思表示中，有得以推知之方法者，亦可謂爲：「得以確定」也。法律行爲之目的，其最初即已具體確定者，固不待論，次之，縱係：「得以確定」之情形，亦失其爲：「目的之確定」例如：買賣契約，其價金以市價爲準，其出賣人之標的，由第三人代爲選定之情形等，均屬得以確定之情形也。

目的確定之方法

（二）目的確定之方法 目的確定之方法，首應解釋當事人之意思表示，當事人已有

依法律上
之補充規
定以確定
其目的

依習慣或
情狀及性
質以確定
目的

目的之可
能

目的不能
之種類

具體之確定表示者，即宜依其已爲之表示決之，當事人已表示有具體確定之方法者，即宜依其方法決之，反之，如僅依其方法，不能確定，或竟對於確定之方法，毫無所表示者，則不外依下列標準決之。

(1) 法律上關於目的確定之補充規定 例如種類之債，其品質不能確定有，給以中等品質，選擇之債，其選擇權人不能確定者，得屬於債務人是。(二〇〇條二〇八條 二一〇條參照) 此乃法律上基於公平觀念，以期其與當事人之本旨不相違背而代爲推測其目的所在也。

(2) 法律上關於目的之確定，無補充規定者，得依行爲地之習慣決之。行爲地亦無習慣可據者，則不外依行爲時之情狀及行爲之性質決之。

第三 目的之可能 「可能」乃對不能而言，法律行爲，並非當事人之幻想而不能實現，設其行爲之目的，屬於：「不可能」者，自難成立法律行爲，今更就：「目的不能之種類」與：「目的不能之效力」分述於次：

(一) 目的不能之種類 目的不能之種類，更得分爲左之二類：(石坂首四郎民法研

事實上不能

究論給付不能一文參照)

(甲)事實上之不能 行爲之目的，在實際上已絕對不能實現，或難於實現者，得統名之曰：事實上之不能，分別言之，其情形如左：

(1) 原始不能與嗣後不能，爲法律行爲之際，其目的即已立於不能實現之狀態者，謂之：「原始不能」。例如出賣之標的於出賣人約定之際，已不存在是。反之，爲法律行爲之際，其目的雖可望實現，乃於行爲後，新產生不能實現其目的之狀態者，則屬於：「嗣後不能」。例如：約定出賣某處房屋，乃約既成而房屋旋被燒燬是。

主觀不能
與客觀不能

(2) 主觀不能與客觀不能 行爲人一己不能實現其行爲之目的者，謂之：「主觀不能」。例如：行爲人原不能識字而約定代管文書事務是。及之。其行爲之目的，不獨行爲人不能實現，即通常一般人，立於行爲人之同一地位，亦不能實現其目的者，則屬於：「客觀不能」。例如約定買賣舉世罕有之某古董是。但客觀不能，又與盡人不能之義，微有差異。

自然力之不能與理論上之不能

(3) 自然力之不能與理論上之不能 不能實現其目的之原因，係受自然力所支配者

法律上之不能

目的不能
之效力
原則無效

例外一

例外二

，謂之：「自要力之不能」，例如約定摘取明月是。次之，基於社會觀念上之理論，即屬於不能實現其行爲之目的者，則謂之：「理論上之不能」。例如：海底拾珠是。

(乙)法律上之不能 實際上得以實現之目的，基於法律上之事由，不容許其實現，因而由事實上之可能狀態，變爲法律上不能實現之目的者，得統名之曰：法律上之不能，如直系血親間之婚姻行爲是。

(二)目的不能之效力 法律行爲，以不能實現之內容事項爲目的，原則上應即無效，但現行民法，亦有特殊規定如次：

(1)「法律行爲之一部分無效者，全部皆爲無效，但除去該部分，亦可成立言，則其他部分，仍爲有效」。(一一條)依此規定，則其得以除去之部分，即爲：「目的不能」之部分者，其餘之：「可能部分」，仍爲有效。

(2)「以不能之給付，爲契約標的者，其契約爲無效，但其不能情形，可以除去，而當事人訂約時，並預期於不能之請形除去後爲給付者，其契約仍爲有效」。(二四六條)

目的不得
違反強制
或禁止規
定

憲義

原則上爲
無效

第四 目的不得違反強制規定或禁止規定 「法律行爲，違反強制或禁止之規定者，無效；但其規定，並不以之爲無效者，不在此限」。(七一條德民一三四條日民九一條比照) 按此規定，可知法律行爲之目的，若明與強制或禁止規定相違反者，即以無效爲原則，反之，法律行爲之目的，縱與強制或禁止規定相違反，亦不致產生：「無效」之結果者，亦以法有明白規定爲限。茲析言之：

(一) 強制規定與禁止規定之意義 強制規定，係以法之預定形式，強令行爲人之實現，與此相對立者，即爲任意規定。禁止規定，則係法之預定目的，不容許行爲人有禁止事項之存在。與此相對立者，則屬於許可規定。依此解說，則強制規定，乃法律上在積極方面命行爲人應遵守一定之準繩，禁止規定，乃法律上以消極方面爲立場，阻止行爲人所不應有之目的。兩相比較，其義自不盡同。

(二) 違反強制或禁止規定之無效情形 強制規定，在法律適用上，應全部發揮其強行力，禁止規定，亦係法律價值上所不容許其產生之事項，故一經違反，即應使其行爲無效，申言之：違反單純之強制規定或禁止規定，固應無效，違反強制及禁止之合

法有明定
不因之無
效

禁止而不
強制者

強制而不
禁止者

併規定，亦應無效，此原則也。

(二)違反強制或禁止規定，並不立生無效結果之情形，如前所述，強制規定與禁止規定，既不一致，違反之際，亦有不立生：「無效」之結果者，此種法文，散見於各條，其情形更得析為左之諸端：

1 禁止而不強制者 本質上屬於禁止規定，其不嚴格拘束當事人之行為者，得解為：「禁止而不強制」之規定，此類情形，縱令行為人之行為，背於其所禁止之事項，不立刻發生：「無效」之結果，如二零五條之禁止重利，僅令債權人對於超過部分之利息，喪失請求權是。即違反二零五條之重利禁止者，除超過部分之利息，由債務人得任意履行與否外，其利息之債，並不因之無效也。

2 強制而不禁止者 本質上屬於強制規定，其不嚴格禁止當事人之任意變更者，得解為：「強制而不禁止」之規定，此類情形，當事人任意變更其所強制之事項，亦不立刻發生全部無效之結果，例如法人之登記(三〇條)，乃法人之成立要件，自係強制規定，但未為成立登記，其設立行為，並不因之無效；次之法人登記後，不為變更登記

目的不得
背於公序
良俗

意 義

認定標準

行爲時

或補充登記，(二一條)亦僅發生：「不得對抗而三人」之效力，並非全部無效是也。
第五 目的不得違背公共秩序及善良風俗 法律行爲之目的與公序良俗問題，得析爲左
之諸端述之：

(一)公序良俗之意義 公共生活進行上，應保持其秩然有序之健全狀態，得解爲：屬於公共秩序。次之，在社會生活之一般道義觀念中，所應維繫之完美習尚，得解爲屬於善良風俗。兩者亦得分別觀察之。(本講義二八頁及日民法學協會雜誌四十一卷五號我妻榮氏箸山判例所見之公序良俗一文參照) 違反公序者，如約定報酬以爲秘密組織是，違背良俗者，如約定密賣淫是。

(二)公序良俗之認定標準 公序良俗，其觀念因時而異，故認定其是否背於公序良俗？恒有左列標準：(未川博氏民法上特殊問題研究第一卷一四三頁以下公序良俗之概念一文參照)

1 行爲時之公序良俗 一定行爲，在立法時，行爲時，裁判時，其行爲在社會上之評價，已有相異觀念存在者，則確定其是否背於公序良俗，宜以行爲時爲準。

2 客觀觀念之公序良俗 一定行爲之評價，恒有主觀觀念與客觀觀念之分，吾人確定其行爲之是否背於公序良俗，宜以客觀觀念爲準，蓋公序問題，乃恐一般生活之不安全，良俗問題，亦係防止社會生活中良好風俗之惡化，即均非單就主觀觀念以爲限制可知，因之，在學說上縱有解爲：「行爲之背於公序良俗，乃行爲人主觀上之反社會性及審判上之主觀立法」者，實難置信。

3 通行之公序良俗 公序良俗，有爲一般人所通行之公序良俗觀念，亦有爲特殊人所獨具之公序良俗，吾人所採取之公序良俗觀念，宜解爲社會上一般之公序良俗，例如宗教團體之特殊信念，即得解爲與公序良俗無關。

(二) 違反公序良俗之效力 「法律行爲，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」。(七二條)此乃表明公序良俗之規定，既具有強行力，他方面更期望違背於公序良俗之行爲，不存在於社會生活，故直解爲係統括限制私法行爲之自治原則，亦無不可。惟於茲尙有注意者，兩事，更析述之：

1 公序良俗，乃法律問題，並非單純事實問題，蓋確定行爲之背於公序良俗與否？

固以其行為上所附麗之事實為準，如對於公序良俗之見解有差異，則仍屬於法律問題無疑。

注意二
2 公序良俗，乃一般法律行為之共通限制，與各個特殊行為，有無公序良俗之明文禁止，不生影響，例如一七條之人格權限制，不得背於公序良俗，即係公序良俗，與其他禁止規定相結合之情形，反之，其他一切行為，只須其內容有背於公序良俗，均一律無效。

第六 法律行為之目的與方式 法律行為之目的與方式，得析為左之諸端述之：

(一) 方式之種類 法律行為之目的，依當事人之約定，須與一定方式相附麗者，謂之：「約定方式」。如合夥之合同是。反之，依法律上之規定，須履行一定方式者，謂之：「法定方式」。如遺囑方式是。(二八九條)

效力
原則無效
法有另定
不因之無效

(二) 方式之效力 約定方式，與意思表示有關，約定方式未完成者，推定其契約未成立。(一六六條)至民法第七十三條，則係單就法定方式之效力所為之規定，即：「法律行為不依法定方式者，無效，但法律另有規定者，不在此限。」至所謂「法律另有

法律行為之目的與公平觀念

規定。如四二二條之規定是。

第七 法律行為之目的與公平觀念 「法律行為，係乘他人之急迫輕率或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當事情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。」（七四條一項）「前項聲請，應於法律行為後一年內為之。」（七四條二項）（德民二二八條俄民二零條比照）本條規定，係就法律行為之目的，期其與公平觀念相符合，茲析述之：

背於公平之原因

（一）背於公平之原因 乘他人之急迫，使其給付財產或約定其給付財產者，固得構成顯失公平之原因，即乘他人之輕率或無經驗而使其為財產上之給付或約定其給付財產者，亦得為顯失公平之原因。前之情形，得解為基於「逼從」之顯失公平，後之情形，得解為係基於「盲從」之顯失公平。

認定標準

（二）顯失公平之認定時期 認定其法律行為之目的，是否顯失公平。宜注意行為純時之環境，若就行為當時言，其行為之環境，在客觀觀念上，乃因嗣後並非顯失公平，經濟情形之變動，而始生不公平之結果者，即不得主張顯失公平之效力。

(三)顯失公平行為之標的 以他人有可乘之機會，或有受愚弄之可能，而以不公平之目的法律行為，須以其標的在於取得一定財產為限，故本條之規定文句，一則曰：「……為財產上之給付……」，再則曰：「……為給付之約定……」，似此則其給付目的，屬於非財產關係者，即得解為：「不適用本條」。

(四)顯失公平之效果 以財產給付為標的之法律行為，有顯失公平之目的存於其間者，德民法係定為：「無效」，我民法之效果則否，即：(a)當事人得因聲請法院撤銷其行為，而使之：「自始無效」，(b)審判上得減輕其財產上之給付，而使之符於公平觀念以生效。揣我民法之立法意旨，蓋不外節省重複締結法律行為之勞費也。

(五)顯失公平之效果與除斥期間 效果未確定之行為，令其長久存在，不獨於當事人不利，於一般交易之安全，亦有妨害，第七十四條第二項，定為顯失公平之聲請撤銷或減輕給付，以一年內之除斥期間為限者以此。

第八 脫法行為 以：「適法手段」，掩飾：「違法行為」為目的之行為，得解為：「脫法行為」。故脫法行為之外形，固非違法，然一考其實際，則屬於違法。例如：因規避

顯失公平之效果

顯失公平之效果與除斥期間

脫法行為

意義

原則

例外

行爲能力

無行爲能
力人與法
律行爲無
力之意思
表示無效

重利，而以超過利率之部分，易名爲手續費是。此類行爲，其最後目的，既有不當，則爲統一法的安全性，亦以否認其效果爲當。（三瀨氏日本國家學會雜誌第二十八卷九號論脫法行爲與違法行爲一文參照）

如上所述，脫法行爲，係因其最後目的爲違法，即宜否認其效果，反之，法之預定目的，僅注重其行爲之形式，不顧慮行爲之實質者，則又不得直解爲脫法行爲。例如因規避重婚而納妾是。（九九二條比照）

第二節 行爲能力（七五條至八五條）

「行爲能力之意義及其界限」與：「有無行爲能力及限制行爲能力之法定標準」，已略如前述，（本講義五〇頁其次及五三頁以下參照）於茲所欲討究者，乃就法律行爲與行爲能力之欠缺所發生之效果問題，析述如次：

（一）無行爲能力人與法律行爲

第一 無行爲能力人之意思表示無效（七五條前半） 未滿七歲之未成年人及禁治產人，爲無行爲能力人，已如前述，（本講義五六頁其次）此類人之意思表示，不問其係基於

主動原因，以爲意思表示，或基於被動原因以受意思表示，其：「所爲」或：「所受」之意思表示，均屬無效。此乃表明法律行爲之生效要件，乃以行爲人之有行爲能力爲前提，申言之：行爲人之有無行爲能力，固待於法律事實上之證明，至其意思表示之生效，則又以其先有行爲能力爲法律要件也。

第二 無行爲能力人與法定代理人 「無行爲能力人，由法定代理人，代爲意思表示，並代受意思表示。」（七六條）依此規定，則其要點如次：

（一）法定代理人，乃對於「無行爲能力人」，「爲意思表示」與「受意思表示」之補充機關，即無行爲能力之意思表示，既不能：「自爲之」而：「自受之」，則法定代理人，縱對於無行爲能力人事前加以允許，而命其：「自爲」；或「自受」意思表示，仍屬無效。反之，對於無行爲能力人業已：「自爲」或：「自受」之意思表示，事後加以承認，亦屬無效。即無行爲能力人在法律關係上，一有意思表示之必要時，均完全由其法定代理人以：「代爲」及「代受」之也。

（二）法定代理人，既能對於無行爲能力人，「代爲」或「代受」意思表示，則設有完全不

無行爲能
力人與法
定代理人

注意一

注意二

無意識中
與精神錯
亂之行爲

無
效

七五條後
半之疑義

利益於無行爲能力人之行爲發生，亦非法律所以保護無行爲能力人之道。故法定代理人爲代理行爲之際，在親屬編亦定有相當之限制。（一一零一條至一一零三條參照一零八六條一零九八條一一一零條比照）

（二）無意識中與精神錯亂中之行爲

第一 無意識與精神錯亂之行爲無效（七五條） 人之意思力，原有常態與變態之分，人之通常狀態，其意思力固能伴隨思考以判斷其利害，在人之變態中則否，故一時之無意識行爲，或基於其他障礙，以致陷於精神錯亂中之行爲，即不能與常態同視，意思表示之生效，宜其以有此常態意識或意思未錯亂爲準，反之，本無意識或意思已失其思考上之統屬者，即係未經權衡利害之意思表示，故亦應無效。

第二 民法七五條後半規定之疑義 民法七五條後半規定，原係仿照德民一零五條之規定而然。僅得解爲便宜上之規定，蓋無意思中之行爲與精神錯亂中之行爲，單就理謂上言之，與無效力意思及行爲意思相同，不僅係意思表示不生效之問題也。（日文學協會雜誌岡松氏意思能力論乃法學志林二十八卷十號廣濱嘉雄氏關於行爲能力之一

考察等論文參照)

(二) 限制行為能力人與法律行為

限制行為
能力人與
法律行為
概說

第一 概說 已滿七歲而未結婚之未成年人，為限制行為能力人。(本講義五五頁以次

參照) 依我民法七七條以下之規定，限制行為能力人之行為，其補救之道有三，即一為其法定代理人之事前允許(七七條七八條比照)，一為其法定代理人之事後承認(七九條)，他為限制行為能力人，於限制原因消滅後自為承認是(八一條)。斯三者，乃就限制行為能力人立場，所為之規定，次之，限制行為能力人，既有一定行為，即有與限制行為能力人為行為之相對人，民法上為保護相對人計，亦有補救之道三：即一為催告其確實答覆是否承認(八十條)，二為撤回其契約(八二條前半)三為剝奪限制行為能力人之拒絕承認(八三條)是。他如限制行為能力人，得以自己獨斷之行為，亦有明文限制，即一為純護利益之行為，(七七條後半)，二為日常生活之必需行為，三為業經允許之獨立營業行為(八四條八五條)等是。

第二 允許與承認 允許與承認，得析述其要點如次：

允許與承認

意義

(一) 允許與承認之意義 以欲發生限制行為能力人得：「自爲」或：「自受」意思表示效果之補助行為，謂之允許。欲使限制能力人，所：「自爲」或：「自受」之意思表示發生效果之補助行為，謂之承認。就其意義上之效果言之，兩者殊無大異，故兩者之共通性如次：（我妻榮氏民法總則八五頁以次參照）

欲望表示

單獨行為

補助行為

區別

- (1) 允許與承認，均屬於法律行為之欲望表示。
 - (2) 允許與承認，均爲有相對人之單獨行為。
 - (3) 允許與承認，固均爲補助其他法律行為效力之行為，但與從行為之義有別。
- (二) 允許與承認之區別 允許與承認之共通性，雖如上述，但就其行為人成行為時期等考察之，亦有差異之點如左：

區別一

(1) 經允許之行為，不問其行為之種類如何？均可生效。承認則僅係使限制行為能力人之契約行為爲有效。

區別二

(2) 允許係由限制行為能力人之法定代理人爲之，承認則於限制原因消滅後，亦得由其自己獨立爲之。

區別三

(3) 事前之允許，得於限制行為能力人，未為其所允許之行為前，撤回之，事後之承認，則不能撤回。

效果

(三) 允許承認之效果 限制行為能力人之行為，一經事前允許或事後承認，則因補充

充而生效，固極顯明，但所謂承認，與條件之義有別，(大谷美隆氏追認論參照)而一經承認之法律行為，如無特別訂定，並能溯及法律行為之當時而發生效力。(二五條)

原則

(四) 允許與承認之原則 我民法對於限制行為能力人之允許或承認，其所定之原則

如次：

應得允許

(1) 「限制行為能力人，「爲」意思表示及「受」意思表示，「應」得法定代理人之允許。(七七條前半)此固限制行為能力人，固與無行為能力人之意思能力者有異，亦與有完全行為能力人之意思能力有別。故其爲意思表示及受意思表示，雖能由限制能力人爲之受之，但書前應已得其法定代理人之允許，始能保護靡遺。

(2) 限制行為能力人，未得允許之單獨行為爲無效，(七八條)未得允許所訂立之契約，項經法定代理人之承認，始生效力。(七九條)

單獨行為
無效
契約經承
認始有效

限制行為
能力人之
承認

例 外

純獲利益
行為

日常生活
必需行為

(3) 限制行為能力人，於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認，有同一之效力。(八一條一項)

(五) 允許承認之例外 限制行為能力人之行為，或應事前允許，或應事後承認，固係原則，但允許或承認之基本精神，既係防止限制行為能力之受意外損失，故對於限制行為能人，「純獲利益之行為」，及相當於限制行為能人意思力之自決行為，則已無更加限制之必要，因之，我民法更有例外規定如次：

(1) 純獲法律上利益之行為 純獲法律上之利益，其情形有二：(a) 因取得權利，有純獲利益者，如限制行為能力人立於受贈人地位而承諾贈與物是(b) 因義務之免除而純獲反射利益者，如限制行為能力人立於債務人地位，接受債權人免除債務之表示是。至是否純粹獲取利益？則不外以具體事件之實際情形決之。果屬純獲利益，自不妨由其獨斷為之或受之。

(2) 日常生活所必需之行為 限制行為能力人，得依其年齡身分與其實際情形而有：日常生活必需之行為，此類行為，果尚待一一之事前允許或事後承認，亦有失保護

允許之處
分財產行
爲

允許獨立
營業之營
業行爲
關於其營
業有行爲
能力

之本旨，故要其得獨斷爲之或受之。

(3) 已允許自由處分之財產上行爲 法定代理人，允許限制行爲能力人處分之財產，限制行爲能力人，就該財產有處分之能力。(八四條)蓋一定財產，既經其法定代理人信任限制行爲能力人，有處分之自由意思力，則於其交付處分財產而爲概括允許之際，已有深切之考量，故對於該財產，究係如何處分？即已無再爲限制之必要。(日民法學新報二十卷四號西川氏未成年得許可處分之財產及其處分權論文參照)

(4) 已允許獨立營業之營業上行爲 此種情形，得更爲析述如次：

(a) 關於其營業，有行爲能力 「法定代理人，允許限制行爲能力人獨立營業者，限制行爲能力人，關於其營業有行爲能力。」(八九條一項)本項規定，其注意之點有三：(1) 所謂營業，當指一切以營利爲目的之正當事業而言，其營業種類與方法，亦得解爲均無限制，即單獨一人爲之或與人合夥爲之，或係新營業事，或係繼續營業，均無不可。(2) 「關於其營業」一語，當指其營業上之行爲而言，如對於所經營之買賣而買賣貨物是。反之，爲出賣家產以補充營業資本，則不得

限制行為
能力之相
對人其保
護

催告其確
答

解爲「關於其營業上」之行爲也。(3)因允許其獨立營業後，其營業上之行爲，即能與有行爲能人同視者，蓋欲保護交易上之安全也。

(b)營業不勝任之撤銷允許或限制允許 限制行爲能人，就其營業有不勝任之情形時，法定代理人，得將其允許撤銷或限制之。(八九條二項)

第三 限制行爲能人之行爲與其相對人之保護 允許與承認，乃法律上爲保護限制行爲能人之法律行爲，所設之補救方法，然限制行爲能人，既有一定行爲，則與限制行爲能人共爲行爲之相當人，亦宜有保護之道，茲就我民法第八〇條，八二條八三條之規定，分述限制行爲能人與其相對人之保護如次：

(一) 催告其確答是否承認 限制行爲能人，未得法定代理人允許所訂立之契約，其契約之相對人，得定一個月以上之期限，催告法定代理人，確答是否承認。(八零條一項) 在此期限以內，法定代理人，不爲確答者，視爲拒絕承認。(八零條二項) 此種規定，於限制行爲能人限制原因消滅後，亦準用之。(八一條二項)茲更分述其要點如次：

要點一

(1) 與限制行爲能力人訂立契約之相對人，其催告當係基於其催告權所發動，此項催告權，並得以催告人之一方意思表示而生效。

要點二

(2) 行使催告權之契約相對人，於爲催告之際，須附有一月以上之期限。

要點三

(3) 受催告人，爲承認其所訂契約之確實答覆者，則限制行爲能力人，已訂立之契約，即自始有效，反之，受催告人之答覆，明白否認其契約者，其已訂立之契約，固係自始無效，即受催告人，逾期而不爲承認所拒絕之答覆者，法律上爲免去糾紛計，亦視爲拒絕承認，而令其已訂立之契約，自始無效。

要點四

(4) 限制行爲能力人因已成年或結婚而限制原因消滅後，則契約相對人，亦得向其本人，催告其確告是否承認。

撤回其契約

(一) 撤回其已爲之契約行爲，限制行爲能力人，所訂立之契約，未經承認前，得撤回之，但訂立契約時，知有未得有允許者，不在此限。(八一條)按此規定，得更析述其要點如次：

要點一

(1) 相對人之撤回，以締約時不知其爲限制行爲能力人(要件一)及限制行爲能力人

要點二

所已締結之契約，尙未經承認前（要件二）爲限。

（2）契約有要約與承諾之分，相對人立於要約人之地位者，得撤回其要約，立於承諾人之地位者，得撤回其承諾。

要點三

（3）受撤回之相對人，因撤回之時期而異，即限制行爲能力人之限制原因存在時期中，應向其法定代理人撤回之，反之，在限制原因消滅後者，得向其本人撤回之。

要點四

（4）撤回之效力，一經發生，則已訂立契約，即歸於消滅。

剝奪其拒絕承認

（二）剝奪其拒絕承認 「限制行爲能力人，用詐術使人信其爲有行爲能力人，或已得法定代理人之允許者，其法律行爲爲有效」。（八三條）緣限制行爲能力人之應受保護，係恐其智力不連，在公平原則上，屬於不利益，今限制行爲能力人之行爲，乃基於詐術而使他人罹於不利益之狀態者，則該限制行爲能力人，即已無保護之必要。故令其行爲爲有效，茲更就此規定析述於次：

1 所謂詐術，宜指用積極手段，使他人陷於誤信之策略而言。單純之消極狀態，尙不得即爲有詐術之存在。（鳩山秀夫氏民法總論一〇三頁參照）

2 相對人與限制行為能力人之行為，只須基於其詐術而生者，不問其為單獨行為或契約行為，均應令其行為為有效。

第三節
意思表示

本質

第三節 意思表示（八六條至九八條）

（一）意思表示之本質

以欲發生私法上一定效果之意思，而表示於外部之行為，謂之意思表示。故意思表示之成立，就法律上言之，其階段有三，即（一）效果意思，（二）表示意思，（三）表示行為，等是。更析言之：

（一）效果意思 私法上之效果，基於人之欲望而期待其在事實上發生之意思，謂之「效果意思」。決意人之欲望，有先認識其發生私法上之效果者，亦有尙未能認識其私法上之效果者，意思表示中之效果意思，在決意人認識其有私法上之效果與否？固非所問，但就其效果意思與法律發生關係時，則須其所期待之效果，為法律上所認識之效果。例如：約友聚餐，雖有酬應上之效果意思，則非法律所認識之效果，反之，為他人處理一定事務而有權利義務之拘束者，縱令當事人不知其有：「委任」與：「受

效果意思

任」之效果，法律上則令其發生委任之效果是。次之，此種效果意思，乃側重於人之意思在欲望上之期待，故與基於：「已知」之「觀念表示」，及：「情的繫屬」之：「感情表示」有別，已如前述。（本講義一三三頁參照）

（二）表示意思 對於表示行為，已有認識之意思，謂之：「表示意思」，申言之：基於其效果意思，已經過選擇而入於決意之情狀是。此種認識，一為所表示之本體，須有認識，一為所表示之內容，亦須有認識是。例如立於出賣人之地位，而為出賣某貨物之表示意思者，已認識其欲移轉出賣物之所有於他人之認識，前之例也。又如出賣甲物而並未誤為乙物以表示其意思者，即表示內容之認識也。反之，表示意思之本體，尙未具體認識，如友人因竭力譁許已物之品質良好，乃立時順其所好而戲言出賣者，則其表示意思，尙難認為成立也。但意思表示之本體，已有認識，僅對於表示之內容，尙未認識清晰，如本欲出賣甲物而誤言出賣乙物者，則除對於其效力上，可以撤銷外，不能直謂其表示意思，絕不成立也。（大谷美隆氏民法集論意思表示論鳩夫秀夫民法研究論表示等文參照）

表示行爲

(二)表示行爲 由表示上之外形，足以推測其內部意思之行爲，謂之：「表示行爲」。表示行爲，既屬於行爲之一種，故須基於行爲之意識作用而生，乃不俟言，次之，表示之外形，既有他人得以推知其內部意思之行爲，故所表示之外形，須有推知上之價值，至內部意思與外形表示之不一致問題，我民法另有規定，詳後。

意思表示
之分類

二 意思表示之分類

有相對人
之意思表
示與無相
對人之意
思表示

第一 有相對人之意思表示與無相對人之意思表示 表意人「爲」意思表示後，必待有一

「受」意思表示之相對人存在，始能成立者，謂之：「有相對人之意思表示」。如要約，承諾，允許，承認等是。反之，表意人「爲」意思表示後，不待有「受」意思表示之相對人存在，即能成立之意思表示，謂之：「無相對人之意思表示」。例如：遺囑，法人設立行爲等是。

對特定人
與對不特
人之意思
表示

第二 對於特定相對人之意思表示與非對於特定相對人之意思表示 表意人「爲」意思表示，其「受」意思表示之相對人，已屬於特定人者，謂之：「對於特定相對人之意思表示」。例如：允許，承認等是。反之，表意人所：「爲」之意思表示，雖有相對人存在

獨立意思
表示與非
獨立意思
表示

直接意思
表示與間
接意思表
示

明示意思
表示與默
示意思表
示

，其相對人尙未特定者，則爲：「對於不特定人之意思表示」。例如標價於所陳列之貨物，而爲出賣之要約是。

第三 獨立之意思表示與非獨立之意思表示 表意人所「爲」之意思表示，不待其他意思表示之協助，即能成立之意思表示，謂之：「獨立之意思表示」。反之，表意人所爲之意思表示，尙待其他意思表示之協助，始能成立爲一法律行爲之意思表示，謂之：「非獨立之意思表示」。前之情形，如拋棄權利與免除債務之表示是。後之情形，如契約是。

第四 直接之意思表示與間接之意思表示 表意人所「爲」之意思表示，係直接由表意人本身而推知者，謂之：「直接之意思表示」，反之，表意人所爲之意思表示，係參加他人之行爲，始爲表意人以外之人所推知者，謂之：「間接之意思表示」。前之情形，指表意人自爲意思表示而言，後之情形，指假手於使用人或翻譯與其他表意機關，所爲之意思表示而言。

第五 明示意思表示與默示意思表示 表意人所爲之意思表示，其相對人或一般人得由

表意人之明確表示行爲以推知其效果意思者，謂之：「明示意思表示」，反之，如須斟酌表意人之週圍環境，始能推知其效果意思者，謂之：「默示意思表示」。就買賣契約而言，其先經明白之要約承諾而一致成立之買賣，即屬於明示，反之，現實買賣，則常有將要約承諾之願買願賣之意思表示，以默示爲之者。

意思表示之方法

三 意思表示之方法

意思表示之方法，乃指表示意思，是否以其備一定方式爲必要之問題而言，蓋方式之自由，固係法律行爲之原則，然法律上對於特定法律行爲，亦有限制其須具備一定方式者，故關於意思表示之方法與方式比較言之，得析爲左列諸端：

法定方式

(一)法定方式 依法律上之規定，其行爲上之意思表示，須履行一定方式者，謂

之：「法定方法」。如不動產物權之登記方式與立遺囑之遺囑方式是。(民七六零條一

一八九條參照) 法律行爲，不依法定方式者，以無效爲原則。(七三條)

約定方式

(二)約定方式 意思表示之本質，不須具備一定方式，乃基於當事人之約定，以履行一定方式始能成立者謂之：「約定方式」。例如當事人約定以訂立一定字據爲必要之

無方式之
意思表示

情形是。契約之當事人，約定須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，（一六六條比照）換言之：違反約定方式，除另有反對證據，確實能證明其契約已成立者外，其契約即不能成立也。

（二）無方式之意思表示 單由其行為上之表示，以推知其內部之效果意思，別無其他法定方式或約定方式以協助其成立者，即統屬於：「無方式之意思表示」。至推知其內部效果意思之標準，則不外依客觀上之具體情形決之。明示與默示，均非所問。至單純之緘默，則以不能認為有意思表示為原則。

意思與表
示不一致

（五）意思與表示之不一致

概說

第一 概說 意思與表示之不一致，依我民法之規定，其情形有四，即，（1）真意保留，（2）虛偽表示，（3）錯誤，（4）傳達不實，等是。此類情形，其影響於法律行為之效力者，如何？說分爲三，析述如次：

意思說

（1）意思說 意思與表示不一致，則不能單獨注重其所爲之表示，乃應尊重當事人之真正效果意思所在，今單由其表示既不能推知其真意，而其所推知者，並適與其真

表示說

意相左，則應基於其本意而認為無效。

(2) 表示說 意思與表示之不一致，在客觀上乃有表示，不過當事人以其表示為準，而推知其本意，則適與之相左耳。故此時應注重交易之安全，由其表示以定其效力之存在。

折衷說

(3) 折衷說 意思與表示之一致，不能單獨以其本來意思為標準，亦不能單獨以其表示為準，宜以其不一致之實際情況，斟酌相對人或第三人之利害關係，或認為有效，或認為無效，此則屬於折衷說，德日立法例，係採本說，我民法第八十六條至九十一之規定亦同。

真意保留

意義及要件

第二 真意保留 真意保留，茲析為左之諸端述之：

(一) 真意保留之意義及要件 「表意人無依為其意思表示所拘束之意，而為意思表示，」者，謂之真意保留。例如：外部表示為贈與，內心之效果意思為買賣是。析而言之，其構成要件如次：

須意思與表示不一致

(1) 須內心效果意思與表示意思不一致 真意保留，乃因其內心有一效果意思，外部

須表意人
明知其不
一致

須表與相
對人通謀

之表示，則係另一效果意思，簡言之：即得謂爲：「意思與表示之不一致」。故由其表示行爲，不能推測其外部效果意思之所在者，固非真意保留，即令表意人爲外部表示行爲之際，其內心原有此種效果意思之存在，乃旋因心理上之變遷，始不欲爲其意思表示所拘束之意思者，亦非真意保留。

(2) 須內心效果意思與表示意思之不一致爲表意人所明知，內心效果意思，與表示意思之不一致，有爲表意人所全不知者，此則屬於無意識之行爲，自非真意保留。次之，表意人之內心效果意思，與表示之不一致，乃因表示與觀念相齟齬而然者，此則屬於錯誤問題，亦非真意保留。即真意保留，須表意人明知其外部表示與其內心效果意思不一致，一經表意人明知其表示與意思不一致，則其不一致之動機如何？及是否預期？均非所問。

(3) 須表示與意思之一致，未與相對人之通謀，真意保留之特色，乃重在表意人之意思與表示不一致，僅爲表意人所明知，而又爲相對人所不知，反之，其表示之意思不真，已爲表意之相對人所預知者，則屬於後述之虛僞表示，而非真意保留也。

效果

維持外部
之表示效
果

相對人明
知不真者
無效

八六條規
定之特色

(二) 真意保留之效果 真意保留之效果，得分爲兩方面言之：

(1) 維持外部表示意思之效果。民法第八十六條前半段之規定曰：「表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲意思表示者，其意思表示，不因之無效：」，依此可知單以真意保留爲原因，並非意思表示之無效，即法律上爲注重交物上之安全，對於真意保留，亦得維持其所爲之外部表示之效果是也。

(2) 表意人之相對人，明知其真意保留者，其外部之效果意思無效，依民法第八十六條但書規定，真意保留之情形，在原則上固能有效：「但其情形，爲相對人所明知者，不在此限，」蓋真意保留之真意所在，既爲表意人之相對人所明知，則其相對人已無再加保護之必要故也。

(三) 民法上真意保留規定之特色 我民法第八十六條但書，係與德民一一六條之規定相似，而與日民第九十三條之規定相異，蓋因真意保留之無效，我民法僅以表意人之相對人，「明知」表意人之表意不真爲限，反之，相對人可得而知其表意不真，乃因不注意之過失，遂未能詳察情形，而誤信其表意屬於真實者，其真意保留，仍爲有效

，至若日本民法，則相對人縱非明知表意不真，僅係得知表意不真者，其真意保留亦係無效，兩者相較，相對人之責任，輕重懸殊，由法理上言之，當以我民法之規定較當，因相對人對於表意人之表意真實與否？事前並不應先有確切之注意義務故也。

四 真意保留之舉證責任 真意保留之效果非單因其爲真意保留而令其表示無效，又得因相對人明知其真意保留而令其表示無效，則或爲有效？或爲無效？其利益迥殊，故本條之舉證之責任以生，關於此點，依舉證責任之一般原則言之：則主張真意保留表示之應有效者，即僅須證明其曾有此真意保留之表示已足，反之，主張真意保留之無效者，則對於真意保留之表示與相對人明知之事實，皆有證明之責，至主張真意言之無效者，恒爲表意人，主張真意保留之有效者，恒爲真意保留之相對人，自不俟言。

五 真意保留之隱藏行爲 真意保留，既係內心效果意思與外部表示之效果意思不一致，則內心效果意思所隱藏之行爲，如已具備成立要件有效要件，仍得解爲依照其所隱藏之該項法律行爲辦理之，

虛偽表示
意義及要件

第三 虛偽表示 虛偽表示問題，我民法規定於第八十七條，其概要如次：

(一) 虛偽表示之意義及要件 當事人間非真意之意思表示，係基於表意人與其相對人所爲者，謂之：「虛偽表示」。(八七條一項前半)依此解釋，與前述之真意保留比較言之，其不同之點，當在於：「表意人與其相對人之通謀」。故虛偽表示之構成要件，除：「(1)須內心效果意思，與表示意思不一致，及：(2)須內心效果意思與表示意思之不一致，爲表意人所明知」，兩點，應與真意保留之構成要件相同外，其特殊構成要件，尙得析述於左：

(1) 須虛偽表示之表意人與其相對人有通謀之事實 虛偽意思表示之表意人與其相對人間，對於其所爲之「虛偽」之「表示」，既有意思上之連絡以後，更有互爲虛偽之表示一致者，謂之：「通謀」。一經：「通謀」，則虛偽表示以成，其通謀之動機安在？可以不問。次之，虛偽表示之通謀，既注重於：表意人與其相對人間有虛偽上之「合致」，則表意人之虛偽表示，縱爲其相對人所明知，苟未合意，仍不外真意保留也。

須對內對
外均無效
果意思

效 果

當事人間
絕對無效

(2) 虛偽表示之表示行爲，須對內對外，均無效果意思，對內對外，均無效果意思云者，即虛偽意思表示之表意人及其相對人間，均係完全無欲使之發生法律效果之謂。反之，當事人間在外形上有發生法律效果之意思，僅對內方面，限制其效果意思之發生效力而不許當事人行使者，則或可成立爲信託行爲，（豐浦與七氏英國衡平及信託制度五八四頁以下參照）而不得遽解爲：「虛偽表示」。

(一) 虛偽意思表示之效果 虛偽意思表示之效果，立法例上，尙非一致，以其爲應絕對無效者，如德民第一一七條第一項之規定是。反之，以其意思表示，僅能對於當事人無效，而不能以其無效對抗善意第三人者，我民法第八七條一項後半之規定與日民第九四條之規定是也。茲依我民法析述其效果如次：

(1) 「表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者，其意思表示無效」，（八七條一項前半原文）此即係表明虛偽意思表示之表意人與其相對人間，任何情形，均屬無效，其自始即已完全確定。進一步言之，縱令善意第三人，對虛偽表示之表意人及其相對人間，主張有效，其在虛偽表示之當事人間，仍屬無效也。

(2)表意人與相對人通謀而爲虛僞意思表示，在虛僞表示當事人間，固屬絕對無效，但對於第三人，則應分別情形論之，即第三人有惡意時，則因虛僞表示之無效，固亦可對該惡意第三人，主張其無效，或因該惡意第三人之主張，而以無效爲理由相對抗，反之，第三人係不知其虛僞意思之善意第三人時，則該虛僞表示，對於該善意第三人，仍爲有效，此即我民法八七條一項後半所謂：「不得以其無效對抗善意第三人」是也。至善意惡意云云，得解爲以第三人之知與不知爲準，而所謂之第三人者，當係指虛僞意思表示當事人及其一般繼承人以外之人而言。

(三)虛僞意思表示中所隱藏之他項法律行爲，虛僞意思表示中，如另有隱藏之他項法律行爲，得簡稱爲隱藏行爲。例如僞言贈與，實係債務之免除是。關於此點，日本民法，並無明白規定，其國學者之一般通說，則多謂隱藏行爲之目的或標的，並非非法或不能，既有適當之表示，即應解爲有效。他如德民一一七條二項瑞債一八條一項及俄民三五條，均有明定，我民法第八七條第二項，則定爲：「虛僞表示隱藏他項法律行爲者，適用關於該項法律行爲之規定」。所謂適用關於該項法律行爲之規定云者

，即係指適用，其所隱藏之法律行為以定其效果之謂，如前例偽言贈與，實係債務之免除，則其所爲之：「債務免除」，仍屬有效是也。

第四 錯誤 錯誤問題，我民法係定於第八十八條，茲析爲左之諸端述之：

(一) 錯誤之意義 人之認識，有與事實相左者，人之觀念，有與其對像相左者，例如誤認近代出品爲古物，誤認承擔債務爲債務之保證是。此類情形，均屬於錯誤。然此類錯誤，乃由於人之認識不正確而生，故錯誤一語：得解爲係：「表意人之表示，偶然與表意人之本意不符，或知其內容不符，即不爲表示之情狀」。依此解釋，則錯誤既與單純之：「不知」有異，亦與前說之：「真意保留」及：「虛偽表示」不同，蓋不知乃對於某種事實或某種對像，毫無認識可言，錯誤則非毫無認識，乃認識之不真而止。但我民法將：「錯誤與不知」，則認爲效果相同，此乃倣照德民一一九條第一項之規定者也。次之，就錯誤與前述之：「真意保留」與：「虛偽表示兩兩相較，雖同爲意思與表示之不一致，然：「真意保留」與：「虛偽表示」，均係表意人明知其不一致而爲之表示，錯誤之表示，則係偶然之間，由其認識之：「不正確」而生，民法上分別規定之

錯誤非不知

錯誤與真
意保留及
虛偽表示
不同

意思表示
內容之錯誤

動機錯誤
不得直解
為內容錯誤

原因，即在於此。

(二) 意思表示內容之錯誤 意思表示之內容有錯誤，……：表意人得將其意思表示撤銷之，……：(八八條一項前半) 故我民法上之錯誤問題，首應研究意思表示內容之錯誤。至何謂意思表示內容之錯誤？固難一概而論，但探求其注意之點，亦非絕不可能，茲就錯誤之情狀，比較論列於左：

(1) 動機錯誤不得直解為內容錯誤 動機與人之意思表示合併言之，則人之動機，僅得解為意思表示之緣由，即動機之錯誤，僅能解為緣由之錯誤。而人之意思表示之動機，原則上均係藏於內部，無由推知，故意思表示之效力，不能單因動機錯誤而生影響。(但符於九一二條之規定時，則係另一問題) 例如因求子求壽而捐助，誤信他人之貧苦而贈與，誤認不良作品為傑作等是。此類情形，其動機所在，在客觀上既無從推知，若竟以此而影響於意思表示之本身效力，殊有害於交易上之安全，故應與內容錯誤，分別觀察之。至若以動機而作為意思表示內容之一部者，則已屬於內容錯誤，其理甚明。(鳩山秀夫氏民法研究第一卷論表示之錯誤一文參照)

標的錯誤

標的之本
身錯誤

標的之數
量錯誤

標的物履
行之手續
錯誤

法律行為
性質之錯
誤

(2) 標的錯誤與內容錯誤；標的一語，如宜解為法律行為中之有：「物之給付」者而言時，則標的物之錯誤，即係內容之錯誤與否？仍應分別言之：

(a) 標的物本身之錯誤 意思表示中所欲取得或喪失之標的物有錯誤者，得解為標的物本身之錯誤。例如誤認甲物為乙物是。此宜解為內容之錯誤。

(b) 標的物之數量錯誤 意思表示所欲得喪之物體，其數量上之多寡有錯誤者，得解為標的物數量之錯誤，例如誤認六厘利率為九厘利率，誤認四隻為十支是。此亦宜解為內容之錯誤。

(c) 標的物履行手續之錯誤 履行時履行地及履行方法等，均得解為物之履行手續問題。此類情形，在一般意思表示中，多屬於不須確定之事項，故除當事人有特別意思表示外，縱對於履行手續錯誤，不能直解為內容錯誤。

(3) 法律行為性質之錯誤 由意思表示以締結法律行為，其本來性質上，已有認定上之錯誤者，謂之法律行為之本質錯誤，例如錯誤承攬為雇傭，誤認抵押為典當是。此種情形，其效果不同，故屬於內容錯誤。

當事人本身之錯誤

不知其情事之表示錯誤

視為意思表示內容之錯誤

(4) 當事人本身之錯誤 當事人乃行為之主體，在一般情形上，自非內容錯誤，但表意人以特定當事人爲其意思表示之構成要素或特別注重其個人始爲表意時，則誤甲某即爲乙某錯誤，即係內容錯誤。

(三) 不知其情事之表示錯誤 知其情事，即不爲表示，因不知其情事，始爲表示者，得簡稱爲：「不知其情事之表示錯誤」。例如表現其意思內容之言詞或繕寫之錯誤是。此種情形，與前述之內容錯誤不同，蓋意思表示之內容錯誤，乃指其認定之際，其構成意思之各部分，已與其對象或事實不符而言，此則關於意思上之認定，並無與事實或對象不符之點，所不符者，就已認定之意思內容，表現於外部，其表示行爲上有錯誤也。就前例言之，言詞或繕寫有誤，既僅係口誤或筆誤，即不諱竟謂其內容亦係完全有誤是。意思表示中，遇有此類：「表示錯誤」時，在理論上固與內容錯誤有別，在實際上則係表意人不知其有錯誤之情事所爲之：「非真意表示」，我民法上關於其得以撤銷之點，乃定爲與內容之錯誤同。(八八條一項前半)

(四) 視爲意思表示內容之錯誤 「當事人之資格或物之性質，若交易上認爲重要者

當事人資格在交易上重要者

物之性質在交易上重要者

，其錯誤視爲意思表示內容之錯誤」(八八條二項)更析言之：

(1) 當事人之資格在交易上有重要性者 當事人之錯誤，除前述當事人之身本錯誤外，尚有屬於當事人之資格錯誤者，例如誤認副經理爲總經理是。在一般情形，當事人之資格，本不易影響於表意人之表示內容，即不能認爲內容錯誤，但特種情狀之下，表意人之表意，乃注重其相對人之資格者，此時因錯誤其資格而爲意思表示時，則當事人之資格，係表意人意思表示之要素可知，此時尙不認爲內容錯誤，則恐影響於表意人之利害關係過鉅，故當事人之資格問題，在交易上有重要性質者，我民法視爲其內容有錯誤而許其得撤銷之。

(2) 物之性質在交易上有重要性者 表意人所欲取得或喪失之物體，係注重其性質而爲表意者，設表意人所爲之表示，恰與其物性不符時，謂之物性之錯誤，如誤認僞品爲眞物，誤認古代酒罇爲茶具是。此類情形，原與眞正之內容錯誤不同，但表意人之物性，在一般交易上，均極重要 如有錯誤 即不爲交易者，我民法亦視爲內容之錯誤，許其得撤銷之。

錯誤之效
果

撤銷主義

理由一
理由二
理由三

民法總則 二十四年度 朝陽學院講義

一九〇

(五)錯誤之效果 錯誤之效果，不問其爲內容錯誤或表示錯誤，我民法規定爲：「……表意人得將其意思表示撤銷之」(八八條一項前半)依此則我民法上之錯誤效果，得謂係採取：「得撤銷主義」。(德民一一九條之規定同)但考諸立法例，則錯誤之效果，有認爲：「無效」者，如日本民法第九五條之規定是。亦有兼採「無效」及：「得撤銷」之折衷主義者，如法民一一〇九條一一一〇條及一一一七條之規定是。比較言之，以我民法之規定較當。其理由有三：

(a)錯誤之法律效果，易於確定。

(b)意思表示之相對人，易於明確。

(c)第三人不易因錯誤而受影響。

如上所述，我民法上之錯誤效果，固係採取：「得撤銷主義」，但表意人之行使其撤銷權，尙有應具備之要件如左：

(1)須表意對於錯誤或不知其事情，非基於表意人自己之過失(八八條一項)
(2)行使撤銷權之除斥期間，以一年爲限。(九零條比照)

錯誤與善意相對人及第三人之保護

(六) 錯誤與善意相對人及第三人之保護。錯誤之意思表示，在表意人固可因撤銷而免去其意外損害，但善意之相對人及第三人，如已因信其意思表示為有效而受有損害者，則善意相對人及第三人，更不應因他人之錯誤而受意外損害，故錯誤意思表示之表意人，「……撤銷意思表示時，……對於信其意思表示為有效，而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任……」。(德民一二三條一項，瑞債二六條一項參照) 然此乃就該相對人或第三人，純粹居於無故意及過失之情形而言，反之，如該相對人或第三人，已明知其表示錯誤，必有撤銷之結果，或雖非明知其錯誤，亦係：「可得而知」其錯誤，將歸於撤銷者，則該相對人或第三人又已有故意或過失可知，此種情形，即又無特加保護之必要矣。故民法第九十一但書，對於錯誤表示之相對人或第三人之保護，以其非：「明知與可得而知」為限。(德民一二二條二項瑞民二六條二項參照)

傳達不實

第五 傳達不實 傳達不實，得析為左之諸端述之

意義

(一) 意義 意思表示，假手於傳達人或傳達機關，因其誤傳而生之非真意表示，謂之

民法總則 法一 (政一選)

：「傳達不實」。我民法規定於第八十九條，其應注意之點如次：

注意一

(1) 誤傳之產生，須於表意人及其相對人外，另有傳達人或傳達機關。

注意二

(2) 誤傳之意思表示，尚賴於傳達人或傳達機關之傳達，故於傳達之際，其意思表示，尙未完成。

注意三

(3) 傳達人或傳達機關之傳達，係對於已有之意思表示而為傳達，

注意四

(4) 因傳達而產生之「不實」結果，其不實之事實，須由傳達之表示行為所構成。

至傳達者，有無故意過失，則非所問。

效果

(一) 效果 傳達不實，亦得發生發生撤銷其誤傳之表示行為問題，因其情形與錯誤相似，故其撤銷權之行使，應比照錯誤之規定，其要點如次：

(1) 傳達不實，須表意人並無故意或過失。

(2) 撤銷權之除斥期間，仍為一年。

(3) 撤銷後對於善意之相對人及第三人，仍由表意人負損害賠償之責。

(五) 意思表示之不自由

意思表示之不自由

第一 概說 意思表示，在私法上應以基於自由之動機為原則，反之，因他人不應當之

干涉，而為之意思表示，即得解為：「意思表示之不自由。」不自由之意思表示，依我民法第九十二條之規定，其情形有二，一為：「被詐欺而為之意思表示」，一為：「被脅迫而為之意思表示」。此類不自由之意思表示，就詐欺或脅迫之行爲言，有基於表意人所爲者，亦有基於第三人所爲者，就應受保護之主體言，固屬於因受詐欺脅迫而爲意思表示之意思人，然亦有屬於善意第三人者，我民法乃分別情形，以定撤銷權之行使，至實施詐欺或脅迫之結果，其影響於法律上之效果，有成爲刑法上之詐財罪者，有成爲侵權行爲之損害賠償原因者，吾人於此所欲研究者，則以詐欺脅迫之意思表示，與撤銷權之行使爲限。至表意人已受詐欺或脅迫之結果，法律上不直以其意思表示爲無效而僅定爲得撤銷者，因被詐欺脅迫之意思表示，單就其外形上之意思與表示行爲言，究屬一致故也。

第二 因被詐欺而為之意思表示 何謂詐欺？其構成要件若何？以次就詐欺之意義及其構成要件分別述之：

因被詐欺
而為之
意思表示

(一) 詐欺之意義 表示虛偽之事實，蓄意使他人陷於錯誤之故意行爲，謂之詐欺。故前述之單純之錯誤與因受詐欺而陷於錯誤之錯誤比較言之，則單純之錯誤，僅得解爲主動錯誤，而此種因詐欺而生之錯誤，則屬於被動錯誤也。

(二) 詐欺之構成要件 詐欺之構成要件，得分爲左之諸端述之：

(1) 須有詐欺故意 詐欺之第一步，在蓄意使他人陷於錯誤，詐欺之第二步，在蓄意使他人陷於錯誤之結果，基於其錯誤以爲一定之意思表示。故實施錯誤行爲人，一則須有令他人陷於錯誤之故意，再則須有利用他人陷於錯誤之情狀而爲一定意思表示之故意。所謂「須有詐欺故意」者，乃兼指此兩種情狀而言。反之，其蓄意僅在誇耀於人，例如自言其學識技術之高深，資力之雄厚等，果尙無利用他人因此陷於誤信之意，仍未完成其爲詐欺也。但民法總則上之詐欺，亦僅以有此類情狀之詐欺故意爲已足，不使他人因此而發生一定損害，成意在圖利自己或第三人爲必要。詐欺與侵權行爲之主要區別，既在於此，詐欺與刑法之詐財罪不同者，亦於此也。次之，表意人因陷於錯誤而生之撤銷效果，并非基於表意人之欲望而生，故詐欺行

須有欺罔
行爲

須表意人
因受詐欺
而陷於錯
誤

爲，即非法律行爲，即詐欺行爲人，自不以其備行爲爲必要。

- (2) 須有欺罔行爲 對於不眞事之事實，作爲眞實事實以爲其表示行爲之基礎，謂之「欺罔行爲」。故欺罔之原因，或係故爲捏造事實，或係故爲告知與實在情形相反之事實，或爲隱匿眞實之事實，均無不可。至表示其欺罔之方法，既不問其爲言語文字，亦不問其爲明示或默示，至單純之沈默，是否構成欺罔行爲？則以其在法律上或契約上或交易習慣上 有無告知義務爲憑，其負有告知眞實之義務而故不告知者，自亦得爲有欺罔之存在也。因之，一定行爲之構成欺罔與否？有主張其行爲之人與事實，有無反社會性爲憑者，似此則同一行爲，在甲之情狀下，得以構成欺罔，(例如信用昭著之大商人 而故爲告知誑價是)在乙之情狀下，不必成爲欺罔者，(如沿街浮攤之說誑是)亦非事所絕無也。(小池隆一氏日民總論二七六頁參照)
- (3) 須表意人因受詐欺而陷於錯誤 被詐欺而爲之意思表示，即係指表意人之表意，係基於詐欺人欺罔行爲之結果，故民法上之詐欺，即不容其有：「未遂」之狀態存在，至其錯誤之情狀，或因被詐欺而陷於動機錯誤，或因被詐欺而陷於法律行爲之內

須表意人
因陷於錯
誤而為意
思表示

因被脅迫
而為之意
思表示

脅迫之意
義

脅迫之構
成要件

須有脅迫
之故意

容錯誤，則均與詐欺之成立無關。

(4) 須表意人因陷於錯誤而為意思表示。此種情狀，乃指表意人之錯誤，與其所為之意思表示，有一定因果關係而言，換言之：表意人不因被詐欺而陷於錯誤，即不為意思表示是也。至錯誤與意思表示間之有無因果關係，則僅就表意人之主觀觀念決之已足。

第三 因被脅迫而為之意思表示 何謂脅迫？其構成要件若何？以次就脅迫之意義「脅迫之構成要件分述之：

(一) 脅迫之意義 表示相當之危害，使他人發生恐怖心理狀態之故意行為，謂之：「脅迫」。受脅迫人因恐怖心理而為之意思表示，謂之：「被脅迫而為之意思表示」。

(二) 脅迫之構成要件 脅迫之構成要件，得分為左之諸端述之：

(1) 須有脅迫之故意 脅迫之故意，乃指脅迫者，須有使他人發生恐怖，並因其受恐怖而為意思表示之蓄意而言。析言之：脅迫之第一步蓄意，在使他人發生恐怖心理，脅迫之第二步蓄意，在使他人陷於恐怖心理之結果，因受脅迫而為一定之意思表示

須有脅迫
行爲

脅迫係表
示相當危
害

示。反之，僅有相當危害之表示，他人並不致因此而產生恐怖心理者，固非脅迫，即令所表示之危害，係故意使他人發生恐怖，但並非利用其恐怖心理，使受脅迫人爲一定意思表示者，亦不得即謂爲脅迫。但又應注意者，脅迫人所表示之危害，使他人陷於恐怖狀態之故意，與利用恐怖心理使他人爲意思表示之故意二者，固可同時存在，亦能先後存在，不論同時存在或先後存在，其於具備此兩種故意後，均能完成其爲脅迫意思。至脅迫意思構成後，有無其他惡意？有無利得及利益之歸屬於何人？則均與脅迫之成立無關。

(2) 須於脅迫行爲 被脅迫而爲之意思，於具備上述之脅迫故意外，尙須有脅迫行爲，茲更就脅迫行爲之要點析述於次：

(甲) 脅迫行爲，乃指其所表示之相當危害之行爲而言，已表示之危害，在實際上有無危害？在客觀上究係重大危害與否？既非所問：即被脅迫人所恐怖之危害，究係因自己受危害而生恐怖，或係恐他人受其危害而生恐怖，亦非所問。他如表示危害之方法，我民法亦無限制，故不論言語文字或其行爲，均可構成脅迫行爲。

脅迫行爲
須有反社
會性

脅迫非欲
望表示

不作爲得
構成脅迫
否？

(乙)脅迫行爲，須有反社會性，蓋社會生活中所容許之行爲，縱令他人因其行爲而受相當之拘束或疑懼，其不得直解爲脅迫，例如：「不承諾出賣之要約，則從此斷絕交易」，又如：「不還債則訴諸法院」等是。反之，所爲之脅迫行爲，既因有「反社會性而成立」，則不問其構成：「反社會性」之點，究係行爲之目的？或係行爲之手段也。例如：「以不舉發其犯罪行爲爲要求贈與之工具」及：「以不借債則危害其家人」等表示相脅迫，均能構成脅迫行爲也。

(丙)脅迫行爲，所生之撤銷效果，並非根據行爲人之欲望意思而生，故不得直解爲法律行爲，即只須行爲人於行爲時有意思能力已足。

(丁)消極狀態之不作爲，亦能構成脅迫行爲與否？應分別情形論之：例如他人已陷於危害狀態而不爲之挽救者，是否構成脅迫？此亦疑問也。關於此點，其說有三：第一說主張：「他人之危害，雖已發生，然因其不爲挽救，其危害狀態，即須延長，此種延長其危害狀態之繼續狀態，既係由其「不爲挽救」之「不作爲」而生，即與新加危害無異，」故宜解爲脅迫。第二說主張：「他人之危害狀態，須先問

須有恐怖
後而爲之
意思

被詐欺脅
迫而爲意
思表示爲
效果

共通效果

一已有無挽救之義務，苟有排除之義務而不爲之挽救，即因其違反排除義務之不作義而應與脅迫同視」。第三說主張：「他人之危害，係新由此不作爲而生者，始能謂之脅迫」。據我民法第七十二條七十四條及九十二條之規定合併釋之，宜從第三說。

(3) 須有因恐怖其危害而爲之意思表示 表示危害，他人不信其有此危害，或所表示之危害，他人並不因之而發生恐怖，或縱令因此而發生恐怖，亦未因受恐怖而爲一定之意思表示，均不得構成脅迫，換言之：表意人之恐怖其危害與表意人之意思表示，其間須有適當之因果關係是也。依此則表意人之恐怖結果，須尙未達於無意思力之狀態，蓋完全無判斷力而爲之意思表示，乃意思表示不成立之問題也。(七五條後半比照)

第四 因被詐欺脅迫而爲意思表示之效果 因被詐欺脅迫而爲之意思表示，其效果有相同者，亦有爲：「被詐欺而爲之意思表示」所獨具者，茲分述如次：

(一) 被詐欺脅迫而爲之意思表示之共通效果 「因被詐欺脅迫而爲意思表示者，表

意人得撤銷其意思表示。」（九二條一項前半）此乃被詐欺脅迫而為意思表示之共通效果也。

被詐欺而為之意思
表示之特
殊效果

（二）被詐欺而為之意思表示之特殊效果 被詐欺而為之意思表示，與被脅迫而為之意思表示比較言之，其獨具效果有二，更分述如次：

對於相對
人之特殊
效果

（1）對於相當人之特殊效果 被詐欺而為之意思表示，其詐欺係由第三人所為者，則以：「相對人明知其事實或可得而知者為限始得撤銷之」。蓋相對人本屬善意，而單以表意人一方之詐欺事由，即使善意相對人受撤銷之效果，亦非所以保護相對人之道故也。（合於八八條之情形時，則屬另一問題）

對於第三
人之特殊
效果

（2）對於第三人之特殊效果 「因被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以對抗善意第三人」（九二條二項）此即轉第三人如有惡意，則表意人與其相當人之意思表示，已明知其有詐欺原因，自無特加保護之必要，反之，第三人不知其有詐欺原因，即因表意人與相對人之撤銷而受其影響，亦非所以保交易之安全也。

詐欺脅迫
之意思表

第五 被詐欺脅迫而為之意思表示之撤銷權與除斥期間 被詐欺脅迫而為之意思表示，

表意人固有撤銷權，但行使之期間，若漫無限制，亦滋紛糾，我民法於第九十三條，特爲規定此項撤銷權之權利生活期間如左：

(a) 表意人得發見其被詐欺脅迫者，其行使此項權利，自發見詐欺脅迫後，一年內爲之。

(b) 表意人未發見其被詐欺脅迫者，自意思表示後，一經經過十年，則無論如何，亦不得再行撤銷。(民總施十六條十七條比照)

(六) 意思表示之生效時期

第一 概說 已成成立意思表示，在何種時期。始生效力，得統名之爲：「意思表示生效時期」之問題，緣意思表示之成立，與意思表示之發生效力，其情形不必一致，其對於意思表示之成立外，尙規定特別之生效要件者，此應分別情形，另就其各別之特殊規定以謀解決之道，(如民四六五條四七五條及民一一九九條等是)反之，一般之意思表示，宜自何時生效？則於總則篇設有概括之規定，綜合言之：其要點有四：(1) 對話人所爲之意思表示，以相對人了解時生效；(九四條)；(2) 非對話人而爲意思表

示者，以其通知達到相對人時生效；（九五條一項前半）⁽³⁾向無行為能力人或限制行為能力人爲意思表示者，以其通知達到法定代理人時生效；（九六條）⁽⁴⁾表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名住所者，得依民事訴訟法之公示送達代爲意思表示之通知。（九七條）綜上以觀，一般之意思表示，在理論上雖能以成立時即爲生效時期，但意思表示之有特定相對人者，其相對人之利益，仍應顧及之，民法第九四條至第九七條之規定，意思表示之特殊生效時期者以此。

對話人間
意思代示
之生效時
期

第二 對話人所爲意思表示之生效時期 表意人及其相對人，其間所傳達之意思，互立於直接即時了解之地位者，謂之：對話人。依此解釋，則表意人與相對人間，有無空間之距離？既非所問；其傳達意思之方法如何？亦非所問。蓋對話之情狀，不能一致，有互不假借傳達意思之機關而能直接對話者，有假借傳達意思機關，亦能直接對話者，有表意人與相對人相會見而爲對話者，亦有空間上有距離而互爲對話者，故如：「同居一室，直接對話」，及：「以傳達人之當面口傳意思」等，固屬於對話，他如：「電話交談」與：「暗號表意」，亦屬於對話。此類對話人間所爲之意思表示，以相對人

非對話人
間意思表
示之生效
時期

表意主義

發信主義

受信主義

了解主義

了解時發生效力，設遇有不了解之爭議時，則舉證之責，宜解爲屬於相對人較當，至不了解之原因，有無故意過失？則非所問。

第三 非對話人所爲意思表示之生效時期 表意人及其相對人，其間所傳達之意思，互立於不能即時了解之地位者，謂之：「非對話人。」非對話人間意思表示之最普通者，如假借通信或電報方法所爲之意思表示是。此類非對話人間之意思表示，究應於何時生效？其標準有四：更析言之：

(1) 表意主義 主此說者，乃以意思表示或立之時，即爲其效力發生之時。例如已擬就電稿或函稿是。

(2) 發信主義 主此說者，乃以其意思表示，最初出發向其相對人傳達之時期，爲其效力發生之時，例如書信或電報之交發是。

(3) 受信主義 主此說者，乃以其意思表示到達相對人之時期，爲其發生效力之時期，例如信函或電報已交到於相對人時是。

(4) 了解主義 主此說者，乃以其意思表示，既到達於相對人，並業經相對人知悉

我民法採
受信主義

撤回通知
須同時或
先時到達

表意人之
意思表示
不於通知
後因能力
欠缺而失
效力

其內容之時，為其效力發生之時，例如閱讀表意人之信函或電報時是。

上述四種主義中，我民法係採受信主義，蓋以為：「表意」或「發信」之時，失之過早，而必待相對人之全部了解，始生效力，亦失之過晚故也。惟既採取單純之受信主義，則相對人對於表意人之意思內容，得了解與否？及已了解與否？均非所問。但於此又應注意者，表意人與其相對人，既有空間上之間隔，則發信以後，中途有無其他障礙？既無疑，而發信人發信以後，其行為能力有無喪失或受限制之原因，亦不無疑，依我民法第九十五條第一項但書及同條第二項之規定，則其解決之方法如左：

(1) 撤回之通知須同時或先時到達。如上所述，非對話人間之意思表示，一經到達於相對人，即已生效，則已生效之意思表示，自不能更許表意人之任意撤回，故表意人於表意後未到達前，欲撤回其意思表示，其撤回通知，須先時或同時到達於相對人始可。

(2) 表意人之意思表示，不於通知發出後因能力欠缺而失效。非對話人間之意思表示，雖限於受信時始生效力，但單就表意人方面言之，則通知發出之際，即可推定其

向無受領
能力人爲
意思表示
之生效時
期

公示送達

意思表示
之解釋

已意已完全確定，申言之：採取受信主義，乃爲保護相對人之利益而設也。故民法第九五條二項明定：「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」。

第四 向無行爲能力人或限制行爲能力人所爲意思表示之生效時期 無行爲能力人，毫無意思表示之受領能力，（七五條七六條比照）限制行爲能力人，亦無一般意思表示之受領能力，（七七條以次比照）故民法第九十六條定爲：「向無行爲能力人或限制行爲能力爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人發生效力。」

第五 以公示送達代意思表示之通知 非對話人間之意思表示，其意思表示發生效力之時期，固以相對人受信時爲準，但相對人之姓名居所，已爲表意人所不知，而其不知之原因，又非基於表意人自己之過失者，我民法定爲得依民事訴訟法公示送達之規定，（民訴一五四條參照）以公示送達務爲意思表示之通知，似此則其意思表示之生效時期，自一以公示送達之效力發生時期爲準。

（七）意思表示之解釋

意思表示
解釋之意
義

解釋意思
表示正確
與否之標
準

解釋意思
表示不得
拘泥於所
用之辭句

第一 意思表示解釋之意義 意思表示之解釋云者，乃欲確定意思表示之真意所在也。然意思表示之構成，乃先由效果意思以至於表示意思，再由表示意思以入於表示行為。茲所謂確定意思表示之真意云者，則又係單指其外部表現意義之確定而言。蓋意思表示之全部，有無真意之保留？是否虛偽表示？有無受詐欺脅迫之原因等，乃意思表示之效果，能否發生？或能否撤銷？之問題，此之所謂意思表示之解釋，既係確定其外部表現之真意，即僅係確定其意思表示之本體，得發生如何效果之問題也。

第二 解釋意思表示正確與否之標準 解釋意思表示，首應就已有之意思表示而為解釋，次之，就已有之意思表示而為解釋之際，尤應就社會合理性以確定其真意，即解釋意思表示之際，先應憑藉其表示行為之對象，次應求其解釋之正當是也。（曄道文藝氏民法研究四二頁至一〇八頁參照）

第三 解釋意思表示不得拘泥於所用之辭句（九八條） 意思表示，有表現於言辭者，亦有表現於文句者，意思表示所用之言辭或文句，與其表現之真意完全相符者，則其所為之解釋，固無疑義，反之，意思表示所表現之文句，與其所表現之真意有出入者，

條件及期限，乃法律行為之意義

法律行為之性質

則因解釋係探求當事人之真意，自不能囿於文辭而沒却當事人之本意，蓋以語言文字，雖為意思表示之重要方法，然依據其他材料，能證明其言語文字有錯誤或不足者，則仍宜另求其真意所在也。（德民一三三條比照）

第四節 條件及期限（九九條至一〇二條）

（一）條件及期限乃法律行為之附款

第一 法律行為附款之意義 當事人對於意思表示所欲發生之效果，附加以一定限制之條款，謂之：「法律行為之附款」。蓋締結法律行為與否？原屬吾人之意思自由，故對於所欲締結法律行為，附加一定條款以左右其效力，當亦屬意思自由之所許，條件及期限，即左右此法律行為效力之方法也。此種情形，既非通常法律行為中，所有之事項，故曰：條件及期限，乃法律行為之附款。

第二 法律行為附款之性質 法律行為之附款，與法律行為比較言之，其性質如何？次之，法律行為之附款，究應於如何情形及何種時期，始能成立，竊以為均與法律行為之性質有關，茲特析為左之諸端述之：

(一)法律行為之附款，乃法律行為內容之意思表示之一部。法律行為之附款，就條件言之，例如：「君考列第一，則助以學費千元」是，就期限言之，例如：「明年一月一日起，租賃某房於君」是。此類情形，其所附之條件或期限之附加行為，究係附屬於贈與或租賃之從屬行為，抑係其贈與或租賃意思表示之構成部分，固不無疑慮，但就理論上言之，仍宜解為：「法律行為之附款，乃法律行為內容之意思表示之一部」，蓋附加以條件或期限之法律行為，均係左右其法律行為之效力，而當事人之必以條件或期限，左右其效力者，仍係基於當事人意思上之欲望自由而生，並非事先即有條件與期限之存在，當事人因必須受此條件與期限之拘束，而後始能構成其欲之意思表示故也。因之通常法律行為，雖不必有條件或期限之附加，但一經附加以條件或期限，其條件或期限之價值，與構成其法律行為之其他部分之價值，仍屬完全相同，例如條件或期限有之「無效或得撤銷之原因時」，其他部分之主要效力，亦將因之不存是在。學者間謂以附款二字，解釋條件與期限，尙嫌不當者，亦即在此。(鳩山秀夫氏法律行為乃至時效(四五—頁四五—頁參照))

法律行為之附款，須因當事人之表示而成立。

法律行為之附款，須於法律行為成立時表示之。

附款之種類及期限

條件

(一) 法律行為之附款，須因當事人之表示而成立，條件或期限，非通常法律行為所必須具備之原素，乃由當事人以意思表示特別加入之偶素，故應由當事人之意思表示而成立，至基於法律上之明定原因，必待一定事項之完成或相當期限之到來，始能成就之法律效果，則與此所謂：「法律行為附款」之義有別。

(二) 法律行發之附款，須於法律行為成立表示之。如前所述，法律行為之附款，既係意思表示中效果意思之一部，更須基於當事人之表示而成立，則法律行為成立後，呈附加以一定條件或期限者，或可由當事人之另一合意而成立一新法律行為，但已非此所謂法律行為之附款可知。

第三 附款之種類與條件及期限 民法總則所規定之：「法律行為之附款」，以條件及期限為限，於此之外，尚有所謂：「負擔」者，(四二二條四一四條一二〇五條等比照)則係於各個無償行為中附帶規定及之，蓋因：「負擔」不若條件及期限適用範圍之廣故也。

(二) 條件

條件之意義

第一 條件之意義 當事人附於法律行為效力之發生或消滅，憑諸客觀上將來不確定事實之成否，以爲附加之條款者，謂之「條件」。如云：「學年試驗，考取第一名，則贈閱法律評論週刊一年」者，乃以條件之成就，爲其效力之發生也。反之，如云：「余自南京罷官歸來之際，則歸還余之住宅」者，乃以一定條件之成就，爲其契約效力之消滅也。茲依此義，析述如次：

法律行為之附加條款

(一) 條件乃法律行為所附加之條款 附款之意義及其性質，已如前述。附條件之法律行為，其條件須依前述附款之意義及其性質決之，自不俟論。

客觀上將來不確定之事實

(二) 條件係客觀上將來不確定之事實 過去已成就之事實，既不能以之爲條件，現成之事實，亦非條件，將來之事實，在客觀上如已完全確定者，亦不得謂之爲條件。但不確定之程度與將來之距離，僅以一般人不能爲確定之判斷已足，離於通常社會生活外，就科學上言，雖係已完全確定之事實，只須一般人無此推測力，即仍不妨以之爲條件之內容。此蓋因法律行為之所以由當事人附加條件者，在當事人即欲以此不確定之事實，爲其效力之發生或消滅也。

條件之目的，在於決定法律行為之效力，或消滅之發生。

條件之分類

(二)條件之目的，在於決定法律行為效力之發生或消滅。法律行為之附以條件者，其目的安在？說非一致，有以爲條件之成就與否？係決定其法律行為成立與否之運命者；有以爲附條件之法律行為，於締結：「附條件法律行為之際，即已成立，不過其效力之發生或消滅，繫諸條件之成就與否者。由前之說則附條件之法律行為，其條件係限制法律行為之成立，由後之說，則條件附之法律行為，乃以條件限制其法律行為效力之發生或消滅。依我民法之規定，一則曰：「附停止條件之法律行為，於條件成就時發生效力」，(九九條一項)再則曰：「附解除條件之法律行為，於條件成就時，失其效力」，(九九條二項)故我民法上對於條件之目的，係以之決定法律行為效力之發生或消滅，毫不實疑。然於此又應注意者，即其所附之條件，既係限制法律行為效力之發生或消滅，則或爲限制其效力之全部，或爲限制其效力之一部，均與條件之本質無關。

第二 條件之分類 條件之種類，有爲民法上所明白規定者，有不然者，茲依次說明於下：

停止條件
與解除條
件

(一) 停止條件與解除條件 民法第九九條第一項。明定，「停止條件」，同條第二項，又明定：「解除條件」，以故於此先就停止條件與解除條件之意義及其應注意之點，析述於左：

停止條件
之意義

(1) 停止條件 以條件限制其法律行為效力之發生者，謂之：「停止條件」。例如：「考取官質留美，則贈以旅費千元」是。此類附有停止條件之法律行為，其應注意之點如次：

注意一

(a) 條件成就時，發生效力，條件不成就時，不生效力。

注意二

(b) 附條件之當時，及條件成就與否未定之間，其法律行為之效力發生與否？則尚未確定。(即僅有不確定之狀態是。)

解除條件
之意義

(2) 解除條件 以條件決定其法律行為效力之消滅者，謂之：「解除條件」。例如：「舉年考試不及格而留級時，則終止贈與學費」是。此類附有解除條件之法律行為，其應注意之點，亦得析述如次：

注意一

(a) 條件成就時，效力消滅，不成就時，存續其固有之效力。

注意二

積極條件
與消極條
件

隨意條件
雙方隨意
條件一方
隨意條件

(b) 附條件之當時乃至於條件成就與否未定以前，則保持其效力之消滅與否的不確定狀態。

(二) 積極條件與消極條件 條件內容之事實，須與現狀發生變更之狀態者，謂之：「積極條件」。例如：明年赴美，則贈與旅費千元，」是。此種情形，乃因現在之事實，尚未赴美，一到明年之赴美事實將成，則已與現狀變更；故為積極條件。反之，條件內容之事實，係維持現在狀態者，謂之：「消極條件」。例如：君在國內大舉畢業前，尚不結婚，則贈君畢業時之費用千元」是。(長島毅氏民法總論七三五頁以下參照) 斯二者，乃就條件內容之不同，所為之區別也。

(三) 隨意條件與偶成條件及混合條件 條件成就之根據，有憑諸當事人之意思者，有不然者，隨意條件與偶成條件及混合條件之分，即係以條件之成就，是否根據當事人之意思為準，更析言之；

(1) 隨意條件 條件成就之根據，完全憑諸當事人雙方或一方之意思者，謂之隨意條件。隨意條件之中，又有雙方隨意條件與一方隨意條件之別。即憑諸雙方當事人之

積極隨意
條件消極
隨意條件

消極隨意
條件之效力
若何？

偶成條件

意思以決定其成否者，謂之：「雙方隨意條件」。例如甲同學與乙同學約，全等同時畢業後，同入研究院，則君之學費，由余供給是。反之，純粹憑諸當事人一方之意思，以決定其條件之成否者，謂之：「一方隨意條件」。然當事人之中，恒有權利人與義務人之別，故決定條件之成否，純粹憑諸權利人一方之意思者，又得謂為積極隨意條件，例如：君若赴美留學，則贈君路費八百元是。反之，決定條件之成否，純粹憑諸義務人一方之意思者，通常又目之為消極隨意條件，例如：「余一旦離平，則將北平住宅租賃於汝」是。消極隨意條件之效力若何？學者中頗有爭論，（石坂氏民法研究停止條件應否不能單係於債務有意思以決定一文比照）我民法亦未明定，（民法一一七四條及日民一三四條參照）

由理論上言之，則不問何種消極條件，均能解為有效，蓋條件成就，縱係單純決諸義務人之一方意思，亦不得直謂義務者毫無受其拘束之效果意思故也。

（2）偶成條件 條件成就之根據，憑諸當事人意思以外之事實以決定者，謂之偶成條件。偶成條件之特色，既係憑諸當事人意思以外之事實，則此種事實之來源，或

混合條件

爲當事人意思以外之自然事實，或爲當事人意思以外之第三人意思，均無不可。
(3) 混合條件 條件成就之根據，憑諸當事人與第三人之意思及行爲者，謂之：「混合條件」。例如：汝若與丙女結婚，則將某房贈與是。

假裝條件

第三 假裝條件 假裝條件，一稱表見條件，或名膺似條件，此類條件，乃指其僅類似條件之外形，並未具備條件之實質要素者而言。故此類條件之效力，當不能與一般條件相同視，茲分別述之如次：

既定條件

(一) 既定條件 條件之成就或不成就，在法律行爲之當時，已有確定之狀態，即當事人仍以之爲條件者，謂之：「既定條件」。如云「日自東出，則贈君之房屋，即須還歸」又如云：「昨日已下雨，則贈君百元等是」按此解釋，則既定條件之本身，即已與條件之意義相衝突，蓋附有條件之法律行爲，其條件既能法律行爲之生效失效，成爲不確定之狀態，而此則已屬既定之事實，故不得謂爲：「既定條件」，仍係真正之條件也。因之，當事人之以既定條件，而附加於法律行爲者，則因其法律行爲之效力，於行爲時，業已確定，自無再憑藉條件以確定其效力之必要。換言之：條件成否未定時

法定條件

，保險當事人之規定，對於既定條件，即已無適用之必要是也。（日民一三二一條比照）

（二）法律條件 法定條件者，依「法律之規定」，或：「法律行為之性質」當然爲其行為之生效或存續上所必具備之條件也。似此則法定條件之產生原因有二，即一爲依法律上之規定而產生之法定條件，他爲依法律行為之性質而產生之法定條件是。前之情形，例如民法一二零一條規定爲：「受遺贈人於遺囑發生前死亡者，其遺囑不生效力」則遺贈之發生效力，係以受遺贈人之死亡，在於遺囑人之後爲條件，其理甚明。後之情形，例如；保證責任，係以擔保主債務人之清償爲使命，故保證責任之消滅，當係以主債務人之清償爲條件。（七三九條比照）此類法定條件，其本質上屬於條件與否，不無疑問，有謂法定條件之情形，在法律行為當時，其條件事實，雖未確定，若當事人之表示上，特別提出以之爲其行為之生效或存續要件，則亦可成爲附款而爲附有條件之法律行為，但吾人就法定條件之本義考察之，則未敢贊同其說，蓋附款乃當事人之限意限制，既爲法定條件，如其條件事實，尙未確定，則可直接依其法律之規定以定其效力，不必再適用；「附條件法律爲之規定」（如一〇〇條一〇一條）故

不能條件

也。

(二)不能條件 不能條件者，法律行為或立之當時，以事實上或法律上業經確定不能成就之事實為內容之條件也。關於此點，日本民法第一三三條曾明定之，即：「附有不能之停止條件者，其法律行為無效」，與：「附有不義之解除條件者，其法律行為為無條件」是。我民法雖未明白規定，在解釋上應與日民法一三一條之規定相同。蓋附有不能條件之法律行為，其行為之效力，於法律行為之當時，均可推測其已：「確定」而條件之本質，在於其能使法律行為之效力，於法律行為當時，成為：「不確定」之狀態，似此則不能條件之本身，已明與附條件之法律行為相反，自非真正之條件也。

不法條件

(四)不法條件 以^{北A}於法律上之：「強制規定」與；「禁制規定」或「公序良俗」為目的之條件，謂之：「不法條件」。但於此尚應注意者，即條件之不法與否？與條件事實之不法與否？並無不可分之關係是也。蓋條件事實之內容，雖非不法，當事人利用之以為條件，遂變為：「不法之目的」者，有之，例如：離婚雖非不法，設當事人以結婚後

三年無子爲離婚之條件，則屬不法條件是。次之，條件事實之內容，原爲不法，但因當事人之利用目的，係屬正當，遂因利用其爲條件而反應解爲適用條件者，亦有之，例如：無故曠職，原爲不法，設以無故曠職爲解雇之條件，則亦非不法條件是。他如以：「不爲不法行爲爲條件，究係不法條件否？」則有異說，其解爲：「不爲不法行爲之條件，仍係不法條件」者，則多係根據於日本民法第一三二條之後段規定，蓋該條規定，乃明言：「附有不法條件之法律行爲無效。其以不爲不法行爲爲條件者亦同」故也。反之，主張當事人以：「不爲不法行爲爲條件」之情形，應分別繼之者，則曰：附有不爲不法行爲之條件者，若該法律行爲之權利人，原無此種不法行爲之慣行，則不啻以此種條件，獎勵不法行爲之觀念或產生，故仍爲不法條件，反之，若該法律行爲之權利人，原有此種不法行爲之慣行者，則以：「不爲不法行爲」爲條件，乃欲糾正其不良慣行，即屬有益於社會生活之舉，自又非不法條件也。（末弘嚴太郎氏不爲不法行爲爲條件，是否概認爲不於行爲論參照原文曾載日大法學協會雜誌三十九卷五號）例如：某甲係慣行竊盜犯，某甲之兄，以改革其惡性爲條件而締結贈與千元之契

約，由前之說，則仍爲不法條件，由後之說，則亦得解爲：「非不法條件」是。

(五) 矛盾條件 條件與其法律行爲之主要內容相衝突者，謂之：「矛盾條件」。例如：以他人之物爲買賣，而以所有人不同意讓與其物之所有權，爲其買賣契約生效之條件是。此類矛盾條件之效力，有謂爲「以矛盾條件爲停止條件」者，則其行爲無效，如係以「矛盾條件爲解除條件」者，則應解爲無條件者。反之，亦有解爲一切之矛盾條件，均應解爲無效者，(日民法學新報二十四卷五號乾正彥氏矛盾條件論文參照)就理論上言之，矛盾條件之內容，既與法律行爲之主要內容相衝突，則已爲之意思表示，與未爲意思表示同，當事人未爲之意思之表示，即無受拘束之理，故宜一律解爲無效。

第四 不許附加條件之法律行爲 依私法行爲之自治原則，故一般之法律行爲，均不妨附加以相當之條件，然私法行爲之自治原則，並非絕對之原則，故在特種之法律行爲，以保護公益或交易上之公平爲理由，亦有不許附加以條件之法律行爲在焉。茲析述如次：

公益上不許附加條件

不許附加條件之法律行爲

(一) 公益上不許附加條件之法律行爲 一定之法律行爲，許可附加以條件時，則與

法之禁止性，強制力，或公序良俗相違背者，自得以公益上之理由，而不許當事人任意附加以條件。就財產行為之不許附加條件者言之，例如：拋棄，及債務之抵銷，不許附加條件是。(三三五條二項)其屬於身分行為而不許附加條件者，如結婚，離婚，非婚生子之認知等行為是。

(二)私益上不許附加條件之法律行為 一定之法律行為，若許其附加條件，則損及於相對人之利益過鉅者，亦得解為在私益上不許附加條件之法律行為。例如：法律行為之撤銷，承認，契約之解除，選擇債務之選擇權行使等行為是。但此類情形之不許附加以條件者，既純係為保護相對人之利益而設。則此種保護私益之理由，已不存在之者，則又宜解為許其附加條件也。至私益上之保護理由不存在之情形，則又得分述如左：

(1)應以不許附加條件而保護其私益之相對人，已同意附加以相當之條件者。

(2)條件之內容，係以應保護之相對人為主而訂立之隨意條件者，例如催告之內容，附以一星期不履行契約，則行使解除權之條件是。

附條件之法律行為與其效力

條件之成就

條件之不成就

第五 附條件之法律行為與其效力 附條件之法律行為，仍不外法律行為之一種，故一般法律行為得以共通之要件，在附條件之法律行為，仍應具備之，應不應疑。然附條件之法律行為，尙有其特殊之效力在焉，於茲分述條件之成就與不成就及其特殊之效力如左：

(一) 條件之成就 條件之內容，憑諸將來事實之發生者，其事實發生之際，謂之：「條件之成就」。就其成就之情形而言，則因積極條件與消極條件而異，積極條件之成就，例如云：「君於本屆畢業考試，考列第一，則贈君法學全集一部」者，即係以某君考列第一之際，為條件之成就也。反之，如云：「本屆公費留美考試，如不能及格，則返家路費，由其負擔」者，則某君落第之際，即係條件之成就也。

(二) 條件之不成就 條件之內容，業已確定不能實現之際，謂之：「條件之不成就」。其不成就之情形，亦因積極條件與消極條件而異。如云：「本屆期考，考列第一，則贈以法學全集一部」者，則應考人或件落第或考列第二名以下，均為條件之不成就。亦即係積極條件之不成就也。反之，如云：「官費留美考試不及第，則贈與反里川

「資」者，則於某君應考官費留美而及第之際，即係條件之不成就。亦即係消極條件之不成就也。

條件成就
之原因
自然原因
法定原因

(三)條件成就之原因 條件成就之原因，就我民法之規定言之，其情形有二，即一爲自然原因，他爲法定原因是也。自然原因之成就，例如以某日天雨爲條件，而借貸雨衣，迨至某日果然天雨是。綜合言之，條件內容所憑藉之事實，依通常正常情形而自然發生者，均得解爲：「自然原因之條件成就」也。次之，法定原因之成就，即民法一零一條：「因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲，阻止其條件之成就者，視爲條件已成就。」之規定是也。此種情形，一稱爲條件成就之擬制。(或亦可稱爲條件之視爲成就) 例如：以官費留美考試考列第一爲條件而贈與路費千元者，其不能考列第一之原因，係約定之贈與人故意入場傳進夾帶而被扣考是。

條件不成
就之原因
自然原因
法定原因

(四)條件不成就之原因 條件不成就之原因，亦得解爲與條件成就之原因相同，即條件不成就之原因，亦有自然原因與法定原因兩種情形是也。自然原因之不成就，係統指條件內容所憑藉之事實，依照通常正常情形之不成就者而言。例如以某日天雨爲

條件成就
與否未定
前之效力

條件，而某日並非雨天是。次之，法定原因之不成就，我民法係規定於第一零一條第二項即：「因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行爲，促其條件之成就者，視爲條件不成就」。是也。例如以考試第一爲條件而贈與法學全集一部者，其考列第一之原因，係因請託槍替是。

(五)條件成否未定前之效力 附條件之法律行爲，在條件內容所憑藉之事實，成就或成就之前，或爲效力之發生，或爲效力之消滅，固係一種不確定之狀態，然一旦條件事實之成否，已入於確定狀態者，則權利人方面，即可因之而取得一定之權利，因之，在條件成否未定之狀態中，仍不失爲有取得一定權利之希望。此種希望，有稱爲期待權者，有稱爲復歸權者，亦有解爲保持權者，(大谷美隆氏民法論集保持權論)就我民法第一百條之規定言之，其當事人於成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行爲者，負損害賠償責任，故我民法上係以此條件成否未定前之狀態，得成立一種權利，亦不容疑。

上述之期待權，其保護方法，在立法例上，並未一致，德國民法第一六零條與一六一

立法例之
比較

條之規定，係對於相對人之侵害行為，為事實行為者，令相對人負擔損害賠償之責任，反之，相對人之侵害行為為法律行為者，則於妨害其權利人之利益範圍內，令其行為無效，次之，就日本民法一六條之規定而言，則僅係設有不許侵害之規定，至侵害之結果，究應負擔何種責任，則未明定，故日本民法之解釋上，尚有爭論。再次，就蘇俄民法第四十二條規定言之，則係明定相對人侵害之際，即應負擔損害賠償責任，我民法第一百條之規定，得解為與蘇民第四十二條之規定相同。

條件事實成就時之效力

停止條件成就時之效力

解除條件成就時之效力

(六) 條件事實成就時之效力 條件事實成就時之效力，我民法係規定於第九十九條，依該條之規定，其情形有三，茲析述於左：

(1) 停止條件成就時之效力 「附停止條件之法律行為，於條件成就時，發生效力。」(九九條一項) 例如以相對人與某人結婚為條件而贈與某物者，則於結婚之際，其贈與行為即發生效力是。

(2) 解除條件成就時之效力 「附解除條件之法律行為，於法律成就時失其效力。」(九九條二項) 例如某甲對於某乙之學費幫助，以乙之退學為條件，則取消其贈與者

，則某乙退學之際，其贈與行爲之拘束，即喪失效力是。惟於此尙有疑問者，即附有解除條件之法律行爲，既因條件之成就而失效，則其失效之效力，是否當然失效？是否發生物權之效力？在解釋上尙有爭議，如因解除條件之成就，即係當然失效，則不待當事人之主張。如其失效之結果，係發生物權之效力，則對於第三人，亦能發生其失效之效力。關於此點，解爲以解除條件之成就，係當然失效，並發生物權之效力爲通說。（小池隆一氏日本民法總論三六四頁參照）但爲顧及交易之安全，仍宜解爲不能對抗善意第三人也。

(3) 依當事人之特約而生之效力，條件之本質，原係當事人自由意志所附加，則條件成就之效力，許可當事人以特約另定其效力，自亦無不當。故民法第九九條第三項曰：「依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時，發生者，依其特約。」按此規定，其尙應注意之點如次：

(a) 許可附加特約之行爲，不以契約行爲爲限，即在附有條件之單獨行爲，依一方之意思表示，使其條件之效果，溯諸既往或待諸將來者，亦無不可。因特約之

本質，即係當事人之特別意思表示故也。

(b) 附加特約之時期，固可於締結法律行為之際爲之，即於締結法律行為後，取得相對人之同意，再附加以特約，亦無不可。

(c) 附有特約之附條件法律行為，其條件效果發生之時期，因依特約之所定，其他效果，則仍與前述法定條件成就之效果相同。(上述(1)(2)參照)

(七) 條件事實不成就時之效力 條件事實不成就時之效力，民法並無明定，然依民法第九九條之規定比較釋之，亦得析如次：

(1) 附有停止條件之法律行為，其條件事實，確定不成就者，於其不成就時，即確定其行爲不生效力。例如：「官費流英，考列第一，則贈與路費千元」，迨考試完竣，業已落第，其贈與路費之行爲，自屬確定不生效也。由此確定不生效之結果，其行爲上之一切拘束或希望，均歸於消滅，

(2) 附有解除條件之法律行為，其條件事實，確定不成就時，於其不成就時，即確定其行爲，仍能繼續其效力。

注意三

條件事實不成就時之效力

停止條件不成就時之效力

解除條件不成就時之效力

期限

期限之意義

附期限行為之目的

例如租賃房屋契約，原以離平赴京而出租，以返平爲條件而解約，旋因京中事業已穩固，並已另行買定房屋意在久住者，則原有之租賃契約，即仍可繼續是。但於此尙應注意者，所謂繼續其效力者，不過保持其繼續性而止，至另有其他得撤銷或無效之原因者，並不能因此條件不成就而除其無效或得撤銷之原因是也。

三 期限

第一 期限之意義 當事人對於法律行爲效力之發生或消滅，憑諸客觀上將來確定事實之到來，以爲附加之條款者，謂之：「期限」。其情形有二，一爲始期，一爲終期。附有始期之法律行爲，如云：「民國二十六年，一月十五日，贈與某物於某是」。附有終期之法律行爲，如云：「民國三十年十二月一日，即終止已設定之租賃行爲是」。期限與條件比較言之，雖同爲法律行爲之附款，但條件事實之完成與否？恒難確定，期限事實之到來，則係將來之確定事實。於茲更分述期限之意義於次：

(1) 期限係以決定法律行爲效力之發生或消滅爲目的 法律行爲之附有一定期限者，其目的不外兩種，即附有始期之法律行爲，在於限制其法律行爲效力之發生，附有

終期之法律行為，在於限制其法律行為效力之消滅是也。次之，就我民法上規定期限之本旨而言，亦僅能解為期限之限制，單在於法律行為效力之發生或消滅兩點，至效力發生後，對於履行期限之限制，雖有解為期限之一種者，（日民一三五條法民一一八五條）但依我民法上規定期限之真意言之，則不宜採取同一之見解。蓋民法上規定期限之真意，在於保護當事人之期待權，至履行期未到來之情形，其原有法律行為之效力，本已發生，此時債務人依據其行為之本旨，原應有注意義務，即不必再以法律明文規定而保護權利人也。

期限係客觀上將來
實之確定事實

（2）期限係客觀上將來之確定事實 期限之事實，仍係將來事實之一種，此點與條件無殊，期限之事實，為將來確定到來之事實，則與條件事實，適為相反。至何種情形，始為確定到來之期限事實，則仍不外依照法律行為時，通常，交易觀念決之。例如：「某年某月某日」或「五年間」或：「十年間」等，固屬確定到來之事實，他如以某人之死亡為期者，其死亡之具體年月日，雖不能於事前完全確定，但人之必死，則屬確定無疑，自仍不失為期限之一種也。

期限乃法律行為之附款

期限之種類

始期與終期

確定期限與不確定期限

約定期限與法定期限

(3) 期限乃法律之行為附款。附款之意義，已如前述，附期限之行為，應具備前述附款之說明，自不俟論。

第二 期限之種類。期限之種類，依一般之通說，得分述如左：

(1) 始期與終期。法律行為效力之發生，以期限事實之到來為憑者，謂之始期。法律行為效力之消滅，以期限事實之到來為憑者謂之終期。

(2) 確定期限與不確定期限。期限事實之發生與到來，於行為時均已完全確定者，謂之確定期限。如云：「明年雙十節，贈與某物是。反之，期限之發生，雖已確定，但何時到來，尙未完全確定者，則為不確定期限。如云：「余於死亡時，贈君某物。」或云：「下次天雨之際，借與君某物」等是。

(3) 約定期限與法定期限。依法律行為當事人之意思所附加之期限，謂之約定期限。直接基於法律之規定所附生之期限，謂之法定期限。法定期限，例如時效是。此處所應研究者，則以約定期限為限。

(4) 不法期限與不能期限。背於法律上之強制規定或禁止規定或公序良俗之規定而

附加之期限，謂之不法期限。行爲之附有不法期限者，原則上應爲無效。次之，當事人所附加之期限，在社會觀念上過於長遠不能期待者，則爲不能期限。例如五十年後貸款若干是。法律行爲，以不能期限爲始期者，其行爲應爲無效，以不能期限爲終期者，宜解爲未附加期限。

第三 禁忌期限之法律行爲 法律行爲，不問其種類如何？均許附加期限，固屬原則，但特種法律行爲，不許其附加期限者，亦有之。此類不許當事人附加期限之法律行爲，得謂禁忌期限之法律行爲。其禁忌之原因，不外兩種，一爲保護公益之理由不許附加期限，一爲行爲之性質上之許附加期限。前之情形，例如離婚或認知私生子而附加以期限，即屬不許是。後之情形，例如撤銷解除等行爲，即不容其附有期限是。法律行爲當事人，違反保護公益私益之理由而附加期限者，其行爲爲無效。違反行爲之性質而附加期限者，宜解爲與未附加期限之行爲相同。

第四 附期限之法律行爲與其效力 附條件之法律行爲，在條件成就與否未確定以前，本屬不確定狀態，然我民法於第一百條中，尙對於權利人之期待權，設有保護規定。

附期限之法律行爲與其效力

禁忌期限之法律行爲

附事實
到來前之
效力

今也，附期限之法律行為，則更係必至之事實，其應對於權利人之期待權，設以保護規定，更不俟論，以次分述其效力如次：

(1) 期限事實到來前之效力 民法第一零二條曰：「第一百條之規定，於前二項情形準用之」。然民法第一百條之規定，係云：「附有條件之法律行為，當事人於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負賠償損害之責任」。故基此兩條規定合併釋之，則期限事實到來前之效力，得分為兩點言之，即：(a) 附期限之行為人，於期限屆至前，損害相對人因期限到來所應得之利益者，應負損害，賠償之責。(b) 附期限之行為人，於期限屆滿前，損害相對人因期限到來前應得之利益者，亦應負損害賠償之責是。

期事實
到來時之
效力

(2) 期限事實到來時之效力 期限之到來，乃指期限內容事實之發生而言，我民法對於始期之到來，稱之曰屆至，對於終期之到來，稱之曰屆滿。其效力係定於一百零二條第一項與第二項，即：(a) 附始期之法律行為，於期限屆至時發生效力。(b) 附終期之法律行為，於期限屆滿時，失其效力是。

第五節 代理（二零三條至一一零條）

（一）代理之概念

第一 代理制度之產生原因 交易頻繁，事必躬親，在現代社會生活，幾為不可能之事實，而以一人之行爲，使其對於他人發生效力，在事實上並無窒礙可言，故代理制度即由此而生。此種制度，自法國民法以來，各國多承認之，（法民一九八四條一九九八條德民一六四條以下瑞債三二條以下俄民三九條以下參照）我國民法，乃分別規定於民法總則編及債編。

第二 代理之意義 代理人於代理權限內以本人名義，所為之意思表示，直接對本人發生效力之行爲，謂之代理。（二零三條）茲依此義，析述其要點如次：

（一）代理係代理人以本人名義所為之意思表示 「所為之之意思表示」一語，其義有二，即一為立於主動地位，向第三人為意思表示，二為立於被動地位接受第三人之意思表示，其以本人名義，主動的向第三人為意思表示者，得稱為積極代理或主動代理。其以本人名義因接受第三人之意思表示而為意思表示者，得稱為消極代理或被動

代理人所
爲之意思
表示須以
本人之名
義爲之

代理。就買賣言之，代理人先向第三人爲出賣之要約表示，或先可第三人爲承諾買受之表示者，均屬於積極代理，反之，代理人以本人名義受領第三人向代理人所爲之要約或承諾表示者，則屬於消極代理或被動代理。次之，代理之範圍，既以意思表示爲限，則事實行爲或違法行爲等，均不生代理問題：似不實疑，然代理人所爲之意思表示，其法律行爲之本質上，原即有事實行爲存在者，則代理其事實上之行爲，自亦能發生民法上之代理關係也。

(二)代理人所爲之意思表示，須以本人之名義爲之。代理人所爲之意思表示，須以本人之名義爲之云者，指代理人所爲之意思表示，應表明以本人爲當事人之謂。此種情形，學者稱之爲：「代理表示」(大谷美隆民法總論講義二三八頁二三九頁參照)其有此代理表示者，縱令其意思非法本人謀利益，或其利益之請求，不歸屬於本人，亦能成立代理行爲；反之，代理人無此代理表示者，縱令有代理權之存在，或其行爲之效力，係直接對於本人而發生(如質權人抵押權之處分質物或抵押物行爲)均不能直認爲屬於此之所謂代理。至此種代理表示，之表示方法，其已明白通知與代理人爲一定

行爲之相對人(第三人)者，固無疑問，其相對人如有明知其代理人之可能者，則亦不妨解爲已有此代理表示而發生代理關係。(德民一六四條一項瑞民三二條二項日民一百條參照)

(三)代理人須有代理權

(三)代理人以本人名義所爲之意思表示須有代理權限 代理權之本質如何？俟述於次，至代理人之代理行爲，必以其有代理權限爲必要者，蓋因代理行爲之效力，係直接對於本人而發生故也。反之，無代理權限之代理行爲或逾越代理權範圍之代理行爲，均爲無權代理問題，無權代理，非經本人之承諾，不生效力，但具有民法一六九條之原因者，則屬例外。

代理人之代理行爲直接對本人生效

(四)代理人所爲之意思表示係直接對於本人生效 代理人以本人之名義所爲之意思表示，其效力即能直接對於本人而發生，申言之：代理人之代理行爲，其代理行爲上之權利，固係由本人享受，其代理行爲上之義務，亦係由本人負擔也。至其能直接對本人生效之理由安在？則說明方法有三：一爲本人行爲說，主是說者，乃以爲代理人所爲之意思表示，既係本於代理權限而爲之意思表示，則代理人代爲之意思表示即與

本人之意思無殊。故代理人之代理行爲，應直接對於本人生效。次爲共同行爲說，主是說者，謂代理行爲之組成成分爲有二，一爲代理人授與代理權時之意思表示，一爲代理人爲代理行爲時之意思表示，既係兩種意思表示所組成，故亦能對於本人生效。其次則爲代理人行爲說，主是說者，乃以代理行爲時之行爲，與爲代理行爲時所用之名義，作分別之觀察，申言之：代理行爲，原爲代理人在實際上所爲之行爲，特因其所用名義，係本人之名義，故其效力，應對於本人直接發生，依我民法之立法精神言之，宜採第三說。

(二)代理之分類

第一 意定代理與法定代理 意定代理與法定代理之區別，乃基於代理權之發生原因不同而分，其代理權之發生原因，係直接基於本人之意思表示而生者，謂之意定代理。反之，非基於本人意思而生之代理，則得統名之曰：「法定代理」（一零八六條一零九四條一零九八條參照）

第二 積極代理與消極代理 代理人以本之名義對於第三人爲意思表示之代理，謂之積

極代理（一零三條一項）。代理人以本人名義由第三人而接受意思表示之代理，謂之消極代理。（一零三條二項）

有權代理
行無權代理

第三 有權代理與無權代理 有代理權限存在之代理，謂之有權代理，無代理權限存在之代理，謂之無權代理。有權代理之代理權限，有於代理人之代理行為時即已存在者，有於代理人為代理行為後經本人之承認而後始存在者，前者稱之曰：原始有權代理，後者稱之為嗣後之有權代理。無權代理之中，其絕對不能對於本人生效者，謂之狹義無權代理。其具備一六九條之原因而得對於本人生效者，謂之表見代理。

一般代理
與特別代理

第四 一般代理與特別代理 此種區別，乃因代理權有無限定而生，其對於代理人之代理權，並未限定其範圍者，謂之一般代理。反之，對於代理人之代理權，限定其範圍者，謂之特別代理。至代理權限之有無限定，則不外依照法定原因與代理權之授與行為定之。

直接代理
與間接代理

第五 直接代理與間接代理 代理人以本人名義所為之行為，直接對於本人發生效力之代理，謂之直接代理。反之，代理人以代理人之名義，為本人之計算所為之行為，而

以其所取得之效果歸屬於本人之代理，則為間接代理。間接代理，其效力對於本人而發生，則本人與代理人兩方面，均易受不測之損害，故非真正之代理。

(三) 代理人之能力

第一 代理人與權利能力 現行民法，對於人之權利能力，固以平等為原則，但個別之權利能力，則特定人與特定人之情形，不能一致，而外國人之權利能力，則又應受法令之限制，（民施二條參照）故代理人之權利能力，是否應與本人之權利能力，完全一致，不無疑問，因此，代理人之能力問題，仍宜先述代理人與權利能力之關係，關於此點，因代理人並非取得權利負擔義務之主體，故由代理行為所生之權利，其有無享有能力，應就本人決之，不宜就代理人決之也。換言之：代理行為，在代理人方面，雖無權利能力，只須本人對於代理行為有權利能力，代理人仍可為本人有效為之是也。

第二 代理人與行為能力 代理行為，既有本人與代理人之分，則本人之行為能力，是否與代理人之行為能力相一致，仍不無疑，故代理人之能力問題，又宜說明代理人與

行爲能力之關係，關於此點，民法已定有明文，即：「代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制行爲能力人而受影響」(中民一〇四條參照日民一零二條德民一六五條比照)是。按此規定，則代理人縱係限制行爲能力人，亦不妨爲有效之代理行爲，蓋代理行爲，其承受權利義務之效果者，係本人而非代理人故也。

第三 代理人與意思能力 代理行爲，固係本人承受其權利義務之效果，然代理行爲之特色，即係實際上由代理人「代爲意思表示」或：「代受意思表示」，故代理行爲之意思能力，應就代理人決之。據民法第七十五條之規定，無意思能力人之行爲，應爲無效，似此則代理人爲代理行爲之際，果無意思能力，則其行爲之本身，即應無效，即對於本人，亦不能發生效力。

第四 代理行爲與意思能力之欠缺或有其他瑕疵 民法第一零五條曰：「代理人之意思表示，因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其情事，或可得而知其情事，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。但代理人之代理權，係以法律行爲授與者其意思表示，如依照本人所指示之意思而爲時，其事實之有無，應就本人決之。」

代理人與意思能力

代理行爲與意思能力之欠缺或有其他瑕疵
原則就代理人決之

。按此規定，則係代理行為與意思能力之欠缺或有其他瑕疵情事，在我民法決定其事實有無之標準，係分爲兩端，即原則上應就代理人以決定其有無欠缺或其他瑕疵，而於意定代理情形，本人已有所指示者，則此類事實之有無，又應就本人決之也。關於前者，乃因代爲或代受人意思表示，其代爲或代受之際，乃完全決定於代理人，故其意思上之有無欠缺或瑕疵，亦宜就代理人方面以求解決之道。關於後者，則因代理權授與之際，既有所指示，而代理人代受或代受意思表示之際，又係依照本人所指示之意思而爲者，故其意思上之有無欠缺或其他瑕疵，即不應再就代理人方面以爲決定，而應就本人方面之實際情形，以爲決定之標準也。

(四) 代理權

代理權
代理權之
本質

第一 代理權之本質 代理權究係權利與否？不無疑問，約而言之，其說有三，茲分述於次：

否認說 (1) 否認說 主是說者，以爲代理權不能獨立存在，即代理係一種委任之法律關係，不能於委任以外，再承認單獨之代理權，此種說法，乃由法國民法一九八四條之規

定而生，蓋法國民法明白規定「委任爲受任人以委任之名義代爲處理其事務之契約」故也。此說證之我民法之規定，則顯有不當，因我民法上之委任與代理，明有各別之獨立規定，即明係於委任外，尙承認代理權之獨立觀念也。

(2) 權利說 以代理權爲權利之一種者，乃以爲代理權與形成權相近似也，其說曰：代理行爲，能直接對於本人發生效力，故一有代理權之存在，因其行使代理權，即能發生一定法律關係，則代理權即能解爲屬於形成權之一種。然形成權之行使，須由有形成權之意思決之，即須依有形成權之意思，始能發生法律效果，而代理權之行使，則係不問代理人之意思如何？均係使其發生一定之效果，即代理人行使代理權之際，縱欲其不發生代理之效果，亦不可能，故代理權即能解爲形成權也。

(3) 能力說 主是說者，謂代理權，不得直解爲一種權利，宜解爲法律上之一種資格或地位，故以爲代理權係法律上之能力問題，與權利能力行爲能力等觀念相類似，其與權利能力相異者，非始於出生終於死亡，乃另有代理權之發生消滅原因而止，次之，代理權而與行爲能力稍異者，僅係有行爲能力人之行爲，係自爲之而自受之，而

有代理權人之行爲，則於代爲或代受之後，其效果及於本人耳。此說較近於理，余亦採之。

代理權之發生

第二 代理權之發生

代理權之發生原因，應就法定代理及意定代理兩方面觀察之，茲

分述如左：

法定代理

(一) 法定代理 代理權之發生原因，非本於當事人之意思表示，乃直接基於法律上之規定者，謂之：「法定代理」。如父母對於未成年子女之代理權，監護人對於受監護人之代理權是。(一零八六條一零九四條一零九八條等參照)

意定代理

(二) 意定代理 代理權之發生原因，係由當事人之意思表示而生者，謂之：「意定代理」，此種情形，既係根據當事人之意思表示而後始能產生代理權，故此種授與代理權之意思表示，通常均稱之爲：「授權行爲」。至授權行爲之本質如何？則學者尙有爭論，更析言於次：

授權行爲之本質

委任契約說

(1) 委任契約說 法國民法與奧大利民法，係將委任關係與代理關係相混稱，(法民一九八四條澳民一〇〇二條參照) 故就法澳民法之規定而說明代理權之授權行爲，

即得解爲意定代理之代理權，係由委任契約而生。換言之：委任關係以外，即別無代理權之授權行爲存在是也。就我民法言之，則不能採取，蓋代理權之授與，我民法乃列爲債之發生原因，而委任關係，則又係規定於各種之債（一六七條五二八條比照）故由法典上之組織而論，即不能謂代理權之授與，單屬於委任契約，此其一。次之。舍法典上之規定而言理論時，則代理權係法律上之資格關係，而委任契約乃僅有創設債權債務關係之作用，不能形成代理權之資格問題。故代理權之授權行爲，亦難解爲委任契約，此其二。

說無名契約

(2) 無名契約說 主是說者，謂委任契約與意定代理之授權行爲，雖不能同一之觀察，然亦得解爲授權行爲，係以授與代理權爲目的之特別契約。換言之：授權行爲，固與委任關係有異，亦不能由授權者一方之意思表示，即應解爲契約，而此種契約，在民法上既無特殊之規定，故又宜解爲無名契約。此說由日本民法規定言之，（日民一〇四條一一條比照）雖不失爲有力之主張，（穗積重遠鳩夫秀夫石田文次郎我妻榮氏等均主此說）然由我民法言之，則仍難贊同其說。蓋就我民法一六七條

之規定而言，乃明謂一方之意思表示，即能產生代理權，而代理權之本身，僅係法律上之資格問題，在代理權人，既無何等義務之負擔，亦即無待其承諾之必要，此即契約說之所以仍不無疑也。

(3)單獨行爲說 德民法一六七條第一項云：「代理權之授與，應向代理人或對之爲代理行爲之第三人，以意思表示爲之」。我民法一六七條之規定，與此大致相同，依此種規定言之，則意定代理之授權行爲與其基本契約，乃屬各別之行爲，而授權者一方之意思表示，不待他方之同意，即可發生代理權，故宜解爲單獨行爲。此說在德民法上，已成通說，我民法之規定，既係採取德民法之規定，自亦宜解爲單獨行爲較當。

第三 代理權之範圍 代理權之發生原因，有本於法律上之直接規定者，有本於當事人之意思表示者，似此則代理權之範圍，當不外求諸法律上之規定或當事人之意思表示以定其標準，故我民法仿照德國民法之立法例，對於代理權之範圍，不設任何規定。關於此點，在法國民法及日本民法，（法民一九八八條日民一〇三條）雖設有補充規

定，謂管理行爲中之不變更物性或權利之性質者，代理人始能有權爲之，他如處分行爲，則代理人無此權限，然考諸我民法之立法意旨，則難爲同一之解說。（五三四條 比照）

代理權之限制

第四 代理權之限制 代理權之發生原因，既有法定代理與意定代理之分，故代理權之限制，亦得就法定代理之限制與意定代理之限制兩方面言之，茲分述於次：

法定代理之限制

（一）法定代理之限制 我民法第一零六條之規定，乃雙方代理之禁止問題，此種規定，固不失爲限制代理權之一種，實則法定代理權之限制，我民法尙有規定於民法總則編以外者，例如共同代理之限制（一六八條）及監護人之代理權限制（一一零一條）等是。似此則凡直接基於法律上之規定而生之代理權限制問題，均得解爲法定代理之限制。

意定代理之限制

（二）意定代理之限制 法定代理，乃直接本於法律上之規定而生，自不許由當事人之意思表示，對於其代理權而任意加以限制，反之，在意定代理之情形，則因代理權之產生原因，即係本於當事人之意思表示，自不妨許可當事人對於所授與之代理權

原則

例外

雙方代理
問題

雙方代理
之意義

加以相當之限制，故意定代理之限制內容如何？仍不外就當事人意思表示之具體情形決之。然代理權之限制，影響於第三人之利害關係甚鉅，設當事人以意思表示而限制其代理權之結果，為第三人所明知，或第三人不知其限制，係基於第三人之有過失原因者，則其限制之效力，固能及於該第三人，反之，如其限制之內容，為善意第三人所不知者，則又不能以既有之限制而對抗善意第三人。（二零七條）

第五 雙方代理問題 雙方代理問題，其應研究之點有三，即一為雙方代理之意義，二為雙方代理之禁止，三為禁止雙方代理之例外等是。茲分述於左：

（一）雙方代理之意義 代理本人與一己締結法律行為，或對於本人及與本人締結法律行為之第三人皆有代理權者，均屬於雙方代理問題。其一方係代理本人為法律行為，而他方即係由其一己與本人為法律行為者，謂之：「自己契約」。其一方對於第三人

有代理權，而他方面對於本人亦有代理權，因之對於本人及第三人均立於代理人之地位者，謂之：「重複代理」。此類「自己契約」及「重複代理」下之雙方代理問題是否有

效？原不無疑，但我民法第一零六條則係倣照德國民法第一零八條之規定，以禁止為

原則，以許可爲例外。

雙方代理
之禁止

(二)雙方代理之禁止 民法第一零六條所定「代理人……不得不爲本人與自己之法律行爲」，常明係禁止代理關係之自己契約，同條又謂：「……亦不得既爲第三人之代理人而爲本人與第三人之法律行爲……」自又係禁止代理關係之重複契約。由此兩點言之，自得解爲雙方代理之情形，在我民法上係以禁止爲原則，至禁止雙方代理之理由如何？則其說明方法，亦有兩端，主第一說者曰：雙方代理，與雙方行爲之性質相違反，故不應許其存在，其意殆謂雙方行爲之性質，應有雙方當事人，即應有雙方人格，今也雙方代理，乃以一代理人而兼有雙方方面之人格，自難認其成立也。此種說明，亦得目之爲性質違反說。主第二說者曰：代理行爲，係代理本人而爲一定行爲，故本人之利益，應力求其得以保護，許可雙方代理，則本人之利益，即難於保護，故應禁止之。此說之意旨，蓋以爲雙方代理之情形，則代理人與被代理人，有立於利害相反之虞，若其意思表示，皆決於代理人之一人，則對於被代理者之本人，必易遭損害，自難許其存在，此種說法，亦得解爲本人利益保護說。總此兩說之立論，宜

違反雙方代理禁止之效果

禁止雙方代理之例外

事前許諾之雙方代理

專履行債務之雙方代理

以第二說較當。

雙方代理之禁止，固如上述，至違反此項禁止規定者之效力如何？在學者間之見解，亦不一致，即有謂此種雙方代理禁止之違反，應與無權代理相同視，而令其代理行為無效者，亦有謂經本人之承認，亦得許其有效者。比較言之，宜從後說，蓋禁止雙方之代理，其理由既不外保護本人之利益，今本人既能於事後承認其代理行為，則其本人之利益，已能受其保護可知，而現行民法之規定，對於事前許諾之雙方代理，尙能明認其爲有效，則事後承認其雙方代理者，自亦不必令其絕對無效之必要也。

(二)禁止雙方代理之例外 雙方代理問題，如上所述，固亦禁止爲原則，但依民法一零六條之規定，亦有禁止雙方代理之例外情形二，更析言於次：

(1)已經事前許諾之雙方代理行爲仍爲有效 雙方代理之禁止，其理由既能解爲係保護本人之利益，則利益問題，自能許可當事人之犧牲，故事前許諾之雙方代理行爲，在本人即已有不必受此禁止保護之必要，即此種情形之雙方代理，仍爲有效。

(2)專履行債務行爲之雙方代理仍爲有效 賠償行債務之行爲，就理論上及實際上言

之，在一般情形，均不致發生利害相反之結果。故仍能有效。然履行債務之方法甚多，如其履行債務之方法上，仍有考慮本人利害關係之必要者，例如代物清償未到期之清償等，則又宜解為不許雙方代理較當。

代理權之消滅

第六 代理權之消滅 代理權之消滅原因，有為法定代理及意定代理所共通者，有不然者茲分述於次：

共通消滅原因

(一) 共通消滅之原因 代理權之消滅原因，得為法定代理及意定代理所共通者，其情形仍不一致，更析言於次：

本人或代理人之死亡

(1) 本人或代理人之死亡 代理關係，乃對人關係，故本人或代理人之一方死亡，其代理權不能及於其繼承人而應歸於消滅，此於法定代理及意定代理，均屬相同，但法律上如有明定不以死亡為代理權之消滅原因(如五五一條)或當事人約定不以死亡為其代理權之消滅原因者，則又應以例外視之也。

授與法律關係之終了

(2) 授與法律關係之終了「代理權之消滅，應由其所授與之法律關係定之」。(二零八條一項) 此種情形，在法定代理，如監護關係之終了，在意定代理，如委任關係之

喪失能力

特殊消滅原因

喪失能力與破產

代理權之撤回

代理權消滅之效果

終了是。

(3) 代理人之喪失行為能力，代理人喪失行為能力時，由民法五五零條及一零九六條之規定解釋之，則不問其為法定代理意定代理，均係代理權之消滅原因，但五五零條但書規定，又係例外。

(二) 特殊消滅原因 法定代理權，乃直接基於法律之規定而生，故其自身應有之特殊消滅原因，應就各個規定決之，至意定代理之特殊消滅原因，則得概括言之如次：
(1) 本人喪失行為能力或本人及代理人之破產 此種事實，依民法五五零條之規定，得解為意定代理之特殊消滅原因，但當事人另有約定或事務之性質不因此消滅者，仍屬例外。

(2) 代理權之撤回 民法一零八條二項之規定，代理權除依該法律關係之性質不許撤回者外，均得於其法律關係存續中撤回之。依此則意定代理之代理權，自亦能因撤回而消滅。

第七 代理權消滅之效果 代理權之消滅，其效果得分為兩方面述之於次：

應交還授
權證書

對第三人
以發生代
理權消滅
之效果為
原則

無權代理

無權代理
之意義及
其無代理
權之原因

(1) 應交還授權證書 代理權消滅後，其代理人既失去其為代理行為之資格，故代理權之授與，如有授權證書者，於撤回代理權或因其他情形而其代理權消滅時，應交還授權證書於授權人，不得留置。(一零九條)

(2) 對第三人以發生代理權消滅之效果為原則 通常原因之代理權消滅，均能對一般第三人發生代理權之消滅效果，但為雇及交易之安全，對於撤回代理權之消滅，則不得對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其撤回事實者，則仍能對抗也。(一零七條比照)

(五) 無法代理

第一 無權代理之意義乃其無代理權之原因 代理權限不存在之代理行為，謂之：「無權代理」。我民法一百一十條，定有明文，學術上為求其與表現代理有異，亦有稱為狹義無權代理者。至就其代理權限不存在之原因考察之，約有三種：一為代理權之發生原因不存在，二為已有之代理權，因為有消滅其代理權之原因，遂變為代理權之不存在，三為途越其代理權之範圍，遂與代理權不存在相同視等是。代理權之發生原因

無權代理
之責任

無權代理
責任之根
據

行爲當事
人說

不存在者，乃兼指既無法定代理權之原因；又無代理權授與之原因而言。代理權已消滅，因而變爲代理權限之不存在者，乃兼指法定代理乃意定代理權限之共通消滅原因與持殊消滅原因而言。次之，因逾越代理權之範圍，而與代理權不存在相同視者，例如援與代理權之際，僅能代爲保管行爲。而代理人竟代爲處分行爲是。

第二 無權代理之責任 民法第一百一十條云：「無代理權人以他人之代理人名義所爲之法律行爲，對於善意之相對人，負損害賠償之責」。由本條規定釋之，可知無權代理之責任，即係應負擔損害賠償是矣。然此項責任之根據安全？此項責任之構成要件及其內容如何？均有說明之必要，茲分述於左：

(一) 無權代理責任之根據 無權代理，對於善意相對人，固應負擔損害賠償責任，但其責任之根據如何？則學說有四，更析言之：

(1) 行爲當事人說 說謂認無權代理，雖其行爲上，有所假借之他人名義，而其所假借之他人名義，並無法定原因或約定原因之存在，似此則無權代理人，既係在實際上爲行爲之當事人，即應對於相對人負責。此說在理論上言之，微嫌不當，蓋行

侵權行爲說

爲當事人一語，若單就形式上而言，固仍有所假借之本人名義，並非直接以無權代理人之名義如其行爲之當事人故也。

(2) 侵權行爲說 無權代理，其行爲既不能對於本人生效，則相對人因此所生之損害，即係因無權代理人之侵害他人權利而生，故應負責賠償。然民法上之侵權行爲，乃以故意過失爲構成要件，今也，無權代理之責任，則並不以無權代理人有此主觀上之故意過失爲必要，自仍嫌其與侵權行爲之本質不相當。

欠缺注意說

(3) 欠缺注意說 此說謂代理人之責任，於其爲代理行爲之際，即應先行注意其自己
有無代理權，今因其未能注意及此，以致相對人受有損害，故應由其欠缺注意之點而負責賠償。然代理人之注意義務，法無明定，其所規定之無權代理負責要件，亦未明言其有注意義務。故本說仍有不當。

擔保說

(4) 擔保說 此說謂代理人之行爲，應對於相對人擔保其行爲之效力，能及於本人，今既因無代理權限而不能對於本人生效，即係違反其應有之擔保義務，故應負責。然代理人爲代理行爲之際，既不必以其有擔保意思之存在爲必要，而無權代理人之

法定責任說

無權代理責任之構成要件

須有無權代理行為

須代理行為對於本人不能生效

法定責任，亦非以其先有擔保意思為構成要件。故本說仍難置信。

(5) 法定責任說 民事生活，應保護交易上之安全，無權代理之際，果因其所使用者，有本人名義存在，遂不負責，則交易上之安全以危，因之，法律上遂明定無權代理人，對於其相對人，有損害賠償之責。就我民法上言之，宜從此說。

(二) 無權代理責任之構成要件 無權代理責任之構成要件，約可分為左之兩端：

(1) 須有無權代理行為之存在 須有無權代理之行為存在云者，乃指其為代理行為之際，須有所假借之他人名義而為法律行為是也。蓋其為法律行為之際。如其所使用者，仍為自己之名義，則其行為之效果，仍不外由其自己負擔，自不另生損害賠償之問題。惟既有無權代理行為之存在，則不問其為積極代理或消極代理，均應負責。而其無代理權之事實，在無權代理人方面，有無故意過失，則非所問。

(2) 須其代理行為不能對於本人生效 此項要件，在民法一百一十條之文句，雖無明白規定，在解釋上則係應具備之要件，蓋其形式上無代理權之代理行為，如具備表現代理之要件，則應適用民法一百六十九條之規定，如於事前經過本人之承認，亦

能由民法一百七十條規定之反面解釋而生效力。次之，如符付於民法一百零七條之規定者，則亦係不得對抗善意第三人之情形，仍與本條規定之責任無關。綜合言之：有此三種情形，則均能對於本人生效，而不致發生無權代理之責任問題，故必係對於本人不能生效者，始有無權代理責任成立之餘地也。

須相對人
為善意

(3) 須相對人爲善意之相對人 無權代理責任之第三構成要件，須其相對人非明知其無代理權，反之，如相對人明知其無代理權，而仍願與無代理權人爲無權代理之法律行爲，則該相對人即已無保護之必要也。(日民一一七條二項德民一七九條三項之規定，以相對人因過失不知其無代理權，亦能免責云云，在我民法不能爲同一解釋。)

無權代理
責任之內
容

(二) 無權代理損害賠償責任之內容 無權代理人，對於無權代理行爲，究應負擔何種責任？在立法例上尙非一致，其規定無權代理人負有責履行或負擔損害賠償之兩種責任，而聽諸對人之選擇者，如德民一七九條一項及日民一一七條是。其認爲無權代理人只應負擔損害賠償之責者，則係法民一一二零條瑞債三九條與我民法一一零之規

定是也。就理論上言之，以我民法之規定較當。蓋無權代理之名義，非以無權代理人爲當事人，既非形式上之當事人，即不應課以履行之責也。

(六) 複代理

第一 複代理之意義 代理人於其代理權限內，就其代理行爲之一部或全部，再爲本人所選任之代理人，謂之複代理人。因代理人對於本人之關係，已名爲代理關係，則代理人再爲本人而選任之第二代理人，即不外重複代理人，故複代理人對於本人之關係，則又宜稱爲「複代理關係」。此種複代理人，就選任行爲言之，雖係由代理人所選任，但不得謂爲：「本人之代理人」，因複代理之行爲，仍宜解爲對於本人生效，並非對於代理人生效故也。次之，複代理人之產生，在形式上考察之，雖係由本人而選任代理人，再由代理人而選任複代理人，但又不能解爲係本人與代理人之「共同代理人」，因複代理行爲之效力，仍係對於本人生效，並非對於本人及代理人共同生效故也。依此解釋，則複代理行爲之效果，尙有應行注意之點如左：

(1) 複代理人之代理權限，應由代理人之代理權限，以定其範圍。

複代理與
我民法上
之立法意
旨

無效及撤
銷
概說

(2) 複代理人之代理權限，不能大於代理人之代理權限。

(3) 複代理人之代理行為，在代理人對於本人間，仍應由其對於本人負責。

第二 複代理制與我民法之立法意旨 複代理制，在民法上並無規定，則此種複任代理人之權限，在代理人方面，是否存在？不無疑義，似此則本人苟無許可其選任複代理之意思者，則代理人即無此複任權。(民四八四條五三七條參照)

第六節 無效及撤銷(一一一條至一一八條)

(一) 概說

法律行為之效力，除完全有效者外，其他情形，尙有三種，一為無效之行為，二為得撤銷之行為，三為效力不確定之行為。無效之行為，乃指其在法律上業已確定不能生效者而言，得撤銷之行為，係指有撤銷權人之行使其撤權，得消滅其行為之效力而言。他如效力未定之行為，則又係指法律行為成立後，其效力尙非確定存在或確定發生者而言。我民法總則第六節，雖僅題為無效及撤銷，而於效力未定之行為，亦附帶規定及之，茲依我民法之規定，分別述之於後。

無效之行
為無教之意

無效係確
定不能生
效

無效係不
能順於當
事人之所
欲之行為

(一) 無效之行爲

第一 無效之意義 無效者，法律行爲成立當時，其意思表示所欲發生之效力，已確定不能發生者之謂。由此義言之，則無效之行爲，尙有應行注意之點如左：

(一) 無效之行爲，係確定不能生效之行爲 無效之行爲，不能以當事人意思所左右而變爲有效，亦不能因時間之經過而發生效力，故曰無效之行爲，係確定不能生效之行爲。

(二) 無效之行爲，係不能發生當事人在意思表示上所欲發生之效力 法律行爲，固以當事人之意思表示爲要素，但當事人在意思表示上所決定之效果，由法律上觀察之，亦有不能許其發生效力者，例如背於公序良俗之行爲及無行爲能力人之行爲等是。此類行爲，即屬於無效之行爲。然背於公序良俗之行爲，在當事人間並無背於公序良俗之意思表示，無行爲能力人之行爲，於其行爲上亦非毫無事實上之表示可言，特其所表示之效果，在法律上不能發生效力而已。故曰無效之行爲，係不能發生當事人在意思表示上所欲發生之效力。

(二)無效係於行爲成立時即不能生效。法律行爲之不成立，與法律行爲之無效不同，例如有要約而無承諾，固不能成立契約，但已爲之要約，非毫無效力可言也，反之，已有要約而又有順於其要約之承諾，設其內容爲不適法者，則當事人間之契約，在形式上雖已成立，實際上仍爲無效，故曰，無效係成立時即不能生效之行爲。

第二 無效之種類 無效之種類，得析爲左之三端述之：

(一)全部無效與一部無效 就法律行爲之內容考察之，其全體均有：「無效之原因」者，謂之全部無效。例如違禁物之買賣，其標的因不適法而無效，則價金部分亦歸於無效是。反之，法律行爲之多數意思表示，有屬於可分狀態者，此時如僅係一個意思爲無效時，則爲「一部無效」。例如同時購買藥材及違禁毒品，此時即僅係購買毒物之一部爲無效是。至一部無效之法律行爲，究應牽涉全體而全部無效與否？我民法於第一一一條定有明文曰：「法律行爲之一部無效者，全部皆爲無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍爲有效」。此乃從德民一三九條及俄民第三七條之規定也。

絕對無效
與相對無效

自始無效
與嗣後無效

無效行爲
之轉換

(一)絕對無效與相對無效 無效之效力，隨時對於任何人均能主張之者，謂之；「絕對無效」。反之，無效之效力，僅能對於特定人主張；而不能對於他人主張其無效者，謂之；「相對無效」。無效之效力，以絕對無效爲原則，但法律明定其無效之效力，僅能發生相對性之結果者，間亦有之，例如：虛偽表示之無效，不得對抗善意第三人（八七條參照）

(二)自始無效與嗣後無效 行爲之無效，若以其行爲成立時爲標準，又得析爲自始無效與嗣後無效，即其行爲之成立時，根本上欠缺生效要件，因而致於無效者，謂之；「自始無效」。例如：行爲時之標的，即不適法是。反之，行爲成立後，因欠缺生效要件而致無效者，謂之；嗣後無效。例如附有停止條件之行爲，於條件成就時，其標的始變爲不適法者是。

第三 無效行爲之轉換 無效行爲之轉換云者：無效之法律行爲，因具備其他法律行爲之要件，而依其情形考察之，若當事人知其無效，必另爲其他法律行爲者，則其所具備其他法律行爲要件一點，仍爲有效是也。例如遲到之承諾，雖應無效，但能轉換爲新要

無效行為
與當事人
之責任

約視為有效是。(一六〇條一項)此種無效行為之轉換，我民法仿德民法之例，承認其有效。(一一二條德民二一〇條參照)蓋欲節省當事人重複締結法律行為之煩也。

第四 無效行為與當事人之責任 民法一一三條曰：「無效法律行為之當事人，於行為當時，知其無效：或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任」。由此規定，可知無效行為之當事人。其責任有二，一為回復原狀，二為損害賠償，但以當事人之明知其無效，或因過失而不知其無效為構成要件耳。此蓋因無效之法律行為，其一方已為給付者有之，或因其行為之無效而受相當損害者亦有之，如已為給付，則應回復原狀，如已為之給付不能回復原狀或因其已為給付而另受其他損害，則又生賠償之責，凡此皆不外保全善意相對人而謀交易之安全故也。但本條規定，與不當得利之責任，固有不同，且亦不必具備侵權行為之要件，即單基於本條之情形，即應負責是也。

得撤銷之
行為

(二) 得撤銷之行為

撤銷之意
義

第一 撤銷之意義 具備撤銷原因之法律行為，經當事人否定其效力之存在或發生者，謂之：「撤銷」。分述如次：

撤銷原因

(一)撤銷須有撤銷原因之存在。法律行爲，係得撤銷之行爲時，即始能行使撤銷，故撤銷之行使，須具備得撤銷之原因。至撤銷之原因如何？則不外依據法律之規定以爲解決之標準。綜合言之，厥有兩端，即一爲共同之得撤銷原因，他爲特殊之得撤銷原因是也。前之情形，乃指一般法律行爲，得以共通適用之撤銷原因而言。例如八八條之錯誤九二條之詐欺脅迫是。後之情形，則係指特種法律行爲所能適用之撤銷原因而言。例如民法二四四條四一六條四一七條九八九條九九一條九九五條等規定是。

撤銷乃否
定其效力
之存在或
發生

(二)撤銷乃否定其法律行爲效力之存在或發生。得撤銷之行爲，其行爲之本體，並非絕無效力可言，不過其原已存在或將發生之效力，得因撤銷權之行使，使其歸於消滅或不發生而止，故得撤銷之行爲，與無效之行爲，不可同視，蓋無效之行爲，其行爲之本體，就效力上言，在行爲之際，已確定不能發生故也。

撤銷係由
行使權之
現行使而表

(三)撤銷係由撤銷權之行使而表現。撤銷之方法，應以意思表示爲之，(一一六條一項)故撤銷行爲之本體，亦得解爲法律行爲之一種，據此則得撤銷之行爲，無撤銷之意思表示，其撤銷之效果，即無由產生，反之，對於得撤銷之行爲，一有撤銷行爲

，則其被撤銷之行爲，即因此而喪失效力，然撤銷行爲，亦非盡人皆能爲之，其得以行使撤銷行爲者，尙應以有撤銷權爲根據，故曰：撤銷係由有撤銷權人之撤銷行爲而後表現也。

撤銷之方法

第二 撤銷之方法 撤銷之方法，有二種主義，一曰訴訟主義，即認爲應向法院聲請，始能撤銷是。法法系之民法採取之。（法民一三零四條義民一三〇〇條荷民一四九〇條參照）二曰意思表示主義，即以爲僅以意思表示之方法，即可撤銷是。德日民法採取之。（德民一四三條日民一一三條參照）我民法一一六條既明定撤銷以意思表示爲之，其係採取意思表示主義之原則，已不容疑。其他對於撤銷之例外方法，必由訴訟上爲之者，則恒於各種特殊情形以明文分別定之，例如七四條之顯失公平之行爲，二四四條之詐害債權行爲，及九九七條之詐欺脅迫之婚姻行爲等是。

如上所述，撤銷之方法，既以意思表示爲原則，則其表示行爲上之認定，尙有左列各點，應注意之：

（1）撤銷之表示行爲，除其撤銷權之本質，含有專屬性質者外，其撤銷權之行使，不

以本人爲限，亦得由代理人爲之，自不俟言，但被撤銷之行爲，其行爲之當事人，並不限於一人，如被撤銷之行爲，其當事人有數人者，則其撤銷之表示行爲，宜解爲由下列標準決之。

(a) 當事人之一部有撤銷權者，得單獨爲此撤銷之表示行爲，蓋當事人雖有數人，但既非共同享有撤銷之效果，即不能限制其撤銷權之行使，此種情形，其撤銷之表示行爲，既能單獨爲之，自不必取得其他當事人之同意，亦不必顧及其撤銷之效果，對於其他當事人之影響如何也。

(b) 當事人全部有撤銷權者，其撤銷之表示行爲，原則上應由全體爲之。(二五八條二項之法理準用) 但如其行爲之給付爲可分者，則亦可由其中之一人，單獨行使之。蓋因可分給付之情形，雖有多數之當事人，而其單獨撤銷之效果，對於其他當事人并無若何影響故也。

(2) 撤銷之表示行爲，如其相對人已確定者，固應依一一六條二項規定，向其相對人爲之，但所謂相對人得解爲，並不以行爲當時之最初相對人爲限，換言之，其後繼

承其相對人之地位者，亦得解爲撤銷表示所爲之相對人是也。關於此點，在學說上雖有爭執，但爲保護有撤銷權之得以行使其撤銷權計，即應爲此種擴充解釋，蓋最初行爲之當事人，如於撤銷時已不存在或喪失其相對人之資格者，不對於繼承其地位之人此其撤銷之表示行爲，則有不能行使撤銷權之虞，故也。

次之撤銷行爲之相對人，並非確定者，應何人爲此撤銷之表示行爲，法律上並無明文規定，據理論上釋之，則以具有無利害關係人爲準，如有利害關係人存在者，固應解爲向此等利害關係人爲之，反之如無利害關係人存在者，則宜解爲應向一般人表示之，始能生效。

撤銷之效力

第三 撤銷之效力 撤銷之效力，得分爲左之兩端述之：

(一) 原則 經撤銷之法律行爲，視爲自始無效，(一一四條)此原則也。依此解釋，則其被撤銷之法律行爲，已發生效力者，即與自始未生效力同，次之，其被撤銷之行爲，尙未發生效力者，則一經撤銷，即不能再生效力。

(二) 例外 被撤銷之行爲，雖經撤銷，亦有無遯及效力者，例如九九八條所定：「婚

撤銷權之消滅

姻撤銷之效力，不遑及既往」是。此例外也。

第四 撤銷權之消滅 撤銷權之消滅，其原因有二，更析言如次：

(一) 撤銷權之行使 有撤銷權人行使撤銷權後，其撤銷權應歸於消滅，蓋因撤銷權乃形成權之一種，經行使以後，其權利之本體，即能因產生撤銷之效果而不克再行存在故也。

(二) 法定期間之經過 撤銷權之存續期間，法律上亦有定以限制之明文者，如七十四條九十條九十三條各規定，即其一例，此種情形，乃法律上為求其行為之確定，以免永存無益之糾紛而有害於交易之安全，自純係強制規定，故此項期間，一經經過，其撤銷權即當然歸於消滅也。

(四) 法律行為效力之確定

第一 概說 法律行為效力未確定之行為，欲使其確定發生效力之方法，其情形未能一致，茲略列如次：

(1) 以條件事實之成就而使其生效者，例如附有停止條件之法律行為是。

(2) 以當事人之死亡而生效者，例如死因行爲是。

(3) 以當事人或特定人之承認而使其生效者，例如限制行爲能力人所爲之契約行爲是。

(4) 以權利人之承認或當事人之取得其權利而使其生效者，例如無權處分行爲是。

(5) 以第三人之同意而使其生效者，例如對於有配偶者之收養行爲是。

上述五種情形，民法上於無效及撤銷中，對於後之三者，設有規定，以次分別述之。

第二 須經承認而後始能確定生效之行爲 承認之意義及承認之表示方法與承認之效力等，得分述如次：

經承認始
生效之行
爲
承認之意
義

(一) 承認之意義 對於得承認之法律行爲，由有承認權之特定人之意思表示，確定其效力之發生者，謂之承認。茲依此義更得解說如左：

(1) 承認係對於得承認之行爲始能行使 得承認之行爲，其情狀如何？應根據法律之規定決之。就我民法而言，不外兩種，一他爲限制行爲能力人未經允許之契約行爲，一爲無權利人未經權利人允許之處分行爲是。但據德國民法一四一條及日本民法

一一九條與一二四條之規定，則謂無效行爲與得撤銷之行爲，亦能因承認而生效，關於此點，我民法既無明定，即難爲同一之解說。

(2) 承認應以意思表示爲之。承認應以意思表示爲之，乃我民法一一六條所明定，故承認之自身，亦係法律行爲之一，須有此表示，其承認行爲，始能生效也。

(3) 承認表示係由有承認權人之特定人爲之。承認行爲，一經表示，即能使被承認之行爲，確定生效，故承認與否，及於當事人之利害關係甚鉅，因之必待有承認權之特定人爲此表示，始能謂爲有效之承認。

(4) 承認係確定其效力之發生。承認與撤銷二者比較言之，其目的適爲相反，蓋撤銷乃對於已存在之效力，使其消滅，而承認則恰係對於未發生之效力，使其發生也。

(一) 承認之表示方法與效力。承認之表示方法，民法於一二六條亦定有明文，即承認應以意思表示爲之，如其相對人確定者，其表示並應向確定之相對人爲之。關於此點，與前述撤銷之表示方法相同。至承認之效力，則以無特別訂定爲限，始能溯及於爲法律行爲時發生效力。(一一五條)換言之，當事人於承認之際，有特別訂定，則無

溯及效力也。關於此點，與撤銷之效力不同，蓋法律行為，一經撤銷，則視為自始無效，即撤銷之無效果效，及確有溯及力故也。

第三 無權處分之法律行為 無權利人，對於權利標的物所為之處分行為，原則不能生效，乃屬當然之事，但民法為顧全權利人之意思及處分行為相對人之利益計，於一一八條亦定有無權處分行為之確定生效方法，茲析述於次：

(1) 無權處分行為，經有權利人之承認，亦能發生效力。此項承認，與前述之承認，其本質應無所異，故其承認之表示之法與其效力等，應適用一一五條及一一六條之規定，自不容疑，次之，承認之主體，既為有權利人，則其承認之際，必經熟利害，並應認為完全有效之行為，故一經承認，則不問其處分行為之本體，是否善意及有過失之存在，皆能發生效力也。

(2) 無權利人嗣對於無權處分之標的物取得其權利者，其處分自始有效。無權處分行為，其處分的原因，固不應生效，但其為處分之際，仍有使其發生效力之意思，則不容疑，故無權利人對於無處分權之標的物，於處分行為後，又已取得其權利者

期間及期
日

概說

時間與法
律事實之
關係

，即又應使其發生效力，並能溯及於爲處分行爲時發生也。

(3) 多數相抵觸之無權處分行爲。於處分後取得權利者，以其最初之處分爲有效。無權利人就權利標的物所爲之處分，不只一個并相抵觸者，例如既出賣標的物於甲又贈與該標的物於乙等是。此種情形，其無權處分行爲人，嗣後雖就該標的物取得其權利，仍不能使其數個無權處分行爲，皆能有效，故本法以處分時間之先後爲準，而以其最初之處分爲有效。但行爲人對於其他無效之相對人，則仍應負擔一一三條之責任耳。

第五章 期間及期日

(一) 概說

第一 時間與法律事實之關係 社會生活之過程，純以時間爲計算之樞紐，民事法律關係，既爲人類生活現象之一，其應受時間之支配，自不俟言，茲就此二者間之關係最重要者，分述於左：

(1) 人之能力與時間 人之能力之發生或消滅，有以時間爲要素者，例如出生之時，

爲權利能力取得之時，死亡之時，爲權利能力。消滅之時，一滿二十年，爲行爲能力取得之時等是。(六條十二條)

(2) 法律行爲之效力與時間 法律行爲之效力，其發生或消滅，均得以時間爲要素，例如附有始期或終期之法律行爲是。(一〇二條一項一項)

(3) 權利自身之取得消滅與時間 權利之取得或消滅有以時間爲要素者，例如取得時效及除斥期間與權利之關係是。(九零條九三條七六八條七七一條等參照)

(4) 權利效力之發生消滅與時間 權利之效力，其發生與消滅，有此時間爲要素者，例如定期租賃之租賃物返還請求權，須於租期屆滿時始能行使，一般請求權，則又因消滅時效之經過而其效力即罹於消滅等是，(一二五條四五〇條一項四五五條等參照)

(5) 遲延責任與時間 債務人之遲延責任，係以清償期之到來或債權人之催告而不履行時爲起算，故遲延責任之產生係與時間發生重要關係。(二二九條)

(6) 法律現象之認定與時間 法律現象之認定，有以時間爲要素者，例如死亡宣告須

經過失蹤期間是。(八條參照)

時間與法律事實之關係，既如上述，故時間之確定及其計算方法如何？在法律上即應設一般之標準，我民法於法律行爲章以後，即設期日與期間之規定者以此。(德民一六八條至一九三條日民一三八條至一四三條比照)

期間與期日之意義

第二期間與期日之意義 以一定之繼續時期，爲確定其法律關係之標準者，謂之期間。例如以民國二十五年至民國三十年爲賣回期限是。次之，以一特定之時期爲確定其法律關係之標準者，謂之期日，例如以某年某月某日爲債務之清償期是。民法倣德民之立法先例，於總則編第五章，對於期間與期日均設有概括之規定。

計算方法

(一) 期間及期日之計算方法

概說

第一 概說 期間及期日，除法令上審判上或法律行爲上另有規定或訂定者外，其一般之計算標準，則應依民法總則之規定，至其計算之方法，則又得別爲左之二端：

自然計算法

(1) 自然計算法 依實際上之時間而爲計算之方法，謂之自然計算法。例如以滿足二十四小時爲一日，以滿足七日爲一星期，以滿足三十日爲一年，以滿足三百六

十五日爲一年等是。民法上對以時，日，星期，及以月或年定其期間而非連續計算者，採用此法。（一二三條參照）

法曆計算法
（2）歷法計算法 依歷法上關於月或年之計算標準，以爲計算時間之方法，謂之曆法計算法。例如月有大小平閏，則或爲二十八日，或爲二十九日或爲三十日或爲三十一日，均以各該月之實際定之。次之，就一年而言，亦因年有平閏，則每年亦不盡爲三百六十五日是。我民法一二三條第一項曰：「稱月或年者，依曆計算，」蓋即表明此旨。

期間起算點之標準

第二期間起算點之標準 期間應由何時起算？民法上設有確定之標準如左：

（1）以時定期間者據民法一二〇條規定，應即時起算。例如自正時十二時起，約定四小時內完成其給付，則係自正午十二時起，立刻計算其四小時之時間是。

（2）以日，星期，月或年定期間者，據民法一二零條二項規定，其始日不算入之。即日，星期，月或年之起算點，應從其訂定之翌日起計算是也。例如於七月十五日約定二十日內完成其給付者，則不問約定時間之爲清晨或午前午後，均以七月

十六日午前零時零分爲起算點是。此種計算法，因成約日之時間，不加入計算，則實際上係延長約定行爲當日所經過之時間而爲計算，故一名此計算法爲延長計算法，依此規定，則約定行爲之時間，縱爲午前零時零分，亦不計算其當日之時間也。關於此點，在他國立法例，亦有不然者，例如德民法一八七條則定爲：「以日，星期，月或年定期間，而其期間如由午前零時起，時當日須算入之。」云云。我民法因無明文，卽難爲同一之解釋。

第三 期間終止點之標準 期間應自何時終止？民法上亦設有兩種確定標準如左：

1 以日，星期，月或年定期間者，據民法一二一條一項規定，應以期間末日之終止，爲期間之終止。例如自七月一日起算之期間，約定十五日三星期一月或二年爲期者，則應以其所約定之十五日或三星期一月二年屆滿日之午後十二時，爲其終止點是。

2 以星期，月或年定期間而其始日不算入者，據民法一二一條二項前半之規定應以最後之星期，月或年與起算日相當日之前一日，爲期間之末日。例如於星期一正

時十二時約定二星期之期間，則自翌日（星期二）起算，以再下星期之相當日，即再下星期二之前一日，為期間之末日是。至若月或年之計算，亦可依此類推也。但以星期定期間者，其最後之星期，固不必有與其起算日相當之日存在，若以月或年定期間者，則因月有大小平閏之分，其最後之月，未必有其與起算日相當之日，故一二一條二項但書又規定為：「以月或年定期間，於最後之月，無相當日者，以其月之末日，為期間之末日」。例如二月無三十日及三十一日，則以其月之末日，即二十八日或二十九日，為其期間之末日是也。

日期或期
間終止之
延長

第四 期日或期間終止點之延長 民法第一二二條曰：「於一定期日或期間內，應為意思表示或給付者，其期日或其期間之末日，為星期日紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之」。此蓋因星期日紀念日或其他休息日，均為人生之安息日，不能強人以工作，故應使其延長至於次日以為終止也。所謂星期日，因係指一般之日曜日，但所謂紀念日，則應指法定紀念日而言，至所謂其他休息日，究應以何者為其標準，則有爭論，有謂其有此休息之習慣已足者，有謂其須於休息之習慣外，尚應停止市

面之交易者。民法上對於此點，並無明文規定，但解釋上宜以前說爲當。蓋因延長終止點之立法本旨，重在人之安息，並非重在交易之停止故也，但本條規定，並非禁止規定，亦非強制當事人之必須遵守，故縱有反對現象之給付或受領，亦屬適法。

第五 年齡計算方法 年齡之長幼，亦係以年月日之經過爲計算標準，故年齡之計算方法，亦附帶規定於期間計算方法之內，但年齡計算之起算點，則與一般期間之認定標準不同，即年齡之起算，不自出生之翌日起，而應自出生之日起算是也（一二四條一項）。至出生之日，無從確定者，則民法一二四條二項，更設有推定之標準如次：

（1）出生之日，俱無從確定時，推定其爲七月一日出生。

（2）知其出生之日，而不知其出生之日者，推定其爲該月三十五日。

第六章 消滅時效

（一）概說

第一 時效制度之沿革 時效制度，在羅馬法上即已存在，即羅馬法上因時之經過而發生權利之變動現象者，其情形有二：一曰取得時效，即經過相當之年月日占有他人之

物者，即能取得其物之權利是也。二曰：消滅時效，即經過相當之年月不行使其訴權者，其訴權即歸於消滅是也。兩者之發達沿革，得分述如下：

取得時效之發達沿革 取得時效，在羅馬十二銅標法中，即已承認之。其最初期間甚短，即動產為一年，不動產為二年是。此種情形，只限於適用羅馬之市民，嗣因裁判官之公告，將期間延長，始適用於非羅馬之市民，其延長之結果，乃以適用人之同住一州與否為區別標準，即占有人與所有人同住一州者，須經過十年，始能取得其權利，反之非同住一州者，則須經過二十年，始能取得其權利是也。迨至優斯迪尼安帝編纂羅馬法全典時，始廢止此二種區別，即關於不動產，一律適用上述之十年及二十年制度，而動產則又定其取得時效為三年。

消滅時效之發達沿革 消滅時效之發達經過，在羅馬法上，約可分為三個時期述之：

（a）市民法時期 市民法時代，對於羅馬市民，只有請求撤銷不正當之遺囑之訴，限定為五年內提起之，其他則並無明定之限制可言。

取得時效
之發達沿革

消滅時效
之發達沿革

市民法時

消滅時效
須繼續不
行使其請
求權

消滅時效
須經過一
定期間

爲明顯，蓋時效完成後，在債務人方面，僅能產生一種消滅抗辯權，其對方之行使請求權，一經消滅之抗辯，其行使即不生效力。反之，就權利人方面言之，時效縱令完成以後，若債務人仍爲履行或承認其債務之存在，或對於其債務提供擔保者，則權利人對於其給付，仍有受領之權利；依此解說，果係時效完成，其請求權之本身，即歸於消滅，則權利人，即應永無受領之權利，反之，若謂消滅時效完成後，其請求權之行使效力，尙屬完整，則不能任意由債務人爲消滅之抗辯。故無人解爲消滅時效之目的，在防止證明之困難，糾紛之增加，故於一定繼續之期間經過後，即消滅其請求權之行使效力也。

(3) 消滅時效，須繼續不行使其請求權。不行使其請求權去者，乃於得行使其請求權之狀態下，而不主張其請求權之謂。此種不行使之狀態，乃屬於消極現象，並須有繼續存在之事實。

(4) 消滅時效，須經過一定期間。消滅時效，其繼續不行使其請求權之消極事實完成以後，在積極方面，更須經過一定之期間，（一四七條，德民二二五條參照）此項期

得援用消滅時效之權利

間，謂之時效期間。其長短則因請求權之性質而有差異。（二二五條至二二七條）

第三 得援用消滅時效之權利 何種權利，得以援用消滅時效，在立法例上，未能一致。法日民法之規定，（法民二二一九條日民一六七條參照）以爲債權及所有權以外之財產權，均得援用消滅時效。反之，德瑞民法之規定，（德民一九四條瑞債二二七條）則以爲得援用消滅時效者，僅限於請求權一種。我民法係從德瑞之立法例。依此規定，則支配權（如物權，準物權身分權，人極權）形成權（如撤銷權，解除權，催告權）在原則上，均不能適用消滅時效之規定可知。（五一四參照）但又應注意者，本質上非請求權之權利，亦有能產生請求權者，如由物權而生之物上請求權，由身分權而生之扶養請求權是。此類由支配權而產生之請求權，如其本身含有財產之性質，則亦能適用消滅時效之規定也。

除斥期間與消滅時效之區別

第四 除斥期間與消滅時效之區別 法律上對於某種權利所豫定之存續期間，謂之「除斥期間」。因其係豫定某種權利之生活期間，故一稱豫定期間，其與消滅時效之區別，首創於安格Unger氏，成於古拉因Crawein之時效與法定期間論，茲更析述其主要

萬民法時期

統一時期

將效制度
與德法立
法例之比
較

(b) 萬民法時期 萬民法時代，對於外事裁判官之訴訟限於一年內提出，否則其債權即歸於消滅。

(c) 統一時期 一般訴訟，限於三十年內提出，對於外事裁判官之訴訟，則雖經過一年而不提起訴訟，亦不過使其債務，變為自然之債，在其債權之本身，則並不因此而即歸於消滅也。

(3) 時效制度與德法立法例之比較 取得時效及消滅時效，其發達沿革，已如前述，迨後德國民法與法國民法，雖均認此種制度，但規定之意旨，則顯有差異，即德民乃將取得時效，規定於物權編而將消滅時效，規定於總則編（德民一九四條二二二條九百條參照）蓋德民乃以取得時效，能發生權利自身之變動，而消滅時效，則不過係使權利行使上之效力，不能表現而止。並非能發生權利自身之變動也。反之，法國民法，則以為取得時效及消滅時效二者，對於權利之自身，皆有同一之變動，且消滅時效，除所有權外，其他財產權，亦得適用，故將二者概括規定於其民法第三編之財產取得法中，（法民二二一九條至二二二三條意民二二零五條至二一四七條荷民一九八

三條至二〇三〇條西民一九三〇條至一九六七條日民一四四條一七四條參照）而名最得權利及免除義務之方法。

我民法上
之時效規
定

(4) 我民法上之時效規定 如前所述，時效制度，係產生於羅馬法，但在德民法及法民法之規定，則其內容及體裁，均有差異，已如前述。奧日民法，雖沿用時效名稱，亦多採法民規定之意旨，我國民法，係仿德制。蓋以爲取得時效，係使不明之關係，歸於消滅，而取得時效，則係使一定之繼續狀態：歸於確定，二者之認定理由不同，即有分別規定之必要也。

消滅時效
之意義

第二 消滅時效之意義 消滅時效者，因經過一定期間，繼續不行使請求權，其請求權行使之效力，即應歸於消滅之法律要件也。茲依此義析述如次：

消滅時效
爲法律要
件

(1) 消滅時效，爲法律要件之一種。消滅時效，在效力上既能直接發生權利行使上之變動，故其本身之性質，應屬於法律要件之一種，不得解爲單純之事實。

消滅時效
係消滅請
求權行使
之效力

(2) 消滅時效之目的，在使其請求權之行使效力，發生消滅之效果，消滅時效，係消滅其請求權行使之效果，並非消滅其請求權之自身，就民法一百四十四條觀之，甚

消滅時效之期間
 時效期間之認定標準
 一般時效期間
 特別時效期間

區別如次：

- 1 除斥期間，係消滅其權利之本身，消滅時效，則係消滅其權利行使上之效力。
- 2 得適用除斥期間者，限於形成權，得適用消滅時效者，限於請求權。
- 3 除斥期間，係不變期間，原則上不能中斷或未完成之事由而使其延長，反之，消滅時效，則得因中斷或未完成之事由，而使其延長。

(4) 除斥期間，當事人雖不援用，法院得以職權行為，援用其為裁判之資料。

(二) 消滅時效之期間

第一 時效期間認定之標準 消滅時效，須經過一定期間，此項期間，依我民法之規定

，其認定標準如次：

(1) 一般時效期間 一般時效期間，我民法係定為請求權因十五年不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。(一一二五條)

(2) 特別時效期間 特別時效期間，依我民法一二六條一二七條之規定，更得分述如次：

五年時效

(a) 五年之時效期間 「利息，紅利，租金，贍養費，退職金，及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年不行使而消滅」。(一二六條)

二年時效

(b) 二年之時效期間 民法一二七條曰：「左列各款請求權，因二年間不行使而

消滅：

- 一，旅店，飲食店及娛樂場之住宿費，飲食費，座費，消費物之代價及其墊款。
- 二，運送費及運送人所墊之款。
- 三，以租賃動產為營業者之租價。
- 四，醫生，藥師，看護生之診費報酬及其墊款。
- 五，律師，會計師，公證人之報酬及其墊款。
- 六，律師，會計師，公證人所收當事人物件之交還。
- 七，技師，承攬人之報酬及其墊款。
- 八，商人，製造人，手工業人所供給之商品及產物之代價。

時效期間
之起算點

第二 時效期間之起算點 時效期間之起算，就一般時效言之，其情形如次：

消滅時效
之中斷

意 義

(1) 請求權之內容，係以他人之作爲爲目的者，自其請求權得以行使之時起算，進行時效，例如定期給付之債權，自清償期到來時，即進行時效是。

(2) 請求權之內容，係以他人之不作爲爲目的者，則自相對人之作爲時起，進行時效，例如容忍他人通行之債務，則自阻止其通行之時起，其時效即進行是。

(三) 消滅時效之中斷

第一 時效中斷之意義 已進行之時效，因特定事由之發生，使其自始歸於無效者，謂之：「時效中斷」。我民法於第一百二十九條至一百三十八條，已有明定。時效一經中斷，即已經過之時效期間，即不能再算入於進行之時效中，此因時效之本質，乃以權利人之繼續不行使其請求權爲構成要件，如有特定事由發生，已足證明其有行使請求權之意思存在者，自無再使其進行時效之理故也。但中斷之事由，固能使其已進行而未完成之時效期間，歸於無效，設中斷之事由，業已完全停止，則時效之從新進行，又係自其中斷事由完全停止之日起算也。

第二 中斷之特定事由 中斷之特定事由，我民法之規定，計有四種，茲分述如次：

中斷之特
定事由

請 求

(1) 請求 有請求權人，向相對人主張其請求權利存在之表示，謂之：「請求」。其屬於私法上之請求，固無疑問，但不以請求其履行爲限。即僅以表示中足以證明其有主張權利存在之效果意思爲已足。(一一九條一項一欸)惟又應注意者，請求權人之請求，固足以發生中斷時效之效力，然其效力，亦非確定存在，即請求後六個月內不起訴者，我民法又規定爲其時效不中斷，(一一三零條)

承 認

(2) 承認 請求權之相對人，對於請求權人承認其權利之存在，謂之：「承認」。消滅時效，經承認之表示後，不問其權利人自身有無表示，我民法即認爲已有中斷其時效之事由存在。(一一九條一項二欸)而發生中斷之效力。至承認之表示，則宜解爲不以明示爲限。

起 訴

(3) 起訴 請求權人依訴訟法上之程序，由訴訟上主張其權利之存在，謂之：「起訴」。消滅時效，有起訴之情事，亦能發生中斷時效進行之效力。(一一九條一項三欸)蓋訴訟上之主張，較之訴外之請求，更爲嚴重故也。至起訴之方法與種類，民法上並無限制，故一經具備訴之形式要件，已向法院提出訴狀，即能產生訴訟拘束而有中

與起訴有
同一效力
之事項

支付命令

斷時效之效力，不待法院之送達於相對人後，始有中斷效力也。但訴經撤回，與未起訴同，又訴不合法而受駁斥之判決已確定者，其起訴亦不能發生訴之效力，似此則起訴後，一有撤回或駁回情事，亦不能發生中斷之效力也。（一二二條）

（4）與起訴有同一效力之事項 我民法第一二九條第二項，明定：「與起訴有同一效力之事項」，計有五款，緣起訴既能中斷時效之進行，則與起訴效力相同之事項，自亦有中斷時效之效力，茲分述其各該事項如左：

（子）依督促程序送達支付命令 債權人所請求之給付，為一定數量之代替物或有價證券，依據民事訴訟法之監督程序（簡易）聲請法院所發之清償命令，謂之：「支付命令」。依督促程序所發之支付命令，自送達時起，即生訴訟之拘束，與起訴之效力相同，故生中斷時效之效力。（一二九條二項一款）但支付命令，既與起訴有同一效力，苟其訴訟已失拘束力者，（例如支付命令所載期限已滿後，債權人於一個月內不為假執行之聲請或其聲請被駁回等是）則又與未發此項支付命令相同，亦又應視為不中斷其時效也。（一二二條）

(丑)因和解而傳喚 當事人聲請和解，法院傳喚相對人到庭和解之程序，謂之：「因和解而傳喚」。此種情形，因債權人主張權利之意思，已極顯然，故與起訴相同，而生中斷時效之效力。(一一九條二項二款)但於此應注意者，此種中斷時效效力之發生，其要件有三，一為和解之聲請，二為相對人之傳喚；三為相對人之到庭和解，依此論結，故相對人不應傳喚而到庭，或到庭和解而和解不成立，則其和解即未成立，故民法規定，亦視為不中斷。(一三三條)

(寅)報明破產財團 債權人向法院陳報其債權數額及其原因，加入破產財團之分配，謂之：「報名破產財團」。(破章一九二條參照)債權人既已向法院陳報此類事項而加入分配，其係行使其請求權，自不容疑，故亦與起訴相同，而發生中斷時效之效力。(一一九條二項三款)然報名破產財團以後，如債權人又撤回其報名者，則又與自始未主張其債權無殊，而視為不中斷其時效之效力。(一三四條)

(卯)告知訴訟 當事人在訴訟拘束中，對於利害關係之第三人，為促其參加，而告知其訴訟存在之行爲，謂之：「告知訴訟」。權利人對於被告知人，既有此項告知行

強制執行

爲之存在，其有行使其權利之意思，當極顯然，故亦應與起訴相同，而產生中斷時效之效力。(一一九條二項四款)但告知人於訴訟結束後六個月內不起訴者，則又視爲不中斷。(一三五條)

(辰)開始執行行爲或聲請強制執行 執行機關，對於債務人以強制方法，使權利人得實現其權利之處分行爲，謂之：「強制執行」。開始或聲請強制執行，乃實際上主張其權利之表現，故能中斷時效，(一一九條二項五款)惟執行機關，計分二種，一爲承發吏，二爲執行法院，其向承發吏請求執行者，應以執行行爲開始時，使其時效中斷，其向法院請求執行者，則以聲請之始，使其時效中斷。然時效因開始執行行爲而中斷者，亦有視爲不中斷之事由。三：(a)因權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行時，視爲不中斷。(一三六條一項)(b)撤回聲請者，視爲不中斷。(c)執行之聲請被駁回者，亦視爲不中斷。(一三六條二項)蓋因有此類情形，則與未聲請或未開始強制執行相同故也。

中斷之效力

第三 時效中斷之效力 時效乃依年月日之進行爲計算標準，時效之中斷，則係停止其

已進行計算之年月日，而從新進行，故時效中斷之效力云者，乃指時效被中斷，其以前進行之時效期間，一律發生無效之效果而言。然已進行之時效中斷後，其重新進行之時效之起算點如何？我民法一二七條明定如左：

(1) 一般事由之中斷 時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算。(一三七條一項)

(2) 起訴事由之中斷 因起訴而中斷之時效，自受確定判決或因其他方法訴訟終結時，重行起算。(一三七條二項)

(四) 消滅時效之不完全

第一 消滅時效不完全之意義 時效期間進行終止之際，因一定事由暫令其消滅請求權行使之效力不完全結束之情狀，謂之：「消滅時效之不完全」。此項制度，係防止其消滅期間完成之際，當事人有難於中斷其時效之困難，因而增加其中斷時效之機會，故延長其期間，使其於時效進行之際，仍有不完全之效果。關於此點，日本民法一五八條之規定與我民法之規定相似，而與德法立法例上之時效停止制度有異，蓋時效之停

起訴

一般事由

消滅時效
之不完全

意義

不完成之
事由

止，乃使其時效不再進行故也。（德民二〇一二條法民二三五一條比照）

第二 消滅時效不完成之事由 消滅時效不完成之事由，我民法之規定，計分五項，茲分述之：

天災事變

（1）天災事變 「時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成」。（二三九條）蓋此類事由，一經存在，則當事人縱欲中斷其時效，亦不可能，故延長其中斷機會之期間。

繼承關係

（2）繼承關係 「屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，自繼承人確定，或管理人選定，或破產之宣告時起，六個月內，其時效不完成」。（一四零條）蓋此類權利，在其享有財產或管理財產者未確定以前，他人欲向之行使其權利，固屬困難，欲使其向他人行使權利，亦不可能，故延長一定期間，而增加其時效完成之期日。

能力關係

（3）能力關係 「無行為能力人或限制行為能力人之權利，於時效期間終止前，六個月內，若無法定代理人者，自其成為有行為能力人或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成」。（一四一條），此因當事人之能力不存在或有欠缺，而又無法定

代理人者，則其欲自爲行使權利，既不可能，而求一代爲行使其權利之人，亦不可得，自應特別加以保護而延長其不完成之期間也。

監護關係

(4) 監護關係 「無行爲能力人或限制行爲能力人，對於其法定代理人之權利，於代理關係消滅後一年內，其時效不完成」。(一四二條)此因無行爲能力人與限制行爲能力人，對於其法定代理人，實有被監護之關係存在，其在監護之中，縱欲向其監護人行使權利，既屬困難，亦有不便，故延長一定期間，藉以特別保護被監護人之利益。

婚姻關係

(5) 婚姻關係 「夫對於妻或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後，一年內，其時效不完成」。(一四三條)蓋人類生活之中，其關係之密切，莫逾於配偶，配偶間之權利，其難於行使，乃屬當然之事，故夫妻間之權利，特別延長其時效之消滅期間。

不完成之效力

第三 消滅時效不完成之效力 消滅時效不完成之效力，其應行注意之點，即在於不完成之效力，與中斷之效力，不可混視是也。蓋就意義上言之，時效之中斷，乃指已進行之時效，歸於無效之情形而言，至時效之不完成，則係指原應完成之時效，須俟不

消滅時效
之效力

效力範圍

完成之期間經過後，始能完成之情形而言。因之，不完成之期間內，如當事人一中斷之事由，仍能於不完成之期間，再發生時效中斷之效力也。

(五)消滅時效之效力

第一 消滅時效效力之範圍 消滅時效效力所及之範圍，依我民法一四五條一四六條之規定，得分述如左：

(1)有擔保之請求權，雖經時效消滅，仍得就擔保物取償。「以抵押權質權或留置權擔保之請求，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物或留置物取償(一四五條一項)」。蓋有擔保權存在之請求權，債權人恒因信賴擔保關係之存在，忽於其權利之行使，故消滅時效之效力，不能及之。此原則也。至於利息及其他定期給付請求權，經時效消滅者，則其效力仍能及於其擔保之權利，則屬例外耳。(一四五條二項)

(2)主權利經時效消滅其效力以及於其從權利為原則。「主權利因時效消滅者，其效力及於從權利」。(一四六條前半)例如原本之債，經時效而消滅，則其利息之債，亦因之而消滅是。惟此項原則，不能限制法律上之特別規定，(一四六條但書)例如上

效力內容

述附有擔保之請求權，其請求權雖經時效消滅，而其擔保物權，仍能獨立存在是。

第二 消滅時效效力之內容 消滅時效之效力，究係因時效之完成，即能直接消滅其權利之本身？抑僅係因時效之完成，使義務人取得援用消滅時效以爲拒絕給付之抗辯？不無爭議，查我民法係採後說，蓋與德瑞立法例相同者也。依此解說，則消滅時效完成後，其請求權之本身，尙未完全消滅，必待義務人行使抗辯權之結果，其權利本身，始歸於消滅，茲依一四四條之規定，分述於左：

(1)「時效完成後，債務得拒絕給付」。(一四四條一項) 時效完成，僅係產人債務人得拒絕給付之效果，是其所謂「得拒絕給付」，不過僅係債務人得主張消滅抗辯權之根據，就他方面言之，在請求權人之請求履行，尙不得直謂其完全無效，或不適法也。於此可證明其請求權之本體，尙能存在於未抗辯以前也。

(2)「請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還，其以契約承認該債務，或提出擔保者亦同」。(一四四二項)蓋請求權之已經時效而消滅者，我民法上之立法意旨言，既僅係消滅之其行使效力，而非直接消

禁止加減
時效期間
與預先拋
棄
加減之禁

滅其請求權之本體，則債務人不為消滅之抗辯而為給付之履行或承認其債權之依舊存在或另行提供相當之擔保，足徵當事人間，對於因設消滅時效而保護公益之理由，已不存在，自不能因其履行或承認及提供擔保，又反覆異志，再主張其有不當得利之原因或主張其無效也。

(六)禁止加減時效期間及預先拋棄時效利益

第一 加減時效期間之禁止 時效期間，得以法律行為加長或減短與否？立法例未能一致，其許可減短而不許可加長者，如德民二二五條之規定是。其許可加長而不許可減短者，如俄民四九條之規定是。他如瑞士債務法一二九條之規定，則一律禁止加長或減短時效之期間。我民法一四七條前半定為：「時效期間，不得以法律行為加長或減短之」者，蓋仿瑞債之立法先例者也。依此規定，則以單獨行為加減時效期間，固所不許，即以契約上之合意而加減時效期間，亦因其加減行為係違反禁止規定而應無效。(七一條前半比照)蓋時效乃公益制度，為求其整齊劃一，自不應許可當事人之意思，左右其效力也。

禁止預先
拋棄時效
之利

第二 預先拋棄時效利益之禁止 民法一四七條後半明定：「……不得預先拋棄時效之利益」。此明係禁止當事人於時效未完成前有預先拋棄其利益而產生永無時效拘束之行為，蓋時效而許預先拋棄，則不啻虛設此制，於保護公益之旨有背故也。但於此尙有疑慮者兩事，更分述之：

許可完成
後之拋棄
否

(1) 許可完成後之拋棄否？民法雖無明定，但由本條（一四七條）後半規定之反面釋之，因拋棄之禁止，限於事先之拋棄，則許可事後拋棄，自不容疑，關於此點，在法民二二二零條及義民二二零七條，並有明文規定。

拋棄之性
質如何

(2) 拋棄時效利益行為之性質如何？有主張贈與說者，有主張承認說者，亦有謂爲通常之拋棄者。據理論言，此項拋棄，仍不外已得之利益，因人之行為，而歸於消滅，既不限於以契約而爲拋棄，自與贈與有別，次之，其拋棄之際，亦非另有新債務之創設行爲，自亦與承認有別，故以採取通常權利利益拋棄說爲當。

權利之行
使

第七章 權利之行使

概說

(一) 概說

第一 權利行使之意義 因人之行爲（包括動態之作爲及靜態不作爲之保持狀態而加而）

實現權利之內容，謂之：「權利之行使」。行使權利之狀態，固以有：「權利人或其代理人」之動態行爲爲必要，但亦有少數之權利，在人之靜態不作爲中，即能行使者，例如人格權是。似此則權利之行使，不以積極行爲爲限，其理甚明，次之，單就以人之積極行爲爲必要而後始能行使之權利言之，其行爲之本質，亦因權利之種類不同而異，例如：撤銷訴權之行使，須有訴訟行爲，形成權之行使，則屬於法律行爲，但亦有限於法律行爲者，如物權之行使其支配權是。惟又應注意者，行使權利，與權利之主張及實現，其觀念均不一致，茲比較言之於左：

（1）權利之行使與權利之主張之比較 權利之行使與權利之主張，其認定之範圍不同，權利之行使，固係實現其權利之內容，權利之主張，則權利人對於其權利得爲之一切行爲，均屬之。例如提起確認其權利存在不存在之訴是。

（2）權利之行使與權利之實現 權利之行使，與權利之實現，其意義上不能無異，蓋僅就實現其權利之行爲而言，固係權利之行使，反之，若就行使後已實現之情狀而

行使權利
與實現其
權利

行使權利
與主張權
利

言，則屬於權利之實現，就債權言之，請求債務人之履行，固屬於權利之行使，債務人實際上已爲履行之情狀，則屬於權利之實現；就物權言之，其支配權被妨害之際，若請求他人除去其妨害，固不失爲權利行使，至他人停止其妨害，而後權利人支配權完整之際，則又屬於權利之實現也。

權利行使之限制

第二 權利行使之限制 行使權利，論理得由權利人之自由意志決之，但恐漫無限制之行使，足以妨害社會之公益，故法律上對於權利人之行使，恒設有種種之限制，其在積極方面而直接強制權利人之行使者，如父母對於未成年人之子女之保護及教養是。（二零八四條）亦有對於權利人之不行使而予以不利益之狀態者，如選擇權不行使，則移轉於其相對人是。（二二零條）反之，就消極方面言之，更有強制權利人應遵守不能行使之範圍者，如誠信原則（二一九條）及物權之相鄰關係等是。（七七三條至七九八條）至若總則編所規定之權利濫用禁止及一四九條以下之防衛，避難及自助等行爲，則更係權利行使，限制上之概括規定也。

權利濫用之禁止

（二）權利濫用之禁止

權利禁止濫用與否？隨法律思潮之變遷而有差異，在個人本位或階級本位之法律，對於權利人之行使其權利，漫無限制，今也不然，蓋用現代立法思想，於個人利益外，恒注重團體利益社會利益，行使權利，於團體利益並無損害者，固應受法律之保護，反之，權利之行使而以加害他人為目的者，則屬於權利之濫用，苟屬於權利人之濫用其權利，則不受法律之保護，我民法一四八條但書規定，意即在此。惟我民法本條之規定，係採取德民二二六條：「權利之行使，不許專以損害他人為目的」之規定，其他立法例上，亦有禁止權利濫用之範圍，較為明確者，如瑞士民法第二條第二項所定：「顯然之權利濫用，不受法律之保護」是。更有明白限制權利行使之目的者，如俄民第一條所定：「私權除反於社會的經濟的目的外而行使者外，受法律之保護」之規定是。就此欵立法例比較言之，則我民法與德民法之規定，其禁止權利之濫用，尙覺範圍較狹也。

防衛行爲

(三) 防衛行爲

第一 防衛行爲之意義 關於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利，所為之行爲，謂之：「防衛行爲」。依民法一四九條規定，防衛行爲，苟未逾越必要程度，不負損

意
義

害賠償之責。例如因防衛生命身體之被害，對於破壞加害人之加害器具，不負侵權行為之責是。

第二 防衛行為之構成要件 防衛行為之構成要件，得分述如次：

防衛行為之構成要件
須有現時不法之侵害

(1) 須有現時不法之侵害 得以實行防衛之行為，就其行為之對象而言。須有侵害之事實，就其侵害之結果而言，則須以不法為原因，就其侵害之時間而言，須為現時。似此則縱有損害，苟無侵害事實，固無實施防衛行為以免賠償責任之原因，即其侵害係屬適法或其侵害已成過去，及遠在將來者，亦不能構成防衛行為也。

須為防衛自己之權利

(2) 須為防衛自己或他人之權利 防衛之原因，須係對於自己或第三人之權利，有保護之必要，例如他人侵害自己或其家人之人格權而加以阻止是。一有防衛之必要，則其應防衛之權利種類如何？侵害之程度如何？皆非所問。

須未逾越必要限度

(3) 須其防衛未逾越必要程度 防衛行為，應嚴守其正當之範圍，一經逾越必要之範圍，則屬於防衛過當。防衛入過當者，則對於逾越部分，仍應適用侵權行為之規定，自不俟言。

避難行爲

意義

避難行爲之構成要件須有急迫之危險

須有法益上之危害

(四) 避難行爲

第一 避難行爲之意義 因避免自己或他人生命，身體，自由或財產上急迫之危險所爲之行爲，謂之：「避難行爲」。此項行爲，如係有避免之必要，並未逾越危險所能致之損害程度，而其危險之發生，行爲人又不應負責者，則縱因此加損害於他人，亦不負賠償責任。(一五零條一項二項)

第二 避難行爲之構成要件 避難行爲，應具備一定之要件，始能成立，茲分述於次：

(1) 須有急迫之危險 生命身體自由或財產上有立被剝奪，或立受損害之急難，謂之危險。例如水災火災地震等是。危險而急迫之狀況，即可以避難爲原因而免去損害賠償之責。至是否急迫之危險，則應依具體情形決之。苟屬於急迫之危險，則不問其係基於人爲或事變，均得成立避難行爲。

(2) 須對於自己或他人生命身體自由或財產加有危害 自己或他人之人格法益或財產法益，因急迫危險而有受害之虞者，始能以避難爲理由而對於他人之損害，不負賠償之責，反之，縱有急難而於此類人格法益或財產法益無加害之可能者，亦不能妄加

他人以財產上之損害也。

須有必要
(3) 須為避免危險所必要之行爲。急迫之危險，非有此避難上之加害行爲，即不能自免於難或救人之急者，固可成立避難行爲，苟逾越此種程度，則仍應負擔侵權行爲之責。

須未逾越
緊急限度
(4) 須未逾越危險所能致之損害。危險之來，既有損害發生，避難行爲，亦有損害發生，兩者相較，不能因避免自己或他人之危險而更加他人以較大之損害，此即避難行爲在損害範圍上應遵守之限制，一經逾越，則仍應負擔侵權行爲之責。

須非行爲
人所生之
危險原因
(5) 須危險之發生原因，在行爲人無責任。危險產生之原因，固不問其爲事變或人爲，但自己應負責之危險原因而加他人以損害，則不得援用避難行爲以免責也。

自助行爲
(五) 自助行爲

意 義
第一 自助行爲之意義。為保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀

損而不負賠償責任之行爲，謂之；「自助行爲」。(一五一條一項前半)關於權利之保護，依國權作用以達保護目的者，謂之；「公力救濟」。其運用己力以自爲救濟者，則屬

自助行爲
之限制

須不及官
署援助

須有自主
救濟之必
要

須即向官
署聲請援
助

於自主救濟。自助行爲，即指此自主救濟而言，此項行爲，應否許可？不無爭論。我民法則係仿照德瑞立法先例，以明文承認此種制度。蓋亦爲適應實際上之需要也。

第二 自助行爲之限制 據民法一五一條但書及一五二條之規定，自助行爲之限制，得分述於左：

(1) 須不及受官署之援助 權利之保護，應以請求官署之援助爲正當原則，故於得請求官署援助之可能限度內，則應依公力救濟而不得逕行自主救濟。

(2) 須不及時自主救濟則請求權不得實行或實行顯有困難 此種情形，乃指有急於施行自力救濟之必要原因而言，反之，非有急迫情狀若此者，亦不能承認其有自助行爲之存在也。

(3) 須即時向官署聲請援助 自助行爲，本爲權利保護之例外現象，如許其完全自主救濟，則恐救濟失當，危險安全，故一方面許其爲自助行爲，一方面又限其立即向官署聲請援助，蓋聲請官署援助之際，其自助行爲之成立與否？可分瞭然，其不應自助而逕行自助者，則屬於自助之濫用，故本法一五二條第二項復規定爲：自助行爲之

聲請被駁回或其聲請有遲延者，行爲人應負損害賠償之責任，蓋不如是，則恐權利人藉口自助，即可妄加他人以損害故也。

——民法總則講義完——