

法學叢書
民法總論

論議卷

上海法政大學
法律系編

$$\frac{\pm 345}{2808}$$

法學叢書
民法總論

徐謙季龍著



3 0600 9712 2

民法總論目錄

緒論

第一章 現代民法之基本觀念……………一

第一節 民法所規律之生活範圍……………一

第一款 民法之範圍……………一

第二款 民法之範圍……………五

第二節 近世民法之原則及其改進之趨向……………八

第一款 個人主義民法之三大原則……………八

第二款 三大原則之改進……………一〇

第二章 民法之意義及其性質……………一三

目錄

第一節	民法爲國內法及其國際化·····	一四
第二節	民法爲私法及其公法化·····	一五
第三節	民法有爲普通民法有爲特別民法·····	一六
第四節	民法爲實體法有時爲程序法·····	一六
第五節	民法爲固有法亦爲繼受法·····	一七
第六節	民法爲原則法兼爲例外法·····	一八
第七節	民法爲強行法兼爲任意法·····	一九
第二章	民法之法源·····	二〇
第一節	民法法典·····	二一
第二節	民法法典以外之成文民法法規·····	二二
第三節	習慣民法·····	二三
第四節	判例民法·····	二五

第五節	法理·····	二六
第四章	民法之編纂·····	二七
第一節	編纂之體例及其內容·····	二七
第二節	我國民法之構成及總則編之內容·····	三〇
第五章	民法之解釋·····	三三
第六章	民法之效力·····	三六
第一節	關於「時」之效力·····	三六
第二節	關於「人」之效力·····	三八
第三節	關於「地」之效力·····	三九
第七章	民法上之權利義務·····	三九
第一節	民法上之權利·····	三九
第二節	私權之種類·····	四一

第一款	財產權與人身權·····	四一
第二款	絕對權與相對權·····	四二
第三款	支配權、請求權、抗辯權、形成權·····	四三
第四款	專屬權與非專屬權·····	四六
第五款	獨成權與附屬權·····	四七
第六款	原權與救濟權·····	四八
第三節	民法上之義務·····	四八
第一款	義務之觀念·····	四八
第二款	義務之類別·····	四九

本論

第一章	法例·····	五一
-----	---------	----

第一節	編載法例之必要	五一
第二節	法例中所規定之準則	五二
第一款	規定適用民事法規之準則	五二
第二款	規定使用文字之準則	五四
第一章	私權之主體	五七
第一節	總說	五七
第二節	自然人	六三
第一款	自然人之權利能力	六三
第一項	權利能力之發生	六三
第二項	權利能力之消滅	六六
第三項	權利能力之範圍——外國人之權利能力	六七
第二款	自然人之行為能力	六九

第一項 總說	六九
第二項 有行為能力人	七一
第三項 無行為能力人	七二
第一目 未滿七歲之未成年人	七六
第二目 禁治產人	七七
第四項 限制行為能力人	八一
第三款 自然人之住所	八二
第四款 自然人之人格保護	八七
第五款 自然人之死亡宣告	九〇
第三節 法人	九七
第一款 總說	九七
第二款 法人之分類	一〇六

第三款	法人之成立	一一〇
第四款	法人之能力	一一三
第一項	法人之權利能力	一一四
第二項	法人之行爲能力	一一五
第三項	法人之責任能力	一一八
第五款	法人之機關	一二一
第一項	董事	一二二
第二項	臨時董事	一二八
第六款	法人之住所	一二八
第七款	法人之登記	一二九
第八款	法人之監督及罰則	一三一
第九款	法人之變更	一三三

第十款 法人之消滅·····	一三五
第一項 解散·····	一三六
第二項 清算·····	一三八
第十一款 社團·····	一四二
第一項 社團之設立·····	一四三
第二項 社團之社員·····	一四六
第三項 社團之總會·····	一五〇
第十二款 財團·····	一五四
第一項 財團設立之要件·····	一五五
第二項 捐助行為·····	一五七
第十三款 外國法人·····	一六〇
第二章 私權之客體·····	一六四

第一節	總說	一六四
第二節	物	一六六
第一款	物之意義	一六六
第二款	物之分類	一六九
第一項	動產與不動產	一七〇
第二項	主物與從物	一七四
第三項	其他之分類	一七六
第三款	物之孳息	一八二
第一項	孳息之意義	一八二
第二項	孳息之分類	一八三
第三項	孳息之取得	一八六
第四章	私權之得喪變更	一八八

第一節 總說·····	一八九
第二節 法律行爲·····	一九八
第一款 法律行爲及意思表示之本質·····	一九九
第二款 法律行爲之分類·····	二〇七
第三款 法律行爲之目的(法律行爲之要件或內容)·····	二一七
第一項 行爲人須有行爲能力·····	二一八
第二項 目的之確定(對於法律行爲之解釋)·····	二三〇
第三項 目的之可能·····	二三七
第四項 目的之合法·····	二四〇
第五項 目的之社會性·····	二四三
第六項 法律行爲之方式·····	二五四
第四款 意思與表示之不一致·····	二五六

第一項	故意之不一致	二五九
第一目	真意保留	二五九
第二目	虛偽表示	二六二
第二項	無意之不一致	二六七
第一目	錯誤	二六七
第二目	誤傳	二七七
第五款	有瑕疵之意思表示	二七九
第一項	總說	二七九
第二項	因受詐欺而爲之意思表示	二八〇
第三項	因受脅迫而爲之意思表示	二八八
第六款	意思表示發生效力之時期	二九七
第一項	總說	二九七

第二項 非對話人間之意思表示發生效力之時期	二九八
第三項 對話人間之意思表示發生效力之時期	三〇五
第四項 向無行為能力人或限制行為能力人為意思表示之生效時期	三〇六
第七款 意思表示之解釋	三〇九
第三節 條件及期限	三一—
第一款 條件	三一三
第二款 期限	三三六
第四節 代理	三四四
第一款 總說	三四四
第二款 代理中之三面關係	三六二
第一項 本人與代理人相互間之關係(代理權之存在)	三六三
第二項 代理人與相對人相互間之關係(行為之當事人)	三七三

第三項	本人與相對人相互間之關係(法律效果之歸屬者).....	三七九
第三款	代理權之限制及撤回.....	三八〇
第四款	代理權之消滅.....	三八三
第五款	無權代理.....	三八六
第一項	表見代理.....	三八七
第二項	狹義之無權代理.....	三八八
第六款	復代理.....	三九一
第五節	無效及撤銷.....	三九四
第一款	無效.....	三九五
第二款	撤銷.....	四〇一
第六節	期日及期間.....	四一四
第一款	總說.....	四一四

第二款	期日及期間之意義	四一六
第三款	期日及期間之計算	四一七
第七節	時效	四二三
第一款	總說	四二三
第二款	消滅時效	四二八
第一項	消滅時效之意義	四二八
第二項	消滅時效之適用範圍	四三一
第三項	消滅時效之期間	四三三
第四項	消滅時效期間之開始及其完成	四三八
第五項	消滅時效之中斷及不完成	四四〇
第一目	消滅時效之中斷	四四一
第二目	消滅時效之不完成	四五三

第六項	消滅時效之效力	四六一
第七項	關於消滅時效之強行規定	四六四
第五章 私權之行使		
第一節	總說	四六七
第二節	行使權利之限制	四七〇
第一款	禁止權利濫用之一般的規定	四七二
第二款	關於限制權利之各種情形	四七四
第三節	關於私權之保護	四七八
第一款	自衛行爲	四八一
第二款	自助行爲	四八七

民法總論

民法總論

徐謙著

緒論

第一章 現代民法之基本觀念

第一節 民法所規律之生活範圍

民法所規律之範圍

民法者，規律私人生活關係之私法法規也。故欲探求民法所規律之生活關係之範圍，即須首先說明私法對於公法究占若何之領域，繼須說明民法對於私法究居若何之地位，而後民法之概念，不難由此而得也。

私法之範圍

第一款 私法之範圍

緒論 第一章 現代民法之基本觀念


一

人類進化達於一定之階段時，遂形成一有一定社會組織之國家，而在此有定組織之社會生活中，可分爲『國家的生活關係』與『私人的生活關係』之二種，例如國家之組織，公權之運用，公秩之維持等關係，皆屬於前者；而社會經濟之組織，家族之成立，私權之行使等關係，則屬於後者。申言之，即前者之生活關係爲公法關係，其規律此公法關係之法規即爲公法；後者之生活關係爲私法關係，其規律此私法關係之法規即爲私法。

公法與私法

區別公私法之標準，原爲學者間爭論莫決之問題，欲加詳述，應屬於法理學之範圍，故本書於此，僅就與上述標準相異之主要學說，而論此兩者立論之相互關係，藉以明瞭私法之地位。所謂相異之學說者，即係以『支配關係』爲區別公私法之標準也，換言之，即以『支配關係』或『命令服從關係』爲公法關係；而以『非支配關係』或『平等對立關係』爲私法關係也。此說立論之旨趣，自與上述以『生活實質』爲標準者不同。對此兩說之當否，姑不具論；惟就兩說之關係，加以考察：

區別公私法之兩標準



則兩者所認定之私法關係之範圍，自昔日觀之，其大部分原屬彼此一致；嗣因近代社會變遷之結果，而兩者所認定之範圍，實已不能彼此一致矣。

兩標準之
一致

先就兩標準之一致而言：考近世個人主義之法律思想，原以極端保障個人自由為法律之根本使命。但在社會生活中，若認個人有絕對之自由，毫無若何之強制，勢必為強者所假借，反為保障自由之障礙，故於某種範圍內，不能不認強制力之存在；且為保障個人應得之自由，行使最小限度之強制，原為組織國家之使命，法人權宣言中所謂『保護天賦人權』，及『反抗壓制』者，實即以此理論為根據。因之近世立憲國制定之法律，除規定支配國家生活者，係以命令服從為原理外，其他規定支配私人生活（如身分及財產關係）之法規，無不以平等對立為原理。可知貫徹此種原理所得之結果，不期而使上述兩說已趨於一致：即認私人生活關係及受平等對立原理所支配之生活關係，皆不失為私法關係也。

兩標準之
抵觸

然自十九世紀至二十世紀之時代，因社會變遷之結果，以致私人財產關係，發

生重大之變化，而上述兩標準之一致，遂亦隨之而破壞。今就土地關係及勞動關係而言，對於此種最重要之財產關係，現已漸有特別法之制定，所謂『社會的立法』是也。此種立法之旨趣，即在對於個人財產關係，須於某種程度內，認定國家得為積極之干涉。由是今後立法上之指導原理，不得不於私法範圍內，拋棄平等對立之原理，轉變為強制服從之原理，而向以平等對立關係為私法關係者，乃不能自完其說矣。

由此觀之，若於今日猶欲貫徹以平等對立關係為私法關係之學說，則所有以前之私法關係，即應縮小其範圍；而漸次為社會的立法所吸收之私人生活關係，即應劃入於公法範圍之內，此所以有所謂『私法公法化』之說也。於是如何之私法關係不注應化為公法？如何之私法關係應保持其平等對立之原理？即成為研究私法者所不可意之問題矣。

探求指示
私法範圍
之原理

其次，若於今日仍欲維持凡屬身分及財產關係皆為私法關係之學說，則須明瞭

身分及財產關係中，現代實已具有平等對立與強制服從兩原理互相錯綜之現象；更須研究吾人生活關係中向以平等對立為最高原理者，今後應以如何原理為其代替？此亦現代研究私法者所不可忽也。

民法之範圍

第二款 民法之範圍

私法與民法
商法之民法化

民法固為規律私法關係之原則的私法，但非私法之全部。除此原則的私法之外，則有所謂「特別私法」——商法，即可為此最主要之適例。蓋商法專適用於私法關係中之「商事」關係，其與民法之適用於一般私法關係（即民事關係）者，自各有其適用之範圍，故民法對於商法則立於原則法（即一般法，普通法）之地位，而商法對於民法則立於特別法之地位。惟私法關係中之民事與商事，同為私人生活關係中之事項，在實質上諸多互相牽涉，實有難於截然劃分之理由。在以民商二法彼此並立之國家，原係基於沿革上之理由，認定商人為一特別之階級，應受特別法之

保護，故制定商法爲獨立法典，而與民法法典立於並立之地位。實則今日如仍以民商二法並立，不僅法律適用上易生混雜紛亂之弊害，且於交易上之安全與敏活，亦常被其阻礙，故今日主張民商二法統一者，已成爲普遍之趨向，其在民商統一之國家，極少由合而分之主張，而在民商劃分之國家，大都力倡由分而合，因之我國制定民法時乃鑒於各國立法之趨勢，本諸全民同等之旨趣，訂立民商合一之法典，一面將以前商人通例中之經理人（三五條）與代辦商（八五條），以及商行爲中之交互計算（四〇條）、行紀（六五條）、倉庫（六一條）、運送營業（六二條）、承攬運送（六六條）等編入於民法債編之中；一面另將公司法（十八年二月二十六日公布）、保險法（十八年十二月三十日公布）、海商法（十八年十二月三十日公布）、交易所法（十八年十月三日公布）、定爲單行之商事法規，而商法之名稱，則早已廢止矣。雖現在如英美瑞士等國仍有商法之用語，亦不過學說上概括各種商事單行法規，以之對於普通民法爲一總稱而已。似此商法併入民法之趨向，即謂爲商法之民法化。

其次，現代對於土地及勞動等關係，既已基於社會的立法原理，相率而有土地法、勞動法之制定，是則此種法規之對於民法，自亦居於特別法之地位。吾人研究此種社會的立法時，其中應視為屬於民法範圍而加以說明者固多；惟既形成特殊之法規，即令以私法視之（此類特別法規，有以公法視之者；有以私法視之者；有以經濟法視之者，且有以社會法視之者，甚至有棄公私法之區別標準而視之者，究之此為待決之問題），亦當置於普通民法法規之外，而視為特別民法法規之一部。吾人處此社會關係日益繁複之現代，對於凡由私法關係中之特殊事項所制定之單行法規，皆須注意因何脫離普通民法之範圍；且須研究其相互之關係。我國對此社會的立法之趨勢，現已逐漸頒行土地法、工廠法等單行特別法規矣。

吾人於此所須注意者：即在私法關係之廣大範圍中，既有『商事關係』，『勞動關係』等等特別關係之分類，則此種特別關係之主要原理，自與普通私法關係有別。試以淺近之例言之，商事關係，自較一般私法關係，偏重於『自由競爭』之原

理，勞動關係自偏重於「團體協調」之原理。不過由此特殊原理所制定之特別法，亦能影響於一般私法關係之原理。蓋各種特別法中之特殊原理，不過在全體私法之原理中爲其具體表現而已，以故吾人研究一般私法關係（即民法）時，必須注意此等特別法之原理，以謀與之相適合而後可。

第二節 近世民法之原則及其改進之趨向

近世民法
之原則及
其改進之
趨向

現代民法，究應以何者爲其指示之原理？此爲現代民法學者所應擔負之重大問題。故於本節即須追求近世民法之根本理論。及其改進之趨向。茲分爲下列兩款略述之。

第一款 個人主義民法之三大原則

個人主義
民法之三
大原則

個人主義民法之根本理論，即在「絕對尊重個人之人格」。由此理論之具體表

個人意思自由之原則

現，遂構成『個人意思自由』，『自己責任』，及『個人財產尊重』之三大原則。

(1) 個人意思自由之原則 個人意思自由之原則，含有二種意義，即在私法關係中，個人所取得之權利及所負擔之義務，原則上須基於個人之意思，此其一；且由個人意思所表現之行動，亦須以自由為原則，除違法外，法律須保護之，此其二。例如契約自由之原則，即屬此種原則之主要表現。

自己責任之原則

(2) 自己責任之原則 自己責任之原則云者，即謂私法關係中，因個人違法之行為，而負損害賠償責任之原則，申言之，即個人對於他人所為之加害行為，不負責任，惟對於自己所為之加害行為，始負責任，且其自己之行為，須係本於自己之意思活動，質言之，即以自己之故意或過失為原則，故又稱為『過失責任』。此原則，又常包含非侵害他人權利則無責任之意義。

個人財產尊重之原則

(3) 個人財產尊重之原則 此即以個人財產為絕對不可侵，而加以保護之原則，如『所有權之絕對性』及『繼承制度』，即此原則最主要之表現。

以上三原則，實導源於法國大革命之人權宣言，而最爲徹底的具體規定者，則爲一八〇四年之法國民法，其他各國，亦相繼效法，遂令當時封建社會之私法關係，爲之根本顛覆。就人類文化發達之點言之，此三大原則之私法，確已有其歷史上之功績。

第二款 三大原則之改進

三大原則
之改進

三大原則促成近代資本主義組織之發達，對於人類文化史上固有極大之貢獻；然因資本主義發達之結果，又令人類生活中之經濟關係，形成極不平等之現象，由是此三大原則之弊害，乃日進於明顯，勢不得不探求改進之方法，以從事於救濟。茲從私法之立場言之，可得以下數種改進之理論。

(1) 『交易安全』之理論 吾人經濟生活中之交易關係，如欲貫徹個人意思自由與財產絕對尊重之原則，勢必促令吾人於交易上蒙受不測之弊害。於是爲圖一

交易安全
之理論

般交易之安全，即不得不犧牲個人之利益，拋棄『絕對以個人為本位』之立場，進於『團體本位』之立場，藉以注重社會之公益。例如我國民法總則對於法人則取干涉主義(二五)，並規定解散後，其賸餘財產得歸屬於地方團體(四四)，對於消滅時效，則縮短其期間等是也。

重視公序
良俗之觀念

(2) 重視公共秩序善良風俗之觀念 因此種觀念之應用，遂至否認上述三大原則為絕對之理論。就契約而言，昔認自由締結者，今則惟認遵守公秩良俗之內容，始受法律之保護，因之契約之內容，自須以不背公秩良俗為其訂立之標準。又就損害賠償責任而言，今則認為雖未侵害他人之權利；但以違反公秩良俗之方法而致損害他人者，亦負賠償之責任。

否認權利
之濫用

(3) 否認權利之濫用 個人主義之法律思想，原認個人權利具有絕對性，故對於權利，不僅有行使之自由，並有不行使之自由；然現代法律思想，則認為不背乎公秩良俗者始有其自由，否則視為權利之濫用，濫用權利者，不僅不生合法之效

果，且因此損害他人者，亦負賠償之責任，故行使權利者固有不得濫用之限制，即有時不行使權利者亦為法律所不許，換言之，權利不行使之限制，亦可謂為權利行使之義務。

以上三種改進理論，確與前述三大原則以極多之修正，例如「增高團體之地位」，使為私法關係之主體，以及在損害賠償論中，成立「無過失責任」之理論皆是也。因之向來惟以個人為私法關係之主體者，今則改為增高團體之地位，而使之與個人相並立，且有時認其具有個人以上之價值，又向來所謂過失責任者，今則改為凡因大企業中所生之災害，不問有無過失，均由企業者絕對負賠償之責任。

似此種種新理論之表現，確係對於個人主義民法理論之一大修正，而成為現代民法之基本觀念。惟總括此等理論，使於現代私法關係中，構成新理論之一貫體系，正為民法學者急待努力之任務。故於本書緒論中，特先為論列，藉供學者之探討

第二章 民法之意義及其性質

民法之義

民法之意義，除奧國民法以明文規定外，其他各國皆委之於學說。前章對於現代民法之基本觀念，既已說明其大略，讀者當能由此基本觀念之中，獲得民法之概念。茲就民法之意義而言，可分之爲實質上之意義與形式上之意義兩種：在實體上凡爲私法關係中一切權利義務之規律，而以保護私人法益爲主要目的者，斯爲民法在實質上之意義；此外，單稱民法法典爲民法者，則爲民法在形式上之意義。我國向視法與律有不同之意義，以法爲法律規範之總稱，以律爲成文法之專稱，故總稱民法，卽有全部私法之意義在內，單稱民律，必指民法法典而言。德法瑞士諸國，亦與此同。日本則無法與律之區別，直稱民法法典爲民法，我國現行民法亦然，此卽形式意義之民法。

民法之性質

根據上述民法之意義，茲復進而說明民法在法律上之性質，可得如下之分類。

緒論 第二章 民法之意義及其性質

民法爲國
內法及其
國際化

第一節 民法爲國內法及其國際化

法律就其制定主體與其施行範圍之不同，可分爲國內法與國際法。國際法爲國家間共同遵守之法律，即指國際法而言。國際法是否爲法律，尙爲學者間爭論未決之問題，此問題之詳細討論，應屬於國際公法之範圍。國內法則爲一國主權下所施行之法律。民法既爲規律一國人民私法關係之法律，自爲國內法無疑。惟一國民法，有時對於主權所能支配之外國人，乃使之不受其適用者，故對於涉外法律關係應適用何國民法之規定，則不能不有國際私法之應用。惟就其對於民法具有補充法之性質而言，仍不失爲國內法也。此外，私法關係漸有私法國際化之趨勢者，則有所謂國際著作權法、國際工業所有權法、國際票據法、國際商法等已成爲實際上之問題，此後發生世界統一民法之運動，亦意中事耳，以故近日學者，漸有高倡民法之大同性，而有制定國際民法之主張也。惟就法律發展之現階段而言，一國民法，多

爲適合一國之民族性而制定，自應視爲國內法之一部。

民法爲私
法及其公
法化

第二節 民法爲私法及其公法化

公法私法區別之標準，已於第一章大約言之矣。民法既係規律私法關係一部分之法規，自屬於私法無疑。惟自社會的立法精神逐漸實現以後，即生公私法混淆之現象。凡私法中含有公法性質之規定者（如我國民法總則編中關於董事清算人罰則之規定——三三條），固可謂爲公法被私法所吸收；但公法中含有私法關係之規定者，更日益增加，例如一九一九年德國新憲法於『共同生活』章中，規定婚姻親子之關係，是明明於公法之中，規定私人生活關係之事項。其他以社會的立法精神，吸取私法關係中之事項，定爲特別單行法者，所在皆是，因之前屬於民法部分中之事項，今則逐漸被屏除於民法之外，而以社會的立法之精神，形成具有公法性質之單行法規，如土地法，勞動法等是也。此種公法吸收私法之趨向，即所謂私法之公

法化。惟民法中最主要之內容，既為規律私法關係之法規，故仍不失其私法之性質。

第三節 民法有為普通民法有為特別民法

民法有為普通民法
有為特別民法

就形式意義之民法法典與其性質上規律一般私法關係之意義言之，即為普通民法；其他特別商事法或具有民法性質之單行法，則為特別民法。惟通常所謂民法者，皆指此普通民法而言。普通民法與特別民法之關係，即在特別民法對於普通民法有補充或變更之作用，且有優先適用之效力，必於特別民法無規定時，始適用普通民法之規定。

第四節 民法為實體法有時為程序法

民法為實體法
有時為程序法

實體法係規定吾人法律關係中權利義務之存否、性質、及範圍之法律，亦稱為主法；程序法係規定實行此種權利義務之手段之法律，亦稱為助法。民法既於實質

上爲規定私法關係中權利義務存否等等之法規，自屬於實體法，而非訴訟法、破產法、登記法等等之程序法。然民法亦非全體均由實體法而成，其中亦間有關於程序上之規定，而兼有程序法之性質者，例如關於法人之設立（三二條）、登記（三〇條）、及清算（四一條）之規定是也。惟就大體言之，關於法人之設立登記等之規定，原爲編訂上之便利，始納入於民法之中，仍應以之屬於實體法之體系，自不待言。

第五節 民法爲固有法亦爲繼受法

民法爲固有法亦爲繼受法

固有法者，即以本國社會固有之規範爲規定內容之法律；繼受法者，即以承襲他國之法律爲規定內容之法律。簡言之，即固有法爲本國所固有之法律；繼受法則爲外國傳來之法律。繼受外國法，又有習慣繼受與立法繼受二種，前者如十三世紀十四世紀時德國之繼受羅馬法是；後者如比利時，意大利之繼受拿破崙法典是。惟

民法既係規定一國民族私法關係之法規，自應以本國之民族性爲其規定之準據，故民法之內容，須側重採取固有法之精粹，始能推行無阻。然當世界文化匯合之現代，因國際交易之頻繁，國際資本主義之發達，一民族或一國家自不能營其往昔之孤獨生活，勢必處處感受他民族或他國家之刺激誘導，以促進其發達，於是他國之良法美制，遂有繼受之必要。要之民法既爲一國私法中最重要之法規，其中具有世界性之部分而與國情不相抵觸者，尤當妥爲繼受，促進民法內容之完善。以故我國民法總則編與債編之內容，多由繼受法而成；而物權編與親屬編及繼承編之內容，則多由固有法而成也。

第六節 民法爲原則法兼爲例外法

民法爲原則法兼爲例外法

原則法爲就某種事項在一般情形上所適用之法規；例外法爲就該事項如有特別情形時則排斥原則法而供適用之法規。例如我國民法第六條規定「人之權利能力，

始於出生，終於死亡」者，即爲原則之規定；而第七條規定「胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生」者，則爲例外之規定是。且同一法規中亦含有原則法與例外法之成分，例如民法總則編之規定對於債編之規定常爲原則法，而債編之規定對於總則編之規定則多爲例外法是（第一條第三）（第七條參照）。原則法與例外法區別之實益，即在解釋時須特別注意二者之關係，以求事實上不忽視二者各有其合理性爲適當，不應拘於例外法即須嚴格解釋，原則法即須擴張適用之成見，蓋有時例外法反須擴張適用，而原則法或須嚴格解釋也。

第七節 民法爲強行法兼爲任意法

民法爲強
行法兼爲
任意法

強行法者，即就法律關係中所定之內容，不問當事人之意思如何，必須適用之法規。任意法者，即該內容，不過爲當事人意思之補充或解釋，其適用與否，可依當事人自由意思定之之法規。民法規定中何者爲強行法？何者爲任意法？可由法文

文句中有無明示以決之，例如條文中若載有可依當事人之特別訂定，或特別意思表示，或特約等等語句者，則爲任意法規；否則爲強行法規也。

又如物權、親屬、繼承等編，則多爲強行法，而債編則多爲任意法。惟債編中之任意法，原係基於契約自由之原則，乃爲個人主義之產物；然在社會的立法時代，對於契約自由已加種種之限制，是則債編中之任意法，勢必日漸減少而無疑。

民法之法源

第三章 民法之法源

民法之法源云者，即謂構成現行民法法規全部內容之來源也。此種來源，可分爲下列數種：（一）爲成文民法法典，即通常所稱之民法；（二）爲民法法典以外之成文的特別民法，即特別民法法規；（三）爲習慣民法；（四）爲判例民法。另將法理及學說等等列於四者之后。茲爲分述如左。

第一節 民法法典

民法法典爲法典中最大之部門，民法法規之大部分，多被羅致於其中，故成爲民法最重要之法源。惟於此處所須注意者，卽載入民法法典中之法規，非必盡屬於民法法規之性質。試就法人董事之罰則而言，卽具有廣義的刑罰法規之性質，又就債編中關於強制執行方法之規定而言，卽具有民事訴訟法規之性質。但此等法規之所以載入民法法典者，不過爲編列之便利計耳；實則民法法典中除此極少數之規定外，皆爲民法法規也。

成文主義
與不文
主義

其次，民法法規固多有編爲法典者，然亦有不編爲法典者。例如英國及美國各州，至今尚無成文民法法典，專以判例法爲民法之根據，此卽所謂採取不文法主義者是也。但在歐洲大陸則不然，當十八世紀末葉至十九世紀初葉時，歐陸諸國，皆因中央權力之強大及自然法論之勃興，以致民法法典，相繼編成，其中如一八〇四

典型的民法法典

年之法國『拿破崙法典』，一八一一年之奧國民法，及一八九六年之德國民法，皆採成文法主義，而成爲民法中最典型之法典。

特別民法法規

第二節 民法法典以外之成文民法法規

民法法典固然包括民法法規之大部分，終難網羅其全部，因之除民法法典以外，不能不有其他包含民法法規之單行法，以爲民法法典之補助。此種特別民法法規，自亦形成民法之法源。例如我國著作權法（十七年五月十四日公布）、土地法（十九年六月三十日公布）、礦業法（十九年五月二十六日公布）、森林法（三十年十一月四日公布）、漁業法（十八年十一月十一日公布）等等單行法，皆於其規定中包含若干民法法規之內容。故吾人研究民法時，固當以民法法典爲中心，但民法法典以外之特別民法法規而與民法有直接關係者，皆應作爲考察之對象。

第三節 習慣民法

對於同一種類之事物由多數人繼續通行而視爲準則者，謂之習慣。此種習慣，一經國家承認其爲法律規範而強行之者，則爲習慣法。我國民法第一條所謂習慣者，即指此習慣法而言。此種習慣法因其具有民法上之效用，故又稱爲習慣民法。習慣民法，常隨社會生活之變遷而發生，而存在。誠以民法法典及特別民法法規均極完備之國家，終不能網羅繼續發展之習慣，故於民法法典之外，不得不以習慣民法爲民法之補助，而使爲民法之法源。

惟須注意者，即成文民法與習慣民法在效力上究有如何關係之問題。申言之，即成文民法固能排斥習慣民法之適用，而習慣民法是否能排斥成文民法之適用之問題。就我國民法第一條第二條之規定觀之，明明惟認習慣法僅有補充之效力。然就最近法律思潮言之，似應對於此問題尙有研究之餘地。蓋自十九世紀末葉至二十世

紀之初期，歐陸諸國因中央集權之結果，而認成文法典爲法律規範之唯一泉源，否認習慣法之存在，又因當時自然法論勃興之結果，惟主張宇宙間有恆久不變之法則，遂亦否認習慣法之效力。後因歷史法學派之繼起，乃否定國家權力爲法律唯一泉源之思想，肯定習慣法之地位，當德國編纂民法時，對於習慣法之效力問題，曾有極大之爭論，爭論之結果，僅決定以學說解釋習慣法之效力，尙未於法典中加設何等之規定；及至瑞士民法編訂時，始於其第一條明示習慣法有補充成文法之效力，固可謂爲立法上進步。然依最近法律思潮之表現，則更重視習慣法之地位，不僅認其具有補充成文法之效力，抑且進而認其與成文法有對等之效力。誠以社會生活之變動無窮，習慣之效用，已有日漸擴張之趨勢，自應視其與成文法具有對等之效力，方能適應新事實之要求也。至若說明習慣民法之本質，則應屬於法理學之範圍，故缺而不論。

第四節 判例民法

法院判決之先例，即爲判例。其本質若何，亦屬於法理學上之問題，故於此處僅就判例在事實上之關係論之。

就英美兩國而言，既無民法法典，僅有不文民法，故認判例爲民法最重要之來源。然在成文民法之國家，其認判例爲民法法源之程度，自必低於成文民法之國家，因而事實上對於同級法院或上級法院之判例，是否認其具有法律上之拘束力，自亦不免發生若干之疑難；惟此拘束力一經有其事實上之存在以後，則判例法遂由之而生。故成文民法之國家，雖認判例僅有事實上之拘束力，然既發生若干事實上之判例民法後，即司法上應認其與成文民法居於同一之地位，而成爲民法之法源。

論者或謂承認判例法之結果，將使司法權侵入立法權之範圍，殊失立法與司法分立之精神。不知立法與司法之分立，不過大體上爲運用主權之分擔，實則理論上

決難令其有絕對之分離；且承認判例法之存在，表面上雖似認定法院有立法上之職能；然此種職能，亦不過認其對於裁判各個具體事案之先例，得據爲同一具體事案之判斷，而付以法律之效力而已；以之與立法機關制定一般抽象法規之職能相比較，決不可同日而語也。

法理

第五節 法理

我國民法第一條所謂之『法理』，不能以之與法律之原理相混同。蓋法律之原理，仍須以法律爲前提；而該條所謂之法理，則於法律之外，有其獨立之存在，申言之，卽在現實社會生活關係中凡應如此處置及當然如此遵循者皆謂之法理。

法理是否獨立爲民法法源之問題，實難一言而決。就我國民法第一條之意義觀之（參閱奧國民法第七條，瑞士民法第一條第二項），當無成文法及習慣法可資適用時，審判官須依法理以爲判斷。是則審判官用爲判斷者，名雖依據客觀之法理，實則多含主觀之論斷，如

以此主觀之判斷爲獨立之法源，是不啻與審判官以立法之職能，故正確言之，實不能謂法理爲民法之法源；惟據法理所下之裁判而形成判例民法者，當以民法法源視之。

除以上各節所述數種民法法源外，他如學說、外國法、道德等等雖可間接形成民法之法源，惟以皆非直接供爲民法法規之適用者，不能視爲直接之民法法源，故不詳論。

民法之編纂

第四章 民法之編纂

第一節 編纂之體例及其內容

編纂之體例

民法之編纂云者，卽經國家以極有系統之方法，本諸一定之內容，而構成一民法法典之謂也。就不文法國之英美而言，其民法法規，諸多由不文法而成，自無編

緒論 第四章 民法之編纂

纂民法法典之可言。然在其他採取成文法主義之國家，則有編纂民法法典之必要。至其編纂之體例，大都不外羅馬式及德國式二種。羅馬式係分民法爲人法，物法，及訴訟法三編，法荷比意西葡諸國民法，皆倣此式。羅馬式之缺點，卽在未設共通各種權利義務之總則，而將人格及能力事項與親屬關係相混合；且債權法亦未另行分編又將訴訟法併入於民法之中，使程序法與實體法相混雜，而表現其最大之缺點，至於德國式之編制，則分民法爲總則、債權、物權、親屬、繼承五編。就債權物權兩編之先後而言，有列物權爲第二編者，亦有列債權爲第二編者。其列物權爲第二編者，爲薩克遜民法所首創，因視物權較債權爲重，故列物權於債權之前，日本民法亦效之。其列債權爲第二編者，在以債權爲取得物權之取得方法，故列債權於物權之前，德國民法，原採此例，我國現行民法效之。

至於瑞士民法，雖採德國式，惟僅分爲四編，第一爲人事編，第二爲親屬編，第三爲繼承編，第四爲物權編；而以債權另由債務法規定之，此爲德國式之變體。

此外，則有最近蘇俄式之編制（一九二三年一月一日施行），其編制式分爲四編，第一編爲總則，第二編爲物權，第三編爲債權，第四編爲繼承，而以親屬法另於身分登記、婚姻、親子關係等法典中規定之；且將公司法規定於債權編之中，此雖與德國式之編制相類似，但以其另有立法之精神，自不能謂爲全屬於德國式之編制。

民法之內
容

至就編纂民法之內容而言，則以各個時代立法精神之不同，以及社會生活基礎之變遷，自亦因時因地而各異，大別之，可分爲個人主義之民法，協調主義之民法，及社會主義之民法三種。個人主義之民法，前已大約言之，如羅馬法以及一八〇四年之法國民法皆爲此種民法最主要之適例。協調主義之民法（前亦言之，即本於社會的立法精神之民法），係以社會改良政策爲其編纂之精神，如德國現行民法及瑞士現行民法，皆有此最顯著之表現。社會主義之民法，則以達於社會主義目的爲其編纂之精神，今之蘇俄民法，即爲此惟一之適例。

我國民法
之構成

第二節 我國民法之構成及總則編之內容

我國法律制度，發達最早，且於崇尚禮儀之中，實含私法規範之意義，此中國法系所以成爲世界五大法系之一也。惟歷代關於法典之訂定，多趨重於公法方法，而無獨立私法之成立，尙書孔傳，雖已有民法之名稱，歷代律文戶婚諸條，雖已足爲解決民事之法規；然其所規定者，多爲處罰之律條，以之與現代所謂民法者相比較，自難等量齊觀。迨至海通以後，吾國始知法律之不完備，決難適應時代之要求，遂於清季光緒二八年派沈家本、伍廷芳等爲修律大臣，專注於刑律之修訂，又於光緒三三年派沈家本，俞廉三等設立修訂法律館，始採大陸立法主義，從事於民律之起草，計分五編，前三編係由日人松岡義正起草而成，後二編係由朱獻文、高种起草而成，卽所謂舊民律草案是也。惟此舊民法草案，大部分係繼受外國法（直接倣效日本，間接倣效德國）而成，自與我國國情，諸多抵觸，迨入民國後，乃經修

訂法律館修改，刪除舊民草總則編中關於權利之行使（現行民法又已編入）及擔保之規定，增加物權編中關於典權之規定，此即所謂新民律草案（一度將總則編及債權編公布施行）是也。及至國民政府成立，復經立法院重加訂定，始將總則編（十八年五月二十三日公布，同年十月十日施行）、債編（十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行）、物權編（十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行）、親屬編，繼承編（同於二十年一月二十四日公布，同年五月五日施行）依次頒行，我國民法，遂由此告成矣。

總則編之
內容

本書既以論究總則編為範圍，故於此處僅就其內容加以提綱之說明。

我國民法之內容，誠然力求注重社會之公益，以期適應時代之潮流，合於今日立法之精神；惟處於現代社會生活關係之下，自不能超越現行制度之範圍，因之民法之主要內容，仍須以個人為中心，以權利為本位，明言之，即吾人觀察一般私法關係時，必須處處置限於個人（並與個人相同之法人）權利之得喪變更；因而居此

私權主體之地位者，自當視之爲私法關係中之基點，故總則編於第一章法例之後即於第二章規定『人』爲私權之主體。其次，即於第三章規定『物』爲私權之客體，而示以支配各『物』之共同原則。嗣於第四章之『法律行爲』、第五章之『期日及期間』。第六章之『消滅時效』中，再就私權之得喪變更等等事項中之最普遍者，而定其共通之原則。申言之，即『法律行爲』一章所規定者，在對於一切具體的法律行爲（如債編中之買賣、互易等）而示以一般所能適用之抽象的原則；『期日及期間』一章所規定者，在對於法律關係中發生『時』的繼續問題時，而示以計算之標準；『消滅時效』一章所載者，在對於由一定狀態之繼續而喪失權利時，示以原則上之規定。此外，則於最後第七章規定『權利之行使』，而示行使私權之標準。以故本書之組織，擬分全體爲五章，即第一章爲法例；第二章爲私權之主體；第三章爲私權之客體，第四章爲私權之得喪變更；第五章爲私權之行使，俟於本論中逐加說明之。

研究總則
編時所應
特加注意
之點

惟於此處有應特加注意之二點：（一）即總則編所規定者，既為原則上之規定，故於各種法律關係中，對此原則之規定，極多例外或特則之規定。例如債編中之買賣、與互易固能適用總則編中『法律行為』之規定；但須注意買賣與互易中各有不少之特則。（二）即總則編既係從具體關係中為其普遍之規定，自應純採抽象理論形式；但其規定之本意，並非純為抽象理論而制定，乃為以此抽象規定適用於具體關係而制定，以故吾人研究總則編時，不應徒為抽象理論而立論，必須處處顧及抽象規定所由從出之具體關係；且須顧及抽象規定適用於具體關係時所生之效果。『勿為理論而理論』之一語，實足為吾人研究總則編時最宜注意之警句。

民法之解
釋

第五章 民法之解釋

任何法規皆須藉文字為其表現之符號；然其所表現者，是否完全能達法律之真意，有時不無解釋上之疑難，蓋使用文字之技術，常覺有時而窮也。以故法律有欠

緒論 第五章 民法之解釋

明瞭或不詳盡之疑義發生時，無論其疑義係顯現於法文之表面，或係隱匿於法文之裏面，皆足隱蔽法律之真意，如欲闡明其真意，則非加以正確之解釋不爲功。

法律解釋之目的，原在闡明成文法本身之真意（習慣法與判例法亦常有解釋之必要），民法法典既係抽象的原則規定，且係法典中最大之部分，若不確定其法文之真意，即難充分發揮其在法律上之效用。故欲闡明民法法文所發生之種種疑難，須於解釋上有特別注重之必要。

解釋之種類

就其解釋之效力言之，可分之爲強制解釋與學理解釋二種，所謂強制解釋者，係出於具有解釋權者之解釋，其解釋之本身，亦具有法律之效力，故又稱爲有權解釋或公的解釋，如立法解釋、司法解釋是也。所謂學理解釋者，係出於學者之意見，其解釋雖無強行力，亦具有學理上之價值，故又稱爲無權解釋或私的解釋。至就解釋之方法言之，則有種種不同。如文理解釋、論理解釋、類推解釋等是也。欲就此等解釋，詳述其得失，細論其內容，亦不應屬於民法總論之範圍，因詳述此等解

釋之任務，大都以讓諸法理學爲適當，故本章僅略而論之。

惟與法律解釋有關者，尙有現代所謂『自由法論』之學說。此說主張於國家法律之外，更有『自由法』之存在，所謂自由法者，卽解釋法律或適用法律時，由個人自由產生之法律也。申言之，卽審判官若於法律規定有不明瞭或欠完備時，可依利益之較量與價值之判斷，而以自己之意思，自由制定法律以適用之；且謂適用法律時，其最關重要者，並非法律，而實爲審判官。審判官之職責，惟在較量各當事人間之利益及社會之利益以下裁判，法律不過爲審判官一般的指導，審判官於法規之外，可依據事物之本性，用科學之方法，自由探討，以發現法律也。惟此說雖可補助法律之不備，能使法律自由發達，適應社會之要求；但以如此變更法律之權力。賦諸審判官，則不免輕視法文；設審判官不得其人，流弊必大，此又自由法論之缺點也。

民法之效力

第六章 民法之效力

民法對於吾人社會生活關係所適用之範圍，已約於第一章說明矣。其所適用之範圍，即其效力所及之範圍，茲從種種見地論之，可分之爲對於「事」之效力，對於「時」之效力，對於「人」之效力，對於「地」之效力四種。茲所謂「事」之範圍者，即指私法關係之事項而言，如民事商事是也，是普通民事法規所適用之範圍，自以無特別民法爲限，此固勿待深論，故於本章僅就後之三者述之。

關於時之效力

第一節 關於「時」之效力

凡法律及於「時」之效力，皆有一通行之原則：即法律惟就其效力所發生後之事項，始得適用之，所謂「法律不遡既往」之原則是也。我國民法各編施行法，皆揭此原則，如民法總則編施行法第一條，定明民事在總則編施行前（民法各編公布

則法律不遡既往之原則

日期及施行日期已詳第三章第二節）發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法總則之規定。其餘債編、物權編、親族編、繼承編，亦各於其施行法第一條，明定此旨。此外之特別民法亦莫不皆然。

惟吾人所須注意者，卽此不遡及之原則，僅係法律在適用上之原則，並非立法上之原則，立法仍可不受其拘束。故於立法上認爲必要者，亦有就過去之事項，載明得適用新法之規定。故我民法各編施行法就民法中種種之規定，亦認其多有遡及之效力，例如總則施行法第三條第六條，第十六條至第十八條，債編施行法第二條至第八條，第十條至第十三條，物權編施行法第二條，第四條至第七條，第九條至第十三條等是也。其他特別民法中，認有遡及效力者，亦復不少；尤其基於社會政策所定之特別民法，在解釋上多認其具有某種程度之遡及效力。此等情形，須於各個法規中分別研究之，茲不多述。

關於人之效力

第二節 關於「人」之效力

民法若因國家行使『人民主權』之結果，自當不問該國人民係在本國抑在外國，均須適用之。若因國家行使『領土主權』之結果，自當對於居其領土內之內外國人，皆須通用之。故本國民法，不僅適用於本國領土內之本國人；亦可適用於領土外之本國人及領土內之外國人。然若貫徹此種理論，勢必對於涉外之私法事項，多感不便，故現代各國皆於本國內亦認外國法之適用，而有創設『國際私法』法規之必要，此種法規，有於民法中規定者，如法國民法是；有於民法施行法中規定者，如德國民法施行法是；有以單行法規規定者，如日本法例及我國法律適用條例是。

至若一國內與他國締結不平等條約，承認他國有領事裁判權，致令有此裁判權者之居留民，不受居留國民法之適用者，則為一時特殊之變例。

關於地之
效力

第三節 關於「地」之效力

民法原以適用於一國之全部領域為原則，故不能踰越其國之領土、領海、領空而行使；且於其國之領土、領海、領空內不可不行使。惟對此原則，亦有種種之例外：（一）本國民法，因有治外法權或行使領事裁判權之結果，亦得行之於外國者。（二）本國民法，亦得行於外國領海上之本國軍艦及公海上之本國船舶者。（三）有時雖為本國領域，亦有不適用本國民法者，如朝鮮、台灣之不適用日本民法。蒙古、西藏於實際上之難適用我國民法是也。

第七章 民法上之權利義務

第一節 民法上之權利

民法上之
權利

緒論 第七章 民法上之權利義務

權利有公權與私權之分，此種區別，係與公法私法之區別相對應，質言之，即以國家生活之利益為內容之權利為公權；以私人生活之利益為內容之權利為私權。民法既係以保護私人（法人在內）權利為其最大之任務，故民法上之權利，自係私權無疑。惟法律之所以承認權利者，非僅保護私人已也；且須以維持社會及使其日臻發達為最終之目的，故近代漸認權利僅於社會上認為合理者始得享有之，於是個人本位（即權利本位）之觀念，漸由社會本位（或稱義務本位）所代替。但此種趨向，亦不過使私人權利於某種程度內受其限制耳，實則於現行社會制度之下，吾人經濟生活之關係，仍以私權之活動為中心，仍以個人居社會經濟組織中最重要之地位。例如物價雖有時受國家之干涉，而買賣契約仍發動於買賣之當事人，又如勞動條件雖漸受國家之限制，而勞動契約仍係發動於勞動者與廠主之個人。是則私權之活動，實可謂為民法中之全部內容。茲就私權之種類，分述如左。至於詳論私權之主體與客體，及其活動之範圍，俟於本論中逐一說明之。

私權之種類

第二節 私權之種類

私權可依種種之標準而分類。茲就其重要者述之。

財產權與人身權

第一款 財產權與人身權

財產權

私權中最主要之分類，厥為財產權與人身權（包括人格權及身分權而言）二種，此分類之標準，係以私權之標的而區別者，申言之，即以財產為私權之標的者為財產權，而以人格或身分為私權之標的者為人身權。就財產權言之，財產權固為以經濟利益為標的之權利，然亦不能包括無遺。在債權中亦有無經濟上之利益，而專以精神之愉快為標的者，如約定他人歌舞是也；又在物權中亦有無經濟上之利益，而仍得為法律上之所有權者。如好友書簡，愛妻遺髮是也。要之此等僅於精神上具有價值之私權，不過屬於私權中極少數之事例，而財產權中最主要之內容，如債權

、物權、準物權、無體財產權等，仍係以經濟上之利益為標的也。

人身權

至於人身權中，則含有人格權與身分權之二種。所謂人格權者，係以人格為標的之權利，此權利之特徵，即在與其主體之人格相終始，如生命權、身體權、自由權、名譽權等是也。而所謂身分權者，係以身分為標的之權利，此權利之特徵，即在與其主體之身分相終始，如家長權、親權、繼承權等是也。

絕對權與
相對權

第一款 絕對權與相對權

絕對權

以私權效力所及之範圍為區分之標準者，則有絕對權與相對權之二種。所謂絕對權者，係以得能請求一般人不為一定行為為內容之權利也。有此權利者，因得請求世人勿侵害其權利，故謂不行為之請求權。絕對權單由此種請求權而成者固多；然包含他種權利者亦不少。要之絕對權之特徵，即在義務人之不一定，與請求內容限於不行為之二點。就物權、人格權、繼承權等最主要之內容言之，皆可謂為絕對

相對權

權之適例。其次，所謂相對權者，係以請求特定人爲一定行爲之權利也。有此權利者，不僅得向特定人請求勿侵害其權利，並得請求其爲該權利內容之行爲。故此種權利之特徵，則在義務人恆爲一定，與其內容係請求爲一定行爲之二點。就債權最主要之內容言之，可爲相對權之適例。

第三款 支配權、請求權、抗辯權、形成權

支配權
請求權
抗辯權
形成權

支配權

以私權之作用爲其區分之標準者，則有支配權、請求權、抗辯權、形成權四種。所謂支配權者，就其作用言之，即係權利人有支配客體之力；或權利人有要求他人不爲一定行爲之力也。而後者之作用，又可分爲二種，一即要求他人勿爲同一之支配，是謂排他性或獨占性；二即要求他人勿妨害其支配，是謂禁止妨害權。又就支配權所支配之客體言之，亦可分爲種種，有以『物』爲其支配之客體者，如物權是也；有以權『利』爲其支配之客體而可適用物權之原則者，如準物權是也；有以

『無形之智能創作物』爲其支配之客體（例如著作權、特許權、商標權等是）者，如無體財產權是也；有以『權利人本身』爲其支配之客體者，如人格權是也。

請求權

所謂請求權者，就其內容言之，乃在請求他人爲一定行爲或不爲一定行爲之權利也。請求爲一定行爲者，是爲積極請求權，請求不爲一定行爲者，是爲消極請求權。又請求權有僅能行使一次者；亦有能繼續或返覆行使者。其行使一次者，固係一個請求權；其繼續返覆行使者，是否爲一個請求權？抑爲數個請求權？應視其發生之原因而定之。次就請求權之類別而言，可分爲絕對請求權與相對請求權二種。絕對請求權爲對於一般人之請求權，凡由物權或其他支配權所發生之請求權，皆屬之。相對請求權爲對於特定人之請求權，凡爲債權之內容者，皆屬之。

抗辯權

所謂抗辯權者，乃對於請求權之反抗權也。其內容即在拒絕請求人所請求之給付，故又稱爲對抗權或給付拒絕權。就其種類言之，則有延期抗辯權與永久抗辯權二種。延期抗辯權者，係暫時得能拒絕他人請求權之權利。換言之，即得一時妨

止他人行使請求權之權利。例如同時履行之抗辯權（二六條）拒絕代為清償之抗辯權（七四條）是也。永久抗辯權者，係永久得能拒絕他人請求權之權利，換言之，即絕對得使他人請求權歸於消滅之權利，例如消滅時效後債務人之抗辯權是也。此外，則有所謂再抗辯權。此即對於抗辯權之反對主張，故又稱為抗辯權之反對權，其性質與抗辯權同。此種權利，不僅在訟爭中表現為訴訟法上之權利；即於訴訟外亦多表現為民法上之權利。

形成權

所謂形成權者，就其性質言之，即能以單獨行為發生法律上之效力之權利也。申言之，即能由一方之行為而創設或變更或消滅其他權利，或使發生其他法律上效力之權利，此種權利在未行使以前，對於原有之法律並無何等變化，不過有引起變化之可能性，學者因之稱為能為權。且此種權利一經行使以後，必對於原有之法律關係發生一種變化，學者因之又稱為形成權。二者在本質上原無差別，不過能為權之命名，係就權利之狀態而言，而形成權之命名，則就權利之作用而言也。又就形

成權之種類而言，有使新法律關係發生者，如無權代理之承認權是；有使原法律關係變更者，如選擇債務之選擇權是；有使原法律關係消滅者，如撤銷權、抵銷權、解除權等是也。此外如上述之抗辯權有阻止相對人請求權之效力，亦可謂為形成權之一種。至於形成權與上述支配權不同者，在其無支配之客體；其與上述請求權不同者，在其非要求他人為一定之行為。故形成權在私權中，形成一獨立權利之特色，而不容輕易看過也。

專屬權與
非專屬權

第四款 專屬權與非專屬權

依私權是否專屬於權利人之一身為標準，得分之為專屬權與非專屬權二種。所謂專屬權者，乃專屬於權利人一身之權利也。此種權利，不能讓與或繼承，如人格權、身分權均屬於此。但亦不無例外，如家長權之得繼承；財產權中亦有專屬權（例如由委任契約或僱傭契約所生之權利及終身年金權等）是也。

非專屬權

所謂非專屬權者，乃指專屬權以外之權利而言。此種權利，均有移轉性，故拋棄、讓與或繼承，無不可能。然亦有得拋棄而不得繼承者，如委任人對於受任人之權利是；有得拋棄得繼承而不得讓受者，如解除契約權，終止契約權是；又有得拋棄得繼承且得讓受者，如普通財產權皆是也。

獨存權與
附屬權

第五款 獨存權與附屬權

依私權之相互關係為標準，可分之為獨存權與附屬權。所謂獨存權者，即無他種權利而能獨自存立之權利（又稱為主權利）。所謂附屬權者，即以他種權利之成立及存在為要件之權利（又稱為從屬權）。附屬權既係附屬於獨存權之權利，故其發生、消滅或移轉，均以隨從獨存權為原則，例如質權、抵押權、留置權對於債權之關係，地役權對於要役地所有權之關係，及利息債權對於原本債權之關係是也。

原權與救濟權

第六款 原權與救濟權

此種區分，亦係以私權之相互關係為標準。所謂原權者，即不待他人之侵害行為而原來存在之權利。所謂救濟權者，即原權受侵害時因救濟而發生之權利，例如返還標的物請求權、回復原狀請求權、損害賠償請求權是也。

民法上之義務

第三節 民法上之義務

義務之觀念

第一款 義務之觀念

義務者，即在法律上應為一定作為或不作為之拘束也。義務既受法律上之拘束，自呈強制之狀態，而與道德上宗教上之義務不同。且此處所謂之義務，并非公法上之義務（如當兵義務及納稅義務等），乃係私法上之義務。民法上所規定之義務

，自屬於後者無疑。

惟吾人於此所須注意者，厥為義務觀念發達之趨勢。就法律思想之發展而言，義務觀念，發生最早，後以人類已有個人之自覺，乃漸由義務本位，而進於權利本位；及至近代漸因社會之自覺，又有由權利本位而復歸於義務本位之趨勢（即係社會的立法之趨勢，前已屢言）。此後私法關係中，加強義務之規定，亦意中事也。

義務之類
別

第二款 義務之類別

民法上之義務，亦得由種種之觀察，分爲下列數種：

積極義務
與消極義務

第一 積極義務與消極義務

義務既以應爲一定作爲或不作爲爲內容，故前者稱爲積極義務，例如爲他人從事勞務，及給付某物於他人之義務是。而後者則稱爲消極義務，例如不可侵害他人財產之義務，及不可毀損他人名譽之義務是。

緒論 第七章 民法上之權利義務

對立義務
與單存義務

第二 對立義務與單存義務

所謂對立義務者，係與權利相對應之義務，此種義務，乃係權利之反面，可分之為對於相對權之義務，與對於絕對權之義務，前者含有積極義務與消極義務二種；而後者則僅有消極義務一種。所謂單存義務者，係單獨存在之義務，其與對立義務不同者，即在其反面無對應權利之存在。

主義務與
從義務

第三 主義務與從義務

主義務與從義務之區別，係與主權利與從權利之區別相對應。即主義務係與主權利相對應之義務，例如債務人所負償還債務之義務是。從義務係與從權利相對應之義務，例如保證人之擔保義務是。

第四 第一義務與第二義務

第一義務與第二義務之區別，係以發生義務之程序為標準，即不可侵害他人權利之義務，是謂第一義務；儻因侵害而生之賠償義務，則謂第二義務。

第一義務
與第二義務

本論

法例

第一章 法例

編載法例
之必要

第一節 編載法例之必要

民法爲內容浩繁之法典，其條文數量之多（我國全部民法共一二二五條），遠非其他法典所可比擬。故就立法之技術而言，舉凡民法各條所規定之事項，有爲適用於全部之法則者，宜將其列諸編首，作爲總括之規定。此種立法技術，不僅於法條中可免重複之規定，且於系統上可收組織完整之效果，此現代各國之民法，所以多於編首設立法例一章，而爲全部法則之總括的規定也。如瑞士、暹羅及蘇俄之民法是；然亦有不設法例者，如德法及日本之民法是。我國民法則從前例，特於編首

設法例一章（一、五條），規定可為適用於民法全部之法則，實即認為編制上有其必要也。

第二節 法例中所規定之準則

法例中所規定之準則

法例既為民法全部法則之總括規定，自必其規定之法則可供全部民法之適用，非僅供總則編之適用也。就其內容觀之，要不外規定下列可以適用於全部民法之標準法則：一即規定適用民事法規之準則；二即規定法律行為中使用文字之準則。茲為分述如左。

第一款 規定適用民事法規之準則

規定適用民事法規之準則

民事有廣狹二義，廣義之民事，係指全部民事而言，換言之，即除國家生活之事項外，凡係社會生活中之各種事項皆屬之；狹義之民事，係專指商事以外之民事而言。故在民商二法分立之國家，民事與商事既經劃分，則其所謂民事者，自係商

民事之範圍

事以外之民事，然在民商二法統一之國家，民事與商事既不劃分，則其所謂民事者，自係民事與商事之統稱。我國既採民商統一主義，則民法第一條所稱之民事，其將商事包括於民事之內，已不待言。惟除商事以外之特殊民事而受特別民法法規之適用者，就其本質（如森林法、鑛業法、漁業法、土地法等所規定之事項，多含有民事之性質）而言，仍多屬於民事之範圍；不過此種民事，須受特別民法適用之拘束耳。

民事法規
適用之標
準

民事之範圍，已如上述；而此民事所適用之法律若何，自不能不規定一定之準則，依我國民法第一條所載：「民事，（應先依法律規定；）法律未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」觀之，即為規定適用民事法規之標準。可知民事上所適用之規律，應依次以法律、習慣、法理為限。關於習慣法與法理之說明，已於緒論中述之矣（參照民法之法源一章），原無重論之必要。茲欲說明者，則有下列之三點。

（一）即民事上所應首先適用之法規，並非以民法法典為限，舉凡民法法典以外之

公司法、票據法、保險法、海商法以及自治章程、條例、條約並其他特別民法法規中所規定者，皆可適用之。故民法第一條不曰先依『本法』規定；而曰先依『法律』規定者，即係此意。惟適用此等法規之順序，應儘先適用民事特別法之規定，如無特別民法爲其規定者，始得適用普通民法之規定。(二)即如無此等民法法規爲其規定時，始得適用習慣法；惟適用習慣法時，須以不背公序良俗者爲限^(二)；反而言之，如係違反公序良俗者，自不得適用之。至於何者方爲公序良俗之標準，當由社會生活中一切經濟利害所構成之基礎及由此反映之觀念而定之。(三)即民法與習慣法皆無規定時，始得適用法理爲最後之補救；惟此法理之不能直視爲法規，前已言之矣，可知最後所適用之法理，並非視爲法規而適用之，乃以法規處於窮盡時，不得不依此可爲民事規律之法理，而濟法規適用之窮也。

第一款 規定使用文字之準則

規定使用
文字之準
則

使用文字
之規定

民事關係中之法律行爲，固有使用文字而以一定之書面訂定者，亦有不然者。

究之使用文字與否，當視法律上有無明文之規定以爲斷。法律如無明文規定時，其使用與否，全屬當事人之自由；如法律有明文規定必須使用文字時，當事人之法律行爲，即須訂定一定之書面，方能證明法律行爲之成立或權利義務之存在。若不依照法定之方式，除法律另有規定外，其法律行爲爲無效（七三）。民事關係中之法律行爲，明定須使用文字者甚多，例如不動產物權之移轉或設定（七六）、夫婦財產契約之訂立及變更或廢止（七〇）、兩願離婚（一〇五）、作成遺囑（一一八）、不動產之租賃（四二）、處理權之授與（五三）、經理人之特別委任（五五）、代辦商之特別授權（五八）、終身定期金之契約（七三）等，皆須使用文字，訂立一定之方式是也。

使用文字
之種類

至於使用文字之種類，法文中雖無明白之規定，要以使用普通文字爲原則。若當事人約定使用外國通用文字時，法律亦可認爲有效。但以號碼使用於書面時，須

與使用文字分別視之也。

使用文字
之方式

又就使用文字之方式言之，依民法第三條之規定，則不外下列三種：（一）卽作成書面時，雖不限於本人自寫；但必須本人自簽姓名。（二）卽本人如不親自簽名，而用自己印章代之者，其效力亦與自簽姓名相同。（三）卽本人如不能簽名，復無印章代替時，亦可於他人代書本人姓名之下，捺用指印，或畫十字，或用其他符號代替簽名；但必須經二人簽名證明，始與親自簽名生同一之效力。

使用文字
與使用號
碼之效力

復次，關於使用文字與使用號碼時之效力若何？法例亦有一定之規定。蓋以書面中關於數量之記載，如僅以文字或專用號碼表示者，自於解釋上不生若何之問題。惟以文字及號碼爲同時表示或以此二者各爲數次表示，致其表示有不符合而生爭執時，法院如能推知當事人之真意者，自應以當事人之原意爲依據，如不能推知時，則對於同時以文字及號碼爲一次之表示而有不符者，應以『文字』所記載之數量爲標準^(四)。又對於以文字或號碼爲數次表示而致文字與文字不符或號碼與號碼不

符者，應各以『最低額』之記載爲標準^(五)。又對於同時以文字或號碼爲數次之表示而有不符者，則應以『文字所載之最低額』爲標準。此種規定之理由，無非爲免實際上之爭議，而期適用上之便利也。

私權之主體

第二章 私權之主體

總說

第一節 總說

私權之主體與權利能力

第一 私權之主體與權利能力

居今日而云私法關係，可直謂爲社會構成分子間之權利關係，故私法關係之中心，可直謂爲權利關係之中心，此權利關係之中心，即所謂『私權之主體』是也。因而吾人研究民法總則時，即於法例之後，緊接研究私權之主體。茲於本節中，擬就研究私權主體時先應注意之問題，說明如次：

本論 第二章 私權之主體

權利能力

(一) 權利能力 所謂「權利能力」者，即具有私權主體之地位或資格也。各國民法對此權利能力之用語，有用為「私權之享有」者，如法國日本是；亦有用為「人格」者，如德國瑞士是。惟使用私權之享有一語，殊與取得某一特定權利之意義相混，不能包含一般的具有私權主體地位之意義；且使用人格一語，亦有偏於生命，名譽等人格權之意義。故我國民法採用「權利能力」一語，可謂較為適當也（

參照
六條）

義務能力

(二) 義務能力 在現代法制之下，就一般而言，凡有權利者，同時皆為負有義務者，決非古代奴隸僅有義務毫無權利者可比。故於現代而云權利能力，同時即有「義務能力」之含義。不過為說明民法係以權利為中心之結果，以致不並稱權利義務能力，惟稱權利能力耳。

具有權利
能力者

第二 具有權利能力者

我國民法規定具有權利能力者，總稱之曰「人」，而分「人」為「一切自然人

『與法律上所認定之『法人』二種。

權利義務，原為法律上之觀念，因而權利能力，自亦為法律上之觀念。是權利能力之有無及其範圍若何？當依法律之規定以為斷。然法律之為物，又係各個時代本其不同之觀念而成之社會規範，以故何者方有權利能力之問題？終須依各個時代之社會思想而定之。

自然人

(一) 自然人

一切自然
人有平等
權利能力
之原則

凡屬自然人皆有權利能力，此為現代法律所認定之原則。惟此原則之認定，實有其經過之歷史。在昔大家族制度之下，惟家長始有完全之權利能力，其餘服從家長權之家族成員及奴隸，則僅有極狹之權利能力，或竟無之。後因經濟之發達，以致社會經濟之主體，漸由家族而移於家族構成分子之個人，由是家族各成員之權利能力，遂增大其範圍。然以後又因封建經濟之關係，益增階級與職業之差異，以致個人之權利能力，發生極大之差別；迨至近世個人主義之勃興，法國大革命之結果

，始令一切自然人在其私法關係之範圍內，皆有平等之權利能力，而成爲近代法律之根本原則。我國民法第六條之規定，亦不外以此爲根據。

且我國民法所稱之自然人，並不因男女性而有差異，舉凡關於權利能力之始終，行爲能力之限制，人格之保護等規定，適用於男子者，自皆適用於女子，此爲男女絕對平等之原則，非如他國限制女子之權利能力及行爲能力可比也。

又在一切自然人具有權利能力之原則中，對於『外國人』亦包含之，此爲現代法律之特色，我國亦然（參照民法總則施行法第二條）。雖於其他法令中對於外國人之權利能力不無若干之限制；究之撤廢往昔歧視外國人之障壁，承認內外國人平等之原則，不可謂非現代立法之進步。

法人

（二）法人

法人者，即除自然人之外而得爲權利義務之主體者也。故凡一團體並不因其構成分子之增減或變更，而影響其爲權利義務之主體，此爲各國所同然。惟法律對於

人法之構成與活動，究應出於禁遏之態度？抑應出於助長之態度？則依各時代及各地之法律而有種種之差異。當個人主義極盛時代之民法，認有權利能力者，惟限於個人；團體不過於最少限度內可視為例外之個人耳。然至二十世紀資本主義經濟組織發達之社會，不得不認團體有其獨自之存在，而與個人並為權利義務之主體。此種趨勢，實以資本集中之財產的集團（如各種公司）為先驅。及至最近，所有對抗資本團體之各種職業團體及勞動團體，遂亦相應而有急速之發達，同於團體中占重要之地位。此等團體在社會生活中，皆認其於獨立作用之範圍內，一如自然人生而具有權利能力之地位。且因此等法人思想之進步，隨而對於各種團體之理論，亦發生極大之影響，致令向以私法關係僅為個人相互關係之法律思想，根本為之動搖；而認私法關係中個人與團體並重之理論，遂代之而興矣。

行為能力

第三 行為能力

自然人與法人既各具有權利能力與義務能力之地位，然則如何取得特定之權利

與義務（例如從事於買賣，贈與之行爲）？斯爲權利主體在行爲能力上之問題。就自然人而言，須視其智能之發達如何，而爲其能爲行爲與否之決定，如係完全不能行爲者，自須設立一定之保護人以保護之。又就法人而言，則須視其行爲之形式如何，而爲其權利義務是否發生變動之決定。

強行規定

第四 權利能力與行爲能力係強行規定

一人之有權利能力或行爲能力與否？不僅以時代之社會思想爲根據，且於社會交易關係有直接之影響，以故法律對於此等能力之有無、廣狹、始終等等之規定，皆爲強行規定，不得以個人之思想左右之，例如與無權利能力人締結契約，以及設立法律所不許之法人等行爲，皆於法律上不生何等之效力是也（參照一）。

此種強行規定，決不可與個人間約定不爲某種特定行爲之拘束相混同，蓋縱令爲此拘束，亦不能直接左右法律對於權利能力與行爲能力之規定也。惟由此契約所拘束之範圍，如足妨礙個人將來在社會上之活動與向上者，亦爲法律所不許，例如

一定年限以上之受雇，處分將來之全部財產等，多為各國法律所禁止者是也。但拘束個人契約究應至於若何之程度？則為依據各時代之社會情形及倫理思想而決定之重要問題，非於抽象上所能定之也。

自然人

第二節 自然人

第一款 自然人之權利能力

第一項 權利能力之發生

權利能力
之發生
以出生為
始期

第一 權利能力以出生為始期

凡自然人皆由出生而取得權利能力，此即所謂權利能力之『始期』(六)也。權利能力既以出生為始期，即須確定何時為出生？方能決定取得權利能力之時期。茲所謂出生者，乃指與母體分離而言；但須以出生後保有生命而能獨立呼吸者為限，

否則雖與母體分離，仍不得謂爲出生，故死產與產後即死者，自不能謂其具有權利能力也。至於未出生而亦認其具有權利能力者，則爲例外之規定。

胎兒之保護

第二 對於胎兒之例外規定

權利能力之始期，係以出生爲原則。然若絕對適用此原則，使胎兒毫無權利能力，勢必發生不利胎兒，反乎人情之情事，故各國法律，多設例外之規定，我國民法亦然^(七)，對於胎中之兒女，以日後非死產者爲條件，得視爲既已出生，藉以保護其利益，例如由他人之不法行爲而生之損害賠償請求權是也。

保護胎兒利益之範圍

關於保護胎兒利益之範圍，各國立法例有採絕對主義者，即凡屬胎兒之利益，均視爲既已出生，如羅馬法及普奧荷瑞諸國民法^(普國普通法一部一條，奧民二條，荷民三條，瑞民三一條二項)是；有採相對主義者，即胎兒應加保護之利益，均以法律特定之，如德日諸國民法是^(德民八四四條四項又一〇二三條，日民七二一條，九六八條，九九三條，一〇六五條)。我國民法第七條汎稱『個人利益之保護』，即指胎兒在民法上應有之利益而言，自應解爲採取絕對主義也。

胎兒得有
權利能力
之性質

其次關於胎兒得有權利能力之性質，亦有兩說，（一）即擬設說，謂胎兒之權利能力，乃法律所擬設，在其出生前即已有之，此為法國學者所主倡。（二）即條件說，謂胎兒之權利能力，乃以出生為條件，須待出生後，始能溯及既往，而有出生前之權利能力，此為德國學者所主倡。我國民法第七條明定『胎兒以將來非死產者為限』，自應解為採取條件說也。

出生之證
明

第三 出生之證明

關於出生之證明，戶籍簿以及其他書面之記載，固可為有力之證據；然亦決無不可動搖之效力。如有醫師或產婆之證明以及其他材料可資證明者，亦可依據一般之舉證法則，由主張因出生而發生一定法律上效力之一方，負舉證之責任。法律關於出生之證據，既無一定之限制，自得由各種事實證明之。

關於雙生
及性別之
出生問題

第四 關於雙生及性別之出生問題

出生之先後，應以離母體之先後為標準，此於法律關係中確定人之長幼，關係

甚大。普國國法第十五條就雙生子定有明文。我國民法雖無明文規定，亦應為同一之解釋，以先離母體者為長。又對於出生之先後不明時，普國法亦明定以抽籤法定之。我國民法亦無明文，故事實上除依其父母之意思定之外，亦惟有依此法而定之。

至於出生之人，在事實上，男性或女性必屬於一；中性人當為法律所不認，故即於有疑問時，亦須按諸實際決定其為一性。

權利能力
之消滅

第二項 權利能力之消滅

第一 權利能力以死亡為終期

自然人之權利能力，惟因死亡而消滅。換言之，即權利能力惟以死亡為終期，此為我國民法第六條所明定。蓋近代既認一切自然人有完全之權利能力，排斥舊時所定之法外人及準死之制度，故認自然人之一般權利能力，惟以死亡為其消滅之原因。至於後述之宣告死亡，雖為確定一定期間內生死不明者之權利關係起見，得推

定其爲死亡；但若實際上仍尚生存，則其權利能力並不因此而消滅。

死亡之證明

第二 死亡之證明

關於自然人之死亡及死亡時期之證明，較之出生之證明更爲重要；且其證明，更多困難，因之各國法律，多設推定之規定（參照法民法七二〇條以下，德民法二〇條，瑞民法三二條二項）。我國民法僅就宣告死亡人及同時失蹤人，設有推定之規定（九條一）。此外，自應依一般舉證法則，由主張死亡之事實者負舉證之責任。

權利能力之範圍

第二項 權利能力之範圍——外國人之權利能力

就自然人之『一般權利能力』言之。原無範圍之限制。然就『特別權利能力』言之，其中對於外國人及敵國人，亦不無一定之限制。

外國人

第一 外國人

外國人之中，有確有外國國籍者，亦有無任何國之國籍者（無國籍人）；又本國人之中，有僅有本國國籍者，亦有兼有外國國籍者（二重國籍人）。要之凡無我

國國籍者，皆謂爲外國人。惟本段所說明者，乃以外國之自然人爲限，至於外國之法人，俟於後述法人節中說明之。

我國民法總則施行法第二條規定『外國人於法令限制內有權利能力』。此即基於近代認內外人一律平等之原則，前已言之矣。

內外人平等之原則

各國立法例中，亦有以本國人在他國所享有之權利爲標準而與外國人以同等待遇者，即所謂相互主義是也（法奧民法即採此主義）。惟現代各國，則多採平等主義之原則；且採相互主義之各國，亦於事實上與採平等主義者仍得同一之結果；即如德瑞兩國民法，雖無若何規定，究不外認平等主義爲當然。然對此原則，亦不無若干例外之限制，此亦各國所同也。關於各國具體上之限制，當於各法令中研究之。茲就最重要者而言，各國對於特定權利能力，限制外國人享有者，要不外不動產所有權、礦業權等而已。至於以不平等條約之根據，衝破此種限制者，當別論矣。

例外之規定

敵國人

第二 敵國人

關於戰爭中限制敵國人之特別權利能力，或禁止與敵國人交易之問題，若就昔日絕對憎惡敵國人之觀念論之，自須絕對限制或禁止之。迨後漸於敵國領土及勢力範圍內，對其居住者及營業者，僅於不得已之情形中為保護戰爭國之利益計，始加以相對之限制或禁止。然當前次大戰時，各國又不期而破壞此相對限制之精神矣。

行為能力

第二款 自然人之行為能力

第一項 總說

意思能力
與行為能力

欲知行為能力之意義，當以明瞭意思能力之意義為前提。所謂意思能力者，即於精神上能判斷自己之行為應得如何結果之能力也，無此能力者，即無行為能力。蓋吾人之行為，既生法律上之效果，故常須有此意思能力，方能認其具有行為能力也。

自然人生而具有取得權利負擔義務之地位，已如前述。然有權利能力者，不必

皆有行爲能力，故於事實上取得各個權利，負擔各個義務時，須有種種之原因，方能實現。此種原因，多由本人之行爲而成。可知本人之行爲，不論爲合法行爲，抑爲不法行爲，既然皆生法律上之效果，自必行爲者有認識其行爲應得如何結果之意思能力，始有行爲能力之可言。蓋現代法律之根本原理，唯在以個人自己之意思，取得權利，負擔義務；若行爲者無此意思能力時，自不能謂其行爲之結果，係本於行爲者之意思，而使之負法律上之責任。故意思能力，亦可謂爲責任能力之實質要件。

行爲能力，既以意思能力爲前提，故行爲能力之有無或限制，自須以行爲者意思能力之有無或有無之程度爲標準。因之各國立法例，大都分自然人之行爲能力爲三種，（一）卽有行爲能力者，（二）卽無行爲能力者，（三）卽限制行爲能力者。我國民法亦然，故對於何者爲有行爲能力者，何者爲無行爲能力者，何者爲限制行爲能力者，皆以明文規定之。

行爲能力
之證明

關於行爲能力之舉證責任問題，應解爲由主張爲有無行爲能力人或限制行爲能力人之一方，負證明之責任。

外國人之
行爲能力

至若關於外國人之行爲能力，以依其本國法爲原則，我國法律適用條例第五條已明定之。

有行爲能
力人

第一項 有行爲能力人

凡於法律上能爲完全有效之法律行爲者，皆爲有行爲能力人。換言之，即能獨立由法律行爲而取得權利或負擔義務之人也。具有此種能力者所爲之法律行爲，除另有無效或撤銷之原因外，皆絕對爲有效。至於何種自然人始爲有行爲能力人？我國民法雖無明文規定，但從民法規定未成年人及禁治產人爲無行爲能力者觀之，可得反面之解釋，應認成年人及非禁治產人爲有行爲能力人。蓋就通常言之，凡達法定成年後及成年而非精神喪失者，自能本其智識經驗，而有熟計利害之意思能力也。

成年之年
齡

關於成年年齡之規定，因各國種種實際情形之不同，其立法例自難一致，有定為二十五歲者，如丹麥是；有定為二十四歲者，如奧大利是；有定為二十三歲者，如荷蘭西班牙是；有定為二十一歲者，如英美法德意比等國是；有定為二十歲者，為瑞士日本是；亦有定為十八歲者，如蘇俄是。我國民法第十二條規定『滿二十歲為成年』者，蓋亦本諸我國實際情形定之也。

又我國民法第十三條第三項對此成年年齡之原則，亦設有例外之規定，即『未成年人已結婚者，有行為能力』。蓋既達婚姻年齡之程度，雖非法定成年者，亦可使其能獨立而為法律行為，以期便於實際情形也。惟我國早婚之弊，亦為實際上之情形，似此以婚姻補充成年之制度（參照法民四七六條一四四條一四）（五條，瑞民一四條二項又九六條），亦不無討論之餘地。

無行為能
力人

第三項 無行為能力人

無行為能力人云者，即絕對無為法律行為能力之人也。故此種人即於實際上已

爲法律行爲，亦絕對不生效力。依我國民法之規定，凡『未滿七歲之未成年人』及『禁治產人』，皆爲無行爲能力人（一三條一項，一五條）。

無行爲能
力制度與
社會的意
義

惟吾人於社會的意義上研究無行爲能力之制度時，有不得不重加申述者數點。原來無能力之制度，係由貫徹意思能力之理論而成，此種理論，即謂惟有基於判斷力之行爲始有權利義務之可言，其爲個人本位之法律思想，已無容疑。然而現代之法律思想，已由個人本位漸進於團體本位矣，因而此種意思能力之理論與由此理論而成之無能力制度，即不能不受若干之影響。茲爲分析論之。

意思無能
力者之賠
償責任

先就影響於不法行爲之責任而言。無意思能力者損害他人時，似無賠償之可言；但此損害者如爲富豪時，則須令其賠償損害，始於現代團體生活中，深合平衡之觀念。故由鑛業、鐵道、大工業家等經營企業所生之損害（例如由鑛毒、列車事故、工場災害等而生之損害），今則不問是否企業家之故意過失，大都認其負有賠償之責任，此即所謂無過失責任是也。如德國民法（八二條）瑞士民法（債務法五四條）且於某種

程度上以明文定之矣。

意思無能
力者在法
律行為上
之責任

又就法律行為而言。惟有判斷行為應得如何結果之能力者，始生交易行為之效力，此於行為者一方固極為有利；然當現代經濟交易極形繁複極宜迅速之社會，若因一人缺乏意思能力而致其行為為無效或撤銷，則於經濟關係上，必受重大之打擊；且審查一人行為能力之有無，而致影響多面之關係，殊礙經濟交易之發達。故就現代團體生活之實際觀之，為圖團體上經濟交易之發達，則不能不犧牲個人之意思能力也。

要之團體本位之法律思想，對於「無意思能力則無法律效果」之理論，以及本此理論而立之無能力制度，皆不能認為決難動搖之大原則，皆須為團體本位之理論所拘束，此吾人於現代社會中，對此無能力制度之存在理由所應注意者一。

其次，無能力制度雖於本體上為其行為人之利益而設；然亦有不利者在，例如勞動團體或其他職業團體以及地域團體在其團體行動時，若因團體中之一人缺乏意

團體行動
與個人意
思能力

思能力而使團體行動爲無效，勢必團體與個人皆受不利之結果。故在團體行動中，所有個人本位之意思能力及行爲能力之制度，皆須受相當之限制；且於現代社會組織中，因團體行爲之日益加多，則由此而生之制度，亦必日益加多也。此吾人於現代社會中，對此無能力制度之存在理由所應注意者二。

無產者與
無能力制
度

復次，無能力制度，原以保護精神能力不完全者之財產爲目的。換言之。即使無能力者之財產，不致受不當之損失。由此可知總則編之無能力制度，惟於精神能力缺乏之『有產者』，始有防止財產喪失之實益；至若精神能力不發達之『無產者』爲得生活資料而爲法律行爲時，似無若何保護之可言；且在現代社會中，精神力不發達之無產者，自較有產者爲多，故爲防止精神能力缺乏者之不爲生存競爭落伍者起見，已非總則編之無能力制度所能達其目的。近代勞動法及其他特別法中以特別重視未成年人之保護者，卽此故也。此吾人於現代社會中，對此無能力制度之存在理由所應注意者三。

惟是我國民法既規定無能力之制度，即須就其所認為無能力者分別論之。

第一目 未滿七歲之未成年人

未滿七歲
之未成年
人

我國民法既以滿二十歲為成年期，故未達此法定成年期者，自為未成年人。惟此處所謂未成年人者，則為「未滿七歲」之未成年人，而認為絕對無行為能力之人也（一三條）。

考各國立法例關於成年與否之區分標準，向有二種主義。（一）即二分主義，僅分年齡為成年與未成年二期，達於成年者，自認為完全有行為能力，如未達於成年者，則僅認為有限制行為能力。至若是否絕對無行為能力，則須視其實際上有無意思能力而定，此為法日等國民法所採之主義。（二）即數分主義，除分年齡為成年與未成年之二期外，又於未成年期中，分為未滿七歲之未成年人及已滿七歲之未成年人二階段，凡未滿七歲者，無論其有無意思能力，皆完全視為無行為能力，此所以防止實際上無益之爭執也。此種規定，原創自羅馬法，近世如德奧諸國亦倣此

例，我國民法從之。

誠然，人類之精神能力，皆係逐漸而發達，原非一時所能成熟者。法律以一定年齡之距離，遽為區別能力之標準，勢必昨日為無能力者，至今日而有之，似於實際上為極不合理之方法；要之以一定標準定能力之有無或限制者，原為求達無能力制度之目的，不得已而使然也。

禁治產人

第二目 禁治產人

禁治產之
意義

第一 禁治產之意義

禁治產云者，即為自主能力之反面，凡有自主能力人之行為，皆不受他人之干涉，而能獨立行使或處分其權利。反之，行為能力如受禁止，則不能自為權利之主宰，凡法律上有效之法律行為，皆須由他人主持之，此即禁治產之名稱所由來也。受此禁治產之宣告者，即稱為禁治產人。至於民法設此禁治產制度之理由，要不外一則可以保護本人之利益；二則可以維持社會生活之安全。

立法例

關於禁治產之立法例，可大別之爲三種。(一)爲英國派，其對於個人之法律行爲，多取放任主義；即令精神喪失者受精神喪失之宣告後，不得自行管理財產；然不因此認爲無行爲能力人，故不設禁治產之制度。(二)爲法國派，其於民法中設有禁治產與準禁治產之二種，對於心神喪失人則宣告禁治產，爲之置監護人，禁治產者不得自爲法律行爲；另對於精神耗弱人則宣告準禁治產，爲之置保佐人。準禁產人惟於特定重要之法律行爲，始須得保佐人之同意，日本民法倣之。(三)爲德國派，其於民法中不設禁治產與準禁治產之區別，概爲禁治產之規定；但以精神喪失者爲無行爲能力人；而以精神耗弱者爲限制行爲能力人。我國民法雖倣德國民法之規定，僅設禁治產之一種；然我國民法則概定禁治產人爲無行爲能力人，而未定其有限制行爲能力人，其於實際上能否推行無弊，亦不無研究之餘地。

第二 禁治產之宣告

禁治產之
宣告
要件

關於禁治產宣告之「要件」(二四條)，可分爲下列兩點說明之。

實質上之要件

(一) 須『心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者』。此為實質上之要件。所謂心神喪失或精神耗弱者，皆為自然人精神作用上之病態，不過二者僅有程度上之差異，即前者之意思能力，極為欠缺；後者之意思能力，則較為薄弱。要之凡因精神之障礙，以至不能處理自己事務之程度者，即已構成禁治產之實質要件，固不須完全喪失意思能力也。且此精神之障礙，有僅為一時者，其於此時所為之法律行為，應為無效，民法另有明文規定之(七五條後段)；又有為常態者，此乃長期疾病之繼續狀態，故各國民法皆以此為禁治產之要件，而加以保護之也。

形式上之要件

(二) 須有『禁治產宣告之聲請』。此為形式上之要件。依我國民法之規定(一一四條)，對於禁治產之宣告，(甲)須由法院為之；(乙)須基於一定之聲請人。至於宣告程序，則規定於民事訴訟法之中；故民法僅能對於聲請宣告之人設有明文，即本人或配偶或最近親屬二人皆得聲請是也。此處既汎稱最近親屬二人，自不以直系親屬為限，亦不限於幾親等，祇於親等內較為最近者即可耳。

宣告之效

其次，關於禁治產宣告之「效果」，亦可分爲兩點說明之。

(一) 禁治產宣告後，就其所發生之效力言之，一經宣告，即行確定，換言之，即無論何人，非經宣告，皆不能爲禁治產人；而一經宣告之後，則非經撤銷，亦不能爲非禁治產人。且宣告後，發生絕對之效力，不僅對於聲請人爲然，即對於一般人亦然。

宣告在法
律上之效
力

禁治產人
在法
律上
之地位

(二) 禁治產宣告後，就受此宣告者在法律上之地位言之，不外下列二點，(甲) 應置法定代理人。民法對於此點雖無明文規定；但就第七十六條及第九十六條觀之，已極明瞭。此種法定代理人，自係以監護人充之。關於此點之詳細說明，應讓諸親屬法論之範圍。(乙) 即無行爲能力。此爲民法第十六條所明定。申言之，即禁治產人自爲之法律行爲或自受之法律行爲皆爲無效是也。此種規定，係做德奧民法所採之無效主義，概定其行爲爲無效；非如法日民法所採之撤銷主義，對其行爲，僅得撤銷，或僅不得對抗，而不認其爲無效者可比也。

宣告之撤銷

第三 禁治產宣告之撤銷

茲所謂禁治產宣告之撤銷者，並非指由宣告不服之訴以致撤銷而言，乃謂受此宣告者之精神能力業經回復，已無禁治產宣告之必要時，由一定人之聲請而撤銷之也。簡言之，即由禁治產原因之消滅而撤銷其宣告。此為民法第十四條二項所明定。其撤銷之效力，在使禁治產人回復以前未經宣告時之行為能力，故其精神雖已回復，而向未經撤銷其宣告者，亦不能謂為非禁治產人。又如尚有其他限制行為能力之原因者，其行為能力，自應仍受限制。至於撤銷之程序，亦當於民事訴訟法論中說明之。

限制行為能力人

第四項 限制行為能力人

限制行為能力人云者，即謂法律行為能力須受限制之人也。其未受限制之法律行為固得單獨為之；然其已受限制之法律行為，則須得法定代理人之允許，始得為之，如係單獨為之者，自為無效。就締結契約而言，更須經法定代理人之承諾，始

爲有效。故第三人對限制行爲能力人爲法律行爲時，須通知達於法定代理人，始能發生效力也。依據我國舊民律草案對於限制行爲能力人之規定，除滿七歲之未成年人以外，尚以準禁治產人及妻爲限制行爲能力人；現行民法則不然，既無準禁治產人之規定，復於妻之行爲能力不加若何之限制，是則現行民法所定之限制行爲能力人，僅爲滿七歲之未成年人而已（一三條）（二項）至於雖爲未成年人而已結婚者，則爲有行爲能力人，其不能以限制行爲能力人視之，已如前述矣。

住所

第三款 自然人之住所

設定住所
之必要

第一 設定住所之必要

法律以吾人之住所或居所爲標準，而定法律關係者極多，蓋吾人生活關係與住居場所極密切之關係也。我國民法第二十條載有『以久住之意思，住於一定之地域者，即爲設定其住所於該地』，是明定有設定住所之必要。關於設定住所之標準

形式上之住所與實質上之住所

，向不一致，羅馬法以『設置家神祭壇及大部分財產之場所』爲住所之要件，此即基於『形式上』之標準；然時至今日，則以各人輾轉移地之活動，所有設祭祖先之場所，設置財產之場所，經營事業之場所，以及親屬大部分之居所等，皆多散置於各地，終非形式上之標準所能維持。故今多依實質上之標準，而爲住所之設定，換言之，即以吾人生活中心之場所爲住所，如法意荷比德日諸國民法皆以此爲標準。我國民法所謂以久住之意思，『住於一定之地域』者，即指事實上以該地爲生活中心而言，自應解爲採取實質上之標準。申言之，即主觀上須有久住之意思；客觀上須有常住之事實，而後住所之要件構成矣。

複數住所與單一住所

此外，關於住所之設定。又有取複數主義者與取單一主義者之不同。前者即許一人同時得能設定數處住所。如德國民法是（德民第七條二項）；後者不許一人同時設定數處住所，如瑞士及我國民法是（瑞民第二三條二項，我民第二〇條二項）。又依我國民法第二十一條之規定，無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所，此即所謂

法定住所

與任意住所

「法定住所」是也（法定住所，係與任意住所相對稱）。

復次，應與住所區別視之者，則有下列數種：（一）為本籍。此係戶籍或原籍所在之場所，僅表明自然人所生之家與鄉土之關係，不盡與住所為一致；（二）為營業所。此係商業或其他營業之根據地，亦不盡與住所同在一處；（三）為現在地。此係現時停駐之處所，自與住所不同；（四）為居所。為與住所之差別，應於后段特別說明之。

居所

第二 居所

居所云者，即暫時繼續居住之處所也，其與住所不同之點，在其並無久住之意思，自不能設定該處為住所。但居所有時在法律上之效力，亦得視為住所者，依我國民法第二十二條之規定，遇有左列情形之一者，其居所視為住所。

居所視為住所之要件

住所無可考者

（一）住所無可考者 此可包含完全無住所與有住所而無由得知之兩種情形而言。

在中國無住所者

(二)在中國無住所者 此指住所不在中國(例如僑居中國之外國人)，僅於中國有居所而言。故不問其人為內國人或外國人，應視其居所為住所。但本項亦有例外之規定，即依國際私法之原則，次依住所地之法令時，不能以其無住所於中國，即以居所視為住所，而適用中國之法令；設於此時仍適用中國之法令，即有背依住所地法令之法意也。

選定居所亦得視為住所

此外，我國民法又採自由設定住所之原則。如因當事人之特定行為而選定居所者，就其行為，亦得視為住所^(二三)。因係視同住所，故又稱為假住所。此種情形，有依『法律之要求』而選定者，例如訴訟當事人與本住所相距遙遠，法律上為便利計，得命其設一與住所有同一效力之居所，而為訴訟文書之送達；惟此時所選定之居所，當事人自得自由變更或廢止之。又有依『當事人之契約』而選定者，例如住於上海之某甲，與住於天津之某乙，結成買賣契約，關於其買賣之特定行為，乙以住於上海之某處為選定居所時，法律上亦可視為與本住所有同一之效力也。

住所之效

第三 住所在法律上之效果

民法及其他法律對於住所皆附與一定之法律效果，茲就其最重要者言之。

- (1) 爲確定債務履行地之標準（三一四條二項）。
- (2) 爲確定失蹤之標準（八條）。
- (3) 爲確定審判籍之標準（民訴法第二條）。
- (4) 爲受送達之處所（民訴法第一三七條）。
- (5) 爲確定破產事件管轄之標準。
- (6) 爲確定國際私法上應適用何國法律之標準（法律適用條例第二條二項，第三條，第一八條，第二三條四項）。
- (7) 爲取得國籍之要件（國籍法第三條二項一，四條，及五條）。

住所之廢止

第四 住所之廢止

住所之廢止者，即以廢止之意思，離去其住所之謂也。此與變更住所不同。所

謂變更住所者，乃係廢止現時住所，更設新住所；而廢止住所，則係廢止現時住所，不新設住所。至廢止後，是否再行設定住所，當依事實決定之。蓋住所既許各人自由設定，亦應許各人自由廢止。其廢止之要件，亦須於主觀上有廢止現時住所之意思，客觀上有離去其住所之事實。故雖有廢止之意思，而不實行離去；或雖離去其住所，而無廢止之意思，尚欲歸還者，皆不得謂為住所之廢止。

人格保護

第四款 自然人之人格保護

人格保護 之立法例

第一 關於人格保護之立法例

吾人生活關係中之人格與財產，皆為私權中最主要之標的，故法律對於財產權如債權物權等，無不設有極詳細之規定，是則對於財產權之保護，亦應有適當之規定，方稱完善。惟各國立法例關於保護人格權之規定，殊不一致，有於民法中明認人格權者，如德國瑞士等國是（德民八一三條，瑞民二八條）；有於民法中不明認人格權者，如日

本民法是（〇七條）。我國民法，則做前者之立法例，明定人格權之保護。然德瑞兩國民法關於人格保護之規定，亦有編列之不同，德國民法係以之載於債權編中；而瑞士民法則以之載於總則編中，我國民法，蓋做瑞士之例，亦規定於總則編中，實於編纂上較為適當也。

人格保護之方法

第二 人格保護之方法

人格保護之方法，依我國民法之規定，可分為消極與積極兩方面言之。

能力之保護

所謂消極的保護方法，不外下列二種：（一）即權利能力與行為能力之保護。

蓋自然人之權利能力，原係得享權利之資格，其行為能力，原係得為法律行為之資格，二者皆與吾人人格權之維持，有極密切之關係；若將二者之全部或一部，任意拋棄，不僅不能保護個人之利益，抑且不能維持社會之公益，故我民法特以明文規定：二種能力不得拋棄（一六條），此即所謂強制之規定是也。故不問其拋棄之原因若何，亦不問其拋棄者係全部或一部，皆為無效，庶於人格權不至有缺損之虞矣。（

自由權之
保護

二) 卽自由權之保護。蓋吾人於法律範圍內享受種種之自由，原爲吾人人格之活動，若將自由權任意拋棄，或濫加限制，亦必於人格權受莫大之缺損，故我民法十七條特別規定兩點如下：(甲)自由不得拋棄；(乙)自由之權限，以不背公共秩序或善良風俗爲限。此種規定，與不許拋棄能力之規定，同出於兼顧個人及社會之理由，而防強者迫令弱者拋棄其自由或限制其自由之弊也。

人格權之
保護

其次，所謂積極的保護人格之方法，亦有下列二種：(一)爲人格權之保護，各國民法大都以侵害人格爲侵權行爲，而規定保護之方法。我國民法亦然，卽人格權受侵害時，第一得請求法院除去其侵害；第二得請求損害賠償或慰撫金(一八)條。依此規定，故吾人之生命、身體、健康、自由、名譽或節操如受他人不法之侵害時，皆得請求屏除之，設被害人不能自行請求，其親屬亦得代爲請求之。惟人格權受侵害時，被害人或其親屬能否請求損害賠償或慰撫金，則須視法律有無特別之規定以爲斷。蓋單純的人格受侵害時，既難如財產損害之得以金錢估計，自應限於有明

文規定者，始得請求賠償，如我民法第一百九十五條之規定，即其最顯著之適例。惟因侵害人格而致受財產上之損害者，亦可不待特別規定，對此損害，請求賠償，例如因身體或健康受侵害之結果，以致支出醫療費用者，自得請求賠償是也。（二）
（姓名權之保護。民法對於姓名權特設保護之規定者，實始於德國，我國從之。
（德民一二條，瑞民二九條，我國民法一九條）。蓋姓名權為區別人已而生之人格權，關係匪淺，若姓名使用權受侵害時，則不問其侵害之情形究係被他人盜用影射，抑係自己使用而被他人妨害，皆得請求加害人屏除其侵害並阻止之；儻因此而受損害，並得請求賠償。此種規定，所以獨於總則編中載入者，一由於姓名權利有關個人對外活動之全般作用；二由於債編中之一般侵權行為無此規定故也。

死亡宣告

第五款 自然人之死亡宣告

死亡宣告

第一 死亡宣告制度之設立

自然人離去其住所或居所，而至去向不明與生死莫測時，勢必其身分上及財產上之法律關係，皆陷於不確定之狀態，故爲防止其財產之荒廢計，爲其配偶者及繼承人之利益計，且爲國家之經濟關係計，皆有善後處置之必要，此死亡宣告制度之所由設也。惟各國對此制度之立法例，大抵分失蹤人爲數期，各有不同之規定，就法國制度言之，則採『不在宣告制』，而分之爲三期，第一期爲不在之推定，法院得由利害關係人之聲請，爲保護其財產之處置；第二期爲不在之宣告，法院得由假定繼承人之聲請，宣告爲不在者，而使假定繼承人假占有其財產；第三期則自不在日起算逾三十年後，或不在人若生存計已達於百歲時，法院得於聲請後，使其繼承人完全占有其財產，并得處分之（法民一一五條，一二一條，一）。又就德國制度言之，則採『死亡宣告制』，而分之爲二期，第一期爲其財產之管理；第二期爲死亡之宣告，即失蹤達於一定期間後，則宣告其死亡，使與死亡發生同一法律上之效果（德民一三條，一九一一條）。瑞士及日本民法，大抵均仿德國制（瑞民三九條，日民二五條至三二條）我國民法

亦然，規定失蹤人失蹤後未受死亡宣告前，設管財人管理其財產；若經過法定期間後，即為死亡之宣告，而生死推定之效果（八條一〇條）。然我民法仍有與德國不同之點，即關於失蹤人財產之管理，德國民法係規定於親屬編中（一九一條）；而我民法則明定依非訟事件法之規定（一〇條）；且關於死亡之宣告，德國民法明定未滿二十一歲者不得為之（一四條）；而我民法則無此限制也。

第二 死亡宣告之要件

死亡宣告
之要件

失蹤人須具備一定之要件，依照一定之程序，始可受死亡宣告，據我民法第八條之規定，其要件及程序如下。

須失蹤人
生死不明

（一）須失蹤人生死不明 所謂生死不明者，即有足以推測失蹤人死亡之情形也。必須達此程度，而後能起算期間，許於期滿時聲請宣告死亡；若僅一時失蹤不明，而尚不足推測其死亡者，自不能立即聲請宣告死亡，違反立法之本旨。故宣告死亡，須由法院偵查，認為生死不明，足以推測其死亡而後可。

須滿法定
期間

(二) 須滿法定期間 此法定期間，依各國之規定，有普通期間與特別期間兩種。所謂普通期間者，即在原則上，凡失蹤人須經過一定之普通失蹤期間，而後可為死亡之宣告也。其在德國民法則定為十年(德民一四條)；日本民法則定為七年(日民三〇條一)；瑞士民法則定為五年；我國民法係仿德制定為十年(八條一)。至於所謂特別期間者，即因失蹤人之失蹤係有特殊情形（如失蹤人年老或遇特別災難者），而可縮短其失蹤之期間也。其在德國則定為五年或三年(德民一四條二項，一五條一)；日本則定為三年(日民三〇條二項)；瑞士則定為一年；我國民法係仿德制定為五年或三年(八條二項三項)。

關於上述期間之計算法，當依民法一二一及一二三條之規定；至其起算點，因有普通失蹤期間與特別失蹤期間之不同，故在前者之起算點，德日學者多解為應從最後之音信時起；而後者之起算點，德日民法均另設詳細之規定。我國民法既不問其為普通期間或特別期間，均自失蹤時起算，即應解為自有足以推測死亡之情形發

生時爲起算點，必自此時起，繼續滿十年或五年三年者，始爲失蹤期間屆滿，而爲宣告死亡之聲請也。

須經法院
宣告

(三)須經法院宣告 法院依據利害關係人之聲請，偵知已具上述一二兩項之要件，且爲公示催告後，尙無生存事實之呈報者，始能爲死亡宣告之判決。至於死亡宣告之程序，應於民事訴訟法中規定之。惟茲所謂利害關係人者，即指凡與失蹤人有利害關係之人而言，如失蹤人之繼承人，繼承權利人、配偶、法定代理人、財產管理人、受遺人、及因其死亡而得保險金之人皆屬之；他如失蹤人之債權人。失蹤人繼承人之債權人、及失蹤人之債務人因失蹤人之死亡得免債務者亦屬之；又國庫若於失蹤人全無遺產繼承人時，亦得爲利害關係人。

死亡宣告
之效力

第三 死亡宣告之效力

死亡宣告後，究係『視爲死亡』，抑係『推定死亡』，各國亦不一致，日本民法係『視爲死亡』，乃爲確定之義，故在未經撤銷其宣告前，不得以反證推翻之；

而德國民法則定爲『推定死亡』，僅係姑爲測定之義，故欲爲反對主張者，仍得提出反證以推翻之。我國民法係從後者，定爲死亡之推定（九條一項），故對於死亡宣告無撤銷之規定。惟因撤銷死亡宣告或更正死亡時期而有利益之人，仍得提起撤銷之訴。至於撤銷之程序，亦於民事訴訟法中規定之。

其次，死亡宣告後，究應對於何種法律關係發生其效力？各國亦不一致。日本民法則認爲一切法律關係，均因之而消滅，並無例外之規定；而德國民法則認爲財產關係雖完全變動，然婚姻關係並非當然消滅，須至配偶者再婚時始歸於消滅。我國民法既無明文規定，則推定死亡之效力，自應解爲及於一切法律關係，方爲適當。但所謂一切法律關係者，自以失蹤人在宣告失蹤地（即失蹤人之住所或居所）之財產及身分關係爲限。蓋失蹤人受死亡宣告後，苟於實際上尚係生存於他處者，自與普通自然人無異，仍有其權利能力也。

復次，受死亡之宣告者，究應以何時爲死亡時期之標準？亦有種種不同，有以

法院宣告之日或其宣告確定之日爲死亡之日者，如奧之舊民法是也；有以法官判決所定死亡之日及失蹤期間屆滿之日爲死亡之日者，如奧之新民法及德國民法是也；有以最後音信或危難發生之日爲死亡之日者，如瑞士民法是也。我國民法，可謂係採德奧之例，明定受死亡之宣告者，以判決內所定死亡之時日，推定其爲死亡（九條一項）。至判決內所定死亡之時日，除另有反證外，應以失蹤期間最後日終止之時爲死亡之標準，非可由法院任意定之也（九條二項）。

此外，失蹤人如係二人以上，而其失蹤之原因，又係同時遇難者，則其死亡時日之先後，自亦應有確定之標準。儻有事實證明其先後，當可免除爭論；否則，法律上即可推定其爲同時死亡，因之判決內確定死亡之時日，即不妨認二人以上之死亡爲同一，蓋既係同時遇難，又復別無證明，故除推定其爲同時死亡外，實無他法也（一一條）。

法人

第三節 法人

第一款 總說

創設法人
制度之必
要

第一 創設法人制度之必要

法人者，即自然人以外之得為權利義務之主體者也。故民法規定凡於一定目的之下由人的集合而成者（社團），以及凡於一定目的之下由捐集財產而成者（財團），皆為法人，而使其具有權利能力之地位。然則此法人制度之創設，究有若何之必要？此為吾人研究法人時所應首先解答之問題。

社團制度
之作用

先就社團言之：吾人人類之社會生活，無論處若何時代及若何地方，皆非僅以個人為中心，必於個人之外，另有大小強弱無數之團體為社會之構成分子，方能達到社會生活之目的。且此團體之存在，並不因其構成之個人常有變更或增減而受根

本之影響，仍於社會關係中表現其『獨立之地位』，以達其一定之目的。故吾人觀察各種團體之內部關係時，足知團體構成員之自由活動，須於某種程度內受團體之限制，庶能對於外部發揮其強大之能力，以盡發展人類文化之作用，即所謂『社會的作用』是也。

財團制度
之作用

次就財團言之：人類社會中非以個人私益爲目的而從事於財產之集合者，常爲吾人所習見，例如爲教育事業所捐助之財產，及爲公共圖書館所募集之財產皆是也。此種財產之管理，固能託諸個人或團體爲之；然此財產須與其個人或團體之固有財產相區別；且此財產並不因其個人死亡或團體消滅而歸於烏有；否則，此種財產所負之使命，將無由完成。此各國法律爲使此種財產達其一定之目的計，所以有財團法人制度之創設也（大陸諸國多設財團法人制度；英美諸國則設信託制度，其爲達此目的則一也）。

法律對於

第二 法律對於法人所取之態度

法人所取
之態度

法人既於社會生活關係中具有重要之地位，則法律對於法人之成立，自須本其必要之態度，設立一定之規定。惟法律對於法人之規定，因有時代性與民族性之差異，遂有禁止、放任、助長、強制等等不同之態度，欲加詳述，固不屬於研究民法之範圍；然於以下敘述各種學說說明法人本質之連繫上，不能不就近世法律對法人所取之態度，作大體上之考察，蓋以此等說明法人本質之學說，實與當時法律對法人所取之態度，有極密切之關係故也。

先就近世法律對於社團之態度言之：當法國大革命時，個人自由之法律思想已達於頂點，竟認社團為束縛個人自由，妨害社會進步之障礙物，因而當時法律除重視個人之外，惟認國家之存在；至於國家以外之團體，則不問其目的若何，皆受法律之禁止，即令有認社團之必要，亦須於原則上依主權者之命令或法律之特別規定以行之，似此『反社團之態度』，固於當時社會狀態下，盡其歷史上之功績。究之認人類社會生活僅由個人與國家之二要素而成之觀念，原為蔑視事實之態度，故此

態度在十九世紀之過程中，自須陷於改革之運命，而爲此改革之動力者，實卽由於資本集中後大有設立公司之要求，由是各國之法律，對於各種公司之設立，不得不棄前之『禁止主義』，進而採取『準則主義』，申言之，卽凡組織公司係依一定之規則者，大都皆可自由設立之，僅於小部分採取許可主義，須得行政官署之許可耳。

除此資本組織之外，各國對於以公益爲目的之團體，亦取設立自由之態度，如瑞士民法近更超出準則主義，進而採取自由設立主義是也（參照瑞民^{六〇條}）。要之十九世紀之後半期，亦以經濟上之要求，不得不主張團體設立之自由，因而法律遂亦不得不棄其十八世紀以來禁止之態度，而漸推移於放任之態度。

近世法律對於財團之態度

次就近世法律對於財團之態度言之：在個人自由之法律思想下，財團亦不得不與社團歸於同一之運命。然個人活動自由之結果，個人對其私有財產之處分，既有絕對之自由，遂認個人有以自己之財產，組織財團法人之自由，因而法律之態度，

現代法律
之態度

亦不得不由禁止而進於放任。

然至二十世紀時，法律對於社團之態度，復呈轉變之趨勢。蓋已取得設立自由之資本團體，因其組織托拉斯及新的加，獨占市場，威脅一切之結果，遂令各國之法律，不得不傾於阻遏之態度（尤以美國為最著）。惟為利用托拉斯等之組織計，亦不得不於國家監督之下，採取企業合理化之手段，戰後德國所行產業社會化之強制制度，即其適例。

且吾人於此尤須注意者，則為勞動團體之發展。蓋具有政治目的或社會目的之職業團體及勞動團體，原自法國革命以來，備受各國嚴厲之壓制；幾經鬭爭，始於十九世紀後半期，首先打破公法上禁止之規定，繼於私法上獲得獨立團體之地位。然至二十世紀時，各國法律為以合理方法期達規律勞動關係之目的計，又須棄去放任之態度，進而助長勞動者之團結，或顯示強制之傾向。

要之二十世紀時，法律對於社團之態度，已非基於個人自由之放任主義。故為

社團全體構成員之共同利益計，對內則須規律構成員之行動，對外則須發揮其強大之能力，方使社會生活關係之全體利益，合於法律之目的，此吾人於現代法律思想中，知其已由個人本位而移於團體本位矣。

法人之本質

第三 法人之本質

法律既認法人為獨立之權利主體，然則法人之本質若何？此為公私法學者論爭之重大問題，在近世法律學中，固已大放光彩，欲為詳述，自非屬於本書之範圍，故此處僅就主要之學說說明之。

擬制說

(一) 擬制說 此說謂權利義務之主體者，惟限於自然人之個人，故自然人以外而得為權利義務之主體者，究不過為法律所擬設。主此說者，當以德之沙費尼(Saferny)為主要之代表。其在個人意思支配一切之『反團體』旗幟之下，確已盡其適切之任務。然此說僅認自然人之個人為權利義務主體之理論，殊為今日法律思想所不許，蓋人格本為法律所創設，自然人與法人既於法律上擔負同一之社會作用，

具有同一之價值，自於法律上無所軒輊，皆有同一之人格，故此說認法人為法律所擬設而非實體之存在者，非確論也。

法人否認說

(二) 法人否認說 此說之主張，不外認定法人之本體，如係法律所擬設，則除個人或財產之外，終無法人實體之存在。屬於此說者，又有下列之三派。

無主財產說

(1) 無主財產說 此說認為法人之本體，原係一無主之財產體，其為特定之自然人而存在者，是曰屬人財產，其為特定目的而存在者，是曰目的財產。此說以布林茲(Brain)主張為尤力。

受益人主體說

(2) 受益人主體說 此說認為享有法人財產利益之多數個人，即為實質上之主體，而所謂法人者，不過形式上為權利之歸屬者而已。由此論之，則社團法人之真正權利者，乃為社員，而財團法人之真正權利者，則為貧者病者及因財團而受利益之人也。耶林(Hering)即為此說之主倡者。

管理人主

(3) 管理人主體說 此說認為現實上擔任法人財產之管理者，即為法人之主

體說

體。赫爾德 (Holder) 賓德 (Binder) 等主倡之。

此等法人否認說，尙能於實質上觀察法人制度有其存在之理由，故有以利益之歸屬爲法人之本體者，有以現實上存在之財產或現實上活動之管理人爲法人之本體者。以之與擬制說認定法人爲法律所擬設（卽除現實的個人或財產之外，不認另有他物之存在）之理論相比較，亦有不可忽視之功績。然從現行法之解釋觀之，終不能否定法人本身之存在；且於實際考察中，應知法律所重視之實體，並不限於個人與財產。是法人否認說之不合於現代法律，已不待煩言而解矣。

實在說

（三）實在說 此說謂法人並非法律所擬設之空虛物，乃係社會中之一實在物。又因其觀察點之不同。可分爲有機體說與組織體說之二種。

有機體說

（一）有機體說 此說爲基爾克 (Gierke) 在其不朽名著之德國團體法論及團體學說論中所主倡。其認吾人社會生活中，常有不少之結合體，此結合體一經組成後，卽成爲統一體，有其『固有之生命』，確與自然人無異；不過自然人爲自然的

有機體，具有個人之意思；此統一體則爲『社會的有機體』，具有『團體之意思』。而對此社會中實在之統一體，認其具有權利義務之主體地位者，卽爲法人。

此說力倡團體具有重要之社會作用，對於個人主義法律思想，與以根本上之批評，而至征服擬制說等等反團體之思想，確有不可湮滅之功績。然其研究之主要點，不免以社會學與法律學相混同，故自社會方面觀之，固可謂法人爲一有機體，有其實體之存在；但自法律方面觀之，則法人之所以得爲權利義務之主體者，乃本諸法律而使然；若謂其不待法律規定而能逕自存在者，非確論也。

組織體說

(2) 組織體說 此說不謂法人之實體爲社會的有機體，而謂其在法律上爲有獨立意思之組織體。法之米休 (Meuhoud) 沙列由 (Salieles) 等主倡之，日本多數學者亦然。

此說矯正前說立於法律論之圈外，僅謂法人爲社會有機體之觀念，力主法人爲法律上之組織體，其在實在說中，已較有機體說爲進步，故由法律論之立場言之，

實可謂爲正確也。

惟吾人於此所須注意者：卽社會生活中，團體原能自發的活動，有其獨立之生命，不應以法律之力，濫加禁遏或擬制之也。故欲問法人爲實在體之本質若何？當先明瞭社會生活中除個人以外，法人亦能因其擔當獨立之社會作用，而有得爲權利主體之社會價值。是法人在法律上之根據，惟在有此作用與價值耳。至若何者方有此作用與價值？當就社會生活之實際情形與其反映之法律思想，併相研究而定之。

法人之社會作用與社會價值卽其在法律上之根據

法人之分類

第一款 法人之分類

現代社會中，法人之種類，實極繁多，其由民法所規律者，不過係一少部分，其他大部分，多由特別法規律之；然民法之規定，能適用於特別法所規律之法人者亦不少。蓋民法中基於法人根本理論之規定，除特別法無特別規定外，自能適用之也。今爲避免繁難計，僅就法人中最主要之種類，分述如左。

第一 公法人與私法人

關於公私法人區別之標準，向來學說紛紜，莫衷一是，就其大要言之，有謂公法人係以公益爲目的，私法人非以公益爲目的者；有謂私法人能爲私權之主體，公法人不能爲私權之主體者，此皆僅以某種單一之標準爲區別，忽視全面之觀察。設吾人爲總括之考察時，即知公法人固以公益爲其主要之目的；然私法人而以公益爲目的者亦不少，如公益法人是也。又私法人固能爲私權之主體；然公法人亦能爲私權之主體，如享有私法上之財產是也。故爲公私法人之區別時，應作全面之觀察，視其主要之目的與職務若何，以及是否強制加入與有無特權賦與諸點而定之。是則凡依公法規定之法律事實所產生，而以行使及分擔公的職務爲主要目的者爲公法人，例如國家、地方團體（省縣市等）、公共團體（如水利組合、水產組合、畜牧組合、森林組合等）、營造物法人（如國立學校、郵政、電報、鐵道等）是也。凡依私法規定之法律事實所產生，而以經營私的事業爲主要目的者爲私法人，例如民法

及其他特別私法所認定之社團法人及財團法人皆是也。

社團法人
與財團法
人

第二 社團法人與財團法人

私法人中，可分爲社團法人與財團法人二種。社團法人者，係以社團（人的集合）爲成立要件之法人也，簡稱曰社團。財團法人者，係以捐助行爲（財產集合）爲成立要件之法人也，簡稱曰財團。故社團須有二人以上之組織體，法律始能認爲私權之主體；財團須於捐助行爲成立並生效時，法律始能認爲私權之主體。因之社團成立後，設立人仍爲其分子，而稱爲社員，由社員組織總會，成爲社團之意思機關。當其設立時，固須訂定章程；然因有意思機關，亦可於設立後隨時變更之，故謂社團爲富於彈力性之法人。反之，財團既須以捐助行爲爲成立之要件，則其目的及組織並財產等，即須完全由此行爲確定之，而此行爲遂成爲決定財團之根本意思，其成立後，別無意思機關，其設立人，亦非構成分子，故謂財團有固定性者，即此意也。

第三 營利法人與公益法人

我國民法，明分社團爲二種：一爲以營利爲目的之社團，二爲以公益爲目的之社團（四五條、四六條）。前者可簡稱爲營利法人，例如民事公司及商事公司是也。後者可簡稱爲公益法人，例如以政治、宗教、學術、技藝、慈善及其他社會公益爲目的之團體，皆屬之。此種分類，係仿日本民法之規定（日民三四條、三五條），日本學者，已謂其不合於理論與實際，故自立法言之，不如仿德瑞民法（德民二一條二二條、瑞民六〇條）分爲營利法人與非營利法人，較爲妥當。蓋依營利與公益之區別，則營利法人，必須有營利之積極條件；公益法人，則除須有公益之積極條件外，並須有非營利之消極條件。是不以營利爲目的亦不以公益爲目的之社團，如社交俱樂部、運動俱樂部等，則必無所歸屬矣。至若一面以營利爲目的，一面又以公益爲目的之社團，則惟有以營利法人視之也。

法人之成立

第三款 法人之成立

第一 關於成立法人之立法例

立法例

法律對於法人所取之態度，前已述其變遷之大約矣。茲就成立法人之立法例所採之主義言之，不外左列數種。

自由成立主義

(一) 自由成立主義 採此主義者，對於法人之成立，無須何種形式上之要件，惟須具備法人之實質（即多數人之結合與團體之規則）時，即承認其人格。瑞士之非營利法人屬之。

特許主義

(二) 特許主義 採此主義者，對於法人之成立，必須特受命令或法律允許。各國之國家銀行及其他特殊銀行，多係依此而成立，欲加研究，自屬於各種特別法之範圍。

許可主義

(三) 許可主義 此即須得主管官署之許可始能成立之主義，凡財團法人及公

益社團法人多適用之。

準則主義

(四) 準則主義 此即以法律豫先規定法人設立之要件，凡依此要件而設立者，不須官署之許可，當然成爲法人。惟採此主義，通常須負登記之義務。如營利法人（公司）。則以依此主義爲適宜。

強制主義

(五) 強制主義 此卽於一定之範圍內，對於法人之設立，國家加以強制之主義。法人之應採此主義者，亦復不少，欲加研究，自亦屬於各特別法之範圍。

惟就我國民法之規定言之，關於財團法人及公益社團法人。係採許可主義（四九條五）；關於營利社團法人，則採準則主義（四五條），並規定無論何種法人，均須經主管官署登記，始得成立（三〇條）。

今就上列數種主義，爲統一之考察時，亦可知其各有短長。蓋社會生活中，爲使自發之團體完成其社會作用計，固以自由設立主義最爲適當，然因其內部組織難爲一般人所明瞭，實於營利法人中不免害及交易之安全。許可主義固可矯正此弊，

然因須得主管官署之裁量，不免阻礙團體之發達。準則主義有時或可補此兩種缺點。至特許主義與強制主義，則各有其特殊之作用，不能用為一般法人之原則。要之此等主義。固各有所長。亦各有所短。故於立法上宜考量團體之目的。分別採用適當之主義而後可。我國民法對於法人所取之態度，已如上述。惟吾人所須注意者，對於公益以外之非營利團體，不妨採用自由設立主義，俾其有充分發展之機會。至於強制主義，原為國家積極干涉私人經濟關係之重要手段，其適用之範圍，今後或有日漸擴大之趨勢，亦未可知。

第二 法人須依法律而成立

法人須依
法律而成
立

我國民法，明定『法人非依本法或其他法律之規定，不得成立』(二五)。蓋法人與自然人之人格，同為法律所賦與，故本條揭示排斥自由設立主義，明定法人之組織，須依法律規定始得成立之一大原則。就本條之解釋而言，其所謂『法律』者，自無命令之意義在內。因法人之設立（即人格之賦與），為重大之事項，故須依

『法律』之規定，較爲慎重。至其所謂『其他法律』者，即指其他特別法而言，如規定商事公司之公司法是。可知民法上之法人，須依民法之規定而成立，其他法律上之法人，須依其他法律之規定而成立也。

法人之能
力

第四款 法人之能力

法人之能力，可分爲三點說明之，（一）即權利能力，（二）即行爲能力，（三）即責任能力。此等能力問題，與法人之本質論有密切之關係，故關於法人之學說，自從擬制說移於實在說以後，其能力之範圍，遂逐漸擴大矣。就現代之法理觀之，不外下列之趨勢，（一）認法人之權利能力，除以男女性及年齡身體等爲前提之權利義務原非法人所能享有以外，其他凡屬法人目的範圍內之權利義務，皆得享有之。（二）認法人之行爲能力，凡於社會關係中其所負擔之必要任務，皆得從事完成之。（三）認法人之責任能力，凡以法人絕大之信用爲背景所爲之不法行爲，

皆為法人自身之責任，須賠償之。茲為逐項說明如左。

權利能力

第一項 法人之權利能力

法人既為私權之主體，自有權利能力。惟其範圍若何？則有兩種立法例之不同：

- （一）謂法人僅於其目的之範圍內始有權利能力，此為日本民法所明定（日民四三條）。
- （二）謂法人之權利能力，原則上與自然人無異，不過例外關於自然人所專有者，不得享受之，此為瑞士民法所明定（瑞民五三條）。

我國民法則從瑞士之例，明定「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力，但專屬於自然人之權利義務，不在此限」（二六條）。可知我國民法，認定法人並非僅限於其目的之範圍內始有權利能力，原則上乃與自然人相等；不過有左列二種限制耳。

基於法令之限制

第一 基於法令之限制

法人之所以有權利能力，原為法律所規定，則其權利能力之範圍，自得以法令限制之，此與自然人所同然。惟限制自然人之權利能力，係基於「法律」之規定；

而限制法人之權利能力，則基於『法律及命令』之規定，此爲二者之不同點。就法人受此限制觀之，亦與外國人（自然人）之應受此限制相同。至於所謂『在法令限制內』者，即指得以法令限制而言（如食鹽專賣，鐵路國有，非私法上之法人以能經營者，即應受其限制，不得爲權利義務之主體是也），故於法令未特設限制者，自與自然人無異，仍得享有同一之權利能力也。

基於性質
之限制

第二 基於性質之限制

我國民法明定專屬於自然人之權利能力，非法人所得享有者，此乃仿自瑞士民法之規定（瑞民五三條）。他國民法雖無此項明文，當然有此同一之解釋。例如自然人所專有之親權、生命權、身體上之自由權等，自非法人所能享有之；但非專屬於自然人之稱號權、名譽權、精神上之自由權以及包括受遺權等。法人仍得享有之。

行爲能力

第二項 法人之行爲能力

法人行爲

第一 法人行爲能力之意義

本論 第二章 私權之主體

能力之意義

法人為取得其權利能力範圍內之權利義務，或管理處分其已享有之權利義務，自於實際上有行為之必要，此為自然人所同然（關於行為能力問題，自然人與法人亦有不同之意義，故於效果上，自然人如係無能力者，其行為自歸無效；然在法人行為能力範圍以外之行為，雖不能成為法人之行為，仍無影響於法人之權利義務）。惟法人之行為，終必待諸自然人行之，故關於代替法人活動之問題，因學說各異，致有謂法人為有行為能力者，亦有謂法人為無行為能力者：依擬制說之主張，則謂法人原無行為能力，不過依其代理人之行為，得以取得權利義務耳。然依實在說之主張，則謂法人既有團體之意思，則本此意思所表現之法人機關之活動，自為法人之行動，不能謂法人為無行為能力也。

瑞士民法，更以明文規定法人為有行為能力者（瑞民法五五條），我國舊民律草案亦然（舊民草六二條）。現行民法雖無此明文，但自解釋言之，其認法人有行為能力，自無疑

義（參照二七條二項及五〇條一項之規定）。

何人實現
法人之行爲

第二 何人實現法人之行爲

法人之行爲，畢竟須由自然人實現之，故自然人於一定之場合所爲之行爲，即認爲法人之行爲。而此代法人爲行爲之自然人，即謂法人之「機關」。凡屬法人行爲能力範圍內之行爲，皆可由此機關行之。至於何人成爲法人之機關，當由法人之內部組織而定之。就一般而言，法人係以董事爲其機關（二七條）。董事以外之清算人，雖亦具有爲法人機關之地位，但以一定之範圍爲限（四〇條），不若董事之權限，能就法人一切事務，對外代表法人也（二七條三項）。法人對於董事之代表權，亦得加以限制；惟其限制不得對抗善意之第三人（二七條三項）。

第三 法人機關在行爲上之形式問題

法人機關與法人之關係，較之本人與代理人之關係，尤爲密切。因之董事在其行爲之形式上，應如代理行爲須表明係爲本人（即法人）而爲之，始符代表法人之實。然於事實上，難免董事不無冒名營私之情事，故就其營私之行爲言之，在不知

法人機關
在行爲上
之形式問
題

者當認爲法人之行爲而成立（因其行爲係屬於法人行爲能力之範圍），否則知其爲董事個人之行爲時，則不生法人行爲之效力，應視爲個人行爲而成立也。

責任能力

第三項 法人之責任能力

法人有無
責任能力
之問題

第一 法人有無責任能力之問題

對此問題之答案，殊不一致。就法人擬制說而論，因其認定法人本身不能有行爲（無行爲能力），自不認法人有責任能力。若依實在說論之，法人既依其自身之意思而爲行爲，則其行爲自能有時加損害於他人，此行爲即成爲法人自身之不法行爲，須由法人負賠償之責任。我國民法規定「法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責任」（二八條），是明認法人具有責任能力也。

不法行爲
之要件

第二 不法行爲之要件

關於法人不法行爲之成立要件，就我國民法第二十八條之解釋而言，須注意以

下之二點。

須爲法人
之董事或
職員所爲
之行爲

(一) 須爲法人之董事或職員所爲之行爲

能認爲法人之行爲者，應以其董事或職員之行爲爲限。至於總會雖亦爲法人之機關；然因其對於外部無若何行動，故無責任能力之可言。

須因執行
職務所加
於他人之
損害

(二) 須因執行職務所加於他人之損害

法人之董事等惟於執行職務之範圍內，始能代表法人，換言之，即董事等之行爲惟於職務行爲之範圍內，始能成爲真正之法人行爲。否則，如爲職務範圍以外之行爲，乃爲單純個人之行爲，其不能成立法人之不法行爲。自不待言。惟此所謂職務範圍內之行爲，必須於外形上足認爲該董事等之職務行爲，或與之有密切關係之行爲，即可成立。故在此職務上所爲之行爲，則不問其爲侵權行爲與否，亦不問其爲作爲或不作爲，且不問其爲法律行爲或事實行爲，只須因此而加損害於他人者，即成爲法人之不法行爲，法人應負連帶之責任。

至於董事或職員爲加害行爲時，是否須有故意或過失，法律雖無明文規定，亦可解爲應與自然人相同，關於此點，俟於說明不法行爲中詳述之。

第三 董事或職員本身之責任問題

董事或職員本身之責任問題

關於董事等爲不法行爲之責任問題，可分爲下列數點說明之。

法人與董事等之責任

(一) 法人負責時，該行爲人是否亦應負責之問題，如依擬制說論之，其認董事之行爲，僅係董事個人之行爲，故雖法律有特別之規定而使法人負責時，亦於董事個人行爲不生若何之變化，仍應視爲董事個人之行爲，由其負不法行爲上之責任。然由實在說論之，則認爲董事之行爲，係吸收於法人之組織中而成爲法人之行爲，早已失其個人行爲之意義，不能視爲該行爲人之責任。且實在說之論者，復主張董事等之行爲，同時具有組成法人行爲與自己個人行爲之二面關係，在前一關係中發生團體之責任，在後一關係中發生個人自身之責任。我國民法，卽本此意義，而使該行爲人連帶負責。蓋一則促其執行職務時有特別之注意；一則保護被害者之利

董事等對
於法人之
責任

益，使其對於法人本身與該行爲人，皆可行使其損害賠償請求權也。

(二) 董事或職員對於法人之內部關係，應以善良管理人之注意，行使其職務，倘違反此種義務而致損害他人時，法人亦可令其負賠償之責任。且董事等如違反職務或其他契約上之義務而致損害法人時，法人自亦有賠償請求權。

職務外爲
行爲之責
任

(三) 董事等於職務外所爲之行爲而致加害他人時，既不能成爲法人之行爲，自非法人之責任。然法律對之，不問其中是否因法人之共同不法行爲而成立，一併規定法人須負連帶之責任者，無非爲顧全團體之信用，保護第三者之利益計耳。

法人之機
關

第五款 法人之機關

執行法人之事務及決定法人之意思者，皆爲法人之機關。執行事務之機關，可稱爲執行機關。如董事及其他職員是也。決定意思之機關，可稱爲決議機關，如社員總會是也。後者惟社團法人始須具備，前者則爲財團法人及社團法人均須具備之

常設機關。構成此等機關之自然人，可統稱之爲機關組織員，其在執行機關者，則稱之爲職員，其在決議機關者，則稱之爲社員，此等人員對外代表法人與第三人之關係，乃以單純組織員之資格行之，並無個人獨立之人格。至其對內與法人之關係。仍有個人獨立之人格，發生種種權利義務之關係，如董事對於法人既有執行事務之義務，卽有請求報酬之權利；社員對於法人有爲社員之權利及其出資之義務是也。

我國民法對於法人之組織，係將董事規定於法人之通則中，而以總會規定於社團之內，故本處僅於次項說明董事，而將總會於以後說明社團時述之。至於監事及董事以下之職員，則爲法人之任意機關（非若董事爲法人之必要機關）其得依法人章程規定之，自不待言。故於法條中略而不備，茲亦略而不贅。

董事
第一項 董事

董事之選
第一 董事之選任與解任及退任

任與解任
及退任

董事爲法人必須設備之機關，此爲民法第二十七條第一項所明定。其選任之方法，得由章程定之（四七條）；且社團董事之任免，並須經總會之決議（五〇條二款）。

至於董事之人數，雖無明文規定，自應解爲不限制，可視法人事務之繁簡而定之。

資格

得能充當董事者，自以自然人爲限，故不能以法人充當法人之董事。且董事之資格，如法律有消極之限制時，自應從之，故如褫奪或停止公權之人，禁止其充當董事者，即不得以之爲董事。

選任行爲

關於選任行爲之性質，有謂之爲單獨行爲者，有謂之爲契約者，惟多數學者皆從後說，蓋董事責任，至關重大，若不經被選人承諾，即須負擔，殊爲失當，故選任行爲在法律上之性質，應解爲係由委任或類似委任之契約而取得董事之地位。

解任及退任

董事之解任及退任，自亦應從章程或捐助行爲之規定，惟此規定如不完全時，法院得因利害關係人之聲請，爲必要之處分（六二條二項）。

登記

董事之任免與其姓名住所及其代表權之限制，皆爲應行登記之事項（四八條四款及八條四款）。

六及七款)。如不登記，則不得以之對抗善意之第三人(三一條)。

董事之職務及權限

第二 董事之職務及權限

董事之職務及權限，可分為對外(法人代表)與對內(事務執行)二種。董事既有從事於此等行為之權限，同時即負有善為處理之義務。如誤此職務之執行，須

責任

對法人負責。此義務之根據，一如前述係由類似委任契約而生也。

法人代表

(一) 法人代表

董事對外代表法人，此為民法第二七條第二項所明定。故凡屬法人之行為，董事均得代表為之，此種權限，稱曰代表權。惟此代表權，不可以之與代理權相混同，蓋由代表機關所為之行為，直屬於法人之行為，且不以法律行為為限，舉凡事實行為亦得為之；至若代理人所為之行為，則為代理人之行為，不過其效力及於本人，且僅以法律行為為限，二者之區別，顯然可見。惟他國法律，亦有規定董事代表法人為行為時，得準用代理規定者，我國民法雖無此種規定，亦應有此同一之解釋

代表權之
限制

代表權之範圍，原以及於一切為原則；然因左列之情形，亦得加以限制。

限制之一

(1) 受章程及總會之限制 此種限制，如關於一定之行爲，須得總會之同意，或須各董事共同代表之類是也。惟其限制之程度，須令董事不失為代表機關之本質；且其限制，並不得以之對抗善意之第三人^(三一)。

限制之二

(2) 法人與董事之利益相反時 董事對此利益相反之事項，不應有代表權。他國民法^(參照德民三〇條)對於此點，有許法人得設特別代理人代表法人而為之。其權限

特別代理人

雖限於該事項，然其為法人之機關，亦與董事相同。至於董事中之一人與法人之利益相反時，則可由其他董事代表為之。我國民法雖無此項明文，亦應解為得以章程訂定之。

限制之三

(3) 複任權之限制 法律為重視董事之職務，除由章程或總會之決議不加禁止外，本不宜允許他人複行代任董事之職務；然就某一特定之行爲，亦不妨使他人

代之之（參照日民五五條）。我國民法亦無此明文，應可準用關於代理之規定。

事務執行

（二）事務執行

董事處理法人一切事務，維持法人內部組織，此為對內關係，已如上述。茲就董事應行事務中之最重要者，述之於次，但非僅僅以此為限，自不待言。

聲請登記

（1）聲請登記 凡屬法人應行登記之事項，董事皆須聲請登記之（三一條，又法人登記規則四）。

編造財產
目錄及社
員名簿

（2）編造財產目錄及社員名簿 董事應行此種事務，已為民法總則施行法所明定（該法第八條）。所謂財產目錄者，即法人之積極或消極財產之總目錄（即關於貸方及借方之表冊）也。其所以必須編造者，在使法人財產狀況明確，以備監督者之檢查及便於第三者之知悉；且能由此防止董事個人財產與法人財產之混同，故董事不僅於設立法人時，應編造『基本財產目錄』，且於成立後，關於『年度財產目錄』，亦應編造之。

至於社員名簿，乃記載全體社員之姓名，而使他人得悉法人係由何人組織之簿冊也。如有變更，即須訂正。

召集總會

(3) 召集總會 總會為社團之最高機關，社團非由集會之決議，即不能開始活動，故董事必須召集之(五一條一項)；但有全體十分之一以上之社員，表明會議目的及召集理由，請求召集時，董事亦須召集之(五一條二項)；若董事受此請求後，於一月內不為召集者，得由請求之社員呈經法院許可後，逕行召集之(五一條三項)。蓋恐董事有故意不召集之情事，故設此特別規定也。

為清算人之權限

(4) 為清算人之權限 法人解散時，原則上係以董事為清算人(三七條)，故董事有為清算人之權限。

聲請破產

(5) 聲請破產 法人如至不能清償其債務時，董事即須聲請破產；否則應負損害賠償之責任(三五條)。

董事相互

第三 董事相互間之權限問題

本論 第二章 私權之主體

間之權限
問題

董事如有數人時，其相互間所發生之權限問題，除章程有特別之規定及由總會決議外，應由董事會以多數決之，此通例也。

臨時董事

第二項 臨時董事

臨時董事者，即因正式董事出缺，不及經過一定程序另選董事，得由法院依利害關係人之聲請，臨時選任之董事也。其權限仍與正式董事無異，不過於正式董事選出後，即失其地位耳。我國民法雖無此項明文；然董事為法人不可欠缺之機關，設正式董事一旦出缺而又不及選出繼任董事時，自應有此救濟之辦法也。

所
法人之住

第六款 法人之住所

法人在其法律關係上，亦有設立住所之必要，此與自然人所同然。故民法規定『法人以其主事務所所在地為住所』(二九)。所謂主事務所者，即法人據為統率一切之處所也。法人設立時不於該處登記，則不能以之對抗第三者。若法人設有數事

務所時，應以其樞要之事務所爲主事務所，其他之事務所則爲分事務所。又若章程中所定之住所而於事實上已失其主事務所之實效時，亦可視爲主事務所已移於他處。至於住所所在法律上之效果，因其與自然人節中所述者相同，故略之。

法人之登記

第七款 法人之登記

法人之登記者，即將法人之成立及其存續之主要事項，登錄於其主管官署之公簿也。其登記究爲法人之成立要件？抑爲法人之對抗要件？各國立法例殊不一致，如德國民法係從前者（德民二一條），日本民法則從後者（日民四五條）。我國民法既明定法人非向主管官署登記不得成立（三〇三條），是以登記爲其成立要件，已無疑義。至其登記之處所，自須於法人主事務所及分事務所所在地之主管官署行之（八四條二項）（六一條二項）。茲就登記之種類，說明如左。

設立登記

第一 設立登記

本論 第二章 私權之主體

此即於設立法人時所行之登記。其應登記之事項，已爲民法所規定（四八條）（六一條）。否則，法人不得成立（參照三）。且在應經許可後始能設立之法人（如以公益爲目的之社團及財團），其設立之登記，應經主管官署許可後始能爲之（四六條）（五九條）。惟在民法總則施行前已得主管官署之許可者，亦可不再經許可，逕於民法總則施行後三個月內，聲請登記爲法人（民法總則施行法第五條）。

補行登記

第二 補行登記

此即法人登記後，尚有應登記之事項時，所爲之登記。不爲此種登記，則僅不得以之對抗第三人（三一）。

變更登記

第三 變更登記

此即曾經登記之事項有變更時所爲之登記。不爲此種登記，亦不得以之對抗第三人（三一）。

消滅登記

第四 消滅登記

此即曾經登記之事項已消滅時所爲之登記。民法雖無此明文，然法人登記規則中，則有此規定（該規則五條）。如不爲此登記，自亦不得以之對抗第三人。

法人之監督及罰則

第八款 法人之監督及罰則

第一 屬於主管官署者

屬於主管官署者

監督

凡受設立許可之法人，其業務皆由主管官署監督之。主管官署隨時得以其職權檢查法人之財產狀況及其有無違反許可條件或其他法律之規定（三二條）。蓋以法人之設立，既須經主管官署之許可，則其成立以後，自以主管官署監督其執行業務爲適當。

罰則

受設立許可法人之董事，如不遵主管官署之命令或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰（三三條）。此所謂罰鍰者，係爲實施監督所科之秩序罰，原與罰金不同，故不能適用刑法之規定，縱無故意過失，亦得處罰之。惟法人本身原無犯罪之能

力；且前大理院亦有法人不能處罰之解釋（統字一八四號及一二六五號），故僅得對其不遵監督命令或妨礙檢查之董事，處以罰鍰，此亦多數立法例所同也。

至於法人違反設立許可之條件時，主管官署得撤銷其許可（三四條）。且法人之目的或其行為如有違反法律或公序良俗時，主管官署並得請求法院解散之（三六條）。

屬於法院者

第二 屬於法院者

法人之清算監督權與法人之解散權，皆屬於法院。故法院隨時得以職權為監督上必要之檢查（四二條）（四三條）。清算人如不遵法院監督命令或妨礙檢查時，得處以五百元以下之罰鍰（四三條）（四三條）。

則監督及罰

關於解散清算之所以與業務執行異其監督機關者，蓋由於解散清算為財產之結束，對於法人之目的，已無若何之關係，且此結束與第三者之關係，至為密切，故以屬於法院監督為適當。

法人之變更

第九款 法人之變更

法人就其章程或捐助行為及其組織與目的等是否得能變更之問題？以及如何變更之問題？須視法人之本質決定之。

社團法人之變更

第一 社團法人之變更

先就社團法人「章程」之變更而言：其章程訂定以後，是否得能變更？各國立法例殊不一致，英國係將章程分爲基本章程與非基本章程二種，因之規定前者不許變更，後者則許變更。我國民法則無此區別，惟規定社團法人之章程，得經社員總會之決議變更之（五〇）。不過關於變更章程之決議，須以極慎重之形式行之（參照

章程之變更）；且規定受設立許可之法人（即以公益爲目的之社團）變更章程時，除經極慎重之決議外，並應得主管官署之許可（五三條二項），蓋其設立時既經干涉，則變更章程時亦應干涉也。

目的之變更

次就社團法人目的之變更而言：學說及立法例亦不一致，有謂目的為法人之生命，絕對不能變更者，認為變更法人之目的，即無異消滅法人，創設新法人；有謂法人之目的，並非不能變更，不過以此為法人最重要之事項，須得全體社員之同意，始能有效。以前我國民法新草案係採前說（五六條一項），德瑞等國民法則採後說（德三三條，瑞民七四條）。我國現行民法關於此點，雖無明文規定，自應解為得能變更之，蓋非如此，即不足以應時勢之變遷，合於社團之活動性也。

第二 財團法人之變更

財團法人之變更

財團法人之本質，原與社團法人不同：因社團之設立人為社員，故其章程等等之變更，皆得由其決議機關行之。至若財團之設立人，則為捐助人，此捐助人自以捐助章程組成財團後，即立於財團之外，並非立於意思機關之地位，故無直接變更或補充其章程之權限，有此權限者，惟法院與主管官署而已。

捐助章程

先就財團章程之補充而言：若其捐助章程之內容有不完備時，自難達其捐助行

之補充 爲之目的，故法院得由利害關係之聲請，爲必要之處分（六二條）（二項），而謀其他適當之

補充。蓋財團既無意思機關從事於章程之修正，則其章程未盡之事宜，自應有此補救方法也。

捐助章程
之變更

組織之變
更
目的之變
更

次就捐助章程之變更而言：財團已由捐助章程訂定之組織及目的，既不能由捐助人自行變更，故其變更之要件，我國民法則以明文定之。其關於變更組織之要件：不外（一）須爲維持財團之目的或保存其財產；（二）須有捐助人或董事或利害關係人之聲請；（三）須由法院爲之（六三條）。至關於變更目的之要件：不外（一）須因情事變更，以致不能達到財團之目的；（二）須斟酌捐助人之意見；（三）須由主管官署爲之（六五條）。要之此種變更之方式，不外於干涉之中，仍須尊重捐助人之意見也。

法人之消
滅

第十款 法人之消滅

意義 法人之消滅，直可謂爲法人能力之終止。當法人消滅之原因發生時，即須停止

其積極之活動，清理其財產關係，而將賸餘之財產移交於應得者。故在法人消滅之過程中，特須研究『解散』與『清算』。

解散

第一項 解散

解散之意義

第一 解散之意義

法人之解散者，即謂法人已不能繼續令其有積極之活動，僅能令其於清理其財產關係之範圍中，活動至清理終了後而歸消滅之存續狀態也。故此時法人之權利能力，並非因解散而全歸消滅，不過限制其範圍。此種受限制之法人，即稱曰『清算法人』，在其清算之必要範圍內，得視爲存續（四〇條）。

第二 解散之事由

解散之事由
設立許可之撤銷
（一）設立許可之撤銷 法人受設立許可後，如違反其設立許可之條件，主管官署仍得撤銷之（三四條）。許可一經撤銷，即構成法人解散之原因。

破產

(二)破產 法人之財產不能清償債務時，董事即應向法院聲請破產（三五條）。法人一經宣告破產，即構成解散之原因。董事如因過失不為破產之聲請，致法人之債權人受損害時，應負賠償之責任（三五條一項）。法人破產之條件，有與自然人不同者，即在不須支付不能，只須債務超過之一點。蓋無論何種法人，均須有相當之財產，如其財產至於不能清償債務時，自應宣告破產，以免第三人因此受損也。

法人違反
法律或公
序良俗者

(三)法人之目的或其行為有違反法律或公序良俗者 法人具有此種原因時，法院得因主管官署或檢察官或利害關係人之請求，宣告解散之（三六條）。此種解散之原因，不問社團或財團，皆應適用之。其所以定由法院宣告解散者，蓋以是否具有此種解散之原因，實以法院審查為宜也。至在中國設有事務所之外國法人，如有此種原因時，法院得撤銷其事務所（民法總則施行法一四條）。

社團事務
無從依章
程所定進
行時

(四)社團事務無從依章程所定進行時 此時法院得因利害關係人之聲請解散之（五八條）。此種解散原因，僅能適用於社團。蓋以社團之目的事業既無法期望其成

功，則不如解散之，較爲適當也。

因情事變遷致財團之目的不能達到時

(五) 因情事變遷致財團之目的不能達到時 此時得由主管官署解散之(六五) 此種解散原因，亦僅能適用於財團。至其是否不能達目的，當依當時社會觀念而決之。

社員之決議

(六) 社員之決議 社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之(五七)。
蓋社團本由社員所組成，其得以大多數社員之意思解散之，自屬當然。

社員缺亡

(七) 社員缺亡 社團之社員應缺少至於若何之數額，始得解散，立法例殊不一致；有規定缺少一人，即須解散者(如日本舊民法是)；有規定減至所定之數額，即應解散者(如德國民法七三條，日本商法七四條二)；有規定社員全缺，始得解散者(如薩克遜普魯士日本等國民法是)。我國民法無此明文之規定，然於解釋上，應依法人之性質及實際之情形而定之。

清算

第二項 清算

清算之意義

第一 清算之意義

法人解散後，須依清算之程序以結束之。所謂清算者，即處理被解散法人之殘餘財產，而以消滅其法律關係為極終目的之程序也。清算之程序，可分為二種，一即破產時須依破產法所定之程序，使破產管財人嚴格從事於財產之清理；二即屬於破產以外之一切解散原因時，則使清算人為財產之清理，民法所規定者，專適用於後者之清算。惟民法中所定清算之程序有未詳細者，亦可準用股份有限公司清算之規定，此為民法第四十一條所明定。關於清算之程序，皆為強行規定，不得以章程或總會之決議，另定不同之程序。蓋以清算之程序，關係第三者之利害甚大也。

清算人之地位

第二 清算人之地位

清算人為清算法人之機關，其地位頗與理事相類似，故於清算法人之能力範圍內，對內則有執行內部事務之權限，對外則有代表法人之資格，因之所有執行職務之方法，代表之形式，以及不法行為之責任等，皆可解為同於理事，以之適用關於

理事之規定。

清算人之
任免

第三 清算人之任免

清算人選任之方法，依民法之規定，則除章程有特別規定或總會另有決議外，關於法人解散後其財產之清算，係由董事爲之（三七），此原則也。若不能依此原則之規定，確定清算人時，法院亦得因利害關係人之聲請，選任之（三八），此例外也。

關於清算人之解任方法，自亦得依章程或總會決議而定之。且民法中更規定法院認爲必要時，得解除清算人之任務（三九）。蓋法人之清算，既屬於法院之監督，若清算人有不忠實或不能勝任等情由時，法院自有解任之權也。至解任後，或另行選任清算人，或由利害關係人聲請選任清算人，均無不可。

第四 清算人之任務

清算人之
任務
聲請及登

（一）聲請及登記 清算人於開始清算前，應向主管官署爲解散之聲請及解散

訊

之登記（參照舊民草一二五條一項，新民草四三條，日民法七七條一項）。我國現行民法雖無此明文；然爲使主管官署及大衆皆知解散之事實，自應有此手續也。

了結現務

（二）了結現務 此即法人解散時。其業已著手而未完結之事務，應由清算人完結之（四〇二條一項一款）。然因了結現務而不得不新爲法律行爲者，亦無不可。

收回債權

（三）收回債權 此即請求法人之債務人，向法人爲債務之清償（四〇二條一項二款）。但未至清償期者，自不能請求清償，可劃入贖餘財產之中。

清償債務

（四）清償債務 清償法人所負之債務（四〇二條二款），亦以已至清償期者爲限。如其清償期限專爲法人利益而設者，則得拋棄，而預先清償之。

移交贖餘財產於應得者

（五）移交贖餘財產於應得者 法人於清償債務後，如尚有贖餘財產，自應移交於應得者（四〇三條一項三款）。其贖餘財產，究以何人爲應得者？則須分別論之，在營利法人係以分配利益於社員爲目的，故清算後之贖餘財產，自應分配於社員；若在公益法人既不以謀私人利益爲目的，自不能採此同一之方法，我國民法對於此點，則

規定：法人解散後，除清償債務外，其賸餘財產之歸屬，應依章程之規定，總或會之決議行之（四四條），此原則也。如無章程之規定或總會之決議時，其賸餘財產，則屬於法人住所所在地之地方自治團體（四四條），俾將其財產經營類似之地方公益事業，以符公益法人之本旨，此例外也。

完結後之
登記及呈
報

（六）清算完結後之登記及呈報 清算完結後，清算人欲使利害關係人及主管官署知其解散之事實業經終了，自應向法人住所地之登記所聲請登記，並向主管官署呈報清算完結。至是清算人之任務已歸終了，而法人即因之完全喪失其能力，而歸消滅矣。

社團

第十一款 社團

我國民法於法人節中，係先規定法人之通則，次規定社團，再次規定財團，因之本書亦以此為編列之順序，而於本款為社團之說明。至若關於法人之通則，已在

上述各款中說明者，自無重加說明之必要。故本款僅就社團之特殊內容述之；再於下款說明財團之特殊內容，以求與法條編列之秩序相適應。

社團之設立

第一項 社團之設立

社團設立之要件，有爲公益社團及營利社團所共通者；有僅爲公益社團或僅爲營利社團所獨有者，茲爲分述如左。

共通之要件

第一 共通之要件

須有設立人

(一)須有設立人 社團之成立，因以人之集合爲基礎，故須有設立人。社團究須若干設立人，其設立方爲有效，各國立法例殊不一致，有規定須有三人者，如羅馬法是；有規定須有七人以上者，如德之民法是(德民五六條)。我國公司法規定股份有限公司須有七人以上之發起人(該法七八條)，是與德之民法相同。惟民法中關於設立人並無額定之限制，應解爲最低限度須有二人以上方可設立(公司法第十二條已規定無限公司須有二人以上)。如有二人以上，則不問其爲自然人或法人，均無不可

須訂定章程

(二) 須訂定章程 章程爲法人內部組織及其他重要事項之規則，換言之，卽爲社團活動之根據。故德日民法皆規定設立社團，須先有設立行爲，其設立行爲，又須以訂定章程之要式行爲爲之（德民五七條，日民三七條）。訂定章程既爲要式行爲，自須以書面爲之；否則應爲無效。

訂定章程
行爲之性質

關於訂定章程，設立社團之法律行爲，既須二人以上爲之，則此法律行爲之性質若何？向有二種學說：（一）爲契約說；（二）爲共同行爲說。惟就此項行爲之目的與效果而言，設立人互相間並非以成立權利義務關係爲目的，乃以創設權利主體爲目的，以期各當事人發生同一意義之法律效果，故近世學者多從後說。至於各設立人互相間之得預先成立發起人契約，自屬當然。

契約說與
共同行爲
說

茲據我國民法之規定，應記載於章程中之事項，則可分爲二種。

必要事項

(I) 必要事項 章程中必須記載之事項，則有（一）目的、（二）名稱、（

三) 董事之任免、(四) 總會召集之條件程序及其決議證明之方法、(五) 社員之出資、(六) 社員資格之取得與喪失等項(四七)條)。若有缺略，章程即歸無效，而法人之設立行爲，亦必因之無效。

任意事項

(2) 任意事項 除上列必要事項外，其餘之事項如社團之組織及社團與社員之關係等，亦可由設立人任意記載於章程之中：惟不得違反第五十條至五十八條之規定(四九)條)。任意事項一經記載於章程之中，即成爲章程之一部，不得任意變更，如欲變更，則須依變更章程之程序以行之。

故凡經訂定於章程中之事項，及至變更時止，社團及董事並社員皆須遵守之。如總會之決議違反章程者，其不同意之社員，得於決議後三個月內請求法院宣告其決議爲無效(五六)條)。故民法對於變更章程之程序，特規定須出以極慎重之方式也(五三)條)。

須經登記

(三) 須經登記 社團設立時應登記之事項，則有(一) 目的、(二) 名稱、

(三)主事務所及分事務所、(四)董事之姓名及住所、(五)財產之總額、(六)應受設立許可者其許可之年月日、(七)定有出資方法者其方法、(八)限制董事代表權者其限制、(九)定有成立時期者其時期等項(四八條)。否則即不能發生法律上之效果。

各別之要件

第二 各別之要件

獨屬於公益社團者

(一)獨屬於公益社團者 公益社團於登記前，應得主管官署之許可(四六條)。此為設立公益社團特須具備之要件，故許可行為須與設立行為及登記三者並相具備，始能完全成立。

獨屬於營利社團者

(二)獨屬於營利社團者 民法惟規定營利社團取得法人之資格，獨能依特別法之規定(四五條)。此所謂特別法者，當以公司法為其最著之適例。

社團之社員

第二項 社團之社員

社員之資格

第一 社員之資格

格

社員爲組織社團之主要構成分子，有向法人取得一定權利及負擔一定義務之資格。社員資格有無專屬性，當依法人之性質決定之，如係營利社團之社員，因其資格得以讓與或繼承之方法移轉於他人，自無專屬性之可言。然公益社團之社員，其資格是否有專屬性？若依德國民法之規定觀之，則已明定其有專屬性，不得視爲讓與或繼承之標的（德民二八條）。我國民法雖無此明文，然於解釋上，亦應認其有專屬性，蓋以公益社團之社員，乃係參與公益之資格，自不能與公司或其他營利社團之股東同視也。

社員資格
之得喪

第二 社員資格之得喪

（一）資格之取得 設立人訂定社團章程並經主管官署許可後，當然取得社團社員之資格。此外合於章程之規定，或經總會之決議，經過入社之程序者，自亦得能許之入社。

關於社員入社在法律上之性質若何？原爲學說上論爭之問題。有謂社員入社係

新社員與舊社員全體間之契約關係者；有謂此係新社員與社團之契約關係者。要之社員入社，乃係社員與法人間成立種種權利義務之關係；並非社員與社員間之關係故應以後說為適當。

資格之喪失

(二)資格之喪失 社員因法人消滅或本人死亡，當然喪失其資格，自無說明之必要。惟茲所應說明者，則為退社與除名而已。

退社

(1)退社 社員入社以後，若絕對不許其退社，則不僅剝奪社員之自由，且能因此害及社會之公益，故法律規定以隨時得能退社為原則，然若章程限定須於事務年度終或經過預告期間後始准退社者，則當依章程所定辦理之(五四條一)；惟此預告退社期間，不得超過六個月(五四條二)，蓋防期限過長之弊也。

除名

(2)除名 社員入社後，若不許有除名之處分，則於社團甚為不利，故民法規定如有正當理由并經總會之決議時，得開除社員(五〇條二)。開除社員必須經此程序者，蓋防濫行除名之弊也。社員對於除名之決議，得向法院提起調查除名理由

是否正當之訴，自不待言。

關於業經退社或除名之社員，其對於社團之財產關係若何？則視法人之性質而定之，如非公益法人，自得以章程規定退社或開除之社員對於社團財產有請求權；然在公益法人中若認此等社員對於社團財產亦有請求反還之權，則公益事業，即不免因此而受極大之影響，故應不認其有此請求也（五五條一項）。

且已退社或開除之社員，對其退社或開除前所應分擔之出資，仍負清償之義務（五五條二項），蓋以此種原應負擔之債務，不能因退社或開除而免除，以致影響法人財產之動搖也。

第三 社員之權利義務

社員之權利義務

（一）社員之權利 凡與社員資格相終始之各種權利，可總稱之為「社員權」。此社員權有為法律所規定者，有為章程所訂定者。前者如出席總會，平等表決（五二條二項），請求召集總會（五一條二項），以及請求法院宣告總會之不當決議為無效（五六）

項^(條二)等權利是也；後者如利用法人之俱樂部及圖書館之權利等是也。

社員之義務

(二) 社員之義務 凡與社員資格相終始之各種義務，可總稱之爲「社員義務」。其中最重要者，厥爲出資之義務。至於應按如何比例而定出資之數額？我國民法無此明文；惟在解釋上，則除章程有特別規定外，各社員對於法人之目的事業及賠償債務所必需之金額，通常自以平等出資爲適當。

第三項 社團之總會

社團之總會

第一 總會之意義

總會爲社團之最高機關^(五〇條一項)，係由全體社員組織而成者也。因其決議表現爲社團之意思，又可稱爲社團之意思機關，且爲社團之必要機關。總會既爲全體社員之組織體，則凡屬社員，均須出席總會，有其平等之表決權，故開會時，若對於某一社員未發召集之通知，或禁止某一社員行使其表決權，自不能認其開會爲有效。惟開議事項若與某一社員有特別利害關係者，則應使其不參與此次之會議^{(參照德民}

三四條，日民六六），我國民法對此雖無明文，亦應以此爲當然法則。

總會之召集

第二 總會之召集

總會非由社員任意所能集合，必須因召集始能開會，故召集行爲，在法律上具有重大之效力。我國民法規定召集總會之權，原則上雖屬於董事（五一條）；惟董事

召集總會時，有出於自己之意思者；亦有出於社員之意思者，前者即由董事依章程所定或認爲必要時而召集之，後者則由全體社員十分一以上之請求，表明會議目的及召集理由時而召集之（五一條二項）。此外尚有經法院之許可，由社員自行召集者；惟自行召集之先決條件，必俟董事受社員請求後一個月內不爲召集時，始得爲之（五一條三項）。

召集總會之條件及程序，民法定明應於章程載明之（四七條四款前段）。至於通知之方法，自亦應依章程或總會決議規定之，如無規定，即當選擇適當之方法通知之。通知書中，並應預先載明會議之事項，如未預先通知者，亦可於會議時以臨時動議討

論之。

定期總會
與臨時總會

由上述召集情形之不同，而有定期總會與臨時總會之區別，前者係由董事依章程之規定，按期召集之，後者則由社員主動（即上述五一條二三兩項之情形）召集之。至於董事是否得能召集臨時總會？民法雖無明文，但董事認為在社團利益上有開總會之必要時，應解為亦得召集之。

總會之權
限

第三 總會之權限

民法規定社團之事項，應經總會決議者，則有（一）變更章程，（二）任免董事，（三）監督董事職務之執行，（四）開除社員等項，惟開除社員之決議，須限定具有正當之理由，非可任意議決之。以上數種權限，不過就其重大者加以特別之規定；至若其他法人之事務，凡未經章程或法律定明屬於董事之權限者，自亦應經總會之決議，以之屬於總會當然之權限。

總會之決
議

第四 總會之決議

決議之方式

(一) 決議之方式 各社員對於討論之事項，依其平等之表決權，表示其意見時，已有同一內容之意見達於一定數額者，即謂為決議。故參與決議之方式，至關重要，各國民法，多有明文規定，如德瑞日等國則明認得以書面行使表決，我國民法雖未特設明文，然自五十三條第一項所載『或有全體三分二以上書面之同意』一語觀之，其認得以書面表決，已無疑義。至於得使他人代行表決權與否，日本民法亦設有允許之規定，我國民法固無明文，然於解釋上，表決既係意思表示，自得由他人代理也（參照一〇三條一項）。

決議之成立

(二) 決議之成立 決議之事項，因有通常決議事項與特別決議事項之不同，故決議之成立亦有不同。在通常決議時，我國民法則規定除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之（五二條一項），蓋依會議制之通則也。惟此規定，僅有補充章程之作用，故如章程載定更須多數決議者，則應從章程所定，始得成立。若在特別決議時，其決議之方法，當較為嚴重，依我國民法之規定，關於變更社團章程之決議，

應有全體社員過半數之出席，社員四分三以上之同意，或有全體社員三分二以上書面之同意（五三條一項），始得成立。蓋以變更章程，關係重大，故其決議應較通常事項為慎重也。又關於解散社團之決議，則更規定須有全體社員三分二以上之可決（七五條），始得成立，蓋亦不外出於慎重也。

決議之效力

（三）決議之效力

決議為多數社員之意思，因而構成社團之意思，自有拘束全體社員之效力。惟其決議，若侵害社員之特別權，或獨使某一社員負特別義務或較其他社員負更大之義務，或剝奪社員之普通權利等，應均無效。至若違反法令或章程之決議，就其性質言之，本屬無效，故民法規定得由原不同意之社員於決議後三個月內請求法院宣告無效（五六條）。

財團

第十二款 財團

財團設立
之要件

須有設立
人

第一項 財團設立之要件

第一 須有設立人

財團須有設立人，此與社團相同。惟社團爲由社員構成之團體，故其設立人須達於一定之數額；而財團則爲非由社員構成之團體，故其設立人卽爲一人亦可。

須訂立捐
助章程

第二 須訂立捐助章程

設立社團，須訂定章程，設立財團，亦須訂立捐助章程。惟社團未訂立章程，卽不得成立；而財團則以訂立捐助章程爲原則；但以遺囑捐助者，得以遺囑代之。
(六〇條) 捐助章程或遺囑所應記載之事項，亦可分爲必要記載事項與任意記載事項二種。關於法人之目的及所捐之財產，卽爲捐助章程中必須記載之事項(六〇條)。
其他關於財團之組織及其管理之方法，固亦應由捐助人以章程定之；惟章程中所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備者。法院得由利害關係人之聲請，爲必要之處分(六二條)。故財團設立人除於章程中應記載一定目的及財產之必要事項外，其

他關於未定之名稱事務所及任免董事等事項，則可由法院依聲請後補充之，此即所謂任意記載之事項。

捐助章程如爲董事違反時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效，(六四)條蓋對於捐助章程之執行，既無監督機關從事監督，故不得不另有此救濟之法也。

須經許可

第三 須經許可

財團之設立，關係於公益者尤大，故於登記前，應先得主管官署之許可(五九)條。

須經登記

第四 須經登記

民法規定財團設立時須經登記之事項，則有下列數種：即(一)目的、(二)名稱、(三)主事務所及分事務所、(四)財產之總額、(五)受許可之年月日、(六)董事之姓名及住所、(七)限制董事代表權者其限制、(八)定有存立時期

者其時期等項是也（六一）。

捐助行爲

第二項 捐助行爲

性質

第一 捐助行爲之性質

捐助行爲者，係以設立財團爲目的而捐出財產之單獨行爲也。故捐助行爲須由二種意思表示相結合，始能成立，卽一在設立一定之法人，一在捐出一定之財產，二者缺一，自不能認其成立。雖間有少數學者，亦曾主張設立財團，並無須捐出財產，且該項財產亦無須現時存在。然在多數學者之主張，則均謂捐出一定財產與確定一定目的，爲設立財團行爲之成立要件。故我民法規定設立財團者，應於捐助章程中訂明法人目的及所捐財產（六〇）也。

惟所謂捐出之財產，亦不必限於物權性質之財產，卽債權性質之財產亦可，換言之，卽不必現實將所捐財產提出，卽僅表示在將來一定時期，提出一定財物者，亦屬有效，如到期而不提出，當負出資之義務。

捐助行爲，惟限於法人成立前爲之，若於法人成立後捐助者，則爲贈與或遺贈，不得謂爲捐助行爲也。

又捐助行爲，有以生前之處分爲之者，有以遺囑爲之者，前者必依訂立章程爲之，後者必依遺囑之方式爲之，故皆爲要式行爲，且 助行爲既爲單獨行爲，故卽令設立人有數人在其相互間另定契約時，亦不失爲單獨行爲。其與社團之設立不同者，卽社團之設立行爲，必爲二人以上之共同行爲；而財團之設立，類多以一人爲之，故其設立行爲，不必爲共同行爲也。

捐助行爲
之撤銷

第二 捐助行爲之撤銷

捐助行爲，得由本人及其繼承人或債權人撤銷與否，各國立法例殊不一致，茲爲分述如左。

本人爲撤
銷者

(一) 本人爲撤銷者 捐助行爲成立後，若有法定之撤銷原因發生時，本人自得撤銷之。惟無法定撤銷原因，本人得能自由撤銷與否？立法例殊不一致，日本民

法定爲捐助行爲係以遺囑爲之者，準用遺贈之規定，若於生前爲之者，則準用贈與之規定，故不立書件者，得撤銷之，立有書件者，則不得撤銷（日民四一條）。德國民法則定爲：在未經許可設立前，得能撤銷；若已爲設立許可之聲請。則須爲撤銷之聲明；然在許可設立後，則不得撤銷（德民八一）。我國民法對於此點，未設明文，可解爲法人未成立以前，應使設立人得能撤銷之。

繼承人爲
撤銷者

（二）繼承人爲撤銷者 繼承人得爲撤銷與否？立法例亦不一致。瑞士民法明定繼承人得以撤銷（瑞民二）；日本民法既以之適用遺囑之規定，則於遺囑發生效力後，不得撤銷，未發生效力時，則得撤銷（日民四一）；德國民法則定爲聲請允許或爲其他公示後，不得撤銷（德民八三）。我國民法對此亦無明文，可解爲除另有法定原則外，應以繼承人不得撤銷爲原則。

債權人爲
撤銷者

（三）債權人爲撤銷者 關於此點，瑞士民法明定得以撤銷（瑞民八二）；我國民法亦無規定，然在解釋上，如有害及債權時，債權人亦可撤銷之。

捐助財產
之歸屬

第三 捐助財產之歸屬

設立財團時所捐助之財產，究應歸屬於何方？立法例亦不一致：有規定原則上財產經捐助之後，仍屬設立人或其繼承人所有，不過法人得向之請求移轉而已（參照德民八二條八三條八四條）；有規定財產經捐助之後，如法人已得設立許可，當然以之歸屬於法人（參照日民法四二條）。我國民法亦無明文規定，惟捐助行為既係無償處分財產之單獨行為，則既經捐出之財產，除有撤銷原因得以撤銷外，自應完全屬於法人所有，此時不過僅有移轉之程序耳。

外國法人

第十三款 外國法人

意義

第一 外國法人之意義

外國法人者，簡言之，即依外國法律而成立之法人也，與外國法人相對稱者，則為本國法人（民法總則施行法一二條），即依本國法律而成立之法人也。自然人既有區別內外

國人之必要，法人更無論矣。惟關於區別之標準，在自然人之以國籍定之者，原無若何之問題；但法人究應以何者爲其區別之標準？學說亦不一致：其以設立人之國籍爲標準者，則爲設立人說；其以設立時所依據之法律爲標準者，則爲準據法說；其以設立行爲地爲標準者，則爲設立地說。其以主事務所所在地爲標準者，則爲住所地說。凡此種種，皆可謂爲民法及國際私法中有力之學說。我國民法關於此點，別無明文；惟法人須依法律始能成立，已爲民法所明定（二五條），是則必依中國法律創設之法人，始能認之爲中國法人，此外若依外國法律創設之法人，自應認之爲外國法人也。

外國法人
之認許

第二 外國法人之認許

社團或財團之活動，現已處處發生國際上之關係，若居今日尙視外國法人在本國內全無權利能力，殊不合理，故現代各國之民法，多於一定範圍內，認許外國法人在本國內亦有權利能力。故外國法人若於中國成爲法人，尙須經中國之認許。所

謂認許者，即謂承認該外國法人於中國亦得爲法人而有權利能力；並非謂外國法人一經認許，即變爲中國法人，究之其爲外國法人如故也。惟經中國認許之外國法人，必須其在外國實已成爲法人者始有認許之可言。且此實已成立之外國法人，並須依中國法律得能成爲法人者，始得受中國之認許，故我民法總則施行法明定：外國法人，除依法律規定外，不認許其成立（該法一）。是則外國法人欲受中國之認許，自須依中國法律之規定始得成立。他國立法例且有以明文規定外國或外國行政區域及外國商事公司等，應認許其成立者（如日民三三條一項）。我國民法則無此明文，但此等法人在中國發生私法關係時，應依中國法律認其爲私法上之權利主體，亦屬當然。

又依民法總則施行法之規定：凡經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力，負同一之法律義務（該法二條一）。此種限制之結果，如外國法人在其本國所有之權利義務而爲中國所不能有者，自不能許其有之；反之，如在其本國所不能有之權利義務而爲中國法人所能有者，仍應許其與中國法人同

等有之。至令外國法人與本國法人具有同等能力之機會者，亦不過為現代各國所認之原則；但在例外上凡屬外國自然人所不能有之權利能力，外國法人自不能有之；其因條約而受限制者，更無論矣。

外國法人在中國設有分事務所者，自應準用關於中國法人之規定（民三〇條三一
四六條四八條五九條六一
一條及民法一、二條）。從事於登記及許可等應進行之事項。至其事務所之撤銷，亦為民法總則施行法所明定（一四條）。其撤銷後，自復歸於未經認許時之原狀矣。

第三 未經認許之外國法人

未經認許
之外國法
人
未經認許之外國法人，其在中國既不能視為法人，自無權利能力之可言；惟此種未經認許之外國法人，實際上亦有在中國與他人為法律行為者，故民法總則施行法設有救濟之規定，即此時之行為人對於該法律行為應與該外國法人負連帶之責任，（該法
五條）蓋所以保證該法律行為之相對人也。

私權之客體

第三章 私權之客體

總說

第一節 總說

私權客體之意義

第一 私權客體之意義

吾人生活關係中凡一私權之成立，必須具有二種要素，一即私權之主體（已於前章述之矣）；二即私權之客體。所謂私權之客體者，即為私權主體所應享有之社會利益，此種利益，即為充實私權內容之必要條件，苟缺乏此種條件，私權仍無由成立，以故吾人之私權，必須以一定的社會利益為其客體（即私權之對象）。

私權客體之種類

吾人生活中所必需之社會利益，本極繁多，因之私權之客體，遂有種種之不同。例如人格權，則以與人格權主體不可分離之利益（即生命、身體、自由、名譽等）為客體；物權則以存於外界之物為客體；債權則以他人之行為為客體；親屬權則

以親屬上之特定關係爲客體；繼承權則以繼承人所應繼承之權利義務爲客體；且至近世，尚有所謂無體財產權，亦於私權之客體中，占有重要之地位，如著作權、商標權、發明權等，皆以精神產出之無形利益爲客體者是也。

要之形成私權客體之社會利益，多隨社會之發達而變遷，因之法律爲適應此變遷而加以保護之私權客體，自必日漸繁複也。

總則編中
規定物之
理由

第二 民法總則編中規定『物』之理由

關於上述種種私權之客體，本應於各個私權之類別中研究之，方稱適當。就『物』論之，因其爲物權中最主要之客體，似應於物權編中規定之，較爲適當。惟是『物』在債權中，亦成爲債權之目的物，間接居重要之地位；且在其他私權中，亦與『物』有不少之關係，故我民法特於總則編中就『物』設有一般之規定，此亦多數立法例所同然也。

第二節 物

物之意義

第一款 物之意義

法律上之
物與物理
上之物

關於物之意義，因自物理上之觀察與自法律上之觀察而有不同。在物理上之所謂物者，係就物之本身與其性質言之。至法律上之所謂物者，則在觀察物與人之關係，換言之，即物在法律上，不過為一社會的觀念。是則物雖以足供吾人生活資料之自然性為要件，然因各時代各地方之文化與經濟基礎之不同，以致物之觀念，亦不得不隨之而變遷。近世且因科學之發達，舉凡各種自然力以及其他無體物，已漸能受吾人之支配，供為吾人生活之資料，可知物之意義，已不能從極狹義之解釋，僅以特定之有體物為限也。

各國民法對於物之規定，殊不一致，有謂包括有體無體一切之物而言者，為法

國法系諸國之民法是（參照法民五一六條以下，意民四〇六條以下，奧民二八五條，英之普通法）；有謂僅指有體物而言者，如德國法系之民法是（參照德民第一草案七九〇條，日民八五條，及我舊）；又有於原則上認物僅爲有體物，而另加以補充之規定者，爲暹羅民法設有『財產包含物及無體物之能有價值並可充使用者』一條是；並有不定物之界說，僅於條文中明示法律上之所謂物者，如瑞士及蘇俄之民法是（蘇俄民法第三章）。要之民法中明定物爲包括有體物及無體物而言，固然含義過廣；然認物僅限於有體物，又未免含義過狹；且就補充之規定觀之，亦有掛一漏萬之嫌，故我民法特仿瑞俄先例，不定物之界說，惟於第三章中僅規定動產與不動產及主物與從物而已。

我國民法關於物之意義雖未明定；但法律上之所謂物，必爲吾人所能支配，並可供爲生活資料之獨立物體，且係存於外界，而非屬於人身者爲限。茲就此意義，分晰說明如左：

物須在人力所能及之範圍內

(一) 須在人力所能及之範圍 物有非人力所能及者，如日月星辰及地球空氣等是也。此等物體雖為物理上之物；然在事實上不能為吾人所支配，自不得謂為法律上之物。惟因時代之進化，以及人智之發達，亦能逐漸擴張吾人支配物體之範圍，例如電流在昔日為人力所不能支配者，今則供為吾人之運用矣（參照刑法三〇四條二項）。

物須為吾人所需要

(二) 須足為吾人所需要 凡物能為私權之客體者，以其得能滿足吾人生活之需要也。否則，雖為物理上之物，而不能成為法律上之物，例如一粒之米，一滴之酒，雖為物理上之物，但以其不能滿足吾人之需要，自不能成為法律上之物也。

物須為獨立之物體

(三) 須為獨立之物體 所謂獨立之物體者，即能獨立有其個體，而非物之成分也。物之成分，雖為物理觀念上之物，然不能成為法律觀念上之物。如就一隻鞋襪觀之，雖為物之成分，究不能獨立為物權之客體。惟原物解體後，其成分得能獨立為一體，足供吾人生活之需要者，亦得為物權之客體，例如房屋拆毀後之木料，牛馬死後之皮毛是也。

物須爲外
界之一部
而非屬於
人身者

(四)須爲外界之一部而非屬於人身者 所謂物須爲外界之一部者，即指不能以人之身體爲物權之客體而言也。昔以他人之身體爲絕對之支配物者，此係以他人爲奴隸之制度，已爲近世法律所否認。至若對於自己之身體，雖能成爲人格權之客體，究非物權之客體，故以自己身體之一部供爲擔保者，自爲近世法律所不許。然就自己身體一部分割之齒牙毛髮等物言之，自屬於本人之所有，若以之爲處分之標的而成立契約行爲時，亦可於不背公序良俗之限度內，認其爲有效，如爲理髮或拔牙以及取血而得報酬之契約是也。

此外，就屍體遺骸言之，原爲特種之物體，故在此種物體上，亦得成立所有權；惟此所有權，須依習慣法屬於喪主，專以埋葬義務爲其內容，不得如普通所有權而爲使用收益之處分也。

物之分類

第二款 物之分類

本論 第三章 私權之客體

動產與不
動產

動產與不
動產區別
之基礎

第一項 動產與不動產

第一 動產與不動產區別之基礎

物依種種之標準，得為種種之區別，就中尤以動產與不動產之區別為最重要，

此為歷來法制所同認。其區別之理由，不外下列二種：（一）認不動產在經濟上之價值，遠勝於動產；尤其在封建制度中，更須以不動產為其階級存立之基礎（即世襲財產），而有特別保護之必要，此後各國民法對於不動產權利之得喪變更，特與以嚴格之規定者，即此故也。（二）認動產常能移轉場所，而不動產則不然，因之對於動產不動產所有之權利而為公告時，須用各不相同之方法，近世立法例，大部對於不動產採用登記制度，就其得喪變更皆登諸公簿中且公告之；對於動產之占有，則認僅於事實上得能支配時，即可成立，勿容使用其他登記及公告之方法，

上述之理由，亦不免隨時代之變遷而改進。蓋於近世交易中，所謂有價證券，雖非不動產，却有重要之價值，占財產之重要地位；設於今日僅認不動產始有重要

之價值而保護之，殊欠允當，故現代法制對於交易界此種新進之事實，漸有重視之傾向。惟動產與不動產既各有其性質之不同，法律自應認其有區別之必要，故現代各國民法，除蘇俄新民法（俄民二）（一）條外，莫不有其區別之規定。

不動產

第二 不動產

依我民法之規定：『稱不動產者，謂土地及其定着物』也（六六）（條）。認土地為不動產，各國立法例，原無差異；惟對於建築物及其他附屬於土地之物，是否視為不動產，則因各國之習慣而定之。羅馬法及德國民法（九三）（至）（九六）（條）則以定着於土地之上建築物，視為土地之構成物；法國民法（五一）（至）（五二）（條）則採列舉主義，將不動產一一列舉之；日本民法（八六）（條）則以土地及其定着物（指建築物及竹木而言）為不動產；瑞士民法（六四）（至）（六五）（條）則以土地為不動產，其重要構成部分，亦包含於土地之中；英國法亦以土地為不動產，而將土地產出物、定着物、以及置於土地上之物或水均包含之。我國民法既於第六十六條第一項明定土地及其定着物為不動產，顯係採用

日本民法之規定，並於同條第二項明定：『不動產之出產物尙未分離者，爲該不動產之部分，』可知已與不動產分離之出產物，其爲獨立之物，已不待言。茲就民法對於不動產所規定之意義，分晰述之如左。

土地

(一) 土地 土地者，係指一定範圍之地面並包含其上下（空中與地中）而言，故如地中之砂石等物，當然爲土地之構成部分，不能視爲已與土地分離之獨立物。

礦物

關於地中之礦物，固可視爲土地之構成部分；但鑛業法基於國家經濟上之理由，認爲一定之礦物，不屬於土地所有權之範圍，而歸於國家之所有（鑛業法第一條），故凡地中之礦物，應另以獨立之不動產視之。

土地之數

又土地本爲無限之連續物；但爲計算之便利計，亦得以人爲之方法，區分其數量，故土地在未爲正當分割手續以前，仍當視爲整一之物。關於此點，因在所有權之成立上，最爲重要，應讓諸物權法中詳論之。

土地之定
着物

(二) 土地之定着物 土地之定着物云者，即謂非以暫時爲目的附着於土地之物也。所謂附着者，即指固定附着於土地，不易移轉其地位者而言；故尙未至與土地不能分離之程度者，不得謂爲定着物，如假山是也。又所謂非以暫時爲目的者，即較爲永久之義，故爲臨時目的而附着於土地之建築物，如喪葬時所架之棚，亦不得謂爲定着物。要之，必其繼續附着於土地而被使用，且依社會之經濟觀念，認爲有與土地相獨立之價值者，始得謂爲土地之定着物，惟通常所謂土地定着物者，即僅指房屋及其他建築物之不動產而言也。

動產

第三 動產

依我民法之規定：「稱動產者，即爲前條^(六六)所稱不動產以外之物」^(六七)也。各國立法例關於動產之規定，亦不一致，有採列舉主義，而將動產一一列舉者，如法國民法是^(五二八條至五三六條)；有謂動產係指不動產（土地）以外之一切有體物而言者，如英國法是；有以土地及其定着物以外之物爲動產者，如日本民法是^(八六條二項)

）。我國民法即採日本之規定，明示動產之範圍。

主物與從物

第二項 主物與從物

區別之理由

第一 主物與從物區別之理由

從經濟上之作用而觀察物時，可分為主物與從物二種，前者即為有獨立效用之物，後者即為附屬於主物而補助其效用之物。在交易關係中，關於主物之買賣與借貸或擔保時，固須常將附屬於主物之從物包括之；然當事人亦得以其意思為任意之主張。故法律關於『處分權之歸屬』問題，為避免爭執計，特設主物與從物之規定，而令從物常從主物之連命處分之。

意義

第二 主物與從物之意義

主物與從物之區別，原始於羅馬法，其後法德日瑞蘇俄等國民法亦多以明文定之（法民五四六條，德民九七條，日民八七條，瑞民六四四條，俄民二五條）。惟各國關於此點之立法例，殊不一致，有謂主物與從物均不限於動產者，如羅馬法及日本民法是；有僅限於動產者，如德

國民法是；亦有以主物從物須屬於一人所有者（他國則無此限制），如日本民法是。依我民法之規定：『非主物之成分，常助主物之效用而同屬於一人者，爲從物』（六八條一）（項前段），其大旨係與日本民法所規定之意義相同；惟我民法則有但書之規定，如交易上有習慣者，仍應依其習慣（六八條一）（項但書）。茲就此法文所規定之意義言之，從物則須具備以下之要件：即（一）須非主物之成分，而爲與主物相獨立之物，例如墳地之小屋，農田之莊房，均爲從物；反之，如梁柱之於房屋，輪軸之於機械，則不得謂爲從物也。（二）須常助主物之效用，而非僅以補助一時爲目的之物，例如鍊之於錶，鑽之於箱，均爲從物；反之，如附於錶鍊之圖章，掛於客廳之字畫，則不能謂爲從物也。（三）須從物與主物同屬於一人之所有，例如房屋與門窗須爲一人所獨有，二者始生主從之關係；否則二者如係二人所分有，自不能謂門窗爲房屋之從物。但此三要件即令具備時；若依交易上之習慣，本不視爲從物者，仍不得以從物論。

主物之處分及於從物

第三 主物之處分及於從物

此為我國民法第六十八條第二項所明定，故對主物為買賣或讓與之處分時，其處分行為之效力，當然一併及於從物。惟此規定，並非強制規定，當事人亦得為反對之意思表示，自不待言。

第三項 其他之分類

學理上之分類

物之分類，在民法總則編中以明文規定者，僅為動產與不動產，主物與從物，原物與滋息（俟於第四項述之）等數種。此外，學理上尚有種種之分類，而為法文中所未規定者，茲特說明如左。

第一 融通物與不融通物

融通物與不融通物

融通物與不融通物之區別，乃以物之能否作為私權客體，及於法律上能否處分者為標準，換言之，即以物之有無交易能力為標準，故得能交易之物，即為融通物，不能交易之物，即為不融通物。通常之物，多為融通物，無庸說明。茲應說明者

，厥爲不融通物。依普通學者所舉之種類，可大別如左：

公有物

(一) 公有物 凡屬國家或公共團體所有之物而使用於公共目的者（例如行政財產或公務用物之官署建築物），卽爲公有物。然此公有物爲公使用之目的，一經廢止後，自得以之爲交易之標的。至於公有物之中，亦有僅供國家或公共團體之私用者，如公有林野及有價證券等收益財產是也。此等收益財產，自與一般私人之財產無異，故不能置於公有物之列。

公用物

(二) 公用物 公用物者，卽供公衆使用之物也。其所有權之歸屬，並不限於國家或公共團體，卽普通私人亦得占有之，就此點而言，顯與公有物有別，如公川公道，卽爲公用物最主要之適例。所謂公川公道者，卽依法令認爲有關公共利害之河川道路，不得以之爲私權之客體也。故爲不融通物。

禁制物

(三) 禁制物 禁制物者，卽依法令之規定，在交易上受禁止之物也，例如鴉片嗎啡等毒害品，偽造變造或模造之通貨，猥褻之文書圖畫等皆屬之。且依日本法

律之規定，其貴族之世襲財產，亦為禁制物。又依蘇俄民法之規定，舉凡軍械爆烈物、軍用品、航空機、電報及無線電機、已被廢棄之有價證券、超過法定限制之酒類、以及劇烈藥品等，均為私人間不得流通之物（參照俄民二三條）。可知禁制物之範疇，當依一國法律制度之特殊性而定之。

第二 單一物與合成物及集合物

單一物與
合成物及
集合物

此種區別，乃以物之分割能否保全其個體為標準。所謂單一物者，即形體上為獨立一體之物也，不問其為自然之一體，或為人為之一體，抑為社會觀念上之一體，要之其構成部分，須已失其獨立性。例如馬一匹，牛一頭，梨一個皆屬之。所謂合成物者，即由數個獨立物結合而成之物，在交易上得視為一體者也，例如一棟房屋，一個鐘錶，一隻鑲寶石之戒指皆屬之。所謂集合物者，即由多數單一物或合成物所集合而成之物，亦稱為物之集團，例如畜羣或一商店之全部商品是也。此集合物雖非一物；惟因當事人之意思或法律之規定，不能不以一物視之。

此種區別，對於吾人在某物上是否成立獨立物權時，極關重要。故就一般而言，單一物僅能為一個物權之客體，自不待言。合成物在普通情形上雖亦僅能為一個物權之客體；惟有時對其一部分仍得成立獨立之權利（如對於樹木之果實是）。又集合物雖不能包括為一個權利之客體；然就其集合狀態中具有特別之價值而言，亦可視為一體，以之為抵押權之設定。

不可分物與
不可分物

第三 可分物與不可分物

此種區別，係以物之能否分割為標準。凡物不因分割而變更其性質或減少其價值者，即為可分物；其因分割而變更性質或減少價值者，則為不可分物。例如土地布疋金錢穀米等屬於前者。而牛馬房屋等則屬於後者。

可分物與不可分物之區別，在民法上亦甚重要。例如共有物之分割若為可分物時，則依自然之分析而分配之；若為不可分物時，原則上則須賣得其價金而分配之（**八三**）**（四條）**。又如多數當事人之債，其標的物為可分物時，則以平均分受或分擔為原則

(二七條)；若爲不可分物時，各債權人僅得爲債權人全體請求給付，債務人亦僅得向債權人全體履行給付(二九三條一項)

消費物與
非消費物

第四 消費物與非消費物

此種區別，係以物之性質是否因使用而歸消耗爲標準。因之凡物依通常使用方法，使用一次以後，再不能使用於同一之用途者，卽爲消費物，如穀米油鹽金錢等是也。反之，物經一次使用而仍不變其主體，且能以同一使用之方法用至二次以上者，則爲非消費物，如衣服書籍房屋等是也。此種區別，與借貸及寄託，極有關係，因之消費物可爲消費借貸及消費寄託之標的，不消費物可爲使用借貸及通常寄託之標的。

代替物與
不代替物

第五 代替物與不代替物

在一般交易中，有着眼於物之個性者，有着眼於物之種類者，前者在交易上不能以他物任意代替之，故爲不代替物，如房屋字畫等皆屬之。反之，後者在交易上

得以同種同量同數之物代替之，故為代替物，如金錢穀米油鹽等皆屬之。此種區別，在債編中頗為重要，例如消費借貸及消費寄託僅能以代替物為標的者是也（四七條）。

六〇）。

第六 特定物與不特定物

特定物與
不特定物

此種區別，非以物之性質為標準，係於交易上以當事人之意思為標準，因之凡依當事人之意思，具體指定之物，即為特定物，例如特定某縣某區某村之土地，或某街某巷之房屋是也。反之，惟依當事人之意思，泛指某種品類某種數量之物，則為不特定物，例如僅云若干畝地若干斗米是也。此種區別之實益，多發生於債權之中（二〇〇條一項及三一四條）；至若物權之效力，則僅以及於特定物之上為原則。

學者中有謂特定物及不特定物之區別，易與代替物及不代替物之區別相混者；實則二種區別，各有不同，代替物及不代替物之區別，係在一般交易中為客觀之區別，而特定物與不特定物之區別，係在具體交易中為主觀之區別。就通常言之，代

替物雖常爲不特定物；然依當事人之意思，亦不妨爲特定物，例如寄託金錢，約定返還金錢原物是也。又不代替物雖常爲特定物；亦得依當事人之意思而爲不特定物，例如以不代替物爲種類債權之標的是也。要之代替物及不代替物，係以物之性質爲區別；反之，所謂特定物及不特定物者，非爲物之本身之區別，實爲該交易方法之區別，故由嚴格意義言之，特定物與不特定物之區別，實不能謂爲物之區別也。

物之孳息

第三款 物之孳息

意義

第一項 孳息之意義

物之孳息者，卽由原物或原本所產生之收益也。惟各國立法例對於物之孳息，各有不同之規定，有僅以物所產生之收益爲孳息者，如法日民法是；有於此外尚以權利產生之收益爲孳息者，如德國民法是。我國民法（六九條）規定物之孳息，係仿德國民法，除認物所產生之孳息外，對於因法律關係所得之收益，亦稱爲孳息。故由

物產生之收益，即稱為天然孳息，由法律關係產生之收益，則稱為法定孳息。因之產生天然孳息之物，即謂為原物，而產生法定孳息之物（即資金），則謂為原本。關於物之孳息，有以其規定之實益多在物權之中，而以之規定於物權編用益權之中者，法國法系之民法，大都如是。有以孳息之一般原則，規定於民法總則編者，如德國法系之民法是。我國民法，係從後例。

孳息之分類

天然孳息

第一項 孳息之分類

第一 天然孳息

意義

關於天然孳息之意義，學說亦不一致，有以定期收穫之物為孳息者；有以不消耗原物所收穫之物為孳息者。有謂依物之用法所收穫之物為孳息者。在此數說中，如依第一說論之，則非定期收穫之物，如牛之生犢，雞之產卵，將不得為孳息矣；又就第二說論之，則須有機的產生物，始得為孳息，至於無機的產生物，如鑛產物等將不得為孳息矣。由此觀之，當以第三說較為適當。我國民法明定『稱天然孳息

者，謂果實、動物之產物、及其他依物之用法所收穫之出產物」（六九條）殆即採此第三說也。茲就此定義分晰言之：

須爲果實

（一）須爲果實 物之孳息在未與其所由產出之原物分離以前，僅爲原物之構成成分，不能爲一獨立物；必其已與原物分離而能獨立爲一體以後，始能謂爲物之孳息也。例如園中之瓜果，樹上之果實，在其已與原物分離後，自得爲物之孳息；然在未與原物分離以前，雖能視爲債之標的，究不能視爲物之孳息也。

須爲動物
之產物

（二）須爲動物之產物 動物之產物，須具有下列之條件，始得謂爲物之孳息。即（甲）須爲原物所產出，例如牛所產生之犢，雞所產生之卵是也；至若畜牧場之牛與養雞場之雞，因其非盡由原物所產出，故不能皆謂爲孳息。（乙）須其產出無損於原物，例如牛之生犢，雞之生卵，因其無損於產出之原物，故得謂爲孳息也。

須爲依物

（三）須爲依物之用法所收穫之出產物 此所謂依物之用法所收穫之出產物者

之用法所
收穫之出
產物

，即依經濟上之目的，使用原物所收穫之出產物也，就有機的出產物而言，如因農作而收穫穀物，因畜牛而取乳者是；就無機的出產物而言，如因開鑛而得鑛物者是。反之，非依經濟上之用法所收穫之出產物，如倉庫中之穀麥，耕牛之乳汁，以及地中偶然發見之埋藏物等，自不得謂為依物之用法所得之孳息也。

法定孳息

第二 法定孳息

意義

依我民法之規定：『稱法定孳息者，謂利息、租金、及其他因法律關係所得之收益』（六九條）（二項）。茲就此定義分晰言之：

利息或租
金

（一）須為利息或租金 此所謂利息或租金者，即因容許他人使用其物所得之對價，換言之，即因他人使用其物而給與之報酬。依德國多數學者對其民法之解釋觀之，均認法定孳息為請求給付對價之權利。我國民法第六九條第二項之規定，既與德國第九九條之規定大旨相同，自亦應從廣義解釋之。故就租賃契約而言，承租人因使用租賃物，即須支付一定之租金（四二條）；又就消費借貸契約而言，借用人因

消耗借用物，即須支付一定之利息或其他報酬（四七條）。此租金與利息之爲法定孳息，固無論矣；即因債務遲延而得請求之利息（二三條一項三），或因契約解除而應返還之利息（二五九條一款）亦可謂法定孳息也。

因法律關係所得之收益
法律關係而生者，是即不以使用物之法律關係爲限；此外，使用權利之法律關係，亦可因之發生法定孳息也。此所謂收益因法律關係而生者，即指以特定法律關係爲其基因而言，至其究因法律行爲而生，抑因法律規定而生，則非所問。

第三項 孳息之取得

孳息之取得
天然孳息之取得

第一 天然孳息之取得

天然孳息在未與原物分離以前，既爲原物之一部，當不發生收取問題；至其已與原物分離時，應歸何人取得？則因各國立法例所採主義之不同，致有不同之規定，德國固有法，原採「生產主義」，即認天然孳息，應歸孳息生產中原來提供資本

或勞力之人所取得，例如甲於所有之原物上，已經播種施肥，而以之讓與於乙，其由原物產生之孳息，仍屬於甲，得以其為獨立之物而處分之。此外，羅馬法以及法德日瑞諸國民法，則採『原物主義』，即認天然孳息，應屬於分離時享有原物所有權或其他權利之人，例如甲於今日向乙購得結有果實之樹，而為樹之所有人，則以後由樹分離之孳息，亦應歸甲收取之（參照法民五八五條，德民一〇一條）。我國民法，係採『原物主義』，明定『有收取天然孳息權利之人，於其權利存續期間，取得與原物分離之孳息』（七〇條一項）。依此規定，凡天然孳息一經與原物分離，則有收取其權利之人，當然取得其所有權，無須更行占有也。至於何人有此權利，應就其分離時對於原物之法律關係而定之，不僅所有人占有地上權人永佃權人典權人有此權利；即如承租人及借用人（使用借貸）亦得有此權利。

民法不採『生產主義』，而採『原物主義』者，蓋以一般社會制度，均側重於孳息分離時之權利人；至其生產中孰為助力人（即曾出資本或勞力之人），則非所

採取原物
主義之理
由

原物主義
之補救規
定

注重。惟徵之實際情形，純採『原物主義』，亦不無缺點，故我民法亦仿德國民法，而設補救之規定也（參照我民四六一條，德民五九二條九九八條）。

法定孳息
之取得

第二 法定孳息之取得

法定孳息非與原物爲一體，原無與原物分離之可言，自可隨時繼續發生之，故有收取法定孳息權利之人，於其權利存續期間中，可按日收取之；若收取權利人前後不同，則各按其收取權利存續期間之日數，使之收取。例如利息之計算。即以債權存續期間之日數爲標準，租賃之計算，即以土地房屋所有權移轉之日爲標準是也。故我民法關於此點之規定，即仿法德日諸國民法於七〇條第二項明定之（法民五八民一〇一條，日民八九條二項）。惟德國民法限於定期收入物，始得依此原則，此外之法定孳息，則定爲應歸屬於交付時之收入權利人取得之。

私權之得
喪變更

第四章 私權之得喪變更

第一節 總說

法律關係

第一 法律關係

吾人社會生活關係中，凡受法律所規律者，稱曰「法律關係」。惟吾人社會生活關係，並非悉爲法律所規律，其受習慣與道德及宗教所規律者亦不少。在昔原始社會中，人類之生活關係，極少受法律之規律；後以社會進化，法律制度，漸臻完備，舉凡以前受他種規範所規律者。至是漸爲法律所規律，因之法律所規律之範圍，亦日漸擴大。故在現代法治國家中，吾人生活關係之大部分，皆受法律所規律，換言之，即現代人類大部分之生活關係，大都成爲法律關係矣。

吾人一定之生活關係，其所以須受法律之規律者，即因此生活關係所生之效果，終非純賴道德宗教及習慣之力所能保障，必依法律之力始克保障之，故在法律關係中，對於一定之生活關係，不能不與以法律之保障，而使其發生一定之效果，

法律效果與法律要件
此種效果，即稱曰『法律效果』；發生此種法律效果之生活關係，則稱曰『法律要件』。

第二 法律效果與權利變動

法律效果與權利變動

現代之民法，大都以權利為本位，已屢如前述矣。故民法上所有法律之效果，終不外於『權利之變動』，申言之，即權利之得喪變更也。誠然凡屬法律要件，非皆直接發生權利之變動，例如法定代理人對於限制能力人之行為予以同意，雖僅擴張其能力，並非直接發生權利之變動；然有此同意，限制能力人始能成立完全之法律行為，即係間接影響於權利之變動。由此論之，故民法上之法律效果，係皆直接或間接發生權利之變動。茲就此變動之內容，分述如左：

私權之取得
(一) 私權之取得 私權與其新主體相結合時，即稱為私權之取得，或稱為私

權之發生。其取得之方法，可分為『原始取得』與『繼承取得』，前者即不基於他人既得之權利，而為獨立取得之權利，故又稱為『絕對的發生』，例如無主物之先

原始取得

與繼承取得

包括繼承與特定繼承

移轉取得與設定取得

私權之喪失

絕對的喪失與相對的喪失

占，遺失物之拾得，時效取得等是也。後者則基於他人既得之權利，而為繼承取得或傳來取得及移轉取得之權利，故又稱為『相對的發生』。此種繼承取得，因包括繼承前主（即原權利人）之權利義務，與個別繼承前主之權利義務之不同，又可分為『包括繼承』與『特定繼承』，前者如繼承、包括遺贈、公司合併等是；後者如普通權利之讓渡是。又因仍舊繼承前主之權利，與將前主權利內容之一部作為別種之權利而繼承之不同，可分為『移轉取得』與『設定取得』，前者如所有權之讓渡，債權之讓渡等是；後者如在所有權者之所有物上設定地上權抵押權等是也。

（二）私權之喪失 私權之喪失者，即權利脫離其主體之謂也（又稱為私權之消滅）。此與私權取得之形式相同，亦可分為『絕對的喪失』與『相對的喪失』，前者即權利本身歸於消滅，例如因物之消失，而致消滅其所有權是；後者即為權利之移轉，其權利雖脫離其前主，尚有他人為其新主，例如買賣之結果，就原主方面觀之，固為權利之喪失；然就新主方面觀之，乃為權利之取得，其權利本身，決不

因此而消滅，故僅可謂相對的喪失。

私權之變更
主體的變更
謂也。其變更可分為下列三種：（一）為『主體之變更』。如上述繼受取得或權利

客體的變更
之移轉，即其適例。（二）為『內容或客體之變更』。此種變更，又可分為『數量
的變更』與『性質的變更』二種，前者如所有權客體之擴張或減少等是，後者如以

作用的變更
交付特定物為目的之債權，因債務不履行而變為請求賠償損害之債權是。（三）為
『作用之變更』。此種變更，雖可稱為廣義的內容之變更；但從狹義方面言之，作

用與內容仍有區別，例如不能對抗第三人之權利，變為得能對抗之權利，附有條件
或期限之權利，變為無條件或無期限之權利是也。

第三 法律要件與法律事實

法律要件
與法律事實

法律要件
（一）民法上之法律要件，就中最主要者，厥為『人之行為』，人之行為中，
因損害他人須令賠償之違法行為，固為重要；然較此更為重要者，尚有『法律行為

與法律行為
契約行為
合同行為
單獨行為

一。法律行為中，可分爲三種言之，即（一）爲買賣借貸之契約行為，（二）爲設立社團法人之合同行為，（三）爲財團法人之設立行為或遺囑等之單獨行為，任何法律行為，皆爲吾人欲得一定之效果而爲之，故基於吾人之意思，使生法律效果之法律行為，其在現代私法關係中，實已成爲最主要之法律要件，此爲稍加觀察社會之實況時所易理解也（參照下節）。

法律行為
與意思表示

（二）法律行為，既於現代民法上爲主要之法律要件，故現代法學者，就法律行為之本質，從事於理論上之分析，發見各種法律行為之共通原則，實已盡其極大之任務。就其成效而言，其最顯著者，即在從事於法律行為之分析，必先闡明意思表示之本質；更就意思表示而爲心理學上之分析，闡明其與他種類似行為之差異。茲分爲二點說明之：

意思表示
爲法律行為
之本體

（一）凡係契約之法律行為，原由要約與承諾二種表意而成。故從個人意思自由（即自治）之立場而言，契約之本體，即可謂爲要約與承諾之意思表示。且不僅

契約如此，即契約以外之合同行爲及單獨行爲，亦莫不如此。是則如欲闡明所有法律行爲之共通原理，非先就構成其本體之意思表示，而研究其性質不爲功。

意思表示
與其他行
爲

(2) 其次，在心理學上從事於此意思表示之分析時，則所有意思表示之行爲，皆不外欲生一定效果之表示，因之可分爲感情之表示與知悉之表示。又雖同一之意思表示，然在私法上個人之意思表示，既得自治，故法律有認其爲個人所欲生之效果者，或基於其他之理由，有認其爲異於個人所欲生之效果者，此亦須區別言之。

法律要件
與法律事
實

(三) 所謂契約等等法律要件，既須有意思表示之要素存於其中，是則發生一定法律效果之法律要件，更須有組成之要素存於其中，此種要素，即稱爲「法律事實」。法律事實，構成具有獨立法律效果之法律要件，其與化學中之原子，係由單獨原子或與其他原子相結合而成者，極相類似。故在某種關係中，使生法律效果之一切自然界之事實，皆可爲法律事實，申言之，即凡私權之得喪變更，必基於一定

法律上之事實與事實上之事實

之原因，方能發生一定之結果，其結果，即為法律上之變動，其原因，即為法律上之事實。惟自然界之事實，亦非均有法律上之意義，其有法律上之意義者，自為法律上之事實。其無法律上之意義者，則為事實上之事實。欲就此點為詳盡之說明，自應讓諸各別之場所，惟為理解意思表示在一切法律事實中之地位，亦應將法律事實分類說明之。

法律事實之分類

第四 法律事實之分類

法律事實之分類，極形繁複，惟就其最重要而且最普通者言之，則可大別為基於人之精神作用者（容態）與非基於人之精神作用者（事件）。茲為分晰述之。

基於人之精神作用

（一）基於人之精神作用者（容態） 此種事實，可稱之為『容態』，而分為『外部的容態』與『內部的容態』二種。

外部的容態

（1）外部之容態（行為） 吾人行為中如散步之事實，因其不生何等法律上之效果，自不能視為法律事實之行為。又吾人之行為，不僅可分為積極運動之『作

爲』，與消極狀態之『不作爲』；且可分爲『適法行爲』與『違法行爲』。

合法行爲
與違法行爲

(甲) 合法行爲 此即法律所允許而確保其效果之行爲。更可分之爲『意思表示』與『意思表示以外之行爲』二種。

意思表示
與意思表
示以外之
行爲

子 意思表示 例如契約之要約與承諾，法人之設立或遺囑等係以發生一定效果爲目的者，皆爲意思表示，法律因之認有發生表意者所欲得之效果，關於此點，當於以后詳論之。

丑 意思表示以外之行爲 此可稱爲法律的行爲或準法律行爲。在合法行爲中，法律不問其行爲者願意與否，如認爲合法者，須使其發生一定之效果。又視其精神作用如何，可分爲左列三點論之。

A 意思通知 例如無能力者之相對人所爲之催告，或要求債務履行之催告，即屬於要求他人行爲之意思通知；又如債務履行之拒絕，則屬於拒絕自己行爲之意思通知。法律對於此等情形，不問行爲者之直接意思如何，皆使發生無能力人行爲

之撤銷或追認、時效中斷、履行遲延、解除權成立等等重要之效果。故意思表示之內容（意欲）與法律上之效果，二者之關係，並非常為一致也。

B 觀念之通知 例如招集社員總會之通知，承諾遲到之通知是也。通知者雖不發表何等直接之意欲；而法律對此通知，却與以一定之效果。

C 感情之表示 例如具有離婚之法定原因時，夫妻之一方為感情之表示而加宥恕者是也。

(乙) 違法行為 違法行為者，即法律對於有礙社會生活之行為，為鎮壓或排除其結果，而與以一定之效果也。法律為達此救濟之目的，一方對於行為者課以一定之刑罰；一方有令行為者對於被害者填補其損害。關於刑罰之研究，自屬於刑法之範圍。民法惟能規定加害者對於被害者有損害賠償之關係，所有違法行為中之債務不履行與不法行為，亦應於債編中研究之。

內部的容 (2) 內部的容態 此雖基於人之精神作用；但於外部並無何等之表現。因其

惡 精神作用之不同，又可分之爲二種。

觀念的容態與意思的容態

(甲) 觀念的容態 此即對於一定之事實，知或不知之容態也。法律對於知悉者，即名之曰惡意，對於不知者，則名之曰善意。要之因善意與惡意之分別而令法律效果不同者，皆係法律事實也。

(乙) 意思的容態 此即對於一定之效果，欲與不欲之容態也。隱藏之意思，雖難影響於法律效果；然如第三者爲債務之清償時，可爲意思的容態之適例。

不基於人之精神作用者

(二) 不基於人之精神作用者(事件) 此即所謂自然之事實。例如時之經過、人之生死、物之破壞、果實之成長等皆非基於人之精神作用，純爲自然界之事實者是也。事件中關於人之生死及時之經過，在法律上最關重要，前者構成繼承時之法律要件，後者則構成時效之法律要件。

法律行爲

第二節 法律行爲

法律行為
及意思表示
之本質

第一款 法律行為及意思表示之本質

第一 法律行為自由之原則

現代所謂法律要件之最主要者，厥為法律行為，前已言之矣，因而吾人之私法關係，大部分皆由法律行為所構成。就吾人身分關係而言，概由一切身分上之法律行為而成立，就財產關係而言，概由一切財產上之法律行為而成立。惟此種狀態，實為近世法國大革命以後所產出。至若法國革命以前之情形，凡財產上及身分上之法律關係，大部分係由人之原有身分所決定。後因個人自由之主張，本其反抗之精神，歷經苦鬥，始以法國大革命為一轉變之時期，漸認法律之前，人人皆有平等之權利能力。由是人之意思始得以此為基礎，自由構成一切法律關係，此即人類文化『由身分關係變為契約關係』之一大進步也。

由身分關
係變為契
約關係之
進步

經此轉變後，在私法上所表現者，不僅有締結契約之自由；舉凡遺囑之自由，

契約之自由
法律行為
之自由
營業之自由

社團設立之自由等，亦皆承認之，此即所謂「個人法律行為之自由」。而法律行為之自由，又不外「個人意思自由」之表現。此等私法上之原則，若由經濟立場言之，亦可謂為「營業自由」之原則。

法律行為
自由之原
則在現代
社會中之
意義

法律行為自由之原則，破壞十八世紀末葉之封建狀態，促進十九世紀資本主義文化之發達，固不失為人類文化史上之偉觀。然在資本主義文明達於極度之社會中，此法律行為自由之原則，早已失其原來主張之意義。蓋今日之社會，個人相互間之貧富，既有絕大之懸殊，則個人間意思行為之自由，實不能認其毫無限制也。且個人間之意思行為，亦不能出於真正之自由，試就資本家與勞動者，地主與佃農，以及鐵道、電車、電燈、水道等大企業者與其被雇者各個相互間之契約而言，決不能純從當事人真正自由意思決定之，質言之其契約之內容，要不外一方能為自由之決定，他方惟能服從其決定耳。處此社會狀態之下，法律行為自由之原則，不能保持其在以前私法關係中之正當作用，已極顯然。若於社會狀態變遷後，仍欲維持此

法律行爲自由或意思自由之原則，已不可能，蓋此原則已失其存在之意義，決難規律現代個人間之私法關係，故本書於序論中已述及個人主義民法之三大原則，必須加以種種之修正也。

修正法律行爲自由之原則，若依意思表示之理論而言，即在根本否認個人意思之絕對性。在昔法國革命時之主張，原係依據自然法論之理由，認爲個人之意思有絕對無限制之自由，因之法律遂以此爲原則，而承認其效力。此種原則，爲破壞當時封建制度之障壁計，不得不本個人之自由意思，從事於自由之競爭，以之爲私法關係中之正當規範。然在今日社會狀態中，既然個人間之契約，多爲一方當事人之自由所決定，自不能有自由競爭之存在，故須以法律之力或團體之力限制個人意思之自由，始能建立切於實際之私法關係。誠然居今日經濟組織之下，仍須以私法關係中之某種部分委諸個人意思之活動，始能獲得適當之效果者，在所難免；要之，爲適應現代全部私法關係之要求，決不能單憑個人之意思，視爲唯一之手段。故於

今日仍欲適用法律行為自由之原則，必須視其是否合於現代法律之思想與社會之實際以爲斷。

現代各國對於法律行為之自由，固多容許；然其所持之態度，則與昔日不同。法國民法雖採個人主義；然於立法上亦加以適當之限制矣；德國民法則已採用限制個人主義（亦稱連帶主義）之原則，法律上雖承認有個人之自由，但須以不背社會國家共同生活之精神爲限度。蓋現代私人生活關係，既已日趨於社會化，無產者與資本家利害之衝突，既亦日趨於尖銳化，是立法政策即採限制主義，尙恐難應社會之要求，其不能採取個人主義，已無疑義。故現代個人之法律行為，不僅不能違背公序良俗（我民七），且須受種種特別法（如勞動法、住宅法、農耕法）之限制，因之吾人在私法關係中活動之範圍，自須與現代法律精神相適應而後可。

第二 意思表示與法律行為之關係

意思表示爲法律行為不可缺之要素（即構成法律要件之法律事實），此爲現時

意思表示
與法律行
爲之關係

之通說，故欲知法律行爲之本質，不可不先知意思表示之本質。就從來之通說論之，認爲意思表示在心理上之經過，須以下列三點爲要件：（一）卽個人決定欲得一定效果之意思（效果意思）；（二）卽具有發表該意思之意思（表示意思）；（三）卽以該意思之發表爲有價值之行爲（表示行爲）。在前二點中，無非以個人在內心上所決定之效果意思爲主眼。惟以內心之意思爲意思表示之本體，而使之發生法律上之效果，殊令相對人易受不測之損害，故不得不認有各種之例外；且吾人如欲排除個人意思絕對自由之觀念，進而採取個人間之生活關係須以客觀事實爲其規範之理論時，則意思表示，應於客觀上以表示行爲爲其本體，較爲正當。茲特詳爲說明之。

表示行爲

（一）表示行爲 社會生活中個人間之交涉，皆以外形上之行爲爲媒介。故欲意思表示發生法律上之效果，須先有足令他人推斷自己係何意思之行爲。此表意上具有價值（表示價值）之行爲。卽謂爲『表示行爲』。表示行爲，普通雖以語言文

字爲之，然亦有於語言文字之外，依舉動而成立者；且有依沉默之態度，而亦具有一定之表示價值者，要之凡係足令他人推斷自己有一定意欲之積極行爲或消極行爲，皆謂爲表示行爲，故意思表示，得分爲『明示』或『默示』之二種，此種區別，亦不過於表示價值上有大小之差耳；而其發生法律上之效果則一也。表示行爲既係有意識之舉動，故睡眠中之舉動，及受不可抵抗之強制舉動，雖有行爲之外形，亦不得謂爲有表示行爲之價值。但現代私法關係中，亦有純依行爲之外形而收行爲之效果者，例如票據行爲及有價證券之作成等純賴行爲之外形而爲交易是也。究之此係私法關係中之商事行爲，自應以特殊之例外視之。

效果意思

(二)效果意思 表意者之表示行爲，須能推斷其有欲生一定效果之意思，此種意思，即謂爲『效果意思』。效果意思之內容，即表意者於社會關係中法律認其應生法律之效果，故如親子間對於細物之借貸，友人間在儀禮上之約束，以及純係宗教上之約束等，皆不發生法律上之效果，僅能發生道德或宗教上之問題，因之具

有此種內容之意思，不得謂爲效果意思。又表意者表示不生法律效果僅係德儀之意思時，法律亦可於原則上認其不生法律上之效果，自無效果意思之價值；惟此理論之適用，並非簡單之問題，其最重要者，厥爲債務中關於『德儀上之支付』，以及『不爲強制執行』等等約束之問題，欲就此爲適當之解決，當視當事人意欲之內容究至若何之程度，而認其應否發生法律效果也。

效果意思，既係須依表示行爲之外形始能推斷之意思，故行爲者如因偶爾之錯誤或其他之理由，致令意思與表示不相一致時，若從其表示之意思，使生法律效果，則未免對於行爲者失於過酷，因之法律爲兼顧本人之地位與其對方之地位，有時亦得否認應依意思表示所生之效力。由此言之，則效果意思，亦可分爲二種：即在內部事實上之意思，可謂爲『心中之效果意思』；而依表示所推斷之意思，則可謂爲『表示上之效果意思』。通說雖以前者爲意思表示之本體；惟爲保護表意者之利益計，應視前者不過爲意思表示之一要素耳。

表示意思

(三)表示意思 依通說論之，則除上述『表示行爲』與『效果意思』之外，尚須以『表示意思』爲意思表示之要件，換言之，即行爲者當爲表示行爲時，必須自己有爲表示行爲之『意識』。依此理論，自須以表示意思爲效果意思與表示行爲之連絡意思，苟缺此連絡意思，是縱有表示行爲，而意思表示亦將不能成立矣。反之，依惟以表示行爲爲『意思表示之中心』之理論而言，則雖缺乏表示意思亦於意思表示之成立，無關重要也。

第三 法律行爲之成立與其效力之發生

法律行爲之成立與其效力之發生

法律行爲之成立者，即得認爲法律行爲而成立之謂也；其效力之發生者，即謂得能發生合於法律行爲內容之效力也。法律行爲成立之要件有三：(一)須有當事人；(二)須有內容；(三)須有意思表示。三者缺一，法律行爲即不成立。惟欲使三者具備之法律行爲爲發生效力，更須具備發生效力之要件：舉凡當事人須有一般及特別之權利能力；法律行爲須有適當之內容；意思表示須與當事人內心之意思爲

一致等等皆是也。茲須注意者：即有效之法律行為，其效力固因成立而發生；然亦有不因成立而發生者，例如遺囑即為後者之適例。又依表意者之意思最能左右效力發生之時期者，則為條件及期限。凡此等等，自須逐漸說明之；此處不過為明瞭意思行為之成立與效力發生之區別，特先示以大略耳。

法律行為
之定義

第四 法律行為之定義

法律行為之定義，民法上雖無明白規定，學者間雖亦見解各異；然就上述法律行為及意思表示之本質觀之，亦能得其概念：即法律行為者，係指以意思表示為要素之法律要件而言，申言之，即凡具此法律要件，法律依據表意人之所欲，使生私法上之效果者，斯曰法律行為。

法律行為
之分類

第一款 法律行為之分類

法律行為，得依種種之標準而分類，茲舉其重要者如左：

本論 第四章 私權之得喪變更

單獨行爲
契約共同
行爲

第一 單獨行爲、契約、共同行爲

此係以表示行爲之容態爲標準而分類，茲爲分述之。

(一) 單獨行爲 單獨行爲，係由一方之意思表示即能成立之法律行爲，亦稱「一方行爲」。換言之，即此種行爲，僅須一方爲意思表示，無須得相對人之同意，即可發生法律效力。如捐助行爲、債務免除、遺囑、以及私生子認知等，皆爲單獨行爲之適例。但此所謂一方之意思表示，雖僅以一人一個意思表示爲已足；但亦非以一人一個意思表示爲限，故偶然由多數當事人爲同一之意思表示，具有同一之意義者，仍不失爲單獨行爲，例如由數人同爲捐助行爲是也。

有相對人
之單獨行
爲與相對
人之單獨
行爲

單獨行爲又可分爲有相對人之單獨行爲與無相對人之單獨行爲二種，前者須對於特定人爲之，例如承認、撤銷、及債務免除等是；後者無須對於特定人爲之，例如捐助行爲是。

契約

(二) 契約 由二個以上相對應之意思表示而成立者，即爲契約。申言之，即

廣義的契約與狹義的契約

契約係由當事人雙方意思表示（即要約與承諾）之合致而成立之法律行為也，故又稱爲『雙方行為』。就契約係由多數當事人交相表意，各有區別之意義而言，此即與共同行為不同之處。共同行為與單獨行為在民法上均無共通原則之規定；不若契約於債編中除示以共通之原理外，尚有極詳盡之規定，如買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、雇傭、承攬等等是也。

契約原有廣狹二義，就廣義言之，契約不僅以成立債之關係爲限，即以成立物權關係或身分關係爲目的之法律行為，亦可稱爲契約。若就狹義言之，則惟限於成立債之關係者，始稱之爲契約。德國民法係從前者（德民一四五條至一五七條）；法國民法則從後者（法民一一條）。我國民法既規定契約於債編之中，顯係依從狹義之解釋；惟依前大理院判例觀之，凡以物權關係，親屬關係或繼承關係之成立或消滅爲目的之法律行為，皆爲契約，此又係從廣義之解釋也（因新舊民草均仿德國民法，從廣義之解釋，特於總則編中設契約之規定故也）。

共同行爲

(三) 共同行爲 由二個以上具有同一趨向之意思表示而合成之法律行爲，卽爲『共同行爲』，亦稱『協同行爲』。故各當事人須皆有同一之意義同一之內容，始得成立共同行爲，如社團法人之設立行爲，卽其適例，他如決議、選舉等，亦可列入其中。

共同行爲
與契約之
異點

共同行爲與契約是否相同？學說上頗不一致：有謂共同行爲爲契約之一種者，有謂共同行爲與契約截然不同者。究之從意思表示之『數量』言之，共同行爲須有二個以上之意思表示相合致，此與契約相同者；但從意思表示之『趨向』言之，則與契約有異，因契約係由二個以上趨向不同之意思表示而成立；而共同行爲則由二個以上同一趨向之意思表示而成立；因之構成契約之意思表示，其內容及效果，均係彼此相反，不過彼此有『相反而實相成』之作用；至於構成共同行爲之意思表示，其內容及效果均係彼此相同，純爲平行合流之一致，故二者相較，終有差別也。

要式行爲

第二 要式行爲、不要式行爲

不要式行
爲

此種分類，係以表示行爲是否須用一定之形式爲標準。故構成法律行爲要素之意思表示，須依一定之形式（例如作成書面）始能成立者，稱爲『要式行爲』；其不須依一定之形式（即方式自由）亦得成立者，則稱爲『不要式行爲』。近代法律對於法律行爲之形式，大都以不要式爲原則，而以要式爲例外，故一般之行爲，皆爲不要式行爲。然爲使當事人之舉動特加慎重計，爲使法律行爲之存在特別明瞭計，爲使某種權利之範圍便於明瞭計，而使法律行爲成爲要式者，自亦不少，例如遺囑、婚姻、票據等是也。

生前行爲
死後行爲

第三 生前行爲、死後行爲

此種分類，係以法律行爲發生效力之時期爲標準。故因行爲者之死亡而發生效力之法律行爲，即爲『死後行爲』，亦稱『死因行爲』，例如遺囑及遺贈是也。除此死後行爲以外之一切法律行爲，皆爲『生前行爲』，例如買賣、贈與、借貸等一切法律行爲皆是也。至若生命保險契約，因行爲人生前即負有支付保險金之義務，

故亦爲生前行爲。

第四 獨立行爲、補助行爲

獨立行爲
補助行爲

此種分類，係以法律行爲本身是否含有獨立性爲標準。凡無獨立性之行爲如「同意」，「允許」等，即爲「補助行爲」；反之，有獨立性之行爲，則爲獨立行爲。

第五 主行爲，從行爲

主行爲
從行爲

此種分類，係以法律行爲是否基因其他法律行爲而成立爲標準。凡以他種法律行爲或他種法律關係之存在爲前提而始成立之法律行爲，即爲「從行爲」；爲從行爲之前提之法律行爲，則爲「主行爲」，例如夫婦財產契約係以婚姻之成立爲前提，質權設定契約係以債權之存在爲前提。故婚姻與債權皆爲主行爲，夫婦財產契約與質權設定契約皆爲從行爲。從行爲對於主行爲既有從屬關係，則從行爲自受主行爲之支配，而與其同命運。至於主從關係密切之程度，則因各種行爲之差別而不同。

債權行爲
物權行爲
爲準物權行

第六 債權行爲、物權行爲、準物權行爲

此係以法律行爲發生效果之種類爲標準而分類，茲分述之如次：

(一) 債權行爲 凡以發生債權債務之效果爲要素之法律行爲，卽爲『債權行爲』。債權行爲，有以契約成立者（學說上稱爲債權契約），如買賣借貸等是；有以單獨行爲成立者，如特定名義之遺贈是。

(二) 物權行爲 凡使物權發生得喪變更之效果之法律行爲，卽爲『物權行爲』。其中有以契約成立者（學說上稱爲物權契約），如所有權之讓與是；有以單獨行爲成立者，此則極爲少數。

(三) 準物權行爲 物權行爲以外之非屬於債權行爲者，卽謂爲『準物權行爲』，例如債權之讓與，債務之免除，無體財產權之讓與等行爲，雖與普通物權行爲有別；然其直接所引起之法律關係，終與物權行爲相類似，故稱爲準物權行爲。

第七 要因行爲、不要因行爲

要
因
行
爲
不
要
因
行
爲

此種分類，係以給付行爲是否得與其原因分離爲標準。凡爲財產之給付，事實上須有給付財產之原因始能成立者，卽爲『要因行爲』，亦稱『有因行爲』，通常之債權行爲屬之。反之，不須有給付財產之原因亦得成立者，則爲『不要因行爲』，亦稱『無因行爲』，通常之物權行爲、準物權行爲、及票據行爲皆屬之。要因行爲爲缺乏原因時，其給付行爲則爲無效。例如成立買賣契約時，買受人因取得財產權而負給付價金之義務，出賣人因受領價金而負移轉財產權之義務，是此財產之給付，均須互有原因，始能成立一法律行爲；設有一方債務不成立時，買賣卽歸無效，他方當事人自亦無債務之可言，反之，如係無因行爲，則其原因之存否，毫無影響於其效力，卽令缺乏原因時，亦不過僅生不當利得之返還義務。例如本票之發出行爲，卽係無因行爲，故因支付價金而發出本票時，卽令價金債務不存在，其票據仍非無效，不過僅依不當利得負返還之債務而已。

有償行爲
無償行爲

第八 有償行爲、無償行爲

此種分類，係以當事人之給付是否有對價爲標準。在給付行爲中，凡有對價關係者，即爲『有償行爲』；其無對價關係者，則爲『無償行爲』。前者如買賣、互易、交互計算、租賃、僱傭、承攬、以及有利息之消費借貸皆是也；後者如贈與、使用借貸、以及無利息之消費借貸皆是也。

第九 有相對人之行爲、無相對人之行爲

有相對人之行爲
無相對人之行爲

此種分類，係以意思表示是否向特定人爲之爲標準。凡對於特定相對人而爲意思表示者，即爲『有相對人之行爲』；非對特定相對人而爲意思表示者，則爲『無相對人之行爲』。前者如撤銷、承認、及解除等是也；後者如遺囑及捐助行爲等是也。故前者須俟相對人受領其意思。後者則不以受領爲必要。

第十 設權行爲、變權行爲、廢權行爲、保權行爲

設權行爲
變權行爲
廢權行爲
保權行爲

此種分類，則以私權之發生、變更、消滅、以及保存或確定爲標準。凡法律行

爲以發生權利爲標的者，卽爲『設權行爲』，例如物權之設定是；其以變更權利爲標的者，卽爲『變權行爲』，例如權利之讓與是；其以消滅權利爲標的者，卽爲『廢權行爲』，例如債務之免除是；其以保存或確定已存之權利爲標的者，卽爲『保權行爲』，例如對於得撤銷行爲之追認是。

第十一 現實行爲、非現實行爲

現實行爲
非現實行爲

此種分類，係以是否另有實現意思表示之行爲爲標準。故於意思表示之外，尚須有現實之成分始能成立之法律行爲，卽爲『現實行爲』，例如寄託須以物交付於他方始能成立者是；此外之法律行爲，均爲『非現實行爲』。通常法律行爲，惟以意思表示爲要素，無須其他要素卽能成立，此原則也；然若法律行爲尚須有其他要素始能成立者，則須法律另有特別之規定，或當事人另有特別之訂定。

第十二 完全行爲、不完全行爲

完全行爲
不完全行爲

此種分類，係以法律行爲是否完全發生效力爲標準。凡能完全發生效力之法律

行爲，即爲『完全行爲』；反之不能完全發生效力者，則爲『不完全行爲』。後者又可分爲三種：（一）爲『無效』之行爲，即完全不能生效之行爲；（二）爲『得撤銷』之行爲，即不能確定有效之行爲；（三）爲其他不完全行爲，如附停止條件之行爲及無權代理行爲是也。

第三款 法律行爲之目的（法律行爲之要件或內容）

法律對於當事人欲生效果之法律行爲，並非皆須承認之，必須本諸一定之理由，認爲適當者，始能加以助力，而確定其應得之效果。故當事人對於法律行爲之效果發生爭執時，須先明瞭該法律行爲之目的（即當事人依其法律行爲所欲發生之效果），法律方能決定應否加以助力之態度；當其決定態度之先，自須就該法律行爲所確定之目的果否可能？及依現代法律精神之見地應否允許等等而審查之。因而吾人研究法律行爲之目的（即其內容或要件），須先就下列諸點於本款說明之：即（

（一）爲行爲人有無行爲能力？（二）爲目的是否確定（法律行爲之解釋）？（三）爲目的是否可能？（四）爲目的是否合法？（五）爲目的是否合於社會性？（六）爲法律行爲之方式。且除研究此等要件之外，尚須於本款以下研究當事人之意思與其表示是否爲一致？及其一致時是否出於意思決定之自由？茲就前列六點先爲說明之。

第一項 行爲人須有行爲能力

行爲人須
有行爲能
力

法律行爲，係以行爲人有行爲能力爲其一般之有效要件，故無行爲能力人之行爲，與限制行爲能力人之行爲，以及有行爲能力人在無意識或精神喪亂中所爲之行爲，自爲『不完全行爲』，法律對之，自亦分別定其適當之態度，茲爲分述之。

第一 無行爲能力人

無行爲能
力人

無行爲能力人之意思表示爲無效，此爲民法第七十五條前段所明定。故無行爲能力人不問其實際上有無意思能力，其於財產上之一切行爲，概不得自爲或自受意

思表示，必須由法定代理人代爲或代受意思表示，方生效力（七六條）。無行爲能力人既不得自爲或自受意思表示，更不得爲他人之代理人，自不待言。

無行爲能力人之法定代理人（即指行使親權人及監護人而言），與限制行爲能力人之法定代理人，彼此權限實有不同，後者具有代理權及能力補充權，前者僅有代理權。故限制行爲能力人如得法定代理人之允許，尙得自爲法律行爲；而無行爲能力人之法律行爲，則必須法定代理人完全代理，不得自爲之。然代理行爲亦有一定之限度，不僅關於身分上之行爲，法定代理人不得代理，即財產上之行爲，亦因法律之規定，或性質之限制者，亦不得代理之。

有行爲能力人所爲之意思表示，在原則上固屬有效，然在意識或精神錯亂中所爲之意思表示（例如在睡夢、泥醉、疾病昏沉中、或偶發之精神病人在心神喪失中所爲之意思表示）則與無意識之表示無異，故亦認爲無效（七五條後段）。

限制行爲

第二 限制行爲能力人

本論 第四章 私權之得喪變更

能力人

限制行為能力人既非如無行為能力人絕對不得自為或自受意思表示，亦非如有行為能力人完全得能自為或自受意思表示，故其自為或自受之意思表示，以應得法定代理人之允許為原則；以不須經其允許為例外。茲為分述如左：

應得法定代理人允許之行為

(一) 應得允許之行為 限制行為能力人之法律行為，既應得法定代理人之允許，始生效力(七七條前段)；是則未得允許之法律行為，究應有如何之效力？立法例對

於此點，尚不一致，有不問其未得允許之法律行為究為單獨行為，抑為契約，均認為得能撤銷者，如日本民法是（我國前大理院判例仿此）；有規定單獨行為為無效，而認契約得因承認而生效者，如德國民法及我國現行民法是。要之，單獨行為與契約之性質既有不同，則其行為人應負之責任自亦有別，故法律仍宜分別規定之。

屬於單獨行為者

(1) 限制行為能力人所為之單獨行為 此種行為如未得法定代理人之允許，根本使之無效(七八條)。故不問其為有相對人之單獨行為（如契約解除、債務免除）抑為無相對人之單獨行為（如捐助行為），法律為保護限制行為能力人之利益，不

令蒙受損害計，自應使其無效也。

屬於契約者

(2) 限制行爲能力人所訂立之契約 其未得法定代理人允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始能生效(七八條)。此種承認，不僅法定代理人在事後得能爲之；即限制能力人在其限制原因消滅後（即未成年人已成年或結婚），亦得自爲承認(八一條)。

不須允許之行爲

(二) 不須允許之行爲 限制行爲能力人關於財產上之行爲，雖以得法定代理人之允許爲原則；但有左列情形之一者，不待法定代理人之允許，即可獨立爲之。

因純獲法律上利益而爲之行爲

(1) 因純獲法律上利益而爲之行爲 此所謂純獲法律上之利益者，即指專得權利或專免義務及其他專得法律上之利益毫無損害而言。惟就純獲利益之範圍言之，立法例亦有不同：有僅定爲專得權利，或專免義務之行爲者，如日本民法是，我國舊民法從之；有汎定爲純獲法律上利益之行爲者，如德國民法是，我國現行民法從之(七七條但書)。至於何種行爲方可謂爲純獲利益之行爲？則應依其法律行爲之性質

而定之，故如限制行爲能力人所爲之雙務契約、有債契約、以及抵銷行爲等雖獲經濟上之利益，亦不得獨立爲之；必如贈與之承認、遺贈之承認等專得權利之行爲，或如接受債務之免除及解除或終止專負義務等專免義務之行爲，以及其他專得法律上利益之行爲（例如爲第三人契約享受利益之表示），始得獨立爲之。

因日常生活所必需而爲之行爲

（2）因日常生活所必需而爲之行爲 何種行爲爲日常生活所必需之行爲？應依社會見解及限制能力人之年齡與身分而定之。

因法定代理人允許處分財產而爲之行爲

（3）因法定代理人允許處分財產而爲之行爲 限制行爲能力人雖無處分財產之能力；然若法定代理人認爲有允許其處分特定財產之必要而爲允許時，限制行爲能力人在其允許之範圍內，即得爲處分行爲（八四條）。所謂處分行爲者，係指對其財產上之權利得爲變更消滅或限制之法律行爲而言，申言之，即得法定代理人之允許後，不僅對於該財產得爲管理或保存及改良之法律行爲，即物權行爲或債權行爲亦得爲之。惟其允許處分之財產既經指定一定目的者，限制能力人自應於該目的之範

圍內處分之，例如有親權者以額定金錢交於未成年人爲修學費用時，未成年人即得本此目的自由處分之是也。

因法定代理人允許獨立營業而爲之行為

(4) 因法定代理人允許獨立營業而爲之行爲 限制行爲能力人本無獨立營業之能力；然若法定代理人認爲有允許其獨立營業之必要而爲允許時，限制能力人關於其營業，即有完全行爲能力(一八五條)。惟限制能力人於開始營業後，法定代理人若發見其有不勝任之情形時，仍得將其允許撤銷或限制之(一八五條)。

關於允許營業之規定，各國立法例亦有不同：有規定允許之營業，僅以一種或數種之營業爲限者，如日本民法是；有規定允許之營業，不加種類之限制者，如德奧瑞荷等國民法是。我國民法既汎稱允許營業，自係依據後者之規定，故凡商業、農業、工業、鑛業等皆可屬於允許營業之範圍。

法定代理人之權限代理權與能力補充

(三) 法定代理人之權限 法定代理人之權限有二：即『代理權』與『能力補充權』是也。所謂代理權者，即指法定代理人得代爲或代受意思表示，使其效果直

權

接歸屬於限制能力人而言；所謂能力補充權者，即係『允許權』及『承認權』之總稱。法定代理人有允許限制能力人自爲或自受意思表示之權限，是曰允許權。其對限制能力人自爲而未經允許之契約，有與以承認之權限，是曰承認權。茲就允許與承認之實質分述如次：

允許權與承認權

質

(1) 允許 允許云者，即贊同限制行爲能力人自爲或自受意思表示之法律行爲也。此種允許行爲，不僅爲單獨行爲，亦可謂爲補助行爲，故就其『性質』而言，實與日本民法所稱之『同意』無異，應適用關於法律行爲及意思表示之規定。又就允許之『方法』而言，通常係向限制能力人爲之（應於限制能力人未爲或未受意思表示前爲之）；但依民法一一七條之規定時，亦得向相對人爲之。又就允許之『效力』而言，允許既係僅能補充限制能力人之能力，使其得爲完全有效之法律行爲，是其自身已無獨立性之可言，不過僅有促令他人行爲得爲有效之效力耳。

承認之性

(2) 承認 承認云者，即係追認限制能力人自爲而未經允許之契約，使其發

質

生與已經允許者有同一效力之法律行為也。此種承認行為，亦爲單獨行為，且係補助行為，自亦適用關於法律行為及意思表示之規定。其承認之方法，應於限制能力人訂立契約後以意思表示爲之（六一條）。其表示行為，固應向法定代理人之相對人爲之（六一條）；但向限制能力人爲之，亦應認爲有效。故限制能力人自爲而未經允許之契約一經承認後，應自訂立契約時起即生效力，非自承認時起始生效力也（五一條）。

相對人之
保護

（四）相對人之保護 限制能力人未得法定代理人允許而爲「單獨行為」時，民法確定其無效，原於相對人無何等不利益之可言；其在無相對人時，更無論矣。然若限制能力人未得允許所訂之「契約」則不然。此未得允許所訂之契約，在未經承認以前，既非確定有效，亦非確定無效，乃居於不確定之地位。儻令此不確定之狀態長期存續，相對人勢必因此感受不利，故法律爲保護相對人之利益計，特許其行使「催告權」或「撤回權」以救濟之（八〇條至八二條）。又若限制能力人所爲之法律行為（此應不問其爲單獨行為抑爲契約），在其具有欺詐情形，已對其無保護之必要

時，則其行為雖未得允許，亦應認為有效，此亦保護相對人之道也。(八三條)。茲將催告與撤回二點，分別說明於后。

催告

(1) 催告 限制能力人未得法定代理人允許而訂契約時，其相對人爲確定該契約是否有效，得定一個月以上之期限，催告法定代理人是否承認；又限制能力人於限制原因消滅後，尙未自行承認未經允許所訂之契約以前，其相對人亦得向本人（前係限制行爲能力人，現已成爲有行爲能力人）爲同一之催告。若法定代理人或本人不於所定期限內爲確答時，即視爲拒絕承認(八〇條及八一條二項)。茲將催告之性質、方法、及效力分述之：

催告之性質

(甲) 催告之性質 法律准許相對人行使催告之權利，即爲『催告權』。此催告權，乃爲形成權之一種，使由催告發生法律上一定之效果。惟就催告之本質言之，祇能謂爲要求他人確答是否承認之一種觀念表示，原與行爲人之意思無關；不能直謂爲法律行爲或意思表示；但以其爲類似法律行爲之一種，自應準用關於法律行

爲及意思表示之規定。

催告之要件

(乙) 催告之要件 催告須於未經承認前，向法定代理人爲之；須於限制行爲能力之原因消滅後，向其本人爲之。但無論向何方爲之，均須定一個月以上之期限。若未定期限或定有期限而不在一月以上者，均應認爲無效。其期限之起算，則準用民法第九十四條及九十五條之規定，應從催告時起，即發生效力。

催告之效力

(丙) 催告之效力 受催告人在所定期限內確答承認，其法律行爲即應遯及成立時而發生效力；若係拒絕承認，則其法律行爲自始即不發生效力；因其不爲確答而視爲拒絕承認者亦同。就確答承認之性質而言，乃係向相對人爲承認之意思表示，自應適用一般意思表示之規定；至於確答拒絕承認與不爲確答時，不過同爲一種觀念表示（前者爲明示，後者爲默示）；惟以其類似法律行爲之故，亦可準用意思表示之規定。

撤回

(2) 撤回 限制能力人未得法定代理人之允許而訂契約時，其相對人不僅得

能行使催告權；且若不願契約成立，亦可於未經承認前行使『撤回權』。但於訂立契約時知其未得允許，而仍與之訂立契約者，則不許撤回之（八二條）。茲將撤回之性質、要件、方法、及效力等分述之：

撤回之性質

（甲）撤回之性質 法律准許相對人有撤回之權利，是曰『撤回權』。此撤回權亦為形成權之一種。即使已經成立之要約或承諾，自始即歸無效之意思表示，自應適用關於意思表示及法律行為之規定。

撤回之要件

（乙）撤回之要件 撤回之要件，（一）須在法定代理人對於契約之有效承認到達相對人以前為之；又於催告以後，亦可為之。（二）須在訂立契約之當時，相對人不知未得允許者為之；以後雖已知之，亦無妨於撤回權之行使。

撤回之方法

（丙）撤回之方法 撤回為有相對人之單獨行為，應以意思表示為之。惟其意思表示，如在限制原因未消滅前，應向法定代理人為之。如在限制原因消滅後，則應向本人為之。

撤回之效力

(丁) 撤回之效力 未得允許所訂之契約，與通常契約不同。通常契約由要約及承諾結合成立時，要約及承諾之效力即歸消滅，自不能再行撤回；若係未得允許之契約，在其未經承認以前，要約及承諾之效力尚係存續。故所謂撤回契約者，直指撤回契約之要約及承諾而言也。

撤銷權之剝奪

(3) 對於限制能力人之撤銷權之剝奪 剝奪限制能力人之撤銷權，亦係保護其相對人之道，蓋法律賦予限制能力人以撤銷權者，原以保護其利益為目的。然若限制能力人使用詐術，使相對人信其為有行為能力人，或使相對人信其已得法定代理人之允許時，法律即無加以保護之必要，應使其法律行為為有效(八三條)。此所謂使其法律行為為有效者，乃指逕由法律認其行為為有效而言，申言之，即相對人不僅不得表示撤回；且不須行使催告。又限制能力人不僅不得主張無效；且不須表示承認。故適用此項剝奪撤銷權之規定時，應具次述之要件：

剝奪撤銷權之要件
須出於故意

(甲) 須限制能力人出於故意 此所謂故意者，即謂限制能力人有使相對人就

該法律行為信其為有行為能力人，或已得法定代理人允許之故意也。

須曾用詐術

(乙) 限制能力人曾用詐術 此所謂詐術者，即指具體事實上曾用積極詐欺手段而言，例如偽造已成年之證書，或偽為已得允許之書信是也。

須相對人陷於誤信

(丙) 須相對人陷於誤信 所謂誤信者，即謂相對人因限制能力人使用詐術而誤信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許也。

須因誤信而為法律行為

(丁) 須因相對人誤信而為法律行為 限制能力人雖用詐術，而相對人並未因其行詐而為法律行為時，其間仍無因果關係。故必相對人因誤信其為有行為能力人，或已得允許而為法律行為時，始得適用此項之規定。

目的之確定

第二項 目的之確定（對於法律行為之解釋）

意義

第一 意義

法律行為之目的云者，即指行為人欲因該法律行為所生之效果而言，質言之，即法律行為之內容也。惟法律行為之目的（即內容），終不外由意思表示之目的（

法律行為
之解釋與
意思表示
之解釋

即效果意思之內容)而定之，蓋以意思表示為法律行為之要素故也。

然就契約之內容(目的)發生爭執者言之，大都非以組成契約之要約或承諾兩種意思表示之內容為問題，乃以兩種意思表示內容中合致之部分(即構成契約內容之部分)為問題，故普通不曰意思表示之解釋，而曰法律行為之解釋。但就解釋兩者之標準言之，並無不同也。

法律行為及意思表示所生之效果，須由表示行為所決定，前已言之矣。故法律行為之解釋，即在明瞭表示行為之意義。蓋組成表示行為之言語舉動，多有曖昧或不完全之缺憾，故欲使之明瞭或完全，即為解釋之第一任務。又因普通人多缺乏法律知識，其意思表示自多不合於法律，故欲使其合於法律之適用，即為解釋之第二任務。要之欲使當事人所有不完全不明瞭以及不合法律之表示行為，至於完全明瞭而且合於法律之程度，足令當事人欲達之目的，得有法律援助之基礎者，皆非賴此解釋不為功。

解釋與心中之意思

解釋法律行為之任務，亦有解為在於探求表意人之真意（內心上之效果意思）者；惟此種見解之誤點，在以法律行為之效果，皆歸於個人之真意。其錯誤之來源，要亦出自個人意思自治之思想。不知意思表示，必須專賴表示行為始得實現。至於內心上之效果意思，其在錯誤時，雖能左右法律行為效力之有無；究不能謂其皆能影響法律行為之內容也。

解釋之標準

各國立法例對於法律行為解釋之一般的標準，亦有特設規定者（法民一一五六條至一一六四條）；我國民法對此雖無明文，然就此解釋之本質論之，其重要之標準，亦可約舉如下：即（一）當事人所企圖之目的；（二）習慣；（三）任意法規，（四）誠實信義之原則等是也。此外，亦有以從事於意思表示之言語舉動，列入解釋之標準者；然此言語舉動，毋庸視為組成表示行為之要素，蓋吾人之言語舉動，皆須以具體事項為背景，始有適切之意義，離此具體事項，即無何等意義，故不能僅以言語舉動為解釋之標準也。

內容不確
定之法律
行為爲無
效

當事人所
企圖之目
的

法律行爲之內容，若已依種種標準而尚不能確定時，其法律行爲，自爲無效。故學者多以目的之確定。爲法律行爲之有效的要件。茲就下列標準分述之。

第二 當事人所企圖之目的

解釋法律行爲之第一標準，即在探求當事人所欲達之社會目的或經濟目的，藉以明瞭其法律行爲之全部內容，俾能與其目的相適合。故德國民法（三三條）規定解釋之標準，可不拘於其所使用之辭句，務求察知當事人真正企圖之旨趣。即令當事人隱匿之意思不易探及；亦不能不盡量探求以爲解釋之根本標準。我國民法亦仿德國之規定，特明示之（九八條）。

習慣

第三 習慣

法律行爲所使用之辭句，應從其行爲之場所及當事人所屬之階級習慣或其他交易習慣而解釋之。且不僅解釋辭句如此，即對於法律行爲之全部內容，亦應依據此等習慣決定之。蓋吾人之表示行爲，大都爲習慣所支配，故以習慣爲解釋之標準，

極合於實際。各國民法多有此種規定（例如日本民法九二條）；我國民法則無此明文；但在實際上亦應有此解釋也。

事實之習慣

惟茲所謂習慣者，乃「事實之習慣」，並非民法第一條中所稱之習慣（習慣法），前者僅在社會上缺乏法律之觀念；而其不能背於公共秩序或善良風俗，則與後者相同也。故以習慣為解釋法律行為之標準時，須以不背公秩良俗為要件。如係違背公秩良俗之習慣（即與強行法規不同之習慣），根本已無效力之可言，自不能用為解釋之標準。且在實際上，若有異於任意規定之習慣存在時，此習慣並能優先任意法規而為解釋之標準。至對於強行法規與任意法規皆不存在之事項，如有習慣存在時，此習慣得為解釋之標準，更無論矣。

任意法規

第四 任意法規

法律行為之內容如與強行法規不能相容時，其法律行為自不能認為有效。然其內容若僅異於任意法規時，則可從其內容，發生效力。蓋法律於某種限度內，允許

表意人之自由故也。

若依其他標準，皆不能確定法律行為之內容時，即以任意法規為確定之標準。換言之，即任意法規可次於習慣而為解釋法律行為之標準也。

任意法規
之二種解
釋作用

任意法規之解釋作用，大體可分為兩方面觀察之：（一）在意思表示欠缺時，可以之為補充；（二）在意思表示之意義不明時，可以一定之意義解釋之。前者於法文中常多使用『限於無別項規定』之文字，以表現任意法規在解釋上之作用；後者於法文中常多使用『推定』之文字，以表現其同樣之作用。任意法規因有此兩種之作用，又可稱為『補充法規』與『解釋法規』。惟就其補充意思表示不完全之部分或解釋其不明瞭之部分而為區別者，亦不過僅有程度上之異差。實則二者之作用，皆不外對於法律行為之內容，使其完全而且明瞭而已。

誠信之原
則

第五 誠信之原則（法理）

德國民法第一五七條明定：『契約，應顧及交易之習慣，依照誠信之原則，解

釋之』。我國民法雖無此明文；然爲法律行爲之解釋時，如係以表示行爲決定其客觀之意義，自須應用誠信之原則（或法理），以爲解釋之標準。且由個人意思行爲處理私法關係時，須此意思行爲之內容合於法理，更爲當然之結論。故不論係以當事人之真意爲解釋之中心，抑以習慣或任意法規爲解釋之標準，要不外使法律行爲之內容，能在法理或誠信之原則上爲其具體之表現。故無其他標準可資解釋時，此誠信之原則，遂成爲獨立之標準。

第六 解釋法律行爲爲法律問題

法律行爲之解釋，既在對於表示行爲決定其應有之意義，故非事實之確定（卽對自然界之事實發生與否之決定），乃係法律對此事實之判斷，因而對於法律行爲之解釋，並非事實問題，乃爲法律問題。惟其屬於法律問題，故得以此爲三審之理由。至若當事人究係使用若何言語文字？究有若何客觀事實或習慣等等問題？則爲事實問題，而非法律問題。對此事實問題，雖能以證據確定之；究不能謂法律行爲

解釋法律
行爲爲法
律問題

之內容即已明瞭。如欲明瞭法律行為之內容，必須以此確定之事實為基礎，再依上述種種之標準，始能判斷。此種判斷，即為解釋法律行為之任務。苟非誤認解釋即為確認當事人內心之意思（此為自然界之事實）者，當能明此理論也。

第三項 目的之可能

第一 目的不可能之法律行為為無效

法律行為之目的已被解釋確定後而在事實上或法律上不能實現者，法律不得促其實現，自以該法律行為為無效。德瑞兩國民法對於此點，皆以明文規定之（德民三〇六條瑞債九二條）；其無明文規定者，亦應於理論上視為當然也。

法律行為之中心目的雖為可能；而使其發生效力之停止條件為不可能者，畢竟法律行為之全部目的，亦必成為不可能，例如約以一木撐支大廈則與以償金之類是也。故日本民法明定「附以不可能之停止條件之法律行為為無效」。我國民法雖無此明文，或亦以此為當然之解釋也。

不可能之標準及其類別

第二 不可能之標準及其類別

法律行爲之目的是否不可能，終不外依社會觀念而定之。其在理論上爲絕對不可能者，自應視爲不可能；即訴諸普通人之觀念認爲不可能者，亦應視爲不能。但其不可能，須爲確定的不可能；若係一時的不可能而能期其可能者，仍不能以不能視之。

原始的不能與後發的不能

不可能之法律行爲爲無效者，必其行爲成立之當時已爲不可能。若其行爲成立後爲不可能者，僅生債務履行不能之問題，但不能視其行爲爲無效。前者謂爲原始的不能；後者謂爲後發的不能。例如在訂買賣房屋契約之前，不幸房屋已遭焚毀者，即爲原始的不能，該買賣契約，自歸無效。若於契約成立後而遭焚毀者，該買賣契約，仍生效力；不過賣主不能履行給付房屋之債務，而成爲困難之問題耳。茲所謂不可能者，僅就原始的不能，說明其法律行爲爲無效之原理而已；至於後發的不能，當於債編中論究之。

法律的不可
能與事實的不可

以不可能之理由是否為法律上所不許為標準，得分為法律的不可能與事實的不可能。法律的不可能，固多因違反強行法之規定而形成不法之內容；然亦並非盡皆如此者，詳為區別，實無若何之實益。

一部不可
能與全部
不可能

法律行為之目的，又有全部不可能或一部不可能之區別。此種區別。實較其他區別為重要。蓋對法律行為之解釋，務使其得歸於統一，若其一部分為不可能時，此不可能之部分，自無發生效力之可言；至於是否因其一部分之不可能，致令其餘部分亦歸無效？則不能一概論之。例如當事人約定某種權利存續之期間如超過法定存續期間時，則可縮短其約定期間，而合於法律所許之期間，此種意旨，即在僅除去其無效之部分，不使影響於全部。又如法律行為之中心目的附有解除條件，而其條件不能成就時，應使該中心目的發生效力，不因其他不能之部分而受若何之影響。總之在法律中如未明示此等標準時，應就各個具體情形，考察不能部分對於全部之重要性，而決定究應僅使其一部無效，或應使其全部無效也。

此外，關於履行不能之問題，多為債之關係，應於債編中詳論之（例如主觀的不能與客觀的不能之區別，尤應於債編中詳論之，茲故從略。）

目的之合法

第四項 目的之合法

第一 違反強行法規之法律行為為無效

法律規定中，原有強行規定與任意規定二種。任意規定得由當事人之意思表示，以排除其適用，此為法律行為採取自由原則之表現；至於強行規定，則不許由當事人之意思左右之，故法律行為之內容，違反強行法規時，則認為無效（七、條）。

禁止規定與效力規定

強行法規中，除強制規定而外，尚兼指禁止規定而言。所謂禁止規定者，即禁止為某種行為或不為某種行為之規定。至於何種法律規定為禁止規定？應審查法律規定之性質而定之。惟按禁止法令中，有以遏止違反禁令者之違反行為為目的者，可稱為取締規定，又有以否認違法行為在法律上之效果為目的者，可稱為效力規定。可知違反禁止規定（積極言之，禁止規定亦可謂為強制規定）之行為，亦非盡屬

違反強行法規之法律行為為無效

無效者，例如違反行政上所謂取締規則之交易行為，雖受違反法規之制裁；究不能謂該行為完全為無效。故我民法第七一條但書之規定：認為強制規定或禁止規定並不以該法律行為為無效者，仍得以之為有效也。

一部之違法

至於法律行為之一部違法時，是否令其全部為無效？亦屬困難之問題。若法律另有規定者，自可依據法律解決之；否則，當依該違法行為在其全部目的中之地位，與其所違反之強行法規之旨趣以為斷。

違法之內容

第二 違法之內容

何種法律行為構成違法之內容？欲詳為說明，則非網羅強行法規，不能窺其全豹。故於此處僅能就其主要者述之：

(一) 關於親權、繼承權、婚姻制度等身分關係之法規，皆為強行法規，因其直接有關社會之秩序，故若違反此等強行法規所訂之契約以及重婚之契約，皆為無效。

(二)關於物權之種類及內容等等之規定，皆直接有關第三者之利害甚大，亦為強行法規。

(三)關於暴利行為之禁止、流質契約之禁止、以及拋棄自由、侵權行為、債務不履行等等之禁止，皆係本於保護一定利益之旨趣，亦為強行法規。

(四)此外，關於訴訟費用之規定，因其以國家之利益為主，故亦可謂為強行法規。

避法行為

第三 避法行為

避法行為云者，即因強行法規對於某種法律行為有禁止之規定，當事人乃用迂迴之方法，規避此種禁止之規定，使與被禁止之法律行為發生同一效力之行為也。避法行為應否視與違法行為同為無效？則不能一概論之。蓋違法行為係直接違反強行法規者，固應認為無效；然避法行為非直接違反法律，另以迂迴之手段而達其同一之目的者，其應否無效？當視禁止規定之旨趣而定之。如禁止法規之旨趣，側重

法律行爲之目的者，則行爲人用他種手段，爲達同一目的之行爲，仍爲違反禁止法規之行爲，自應認爲無效，例如巧避利息限制之規定，而以手續費之名義榨取高利者是也。反之，如禁止法規之旨趣，僅在禁止使用特別之手段者，則行爲人使用他種手段，使生同一之效果時，自非違反禁止法規之行爲，仍應認爲有效，例如債務人讓與動產所有權，而爲設定質權之信託行爲時，其對流質契約之禁止規定雖爲避法行爲（三八條）；仍不能認爲無效者是也。

第五項 目的之社會性

第一 違反公序良俗之法律行爲爲無效

法律行爲之內容，有雖未違反強行法規，而違反社會一般的秩序或道德觀念者，該法律行爲亦應認爲無效。蓋法律行爲在法律制度上，並非承認個人一切意思活動皆絕對有效，惟在適當之範圍內，始認其爲有效，可知當事人之法律行爲，不僅應受強制規定或禁止規定之限制；且其內容須於公共秩序或善良風俗上認爲適當者

目的之社會性
違反公序良俗之法律行爲爲無效

，始能有效，此即所謂法律行為之目的，須合於社會性之原理是也。故我民法明定：法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效（七十二條）。此種規定，即不外對此法律原理之適用。

違反公序良俗之行為為無效之法律原理，原為羅馬法以來一切法制所承認，如法民一一三一條，一一三三條，德民一三八條，奧民七八條，意民一一二二條，荷民一三七三條，日民九〇條，瑞債一九條二〇條是也；他如英國法院對於妨害職業之契約、賭博契約、重利契約等，皆得以公序良俗為根據，否認其執行，是其判例亦承認此原則。惟處絕對尊重個人意思之法制下，亦不過以此原則為限制個人意思自由之例外；但時至今日，則不僅以之為例外之規定，並認一切法律關係，皆須受公序良俗之支配。是公序良俗，乃成為支配法律全部體系之精神，不僅行使權利履行義務，皆須受其規律；即法律行為之解釋，亦須以此為標準，因之法律行為之內容，凡係違反此種精神者，遂皆否定其效力矣。

違反社會
性之標準
公共秩序
與善良風
俗之意義

第二 違反社會性之標準

今就公共秩序或善良風俗之用語論之：所謂公共秩序者，係指國家社會之一般的利益而言，所謂善良風俗者，係指社會之一般的道德觀念而言。誠然，維持善良風俗，自須與國家社會之利益相適應，而奉行國家社會之利益，自須合於時代之道德觀念，因之公序與良俗之範圍，不僅大部分為一致；且二者之區別，亦難有截然不同之界說。惟就二者各具之主要內容觀之，其得為區別者，亦不過僅有一以國家社會之秩序為主眼，一以道德觀念為主眼之差別耳，而其必以適於社會性為標準則一也。民法既規定違反此二者之任何一面皆為無效，自無強為區別，決定究係違反公共秩序抑係違反善良風俗之必要。故學者常有概括公共秩序或善良風俗之二標準，而以「行為之社會性」一語代之也。

各國立法例關於公序良俗之規定，亦不一致：有以其範圍不同，併用公共秩序與善良風俗二語者，如法日民法及德之第一民草是也。有以其界限不明，僅用善良

規定公序
良俗之立
法例

風俗一語，或僅用公共秩序一語者，如德國民法及我國舊民草是也。惟如前述，二者雖以適於社會性為其同一之目的，然亦各有其主要內容之不同點，例如締結永久勿讓與某項財產於他人之契約，雖不能認為反於善良風俗，却已背於公共秩序；又如未婚男女締結私通之契約，雖不能認為反於公共秩序，却已背於善良風俗。故僅用公共秩序或僅用善良風俗一語，未免有所偏廢。若欲對於國家社會之秩序與道德觀念兩標準皆能包括無遺，自以並用公共秩序與善良風俗二語為宜；然如前述二者既無強為區別之實益，則以「行為之社會性」一語代之，亦無不可。

內容之決定

列舉公序良俗之具體的內容，自於事實上為不可能。蓋社會秩序與道德觀念，在具體上之內容，皆隨社會關係而變遷，因而欲適應此變遷所定之公序良俗，自不能具體規定其內容，僅能抽象規定之。

惟是個人之法律行為，是否違反公序良俗？自應依大眾一般的生活需要限度，一般的道德觀念而定之，固不能專以特殊階級或特殊團體之利益為標準；但就實際

情形言之，往往不免司法者以其本身所決定之思想，適得放恣之結果。故決定某種行爲是否違反公序良俗之標準時，應一面細察法律學者及一般社會之批評，一面以活眼觀察當代之社會思想及社會制度，而爲具體之決定。質言之，即公序良俗之觀念，終不外社會經濟組織之反映，自非恆久不變之定理，不過爲某一時代之產物耳。故決定公序良俗之內容，不僅因時而異，且常因人因地因團體而有不同，茲將其決定之標準，略述如次：

(1) 公序良俗之觀念，如因立法時、行爲時、或裁判時之見解而有不同者，應從行爲時決定之。

(2) 公序良俗之觀念，如因人之地位身分而致見解不同者，不應從其主觀觀念，應從客觀情形決定之。

(3) 公序良俗之觀念，如因地方或團體而有不同者，不應從其特別觀念，應從一般觀念而定之。

違反公序
良俗之事
例

第三 違反公序良俗之事例

何種行爲爲違反公序良俗之行爲？民法上既僅有抽象之規定，自難爲具體之說明。茲特就最重要之事例，分述如左：

關於違反
人倫者

(1) 關於違反人倫者 例如約令他人若與其配偶者離婚則與之結婚之契約，又如約令他人不扶養其親屬則交付一定金額之契約，皆可認爲違反人情道德之行爲，應以之爲無效。然若夫妻之一方對他方約定將來如因自釀不睦而致離婚時，則須交付一定金額之契約，又如夫妻之一方對他方約定若與他人通姦，則須給付謝罪金之契約等，皆係以維持正當關係或斷絕不正當關係爲目的之行爲，自不妨認其爲有效。

關於違反
正義觀念
者

(2) 關於違反正義觀念者 例如以告發爲威脅犯罪人之手段，約令給付金錢報酬之對價，而得不正當利益之契約；約令他人爲不法行爲之契約；委託他人購買贓物之契約等，皆爲不正之行爲，應認爲無效。又如締結故意加害相對人而不負賠

債責任之契約，可謂爲違反信義之行爲，亦應認爲無效。但爲顧慮將來受損害，而締結賠償之預約者，仍應認爲有效也。

關於極端
限制人身
之自由者

(3) 關於極端限制人身之自由者 個人原可本諸自己之意思，使自己之身體入於契約關係之中；但其程度過甚而足以妨礙個人之發展者，其契約爲無效。例如娼妓在未完全廢絕以前，於行政取締之下，亦能公認娼妓營業之存在，故在法律上觀察其營業時，自不能謂爲違反社會性之行爲；然若締結過酷之契約，使娼妓長受該契約之拘束者，其契約自爲無效。又如在僱傭關係存續中，結有禁止營業競爭之特約者，雖非法律所禁止；然若締結永久不爲營業之契約，則可視爲違反社會性之行爲，應認爲無效。

又就個人意思有絕對自由之法律思想言之，運用財產原爲個人自由活動之必要手段，因之限制個人自由處分其全部財產者，自爲無效（例如法民九四三條，奧民九四四條，德民三一〇條）。

且非基於吾人自己之意思，則不負不利益之責任，亦爲從來私法上所採取之原

則，故對第三者雖可賦以與其意思無關之利益（如債務免除）；但不許使其負直接之義務；否則認爲無效。

惟吾人於此所須注意者：即個人意思若使其有絕對之自由，則個人意圖自殺或類似自殺之行爲，亦將聽其自由，自非通論。故法律爲圖個人之完全發達，對於極端拘束個人自由活動之契約，即令爲個人意思所願者，法律亦不得允許之。由此論之，可知吾人於團體生活之活動中，原爲團體之一員，有時應於團體意義上所負之義務，不能以其非本諸個人之意思爲理由，而認爲無效也。

關於投機
之行爲

（4）關於投機之行爲 在現代社會中，人類之投機性，不能完全忽視其存在，不過有其程度之差耳。例如一方雖偶然占得利益，而無損於他方之行爲，固無妨爲之；但一方所得偶然之利益，同時爲他方偶然之損失者，則應視爲違反社會性之行爲，如賭博、馬券、彩票等等，固不能認爲有效也。

關於有礙
之行爲

（5）關於有礙國民經濟之行爲 例如贈與土地而附有永久不得賣出之限制條

國民經濟
之行爲

件時，因其禁遏土地之移轉，有損社會一般經濟上之利益。應認其爲無效。惟此時是否僅以其限制爲無效？抑以該契約本身爲無效？則應由該行爲之具體情形而定之。至若親屬之一方移轉土地於他方，惟以令其使用收益爲目的，而附有禁止出賣之限制者，則不能視爲違反社會性，而認其無效也。

關於違反
社會現行
制度之行
爲

(6) 關於違反社會現行制度之行爲 此種行爲，多爲強行法規明定其無效；即令於法規中無明文規定者，亦應認爲無效。例如凡以破壞現行私有財產制度爲目的之行爲，皆屬於此，故若以強制分家強制廢家爲目的之行爲，皆不應認爲有效也。

關於乘他
人之急迫
輕率或無
經驗而博
取不當利
益之行爲

(7) 關於乘他人之急迫，輕率或無經驗而博取不當利益之行爲 此種行爲，因其違反道德觀念，學說上亦有稱爲「暴利行爲」者。德國民法且以明文規定：「乘他人之困難，輕率或無經驗，而約令給付不相當之財產者，其法律行爲爲無效」(德民一三八條)。瑞士債務法(二二條)、蘇俄民法(三三條)、及我國民法(七四條)均仿之。惟

德國民法係以此種行為大反善良風俗，逕認為無效；我國民法則非逕認為無效，僅認為得撤銷之，或減輕其給付，此我國關於此種行為之規定異於德國之點也。故適用民法第七四條之規定時，須具有下列之要件：即（1）須有利用他人急迫，輕率或無經驗之故意；（2）須其給付有顯失公平之事實；（3）須有利害關係人於該法律行為後一年內聲請撤銷之，或減輕其給付。

第四 違反公序良俗之容態

以上所述，係就行為違反社會性之實例，而為實質上之分類也。茲復就行為帶有違反社會性之容態言之，亦可分述如左：

（1）法律行為之中心目的原為違反社會性者 例如以私通、犯罪、賭博等為目的之行為，無論其條件有無對價，皆為無效是也。

（2）因法律行為之中心目的為法律所強制而帶有違反社會性者，例如離婚行為，娼妓營業等雖於允許範圍內不能謂為違法之行為；然其受法律上之強制時，則

違反公序
良俗之容
態

法律行為
之中心目
的為違反
社會性者
因行為為
法律所強
制而帶有
違反社會
性

性者

成爲違反社會性之行爲矣。

因與金錢
利益相連
絡而帶違
反社會性
者

(3) 因法律行爲與金錢利益相連絡而帶違反社會性者 例如官吏因執行正當之職務而結受金錢利益之契約，其中目的（即行正當之職務）原係正當；然若因其執行職務，約令他人給與報酬，而與金錢利益相連絡時，則成爲帶有違反社會性之容態矣。

因附條件
而帶違反
社會性者

(4) 因法律行爲附有條件而帶違反社會性者 例如約以犯罪爲條件而與金錢之契約，則係附有不法條件之法律行爲，又如約以不毀名譽爲條件而與金錢之契約，則係附有不法條件之法律行爲，其條件均帶有違反社會性，應認爲無效也（

參照日民
一三二條）。

動機之違
反社會性
者

(5) 動機之違反社會性者 法律行爲之動機如有違反社會性者，是否因之無效？此爲近世學者間論爭之問題。以前一般學者皆認爲動機不法而使其無效，足令相對人易受意外之損失，故須認其爲有效。然近時通說，則漸已認爲在某種程度上

，仍當以動機之不法爲無效。蓋法律行爲之目的（內容），既由表示而決定，是心中之意思，自不能構成法律行爲之內容，故於意思中縱存有不法性，但在未表示以前，固不得謂法律行爲爲不法。然已顯露表示之動機，即能構成法律行爲之內容。例如以用諸賭博爲條件而貸金，或已知用諸賭博而貸金者，皆可謂爲貸出賭博金之事實，已構成當事人法律行爲之內容，而帶有違反社會性之容態，故爲維持交易之安全，爲使法律關係進於合理，皆不能認爲有效也。

手段之違反社會性者

（6）手段之違反社會性者 法律行爲之內容與法律行爲之手段，應分別視之。法律行爲之內容違反社會性者，固應認爲無效，然若僅其手段違反社會性者，則不應認爲無效，例如以脅迫態度催索債款，以欺騙方法解除契約時，如其債款應加催索，契約應行解除，縱令其手段爲不法，仍不得謂爲無效。惟構成脅迫行爲或犯罪行爲時，始可適用民法第九二條第一項之規定及受刑事上之制裁耳。

法律行爲之方式

第六項 法律行爲之方式

法律行爲，可分爲要式行爲與不要式行爲二種，已於前述法律行爲之分類中言之矣。故法律行爲應依法定之方式爲之者。須依該方式方能發生效力；否則其法律行爲爲無效（七三條前段）。關於法律行爲之方式，原以不要式爲原則，多由行爲人以自由意思爲之，不須依從一定之方式；惟因特別理由，有由法律或契約明定須依一定方式者，是爲原則中之例外。其由法律明定須行一定方式者，是爲法定方式，例如訂婚是也。其由契約明定須行一定方式者，則爲約定方式，例如合夥經營商業是也。法律行爲如未依約定方式爲之者，民法既未明定其無效，自應斟酌當時情形而爲是否有效之決定；至若法律行爲不依法定方式而爲之者，民法則已明定其無效。但法律另有規定者，不在此限（七三條但書）。蓋法律上如另有規定時，其行爲有效與否，當依其規定以爲斷，不能一概論之也。

至於法律行爲之方式，必須使用一定之文字者，自應依照行之。關於此點，已於本論法例章中言之矣，茲不贅述。

意思與表示之不一致

第四款 意思與表示之不一致

法律行為及意思表示之內容（目的），純由客觀定之，已如前述矣，質言之，即法律行為，必須有能推斷行為人欲生一定效果之意思表示後，始能依此而生效力。然若貫徹此種理論，勢必於表意人心中之真意與由其表示所能推斷者發生不一致之情形時，有對表意人失於過酷之結果。故此時應於無害一般交易安全之範圍內，保護表意人之地位，可依表意人之意思，妥為規律當事人間之法律關係。

非真意表示之類別

意思與表示之不一致（又可稱為非真意表示）可分為二種情形言之：（一）為表意人自己知其不一致（即因故意而不一致），如真意保留及虛偽表示是也；（二）為表意人不知其不一致（即因無意而不一致），如錯誤及誤傳是也。前者適用民法第八六條及八七條之規定；後者適用民法第八八條至九〇條之規定。

關於非真意表示之效力，究應如何決定？從來學說及立法例，不外下列之三

種：

意思主義

(一) 意思主義 此說謂法律所以賦與意思表示以法律效果者，乃根據當事人之意思而使然也；表示不過為知此意思之方法，不能認為法律效果之原因，故無內部之效果意思為表示之根據者，原則上自應使之無效；僅於例外上有須保護相對人之地位時，始能生效。此說由沙費尼 (Savigny) 溫德塞 (Windscheid) 等倡之。

表示主義

(二) 表示主義 此說謂意思並非他人直接所得而知也，必須依其表示始得而知之，故為保護交易之安全計，不問其真意如何，應以其所表示者為標準，而與以法律上之效果。質言之，即此說係以表示行為為中心，而理解意思表示之本質也。羅提麻 (Johann) 丹志 (Danz) 即為此說之主唱者。

折衷主義

(三) 折衷主義 此說為端堡 (Dernburg) 雷溫哈德 (Jeonhardt) 所倡，所謂意思與表示不一致時，如採極端意思主義，或採極端表示主義，均有弊害，故須於某種程度上以採折衷主義為適當。或以意思主義為原則，而以表示主義為例外；

或以表示主義爲原則，而以意思主義爲例外。意思主義既在說明意思表示之拘束力，自以尊重個人利益爲根據；表示主義既在保護無過失人之相對人，自以保全交易安全爲根據，二者均各有其正當之理由。惟依意思主義論之，凡無內部之效果意思，其意思表示均爲無效，在表意人方面既可不受其不豫期之法律效果，固全無損害之可言；然相對人或第三者常因誤信其意思表示爲有效，而受重大之損害。若依表示主義論之，縱無真意表示，仍爲有效，在相對人或第三人方面雖未受損害；然表意人常因其不豫期之法律效果，而受莫大之損害。由此論之，若採極端意思主義或極端表示主義，皆有偏頗之虞，故於某種程度上，應採折衷主義，以保護雙方當事人之利益及交易上之安全。德日民法均採此折衷主義，我國民法亦然。惟採此折衷主義時，究應以意思主義爲原則而以表示主義爲例外？抑應以表示主義爲原則而以意思主義爲例外？亦不無爭論之餘地；但從一般交易之安全言之，及以表示行爲爲中心而觀察意思表示之本質時，仍應採取以表示主義爲原則之折衷主義，較爲正

當。

故意之不一致

真意保留

第一項 故意之不一致

第一目 真意保留

意義

第一 真意保留之意義

真意保留云者，即表意人故意隱匿其心中之真意，而表示與其真意不同意義之意思表示也，亦可稱爲單獨虛偽表示。例如表意人本欲讓與甲等土地，而故意表示讓與乙等土地是也。關於真意保留之意義，德國民法所謂表意人祕密保留其不欲表示之真意，日本民法所謂非表意人之真意，我國民法所謂無欲爲意思表示所拘束之意而爲意思表示者，均屬之。茲就真意保留之意義，分析其或立要件如左：

(一) 須有意思表示之存在 此即指須有足以推斷表意人有一定效果意思之表示而言，故如諧謔表示（戲言）以及在教壇與舞臺上之表示等，因其表意人並非欲於社會關係上發生若何效果，自不能視爲意思表示，故亦不發生真意保留之問題。

(二) 須表示與真意不相符合。

(三) 須表意人自知其表示與真意不相符合。

真意保留須有一定之要件，已如上述。至於表意人之動機，究係出於欺罔？抑係出於戲言？皆非所問；惟依德國民法之規定，已將二者明為分別，自有區別說明之實益。我國民法（日本亦同）既不認此差異，故無區別說明之必要。

真意保留之效果

第二 真意保留之效果

真意保留因有預期他人將認為真實者，與預期他人將不認為真實者之二種，故立法例對其效果，亦有不同之規定，德國民法係側重於主觀，對於後者概認為無效（德民一一八條），對於前者則以有效為原則，以無效為例外（德民一六條前段）。日本民法係側重於客觀，對於二者均以無效為原則，以有效為例外（日民九三條）。我國民法關於此點（八六條），大旨係仿日本民法之規定，故於原則上規定：表意人無欲為其意思表示所拘束之意而為意思表示者，其意思表示不因之無效，此即認為無保護表意人之必要。

也。但於例外上則規定：其非真意之表示爲相對人所明知者則爲無效，此卽認爲無保護相對人之必要也。茲所謂爲相對人所明知者，卽指相對人以其尋常之注意，已足明瞭者而言；且就其明知之程度言之，並無須積極知其隱匿之真意，僅以消極知其非真意者爲已足；又就其明知之來源言之，究因表意人之表示行爲而知之？抑因其他之緣由而知之？皆非所問。蓋在此種情形之下，已無保護相對人之必要，故應認表意人之非真意表示爲無效也。惟知之之時期，則非相對人在表意人爲表示行爲之當時（卽相對人明瞭其表示之時）知之者，不能適用此例外之規定。又此例外之規定。不僅適用於有相對人之意思表示；卽無相對人之意思表示（如私生子之認知）亦得適用之。

真意保留
及於第三
人之效力

依此例外之規定而爲無效時，其無效得以對抗第三人與否？民法第八六條既未設有如第八七條一項但書之明文，似可解爲得以對抗善意第三人；但根據應保護第三人之理由言之，則須類推適用八七條但書之規定。

真意保留
之舉證實
任問題

關於真意保留之舉證責任問題，亦有應加注意者：如係相對人主張意思表示為有效時，僅須證明有意思表示之存在，不須證明真意保留之不存在；反之，如係表意人主張意思表示為無效時，不僅須證明真意保留，更須證明相對人明知其非真意，或非真意保留而為錯誤。

虛偽表示

第二目 虛偽表示

意義

第一 虛偽表示之意義

虛偽表示云者，即表意人與相對人相通而為非真意之意思表示也，亦稱為通謀虛偽表示。例如債務人因欲免其財產之扣押，而與相對人通謀，偽為出賣其財產；又如因欲充當公司董事，而與相對人通謀，偽為讓受其股份皆是也。

虛偽表示，多以契約行之，例如與債務人通謀而假行債務免除時，雖係有相對人之單獨行為亦得成立者是也。又虛偽表示以欺罔第三人為目的者固多，而不以此為目的者亦不少，且亦不以加損害於他人或自得利益之意思為必要。故虛偽表示決

虛偽表示
之要件

不因其動機之不同，而異其效力也。至就虛偽表示之要件言之，其與真意保留相同者，則爲（一）須意思表示之存在，（二）須表示與真意不一致，（三）須表意人自知其不一致。此外爲真意保留所無，而爲虛偽表示所特有之要件，尙有（四）須其非真意之表示，係與相對人通謀之一項。

虛偽表示
之效果

第二 虛偽表示之效果

關於規定虛偽表示之效力，立法例尙不一致：有認爲絕對無效者，如德國民法（德民一七條一項）是。有認爲相對無效者，如日本民法（日民九條）是。我國新舊民草及現行民法均從日本民法之規定，認爲相對無效（舊民草一八〇條一項新舊民草一八七條一項）。故對於虛偽表示之效力，則因當事人間之關係與其對於第三人之關係而有不同，茲爲分述之。

虛偽表示
及於當事
人間之效
力

（一）虛偽表示及於當事人間之效力 虛偽表示，任何一方當事人皆得主張無效；即令第三人主張爲有效，當事人間亦不發生若何之效力。此蓋由於無賦與法律

拘束之必要故也。

虛偽表示
及於第三
人之效力

(二) 虛偽表示及於第三人之效力 虛偽表示對於第三人之關係，則視第三人究爲善意抑爲惡意而有不同。其對於惡意第三人之關係，則與對於當事人間之關係相同，無論何方均得主張爲無效。至其對於善意第三人之關係，則不僅當事人不得主張無效，即其他第三人亦不得主張之，得能主張其爲無效者，惟此善意之第三人耳。例如甲欲免除債權者之扣押，與乙通謀，而爲以其土地賣之於乙之虛偽表示；且於登記之後，乙復以該土地賣於不知甲乙間情事之丙，此時甲乃不得以甲乙間之買賣爲虛偽表示而主張爲無效；而丙則得主張甲乙間之買賣爲無效，並因此而及於乙丙間之買賣亦爲無效，蓋非如此，即不足以保護善意第三人之利益。此時若丙已知甲乙間之虛偽表示而爲買受者，則不得主張甲乙間之買賣爲無效，而主張乙丙間之買賣爲有效，蓋此時已無保護惡意（即知情）第三人（即丙）之必要故也。

虛偽表示

至於虛偽表示之當事人以合意撤回其虛偽表示時，究應發生若何效果之問題？

之撤回

由表面觀之，似乎虛偽表示既由此撤回而失其存在，是應受保護之第三人亦將無由存在矣。果如此說論之，勢必足令僅知虛偽表示之存在不知撤回之善意第三人，蒙受不測之損失。故虛偽表示一經成立時，即令撤回，亦應解為不能以之對抗善意第三人。

關於身分
行為之虛
偽表示

吾人於此所須注意者，即關於虛偽表示之規定，若當適用於身分上之行爲時，則不可不受相當之限制。蓋虛偽表示在當事人間爲無效，固能適用於身分上之行爲；惟此時若以無效之身分行爲，獨於第三人之關係上爲有效，殊於身分關係之本質上爲失當，故此種行爲，在對任何人之關係上，均應認爲絕對無效，方爲允當。例如假行協議離婚，不僅於當事人間爲無效，即對於善意之第三人，亦爲無效者是也。

第三 虛偽表示中之隱藏行爲

虛偽表示
中之隱藏
行爲

隱藏行爲者，即於虛偽表示中所隱匿之他項法律行爲也。依我民法之規定，此

種行爲，苟具備其成立要件及有效條件者，仍應適用關於該項法律行爲之規定（七八條二）。例如甲實以土地贈與乙，爲欲欺罔第三人之故，甲乙通謀，作成以重價買受土地之賣契，此時被隱藏之法律行爲，卽甲乙間之贈與行爲，仍應適用關於贈與行爲之規定也。

第四 虛僞表示與信託行爲

虛僞表示
與信託行
爲

信託行爲者，乃表意人爲充分達到某種經濟上之目的，而設定超過其內容之法律關係之法律行爲也。換言之，卽凡以對外發生權利移轉之效力，而在內部仍收與權利未移轉之同一結果爲目的者，皆屬於信託行爲。例如以債務擔保爲目的，而移轉其所有權；或僅欲使他人代索債務，而竟讓與其債權是也。以前學說，均謂信託行爲與虛僞表示，並無不同之處；顧近時各國，多已制定信託法，明認受託人應負擔處理信託事務之債務，並明定信託財產與受託人之固有財產相分離，可知信託行爲與虛僞表示，大有分別。且虛僞表示原缺乏欲生法律效果之意思；而信託行爲則

虛偽表示
與詐害行
爲

具有欲生法律效果之意思，更可見其顯著之差異。

第四 虛偽表示與詐害行爲

詐害行爲者，即指債務人明知有害債權人而爲之之法律行爲而言（參照二四四條二項）。

詐害行爲與虛偽表示不同，例如債權人因虛偽表示而受損害者，得主張其無效；若因詐害行爲而受損害者，則僅得訴請撤銷，其在未撤銷前尚屬有效是也。

無意之不
一致

第二項 無意之不一致

錯誤

第一目 錯誤

意義

錯誤云者，即表意人不自知其表示之內容與心中之意思不相一致之謂也，換言之，即係認識與事實之不一致，例如誤鹿爲馬，誤金爲銅皆屬之。錯誤雖爲意思與表示之不一致；然其所以不能一致者，係由於誤解事實，並非出於故意，故此無意言之，即爲異於故意之真意保留及虛偽表示之主要點也。又就錯誤係對於事物無正確之認識而言，原非全無認識，自與『不知』有程度上之差別。惟不知與錯誤，

均係不足表示效果意思之意思表示，故多數學者均主張在民法適用上得以錯誤與不知並論。我國民法將此二者相並規定，即係從此見解（八八條）。

意思表示之錯誤，其程度既有輕微與重大之分，故法律對之自應分別規定之，依羅馬法之規定：關於當事人，標的物之同一，法律行為之種類等意思表示有錯誤時，應認為無效；至關於標的物性狀之意思表示有錯誤時，則認為僅得撤銷之。近世各國立法例，亦多仿羅馬法之規定。惟何者為重大錯誤？立法例有採列舉主義者，有採概括主義者，前者係將重大錯誤為列舉之規定，如法意荷瑞等國民法是，後者係將重大錯誤為概括之規定，如德奧日等國民法是。我國民法即仿後者之規定也（八八條）。

錯誤之類別

第二 錯誤之類別

關於錯誤之類別，學者間固多不同之見解；然就大體論之，足生法律上之效果而為民法所明定者，則不外內容之錯誤與表示之錯誤之二種。所謂內容之錯誤者，

誤與表示
之錯誤

即意思表示之意義有錯誤，換言之，即僅有表示上之效果意思，而無內部之效果意思所表現之錯誤，例如表意人認銀一兩與銀一元為同一，而將欲書銀一兩者書為銀一元是也。所謂表示之錯誤者，即指表示行為有錯誤而言，例如表意人已知銀一兩與銀一元之差異，而將應書銀一兩者書為銀一元是也。其在前者之場合，表示行為固無錯誤，而表示內容則有錯誤（我國民法八八條所謂意思表示之內容有錯誤，當係指此而言）；反之，其在後者之場合，表示內容固無錯誤，而表示行為則有錯誤（我國民法八八條所謂表意人若知其事情即不為意思表示者，即係指此而言）。學者間主張內容之錯誤得撤銷者固多；而主張表示之錯誤亦得撤銷者亦不少，因之多數立法例認此二者皆得撤銷之，或逕認為無效。然就實際情形言之，若使誤記誤言皆得撤銷，則不免害及一般交易之安全，故近時學說多認此二者實無區別之實益；且於理論上亦無區別之必要也。

錯誤之效
果

第二 錯誤之效果

本論 第四章 私權之得喪變更

關於錯誤之效果，宜分爲左列諸點說明之：

(一) 明認錯誤發生法律效果之根據

明認錯誤
發生效果
之根據

維繫交易
安全與保
護表意人
利益之調
和

因表意人之錯誤，而使影響於其意思表示之效力者，原係本諸保護表意人之理由。蓋意思表示若依表示之意義而生效力，則錯誤者勢必蒙受不測之損害，故於不害及相對人利益之範圍內，從事保護錯誤者之利益者，原爲私法關係得獲適當之規律而然也。在昔認定內心之意思爲意思表示之根據時，若係缺乏內心意之錯誤，自於理論上認爲無效或得撤銷之，其結果，遂至害及社會交易之安全。此種理論，原係誤於個人意思有絕對性之思想，然在今之法律思想中，已不認其妥當矣。故就調和表意人與其相對人或第三者之利害而言，民法上關於錯誤之規定，無論在立法上或解釋上，皆有考慮之價值。且爲吾人特須注意者，尤在今之票據行爲及公司設立行爲等；其對一般社會，皆專依行爲之外形爲根據；且此等行爲，處處足與第三人發生極密切之利害關係，因而此等意思表示對於民法上之錯誤規定，乃不能不限

信賴外形
之行爲與
錯誤之規
定

制其適用，其所以至此者，蓋由於此等意思表示中，相對人及一般第三人之利益，較之表意錯誤人本身之利益，實為重大也。此等信賴外形之行為與錯誤之關係，固應於特別商事法規中詳細研究之；然在民法範圍內，亦應定其一定之界限，俾為理解之標準。

關於錯誤
規定之立
法例

(二) 關於錯誤規定之立法例

從來立法例規定意思表示錯誤之效果，不外採取下列三種主義：

無效主義

(1) 無效主義 此種主義，即認錯誤為意思表示無效之原因，德國民法第一

草案(九八條一)及日本民法(九五條)皆從之。

撤銷主義

(2) 撤銷主義 此種主義，即認錯誤僅為意思表示得能撤銷之原因，德奧民

法(德民一一九條，奧民八七一條至八七三條)及瑞士債務法(三三條至三一一條)皆屬之。

折衷主義

(3) 折衷主義 此種主義，即認錯誤有時為意思表示無效之原因，有時亦為

意思表示得能撤銷之原因，羅馬法及法意民法(法民一一〇九條一一〇條一一〇條一一〇條)意思表示得能撤銷之原因，羅馬法及法意民法(法民一一〇九條一一〇條一一〇條一一〇條)

皆屬之。

以上三主義中最能維護交易之安全與合於實際之要求者，當以撤銷主義為適當。故我民法新舊草案及現行民法（舊草案一八一條新草案一七七條現民八八條）均仿德奧民法之規定，而採撤銷主義也。

表意人行
使撤銷權
之原則與
例外

我國民法既採撤銷主義，故表意人於有錯誤或不知事情時，原則上固得行使撤銷權；但在例外上，若其錯誤或不知事情係由於表意人自己之過失者，則不得行使之（八八條一）（項但書）。此所謂過失者，即指表意人欠缺其注意，而致錯誤言之。關於錯誤之舉證責任，應解為表意人須提出其由錯誤或不知之證據；相對人則須提出表意人之錯誤係出於過失之證據。又關於表意人之撤銷權，若於長久期間內皆得行使之，則與相對人及其他利害關係人之法律關係，勢必永久陷於不確定之狀態，而至害及一般交易之安全，故我民法特限制其期間，使其於意思表示後經過一年而歸於消滅

（九〇）。

對於善意
相對人及
第三人之
保護

表意表示有重大錯誤時，表意人固得行使其撤銷權；然善意之相對人或第三人若因信其有效而受損害者，法律亦應加以保護，而使表意人負賠償之責任（九一條）。反之，受害人對於撤銷之原因，若已明知（即有惡意）或可得而知（即有過失）者，法律即無加以保護之必要，其所受之損害，自不得要求表意人賠償也（但書）。

至若關於此點之舉證責任，應解為相對人或第三人須就其信為有效而受損害之事實證明之；表意人須就相對人或第三人明知或可得而知之事實證明之。

錯誤之容
態

（三）關於錯誤之容態

意思表示之錯誤，前已就其內容之錯誤與表示之錯誤以及表示機關之錯誤等類別，大略言之矣。至於何者方為錯誤之具體內容？自應就具體之意思表示決定之，左列各項，均足為決定錯誤在具體事例上之標準，即所謂錯誤之容態也。

法律行為
性質之錯
誤

（1）關於法律行為性質之錯誤 此種錯誤，通常成爲內容之錯誤，例如欲約保證債務，而誤約連帶債務；又如本欲設定質權，而誤爲設定抵押權是也。

關於當事人本身之錯誤

(2) 關於當事人本身之錯誤 此種錯誤，簡單言之，即誤認某甲為某乙之錯誤。此時應否認為內容之錯誤？則視當事人所為之行爲而定之。例如婚姻契約係以當事人爲法律行爲之要素，當事人如有錯誤，自應視爲內容之錯誤，又如贈與、使用借貸、無利息消費借貸、以及信用買賣、交互計算、僱傭、委任、寄託等契約，皆係注重特定之相對人，當事人如有錯誤，亦應視爲內容之錯誤。反之，如爲現金買賣、交易所買賣等行爲，則不發生當事人錯誤之問題。

關於標的物本身之錯誤

(3) 關於標的物本身之錯誤 此種錯誤，通常亦爲內容之錯誤，例如誤認甲物爲乙物，而購買之是也。惟此種實例，在實際上殊不多見。

關於標的物之數量及履行期等之錯誤

(4) 關於標的物之數量及履行期、履行地、履行方法之錯誤 標的物數量之錯誤，雖於理論上多能稱爲內容之錯誤；但於實際上非爲法律行爲之要素者，則不能稱爲內容之錯誤，是應解爲非撤銷之原因。例如出售城市土地，丈尺設有錯誤，當事人莫不重視，故應視爲內容之錯誤；反之，如係出售荒地時，丈尺即有不符，

當事人多不重視，故可視爲非內容之錯誤。至關於標的物之履行期、履行地、履行方法之錯誤，雖多不得稱爲內容之錯誤；但非於特定時期特定場所或依特定方法履行之，則不得達到法律行爲之目的者，其錯誤亦得視爲內容之錯誤（參照民法八條二項）。

關於當事人資格或標的物性質之錯誤

(5) 關於當事人資格或標的物性質之錯誤 我國民法已就此二種錯誤，設有明文之規定（八條二項）。即：當事人之資格或物之性質，若交易上認爲重要者，其錯誤視爲意思表示內容之錯誤。此處所謂當事人資格之錯誤，與上述當事人本身之錯誤不同，蓋彼則指其人之本身而言，此則指其人之資格而言。當事人之資格有錯誤者，例如誤認某日本人爲中國人，而將禁售於外人之古物售與之是也。又茲所謂物之性質有錯誤者，係指法律行爲之標的物之品質有錯誤而言，其與上述標的物本身之錯誤，亦有不同，例如誤認某偽畫爲真畫者是也。此二者之錯誤，須於交易上（即依一般社會之觀念）認爲重要者，始得視爲內容之錯誤，而構成撤銷之原因（八條三項）。

關於動機
錯誤之效

(四) 關於動機錯誤之效果

所謂動機之錯誤者，即指意思表示之緣由有錯誤而言，例如誤信某地將通電車，而購買其沿途之地基是也。此種錯誤，並無效果意思與表示行為不一致之可言；且此動機本存在表意人心中，非他人所能推知，即令屬於同一之法律行為，亦不免各有動機之差別；若使此動機足以左右法律行為之效力，勢必大有害於一般交易之安全，故各國立法例，大都不令意思表示之效力，因其動機而受影響。我國民法亦然。然一定事情是否屬於法律行為之內容？抑僅屬於動機？則應就具體之意思表示而定之。就上例言之，當事人如以電車開通為買賣之條件，則電車開通，已非單獨之動機，而已成為買賣之內容。我國民法第八八條所載『若知其事情即不為意思表示』者，即指該事情已足為內容，而非單純動機而言也。

(五) 關於法律錯誤之效果

所謂法律之錯誤者，即指誤解法律而言，例如表意人因誤解連帶為保證，致將

關於法律
錯誤之效

願任保證之意思，誤爲可負連帶責任之表示；又如表意人因誤解借貸爲贈與，致將願受贈與之意思，誤爲借用之表示皆是也。此種錯誤，得與事實之錯誤同認爲得能撤銷之原因與否？當依誤解之程度及誤解者之是否出於過失而定之。

誤傳

第二目 誤傳

意義

第一 誤傳之意義

誤傳云者，即表意人依其意思表示之機關而爲表示時，以致傳遞有錯誤之謂也。蓋表意人爲意思表示時，既常須使用傳信人及郵電等傳達機關以傳達其意思，實際上自難免於傳達之錯誤，設一旦誤傳時，法律即不能不有處置之方法。以前德國普通法因無此明文之規定，以致裁判時每感困難，故德國現行民法則以明文規定之（德民一二〇條）。我國民法關於此點，係仿德國民法之規定，特設同樣之明文（八九條）。

關於誤傳之立法例

誤傳之類別

第二 誤傳之類別

關於誤傳之類別，可分二種說明之，（一）爲因傳達人傳達已成立之意思表示

本論 第四章 私權之得喪變更

而有錯誤者。例如甲有書信二件，一係約乙贈以百元，一係約丙貸以百元，由其送信人誤將與乙之信送之於丙，反以與丙之信送之於乙是也。此種送達之信件，本於交送時即已成立，自無所謂錯誤；不過因誤傳而未到達，故應適用意思表示尙未到達之規定，不應適用錯誤之規定。（二）爲依傳達爲表示行爲而有錯誤者，例如由夥友學徒或由電報電話傳達表意人之意思而有錯誤是也。此時之表示行爲，須依此傳達機關之傳達始能成立，若有錯誤，實與表意人自爲表示行爲之錯誤無異。我國民法及德國民法所規定之誤傳，即係專指此種誤傳而言也。

關於誤傳
之效果

第三 關於誤傳之效果

上述第二種之誤傳，既與錯誤無異，其發生法律上之效果，自應與錯誤同一論之。故我民法仿德國民法之規定，明定：意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照錯誤之規定，撤銷之（八九條）。此所謂傳達不實者，即指傳達之意思與表意人之意思不相一致而言，不問誤傳是否由於傳達人之故意或過失，皆得撤銷；不過

誤傳與錯誤之同一規定

表意人於傳達時已有過失者，自亦得能比照錯誤之規定，不許撤銷，其因選任傳達人或對其監督顯有過失而致誤傳者，亦得認為表意人之過失，不許撤銷之。

關於誤傳之意思表示得能撤銷之存續期間，亦與錯誤之規定相同，皆有一定之限制，故其撤銷權，自意思表示後經過一年而消滅（九〇）。又表意人撤銷此誤傳之意思表示時，其對於善意之相對人或第三人，應負損害賠償之責任，此亦與錯誤之規定相同（九一）其餘參照前述錯誤之說明。

有瑕疵之意思表示

第五款 有瑕疵之意思表示

第一項 總說

有瑕疵之意思表示者，簡言之，即因他人之詐欺或脅迫而為之意思表示也。前款所述意思與表示之不一致，固得謂意思表示為有瑕疵；但即令屬於一致，而其一致並非出於表意人之自由意思，顯受他人不正當之干涉者，亦屬於意思表示之瑕疵

本論 第四章 私權之得喪變更

，仍應使其不能完全生效。就一般情形言之，詐欺與脅迫二種行爲，在民刑二種法律上各能發生種種之效果。刑法之任務，在於盡力處罰詐欺與脅迫之行爲人，以排除社會生活之障礙。民法之任務，則在保護受詐欺或受脅迫者之正當利益，因之民法爲完成此種任務計，卽不能不採下列二種適當之手段：（一）卽認定詐欺與脅迫爲不法行爲，而使被害人對於加害人得爲損害賠償之請求，（二）卽認定被害人得撤銷其因詐欺或脅迫而爲之意思表示，使之不受其拘束。在此民法上所生之『損害賠償』及『撤銷』之效果，與在刑法上所生之『處罰』之效果，三者既各有其不同之目的，自須各有其不同之要件，以故一種詐欺或脅迫之行爲，並非常能發生此三種之效果。吾人於民法總論中所應研究者，卽專屬於『撤銷』之問題；且研究意思表示之撤銷時，不僅應顧及被害人之地位，尤應着眼於一般社會之安全。

詐欺

第二項 因受詐欺而爲之意思表示

詐欺之意

第一 詐欺之意義及要件

義及要件

詐欺云者，即故意欺罔他人，使其陷於錯誤，並因之而為意思表示之行爲也。

詐欺行爲既須有詐欺之意思，自以有意思能力爲前提。至若因受幼兒或狂人等之言語舉動而陷於錯誤時，則不得謂爲受其欺罔。且詐欺既僅須有意思能力，自不以有行爲能力爲必要。茲就民法所謂「因被詐欺而為意思表示」(九二)之意義，說明其要件如左：

詐欺意思

(一)須詐欺人有詐欺之故意 此種故意，可分爲二種情形言之：第一須詐欺人有欺罔相對人而使其陷於錯誤之意思，換言之，即須詐欺人有明知事項爲不真實仍向相對人表示，而使陷入於錯誤之意思；若其表示之事項，尙未明知其爲不真實，而即以之告人者，則不得謂爲詐欺也。第二更須詐欺人有利用相對人之錯誤而令其為意思表示之意思。故若詐欺人僅有第一之故意，而無此第二之故意者，仍不得謂爲詐欺。例如新聞紙之捏造事實，雖有第一之故意，而無第二之故意，以故縱有因其記事而生錯誤，致為意思表示者，亦不得謂為係受新聞社之詐欺也。

詐欺僅有上述二種故意而足妨害表意人之自由意思時，即能成立；並非如刑法上之詐欺，須欲取得財產上之利益；亦非如侵權行為，須欲加相對人以財產上之損害。故詐欺意思即令本諸利於相對人之意思，亦得成立，蓋以仍足妨害表意人之自由意思故也。

詐欺行爲

(二)須詐欺人有詐欺之行爲 前段所述者爲詐欺意思，本段所述者，則爲詐欺行爲。詐欺行爲者，簡言之，即無論係陳述虛僞之事實，或係隱匿真實之事實，抑或變更真實之事實，要之凡以不真實之事實爲真實之表示行爲者皆屬之。且詐欺行爲亦不論其爲作爲或不作爲，皆可成立，惟須本諸行爲人之意識作用，自不待言。

凡係表示不真實之事實，均得構成詐欺，此於學說上已無異議。惟對於表示不真實之意見或評價之表示行爲，是否得認爲詐欺行爲之問題，學者間尙多爭論，有主張凡係個人之意見，不得構成詐欺者；亦有主張若表意人已知其意見爲錯誤而仍

意見與詐欺

表示之，即得構成詐欺者。究之，表意人表示不真實之意見或評價時，是否構成詐欺行爲？應依社會之見解，視其有無違法性而定之。例如商人捏稱二等米爲一等米之表示行爲，固可謂爲欺罔行爲；然因其缺乏違法性，故依一般之見解論之，不能即解爲詐欺也。

沉默與詐欺

此外，沉默之態度，是否構成詐欺？亦爲應加研究之問題。例如利用相對人之不知而以緘默之態度使其陷於錯誤時，或因相對人現正陷於錯誤中而故以緘默之態度使其更加錯誤時，固得構成欺罔行爲；然在社會生活中，有時於某種限度內雖利用他人之不知或錯誤，亦能爲社會所容忍，故除法律上或信義之原則上以及交易之習慣上認有告知真實之義務外，大都不認緘默爲詐欺，蓋以其缺乏違法之要素故也。惟負有應爲通知之義務而故意緘默者，自亦成爲詐欺之消極手段，因詐欺之手段，並不以積極爲限，即用消極之手段，亦能達其詐欺之目的，故通說皆以此種緘默爲詐欺。

又詐欺行爲因非法律行爲，故不須有行爲能力；且因其不必皆爲侵權行爲，故亦不須有責任能力。惟詐欺行爲既須出於故意，則行爲人自須事實上有意思能力，已不待言。

須相對人
因受詐欺
而陷於錯
誤

(三)須相對人因受詐欺而陷於錯誤。相對人因詐欺行爲而陷於錯誤者，固得謂爲受表意人之詐欺，即相對人已在錯誤中復因表意人之詐欺而增高其錯誤之程度者，亦得謂爲受其詐欺。又相對人因詐欺所生之錯誤，並非僅就表意人意思表示之內容生之，亦可就其內心之動機生之，此即民法於規定錯誤以外，尚須規定詐欺之主要意義。

因受詐欺而生之錯誤，尚須包含兩種內容言之：

(1)須相對人已陷於錯誤。故詐欺人雖有詐欺，若相對人尚未陷於錯誤，仍不能成立詐欺。此即由於民法與刑法之目的不同，故不若刑法上有詐欺未遂之規定。

詐欺與錯誤須有因果關係

(2) 須相對人陷於錯誤係基於詐欺。故相對人雖陷於錯誤，如其錯誤與詐欺無因果關係者，亦不能成立詐欺。但錯誤與詐欺如已發生因果關係者，即令超過其程度，或雜有其他之原因，亦無礙於詐欺之成立也。

須相對人因錯誤而為意思表示

(四) 須相對人因錯誤而為意思表示。詐欺之成立，除上述詐欺與錯誤須有因果關係外，更須錯誤與意思表示有因果關係，此種因果關係，即謂若無此錯誤，則決不為此意思表示而言，可知為此意思表示之結果，惟出於有此錯誤之原因者，始有因果關係之可言，否則，二者如無因果關係，自不能成立詐欺也。

錯誤與意思表示之因果關係

此種因果關係，僅須有主觀之決定，不必由客觀決定之，換言之，即僅須相對人有此因果關係為已足，不須依一般之見解定之。此亦民法於規定錯誤之外，認為有規定詐欺之必要也。

須詐欺為違法

(五) 須詐欺為違法。詐欺須有違法性（即違反社會性）始能成立；否則，如未達於違反一般信義原則之程度，則不能謂為詐欺。前述關於緘默之態度不能構成

詐欺者，多以其缺乏違法性故也。至於詐欺究有違法性與否？當依是否背於公共秩序及善良風俗而定之。

關於詐欺之效果

第二 關於詐欺之效果

因受詐欺陷於錯誤而為意思表示時，不問表意人究係意思表示內容之錯誤，抑係心中動機之錯誤，其結果均能發生撤銷之效果，茲為分別說明之：

詐欺及於當事人間之效果

(一) 詐欺在當事人間所發生之效果 此種效果，須視詐欺人究為當事人抑為第三人而有差別。詐欺人如為當事人之一造時，則被詐欺而為意思表示之他造，不論何時均得將意思表示撤銷之(九二條一項前段)。詐欺人如為第三人時，其效果如何？又因該意思表示有無相對人而異：如該意思表示有相對人時，則以相對人明知其事實或可得而知者為限，表意人始得撤銷之，換言之，即相對人之不知，係出於過失者，始許表意人撤銷之，若相對人無過失，自應加以保護，且較之保護表意人尤為重要也(九二條第一項但書)。又該意思表示如無相對人時，則以既無應受保護之相對人之存在

詳欺及於
第三人之
效果

，自應依原則之規定，使表意人撤銷之。

(二) 詐欺及於第三人之效果 因受詐欺而爲意思表示時，表意人固得撤銷之；然其效力是否得及於第三人？立法例亦不一致。我國民法係仿德日民法之規定，定爲被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意之第三人（德民一二三條二項我民九二條二項）。

此所謂善意第三人者，即指不知表意人之意思表示係受詐欺而由此發生法律上利害關係之第三人而言，法律所以限制表意人不得以撤銷向第三人對抗者，蓋爲一般交易之安全計，保護善意之第三人，較之保護表意人更爲必要故也。例如甲因被乙詐欺，而讓與其土地於乙，乙受讓後，又復讓與於丙，若丙不知甲被詐欺之事實而受讓者，即爲善意之第三人，此時甲欲行使其撤銷權，自不以之向丙對抗也。

因受詐欺而爲之意思表示，既如上述以表意人可得撤銷爲原則，不得撤銷爲例外。然其撤銷權之行使，亦不能不受期間之限制，依我民法之規定，即應於發見詐

欺後一年內撤銷之；其未發見者，自意思表示後經過十年，則不得撤銷（九三），其所以設此限制者，蓋以私法關係不能長陷於不確定之狀態故也。

脅迫

第三項 因受脅迫而爲之意思表示

意義及要件

第一 因受脅迫而爲意思表示之意義及要件

脅迫者，簡言之，即不當表示危害而使他人發生畏懼致爲意思表示之行為也。就其僅須有思维能力，不須有行為能力與不法行為能力及刑事責任能力之點言之，係與詐欺相同。又就其在法律上之效果言之，有構成刑法上之恐嚇罪者（刑法三七〇條）；有構成民法上之侵權行為及脅迫行為者，此三者各能獨立存在，亦與詐欺相同。惟此處所應說明者，則爲脅迫行為，茲就其要件述之於左：

脅迫意思

（一）須脅迫人有脅迫意思 此所謂脅迫意思者，即指脅迫人有對表意人示以危害使其發生畏懼致爲意思表示之意思而言，故就其內容論之，須由兩種意思而成：即（一）須有使表意人（即脅迫人之相對人）發生畏懼之故意；（二）須有使表

意人因畏懼而爲意思表示之故意。具有以上兩種意思時，卽已構成脅迫意思，固不須意圖自己取得財產上之利益，亦不須意圖加他人以財產上之損害，卽其意在圖謀被脅迫人之利益，亦得構成脅迫意思。又脅迫意思，並不以最初存在爲限，卽中途改念而欲從事脅迫者，亦得構成脅迫意思也。

脅迫行爲

(二)須脅迫人有脅迫行爲 所謂脅迫行爲者，卽脅迫人通知被脅迫人示以將加危害使生畏懼之行爲也(此所謂將加危害者，不僅指將來之危害而言，卽緊接現在之危害，亦包含之)。脅迫行爲既係僅在使人發生畏懼之行爲，故其從事脅迫之方法，或以舉動，或以言語，或以沉默之態度，乃至告以天災人禍及神罰之到來等等威嚇行爲，凡足使表意人發生畏懼致陷於不能不遵從之狀態者，皆得構成脅迫行爲；且對於既已陷入危害之相對人不加援助而尙繼之以危害者，亦得構成脅迫行爲

脅迫之方法

脅迫之程度

；惟此時是否具有違法性，不無研究之餘地。又就脅迫之程度言之：羅馬法學者有解爲須脅迫人所能卽時實行危害者；德國法學者有解爲應屬重大危害者；且法國法

系之民法更明定須有重大急迫現在不可避免之程度者（如瑞士債務法第三〇條一項）規定須有迫切而且重大者是），我國民法雖無此明文。究之脅迫之程度以及脅迫之方法，皆可不必加以限制之規定，凡足令被脅迫人發生畏懼心者，即可構成脅迫行為也。

受危害之
主體

至就受危害之主體言之：法國法系之民法且明定以表意人或其配偶及親屬等為限（法民一一一三條）（瑞債三〇條一項），我國民法亦無此明文，宜解為受危害之主體，不必限於表意人自身，即其親屬友人亦可包含之。

受危害之
客體

又就受危害之客體言之：羅馬法係以財產、身體、生命及自由等為限；法國法系之民法則規定不以身體及財產為限；英國法律則規定不以人身之安全及自由為限，我國民法雖無若何限制之規定，究之受危害之客體，亦應以不加限制為適當，故不問身體、自由、財產、名譽、貞操及其他凡有受危害之可能者，皆可成為受危害之客體。

脅迫須為

（三）須脅迫人之脅迫為不當 脅迫除以『不當』為要件之外，是否尚須以『

不當

不法』爲要件？立法例及學說均難一致：德國民法第一二三條規定脅迫須屬『違法』，是明明以違法爲脅迫之要件；日本民法則無此明文，我國民法亦然。惟脅迫之所以成爲瑕疵者，以其爲不當之干涉故也；若必須以違法爲要件，則未免失之過狹。故除違法之外，如依一般社會之見解認爲不當者，亦得以之爲脅迫之要件。因之在學說中主張脅迫須爲不法者固多；而主張脅迫僅須不當者亦不少，例如欲於正當範圍內締結契約，乃通知相對人告以如不訂約，則將告發汝之犯罪，此種行爲，自能謂爲脅迫行爲；但不能謂爲不法，僅能謂爲不當也。

不當之解釋

關於不當之解釋，亦無永久不變之定理，當以社會之變遷爲轉移，例如債權人通知債務人，告以若不清償債務，則將於法院訴追之，此時如就債權人之法益言之，債務人雖因此感覺畏懼，亦不能認爲脅迫，但債務人確係處於窘迫之境地，而債權人仍逼令其一次清償者，則應認爲不當也（參照民三一八條）。又例如今之同盟罷工問題，誠爲工人對於資本家之要挾手段，由資本家視之，自認爲脅迫行爲；但在今日經

同盟罷工與脅迫

濟組織之下，同盟罷工乃爲工人對抗資本家壓迫之惟一方法，故由明定工人有罷工權之立法精神言之，已不能認罷工爲不當也。

手段不當
與目的不
當

復次，脅迫行爲之不當，又可分爲手段不當及目的不當而言；所謂手段不當者，即指脅迫行爲本身之不當而言，例如債權人向債務人索債，其目的固爲合法；然若通知遲不清償，則將加以殺害或焚其家宅時，即已構成脅迫也。至於所謂目的不當者，即指脅迫行爲之手段雖爲正當，而欲利用之以達其不正當之目的者而言，例如要約他人贈以財產，告以若不承認，則將告發其隱祕之罪時，就正當行使告發權論之，本爲法律所允許，自無不當之可言；但欲利用之以訂贈與契約而得不正當之利益，則爲脅迫矣。

然則脅迫之不當，究應以其手段定之？抑應以其目的定之？關於此點，學者有謂須二者均爲不當者；有謂僅須目的不當不須手段不當者；要之二者之中有一不當，脅迫即可成立也。

脅迫與畏懼須有因果關係

(四)須被脅迫人因受脅迫而生畏懼 被脅迫人之畏懼心，係因相對人或第三人之脅迫行為而發生者，此即所謂脅迫與畏懼之因果關係也。若相對人或第三人並無脅迫行為，而表意人自生畏懼者，自不得謂為脅迫。又若相對人或第三人雖有脅迫行為，而表意人並未因此而生畏懼者，亦不得構成脅迫。又若表意人於脅迫之前，原有畏懼者，亦不得構成脅迫；惟向已受危害之人告以不加救助而令其繼續陷於危害者，是否構成脅迫之問題，學說上殊多爭論：有謂繼續加以危害，亦與新加危害無異，應謂為脅迫者；有謂對於已陷危害之人原有排除危害之義務而故意不加救濟，以致損害時，即應以脅迫論者；有謂原無救助義務之人，此時不過不能視其為違法者；有謂畏懼心須係新由脅迫發生者。要之解答此一問題，當視其對於已受危害之人有無救助義務之標準而定之，無此義務者既缺乏違法性，自不能謂為脅迫；有此義務而利用他人陷於困境，且告以將使其繼續危害坐視不理者，即已構成脅迫矣。

生畏懼心
與喪失判
別斷力之區

又於此處所應注意者，即「生畏懼心」之意義，應與「喪失判斷力」分別視之。因被脅迫而至喪失判斷力時，即已喪失其意思能力，無意思能力之意思表示，本為「無效」之行爲，自不發生「撤銷」之問題。

畏懼與意
思表示須
有因果關
係

(五)須被脅迫人因生畏懼而爲意思表示 因生畏懼而爲意思表示，此即畏懼與意思表示之因果關係。其與前述錯誤與意思表示之因果關係相同，僅以表意人有主觀的因果關係爲已足，不必有客觀的因果關係之存在。

又被脅迫人因受脅迫而生畏懼致爲意思表示時，須其意思表示與脅迫人所欲者相符，始能成爲因果關係之一致；否則，適得反面之結果。例如甲脅迫乙給以千元，乙即贈以五百元及馬一頭，或僅贈以五百元，此時雖其意思表示之內容未能與脅迫人所欲者完全一致，而其意思表示却因脅迫而生。反之，例如甲脅迫乙，本欲與之結婚，乙則因此僅函送千元，此時乙之意思表示既與甲之所欲者全不一致，即不能謂其意思表示全因脅迫而使然也。

脅迫之效果

第二 脅迫之效果

因受脅迫而為意思表示時，其在法律上所生之效果若何？依德日民法之規定，表意人得絕對撤銷之（德民一二三條一項），我國民法亦然（九二條）。該條但書之規定及該條第二項之規定，其所以不適用於詐欺而僅適用於脅迫者，蓋由於表意人被脅迫時，已陷於不易脫避之苦境，其受法律之保護，應較被詐欺時所受之保護為更優；且其處境較之善意第三人尤當特加矜恤，故受脅迫之意思表示，表意人應不問係受相對人之脅迫或第三人之脅迫，亦不問相對人或第三人之為善意或惡意，皆得撤銷之。

撤銷之期間

惟此撤銷權之行使，亦有期間之限制，應於脅迫終止後一年內為之；如自意思表示後經過十年，即不得撤銷，此與詐欺之規定相同（九三條）。

撤銷之行為與無效之行為

因受脅迫而為之意思表示，在法律上既僅發生撤銷之效果，自不能與根本無效之行為同一視之；故左列各種行為，當然不能適用撤銷之規定，得直視為無效之行

爲。

(一) 因受暴力壓迫而爲之行爲 行爲人在此時所爲之意思表示，係因現實之不可抗力而使然，既無表示意思，復無效果意思，實欠意思表示之要件，當然以之爲無效。

(二) 因受脅迫全失自由意思而爲之行爲 此時之行爲，雖非因受現實之暴力而使然；但其危害性過於迫切，竟令表意人無暇考慮，即茫然應付之，毫無效果意思存於其間，其與因受脅迫而爲意思表示時尚有選擇之餘地具有效果意思者，完全不同，故應以之爲無效。

(三) 因受脅迫而爲違反公序良俗之行爲 因受脅迫而爲之行爲，如係違反公序良俗者，自應根本認其爲無效，不待撤銷，例如因受脅迫而允爲私通是也。

(四) 因受脅迫而爲非真意之意思表示 被脅迫人非出於真意之意思表示，即如民法第八六條所載表意人無欲爲其意思表示所拘束之意而爲意思表示時，若其情

形爲脅迫人所明知者，自應適用該條之規定，直認爲無效，不待撤銷之。

意思表示
發生效力
之時期

第六款 意思表示發生效力之時期

第一項 總說

意思表示
效力之意
義

意思表示之效力云者，除當事人所欲發生之效果而外，尙指法律對該意思表示所賦與之一切效果而言。當事人所欲發生之效果（效果意思），僅能構成法律行爲之內容，其在法律上究應發生若何之效力，則須視法律對該意思表示究取若何之態度而定之。故法律賦予意思表示之效力，固須以當事人之效果意思爲根據；但不能僅以當事人之效果意思爲限；須較當事人之效果意思更爲廣汎，例如買賣契約中當事人所欲發生之效果，固以一方負移轉財產權之義務，他方負交付價金之義務爲內容；但除此等義務而外，所謂追奪擔保與瑕疵擔保等義務，即令當事人先無特約，亦可責令賣主負擔之，此種效果，即爲法律所賦與。故所謂意思表示之效力者，當

指此全體而言也。

生效時期

無相對人
之意思表
示與有相
對人之意
思表示

意思表示必先已完全成立，而後有發生效力之可言，其發生效力之要件達於完成時，即謂為意思表示發生效力之時期，換言之，即已成立之意思表示，何時為相對人所了解，即於何時發生效力也。惟其發生效力之時期，又因有無相對人之意思表示而有差異：無相對人之意思表示，應於何時發生效力，我國民法亦如他國民法無此規定；然從一般學說之見解論之，應解為除關於捐助行為及遺囑等無相對人之意思表示有特別規定外，其餘無相對人之意思表示，則以表示行為完成時為其發生效力之時期。至於有相對人之意思表示，應於何時發生效力，則又因其意思表示究係向對話人為之抑係向非對話人為之而有差別。德日民法僅關於向非對話人之意思表示設有規定；我國民法對此二者均設有明文，茲為分述如左。

第二項 非對話人間之意思表示發生效力之時期

第一 非對話人之意義

非對話人
間之意思
表示發生
效力之時

非對話人
之意義

非對話人云者，即表意人不能向之直接傳達意思之相對人也。日本民法稱之爲隔地人；我國新民草稱之爲非當面人；舊民草及現行民法則均稱爲非對話人。究之相對人是否爲非對話人，不應以空間之差異爲標準，應以時間之差異爲標準，例如以電話談話時，談話人雖遠隔他方而能直接傳達意思者，則不能謂爲非對話人；反之，表意人與相對人雖同在一室，而其意思表示須由媒介間接傳達者，亦可謂爲非對話人。要之對話人與非對話人之差別，應以了解意思表示之時間性爲標準，舉凡意思表示與其了解之間不費時間者，即應謂爲對話人；若了解其意思較費時間者，則應謂爲非對話人。

除上例電話之外，餘如口傳與暗號，是否爲非對話人間之意思表示？亦爲學者所爭論；要之口傳係由傳達人以口頭傳達意思，其意思表示既須於傳達時始能成立，自應認爲直接傳達意思；又暗號既多使用旗幟或其他預定之符號以爲意思表示，亦應認爲直接傳達意思，二者既均係直接傳達意思，自不能均以非對話人間之意思

表示視之。

向非對話
人表意之
生效時期

第二 向非對話人表意之生效時期

非對話人間之意思表示，以須向特定的相對人爲之；且須相對人不能直接了解表意人之意思表示爲其特徵。若對是否爲非對話人間之意思表示發生爭議時，究應視爲法律問題？抑應視爲事實問題？學者間之主張雖不一致；究以認爲法律問題爲通說，故關於此點，多認其得爲第三審上訴之理由。

立法例上
之四種主
義

關於非對話人間之意思表示，究應依如何標準爲其效力發生之時期？立法例向有下列之四種主義：

表示主義

(一) 表示主義 此種主義，亦稱表白主義，認爲意思表示一經成立，應即發生效力，例如書信已封緘時，或口授使者已終了時，卽爲其意思表示發生效力之時期是也。

發信主義

(二) 發信主義 此種主義，認爲表意人以通知相對人之目的，將其意思表示

置於自己實力支配之外時，即應發生效力，例如書信已投入郵箱時，或送信人已出發時，即爲其意思表示發生效力之時期是也。

受信主義

(三) 受信主義 此種主義，亦稱受領主義或達到主義，即謂意思表示須於達到相對人之時，始能發生效力，例如書信已送到時，即爲其意思表示發生效力之時期是也。

了解主義

(四) 了解主義 此種主義，又稱爲認知主義，即謂相對人須於了解表意人之意思表示時，始能發生效力，例如相對人已閱悉書信時。或已聽畢使者口述時，即爲其意思表示發生效力之時期是也。

上述四種主義中，究應以何者爲適當，殊爲立法上最重要之問題。就表示主義論之，其認意思表示僅具外形時，即應生效，不問相對人之知與不知，殊於實際上有失偏頗之弊，例如爲催告或通知等行爲時，如認爲無須發信，即自其表示完成時而生效，則相對人勢必於未得知其意思表示之機會以前，即已受其拘束，故此種主

義之不足採用，已不待言。反之，了解主義誠能矯正表示主義之弊，且在純理論上亦較爲正當；然於實際上每有表意人立盼相對人即予了解，竟因相對人之故意或懈怠，致礙效力之發生，而使表意人受其拖累者，比比皆是，例如受信人將書件擱置，在其未加披閱了解以前不生效力，固於相對人爲有利，而於表意人則受意外之損害，自不能認爲適當。由此論之，表示主義與了解主義既皆例重於主觀上之事實，忽視客觀上之認識，故今日各國立法例皆不採用之。其能爲立法上所採用者，則不外對於發信主義與受信主義之選擇而已。發信主義（英美採之）係以意思表示離開表意人之支配範圍時爲其效力發生之時期，誠於交易上可收敏捷之利益，然在相對人尙未達於了解之地位時，即對其發生效力，此亦不能認爲適當。是則四主義中能兼顧表意人與相對人之利益者，當以受信主義（即達到主義）較爲適當。故我國民法仿德日民法之規定，以採受信主義爲原則，以採發信主義爲例外（德民一三〇條，日民九七條，我民九五條）。茲就達到之解釋與採達到主義所生之結果，分述如左：

達到之解釋

(甲)達到之解釋 何謂達到？我國民法與德日民法均無明文可資解釋，惟依一般學者之見解，皆認為相對人已居於可以了解之地位者，即得謂為達到。至於何時始得認為相對人已居於可以了解之地位？應從社會之常情而定之，例如書件送致於相對人之住宅時，不必交付於相對人本人或其代理人，始謂為達到；即交付於其同居之家屬或使用人，或投入其住宅所備之受信箱，亦得謂為達到。若將書件送致於相對人住宅以外之場所，而未交付於相對人本人或其代理人時，則不得謂為達到；他若書件之字跡不明或文字不通，而使相對人不能了解者；或受信人有正當之理由而拒絕收受者，均不得謂為達到。

此外，達到須出於表意人之意思，更無論矣。故如僅係向壁獨語，或與第三人作偶爾之談話，而由相對人知之者，不得謂之達到；又如置信件於案上，並無投送之意思，偶為第三人投送者，亦不得謂為達到。若表意人已有傳送之意思時，即令傳送之方法與表意人之意思不合，而為傳送者，仍得謂為達到也。

探達到主義所得之結果

(乙) 採取達到主義所得之結果 我國民法對於非對話人間之意思表示，既探達到主義而定其效力發生之時期，故得如下之結果：

(子) 意思表示於達到相對人時，即生效力。如欲撤回其已發通知之意思表示，須其撤回之通知與意思表示之通知同時或先時達到，始可使其表意失效（九五條一項），此為採用達到主義應有之結果。

(丑) 表意人若於發出通知後而死亡，或喪失行為能力，或其行為能力受限制者，其意思表示不因之失效（九五條二項）。蓋以相對人已依表意人之表意而為種種之行為，若因之驟令表示人之表意為無效，則相對人勢必蒙受不測之損害故也。

(寅) 意思表示之通知，若因達到遲延或遺失而生損失者，應由表意人負責。此雖無明文規定；惟既探達到主義，自應如此解釋也。

第三 向官署或公署所為之意思表示

向官署或公署表示意思，應於何時發生效力？亦為應有之問題。德國民法關於

向官署或公署所為之意思表示

此點，設有明文，得準用非對話人間表示意思之規定（德民一三〇條），我國舊民草亦然。現行民法雖無此明文，然亦可得同一之解釋，蓋以向此機關為意思表示時，通常不能由其直接了解故也。惟向機關中之個人為意思表示時，如能由其直接了解者，仍得以對話人論。

公示送達

第四 公示送達

意思表示之通知，通常自須知曉相對人之姓名及居所。若不知相對人之姓名居所，則其通知即無由送達，故我民法仿德國民法之規定，定為表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知（九七條）。

第三項 對話人間之意思表示發生效力之時期

第一 對話人之意義

對話人者，即向之直接可通意思表示之相對人，換言之，即對於表意人之意思

對話人間
之意思表
示發生效
力之時期
對話人之
意義

表示，可居於直接了解地位之相對人也。故如向睡眠者或聾者為意思表示，或向不解本國語言之外國人為意思表示時，雖係當面表示意思，却與向壁發言無異，自不能認為已得了解，因之即不能以對話人視之。

第二 向對話人表示意思之生效時期

向對話人
表示意思之
生效時期

向對話人為意思表示時，應於何時發生效力？德日民法雖無明文規定，然依其民法學者之主張，可分為了解主義與達到主義兩派。我國民法則採了解主義，明定對話人為意思表示者，其意思表示以相對人了解時發生效力（九四條）。蓋以對話時，或因言語關係，或因聽能關係，以及意思之誤會等情形，在所難免，故須採了解主義以免此弊也。然若對話人因故意或過失，以致未能了解者，又當別論，例如表意人所為之意思表示，在通常本可了解，而因相對人故意掩耳不聽，或因注意他向，以致未能了解者，仍應以了解論之。

第四項 向無行為能力人或限制行為能力人為意思

向無行為
能力人或

表示之生效時期

第一 向無行為能力人或限制行為能力人爲意思表示之意義

限制行為
能力人爲
意思表示
之生效時
期
向無行為
能力人或
限制行為
能力人爲
意思表示
之意義

此種意思表示，即指表意人須以無行為能力人或限制行為能力人爲相對人而爲之意思表示而言。其與前述向對話人或非對話人爲意思表示不同者，即在前述兩項之情形，係以通常人爲相對人，而此則以無行為能力人或限制行為能力人爲相對人而已。蓋法律對於無行為能力人或限制行為能力人自爲表意人時，既設有行為能力之規定，以保護其利益（七五條至七九條）；而其以相對人之地位受領意思表示時，亦應設保護之規定，此即學者所謂意思表示之『受領能力』也。意思表示之受領，實即達到之義，由客觀方面觀察之，固謂爲意思表示之達到，由主觀方面觀察之，則謂爲意思表示之受領，受領既非意思表示（自非法律行為），自不能適用關於行為能力之規定，故對於無意思能力人或限制行為能力人，另有規定受領能力之必要。

意思表示
之受領能
力

向無行為
能力人或

第二 向無行為能力人或限制行為能力人爲意思表示之生效時期

本論 第四章 私權之得喪變更

限制行為
能力人爲
意思表示
之生效時
期

向非對話
人爲意思
表示者

向此種相對人爲意思表示時，其發生效力之時期，亦可分爲非對話人間之意思表示與對話人間之意思表示二種情形論之。

(一) 向非對話人爲意思表示者 依我民法之規定，表意人須以其意思表示之通知達到無行爲能力人或限制行爲能力人之法定代理人時，始發生效力(九六)故其意思表示，不問係逕向無行爲能力人或限制行爲人所爲，抑係逕向法定代理人所爲；亦不問該意思表示係由無行爲能力人或限制能力人受領，抑由法定代理人受領，均須其意思表示之通知達到法定代理人時，始發效力。惟此種原則上之規定，如在限制行爲能力人爲受領人時，尙應有種種之例外。

(甲) 限制行爲能力人所受之意思表示，已得法定代理人之允許，或由該意思表示純獲法律上之利益，或依其年齡身分係日常生活所必需者，得於達到限制行爲能力人時，發生效力(參照七七條及德民一三一條二項)。

(乙) 限制行爲能力人對於已得法定代理人允許處分之財產及營業，自亦得受

向對話人
為意思表示
者

意思表示，故於通知達到本人時，即發生效力（參照八四條）。

（二）向對話人為意思表示者 向無行為能力人為意思表示時，既應由其法定代理人代受意思表示，故逕向無行為能力人為對話之意思表示者，自應解為不問其已否了解，均不生效（參照七條）。若向限制行為能力人為意思表示時，既應由其法定代理人代受意思表示，故逕向限制行為能力人為對話之意思表示者，亦應於原則上解為不生效力；但有上列甲乙兩項所述之例外情形時，亦得以限制行為能力人為對話人，而發生意思表示之效力。

意思表示
之解釋

第七款 意思表示之解釋

意思表示之解釋云者，即確定意思表示之意義也。蓋欲確定意思表示在法律上之效力，須先確定意思表示之意義，欲確定意思表示之意義，又須注重意思表示之解釋，是解釋意思表示，即可謂為確定意思表示之效力之先決問題。故當解釋意思

表示本身之意義時，必須斟酌各種情形，盡量求其是否合於表意人內部之真意。至其內部之真意，究與表諸外形者是否毫無差異。本難為絕對之斷定；然就其表諸外形者已為盡量之探求後，即令就了解所得之真意，與本人當時內部之真意不符，亦不過發生意思與表示不一致之問題，仍得謂為正當之解釋也。惟為避免解釋上有此不相一致之弊害，即不能不注重解釋之方法，表意人所用之表示形式，雖足供為參考之價值，但亦不可以此為唯一之根據，致失表意人之真意，必須就種種足以闡明其真意者，盡量加以參考審酌，而下正確之判斷。因之我國民法仿德國民法之規定，載明：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句」（德民一三二條），蓋以專就辭句為解釋之方法，恐失其真意故也。

吾人於此所應注意者，則為解釋意思表示與任意法之關係，任意法係以其規定之法律關係之內容，不過為當事人意思表示之解釋或補充，已於緒論中述之矣。故解釋意思表示時，如其內容已經當事人有為反於任意法規之訂定者，自應從其訂定

意思表示
與任意法
之關係

；如就其內容別無訂定，而任意法規已有訂定者，則應依該規定以解釋或補充之，蓋此時依法規以定意思表示之內容，已為法律問題，而非通常解釋意思表示時，僅認為事實問題也。

解釋意思
表示與習
慣之關係

又就解釋意思表示與習慣之關係言之：意思表示之內容，如當事人無訂定而法律又無規定者，應依習慣以補充解釋之。惟民法第一條所稱之習慣，應解為習慣法，習慣既成為法律後，自應依之以定意思表示之效力。蓋解釋意思表示之內容，乃係事實問題；一經確定意思表示之內容後，更依法律以斷定其在法律上之效力者，則為法律問題。故用為解釋意思表示內容之標準者，僅得以習慣為限；但其習慣有背公序良俗者，仍不得用為解釋之基礎（參照民二條）。

條件及期
限

第三節 條件及期限

吾人從事於法律行為時，有欲不令法律行為之效果立即發生，而於某種一定事

實之發生或一定時期之到來後始能發生者；又有不令法律行爲之效果繼續於無窮，而於一定事實之發生或一定時期之到來後即消滅其效力者，此等限制，皆係表現效果意思之內容，法律自應尊重之，助其效果意思之內容能達於完成，蓋法律原認法律行爲爲自治行爲，其效果既可由意思表示而發生，自可由意思表示而加以限制，因之爲法律行爲時，除表示其欲生一定效果之意思外，並能表示其欲限制該效力之意思，法律對於欲生效力之意思，既須尊重之而認爲有效，其對於欲限制效力之意思，自亦應尊重之而認爲有效，對此意思表示欲限制其效力之部分，即民法上所謂附有條件及期限之法律行爲，亦即學說上所謂『法律行爲之附款』。此種附款，乃係法律行爲之偶素，換言之，即係組成法律行爲一部之意思表示，其自身在法律上雖無獨立之意義，然亦不能視爲僅有附隨法律行爲之價值，而以欲發生效力之部分爲主要，以欲限制效力之部分爲附隨；且有時附款反有重要價值而爲當事人所特加重視也。

法律行爲
之附款

法律行爲之附款，除上述條件及期限二種而外，學說上尙有所謂「負擔」者，亦可謂爲附款之一種，蓋以負擔亦爲限制或變更法律行爲效力之範圍故也。例如贈與附有負擔或遺贈附有負擔時，均可限制或變更其效力之範圍者是（四一三條一）。

惟就最重要而應用最廣者言之，當以條件及期限爲附款中之主要形態，故我民法特就此二者於總則編中規定之，因之本節所述，亦卽以此二者爲限。

條件

第一款 條件

意義

第一 條件之意義

條件云者，卽法律行爲之附款，而使其效力之發生或消滅取決於將來不確定事實之成否也。茲就此意義，分別說明於左：

條件在定
法律行爲
效力之發
生或消滅

（一）條件在定法律行爲效力之發生或消滅 例如甲與乙約：汝若試驗及格，則贈以手表，此卽以贈與契約效力之發生取決於及格之事實，所謂「停止條件」者

是也。又如甲與乙約：現以手表贈汝，汝若試驗不及格，則失贈與之效力，此即以贈與契約效力之消滅取決於不及格之事實，所謂「解除條件」者是也。申言之，即前者附有停止條件，必須於條件成就後，該法律行為始能發生效力，否則，在條件未成就以前，該法律行為之效力，固尚停止也。而後者係附有解除條件，必須於條件成就後，該法律行為始失其效力，否則，在條件未成就以前，該法律行為之效力，固依然存續也。要之須視此等條件之成否，方能決定法律行為效力之發生或消滅。

關於法律行為之附款，學說及立法例有謂係對於法律行為之成立所加之限制者換言之，即認法律行為須於條件成就時，始得成立者；有謂係對於法律行為之效果意思所加之限制者，換言之，即認表意人之效果意思，須於條件成就時始能發生效力者；有謂係對於法律行為之效力所加之限制者，換言之，即認法律行為效力之發生或消滅，須於條件成就時始能決定者。近時對於以上諸說，大都以最後一說為通

說（德民一五八條，瑞債一五一，條法民一一一，日民一二七條），我國民法從之（九九條）。

條件既係限制法律行為效力之發生或消滅，是條件自身亦係一種意思表示；不過此意思表示僅能為他種意思表示之一部，不能認為獨立存在，例如附有條件之買賣，此條件即存在於買賣契約之中，並非於買賣契約之外，尚有另附條件之意思表示也。

條件係以將來不確定之事實為內容

（二）條件係以將來不確定之事實為內容 此種將來不確定之事實，即指客觀上將來成否不明之事實而言；非如期限係指將來必定實現之事實而言也。此即條件與期間之主要不同點。條件既係以將來不確定之事實為內容，是過去不確定之事實，則不能以之為條件，例如昨日倫敦降雨之事實，雖為當事人所不明，究係過去既定之事實，自不能以之為條件。即就將來之事實言之，若其成否已確定者，仍不得以之為條件，例如下月一日之到來，既係確定之事實，自亦不能以之為條件。至就不確定之事實究應如何決定而言，學說上亦有不同之見解：有謂不確定之事實，僅

須於主觀上當事人以爲不確定者即可充作條件，故不論過去與現在不確定之事實，或將來已確定之事實，如未爲表意人所知悉者，皆得以之爲條件。有謂不確定之事實，應就客觀言之者，即謂法律行爲成立時須以將來成否不確定之事實始可充爲條件，若係過去或現在已確定之事實，縱爲當事人不知者，亦不得以之爲條件。近世學者，大都以後說爲通說。惟所謂客觀上之不確定，應以一般交易關係及一般人之智識經驗爲標準而決定之，例如天象或地震之事實，由專門學者之天文家及氣象學者視之，固得預先推知其爲客觀上已確定之未來事實，然一般尋常人仍得以之爲條件也。

條件係由當事人任意約定之附款

(三) 條件係由當事人任意約定之附款 條件既爲法律行爲之內容，當事人自得任意約定之，換言之，即使法律行爲效力之發生或消滅取決於不確定之事實時，必須完全出諸當事人之意思，否則，即不能視爲條件，例如法人之設立，係以官署之許可爲要件，遺贈效力之發生，係以遺贈人死亡時受遺人之生存爲要件，以及保

證債務效力之發生，係以主債權之存在爲要件等，皆爲法律行爲發生效力時當然必須之條件，即所謂法定之條件，非此處所謂之條件也。

條件既爲原來意思表示之一部，故須於爲法律行爲之當時爲之；若於爲法律行爲後以另一意思表示爲任意之附款者，雖亦有效；究爲另一獨立之法律行爲，不能謂爲原來法律行爲之附款。

條件之種類

第二 條件之種類

停止條件
與解除條件

(一) 停止條件與解除條件 此二種條件，爲條件中之最主要形態，各國民法多以明文規定之，我國民法亦然(九九條)。蓋條件之本質，即在限制法律行爲效力之發生或消滅，而此二種條件，適足顯其功用也。

所謂停止條件者，即爲限制法律行爲效力「發生」之條件，申言之，即在條件事實成就以前，使由原來法律行爲所發生之效力暫行停止，必俟該條件事實成就以後，原來法律行爲始能發生效力；若條件之成否尚未確定，則法律行爲之效力亦不

能確定。例如甲與乙約，汝若在大學畢業，則贈汝千金，是其贈與效力之發生與否，須視大學畢業與否而定之是也。

所謂解除條件者，即為限制法律行為效力『消滅』之條件，申言之，即在條件事實成就以前，由原來特定法律行為所生之效力尚屬存在，必俟該條件事實成就以後，原來法律行為之效力始歸於消滅；若條件之成否尚未確定，則法律行為之能否繼續有效亦尚不能確定。例如甲約贈乙千金，若乙取得財產繼承權，則不贈與，是其贈與效力之消滅與否，須視財產繼承權取得與否而定之是也。

（二）積極條件與消極條件 此為學說上所認定之區別，其區別之實益，唯在定條件成就之意義時可為標準耳。

所謂積極條件者，即條件內容之事實，係與現在狀態不同，若該事實成就時，必生一定變動之謂也。例如以乙與丙結婚為條件，自係現時尚未結婚，如條件成就，則生結婚之變動，故謂為積極條件，或亦謂為肯定條件或有的條件。

積極條件
與消極條件

隨意條件
偶成條件
混合條件

所謂消極條件者，即條件內容之事實，係與現在狀態相同，其成就時，必不生一定變動之謂也。例如以三十歲尚不結婚為條件，自係現時尚未成婚，如條件成就，則三十年後亦無結婚之變動，故謂為消極條件，或亦謂為否定條件或無的條件。

(三) 隨意條件偶成條件混合條件 此亦學說上所認定之區別。吾人為窺各個條件種類之全豹，亦有加以說明之必要。

隨意條件

所謂隨意條件者，即由當事人之意思以決定成就與否之條件也。其由當事人雙方之意思以決定成否者，自得謂為條件；若僅由當事人一方之意思以決定成否時，其得為條件與否？則當分別論之：

普通隨意
條件

(甲) 普通隨意條件 此即謂以當事人一方之意思決定條件成否時，尚須顧慮其他之事實，換言之，即為此種條件內容之事實，非可純由當事人一方之意思所得實現也。例如以汝若於一月內結婚，或汝若於今年留滬求學為條件時，其條件之能否，自不能僅由當事人一方之意思而定；儻於豫定期間內，發生其他天災及疾病等

事故，即足妨礙其條件之成就，故以此為條件之法律行為，既含有客觀上之不確定性，自得認為有效。

純粹隨意
條件

(乙)純粹隨意條件 此即謂得完全由當事人一方之意思決定成就與否之條件。此種條件是否得認為有效？又須分別論之：設若條件之成就，完全由權利人之單純意思所得左右時，是與無條件之法律行為同，自應認為有效，蓋以表意人原係有意受法律上之拘束故也。例如汝若欲此金錶，余即奉贈之，此即所謂『權利人之純粹隨意條件』是也。此外，設若條件之成就，完全由義務人之單純意思所得左右時，是否得認為有效？須視其究為停止條件，抑為解除條件而論之：其為停止條件者，多認為無效，且有以明文規定之者（如日民一三四條，法民一一七條）；亦有以其是否無效，而取決於學說者（如德之現行民法，即屬此例），究之應否認為無效，亦不能一概而論，須視具體之情形而定之。其為解除條件者，則應解為有效，蓋以表意人（即義務人）亦有意受法律上之拘束故也。

偶成條件

其次，所謂偶成條件者，即其成就與否，非由當事人意思所能決定之條件。凡以偶成之事實爲條件者，皆得認爲有效，固不問其條件之成否，係取決於自然界之事實，或取決於第三人之意思也。其取決於自然界之事實者，例如明日天如降雨是也；其取決於第三人之意思者，例如某若免除汝之債務，余亦免除汝之債務是也。

混合條件

復次，所謂混合條件者，即因當事人及第三人之意思，以決定成就與否之條件，例如以汝若與某女結婚爲條件是也。其條件之成否，須視相對人及第三人之意思定之。此種條件，自能認爲有效。

假裝條件

第三 假裝條件

假裝條件者，即謂徒具條件之假形，而無條件之實質是也，亦稱曰非真正之條件。此非真正之條件，最易與真正之條件相混同，故須特別說明於左：

法定條件

(一) 法定條件 此即依法律之規定，或因法律行爲之性質，當然爲法律行爲效力發生之要件，例如遺贈效力之發生，當然以受贈人在遺贈人死亡時尙生存爲條

件是也。此種法定條件，既非任意之附款，自不能以之與真正條件相混同。當事人若以此法定條件為條件，而附加於意思表示者（例如為捐助行為時而附須得主管官署許可并登記之條件是）亦不過徒見其多此一舉而已。

必成條件

（二）必成條件 以將來必定到來之事實為條件者即為必成條件，例如與人相約，余死則贈汝千元，其形式上雖類似條件，而於實際上則屬於期限者是也。

既定條件

（三）既定條件 凡條件之成就與否，在為法律行為時已經確定者，即為既定條件。此種條件，因其缺乏成否未確定之要件，自不能將法律行為之效力置於不確定之狀態，故不能以之為真正之條件。茲就此條件分為積極與消極兩方面言之：

積極的既定條件

（甲）積極的既定條件 在法律行為時，以成就已定之事實為條件者，即為積極的既定條件。其效力又因其為停止條件或為解除條件而有不同。其條件若附為停止條件時，則應認其法律行為為『無條件』，例如甲與乙約，某船若係昨日抵滬，則購買該船所載之貨物；而實際上某船昨已泊岸，似此附有假裝條件之法律行為，

法律上應認爲無條件，蓋當事人在當時雖未知其條件事實確已成就，然當事人已有因其條件之成就，使發生買賣效力之意思，故其效力無停止之理由。又其條件若附爲解除條件時，則應認其法律行爲爲『無效』，例如甲與乙約，丙若已歸國，則當解除住宅借貸契約；而實際上甲已明知丙現已歸國，似此附有假裝條件之法律行爲，法律上應認其爲無效，蓋該條件事實既已成就，則該契約效力之消滅，自可因條件成就而逕得實現，不須附此假裝條件，故此時甲乙間之解除住宅借貸契約，當然不生效力。

消極的既定條件

(乙)消極的既定條件 在法律行爲時，以不成就已定之事實爲條件者，即爲消極的既定條件。其效力亦因其爲停止條件或爲解除條件而有不同。其條件若附爲停止條件時，則其法律行爲應認爲『無效』，例如甲與乙約，某船若於三日內到滬，則購買某物，而實際上甲已明知某船確於三日內不能到滬，是當事人所欲發生之效力，在其爲法律行爲時已確定不得發生，故應認其法律行爲爲無效。又其條件若

附爲解除條件時，則其法律行爲應認爲『無條件』，例如甲與乙約，丙歸國後，則解除住宅借貸契約，而實際上甲已明知丙已確定不歸國，是消滅其法律行爲效力之事實，決無由發生，則當時成立之法律行爲，自可維持其永續之狀態，故應認其法律行爲爲無條件。

不能條件

(四)不能條件 以客觀上不能成就之事實爲內容之條件，即謂爲不能條件。

附有此種條件之行爲，其效力若何？我國民法，未設明文，德國民法亦然；然日本民法則規定不能條件爲停止條件時，其法律行爲爲無效；若爲解除條件時，其法律行爲爲無條件（日民一三三條）。以此條文規定之，固爲明顯，即無明文規定，亦可於理論及實際上委諸學理解釋也。

矛盾條件

(五)矛盾條件 附爲條件內容之事實與法律行爲之內容相抵觸者，即謂爲矛盾條件。例如云余買得此物仍歸汝有之類是也。以此爲條件之法律行爲，其效力若何？學者有謂其附爲停止條件者爲無效，其附爲解除條件者則爲有效；有謂不問其

爲停止條件抑或解除條件，應認其概爲無效者；究之附爲條件內容之事實，既自與法律行爲之內容相抵觸，應無使其生效之理也。

第四 不許附條件之行爲

不許附條件之行爲

法律所以承認附有條件之法律行爲之效力者，實與承認一般法律行爲之效力，同出於個人在私法上得能自治之理由。惟在昔日法律關係極形簡單之時代，自無認許法律行爲附條件之必要（羅馬法時代，卽不認許）；後以迫於實際生活之要求，法律關係，日趨複雜，始許法律行爲有附條件之必要；及至近世各國之民法，在原則上無不承認法律行爲可以附加條件，其所以至此者，蓋由於處此社會生活日益繁複之時代，吾人一方面欲爲某種法律行爲，而一方面又須顧及某種未來不確定之事實，正如德儒葉林（Hegel）所云：吾人須能支配未來，不能爲未來所支配而已，若因此未來不確定之事實，而致束手不敢逕爲該法律行爲，則不便實甚，故本私法上個人得能自治之理由，特許以該事實爲條件，得能爲其所欲爲之法律行爲，庶於

兼顧未來事實之中，仍不爲未來事實所支配。然此種原則，亦不能不受法律上之限制，因之法律行爲亦有不許附條件之例外，此即學說上所謂「忌附條件之法律行爲」；若對此忌附條件之行爲，而仍附以條件者，即應視爲無效。茲分爲兩點說明之：

公益上之不許可

(一)爲公益上之不許可者 凡法律行爲所附之條件而有違反強行規定或背於公序良俗者，皆絕對不能容許，以其行爲之性質不能附有條件故也。例如親屬法中關於婚姻，離婚，養子，非婚生子女之認知等法律行爲之不得附加條件者皆屬之。

私益上之不許可

(二)爲私益上之不許可者 法律行爲所附之條件，如係過於妨害私人之利益者，亦爲法律所不許。其中關於財產上之法律行爲如係契約時，尚可附加條件；如係單獨行爲時，則以不能附加條件爲原則，蓋單獨行爲原依行爲人一方之意思表示而成立，若任其隨意附加條件，殊令相對人常居於不確定之地位，顯受不利益之結果，例如民法中關於抵銷之意思表示，所以不許附有條件者（第三三五條第二項），職是故也

。此外關於各種意思表示之撤回，法律行為之撤銷或承認，契約之承諾或解除，繼承及遺贈之承諾或拋棄等法律行為，在原則上亦不許附加條件；惟於此等行為上所附之條件，若經相對人表示同意者，亦無妨容許之；又若該條件之事實，於其性質上並不妨害相對人之利益者，亦可容許之，蓋上述種種法律行為之所以不許附加條件者，不過以保護相對人之利益為理由；若已無此理由時，自應仍依一般原則，許附條件也。

第五 條件之成否

條件之成否

條件係以對於現狀是否發生變動事實或不變動事實為其內容，已如前述。故就積極條件言之，則以對於現狀發生變動事實時為成就；反之則為不成就；若就消極條件言之，則以對於現狀不發生一定變動事實時為成就；反之則為不成就；例如以某甲結婚為條件事實，某甲果已結婚，即為條件之成就；否則即為不成就；又如以某甲於若干時不結婚為條件事實，某甲確已如期未結婚，即為條件之成就；否則即

條件之真
正成就及
真正不成
就

爲不成就也是也。

以上係就條件真正之成否言之，換言之，即條件之成否，可由條件事實之發生與否而決定之。此外條件雖未真正成就或不成就；然因特定情形，爲保護相對人之利益計，亦應視爲條件已成就或不成就。茲就我國民法關於此點之規定論之，則有左列二種情形：

視爲條件
之成就者

(一) 因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲阻其條件之成就時，相對人得視爲條件已成就(第一〇一)。就此規定言之，實有特加研究之必要，例如甲與乙約，汝若與丙女結婚，則贈以金錶；然甲如故意阻其結婚之成立時，乙則視爲條件已成就，得向甲請求給付金錶，蓋此時甲已侵害乙因條件而得之權利（即條件成就則得金錶之期待權），乙固可令甲負擔損害賠償之債務；然此救濟方法殊覺遲緩，故使乙視爲條件成就之權利而請求給予之，更爲直截了當。因之請求損害賠償之權利與視爲條件成就之權利，乙可擇一行使也。惟取得後一權利時，須有左列

之四要件。

(1) 須因條件之成就而受不利益之當事人爲妨害行爲。

(2) 須故意爲妨害行爲。此所謂故意者，僅以明知由其行爲得阻條件之成就者爲已足，不必更有因此免除不利益之意思。例如不動產之買主與居間人約於登記完畢時給予報酬，而因怠於付價致礙登記，終被賣主解約時，買主雖非爲免給報酬而使條件不成就，但亦不妨故意使條件不成就之類是也。

(3) 須因妨害行爲而不成就。

(4) 使條件不成就須由於違反信義之原則（即不正當行爲）。例如甲與乙約，余若與丙女結婚，則贈汝金錶，此時即令甲係故意不令婚姻成就，乙亦不能視爲已發生成就之權利，蓋此時結婚與否，應由甲之意思決定之，故甲雖不令條件成就，亦不能謂其違反信義之原則也。

視爲條件

(二) 因條件不成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲促其條件之成就時

之不成就者

，相對人得視為條件不成就（第一〇一條第二項）。例如甲與乙約，汝若試驗及格則贈以金錶，此時乙竟用不正當之手段而及格，甲得視為條件不成就就是也（尤其如火災保險之被保險者故意燒毀房屋時，足為本項之適例）。

附條件法律行為之效力

第六 附條件法律行為之效力

附條件之法律行為，亦一法律行為，故就其效力而言，亦應從法律行為為一般之原則。惟於此處所應特加說明者，可分為兩點如左：

（一）條件成否確定後之效力

條件成否
確定後之
效力
成就確定
後之效力

先就條件成就確定後之效力言之：條件一經成就，則法律行為因條件所受之限制，即已免除，而表意人在附條件時所欲發生之效力，亦即由此實現。依我民法之規定，如係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），換言之，即該法律行為之效力，因條件成就而始發生也。故該法律行為如為債權行為者，則成立債權，如為物權行為者，則發生該物權移轉或設定之效力。此外，如係附解除

條件之法律行為，於條件成就時，失其效力（九九條），換言之，即該法律行為原已發生之效力，因條件成就而致喪失也。故由該行為原已成立之權利關係或法律關係如應消滅者，即歸於消滅，其應回復原狀者，即回復原狀。

遡及效力
之有無

惟茲所應注意者，即條件成就確定後之效力，應否遡及既往之問題，申言之，即其效力究應自條件成就時而發生？抑應遡及法律行為時而發生？關於此點，立法例頗不一致，有以遡及法律行為成立時發生效力為原則者，如法國法系之民法是（法民一一七九條）；有以不遡及為原則者，如德國法系之民法是（德民一五八條二項，意民一一七〇條）；有以不遡及為原則者，如德國法系之民法是（德民一五八條二項，日民一二七條）。我國民法係仿德日民法之規定，亦以不遡及為原則，故於第九條一二兩項規定附停止條件或附解除條件之法律行為之效力，以條件成就時為其發生或喪失之時期；另於該條第三項為例外之規定；即依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就時發生者，依其特約。蓋以該條一二兩項之規定，並無強制之必要，當事人如以反對之意思表示，而定有特約者，自應許其遡及既往也。惟

就此遯及效力之規定，尚有應加研究者：（一）即此遯及效力，究應認爲物權的效力，抑應認爲債權的效力？立法例尚不一致，有認爲物權的效力，而可拘束第三人者，如日本民法是（日民一二七條三項），有認爲債權的效力，僅可拘束當事人者，如德國民法是（德民一五九條），我國民律草案亦然，僅認發生債權關係（第二四四條二項），現行民法雖無此明文，亦可爲此同一之解釋。（二）即法律既定明得依特約遯及條件成就以前，則自法律行爲成立至條件成就之間，不論何時，皆得遯及，固不限於遯及法律行爲成立之當時也。（三）即定此特約之時期，僅得於原來行爲時或其後爲之，不得於條件成就後爲之，蓋此時條件成就之效力既已發生，自應適用原則規定，不得再有反對表示也。（四）即遯及效力之特約，是否僅於當事人間爲有效，學者主張及立法例亦不一致，德國民法（一九條）關於此點，雖已明定僅於當事人間爲有效；我國民法及日本民法則均無此規定；然於理論上亦應有此同一之解釋，蓋以不能因此特約而害及第三人（尤其是善意第三人）之利益故也（日本學者間之議論，多與此

相反)。

條件不成
就確定後
之效力

次就條件不成就確定後之效力言之：附有條件之法律行為在該條件不成就確定後，其效力若何？各國民法均無明文，我國民法亦然；惟於解釋上應認為附有停止條件之法律行為，即於該條件不成就確定後，確定該法律行為為無效，故在條件成否未定中之權利義務，當然因之歸於消滅。如係附有解除條件之法律行為，即於條件不成就確定後，確定該法律行為不失其效力，換言之，即該法律行為為原有之效力，因條件已不成就而確定其繼續有效也。

(二) 條件成否確定前之效力

條件成否
確定前之
效力

附有條件之法律行為，在該條件成否未定中，當事人一方即有因條件之成就而受一定利益之期待或希望，例如贈與附有停止條件者之受贈人，或贈與附有解除條件者之贈與人，皆因條件之成就而有取得目的物之期待或希望是也。我國民法第一〇〇條之規定，即係認此期待或希望為權利之一種而保護之，且重視其一定之效果

。此即學者間所稱之「附條件之權利」；惟此種權利，僅能稱爲「期待權」或「希望權」之一種，不能直與期待權或希望權相混同（此外之期待權，如繼承開始以前之繼承權，即其適例），蓋因條件成就所能得之權利，就其本質言之，應以「附條件之權利」稱之，方爲適當也。此種權利，有謂爲非債權債務，亦非物權，乃爲此兩種權利以外之一種法律關係上之狀態；究之法律既視爲權利而保護之，自應謂爲私權之一種；設無保護之方法，而致被人侵害時，勢必該條件即令成就，而具有此種權利者亦不能取得若何之利益，此各國民法所以關於附條件權利之效力，多說明文規定之（德民一六一條，瑞債一五二條，日民一二八條），故我民法從各國之例，特於第一〇〇條定爲：附條件之法律行爲當事人，於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行爲者，負賠償損害之責任。茲就此附條件權利之效力，可分爲兩種內容言之：

附條件權利之內容

第一內容

（一）對於附條件權利負有義務者，若違反義務而爲損害行爲時（例如贈與附

有停止條件者之贈與人，而將其附條件贈與之客體房屋無故毀損或賣於他人時），其損害之效果，應依不法行為之原則，發生損害賠償之責任，固無論矣；至若損害附條件權利而為處分行為時（例如因賣於他人而為所有權之移轉時），應否認為無效？德國民法因無明文規定，頗為其學者所爭論，我國民法亦無此明文；惟為充足附條件權利之效力計，應以解為無效為適當。然就原則上言之，此所謂該處分行為之無效，乃僅指所有權移轉之無效而言，不能謂其買賣契約之本身亦為無效，因之由買賣所生之債權債務（房屋所有權之移轉與交付價金之債務）關係，應於原則上不受若何之影響；不過僅生履行不能之效果耳。此附條件權利之所以須備對抗要件者（即如上例須為房屋移轉之假登記），即此故也。

上述對於附條件權利之損害所生不法行為之責任，或令其處分行為為無效之兩種效果，並非謂於條件成否確定前發生之，應解為於條件成就時發生之，蓋不如此，則附條件權利之效力，勢必過於擴大也。

第二內容

(二)附條件權利是否得從一般之規定而處分之，繼承之，保存或擔保之？各國立法例有以明文為肯定之規定者，如日法民法是（日民一二九條，法民^{三〇}）；我國民法則無此明文；惟於理論上應亦有此同一之解釋。

附條件權利之內容，除有上述兩種效力外，若有第三人損害當事人因條件成就所應得之利益時，是否亦負損害賠償之責任？關於此點，民法上亦無明文之規定；惟於理論上既以此附條件權利為期待權之一種，自應與民法上所有損害他人債權之第三人應否負損害賠償責任之問題，為同一之解決，蓋法律關於附條件權利之規定，重在拘束有此義務者之旨意，故德日學者之通說，皆對此為肯定之解釋，認為附條件權利之性質係近於債權，第三人對之，亦得構成侵權行為也。

期限

第一款 期限

意義

第一 期限之意義

期限乃係
決定法律
行為效力
之發生或
消滅或係
決定債務
之履行

期限云者，即法律行為之附款，而使其效力之發生或消滅，或使債務之履行皆取決於將來確定事實之發生者也。茲就此意義分說於左：

(一) 期限乃係決定法律行為效力之發生或消滅或係決定債務之履行 期限亦與條件相同，皆為限制法律行為之效力而設也。惟各國立法例對於此種限制之規定，亦不一致，有規定始期係限制法律行為之履行，終期係限制法律行為效力之消滅者，如法日民法（法民一一八五條，日民一一三五條）是；亦有規定始期準用停止條件之規定，終期準用解除條件之規定者，如德國民法是；惟其學者之解釋，亦有不同，有謂始期係限制法律行為效力之發生，終期係限制其效力之消滅者，我國舊民律草案（二五）及其修正案（一五三條）從之，現行民法亦然（一〇二條）；有謂終期固係限制法律行為效力之消滅，而始期所加之限制，則視法律行為之類別而有不同，如係物權行為或準物權行為，固然僅能限制其效力之發生，若係債權行為，則除可以限制其效力之發生外，並可限制其履行。我國民法一〇二條第一項之規定，雖僅定明始期係限制法

律行爲效力之發生，但於解釋上應認爲法律行爲亦可附期限以決定其履行。今就此等限制之實例言之：如以終身爲期而設定地上權者，即係地上權設定契約效力消滅之期限；又如限定本月末日清償之消費借貸，即係履行債務之期限；又如定於下月一日發生所有權移轉效力之契約（所謂附期限之物權契約），即其效力發生之期限；又如定於下月一日借貸房屋之契約，即係借貸契約之效力（即債權債務之本身）所附之期限。可知無論以變動物權爲目的之法律行爲（所謂物權行爲），或以發生債權爲目的之法律行爲（所謂債權行爲），皆得附以發生效力之期限。故定有停止法律行爲效力之發生及履行之期限者，即稱曰始期；而定有消滅其效力之期限者，即稱曰終期。惟於此處所須附帶說明者，即於條件中不能認有限制履行債務之停止條件，蓋債務以必須履行爲其本質，決無因條件成就而獨消滅其履行義務，即令於債中附以條件，必係停止債權之發生，決非單獨停止債務之履行，故就實際言之，原無不負履行義務之債務存在也。

始期及終期

期限係以將來必定發生之事實爲內容

確定期限及不確定期限

(二) 期限係以將來必定發生之事實爲內容 此卽期限與條件不同之重要點，蓋條件以將來不確定發生之事實爲限，而期限則以必定發生者爲限也。就後者之例言之，如以來年一月一日爲期限，或以九十年間爲期限，其到來皆係確定之事實；又如以某人死時爲期限，其於何時到來雖不確定，而其到來則爲確定無疑。因之前者稱曰確定期限，而後者則稱曰不確定期限。

茲就發生似不確定之事實而使履行債務之情形言之，如云成功之日卽支付，來春有到滬之機會卽支付，結婚之日卽贈與，此種情形，究係期限乎？抑係條件乎？則不能一概論之，若以之爲條件，則該事實如不發生，債務者卽得完全免除債務；若以之爲期限，則債務終有履行之日。且就此數例而決定其究爲條件抑爲期限時，尤當視該法律行爲之解釋如何以爲斷，若解爲該事實不發生當事人卽無請求履行之意思時（卽如前例設有不成功卽無支付之必要；不結婚卽有不贈與之意思時），則應視爲條件；反之，若解爲該事實之發生不過爲決定履行之時期而結局必須履行時

(即如前例如有到滬之機會即支付，但偶因他故不能屆時到滬，亦不能免除債務時)，則應視爲期限。故進而言之，設該事實終不發生時(即不到滬已確定時)，則該法律行爲，更應解爲必須進求決定履行之時期而爲支付也。

(三) 期限爲當事人任意約定之附款 此點與條件相同，故不贅述。

第二 不許附期限之法律行爲

法律允許附期限之旨趣，以及不許附期限之法律行爲之範圍，大體均與條件相同，無容贅述；其所不同者，例如不許法律關係不確定之票據行爲，雖不許附加條件，却許附以期限；又如撤銷或追認之附以期限，雖無若何意義，然相對人之隨意條件却許附加也。

期限之到來

第三 期限之到來

爲期限內容之事實發生時，即爲期限之到來。我國民法對於附有始期者，則稱曰屆至，對於附有終期者，則稱曰屆滿。至於期限究於何時始可謂爲到來，則須分

期限爲當事人任意約定之附款不許附期限之法律行爲

附期限法律行為之效力
期限到後之效力

別論之，其以期日定之者，則以該期日之終了爲到之來時；其以期間定之者，則依民法第一二一條之計算方法，以該期間末日之終了爲到來之時；又以一定事實定之者，則以該事實之發生爲到來之時。期限與條件之主要不同點，即在條件或有不成就之時，而期限則決無不到來之事也。

第四 附期限法律行為之效力

(一) 期限到來後之效力 民法第一〇二條第一項規定附始期之法律行為，於期限屆至時，發生效力。此種規定，係專就通常附期限以限制法律行為效力之發生者而言；但附期限僅係限制其效力之履行者，則於屆至時得請求履行，自不待言。又該條第二項規定附終期之法律行為，於期限屆滿時，失其效力。此即謂法律行為效力之消滅，爲終期所限制，必於期限屆滿時，其限制始能除去，而後喪失效力也。惟於此處所應注意者，即期限到來之效力，應自其到來時起始能發生，絕對無遡及之效力，即令當事人間定有特約，亦不能承認之，蓋否則附期限之行爲必成爲無

意義之舉也。

期限到來
前之效力

(二) 期限到來前之效力

當事人因期限到來所應得之利益，較之因條件成就所應得之利益，尤為確定，自應更加保護之。民法關於此種保護之規定，明認可以準用第一〇〇條所載之情形，申言之，即附期限之法律行為當事人，於期限到來前，若有損害因期限到來所應得利益之行為者，負賠償損害之責任^(一〇二條三項)。此種因附期限可以獲得將來之利益，學者亦有稱曰「期待權」者，此期待權，不僅相對人不可加以侵害，即第三人亦然；而得以之為處分繼承為保存及擔保之標的，更無論矣。

關於期待
權之拋棄
及喪失

此外，關於此種期待權之拋棄及喪失等問題，他國民法並有以明文規定者；我國民法則無之；惟於理論上亦有應加解釋者數點，茲特述之於左：

有期待權

(一) 有期待權者 此所謂有期待權者，即因始期或終期尚未到來時而受利益之當事人也。至於何方當事人有此利益，則因情形而有不同，若就無償寄託言之，

則惟債權者得有此利益；若就付利息之債務言之，則債權人與債務人皆得有此利益；惟就履行債務附有期限之利益言之，通常皆可推定惟債務人有此利益，蓋以附有期限之履行，多以債務人得能猶預爲目的，是因期限所得之利益，自能謂其係爲債務人之利益而設也。

期待權之
拋棄

(二) 期待權之拋棄 關於此點，我國民法雖無明文，然由法理言之，期限之利益既多爲債務人之利益而設；設債務人自願拋棄，自得於期限到來前清償之；惟其利息則可付至清償時爲止，原無付至期限終了時之必要。此時債權人如不受領，應負受領遲延之責任。

期待權之
喪失

(三) 期待權之喪失 期待權有因債務人完全喪失信用而歸於喪失者，我國民法雖無此明文規定，亦可以此爲當然之解釋。蓋以債務人於已受破產之宣告，或已毀滅或減少擔保，或應負擔保義務而不提供擔保時，卽已完全喪失其信用；儻使債權者必於期限到來後始能主張其請求權，殊爲失當。

代理

第四節 代理

總說

第一款 總說

設立代理
制度之必
要

第一 設立代理制度之必要

代理云者，即某人代替他人而向第三者自為意思表示，或代替他人受領第三者之意思表示時，而使由此所生之法律效果直接歸屬於他人之一法律制度也。例如乙代替甲，而將甲所有物向丙為買賣契約之要約，或受領丙之承諾時，而使由此代為買賣契約所生之法律結果，悉以之直屬於甲者是也。因之稱乙曰代理人，稱甲曰本人，稱丙曰相對人。

私法自治
範圍之擴
大

代理制度在今日私法關係中，實具極大之效用，其所以至此者，首即由於處此極端複雜之社會生活中，欲將一切必要之意思表示，悉由吾人親自為之，已為事實

上所難能。誠然處此生活關係中，吾人可由顧問或鑑定者，以爲決定效果意思之補助，可由書記或通譯，以爲表示行爲之補助，且可由郵件或使者以爲傳達意思之補助；究之從事此等意思表示者，皆係出於吾人之自身，並非將組成意思表示之內容，悉委諸他人代行或代受。試以前例言之：甲先令乙爲其所有物買賣之當事人，完結乙丙間之買賣契約後，再以歸屬於乙之法律效果，移轉於甲，固可達到委託之目的；然此種手續，不僅徒感繁雜，且恐乙對甲背棄信用，有損甲之利益。故代理制度則以此法律效果，直接歸之於甲，不僅可免手續之繁雜，且可鞏固甲之地位。此種制度在私法關係中，實卽擴大吾人在私法上自治之範圍，而營其適當之作用者也。

無能力人
之保護與
私法自治
之補充

其次，代理制度之效用，卽在對於無能力人之保護（卽對於私法自治之補充）。蓋居今之私法制度下，固認一切自然人皆有權利能力，得爲私法關係之主體；然以無行爲能力人或限制行爲能力人不能自爲意思表示之故，不得不令其監護人代爲

或代受意思表示，否則，吾人權利能力之意義，必將失其大半。惟是保護無能力人之方法，固可使親權者或監護人自爲權利之主體，自爲法律行爲之當事人，先代無意思能力者處理其法律上之關係以後，一俟未成年者達於成年，心神喪失者回復心神時再移轉之，以達其保護之目的。但其手續之繁雜與本人地位之難於安定，不僅較前段所述之情形爲尤甚；且以此間接之方法，欲令無意思能力者得有享受各種權利之實效，恐終難達其目的，故爲切實保護無能力人計，爲補充吾人在私法上之自治計，代理制度遂成爲不可缺之救濟方法矣。

代理制度
爲近代法
所產生

代理制度具有重要之作用，已如上述矣。惟在羅馬法時代，因其法律關係，極尙簡明，否認他人行爲可以變更法律關係之原則，故將代理制度亦并否認之。迨後社會關係，日趨複雜，所有事實上種種類似代理之制度，乃不得不承認之，以爲法律上之補助。且自德國繼承羅馬法以後，直至十七世紀末葉，對於代理之觀念，愈漸明確，以致近代之法制，無不有此代理制度之規定；而代理制度之法理，遂亦隨

之發達矣。

第二 發生代理效力之基礎

由代理人之行爲所發生之法律效果，何以能直接歸之於行爲人以外之本人？從來學者說明其理由，略可分爲三說：（一）爲『本人行爲說』。此說謂代理人之行爲，係由法律之擬制，視爲本人之行爲而成立者，故應對於本人生效；（二）爲『共同行爲說』。此說謂代理行爲係由本人之意思與代理人之意思共同組成者，故應對於本人生效。以上兩說，皆係拘泥於羅馬法原則之下，認爲從事法律行爲者應與受其效果者同爲一人，決不能由他人之行爲，而使法律關係發生變動之效果。惟欲以此種理論，說明近代代理制度之本旨，殊於事實上適得相反之結果，自不能認爲正確之論斷。蓋以事實上凡係有瑕疵之意思表示（如詐欺脅迫）或意思與表示不一致（如真意保留、虛僞表示、錯誤、誤傳）之行爲，其效果，自應純就代理人而定之，方爲適當，若就本人而定之，勢必發生不良之結果，因本人之能力問題，決不

能視爲本人之行爲問題也。以上兩說顯係以本人之行爲爲代理人意思表示之組成份子，其主張之結果，適與代理制度相違反，故近世學者多否認之。近時學者認爲從事行爲（意思表示）者仍爲代理人，不過代理行爲之法律效果，係依代理制度之作用，應直接歸之於本人。此卽所謂『代理人行爲說』，或稱曰『代表說』。蓋代理制度之本旨，正在於不能由本人自爲行爲時，得令他人代爲行爲而使本人受其效果。行爲者爲一人，受其效果者又爲一人，二者分離，原於現代私法關係之理論上與實際上均無不合。現代認定發生代理效力之基礎，大都以此第三說爲理論上與事實上之依據。日本民法及我國民法亦然（日民九九條文一〇）（一條我民一〇三條）。

第三 代理之性質

代理之性質

如上所述，代理究具若何之性質？已不難求得其概念。惟爲更求明瞭起見，可就代理之定義而申言之：卽代理人，係代理人於代理權限內，以本人名義，向第三人爲意思表示或受意思表示，直接對本人發生效力之行爲也（民一〇三條）。茲就此定義

代理係本
於代理權

，分析說明如左。

(一)代理係本於代理權 代理人須有代理權存在，且須在其代理權之範圍內而為代理行為。此即所謂『有權代理』。真正之代理，僅以此為限。至於所謂『無權代理』，則非真正之代理。

代理行為
係以本人
名義為之

(二)代理行為係以本人名義為之 代理人須有為本人為行為之意思，且須表示此意思。表示之方法，即在以本人名義行之。我國民法與他國民法相同，亦規定以此為代理之要件，所謂『表名主義』是也。此種代理意思，僅指使其效力對本人發生而言；至於是否對於本人有利益，則為另一問題。代理人即令於事實上係為自己利益；惟既以本人名義行之，亦得謂為代理，故所謂為本人行之一語，應與為本人利益行之之意義相區別。至若非以本人名義，而以自己資格為之者，即令其效力直接歸於本人，亦不得謂為代理。惟代理人須表明係以本人名義行之者，亦不過為原則之規定；若法律另有明文者，自亦無須表明。又若代理人已有代理意思，且為

相對人所知者，亦應視為代理成立（參照民國七年上字三一號大理院判例）。反之，代理人若未表明本人名義，其有代理意思，又未為相對人所知者，則應視為代理人自為之行爲（同前判例）。

代理係關於法律行爲之意思表示

（三）代理係關於法律行爲之意思表示。代理僅係代理人代本人向第三人為意思表示或受意思表示。故嚴格言之，所謂代理人，並非通常所稱之事實行爲之代理，實係構成法律行爲要素之意思表示之代理。例如僅就契約之要約或承諾而為代理是也，至於使人代為事實行爲（如宴會使人代理，送迎使人代理之類）；或派人代理職務（如機關職員請假時派人代理之類），雖於通常皆稱曰代理，究非民法上所稱之代理。

代理雖因其為意思表示而存在；但除代為意思表示外，亦得就該法律行爲之全部而為代理者，例如僅就契約之要約或承諾，固得成立代理；即在設定質權時，亦得為交付標的物之代理是也。故代理除就組成法律行爲之各個意思表示得能成立外

，亦得就法律行爲之全部而爲代理。

代理行爲
係直接對
本人發生
效力

(四)代理行爲係直接對本人發生效力 凡由代理行爲所應發生之效果，均由本人受之。換言之，即因代理行爲所發生之結果，係與本人自爲者無異，由本人直接爲權利人或義務人；非如所謂間接代理人係由代理人先受效果，然後移轉其效果於本人也。

代理行爲
之範圍

第四 代理行爲之範圍

(一)民法總則編中所認許之代理 我國民法係將代理分別規定於總則編及債編之中，總則編中所規定之代理，限於代本人爲意思表示或受意思表示之範圍，另於債編中債之成立一節規定代理權之授與。茲爲研究便利計，仍應以合併說明於后爲必要。惟於此處所應說明者，則爲總則編中限定代理爲意思表示或受意思表示之範圍。此不僅依據民法第一〇三條之規定，知其以意思表示爲限，即就前述代理制度之目的言之，亦知代理僅限於意思表示，不得爲意思表示以外之行爲。代理既限

於意思表示，不僅不法行爲及事實行爲不得成立代理；即「代理占有」與「代表」行爲，亦不得成立代理。蓋代理占有雖因占有所受之法律效果係歸之於本人，頗與代理相類似；但在近時學理上已否認占有之本質，並非意思表示，故不能以之與總則編中之代理相混同。又就法人之代表機關（即董事）言之，其行爲既得直視爲法人之行爲，是代表機關對於法人之關係亦與代理人對於本人之關係相類似；惟就代表係由事實行爲（如董事作成財產目錄之行爲）及不法行爲（如加損害於人之行爲）而成立者言之，自須與代理係由意思表示而成立者區別視之。

（二）意思表示亦有不許代理者 代理既如上述係由代理人代爲或代受意思表示，是代理人對於該意思表示之效果意思，亦應於相當範圍內有自由裁量之餘地；否則，如係純就本人所決定之效果意思而爲表示者，是與本人之使者無異，不能以代理視之，蓋以使者（如傳送口信之人）僅爲表示行爲之補助者，不僅效果意思，完全決定於本人，即表示行爲，亦與本人所爲者毫無分別；其與代理之由代理人完

意思表示
亦有不許
代理者

全決定效果意思并爲表示行爲者，固大不相同也。由此論之，可知意思表示之性質上必須純由本人之意思而爲決定者，自不許他人代理之，例如親屬法上關於婚姻、離婚、養子非婚生子女之認領等行爲，以及繼承法上關於繼承之承認或拋棄及遺囑等行爲，皆係法律行爲之性質上必須本人自爲意思表示，不能由他人代理者是也。此外，若本人與代理人之利害相反，或代理人有損害本人利益之虞時，亦不能認許代理行爲之存在，例如民法第一〇六條所規定之情形是也；惟在此種情形之下，並非絕對禁止代理，不過爲顧全本人之利益，而加代理權之限制耳，故不能純以不許代理之行爲視之。

第五 代理之種類

代理之種類
法定代理
與意定代理

(一) 法定代理與意定代理 法定代理與意定代理之分類，在民法上極關重要，因二者在法律關係上及其待遇上迥不相同故也；且就嚴格意義分析代理之種類，亦惟以此二者爲代理中最主要之形態；其他之分類，不過爲研究代理之理論，作分

析之說明耳。法定代理與意定代理之分類，既有此重要之意義，然則二者區別之標準何在？從來學說尚不一致，有以代理權是否法律所授與爲標準而分類者；有以代理權之範圍是否法律所定爲標準而分類者；有以代理人之設置是否規定於法律爲標準而分類者；又有以爲代理人者是否須得其承認爲標準而分類者；聚訟紛紜，莫衷一是。要之現時認爲通說者，則以爲代理人者，是否基於本人之意思爲標準，而爲二者之區別，申言之，卽代理人之代理權係本於本人之意思而發生者，爲意定代理（亦稱委任代理）；否則爲法定代理。故意定代理人必爲能受本人之信任者；而法定代理人則不必有此條件。

二者區別
之標準

二者成立
之態樣

二者區別之標準，既如上述，是意定代理。卽由本人對於代理人之授權行爲（代理權授與行爲）而成立。惟此授權行爲，不能直視爲委任契約，若以委任代理名之，殊有未當，故應稱爲意定代理（學者亦有稱曰任意代理）。至於法定代理，則由下列三種情形而成立：第一由於法律規定者，卽代理人對於本人原居法律所定之

地位或有法律所定之身分，當然爲本人之代理人，例如行使親權者之對於未成年入，監護人之對於禁治產者，財產管理人之對於不在人，破產管財人之對於破產債務人皆是也。第二由於本人以外之私人所指定或選任而成爲代理人者，例如社員總會選定之董事，親屬會選定之監護人或指定監護人皆是也。第三由於法院之選任而成爲代理人者，例如法院選任之法人清算人是也。

一般代理
與特別代理

(二) 一般代理與特別代理 此種區別，係以代理權有無特定範圍爲標準。一般代理人者，即代理權之範圍無特定限制之代理，亦稱曰無限代理或總代理。特別代理人者，即代理權之範圍有特定限制之代理，亦稱曰有限代理或一部代理。

積極代理
與消極代理

(三) 積極代理與消極代理 此種區別，係以代理人是否居於主動地位爲標準。代理人代本人爲意思表示者，即爲積極代理，亦稱曰主動代理。代理人代本人受意思表示者，即爲消極代理，亦稱曰受動代理。前者如甲代乙爲買賣之要約；後者如甲代乙爲買賣之承諾是也。

直接代理
與間接代理

(四)直接代理與間接代理 此種區別，係以代理人是否用本人名義為標準。直接代理者，即用本人名義為意思表示或受意思表示，而以其效果直接歸於本人之代理；間接代理者，乃以自己名義為他人計算，而為意思表示或受意思表示，其效果係由代理移轉於本人之代理。前者即總則編中所稱之代理；後者如債編中所稱之行紀是也。惟此處所欲說明者，唯以直接代理為限；至於間接代理，應於債編中說明之。

有權代理
與無權代理

(五)有權代理與無權代理 此種區別，係以代理權之有無為標準。有權代理者，即實際上有代理權之代理；否則為無權代理。前者如上述之法定代理、意定代理、以及一般代理與特別代理皆屬之；後者如表見代理與狹義無權代理皆屬之。嚴格言之，無權代理，有非真正代理；惟為研究代理之理論計，亦應另項說明之。

代理人之
地位

第六 代理人之地位（代理權）
代理人係以自己之意思表示，使其效果直接歸於本人，已如前述。然則代理人

所居之地位，究含若何性質？亦爲應加研究之問題。關於此點，可分論如左。

(一) 代理人地位之獨自性 代理人對於本人常負有處理一定事務之義務，因而彼此相互間即發生一定之法律關係。在此法律關係中，代理人代爲處理事務，實具有其代理之獨立性。申言之，如係意定代理，則代理人一面對於本人負有購入特定物或處理交易之義務；一面則有受其報酬或請求償還費用之權利。此種權利義務，通常皆由本人與代理人間之委任契約而發生，且代理行爲對於第三人之關係，亦由此義務之履行而成立。此不僅意定代理之關係爲然，即法定代理之關係亦然：例如親權者、監護人、失踪人之管財人、以及繼承財產管理人等，皆對於本人具有一定之權利義務。惟此種權利義務，自非如意定代理係由本人與代理人間之委任契約而發生；祇以其內容頗與委任相類似，故多習焉不察，僅就外部而視代理關係卽爲此種委任或類似委任之法律關係，以致認定代理人之地位，亦不過爲受任者或類似受任者在外部之關係而已。似此認定代理僅有特定法律關係之外部效力，自爲代理

之法理尙未發達時之思想，法國民法及日本舊民法關於代理之規定，即係受此思想所支配而使然。

上述思想之所以歸於謬誤者，即由於理論的分析之不足，故對於代理之理解，殊無正確之概念。須知上述之委任關係，純係委任者對受任者所成立之關係；至於受任人究爲代理人與否，並無若何關係，例如交易所之經紀人與委託人相互間雖有委任關係；然不能謂經紀人因此委託所爲之交易，即視爲委託人之代理人。反之，在代理關係上，代理人所居之地位，則純以自己之行爲，而使其效果歸於本人。至於代理人應否有爲代理行爲之義務？不僅無關於委任契約之有無，抑且無關於此種義務之有無，故除委任之外，所有雇傭、承攬、合夥等皆得成立代理，甯謂爲通常之狀態。由此觀之，可知代理人對於本人不負何等義務之事例，雖於實際上不易多見，然在觀念上却不難有此理解。質言之，即代理作用，並非存於本人與代理人間特定契約關係之外部，而實有其獨立之本體。

上述理論，不僅適用於意定代理，即法定代理亦然。蓋以法定代理人不僅負有一定的管理義務；且在民法對於失蹤人之管財人及繼承財產之管理人等規定中，以其類似委任之關係，亦得直視為代理；惟此種規定，在手段上，係出於履行義務之便利與必要，始以此等財產管理人直視為代理人；但在理論上，本人對於法定代理人所有權利義務之相互關係，仍須與代理人之地位區別視之也。質言之，即此等代理人，並非當然代理人；祇以民法在直接間接上對於此等管理人皆規定其有代理權而已。故此等管理人，同時亦得為代理人。

要之吾人研究代理時，須知代理為一獨立之法律制度，因之代理人自亦有其獨立性，其對本人負擔義務享有權利之關係，皆與其獨立之地位毫無若何關係。此為攷察代理時第一步之理解。必如此，而後代理制度之運用，始能期其活潑也。

(二)代理權係一資格 代理人有此獨立之地位，通常稱曰代理權。此種代理權在法律上之性質若何？學說亦不一致，持「否認說」者，則以委任與代理同視，

代理權係
一資格

故認代理僅有本人與代理人間之委任關係或其他法律關係，別無獨立代理權之存在。持『權力說』者，則謂代理權係能發生代理關係之一種法律上之力，授權行爲，即係賦與代理人以此法律上之力之行爲。持『權利說』者，則較權力說更進一步，直謂代理權爲權利，且以之爲形成權之一種。持『資格說』者，則謂代理權爲一種能力，其與權利能力或行爲能力同爲法律上之資格；所不同者，僅使代理人有以所爲或所受之意思表示，直接對本人生效之資格而已。以上四說中第一說，根本否認代理權獨立之存在，自不足採；第二說則又不能說明代理權之實質；第三說雖較爲進步，但亦不能說明代理權僅有潛勢之性質，故此兩說，亦不足取。惟第四說則爲現代之通說。蓋代理人之地位，終不外代理人得以自己之行爲，而使其效果歸於本人而已，此種地位，亦不過僅有潛勢之內容；若直視爲權利，實有未當（尤其在受勞代理或消極代理時爲然），故不若視同權利能力或行爲能力，僅爲法律上之一資格，反合於代理關係之實際，且於理論上較爲正確也。

代理制度
在個人意
思自治原
則上之意
義

代理制度
果爲個人
意思自治
原則之例
外否

第七 代理制度在個人意思自治原則上之意義

在個人意思自治之原則上，吾人一切法律關係，皆須本諸本人之意思始能成立。此種原則，實爲現代民法之根本精神，已於本書中屢言之矣。然在代理制度上，本人之法律關係，已能進而本諸他人（代理人）之意思而成立。是則代理制度果已成爲個人意思自治原則之例外乎？此亦應加說明之問題。吾人已知個人意思自治之原則，足使經濟交易，趨於自由，社會關係，日益複雜，因之個人純以自己意思活動其間，自爲勢所難能，乃不得不於一定範圍內，對於自己所信任者，與以裁量之權能，而令其處理自己之法律關係。此即意定代理制度之作用。由此觀之，代理人之活動，亦不外間接基於個人自己之意思而使然，是個人意思，即可視爲已由代理制度而擴充其自治之範圍。至就法定代理制度言之，法律之本旨，亦不外注意本人之利益，以期最能利於本人者之所爲，得收同如本人自身所爲之結果。故就此點觀之，代理制度，又可視爲個人意思自治原則之補充。

個人意思
自治之擴
大與其限
制之萌芽

代理制度，既以擴大或補充個人意思自治之原則爲其主要之任務，故當實際運用代理制度時，自難免於純顧本人利益，忽視相對人利益之弊害，因而社會交易須得安全之理想，遂漸爲法律所重視，由是本人之利益，在某種程度上，乃不得不於此種理想之下，供其犧牲。後述之表見代理，卽其顯著者也。蓋以代理制度之行使，而得忽視相對人利益之結果，必令世人皆有懼與代理人爲交易之戒心；故爲交易安全計，卽令本人於某種程度上，甘受不利益之犧牲，然就全般而言，仍可謂爲本人之利益。今以非基於本人自己意思之他人行爲，仍得變動本人之法律關係者，誠爲個人意思自治原則之一大修正也。

代理中之
三面關係

第一款 代理中之三面關係

代理中有三面關係，卽本人、代理人、相對人三者相互間所發生之關係是也。

一曰本人與代理人相互間所發生之關係（卽代理權之存在），二曰代理人與相對人

相互間所發生之關係（即爲法律行爲之當事人），三曰相對人與本人相互間所發生之關係（即爲法律效果之歸屬者），合此三者各個相互間之關係，即稱曰代理中之三面關係。

第一項 本人與代理人相互間之關係（代理權之存在）

代理權之存在

第一 代理權之存在

代理並非委任或其他法律關係之一部，而有其獨立之本體，已如上述矣。以故本人與代理人相互間之關係，須與通常存在之委任關係相區別，申言之，即在代理關係中，代理人對於本人不過具有代理本人之資格，所謂代理權之存在是也。

代理權之發生原因

第二 代理權之發生原因

代理權之發生原因，因有法定代理與意定代理之區別而不同，茲爲分別言之。

法定代理

（一）法定代理權之發生原因

本論 第四章 私權之得喪變更

權之發生
原因

法定代理中，如係以居有一定地位之人為法律上當然法定代理人時，即可以法律規定為代理權之發生原因。此外，如係基於法院或本人以外其他私人行為之指定或選任而為法定代理人時，此指定或選任之行為，即成為代理權之發生原因（此指定或選任行為之性質，應讓於各個具體情形中研究之）。

意定代理
權之發生
原因

（二）意定代理權之發生原因

意定代理權基於本人之意思而發生，已如前述。惟是本人予此代理權之行為（授權行為），就其性質論之，學說及立法例原不一致。若就理論言之，代理權之授與，既係僅與代理人以一資格，不令負擔若何義務，自無須得代理人承諾之必要，因之代理權惟由本人之單獨行為而存立，於理並無不合；且就本人向相對人為意思表示亦得發生代理權而言，亦頗有實益。德國民法（一六七條），即係採此單獨行為說。然我國民法既無此明文規定；且在原則上，單獨行為惟限於有特別規定者始能允許之，故就民法之解釋而言，直以授權行為為單獨行為，亦有未當。因之即有以契

約視之者；至其究屬何種契約？亦係應加解釋之問題。其在法國民法，則視爲委任契約（法民一九），日本民法亦然（參照日民一〇四條及一一一條）。然就委任關係須與代理相區別而言，自不能以委任契約與授權行爲視爲同一之物，故亦有解釋授權行爲係以代理權授與爲目的之一特別契約（卽一無名契約）。此爲日本現時之通說。惟依我國民法所規定之意義以及前大理院判例（參照民國六年大理院上字三八號判例）觀之，其認授權行爲爲單獨行爲無疑，故我民法特於債編中設代理權之授與一款，以與契約相區別，欲詳論之，固屬於債編之範圍；茲爲說明便利計，亦有解釋之必要。

我國民法第一六七條既規定：代理權係以法律行爲授與者，其授與應向代理人或向代理人對之爲代理行爲之第三人以意思表示爲之。依此規定，授權行爲，本僅須本人一方之意思表示，且不須限於向代理人爲之，卽向代理行爲之相對人爲之亦無不可。由此觀之，代理權係由單獨的法律行爲而發生也無疑。

代理行爲

代理權之授與，無論係向代理人爲之，抑係向相對人爲之，通常無不有其授與

是否得與
基本法律
關係分離
而存在之
問題

之原因，此種原因，即為授權行為之基本法律關係（例如委任、雇傭、承攬、合夥等是）。授權行為與此基本法律關係是否得能分離而獨立存在？學說上亦有爭論，茲為分述如左：

不要因單
獨行為說

（1）不要因單獨行為說 此說又可分為兩種，（一）為絕對不要因說，即謂授權行為與其基本法律關係完全獨立，各不相涉，縱然基本法律關係為無效或撤銷時，授權行為仍為有效，而能繼續存在。（二）為相對不要因說，即謂授權行為在原則上雖能與基本法律關係相獨立；但得依授權人之特別意思表示使之獨立。

要因單獨
行為說

（2）要因單獨行為說 此說亦可分為兩種，（一）為絕對要因說，即謂授權行為與其基本法律關係有不可分離之關係，基本法律關係為無效或撤銷時，而授權行為亦因之而撤銷或無效，換言之，即授權行為因其基本行為之無效或撤銷而當然歸於消滅。（二）為相對要因說，即謂授權行為在原則上本係從屬於其基本法律關係；但得依授權人之特別意思表示使之獨立。

授權行為
爲相對要
因之單獨
行爲

依我國民法之規定（八〇條），代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。可知代理權之發生或存續，亦應從屬於其基本法律關係。但有特別意思表示而使其獨立存在，亦得認爲有效。是則授權行爲，即可解爲「相對要因之單獨行爲」無疑。

第三 代理權之範圍

代理權之
範圍
代理權範
圍之決定

（一）關於代理權範圍之決定

本人與代理人之關係，須有代理權存於其間，因之代理行爲，必須於代理權之範圍內爲之。此代理權之範圍，即爲代理人之權限（學者簡稱曰代理權限）。苟代理人之行爲，超越代理權之範圍時，就該行爲所爲之事項，即不得謂爲有代理權。

法定代理權之範圍，係依法律規定以定各種法定代理人之權限，例如法人董事會之代理權限（二七條），及行親權人監護人之代理權限（一〇八六條）等是也。至於意定代理權之範圍，則依授權行爲而定之，例如依委任而有其代理權限（四三條）是也。因之意定代理，本人即可限以一定之事項，或限以一定之相對人而授以代理權。

決定法定
代理權之
範圍與意
定代理權
之範圍

依此授權行為所授與之代理權，究已授有若何範圍？終不外依據授權行為之解釋而定之。此種解釋，至關重要，故就授權書中所記載之文字、代理人之地位、代理事項之性質等而為考察時，必須特加審慎也。

代理權
不明之處
置

(二) 代理權不明之處置

依據法律規定或授權行為，仍不能確知法定代理權或意定代理權之範圍時，他國民法有設補充規定以限定其權限者（法民一九八八條日民一〇三條意民一七四一條）。我國民法雖無此規定；

保存行為
利用行為
改良行為

但於代理權不明時，亦應以「管理行為」之範圍視之，而解為與「管理權」相同。故權限不定或不明之代理人，僅能就「保存行為」、「利用行為」、「改良行為」而行使其代理權。所謂「保存行為」者，即指維持財產現狀之行為而言，舉凡家屋之修繕、消滅時效之中斷等行為，固為保存行為；即對於到期債務之清償、易於腐敗物體之拍賣等行為，凡足以維持本人財產全體之現狀，使其價格不致減少者，皆可認為保存行為。所謂「利用行為」者，即以收益為基礎之行為，例如出租房屋

收取租金、存貯金錢收取息金等是也。所謂「改良行爲」者，即增加使用價值或交換價值之行爲，例如在房屋中施以適當之裝製，將無利息之債權改爲有利息之債權是也。至於爲利用行爲或改良行爲時，是否已變更客體之性質？終須依社會交易觀念而定之。例如改耕地爲宅地，改存款爲股份等行爲，則爲變更物體之性質矣。

保存行爲或於適當範圍內屬於利用改良之行爲，即令於事實上偶令本人有利益之處，而其行爲亦可謂爲屬於代理權之範圍，仍得視爲代理行爲而成立。此時之代理人雖應對本人負有責任，但此爲違反委任義務之內部問題，並非代理關係是否成立之問題。反之，代理人若於適當範圍以外而爲利用或改良行爲時，即令有利於本人，但以其超越代理權之範圍，自不能成爲代理行爲。本人如欲承受其行爲之結果，則非對此無權代理行爲加以追認不可。要之代理人權限不定時所爲之代理行爲，是否可認爲管理行爲？可依其行爲之外形而定之；至於該行爲究於本人有利與否，實無何等關係也。

自己代理
與雙方代
理之禁止
與例外

(三) 自己代理與雙方代理之禁止

依據我國民法第一〇八條之規定觀之，可知代理人僅能代理本人向他人（第三人）為法律行為，不許代理人代理本人而與自己為法律行為；又代理人僅能為本人一方之代理，不得對於同一法律行為同時而為雙方當事人之代理。例如甲之代理人乙，一面為甲之代理人，一面又以自己之資格，締結甲乙間之契約，此即所謂『自己代理』或『自己契約』是也。又如甲之代理人乙，一面為甲之代理人，一面又為丙之代理人，而締結甲丙間之契約，此即所謂『雙方代理』或『重複代理』是也。此等情形，利益衝突，代理人決不能完全盡其職務，故在原則上皆為法律所不許。惟就例外言之，代理人若經本人許其代理本人與自己為法律行為，或許其為雙方之代理時，則非法律所禁止；且其行為如係專為債務之履行時，亦不加以禁止，雖未得本人許諾，仍得為之（一〇六條但書）。蓋以既得本人之許諾，自無妨礙其利益之可言；且其行為如係專為履行債務，自非從新交換利益之行為，彼此間更無利害衝突之

可言，故設此例外之規定。此處所謂債務之履行者，係包含代理人對本人負有債務，及本人對代理人或第三人負有債務而言；因其履行債務為當然義務，雖自己代理或雙方代理，皆不發生利害衝突，故當一方之債務已屆清償時，自能代理一方給付並代理他方受領也。

由第一〇六條所規定之意義觀之，固然代理關係須有三方面之人格始能存在，如以二人或一人而成立代理關係，似乎違反代理之理論者；其實所謂代理中之三面關係，並非現實上必須有本人、代理人、相對人各個存在之三人格，祇須有三主體存在，法律即可認其成立。可知自己代理或雙方代理，皆不能認為違反代理之理論。惟就原則言之，如有妨害本人利益之慮時，自不得不就此加以限制，代理人儻有違反此種限制之行爲，即應解爲「無權代理行爲」。此無權代理行爲，得因本人於事後追認而生效力（參照一七〇條），並非根本認為無效之行爲。蓋以此種限制之規定，乃係任意規定，並非強行規定也。

共同代理

(四) 共同代理

說明代理權之範圍時，尚須論及「共同代理」之意義及其效力。所謂共同代理者，即指數代理人共同行使一代理權而言。此代理權，非依代理人全體之協力，不克行使。共同代理，自與各自代理不同，各自代理者，係各代理人各自單獨行使其代理權；共同代理，則係數人共同行使一代理權，故就共同代理權之全體觀之，其代理權原無何等限制；然自數人共同始能行使一完全之代理權觀之，則此各個代理人之代理權，即不能謂為不受限制也。

對於同一事件而有數代理人共同行使代理權時，究應認為各自代理，抑應認為共同代理？各國立法例，尚不一致，其在法意民法，係推定為各自代理（法民一八五七條）；其在奧薩民法，則推定為共同代理（奧民一〇一一條）；其在德民法，則推定為共同代理（德民一三三條）。我國關於此點，則有明文規定：代理人有數人時，除法律另有規定或本人另有意思表示外，應確定為共同代理（八條）。是不僅推定已也。我國民法既於原則上已明揭共同代理之

規定，可知如於法律未另規定或授權行為未另訂定時，而代理人竟單獨為代理行為者，自應適用無權代理之規定，經本人之承認而生效。

共同代理，既須由代理人全體共同對外代為或代受意思表示。始對本人發生效力，故若有一代理人單獨行使共同代理權時，則其行為自為逾越權限之無權代理行為，本人可不受其拘束。

代理人與
相對人間
之關係

第二項 代理人與相對人相互間之關係（行為之當事人）

第一 代理意思之表示（表名主義）

表示為本
人為之之
原則

（一）表示為本人為之之原則

成立代理行為時，須表明係以本人名義為之，此為我國民法第一〇三條所明定。蓋通常之意思表示，皆認為必係行為人自己欲生法律效果而為之，故在成立代理行為時，自須表明係以本人名義而為之，以顯示區別，此即所謂「表名主義」是也

表名主義

所謂表明爲本人爲之者，即表示該代理行爲之效果係直接歸屬於本人之意思也，通常稱曰『代理意思』。此代理意思，原爲代理行爲中意思表示之一部，自受意思表示原則之支配，故代理人即有不對本人生效之意思藏於內心，亦得依據民法八六條所規定之理由，發生代理之效果。又代理人即有濫用權限之意思，亦得本此同一理由，以發生代理之效果爲原則。例如有索債代理權之代理人，以欲消費索取金錢之意思，而爲催索行爲之代理；又如有票據行爲代理權之代理人，因營自己之私利，而爲票據行爲之代理等，皆得發生效果是也。惟在此等情形之下，代理人不當之意思，如爲相對人所明知者，即可依據民法第八六條但書之規定，不生代理之效果，因而該行爲即不能認爲代理行爲而成立。

法
表名之方
至於代理意思之表示方法，不外以簡明之形式，表明係以本人名義爲之，能使相對人易於判明者爲已足，例如記明或聲明甲某代理人乙某是也。

代理人亦有不表明自己之名，僅表明本人之名而爲行爲者，例如爲票據行爲之代理時，代理人任意記明本人之姓名，蓋其印章，而成爲本人名義之票據行爲者，多爲現時所通行。此種行爲，雖不能不認爲代理之有效形式；但亦須有此權限者，始能爲之也。

關於受動代理中表名主義之適用

在受動代理中，（即在受領意思表示中），代理人受領相對人之意思表示時，原無一一表明係爲本人而受之之必要，因之在受動代理時，相對人應向本人表意而向其代理人爲之者，亦直接對於本人發生效力（一〇三條二項）

（二）關於未表明本人名義時之解釋

關於未表明本人名義時之解釋

代理人未表明係以本人名義爲之之意思時，其意思表示，應解爲代理人係欲以法律效果歸屬於自己而爲之（即令心中有爲本人之意思而未表明者亦然）。因而該意思表示，自應對於代理人發生其效果。我國民法雖無此明文，要亦以此爲理論上屬於當然之解釋。但相對人若明知代理人有代理意思時，亦得視爲代理行爲，蓋以

此時之相對人已無保護之必要故也。

代理行為
之瑕疵

第二 代理行為之瑕疵

在代理關係中，從事於法律行為者，既為代理人自己，本人僅受其效果而已。

故關於意思表示之要件如有欠缺（如真意保留、虛偽表示、錯誤、誤傳等）；或受欺詐脅迫；或明知其事情；或可得而知其事情，而致意思表示之效力受影響時，此等事實之有無，應專就代理人決定之（一〇五條前段）。又此等事實之有無，如係共同代理，是否應就全體代理人決之？抑應僅就一代理人決之？此亦應加解答之問題。在今日各國學者，皆以僅就一代理人決之為通說。

上述事實之有無，雖以僅就代理人決之為原則；但代理人之代理權，如係以法律行為授與；而其意思表示又係依照本人所指示之意思而為之者，則以應就本人決之為例外（一〇五條但書）。例如本人委託代理人，特指定其購買某物時，若代理人不知其物之瑕疵，而本人已知之者，相對人即不負擔保瑕疵之責，蓋以此時已無保護本

人之必要故也。

代理人之
能力

代理人不
必為完全
有能力者

第三 代理人之能方

(一) 代理人不必為完全有能力者

代理人之代理行為，其效果係直接及於本人，而不及於代理人，故代理人即令為限制行為能力人，其所為或所受之意思表示，仍屬有效，因此代理人即不必為完全有能力人，縱為限制行為能力人，亦得代理他人，成立法律行為（四〇）。惟此限制行為能力人之為代理行為時，自須以意思表示完成之，故以僅有意思能力（即辨識力）為已足。然亦有謂限制行為能力人自己為法律行為時，尚須得法定代理人之允許；儻令其代他人為意思表示或代受意思表示時，毫不因其為限制能力者而受影響，殊於理論不合。主此論者，不知法律所以限制行為能力人自為或自受意思表示而不與以完全效力者，乃專以保護限制能力人本身利益為目的；若限制能力人為代理行為時，既可直接對本人發生效力，則其代理行為僅能拘束本人，不能拘束為

代理行爲之限制能力人。由此論之，可知代理人自不必以『完全有行爲能力』爲其行爲之有效要件。

此種規定雖爲法定代理與意定代理二者所適用；惟就通常觀之，則以適用於意定代理者爲多，蓋意定代理人必由本人之自由意思所選任，其選任時，本人授權於限制行爲能力人與否，純由本人之意思而決定，即令選任限制行爲能力人爲其代理人，則由其代理行爲所發生之不利利益，原爲本人所豫期，法律上可無過慮之必要。至若法定代理人之選任，則非基於本人之授權，乃係本諸法律所規定，以管理本人之身體或財產，故其責任繁重，自非爲有完全行爲能力人不克任之。且此法定代理人，多爲無行爲能力人或限制行爲能力人而設，自以有行爲能力人爲要件，故各國民法中多有特別之規定，以禁止無能力人或限制能力人爲法定代理人（參照德民一〇八條九）。無此限制者，自不妨以限制能力人爲法定代理人也。

本人權利

（二）本人權利能力與代理人行爲能力之關係。

能力與代
理人行爲
係能力之關

代理行爲之效果，既直接歸屬於本人，使本人享有因此所取得之權利，是則本人必須原有此種權利能力，始能享受之；否則，本人如係不能享受此種權利之人，即令其代理人有取得此種權利之行爲能力，而此代理行爲，亦決不能成立。例如國家銀行之股東權，法律上原不允許外國人享有，設有本國人爲外國人之代理人時，雖依代理行爲，買受該銀行股票，然以該本人爲外國人，原無享有此種權利之能力，故該代理行爲仍歸無效是也。

第三項 本人與相對人相互間之關係（法律效果之歸屬者）

本人與相
對人相互
間之關係

法律效果
悉直接歸
屬於本人

法律效果悉直接歸屬於本人，前已屢言之矣。故法律效果一度歸屬於代理人之後，再移轉於本人者，祇能稱爲「間接代理」，並非真正之代理。例如受任者以自己名義處理委任事務時，原能預定代理人不爲讓渡行爲而直移轉於本人之契約，依此約定，代理人所取得之權利雖歸屬於代理人，然同時即已移轉於本人，其在外形

上，似與代理無異；惟在理論上，則顯然與代理有別。蓋以其所採之途徑，終不外以其取得之權利一度歸屬於代理人之後，再行移轉於本人故也。

意思表示之效果，既係悉歸於本人，故所有意思表示之中心的效果，皆對本人發生。但不法行為上之責任，決不能以意思表示制度之效果論之，因而代理人如有不法行為之責任，即不得對本人生效。惟本人以代理人為使用人時，亦負注意或監督之責任。

第三款 代理權之限制及撤回

代理權之
限制及撤
回
意義

第一 代理權之限制及撤回之意義

所謂代理權之限制者，即代理人普通所應有或原有之代理權，得依法律之規定或本人之意思表示而加以限制之謂也。蓋代理權係由法律規定而生者，得由法律規定以限制之，其由授權行為而生者，得由法律行為限制之，固無論矣；至其由法律

規定而生者，是否得由本人之特別意思表示以限制之？我國民法則無此明文；惟就第一〇七條之規定觀之，通常自應解為當事人間得為有效之限制。

所謂代理權之撤回者，即本人消滅代理人原有代理權全部之意思表示也（此為代理權消滅原因之一）。此種表示，通常應向代理人為之。至若授權行為係向相對人為之者，是否應向相對人表示？我國民法雖亦明文，但亦可解為仍得向代理人為之也。

代理權在其所由授與之法律關係存續中，亦得撤回之，此為民法第一〇八條二項前段所明定。惟依本條第二項但書之規定，如依該法律關係之性質不得撤回者，則不許撤回之。所謂依其性質不得撤回者，即指該法律關係之存續與代理權之存續有不可分離之關係而言，例如訴訟代理權與訴訟委任之關係是也。

第二 代理權之限制及撤回之效力

本人有限制或撤回代理權之意思表示時，即應發生其效力，代理人自不得故意

代理權之
限制及撤
回之效力

違背而仍爲代理行爲，此爲事理所當然，原無待明文規定也。故本人對於代理之撤回或限制，除依上述第一〇八條第二項但書之規定及依其他特別規定應受拘束外，均得行使之。且依民法第一〇九條之規定，對於撤回並予以特別之效力：即代理權撤回時，代理人須將授權書交還於授權者，不得留置。蓋所以防代理人之濫用也。

至於代理權之限制及撤回對於第三人之效力若何？依我民法第一〇七條之規定，則不得以之對抗善意之第三人，蓋因第三人往往有不知代理權已受限制或撤回等情事，若許以此限制及撤回與之相對抗，勢必足令善意第三人易受不測之損害，故本人不得對第三人主張其限制及撤回爲有效，代理人即令違背之仍爲代理行爲，亦應對本人生效。但第三人係因過失而不知其撤回及限制者，不在此限，換言之，即其撤回及限制之事實，本可得知，祇以其不注意而不知者，仍得以限制及撤回對抗之。蓋出於過失者，已無保護其利益之必要也。

代理權之
消滅

第四款 代理權之消滅

消滅之原
因

第一 代理權消滅之原因

由代理而生之三面關係（即本人與代理人、代理人與相對人、本人與相對人），原以代理權為其基礎，代理權如消滅，此三面關係即因之而悉歸於終了，固無待煩言而解也。惟其消滅之原因何在？我國民法總則編中未設若何之規定，第就一般法理論之，關於代理權之消滅原因，有為法定代理與意定代理所共通者；亦有為法定代理或意定代理所特有者。茲為分述之。

（一）法定代理權與意定代理權二者共通之消滅原因如左：

共通之消
滅原因
本人死亡

（1）本人之死亡 本人死亡，固為法定代理權之消滅原因，毫無容疑；即在
意定代理，亦為其代理權之消滅原因（參照五〇條），蓋以本人信任之代理人，而仍認
其代理本人之繼承人，殊不適當故也。但有特別規定者（參照五五一條、五六四條），須依其規定

。至於本人受禁治產或破產之宣告時，則除有特別明文外（如五五〇條），不可解為代理權消滅之原因。

代理人死亡

（2）代理人之死亡，代理人死亡後，仍以其繼承人為代理人而繼承代理權，此無論在法定代理抑在意定代理，皆不能認為適當，原不待言，但有特別規定者（如五五一條），則應從之。又法人為代理人時，亦應解為隨其解散而喪失其代理權。

代理人喪失意思能力或受禁治產或破產之宣告時

（3）代理人喪失意思能力或受禁治產或破產之宣告時，代理作用既在代為或代受意思表示，代理人如喪失意思能力時，其不得再為代理人，自不待言。又代理人如受禁治產或破產之宣告時，在他國亦有明定為消滅代理權之原因者（參照日民一一條）；然在我國除有特別規定外（如五五〇條），則不可為此同一之解釋。惟就理論言之，代理人如受禁治產或破產之宣告時，自以令其代理權歸於消滅為適當，蓋以其既已喪失行為能力或已喪失管理財產之信用故也。

法定代理

（二）法定代理權之特別消滅原因

標之特別
消滅原因

法定代理權因有種種特別原因而歸於消滅，例如行親權人之法定代理權，因其喪失親權而消滅，董事會之法定代理權，因法人之解散而消滅是也。欲就其各種特別消滅原因，加以具體的說明，自須依各法條以決之。要之法定代理權既係概依法律規定之資格而發生，其法定資格自與其代理權有不可分離之關係，故其資格消滅，而其代理權亦因之歸於消滅也。

(三) 意定代理權之特別消滅原因

意定代理
權之特別
消滅原因

意定代理權之特別消滅原因，依我民法之規定，可分為兩點言之：

(1) 意定代理權因其基本法律關係之終結而歸消滅者

意定代理權既因其基本法律關係之存續而令其存續，亦必因其基本法律關係之終結而歸於消滅，例如代理權係因委任關係授與者，常因委任關係之終結而消滅，其因合夥關係授與者，則因合夥關係之終結而消滅是也。

(2) 意定代理權因撤回而歸消滅者

本論 第四章 私權之得喪變更

此種消滅原因，已於前款言之矣。蓋代理權之授與行爲，與其基本法律關係，兩者究非一物，故授權人雖在其所由授與之法律關係『存續』中，亦得撤回其所授與之代理權。其撤回之效果，即與消滅無異也。

無權代理

第五款 無權代理

無權代理云者，即無代理權而爲代理人之行爲，換言之，即凡成立代理行爲之其他要素均經具備，僅欠缺代理權之謂也。故概括言之，無權代理，實包含完全無代理權者與踰越代理權範圍者之二種。

如欲貫徹代理權之存在爲代理關係成立絕對要件之理論，則無權代理，似應對於本人及代理人皆不能發生若何法律行爲上之效果，僅能在無權代理人與其相對人間，發生不法行爲與損害賠償之關係；惟是代理權之有無及其範圍若何，皆爲本人與代理人相互間之內部關係，相對人每有不易正確知之者，設以無權代理之行爲僅

視爲不法行爲上之問題，必令與代理人從事交易者之地位，發生顯著之危險，大反近代法中欲期交易安全之精神。以故現世各國民法爲維持代理制度之運用，以期交易之安全，對此無權代理，多分爲二種處置：即無權代理人與本人間如有特定緊密關係存在時，得令其發生同於正當代理行爲之效果；如無此種關係時，即課加無權代理人以特別之責任。前者即所謂「表見代理」；後者即所謂「狹義之無權代理」是也。

表見代理

第一項 表見代理

表見代理
制度之基
本理由

表見代理云者，即代理人雖無代理權，而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律視同有代理權之謂也。此表見代理制度之基礎，簡言之，即在犧牲本人之利益，保護相對人之利益，以圖交易之安全。至關於表見代理之規定，各國立法例殊不一致。我國民法則以之規定於債編之中（一六九條），似應讓諸債編說明之；惟爲研究便利計，亦應略述於此，以見代理制度之一斑。

依據我國民法第一六九條之規定：由自己之行爲，表示以代理權授與他人，或知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者，對於第三人，即應負授權人之責任；但第三人明知其無代理權，或可得而知者，不在此限。由本條觀之，可知表見代理之要件，必須有可信代理人有代理權之正當理由，此正當理由，即爲（一）須由自己之行爲，表示以代理權授與他人；或明知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示。（二）須第三人爲善意且無過失。蓋由前一理由言之，即應犧牲本人之利益，而令其對第三人負授權人之責任，換言之，即應視該代理行爲直與本諸代理權所爲者無異，直接對於本人生效；由後一理由言之，即應保護相對人之利益；否則不足以期交易之安全。但相對人若爲惡意或有過失者，自無保護之必要。

第二項 狹義之無權代理

狹義之無
權代理

通常代理人所爲之代理行爲，必須有代理權，固無論矣；即表見代理，亦係法律視同有代理權，令其對本人生效。至若此處所謂狹義之無權代理，乃係真正之無

權代理，不僅原來無代理權，且亦無令相對人信其有代理權之正當理由，故嚴格由理論言之，自應毫無拘束本人之效力。惟在實際上，無權代理行爲，非必盡與本人不利；亦有無權代理人爲圖本人之利益而爲之者，例如甲之友人乙，知甲有賣其所
有物之意思，偶遇有適當買主之丙，因之以甲之代理人自居，而代爲賣之，此爲甲
所欲得之結果，原無不利於甲之可言，甲如以乙之無權代理行爲認爲完全代理行爲
，不僅於甲爲有利，且爲相對人之丙及無權代理人之乙所願望，故由此無權代理行
爲之結果，而舉三面當事人之利益，便利孰甚。因之一般立法例，均不以此狹義之
無權代理認爲完全無效之行爲，而認其對於本人仍有一種不確定之效力，對於代理
人，亦許於一定條件之下，發生特種效力。我國民法亦然。要爲實際交易之便利，
維持代理制度之信用而使然也。

我國民法對此狹義之無權代理，本規定於債編之中（一七〇條），似亦應於債
編中說明之；惟於此處爲便於研究計，自亦有略述之必要。茲就民法所規定者論之

如左：

本人之承認權及拒絕權

我國民法第一七〇條第一項明定：無代理權人以代理人之名義所爲之法律行爲，非經本人承認，對於本人不生效力。依此規定，可知無權代理人所爲之代理行爲，對於本人，係處於效力不確定之狀態，如經本人承認，自能確定其有效，否則經其拒絕時，則又確定其不生效。

相對人之催告權及撤回權
僅告權及要
求損害賠償
債權

此承認及拒絕固爲本人之權利；而相對人亦有催告之權利。故依民法第一七〇條第二項之規定：本條前項情形，法律行爲之相對人，得定相當期限，催告本人確答是否承認，如本人逾期未爲確答者，視爲拒絕承認。且相對人不僅有催告權，並有撤回權及要求損害賠償權。依我民法第一七一條之規定：無代理權人所爲之法律行爲，其相對人於本人未承認前，得撤回之；又依民法一一〇條之規定：無代理權人所爲之法律行爲對於善意之相對人，負損害賠償之責。此皆保護相對人之道也。但無權代理人爲法律行爲時，相對人明知其無代理權者，則不得行使其撤回權（七一

但書^一條)。及要求賠償。蓋以此時之相對人已無保護之必要故也。

復代理

第六款 復代理

復代理云者，卽有代理權之代理人爲行使其代理權之全部或一部，以自己名義所選任之代理人而代理本人之謂也。代理人選任復代理之權，卽謂復任權；其被選任之代理人，則稱爲復代理人。

我國民法總則編中未設允許選任復代理人之規定；僅於債編中對委任^{（七五三）}，雇傭^{（四八四）}等設有反對之規定。故就意定代理言之，其代理人是否有復任權，應依其基本法律關係而定之；如別無訂定，則應解爲以不許爲原則；惟經本人之同意或另有習慣，抑或有不得已之事由者，仍可解爲得能允許之。至就法定代理言之，法定代理人如有不得已之事由時，其得選任復代理人，自不待言；不過因選任復代理人所生之損害，應負責任而已。茲就復代理制度之一般理論，分述於次。

復代理人
之性質

第一 復代理人之性質

(一) 復代理人，仍係代理人，並非僅為代理人之使者，故復代理人得於某種程度內，依其自由裁量，自為意思表示。代理人固得使用活動之使者，以為自己之手足；然為更求便利計，自亦得能任用更有高級權能之復代理人，以圖代理行為之敏活。惟若盡許其為之，殊令本人蒙受意外之迷惑，故須規定由此選任所生之責任，以為本人與代理人兩者利益之調和。

(二) 復代理人，既由代理人以『自己之名義』所選任，該選任行為，自非代理行為。此由代理人立於監督復代理人之地位觀之，已可瞭然。蓋此選任行為如視為代理行為而以『本人之名義』行之，則選任之效果，必悉屬於本人，代理人自可不負監督之責也。

(三) 復代理人乃係本人之代理人，並非代理人之代理人，更不待言。

復代理人

第(三) 復代理人之地位

之地位

由上述復代理人之性質觀之，即得下述之結果：

(一) 復代理人不僅處於代理人監督之下，且其代理權既係本諸代理人之代理權，自不得較代理人之代理權更爲廣汎；又代理人之代理權如消滅，則復代理人之代理權自亦歸於消滅。

(二) 復代理人既爲本人之代理人，故其對於第三者之關係，全與代理人無異，換言之，即須以本人之名義，而爲代理行爲也。

(三) 復代理人係代理人所選任，故於理論上，似乎復代理人與本人之間，除爲代理人以外，不應發生若何內部關係；然就實際言之，本人由復代理人之代理行爲所受之利害，既與由直接代理人之代理行爲所受之利害相同，是本人對於復代理人之內部關係，亦須同於本人與直接代理人間之內部關係，方於本人及復代理人，兩有便利。例如代理人係受任人時，其所選任之復代理人。亦應同於代理人負有以善良管理人之注意而對本人爲代理行爲之義務；其受費用之償還與受報酬之權利，

自亦應與直接代理人相同也。

無效及撤銷

第五節 無效及撤銷

吾人就各種法律行為之效力觀之，已知有認為無效者；亦有認為得能撤銷者。

前者例如無行為能力人之意思表示（七五條）、限制行為能力人未得法定代理人允許所為之單獨行為（七八條）、違法或背於公序良俗之法律行為（七一、七二、七三條）、真意保留為相對人所明知之意思表示（八六條）、表意人與相對人通謀而為虛偽之意思表示（八七條）等是；後者例如因錯誤及誤傳而為之意思表示（八八、八九條）、因被詐欺或被脅迫而為之意思表示（九二條）等是。因之民法總則編乃於第一一一條至一一八條之中，對此二者，設有通則之規定，明示二者各有不同之性質。

茲應注意者，即法律行為之效力云者，乃專指依法律行為之內容所應發生之效力而言。此外，法律行為亦有依法律規定而發生非其內容所欲發生之效力者，例如

法律行爲縱爲無效時，亦生回復原狀或賠償損害之效果是也。

又爲法律行爲內容之效力，須與法律行爲之成立相區別，前者必須具備生效要件，始能發生效力；後者必須具備成立要件，始能成立。換言之，即不能成立之法律行爲，因缺乏成立要件，根本即不成立，自無效力之可言；若已成立，而又不具備生效要件者，仍不能發生其內容所欲發生之效力也。

無效

第一款 無效

無效之意義

第一 無效之意義

法律行爲之無效云者，即法律行爲在法律上當然而且確定其絕對不能發生效力之謂也。茲爲分晰其意義如左。

當然不生
效力

(一) 無效之法律行爲在法律上當然不生效力 法律上認爲當然無效者，即其發生無效之結果，在法律上原以爲當然，其無效並不須何人主張，亦不須法院宣告

也。故無效之法律行為，並非如可得撤銷之法律行為，必須有撤銷權人之撤銷，始失其效力者可比。因之無效之主張，隨時皆得為之，不生期間及時效等問題。

確定的不生效

(二) 無效之法律行為係確定的不生效 所謂確定的不生效者，即前所云當事人無論何時，皆得主張其無效，申言之，即無效之法律行為，並不因承認因時效及因無效原因之消滅等緣由而變為有效也。無效之法律行為既係確定的不生效，故與效力未確定之法律行為不同，例如無權代理行為，其是否生效，固未確定，然一經確定，尚可溯諸既往，自始生效；非若無效之法律行為原已確定不生效者可比。

絕對的不生效

(三) 無效之法律行為以絕對不生效為原則 所謂絕對不生效者，即該法律行為之無效，無論由何人或對何人皆得主張之也。但亦有例外之規定，例如真意保留在原則上本為無效，但若善意之相對人信為真實時，表意人則不得對之主張無效，又如虛偽表示在原則上亦為無效，但表意人不得以其無效對抗善意第三人也是也。

無效係不

(四) 法律行為之無效係不發生其內容所欲生之效力 無效之法律行為，雖不

發生法律
行為內容
所欲生之
效力

發生其內容所欲生之效力；然亦不妨發生非其內容所欲生之效果，例如具備不法行為之要件，雖係無效之法律行為；然仍可發生返還占有物或不當利得之債務及損害賠償之義務是也。

此外，法律行為之無效須與法律行為之不成立區別視之，已略如前述。申言之，即不成立之法律行為，係因缺乏成立要件，根本即不成立；至於無效之法律行為，原已成立，惟因缺乏有效要件，故不發生其內容所欲生之效力。例如契約以有要約與承諾為其成立要件，缺一即不能成立；設二者具備，而契約之內容為違法或不當者，則其契約雖能成立，亦歸無效也。

無效之原因

第二 無效之原因

法律行為之所以無效者，即因其欠缺有效要件而使然。故如前所述意思能力之欠缺，法律行為內容之違法或不能，以及虛偽表示，或不遵法定方式等情形，皆為無效之原因。此等無效之原因，須就各該法律行為分別考察之，自非屬於本節所應

說明之範圍。

第三 無效及於法律行為之全部或一部

無效及於
法律行為
之全部或
一部

法律行為之內容，其全部具有無效之原因者，自應全部無效。固不待言。然僅其一部具有無效之原因時，究應使其全部皆因之無效？抑應僅就其一部為無效？此為法律行為之立法制度上重要之問題。從來立法例關於此點頗不一致，有以一部無效不使全部無效為原則者，如羅馬法及德國普通法是也，我國前大理院判例即屬此種見解（民國四年上字一二一八號）。有以一部無效而使全部無效為原則者，如德國民法及瑞士債務法（德民一三九條瑞債二〇條二項）是也。我國現行民法從之。日本民法雖無一部無效而使全部無效之規定，然其學者多以此為通說。

依我民法第一一一條前段之規定，原則上固認法律行為之一部無效者，而令其全部皆為無效。然依本條但書之規定，如除去其無效之一部而法律行為亦可成立者，則其他部分仍為有效。蓋以法律行為之內容，雖常有不可分之關係，應以其一部

無效而令全部無效爲原則；但依該法律行爲之性質或爲法律之特別規定（如四七條）及依當事人之意思，並無不可分之關係者，自可不因其一部之無效而使全部皆爲無效也。

無效者轉
換爲有效

第四 無效之法律行爲亦可轉換爲有效

依我民法第一一二條之規定，載明無效之法律行爲，若具備他法律行爲之要素；並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲爲他法律行爲者，其他法律行爲仍爲有效。此即學說上所謂「無效法律行爲之轉換」也。例如甲行爲雖屬無效，然已具備乙行爲之要件；且依當時情形，當事人實有若知甲行爲無效，亦有願爲乙行爲之意思者，即可尊重其意思，使甲行爲轉換爲乙行爲，而生乙行爲之效力，此於實際上殊爲便利，故我國新舊民法草案及現行民法（舊二三五條，新一七）均仿德國民法之規定（德四〇條），設此明文，蓋所以副當事人之效果意思也。

無效法律

第五 無效法律行爲之承認

本論 第四章 私權之得喪變更

行爲之承認

無效之法律行爲，原係確定不生效力；但因行爲人之承認，亦可從新生效。德日民法均有此明文（德民一四一條，日民一一九條），我國新舊民法草案亦然，明文：無效之法律行爲，若當事人知其無效而採認（日本民法仍稱爲追認，殊與通常所稱之追認相混，故我民草則改稱採認）者，視爲新法律行爲。現行民法關於此點，雖無明文，然亦不妨爲此同一之解釋。茲就理論上對於此點應加說明者，述之於左。

溯及的承認

（一）溯及的承認爲不可能 溯及的承認者，即指溯及承認以前，使之生效而言。此於理論上爲不可能。蓋無效之法律行爲，原於行爲成立時即已確定其不生效，自不能於事後更依當事人之承認，而能溯及自始爲有效，故無效行爲之承認，顯與可得撤銷行爲之承認及無權代理行爲之承認大有區別也。

非溯及的承認

（二）非溯及的承認 所謂非溯及的承認者，即指承認無效行爲時，須除去自始無效之原因，使其自承認之時起，從新認爲有效行爲而言。蓋爲實際便利計，祇須除去以前無效之原因，無須從新更爲行爲，即就舊行爲而加以承認，使之自承認

無效法律
行為之當
事人所負
之責任

時起，亦可作為新行為而生效力也。

第六 無效法律行為之當事人所負之責任

依我民法第一一三條之規定：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。蓋為無效法律行為之當事人（無論係行為人或其相對人），在其為該行為之當時，若明知該行為為無效，或可得而知之却由於過失而不知者，該法律行為雖根本為無效；然當事人之一方，難免不因該行為而為給付，或因該行為而受損害，此時為保護該方當事人之利益計，應令明知無效或可得而知之當事人，對於因該行為而為給付之當事人，負回復原狀之責任；其不能或無須回復原狀，而已受有損害者，則負損害賠償之責任。

撤銷

第一款 撤銷

意義

第一 撤銷之意義

本論 第四章 私權之得喪變更

撤銷云者，即因法律行為之意思表示有瑕疵時，而由特定人（即有撤銷權者）否認該法律行為已發生或將發生之效力所為之意思表示也。故在未為撤銷時。無論何人，雖皆可視其行為為有效；然必有撤銷權者拋棄其撤銷權或撤銷權消滅後，始能確定其行為之效力。茲就此意義更為分晰述之。

（一）可以撤銷之法律行為，其效力雖已發生或將要發生，但未能確定；非若無效之法律行為已確定自始不生效力者可比。此即無效與撤銷之根本不同點。

（二）可以撤銷之法律行為，其效力既在未確定狀態之中，故必經撤銷後，始能確定其自始為無效；且必經承認或撤銷權消滅後，始能確定其自始為有效。

（三）可以撤銷之法律行為，如欲喪失其效力，則非有撤銷權者為撤銷之意思表示不可；非若無效行為之當然不生效力，無須另為何等行為者可比也。

（四）可以撤銷之法律行為，若經撤銷後，係以溯及該行為生效時起得能失其效力為原則；非若無效行為之承認無溯及效力者可比也。

撤銷之性質，既如上述，由是法律行為究因若何原因而得撤銷？決定該法律行為之運命者究係何人？其行使撤銷權之方法若何？撤銷後應生如何之效果？以及不得撤銷之事由（即承認與撤銷權消滅）等等問題，皆須進而一一研究之。

第二 撤銷之原因

撤銷之原因

法律行為得能撤銷之原因，有基於一般之原因與其他特殊之原因二種。所謂一般之原因者，即為一般法律行為所能共通之撤銷原因，例如意思表示之內容有錯誤（八八）或誤傳（八九）及因被詐欺或脅迫而為意思表示者（九二）皆是也。所謂特殊之原因者，即為法律對於特種法律行為所規定之撤銷原因，例如民法第二四四條第四一六條第四一七條所規定之情由皆是也。此等特別之撤銷原因，因民法中未設共通之規定，故須就各項特別情形定之，如無特別規定可供適用者，自可適用總則編中共通之規定（即一一四條至一一六條關於撤銷之通則規定）。

撤銷權之行使者

第三 撤銷權之行使者

本論 第四章 私權之得喪變更

撤銷權之歸屬與行使

對於可以撤銷之法律行為，具有撤銷權之人，即稱曰「撤銷權人」，換言之，即為撤銷權之歸屬者。至於何人有此撤銷權？則須就一般規定與特殊規定具體解釋之。惟就總則編中所規定之通則而言，在由一般撤銷原因所生之撤銷權，自屬於意思表示有瑕疵之表意人。此表意人如為代理人時，則其撤銷權仍屬於本人而非屬於代理人。撤銷權雖屬於本人；而行使此撤銷權者，固不必限於本人。以故代理人若為有瑕疵之意思表示時，得由代理人行使撤銷權而為撤銷之意思表示，固無論矣；即由本人自為有瑕疵之意思表示時，其行使撤銷權而為撤銷之意思表示，亦得由代理人為之。是撤銷權之歸屬與撤銷權之行使，應加區別也。

我國民法關於撤銷權之行使人雖無詳明之規定（可另參考舊民草二五五條及前大理院三年上字一三一號判例）；然依通常之理論而言，下列數者，自得行使之。

（一）代理人 代理人之得行使撤銷權，已如上述。且不問係意定代理人抑係法定代理人，皆得為之。

(二) 意思表示有瑕疵之表意人 撤銷權如因意思表示有瑕疵而生者，則以其表意人（即錯誤人、被詐欺人或被脅迫人）為撤銷權之行使人。

(三) 限制行為能力人 限制能力人如為可得撤銷之法律行為時，其自身應能單獨行使撤銷權，無須取得法定代理人之同意。蓋撤銷既在回復未為法律行為時之原狀，故令限制能力人單獨行之，亦無疏於保護其利益之可言；儻將其撤銷行為而更撤銷之，必令法律關係陷於極複雜之狀態，大非所以顧全相對人利益之道也。

(四) 繼承人 此所謂繼承人，係包含繼承人與特定繼承人兩種而言，通常應許此兩種繼承人繼承撤銷權人之撤銷權而行使之。

撤銷之方法

第四 撤銷之方法

撤銷之方法者，即指行使撤銷權之方法而言。關於此種方法之規定，各國立法例頗不一致，有規定須於訴訟上行使之者，如法意民法是（法民一三〇四條）；有規定僅須行使撤銷權人以單獨之意思表示行使之者，如德日民法是（德民一四三條，日民一二三條）。

條)。我國民法係仿德日民法之規定，應以意思表示行使之（六一條）。依此規定，撤銷之方法，自無須於訴訟上爲之，且無使用其他特別形式之必要。惟撤銷得於訴訟外爲之者，亦不過爲原則之規定，其有依法律之特別規定，須於訴訟上爲之者，自不能不於訴訟上行使之。例如暴利行爲（七四條）及詐害行爲（二四條）等之所以須於訴訟上行使撤銷權者，因其影響甚大，必須審查其撤銷原因之有無；且有明瞭撤銷經過之必要故也。但於訴訟上撤銷時，亦無須以起訴之方法行之；即僅以攻擊或防禦之方法行之亦可。

又依第一一六條下段之規定，如撤銷之意思表示時，如相對人確定者，則其意思表示，應向相對人爲之。蓋所以期相對人之確能接受也。此所謂相對人者，並非專指爲契約或爲單獨行爲之相對人而言，係指得爲撤銷行爲者之相對人而言，故即令第三人因此撤銷行爲而直接取得權利時，亦得爲撤銷之相對人，例如詐欺者以其所詐取之物讓與第三者時，被詐欺者不僅對詐欺者得爲撤銷，且對此第三者亦得主

張其讓受係得諸無權利者之手是也。

撤銷之效

第五 撤銷之效果

可以撤銷之法律行為，一經撤銷後，即生撤銷之效果。依我民法第一一四條第一項之規定，法律行為經撤銷者，視為自始無效。故在法律上視撤銷行為全與自始未為行為者相同，不僅對於已生效力者，使其不能發生，即對於尚未生效者，亦使其以後不能發生。此即謂為撤銷之溯及效力。可以撤銷之法律行為既認為自始無效，是其撤銷後，即與無效之法律行為完全相等。申言之，即一經撤銷後。不僅對於當事人間為無效，即對於第三人及一般人亦皆無效也。因而相對人因該法律行為所取得之權利，不僅至此歸於喪失；即第三人從相對人讓受之權利，亦必同歸喪失。蓋撤銷之制度，即在為保護撤銷權人而設，故不得不令相對人及第三者蒙受不利益之影響；惟對此原則，亦有下述例外之規定。

撤銷效果

(一) 撤銷之效果對於當事人間之例外規定 依我民法第九一條之規定，如因

之例外

錯誤而撤銷意思表示者，則表意人應對受損害之相對人負賠償之責任。又依民法第一一四條之規定，可得撤銷之法律行為，如為當事人所明知或可得而知者，其法律行為撤銷時，自應對相對人負回復原狀或賠償損害之責任。

(二) 撤銷之效果對於第三人之例外規定 依我民法第九二條第二項之規定，如因詐欺而為撤銷時，不得以其撤銷之效力，對抗善意之第三人。又依民法第九一條之規定，如因錯誤而為撤銷時，表意人須對損害之第三人負賠償之責任。此皆所以保護相對人及第三人之利益也。

對於法律
行為可得
撤銷者之
承認

第六 對於法律行為可得撤銷者之承認（即撤銷權之消滅）

可得撤銷之法律行為，亦得因有撤銷權人之承認而確定為有效。故撤銷權人已經表示承認後，即使撤銷權歸於消滅。是承認即為撤銷權之消滅原因（除承認外，他如民法第七四條第二項第九〇條第九三條所規定之除斥期間屆滿及第四一六條第二項第四一七條所規定之消滅時效完成等，皆為撤銷權之消滅原因，應就各該條項

分別研究之)。撤銷權一經消滅，則可得撤銷之法律行為即因之確定為有效（須經承認始得有效之法律行為，除可得撤銷之法律行為外，他如限制行為能力人所為之契約，無代理權人所為之代理行為，以及無效之法律行為等，皆可經承認而生效）。承認既能確定可得撤銷行為之效力，是則承認在法律上之性質若何？承認應具若何之要件？以及承認之方法，承認之效果等等，皆須於此逐一說明之。

承認之性質

(一) 承認之性質 關於承認之性質，學者主張尚不一致，有謂承認為拋棄撤銷權之意思表示者，即所謂「拋棄撤銷權說」，德日學者多以此說為通說；有謂承認為確定法律行為效力之意思表示者，即所謂「確定效力說」，此為德日學者中少數人之主張。至依我國民法之規定，雖將承認載諸撤銷之次（第一一五條及一一六條係緊接撤銷而為承認之規定），似若承認之規定，僅對於可得撤銷之法律行為始得適用者；但就全般之理論言之，承認之規定，自應適用於一切效力不完全之法律行為（如前述限制行為能力人所為契約等）。承認既在法律上對於一切效力不完全

之法律行為皆得爲之，自爲一種權利無疑，此種權利（即承認權），既由有承認權人一方之意思表示爲之，又可謂爲形成權之一種。

承認之要件

（二）承認之要件 行使承認之要件，除依特別規定外，左列各項，可爲承認之共通要件。

（1）須由有承認權者爲之 對於可得撤銷之法律行為須由有撤銷權者撤銷之；對於該行為之承認亦然。故有撤銷權者，同時亦有承認權。

（2）須對於應經承認之法律行為爲之 例如限制行為能力人單獨訂立之契約，須經其法定代理人承認後始生效力者是也。

（3）須對於以前法律行為明知其應經承認後或其瑕疵原因終止後始生效力者爲之 例如限制行為能力人已達成年後，明知其以前之法律行為應經承認，始生效力；又如被詐欺人或被脅迫人，於已知詐欺或脅迫之原因終止後，而爲承認者也是也。

承認之方
法

(三) 承認之方法 依我民法第一一六條之規定，承認之方法與撤銷之方法相同，均應以意思表示爲之。如相對人確定者，應向相對人爲之。關於此點，可參閱上述撤銷之規定。

承認之效
果

(四) 承認之效果 依我民法第一一五條之規定，經承認之法律行爲，如無特別訂定，溯及爲法律行爲時發生效力。此即認定承認之效力以能溯及爲原則，以不能溯及爲例外。蓋就通常而言，承認既係就可得撤銷之法律行爲爲之，是該項行爲，原自行爲時起即已生效，不過尙未確定，故若一經承認而確定其效力後，自應維持原狀，溯及爲法律行爲之時，自始發生效力。惟就例外而言，當事人如在承認之前，另以特別之意思表示，定明僅自法律行爲成立以後始生效力者，自可從之也。

須得第三
人同意之
法律行爲

第八 須得第三人同意之法律行爲

法律行爲之效力，亦有須得第三人之同意，始能發生者。爲此同意之人，並非由爲法律行爲之當事人爲之，乃由第三人爲之。故就狹義而言，同意固與承認及允

許不同。然就廣義而言，同意亦可包含承認及允許在內，同意如在事前爲之者，法律上亦有以允許稱之，例如監護人爲不動產之處分時，須得親屬會議（即第三人）之允許者是也（一一〇）。同意如在事後爲之者，法律上亦常以承認稱之，例如限制行爲能力人單獨訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力之規定（七九）；又如無代理權人所爲之法律行爲，非經本人之承認，對於本人不生效力之規定（一七〇）；又如無權利人就權利標的物所爲之處分，經有權利人之承認，始生效力之規定（八一）等是也。要之同意之性質，即爲附隨於他人之法律行爲，在使他人所爲之法律行爲發生效力，其自身並無獨立之效力，故德國學者多稱之爲「補助法律行爲」。如在事前同意者，德國民法則稱爲豫諾；如在事後同意者，則稱爲追認。我國民法雖無此詳細之規定；亦應解爲第三人無論於事前或事後均可爲之也。

須得第三人同意始生效力之法律行爲，其發生效力與否，自須取決於第三人之同意或拒絕同意，方能確定，故行使同意或拒絕同意之方法，應以法律規定之。我

同意或拒絕之方法

國民法係仿德國民法之規定（德民一一七條，
德民一一八二條），特於總則編中規定第三人之同意或拒絕，以應向雙方當事人表示為原則；但為便利第三人起見，亦得許其向一方表示。可知第三人為同意或拒絕之表示時，無論向雙方當事人為之或向一方為之，均無不可也。

無權處分
之法律行
為

第九 無權處分之法律行為

無權利人自不得處分權利之標的物，若貿然處分之，則其處分行為，當然在法律上不生效力。惟為此處分行為時，在實際上亦有並非出於惡意，而係出於善意或過失者，若法律概令其無效，勢必難圖實際之便利，故我民法亦仿德國民法之規定，以謀實際上之救濟（德民一
八五條）。茲特就我民法第一一八條一項至三項之規定，分述如左：

（一）無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認，始生效力。此種無權處分行為，一經有權利人之承認，當然有溯及之效力。

(二)無權利人就權利標的物爲處分後取得其權利者，其處分自始有效。無權處分行爲，雖未經有權利人之承認；然處分之後，已從有權利人讓受其權利標的物者（例如因買賣或繼承關係而取得其物），則其以前之處分行爲，自應自該行爲時起，發生效力。

(三)前項情形，若數處分相抵觸時，以其最初之處分爲有效。無權利人取得權利後，其以前之處分固爲有效；然在未取得權利前，若有數個處分而且互相抵觸時，究應以何者爲有效？自應以法律規定之。故爲避免爭議計，應以其最初之處分爲有效。申言之，即在最初行爲時之相對人，對於行爲人及其他之相對人並一般人，皆得主張該最初之處分行爲爲有效也。

期日及期
間

第六節 期日及期間

總說

第一款 總說

吾人社會生活中之私法關係，常須以時間為標準，而測定事實發生之前後，以確定法律上應得之效果。蓋時間之無窮境，雖與空間無異，但事實之發生，既有前後，即不能不有測定之標準，是則所謂時間者，即為吾人測量事實前後之便利所定之尺度，其與法律效果原有種種密切之關係，而成為權利得喪變更之重大原因。故時間在法律上，常居重要之地位，而發生種種之作用，例如以出生及死亡之時間，定為權利能力始終之時期，及以時間之先後，而定權利之優劣，早為羅馬法以來之原則；且關於行為能力成立之時期（民一），以及決定權利取得之時期（七六八條至八一〇條），決定權利消滅之時間（一一二五條至一一二七條），推定事實之時期（九），乃至用為主張權利之最初點（七一四），或用為拋棄權利之最終點等等之規定，在在皆與法律效果有重大之關係。

時間既居如此重要之地位，故除法國法系之民法未設通則之規定外，凡屬德國法系之民法，大都於民法總則編中設有通則之規定。惟德國法系中有僅就『期間』

設有規定者，如日本民法是（八條以下三）。有就『期日』與『期間』同設規定者，如德國民法是（德民一八六條以下），我國民法即從德國之規定（一一九條至一二四條）。

第二款 期日及期間之意義

期日及期間之意義

時之內容，應分爲期日及期間二種，所謂期日者，即指一定之日期而言，換言之，即爲不可分離之一定時點，例如約定今年某月某日或明日某時履行債務之類是也。所謂期間者，即指由此一定日期至他一定日期之繼續時間而言。例如約定自某年某月某日起至某年某月某日止或自某時起至某時止讓與權利之類是也。二者之差別，並非以時間之長短爲標準，乃以有無繼續性爲標準，若以幾何學上之術語喻之，可謂期日爲點，期間爲線。二者之性質既不相同，故我民法一同明定期日及期間之計算，較之僅概括定爲期間之計算者，明顯多矣。

二者之差別

時效期間

又期間之中，尙有時效期間與預定期間之別（預定期間，亦稱爲不變期間固定

與預定期間

期間或除斥期間），所謂時效期間者，即每因時效之中斷或停止得以伸長之期間，故其最終不能預定。所謂預定期間者，即不能因時效之中斷或停止而伸長之期間，故其最終期得能固定。此種區別，俟於論時效節中詳述之。

期日及期間之計算

第三款 期日及期間之計算

期日及期間，或有以法令定之者；或有以審判定之者；又或以有法律行為定之者，故其計算之方法，如經法令經審判或經法律行為另有特別訂定時，自應依其所定而為計算；否則，如無特別訂定時，即須依據民法關於期日及期間之規定計算之，蓋以其為一般適用之計算法，期昭一律也（九條）。茲就此計算之規定，分述如左：

計算法之種類

第一 計算法之種類

關於期日及期間之計算法，向有二種：一曰『自然計算法』；二曰『歷法計算

本論 第四章 私權之得喪變更

自然計算
法與歷法
計算法

法』。所謂自然計算法者，即按實際時間精確計算，任何人不能加減也。所謂歷法計算法者，即按歷法所定之日、星期、月、年而計算之也。前者例如約定從本日午後一時起經二日而爲給付者，即自當時起經四十八小時而終止，此種計算法，雖一瞬間亦須精確算入。後者例如約定一日者，則從午前零時起至午後十二時止，約定一星期者，則從月曜日起至日曜日止，約定一月者，則從月之一日起至月之末日止，約定一年者，則從一月一日起至十二月末日止，此種計算，不論月之大小，年之常閏，均從歷計算。而此所謂歷者，即指現時普通所用之太陽歷而言，我國自西元以來，即定此歷爲國歷。

上述二種計算方法，各有所長，亦各有所短，自然計算法雖稱精確，然不簡便，以之計算短時間，殊爲適宜。歷法計算法雖不完密，然甚簡便，以之計算長時間，甚爲便利，故現時各國民法，在原則上，大都採用歷法計算法；惟遇以時定期間者，則用自然計算法。我國民法從之，故於第一二〇條第一項規定以時定期間者，

即時起算；又於第一二三條第一項明定稱月或年者，依歷計算。此即以採用歷法計算法為原則，以採用自然計算法為例外也。至於以時以下之分秒為計算單位者，雖無明文規定，其應依自然計算法，更無容疑。

期間之起算點

第二 期間之起算點

依我民法之規定，以時定期間者，即時起算，已如上述。例如本日上午八時買賣物品，約定四小時內交付，則自八時起至十二時止是也。至於以日、星期、月或年定期間者，其始日不算入。此為民法第一二〇條第二項所明定。若依德日民法之規定，以日、星期、月或年定期間者，其期間如自午前零時起，當日仍須算入（德民一八七條，日民一四〇條但書）；我國民法既無此明文，自應解為一律不算入始日。例如在十三日買賣物品，約定十日內交付者，則此十日之期間，即不從十三日起算，應從十四日起算，扣至二十三日滿期是也。

期間之終止點

第三 期間之終止點

本論 第四章 私權之得喪變更

期間終止點之計算法有二，或有以期間末日之開始定爲期間之終止點者；或有以期間末日之屆滿定爲期間之終止者，我國民法係採後一計算法（一二一條一項），規定以日、星期、月或年定期間者，則以期間末日之終止爲期間之終止。蓋以期間之始日既不算入，自應以期間末日之終止爲期間之終止也。其所謂末日之終止者，自須經閱末日之全日，更無容疑。例如定一星期之期間者，若從星期日起算，則以星期六午後十二時爲終止點；定一月之期間者，若從月之一日起算，則以月之末日終止爲終止點；定一年之期間者，若自一月一日起算，則以該年十二月末日終止爲終止點是也。

依我民法第一二一條第二項前段之規定：期間不以星期、月或年之『始日』起算者，以最後之星期，月或年與起算日相當日之前一日，爲期間之末日。例如定一星期之期間者，若從星期三起算，則以下星期二爲終止點；定一個月之期間者，若從五月十五日起算，則以六月十四日爲終止點；定一年之期間者，若從一月二十日

起算，則以次年一月十九日爲終止點是也。

但依民法第一二一條第二項但書之規定：以月或年定期間者，若於最後之月無相當日，則以其月之末日爲期間之末日。例如定三個月之期間者，若從十一月三十日起算，即以二月二十九日爲末日（相當日）；但二月並無二十九日（無相當日），則以二月二十八日（即二月末日）爲終止點是也。

期日或期
間末日之
延展

第四 期日或期間末日之延展

依我民法第一二二條之規定：於一定期日或期間內應爲意思表示或給付者，其期日或其期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之。此所謂休息日者，係指依照法令或習慣而成普遍之休假日而言。此等休假日既不能強人工作，故規定以其次日代之，蓋所以防無益之爭也。

月或年之
計算法

第五 月或年之計算法

凡以月或年定期間者，在計算之際，常因一月之日數不等，一年之日數亦不等

，致生疑義，故我民法第一二三條第一項規定：稱月或年者，依歷計算。蓋所以期交易之便利也。惟此係就期間之能繼續者而言；然月或年非繼續計算，設於工作數日，旋即停止，又復繼續，而其工資係按月計算者，自無從依歷計算，故我民法於同條第二項規定，就其日數以三十日為一月，以三百六十五日為一年而計算之，亦所以防無益之爭也。

第六 關於年齡之計算法

關於年齡
之計算法

關於自然人之年齡，現時各國大率規定自其出生之日起算（不能援用第一二〇條第二項所載始日不算入之規定），蓋以年齡關係自然人者甚大，必須將其出生之日亦併算入，方與人類生活上之觀念相合也，故我民法亦從之（一二四條第一項）。

然若僅知出生之年，而不知出生之月日者，法律上自須有推定之規定。惟此種推定，各國立法例亦不一致，有推定其為年初出生者；亦有推定其為年終出生者，究之衡諸事理，均欠公平，故我民法折衷於其間，規定：出生之月日無從確定時，

推定其爲七月一日出生，知其出生之月而不知出生之日者，推定其爲該月十五日出生（一二四項）。

時效

第七節 時效

總說

第一款 總說

時效之一
般的意義

第一 時效之一的意義

時效云者，就其一般之意義言之，即因一定之事實狀態永續達於一定期間，法律乃賦與一定效果之制度也。權利人在此一定期間中，因有永續行使或不行使其權利之事實狀態，即生權利得喪之效果，因時效而取得權利者謂之『取得時效』；因時效而消滅權利者謂之『消滅時效』。例如在一定的條件之下有行使占有土地之事實狀態，永續達於一定之期間，占有者即取得其土地之所有權（取得時效）；又如

不行使債權之事實狀態，永續達於一定之期間，債權者即消滅其債權（消滅時效）是也。故就時效在法律上之意義言之，原為法律事實中最顯著之現象，其足以左右法律上之效果，乃為一般法制所公認，此時效之制度所以不僅為民法上所採用，且為刑法及刑事訴訟法上所採用也（參照刑法九七條至一〇〇條，刑訴法一四三條）。

第二 時效制度之存在理由

時效制度
之存在理由

時效制度之存在理由，簡言之，即出於法律尊重永續事實狀態之旨意。吾人常知有與正當權利關係相反之事實關係發生時，權利者固能以其權利為根據，籍以推翻後之事實關係，而回復前之權利關係；然此事實關係若經永續達於若干之期間而為社會所信賴時，法律從而尊重之，不令回復以前權利關係之狀態，正所以保持社會安平之生活，本此理由，故時效之制度生焉。

且除上述之理由外，他如證明永續狀態之證據材料，多以湮滅之故，更不能不有時效制度以濟其窮，例如對於現為我所有之房屋，如欲證明果否為我正當所有之

問題，勢須將我繼承於父，父繼承於祖父，祖父買自何人等事實一一證明之，方爲真確；否則我之現在所有權，恐難證明矣；設更有人提出昔年租借該房之書證而爲清償債務之請求時，則我用爲證明昔年清償之證據材料，恐亦多被湮滅矣。因之法律認此數十年來已爲實際所有者之事實，且不認此債權者之存在，正所以合乎正當之法律關係；縱有正當所有者或正當債權者存在，而在此長久年間既未一次行使其權利，卽已成爲『權利上之永眠者』，對之不與以法律上之保護，並無不當也。或亦有以此僅足保護不法之占有人及惡意之債務人，而詆之爲『法律上之掠奪』者；究之時效制度，並非立於個人之立場，乃係立於社會之立場。若謂時效爲保護上述難於保全證據之個人利益，或犧牲權利上已呈永眠狀態之個人利益者，要皆立於個人之立場。此種立場，終不外設立時效制度之次要理由；而其首要之理由，則在法律認定永續之事實關係，已構成社會共同生活之信用基礎，今若推翻之，而令其仍回復以前之狀態，則以此個人活動爲中心之社會信用關係，勢必因之亦被推翻矣，

故立法之目的，既在避免對於社會公共利益之擾亂，保持法律生活之安全，即不得以時效制度完成之，其不遑顧及怠忽權利者個人之利害，應如斯也。

第三 關於時效制度之規定

時效之規定

時效制度之應存在，已如上述；惟各國立法例對於時效制度之規定，則不盡一致。茲就其規定之不同點及我國民法所規定之內容，分述如左：

各國關於時效之立法例

考時效制度，早已發生於羅馬法，其對於時效之立法，在十二銅表中，已認定所有權之取得時效。迨後更認定訴權之消滅時效，凡係財產上之訴權，如繼續達於一定期間而不行使者，其權利即歸於消滅。此二種時效制度，在羅馬法中原非同時發生者；若解釋二者為羅馬法中之統一制度，實屬謬見。法國民法對於時效之規定，即係承襲此種見解而成，而以二者為統一之制度，明定一為取得權利之方法，一為免除義務之方法（參照法民二一九條二二三條）。日本民法亦然，並設統一之時效制度，而將取得時效及消滅時效一併規定於民法總則編中，另設有通則一節，列諸其首可謂劃

一矣（參照日民法一四五條以下）。至於德國民法則不然，因其學者力主取得時效與消滅時效二者之性質，各有不同，一則雖有直接取得權利之效力；一則並無消滅權利之效力；且說明訴權之消滅時效，僅能就私法上之請求權因時效而消滅，換言之，即僅能因時效而生拒絕請求之抗辯權。以故德國民法即援用之，明定取得時效為權利取得之原因，消滅時效為拒絕請求權之時效，而將取得時效規定於物權編中，僅於總則編中設消滅時效之規定（參照德民一四九條以下又九三七條）。此外，最近蘇俄之民法，則僅規定訴權之消滅時效，並無取得時效之規定，蓋以其經濟制度而使然也。（參照蘇俄民法四四條以下）。

我國關於
時效之規
定

關於時效制度之規定，各國立法因本其國情而不能趨於一致，原無足怪；且單就取得時效而言，多為占有之結果，故準之蘇俄先例及我國立法上所應採取之精神，是否應將取得時效一併承認之，不無研究之餘地；即令有規定之必要，亦應取法德國，規定之於物權編中，方為適當，因之我國民法關於時效之規定，僅於總則編中規定消滅時效，另於物權編之所有權章中設取得時效之規定（參照民法七六八條至七七二條）。

。惟總則編中所規定者，僅屬於一般消滅時效；其他特別消滅時效，另規定之於其他各別條文中者（如一九七條一項，四一六條二項，四一七條，四五六條一項，六六三條等是），自亦得能準用一般消滅時效之規定。總之無論為取得時效，抑為消滅時效，均有待於法律明文之規定，始能適用之，其不能由當事人以法律行為創設者，原以時效制度全為強制規定故也。

消滅時效

第二款 消滅時效

消滅時效
之意義

第一項 消滅時效之意義

消滅時效者，簡言之，即因繼續在一定期間內，不行使權利，以致權利歸於消滅之一法律事實也。茲就此定義之內容，更為分析說明之。

第一 消滅時效須有久經存續之一定期間

消滅時效
須有久經
存續之一
定期間

凡屬時效，皆須經過永續之一定期間，始能完成，此不獨消滅時效為然也。此

種期間，即稱爲『時效期間』，其長短乃由法律定之。時效期間雖因各種權利之不同而有長短之差，要皆依據法律之所定，不得由當事人以法律行爲加長或減短之，因之消滅時效之期間，又可稱爲法定的消滅時效期間（參照民法總則一八條）。消滅時效既必須經過此種期間。乃能完成故不若『即時時效』（即瞬間時效）之不須經過時效期間即可完成也。

第二 消滅時效須在前述期間內不行使權利

消滅時效
須於一定
期間內不
行使權利

凡屬時效，均須於一定期間有一定事實狀態之存在，此種事實狀態，如在取得時效，即爲占有或準占有；如在消滅時效，則爲權利之不行使，故消滅時效，必須以不行使權利之事實狀態存在爲前提。因而消滅時效，須與學說上所謂『除斥期間』區別視之，所謂除斥期間者，即法律對某一權利所預定之存續期間，又稱曰預定期間，其與消滅時效之於一定期間內不行使權利而致消滅其權利者，自不相同。故在消滅時效，得因中斷或未完成而致延長；而在除斥期間，則一經經過，其權利即

絕對消滅也（例如民法七四條，九〇條，九三條，四九八條，九二三條二項）。至若所謂不行使權利者，即權利人有得行使權利之狀態而不行使之謂也，而所謂得行使權利之狀態者，即指法律上之障礙已不存在而言。故權利之行使，不僅與權利人知其權利存在與否無關；即權利人行使權利時，雖有事實上之障礙（例如疾病、失蹤等），消滅時效亦能開始進行也。

第三 消滅時效為權利消滅之法律事實

消滅時效
為權利消
滅之法律
事實

上述一定事實永續達於一定期間之狀態，並非單純之事實狀態，乃為一種法律狀態，申言之，即因消滅時效之完成，而有引起私權變動之效果，故消滅時效之事實狀態，已成爲權利消滅之一法律事實矣。惟我民法所規定之消滅時效，是否直接爲權利消滅之原因？則應分別論之，若就形成權之消滅時效而言（如四一七條，五等規定），自應解爲係因時效完成而消滅；若就請求權之消滅時效而言（如一二五七三條，一九七條一項，六二三條，九五六條一項，四等規定），則須視請求權是否發生於債權，方能

確定何種權利歸於消滅。如請求權係因債權以外之權利而發生者（例如物上請求權），則其請求權雖因時效而消滅，然其基本權利並不因之而消滅，故債權人仍得就其抵押物或質物以取償之（一四五條一項）；如請求權係因債權而發生者，即其請求權亦不歸於消滅，故債務人僅能成立拒絕給付之抗辯權（一四四條）。

第一項 消滅時效之適用範圍

我國民法關於消滅時效之規定，係仿德國民法（德民一九四條）及瑞士債務法（瑞債一四六條）之先例，僅於總則編中就請求權設有一般消滅時效之規定（一二八條至一二五條），一若惟此請求權始能適用消滅時效之規定者；但同時亦於其他處所就請求權以外之權利，又設有特別消滅時效之規定（如四一六條二項，四一七條，五一四條等），可知關於消滅時效之適用範圍，並非僅以請求權為限，應就各種權利分別論之。

第一 消滅時效適用於財產權之範圍

屬於財產權中之請求權，不問其係由債權而生，抑由物權而生，亦不問屬於行

消滅時效
之適用範圍

消滅時效
適用於財產
權之範圍

爲之請求權，抑屬於不行爲之請求權，均得因消滅時效而歸於消滅，自不待言。至於財產權中之支配權，除由支配權所生之請求權得因消滅時效而消滅外，其支配權之權利本身，則不得因消滅時效而消滅（至若八八〇條則爲特別規定）。故就財產所有權而言，法律既認所有人於法令範圍內得就其所有物有總括之支配權，不應受消滅時效之拘束，蓋以所有權爲靜態之權利，非如債權或他物權爲動態之權利，其權利之本身，自不能因不行使而受消滅時效之拘束（至若所有權得因取得時效之結果而致消滅者，當別論矣）。又就擔保物權而言，此種權利，乃爲從屬於債權之權利，其不能先債權而罹於消滅時效，原爲一般學說所公認；且依我國民法之規定，即在債權之請求權因時效而消滅時，擔保物權亦不因之而消滅（一四五條一項，八八〇條）。此外如相隣權（七七四條以下）及共有物分割請求權（八二條），其在相隣關係或共有關係存續間，當能隨之而存續，不能單獨因消滅時效而消滅。故就上述所有權及擔保物權等財產權論之，或因法律規定，或因權利性質，皆不受消滅時效之拘束。

消滅時效
適用於非
財產權之
範圍

第二 消滅時效適用於非財產權之範圍

時效制度，在原則上，本僅適用於財產權；至於非財產權如人格權身分權等之權利本身，自不因消滅時效而消滅。惟由非財產權所生之請求權，如有財產價值者，亦得適用消滅時效之規定，例如贍養費之給付請求權，得由消滅時效而消滅者是也（一二六條）。

消滅時效
之期間

第三項 消滅時效之期間

關於消滅時效之期間，各國立法例極不一致，有因各種權利之性質不同，而定為長期消滅時效與短期消滅時效者，（即一般期間與特別期間），現代各國民法多數從之；有不分期間之長短，概定為同一之期間者，此種規定，僅為蘇俄民法之特例，故其消滅時效之期間，不分長短，概定為三年（蘇俄民法四四條）。我國民法係依前者之規定，分為長期消滅時效與短期消滅時效兩種；而此長短之差異，我國又不能與別國相同者，自為適應一般經濟情況而使然也。茲特就此二者分別述之如左：

長期消滅
時效

(一) 長期消滅時效之期間 (即一般期間)

關於長期消滅時效之期間，各國立法例亦不一致，有規定為三十年者，如德法意等國民法是（德民一九五條，法民二六）；有規定為三十年與四十年者，如奧國民法及普國普通法是（奧民一四七九條一四八六條，普國）；有規定為十年者，如暹羅民法及瑞士債務法是（暹民一二三條，瑞債一二七條）；亦有規定債權之消滅時效期間為十年，而規定其他財產權之消滅時效期間為二十年者，如日本民法是（日民一六七條）。至若我國民法，則規定為十五年（五條）蓋以消滅時效期間之長短，實與社會經濟及私人權利關係匪淺，苟其期間過長，則利害關係，久不確定，自影響於社會經濟之發展；然使期間過短，亦難保護個人之權利，故我民法特依現時經濟組織之實況，規定請求權因十五年不行使而消滅；惟依本條但書之規定，如有法律所定之期間較此為短者，亦可依其特別之規定。由此觀之，可知請求權之消滅時效期間，最長者不得超過十五年，不論係依法令或依法律行為，皆不許其加長；如欲減短者，尚得依據法律

規定而爲之，惟不得以當事人之法律行爲定之耳。

短期消滅
時效之期
間

(二) 短期消滅時效之期間(即特別期間)

關於短期消滅時效之期間，各國立法例亦不一致，有細定爲五年、三年、二年、一年、六個月之五種者，如法國民法是(法民二二七)；有細定爲五年、三年、二年、一年之四種者，如日本民法是(日民一九六)；亦有不加細分，而僅規定四年、二年兩種者，如德國民法是(德民一九七條)。至於我國民法總則編中，則僅定爲五年、二年兩種，自係仿自德國不加細分之規定(一一二六條)。茲就此兩種期間，分述如下：

五年之消
滅時效期
間

(甲) 短期消滅時效期間之定爲五年者

依我民法第一二六條之規定：利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。蓋由此等定期給付債權所生之各期給付請求權，債權人本可從速行使，故應規定五年爲其

短期之消滅時效期間，不宜適用長期消滅時效之規定。至所謂定期給付債權者，即以定期給付為標的之債權也。申言之，即一基本債權，而包含數次清償期之請求權也；而謂定期給付者，即其債權須經一定期間始應為一定給付也，故發生各期給付請求權，乃為該債權之性質所必需。不過每次之清償期，皆不得超過一年以上，若超過一年者，則不得從此五年之短期消滅時效期間，仍應適用長期消滅時效之規定也。

短期消滅
時效之定
為二年者

（乙）短期消滅時效期間之定為二年者

依我民法第一二七條之規定：凡係下列各款請求權，均因二年間不行使而消滅

（1）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 此所謂消費物之代價及其墊款者，即指由此等處所供給消費物品之價額及其代為墊出之款項而言也。

(2) 運送費及運送人所墊之款 此所謂運送人者，即指以運送物品或旅客爲營業，而受運費之人言之也（參照民六二二條）。

(3) 以租賃動產爲營業者之租價 此所謂租賃者，即指當事人約定一方以租物與他方使用收益，他方支付租金之契約而言也（民四二一條）。

(4) 醫生藥師看護生之診費藥費報酬費及其墊款

(5) 律師會計師公證人之報酬及其墊款

(6) 律師會計師公證人所收當事人物件之交還 此即指具有此等法定資格之人，因執行其職務而從當事人收領之物件而言也。

(7) 技師承攬人之報酬及其墊款 此所謂技師者，即指從事於土木建築及機器等工程之設計或監督之人而言也；所謂承攬人者，即指民法第四九〇條所定承攬契約之一方當事人而言也。

(8) 商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價 此所謂商人者，即指

商品或產物之販賣人而言也；所謂製造人或手工業人者，即指製造或生產該項商品或生產物之人而言也。

由上列各項業務所生之請求權，有於性質上應從速履行者；亦有以債權人多不交付受領證爲通例者，故應令其消滅時效期間更須縮短也。

除民法總則編中規定上述各請求權以二年爲短期消滅時效之期間外，尚有於各個相當處所，亦規定爲二年者，如第一九七條第一項、第四五六條第一項、第六二三條、第六六六條等是也；又有規定一年爲消滅期間者，如第五一四條、第九六三條等是也；且有規定六個月爲消滅期間者，如第四七三條第一項、第六一一條等是也。此等各個短期消滅時效，應就該各規定研究之，茲故從略。

第四項 消滅時效期間之開始及其完成

消滅時效之成立，原以經過法定期間而不行使權利爲要件，此法定期間從何日起算，則消滅時效之事實即從何日開始演進；此法定期間至何日屆滿，則消滅時效

消滅時效
期間之開
始及其完
成

之事實即於何日完成。故消滅時效期間之起算點確定後，則其終止點自易依歷計算也，例如五年間之短期消滅時效期間，若確定自民國二十三年之開始起算者，設於時效進行中毫無阻礙事實發生，自以民國二十七年之終止而告完成者是也。

關於消滅時效期間之起算點，究應自請求權發生時起算？抑應自請求權可以行使時起算？現代各國，大率規定自請求權發生之日而開始。惟此種規定，殊有未當之處，蓋以請求權雖經成立，而權利人若因天災地變及其他不可避免之故障，以致不能行使權利時，設令消滅時效期間必須自請求權成立之日起算，則權利人勢必因此而受損害，故我民法關於消滅時效期間之起算，除一面於其他適當處所別設規定外（例如上列一九七條一項，四一六條二項等規定是），同時更於總則編中（二二條）就請求權之消滅時效期間，設有一般起算點之規定，即請求權之消滅時效，自請求權可以行使時起算（本條一）。如是，則請求權於成立時即可行使者，其消滅時效當然同時起算，若請求權雖成立而因特別障礙不能行使者，則須自其可以行使時，方得起算；否則無以保護

權利人之利益也。

至若關於以不作爲爲目的之請求權，究應以何時爲其消滅時效之起算點？學說及立法例亦不一致。我國民法則仿德國民法（德民一九一八年條二項）之規定，以明文解決之，即以不行爲爲目的之請求權，其消滅時效，自爲行爲時起算（本條二項）。蓋以不行爲爲目的之請求權，債務人原負有不行爲之義務，債務人若無違反義務之行爲，債權人之權利自在滿足之狀態，並無請求之必要，故須於債務人有違反義務而爲行爲之時，始爲債權人得行使其權利之時，儼自此時起，仍不行使。自應以此時爲其消滅時效之起算點。

第五項 消滅時效之中斷及不完成

消滅時效
之中斷及
不完成

消滅時效，必須自其時效期間開始進行時起，至其終止時止，均有不行使權利之事實繼續存在，始告完成。若於此期間中，間有行使權利之事實發生；或雖未行使權利，而實有礙難行使權利之事實存在，皆可令時效不完成。蓋法律爲保護因此

消滅時效
之中斷
時效中斷
之意義

時效而致受不利益之當事人起見，不得不將已進行之若干時間，令其全歸無效，或令其暫行中止，此即學說上所謂『時效之故障』是也。時效在此故障中，可分爲時效之中斷與時效之停止。而關於時效之停止，在德法民法，均又分爲時效期間進行之中之停止，與時效期間終止前之停止；惟日本民法，則僅規定時效期間終止前之停止。我國民法第一三九條至第一四三條之規定，均係揭載時效應完成時而不完成之事例，其仿日本民法之規定也明矣，故茲僅分爲消滅時效之中斷及未完成而述之。

第一目 消滅時效之中斷

第一 時效中斷之意義

消滅時效之中斷者，簡言之，即因時效期間進行之中有與消滅時效要件適相反對不事實發生時，而令已經進行之若干期間歸於無效也。蓋時效制度之存在理由，原在尊重永續之事實狀態；若在事實狀態中已有相反之事實發生，自無尊重之必要，故應令其中斷也。

時效中斷
之事由

第二 時效中斷之事由

關於時效中斷之事由，各國立法例，大都採取列舉主義，我國民法亦然。惟此列舉之事由，各國民法不盡相同，有列爲因承認、起訴、及與起訴有同一效力之事項而致時效中斷者，如德國民法是（德民二〇八條）；有列爲因請求、扣押假扣押及處分、承認而中斷者，如日本民是（日民一四七條）；至於我國民法，則列爲因請求、承認、起訴、及與起訴有同一效力之事項而中斷。茲爲逐一說明之。

請求

（一）請求

請求者，即因時效而受不利益之當事人，對其相對人主張權利之意思表示也。例如債權人催告債務人履行或承認債務，即爲請求行爲。此請求行爲，即爲行使權利之行爲，故我民法定爲時效中斷之原因。惟請求原可分爲訴訟上之請求與訴訟外之請求，各國立法例對於應以何種請求爲時效中斷之原因，多不一致，有對於訴訟外之請求，不認爲時效中斷之原因，而僅以訴訟上之請求爲限者，如德法民法是

（德民二〇九條，法民二二四四條）；有對於請求不設限制，無論爲訴訟上之請求與訴訟外之請求，皆定爲時效中斷之原因者，如日本民法是（日民一五四七條一五三條）。我國民法既一并規定請求及起訴皆爲時效中斷之原因，自應認其專指訴訟外之請求而言；至於訴訟上之請求，則應以起訴行之。我國民法所以專指訴訟外之請求爲時效中斷之原因者，蓋以衡諸我國民情習尚之少事訟爭及司法制度尙未普遍之現狀，應以此較爲允當也。

權利人於訴訟外向義務人爲請求後，義務人如不履行或不承認，權利人自應爲訴訟上之請求，而以起訴救濟之；僅權利人於請求後經過相當期間，仍聽義務人之不履行而放置之，即可認定權利人並無行使權利之意思。故我民法於第一三〇條規定：時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視爲不中斷。蓋因請求而生時效中斷之效力，係以權利人於請求後六個月內起訴爲條件，並非因有請求，即能確定其中斷之效力也。而所謂視爲不中斷者，即認爲自始不生中斷之效力，任何人皆不能以此請求爲理由而主張中斷，其時效期間，仍須繼續進行，等於未爲請求

也。

承認

(二) 承認

承認者，即因時效可受利益之義務人，對其權利人之權利表示承認之行爲也。義務人爲此承認之表示後，時效自須因之而中斷。蓋權利人之權利，既得義務人之承認，自可信任之，權利人即不行使其權利，亦不得謂爲出於怠忽。故於時效進行中苟經義務人爲承認之表示者，即可以此承認爲時效中斷之事由。此亦所以保護權利人利益之道也。

關於承認之方法，無論以書面爲之，或以言辭爲之，均無不可；且亦不論出於明示或默示，皆無限制，故於時效進行中，債務人爲一部清償，或提供擔保，或支付利息，或請求緩期等，均可謂爲默認之表示也。惟爲承認之表示，須向相對人行之，始生時效中斷之效力，乃爲當然之解釋。故如債務人僅將承認債務之意旨表示於其他行爲中，並未向相對人表示者（例如僅將欠付利息，記入賬簿之內部行爲等

是），則不得認爲時效中斷之事由。

起訴

(三) 起訴

起訴，爲因時效而受不利益之當事人向法院提起訴訟以主張其權利之行爲。權利人對於權利之行使，當以起訴爲最確實最嚴格之方法，故於時效進行中，苟經起訴，自須以之爲時效中斷之事由。

此所謂起訴者，究指何種訴訟而言，法律既無限制之規定，自應將給付之訴、確認之訴、以及各種請求之訴等包括在內。惟以起訴爲時效中斷之原因者，究應自何時起發生時效中斷之效力，各國解釋，則不一致，有解爲自訴狀提出於法院時起即生時效中斷之效力者，如日本是；亦有解爲須自訴狀送達於被告人時起始生中斷之效力者，如德國是。依我民事訴訟法之規定（民訴法二三五條），應解爲自訴狀提出時起即生中斷之效力，不必待其送達於相對人也。

因起訴而生時效中斷之效力，亦非自起訴起即已確定，若起訴後而後撤回其訴

，則仍與不起訴等，或因其起訴為不合法，而受駁回之判決，其判決確定時，亦與不起訴等，故我民法於第一三一條規定此等情形，則視為時效不中斷。蓋以起訴而復撤回者，已足認其仍無行使權利之意思，自應不令時效因此而中斷；且起訴應指合法者而言；若受不合法之駁回而經判決確定者，自不能以此無效之訴為理由，而主張應生時效中斷之效力。至於受此駁回後，能於一定期間內復行起訴者，多數立法例皆認為自最初起訴時起，仍生時效中斷之效力（參照德民二一二條二項，瑞債一三九條，法民二二四六條，意民二一五條）。我國民法既無此明文，自不能有此解釋，惟就立法而論，未始不可一併採入也。

（四）與起訴有同一效力之事項

與起訴有
同一效力
之事項

依我民法第一二九條第二項之規定：左列事項，與起訴有同一效力。故皆為消

滅時效中斷之事由。茲為列舉於下：

依督促程序送達支付命令 督促程序，乃係民事訴訟法中所規定之一特

序送達支
付命令

別訴訟程序。申言之，即債權人聲請法院對於債務人發支付命令，法院乃就債權人要求債務人給付一定數量之代替物或有價證券之請求，而送達清償命令於債務人之程序也（參照民訴四七三條以下）。債權人既依此督促程序實行其權利，自較以起訴主張其權利之意思，更爲確切，故應以之爲時效中斷之事由。惟此中斷之效力，究應自聲請發支付命令時發生之？抑應自送達支付命令時發生之？在立法例及學說上，均不一致。我國民法則仿德國民法之規定（參照德民二〇九條二款一項），係自送達時起，始生時效中斷之效力。

因送達支付命令而致時效中斷者，亦非一經送達，即能確定中斷之效力。故我民法於第一三二條規定：時效因送達支付命令而中斷者，若訴訟拘束失其效力時，視爲不中斷。此所謂訴訟拘束失其效力者，即支付命令所揭期間經過後，債權人若逾三個月不爲強制執行之聲請，則失其訴訟拘束力，此際仍與未發支付命令無異，應令自始不生時效中斷之效力。

因和解而傳喚

(2) 因和解而傳喚 所謂因和解而傳喚者，即當事人於起訴前，表明訴訟標的，聲請法院試行和解，法院乃依該聲請而傳喚他造當事人之程序也（參照民訴三七〇條以下）。爲此傳喚之聲請，自爲行使權利之行爲，故應定爲時效中斷之事由（一二九條二款二項）。因此程序而致時效中斷者，其生效之時期，非在爲此聲請之時，而在法院傳喚之時，自不待言。

因和解而傳喚，雖有發生中斷時效之效力；然其效力亦非有此傳喚，即能確定。故依民法第一三三條之規定：時效因和解而傳喚以致中斷者；若相對人不到庭或和解不成時，視爲不中斷。蓋此時仍與未爲傳喚之聲請無異，自應自始即不發生中斷之效力也。

報明破產債權

(3) 報明破產債權 所謂報明破產債權者，即債權人對於破產人有債權，爲加入破產財團之分配，特向法院報明其債權額之行爲也。此種行爲，自亦爲行使權利之方法，故我民法亦定爲時效中斷之事由（一二九條三款三項）。至關於債權人僅聲請宣告

債務人破產時；或於報明破產債權後而破產宣告旋被撤銷時，是否發生時效中斷之效力？在學說及解釋上雖多爭論，我國民法對此亦無明文；然依一般通說言之，應均認為能生中斷時效之效力，蓋以其均有行使權利之意思故也。

債務人破產時，債權人已為破產債權之報明者，固能發生中斷時效之效力；然其效力，亦非一經報明，即能確定。故我民法於第一三四條規定：時效因此報明而中斷者；若債權人撤回其報明時，仍視為不中斷。蓋報明既經撤回，即可認其仍無行使權利之意思，自應自始不生中斷之效力。其因報明不合法而被駁回者亦同。

告知訴訟

(4) 告知訴訟 所謂告知訴訟者，即訴訟當事人在訴訟拘束中，將該訴訟向有利害關係之第三人告知，而促其為從參加之行為也。此時既係權利人因其將受訴訟結果之影響，特向義務人告知，自可知其有行使權利之意思，故我民法亦定為時效中斷之事由（二二九條二款四項）。至其發生中斷效力之時期，應在告知之時，方為適當。惟此中斷之效力，亦非自告知時起，即能確定，故我民法於第一三五條規定：時效

因告知訴訟而中斷者，若於訴訟終結後，六個月內不起訴，仍視為不中斷。蓋告知人於訴訟終結後已足影響其權利，而仍於六個月內不提訴訟者，即可知其尚切無實行使權利之意思，自與自始不告知者無異，故應全其不生中斷時效之效力也。

開始執行
行為或聲
請強制執
行

(5) 開始執行行為或聲請強制執行 所謂開始執行行為者，即由執行機關（如承發吏）開始執行之行為也；所謂聲請強制執行者。即由當事人一方聲請法院對於他方以強制方法實行其權利之行為也。此兩種行為，皆為行為權利之最後手段，且為最確實之方法，故我民法均定為時效中斷之事由（二二九條三款五項）前者係以執行行為之開始（如扣押），為中斷時效之時期；後者則以有強制執行之聲請，為中斷時效之時期，惟其中斷之效力，亦非一經開始執行或一經聲請，即能確定，故我民法於第一三六條第一款規定：時效因開始執行行為而中斷者；若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺，而致撤銷其執行處分時，仍視為不中斷。又依同條第二款之規定：時效因聲請強制執行而中斷者；若撤回其聲請或其聲請被駁回時，仍視為不中斷。

蓋由前者言之，權利人既然聲請撤銷執行處分，即可知其仍無行使權利之意思；既然該執行處分因欠缺法律上之要件而撤銷，即與自始未為執行處分無異，故應令其皆不發生中斷時效之效力。又就後者言之，聲請人既然撤回其強制執行之聲請，即可知其亦無行使權利之意思；既然該聲請已被駁回，即等於自始未為聲請，故應令其皆不發生中斷時效之效力。

時效中斷之效力

第三 時效中斷之效力

時效一經上述各中斷事由而告中斷後，即生一定之效果，其效果之內容，則在使該中斷事由發生以前所經過之若干時效期間，概歸於無效；必俟該中斷事由已告終止時，方得重行起算新時效，故在中斷事由存續中，自不得進行時效也。惟在中斷事由終止後，重行起算之時效，究為新時效？抑為舊時效？學者間固多爭論；然就我國民法（七三）^{七條}之規定觀之，自為新時效無疑，蓋在中斷前所經過之期間既概不算入，自非仍係舊時效之進行也。

中斷事由
之終止

至於時效中斷之事由，究應於何時方為終止？亦須以法律規定之。我國民法關於此點，特分別定為一般中斷事由之終止與以起訴為中斷事由之終止。前者為各個中斷事由（除起訴外）終止之時，即係各個中斷效力終止之時，必須自此時起，時效方得重行起算。後者為因起訴而致時效中斷者，其中斷之效力，則須俟判決確定之時而終止；若於起訴後未受確定判決，而以其他方法終結訴訟者（例如訴訟上之和解或撤回等是），則於訴訟終結之時而終止，此中斷效力終止之時，即為新時效重行起算之時（一三三條二款），從此另須經過法定之時效期間，其時效始得完成也。

時效中斷
效力所及
之範圍

其次關於時效中斷之效力，究應及於一切之人？抑僅及於特定之人？亦須以法律規定之。我國民法則明定：時效中斷之效力，僅及於當事人、繼承人、受讓人之間（一三三條）。是則對於此外之人，自不發生中斷之效力也。此所謂當事人者，自指為中斷行為之人而言；所謂繼承人者，即指該當事人之一般繼承人而言；所謂受讓人者，即指該當事人之特定繼承人而言。除此特定人之間以外，皆不生中斷之效力，

例如債務人數人對於某一債權人共負債務，其中若有一債務人承認債權時，則因此承認而致時效中斷之效力，自能僅及於此一債務人與其債權人之間，而不能及於其他債務人也。然此亦不過為一般通則之規定，如尚有特別之規定者，亦須依其規定，例如民法第二八八條第二項規定：連帶債權人中之一人為給付之請求，以致中斷其時效者，對於其他債權人亦生效力；又如第七四七條規定：債權人向主債務人請求履行及為其他中斷時效之行為時，對於保證人亦生效力是也。

第二目 消滅時效之不完全

消滅時效
之不完全
成之意義

第一 時效不完全之意義

消滅時效不完全者，即時效期間進行後已應完成，而因一定之事由以休止其進行，仍令其不完全之制度也。在學說上則稱為「時效之停止」。民法所以設此時效不完全之制度者，原出於保護因時效完成而受不利益者之旨趣。蓋有法律所規定之事由存在時，必致因時效而受不利益之人，確難行使或不能行使其權利，法律為保

設立時效
不完成制
度之理由

護該權利人之利益計，惟有對於已應完成之時效，令其暫行延期，以便該權利人尚能中斷時效，而有行使權利之機會，此即時效不完成制度之所由設也。

關於時效停止之規定，各國立法例，尚不一致，有不問停止之事由，係發生於時效期間進行之中，抑係進行之終，均認為有停止時效之效力者，如德法民法是（參照德民二〇條至二〇五條，法民二二五條以下）；亦有僅限於停止事由發生於時效期間進行之終，始認其有停止時效之效力者，如日本民法是（參照日民一五八條以下），故後者又可稱為『完成之停止』。我國民法係從後者之規定。其不曰時效之停止，而曰時效之不完成者，蓋所以防止時效期間無故延長之弊也。

時效不完
成與時效
中斷之不
同點

時效不完成與時效中斷之不同點，即在後者之情形，係令已經進行之時效期間全歸無效，於中斷事由終止時，須重行起算；而在前者之情形，則令已經進行之時效期間仍為有效，於不完成之事由終止時，尚可一併算入也。

時效不完

第二 時效不完成之事由

成之事由

基於法律所規定之事項，可將已應完成之時效，使其暫不完成者，即為時效不完成之事由。我國民法關於此種事由之規定，原分為五種（即一三九條）；茲為說明上之便利，可分三項述之於后。

（一）因事變而令時效不完成者

因事變而
令時效不
完成者

依我民法第一三九條之規定：時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。蓋時效期間一經滿了而告完成時，一方即因時效完成而受利益；一方自因之而受不利益，在此受不利益之一方，原可於時效期間將滿時，依中斷時效之行爲以中斷之，俾其時效不能完成，藉以保全自己之利益；然若時效期間將滿之時，適因天災事變（例如兵燹疫癘以及交通阻礙等事實），以致不能從事中斷時效之行爲時，儻竟仍認該時效由此完成，殊失事理之平，故法律為保護權利人之利益計，自應規定自此天災事變消滅後，須經過一個月之猶豫期間，方令其時效完成，權利人自可在此一個

月內，仍有中斷時效之機會也。

因事變而
全時效不
完成之要
件

惟此所謂天災事變足致時效不完成之事由，亦不能任意引為停止時效之主張，故其成立要件，必須具有下列諸點：（一）須其事變為不可避免之事實，即學說上所謂不可抗力者是也。（二）須因該事變確足阻礙權利人不能為一切中斷行為。（三）須該事變係存在於時效期間終止之時。總之此等解釋，皆須有一相當之範圍，雖不能過於嚴格，亦不能過於擴大也。

因權利之
性質而致
時效不完
成者

（二）因權利之性質而致時效不完成者

依我民法第一四〇條之規定：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。蓋當繼承財產開始繼承時，若繼承人尚未確定（例如無子繼承），或管理人尚未確定（例如繼承人無能力，而其代理人尚未選定時），或尚須受破產之宣告時（例如遺產不足清償債務時），均無人為中斷時效之行為，亦無人受中斷時效之行為，故法

律應令其時效暫未完成，須於繼承人確定或管理人選定，或破產管財人選任後，再經過六個月之猶豫期間，方令其時效完成也。

因權利性質而致時效不完成之要件

因此權利而致時效不完成者，其成立之要件，須有下列各點：（一）須為繼承財產之權利。即所謂屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，申言之，即就繼承財產之權利義務均包含在內，蓋繼承財產，固常有因之而受利益者，然亦有因之而受不利益也。（二）須繼承開始時。時效尚未完成。至於繼承開始以前，時效已經完成者，自無停止之可言。（三）須繼承開始時，行使權利人或被行使權利人尚未確定。至於此時之繼承人已確定，或管理人已選定，或已宣告破產者，即可由其行使權利或對之行使權利，自亦無停止時效之可言。

（三）因權利人之能力或身分而致時效不完成者

因權利人之能力或身分而致時效不完成者，因能力關係而致時

先就基於權利人之能力而致時效不完成者言之。依我民法第一四一條之規定：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

效不完成者

理人者，自其成爲行爲能力人或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成。此種規定，原爲保護不能爲中斷時效行爲之人而設，自羅馬法以來，各國立法例，莫不皆然。蓋在時效期間終止以前之六個月內，既無法定代理人代無行爲能力人或限制行爲能力人爲中斷時效之行爲，或受中斷時效之行爲，自須令其時效停止進行，必俟其成爲行爲能力人（如未成年人而屆成年）後，或其法定代理人就職後，再經過六個月之猶豫期間，方得完成其時效也。

因權利人之能力而致時效不完成之要件

因此事由而致停止時效之進行者，其成立之要件，須有下列兩點。（一）須因時效而受不利益之人，僅以無行爲能力人或限制行爲能力人爲限。至於有行爲能力人之能獨立行使權利者，自無停止時效之可言。（二）須在時效期間終止前之六個月內而無法定代理人。若於該期間內有法定代理人時，則可由其代爲中斷行爲，自無停止時效進行之必要也。

因身分關係

次就基於權利人之身分而致時效不完成者言之，又可分爲下列二種：

係而致時
效不完成
者因能
力欠缺
者對其
法定代
理人利
益之權
利不致
時效不
完成者

因能力欠
缺人對其
法定代理
人關係之
不致時效
不完成之
要件

因夫妻間
之權利而
致時效不
完成者

(1) 爲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。此爲民法第一四二條所規定。蓋無能力人或限制能力人對於法定代理人有權利（例如法定代理人對於未成年人負有債務是也），往往爲道德關係所拘束，或受事實上之牽制，若對法定代理人爲中斷時效之行爲，以保障自己之利益，不免發生困難，故法律爲保護其利益起見，特令此種權利之時效，應於代理關係消滅（例如親權喪失或本人已屆成年是也）後一年內不完成。

因此種關係而致停止時效之進行者，其成立之要件，須有下列二點：（一）須屬於無行爲能力人或限制行爲能力人之權利。至若法定代理人對於無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，則無停止時效進行之必要。（二）須限定對於法定代理人之權利。至若對於法定代理人以外者之權利，自不在此限。

(2) 爲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。此爲民法第一四三條所規定。蓋以夫妻相互間之權利，若彼此互爲中斷時效之

行爲，亦不免有礙難之處，故法律定爲須於婚姻關係消滅（如離婚）後一年內，其時效不完成。

因夫妻間
之身分關
係而致時
效不完成
之要件

因此種關係而致停止時效之進行者，其成立之要件，須爲夫對妻或妻對夫之權利。然亦有僅限於妻對夫之權利；或於夫妻之外，尙就服從親權人對於行使親權人之權利，設有停止時效之規定者（如日本民法及我國新舊民法草案）；但現行民法既明定夫對妻或妻對夫之權利，自須以夫妻間之權利爲停止時效之成立要件。

時效不完
成之效果

第三 時效不完成之效果

時效既因上述事由而不完成，自應發生其不完成之效果。申言之，即時效不完成之效果，惟在對於時效期間已經終止而應完成之時效，暫於一定期間不令完成；其不完成之事由終止後，時效仍須繼續進行，並非從新起算，係將以前經過之期間與此後經過之期間一併算入（此即與時效中斷之異點，前已言之矣），惟不算入時效停止之期間。如於法定之停止期間內（如前所述，或爲一個月，或爲六個月，或

爲一年），尚不爲中斷行爲者，時效仍應完成也。

消滅時效
之效力

各國立法
均關於時
效效力之
規定

第六項 消滅時效之效力

時效之效力，係因時效完成而發生。惟時效完成後，究生若何之效果？則以各國立法例之不同而不能一致。有認其效果在於以之爲權利得喪之證據方法者，如普國普通法是（該法第一部九章五）；有以之爲權利得喪之直接原因者，如法意日本等國民法是（日民一六二條一六三條一六七條一六九條以下，法民一三五〇條二一九條，意民一三五〇條二一〇五條）；亦有認定取得時效固爲取得權利之直接原因，而認消滅時效之效果僅在債務人對債權人請求給付時得拒絕給付，不令請求權之本身歸於消滅者，如德國民法是（該法九〇〇條九一四條以下），他如瑞士民法及其債務法乃至英之出訴期限法。亦皆與德之民法略同。我國民法亦仿德之民法，僅於總則編中專就請求權設消滅時效之規定。如前所述，請求權既有屬於債權性質者與非債權性質者之二種，後者之請求權，固可認爲得能直接消滅；但前者之請求權，則不能認爲權利消滅之直接原因；不過於消滅時效

我國民法
規定時效
效力之內
容

時效完成
後債務人
得拒絕給
付之原則
與例外

完成時，債務人僅對於債權人有抗辯權而已，其債務並不因而根本消滅也。故就我國民法規定消滅時效之效力言之，則有下列之內容及範圍。

(一) 爲時效完成後，債務人得拒絕給付之原則與例外 此爲民法第一四四條所明定。蓋時效完成之效果，債權人即喪失其請求權，債務人即得拒絕給付；然若債務人既經債權人請求給付，而不爲消滅時效之抗辯者，則仍應給付之。此原則也（同條第一項）。但依同條第二項所規定之例外言之，請求權已經消滅時效，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還；其以契約承認債務或提出擔保者，亦同。蓋時效完成後，在債權人方面固喪失其請求權；然亦止於不得向債務人爲請求而已，其權利之本身，依然存在也，故時效完成之效果，在債務人方面雖得拒絕給付；但債務人已因履行而爲給付，或縱非履行，而以契約承認其債務或提供債務之擔保者，亦應認爲完全有效，均不得以不知時效爲理由，而請求返還或主張其承認爲無效也。

時效完成
後債權人
得就擔保
物行使其
權利之原
則與例外

(二) 爲時效完成後。債權人得就擔保物行使其權利之原則與例外 此爲民法第一四五條所規定。即凡以抵押權質權或留置權供擔保之請求權，其時效雖已消滅，而債權人仍得在擔保物上行使其權利，蓋對人之請求權雖已消滅，而對於物上之擔保，則仍未消滅，得就該擔保物以取償之（同條第一項）此原則也。但依同條第二項所規定之例外言之，若係對於利息之給付請求權，及對於定期給付之請求權，其時效雖已消滅，亦不許在擔保物上行使權利，蓋以此種債權，原可從速請求履行故也。

主權利因
時效消滅
者其效力
及於從權
利之原則
與例外

(三) 爲主權利因時效消滅者，其效力及於從權利之原則與例外 此爲民法第一四六條所明定。蓋在原則上，從權利原係附屬於主權利而存在，從權利之時效雖未完成，而主權利既因時效而消滅，則從權利亦應隨之消滅（參照民法三〇七條），此即主從之性質而使然。然依同條之但書言之，苟法律特別規定從權利不隨主權利之消滅而消滅者，則屬例外，即令主權利因時效消滅，其效力亦不及於從權利也。

消滅時效
之強行規
定

第七項 關於消滅時效之強行規定

時效制度，係為社會之公益而設，已於本節首述之矣。以故關於時效之規定，自以具有『強行性』為原則。所謂強行性者，即未罹於時效之權利，固不得以當事人之意思，使之罹於時效；而已罹於時效之權利，亦不得以當事人之意思，使之不罹於時效。因之關於上述時效之起算點及其中斷與未完成等等之規定，既均有法定之強行力，是則下述時效期間之不得由當事人自由伸縮（即不得變更）以及時效利益之不得由當事人任意拋棄，亦不過對此強行規定之原則加以例示而已。

第一 關於時效期間不能變更之規定

當事人變更時效期間之行為，是否有效之問題？從來學說及立法例尚不一致。有認加長時效期間或創設時效中斷及未完成之原因等行為，固於公益有害，應以之為無效；反之，如係減短時效期間之行為，則於公益無損，應以之為有效者，德國民法從之（德民二二五條）；有謂時效期間之加長，若未超過一般時效期間，亦應認為有

關於時效
期間不能
變更之規
定

效者，德之學者多倡之；有認時效期間之規定既有強行性，即不問其變更爲加長或縮短，均於公益有害，應爲法律不許者，瑞士債務法從之（瑞債一）（二九條）。我國民法亦然。故於第一四七條前段規定時效期間，不得以法律行爲加長或減短之。其無變更之餘地也明矣。

第二 關於時效利益能否拋棄之規定

關於時效利益能否拋棄之規定

因時效而受利益者，是否得將其利益拋棄之，可分爲兩點說明如左。

時效完成前之拋棄

（一）爲時效完成前之拋棄 此爲預先拋棄時效之利益。在各國立法例，多有以明文規定不許者（德民二二五條，奧民一五〇二條，法民二二二〇條，意民二一〇七條，日民一四六條，瑞債一四一條）。我國民法亦然，特於第一四七條後段明定不得預先拋棄時效之利益。蓋時效完成前，即許預先拋棄因時效而取得權利或免除負擔之利益，則時效制度，將等於虛設，故須特設禁止之規定。苟當事人於時效完成前即預定拋棄時效利益之契約，自應認爲無效也。

時效完成
後之拋棄

(二) 爲時效完成後之拋棄 時效完成前預先拋棄時效之利益，固有害於公益，應爲法律所不許；但時效完成後，應否拋棄時效之利益？各國立法例及學說亦不一致，有以明文規定允許拋棄者（參照法民二二二〇條）；有於學說上各持否定與肯定之議論者。在持否定論者觀之，認爲時效完成後之拋棄，亦有害於公益，應爲法律所不許；在持肯定論者觀之，則認爲近代法制對於財產權之保護，當以所有權爲最周密，所有權人尙可自由拋棄其所有權，是則因時效而受利益之人，自亦得能拋棄其利益；且債權關係，既能因債權人表示免除之意思而歸於消滅（三四條），是則因消滅時效而受利益之人，亦得拋棄其利益也。由此論之，可知否定論者之見解，實由於將時效完成前之拋棄與時效完成後之拋棄相混同；須知法律所以不許預先拋棄時效利益者，無非爲防債務人受債權人之壓迫而使然；至若消滅時效完成後之拋棄，不但無此壓迫之情形，且足以遂債務人道義之初心，以故現代學說上，大都以肯定論爲通說。且由我國民法第一四七條之後段觀之，既僅明定不許「預先」拋棄

時效之利益，是其反面之解釋，已足認其得為時效完成後之拋棄也。

因時效而受利益之人既得於時效完成後拋棄之，故其拋棄之方法，須向因時效而受不利益之當事人為之，原無待於相對人之承諾，即可發生效力，而令消滅時效完成之全部利益，胥歸消滅也。

私權之行使

第五章 私權之行使

第一節 總說

行使權利之意義及其規定

第一 行使權利之意義及其規定

權利之行使云者，簡言之，即為權利之主體者或有行使權利者就其權利之客體，而實現其內容之正當行為也。若就具體言之，權利既有種種之類別，因而對於各該權利之行使，亦有種種不同之行為：有為法律上之行為者，如依撤銷權而為撤銷

本論 第五章 私權之行使

四六七

及依抵銷權而為抵銷是也；有為事實上之行爲者，如所有權人任意處分其所有物是也；他如依請求權支配權或形成權等正當之權利而實現其內容者，皆謂為權利之行使，由此行使而享受其利益，斯能完成權利之作用；苟有妨礙之者，權利人即得依法以排除之，如是方足以達行使權利之目的，而副保護權利之本旨，故我民法特仿他國民法之成例（如德國瑞士蘇俄等國民法皆有此規定），終於總則編中專設權利行使之規定（舊民草總則編中原設有權利之行使一章，新民草則刪除之，現行民法終將此章訂於總則編中，自為適當），蓋無論就行使權利之積極意義（即保護之意）與消極意義（即限制之意）言之，皆有特設規定之必要也。

第二 與權利行使有區別者

與權利行使有區別者

先就權利之行使與權利之實現比較言之：所謂權利之實現者，即指權利之內容已經實現而言；其與權利之行使，僅係從事於實現權利之行爲者，不可混同。且權利固多籍行使之行爲而獲實現（例如所有權因對所有物之使用收益而實現者是）；

一為權利之實現

二爲權利之主張

然亦有行使權利並不能即令權利實現者（例如債權人請求給付，固爲行使其債權，但債權必俟債務人之給付而實現），故不能直視權利之行使，即爲權利之實現也。

三爲權利之歸屬及享受

次就權利之行使與權利之主張比較言之：所謂權利之主張者，並非僅指權利人對義務人爲主張權利之行爲而言，乃指凡依權利作用所得爲之一切行爲而言，其較權利之行使，係專依權利之內容所得爲之行爲，自爲廣汎，故如權利之讓與，僅能謂爲權利之主張，不能謂爲權利之行使也。至若權利之歸屬及其享受，更須與權利之行使區別視之，蓋權利之歸屬者（即權利人），不必即爲得能行使權利之人（例如未成年入必待法定代理人行使其權利）；且不必即爲享受權利之人（例如爲第三人之契約時，要約人固爲權利人，但享受利益者則爲第三人）故也。

行使之方法

第三 行使權利之方法

行使權利之方法，有於民法總則編中設一原則之規定者，例如瑞士民法第二條明定行使權利，應依誠實及信用而爲之是也。我國舊民律草案從之（舊草案二條）。現行

民法於總則編中無此規定，易於債編中訂明行使債權應依誠實及信用之方法，（四二條）；然就一般言之，誠信本為行使權利之一大原則，故於總則編中僅就行使權利之限制（如第一四八條就禁止濫用權利設有通則之規定）及權利之保護（如第一四九條以下關於自衛行為及自助行為之規定）設有規定，茲為分述如左。

行使權利
之限制

第二節 行使權利之限制

行使權利之限制云者，就其一般意義言之，即吾人之私權，須受種種法律上之限制，處處須以社會之利益為依歸也。此種限制，已成為現代立法之精神，不能僅認為對於自由行使私權之原則作一例外而已；實則此種立法之精神，乃為昔時個人自由主義極端崇尚之反響。以故吾人說明權利之限制時，不可不追論權利本位之法律，闡明其沒落之因果性。質言之，即權利本位之法律，勢須由社會本位之法律起而代之也。

考法律上權利觀念之發達，原隨近世工商業之發達而俱來，工商業發達之結果。遂致資本主義之勃興，因而封建時代以義務爲本位之法律，已覺大不適於人類之實際生活，於是『天賦人權』之法律思想，因之發生，而權利之觀念，已深映於人類之腦中，所有『人權運動』，風靡一時，此種運動，由十八世紀之法國大革命，卽已獲得勝利之結果，而一七八九年所公布之人權宣言，已成爲近世公法組織之基礎，一八〇四年所公布之法國民法，已成爲近代私法組織之基礎，卽在今日各國之現行法律中，尤不少人權宣言及法國民法之精神。惟是此種以權利爲本位之法律精神，以之反抗封建權力，當較封建式的義務本位之法律觀念爲進步，確能解放人類種種之束縛；但因資本主義極端發達之結果，已令社會經濟組織，發生極大之變遷，若猶欲以權利本位之法律，成爲萬古不易之定律，勢必於現代人類實際生活之中，釀出難於消除之矛盾，蓋以法律擁護個人權利之極端，毫不顧及社會之利益，則所謂權利者，結果終爲極少數人所獨占，而最大多數人之權利，已爲此極少數人所

剝奪，所有社會中私人占有社會之富源，以滿足其一己之無限慾壑，以及個人間之殘忍剝削，不顧他人之生死存亡等等惡果，遂由之而生矣。

因此之故，於是一般私法學者對於權利本位之法律觀念，乃大倡反對之主張，而以社會爲本位之法律觀念，遂由之而興，舉凡本書緒論中所述「社會交易之安全」，「公共秩序與善良風俗之重視」，「禁止權利之濫用」等等改進之理論，皆爲現代法律根本精神之表現，質言之，卽「權利之社會化或義務化」乃至「權利之否定論」等法律思潮，不僅爲學說上所倡導，且多實現於法規之中矣。第就「禁止權利之濫用」一項言之，已可於下列各點中概見其一般。

第一款 禁止權利濫用之一般的規定

禁止權利濫用之一般的規定

關於權利濫用之禁止，除法日民法無此明文規定外，現代各國大都有此立法之趨向，其規定最爲明顯者，首推瑞士，其次爲德國。至於蘇俄民法，更經明定權利

之行使，須適應社會經濟之目的（參照蘇俄民法一條）；惟其所謂社會經濟者，單為無產階級之社會經濟。而非全民之社會經濟，其立法之方式雖善，而其內容則為欲達其特定之目的而設，姑置不論；茲僅就瑞士與德國之規定而言：瑞士民法第二條第二項明定『顯然濫用權利者，不受法律之保護』；德國民法第二二六條亦明定『權利之行使，不許專以損害他人為目的』，此等規定，即在明示權利之行使，須賦以權利之義務性，顯與個人主義之權利萬能觀念，大相懸殊。我國民法第一四八條明定『權利之行使，不得以損害他人為主要目的』者，其趣旨全與德國之規定相同也。

關於此種禁止權利濫用之規定，或有認為適用於實際上不免發生困難者，其意以為權利之行使，每易加損害於他人，法律既未詳細列舉其種類，設於他人本有損害之行爲，而又不便強制其不行使時，勢必苦於適用也。惟就社會一般之見地言之。凡行使權利而損害他人者，如無正當之理由，即可認其『專於』以損害他人為目的，自應適用濫用權利之規定，此由司法者於裁判上善為運用之可耳。且就下列各

種限制權利之具體情形觀之，更足引證禁止濫用權利之規定，決不能以空汎之具文視之也。

第一款 關於限制權利之各種情形

關於限制權利之各種情形

現代法律關於限制私權之規定，逐漸繁多，其最著者，厥爲個人所有權之限制。蓋極端擁護個人所有權之法律制度，既已促成社會上之貧富懸隔，而使人類共同生活，失其平衡，則解決之道，自須首先行此所有權之限制；至若主張廢除私有制者，自另有其特定之見解，茲雖不必具論；然私有制度之漫無限制，實爲造成社會不平衡之大原因，故個人利益之發展，在在須以社會利益之發展爲前提，既爲社會全體之利益，即不得不於相當範圍內，對於個人所有權加以限制。茲就其限制之最主要者述之於后。

使用財產

第一 使用財產所有權之限制

所有權之
限制

在財產所有權神聖不可侵之法律制度下，財產所有者對於自己之財產，即可完全行使其支配權，任何人不得加以絲毫拘束，因之所有者行使其權利以致影響於他人時，在法律上實無若何救濟之方法。茲以微小之事例言之，設有土地所有者於其地界內築造高牆，遮蔽鄰人之光線與空氣，以致鄰人受損害時，鄰人除用同一之方法對抗外，實無其他救濟之方法（此種濫用權利之行爲，已漸爲民法所禁止，如第七七七條第八五三條是也）此外由個人極端自由行使其所有權，以致社會大多數人受重大之害者，更不知凡幾，故爲增進社會利益計，法律固不能完全蔑視個人之利益，然亦惟有於增進社會利益之中，以確保個人之利益，萬不能於單純擁護個人自由之中，以求得個人之利益，質言之，即不能使個人利益與社會利益相對立，應使二者之利益相調和；且有時尚須犧牲個人之私益，以顯全社會之公益。此種犧牲，即在使用財產所有權之限制，而其限制，又可分爲積極與消極兩方面之意義，前者即爲禁止權利之濫用，例如地主房主無故迫令佃戶退租時，皆爲法律所不許是也；

後者即爲不許權利之不行使，例如工廠主無故停閉工廠，土地所有者長令其土地荒廢，及有鑛業權特許權或其他專用權者不於法定期間行使其權利時，皆爲法律所禁止，或且因而喪失其權利是也。蓋就積極意義言之，濫用權利，其有害於社會之公益，固不待言；即就消極意義言之，法律之所以承認個人有其權利者，要在使之爲社會利益而行使，實具有權利之義務性，儻應行使而坐視不理，即不免於社會利益發生重大之影響，故法律常以間接方法強制其行使之，亦即寓有限制之意也。

第二 土地私有權之限制

土地私有
權之限制

土地爲吾人生活上絕對之必需物，原與水及空氣無異，似應概歸社會所公有，以供吾人自由之使用；惟在土地私有制度之下，土地多爲少數人所占有，以致大多數人窮無立權之地者，所在皆是，故土地問題，已成爲今日重大之問題，對此問題除主張土地爲國有者外，亦有主張課以累進稅並以新增地價歸諸國有籍以限制其私有者，此種主張，確與『平均地權』之主張相符合（參照土地法二八四條）；且個

人私有之土地，不得超過其所能使用之最高限度；至關於公共需用之道路、運河、水源、名勝等土地，更不得為私人所有；又私有土地之處分，如認為妨害國家政策時，須受相當之限制；國家如因公共事業之需要，亦得依法徵收私有之土地（參照地法第一編第二章及第五編第二章）。

私人經營
大企業及
獨占事業
之禁止

第三 私人經營大企業及獨占事業之禁止

大企業及獨占事業（例如鐵道、電燈、自來水等公共事業），均與社會多數人之利益，有極大之關係，若以此等事業歸諸個人經營，則其企圖發展私人利益之結果，必於社會之公共利益，有重大之危害，故對於此等事業，多有限定應歸國家經營之，私人自須受經營之限制，或且直受經營之禁止。

除上列數種限制外，餘如『契約自由之限制』，據現代各國民法所規定，大都以法律行為，須不背公共秩序及善良風俗，否則應認為無效。又如『損害賠償責任』之問題，據現代各國民法之規定，大都已由『過失責任』之觀念，變為『原因責

任』之觀念矣。申言之，即以前權利所有者，在其所有權範圍內行使權利時，如無故意或過失，雖因其行為而損害他人，不能負損害賠償之責任，此即所謂過失責任之觀念，此種觀念，已為現代原因責任之觀念所代替。所謂原因責任者，即他人所受之損害，不問是否出於行為者之故意或過失，若他人被損害之原因，係由行為者行為之結果而使然，即應負賠償之責任，故又稱曰『結果責任』例如我國工廠法第四五條規定：『在勞動保險法施行前，工人因執行職務而致傷病或死亡者，工廠應給其醫藥補助費及撫卹費』是也（且參照該法一五條）。其所以有此變遷者，即因法律注重社會之利益，不得不令私人之權利受其拘束。由上述種種之事例觀之，可知現代民法對於私權之行使，已大加限制矣。

第三節 關於私權之保護

私權之保護

凡屬權利人，均得正當行使其權利，而享受其利益，如有妨礙之者，權利人自

得依法以排除之，而符保護權利之本旨。此排除之手段或方法，原有兩種途徑：即一曰『自力救濟』；二曰『國家保護』是也。就此自力救濟與國家保護之進程言之，當以自力救濟爲先，國家保護爲後，蓋在昔日野蠻時代，所有人類私權之保護，惟有出於自力救濟之一途，於是對於私權之自救權，即不得不視爲私權之附屬權，而承認私人得能行使之。至後國家權力，已臻強大，保護私權之公共機關，亦漸完備，所謂自力救濟，已覺無存在之必要；且強者每易濫用私人之力，致予弱者以難堪，故對於此種自力救濟，不得不從而否認之，專以國家擔負保護私權之責任。而自力救濟之途徑，乃愈趨於狹小，寔且有被禁止之趨勢矣，因此，自力救濟與國家保護二者，即成爲反比例，屬於自救權之範圍漸次縮小，則國家保護私權之範圍，乃代之而漸增大。降至現代，各國保護私權之制度及機關，本已大概完備；然其保護之確實與迅速，尙不可期，故時至現代，仍不無感於自力救濟之必要，換言之，即現代社會，尙未達於真正文明之理想時代，僅可謂爲正在走向真正文明時代之中

途而已，故在社會構造尙未達完善之域，而能使人皆平等，彼此不相侵害以前，關於私權之保護，如專賴國家權力，終難完全達到其目的，此現代各國之民法，仍有於國家保護私權之外，尙設自力救濟之規定也。

關於國家保護私權之方法，卽由人民依其私權保護請求權，向國家請求後，因而行使其保護權之方法，依其必要之順序，可列舉爲證據保全、假扣押、假處分、判決、強制執行、破產程序等數種，欲求其詳，須於民事訴訟法及破產法中研究之；茲所說明者，自須以民法總則編中關於自力救濟之規定爲限。惟關於自力救濟之規定，各國立法例亦不一致，德國民法，承認『自衛』及『自助』兩種自力救濟之行爲；日本民法，則僅承認『自衛』，而不承認『自助』。不過當國家設備尙未臻於完密之時，亦無妨規定於一定之限度內，允許人民有此二種自力救濟之權。故我民法採仿德國制度，原則上承認人民有自衛與自助之權，惟加以嚴厲之限制，以防止濫用之流弊。茲特就其分述如左：

自衛行爲

自衛行爲
之意義

第一款 自衛行爲

第一 自衛行爲之意義

自衛行爲者，即權利人當其權利或他人權利被侵害，或受危險時，公力不及救濟，法律許其得在一定之範圍內，而爲自力救濟之行爲也。此種行爲，在刑法上不構成犯罪行爲，得免除刑事上之責任（關於刑法上之自衛行爲，可於刑法上研究之）；在民法上則不構成侵權行爲，得免除民事上之責任。關於自衛爲所以得能免除責任之理由，學說亦不一致，有謂人當急迫之時，因無思考餘暇，已失其自由意思，故能免除其責任。此係就行爲人之意思而立論者，即所謂『主觀說』是也。有謂自衛行爲，乃係正值非常之時，難待公力之救濟，惟有一任私人自力救濟之，以發生自然之結果。此係就其免除責任之理由，而從客觀方面說明者。即所謂『客觀說』是也。上述兩說，一般學者多認後者爲適當，蓋法律不認自衛行爲爲違法行爲者，並非因行爲人已失自由意思而使然，係因事出非常，難待國家之干涉，故惟有聽

其自爲救濟，其結果苟未超出必要之範圍，亦不過僅免除其責任而已。

自衛行爲
之種類

第二 自衛行爲之種類

自衛行爲，可分爲二種，其在德國，係分爲防禦行爲與救護行爲；其在法日兩國，則分爲正當防衛與緊急避難。我國民法係仿前者之分類，茲爲分述於左：

防禦行爲

(一) 防禦行爲

防禦行爲者，即指對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲而言。此爲民法第一四九條所明定。此種行爲，不負損害賠償之責任。惟就本條之但書觀之，如其防禦已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。蓋所以防有濫用之弊也。故防禦行爲須備左列要件，方能成立。

防禦行爲
之要件

須爲不法
之侵害

(1) 須爲不法之侵害 此所謂不法之侵害者，即指加害人所爲之侵害行爲，爲法律所不許而言。至若非不法行爲，自不能構成防禦行爲之要件（例如行親權者在適當範圍內行使懲戒時，自不得對之爲防禦行爲）故侵害行爲，須爲不法者始得

爲防禦之對象。其不法行爲，僅須於客觀上已構成侵害者爲已足，不必完全具備主觀上之要件，故加害人有無責任能力，或是否由其故意或過失，均非所問。蓋被害人實無甘受其不法侵害之理由也。

須爲現時
之侵害

(2) 須爲現時之侵害 此所謂現時之侵害者，即指侵害行爲已經着手或現正實施尙未完畢者而言。至若對於過去之侵害或將來之侵害，而爲報復或預防之行爲者。自不能以防禦行爲論之。惟於現時之外，是否尙須以急迫爲要件？法律既未明定，自應作消極之解釋，即令非急迫之侵害，亦得爲防禦行爲也。

須係防衛
自己或他
人之權利

(3) 須係防衛自己或他人之權利 此即對於現時不法之侵害行爲，可不問被侵害之權利係屬於自己或屬於第三人，亦不問其權利之種類爲何，均得爲排除之行爲；且其排除之行爲，不問是否加侵害人以反擊？抑係加第三人以損害？皆得爲之。

須未逾越

(4) 須未逾越必要之程度 此即謂防禦行爲，僅能在排除侵害之適當範圍內

必要之程度

而爲之；儻逾越此範圍，卽爲『過當行爲』，仍得以侵權行爲論之。法律應按其過當之程度，定其應負之責任。至於適當範圍之標準，須依社會上一般之觀念而定之；苟對於極易逃避之侵害（例如對於小兒之進攻），而加以反擊；或對於侵害之制止，而竟出以超過必要程度之防衛者（例如踐田奪牛之類）均於社會觀念認爲過當也。

除上述各要件外，加害人之侵害行爲，是否僅以其積極之作爲爲限？法律既無明文，學說上亦有爭執；惟依理論與實際而言，侵害行爲，當以積極之作爲爲限；若係單純不作爲之消極狀態（例如債務之不履行），自不能構成防禦行爲之要件。

救護行爲
(二) 救護行爲

救護行爲者，卽指因避免自己或他人生命身體及自由或財產上急迫之危險，所爲之行爲而言。此爲民法第一五〇條所明定。此種行爲，亦不負損害賠償之責任。惟就本條之但書及其第二項觀之，此種救護情形，須以不逾越危險所能致之損害程

度，及其危險之發生並非由於行為人之原因者爲限；否則，仍應負賠償之責。其所以設此嚴厲之限制者，蓋亦防止濫用之弊耳。故救護行爲之成立，亦須具有左列之要件。

須有急迫之危險

(1) 須有急迫之危險 所謂危險者，即指因發生偶然事件實有危害之狀態而言。其危險之發生原因，或有出於自然者，如洪水、暴風及動物之侵害等是；亦有出於人爲者，如殺傷及失水等是。所謂急迫者，即指現有發生危害之緊急狀態而言。依我民法之規定，救護行爲，僅須有急迫之危險，即能成立；非如德日民法明定須以由他人之物所生之危險爲要件（德民二二八條，日民七二〇條），故其危險之發生原因，亦不必限於由物而生，且不必限於由他人之物而生。惟其危險之程度，須爲急迫始可爲救護行爲，則無異議；至於究至若何程度方爲急迫？自應依據當時之客觀情形而定之。

須爲因避

(2) 須爲因避免加於自己或他人生命身體自由或財產上之危險而爲加害行爲

免加於自
己或他人
生命身體
自由或財
產上之危
險而為加
害行為

此即規定應加救護之法益，須以此等權利為限，其與德日民法僅汎載避免自己或他人之危險，而未限定法益之種類者，略有不同（參照德民二二八條，日民七二）。因救護此等法益而為加害行為，此即與防禦行為對於加害人以反擊之主要區別點；若對於發生危險原因者予以反擊，則為防禦行為，而非救護行為矣。

須避免危
險未越必
要之程度

(3) 須避免危險未越必要之程度 此即謂避免危險，僅能以脫却危險為止，不能逾越其必要範圍及逾越危險所能致之損害程度（即由避險所生之損害，不得較由危險所生之損害更大）；儻已逾越此種程度，或非避免危險所必要，仍得構成侵權行為，應負損害賠償之責任。至於必要程度之標準，亦須依當時之社會觀念而定之。

須其危險
之發生並
非基於行
為人之原
因

(4) 須其危險之發生，並非基於行為人之原因 此即指危險之發生，行為人並未予以原因而言。苟予有原因，即可不問其有無故意過失，或尚有其他原因，均就該項危險之發生，負有責任。如行為人因此避免該項危險而致加害於人者，仍為

侵權行爲，應負損害賠償之責任。例如爲避免狂犬來噬之危險，固得以救護行爲撲殺之；但其狂噬如係由於行爲人挑發者，即可謂其予以原因也。

自助行爲

第二款 自助行爲

自助行爲
之意義

第一 自助行爲之意義

自助行爲云者，即權利人爲保護自己之權利，而對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損之謂也。此爲民法第一五一條所規定（參照德民二二七條至二三一條舊民草三一五條三一六條）。自助行爲，亦爲自力救濟之行爲，其爲法律所許之理由，已於本節首述之矣備之，故現代各國除法日兩國禁止自助外，大都有此規定；矧我國當此法制尙未臻於完時，按之社會實際狀況，自有容許自助行爲之必要。惟爲防止發生濫用之流弊，不得不設嚴厲之限制。茲特就自助行爲之必備要件，另於下項述之。

自助行爲
之要件

第二 自助行爲之要件

本論 第五章 私權之行使

自助行為雖能阻其違法性，不負損害賠償之責任；但以不及受官署援助；並非於其時爲之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者爲限。此爲民法第一五一條但書所明定。故依此規定，凡以自助行為拘束他人自由，押收或毀損他人財產者，自須即時向官署聲請援助；若其聲請被駁回或其聲請遲延者，行爲人應負損害賠償之責任。此又爲民法第一五二條一項二項所明定。由此種種限制觀之，可就自助行為之必備要件，分晰說明於下：

須爲保護
自己之權利

(一) 須爲權利人保護自己之權利 自助行為須爲保護自己之權利而爲之，乃其成立之根本要件；非如自衛行爲對於他人之權利亦得保護之也。且由自助行爲所保護之權利，應無種類之限制，凡屬自己之權利而實有保護之必要者，皆得由權利人或其代理人保護之。惟其權利在根本上即不得依強制執行以爲保護者，應認爲亦不得依自助行爲以保護之。蓋自助行爲，不過爲一時權宜之舉，終須以公力救濟之，既非公力救濟之權利，自亦不許自力救濟也。

須僅對於他人之自由或財產施以拘束或毀損

(二)須僅對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損。此所謂他人者，即指義務人或有影響於權利之人而言。權利人爲保護其權利，得於必要程度內，施以自力救濟之方法，暫行拘束義務人之自由，以防其潛逃；或暫行押收義務人之財產，以防其隱匿或滅失；且爲保全自己之權利，亦得於必要程度內，對於義務人之物，而爲不得已之毀損。自助行爲既以上述之拘束押收或毀損爲限，其與自衛行爲全不異以行爲之種類者，自不相同也。

須有不及請求公力救濟之情形

(三)須有事出緊迫不及請求公力救濟之情形。此種情形，即指權利人之權利，不及受官署之援助；且非於此種情勢之下自爲救濟，其請求權即不得實行或其實行顯有困難者而言。惟此自助行爲最易侵害他人之自由及財產，故法律須加以此等嚴厲之限制；儻權利人之權利，尙可待諸公力救濟；且於他日尙可實行，或其實行並無困難情形者，自無須其自力救濟也。

至於是否有此緊迫之情形？則須按諸當時具體情況而定之。

須即時向
官署聲請
援助

(四)須即時向官署聲請援助。權利人爲保護自己之權利，拘束他人之自由或押收他人之財產以後，須即時聲請官署予以援助(條一五二)。蓋自助行爲，儻聽其永續爲之，勢必有害相對人之利益。故須即時將其所拘束之人或押收之財產送諸官署，請求予以適當之處分；若其聲請遲延或被駁斥時，行爲人均應負擔損害賠償之責任(條一五二)。此不外於許可自力救濟之中，仍寓保護他人權利之意耳。

中華民國二十二年四月(叢書本)出版

民法總論

全書一精
冊裝書

定價大洋三元二角

外埠
加寄費



著者 徐謙 季龍

出版者 上海法學編譯社

印刷者 上海會文堂新記書局

總發行者 上海會文堂新記書局

總發行所 上海會文堂新記書局

分發行所 會文堂新記書局

上海 三馬路
北首
北三河
琉璃廠
北平 交通
北平 永通
廣州 永通
北平 永通

(3)

