



Handwritten scribbles or marks in the bottom left corner of the page.

中華民國法學會主編

法學叢書

民法原論總則

史尙寬著

大東書局印行

6.1805

13540

民法原論

總則

史尚寬著



George Y. Lo
Political Science Department
Huhan University

湖北省圖書館藏 18. 1947.
舊書資料

大東書局印行

1 9 4 5

民法原論總則目錄

緒論

一	民法之意義	一
二	民法法典之編制	三
三	民法之來源	四
四	民法法規之種類	七
五	民法之解釋	九
六	民法之效力	一
七	民法上之權利義務	一五
八	我國民法之經過	二四
九	新民法之特色與立法精神	二八

第一編 總則

第一章 法例 四七

第二章 人 五〇

第一節 自然人 五〇

第一款 自然人之權利能力 五〇

第二款 自然人之行為能力 五九

第三款 人格之保護 六六

第四款 住所及居所 六九

第二節 法人 七三

第一款 通則 七三

第一目 法人之意義及種類 七三

第二目 法人之設立 七四

第三目 法人之權利能力 七六

第四目	法人之行為能力	七七
第五目	法人之侵權行為能力	七七
第六目	法人之機關	七九
第七目	法人之住所	八〇
第八目	法人之登記	八一
第九目	法人之監督	八一
第十目	法人之解散	八三
第十一目	清算	八五
第二款	社團	八八
一、	社團之意義及種類	八八
二、	社團之設立	九〇
三、	總會	九一
四、	社員	九六
第三款	財團	九八
一、	財團之意義及其類別	九八
二、	財團之設立	九九
三、	財團之組織及管理	一〇一

四、董事行為無效之宣告

五、財團目的之變更

第四款 外國法人

第三章 物

第一節 物之意義

第二節 物之種類

第三節 動產與不動產

第四節 主物與從物

第五節 孳息

第四章 法律行為

第一節 通則

第一款 法律行為之意義

一 法律要件與法律上之效力

二 法律事實

三 法律上之行爲

四、董事行為無效之宣告	一〇三
五、財團目的之變更	一〇四
第四款 外國法人	一〇四
第三章 物	一一二
第一節 物之意義	一一二
第二節 物之種類	一一六
第三節 動產與不動產	一一九
第四節 主物與從物	一二二
第五節 孳息	一二四
第四章 法律行為	一二八
第一節 通則	一二八
第一款 法律行為之意義	一二八
一 法律要件與法律上之效力	一二九
二 法律事實	一三一
三 法律上之行爲	一三二

四	法律行爲之本身	一三四
第二款	法律行爲之種類	一三六
第三款	法律行爲之成立要件	一三八
第四款	法律行爲之方式	一四三
第二節	行爲能力	一四四
第一款	概說	一四四
第二款	無行爲能力	一四六
第三款	限制行爲能力	一四七
一	限制行爲能力人	一四七
二	法定代理人之代理權與同意權	一四八
三	限制行爲能力人未得允許所爲行爲之效力	一五〇
四	相對人之保護	一五〇
五	限制行爲能力之例外	一五三
第三節	意思表示	一五六
第一款	概說	一五六
一	意思表示之意義及其成立階段	一五六
二	意思主義與表示主義	一五七

三 意思表示之種類	一五八
四 非真意之表示	一五九
第二款 意思之缺乏	一五九
第一目 虛偽表示	一五九
第二目 錯誤	一六三
第三款 意思之瑕疵	一六七
第一目 詐欺	一六八
第二目 脅迫	一七〇
第三目 撤銷權之行使期間	一七一
第四款 意思表示之效力發生時期	一七二
第五款 意思表示之解釋	一七六
第四節 條件及期限	一七八
第一款 條件	一七八
一 條件之意義	一七八
二 條件之種類	一七九
三 條件之成就與不成就	一八〇
四 附條件法律行為之效力	一八一

五	不容附條件之法律行爲	一八三
第一款	期限	一八五
一	期限之意義	一八五
二	期限之種類	一八六
三	期限之屆至	一八七
四	附期限法律行爲之效力	一八七
五	不容附期限之法律行爲	一八七
第五節	代理	一八八
第一款	代理之意義性質及種類	一八八
第二款	代理權及代理之效力	一九一
第三款	代理人之能力及其意思表示之效力	一九五
第四款	次代理人	一九七
第五款	代理權之限制	一九八
第六款	代理權之消滅	一九〇
第七款	無權代理	一九四
第六節	無效及撤銷	一九五
第一款	無效行爲	一九六

第二款 得撤銷之行為……………二〇九
第三款 須第三人同意之行為及無權處分……………二一四

第五章 期日及期間……………二二八

第一節 期日期間之意義……………二二八
第二節 期間之計算法……………二二九

第六章 消滅時效……………二三三

第一節 概說……………二三三
第二節 消滅時效之客體……………二三五
第三節 消滅時效之期間……………二三八
第四節 消滅時效之進行……………二四一
第五節 消滅時效之障礙……………二四三
第一款 消滅時效之中斷……………二四三
第二款 消滅時效之停止（不完成）……………二五三
第六節 消滅時效之效力……………二五九
第七節 消滅時效利益之拋棄……………二六一

第七章 權利之行使……………二六七

第一節 權利濫用之禁止……………二六八

第二節 自衛行爲……………二七〇

第一款 正當防衛……………二七〇

第二款 緊急避難……………二七三

第三節 自助行爲……………二七六

附參考書目錄……………二八一

民法原論

總則

史尚寬著

緒論

一 民法之意義

民法有實質的意義與形式的意義。實質的意義又有廣狹之分，廣義的指私法之全體而言，狹義的指商法以外之私法而言。形式的意義乃指依法典形式制定之民法法典。茲分述之如下。

1. 實質的意義

廣義之民法為私法之全體：私法為法之一部，故先說明法之概念，次說明私法之意義。

法者，依社會中心力，就中依國家權力以強行之社會生活規範也。人類為社會的動物，彼此關係至形錯雜，不可無一定之行為準則，以為生活之常規。此種行為之準則，稱為社會生活之規範，得有種種，概而言之，曰宗教之規範，曰道德之規範，曰禮俗之規範，曰技術之規範，是為第一次社會生活之規範。社會生活漸次發達，社會之中心力集中於會長或數元老之手，將第一次社會生活規範中有強行之必要，且有強行之可能者，漸次強



行之，是為第二次社會生活之規範，即為法律。社會結合以一定之土地與人民為基礎，而成鞏固團體，即為國家。其中心力即為國家權力。法律因國家之權力，益發達而底於完成，是為最完全之法律。

私法者對於公法而言也。私法與公法區別之標準極不一致，可分為三大派。

(一)目的說 以保護公益為目的者為公法，以保護私益為目的者為私法。

(二)關係說 謂公法為權力關係，私法為平等關係。

(三)主權說 謂規定國家或公共團體雙方或一方為主體時之關係者為公法，規定私人相互間之關係者為私

法。(此說以私法為公法)

然公私利益有時難為截然之區別，故第一說不足採。公法不盡為權力服從關係，例如國際公法為規定國與國間對等之關係之法，然不得謂為私法，故第二說亦不足取。又國家或公共團體與私人間之關係之規定，不盡為公法，例如國家購置物品亦為民法中之買賣，故第三說亦非確論。是以公法私法之分，不可不另求標準，惟可就其實質而為定義曰：「規定國家生活之法曰公法，規定社會生活之法曰私法」。

廣義言之，國家生活即為社會生活之一形式，然組織及維持國家團體之人類生活，(國家生活)，與以種類之生存繼續為目的之人類生活，仍可別而觀之，社會生活於此意義，則與國家生活為對立之名詞，民法即為規定此狹義的社會生活準則之法。普通憲法、行政法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、國際公法等，稱為公法，民法(商法)稱為私法。近時國家對於私法關係漸採積極的保護甚為抑制之態度，故私法有時不免帶有公法之色彩，所謂社會法(勞動法)經濟法，即為公私法混合之境域，是又不可不注意者。

狹義之民法：此乃指不關於商事之私法而言。商法規定民法未規定之事項，例如商號商業登記，或規定民

法原則之例外，例如商行爲通則及關於買賣之規定等，故民法爲一般法，商法爲特別法。我國民商合一，不復有商法之稱，故所稱民法，乃廣義之民法，卽包括民事特別法而言也。

2. 形式的意義

民法法典謂以法典形式制定而命爲民法之成文法，具爲形式的意義之民法，然此形式的民法不能網羅實質的民法規定之全部，在民商分立之國尙有商法及其系統之特別法，在民商合一國家則別有民事特別法，民法法典以外，關於民法規定散見於各種成文法者甚多，例如土地法、著作權法、專利法、團體協約法、勞動契約法、工廠法、礦業法、漁業法、航空法及其他有關法令，不勝枚舉。此外尙有不成文民法，有如後述。不獨此也。而且民法法典亦含有不少之公法規定，例如關於禁治產之宣告、死亡宣告、法人設立之許可及其撤銷，占有之訴等規定。是以民法法典與實質的意義之民法，二者範圍頗有懸殊。

二 民法法典之編制

民法法典之編制有二式，一曰 *Institutiones* 式。又曰羅馬式。一曰 *Pandectae* 式，又名德國式。羅馬式者。取法於凱由斯 *Gaius* 之法律教科書。 *Iustinianus* 帝以之編纂其法典中之 *Institutiones* 所襲用之編制法也。其內容共分三編。第一編人事 (*Personae*)。第二編物件 (*Res*)。第三編訴訟 (*Actio*) 是也。法國民法卽倣此制。第一編人事。第二編財產及所有權之種種變更。第三編所有權取得法。其與 *Institutiones* 稍異者，不過將訴訟法一編除外而已。荷、比、西、葡諸國民法及日本舊民法，皆與法民法大同小異，均屬於羅馬編制式者也。茲略述羅馬式之缺點如下。

- 一 概爲原則的規定，缺少可爲他部分前提之總則。
- 二 同爲財產法，而未區別性質全異之物權與債權。
- 三 置關於人格及能力之規定以及親屬關係之規定，於財產編。
- 四 繼承只視爲財產取得之一法。

德意志式者，取法於德國私法學者之著述所爲之編制法也。羅馬法繼承於德，德學者加以研究新設編制之法。其特色，一者在於債權、物權、親屬、繼承四編之前，冠以總則一編。以規定各種法律關係之通則。一者在於分財產權爲兩大部分，曰債權、曰物權，以辨明其性質。首採此編制式者。厥爲沙克遜(Sachsen)民法(一八五二年草案成一八六三年施行)。第一編爲總則，第二編物權，第三編債權，第四編親屬，第五編繼承。然巴威民法草案(一八六一)依此次序，但將第二編與第三編顛倒，首債權後物權，德意志民法依之。日本現行民法則依沙克遜式，我民法則依巴威式。瑞士民法第一編人事，第二編親族，第三編繼承，第四編物權。其外形雖似羅馬式，然其實質則近德式也。蓋瑞士於一八八一年曾發布債務法，一九一二年修正，其規定即相當於債權編也。

三 民法之法源

民法之法源者，構成民法法規之一切法則也。大別之爲制定法及非制定法。制定法可分爲四種。(一)法律，(二)命令，(三)自治法，(四)條約。非制定法可分爲三種。(一)習慣法，(二)判例，(三)法理。

一、制定法

制定法者，國家之意思依一定之形式而表示者也。故制定法內部要素，為國家之意思，外部之要素，為依一定之形式國家意思之表示。其表示之方法及形式，則依各國憲法而有異。因表示形式與表示機關之不同，而有法律、命令、自治法、條約之區別。

1. 法律 法律有形式的與實質的二義，實質意義者，凡有法律實質之法規，不問其形式如何，皆謂之法律。形式的意義者，凡由議會通過或經人民創制複決制定之者，皆稱為法律是也。此處所稱，係指形式的而言。即憲法上所謂法律，係與命令為對稱者也。民法法典為法律，殆無疑義。民法法典不能盡收民事之規定，故其他法律為補充或限制民法者稱為民事特別法。其實質亦為民法之一部也。

2. 命令 命令者，不經立法機關議決由執行機關所發布之法規也。

3. 自治法 於國家制定法律之外，公共團體本其自治立法所制定之自治法，亦為民法法源之一。在憲法賦與地方自治權甚大之國家，其公共團體關於民事之立法，亦有自由之餘地也。

4. 條約法 條約法者，含於已公布國際條約中之法律的規定也。國際條約依法公布後，有拘束人民之力，故條約中之民事規定，為民法法源之一。例如通商條約、著作權條約、工業所有權條約等，含有民事規則，亦不少也。原來關於條約之國內的效力，議論極不一致。有謂條約為國家間之契約，只能拘束國家自身，直接對於人民非將其內容變成法規時，不能有何等效力。有謂條約雖一面為國際間之契約，然他方條約為國家之意思決定，其公布即為對於人民之表示，當然發生拘束人民之效力。實際上各國憲法多規定條約有國法的效力（日憲一三條。德憲四條），此等有國內法之效果者，通稱為條約法（Vertragsrecht）。條約既與法律有同等之效

力，當然可以變更法律，法律亦可變更既訂之條約，不過國家須負違反條約之責而已。

二、非制定法

1. 習慣法 習慣法者慣行社會生活之規範，依社會之中心力，承認其為法的規範以強行之不成文法也。有國家以前之社會及初期之國家，習慣幾占法律之全部，迨國家生活發達，文字普及，漸採用成文法，而民法則仍滯留於習慣法之境界。自十八世紀至十九世紀之初，中央集權各國為謀國法之統一，大規模編纂法典，欲將民法法規悉羅入而無遺。一八〇四年之拿破崙法典，一八一一年之奧國民法典，皆有否認習慣法效力之傾向。十九世紀歷史學派學說漸盛，排除成文法萬能之思想，一八九六年之德國民法關於此點未設規定，一九〇七年瑞士民法第一條始明定習慣法對於成文法有補充的效力。

2. 判決例 學者稱之為判例法 (Case Law, *Judgments Law*, *Judikaturrecht*)。判例法云者，裁判所之判決例，成爲法律之謂也。判例法在國法上占重要之位置者，英美是也。在英與美，裁判所自己，同級或上級裁判所作之判例，普通皆有拘束力。因兩國成文法較少，故判例大有發展之餘地。在歐洲大陸及日本，裁判所原則不受自己，同級或上級裁判所下判決之拘束，然亦不妨發生判例法。蓋實際上往往一判決既定之後，其後遇同樣之事件發生，如無特別反對之理由，必仍下同樣之判決。以同樣判決屢經援用之時，人民之間遂成爲習慣，而發生法律之效力。此即所謂判例法也。

3. 法理 制定法不能將事一切規定爲法規，而習俗與判例上又無先例之時，則只有依自然之法理以判斷，固爲當然之事也。法理之有法律效力，近世學者多否認之。然裁判官不能拒絕裁判，苟遇法律無規定之事項，自不得不依準法理以濟法律之窮。近世法典認法理爲法源者甚多。例如德民法第一章案第一條，意大利法例

第三條第二項，與國民法第七條，瑞士民法第一條第二項等，皆有明文之規定。我國民法第一條規定，「民事法律所未規定者，依習慣。無習慣者，依法理。」民國二年上字第六四號大理院亦有同樣之判例。近世學者認法理爲法源之一者甚多。在德則有 Kohler, Ring, Federmann 在日本則有梅謙次郎美農部達吉穗積重遠等。

四 民法法規之種類

民法法規云者，以組織民法各個之條文所定之法則也。其種類甚多。略舉之如下。

一 固有法與繼受法

固有法者，其社會生活發達之結果，以應地而生之規範爲內容之法律也。繼受法者，繼受外來法律之謂也。外來之繼受方法，有兩種。曰習慣法的繼受。曰立法的繼受。習慣法的繼受之例最顯著者，爲十三世紀與第十四世紀在德繼承羅馬法是也。立法的繼承之例最顯著者，爲比國意大利之繼受拿破崙法典，土耳其繼受瑞士民法法典是也。我國民法除親屬繼承兩編中有不少之固有法外，其他之大部分多爲繼受法。

二 實體法與程序法

實體法又名主法，確定權利義務之所在及其範圍之法也。程序法一曰助法，規定實行權利及履行義務之程序也。此種區別，僅由法律之全體觀之，非能於各條規定之中貫徹其性質者也。卽如民法之中非全爲實體法規，亦含有程序的規定。如法人關係夫婦關係設定之規定，既可稱之爲實體法，亦可稱之爲程序法。理論上先有實體法，然後有程序法。但在法制史，則民事刑事程序法反先發達，而爲實體法發達之誘因。普通稱民法，商法爲實體法。民事訴訟法，人事訴訟程序法，非訟事件程序法，破產法，不動產登記法，戶籍法，拍賣法爲程

序法。

三 普通法與特別法

普通法與特別法之區別，有三種之意義。第一以法律適用之地域爲標準者，第二以受法律適用之人爲標準者，第三以法律之規定事項爲標準者。關於第一第二兩點，詳於民法效力之章，依第三種之區別，則關於一般事項之法律，爲普通法。關於或特別事項之法律，爲特別法，即民法爲普通法，而商法爲特別法。然此區別，不過爲相對之名詞，例如商法對於民法，雖稱爲特別法。然對於交易所法，則固爲普通法也。但民法絕對的爲普通法，一名爲普通私法。普通法與特別法區別之實用，則在於特別法關於其所定之事項，先於普通法而適用也。然特別法亦非全然排斥普通法之適用，如商法之於民法，人事訴訟法之於民事訴訟法，普通法常爲特別法之補充的適用也。

四 原則法與例外法

原則法者，關於或事項在一般情形時適用之法規也。例外法者，其事項有特別之情形時，排斥原則法而適用之法規也。例如民法第六條規定『人之權利能力始於出生終於死亡』，爲原則法。第七條關於胎兒之規定，則爲例外法也。原則法與例外法之區別，與普通法特別法之區別不同。特別法對於普通法，有時爲例外法，但不爲例外者亦不少。民法全體爲普通法，但含原則法與例外法。又一個之條文中，亦同時含有原則法與例外法者，有『但書』之規定者多如此。然但書之規定，亦不盡爲例外法。例如民法第八六條之但書，反爲原則法也。原則法與例外法區別之實質，則在解釋法律時須注意兩者之關係。普通有『例外應從嚴格解釋』(Exceptio est strictissimae interpretationis)之法律格言，然亦非可常時墨守也。

五 強行法與非強行法(任意法)

解釋法律之際不可不注意者，其法規為強行法抑為任意法是也。強行法者其法規所規定之法律關係內容，不許依當事人意思變更之者也。任意法者其法規所規定之法律關係之內容，不過為當事者意思之補充或解釋者也。原來法律皆有強行力，所謂任意法一旦定為適用之時，與強行法無異。唯當事者得預先表示反對意思，以避免其適用而已。違背強行法規之行爲多爲無效，亦有不爲無效，而加以別種制裁者。稀有不完全之規定，其違反亦無制裁者。民法債編任意法最多。因法國民法之制定，當時契約自由之原則，占有勢力。故相沿用。但近來多漸加以制限。

五 民法之解釋

民法之解釋者，定民法法規之意義之謂也。凡法律之解釋，可分爲公解釋，一曰法律的解釋，及私解釋，一名學理的解釋之二種。公解釋者法律中之用語，以同一之法律或以其後之法律確定其意義之謂也。例如民法第六六條規定稱『不動產者謂土地及其定着物』，私解釋者吾人依推理之方法，以定法律意義之謂也。又可分爲文字解釋。(Sprachliche Auslegung)與論理的解釋。

解釋以法文之文句用語爲基礎，而定法律之意義者，謂之文字解釋。原來成文法之所以爲成文法者，在於文字文義之確定，爲第一步之要事，固不待言。法律發達之結果，遂發生種種之專門語。故以文字解釋法文之意義，且使專門法律用語，漸行普通化，亦爲要圖也。然單以文字解釋，究非能確定法文之真義。就此條與彼條之關係，其條在法律之位置，其法律與他法律之關係，其法律在國法全體中之位置，立法之目的，社會生活

之必要等，由各方面觀察，用種種論理的方法，以思考之，始能得法文之真義。此即所謂論理的解釋也。論理解釋之方法。又有反對解釋 (a contrario) 當然解釋 (a fortiori) 擴張解釋、制限解釋、補充解釋種種。反對解釋者，以反對之法則，適用於反對事實之謂也。例如民法第七二條規定「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效」，其反面即不背於公共秩序或善良風俗之法律行為為有效是也。當然解釋者，某事實較於法律所定者，更有適用該法則之理由之謂也。即唐律所謂舉重明輕舉輕明重之例，如公園禁止折花，與禁止伐樹摘果，自不待言。擴張解釋者，擴張法文之意義，確定法則之真義之解釋也。制限解釋 (Einschränkende Auslegung) 云者，法律所定文義過於廣泛，縮小而加解釋之謂也。例如民法規定限制行為能力人亦得為代理人 (民一〇四條) 就文面解釋代理有法定代理與意定代理之別，就論理解釋則此代理人專指意定代理而言。補充的解釋 (Ergänzende Auslegung) 云者，立法不能言其所欲言，或不能盡其所欲言，以論理解釋補充之之謂也。

一 類推適用 (比附援引)

類推適用云者，法律無規定之事項，適用與之類似事項之法規也。法律廢用「準用」字樣，係明示類推適用也。或有時雖不用「準用」二字，然用其他語句，亦可表示同樣之意。有不可不注意者，為適用與準用二語之區別也。準用非全適用所引用之規條，應依事項之性質，而變通適用者也。

法律無準用規定時，是否仍許類推適用，則為問題。然以社會生活之必要上言之，則不可不允許類推適用也。類推適用，有謂之為新立法者。類推適用之結果，或有時發生習慣法與判例法。但類推適用，不過為對於具體事件原則之適用，非原則之設定也。有謂之為擴張解釋者，然超過或程度之類推，不復得謂之解釋。故類推適用之根據，乃在於法律之欠缺，不得不依條理以判決之者也。



二 自由法說

關於法律解釋及適用，有所謂自由法說者（Freirechtstheorie）。自由法說，實為最近法律帶有社會的傾向之一發現。自二十世紀之初，德法兩國一派學者主之。或謂新自然法論。此派之學者，最注重於正當平衡之裁判，攻擊從來之法律及法律學，謂非可以達此目的者。原來法規不過為法官一般的指南，裁判官應於法規以外，用科學自由探究的方法（La libre recherche scientifique）以發現基於事物本性（La nature des choses positives）之法律（Freie Rechtsetzung）。此主張實基於對於從來立法及裁判之不滿，欲在法律學開一新生面。最可注意者，擺脫從來之概念法學（Begriffsjurisprudenz）與論理法學（Konstruktionsjurisprudenz）而趨於目的法學（Zweckjurisprudenz）與利益法學（Interessenjurisprudenz）。不拘於法律之文字，常欲尋出活法律（Das Lebende Recht）是也。然法律之目的效用，一方在於適用於個個事件之妥當性（Rechtsgemeinschaft），一方在於一般的法律之安定（Rechtssicherheit），苟徒拘于法律之形式，而忘社會之利益，固所不取，然偏于個個裁判之妥當，而認法官有變更法律之能力，反足以滅却法律之社會的目的，亦難以贊成也。

六 民法之效力

民法之效力云者，民法支配之範圍也。關於事之民法適用範圍，已述於前。茲一述關於時、人與地、三者之民法適用範圍如下。

一 關於時民法之效力

法律不溯既往，乃羅馬法以來公認之原則也。諸國法律多有以明文規定者。（例如民法二條。日本舊法例

二條)。蓋舊法下所確定之法律關係，以新法變更之，實有害于社會生活之安全也。然法律不溯既往之原則，不過以之定解釋法律之標準而已。以法律規定某法規有溯及力，固無妨也。溯及力又有強弱之分。關於民法施行前發生之法律關係成立所必要之事實，規定自民法施行之日發生效力者，曰弱度之溯及效力。規定溯及事實發生之當時發生效力者，曰強度之溯及效力。例如民法規定利息不得超過百分之二十，而貸借關係發生於舊法時至新法時仍然存在者，如規定民法施行以後可付二分利息，則為弱度之溯及力。如規定自貸借關係成立之當時，即可付二分利息，則為強度溯及力（債編施行法五條）。關於溯及力，德民法施行法並未置概括之原則。自一五三條至二一七條，就各項規條而為規定。茲依 *Einwoerger* 民法教科書所舉之解釋原則如下。

1 有疑時。推定一切法規只規定將事實不溯及既往。

2 依法規之種類而為區別者。

A 凡規定一事實之效果者（即一事實關連於法律關係之成立消滅或變更者），只關於將來之事實。故於民法施行前發生之事實，有關於權利之成立者，縱令依新民法已不復有此效力，仍繼續其效力。通常謂之新法不害既得權。然新法規定某事實有關於某法律關係之廢止或變更者，如此事實於新法支配之下發生時，縱令其法律關係於舊法時已成立仍有足使某法律關係向後廢止或變更之效力，例如民法以前之夫婦關係，可依新民法之規定，離婚或改用分別財產制是也。

B 法規直接關於權利，即直接規定其內容效果及其存廢者。關於將來者，即明定此種權利將來須具有此種內容效果以及存在或不存在。關於已成立之此種權利，即明定此後須具有此內容此效果或從此廢止。（例如德民法一八一條關於所有權之規定。一九九條關於夫婦扶助義務之規定）。

3 依法規所定之標的而為區別者。

A 債權之內容，依其成立時之法律（德民施一七〇條）。夫婦財產契約亦同（德民施二〇〇條）。

B 關於物權親屬關係及其直接效力，身分、能力之規定，如成年禁治產等法規所定內容之效力，可及於民法施行時已成立之法律關係及身分能力。

4 不同時發生之多種事實

A 如一事實可視為發生法律效果之基本原因，其他只可視為條件者，以主事實發生時為斷。故損害賠償責任，以違法行為發生時為標準，不問其損害發生時如何。有條件及期限之法律行為，以締結時之法律為斷，不問其條件及期限到來時新定之法律如何。

B 在其他情形之下者，當以構成要素（*Tatbestand* u. *Moment*）到來時為標準。例如繼承效果，當以遺產人之死亡時為標準，不問其親屬關係成立時如何。但一構成要素為一完全法律行為時，其效果應以法律行為締結時為準。例如繼承契約或繼承拋棄之效果，以其成立時之法律判斷之。

要之法律之溯及力如何，本無一定原則。當探究各條之性質如何，而為個別之規定，為最得策也。

關於時之民法適用之法則，學者有稱之為時際私法者（*Inherentes Privatrecht*）。謂此種法規，不屬於公法亦不屬於私法。

二 關於人之民法效力（國際私法）

民法關於人一般適用之者，稱為普通法。即非只適於某特別階級之人，適用於一般人之謂也。然此所謂一般之人，有兩意義。（一）不問所在之地如何，凡中國人皆適用之。（二）不問國籍如何，中國內住在之人皆適

用之。解爲第一義者，謂之屬人主義（*Personalfachprinzip*）。用於第二意義時，謂之屬地主義（*Territorialit* *actus principii*）。在中古以前，專行屬人主義。近世國家發達，漸生屬地主義，與前者爲併立的原則。故今之國法，以其國家人民主權之結果，不問所住地如何，適用於其一切之國民，又以其領土權之結果，支配其國內所存之一切外國人。故中國民法適用於住在中國內之中國人，固不待言。在外國之中國人，在內地之外國人，亦同受其支配，乃爲原則也。然各國皆採取同一主義，引起國際間法律之衝突，而內外人之情形，亦各異其趣，往往發生不便。爲免此衝突與不便，故有國際私法之發生。對於前記之原則多設例外規定。我法律適用條例第五條以下之規定是也。

國際私法，另成一科之學，故不詳及。

此外有特殊階級不受民法之支配者，例如日本皇族另有皇室令，皇室財產令，華族另有華族世襲財產法。關於軍人有陸軍現役軍人婚姻條例，海軍現役軍人結婚條例等。然除軍人有特別情形外，他皆爲封建時代之遺物。我國爲民國，當然不許此種制度之存在也。

三 關於地之民法效力

一國之民法原則於其國境內之人民，無論其爲本國人或外國人，皆適用之。但對此原則亦有種種之例外。1 雖爲自國之領土，然不適用自國之民法也。例如朝鮮爲日本之領土，然不適用日本之民法。安南爲法之領土，然不適用法國之民法。

2 因國際私法之效果，於自國領土內，不適用自國之民法也。

3 領事裁判權之結果。外國人不適用所在國之法律。

七 民法上之權利義務

一 權利之本質 以意思說利益說C折衷說

權利云者，依法律之担保，得貫徹主張某利益之可能性也。或謂之法律附與人格者（自然人法人）之力。故有稱法律為權利之規定，法律學即權利之學，現代之通說也。有謂法律與權利同時存在，謂法律為客觀的權利（Objektives Recht）。權利為主觀的法律（Subjektives Recht）。或唱權利先存說，謂法律不過維護或制限既存之權利。關於權利之質，有謂權利者意思之力也，Savigny主張之（客觀說）。有謂權利者為保護利益所有之意思，或謂權利者依意思力所保護之利益也（意思利益折衷說）。然以上諸說，皆易偏於權利先存說。權利基礎雖在於利益，意思之支配，亦為其要素。然利益意思不得即謂之為權利。原來規範為行為之準則，主要為義務之規定。權利非規範之必然要素，無權利者實規範之常態也，例如道德規範，純為義務之規定。若云道德上之權利，則不過為對於他人履行其義務之一希望耳。其利益之主張，依法律之担保，始發生權利。權利不僅為主張某利益，更要求適應於其主張之物之支配，以及相對人之行為與不行為。某關係之維持或變更，結局可依國家權力以貫徹之。從而利益之主張，依法律之担保，而大異其性質。法律外之權利，與法律上之權利迥然不同。故於此意義，可謂權利為法律之創造（法方說）。按之社會進化史與法律發達史，權利之觀念在人類社會達於某程度進化之後，為法治之產物，始得以發生發達。有法律不得即謂有權利之存在，况謂權利先於法律而存在乎。原來人類社會進化之第一步，為團體凝固之現象而發生者，厥為義務觀念。至社會之中心力，強制履行此義務時，法律生焉。即此可謂義務先於法律而存在，法律係以義務為本位而發生發達。最初發生之義務

，即爲對於最高權力之服從。其服從之結果，同一社會彼此之法律上義務，因以確定，而權利之觀念即應此義務觀念而生。個人自由思想發達之後，遂引起個人與最高權力之對抗，權利得以確定。法律遂由義務本位而變爲權利本位矣。

二 民法上之權利義務

1 公權與私權 (*droits civils ou politiques, droit civil ou des richesses* *Recht oder Staatsrecht des Bürgers, Privates Recht: civil rights, Private right*) 權利與公法私法相對應，可分公權與私權。即以國家生活上之利益爲內容者，爲公權。以社會生活之利益爲內容者，爲私權。故民法之權利屬於私權。然法律上難以絕對區別，正如前述之公法與私法。故民法中公權附與之規定亦不少（民三〇條、二二七條、一〇五二條）。關於公權私權之區別，特別可注意者如下。

A 此區別無關於權利之主體，個人得享有公權，例如選舉權、訴權。國家及公共團體亦得享有私權，例如財產權。

B 此區別無關於權利之如何發生。因私權之侵害而生訴權之公權。又公法上之義務違反得生私法上之損害賠償請求權，例如官吏之賠償責任。

C 此區別無關於權利之有無財產上之利益，例如親屬權爲私權，官吏之俸給權爲公權。

D 此區別無關於權利是否得由民事訴訟主張之，例如選舉訴訟爲法院之管轄，而選舉權乃公權也。

2 權利義務之對應 民法上之義務云者，爲民法所保護利益之實現，得強制行爲不行爲狀態也。自法律發達史觀之，及於「勿欺勿盜」之道德規訓爲法律上之義務時，始生民法上之物權與債權。有義務然後權利生，

權利生而義務益重。故今日實際上權利與義務常相對應，尤其民法與其他私法爲然。但亦非無例外，如撤銷權，婚生子否認權（民一〇六三條）等，固無與之對應之義務也。

3 義務本位權利本位與社會本位 權利義務大體互相對應，已如前述。故同一法律關係自權利方面或自義務方面，皆得規定之。原來法律由義務本位漸進於權利本位，實爲法律發達之過程。自十八世紀之末至十九世紀，歐洲諸國爭編憲法典，實爲權利思想勃興之時代。近來漸有否認權利者，爲權利本位思想之反動。其代表爲法國 Bor Bordaunux 大學教授 Lyon Duguit（可參照其所著之拿破崙以來私法之一般變遷 *Les transformations en droit du droit prive depuis Napoleon, paris 1912*）。原來孔德（Auguste Comte）曾主張「人只有盡其義務之權利」。Duguit 則謂人在社會應盡一職，並無自由之權。唯有社會的行動之義務。卽如有權非爲所有者之權利，不過爲財貨保持者之社會的機能而已。故法律不復保護所有者之權，唯擔保財貨保持人以行使社會機能之可能性而已。……此種議論，再有復於義務本位之傾向。然民法之內容，不限於權利義務之規定，例如民法第十二條以滿二十歲者爲成年人之規定，民法第二十條以下關於住所之規定，不得謂之直接有關於權利義務。故權利義務非爲法律之全部，而法之強要義務或擔保權利者，非以義務之強行或權利之擁護爲終局之目的，要不外爲保護與促進社會生活之利益也。因此法律既不得爲權利本位，亦無須爲義務本位，當以社會本位爲理想。及於個人自覺時代，而法律進於權利本位，入於社會自覺時代，則法律今後應變爲社會本位，亦無可疑。

三 私權之分類

私權因其觀察點之不同，得爲種種分類。茲將普通分類之法述之如下。

1 基於權利主體之分類 權利之主權爲享有權利之人格者，通稱權利人。權利之主體有自然人與法人之別

。後者享有權利之範圍較狹。然權利不因異其主體而變其性質，故不能以權利主權之有無及種類而為分類。惟就與權利主體相關連者，分為兩種。

A 身分權 (Standesecht) 權利得分為身分權與非身分權。民法上身分云者，謂基於親屬法上之相對關係之身分，有一定身分然後得享之權利也。例如家長權為家長對於其家屬之身分，夫權為夫對其妻之身分，親權為父母對於其子女之身分，是也。亦可謂之為親屬權 (Familienecht)。

B 專屬權 (Hoheitspersonlicher Recht) 權利得分為專屬權與非專屬權。專屬權者，專屬於一身之權利也。性質上唯在權利人得享有之。即不能依讓與或繼承而移轉於他人之權利也，例如親權與夫權。不獨權利有專屬與非專屬之分，義務亦然。財產權一般為非專屬權，然由委任及僱傭所生之權利義務，多為專屬者。不可不注意者，民法第二四二條所謂專屬於債務人本身之權利，乃為行使專屬權，與前述之享有專屬權有別。例如因侵權行為所生之損害賠償請求權，股東權，行使之專屬權也。終身定期金權，享有專屬權也。

2 基於權利效力所及之範圍而為之分類，權利效力所及之範圍，謂為權利內容之法律上之力所得對抗人之範圍也。基於此範圍，普通分為絕對權與相對權。絕對權 (Absolute Rechte, Droit absolut) 有謂之為對抗一般人之權利，而相對權 (Droit relatif, relatif's Recht) 為對抗特定人之權利。有謂相對權為要求特定人之行為或不行為之權利，絕對權為要求一般人不行為之權利。亦有稱之為對世權與對人權者。通說謂人格權，物權，繼承權為絕對權，債權為相對權。然此分類依以下之理由。不甚澈底。

A 絕對相對之分類，非兩分權之法。有全兩不屬者，例如撤銷權，所謂形成權之多數，皆無相對之義務人。B 物權雖得對抗一般人，然於制限物權 (Beschränkte dingliche Rechte)，其目的物之所有人，特為

其所對抗，不免帶有相對權的色彩。

C 親屬權有謂之爲絕對權者，有謂之爲相對權者，要可謂其兼有兩者之性質。例如夫婦關係。

D 一般以債權爲不得對抗一般之人，第三者不得侵害之。在種類債權固如此，然於僱傭契約，若第三者使債務人負同樣之債務，或以交付特定物爲債務之標的，爲第三者所毀滅之時，則爲給付不能，不得不謂之爲侵權行爲。故相對權亦有時有絕對之效力。（肯定英國判例 *Jamley V. Gye*, 1853）要之，絕對權相對權之分類，可歸着之如下：

或以義務人爲標準而分有直接義務人之權利，有間接義務人之權利。有有直接義務人與間接義務人之權利，有全無義務人之權利。或以性質爲標準。而分爲有不可侵性與排他性之權利，有只有不可侵性之權利。

§ 其於權利標的之分類權利之標的（亦稱權利之目的或權利之內容）者，指爲權利內容之有形無形之利益而言也。其標的略分別之如下。

A 以本身（*die eigene Person*）爲標的者，例如人身權（*Personenrecht*）。包含人格權與社員權（亦有稱人格權與親屬權爲人身權者）。

B 以他人爲標的者，例如親屬權。

C 以他人之行爲或不行爲爲標的者，例如債權，社團與其社員相互間之權利。

D 以精神創造物爲標的者，例如著作權。

且以權利爲標的者，例如權利質。

然權利之標的千差萬別，非能一一羅述。僅就依此分類之權利中主要者述之如下。

A 人格權 (Personlichkeitsrecht) 人格權者，以與權利人之人格不得分離之利益，為標的之權利也。其性質上為絕對權且為專屬權。我民法關於生命，身體、自由、名譽、姓名等（民一六條——一九條。瑞民二七——三〇條）規定人格權。德民則惟有關於姓名權之規定。其他則以有刑法上之保護，未有明文規定。日民關於姓名權 (Namenrecht) 無規定。又商號權為姓名權之一種，亦人格權也。

B 財產權 (Vermögensrecht) 通常謂以有金錢上之利益為標的之權利，為財產權，例如物權及債權。然債權之給付不必盡有金錢之價值，即所有權亦然，例如信函之所有權。反之親屬通稱為非財產權，然父母得依親權對於有勞動能力之子女取得金錢的利益。故財產權者只可謂為（前述之）身份權及（後述之）人格權以外之權利也。

C 物權 (Sachenrecht) 物權者，直接以物之支配為標的之權利，民法第三編所規定各種之權利是也。但其中例外有以權利為標的之物權，例如權利質。

D 能權 前記之物權以外，有依特別法之規定，視為物權者。例如礦業權，漁業權。此等之權利非以現在特定之物為標的，其標的為無形之利益，不過將來權利人依特定之行為，得使發生，確定、存續、變更或消滅特定之法律關係而已。德國學者謂之能權 (Kannrecht, Recht des rechtlichen Könnens)。亦有稱為得有權者。蓋依自己一方之行為，得享有法律上效果之權利也。屬於此種權利者，除上述準物權之外，非婚生子女認領權（民一〇六五條），承認權（民一一五條）。選擇權（民二〇八條），將利息滾入母金權（民二〇七條），撤銷權（民一一四條），抵銷權（三三四條），解除權（民二五四條以下）離婚權（民一〇

五二條）等甚多。

⑤ 債權 債權者。以特定人之行為或不行為爲標的之權利也。其要求之行為爲物之給付時，其物謂之債權之標的物。

⑥ 親屬權 (Familiarecht) 親屬權者，普通謂以與權利者立於親屬關係之人爲標的之權利也。家長權、夫權、親權等是也。若以親屬權之一語，出於狹義，只指此三權而言，則此定義不無一理。然若以親屬權解爲親屬法上一切之權利，則此說明，有時爲不當。例如請求扶養權（民一一一四條以下），請求認領權（民一〇六七條）等，乃以相對人之行為爲權利之標的，又離婚權爲前述之能權，不得謂之以相對人一身爲標的之權利也。家長權、夫權、親權、沿革上，以家屬、妻或子之身體爲標的，發達而來，然今日則大有變遷。故此三權不若視爲個個權利義務之集合，而排去包括的權力之觀念。其權利之一部有債權性質者，以相對人之行為或不行為爲標的。其他之一部有物權性質者，在於使用收益或管理相對人之財產。又其他之一部有能權之性質者，依自己之行為，得使發生特定法律上之效果。要之，親屬權自權利之標的觀之，不若使之分屬於此三種權（債權、物權、能權）。因其皆基於權利者之親屬身分，不過可使之統屬於前記之身分權而已。惟親屬人對於其子之護養教育權，以及應此之懲戒權（民一〇八四條、一〇八五條），確以相對人本身體爲權利之標的，謂之爲人身權，亦無不當。然今後所謂護養教育權、懲戒權，應以義務爲中心。卽爲使親權人得履行其義務，法律消極的不妨礙，或積極的容許其行為所生之權利也。至於以子爲父母所有物之舊觀念，當無一顧之價值矣。

⑦ 繼承權 (Erbrecht, Ius Succedendi) 繼承權者，繼承人繼承所繼人之所有一切權利義務 (universit

as juris)之權利也。繼承人繼承開始前所有之利益，謂之期待權 (Anwartschaftsrecht)

且無體財產權 (Immatrialgueterrecht) 無體財產權者，以精神上產出之無體物為標的之權利也，亦稱專用權，例如著作權，專利權，商標權等是。自一方觀之，似為人格權，然法律上視為財產權，即得為讓與或繼承之權利也。

1 社員權 (Mitgliedsrecht) 社員權者，社團法人之社員對於法人所有之權利也。其內容雖有一部為請求贏餘分配之債權。然其主要者則在於社團之構成分子，參與社團之事業，即業務執行權，表決權是也。至於公益法人之社員權，則絕無財產的性質，可視為一種特別之權利。

4 基於權利作用之分類 權利因其作用，普通分為支配權、請求權、形成權及抗辯權。自己正當得為某行為或不為某行為，或依特定之行為使生法律上效果之權利者，支配權、抗辯權、形成權也。正當要求他人為某行為者，請求權也。

A 支配權 (Beherrschungrecht) 支配權者，普通謂直接支配權利標的之權利也。物權、無體財產權、親屬權等皆屬之。然此定義不免有以問答問之嫌。故不若定義曰：「支配權者，直接對於權利之標的，得為法律所許範圍內之行為之權利也」。如此則以行為為內容之地役權，例如禁止承役地建設高房，亦得稱為支配權。支配權概有排他性，即使他人不得為同一之行為也。然不無例外，通行權是也。支配權有禁止他人妨害其行使之作用，然此不可侵性乃為權利之通有性，非獨限於支配權也。

B 形成權 (Gestaltungsrecht) 形成權者，依權利者一方之行為，得使權利發生、變更、消滅或生其他法律上效果之權利也。非如支配權，權利人只得為特定之行為，乃依特定之行為，更使其發生法律上特定之

效果也。即前述之能權，進而自其作用之方面觀之，而命名如此耳。

C 請求權 (Anspruchrecht) 請求權者，要求他人之行爲或不行爲之權利也。債權目其作用觀之，請求權也。然請求權不限於債權。即如物權，無體財產權，親屬權，繼承權等絕對權，亦發生請求權。原來絕對權常包含妨止他人侵害之意義。所謂物權的請求權或謂物上請求權者，絕對權被侵害之時，或有被侵害之虞之時，始發生之要求他人行爲或不行爲之權利也 (民七六七條)。物上請求權之主要者，爲原狀回復請求權，及損害賠償請求權。後者以支付金錢爲目的，故爲債權，前者以原狀回復爲目的，故爲救濟權，與純粹之債權稍異其趣。惟於其性質所許之範圍內，準用債權之規定。故標的物返還請求權，不得與原權分離而轉讓之。請求權與訴權不同，爲保護請求權，請求權常與訴權相隨，然訴權爲公權，促成國家司法權之發動，而請求權則爲私權也。

D 抗辯權 (Einrede, exception) 抗辯權者，妨礙相對人行使其權利之對抗權也。例如先訴之抗辯權 (民七四五條) 同時履行之抗辯權 (民二六四條)。有以拒絕相對人請求給付之給付拒絕權 (Leistungsverweigerungsrecht) 爲抗辯權者，然抗辯權不僅限於拒絕給付，乃對抗其他一切之請求也，例如抵銷權行使之對抗 (德民三九〇條)。抗辯權之抗辯，普通稱爲再抗辯 (Replik) 不得謂之爲對於請求給付之對抗也。給付拒絕權以外之抗辯，有稱之爲反對權 (Gegenrecht) 者。抗辯權者，以相對人所有請求權之存在及有效爲前提之反對權也，與否認相對人有權利存在之異議 (Rechtsverneinung Einwendung) 不同。但訴訟法上之抗辯云者，指被告人用爲防禦方法之一切主張而言，故權利否認之異議，亦爲訴訟法上之抗辯權也。抗辯權因其效用可分爲滅却的抗辯與延期的抗辯權 (Dilatorische Einrede)。前者謂有滅却請求權效力之

抗辯權，例如抵銷之抗辯。後者謂只可使其效力延期之抗辯權。例如同時履行抗辯。德民以消滅時效發生滅却的抗辯權（Peremptorische Einrede）（德民二二二條。我民 四四條）。有謂抗辯權為形成之一種者。然形成權乃有使權利創設，變更或消滅之作用，而抗辯權原則上只有停止請求權行使之效力。故抗辯權為一種特殊權利也。

5 基於權利相互關係之分類

A 原權與救濟權 由權利侵害發生之原狀回復，或損害賠償之請求權，謂之救濟權。其原來之權利，謂之原權利。關於救濟權之作用，可參照請求權之說明。

R 主權利與從權利 擔保他權利之效力或為增大其效力，而附隨之之權利，謂之從權利。主權利者對於從權利而言也。例如留置權，質權、抵押權之於債權，地役權之於需役地所有權，或利息質權之於原本債權是也。前述救濟權，於某意義之下，似可稱為從權利。然與從權利不同者，有左列各點：

A 救濟權為請求權，而從權利則多為支配權。

B 救濟權因原權利之侵害，當然發生。從權利與主權利一同當然發生，或依特別之設立行為而發生。

C 救濟權以原權利之缺損為前提，而從權利則以主權利之存在為前提。故救濟權有因主權利之消滅而始發生者，從權利則與主權利並存共滅，而且以隨之移轉為原則（民一四六條、二九五條、八六二條）。

D 要之救濟權為原權利之變形，從權利為主權利之增加。

八 我國民法之經過

一、清代以前之民法

太古時代之事蹟，書闕有間，不可得而徵矣。溯自唐虞以迄前清，其間歷年數千，勢有弛張，而法書亦遂有多少之變革。惟其中最可令人注意者，即其編纂之精神，數千年皆一貫是也。蓋吾國法書。本以輔翼禮教。禮教所不備，蕭羅者，然後以法律正之。清之律令，淵源於明。明之律令，淵源於唐。唐出於隋。隋本於北齊後周。卒皆形式稍變，而用意不變。偏重公法之制度，而私法關係，大抵包括於禮制之中。然亦有以私法關係爲法書規定之內容者。如所謂戶律、婚律、戶婚、戶役、田宅、婚姻、錢債等篇目是也。此種法條之規定，且有隨時代而增詳之趨勢，可謂皆民法也。不過混雜公法之中，且未見其發達耳。謂吾國無形式的完善民法則可，若謂無實質的民法，則厚誣矣。民國成立之初，關於刑事者，就前清宣統二年公布之刑律，將抵觸國體諸條刪節。於民國元年三月十日，以大總統命令公布，即日施行。是爲中華民國暫行新刑律。關於民事者，因未另定民法。凡前清現行刑律中關於戶役、田宅、婚姻、錢債四篇之規定，仍然適用。即所謂民事有效部分是也。由此可知前清現行刑律，關於刑罰部分，雖因新刑律之頒布而失效。而民事部分，則在新民法未公布施行前，固曾爲有效之法也。

二、民法草案

清之末葉，經庚子戰敗，朝野始憬然思變法以自強。故關於法律之改革，亦稍稍着手進行。光緒二十八年，派沈家本伍廷芳爲修律大臣，專注重於刑律之修訂。光緒三十三年，憲政編查館議設修訂法律辦法，認爲立法應設專官，遂於是年派沈家本俞廉三英瑞爲修訂法律大臣，設修訂法律館，聘日人松崗義正，擔任起草民律。宣統三年，前三編告成。後二編，由法律館商同禮學館訂立，亦於是年脫稿，即所稱大清民律草案是也。內

容計分五篇。一總則、二債權、三物權、四親屬、五繼承，大體倣德日兩國民法，卒未公布施行。

民國成立後，附設法典編纂會於法制局，旋改隸於司法部，更名爲法律編查會。嗣後又更名爲修訂法律館，着手起草各種法律。維時法權調查會議在卽，全部民法草案，卽於民國十四年完成，次第公布，是爲第二次民律草案。內容亦分五編，第一編總則、第二編債權、第三編物權、第四編親屬、第五編繼承。雖經各級法院引用其所定之法理，然尙未成爲正式法典也。

三、新民法編纂之經過

國民政府奠都南京，法制局爲編審法制之機關，毅然以完成民法法典爲己任。民國十七年夏間，着手起草親屬繼承兩編。歷時五月告成。計親屬編八十二條，繼承編六十四條，卽今所稱法制局親屬法繼承法草案是也。當時未及呈請公布施行，該局卽奉命結束，案卷移交於立法院。立法院以民國十七年十二月成立。翌年一月二十九日。該院設立民法起草委員會，而以傅秉常、焦易堂、史尚寬、林彬、鄭毓秀爲民法起草委員會之委員，並聘司法院長王寵惠、考試院長戴傳賢及法國人寶道（Parsons）爲顧問，委何崇善爲祕書，胡長清爲纂修。於是年二月一日開始，依照中央政治會議第一六八次會議議決之民法總則編立法原則，逐日開會起草。歷時三月，民法第一編總則起草完竣。本編分七章，一百五十二條。同年四月二十日該院第二十次會議通過，呈經國民政府於同年五月二十三日明令公布，以是年國慶日卽十月十日爲施行期。民法總則之施行法，議定十九條。亦於同年九月二十四日公布，與總則同日施行。

民法起草委員會，自民法總則草成提交大會通過後。復遵照中央政治會議第一八三次會議議決之民法債編立法原則及編訂民商法統一法典議決案，開始起草民法債編。自夏徂秋，開會一百二十餘次。審議再四。始能

定稿。全編分二章。六百零四條。同年十一月五日該院第五十八次會議通過。呈經國民政府。於是年十一月二十三日明令公布。以十九年之五月五日爲施行期。債編施行法。議定十五條。亦於同年二月十日公布。與債編同日施行。

民法債編脫稿後，民法起草委員會即照中央政治會議第二〇二次會議議決之民法物權編立法原則，於十八年八月二十一日開始起草民法物權編，同年十一月完成，全編十章，二百一十一條。同年十一月十九日該院第六一次會議通過，呈經國民政府於同年十一月三十日明令公布，以十九年五月五日爲施行期。物權編施行法，計十六章，亦於十九年二月十日公布，與物權編同時施行。

親屬繼承兩編。關係社會組織之基礎及黨綱主義者，至爲重要。民法起草委員會，極主慎重，一面調查各地之習慣，一面就前北京司法部之習慣調查報告，加以整理，並將各種重要問題比較外國法制，詳爲研究。此兩編立法原則，經中央政治會議第二三六次會議通過後，該會即於十九年秋初着手起草。至是年冬間，兩編先後完成。親屬編分七章一百七十一條，同年十二月三日立法院第一百二十次會議通過，呈經國民政府同年十二月二十六日明令公布，以二十年五月五日爲施行期。親屬編施行法計十五條，於二十年一月二十四日公布，與親屬編同日施行。繼承編分三章八十八條，與親屬編同日由立法院通過，呈經國民政府於同年十二月二十六日明令公布，以二十年五月五日爲施行期。繼承編施行法計十一條，於二十年一月二十四日公布，與繼承編同日施行。

如上所述，先後兩年之間。民法法典，全部告成。是爲我國有完全民法法典之始，不可謂非立法史上可紀念之工作也。

九 新民法之特色與立法精神

一、民商兩法之合一

民商兩法是否合一，此為起草民法時所應首先解決問題之一。意法德日瑞荷諸國學者，本有盛倡民商兩法合一之說。一九〇一年公布之瑞士債務法，已開民商法合一之端。近如蘇俄民法泰國民法亦均實行合一，誠以商事亦屬民事。商法之與民法對立，在理論上殊無根據之可言。我國民法總則編公布以後，由立法院院長胡漢民向中央政治會議提議，請訂民商統一法典。經政治會議先付審查，旋即議決，認為可行，交由立法院照辦。是為我國民商法統一之經過。

民商法合一之理論如何，可就民商法劃一提案審查報告書觀之。其要點如左。

1. 商法之於民法以外，成為特別法典者，實始於法皇路易十四。維時承階級制度之後，商人鑒於他種階級，各有其身分法，亦遂組織團體，成為商人階級，而商法法典亦漸相因而成，是商法之與民法對立，乃基因於歷史上商人之特殊階級也。我國自漢初弛商賈之律以後，四民同受治於一法，買賣錢債，並無民商之分。清末雖有分訂民法法典及商法法典之議，民國以來，亦沿其說，而實則商人本無特殊階級，亦何可故為歧視。

2. 以對民商法典合一者之言曰，商法所定，重在進步，民法所定，多屬固定。此在昔日之陳迹，容或有之。不知凡法典應修改者，皆應取進步主義。立法者認為應修改即修改，而民商合一與否無關。例如英國民商合一，而公司法施，後，亦有數次之修改。而德國為民商分立之國，乃商法之改變，遠不如英國。於此可見進步與否，並不在民商之合一與否。

3. 反對民商法典合一者之言曰，商法具有國際性，民法則否。此亦狃於舊見之說。民商合一，對於商事法規應趨於大同與否，立法者儘可酌量規定，並不因合一而失立法之運用。

4. 昔時各國之商法，以人爲標準。卽凡商人所爲者，均入於商法。德國於一八九七年所訂之商法亦然。法國自大革命之後，以爲不應爲一部分之人專訂法典，故其商法以行爲爲標準。卽凡商行爲，均入於商法。然何種行爲係商行爲，在事實上有時頗不易分。我國如亦編訂商法法典，則標準亦殊難定。

5. 各國商法之內容，極不一致。日本商法分爲總則、公司、商行爲、票據、海商五編。德國商法無票據。法國則以破產法及商事法院組織法訂入商法法典。可知商法應規定之事項，原無一定範圍，而劃爲獨立之法典，亦只自取煩擾。再法典應訂有總則，取其綱舉目張，足以貫串全體。關於商法，則不能以總則貫串全體。

6. 在有商法法典之國，其商法僅係民法之特別法，而最要之買賣契約，仍多規定於民法。而民法上之營利社團法人，仍須準用商法。刪除有特別情形，如銀行交易所之類外，民法商法牽合之處甚多，無取於兩法併立。且民商劃分，如一方爲商人，一方非商人，適用上亦感困難。

以上爲審查報告書所述關於民商法典合一之理論。我國民法，既採民商合一之說，而名之爲民法。則凡商法中應規定事項，應如何分插規定於民法，實爲切要之問題。新民法債編，遵照中央政治會議民商法統一之原則，參酌瑞士蘇俄及泰國之成規，凡性質上便於在民法合一規定者，如通常屬於商法總則中之經理人及代辦商，如通常屬於商行爲中之交互計算，行紀、倉庫、運送營業及承攬運送，均一一訂入民法債編。凡不宜在民法合一規定者，如公司、票據、海商及保險，則分別另訂公司、票據、海商及保險各特別法。商業登記，商號及商業帳簿，通常屬於商法總則之規定，亦擬定爲單行法（商業登記法已公布施行）以便適用。至於民法而外，

所以另訂公司、票據、海商保險等特別法者，蓋因此等特別事項，常與商界習慣有關，而商界習慣，又常有變易，故須另訂法規，修改較少困難也。此等單行法，對於民法法典而言，則稱爲民事特別法。

二、新民法與民律草案之比較

新民法與第一次民律草案及第二次民律草案不同之點甚多。茲就其要點，並分編而約舉之如下。

總則編（一）新民法總則參酌最新之蘇俄民法泰國民法，首訂法例一章，與第二次草案不設法例者不同，與第一次草案所設法例之內容亦異。（二）新民法採男女平等原則。不認妻爲限制行爲能力人，與第二次草案同，與第一次草案相反。（三）新民法規定禁治產，附設監護人，而無準禁治產及保佐人照管人等名稱，與第一次草案均異。（四）新民法注重公益，對於法人，不問爲社團爲財團，非經向主管官署登記不得成立，且公益社團及財團於登記以前須得主管官署之許可。是其登記非僅爲對抗第三人之要件，與第一第二兩次草案均異。（五）新民法總則，未設外國法人之規定，以其關係於吾國者，甚爲重要，本擬另訂專法，旋以總則編施行法急待制定，而關於外國法人之事項，又不可付之缺如。故即於施行法中，訂入數條，以便暫用，與第一第二兩次草案均不相同。（六）新民法以契約爲發生債權債務之原因，於債編中規定。其總則中法律行爲一章，不復附設契約通則之規定，與第一第二兩次草案均異。（七）新民法對於法定代理及意定代理，僅於總則編中規定二者共通適用之法則，而以法定代理意定代理分別於債編及親屬編規定之，且無複代理之規定。與第一第二兩次草案，均於總則編中設有詳細規定者不同。（八）新民法倣德國民法，將消滅時效規定於總則編，取得時效規定於物權編，與第二次草案同，與第一次草案異。

債編（一）新民法第二編，名之曰債，蓋指債權債務而言。且隱寓保護債權人、債務人雙方之意在內，與

第二次草案無異，與第一次草案之稱債權不同。(二)新民法因民商兩法合一之結果，故將商人通例中之經理人及代辦商，商行爲中之買賣，交互計算，行紀、倉庫、運送營業及承攬運送等，增入第二章之中。章名各種之債，不曰各個契約關係，此與第一第二兩次草案均異。(三)新民法關於租賃，做德國民法，通稱租賃，不設使用租賃與用益租賃之分別，與第一第二兩次草案異。(四)新民法關於出版，訂立專節，蓋做瑞士民法，第一第二兩次草案均無此規定。(五)新民法關於債務約束，債務認諾及賭博未設專節，此與第一第二兩次草案均異。

物權編(一)新民法不用担保物權之名稱。蓋以擔保物權與用益物權對立，乃學術上之用語，殊無規定之必要，而且我國典權實具有用益物權與擔保物權之兩面性，亦難以截然區分。此與第二次草案同，與第一次草案之以抵押權，土地債務，不動產質權及動產質權併爲一章，稱爲擔保權者不同。(二)新民法關於遺失物之拾得，做日本民法，於動產所有權中，設有詳細規定，不必另訂法令。與第一第二兩次草案定爲另訂特別法者不同。(三)新民法無土地債務之規定，蓋以我國無此習慣，就目前經濟狀況而論，亦無採用之必要也。此與第二次草案同，與第一次草案之做德國民法者不同。(四)新民法無關於不動產質權之規定，僅定動產質權及權利質權，蓋以我國無不動產質權之習慣，故與第一第二兩次草案均異。(五)新民法關於典權，以專章規定之。亦以我國習慣有典而無不動產質也。第一次草案規定不動產質而無典。第二次草案則典與不動產質同時規定，均有未當。(六)新民法明認留置權有物權之效力，於物權編第九章規定之，蓋做瑞士民法。與第一第二兩次草案之做德國民法以留置權爲債權上得拒絕給付者不同。

親屬編 民法親屬編，自大清民律草案以來，除國民政府法制局草案外，計有三種。與新民法規定，各有

異同。(一)新民法關於親屬之分類，以血統及婚姻二者爲標準，計分夫妻、血親姻親。第一第三兩次草案，則以宗法爲主，分親屬爲夫妻、宗親、外親及妻親。二者根本不同。(二)新民法關於親等遠近之計算，採羅馬法親等計算法。第一第三兩次草案，則採寺院法之計算法。(三)新民法關於婚約，特設專節，且以婚約爲非要式行爲，與第三次草案稍異。第一次草案，則無婚約之規定。(四)新民法不認妻爲限制行爲能力人，與第一第三兩次草案均異。(五)新民法注重增進種族之健康，以不治之惡疾及重大不治之精神病，爲解除婚約及離婚之原因，爲第一第三兩次草案之所無。(六)新民法關於結婚之形式要件，採事實婚主義。第一第三兩次草案，則採登記主義。(七)新民法關於離婚之條件，無復男女歧視之差別。與第一第三兩次草案，均寬於男而嚴於女者不同。(八)新民法關於夫妻財產制，規定頗詳。第三次草案雖爲規定而甚簡略，第一次草案則無此規定。(九)新民法分子女爲婚生及非婚生兩類，無嫡子庶子之別，亦無嗣子私子之稱。此與第一第三兩次草案大異。(十)新民法關於父母對於子女之關係，係從義務方面規定，而不偏重於其權利，故親權之範圍縮小。(十一)新民法不設監督監護人之規定，而以監督之責任，屬於親屬會議。且不許檢察官加以公力之干涉，此與第一次草案第三次草案均異。(十二)新民法關於家制之規定，內容甚爲簡單，注意於家長之義務，而不偏重其權利，且無家產之規定。此與第一次第二次第三次草案不同。

繼承編 民法繼承編草案，除法制局草案外，有第一第二次之草案。其與新民法不同之點如下。(一)新民法僅定關於遺產繼承之規定。宗祧繼承則視爲宗教關係，不復設有明文。此與第一第二兩次草案根本不同。(二)新民法不分男女，關於遺產繼承均屬平等，與草案不認女子有遺產繼承權者大異。(三)新民法明定夫妻有相互繼承財產之權利，且依德瑞立法例，不設一定之順位，與草案之不認配偶爲遺產繼承權者不同。(四)

容許限定繼承，以免除父債子還之累。(五)新民法關於遺囑之方式，規定特詳，以便自由擇用。與第二次草案略同，與第一次草案各異。

民法特約特立

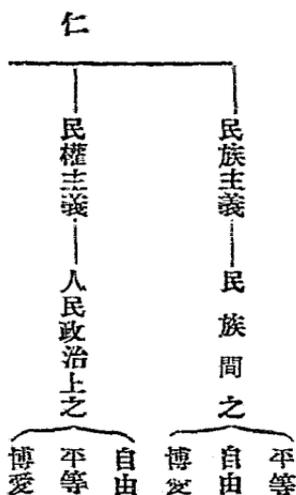
三、民法之立法精神——自由平等博愛

我國民法之最高立法原則為三民主義。即自由，平等，博愛三原則之平均適用，而期於中和狀態也。溯自法國大革命以自由、平等、博愛為當時立法三大原則，因此近代國家由警察國家而變為法治國家，由專制政體而變為立憲政體，由罪刑擅斷主義而變為罪刑法定主義。然由此而產生之法律，偏重於個人主義，立憲制度不外為個人權利，自由之尊重。刑法法定主義，亦不外為個人之保護。法律之權利思想及行為本位論，亦為個人主義之結果。蓋既主張個人之人格，則不得以個人為權利之主體，而承認其得主張一定之利益，除其行為明白表現於外部者外，不生責任問題。一七八九年之人權宣言，極端表示天賦人權。以為神聖不可侵犯。故有言論自由、出版自由、集會自由、結社自由、信教自由之規定。一八〇四年公布之拿破崙法典，極端尊重個人之自由，因此演成四個原則。(一)意思自治之原則。(二)契約自由之原則，(三)責任基於過失而生之思想，(四)所有權不可侵犯。拿破崙法典雖極端尊重個人自由，然對於平等。博愛之原則，未能相提並顧。即或涉及，亦皆面於形式上平等之觀念，而忘實際上平等之要義。就其所定夫婦間之關係言之，妻隸夫權之下，非得其同意，不得為任何行為。既不得管理共有財產，亦不得管理自己財產，並不得行使親權。就父子之關係言之，親權之內容為懲戒權(得囚禁未滿十六歲子女)，監督權(結婚未得父母同意有發送稟請書之義務)及享受權。就私孀之關係言之，非婚生子女非得其父母認領，毫無法律上之關係，即得其認領，亦僅有一部之繼承權。就僱用人與被僱人之關係言之，勞動為買賣之標的物，完全依契約而定，而且明文規定關於工資之數額及支

付有爭執時，應以主人之言爲斷。此平等原則未能實現也。且採用嚴格的責任主義及權利絕對主義，無過失者不負責任，既負有債務，則應徹底履行。對於債務人及債權人之經濟狀況，毫未計及。權利人可以自由行使其權利，其妨害社會利益甚或間接損害他人之利益與否，在所不問。此博愛主義未能實現也。個人主義之立法與人民以政治上之解放，而且使人人有經濟上自由發展之機會，以促成產業之革命，而達成近代工商業之繁榮。此其功也。然因產業革命，大企業占絕對優勢，昔之手工業及其他獨立工作之人，皆失其獨立性，而降爲被僱用之勞動者。於是形成勞資之對立，遂發生社會問題。爲解決社會問題，自十九世紀末以至今日，法律生莫大之變化。廢去自由放任主義，而代以國家干涉主義。法律由個人主義漸趨於社會主義，由權利本位而漸趨於社會本位。此種新趨勢，名爲法律之社會化。所有權不可侵犯之觀念，已不存在。法律上漸有各種之限制，無過失損害賠償之責任漸以確立。上述意思自治及契約自由之原則，亦漸加以限制。其限制方法舉其要者，約有五端。即（一）對於契約之內容，設一定法律上之限制，以縮小當事人自由約定之範圍。即任意法規之強行法則化是也。（二）已成立契約之內容，使依法律之理想而變更，團體協約，標準協約均有此效。（三）使定型化之契約，受國家之監督，例如工廠之服務規則，獨占事業之特許條件。（四）使定型化之契約約款，依經濟力之均衡爲自由之協定，以定其範圍，例如團體協約。租賃規範協約。（五）契約之強制訂立，例如強制協約（我勞資爭議處理法第七條）。此外國營事業日以增加，故私法又漸有公法化之傾向。在我國從前素重禮治，而禮與法皆以家族制度爲中心，偏於君主專制之維護，所注意者不出於農業社會之家族經濟之關係，個人主義之立法向未之見，故現今立法既不宜於立足於家族制度，尤不宜襲取個人主義之糟粕，而應以全民族之利益爲基礎，注重農工業並進之民族經濟關係。對於以民族精神，民權思想，民生幸福爲中心之一切新組織新事業，予

以保障。個人之利益於全民族之利益中，始受其保護。故既非從前家族本位之立法，亦非歐西個人本位之立法，而為全民本位之立法矣。我國民法立法原則，係根據三民主義。亦即以上述各點為依歸。就三民主義與自由、平等、博愛三原則之關係言之。

總理嘗以民族主義擬於自由，民權主義擬於平等，民生主義擬於博愛，然此不過依其所異者而言，若就其同者觀之，則民族主義不獨求民族之自由，而亦求民族間之平等與博愛。民權主義不獨求人民政治上之平等，而亦求自由博愛之實現，民生主義不獨求社會上博愛之實現，而亦求人民經濟上教育上之自由平等。不過民族主義之於自由，民權主義之於平等，民生主義之於博愛，更各有特為重視之理由，而於其他二者則惟有程度上之差異。試就其關係，以表示之，有如左列。



(經濟上教育上)

自由

民生主義——人民社會上之

博愛

平等

故自由、平等、博愛三者，相牽相引，相抑相制，而爲用。以物理言之，自由有如遠心力，博愛有如向心力。平等有如均衡力，使皆運用得宜，則可入於正軌。無自由則不得各盡其能，無平等則行有得其道，無博愛則運用不靈。此三原則，如何調合適用於民法，若別而觀之，則可爲左列之內容。

(一) 關於自由原則者

1 私法自治原則之採用，即法律行爲以意思表示爲其不可缺之要素，因意思表示而後生法律效力。因交換的所爲兩個意思表示之相合，構成法律要件而爲法律行爲者，爲契約。關於意思表示之自由，(民法第八六條至第九八條)，及契約之自由，(民法第一五三條至第一六六條)，民法上皆有詳細之規定。

2 侵權行爲人及債權人，原則上僅就故意或過失之行爲，負其責任(民法一八四條二二〇條)

3 一般自由之保護(民法十六條十七條)。即保護人之自由，精神上及經濟上之自由，皆在保護之列。他方面又爲個人契約自由之限制。

4 人格權及姓名之保護(民法一八條一九條)。

5 所有權於法令限制範圍內之自由行使(民法七六五條七七三條)及其他財產權之保護。然詳細規定其權

利行使之界限，（例如民法一四八條二四九條七七三條至八〇〇條八五〇條）。

6 一般權利之保護（規定侵權行為及債務不履行之裁判。即得請求損害賠償及聲請強制執行）。

（二）關於平等原則者

1 人人平等，即自然人均有權利能力。於同一條件，均有行為能力（民法六條一二條至一六條）。

2 男女平等。

A 男女平等繼承（民法一一三八條）。

B 同得為家長（民法一二四條）。

C 同得為監護人（民法一〇九四條）。

D 妻之行為能力限制之撤廢（民法一二條一三條）。

E 夫妻離婚條件之相同（均得以他方通姦為離婚條件）（民法一〇五二條）。

F 收養子女應得他方配偶之同意（民法一〇七四條）。

G 父母共同行使對於子女之權利及負擔義務（民法一〇八九號）。

H 配偶互相繼承（民法一一四四條）。

3 親權及家長權之限制（父母子女間及家長家屬間之平等）。

A 父母對子女有保護及教養之義務（民法一〇八四條），一方面為其權利，他方面為其義務。

B 父母濫用其權利時，得由最近親屬或親屬會議糾正之（民法一〇九條）。

C 家長管理家務，應注意於家屬全體利益（民法一一二六條）。

4 非婚生子女與婚生子女之平等待遇（民法一〇六五條）。

5 被僱用人與僱用人間之平等。關於被僱用人尤其關於工人之保護，民法擬讓於勞動法之規定，故規定較簡（民法四八三條四八七條四八八條參照勞動契約法團體協約法工廠法等）。

6 房屋承租人與所有人之平等。關於房屋承租人之保護，民法規定於租賃內（民法四二四條至四二六條等）。土地法更就屋荒救濟時，特別保護房屋承租人（土地法一六一條至一七〇條）。

7 土地承租人永佃權人及地上權人與土地所有人之平等。關於耕作地承租人（民法四五七條至四六三條）永佃權人（民法八四三條八四四條）地上權人（民法八三四條八三八條八四〇條）民法均有保護之規定。土地法更就自耕佃（土地法一七一條至八七條與土地施行法三六條四〇條四二條）及以所有建築物為目的之土地承租人（土地施行法四四條至四七條），特為保護之規定。

8 著作人與出版人之平等。關於著作人之保護，民法特設一節，詳為規定（民法五一八條至五二七條）。
9 一般債務人與債權人之平等。民法關於債務人之保護規定，亦不鮮其例。關於給付選擇權之歸屬（民法二〇八條）關於遲延利息之限制（民法二三三條二項），關於抵充債務之規定（民法三二一條），關於債務人得先期清償之利益（民法三一六條）以及後述減輕債務人責任之規定等，皆屬之。

上述（5）款至（6）款之規定，一方固為平等原則之適用，而他方適為自由之限制。蓋當事人之地位有強弱不同，而所處之境遇則又各有別。若非對於弱者或境遇特別困難者，加以扶持，則所謂平等，僅形式上之假平等，非實質上之真平等也。

（三）關於博愛原則者

1 無過失責任之確認。關於無過失責任之根據，一般承認業務危險說之原則。例如謂業務傷害為業務固有之危險，受其利益者，受其害。故業主對於因工受傷之工人，不得不負賠償責任，（參照工廠法四五條）。然民法上之無過失責任，依此尚不足以說明。可謂基於博愛之精神，依平衡之原則，及權衡損害發生之原因，當事人雙方損害之程度，或經濟狀況，而生之賠償責任也。列舉之如次。

(1) 因錯誤而撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人所負賠償責任（民法九一條）

(2) 無權代理人對於善意之相對人所負之損害賠償責任，代理人不能證明其代理權即應負責。其有過失與否，在所不問（民法一一〇條）

(3) 正當防衛，逾越必要程度之賠償責任。不問行為人就逾越之原因有無過失，均應負責。（民法一四九條）。

(4) 緊急避難因逾越危險所能致損害之程度之賠償責任。行為人有過失與否，在所不問（民法一五〇條）。

(5) 在自助行為，聲請援助被駁回，或聲請遲延時所負之賠償責任。其行為有無過失，在所不問（民法一五二條二項）。

(6) 對於管理事務人，本人所負之賠償責任（民法一七六條）。

(7) 無意識或精神錯亂中所為行為之賠償責任（民法一八七條四項）。

(8) 無行為能力人或限制行為能力之賠償責任（民法一八七條三項）。

- (9) 僱用人就受僱人行爲所負之賠償責任（民法一八八條二項）。
- (10) 債務人就其代理人或使用人爲債務履行時之故意或過失所負之責任。（民法二二四條）。
- (11) 債務人支付遲延利息之責任（民法二二三條）。
- (12) 在清償地不同之債務，爲抵銷之人對於他方因抵銷而生之損害所負之賠償責任（民法三三六條）。
- (13) 出賣人就其所保證之出賣物品質所負之賠償責任（民法三六〇條）。
- (14) 承租人對於其同居人或其允許爲租賃物使用收益之第三人應負責之事由，所致租賃物之毀損滅失，應負之賠償責任（民法四三三條）。
- (15) 定作人對於承攬人因其終止契約所生損害之賠償責任（民法五一一條）。
- (16) 委任人對於受任人因處理事務所受損害之賠償責任（民法五四六條）。委任人或受任人因其終止契約所負之賠償責任（民法五四九條）。
- (17) 寄託人因寄託物之性質或瑕疵對於受寄人所負之賠償責任（民法五九六條）。
- (18) 旅店或其他以供客人住宿爲目的之場所主人對於客人所攜帶物品之毀損喪失所負之賠償責任（民法六〇六條）。
- (16) 飲食店浴室之主人對於客人所攜帶通常物品之毀損喪失所負之賠償責任（民法六〇七條）。
- (20) 運送人對於運送物之喪失毀損或遲到所負之責任（民法六三四條）。
- (21) 運送人就其僱用之人或其所委託爲運送之人之行爲所負之責任（民法六三六條六五八條）。
- (22) 對於水源地或井之所有人因工事杜絕減少或污穢其水時所負之賠償責任（民法七八二條）。

(23) 設壞人對於對岸水流地所有人之賠償責任（民法七八五條）。

(24) 土地所有人使用隣地時所負之賠償責任（民法七八六條一項至七八八條七九二條七九六條）。

(25) 取回物品或動物對於土地所有人所負之賠償責任（民法七九一條）。

(26) 使用人他人正中宅門所負之賠償責任（民法八〇〇條）。

(27) 以上(7)款至(9)款係斟酌行為人或僱用人與被害人之經濟狀況，由法院所令給與被害人全部或一部之賠償。

2 義務減輕 原來法律上之責任，甚為嚴格。一旦義務成立，即有澈底履行之責。此觀念與我國舊有之社會感情不符，故民法特許斟酌債務人之經濟狀況及其他情事，而減輕其義務。

(A) 損害賠償責任之減輕。損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額，（民法二一八條）。損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之（民法二一七條）。

(B) 過失責任之減輕酌定。過失之責任依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定（民法二二〇條二項）。

(C) 違約金之減少。債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金（民法二五一條）。酌定之違約金額過高者，法院得減至相當之程度。

(D) 分期付給或緩期給付之利益。債務人無為一部清償之權利，但法院得斟酌債務人之境况，許其於無甚害於債權人利益之相當期限內，分期給付或緩期給付。給付不可分者，得許緩期給付，（民法三

一八條參照民事訴訟補充條例)。

(E) 贈與履行之拒絕。贈與人約定後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與致生計有重大之影響者或妨礙其扶養義務之履行者，拒絕贈與之履行(民法四一八條)。

(F) 保證人責任之縮減。保證人之負擔較主債務人爲重者，應縮減至主債務之限度(民法七四一條)。
3 自由之限制。民法關於契約之自由及權利之行使，限制規定甚多。舉其要者如次。

(A) 暴利之禁止。法律行爲係乘他人之急迫輕率，或無經驗，使其爲財產上之給付或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲或減輕其給付(民法四七條)。

(B) 利息之限制。約定利率超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息無請求權(法二〇五條)。
(C) 利息不得滾入原本再生利息(民法二〇七條)。

(C) 權利濫用之禁止。民法直接間接關於此種規定甚多。例如權利之行使，不得以損害他人爲主要目的(民法一四八條)。債權之行使及債務之履行，均應依誠實信用方法(民法二一九條)。當事人如以不當行爲阻其條件之成就，或促其條件之成就時，則視爲已成就或不成就，(民法一〇一條。因權利之行使，於權利人之利益甚少而不許其行使者，則有民法第二六四條第二項之規定(他方當事人已爲部分之給付時依其情形如拒絕自己之給付，有違背誠實信用方法者，不得拒絕自己之給付)。
第三五四條第一項之規定(出賣人所負瑕疵担保責任，如出賣物價值減少價值之程度無關重要者，不得視爲瑕疵)。第四九四條規定(承攬人不修補瑕疵或其瑕疵不能修補時定作人得解除契約或

請求減少報酬。但瑕疵非重要者。不得解除契約。他如原狀恢復義務之減輕。即回復有重大困難者。應以金錢賠償損害（民法二一五條）。承攬人如修補所需費用過鉅者，得拒絕修補（民法四九三條）。在雙務契約當事人所得或應得之利益或故意怠於取得之利益，均應扣去（民法二六七條四八七條）。民法第四四六條所定出租人留置權之限制等（承租人如因執行業務取去其物或其取去適于通常之生活關係或所留之物，足以擔保租金之支付者，出租人不得提出異議），亦莫非權利濫用之防止也。

(D) 所有權行使自由之限制。所有權之行使，應在法令限制之範圍以內（民法七六五條）。不動產所有權惟於其行使有利益之範圍內及於地之上下。如他人之干涉不礙其所權之行使者，不得排除之（民法七七三條）。民法第七七四條至八〇〇條關於相隣權或其他之規定，在在皆限制所有權之行使。

4 道義之尊重

- (A) 違反公序良俗之法律行為，無效（民生七二條參照二條三六條九三〇條）。
- (B) 給付係履行道德上之義務者，不得請求返還（民法一八〇條）。
- (C) 因故意侵權行為而負擔之債，其債務不得主張抵銷（民法三三九條）。
- (D) 故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者，為侵權行為。
- (E) 脫法行為之防止。故意或重大過失之責任，不得預先免除（民法二二二條）。債權人不得以折扣或其他方法巧取利益（民法二〇六條）。旅店主人以揭示限制或免除其責任者其揭示無效（民法六〇九條）。運送人於提單或其他文件上有免除或限制其責任之記載者，除證明託運人對於其責任之免

除或限制明示同意外，不生效力（民法四六九條）。

四 關於全民族之利益者（自由平等博愛三位一體）

原來自由、平等、博愛三原則連環爲用，互不可分。以上乃各就其特殊之點別爲觀察，其實彼此互爲正反，並不能作截然之區分。自三者混合爲用之點觀之，則係關於全民族之利益，試分述之如左。

1 社會之公益。民法爲謀社會之安全及健全，規定頗多。所謂社會安全又有動的的安全與靜的安全分之別，不獨保護靜的安全，而應保護動的的安全。不獨保護個人或一家之正當利益，而並側重於保護一般公眾之利益。即謀全民族之共同利益也。關於此項條文，例示之如次。

(A) 法人設立之限制（民法三〇條）。

(B) 消滅時效及取得時效期間之縮短（民法一二五條至一二七條七六八條）。

(C) 表示主義之採取（民法八六條八七條八八條九二條）。效果意思表出之時，意思與表示完全一致爲意思表示之理想。然實際不能如此。故於此時因注重於表示人之意思或表示，而有意意思與表示主義之不同。我民法則稍偏於表示主義。蓋注重意思主義，係傾於個人主義之法律。然民法爲顧交易上之安全，故以表示主義爲原則也。

(D) 占有之保護（民法九四三條九四四條九六〇條）及即時取得之規定（民法八〇一條八八六條）。

(E) 物權登記要件主義之採用（民法七五八條）。

(F) 典權人取得典物所有權之規定（民法九二三條二項）。

(G) 結婚撤銷效力之限制（民法九九八條）。及撤銷之效力不既溯往。

(H) 非婚子女之請求認領權，(民法一〇六七條)。

(I) 親屬會對於監護人之監督(民法一一〇六條一一一二條)。

(J) 扶養之義務(民法一一一四條一一一七條一一二〇條)。

(K) 限定繼承之容許(民法一一五四條至一一六三條)。

(L) 遺產管理人之選置(民法一一七七條)。

(M) 繼承特留分之規定(民法一二二三條)。

2 國民經濟之適合

(A) 關於引水排水及使用他人土地規定(民法七七五條七七八條七七九條七八三條七八五條至七八九條七九二條)。

(B) 越界建築，非即提出異議，不得請求遷折之規定(民法七九六條)。

(C) 因附合混合取得動產所有權之規定(民法八一一條八一三條)。

(D) 因加工取得他人動產之規定(民法八一四條)。

(E) 主物之處分及於從物之規定(民法六八條二項)。

3 種族健康之增進

(A) 早婚之害足以弱身，而我國向有早婚之習。故民法明定結婚之最低年齡，以示限制(民法九八〇條)。

(B) 近親相婚，於遺傳生不良之影響，而於風化亦有攸關。故民法規定一定親等之親屬間，不得結婚，

以杜其弊（民法九八三條）。

(C)不治之惡疾及重大不治之精神病，我國舊律及歷次草案均不以為解除婚約之原因。衡諸優生學，實有未合。故民法明定其得以解除婚約及離婚（民法九七六條一〇五二條），以期增進種族之健康。

(註一)用我們三民主義的口號和法國革命的口號來比較，法國的自由和我們的民族主義相同，因為民族主義是提倡國家自由的。平等和我們的民權主義相同，因為民權主義是提倡人民在政治之地位是平等的，要打破君權使人人都是平等的，所以說民權是和平等相對待的。此外還有博愛口號，這個名詞的原文，是兄弟的意思。和中國同胞兩個字，一樣的解法。普通譯成博愛。當中的道理和我們的民生主義，是相通的。因為我們的民生主義，是圖四萬萬人幸福的。為四萬萬人謀幸福，就是博愛（見民權主義第二講）。

(註二)國父云「民族主義，就是拿中國要做到同現在列強在平等的地位。就從國際上列在平等地位。民權主義，就是要本國政治弄能大家在政治上有一個平等地位，以民為本，拿民來治國家。民生主義。就是弄到人人生活上經濟上平等」，（見同胞都要奉行三民主義）又云「此三種主義。皆平等自由主義。其效力本屬相通。故主義雖各分立，仍須同時提倡。民族主義者，打破種族上平等之階級也。……民權主義者，打破政治上不平等之階級也。……若夫民生主義，則為打破社會上不平等之階級也」（見軍人精神教育）又云「社會主義之國家，一真自由平等博愛之境域也」（見社會主義之派別與方法）。

(註三)國民黨政綱對內政策十二「於法律上、經濟上、社會上確認男女平等之原則，助進女權之發展」。

第一編 總則

民法總則凡七章，共爲一百五十二條。經國民政府於民國十八年五月二十三日公布並於同年十月十日施行。民法總則不獨適用於民法分則各編，凡一切民事之無特別規定者，皆適用之。

第一章 法例

法例者法律全部適用之通則也。按之外國民法有首揭關於法例之規定者，如瑞士、土耳其、蘇俄、泰國及法國。亦有不設規定者，如德日是。我國民法摭拾法律適用之通則，冠列編首，名曰法例，蓋從瑞士等國之例也。

一、民事規範用之次序

民事第一應適用者爲法律，其次爲習慣，又其次爲法理。即習慣與法理，對於法律有補充之効力也。但法律規定習慣得排斥法律而優先適用者亦不乏其例（民法六八條三七二條四二九條五三七條五七〇條）。

民事乃對於刑事而言，因民商法統一之結果，不復有商事之名稱。法律係指一切關於民事之法律，民法法典及特別民事法規如公司法，票據法、海商法、保險法等固不待論，及其他農工商法規如勞動契約法，團體協約法，工廠法，土地法之一部，船舶法，交易所法，礦業法等凡與民事有關之法律皆包含在內。習慣謂有法的効力之習慣，與單純之事實習慣有別。其成立要件有二。第一須有習慣之事實即就同一事項反覆爲同一行爲之

謂也。第二須有爲法之意思(Ord. into necessity)卽一般以其習慣有法的效果而守之之謂也。民事所適用之習慣以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。公共秩序謂國家生活社會生活之一般的要求。善良風俗謂國民一般之道德的觀念。至事實之習慣，依日民第九二條之規定，如有與法令中無關於公共秩序之規定相異之習慣，可認爲法律行爲之當事人有依該習慣之意思時從其習慣。德商法對於事實之商習慣承認其有解釋當事意思之效力，卽當事人之意思不明時，視爲當事人有承認現存商習慣之意思。法理謂法之原理，其探求方法第一應依據現行法規並就社會的現象爲研究以求調和秩序之原則，第二應訴於理性及道德的知覺，以求正義之基礎。

二、使用文字之方式

依法律之規定有使用文字之要者固不必由本人自寫，但必須親自簽名。惟在我國向認印章爲招信守之標記，故許用印章以代簽名。又以目前不能自書姓名者尙多，故復許以指印十字或其他符號代簽名，但須在文件上經二人簽名證明，以杜假冒。法律規定有使用文字之必要時，如欠缺此種方式，除法律另有規定外，根本不生效力。

三、定數量數目之認定

同時以文字及號碼，表示一定之數量者，例如既書壹貳叁肆伍陸柒捌玖拾等數字外，復記丁||川×8十二三文十或12345678910等號碼。如此數字與號碼有不符合時，法院應先就當事人之意思予以認定。無從決定時，應以文字爲準(民法四條)。但票據法則選以文字爲準(票據法四條)，蓋注重票據之流通性也。

同以文字或同以號碼數次表示一定之數量者，如文字與文字，或號碼與號碼不一致時，如盡審判上之能事而仍不能決定當事人之意思時，則應爲債務人之利益，以最低額爲準。其用意與民法第一一六二條第二項一

如有疑義時，爲諾約人之利益解釋之，之規定同。

司法院解釋

- 一、民法親屬編施行後所發生廢繼事件，應依民法第一條以終止養子女收養關係之法條作爲法理採用（院字一七四號廿三年一月廿九日）。
- 二、解除契約應向他方當事人以意思表示爲之，新校長對教員未經表示解約，雖有不另發聘書爲默示解約之習慣，亦不生效力（院字一四一〇號廿五年二月七日）。
- 三、族人對祠內權利，除該祠規約有特別訂定外，不因拒絕參加修譜而受影響（院字二〇七八號廿九年十一月十一日）。
- 四、關於族中事務之決議，必依族衆公認之規約或慣例而爲之者，始有拘束族人之效力（院字二〇七八號廿九年十一月十一日）。
- 五、訂立移轉或設定不動產物權之書面，以十字代簽名者，若證明人二人亦僅簽十字時，仍爲法律行爲法定方式之欠缺，必須補正，方爲有效（院字一八五四號廿八年二月廿七日）。

最高法院判例

- 一、不動產物權之移轉或設定，應以書面爲之，民法第七百六十條設有明文規定，縱令當地移轉不動產所有權確有交付老契以代訂立書面之習慣，依民法第一條之規定，亦無適用之餘地（廿九年上一五一三）。
- 二、原判決雖謂依習慣出賣典當在外之產業，應邀同典權人到場簽押方能發生所有權移轉之效力，然出典人將

典物所有權讓與他人，在法律上並無必須與權人到場簽押之限制，其讓與行為苟已備民法第七百六十條之方式及其他法定要件，即屬有效（廿九年上二〇）。

三、債權人所得請求之遲延利息，如無高於法定利率之約定利率，依民法第二百卅三條第一項之規定，祇能依法定利率計算，縱令該地方另有一種習慣上所認之利率，但除當事人有以此項習慣為其法律內容之意思者，其利率即為約定利率外，仍不得以此為計算遲延利息之標準（廿八年上一九七七）。

第一章 人

民法上之人乃指權利之主體而言，包括自然人法人。

第一節 自然人

第一款 自然人之權利能力

權利能力（Rechtsfähigkeit）者，得為權利主體之地位或資格也，亦稱人格（Personlichkeit）。凡自然人皆有權利能力。

自然人權利能力之始終，外國立法有只定始於出生，而以因死亡終止為當然之事，認為無須規定者。我民法則規定出生為始期，死亡為終期，蓋從瑞士土耳其及泰國之例也。

一、權利能力之開始

（一）出生人之權利能力始於出生。如何謂之出生，從來學說甚不一致，有陣痛說，一部產出說，全部產出

說，斷帶說，泣聲說及獨立呼吸說數種。德民第一條規定始於出生之完成，瑞士民法第三十三條規定以母體外之生活為開始，皆以生理上之獨立生活為必要，言雖異而實同。我民法之出生亦可依此解釋，即須具備左列二條件。

(一) 胎兒由母體完全脫離而一部露出，倘不得謂之出生。反之，其身體既已脫出，則臍帶雖尚與母體連絡，不妨謂之出生。

(二) 胎兒母體脫離後有活存之必要，蓋自然人人格之基礎在於生活之人類，苟已死於胎內或出生前已死亡者，無法律上之人格。然出生後無須長時間之生活，即一瞬間之生活為已足。獨立之生活始於胎兒之獨立呼吸。出生後生活之證明，有以為應有泣聲者，然固無此必要。

(2) 胎兒未出生時為母體之一部，原則上無權利能力。然法律為保護其將來之利益，特設規定。立法上有所概括主義，凡關於胎兒之利益，概視為既已出生，如瑞士、土耳其及泰國是。有取個別規定主義者，如德日及蘇俄之民法是。我民法第七條規定「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生」，蓋取概括主義也。胎兒於保護其利益之範圍內，視為既生，故關於損害賠償請求權；認領請求權，繼承及遺贈等，視為既已出生。但非保證其個人之利益，則不得視為既生，故對於胎兒有權利之人不得對其父母為請求，以中斷時效。又於為胎兒之時期，不負扶養之義務。此點與瑞士民法第三十一條第一項規定「出生前之胎兒以活在出生為條件，有權利能力」，對於義務之負擔，毫未設限制者不同。

(註) 如何謂之出生非醫學上之見解，乃基於民法之立法理由，故胎兒一部之露出，在民法雖不得謂之出生

，而在刑法則不以之為墮胎，而可構成殺人之罪。

二、權利能力之終止

(1) 死亡 民法第六條規定權利能力終於死亡，一般死亡指自然之死亡而言，即以呼吸斷絕，心臟不復鼓動之時為準。在今日，人格大減等，法外人 (Out-law) ，準死等之舊制，已不存在。權利能力，惟有依死亡而終止。

(2) 死亡宣告 民法第八條至第十一條規定死亡宣告 (Todeserklärung) 之制度，蓋以失蹤人 (註一) 失蹤之狀態，若長此繼續，對於其配偶，繼承人之身分上及財產上之法律關係甚大，故有確定其法律關係之必要。失蹤人失蹤應經過一定期間，法院始得因利害關係人 (註二) 之聲請，為死亡之宣告。其期間之長短，各國立法有不同，而期間又有普通期間 (民法第八條一項二項) 與特別期間 (同條三項) 之別。我民法規定普通期間為十年，對於七十歲以上之失蹤人，縮短為五年。特別期間 (註三) 定為三年。關於期間之起算點，法律無明文規定。德國規定普通期間，自有最後音信時起算，在戰爭失蹤，則自戰爭終止之日起算，船舶失蹤則自船舶沉沒之時起算，危難失蹤，則自危難已去之時起算。然在戰爭失蹤，如戰爭延長，則於戰爭繼續中不得為死亡之宣告，事實上頗不便，故應參酌瑞民第三十六條及第三八條第一項之規定，於普通期間解為自最後音信時起算，於特別期間，解為自災難發生之時起算。關於期間之計算，可參照民法第一二一條及第一二二三條之規定。

死亡宣告效力發生之時期 關於此點，立法上得為左列數種時期之一。

一、宣告之日或宣告確定之日。

二、裁判上認定爲死亡之日。

三、最後音信或危難發生之日。

四、失蹤期間滿了之日。

我民法第九條第一項規定「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時推定其爲死亡（註四）。第二項規定「前項死亡之時，應爲前條所定期間最後日終止之時，但有反證者不在此限」，係採上述（四）之主義。即應以第八條所定之十年，五年或三年期間最後日終止之時，確定爲其死亡之時，而死亡宣告之效力，得溯及於此日。但我民法仍許反證，即發見真實死亡之時，與法定失蹤期間滿了之時不符時，則應以真實死亡之日爲準。

死亡宣告之效力 此與普通民事訴訟之效力不同，不獨對於聲請人發生效力，對於一切人皆發生效力。即無論何人皆得援用。於此意義可稱爲絕對的效力。至於效力所及之範圍，有認爲僅限於財產關係者，此爲德國普通法時代之通說（泰民七五條）。有以死亡宣告，與自然死亡有同一之效力者，依此說則受死亡宣告人之權利能力全然消滅，故財產歸於繼承人，婚姻關係當然消滅，（日民三一條）。有採折衷主義，原則承認對於一切法律關係發生效力，但於婚姻，特設例外者，例如德民第一三四八條第二項規定婚姻關係因配偶之再婚始消滅。我民法第一〇五二條第九款，雖以生死不明已逾三年，爲請求離婚之原因，其他並無類似之限制規定。其意謂於死亡宣告前亦得請求離婚。如於宣告後則自效力發生之日，婚姻關係自可解爲消滅。日後如本人歸來，惟有請求撤銷死亡宣告，以使婚姻關係復活。受死亡宣告人，事實上如在他處仍爲生存，或一日歸來，於死亡宣告撤銷前所爲之新法律行爲或取得權利，仍爲有效。蓋死亡宣告之制度，不過在結束以其向來住所爲中心之法律關係而已。

死亡宣告之撤銷 受死亡宣告人事實上尚生存者有之，真實死亡之時與判決內確定死亡之時不符者，有之（註五）。為死亡之宣告前，未依法定程序催告者，亦有之（民訴六三一條五四七條）。此種情形自應予利害關係人以請求撤銷宣告之權。撤銷死亡宣告之判決，不僅對於訴訟當事人，即對於一切人均有效力，而且溯及宣告時發生效力。然此原則若絕對適用，非所以保社會之動的安全，故有為個別規定，限制其溯及效力者，如德民（一八條）瑞民（三八條）。有為概括規定者，如日民（三一條）。我民訴第六三六條第一項但書規定「判決確定前之善意行為，不受影響」，第二項規定「因宣告死亡取得財產者，如因前項判決失其權利，僅於現受利益之限度內，負歸還之責」。

失蹤人財產之管理 失蹤人失蹤後未受死亡宣告前之財產管理方法，應依非訟事件法之規定（民法一〇條）。外國立法有以之規定於民法總則中者，如日本泰國。有於親屬編內規定不在者財產之管理方法者，如德民。我民法則不為規定，而讓於非訟事件法，尙有待於制定。

出生死亡之時日 出生與死亡之先後，與權利能力有莫大之關係，故出生死亡之事實極為重要。關於孿生子，自以其離母體之先後，為其出生之先後。至於同時遭共同之危難，其死亡之先後不易證明。法國民法第七二〇條第七二二條分人之生命為三時期，自出生以至十五歲為第一時期，自十五歲至六十歲為第二時期，逾六十歲為第三時期。同遇難人年齡屬於第一時期之時，年長者推定為後於年幼者而死。反之，屬於第二及第三兩期之時，年長者推定為先於幼者而死。德民第二〇條，瑞民第三二條第二項，則不問年齡如何，推定為同時死亡。我民法第十一條規定「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其同時死亡」，蓋從德瑞之例也。推定為同時死亡，如無反證，則視為同時死亡。如有死亡先後之證明，自應依其先後，以定法律關係。然若

不設此推定之規定，則先占人常爲勝訴人矣。

三、外國人之權利能力

何謂外國人，即無中華民國國籍之人。何人有中華民國國籍則依國籍法之規定。外國人是否得與中國人享受同等之權利，依中國法令及條約定之。我民法總則施行法第二條，對於外國自然人，規定於法令限制內，與同種類之中國法人有權利能力（註六），第十一條對於外國法人，規定經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人有同一之權利能力，可稱爲限制的平等主義。即外國人之權利能力，得以法令限制之。其限制之範圍，見於條約者，外國人僅得於通商口岸，經商租地，起蓋房屋，不得享有土地所有權（註七）。見於法令者，例如土地法第十六條規定農地、林地、牧地、漁地、鹽地、鑛地、要塞、軍備區域及領域邊境之土地，不得移轉設定負擔或租賃於外國人。國民政府二十年十一月十六日命令國內森林鑛產，荒地漁場，鐵道及各項企業，如未經中央主管部核准，不許締結任何租借或類似租借之契約。

（註一）失蹤人謂生死不明之人，即不能證明其死亡，亦不能證明其生存。又生死不明無須對於一切人皆爲不明，對於死亡宣告請求人及法院，其生死不明時爲已定。

（註二）利害關係人謂失蹤人之繼承人、配偶、法定代理人，受遺人及因失蹤人之死亡得受領保險金人等。失蹤人之債權人及應爲失蹤人繼承人之債權人依繼承而其債務人之財產可增加之時，亦爲利害關係人。

（註三）特別期間爲遭遇特別災難者所定之期間。特別災難謂戰爭，海難、震災、水災、海嘯等一切災難。德日兩國分爲戰爭失蹤。船舶失蹤及危難失蹤。我民法則設一般規定，係從瑞士泰國之例。

(註四) 推定其爲死亡，謂宣告之效力爲死亡之推定，與視爲死亡者不同。關於死亡宣告之效力有規定「視爲死亡」者，如日民第三一條蘇民第一二條泰民第七五條。在未撤銷宣告以前，不許更舉反證。有規定「推定爲死亡」者如德民第一八條瑞民第三八條土民三四條許主張其未死亡者，提出反證，我民法從之。例如基於死亡宣告請求人壽保險金之支付時，在推定死亡主義，則保險公司得不請求撤銷宣告而於該訴訟選舉出本人尙生存之反證。在視爲死亡主義則保險公司不得不先請求宣告之撤銷。

(註五) 因有判決內所確定以外死亡時日之證明而請求撤銷宣告時，則應撤銷其宣告不應爲宣告之變更。蓋死亡宣告惟對於生死不明者始可爲之。若有死於一定時日之證明，則已非生死不明。如因失蹤人於推定時期當時或於其後尙有生存之證明而請撤銷之時，如具備民法第八條之要件，自可再爲死亡之宣告。

(註六) 各國立法一般對於外國人權利能力均有限制。美聯邦政府對醫師律師等執行業務，並無規章。各州政府規章雖不盡同，惟均規定限於美國公民或以宣佈擬入美籍之外僑，方可參加甄別。故外國人無法在美執行此等業務。蘇聯一般禁止私人營業，各類專門職業及技術人員均在國家機關及企業內服務，僅有極少數事務准許人民按集體經營原則，依法組織團體辦理。間或因一時需要准於服務時間以外依私人執行業務。前者如律師，後者如醫師。蘇聯法律雖無限制外人担任專門職務之條文，但在成例及事實上此種外籍人員來蘇工作，均須經過蘇聯政府聘請。外籍專門人如未經聘請，自無法在蘇工作。在日本外國人無集會結社之自由（日本治安警察法第六條），不得爲日

本銀行，橫濱正金銀行，朝鮮師行，朝鮮殖產銀行之股東。外國人或外國公司非得日本主管官署之許可，不得經營銀行業。至保險事業雖有同樣之規定，然僅有其名未曾實施。事實上等於不許。他如運輸、交易所、火藥製造、移民承攬、漁鑛等營業但以本國人為限。自由職業如律師、公證人、船長等均限於日本人。醫藥師，助產士原則亦以本國人為限。但對於日本之醫藥無須試驗而給予執照之國家之人民經內務大臣認定其具有適當資格者，得給予醫師執照。我國不平等條約現經廢除，外人請求為醫師律師者日見其多，法令上不可有限制之規定。關於律師公證人，會計師等多少有公務之性質者似應以本國人為限。至於醫師，工程師等經政府或社會團體聘用者，自可從寬。至於自行開業，則應有嚴格之限制，例如在一定年限內暫准開業並須經一定之試驗而且採用相互主義。茲就現行法令已有規定者例舉之如次。

(1) 外國人應農工礦業技師檢覈辦法

第二條「凡外國人擬在中國境內執行農工礦業技師業務或受事業機關社會團體聘用擔任農工礦業技術職務者，應依本辦法聲請檢覈並請頒執業證書，但受中央行政或國營事業機關聘用者不在此限。」

(2) 外國人應醫事人員檢覈辦法

第二條「凡外國人擬在中國境內執行醫師藥劑師牙醫師護士及藥劑生業務者，應依本辦法躬請檢覈並請頒執業證書。」

前項檢覈，除審查證件外，並應面試中國語言，但受中央行政或衛生醫療機關或公立學校聘用或在教會經主管官署許可設立之醫療機關服務者，免予行試。

(3) 律師法第四十七條「凡外國依其法律，准許中國人充任律師者，其人民得依中國法律應律師考試。前項考試及格領有證書之外國人，在中國執行律師職務應經司法行政部之許可。本法施行前外國人已領有律師證書者仍應依前二項之擬定辦理」。第四十九條外國人准許可在中國執行律師職務者，於法院開庭時，應用中國語言，所呈文件應用中國文字」。

(4) 會計師法第四十條凡外國依其法律准許中國人充任會計師者其人民得依中國法律應會計師考試。前項考試及格領有會計師證書之外國人在中國執行會計師職務應請經濟部之許可

(註七) 依中英新約換文附件(三)雙方了解通商口岸制度之廢除，不得影響現有之財產權，並了解締約一方之人民在締約彼方之領土全境，得依照締約彼方之法令所規定條件，享受取得並置有不動產之權利，故今後對於外國人如何以法令限制其範圍，實為重要之問題。

設問

一、甲有子乙丙二人，乙已婚而無子，丙已婚而生子女各一。設甲乙丙同時遇難，甲之遺產應如何繼承？如能證明甲先於乙而死，繼承上有不同否？

二、甲以遺囑遺贈乙丙二人之最先出生之子，適于某月某日上午十二時，乙妻生一子於上海，丙妾生一子於漢口，但乙妻所生之子吟吟墮地而即夭，此一萬元應誰屬？

三、甲受死亡宣告後，其妻乙與丙某結婚，甲實未死，忽然歸來，請求撤銷乙丙間之婚姻。設乙丙俱為惡意，或僅乙為惡意，對於甲之請求有關係否？

司法院解釋

一、失縱人之財產既由親房代管，其應負擔之捐稅義務，自應令代管人負責（院字一八五四號二十八年二月二十七日）。

第二款 自然人之行為能力

意思能力——權利能力不以意思能力為直接之前提，一般為權利主體之自然人，在於通常之狀態亦為意思之主體。然缺之意思能力之自然人，例如嬰兒，心神喪失者，不失為權利能力人，而一時之心神喪失，亦不因之一時喪失其權利能力也。關於具體的私權之享有，以及法律所規定之權利得喪，例如依繼承之權利取得或依時間經過之權利喪失，雖於無意思能力人，亦同樣發生。而依意思能力之喪失，不致喪失其既得權，固為當然之事也。然依其行為使得發生權利義務之得喪變更或其他法律上之效果，則行為人不可無意思能力。蓋意思無能力人之言語動作，不得謂之行為也。

意思能力者包含合理的認識力及豫期力而言也。瑞士謂之判斷能力 (*Woitahigkeit*) (瑞民一六條至一九條)。我民法謂之識別能力 (民一八七條)。所謂認識及豫期者，對於行為及其法律上之效果或事實之結果為認識及豫期也。從而基於行為發生法律上之效果者，有三類。

1 認識行為之本身，且豫期其法律上之效果而為之行為，所豫期法律上之效果因以發生者，——法律行為。

2 基於認識行為之本身而為之行為，不問行為人之豫期與否，發生一定之法律上之效果者，——法律的行

爲或稱法律上之行爲。

3 認識行爲之本身，且豫期其事實上之結果而爲之行爲，或因過失未及認識與預期而爲之行爲時，於行爲人有使其負行爲責任之法律上效果者，——違法行爲。

以上三類法律上效果之發生，皆以行爲人有意思能力爲前提，於無意思能力之狀態所爲之行爲，法律上爲無效，或不負責任。

行爲能力——自廣義言之，乃依自己之意思活動，得引起法律上效果之能力也。然民法未是認行爲能力之一般概念，只就法律行爲能力（民一二條至一五條七五條）與責任能力（民一八四條一八七條），分別爲規定。故民法所謂行爲能力，指法律行爲能力而言也。依我民法之規定可分（一）有行爲能力人，（二）限制行爲能力人，（三）無行爲能力人三種。一時之無意識或精神錯亂，並不當然喪失其行爲能力，不過其意思表示爲無效（民七五條）。

一、有行爲能力人 成年人及未成年人已結婚者有行爲能力

1 成年人 滿二十歲（註一）爲成年人（註二），蓋我國自古以二十爲弱冠，一般此時期智識經驗，已能權利害之輕重也。各國人之生理發達，有遲早之不同，故所規定成年年齡，極不一致。有爲二十五歲者，如丹墨，西班牙，葡萄牙是。有爲二十四歲者，如奧民是。有爲二十三歲者，如荷民是。有爲二十二歲者，如德法兩國是。有爲二十一歲者，如泰國是。有爲二十歲者如日本瑞士是。亦有爲十八歲者，如蘇俄是。關於訂立勞動契約之行爲能力，有減低年齡者，如西班牙勞動法減爲十八歲，十四歲以上十八歲未滿如得其父母或祖父母同意，而獨立分居者，亦得單獨訂立勞動契約。又結婚年齡遺囑年齡，均較成年

年齡爲低（民九八條一一八六條）。

2 結婚成年 人之智能發達爲漸進的，劃一的以二十歲爲界限，分爲成年與未成年，實不甚合理。爲救此弊，則不可不有近於成年之未成年人之能力，近於或等於成年人之制度。例如法民法之解放制度（*libération*）（法民四七七條以下）法民瑞民及士民之婚姻成年制（*Heirats Mündigkeit*）（法民四七六條一四四條一四五條瑞民一四條二項九六條士民一一條），德民瑞民及士民之成年宣告制（德民三條至五條瑞民一五條士民一二條）。泰國惟採用結婚成年制，而捨成年宣告制（泰民四〇條）。我民法亦然。蘇俄民法減低成年年齡爲十八歲，事實上已無必要，故不設此制。

二、限制行爲能力人

滿七歲之未成年入，有限制行爲能力。其行爲除法律另有規定（民七七條但書），非經法定代理人之允許或承認，不生效力（參照民法七七條至八五條）。按各國關於年齡之區分，有僅分成年與未成年者。未成年入原則上爲限制行爲能力人，是否無行爲能力，則視事實上有無意思能力而定。探此主義有英、美、法、日、意等國。有將未成年之時期分爲三級者，如羅馬以未滿七歲爲一級，滿七歲至未成熟時期（男子十四、女子十二爲成熟時期）爲一級，成熟時期（*Pubertus*）至二十五歲爲一級，奧民以未滿七歲爲幼童，滿七歲至未滿十四歲者未成熟人（*Unmündige*）滿十四歲至二十四歲爲未成年入（奧民二二條）。有分二級者。如蘇俄以未滿十四歲爲一級，滿十四歲至十八歲爲一級，（蘇民七條二項九條）。我民法規定，蓋倣德國之例也。

三、無行爲能力人

1 未滿七歲之未成年入無行爲能力，卽全無法律行爲能力。所謂無行爲能力人，非謂絕對的無意思能力之

人，不過法律上視爲無行爲能力。故所稱無行爲能力，非自然無能力（Capacité naturelle），乃法定無能力（Capacité légale）也。無行爲能力人之行爲，根本無效。

2 禁治產人

a 禁治產制度之理由（註三）——凡在意思能力缺乏或甚不完全時所爲之行爲，應爲無效，而於回復其常態之時則應爲有效。然實際上個個之行爲，果在何種狀態所爲者，既難於認識，亦不易證明。其認識之困難，則有時使相對人受不測之損害。其證明之困難，則多歸于精神障礙者之不利。故民法對於心神喪失或精神耗弱（註四）致不能處理自己事務者，宣告爲無行爲能力人，而公告於公衆。蓋一方欲保護其本人之利益，一方欲保護交易之安全也。

d 禁治產之原因——民法所定禁治產之原因，爲心神喪失，精神耗弱二種。其程度則均須不能處理自己事務（蘇俄民法八條瑞民三六九條）。故一時之精神障礙，固不能宣告禁治產，然其障礙亦不須常時繼續（*cert. Continual*），而時時回復常態之人，其認識及證明更爲困難，故尤有宣告禁治產之必要也。浪費酗酒及放蕩生活等，在外國立法例亦有定爲禁治產之原因者（德民六條法民五一三條瑞民三七〇條泰民五四條五九條）。蘇俄民法於心神喪失及精神耗弱外，則以浪費爲禁治產之原因（蘇民八條）。我民法所定範圍較蘇民尤狹，蓋注重社會一般之利益，於交易上不欲多設限制也。

c 禁治產請求權人——得爲禁治產宣告之請求者（一）本人（二）配偶（三）最近親屬。其精神時時回復常態者，本人覺有宣告禁治產之必要，於回復常態時，亦得爲請求，以保護自己之利益。至於未成人是，否宣告爲禁治產，則以肯定說爲是。蓋限制行爲能力與無行爲能力究有不同，而且未成人不久即爲

成年人也。配偶及最近親屬，與本人關係均甚密切，故得為聲請。然最近親屬較之配偶，利害自有不同，故規定須有二人以上，以杜其弊。至於親屬民法未規定範圍，自以與受宣告人親等最近之人為先。只論其親等之遠近（參照民法九六八條九七〇條）不論其為直系或為旁系，為血親或為姻親。

d 禁治產宣告之程序——關於禁治產之管轄法院及宣告程序，規定於民事訴訟第五九一條至六〇五條，茲不贅。苟具備禁治產之條件，法院如因聲請，則應為宣告。民法第十四條第一項雖規定「得因聲請宣告禁治產」，然此不過謂法院不得以職權宣告禁治產，並非有宣告與否之自由也。

e 禁治產之立法例——關於禁治產之立法例，可大別為三派。其一為宣告上之區別，分禁治產宣告與準禁治產宣告，對於心神喪失人宣告禁治產，對於精神耗弱人浪費人等，宣告準禁治產。法民日民泰民均屬之（法民四八九條至四九二條日民八條至一三條泰民五四條一項五九條一項）。其一，為能力之區別，無禁治產及準禁治產之分，概宣告為禁治產。但因其宣告原因之不同，而行為能力亦有區別者，即規定因心神喪失受宣告者，無行為能力，因精神耗弱浪費，酗酒而受宣告者，有限制行為能力，如德民是（德民六條一〇四條一一四條）。其次，不問宣告之原因如何，因其有無判斷能力，而法律行為能力有不同者，即無判斷能力之禁治產人行為，原則上不能引起法律上之效力，而有判斷能力之禁治產人，經其法定代理人之同意，始得因其行為負和義務（瑞民一八條一九條）。又其一，不為宣告上之區別，亦不為能力上之區別，凡禁治產人皆為無行為能力，此即我民法所採之主義。如蘇俄民法不以浪費為禁治產人原因，則結果與我國民法相同。

f 禁治產宣告之效力——禁治產之宣告，有創設的效力。故一經宣告，非俟宣告撤銷，禁治產人不問其

有無意思能力！其行為均不發生效力。即精神恢復常態，仍不免為無行為能力人。禁治產之宣告，有絕對的效力。即不獨對於聲請人，而且對於一般人，均發生效力。關於禁治產人之行為，有規定不當然無效，而僅得撤銷者，如日民是，有視宣告之原因，規定其絕對無效者，如德、奧、法、蘇俄之民法是。我民法則採取概為無效主義。蓋我民法所定之宣告原因極少，而並以達於不能處理自己事務之狀態為條件，實無特為區別之必要。禁治產人應置監護人（民法一一〇條。）

§ 禁治產之撤銷——禁治產之原因如已消滅，並有撤銷禁治產之聲請，應即撤銷宣告。凡能為禁治產之聲請人，皆得為撤銷之聲請，撤銷宣告之聲請，在民事訴訟法稱為撤銷禁治產之聲請。其第六一五條至第六二〇條規定其程序，不可不注意者為撤銷宣告之聲請與撤銷禁治產宣告之訴（民訴六〇六條至六一四條）不同。前者惟向將來發生效力。後者為不服宣告之訴，溯及宣告時發生效力。但在撤銷禁治產宣告前監護人所為之行為，不失其效力（民訴六一三請）。禁治產之宣告，一經撤銷，則禁治產人向後即成為有行為能力人。

（註一）滿二十歲謂自出生之日起算，（民法一二四條）數足二十歲。初生日亦算在其內。關於依陰歷計算之年齡改為整歲可參照司法院所刊布之年齡換算表。

（註二）成年（*Volljährigkeit*）謂達於有完成行為能力之年齡。其無男女之區別，自不待論。

（註三）禁治產（*Fürhennendigung, interdiction*）謂因宣告而為無行為能力之制度。受禁治宣告之人，稱為禁治產人（*Fürhennungs- u. interdikt.*）。

（註四）心神喪失（*geistkrankheit*）謂全然缺乏意思能力之精神狀態。精神耗弱（*Gistschwachen*）謂因精神

之障礙，其意思能力比之常人，顯為不完全之精神狀態。精神耗弱較之心神喪失不過有程度上之差別。其意思能力，雖得認識其自己行為之結果，然不能有利害得失之相當考慮。心神喪失與精神耗弱之原因，不問其為先天的或因疾病，衰老而為後發的。但因疾病之一時現象，則不在本條所定範圍之內。

設問

- 一、未成年人未得法定代理人之同意，訂立婚約，結婚或離婚，其效力如何？（民法九七四條九一八條一〇四九條民訴五六六條）。
- 二、未成年及禁治產人所為之遺囑，有效力否？（民法一一八六條）
- 三、禁治產人經法定代理人之允許所訂立之契約，是否有效？（民七六條）
- 四、父母得為未成年子女訂婚約否？（民九七二條）
- 五、茲有男女已滿七歲均有結婚之意思，經雙方法定代理人主持舉行婚禮，并具備民法第九八二條之方式，但未合卷同居。如於婚姻關係存續中，復與他人結婚，是否構成重婚？（民九八〇條九八五條九八九條九九二條刑法二二七條一八條一項二項）

司法院解釋

一、已結婚之未成年婦女不因夫之死亡而喪失其行為能力其有和姦之者不能成立犯罪（院字四六八號廿年三日

廿日)

二、以前經宣告之禁治產人不因民法總則施行而失効，若其原因消滅應依法撤銷其宣告。至宣告準禁治產之制度，民法總則並無規定。又以前僅聲請批准立案認為禁治產人而未經宣告者，須有民法第一百四條規定之原因於同法施行後三個月內向法院聲請宣告，則從立案日起視為禁治產人（院字四七四號廿年三月廿一日）。

三、心神喪失者既有輔助人儘可以自己名義為宣告禁治產之聲請，並不生親屬人數是否之問題（院字一七九六條廿七年十月廿日）。

四、未成年之妻，無訴訟能力，非合於法定情形亦不得選任特別代理人。至在民法親屬編施行後所納之妻，無家長與妾之關係，不生脫離問題（院字一三五五號廿四年十一月廿三日）。

五、未受禁治產宣告之人不能謂無訴訟能力（院字一三五五號廿四年十一月廿三日）。

六、不達法定年齡結婚者在未撤銷前有行為能力（院字一二八二號廿四年五月廿八日）。

七、生前囑託他人對於未成年之繼承人應繼財產，永禁變賣，繼承人於成年後竟行變賣，受託人無撤銷權（院字一六五六號廿六年四月廿六日）。

第三款 人格之保護

人格 (Personalität) 較之財產尤為重要。其應保護，蓋無疑義。然自拿破倫法典以下，多注重個人契約之形式的自由，而漠視人格之保護。德國民法及泰國民法，祇設保護姓名權之規定（德民一二條泰民四二條），蘇俄民法亦僅規定限制行為能力及權利能力之行為無效（俄民一〇條），而於能力，自由，姓名權及一般人

格權之保護爲規定者，以瑞士民法及土耳其民法爲始（瑞民二七條至三〇條土民二三條至二六條）。我民法第一六條至第一九條關於人格保護之規定，蓋從瑞士民之例也。

一、能力之保護

權利能力及行爲能力，不得拋棄（民法一六條）。此能力爲各人所應有，其拋棄（註一）雖本於當事人之意思，亦爲無效。不獨拋棄其能力之全部，例如爲奴隸之行爲，即拋棄其各個之能力，如婚姻能力，遺囑能力，所有不動產之能力，負擔義務之能力，或處分其財產之能力等，亦爲無效。

二、自由之保護

原來極端自由主義，結果反足以侵害他人之自由，故民法規定自由不得拋棄。自由惟於不背公共秩序或善良風俗之範圍內，得爲限制（民法十七條）以限制契約之自由，而保人人之自由。即精神上經濟上之自由等，皆在保護之列。例如信教之自由，私法上結社集會之自由，結婚之自由，不得限制。關於營業自由之限制，可參照工廠法第五六條二項，商人通例五三條五四條）

三、人格權受侵害時之救濟

人格權與吾人生存，有不可分離關係之利益，即對於生命、身體、勞動力、貞操、名譽、自由、信用、姓名、祕密等之權利，均屬之。人格權受侵害時（註二）得請求法院除去其侵害。其除去之方法，得爲中止其侵害之行爲或以被告人費用公告判決或禁止其再爲侵害或毀銷誣謗之傳單書冊。受侵人無須證明侵害人之過失及自己損害，即得爲此次請求。但個人之利益須繼續在被侵害之狀態，如侵害已不存在，則不得爲此次請求。如其侵害已構成刑事上之犯罪，仍不妨援用民法第十八條第一項之規定，請求除去侵害。至於損害賠償或慰撫金之

請求，則以法律有特別規定時爲限。蓋不欲一切人格權之侵害，皆得爲金錢上之賠償請求也。所謂法律上有特別規定者，卽民法第十九條第九七九條第九九九條第一〇五六條等所規定雖非財產上之損害，亦得請賠償是也。蓋非財產之損害範圍，受損害人不易證明，而依侵權行爲之規定則受害人有證明其損害之責。故法律特爲規定；以免除其舉證之責。然請求賠償，原則上以侵害人有過失爲前題，如人格權之侵害構成侵權行爲之要件（民法一八四條），卽受害人能證明侵害人爲故意或過失而並能證明其所受之損害者，不受民法第十八條第二項之限制。

四、姓名權之特別規定

姓名權(Namensrecht)爲專用其名稱之權利，故爲絕對權。所謂姓名，字號變名均包含在內。姓名權受不法之侵害時，無論其爲冒名影射或自己使用被人妨害，均得請求法院除去其損害。因有第十九條之特別規定，並得請求損害賠償（民一八條二項）。其侵害只須爲不法，至於是否出於故意或過失，在所不問。此點與瑞士民法第二九條之規定，以侵害人必須有過失者不同。除去侵害之請求，例如甲呼其庶子乙之姓以母之姓，登錄於簿，乙對甲得請求其訂正。又例如於營業甚旺盛之甲醫近傍，不當的懸掛記載其姓之照牌爲同一之營業，甲得請求撤去其招牌。梅蘭芳以外之人冒稱梅蘭芳，於戲場出演時，梅蘭芳得請求中止其冒稱。又或如用高貴婦人之名爲賤業，自得請求其中止使用。

（註一）拋棄得爲雙方行爲單方行爲或爲章程之規定，與夫團體之決議。

（註二）侵害謂不法之侵害，卽法律上習慣上皆爲不正當。瑞士民法第二八條明定以不法無權(illiefer, unbecug, trivweise)爲條件，至於其侵害爲故意或過失，在所不問。侵害之行爲，得爲作爲或不作爲。

設問

- 一、甲女與乙結為姊妹，相約終身不嫁，其後乙女竟毀約結婚，甲女是否得以此女違反契約，請求損害賠償？
- 二、某廠主收用學徒，約明學習期滿後，不得在同一省內，為同一之營業，其效力如何（工廠法五六條）。
- 三、甲某名其愛犬為梅蘭芳，常於公衆前呼之。梅蘭芳是否得以其姓名權受侵害，請求禁止之。

第四款 住所及居所

住所 (Wohnort, domicile) 依民法之規定，謂以久住之意思住於一定之地域（民法二十條）。從來關於住所決定之要件有採形式標準者，例如羅馬法以設家神之祭壇及置財產之大部分，為住所之要件，日本舊民法原則上以本籍地為住所（日舊民二六二條）。然在今日，人人轉在各地活動，祭祖先之處所，置財產之處所及營業事業之處所，既散在各地，而本籍與住所亦多不一致。故形式的標準，雖有明確法律關係之優點，然已不足適應今日之生活狀態。是以近代立法，多基於生活之實質的關係就各種之法律關係，具體的決定住所之觀念。久住之意思，為主觀的要素 (animo) 指有繼續居住於其處所之意思而言。雖一時離去其處所，而仍有回歸其處所之意思者，不失為有久住之意思。例如行商、留學、在外就職等是。住於一定之地域，為客觀的要素 (Corpus)，其居住並非毫無間斷，縱一時離去其處所，而有時常回歸其處所之事實者，亦不失為住於一定之區域。

一、住所之設定——關於住所之設定，有採純客觀主義者，謂住居之事實，財產之所在，營業之範圍與住居之意思，俱不過為客觀之事實，應依此事實而認定住所之所在。有採折衷主義者，謂於住居之客觀的事實外，尚須有主觀的久住之意思（瑞民二三條士民一九條泰民四三條）。我國民法亦採折衷主義，係從瑞士之例。

二、住所之單複——關於住所有明定一人不得同時有兩住所者，謂之單一主義，例如瑞民士民泰民等是。有規定同時有二個以上之住所者，謂之複數主義，例如德民是（德民七條二項）。我民法第二十條第二項規定，蓋取單一主義。故一人同時有數個定居處所時，應就其中分爲主從，而定住所之所在。

三、設定行爲之性質——住所之設定，須有久住之意思。然不得因此謂之法律行爲。蓋住所之法律上效力，不同當事人願意與否，而當然發生也。住所設定，非法律行爲，故關於行爲能力之規定，不適用於住所之設定。然爲發生法律上發生效力之行爲，故其設定應爲有思想能力之人。我國民法於任意設定住所之外，規定法定住所，蓋以此也。

四、住所法律上之效力——民法規定住所，蓋使人人之法律生活，務能集中統一於一地點。故民法及其他法律對於住所，使生種種之法律上效力。茲例舉其要者如次。

- 1 失蹤之標準（民八條）。
- 2 債務清償地之標準（民三一四條）。
- 3 爲票據上權利之行使或保全所應爲行爲之處所（票據法一七條）。
- 4 審判籍之標準（民訴一條刑訴五條）。
- 5 書狀送達地之標準（民訴一三六條刑訴五五條）。
- 6 法律實用之標準（法律適用條例二條三條一八條二三條）。
- 7 歸化及回復國籍之條件（國籍法三條五條）。
- 8 本籍寄籍之標準（戶籍法四條五條）。

五、法定住所

法定住所 (wesentlich: Wohnsitz domicile legal) 對於任意住所而言。以久住意思而住於一定地域，其住所之設定，係因本人之意思者，謂之任意住所。反之，而不問本人之意思如何，而法律直接規定其住所之所在者，爲法定住所。關於法定住所，各國立法多有出入。我民法第二十一條規定「無行為能力人及限制行為能力人，以其法定代理人之住所爲住所」，蓋參酌瑞士之例，關於妻之住所，可參照民法第一〇〇二條。關於未成年子女之住所，可參照民法第一〇六〇條之規定。

六、居所——居所 (Wohnort, Residence) 謂因一時之目的，所居住之地。其與住所之區別，依客觀主義，則以與處所關係之深淺爲標準。我民法係採折衷主義，故應以意思之久暫爲標準。卽一時爲特定之目的而居住者，爲居所。以永久之意思而住居者，爲住所。所謂一時並非須爲短時間之意。如有於特定事業之終了後移轉於他處之意思，卽得稱爲一時之居住。例如學生之住宿，病人入院，囚人之在監，雖一居多，仍不失爲居所。

居所之效力在於有民法第二十二條一二兩款所定之特殊情形，卽（一）住所無可考（二）或在中國無住所而非依法須依住所地法者（註），居所視爲住所，使之與住所發生同一之效力。蓋我國民法採單一住所主義，而且人人不必皆有住所。如不賦與居所所以住所之效力，則法律適用上頗多不便也。一人不得同時有兩個住所，而居所則無此限制。故可解爲一人得同時有兩個以上之居所。

七、選定居所——選定居所 (Election de domicile) 或稱假住所，謂當事人爲確定其交易上關係之處所，關於其行爲，選定可視爲住所之處所。其選定得爲雙方行爲，或單獨行爲。民法第二十三條規定「因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所」，卽關於其行爲對於住所應發生之法律效力，就選定之居所發生之謂

也。選定居所住所之設定，其不同之點有二。前者爲法律行爲，而後者爲法律上之行爲。前者僅關於特定行爲發生效力，後者關於一般行爲發生效力。所可注意者，住所與選定居所是否並行，抑選定居所可以排斥住所，則應依選定行爲之解釋如何而定。如當事人之意思不明時，應推定有排斥住所之意思。

八、住所之廢止——住所既許自由設定，亦可自由廢止。惟廢止亦應與設定，同須有主觀要素與客觀要素。所謂主觀要素，謂廢止之意思，客觀要素，謂離去其住所之事實。故雖有廢止之意思，而並未實行離去住所，或雖離去住所，而並無廢止之意思，皆不得作廢止住所。廢止行爲之性質，與設定同，即爲法律上之行爲也。所可注意者，住所之廢止與住所之變更不同。變更住所，謂廢止現住所同時設定新住所。法國民法第一〇三條規定住所之變更，因住居於他處之事實及以定其主住居於該地之意思行之。蓋依民法人人應有一住所，惟因取得一新住所，始失其原住所。在我民法則可不爲住所之新設，而廢止原住所。

（註）住所無可考謂無住所，或雖有住所而所在地不明。在中國無住所，謂在外國有住所。而在中國無住所。其在中國無住所，而在外國亦無住所者，則可謂住所無可考。依法須依住所地之法者，謂依中國法應適用住所所在地之外國法，例如法律適用條例第二條第二項及第三條之規定。

設問

- 一、甲在丑縣原籍之住所並未廢止，與丙女在丁縣結婚同居。如丙女以甲男重婚爲理由，提起離婚之訴其管轄法院應爲丑縣法院否？（參照民訴五四六條）
- 二、未成年人經其法定代理人之允許，設定住所或選定居所，其效力如何？

三、妻得獨立設立住所否？（民法一〇〇二條）

司法院解釋

一、無行為能力人及限制行為能力人以其法定代理人之住所為住所，若無法定代理人時，應以其自己之居所視為住所。（院字四七四號廿年三月廿一日）

第二節 法人

第一款 通則

第一目 法人之意義及種類

法人 (Juristische Person, Person morale) 謂自然人以外之得為權利義務主體之組織（民法第二五條以下）。原來人之權利能力，無論其為自然人或為法人，皆基於法律之賦與。民法以依一定之目的結合之人的團體（社團）及供一定目的之獨立財產（財團）為法人，分為通則，社團，財團三款而為規定，蓋從德瑞兩民法之例。

關於法人，可大別為公法人與私法人。其區別之標準，學說紛紛，甚不一致（註），然任何之標準皆非絕對。地域團體，如地方自治團體，為公法人，為一般公認。至於公共團體如商會、工會、同業公會等，是否為公法人，則因觀點不同，未能一致。蓋法人二分為公私二種，原來不甚妥當，而且不必要。學者有以國家對於法人組織有無強制，為公私法人區別之標準者，然國家干涉強弱之程度，不過表示法人公法的色彩之濃淡，不

足爲區別之標準。例如我國工會設立加入，原來自由，現則修改爲強制，不能因此謂工會已變爲公法人。有謂國家及其構成份子之法人爲法人，其以外之法人爲私法人，即國家的法人爲公法人，社會的法人爲私法人。國家之外，縣及鄉鎮等之地方自治團體，爲公法人，其他公共組合中，多少分擔統治權之作用者，例如日本之水利組合；耕地整理組合。他如合作社、農會、商會、工會等，雖其設立加入，有爲強制或多少可認爲有公權力之作用，然未至分擔國家統治權而爲其構成份子之程度，故仍爲私法人。又如中央銀行，雖爲國家所設立，亦以同樣之理由，非爲公法人（參照穗積民法總論二一九頁）。然統治權之分擔，亦非絕對之標準，個人及私團體，未嘗不爲國家之構成份子，國家行政之執行，亦有時委託於國內團體或私人者，例如通行稅，印花稅之徵收，船長在航海中警察權之行使。蓋法人於公私之間，尙有公私混合同體之存在。若須爲三分之二，則不適當。行使統治權之國家及以分擔統治權爲目的而存在之地方自治團體，爲公法人，民法上之社團及財團，爲私法人，殆無疑義。至於商會、工會、農會、教育會等，則因其組織法之規定，多少帶有混合之性質。其次爲公私法人有區別之必要者，有下列各點，即關於民事，發生（1）訴訟之管轄問題，即應起訴於普通法院抑或訴於行政法院，（2）債之執行問題，即依民訴爲強制執行，抑依國稅之徵收方法，（3）法人對於侵權行爲，是否負責。關於刑法，發生（1）是否有贖罪之成立，（2）文書偽造爲公文書偽造，抑爲私文書偽造。然此等問題，應依關於各該法人之特別法而爲個別決定，非可依其法人之爲公爲私，而爲一概之論斷也。

第二目 法人之設立

關於法人之設立，依國家所取之態度，立法主義有左列四種。

（一）自由設立主義，即法人之設立，不需任何之形式的要件，由設立人任意設立法人之主義，此爲中世紀

商業公司之物與時代之初期所採取之立法例。

(二)立法特許主義，即依君主之命令或議會之立法，一法律設立一法人之主義，例如中央銀行法。

(三)行政許可主義，即依一般法規，以行政處分，對個個法人之設立，予以許可之主義。

(四)準則主義，即法律規定法人之設立要件，如具備要件，則無須特許或許可，當然成立法人之主義，我
公司法採之。

上列主義，在今日為各國所通用者，為行政許可主義及準則主義。立法上有單採準則主義，如瑞典，士民（瑞五二條士四五條五三條）。有對於財團採行政許可主義，對於其他法人採準則主義者，如德民，泰民（德八〇條泰八五條）。有對營利社團，依特別法採準則主義，而對於公益社團及財團，皆採許可主義者，例如日民。我國民法對於公益社團財團，採取行政許可主義，對於非公益非營利之中間社團，及營利社團（公司），採取準則主義，蓋折衷德日之法例也。

法人非依民法或其他法律之規定（例如公司法、商會法、工會法、漁會法、農會法、合作社法）不得設立（民二五條）。法人何時開始成立，立法例不一，有採登記要件主義者，因登記始取得法人資格（德民二一條瑞民五二條一項）。有採取對抗主義者，法人未經登記，不得對抗第三人（日民四五條）。我民法採取登記要件主義，第三條規定法人非經向主管官署登記，不得成立。故不問財團、社團，皆以登記為成立要件。在瑞士民法，則公法之團體，非經濟的社團及特殊的社團，無須登記（瑞民五二條二項五九條六〇條八〇條），與我民法稍有不同。於登記以外是否尚須其他之要件，依法人之種類而有別，試列表如左。

社團——公益社團……登記前之許可（四六條）……章程之作成（四七條）
 中間的社團……無須許可（四五條以下規定之對比）……章程之作成（四七條）

營利的社團……依特別法（四五條）無須許可……章程之作成（公司法五條）

財團……登記前之許可（五九條）……捐助行為之作成（六〇條）

（註）在我國依非常時期人民團體組織法（包括社會團體，職業團體，文化團體），凡人民團體之組織，應由發起人向主管官署申請許可，經許可後，主管官署應即派員指導，然此為民法以外之問題。

第三目 法人之權利能力

法人除法律命令有限制或專屬於自然人之權利義務外（註），皆有享受負擔之能力（民二六條）。關於權利能力之範圍，各國立法例不一，有規定法人僅於其章程或捐助行為目的之範圍內，享受權利負擔義務者，如日本民法（日民四三條）。有規定除專屬於自然人之權利義務外，法人之權利能力完全與自然人同者，如瑞士、土耳其、泰國民法（瑞五三條土四六條泰七九條）。有規定法人僅享有財產上之權利，負擔財產上之義務者，如蘇俄民法（俄民一三條）。我國民法蓋倣瑞士之立法例，而稍加以限制也。法人之權利能力自何時起，至何時終，民法雖無規定，然依民法第三〇條之規定，可解為始於登記，依第四〇條第二項之規定，可解為終於解散後清算終了時。

（註）專屬於自然人之權利義務，與瑞民第五三條所謂「人之自然性質」，涵義相同，例如關於人格中之生命、身體、自由權（但為姓名權之名稱權，身體以外之自由權、名譽權、祕密權等，法人亦得享受）

。關於身份權之家長權、繼承權、扶養、慰撫金之請求權，他如鑑定人或仲裁人、監護人等須親自行使其權利者，法人不得爲之（但社員權、受遺贈權，法人仍得享受）。

第四目 法人之行為能力（法人執行機關）

關於法人是否有行為能力，從來甚有爭論。採取法人擬制說者，謂法人本身無行為，不過因其代理人（董事）之行為，取得權利義務。採取法人實在說者，謂法人亦有團體意思或組織意思，基此意思而爲行動，故法人亦有行為。然法人是否有團體意思或組織意思，非法律決定之問題，苟依當時之社會思想，認法人於社會生活担任一個獨立之社會機能，即以法人有行為之存在爲前提。所可注意者，關於行為能力，法人與自然人稍有不同。自然人之無行為能力人或有限制行為能力人之行為無效，在法人，於其行為能力範圍之外，則全無法人行為之存在。

第五目 法人之侵權行為能力

關於法人是否得爲侵權行為，在法人擬制說，則爲否定。蓋法人本身無行為能力，故亦無侵權行為能力。反之在法人實在說，認法人有行為能力，故亦有侵權行為能力。我民法第二八條明白規定「法人對於董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任」，其承認法人有侵權行為能力，蓋無疑義。法人侵權行為之成立須具備法定之要件，即（1）須爲法人機關之行為，民法所稱「董事或職員」謂董事理事或其他法人之機關，例如清算人。對於非法人機關之受僱人侵權行為，法人所負之責任，乃依民法第一八八條之規定，蓋民法第二八條係規定法人機關之行為，即法人本身之行為也。（2）須爲職務上之行為，何謂職務行為，其標準有二，（A）外觀上足認爲機關之職務行為，例如運輸公司之機關發行不正之提單，倉庫公司之機關

不收回倉單而交付貨物，苟其行為外觀上屬於職務範圍之內，其行為正與不正，適當或不適當，在所不問。(B)或與職務行為社會觀念上有適當牽連關係之行為，例如機關代表法人為訴訟，欲使他造敗訴，為虛偽之起訴，或代表法人為買賣，欲獲有利之條件所謂賄賂，其偽訴賄賂行為之外觀上雖不為職務行為，然不可謂與訴訟或買賣之職務行為，無適當之牽連關係。(3)須具備其他侵權行為之要件。

其他為關於機關本身責任之問題，依法人擬制說，董事之行為，為個人之行為，法人雖依法律之規定應負責任，然對於董事個人之行為不生影響，故董事個人仍須負責，然在法人實在說，則有謂機關之行為成為法人之行為，故構成機關之個人不負責任，有謂機關之行為一方為法人之行為，他方為自己之行為，故法人與機關應同時負責。瑞士民法第五條第三項規定「行為個人亦負責任」，我民法之規定，亦即此義，蓋保護受害人之利益也。至於法人與其機關之相互間，則視其機關是否已盡善良管理人之注意，如其行為違反此義務，則對於法人負損害賠償之責(參照民法五三五條公司法一四八條)。

國家及其他公法人，對於其機關職務上之行為，是否亦依民法負損害賠償之責，關於此點，德國民法第十九條明定第三十一條規定對於國庫及其他公法上之法人，亦可準用(註一)。我民法雖無明文，解釋上應有左列之區別。

(一)純出於公權力之作用，例如因刑罰權、裁判權、警察權、課稅權等之行使，縱違法對於人民加以損害，人民不得依民法之規定，對於國家或其他公法人請求損害賠償，但法律如有特別規定，自當別論(註二)。

至於有公私混同性之法人，例如工會則明定對於其理事或其代理人因執行職務所加於他人之損害，應負連帶賠償之責(工會法第二〇條)。

(二) 在非權力所作之經濟的活動，則國家或其他公法人亦應依民法之規定負賠償之責，純為營利事業固不待論，即為公益之事業，如道路之修築，河川之修濬，學校官衙之建築，病院之診療，亦同有適用。一般在公益事業，於公益上必要之限度，雖可排除民法之適用，然關於此項賠償之問題，則與私人之事業並無特為區別之理由，故除法律另有規定外，亦應依民法規定，負其責任。

(三) 國家或其他公法人因土地上工作物之設置或保管有欠缺，對於他人所致之損害，亦應依民法第一九一條規定，負賠償之責任，例如因火藥庫之爆發，學校校舍之崩壞，道路危險預防設備之不足，以致他人受有損害。

(註一) 國庫 (Kassette) 乃由私法觀察國家之另一面，並非於公法人國家以外，另有私法人國庫之存在。

(註二) 五五憲草第二十六條規定「凡因公務違法侵害人民之自由或權利者，除依法律懲戒外，應負刑事及民事責任，被害人民就其所受損害，並得依法向國家請求賠償」。

第六目 法人之機關

自然人之本體，人類也，故具有自然的固有之機關（手足），由此而活動，而法人之本體，則社會的組織體也，故具有法律的固有之機關，由此而活動。自然人之機關自然的存在，不必以法律規定，而法人之機關則非自然的存在，須以法律或設立行為（章程或捐助行為）規定其組織及權限，社團及財團必設之機關，為董事會，社團則並有總會（民五〇）。至於監事，則為得設，一依設立行為之規定。營利社團法人之機關，則於公司法另有規定。由是以言，董事及社員總會，乃由法律規定而設之機關也，通常稱曰法定機關。社員總會，以於社團說明為宜，茲僅就董事述之如次。

法人常設之事務執行機關爲董事。董事代表法人，凡屬法人目的事務範圍內之行爲，無論其爲訴訟上之行爲或訴訟外之行爲，爲法律行爲或事實行爲，均得代表法人爲之。此權限，稱爲代表權。代表與代理不同，代理人所爲之行爲，對於本人發生效力，代表所爲之行爲，即係法人之行爲。代理行爲以法律行爲爲限，而代表行爲則否。然民法關於法人機關之代表行爲，未設特別規定，就法律行爲，解釋上可準用關於代理之規定。董事就法人一切事務，對外代表，對於此代表權所加之限制，董事對於法人之關係有遵守之義務。然對於第三人，法人能否主張無效，則立法主義可分爲三種：(1)爲保護交易之安全，其所加之限制，全爲無效，(2)以所加之限制是否登記爲區別，其已登記者對於第三人爲有效，(3)因第三人爲善意惡意而爲區別，對於善意之第三人不得對抗，但得以對抗惡意第三人(日民五四條)。我民法所定，蓋從日本之立法例，故對代表權所加之限制，不問其爲章程之規定或爲總會之決定，不問其限制已否登記，亦不問所加限制之種類如何，對於善意第三人者不得對抗，不過依民法第四八條第八款及第六一條第一項第七款之規定，爲代表權限制之登記時，第三人主張爲善意者，應負舉證之責。董事有數人時，其職權應如何行使，外國法律有明文規定者，例如德民第二八條規定「以數人組織董事會時，其決議方法依第三二條及第三四條關於總會決議之規定，對於董事之意思表示，以對於董事一人表示爲已足」，我民法關於此點無明文規定，解釋上可依德民之規定，即關於決議如章程無規定，依一般原則以過半數決之(參照公司法一四四條)，但對外關係，董事以各自代表法人爲原則。如章程禁止單獨代表，則爲代表權之限制，不得對抗善意第三人。

第七目 法人之住所

自然人有住所，法人亦應有住所。法人如只有事務所，自以其事務所所在地爲住所，如同時有數事務所時

，則以其中樞之主事務所所在地爲住所（民法二九條）。何者爲主事務所，原則上可依登記定之。法人設立主事務所及分事務所應行登記（民法四八條一項三款六一條一項三款）。登記後如事實上已失爲主事務所之實者，其主事務所可視爲移轉，但未經變更登記，不得對抗第三人（民法三一條）。關於法人住所之效力，與自然人住所之效力同。

第八目 法人之登記

法人之登記有三種，曰設立登記，曰變更登記，曰消滅登記，設立登記已如前述，法人解散，應爲消滅之登記（法人登記規則五）。茲就變更登記述之，法人因登記而成立，是爲登記要件主義。設立後之變更登記，則爲對抗主義。設立後所發生應登記之事項，則應補行登記。已登記之事項有變更，則應爲變更之登記，已登記之事項已消滅者，亦可解爲變更之一種，應爲塗銷之登記（參照法人登記規則第五條）。何者爲應登記之事項，可參照民法第四八條及第六一條之規定。如不爲此種登記，則不得以其事項對抗第三人（民法三一條），即第三人得依其登記之現狀爲主張。例如董事有變更時，如不爲變更登記，則第三人得以登記上之人爲有董事之權限。

第九目 法人之監督

法人之監督，分爲主管官署之監督及法院之監督。主管官署自法人之設立，迄於解散，監督法人。法院則關於法人之破產，解散及清算，監督法人。

一、主管官署之監督，受設立許可之法人，即民法第四六條所規定以公益爲目的之社團，及第五九條所規定之財團，其業務之盛衰，關係公眾之利害，故以之屬於主管官署之監督。主管官署謂有管轄權限之官署，例

如文化團體之上級監督機關為教育部，慈善團體之上級監督機關為內政部，而其直接機關則為縣市政府也。主管官署監督之形式，蓋有種種，如左列。

(1) 章程變更之許可 (民法五三條二項)

(2) 業務之檢查 主管官署得隨時檢查法人之財產狀況及其有無違反許可條件與其他法律之規定 (民法三二條)，董事不遵主管官署監督之命令或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰，蓋以公益社團及財團，於登記前須經主管官署之許可，設非對其業務，加以監督，則不能貫徹事先許可之目的也。

許可條件 (Cautious Charges Bedingheit)，謂主管官署於許可設立時所發給許可書內對於法人所附之許可條件。其他法律，謂民法以外之關於各該團體法，例如監督慈善團體法。此種許可條件，暨民法及其他法律之規定，法人均應遵守。法人董事不服主管官署之監督時，得處以罰鍰。如董事有數人，各獨立有執行業務之權利義務時，各自負全部之責任。如因會議處理事務時，則僅參加違法行為者，負其責任。罰鍰為秩序罰 (Ordnungsstrafe)，與罰金之為刑事罰者，有別。故罰鍰不適用刑法總則之規定，即再犯不加重；如有數個之違反行為，則就其各個行為處罰，不適用併合論罪之規定。依日本非訟事件法，罰鍰應依非訟事件手續法，不適用刑事訴訟程序 (日非訟二〇八條)。我國現尙未制定非訟事件法，似可準用行政執行法之規定。依德國非訴事件程序法第三三條之規定，罰鍰之處罰應預定期間為警告，董事或清算人於期間內不遵依時，始得加以處罰。故處罰之原因，非為法規之規定，而在於官廳之警告，故一度被處罰者，仍不遵依法規之規定時，得再為警告，如再不從，則得再為處罰，所謂一事不再理之原則 (Ne bis in idem)，不適用之。我國民法雖未規定必須先為警告，

然依行政執行法第二條第二項之規定，則罰鍰應以書面限定期間，預爲告戒。在非訟事件法未公布前，似可準用此規定，若違反原因未去，則得再爲處罰，自不待論。依日本民法及非訟事件手續法（二〇七條以下）則無須警告即得爲處罰，故處罰之原因在於法規之違反，不在於警告之不從。我國非訟事件程序法將來如何規定，現尙未可料也。

(3) 設立許可之撤銷 法人因董事之行為或社團總會之決議違反設立許可之條件，則主管官署得撤銷其許可，例如對於病院以爲一定之設備爲條件，對於學校規定其教員之資格，若不履行條件，則直接與許可之初意相反，而間接對於公益有害，自得撤銷許可，不許其繼續存立。

二、法院之監督 目的事業之執行，須有行政智識，使行政官署監督之，最爲適當。法人解散後之清算，爲財產之整理，以公平爲主，故以由法院監督爲宜，而法院監督之形式，卽爲其監督所必要之檢查是也（民四二）。若清算人不違法院監督命令或妨礙其檢查時，得處以五百元以下之罰鍰（民四三）。

第十目 法人之解散

法人之解散，乃基於法定原因使法人因而喪失權利能力之事實也。

一、法人解散之原因 法人解散之原因不一，有爲社團財團之共通原因者。有爲社團或財團法人之特有原因者，試分述之如次。

一、共通原因，有左列數種。

(1) 以章程或捐助行爲所定解散事由之發生：作成章程或捐助行爲時，解散事由可以自由規定，如規定存立時期（民四八條六一條），期限既滿，則解散事由發生。又如甲乙丙三人共設立法人，乙丙因人成

事，於章程中載明以甲死亡之日爲法人解散之日，至甲死亡則爲解散事由發生。

(2) 設立許可之撤銷（民三四條） 許可者付與法人以權利能力，撤銷許可，即剝奪法人之權利能力。

(3) 破產 法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產，如應爲聲請而不聲請時，則有過失董事對於因此受損害之債權人，應負賠償之責。

不能清償債務，謂債務人不能爲清償之客觀的狀態，與停止支付有別，蓋一者爲狀態，一者爲行爲，例如閉店逃亡，則爲停止支付之默示的行爲。我破產法則以停止支付，推定債務人爲不能清償（破產法一條）。停止支付又與債務超過不同，蓋債務超過有不停止支付者，亦有停止支付而非債務超過者，日破產法則以債務超過爲法人破產之原因，我破產法則未爲規定。

(4) 宣告解散 法人之目的或其行爲，有違反法律，公共秩序或善良風俗，法院得因主管官署，檢察官或利害關係人之請求，宣告解散，其解散不由主管官署以職權爲之，而必須經法院之宣告者，蓋以法人之解散，有如自然人之宣告死刑，不可不慎也（註）。

(註) 法人目的之違法，在受許可設立之法人，謂其以所許可外之目的爲目的，或其目的於許可時不違反公共秩序，而於設立後因情事變遷成爲違反公共秩序，例如以某國之移民爲目的設立之公益法人，其後因與該國之條約禁止移民是。依非常時期人民團體組織法第十八條規定「人民團體違反法令妨害公益或怠忽任務時，主管官署（社會部）得爲下列之處分（一）警告，（二）撤銷其決議，（三）整理，（四）解散。」故行政官署亦得命令解散，然此爲民法以外之問題。

二、社團特有之原因

(1) 社團社員全體社員三分之二以上之可決。社團總會一般決議，只須出席過半數之可決，而為解散決議，則須有全體社員三分之二以上之可決。關於決議之法定人數，在瑞日等民法，俱許以章程變更，然在我民法則為強制規定，即不得以章程減低此項決議之法定人數是也。至於是否得以章程增高此項法定人數，解釋上應以肯定說為是。

(2) 社團之事務無從進行。社團事務，因法律之更改或情形之變更，無法依章程進行時，社團不因之當然解散，惟得為聲請解散之原因，蓋社團之目的事務，雖依章程所定無從進行，苟可以變更其目的事務而繼續其存在時，自不得謂社團當然消滅，即其目的事務無法依章程變更，而其事務絕對無從進行時，亦不應以之為當然解散，蓋此種絕對無從進行之狀態，果自何時成立，不易斷定，故不如經法院審定，而後宣告其解散也。

三、財團特有解散之原因

財團之目的因情事變更不能達到（民六五條），例如因財產之全部喪失或繼續喪失而無恢復之希望，不能達其目的，或因受益人之全無而失其目的。但財團之目的，得因組織之變更而繼續維持者，尚不能謂為目的不能達到。於此情形，法院得斟酌捐助人設立財團之意思，變更其財團之目的及其必要之組織。維持財團之存在，固為必要，然荷財團之繼續存在已無實益，或甚困難，或依捐助章程之規定宜於解散者，則解散之。

第十一目 清算

一、清算之意義。清算 (Liquidation) 謂以結束被解散法人之法律關係為目的之程序，法人除因破產而解散外，均應清算以了結一切事務，蓋破產程序，應依破產法之規定也。

二、清算人 法人不能自己實施清算，故必須設清算機關，其任法人之清算事務者，曰清算人。

(1) 清算人之選任 法人之清算由董事爲之，故董事可稱爲法定清算人。然此非強行規定，如法人之章程或社團之總會另有決議，則依其規定或決議，以定其清算人（民三七）。如不能依此以定其清算人，而董事又經死亡或辭退，則法院因利害關係人之聲請，得選任清算人。無論法定清算人或選任清算人，對於法人之關係，均可準用關於委任之規定。

(2) 清算人之解任 清算人有不堪爲清算之情事，例如有不正之行爲，非常無能，或因疾病不勝其職等情事，法院認爲非解其職，則有生損害之虞時，得以職權解除其任務。於有民法第三十八條之情形時，並得爲繼任清算人之指定。其清算人出於法院之選任與否，則非所問也。

(3) 清算人之職務 清算人之職務，依民法第四十條之規定，爲（一）了結現務，（二）收取債權，清償債務，（三）移交賸餘財產於應得者。然其職務，並不以此爲限，例如法人解散之登記（法人登記規則第六條），破產之聲請（民四一條一項公司法二一四條六三條），亦爲其職務也。關於清算程序，除民法已有規定外，準用股份有限公司清算之規定，即準用公司法第二〇九條至二一四條之規定。

(二) 了結現務 謂結束既着手之事務。清算人不得着手於新事業，但爲了結現務，不妨新爲法律行爲（參照德民四九條一項）。

(三) 收取債權 謂收取已屆滿期之債權。其債權尙未屆期或條件尙未成就者，如爲清算之必要，得轉讓與他人或以換價之方法，收取之。否則應劃入剩餘財產。

(三)清償債務 關於清償，依民法第四一條之規定，準用股份有限公司之規定，故清算人就任後，應以公告方法催告債權人報明債權，對於明知之債權人，並應分別通知（公司法二一四條六二條）。已屆清償期之債務，自得為清償，未屆清償期之債務，得拋棄期限之利益，提前清償之。期限不確定之債權，附條件之債權，應如何清償，法無明文，應由鑑定人以估價方法，清償之。債權人如不受領或有不

能受領之情事，則應為提存。

(四)移交賸餘財產於應得者 謂法人財產清償債務後尚有賸餘，應由清算人移交於應得者。何人為應得者，依民法第四四條之規定，法人章程有規定或總會有決議者，依其規定或決議。否則屬於法人住所所在地之地方自治團體。

(註)由法人章程所指定為賸餘財產之應得者，於法人存續中對於法人之財產，尚無任何之請求權，不過為一種之期待權，有如繼承開始前繼承人之地位。然為使其地位，是否有歸屬權利人同意之必要，不無疑問。在營利法人，解散後之財產取得，為社員權利之重要部分，社員自始對於公司財產有其應有部分，故不得以多數決排斥其權利。然於公益法人，中間法人，其關係則大有不同。即預定之歸屬權利人，對於法人之財產，尙未有任何之既得權，故雖依多數決變更之，不為權利之侵害也。因法人之解散，期待權變為財產權。關於此權利之性質，有數說，有謂之為對於法人之債權者，然依民法第四四條之規定，賸餘財產不待歸屬權利人之請求，當然歸屬於應得之人，無債權之作用，故可以之為與繼承權相似之一種財產權，即為財產取得之法律上原因之特種權利。故如財產有賸餘，清算人不交付於歸屬權利人時，歸屬權利人不得提起所有權移轉請求之訴，惟可依所有權之訴，請求其交付。至於

贖餘財產，於何時移轉於歸屬權利人，則可解爲於債務清償以後（民四一條公司法二一四條六四條），蓋因法人解散後至清算終結止，視爲存續，其財產依然爲法人財產也。

（4）清算之終了 清算之終了，分爲由於破產宣告之終了，與清算程序完結之終了。

（一）由於破產宣告之清算終了，對於清算之法人有破產之宣告，則清算程序因而終了。清算人知公司財產不足清償其債務時，應即聲請宣告破產。清算人移交其事務於破產管財人時，其職務即爲終了（民四一條公司法二一四條）。蓋破產宣告以後，法人之財產應依破產程序，分配於法人之各債權人也。

（二）由於清算程序完結之清算終了，清算人終了結其事務時，即清算人收取債權，償還債務，交付贖餘財產於歸屬權利人時，則因之而清算終了。清算程序完結時，應由清算人於完結後十五內，向法院呈報（民四一條公司法二一四條六七條）。

第二款 社團

一、社團之意義及種類

社團法人爲法律付與人格之自然人集合團，依我民法規定，社團可分爲營利社團（民四五條），公益社團（民四六條），中間社團。此外是否尙應承認有無權利能力社團之存在，不無疑問。依德國民法第五四條之規定，「無權利能力之社團，適用合夥之規定，以合夥之名義對於第三人所爲之法律行爲，行爲人個人負責，如爲數人時，應負連帶之責」，此種社團，稱爲無權利能力之社團（Verein ohne Rechtshähigkeit）日本民法，關於此點無規定，因日本民法不承認中間社團之存在，例如工會、學會、社交俱樂部、歌樂社等之組織，皆非

法人，故學者多主張亦有無權利能力社團之存在。然此種社團，究應適用何種法規，有謂應適用合夥之規定者。有謂內部之關係應適用關於社團之規定，而對外關係則應適用關於合夥之規定者。有謂對外關係即財產關係，代表關係，均應準用社團之規定，不過爲社團財產之登記或爲管理之形式，應以信託於個人之形式爲之，例如登記之名義，儲金之名義，均應信託於代表人，以代表人之名義爲之。我國民法既認中間社團之存在，而關於工會工商同業工會等，俱已另定特別法，故承認無權利能力社團之存在，已無多大之利益。且依民法第三〇條之規定，社團非經登記，不得成立，則於未登記前，尙不得稱爲民法上之社團。然社團設立人於登記前，已爲社團之組織，其對內及對外關係究竟如何解釋，實有研究之必要，其內部關係似可適用社團之規定，蓋內部關係之規定，非基於其爲法人乃基於其爲社團之本身也；而對外關係，若準用社團之規定，則有害第三人之虞，而且法人與非法人將無由區別，似應準用關於合夥之規定。營利社團（*Gesellschaftsverein*）謂以社員之利益爲目的，將團體之利益分配於社員之社團。故無社員之財團，不得爲營利法人。社員享受利益，不以利益分配之積極的利益爲限，如以減少社員之出費爲目的之購買合作社，亦不失爲營利社團（但合作社另有合作社法），而且營利不以對外營利事業爲限，例如相互保險亦爲營利。在民商法分立之國，營利法人更有商事公司及民事公司之分，我國既不認商行爲之存在，自無此區別。關於營利法人，如公司法有特別規定者，自應依特別法先於普通法而適用之原則，適用公司法。無規定者，則可適用民法關於社團之規定。公益社團（*Ideeller Verein*）謂以公益爲目的而不分配所得之利益於社員之社團。宗教、慈善、技藝、學術及其他有關於社會一般之利益，皆爲公益。凡公益社團除積極的以公益爲目的之外，尙須消極的不以營利爲目的。故同時以公益及營利爲目的者，仍爲營利社團。依德瑞兩國民法將法人分爲營利非營利兩種（德民二一條二二條瑞民六〇條），我國則將非

營利法人更分爲公益法人與公益以外之非營利法人即中間法人，而對於二者法律上之態度，亦不同。即公益法人之設立，須經許可及登記，而中間法人只須登記也。

二、社團之設立

社團之成立以人爲基礎，故須有設立人，設立應以書面爲之。故爲要式行爲。依德國民法第五六條之規定，社團聲請登記爲法人者，須有七人之社員。關於設立之人數，我民法無規定，解釋上有二人爲已足（參照公司法八七條）。

社團之設立人應訂立章程（*statute of the club*）章程規定法人內部之組織，其性質如何，不無爭議，然爲法律行爲，則無疑問。至於爲何種之法律行爲，有謂之爲契約，有謂之爲合同行爲。現今多主張後說，蓋以章程之訂立爲各設立人之同方向之平行的意思一致，而對於設立人發生同一意義之效力，非如契約乃當事人相反對方向之意思一致，發生不同意義之效力也。故與其謂之契約，不若謂之合同行爲（*Contract*）。

章程內記載事項，得分爲必須記載事項與任意記載事項。民法所規定之章程應記載事項，爲章程必須記載之事項，如缺其一，則章程爲無效。社團必須記載事項，爲（一）目的、（二）名稱、（三）董事之任免、（四）總會召集之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六款。德民法第五七條日民法第三七條均以事務所爲必須記載事項之一，我民法則僅以之爲登記事項（民四八條三款）。其結果社團之事務所，較爲易於移動。他如社團之組織及社團與社員之關係，以不違反民法第五十條至第五十八條之規定爲限，得於章程內任意訂定，是爲任意記載事項。但一經記入章程，則與必須記載事項有同等之效力。其變更應依章程變更之程序（民五〇條一款）。社團設立時依民法第四十條第四十八條第二項之規定，應由董

事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之，並附具章程備案。此主管官署依民法總則施行法第一〇條及法人登記規則第一條規定，由法人事務所在地之地方法院或縣司法機關之登記處管轄，與法人設立許可之主管官署不同。所可注意者，依日本民法第四五條第一項，法人應自設立之日二星期內於各事務所所在地爲登記，我國無明文規定，如受設立許可之社團，長此不登記雖有不能成立爲法人之不利，然因董事之怠慢，則可使社團及第三人皆蒙受不利益，故主管官署於設立許可時，應於許可書內限定其應爲登記日期，以爲許可之條件。

社團應登記事項依民法第四十八條第一項規定，有如下列（一）目的、（二）名稱、（三）主事務所及分事務所、（四）董事之姓名及住所、（五）財產之總額、（六）應受設立許可者其許可之年月日、（七）定有出資方法者其方法、（八）限制董事代表權者、其限制、（九）定有存立時期其時期。

（註一）應受設立許可之社團，謂公益社團。有謂民法上之社團，專指公益社團。此乃泥於日本立法之大誤，蓋在日民，公益社團因受許可而成立，其登記不過爲對抗要件。在我國民法，則以登記爲一切法人成立之要件，公益法人則另須許可耳。在日民，營利社團，準用關於公司之規定，而我國營利法人之取得法人資格，雖依公司法之規定，然公司法無規定者，仍有適用民法之必要。

（註二）設立許可之主管官署，依理應爲社團目的事業之主管行政官署，然依非常時期人民團體組織法，人民團體之主管官署，在中央爲社會部在省爲社會處未設社會處之省爲民政廳在院轄市爲社會局在縣市爲縣市政府，但其目的事業應依法受該事業主管官署之指揮監督。

二、總會

總會一名社員總會 (Mitgliederversammlung)，為社員所組織之社團必需的議決機關，不能對外代表。其應注意者，第一、總會乃法人之機關，非社員之集合體，此點與合夥不同。第二、總會乃法人之意思機關，非法人之執行機關，此點與理事異其性質。

總會可分為定期總會與臨時總會二種。定期總會，有規定至少每年應召集一次者 (日民六〇條) 我國民法未為規定，一任章程之訂定。臨時總會由董事認為必要時召集之 (德民三六條日民六一條)。我國民法雖無此明文，然可如此解釋。如有一定人數社員之請求，董事亦應召集臨時總會 (民五一條二項)。

(1) 總會權限

關於總會權限，有取概括主義者，即規定社團之事務除委任於董事或其他社團機關者外，概依總會之決議行之 (日民六三條德民六三條)。亦有採例示主義者，如瑞士民法是 (瑞民六五條一項土民五八條一項)，即社員之入社、開除、董事之選任及未委任於其他社團機關之一切事務，均依總會之議決。我民法惟就社團之重大事項列舉規定，即 (一) 變更章程 (二) 任免董事 (三) 監督董事職務之執行 (四) 開除社員是也 (民法五〇條)。然總會職權並不以此為限，凡事務未依章程法律明定屬於董事或其他機關者，解釋上均屬總會決議之權限範圍，蓋以總會為社團最高機關也。

(2) 總會之召集

召集 (Berufen) 謂向社員發出開總會之通知，性質上為觀念通知。社團之總會，非常設機關，惟依法定之有召集權人依法定之程序之召集而成立，於會議之終了，而消滅。社員全部偶然會合而為決議，不得為社員總會之決議。在定期總會，則由董事依章程所定之時日召集之。在臨時總會，則第一董事

認為必要時，不論何時得召集，然若有全體社員十分一以上表明會議目的及召集理由請求召集時，則董事須於受請求後一個月內召集之。逾期不為召集時，得由請求之社員經法院之許可，召集之。蓋董事如受合法之請求而堅不肯召集時，若不設救濟方法仍不能達其目的也。

關於召集之程序，外國民法多有設規定者（日民六條德民三二條一項瑞民六七條三項土民六〇條三項），我民法則以之為章程應記載事項（民四七條四款）。然依人民團體職員選舉規則第六條，「各地人民團體職員之選舉，須於十日前由各設團體通知各選舉人」，是故此項團體如為社團組織，自應適用此規定。有疑問者，此項召集之通知，是否於十日前達到或以發信為已足。原來，召集不過為計劃之通知，於嚴格之意義，非意思表示，故不適用民法第九五條之規定，可解為發信主義。即於十日前完成召集之手續為已足。蓋此時若採取達到主義，則甚不便也。其次召集之通知，不可不依照章程所定之方法，例如章程規定以郵信通知召集，或公告於報紙而通知召集，是也。不履踐此程序之召集，法律上不生效力。

（註）關於請求召集必需之社員人數，瑞民及日民規定為五分之一（瑞民六四條二項日民六一條二項），德民為十分之一（德民三七條一項），我民從之。但日民所定五分之一，得由章程變更，瑞民為強行法規，我民法亦然。

（3）總會決議

決議謂同一內容之社員意見，達於一定之數，乃事實上為各社員共同意思之表示，而法律上為法人意思之表示也。總會之成立，須有合法之召集，已如前述。關於為總會成立所必要之出席人數（法定人

數），我民法除關於章程之變更外，無明文規定，解釋上有二人以上之出席爲已足。

關於決議，各社員應有平等之表決權，蓋民法上社團不以營利爲目的，不應因出資或其他情事等，而爲區別。又決議事項，社員與社團有相反之利害關係者，其社員不得表決。關於此點，外國民法多有以明文規定之者（德民三四條瑞民六八條土民六〇條日民六六條），我國民法雖未設明文，解釋上自屬相同。然該社員仍有出席總會之權利，故仍應對之爲召集總會之通知。不得爲表決之社員投票時，惟其投票爲無效，其決議並不爲無效。

總會決議，除民法另有規定外（例如五三條五七條），以出席社員過半數決之。外國民法有許以全體社員之書面同意，代替總會之召集者（瑞民六六條二項土民五九條二項德民三二條二項），即可不開總會，由全體社員以通信方法，表示同意。我國民法惟社團變更章程之決議，明許各社員以書面爲之。關於其他決議，則無明文規定。如有總社員三分之二以上之書面同意，自可解爲有效之決議，蓋章程之變更，較其他事項更爲重要也。至於表決權可否由他人代理行使，則有明定不得由他人行使者，如德民是（德民三八條）。有規定得由代理人行使者，我民法無明文規定，解釋上應爲肯定。蓋表決爲意思表示，依其性質得由代理人行使也（民一〇三條）。

爲決議時，社員雖有贊成或反對之自由，然既爲合法之決議，則有拘束各社員之效力，雖爲反對之社員，亦受其拘束。然總會之決議，惟有對內的效力，即惟董事與其他職員及社員受其拘束。對外執行其決議，爲董事與其他職員之任務，蓋總會爲決議機關，非代表機關也。

社團變更章程之決議，應有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意或有全體社員三分二

以上書面之同意（民五三條一項），蓋以章程變更關係重大，故於出席社員之人數及可決社員之人數，曾增加其比例。章程之內容，無論其爲必要記載事項或任意記載事項，其變更均應依此種程序。社團目的爲章程必要記載事項之一，故目的之變更，亦可解爲章程之變更。然社團之權利能力，依法人之目的範圍而定，苟其目的變更，則權利能力之基礎，亦隨之而變更，故法人已失其同一性，可解爲舊法人消滅，成立一直接承繼其權利義務之新法人。僅爲舊法人而存之權利義務，不當移轉於新法人，例如約爲以耶穌教爲目的之社團說教或約爲相助之人，如該社團變更其目的爲佛教社團時，則可免其義務。又對於變更目的之不同意之社員，亦得自由退社。

受設立許可之社團，非得官署之認可，不得變更章程（民五三條二項），蓋公益社團如許其自由變更章程，則有超出許可範圍之虞。尤其目的之變更，與設立許可同其性質，益有此必要也。

（4）總會決議無效之宣告

決議無效之宣告（*Nichtigkeitsverklaerung*）在瑞士民法，稱爲撤銷，用語雖有不同，而其效果則。原來當然無效，與撤銷之區別，在奧法兩國民法，甚爲重要，蓋在無效，則隨時得在法院主張，而撤銷則於一定之期間內，許其主張，過此則不得主張也。在德國，依其商法第七一條之規定，惟於一個月內得提起撤銷之訴，則更爲嚴重，故德國法院對於違反公共秩序或善良風俗或強行法規之決議，不足法定人數之決議，或損害社員特別權（*Sonderrecht*）之決議等之決議，皆認爲當然無效。然近來則有趨於撤銷說之傾向。瑞士民法明定惟得撤銷（*Rescission*）（瑞士民七五條），蓋若許隨時主張無效，則社團之生活關係極不安定，故應以得撤銷爲原則，當然無效爲例外。如決議有違背公共秩序或善良風俗，或其決議

之事項不在總會決議之範圍者（例如決議廢棄社團與第三人之契約），自應無效（*Ver. Kon. N. G. B. 176*）。否則僅得為撤銷之原因。我民法規定得請求法院宣告其決議為無效，解釋上應與瑞士民法相同。總會之決議有違反法令或章程時，該決議不同意之社員，得於決議後三個月內請求法院宣告其決議為無效（民法五六條）。此種宣告之請求，應以訴之形式為之。提起此訴之要件如次。第一、須有總會之決議，所謂總會之決議，須由有召集權人召集之總會所為之決議，如社員未經召集而為決議，或由無召集權之人所為之召集，則總會根本等於未召集，不得謂有總會之決議，自不在適用範圍之內。第二、須總會之決議違反法令或章程，有謂此時係指決議之方法或程序上有違法而言，如決議之內容有違反法律時，則其決議當然無效，無須請求宣告，否則易以總會之決議為違法之行為矣。然社團之安全，與個人之利益，應同時兼顧，苟其決議未違背公共秩序或善良風俗，亦未超出總會決議權限之範圍，而又未經合法之無效宣告聲請，則以維持該決議之效力，似為適當。第三、此訴應於決議後三個月內為之，逾此期間則不得請求，蓋此種訴權如長聽真存在，則難期社團之安定也。瑞士民法定為自知其決議後一個月內，得提起撤銷之訴，所定期間似較我民法為短，然民法不問社員對於決議知與不知，均以三個月為限，實際上較瑞士民法嚴格。我公司法第一三七條復將此期間縮短為一個月，其限制更甚矣。第四、提起訴者須為不同意之社員，其已表示贊成者，自無此權。決議一經宣告無效，則對於一切之人即自始皆為無效，此宣告僅有使決議為無效之消極的效力，法院不能代總會為決議，自不待言。

四、社員

社員(Mitgliede r)爲社團之組成份子。社團設立時爲設立人者，則當然取得社員之資格，設立後則須依章程加入社團。關於社員之資格，依民法第四七條之規定，應於章程中訂定之。社員對於法人所有權利義務，總稱之爲社員權(Mitgliedschaft)。社員權爲獨立之權利，性質上爲身分權之一種。社員之主要義務爲出資。公益社團之社員，普通亦負此責。社員之權利，可大別爲參與社團事業之權利與受財產上利益分配之權利。前者亦名公益權，後者亦名自益權。社員無財產上之權，惟有參與權者，爲公益社團與中間社團之特色。此種社員權不含財產上之利益，故原則上不發生讓與或繼承之問題。外國民法有規定其不得爲讓與或繼承者，例如德瑞民法(德民三八條四〇條瑞民七〇條)。我民法解釋上亦同。參與權之主要者，爲決定法人事務之權，即表決權。此表決權爲各社員不可被剝奪之權也。

社員得隨時退社，然章程得限其於事務年度終了或經過一定預告期間，始得退社(民法五四條一項)，蓋一方雖保護社員個人退社之自由，而他方又應保護社團之利益也。設若章程所定預告期間過長，則足以阻止社員之退社，故不可無最低之限制。德民規定爲二年(德民三九條)，瑞士民法定爲六個月，我民法從之(民法五四條二項)。社員因退社而喪失社員之資格之原因，但有一定限制，即須有正當理由是也(民五〇條瑞民七二條士民六五條六七條)。社員如係退社，自退社之日，喪失其社員之資格。退社須經過一定之預告期間者，自其期間屆滿之日，須於事務年度終始得退社者，自其事務年度終了之日，喪失其社員之權利。社員如被開除，自總會決議之日，喪失其資格(參照公司法四二條合作社法二五條)。在公益法人，其設立在於公益之增進，不應因個人之退社而受影響，故以明文規定已退社或開除之社員，對於社團之財產無請求權，即不得請求分配贏餘，亦不得請求返還其已爲之出資。然在非公益法人，則法

律無加限制之必要，苟其章程另有規定，則依其規定（民五五條一項）。而在營利法人，則法律明定應退還其結餘之出資（公司法四四條），合作社法亦明定社員得依章程之規定，請求退還其股金之全部或一部（同法二七條）。以上係就社員之權利言之，至於社員以前應負之義務，則不因其喪失社員資格而終了，即對於退社或開除以前應負擔之出資（註二），仍不能免其義務（民五五條二項）。蓋非如此，不足以維持社團之信用，而有損害於一般公眾也。所可注意者，民法所定此項社員義務，惟以應出資之部分為限。而在營利法人則尚不止此，例如無限公司之股東，於登記退股二年內，對於登記前之公司債務，仍負連帶無限之責任。無限責任或保證責任合作社之社員，對於出社前合作社債權人之責任，自出社決定日起經過二年，始得解除。

（註一）依修正工會法，農會法等，凡有會員資格者，均強制其加入為會員，其退會自亦受限制。

（註二）以前應分擔之出資，謂章程內所定社員之出資（民四七條），其出資之多寡，應按其為社員時期之長短定之。如規定每年應出若干，則應按其年中在社之時期計算其應出之部分，如章程限定於事務年終始得退社者，則對於全年之出資，均負清償之義務。

第三款 財團

一、財團之意義及其類別

財團 (Stiftung) 謂以供一定目的之獨立財產為中心，而備有組織之法人。財團法人之是認，係仿德瑞之例。在英國則有信託之制度，所謂公益信託，即有類似財團之效用。社團有公益社團，中間社團及營利社團之分。財團，性質上不得以營利為目的，自無營利財團之可言。然是否以公益財團為限，抑於公益財團

以外，尙承認中間財團之存在，不無疑問。在日本民法只承認公益社團（日民三四條），在瑞士民法則無此限制，我民法亦無限定以公益爲目的之明文，理論上亦有中間財團之存在。故各縣同鄉會，俱樂部及其他各種團體，如其組織合於財團之規定，皆得聲請爲財團法人之登記（司法院解釋院字五〇七號）。然無論其爲中間財團或爲公益財團，均應得主管官署之許可，始得聲請登記（民法五九條），故適用上並無區別公益財團與中間財團之實益。財團法人，如私營學校之財團（例如廈門大學）或以慈善爲目的之救濟院等，固無問題。有疑問者，寺廟祠堂等之獨立財產，是否爲財團法人。關於寺院，依日本判例，當然爲法人。寺院以外之宗教團體，解釋上則非當然爲法人，不過得以之爲財團法人。關於寺廟，我前大理院判例承認爲財團法人，而對於祠堂則認爲一族之共有財產。我民法總則施行法第九條規定「第六條至第八條之規定，於祠堂寺廟及以養贍家族爲目的之獨立財產，不適用之」。然此非謂此等獨立財產不得爲財團法人，不過不當然視爲法人而已（民總施六條）。苟備財團之要件，自可於民法總則施行後，依民法之規定，取得法人資格。又於民法總則施行後寺廟依監督寺廟條例第六條第一項規定，「寺廟財產及法物爲寺廟所有，由住持管理之」，是已明認寺廟爲財團法人矣。此外瑞士民法關於家屬財團（Familienstiftung）特爲規定（瑞民五二條、八七條）。家屬財團，謂爲一家之幸福，一家全體經濟上之保障，教育上身體上及精神上福利之增進，或爲家屬之紀念，又或爲一家之親睦及名譽之維持，所設之獨立財產。我民法雖無此等明文規定，然對於此種財團，並非不承認其成立。又瑞士民法對於家屬財團及宗教的財團，自始即承認其成立，並不以登記爲取得法人資格之要件（瑞民五二條），此點與我民法不同。

二、財團之設立

財團之設立，第一、須有捐助行爲，第二、須有主管官署之許可，第三、須爲設立登記。

財團法人之設立行爲 (Stiftungsgeschäft)，亦稱捐助行爲，謂以設立財團法人爲目的，出捐一定財產之要式行爲。即設立財團者，應以書面記載法人目的及所捐財產，其以遺囑設立者，依遺囑之方式爲之（民六〇條）。財團設立行爲，爲單獨行爲，即法律行爲，於主管官署許可前，已完全成立，故於設立行爲成立後，設立人雖死亡或喪失能力，其設立行爲不受影響。社團之設立，解釋上至少應有二人以上之設立人，而在財團則僅以一人之設立人爲已足。依日本民法，社團之設立行爲 (Gründungsakt) 與訂立根本規則之章程 (Satzung)，用不同之文字，而在財團法人則設立行爲 (Stiftungsgeschäft) 與訂立根本規則之捐助章程 (Verfassung Stiftungsurkunde)，均稱爲寄附行爲，故不獨設立行爲即訂定財團法人根本規則之書面，亦稱爲捐助行爲，用語上殊欠明瞭，故我民法則另用助捐章程字樣，蓋捐助章程之訂立，乃設立行爲之法定方式也。捐助行爲，雖依書面之作成而成立，然其效力之發生，則在官署爲許可之時。德民第八〇條第二項明定捐助行爲於受許可前，捐助人得撤回之。依瑞士民法規定，財團法人有須登記而後成立，有無須登記者，解釋上俱以於捐助之公證文書作成後，則不得撤回，蓋登記不過爲取得法人資格之要件，無須由本人自爲，即其機關亦得爲之，而其法律行爲，則已於捐助文書之作成而完成也 (Bogert, Kom. SGBSt. 110)。依我民法，捐助行爲以官署之許可爲效力發生之期，雖無明文規定，自應解爲於受許可前，得撤回之。以遺囑爲捐助行爲者，遺囑人捐助之意思有拘束繼承人之效力，繼承人不得撤回。如官署不爲許可，則與遺囑之拋棄，生同一之效果。捐助行爲之撤銷，則以有法律上之撤銷原因時爲限，始得爲之。

社團章程應記載之事項有六款之多（民四七條），而財團捐助章程之應記載事項，僅限於法人目的及所捐財產（民法六一條二項），蓋以財團多以公益爲目的，苟其根本要件已具，不妨使其易於成立，而其組織及管理方法，依民法第六二條之規定，得由法院代爲補充也。

（註）設立財團，須捐出一定財產，其財產之種類，並無限制。如係確實，卽爲債權亦可。然此財產之出捐，須以設立財團爲目的。至於法人成立後而捐助以財產者，則爲一般之贈與或遺贈，非此所謂捐助行爲也。捐助行爲與贈與遺贈，性質上雖不同，然爲無償之點則一。故關於瑕疵擔保之規定（民法四一條），及關於特留分之規定（民法一二二五條），雖未如日本民法有準用之明文（日民四一條），解釋上亦應準用於捐助行爲。

在社團，則以公益爲目的者爲限，於登記前應得主管官署之許可，而在財團，則不問其以公益爲目的與否，卽非公益非營利之中間社團，亦應得主管官署之許可，始可聲請登記。

財團之登記，由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之，並應附具捐助章程（民六一條二項）。財團於登記後，始取得法人資格，此點與社團並無不同。

財團設立時應登記之事項如下，（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。

三、財團之組織及管理

財團之組織及其管理方法，由捐助人以捐助章程定之（民六二條）。關於財團之組織，其應設立機關爲董事（民二七條），捐助人得以自己爲董事。董事是否以自然人爲限，解釋上亦不妨指定其他法人充之。蓋

其他法人之董事兼任此職務，並無害於財團法人之獨立也。財團法人之機關，於董事以外，普通以另設一監督機關爲宜。財團得就職員之選舉，財產用途之支配等，另設一特殊機關，例如設立人或受益人會議，族人會議，評議會等，關於此等會議，可準用關於社團總會決議（民五二條）之規定。其決議應受主管官署之監督，自不待言（民三二條）。財團無社員之可言，然得有定範圍之人，定期的無償的爲一定之出捐，例如財團之受益人，同時應繳納一定之負擔金。此種人所享受之權利，以捐助章程有明文規定者爲限。其應享受之權利，法律上雖無明文限制，然不能變更財團法人之目的及危害其法律上之存在，則無疑也（註）。關於財團之管理方法，得由捐助章程自由規定，其主要任務爲財團資金之收集存放及支出。其存放，應以安全之方法爲之。其支出，應以使用於財團之目的範圍內者爲限。其規定爲基金者，一般只得動用其孳息，不得動用原本。

捐助章程所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備者，法院得因利害關係人（謂財團之受益人債權人等，主管監督官署亦包括在內）之聲請，爲必要之處分，例如爲捐助章程之補充或爲財團機關人選之決定。蓋在社團，有總會得隨時爲必要之決議，而在財團則無此意思機關，且捐助章程法定之應記載事項，只爲財團之目的及所捐助財產，未強制組織及管理方法之記載，而捐助入又未必皆諳於法律，能於捐助章程爲詳細之規定，若不予法院以補充之權，則財團之事業，將無從進行。依瑞士民法，此種處分權屬於主管監督官署，我民法則以之屬於法院，以昭慎重也。

（註）受益人：謂依財團之目的得受利益之人。財團之受益人，得爲一般的，例如公衆或一都市之住民，或爲不定之人，例如由管理機關或其他特定機關，依捐助章程所定之條件爲選定之人或特定之人，如指名爲某某

，或限定一定範圍之人，如達於一定之年齡或因失業退休疾病殘廢或其他原因，即爲受益之人。受益人所受之給付，得爲扶養之給與，或依受益人之狀況，而個別決定其給付之多寡。有疑問者，受益人是否對於財團之給付有訴訟上之請求權，則不能一概而論。第一，應斟酌捐助人之意思。捐助章程，得以明文賦與受益人以請求權，或明定其無此請求權，例如規定受益之給付由財團機關決定之，則受益人無請求權。又依捐助章程所定給付規則之解釋，亦可定其有無此項請求權，例如規定對於受益人應給付一定之數額，則應爲肯定之解釋。如規定其給付之數額屬於財團之自由裁量，則應爲否定之解釋。其他情事，就中財團之種類亦應顧及，例如有個人救助性質之財團，其受益之人對於財團向爲一定負擔金之給付者，應解爲有請求權，否則如不能依其情事爲反對之決定者，應解爲無此請求權。但財團機關一旦決定爲一定給付，則受益人因此已取得債權，其有訴訟上之請求權，自不待論。

財團設立後，爲維持財團之目的或保存其財產，法院得因捐助入董事或利害關係人之聲請，變更其組織，例如因從來之機關不能具備必要之專門智識及經驗，即予以改造或移交於其他機關，從來之組織過於複雜費用過大，即使其簡單化，或組織過於疏漏不足保證財產之安全，即使其嚴密是也。捐助章程，定有財團事務所所在地者，其事務所地之變更，亦應解爲組織之變更。法院變更組織，不以其所補充者爲限，即對於捐助章程所定之組織，亦得爲之。然組織之變更，不能有害於法人之同一性，自不待論。

四、董事行爲無效之宣告

財團董事，有違反捐助章程之行爲時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效（民六四條）。董事違反捐助人所定章程或法院補充之章程，均得由法院宣告其爲無效，以之與民法第五六條相比，則保護

財團者較爲周至。其重要不同之點，有二，卽（一）在社團則此項宣告無效之請求，有行使期限之限制，而此則否。（二）在社團總會決議有違反法令或章程時，皆爲請求宣告無效之原因，而此則單舉違反捐助章程，解釋上如違反法令，則自始卽爲無效，無論何人得隨時主張，無須待法院之宣告也。依德國日本民法，董事之行為，如違反捐助章程，應受主管官署之監督，並其個人應負責任，在重交易之安全。我民法爲此規定者，以財團法人無總會或其他法定監督機關，爲防董事之專橫，有特別保護財團財產之必要也。

五、財團目的之變更

因情事變更，致財團之目的不能到達時，主管官署得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要之組織。原來財團之目的，一旦由捐助人於捐助章程指定後，則不能變更。然其目的不能達到時，苟非變更其目的，則財團卽歸消滅，爲維持公益計，不若繼續維持其財團。故民法許主管官署於不背捐助人意思之範圍內，變更其目的，卽務使其類似於原來之目的。如於捐助章程預指定其他之目的時，自應依其指定。目的既已變更，則就變更之目的有關之必要組織，不得不爲相當之變更，其與民法第六三條不同者，該條所定之變更組織，乃爲維持原來之財團目的，而此乃爲維持變更後之目的也。

第四款 外國法人

何謂外國法人，則有數說。（一）以法人設立人國籍，定法人之國籍者，謂之設立人主義。（二）以設立地之所在，定法人之國籍者，謂之設立地主義。（三）以法人設立所準據之法律，定法人之國籍者，謂之準據法主義。（四）以法人之住所所在，定法人之國籍者，謂之住所主義。何謂法人之住所，其說又有二。（甲）營業中心說，謂法人之主事務所所在地，與其營業之中心點所在地不同時，則應以營業之中心爲其住所，卽於本國有

營業中心者，爲本國法人，應服從本國之法律，蓋主事務所置於何處，爲設立人之自由，若僅以主事務所所在地定法人之國籍，則爲免除本國法之適用，而置有名無實之主事務所於外國者，得以售其姦詐之計矣。然若只以營業中心定法人之國籍，則有時不免發生困難，例如保險業，運送業及銀行業等，其營業範圍，往往及於數國，究以何國爲營業中心，有時不易決定。(乙)其次爲主事務所所在地說，即以法人事務執行之中心所在地，爲法人之住所，我民法第二九條亦以明文規定，又依法律適用條例第三條規定「外國法人經中國法認許成立者，以其住所法爲其本國法」，故我國法律，原則上可謂採取住所地主義。即在中國有住所(即主事務所)之法人爲中國法人，在外國有住所之法人爲外國法人(參照西班牙民法二八條)。然若一任當事人自由決定其主事務所之所在地，則難免有爲避本國法律之適用，故意置有名無實之主事務所於外國。故國際法學會一八九一年於漢保會議，議決股份有限公司之國籍，應以無詐欺而設定法律上事務所所在之國，視爲其本國。依我民法，本國法人之主事務所所在地，應以本國爲限。無論營利法人或公益法人，不問其設立行爲或營業在外國與否，惟於我國有主事務所者，始得依我民法之規定，登記爲法人。苟於我國內無住所者，則不許其爲我國法人。如法人於成立後，而移其住所於外國者，則可視爲已喪失我國法人之資格。反之，外國法人如將其住所移於中國，則不得繼續爲外國法人，其取得中國法人資格與否，則應視其是否依中國法登記以爲斷。如以於中國營業爲目的，而故意設事務所於外國，則爲虛僞之主事務所，法律不保護詐欺，應不承認其爲外國法人。立法上如明定凡在本國有營業中心之公司，應依本國法之規定登記爲本國公司，則更明顯(意商二三〇條日商二五八條法商一一〇條亞爾然丁商二八六條)。如確在外國有住所之外國法人，雖同時在我國經營商業，仍不失爲外國法人。其在中國設分事務所者，則應依民法施行法第一三條規定爲登記。要之，我國原則上採用住所地主義，但

在我國有營業中心者，不得在外國有住所。故無在外國有住所之我國法人，亦應無在我國有住所之外國法人。然過去世實上，則大有不然，蓋因向在我國有領事裁判權之國，其在租借地有住所之法人，仍依其本國法設立而為其本國之法人，不服從中國之法律。對於此等外國法人，惟有消極的一概不承認其成立之一法。此民法總則施行法第十一條所規定「外國法人除依法律規定外，不認許其成立」也。今者不平等條約已經廢除，領事裁判權因而撤廢。此項法律尚未制定，解釋上，外國法人（例如國家）除依條約經承認者外，其餘則均應依民法總則施行法第一五條之規定，定其權利義務。依司法院解釋「外國法人如係以營利為目的之社團，而未依特別法（公司法）取得法人資格者，不能以法人名義起訴，但依照民法第五五條，得由經理人代表商號，為原告或被告或其他一切訴訟上行爲。如係財團或以公益為目的之社團，而有獨立財產者，在未經中國認許成立以前，應依民法總則施行法第一五條規定辦理」（民國十九年十月十六日司法院指令）。又「外國公司在十八年十二月二十六日公布之公司法未定期施行以前，應依照公司條例暨公司註冊暫行規則及公司註冊暫行規則補充辦法，向註冊所註冊，經註冊所核准後，即可認為法人成立，無須向法院聲請登記」（十九年十月十六日司法院指令）。又「外國教堂於租界外購置土地，既在前清末葉，自應僅受內地外國教會租用土地房屋暫行章程第六條之限制，……外國教會依上開章程，既許以教會名義為私法上之法律行為，實質上已認許為法人，惟民法第三〇條係以登記為法人成立要件，其未依法登記者，應即令其補行登記，始得列名為訴訟當事人」（二十年二月二十四日司法院電院字四四五號）。根據以上解釋，則外國之公司得依公司法及其登記規則登記而承認其法人資格，公益社團及財團，則須有法律上（包括條約）之根據，經認許始得登記而取得訴訟當事人能力。然此種解釋，與立法原意不甚相符，對於公司至少其住所所在中國境內或僅有名義上之住所所在外國，而其營業中

心在中國者，應強其依中國法登記爲中國法人，否則不承認其法人資格。至於外國之公益社團及財團，除條約另有規定外，應不承認其法人資格，此爲各國之通例也。

(註)關於外國法之認許，立法上甚不一致，(一)有以外國法人一一須經政府認許其成立，而後承認其法人資格者，謂之特別認許主義，例如奧國及蘇俄。(二)對於某國一定之法人，概括爲認許者，謂之國別的概括認許主義，例如法國及比利時。然依此主義，則有對於各國，一一發布認許命令之煩。(三)對於一定之外國法人，不問其國籍，一般的認許其成立者，謂之一般的認許主義，例如英、美、意、瑞、日。依一八九一年萬國國際法學會漢堡會議，決議第一條。「依本國法律成立之股份有限公司，無須一般或特別之認許，於他國有訴訟於法院之權利。」

前項公司，有依其他關於公共秩序之法令，從事營業，設置代理店或支店之權」。

一八九七年哥本哈根會議議決關於外國公法人之規則，其第一條規定「其所發生國已認之公法人，於他國當然認許之」。

總觀上述決議，約言之即國與國之行政區及股份有限公司，應於各國當然認其成立，無須經特別或一般之認許。在歐美各國，惟認許外國公法人與營利法人，而對公益法人則以不認許爲例。依日本民法第三六條「除國與國之行政區域及商事公司外，不認許外國法人之成立，但依條約認許者，不在此限」，蓋亦基上述決議之原則。我國民法既委於其他法律之規定，將來修改法律適用條例時，似可增加相當之規定；然在目前雖採嚴格解釋，亦無妨礙，蓋依我民事訴訟法第四〇條三項規定，「非法人之團體設有代表或管理人者，有當事人能力」，故外國公司雖未承認其法人資格，亦得有訴訟當事人能

力，不過不能以法人之資格，爲營業及取得權利而已。

「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」（民總施一二條一項）。關於法人權利能力，廣義的可分爲一般的權利能力與特別的權利能力。何謂一般的權利能力，即關於其人格存否之問題是也；依一般原則，應依外國法人之本國法及章程定之。其應依本國法決定者，有下列各點。即（一）關於法人成立者，例如法人果具備其成立之實質的與形式的要件與否，何種事實應使法人之設立無效，法人之消滅原因又如何等問題是也。（二）關於法人機關之組織及權限者，例如法人機關之人數、性質、種類及法人對內部外部之關係，代表權之範圍（但代表權之限制，應依法爲登記，並不對抗善意第三人（民法二七條）），是也。（三）關於社團與社員之關係者，例如其社員之權利義務如何，股份及社員權是否得讓與之問題是也。（四）法人得爲何種行爲，即法人行爲能力及違法行爲能力如何之問題是也，然其對於外部之關係，行爲能力及違法行爲能力如何等問題，關於中國之公共秩序交易安全者，就其在中國之行爲，不得因其本國法無規定，而免其責任。何謂特別權利能力，即已經認許之外國法人，對於個人之私權，如何程度得享有之問題。民法總則施行法第十一條第一項之規定，即爲關於特別能力之規定。特別權利能力，除法人性質上不得享有之權利及法令（條約包括在內）不許外國人享有者外，與同種類之中國法人有同一之權利能力。即不爲差別待遇之意。但依其本國法不得享有者，在中國亦不得享有之。

經認許之外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同（民總施一一條二項）。在今日領事裁判權既經撤廢，已爲當然之事，並無特別規定之必要。然在當日，外國人每藉口領事裁判權，不服從中國法律，則此項規定，自有其特殊意義。

外國法人經認許者，得在我執行其目的事務。然其事務之執行，應服從我國一切之監督法規，固不待論。如其目的事務違反公共秩序或善良風俗者，不得爲之，亦不得認許其法人之存在。如在我國設事務所者，則應與我國法人爲同一之登記，其未爲登記者，不承認其成立。然此種登記，並非發生一新人格，不過因此在中國始得主張其爲法人而已。已設立之外國法人事務所，如其目的或行爲，有違反公共秩序或善良風俗者，法院得撤銷其登記，而對閉其事務所。因此在中國即喪失其爲法人之資格（民總施十三條十四條）。未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任（民總施一五條）。外國法人在中國雖未經認許，然若以其名義與人訂立契約，而可不負責，則一般公衆，易受其害，故應與行爲人同負其義務。

（註）依二十五年四月三日院字 四七一號解釋「民法總則施行法第一三條既定明外國法人在中國事務所設者，準用關於法人之成立許可各規定法則，凡在中國未設事務所之外國法人，自難認許爲法人」。

設問

- 一、法人有權利能力行爲能力及侵權行爲能力否？其與自然人有何不同？
- 二、財團法人之以遺囑設立者，於其組織或目的有變更時，程序上應如何？
- 三、代表與代理，有何不同？
- 四、法人設立登記與變更登記，其效力有何不同？
- 五、法人之監督，有屬於主管官署者，有屬於法院者，其區別之意義何在？

- 六、法人設立行為之意義如何？其與章程有無區別，試就社團財團，分別述明之。
- 七、捐助行為，與贈與或遺贈，有何異點？
- 八、捐助行為之撤回或撤銷，有何限制？
- 九、法人設立許可之主管官署，與設立登記之主管官署，有何區別？
- 十、有謂學校為財團法人，其說當否？
- 十一、法人解散之原因，有幾？試就社團及財團，綜合並分別述明之。
- 十二、清算開始與清算終了，其意義若何？
- 十三、商業同業公會，因與他公會合併而解散時，得省略清算程序否（民四一條公司法二〇四條）？
- 十四、鄉民捐建之積穀米倉，依民法規定為法人之登記者，其管理人侵蝕倉廩時，何人得提起訴訟？
- 十五、商會改選職員，其改選會之召集，違法或有不當情事，有無救濟方法？
- 十六、法人章程內必須記載事項，與任意記載事項，其意義有何不同？
- 十七、何謂財團受益人？其對於財團之給付，有訴訟上之請求權否？
- 十八、財團之組織與目的，得加以變更否？民法上有何規定？
- 十九、何謂社員權？因社團之種類其內容有不同否？
- 二十、社團總會決議無效之宣告，與財團董事行為無效之宣告，其要件及程序，有無不同？
- 二十一、何謂外國法人？其與同種類之中國法人，有同一之權利能力否？

司法院解釋

一、慈善團體依慈善團體法施行細則得許可設立之主管官署設主許可後，未依法定程式向主管官署登記，雖在該規則施行前成立，依民法第卅條規定，不得成立爲法人，自不能認爲有法人資格（院字一四〇七號廿五年二月六日）。

二、已解散之慈善團體其賸餘財產，如依民法應屬於其住所所在地之地方自治團體時，該地若無合法地方自治團體，應由該地方官署暫爲保存，使有合法地方自治團體時歸屬之（院字一四〇七號廿五年二月六日）。

三、律師公會會長選舉，屬於私法關係，會員就此提起確認無效之訴，自非法所不許（院字一五七〇號廿五年十一月十日）。

四、商會職員改選依商會法僅規定任期及改選方法，至改選會之召集違法或有不當情事，該法院未訂明，遇有此項情事發生，祇可依私法關係由會員提起確認無效之訴。

五、公司法第二〇六條第一項所載「法院因監察人或有股份總數十分一以上股東之聲請得將清算人解任」，乃就法院未認清算人有解任之必要時特設之規定，倘法院認公司解散後之清算人有違法或不稱職情事而有解除任務之必要，自得依民法第卅九條之規定解除其任務（院字一四一號廿五年二月七日）。

六、私立學校同鄉會等團體，如其組織合於民法總則社團或財團之規定，亦得聲請爲法人之登記（院字五〇七號廿五年四月廿三日）。

七、多數人爲一定目的所捐助之財產，非少數人因管理不當即可移充別用，倘未得全體同意稟官處分被害人除

得請求撤銷處分外，並得對於加害人提起民事訴訟（院字一〇二六號廿三年一月卅日）。

八、許可法人設立之主管官署，其許可權是否專屬於中央官署，抑受中央主管官署之指揮監督執行法令之地方官署亦有許可之權，如法令無明文規定者，應以法人目的事業之性質定之（院字四四三號廿年二月十九日）。

九、公會團體係公益法人，其退社社員應適用民法第五五條規定。如因款涉訴，自屬民事訴訟範圍（院字四一七號廿年一月廿八日）。

最高法院判例

一、公司法第一百四十七條第二項僅載公司財產顯有不足抵償債務時董事應即聲請宣告破產，至不爲此項聲請致公司之債權人受損害時，該董事對於債權人應否負責，在公司法既無規定，自應適用民法第三十五條第二項之一般規定。

第三章 物

第一節 物之意義

一、物與權利之客體

權利以有形或無形之社會的利益爲其內容或目的，例如物權以直接排他的支配一定之物爲其內容或目的，債權以要求特定人之一定行爲爲其內容或目的，爲此內容或目的之成立所必要之一定對象，爲權利之客體（22）。

(*Absegenstand*)。卽物權之客體爲一定之物，債權之客體爲特定之人，人格權之客體爲人之本身，親屬權之客體之立於一定親屬關係之他人，無體財產權之客體爲精神之產物。故權利之客體，依各種之權利而有不同，而私權之客體，並不以物爲限，德國民法第一次草案將關於物之規定，列於物權編，第二次草案以來，揭於總則編，瑞士民法及土耳其民法，規定於物權編，我民法則從德、日、俄、泰民法之例，對於權利之客體不爲一般之規定，惟置關於物之規定，於權利主體之次，蓋以物不獨爲物權之客體，而於債之標的亦有關係，故規定於總則中也。

二、物之意義

關於物之定義，我民法未爲規定，然依民法之其他規定（民法九〇一條八八二條三四八條），物與權利爲對稱。可下定義曰「物（*Sache, cosa*）者謂有體物及物質上法律上俱能支配之自然力」。試分述之如次。

(一)物不以有體爲限，其經濟上之效用與有形之物相同者，亦可稱爲物。從來物之用語，有廣狹二義，廣義不論有形無形，皆謂之物。羅馬法亦分物爲有體物（*Res corporales*）與無體物（*Res incorporales*），但羅馬法有體物之觀念，與所有權同，無體物指所有權以外之財產權而言，與近世所謂有體無體物者，不同。近世學者附會羅馬法有體物與無體物之區別，謂一切權利皆謂之物，均得爲所有權之客體，故稱有地上權或債權，卽爲有其所有權之意，致債權與物權混淆無別，此解物之觀念過汎之愆也。近代立法上將物分爲有體無體者，有法、意、奧、荷等國（法民五二七條以下，意民四〇六條以下，奧民二八五條，荷民五五五條），德日之立法例，排斥無體物之觀念，明定爲有體物（德民九〇條日民八九條），乃狹義之物也。有體云者，占領一部分空間之謂，形狀之大小以及有定形與否，在所不問。故固體，液體，氣體皆爲物，而電氣，熱，音響則非物也。依暫行

新刑律第三七八條規定「竊他人電氣者以竊盜所有物論」，刑法第三二二條規定「電氣關於本章之罪以動產論」，蓋以電氣是否爲物，易生爭議，故以明文解決之也。以物爲限於有體，則未免太狹，蓋電氣熱等之經濟效用，與其他有形之物無何軒輊，更無區別之理由，故瑞士民法將物之範圍擴張，於物權編第六五五條規定「得爲土地所有權之客體者，爲土地，土地之意義在本法包括登記於土地登記簿之獨立的而且繼續的之權利」（瑞民七九條七八〇條），其第七一三條規定得爲動產所有權之客體者，爲性質上爲動產之有體物及得爲法律支配而不屬於土地之自然力」，泰國民法物編草案第一條規定「物爲動產或不動產」，學者有謂物爲「法律上之排他的支配之可能」者，故電氣磁氣不失爲物，即集合物爲獨立之一體有經濟之價值一括的爲交易之客體者，亦可視爲一物（我妻榮民總三一五頁）。我民法則從瑞士蘇俄之立法例，關於物未爲定義，自無解爲限於有體物之理。

(2) 有謂法律上所謂物者，與物理所稱者不同，吾人得支配之者始得謂之物。然物苟爲有體，雖有不爲法律之對象者，例如日月星辰，但法律亦無否認其爲物之必要。海洋得依行政行爲劃定一定範圍而支配之，故得爲權利之對象，例如漁業權。

(3) 有謂法律上之物應爲獨立之一體，然此不過謂物之一部原則上不得獨立爲權利之客體（瑞民六四二條一項德民九三條泰民一〇一條），依法律之規定得發生反對之現象，故此獨立性，不必爲物之觀念所不可缺之要件。

(4) 人體爲有體物，亦得爲法律上之物與否，實一問題。

A 活人之身體，不得爲法律上之物，法律以人爲權利之主體，若以其構成部分即身體之全部或一部爲權利

之標的，有反於承認人格之根本觀念，但此乃近世之思想，在昔羅馬奴隸亦為法律上之物，而為買賣之標的也。

B 人身之一部分自然的由身體分離之時，其部分已非人身，成為外界之物，當然為法律上之物，而得為權利之標的也。然其部分之最初所有權，屬於分離以前所屬之人。嗣後得明示或暗示讓與之或拋棄之。有疑問者，最初所有權取得之原因，是也。謂為無主物先占，則不當，謂為對於身體之所有權之分離，則有反於人格之觀念，有謂為人格權之變形者，恰如人格發露之結果而生無體財產權，人格侵害之結果而生損害賠償之請求權，以此說為妥。

C 讓與尚未分離之身體一部分之契約，如約於分離之時交付之，則契約為有效，若約為得請求強制其部分之分離，則反於善良之風俗，應為無效。

D 以人工填補身體之部分，亦為身體之一部否，則因其與身體結合之程度，有時為身體之一部，有時為物。

E 死體為物，固無疑義，然除為供學術研究之外，不得為財產權之標的，故原則上為不融通物也。其法律上之關係，應依法律及習慣定之。

F 死亡者生前關於其遺骸處分之契約或遺囑，如不反於公共之秩序或善良風俗時，為有效。在歐美各國常有自衛其遺骸與醫院，而預收其代價者，可謂適例。

(5) 自然力物質上能支配者，謂其有一定量之存在可以管理拮据而能計算其一定之量也，法律上能支配者，謂其有經濟上之價值，得為權利之標的也。例如電，可以電氣計其量，又得為權利之標的。

第二節 物之種類

一、單一物、合成物、集合物

(1) 單一物(Einzelliche Sache)者，形體上成一獨立體之物也。其所以成爲獨立體之原因，在所不問。其由於天然抑由於人爲，又爲同一種類之物質與否，俱無傷於其爲單一物，例如盆花，是也。

(2) 合成物(Zusammengesetzte Sache)者，由數個獨立物結合而成一體之物也。例如嵌寶石於指環，組成此等物之各物，雖不致失其結合前之性質，然自法律視之，則爲單一物，原則上以獨立之一體，爲權利之標的。

(3) 集合物(Sachinbegriff, Sachgesamtheit)者，物質上未結合數多之物之聚合也，例如羊一羣，書一屋。聚合物本爲許多單一物之總稱，不過因交易界之習慣，由當事人之意思，常視爲單一物而已。法律按經濟生活之實情，有時視一財產爲單一物其中含有有物體，權利義務，謂之法律的聚合物(Rechtliche Gesamtheiten)，例如一人之財產，一個營業，一個遺產，特別財產(Sondervermögen)等是(民三〇五條三〇六條)

二、融通物與不融通物(Verkehrsfähige Sach/Verkehrsunfähige Sache)物因其得爲私權之標的物及爲交易之標的物與否，而有融通物與不融通物之分。

(1) 融通物者，有權利能力及交易能力之物也。即吾人得占有之轉讓之之意也。

(2) 不融通物者，無權利能力及交易能力之物也。不得爲私權標的之物，當然不得爲交易之標的物，然得

為私權之標的者，不必皆得為交易之標的物。不融通物有因物之性質，而為不融通者，有因法律之規定，而為不融通者，前者謂之性質的不融通物，後者謂之法定的不融通物。

甲、性質的不融通物有二，曰公共物及人之身體，是也。

公共物(Res Communes Omnium)從自然狀態供一般公眾之使用，個人不得獨占之物也，例如日、月、星、辰、空氣、流水、大洋，然公共物得取其一部或利用其一部而為私權之標的，例如貯水於池，引水發電。人之身體為不融通物，已如前述。

乙、法定的不融通物為公有物，公用物，禁止物。

A 公有物(Res Publicae)者，國家及其他公共團體所有之物，廣稱之為公有物。此所謂公有物者，謂其中為公共目的使用之物，即所謂行政財產(Verwaltungs-Vermögen)，是也，例如要塞、軍艦、官衙，收益之財政財產(Finanz-Vermögen)不同。財政財產，例如國有之山林，現金，官營事業等。

B 公用物(Res Publico use)者，供公眾一般使用之物也，與公有物不同，其所有權之關係，不必為問題，例如河川、道路、圖書館。

C 禁止物(Verbotene Sache)者，法令禁止其為交易標的之物也。其所有及持有是否禁止，在所不問。自其無交易能力之點觀之，為不融通物，例如偽造貨幣、淫畫、屍骨。

法定不融通物之範圍，因各國立法而異，故因時與地之不同，而其範圍有廣狹之別，觀其趨勢，則有日見增多之象。依蘇俄民法之規定(俄民二一條二四條)，則土地為國有，不得為交易之標的，我土地法第八條規定不得私有及不得變為私有之土地。

三、消費物與非消費物

消費物者，依其本來用法非消耗之讓與之，不得使用之物也，例如柴、米、油、鹽。金錢之使用，其物質雖未消費，然對於使用者等於消費之結果，故亦謂之消費物也。我民草第一次草案第一七二條曰「稱消費物者，謂依其通常使用方法，即歸消耗或可讓與之物。」即此意也（德民九二條民法一八九條泰民一〇〇條）。我民法未為規定，解釋上仍有此區別。

非消費物者，依其自然之使用，不失其形體之物也，例如家具、船舶。此區別之實益，在與消費貸借與使用貸借（民四六〇條四七四條）之區別相關聯。

四、替代物與不替代份

替代物者，以同種同量之物得交互代用之物也，例如金錢，米穀。外國民法有設規定者（德民九一條六〇七條法民一二九一條），我民法無之。

反之，不代替物者，於某種類中指定某物交易上不能以他物代之者也。消費物，幾於全部為替代物，然葡萄酒，則有時為不替代物。非消費物為替代物者，亦甚多，例如印刷品。替代物非替代物之區別，於民法上最有關係者，即消費貸借之標的，限於替代物也（民四七四條）。

五、特定物與不特定物

替代物與不替代物，為一般交易上客觀之區別。其為同樣之區別而依交易當事人之主觀，以決定者，有特定物與不特定物之殊。即於交易之際，依當事人着眼於物之個性或着眼於物之種類而生之區別也。從而替代物與不特定物，不替代物與特定物實際上一致之時甚多，然理論上其一致，固非必要，例如約定給

付酒一樽，則爲種類債務，其標的物爲不特定，如具體指定某樽酒，則爲特定物。關於不特定物，外國民法有設規定者（泰民九九條），我民法無之。特定物與不特定物區別之實益，現於民法各條（民二〇〇條至二〇二條三一四條）。

六、可分物不可分物

可分物者，依分割而不變其性質且不顯然減其價值之物也，否則謂之不可分物。故此所謂可分不可分者，乃經濟上問題，非物理上之問題也。因其分離不必爲有形之分割，土地之分割，只須登入於土地登記簿爲已足。此外，性質上雖爲可分之物，但依當事人之意思表示，亦得爲不可分物。

此區別之實益，以債權人或債務人有數人之時爲顯，即可分物之給付與不可分物之給付，各異其規定是也（民法二七一條二九三條八二四條日民四二七條四二八條至四三一條）。

第三節 動產與不動產

一、不動產

不動產(Unbewegliche Sache, Bien immenbier, Realestate things Real)者，謂不能變更其位置者而言。其主要者，當然爲土地，各國立法例，皆爲一致。然關於其定着物，則所採主義，稍有不同。依德國民法第九三條至第九六條，不動產惟限於土地，其定着物就中如建築物，爲其重要成分，故亦爲不動產。法國民法分不動產爲四種，一曰性質上之不動產，二曰用法上之不動產，三曰標的上之不動產，四曰登記上之不動產。性質上之不動產，主指土地及其附屬物而言，用法上之不動產，與後述從物觀念相似，標

的上之不動產，指以不動產爲標的之權利而言，登記上之不動產者，某種之票券得由其所有人於移轉登記簿，登記其爲不動產之謂也（法民五一七條）。日本及泰國民法，於土地之外另設一定着物之觀念（日民八六條泰民九八條）。日民第八六條規定「土地及其定着物，爲不動產」定着物之內容，與德國所謂重要成分相同，而其觀念則有別。日本所謂定着物者，爲獨立之不動產，而在德民則爲土地之成分，蓋源於羅馬法地上物屬於土地（*Superficiosa sedis*）之思想也。瑞民亦然（瑞民六四二條六五五條七一一條）。我民法第六十六條第一項規定「稱不動產者，謂土地及其定着物」，蓋從日泰之例也。

定着物（*best verbonden zaak*）謂依交易上之觀念，以固着於土地而達其經濟上之目的，然尙未構成土地成分之物也。故以暫時之目的附着於土地者，例如爲建築所設之工作廠，不得謂定着物。其與土地密着成爲土地之一部者，亦非定着物，例如肥料，播下之種子。我國民法定着物，與德國所謂重要成分之性質不同，非爲土地之一部，而爲獨立之物，不因定着，而失其獨立之性質也。土地與定着物，得各別爲所有權之標的，出賣土地不當失其建築物之所有權。定着物之主要者，爲房屋及其他建築物。不動物之出產物尙未分離者，爲該不動產之部分（民法六六條二項）。此所謂不動產指土地而言，土地之出產物（*Erzeugnisse* *e* *und* *erbeute* *der* *Grundstücke*）謂土地之有機的出產物。有機的出產物，謂樹木（註）禾穀之類，無機（的）出產物，謂沙石之類，與天然孳息之觀念，稍有不同。蓋在天然孳息，無機物須用依物法而收獲者，始得謂之孳息，而此所謂出產物，則無此區別之必要（參照民法七六六條）凡物之成分不得單獨爲權利之標的，故上述之土地出產物，於未分離以前，不得以之爲權利之標的，蓋自國民之經濟立場，不容許因此而減損其價值也。

二、動產

動產謂不動產以外之物，故電氣亦爲動產。動產之中，其法律上之處理，有與不動產相類似，而關於登記及抵押，設特別之規定者，例如船舶航空器（海商法一一條三七條日商五四〇條航空法一七條一八條六八六條）。有爲權利之具體化，因交付而移轉，其移轉方法全與動產相同者，則謂無記名證券（民九五一條），例如無記名公債，金庫券，車票等是。日民則規定「無記名證券視爲動產」（日民八六條三項）

三、二者區別之理由

原來動產與不動產，自古各國法律概認爲物之重要分類。其所以爲此區別之理由。有二，（1）經濟史上及封建制上不動產較動產，其價值遙爲重大，然今日情形已有變更，動產之中如船舶，有價證券，亦有重大價值，今後此點不足爲區別之重大理由。（2）根本上二者有得移動與不得移轉之殊，此點有永遠移動性，當可爲法律上區別之根據，例如審判管轄問題，因時效取得權利之問題，移動方法之問題以及國際私法上法律適用之問題，皆有彼此區別之必要也。所可注意者，蘇俄民法因其第二一條規定，將一切土地收爲國有，則不動產已爲不融通物，房屋雖得爲私權之標的，然視爲動產，故在蘇俄民法已無此區別之必要矣。此外有特種權利視爲不動產者，例如漁業權視爲物權，準用民法關於土地之規定，（漁業法五條），鑛業權視爲物權，準用關於不動產諸法律之規定（鑛業法一二條）。

（註）樹木爲土地之出產物，然在日本林業用樹木之集團，名爲「立木」，視爲獨立之不動產，設立木登記之制。立木之所有人，得與土地分離，單獨讓與立木或以之抵押，而土地所有權或地上權處分之效力，亦不當然及於立木（日本明治四十二年四月二日「關於立木之法律」）。

第四節 主物與從物

一、區別之標準

主物 (Hauptsache. Pertins chose Principales) 與從物 (Nécessaire. Zubehör. Chose accessoire) 之別，淵源於羅馬法，各國民法多襲用之。其區別之標準，各國立法不盡相同。就我國民之規定觀之，從物者非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人之物也。其效用常被輔助之物爲主物，對於從物而言也。試分述之如次。

(1) 相對的關係 主物與從物爲相對之關係，皆須爲獨立之物，故一物之構成部分，非從物也，例如未離樹之果實，爲樹之一部，既離之後，則爲獨立物，毫無主從之關係，但一物對於某物爲從物，而對於他物爲主物，亦爲可能之事。

(2) 附從的關係，從物須爲主物之常用所附屬之物，二者相待然後可達經濟上之目的，而且一物對於他物常爲其補助並爲其專屬之物也，例如壺蓋之於壺，鑰匙之於鎖是。

(3) 主觀之關係 依我民法，主物與從物須屬於同一之所有者，日民瑞民亦然，而德、泰、蘇俄民法則否，蓋我國民法欲保護所有人，而德泰等民法則注重經濟上之利益也。

(4) 具備上述之要件，如交易上有特別習慣，不認爲從物者，仍不爲從物（德民九七條但書亦有此限制），例如白鐵烟筒之於火爐，又如樓梯階上之絨氈，天花板上之吊燈，對於房屋之關係，通常不視爲從物。

(5) 不動產亦得爲從物否，在日民不動產亦得爲從物，例如庭園，馬廐，附舍之於正屋是。德民則規定從

物限於動產，蓋在德民不動產之爲獨立物或爲他物之成分，全因登記而定（德民八九〇條），故無此必要也。我國民法關於從物，雖無必爲動產之規定，然以非主物之成分爲要件，故在交易上可視爲獨立之物，方得爲從物，例如灌溉用之工作物，農業用之建築物，對於耕地之關係，亦可視爲有主從之關係。

（6）工廠之機器，得視爲工廠之從物否，在我國民法解釋上甚爲重要，蓋以之爲從物，則得與工廠一同抵押，否則不得爲抵押之標的也。依德民第九一八條規定，供營業用之機器及其器具，農業上之農具及家畜等，視爲從物。奧民第二九七條之規定機器與不動產結合者，如得不動產所有人之同意，於登記簿上記明該機器屬於他人之所有時，始不視爲其不動產之附屬物。我國既無明文規定，解釋上應以其機器是否常助工廠之效用而並同屬一人所有，以爲斷。最近司法院亦採此解釋，即機器得爲工廠之從物，同爲抵押權之標的（民八六二），否則因其性質上爲動產，不得單獨設定抵押權也（民八六〇條）。

二、區別之實益

原來主物與從物區別之必要，在使從物從主物之運命也（日民八七條二項蘇俄民二五條二項瑞民六四四條一項泰民一〇二條三項）。但從物從主物運命之程度，依各國立法則有不同。我國民法及日本瑞士等民法，則取概括規定主義，使從物從主物之處分，德民則取個別規定主義，其相異之點有二。

1 我國民法所謂處分者，謂關於其物之權利義務之設定變更或消滅所爲之一切法律行爲也，而在德民則限於讓與主物或於主物上設定限制物權，例如設定質權，地役權以及爲遺贈時，其從物始從主物之運命，故其適用之範圍爲狹（德民三一四條四九八條九二六條一〇三一條一〇六二條一〇九六條一四九八條二一六四條）。

2 我民法第六八條第二項所定「主物之處分及於從物」，解釋上爲任意規定(Dispositiv-ive Vorschrift)如當事人不爲特別反對意思表示時，則適用之(日民八七條二項、瑞民六四四條一項、蘇俄民法二五條二項但書)。反之，德民所規定者爲意思解釋之規定(Auslegungsgesetz)，無須當事人有特別之約定，如依周圍情事可知當事人有反對之意思，則從其意思，惟意思不明時(Inzweifeln)，始適用之。

第五節 孳息

一、孳息之意義及其種類

孳息(Ernechte fruits)，謂由母物所生之收益，在民法包括天然孳息與法定孳息而言。試分述之如次。

1 天然孳息(Natuerliche Ernechte fruits naturels)謂物之有機的自然之出產物及其他依物之用法而收穫之出產物。民法第六九條第一項明定「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」，然以如何之出產(Erzeugnisse, produits)爲物之孳息，學說上不能一致。(A)有謂限於定期收穫之出產物，例如米麥。(B)有謂不消耗其原物而收穫之出產物，例如桃李，而礦物石材因採取而減損其原物，則非孳息也。(C)有謂限於依物之用法而收取之出產物，故採伐於山林之樹，石坑之石，皆爲孳息，日本民法採用是說。綜上各說觀之，第一說及第二說則失之狹，蓋非定期收穫物亦有爲天然孳息者，例如牛之犢。又石材、礦物、在經濟上亦應稱爲孳息。第三說包含甚廣，最能適於近代經濟之思想，然同一物依其合於經濟之用法與否，而有時爲孳息有時則否，例如桃園之桃爲孳息，盆中樹所結之實則否，乳牛之乳爲天然孳息，而耕牛之乳則否，牧馬之駒爲孳息，而乘馬之駒則否。依德國民法，天然

孳息之爲有機出產物者，不加以限制，惟對於無機物之出產物，則限定其爲須依物之用法之出產物。德民第九九條規定「稱物之孳息者，謂物之出產物及其他依物之用法而收取之分割物 (anteile) 也」，其所謂出產物者，即指一切有關之出產物而言，與日常之觀念甚合，而礦物之出產物則須依其用法之採取，始得稱爲孳息，亦甚適於近世經濟之觀念。瑞士民法第六四三條第二項規定「天然孳息爲定期之出產物及一般觀念上爲依物之用法所收穫之收益」，我民法係折衷德瑞民法所採取之定義，即植物之果實，動物之產物，例如牛羊之乳、角、毛或如牛之犢，馬之駒，其爲動植物本身自然的之有機的出產物者，則不問其爲依物之用法而收穫者與否，均爲天然孳息，其他如石材礦物之無機物，則須依物之用法而採取者，始爲天然孳息。又如山林之樹，雖爲有機物，然爲山之生產物，亦應依其用法而採伐者，方得稱爲天然孳息。有謂我民法第六九條第一項所定之天然孳息，與日民第八八條第一項所定之天然果實，意義完全相同，即不問其爲果實及動物之產物，均須爲依其用法而收穫者，方爲天然孳息。不知，民法所舉之果實及動物之產物，並非例示之規定，乃指一切植物之果實及一切動物之產物而言。又產物與出產物之意義不同，在民法產物爲自然有機的產物，應屬於出產物中之一種，故民法第六九條第一項末段所定「其他……之出產物」，係與果實動物產物相對列。

2 法定孳息 (bürgerlichs Frucht oder Juristische Frucht) 謂法律關係所得之收益也。關於法定孳息之定義，學說亦不一致。德民第九九條第三項規定因法律關係 (物或權利) 所生之收益爲孳息，德國學者多稱爲擬制的孳息。日民則規定爲物之使用對價之金錢及其他物。我民法第六九條第二項規定，稱法定孳息者，謂利息租金及其他因法律關係所得之收益」，係仿德國民法之例。然其範圍

較德民爲廣，其應說明者，有左列三點。

1 母物不以物爲限，卽由權利所生之收益，亦爲孳息。此點與日泰等民法，母物必須爲物者不同。

2 法定孳息爲因法律關係之收益，所謂法律關係，指一切法律關係而言，其基於法律行爲或基於法律之規定，在所不問。故因租賃關係所得之租金，固爲孳息，卽因履行遲延所得請求之遲延利息，亦不失爲孳息。

3 因法律關係所得之收益，所謂收益，一般謂以物或權利之使用收益，委於他人所得之對價。收益多爲定期，其非爲定期者，以非可視爲母物之代價者爲限。

二、孳息之歸屬

(1) 天然孳息與母物分離時，屬於其時之有收取權利之人（民法七〇條一項），蓋天然孳息與母物未分離前，尙爲物之成分，不得獨立爲權利之標的物也。有收取天然孳息之人，爲原物之所有人（民七六六條），承租人（民四二一條），地上權人（民八三二條），承佃權人（民八四三條），典權人（民九一一條），質權人（民八八九條）善意之占有人（民九五二條），夫（民一〇一九條），父母（民一〇八七條），受遺贈人（民一二〇四條）等。天然孳息於未分離之前，收取權利之人有變更時，則收取權利屬於後繼之人，例如甲種稻於田，於未收穫之前，轉讓其田與乙，則乙取得收取其稻之權利。分離謂由母體脫離而爲一獨立體，其分離之原因則非所問，由於天然或由人爲，由有收取權利人之行爲或由第三人之行爲，其行爲適法或不適法，皆無關係，苟一旦分離，則屬於其時之有收取權利之人。不過有收取權人若反於經濟方法，濫用母物，則有時須負損害賠償之責（民四三八條四五條）。

(2) 法定利息，按權利存續期間之日數，屬於其時之有收取權利之人（民七〇條二項），蓋權利存續期間，孳息可以時時發生，如以每時計算，則未免過煩，故以日計算也。有收取法定孳息權利之人，例如收取利息之債權人，收取租金之出租人，收取地租之地上權設定人，收取佃租之永佃權設定人，均按其權利存續期間，取得孳息，例如甲以每月三十元之租金出租其房屋，於月之半而賣其房屋與乙，則甲只能取得十五元之租金。

設 問

- 一、權利之客體，與權利之目的，有區別否？
- 二、有謂民法上之物，應以有體者為限，其說當否？
- 三、吾人身體，得為法律上之物否？
- 四、單一物、合成物、集合物、三者之意義若何？
- 五、何謂不融通物，試並述其種類？
- 六、替代物與不特定物，不替代物與特定物，其涵義及區別，若何？
- 七、何謂動產不動產，其區別之實益何在，又土地之定着物與土地之出產物，有何不同？
- 八、土地所有人甲，保留未與土地分離之樹木，而將土地所有權讓與乙，倘乙更將其土地讓與丙，此時甲對於丙得主張其有獨立之樹木所有權否（參照最高法院上一六七八號判例）？
- 九、何謂從物，試並述其對於主物之法律關係？
- 十、工廠中之機器生財，於工廠設定抵押權時，若無反對約定，可否認為一同抵押（參照院字第一四〇四號解

釋)？

- 十一、何謂天然孳息及法定孳息，何人有收取孳息之權利，試分別述明之（高考試題）。
- 十二、天然孳息與出產物之意義，有無區別？
- 十三、於他人土地播種禾穀，苟非善意占有有人，有無收取之權？

司法院解釋

- 一、執行法院於甘蔗稻麥將成熟時予以查封，並於成熟後收穫之而為拍賣或變賣自無不可，惟其執行既以將來成為動產為標的物，應依對於動產之執行情序辦理（廿九年四月廿六日）。
- 二、工廠中之機器生財如與工廠同處一人自為工廠從物，若以工廠設定抵押權，除有特別約定外，其效力及於機器生財。聲請登記時雖未一併注明，與抵押權之效力不生影響。
- 三、所謂工廠之機器可認為工廠之從物者，凡該工廠所設備之機器皆可認為從物。至工廠與機器非同屬於一人，機器固不能單獨為抵押權標的物。工廠如未得所有入許可，亦不得以之為抵押權之設定。

第四章 法律行為

第一節 通則

第一款 法律行為之意義

法律行為者 (Rechtsgeschäft + Juristische) 以意思表示為要素法律因意思之表示而使發生法律上效力之私

法律上法律要件也。當事人所欲之法律效力，法律因為當事人之欲，故使其發生之。此為法律行為之特色。試分述之如次。

一 法律要件與法律上之效力

法律關係云者，依法律所生之狀態也。法律關係之內容不外事實之關係事實之關係依法律之力而成為法律關係。一定之事實關係，達於為法律關係之程度者，謂為法律要件之完成。因此而生法律關係，謂之其實關係之法律上效力。即以法律要件為原因而生之結果，自動的方面觀之，則為法律上之效力。自靜的方面觀之，則為法律關係也。

法律要件 (Rechtstatbestand) 者，法律付以法律效力所必具之一切事實也。法律要件，有以一個事實之存在而完備者，有需數個事實之齊備而始完成者。此等個個之事實，謂之法律事實 (Juristischer Tatsache)。

法律上之效力者，依法律之規定，法律要件完成時之法律上變動也。法律上之效力，固常現於權利之發生，變更與消滅，然亦不限於此也。例如權利能力與代理權之發生，所發生者為能力與權限，非權利也。為法律要件之法律事實完備之時，原則惟對於將來發生法律上之效力，但依法律特別之規定，法律上之效力有得溯及於法律事實尚未完備之時者（民七條）。法律上之效力雖不必盡為權利之發生，變更與消滅，然民法上之效力大部份為關於權利義務。故特述之如次。

1. 權利之絕對的發生與消滅。

權利之絕對的發生云者，非為既存權利之繼續或為其部分，而獨立發生之權利也。權利常預想主體之存在，故權利之發生，自權利者之方面觀之，為權利之取得也。權利之絕對發生，即原始取得之意。例如先占無主

物，拾得遺失物（民八〇二條，八〇八條，八一〇條）天然孳息之取得，由於附合，或加工取得之權利，（民八一一條至八一四條），因取得時效之取得（民七六八條至七七〇條）即時取得（民八〇一條，八八六條），除斥期間之完成（民九二三條）等是。權利之絕對消滅云者，權利本身滅亡之謂也。自權利者觀之，即權利客體的喪失也其消滅之原因，有由於法律之規定者，例如消滅時效，除斥期間（民九二三條九二四條九四九條）。有由於標的物之消滅者，亦有由於權利人之意思者。權利之拋棄是也。

2. 權利之相對發生與消滅

權利之取得，由於承繼他人之既存權利者，謂之承受取得，即權利之相對的或主觀的發生與消滅也。舊權利人名前主，或被繼承人，新權利人名為後主或繼承人。繼承取得之最純粹者，為權利之讓與與繼承。前主之權利，原形移於後主。此移轉的取得，有基於個個之原因，個個之權利因以移轉者，謂之特定繼承。有基於一個原因，多數之權利義務為一體而移轉者，謂之包括繼承。例如繼承，包括遺贈，及公司合併是也。至於設定的取得，例如於他人之土地，取得地上權永佃權，抵押權，則後主之權利與前主之權利，全異其性質，雖不得謂之為純粹之繼承取得，然前主之權利不過有性質上之縮小，固非分量上之喪失，而後主之權利則基於他人之權利而取得者，故亦可謂之為繼承取得也。繼承取得與原始取得區別之實益，主在於「不能讓與較大於自己所有權於他人」或「不有不與」之法律格言之適用也。

3. 權利之變更

權利之變更者，權利不喪失其存在而變其狀態，（即主體或內容）之謂也，主體之變更者，不外於前述之移轉取得，自別一方面觀之耳。真可稱為權利之變更者，權利內容，或客體之變更也。例如因附合而生土地之膨

服及債務一部之免除，抵押權次序之變更，債權履行時期之變更等是。

二 法律事實

權利之發生，變更消滅及其他一切法律上之效力，皆為構成法律要件之法律事實所引起者，已如前述。此所謂法律事實者即自然之事實中帶有法律上之意義者。人之行為亦為自然事實之一。然法律為人之行為之準則，故以之與自然事實相對立，亦無不當。

1. 自然之事實得分為狀態(Nusstand)與事件(Ereignisse)前者例如繼續占有。後者例如果實之分離。自然事實中之法律事實，為可特別注意之一者時也。關於人之事實，非為人之行為者，亦此所謂之自然事實。例如人之生死死死不明，精神障礙，成年等之外形事實，固不待論知與不知即所謂善意惡意之心內的事實，亦為自然事實之法律事實也。此外人之行為雖為法律事實，而其行為係出於其法律關係之當事人以外之第三人者，亦可視為自然之事實。至於尊息之分離雖由於人之行為，仍為自然之事實也。此外無意識或精神錯亂中所為之行為，嚴格言之，不得謂之為行為，只可謂之事件，然依民法第一八七條第四項之規定，得發生賠償之責任。又如民法第一八八條第二項規定僱用人之賠償責任，非因其有負責之行為，乃因其僱用之地位，此種地位，亦狀態也。

2. 人之行為，行為者，人之精神作用，意識的現於身體之狀態也。精神作用現於身體之狀態，不限於積極的運動，有時為消極的之靜止者。前者謂之積極的行為，後者謂之消極的行為或稱不行為，嚴格言之，無意識之不行為不得謂之行為。然此所謂消極行為者，指一般現於意識之不行為也。人之行為不必皆生法律上之效力，例如散步睡眠然人之行為有法律上之效力者，實占法律規定之大部分，即人之行為為最重要之法律事實也。凡足以引起法律上效力之行為，廣稱之為法律上之行為。

三 法律上之行爲

法律上之行爲 (Juristische Handlungen) 爲發生法律上效力之行爲，已如上述。然此處所謂法律上之行爲，只指屬於私法者而言，概分之爲適法行爲與違法行爲。此外尚有介於適法行爲與違法行爲之間，有稱之爲放任行爲者，即防衛行爲，避難行爲及自助行爲是也 (民一四九條至一五二條) 此種行爲於法定之範圍內不負責任，即不發生法律上之效力，故非法律上之行爲。

1. 適法行爲者，法律所許之構成法律事實之行爲也。例如買賣，管理事務。適法行爲又分爲表示行爲與事實行爲兩種。

A 表示行爲：表示行爲者，心理狀態之發於外者也。心理狀態依心理學分類普通爲知情意三方向，故表示行爲不外爲表示此三者之行爲也。

知之表示行爲：知之表示者，表示人表示其對於某事之觀念也，謂之觀念通知 (Vorstellungsmittel) 得有種種。(一)表示純粹觀念者有之，例如承認他人權利之存在。(二)主張某事實者有之，例如代理人主張代理權之存在。(三)通知事實者有之。例如債權讓與之通知 (民二九七條二九八條)，清債標的物提存之通知 (民三二七條二項) 及承諾遲到之通知 (民一五九條) 者，皆爲過去事實之通知也，而贈與標的物瑕疵告知 (民四二條) 買賣標的物瑕疵之告知 (民三五五條) 等，則爲現在事實之通知也。他如召集總會之通知，則爲將來事實之通知也。

情之表示行爲：情之表示 (Gefuehlsausserung) 者，表示人表示其感情之謂也。感情之能發生法律效力者，極少。惟民法第一〇五三條規定，關於通姦經一方宥恕則不得提起離婚之訴其一例也。

意之表示行爲：意之表示行爲者，表示人表示其欲望之謂也，意之表示，又可分爲意思通知與意思表示（一）意思通知（Willensmittheilungen），有請求他人之行爲者（Anforderung），例如請求承認之催告（民八〇條），召集總會之請求，（民五一條）報明債權之催告，選擇權行使之催告（民二二〇條第二項）同意於承擔契約之催告（民三〇二條）等，是也。有爲消極的意思之通知者，例如承認之拒絕（民八〇二條三〇二條）及要約之拒絕（民一五五條）。（二）意思表示，容於意思表示節述之。

B 事實行爲：事實行爲（Thaten）者基於事實之狀態或經過，法律因其所生之結果，特付以法律上效力之行爲也。例如先占，加工（民八〇二條，八一四條），遺失物之拾得，埋藏物之發現，管理事務，住所之設定及廢止等。

C 違法行爲（Rechtswidrige Handlungen）者，法律加於行爲人以不利益結果之違法，或有過失之行爲也。可分之爲三種。

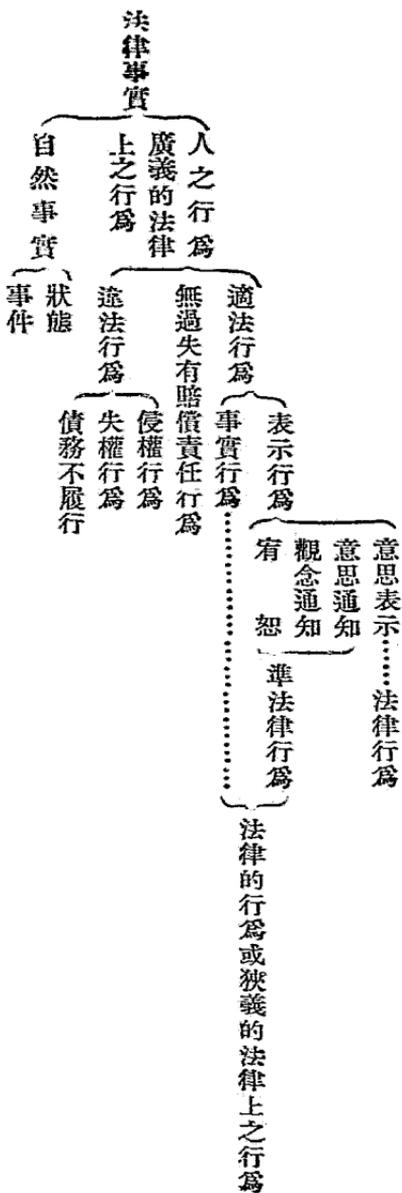
A 侵權行爲：侵害權利之結果，法律使侵害人負損害賠償之責（民一八四條以下）

B 債務不履行：債務不履行之結果，變爲負有損害賠償之義務，（詳於債編）

C 失權行爲：失權行爲（Verwaltungs）者，因違法行爲，有權人失其權利之謂也。例如夫以同意於妻之通姦，失其請求離婚之權（民一〇五三條）。父因一定犯罪失其親權（德民一六八〇條）。

無過失有賠償責任之行爲：行爲人對於他人所加之損害雖無過失，依法律之規定仍使負責。例如防衛行爲逾越必要之程度，（民一四九條）避難行爲逾越危險可能致之損害（民一五〇條）自助行爲聲請被駁回或聲請遲延（民一五二條），如行爲人有過失，固可構成侵權行爲。即無過失，亦使負損害賠償之責。又如尙無識別

能力之限制行為能力人之行為（民一八七條三項）亦然。試將以上所述列表如次



四 法律行為之本身

1. 法律行為以意思表示為其不可缺之要素，然意思表示為法律事實，而非法律行為之本身。此法律事實一個構成法律要件，而為法律行為者有之，例如債務之免除。有兩個相合始構成法律要件，而為法律行為者，有之，例如契約。有此外尚須與其他之法律事實相合者，例如要物契約。有須物權行為準物權行為與債務行為相結合始成立者，例如信託行為。

2. 法律行為爲私法上之法律要件，即因此惟發生私法上之效力，故官吏之任命，訴訟之提起，雖亦爲發生法律效力之行為，然其效力爲公法的效力，非民法所謂之法律行為。關於私法的效力範圍，有二說，一者謂惟以直接發生權利之得喪變更爲目的者，爲法律行為，一者謂間接的影響於權利之得喪變更者，亦爲法律行為，以後說爲是，蓋法律上關於此點並無限制，苟發生私法上效力，則無問其關係之爲直接的，或間接的必要，而且承認及許可等之行為，亦實際上應以之爲法律行為，而適用關於法律行為之規定。

3. 因意思表示而發生法律效力

A 私法以自治 (Privatautonomie) 爲原則，然此私法自治亦非無限制，應以社會之利益爲其界限。法律行為所生之法律效力應基於意思表示。意思表示，謂欲發生法律上效力之意思，即所謂效力意思之表示，故觀念通知，意思通知，宥恕，有謂爲非法律行為，蓋此等行為，法律不問當事人之願望與否，而使其發生一定之效力也，然除此點以外與法律行為相類似，應適用關於法律行為之規定，故有準法律行為 (Rechtsgeschäftähnliche Handlungen) 之稱。

B 由法律行為所生之法律效力，雖基於行爲人之意思表示，然不必常合於行爲人之真意。(內心的效力意思) 蓋此則可使他方或第三人受不測之損失，故法律有時基於行爲人之表示上效力意思，而定法律之效力 (民八六條八七條八八條)。

C 由法律行為所生之法律之效力，不必皆基於意思表示，例如由買賣所生之財產移轉之債務，與代價支付之債務，雖基於行爲人之意思表示，至於担保責任，當事人雖未表示其願望之意思，法律上仍發生其效力，然此法定之效力，多爲當事人之意思補充，當事人如表示反對之意思，則以從其意思爲原則。

4. 法律行爲因法律要件之完成而成立。通常與其成立同時發生效力，然依法律之規定或當事人之意思，法律行爲之效力發生期，得後於其成立之時，例如遺囑。

第二款 法律行爲之種類

法律行爲，得依種種之標準爲分類。

1. 單獨行爲，契約及合同。

A 單獨行爲又稱一方行爲，依當事人一方之一個意思表示而成立之法律行爲，例如遺囑，捐助行爲，債務之免除，私生子認領等是。

B 契約又稱雙方的行爲，交換的所爲二個以上意思表示之相合爲要素之法律行爲也，通常依契約及承諾而成立。法國民法惟以發生債權債務關係之雙方行爲爲契約，我民法及德民法，則以與單獨行爲相對之一切雙方行爲，皆爲契約，（法民一一〇一條德民一四五條至一五七條）。

C 合同行爲（Gesamthat）謂以有同一內容之平行的意思表示之一致爲要素之法律行爲也，例如社團法人之設立行爲，其法律效力對於當事人全部有同一意義之點，與契約不同，須二個以上意思表示相結合之點與合同的單獨行爲不同。

2. 生前行爲，死後行爲。

A 死後行爲、謂因當事人之死亡而發生法律效力之法律行爲也，例如遺囑。

B 生前行爲、謂非死後行爲一切之法律行爲也，例如買賣，贈與，貸借。

3. 要式行爲與不要式行爲。

A 要式行爲，謂爲法律行爲要素之意思表示，應依一定之方式而爲之者也。

B 不要式行爲，謂意思表示之方式，不受限制者，我民法採用方式自由之原則，婚姻、遺囑、則爲要式行爲也。

4. 有償行爲無償行爲

以財產之給付爲目的之法律行爲中，有對價者，爲有償行爲，例如買賣，無對價者爲無償行爲，例如贈與。

5. 獨立行爲與附屬行爲。

有獨立內容之行爲，謂之獨立行爲，無獨立之內容而爲他行爲發生效力之條件者，爲附屬行爲或稱補助行爲，例如同意、許可、承認。

6. 主行爲及從行爲

從行爲者其成立以他行爲或他法律關係之成立爲前提之法律行爲也。例如夫婦財產契約，以婚姻之成立爲前提，質契約保證契約，則以債權或貸借契約之存在爲前提。主行爲謂無此從屬關係，而有獨立存在性質之行爲。

7. 有因行爲與無因行爲。

給付行爲，法律上與其直接原因不可分者，爲有因行爲。反之，爲無因行爲 (abstrakte Gestalten)。財產上之給付常有原因，然法律上得將給付與其原因分離，不問爲其原因之法律關係如何，而定法律之效力，蓋爲保護第三人有此必要也。有因行爲，例如買賣。無因行爲，例如物權行爲，票據行爲。

8. 債權行爲，物權行爲爲準物權行爲。

依發生效力之種類而爲分類，則有債權行爲，物權行爲與準物權行爲之別。債權行爲，謂發生債權法上效力之法律行爲，物權行爲謂發生物權法上效力之法律行爲。物權法上的效力，爲物權之發生，變更或消滅。此行爲多爲契約，稱爲物權契約，與債權契約相對稱。準物權行爲者，謂債權讓與，債務免除，無體財產權之讓與婚姻收養等雖不以物權關係爲其效力，然直接發生法律效力之後，不復有履行之問題，與物權行爲相似，故有準物權行爲之稱。

第三款 法律行爲之成立要件

法律行爲之成立，應具備其成立之要件。成立要件者，法律行爲之存在上所不可缺少之事實也。成立要件與效力發生要件不同，例如停止條件之成就，遺囑人之死亡，爲效力發生要件，而非成立要件，各個之法律行爲，各有特殊之成立要件，故法律行爲成立之要件，可分爲一般成立要件，與特殊成立要件。特殊成立要件，例如要式行爲，以履行一定之方式爲成立要件，一般成立要件，爲當事人，標的，及意思表示，即當事人須有一般及特別之行爲能力意思表示須與真意相合，關於標的，則須具下列要件，1. 確定，2. 可能 3. 適法，（民七一條）4. 社會的妥當（民七二條七四條）。

關於意思表示，容後爲說明。茲僅就標的之確定及可能，適法及社會的妥當，述明之如次。

1. 標的之確定 (Bestimmtheit)

法律行爲之標的，謂當事人因法律行爲所欲使其發生之事項，即法律行爲之內容也，與法律行爲之動機不同。法律行爲之標的，須於成立時已確定或得爲確定故無依當事人意思表示全部即爲確定之必要。其未確定之

部分，苟依法律規定，（民二〇〇條二〇八條至二一一條德民三一五條至三一九條）或依當事人所約定之決定方法或依習慣，或其他之情事，得確定之者，法律行為爲有效。德國民法第一五七條規定「契約應顧及交易習慣，依誠實信義之原則解釋之」，我民法雖無規定，亦爲應然之事。

二、標的之可能(Möglichkeit)

法律行為之標的應爲可能，以實現不可能之事項爲標的之法律行為無效（民二四六條德民三〇六條瑞債二〇條）。不能，有客觀的不能與主觀的不能之別。此所謂不能者，乃客觀的不能也。然客觀的不能，亦非理論上之絕對的不能。苟依社會之觀念，爲不能則已足。但此不能，應爲確定之不能，如一時不能而有爲可能之希望者非爲不能，使法律行為無效之不能，須於行爲時爲不能（原始不能），行爲後不能者（嗣後不能）爲給付不能之問題，行爲並不因之爲無效。不能因其原因之不同，又有事實上不能與法律上不能之區別。法律的不能多係違反強行法規，而法律行為之內容爲違法，然亦不盡如此。又因法律行為之目的之全部不能或一部不能，而有全部不能或一部不能之別。一部不能是否使法律行為全部爲無效，或僅一部無效，不能一概而論。除法律另有特別規定者外（民二〇五條，三八〇條四四九條九一二條）應依民法第一一二條所規定之原則決定之。即一部不能，原則上法律行為全部爲無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍爲有效，例如不具備票據方式之票據可作爲普通之債券。其他如因所附條件爲不能，而法律行為之全部目的爲不能時，則法律行為亦爲無效，例如約定「以手止長江之流則與以百萬賞金」。

三、標的之適法

法律行為，不得違反強行法或禁止法。強行法(Zwingendvorschriften)謂不問當事人之意思如何，必須適

用之規定也，非強行規定可分爲補充規定與解釋規定補充規定謂當事人無特別意思表示時則適用法律規定之規定也，例如民法第四條及第五條之規定是，強行規定又可分爲強制規定及禁止規定。強制規定者，法律命令爲一定行爲之規定也，例如民法第二七條第一項之規定。禁止規定者法律命令不爲一定行爲之定也。然何者爲強行規定何者爲非強行規定，我民法尙不能全依條文方式以爲決定，應依條文之體裁及法律規定本身之目的，以定之。卽凡條文有但書或其類似之文字者爲任意條文，例如民法第三七條「但其章程有特別規定或總會另有決議者不在此限」，第六八條「但交易上有特別習慣者從其習慣」，第九九條，依當事人之特約使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約」等字句。然不以此爲限，例如民法第六八條第二項規定「主物之處分及於從物」，雖無但書之規定，然亦應解釋爲任意規定。普通關於社會之秩序，國家之一般利益或直接關於第三人之利害或爲保護一定之人所特設之規定，多爲強行法規。故下列各種，概爲強行法規，（一）關於親權，繼承次序，夫婦制度等之身分關係之規定。（二）關於物權之種類，內容之規定。（三）關於權利能力，行爲能力之規定。（四）土地法上之規定，（五）關於勞動保護之規定。然究竟如何，應具體的爲個別之決定。

法律行爲，違反強制或禁止之規定者無效，但其規定，並不以之爲無效者，不在此限。何謂並不以之爲無效，其意義有二。其一因法律本身有明文規定其他效力者。其他自法律規定之目的言之，惟對於違反者加以制裁，以防止其行爲，非以之爲無效者。此種規定，稱爲取締的規定，與以否認法律上效力爲目的之規定相對稱，例如民法第五六二條第九八四條爲禁止規定，而違反之效力，依第五六三條第九九一條之規定，爲介入權或撤銷權之發生。第九八五條爲禁止規定，其效力亦只得撤銷（民九九二條）所謂法律規定，並不以民法爲限，普通刑法所處罰之行爲，亦此所謂之禁止規定。然對於行爲之方法爲禁止者，其違反不必爲無效，例如詐欺，（

刑法三三九條以下）脅迫（刑法三四六條以下民法九二條）。普通警察上之取締規定，對於行爲之性質惟於特殊情形，禁止其行爲，故其違反行爲不必爲無效，例如違警罰法第五條第二款規定「未經官署許可，製造運輸或販賣煙火或其他類似爆發物者，處五日以下拘留或三十元以下罰鍰」，然販賣煙火之買賣契約，不因之而無效。其第五四條第一款所定「不遵法令經營商業」，其營業之行爲，不因之無效。又例如禁止乞丐當街行乞，然對於乞丐之施與，不因之無效。

有疑問者，脫法行爲是否有效，不無問題。脫法行爲者，謂雖不直接違反強行法規，然迴避其規定，而實際上與法律所禁止者發生同一結果之行爲也。其效力如何，則應分別考察。如法律所禁止之結果，不問用何手段皆爲所禁止者，其行爲無效。反之惟禁止發生其結果之手段者，則爲有效。

（註一）何者爲解釋規定，何者爲補充規定二者民法上未以文字截然區別。然前者多用推定字樣，後者多用「如法律另有規定契約另有訂定或另有習慣」，「依其特約」等字樣。

（註二）德民第三四條「違反法律上禁止之法律行爲無效，但依其法律發生其他結果者，不在此限」。同條後段（Wenn sieh nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt）有譯爲但法律另有規定不在此限，似不甚妥。

蓋原文並不以法律有明文規定者爲限，苟自法律之目的觀之，係生他種之效果，並不以之爲無效者，亦包含在內。此點與我民法第七一一條所定者正同。

四、標的之社會的妥當

（一）法律行爲，不得背於公共秩序或善良風俗，此原則起源於羅馬法，傳於法民（法民一一三三條一一

三一條），遂為近代民法一般之原則。所謂違反公序良俗，謂法律行為之內容本身，有反於公序良俗，故僅為法律行為之目的即緣由，有反於公序良俗者，不包含在內。例如以殺人之目的，祕於心中，而購入短刀。其動機雖不良，而買賣行為則否。然通常僅為緣由之事項，如當事人以之為條件為內容，而為意思表示時，亦得為法律行為之內容。例如以用於賭博之條件而貸與金錢，或知用於賭博而為貸與，均為貸與賭博用之金錢，可視為法律行為之內容。公共秩序，謂國家社會一般的利益，善良風俗謂現代國民一般的道德的觀念。此二觀念有時雖不免重複，然亦有違反公共秩序之行為，而不反於善良風俗者，例如約定不移轉財產，亦有不違反公共秩序，而違反善良風俗者，例如約定婚姻外之通姦。如何行為違反公序良俗，不能一概斷定，依時代之進化，自有不同，然大體有左列之區別。

一、給付之本身為不當，例如約為私通。

二、因為給付而受拘束，故為不當，例如約定離婚，不為營業，不結婚。

三、因與金錢的利益之連絡，而為不當，例如官吏行使正當職務，而約受報酬。

四、因附條件而為不當，例如以犯罪為條件，而與以金錢，

違反公序良俗，並無須直接違反法律之規定，明文上雖未直接禁止，苟有害於社會之公益或國家道德的觀念，仍為此原則之適用。違反公序良俗，為法律之問題，故得以此為第三審上訴之理由。

(二) 法律行為不得違反公平原則，(暴利行為)，在羅馬法有所謂非常損失規則 (Eaeris enormis)，即賣主出賣物品，在通常市價半數以下，得對於買主請求買賣之解除。依法國民法，不動產之賣主所受代價之損失，超過十二分之七者，得請求撤銷買賣(法民一六七四條一六七五條)。德法瑞債及蘇民，均有關於暴利行

爲之規定。我民法第七十四條規定「法律行爲係乘他人之急迫，輕率或無經驗，使其財產上之給付，或爲給付之約定，依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲，或減輕其給付」。所謂他人，不以爲給付或爲給付約定相對人爲限，例如利用其近親之急迫，亦包含在內。又使其爲財產上之給付，或爲給付之約定，不以對於自己爲限，即使對於第三人爲給付，亦同有適用。所謂顯失公平，應以行爲時之社會一般觀念爲標準。關於暴利行爲之效力，有規定其無效者，例如德民。有規定受害人得於一年內表示不遵守契約，並得請求返還其所給付者，例如瑞士債務法。有規定其無效僅對將來發生效力者，例如蘇俄民法。我民法規定由法院斟酌情形，撤銷法律行爲或減輕給付。此撤銷須經法院之宣示。一經宣示，則其行爲自始無效。又被害人爲此項之聲請，應於法律訂定後一年內爲之。此點與瑞民所定者相同。

第四款 法律行爲之方式

法律行爲之方式者，法律行爲之意思表示所使用之方式也。法律行爲可分爲要式行爲與不要式行爲，已如前述。近代法律行爲原則上，不需一定之方式，謂之方式自由之原則。然例外的法律，亦有以明文規定，法律行爲，須用一定方式者其無明文規定，則可解釋爲不要式。法律所規定之方式，謂之法定方式。其方式有種種，有只須以使用文字爲必要者（民七六〇條）。有於使用文字之外尚需其他一定方式者，例如公證遺囑之作成，尚需指定二人以上之證人由公證人作成之（民一一九一條）。亦有惟需其他一方之方式者，例如結婚應有公證之儀式及二人以上之證人。

法律定有方式，不依其方式之法律行爲原則上爲無效（民七六〇條九八二條），但法律另有規定時，則不爲無效之結果，例如民法第四二二條規定「不動產之租賃其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，



爲不定期之租賃」。密封遺囑不具備法定方式而具備自書遺囑之方式則有自書遺囑之效力（民一一九三條）。贈與未以字據訂立者，贈與人得隨時撤銷（民四〇八條）第四六二條第一項所規定方式之違反，租賃契約並不因之無效。

此外，當事人於法律行爲約定須用一定方式者爲約定方式。不獨在雙方行爲得由當事人約定，即在一方行爲亦得爲之，例如要約人限定惟受書面的承諾之約束。關於違反約定方式之效力，民法第一六六條特爲規定，即「契約當事人約定其契約須用一定方式者在該方式未完成前推定其契約不成立」蓋當事人如爲方式之約定，則可推定其以之爲法律行爲有效成立之要件也（德民一二五條後段）。於未履行方式所爲之意思表示，不發生拘束力。然於法律行爲後所約定之方式如有疑義時，不應解釋爲當事人有撤銷法律行爲之意。此種方式，惟可解釋爲便於證明之用。

第二節 行爲能力

第一款 概說

民法所謂行爲能力，指法律行爲能力而言也。法律行爲能力（*Geschäftsfähigkeit*）者，依自己之行爲，得使發生其預期之法律上效力之資格也。關於法律行爲之規定進用於法律行爲以外之適法行爲，即前述之法律行爲或狹義的法律上之行爲，是也。此法律上之行爲，又可分爲準法律行爲與事實行爲。惟於前者須有法律行爲能力，而後者則否。例如催告與讓與通知，爲準法律行爲也，瘋人不得爲之，而未成年人惟於純爲其利益之時，得爲催告，但非得其法定代理人之同意，不得爲讓與通知也。埋藏物之發見，加工與作詩，爲事實行爲，普

通只須有爲此行爲之事實上能力，故瘋人發見埋藏物或作詩，不妨其取得埋藏物之一半或著作權也。行爲能力與權利能力同樣爲法律之所賦與者，惟未賦與於一切之自然人，則與權利能力不同，即有行爲能力者必有權利能力，而有權利能力者不必有行爲能力也。所謂意思表示受領能力（民七六條）者，非法律行爲能力。又訴訟能力（*Prozessfähigkeit*）爲公法上之行爲能力，亦非民法所謂行爲能力。依民事訴訟法第四五條規定「能獨立以法律行爲負義務者亦有認訴能力，此與法律行爲相同。

行爲能力之有無，爲區別法律行爲有效與無效之一原因，故關於行爲能力各國民法多規定之，例如德民一〇四條至一一五條，瑞民一六條一九條，蘇俄民條七條至九條，我民法因行爲能力爲法律行爲要件之一，故規定於法律行爲中。依民法，關於行爲能力之規定，分爲（一）有行爲能力人，（二）無行爲能力人，（三）限制行爲能力人，已如前述。有行爲能力人，始有因法律行爲取得權利或擔負義務之能力。何人有行爲能力，依民法規定，凡禁治產人以外之成年人及未成年人已結婚者，皆有行爲能力（民一二條一三條）。民法所謂有行爲能力，爲法定能力，故一時之無意識或精神錯亂，並不當然失其行爲能力，然爲有效之意思表示，則仍須有識別能力。

行爲能力之減輕或加重：以上所謂行爲能力者，乃一般行爲能力也。對此有稱爲特別行爲能力者，民法有時規定特定種類之人不得爲特定種類之行爲（民一〇七四條一〇七六條一一〇一條一一〇二條），即行爲能力要件之加重也。反之，亦有行爲能力之減輕者，例如民法第九七二條關於婚姻能力之規定，第一一八六條關於遺囑能力之規定是也。

關於行爲能力之規定皆爲強行法，如有此等之法定例外，固當從其規定，然不得以當事人之意思爲行爲能

力之拋棄或變更也（瑞民二七條），但約定不爲特定之行爲，不得謂之爲行爲能力之拋棄，故不行爲之債務非及於公共秩序或善良風俗者爲有效。又自然人以有行爲能力爲原則，故主張其爲無行爲能力者，有舉證之責也。

第二款 無行爲能力

無行爲能力人，無行爲能力。民法仿德民之先例，將無法律行爲能力人，分爲絕對無行爲能力人與限制行爲能力人，故此所謂無行爲能力人者，蓋對於有行爲能力人及限制行爲能力人而言也。以何者爲無行爲能力，則有二種，即未滿七歲之未成年人及禁治產人是也。無行爲能力人爲法定無能力，故不問其有無識別能力，其所爲意思表示均爲無效，此無效爲絕對無效，縱已得法定代理人之允許或承認，其行爲仍不能發生效力，然此應解釋爲單指財產上之行爲而言，如屬身分上之行爲，則無行爲能力人如有意思能力，仍得有效爲之。但身分上之行爲，如遺囑，依民法之規定，無行爲能力人不得爲之（民一一八六條）。其他如結婚、收養、認領德國民法解釋上無行爲能力人亦無此能力（德民一三〇四條一三五一條一七二八條一〇四條）。日民則以明文規定其有此種能力（日民七五八條七七四條八一〇條八二八條八四七條八六四條）。瑞士民法第九二條規定「未成年人及禁治產人非得法定代理人之同意，不因婚姻預約而負義務」，我民法無明文規定。然若從德民之解釋則與我國社會上之觀感不符，故應解釋爲無行爲能力人，禁治產人，除遺囑外，亦有此能力。雖非無行爲能力人即限制行爲能力人及有行爲能力人，而爲有效之意思表示，則須有識別力。識別力者行爲人辨識其行爲與其行爲之法律上效力之意識力，即所謂意思能力是也。例如甲乙訂立買賣契約，須有辨識買賣行爲及其效力（即由買賣所生之所有權移轉及代金支付）之能力也故在全無意識或在精神錯亂中所爲之意思表示，客觀的雖或有一定之表示，然主觀的毫無認識，則根本無行爲之成立，應爲無效。此無效亦爲絕對無效，故限制行爲能力人此種意思

表示，不因法定代理人之承認而變爲有效。

無行爲能力人，不獨不能爲有效之意思表示，亦不能有效受領意思表示，然無行爲能力人不能脫離社會上之生活，故民法規定由其法定代理人代之爲意思表示及受領意思表示（民七六條）以保護無行爲能力人。法定代理人以無行爲能力人之名義所爲之代理行爲，其效力歸屬於無行爲能力人。法定代理人依民法規定，爲行使親權之父母及監護人（民一〇八六條一〇九八條一一一三條），法定代理人之代理，以財產上之行爲爲限，身分上之行爲則不能代理。

依民法，向特定相對人之意思表示，以其達到或了解時發生效力，其達到或了解，自相對人之方面觀之，則爲受領。有效受領意思表示之能力，謂之受領能力（*Puna pīnāngst afliktast*）。受領非相對人之行爲，故受領能力亦非法律行爲能力，然有行爲能力者皆有受領能力，無行爲能力者亦無受領能力。限制行爲能力人，則於其有行爲能力之範圍內，亦有受領能力（民七七條八四條八五條）。

第三款 限制行爲能力

一、限制行爲能力人

限制行爲能力人，其行爲能力特受限制，既非如無行爲能力人絕對無行爲能力，亦非如有行爲能力人完全有行爲能力，實處於二者之間，有不完全之行爲能力而已。限制行爲能力之原因，基於意思能力之未成熟或不完全。我國民法認妻爲完全有行爲能力人，蘇俄民法亦然，故民法所稱限制行爲能力人者，僅指滿七歲之未成年人而言也。七歲以上未成人之意思能力，是否達於單獨爲法律行爲之程度，自理言之乃爲事實之問題，然若一一待於事實之證明，每遇紛爭非考察未成年人之意識力不可，既非所以保護未成年人之道，且使與未成年

人爲法律行爲之相對人，常受不安，亦非所以保護交易安全之善策，故民法第七十七條規定限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。

二、法定代理人之代理權與同意權

未成年人以父母爲其法定代理人，無父母或其父母均不能行使負擔對於其成年子女之權利義務時，以監護人爲其法定代理人（民法一〇八五條一〇九一條）（註），未成年人之法定代理人之權限含有代理權與同意權（民一〇八六條一〇九八條七八條七九條）。代理權者，代未成年人爲法律行爲之資格也，其法律行爲以未成年人之名義爲之，然其行爲基於法定代理人之意思，故未成年人雖無意思能力之時，法定代理人得代之爲法律行爲。

法定代理人之同意權，其屬於事先者爲允許，其屬於事後者爲承認。同意權者，補充他人行爲能力之權利也。故同意爲法定代理人之行爲，因之爲有效者，未成年人自身之法律行爲也。從而對於無意思能力之未成年人之行爲，法定代理人不得以同意使之爲有效也。關於同意權應說明者，有如左列：

1. 同意 (Zustimmung) 爲法律行爲，其目的在就未成年人爲一定之行爲補充其行爲能力，不得謂之爲構成未成年人行爲之一部之從屬的法律行爲，故同意雖因錯誤爲得撤銷（民八八條），基於其同意所爲之未成年人行爲，不當然無效。同意撤銷之後，未成年人之行爲始因欠缺同意，不生效力。

2. 同意，應對於未成年人以意思表示爲之。此時不過用民法第九六條之規定，自制度之目的言之，爲當然之事。德國民法以此意思表示亦得對於未成年人之相對人爲之（德民一八二條），我民法亦有同樣之規定（民一一七條），蓋同意爲能力之補充行爲，性質應如此也。

3. 同意，性質上應於未成人之行爲前爲之，謂之允許（*Einwilligung*）。於未成人行爲後爲承認（*Genehmigung*）之法定代理人行爲，性質上雖稍有不同（即允許爲能力之補充承認爲效力之補充），結局不過爲時間前後之差別。

4. 同意，爲不要式，故未成人之行爲雖爲要式者亦同。同意得爲明示或默示，然未表示不同意之消極的事實，理論上不得謂之有同意之存在。

5. 同意，應對於未成人之個個行爲個別爲之，預見個個之行爲而爲一括的同意固無不可，然未預見內容惟限定範圍之概括的同意，有反於保護未成人之本意。至未限定範圍之同意，則爲未成人能力上限制之免除，自然無效。

6. 未成人得允許之行爲，於未實行前法定代理人得撤回其允許，蓋允許爲對於未成人人與以爲其行爲之權利也。允許之撤回，無須何種之方式，但允許係向相對人爲之者，撤回亦應向相對人爲之。

法定代理人對於未成人之法律行爲之補充權，一般爲對於財產上之法律行爲而言。關於身分上之行爲，原則上不須其同意，惟例外的法律規定須得其同意（民九七四條一〇四九條）。

（註）法定代理人，其代理權限根據於法律規定之代理人也。自狹義言之，爲對未成人人使之親權人或監護人禁治產人之監護人。自廣義言之，即遺囑管理人（民一一七七條）遺囑執行人（民一一〇九條）破產財團管理人，夫妻關於日常事務之代理（民一〇〇三條），亦包括在內。夫對於妻之特有財產有管理使用及收益之權（民一〇一九條），惟此權限可視爲夫以自己之名義行使之管理權，然於其權限內亦得以妻之名義行之，固不失爲廣義之法定代理人。

三、限制行為能力人未得允許所為行為之效力

限制行為能力人，除法律另有規定外，其法律行為應得法定代理人之允許。如未得允許，其效力如何，立法上並不一致。有不問為契約或單獨行為，均得撤銷之行為，如日民是（日民四條二項）。有為契約與單獨行為之區別，如為單獨行為則絕對無效，如為契約則其有效或無效因法定代理人之承認與否而定者，例如德民（德民一〇八條一項一一條一項）。我民法第七八條及第七九條之規定，蓋從德民之立法例也。

1. 單獨行為 限制行為能力人未得允許所為之單獨行為，無效（民七八條）。此無効為絕對無效，即不得依法定代理人之承認，使之變為有效。限制行為能力人於限制原因消滅後，如對於此行為為承認，只可視為新行為，不發生溯及之效力，蓋單獨行為大都使行為人受有損失，而且相對人未為參與，若使得依法定代理人之承認變為有效，不免使相對人處於不安定之狀態，而有時受不利益之結果，故在德民解釋上有謂如相對人承認此單獨行為時，則應以之與契約相提並論（*Motiv I. S. 123. Staudinger hornz. S. B. G. P. S. 425*）。

2. 契約 限制行為能力人，未得允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力，此即所謂未決之無效（*Sogeworfene Unwirksamkeit*），蓋此時法律行為已成立非絕對無效，不過尚未發生效力，得因代理人之承認而溯及於法律行為時發生效力（民一一五條）。承認，得對於未成年人或相對人為之（民一一七條）。又民法惟就單獨行為及契約為規定，不能包括合同行為在內，如未成年未得法定代理人之允許所為之合同行為，其效力如何，不無問題，依民法第七十九條之類推適用，應解釋為得依法定代理人之承認而生效力。

四、相對人之保護

限制行為能力人，未經法定代理人之同意所為之單獨行為無效，其效力既已確定，不成問題。至於其所為

之契約，尙有待於法定代理人或本人之承認，而法律行爲之效力爲不完全，故限制行爲能力人之相對人立於不利之地位，爲保護其利益，民法與以催告權與撤回權。其他無保護未成年人之理由時，則使其法律行爲有效。試爲述之如次。

1. 催告權

催告有於限制行爲能力人成爲行爲能力人之後爲之者，民法第八十一條所定者是也。有於限制行爲能力人尙未成爲有行爲能力人對於其補助行爲能力人爲之者，民法第八十條所定者是也。此催告自相對人之方面言之，則爲有催告權。催告權云者，對於限制行爲能力人或其行爲能力補助人要求確答是否承認其法律行爲之形成權也。催告得使發生法律上之效力，故非單純之事實行爲，乃法律的行爲也。又自其內容觀之，催告不過爲欲知相對人意思之希望表示，非直接欲望法律上效力之意思表示也，故從通說，催告非法律行爲，只可稱爲準法律行爲。關於法律行爲，尤其關於意思表示之規定，得準用於催告，即對於隔地人之催告自其達到於被催告人之時發生效力（民九五條），而催告中所指定應回答之期限，亦自達到時起計算之。

限制行爲能力人，其限制原因尙未消滅者，相對人得定一個月以上之期間，對於其親權人或監護人催告其確答是否承認。受催告人有時回答，有時不回答，回答之時其內容或爲承認或爲拒絕，依其所回答者確定法律行爲自始發生效力或不發生效力。此效力之發生，乃由於意思表示，非催告之效果也。關於回答，日民探發信主義（日民一一四條），依我民法則以回答達到於催告人時始發生效力。於應回答之期間內，無回答時，視爲拒絕（民法八〇條二項德民一〇八條二項）。即因此確定法律行爲自始不發生效力。依日民規定，如逾期不爲回答，則視爲承認（日民一九條），此與我民法有不同也。

限制行為能力人之限制原因既已消滅，則成爲行為能力人自得權衡其自己之利害，如對其自己所訂立契約爲承認，則可溯及於法律行為時發生效力。其相對人亦得定一個月以上之期間，催告本人確答是否承認，逾期不爲確答，則視爲拒絕承認。

2. 撤回權

撤回，對於尙未發生效力之行為，防止其效力發生之行為也。自得爲撤回者之方面言之，爲撤回權 (Widerrufrecht)。依德民第一〇九條規定，撤回得向法定代理人或未成年人本人以意思表示爲之。我民法未爲規定，解釋上限制行為能力人限制原因未消滅前，應向法定代理人爲之（民七七條），限制原因消滅後，應向本人爲之。

我民法第八十二條倣德民之例，規定限制行為能力人所訂立之契約，未經承認前相對人得撤回之，蓋此契約之效力未確定期中，法定代理人有承認與否之自由，而對於相對人則不可不與以撤回與否之自由也。於法定代理人或本人未承認前，相對人原則上得爲撤回，然相對人如知未成年人未得有允許而仍然訂立契約，則是於行為時知其效力繫於法定代理人之承認而爲之者，應不許其撤回，但在未成年人則絕對不得撤回，蓋此契約之訂立於未成年人有利與否，尙未一定，未成年人不得因自己之行為，喪失其一旦所取得之法律地位也。

3. 法律行為爲有效

限制行為能力人，如用詐術使人信其有行為能力或已得法定代理人之允許，則其所爲之法律行為，應使之有效，蓋限制行為能力人此時已無保護之價值。相對人雖亦得依民法第九二條之規定撤銷法律行為，或以侵權行為爲理由請求損害賠償（限制行為能力人如用詐術則當有識別能力），然撤銷使法律關係複雜，請求損害賠

價有證明損害之必要，皆不足以保護相對人，故法律更進一步，使法律行為自始有效，相對人亦不得撤回。然詐術與錯誤，須有因果關係，如相對人並未受欺，則無保護之必要也。何謂詐術，例如偽造戶籍謄本，使人信其已成年，偽造結婚證書使人信其已結婚，偽造登記證使人信其獨立營業，或使第三人偽證自己為有行為能力人，或提出偽造經法定代理人之允許書函等是。有將詐術與詐欺故為區別，謂詐術較詐欺之程度為強，以出於積極的策略者為限，始有詐術之存在，然為限制行為能力人及相對人保護之均衡，無此區別之必要，苟故意引起相對人之誤信或增強其誤信而使其為法律行為時，不問其手段如何，皆可解釋為詐術。然限制行為能力人之行為效力不確定者，非由於相對人知其為限制行為能力人之事實與否，故限制行為能力人僅未告知其為限制行為能力人於相對人時，相對人不得以其未知其情事，而主張為有效之行為。

五、限制行為能力之例外

1. 純獲法律上利益之行為或日常生活所必需之行為

限制行為能力人欲為負義務之行為，以須經法定代理人之允許為原則，至於決不受損之行為及與其智能相當之行為，則民法有例外之規定（民法第七七條但書），即（一）純獲法律上利益之行為，無須得法定代理人之同意，蓋從德瑞立法例也。純獲法律上利益者，謂其行為須使限制行為能力人不喪失何等之權利，亦不負任何之義務惟經濟上與利益，仍未足也。故買賣、互易、抵銷債權之行使，債務之履行，雖於限制行為能力人為有利之時，仍不得單獨為之，而專取得權利之行為，例如無負擔贈與（民四〇六條）或遺贈（民二〇七條）之承諾，免除義務之行為例如贈與之撤銷（民四〇八條），委任契約之解除（民五四九條），債務免除之受領（民三四三條），利他契約享受利益之表示（民二六九條）等，皆為純獲法律上利益之行為。（二）日常生活

所必需之行為，即依其年齡及身分，日常生活所必要之行為，亦無須法定代理人之允許，蓋從泰國民法之規定也（泰民四九條）。英國民法以未成年人之必要契約（Contracts of necessities）為有效（Infants, Reliance 1874），其用意相似。何種行為為日常生活所必需，固難一概而言，而且依人之年齡及身分各有不同，例如普通之消遣，如理髮、沐浴、飲食等，則為人人日常生活之必需行為。

2. 允許處分之財產

法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人對該財產有處分之能力（民法八四條），蓋日常之行為，一一須經法定代理人之同意，反與未成年人以不便，而使相對人常抱不安非為未成年人之利益也。然此規定，可解釋為法定代理人同意之省略，非可推定其為概括之同意，例如未成年人將其作為零用之錢買酒，以學費之大部分製衣服，或以旅費買一等車票等，有時恐非法定代理之豫定或可同意之事，但此等之處分不得不謂為有效也。處分之允許，豫定其目的與否，有無區別，日民第五條則分別規定其豫定目的者，惟於目的範圍內得處分之，瑞士民法則不為區別（瑞民四一四條），我民法蓋從瑞士之法律，故豫定目的與否，皆非所問。然必限定於一定範圍之財產，若允許處分其全部之財產，則為限制行為能力之全部解除，非民法之所許也。財產處分之允許，於未成年人未處分之前，得撤回之。

財產之處分云者，移轉財產上之權利於他人之生前行為也。以其財產供清償之債務負擔行為，為其財產之處分前提，亦為有效。於法定代理人表示允許其處分之後而財產尚未交付之前所為之債務負擔行為，亦然。稍有疑問者，財產處分之允許前所負之債務，以其財產為清償之時，前為無效之債務負擔，是否可解釋為有效之問題是也。德民第一〇條規定其為有效，我民法雖無規定，亦可同樣解釋，蓋單純財產處分之允許，其性質

上不得不如此也。第三人贈與未成年人以財產時允許其處分與否，由法定代理人決定之。未成年人依其得處分之財產而取得之財產 (Erbogut)，亦可視為其得處分之財產。

3. 允許獨立營業

限制行為能力人就允許之獨立營業，與成年人有同一能力（民法八五條一項），蓋非如此無法營業也。營業允許，依德民之規定須得監護法院之許可，在瑞士民法須得監護官署之許可。在法國民法須受和平推事之監督，我民法無此規定。營業允許有規定僅得就一種或數種特定之營業行之，不可概括的與以營業之能力者，例如日民（六條一項），我民法雖無明文限制，解釋上應相同 (Standings Horn 2.F. 47)。營業之允許，非為概括的同意，不過對於未成年人之行為能力之限制，於其範圍內除去之而已。故法定代理人，不得一方為營業之允許，而同時保留個營業之同意權。又關於營業行為，不復有代理權。營業云者，以得收入為目的而為獨立的計劃的繼續之事業也。非惟商業、工業、農業、其他一切之實業及自由職業，亦包含之，然為官吏或職員，係以他人之計算參與事業者，非營業也。受有營業允許之未成年人，於其營業與成年人有同一能力，故關於營業不獨營業行為之本身，即營業之準備行為，補助行為，訴訟行為等一切有關於營業之行為，皆得為之。然其範圍，應依客觀之標準而定，非可依未成年或其相對人之主觀也。

受允許營業之限制行為能力人，有不勝營業情形之時其法定代理人得撤銷其允許或限制之。撤銷，惟對於將來消滅營業允許之效力，限制者一部分之撤銷，乃關於營業範圍之限制也。例如縮小批發營業為零售營業是。若禁止特定之營業行為或限制不得為某額以上之交易，則非營業允許之性質上所可是認者也。營業之允許及允許之撤銷或限制，非登記公告後，不得對抗善意第三人（商業登記法六條一三條日非訟事件法一六八條）。

(註)依德國民法之規定，法定代理人允許未成年人爲他人服務時，未成年人(一)關於勞動法律關係之成立，變更消滅(二)及其履行義務，與未成年人有同一能力(德民一一三條)。屬於第一種之法律行爲者，不但爲工資之受領，而其延期或免除，亦在其內。其他由於勞動關係所生損害賠償之請求或承認與履行，亦然。由此種關係所發生之訴訟，未成年人亦有訴訟能力(德民訴五二條)。未成年人若不堪獨立謀生，反有妨害其利益時，法定代理人得撤銷其允許或限制之。我民法關於此點未爲規定，蓋讓於勞動契約也(參照勞動契約法二條)。

第三節 意思表示

第一款 概說

一、意思表示之意義及其成立階段

意思表示者，法律行爲與表示人欲望一定私法上效力之心裏表示行爲也。此意思，通稱之爲效力意思(Gesetzesfaktum)。意思表示經過效力意思，表示意思及表示行爲之三階段而成立。

(1) 效力意思(亦有稱爲目的意思)

效力意思者，欲引起法律上一定效力之欲望也。效力意思雖多直接以引起法律上效力爲目的，然此種意思有時惟可暗默的推測之者，效力意思實際必有一定動機而生，動機之如何，直接無關於意思表示之成立，唯動機含有錯誤或非自由決定(詐欺，脅迫，)效力意思可謂有瑕疵。有瑕疵之意思表示，不得成立完全有效之法律行爲，故意思表示第一要素，在於爲無重大瑕疵之效力意思也。

(2) 表示意思 (Ausserungswillen)

意思表示之第二階段之要素，即欲表示效力意思之意思也，謂之表示意思。此表示意思之實行，即爲表示行爲。表示意思與使表示行爲所以爲行爲之行爲意思不同，行爲意思之外，尙要有表示意思，例如舉手之動作爲行爲，須有行爲意思，然以之爲同意之表示，更須表示意思是也。即表示意思，爲效力意思與表示行爲間之連鎖，雖一方有效力意思，他方有適於表示之行爲，若其間缺有連鎖之意思（表示意思），不得謂之意思表示，例如某市場向以舉手爲買賣之標誌，今有某甲不知此慣例而於市場舉手招其友人，則舉手之舉動不得謂之意思表示。

(3) 表示行爲 (Erläuterungshandlung)

意思表示之第三階段之要素，爲表示行爲。表示行爲云者，使效力意思得由外部認識之身體動靜也。主觀的非基於表示意思，依行爲意思而爲行爲不可，客觀的非爲適於表示當該效力意思之行爲即非爲所謂有表示力之行爲不可。就中如沉默，亦得爲表示行爲與否，以其是否具備此主觀與客觀之要件而定（民一六一條）。所謂沉默，視爲承諾之法律格言，非可濫用也（民八〇條，一七〇條，二五七條）。然表示行爲非必直接表示效力意思，苟間接的可推知之，即可。

二、意思主義與表示主義

效力意思表示之時，意思與表示完全一致，爲意思表示之理想，然實際上不能盡如此，故於此時因注重於表示人之意思或其表示，而有意思主義與表示主義之殊。日民以意思主義爲原則，濟以表示主義，民法與德民較之日民稍偏於表示主義（民九一條德民一二二條），可謂爲折衷主義，蓋注重意思主義，傾於個人主義之法

律，然民法爲社會生活之規範，不能不顧交易上之安全，而應以表示主義爲原則也。關於效力意思與表示行爲之連鎖之表示意思，謂爲其有此意思，是否須以意思表示之目的而爲其行爲，抑以自覺其行爲有表示力（即可被認爲意思表示）爲已足，以前者爲必要者爲目的主義，以後者爲已足者爲觀念主義，而此觀念之有無，似宜客觀的判斷之也。

三、意思表示之種類

1. 要相對人之意思表示與不要相對人之意思表示

要相對人之意思表示（*Empfangshaur tige willenserklarungen*）者，對於特定人須有表示力之意思表示也。不要相對人之意思表示者，只須一般表示力之意思表示也。此區別與雙方行爲及單方行爲：區別不同，在構成雙方行爲之意思表示，必須有相對人，然爲單獨行爲內容之意思表示，不必皆無相對人，例如捐助行爲（民六〇條），懸賞廣告（民一六四條），遺囑（民一一八九條）等，不須有相對人，而允許（民七七條）承認（民一七〇條）撤銷（民一一六條）選擇（民一一〇九條）抵銷（民三三五條）免除（民三四三條）等，則須有相對人。

2. 要式之意思表示與不要式之意思表示

要式之表示云者，非依法律所定之方式不認其爲有意思表示之表示力之謂也（民七三條），否則謂之不要式之意思表示。法律所定之方式有種種，有時必須使用文字者（民三條），有時使其於證人之前或於公證人之前爲意思表示者（民一一九一條），而指示證券之讓與，非依背書之方式不可（民七一六條），其例之最著者也。

3. 明示之意思表示與默示之意思表示 (Ausdrücklich und stillschweigende Willenserklärungen)

關於明示與默示之區別，議論不一，然大別之可爲主觀與客觀兩說。

A 主觀說：主觀說者，基於表示人意思之區別也。表示人爲表示該意思而爲表示行爲之時，爲明示之意思表示。表示人表示他意思而欲使人推測其意思之時，爲默示之意思表示。

B 客觀說：客觀說者，基於表示人之表示方法而爲區別也。有謂爲依言語或文字以爲表示者爲明示，否則爲默示。有謂以本來表示一定意思之適當手段爲表示者爲明示，否則爲默示，以此說爲當。然明示默示，不外爲表示力強弱之相對的區別，一旦被認爲表示行爲，則法律上效力除法律特有規定外（民二七二條），無何差別（民一五三條四八五條）。

四、非真意之表示

爲使意思表示有效成立，理論上意思應與表示一致，已如前述，然實際上不一致之時亦不少。所謂意思與表示不一致者，爲效力意思所表示者，與心裏之效力意思互異，或心裏的效力意思全無之時也。普通謂之意思之缺乏 (Fehler des Willens)，與意思之瑕疵 (Willensmangel) 對稱。意思之瑕疵者，意思表示由詐欺脅迫非出於自由發動者也（民九二條九三條）。

第二款 意思之缺乏

意思之缺乏，有因表意人不知其意思與表示不一致者，有知其不一致故爲非真意表示者，前者爲表示錯誤，後者爲虛僞表示。

第一目 虛僞表示

虛偽表示有二種，即相對人通謀與否之區別也。從來學者稱相對人與謀之非真意表示爲虛偽表示 (*Schein-erklärung oder Simuliert, Erhaltung*)，惟表示人知情者爲心裏保留 (*Menta reservation*)，然因此名稱，兩者之關係不甚明白，不如謂前者爲通謀虛偽表示，後者爲單獨虛偽表示。

一、單獨虛偽表示

單獨虛偽表示，因表意人惟保留不欲表示之意或預期他人可認其表示爲非真實者，而有保留的表示與諧謔表示之別。

(1) 保留的表示 保留的表示者，表示人於自己表示事項，心中實不欲而故意爲非真意之表示也。然其心裏保留之動機，非出於欺罔或害相對人，即出於戲謔，苟表意人預想他人可認其爲真者（惡謔），亦此所謂之保留的表示也。意思與表示不一致之時，其不一致若出於表意人之故意者，原則上不因此無效。蓋相對人與第三人不知其情，誤以爲真，常蒙不測之損害也。日民規定意思表示，不因表示人之故爲非真意的表示而爲無效，但相對人知表示人之真意或可得而知之時，不在此限（日民九三條）。德民規定表示人心中實保留有不欲之意思表示，不因表示人保留不欲其表示於心中而爲無效，但對於相對人所爲意思表示，相對人知表意人之保留者爲無效（德民一一六條）。日民於相對人可得而知之時亦作爲無效，傾於意思主義，德民重視交易上之安全，將此除外，我民法第八十六條規定「表意人無欲爲其意思及示所拘束之意而爲意思表示者，其意思表示不因之無效，但其情形爲相對人所明知者不在此限」，蓋從德民之立法例也。本條所定適用於一切意思表示，不論其爲單方的或雙方的，均有適用，例如懸賞廣告，死後處分契約。然其前段所定之原則，適用於要相對人及不要相對人之意思表示，而其但書之例外規定，只適用於要相對人之意思表示，故於遺囑及所有權之拋棄，

只有適用前段原則的餘地，於契約則原則與例外規定，皆適用之。

(2) 諧謔的表示 諧謔之表示者，表示人預期他人不爲所誤而伴爲之意思表示也，與保留的表示不同，蓋在後者表示人惟心內不欲表示之事項，而出於欺他人與否，則因時而異，初未防他人之誤解也。至於諧謔的表示，不但表意人無欺人之目的，而其所表示者一般可預期他人不誤解也，例如優人於戲台所擬之買賣，教授爲說明所作之遺囑或票據之模型以及笑話滑稽大言等是，依德民之規定（德民一一八條），表示人的預期，客觀爲正當與否，則非所問，皆爲無效，然相對人或第三人信其意思表示爲有效而受損害時，若非知無效之原因或其原因可得而知者，得請求表示人賠償消極的利益（德民一二二條）。在我民法關於諧謔的表示，則未爲特別規定，如表意人之非真意之表示，客觀的充分明白之時，不得推斷爲有效力意思之存在，解釋上當然無效。

二、通謀虛僞表示

1. 意義：通謀虛僞表示者，表示人因欲誤第三人，與相對人通謀而爲虛僞之意思表示也。通謀虛僞表示，爲欲誤第三人，與保留的表示之欲欺相對人者不同。又前者之動機，多出於欺罔或爲違法之目的，後者之動機不必常出於不道不義。通謀虛僞表示，爲與相對人通謀之表示，故惟於要相對人之意思表示始有適用，例如債務人爲欲免其財產之被扣押，假賣與第三人以之爲名義上之所有人是也。然不限於雙方行爲，如買賣，即於要相對人之單方行爲，通謀虛僞表示亦得爲之，例如債權人與債務人通謀，伴免其債務。所謂通謀者，不必當事人雙方皆爲虛僞表示，但非謂相對人只知其表示爲虛僞而已也，至少必有同意於虛僞表示之事實。

2. 效力：通謀虛僞表示，作爲無效，然若貫此意思主義，則有害於第三人，故民法濟以表示主義，限制其無效之範圍，即其無效惟限於表示人與相對人之間，不得以之對抗善意之第三人，通常謂之爲相對之無效（民八

七條日民九條二項瑞債一八條二項)。所謂第三人者，係指表意人與相對人及此兩者之包括承繼人以外之人而言也。所謂善意，對於依虛偽表示而為之假法律行為，以至於與之有利害關係之時，尙未知其為虛偽者也。所謂不得對抗善意之第三人者，虛偽表示之當事人或其他之第三人，對於善意之第三人不得主張虛偽表示為無效之謂也，然善意之第三人對於虛偽表示之當事人或其他之惡意第三人，得主張其無效或有效即善意之第三人得依其選擇或引原則之規定以虛偽表示為無效或與其本身之關係，視為有效也。依德民之規定，通謀虛偽表示常為無效，但有時第三人被其欺罔，得請求損害賠償，固不待論(德民一一七條一項)此外德民為保護第三人之利益，散見於各條之規定者不少(德民八九二條八九三條九三二條以下一〇三二條一一七條一七二條四〇五條)。

3. 隱匿行為：通謀虛偽表示，一般不含有效力意思，然有與其表面所表示者相異之效力，意思潛在於裏面之時亦不少，以此潛在意思而成立之法律行為，通稱之為隱匿行為(Darjichte Rechtsgeschäfte)。隱匿行為有時與其所表示之行為全然異其種類者，例如假為買賣而實為借貸，有時僅與所表示之行為異其條件者，例如低價之買賣伴為高價之買賣。隱匿行為是否有效，在日民因無規定，解釋紛口不一，然在我民法及德民，關於此點有明文規定，固無疑義，即當事人之效力意思有充分之表示，而隱匿之行為苟具備法律上要件之時，則為有效也(民法一一二條德民一一七條二項蘇俄民法三五條)

4. 信託行為：與通謀虛偽表示相似而實有不同者，信託行為是也。信託行為(Fiduziarische Rechtsgeschäfte, Trennungsgeschäfte)者，為充分達成某經濟上之目的而設定超過其目的之法律關係之法律行為也，例如委託他人代取而讓與其債權(管理信託)，為抵押而轉讓其所有權(擔保信託)。此時有效力意思存在，而且表示之行為，故不得謂之虛偽表示，以為無效，惟應於經濟的目的範圍內，信託人與受信託人之間(對內

的關係）其法律效力有物權的或債權的限制（例如受信託人有依約交還信託物或所代取金錢之義務，如有違反義務之時負損害賠償之責），然此限制的效果，亦為表意人之所欲者也。

（註一）通謀虛偽表示，適用於身分上的行為時，有主張應受限制，例如假裝之自願離婚，對於第三人絕對為無效，即第三人不得主張其有效（日大審院判例十一年一月二十五日民集六九頁）

（註二）日本信託法第三條第一項規定「應登記或登錄之財產權，其信託非為登記或登錄不得以之對抗第三人」。第三十一條規定「受託人違反信託之本旨處分信託財產時，受益人得對於相對人或轉得人撤銷其處分，但以信託已為登記或登錄，或信託財產為不可登記或登錄，而相對人及轉得人知其處分反於信託之本旨或因重大過失而不知時為限。」

第二目 錯誤

一、錯誤之意義及各種情狀

錯誤（*Grundsatzirrtum*）者，對象與認識即事實與觀念之不一致也。意思表示基於錯誤而為之者，不必常致意思與表示之不一致，即錯誤存於為意思表示之動機者，效力意思與表示之間，通常無不一致之舉，例如雖誤以鉛筆失去而買鉛筆，亦必為欲買而買之者，故於此時理論上不發生意思表示有效否之問題，蓋若以動機錯誤之理由使意思表示得撤銷或無效，則正有害於交易之安全也。故意思表示之效力成問題者，為依錯誤而致意思與表示不一致時也。與錯誤不可不區別者，為不合意（*Disseis Disvertandis*）是也。不合意，即指當事人雙方之意思表示不相符合之時而言，然其各自意思與表示之間固無不一致，非此所謂錯誤也。例如甲云「與我以此物」，乙云「借之」，對於甲店之定貨單誤發於乙店，乙店應之，或某店供給其顧客以他種貨物，異於

其所定者，此等皆爲當事人之不合意，其法律行爲不成立。錯誤得有種種概舉之如次：

(1) 錯誤存於表示之內容者 表示人表示其所欲之表示，惟誤認其表示之內容也，例如誤解百佛朗與百元相等，而記百佛朗爲百元，誤解地上權與租賃權爲同等之權利，應言租賃權之時而言地上權，甲欲贈乙一百元，以其錢袋所貯者只有百元（其實有兩百元），而謂之曰贈汝此袋。意思表示之內容錯誤，因各種法律行爲而異，然就一般重要者舉之，則有如左列。

(子) 關於法律行爲性質之錯誤，例如誤借金爲貸金而承諾之。

(丑) 關於當事人本人自身之錯誤，例如誤乙爲甲，而以物贈與之。

(寅) 關於標的物同一性質之錯誤，例如誤以漢英字典，而買英漢字典。

(卯) 關於標的物價格，數量之錯誤。

(2) 錯誤存於表示行爲者 表示人誤表示非其所欲者，即知表示方法之意義，而誤用之也。例如欲寫百佛朗，而誤寫爲百元，欲言賃借權，而誤言地上權，簽名於某文書，誤以爲他之文書乃其所欲簽者。民法第十八條所定「表意人若知其事情，即不爲意思之表示者」，即概此而言也。民法第八十九條所定錯誤存於傳達人或傳達機關之錯誤，亦屬於表示行爲上之錯誤，蓋表意人利用使者或電報局爲其表示機關也。例如甲之電稿爲「賣之」，而電文因電報局之誤譯爲「買之」，此時可視爲表示人表示行爲上之錯誤。

(3) 錯誤存於當事人之資格或物之性質者 當事人之資格，或物之性質，公認爲重要者，於其錯誤，與表示內容之錯誤同其效力。嚴格言之，此時並無意思與表示之不一致，惟有動機之錯誤，然自經濟上之立場觀之，此等之錯誤等於誤認物或人之同一性也。例如信以爲純金之戒指而購之，雖其欲買該戒指之意思表示爲一

致，然自經濟上觀之，則表示人所欲者與其表示不一致。所謂物之性質者，不獨其自然之性質，如其用途或價值有變動者，其事實上或法律上之關係，亦此所謂物之性質也。物之重要性質不者，依交易上之觀察，有可以影響於其全證之用途或性質之謂也。例如字畫之爲真跡或爲摹寫，爲古時物或爲現時物，出於某名人之手與否，如以相當代價作爲美術品買賣之，俱爲物之重要性質，但若以廉價在舊貨鋪購得之者，則非爲物之重要性也。所謂當事人之資格者，謂其身體上及精神上之情狀以及其事實上或法律上之關係。當事人之重要資格云者，於該法律之關係，當事人之資格特可重視者也。例如甲誤以爲乙有資力，因以物賒借之，無資力即爲當事人之重要性質也。丁曾爲造紙幣而被處罰，丙不知而與之爲長期之不動產租賃契約，此無信用力，即爲當事人之重要資格也。

(4) 法律之錯誤與事實之錯誤 日本舊財產法(三一一條)，曾將錯誤分爲事實之錯誤與法律之錯誤，然此區別並無實益，故民法未爲此區別，可謂適當。原來法律本身亦爲事實之一種，而法律之不知不爲辯解(Tierpantia Jurisnon excusat)之法律格言，亦非可常適用，故法律之錯誤，苟爲意思表示之內容時，則與其他事實之錯誤並無區別之理由也。例如誤以連帶責任爲保證，而書連帶，則爲表示內容之錯誤，可爲撤銷之原因。反之若信賣主無瑕疵担保之責任，則否。

(5) 錯誤與不知 不知，謂正當認識之不存在，而錯誤則不特無正當認識，而且積極的謬誤之認識，二者觀念上雖有不同，然全無正當認識之不知，如表示人知其事情即不爲表示者，其效力與錯誤同(德最高法院判決集六二、二〇五、)但表意人對於內容之不知有認識，而爲意思表示，例如某甲明知不識某文書之內容，而仍爲署名，則不得撤銷。

試依上列分類，表示之如次

內容錯誤（包涵法律上之錯誤及事實上之錯誤）

錯誤

若知其情事即不為意思表示（表示行為上之錯誤）
（不知）

當事人之資格或物之性質上之錯誤

二、效力

1. 撤銷

意思表示之內容或表示行為，有錯誤之時，則所表示非其內心之效力意思，自意思主義言之，則應為無效，自表示主義言之，則否。從來各國立法，有取無效主義者，日、英、美民法是也。有取撤銷主義者，德、奧民法是也。有兼取無效撤銷兩主義者，法民及屬於其系之民法是也。我民法仿德奧之例，蓋取撤銷主義也（民法八八條八九條德民二九條奧民八七一一條至八七三條）。錯誤存於當事人之資格或物之性質者，則以交易上認為重要者為限，視為內容之錯誤，得撤銷之。法民對於此種錯誤，則亦僅以之為撤銷之原因，而不為無效（民法二〇五三條）。如有上述情形，表意人雖原則上得撤銷其意思表示，然以其錯誤或不知事情，非由於表意人自己之過失者為限。即表意人如有過失，則不得撤銷，蓋表意人不得因自己之過失，使他人蒙不利之結果也。過失，為注意之欠缺，自其注意之程度之別，有抽象的過失或客觀的過失（*Cu'pa in abstracto*）與具體的過失（或主觀的過失（*Cu'pa in concreto*）之別。客觀的過失，又有重過失與輕過失之分。在日民規定須有重大過失（日民九五條），我民法則僅定為過失，自應解為客觀的輕過失。

撤銷，向相對人以意思表示為之（民一一六條）。撤銷之意思表示，一般以達到時發生效力。撤銷於意思

表示後經過一年而消滅（民法九〇條）。依德民規定，撤銷應於知有撤銷原因後立即爲之，但自意思表示後經過三年，則不得撤銷。此期間未免過長（德民一二二條）。依瑞士債務法，撤銷因錯誤或詐欺，均應於發見後一年內爲之。我民法所定者，似仿瑞士之例，然不問表意人發見錯誤與否，其撤銷權均於意思表示後經過一年而消滅，蓋以錯誤係基於表意人本身之事由，若許撤銷權長此繼續，則使相對人及其利害關係人之權利不確定也。

2. 表意人之賠償責任

因錯誤而撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示爲有效而受損害之相對人或第三人，須負賠償責任（民法九一）。信其爲有效所受之損害，非基於該行爲有效時有請求權人所有之利益（普通稱爲履行之利益），乃信其爲有效所受之損害，即所謂消極的利益或稱信任之利益。例如契約訂定之費用，履行準備之費用是也。何人有損害賠償之請求權，於要相對人之意思表示，以其相對人爲限，故在向第三人爲給付之契約（民五三九條），有損害賠償請求權者，爲契約之相對人，而非第三人也。於不要相對人之意思表示，例如懸賞廣告，則凡受損害者皆有賠償請求權。依德民之規定，賠償數額消極的利益之請求不得大於履行之利益，我民法雖無規定，解釋上應相同，蓋以民法第九十一條損害範圍之規定，原爲減輕表意人之賠償責任也。受害人得請求損害賠償，以無過失者爲限，若受害人明知撤銷之原因或可得而知因過失而不知者，不得請求賠償，蓋責任基於原因主義（Ursachensangsprinzip），受害人如自引起損害，固不能轉嫁於他人也。

第三款 意思之瑕疵

意思表示有瑕疵云者，意思表示非由完全自由發動者，換言之即於意思表示之動機，他人之干涉爲有力之時也。此時意思與表示之間，並無不一致，其意思表示不得即爲無效，然若以之絕對爲有效，則對於表意人未

免過酷，且於風紀亦有攸關，故民法關於被詐欺或被脅迫而爲之意思表示，特限制其效力（民法九二條）。

第一目 詐欺

一、詐欺之意義及其成立階段

詐欺云者，以使他人陷於錯誤爲目的之故意行爲也。稱爲行爲，故以意思能力爲前提，因幼兒狂人之言語舉動而陷於錯誤，不得謂之被詐欺，然非法律行爲，行爲能力固非必要也。且民法第九十二條之規定，非違法行爲之問題，亦非刑事責任之規定，故此時之詐欺，不以違法行爲能力即責任能力或刑法上之責任能力爲前提。詐欺有爲侵權行爲而生損害賠償責任者（民一八四條），有爲犯罪行爲而應受刑事上之制裁者（刑法三三九條），然與民法第九十二條所規定依詐欺所爲意思表示之效力如何，爲別個之問題，三者相需始可預防抑壓詐欺，而保護及救濟被詐欺人，既不必相排斥，亦不必相伴也。詐欺行爲，畢竟爲表示虛僞之事實，即捏造事實，真情之隱蔽或變更事實。至於沉默，不當然爲詐欺。如法律契約上或交易習慣上有告知事實之義務時，而故爲沉默，則爲事實之隱蔽，亦可爲詐欺。被詐欺而爲意思表示，其過程可分爲詐欺——錯誤——意思表示——三段而且依次序須有原因結果之關係。即

（1）須依詐欺，表意人陷於錯誤，已起之錯誤未告之者，不得謂詐欺，但妨礙錯誤之發見或增強錯誤之程度，則爲詐欺。表意人未陷錯誤，則不生詐欺之問題。民法上無詐欺之未遂（參照刑法三三九條三項）。

（2）須依錯誤而爲意思表示，限於因所誤之認識，爲意思表示直接動機之時也。雖依詐欺而表意人陷於錯誤，然其錯誤縱不發生，而仍爲其意思表示者，不得謂爲依於詐欺之意思表示，蓋其錯誤與其意思表示之間無因果關係也。此因果關係，無客觀的認其爲相當之必要，惟有主觀之存在爲已足。

(3) 詐欺須有兩層之故意。第一層爲使相對人陷於錯誤之故意，此爲詐欺成立之一般之要素，己如前述。然爲民法第九十二條所定之場合，更須有第二層之故意，即使相對人依其錯誤而爲一定之意思表示是也。例如故爲非事實之新聞記載者，雖有第一層之故意，普通非此所謂詐欺也，若讀者誤信其記事而爲其意思表示，固難謂其於意思表示之關係受他人之干涉也。除此兩層故意之外，因此取得某財產上利益之故意或使表意人蒙受某財產上損失之故意等，於詐欺之成立，非爲必要，卽以使表意人取得某財產上之利益爲目的而欺之，亦不失爲詐欺也。

二、效力

意思表示，依詐欺而爲之者，表意人得撤銷之卽有瑕疵之意思表示，不當然無效，依表意人之選擇，得使之爲無效也。自保護表意人之方面言之，此立法可謂適當，然不知詐欺之情事，基於其法律關係新取權利之第三人，較之於多少有過失之表示人，更有保護之必要，故依詐欺之意思表示被撤銷之結果爲無效，而其無效對於善意第三人，不得主張之。意思表示不要相對人者，不因詐欺之爲誰，而有效力上之差異。在要相對人之意思表示，因詐欺人爲相對人或第三人而效力有不同，卽詐欺人爲第三人，爲保護相對人之必要，意思表示以不得撤銷爲原則，但相對人明知（惡意）或可得而知者（過失），表意人得撤銷之。向第三人爲給付之契約，其第三人行詐欺之時，此規定亦適用與否，實爲問題，若從字面解釋，不得不作肯定之答覆，然若此及乃使詐欺人得達其違法之目的，有反於立法之精神，故此時應許表意人撤銷其意思表示。又關於向第三人爲給付之受益第三人，不適用民法第九十二條之規定，換言之基於詐欺之撤銷，得對抗此善意之第三人也（民法二七〇條）。

第二目 脅迫

一、意義

脅迫云者，爲使他人發生恐怖，不當的預告以禍害之行為也，關於其意義及性質，得由詐欺類推之，茲擇其要者述之如左。

(1) 脅迫行爲，以意思能力爲前提，但行爲能力違法行爲能力與刑事責任能力則非所必需。

(2) 脅迫及於意思表示之效力，與因侵權行爲所生損害賠償問題或與構成刑法上之恐嚇罪（刑法三四六條）問題，三者不必相排斥，亦不必相伴。

(3) 脅迫，依禍害之預告爲之。預告，得依言語或容態表示之。禍害之威嚇，不必向表示人之本身，亦得向其親戚或友人之身命、名譽、財產爲之（瑞債三〇條法民一一一三條）。禍害，不必由脅迫人自身引起，亦不必爲得實現者，神佛之冥罰，天變地異之預告，對於迷信人亦爲脅迫。

(4) 利用已有禍害之恐怖，非爲脅迫，若告以依自己行爲或不行爲，使其禍害繼續而使其恐怖延展者，亦爲脅迫。

(5) 禍害之預告，只須爲不當，不必爲不法。所謂不當者，含有違法之意，然其觀念較此爲廣，應以客觀的標準定之。例如聲言「若不歸還借款，則將起訴」，或謂「若不承諾此約，則從此斷絕交易」，既非不法亦非不當，蓋前者爲權利之實行，後者爲交易上選擇之自由也。爲要求增高工資，同盟罷工，在今日已不爲違法行爲，又可視爲勞資關係上不得已所用之手段，亦非不當，故因罷工而承諾增加工資，不得以之爲依脅迫所爲之意思表示而撤銷之也。普通謂脅迫以違法爲要件，違法有手段之違法與目的之違法兩種，二者任其有一，則構

成脅迫，例如「不訂此契約則殺汝，則爲手段之違法，若謂「不贈賄則告發汝罪，」則爲目的之違法，限於以上二例，此說明固爲正當，若有甲語乙「不訂此契約，則告發汝罪」，其目的手段皆非違法，亦不能不謂爲脅迫，蓋此時雖非違法，然不當也。

二、效力

依脅迫之意思表示，表意人得撤銷之。其撤銷與民法第九十二條第二項規定比照觀之，得以之對抗善意第三人。又其脅迫出於第三人者，其相對人雖不知情，仍得撤銷之。如此脅迫之效力與詐欺不同，而使其爲絕對者，蓋被脅迫之人非如被詐欺之人常有多少之過失，故較之於善意之相對人與第三人，實有厚爲保護之必要也。此外有疑問者，爲依於脅迫之單獨虛僞表示之效力，應如何也。苟依脅迫全然失去意思自由之時及身體上受直接強制 (Zwangsmaßnahmen) 時之外形上意思表示，應爲無效，固不待論，然若被脅迫之人故爲非真意之意思表示時，則非依於脅迫而爲效力意思之決定，嚴格言之非民法第九十二條之問題乃第八十六條之問題也。設如此解釋，則於表意人甚爲不當，民法第九十二條所規定撤銷與八十六條之但書所定無效，同時適用，庶得之矣。

第三目 撤銷權之行使期間

被詐欺或被脅迫之意思表示，表意人得撤銷之，已如前述，惟此撤銷權若永久存在，則相對人及其他利害關係人將永處於不確定之地位，故各國民法多設除斥期間之規定，有定爲二年者，如瑞債是，有爲一年及十年之兩種期間者，如泰民是，我民法第九十三條規「前條之撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之，但自意思表示後經過十年不得撤銷」，蓋從泰民之例也。日民雖亦規定五年及十年之兩種期間（日民一二六條），然明定爲消滅時效之期間，與我民法之爲除斥期間者不同。此除斥期間，德民以明文規定得準用關於消滅時效之

規定；我民法無此明文，自不得爲同一之解釋（同說Oertmann, 22, GR, juris, 211）。自意思表示後經過十年不得撤銷，此期間亦爲除斥期間，俱得依民法總則施行法第十七條，準用同施行法第十六條之規定。

撤銷權，爲形成權之一種，已如前述，撤銷因行使或拋棄而消滅。關於撤銷之行使期間，民法第九十三條定爲一年，與第九〇條所定者相同。其不同者，在於起算點。第九〇條規定自意思表示後起算，其起算點一定，而第九十三條則定於發見詐欺或脅迫終止後起算，倘詐欺人不發見脅迫久不終止，無論經過若干歲月，其意思表示皆有被撤銷之虞，似此長不確定，將何以保交易上之安全，故第九十三條設但書之規定，如於意思表示後已經過十年，縱令此後始發見詐欺或脅迫終止，亦不得再爲撤銷矣。

第四款 意思表示之效力發生時期

一、意思表示之成立與效力之發生

意思表示之成立，與其效力發生，不必同時，在不要相對人之意思表示，以與其成立同時發生效力爲原則，但捐助行爲（民五〇條五九條）繼承之拋棄（民一一七五條）遺囑（第一一九九條）等，民法關於其效力發生之時期有特別之規定者，得於意思表示成立前或成立後發生效力。民法第九十四條及第九十五條規定爲關於要相對人之意思表示（即構成要相對人之單獨行爲之意思表示及契約之要約與承諾），其意思表示之成立與其效力發生之時期，應別而觀之，蓋意思表示之成立爲關於表意人一身之現象，而效力之發生，則爲關聯於相對人之問題也。

二、對話非對話

對話與非對話 (Eink'arrung unter abwesende und anwesende) 之分，以當事人意思得直接交換與否爲斷

，例如以電話旗語表示意思，距離雖遠，不失爲對話，若以封簡傳意，雖鄰坐之人亦不得爲對話。原來對話與非對話之區別，基於空間之關係，即隔地人與非隔地人之區別也，然因電話之發明，隔地與否，不足以爲區別之標準，意思表示依口頭或依書面，即具有永存之外形與否，亦不足以爲區別之標準，故今日之學者普通以時間之關係爲區別之標準，意思表示去表意人之支配範圍，直入於相對人之支配範圍之時，爲對話之意思表示，否則爲非對話之意思表示，關於此區別最爲問題者，則爲依使者之口頭表示，若使者傳達已完成之意思表示時，則爲非對話之意思表示，反之若使者爲意思完成之機關時，則可解釋爲對話人之意思表示。

三、對話人間之意思表示

對話人間之意思表示，以相對人了解之時發生效力，是取了解主義也。德民日民關於對話人間之意思表示無規定，故多主張適用關於非對話人間意思表示之原則，以意思表示達於相對人之支配範圍爲發生效力之時，例如文字表示以當面交付之時，口頭表示以相對人了解之時發生效力，若相對人故意掩耳不聽，不因此而礙其發生效力，表意人自身或其使者以口頭向相對人之家人或僕役爲意思表示，如依情形該表示入於相對人之支配範圍而可期待其了知者，視爲達到。商人之使用人於營業處所聽之電話的意思表示，亦然。我民法於非對話人之意思表示，採取達到主義，於對話人間之意思表示，則取了解主義（民法九四條），所謂了解，以可能了解爲已足，無現實了解之必要，故於通常情形可了解狀態，而相對人故掩耳不聽或因缺乏注意不了解時，其意思表示仍發生效力，但相對人有客觀的不能了解之障礙，則以實際了解爲必要，例如對盲者當面交以文字之表示，對於聾者爲口頭之表示則不發生意思表示之效力，此所謂發生效力，例如在要約則當事人因此而受拘束（民一五四條），在相對人之承諾，則因而契約成立。

四、非對話人間之意思表示

非對話之意思表示，自何時發生效力，不無問題，然此非必然之理論問題，乃立法上之便宜問題也。今有某甲對乙欲依郵為意思表示之時，自某甲書畢之時起，以至乙某了解之時止，究以其中何時為標準以定意思表示效力發生之期，則有四說。

(1)表意主義 表意主義者，意思表示之外形具備之時也，例如書信已書畢之時是也。然書信尙未脫離甲之支配範圍，向相對人之方面進行之時，不得謂之有意思表示。

(2)發信主義 發信主義者，表意人置其意思表示於其支配範圍以外之時也，例如書信已投於郵櫃之時是也，為期交易之敏捷，此立法主義頗可推獎，然理論上意思表示之效力發生時期，不必與其成立時一致，實際於此時固定意思表示，未免太早，使相對人受其尙未得知之意思表示效力之影響，亦為不當。

(3)達到主義 達到主義者，表意人之意思表示達到於相對人之時也，例如甲之書函達於乙之處是也。

(註)達到者，意思表示已入於相對人之支配範圍之謂也。換言之，即在於相對人得了知意思表示之普通狀態也。從來多有稱此為受信主義者，然相對人之積極的行為非所必需，故不如謂之達到主義，即書信已送到於乙住處（例如投入於乙之收信箱中或交與其家人）不問乙之閱讀與否，其書信因達到即可發生為意思表示之效力，縱乙無理由拒受甲之書信，亦無妨也，然乙若移居，其蹤跡不明，書信不能達到之時，則不發生效力。

(4)了解主義 了解主義者，相對人已了解表意人之意思表示之時也，例如乙將甲之書折開閱覽之時是也。然乙果已讀甲之書信與否，甚難證明，若依乙之故意或怠慢，使甲蒙不當之不利，亦為不公平。

以上四主義之中，當以達到主義爲安。我民法第九十五條規定，即採此主義也。德民亦然。日民雖亦採取達到主義，然關於契約之承諾，無行爲能力人行爲之追認等，則採取發信主義，是兼用達到主義與發信主義也。

意思表示，以達到相對人發生效力，則生左列之結果。

(1) 意思表示不到或遲到，歸於表意人之不利益，例如於懸賞募集之期間內爲應募之通知未達到者，其遲到雖基於郵局之過失，亦無應募之效力。

(2) 意思表示之達到前或同時撤回之通知達到時，第一之意思表示不生效力。

(3) 達到不過爲定意思表示效力發生時期之標準，意思表示之有效與否，則依發信時表意人之狀態而定，故表意人於發信後雖陷於不能爲意思表示之狀態，不妨其意思表示之效力。民法第九十五條第二項僅就表意人之死亡，喪失行爲能力或能力受限制之時而爲規定，然不限於此，如意思能力之喪失以及代理權等權限之喪失時，亦同。反之無行爲能力人或限制能力行爲人所爲之意思表示，於達到前雖回復其能力，其意思表示亦不爲有效。

公示送達 意思表示雖以達到相對人時發生效力，苟相對人之姓名居所不明，則無從爲意思表示之通知，如表意人並無過失而不知相對人姓名居所，則不應使其久蒙不利益之結果，故民法第九十七條許表意人於此時向法院聲請公示送達，經過法定期間後，即發生意思表示通知之效力（民訴一五一條一五二條）。表意人應向法院聲請，依德民規定在不知相對人之姓名時，爲表意人住所所在地之第一審法院，如於國內無住所者爲其居所地之第一審法院，在相對人之住所不明時，爲應受送達人之最後住所所在地之第一審法院，如於國內無住

所者爲其最後居所所在地之第一審法院，我民法關於此點無規定，然此乃屬於非訟事件之範圍，應於非訟事件法內規定之。又意思表示達到於相對人之事實及其時期，易生爭論，表意人爲免此糾紛，有規定得依民事訴訟法規定，委託執達員送達之（德民一三二條一項民律第一次草案一九六條）。

第五款 意思表示之解釋

意思表示之解釋者，確定意思表示之意義也。蓋當事人爲意思表示所爲之言語舉動，其觀念不明或不完全時，固有待於解釋，即意思表示於當事人間有特別意義之特殊關係，亦應依其特別意義以爲解釋。關於解釋之標準，法國民法規定應探求當事人之共通意思，不得拘泥於文字（法民一一五六條）。一文句有二意義者，應爲其得發生效力之意義解釋之（法民一一五七條）。一文辭有二意義者，應爲合於契約事項之解釋（法民一一五八條）。意義不明者，應依契約地之事實上之習慣解釋之（法民一一五九條）。契約之文句應互相對照，統一的爲解釋（法民一一六一條）。如有疑義者，契約應爲債務人之利益解釋之（法民一一六二條）。所用辭義雖廣，應依當事人之意思限制的解釋之（法民一一六三條）。於契約爲說明債務所舉之一例，不因此而解釋其欲限制法律上當然發生其他義務（法民二六四條）。瑞士債務法規定判斷契約，應就其方式及內容，注意當事人一致之真實意思，不得着重於當事人誤解或隱蔽真意所用之不當文字或語句（瑞債一八條一項）。德國民法第一三三條規定「意思表示之解釋應探求其真意，不得拘泥於所表現文辭上之意義」。我民法第九十八條規定「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」，蓋從德民之例也，所謂真意，係指當事人所表示之效力意思，即就其意思表示中得發見其任何之一表示，足以探求其真意所在，並不以所用文辭爲限。其他一切之事實，單獨的或與其他情事連合，意思因以表示者，皆包含之。至於心裏之效力意思，全未表示者，

則爲心裏保留（民八六條）之問題，非此解釋之問題也（*Eumecornal P. Cas B. G. B. 8. 1034*）。在要相對人之意思表示，則以其表示爲相對人得認識者爲限，始可謂有真意之表示。意思表示對於不特定之人，因達到而始對於其關係發生效力者，亦同。例如懸賞廣告，授權書，票據，與記名證券，則以一般得認識或由證書本身得認識之情事爲限，始得謂之有表示。當事人之意思表有時不獨文辭不明或不完全，而其觀念（*Conceptio*）亦有不完全或不充分者，就中如所欲表示之法律效力，缺乏正當認識者，應自法律行爲之經濟的或社會之目的，以補正或矯正其觀念而爲法律之構成，使其合於法律之適用。

（註）日本判例「以有建築物之土地租賃，可視爲以所有建築物爲目的，故未定租賃期間者，解釋爲約定以至建築物破壞之日爲期限（日本大審院判例大正九年十一月十一日民事判例錄一六九七頁）。又出賣抵押及轉讓担保之契約，其內容極不完全，日民並無規定，判例以之爲債權擔保，皆可謂以經濟目的爲標準之解釋。

其次應說明者，爲（一）意思表示與非強行法之關係。原來非強行法可分爲任意法規與解釋法規，已如前述，如當事人表示反對之意思時則從當事人之意思，如意思不明或無反對之意思表示時，則法規於一定之意義解釋或補充之。不可不注意者，非強行法規因現代社會立法，漸有強行法規化之趨勢，故於當事人經濟力失其均衡之時，對於民法之解釋，亦應考慮。

又其次（二）爲意思表示與習慣之關係。關於此二者之關係，民法有時明定「無約定者依習慣」（民四三九條），則習慣自可爲當事人意思之補充適用，然如無明文規定者，其關係如何，不無疑問。依民法總則立法原則第二「……如當事人另有契約或能證明另有習慣者，得不依條文而依契約或習慣」，則習慣次於契約先於

任意法而適用，即當事人未為異於習慣之意思表示時，則依習慣，不過主張有習慣之人須負舉證之責，然此原則未為民法明白採用，一般事實上之習慣，惟於當事人之意思不明時，始有補充當事人之效力。

(註)日民九二條規定「法律行為當事人雖未明示依此種習慣之意思，依其情事可認其有依此習慣之意思者，依其習慣」解釋上以此為事實上之習慣僅為意思表示解釋之材料，而其法例法第二條所定者則為習慣法，然判例漸傾於以當事人如不為異於習慣之表示時，則從其習慣（穗積民總三〇四頁）。

此外應說明者，為(三)意思表示與誠實信用原則。德民第一五七條規定「契約應顧及交易習慣及依誠實信用原則解釋之」，我民法雖無同樣規定，解釋上應相同，蓋誠實信用之原則，為解釋意思表示最高原則。所謂不拘泥於辭句者，無非使意思之內容為合理，其以習慣任意法規為標準者，亦為誠實信用原則之具體的表現，故其他標準不明之時，此原則亦應為獨立之標準。

(註)日本判例以隨時得因出租人之請求而退出房屋之文句，惟印刷於租約者不過為例文，無拘束當事人之效力，蓋以社會經濟於承租人為不利，有反於誠實信用之原則也。

第四節 條件及期限

第一款 條件

一、條件之意義

條件者，構成法律行為之意思表示之一部，使其法律行為效力發生或消滅，繫於將來未確定事實之發生與

否也。關於條件之性質，應注意左列各點。

(1) 條件為構成法律行為之意思表示之一部，非自其法律行為之外部限制其效力之別個的意思表示，學者有稱條件與期限為法律行為之附款 (V. *Berbestimmur*)，易於引起誤會，不如避之，蓋自重要之程度觀之，條件不必盡為附隨的，即條件雖非抽象的變更法律行為，然具體的實為左右個個法律行為運命之法律行為的重要部分。

(2) 條件為意思表示之一部，由表意人任意的使之包含於法律行為中，故法定條件即法律所規定法律行為效力發生或效力之要件，非此所謂條件，例如社團法人之設立，應得主管官署之許可，遺贈效力之發生，須遺贈人先於受遺贈人而死亡，乃法定條件也。

(3) 法律行為之成立，非依條件為不確定，法律行為已確定的成立，惟其效力（限制其發生消滅）不確定，即當事人之效力意思非不確定，而使其法律行為之效力為不確定之效力意思，已確定的表示也。

(4) 含有條件之法律行為之效力，依未確定之事實將來發生與否而定，此點與後述之期限不同。所謂不確定之事實者，其事實將來發生與否，於意思表示時非吾人智識經驗上可得確知之謂也。例如明日降雨純客觀的雖為確定之事實，然因現在之天氣預報尚不確知，故明日降雨為條件。又僅時期不確定而其發生為確定之事實，雖為不確定期限，不得為條件，例如云「你如死」為期限，「你如比我先死」則為條件。

二、條件之種類

(1) 停止條件與解除條件 此為依於條件效力之區別，為法律所規定惟一之區別。停止條件者，左右法律行為效力發生之條件也。解除條件者，左右法律行為效力消滅之條件也。在前者條件成就時法律行為始發生效

力，後者法律行為先發生效力，條件成就時失其效力。

(2) 積極條件與消極條件 此為因條件內容之事實為積極的或消極的而為之區別，前者要求一定之變動，而發生其變動者條件為成就，後者要求一定變動之不發生，即其事實之不發生確定時，條件為成就。

(3) 偶成條件隨意條件混合條件 此亦為基於條件內容之區別，其事實之成就與否，與法律行為當事人之意思無關而決定者，為偶成條件（法民一一六九條）。依當事人之意思如何而決定者，為隨意條件（*De potestate conditionis*）（法民一一七〇條）。依當事人及第三人之意思而決定者，為混合條件（*Codicio mixta*）（法民一一七一條），例如云「汝若與丙女結婚」。

三、條件之成就與不成就

條件之成就云者，條件內容之事實已成立之謂也。在積極條件，為其內容變動之發生。在消極條件為其內容變動之不發生已確定。條件之不成就者，謂條件之不成就已確定。

條件成就或不成就之擬制 民法第一〇一條第一項規定因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就，此為法律上條件成就之擬制。依此規定，（第一）須因條件成就而受不利益之當事人為阻止之行為，其由第三人阻止條件之成就者不適用之。但當事人非僅指附條件法律行為之當事人，其因條件成就可生法律關係之當事人亦包含之。（第二）須其行為不正當，何謂不正當，謂其行為違反誠實信用之原則，例如約定「汝若與丙女結婚，則贈汝千元」，後生反悔而阻止兩者間婚姻之成立則為不當，反之如約定「余若與丙女結婚則與汝千元」後雖不與丙女結婚，不為不當。（第三）須因其行為發生條件不成就之結果，即須有因果關係也。關於阻止條件成就之效力，外國法律有規定得視為已成就者，如日民是。有規定

視為條件已成就者，如德、法、俄、瑞士等國。前者視為成就與否，相對人有選擇之自由，即得視為成就，亦得以之為不成就，認為附條件義務之違反，而請求損害賠償。後者法律上當然視為條件之成就，我民法從之。民法第一〇一條第三項規定「因條件成就而受利益之當事人如以不正當行為促其條件之成就者，視為條件不成就」，此為法律上條件不成就之擬制，蓋仿法民之規定（法民一六二條二項）。其要件與效力，可參照上項說明。

四、附條件法律行為之效力

(1) 條件成否未定前之效力 當事人因附條件法律行為，尙未發生為其目的之權利義務，此依不溯既往之原則為自明之事，然當事人處於條件成就時，即可以取得此權利之地位。此地位如法律無規定不過為事實上之期待或希望，民法第一〇〇條規定「附條件之法律行為當事人於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負損害賠償之責任」，即係保護此地位，故不可不認為權利之一種。此權利謂之附條件權利 (bedingte Recht)，與此權利對立之義務，謂之附條件義務 (bedingte Pflicht)。條件附權利為一種特別之權利，學者稱之為期待權或希望權，為類於形成權之一種財產權，民法自條件附義務之方面為規定，如於條件成否未定前有損害相對人因條件成就所應得之利益者負損害賠償之責。損害此利益，得為事實行為或法律行為，例如對於為附停止條件贈與標之物之房屋加以損毀者，為事實行為，而出賣與他人，則為法律行為也。此損害行為如係事實行為，則成為賠償之義務固無問題，如為法律行為，是否僅生賠償之義務，抑於此外其處分行為亦應為無效，則不無疑問。依德民第一六一條規定，其處分於減損附條件法律行為之效力之範圍內失其效力，我民法無明文規定，解釋上附條件法律行為如有公示之方法而具備對於第三人得主張之要件者則有害

於此行為之其他處分行爲應爲無效，例如關於土地處分附有條件者，如爲預告登記，則於登記後，土地權利人對於其土地權利所爲其他之處分爲無效（土地法施行法二七條）。期待權侵害所生之結果，非於條件成否確定前已確定的發生，只可解釋爲附條件的發生，而於條件成就確定時，始確定的發生也。何謂所應得之利益，乃指因停止條件之成就應取得權利之利益或因解除條件之成就應回復權利之利益而言也。

（2）條件成就之效果 條件成就時附停止條件之法律行爲發生效力，附解除條件之法律行爲失其效力，此爲條件性質上當然之事，惟其效力自何時發生或消滅及其效力爲物權抑爲債權之二點，有研究之必要。

關於第一點，條件成就之效力是否得不於條件成就時發生效力而溯及既往，立法例頗不一致，有以溯及爲原則者，如法民是（法民一一七九條）。有以不溯及爲原則者，如德民、日民、瑞債是（德民一五九條瑞債一五四條）。我民法規定，蓋從德瑞之例，然依當事人之特約不獨得溯及既往，亦得使之於條件成就後發生效力，是稍有不同也。不溯及既往之結果，例示之如下，（一）在附停止條件之債權行爲於條件成就前，尙未發生債權，故附停止條件債務之清償，爲非債清償。（二）在附停止條件物權之移轉行爲，其條件成就時，始發生物權必轉之效力。（三）附解除條件之物權移轉行爲，於條件成就前，留於受護人之手，故如有孳息應屬於受護人。不溯及之原則，係基於當事人之意思，故當事人表示反對之意思，則從其意思。關於溯及效力之意思表示發生如何效力，頗有爭議，德國民法規定惟於當事人間發生效力（德民一九五條），我民法無此限制。附溯及效力之附條件法律行爲，應解釋爲依當事人之意思所欲者，發生法律上之效力。或以爲如此，則有害於第三人利益之虞，然第三人之利益，依民法第七五八條第七六一條第八〇一條第八八六條之規定，已受適當之保護，不足爲慮。至於溯及效力，果得溯至何時。法律上雖無限制，其不得溯至於法律行爲成立以前，則爲甚明。

又溯及效力之意思表示，爲附條件法律行爲之一部，故應與此行爲同時成立。於法律行爲成立後所爲之別無意思表示，惟於當事人間發生效力。

關於第二點，條件成就之效力是否爲物權的，則應爲肯定。即不惟於當事人間發生效力，無論對於何人之關係，皆發生效力。例如附解除條件之所有權移轉行爲，如條件成就時所有權當然復歸於原權利人，非所有權仍存於受讓人，而原權利人惟有債權請求權也。然條件成就之結果，亦非常時發生物權移轉之效力，於附條件之債權行爲，於條件成就時，惟有債權債務之成立。

關於條件不成就之效力，無足特述者，在附停止條件法律行爲，條件不成就時，法律行爲確定的不發生效力。附解除條件法律行爲，如條件不成就時，確定的不喪失效力。

五、不容附條件之法律行爲

近世法律，一般關於法律行爲，皆得附以條件。在羅馬法當初，因期法律關係之簡易明確，不許法律行爲之成立與效力之發生異其時期，然嗣因實際上之必要，漸許可之。我民法以條件之許可爲原則，殆無疑義。條件之許可，雖爲一般原則，然法律行爲亦有不容附條件者，謂之不容附條件之法律行爲（*bedingungslos*），有左列二種。

1. 公益上之不容許 法律行爲如附條件，則直接違反公序良俗或不適於其制度之目的，是也。例如婚姻、收養、離婚，終止收養關係，繼承之承認或拋棄，非婚生子女，認領，婚生子女之否認，票據行爲等是。

2. 私益上之不容許 單獨行爲，如附條件，則不當的損害相當人之利益是也。例如抵銷（民三三五條）民五〇六條德民三八八條）法律行爲之撤銷（民八八條）承認（民七九條）契約之解除（民二五八條）買回（民

三七九條）選擇之債之選擇（民二〇九條）等是。然此種行爲不得附以條件者，爲保護相對人，如相對人對於附條件爲同意或條件之實行爲相對人之隨意者，應解釋爲得附以條件，例如云「汝若二日內不來謝罪，則以詐欺爲理由撤銷意思表示」。又單獨行爲，例如債務之免除，對於相對人惟與以法律上之利益者，亦得附條件。

六、假裝條件

假裝條件者，惟具有條件之外觀而未具有條件之實質之條件也。外國民法有就假裝條件爲規定者，我民法無之，其效力如何，試分述之如次。

1. 既定條件 既定條件者，成就或不成就，於法律行爲時已確定之條件也。依前述之標準，實非條件，其效力如何，日本民法設有規定，即（一）如爲積極條件，其爲停止條件者，法律行爲爲無條件，其爲解除條件者，法律行爲無效。（二）如爲消極條件，其爲停止條件者，法律行爲無效，其爲解除條件者，爲無條件（日民一三一條二項）。我民法雖無規定，解釋上應相同。

2. 不法條件 不法條件者，謂因以之爲條件，其法律行爲全體爲違法不當之條件也。其效力如何，日本民法及泰國民法皆明定其無效（日法一三二條一項瑞債一五七條法民一一七二條泰民二〇五條）。我民法無之，解釋上應相同，蓋法律行爲附有不法條件者，自應適用民法第七一條或七二條之規定，爲無效也。

3. 不能條件 不能條件者，其成就事實上或法律上不能之條件也。其效力如何，依日民及法民之規定，停止條件爲不能者，其法律行爲無效，解除條件爲不能者，其法律行爲爲無條件（日民一三三條法民一一七三條）。我民法雖無規定，解釋上應相同。

4. 法定條件 法定條件者，依法律行爲之性質或關於法律行爲之規定，當然爲法律行爲之效力發生消滅之

條件也。其非真條件，已如前述。

5. 必至條件 必至條件者，以必發生或必不發生之事實爲條件也。例如云「甲死」晦月日出」其非真條件，已如前述。如以必至條件爲停止條件時，其法律行爲爲無條件，如以爲解除條件時，其法律行爲爲無效。

6. 矛盾條件 矛盾條件者，與法律行爲之主要內容相矛盾之條件也。如就他人物之買賣云「所有人不同意則將此物讓與君，附有此種條件，不能認爲有法律行爲之效力意思，故其法律行爲無效。

第二款 期限

一、期限之意義

期限者，構成法律行爲之意思表示之一部，使其法律行爲之效力發生或消滅，繫於將來確定事實之發生也。例如「明年一月一日轉讓其馬」或云「年末上京之時支付代價」，或以終身爲期限設定地上權等是，其性質如次。

1. 期限與條件同爲意思表示之一部，故有如法定條件非爲真條件，而法定期限（民三八〇條四四九條九一條）及法院所定期限，亦非所謂期限。

2. 期限在限制法律行爲效力之發生或消滅，即對於法律行爲效力之限制，然就始期言之，關於此點，立法上及學說不能一致。有以期限不停止法律行爲效力之發生，惟停止其履行者，即所謂附期日之法律行爲（*only ante Gesetate*）是也，例如法民日民（法民一一八五條日民一三五條）。有以期限爲停止法律行爲效力之發生者，即所謂附期限法律行爲（*positive Gesetate*）是也，例如德民（一六三條）。有依法律行爲之種類爲區別，對於債權附期限者，惟有停止履行之效力，對於物權或準物權的行爲附期限者，有停止效力發生之效力

。主張是說者，例如海巴哈 (Heimbach) 載在 (Weisks Lexikon)。亦有以爲應依表意人之意思如何而決定其效力者，即對於債權行爲依當事人之意思得使停止其履行或效力之發生，對於債權以外行爲，性質上應解釋爲停止效力之發生。主張是說者，例如中島玉吉 (中島民法釋義七二五頁)。我民法從德民之例，限定「附始期之法律行爲，於期限屆至時，發生效力」，其爲停止效力之發生，殆無疑義。

3. 期限以將來確定發生之事實爲內容，此點與條件不同，例如云「明日如降雨」爲條件，若僅云「如降雨」則爲期限。又以日時表示者，不必盡爲期限，例如云「死亡之時」爲期限，若云「結婚之時」則一般應解釋爲條件。

二、期限之種類

1. 始期及終期 始期者，於其屆至以前，停止法律行爲效力發生之期限也，例如甲對於乙約定某年某月某日讓與其房屋所有權。終期者，因其屆滿，消滅法律行爲效力之期限也，例如設定某年某月某日之地權。

2. 確定期限及不確定期限 確定期限者，期限之時期自始即確定之期限也，例如某年某月某日或自本日起何日之後。又曆日當事人雖不確知而得確知者，亦爲確定期限，例如「明年某節期」。不確定期限者，事實之發生雖確定，而其時期不確定之期限也，例如「甲死之日」。不可不注意者，時期雖確定而其屆至不確定，或時期及屆至俱不確定者，則非期限，例如云「汝達於成年之時」，其成年時期雖確定，然達於成年之時是否尙生存在不確定，若云「汝於結婚之時」，則時期與到來俱不確定。

3. 不能期限 不能期限者，以甚遠將來之時期爲期限之期限也，例如云「百萬年後爲清償」，此非期限之性質上不能，然法律以人之生活爲標準，在交易觀念上爲不可能，故如此期限爲始期者，其法律行爲爲無效，

以之爲終期者爲無期限。

三、期限之屆至 期限之屆至者，爲期限內容之事實之發生也。爲期限內容之事實，亦謂爲期限。以曆日定期限者，其日之屆至。以期間定期限者，依民法第一二〇條以下之規定，計算末日之屆至。以一定事實之發生定期限者，以其事實之發生，爲期限之屆至。

四、附期限法律行爲之效力

附始期之法律行爲，於期限屆至時發生之效力。期限之屆至，除去因附期限之限制，故附始期之法律行爲因而發生效力，即因期限之屆至，在債權行爲始發生債權之效力，在物權行使始發生物權上之變動，此點與日民所規定得請求債權務之履行者不同。已如前述。附終期之法律行爲，則於期限之屆至，失其效力。期限屆至之效果，與條件之成就相同，然絕對的不能發生溯及的效力，則與條件成就有異，蓋於期限屆至與以溯及效力，根本上與附期限之目的相矛盾也。期限屆至前之效力，附期限法律行爲當事人，對於期限屆至前之希望，較之附條件法律行爲當事人，尤爲確實，蓋條件有成就與不成就，而期限之屆至則爲確定也。附條件權利既已保護，則附期限權利更應保護，故應準用民法第一〇〇條之規定，即附期限法律行爲當事人於期限未屆至前，若有損害相對人因期限屆至所應得利益之行爲者，負損害賠償之責。

五、不容附期限之法律行爲

不容附條件之法律行爲，大抵亦不容附期限，但不無例外，例如最忌關係不確定之法律行爲，雖不得附條件，然得附期限，例如票據行爲。效力發生期限確定之行爲，雖得附條件，然不得附期限，例如繼承人之指定是也。他如撤銷、抵銷、承認等，原來不容附條件之行爲，雖例外的因對於相對人惟與以利益之行爲，亦得附

條件，而附期限則仍爲不許可。又債務免除性質上雖得附始期，然不得附終期。不容附期限之法律行爲，如附期限時，其行爲全部爲無效。

第五節 代理

第一款 代理之意義性質及種類

一、代理之意義

代理者，以他人之名義爲他人對第三人自己爲意思表示或爲他人由第三人自己受領意思表示，因之直接使行爲效力歸屬該他人之行爲也。其他人謂之本人爲代理行爲之人，謂之代理人。第三人即代理人之相對人也。然此時有（一）本人對代理人（二）代理人對相對人，（三）相對人對本人之三面關係。普通謂代理關係，係指其中之一者而言，然指其中之何者而言，則不一致，要以此三面關係之全部爲代理關係較爲妥當茲就與代理相似而實不同之法律關係，比較述明之如次。

（1）代理人與使者不同：使者傳達他人之意思表示，代理人自爲意思表示，故在使者意思能力之有無、錯誤、詐欺、善意、惡意等之問題，應就本人決之，而在代理則心裏保留、虛僞表示、錯誤、詐欺、脅迫及善意惡意等之問題，應就代理人之意思決定之。

（2）間接代理非代理 間接代理，例如行紀（民法五七六條以下），亦爲爲他人之行爲，然以自己之名義，而且對於行爲人自身發生效力，更移轉於他人。

（3）爲第三人之契約（民二六九條）亦非代理 此以自己之名義所爲之行爲，於當事人間發生債權關係，

第三人惟基於債權關係取得請求權。

(4) 代位訴權（民二四二條）亦非代理。債權人行使債權人之權利，乃為自己之利益，應以自己之名義為之者。

(5) 質權人行拍賣質物（民八九三條） 抵押權人得請求抵押物之拍賣（民八七三條），然為行使自己之權利，非為代理。

(6) 保證人清償債務，則債務人因而免除其債務，然此為保證人本身債務之履行。非為代理。

(7) 依民法第一〇〇三條夫妻在日常家務互為代理人 然夫或妻不必以妻或夫之名義為家事實上之法律行為，即以此必為代理人者視為代理人，遺囑執行人（民一二一五條），尤其如是。

二、代理之性質

代理，為代理人之行為，對於本人發生效力，行為人與效力之歸屬者不必一致，然其對於本人發生效力之理由，有謂法律以代理人之行為擬制為本人之行為，謂之本人行為說，例如薩比尼（Sabinus）主張之。然使代理人與使者之區別不明，竟視代理人為本人之手足，而且人人行為之結果，必歸屬行為人之本身，原為民法之舊思想，已不能適應現代之需要。有謂為本人與代理人之共同行為者，謂之共同行為說，例如鄧堡（Dunbar）然委任代理或指示代理行為之本人行為，與代理人之代理行為，不可不為區別，而且本人行為說及共同行為說，皆不能說明法定代理，故近時學者以行為人為代理人，其代理人行為之法律效果，因代理制度之作用，直接歸屬於本人，謂之代理人行為說，亦稱代表說，德民法及我民法從之。

民法所謂代理，為法律行為之代理，即限於構成法律行為之意思表示，故代為事實行為，不得謂之代理。

代理占有，亦非代理，蓋占有非意思表示，而且直接占有與間接占有之間，不必有本人與代理人之關係，而其關係亦惟限於兩者之間，不發生相對人之問題。代理與代表二者普通互相混用，然正確的言之，代理為代理人之行為，惟其效果歸屬於本人，在代表則代表人之行為，視為本人之行為，故前者惟就法律行為或準法律行為為之，而後者則就法律行為以外之事實行為亦得為之。故法人機關之行為，非代理乃代表。如此代理惟限於法律行為，原則對於一切法律行為皆得代理。然不無例外，即有為本人之利益，法律以明文禁止代理者（民一〇六條）。有因其行為之性質上必須本人自己決定意思，不許代理者、婚姻、收養、非婚生子女之認領、遺囑等之親屬法上及繼承法上之行為，是也。

三、代理之種類

(1) 直接代理與間接代理

直接代理者，代理人於代理權限內以本人名義所為之意思表示或所受之意思表示，直接對於本人發生效力之代理也。民法所謂代理，以直接代理為限。間接代理，例如行紀，係為他人以自已之名義為法律行為，而以其效果移轉於他人，惟其法律行為係為他人之計算之點，稍與代理類似。

(2) 能動的代理與被動的代理

能動的代理者，為意思表示之代理也。被動的代理者，受領意思表示之代理也。前者如民法第一〇三條第一項所規定者是，後者如民法同條第二項所規定者是。

(3) 任意代理與法定代理

任意代理，亦稱意定代理，其代理權基於本人之意思表示而生之代理，此以外之代理，謂之法定代理。在

法定代理，有因對於本人之地位當然為代理人者，例如未成年人之父母，有因本人以外之私人指定或選定者，例如指定監護人（民一〇九三條）選定監護人（民一〇九四條）選定遺產管理人（民一一七七條）。

（4）有權代理與無權代理

此因代理權之有無所為之區別，無代理權所為之代理行為，亦多發生一定之法律效果，故法律尙錫以代理之名（民一七〇條）

（5）一般代理與特別代理

一般代理者，代理權之範圍無特定限制之代理也。特別代理者，代理權之範圍有特定限制之代理也。

第二款 代理權及代理之效力（三面關係）

一、代理權

1. 意義 代理權者，得因代理行為直接對於本人發生法律效力之法律上之資格也。代理權，非對於本人之權利，亦非對於本人之義務，代理人由本人受為一定行為之委任時，得基於委任契約負擔為其行為之義務，然此義務與代理權不同。代理權非對於本人之法律關係，乃於對外關係為代理人所有之資格，故代理權得無義務之對稱，獨立成立，或雖有義務，而與此異其範圍。代理權是否為權利，頗有議論。有謂之為本人與代理人間之委任關係或其他法律關係，別無獨立之代理權者，此說於民法之解釋不能適用，蓋我民法明認委任與代理有區別也。有以之為形成權之一種者，此說亦不足取，蓋意思表示之受領，亦為代理，其非權利甚明，故現今多主張代理權為類似行為能力之一種法律上之地位。

2. 發生原因 其次應說明者，為代理權發生之原因。代理權因發生原因之不同，有法定代理與任意代理之

別，已如上述。法定代理因法律所規定要件之成立而成立，其法律要件如何，應就各種之法定代理研究之，茲不贅。關於任意代理，其使代理權之意思表示即授權行為之性質如何，頗有議論（一）有謂於委任契約外，無所謂代理權授與之行為，故代理權係由委任契約而生，謂之委任契約說。然委任契約不必常發生代理權，例如行紀。委任以外之契約，亦有發生代理權者，例如僱傭、合夥。原來委任契約，得使受任人負有為委任人為一定行為義務，受任人之行為直接對於委任人發生效力之法律關係，無僅由委任契約發生之理由。依委任或其他債權契約發生代理權者，實因附隨於此等債權契約別有授權之行為。（二）有謂代理權雖非委任或其他債權契約之本身，然為其附隨之一種無名契約，謂之無名契約說，日本學者多主張之。此因日本民法無關於代理權授與之規定，或為不得已之解釋。（三）有謂代理權僅依代理權授與之意思表示而成立，謂之單獨行為說。我民法與德民法均從之（民一六七條德民一六七條一項），蓋昔羅馬不認委任與代理之區別，法國民法亦然，故在此等法制，代理權常依委任契約而成立，其以委任與代理為別種之法律關係，則自德國學說及德國民法始。即委任之成立，須有契約，而代理權為不伴義務之法律上地位，故無須代理人之同意，常依本人之意思表示而成立。是以代理權之授與，不問其對於代理人為之，抑向代理人對之為法律行為之第三人為之，祇須此授與之意思表示，達到於代理人或第三人，即可發生代理權。其向第三人為之者，惟有授權行為之存在。其向代理人為之者，則代理權授與行為常與其基本法律關係相結合。有與委任結合者，亦有與僱傭契約或合夥契約結合者。授權行為與其基本法律關係之關係如何，則有有因與無因二說。無因說謂二者各自獨立，不相關聯。故基本法律關係無效或撤銷之時，則授權行為不因之無效。有因說謂授權行為繫屬於基本法律關係，如基本法律關

係無效或撤銷，則授權行為亦因之消滅。依我民法第一〇八條第一項規定「代理權之消滅依其所由授與之法律關係定之」，蓋承認有因說，然此亦不過為原則之規定，如當事人之意思以之為無效或法律另有規定時，自亦得為無因（例如白紙委任狀）。

二、代理之效力（三面關係）

代理，於本人代理人相對人之三者間，俱各發生關係，謂之三面關係，已如前述。本人與代理人之間為代理權之存在，代理人與相對人之間為法律行為之當事人，相對人與本人之間為法律效力之歸屬。

1. 本人與代理人間之關係應說明者，為代理權之存在與代理權之範圍。代理權非為委任或其他法律關係之一部，有獨立之存在，已如前述，故本人與代理人間之代理關係，惟代理人有代理本人之資格，即有代理權之存在，與委任或其他法律關係為另一問題，然代理人之代理行為，應在代理權範圍之內，蓋代理人之行為如超出代理權範圍之外，則就該事項不得謂有代理權也。關於法定代理範圍，法律對於各種之法定代理人有規定（民一〇八八條一一〇〇條以下），應依解釋以定其範圍。任意代理權之範圍，則依授權行為而定，本人得限於一定之事項或限定一定之相對人、授與代理權，故如何代理之授與，結局為授權意思表示之解釋，其解釋為法律行為制度上之重大問題，故應考慮委任狀或授權書內所記載之文字，代理人之地位，代理事項之性質等，慎重為之。

代理於法律之規定不完全或本人未定代理權之範圍時，有設明文之補充者（德民一九八九條日民一〇三條），我民法無此規定。

（註）依日本民法未定權限範圍之代理人，只有為下列行為之權利，即就法民所謂管理行為分為保存行

爲、利用行爲及改良行爲。對於保存行爲未爲限制，對於利用行爲及改良行爲則規定須不變物或權利之性質（日民一〇三條）。此三種行爲，在法民通稱之爲管理行爲（Act of Administration），以之與處分行爲對稱。

2. 代理人與相對人間之關係（行爲之當事人），依民法第一〇三條規定，代理人爲意思表示應以本人名義爲之。所謂以本人名義，卽表示行爲效力之歸屬者，應爲本人。此意思亦爲代理行爲之意思表示之一部，故應受意思表示原則之支配。是以代理人心裏雖保留其效力不歸屬於本人之意思，仍不妨發生代理之效力（民八六條）；代理人雖有濫用其權之意思，亦原則發生代理之效力，例如有收取價權之代理權人，以消費其所取金錢之意思而爲收取行爲之代理，或有票據行爲之代理權人以營自己私利之目的而爲票據行爲之代理是。但依其情形代理人不正常之意思爲相對人所明知者，依民法第八六條但書之規定，不生效力。又日本民法第六九條規定「表示爲本人……」學者稱之爲顯名主義（Offenherkunft），我民法從德民之立法例（德民一六四條）規定「以本人之名義。所謂以本人之名義，卽示以本人之名義卽示以本人之名與其代理之事實。依德民規定（同條第一項後段）不必明示本人之姓名，卽依其情事明係以本人名義爲之者，亦包含在內，我民法雖無此規定，解釋上應相同。普通代理人記載某甲某之代理人乙某，代理人不表示自己之名，惟示本人之名而爲行爲者，亦有之，例如使爲票據代理行爲時，與以印章任意記載本人之姓名而且加蓋印章（德日判例俱承認此種代理）。又被動的代理人非因一一表示以本人之名義而受領相對人之意思表示，故於此時解釋上相對人應表示爲對於本人之意思表示。民法第一〇三條第二項用準用字樣者卽以此也。

3. 本人與相對人間之關係，即代理人意思表示之效力應直接歸屬於本人，故不獨意思表示之中心效力，即如担保責任、撤銷權，為達意思表示制度之目的，法律所賦與之非法律行為的效力，亦對於本人發生，例如相對人為詐欺之時，被詐欺與否雖應就代理人決之，然依德民第九二條之撤銷權，則屬於本人，但侵權行為之責任非意思表示制度之效果，故代理人之侵權行為對於本人不發生責任，惟本人僱用代理人時，依民第一八八條負其責任。

本人非自己為法律行為，故無意思能力及行為能力之必要。至於任意代理之授權行為為法律行為，須有行為能力，自當別論。本人為權利義務之主體，權利能力，必須有之，故未登記之法人不得依代理人為法律行為。又外國人不得享有之權利，不得以中國人為代理人，取得該權利。

第三款 代理人之能力及其意思表示之效力

一、代理人之能力

(1) 權利能力 關於權利能力，代理人不必有之，蓋以代理人非權利義務之主體也。故依法外國人不得享有之權利，中國人如以外國人為代理人取得其權利，亦無不可。反之，本人非有權利能力不可，已如前述。

(2) 行為能力 因代理人不受其代理行為之效力，其代理行為是否有利，對於代理人毫無關係，故代理行為不須代理人有行為能力（民一〇四條）。代理人雖不必有行為能力，然不可無意思能力，故禁治產人及未滿七歲之未成年人，不得為代理人，蓋代理人應為意思之完成也。此點，原則上對於任意代理及法定代理均有適用，然在任意代理，如本人自願以限制行為能力人為其代理人自無不可，而在法定代理人則非基於本人之意思，為保護本人之利益，民法特設規定以限制之，例如民法第一〇九六條規定未成年人及禁治產人不得為監護人

，如無此規定則限制行為能力人亦不妨取得法定代理人之地位矣。又代理人行為限制行為能力人，亦不過謂代理行為不因代理人為限制行為能力人而受影響，至於本人與代理人間之對內關係如何，自當別論，應分別而為考察，（一）授權行為單獨存在之時，此行為對於代理人惟與以資格，代理人不受何等之拘束，故依民法第七條但書之規定，不妨發生效力，（二）授權行為與他契約相結合，例如委任契約，使受任人負擔義務，故非得其法定代理人之承認，不生效力。

二、代理人意思表示之效力

代理人之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫或明知其情事或可得而知其情事，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之（民一〇五條），蓋在代理為法律行為者為代理人，本人為受其法律效力之歸屬，故因意思欠缺或有瑕疵等情事，應為無效或得撤銷或發生其他之法律上效果時（例如依民法第三五五條規定買受人於契約訂立時知有物之瑕疵或因重大過失而不知則出賣人得免除其瑕疵担保責任），其事實之有無，應就代理人決之。此原則於任意代理與法定代理均有適用，但在任意代理，其意思表示依本人所指示之意思而為者，其事實之有無，應就本人決之（民法一〇五條但書），故本人所知或可得而知之情事，縱令代理人不知或因過失而不知，本人不得主張代理人之不知，例如授與購買特定房屋之代理權，本人自知其房屋之瑕疵時，縱令代理人不知之，本人對於相對人不得使其負擔瑕疵担保責任，蓋於此時無保護本人之必要也。有疑問者，此時本人不知其情事而代理人知之者，其效果如何，依德民與日民之規定，不獨應就本人決之，亦同時應就代理人決之，即不發生不知之效果，對於第三人保護，較為周密。依我民法則本人仍得主張不知之效果，蓋以依本人指示而為之法律行為，在代理人幾與使者同其地位，無考慮之自由，例如指定由某甲購買某馬，通常本人

就其法律行爲已爲充分之調查，而在代理人則因有確定之指示，已無決定之權，若本人僅委託購入房屋而未指定其爲某某房屋者，則非本條所謂之指示，自不適用但書之規定。又關於適用範圍，是否以能動的代理行爲爲限，即以代理人所爲之意思表示爲限，抑對於代理人所爲之意思表示，亦應包含在內，民法則僅就能動的代理行爲規定，對於被動的代理似亦可類推適用之，例如代理人對於由第三人爲詐欺脅迫所使爲之意思表示明知其實事或可得而知，或依第八六條但書之規定代理人明知相對人之心裏保留者，得不問本人之情形如何，而定其效力。

第四款 次代理人

次代理人 (Substitut nummerdarstellender)，者代理人爲處理其權限內之行爲全部或一部，以自己之代理所選任本人之代理人也，亦稱複代理。其性質如次

一、代理人以自己之名義所選任者，故次代理人選任行爲，非代理行爲。

二、次代理人之權限非代理權之移轉，故須有代理權之存續。代理權之移轉，指代理人選任代替之人，而自己不脫離關係者，然此以法律特有規定或授權人有特許時爲限。代理人始得爲之。例如A爲長期旅行，於其不在中，授一般代理權與B，許其有障礙時得選任其他一般代理人，其實此時爲新代理權之授予（與舊代理權有同一之內容），乃代理人於其權限範圍內，以本人之名義所授予者。

三、爲本人之代理人，蓋雖爲代理人所選任，然得直接以本人之名義爲代理行爲，若以之爲代理人之代理，則不得以本人之名義爲之矣。

關於次代理人，外國法律有未設明文規定者，如德民及瑞債是，故德民之解釋多主張如有疑義時，應不許選任次代理人，蓋代理關係，乃基於信任也。然因代理權之內容及其關係，如代理人是否親自實行，對於本人

無利害關係者，則可推定爲所許可 (Emneccarius, Lehrbuch S. 472)。反之，在法日民法，則有關於次代理人之規定。日民法稱之爲復代理人，對於法定代理以得選次代理人爲原則，對於任意代理則以得選次代理人爲例外（日民一〇四條至一〇七條）。我民法從德瑞之立法例，未爲規定，而且於委任契約及僱傭契約，設有禁止之明文（民五三七條四八四條二項德民六四四條瑞債三九八條三項），故在我國民法之解釋，應以不許選任次代理人爲原則。關於次代理之內容及效力，可分爲左列二例。

一、由代理人B所選任次代理人C僅以本人A之名義所爲之行爲，如基於代理權與次代理權時，惟對A發生效力。如代理權或次代理權有欠缺，其關於代理權者，得由A承認之，其關於次代理權者，得由A或B承認之。如C不能證明其代理權或次代理權時，C應負民法第一一〇條之責任，蓋惟彼以A之名義爲之也。

二、C如代理B以A之名義爲之，即爲代理人之代理，例如助手C爲A之一般代理人律師B之代理人，以A之名義訂立買賣契約，如基於代理權與次代理權時，亦惟對於本人發生效力。如C不能證明其次代理權，則應負民法第一一〇條之責任。如有次代理權而欠缺代理權時，則惟B負民法第一一〇條之責任。欠缺次代理權時，則A與B俱得爲有效之承認。欠缺代理權時，則A得爲承認，B之承認（惟於次代理亦欠缺時始有意義）惟發生其負民法第一一〇條責任之效力，對於A則不生效力。

第五款 代理權之限制

代理權之限制者，對於代理人普通應有之權限，以法律之規定或依當事人之意思特別加以限制也。其以法律限制者例如雙方代理及自己代理。關於法定代理，民法第一一〇一條第一一〇二條公司法第一六三條設有限制規定。其由當事人加以限制者，如代理權限爲法律所規定，惟得依法律之所定限制之，例如董事代表權之限

制，商號經理人經理權之限制及代辦商代辦權之限制，其範圍及效力如何，法律均另有明文規定（民法二七條二項五五七條五五八條），茲分別述之如次

一、當事人所加之限制

民法第一〇七條所定代理權之限制，乃指當事人對於授權所加之限制而言，本人與代理人間即可發生效力，自無疑問。然對於第三人之關係，則有保護第三人之必要，故規定不得對抗善意第三人，即本人不得主張其代理權之限制，至於第三人主張代理權之限制與否，則有選擇之自由。此代理行為之有效，亦屬於表示代理之一（*Schahnvoemacht*）其詳容於債編中述之（民一六九條）。若第三人知其限制或因過失而不知代理權之限制者，則代理人與第三人所為之行為，為無權代理（民一〇七條一七一條）。

二、自己契約及雙方代理

代理人原則上就同一法律行為，不得代理相對人與自己，或為當事人雙方之代理，訂立契約（民一〇六條）。如代理人乙一面代理甲，一面以自己之資格訂立甲乙間之契約，謂之自己契約（*Dopp. Vertretung*）。若一面代理甲，一面代理丙，而訂立甲丙間之契約，謂之雙方契約（*Dopp. Vertretung*）。此種行為之效力如何，有謂民法此種禁止規定為強行法規，故應為無效者，有謂此種禁止為代理權限範圍之限制，其違反行為為權限之逾越，即為無權代理行為，以後說為是，蓋民法之規定，全為保護本人之利益，如無保護之必要，則不必使之為無效。故適用上應注意左列三點。

（1）本人已經許諾雙方代理或自己契約時，則有效成立，蓋此時已無保護本人之理由。

（2）其非新交換利益，係專為債務之履行者，不在禁止之列，例如附白紙委任狀記名股票之受讓人，代理

本人爲股票名義之更換，又如本人對於動產之所有權移轉已訂契約，基於其契約所爲動產之交付。至於期限前之履行，時效完成後之債務履行，代物清償，雖爲履行，然爲新利益之交換，非此所謂專爲債務之履行，但抵銷爲交互清償之簡易方法，不妨爲之。又債務附有抗辯權者，如因履行則失其抗辯權時，則非得本人之承認，不得爲之。

(3) 違反行爲爲無權代理行爲，對於本人不生效力，然本人得於事後承認，使之爲完全之代理行爲（民一七〇條）。

三、共同代理

其次與代理權之限制有關係者，爲共同代理（民一六八條）。數人之代理人，惟共同得爲代理時，如缺一人或數人之行爲，則代理行爲有瑕疵，其他代理人所爲之代理，爲權限之逾越，如無特別之規定，可視爲表示代理人之行爲（民一六九條）。

第六款 代理權之消滅

由代理權所生之三面關係，以代理權爲基礎，故代理權消滅，三面關係亦因之而終了。代理權之消滅原因，有共通原因與特有原因兩種。共通原因者，對任意代理與法定代理爲共通之消滅原因也是也。關於法定代理者，民法就其各個關係特爲規定（民一〇九〇條一〇九六條一一〇六條），民法總則，則僅就任意代理消滅之原因爲規定，試述之如次。

一、一般原因

民法第一〇八條規定「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之」，然此規定不得謂此法律關係之消

滅與代理權之消滅，時間上常為一致，蓋於法律關係，代理權之存續期間得另定之也。內部關係之最要者為委任、僱傭、承攬、合夥。法律對於此種關係之終了原因所規定者，有如左列。

1. 死亡破產及喪失行為能力。代理人之死亡、破產、喪失行為能力，常為關係終了之原因（民五五〇條法民二〇〇三條瑞債三五條日民一一一條）。本人之死亡，破產或喪失行為能力，原則上亦為終了之原因（民五五〇條瑞債三五條），但授權行為如另有意思表示或法律另有規定者（民五五〇四條民訴七三條），不在此限。在合夥契約，合夥人因死亡或受破產或禁治產之宣告而退夥（民六八七條）。代理人喪失行為能力時，依德國民法解釋，雖不得行使代理權（限制行為能力人除外），而代理關係仍然存在（德民六七二條）。依我民法，則原則上因代理人之喪失行為能力而消滅（民五五〇條瑞債三四條一項日民一一一條一項二款）。至代理人一時喪失意思能力，則不妨代理權之存在，蓋於恢復常態時，仍不妨為代理也。

2. 代理人一方之終止契約通知。依民法第一〇八條第一項之規定，惟於授與原因之法律關係，得由一方通知終止契約者，代理權亦因而消滅，依民法第五四九條委任契約當事人任何一方，得隨時終止之，在承攬契約，承攬人無此權利，於僱傭契約依民法第四八八條及第四八九條之規定，得終止契約，在合夥依民法第六八六條之規定，得聲明退夥。

3. 代理權，因授權原因之法律關係，依法律上解除權之行使而消滅（民二五四條二五六條）。

4. 代理權因代理事項之完成或代理事項之不能，而消滅，此消滅原因於代理權限於一定事項授與者，始得發生。

5. 代理權無授與原因之基本關係者，除法律另有規定外，應依代理關係之性質決定之，即死亡、破產、喪失行為能力，原則上為消滅之原因，但代理人一方之終止契約通知為性質上之不可能。其他代理權之授與，附有終期或解除條件者，因其期間屆至或條件之完成而消滅，自不待言。

(註)關於法定代理之一般消滅原因，民法未為規定，應依法定代理制度之目的定之，即(一)依本人及代理人之死亡而消滅，蓋本人死亡已無代理之必要，而代理人死亡則性質上繼承人不能繼承其地位也。(二)代理人破產、喪失能力，則應為消滅之原因，蓋此時法定代理人已喪失其信用或資格(民一〇九六條)，不能保護受監護人之利益也。(三)本人破產，於屬於破產財團之範圍，自無代理權，然本人仍舊代理人，故只解為代理權之停止原因(粵民一〇二四條)。至於本人喪失行為能力，則毫不成問題，蓋法定代理人之制度，原為此而設也。

二、特別原因

代理權，因撤回而消滅。代理權之撤回，謂已授與之代理權之全部或一部之撤回。代理權原則上得於所由授與法律關係存續中撤回之，但依該法律上性質不得撤回者，則為例外。何種法律關係不得撤回，例如合夥契約對於一合夥人所授與之代理權，惟依民法六七四條之規定得撤回之。又債務人與多數債權人約定對於其中一人與以收取其財產而將所得之額分配於債權人之代理權，不得撤回。債務人對於其抵押權人與以收取租金而受利息清償之代理權者，不得撤回。

撤回與授與，皆為要相對人之單獨行為，亦得以默示為之，例如授權書之取回。撤回之意思表示，得向代理人或代理人對之為法律行為之第三人為之。於意思表示到達時，發生效力。

三、代理權消滅之效果

本人與代理人之間如代理權消滅，則其後以本人之名義所爲之代理行爲，爲無權代理，自不待論。代理權經撤回，於本人與代理人間自即發生效力，然對於第三人之關係，其因撤回而消滅或縮小範圍者，不得對抗善意第三人（民一〇七條），即本人不得主張其代理權之撤回，至於第三人主張代理權之撤回與否，則有選擇之自由。此代理行爲之有效，屬於表示代理之一（民一六九條），若第三人知其撤回或因過失而不知代理權之撤回者，則代理人與第三人間所爲之行爲，爲無權代理（民一七一條）。以上僅就撤回對於第三人之關係言之，若代理權依其他原因而消滅者，則民法無明文規定。日本民法第一二〇條規定「代理權之消滅不得對抗善意第三人，但第三人因過失而不知其事實者，不在此限」，德國民法第一七三條亦有類似之規定，然自我民法第一〇七條及第一六九條之規定觀之，亦可爲同樣之解釋。

代理權消滅，則代理人無代理權，然在任意代理，於授權時多交與委任狀或其他授權書，而此種證書又爲證明代理權存在之用，易使第三人信其有代理權，依表示代理之理，本人仍應負責，故民法第一百〇九條規定代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於授權者，不得留置，以保護本人。此所謂「不得留置」之文句在我民法則爲贅文，蓋在德民，其留置權（Zurückbehaltungsgrecht）之成立，以對於相對之債權與相對人自己之物之交付請求權，二者互相牽連爲已足，而且視爲一種拒絕給付之權利，並非物權，故代理人對於本人如因墊付費用而有償還請求權時，則對於授權書有留置權（德民二七三條），故其第一七五條明定不得留置作爲例外，而在我民法留置權爲物權，其債權之發生須與得留置之動產本身有牽連之關係，似無成立留置權之餘地，然此爲牽連關係之解釋問題（民法九二八條），其說可供參考。

第七款 無權代理

無權代理，謂無代理權之代理，詳言之具備成立代理之其他要件，而惟缺代理權之代理也。所謂缺代理權者，包含全無代理權之存在及超過代理權之範圍者而言。在無權代理，本人與代理人間無法律上之連絡，故不得如普通代理使其直接對於本人發生效力，然法律便宜上仍予以多少之效力，由此點言無權代理得分為表示代理與狹義之無權代理二種，前者無代理權，然自稱代理人，表面上有如真正之代理人，足使人信其有代理權，故法律付與特別之效力。學說上謂之表示代理，日本稱爲表見代理。後者則此表示關係亦並無之，我民法以此二者規定於債編之「代理權之授與」中（民一六七條第一七一條），民法總則有規定者，僅爲狹義無權代理中代理人對於第三人之關係而已（民一一〇條）。狹義無權代理，謂全缺代理權或代理人權限以外之行為，無使第三人足信其爲權限內行為之情事者，自狹義的無權代理之三面關係言之，（一）本人與代理人之關係乃內部關係，民法未設何種之規定，（二）第三人與本人之關係，民法以之規定於債編「代理權授與」中（民一七〇條第一條），（三）民法總則所規定者，爲代理人與第三人之關係，即無權代理不能對本人發生效力，而使第三人受不測之損害，應如何保護第三人，實爲問題。依民法第一百十條規定「無權代理人以代理之代理人名義所爲之法律行為，對於善意之相對人負損害賠償之責」，茲就責任之根據、要件、範圍、述之如次。

一、責任之根據 關於無權代理人之責任根據，議論甚不一致，有謂之爲契約責任者，然無權代理人非契約當事人，與相對人並無契約。有謂之此兩者間有暗然之担保契約者，然担保以無契約爲前題，既無本契約即無担保契約之可言。有以之爲侵權行為者，然無權代理之責任並不以有故意有過失爲要件。或以無權代理人於契約訂立時有過失，故應負責者，然無權代理人不能因證明其無過失而免除其責任。原來責任之根據

，從來以爲限於契約或侵權行爲，不知法律因共同生活之利益，得使個人負無過失責任，蓋代理權之有無，應由代理人證明，如代理人不能證明時即應負責，德日民法關於此點，皆有明文規定（德民一七九條日民一一七條），我民法雖無規定，依舉證原則，解釋上應相同。即代理人之責任不必有故意或過失，而其負責之根據則可稱原因責任或結果責任，又或因維持代理制度之信用，法律所規定之責任，亦可稱信用責任。

二、責任之要件 依民法之規定（民一一〇條），無權代理人應負責之要件如左，

1. 應有無權代理之行爲，即須「以本人之代理名義而爲法律行爲」是也。

2. 相對人應爲善意 相對人善意云者，相對人不知其爲無代理權之謂也，但在德日民總，則仍須相對人非因過失而不知（德民一七九條三項日民一一七條二項）。

3. 須本人未爲承認 關於此點，德日民法瑞士債務法，有明文規定（德民一七九條一項日民一一七條一項瑞債三九條）我民法第一七〇條規定如本人爲承認，則對於本人發生效力，解釋上自相同。

三、責任之範圍 依德日民法，相對人得依其選擇請求無權代理人履行或爲損害賠償，我民法則從德民及瑞民法債務法之例（法民一一二〇條瑞債三九條），規定無權代理人負損害賠償之責。其賠償之程度，則不獨信任利益，即就履行利益，亦應賠償，但信任利益之請求，不得大於履行之利益，自不待論。依德民規定（一七九條二項）「如代理人不知其代理權之欠缺者，就相對人信任之利益負賠償之責，但不得超過相對人因履行所得之利益，」我民法未爲此區別，不能爲同樣之解釋。

第六節 無效及撤銷

第一款 無效行爲

一、無效之意義

無效 (Void, nul, rihtig) 者，意思表示乃至法律行爲法律上當然且確定的不發生其效力之謂也。所謂不發生效力，乃指爲意思表示乃至法律行爲依法律原應發生之效力而言，至於此外之效力則不妨發生，例如發生侵權行爲或不當得利等之效力。無效係當然且確定的不發生效力，故不因當事人之行爲或時間之經過而成爲有效，此點與得撤銷之行爲有別，蓋得撤銷之行爲於未撤銷前，一應有效，必須特定人之主張始爲無效，而無效之行爲則當然爲無效，然爲裁判上確定其無效，亦不妨提起消極的確認之訴，例如婚姻無效之訴。得撤銷之行爲如撤銷權人拋棄其撤銷權或其撤銷權因除斥期間之經過而消滅，則不得撤銷，而無效行爲則無何等之變化，自始確定的無效。至於未經承認前之限制行爲能力人所訂立之契約或無權代理人之行爲，其行爲因有欠缺未發生效力，有如國際條約尙未經批准，其有效無效尙未確定，可稱之爲效力之不發生或未決之無效，非此所謂之無效也。又民法第五六條及第六四條所定之請求法院宣告無效，名雖爲無效，實質上與得撤銷之行爲並無大異。其次應注意者，爲法律行爲之無效與不成立之區別，無效行爲謂法律事實已完成而不發生效力之行爲，即其法律行爲已具備必要之積極條件，而爲完全效力之發生存有不可具之消極條件，以阻礙其效力之發生。法律行爲之不成立，指欠缺積極條件而其法律事實尙未完成者而言，例如惟有要約而無承諾，則契約不成立，反之其標的違法之契約爲無效。不成立之行爲不發生完全之效力，然亦非常爲無效，就中一法律行爲由多數之意思表示而成立者，每按其完成之程度而發生效力，例如契約之要約，於承諾前契約雖不成立，然發生要約之效力。

二、無效之範圍

(1) 絕對無效與相對無效 無效以絕對為原則，即無論何人皆得主張之，例如甲因無效行為轉讓其財產與乙，甲之債權人得證明其無效而對其財產為強制執行，然法律亦有時限制其範圍者，謂之相對無效，例如民法第八七條規定不得以其無效對抗善意第三人。得撤銷之行為經撤銷後，亦原則上絕對無效，與無效行為並無不同，然法律亦有時限制其範圍（民九二條）。

(2) 全部無效與一部無效 所謂一部無效，以一法律行為為前提，故表面上似一個之法律行為，其實為數個行為之結合者，其一行為之無效不得稱為一部分之無效，例如以五元購買某書上下卷，則為一法律行為，故上卷給付不能則為一部無效，反之以七元購甲書以五元購乙書，雖同時訂立契約，然為二個法律行為，故甲書之給付不能，非此所謂一部分之無效。又雙務契約為同一契約，當事人雙方互生義務，一方義務履行可能而他方為不能時，則雙務契約全部無效，亦非一部分無效之問題。法律行為其內容之一部有無效之原因，則發生一部分無效，然其全部是否亦因之為無效，立法上並不一致，在羅馬法，有「有效之部分不因無效之部分而受毀傷」(Fidei nec inutilis non Vitatur)之原則，在英、美、法無效原因存在之部分為條件，則全部無效，否則僅發生損害賠償之問題，德國民法則以全部無效為原則，而僅一部無效為例外，我民法第一百十一條規定「法律行為之一部分無效者全部皆為無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍為有效」，蓋從德民之例也。所謂除去無效之部分其他部分亦可成立者，應依推定當事人之意思及法律行為之性質決定。如可推定當事人縱知其一部分為無效而仍有為該法律行為之意思，或其一部分之無效依法律行為之性質客觀不妨其他部分之成立者，則其他部分例外的為有效，例如當事人於契約訂立時知其

部分應爲無效，或於訴訟上未主張其一部之無效，則可推定其視該部無效之部分爲不甚重要，例如借貸契約違反民法第七二條規定使借款人承擔過重之義務並訂有違約時之違約金，則其過重之義務及違約金之部分無效，而其借貸不當然因之爲無效，又例如保證人爲借貸所設定之抵押如爲無效，而其保證行爲不因之無效。此外法律有明文規定其效力者，自應依其規定（民二二六條二六六條二〇五條四四九條）。

三、無效行爲之轉換

無效之法律行爲若具備他法律行爲之要件，並因其情形可認當事人知其無效即欲爲法律行爲者，其他法律行爲仍爲有效（民一一二條），此謂之無效法律行爲之轉換（*Conversion*），蓋甲行爲雖爲無效，然若具備乙行爲之要件而其經濟效用相同者，一般可推定當事人欲發生乙行爲之效力也。依德國最高法院之判例，得視爲無效行爲之轉換者，有如下列，（一）保險單之質雖爲無效，可認爲收取保險金額之授權，（二）街道沿線地之讓與雖爲無效，可認爲地役權之設定，（三）不具備票據方式之票據，可認爲普通之債券，（四）生前不具備法定方式之法律行爲（書面贈與之約束），可認爲自書遺囑，（五）欠缺法定方式之保證，可認爲債務之承受，（六）無效之經理，可認爲商業代理，（七）無效之背書，可認爲依請求權之讓與而爲所有權之移轉，（八）無效的抵押證書之質，可認爲留置權之設定，（九）無效的用品權之讓與，可認爲使用權之委任等。

四、無效行爲爲當事人之責任

無效法律行爲爲之當事人，於行爲當時知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責（民一一三條），即基於無效行爲所已受給付者，有回復原狀之義務，不能回復原狀時，則變爲損害賠償之義務。有謂本項規定與不當得利之規定未免重複，蓋基於無效行爲所爲之給付，可適用不當得利之規定（民一一八二條），然給

付行爲本身如亦爲無效，則不當得利之規定無可適用矣。或曰給付行爲如亦爲無效，則他方當事人得基於其物之所有權爲返還之請求，如其目的物已滅失毀損，則可適用關於占有之規定（民九五六條），然民法第九五六條所定惡意占有人之責任，以因可歸責於自己之事由致有物之滅失或毀損者爲限，本項規定則不問其就毀損滅失有無過失，皆使負其責任。或又曰當事人惡意或有過失則負回復原狀之責，如爲善意則可不負此責乎，曰是又不然，如基於無效行爲之給付行爲爲有效，則可適用民法第一八二條第一項之規定，如給付行爲亦爲無效時，則可適用民法第九五二條至第九五五條之規定。

第二款 得撤銷之行爲

一、撤銷之意義

撤銷 (Anfechtung)，在民法上有種種之意義，有指法律行爲之撤銷者（民七四條八八條八九條九二條一四四條四〇八條四一六條一七條九八九條至九九七條一二一九條），有指法律行爲以外之撤銷者（民一四條二項三四條）。法律行爲之撤銷，又有以意思欠缺或有瑕疵爲原因與否者，以意思之欠缺或有瑕疵爲原因者，例如第八八條第八九條第九二條第九九六條第九九七條，以當事人能力之不完全爲原因者，例如第九九〇條，基於其他原因者，例如第二四四條第四一六條一項等。一七條第九八九條第九九五條第一二一九條民法第一百十四條。所謂撤銷，以法律行爲之撤銷爲限。有謂其撤銷原因，應以基於意思之欠缺或有瑕疵者爲限，此在日本民法第一二〇條明定撤銷權人爲無能力人或爲瑕疵之意思表示人，故有爲此解釋之必要，然在我民法則關於法律行爲之撤銷苟其效力或方式無特別規定（例如效力不溯及或應向法院聲請撤銷）皆可適用民法總則之規定；蓋基於意思之欠缺或有瑕疵行爲之撤銷，亦不能謂皆可適用民法總則之規定，例如依第九九六條第九

九七條結婚之效力不能溯及既往（民九八條），而此種撤銷又應向法院聲請，不能僅依意思表示向相對人爲之也（民一一六條）。撤銷與無效不同，已如前述，約言之即惟因有撤銷權人消滅其效力之主張而爲無效，於未撤銷前其行爲一應作爲有效。有債權人承認其法律行爲或撤銷權消滅時，其行爲則確定的有效。

二、撤銷權與撤銷權者

撤銷權（Anfechtungsrecht）者，得依有撤銷權人之意思表示，消滅法律行爲效力之權利也。屬於可能權或形成權之一種。然撤銷權爲從權利，故不得與因得撤銷法律行爲所生之權利分離而爲讓與，如其權利關係消滅，則亦因而消滅。

撤銷權，惟得由撤銷權人行使之。何人爲有撤銷權人，我民法未設一般之規定，於各條分別定之，例如第七四條爲利害關係人，第八八條第八九條及第九二條爲表意人，第二四四條爲債權人，第九九〇條爲法定代理人。有撤銷權人行使撤銷權，不限於本人，不妨由其任意代理人或法定代理人爲之，蓋撤銷亦爲法律行爲，並無不許代理之性質也。又撤銷權，除該法律行爲所生之關係應爲專屬權者外，得由其承繼人爲之。

三、撤銷之方式

關於撤銷之方式，有規定須於訴訟上爲之，此爲法意民法所採取（法民一三〇四條），有規定僅以意思表示爲之，例如德日民法。民法第一百十六條規定撤銷應以意思表示爲之，如相對人確定者其意思表示應向相對人爲之，蓋從德日之例也。撤銷爲法律行爲，應具法律行爲一般之要件，故撤銷行爲係因強迫詐欺而爲者，其撤銷亦得爲撤銷之行爲。撤銷雖原則上以意思表示爲之，然法律有例外規定其應向法院聲請，即須以訴爲之例如暴利行爲（民七四條），詐害行爲（民二四四條）及關於婚姻之撤銷（民九八九條至九九七條）。

所謂相對人確定者，謂契約之他方當事人及要相對人之單方行為之相對人。相對人雖將依得撤銷之行為取得之權利轉讓與第三人，仍應對於得撤銷行為之相對人爲之。因之，第三人得主張其係由無權利之人讓受該權利。相對人死亡時，以其繼承人爲相對人，相對人爲未成年人或禁治產人時，應對於其法定代理人爲之。意思表示，應向官署或他人爲之而向官署爲之者，則其官署爲相對人（民一一五七條一一七四條）。第三人爲詐欺者，撤銷之相對人非詐欺人而爲行爲之相對人。在爲第三人之契約取得權利者，雖爲第三人，然非契約之當事人，仍應以契約之相對人爲撤銷之相對人。

撤銷之意思表示，於達到相對人時發生效力。有疑問者，於無相對人之行為例如懸賞廣告（民一六四條），遺囑、物權之拋棄，其撤銷方法如何。有謂法律既無明文規定，可由撤銷權人自由採用任何方法。或謂無須對於特定人爲意思表示，余則以爲如法律規定其撤銷方式者，自應依其規定，否則應依各項法律行爲之性質定之，例如懸賞廣告之撤銷，應依其所爲廣告之方法撤銷之。關於遺囑，民法上定有撤銷之方式（民一二一九條一二二一條），自無問題，關於物之拋棄，法律雖未明定其方式，然因其拋棄有取得權利者，自應向其權利人表示之。一般動產物權之取得消滅，皆須登記，故解釋上如向登記機關爲拋棄之表示者，亦得向登記機關爲撤銷之表示（參照民七五八條七六四條）。其次應注意者，得撤銷行爲之相對人爲數人時，是否應對於其全體爲撤銷之意思表示，抑對於其中之一人爲表示即已足乎，余則以爲原則上應對於全體爲之，但其中一人之行爲無效，他數人即可認爲不願爲其法律行爲者，對於其中一人之撤銷，不可謂無消滅全部法律行爲之效力（民一一條）。

四、撤銷之效力

法律行為經撤銷後溯及既往，自始無效，即不發生法律行為之效力，有如全未為此法律行為者。撤銷之效力原則上得對抗第三人，但有例外之規定，例如因被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得對抗善意第三人（民九二條二項）。關於撤銷之效力，有須分別說明者，為左列各點。

(1) 債權行為經撤銷者，基於得撤銷之法律行為，債權關係既已成立而尚未因之為給付前，經撤銷時其債權關係溯及的撤銷。

(2) 物權行為經撤銷者，物權行為通常因債權行為原因已存在，為其履行而為者，然亦有例外，例如無義務而拋棄地上權之抵押權，如經撤銷，則自始無效，即自始不發生物權之效力。故(一)當事人間物權回復行為以前之狀態，有撤銷權人無須提起不當得利之訴，當然為物權所屬人，如相對人占有其物，則可依物權請求回復。(二)其次為對於第三人之關係，即相對人如將其物權轉讓與第三人或新設定物權，經撤銷之結果，相對人為無權利人，第三人由無權利人取得權利之結果，當然喪失其權利，有撤銷權人基於物權，得對於第三人請求物之返還，但第三人因第八〇一條第八八六條之規定，而受保護者，得即時取得動產之所有權或質權，不得追及。至於不動產物權，則因土地法第三六條關於登記效力之規定，第三人特受保護。

(3) 債權行為存在，為其履行而為物權行為（給付行為）後，僅其原因行為經撤銷者，此時原因行為雖經撤銷，而給付行為則未撤銷，故無物權之訴權，一般通謂依不當得利之訴，取回其物權。

(4) 原因行為及給付行為皆得撤銷者，例如因被詐欺為買賣契約，於尚未發見詐欺前而為給付，此時原因行為及給付行為經撤銷，與上述第(2)項情形生同一之結果，即得直接回復其物權，並得對抗第

三人，如僅原因行爲撤銷則與上述第(2)項情形生同一之結果，如僅給付行爲撤銷，則債權關係不消滅。

得撤銷當事人之責任即當事人知其得撤銷或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責(民法一一四條二項)，其意義於無效行爲當事人之責任，已爲述明，可參照之。

五、撤銷權之消滅——法律行爲之承認

撤銷權，除因行爲之撤銷而消滅外，尙因除斥期間之屆滿及有承認權人之承認而消滅。關於除斥期間，民法未爲概括規定，散見於各條。茲僅就承認，述之如次。

1. 承認之意義；法律行爲之承認云者，有承認權人使效力不確定之法律行爲確定而發生效力之意思表示也(民法一一五條)。包括得撤銷法律行爲之承認及行爲須得第三人之同意始生效力時其第三人所爲之承認(七九條一一八條一七〇條)。在德民法，關於得撤銷法律行爲之承認，稱爲追認(Bestätigung)(德民一四四條日民一二二條)，第三人所爲之承認稱爲事後同意(Genehmigung)(德民一八四條)，各別爲規定。我民法未爲此區別。

(註)有謂得撤銷行爲之承認，與第三人之承認，性質上根本不同，假定以十爲法律行爲之完全效力，在須得第三人同意之法律行爲尙缺其一，附加其一是爲承認，得撤銷之行爲其效力爲十減一取去其減一，是爲承認，而前者爲 $9+(+1)=10$ ，後者爲 $10-1-(1-1)$ ，理論上雖爲正當，但在適用上則無區別之實益。

(2)承認權人；何人有承認權，應就各條決之，即限制行爲能力人所訂立之契約，應由法定代理人或限制原因

消滅後由本人爲之，無權代理人所爲之代理行爲，須由本人或其繼承人爲之，得撤銷之法律行爲，應由有撤銷權人爲之。

(3) 承認之方式；承認與撤銷雖爲相反之行爲，然同爲確定法律行爲之效力，故其方式與撤銷同（民法一一六條），但應注意者，有二點，即（一）承認非爲所承認法律行爲之一部，故承認無須依所承認法律行爲之法定方式，例如承認得撤銷之票據行爲，得以單純之意思表示爲已足。（二）承認惟得於得撤銷行爲存在之時期內爲之，故一旦經撤銷之行爲，不得爲承認。又撤銷爲單獨行爲，其表示應向何人爲之，德國民法則就契約與單獨行爲分別爲詳細之規定，日民法第一二二條規定「得撤銷行爲之相對人確定時，其撤銷或承認應依對於相對人之意思表示爲之，」我民法蓋從其例。

(4) 承認之效力；經承認之法律行爲，以溯及的發生效力爲原則，蓋在得撤銷法律行爲未撤銷前，於行爲時即已發生效力，自應予以維持，即在須得第三人承認之行爲，亦以自始發生效力爲合理，但此原則原爲適合當事人利益之規定，如當事人另有訂定，即欲使其效力發生在後，亦無不可。

第三款 須得第三人同意之行爲及無權處分

一、須得第三人同意之行爲

法律行爲須得第三人之同意，始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人一方爲之（民一一七條），即無須對於當事人雙方爲表示，同意及拒絕，均以達到於相對人時發生效力。

同意（Zustimm vng），包括允許及承認，其意義及性質，已詳於前，在德民法事前同意，謂之允許（Bijwillig vng）事後同意謂之承認（Genehmigung），我民法亦有此區別，民法所謂須得第三人同意之法律行爲，

不獨指第九七四條第九八一條及第一〇〇六條第一〇二〇條第一〇三三條第一〇四九條第一〇七六條所謂之同意，即第七七條及第一一〇一條所稱之允許第一一八條及第一七〇條第三〇七條之所謂承認，皆包含在內，同意爲法律行爲，故應適用關於法律行爲之規定，又同意爲不要式行爲，雖當事人之法律行爲爲要式行爲而同意仍無須方式。事前之同意，於爲法律行爲前，如基於其所由允予同意之法律關係不生其他之結果者，得由當事人之一方或他方以意思表示撤回之。關於此點，德民有明文規定（德民一八三條），我民法雖無規定，解釋上應相同。

二、無權處分

無權利人就他人權利標的物所爲之處分，經有權利人之承認始生效力（民法一一八條一項），處分謂直接使權利移轉變更增加負擔及廢止之一切行爲，但單方行爲或稱形成行爲（*Contractualgeschäft*），例如抵銷之表示，解約之通知，撤銷之拋棄，不在其內。故此種行爲不因權利人之承認而溯及的成爲有效，蓋此時不應使相對人陷於不確定之狀態，其理由有如第七八條所定未成年人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲爲無效，不因法定代理人之承認而生效力（*Palandt, Pön. S. B. G. P. 494*）。又此項規定惟限於處分行爲，不適用於債權行爲。

原來未得他人之允許，以他人之物爲處分之標的者，負有使相對人取得該權利之義務（民三四八條），第三人惟依第八〇一條第八四條之規定，得因無權利人之處分而取得權利。民法爲便利起見，規定如經權利人之承認，亦使其處分爲有效。所可注意者，所謂無權利人之處分，乃係以自己名義而爲之者，如以他人之名義，則係第一七〇條所定無權代理之問題，不在此適用範圍之內。無權利人以自己之名義，就他人之標的物所爲

之處分，經權利人承認，不問相對人原知其處分權之欠缺與否，溯及的發生效力（民一一五條）。此承認，嚴格言之，性質上非同意，乃係完補（*Formale Satz*），而且以法律行為之完補爲限。故依強制執行假執行或破產管理人所爲之處分，不在完補之列。例如扣押非屬於債務人之物，不因其所有權人之承認，溯及的發生效力。又承認不得撤回。

無權利人於爲處分時雖無處分權，然於處分後取得其權利，其處分自始有效（民法一一八條二項）。例如繼承人處分被繼承人之財產，於處分後因繼承開始而取得繼承財產中將乙之房屋出賣與丙，其後向乙買得其房屋是。此效力是否得溯及既往，在德民無明文規定，解釋上均以爲不得溯及，蓋若認其有溯及效力，則無權利人之處分行爲，於所處分之標的物尚屬於他權利人之所有時，已可不基於其意思而生效力，對於孳息之取得頗爲問題也。我民法雖明定其自始爲有效，然此僅就當事人間言之，對於第三人之關係，亦應解爲不得有害其權利。

無權利人於處分後取得其權利者，如所爲之數處分相抵觸時，則以其最初之處分爲有效（民一一八條二項）。所謂數處分相抵觸，乃指二個以上之處分性質上不能並存者而言，例如甲將乙所寄存之物先出賣與丙，後又出賣與丁，均依民法第七六一條第二項之規定，使丙丁取得間接占有以代交付，此二重買賣卽爲互相抵觸之處分，甲被指將以侵占問罪，乙恕之，以其物贈與甲，如此則以最初成立甲與丙間之買賣爲有效。假若甲以被脅迫爲理由而得撤銷其買賣，因甲丙間之買賣經撤銷而爲無效，則甲丁間之買賣得以完補而成爲有效。依德國民法之解釋，此甲丙或甲丁間之買賣，均自乙爲贈與之時發生效力，而依我民法則溯及於行爲時發生效力。如無權利人爲數處分互相抵觸，事後經權利人承認時，則其有效無效不依處分行爲之先後，而以權利人爲承認時所

指定之處分爲有效。

設 問

- 一、委託販賣鴉片而給付報酬之契約，其效力如何。
- 二、利用他方之經率或無經驗而訂立之兩願離婚契約，得依民法第七一四條第一項之規定，請求撤銷否。
- 三、收養年已十九歲之人，未以書面爲之，其效力如何（民法一〇七九條七三條）。
- 四、民法總則施行前禁治產人所爲之法律行爲，未得法定代理人之允許或承認時，其效力如何（民一五條七五條民法總則施行法一條）。
- 五、限制行爲能力人未得法定代理人之允許所訂之契約，其法定代理人知而不卽向相對人交涉或登報聲明，可否認爲法定代理人業已承認（民法八〇條二項）。
- 六、單純之沉默，得認爲默示之意思表示否。
- 七、假裝買賣之效力如何，其與信託行爲有何區別（民八七條一項）。
- 八、假裝之自願離婚，第三人得主張其有效否（民法八七條一項但書）。
- 九、因受詐欺所爲負擔債務之意思表示，與被脅迫而爲之者，其撤銷之要件及效力有不同否。又被脅迫人於撤銷權消滅後，是否仍得請求債權之廢止或拒絕履行（民法九三條一九七條一九八條）。
- 十、法律行爲，與意思表示之關係如何，二者有截然之區別否。
- 十一、意思表示之效力，與法律行爲之效力，有何區別。

- 十二、法律行爲成立要件，與其效力發生要件，有何不同。
- 十三、何謂法律要件與法律事實。
- 十四、法律事實，與意思表示，有何關聯。
- 十五、法律行爲，與準法律行爲，有何異同。
- 十六、法律上之行爲與法律行爲，其涵義各若何。
- 十七、何謂原始取得，與繼受取得，其區別實益何在。
- 十八、何謂事實行爲，其效力如何，試舉例以對。
- 十九、何謂合同行爲，其與契約有何區別。
- 二十、違反法定方式或約定方式之法律行爲，其效力如何（民七三條一六六條）。
- 二十一、債權契約，與物權契約之區別若何。
- 二十二、何謂有因行爲與無因行爲，其效力有不同否。
- 二十三、物權行爲與準物權行爲，其意義如何。
- 二十四、任意規定與解釋規定，有區別否。
- 二十五、補助行爲與從行爲，有何不同。
- 二十六、民法關於無償行爲，有何規定，能概舉以對否。
- 二十七、法律行爲違反強制或禁止之規定者，是否皆爲無效，試分別情形述明之。
- 二十八、如何行爲違反公秩良俗，能爲概括之分類否。

二九、關於行為能力之減輕或加重，民法有何規定。

三十、何謂受領能力，其與行為能力有何關係。

三一、未成年人是否即為限制行為能力人，其已結婚與否，有無不同。

三二、法定代理人有廣狹二義，試分別述明之。

三三、允許、承認、同意、其意義各如何。又民法第一百十七條所定須得第三人之同意，與第一千一百十二條

所定應得親屬會議之同意，其意義有不同否。

三四、同意權之性質及其行使之方式如何。

三五、限制行為能力人所為之單獨行為與訂立之契約，其效果有何不同，其不同之理由安在。

三六、與限制行為能力人訂約之相對人地位，極不安定，民法對此有何保護規定，又其所有之催告權，有何性質。

三七、對於限制行為能力人之能力，民法有何例外規定。

三八、意思表示如何始可成立，所謂效力意思，表示意思及表示行為三者之意義及關聯若何。

三九、何謂意思主義與表示主義。又表示意思有目的主義及觀念主義之分，其意義如何。

四十、何謂要相對人之意思表示及不要相對人之意思表示，其與雙方行為及單方行為，有何關係。

四一、何謂要式之意思表示與不要式之意思表示，其與要式行為及不要式行為有無區別。

四二、關於意思之缺乏及意思之瑕疵，民法有何規定，試臚舉以對。

四三、單獨虛偽表示之效力如何，其對於要相對人之意思表示及不要相對人之意思表示，適用上有不同否。

四四、通謀虛偽表示之效力如何，對於單方行為亦有適用否。

四五、錯誤與不合意，有何區別。

四六、錯誤與不知，有何不同。

四七、何謂表示內容之錯誤與表示行為之錯誤，試分述其各種情狀。

四八、賠償損害，有填補履行利益與信任利益之分，其意義各若何（民一九條）。

四九、詐欺、脅迫在民法構成撤銷意思表示之原因或為侵權行為而生損害賠償之責，在刑法構成詐欺或恐嚇之

罪，其要件有同有不同否。

五十、被詐欺或脅迫而為意思表示，其過程為詐欺——錯誤——意思表示或為脅迫——恐怖——意思表示之三階段，其間之關係如何。

五一、因被詐欺或被脅迫而為之結婚，其效力較之一般法律行為，有特殊否（民法九二條九九七條）。

五二、被脅迫而為之單獨虛偽表示，其效力如何。

五三、向第三人為給付之契約，因該第三人之詐欺而為意思表示，是否亦以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷（民法九二條一項但書）。

五四、何謂對話與非對話，其意思表示之發生效力時期，有何不同。

五五、非對話之意思表示，其效力發生之期，有表意主義、發信主義、達到主義、了解主義之分，究以何時為妥，試述其理由。

五六、限制行為能力人及無行為能力人，有受領能力否。

五七、意思表示與撤回之通知同時達到，或表意人於意思表示發出後到達前，死亡或喪失行為能力時，其意思表示是否失其效力。

五八、以不動產供担保，性質上為抵押權，書面上為約定質權，其效力如何（民法九五條一項）。

五九、以隨時得因出租人之請求而遷出房屋之文句，刊印於租約，其效力如何。

六十、條件有停止條件解除條件之分，其意義及性質各若何。

六一、何謂條件成就與不成就，其效力如何。

六二、條件，與期限有何不同。

六三、何謂不容附條件之法律行為，如附有條件，其效果如何。

六四、何謂假裝條件，其效力若何。

六五、附條件或期限之權利，亦稱期待權，其性質如何（民一〇〇條一〇二條三項）。對此有所謂附條件或期限之義務，其範圍若何。

六六、民法關於條件，有視為成就或不成就之規定，其要件若何（民法一〇一條）。

六七、買賣貨物之契約，訂定受貨人應將定金以外之貨款儘本月底支付，到期未交，契約即告失效時，如逾期未交貨款，該約是否即失效力。

六八、何謂期限，又期限有始期終期之別，其意義各若何。

六九、何謂期限之屆至，其效力如何。

七十、何謂不容附期限之法律行為，其與不容附條件之法律行為，有何異同。

七一、代理之意義，其性質如何。又代理有三面關係，果何所指。

七二、代理人，與使者有何區別。

七三、何謂間接代理，其與直接代理有何不同。

七四、代理與代表有何差異，又代理占有是否為代理。

七五、何種行為，不許代理，如就此種行為為代理，其效力如何。

七六、甲男與妻乙兩願離婚，其妻未親自到場，將自己名章交與丙，託其在離婚文約蓋章，事後乙悔而生張甲

願離婚為不許代理之法律行為，故丙代為蓋章，應為無效，乙之主張如何。

七七、公同共有人中之一人，經其他公同共有人授與處分公同共有物之代理權時，其以公同共有人全體之名義所為之處分，是否有效。

七八、受人本於委任人所授與之代理權，以自己或第三人之名義與他人為法律行為，對於委任人是否發生效力。

七九、試述代理權之性質，範圍及其發生之原因。

八十、授權行為，與其基本法律關係之關係如何。

八一、代理人是否須有權利能力及行為能力，無意思能力人亦得為代理人否。

八二、代理人所為意思表示之效力，因一定之事實受有影響時，其事實之有無應就代理人抑或本人決之，例如

本人指定由甲某購買某馬或僅委託甲某購馬，其間有不同否（民法一〇五條）。

八三、何謂自己契約與雙方代理，其效力如何，試分別情形述明之。

八四、代理權之限制及撤回，對於第三人之效力如何。

八五、次代理人亦稱複代理人，其意義及性質如何，試並述其與代理人及本人以及代理人與本人之關係。

八六、共同代理人，是否其同始得為代理，如缺一人或數人之行為，其效力如何（民一六八條一六九條）。

八七、試述代理權消滅之原因及其效果。

八八、何謂無權代理，試就無權代理人之責任，述明其根據，要件及範圍。

八九、無效行為，得撤銷之行為及須第三人同意之行為，其間有何異同。

九十、法律行為之無效，與不成立，有何區別。

九一、法律行為一部份無效，是否全部皆為無效。

九二、何謂法律行為之轉換，試舉例以明之。

九三、無效法律行為當事人所負之責任，如何。

九四、何謂撤銷權，其性質及行使之方式如何。

九五、撤銷之效力如何，試就債權行為、物權行為、原因行為及給付行為，分別述明之。

九六、法律為經撤銷後，視為自始無效，對此原則有例外否（民九九八條）。

九七、無權利人就權利標的物所謂之處分，與無權代理之行為，其性質及效力有何不同。

九八、民法所定承認，嚴格言之性質上有為同意行為，有為完補行為，其區別何在（民法一一七條一一八條）。

九九、處分官產之行政公署，誤認人民所有之土地為官產，以之標賣與人，是否可生物權移轉之效力。

一〇〇、無權利人就權利標的物爲處分，如其行爲合於侵權行爲成立要件，其處分因有權利人之承認而生效力時，處分人是否即因此而免除賠償之責任。

一〇一、出典人，於其讓與典物所有權於他人之契約已生效力後，復以之讓與典權人，其效力如何（民一一八條九一九條）

一〇二、無權利就權利標的物爲處分後，權利人繼承無權利人時，其處分是否有效（參照民一一八條二項）。

一〇三、無權利人就權利標的物爲處分互相抵觸，如因無權利人取得其權利或因權利人之承認而生效力時，應以何者爲有效。

司法院解釋

一、未成年之夫妻自行離婚，民法既定明應得法定代理人同意，如違反者應認無效（二五年九月六日）。

二、離婚後，訂約使其所生子女與其父或母斷絕關係，於法當然無效（二四年十一月二二日）。

三、販賣煙土既爲現行法令所禁，則當事人以此等禁止事項爲標的之合夥契約，當然無效。其因此契約所生之債權債務關係，訴請裁判，法院自應於受理後予以駁回（二五年十一月三〇日）

四、教員聘約訂定後，因強行法令（以其資格與教育廳頒布之規程不符）不能履行，不得請求損害賠償（廿二年六月五日）。

五、押女爲娼契約無效，其母期前將女擅自帶回，不能成立刑法第一五七二條之罪（十九年四月七日）。

六、中國當事人以外國文字訂約，提出作證，應附中文字本。至約內載明依外國法解決糾紛，如其事項違反中

國強制或禁止之法規或有關於公共秩序或善良風俗者，不得認爲有效（十九年三月七日）。

七、地方習慣關於出典不動產，多書立賣契，僅於契尾載有原價到日歸贖或十年二十年期滿聽贖等字樣，則除有特別情形可認爲當事人真意另有所在，應認爲典權之設定，不得解爲保留買回權之買賣契約（廿八年七月十七日）。

八、支付金錢之一方占有他方不動產而爲使用及收益，究係抵押權（認爲租賃關係以其應付之租金抵償其應得之利息）抑係典權，應探求當事人之真意定之。

九、老當不贖之土地，如其契據載有永遠管業永不回贖字樣，則當事人之意思表示，自係所有權之移轉，應准爲所有權登記（廿九年一月十三日）。

最高法院判例

一、繼承人之拋棄繼承權，依民法第一千一百七十四條第二項之規定，應於知悉其行繼承之時起二個月內，以書面向法院親屬會議或其他繼承人爲之。是繼承權之拋棄爲要式行爲，如不依法定方式爲之，依民法第七十三條之規定自屬無效（廿五年、上、二六八三）。

二、兩願離婚，應以書面爲之，並應有二人以上證人之簽名，是爲民法第一千零五十條所規定之方式，夫妻間雖有離婚之合意，如未依此方式爲之，自屬無效（廿八年、上、一二〇六）。

三、所謂默示之意思表示，係指依表意之舉動或其他情事，足以間接推知其效果意思者而言，若單純之沉默，

則除有特別情事依社會觀念可認為一定意思表示者外，不得謂為默示之意思表示（二十九年、上、七六二日）。

四、假裝買賣，係由雙方通謀所為之虛偽意思表示，依民法第八十七條第一項之規定當然無效，並非得撤銷之行為，不得謂未撤銷前尚屬有效（廿七 years 上、三一九五）。

五、因被脅迫而為負擔債務之意思表示者，即為侵權行為之被害人，該被害人固得於民法第九十三條所定期間內，撤銷其負擔債務之意思表示者，使其債務歸於消滅，但被害人於其撤銷權因經過此項期間而消滅後，仍不妨依民法第一百九十七條第二項所定之時效未完成前，本於侵權行為之損害賠償請求權請求廢止加害人之債權，即在此項時效完成後，依民法第一百九十八條之規定，亦得拒絕履行（二十八年上、一二八二）。

六、依民法第四百四十條得終止契約之出租人，於訴狀表示其終止之意思者，依民法第二百六十三條第二百五十八條第一項第九十五條規定，自其訴狀送達於承租人時契約即為終止，並非至其所受勝訴判決確定之時，始生終止之效力（廿三年上、三八六七）。

七、抵押權為對於債務人或第三人不移轉占有而供担保之不動產得就其責得價金受清償之權利，民法第八百六十條規定甚明，債務人就其所有之不動產向債權人設定如斯內容之權利時，雖其設定之書面稱為質權而不稱為抵押權，亦不得拘泥於所用之辭句，即謂非屬抵押權之設定。

八、買賣契約附有停止條件者，於條件成就時始生效力，若條件已屬不能成就，則該契約自無法律上效力可言（廿二年上、一一三〇）。

九、買賣貨物之契約，訂定買受人應將定金以外之貨款儘本月底交付，到期不交契約即告失效者，係以到期不交貨款爲其契約之解除條件。此項解除條件成就時，買賣契約失其效力，出賣人即免其交付貨物之義務（廿九年、上、一二四九條）。

一〇、民法第一百零二條第二項所稱附終期之法律行爲，係指約明期限屆滿時當然失其效力之法律行爲而言，本件雙方所訂買賣布疋之契約約定二十四年六月內出清，不過定明應爲履行之期限，並非同條項所稱附終期之法律行爲（二十六年上、一六三）。

一一、受任人以自己或第三人之名義與他人爲法律行爲，則對於委任人無效力，其委任人與法律行爲之他造當事人間，自不發生何等法律關係（二十二年上、三二二一）。

一二、負扶養義務者，指定一定之贍，應由受扶養權利者自行收益，以資養贍時，其所有權既不移轉於受扶養權利者，即不容受扶養權利者擅行處分（二十二年上、三〇一八）。

一三、處分官產之行政公署該認人民所有之土地爲官產以之標賣與人，其不生物權移轉之效力與私人之處分他人所有物無異，故人民以行政公署之處分無效爲原因，提起確認所有權存在之訴，不得謂非屬於普通法院權限之民事訴訟。

一四、無權利人就權利標的物爲處分時，如其行爲合於侵權行爲成立之要件，雖其處分已經有權利人之承認而生效力，亦不得謂有權利人之承認當然含有免除處分人賠償責任之意思表示（二十三年上、二五一〇）。

一五、出典人將典物之所有權讓與他人時，如典權人聲明提出同一之價額留買者，出典人非有正當理由不得拒

絕，固爲民法第九百十九條所規定，惟此僅爲典權人與出典人間之權利義務關係，出典人違反此項義務而將典物之所有權讓與他人時，典權人僅得向出典人請求賠償損害，不得主張他人受讓典物所有權之契約爲無效，故出典人於其讓與典物所有權於他人之契約已生效力後，復以之讓與典權人時，即係無權利人所爲之處分，非經該他人之承認，不生效力（二十九年上、二〇）。

第五章 期日及期間

第一節 期日期間之意義

期日 (Termin)，謂不可分或視爲不可分之時之一點，例如某日正午十二時爲不可分之時，又例如云某月某日以其日之全部爲期日，故包含一定之時之長度，然吾人以之爲不可分之時則爲期日。期間 (Zeitraum) 者期日與期日之間之意也，故必有一定之長度。其開始謂之起算點，其終了謂之期滿。自起算之時至滿了之時，謂之時之經過。一般認期日爲由靜的方面觀察之時，期間爲由動的方面觀察之時，期日爲點，期間爲線，然時間之長短並不足以爲二者區分之標準，期日亦不限於以日指定之時，例如云在民國三十四年度，則亦可爲期日，如其意義爲二十四年一年繼續之中或爲每月反復之總計，又或爲此一年之經過，則爲期間。

本章規定，不獨適用於法律行爲之當事人所定之期日及期間，即對於法律命令及審判有期日及期間之規定者，如特別規定或訂定，亦有適用（民一九一條）。本章除一二四條外，均爲解釋規定，惟於當事人之意思不明時始有適用，故命令不妨另設其他規定，而法律行爲之當事人亦不妨另定其他計算方法。

第二節 期間之計算法

關於期間之計算法有二主義，一曰自然的計算法，一日之長爲二十四小時，一星期爲七日，一個月爲三十日，一年爲三百六十五日，故依此計算日、星期、月、年所包含之時之長度常爲同一，甚爲精密，例如云某日之午後五時起二個月，則自同日起至第六十日之同時刻屆滿，不問月之大小單以六十日計算，以年定者不問平閏之殊，單以三百六十五日計算。他曰歷法的計算法，我國舊用陰歷，今後改用陽歷，所稱日非二十四小時之義，乃自午前零時起至翌日午後十二時止之二十四小時，所稱一月非三十日之集合，乃指一年分爲大小十二個月之一而言，有三十日者，有三十一日者，有二十八日者，在閏年有二十九日者，所稱星期亦非二十四小時之七倍，乃指自星期日起至星期六之七日而言，例如一月一日起三個月，則包含一月之三十一日二月之二十八日及三月之三十一日而言。民法以依歷法計算爲原則，而依自然的計算法爲例外（時以下之計算法）。

一、以時定期間之計算法

原來歷至少以日爲單位，以時定期間則無依歷計算之可能，故應依自然計算法即時起算，例如約定自某月某日午前十二時十分起二十四小時內完成某事，即應算至翌日午前十二時九分終了之時爲止（民一二〇條一項）。

時，謂標準時，一地方之交易依其地方之標準時定之，即以其地方太陽在子午線之時爲正午所計算之時，然在隔地人之交易，則應依國定標準時，例如午前五時在一地方太陽既已上昇，而他一地方則猶爲夜半，若依地方之標準時，則一方猶在期間內而依地方之地方標準時，則已爲期間經過後矣，故惟可依國定標準時定之。

二、以日、星期、月、年定期間之計算法

(1) 期間之始日不算入 以日以上爲單位，以其倍數定期間之時，其始日不應算入，蓋期間普通以午前零時開始者甚少，若算入初日，則以未滿二十四小時之時爲一日，於交易習慣上既有不合，於當事人之一方亦未過免過酷，例如本日午後二時約定三日內完成某事，則應自次日起算，計算至第三日終了之時即午後十二時終了之時爲期間屆滿（民一二一條），即應依歷法計算法也。依德日民法期間自午前零時開始者，其始日亦應算入，我民法則不問始日之起點如何，均不算入。有疑問者，爲期間之延長，其延長期間之始日是否亦不算入，解釋上延長爲期間之繼續，而非開始，如當事人之意思不明時，亦應算入。

(2) 期間屆滿之終點 以日、星期、月或年定期間者，以期間末日之終止爲期間之終止，即午後十二時之終了爲期間之終止。依羅馬法，則關於權利之取得以末日之屆至爲已足，至於權利之喪失則須俟末日之終了，然此甚爲不公，蓋一方權利之取得他方多爲權利之喪失也。民法第一二一條第一項一概以期間末日之終止，爲期間之終止，其以時定期間者，則不適用此規定，蓋以時定期間，非依最後一小時之終了而屆滿，例如云自二時三十分起五小時，則於七時三十分而屆滿。此外不可不注意者，商業上如定有營業時間，是否亦應以末日之終了爲期間之屆滿，解釋上應以末日營業時間之終了爲已足。

(3) 末日之算出 以日定期間者，依民法第一二〇條第一項之規定計算其末日，例如云自五日起向後十日，則自第六日起算，數至第十日，以其日之終了爲期間之屆滿，以星期、月或年定期間時，則計算指定之星期數，月數或年數，以求其末日，然不可忘始日不算入。期間以星期、月或年之始日開始者，以其星期或月年期數，依指定之數，數至最後之星期、月或年之末日，以其末日之終了爲期間之屆滿，例如云自某年一月一

日起三年，則以某年爲第一年，數至第三年十二月三十一日爲其末日。然期間不以星期、月或年之始日開始者，則自其星期、月或年起算，數至最後之星期、月或年以與起算日相當日之前一日爲末日，例如云自二月十日起五個月，則自二月十一日起數至六月十一日之前一日爲末日。期間以星期定者，最後之星期必有與起算日相當之日，然以月或年定期間時，則最後之月或年不無欠缺與起算日相當日之事，蓋月爲二十八日者有之，三十一日者亦有之，例如自一月三十一日起一個月，則於二月不能發見相當日，故例外的以最後之月之末日爲期間之末日，即以二月二十八日或二十九日（閏年）爲末日（民法一二一條二項）。

(4) 末日之延期 於一定期日或期間內所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（民法一二二條）。此規定惟對於應爲意思表示或給付之期間有適用，例如對於年齡之計算。則不適用。又此規定不獨對於期間有適用，即對於期日如爲性質上所許者，亦應準用之，例如應爲一定行爲之期日，恰爲休息日時，得於翌日爲之。故票據之期滿日，雖非期間，亦可準用此規定。不可不注意者，此種規定並非禁止之義，故當事人於休息日之行爲仍爲有效，而且並非獨爲債務人之利益而設，即爲債權人之利益亦得主張之。故於星期日受履行之請求時，債務人固得爲期限之抗辯，即對於債務人於星期日所爲之給付提供，債權人亦不因其拒絕受領而陷於受領遲延。

(註) 紀念日指國定應休息之紀念日，只爲紀念日而未定應休息者，不在其內。其他休息日，謂依各地方一般習慣不爲交易之休息日。有疑問者，當事人一方所在地有一般休息之習慣，而在他方無此習慣時，應如何，解釋上以應爲意思表示或給付地爲標準。

(5) 月或年之計算法 每日爲二十四小時，每星期爲七日，無論何時皆爲同一，惟月與年則一月有大小

平之差，一年有平閏之殊，究以扣足若干日爲一月一年，有規定之必要。民法第一二三條按其爲連續計算與否，而異計算方法。即原則上依歷計算，惟非連續計算者，則依自然計算法，以扣足三十日爲一月，扣足三百六十五日爲一年，例如承攬契約，契定自某日起半年內完工兩日不計，則應就不雨之日算足一百八十日爲期間屆滿，是也。

(註)期間有繼續的期間與非繼續的期間之別，前者爲一旦進行繼續不斷的經過之期間，所謂期間，多指此而言。後者謂無須繼續的經過之期間，即期間起算後中有間斷，嗣後接續計算，例如云一年內應服三個月之勞務，只須扣足三個月之日數，無須繼續服務。

三、年齡之計算方法

計算月、年，始日不算入，民法第一二〇條第二項已有明文，惟計算年齡，則自出身之日起算，即始日亦應算入，蓋人之權利能力始於出生，其出生之日即爲權利能力之始期，若待次日始行起算，則影響於法律上之效力者至鉅也。又因我國戶籍登記未備，人之出生月日，往往不易確定，故民法一二四條第二項特設推定之規定，此在外國甚鮮其例，依泰國民法人之出生月日不能確定者，則自出生年之末日起算（泰民四一條），我民法則以月日均無從確定者，推定爲七月一日，惟出身之日不確定者，推定爲該月十五日，蓋取適中之時期也，然此爲推定，自許反證。

又我國習慣，向以出生之年即計爲一歲，依民法則自出生之日起算扣足一整歲，始爲一年，相差甚遠，故有改爲整歲之必要，司法院曾公布有年齡換算表，由陰歷換算陽歷十足年齡。

設 問

- 一、期日與期間，有何區別，在民法之規定，適用上有相通之點否？
- 二、計時與計日或星期以及與計月或年，其方法有何異同，試並述其不同之理由。
- 三、以月或年所定期間，有繼續的期間與非繼續的期間之別，試述其意義及其計算方法之差異。
- 四、某人陰歷係二十歲，生日在陰歷十二月，如在今年陽歷十月換算，此人之確實年歲如何。
- 五、關於期間之計算，有自然的計算法及歷的計算法，其意義若何，試舉例以明之。

最高法院判例

一、民法第九百二十四條但書所定三十年之期間，雖出典後曾有加價情事仍應從出典之翌日起算。

第六章 消滅時效

第一節 概說

一、時效之意義及種類

時效 (Prescription, Prescription, Verjährung) 者，以一定之期間一定事實狀態之繼續為成立要素之法律要件也。時效因時之經過而成立，故不以時之經過為要素之法律要件，不得謂時效，例如即時取得。僅依時之

經過不能成爲時效，須其期間內有一定事實狀態之繼續（例如占有、準占有、權利不行使），凡事實狀態與時之經過相結合，其爲權利取得之原因者，謂之取得時效（*Usucapio Prescriptio aegritima Estimation*），其爲請求權消滅之原因者，爲消滅時效（*Prescriptio Extinctiva*），總稱之爲時效。關於時效，有於民法總則中先規定一定原則，而後就取得時效與消滅時效各爲特別規定者，例如日本民法。我民法則以取得時效規定於物權編所有權通則中（民法七六八條以下），而僅以消滅時效規定於總則中，係從德民法之例也。蓋日本民法以時效爲權利直接得喪之原因，而在我國民法雖以取得時效爲權利取得之原因，而消滅時效則僅生權利的請求權消滅之結果，而權利之本身並未消滅，二者性質既不相同，自以分別規定爲愈。關於時效期間之計算，中斷及不完成，民法祇於總則中就消滅時效設有規定，對於取得時效是否亦應適用，雖未如瑞士民法設有準用之明文（瑞典六六三條七二八條），或如德民法於物權編另爲明文之規定（德民九三九條至九四四條），又或如日民設時效之通則（日民一四四條至一六一條），解釋上應爲肯定。

二、時效制度之理由

時效制度之設，在於尊重已久繼續之事實狀態，一般真正權利人得基於其權利推翻現存之事實關係回復以前之權利關係，然此事實關係已久存在，社會皆信其爲真，則維持其關係，反可以保持社會之安全，此爲時效制度存在之第一理由。其次爲證據材料久已湮沒，舉證甚爲困難，例如我之土地如何證明爲我之所有，登記固爲證明之一法，然在昔時尙無登記制度，焉得溯及乃祖乃宗，一一證明其合法取得，久焉能證明代合法繼承之事實，又如有持其祖先之借據向吾索債者，吾久焉能證明其已爲清償乎，故不如對於久已爲所有人之事實或久未被指爲債務人而索償之事實，認爲合於正當之法律關係，更自他方面觀之，此時雖或有正當之所有權人或

有正當債權之存在，然久不行使，正所謂眠於權利之上者，即不予以法律之保護，亦非過當，此為時效制度存在之第二理由。以上二種理由，就各種之時效言之，則程度上有強弱之殊，在取得時效則第一理由較強，而在消滅時效尤其債權之短期消滅時效，則第二理由較強。我民法將二種時效分編規定，此亦為重要之理由也。

三、時效與除斥期間

時效與除斥期間相似而實不同，除斥期間（*Ausschlussfrist*）亦稱預定期間（*Dei. p. fia*）謂其期間之經過，當然使其權利消滅之期間，關於時之經過一點二者並無不同，然其性質及效力則大有別。

1. 除斥期間之經過，法律上當然發生權利消滅之效力，多關於無請求權之權利例如撤銷權，而且法院應依職權適用之，其在取得時效雖亦當然發生取得權利之效力，而在消滅時效則不過為請求權之消滅，僅與債權人以拒絕給付之抗辯權，非依債務人之主張，法院不得適用之。

2. 時效期間得因中斷或未完成之事由而延長，除斥期間為不變期間，不因任何事由而延長，故可謂之預定期間。德國民法就除斥期間有全不認有中斷及未完成之事項者，有認可準用關於時效中斷之規定（德民一二四條二項）或特規定其中斷事由者，前者可稱為純粹的除斥期間，後者可稱為混合的除斥期間。我民法未為此區別。關於消滅時效與除斥期間區別之標準，可自條文之字句窺之，一般有「某某請求權因若干年不行使而消滅」之文字者，皆為消滅時效。

第二節 消滅時效之客體

一、客體

何種權利，得爲消滅時效之客體，立法上並不一致，有以債權及其他非所有權之財產權爲消滅時效之客體者，如日本民法（日民一六七條）。有僅以請求權爲消滅時效之客體者，（德民一九四條），我民法從德民之例，以請求權爲限，故所有權及其他物權本身不因時效而消滅。其因取得時效，間接的雖亦可生消滅之結果，然此爲另一問題。又抵押權依民法第八八〇條規定亦可消滅，然此條所定乃爲除斥期間，非消滅時效，蓋抵押權之消滅乃權利之本身，非請求權也。又形成權例如撤銷權及契約解除權（民四一六條四一七條五四條）其消滅爲權利之本身非請求權，故其法定之消滅期間，應解釋爲除斥期間，依最高法院民庭議決錄「消滅時效之客體，以請求權爲限，但法律所定請求權亦有非時效者，應依各條文認定之」蓋法律所定之請求權，有時性質上並非請求權，乃爲請求依創設的判決以變更法律關係之權利，例如請求離婚之權利（民法一〇五三條一〇五四條），或爲請求確認一定關係之權利（確認之訴）例如無效確認之請求權（民法五六條二項）。

二、範圍

請求權（Anspruch），謂對於他人請求行爲或不行爲之權利，包括債權的請求權及物上請求權（例如返還請求權，妨害除去請求權）在內。由親屬關係而生之請求權，以向將來回復相當此關係之狀態爲目的者，除有特別規定外（民法一〇六七條），不因時效而消滅，蓋親屬關係不因時效而有變更，其關係存續中事，關係與權利關係有不符者，隨時得請求回復之，而且親屬關係有關於善良風俗道德上之義務，亦不應因時效而消滅也。所謂由親屬關係而生之請求權，不僅限於親屬相互間所生之請求權，其由此關係對於第三人所生請求權，亦包括在內，例如夫婦同居之請求權，夫婦財產關係之回復請求權，扶養請求權，父子間關係之回復請求權（服從親權之關係），前者之例也。父對於第三人請求交出應服其親權之子女，無過失之配偶依第一〇五七條之賸

妻經請求權，後者之例也。然此等請求權，以向將來回復相當其親屬關係之狀態者爲限，基於過去之原因已發生者，不在其內，例如因親屬關係之侵害所生之損害賠償請求權，對於過去已發生之扶養費請求權。

此外與一定事實關係或法律關係相終始之權利，例如基於相鄰權之請求權（民法七七四條至七七七條），共有權利分割請求權（民法八二〇條），在相鄰關係或共有關係繼續中，不能單獨因時效而消滅。關於物上請求權，是否因時效而消滅頗有爭執，其由占有而生者，民法有明文之規定（民法九六二條）固無疑義，其由所有權或其他絕對權而生之請求權（民法七六七條），是否因時效而消滅，則頗有爭論。主張積極說者，謂此請求權，若不因時效而消滅，則容許多年不行使之權利繼續存在，有害於交易之安全（德民法理由書二〇三頁），且僅請求權消滅而所有權並未消滅，如所有人再取得其物之占有時，則無交還原占有人之義務，又所有物原占有人以外之人取得其占有而非合法之承繼人時，則所有人仍得基於其所有權發生新請求權，此請求權之消滅時效，自此第三人之占有有人取得占有時始開始進行，如此已足保護所有人矣。我最高法院判例亦採此說，謂「民法第一百二十五條所稱之請求權包含所有物返還請求權在內，此項請求權之消滅時效完成後雖占有人之取得時效尙未完成，占有人亦得拒絕返還」（民國二八年上字二三〇一號）。主張消極說者，謂所有權雖不消滅，如由此所生之請求權消滅，則等於所有權無所有物（*Dominium sine re*），卽成爲有名無實之所有權。余以爲我國民法一般規定請求權因十五年不行使而消滅，並未將此除外，且第九六三條有積極之明文，解釋上應以積極說爲當。

（註）共有物分割請求權，爲分割共有物之權利，非請求他共有因爲分割行爲之權利，其性質爲形成權之一種，並非請求權，民法第一百二十五條所謂請求權自不包含共有物分割請求權在內（最高法院二九年上

字一五二九號判例)。

第三節 消滅時效之期間

關於請求權消滅時效之期間，其最長期有定為三十年者如德民(一九五條)奧民(一四七八條)是，有定為十年者如瑞士積務法是(一二七條)，有定債權為十年，以外之財產權為二十年者如日本民法是(一六七條)，我民法以十五年為原則(一二五條)蓋取折衷主義也。此十五年乃最長期間，惟得依法律減短之。此減短期間，應先於十五年之普通期間而適用，如無特別規定，凡得因時效消滅之消滅時效期間，俱適用民法第二二五條之規定，為十五年。

法律所定較短之期間，見於本章者為第一二六條，第一二七條。見於本編或他編者，為數甚多(民一九七條一項四五六條一項四七三條一項五一四條五六條二項六一一條一項六二三條九六三條一一〇九條一二四六條)。其他見於各種民事特別規者，不暇枚舉(例如票據法一九條海商法一一八條一四四條一七四條保險法五一條)。茲就各種短期時效例舉之如次。

1. 五年 利息、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，因五年期間不行使而消滅(民法一二六條)。定期金債權(*rente*)，謂以一定或不定之期間定期給付金錢或其他不特定物為其性質上所必要之債權，其債權全體稱為定期金債權，其各期所受之給付謂之定期給付(*versege*)。此債權之特點有二 卽反覆的為定期給付及有發生此定期給付之基本債權是也，例如終身定期金，一定期間之扶養費請求權。故普通之買賣代金，雖按月分期給付，仍屬於普通債權，不過所定之清償辦法稍有不同，不

得謂之定期金債權。所稱定期給付債權，謂基於一債權原因之一切規則的反覆之定期給付債權即上述定期金債權之每期給付，例如年金、薪俸、贍養費、退職金、租金、利息、紅利等不問其有無原本返還請求權（例如息金之原本），凡基於同一債權原因之定期給付皆屬之（瑞債一、二八條一款德民一九七條）。每期給付請求權，又稱支分債權，如已屆清償期，則為獨立債權，故得獨立的因時效而消滅，然與本債權有附從的關係。如本債權已因時效而消滅，則自不能獨立存在。定期給付之標的，不以金錢為限，給付一定之不特定物者，亦包含在內。給付之數量，每期無須同一，祇須所定期間為規則的返覆之終始。所謂利息，並不以約定者為限，法定之遲延利息亦包含在內。每期之長度，在利息、紅利、租金、贍養費、退職金則不問其每期在一年以內或超過一年。苟為定期給付均適用此條之規定。此外之定期給付債權，則須其每期間為一年或不及一年者為限。又此所謂定期給付債權，指每期之債權而言，至於為定期給付債權之本債權，如上述定期金債權之消滅時效如何，日民法第一六八條規定自第一回之清償期起為二十年，自最後之清償期起為十年。我民法無明文規定，解釋上應適用一般之規定，自第一回之清償期起為十五年，第一回已受清償者，自第二回之清償期起為十五年，餘類推。

2. 二年 以二年為時效期間之請求權如次（民法一、二七條），其他散見於各條者不少（民法一九七條二項四、五六條一項六、二三條一一〇、九條一一四、六條）。

(一) 旅店、飲食店及娛樂場之住宿費、飲食費、座費，消費物之代價及其墊款。

(二) 運送費及運送人所墊之款：運送費、廣稱陸海空之運送費、運送人所收之運費（民法六、二二條）固不待論，即承攬運送人所收之報酬（民法六六〇條）、性質上雖稍有別，然自託運人之方面觀之，仍不失為運費，亦

應包括在內。

(三) 以租賃動產為營業者之租價（民四二一條）、

(四) 醫生、藥師、看護生之診費藥費報酬及其墊款；醫生指廣義的從事一切醫術之人而言，齒科醫固不待論，即助產及習按摩針灸推拿接骨等不用藥品之治術者，亦包含在內。其已受營業之許可與否，在所不問。

(五) 律師、會計師、公證人之報酬及其墊款。

(六) 律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還

(七) 技師、承攬人之報酬及其墊款；技師謂從事於一切工程之設計監督之人、承攬人謂為他人完成一定工作之人（民法四九〇條）。

(八) 商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價。

右列各款事項，係由日常業務而生，概以從速解決為宜而且習慣上縱已清償給收據者甚少，即給收據而保存亦覺困難，故規定較短之消滅時效。又第一款所謂旅店之住宿費，第三款所謂以租賃動產為營業者之租價，如同時為定期給付債權時，則與民法第一二六條發生適用範圍之重複，解釋上應先適用消滅時效期間之較短者，自應適用本規定。

3. 一年 以一年為消滅時效期間，散見於民法各條（民法五一四條九六三條）。

4. 半年 此短期之消滅時效期間較少（民法四七三條一項五六三條二項）。

時效期間能否以法律行為加長或減短，立法上頗不一致。

(一) 有以時效之加長為有害公益，而減短時效則正合於時效制度之目的，故不許當事人以法律行為加長

而許其減短，例如德國民法（德民二二五條）。日本民法雖無明文規定，學說及判決亦同此說。（二）有許法院如認期間之空過（未行使權利）有正當之理由者，得延長時效期間，例如蘇俄民法（蘇民四六條）。（三）有謂關於時效期間之加減，均屬有害公益，應不許當事人以法律行為爲之，例如瑞士債務法（瑞債一二九條）。（四）我民法規定時效期間不得以法律行為加長或減短（一四七條），蓋從瑞士之例也。不獨時效期間加減，他如創設時效中斷或不完成之原因等，足以使時效完成困難者亦在所不許。又性質上不得因時效消滅之請求權，亦不得因當事人之契約，使變爲得因時效而消滅。

第四節 消滅時效之進行

消滅時效以於法定期間權利繼續不行使爲要件，此期間之開始，曰消滅期間之起算，進行屆滿，曰時效之完成。民法就請求權有起算點之規定（民一二八條），然此乃爲一般之規定，如各條另定有起算點時，則應從其規定，例如民法第一九七條第一項、第四五六條第三項、第四七三條第二項、第五一四條、第六〇五條、第六一一條、第六二三條、第六六六條第七一七條第九六三條等皆有特別之規定。

依民法第一百二十八條，消滅時效自請求權可行使時起算，以不行爲爲目的之請求權，自爲行爲時起算。所謂請求權可行使，謂其行使無法律上之障礙，故權利人之疾病不在等事實上之障礙固不待論，即權利人爲無行爲能力人或限制行爲能力人，亦不妨時效之進行（民一四一條）。反之附有法律上障礙之權利，不問其種類如何皆阻止時效之進行。茲就消滅時效開始進行之時，分別述之如次。

（一）有確定期限之債權，自期限屆滿之時、

- (三)有不確定期限之債權，於期限屆至之時，債務人知其屆至與否，在所不問（民二二九條二項）。
- (三)附有停止條件之債權於條件成就之時。
- (四)未定期限之債權，自債權成立之時，例如未定返還時期之寄託契約，寄託人得隨時請求返還，其返還請求權之消滅時效，自契約成立時進行（最高法院二八年上字一七六〇號判例日本大審院判例大正九年十一月二十七日民錄一七九七頁）。消滅時效與債權成立同時進行，自債權之本質言之，似不甚妥，故有反對之論，然使永不請求則消滅時效永無進行之日，實際上亦有未便。
- (五)於終止契約通知或請求後一定之期間或相當之期間後得請求之債權，自債權成立後經過一定之期間或相當之期間後消滅時效開始進行（德民一九九條日本大審院判例大正三年三月十二日民錄一五二頁），例如約定請求後三個月支付之存款，自契約成立三個月後開始進行，蓋就得為契約終止或請求之時觀之，其時已得為意思表示，故自其時經過三個月後即為可行使請求權之時。
- (六)終止契約通知後始得請求給付之債權，為可行使請求權之時余則以為應以得為通知之時為起算點（德民一九九條），蓋終止契約之通知，如權利人得隨時為之而不為，則等於自甘放棄也。
- (七)分期按月支付之債務，如約定一回不支付則得請求全部給付者，自其不支付時起，全部之消滅時效開始進行。
- (八)抗辯權是否得阻止消滅時效之進行，甚有爭執，余則以為有滅却請求權效力之抗辯（*Peremptorische Einrede*）例如低銷權之抗辯，不妨時效之進行，而在只有延期效力之抗辯權（*Dispositorische Einrede*）。例如基於所有權之物之請求權，對於永佃權人地上權人或承租人，不因時效而消滅，蓋此等權利人有妨止物

的請求權行使之抗辯權，而所有人不能排去其法律上之障礙也。反之，同時履行之抗辯權，請求權人得清償自己之債務而排去其法律上之障礙，故不妨時效之進行。

(九)以不行爲爲目的之請求權，自債務人爲違反行爲時起算，例如所有權人之反還請求權，自其物爲所有人所占有的瞬間起，消滅時效開始進行，基於姓名權之請求權，自他人損害其姓名權之時起算，有謂例如土地所有人某甲對於鄰人乙某約定於一定期間不爲一定之使用（例如不建築房屋或不爲高於一層之建築）如某甲爲違反之行爲，則乙某請求權之消滅時效開始進行，然此例似不甚妥，蓋此時乙之請求權非以甲之不行爲爲目的，乃在於排去因甲違反行爲所受之損害，故惟其排去損害請求權因時效而消滅，而請求不行爲之權利本身並未消滅，如甲另爲新建築而對於其新建築，乙仍得基於其權利發生新排去損害之請求權。

第五節 消滅時效之障礙

消滅時效之障礙云者，時效開始進行後因一定事實之發生或存在，使其時效中斷或停止之謂也。消滅時效之中斷與消滅時效之停止（不完成），合稱之爲消滅時效之障礙。時效之中斷（*Unterbrechung*, *Interruption*）云者，在時效進行中因有與時效基礎之事實狀態相反之事實發生，使其時效中斷之謂也。中斷使已進行之期間歸於無數，嗣後從新計算，而時效之不完成僅停止期間之進行，不使已進行之期間歸於無效，二者大有不同。

第一款 消滅時效之中斷

時效之中斷，依法國民法有自然中斷與法定中斷之別，自然中斷指因占有喪失之中斷，爲取得時效特有之

事由，故民法規定於物權編所有權通則中（民法七七一條），此所謂中斷，則專指法定中斷而言。

一、中斷之事由

法定中斷事由，依民法第一百二十九條規定，有如下列。

（一）請求：請求，謂對於應受時效利益之人於訴訟外主張其權利之意思表示也。外國立法多依羅馬法之先例，以裁判上之請求始有中斷時效之效力（德民二〇九條法民二二四條泰民四三八條），民法依我國之習慣以起訴為萬不得已之事，通常依裁判外之意思表示為催告，不以訴之提起為必要（日民一四七條）。

請求，為債權人請求履行之意思之通知，某種行為應視為請求與否，以其有無請求履行之意思之通知以為斷。對於清算中法人申報債權之行為及依破產法第一二條規定之申報債權，應視為請求。中斷時效之請求，以有行使權利之實效為已足，無須有使相對人陷於遲延之效力，故相對人雖有同時履行之抗辯權，自己未為提供而為之請求，雖無使相對人負遲延責任之效力，應視為有中斷時效之效力。應向債務人收取之債務，係為書面之請求時，亦同。但未提示票據所為票據債權之請求，是否有中斷時效之效力，在債務人之承認，無須對於票據之提示為之；然行使票據上之權利於當事人間以提示為必要，未提示票據之請求，應視為不發生票據上請求之效力（同說日本大審院判例大正十三年三月十七日民集一七三頁）。但亦有主張未提示票據之請求，不過不使債務人負遲延責任，仍可發生中斷之效力。

因請求而中斷時效之限制：債務人若因債權人之請求而履行其債務，固無問題，若債務人否認其請求或無誠意履行，如請求人經過相當期間並不起訴，則可認為無行使權利之決心，故應視為不中斷，即自始不發生中斷之效力。請求人如欲保持中斷之效力，則非於請求六個月內起訴不可（民法一三〇條）。此所謂起

訴，應解爲民法第一百二十九條第二項所定與起訴有同一之效加者包括在內（日民一五三條）即送達支付命令，因合解而傳喚，申報破產債權，聲請強制執行等，是也。若僅於請求後六個月內再爲請求，其後六個月內又再爲請求，如此繼續，亦不發生此效。但被請求損害賠償之人，以損害之事故正在調查中爲理由而請求延期時，上述六個月之期間，應自有回答之時起算（日本大審院判例昭和三年六月二十八日民集五一九頁。）

(1) 承認 (Anerkennung Reconnaissance)。謂應受時效利益之當事人對於因時效喪失請求權之人，表示知其權利之存在也。此承認之法律上性質，爲觀念通知，故無須有欲望時效中斷之意思。承認爲不要式行爲，一部之清償，爲全部之承認。票據債務之承認，不以票據之提示爲必要。依公司法第六三條所爲之分別通知，發生承認之效力（日本大審院判例大正四年四月三〇日民錄六二五頁）。爲決算請求延期之表示，亦爲承認。承認之表示，須對於權利人爲之，故銀行於帳簿內記入利息，滾入本金之事實，不爲承認，同樣債務人設定第抵二押權，不得解爲對於有第一順位抵押權之債權人爲承認。

(2) 起訴：此所謂起訴，指民事訴訟而言。其爲給付之訴，確認之訴，形成之訴，抑爲本訴反訴、附帶私訴、在所不論。不獨如此，即於債務人提起債權不存在確認之訴，因而其相對人爲勝訴之時，亦可解爲中斷之事由。至於訴願及行政訴訟，非直接以私權之行使爲目的，故不爲中斷之事由。起訴何時發生中斷時效之效力，則有二說。（一）謂爲提起訴訟之時，（二）謂爲訴狀達於相對人之時。我民事訴訟法第二四四條第一項規定起訴應以訴狀提出於法院爲之，應解爲訴狀提出之時已發生中斷效力，蓋訴之提起已可視爲權利之行使，若俟送達於相對人，則因法院事務之遲延，足使權利人受不測之損害也。關於指示債權，無記

名債權，票據等以起訴爲已足，無須提示於相對人。又在簡易程序起訴，得以言詞爲之，無須提出訴狀（民訴四二六條四一九條四三〇條）。

訴之撤回與駁回：時效因起訴而中斷者，若撤回其訴或因不合法而受駁回之判決，其判決確定，視爲不中斷（民法一卅一條）。訴之撤回者，原告拋棄其由起訴所生法律上效力之意思表示也。即有使訴訟繫屬消滅之效力，故不妨再提起訴訟，但於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴（民訴二六三條）。訴訟撤回，視同未起訴，故應視爲不中斷。訴訟當事人自呈明休止時起，如於四個月內不續行訴訟者，視爲訴之撤回（民訴一九〇條二項）之法定撤回，解釋上亦應包括在內。訴之駁回，謂所之提起不合法而被駁回（民訴二四九條）。對於駁回之裁定，得爲抗告（民訴四七九條）。經過抗告期間而未爲抗告或再抗告被駁回時，其裁定卽爲確定。至民法第一百三十一條所稱駁回之判決，係依當時民事訴訟條例之裁判形式而言，現行民事訴訟法則以裁定形式駁回不合法之訴，其裁定卽可視同該條之判決。又訴之一部經駁回或經撤回時，則就被駁回或撤回之部分視爲不中斷。依外國立法例，於訴之撤回或駁回後，原告於一定期間內（例如六個月）再提起訴訟時，則溯及前起訴之時發生中斷效力（法民二二四六條）瑞債一五八條德民一二二條），蓋不欲以形式之欠缺而使其喪失時效中斷之利益，然在我民法承認裁判外無方式之請求爲中斷之原因，如訴狀送達於相對人，則可解爲民法第一二九條所定之請求（日本大審院判例明治四十二年四月三十民錄四三九頁），故無此種規定之必要。

（四）與起訴有同一效力者爲左列事項

1. 依督促程序送達支付命令：依民事訴訟法民五〇四條規定「債權人之請求以給付金錢或其他代替物或有

價證券之一定數量為標的者，得聲請法院依督促程序發支付命令，聲請支付命令為權利之行使，故發生中斷時效之效力，然其效力之發生時期為聲請之時抑為送達之時，不無疑問。支付命令與起訴同為權利之行使，而且同樣之情形，故依本款文字可解為中斷之效力雖因送達而發生，而其效力則溯及於聲請之時（同說日本大審院判例大正四年五月二十日民錄七〇五頁）。但因債務人之住所不明等之理由，全然不能為送達時，則不發生中斷之效力（同說日本大審院判例明治四十一年四月十一日民錄四二三頁）。因送達支付命令而中斷時效之限制：時效因送達支付命令而中斷者，若訴訟拘束失其效力時視為不中斷（民法一三二條），訴訟拘束失其效力，則與未發支付命令無異，故應視為不中斷。訴訟拘束何時失其效力，依民事訴訟法之規定其情形有三，（一）發支付命令後三個月內不能送達於債務人時（民訴五一一條二項），（二）支付命令所載期間已滿後債權人如於三十日內不為宣告假執行之聲請者，（三）駁回宣告假執行聲請之裁定已確定者（民訴五一六條），支付命令即失效力。

2. 因和解而傳喚：此所謂和解，乃當事人於起訴訟前聲請管轄法院傳喚他造當事人到場試行和解之程序也。前民事訴訟條例第四九三條修正民事訴訟法第五二五條皆有規定。現行民事訴訟法則名為調解（民訴四〇九條至四三〇條），規定於簡易訴訟程序內。又依民事訴訟法第四三〇條規定，當事人丙造於法院通常開庭之日，得不待傳喚自行到場為訴訟之言詞辯論或調解。此任意到場之調解，亦可解釋包含在內。和解之傳喚，應以聲請傳喚時發生中斷效力，抑應以傳喚他造時發生中斷效力，學說亦不一致，解釋上應以聲請傳喚時即發生中斷效力。

和解因傳喚而中斷時效之限制：時效因和解傳喚而中斷者，若相對人不到庭或和解不成時，視為不中斷

。相對人不到庭即係拒絕和解，但依現行民事訴訟法，法院對於無正當理由不到場之當事人得科以五十元以下之罰鍰（民訴四一四條），並得酌量情形視為調解不成立或另定調解期日（民法四二〇條）。如經另定期日，則和解之成立與否尙未確定，故應解為尙未發生視為不中斷之效力。又當事人丙造於期日到場而調解不成立時，法院得依一造當事人之聲請命為訴訟之辯論，如此則視為調解之聲請人自聲請時已經起訴（民訴四一九條），即調解程序一變而為訴訟程序，而消滅時效則因起訴而發生中斷之效力。在外國民法有規定權利人如於一個月內起訴，仍許其自始發生中斷之效力者（日民一五一一條、法民二二四五條），我民法未為規定，蓋如雙方當事人到場而調解不成立時，權利人得即聲請為訴訟之辯論或另行起訴，而溯及於聲請調解時發生起訴之效力（民訴四一九條），已足資救濟，而且調解之聲請如已送達於債務，一般可視為訴訟外之請求（民一二九條），亦可發生中斷之效力也。

3. 報明破產債權：報明破產債權者，債權人依破產法第六五條第一項第五款之規定，向破產管理人申報其債權之謂也。又依破產法第五五條規定，法院撤銷其認可之和解而宣告債務人破產時，以前之和解程序得作為破產程序之一部，故依破產法第一二條之規定所申報債權，於此時亦可解為有此債力。破產宣告之聲請，亦為權利行使之行為，與申報債權無區別之理由，故應為中斷時效之原因（同說日本大審院判例明治三十七年十二月九日民錄一五七八頁）。又依強制執行法，參與分配之聲明（強制執行法三二條），與申報債權同其性質，亦可解為中斷時效之事由（日本大審院判例大正八年十二月二日）。

因報明破產債權而中斷時效之限制：時效因報明破產債權而中斷者，若債權人撤回其報明時，視為不中斷（民一三十四條）。債權人不問其原因如何，若撤回其報明，則與未報明同，故應視為不中斷。債權

人之申報，如被法院駁回（破產法一二五條），則與未申報無異，外國民法有規定，報明債權被駁回時視為不中斷者，我國民法雖無明文，解釋上應相同。有疑問者，報明債權後宣告破產之裁定（破產法六三條）被撤銷時，是否應視為不中斷者，解釋上應認為不受其影響，蓋報明債權所以為中斷之事由者，以債權人為權利之行使也。如既已行使，則不應因破產宣告之撤銷而失其效力。

4. 告知訴訟：告知訴訟（Statutory notice），依民事訴訟法第六五條當事人得於訴訟繫屬中將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人。此告知訴訟以對於第三人之請求權與當事人之敗訴有相連關係者為限，始發生中斷時效之效力，即於敗訴時對於第三人得請求担保或損害，除去，例如買受人對於賣主之瑕疵擔保請求權即有請求其担保第三人就買賣標的物對於自己不得主張任何權利之權（民三四九條）。告知訴訟以書狀提出於法院時，抑以送達於第三人時，發生中斷效力（民訴六六條），不無疑問，史籍丁格（Stadling）主張以送達於第三人時發生中斷效力（日民德民二〇九條註釋），余則以為因送達於第三人溯及於書狀向法院提出之時發生中斷效力。

因告知訴訟而中斷時效之限制，時效因告知訴訟而中斷者，若於訴訟終結後六個月內不起訴，視為不中斷（民法一卅五條）。告知訴訟後無論被告知人參加訴訟與否，告知人與被告知人間權利義務之關係，並不因該訴訟之終結而解決，故應另行起訴，如於訴訟終結後六個月內不起訴，則應視為不中斷，訴訟終結，包括審判上之終結與審判外之終結，訴訟有依裁判而終結者，有依審判上或審判外之和解而終結者，在特別訴訟程序亦有法律上視為終結者。所謂六個月期間，因裁判而終結者應自裁判確定時起算，因和解而終結者應自和解成立時起算。所謂起訴，指給付或確認之訴而言，例如買受人由第三人就其買

得標的物提起退奪之訴，如買受人對於出賣人告知訴訟請其參加時，則買受人對於出賣人之瑕疵擔保請求權，因此而中斷消滅時效，如買受人敗訴時則應於訴訟終結後六個月內，對出賣人提起訴訟是也。

5. 開始執行行為或聲請強制執行；開始執行行為謂開始查封行為（強制執行法四七條七六條）或發出一定之命令（強制執行法一一五條一一六條）。強制執行原則上因債權人之聲請為之，但假扣押假處分及假執行之裁判（訴三八九條），應依職權為之（強制執行法五條）。所謂開始執行行為，乃指依職權所為之執行而言，其他之強制執行，則因聲請而已發生中斷時效之效力。又民法第八七三條所規定抵押權人向法院為抵押物拍賣之聲請，亦可解為強制執行之聲請，故亦可發生中斷時效之效力。強制執行之聲請基於公證書而為者（強制執行法四條四款），因聲請新發生中斷之效力，基於確定判決而為者，則其原有之請求權已因起訴而中斷消滅時效，惟因其終了而從新進行之時效，再因強制執行之聲請而中斷，並可使消滅時效於強制執行程序終了前不再從新進行，故有以之為獨立中斷事由之必要。關於假扣押（民訴五一八條）及假處分（民訴五二八條）之執行（強制執行法一三二條至一四〇條），因其只為保全程序，是否亦包含於執行行為之內，德國學者甚有爭論（肯定說 Oertmann, Scudinger, Jhuiz 否定說 Plank, Danabu rg, Fnecernis），在日本民法，則有明文承認其為中斷時效之事由，余亦以肯定說為是。依德國民法第二〇〇九條第五款之規定，消滅時效原則因強制執行之開始而中斷，但其執行應由法院或其他官署為之者，以為強制執行之聲請時即已發生中斷之效力，蓋在德國強制執行一般由執達員為之，而由法院執行則為例外。依我國強制執行法，則均由地方法院附設執行處辦理。自無此種之區別，故亦不能與之為同一之解釋。因執行或執行聲請而中斷時效之限制；時效因開始執行行為而中斷者，若因

權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時，視為不中斷（民一百三十六條一項）。所謂權利人指聲請假扣押或假處分之人及受假執行利益之人而言，如權利人自己請求撤銷執行處分，則可推定其無行使權利之意思，故應視為不中斷，然若依債務人之請求而撤銷者不在其內。所謂法律上要件之欠缺，謂不具備強制執行法定之形式的要件（強制執行法四條至六條），即指因違反法律之規定被撤銷之情形而言，其依法律之規定而撤銷者（例如強制執行法一七條一八條），不在其內。如若因法律上要件之欠缺即以不合法為理由而撤銷執行處分時，則該處分自始無效，故應視為不中斷。至於因其他理由如因第三人提起異議之訴（強制執行法一五條），債務人聲明異議或提起異議之訴（強制執行法一三條一四條）而撤銷者，不在其內。

時效因強制執行而中斷者，若撤回其聲請或其聲請被駁回時，視為不中斷（民法一百三十六條二項）。本項所定時效（因強制執行而中斷者），以有漏略，應解為「時效因強制執行之聲請而中斷者」，時效既因執行之聲請而中斷，若聲請人撤回其聲請，則可推定其無行使權利之意思，若因不合法而被駁回則與未為聲請同，故應視為不中斷。強制執行因權利人之聲請已開始後，如因權利人之聲請或因欠缺法律上要件而撤銷時，德國民法有明文規定其亦應視為不中斷，我民法雖無明文，解釋上應相同。

二、時效中斷之效力

1. 對於時之效力，時效中斷者，自中斷之事由終止時重行計算，因起訴而中斷之時效，自受確定判決或因其他方法訴訟終結時重行計算（民法一百三十七條）法定中斷，非消滅為時效基礎之事實狀態，如于中斷事由終了後，此事實狀態猶繼續時，則新時效再進行，但此時效全為另一新時效，其期間應重新開始進

行，此爲時效中斷後之時效。

何謂中斷事由之終止，不可一概而論，試分述之如次。

(一)因請求而中斷者，自請求（催告）達到時，即時新時效開始進行。

(二)承認、自承認達到時，新時效開始進行。

(三)起訴、自裁判確定時或因其他方法訴訟終結時，重新進行。所謂依其他方法終結訴訟，則指因和解而言。

(四)送達支付命令，如債務人提出異議，則變爲訴訟或調解程序（民訴五一七條）。如債務人未提出異議而訴訟亦未失其拘束力時，則自宣告假執行之裁定時（民訴五一七條），重新進行。

(五)因和解而傳喚，如和解成立則自成立時，重新進行，但和解中定有履行期者，自其期限屆至時起算。如依當事人一造之聲請命爲訴訟之辯論，則變爲起訴（民訴四一九條）。

(六)報明破產債權，則自破產程序終了時，重新進行時效。破產程序因調協認可（破產法一三六條）或分配之終了而終了。如破產之宣告被撤銷時，則自撤銷確定時，重新進行。

(七)告知訴訟，則自送達達到起，重新進行。

(八)開始執行爲或聲請強制執行，則自執行程序終結時起，重新進行。

(九)如有數個之中斷事由存在，一事由雖終了而他事由存在時，時效仍爲中斷，至全部事由指終了時，始重新進行。

2. 對於人之效力：時效中斷，以當事人繼承人受讓人間爲限，始有效力（民法一百三十八條）當事人，

謂關於中斷行爲之當事人。受讓人，謂時效當事人之特定繼承人及包括承受人，例如合併公司。法定中斷，基於對人之行爲，故其效力亦爲對人的，例如一債權有數債權人時，其中一人爲請求其他未爲請求時，僅爲其請求人中斷時效。債權人之強制執行之聲請，亦同。債務人對於其中一人之承認，亦可類推之。但此爲原則，立法上不無例外之規定，例如在連帶債權，其中一人爲給付之請求者，爲其他債權人之利益亦生效力（民法二八五條）。債權人向主債務人請求履行及其他中斷時效之行爲時，對於保證人亦生效力（民法七四七條），但連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，則僅以該債務人應分擔之部分爲限，因時效而消滅（民法二七六條二項二八二條二項）。

關於消滅時效之中斷，應準用於取得時效已如前述，故此項規定亦應準用之，例如甲乙兩人共同占有丙之土地，取得時效進行之時，丙惟對甲爲中斷行爲，則惟對甲及其繼承人發生中斷之效力，乙不因此而受不利益，其時效依然進行，乙因取得時效之完成取得與丙共有之應有部分。又如丙占有甲乙共有之土地，丙惟對甲爲承認，則惟對於甲之關係時效中斷，乙不因此而受利益，而丙因取得時效之完成取得與乙爲共有之應有部分，但例如甲以土地所有人之資格，對於乙設定地上權，真所有人丙對乙爲中斷行爲時，則對於甲亦生中斷之效力，蓋乙爲甲代理占有，其性質上爲如此也。又土地之共有人，將因時效取得地役權時，非對於各共有人爲中斷之行爲不生效力，蓋地役權性質上不得由共有人中之一人享有，如對於共有人中之一人時效完成時，則有使其爲全共有人之利益取得地役權之意也。

第二款 消滅時效之停止（不完全）

一、時效停止之意義

廣稱時效之停止(Hemmung, Ruhe, Suspension)謂因一定事實之存在，時效期間進行之休止。其妨礙事由發生以前既經過之期間，不因之無效，此點與中斷不同。然在我國民法從日本民法之例，不認比廣義之停止，惟於時效完成之際認其停止，且其妨礙事由消滅復須。經過之期間特以法律定之，故我民法時效之停止，乃因於時效完成之際有一定事由之存在，於其事由存在之期間及其事由消滅後法定之期間內，妨礙時效之完成。在德民法，於普通意義之停止之外，尙認我民法所謂妨礙時效完成之事由(德民二〇六條二〇七條)，學者謂之時效之不完全(Ablaufhemmung)，以示與普通之停止有別，蓋在外國之法律於以時效進行之始及進行中間，認時效之停止爲常(德民二〇二條至二〇五條法民至二二五一條以下)，我民法則否，惟依第一二八條之規定得爲時效開始進行之障礙，外國法律所謂停止僅將停止事由繼續中之期間由時效期間除外，故將停止事由前後之期間合算，卽爲時效之期間，我民法上之停止則不因妨礙事由消滅後所剩剩時限期間之經過而完成時效，仍須經過法定之特別期間，故雖合算妨礙事由前後之期間，與時效期間不必一致，然停止後須經過之法定期間，性質上尙爲時效時間，故於其期間內發生中斷事由時，則時效仍應中斷，非經過其全期間不能完成，如新有停止之原因，則更應停止。

二、時效不完成之事由

依民法規定時效不完成之事由，有如左列。

- (一)由於不可避之事變者；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(民法一百卅九條)，其要件有三，卽(一)須於時效之期間終止時，(二)須因天災或其他不可避之事變，(三)須因事變致不能中斷時效。

(1) 須於時效之期間終止時有妨礙之存在，德國民法規定為時效完成前六個月內（德民二〇三條二項），我民法則定為終止之時，如為嚴格之解釋則為時效末日終了之時，若為此解釋，僅於終了時一小時以前如妨礙事由消滅，則亦非於終止時有妨礙之存在，然此項規定理由，重在以因妨礙事由之存在致不能中斷時效，如交易之習慣上可認為至時效完成時有不能為中斷行為之情形者，縱於時效完成瞬間妨礙事實已不存在，尙可解為具備此項所需之要件。

(2) 須因天災或其他不可避之事變，天災謂自然之事變，例如地震、海嘯、洪水，其他事變謂人為的由外部襲來之事變，例如戰爭，流行病。疾病雖亦有由外部傳染而來者，然發生內部之變化，故不包含在內。須其事變為不可避，例如為戰爭或防疫交通斷絕，然所謂不可避，非絕對的不可避之意，應依一般之社會見解決之。

(3) 須不能為中斷行為，不僅以不能起訴為已足，應不能為其他一切之中斷行為。

(二) 由於繼承之關係者；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，六個月其時效不完成（民法一四〇條），蓋因繼承開始，行使權利及對之行使權利之人，往往有不確定，而且審基繼承財產，須有相當之期間也。關於繼承財產須有時效之進行，故為繼承財產之利益及不利益應完成之時效，皆包含在內。所稱六個月期間之計算，應依民法第一二〇條以下之規定。

(註) 繼承人確定；謂繼承人已為限定之繼承或已經過棄其繼承權之期間（民法一一七四條）或已有承認繼承之行為時，繼承人因以確定者而言。繼承開始後在繼承順序之繼承人雖已確定，似猶未足蓋若此解釋，則在繼承順序之人自始已確定者，其為拋棄與否尙未確定，即全不能適用時效不完

成之規定矣。

管理人之選任。依民法第一一七條規定，繼承人之有無不明或繼承人均拋棄繼承時（民法一一七六條），由親屬會議選定遺產管理人。

破產之宣告；依破產法第五九條規定遺產不敷清償被繼承人債務，而有下列情形之一者，即（一）無繼承人時，（二）繼承人爲限定繼承或繼承人全體拋棄繼承時，（三）未拋棄繼承之繼承人全體有破產之原因時，得宣告破產。

（三）由於行爲能力之關係者；無行爲能力或限制行爲能力之權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行爲能力人或其法定代理人就職時起六個月內，其時效不完成（民法一四一條）。所謂成爲行爲能力，在禁治產人則爲禁治產之撤銷（民訴六一五條），在未成人則爲結婚或滿二十歲。依羅馬法，法國民法，時效對於禁治產人及未成人，原則上不進行（法民二二五二條），我民法則以之爲不完成之理由，蓋從德日之例也。本項規定適用之要件，在於無行爲能力人及限制行爲能力人無法定代理人，故苟有法定代理人，雖因疾病等之理由事實上不能爲其行使權利，亦不得謂具備此要件。雖無法定代理人，苟有委任代理人，於權利之行使並無障礙，仍不得謂具有此要件，例如經法定代理人之同意置有委任代理人後，而法定代理人死亡。其在限制行爲能力人，不經法定代理人之同意而得單獨有行爲能力之範圍（民法七七條但書八四條），縱無法定代理人，亦無此規定之適用。又依此應受時效不完成之利益者，以應爲無行爲能力人或限制行爲能力人之不利益者爲限，故以其對於他人之權利應經時效消滅及就其所有權利爲他人之利益有取得時效之進行時，爲適用之範圍，若爲無行爲能力人或限制行爲能力人之利益應完成之時效，則不在其內，蓋相對人得依民事訴訟

法第五一條之規定，爲無訴訟能力人聲請法院選任特別代理人也。

(四)由於法定代理之關係者，無行為能力人或限制行為能力人，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（民法一四二條）。其要件有二，即（一）須屬於無行為能力人或限制行為能力人之權利，若法定代理人對於無行為能力人或限制行為能力人之權利，即不適用。立法上亦有規定父母子女關係及監護關係存續中，認爲當事人間之時效均應停止（德民二〇四條法民二二五三條），我民法則惟保護服從權力之人，片面的規定時效之不完成。（二）須爲對於法定代理人之權利，若對於法定代理人以外他人之權利，則適用民法第一百卅一條之規定。

關於對於法定代理人之權利，有解爲以債權爲限者，余則以爲其權利因取得時效之完成而應歸於消滅者，亦包含在內。又代理關係縱已消滅，而於消滅後一年內，權利人仍爲無行為能力人或限制行為能力人，且尙無後任之法定代理人就職，是否仍適用本項規定，似有疑問，在日本民法第一五九條第一項規定「自其成爲行為能力人或其後任之法定代理人就職起六個月，其時效不完成」，我民法則未從其例，余則以爲於此情形，仍可適用民法第一百四十一條之規定，即自其成爲能力人或其法定代理人就職時起六個月，其時效不完成，不過其期間有時較六個月爲長，蓋於代理關係消滅後縱即有後任之法定代理人就職或成爲行為能力，其時間均應爲一個年也。

(註)代理關係消滅之原因，在父母則爲死亡或被剝奪親權（民法一〇九〇條）及子女之結婚成年，在監護關係，則爲死亡，撤退（民法一一〇六條）辭職（民法一〇九五條），禁治產人之禁治產撤銷，未成年入結婚滿二十歲等。

(五)由於婚姻之關係者；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（民法一四三條），蓋夫對妻或妻對於夫之權利在婚姻關係存續中，其行使不無顧忌，且因相互之信賴，往往忽略權利之行使，故規定應於婚姻關係消滅後一年內其時效不完成。其要件有二，即（一）須為夫對於妻或妻對於夫之權利，其為因夫婦關係而生之權利（例如因夫婦財產制而生之權利）或非因夫妻關係而生之權利，在所不問。依日本民法以妻對於夫之權利為限，停止時效，蓋以妻為限制行為能力處於夫權之下，故特設保護之規定，我民法既採夫妻平等之原則，故從德瑞之立法而為相互平等之規定。（二）須其婚姻關係尚未消滅，故因判決離婚所生之損害賠償請求權，不在適用範圍之內。至於婚姻之無效乃為自始無效，尙無婚姻之成立（民法九八八條），不得謂有夫妻關係，故不生時效不完成之效力。

婚姻關係消滅，謂因夫妻一方之死亡，離婚或婚姻之撤銷而消滅。死亡宣告亦視同自然之死亡，為婚姻消滅之原因，然其撤銷之效力溯及既往，故於撤銷之時婚姻視為未消滅，從而失蹤後進行之期間溯及內失其效力，但依民事訴訟法第六三六條之規定，時效受益人善意所為之行爲（例如不知失蹤人之生存而信為已取得所有權）不受影響。婚姻因死亡而消滅者，其時效對於死亡者之繼承人繼承進行而完成。離婚有自願離婚與判決離婚兩種，自願離婚自離婚證書之作成，判決離婚自判決之確定，即生離婚之效力。婚姻之撤銷，依德民之解釋因撤銷而溯及的發生無效之效力，故不得主張停止時效之利益，然我國民法規定婚姻撤銷之效力不溯及既往（民法九九八條），故於撤銷判決確定之時，始生婚姻消滅之效力。

三、時效不完成之效力

時效不完成之效力，在於其事由消滅後一定期間內，時效不完成。其已經過之期間依然有效，應與事由消

滅後之一定期間合併計算，爲時效之全期間。此事由消滅之一定期間之計算法，應依民法第一二〇條以下之規定。

第六節 消滅時效之效力

一、時效完成之效力及其限制

依民法第一二五條以下之規定，請求權因時效之完成而消滅，然此效力尙有待於債務人之活用，即債務人須行使拒絕給付之抗辯權（民法一四四條一項）。此抗辯權爲有滅却性之抗辯權（*Peremptoria Einrede*），如債務人爲此抗辯，則債權人之請求權不復得以訴或抗辯行使其權利。債務人是否爲此抗辯，乃其自由，故有良心上抗辯（*Ge vvi. scheinrede*）之稱。在德國普通法，關於消滅時效之效力，有主張強度效力與主張弱度效力之爭，主張強度效力者，謂權利之本身因時效而消滅，例如溫德夏（*Windscheid*），主張弱度效力者謂權利本身尙存在，不過剝奪權利人強制實行其權利之手段，於時效完成後尙有自然債務（*Naturobligation*）之存在，德國民法採取後說，我民法從之。故消滅時效外權利終了之原因，債務仍然存在，不過變爲無責任之債務（*Schuld ohne Haftung*）而已。債務人如不爲抗辯，審判上不得依職權探爲判決之根據（但依蘇俄民法認爲時效有消滅訴權之效力，法院應依職權審查時效已否完成，如已完成，則駁回訴訟），蓋時效之制度，在於保護債務人之利益，如債務人不主張其利益，則無保護之必要也。故時效之利益，於時效完成前雖不得拋棄，而於完成後則不妨拋棄之。如債務人已爲拋棄，則原告人得以爲時效抗辯之再抗辯。債務人行使拒絕之抗辯權，得於審判外或審判上爲之。如債務人於審判外受給付之請求，而爲拒絕給付之抗辯，於審判自得主張其於審判外已爲

時效之抗辯。依德國民法及民事訴訟法，法院並得以之為駁回訴訟之理由，但被告人如於訴訟上不主張其已為時效之抗辯，則有時可視為已拋棄其所為之抗辯。時效之抗辯，對於原不存在之請求權或於時效完成前已消滅之請求權，亦得為之。此雖理論上有不合，而實際上則有必要，蓋時效制度之主要目的，在於免除審查權利之來源，而使現在權利之確定成為簡單化也。其請求權已經時效消滅之債權，不得為抵銷，但在時效完成前已適於抵銷者，亦得為抵銷（民法三三七條）。又已經時效消滅之請求權，不得以之為抗辯，例如買受人之減價請求權已經時效消滅，則不得以之為抗辯（民法三六五條），但基於同一事實發生請求權，及抗辯權者，不在此限，蓋此種之抗辯權，多視為有獨立性質也。例如同時履行抗辯權，其對待給付請求權雖已消滅，於時效完成後對於相對人之請求，仍得為同時履行之抗辯。對於消滅時效之抗辯，如相對人妨礙時效之中斷或因其行為使相對人以為時效之中斷為不必要者，得為詐欺之再抗辯。

請求權雖經時效消滅，然權利本身並未消滅，故債務人為履行之給付，非無法律上之原因，乃為債之清償，故不得以不當得利理由請求返還，雖不知時效之完成而為給付，仍不失為債之清償，故仍不得請求返還。其以契約承認該債務或提出擔保者，亦為有效，不得以不知時效為理由撤銷或其回承或担保，而對基於此契約之請求，亦不得以時效為抗辯（民法一四四條二項）。此所謂承認，與民法第一二九條所稱之承認不同，蓋在彼為觀念之通知，發生中斷時效之效力，而此則為法律行為。此契約並為不妥式之行為，例如債務人與債權人得為分期之給付，或於時效完成後債務人請求延期，而債權人許之。

二、時效效力之範圍

主權利因時效消滅者，其效力及於從權利（民法一四六條）。主權利與從權利，例如原本與利息，基於所

有權之物之返還請求權與對於惡意占有人損壞該物之損害賠償請求權，主請求權與孳息之請求權，債權與抵押權、質權、留置權等是。從權利與主權利有附隨之關係，故常共其命運，例如原本債權消滅，則利息債權亦隨之而消滅，基於所有權之物之返還請求權消滅，則對於惡意占有損壞其物之損害賠償請求權亦隨之而消滅，蓋有原本債權之請求權已因時效消滅，而利息債權請求權尙未消滅，物之返還請求權與損害賠償請求權，亦有此情形，例如債權之請求權之消滅時效爲十五年，利息債權之請求權之消滅時效爲五年，如至第十六年，則債權本身之請求權已因時效而消滅，而第十二年至第十五年所發生利息債權之請求權，則尙未消滅。

以上所述，爲一般原則，如法律另有規定，則應從其規定，例如抵押權、質權、留置權，則原則上不隨其所担保之債權請求權之消滅時效之完成而消滅（民法一四五條一項），蓋此供担保之權利，其性質雖爲從權利，然究爲物權，而且債權人往往因信賴担保物而未及時行使權利，故爲此例外規定，以固担保物權之效力，而保護債務人之利益也。關於抵押權及留置權，是否亦包含法定抵押權（例如民法五一三條）及民法第四四五條所定留置權在內，解釋上有二說，主張否定說者爲丁堡(Derburg)，主張肯定說者爲卜朗克(Panck)史韜丁格(Staudier)及赫特邁(Oertman)，余則以肯定說爲是。

利息及其他定期給付之各期給付請求權，其已經消滅時效之部分，則不能復就担保物取償（民法一四五條二項），蓋每期已屆請償期之分期給付，債權人不妨按期獨立行使，而且其消滅時效之完成較基本權利一般爲早也。又依民第八六一條及第八八七條規定，抵押權及質權所担保者爲原債權及利息，然此爲担保範圍之規定，如利息之請求權已經過五年期間而消滅，則其消滅之部份，不問原債權是否因時效而消滅，均不得就担保物取償。

第七節 消滅時效利益之拋棄

時效之利益，不得預先拋棄（民法一四七條），蓋若許於時效完成前拋棄時效之利益，則時效制度等於虛設，有害於社會公益，故一般為各國民法所不許。於時效進行前，如為拋棄則其拋棄為無效，於時效進行中如單對於經過之期間為拋棄，則為有效，可視同承認，有中斷時效之效力，如對於將來進行完成之時效為拋棄，則為預先拋棄不生效力。於時效完成後是否得為拋棄，一般學說皆謂為有效，我民法雖無明文，然依規定之反對解釋，自應許其拋棄。

拋棄時效之利益者，債務人不受時效利益之意思表示，即拒絕履行之抗辯權之拋棄也。拋棄得依單獨行為或契約為之，其性質為要相對人之意思表示，故應對於因時效完成受不利益之當事人為之。拋棄既為意思表示，故應適用關於意思表示之規定。此意思表示之方法，得為明示或默示。拋棄須有拋棄之意思，故非對於時效之完成有認識，則不得謂為拋棄。於時效完成後支付所欠之利息或請求延期之行為，如債務人知時效之完成而為之，則為拋棄，如債務不知時效之完成而為之，雖不得謂之拋棄，然依其情形仍可適用第一四四條第二項之規定。不可不注意者，時效利益之拋棄與拒絕給付抗辯權之不行使不同，拋棄則失時效之利益，不得再為抗辯，而抗辯不行使，則他日不妨行使之。

設問

一、民法規定時效，其理論如何，消滅時效與取得時效，是否均有中斷，其中斷之原因如何，試詳述之。

- 二、消滅時效與除斥期間，其性質及效力，有何不同。
- 三、何種權利得爲消滅時效之客體，物權亦可因時效而消滅否。
- 四、離婚請求權之性質如何，是否得羅時效而消滅（民法一〇五三條）。
- 五、物上請求權是否得羅時效而消滅，有肯定與否定兩說，究以何說爲是，試就民法規定以對。
- 六、請求權中有不因時效而消滅者，其理由如何，試臚舉以對。
- 七、消滅時效期間，民法所定者有幾種，當事人得以法律行爲加長或減短否。
- 八、消滅時效何時間開始進行，試就各種情形，分別述明之。
- 九、抗辯權，得阻止消滅時效之進行否。
- 十、時效期間之終止與時效之完成，其意義有無區別。
- 十一、時效之中斷與時效之未完成，其性質及效力有何區別。
- 十二、試述消滅時效中斷之事由及其應視爲不中斷之情形。
- 十三、告知訴訟，如何可發生中斷時效之效力，試設例以對。
- 十四、何謂消滅時效中斷事由之終止，試就各中斷事由，分別述其時期。
- 十五、我民法所定時效之未完成與外國所謂時效之停止，有區別否。
- 十六、試述時效未完成之事由及其構成要件。
- 十七、試述消滅時效完成之效力及其限制。
- 十八、主權利之請求權已因時效而消滅者，從權利如尙未罹時效，是否隨之而消滅，試設例以對。

十九、時效完成後債務人對於債務所爲之承認，其效力如何，債務人知時效之完成而爲之與不知時效之完成而爲之，其效力有不同否。

二十、法定代理人對於未成年人所爲法律行爲之承認，債務人對於債務之承認（民法二一九條），與債務人對於請求權已罹時效之債權以契約所爲承認（民法二四四條），其間有何不同。

司法院解釋

一、債務人之逃避，債權人不得以此爲請求權消滅時效中斷或妨礙中斷之事由（廿八年四月一九日）。

二、每週年付息一次之利息請求權，應以每屆週年之末日爲其可行使之起算時期，如以一訴請求數年利息，其未逾五年之部分，自不因時效而消滅。

三、執行名義上債權人之請求權，雖已罹時效而消滅，執行法院仍應依聲請予以執行，惟債務人將提起異議之訴（民國廿五年五月一日）。

四、不動產所有權之回復請求權，應適用民法第一二五條關於消滅時效之規定（民國二十八年一月十八日）。

五、對期償還，屆期付清利息，雙方即認爲繼續借貸之契約，乃給付有確定期限之債權，倘屆期未付本息，其請求權之消滅時效適用民法第一二五條，利息適用第一二六條（民國二十四年二月十九日）。

六、普通債權之定有給付期間或以一債權分數期給付者，不包括在民法第一二六條所載其他定期給付債權之內（民國二十四年三月四日）。

七、民法第一二六條所載定期給付債權，係指與利息等同一性質之債權而言，至第二二九條內稱給付有確定期

限之債權，乃爲普通債權定有期限之一種，二者性質迥異（民國二十四年正月二十六日）。

八、股東對於公司每年應分派之股息紅利，如於接受公司通知後有積欠不來領取或自變更住址，致公司通知無從送達，均屬自己之過失，若從可行使請求時之日起業已經過五年不爲請求，應認其請求權已因時效而消滅，至時效消滅後所得之利益，當然屬於公司財產（民國二十五年四月八日）。

最高法院判例

一、民法第七百七十條所定之取得時效，不以原所有人之所有物返還請求權消滅時效業已完成爲要件。取得時效完成時，原所有人即喪失其所有權，其所有物返還請求權當然繼之消滅，自不得更以消滅時效尙未完成請求返還（二十二年上二四二八號）。

二、民法所定之消滅時效，僅以請求權爲其客體，故就形成權所定之存續期間，並無時效之性質。契約解除權爲形成權之一種，民法第三百六十五條第一項所定六個月之解除權存續期間，自屬無時效性質之法定期間（二十二年上七一六號）。

三、共有物分割請求權，爲分割共有物之權利，非請求他共有人同爲分割行爲之權利，其性質爲形成權之一種，並非請求權，民法第一百二十五條所謂請求權，自不包含共有物分割請求權在內（二九年上一五二九號）。

四、民法第一百二十五條所稱之請求權，包含所有物返還請求權在內，此項請求權之消滅時效完成後，雖占有人之取得時效尙未完成，占有人亦得拒絕返還（二十八年上二三〇一號）。

五、某商號以供給農民豆餅肥料及其營業，其所供給豆餅肥料之代價請求權，自不得謂非民法第一百二十七條第八款所列之請求權，縱令此項代價約明俟農產物收穫時附加利息償還，亦仍不失其商品代價請求權之性質，不能據此即謂係以貨物折算金錢而為借貸（二十九年上一一九五號）。

六、債權未定清償期者，債權人得隨時請求清償，為民法第三百十五條所明定，是此項請求權自債權成立時即可行使，依民法第一百二十八條之規定，其消滅時效應自債權成立時起算（二十八年上一七六〇號）。

七、為民法第一百二十九條第一項第一款所稱之請求，雖無需何種之方式，要必債權人對於債務人發表請求履行債務之意思，方能認為請求（二十九年上一四八九號）。

八、民法第一百二十九條第一項第二款所稱之承認，為認識他方請求權存在之觀念表示，僅因債務人之一方行為而成立，無須得他方之同意，此與民法第一百四十四條第二項後段所稱之承認須以契約為之者，其性質迥不相同（二十六年上卅二號）。

九、債務人就其債務支付利息，實為包含認識他方原本請求權存在之表示行為，自應解為對於原本請求權已有默示之承認（二十六年上三二號）。

十、以支付金錢為標的之債務人，因無金錢清償，將所有之田，交債權人收取租金，抵償利息，自係對於債權人承認請求存在之表示，該請求權之消滅時效即因而中斷（二十八年上字二三七〇號）。

一一、民法第一百四十四條第一項規定時效完成後債務人更拒絕給付，是消滅時效完成之效力，不過發生拒絕給付之抗辯權，並非使請求權當然消滅，債務人若不行使其抗辯權，法院自不得以消滅時效業已完成即認請求權已歸消滅（二十九年上一九五號）。

一二、保險契約定要保人未於拒絕賠償請求後三個月內起訴，其請求權即消滅者，依民法第一百四十七條及第七十一條之規定自屬無效（二十六年鄂上三五七號）。

一三、民法第一百四十四條第一項之規定，於民法第一千一百四十六條第二項所定繼承回復請求權之消滅時效，亦有適用，故此項消滅時效完成後非經回復義務人以此為抗辯，法院不得據以裁判（二十九年上八六七號）。

一四、債務人於時效完成後所為之承認，固無中斷時效之可言，惟民法第一百四十七條僅就時效利益之預先拋棄加以禁止則於時效完成後拋棄時效之利益，顯非法之所禁，債務人知時效完成之事實而為承認者，其承認自可認為拋棄時效利益之默示意思表示。時效完成之利益一經拋棄，即回復時效完成前之狀態，債務人不得再以時效業已完成拒絕給付（二十六年上渝三五三）。

第七章 權利之行使

權利之行使，謂依權利所賦與之力之一切活動享受行為，審判上或審判外之權利實行行為及權利之處分行為屬之。權利之行使有一定界限，逾此界限，則為權利之濫用。法律於一定之條件，容許為維持自己之利益依自己之力，對於他人之權利加以攻擊，即其行為不為違法。其出於自衛之態度者，為自衛行為（*Verteidigung*）。其出於攻擊之態度者，為自助行為（*Selbsthilfe*）。自衛行為，又可分為正當防衛（*Nothwehr*）及緊急避難（*Nothstand*）。民法仿德民之例，於總則之末特附設一章，名為權利之行使，其內容為（一）權利濫用之禁止（民法一四八條），（二）自衛行為即關於正當防衛及緊急避難之規定（民法一四九條一五〇條），及（三）關於自助之

規定（民法一五一條一五二條）

第一節 權利濫用禁止

權利之行使，不得以損害他人為主要目的（民法二四八條），此為權利濫用之禁止（*Schikanenverbot*）。原來權利之行使，依個人主義則於權利範圍之內，認為絕對自由，國家毫不加以干涉，然近來法律趨於社會化，認權利之行使應不及於社會之利益，權利之行使不獨為權利人之權利，並為其義務德民新憲法第一五三條規定「所有權包含義務，其行使應顧及公共利益」即此義。我民法亦基於此原則，除本條外於民法各編，分別規定債權之行使及債務之履行，均應依誠實內信用方法（民法二一九條）。當事人如以不正當行為阻止其條件之成或促其餘條件之成就時，則視為已成就或視為不成就（民二〇一條）。因權利之行使於權利人之利益甚少而不許者，例如民法第二六四條第二項之規定，第三五四條第一項之規定第四九四條之規定。解除權行使之限制，例如解除契約顯失公平者，買受人只行請求減少價金（民法三五九條）。原狀回復義務之減輕，例如回復顯有重大困難者，應以金錢賠償損害（民法二二五條）。同一理由承攬人如修補所需費用過鉅者，得拒絕修補（民四九三條）。在雙務契約及僱傭契約，當事人所得或應得之利益或故意怠於取得之利益，均應扣去（民法二六七條四八七條）。他如出租人留置權之限制規定（民法二五二條），利息限制之規定（民法二〇五條），分期或緩期給付之規定（民法三一八條），賠償責任減輕之規定（民法二一七條二一八條），無過失責任之規定（民法一八七條三項一八八條二項）等等，皆對於權利行使直接或間接加以限制也。關於物權，則此種規定亦甚夥，第一所有權之行使應在法令限制之範圍以內（民法七六五條），不動產所有權惟於其行使有利益之範圍內及於地

之上下，如他人之干涉不礙其所權之行使者，不得排除之（就法七七三條），民法第七七四條至八〇〇條關於相鄰權或其他之規定，在在限制所有權之行使。即於親屬繼承兩編，亦不乏此類之規定」。所謂不得以損害他人為主要目的，較德氏所定不得專以損害他人為目的者，適用範圍為廣，須以損害他人為主要目的，故其權利之行使雖知有害於他人而不以之為目的者，不在此內，蓋權利之行使，對於受權利行使之他人，一般皆有損害，而行使人亦非不知，惟因權利之行使對於他人之損害較之自己所得之利益為大者，當不在限制之範圍。有加損害於他人之意思與否，雖為主觀之問題，然其權利之行使於自己無益，而於他人有害，或自己所得利益極小而於他人損害莫大者，通常可視為有加損害於他人之目的。其毫無目的全不合理之行為，亦在所不許。所謂損害，不以財產上之損害為限。權利人所欲加以損害之人，無須與實際上受損害之人或應受損害之人為一致。

此項規定，惟限制權利之行使，非限制權利之內容，違此規定之權利行使，為違法。法律上當然違法，無待於當事人之抗辯，故依當事人所陳述之事實有此要件之存在的，法院應依職權採用之。如關於要件之存否有爭執時，相對人有舉證之責，但以損害他人為主要目的非可直接證明，惟證明足以推知其目的事實為已足，蓋權利之行使一般應視為正當也。對於濫用權利之行為，得依民法第一四九條之規定為正當防衛。對於他人之權利加以侵害者，並應負賠償責任（民法一八四條）。如因權利之濫用繼續受損害者，得請求除去之。依德國最高法院判例，禁止競爭營業契約之主張，權利人現雖不為該營業，如非可確定其將來不再於受營業競爭影響之地域內為營業時，不得謂為權利之濫用，余則以為苟現未為營業，則應有此規定之適用。同判例更謂所有人對於第三人無權使用其物之抗爭，雖其使用當時對於所有人無害，然所有人有向將來維持其所有之自由之利益，故不得謂為權利之濫用，然依我民法第七七三條規定，「如他人之干涉無礙其所有權之行者不得排除，」及民

法第七九二條規定「土地所有人因鄰地所有人在其疆界或近旁營造或修繕建築物，而有使用其土地之必要，應許其使用」則亦有未可盡如此解釋。同判例認為權利之濫用者，則有下列各例，（一）對於定做之物以其絕小之疵瑕，而拒絕受領，有反於誠實信義者（二）被告人為借款以其一定數目字之股票為質，於被請求清償時，雖其股票已變為全無價值而請求返還其原數字之股票，（三）父對於其所仇視之子禁止進入其子之母所埋葬之園，（四）出賣人對其出賣物品之瑕疵已顯為除去，而仍為解約之行爲。

第二節 自衛行爲

第一款 正當防衛

正當防衛者，對於現時不法之侵害爲防衛自己或他人之權利，所爲之行爲也。（民法一四九條）其要件及要點如左：

一、須有侵害：侵害須加於一定之權利，其爲生命、身體、自由、名譽、所有權或其他權利，在所不問。對於一定契約上義務之損害，亦得爲侵害。義務之不履行，雖不能爲積極行爲，但不行爲義務之違反行爲，得爲侵害。對於占有之侵害，亦包含在內。其以占有爲權利無否，爲別問題。被侵害人之允許，不能阻止侵害之存在，但依其情形，得不違法。

二、須爲現在之侵害：侵害須不爲過去的，亦非將來的，但侵害不以已發生損害爲必要，只以其侵害實際上已開始爲已足。對於將來之侵害所爲之防衛手段，以於將來侵害到來的始生效用者爲限，得容許之。

三、須爲不法之侵害：占有人其占有物被侵害者，其取回之行為不爲不法（民法九六〇條二項）。緊急避難及自助行爲，正當防衛行爲，皆不爲不法，故對於因此種行為所生之損害，不得主張有爲正當防衛之狀態，但對於官署及官吏之違法行爲，得爲正當防衛。又所謂不法乃指客觀的不法而言，侵害人有無過失，在所不問。對於有精神病人或未成年人所爲不法侵害之防衛，亦非不許，但動物非爲權利義務之主體，不得爲不法之侵害，是以動物之侵害屬於民法第一五〇條所定緊急避難之範圍。然動物苟爲人利用以爲侵害之手段，而動物之被傷害係爲侵害人財產之損害者，亦屬正當防衛之範圍。

四、須對於侵害之防衛：須爲對於侵害之防止，非爲對於因侵害所已受損失之報復，但爲防衛之目的，依其情形，亦得爲攻擊行爲。

五、防衛行爲以防止自己或他人權利之侵害實際上所必要者爲限：必要與否，乃客觀的狀況，而非被侵害人之主觀的意見，如有多數防止之方法，則應擇其損害之較輕者，但依其情形非可強其如此者，不在此限。至於因防衛行爲所加於侵害人之損害，大於或異於因侵害對於被侵害人所得生之損害與否，或其比例如何，苟有必要，皆非所問。故對於所有或占有之侵害如無其他手段可以有效防止，則殺傷攻擊人亦非所不許，然爲因防衛僅少之利益，而與侵害人以莫大之損害有失平衡者，有時得爲權利之濫用，應依民法第一四條之規定負損害賠償之責。依耶捏克色兒斯（Ehrlich）之主張，對於故意之侵害雖可逃避然無逃避之必要，對於過失之侵害或有精神病人之侵害，如可逃避，則應逃避之，然侵害由於故意抑或由於過失，被侵害時是否得爲認定，不無疑問。

六、須防衛自己或他人之權利：不獨被侵害人得防衛侵害，第三人亦得爲之。防衛他人之權利所爲之行爲，又

稱緊急救助 (Nothilfe)，亦為正當防衛也。有疑問者，為防衛公共危險之犯罪，是否亦屬於正當防衛之範圍，應以肯定說為是。例如壅塞水路是以引起洪水危險之行為，或賣國之行為，對其侵害得許人人為防衛。為緊急救助人如因防衛行為受有損害者，對於被侵害人得依民法第一七六條規定請求賠償。對於侵害人則以損害係為其所加者為限，得請求其賠償。

七、正當防衛不以為防衛之人認識其在防衛之狀態為必要：在於防衛狀態與否，為客觀的情事，故未成年人或有精神病人，不妨為防衛行為。

八、防衛行為以對於不法侵害之反擊為限：防衛行為雖其手段為違法行為，不負賠償責任，即使違法行為成為非違法。其違法性係因其行為直接為法律所禁止抑或係違反法律行為之義務，在所不問，例如物之出，賣人對於買受人欲以力強奪其占有之舉動，為防衛所為之行為，致物被損而未逾防衛程度者，對於買受人不負責任，然侵害須應非由被侵害人故意所引起，如被侵害人以侵害他人為目的，故意造成使其得為防衛之狀態，則被侵害人自己實為侵害人，不得謂為非違法。有疑問者，防衛行為是否惟對於侵害人之關係阻却其違法性，抑對於一般皆有此效力，即為防衛侵害人之被侵害，是否得對於他人加以損害，例如為防衛甲之不法之侵害，而破壞乙之所有物之行為，即所謂攻擊的緊急行為 (Aggressive Nothandlung)，是否為正當防衛，依日本民法第七二〇條第一項但書之規定，則為正當防衛，德國民法第九〇四條特規定「物之所有人如他人對於其物之干涉為防止現在之危險所必要，具其急迫之損害數之因干涉對於所有人所生之損害其鉅時，無禁止其干涉之權利，所有權人得請求賠償因干涉所生之損害，」故不含於正當防衛觀念之內。依瑞士民法第五二條第二項規定，則為緊急避難。自我民法之規定觀之，亦應於屬於民法第一五〇條

所定之範圍。

九、防衛行爲須未逾越必要程度：逾越必要程度之行爲，謂之防衛適當 (Notulphreess)。依刑法規定，得減輕或免除其刑，然刑法上雖不處罰，不必爲民法上賠償責任之解除。超過必要程度之防衛行爲，仍應負賠償責任。其是否有過失，在所不問。至於誤想的防衛行爲 (Putativwehr)，即誤以有防衛狀態之存在而爲防衛行爲，其是否應負賠償責任，應依侵權行爲一般原則，即以其誤想防衛狀態之存在有無過失以爲斷。

十、舉證責任：主張其行爲係出於正當防衛，應證明正當防衛要件之存在。

十一、正當防衛之狀態是否與被侵害人以防衛之權利，有肯定與否定兩說，柯那 (Kohler) 謂爲由人格權所流出之權能。

第二款 緊急避難

緊急狀態或緊急避難 (Nothstand) 可分爲攻擊的緊急狀態與防禦的緊急狀態 (aerfahrlicher Nothstand) 亦稱物之防衛 (Sachwehr)，謂對於發生危險之物之本身加以毀損，例如鄰人之房屋被焚，破垣而入救火，以避免火延及之危險。攻擊的緊急狀態 (agressiver Nothstand)，謂對於未關於危險之物加以毀損 (但對於侵害人之物加以毀損，則屬於正當防衛之範圍)，例如爲雷所逐，而破扉躲避。

關於緊急避難之範圍，各國立法頗不一致，在德國民法則關於攻擊的緊急避難另有規定 (德民九〇四條)，不包含在內，而以防衛的緊急避難爲限。日民則以攻擊的緊急避難，包含於正當防衛之內，其範圍亦以防禦的緊急避難爲限。依瑞士債務法，則防禦的及攻擊的緊急避難，皆包含在內。然上述各國民法，皆以對於物之

損害爲限，對於他人之生命身體加以傷害，則在所不許。依我國民法之規定（民法一五〇條），則無此限制，與刑法所定者同其範圍，但損害之程度定有限制，爲財產上之利益自不許傷害他人之身體，民法上緊急避難之觀念，以我國所定之範圍爲最廣，故對於由物直接發生之危險，得破毀其物自不待論，對於侵害人所用爲攻擊武器之物加以毀損或因逃避危險而毀損他人之物，即使用他人之物以爲防衛行爲，因而毀損其物者，亦包含在內。又危險不以由物所生者爲限，而所加之損害，亦不以物爲限。

緊急逃難，與正當防衛不同者，有三點，即（一）前者之對象爲急迫之危險，後者之對象爲現時不法之侵害，（二）緊急逃難所加之損害常對於他人，而正當防衛所加之損害爲對於侵害人，（三）因緊急避難所得避免之損害不得大於其所加於他人之損害，而正當防衛則無此限制。

關於緊急避難之要件及要點述之如下，

一、對於行爲人或對於他人須有急迫之危險，其危險對於生命抑或對於財產，在所不問，但民法列舉自己或他人之生命身體、自由、則名譽信用等，不包含在內。危險無須爲現在，但須緊急出現，爲除去危險有毀損之必要，例如貓潛入他人離院，如依第一般經驗小雞將被咬死，雖貓尙未爲攻擊，如有必要，即將貓射殺，亦非所不許。此點與正當防衛有別，危險須爲急迫，其危險之發生由於物之本身或由於事變，抑或由於人爲，在所不問。例如動物向人攻擊，係自動抑或爲人所唆使，並無區別。何謂急迫，則須按客觀的情形定之。

二、須爲避免危險所爲之行爲，即須以避免危險爲目的之行爲，但無責任能力之人，亦不妨爲之。

三、須爲逃避危險所必要之行爲，如危險可由他方法避免，則不得爲毀損之行爲，例如前臨奔逸之馬可躲以逃

者，不得殺傷之，但用其他方法應使被危險之人犧牲自己之物者，不在此限。

四、所加之損害或未逾越程度，在正當防衛為防衛小價值之物，得毀壞侵害人高價之物，而在緊急逃難則須權衡所加之損害與危險所能致之損害。一般人之生命、身體應視為高於物之價值，人之自由為物之危險所臨者極少，然為極短期自由之剝奪，而毀損他人之高貴之物，得視為逾越程度。為逃免輕微之傷害而損壞他人之貴重物者，亦同。依德國民法，而者相衡有過鉅之情形，始為所不許。依我民法則所加之損害不得逾越危險所能致之損害，否則仍須負賠償責任，其有過失與否，在所不問。例入牛入他人之菜圃，其菜蔬雖有被害之危險，然不得因而殺之，又此價值之比例，為客觀的事實，被危險之人有認識與否，在所不問。五、危險發生須非由於行為人應負責任之行為，如因行為人之過失引起危險，其毀損行為雖不違法，然應負賠償責任。因其行為並非違法，故其賠償責任，非基於侵權行為，乃基於民法第一五〇條第二項規定。行為人之責任，無關於其毀損發生危險物之行為，蓋此行為並非違法，故其毀損行為有無過失，不為問題，惟就行為人對於危險之發生有無過失以為斷，如行為人依通常之注意應預知其行為足以引起危險之發生時，則為有責任，例如依一般經驗，若如此激犬或牛，則足以引起危險，然須行為人本身負有責任，如他人引起危險，則行為人不負賠償責任。他人為避免被危險人之危險而為毀損之行為，則以其危險係為其所引起者為限。負賠償責任。其危險縱由被危險人所引起者，不能使其負責。行為人以外之人引起危險之發生，是否應負賠償責任，則以是否因其故意或過失而引起行為人之毀損行為以為斷，即應依民法第一八四條之規定負其責任。危險之發生如應由被危險人負責者，則因逃免所為之行為，係他人所為抑係由其本人所為，均應由被危險人負賠償之責。

(註)行爲人因避免危險而毀損他人之物，因而受有損害者，是否得對於物之所有人或他人請求賠償，則不可一概而論。如損害係由動物所致者，適用民法第一九〇條之規定，如由他人土地之建築物所致者，適用民法第一九一條之規定，其他由他人之物所受之損害，則應依侵權行爲之規定，即以所有人有無過失以爲斷。

六、對於無責任能力者之行爲或對於由第三人用以爲攻擊工具之人，是否得爲緊急避難，依德民之解釋，刑罰上雖不處罰，然在民法仍爲違法，行爲人如具備侵權行爲之要件，則應負責任，蓋德民以毀損發生危險之物爲其範圍，然依我民法則無此限制，故解釋上得爲緊急避難。

七、對於他人緊急逃難之行爲，仍得主張緊急逃難，然對於合法行爲不得主張緊急避難，例如因逃避依法之逮捕，而加害於第三人之權利，自所不許。

八、關於緊急避難是否爲權利，應與正當防衛同論，其舉證責任亦相同。誤想的緊急避難 (Putative Necessity) 是否應負賠償責任，應以其誤想有無過失以爲斷，此點亦與正當防衛同。

第三節 自助行爲

以私力確保自己權利之實行，爲自助行爲，其合於民法所定要件者，不負賠償責任（民法一五一條），蓋請求國家之保護，由起訴以至於強制執行完畢，爲期甚長，易失時機，即假扣押及假處分有時亦嫌遲緩，難期有效，故特許自助行爲，以補其不足。得爲自助行爲者，爲權利之本人，其他可與本人同視者爲其法定代理人或其委任代理人。民法除一般承認自助行爲外，依第四四七條，第六一二條，第七九一條第二項，第七九五條

，第九六〇條等之規定，於一定條件之下，分別承認自助行為者，亦不少。

一、自助行為之要件

1. 須不及受官署援助：即不得及時請求法院或其他該管官署之援助，如被請求之官署不當拒絕其請求，而對於上級機關難期其於適當時期為更正之決定者，亦具備此要件。聲請援助如因聲請之方式不合被批駁，而其補正非可及時為之者，則自助亦為許可，蓋自助以於其行為時不及請官署之援助為必要，至於其前曾得及時為之與否，在所不問。

2. 須因保護自己之權利：須有權利之成立，其內容如何在所不問，但須以得起訴之請求權並得強制執行者為限，故夫妻同居之請求權或因勞務契約要求給付勞務之請求權，不許自助行為，蓋自助行為為代替國家援助之性質，如為法律所不許者，不得為之。同此經確定判決廢棄之請求權，不得依自助行為實行之。如請求權有抗辯權之對立，而其義務人已行使其拒絕給付之權者，自助行為亦在所不許，但請求權僅付有期限或條件者，除因其實現之可能遠在將來而無現在財產上之價值者外，自助行為為非所不許。

3. 須非其時為之則請求權不得實行或其實行顯有困難：不得實行，例如債務人在本國無財產，而欲逃往外國。所謂實行困難，不包含訴訟上之遲延在內，債務人有為無支付能力之虞或有為假扣押之原因，亦不為自助之理由，但請求權之實現雖將為不可能，而仍得為損害賠償之請求者，不妨為自助行為，蓋權利人得要求其請求權之履行，而無自甘於損害賠償之義務也。苟備此要件，其危險雖權利人與有過失，並無影響，例如因權利人之經率對於素不知識之人為借貸，然不因此而不得為自助行為。

4. 自助行為所用之手段須適於其請求權之實現：請求權之內容得為金錢之給付其他行為或不行為但為實現其請

求權所用之手段則不無限制。

(一)對於財產爲押收或毀損：押收財產，以其請求權得爲強制執行或得爲假扣押者爲限。依民事訴訟法第五一八條規定，假扣押以債權人就金錢請求或得易爲金錢請求之請求，爲保全強制執行者，得聲請之，故請求權非以金錢或得易爲金錢之給付爲目的者，不許依自助行爲押收財產。又財產不得爲強制執行者，除其請求權在該物之給付者外，亦不許押收，蓋依官署之援助尙不得爲之行爲，權利人更無爲之權利也。毀損行爲雖不受上述之限制，然以適於防禦其請求權之實行爲不能或顯有困難者爲限，例如爲保全以他人忍受行爲爲目的之請求權之實行所必要，而毀損其物。不可不注意者，押收之財產以屬於債務人所有者爲限，其係他人之物爲債務人所保管者，不得押收之。得押收或毀損他人之物，以緊急逃難行爲爲限。

(二)拘束自由：拘束自由，得爲債務人身體之拘束或爲其抵抗之除去。(一)依德民之規定義務人有逃亡之虞時得拘束其身體，故只爲防止義務人隱匿其財產不得爲之。又應以爲保全財產上強制執行所必要者爲限(德民訴九一八條)，故爲強制義務人之行爲或不行爲，不得爲之，例如罷工之工人不得爲使其工作之目的而拘束之。我民訴無關於人的保全假扣押之規定，然依管束民事被告人暫行規則，則債務人有逃亡之虞命其提供担保而不提供者，亦得爲管收之原因，故解釋上與德民並無異。有逃亡之虞而得拘束其身體者，例如無錢飲食或爲躲避，而故晦其所在之人。(二)抵抗之除去，爲對於有忍受義務人所爲之自助行爲，例如義務人應容許他人由其他引水或爲通行而爲妨害之行爲，則權利得排除之。排除行爲以排除妨害所必要者爲限，但殺害之行爲雖義務人身體之拘束爲不可能時，亦在所不許

。如請求以人之交出爲目的者，則得爲自助之目的將其人取出（強制執行法一二八條二項）。

5. 行爲須以自助爲目的：然爲自助所爲之行爲，苟具備其他要件，則雖權利人自信以爲不法，亦不因之而爲違法。

二、自助行爲後應爲之處置（民法一五二條）

1. 爲物之毀損者，於行爲後無須請求援助。

2. 扣押他人財產，如不聲請強制執行，則應聲請假扣押（民訴五一八條），但爲恢復其已成立權利之原狀（強制執行法一二三條），則於自助行爲後無須請求援助，例如所有人由盜取回其物，父由無權而扣留其未成年之子之人取回其子。又如收有收取孳息權利之人，排除所有人之反抗而收取其孳息者，無須聲請援助。

3. 於拘束債務人身體之自由時，則須依民事被先人管束規定或依強制執行法第二二條規定，聲請管束或管收，將債務人移送法院。依德民訴第九一八條規定「人的保全假扣押（*Personliche Sichermaßnahmen*）以對於債務人財產之強制執行有危險，爲保全其執行時爲限，始得爲之。」我民訴未有此規定，將來民事被告人管束規則，如因容納於強制執行法之內而被廢止，則似應於民訴假扣押之章增加相當之條文，以資應用。如權利人隔離法院甚遠而當地有警察官署，則應請其援助，將債務人移送法院，但排除債務人抵抗之行爲，例如權利人對於有一時忍受義務之人，依自助行爲一時強其忍受，則無聲請援助之必要。

應聲請援助而聲請被駁回或其聲請遲延，則行爲人應負賠償責任。聲請如被駁回即應負賠償責任，至於行爲人對於自助之要件所爲之誤認有過失與否，在所不問（德民二二二條）。駁回之裁定，於裁定確定時始生效力。聲請如遲延則亦不問行爲人有無過失，苟客觀上有遲延爲已足，德民解釋，如聲請遲延則依一般之原則負

其責任，卽有過失則應負責，然民法則直接規定其有此責，應解爲無過失之責任。行爲人如遲延聲請而不釋放債務人或不返還押收之物時，債務人得請求損害賠償並得請求法院強制其履行，如具備自助之要件，亦得爲自助行爲。

設問

- 一、民法對於權利之行使，有何限制規定（民法一四八條二一九條）。
- 二、對於濫用權利之行爲得爲正當防衛否，又此行爲人應負何種責任。
- 三、自衛行爲與自助行爲，其區別何在。
- 四、試述正當防衛之要件及其效力。
- 五、正當防衛與緊急避難之區別何在，試就民法之規定以對。
- 六、牽牛以踐人之田而奪之牛，其行爲是否過分。
- 七、牛入他人菜圃正在嚼菜，是否得射而殺之。
- 八、對於無責任能力者之行爲，得爲正當防衛或緊急避難否。
- 九、對於他人緊急逃難之行爲或對於合法行爲，得爲緊急逃難否。
- 一〇、何謂攻擊的緊急行爲，有謂之爲正當防衛，有謂之爲緊急逃難，應以何說爲是。
- 一一、未成年人或精神病人，得爲正當防衛或緊急逃難否。
- 一二、緊急逃難可不負賠償責任，其要件如何。

- 一三、緊急狀態有攻擊的緊急狀態與防衛的緊急狀態之分，其意義如何，試舉例以明之。
- 一四、試述自助行為之要件及其效力。
- 一五、夫對於妻，得以私力強其同居否。
- 一六、自助行為，如何情形，得用何種手段，試就他人之自由或財產、分別以對。
- 一七、自助行為後應為何種處置，始可免負賠償責任。
- 一八、對於自助行為人，得為自助行為否。

(附)參考書

- 1. Plancks Kommentar Zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1913
- 2. Staudingers Kommentar Zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1912
- 3. Oertmann, Kommentar Zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1908
- 4. Erneceerus, Kirp V. Woeff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
- 5. E. Gödman und L. Oienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, 1903
- 6. Konrad Kosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts
- 7. Egger, Escher, Hoel, Oser, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1930
- 8. Rosset, el Menqja, Manuel du droit civil suisse
- 9. A. Ehrenzweig, System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts, 1925

10. Marcel Planiol, Traite elementaire de droit civil, 1928
11. B. E. Achewitch et B. Noïdey, Traite des droit civil et Commercial des Soviets, 1933
12. Frund, Das Zivilrechts des Sowjetruslands, 1924
13. Edouard Jenks, Digeste de droit Civil anglais, 1913
14. 民法註釋 總則編 中島玉吉
15. 民法總則 法律行爲乃至時效 鳩山秀夫
16. 民法總則 穗積重遠
17. 民法總論 我妻榮
18. 民法總論 鳩山秀夫
19. 中華民國民法 總則 中華民國法制研究會

民法原論總則勘誤表

本書非印時，適值本局由滄溟遷運業，匆促趕工，致有誤植之處，特為勘正如次。

頁	行	字	誤	正
目錄七			第一行後脫漏「六行」	假裝條件：……一八四
三	一一		Institutiones	Institutiones
	一一		Justinianus	Justinianus
一一	六		Rechtsfindung	Rechtsfindung
	七		Begriffjurisprudenz	Begriffjurisprudenz
一二	八	一五	將事實	將來事實
一五	六	一〇	之質	之本質
	六	二八	(客觀說)。	<small>(主觀說)。有謂權利者，法律不保護之利益也。Justinus主張之(客觀說)。</small>
一六	一六	三七	行為狀態也。	行為之狀態也。
一七	六	一	BorBordea nruux	Bordeaux
	八	三八	即如有權	即如所有權

	一二	一三	而法之強要義務	而法律之強行義務
一九	一〇	二	其	基
二一	二	四六	債	債
二二	二	三八	目	自
二五	一五	六	伍廷芳	伍廷芳
二六	九	一〇	公市	公布
三六	五	四〇	行有得其道	行不得其道
四一	五	一	(27) 以上……	<small>(27) 質權人就轉質所負之賠償責任(民法八九一條)以上……</small>
	一〇	四〇	得減輕賠償	得減輕賠償
四二	七	三七	(民法四七條)。	(民法七四條)。
	一三	二七	已成就	已成就
四三	七	三〇	所權	所有權

六	四		Heidt Macht Mundig	Heirat Macht Mundl
	一四一二	吟吟		呱呱
	六二八	應請		應經
	三二六	但以		俱以
五七	一一四	師行		銀行
五五	二二二五	已定		已足
五四	五二四	如日民(三一條)	如日民(三一條)	如日民(三一條)
五一	六一	胎兒母體		胎兒由母體
四六	一一一〇	弄能		弄到
	一〇一八	遷折		遷拆
四五	二二二	一一一二條		一一二三條
	五	三九靜的安全分之別靜的安全之分別		
四四	一一五	(民法四六九條)	(民法六四九條)	
	一一一六	(民生七二條)		(民法七二條)

一一一	二二七	設主	設立
一〇九	九四一	中國事務所設	中國設事務所
一〇六	七二九	第五五條	第五五條
九一	二一七	事務所所在地	事務所所在地
	一六二一	無權能力	無權利能力
八八	九三七	十五內	十五日內
七七	一三四四	蓋然疑義	蓋無疑義
七二	一五一六	五五六條	五六四條
七〇	一五四	實用	適用
六八	二四四	請賠償	請求賠償
六六	六三七	是否	是否
	一一二二	情形	精神
六三	四三四	第五九一條	第五九三條

二二二二	三一五	契定	約定
二二二一	一六一	比	此
二二二七	九一六	膳，應	膳產
二二二四	五	權利	權利人
二二二三	一三四	法律爲	法律行爲
二二二二	六四四	悔而生張	悔而主張
二二二三	一一七	(2)	(3)
二二一一	一六一	條)	一條)
二〇〇八	九三	行之	行爲之
二〇〇四	一五三四	無	立
二〇〇三	一三三五	以對於相對之債權 與相對人自己	以對於相對人之債權 與相對人對於自己
二〇〇二	八三〇	粵民	奧民
一九八二	一〇	復代理人	複代理人
一九四一	一三九	即示以本人之名 義	(衍文)

二四八三	四一	丙造	兩造
二四七一	一三四一	丙造	兩造
	一七二〇	民五〇四條	第五〇四條
	一〇七	現行事	現行民事
	七四一	謂所之	謂訴之
二四六七	二四	解釋土	解釋上
	一一九	第抵二押權	第二抵押權
二四五	一二七	效加	效力
二四一一	一〇二三	第三項	第二項
二四〇一	一五一	時期間	時效期間
二三八	一二五	利息、租金	利息、紅息、 租金
二三七一	一六二八	因爲	同爲
二三六一	一二三	次	權
二三四一	一六二一	吾久	吾又

一四七	二二二	不能有效	不能爲有效
一四六	一四八	及	反
一四一	四九	第一款	第十一款
一四〇	三〇	之定也。	之規定也。
一三六	八一	，交換	，以交換
一二八	九八	定記	登記
一二二	四三九	民之	民法之
	一〇三三	移動	移轉
	九四三	移動	存在
一二一	九二八	移動	移轉
一一〇	一四三八	須用依物法	須依物之用法
一一七	一〇一	，收益	，與純爲收益
一一三	二二三	之	爲
一一二	二五九	自的	目的

一八六	一三二	七日	曆日
一八一	一一四	條件附	附條件
	七一六	租賃	租賃
	四二二	表有時	表示有時
一七七	三二八	與記名證券	無記名證券
一七二	二八	除斥	除斥
一七一	一五二	規「	規定：「
一七〇	七一〇	排斥	排斥
	一四一六	程度量之	程度量之
一六六	一〇八	德民二九條	德民一一九條
一五八	八四一	爲：區別	爲之區別
一五四	九三一	代理之	代理人
一五三	一四九	與利益	與以利益
一五〇	八四三	法定理人	法定代理人

二六〇	一二三四	其回承或	撤回其承認或
二五六	七二四	能力之	能力人之
二五五	一五二二	經過棄	經拋棄
	九三三	所剩剩時限	所剩餘時效
	三二四	須。經過	須經過
二五四	二四三	比	此
二五二	一〇二二	兩爲	丙爲
	一五四一	指	皆
	一三九	自送達達到起	自送達到達時起
二五二	八三二	裁定時	裁定確定時
二五一	九二四	駁回	駁回
二五〇	五六	(訴)	(民訴)
	一二三九	債力	效力
	八一〇	調時	調解時

二七三	二二八	防衛適當	防衛過當
	一六三	其	甚
	一五二七	具	且
二七二	二一八	是	足
二七一	二二八	間	問
	一二二六	無否	與否
二七〇	四二三	(三)	(三)
	一二六	(就法)	(民法)
二六九	一一四	所權	所有權
	八三	餘	(衍文)
	七四七	成或	成就或
二六八	五九	及於	反於
	一五二六	更拒絕	得拒絕
二六六	一一五	及其營業	爲其營業

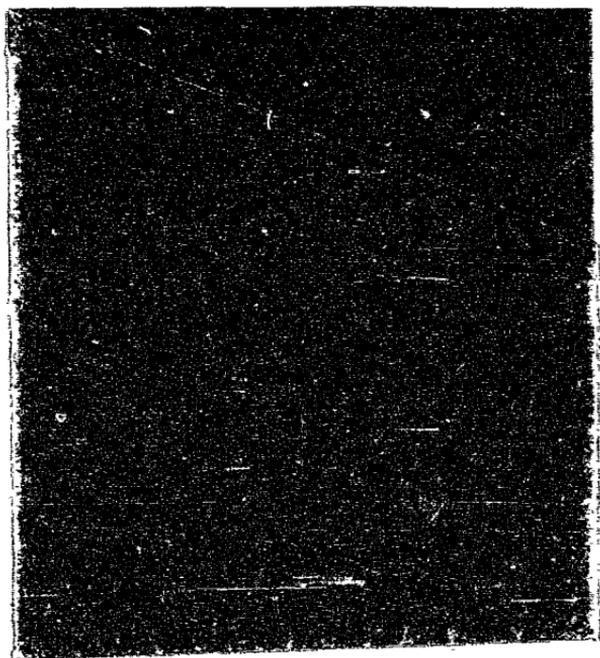
George Y. Lee U 13540
 Political Science Department
 Huhun University
 Oct 23. 1946. \$30,000-

二七七		二七五	二七四
一三	六	五	二二
九	三三	一七	一一
包舍	例入	而者	雞院
包舍	例如	兩者	雞院

	二八〇		二七九
	七	一二	九
	一四	八	二〇
	區別	強執行法	被先人
	區別	強制執行法	被告人



湖北省圖書館藏
 舊書資料



中華民國三十五年十一月初版

法學叢書

民法原論總則 (全一册)

定價國幣四千五百元

(外埠酌加郵運包裝費)

版權所有
不准翻印

著者 史尚寬

主編者 中華民國法學會

發行人 陶百川
上海福州路三一〇號

印刷者 大東書局

發行者 大東書局

發行所 大東書局
上海福州路及各省市

