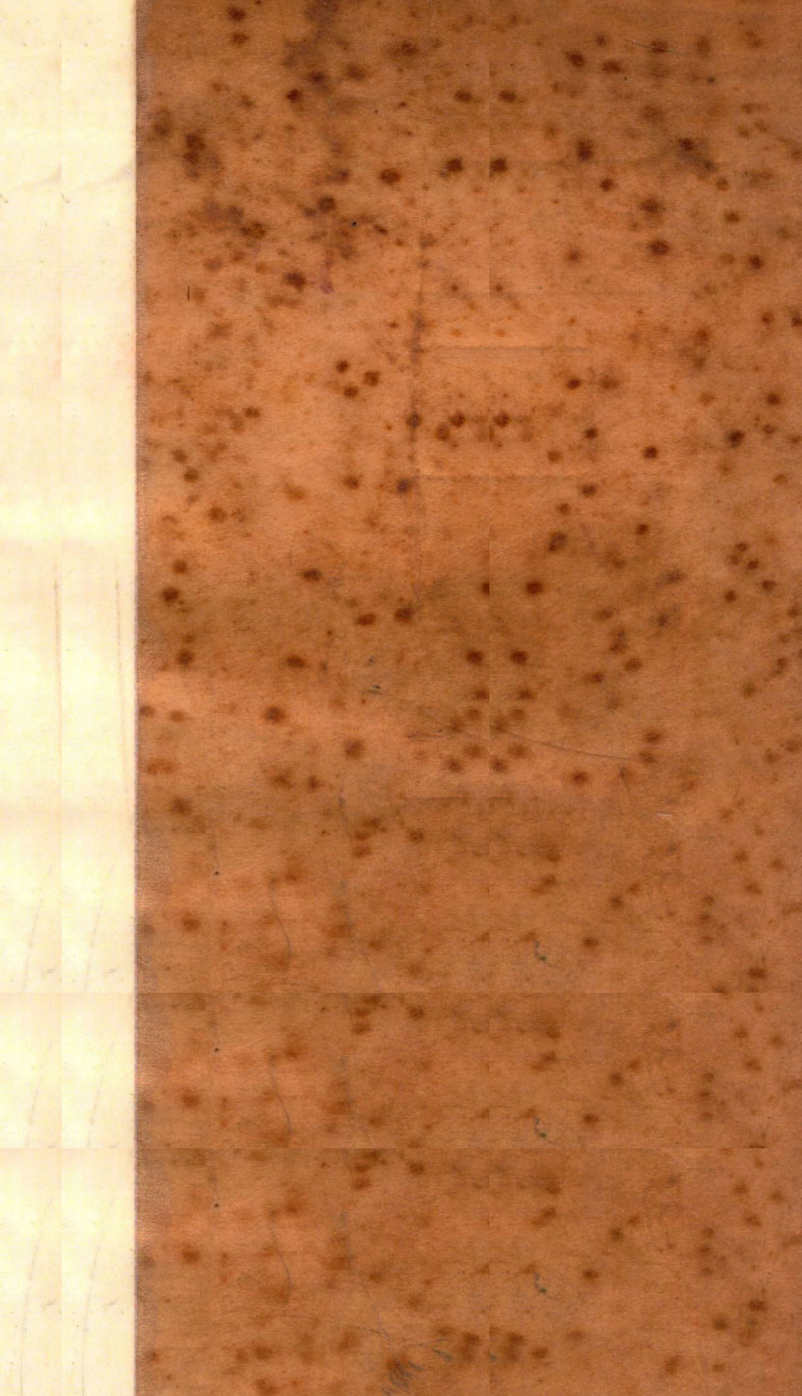


中華民國二十二年四月初版

民法要論

(總則)

著者 孫觀圻



民法要論

(總則)

*Onsien
1962*

中華民國二十二年四月初版

定價大洋伍角

著者 無錫 孫觀圻

印刷者 華新印刷局

天津東馬路六吉里內

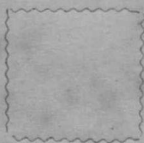
電話五局三三八

天津宮北通德里

發行者 孫觀圻律師事務所

電話二二四六二

版權
所有
翻印
必究



民法要論（總則）序

民國二十一年三月一日爲吾母八十誕辰國難方急不敢循俗例徵文以爲紀念並念西俗有著書以爲紀念者遂發願草兩書一則追述先人之言行可以示後昆者於去歲已付剞劂名曰今日生齋甲集一則以職務上之關係於民法爲著述之嘗試即此民法要論是也

昔德意志諸邦屢遭法國拿破崙之蹂躪後聯軍告捷教授齊蒲氏思欲挽回國勢特著一書題曰「德意志普通民法之必要」其言曰德意志回復與勃興之長策在編纂日耳曼民族共通之法典使全民族服從同一之法律享有同一之權利民族統一當賴法律統一而完成自此論出積學者之研求與政治家之計劃卒於二十世紀之第一日見德意志民法之施行彼時所謂一民族一帝國一法

律之理想之實現也吾國今日之國難遠過昔時之德意志而民法適新見施行不佞復得而據以爲著述之嘗試竊不自量亦欲於民族統一法律統一之實現上圖涓埃之助而以此爲國難之紀念焉

曰民法要論則知作者之意欲以簡單之文詞說明民法之原理而論之爲體尤不僅限於解釋故立法上之得失比較亦時及焉作者之技術能否副所理想不敢必也望讀者有以教之

此書既付印除印刷費外擬以售價捐助於慈善事業倘有再版之機會將以其捐數公告於讀者

民國二十二年四月

目次

緒論

第一章 民法

第一節 民法之意義

第二節 民法之法源

第三節 民法法典

第四節 民法之效力

第五節 民法之解釋

第二章 民法上之權利及義務

第一節 民法上之權利

第二節 私權之分類

目次

目次

第三節 民法上之義務

本論

第一編 權利之主體

第一章 人（自然人）

第一節 權利能力

第二節 行為能力

第三節 住所

第四節 失蹤與死亡宣告

第五節 自然人之人格保護

第二章 法人

第一節 法人之本質

第二節 法人之權利能力

第三節 法人之行爲能力

第四節 法人之種類

第五節 法人之設立

第六節 法人之住所

第七節 法人之機關

第八節 社團之社員

第九節 章程之變更及補充

第十節 法人之監督

第二節 法人之解散

第三節 外國法人

第二編 權利之客體

第一章 物之意義

目次

目次

第二章 物之種類

第三編 權利之得失變更

第一章 總論

第二章 法律行為

第一節 法律行為之意義

第二節 法律行為之種類

第三節 法律行為之一般成立要件

第四節 法律行為之方式

第五節 意思表示

第一款 意思表示之意義

第二款 真意留保

第三款 虛偽之意思表示

第四款 錯誤

第五款 詐欺

第六款 脅迫

第七款 意思表示之效力發生時期

第八款 意思表示之受領能力

第九款 意思表示之解釋

第六節 代理

第一款 代理之意義

第二款 代理之意思表示之效力

第三款 代理權之發生原因

第四款 代理人之權限

第五款 復代理

第六款 代理權之消滅

第七款 無權代理

第一項 總說

第二項 表見代理

第三項 狹義之無權代理

第七節 無效及撤銷

第一款 無效

第二款 撤銷

第三款 承認

第一項 承認之性質

第二項 承認之效力

第八節 法律行為之附款

第一款 條件

第一項 條件之意義

第二項 條件之種類

第三項 條件之成就

第四項 附條件法律行為之效力

第二款 期限

第一項 期限之意義

第二項 期限之種類

第三項 附期限法律行為之效力

第一日期限屆至之效力

第二日期限屆至前之效力

第四項 期限之利益及其喪失

目次

第三章 期間

第一節 期間之意義

第二節 期間計算法

第四章 消滅時效

第一節 消滅時效之意義

第二節 時效制之理由

第三節 消滅時效之期間

第四節 消滅時效之效力

第五節 時效之中斷及其效力

第六節 時效之不完成

第四編 權利之行使

第一章 總論

第二章 權利濫用之禁止

第三章 正當防衛緊急避難

第四章 自助

法律之定義 法律是規範人類社會生活之行為的強制規則也。法律以人類
為主作是為人類而設立非為其他物類之規範。曰法律以人類社會生活為背景
(三) 法律乃對於人類行為之規則而有強制性者。此乃法律與道德及宗義并現今
不同之處

目次



第二節 民法之法源

民法之法源爲成文法與不文法與其他之法律無異成文法中爲民法之法源者爲法律與命令不文法中則爲習慣法

一 法律 現行民法法典依法律之形式制定

二 命令 在民法中關於一定之事項有許其以命令規定者此即所謂法律之委任故民事事項亦有以命令規定者（民二六條前段七六五條七七三條）

三 習慣法 習慣法之要件如下

（甲）習慣之存在 同型之行為永久反覆至可認爲社會則或社會規範之程度時爲習慣

（乙）法的認識 法的認識或稱法的必要觀念即國民以習慣爲法的社會則之認識故如認爲宗教上道德上之規範者不成立習慣法

（丙）內容不背於公共秩序或善良風俗 民法第二條

（丁）須爲法律所認或法律所未規定之事項 在前之情形習慣法之適用先於法律此爲習慣

法優先的效力民法雖未如日本法例第二條特定此種法源然有散見於各條者如民法中關於土地之規定此例甚多（民七七六條七七八條七八四條三項七八五條三項七八六條三項八零零條一項但書八三四條一項但書八三八條但書八五零條）在後者為習慣法補充之效力（民一條）民事法律所未規定者依習慣無習慣者依法理（民一條）法理並非法源按瑞士民法第一條第二項於法律及習慣法均不存在時規定可『依裁判官自為立法人時所當定之法規裁判之』又德民法學者但倫蒲魯希謂立法者專從事物之性質而制定法律其立法理由之基礎即置於此事物之性質上苟法律有不備時則回溯立法之基礎而求得理由依之裁判此當然之理也云云是所謂法理可解為事物之性質裁判官自為立法人時所當據以為立法理由之基礎者是也

第二節 民法法典

民法法典為政府公布以為普通私法法規之公文即中華民國十八年五月二十三日公布同年十月十日施行之民法第一編（總則）十八年十一月二十二日公布十九年五月五日施行之民法第二編（債）第三編（物權）與十九年十二月二十六日公布二十年五月五日施行之民法第四編（

親屬）第五編（繼承）是也

民法法典編纂法有兩種一爲羅馬式編纂法其民法分爲人事編財產編訴訟編亦稱三編分類法一爲德意志式編纂法分總則物權債權親屬繼承爲五編亦稱五編分類法我現行民法法典採後之編纂法

民法與民法法典有區別民法法典不含有實質上意義之民法全部且有時却包含有公法的性質之規定如習慣法存在於民法法典以外是爲前例民法第三十三條之罰則與第二百二十七條之程序的法則是爲後例

第四節 民法之效力

民法之效力謂民法之適用範圍

一 關於時之效力 民法適用於其施行中所發生之民事其在民法施行前發生者原則上不適用民法之規定（參照民法總則施行法一條）此即不遡及之原則不遡及之原則除美國因有憲法規定認爲立法上之原則外餘僅以爲法律適用上之原則我民法總則施行法於法律適用上亦例外認

遡及效（例如民法總則施行法三條）

二 關於人及處所之效力 民法因國家人民主權之結果不問所在如何適用於中華民國人全部又因領土主權之結果不問中華民國人與外國人適用於在中華民國領土內之人此原則也惟此原則於涉外案件實際上頗感不便故各國均定有例外認在國內有外國法之適用我法律適用條例第五條以下之規定亦其例也凡關於涉外關係所有私法適用之問題為國際私法學之對象

第五節 民法之解釋

法律之解釋謂確定法律之意義（即內容）所謂法律即法律自身並非立法者之意思故法律之草案理由書起草委員之紀錄議案之說明等屬於立法資料者均不足拘束解釋家之意見解釋家能擴張解釋之範圍適應社會之需要正以此也

解釋分有權解釋與學理解釋前者以新法律確定既存法律之意義後者又分為文理解釋與論理解釋文理解釋依法文之字義而解釋法律論理解釋則斟酌法文全體之組織與他法文之關係立法之目的及法律制定之沿革以為解釋之材料論理解釋當與文理解釋並行

第二章 民法上之權利及義務

第一節 民法上之權利

權利者得享受特定利益之法律上之力也。蓋人爲營社會生活計，對於人物及其他生活資料之關係，有享受諸種利益之必要，法律保護此關係，並以享受此利益之力歸屬於個人，而權利生焉。

第二節 私權之分類

私權可依各種標準分類，其重要者如左：

一 絕對權及相對權 絕對權謂以一般人之不可侵義務爲其成立要素之權利，相對權謂以特定人之義務爲成立要素之權利。物權爲前者之典型，債權爲後者之典型。

二 財產權親族權繼承權人格權及社員權 此分類以爲權利內容之利益爲標準。

（甲）財產權 *Droit de Patrimoine* 以經濟的利益爲目的之權利，爲財產權。民法第一九九條如解爲將債權之範圍

擴充於財產權以外，則財產權仍可解爲以經濟的利益爲目的。

財產權復分下列各種：（子）物權 *Real* 此爲以就物享受一定之利益爲內容之絕對權。（丑）債權 *Derecho* 此

為對於特定之人要求其為特定行為（作為或不作為）之相對權以屬於財產權者為主（寅）無創始性
體財產權此為在精神的製作上之權利如著作權特許權意匠權商標權等皆是以上三種不足盡財

產權之種類此外尚有鑛業權漁業權等又形成權中有財產權之性質者亦不少

(乙) 親族權 *Droit de famille* 謂從親族關係所生之權利於此關係其以支配他人為內容者為絕對權以要求

他人之行為為內容者為相對權 *Droit relatif*

(丙) 繼承權 民法上所謂繼承權有兩種意義一為繼承開始後繼承人所有之權利是為狹義

之繼承權一為繼承開始前其得為繼承人者所有之權利（民一一四零條）後者本為一種之希望

法律保護此希望故以為期待權或希望權而使有權利之性質

(丁) 人格權 *Droit personnel* 人格權有兩種意義或謂係以保護人格為內容之包括的權利或謂係以各個之

人的利益為目的之各個權利在前者人為權利主體法律認知而保護之為純粹的靜的法律上之地

位稱為權利實不適當惟後者為人格權

生命權身體權自由權名譽權姓名權營業權等皆屬於人格權

(戊) 社員權 爲社團法人之社員者就法人有種種之權利總括之爲社員權此即團體之一員因其爲團員而有之包括的權利雖從此流出債權如利益配當請求權之類然社員權自身並非債權乃係特種之權利以參與社團之事業爲其本質

三 支配權請求權形成權及抗辯權 此分類以權利之作用爲標準

(甲) 支配權 此謂直接支配權利客體之權利非如請求權其享受權利目的之利益必須介入他人之行爲也物權爲支配權之典型無體財產權亦爲支配權親族權中有爲支配權者（如親權）亦有屬於請求權者

(乙) 請求權 此謂要求他人行爲（作爲或不作爲）之權利其主要者爲債權（此外尚有從物權生出之請求權如因物權之侵害而請求損害賠償所謂物上請求權是也）

(丙) 形成權 此謂因一方之意思表示而發生一定之法律效果之權利例如取消權解除權是

(丁) 抗辯權 對於請求權法律予債務人以拒絕請求之權利此反對權即爲抗辯權亦可爲請求拒絕權

四 一身專屬權與不專屬於一身之權利 此分類以權利與其主體之關係爲標準

五 獨立之權利及從權利 從權利謂與他權利有從屬關係之權利反之獨立之權利即無此從屬關係

從權利與權能有別權能爲一個權利之內容之分子例如所有權人之使用權收益權處分權皆屬權能而非爲權利

第三節 民法上之義務

義務謂應爲一定之作爲或不作爲之法律上之拘束或縛束權利與義務以相對立爲常態然有例外如取消權解除權並無與此對立之對務

民法要論（總則）

緒論

第二章

民法上之權力及義務



本論

第一編 權利之主體

得享有權利之資格（法律上之地位）爲權利能力而有此資格者爲權利之主體

權利之主體爲人人又分爲自然人與法人在羅馬法有爲自然人而不能爲權利之主體者如奴隸是也現代之法律不認此種制度凡自然人固非可無法律而爲權利之主體法人亦並非單純爲法所製作

第一章 人（自然人）

第一節 權利能力

法律上人類皆有權利能力如外國法認爲奴隸者其奴隸至我國亦認爲權利主體

一 權利能力之始期

權利能力始於出生（民六條）出生者謂從母體分離而爲能獨立生存之人之事實也分離母體

時雖以非死產爲必要然生活能力與生育能力之有無則非所問其形態與普通人有異亦屬無妨至定出生之時期學說中以全部脫出說及獨立呼吸說爲最有力而尤以採後說者爲多即以自己之肺臟爲呼吸時認爲開始獨立之生存也

因權利能力始於出生故胎兒不能爲權利之主體然若貫徹此原則則胎兒不免受不當之不利益故立法多認例外或就特定之情形如繼承遺贈損害賠償等保護胎兒之利益如德法日民法是或爲一般的規定胎兒以將來非死產者爲限關於其個人利益之保護視爲既已出生如我民法第七條是（參照瑞民法第三一條第一項惟瑞民法認胎兒有權利能力不僅保護其利益如扶養義務等亦當由胎兒負之）

（二）權利能力之終期

人之權利能力終於死亡（民六）死亡爲人之權利能力消滅之唯一原因

死亡爲生活之絕對的消滅呼吸及心臟之鼓動絕止之時即爲死亡之時期死而復蘇者實未嘗死亡權利能力不因之中斷

同遇難者如爲近親其孰先死亡於繼承有影響我民法仿德民法（二零條）瑞士民法（三二條）規定二人以上同時遇難不能證明其死亡之先後時推定其爲同時死亡（民一一）

三外國人

外國人指無我國國籍者而言無我國國籍者雖無其他國籍（無國籍人）亦爲外國人又有我國國籍者雖同時有外國國籍（二重國籍人）亦爲非外國人關於外國法人民法總則施行法第一一條與第一二條別有規定故同法第二條所謂外國人不包含外國法人

關於外國人之權利能力立法上有四主義即限制主義條約相互主義法律相互主義及平等主義是也民法總則施行法第二條規定外國人於法令限制內有權利能力是於平等主義中參用限制主義者限制外國人之權利能力其著者見於土地所有權礦業權等皆源於公益上之必要

第二節 行爲能力

第一款 概論

行爲能力謂爲法律行爲之能力換言之即法律上之地位適於由自己之意思表示使法律行爲有效

成立之謂關於不法行為能力民法第一八七條有其規定或稱爲責任能力與行為能力有別又行為能力與意思能力亦有區別意思能力爲心理上之能力非如行為能力之爲法律上能力故有意思能力者未必即有行為能力而有行為能力者有時或失其意思能力也（參照民七五條後段）

人以有行為能力爲原則然因年齡智能及精神身體等關係有當認其全然無此能力者如未滿七歲之未成年人（民一三條一項）及禁治產人（民一五）是也有當限制其能力者如滿七歲以上之未成年人（民一三條二項）是也（參照民一三條三項）

第一款 未滿七歲之未成年人

滿二十歲爲成年（民一一條）有完全行為能力而在未成年前立法例有分爲數段之階級以定能力之程度者（德奧等國民法）亦有不分階級者（日法等國民法）民法第十三條第一項第二項分未成年人爲滿七歲與未滿七歲二種是即屬於前例

年齡之計算方法有以年計算者有以月計算者（日本明治六年第三十六號布告現已廢止）有以日計算者民法規定自出生之日起算（民一二四條一項）如民國元年十二月一日出生者至民國

二年十一月三十日之終止爲滿一歲

未滿七歲之未成年人無行爲能力（民一三條一項）無行爲能力人其意思表示無效（民七五）由法定代理人代爲意思表示並代受意思表示（民七六條並參照九六條）未成人之法定代理人爲父母（民一零八六條）或監護人（民一零九八條）孰爲監護人依民法親屬編之規定（民一零九一條以下）

第二款 禁治產人

一 心神喪失或精神耗弱致不能處理事務者法院得因一定之人之聲請宣告禁治產（民一四條一項）受批宣告者爲禁治產人法律上設此制度所以保護禁治產人同時又警告與禁治產人爲法律行爲者

二 禁治產宣告之要件有屬於實質者有屬於形式者

實質的要件爲心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務心神或精神狀況法院當訊問鑑定人（民訴法五六五條）惟鑑定人所述爲醫學上之見解在法上律其人是否已不能處理自己事務即

關於宣告禁治產
之程序及民事訴訟
法規定五九三條以下

對於自己行爲之效果有無判斷之能力則由法院裁判之

形式的要件爲有下揭各人之一之聲請（一）本人（在心神或精神回復中得自聲請）（二）

配偶（三）最近親屬二人

三 禁治產人應置監護人（民一一一零條）得爲監護人之人及其職務權限親屬編有規定（民

一一一一條以下監護人爲禁治產人之法定代理人（民一一一三條一零九八條）禁治產人之意

思表示無效由監護人代爲意思表示並代受意思表示（民七五條七六條九六條）

禁治產之原因消滅時應撤消其宣告（民一四條二項）宣告之撤銷必須由得聲請禁治產之人

聲請（民訴法五八零條）其程序詳民事訴訟法

第四款 滿七歲以上之未成年人

一 民行爲能力與否如依年齡而爲劃一的區別雖可圖貿易之安全然未滿二十歲者其行爲若概

認爲無效亦不便於實際之生活故法律規定滿七歲以上之未成年人有限制行爲能力（民一三條

二項）

第一方面之意
二 限制行為能力人其法律行為原則上應得法定代理人之允許（民七七條前段）否則所為之

單獨行為無效（民七八條）所訂立之契約在未經法定代理人承認前不生效力（民七九條）法

定代理人之允許學說上稱為能力補充權即使限制行為能力人得完全為有效行為之權限此權限

在法定代理人以自己之名義行使故與其代理權有別

限制行為能力人單獨為法律行為而有效者如左

（甲）純獲法律上利益或依其年齡及身分日常生活所必需者（民七七條但書） 純獲法律

上利益如訂契約而受無負擔之贈與是日常生活所必需如英國法所謂必要品是未成年人購入必

要品之契約英國法認為有效

（乙）處分法定代理人允許處分之財產（民八四條） 法定代理人允許處分財產有定處分

之目的者有不定者在前者未成年人僅得於指定目的之範圍內處分之而在後者則可以自由處分

至許可全財產之處分等於無能力之解除法所不許

（丙）法定代理人允許獨立營業者關於其營業之行為（民八五條） 滿七歲以上之未成年

人往往智能已經發達允許其獨立營業足使歷練世情而增補生計為計良得營業之意義較商業為廣凡以營利為目的之一切事業皆屬之惟其前後之行為須有繼續的連絡若個個無連絡之營利行為不能謂為營業又限制行為能力人就其營業有不勝任之情形時法定代理人得將其允許撤銷或限制（即一部之撤銷）之

三 限制行為能力人已結婚者有行為能力（民一三條三項瑞民一四條二項同）故限制行為能力人乃為滿七歲而未結婚之未成年人

民法第980條規定男滿七歲女滿十六歲始得結婚

第五款 限制行為能力人之相對人之地位

限制行為能力人未得法定代理人之允許所為之單獨行為無效所訂立之契約在未經法定代理人承認前亦不生效力斯固所以保護限制行為能力人然其相對人亦有保護之必要民法第八十條至第八十三條即所以保護相對人也

一 與限制行為能力人訂立契約之相對人得催告法定代理人確答是否承認（民八零條一項）

此項催告得定一個月以上之確答期限於期限內法定代理人不為確答者則可認定其對於法律關

係有確守未訂契約前情狀之意思故視為拒絕承認（民八零條二項）

催告在性質上屬於意思通知（其意義詳第三編第一章總論）其行為之效果雖亦為一種之法

律效果然其效果不以行為人知之而又欲其發生為必要故謂為法律行為或意思表示未免錯誤惟

法律關於意思通知並無規定當就關於意思表示之規定為類推適用

二 與限制行為能力人訂立契約之相對人於限制原因消滅後得催告其確答是否承認（民八一

條二項） 本項情形準用第八十條規定可參照前之說明所異者此催告乃對於行為人為之也

三 限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者其法律行為

為有效（民八三條） 凡言用詐術在限制行為能力人須有詐欺之故意自不待言在解釋上其詐

欺須有積極之方法僅僅告人以自己為有行為能力人或已得法定代理人之允許尚不能達於用詐

術之程度又在法文上雖未明示相對人須有誤信然如相對人未有誤信則亦無保護理由

四 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（民八二條前段） 限制行為

能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約為效力不確定之行為若僅許限制行為能力人一方

有以承認確定其效力之權利未免失平故法律亦許其相對人於未經承認前得撤回之但訂立契約時已知其未得允許者不在此限（民三八條二項德民一零九條）

第三節 住所

住所者以久住之意思所住一定之地域也（民二零條一項）或稱以永居之意思住於一定處所以為生活本據者（前大理院民國七年抗字第一號判例）其意義亦同即為一般生活關係之中心之處所也

吾人與其所在處所之關係約分三種一以久住之意思住居於某處所此處所為住所二以一時滯在

之意思留滯於某處所此處即為居所三為自己之身體所在之處所此處所為所在地住所之要件一

為久住之意思二為接續住居之事實

住所所有法定住所及任意住所之別法定住所依法令之規定而定例如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（民二一條）妻以夫之住所為住所贅夫以妻之住所為住所

（民一零零二條）是也此外各人可任意選定住所即為任意住所

例如有于若平時期內仍返還之意思者仍不失為有久住

永居 intention 契約

現要件

住所的教頭

一人能否同時有兩住所立法例頗不一致德民法（七條二項）認數個之住所瑞士民法（二三條

二項）規定不得同時於數多之處所有住所日本民法無規定而學說則僅認一個之住所我民法亦

採一個住所主義（二零條二項）蓋久住之意思雖不必限於一處所然關於人之一般的生活關係

就其為基礎之處所亦以限定於一個為較當

住所非特在事實上與吾人之生活有重要之關係且有法律上之效果在民法為定債務清償地之標

準（民三一四條）在民法以外之法律或為訴訟法上定普通審判籍之標準（民訴法十五條）

五條等）或為票據行為之處所（票據法一七條二一條五項六項等）或為免國際私法上準據法

之一標準（法律適用條例二條二項六條二三條四項等）或為國籍法上歸化及國籍回復之要件

（國籍法四條六條七條一七條等）

住所所有無可考者其居所所視為住所（民二二條一項）所謂住所無可考包括有住所而不可知及無

住所兩種所謂其居所所視為住所非以居所為法定住所意謂就住所所認之法律效果一切均就居所

認之（參照法律適用條例二條二項）又在中國無住所者不問中國人與外國人並不問在外國有

無住所應就在中國之居所認有住所之法律效果但依法須依住所地法者不在此限（民二二條二款）此固國際法上之原則民法規定之期免生疑問耳又國籍法上有以在中國有住所為要件者此時不能以在中國之居所視為住所亦不待言

住所之法律效果如前所述然關於法律行為如與當事人之住所相隔太遠未免不便故因特定行為得選定居所關於其行為視為住所（民二三條）

第四節

失蹤與死亡宣告

失蹤即其人為其家屬之住所而音訊

關於失蹤人有二種情形法律有設規定之必要失蹤不久將來有回歸之希望者須保護其財產兼以保護與為交易者之便利又其失蹤已久不能望其回歸者當推定其為死亡藉以確定種種之法律關係民法第十條規定失蹤人失蹤後未受死亡宣告前其財產之管理依非訟事件法之規定（例如設置財產管理人）即對於上述第一期之失蹤人而言關於死亡宣告之規定則為第二期之失蹤人而設按法國民法無推定失蹤人死亡之規定僅使繼承人為財產之假占有或進而為確定占有有我民法中死亡宣告係採用德國及瑞士之立法例

第一卷 第一冊 第一頁
第一卷 第一冊 第一頁
第一卷 第一冊 第一頁

民法上得爲死亡之宣告者其情形分爲三種（民八條）

一失蹤人失蹤滿十年者

二失蹤人爲七十歲以上並失蹤滿五年者

三失蹤人爲遭遇特別災難並失蹤滿三年者

得向法院聲請爲死亡之宣告者爲利害關係人利害關係人謂因死亡之宣告而受影響者例如配偶繼承人債權人等是也死亡宣告之聲請專屬失蹤人住所地之第一審法院管轄聲請後法院在宣告前之程序即爲公示催告程序對於失蹤人或知失蹤人之生死者應予以六個月以上之期間催告其將生存或所知生死之事實陳報法院如不陳報即爲死亡之宣告其詳可參考民事訴訟法之第六百廿九條以下受死亡之宣告者推定其爲死亡惟推定爲何時死亡立法例頗不一致約分三主義（一）於宣告時推定爲死亡之主義（與國民法舊規定）此主義之缺點在死亡時期常因請求及裁判之遲速而受影響（二）於有最後之音信時（普通失蹤）或危難發生時（特別失蹤）推定爲死亡之主義（瑞民三八條）惟最後通信之日爲生存之日不能即以爲死亡之時而以危難發生時爲標準雖近於

事實而法律效果遡及之期間又不免失之過長故此主義亦難採用（三）於判決內所確定死亡之時推定爲死亡之主義（德民法一八條一項）民法探第三主義至判決內所確定死亡之時應爲失蹤期間滿了之時即爲民法第八條各項所定期間最後日終止之時（惟德國民法於特別失蹤仍以危難發生時爲死亡時）但有反證者不在此限（民九條）

死亡宣告之效力爲法律上推定其爲死亡在事實上經宣告死亡之人有尙生存者亦有確定亡故之時不當者有法律上利害關係人得提起撤銷死亡宣告之訴（民訴法五九六條）法院如認爲有理由應爲撤銷死亡宣告之判決

法院撤銷死亡宣告或更正死亡之時之判決爲形成判決有遡及既往之效力惟若絕對守此原則往往致利害關係人受不測之損害故當有左之例外（民訴法六零零條）

一 於判決確定前以善意所作之行爲不受影響 例如失蹤人之配偶與他人更爲婚姻或其承繼人

人售賣承繼財產者如雙方均係善意並不失其效力是也

二 因死亡之宣告取得財產者如因該判決失其權利僅於現受利益之限度內負歸還財產之責

例如財產已經消費之部分無歸還之義務因之無賠償責任又毀損之部分照現狀歸還亦無賠償責任也

以上所述民法上關於死亡宣告之規定於民法施行前失蹤者亦有適用民法總則施行前已經過民法總則第八條所定失蹤期間者得即為死亡宣告並應以民法總則施行之日為失蹤人死亡之時（民法總則三條）

第五節 自然人之人格保護

自然人之人格保護各國民法總則鮮有規定我國民法第十六條至第十九條為關於人格保護之規定係仿瑞士民法

權利能力與行為能力一係得享有權利之資格一係為法律行為之資格均為靜的法律地位而非權利謂為人格權本未適當惟於人格權之保護關係甚為密切其影響於社會之公益者亦大故民法對於二者規定不得拋棄（民一六條瑞民二七條一項）權利之規定如拋棄權利能力全部而為奴隸或拋棄行為能力而濫置監護人皆法所不許

本論 第一編 權利之主體 第一章 人（自然人）

二六
財產

人格權謂以各個（非包括的）之人的利益爲目的之各個權利申言之即有社會的利益而與人格有不能分離之關係者如生命身體貞操名譽自由信用姓名等權利是也民法第十八條有兩項規定（一）人格權受侵害時得請求法院除去其侵害此在瑞士民法上爲不作爲請求權之一種（二）前項情形以法律有特別規定者爲限得請求損害賠償或撫卹金所謂特別規定如民法第一九四條第一九五條第一項對於種種非財產上之損害亦許其請求賠償相當之金額是也至因此而發生財產上之損害則請求賠償無須特別規定又侵求除去侵害法律不以侵害之由於故意與過失爲要件而請求賠償或撫卹金則須合於故意與過失或其他侵權行爲之要件即民法第一八四條以下所規定者

民法總則對於人格權中之自由權姓名權特設規定以保護之

（甲）自由權之保護 私權以得自由處分爲原則惟自由雖亦私權之一若許拋棄則關係公益

民法特禁止之又自由雖得加以限制但以不背於公共秩序或善良風俗者爲限（民一七條瑞民二七條二項）

(乙) 姓名權之保護 姓名權受侵害者得請求法院除去其侵害並得請求損害賠償(民一九

條並參照瑞民法二九條德民法一二條)關於姓名權之損害賠償不必備故意過失及其他侵權行

為之要件此與一般之人格權有別又本條關於損害賠償之規定亦即民法第一八條第二項所謂特

別規定

第二章 法人

第一節 法人之本質

法人之法律地位與個人權利之區別 法人之法律地位與個人權利之區別 法人之法律地位與個人權利之區別

法人權利義務之範圍 法人權利義務之範圍 法人權利義務之範圍

關於法人之本質自十九世紀後半紀以來為學者所論爭有數多之學說茲撮要而評論之

(一) 法人否認說

此說不認法人有人格對於法律上所謂權利主體之法人認為因一定的目的而存在之一定的

財產(目的財產說)又或本於權利利益說以實際上之利益享受者為權利主體(享益者主

體)本論 第一編 權利之主體 第二章 法人

權利能力而已
法律之意定創造法律規定之法人有人格亦非就其既有之事實予以確認為法律之規定自始人

本論 第一編 權利之主體 第二章 法人

體說) 或本於權利意思說以管理法人財產者為權利主體(管理者主體說) 此等否認說在

我成文法上不能採用

(二) 擬制說

此說謂權利之主體以自然人為限非自然人而為權利之主體者由於法律之擬制此說之缺點

在將自然人與權利主體之觀念混同謂自然人以外無權利之主體其前提已屬錯誤

此說分為二種

(甲) 有機體說 此說亦稱團體人格說於個人意思之外認團體意思又於自然的有機體之外

認社會的有機體法人之實體即為社會的有機體而具有團體意思者故法人係實在惟為法律論而

以有機體為權利主體之根據頗受非難

(乙) 組織體說 此說以法人之實體為適於為權利主體之組織體此實體存在即法人為實在

此說之中關於權利之本質傾向於利益說者就法人之組織體亦謂有意思組織之存在其共同利益

應予保護反之以權利之本質為法律上之力者其主張法人實在之理由不外謂有足認具有此力之

Système de fiction

Système de la réalité des personnes

價值之人在以
意思組織並有足認其具有此力之社會的價值後說為近時多數說以足享受法律上之力之組織體
係上之根據也
係因与價值之身為法人之實體
應不若忽視

第二節 法人之權利能力

權利能力存在之理由法人與自然人間原則上本無差異惟有左之制限

社會生活中心者人以外法人亦能用其組織獨立社會作用
亦有權利能力之條件社會價值法人在法律上之根據
也係因与價值之身為法人之實體
應不若忽視

(一) 由於法令之制限 民法第二十六條前段規定法人於法令限制內有享受權利負擔義務之

能力權利能力本由法律所認故法律得限制之自不容疑關於自然人中之外國人法律亦有同

樣之規定(民總施二條)

(二) 由於性質之制限 法人與自然人性質不同故法人不能有專屬於自然人之權利義務(民

二六條但書瑞民五三條) 例如法人無身體故以身體之存在為前提之權利法人不能享受申

言之即以身體之存在為前提之人格權(身體權及以身體的自由為內容之自由權)及親族

權均不能享受是也反之如不以身體之存在為前提之人格權(名譽權及以精神的自由為內

容之自由權)則法人亦可享受遺產繼承權在理論上法人亦得享受但現行法不認之(民一

關於執行職務之範圍其後亦有謂此法之意思為標準者有謂此法之外形為標準者有謂此法之實質為標準者有謂此法之責任為標準者有謂此法之代理為標準者有謂此法之組織為標準者有謂此法之行為為標準者有謂此法之權利為主體第二章法人的既在得獲視察三〇號三六八號持社會之

一三八條一八五條

第三節 法人之行為能力

關於法人之本質探擬制說者否認法人之有意思故法人亦無行為並無行為能力反之探有機體說者謂法人有有機的意思故亦有行為能力吾人雖不探有機體說然因認法大為社會的組織體有作成法人本身意思之組織故亦認法人有行為能力依此見解董事非在法人之外代理法人（代理說）乃在法人之內部為構成法人組織之一部（機關說）民法第二十七條第二項所謂代表及第五十條所謂機關皆探機關說也

探擬制者不認法人有不法行為為能力董事或職員之不法行為為保護第三人及維持法人信用計便宜上使法人負賠償責任而探實在說者則認法人機關之行為即為法人本身之行為故因此行為而侵害他人之權利即成立法人本身之不法行為為惟法人之行為由其機關之董事或職員為之法人之責任亦以董事或職員因執行職務所加於他人之損害為限所謂因執行職務云云謂其行為與職務行為有同一之外形或與之有密接之關係者（民二八條）例如公司從事於倉庫營業其董事將保

義務 (obligation solidaire)

管之貨物與所有者共謀不待存單之收回而准其出庫因而害及就貨物有質權之人也

第四節 法人之種類

法人之主要區別如左

第一內國法人及外國法人 *national et étrang*

內國法人謂依內國法律而設立者反之外國法人則依外國法律設立

第二公法人及私法人 *public et privé*

公法人謂國家及從事於國家認為係統治權作用之事業之法人其他之法人則為私法人國家

對於各團體得認其從事於國家的公共事務在某種程度許其行使權力（其詳當就各法令研

究）此種團體均屬公法人 *établissements publics*
例如有自治團體中之鎮公所鄉公所等之是也我國現行法中首政府事務政府以及國之營造物等皆屬內國公法人

第三公益法人及營利法人 *utilité publique et d'intérêt privé*

私法人分為公益法人及營利法人公益法人以祭祀宗教慈善學術技藝及其他關於公益之事

項為目的（民四六條）其以營利為目的者則為營利法人（民四五條）所謂營利謂營社員

之利故無社員之財團法人無有為營利法人者至如社交俱樂部等其目的既不在營利又非公益當為中間的法人民法關於此種法人無明文

第四節 社團法人及財團法人

社團法人謂以社員為構成分子之法人例如銀行公司財團法人無社員以供一定目的之財產為中心例如學校病院

(附記) 祠堂寺廟及養贍家族為目的之獨立財產依民法總則施行法第九條不適用同法第六條至第八條之規定故民法關於法人之規定亦無從適用惟學說判例均認為法人其代表為董事

或公益法人之現年值理(大理院四年上字第三一四號判例)

第五節 法人之設立

一 關於法人之設立有四種主義

(甲) 自由設立主義 此主義對於法人之設立不加何種之制限一任設立者之意思而自由

成立民法第二十五條明示不採此主義

訂定章程行為之性質：社團法人之設立人間之行為章程之行為為共同行為而非契約行為三者之區別如下：(1)共同行為之合意乃當事人共同之意思(2)契約行為之合意則為當事人共同之意思(3)共同行為對於每一當事人均發生同一法律效果(4)契約行為則對於每一當事人發生不同之法律效果

則對於每一當事人發生不同之法律效果

(乙) 特許主義 此主義對於各法人之成立以主權者之命令及法律之制定爲必要

(丙) 許可主義 此主義對於法人之設立以主管官署之許可爲必要民法中關於公益法人

(民四六條五九條)即採此主義

(丁) 準則主義 此主義須先以法律規定適於法人社會組織體之要件其社會組織體之具

備此要件者不必經國家之特許或許可即成立法人我民法關於營利法人採此主義(民四五條)

二 民法所認之法人中營利法人之設立須依特別法之規定(民四五條公司法一條)故民法上關於法人設立之規定乃專屬於營利法人以外之法人約言之即設立行爲與主管官署之許可及設立登記是也

(子) 社團法人之設立應訂定章程訂定章程即爲設立行爲章程應記載目的名稱董事之任免總會召集之條件程序及其議決證明之方法社員之出資社員資格之取得與喪失(民四七條)如缺其一章程無效(參照註一註二)變更章程應經總會決議(民五零條二項一款)其決議應有總社員過半數之出席出席社員四分之三以上之同意或有總社員三分之二以上書面之同意(參照註

三) 受設立許可之社團變更章程時並應得主管官署之許可(民五三條)

(註一) 德民法第五七條並以事務所為章程必要的記載事項可免任意變更事務所

(註二) 董事之任免社員之除名在民法第五十條第二項第二款第四款為總會之專權事項
茲又於第四十七條第三款第六款定為章程之必要記載事項未免矛盾在立法上似可採取德
瑞兩國民法之主義定為章程任意的記載事項如無記載時則以總會之決議定之

(註三) 民法第五十三條之定足數依第四十九條為強行規定德民法認為無設強行規定之
必要許以章程變更

財團法人之設立行為為設立者之訂立捐助章程捐助行為謂割自己之財產用作基礎為一定之
目的(如學術技藝)而設立法人之單獨行為捐助章程應訂明法人目的及所捐財產(民六零條
二項)此為絕對的必要記載事項如不完備無法補充至其他必要記載事項如財團之組織及其管
理方法則有可以補充之程序即捐助章程所定之組織不完全或重要之管理方法不具備者法院得
因利害關係人之聲請為必要之處分也(民六二條參照瑞民八三條)設立財團以遺囑捐助者無

得時效第... 須訂立捐助章程 (民五九條一項但書)

登記之手續

財團之目的及組織亦非一成不變為維持財團之目的或保存其財產法院得因捐助人董事或

利益關係人之聲請變更其組織 (民六三條參照瑞民八五條) 又因情事變更致財團之目的不能

達到時主管官署得斟酌捐助人之意思變更其目的及其必要組織或解散之 (民六五條參照德民

八七條瑞民八六條八八條)

以公益為目的之社團 (民四六條) 及財團 (民五九條) 其設立應得主管官署之許可主

管官署是否專指中央官署抑兼指受中央主管官署之指揮監督執行法令之地方官署如法令無明

文規定者應以法人目的事業之性質定之 (司法院院字第四四三號解釋) 如事業屬於兩個以上

官廳之管轄者須得各官廳之許可

法人設立 (寅) 法人設立另有一要件即非向主管官署登記不得成立是也 (民三零條德民二一條) 此外

尚有登記事項為對抗第三人之條件與法人之成立無關登記事項在社團為目的名稱主事務所及

分事務所董事之姓及名住所財產之總額應受設立許可者其許可之年月日定有出資方法者其方

本論 第一編 權利之主體 第二章 法人

捐助章程之內容 (2) 捐助章程之內容 (3) 捐助章程之內容

※

登記事項

社團法人

登記事項

登記事項

登記事項

登記事項

登記事項

登記事項

法限制董事代表權者其限制（參照註）定有存立時期者其時期（民四八條一項）在財產爲目的名稱主事務所及分事務所財產之總額受許可之年月日董事之姓名及住所限制董事代表權者其限制定有存立時期者其時期（民六一條一項）其登記均由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之（民四八條二項六一條二項）若登記後有應登記之事項而不登記或已登記之事項有變更而不爲變更之登記者（變更登記）不得以事項對抗第三人（民三一條）

（註）民法第二十七條第三項規定對於董事代表權所加之限制不得對抗善意第三人云云有輕視第四八條第一項第八款及第六一條第一項第七款登記效力之嫌在立法上似可仿德民法對於登記認爲有絕對的效力不問第三者之善意與惡意（德民法二六條二項後段及六四條）

第六節 法人之住所

法律上除國籍主住所外
國子何處一住所改爲三規定
故法人住所四年並適用之

法人以其主事務所之所在地爲住所（民二九條）事務所爲執行法人事務之處所主事務所又爲事務所之中樞爲應登記事項之一

第七節 法人之機關

關於法人機關之性質學說不一採擬制說者謂董事或職員在法人以外代理法人因之不認有機關之觀念採有機體說者以法人為社會的有機體董事或職員為法人之機關如耳目手足等為自然有機體之機關吾人採取社會組織體說董事或職員為法人組織體之一部擔當法人之活動故為法人之機關

法人之機關為董事及其他職員與總會

第一項 董事

董事執行法人一切事務就一切事務有代表權故在對內關係為執行機關對外關係為代表機關所謂代表係謂為法人應有之行為而非以董事自身行為之法律效果及於法人故與代理之性質不同

至執行之事務如登記（民四八條二項六一條二項）召集總會（民五一條一項二項）在一定情形之下聲請破產（民三五條）法人解散時原則上為清算人（民三七條）法律皆有規定

董事為法人之機關其員數法律無限制可以章程或捐助章程定之（民四九條六二條一項）

董事爲法人之代表其代表權雖及於一切事務但不能違反章程及捐助行爲之趣旨而在社團並應
74
與從總會之決議即董事之代表權得因章程捐助行爲或總會之決議而受限制（民四八條一項八
款六一條一項七款五零條）所謂限制如定某種行爲應得總會同意或由董事全體執行也惟在對
外關係民法爲善意之第三人特設規定即所加之限制不得對抗善意第三人是也（民二七條三項
）此比之德國民法（二六條二八條六四條七零條）以登記之有無爲能否對抗第三人（善意與
惡意）之標準者其保護第三人爲獨厚
財團法人之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）此在各國殊少類似之法例在防制董事之專橫固甚嚴密然不免害及交易之安全

第二項 其他職員

其他職員如清算人等是（民三七條三八條）受董事之委任而爲代理人者不包含在內此種代理
人如爲侵權行爲法人不因其爲自己之行爲而負責任本人之責任當依民法第一八八條定之

第二項 總會

總會之地位

總會之召集

總會之決議

董事為社團及財團所同有總會則為社團所獨有且為社團之必要機關（民五零條）專決定法人

之意思故為議決機關意思機關而非執行機關亦非對外之代表機關

總會召集之條件以章程定之（民四七條四款）如有全體十分一以上（所謂少數社員權之定足

數）之社員表明會議目的及召集理由求請召集時董事須召集之董事受前項之請求後一個月內

不為召集者得由請求之社員經法院之許可召集之（民五一條二項三項）

總會之決議除本法有特別規定外以出席社員過半數決之（民五二條一項）惟社團變更章程之

決議應有全體社員過半數之出席出席社員四分之三以上之同意或有全體社員三分之二以上書面之

同意（民五三條一項）又解散應經全體社員四分之三以上之可決（民五七條並參照註）各社員

於總會之表決權係屬平等（民五二條二項）在股份有限公司其表決權依出資之額而有差異（

公司法一二九條）而普通之法人則否表決權之行使原則上應出席於總會（民五二條一項）如

第五十三條第一項以全體社員三分之二以上書面之同意為變更章程之決議則屬特別規定

（註）民法第五十二條第一項第五十三條第一項及第五十七條之定足數在德民法非強行

規定我民法定為強行規定有指為不必要者

對於共有財產所有權社之效力

總會之決議有違反法令或章程者對該決議原不同意之社員得請求法院宣告其為無效惟應於決議後三個月內為之（民五六條）所謂違法以程序違法為主若內容違法则當解為當然無效否則可依總會之決議而濫行違法之事

第八節 社團之社員

社員為社團之組成員對於社團有其權利義務

何種人得為社員應依法律及章程所定通例自然人與法人男子與女子皆得為社員

社員之權利謂社團法人之社員對於法人所有之權利總括言之為社員權（見前私權之分類）就

民法所規定者列舉之則有如出席總會之權（民五二條一項）請求或自行召集總會之權（民五

一條二項三項）請求宣告總會決議無效之權（民五六條一項）及表決權（民五二條二項）

社員之義務其重要者為出資義務應於章程中記載之（民四七條五款）

社員資格之取得與喪失為章程所應記載（民四七條六款）退社與開除均為喪失社員資格之原

(1) 法科之編
(2) 法科之編

(3) 退社之社
(4) 退社之社
(5) 退社之社

團社員得隨時退社但章程限定於事務年度終或經預告期間後始准退社者不在此限前項預告期間不得超過六個月（民五四條參照德民法三九條）訂立章程時亦不能違反此種強行規定（民四九條）開除社員以有正當理由時為限（民五零條二項四款）已退社或開除之社員對於社團之財產無請求權但非公益法人其章程另有規定者不在此限又前項社員對於其退社或開除以前應分擔之出資仍負清償之義務（民五五條參照瑞民七三條）

第九節 章程之變更及補充

第一項 社團法人章程之變更

法國法人章程之變更其情形有三

社團法人之章程經總會之決議得變更之（民五零條二項一款）變更章程在法律上無明定之制限雖法人之目的亦應解釋為可由變更章程之普通方法而變更之然如違反法律之命令的規定或反於法人之本體例如變公益之目的為營利廢止總會剝奪社員不可奪之權利等其變更章程之決議自屬無效

受設立許可之社團其章程之變更應得主管官署之許可（民五三條二項）此本為當然之事如其

變更涉及登記事項非爲變更登記不得以其事項對抗第三人（民三一條）

第二項 捐助章程之補充及變更

財團無意思機關故章程有補充之必要時須另定方法民法規定捐助章程所定之組織不完全或重要之管理方法不具備者法院得因利害關係人之聲請爲必要之處分此即補充之方法也（民六二條瑞民八三條）

捐助章程之變更有涉及目的及必要之組織者其要件爲（一）須因情事變更致財團之目的不能達到（二）須由主管官署爲之（三）須斟酌捐助人之意思（民六五條德民八七條瑞民八六條）又有僅涉及組織者其要件爲（一）須因維持財團之目的或保存其財產（二）須由法院爲之（三）須因捐助人董事或利害關係人之聲請（民六三條瑞民八五條）

第十節 法人之監督

法人之監督分二種業務監督與清算之監督是也

（一）業務監督 受設立許可之法人其業務屬於主管官署監督爲達監督之目的計主管官署得

檢查其財產狀況及其有無違反許可條件與其他法律之規定（民三二條）若董事妨礙其檢查者得處以罰鍰（民三三條）法人違反設立許可之條件者主管官署得撤銷其許可（民三四條）

（二）清算之監督 清算之監督屬於法院其目的在問清算人之事務及其他清算事務有無不正行為法院得隨時為監督上必要之檢查（民四二條）若清算人不遵法院監督命令或妨礙檢查者得處以罰鍰（民四三條）

第十一節 法人之解散

第一款 解散之原因

法人解散之原因民法總則未有列舉之規定舉其例則如許可之撤銷（民三四條）解散之宣告（民三六條）瑞民七八條並參照註）破產（民三五條）法人定有存立時期者其時期之屆滿（民四八條一項九款六一條一項八款）社團因全團社員三分之二以上之可決而解散（民五七條）社團之事務無從依章程所定進行時法院因利害關係人之聲請而解散（民五八條）財團之目的不能達到時經主管官署之解散（民六五條）是也

(註) 民法第三十六條以法人目的違反法律等爲法院宣告解散原因之一似係就所謂中間法人(即有非公益非營利之目的者)規定因在本法上公益法人均須得主管官署之許可而成立主管官署所許可之目的法院認爲不法其情形殊難想像

第二 清算欸

法人解散後不能無了結現務等之手續此手續稱爲清算清算中之法人其法律上之性質若何學說不一或謂法人因解散而消滅清算法人因法律之直接作用而爲新設之法人或謂法人之權利能力不因解散而消滅解散不過使法人失其權利能力之屬於生產的方面者存續之法人與解散前之法人爲同一法人我民法第四十條第二項規定法人至清算終結止在清算之必要範圍內視爲存續云云其爲同一法人之存續及其有同一之法律效果已無可疑惟所謂同一法人之存續是否擬制爲一問題按法人如因社員之缺亡而解散其存續者本難認爲與解散前爲同一社會組織體又民法既用視爲字樣則清算法人與解散前之法人爲同一實出擬制

清算之清應說明者如下

第一 清算人之選任及解任

法人解散後以董事爲清算人因董事於了結現務爲最適當也但章程有特別規定或總會另有決議者不在此限（民三七條）如不能依此規定定其清算人例如因死亡及其他原因而缺清算人時法院得因利害關係人之聲請選任清算人（民三八條）法院認爲必要時不問何種清算人得解除其任務（民三九條）

第二 清算前法人解散登記及清算人之呈報

清算人應聲請法人解散登記（法人登記規則六條）並應於就任後十五日內將其姓名住所及請就任日期向法院呈報（民四一條公司法二一四條五七條）不遵呈報期限者得科以五百元以下之罰鍰（民四一條公司法二三一條二款）

第三 清算人之職務權限

清算人之職務爲了結現務收取債權清償債務移交賸餘財產於應得者（民四零條一項）如因了結現務而有必要時不妨爲新法律行爲至收取債權清償債務均足使現務速於了結清算

人於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因分別通知（民四一條公司法二一四條六二條）

第四 清算人之終結

清算人了結現務收取債權清償債務移轉賸餘財產於應得者後清算即為終結清算人應於清算完結後十五日內向法院呈報（民四一條公司法二一四條六七條）

清算中如公司之財產不足清償其債務時清算人應即聲請宣告破產此時清算人移交其事務於破產管財人其職務即為終結（民四一條公司法二一四條六三條）

第二款 賸餘財產之歸屬

清償法人債務後尚有賸餘財產應歸何人所有為立法上一問題在自然人本以有繼承人為原則倘有無繼承人者以遺產歸屬於國庫（民一一八五條）尙不生不當之結果至法人本無繼承人遽以賸餘財產歸屬國庫恐反於法人設立者之意思故法律不能不另有規定若公司注重於社員個人之利益者固當以賸餘財產分派於社員（例如公司法六四條二一零條）惟公益法人本不以個人利

益爲目的故其賸餘財產之歸屬當擇其最適於設立之目的者民法之規定如左

(一) 章程有規定或總會有決議者依其規定或決議(民四四條一項) 章程雖未嘗直接規定而有可據以定之之方法則當然依以定之

(二) 如無章程之規定或總會之決議其賸餘財產屬於法人住所所在地之地方自治團體(民四四條二項德民四五條瑞民五七條)

第十二節 外國法人

外國法人之權利
(一) 外國法人除依法律規定外不認許其成立(民總施一一條) 外國法人之認許謂認其以

外國法人在內國爲權利能力之主體其非以外國法人爲中國法人固不待言

外國法人之權利
(二) 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) 因之在外國可得之權利在中國有不能得者反之在外國不能得之權利在中國亦能得

之
外國法人在中國設事務所所之權利

(三) 外國法人在中國設事務所者因施行法第十三條準用民法規定其結結如左

本論 第二編 權利之主體 第二章 法人

四八

(甲) 公益社團及財團先須得官署之許可(民法第四六條及第五九條之準用)

(乙) 營利社團應依特別法規定取得法人資格(第四五條之準用)

(丙) 一切法人以登記爲成立要件其登記事項與民國法人同(第三零條第三一條第四八條及第六一條之準用)

第一 故其賸餘財產之客體

規定第一

權利以一定之社會利益為內容此社會的利益為權利之目的而權利之目的以有一定之對象（即生活資料）為必要此對象即為權利之客體

物權所有權之主觀目的出賣
物件所有權之主觀目的出賣

權利之客體隨權利之種類而異物權之客體為一定之物債權之客體為債務人人格權之客體為權利者本身親族權之客體為有親族關係之他人繼承權之客體為繼承財產無體財產權之客體為精神之產出物又權利亦得為他權利之客體凡此諸客體當就各種權利分別研究民法於總則編亦不為一般的規定惟就較重要之物規定之

第一章 物之意義

德國及日本民法明定物為有體物不認有無體物之觀念羅馬法及法蘭西系之民法則不以有體為物之要件故所謂物可分為有體物與無體物我民法亦未嘗定物為有體物惟如認有無體物之觀念則如所有權債權等之權利亦可稱為物其結果將於此種權利之上更認有所有權之存在是徒紊債權與物權之區別毫無實益是在解釋上可認物為有體物

有體物謂在人類以外占空間之一部者其占空間之形狀如何在所不問故固體之外如液體氣體皆

為有物體餘如光熱音響電氣則否

*此乃在範圍內
物理學之結果要亦在空間而受人力支配故*

物不包含生人身體故前謂物在人類以外自己之身體雖為身體權及人格權之客體然此係權利者

本身為權利客體之當然結果非身體得獨立為權利之客體也他人之身體或其一部不能為權利之

客體更不待言至由人工而接着於身體之物可認為身體之一部者亦不得以為物而為權利之客體

例如義齒植肉是也反之如已與身體脫離而不相結合者仍得獨立而為權利之客體

屍體亦為物之一種為繼承人所有權之客體

物有不適於為私權之客體者如日月星辰及海洋不在人力支配範圍以內故不能為民法上之物

第二章 物之種類

第一 動產不動產

動產不動產之區別古來學說及立法例不一我民法則以土地及其定着物為不動產以外之物為動

產（民六六條六七條）土地為地球之一部除表面外並包含地殼（民七七三條）至定着物須其

Consuetudines voluntas

物與土地有下之關係（一）定着物須附着於土地（二）在一般觀念上須認定着物之附着於土

地為繼續的（三）在社會觀念上須得認定着物為獨立之物例如建築物在不動產登記法得與土

地分別登記故為獨立之不動產（不動產登記條例第一條）羅馬以來以建築物為土地構成部分

之見解今已變更（三）整地生長之植物在剝下前去獨立性而為土地之部分（不不多二）

惟至近代船舶有價證券等已為重要之動產故其區別之必要謂在價格不如謂在性質蓋不動產有

一定之所在通常不能變更其位置動產則所在不定隨時得移轉數人之手故不能適用同一之規定

者甚多例如法院之管轄（民訴法一〇條）關於國際私法之規定（法律適用條例五條二項）因

時效或占有之權利取得（民七六八條至七七零條九四八條至九五零條）物權之得喪及變更之

効力（民七五八條七六一條）與其他關於質權抵當權及強制執行方法之規定於動產與不動產

間均有區別之必要並皆本於性質之有不同也

第二主物從物 *principal, accessary*

本論 第二編 權利之客體 第二章 物之種類

五

建築物之種類

本論 第二編 權利之客體 第二章 物之種類

五二

地板、從物、主物

從物謂物之所有人為供該物之常用計而令附屬於該物之自己所有物該物對於從物為主物但交

易上有特別習慣者依其習慣（民六八條一項）

從物須具備左之要件

（甲）須為獨立之物 物之成分即構成部分在物理上彼此結合為一物不能為從物

（乙）須與主物屬於同一所有人 故如建築物之承租人在該建築物內所鋪設之地板不為從物

（丙）須供主物之常用 所謂供主物之常用即謂非為一時的使用故如建築物所懸掛之字畫

不為從物又如鐵練上繫有印章雖常與鐵練同時使用然與鐵練之使用目的無何關係故不為鐵練

之從物

主物之處分及於從物（民六八條二項）此因其以同一之經濟上目的而受使用也故建築物如果

出賣其地板當然亦同出賣惟此非強行法規故處分主物時得以特約將從物除外

第三代替物不代替物

在一般交易上着眼於種類品質數量者為代替物着眼於個性者為不代替物此以交易上能否以其

chose fungible

從物區別
出賣

智優程考之
通因以代替物

他同種同量之物相代為標準例如米穀酒油金錢為代替物土地房屋鐘錶寶石為不代替物

為標準物之代替物與不代替物之區別在借貸及寄託有關係消費借貸及消費寄託專以代替物為目的（民四

七四條六零二條）又民事訴訟法上此區別亦有關係（民訴法四七五條）

不代替物不
第四特定物不特定物
不代替物一不特定物

凡具體的因當事人之意思及其他之事實而定之物為特定物其從抽象的祇定其種類品質數量者

為不特定物此區別在大體上與代替物不代替物相一致惟代替物不代替物之別因一般交易上如

何看待其物而定而特定物不特定物之別則在各個之交易視當事人如何定其物而定故當事人得

以代替物為特定物而交易又通常本為不代替物者亦得以為不特定物而交易如寄託特定之貨幣

為前例賣買某公司所製某號之錶二十個為後例又特定與否通常視當事人之意思而種類債權依

第二百零條第二項之規定而特定者不以當事人有特定之意思為必要此即由其他之事實而為特定

也特定物與不特定物之別在債權法上頗顯著（民二零零條三一四條）又物權在原則上僅存於

特定物之上

第五融通物不融通物

S. susceptibile

融通物謂得爲私權之客體者不融通物則指不能爲交易關係之目的者而言故從嚴格言之此種分類不能爲私權客體中物之分類土地房屋金錢米穀爲融通物海洋空氣人之身體爲不融通物但不融通物有時亦可變爲融通物如一部份之空氣及切下之毛髮是也

第六消費物非消費物

S. consumptibile

因消耗或讓與而得達使用該物之目的者爲消費物餘爲非消費物米麥油酒金錢爲前例書籍衣服鐘錶爲後例

消費物與非消費物之區別於借貸及寄託有關係消費物爲消費借貸及消費寄託之目的物（民四七四條六零二條）非消費物爲使用借貸租賃及通常寄託之目的物（民四六四條四二一條五八九條一項）

第七可分物不可分物

S. divisible

不因分割而變性質或顯損其價格者爲可分物反之因分割而變性質或顯損其價格者爲不可分物

例如一匹之馬分割後即失其性質一顆之珠分割後即顯損其價格

第八單一物合成物及集合物

單一物謂物在形體上為獨立之一體者其各構成部分失其個性例如棋盤机是也

合成物謂由數個之物結合而成之物其各構成部分尚為一個之物例如嵌寶石之戒指是也

集合物分為兩種一為物之集團即事實上之集合物例如羣羊是也此非一物二為法律上之集合物例如包括財產合權利義務而與以一定之名稱是也此集合物亦非一物

第九物及其孳息

孳息有天然孳息與法定孳息二種

天然孳息者謂依物（即原物）之用法所收穫之出產物（民六九條一項）（一）所謂出產物即不問由自然與人工而從物分出之謂又不問有機的與無機的故除果樹之果實與乳牛之牛乳外煤石材礦物等均為天然孳息（二）所謂依物之用法所收穫謂依物之經濟上用法所收穫故孳息之不由經濟上用法而出產者在民法上不為孳息例如盆栽之果實及庭園之枯葉是也至收穫並不以

人之行爲爲必要自然的分離者亦爲孳息

法定孳息者謂利息租金及其他因法律關係所得之收益（民六九條二項）日本民法上之果實以物之使用之對價爲限如權利使用之對價（例如特許權之使用費）則不爲果實我國民法規定因法律關係所得之收益亦爲孳息故不限於物之使用之對價

何人有收取天然孳息之權利非民法總則所規定民法就諸種之物權債權等規定其孰有收益權例如所有人（民七六五條）善意之占有者（民九五二條）地上權者（民八三二條）使用借貸之借用人（民四六四條）租賃之承租人（民四二一條）是也苟孳息與原物分離時其收益權尙在存續期間內即有取得孳息之權利（分離主義）非若孳國固有法探生產主義必對於孳息之生產供資本與勞力者乃有取得之權利也（民七零條一項）

法定孳息在使用該物與權利之期間內當認爲時時孳生故在收取之權利存續期間內收取權者有變動時其新舊權利者各比例其有權利之期間而分配其法定孳息（民七零條二項）

第三編 權利之得喪變更

第一章 總論

第一權利之得喪變更之意義

(甲) 權利之取得

權利之取得謂權利與特定之主體即自然人或法人相結合有原始取得與繼受取得之別。原始取得謂不本於他人所有之權利而獨立取得權利例如因占有而取得動產所有權（民八零二條）因時效而取得所有權或所有權以外之財產權（民七六八條七六九條七七零條七七二條）是也繼受取得謂本於他人所有之權利而取得權利例如繼承讓受是也其區別在與他人之權利有無關係在繼受取得其取得之權利有與既存之權利為同一者（移轉取得）有為本於既存之權利而設定別個之權利者（設定的或創設的取得）如因賣買而取得所有權為前例地上權質權抵押權之取得為後例又繼受取得依其所取得之權利之範圍分為特定承繼與包括承繼例如因賣買贈與而取得權利屬於前者財產繼承屬於後者

(乙) 權利之喪失

權利之喪失謂權利與主體分離有主觀的或相對的喪失與客觀的或絕對的喪失前者謂原有之權利者喪失其權利而在他方則有取得其權利之人後者謂權利自身之消滅例如因物之滅失而喪失其權利是也

(丙) 權利之變更

權利之變更謂權利不失其存在而變更其存在之體樣或為主體之變更或為內容之變更內容之變更如權利存續期間之變更是也

權利之得喪變更為法律效果中之主要者此外不無其他之法律效果如權利能力之取得行為能力之取得擴張或限制與代理權之發生亦無一非法律效果也

第三權利得喪變更之原因

一定之法律效果之原因事實為法律事實法律事實謂生法律效果之各個事實(如要約及承諾)其事實之全體為法律要件(如契約)自然現象及人類之行為雖皆可稱為事實而惟以生法律效

果者爲限爲法律事實

法律事實可分爲兩種即事件與容態是也

(甲) 事件

事件謂不以人之精神作用爲要素之法律事實如時之經過人之生死是也

(乙) 容態

內部的容態謂一定之精神作用不以表現於外部爲必要而生法律效果者例如善意與惡意

外部的容態即行爲謂本於人之精神作用所有身體之動靜其身體之狀態在積極的運動時爲作爲在消極的狀態時爲不作爲

行爲可分爲適法行爲與違法行爲適法行爲(一)或爲意思表示即謂以發生一定之效果爲目的所爲意思(效果意思)之表示此爲法律行爲之基本法律行爲必以此爲要素(二)或爲準法律行爲即意思表示以外之適法行爲此雖亦以一定之精神作用爲要素但其精神作用並非效果意思因之其發生之法律效果不須爲行爲者之所求例如債務之催告(民二二九條二項學說

上謂爲意思通知）債權讓與之通知（民二九七條一項學說上謂爲觀念通知）宥恕（民一零五三條學說上謂爲感情之表示）是也違法行爲分爲侵權行爲（民一八四條以下）與債務不履行法律因其有害於社會生活故爲鎮壓及除去其損害計而予以一定之效果

法律事實之效力原則上與法律事實同時發生且惟對於將來而發生惟有不同時發生者例如附條件之法律行爲（民九九條）是也亦有遡及往者例如撤銷（民一一四條一項）是也本編所欲說明者爲法律行爲及時之經過

第二章 法律行爲

第一節 法律行爲之意義

法律行爲謂以意思表示爲要素而法律本於其意思表示予以法律效果之法律要件分別說明於左

（一）法律行爲以意思表示爲不可缺之要素意思表示即所謂效果意思之表示也法律行爲爲人之自治行爲以其所欲發生一定效果之意思爲基本故效果意思之表示爲法律行爲之構成分子

（二）法律行爲爲一法律要件近時多數說謂法律行爲非即意思表示乃以意思表示爲要素之法

法律要件例如要物行爲在意思表示之外尙有交付該物之事實行爲（人之身體舉動不以精神作用爲必要者）又契約亦須有意思表示合致之事實即法律行爲爲一法律要件而意思表示乃構成此法律要件之一法律事實也

（三）法律效果本於意思表示

（甲）法律效果之附與有不問當事人之意思如何者（如債權之催告不問催告者是否知其效果或是否欲其發生）惟法律行爲係屬私法上之自治行爲既如前述故其法律效果之附與乃由於當事人有欲發生效果之意思斯即法律行爲之特徵與事實行爲或意思表示以外之諸適法行爲（意思通知觀念通知感情表示）有別

（乙）所謂本於意思表示乃謂本於表示上之效果意思而非本於中心的真意此爲保護相對人或第三人而圖交易之安全也（民八六條乃至八八條）

（丙）法律行爲所生之效果除主要者外不必盡本於意思表示如關於賣買之目的物所有瑕疵擔保之責任不問當事人有無發生其效果之意思又法律有時僅認意思表示之內容所有效果

之一部如典權約定期逾三十年者縮短爲三十年（民九一二條）

第二節 法律行爲之種類

第一單獨行爲契約行爲合同行爲

單獨行爲又稱一方行爲由當事人一方之一個意思表示而成立法律行爲例如遺囑捐助行爲與債務之免除

契約又稱雙方行爲由二個以上之意思表示各有不同之意義而具相適應之內容者互相合致而成立法律行爲

合同行爲又稱協定行爲由意思表示之有同一內容與同一意義者互相合致而成立法律行爲如社團法人之解散決議及設立行爲是也合同行爲與契約行爲之區別在民法第一零六條之適用上有實益

第二生前行爲死後行爲

死後行爲謂因行爲者死亡而生效果之法律行爲如遺囑是也餘爲生前行爲

第三有償行爲無償行爲

以財產之出捐爲目的之法律行爲中有對價者爲有償行爲無對價者爲無償行爲如賣買爲前例贈與爲後例有償契約準用賣買之規定（民三四七條）故有區別有償無償之實益

第四要式行爲不要式行爲

要式行爲謂組成法律行爲之意思表示須有一定方式者不要式行爲則於意思表示之方式並無一定之制限我民法採方式自由之原則惟於特殊之法律行爲規定其方式如婚姻遺囑票據行爲是也又我民法上未立字據之贈與其效力較弱（民四零八條）故贈與可稱爲準要式行爲

第五主行爲從行爲

從行爲謂法律行爲之存在以他行爲及他法律關係之存在爲前提者其爲前提之法律行爲即爲主行爲例如質權設定定契約保證契約爲債權及借貸契約之從契約

第三節 法律行爲之一般成立要件

法律行爲之一般成立要件謂一切法律行爲共通之要件非係對於各個法律行爲之特殊要件而言

即當事人意思表示及目的之三種是也

第一當事人

法律行爲必有意思表示之主體故須有當事人之存在自不待言其當事人並須有思维能力與行爲能力

第二意思表示

法律行爲以意思表示爲要素前已述明其意思表示須屬真實而且自由虛偽錯誤及因被詐欺而爲之意思表示非真實被脅迫者非自由

第三目的

法律行爲之目的謂當事人欲由其法律行爲而發生之事項即爲法律行爲之內容此與動機或緣由有別蓋動機與緣由通常爲決定爲法行律爲之理由（如因殺人而購買兇器）而非當然爲其內容也目的須可能而適法至所謂不能係絕對的（客觀的）不能又目的之不適法有二種

（甲）法律行爲違背強制或禁止之規定者原則上無效（民七一一條前段）強制規定不問當事

人之意思如何有其適用故法律行爲違背之者無效又雖非直接違反強止規定而以其他迂回之方法迴避禁止規定之趣旨冀得與該規定內容之效果爲同一之效果者爲脫法行爲此脫法行爲之效力須視所迴避之禁止規定其趣旨如何而定如禁止規定之趣旨關係於法律行爲之目的則以其他方法達同一之目的者應以違背禁止規定而無效例如不用利息之名稱而以手續費之名稱得制限外之重利是也反之若禁止規定之趣旨僅關係於方法則以他方法得同一之效果不爲無效例如以債權擔保爲目的而依信託方法將動產所有權讓與於人雖對於禁止流質契約之規定（民八九三條）爲脫法行爲亦爲有效因此種禁止以質權設定時之約定爲限其以他種方法者法律並不以之爲無效也（民七一一條但書）

（乙）法律行爲有背於公共秩序或善良風俗者無效（民七二條）有背於公共秩序謂反於國家社會一般的利益有背於善良風俗謂反於現代社會之健全思想及現代國民道德之規準如約定殺人則給以金錢若干爲前例約定終身不爲婚姻則給以金錢若干爲後例

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

顯失公平者學說上謂爲暴利行爲在客觀方面須給付與反對給付之關係顯失公平在主觀方面須有利用他人急迫輕率或無經驗情形在德國民法第一三八條第二項規定爲無效以其違反善良風俗也我民法僅許因利害關係人之聲請撤銷其法律行爲或減輕其給付（民七四條）

茲有一附論之問題即動機之反社會性其關係法律行爲之效力如何當分別論之（一）當事人 方式 方式本於反 序 俗之動機而爲法律行爲並未將動機發表並對造亦未之知者僅屬爲法律行爲之理由不能即謂法律行爲爲有反社會性（二）動機如已發表並表示以其實行爲法律行爲之內容（條件）者即爲決定法律行爲反社會性之標準

第四節 法律行爲之方式

（一）法律行爲以不要式爲原則而例外亦甚多如有法定方式而法律行爲不依之者無效（民七三條前段德民一二五條）但法律另有規定者不在此限德民法雖無此項規定惟如關於結婚其民法規定之形式可分兩種一爲婚姻有效條件之重要的形式（德民一三一七）一爲非法律上成立要件之其他形式（德民一三一八條以下）

(二) 依法律之規定有使用文字之必要者必須親自簽名(民三條一項)簽名普通係寫姓名但記名而不記姓亦爲完全之簽名又簽名得以蓋章代之(民三條二項)如以指印十字或其他符號代簽名者在文件上經二人簽名證明亦與簽名生同等之效力(民三條三項)

第五節 意思表示

第一款 意思表示之意義

意思表示爲欲發生一定之私法的效果所爲意思發表之行爲其成立要素有三一曰效果意思即對於法律行爲效果之意思其不以效果爲對象之心理作用不適用於成立效果意思前所謂觀念通知意思通知及感情表示所以爲意思表示以外之適法行爲而不能爲意思表示即以此二曰表示意思即效果意思與表示行爲連絡之心理作用在非真意表示(民八六條)於真意雖無表示意思而於表示行爲之有表示力則非無自覺即此可爲表示意思不必定爲對於真意之表示意思也三曰表示行爲此謂人之行爲有表示價值者須有惹起身體動靜之意思睡眠中之舉動無行爲意思即不能爲表示行爲如須一定之方式(即要式行爲)則非依法定方式者無效(民七三條)

表示之意思與所懷抱之意思不一致者其意思是否無效自來對於此問題有三種主義

(一) 意思主義 此主義注重於懷抱的意思如不本於內心之效果意思其表示爲無效

(二) 表示主義 此主義注重於所表示之意思而予以法律效果所以圖交易之安全

(三) 折衷主義 如探意思主義則有時害及相對人及第三者如探表示主義則表示者爲非所預期之法律效果所拘束故折衷主義有時以意思主義爲原則而認例外有時以表示主義爲原則而認例外我民法即採折衷主義者

第二款 真意留保(意思與表示之不一致)

人爲意思表示時往往無欲爲其意思表示所拘束之意思此爲真意留保例如並無賣買之意思而爲賣買之要約實爲贈與之意思而表示爲賣買是也真意留保(一)須表意者自知其非真意(二)須表示時不與相對人通謀在第一點與錯誤異在第二點與虛偽之意思表示異

在真意留保其意思與表示既不一致則其效果依前開三主義論結各異法律爲保護相對人而圖交易之安全計不能認其意思爲無效(表示主義)但其情形爲相對人所明知者不在此限以無保護

之必要也（民八六條）

第二款虛偽表示（意思與表示之不一致）

虛偽表示謂表意人與相對人通謀而為非真意之表示（民八七條一項）其有意思表示及意思與表示之不一致與表意者之知其不一致三者皆與真意留保同惟增一第四條件即與相對人通謀是也。虛偽表示之效果如何亦依前述三主義而異法律規定在當事人間常為無效（意思主義）至關於第三人如知其為虛偽表示者固亦當認其意思表示為無效因如此於該第三人並無所害也惟對於善意之第三人則恐其受不測之損害不能許其以無效相對抗

虛偽表示有時隱藏他項法律行為或稱隱匿行為應適用關於該項法律行為之規定（民七條二項。德民一一七條二項）例如假裝之買賣隱藏贈與苟贈與之成立要件具備其行為即為贈與而有效。虛偽表示與信託行為有別信託行為者與相對人以超過經濟上目的之權利並以該經濟上目的之範圍內為限許行使其權利之法律行為也例如欲以一定之物供担保之目的時並不設定如抵押權之担保物件迺將所有權移轉於相對人並以為担保之目的為限行使所有權之行為（出賣抵押

一是在虛偽表示欠缺發生法律效果之意思而在信託行爲則有發生法律效果之意思惟其法律效果在對內關係受制限耳信託行爲亦屬有效

第四款 錯誤（意思與表示之不一致二）

錯誤爲認識與對象之齟齬即觀念與事實之不一致

錯誤有兩種一爲關於事物所有非真實之認識二爲事物認識之欠缺通常謂前者爲錯誤後者爲不知學說上均可稱爲錯誤

關有意思表示之錯誤復有二種即意思表示本身之錯誤與意思表示動機之錯誤如誤信某地將通電車而買入彼處之土地是爲動機即緣由之錯誤也動機之錯誤於法律行爲之效力無影響

意思表示本身之錯誤即意思表示內容之錯誤也內容之錯誤就表意者而論須有若無錯誤即不爲意思表示之關係（主觀的標準）而認定此種關係之存在又須以通常合理之人處於表意人之地位足認其有此關係爲標準（客觀的標準）

關於當事人之資格或物之性質有錯誤者例如以僞筆作爲真跡以非罹災者作爲罹災者通常不過

爲動機之錯誤者在交易上認爲重要即因其資格性質之有無而在交易上將視爲別種之人或物者其錯誤自應視爲意思表示內容之錯誤（民八八條二項）

錯誤之效果許表意人將意思表示撤銷但以非由表意人自己之過失者爲限（民八八條一項）表意人對於信其意思表示爲有效而受損害之相對人或第三人應負賠償責任但其撤銷之原因受害人明知或可得而知者不在此限（民九一條）

意思表示本身之錯誤苟細分之除上述內容之錯誤外尙有表示上之錯誤前者如誤信十丈爲十碼後者如誤稱十丈爲十碼兩者關於當事人之保護無加以差別之理由故後者亦應受第八十八條之適用不特此也凡主張不受第八十八條之適用者無非謂其表示欠缺表示意思故常爲無效然以意思表示之理論言之如表示意思應解爲對於某種效果意思之發表方法所有之心理作用則在後者亦不妨認爲具備表示意思

意思表示之誤達即因傳達人或傳達機關傳達不實者得比照第八十八條關於錯誤之規定撤銷之（民八九條德民一二零條）

第五款 詐欺（有瑕疵之意思表示之原因一）

詐欺謂故意以不實之事實相告使人陷於錯誤而因之爲意思表示也詳說於下

（一）須以不實之事實相告 以不實之事實而表示爲真實此即欺罔行爲無論其爲捏造虛僞之事實抑係隱蔽眞事實均屬欺罔純粹之沈默如法律上契約上及交易之習慣上有告知之義務而不告知者通說認爲詐欺

（二）須有故意 即第一須有使陷錯誤之意思第二須有使因錯誤而爲意思表示之意思

（三）須表意人有錯誤 因須表意人陷於錯誤故民法上未遂之詐欺不生法律上之效果又被詐欺者之錯誤不限於法律行爲之內容即關於動機之錯誤亦包含之

（四）須因錯誤而爲意思表示 即錯誤與意思表示間須有如無錯誤即不爲意思表示之因果關係

被詐欺而爲之意思表示表意者得撤銷之表意者之錯誤如涉及意思表示之內容固可依民法第八十八條撤銷其意思表示然亦不可謂絕無第九十二條之適用當以表意人事實上如何主張爲準

詐欺有由相對人所爲者有由第三人所爲者雖係第三人所爲其被詐欺爲意思表示之表意人亦得撤銷惟以相對人明知其事實或可得而知者爲限（民九二條一項）

撤銷被詐欺而爲之意思表示不得以之對抗善意第三人其意非謂有善意之第三人即不得撤銷不過謂撤銷之效果及於當事人相互間對於善意之第三人不能主張撤銷之效果耳（民九二條二項）

第六款 脅迫（有瑕疵之意思表示之原因二）

脅迫謂違法通知害惡故意使人生恐怖且因之而爲意思表示也詳說於下

（一）須表意人生恐怖 雖通知害惡而不生恐怖者於意思表示之效力無影響故民法上未遂之脅迫不生效果亦可稱民法不認脅迫之未遂

（二）須違法通知害惡 此謂通知將來之害惡對於既受害惡者告以無救助亦應解爲將來之害惡惟無救助之義務者爲此種行爲因欠缺違法之分子不爲脅迫脅迫有目的適法而手段違法者（如謂債務不清償則加殺害）有手段適法而目的違法者（如謂不給金錢則告發犯罪）均爲

違法

(三) 須因恐怖而爲意思表示 恐怖與意思表示間之因果關係只須爲主觀的

(四) 須有故意 一須有使表意人感恐怖之意思 二須有使因恐怖而爲意思表示之意思

因被脅迫而爲之意思表示表意人得撤銷之此種撤銷非如在被詐欺者有制限對於善意第三人亦得對抗(民九二條)因脅迫干涉意思決定之自由甚於詐欺也

第七款 意思表示之效力發生時期

意思表示分爲有相對人與無相對人兩種無相對人意思表示之效力發生時期民法無一般規定除特有規定外(民四六條一一七五條一一九九條)原則上當以意思表示成立時發生效力自無可疑有相對人之意思表示又可別爲對話人間之意思表示與非對話而爲之意思表示前者以相對人了解時發生效力(民九四條)後者則規定於第九十五條

非對話而爲意思表示者其意思表示以通知到達相對人時發生效力(民九五條一項前段)關於此點從來有表自主主義發信主義受信主義(即到達主義)及認知主義(即了解主義)之四種主

義我民法因到達主義於保護表意人及相對人之利益最爲適當故採取到達主義蓋表白與了解皆爲主觀的事實證明頗困難用爲標準未免不適當而發信主義例如以書面投入郵筒即生效力在交易上頗得敏活之效果然既未入相對人之支配即無拘束表意人之必要又在相對人並未有可得了解之狀態則對於相對人而認有效力亦乏理由受信主義即以入相對人支配時爲意思表示效力之發生時期既入於相對人之支配則表意人當然不能任意撤回而相對人有可得了解之狀態縱令相對人不了解或有不能了解之特別狀態亦不妨認爲有意思表示之效力

到達主義之效果如左

一 意思表示到達前得撤回之 但撤回之通知後於所欲撤回之意思表示到達者不生效力故前者當先時到達至遲亦當用時到達（民九五條一項但書）

二 發信後到達前表意人死亡或喪失行爲能力或其行爲能力受限制者其意思表示不因之失效（民九五條二項）到達主義僅以到達爲意思表示之効力發生要件其意思表示早經成立故成立要件於發信後有變動不影響於意思表示之効力

意思表示之通知民第九十七條定有特別方法

第八款 意思表示之受領能力

一 意思表示之受領從客觀的方面觀察爲其達到從意思表示之受者方面觀察則爲受領受領非意思表示亦非法律行爲其能力不能適用關於行爲能力之規定惟所謂達到係謂成立可得了解之狀態故受者必須有可得了解之能力此即受領能力也

二 向無行爲能力人或限制行爲能力人爲意思表示者依民法第九十六條之規定以其通知達到其法定代理人時發生效力故無行爲能力人或限制行爲能力人無受領能力又法律雖無明文規定然限制行爲能力人在有行爲能力之範圍內亦當解爲有受領能力

第九款 意思表示之解釋

一 意思表示之解釋謂發見表示之精神意義而確定之爲審判官最重任務之一審判官當盡力爲之並須參以法律之知識並健全之理性與經驗又如行爲之習慣雖未經人立證然自己若有所知亦當斟酌之而爲判斷之資料

二關於意思表示之解釋民法第九十八條（德民一三三條）規定應探求當事人之真意不得拘泥於所用之辭句此爲抽象的一般原則又第四條規定關於一定之數量同時以文字及號碼表示者其文字與號碼有不合時如法院不能決定何者爲當事人之原意應以文字爲準第五條規定關於一定之數量以文字或號碼爲數次之表示者其表示有不合時如法院不能決定何者爲當事人之原意應以最低額爲準此二條爲具體的例示民法雖未規定於一處稍失體裁而學說上則均爲解釋意思表示之原則

第六節 代理

第一款 代理之意義

代理謂以本人名義爲意思表示或受意思表示且因之使直接對本人發生效力之行爲也（民一零三條）詳說於左

（一）代理之意思表示乃代理人之意思表示非本人意思之發表

代理之意思表示爲何人之意思表示約有三說（甲）本人行爲說此說解代理之性質以代理人

之意思表示爲本人自身意思表示之擬制（乙）代理人行爲說此說謂代理爲代理人自身之意思表示推表意者既表示有對本人發生效力之意思則法律認其對本人發生效力在理論上毫不足怪（丙）共同行爲說此說爲前二說之折衷說以上三說中我民法採用第二說可由第一零三條及第一零五條證之

（二）代理之意思表示直接對本人發生效力 所謂直接非謂其效力先對代理人發生而後再移轉於本人（如民法第五七六條所規定之行紀）乃謂自始即對本人而生效力即代理行爲之結果當然以本人爲權利者與義務者此點與間接代理有別

（三）代理人須以本人名義爲代理行爲 以本人名義爲代理行爲應將本人名義表示之此爲顯名主義

（四）代理爲關於意思表示之代理 代理以爲意思表示及受意思表示爲限此實本於法律認代理制度之趣旨蓋法律所認者爲用本人名義之『效果意思』之效力故非在可認爲私法的自治之範圍內者無由成立代理不法行爲及事實行爲不能成立代理者以此（註）占有非意思表示或法

律行爲故關於占有亦不能成立代理

(註)事實行爲包含於法律行爲者如質權設定之將物交付亦成立代理

第二款 代理之意思表示之效力

代理之意思表示非本人之意思表示乃代理人之意思表示又其意思表示之效力直接及於本人已詳前款其結果如下

第一非在代理權限內之意思表示對本人不發生效力(民一零三條)代理權之存在通常爲代理行爲對本人發生效力之要件惟代理權不存在時(一)或因代理權之限制不得對抗善意之第三人而效力之一部仍對本人發生(民一零七條)或因本人承認無權代理人以代理人之名義所爲之法律行爲而該法律行爲自始即生效力(民一七零條)總之本人與代理人間通常須有一定之關係此關係即爲代理權

第二非以本人名義所爲之意思表示對本人不生效力 蓋法律於代理認直接對本人發生效力者一依行爲者之意思此意思依意思表示之通則固須表示而從保護相對人方面言之其對於何人發

生效力亦殊有使明瞭之必要

第三代理不因代理人爲限制行爲能力人而受影響 限制行爲之制度本爲保護限制行爲能力人而設若代理之意思表示其效力對本人發生則縱令代理人爲限制行爲能力人其代理人本身初不受何種之不利益易言之即與保護限制行爲能力人之制度不相抵觸也（民一零四條）

第四代理人之意思表示因其意思欠缺（真意留保虛僞表示錯誤）被詐欺被脅迫或明知其事情或可得而知其事情致其效力受影響時其事實之有無應就代理人決之 此因代理之意思表示雖對本人發生效力而行爲則爲代理人之行爲也惟代理人之代理權係以法律行爲授與者其意思表示如依照本人所指示之意思而爲時其事實之有無應就本人決之例如因購買特定之物品而授與代理權時當就本人是否知其物品之瑕疵而定瑕疵担保之責任（民一零五條）

第三款 代理權之發生原因

代理權發生原因視法定代理與任意代理而有區別法定代理權依法律規定之要件而成立當就各種之法定代理研究任意代理權須本於本人之意思但是否更須代理人之意思表示學說上約分單

獨行爲說與契約說二種

單獨行爲說謂代理權祇須有授與代理權之意思表示即爲成立蓋代理權既非義務又非權利不過爲一種之地位此種地位之性質僅能爲對本人發生効力而已因之代理權授與行爲亦僅決定代理人之意思表示對於自己可以發生効力此以自己之意思表示爲之已足更不須有代理人之同意我民法與德國民法均採此說（民一六七條）

第四款 代理人之權限

代理人之權限即代理權之範圍視代理權發生之原因如何而定即在法定代理當依法律之規定在任意代理當依代理權授與之法律行爲定之

有所謂雙方代理者即在雙方行爲爲相對人之代理人（爲本人與自己之法律行爲）或爲當事人雙方之代理人（既爲第三人之代理人而爲本人與第三人之法律行爲）是也當事人利害關係不同雙方代理在實際上不免發生弊害本人之利益應予保護故法律規定非經本人許諾不得爲之但債務之履行不在此限（民二零六條）蓋債務之履行並非交換新利益故可許其雙方代理惟有當

注意者清償本人之債務不能拋棄本人期限之利益又代物清償（民三一九條）雖亦是消滅債之關係然係交換新利益即不爲本條所謂債務之履行

共同代理權謂以數人之代理人共同爲限方得行使之代理權此即爲代理權之一種制限若非全員共同而爲代理行爲則爲踰越權限之無權代理（民一六八條）

第五款 復代理

復代理人謂代理人爲行其權限內行爲之全部或一部計以代理人自己名義所選任之本人代理人也代理人得選任復代理人之權限爲復任權代理人有復任權與否當就任意代理與法定代理分別論之

（一）任意代理人之復任權 我民法總則無許選復代理人之規定參以民法於委任（民五七三條）雇傭（民四八四條一項）均設有不許第三人代爲之規定是任意代理之代理人應解爲無復任權誠以任意代理人爲本人所信任其代理權比較狹隘又可以隨時辭職故不必認其有復任權也惟經本人同意或另有習慣或有不得已之事由者（參照民五三七條）亦可解爲有復任權此時受

任人之責任可就民法第五百三十八條第二項爲類推適用

(二)法定代理人之復任權 法定代理人其代理之範圍甚廣且並不能任意辭職而其代理權之授與亦非由於信任故應解爲有復任權既有廣汎之復任權自應重其責任以防濫用權利故各國立法例(如日本民法第一零六條)往往規定復代理人之行爲使本人受損害者由代理人負責

第六款 代理權之消滅

代理權消滅之原因有爲法定代理與任意代理所共通者有爲各種之代理所特有者民法於法定代理所特有之消滅原因常就各種之法定代理規定之(民二九條四七條三款一零九零條一零九五條一一零六條)而共通之消滅原因則民法總則未有規定者爲任意代理之消滅原因(民一零八條一項)茲分別論之

一法定代理與任意代理共通之消滅原因 此在民法總則雖無規定而就代理之性質言之則(甲)本人之死亡(乙)代理人之死亡(丙)代理人之禁治產(丁)代理人之破產皆爲代理權喪失原因惟民法第五百五十一條爲(甲)(乙)兩例之例外

任意代理所特有之消滅原因 民法第一零八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是即任意代理權所特有之消滅原因所由授與之法律關係即所謂基礎的法律關係也如代理權授與本欲達委任契約或雇傭契約等之目的而此委任契約等即爲基礎的法律關係基礎的法律關係消滅（如民法第四九條委任之終止）代理權亦即消滅

代理權之撤回亦爲代理權消滅原因撤回應於其所由授與之法律關係存續中爲之但依該法律關係之性質不得撤回者不在此限（民一零八條二項）例如爲代理人之利益計以更換股票名義之委任狀交付於代理人而授與代理權者以後本人不能任意撤回其代理權

第七款 無權代理

第一項 總說

無權代理謂具備代理成立之其他要件而僅缺代理權之代理行爲有代理權本不存在者有逾越代理權之範圍者

無權代理又可分爲表見代理及狹義之無權代理表見代理謂雖無代理權而表面上見爲有代理權

且法律因之認對於本人有一定之法律效果也狹義之無權代理無此種特殊情形故爲本人當然不受何種法律的拘束之無權代理

第二項 表見代理

由自己之行爲表示以代理權授與他人或知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者對於第三人應負授權人之責任（民一六九條前段）代理權授與他人之表示爲事實之通知即觀念通知（意義見本編第一章總論）並非意思表示或法律行爲僅得準用關於意思表示之規定但如第三人明知其無代理權或可得而知者在交易上無保護第三人之必要故對之不應負授權人之責任（民一六九條但書）

第三項 狹義之無權代理

狹義之無權代理或逕稱無權代理即無權代理中除去表見代理之謂

無權代理人所爲之代理行爲爲本人當然不受拘束惟代理人既以本人名義爲之相對人亦以與本人成立法律關係之意思而爲法律行爲故如經本人承認即認爲自始即有代理權亦適於當事人全部

之意思此民法所以予本人以承認權也（民一七零條一項）無權代理之承認與限制行爲能力人未得法定代理人之允許所訂立契約之承認（民七九條）均對於不確定之法律關係而使之確定故其性質相類似

承認爲單獨行爲即就無權代理人以代理人之名義與相對人所爲之法律行爲而表示本人受其效果而法律從而予以法律效果也故承認有形成權之性質

如前所述本人承認無權代理後不確定之法律關係即爲確定故相對人完全受本人之支配法律就相對人亦不能不予以各種之權利即催告權與撤回權是也

（甲）催告權 無權代理之相對人得定相當期限催告本人確答是否承認催告本不須認識其發生之法律效果故非意思表示僅爲一種之意思通知（意義詳本編第一章總論）屬於準法律行爲期限是否相當以契約之輕重當事人距離之遠近等客觀的情事爲標準定之如本人逾期未爲確答者視爲拒絕承認確答應採發信主義抑或採到達主義是一問題惟民法在原則既取到達主義而定確答期限之當事人其目的亦在因期限之經過而即確定法律關係故當解爲應採到達主義遲到之

承認可就第一六零條第一項爲類推適用（民一七零條）

（乙）撤回權 無權代理人所爲之法律行爲其相對人於未承認前得撤回之惟撤回權限於善意之相對人始有之其於爲法律行爲時明知其無代理權者最初即預期受不確定契約之拘束僅希望本人之承認故予以催告權已得充分之保護（民一七一條）

茲尙有應說明者即無權代理人之責任是也無權代理人之責任係對於相對人而言其對於本人之責任則非代理之問題責任之內容爲對於善意之相對人負損害賠償之責（民一一零條）

第七節 無效及撤銷

第一款 無效

（一）民法以無行爲能力人之意思表示（民七五條）限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲（民七八條）及虛僞表示（民八七條前段）等爲無效

民法又以法律行爲違反強制或禁止之規定者（民七一一條前段）有背公共秩序或善良風俗者（民七二條）不依法定方式者（民七三條前段）爲無效

(二) 無效之法律行爲謂法律行爲在法律上已確定爲當然不能生法律行爲上之效力者無效與不成立有別例如有要約與承諾契約已具備成立要件即爲成立而因內容之違法不具備效力發生之要件者仍屬無效又法律上確定不生效力此與效力未確定之法律行爲異其性質例如得撤銷之行爲已生未確定之效力其與無效之行爲性質不同自屬明甚至如無權代理行爲雖當然不能生效力然一經承認即有遡及的效力故行爲當時生效力與否尚在未確定之狀態亦與無效行爲之性質不同無效之行爲以後無論如何不能爲遡及的有效例如背於公序良俗而爲無效之行爲其後因事情之變更不背於公序良俗者亦不能變爲有效

(三) 無效有全部無效與一部無效之別法律行爲之內容在原則上爲不可分因之一部分無效者全部皆爲無效惟除去該部分亦可成立者則其他部分仍爲有效(民一一一條德民一三九條)法律行爲之內容可分與否我民法上無一般之規定當判斷當事人合理的意思而決定至法律上有特定者又當從其特定(民三八零條四四九條票據法四三九條)

(四) 無效行爲之追認 無效行爲之當事人知其無效而爲追認者視爲爲新行爲此在日本民法

第一一九條德國民法第一四一條均有明文規定我民法無規定解釋上可採用德日民法上見解

(五)無效行爲之轉換 爲甲種之法律行爲雖屬無效而爲乙種之法律行爲則具效力發生要件者此時如認乙種之行爲爲有效即爲無效行爲之轉換民法第一一二條規定無效之法律行爲若具備法律行爲之要件並因其情形可認當事人若知其無效即欲爲他法律行爲者其他法律行爲仍爲有效與德民法第一四零條同

(六)無權利人就權利標的物爲處分後取得其權利者其處分自始有效除不生無效之問題外並有遯及效但德國學者因法律無明文規定其遯及效均不認有遯及之效力蓋使無權利人之處分於標的物尙未歸屬於他權利人時不本於其人之意思而發生效力顯失公平也若數處分相抵觸時以其最初處分爲有效(民一一八條二項三項參照德民一八五條二項)

(七)無效法律行爲當事人之責任 民法第一一三條規定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任此項規定在德瑞日民法均無其例日本民法上無效行爲之效果依不當利得及關於占有之規定當事人負利益返還原狀回復及損害賠償之責我民法亦有

與各該規定相當之條文（民一七九條以下九五三條以下）復設第一一三條頗嫌重複而核與占有之規定（參照民一八二條二項）亦多矛盾

第二款 撤銷

（一）撤銷之意義 法律行為之撤銷其主要者即因意思表示內容有錯誤或誤達（民八八條八九條）及意思表示有瑕疵（被詐欺被脅迫）而使表意人遑及的消滅其法律行為之效力也利害關係人對於暴利行為應聲請法院撤銷之（民七四條）此種得撤銷之法律行為其性質可列舉之如下即（甲）得撤銷之法律行為本已生法律上之效力此為與無效行為性質不同之要點（乙）得撤銷之行為其效力在未確定之狀態如經撤銷則確定為自始無效又如經承認或其撤銷權罹於時效則確定為自始有效此未確定之效力為其特色（丙）撤銷惟撤銷權者得為之撤銷權者概言之即為表意人或利害關係人此與無效之行為無論何人得主張其無效者不同

（二）撤銷之原因 一般之撤銷原因為意思表示內容有錯誤或誤達及意思有瑕疵或屬於暴利行為特別之撤銷原因民法就各種之法律行為規定例如第四零八條及第九八九條以下

三撤銷權者 撤銷權者亦分一般撤銷權者與特別撤銷權者以所下所論爲一般撤銷權者

一般撤銷權者爲表意人或利害關係人如前所述在解釋上表意人之代理人繼承人亦有撤銷權代理人非有獨立之撤銷權不過有代理人撤銷之權限故如第一零五條情形雖撤銷之原因事實應就代理人決之者其因此所生之撤銷權亦惟本人有之至繼承人係指繼承撤銷權本身者而言與是否繼承得撤銷之行爲所生權利無關例如甲因得撤銷之行爲而於所有地設定地上權後又將所有權讓與於乙乙雖非地上權之繼承人但因繼承設定行爲當事人之地位即爲撤銷權之繼承人

(四) 撤銷之方法 撤銷應以意思表示爲之(民一一六條一項)有定爲以訴行之者(如民七四條並參照二四四條及九八九條以下)此爲例外而非原則如相對人確定者則撤銷之意思表示應向相對人爲之(民一一六條二項)其不確定者民法無規定解釋上不以對於利害關係人或其他特定人有意思表示爲必要

(五) 撤銷之效力 法律行爲撤銷之效力即該行爲視爲自始無效惟結婚撤銷之效力因特別理由祇對於將來而生效力(民九九八條)又撤銷在原則上生物權的效果一經撤銷無論在何人或

對於何人均得主張其無效惟有一例外即被詐欺而爲之意思表示其撤銷不得以之對抗善意第三人（民九二條二項）至當事人知其得撤銷或可得而知者其法律行爲撤銷時應負回復原狀或損害賠償之責任（民一一四條）

（六）撤銷權之消滅 撤銷權因承認及時效等而消滅至其撤銷權經一度行使而消滅自不待言

（甲）承認 得撤銷之行爲撤銷權者得承認之（民一一五條）因承認而得撤銷之行爲即確定爲有效故爲撤銷權消滅原因之一承認之性質於次款論之

（乙）撤銷權之除斥期間屆滿 例如民法第七十四條第二項第九十條第九十三條所規定者是

（丙）撤銷權之消滅時效完成 例如民法第四百十六條第二項第四百十七條所規定者是（消滅時效與除斥期間之區別於時效部分中論之）

第二款 承認

第一項 承認之性質

承認之性質如僅就得撤銷之行爲而言可解爲撤銷權之拋棄惟承認非得撤銷之行爲所獨有如關

於限制行爲能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約（民七九條）無權代理人以代理人名義所爲之法律行爲（民一七零條一項）無權利人就權利標的物所爲之處分（民一一八條一項）均有承認故承認之性質以解爲確定法律行爲效力之意思表示爲當此即所謂確定效力說也

第二項 承認之效力

民法第一一五條規定經承認之法律行爲如無特別訂定遯及法律行爲時發生效力茲分爲關於得撤銷之行爲之承認與事後承認（即行爲效力繫於第三者之承認者例如民法第一七零條之承認）說明之

（甲）得撤銷之行爲之承認 此種承認對於既已有效之行爲確定其效力民法第一一五條如解爲包括此項承認即與德民法第一四四條第一項相當（註）惟『如無特別訂定』一語殊無意味爲德民法所無

（註）德民法第一四四條第一項得撤銷之法律行爲經撤銷權者追認時不得撤銷

（乙）事後承認 此種承認係由於第三者之行爲對於本屬無效之行爲創造其效力民法第一一

五條如解爲包括此項承認即與德民法第一八四條相當惟爲保護第三人計在立法上似可仿德民法第一八四條第二項加以制限（註）

無權利人就權利標的物所爲之處分經有權利人承認者亦係事後承認之一種民法第一一八條第一項規定經有權利人之承諾始生效力故無遯及效

（註）德民法第一八四條第一項行爲後之承認（事後承認）無特別規定時遯及法律行爲締結之時發生效力第二項事後承認者於承認前就法律行爲之目的所爲之處分或因強制執行或假扣押之方法或破產管財人所爲之處分不因事後承認之遯及效而失其效力

第八節 法律行爲之附款

第一款 條件

第一項 條件之意義

條件者法律行爲之附款使其效力之發生或消滅決於將來不確實之事實之成否者也詳說如下

第一 條件爲法律行爲之附款即法律行爲之當事人依其意思表示對於法律行爲之效力附以制

限也因條件爲組成法律行爲之意思表示之一部故必須具備意思與表示有意思而無表示者不爲條件又獨立之行爲無論爲主行爲或從行爲亦不爲條件

第二條件所以制限法律行爲效力之發生或消滅斯即謂繫於條件之成否者乃法律行爲之效力而非其成立也例如與甲約定如明年余外游即將此屋出租於彼雖租賃契約效力之發生尙待有外游之事實然契約則不待條件之成否即爲成立

第三條件謂因將來不確實事實之成否而制限法律行爲之效力此即與期限不同之點所謂將來不確實事實謂在法律行爲成立之當時以爲條件之事實其成否爲客觀的不確實者或謂在當事人認爲成否不確定之事實即主觀的不確定之事實亦得爲條件如從其見解則雖爲過去之事實苟當事人不知其成立者亦非不可爲條件惟附條件法律行爲之特徵在生效力不確定之法律關係如客觀已爲確定祇因主觀的不知其確實與否而藉以制限法律行爲之效力則在客觀上即不能謂爲生不確定之法律關係因此理由吾人亦從通說認凡爲條件之事實須其成否爲客觀的不確定因之須爲將來之事實

第二項 條件之種類

一 停止條件及解除條件（民九九條一項二項）

停止條件謂條件之制限法律行爲效力之發生者即條件成就時法律行爲始生效力解除條件則制限法律行爲效力之消滅即法律行爲於行爲時即時有效力發生惟於條件成就時失其效力

二 積極條件及消極條件

爲條件內容之事實如爲某事實之發生或變動則其條件爲積極條件或稱有的條件反之如爲某事實之不發生或不生變動則爲消極條件或稱無的條件在前者於生變動時成就在後者於不生變動確定時成就此兩者區別之實益也

三 隨意條件偶成條件及混合條件

隨意條件謂因當事人一方之意思而決定其成否之條件如言『我如願意』是也偶成條件則與當事人之意思無關如言『天如下雨』是也混合條件其條件之成否因當事人一方之意思及第三人之意思而決定如言『我如與甲女訂婚』是也

第二項 條件之成就

(一) 條件之成就爲條件內容之實現即在積極條件其爲條件內容之事實已經發生在消極條件其事實或變動之不發生已經確定是也

(二) 因條件成就而受不利益之當事人如以不正當行爲阻其條件之成就者視爲條件已成就(民一零一條一項)依此規定有四種事實爲其要件(甲)須有阻條件成就之故意行爲(乙)須由於因條件不成就而受不利益之當事人之行爲(丙)須因其行爲而生條件不成就之結果(丁)須其行爲不正當如果因條件之成就而受不利益之當事人就其條件之成就本得以意思爲決定例如先有『余赴南美給汝房屋』之聲明一旦決定不赴南美因之條件不成就者並非反於信義即不能爲不正當行爲

(三) 因條件成就而受利益之當事人如以不正當行爲促其條件之成就者視爲條件不成就(民一零一條二項)日本民法無此規定致解釋上甚紛歧故我民法仿德國民法第一六二條第二項規定之

第四項 附條件法律行爲之效力

(甲) 條件成否確定後之效力

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(民九九條一項二項)此在條件之性質上本不待言者又條件成就之效果在原則上不遡既往此本以普通情形下當事人之意思爲基礎故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自當依其特約(民九九三項)

(乙) 條件成否確定前之效力

因條件之成就而取得權利之當事人在成否未定中亦有將來取得權利之希望此希望若無法律上之規定則不過爲一種事實上之希望或期待而民法則以第一百條規定保護之不許相對人加以損害加以損害者應負賠償之責任故有權利之性質所謂期待權或希望權是也

第三人侵害因條件成就所應得之利益依民法第一八四條亦負損害賠償責任

第一款 期限

第一項 期限之意義

期限者法律行爲之附款而使其法律行爲效力之發生債務之履行或法律行爲效力之消滅決於將來確定事實之發生者也例如約定某年月日租賃房屋或以今後九十九年爲期限設定地上權是也其性質如下

一期限所以制限法律行爲效力之發生或法律行爲效力之消滅民法有明文規定以前者爲始期後者爲終期（民一零二條一項二項）惟債權行爲附始期者通常債權債務即時成立僅其履行期係在將來故民法上附始期之法律行爲亦可解爲所以制限債務之履行民法特就通常情形爲規定耳

二期限以將來確實事實之發生爲內容所謂以確實事實之發生爲內容並非謂定期限者不許牽聯不確實之事實若以不確實事實之發生或其不發生之確定兩者中任何一事實之發生爲期限則任何一事實之發生係屬確實自得謂爲期限

三期限爲法律行爲之附款 此點與條件同

第二項 期限之種類

一 始期及終期

始期謂截至其屆至爲止停止法律行爲效力之發生或債務履行之期限也

終期謂因其屆滿消滅法律行爲效力之期限也

二 確定期限及不確定期限

確定期限謂爲期限之事實發生非特確定且其發生之時期亦確定者例如謂來年一月或以後一個月是也

不確定期限謂事實之發生雖係確定而發生之時爲不確定者例如謂某死亡時是也

第三項 附期限法律行爲之效力

第一目 期限屆至之效力

一 期限屆至則法律行爲依期限所附之制限因以除去即附始期法律行爲或生法律行爲之效力或得請求債務之履行又附終期法律行爲失其效力（民一零二條一項二項）

二 期限屆至之效果絕對不生遯及效此與條件成就不同蓋期限屆至如予以遯及效則與附期限之

意相矛盾

第二目 期限屆至前之效力

基於效力未確定之附條件法律行為既認所謂附條件權利義務而有第一百條之規定則依更強之理由於期限屆至前關於附期限法律行為之效力不得不認爲附期限權利義務故第一百條之規定應準用之（民一零二條三項）

第四項 期限之利益及其喪失

一期限之利益

期限爲法律行為之一方或雙方當事人之利益而存在究竟當事人中孰有期限之利益當就法律行為之種類定之其同種類者當就當事人具體之事情定之如債務之履行定有期限立法上多推定爲債務人之利益

有期限之利益者得拋棄其利益此立法上原則也但多以但書規定不能害及相對人之利益
二期限之利益之喪失

期限之利益之喪失各國立法例所規定之情形大略如下

(甲)債務人受破產之宣告者(乙)債務人毀滅或減少擔保者(丙)債務人有供擔保之義務而不供担保者此蓋因債務人顯然減少其財產上之信用也

本項所論我民法無明文規定

第三章 期日及期間

第一節 期日與期間之意義

一期日謂一定之時刻或時期期間則謂以一定之時期爲起點而繼續至他時期之時間故期日之意義縱令不指瞬間而言亦無繼續之觀念而期間則常以繼續之觀念爲必要或謂從時之靜者言之爲期日從時之動者言之爲期間

二期日及期間依法令審判或法律行爲所定依法令而定者例如民法第八條第十二條第七百六十八條至第七百七十條依審判者例如第一千一百五十六條第二項依法律行爲者例如第八十條第一百零二條第一項第二項第一百七十條第二項(註)至期間之計算法如該法令審判及法律行

爲未有特定者當從總則第五章之規定

(註) 此處所引民法各條其條文中所稱期限在性質上係屬期間而非期限民法用語似欠當

第二節 期間計算法

一 計算法之種類 期間計算法有自然計算法與歷法的計算法二種前者計及瞬息不加以人爲之增減適於計算短期間後者雖欠精密而甚簡便適於計算長時間我民法於稱月或年者依歷法的計算法(民一二三條一項)其以時定期間者則從自然的計算法至以時以下之分秒爲單位者雖於法未有規定自亦依自然計算法

二 以時定期間之計算法 計算此種期間之起算點爲即時(民一二零條一項)其終止點雖無規定而從起算點起算經過所定之期間即爲終止點自屬當然

三 以日星期月或年定期間之計算法詳說於下

(甲) 起算點 始日不算入(民一二零條二項)例如以今日午後一時起十日爲期間者當從明日之始起算以來月一日起三個月爲期間者其來月一日亦不算入

(乙) 終止點 以定期間末日之終止爲期間之終止(民一二一條一項)故在民法不問有無辦事時間之習慣非至午後十二時期間不爲終止債務之履行及其他行爲均得爲之惟依行爲之性質在深夜如可認爲不適當之時刻者當認爲反於信義不能爲有效之行爲

(丙) 末日之延期 於一定期間內應爲意思表示或給付者其期間之末日如爲星期日紀念日或其他休息日時以其休息日之次日代之(民一二二條)

(丁) 末日之算法 末日之算法在以日定期間者本無問題其以月或年定期間者是否換作日計算不無疑問民法規定依歷計算(民一二三條一項)故在歷爲一月者不問大小即爲一月在歷爲一年者不問平閏即爲一年至以星期定期間者民法雖無規定惟改爲日計算結果無異

以星期月或年爲單位而定期間並不以星期月或年之始起算者以最後之星期月或年與起算日相當日之前一日爲期間之末日但以月或年定期間於最後之月無相當日者以其月之末日爲期間之末日(民一二一條二項)例如於十二月三十日定今後二個月期間則在平年以二月二十八日爲末日

第四章 消滅時效

第一節 消滅時效之意義

一消滅時效爲請求權消滅原因之時效而時效者乃以一定之期間與一定事實狀態之繼續爲成立要素之法律要件也除取得時效我民法如德國民法例規定於物權編當就該編說明外茲所說明者乃限於消滅時效

二消滅時效以請求權不行使及一定期間之經過爲其成立要素

(甲)請求權之不行使 請求權之不行使謂請求權雖可行使而事實不行使故消滅時效自請求權可行使時起算(民一二八條)所謂請求權可行使時即謂關於請求權之行使法律上障礙已不存在之時如權利者之疾病不在等縱於權利之行使有事實上之障礙亦於時效之進行無妨反之如停止條件及始期附權利在條件成就或始期屆至前時效不進行

以不行爲爲目的之請求權自爲行爲時起算(民一二八條)蓋無違反行爲時其債權當解爲行使故以有違反行爲時爲時效之起算點

(乙) 一定之期間 關於期間之長短有詳細之規定後就各種請求權說明之

三消滅時效完成後債務人有拒絕給付之抗辯權其請求權本身不消滅(民一四四條一項德民二二二條)(註)故債務人如仍爲履行之給付或以契約承認該債務或提出擔保者不得以不知時效爲理由請求返還(民一四四條二項)又抵押權或留置權所擔保之請求權雖罹時效債權人仍得就其抵押物質物或留置物取償(民一四五條一項)惟此項規定於利息及其他定期給付之各期給付請求權罹時效者不適用之(民四五條二項)

(註)民法第一二五條乃至第一二七條本以定時效期間而謂請求權消滅云云是不僅令債務人得拒絕給付之抗辯權其請求權本身亦爲消滅與第一四四條第一項關係上其用語不能謂爲適當第一四四條第二項所謂請求權消滅亦同

四消滅時效與除斥期間或豫定期間其性質有別 除斥期間爲對於一定之權利法律所預定之存續期間消滅時效則異是其權利最初並非豫定在一定之期間內存續不過因權利之不行使而消滅耳因之(甲)除斥期間非若時效得因中斷或停止而延長(乙)除斥期間經過後權利絕對消滅不因

當事人之行爲（拋棄）而變其效果

法律所定期間究係時效期間抑係除斥期間當以法文之字句爲標準定之有因若干年間不行使而消滅之字句者爲時效期間（民一二五條等）其無此字句而單定權利之存續期間者（例如民七四條三項）則爲除斥期間

第二節 時效制之理由

一權利在原則上有排除事實狀態之效力惟時效則對於永續之事實狀態而予以優於權利之效力即事實狀態排斥權利而反受法律之保護也要之關於時效制之主要的立法理由在保護因永續之事實狀態而成立之社會的秩序其附隨之理由尚有種種（一）永續之事實狀態多有正當成立之原因（二）如久不行使自己之權利則所謂眠於自己權利之上使喪失其權利亦不爲酷此最後之理由尤爲消滅時效所由規定也

二時效制度用以維持社會的秩序其採用係本於公益上之理由故關於此之法規原則上有強行性即時效期間不得以法律行爲加長或減短之並不得預先拋棄時效之利益也（民一四七條）

第三節 消滅效之期間

請求權消滅時效之期間原則上爲十五年（民一二五條）惟民法對於可迅速行使之請求權特定較短之期間如下

甲五年之消滅時效期間 利息紅利租金贍養費退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權其各期給付請求權因五年間不行使而消滅（民一二六條）

乙二年之消滅時效期間 左列各種請求權因二年間不行使而消滅

- (一) 旅店飲食店及娛樂場之住宿費飲食費座費消費物之代價及其墊款
- (二) 運送費及運送人所墊之款
- (三) 以租賃動產爲營業者之租價
- (四) 醫生藥師看護生診費藥費報酬及其墊款
- (五) 律師會計師公證人之報酬及其墊款
- (六) 律師會計師公證人所收當事人物件之交還

(七) 技師承攬人之報酬及其墊款

(八) 商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價

第四節 消滅時效之效力

一消滅時效之効力遯及其起算時蓋時效期間進行中之事實狀態不併予保護則所謂事實的秩序亦無從保護之我民法對於此遯及効雖無明文規定然從第三百三十七條反面觀之當解爲有遯及効也

二消滅時效之効力及於從權利但法律有特別規定者不在此限(民一四六條)

第五節 消滅時效之中斷及其効力

(甲) 時效中斷謂發生一定之事實與時效要素之事實狀態相反因而使經過之期間歸於無効也時效中斷之事由爲請求承認與起訴(民一二九條一項)

(一) 請求 普通所謂請求包括裁判上之請求(起訴)及裁判外之請求此處之請求則指後者即催告是也中斷之効力由於此種請求者甚爲薄弱即於請求後六個月內不起訴仍視爲不中斷也

(民一三零條)請求之後更爲數次之請求亦不能令六個月之期間延長

(二)承認 承認謂受時效利益之當事人對於權利者權利之存在表示其知之行爲也(觀念通知)債務人如有此行爲則人信賴之而不行使權利亦不得爲怠於行使故予以時效中斷之效力

(三)起訴 起訴謂裁判上之請求其爲給付之訴確認之訴或形成之訴均非所問又本訴反訴均包含在內附帶私訴有民事訴訟之性質亦屬之行政訴訟及行政訴訟願其影響雖間接及於私權而其直接之目的則爲行政處分之取消或變更故不屬於此所謂起訴

此項中斷以訴不撤回或未因不合法而受駁回之判決爲要件(民一三一條)惟因形式上違法之程序而使請求到達於對造者雖不能由裁判上之請求生時效中斷之效力而其爲裁判外之請求生第一二九條第一項第一款之效力亦屬當然撤回包原告之撤回及民事訴訟法中視同撤回(民訴法第一八四條)之二種

左列事項與起訴有同一效力(民一二九二項)

(子)依督促程序送達支付命令

支付命令謂請求給付可代替物或有價證券之一定數量債權者爲迅速行使其權利計不依通常訴訟程序而聲請法院對於債務人所發之命令（民訴法第四七三條以下）是爲權利實行行爲故有時效中斷之效力

時效因送達支付命令而中斷者若訴訟拘束失其效力時視爲不中斷（民一三二條參照民訴法第四八六條）

（丑）因和解而傳喚

此傳喚亦爲權利實行行爲之結果故亦有時效中斷之效力惟其效力係條件的即相對人不到庭或和解不成時視爲不中斷也（民一三三條參照民事調解法九條）

（寅）報明破產債權

若債權人撤回其報明時視爲不中斷（民一三四條）

（卯）告知訴訟（參照民訴法六二條六三條）

若告知人於訴訟終結後六個月內對於受告知人不起訴視爲不中斷（民一三五條）

(辰)開始執行行爲或聲請強制執行

時效因開始執行行爲而中斷者若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時視爲不中斷又時效因強制執行而中斷者若撤回其聲請或其聲請被駁回時視爲不中斷(民一三六條)

(乙)時效中斷之效力

時效中斷以當事人繼承人受讓人之間爲限始有效力(民一三八)所謂當事人非指時效當事人全部乃專指關與中斷者而言(參照民二七九條)又關於保證民法有特別規定

時效中斷不妨礙中斷事由終止後新時效之進行中斷後進行時效之起算點爲中斷事由終止時因起訴而中斷之時效自受確定判決或因其他方法訴訟終結時重行起算(民一三七條)

第六節 消滅時效之不完全

時效之不完全謂因一定事實之存在而時效一時休止其進行其事由如次

(一)時效之期間終止時因天災或其他不可避之事變不能中斷其時效者(民一三九)自其妨

廢事由消滅時起一個月內其時效未完成茲所謂終止時不應拘泥字句解爲終止之瞬間例如終止前一日妨礙事由消滅而其最後之一日若中斷時效不免困難則認爲時效未完成亦屬正當又不可避之事變謂可與天災作比之外部的障礙例如戰亂與暴動至如權利者之疾病旅行等主觀的障礙不包含在內

(二) 屬於繼承財產之權利或對於繼承財產之權利自繼承人確定或管理人選定或破產之宣告時起六個月內其時效未完成(民一四零條)蓋因繼承財產於未明管理權屬於何人時非時屬於此之權利不能行使即對於此之權利亦未易行使也

(三) 無行爲能力人或限制行爲能力人之權利於時效期間終止前六個月內若無法定代理人者自其成爲行爲能力人或其法定代理人就職時起六個月內其時效未完成(民一四一條)蓋此類人欲自己實行其權利殆不可能故不使其因時效之完成而受不利益

(四) 無行爲能力人或限制行爲能力人對於其法定代理人之權利於代理關係消滅後一年內其時效不完成(民一四二條)權利者對於義務者於上述之服從關係雖不能全然阻止時效進行

之結果法律亦使其完成得以猶豫

(五) 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(民一四三條)權利者對於義務者有上述之婚姻關係雖不能全然阻止時效進行之結果法律亦使其完成得以猶豫

第四編 權利之行使

第一章 總論

於民法總則之末尾設權利之行使一章爲德民法主義

權利之行使即私權之行使係謂可享受爲私權目的之利益之行爲有逕將利益享受實現者有與他之事實相結合而始將利益享受實現者有爲法律行爲者有爲事實行爲者有爲裁判上之行爲者又有爲裁判外之行爲者

第二章 權利濫用之禁止

因權利之行使而使損害及於他人者事所常有蓋法律分配社會之利益在一方有權利者在他方即不免生不利益故權利之適當行使加損害於他人者固非違法行爲惟權利之行使不得以損害他人爲主要之目的（民一四八條德民二二六條瑞民二條）此即禁止權利之濫用例如鄰地之庭園方開音樂會而鄰人特彈弄聲音不堪入耳之樂器是也

損害不以屬於財產者爲限並包含無形之損害又此損害在性質上如果被害人不圖避免固當然發

生然不以現實被害爲必要

第三章 正當防衛緊急避難

一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不負損害賠償之責此即學說上所
謂正當防衛如因甲之不法行爲而爲對於甲之反擊固不負損害賠償之責至因甲之不法行爲而爲
對於第三者之加害應否賠償瑞士債法明文否定德民法在解釋上亦否定在我民法無規定似可參
用德民法上之解釋防衛行爲已逾越必要程度者仍應負相當賠償之責（民一四八條）

二因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險所爲之行爲不負損害賠償之責此即學
說上所謂緊急避難如由甲之物生危險而將甲該物毀損或將甲其他之物或第三者乙之所有物毀
損均包含在內

緊急避難不負損害賠償之責者以避免危險所必要並未逾越危險所能致之損害程度者爲限
又危險之發生如行爲人有責任者應負損害賠償之責（民一五零條）

第四章 自助

自助即以自力救濟爲法治國例外之制度其要件如下

(一) 保護自己權利

(二) 不及受官署援助並非於其時爲之則請求權不得實行或其實行顯有困難者

如具備右之要件則對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損者不負損害賠償之責(民一五一條德民二二九條)按對於物之自助依德國民法學者通說其物當以屬於義務者(即對於自助者之權利而處於負義務之地位者)爲限在我國民法可採同一解釋押收以在強制執行法上可扣押之物爲限對於人之自助即爲拘束自由例如飯店扣留臨時賴賬之顧客爲其適例

至自助行爲後之處置爲即時向主管官署聲請援助聲請被駁回或其聲請遲延者行爲人應負賠償之責(民一五二條德民二三零條)

本論 第四編 權利之行使 第一章 總論

校勘記

壬申歲余新自柏林歸國父親適草民法要論命余謄稿既付印又命校勘魯魚
亥豕悉爲校正惟每頁靠邊處有章節標目係手民排列爲原稿所無裝訂後始
發見有排印錯誤之處以與本書內容無關故仍之

女東明謹記