

部定大學用書

民法總則

李宜琛著

國立編譯館
中正書局
出版
發行

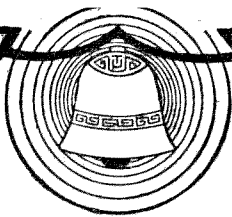
部 定 大 學 用 書

民 法 總 則

李 宜 琛 著



國 立 編 譯 館 出 版
正 中 書 局 印 行



版權所有
翻印必究

中華民國三十三年二月渝初版
中華民國三十六年三月滬五版

民法總則

全一冊 定價國幣八元五角
(外埠酌加運費匯費)

發	印	發	出	著
行	刷	行	版	作
所	所	人	者	者
		吳	國	李
		秉	立	宜
		常	編	琛
			譯	
			館	
正	正			
中	中			
書	書			
局	局			

(1739)

敘例

一、本書擬就現行民法總則編，爲系統研究。首爲緒論，汎論民法之概念。次爲本論，先述權利之本質，以下依次論究權利之主體、客體、得喪變更及其保護行使，一以權利爲中心。蓋現行民法雖趨向社會本位，然猶不失爲權利本位也。編章次第，悉依私見，與法典順序，未盡相伴。用於篇末附錄條文案索引及事項索引，以便稽閱。

一、本書編製，在供大學之用，自應以現行法之詮釋爲先務。第欲闡明義理，各國法例皆應取資比較；本書就此，不厭求詳。其稱德民法者爲德意志民法，法民法者爲法蘭西民法，瑞民法者爲瑞士民法，日民法者爲日本民法。餘可例推。

一、法律乃實用之學，法曹判解，可明法律之用，宜爲學人所重。本書對此，頗多徵引。最高法院判例截至二十九年爲止；司法院解釋截至三十一年爲止。國外判例，可資參證者，間亦刺取入焉。

一、本書每章之末，附列研習問題若干則，或供復習之需，或爲進修而設。然皆理論與實際並重，示不偏廢。

一、民法之學，體大思精，總則一編，概括全篇，尤稱邃密。本書略述崖略，以示門徑。登堂入室，是在學者進以求之。末

附中外譯名對照表及參考書目舉要，或可爲鑽研之一助。

一、本書旨在芟取衆長，間附己意，然因稿成於戎馬倉皇之際，典籍散佚，半恃記憶，疏漏舛誤，在所難免。全書大體依據舊著民法要論總則（二十一年版），而說理示例，簡繁迥殊。管窺蠡測，極知孤陋。損益喜治，當俟異日。海內弘達，惠而教之，爲幸何如！

本論

第一章 權利與義務……………四一

第一節 權利之本質……………四一

第二節 私權之分類……………四五

第三節 義務之本質……………五二

第四節 義務之分類……………五四

第二章 權利主體……………五六

第一節 總說……………五六

第二節 自然人……………六一

第一款 權利能力……………六一

第一項 權利能力之發生……………六二

第二項 權利能力之消滅……………六四

第三項 外國人之權利能力……………六六

第二款 行爲能力……………六九

第一項	總說	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	六九
第二項	未成年入	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	七五
第三項	禁治產人	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	七八
第三款	住所	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	八六
第四款	死亡宣告	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	九二
第三節	法人	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	九九
第一款	法人概說	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	九九
第一項	總說	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	一〇〇
第二項	法人之種類	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	一〇七
第三項	法人之設立	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	一一一
第四項	法人之能力	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	一一五
第五項	法人之機關	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	一二一
第六項	法人之住所	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	一二七
第七項	法人之登記	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	一二八

第四項 標的之適法 ……………二二五

第五項 標的之正當 ……………二二六

第四款 法律行為能力 ……………二二二

第一項 總說 ……………二二二

第二項 無行為能力人 ……………二三三

第三項 限制行為能力人 ……………二三五

第五款 意思表示 ……………二四七

第一項 意思表示之成立 ……………二四七

第二項 意思表示之效力發生時期 ……………二五〇

第三項 意思表示之欠缺 ……………二五五

第四項 意思表示之瑕疵 ……………二六九

第六款 法律行為之附款 ……………二七七

第一項 總說 ……………二七七

第二項 條件 ……………二七八

第三項	期限	：：：：：：：：：：	：：：：：：：：：：	：：：：：：：：：：	：二九二
第七款	法律行為之代理	：：：：：：：：：：	：：：：：：：：：：	：：：：：：：：：：	：二九六
第一項	總說	：：：：：：：：：：	：：：：～	：：～	：二九六
第二項	代理之要件	：：：：～	：～	：～	：三〇六
第三項	代理權	：：：～	：～	：～	：三一〇
第四項	自己代理及雙方代理	：：～	：～	：～	：三一六
第五項	代理權之消滅	：～	：～	：～	：三一八
第六項	表見代理	：～	：～	：～	：三二一
第七項	無權代理	：～	：～	：～	：三二六
第八款	法律行為之效果	：～	：～	：～	：三三一
第一項	總說	：～	：～	：～	：三三一
第二項	無效之法律行為	：～	：～	：～	：三三一
第三項	得撤銷之法律行為	：～	：～	：～	：三三七
第四項	效力未定之法律行為	：～	：～	：～	：三四五

第三節	期日及期間	……	三五〇
第四節	消滅時效	……	三五五
第一款	總說	……	三五五
第二款	消滅時效之觀念	……	三五九
第三款	消滅時效之效力	……	三六一
第四款	消滅時效之中斷	……	三七二
第五款	消滅時效之停止	……	三八二
第六款	時效期間	……	三八六
第五章	權利之行使及保護	……	三九五
第一節	權利之行使	……	三九五
第二節	權利之濫用	……	三九八
第三節	人格權之保護	……	四〇二
第四節	私力救濟	……	四〇六

緒論

第一章 民法之意義

社會生活

奧託基爾克 (Otto Gierke) 氏曰：「人之所以爲人，在人與人之結合。」旨哉言夫！蓋人類爲社會的動物，自不能離羣而索處；羣居生活，始自何時，固不可考，但在人類發達之始，已營羣居生活，則爲歷史家所公認。或謂人類之所以能產生，即因人類之祖先，有所謂社會生活，視他種動物爲優越，非人類造社會，實社會造人類焉。要之，人類文化之進步，實與社會之發達，互爲因果，始有今日。

法律

人類既羣居而成社會，勢不能不有一定之準則以維繫其團體之生活，限制其個人之行動。此種行爲之準則，與社會生活亦互成因果之關係，社會生活愈發達，行爲之準則亦愈複雜，此種行爲之準則，即所謂社會生活之規範。法律、宗教、道德、風俗、禮儀，其內容性質固各不同，而其應社會生活之必要，爲社會團體所公認，強制遵守，懸爲圭臬則一也。此種社會規範，就吾人今日之觀念言之，固皆有其領域，迥不相侔，第在原

始社會，則宗教、道德、法律數者，均為渾然一體之社會習慣。例如所謂塔布（Taboo）（註），因為宗教上之一種禁制，同時亦為當時社會之遺德與法律。是為所謂原始規範，或名之為第一次社會生活之規範。然而社會生活愈形發達，團體構成，亦漸鞏固，其社會之中心力，乃逐漸顯著，集中於團體中之會長或長老。而此社會之中心力，漸感此種社會之規範，有強制施行之必要，遂強制其施行。於是法律規範，始行成立，亦即第二次社會生活之規範。然後，社會既以人民土地為其基礎，愈形鞏固，形成國家。其社會之中心力，亦因之得更為有組織的行使，成為國家之權力。法律因得國家權力，強其施行，亦因之益形昌明，漸趨完成。是故吾人得為法律定一界說曰：「法律者，社會生活之規範，由社會之中心力——主為國家權力——強其施行者也。」雖然，有應注意者，國家之法律，固為最完全之法律，而所謂法律則並不以國家之法律為限，在國家形成以前之半開化社會，固亦有其法律，即在各文明國家集合之國際團體間，亦有所謂國際法之法律焉。

（註）塔布本為太平洋中波里內西羣島之土語，歐美民俗學者，因無適當譯語，遂皆沿用之。塔布一語，一方為神聖或污穢之意，他方為禁忌或忌避之意。故所謂塔布者，即接觸神聖或污穢事物之禁忌，違之者必蒙災害，因此信念而生之習俗也。此種習俗為初民社會之普遍現象，所有民族，皆一度經歷此種習俗始進於有規律之社會生活。關於塔布，日本穗積陳重博士法律進化論第三卷，論列頗詳，可供參攷（有中譯本）。

公法與私法

法律之中，復有公法與私法之別。公法與私法區別之標準若何，學者之間，聚訟紛紜，莫衷一是。最有名者，約有三說：（一）目的說。以公益爲目的之法律爲公法，以私益爲目的之法律爲私法。（二）關係說。規定權力服從之關係者爲公法，規定平等對立之關係者爲私法。（三）主體說。法律所規律之法律關係如係以國家或其他公共團體爲雙方或一方之權利主體者爲公法；反之，規律私人相互之關係者，則爲私法。以上三說，皆有所偏，殊不足採，故吾人改就社會生活之實質，觀察研討，求其區別之標準。夫法律爲社會生活之規範，既如前述，而所謂社會生活，復可分爲二種。其一，爲國家組織而後始行發生之生活關係；其一，爲國家組織之前，即行存續之生活關係。前者以國家組織之維持爲目的，後者則以種族生活之繼續爲目的，如刑罰、訴訟、兵役、賦稅之關係，咸因國家組織而後發生，反之，親子、夫婦、買賣、借貸之關係，則在國家組織之前即行存續。前者爲國家生活，後者爲私人生活。二者雖皆爲社會生活，而學者於此，又時將社會生活之名詞，用於狹義，謂前者爲國家生活，後者爲狹義的社會生活。前者之生活關係爲公法關係，爲其規範者，曰公法。後者之生活關係爲私法關係，爲其規範者，曰私法。

公法私法之性質，既有不同，故其指導原理，亦有顯著之差異。學者恆言，公法爲命令服從關係，而私法則爲平等對立關係。參最近則潮流所趨，國家對於私法關係，亦漸放棄以往之自由放任的態度，而改取積極干涉之方式。是爲「私法公法化」之傾向。如社會法、經濟法，皆富此種思想，各種戰時立法，更多此等現象。是亦吾人

所不可不知者也。

民法

與 商法

公私法之區別，既如上述。民法所規定者，如親子、夫婦之身分關係及借貸、所有之財產關係，皆爲上
述之狹義的社會生活；故屬於私法。雖然，民法所規定者，不過爲私法關係之原則，並非私法之全部，
於私法之中，復有特別私法，其最重要者，即關於商事之特別法規，與民法立於普通法與特別法之關係，良以社
會生活，備極繁複，爲其準則之法律規範，亦因社會之進步，法律之發達，而愈趨詳備。民法所規定者，主爲普通一
般社會生活之原則的規定，而商法則主爲特殊社會生活之技術的規定。我民法雖採民商法合一主義（註），將
以前商人通例中之經理人與代辦商以及商行爲中之交互計算、行紀、倉庫、運送營業、承攬運送等編入於民法
債編之中。然關於商事之法規固各有特殊之沿革與使命，原未便與民法概行合併，故關於公司、保險、海商、票據，
仍各訂爲單行之商事法規，有其獨立之存在。故於學說上仍不妨概括各種單行商事法規，以之對於普通民法
爲一總稱也。

民法

與 民法典

民法復有實質的意義與形式的意義。以上所述，要皆指實質的意義而言。所謂形式的意義者，則爲
成文的民法典，換言之，即依法典的形式規定，命名「民法」之成文法也。形式的民法，雖以網羅實

（註）民商法合一主義之當否，學者間尙有聚訟。我國採取合一主義之理由，參攷中央政治會議「民商劃一提案審查報告書」。日本田

中耕太郎氏於中華民國民法債編總則序論（有中譯本）對之有所批評，頗具卓見，可供參考。

質的民法之全部爲旨趣；而實際上，則未必與實質的民法同其範圍。蓋民法典之外，既別有他種之成文特別法，復有不文民法之存在。反之，在民法典中，因立法之便宜，尙含有若干公法規定。如法人之設立（三二條——三四條）、登記（三〇條——三四條）、及清算（四一條——四三條）之規定，卽其例也。

研習問題

- 一、公法與私法區別之標準何在？
- 二、說明民法之意義。
- 三、試論民商法合一主義之當否。

第二章 民法之形式

民法之源

民法典爲民法之一部，而非民法之全體，既如前述，然則民法於成文法典之外，更以何種之形式而存在，是項問題，學者名之曰民法之「淵源」，或曰「法源」。民法之法源有四：（一）民法典，（二）特別民法法規，（三）習慣民法，（四）判例民法。前二者爲以明文制定之成文法（制定法），後二者則爲未經明文之不成文法（非制定法）。此等法源之根據若何，價值何在，原屬法理學上之中心問題，非民法總則中所宜論究。茲僅就初學者所應具有之常識，略予介紹而已。

民法典

民法爲私法關係之原則法，前已言之。唯關於民事之法律，並非必以明文制定，始能成立。例如英國及美國各州皆無所謂民法之成文法典，民法之構成，均以判例法爲骨幹，是爲不文法主義。反之，歐洲大陸諸國，自十八世紀以還，因中央勢力之強大及自然法學之勃興，均採取成文法主義，民法法典相繼完成。就中如法國拿破崙法典（一八〇四年）、德國民法典（一八九六年）、瑞士法典（一九〇七年），皆爲現代民法典之典型。我國亦仿歐西先例，有民法典之編制，民法法規之大部分，悉被容納，故我民法重要之法源，應以民法典

爲首屈一指，自不待言。

特別民法法規

民法典雖包含民法法規之大部分，而並非其全部，良以民法典所規定者，不過爲民法法規中之原則，關於民法中所未規定之事項，或雖有規定而情事特殊之事項，於民法典之外，私法上之法律規定，自不在少。民法典所規定者爲私法關係之一般的原則，故曰普通法，此種民法特別法規，則爲特別法。於適用法律之際，且有「特別法優於普通法」之原則，民事特別法規，自應優先使用。例如關於耕作地之租賃，民法債編中固已有所規定，然土地法中，尙另有明文，欲解決耕作地之法律問題，土地法爲民法之特別法，自應先於民法而適用之（最高法院二十八年上字一三二號判例參照）。故吾人研究民法之際，固應以民法典爲中心，而其他特別法規，苟與民法有直接之關係者，皆應取爲研究之對象焉。

習慣民法

習慣法者，由慣行而發生之社會生活的規範，雖未經明文制定而爲一般國民確信其爲法律而奉行者也。在往昔國家及法律尙未發達時代，民法及其他法律，自以習慣爲其主要之法律源。其後，國家生活，漸行發達，文字使用，日趨普及，成文法始次第發生，而人民私生活之規範如民法者，仍委之習慣法，直至十八世紀末，歐洲各國，日形強大，在政府既希望中央集權，國法統一，同時所謂自然法學者之理想法主義復風靡一時，各國競欲編製法典，將民法法規，網羅無遺。一時習慣法幾有完全廢止之勢。如法國拿破崙法典（一八〇四）、奧大利民法典（一八一—）皆有否認習慣法之旨。迨歷史法學派之說興，成文法萬能思想，又因而顛覆，一

八九六年之德國民法，對此無明文規定，習慣法之效力若何，殆悉依學者之爭議，但一九〇七年之瑞士民法第一條則明白規定習慣法對於成文法不過有補充的效力而已。我國民法規定「民事法規所未規定者依習慣」（二條），「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限」（二條），亦承認習慣法有補充的效力，蓋與瑞士民法出於同樣之趣旨者也（司法院三〇年院字二八一七號解釋參照）。

雖然，於此有一問題，即對於民法典之規定，倘有反對之習慣法發生時，則民法之規定，是否亦因之而變更？耶學者通說，皆取消極解釋，以爲民法既明文規定，習慣法僅有補充的效力，於法律所未規定之事項，始有其適用，則上述情形殆無發生可能。予獨以爲不然，何則？蓋民法第一條之規定，可以妨礙反對習慣法之發生，自無庸疑；然社會生活日新月異，以一成不變之法規，欲期適用於流動無常之社會，而能亙久不變，自屬事實之所難能，是以成文民法縱極完備，倘有不適宜爲社會生活之規範時，習慣民法亦必應社會之要求，不斷發生，絕非禁止法規所能永久阻止。是爲社會上事實的存在，無從否認。法規若無否定習慣法之明文，則習慣法之應用，自可堂堂然直接自正面爲之；反之，亦必紆迴曲折，必達改廢成文法之目的而後已。是以近時之法律思想，對於習慣法之地位，愈形重視，以爲習慣法對於成文法有對等之效力焉。

判例

民法

民法之規定，以法院之判例之形式而成立者，謂之判例法。在英法法系採取不文法主義之國家，既無成文法可以依據，故法院判決法之先例，遂成爲民法最重要之法源，至成文法主義各國，判例民

法之重要性，自不逮不文法之國家遠甚，而判決先例之拘束力，則仍爲事實上之存在，未容否認。如我國雖屬成文民法國家，然判例既成之後，即不得輕予變更。故法院之判決先例，遂有事實上之拘束力，而判例民法乃於民法之法源上，占有重要之地位，與成文法相對立。

關於判例民法之是認，法學者間不無異議，其否認判例法者，多以三權分立論爲論據，以爲司法機關自不得兼爲立法。不知三權分立之思想，不過當時一種主張，原非絕對之真理，窺其用意所在，不過爲主權運用之分擔。若三權可以絕對分離，反違反主權之本質，加之法院之判決，不過對於具體的事件而爲具體的判決，與立法機關之爲抽象法規之規定者，自非同一，故吾人縱承認判例法之存在，而立法機關與司法機關之職能上之分擔，亦不因而消失也。

法理

我民法第一條之規定曰：「民事，法規所未規定者依習慣，無習慣者依法理。」何謂法理，我國學者間，尙無定論（註一）。鄙意所謂法理，卽法律之原理，自法律精神演繹而出者。然法律原爲社會的規範，以正義公平爲最高原則，以適用於現實社會爲目的，則法律之精神與社會之通念，自不能背道而馳。是所謂法理與情理，條理，殆爲同一事物之二面，並無絕對的差異也。至法理何以得爲裁判之準據，良以法律之規定，縱極綿密，而社會現象則變化無窮，自不能網羅無遺，司法官復不得以法律之不備爲理由，拒絕裁判，故援用法理補充法律，自爲事實上所必要（註二），但法理本身，並非民法之法源，不過得以判例爲基礎，爲判例法發生之淵

源耳。

研習問題

一、習慣法之效力若何？

二、何謂法理？

(註一)我國學者關於「法理」二字之詮釋，素不一致。陳克生先生謂法理即事物當然之理，故主張釋法理為情理。並謂若解法理為參酌法律精神所得之原理，則仍屬解釋法律之範圍，仍以法律為前提。(陳著民法通義總則一六頁以下參考)。反之，余戟門先生則解為從法律全體精神所生之原理，並謂若解法理為自然之理事，即與民法草案所稱條理無異，如此解釋，全置法條文字於不顧，殊難為適宜。(余著民法要論總則三九頁參考)。胡長清氏則解為法律通常之原理。所說依違於二者之間，殊欠明瞭。(胡著中國民法總論三二頁以下參考)。

(註二)第十民法第一條第一項，「民法未規定者，審判官依習慣法，無習慣時，則自居於立法者之地位，以所應制定之法規裁判之。」

第二章 民法之編製

民法典
之歷史

民法爲吾人私生活關係之規範，卽在初民社會，亦必有法規，爲社會生活之準則，固不待言。然在法律濫觴之始，多爲所謂記憶法，卽法律之存在，咸有賴於長老之記憶，口耳相傳，遞嬗勿替。迨言語文

字發達，始有成文之法律。近代民法典之編製，固爲十八世紀以後之所有事，然成文法之起源，則遠在四千年前。現存世界最古之法典，當推古巴比倫王之罕穆拉比（Hammurabi）法典，是爲一九〇一年十二月發見。

月法國探險隊於波斯古都蘇薩（Susa）地方所發見。罕穆拉比法典係雕刻於圓形之石柱上，共計八百二十二條，其中所規定者，雖不僅爲民事法規，但民法居其大部。其次，舊約聖書所記摩西十誡亦刻之於石，爲古代有數法典。然古代之法典中，體系井然，論理明確，影響後世，歷久弗衰者，厥爲羅馬法。羅馬法初亦爲記憶法，法律知識常爲貴族階級所秘有，致有偏頗之處理，裁判屢失公平。平民因不知法律，不得裁判之正確保障，乃有制定成文法之要求，幾經爭議，始有十二銅表法之頒布。其後，因羅馬商業之發達，及羅馬人之法律天才，法學者輩出，學者著釋研究，日趨精密，迄紀元五百三十三年，優士梯利安大帝編纂羅馬法大全（Corpus Juris Civilis）遂告

大成。羅馬法原爲羅馬帝國之法律，羅馬滅亡後，卽爲新興日耳曼民族之固有法所代替。逮中世末季封建制度衰落，商業勃興，固有之法律不能適應此種政治經濟上之新狀態。於是歐洲各國紛紛繼承古代羅馬法律，以爲裁判之準繩。尤以德國，自第十五紀以來繼承羅馬法爲普通法全，部德國法殆皆化爲羅馬法。近代各國民法之編製，無不受羅馬法之影響。故或謂羅馬會三次征服世界，第一次爲武力，第二次爲宗教，第三次爲法律，尤以法律之影響爲最深且鉅也。

至於近代民法典之編製，則以一千七百九十四年之普魯士民法爲最古，繼之者則爲一千八百〇四年之法國拿破崙法典及一千八百十一年之奧大利民法，然於近代民法典之中，立法的技术最稱精良完備者，則推德國民法典，而德國民法典編纂之經過，尤爲研究民法學者所注意之史實，用述梗概以供參考。

十九世紀之初，德國爲拿破崙鐵蹄所蹂躪，幾至喪失獨立。德國有識之士，僉以爲欲復興德國，必須民族統一，一八一四年拿破崙在來布乞兵敗回國，海得彼慕大學教授提波 (Tiebau) 氏，目睹法軍敗退，以爲德國統一之時機已至，乃著有德國一般民法典之必要一書，以爲欲期民族之統一，必須以法律之統一爲前提。故日耳曼民族統一之基礎，首在編纂統一之民法典，使全民族棲息於同一法律之下。因提波氏此書之公刊，遂引起提波與薩維尼 (Savigny) 氏法典編纂之爭議。蓋提波以自然法論爲根據，以爲任何時代任何場所皆可編纂統一之法典，以實現民族之國民的統一，反之薩維尼則基於歷史法學派之立場，謂法律猶如國語，爲國民精神之

表現，而生於國民之確信吾人不能用普通法典以統一國民之權利，猶之不能編纂大字典以統一國民之語言。薩氏之主張原非反對國民的法律統一，不過應先研究各地分裂之民族法，闡明其共通性，而後能從事於法典之編纂也。二氏爭議結果，薩氏主張勝利，法典之編纂遂告延期，直至德意志帝國成立以後，乃從事於民法之編纂。一千九百八十八年德國民法第一草案，始行公布，第一草案成於羅馬法學派文德賽（Windscheid）之指導，根據羅馬法之原理而編纂者，故公表之後，即爲日耳曼法學派基爾克（Gierke）等所非難，基氏係就法規之實質與形體二方面立說，實質方面爲非民族，偏於羅馬法蔑視固有法，形體上則爲非國民的，語句艱澀，不易了解，其他學者實務家批評亦極多，乃又從事二次修改。一八九六年完成，自一九〇〇年一月一日開始實施。於是全國所熱望之「一民族，一帝國，一法律」（Ein Volk, Ein Reich, Ein Recht）之理想，始行實現。

民法之編別法

民法典之歷史，已如上述。因是，民法典之編製，遂有二種不同之立法主義，即所謂「羅馬式編別法」與「德意志式編別法」是也。羅馬式編別法（Instituten System）創自羅馬法學者蓋氏（Gaius）

蓋氏作十二銅表法註釋，分爲三部。第一部爲人事編，第二部爲財產編，第三部爲訴訟編。即人（Persona）法，物（Res）法，訴（Actio）法是也。此種編別法爲優帝法典之法律階梯所採用。近世法蘭西民法即採取此種編別。但削除訴訟編，復分財產編爲二，仍爲三編。第一編人事編，規定人格能力及親屬關係，第二編財產編，規定所有權及其變形，第三編，財產取得編，規定所有權取得之方法。荷比、意、西諸國民法及日本舊民法，均屬同一系統。此

種編別，組織論理，均欠完善，述其缺點，約有四端：(一)無總則為原則規定，並為他部分之前提；(二)物權法與債法雖同為財產法，而性質迥然不同，亦未加以區別；(三)人格及能力之規定與親屬關係規定係置於同一編中，(四)只認繼承為財產取得之一種方法，是以德國法學者於繼受羅馬法之後，因對於羅馬法之研究探討，而創製更論理的編別法，是為德意志式編別法 (Pandekten System) 薩克遜 (Sachsen) 民法最先採用，分民法為五編，第一編總則，第二編物權，第三編債權，第四編親屬，第五編繼承。白蘭恩 (Bayern) 民法草案仿之，唯將債權物權之順序，加以遷換。德國民法即採用白蘭恩式，而日本民法，則採用薩克遜式。此外，如瑞士民法除緒言外，分為四編，第一編，人格法；第二編，親屬法；第三編，繼承法；第四編，物權法；關於債權關係則另有單行之債務法。蘇俄於革命成功後，首先制定關於親屬監護之單行法規，故其民法亦僅有總則、物權、債編、繼承四編，均為德意志式之變體也 (註)。

(註)德國自納粹獲得政權以來，民法典改正運動，又復甚甚。歷上一九三四年七月，改組德國法學院，即為改正法律事業之準備。一九三五年一月，更以明令公布大學科目，民法一科，不以法典總則各編為順序，分為「契約及侵權行為」、「商標及金錢」、「親屬」、「繼承」、「合夥及公司」等課程。頗可暗示民法典編別之動向。此外，民法與本身雖未改廢，而各種特別法頒布甚多，如德國世襲農場法 (一九三三年)、勞動法 (一九三四年)、親屬法之變更補充法 (一九三八年)、婚姻法 (一九三八年)、遺囑法及繼承契約法 (一九三八年)、及「失蹤死亡宣告及死亡時確定之法」 (一九三九年)，皆就民法內容，多所改正。

我民法

之沿革

我國法律，本於世界中，別爲一獨立法系。遠在周秦，法制即已燦然可觀。至成文法典，當以李悝之法經爲濼觴。其後，漢有漢律，唐有唐律，條分律舉，規定甚詳。宋明以來，不過汲其餘流而已。然我國古代，因儒家思想之影響，重禮治而輕法治。所謂法治者，偏重於刑罰法規，歷代律令，多爲刑罰之規定，不過於戶婚田債中，可以間接窺知私法規範之一部而已。若一般私法生活，殆爲不文民法所支配，向無成文民法法典，可爲執法者裁判之準據，兼爲人民社會生活之規繩。雖然，我國禮儀與法治之觀念，向極混淆。如周禮、儀禮、禮記及歷代各種專典（如唐之六典、明之通典、清之通禮會典），皆就人事身分關係，詳予規定。雖名爲禮制，實亦爲我國固有私法重要法源，爲吾人不能忽視。抑有進者，我國古代僅有實質民法，而無形式民法。當今變法伊始，倘有志於法學者，根據歐西之法律觀念，蒐集我國固有之各種材料，以科學方法，仿新民法之體系，從事整理研究，俾使雜亂無章之我國固有法制，精鍊而爲學理的法律，則其嘉惠於我國法律之發揚進步者，當不讓於日耳曼法學派之諸大家矣。

民法編

製經過

有清末季，歐風東漸，我國固有之法律制度，已不克適應變動多端之新時代。朝野憬然，深感非變法自強不足以圖存。遂有法部修訂法律館之設，招致留學歐美、日本學生，分司其事。並聘日人松岡義典、正氏，從事於民律草案之編纂。總則（三二三條）、債權（六五四條）、物權（三三九條）先行完成。親屬（一四三條）、繼承（一一〇條），則由法律館商同禮學館訂立，亦繼以竣事。未及頒布施行而清室已屋，是爲第一次民法草案。

以起草之際，時局杌隉不寧，倉卒脫稿，苦無研覈之暇，除物權、親屬、繼承三編，尙多因襲舊有法制習慣之點外，咸爲日本民法之逐譯。故民國成立以後，各級法院，審理民事，仍以大清律例之民事有效部分爲標準，而民法草案，亦僅總則編及債權編之一部，認爲條理，聊供裁判上之參考而已。及民國十四年修訂法律館民法修正案完成，是爲第二次民法草案，仍分總則（二二三條）、債權（三三二條）、物權（三一〇條）、親屬（二四一條）、繼承（二二五條）五編。總則、物權二編甚少變動，債編間採取瑞士債務法，親屬、繼承則係參考現行律民事有效部分及大理院歷年判例，編纂而成，但亦未及公布。民國十六年，國民政府建都南京，中國統一，對內對外，咸痛感有亟行頒布新法之必要。十七年法制局曾根據黨義起草親屬繼承二編，未及施行。立法院成立，就法制委員會中，組織民法起草委員會，根據中央政治會議民法總則編立法原則之精神，從事編纂，歷三月而總則編即行完成。遂於五月二十三日公布，以是年國慶日開始施行。債編（六〇四條）、物權編（二二一條），相繼編纂竣事。於同年十一月二十二日及三十日先後公布，同自十九年五月五日起實行，親屬編（一七〇條）則係十九年十二月二十六日公布，與翌年一月二十四日公布之繼承編（八十七條）同自二十年五月五日起施行，二十年來屢經易稿之我國民法遂告完成，是爲我國有形式民法之始。

研習問題

一、民法典之編別法有幾？

二、試比較現行民法與歷次民法草案之異同。

第四章 民法法規之種類

民法爲國內私法，固如前述，民法法規之性質復可依各種不同之標準而爲觀察，茲述其重要者於左：

固有法
與
繼受法

固有法者於本國社會生活中，自然發生成長之法律規範也；反之，繼受法則爲移植他國所發生成長之法律以爲本國社會生活之法律規範者也。繼受外國法律時，復有習慣法的繼受與立法的繼受之別。所謂習慣法的繼受，如德國於十三四世紀時，繼受羅馬法以爲本國法是；立法的繼受則如意、比諸國繼受拿破崙法典，土耳其之繼受瑞士民法是。現行民法除物權親屬中一部分規定外，亦純爲外國法之繼受。繼受他國之法律，以爲本國社會生活之規範，是否適當，固亦不無疑問。歷史法學家有言，法律爲民族精神之表現，若徒驚新奇，擯棄固有法制，摹仿他人，所繼受之法律爲國民生活所不能消化融納，致使法律社會二者，形同鑿枘，固屬非是。然法律原爲經濟生活之上層建築，如經濟生活發達至同一階段，則必有同一或類似之法律，以爲社會生活規範，其法律之作成，或係本國所固有，或係外國所傳來，均無關係。凡能適應社會之需要，爲人民所遵守，皆不失爲良好法律規範。是以民法中之規定，不問其爲固有法抑繼受法，實質縱有差異，而其效力則無二致，所

不同者，當研究固有法之際，應溯其沿革，明其源流，視其是否違反現今之趨勢；反之，於繼受法之研究，則應追求其法所自來，俾闡明其意義，而適合本國國情與否，尤為學者所應三致意者焉。

實體法 與 程序法

實體法亦曰主法，即規定權利義務之存否、性質、範圍之法律也。程序法亦曰助法，即規定權利義務實行手段之法律也。如民法、商法等為實體法，而民事訴訟法、破產法則為程序法。然此種區別，不過就大體論斷。民法法規雖屬於實體法之範疇，然亦不無關於程序上之規定，例如法人設立登記之類是也。程序法所規定者既為實體法實行之程序，則其發生發達似應遠在實體法之後；然法制史上，則無論民事刑事，皆係先有程序法，而後促成實體法之發達者也。

普通法 與 特別法

普通法與特別法區別之標準有三：其一，以適用法律之地域為標準，適用於全國者，為普通法，適用於特殊區域者，為特別法。其二，以適用法律之人為標準，適用於一般人者為普通法，適用於特殊階級之人者為特別法。其三，則以法律所適用之事項為標準，適用一般事項者，為普通法，適用於特別事項者為特別法。就以上三種標準言之，則民法皆為普通法，與各種特別法相對立。普通法與特別法區別之實益，即因法律之適用時，有一原則，特別法應先普通法而適用，必於無特別法之規定時，始適用普通法之規定也。

原則法 與 例外法

原則法者，就某種事項於一般之情形所應適用之法規，例外法則為就該事項如有特別之情形時應排斥原則法而為適用之法規。原則法例外法之區別與普通法特別法之區別不同，特別法對普

通法而言，固爲例外法，但亦不盡然。而普通法本身亦有原則法與例外法之分，如民法固爲普通法，而其規定之內容，則原則法與例外法兼而有之。例如「人之權利能力，始於出生」（六條），即屬原則法；而「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」（七條），則爲例外法。且有於同一條文中包括原則與例外二種規定者，如但書規定多爲此類，但但書之規定，不必盡爲例外法，亦有反爲原則法者，如第八十六條之規定是。原則法與例外法之實益，在解釋之際，須特別注意二者之關係，法諺固有一「例外法最須嚴格解釋（*Exceptio est strictissimae interpretationis*）」之說，然吾人於解釋之際，仍須慎重考量以求其具體的合理性，固不得墨守成規刻舟求劍者也。

強行法

與任意法

強行法者，法律之規定不得依當事人之意思而左右，必須強制遵守者也。任意法者，法律所規定，不得用以補助或解釋當事人之意思，可遵守可不遵守者也。法律之所以異於他種規範，即在強制力之有無，是一切法律皆應爲強行法規，不應更有任意法之存在，不知任意法一經適用，亦有強制的效力，固與強行法無異，其有別於強行法者，當事人可以爲反對之意思表示以排斥法律之適用耳。民法之規定兼有強行法與任意法二者，是否任意法，法文中亦有明文規定者。如有可依當事人之「特別意思表示」或「特約」等字樣，多爲任意法（註），然亦非皆可由外形窺知者，故於法律解釋適用之際，是否強行法規自須嚴加注意不容忽視也。大體言之，民法債編因適用契約自由之原則，故主爲任意法，其他各編則多爲強行法，然此不過略示大體

之標準，如親屬法，固多爲強行的規定。而夫妻財產制之規定（一〇〇四條以下）則仍爲任意法也。反之，債編多爲任意的規定，而利息限制之規定（二〇三條以下）則仍不失爲強行法也。違犯強行法規之行爲，其效力亦不一致，有無效者，亦有其行爲並非無效，但於法別有制裁者，亦有並無何等制裁者（所謂不完全之規定），其詳當容後述。

研習問題

- 一、說明強行法與任意法之區別。
- 二、民法法規之性質若何？

（註）民法總則編立法原則第二條：民法各條應分別爲二大類：（一）必須遵守之強行條文，（二）可遵守可不遵守之任意條文。凡任意條文所規定之事項，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。凡任意條文於各條明定之。

第五章 民法之解釋適用

民法
之
適用

法律規範原為抽象的規定，法律之價值即在此種抽象之規範，適用於具體的社會生活關係。以抽象的法律規範，應用於具體的生活現象，即所謂法律之適用。例如「債務人應償還其所負之債務」為一法律規範，某甲負有若干債務為一事實，則適用上述法規，某甲即應償還債務。是以通常法律學者，恆以三段論法求得法律問題之解決，即有法則有確定之事實，於是以法則為大前提，事實為小前提，以求得結論。申言之，即法律之適用，首為認定事實，然後就所應適用之法律規範，研討解釋，以明瞭確定其內容，從而獲一解決問題之結論焉。其說固無大謬，然須注意者，所認定之事實，原為法律的事實，係就多數錯綜複雜之自然的事實，採取選擇組合而成，不似單純之自然的事實可為純客觀的論斷。故於適用法律之際，司法官如何於多數自然的事實之中選擇綜合，以構成法律的事實，實為先決之問題也。

釋解
之
必要

事實認定之後，即應為民法之解釋，以確定其意義。習慣民法與判例民法固亦不免發生解釋問題，然解釋之必要，殆以成文法為最著。蓋成文民法所規定者原為抽象的原則，依文字而表現。憲法

者固應適用通俗之文字，俾爲法律所規律之國民，易於了解。然我國現行民法，多爲外國法之繼承，法律之特殊用語，法典之中，隨處皆是；其意若何，自非解釋，無從確定。且文字之本身，苦不完全，於適用之際，非病其欠缺明瞭，即失於不甚詳盡，遇有疑義，自非努力闡明，無從應用於具體的社會現象，此法律解釋之所以尙也。唯有應注意者，法律之編纂固係出於立法者之制定，然法律一經成立，即脫離立法者之意思而有獨立的存在，故吾人解釋之對象，原在法律之自身而非立法者之意思。善哉德儒柯拉（Kohler）氏之言曰：「解釋爲探究意思，然所探究之意義，非在何人欲言何事，而係所言者究爲何事也。」柯氏所云，蓋謂立法者於立法之際欲言何事係別一問題，而法律自身所言者，究爲何事，始爲吾人探究之目的。是以於闡明立法目的之際，立法者之意思，固不失爲重要之參考，然絕非確定不移之論也。

解釋之方法

學者通常恆分解釋爲立法解釋與學理解釋之二種。立法解釋亦曰公權解釋，即以同一法律或其後之法律確定法律中用語之意義者也。是則謂爲解釋，毋寧謂爲立法；故於此所謂解釋，當專就學理解釋而言。學理解釋亦曰學說解釋，即依個人之學理的探究確定法律之意義者也。解釋之以法典之文詞用語爲之者，謂之文字解釋。成文法之特色，即在以文字爲表現之工具，以文字解釋，究明法律之意義，自屬必要。故文義之確定，自屬解釋之初步工作。然若純恃單純之文字解釋，究不能確定法典之真義，審查一法律之規定，與他規定之關係若何，此一規定於法典中占有如何地位，於法律全體中又占若何之地位，立法目的何在，由於

何種社會生活之必要……就此各種方面以論理的方法爲思考，然後法典之真義，始能確定，是爲論理解釋。如反對解釋，當然解釋之類，皆不外論理解釋之一種方法；即所謂擴張解釋、縮小解釋、變更解釋之類，亦不過以論理解釋補正文字解釋之結果。要言之，學理解釋即在以論理的方法闡明法律文字之意義，所謂文字解釋與論理解釋，皆不過爲學理解釋之一部，並非兩種不同之方法。以此二者爲一種對立之解釋，固屬不當；若於二者之間，復爲設有先後順序之別，謂必於文字解釋不能確定法律意思之際，始用論理解釋之方法，益失民法解釋之正鵠矣。

類推適用

與法律解釋似同而實異者，爲所謂類推適用。類推適用者，就法律所未規定之事項，適用類似事項之規定者也。法典有明文規定得爲類推適用者，謂之準用。即在類似情形，因立法之便宜，避免法律規定之重複繁雜，故即使準用類似之規定，如買賣契約爲有償契約之典型，故買賣之規定，得準用於其他有償契約（三四七條參照）。然準用與適用究有不同，必限於性質所許可者，始能類推適用之耳。第於法無明文可以準用他種規定之際，司法官亦得爲類推適用，以類似之規定，適用於法律所未規定之事項。蓋因民法爲抽象之原則規定，立法者之思慮，縱極縝密，欲網羅現有之社會現象，無所遺漏，固不可能；加之，社會生活，日新月異，他日發生之事實，不免爲法律所未規定。司法官既不能拒絕不理，則適用類似之規定，以爲裁判，自爲社會生活所必要。唯類推適用之根據，果何在？學者所見，尙不一致。一爲立法說，以爲類推適用，即爲制定新法。然類推適用

原非設定何等原則，不過僅於具體事件適用法律上之原則而已；謂爲立法，自有未當。二爲解釋說，即以類推適用爲解釋方法之一種者，所謂擴張解釋，固與類推適用不無近似，然擴張解釋，究不能超出一定程度，而類推適用則無一定之界限，自不得僅以解釋目之。三爲法理說，即依民法第一條規定，法無規定者，得依法理而爲裁判，類推適用，即爲本於法理而爲者也。予亦云然。蓋法理云者，即法律之原理，自法律全體之精神演繹而生者，則法律之本身，必有其統一性，就甲事項之規定若如此，則對於類似之乙事項，若有明文，亦必適用同一原則，爲同一之規定，始適合社會之通念。是以類推適用即係就法律所未規定之事項援引類似事項之規定，以爲法理而爲裁判者也。例如「民法第一千〇五十條第四款，固僅規定妻對於夫之直系尊親屬爲虐待或受夫之直系尊親屬之虐待致不堪爲共同生活者，夫妻之一方，得向法院請求離婚。惟此係就以妻以夫之住所爲住所之普通情形而爲規定，其以妻之住所爲住所之贅夫，對於妻之尊親屬如虐待或受妻之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者，按諸民法採用男女平等原則之本旨，實與該條款規定有同一之法律理由，自應類推解釋，許其請求離婚」（最高法院二八年上字二一一六號判例參考；同院二九年上字二〇四三號判例，亦同趣旨）即其適例。

研習問題

一、法律解釋之方法有幾？試說明之。

二、何謂類推適用？

三、依舊法所立之嗣子女，與民法上之養子女，原非全然同一，在民法親屬編施行後發生之終止嗣子關係事件，是否應就民法關於終止收養關係之規定，類推適用？

第六章 民法之適用範圍

民法之效力

民法之適用範圍即民法效力所及之界域。民法爲私法之通則，故適用於一般的私法關係，前已言及。茲更分述爲（一）關於「時」之效力，（二）關於「人」之效力，及（三）關於「地」之效力三項說明之。

時

一切法律，皆自施行後發生效力。故只能適用於施行後所發生之事項；法律施行前所發生之事項，雖於法律施行後成爲問題，亦不能適用法律之規定，此爲「法律不溯及既往之原則」。蓋爲維持社會生活之安定，法律之效力不應溯及既往，自屬當然。我民法各編施行法第一條，皆曾申明此旨，原屬當然的規定。然所謂不溯及既往之原則云者，不過法律上適用之原則而已，初不足爲立法之拘束，故立法者仍可適應社會之需要，斟酌立法之目的，對於過去之事項，規定其仍適用新法。即由於立法之必要，對於上述原則，設有若干例外，亦無不可。如民法總則編施行法第三條、第六條、第十六條至第十八條；債編施行法第二條至第八條，第十條至第十三條；物權編施行法第二條、第四條至第七條、第九條至第十三條；親屬編第二條、第四條至第十二

條，繼承編第二條，第四條，第六條至第八條等皆是也。

其次，與法律不溯及既往之原則，有相關聯者，即所謂既得權之不可損害是。所謂既得權不可損害，不過爲立法上之原則，因立法者曾經賦予之權利，不可輕予變更故也。並非以既得權之絕對不可侵爲原則，法律得以明文變更不溯及既往之原則，既如前述。凡權利依法所給予者，不過在法律範圍內，有其效力，故必要上自得依法令對於所謂既得權加以制限或變更者也。

復次，則所謂「新法改廢舊法」之原則，在民事法中自亦適用，但所謂新法改廢舊法，亦與不溯既往之原則，不可混同；蓋新法雖然優於舊法，但若無明文規定，則對於施行期前所發生之事項，仍不適用，一如前述。不過舊法因而改廢而已。

人

民法爲普通法，就其對人之效力而言，自非適用於特別階級之特別法，而爲適用於一般人之普通法。第所謂「一般人」有二種解釋：其一，不問其所在爲何地，凡中華民國之人民，皆應適用；其二，則不問其人是否有中華民國之國籍，凡在中華民國領土以內者，皆應適用。前者曰屬人主義，後者曰屬地主義。在中古以前，多主屬人主義，故有「羅馬法者，羅馬人之法也」之語。其後，因中世紀封建制度之影響，領土之觀念發達，法律與土地遂生密接之關係，從而有一「驛馬如更，法律亦易」之法諺，而屬地主義以興，遂與屬人主義爲併立之原則。是以今日之國法，原則上，因其國家人民主權之結果，不問其所在，得支配一切之國民，復因領土主

權之結果，不問其國籍如何，得支配寓居國內之一切人。即以民法而論，亦以僑居國外之本國人民及僑居本國之外國人民，均應適用為原則。但因此各國法規之支配，自不免發生衝突，且因國情之各異，實際上亦多不便，而此種衝突不便之情形，殆以民法為尤甚。因此遂有國際私法以調和此種涉外的私法關係，對於上述之原則，設有各種之重要例外。我國對此，亦有法律適用條例之頒行。凡此，均為國際私法學科所應研究，姑從省略。

地

一國之法律，因其領土主權之結果，應適用於一國全部領域，已如前述，唯對此原則，亦有若干例外。外國人之旅居本國者，所謂涉外的私法關係，不盡適用本國法律，固無論矣。有時於本國領域之內，因有特殊情形，亦有不能適用本國民法者，如蒙古、西藏、新疆事實上不克盡適用我國民法是也。加之，我國昔日因不平等條約之結果，承認他國在我國有領事裁判權，有此種領事裁判權國家之人民，其不克受我國民法之拘束，自不待言。今幸抗戰六年，國際地位，日漸增高，英、美兩國放棄其在華領事裁判權及其他有關權利，與我國政府，簽定平等互惠新約。其他享有特權之少數國家，其將追蹤英、美之後塵，不難逆料。百年積辱，洗於今日，良用慶幸。今後外僑旅居我國，皆受我國司法權之支配。我輩治法學者，撫今追昔，更應勉勵，庶不負國內外人士之殷望也。

研習問題

一、何謂法律不溯及既往之原則？

二、不平等條約廢除後，對於民法之適用範圍，有何影響？

第七章 民法理論之變革

民法之

指
導原理

近代民法之編纂，既造端於十八世紀，時值個人主義思想風靡一時，故民法之基調，自不外為個人主義的法律理想，「個人人格之絕對的尊重」，遂為近世民法之最高指導原理。因此，又分演為三大原則。第一為所有權絕對之原則（註一），各個財產，咸屬於個人之私有，所有權為神聖不可侵犯之權利，權利之行使與否，悉屬個人之自由，無論何人，皆不得加以干涉，以確保個人之所有權。第二為契約自由之原則（註二），個人意思之行動，絕對自由，故各個人之取得權利，負擔義務，亦應由於個人之意思，因契約締結而成立，契約之內容、方式，以及相對人之選擇，亦純委之於當事人之自由，國家不積極的予以干涉。第三，為自己責任之原則（註三），個人之行爲，損害及於他人時，如係由於自己之意思（故意、過失），始負賠償責任。反之，自己如無過失時，即不負責，至於他人之加害行爲，更無任何責任。此三大原則，始見於法國大革命時之人權宣言，繼而於一八〇四年，法國民法上，遂有具體的規定。第十九世紀之各國民法，亦莫不繼承此種思想，奉為圭臬。此等原則，使私有財產制度，獲得法律的根據，各個人之財產，得有確定的保障，以從事於自由競爭。中古世紀，封建社會之法律

秩序，遂因之而根本顛覆，並促進近代資本主義之發達。其對於人類文化之貢獻，自非吾人所得漠視。然時至今日，資本主義的經濟組織，既達爛熟之期，其弊害之顯著，日甚一日，亟待救濟。於是近世私法之根本理論，遂不得不從事修正，以適應社會之需要。茲就此三大原則之修正理論，略述一二如左：

所有權
社會化

近代法上所有權之理論，以為所有權之本質，即在於抽象的「所有」。保護此種所有之事實，即為法律無上之使命，其所有人對所有物如何利用，則法律上毫無顧慮之必要，亦無干涉之可能。是為所有權觀念本身之錯誤。最新法律思想，以為私有財產制度乃係將社會上之物資，信託於個人，其目的原在使其利用，不在使其「所有」。是以法律對於所有權之保護，非保障財貨之分配而使其固定，乃在使其利用，以發揮物資之完全的效用。故法律之使命，非在保護所有人個人之利益，而在保護信託個人分配財貨之社會的福

(註一)因所有權絕對的原則，更發展而為個人財產權尊重之原則，各個人之財產權，概為絕對不可侵犯。且不特生前可以絕對的支配已也，即權利人死後，亦得以遺囑自由處分，從而有遺囑自由之原則及財產繼承制度，詳細參考拙著現行物權法論第二章所有權及繼承法論第一章繼承法總論。

(註二)因契約自由之原則，更發展而為私法自治之原則，其詳參考本書第四章第二節法律行為之本質。

(註三)自己責任之原則，既以個人之故意過失為要件，故亦曰過失責任之原則。且於此原則內，更引申為修權行為之理論，非侵害他繼承人之「權利」即不負責任。詳細當讓之債編總論。

社故所有權之行使，必須顧及社會全體的利益，且於社會生活之必要上，所有人必須利用其所有物，不得放置，始得謂為發揮所有權之最高效率也（註）是為所有權社會化之理論。他如權利濫用之法理（參考一四八條）亦係對於所有權絕對性之修正，出於同樣之旨趣者也。

契約自由之限制

中古世紀，個人之社會生活關係，悉由其階級身分而決定，個人毫無意思之自由。是以所謂契約自由之原則，打破封建社會之沉滯狀態，使各個人從事於自由的經濟活動，對於文化進步，貢獻不在少。然因資本主義發達，財富集中，促進大企業之組織化。因此，凡企業關係之契約（如大工廠之雇傭契約），其內容皆為定型化，不容相對人自由決定。且因資本之集中，遂有企業獨占的傾向，各個人遂亦失其選擇相對人之自由。至其企業如係人生所必需（如電燈自來水……），則當事人對於契約之締結與否，亦無自由之可言。於此等情形之下，契約關係殆悉由一方當事人（獨占的企業主）恣意為之，他方當事人除無條件的忍從而外，別無他法。於是契約自由之原則，擬打破封建社會之拘束，以實現自由之意思協定者，於今日之經濟情況之下，已不能達其目的。是以契約自由之原則，遂於各方面加以限制：或對於重要之企業，由政府獨占、監督，以防止私

（註）德國魏瑪憲法第一五三條規定「所有權伴同義務，第一五五條規定「開拓利用土地為土地所有人對於公共所負之義務」最可充分說明所有權社會化之理論。現德國納粹黨綱領第二十四條，亦明揭「公益優先」之旨。

人之墮斷，生活必需品之投機操縱，尤爲法所不許。或就契約內容，加以限制干涉，以保護經濟上之弱者，必要時，且得承認契約之強制締結。再如從事於主要之工業者，其同業者間往往有集團的協約，對於契約內容爲半自治的限制，皆係對於契約自由之原則，所爲之修正，以適合社會生活之必要者也。

無過失責任

自己責任之原則，僅就自己之加害行爲負責，且無過失，即無責任，其主要之理由，原在保護個人活動之自由，加強其責任意識，似亦合於正義公平之觀念。然因資本主義發達，大規模之企業激增，危險事項比比皆是。若仍以自己責任爲原則，其結果往往有失公平。例如大工廠中之工人爲機械所傷，或行人爲電車、火車軋傷，於此情形，若非認明企業主體有過失，即不得請求賠償損害，則被害人實際上即無從獲得救濟。是以最近法律思想，咸傾向於無過失責任主義，凡經營危險事業，獲得利益者，不問有無過失，皆應使之負責。如近代歐美各國，對於火車、電車、飛機等交通事業，以及經營工廠、礦山、建築等所生之損害，類皆承認無過失責任。至於現行民法，雖仍以自己責任爲原則，僅就若干特殊情形，承認無過失責任之例外，然就最近社會情勢而言，過失責任主義，究不能適於社會生活之進展，無過失責任主義，當必有取而代之之一日也。

民法之動向

於上述三大原則之修正而外，舉凡「交易安全之保護」「公序良俗之觀念」「誠實信用之原則」「團體地位之尊重」……等莫非對於個人主義的法律理想之改進。蓋在個人主義的民法，原以尊重個人人格，保障個人權利爲其上之使命。而最近民法則處處以社會之福祉爲前提，個人之利益，僅

限於社會利害調和之範圍內，爲法律所保障。故學者恆言，現代之民法係由個人本位趨向於社會本位焉。抑有進者，我國係以三民主義爲建國之根本原則，民生主義又以「平均地權」「節制資本」爲目的，則我國民法之精神，在限制個人主義的思想，增進社會公共之福利，固不待言。他如社會主義及極權主義之國家，其政治原理，固有不同，而其以全體主義代替個人主義，則無二致。是則今後世界民法之動向，殆可知已。

研習問題

- 一、近代民法之指導原理若何？最近如何修正？
- 二、試依照三民主義說明我民法之精神。

第八章 民法之研究方法

法學的派

法律學於社會科學之體系中，擁有獨自之領域，尤以十七八世紀以來，法學昌明，學者輩出，派別分歧，其著者如自然法學派、註釋法學派、分析法學派、歷史法學派、比較法學派、社會法學派……出主入奴，是儒非墨，其對法律本質之認識，固相逕庭，而所取之方法論，亦有差異。凡此當然為法理學所應研究之問題，著者於此，僅就今日民法學者，通常所採取之研究方法，略予論列，俾使學者，得窺門徑已耳。

民法研究的方法

民法的研究方法，大別有二：一為法律學的方法；一為社會學的方法。茲分述之。

法律學的方法

法律學的方法 (méthode juridique) 係主以實定法 (das positive Recht) 為研究之對象。依文字解釋及論理解釋的方法，綜合分析，以闡明法律之精義。如註釋法學派，及分析法學派之學者，類皆採取此種方法。此等學者，恆謂法律為立法者有意識的創作物，故着眼於法規背後之權利及強制，法律之制裁應由國家司法機關執行，並嚴守三權分立的理論，以成文法為典型的法律，習慣法及判例法，咸在排斥之列。如

奧斯丁 (John Austin) 氏謂「法律學為現實法律之學」(Jurisprudence is the science of the positive law)。

法律學之任務，即在答覆「何爲法律（What is law）」而非答覆「法律應爲如何（What law ought to be）」其研究方法，故遂僅局限於法律解釋學，而不及於立法學，且以此自滿。此種方法，至少有二種缺點：一、純以形式理論爲根據，而將目的論的考察，置之度外，僅就法律的文字，依單純的形式論理方法，構成原理概念，更以此等概念爲基礎，形式的達到一定之結論，其所爲之結論，於實際生活上，究有若何意義，則全然不加考慮。如民法規定「土地所有權，包括其上下之所有權」（五五二條），學者每依形式論理的方法解釋，謂土地所有權可以上至天空，下達地心，即其一例。此種研究方法，若發達極致，則法律必將變爲「由上空注入事實，由下空抽出判決之自動機械」。故葉寧格（Rudolf von Jhering）氏，乃譏之爲概念法學（Begriffsjurisprudenz），蓋謂其純爲概念的構成也。二、此種方法，既純以法規爲研究之對象，以爲藉此可以獨立的說明法律現象，故以爲法律學擁有獨特之範疇，自成完整之體系，可與社會游離而存在，實屬大謬。蓋法規不過爲法律生活現象之一，且法律爲社會生活之規範，必須使之適用於實際社會，始有其存在之價值，若徒爲理論而理論，致使法律生活與事實生活，背道而馳，自非立法之本意。故葉寧格氏嘗指摘當時之法律學者，係安住於「法律的概念天國（Jurist-tischenbegriffshimmel）」置實際生活於不顧焉。

社會學的方法

近時德法二國，有稱爲社會法學派之法律學者，因有鑑於法律學方法之失，故主張採取社會學的方法（méthode Sociologique），研究法律。其主張之理由，蓋因法律爲社會法則，法律現象爲社會

現象，故主張將法律學吸收入於社會學之中，即以社會學的方法從事研究之也。此種研究方法，不注重法律之抽象的規定，而重視法律所有之社會的作用。由法律之作用上，以觀察法律之理論、規定及其根本思想、法律之形式、僅屬手段。故不僅成文法為法律的典型。即習慣判例，皆得構成為法律之淵源。是以法律非立法者之創造物，而為人類智力所能改良之一種社會制度。法學者之任務，即在研究法律之得失，構成實際生活法則之「活法律」(das Lebens Recht) 而適用之。俾法律與社會的目的相一致。因此，社會法學者主張，司法官於裁判之際，應注意其裁判之具體的妥當性，對於各種不同事件，應個別的為合理而且正當之解決。因此種理論，遂有所謂「自由法運動」(Irrrechtliche Bewegung) 以為司法官有變更法律之權能，法律之對於司法官，不過為指南針或教科書。雖然，若依此種主張，司法官可任意左右法律。結果，不免害及「法律安定」(Rechtssicherheit)，似亦與法律之社會目的，有所違失。故學者對之，頗多非難。要之，社會法學派認識法律為社會現象，故提倡以社會學的方法，研究法律，以探求法律的社會作用。一面研究「活法律」而適用之；更一面以法律制度之改正為法學者之任務，以期完成法律之目的。凡此種種，皆能糾正法律學的方法之錯誤，其貢獻於法學界者，自不在小。然社會法學派之發生，原係對於過去法學界之反動，自亦不免有矯枉過正之處。蓋法律為社會法則，法律現象為社會現象，固不待言。因此，須採用社會學的方法以為研究，亦為吾人所首肯。然法律雖為社會法則之一種，究與其他社會法則，性質有所不同。法律現象雖為社會現象，然在一般社會現象中，要亦有其特色。以法律為社會現

象，即使之包含社會學之中，專以社會的方法，從事研究，似亦不免有失正鵠也。

私見

法律學的方法與社會學的方法，皆失之狹隘，非吾人之所能完全贊同，既如上述。余以為研究民法之際，必須兼取二者之長，始能成爲完全之學問。因此，民法的研究方法，應同時兼及二方面：其一，爲民法靜態的研究，主以法規爲研究之對象，就現行法典，從事詮釋，唯於詮釋之際，固不僅就法典文字，依形式論理的方法，從事於文字解釋，論理解釋，即可謂盡其能事。舉凡外國法之比較，固有法之探討，學者之學說，立法者之見解……皆爲研究現行民法上重要之材料，吾人所不能忽視者。其二，爲民法動態的研究，主以法律現象爲研究之對象，法律現象原爲社會現象之一種，法律之規定，對於實際社會之結果如何，此種規定對於社會之進步，究有阻遏的作用抑有助長的作用，自爲吾人所應重視，以期成爲實際生活之「活法律」，使法律生活與社會生活，融和一致。於研究法律動態之際，社會上之習慣，各級法院之判例，固皆爲吾人研究之資料，必要時，且須就各種法律的社會現象，作統計學的調查，以期明確，然後，綜和靜態動態研究之結果，從事於立法的批判，蓋因法規原非一成不變之規範，而爲人類智力所能改良，且能隨時修正之社會制度。則吾人之從事於民法研究，不僅以現行法之實用爲目的，且應以法律之改進，引爲己任者也。

要之，我國爲成文法主義的國家，吾人研究民法，自不應對於現行法典，棄置不顧，致貽游談無根之譏，然若純以法規之分析爲能事，則僅爲「法術」，尙不得謂爲「法學」，必須兼採社會學之方法，並爲立法學之研究，

以達成法律之社會的目的。昔葉寧格於羅馬法精神論(Geist des römischen Rechts)一書中，嘗謂羅馬法之研究，當「經由羅馬法，而超越羅馬法」，吾人擬仿其言曰，民法之研究，當「經由民法典，而超越民法典」。學者諸君，倘能於研究民法之始，謹識斯言，或可免於亡羊歧路之嘆也歟！

研習問題

- 一 民法之研究方法有幾？其得失利弊若何？
- 二 何謂自由法學？

本論

第一章 權利與義務

第一節 權利之本質

第一總說

法律
與
權利

欲先明權利之本質，必先明瞭法律與權利之關係，法律與權利之關係若何，夙為法理學者論究之中心，法律與權利二者孰為先行存在者，換言之，即先有法律而後有權利耶？抑先有權利而後有法律耶？學者對此，議論分歧，有持法律權利同時存在說者，謂法律為「客觀的權利」(Objektives Recht)，權利為「主觀的法律」(subjektives Recht)，有持權利先存說者，以為法律之目的，即在就既存之權利，予以保護或限制。天賦人權說無論矣，即在法律學者論究權利本質之際，所持意思、利益、自由諸說(後詳)，皆有權利先存說

之傾向。然則權利云者，果係先法律而存在耶？臆見所及，不敢苟同。蓋就今日法律觀念而言，權利原係與義務各相對立，第就社會進化之歷史觀察，則義務之觀念，實先權利而發生。規範云者，原爲行爲之準則，規範之內容主爲義務之規定。尤在原始規範，皆爲禁止法規，告人以勿盜、勿殺、勿淫人妻女，無往而非義務之強要。是以吾人法律生活之中心，即依義務之觀念而發達。此等義務觀念之始，原爲對於社會中心力之服從義務，因其服從之結果，團體構成員相互間法律上之義務，始行確定。因有勿殺之義務，於是人類之生命始有保障；因有勿盜人財物之義務，從而有物權之觀念。足證法律規範發生之始，實以義務爲本位。迨人類社會進步，法律觀念發達，權利之觀念，始行發生。試以我國固有法論之，我國固有法制，主爲刑罰法之規定，人民之於私法上所受之利益，要不外法律之反射作用。權利云者，實爲近世發生之法律思想，權利之存在，後於法律，且係由於法律之創造，從可知已。

權利

本位

權利義務雖爲相對之觀念，而法律規範之始，則係義務本位，以義務規定爲法律之中心，其後始有權利之觀念，固如上述。然近代之民法典則以權利爲中心，一切權利義務關係多就權利方面而爲規定，故學者恆稱近代民法爲權利本位之民法。近代民法之所以採取權利本位，固亦不無立法上技術上之理由，因私法與公法不同，自權利方面規定較易，然其最重要之理由，實以近代民法原爲十九世紀個人主義之表現，故以權利爲中心，規定民法爲權利本位。然時至今日，個人主義之民法理論，既經修正，權利之觀念，遂亦有重大變遷。如所有權之社會化，權利濫用之禁止，債權之行使，應依誠實信用之原則，財產繼承之限制，遺贈權之不

得違反特留分，親權之有義務的性質……凡此種種莫不說明權利之行使，應適合社會的福祉，故今後民法之動向，必由權利本位而趨於社會本位，可斷言也。

雖然，今後之民法，固將改採社會本位，然現行民法，仍以權利規定爲中心，不失爲權利本位之法律。如債編、物權編、爲債權、物權等財產權之規定，親屬編、繼承編、爲親屬權及繼承權之規定，而民法總則之規定者，尤爲權利關係之通則。如第二章人，規定權利主體，第三章物，則規定權利客體中最重要之物。第四章法律行爲，第五章程期日及期間，第六章消滅時效，則規定權利得失變更之共通的原則，第七章權利之行使，則爲權利之行使保護中基本的規定。故本書之論究亦主以權利關係爲對象焉。

第二 權利之本質

權利

權利之本質爲何，學者之間所見不同，其重要者，約有三說：

(1) 意思說 (Willenstheorie) 此爲薩維尼 (Savigny) 氏所主張，以法利爲個人意思支配之範圍，不知意思固爲權利得受行使之原因，但非權利之本體，若依此說，則法律上無意思能力之人，例如嬰兒、白癡、瘋癲之屬，即不得享有權利，就現行法之解釋而言，自欠允當。

(2) 利益說 (Interessentheorie) 此說爲葉寧格 (Hering) 所主張，謂權利爲法律所保護之利益。利益固爲權利企圖實現之目的，但法律所保護之利益未必即爲權利，自不克充分說明權利之本質。

(三)法律上之力說 以上二說各有所偏，近世學者多主法律上之力說，謂權利為法律上之力，申言之，權利云者，即為吾人之利益法律所賦之力也。例如物權為直接支配物之法律上之力，債權則為要求他人特定行為法律上之力也。是以權利之內容為特定之利益，所謂利益不限於金錢的或經濟的利益，即人格的無形的利益，亦包含在內；而權利之外形，則為法律上之力，得訴之於法律的手段。蓋權利之特徵，即在權利人得以法律上之力，積極的實現其利益，消極的排除他人之侵害也。

法益

法律所保護之利益，謂之法益，但法益固非皆由權利然後取得享有之者，亦有由法律之反射作用而享有之者。例如因保護個人或階級利益之法規（如保護營業信用之刑法法規及保護勞動階級之勞動法），吾人固從而享有一定之法益，即在直接以維持公共秩序為目的之法規（例如命於某處點燈之警察法規），吾人亦往往間接的享受法律上之利益者也。

權限

法律所承認之意思範圍，謂之權限。權限有以利益為目的者，亦有不以利益為目的者，前者固為權利，而各種之同意權、代理權等，一般雖謂為權利，實為權限也。

權能

權利與權能不同，權利為權能之源泉，權能為權利之作用（Function），如所有權為權利，所有人因有所有權而得為物之使用、收益及處分（七六五條參考），使用權、收益權、處分權皆為所有權之權能，而所有權則為此等權能之源泉也。

第三 公權與私權

公權
私權

權利之中，復有公權、私權之區別。其區別之標準如何，學者間亦多聚訟：（一）有以主體為區別標準者，然不特個人可享有選舉權、訴訟權等公權，即國家或公共團體於財產關係上，亦得享有私權。此說曰不足採；（二）有以權利發生之法規為標準者，即依公法發生者為公權，依私法發生者為私權。然因公法之義務違反，可以發生私法上損害賠償請求權（一八六條參考），又如公益法人設立許可為公法上之處分，而因此發生之社員權則為私權。反之，因侵害私權而發生之訴權，則為公權。足徵此說之不可通；（三）有以財產上之利益為標準者，有關於財產上之利益者，為私權，反之，則為公權。然親屬權人格權為私權，而公務員之俸給請求權則為公權，此說自難令人首肯。

上述諸說，皆有所偏，未足採取，故余仍擬自其實質以為區別，藉與前述公私法之區別相對應。自其實質而言，以國家生活上之利益為內容者為公權；反之，以社會生活上之利益為內容者為私權。依此標準，則民法上之權利，自應屬於私權之範疇。然公私法之不得為絕對的區別，既如前述，故民法中亦不乏賦予公權之規定（如八條、十四條），私權之全部，亦未必悉為民法所賦與，所不待言。

第二節 私權之分類

第一 總說

私權之中，復可依各種不同之標準爲之分類，然民法全部，莫不爲關於私權之規定，各種私權內容如何，其得喪變更之原因何在，自應俟民法全部修改以後，始能歸納得之，著者於此，亦僅就通常之

分類，綜合分析，略述綱領，以爲今後研究之基礎而已。

第二 財產權、非財產權

區別之標準

依權利之標的而爲區別，可分爲財產權與非財產權二者（註）。其區別之標準如何，頗難斷言。就純理言之，此種區別，原應以其權利之標的之有無財產價值爲標準。然於我民法上所謂財產權，不必皆有財產價格，如債權原不以有財產價格者爲限（一九九條二項參照），例如約定他人演說亦不妨成立債權，而物權之客體亦不必有經濟上之價值，例如愛人情書、先人屍體，均得爲所有權之對象，反之，非財產權中亦不無具有財產價值者，例如親屬間受扶養之權利（一一一四條）、繼承權（一一三八條），其不能以此種標準而爲區別，自極彰然，故就現行民法之解釋，僅能消極的予以區別，謂凡非「非財產權」者，即爲財產權也。

（註）我國學者，有稱非財產權爲人身權，以與財產權相對立者，徐謙氏民法總則，胡長清氏中國民法總論參考，並謂人身權係以己或他人之身體爲客體，然身分權係存在於一定之身分上，並非皆以他人之身體爲客體，其說殊不可通，故爲著者所不採。

非財產權

非財產權爲人格權及身分權。

(一)人格權 人格權者，係維持爲人之資格所必要之權利，例如生命、身體、名譽、自由皆人生於世所不可缺少者，倘不具備，則人格即行消滅，故稱生命權、身體權、名譽權、自由權爲人格權。換言之，人格權者，即與權利人之人格不可分離之權利，故與後述之身分權有別。

(二)身分權 身分權者爲維持一定身分所必要之權利也。申言之，身分權之發生、行使、及消滅，恆與權利人之身分密接而不可分離者也。例如因取得兩親或監護人之身分，遂於法律上當然發生一定之權利，其身分喪失，則其權利亦即消滅，其權利之得喪即與其身分相終始，其身分之得喪，即爲權利得喪之基因。身分權係因夫妻、親子等親屬關係而生之權利，故亦曰親屬權。

財產權

現行法上之財產權，大體可分爲物權、債權、無體財產權三種。

(一)物權 物權云者，直接支配物之權利也。物權因以對物之直接支配爲其內容，故有排他的性質。我民法上之物權編所規定之所有權、地上權、永佃權、抵押權……等，其支配之範圍、享益之態樣，固各有不同，而其爲對物之直接支配則一，故皆爲物權。註。物權有排他之效力，其權利之存否，內容如何，關於社會之公益

(註)物權之中，所有權及各種用益物權，皆着重其物之使用價值，反之，各種擔保物權，則着重物之交換價值。故學者有稱前者爲利用權，後者爲價值權者，其詳當讓之物權法討論茲不多贅。

極鉅，故物權之得喪變更，必須有一定之公示方法，且其種類內容，悉依法律規定，當事人不得任意創設焉（五七條）。

（二）債權 債權云者，其權利人有受領相對人所爲之一定給付之權利也。其權利人謂之債權人，其相對人謂之債務人，債務人所爲之給付，或爲積極的作爲，或爲消極的不作爲，均無不可。債務人於法固應依債務之本旨，自進而爲給付，債務人如不履行債務時，債權人更有要求其爲給付之權利者也。債權法上，因適用契約自由之原則，故其種類、內容，當事人均得自由約定，民法債編分則，不過就社會日常生活中發生最爲頻繁者，列舉若干爲例示的規定而已。

（三）無體財產權 無體財產權者以人類精神的產物（例如著述發明），無形的利益爲其內容者也。例如著作權、專賣權、特許權等皆屬之。此等權利之內容，原爲吾人精神作用的結果，故與人格權，不無近似，然現行法上，則注重其經濟的利益之一面，認其爲財產權，故無體財產權亦可讓與繼承，並非專屬一身之權利焉。此等權利，近來多受有國際的保護，亦其特徵之一端也。

第三 支配權、請求權、形成權、抗辯權

區別之

通常學者，恆以權利之作用爲分類之標準，就私權之中，大別爲（一）支配權（二）請求權（三）形成權及（四）抗辯權之四種。唯此種分類，其實不過權利作用之說明，並非權利自身之分類，此種情形，

標準

尤以請求權爲最顯著，著者於此，姑就此種分類方法，說明各種權利之特質如左：

支配權

支配權云者，得就權利之客體爲直接的支配之權利也。如物權人得就其權利客體之「物」爲直接的支配；無體財產權，得就爲其權利客體之「無形的智能創作物」爲直接的支配。親屬權中，亦有爲人身之支配權者，例如親權人之保護教養權及懲戒權（一〇八四條、一〇八五條），夫妻之同居權（一〇〇一條）是也。支配權之內容，既在直接的支配，故有排他的效力，使他人不得更爲同樣之行為，自屬當然。此外，支配權人更得禁止他人妨害其權利之行使，然此爲權利之不可侵性，原屬權利一般之通性，不得謂爲支配權特有之性質也。

請求權

請求權云者，要求他人之行為（作爲或不作爲）之權利也。債權之主要的作用，即在於請求他人之行為，固無庸疑。因此，學者頗有誤以債權與請求權爲同一觀念者，殊欠允適。蓋此請求權的作用，並非債權內容之全部；債權之主要内容，原在受領債務人之給付（給付受領權），加之權利之有請求權的作用，亦不以債權爲限；如物權失其圓滿狀態時，則有物權的請求權（亦曰物上請求權）；親屬權爲他人妨害時，則有親屬權的請求權是也。

於此有應注意者，請求權與訴權不同，請求權爲權利人對於相對人所有之私權，訴權則爲對於國家請求保護之公權，爲保護請求權期其實現，凡請求權皆以伴同訴權爲常。然二種權利之性質，迥然各異，固不得視爲

一體也(註)。

形成權

形成權云者，依權利人一方的行為而能發生權利變動及其他法律效果之權利也。形成權既與支配權之對於客體得為直接的支配者不同，復與請求權之對於相對人得要求一定之行為者亦異，其內容既在依特別之行為以發生特定之法律上效果。例如撤銷權、解除權、選舉權、抵銷權……等皆是也。形成權亦有名之為可能權或能權(Kannrecht, Recht des rechtlichen Könnens)似仍不如通稱形成權為較妥。

抗辯權

抗辯權云者，於他人請求給付時得為拒絕之權利也。抗辯權之中復有永久的抗辯權與一時的抗辯權(延期的抗辯權)之別。永久的抗辯權云者，即就他人所請求之給付，永久的拒絕履行之權利也。例如請求權已罹消滅時效時債務人之抗辯權是。反之，一時的抗辯權云者，即並非永久拒絕相對人之請求，不過一時的停止請求權之作用而已。故一時的抗辯權係以相對人請求權之存在及有效為前提，與永久的抗辯權不同，例如同時履行之抗辯權(二六四條)、買受人所有之價金支付拒絕權(二六八條)等皆是也。學者有謂抗辯權不過為形成權之一種者，然抗辯權原不以權利關係之變更為目的，自與形成權不同。

(註)請求權之觀念，自德國法學者文德華(Windscheid)氏於文氏之前，則學者多誤以請求權與形成權為同一觀念。

第四 專屬權、非專屬權

區別
標準

如以權利之有無移轉性爲區別之標準，則權利之中，有專屬權利人一身之權利，亦有不專屬於權利人一身之權利。前者曰專屬權，後者曰非專屬權。專屬權之特質，即在僅限於權利人本人始得享有，無移轉性，不得讓與繼承，人格權、身分權皆爲專屬權；反之，財產權則大都非專屬權。然財產權之中，亦有專屬於權利人之一身者，例如因委任契約或僱傭契約而生之權利是。

第五 主權利、從權利

區別
標準

以權利之相互關係爲標準而爲分類，則私權之中復有主權利與從權利之別。主權利云者，無他種權利而能獨立存在之權利；反之，從權利則以主權利之成立爲前提，始能從屬的存在。例如債權爲主權利，而各種擔保物權則爲從權利；原本債權爲主權利，而利息債權則爲從權利；要役地之所有權爲主權利，而地役權則爲從權利是也。從權利既係從屬於主權利之權利，故其得喪變更，皆以從屬主權利爲原則。

第六 原權、救濟權

區別
標準

如以權利相互之關係爲標準而分類則權利之中，復可分爲原權及救濟權。因權利之侵害而生之原狀回復請求權及損害填補之請求權謂之爲救濟權；與救濟權相對待之原來之權利則謂之爲原權。救濟權與從權利之性質不同。蓋救濟權係因原權之侵害而發生，以原權之缺損爲前提，故救濟權每爲原

權之變形，且多為請求權焉（註）。

第二節 義務之本質

義務

義務云者，吾人依法當為一定之作爲及不作爲之束縛也。一切規範皆爲行爲之規則，故多爲義務之規定，於道德規範與宗教規範中，亦必有道德上之義務與宗教上之義務。然法律上之義務，既爲依法所受之束縛，則義務人不履行其義務時，必因法律之強制力，使之受一定之制裁，自與道德上或宗教上之義務有所不同。且法律之義務復有公義務與私義務之別，其區別之標準若何，學者間亦無定論。予仍依其實質以爲區別，即國家生活上之義務爲公義務，社會生活上之義務爲私義務。例如吾人依公法之規定，應服兵役，納

（註）學者通常皆以權利之義務人爲標準，將私權分爲絕對權與相對權二種。謂絕對權爲得對抗一般人之權利；以物權爲其適例。相對權爲只得對抗特定人之權利，以債權爲其代表。亦有稱之爲對世權與對人權者。此種分類，殊欠允洽。蓋物權與債權之區別，原在其內容有所不同。物權之內容爲對物直接支配，債權之內容則主爲對特定人（債務人）之要求給付。因其內容不同，效力自有差異。至於物權之得禁止他人之妨害，原爲權利之一般的通性，所謂不可侵性，固不僅物權有之，即債權亦有不可侵性，債務人以外之第三人如對於債權有所妨害時，亦構成侵權行爲，應負損害賠償責任。足徵絕對權與相對權之區別，頗難成立也。其詳當觀諸債法與物權法，茲不多贅。

租稅之義務，自爲公義務，而民法上所規定者，則主爲私義務，所不待言。

義務與權利

義務與權利同爲法律上所生之人類之屬性，但權利以利益爲內容，義務以不利益爲內容；權利人有享受利益之自由，義務人則有不利益之束縛。就法律發達史觀之，固係先有義務，而後始有權利。然於今日法律制度，則權利義務二者，大體處於對立之狀態，蓋因法律爲強行規範，故權利與義務之對立，似屬當然。但吾人之法制，日趨複雜，權利義務，自未必確切相對，無一或爽。故有有權利而無相對之義務者，如形成權；亦有有義務而無相對之權利者，如登記義務。

雖然，有應注意者，權利與義務，係屬相對立之觀念，固如上述；然因現代法律思想之變遷，權利義務之觀念，復漸趨混淆。如權利既以利益爲內容，則權利之行使，似應屬於權利人之自由，但於現代法制，權利之濫用，固爲法所不許；且如因社會之必要，往往更強制權利人使其必爲行使。如德國魏瑪（Waimar）憲法曾明文規定「所有權伴同義務」，「開拓及利用土地，爲土地所有人對於公共所負之義務」，是其適例。即我國民法就父母對於子女之監護教養，亦規定其一面爲權利，一面爲義務（一〇八四條），明言親權之有義務的性質。現代民法既由權利本位而趨於社會本位，則今後之私法關係，必更強調權利之義務的性質，殆無疑義。

責任

責任與義務不同，責任蓋處於違反義務而受制裁之地位。義務爲常爲（Sollen），責任爲必爲（Müssen）。羅馬法上對於義務與責任二者，雖未加以區分，而耳曼法上，則顯有差異，責任之中，復

有人的責任、物的責任、有限責任、無限責任之差別，義務人與責任人且不必同為一人。於觀念上自以後者為正確（註）。

間接

學者所謂間接義務者，亦與法律一般所謂義務不同，通常所謂義務，既為法律上應為一定作為或不作為之束縛，自呈強制之狀態。反之，所謂間接義務，其行為之為否，法律上概委之當事人本人之意思，而不直接加以強制。但其人若不為某行為，則對其人予以一定之不利益，從而發生間接強制其行為之效果者也。例如買受人對於標之物之檢查通知義務（三五六條），即為間接義務之一種也。

第四節 義務之分類

第一 積極義務、消極義務

區別之標準

義務既為吾人當為一定之作為或不作為之束縛，因之，又可分為積極義務與消極義務，積極義務為作為之義務，例如完成一定之工作，反之，消極義務則為不作為之義務，例如競業之禁止。容認亦為不作為之一種，例如使用借貸之貸與人就借用物應容認借用人使用是也。

第二 主義務、從義務

（註）關於義務與責任之區別，拙著義務與責任一文（北平大學法學專刊第三、四期所載），論研頗詳，可供參考。

區別之標準

權利既有主從之別，義務之中，自亦有主義務與從義務，與之相對應。主義務者義務之得獨立存在者也，列如債務。從義務者從屬於主義務而存在之義務也。例如從屬於債務之保證債務。

第三 第一次的義務、第二次的義務

區別之標準

此種區別，係以義務發生之順序為標準，例如原有債務為第一次的義務，因債務不履行而生之損害賠償義務，則為第二次的義務。

研習問題

- 一、試說明權利之本質及其與（1）法益（2）權限（3）權能之區別。
- 二、說明財產權與非財產權之區別。
- 三、何謂請求權？請求權與債權是否同一觀念？
- 四、義務與責任有無差異？

第二章 權利主體

第一節 總說

第一 總說

權利主體

現代民法爲權利本位的法律，一切私法關係，皆係就權利關係而爲規定，既如前述，故爲私法關係之中心者，卽爲權利關係之中心，自不待言，權利必有所附麗，始能存在。是以權利關係之中心，卽爲所謂權利主體，因之，吾人民法總則研究之始，首須加以攻討者，卽爲權利主體問題。著者於本節中，先就關於權利主體所應研究之各種問題，予以概括的說明。

權利能力

可以享有權利之資格（法律上之地位）謂之權利能力（*Rechtsfähigkeit*），亦曰人格（*Persönlichkeit*）。其具權利能力者，卽曰權利主體，亦卽法律上之人格者。雖然，所謂權利主體，原有二種意義。其一爲權利人之義，卽以特定權利之現實享有者爲其主體。例如所謂「無主體之權利」，卽屬此義。其二，則並非指其權利人而言，不過爲具有得爲權利人之能力者而已。於此所謂權利主體，卽就後者之意義而言者也。

義務
能力

現代之法制，得享有權利者即得負擔義務。不似古代奴隸之類，只能負擔義務而不克享有權利。且在今日，凡生而爲人，即賦予以權利能力；同時亦即具有義務能力。得爲權利之主體者，亦即得爲義務之主體。唯以現代民法，仍係權利本位，故不曰權利義務主體而曰權利主體；不曰權利義務能力而曰權利能力也。

第二 權利主體

法律上
之人格

我民法上之權利主體，共有二種：其一，爲自然人；其二，爲法人。然有應注意者，時至今日，天賦人權說，殆成白日之夢想。法律上之人格，要皆由法律之規定而生，自然人之能力，與法人同爲法律所賦與，並非天賦之能力也。

自然人

自然人云者，即具有五官四肢之人類是也。於現代法上，一切自然人均享有平等之權利能力。是爲權利享有之原則。殆爲近代法之根本原則。法國民法（第十七條），瑞士民法（十一條），均曾就此特設明文。德日民法，雖無明文規定，然兩國民法第一條，皆有權利能力始於出生（註）之規定。據學者解釋此種規

（註）日本民法第一條規定爲私權之享有，始於出生。學者僉謂，私權之享有「一語，殊欠適當，故學者著述，仍仿德瑞民法謂之爲權利能力或人格。

定，非僅明定權利能力之始期，其立法之目的即在將私權享有之原則，規定爲民法之開宗明義第一章也。我國民法第六條之規定，自亦寓有同樣之旨趣。

雖然，私權享有之原則，已爲現代法上之根本原則，固如上述。然此一原則之爲法律所確認，實有其悠久之歷史。蓋在往昔大家族制度之下，一家之中，能享有完全之權利能力者，僅有家長一人，其餘家屬，奴隸，皆應受家長權之支配，其所享有之權利能力，極爲狹小，或等於無。及至封建社會，因個人身分、階級、性別之不同，其所享有之權利能力，亦從而而有絕大之差異；且在當時莊園制度之下，多數農民，悉隸屬於土地，幾成爲土地之附屬物，服從領主之權力。其後，因社會經濟關係之變遷，以及個人主義（Individualism）人文主義（Humanism）之發達，各個人之人格，始漸次擡頭，得爲法律關係之主體。其結果，遂以法國大革命爲一轉捩點，確立私權享有之原則。一切之自然人，於私法關係之範圍內，皆得享有財產，成爲法律行爲之主體，其個人之人格，得受法律之保護。過去因年齡、性別、身分、宗教、門第而生之各種權利能力之不平等，遂一舉而盡行撤廢。且所謂私權享有之原則，不特國內之一切人得享有平等之權利能力已也。即無本國國籍之外國人，亦於私法關係範圍內，享有平等之權利能力（後詳），此亦現代法律進步之一端也。

法人

法人云者，即非自然人而有權利能力者也；法人之中，復有社團、財團之別，前者爲人的結合，後者爲財產的集合。

考法律進化之遺跡，則團體之得爲法律上之人格者，殆遠在個人之前。梅恩(Maine)氏嘗謂於古代法律上其親屬團體(Family Group)之地位，實與近代法上之個人相當。足徵於古代社會組織，實以團體爲構成之單位。然在近代民法，既爲個人主義思想之結晶，故權利能力之享有，僅限於個人。團體不過於不得已之限度內，擬制爲個人，許其享有權利能力耳(註一)。然個人主義經濟組織發達之始，對於團體，固採禁遏的態度，第因此等經濟組織之發達，結果團體之地位，反更擡頭。團體遂與個人並爲現代法律組織上之人格者，同樣享有權利能力。蓋因在個人主義之經濟組織之下，資本實居重要之地位，因資本之優勢，遂有資本集中之必要，因資本之集中，遂有各種資本之集團，如公司之類，應運而生。因資本集團之發生，而各種職業團體、勞動團體等無產者之集團，遂亦相繼發生，以與資本集團相對抗。於是各種團體，亦於現代社會，各有其正當之作用。此等團體，既於現代社會有其獨立的存在，此種現象，自爲法律規範所不能無視。於是現代法上，得爲權利主體者，遂不限於各個之自然人，法人亦得享有權利能力。因之，過去之法律思想，以私法關係僅爲個人相互關係者，遂不得不趨於沒落，而改以個人與團體並爲私法關係之中心矣(註二)。

(註一)法國民法第一編人專編，第一章至第四章，咸爲關於自然人之規定，然無關於法人之規定，第就特種事項亦間接承認法人之存在。如第三五七條，第六一九條，第九一〇條之規定是。

(註二)現代民法如德國、瑞士、日本、蘇俄民法，所謂權利主體莫不兼指自然人及法人二者而言。

人

我民法第二章，人(Person)，而於第一節中，規定自然人(natürliche Person)，第二節則規定法人(Juristische Person)，是所謂人者，原為人格者之義，係包括自然人及法人二者而言。全部民法中，「人」之用語例，大都依照此種廣義，如所謂「本人」、「他人」、「當事人」、「第三人」、「權利人」、「義務人」、「利害關係人」、「出賣人」、「買受人」……等，莫不皆然。然亦不無用於狹義，專稱自然人為人者，例如「失蹤人」、「未成年人」、「禁治產人」、「無行為能力人」、「限制行為能力人」、「法定代理人」、「監護人」、「受監護人」、「繼承人」、「被繼承人」……之類皆是也。

第三 權利能力與行為能力

行為
能力

權利能力者，得享有權利負擔義務之法律上之地位而已。實際上如何取得權利負擔義務，則又別一問題。換言之，有權利能力者，未必即能以自己之行為，惹起法律上之效果。人之行為能發生法律上一定效果之能力，謂之行為能力。現行法上，有行為能力者，固皆有權利能力，而有權利能力者，未必盡有行為能力，如嬰兒、白痴、瘋癲之類是也。

規定之

強行性

人之有無權利能力或行為能力，原以時代之社會制度、法律思想為依據。且與社會之交易關係，有其直接之影響；是以法律上關於此等能力之有無、廣狹、始終等規定，悉有強行的性質，不得依當事人之意思而左右也。例如締結契約，自鬻為奴隸，以消滅本人之權利能力，固屬無效，即有完全行為能力人，訂立

契約，就其行為能力，加以限制，亦為法律所弗許。我民法第十六條規定：權利能力及行為能力不得拋棄，蓋即明申此旨者也（瑞民法第二七條參照）。

雖然，有與拋棄權利能力及行為能力似同而實異者，即當事人締結條約，約定不為某種特定行為是也。因個人間之契約，不為某種特定行為，義務人即有不作為之義務，受有一定之束縛，固不待言。然其人之權利能力或行為能力，則並不受其影響，自非直接左右法律關於權利能力或行為能力之強行規定者也。不寧唯是，吾人於締結契約之際，即不得不受有若干之拘束，自非法律所能禁止。然契約拘束之範圍過廣，致對於個人之社會的活動，干涉過甚，則其締結縱由於本人之意思，亦為法律所弗許。例如受僱之年限過長，將來全部財產之處分，多為各國法律所禁止，即職此故。拘束個人之契約，究應如何為法律所規律，是為其契約之內容，是否合於社會的妥當性（公序良俗）之問題，當讓諸法律行為章中，再行論究者也。

第二節 自然人

第一款 權利能力

第一項 權利能力之發生

第一 權利能力之始期

權利能力

力

之始期

近代法上，自然人既以享有平等之權利能力為原則，故一切之自然人，皆因出生而取得權利能力（六條）換言之，即權利能力之始期，為人之出生是也。然人之權利能力，既為法律所賦予，則權利能力之始期，究為何時，自亦應依法律之規定為準繩。如古代日耳曼法制，咸有「嬰兒遺棄」之風俗。嬰兒之父，就所生之子女，有遺棄權（Aussetzung），故人於出生之後，必須俟其父養育行為之開始，方克取得法律上之人格（註）。其後雖因基督教思想之流布，視棄兒為罪惡，然嬰兒之生父，仍可假借畸形、早產等口實，將之遺棄。直至近世，人因出生即行享有人格之原則，始行確立。

出生

如何始謂之出生，不特為胎兒與人之區別之限界，且嬰兒之產生之際，是否生存，與權利之享有，關係甚鉅。出生之意云何，向有（一）陣痛說，（二）初聲說，（三）一部露出說，（四）全部露出說，及（五）獨立呼吸說諸說。刑法上，凡得自為侵害之客體者，即為人，故採取一部露出說，於胎兒一部露出之際，加以殺害者，

（註）所謂養育行為，或係嬰兒之父，將其由地下抱至床上，作為養育其子之表示，或係由其父親自食以蜂蜜、牛乳等飲料，視為人始發生之時期。此外，更有以命名、水浴諸式為養育開始者，往往因地方不同，習慣亦異。

不得謂爲墮胎，應以殺人罪論（日本大正八年十二月十三日大審院刑事判例參考）。反之就民法之目的而言，胎兒與人之區別，當以其是否得爲社會生活之一員爲標準。故民法上以全部露出說爲通說，以出生之完（Vollendung der Geburt）爲出生，須胎兒自母體全部露出，始得謂之爲出生也。依此定義，則出生云者，必須具備二要件：其一爲「出」，即全部自母體分離之謂，至其分離之原因，係由出生或人爲，臍帶已割斷與否，則非所問。其二爲「生」，即於自母體分離之際，必須保有生命。是以若非死產，即可享有權利能力，不似古代法制，必須具有相當之生存能力（Vitalität）者也。

出生之證明

反之，嬰兒出生之際，究爲死產，抑或生存，其出生之時期爲何時，於私權之享受，有重大之關係。尤以財產繼承，更因之而有重大之差異。蓋若死產，則自始即未克爲權利主體，反之，若係出生之後死亡，則生存期間，縱屬極暫，亦係於取得權利能力之後，始行死亡。出生既有如此之重要性，故疑人之出生主張其法律上之效果時，自應對之負證明責任。於舉證之際，戶籍簿上之記載，固不失爲有力之材料，然並非有不可動搖之效力，倘能依醫生或收產士之證明或其他材料舉出反證，主張戶籍簿記載之謬誤，自非法所不許者也。

第二 胎兒利益之保護

胎兒之保護

人之權利能力，始於出生，則於出生以前之胎兒，尙未得爲法律上之人，自不克享有權利能力。然若貫徹此種原則，則對行將出生之胎兒，未免有失保護，不無違反人情。是以羅馬法以來，關於胎兒之

利益，應如何予以保護，久成民法上之問題。各國法制關於胎兒之保護，約有二種立法主義，一為總括的保護主義（一般的立法主義），即就胎兒利益之保護，一般的視為既已出生是也。是為羅馬法所採取之主義，瑞士民法從之（三十一條二項）。其二為個別的保護主義（限定的立法主義），僅限於各個特殊情形（如損害賠償之請求，繼承，遺贈……等），始視為胎兒出生者也。德、法、日本民法咸採此種主義。個別的保護主義，不無失之疎漏之譏，故我國民法，亦採取總括的保護主義，凡胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生者也（七條）。

胎兒之
權利

胎兒中之地位若何，向有二種不同之學說。一為限制的人格說，以胎兒為限制的人格者，於胎兒中

權利

既已取得權利能力，將來如係死產，則溯及的喪失其權利能力。一為人格溯及說，非於胎兒中即有

權利能力，不過於生而出生之際，其權利能力溯及出生前問題發生之時期（例如侵權行為或繼承開始之時），以保護其利益，於德、日民法學者間，殆以後說為通說，而我民法之規定，則係採取前說，故胎兒關於其利益之保護，視為既已出生，享有權利能力，唯以死產為其解除條件，權利能力從而溯及的消滅耳。

第二項 權利能力之消滅

第一 權利能力之終期

權利能力之終期

自然人之權利能力因死亡而消滅（六條）（註一）蓋以死亡爲權利能力之唯一的終期者也

（註二）在古代法制，有於自然人生存之際，即行剝奪其權利能力者如羅馬法上之人格大減等

（Capitis deminutio maxima）曰耳曼法之平和剝奪（Friedlosigkeit）及德法古代上之民事上之死（Mort

civile, bürgerlicher Tod）等制度，莫不皆然，然近代民法之理想，既在使一切自然人之享有完全權利能力，則

上述各種制度，皆在排斥之列（註三）故現行法上，自然人之一般的權利能力之消滅原因，唯有死亡一種而已，

至於一定期間生死不明者之權利關係，未便久不確定，故民法上有後述之死亡宣告制度，於一定範圍內，使之

與死亡發生類似之效果，然其人之權利能力，並不因而消滅，固不待言。

死亡

死亡爲自然人生命之絕對的消滅，死亡之時期爲呼吸斷絕心臟終止鼓動之時；若僅呼吸一時的停止氣閉，自不得謂爲死亡。至其死亡之原因，究係由於疾病、衰老、殺傷、行刑，自皆無所軒輊。

（註一）我國民法係仿瑞士民法（三十一條）之立法例，就權利能力之終期，設有明文規定，德日民法則以爲當然之理，故未特設規定。

（註二）現行法上，死亡不特爲權利能力之唯一的終期，且人死之後，權利能力即當然消滅，不克再行享有權利，負擔義務，但古代法，因深信人死之後，猶存於幽冥，故法律上之人格往往維持於死後，如日耳曼法有「死者分」（Towers）之制，得將一部分財產，攜入地府，我國固有法上，似亦有類似觀念。

（註三）德國自納粹乘政以後，基於民族社會主義立場，對於劣等之構成員，頗有主張剝奪其人格者，蓋又古代法律思想之復活也。唯此等法令，尙未公布，審判時更未見諸實施也。

第二 死亡之證明

同死者

人之死亡與否，其死亡之時期如何，對於權利關係，影響之重大，殆猶勝於出生。且其證明之困難，亦視出生為猶甚。尤以二人以上，同時遇難，其死亡之先後，證明諸多困難。法律對此，若無何等規定，則事實上先占利益者，即獲得勝訴，往往發生不常之結果。故各國法律對此多設有若干推定之規定。法國民法（七二〇條以下），規定最詳，因年齡性別之不同，推定其一方生存（生存推定主義）；反之，德、瑞民法（德民法二〇條，瑞民法三三條二項），則推定其為同時死亡（同時推定主義）。我民法第十一條規定，即係仿自德、瑞民法。既云推定，其得以反證以顛覆之，自不待言。

證明 死亡之時期不明時（例如溺死，縊死，往往經過數月始乃發現），戶籍簿之記載，固不失為證明方法之一種；然法院得不為其記載所拘束，斟酌醫生之鑑定及其他情事，依自由心證之方法以爲認定，自不待言。

第三項 外國人之權利能力

第一 外國人

外國人

外國人云者，無中華民國國籍之人也。是以外國人之中，有具有外國之國籍者，亦有無任何國家之國籍者。後者謂之無國籍人。即在中華民國人之中，亦有僅有中國國籍者，亦有兼有外國國籍者。

所謂二重國籍人是也（最高法院二六年渝上字九七六號判例參考）。國籍之取得喪失，自應依國籍法之規定（國籍法第一條以下參照）。凡無中華民國國籍即為外國人。唯於此所謂外國人，要僅限於外國之自然人，至於外國法人，當俟法人節中，再行說明。

外國人之地位

關於外國人法律上地位，每因時代文化而不一致（註）。就世界各國法制史上觀之，則外國人之地位，大抵皆由（一）敵視主義；（二）賤外主義；（三）排外主義；（四）相互主義；而進步為（五）平等主義。在古代未開化社會，周圍莫非仇敵，權利之保護，乃成國民之特權，外國人遂與敵國人同等待遇，不許享有何等權利，如拉丁語及古代德國語，外國人一語，皆有敵國人之義。迨文化稍為開化，共同團體組織，漸次鞏固，與外國人之接觸時，不安之心大減，遂許其往來居住，然對於外國人多加蔑視，以為劣等人類，始與禽獸無異。如希臘人總稱外國人為野蠻人，我國古有戎狄蠻夷之稱，皆其適例。其後往來較頻，對於外國人理解愈深，始知外國人原非劣等動物，可以加以蔑視，因此，警戒排斥之思想，從而發生。重要之權利保護，如土地所有權之屬，遂斬而不

（註）歐洲各國採取平等主義，原屬近世立法法之新原則。然我國則在唐朝法律上對於外國人之待遇，即甚寬大。外國人得與中國人通商貿易，互通婚姻，並有向中國官署，請求保護其生命財產之權利，但不得取得土地，奴婢而已。故日本中田蘆博士嘗謂我國於唐時已採取內外平等主義，頗堪驚嘆云。詳細參考中田博士唐代法上外國人之地位論云。

予，且課以較重之納稅義務。然社會文化，愈趨進步，通商貿易，日行頻繁，始知排外主義，不特妨害交通往來之自由，且排他未必即所以利己。於是法律上乃改採相互主義，視人之待我如何，即以其道待人。如法國民法採取外交上（條約上）相互主義，奧德瑞典民法採取立法上（法律上）相互主義，然此等相互主義，結果外國人法律上地位，諸多差別，殊非私權保護畫一之道，是以最近各國民法，如一八六五年制定之意大利民法，一八六八年之葡萄牙民法皆以明文規定，採取內外平等主義，日本民法亦然，德國民法上則視為當然之理，無待明文。我國民法施行法第二條規定「外國人於法令限制內，有權利能力」，蓋以平等主義為原則，唯於必要時，並得以法律命令就其權利能力之範圍，予以限制者也。

要之，現今文明諸國，既經確立私權享有之原則，一切自然人，皆應享有平等之權利能力，外國人亦非例外，故外國人亦享有人格，得為權利主體，於判定外國人是否得享有各個私權之際，苟無反對之規定，即應解為得與本國人同樣享有者也。至如何種權利，外國人不得享有，則各國法律未盡一致。大抵土地所有權、船舶所有權、礦業權、漁業權……等，在各國法律上，多限制外國人不得享有。我國土地法亦有明文規定農地、林地、牧地、漁地、鹽地、礦地及要塞軍備區域及領土邊境之土地，不得移轉，設定負擔或租賃於外國人（土地法一七條），即其一例。

第二 敵國人

敵國人

敵國人云者，原有二種意義。若解為敵國人民之義，則無論於國際法上或國內法上，均無理由剝奪其私權。或就其權利能力，加以限制。反之，若解為在敵國領土或其勢力範圍內，居住或營業之人，則就其私權之享有，行使，予以一定之限制，就戰時之目的及國防之意義而言，似皆有其必要。上次歐洲大戰之際，交戰諸國就對敵交易之禁止及其他對敵財產之處分，大體即以上述理論為準據。迨戰事益趨激烈，則對於敵人私權之剝奪限制往往超過上述範圍。至我國此次抗戰，對於敵人之權利能力，亦予以一定之限制，且禁止對敵交易，亦不外由於上述之理由。故敵國中同情我國抗戰而來歸者，仍可依法享有權利能力，自屬當然（三十一年一月一日公布敵國人民處理條例及敵產處理條例參照）。

第二款 行爲能力

第一項 總說

第一 總說

行爲能力

行爲能力有廣狹二義。廣義之行爲能力（Handlungs Fähigkeit）云者，其所爲之行爲能發生法律上的效果者也。其中又有二種，其一，爲買賣、借貸之類行爲，人企圖發生一定效果者，謂之法律行爲。其二，因對於他人所爲之不法加害行爲，行爲人應負損害賠償責任者，謂之侵權行爲。廣義之行爲能力，則法律

行爲能力及侵權行爲能力（責任能力），皆應屬之。狹義之行爲能力（Geschäftsfähigkeit）則專指法律行爲能力而言，即得獨立爲法律行爲，從而取得權利，負擔義務之能力也。於此所欲解說，則僅限於狹義之行爲能力。

意思

一切行爲皆爲意思之外部的發動，是以其所爲之行爲如欲發生法律上之效果，必須具備意思能

能力

力（Willensfähigkeit），對於其行爲之結果，得爲合理的判斷，自屬當然。意思能力亦曰識別能力，即

對於自己之行爲得判斷識別之精神的能力，包含有正常之識別力，與預期力者也。無意思能力人之行動，言語動作，不得謂爲行爲，故法律上不認其有法律上之效果。民法上決定侵權行爲能力之有無，即以其行爲之際，行爲人之精神狀態爲標準。行爲時無意思能力者，即不得負損害賠償責任（第一八七條），至於無意思能力人所爲之法律行爲，例如嬰兒、白癡所爲之買賣、借貸等，其不能發生法律上之效果，自無庸疑（七十五條二項參照）。

雖然，法律上對於各個人行爲是否賦予法律上之效果，如必就行爲人之精神的狀態，逐一審查，以決定其能力之有無，自多困難，且非保護一般交易安全之道。是以民法上對於精神狀態有繼續的缺陷，不具法律所要求之精神能力者，即不賦與行爲能力，或就其行爲能力，予以限制。是爲「無行爲能力制度」。

依上所述，行爲能力之有無，原以法律之規定爲標準。法律上所規定爲無行爲能力人，或其行爲能力受有限制者，並非因其不具備意思能力之故；行爲人如根本不具備意思能力，則其行爲當然無效，不必另有規定。特別對於意思能力之有無不明者，爲保護本人及相對人之利益，避免舉證之煩，始有無行爲能力之規定。是以所

謂無行為能力者，並非自然的無能力，而為法定的無能力也。

權利能力

權利能力為得享有權利之法律上之地位，與行為能力之為得依自己行為取得權利，負擔義務者不同，既如前述。茲再略述權利能力與意思能力之關係，得為權利能力之主體，通常固皆為意思之主體，然權利能力並非以意思能力為直接的前提。是以欠缺意思能力之自然人如嬰兒，心神喪失人皆不妨享有權利能力，即一時的喪失意思能力者，亦並不一時的喪失其權利能力也。

第二 無行為能力制度

立法例

對於精神能力之不甚健全者，就其行為能力予以一定之限制，固為現代各國立法例之所共通。然其規定之體例則又其揆不一，大別之，可分為德國法主義與法國法主義。德國民法將無行為能力人分為二種：其一為無行為能力人（*der Geschäftsunfähige*），其所為之法律行為當然無效；其二為限制行為能力人（*der Beschränktgeschäftsfähige*），其所為之行為並非當然無效，不過得撤銷而已（*德民法*一〇四條——一一四條）。瑞士民法之規定，亦採此種主義。反之，*法國民法*則不然，無行為能力人中，不更設何等階級，凡所謂無行為能力人，其所為之行為並非當然不生法律上之效力，不過得依法撤銷，撤銷之後，其行為固自始視為無效，然若不予撤銷，則仍屬有效，蓋與德國民法所謂限制行為能力人相當也（*法民法*一一二三條以下）。*日本民法*仿之。

無行為人
能力人
之種類

至於我國民法則仿德國民法之例，分無能力人為二種：其一，為無行為能力人（1）未滿七歲之未成年人（第十三條一項）及（2）禁治產人（第十五條）皆無行為能力。其二，為限制行為能力人。滿七歲以上之未成年人，即有限制行為能力（第十二條二項）。其立法理由及其能力限制之程度，各有不同，其詳當容後述。如不屬於上述中之任何一種，且有意思能力者，即為有行為能力人（七十五條參考）。各國立法例對已婚女子（妻）之能力，有特設限制者，然此種思想違反時代潮流，自為立足於男女平等主義之我民法所不能採取也（註）。

身上

之行為

無行為能力制度之目的，原在防止無行為能力人財產之散逸。故僅就財產法上之行為，有其適用。至於身分法上之行為，則大都不能適用民法總則之規定。蓋因財產法上之行為，其目的原在追求一定之利益，故當事人必就利害得失，具有計算能力，始許其從事交易。反之身分法上之行為，類皆出於自然之

（註）關於妻之法律上地位，立法例頗為區區。古代法制，妻須服從夫之絕對的支配權，故妻之能力，受有極嚴格廣泛之限制。近代民法，對於

妻之能力，雖有若干限制，然僅以夫妻間共同生活之圓滿為目的。至最近民法趨勢，咸以男女平等為原則，對於妻之能力，不再設有限制。如法國之民法就妻之能力限制最嚴，凡重要之行為皆須取得夫之同意（二一五條以下）。然近年以來，已由特別法及判例，次第加以改正。日本民法之規定，大體仿自法國，且將妻規定為無行為能力人之一種，與未成年人及禁治產人相併列，自屬逾時時代精神之立法。故民法改正要綱已擬加以修改矣。至德、瑞民法除對於妻之就職而外能力皆無限制。蘇俄民法則就妻之能力，未設何等限制，與我民法同。

感情，而非由於利害之計算，凡有意思能力人，原則上即應許其締結，且身分關係，多為嚴格的強行規定所規律，亦不要求較高之計算能力故也。例如禁治產人雖為無行為能力人，然於本心回復中，亦得締結有效合法之婚姻，即其一例。且身分法上之行為，必須出於本人之意思，雖法定代理人，亦不得為之代理，亦與財產上之行為不同。此外，身分行為之行為能力，法律上時有特別規定，或減輕，或加重，各不相同，要皆有其特殊理由，不能以財產法上之理論，從事解釋。凡此，固應讓諸親屬法再行論述，然民法總則關於行為能力之規定，僅就財產行為有其適用，則為吾人所不可不知者也。

第三 無能力制度之社會的意義

無產者 的保護

民法上之無能力制度，係以防止無行為能力人之財產散逸為目的，既如上述。然則，此種制度，僅就牽掣妨礙其活動之自由。例如無產階級之未成年人，非從事勞動，即不得獲得生活資料時，無能力制度，對於其就職活動，必多不便，自屬意料中事。於現代社會，無產者之人數，必較有產者相差甚鉅。是以為民法上之無能力制度所保護者，殆僅限於少數之有產者，其他大部分皆在保護範圍之外，而勞動法及其他特別法中，對於未成年人之保護，不得不特別保護，亦即由於此種理由。此為吾人研究無行為能力制度時所必須注意者一也。

(註)

關於團體的行為

無行為能力制度原以保護無行為能力人個人為目的，如無行為能力人參預勞動團體職業團體以及地域團體從事團體的活動之際，如適用無行為能力制度之規定，使無行為能力人之能力，受其限制，則團體行為之效力，必受其影響，對於團體，自不利益。故對於團體法上之組織行為自不能適用個人本位之意思能力及行為能力之規定。蓋因職業團體，地域團體，原有相當客觀的強制性，並非由於各構成員之意思而組成，各構成員之個人意思，原無何等重視之必要故也。此為吾人研究無行為能力制度對所應注意者二也。

交易之安全

無行為能力人因其精神不健全，缺乏識別能力，即不能獨立為完全有效行為，其所有之財產，遂不致為人所欺，無端喪失，此種制度，對於無行為能力人之財產之靜的安全，保護自極周至。然而於現代經濟組織之下，財產交易關係，極為複雜，且經濟交易之發達，原以迅速敏捷為要件，若因個人精神能力之缺陷，其行為動輒無效，或得撤銷，則從事交易者，非就相對人之能力如何，預為詳細之審查，不敢輕易締結法律行為，則影響社會交易之安全，當不在小。如票據行為及公司之設立行為，即其適例。於此等情形，如必須保護個人財產之靜的安全，犧牲社會交易之動的安全，自不適合團體生活之理想，此一問題牽涉極廣，固非專就行為能

（註）德民法第一一三條一項規定：「法定代理人對於未成年人允許其服一定種類之勞動時，未成年人關於以此種勞動為標的之勞動

關係之發生或消滅之一切法律行為及基於此關係之義務履行之一切法律行為，取得獨立行為能力」其立法可供吾人參考。

力制度所可解決，然若誤解無行為能力制度，以爲具有若何絕對的價值，則屬大謬。此爲吾人研究無行為能力制度時所應注意者三也。

社會本位

要之，無行為能力制度，原以意思能力爲前提，純爲個人本位理論之表現。蓋在個人本位之民法，絕對尊重個人人格，凡權利之取得，義務之負擔，皆應由於本人之意思。故「無意思能力，即無法律效果」之一原則，從而發生。時至今日，個人本位之民法理論，既經動搖，而應爲社會本位所代替，則於社會本位理論之下，對於無行為能力制度，應如何從事修正，誠爲吾人研究民法者重大使命之一也。

第二項 未成年人

第一 成年期

成年期

未成年人云者，即未達成年期之人也。以人之思慮識別成熟獨立爲社會生活之一員爲標準，法律就人之年齡所定之境界謂之成年期。成年制度，防自羅馬（註一、註二），近代各國法制，咸有此種規定，第其所定成年期，則因各國之風土習慣人種氣候而有差異。羅馬法以二十五歲爲成年。現代法制，挪威丹麥之規定，與羅馬法同。西班牙、荷蘭則爲二十三歲，英、美、德、法、意、比諸國，咸爲二十一歲，瑞士、日本爲二十歲，蘇俄民法規定之成年期最低，以十八歲爲成年，我國民法，斟酌固有之習慣，規定滿二十歲爲成年（一二條）。

年齡之
計算法

年齡之計算方法，有以月計算者（日本明治六年第三六號布告參考），有以日計算者（日本明治三十五年法律第五〇號參考）。我民法規定，則從後者。從出生之日計算（一二四條），即以出生後第二十年起算日之前一日之終了爲滿二十歲。例如民國二年五月十六日出生者，因民國二十二年五月十五日之終了而達成年期。於成年期到來以前，卽爲未成人。

第二 未成人之能力

階段
主義

就人類之年齡，定有畫一的標準，以決定其能力之有無，固爲各國民法之所同。然於未成人中，是否更設有階段，使行爲能力循序而進，各國法律，殊不一致。往昔羅馬法卽採取階段主義，以二十五歲爲成年，成年人均有完全行爲能力。而未成人中又有已適婚人（*puber*）與未適婚人（*impuber*）之別，以男子滿十四歲，女子滿十二歲，爲適婚年齡。未適婚人中復以七歲爲限界，分爲少童（*infantia major*）與幼兒

（註一）古代日耳曼法，凡克執武器者，卽謂之成熟者，純以本人體力發達之程度爲標準。中世紀以後，始規定一定年齡爲成熟期（*Majorität*），但其年齡則規定極幼，多在十五歲以下，但日耳曼法，男子在家，須服從父叔，女子則終身在監護之下。故雖達成熟期而能享有獨立能力者，僅限於無父之男子也。詳細參考拙著日耳曼法概說二〇頁以下。

（註二）我國古禮，有與成年制度相當者，卽冠笄是也。冠笄而外，更有成丁之制，然成丁專爲公法上賦役徵免之標準，與私法上之成年制度，毫無關係也。參考余載先門生民法要論總則四八頁以下。

(infantia) 二種。未成年之已適婚人及少童，皆有限制行為能力，而幼兒則完全無行為能力。德國民法即仿照羅馬法，採取階段主義，以滿二十一歲為成年，未成年人中，不論男女，滿七歲以上為限制行為能力人；七歲以下則為無行為能力人。此種階段主義，對於未成人固有差別的利益，但對於一般世人似反有失安定，故多數民法，皆不採取此種制度。雖然人類精神能力，與年俱進，同為未成人，而其知識思慮，顯有差異，階段主義，亦未始無相當之理由，故我民法，就未成人之能力，亦採階段主義焉。

未成年 人之 之能力

我國民法，仿德民法之立法例，分成年人為二階段。未滿七歲之未成人，識別能力，皆極欠缺，故定為發達，故定為限制行為能力人，有限制行為能力（十三條二項）。未成人既無完全行為能力，於為法律行為之際，應如何為之代理、補充，當俟法律行為章中，再行論列。

第三 成年制度之緩和

仲縮 主義

人之智能之發達，原係逐漸進步。而成年制度，以一定年齡為界限，將人類截然兩分，其結果，於成年期之前日猶為未成人，而翌日即行成年，具有完全行為能力，理論實際，似皆不無非難之餘地。就未成年制度之目的而言，此種現象，固非得已，然同為未成人，而其發育之程度，自亦因人而異，且因環境關係，必須早日就職從事社會活動者，亦復不鮮。對於未成年制度，遂有多少加以緩和之必要，是以多數民法，皆摒棄

畫一主義，採取伸縮主義，對於年近成人之人，可賦與一定能力，以爲救濟。現代法制，關於未成年制度緩和之規定，約有三種：其一，爲成年宣告（*Volljährigkeitsklärung* *Mündigerklärung*），滿十八歲以上之未成年人得宣告成年，使之與成年人取得同等能力。德、瑞民法，均有此種規定。德民法三條以下，瑞民法十五條以下參考。其二，爲婚姻成年制（*Heirat macht mündig*），因婚姻適齡較成年期爲低，未成年人亦可結婚，婚後倘猶不賦予行爲能力，多有未當，故未成年入婚姻以後，即可取得行爲能力。瑞民法設有此種制度（瑞民法十四條二項）。其三，爲自治產（解放）制度（*emancipation*），民法採之，於一定條件之下，滿十五歲之未成年人，即得爲自治產之宣告，使之得自爲財產之管理行爲，但處分行爲則不得獨立爲之（四七七條以下）。此以上三種立法例，對於補充成年制度之缺陷，皆有成效。故我民法亦斟酌社會之情形，承認婚姻成年制，未成年人已結婚者，即爲有行爲能力人（一三條三項）。至未成年人已結婚者，因配偶之死亡或離婚，其婚姻關係消滅時，仍爲有行爲能力人，自不待言（民國二十年最高法院院字四六八號判例參考）。

第三項 禁治產人

第一 禁治產制度

意義

禁治產云者，禁止其自己治理財產之人也。詳言之，即禁止其獨立的爲財產上法律行爲之人也。蓋因精神能力時有缺陷之人，於其心神喪失中所爲之行爲，因無意思能力，當然無效；反之，行爲時如係於本心回復中，則又當然有效，實際上各個行爲究係於何種狀態中所爲，當時即不易確實認識，事後更無從確實證明。因其認識困難，對於相對人，自多不利；而其證明困難，則又爲本人之不利。故法律上有禁治產制度，得就精神缺陷之人，宣告其爲禁治產人，以保護本人之利益及交易之安全焉。

沿革

禁治產制度，溯其沿革，當以羅馬法爲濫觴。依十二銅表法之規定，凡精神病人（*mentis*）均爲完全無行爲能力人，須爲之設置保佐人（*curator*），因保佐人之行爲而取得權利負擔義務。所謂精神病人不僅指瘋狂人而言，即者聾者啞者及因重大不治之疾病，不能管理財產者，亦包括在內。嗣後裁判官對於病態心理者（*mente capus*）亦與精神病人同樣處理。惟二者之區別如何，法學者間似亦無確切之論斷也。至於日耳曼法，則不惟精神上之缺陷，即身體上有缺陷者，亦不克享有完全之權利及行爲能力。直至德國中世，猶認爲締結法律行爲者，須具有完全之健康，故健康狀態如有可疑，往往須加以體力試驗，始許其爲法律行爲焉（註）。

（註）日耳曼法上關於法律行爲能力，詳細參考拙著日耳曼法概說二一頁以下。

立法例

現代大陸法系國家，就精神能力欠缺之人，類皆承認禁治產制度。然其規定之體例又有二種：其一，爲民法主義。法國民法承認禁治產人及準禁治產人二種，禁治產人所爲之法律行爲，可以撤銷，故須爲設置監護人；至於準禁治產人則其精神能力，雖不健康，但與常人相差無多，故爲之置保佐人，僅就特定重要之法律行爲，始須取得保佐人之同意，此外，皆得獨立爲之。日本民法仿之。其二，爲德民法主義，僅承認禁治產人一種，不設準禁治產之規定。然禁治產人之中，又僅限於心神喪失之人，始爲完全無行爲能力人，其由於其他原因宣告禁治產者，原則僅爲限制行爲能力人。瑞士民法仿之。德國民法就禁治產人，準禁治產人，不設一般的區別，可使法律關係簡單明瞭，故我國民法亦大體仿之。然我國民法對於禁治產人不問其原因如何，概使之爲無行爲能力人，其立法之當否，誠屬疑問，宜其爲學者之所營議也（註）。

第二 禁治產宣告之要件

要件

爲禁治產之宣告，必須具備一定之要件，蓋因人之有無行爲能力，關係重大，自不得輕易爲之也。禁治產宣告之要件有二：其一，爲實質的要件；其二，爲形式的要件。茲分述之。

（註）參考余榮昌先生民法要論總則五五頁以下。

實質的

要件

禁治產宣告之實質的要件爲「須有禁治產原因之存在」。禁治產原因，依我民法規定須爲心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者（一四條一項）（註一）；心神喪失者，對於行爲之結果，無合理的識別能力之謂。原不必精神錯亂，毫無精神能力也。至精神耗弱者，其精神障礙，不似心神喪失者之甚，多少具有不完全識別能力之謂也。二者要不過爲程度上之差異（註二），然必須因精神障礙致不能自己處理事務，始得爲宣告禁治產之原因。且其精神障礙，必須爲常態，即須繼續在於精神障礙之狀態，蓋因一時的障礙，喪失意思能力時，其所爲之行爲，自屬無效，法律已有規定（七十五條），不必爲禁治產之宣告也。然雖曰常態，原不必始終在心神喪失之狀態，即時時回復本心，亦無不可。且實際上亦唯有此種精神狀態之人，特別有宣告禁治產之必要。若始終爲精神錯亂之人，其法律行爲當然無效，一般第三人必躊躇不與之交易，自無庸爲之設。

（註一）禁治產之原因，依各國立法例，可分爲二種：即（一）由於精神之障礙；（二）由於一定之性癖。前者又可爲二：（一）心神喪失；（二）精神耗弱。後者又可分爲三：（一）濫費者；（二）酗酒；（三）行爲不檢是也。一定之性癖，尤以濫費應規定爲禁治產原因，限制其行爲能力，是不獨各國立法例爲然，即徵之我國習慣，亦復如是。誠以濫費成癖之人，非特將陷自己於困窮，其家族亦必因而生活困難，法律有保護之必要故也。但我民法不以之爲禁治產原因，不免疏漏。參考余戰門先生民法要論總則三五頁以下。

（註二）何謂心神喪失及精神耗弱，應就禁治產制度之目的，考察決定。不必純以醫學之見解爲標準。法院於宣告禁治產之前，固必須訊問鑑定人，聽取醫學上之意見（民訴五九九條），然法院並不因鑑定人之意見，致受法律上之拘束，固不待言。

定禁治產制度矣。

形式的

要件

禁治產宣告之形式的要件爲「須有聲請權人之請求」。其聲請權人，各國民法皆有明文規定，蓋恐有企圖自己利益妄行聲請宣告他人爲禁治產人者也。我民法規定得爲聲請之人如左（一四

條一項）。

（一）本人 精神障礙之人，於其本心恢復之中，得爲其自己之利益，單獨聲請宣告爲禁治產人。

（二）配偶 夫妻關係，休戚相共，故夫妻得相互請求，至極適當。

（三）最近親屬二人 何謂親屬，自應依親屬法之規定，血親、姻親，皆應包含在內，所不待言。第於親屬之中，並無其他限制，故無論直系傍系，均無不可。至法文雖無親等之規定，然必限於最近之親屬，且須二人同時聲請，藉免於濫行聲請之弊也。

第三 禁治產宣告之程序

宣告之

程序

禁治產宣告之程序，屬於人事訴訟程序，於民事訴訟法第九編中，設有詳細之規定（民訴五九三條以下）。其程序，大體係屬於本人住所地之法院管轄（民訴五九三條），唯不得公開行之（民訴

五九六條），禁治產聲請時，應表明其原因事實，及證據（民訴五九四條），法院並得命聲請人提出診斷書（民訴五九五條）。禁治產事件，因與公益有關，故不完全放任，純採當事人主義，並參酌職權主義，由法院就本人之

能力予以審查，並聽取鑑定人之意見，爲判斷之資料（民訴五九七條以下）。法院以爲不應爲禁治產宣告時，可駁回聲請。對於駁回聲請之裁定，聲請人得爲抗告（民訴六〇三條一項）。

宣告撤銷

銷之訴

法院就聲請人之聲請，認爲有宣告禁治產之必要時，得以裁定爲禁治產之宣告。宣告禁治產之裁定，應附理由（民訴六百條）。對於禁治產宣告，依民法規定，得聲請禁治產之人（本人配偶，及最近親屬二人），於三十日之不變期間內，得向就禁治產之聲請會爲裁判之地方法院提起撤銷禁治產宣告之訴（民訴六〇五條以下）。就純理言之，禁治產之宣告，須俟撤銷之訴敗訴，上訴亦不奏效時，始行確立。應禁治產人於此時始確定的成爲禁治產人。然應禁治產人精神障礙，有異常人，如長此放置不理，就本人之保護及交易之安全而言，均所不利。故法律規定，禁治產宣告，不必俟其確定，自禁治產人之法定代理人或依法律應爲監護人之受宣告之途達時發生效力（民訴六〇一條）。自此時起，應禁治產人即成爲無行爲能力人，監護人得爲之爲代理行爲。其後，撤銷禁治產宣告之訴，如未奏效，則法律上自無何等糾紛之可言。反之，禁治產宣告如已確定的撤銷時，則與自始未爲宣告相同。禁治產宣告之效力，從西溯及的顛覆。在撤銷禁治產宣告前，監護人所爲之行爲，似亦不成其爲監護人之代理行爲，對於與監護人爲交易之相對人，不免蒙受不當之損害，故法律特別規定，在撤銷禁治產宣告前，監護人所爲之行爲不失其效力以保護一般交易之安全（民訴六一三條一項）。

禁治產之宣告及其宣告之撤銷，法院均應以相當之方法布告之，俾使一般人知所警戒焉（民訴六〇一

條二項、六一四條）。

第四 禁治產宣告之效力

宣告之效力

禁治產宣告之效力，為創設的，而非確認的。應禁治產人，一經禁治產之宣告，即為禁治產人，無行為能力，即於其本心回復之間，亦不得為完全有效之法律行為，固不待言。即禁治產人精神病痊癒之後，倘未依法撤銷禁治產之宣告（後詳），禁治產人仍為無行為能力人也。

禁治產人之能力

禁治產人無行為能力（十五條），故禁治產人不問其由於何種原因而受宣告，概為無行為能力人，不似德國民法，於禁治產人中更有無行為能力人與限制行為能力人之差別。其立法之不當，已如前述。然禁治產人之無行為能力，僅以財產上之行為為限，身分法上之行為，應依親屬繼承編之規定，前已說明。雖然，禁治產人無行為能力云者，自僅就禁治產人單獨的為法律行為而言，至於機械的行為——例如為監護人傳達意思之使者，則雖為禁治產人，亦得單獨為之，蓋因其原非個人意思發動之行為也。

監護人

禁治產人應置監護人（一一一〇條）。監護人應為禁治產人之利益，按照其本人之財產狀況，護養療治其身體（一一一二條一項）。關於其財產之管理及財產上之法律行為，即以監護人為其法定代理人（一一一三條及一〇九八條以下）。禁治產人之資格，順序，於親屬編中，設有詳細之規定

如左：

一、配偶（註）；

二、父母；

三、與禁治產人同居之祖父母；

四、家長；

五、後死之父或母以遺囑指定之人。

如不能依此等規定，定其監護人時，由法院徵求親屬會議之意見選定之（一一二條）。

第五 禁治產宣告之撤銷

民法上

之撤銷

對於法院所爲之禁治產宣告，認爲不當時，聲請權人得提起撤銷禁治產宣告之訴。撤銷禁治產之訴，法院認爲有理由時，得以判決撤銷宣告，均如前述。茲所謂之撤銷者，蓋謂本人之精神能力回復，禁治產之原因消滅，依一定人之聲請而爲之禁治產之終了也（一四條二項）。學者恆名之爲民法上之撤銷，以

別於上述之民事訴訟法上之撤銷焉。

撤銷之

要件

禁治產宣告撤銷之要件有二：一、實質的要件，爲禁治產原因之消滅（一四條二項），即禁治產人精神能力恢復常態，可以處理自己之事務是也。二、形式的要件，須有聲請權人之聲請（民訴六一五條），即仍須有本人、配偶、最近親屬二人之聲請。撤銷之聲請人，與宣告之聲請人固不必同爲一人，但亦不必非

爲一人也。

撤銷之程序

撤銷之程序，民事訴訟法中，亦有詳細規定（民訴六一五條以下）。其聲請專屬禁治產人住所地之
地方法院管轄（民訴六一六條）。法院認爲可以撤銷時，得以裁定撤銷禁治產之宣告（民訴六一九條）。駁回撤銷之聲請時，對於駁回之裁定，亦得提起撤銷之訴（民訴六一〇條）。禁治產宣告被撤銷時，其裁定應即送達於聲請人及禁治產人，並應由法院布告之（民訴六一九條），俾使一般人可以周知也。

撤銷之效力

撤銷之效力，亦爲創設的，即因禁治產宣告之撤銷，禁治產人即成爲非禁治產人也。但禁治產人如爲未成年人時，則於撤銷之後，其行爲能力仍因未成年而受限制，不能享有完全行爲能力，固不待言反之，禁治產人即因宣告之撤銷，享有完全之行爲能力。民法上之撤銷，僅爲宣告之終了，向將來發生效力。與民事訴訟法上之撤銷有溯及效者不同，自不致發生前述之複雜的法律關係也。

禁治產人於宣告撤銷之後，其精神能力，又失常態，致不能處理自己事務時，有聲請權人仍得再向法院請求爲禁治產之宣告，固不待言。

第三款 住所

（註）依司法院二二年院字第九六〇號解釋，如配偶顯與禁治產人利害相反，仍以第二順位之父母，爲其監護人。

第一 住所之意義

住所規定之理由

吾人之生活關係，必以土地為基礎。飲食起居娛樂工作，一切之活動，皆與土地有不可分離之關係。於社會關係相當複雜之現在，吾人所居住之場所，現在之場所，營業活動之場所，財產所在之場所，自未必盡屬同一，且隨時可以變動。此種傾向因世界交通之進展，勢必日行增大，殆可預料。是以若將吾人之一切法律生活，完全統一集中於一定之場所，固為事實所難能，然就吾人一切關係場所之中，選定一生活關係之中心地點，於可能範圍內將吾人之法律生活，統一集中於該處，以期法律關係之整齊明確，不特為個人之便宜，即於社會交易，亦有安定確實之利益。此所以羅馬以來，各國民法皆就住所設有若干規定者也。

住所之意義

據上所述，可知住所云者即為吾人生活中心點之場所。是以住所原為具體的特定之場所，並非想像上無形之場所，更非人與場所之間所成立之一種法律關係，固不待言。同時，住所與具體的住宅及所有地，亦有顯著之區別，是以民法上之住所與憲法約法上之所謂住所（憲法草案第十一條，約法第十條）及刑法上之所謂住宅（刑法三〇六條，三〇七條）意義迥殊，是不可不辨也。

立法主義

住所之設定，固為羅馬法以來，各國民法之共同要求。然以何種標準為決定住所之要件，則各國立法，不盡一致。羅馬法採取形式主義。以「設家神之祭壇，置財產之大部」為住所之要件。以形式的標準為住所決定之依據，固可使法律關係整齊明確，然在現代社會，吾人活動之範圍，日趨複雜。此種形式的標

準，自難維持。是以現今各國民法羣探實質主義，根據生活之實質的關係，以決定住所之觀念。

住所之要件

雖然，根據生活之實質關係，究應如何決定住所之觀念，則學者所見，仍不盡同。(一)有採取客觀主義者，依客觀事實，從事認定。詳言之，即就其人其時之全生活，具體的考察，以其人生存活動之心點，作為其人其時之住所。(二)有採取主觀主義者，以為住所之成立，須具備二種要素。其一，為主觀的要素，即本人設定住所之意思；其二，為客觀的要素，即其意思實行之事實。德瑞民法之解釋，皆採此種學說（德民法七條，瑞士民法二三條參考）。我民法規定，以久住之意思住於一定之區域者，為住所（二十條一項）。其為採取主觀主義，自無庸疑。然就立法論言之，人之意思如何，自非外部所得確實窺知，住所之設定，既以法律關係整齊明確為目的，則自不如採取客觀主義為更合理也。

住所之個數

復次，一人是否同時得有數個之住所乎？立法例亦不一致。德民法規定一人同時得有數住所（德民法七條二項）；反之，瑞民法則規定不得同時設定兩住所（瑞民法二三條二項）。日本民法就此未設規定，學者解釋，其說不一。有採複數說者，有採單一說者（註）。住所之目的，既在法律生活之集中統一

（註）日本民法規定生活之本據為住所（二十一條）。究係採取客觀主義抑為主觀主義，學者解釋不一。通說為主觀主義。但最近學者

皆採客觀主義。如鳩山秀夫、德積重遠、末弘嚴太郎、石田文次郎、我妻榮諸大家，皆採客觀說。至於住所之個數則僅末弘、石田、我妻

等採複數說。鳩山、德積等則仍從一般通說，主張單一主義也。

自應以單一說爲正當，故我民法規定一人不得同時有兩住所焉（二十條二項）。

第二 任意住所與法定住所

法定住所 法定住所者所以別於任意住所而言也。我民法規定住所之設定，必須有久住之意思，依久住之意思所設定之住所，即謂之任意住所，反之，不問本人有無久住之意思，法律上規定以一定之場所爲

其住所者，謂之法定住所。我民法關於法定住所之規定如左：

- (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爲住所（二一條）。
- (二) 妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所（一〇〇二條）。
- (三) 未成年之女子，以其父之住所爲住所（一〇六〇條）。

第三 住所之法律的效果

住所之效果

住所所在法律上之效果，散見民法及其他各種法律，茲就其重要者，列舉如次：

- 一、決定失蹤之標準（八條）。
- 二、決定債務履行地之標準（三二四條二項）。
- 三、決定土地管轄之標準（民訴法第二條、刑訟法第十三條）。

四、決定書狀送達之處所（民訴法第一三七條、刑訟法第一九四條）。

五、國際私法決定準據法之標準（法律適用條例第二條第二項第三條、第十八條、及第二三條第四項）。

六、歸化及國籍回復之條件（國籍法第三條第二項第一款第四款及第五條）。

第四 居所

居所與住所

居所與住所之區別，在採取客觀說之學者，即以人與土地間之客觀關係為標準。凡暫時繼續居住之場所而非生活之中心，其與土地密接之程度不及住所之深者，即謂之居所。反之，在主觀主義論者，則以定住意思之有無，為住所與居所區別之標準。我民法係採取主觀主義，已如前述，故非以久住之意思住於一定之地域者，即為其人之居所，所不待言。

居所與住所

居所與住所，固屬迥然各殊，然民法上亦往往有以居所代替住所之需要。依民法規定，於下列二種情形，即以居所視為住所。凡住所之法律上效果，就其居所而發生（民法二十二條）。

（一）住所無可考者 所謂住所無可考者，又包含（I）全無住所與（II）雖有住所而其在無可考者二種情形，無行為能力人及限制行為能力人無法定代理人時，亦同（司法院院字四七四號解釋參考）。

（二）在中國無住所者 在中國無住所者，即其生活之中心在外國，故其住所亦即設於國外者也。此不問

其爲中國人與外國人，均應有其適用。

但關於涉外的私法關係，法律規定須適用住所地法者，則仍以其外國之住所爲住所，不得以其居所視爲住所，自屬當然（二十二條但書）。

居所與
現在地

學者之間更有就居所與現在地，加以區別者。即以繼續的滯在地爲居所，以一時的滯在地爲現在地，於理論上加以區別，固屬可能，然法律所謂居所，是否出於排斥現在地之趣旨，須就各該情形，斟酌決定。如民法第二十二條之規定，應解爲包括現在地而言。蓋其立法之趣旨，係包括住所以外之一切場所而言故也。

第五 選定居所

選定
居所

我民法就住所之個數，雖僅以一個爲限。然法律行爲之當事人因交易上之必要，就特定行爲選定居所者，關於其行爲，卽以其選定居所視爲住所（二三條）亦曰，假住所，例如南京之商人乙與上海之工廠主人甲就甲工廠出品之交易，以上海之某地，選定爲居所。於此種情形，凡甲乙間之交易關係，卽以其選定居所代替其南京之住所。選定居所並非以設定住所之意思而選定者，與選定人生活之實質自不必有何等關係。故嚴格言之，不得謂爲住所之一種也。

第六 住所之廢止

住所之

廢止

住所既許人自由設定，同時亦許人自由廢止。我國對於住所之設定既採主觀主義，須具有主觀的要素與客觀的要素。故對於住所之廢止，亦須具備此兩種要素（二十四條），即須有廢止之意思，及離去其住所之事實，如閉閣其住宅，作汗漫之遊，亦不得謂為廢止其住所也。

住所之

變更

絕對的廢止住所者，固亦有之，但大都同時另行設定新住所。是為住所之變更。

第四款 死亡宣告

第一總說

失蹤人

失蹤人云者，離去其向來之住所或居所生死不明者之謂也。失蹤人失蹤之後，是否仍有復歸之望，自難逆料，為防止失蹤人財產之朽廢，並保護其利害關係人之利益，對於失蹤人之財產應如何為之管理，羅馬法以來，各國民法皆設有若干之規定（註一、註二），然失蹤人生死不明之狀態若長此持續，失蹤人

（註一）羅馬法對於失蹤人，設置財產管理人，為之管理財產。現代民法，皆繼承羅馬法上此種制度，然其規定之體例，則各不相同。德、瑞、民

法係于親屬法中設有失蹤人之財產管理制度（德民法一一九條，瑞民法三九二、三九三條參看）。日本民法則於光緒宣告前設

有不在者制度（日本民法二五條至二九條）。法國民法則有失蹤宣告制度，為之管理財產（一一五條以下）。我國民法則規定關

於失蹤人失蹤後死亡宣告前其財產之管理，依非訟事件法之規定（一〇條）。現非訟事件法尚未頒布，其內容如何自難臆測也。

之身分關係，財產關係永不確定，自非所宜。是以各國法制對於此種情形，類皆設有死亡宣告，或失蹤宣告之制度，俾使失蹤人之生存配偶，得為再婚，繼承人亦可開始繼承。身分上財產上之法律關係，皆可早日確定焉。

死亡宣告制度

羅馬法關於失蹤人之財產管理，因設有財產管理人之制度，然死亡宣告制度，則為羅馬法上之所無；反之，日爾曼法就失蹤人之財產管理，雖無何等規定，而失蹤制度，則久已發達。至都布法時期並

有「死亡推定」(Todesvermutung)制度。即失蹤人失蹤若干時日之後，即推定其為死亡。據此推定，開始繼承，消滅婚姻關係，他日失蹤人縱再生還，亦不得取回財產，撤銷再婚。至其失蹤期間之規定，又有二種主義。一曰撒克遜主義(Sächsisches System)以年齡為本位，須失蹤人滿七十歲，一曰希來夏主義(Schlesisches System)以失蹤期間為本位，自最後音信之日起經過一定期間，即得為死亡之推定。然日耳曼之死亡推定制度，原因失蹤期間之滿了當然發生，不似現代之法制，係因法院之判決而發生，且於法院判決前，有公示催告之程序也。現代之死亡宣告制度，則係以一七六三年十月二十三日之普魯士失蹤令為濫觴焉。(註三)

(註二) 最高法院二十三年抗字第一三七〇號判例：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，此為民法所明定，惟現時非訟事件法既尚未制定施行，則關於失蹤人財產之管理，自應依習慣或條理定之。而失蹤人如有已成年之直系血親卑親屬，則無論依習慣或條理均應認為適當之財產管理人，此項財產管理人，自應視同法律上代理人，無俟失蹤人之委任，而有代失蹤人為一切訴訟行為之權。

(註三) 關於日耳曼法上之死亡推定制度，參考拙著日耳曼法概說一四頁以下。

至於現行各國法制，雖皆設有死亡宣告或失蹤宣告之制度，而其規定之要件，效果均有不同。大體言之，當有二種立法主義。其一，爲法國制。法國民法將失蹤人分爲三時期。第一時期，爲失蹤人設財產管理人，爲之管理財產。第二時期，爲失蹤宣告，使其繼承人取得財產之假占有。第三時期，則更將假占有變爲確定占有。但並不確定失蹤人爲死亡（法民法一一五條、一二一條、一二五條、一二九條、一三一條）。其二，爲德國制，於財產管理制度之外，另設死亡宣告之規定，失蹤人於一定條件之下，爲死亡之推定，使之於法律上與死亡發生同樣之效果（德民法一三條至第十八條）。德國制可使失蹤人之法律關係早日確定。故瑞士、日本民法皆取此種體例，我國民法亦然。

第二 死亡宣告之要件

要件

死亡宣告制度之目的，在使自然人於一定之關係上與死亡發生同樣之效果，對於個人之法律關係影響極爲重大。故法律之規定，自不得不趨於慎重。依法律規定，死亡宣告須具備左列四要件（八條）：

（一）須失蹤人生死不明

生死不明云者，其人究爲生存抑或死亡均不克證明之謂也。但屍體雖未發見而其爲死亡確實可信者（如軍艦之被擊沉，房屋之被敵機轟炸毀失），似可卽行認爲死亡，無庸再爲死亡宣告（瑞民法三十四條參

考。再，所謂生死不明無庸爲絕對的不明，不必任何人皆不明其生死，只須死亡宣告之聲請人及法院不明足矣。

(二) 須生死不明之狀態繼續一定之期間（失蹤期間）

失蹤期間依民法規定，又有普通期間與特別期間之別。(1) 普通期間爲十年。唯普通期間在外國立法例，又因失蹤人之年齡老幼而有伸縮。依德國民法規定，失蹤人爲未成年者，須達成年，始得爲死亡宣告，反之，如爲七十歲以上之老年時，得於滿五年後，卽爲死亡宣告（德民法一四〇條一項但書一四條二項）。我民法就後者雖設有同樣規定，而於前者，則未予採取。(2) 特別期間，凡遭遇特別災難（例如戰爭、地震、火災、洪水、暴風、汽車之衝突……一切天災事變）者，其失蹤期間爲三年。關於失蹤期間之起算點，在德國民法設有詳細規定，我民法亦付缺如。解釋上，則普通期間，應自所謂最後消息之日起算，特別期間應自遭遇災難之日起算（註）。

(三) 須有利害關係人之聲請

利害關係人云者，卽就死亡宣告有法律上之利害關係者也。詳言之，卽對於失蹤人之生死，於身分上或財產上有利害關係之謂也。例如，配偶、繼承人、法定代理人、債務人、保險契約之受益人……等皆屬之。

（註）失蹤期間，德民法規定與我國大體相同，日民法規定爲七年或三年，瑞民法規定爲五年或一年，當茲交通通訊機關發達完備之際，我民法所定失蹤期間似嫌失之過長也。

(四)須爲公示催告

法院於爲死亡宣告以前，須先爲公示催告，公示催告之時間依原則須爲六個月以上。公示催告之目的，在使失蹤人或知失蹤人之生死者陳報法院。如無何人陳報法院時，始得爲死亡宣告。關於公示催告，於民事訴訟法中設有詳細規定，可以參照得之（民訴法六二四條以下）。

第三 死亡宣告之效果

死亡認定之形式

具備死亡宣告之要件，法院即應以判決爲死亡之宣告，固不待言。其死亡認定之形式，日民法規定係「視爲死亡」（日民法三十條）。是不僅爲假定死亡之事實，直就生死不明之事實，附與死亡之效果。反之，德、瑞民法則係「推定爲死亡」，既云推定，自得舉反證以推翻之。是以此二種立法例之效果，遂大有差異，在德、瑞民法推定制度之下，受死亡宣告者之家屬向保險公司請求支付生命保險費之際，保險公司倘能證明本人尚屬生存，即可拒絕支付；反之，在日本民法規定之下，如有宣告存在，縱舉反證，亦不能傾覆，非先聲請撤銷死亡宣告，保險公司即不能拒絕支付也。日本民法規定，雖有確實安定之效，然就人之生死關係，公然無視事實，似亦有所不當。故我民法亦仿德瑞民法規定，採取推定主義焉（九條一項）。

死亡宣告之效力爲絕對的，不僅對於聲請人發生，並對於一切利害關係人概行發生。詳言之，不問聲請人爲債權人或繼承人，倘經法院判決宣告死亡，則不僅於聲請人有其效力，對於其他之人，亦皆發生。即刻開始繼

承，婚姻關係消滅……凡因死亡而生之法律的效果，均因此而同時發生。此則無論爲「視爲死亡」或「推定死亡」，皆發生同樣之效果者也。

死亡認定之時期

受死亡宣告者，究應以何時爲認定死亡之時期？大體言之，可有三種主義。其一，以死亡宣告之時期爲標準，德民法第一草案及奧國舊民法規定採之。其二，爲最後音信或危難發生之時，瑞民法採之。其三，爲失蹤期間滿了之時，德民法就普通失蹤採之，日民法則不問普通失蹤及特別失蹤皆採此種主義。此三種主義，各有得失。第一種主義於理尙屬可通，法律關係亦最簡單明瞭，然依此種主義，則死亡之時期，將因當事人聲請之時期及法院程序之遲速而左右，是其缺點。第二種主義，固可避免此種缺點，然以最後音信之時，爲其死亡之時，顯然違反事實，且法律關係將因之趨於複雜，對於第三人易有不測之損害，亦屬不當。結果，似以第三種主義，弊害較少。蓋失蹤期間滿了之時，係依客觀的情形而決定，自不致有第一種主義之流弊。且於期間滿了後，即行宣告，則溯及期間較短，亦不致有第二種主義之弊害。故我國民法亦從多數立法例，採此種主義焉（九條一項二項）。

死亡認定之範圍

死亡宣告之目的，並非欲將受死亡宣告人置之死地，亦非剝奪其人之權利能力。故死亡宣告之效力，僅在使失蹤人於失蹤期間滿了時，以其住所爲中心之法律關係，趨於消滅。於其性質上，當然有

下列三種限界：

(一) 法規上之限界 死亡宣告爲私法上之制度，故對於刑法及其他公法關係，並無影響，所不待言。

(二) 時間上之限界 受死亡宣告者，其後如仍復歸其向來之住所時，其以前之法律關係，在宣告撤銷以前，固不能復活，然歸來後之法律關係，不待宣告之撤銷，仍可有效成立者也。

(三) 場所上之限界 受死亡宣告者，於受死亡宣告後，在其他地域從事活動時，死亡宣告之效力，自不及之。其人之一切行爲，不得以死亡者之行爲目之，自屬當然。

第四 死亡宣告之撤銷

宣告之

撤銷

受死亡宣告之人尚生存時，或確定死亡之時不當者，法院得因本人或利害關係人之聲請，撤銷死亡宣告（民訴六三一、六三二條）。宣告之撤銷，須以訴之形式爲之。關於撤銷死亡宣告之程序，民事訴訟法上，設有詳細規定，茲不贅述（民訴法六三一條以下）。

撤銷之

效果

關於死亡宣告之撤銷，最重要之問題，厥爲其效果。其一，死亡宣告撤銷之效果爲絕對的，不祇及於當事人，即對於一般第三人，亦有效力（民訴法六三六條一項）。其二，死亡宣告撤銷之效果爲溯及的，非自撤銷以後發生效力已也，且遡及宣告之時，使與未爲死亡宣告相同。是以因死亡宣告而消滅之身分關係，因而復活；因繼承或其他原因取得之財產，均須還原。然死亡宣告制度之目的，原在確定失蹤人之法律關係，若貫徹上述之原則，則信賴宣告之利害關係人，必陷於不利益之地位，法律關係，轉趨紛糾，自違制度之本來

目的，是以法律對於此等原則，又設有二種例外：

(一) 善意人之保護 法律爲保護善意人起見，凡於判決確定前以善意而爲之行爲，不受影響（民訴六三六條一項但書）。例如生存配偶之再婚，繼承人就遺產所爲之處分，其效力皆不變更者也。但所謂善意之行爲，必須雙方當事人皆爲善意乎？抑當事人之一方爲善意即可以受法律之保護？學者所見不一，予則左袒多數說，以爲必須雙方均爲善意者也。

(二) 財產取得人之保護 因宣告死亡取得財產者，如因其撤銷失其權利時，僅於現受利益之限度內，負歸還財產之責（民訴六三六條二項）。此種規定，存保護以死亡宣告爲直接原因而取得財產者，例如繼承人，受遺贈人，保險契約之受益人……等皆屬之。此種人等，雖各有返還財產之義務，但不必以取得當時之狀態範圍，全部返還，現受利益之限度爲返還即可。是以取得之財產如已消費或滅失，自不必再爲返還。然取得之財產固已消失，但其財產之變形，如尙存在者，仍應返還，固不待言。

第二節 法人

第一款 法人概說

第一項 總說

第一 法人制度之必要

法人

法人云者，非自然人而得為權利義務之主體者也。法人之中，復有社團與財團之別。前者為人的結合，後者為財產的結合，既如前述。茲於論究法人本質之前，先行說明法人制度之必要。

社團之

必要

首就社團言之。時無古今，地無中外，人類之社會生活，決非僅以個人為中心，即可成立。於個人而外，必須承認團體之存在。政治團體、地域團體、職業團體、公益團體、親屬團體、社交團體……等等，其性質目的固有不同，而其為社會生活之構成分子，則無二致。近代之社會生活，雖係建立於個人本位之上，而因文化之發達，欲望之增進，人類社會活動之要求，因而激增，個人之生命能力，皆有限制，究不能滿足以上之需要。產業革命之結果，各種大規模之企業，日形發達。進行此等之企業，自以團體之力量，最為適當，於現行法制，集合多數個人以從事共同事業時，共有二種制度。其一，為合夥，其二，為社團。然合夥不過由當事人間之契約關係所作成，與各個人之人格財產均有密接關係，因其富於個人的色彩，以之經營大規模之事業，自不適用。反之，社團雖亦為多數個人集合而成，但一經法律賦予法人資格，即獨立為權利義務主體，成為其構成員以外之第三人。法人之財產非其構成員等之財產，法人之債務亦非其構成員等之債務。與法人為交易者，純以法人自身之財產

狀態，爲其「與信」之基礎。其構成員究爲何人，固無檢查之必要，更無慮其交替之虞。以視與合夥爲交易者，更簡單安全。其活動力亦較合夥爲強大，此所以羅馬法以來，卽有法人觀念，近代各國法制，亦莫不承認社團法人制度也。

財團之

必要

其次，當再述財團制度之必要，吾人因公益之目的，捐助一定之財產者，自爲世所恆見，如因嬰兒之保育，傷兵之看護，而募集財產者，比比皆是。此等財產，若委託個人或團體，代爲管理，固亦未始不可。然此等財產與受託人固有財產若不截然區別，不免中飽漁利之弊，且因受託人之死亡或消滅，此等財產，亦將盡歸烏有。則募集之財產，遂不克達成其使命，試以財團法人之起源證之，歐洲中古世紀，慈善事業，始爲教會所獨占。國家，個人概不得參預其事。有欲捐助資產，從事慈善事業者，皆將資金捐助教會，資金捐助之後，卽爲教會所有，由僧正管理。其尊重捐款人之意思，依其目的以爲使用者，固亦有人，然教會將其捐助目的，變更廢止，亦非法律所得干涉。是以其後有識之士，乃主張將捐助財產，化爲完全獨立之法人，是爲財團法人之濫觴（註）財團法人係以財產之集團爲中心，創定法人，成爲獨立之權利主體。於是財產遂得保持其獨自性，其管理人則係依法人章程而決定，倘能運用得宜，當不難永遠存續。是以大陸法系國家，皆於民法上承認財團法人制度也。

財團法人，原爲大陸法系國家所採取之制度。至英、美各國，則又有所謂信託制度，大致可與財團法人達到

（註）財團法人之沿革，詳細參攷拙著日爾曼法概說三三頁以下。

同樣之目的。信託制度，並非將捐助財產作爲獨立之權利主體，而使之歸屬於受託人。然所謂「信託財產」與受託人之固有財產，有詳細之法制，可以截然區別，且就受託人之資格，設有限制，並對於信託事業之管理嚴加監督，俾使信託關係，可以永久存續，信託財產之使命，亦因而完全達到。信託制度與財團法人之利害得失若何，原非吾人所能輕易評斷。然此二種制度，要皆可以完成其目的。是以我國於財團法人外，亦承認信託制度。政府對之，近且力加提倡，唯尙在發達之中途，未見著有何等成效耳。

第二 法人之本質

法人學說

法人爲法律上之獨立人格者，既如前述。然法人之本質究爲若何，此則爲十八世紀以來公私法學者間論爭之中心，因其時代背景之不同，學者所見，從而差異。茲先述法人學說之梗概如左：

(一) 擬制說 擬制說係以羅馬法上之法律思想爲根據，迨十六七世紀時，繼受羅馬法上之法人制度，註釋法學者對於法人之本質，亦咸採擬制說。而集此說之大成者，則爲德國羅馬法學大家薩維尼 (Savigny) 氏。擬制說者以爲權利義務之主體，應以自然人爲限，非自然人而得爲權利義務之主體者，係以法律之力擬制其爲自然人也。質言之，即法人者法律所擬制之人也。近世民法本以個人人格之尊重，爲最高之指導原理，且因對於封建社會之反動，對於介在於國家個人間之團體，自應嚴加排斥。縱於不得已之情形，須例外的承認團體之存在時，亦必須主權者之命令，或法律之特許。故擬制說之理論，對於當時之法律理想恰相適合，遂成一時之

通說。然以吾人今日之法律思想觀之，則未敢贊同。蓋擬制說者之出發點，厥爲非自然人即不得爲權利義務之主體，不知自然人之取得人格，亦爲法律所賦予，並非由於「自然」。時至今日，一切自然人，固皆可享有平等之權利能力，然究爲法律思想進步之結果，古代社會，雖自自然人而不得爲權利主體者，其例至夥。可見自然與法人之權利能力，同爲法律所賦予，並無差異，若以法人爲法律所擬制之人，則自然人亦爲法人。是以欲依擬制說明法人之本質，其有違現在法律思想，自極彰然，無待煩論。

(二) 法人否認說 若以法人爲法律擬制之結果，則依實證的方法觀察之，是於社會生活中，除個人及財產而外，別無所謂法人之存在。是爲法人否認說。於法人否認說中，又有三種不同之見解。

(1) 目的財產說 是爲布林茲 (Brinz) 氏之主張，以爲法人之本質不過爲一定目的而存在之無主體財產而已。

(2) 受益人主體說 此說集寧格 (Meinong) 主之，即以享有法人財產利益之多數個人，爲其實質之主體，所謂法人者，不過於形式上爲其權利的歸屬者而已。

(3) 管理人主體說 是爲霍達 (Holder) 等所主唱，即以現實管理法人財產之人爲法人之本體者也。法人否認說者，係就法人制度，爲實證的視察。故或以現實存在之財產，或以實際活動之個人，作爲法人之本體，較之擬制說者，純以法人爲想像的存在物，自較進步。然法律所以承認法人制度，原不僅爲個人或財產而

設。故法人否認說對於法人之本體，不免以管窺豹之譏。加之，現行法上，既皆承認法人制度，則法人之存在，自非吾人所得否認。是以即於解釋論上，法人否認說，亦爲吾人所難首肯者也。

(三)實在說 法人既非法律擬制之結果，法人之本體，又非吾人所得否認，是以現今學者，羣趨於實在說。余謂法人亦有其社會的實在，然法人之爲社會的實在，究爲何種性質，則學者之中，所見又復不一。大別之，有左列二說：

(1)有機體說 是爲德國日耳曼法學派大家基爾克 (Kierke) 氏所首唱，基爾克氏根據其對於日耳曼法上團體思想多年研究之結果 (註) 創爲是說。其說略謂於人類社會生活中，團體爲統一的全體，有其固有之生命，自然人爲自然的有機體，有其個人意思，而團體則爲社會的有機體 (Gesellschaftlicher Organismus) 有其團體意思 (Gesamtwille) 對於此社會的有機體賦予以法律上之人格，使之爲權利義務之主體，即爲所謂法人。基氏所說，正值擬制說之思想，漸趨沒落，團體之地位，日漸擡頭之際，故有機體說遂一舉而征服擬制說，爲世所景從。尤以基氏闡明日耳曼法上之團體思想，對於個人主義法律思想之修正，貢獻極大。雖然，團體之本質，是否爲社會的有機體，有無團體意思，是爲社會學上之問題。即爲社會的有機體，有其團體意思，何以即可取得法律上之人格，成爲權利義務之主體，其法律上之根據若何？此則有機體說者苦未能爲圓滿之答覆。

(註)關於日耳曼法上之團體思想，國內著作物中，唯拙著日耳曼法概說言之略詳，可供參考。

自然人之所以爲權利主體，並非因其爲自然的有機體，有其個人意思，則團體縱爲社會的有機體，有其團體意思，亦未必即可爲權利主體也。若以其具有意思，即作爲權利主體之根據，亦與現代法律思想不合，蓋法律上人格，並非以意思爲前提者也。

(2) 組織體說 有機體說解法人爲社會有機體。反之。組織體說則解法人爲法律的組織體，即適於爲權利主體之法律上的組織體也。是爲法國學者米休 (Michoud) 撒來 (Salles) 諸人所主張，在日本及我國學者之間，殆成通說。組織體說矯正有機體說之失，主以法律理論爲根據，較之有機體說，自屬進步。然何以組織體即適於爲權利義務之主體，則在組織體說者，亦復語焉不詳，未能闡明法人之本質。加之，有機體說，能認識團體之社會的實在，知團體有其固有之生命，非法律之力所得而禁遏擬制，洵可稱爲實在說而無媿色。而組織體說，動輒謂自然人爲具體的實在，法人爲抽象的實在，則又易與擬制說相混，有失實在說之本義矣。

私見

自無不能生有，法人非法律所擬制而成，所不待言。法人爲社會的實在，吾人亦無疑義。然社會的觀念與法律的觀念，既非一事，法人何以得爲法律上之權利主體，是爲吾人論究法人本質之際，所亟須解決之問題。上述各種法人學說，大致有一共同誤謬之點，即權利主體當然應以自然人爲限，主張擬制說及否認說固有此失，即在實在說者之間，亦有同感。是以有機體說謂法人爲社會的有機體，以與自然人比較立論，藉以說明法人之應爲權利主體，而組織體說且更謂法人爲抽象的實在，揆其用意，似非自然人即不得爲權利

主體者，不知一切自然人之得爲權利主體，原屬近代法律思想，在古代社會，自然人而不得享有權利能力者（例如家屬、奴隸），殆爲普通現象。反之，親屬團體，反成爲法律上之人格者，與今日之個人觀念相當。可見團體之人格，實先個人之人格而發達。若以自然享有人格者爲自然人，法律賦予人格者爲法人，則五官四肢之人類，爲自然人乎，抑爲法人乎？反之團體爲法人乎，抑爲自然人乎？恐尙難爲精確之論斷，自然人之非當然爲權利主體，則似無庸吾人之更爲辭費矣。

然則，法人之得爲權利主體，其法律的根據果何在？吾人得簡賅答覆之曰：法人之取得人格與自然人同爲法律所賦予，而其人格之根據，則在於其社會的價值也。何以言之！蓋法律爲社會生活之規範，故對於社會之本身及社會之構成分子，應承認其爲法律上之主體，自屬當然。在上古社會，親屬團體爲社會之構成分子，應賦與法律上之人格，承認其爲權利義務之主體。其後個人之中，家長及其他自由人亦成爲社會構成分子，故亦依法賦予人格；而非社會構成分子之家屬、奴隸，則不得享有權利能力。直至近世社會，一切自然人皆爲社會之獨立直接構成分子，具有同等的社會價值，是以私權享有之原則，遂行確立，一切之自然人皆得爲權利義務之主體。反之，近世民法因對於封建社會之反動，排斥團體的觀念，不承認團體之社會的價值，故非不得已時，不賦予團體以法律上之人格。時至今日，團體之地位，又行擡頭，團體及財產之社會的價值，日行增大，漸次成爲社會獨立的直接構成分子，故法律上亦不得不承認其爲權利義務之主體焉。

要言之，法律上之人格，概為法律所賦予，並非基於其事實的存在，即行取得，此在自然人及法人，均無軒輊。自然人既非因其實在，即可當然為權利主體，則法人亦非因其實在，即可取得權利能力。然法律之賦予人格，亦非由於法律之任意，而係出於社會生活之要求，根據實在之社會的價值。是以法人之取得人格，即因其於現代社會生活中與個人具有同樣之社會的價值，故與個人同樣得為權利義務之主體焉。

第二項 法人之種類

第一 公法人、私法人

區別之

標準

公法人與私法人區別之標準若何，學說頗不一致，大體言之，則國家與國家之機關分擔統治權之作用者為公法人，其他法人，皆為私法人。換言之，即國家的法人為公法人，社會的法人為私法人也。例如國家之外省、市、縣……等地方團體皆為公法人是也。雖然，有應注意者，公法人與私法人之區別，與其享有之權利義務公私之別，迥然二事。是以私法人亦可享有訴權及納稅義務等公法上之權利義務。所謂國庫 (Ergans) 即不外由私法的方面觀察國家，並非於公法人的國家而外，更有私法人的國庫之存在也。

區別之

實益

公法人與私法人區別之實益，首為法律適用之問題，例如對於公法人應訴諸行政法院，對於私法人則須訴諸司法機關。至於債權之執行在私法人得依民事訴訟法為強制執行，反之，在公法人，則

應依稅法之所定。他如侵權行爲上之責任，因其行爲人爲公法人或私法人，實際上亦最成問題者也。

第二 社團法人、財團法人

社團法人

私法人之中，更可分爲社團法人及財團法人二種。社團法人云者，取得法律上人格之社團，由二人以上之社員集合而成者也。社團法人之組織，依其自治法則定之，即所謂章程者是。社團法人之章程，雖出於設立人之創意，然法人一經成立，則其章程即成爲法人之組織法，有其客觀的存在，一切社員，皆應服從章程。社團法人之活動，亦須依其章程爲之。但社團法人得因社會關係之變遷，變更其章程，故學者謂社團法人爲社員共同自律的法人焉。

財團法人

財團法人云者，以提供一定目的之財產爲基礎，爲實現其目的而取得法律上人格之法人也。是以財團法人之基礎，即爲一定目的之財產，若無財產，財團法人即無由成立。財團法人就其財產之管理，固必須有人專司其事，然財團法人並無社員。此其與社團區別最顯著之點。財團法人之目的及其財產管理之方法，由設立人以捐助章程定之，不許任意變更。學者恆謂財團法人爲有固定性之他律的法人，即職此故。

第三 公益法人、營利法人

公益法人

公益法人云者，專以社會公共利益爲目的之法人也。唯我民法上所謂之公益法人，須積極的以公益爲目的，消極的不以營利爲目的，尙不得即謂爲公益。是以同學會、社交俱樂部之類，雖非以營利

爲目的，但亦非因公益而設立，故此等社團，倘無特別法之規定，即無從取得法律上之人格。社團法人以公益爲目的者，即爲公益法人；財團法人於我民法上並無以營利爲目的者，故概爲公益法人焉。

營利

法人

營利法人云者，以社員之獲得經濟的利益爲目的而設立之法人也。換言之，即以法人獲得之利益分配於社員爲目的者也。若就營利法人之文字而爲解釋，一似以法人之享受利益爲目的，然社團之最後目的，即在於社團自身獲得利益，殆爲吾人不能想象。故法人之享受利益，原爲一種手段，將其利益分配之於各社員，始爲營利法人真正目的之所在，是以財團法人無社員爲其構成分子者，於其性質上，即不得爲營利法人，自屬當然。唯所謂經濟的利益，原不必爲社員財產之積極的增加，即消極的防止其財產之減少，亦不失爲經濟的利益，是以消費合作社亦可爲營利法人也。

抑余有進者，公益與營利二者，原非相對的概念，若以此爲社團法人之分類，嚴格言之，似嫌不合論理。蓋一方如爲公益，他方則應爲私益，一方如爲營利，他方則應爲非營利，始合乎分類之法則。不寧唯是，若以公益營利爲區別，則必有既非公益亦非營利，二者皆不可歸屬之中間的團體，無從取得法律上之人格，如前述之同學會、社交俱樂部等，皆其適例，是以於立法論上，不如仿德、瑞民法之體例，將法人分爲營利與非營利二種，則此等團體，亦可與公益法人同時包含於非營利法人之中矣（應民法二十一條二十二條及瑞民法六十條參考）。

第四 無權利能力之社團

無人格

之社團

我國法律雖一方面承認集會結社之自由（憲法草案第十六條約法第十四條參考），然對法人之設立，則不採自由設立主義，非具備法律上一定之要件，不克取得法律上之人格（後詳）。加之我國法律就社團法人之分類，係以公益營利為區別。既非營利亦非公益之中間的團體，則不克取得權利能力。已如前述，是以社交俱樂部、運動俱樂部、學友會、學會……等皆為無權利能力之社團，亦曰無人格之社團。此等無人格之社團，亦為人的結合，其本質與有人格的社團原無區別，於自由設立主義之下，皆可當然取得人格，不過於我民法上，遂不得不成為無人格之社團而已。

法律上

之地位

無權利能力之社團，既不克享有法律上之人格，然則，於現行法上，其地位如何？換言之，此等事實上存在之社團，於法律上究應如何處置？遂成問題。我民法對此，並無可以適用之明文，反之，德國民法則設有一個條之規定，使之適用合夥之規定（德民法五十四條）。然無人格之社團，其本質既為社團，若使之適用合夥之規定似有未當，故頗為彼邦學者所非難。據學者所主張，對於合夥之規定，與社團本質抵觸者，皆應排除其適用。依余所信，無人格社團之法律上地位，得分左列兩方面說明之。

（一）內部關係

無人格之社團，關於其內部關係，應依社團法人之規定，此殆為德國學者一致所承認者；蓋因社團法人內部關係之各種規定，並非基於法人而設，而係由於社團之本質者也。

(二) 外部關係

無人格社團之對外關係，學者所說，尙未一致，余以爲其財產關係、代表關係等，固應依其實質，與社團法人同樣處置，然於現行法之形式上，若使無人格之社團，得依社團法人之規定，不免有害及交易之安全之虞。故應信託其代表人，以其代表人之名義爲之。例如財產登記、存款之名義，莫不如此，加之，無人格之社團，無行爲能力，故其行爲人不得不負人的無限責任，然現行民事訴訟法，承認無人格之社團，亦有當事人能力（民訴四十條三項參考），故其財產亦可爲強制執行及破產執行之物體焉。

第三項 法人之設立

第一 法人設立之立法主義

法律之

態度

法人設立之立法主義如何，與法律對於法人之態度，有密切關係。法律之態度，因時代思想之不同，又未克歸於一致。茲就法國大革命以後，法律態度變遷之大勢，略述如次：

法國大革命時期，正值個人自由之法律思想盛極一時，此時之法律思想，以爲個人以外，僅承認國家之存在（且有主張國家亦係由於個人間之契約而成立者）。介於國家個人中間之團體，不問其目的如何，概認爲妨害個人之自由，阻止社會之進步，應予禁遏。其迫於情勢之需要，不得不認許法人之存在者，亦必須主權者之

命令或制定法律，始能成立。是爲免許主義。雖然，人類社會生活，絕非僅依國家與個人二大要素，即可成立。是以上述法律思想，自不免無視事實之譏。故十九世紀中葉以來，對於免許主義，不得不加以修正。其修正之主因，則爲資本團體之發達。蓋因個人經濟活動之自由，資本遂於經濟上占有優勢，從而有資本集中之必要。於是資本團體遂應運而生。因此，各國法律，對於法人遂改取放任的態度。大都爲準則主義，倘依一定之規則，從事組織，即可自由設立。間有採取許可主義者，須經行政官署之許可。瑞士民法則更進一步，倘爲非營利法人，如具備法人之實質，即可取得法律上之人格（瑞民法六十條），是爲自由設立主義。

然自第二十世紀以來，法律對於法人之態度，又行變更。蓋因資本團體發達趨於極致，往往壟斷市場，威脅經濟界，於是各國法律遂又改取禁遏的態度，然同時因產業社會化之理由，欲將各種大規模之企業，置於國家監督之下，國家往往採取強制主義，就同一企業者間之結合，加以強制。此種傾向，於上次歐戰後之德國，最爲顯著。此外，近若干年來各國法律擬就勞動關係爲合理的規律，對於勞動者的團體，亦有加以助長或強制之傾向焉。

法人設立主義

綜上所述，法人設立之立法主義，原有各種，茲列舉說明之如左：

(一) 自由設立主義 法人之設立，不必具備何等形式上之要件，倘具備法人之實質，即可取得法律上之

人格，瑞士民法就非營利法人之設立，採取此種主義，既如前述。

(二)特許主義 法人之設立，必經過國家元首之命令或特別制定法律者。此種主義，對於法人之設立，顯取禁遏的態度，限制失之過嚴，各國法律，均罕採用。現唯法國仍採此種主義耳。

(三)許可主義 設立法人，必須經行政官署之許可者。德國民法僅就財團法人之設立採取此種主義。日本民法則不問社團財團，凡公益法人皆採許可主義。

(四)準則主義 就法人設立之要件，預以法律設有一定之規定，倘具備法定要件而設立時，則無庸官署之許可，即可取得法律上之人格。德國民法財團以外之法人，概採準則主義。日本民法則僅就營利法人之設立，採取此種主義。

(五)強制主義 於一定範圍內，對於法人之設立，有為國家所強制者，此為法律之新趨勢，已如前述。

各主義

之得失

以上各種主義，要皆有其得失。蓋團體係於社會生活中自然成長之組織體，欲期各種團體，皆能完成其社會的作用，自以自由設立為最適宜。然在此種主義各種團體之內部組織非一般人所能明瞭。營利法人如採此種主義，自不免有害交易之安全。許可主義，固可防止此種弊竇，然法人之成立，必經行政官署之許可，又有阻礙團體發達之虞。惟有準則主義或可防止二種主義之失。至特許主義與強制主義各有特殊之作用，未克用為法人設立之原則。要之，各種主義，各有利弊，立法者固應考慮團體之目的，斟酌時宜，以採用適

當之主義也。

第二 法人之設立

法人之
設立

我民法第二十五條規定，「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立」。蓋法人之人格爲法律所賦予，與自然人無異，固如前述，本條之規定，雖不過就此自明之理，更以明文揭示，然同時更有排斥自由設立主義之趣旨，寓乎其間，以示法人之成立，必須依法律之規定，從事組織，始可取得法律上之人格者也。然法律之規定中，不必有成立法人之明文，倘能就規定之精神，推測得之，即可謂爲法人也（註）。然所謂法律，是否更包含命令在內，學者解釋不一，余以爲常專指法律而言，各種命令，皆不得成立法人，蓋因法人之設立爲法人格之賦予，故定爲立法事項，以昭慎重也。

我民法規定，營利法人之設立，採取準則主義，其法人格之取得，須依特別法之規定（四五條），如公司之設立係依公司法之規定。反之，公益之法人設立，則無論社團財團，皆採取許可主義，於登記前，須經主管官署之許可（四十六條五十九條）。何謂主管官署，即管理人目的業務之行政官署也。例如公共衛生事業以內政部爲主管官署，社會福利事業以社會部爲主管官署，學術及文化事業以教育部爲主管官署也。社團法人及財團法人

（註）日本民法第三十三條之規定與我國民法第二十五條完全相同。彼邦學說判例皆解爲不必有「爲法人」之明文，倘能就法規精神推測得之即可。如茶葉組合及其聯合會議所、產馬牛組合、辯護士會、醫師會等；皆先後經判例認爲法人者也。

之設立，容當詳爲論列，茲不多贅。

設立之登記

法人之設立，是否必須爲設立之登記？立法例亦不一致。有採登記對抗主義者，如日本民法即以法人之設立登記爲對抗第三人之要件（日本民法四十五條參照）。有採登記要件主義者，如德國民法對於社團法人，瑞士民法對於非營利法人，皆以登記爲法人之成立要件（德民法二十一條，瑞民法五十條參照）。我民法則對於社團法人及財團法人，一概採取登記要件主義，非經登記，不得成立（三〇條）。是以於法人許可以後登記之前，尙不得謂爲成立者也。關於設立之登記，容俟論述法人之登記時，再爲說明。

第四項 法人之能力

第一 法人之權利能力

權利能力之限制

法人與自然人同爲法律上之人格者，得爲權利義務之主體，固如前述。然法人之權利能力之範圍，較之自然人，顯著受有限制。其限制之原因，依民法規定共有二種：（一）爲性質上之限制；（二）爲法令上之限制，茲分述之。

性質上之限制

法人雖與自然人同爲社會的實在，然其人格之基礎，不似自然人之爲具有五官四肢之肉體，故專屬於自然人之權利義務，自非法人所得享有（二十六條但書）。何謂專屬自然人之權利義務？即以

自然人之天然的性質，例如性、年齡、親屬關係，爲要件之一切權利義務是也（瑞士民法五十三條）。詳言之，則財產上之權利義務，法人大抵皆得享有負擔，但供給勞動之債務，非自然人不得爲之者，法人自不克負擔親屬關係以親屬關係爲基礎，自非法人所得享有，固不待言。然繼承權並非於其性質上法人當然不能享有（瑞士民法四六六條參照）。不過我民法上遺產繼承人之範圍，爲法律所限定（一一三八條），結果法人遂不得爲繼承人耳。至於人格權中，以生命身體爲前提者，固爲法人所不得享有，然與生命身體無關者，例如名譽權、名稱權、信用權……等，法人亦得享有，固無庸疑。

法令上

民法第二十六條規定：「法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力」。法律上之人格原爲之限制。法律所賦予，得以法律予以限制，自屬當然。於此一點，原爲自然人與法人之所共通。然自然人權利能力之限制，必須以法律爲之，反之，法人之權利能力之限制，則依法律及命令爲之，此爲法人與外國人之立場大體相同者也。外國立法例有就土地或一定數額以上之財產之取得，限制法人之權利能力者，但我國現行法上，則對於法人之權利能力，尙未設有何等一般的之限制也。

第二 法人之行為能力

法人之行為能力

法人既有權利能力可享有權利負擔義務，已如上所述。然欲享受權利負擔義務，則仍須具有行為能力，於此一點，原與自然人無異。然自然人之行為能力問題，在論究自然人是否得依自己之行為爲惹

起法律上之效果；反之，法人之行爲能力問題，則爲其行爲是否法人自身之行爲，詳言之，卽如何範圍之行爲得如何之形式爲之是也。是同一問題，在法人與自然人，其意義多少有異，因此，其效果亦有不同。蓋無能力人之行爲，其行爲或爲無效，或得撤銷，或須經法定代理人之承認；反之，法人行爲能力範圍以外之行爲，則根本不成立，其爲法人之行爲，對於法人之權利義務，毫無影響者也。

然則法人果有無行爲能力乎？此在學者之間，因對於法人本質之見解不同，結論亦異。在採取擬制說者，以爲法人爲法律的擬制物，無意思能力，故當然無行爲能力，應由代理人之行爲根據代理之法理，取得權利負擔義務，法人之董事卽爲法人之法定代理人，其行爲非法人之行爲，而爲董事自身之行爲，不過其效果及於法人而已。反之，在主張實在說者，以爲法人亦有意思，且有機關，基於其意思而爲行動。故法人之行爲可以成立。董事爲法人之機關，因實現法人之意思而爲行動，故董事之行爲卽法人自身之行爲也。吾人既認爲法人因具有社會的價值，故爲社會的實在，從而賦予法律上之人格。對於法人行爲能力之問題，自應贊同實在說者之主張，承認法人自身之行爲，董事爲法人之機關，非其代理人，故董事之行爲，非董事自身之行爲，而係以法人機關之資格，代表法人爲之，實爲法人之行爲也。至於法人之機關，應以何方式爲其行爲，當俟法人之機關項下，再行論列。法人行爲能力之範圍若何，我民法並無明文規定，解釋上當以民法二十六條之規定爲決定之標準。蓋民法二十六條之規定雖係限制法人權利能力之範圍，然於其限制以外，法人卽不得享受權

行爲能力之範圍

利，負擔義務，則不得逾越此種限制以爲取得權利負擔義務之行爲，固不待言。是以於行爲能力以外所爲之行爲，不得謂爲法人之行爲者也。

第三 法人之侵權行爲能力

法人之侵權行爲能力

法人亦有侵權行爲能力否耶？亦爲法人研究之重要問題。在擬制說者以爲法人無意思能力，是以亦不能爲侵權行爲。且法律對於侵權行爲既不認許代理，故法人之代理人所爲之侵權行爲其效果亦不直接及於本人。不過爲保護被害人起見，法律上使法人對於董事及其他職員之行爲，亦使之負擔損害賠償責任耳。反之，實在說者，則以爲法人之機關執行職務之行爲即爲法人之行爲，並不因其適法違法而有何等差別。故法人之機關於執行職務之際，加損害於他人時，即爲法人之侵權行爲，應負損害賠償責任。故法人有侵權行爲能力與其有行爲能力同。吾人就法人之行爲能力，既左袒實在說者之主張，則就此問題自應有同一之結論，承認法人亦有侵權行爲能力也。

侵權行爲之要件

法人之侵權行爲成立要件，依民法第二十八條之規定得分析說明如左：

(一) 須爲法人機關之行爲

法人之行爲係依其機關代表爲之，故須爲法人機關之行爲始爲法人之行爲，應由法人負擔損害賠償責任。

反之，其基因於僱傭關係爲法人所選任監督者，則其行爲並非法人自身之行爲，法人並不以之作爲自己之行爲，而負其責任（日本大正六年四月七日及大正九年六月二十四日大審院判例參考）。雖然，機關以外之人，若加損害於他人時，則根據民法第一八八條之規定，法人應負雇用人之責任，原與自然人無異。於此場合，法人就受雇人之使用監督，是否已盡相當之注意，則應就其機關決定之，自不待言。至於民法第二八條規定，爲「董事或職員」，對於機關之行爲及機關以外之職員之行爲，未設何等區別，不得謂非用語之違失也。

（二）須爲因執行職務所加於他人之損害

法人之機關因執行職務所爲之行爲，始爲法人機關之行爲，亦即法人自身之行爲，換言之，即法人之機關於其職務行爲範圍內始爲代表法人；於其範圍以外，則不過以其個人之資格所爲之個人行爲而已。故法人侵權行爲之成立，必須爲職務行爲範圍之內。至於職務範圍之標準，當有二種：其一，行爲之外形上可認爲職務行爲者。例如運送公司之機關發行不正之提單（日本明治三十五年十二月二十二日大審院判例），或倉庫公司之機關未收回倉單不法提出貨物（日本大正七年三月二十七日大審院判例）。其二，與其職務有適當牽連關係之行爲。例如機關代表法人爲訴訟欲使對方敗訴，故爲虛偽之告訴（日本大正元年十月十六日大審院判例），或代表法人爲交易時企圖不正當之有利交易而贈賄（日本大正八年二月二十一日大審院判例）。虛偽之告訴與贈賄雖非職務行爲，然與訴訟交易等職務行爲，於社會觀念上有適當牽聯關係，亦應包含於

「執行職務」之中也。

(三) 須具備一般侵權行為之要件

法人之侵權行為之成立，於上述一種要件之外，尚須具備一般侵權行為之要件，自屬當然。一般侵權行為之要件，即

(1) 故意過失；

(2) 侵權行為能力；

(3) 不法加害行為；

I 權利侵害行為， II 良俗違反行為， III 法益侵害行為。

(四) 損害發生之因果關係。

(五) 不法阻却事由之不存在（一八四條）等。其詳當讓諸民法債編總論，茲不多贅。

機關自身之責任

法人就其侵權行為，應負擔損害賠償責任之際，其機關自身，是否對於被害人亦應負其責任，不無疑問。予以為機關之行為為二面關係，一面為法人之行為；一面為其個人之行為。對於法人之行為，固應由法人負責，對於其個人之責任，則仍由機關自身負責。我民法規定其行為人應與法人負連帶責任（二

十八條），蓋即明申此旨者也。

復次，機關於其執行職務之際，原應以善良管理人之注意爲之，機關之行爲如加損害於他人時，自爲其義務之違反，故法人因此對於被害人賠償損害之際，自得依據上述理由向其機關個人請求賠償者也。

第五項 法人之機關

第一 機關之概念

機關之

意義

法人爲權利義務之主體，不特有權利能力，且有行爲能力及侵權行爲能力，以現實取得權利，負擔義務，然法人之行爲，要不外爲自然人之現實的行爲，換言之，即自然人之現實的行爲，認爲法人之行爲，從而賦予法律上之效果者也。此等自然人即爲法人之機關。法人有社員總會爲其意思機關，有董事爲其執行機關，通常且更設有監察人以爲其監督機關。此等機關即爲法人之組織之構成分子。法人依其機關而存在，因其各種機關之系統的活動，而營自己之生活，機關之存在爲法人維持其人格之條件。是以機關爲法人之組織之一部，係存在於法人之內部，而非存在於其外部者也。因此擔當機關之個人，固爲有法律上人格之自然人，然機關之本身則不過爲法律上之一種地位，並無獨立之人格者也。

機關擔

當者

機關係由有人格之個人爲之，而機關本身，則並無人格，既如上述。故機關本身與擔當機關地位之人格者（機關擔當者），於法律的觀念上，應嚴加區別，固屬當然。例如董事爲法人代表機關，與擔

當董事機關之誰某，自屬截然不同。機關本身為法人之一部，係法人組織上所必要而不可缺者。然擔當機關地位之人格者，則縱一時缺少，亦不致影響法人之存續。不寧惟是，機關本身固不過為一種法律上之地位，然機關擔當者，則為獨立之人格者，可以獨立享受權利，負擔義務。例如董事有報酬請求權，對於其職務之執行，又負有諸種義務，此皆機關擔當者個人之權利義務也。機關擔當者或為一人，或不只一人，然機關擔當者，縱有變更，而機關本身，則並不因而變更。質言之，機關為法人組織之一部，係與法人不可分離之抽象的觀念。反之，機關擔當者，則為人格者，因法律之規定，或法人之選任，擔當機關之地位者也。

機關擔當者之權限

法人之機關，就其所分擔之事項，各有一定之範圍，特定之機關，離去其分擔之事項，即失其存在之意義。因此，特定之機關擔當者，僅於其分擔事項範圍之內，有為法人活動之法律上的可能性，是為機關擔當者之權限。此種法律上之力，係為法人而賦予，並非由於機關擔當者之個人，故不得謂為權利，固不待言。

機關與

代理

機關為法人組織之一部，故機關關係為部分與全體之關係；反之代理則為代理人與本人（被代理人）二個人格者間之關係，換言之，代理係為代理人與本人二元的對立關係；反之，機關關係則為部分與全體之一元的系統關係，加之，於代理關係必須有本人意思與代理人意思，二個意思之存在，反之，於機關關係則不過僅為法人之意思。是以，於代理之際，代理人之行為，為代理人自身之行為，並非本人之行為，不

過其行爲之效果，依代理之規定，直接及於本人而已。反之，在機關之行爲，則即認爲法人之行爲，其行爲之效果，應歸屬於法人，原屬當然。

依上所述，機關與代理不同，機關擔當者，並非法人之代理人，故機關擔當者，於其權限範圍以內，得爲法人爲各種之活動，不僅限於法律行爲，即侵權行爲，事實行爲，均得爲之者也。

機關之種類

法人有社員總會爲其意思機關，有董事爲其執行機關及代表機關，通常且更設有監察人以爲監督機關，前已言之。社員總會爲社團法人所特具之機關，容俟論究社團法人之際，再爲說明。監察人原非法人所必具之機關，特別法中，雖有規定（公司法一〇一一條及一五二條以下參照），而於民法中則未設明文，委之於章程之訂定，茲不多贅。惟有董事則爲社團及財團所同具之機關，我民法規定於法人通則之中，用就董事，詳爲論列於次。

第二 董事

董事之性質

法人須設董事（二七條一項），故董事爲財團法人及社團法人共通之必要機關。董事之權限，對外代表法人，對內執行法人事務，故董事爲代表法人執行法人事務之常設機關。董事之人數，民法未設何等限制，自應由章程或捐助章程定之；解釋上，則一人以上，均無不可。董事之資格如章程或捐助章程中無特別訂定，凡自然人皆可擔當董事之地位。

**董事之
任免**

董事之設置，固爲財團社團之所共通，而其任免方法，則因財團社團而異。在社團法人，董事之任免爲章程中之必要事項（四七條），其任免應依社團總會之決議爲之（五〇條二項三款）；章程倘無特別規定，社團法人之董事，亦不以其社員爲限。財團法人之董事，則應由捐助章程定之（六十二條）。董事之姓名及住所於社團財團爲設立登記時，皆爲應登記事項之一（四十八條，六十一條）。

關於董事選任之行爲，其法律上的性質如何，素有單獨行爲說及契約說二種不同之主張。主張其爲單獨行爲說者，以爲章程或捐助章程中如規定何人爲董事時，其人即當然爲法人之董事，故其選任行爲自屬單獨行爲。被選任爲董事者，通常固須爲就職之承諾，然其承諾並非對於契約所爲之承諾，不過爲其單獨行爲發生效力之條件而已。雖然，關於董事之選任，其選定行爲與選定人擔當董事地位之行爲原屬截然二事。選定何人爲董事，固屬於社員總會之決議，然被選定之人，並不因其選定行爲，即負有擔當董事地位之義務。欲使選定人擔當董事之地位，必須由法人向之要約，俟其承諾，因雙方意思表示之合致，始發生擔當董事地位之權利義務。其行爲既須雙方合意，始能成立有效，自不能謂非契約。董事選任之契約，雖非民法債編分則所定之有名契約（典型契約），然董事之處理法人事務，代表法人，其選任行爲實與委任契約相類似，故可解爲類似委任契約之一種無名契約（不典型契約）焉。

董事之選任行爲既爲類似委任之無名契約，故法人與董事間之權義關係，於其性質所許可之範圍內，自

應類推適用委任契約之規定。因此，關於董事之辭任及罷免，皆可由一方的意思表示爲之（五四九條參照）。

董事之 權限

董事爲對外代表法人，對內執行職務之常設機關，既如前述。故董事之權限即爲（一）代表權；（二）事務執行權。茲分述之。

（一）代表權

董事對外爲法人之代表，代表云者，董事所爲之行爲，即爲法人之行爲，其效果應歸屬於法人者也。此因董事爲法人之機關，與在法人外部之代理人之行爲不同，前已說明。董事之代表權爲其對外所有之權限，其內容即在依法令於裁判上或裁判外爲法人之代表。關於法人與董事利益相反之事項，董事是否即無代表權？我民法雖不似日本民法之設有明文（日本民法五七條），然釋釋上自應從同（民法一八六條、公司法二八條參考）。董事代表權之範圍，原則上得及於法人之一切事務（二十七條二項），是以凡法人行爲能力所及之範圍，原則上董事皆得代表法人爲之。是不僅限於法律行爲，即侵權行爲、事實行爲，董事亦得代表爲之。既如前述。對於董事之代表權，得以章程、捐助章程及社員總會之決議加以限制，固不待言。然民法爲保護交易之安全起見，特規定對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人（二十七條三項）。詳言之，即對於不知其限制而與法人交易之第三人，法人不能對之主張其代表權之限制也。關於董事代表權之限制，無論社團財團，皆爲法人設立時應登記事項中之一（四八條一項八款、六一條一項七款）。

董事有數人時，各董事皆有代表權，原則上皆得各自單獨代表法人。倘於章程或捐助章程中規定，各董事應共同為法人之代表時，此種規定，適相當於對於代表權所加之限制，法人不得以之對抗善意第三人者也。（日本大正七年三月八日大審院判例參照）。

(二) 董事執行權

董事為法人之事務執行機關。董事之事務執行權為董事於內部關係上所有之權限。倘無特別限制，凡法人之一切事務，概由董事負執行之責。董事有數人時，其事務如何執行，自應依章程或捐助章程之規定，無規定時，應以董事之過半數決之。（德民法二八條，日民法五二條二項參照）。董事執行之事務中，其重要者如左：

(1) 登記 法人設立之登記，法人以事務所之設置或遷移，登記事項之變更消滅或廢止為登記或為登記之更正及塗銷者，皆應由董事聲請之。（法人登記規則四條五條）。

(2) 財產目錄之作成 財產目錄云者，記明積極財產，消極財產借方貸方之種類數額之明細表冊也。其作成之目的，在明瞭法人之財產狀態，不特可使一般第三人藉此知悉法人之財產狀態，且可防止董事個人私產與法人財產之混同（民法總則施行法第八條）。

(3) 社員名簿之作成 社員名簿者列記社團法人全體社員姓名、住所之名簿也。社員名簿為社團法人所特有之簿冊，固與財產目錄為社團財團所共同者有異。然社團法人之董事，應作成社員名簿，自無庸疑（民

法總則施行法第八條參考。

(4) 總會之召集 社員總會由董事召集之。如有一定之社員，請求召集臨時總會者，董事亦須召集之（五十一條）。

(5) 清算人之充任 法人解散時，其財產之清算人，原則上應由董事爲之（三十七條）。

(6) 破產之聲請 法人之財產，不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。如不爲聲請致法人之債權人受損害時，其有過失之董事，應負賠償責任（三十五條）。此外，凡破產法上關於和解之債務人或破產人應負義務，應受處罰之規定，於法人之董事亦適用之（破產法第三條）。

第六項 法人之住所

法人之住所

自然人因法律生活之統一集中有設定住所之必要，已如前述，法人既與自然人同爲權利義務之主體，自亦應以一定之地域，定爲其住所，以期其法律生活之整齊明確。

民法規定：「法人以其主事務所之所在地爲其住所」（五十條）。法人執行其業務之處所謂之事務所，其有複數之事務所時，以其事業中心之所在地爲主事務所，其餘則謂之爲分事務所。事務所只有一處時，即以之爲其住所；倘有複數時，則以主事務所之所在地爲其住所。而其分事務所則大體與自然人之居所相當焉。

住所之效果

法人雖與自然人同爲法律上之人格者，然其人格之基礎究與自然人有別。故關於其住所之效果，亦未能完全相同，其重要者如次：

- 一、決定債務履行地之標準（三一四條二項）。
- 二、決定土地管轄之標準（民訴法第二條、刑訴法第五條）。
- 三、決定書狀送達之處所（民訴法第一三七條、刑訴法第六二條）。
- 四、國際私法決定準據法之標準（法律適用條例第三條、第二十三條）。

第七項 法人之登記

登記之意義

自然人有戶籍制度，如有出生死亡等情，即須向戶籍吏爲呈報，俾公示之於一般，人皆得知悉。法人既不似自然人之有五官四肢，可以辨識，則法人之是否存在，組織如何，爲期交易之安全，更有公表之必要。是以各民法皆以登記制度用爲法人公示之方法，登記云者，即將應爲公示之事項，記載於登記簿，以備

公共閱覽之謂也。

登記之程序

法人之登記應向法人事務所所在地之地方法院或縣司法機關之登記處爲之（法人登記規則第一條）。關於法人登記之程序，法人登記規則（民國十八年十二月二日司法行政部公布同日

施行。規定甚詳，學者可以參照得之。以營利爲目的之法人登記並應準用公司登記之規定（法人登記規則第三十四條）。關於公司登記另有公司登記規則（民國二十年六月三十日實業部公布，同年七月一日施行），可資參考。

登記之種類

法人之登記，大別之，約有左列四種，茲分述之於後：

（一）設立登記

我民法於法人設立之際，不特須經主管官署之許可，且非經登記不得成立（三十條）。故法人設立之登記，爲法人成立之要件，與他國法例，僅爲對抗之要件者不同。法人設立時，其應登記之事項，又因社團財團而有不同（四十八條六十一條參照），但皆由董事向其主事務所及分事務所之主管官署行之，其詳當容後述。

（二）變更登記

法人登記後，已登記之事項中有變更者，應爲變更登記（三十一條）。法人之事務所亦爲登記事項之一，故法人如有設置事務所或遷移時，亦應爲登記（法人登記規則第五條）。

（三）解散登記

法人解散時，應爲解散登記，其登記由清算人聲請之（法人登記規則六條一項）。法人因法院命令解散者，登記處應依法院囑託，爲之登記（同條四項）。

(四) 清算登記

法人解散以後並非即行消滅，必須經過清算程序，處理法人所未了之事務。是為清算法人（後詳）。法人之清算人之任免及變更，皆須由現任清算人聲請登記（法人登記規則七條一項）。清算終結時，亦應由清算人為清算終結之登記（法人登記規則八條一項）。法人之登記，自為清算終結之登記後，即行銷結（法人登記規則十八條）。

登記之效力

法人登記後，法院對於已登記之事項，應速為公布（民法總則施行法第十條二項後段及法人登記規則二十二條），以達公示之目的。

我民法雖以登記為法人公示之方法，然登記事項，並無絕對的效力，不過於登記以後，即得以之對抗第三人而已。是以如有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，即不得依其事項向第三人主張（三十一條）。

各國民法，就應為登記而不登記者，皆設有一定之罰則（德民法七八條、日民法八四條），我民法獨付闕如，不得謂非立法之疏漏也。

第八項 法人之消滅

第一 總說

法人之消滅

自然人之人格消滅時，有法定繼承人，繼承其法律上之地位，清理其財產關係，並承受其賸餘財產。反之，法人之人格消滅時，則無所謂繼承人繼承其未了之事務。是以法人如有不能存續之情事時，必須規定一定程序，縮小範圍，禁止其繼續為積極的活動，就其財產關係，從事清理，然後結清未了事務。法人所負之債務，分別清償，如有賸餘財產，則移交於一定歸屬之人，於是法人之人格，始完全歸於消滅。是以於法人消滅之前，必先經過解散與清算之程序。

解散與清算

法人之解散云者，停止法人之積極的活動，以處理未了事務之謂也。其未了事務之處理，則謂為清算。算，是以法人之解散，不過為清算程序之開始，並非法人之消滅。換言之，即法人於解散以後，清算完結以前，法人仍行存續者也（四十條二項）。解散後之法人，則謂之為清算法人。

清算

關於清算法人之性質，素有數種不同之學說：（一）法人因解散而性質變更，成為別種不同之法人。此種學說，偏重法人之目的，故採取者極少。（二）法人因解散而消滅，不過民法為顧慮實際上，之便宜，特別擬制其為存續而已。此因民法規定有「視為」字樣，故在日本及我國始成通說。（三）法人於解散後其實質仍然存續，不過其權利能力之範圍縮小，僅限於清算必要之範圍內而已。清算法人與解散法人仍為同一法人，故有以「自然人之受致命傷」（日本川名兼四郎博士民法總論一一九頁）譬喻之者。（四）有於本質

上承認法人之同一性，但社團法人因社員之缺亡而解散時，則法人喪失其實在的基礎，應解為法律之擬制者（日本穗積重遠博士民法總論二三九頁）。予以為欲論究清算法人之本質，似不應拘泥「視為」等文字，故清算法人自應認為與解散前之法人，於實質上為同一性之存續。至於社員雖為構成之基礎，然因社員之缺亡而解散時，其財產關係倘仍存續，則於其清算終結前，縱認為同一社團之存續，似亦無傷於社團之本質。故予於以上四種之中，實左袒第三說者也。

第二 解散事由

解散事由

法人之解散事由，有為社團法人與財團法人所共通者，亦有為社團法人或財團法人所特有者。後者容再說明，茲將二種法人共通解散事由，列舉如左：

(一) 章程及捐助章程規定解散事由之發生 例如社團或財團定有存續期間者，其期間之滿了，即其一例。

(二) 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，使之解散（三十五條）。自然人之破產，雖以「支付不能」為要件，而法人則於「債務超過」（消極財產超過積極財產）之際，即應聲請破產。此以法人之資力通常皆以財產之總和為限度，法人債務超過之際，若仍使其存續，不免有害及第三人之虞故也。於此種場合，董事有聲請破產之義務，如不為聲請，致使法人之債權人受損害時，其有過失之董事，且應負損害賠

償責任(三十五條二項)。

(三) 設立許可之撤銷 法人違反設立許可之條件者，主管官署得撤銷其許可(三十四條)。撤銷許可即喪失其法人之資格，自亦為法人解散之原因。

(四) 法院之宣告 法人之目的或行為有違反法律公共秩序或善良風俗者，法院得由一定人之請求，宣告解散。其有請求權者為(1) 主管官署、(2) 檢查官、(3) 利害關係人三種(三十六條)。法人之行為如違反法律或公序良俗，自應成為解散之原因，唯我民法既採許可主義，法人非經許可及登記不得設立，則法人之目的自無所謂違法之理。本條規定，係仿自瑞士民法第七十八條。瑞士民法對於法人之設立，不盡採許可主義，此項規定，自極重要。在我民法則不無蛇足之譏，似有修改之必要也。

第三 清算

清算之意義

清算云者，已解散之法人處理其未了事務之程序也。清算程序，又有二種。其一，為法人因破產而解散時，破產管理人依破產法所定之程序，為嚴格之財產整理。其二，為法人因破產以外之原因而解散時，由清算人所為之財產整理。民法之規定則為後者。法人之為清算以法人之財產可以清償債務為前提，否則即應為破產之聲請。法人解散時除破產以外，皆應依法定之清算程序為之。非依法定程序即不得處理法人之財產。社員總會，章程或捐助章程均不得為不同之規定。蓋因清算程序與第三人之利害關係甚切，故為強行

規定也。

復次，關於清算之程序，除民法總則規定以外，並應準用股份有限公司之規定（四十一條）。其立法之目的，或在避免規定之重複，然以公益法人之清算，使之依公司法規定之程序，其立法之當否，誠不無疑問也（註）。

清算法
人之能力

解散後之法人為清算法人，清算法人與解散前之法人固不失其同一性，唯清算法人之能力則縮小至清算目的之範圍。然於清算目的範圍之內，清算法人之能力，原不以結束未了之事務為限，因清算之必要，更為法律行為，自無不可。例如借入金錢或對於有助於法人者贈與慰勞金（日本大正二年七月九日大審院民事判例參考），自屬無妨。然若延長存續時期，使清算法人再繼續為積極的活動，自不可能（日本大正十五年四月十九日大審院判例參考）。

清算法
人之機關

法人於解散後，仍行存續，既如前述。是以法人之機關亦仍存續。社員總會，為社團法人之最高意思決定機關，於解散後仍得從事招集。法人如有監察人時，其監察人亦不因解散而當然解任，仍繼續為法人之監督機關。董事為法人之事務執行機關，於解散後仍應繼續存續，固屬當然。然執行之事務，僅限於清

（註）余誠門先生對於民法四十一條之規定，有所批評，略謂「民法關於此等重要清算程序不直接規定而定為準用公司法者，豈

仿瑞士民法者也。殊不知瑞士因其債務法頒布施行於民法之前，故不得已而設此規定，我國固無仿效之必要。且瑞士民法於
判利法人始令其依債務法關於公司之規定為清算，而於公益法人，則僅令其依合夥之規定為清算而已，是亦不可不知也」。

算目的範圍之內，故清算法人應設清算人，以代解散前之董事焉。

清算人

清算法人以清算人爲其機關，其地位與法人之董事相當，即於清算法人能力之範圍內對外代表法人，對內執行法人事務者也。是以清算人就其事務執行之方法，代表之形式，侵權行爲之責任等，悉與董事無異，無庸多贅。

清算人，原則上即以解散前之董事爲之（三十七條本文），但清算與過去法人之事業，性質迥然各異，若以董事充任，有時未必適當。故如章程有特別規定或總會有特別決議者，仍可依其規定或決議（同條但書）。如在解散當時，董事既不存在又無章程之規定或總會決議者，其結果對於利害關係人自有損害之虞，故可由利害關係人向法院聲請選任清算人（三十八條）。法院認爲有必要時，並得解除清算人之任務（三十九條）。

清算人

清算人於清算目的範圍之內爲對外代表法人，對內執行事務之機關，其權限亦可分爲代表權及之權限。事務執行權二者以說明之。

(一) 代表權

清算人依法律或章程捐助章程及社員總會之決議於清算目的範圍之內，對外有代表清算法人之權限，自屬當然。

(二) 事務執行權

清算人有執行清算事務之權限，清算人之職務，若客觀的觀察之，亦即清算事務之內容。依民法之規定，清算人之職務主要者如左（四〇條）：

（1）了結現務

了結現務云者，於法人解散時，已經開始尚未終了之事務也。如爲了結現務之必要，雖爲新的法律行爲，自亦無妨（德民法四九條一項參考）。

（2）收取債權

法人既經解散，對於他人所有之債權，自應從事收取。如尚未至清償期或爲附條件之債權，不克即行收取者，因清算之必要，自得爲讓與或其他換價處分。

（3）清償債務

法人解散後，對於他人所負之債務，且應由清算人分別清償。其債務如尚未至清償時，得拋棄其期限的利益，以爲清償（三二六參照）。

（4）移交贖餘財產於應得者

以上之程序，既經竣事，法人之財產於清償債務之外，尚有贖餘，此項贖餘財產，究應歸屬何人，立法上頗有疑問，我民法則規定其贖餘財產之歸屬，應依其章程之規定，或總會之決議，以適合其設立目的，如無章程之規

定或總會之決議，則屬於法人住所所在地之地方自治團體（四十四條）。至該地方爲無合法團體時，依司法院二五〇七號解釋，應由該地地方官署暫爲保存，俟有合法地方自治團體時歸屬之。

清算之 終結

法人清算程序之終了，謂之清算之終結。因清算之終結，法人已無存續之必要，故法人之人格，即完全消滅。詳言之，法人之人格非因解散而消滅，須俟清算之終結始行消滅者也。

法人清算終結時，應由清算人聲請爲清算終結之登記。聲請時，並應附具清算各事項已得承認之證明文件（法院登記規則第八條）。

第九項 法人之監督

第一 法人之監督

業務之 監督

公益法人之設立，既採取許可主義，故對於其事務之執行，自應加以監督。其業務之監督，屬於主管官署，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（三十二條）。此種監督權雖在基於公共之利益，取締法人之行動，但往往阻害法人制度之發達，是不可不知也。

清算之 監督

法人解散後，清算對其監督權，改屬於法院。法院得隨時爲監督必要之檢查（四十二條）。法人之業務與清算，其監督機關所以不同者，蓋因法人之業務因其目的而各有差異，監督之內容，遂亦從而

分歧，故以由許可其設立之主管官署繼續監督，最爲適當。反之，清算法人之目的，均爲財產之整理，不因法人目的事業而所有不同，且有保護利害關係人之必要，故以法院當其任焉。

第二 罰則

罰鍰

法人之董事及清算人如有不遵監督機關之命令或妨礙檢察者，處以五百元以下之罰鍰（三十三條四十三條）。此種罰鍰爲所謂強制罰而非刑事罰，故不適用刑法上累犯及併合罪之規定，處以罰鍰以後，如仍有同樣情事繼續發生時，自不妨再處以罰鍰也。

第二款 社團法人

第一項 社團法人之設立

第一 總說

社團法人之設立

社團法人之中，復有公益法人與營利法人之別，既如前述。營利法人之設立，應依特別法之規定（四五條），例如公司及合作社之取得法律上之人格，應分別以公司法或合作社法之規定爲準繩。

是以依民法規定而設立者，以公益法人爲限。

公益社
團之設
立要件

以公益爲目的之社團，其成立要件有四：（一）須以公益爲目的；（二）須有設立人之設立行爲；（三）須得主管官署之許可（四六條）；（四）須爲設立之登記。前二者爲其設立之實質的要件，後二者則爲其形式的要件，茲分別說明如左：

第二 公益法人之目的

公益法
人之目
的

以公益爲目的之社團法人係以公益事業爲其終局的目的而設立之社團法人也。詳言之，即以祭祀、宗教、慈善、學術、技藝及其他有關於社會公共利益之事業爲目的而設定者也。我國民法既不以德瑞民法以營利與非營利爲區別的標準，故必須積極的以公益爲目的，如僅消極的非以營利爲目的，猶不得謂爲公益法人，既如前述，然如積極的以公益爲目的，不過於事業進行之中，以何等機會獲得利益，而其所得之利益，並不分配於其社員而以之從事於公益事業，自仍不失其爲公益法人。例如慈善機關因募集資金而演戲劇，即其一例（註）。

法人如同時兼有公益與營利二種目的時，是否仍可解爲公益法人，雖似不無疑問，然如以營利爲目的，即不得謂爲公益法人，固仍以解爲營利法人爲宜，蓋因營利法人，原不限於以營利爲唯一之目的，故雖兼有公益

（註）學者有謂公益法人與營利法人之區別應以其事業之性質爲標準者（岩田新氏公益法人與營利法人之區別論文參考），倘依此說，則公益法人，即全然不能經營營利事業，似有未當。

的目的，亦不妨謂爲營利法人也。

第三 設立人之設立行爲

章程之作成

社團法人之設立必須有設立人作成章程表示設立法人之意思（四七條）。章程云者，社團法人之設立人由於設立法人之結合意思，記載於書面之法人根本規定也。章程爲法人組織之憲章，非依書面爲之，即不成其爲章程。法人成立時，章程遂爲團體內部間之規則，即對於新入社之社員，亦有其拘束力，不特爲設立人間之規範已也。故章程所記載之事項，非經社員總會之決議，不得任意變更。

設立人之人數，德國民法規定爲七人以上（德民法五六條）。日本民法則無規定，學者解釋，須爲二人以上。就社團法人之性質而言，設立人自須爲複數，故余以爲亦應與日本民法爲同樣解釋。設立人之設立行爲，必須作成書面，故爲要式行爲（註），自不待言。

必要的記載事項

章程作成之際，必須記載左列各種事項，倘缺其一章程即爲無效，故學者稱之爲必要的記載事項。

(一) 目的 法人之設立，必有一定之目的，故須就之爲明確之記載。

(註) 何謂要式行爲，容俟論究法律行爲之分類時，再行說明。

(二)名稱 法人之有名稱，與自然人之有姓名，同爲獨立人格之標識，法人就其名稱之享有使用，有名稱權，與自然人之姓名權，皆爲人格權之一種。

(三)董事之任免 董事爲法人之必要常設機關，法人之活動，端賴董事爲之代表，故就董事之任免事項，必須於章程中有所規定。公司之董事應由董東會就股東中選任之（公司法一三八條），但在公益法人，則無此種限制，故不妨就社員以外之人爲任命也。

(四)總會招集之條件、程序、及其決議證明之方法 社員總會爲社團法人之最高意思機關，故對於其招集之條件、程序及其決議證明之方法，我民法亦定爲章程必要的記載事項之一。

(五)社員之出資 各設立人之現實爲財產之出資，固非章程作成之要件，然設立人一經於章程上記載須爲一定財產之出資，則俟法人成立時，法人對於社員，即取得債權，得根據章程請求其出資。

(六)社員資格之取得與喪失 社團法人係以社員爲其人格之基礎，故關於社員之入社、退社、開除等事項，均應於章程中規定之。

任意的
記載事
項

章程作成之際，於必要的記載事項之外，關於社團之根本規則，亦可規定於章程之中，以資共同信守。是爲任意的記載事項。例如社團法人於章程中，往往規定有監察人之設置，事務所之所在地及其個數、資產之構成及其運用方法，以及社團之組織及社員與社團之關係，以不違反第五十條至第五十八條

之規定爲限，均得以章程定之（四十九條）。任意事項是否記載於章程之中，固爲設立人之任意，但一經記載，即成爲章程之內容，非經法定程序，不得變更，固與必要事項無異。

設立行爲之性質

各設立人之設立行爲（即其章程之作成）係因當事人之意思表示而發生一定之法律效果，故爲法律行爲，自無庸疑。然於法律行爲之中，究爲何種性質，學者間不無爭議，約有（一）契約說；（二）協同的單獨行爲說；（三）合同行爲說三種（註）。社團之設立，必須有二人以上之當事人，雖與契約無異，然契約之當事人係各自對立，以相互間發生權義關係爲目的，故各當事人間之意義固有不同，其利害關係亦有差異。例如買賣契約，買受人與出賣人雖因財產權之移轉與價金之交付二者之合意而成立，然當事人之一方在取得財產權，一方在取得價金，意義迥然不同，利害恰相對立。反之，設立行爲之設立人全體合力協同以期實現設立法人之目的，並非以相互間發生權義關係爲標的，各設立人就法人之設立原有同一之意義，且其利害關係亦屬共同一致，自不得謂爲契約。是以協同的單獨行爲說，自較契約說近乎正鵠，且若將社團之設立行爲解爲單獨行爲，又可與財團之捐助章程相一致，似亦不無便宜。然設立行爲必須有二人以上之當事人合同爲之，非有一個意思表示，即可發生法律上之效果，故與單獨行爲之偶然協同者，大異其趣。是以近日學者，殆以合同行爲說爲通說焉。

（註）契約單獨行爲及合同行爲之區別，容於法律行爲之分類節，當再詳予說明。

設立前之社團

於社團法人之設立以前，必先經過相當之準備期間，並非因設立行為之完了，突然發生，自不待言。設立前之社團，恰與自然人出生前之胎兒相當，其法律上的性質若何，其權利義務於法人成立後如何移轉於法人，似皆成爲問題，予以爲設立前之社團，其實質殆與無人格之社團無異。故其內部關係、外部關係，皆與無人格之社團相同；迨設立行為完了，社團始行取得法律上之人格，固無庸疑。然此有法律上人格之社團法人與設立前之無人格之社團，自應解爲同一體，故設立前之權利義務即當然爲此社團法人之權利義務也。

第四 主管官署之許可

主管官署之許可

主管官署者即主管法人目的事業之行政官署，前已言之。法人目的之事業如屬於二個以上行政官署之管轄時，則須取得各官署之許可。許可爲行政處分，由行政官署自由裁量爲之。許可聲請被駁回時，固不妨再爲聲請。

第五 設立之登記

登記事項

法人非經向主管官署登記，不得成立（三〇條），已如前述。是以法人於登記前，固應取得行政官署之許可，然於許可之後，如尙未爲設立登記，法人仍不得成立，是爲民法採取登記要件主義之當然的結果，前已說明，無庸多贅。法人爲設立登記時，其應登記之事項如左：

(一) 目的；

(二) 名稱；

(三) 主事務所及分事務所；

(四) 董事之姓名及住所；

(五) 財產之總額；

(六) 應受設立許可者其許可之年月日；

(七) 定有出資方法者其方法；

(八) 限制董事代表權者其限制；

(九) 定有成立時期者其時期（四八條一項）。

登記
程序

社團法人之設立登記，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，並應附具章程備案（四八條二項）。登記之主管官署為事務所所在地之法院（民法總則施行法一〇

條一項）已如前述。

第二項 社員

第一 社員資格之取得

社員之

資格

社員云者，社團法人之構成員之謂也。凡有權利能力者即得爲社員，故自然人中無男女老幼之別，皆得爲社員，即法人亦可爲他法人之社員。然關於社員資格之取得與喪失，原爲章程之必要的記載事項（四七條六款），是以如欲取得某一社團法人之社員的資格，必須具備其章程中所要求之條件，固不待言。

資格取得之原因

社員資格取得之原因有二：一爲社團法人之設立行爲；一爲入社。社團法人之設立人因法人之成立，即當然爲法人之社員；但設立人以外之人，欲取得社員資格，必須入社。而入社之中，又有原始的入社與承繼的入社兩種：

（一）原始的入社

原始的入社云者，依章程之規定獨立取得社員資格之謂也。故與後述之承繼的入社係承繼他人社員之地位者不同。章程上關於入社之規定，自因法人而異。有支付一定之會費即得爲社員者，有須經若干社員之介紹者，有須全體社員之同意者，有須董事之許可者，其揆不一。入社之法律的性質若何，學者所見亦不一致，大別之，約有三說：（1）單獨行爲說，（2）舊社員全體與新社員之契約說，（3）社團法人與新社員之契約說。法人既爲法律上之人格者，則自以第三說爲正當。

(二) 承繼的入社

承繼的入社者因繼承受讓等原因，承繼他人之社員地位而為社員者也。承繼的入社，應依章程之規定，固不待言。然公益法人與營利法人不同，並非以社員之利益分配為目的，社員原為法人之存在而存在，社員其人之特性，極關重要，是以非章程有特別規定，應解為不許承繼的入社者也。

第二·社員資格之喪失

資格喪失之原因

社員資格喪失之原因，應依章程中之規定，自屬當然。其主要者，又有開除與退社二種。

(一) 開除

開除云者，因法人一方面的意思，剝奪社員資格之行為也。於社員入社之後，倘不問有何等情事，亦無法使之脫離，自非社團公共之福利，是以於有正當理由時，得依社員總會之決議，開除社員（五〇條四款）。何謂正當理由？得於章程中規定之（瑞民法七二條一項參考）。

(二) 退社

退社云者，因社員一方的意思表示脫退社員地位之行為也。「無論何人不負違反其個人之意思留於團體中之義務」，是為羅馬法以來個人主義法制所承認之原則。是以我民法亦以明文規定，社員得隨時退

社（五四條一項本文）。但社團法人因公事業上之必要，於章程中規定得為退社之時期，或退社前須經過預告期間者，社員自應服從章程之規定。不過其預告期間不得超過六個月耳（五四條一項但書二項）。

資格喪失之效果

社員一經開除或退社，即喪失其社員之資格。資格之喪失自係向將來發生效力。然於資格喪失前已成立之權利義務如非以社員資格為前提者，亦不因開除或退社而消滅。是以社員於開除或退社以後，對於其開除以前應分擔之出資義務，仍負清償責任（五五條二項）。

營利法人之社員及合夥之合夥員對於其團體之財產，各有其應有部分，於脫離其社員或合夥員之地位時，得向團體請求返還。反之，公益法人之社員，對於法人之財產並不享有應有部分，是以已開除或退社之社員對於社團之財產，無請求權。至於非公益法人，其章程另有規定者，自應依其章程之規定，所不待言（五五條一項）。

第三 社員權

社員權

之意義

社團法人之社員雖非社團法人之機關，然為社團法人之存立基礎，且為其最高之機關（社員總會）之構成要素。因社員之資格之取得，對於社團法人遂享有種種權利，負擔種種義務。社員所享有之權利，可大別為共益權及自益權二種。共益權為參與法人事業之權利，表決權，少數社員權等，即其中之最重要者。自益權則為受領財產上利益分配之權利，例如利益分配請求權，殘餘財產分配請求權，社團設備之利

用權等，皆其適例。社員之義務之主要者則爲出資義務。學者通常皆總括社員對於法人所有之權利義務，名之爲社員權。

社員權之性質

關於社員權之法律的性質，學說亦不一致。社員權之性質，既非物權、債權等財產權，亦不得謂爲身分權及人格權（註），是以現時學者通說恆謂社員權爲一種特殊之權利。然社員權之內容如何，各種法人，皆異其趣。例如營利法人之中，無限公司之社員，其益權自益權均極顯著；但在股分有限公司之社員，則只有自益權極爲重要，對於公司事業之參與，均極冷淡。反之，在非營利法人則自益權之觀念極爲淡薄，純粹公益法人之社員，僅有其益權，自益權殆屬絕無。是以所謂社員權者，與其謂爲一種權利，無寧解爲一種法律上之地位也。

社員權之移轉性

社員權之有無移轉性，亦應以其內容爲決定之標準。大體言之則以其益權爲重要之內容者，原則上不許其繼承、移轉，無限公司之股東，卽其適例（公司法二九條四一條參照）；反之，以自益權爲

（註）我國著述中胡長清氏謂社員權爲身分權，曹傑張正學二氏則解爲人格權，不知民法所謂身分權與親屬權同義，專指親屬法上

之身分上權利而言，社員權之非身分權，似無待論。至於人格權則爲維持權利人人格之權利，與權利人其人有不可分離之關係。

社員權則係因社員資格而取得喪失，與社員之人格無涉；社員縱經開除退社，亦與其人格權無妨礙。解爲人格權，豈非大謬！手頭

無書，不知所本，因恐學者致於異論，用特略予論列如上。

其重要之內容者，則以有移動性爲常，股分有限公司之股東，卽其適例（公司法一一六條以下參照）。至於公益法人之社員權，是否得爲繼承，讓與之物體，民法上雖無明文規定，然公益法人之社員，既僅有共益權而無自益權，自應以無移轉性爲原則也（德民法第三八條，瑞民法七〇條三項參照）。

第三項 社員總會

第一 社員總會之性質

性質

社員總會云者，社團法人所必要之最高意思機關也。詳言之，卽

（一）社員總會爲社團法人所必要之機關

財團法人無社員，故無所謂社員總會。反之，社團法人則以社員總會爲其必要之機關，不特董事負有召集之義務，卽社員亦得請求董事召集（五一條），縱以章程之規定，亦不得廢止總會。且關於章程之變更，董事之任免，皆爲總會之專屬事項（五〇條二項），故社員總會不得謂非社團法人之必要機關。

（二）社員總會爲社團法人之最高機關

社員總會爲全體社員所組織之機關，社員總會之決議，卽爲法人之意思，如其決議不違反法律，命令或章

程，董事及其他社員，皆有服從之義務，董事之事務之執行，亦應由總會監督。故社員總會為社團法人之最高機關（五〇條一項）。

（三）社員總會為社團法人之意思機關

社員總會之決議，即為法人之意思，已如上述。故社員總會為社團法人之意思機關。蓋因社團法人為自律的法人，欲實現其自治，非有全體社員所組織之意思機關，無從決定法人之意思。雖然，有應注意者，社員總會之決議，所以成為法人之意思，即因社員總會為法人之意思機關，因適用關於決議之方法，成立等項法規，多數社員之意思，遂於法律上成為法人之意思，故法人之意思並非各社員之自然的意思之集合也。

第二 社員總會之權限

總會專
屬的權
限

社員總會有其專屬的權限，不得委任董事或其他職員代其行使者。總會之專屬事項，為我民法所明文規定者如左（五〇條二項）：

（一）變更章程 章程為社團法人之根本的規則，社團內部之組織關係悉依章程之規定，新舊社員，均應受其拘束，其不得輕易變更，固不待言。然遇情事變遷，章程之規定，又不得不從事修訂，故關於章程之變更，應經總會之決議。其決議之方法屬於特別決議之一種，以昭慎重。其詳當容後述，茲不多贅。

（二）任免董事 董事對內執行法人之事務，對外為法人之代表，法人之目的事業能否順利進行，自以董

事之是否得人爲轉移。故關於董事之任免，不特爲章程中必要記載事項之一，且於其任免之際，應經社員總會之決議（註一）。至於其他機關或職員，除章程另有規定者外，其任免毋庸由總會決議，固不待言。

（三）監督董事事務之執行 社員總會爲社團法人之最高機關，故關於董事事務之執行，應服從總會之監督，自屬當然（註二）。唯爲便於監督起見，別設監察機關（如公司之有監察人），使之隨時檢查董事事務之執行，固爲法所不禁。然於此種場合，最後仍應服從總會之監督，固不待言。

（四）開除社員 社員之開除，須經總會之決議，並須有正當理由。已如前述，茲不復贅。

社員總會之專屬的權限，我民法固已爲列舉的規定，爲上述四種。然於此四種而外，董事或其他機關，職員所不能處理，或未委任於其他機關之一切事務，總會仍得以決議爲之，固無庸疑。蓋因總會爲社團法人之最高

（註一）董事之任免及社員之開除，我民法一面定爲章程之必要的記載事項，同時又定爲總會之專屬的權限；其立法之體裁，與德國日本民法均不相同。故日本學者我妻榮氏譏爲「矛盾之甚」（我妻榮教授中華民國民法總則九八頁參考）。鄙意以爲關於董事之資格，任卸及其免職之理由規定等，抽象的規則，應訂定於章程之中，至依章程之規定，任免董事之際，則應依總會決議之方法爲之。如此解釋或可免矛盾之調也。

（註二）總會對於董事有監督權限，原屬其性質之當然，故在設有監察人之日本，對此亦應作同樣解釋（我妻榮教授中華民國民法總則九七頁參考），固不得以此爲我民法立法上之瑕疵也。

機關故也。

社員之固有權

於論究社員總會權限之際，有一問題，爲吾人所不可忽視者，即社員總會對於社員之強制力若何是也。社團爲系統組織的關係，社團法人對其社員，有其強制力，固無庸疑。且總會之意思決定，係以多數決的方法爲之（後詳），則少數派應服從多數之決議，自屬當然。蓋於社員入社之際，即已有服從其強制之意思，寓乎其間。然各社員亦有其特殊之權利，非經本人之同意，縱以總會之決議，亦不得妄加剝奪。例如對於一部社員剝奪其表決權或不予以表決之機會，縱經總會決議，亦非法之所許。是謂爲社員之固有權（Sonderrecht）。德國民法有明文規定，固有權非經社員同意，不得剝奪（德民法三五條參考）。日本民法雖無明文，而學者解釋亦然（我妻榮教授民法總則二八四頁參考）。我民法對此，雖亦未設何等規定，然就社團之本質而言，固亦應爲同樣解釋者也（註）。

第三 社員總會之召集

總會之種類

社員總會之中，又有通常總會與臨時總會之別。因其性質之不同，召集之方式，從而亦有差異，茲分述之：

（註）固有權胡長濬氏譯爲特別社員權，謂爲特定社員所獨有之權利義務。並謂普通社員權得以總會之決議變更，特別社員權則非總會所得強制的限制（胡著中國民法總論一四六頁參照）。恐係誤解德國民法本義所致，其說不可爲訓也。

(一) 通常總會

通常總會亦曰定期總會，即全體社員於一定時期，必須集合之會議也。社員總會為社團法人之意思機關，故不得以章程規定不為總會之召集。通常總會由董事召集之（五一條一項）。其召集之時期，外國立法例有規定為每年至少一次者（日本民法六一條參考）。我民法則未設規定，自應依章程之訂定，或每年一次，或每半年一次，均無不可。

(二) 臨時總會

臨時總會云者，於必要時，臨時召集之社員總會也，其中又有三種情形：

- (1) 董事認為有召集之必要時，得召集臨時會議（德民法三六條後段，日民法六一條一項參考）。
- (2) 因有全體社員十分之一以上請求，表明會議之目的及召集理由，請求召集時，董事須召集之（五一條二項）。是為所謂「少數社員權」，亦為前述固有權之一種，不得任意剝奪者也。
- (3) 董事受前項之請求後，一個月不為召集者，得由請求之社員，經法院之許可召集之（五一條三項）。

臨時總會之召集與通常總會固有不同，而其權限與通常總會並無二致，自不待言。

召集之程序

社員非經召集之程序，而為偶然之結合，縱已有過半數社員之出席，亦不得謂為社員總會。所為之決議，亦不生法律上之效力。總會之召集，應由有召集權人為之，固不待言，其召集之程序如何，在外

國立法例，類皆於民法中設有明文規定（德民法三二條，瑞民法六七條，日民法六二條參考）。我民法則讓諸章程之訂定（四七條四款）。關於通知之方法，通知之時期，均應於章程中明白訂定之。

第四 社員總會之決議

表決權

社員總會之決議，因社員之表決權之行使爲之。表決權爲社員固有權之一種，縱經社員總會決議或章程規定，亦不得剝奪之，既如前述。然某一社員與法人之利益相反時，該社員是否仍有表決權，我民法未設明文規定，自應依章程之訂定。但外國立法例則有明文規定於此種情形，該社員即無表決權者（瑞民法六八條，日民法六六條參照）。

「社員有平等之表決權」，此爲我民法所明文規定（五二條二項）。蓋因公益法人與營利法人不同，營利法人之公司，一股有一表決權（公司法一二九條參照）。反之，民法上之社團法人則社員表決權均屬平等，不因出資多寡而有差異者也。

決議之方法

社員總會決議之方法又因其決議事項而有不同，大別之得分左列二種：

（一）通常決議

通常決議云者，即得依通常決議之方法而爲之決議也。通常決議之方法，依我民法規定以出席社員過半

數決之（五二條一項）。關於社員總會成立所必要之法定人數，民法上未設何等限制，章程中如無特別訂定，則無論出席者如何少數，總會亦可成立。惟至少亦必須有社員二人以上之出席，若僅有一人出席，則不免於流會耳！

（二）特別決議

特別決議云者，因法律有特別規定，不得依通常決議之方法而為決議者也。我民法規定，須經特別決議之事項，共有二種：

（1）章程之變更

章程之變更，即變更章程之規定之謂，不特改廢章程之規定，謂之變更，即字句之修正，內容之增訂，均為章程之變更。社團法人為自律的法人，一切的活動，皆依其內部組織，自主的為之，故其章程若規定為永遠不許變更，其規定顯係違反社團之本質，亦應無效。然章程為法人之根本規則，若許其輕易變更，自亦非是。是以章程之變更，為社員總會之專屬的事項，且其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，或有社員全體三分之二以上書面之同意（五三條一項）。唯所謂變更章程，是否亦可變更目的，我民法上未設何等明文（德民法三三條、瑞民法七四條參照）。然社團法人既為自律的法人，若不許其適應社會情事之變遷，變更其目的，則社團法人之社會的作用，勢必無法達成。故予以為若變更公益之目的而為營利，固非法之所許；然

於公益目的範圍以內，變更其目的（例如變更宗教的目的而為慈善的目的），則不妨依變更章程之方法為之者也。

變更章程時，除經總會決議外，尚須得主管官署之許可，此蓋與其設立時須經許可相對應者也（五三條二項）。

（2）社團之解散

社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決決議解散之（五七條）。社團法人不得以章程奪剝社員總會之解散決議權。法人如定有存續期間者，於其期間滿了前，亦不妨為解散之決議，然決議之以解散為目的者，係以解散之自身為其目的，與決議將解散事由規定於章程中者，自有區別。將解散事由規定於章程中者，不過為變更章程之決議，非解散之決議也，是以解散之決議不得附有條件或期限，自屬當然。

決議無效之訴

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，得請求法院宣告其決議為無效。但其請求應於決議後三個月內為之（五十六條），是為決議無效之訴。依此規定提起決議無效之訴時，須具備左列各要件：

（一）須總會之決議違反法令或章程 所謂總會決議之違法，專就其程序之違法而言，若為決議內容之

違法，則其決議當然無效，不必適用本條之規定（註）。

（二）須爲對該決議原不同意之社員。提起決議無效之訴者，須爲對該決議原不同意之社員，其於決議時業經表示同意者，自無權再爲請求。於決議時，未經參加表決之社員，亦得請求宣告，固不待言。

（三）須於決議後三個月爲之。總會之決議不應永不确定，故無效之訴，必於決議後三個月內爲之。逾期即不得提起。總會決議之程序，縱屬違法，如未於期間內提出無效之訴，則其決議仍屬有效。各社員均應受其拘束，自屬當然。

社員總會之決議，經法院宣告爲無效者，即爲無效之決議。至於宣告無效之效力若何，學者所見，亦不一致。予以爲無效宣告有創設的效力，對於一般人，皆生效力，蓋因民法第五十六條之規定，原在使決議無效之法律關係，對於一切之人皆畫一的決定之故也。

（註）民法五十六條係仿自瑞民法第七十五條之規定，「對於違反法律或章程之決議，原不同意之社員於決意後一個月內得起撤銷之訴」。瑞民法雖規定爲決議之撤銷（Anfechtung），然學者解釋，則決議內容之違法者，爲當然無效之決議，無庸撤銷。蓋因若非如此解釋，則必將以總會之決議，妄爲不法行爲也。鄙見我民法第五十六條似應與瑞民法爲同樣解釋。同說參考我妻榮教授中華民國民法總則一〇六頁。

第四項 社團法人之解散

解散之
事由

社團法人之解散，除一般法人共通之解散事由而外，尚有特殊之解散事由，分述之如左：

(一) 總會之決議

社員總會得爲任意解散之決議（五十七條），因其決議，社團法人即從而解散，前已說明，茲不多贅。

(二) 社員之缺亡

德國民法規定，社員不滿三人時，法人即應解散（德民法七十三條）。反之，日本民法則規定須社員全體缺亡，始行解散（日本民法六十八條）。我民法則對此未設何等規定。然社團法人既以社員爲其存在之基礎，則社員全體缺亡時，自應解散，固無庸疑。

(三) 社團事業無從進行

社團之事業無從依章程所定進行時，法院得因利害關係人之聲請解散之（五十八條）。依此規定，社團之事業無從依章程所定進行時，並非當然解散，必須有利害關係人向法院聲請，始行解散者也（反對立法例，日本民法六十八條參照）。

第三款 財團法人

第一項 財團法人之設立

第一總說

財團法人之設立

社團法人之中，復有公益法人與營利法人之別，反之，財團法人則恆為公益法人。設立財團法人，必須具備四個要件：（一）須以公益為目的；（二）須有設立人之設立行為；（三）須經主管官署之許可（五九條）；（四）須為設立之登記。均與公益社團無殊。惟社團法人為人的結合，而財團法人則以目的財產為其存立之基礎，是以其成立要件之中（二）（四）兩項，與社團法人遂有顯著之差異，茲分述之如左：

第二 設立人之設立行為

設立行為

社團法人為人的結合，故社團法人之設立人須為二人以上，反之，財團法人則非以社員為其存立之基礎，故財團法人之設立人，固不必為複數，僅有一人，即可設立。設立人之設立財團法人必捐助一定之財產，並訂立捐助章程。

財產之捐助

財產之捐助為財團法人設立行為之要素。財產之捐助，通常固皆為現實的提供物權的財產，但並不以此為限，即提供債權的財產，亦無不可。例如以將來一時或定期提供一定之財產之意思表示，

設立財團法人，自亦無妨，唯有應注意者，其財產之提供，必須以設立財團法人為目的，若對既成法人所為之捐助行為，則為贈與或遺贈，非茲所謂之設立行為也。

捐助章程之訂立

設立財團法人者，於捐助一定之財產而外，須訂立捐助章程（六〇條一項）。捐助章程為財團法人之根本規則，故必須作成書面。其必要的記載事項如左：

(一)目的；

(二)提供之財產；

(三)組織；

(四)管理方法（六〇條二項六二條一項）。

訂立捐助章程之際，於上述必要事項之外，關於財團之根本規則，固不妨訂立於補助章程之中。例如財團之名稱、事務所之所在地、董事之任免、監察人之設置……等，均可載於章程之中。是為捐助章程之任意事項，任意事項是否記載，固一任設立人之意思，但一經載入，即成為捐助章程之一部，不得任意變更，所不待言。

財團法人捐助章程之中，如僅訂明其目的與所捐財產，而關於財產之組織，並不完全，或重要之管理方法不具備者，其設立行為倘即歸於無效，則不僅辜負設立人倡導公益之熱忱，且直接影響及於社會公共之利益，遺憾曷勝。是以民法對之，特別定有補充方法，得由利害關係人向法院聲請為必要之處分（六二條二項）。

財團法人之設立，固以訂立捐助章程爲要件，但以遺囑爲捐助者，則無庸另訂章程。於此種情形，其遺囑必須依照法定之方式爲之，固不待言（一一八九條以下參考）。

設立行爲之性質

財團法人設立行爲，必須作成書面，故爲要式行爲，原與社團法人之設立無異，然財團法人之設立，無須二人以上合同爲之，故爲單獨行爲。且其意思表示，不必向特定人爲之，故爲無相對人之單獨行爲。數人共同設立財團法人者，亦不過單獨行爲偶然的競合而已（協同的單獨行爲），仍不得謂爲合同行爲也（註）。

第三 設立之登記

登記事項

我民法採取登記要件主義，法人之設立必須向主管官署登記（三〇條），前已言之。財團設立時，應登記之事件如左：

- (一) 目的；
- (二) 名稱；
- (三) 主事務所及分事務所；
- (四) 財產之總額；

(註)有反對說。

(五) 受許可之年月日；

(六) 董事之姓名及住所；

(七) 限制代表權者其限制；

(八) 定有存立時期者其時期(六一條一項)。

登記
程序

財團之登記由董事向主事務所及分事務所所在地之主管官署行之，並應附具捐助章程備案(六一條二項)。

第二項 財團法人之監督

總說

社團法人爲自律的法人，財團法人則爲他律的法人，並無總會之組織。是以關於財團法人之管理，較之社團法人，自非特別加以國家的干涉，不足以達成財團之目的。因此，最近德、瑞民法，皆就財團法人之監督，設有縝密之規定(德民法八七條、瑞民法八五條以下)。因官廳監督權之行使，於必要時，並得變更財團法人之目的作用，不得謂非適當之立法。我民法對此亦師承德、瑞民法之旨趣，設有若干之規定，然其立法之當否，不無疑問。茲分別說明如左：

董事行
爲無效
之宣告

民法第六四條規定：財團董事有違反捐助章程之行爲時，法院爲因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效(六十四條)。此種規定，在外國立法中，尙無先例。揆其立法理由，或因財團法人之財產有

特別加以保護之必要，財團法人並無總會及其他監督機關，若由董事專恣獨斷，則財團之財產，不免有喪失之虞，勢必危及財團存立之基礎，故特許利害關係人聲請法院宣告其行為爲無效。然董事原爲法人之代表機關，如何始爲違反捐助章程之行為，其意義殊欠明瞭。況董事之行為，即爲法人之行為，若依此種規定得隨時宣告其行為爲無效，則影響及於社會交易之安全者，自不在小，是以予以爲對於董事之此等行為，似不妨委之於主管官署之監督，由董事個人負其責任，固不必爲無效之宣告也。

目的之

變更

財團法人原以提供一定目的之財產爲其存立之基礎，是以財團法人之目的應由設立人以捐助章程定之。財團法人無總會之設置，故財團法人之目的，於其成立之後，即不得再行變更。因此，財團法人之目的，如因情事變更不能達到時，除解散而外，似即別無他途可循。日本民法即以成功不能，爲其當然解散事由（日民法六八條一項二款）。然財團法人原以公益事業爲目的，若遽加解散，殊非保護公益事業之道，且亦有失設立人設立財團之熱心公益的本意。是以於此種情形，主管官署得斟酌設立人之意思，變更其目的及其必要組織（六十五條、德民法八七條、瑞民法八六條參攷）。

組織之 變更

財團法人爲他律的法人，設立人於捐助財產設立財團之際，固可訂立捐助章程，規定財團之目的及其組織。然設立人於法人成立之後，即與財團法人不生何等關係，對於捐助章程之規定，雖設立人本人亦不得妄加變更，其結果，表現於捐助章程之設立人之意思，遂將永久支配財團法人。但若嚴格貫徹此

種規則，對於財團目的之達成，及財產之保全，往往亦有不便。是以我民法規定，爲維持財團之目的或保存其財產，法院得因捐助人、董事、或利害關係人之聲請，變更其組織（六三條、瑞民法八五條參攷）。例如董事人數之增減，監察人之設置，皆其適例。

財團之

解散

財團法人之目的，如因情事變遷不能達到時，則主管官署斟酌設立人之意思，於變更其目的及組織而外，並得逕行解散（六十五條、瑞民法八十八條參攷）。

第四款 外國法人

第一 外國法人之意義

法人之

國籍

自然人有本國人與外國人之別，法人亦然。自然人以其國籍爲區別之標準，法人亦應有其國籍，俾資區別。決定法人國籍之標準，學說不一。約有（一）法人設立人之國籍主義；（二）設立地主義；（三）住所地主義；及（四）準據法主義。最近國際私法學者，殆以住所地主義及準據法主義爲最有力。我民法二十五條規定：法人非依法律之規定不得成立，則欲成爲中國法人必須依據中國法律具備法律所要求之條件，始得賦予人格。自以採取準據法主義爲適當。然我民法就法人之成立，原採登記要件主義，法人非經向其主事務所或分事務所所在地之主管官署登記，不得成立（三〇條），而法人之主事務所所在地即其住所（二九條），則是

二種標準之中，任採何者，結果皆無差異也。

外國法人之認許

自然人不問其國籍如何，皆得爲權利主體，既如前述。外國法人雖非常然爲我國法律上之人格者，然若全然不許其享有權利能力，則就今日之國際關係而論，自有未當。是以民法於一定之範圍之內，得認許外國法人於我國領土之內，享有權利能力，並服從我國之監督。認許云者，承認外國法人在我國法律上亦得爲權利主體之謂。詳言之，即對於在外國已經取得人格者，更承認其在我國法律上亦爲人格者而已，並非人格之賦予，故在外國法律上原無人格者，自不發生認許與否之問題也。

外國法人之認許，依我國民法，須依法律之規定（民法總則施行法第十一條）。然此等特別法規，尙未頒行。至何等之法人，依何等之標準，始得認許成立，自尙不許臆測也。

依法得認許成立之外國法人中，又因其在中國設有事務所與否，而有顯著之差別待遇。在中國未設有事務所者，則無須登記或履行其他條件；反之，其在中國設有事務所者，則須準用民法總則第三十條、第三十一條、第四十五條、第四十六條、第四十八條、第五十九條、第六十一條……之規定（民法總則施行法第十三條）。如有民法總則第三十六條所定情事，法院並得撤銷其事務所（民法總則施行法第十四條）（註）。

（註）經認許成立之外國法人，因其在中國設有事務所，並使之準用民法總則第三十條等規定，適用上殊多疑義。我妻榮教授中華

民國民法總則對之論難頗詳，可供參考（同書二八三頁以下參考）。

第二 外國法人之權利能力

權利

能力

服從法律之義務

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（民法總則施行法第十二條一項）。如在中國無同種類之法人，自不外以類似者為其權利能力之標準也。

經認許之外國法人，既於中國法律上，認許其為人格者，則其服從中國法律之義務，亦應與中國法人同，固不待言（同條二項）。

第三 未經認許之外國法人

未經認許之外國法人

未經認許其成立之外國法人，雖非我國法律上之人格者，然此種法人在中國以其名義與他人為法律行為者，自為事實上之所恆見。於此種場合，其法律行為之效果如何，原屬疑問。我民法對此，特

設明文規定，其行為人就該法律行為與該外國法人負連帶責任（民法總則施行法第十五條）。外國法人既未經我國法律認許，原非法律上之人格者，不得享有權利，負擔義務，竟又令其與行為人負連帶責任，顯屬矛盾，宜其為學者之所非議也（註）。

研習問題

（註）余戰門先生民法要論總則一一九頁參考。

一、試述權利能力、意思能力、行為能力、侵權行為能力之區別。

二、關於胎兒利益之保護，立法主義有幾？我民法之規定若何？

三、甲於民國三十一年二月死亡，妻乙時正妊娠，是年八月生子丙，未及十日，即因產後風夭折。問因丙之出生與死亡，對於乙之遺產繼承權有何影響？設甲尚有一弟一妹，其財產繼承權，是否亦因丙之生死而有不同？

四、不平等條約廢除後，外國人之法律上地位，有何差異。

五、說明無能力制度之社會的意義？

六、說明未成年人之能力。

七、試就禁治產宣告之要件，列舉說明之。

八、試述住所與居所、選定居所、現在地、營業所、審判籍、籍貫之區別。

九、死亡宣告之效力若何？

十、某甲受死亡宣告後，其妻乙已與丙結婚，其財產則由乙及甲之弟丁繼承，丁揮霍無度，財產消耗殆盡。不意甲忽歸故鄉，當即撤銷死亡宣告，問乙丙之婚姻，有無效力？乙丁所繼承之財產，應否歸還？

十一、說明法人之本質。

十二、何謂無權利能力之社團？

十三、法律對於法人態度，因時代思想之變遷，有何差異？

十四、說明法人之權利能力、行為能力及侵權行為能力。

十五、試述董事之權限。

十六、說明清算法人之性質。

十七、何謂社員之固有權？

十八、試述財團法人之設立行為。

十九、外國法人在我國法律上之地位若何？

二十、銀行及合作社是否法人？

第三章 權利客體

第一節 總說

權利客體

權利云者爲實現吾人之利益，法律所賦與之力也。是以權利之外形爲法律上之力，權利之內容卽爲特定之利益，吾人前已言之。故若就權利之實質言之，要不外爲歸屬於各個權利主體之社會的利益之限界而已。因此一切之權利皆以一定之社會的利益爲其標的（內容）。吾人社會生活中所必要之社會的利益，原有種種，因文明之進步，其種類乃日行增加。因社會利益之增加，吾人權利之標的（內容），亦從而愈趨繁複，自屬當然。第權利標的（內容）之成立，要必須有一定之對象，是卽所謂權利之客體。例如物權之標的（內容）爲直接對物之支配，債權之標的（內容）爲要求特定人爲特定行爲。故物權之客體卽爲一定之物，債權之客體卽爲特定之人（註）。

（註）權利之標的、內容、客體、對象……等術語，學者解釋，諸多分歧，要不過爲用語之問題而已。

權利客體與人

債權之客體即爲此特定之人，是人亦得爲權利客體也。以人爲權利客體者尚不僅債權爲然，債權而外，如親屬權亦係以有一定親屬關係之人爲其客體，而人格權之客體則爲權利主體之本人。雖然於近世法律思想，人常爲其個人意思之主體，自不得使之絕對服從其他權利主體之意思。是以債權親屬權雖以特定人爲其客體，然若無視其個人之意思，直接加以強制，則爲法所弗許。人物之異，要卽在此。是蓋與近代法上私權享有之原則（一切自然人皆平等享有權利能力）互相表裏者也（註）。

物之地位

權利之客體，原因權利之內容而不同。權利之種類，既有多端，權利之客體，自不一致。民法總則編中，關於權利客體，並未設有共通的規定，僅就權利客體中之「物」，規定於權利主體之次。蓋因物於各種權利之客體中具有一般的性質，不僅爲物權之客體，且與債權之標的，繼承之物體，皆有密切之關係故也。

第二節 物之觀念

（註）古代法制，債務人可以其人爲質，不履行債務時，債權人卽得直接加以強制，並得沒收爲奴隸。家長權親權，夫權對於爲其客體之家屬子女及妻，均得爲直接絕對的支配，與物權關係無異。迨近代個人主義之法律思想擡頭，個人之人格始法律所是認。以上各種觀念，概行匿跡。現行法上親權人對於服從親權人有懲戒權（一〇八五條），然親權之觀念，在現行法上亦有義務的性質，固不得妄爲濫用者也（一一九〇條）。人與物之不同，從可知矣。

第一 總說

沿革

古代羅馬法因受希臘哲學之影響，故將權利一切之客體，悉綜合歸納於物（*res*）之概念，反之，日爾曼法則爲法律習慣之集合，一切法律習慣，恆係基於具體的事實關係，其規範相互間，並無抽象的概念之統一，故其規定人之對物支配關係也，亦以其物之性質、形狀爲標準，物之性質、形狀不同者，其支配之形態亦異。是以羅馬法上，動產物權與不動產物權爲同一原則所支配。反之，日爾曼法則動產與不動產之支配型態，固有不同，即其效力以及保護方法，均有顯著之差異。近世民法上，就動產與不動產之處分及其公示方法，規定迥異，固係基於日爾曼法之概念，然承認統一的「物」之概念，則又顯屬羅馬法思想之影響也。

復次，日爾曼法，凡能滿足吾人生活需要者，皆賦予排他的直接支配力，故不限於自然的有體物（*Naturgegenstände*），即產業上、封建上之諸種權利，亦皆認許其有物權的效力。羅馬法於有體物（*res corporales*）之外，更承認有無體物（*res incorporales*）之觀念。其意義固有不同，但與近世德法系民法之排斥無體物觀念者，皆屬迥然各異，是則於此一點，亦可謂羅馬法與日爾曼法偶然立於同一立場者也。

立法例

物之意義云何，近世立法例中，德法系與法法系顯有不同。法法系之民法繼受羅馬法觀念，分物爲有體物及無體物兩種，故權利亦爲物（*民法法五一六條、意民法四〇六條以下、日本舊民法財產編六條*），反之，德法系之民法，則謂物僅指有體物而言（*德民法九〇條、民法八五條*）。其所持之理由，蓋以爲

物若兼括權利等無體物，則不能不承認債權之上更有所有權。徒使物權與債權觀念混同，毫無實益（日本民法修正案理由書總則三章前註理由參照）。但此要係當時法律思想幼稚所致，以吾人今日之法律知識言之，似絕無混同之虞。加之，今日社會生活及經濟現象，日趨複雜，電、光、熱等能（energy）之利用，殆極普遍；若以法律上之物，僅限於物理上之有體物，自難滿足社會的需要。於是瑞士民法遂再承認「得為法律上支配之自然力」，亦為動產（瑞士民法七一三條、六五五條參照）；但對於物之定義，則未有明文規定。蘇俄民法亦然。我國民法考各國立法例之同異，覺抽象之定義，終難允適，故雖仿德、日民法，於總則編設有「物之規定」；而對於物之界說，則仿瑞士蘇俄民法，付之闕如。

第二 物之意義

物之

意義

物之意義，我民法既未設有明文規定，學者解釋，遂亦從而分歧。有謂我民法既常將物與權利二者對待而言，則所謂物者自應與德、日民法同樣解釋，以有體物為限，有謂法律上之物不僅限於有體物，即法律上得為支配之自然力亦應包括在內者。更有以廣義解釋，謂我民法上之物係兼指有體物與無體物二種觀念者。諸說紛紜，莫衷一是。余以為法律學上之觀念，原與自然科學有異。為權利主體之「人」，既與生理學上之觀念不同，則為權利客體之「物」，亦非物理學上之觀念。物理學上固應重視物之有體性，所謂物者須為有形的存在。反之，法律學上則不必重視物之有體性，而應重視物之客體性，凡得為吾人支配之對象者，即可解為

法律上之物，固不必斤斤於其有無一定之形體也。

依上所述，法律上之所謂物者，應以其有無客體性為標準，故吾人得為物下一定義曰：「物者存於吾人身體之外部，能滿足吾人社會生活之需要，且有支配之可能者也。」茲更分析說明如左：

(一) 物須存於吾人身體之外部

現代法上，對於有人格之自然人，不許為排他的支配，故人於自然科學上，固為哺乳動物之一種，但於法律學上則不得為物權之客體。是以法律學上之所謂物，必須為外界之一部，即非自然人之身體。其人工的補充部分，如假眼、義齒、木腿……之屬，倘固著於人之身體，則應解為身體之一部。身體之一部倘自身體分離，即為獨立之物，得為物權之客體，屬於分離前其人之所有。例如剪斷之毛髮是也。分離身體一部之契約（例如輸血契約、授乳契約），或使他人分離身體一部之契約（例如理髮契約、手術割治契約），倘不違反公序良俗，自屬有效。反之，如以身體之一部，提供債權之擔保，則非近世法之所許者也。

(二) 須能滿足吾人社會生活之需要

物理學中所研究者為物之本身及其性質；反之，法律學上所論列者，則為物與人之關係。故法律上之物須能滿足吾人生活之需要。換言之，即必須具有價值是也。是以一粒之米穀，一滴之飲料，不得謂非物理學上之物，然以其不能滿足吾人之需要，故非法律學上之物。然能滿足吾人之需要者，初不必以金錢的價值為限。愛人之

頭髮，知友之書簡，雖無金錢價格，亦不妨成立所有權之客體也。

(二) 須有支配之可能

法律上之物既注重物與人之關係，故必須有支配之可能。日月星辰，為物理上之物，但因其非人力支配之所能及，自不得謂為法律上物。反之，其在吾人可能支配之範圍內者，縱於物理學上尚未認許其為物，然在法律上固不妨為物權之客體。是以若就此種觀念言之，電、光、熱等自然力，皆不失為法律上之物也。

屍體

於論究物之意義之際，有一問題，即屍體是否為物是也。關於屍體之性質，約有四種學說：

(一) 屍體為物得以為之為所有權之客體，但其所有權之行使，受有顯著之限制，不似普通所有權之得為使用收益處分也。此為日本學說判例之通說。至其所有權則應歸屬於繼承人，其歸屬之原因，又有(1)遺產說，(2)先占說及(3)習慣法說等。

(二) 屍體為物，但既非所有權之客體亦不得構成遺產，不過得為一定之親屬權之埋葬之標的而已，是為德國學者間之通說。日本石田文次郎氏，亦從此說。

(三) 屍體為物，但不得得為遺族之人格權之標的或親屬權之標的而已，不得為所有權或其他財產權之客體也。人格權說為基爾克(Gierke)氏所主張，親屬權說則為布魯美(Blume)氏所首倡。

(四)屍體非物，故只能爲特定親屬之埋葬權之標的，蓋因人之法人格並非因死亡而完全消滅，至少於其屍體之上，死者之人格權尙行存續者也。是爲德岡啓浦 (K. Ito) 氏所主張，日本近藤虎吉氏從之。

以上諸說，各有所見，依余所信，則當以第一說爲是。蓋生存者之身體，構成人格，固不得爲有所權之客體，但身體之一部，如與身體分離，卽爲身外之物，屬於其人之所有，屍體亦然。唯既成爲屍體，是其人格者已不存在，故應屬於其繼承人所有（日本大正十年七月二十五日大審院民事判例參考）。然屍體之所有權於其事物之性質上，與其他財產所有權，大異其趣，應從特別之限制，固不待言。是以屍體僅能爲埋葬、管理、祭祀、供養之客體，其承認所有權之存在，亦不過出於此種目的而已（日本昭和二年五月廿七日大審院民事判例參考）。

第三節 物之分類

第一 總說

物之分類

民法總則所規定之物之分類，爲（一）動產，不動產；（二）主物，從物；（三）原物，滋息。於此之外，學者通常復從各種觀點，別爲種種之分類。茲先就此簡單加以說明。民法規定者，則讓之下節，分類講述。

第二 融通物、不融通物

區別之

標準

物之得爲法律行爲客體者，謂之融通物，其不得爲法律行爲之客體者，則謂之不融通物。關於融通物與不融通物之區別，學者近來有以物之權利能力（即得爲權利客體之能力）及行爲能力（即得爲交易之標的）二語以說明之者，於說明上固不無便利，而用語究欠穩當，故爲識者所不取。

不融

通常學者所認爲不融通物者，有左列三種：

通物

（一）公有物

廣義所謂公有物，凡國家及其他公共團體之所有物，皆應包括在內，但於此所謂公有物則專指公共團體之所有物中，用於公共之目的者，即所謂行政財產是；所謂收益財產，則不屬之。例如官廳之建築物，即爲行政財產，不得爲交易之標的；反之，公有林野，有價證券之類收益財產，則與一般私人之財產無異，非於此所謂之公有物也。雖然，所謂不融通物，並非其性質使然，不過爲用途上之限制。於公用廢止之後，仍得爲交易之標的，固不待言。

（二）公用物

公用物者供公衆一般使用之物也。其所有權不必屬於國家公共團體所有，即屬於一般私人，亦無不可。此其所以與公有物異也。其主要者爲河川與道路。河川有公川與私川之別，然可通運之江河，應歸公有（土地法八條一項一款）。道路亦有公道與私道之別。公道爲供公衆使用之道路，其爲不融通物，亦與公川無異。至其地

其則屬於國家、地方團體或私人所有，均無不可。

(三) 禁止物

禁止物者依法律之規定禁止其交易之物也。物有禁止其所有或持有而祇禁其融通者，例如猥褻文書圖畫是（刑法二五一條）；亦有不僅禁止其融通，且不許其所有或持有者，例如鴉片煙具是（刑法二七七條）。然就其不能為交易之標的一點而論，則皆為禁止物，名勝、古蹟、古物等及寺廟之屬，亦可謂為屬於此種之不融通物（保存名勝、古蹟、古物條例，及監督寺廟條例參考）。屍體之類，若以之為法律行為之標的，則其行為因違反公序良俗而無效，亦可謂為禁止物之一種也。

第三 可分物、不可分物

區別之標準

物之實質及價值不因分割而變更者，謂之可分物，反之，則為不可分物。但所謂可分不可分者，非物理上之問題而為經濟生活上之問題。例如土地為可分物，牛馬則為不可分物，蓋因所謂分割，並非有形的分離故也。因當事人之意思表示，性質上本係可分之物而故使之不可分者，固無不可，但此為交易方法之區別，非物之區別也。

區別之實益

可分物與不可分物之區別實益，即在共有與多數當事人之債……等，數人享有一物權或債權時，其法律上之處置，有所不同。共有物分割時，如為可分物，則以現物分割為原則，反之，則以變價分配

爲原則（八二四條）。多數當事人之債，其標的物爲可分物時，則爲可分之債；反之，則爲不可分之債（二七一條、二九三條）。

第四 消費物、不消費物

區別之標準

消費物云者，依其性質以使用之，使用之後，即不得再以同一之目的，使用之者也。例如米穀柴炭之類是。金錢使用之際，其物質雖未消費，但就使用人而言，一經使用，其主體即行變更，與消費無異，故亦爲消費物（德民法九二條二項參考）。反之，同一使用人，可以同一目的反覆使用者，則爲非消費物，例如書籍、木器之類是。

區別之實益

消費物與非消費物之區別實益，可於借貸、寄託時見之，就消費物以成立消費借貸（四七四條）及不規定寄託（六〇二條）爲原則；非消費物通常則爲使用借貸（四六四條）、租賃（四二一條）及寄託（五八九條）之標的物。

第五 代替物、不代替物

區別之標準

於一般交易之通念上，有注意物之個性者，亦有注意其種類者。前者應以各個之物，爲交易之標的，不得以同種類之他物相代替，故曰不代替物。反之，如以後者爲交易標的時，則只須約定種類、品質、數量，可任以同種、同等、同量之物相代替，對於當事人並無影響，故曰代替物。消費物通常固皆爲代替物，

但亦不必盡然。例如多年陳紹則爲不代替物，非消費物大都爲不代替物，但亦不無代替物。例如出版物之類是也。

區別之實益

代替物與不代替物之區別實益，亦可於借貸、寄託時見之。消費借貸及不規則寄託之標的物以代替物爲限（四七四條、六〇二條）。

第六 特定物，不特定物

區別之標準

代替物與不代替物爲一般交易觀念上客觀的區別，於具體的交易之際，因當事人主觀的意思而決定之時，則爲特定物與不特定物之區別。換言之，於具體的交易時，當事人注重物之個性者，爲特定物，反之，僅着重物之種類者則爲不特定物。具體的交易時，大都以交易通念爲標準，故特定物與不代替物，不特定物與代替物通常皆屬一致，然亦不必盡屬一致。例如金錢有價證券爲代替物，封金及特定號碼之有價證券，則爲特定物，是代替物亦可爲特定物也。牛馬靴鞋，不代替物也，如以數量爲交易時，則爲不特定物。要之，代替物與不代替物之區別，爲物之區別，特定物與不特定物之區別，則不過爲交易方法之區別，非物之自身之區別也。

區別之實益

特定物與不特定物區別之實益，見之於債之效力者最夥，如種類之債、特定之債、危險負擔問題、出賣人之擔保責任……等，皆與標的物之特定與否有關。至於物權爲直接支配物之權利，故其客體

應以特定物爲限，不特定物既無直接支配之可能，故僅能爲債權之標的物，不得爲物權之客體也。

第七 單一物、合成物、集合物

區別之標準

單一物云者形式上有獨立之一體者也。例如樹木、牛馬是。其由數個之物結合而成一物，其構成部分已失去其個性者，謂之合成物，如建築物、鐘錶、寶石、指環之類是。集合物則爲獨立之物之集合，如羊羣、圖書館之藏書、商店之商品全部、倉庫之貨物全部……之類屬之。

區別之實益

學者通常區別單一物與集合物之實益，蓋因單一物始得爲物權之客體，集合物非物，故於集合物上，不得成立一個物權。然此種主張實狃於物之有體性，故必須於物理上爲獨立之一體者，始得獨立爲物權之客體。若改以物之客體性爲標準，則集合物雖爲多數物之集合，然既有其經濟的價值，且有排他支配之可能，得集合而爲交易之客體，自不妨單獨視爲一物。於此種情形，構成集合物之各個之物，遂有二面的性質，一面爲集合物之構成部分，因集合物變動而變動；同時，各個之物，仍不失其獨立性，得獨立爲法律的變動也。例如商店中之商品，既可個別出售，復可總括全部商品，同時出讓與他人也。

第四節 動產、不動產

第一 區別之理由

區別之理由

動產及不動產之區別，於物之區別中，最關重要。古今法制，莫不承認。其區別之理由，原有二端：（一）社會上經濟上之差異；（二）其位置有能否變更之不同。其中，第一項理由，在封建制度之下，尤為顯著。蓋因封建社會，土地與人之身分有密切之關係，且為一家存立之基礎，故定為世襲財產，於法須受特別之保護。時至今日，經濟情勢，既經變更，動產之價值，日形增加，不動產之重要性，不免因而減少。然基於土地經濟之理由，由此種區別，最近又為人所重視。如德國有世襲農地法（一九三三年九月二十九日頒行），規定農民土地永為血親團體之繼承財產，且採取一子繼承制，以防止土地所有之零細分割及農業經營之負擔過重。客歲（民國卅一年）我國地政署草擬之扶植自耕農辦法，亦確定地權轉移，限定自耕農，為避免土地割碎，規定獨子繼承權，皆其適例。至第二項理由，則為自物之本身之性質而生之區別，殆將永久為動產不動產區別之基礎。現行民法對於動產及不動產之得喪變更，規定多不一致，即職此故。

第二 區別之標準

區別之標準

不動產

關於動產及不動產之區別標準若何，民法並未設有積極的規定，僅於六十七條，消極的規定，不動產以外一切之物，皆為動產。是則俟不動產之觀念了解之後，則動產之意義，自然明瞭，無待煩言。不動產有二種，即土地及土地之定著物（六十六條）。土地之為不動產，各國民法，莫不僉同；而定著物之是否規定為不動產，則各國民法多基於本國之習慣而為規定，未盡一致。茲分別說明如左：

(一) 土地

不動產既有不能變更位置之性質，則土地之爲不動產，自不待言。所謂土地者，即地球之一部，人力支配之所及者也。故所謂土地，不止地表，必須有一定之厚度；然其厚度，必須爲人力所能支配之範圍，並非直達地球之中心，似不待言。土地既須有一定之厚度，包括地中，故地中之巖石、土砂……之屬，皆不外爲土地之構成部分，並非土地以外之他物，自無庸疑。然地中之礦物，雖附着於土地，但因國家經濟上理由，屬於國家所有，不因私人取得土地所有權而受影響（土地法第七條），自應解爲獨立之不動產（註）。

土地爲無限的連續，便宜上，因人爲的區分，以計算其個數，於未依正當方法分割以前，自應視爲一個土地。此一問題與所有權之成立，極有關係，其詳當讓諸民法物權中討論。

(二) 定著作物

羅馬法上向有所謂「地上物屬於土地」(superficies solo cedit)之主義，所謂不動產僅限於土地，土地上

(註) 附著於土地之礦，學者間有解爲獨立之不動產者，有以爲動產者，余從前說。然此等礦物，一經探掘，自爲動產，若因正當之權限而探掘，則屬於礦業權人之所有，礦業權人拋棄之時，則成爲無主動產，可因先占而取得（日本大正四年三月九日大審院民事判例參考）。反之，無正當之權限而探掘時，或因自然力而分離時，雖仍爲動產，則應解爲屬於國家之所有（日本大正五年三月七日大審

之建築物，不過爲土地之構成部分，並非獨立之不動產。德國民法之規定，即採此種主義。（德民法九三條——九六條）。反之，日本民法根據舊日之習慣，不採羅馬法主義，改以地上之定著物爲獨立之不動產，我民法之規定，即係仿之日本民法主義者也。

定著物之意云何，殊欠明瞭，余以爲所謂定著物者，當具備以下各要件：

(1) 須非土地之構成部分。定著物爲土地以外之獨立不動產，故土地之構成部分，不過爲土地之自身，不得謂爲定著物，例如巖石、石垣……之類，皆非定著物也。

(2) 須與土地密接不易移動。附著於土地，但極易移動者（例如夏季之涼棚）仍爲動產，非定著物也。唯應注意者，不易移動與不能移動之義有別。例如日本之房屋並非絕對不能使之移動，仍不失爲定著物也。

(3) 須繼續的附著於土地而爲使用之物。暫時附著於土地而爲使用者，不得謂爲定著物，例如行軍所搭之帳篷，臨時使用之戲臺，皆非定著物也。

具備以上之要件者，即爲定著物。例如建築物、銅像、橋梁、石牌樓、防空壕之類皆是也。

復次，不動產之出產物與不動產分離之後，自爲獨立之物，但在其分離以前，則應包含於不動產之內，成爲該不動產之部分（六十六條二項）。例如未與土地分離之樹木，即爲土地之構成部分，與上述之定著物爲獨立之不動產者不同，其不得單獨爲物權之標的物，自不待言（最高法院二十九年上字一六七八號判例參考）。

動產

我民法所謂動產者，爲不動產以外一切之物（六十七條）。詳言之，即土地及定著物以外一切之物皆爲動產也。唯有應注意者，動產之中，船舶在法律上之地位，與不動產類似，往往同樣處置之也。

（海商法第八條以下參照）。

第三 區別之實益

區別之實益

動產與不動產區別之實益，散見於法律之各部門。茲就其主要者，列舉如左：

- （一）因時效或占有而取得權利（七六八——七七〇條、七七二條、八〇一條）。
- （二）物權之得喪變更之要件（七五八——七六一條）。
- （三）提供擔保之方法（八六〇條、八八四條）。
- （四）動產之留置（九二八條）。
- （五）占有取回之方法（九〇六條）。
- （六）債權人之遲延（二四一條）。
- （七）不動產租賃之特則（四四二條以下）。
- （八）承攬人之法定抵押權（五一三條）。

(九)受任人之特別授權(五三四條)。

(十)經理人之書面授權(五五四條)。

(十一)監護人之處分權限(一一〇一條)。

(十二)裁判管轄(民訴十條)。

(十三)強制執行之方法(強制執行法四十五條以下及七十五條以下)。

(十四)不動產之登記(土地法三十二條以下)。

第五節 主物、從物

第一 區別之理由

區別之理由

自物之經濟的效用以觀察之，物有具有獨立的效用者，例如房屋，有附屬他物，以補助其效用者，例如房屋之鎖鑰。於交易之習慣上，以前者為買賣、租賃、借貸、擔保之標的物時，則後者亦必從而附屬在內，是以法律上遂設有主物、從物之規定，以避免當事人之紛爭焉。

第二 區別之標準

區別之標準

非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，爲從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣（六十八條一項），此爲我民法所明文規定。是以爲從物所從屬者，卽爲主物。從物之特徵，有可述者四

點：

(一)相對的關係 主物與從物之區別，爲二物相對的關係，故從物亦爲獨立之物。物之構成部分，並非從物。亦非一切之物，皆有主從之別，果實與樹木未分離時爲其構成部分，及其分離則爲獨立之物。二者之間，並無主從關係也。且同一物也，既爲此物之主物，復爲他物之從物，自亦無妨也。

(二)從屬的關係 從物之經濟目的，卽在常助主物之效用，故二者之間，須有從屬的關係。反之，二物雖相依爲用，但並無補助專屬之關係者（例如馬之於馬車），不得謂爲從物。

(三)主觀的關係 主物與從物須同屬於一人所有，非客觀上一切之從物必須屬於同一之主體，例如承租人於租賃之房屋內鋪設地蓆，地蓆雖常助房屋之效用，亦不得謂爲從物。蓋因主物從物規定之理由，原在使從物服從主物之運命故也。

(四)習慣的關係 雖具有以上之要件，但交易上如有特別習慣者，仍應從其習慣，其從物並不與主物同其運命。例如乘馬之鞍，盛米之袋，各地習慣，往往皆不使之從屬爲買賣之標的物也。

倘具備以上各種特徵，則不問其爲動產，不動產，皆無何等區別。有主物從物皆爲動產者，例如舟之與楫，皮

包之與鑰匙，有主物從物皆爲不動產者，如農場之與農具，小屋住宅之與馬廐，有主物爲不動產，從物爲動產者，如工廠之與機械，耕地之與肥料皆是也（註一）。

第三 區別之實益

區別之實益

主物與從物之區別，即在規定：「主物之處分及於從物」（六八條二項）之原則（註二）。所謂處分，不僅以物權之處分（讓與、拍賣、抵押、……等）爲限，即債權之處分（買賣、借貸、租賃、……等）亦然。第有應注意者，此種規定，原爲推測當事人之意思，避免實際上之爭執，原非強行法規，當事人如有特別意思表示時，自應從之。故當事人處分主物時，儘可除外從物，或僅就從物，以爲處分，亦無不可。

第六節 原物孳息

第一 區別之理由

（註一）德瑞民法皆規定從物限於動產（德民法九七條，瑞民法六四四條），與我民法不同。

（註二）司法院二五年院字一五一四號解釋：「工廠中之機器生財，如與工廠同屬一人，自爲工廠之從物。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，雖未一併註明與抵押權之效力，不生影響」。

區別之理由

滋息爲自物生出之收益物，其產出滋息者，謂之原物。孳息在與原物未分離時，爲原物之構成部分，迨其由原物分離，則又爲獨立之一物，因此，卽生出兩種疑問：(1) 何人有收取孳息之權利（收益權）；(2) 此種權利行使之始期及終期若何。民法爲防止爭執起見，對此特予規定。孳息之中，又有天然孳息與法定孳息之別，其意義及其歸屬皆各不同，茲分述之：

第二 天然孳息

意義

我民法稱天然孳息者，謂果實、動物之產物及其他依物之用法所收穫之出產物（六十九條一項）。所謂依其用法，卽依其原物之經濟的使命而收穫之之謂。是以爲暴風吹倒之樹木，地中噴出之礦水，以及庭園之落葉，並非依物之用法而所收穫，皆不得謂爲孳息。至所謂出產物，非必以果實、牛乳、羊毛、蔬菜之屬有機的產出者爲限，其由原物中無機的取出，其原物不卽消耗，仍得繼續收取其經濟上之收益者，亦應包括在內，例如礦區採取之礦物，依一定之方法輪流採伐之木材……亦不失爲天然滋息也。

歸屬

天然孳息自原物分離，成爲獨立之物時，應屬於何人所有，於立法例上，向有羅馬法主義與日爾曼法主義之不同。羅馬法採取原物主義，依原物權利之歸屬，定其孳息之歸屬，反之，日爾曼法則採取生產主義，以對於孳息之生產會增加勞動資本者爲其歸屬權利人。我民法仿羅馬法主義，規定「有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息」（七〇條一項）。詳言之，天然孳息在未與原物

分離之時，爲原物之一部，屬於原物之所有人，但若已與原物分離，不問其分離係由於人爲或自然，皆使有收取權利之人取得之，以保全其利益。至誰爲收取權利之人，如無法律特別規定時，固仍屬於其物之所有人（七六五條、七六六條）。然法律如另有規定時，自應依其規定，不屬所有人所有。所謂法律另有規定者，如善意之占有人（九五二條）、地上權人（八三二條）、永佃權人（八四二條）、典權人（九一一條）、質權人（八八九條）、留置權人（九三五條）、承租人（四二二條）、夫（一〇一九條）、親權人（一〇八八條）及監護人（一一〇一條）等皆是也。

第三 法定孳息

我民法稱法定孳息者謂利息、租金及其他因法律關係所得之收益也（六十九條二項）。舊民法規定孳息爲物之使用之對價（舊民法八八條二項），反之，我民法則廣汎地定爲因法律關係所得之收益，故不限於物之使用之對價，即權利使用之對價，亦應解爲法定孳息也（總民法九九條參考）。

意義

歸屬

法定孳息與天然孳息不同，與原物之間並無何等物體上之關係，自無所謂分離之問題，故民法規定「有收取法定孳息權利之人，按其權利存續之日數，取得其孳息」（七〇條二項）。是以收取權利人如有變更時，則應按日計算，取得其應得之數額。至其房租、佃租以年或月計算者，亦應比例分配，固不待言（日本大正六年三月十七日大審院判例參考）。

第七節 財產

第一 財產之觀念

財產之

單一性

我國民法，關於財產之意義，雖無明文規定，然於民法及商事法規中，財產一語，數見不鮮。所謂財產，往往於其構成財產之各個權利而外，獨立保有其單一性。詳言之，即財產之存在，自與其構成財產之各個權利之增減並無關係，且可以各個權利自財產分離，或以新取得之權利，加入財產之中。又於繼承開始時，因繼承財產之主體死亡繼承財產遂包括的視為一體移轉與繼承人。又如設立財團法人時，一定之目的財產，且可獨立成爲權利義務之主體。凡此，皆可證明財產之爲其有單一性者也。

承認財產之獨立的存在，對於現行法律之解釋，有相當之便宜。蓋因民法上對於財產往往規定之一如權利之客體，例如夫妻財產，子女之特有財產，合夥財產，繼承財產……等類，莫不如是。加之，因資本主義之發達，大規模之企業，日行增加，以企業爲中心之企業財產，必將成爲今後重要之法律問題，殆可斷言。故於研討權利客體之際，就財產之觀念，亦略予論列如次。

財產之

意義

財產之意義若何，學說亦不一致。茲據個人所信，爲之下一定義曰：「財產者，有經濟的價值，依一定之目的而結合之權利義務之總體也。」析言之，則：

(一) 財產須有經濟的價值

通常所謂財產權，不必具有金錢的價格（一九九條二項參照）。而茲所謂之財產，則應從嚴格解釋，必須有經濟的價值之權利義務，始可構成財產，所謂經濟的價值，即能滿足吾人經濟上之需要，且可以金錢估計其價格者也。例如繼承財產、夫妻財產、企業財產，其財產之性質，固有種種，而其具有經濟的價值，則無二致。

(二) 財產係依一定目的而結合

財產結合之要素若何，學說不一。通說皆以其主體為標準（主體說）。然財產與其主體之人數，未必一致。合夥財產、共同繼承財產為數人共有一財產；反之，企業者就各種不同之企業，亦可擁有若干個別之企業財產。加之，財產之運命及其存續條件，與其主體亦無何等關係。是以財產之結合要素，無寧以其目的為標準。財產莫不有其目的。一財產與他財產之區別，非因其主體之不同，實其目的有所差異，一人既可為數個目的數人亦可共有一目的。故一人擁有數個財產者有之，一財產同時屬於數人者，亦有之也。

(三) 財產為權利義務之總體

財產為有經濟的價值之權利義務結合而成之總體，即就構成財產之各個權利義務總括的視為一體之謂也。物權、無體財產權、債權、及債務之類，皆屬之。財產上權利之總體，謂之積極財產；財產上義務之總體，謂之消極財產。財產一語，用之廣義，則包括積極財產、消極財產二者而言，如繼承財產（二四八條）、失蹤人財產（十條）

是；倘用於狹義，則專指積極財產而言，如清算中法人之財產，即其一例。

第二 財產之種類

財產之種類

財產復可自各種觀察點，爲之分類。吾人既謂財產之結合的要素，爲其目的，故專就財產之目的，爲之分類如左：

(一) 一般財產

一般財產云者，依人之一般的生活目的而結合之財產也。自然人及法人通常之財產皆屬之。

(二) 聯合財產

聯合財產云者，分屬二個主體之財產，依一定目的而結合者也。我國民法就夫妻財產即以聯合財產爲法

定財產制（一〇一六條）。

(三) 部分財產

部分財產者，於一般的目的以外，依特別的目的而結合之財產也。各種之企業財產、營業財產屬之。

(四) 獨立財產

獨立財產者，依獨立之目的而結合，自一般財產獨立管理之財產也。如破產財團即其適例（破產法八十

二條）。財團法人亦即獨立財產之主體化者也。

(五) 集合財產

集合財產云者，爲特殊之目的，屬於多數主體之財產之一部相集合，形成一個獨立財產者也。合夥財產（六六八條）及共同繼承財產（一一五一條）屬之。

研習問題

- 一、說明物之意義。
- 二、何謂特定物？特定物與不代替物有何區別？
- 三、動產不動產區別之理由安在？
- 四、何謂定著物？
- 五、主物與從物區別之標準若何？不動產是否得爲他物之從物？
- 六、天然孳息自原物分離時，屬於何人所有？
- 七、以未與土地分離之甘蔗，聲請爲抵押權設定之登記，應否准許？
- 八、何謂財產承認財產之獨立的存在，對於現行法律之解釋，有何實益？

第四章 權利之得喪變更

第一節 總說

第一 法律關係

法律關係

法律爲社會生活規範中之一種，人類之社會生活關係，自有應爲法律所規律者。法律所規律之社會生活關係，謂之法律關係。然人類之社會生活，原非全部受法律之規律，習慣、道德、宗教上之關係，應爲習慣、道德、宗教等規範所支配，自非法律關係。即單純之事實關係（放任行爲），例如友人間之約會，既非法律所禁止，亦非法律所保護者，亦非所謂法律關係。在原始社會，人類之生活關係，爲法律所規律者，殆居極小部分，因文化進步，社會生活，日形複雜，法律制度，亦從而漸趨完備。法律所規律之範圍，亦因之次第增加。在現代之法治國家，吾人社會生活關係之大部，幾皆爲法律所支配，是以吾人現代社會生活關係之大部，皆爲法律關係。

法律

效果

法律關係，既爲法律所規律，故其所發生之效果，不僅有習慣、道德、宗教之力爲之支持，且有法律上之力，爲之保障。換言之，吾人之社會生活關係，因爲法律所規律，遂有法律之保障，發生一定之效

果。此種效果，謂之法律效果。法律關係，固有多種，而其具有法律效果則一。例如債權關係、物權關係、親屬關係、繼承關係……各種法律關係之內容，原屬千差萬別，其揆不一。而其為法律所保障，且有法律上之效果，則並無二致也。

權利關係

現行民法，既為權利本位，故所謂法律關係之內容，自與權利關係，息息相通。然若以為法律關係之全部，概為權利義務關係，則似未見允洽。無寧以法律關係為權利義務變動之基礎關係，或較適當。茲將法律關係之變動與權利自身之變動，差異所在，列舉如左：

一、成立 法律關係之成立，與權利之成立，不盡一致。在通常情形，法律關係成立時，權利固亦即行發生，然在附條件或附期限之法律行為，其法律關係雖已成立，而其權利自身，則因條件之成就或期限之屆至，始行發生。又如受扶養之權利之發生，與親屬關係之成立，亦非同時。須俟不能維持生活且無謀生能力之狀態發生，其權利始行發生者也。

二、變更 法律關係之變更，與權利之變更，亦非同一。蓋權利以得讓與為原則，而法律關係則非承繼關係人之地位（例如繼承或公司之合併），不得移轉者也。

三、消滅 法律關係之消滅與權利之消滅，亦不相同。例如因租賃而生之租金支付請求權，因清償而消滅。但租賃關係之自身則須俟期限滿了或終止契約始行消滅。又如委任關係，因委任人之死亡而消滅，但因委任

關係而生之報酬請求權，則成爲繼承之標的，並不消滅者也。

第二 法律效果

法律效果

在現行民法之下，因法律關係而發生之法律效果，固亦多端。其中之主要者，則爲權利義務之發生、變更、消滅。於權利之變動而外，雖亦有種種法律效果，例如權利能力之取得，行爲能力之取得，擴張、制限、代理權之發生……等。然此等法律效果亦與權利之得喪變更有其直接間接之影響。是以縱謂民法上之法律效果，即爲權利之變動，亦無大誤。

權利之變動

權利之變動，即權利之發生、變更、消滅，原應於民法各編，逐處詳爲說明。茲就其普通分類，列舉如左：

(一) 權利之發生

權利之發生云者，權利與其主體結合之謂，自其主體言之，則爲權利之取得。其中又有二種情形：
(1) 權利之絕對的發生

權利之絕對發生云者，權利之獨立的發生，不依附既存之權利者也。自權利主體言之，則爲權利之原始取得。即不基於他人所有之權利，獨立取得新權利之謂也。例如無主物先占（八〇二條）、遺失物拾得（八〇七條）、時效取得（七六八條以下）、及動產之即時取得（八〇一條），皆其適例。

(2) 權利之相對的發生

權利之相對的發生云者，基於他人既存之權利而發生權利者也。自權利主體言之，則為權利之承繼取得（亦曰繼受取得，傳來取得）。即因他人所有之權利，而取得權利者也。承繼取得之中，因其取得之狀態不同，又可為下列二種分類：

(甲) 移轉的承繼取得與設定的承繼取得

移轉的承繼取得云者，前主之權利完全移轉與後主，其權利之內容，並不變更者也。後主所取得之權利，即為前主原有之權利，故羅馬法以來，有一原則：「無論何人，不得將大於自己所有之權利，讓與他人。」例如所有權之讓與，債權之讓與，皆為移轉的取得之適例。設定的承繼取得云者，前主仍保有其權利，然基於其所有之權利，為後主設定新權利，換言之，即於前主之權利上，設定性質不同之新權利，後主不過承繼前主之權利內容一部者也。例如所有人於其所有物上為他人設定地上權、永佃權、典權、抵押權、質權……之類皆是也。在此種情形，新權利之成立，不過為前主權利之限制，故前主所有之權利，並不因而喪失，自不待言。

(乙) 特定承繼與包括承繼

特定承繼云者，基於各個取得原因個別的取得各個權利之謂也。吾人大部分權利之取得，殆皆為特定承繼。反之，包括承繼則為基於單一的原因，將前主之權利義務，包括的視為一體而為繼承者也。例如繼承及公司

之合併，包括的承繼係將前主的權利義務包括的而為承繼，故直謂為法律地位之承繼，亦無不可。

(二) 權利之消滅

權利自其主體脫離，謂之為權利之消滅。自其主體言之，則為權利之喪失。權利之消滅，亦有絕對的消滅（喪失）與相對的消滅（喪失）之別。絕對的消滅為權利自身終局的失其存在，例如因標的物之滅失而所有權消滅。反之，相對的消滅則並非權利自身消滅，不過權利脫離前主改屬後主而已。權利之相對的消滅，即為權利之移轉。自受讓人方面言之，則為權利之承繼的取得，亦即權利主體之變更。

(三) 權利之變更

權利之變更云者，權利不失其同一性，而變更其形態之謂。權利之變更，約有三種：

(1) 主體之變更

主體之變更主為因權利之移轉而生之變更，即權利之移轉的承繼取得。自主體方面觀察之，即為主體之變更。然主體之數之變更，亦可謂為主體之變更。例如有二人分割共有物，共同繼承中之一人拋棄其應繼分皆是也。

(2) 內容之變更

權利內容之變更中，又有量的變更與質的變更之別。量的變更例如所有權客體之擴張，或減少，債權之一

部清償。質的變更例如以物之交付爲標的之債權因債務人之過失給付不能時變爲損害賠償請求權。

(3) 作用之變更

權利作用之變更例如租賃權原不能對抗第三人，然於租賃物交付後，則租賃權亦有對外效力是也（四二五條、四二六條）。嚴格言之，作用之變更，亦可謂爲內容變更中之一種也。

第三 法律要件及法律事實

法律

要件

吾人社會生活關係之中，爲法律所規律，有法律上之效果者，謂之法律關係，既如前述。其發生法律效果之生活關係，則謂之爲法律要件。詳言之，吾人之生活關係，達到一定之程度，具備法律所需要之一定的條件，卽爲法律要件。法律要件完備，於是其生活關係遂不僅爲單純之事實關係，而成爲法律關係。發生法律效果。是以學者恆謂以法律要件爲原因之結果，自其動的方面言之，則爲法律效果，自其靜的方面言之，則爲法律關係焉。

法律

事實

法律關係之形成，法律效果之發生，必須法律要件之完備，前已言之。法律要件之完備，有僅須單一之事實之存在者，然通常必須多數之事實悉行具備。法律要件，始行完成。構成法律要件之各個事實，學者名之曰法律事實。例如契約爲一法律要件，而組成契約之要約及承諾之意思表示，則爲二個法律事實。

法律要件有因單一之法律事實而成立者，例如人之生死、同意、承認之類皆是。然實際上殆皆爲多數法律

事實結合而成。例如死亡宣告須有(1)失蹤，(2)利害關係人之聲請，及(3)法院之宣告(第八條)；公益法人之設立，須有(1)設立人之設立行爲，(2)主管官署之許可，及(3)設立之登記；消費借貸契約須有貸與人借用人意思表示之合致及借用物之交付(四七四條)。法律要件由多數法律事實構成時，其事實或爲人之行爲，或爲單純之事件，固有不同。然一切法律事實皆爲法律要件構成之要素，法律效果發生之原因，故法律事實必須須爲有法律上價值之事實；單純之事實關係(例如散步、談話)，於私法上毫無意義者，其非法律事實，似不待言。

法律事實
實之分
類

法律事實之性質，原有種種。然於法律事實之中，得因其是否以人之精神作用爲要素，分爲二種。以人之精神作用爲要素之事實，謂之容態。反之，則爲事件。茲分述之。

(一)容態

人之容態爲以人之精神作用爲要素之法律事實。然人之精神作用之中又有內部精神的作用與外部的精神作用之別。因此，人之容態又可分爲內心的容態與外部的容態。

(1)外部的容態

外部的容態卽爲人之行爲。吾人行爲之中有於法律上有意義者，亦有於法律上毫無意義者(例如前述之散步、談話)。有法律上之意義，發生法律上之效果者，謂之法律上之行爲。法律事實中最重要者卽爲法律上

之行爲。

行爲爲人之外部的動靜，基於有自覺的精神作用而爲之者，故睡眠中之行動非有自覺之動作，以及因他人之暴力（絕對的強制）而爲之機械的行動，皆非精神作用之結果，自不得謂爲法律上之行爲。然倘出於有自覺之精神作用，則不問爲積極的活動（作爲）或消極的狀態（不作爲），皆爲行爲。法律上之行爲於私法上又可大別爲適法行爲違法行爲二種。

（甲）適法行爲

適法行爲云者因與法律精神相適合，故法律許容其行爲，並確保其效果之行爲也。適法行爲之中，有爲人類意思、觀念、感情上之表現，因其表現從而發生法律效果者。亦不必內心事實之表現，僅因其行爲即賦予法律效果者。前者爲表現行爲，後者爲非表現行爲。

（a）表現行爲

表現行爲云者表現一定之意識內容，基於其表現從而發生法律效果之行爲也。因其表現之意識內容不同，又得爲下列之區別：

（1）意思表示

意思表示者行爲人企圖發生一定之效果而表示其意思者也。法律事實之中，於法律最有重要之意義者，

即爲意思表示。以意思表示爲必要不可缺之要素之法律要件，即所謂法律行爲。法律行爲於法律要件之中，最爲重要。本章之說明，即以法律行爲爲主要之對象者也。

(II) 意思通知

意思通知與意思表示雖同爲意思之表現，然意思表示之效果原爲人所企圖發生者；反之，意思通知則不問行爲人是否企圖發生何等效果，因法律之規定，當然發生一定重要之效果者也。故就其意欲之內容與法律效果之關係，意思通知與意思表示，原有顯著之差異，例如限制行爲能力人相對人所爲之催告（八〇條）與要求債務履行之催告（二一九條——二五四條）爲要求他人行爲之意思通知；債務履行之推絕（二三五條）爲拒絕自己行爲之意思之通知，皆爲意思通知。不問行爲人意欲如何，於法律上皆當然發生限制行爲能力人行爲之拒絕承認，時效中斷，履行遲延，解除權發生……等重要之效果者也。

(III) 觀念通知

觀念通知爲事實之通知，例如社員總會召集之通知（五十一條），承諾遲到之通知一（五九條），皆其適例。

(IV) 感情表示

感情表示爲行爲人感情之表現，例如民法第一〇五三條及第一一四五條所規定之宥恕，卽其適例。

(b) 非表現行爲

非表現行爲云者，無庸表現內心之意識內容卽可發生法律上效果之行爲也。詳言之，不問行爲人之行爲是否內心意識內容之表現，更不問其意識內容之如何，法律上卽對於其行爲之結果賦予一定之法律效果者也。無主物先占（八〇二條）、遺失物之拾得（八〇七條）、埋藏物之發現（八〇八條）、附合（八一一條）、加工（八一四條）、無因管理（一七二條），皆是也。

(乙) 違法行爲

違法行爲云者，因違反法律之根本精神，破壞法律秩序，故法律予以一定之制裁，賦予一定之效果，以爲鎮壓並除去其結果者也。違法行爲既爲法律所不容許之行爲，故其行爲之法律效果，恆爲行爲人之不利益，所不待言。違法行爲於民法上又可分爲（一）侵權行爲與（二）債務不履行二者，其構成之要件及效果皆爲民法債編研究之範圍，茲不多贅。

(2) 內部的容態

內部的容態云者，雖基於人之精神作用，但不表現於外部者也。其中又有種種：

(甲)觀念的容態

觀念的容態爲一定事實之知與不知，法律上知一定之事實謂之惡意，不知一定之事實謂之善意，因當事人之善意惡意，法律效果，諸多差異（例如，占有人之善意惡意與不當得利受領人之善意惡意），於此等場合，知與不知亦爲法律事實。

(乙)意思的容態

意思的容態爲一定效果之欲與不欲。內部之意思容態對於法律效果之影響，雖不及觀念的容態。然亦時與其他法律事實相關連發生法律效果。例如第三人之清償時（三一一條），債務人之是否意欲，即其一例。

(二)事件

事件云者不以人之精神爲作用之法律事實也，亦曰自然的事實。例如人之生死（六條、一一四七條），成年（十二、十三條）、心神狀況（十四條）、失蹤（八條、十條）、物之破壞、天然孳息之分離（七六六條）、混合（八一三條）、混同（一三八條以下）等，皆是也。事件之中，最重要者爲人之生死與時間之經過，蓋爲構成時效、繼承等法律要件之法律事實也。

法律事實之分類，約如上述，第以頭緒紛繁，易滋迷惑，茲更列表於左，以便初學。

私法自治之原則

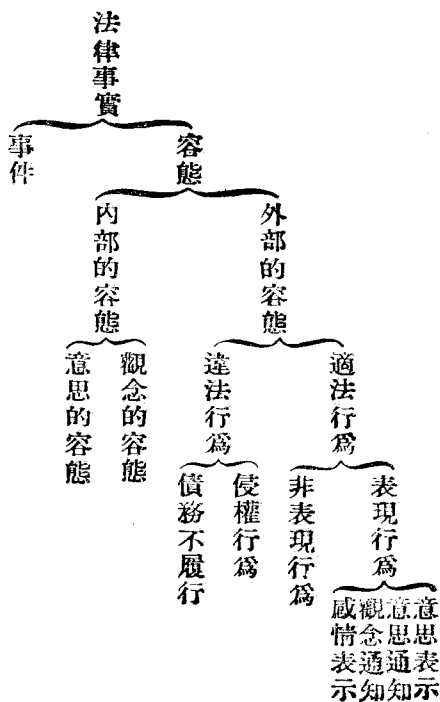
第一 私法自治之原則

私法自治云者，私人相互間之法律關係，得依各人之自己之意思以決定創造之之謂也。換言之，法律於私法之廣大範圍之內，許與各人以自由創造法律關係之權能，倘不違反法律之根本精神，

權利之得喪變更

第二節 法律行為

第一款 法律行為之本質



各人之生活關係，皆得依其自己之意思，自由創造。私人創造法律關係行爲之最主要者，即爲所謂法律行爲。法律行爲於法律要件中，最關重要，故民法規定，大都與法律行爲有其關係。是以所謂私法自治之原則表現於現行民法上者，即爲所謂法律行爲自由之原則（或契約自由之原則）焉。

私法自治之原則，濫觴於羅馬法。羅馬十二銅表法中，曾規定「一切關於財產所爲之遺囑處分，皆爲法律」。又如民法第一一三四條及日本舊民法三二七條規定「適法所爲之合意，於當事人間，與法律有同樣之效力」。皆以明文承認因私法自治所爲之法律行爲，於當事人有其規範性者也。詳言之，於私法自治範圍之內，法律對於當事人所表現之意思表示，即如其意思，賦予法律效果，依其表示，畀以拘束力。其意思表示之內容，遂爲規律當事人行爲之規範。因私法自治而爲之契約，自客觀的法律觀之，固爲一個之法律關係，不過權利義務之變動；但就當事人方面而言，則爲當事人間具體的規範之創造。是以於審判之際，因私法自治而爲之契約，爲判定當事人間權利義務所應適用之第一次的規範。所謂任意法規即爲補充或解釋當事人間之規範而設（所謂補充規定及解釋規定）。若自反面言之，則任意法規所規定之範圍，亦即私法自治所許之界域也。

契約自由之醇化

在自由主義經濟組織之下，契約自由之原則，遂行確立，契約自由之原則，促成資本主義經濟組織之發達，殆已登峯造極。所謂契約自由之原則，包括（1）內容決定之自由；（2）相對人選擇之自由；（3）締結之自由；及（4）方式之自由。然欲各個人選擇其契約之相對人，並就其契約之內容，有其決定之自由，

必須各人皆於社會上、經濟上立於平等對立之地位。此一前提若不確立，契約真正之自由，自難實現。經濟上之弱者以及社會地位之低劣者，常於契約自由之美名下，為經濟上之強者以及社會地位之優越者，壓迫榨取，其實處於不自由之地位，受有不平等之拘束。蓋在現代大規模之企業組織之下，資本之支配力已破壞契約締結之平等對立關係，成為資本家一方獨裁專制之現象。例如大企業組織之生產獨占之結果，對於商品之價格、價金之支付方法等條件，悉由生產者一方獨占的決定，一般之消費者，對於契約之內容，殆無決定之自由，不過僅有締結之自由而已。且其出售之商品如為日常生活所必需，則無論資本家所定之條件如何苛酷，亦非忍耐服從，即無法維持生活。則並契約締結之自由，且亦不克享有，又如勞動者與資本家之締結僱傭契約雖名為契約自由，實則關於內容之決定，當事人之選擇，契約之締結及其方式，殆亦毫無意思之自由。是以現代學者，遂有「附從契約」之說，雖在契約自由之原則下，而真正之自由，殆已無從保障矣。

在此等情形之下，如何就契約自由之原則，予以修正，使之醇化，遂為公法私法學者焦心積慮之問題。現代通常所採之方法，約有二種：其一，為關於締結契約之公法的監督，即由國家作成種種強行法規，以防當事人一方之獨裁專制，例如電燈、電車、自來水之用費決定，須經國家之認可。勞動者之扶助、保護，最低年齡、工作時間等，則有一定之限制……一切所謂社會立法，殆皆出於此等之精神。於此等意義，私法亦有日漸公法化之傾向。其二，則為經濟的弱者之團結，以謀自衛防禦之方法，如與資本家相對立之消費者、勞動者，多有消費合作社、工

會……等等組織，以團體之力抵抗資本之力，以期獲得力的均衡，與平等對立之地位。例如勞動協約法，合作社法等皆基於此種法律思想。此則以團體為當事人，從事於契約之締結。就此種意義言之，則又私法由個人本位趨向團體本位之表現也。

第二 法律行為之意義

法律行為 法律行為云者以意思表示為要素，因意思表示而發生私法效果之法律要件也。茲更分析說明之為左：

(一) 以意思表示為要素

法律行為係以意思表示為必要不可缺之要素，意思表示者，希圖發生法律上效果之意思（即所謂效果意思）之表現於外部者（後詳）。法律行為為人之自治行為，故必以人之效果意思為基本，是以意思表示遂為法律行為之要素，不可或缺。法律行為之異於其他行為，蓋即在其意思表示之有無。雖然，有應注意者，意思表示雖為法律行為之要素，但不得謂即法律行為之自身。往昔學者多將法律行為與意思表示，解為同一之觀念。近日則皆知為謬誤。蓋法律行為固亦有由一個意思表示成立者（例如遺囑、權利之拋棄、撤銷、同意、承認……等）然亦有於一個意思表示之外，尚須有其他之意思表示者（例如各種契約及社團法人之設立行為）更有於意思表示之外，尚須金錢或物之交付者（例如借貸、寄託契約）。足徵意思表示不過為法律行為之最小限。

度之要素，猶之化學之原子而已。

(二) 因意思表示而發生私法效果

一切法律效果固皆爲法律所賦予，但法律賦予法律效果之理由，則未盡相同，有以當事人企圖發生爲理由者，亦有不問當事人之意思如何者。法律行爲既爲私法上自治之行爲，故係當事人希圖發生效果然後法律始賦予以一定之效果者。此爲法律行爲之特徵之一，亦法律行爲與事實行爲及準法律行爲區別之點也。法律效果又有公法的效果與私法的效果之別。民法上之法律行爲，則以發生私法上效果者爲限。例如訴之提起，在發生公法的效果，故爲公法上之行爲，非民法所謂法律行爲也。

(三) 法律要件

法律行爲雖以意思表示爲要素，但非意思表示之本身，蓋因法律行爲爲包括發生法律效果之必要事實全體之觀念，故爲法律要件，意思表示不過爲組成法律要件之一個法律事實而已。法律行爲既爲法律要件，故以獨立直接發生私法上之權利變動爲原則，但亦有時補充其他法律要件之效果，間接影響權利之變動者。例如法定代理人對於未成年人之同意、允許、承認，本人對於無權代理行爲之承認，無因管理之承認……等補充的意思表示，及選擇債權之選擇，不特定給付之指定等指定的意思表示，皆非直接以權利變動爲標的之行爲。然因其意思表示之內容，於法律上發生一定之法律效果，則固與其他法律行爲無殊，故亦爲法律行爲之一種。

也。

第二款 法律行為之分類

第一 一方行為、多方行為

區別之標準

一方行為及多方行為之區別，通常皆以意思表示之數為區別之標準。由一個意思表示成立者為一方行為，由二個或二個以上之意思表示成立者為多方行為。然一方行為與多方行為，原為法律行為之區別，而非意思表示之區別；上述標準，自欠允洽。予以為一方行為及多方行為應以法律行為之當事人之數為區別之標準。必要一方當事人之行為為一方行為，必要二方或二方以上之當事人者為多方行為。

一方行為

一方行為即所謂單獨行為，依一方當事人之意思表示而成立之法律行為也。一方行為通常因皆因一個意思表示而成立（例如一人所為之捐助行為、同意、承認、撤銷、解除、債務之免除、非婚生子女之認領、遺囑、等），但亦不必盡然。亦有雖為一方之當事人而當事人不僅一人者，則一方行為亦為二個以上意思表示所成立，例如二共同承租人所為之解約意思表示。

多方行為

多方行為為因二個或二個以上當事人之意思表示而成立之法律行為。多方行為之中，更可分為合同行為與契約。

(一) 合同行爲

合同行爲云者爲因多數當事人之併行的意思表示結合或集合而成之法律行爲，其多數的併行的意思表示有同一之內容，對於各當事人皆有同一之意思者也。因多數當事人之結合的意思表示結合而成立之法律行爲，謂之結合的合同行爲；反之，因多數當事人之集合的意思表示而成立者則爲集合的合同行爲。社團法人之設立行爲，屬於前者；法人解散之決議，親屬會議之決議，則屬於後者。結合行爲與集合行爲雖同爲多數併行的意思表示融合而成，然結合行爲之多數意思表示雖融合而不失其獨立性；反之，集合行爲之多數意思表示則融合而失其獨立性，唯有集合的意思表示之存在而已。故結合行爲必須全體之意思表示，但不必同時爲之，反之，集合行爲則依多數決爲之，意思表示必須同時。

契約與合同行爲雖同爲合同行爲，然契約之意思表示係以意思表示之交換爲目的，各自對立，意義利害亦不相同。反之，合同行爲則以意思表示之融合爲目的，其意思表示相互併行，卽其意義利害，亦復同一，此其異也。

(二) 契約

契約云者，因二個或二個以上當事人之意思表示之合致而成立之法律行爲，其意思表示之內容係相對立，於當事人間，其意義及利害關係亦復不同者也。在合致的意思表示之中，前意思表示謂之要約，後一意

意思表示謂之承諾。

因契約而發生之法律效果，有爲物權的變動，有爲債權之變動，有爲身分關係之變動，故契約之中，又有物權契約、債權契約、與身分上之契約等區別。契約之中，復可分爲片務契約及雙務契約；要物契約（踐成契約）及諾成契約，其詳當讓之債編總論，再行說明，茲不多贅。

第二 有償行爲、無償行爲

區別之

標準

減少自己之財產以增加他人之財產者，謂之出捐。以財產上之出捐爲標的之行爲，謂之出捐行爲。有償行爲與無償行爲之區別，即在一方當事人之出捐與他方當事人之出捐，有無對價關係。詳言之，有償行爲云者，當事人之一方，因他方對於自己爲出捐，故亦對他方爲出捐，以爲對價者也。反之，無償行爲則僅由一方當事人爲出捐，無對價之行爲也。雙務契約通常固即爲有償行爲，但亦不必盡然。例如附利息之消費借貸、消費寄託，雖爲有償行爲，但並非雙務契約。故民法上於雙務契約而外，更使用有償契約之名詞（三四七條）。至於贈與、使用借貸、無償的消費借貸、無償寄託、無償委任，則爲無償行爲。

有償行爲與無償行爲之區別，爲財產法上法律行爲之分類。身分上之法律行爲，則並無此種區別者也。

第三 物權行爲、債權行爲

區別之

標準

物權行爲與債權行爲之區別，於債權法上最爲重要。物權行爲係以物權之設定移轉爲其直接內容之法律行爲，債權行爲則係以債權債務發生爲內容之法律行爲。物權行爲，通常殆皆爲債權行爲履行之結果，例如出賣人因履行其債務而移轉財產權，買受人因履行其債權而交付價金是；但並非必需先有債務行爲而後始有物權行爲。物權行爲亦有爲債權行爲之成立要件者（例如因成立消費借貸、消費寄託而爲物之交付）；亦有因履行法律規定之義務而爲之者。又物權行爲及債權行爲通常皆爲契約（物權契約、債權契約），然依單獨行爲而爲之者亦復不少也。

復次，債權之讓與，債務之免除，無體財產權之讓與……等法律行爲，雖非以物權之設定移轉爲內容，然皆直接發生權利之變動，與物權行爲，頗相近似，故學者稱之爲準物權行爲。

第四 要式行爲，不要式行爲

區別之

標準

法律行爲之意思表示，有必依一定之方式爲之者，是爲要式行爲。反之，則爲不要式行爲。在往昔文化粗陋，人智未開之季，法律行爲殆以要式爲常，羅馬法及日爾曼法莫不皆然。最近契約自由之原則既經確立，方式之自由，亦爲契約自由之原則中之一部，故一般的行爲，皆爲不要式行爲。然爲促使當事人表意之慎重考慮或爲證明法律行爲之確實存在，民法對於若干重要之法律行爲，往往規定一定之法定

（註）關於契約之方式，拙稿論契約之方式（北平大學法學專刊所載）論究頗詳，可供參考。

方式，則非依其方式爲之，其法律行爲，即屬無效（七十三條）。例如法人之章程（四十七條）、財團法人之捐助章程（六〇條）、拍賣（三九一條）、婚姻（九八二條）、離婚（一〇五〇條）、夫妻財產制契約（一〇〇七條）、收養行爲（一〇七九條）、繼承權之拋棄（一一七四條）、遺囑（一一八九條）……等，皆爲要式行爲。法定之要式行爲，如不依法定之方式爲之，自屬無效（最高法院二十三年上字二六八三號二八年上字一三〇六號二九年上字一八一七號判例參照）。然若法律行爲另有規定時，則仍從其規定（同條但書）。例如密封遺囑不具備法定之方式時，如具備自書遺囑之方式，有自書遺囑之效力（一一九三條），卽其一例。

次之，不具備法定方式之行爲，原以無效爲原則，然有時民法規定雖不具備法律規定之方式，並非完全無效，不過其效力略爲薄弱而已。例如不動產租賃契約期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，亦非無效，不過視爲不定期限之租賃（四二二條）。此種行爲，介於要式與不要式之間，學者恆稱之爲準要式行爲。

復次，法律行爲之方式，依民法規定，有以使用文字爲必要者，有爲履踐其他之方式者。例如結婚（九八二條）、懸賞廣告之要約（一六四條一項）、及拍賣（三九一條），固皆爲後者之適例。但究以使用文字作成書面者居多數，於此情形，是否應由本人自寫或須親自簽名，非有規定，不免發生疑問。我國教育尙未普及，不識字者仍占多數，故我民法特依習慣設有明文規定：「依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。如以指印十字或其他符號，代簽名者，在文字上經

二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力」(三條)。但法律如有明文規定，必須本人自寫者，自不適用此種規定。例如自書遺囑，即其適例(一一九四條)。

第五 生前行爲、死後行爲

區別之標準

法律行爲有因行爲人之死亡而後發生效力者，謂之死後行爲，亦曰終意行爲，例如遺囑是。反之，則爲生前行爲。大部分之法律行爲，殆皆爲生前行爲。法律上對於此二種行爲所以設有區別者，因死後行爲發生效力時，行爲人業已死亡，故特別設有規定，以確保當事人之真意，藉免利害關係人之爭議也。

第六 獨立行爲、補助行爲

區別之標準

法律行爲之不具有獨立實質的意義者，謂之補助行爲，例如同意、允許……是。反之，則爲獨立行爲。

第七 主行爲、從行爲

區別之標準

法律行爲之中，有以其他法律行爲之存在，爲其發生效力之前提要件者，是謂從行爲，爲其前提之行爲，則爲主行爲。例如夫妻財產制契約以婚姻之成立爲前提，故夫妻財產制契約爲從行爲，婚姻爲主行爲。質權設定契約及保證契約以債權契約或借貸契約之存在爲前提，故質權設定契約及保證契約爲從行爲，債權契約及借貸契約爲主行爲。主從行爲如皆爲契約時，亦曰主契約與從契約。

第八 有因行爲、無因行爲

區別之

標準

凡財產上之出捐行爲，於當事人之主觀上必有其一定之原因。如出捐行爲與其原因於法律上互相結合不可分離者，謂之有因行爲，亦曰要因行爲。反之，則曰無因行爲，亦曰不要因行爲。買賣贈與等契約皆爲有因行爲；反之，票據則爲無因行爲之適例。

第三款 法律行爲之標的

第一項 總說

法律行爲之有效要件

法律行爲之有效要件與其成立要件不同。法律行爲之成立要件云者，法律行爲之成立所必要不可缺之事實也。若無此種事實，法律行爲即無從存在。法律行爲之成立要件有爲各個法律行爲之

特殊成立要件，亦有法律行爲之一般成立要件。一般的成立要件即標的，當事人及意思表示三者是也。普通法律行爲雖係成立之後，即生效力，但法律行爲之成立期，與效力發生期，有時未盡相同（例如遺囑須俟遺囑人死亡始生效力），故成立要件，與有效要件，遂亦有區別之必要。蓋法律行爲之發生效力以法律行爲之成立有效爲前提，而法律行爲之成立之有效，則必須其成立要件，具備一定之狀態。是謂之有效要件。法律行爲之有效要件如下：

(一) 標的 欲期法律行為之有效，則法律行為之標的，必須具備以下各要件。

(1) 確定；

(2) 可能；

(3) 適法；

(4) 正當。

(二) 當事人 法律行為之當事人，須具有行為能力。何謂行為能力？前已言之，無行為能力人及行為能力人所為之行為之效果如何？如何為之補充救濟？當俟次項，再為說明。唯應注意者，如當事人依法律行為處分權利時，於行為能力而外，尚須具有處分能力。權利人通常固皆就其自己之權利有處分能力，然親權人及破產管理人等，皆就他人之權利，有處分能力者也。

(三) 意思表示 法律行為原以意思表示為必要之要素。意思表示原為當事人之效果意思表示。於外部者，欲期其意思表示完全有效，自須其表示與真意一致，且無何等瑕疵。意思表示之欠缺瑕疵時，其效力如何，詳細當容後述。

法律行為之標的

法律行為之標的，行為人所企圖實現之效果，亦即法律行為內容之謂也。法律行為制度之目的，即在當事人表示企圖發生何等效果時，法律承認其意思，並助成其效果之發生，既如前述。雖然，

法律並非就一切法律行為，概行承認，予以助力。必須適合法律之理想，具備法律之要件。然後當事人之意思，始能發生法律上之效果。是以關於法律行為之效果，當事人如有所爭執時，首應就法律行為之標的，明白確定；確定之後，更視其是否可能；然後，再就現代法律理想考察之，視其是否適法，是否具備社會的妥當性。故吾謂法律行為之標的，必須具備（1）確定，（2）可能，（3）適法，及（4）正當諸要件也。以下即依此順序，分別說明於後。

第二項 標的之確定

標的之

確定

法律行為之標的，必須確定。蓋法律行為之內容如漫無鵠的，則遇有爭執，訴之法院時，法院亦無從為漠然之判決，強制其發生何等效果也。然法律行為之標的，現在雖未確定，但將來得依一定之標準以確定之者，自亦無妨（日本大正五年三月十四日大審院民事判例參考）。法律行為之標的，如何使之確定，是為意思表示之解釋問題，蓋因法律行為之內容原為當事人所企圖發生之效果故也。

意思表示之解釋

法律行為原以意思表示為要素，法律對於法律行為所賦予之效果，不過對於當事人意思表示所企圖發生之效果，與以法律的助力而已。然普通人為意思表示之際，其所為之表示行為（語言舉動等），往往失之曖昧，且不完全，對於此等曖昧不完全之意思表示，如何使之明瞭完全，是為意思表示解釋之第一任務。加之，普通人大都缺乏法律知識，所為之意思表示往往為非法律的。此等非法律的意思表示如何賦

予法律的觀念俾得適用法律，是為意思表示解釋之第二任務。

解釋之

關於意思表示之解釋，各國民法類皆設有一般的標準（法民法一一五六條——一一六四條，德

標準

民法一三三條、一五七條、瑞債法一八條）。我民法亦於第九八條規定：「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」。然就上述解釋之本質觀之，則解釋之標準，尙不止當事人之意思，必須更依其他各種標準，以期確定意思表示之內容。茲依據學理，就意思表示解釋之標準，列舉說明如左：

（一）當事人之目的

探究當事人所企圖之經濟的、社會的目的，使法律行為之全內容，適合其企圖之目的，是為解釋意思表示之第一標準。民法第九十八條之規定，要即明申此旨，學者頗有以為意思表示之解釋，應探求當事人之真意，所謂當事人之真意，即表示人之內心的效果意思者。此種思想，實係墨守個人意思自治之思想，以為法律行為之效果，應以當事人之意思為準繩者，不知意思表示原係效果意思與表示行為二者結合而成（後詳），意思表示之成立，實係以表示行為為關鍵。內心的效果意思，雖可左右法律行為之效力（例如錯誤、虛偽表示等），然對於法律行為之內容，則毫無影響。故第九十八條之規定，不過謂解釋意思表示不應拘泥於所使用之文字，應察悉當事人所企圖之趣旨而已，並非必須探及當事人之隱藏之意思也。此外，內容矛盾之條項，應設法使為統一的解釋，且應務期內容之有效可能，亦為各國民法中所一再倡示之標準。例如立嗣制度，雖為我國現行民法所不

承認，然如當事人以遺囑指定某人爲其嗣子者，則依現行法解釋而探究當事人企圖之目的，應解爲以遺囑指定繼承人（一一四三條參照），使之有效，不得拘泥於所用之辭句。又如「抵押權爲對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣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，稱爲質權而不稱爲抵押權，亦不得拘泥於所用之辭句，即謂非屬抵押權之設定也。」（最高法院二十八年上字五九八號判例參考）（註）。

（二）習慣

關於意思表示之解釋，如當事人之意思不明時，則自應依習慣以決定之。所謂習慣即各該地方以及當事人所屬階級之習慣。我民法對此雖無明文，然吾人所爲之意思表示，應爲習慣所支配，似不待言。是以「地方習慣，自足爲探求當事人真意之一種資料。如果該地習慣，出典不動產多書立賣契，僅於契尾載有原價到日歸贖，或十年二十年期滿贖等字樣，則除有特別情形，可認爲當事人之真意別有所在，自應解爲典權之設定，不得拘泥於所用賣契之辭句，解爲保留買回權之買賣契約」（司法院二十八年院字一八九七號解釋參考）。雖然，是否應以習慣爲標準，應純客觀的決定之，不得因當事人偶然的不知，即排斥習慣之適用也。至所適用之習慣，須不違反公共秩序，或善良風俗（二條），原屬當然。

（註）關於意思表示之解釋，可參看司法院二十九年院字一九五三號及三〇年院字二一一〇號解釋。

(三) 任意法規

任意法規與強行法規不同，當事人可遵守可不遵守（民法總則編立法原則第二），當事人之意思表示如與任意法規不同時，可以排斥任意法規（七十一條），固不待言。然當事人如無特別意思表示時，任意法規遂為法律行為解釋之標準。任意法規因其解釋的作用，復可定為二種：其一，為補充的規定，即於當事人意思表示不完全時，以之補充者也。在此等情形，民法多用「契約另有訂定者……」等字樣，但亦並不盡然，例如出賣人之擔保責任（三四九條以下），即其適例。其二，為解釋的規定，即於當事人意思表示不明瞭時，以之解釋者也。在此等情形，民法多用「推定為……」字樣，但亦不必盡然，例如主物從物之規定（六十八條），即其適例。二者之作用，雖有不同，而其為法律行為解釋之標準，用以助成私法自治則一也。

次之，關於數量確定之標準，我民法設有明文規定，即「關於一定之數量同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不符合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準」（四條），蓋因文字之書寫，通常皆較號碼為慎重故也。又「關於一定之數量，以文字或號碼為數次之表示者，其表示有不符合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以最低額為準」（五條），其以最低額為準者，自不外保護債務人之意。然於此二種場合，法院仍應觀察具體的情形，並斟酌地方之習慣，以探究當事人之真意，必於最後仍不能決定當事人之原意時，始有其適用者也。

(四) 法理

德國民法第一五七條規定：「契約應順虛交易慣行，依誠實信用之原則解釋之。」我民法雖無明文規定，然誠實信用，原為民法最高原則，不僅行使債權履行債務應以誠實信用之方法為之已也（二一九條參照）。是以若依法理言之，則於解釋法律行為之際，應以誠實信用之原則，作為解釋標準，自屬當然（一條）。所謂例文解釋應否有效，亦應以法理為解決標準。何謂例文，即「約載文字，習慣上可認為普通用語者，係因該文字與事實相反，且與當事人真意不符，在立約當時即有視為具文不令生效者也」（最高法院二十一年上字第一〇七四號判例）。此種情形既為意思與表示應當一致之例外，易使契約本旨趨於混淆，故法院於契約文字，究係普通用語抑係真意表示，發生爭執時，應綜核全部事實及是否合於習慣，為合理之解釋也（同上判例）。

於上述各種標準而外，學者尚有以表示時之情形，為解釋之標準者（最高法院十七年六七七號及二十一年上字一三〇九號判例參考）。然表示時之情形，毋寧視為組成表示行為之要素，或更適當，蓋吾人所為之言語舉動，非考慮表示當時之情形，不能明瞭其真意，於解釋表示行為之際，應就當時之一切情形為全體觀察，自屬當然。

不確定
之內容

法律行為之內容，如依上述各種標準，從事解釋，仍不能確定時，則其法律行為無效。此所以學者以法律行為標的之確定，為其有效要件之一也。

第三項 標的之可能

標的之可能

法律行為爲實現私法自治之行為，故法律行為之內容原得由當事人自由訂定。然其內容必須有實現之可能；若無實現之可能，則雖法律亦無法予以助力，促其實現。故標的不能之法律行為，應爲

無效。

不能之意義

不能之意義

法律行為之內容，是否有實現之可能，應依社會之一般通念，客觀的定之。不特理論上絕對不能者，謂之不能（例如挾泰山以超北海），即於物理上有實現之可能，然於社會之通念咸認爲不能者，亦爲不能。然其不能必須爲確定的，如僅爲一時的不能，而其不能情形顯然可以除去者，不得謂爲不能也。

不能之種類

所謂不能之情形，復可依種種標準而爲分類，茲就其重要者列舉說明如左：

(一) 法律的不能與事實的不能

因法律上之理由而不能者謂之法律的不能；因事實上之理由而不能者謂之事實的不能。法律的不能，半由於其內容違反強行法規而不能，此種情形毋寧謂爲標的適法與否之問題。法律的不可能亦有爲理論上之不能者，如以所有人之所有物讓於本人。然此等區別，毫無實益，似無詳細研究之必要。

(二) 主觀的不能與客觀的不能

法律行為之內容因當事人個人之理由實現不能者謂之主觀的不能，否則，則為客觀的不能。主觀的不能，不問其不能之情形於行為時是否即已存在，對於法律行為之效果，毫無影響，故自法律效果而言，主觀的不能不得謂為不能也。

(三) 原始的不能與後發的不能

不能之事係於法律行為成立之時已經確定者，謂之原始的不能，例如訂結買賣房屋之契約，於契約成立之前夜，房屋業已焚毀，於法律行為成立之時，尚屬可能，行為成立後，始行確定為不能者，謂之後發的不能，例如契約後其房屋焚毀，致出賣人不能交付標的物。後發的不能為債務履行不能之問題，非法律行為有效要件之問題。反之，以原始的不能事項，為法律行為之標的者，其法律行為無效。民法對此雖僅就契約設有規定（二四六條參照），然其他法律行為，亦均相同。但以原始不能為標的之契約，如有一方之當事人與有過失時（契約締結上之過失），對於受損害之他方當事人負有損害賠償責任，其契約並非全然無效（二四七條一項參照）。其詳當讓諸債編總則，茲不多贅。

(四) 全部不能與一部不能

法律行為內容全部不能者謂之全部不能；反之，僅其一部不能謂之一部不能。因內容之一部不能，立法

律行爲之目的如卽不能達到時，其法律行爲固應全部無效。否則於可能範圍之內應解釋爲其法律行爲就其他部分仍爲有效成立者也（二四七條二項參照）。

第四項 標的之適法

標的之

適法

法律行爲之標的，須爲適法。蓋因法律行爲原爲適法行爲之一種，因其適合法律制度之精神，故賦予法律上之效果，其內容自須適法，無待煩言。

強行法
之違反

強行法規與任意法規不同，直接與社會一般的利益有所關係，做不許個人之意思，任意左右。強行法規之中，又有強制規定與禁止規定之別。強制規定爲強制爲一定之行爲之法律規定，例如民法第九八三條第一一三八條及第一一八九條之規定是。禁止規定爲禁止爲一定之行爲之法律規定，例如民法第九八三條及第七五七條之規定是。法律行爲違反強制及禁止之規定者無效（七十一條）例如繼承人之順序爲強行法規，變更繼承人順序之契約，自屬無效。但對於此原則，亦有例外。法律行爲之內容雖違反強行法之規定，但其規定並不以之爲無效者，則並非無效。例如民法規定典權約定期限不得逾三十年，自屬強行法規，但約定年限逾三十年者並非無效，不過應縮短爲三十年而已（九一二條），卽其適例。

脫法

行爲

脫法行爲云者，迴避強行法規之規定，以適法之手段，企圖實施不法之目的者也。所謂違反強行法規，固不以直接與法文表面相抵觸者爲限，表面與法文雖無不合，而違反法律規定之精神者，亦應

包括在內。故此等脫法行為自亦非法律之所許，例如因迴避利息限制之規定，故巧立名義（例如手續費等）企圖獲得限定以上之利息，其契約自屬無效。雖然，有應注意者，是否脫法行為，應依現代之法律理想為批判之標準，固非僅依外形所可決定，例如動產之讓與擔保（即以擔保債權為目的將動產之所有權讓與債權人而其占有則仍屬於債務人），因與動產質權之規定相抵觸，故日本過去學說判例皆以為脫法行為應為無效；而最近之學說判例則皆承認動產之讓與擔保非脫法行為，仍屬有效，即其一例。

第五項 標的之正當

標的之

正當

法律行為為制度之目的，並非對於個人一切意思活動，悉賦予絕對的效力。必須個人之欲望與社會生活之要求一致，始能發生法律上之效果。是以法律行為之標的，不得以反社會的，或反道德的事項為內容，自屬當然。故法律行為之標的須正當，亦為法律行為有效要件之一。我民法第七十二條規定「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效」。蓋即申明此旨者也。

公序良俗之觀念

公序良俗之觀念，始見於羅馬法，法國民法及日本民法仍之（法民法一一三一條、一一三三條、日民法九〇條）。亦有僅用公共秩序之字樣者，如暹羅民法（暹民法一二條），亦有僅用善良風俗之字樣者，如德國民法、瑞士債務法（德民法一一三八條一項、瑞債法二〇條一項）。我民法則仿日民法

之用語例，規定爲「公共秩序及善良風俗」，就理論言之，自極正常。蓋公共秩序與善良風俗二種觀念，固不免互相重複，且與上述適法之觀念，亦不無雷同之處，然此等重複雷同之點，不特非立法之疵累，且有綿密周到之處。例如「財產不得移轉」之契約雖非違反善良風俗，但實違反公共秩序，又如姦通以外私通關係，雖不得謂爲違反公共秩序，但實違反善良風俗，可見此二種規定，正可相倚爲用也。

公序良俗之意云何？原不易爲之下一精確之定義。據余所信，公共秩序蓋謂國家生活，社會生活之一般的要求，而非各個場合國家社會之政治經濟的利益。善良風俗則謂國民之一般的道德觀念，而非當事人或審判官之個人主觀的道德主義。二者之範圍，固大部分一致，理論上亦不易爲之嚴格區別，不過前者以國家社會之秩序爲主眼，後者以道德觀念爲準繩而已。然現行民法，凡違反公序良俗之行爲，概爲無效。故最近學者多以「社會的妥當性」一語，概括的代表此二種觀念焉。

公序良俗之內
容

公序良俗之觀念，原因時代社會而變遷，具體列舉，殆不可能。是以學者對於此種觀念，頗有以爲係法律干涉道德，審判官兼爲立法，極端加以非難者。不知法律之規定，往往失之板滯，不克適應社會生活之變遷，賴有此種彈性的規定，始能順應時代觀念之進步，就各種情形，求其具體的妥當。故此種規定之抽象，正爲其生命所在，固不得引爲瑕疵，妄事譏議。然欲運用公序良俗之規定，使之適合當代社會生活之要求，避免審判官個人放恣之結果，必須研究過去之判例，聽取社會及學者之批判，並就當代之社會思想，社會制度，爲

精確之觀察。因就過去中日判例中所見者，依大體之標準，分類說明如次，俾使初學者得明瞭公序良俗內容之大旨：

(一) 違反人倫者

母子不同居之契約（日本明治三十二年三月二十五大審院民事判例），夫妻離婚後使所生子女與父或母斷絕關係之契約（民國二十四年司法院院字第一三四一號解釋），以及俟離婚後即為婚姻之預約（日本大正九年五月二十八日大審院判例），皆屬無效。

(二) 違反正義之觀念者

委託收買贓物之類唆使他人為不正行為者固為無效（日本大正八年十一月十九日大審院刑事判例），即以支付金錢為對價，約定不為惡事，亦違反正義觀念，應為無效（日本明治四十五年三月十日大審院刑事判例）。正當之行為因與金錢相結合發生同樣結果者，頗為不少，例如就自己之義務而要求相對人給與報酬之契約，即其一例（民國三年上字七四二號前大理院民事判例）。

(三) 限制自由過甚者

娼妓契約固非完全無效，然如拘束身體自由過甚，則其契約無效（日本大正七年十月十二日，十年九月二十九日十三年四月一日大審院判例）。蓋因自由之限制，原以不背於公共秩序或善良風俗者為限故也。

(十七條二項)

(四)顯然爲射倖性者

人類有其射倖心理，企圖一時微倖之利益，此種射倖性之契約，固非吾人所得完全否認，但射倖亦自有其限度。一方取得偶然的利益，他方如不蒙受損害，固亦無妨。反之，一方之利益如以他方偶然之損失爲犧牲，則在反社會性之標準之下，不盡有效（在日本有效之判決，如明治三十六年三月二十八日，同年六月三十日，同三十八年十一月三十日大審院判例，無效之判決，如大正五年八月十二日之大審院之判例）。我國判例對於買空賣空行爲，嚴格取締，蓋亦出於同樣之趣旨也（民國四年上字一三三八號，七年上字五三七號，八年上字七八三號前大理院判例，及民國二十一年上字四四六號最高法院判例）。

(五)國民經濟上有重大障礙者

附有永久不得讓與之條件贈與土地者，禁遏土地之流通，有害社會經濟之一般的利益，應爲無效（日本明治三十二年三月十五及同四十五年五月九日大審院判例）。

反社會
性之態
容

以上所述，係就中日判例中所見公序良俗之內容略予例示，茲更依據學理，就反社會性之態容，分類說明如左：

(一)法律行爲之目的反社會性者

權利之得喪變更

例如以私通、賭博、犯罪等爲標的之法律行爲，不問其條件如何，對價有無，概爲無效。

(二) 法律行爲之目的因法律上強制而帶反社會性者

例如離婚，不爲營業，娼妓營業……等其自身雖非違法行爲，但如以法律手段相強制，自爲反社會性的行爲。

(三) 因與金錢的利益相聯絡而帶反社會性者

例如官吏執行正當職務而受取金錢的利益，其契約之目的在執行正當職務固爲正當，但與金錢利益相結合，遂爲反社會性之行爲。

(四) 因附條件而帶反社會性者

凡附加不法條件之法律行爲或以不爲不法行爲爲條件之法律行爲，皆屬無效（舊民法一二二條參考）。例如以不犯名譽毀損之犯行爲條件給與金錢即其一例。

動機

之不法

法律行爲之動機，違反公序良俗時，其行爲是否無效？學說殊不一致。過去通說以爲動機之不法如亦影響及於法律行爲之效力，則相對人有蒙受不測損害之虞，故動機之不法，並非無效。然近日學說，則動機之不法如已表示於外部，則即構成法律行爲之內容，其行爲亦應無效。詳言之，行爲之動機，如僅密藏於內部而未明白表露，則其動機縱爲不法（例如以殺人之動機購買匕首），其行爲仍爲有效，以保護交易之

安全。反之，其動機如已表現於外部（例如表示借入賭本或表示經營不法營業而租賃房屋），則可視為法律行為之內容，依民法第七十二條之規定，應為無效者也。

暴利行為

往昔羅馬法有所謂「非常損失之法則」(laesio enormis)為優帝所規定。優帝以為出賣人迫於急需，賤價出售其物，所得價金，與實價相差過鉅，雖係自願出賣，實非完全自由意思，故規定出賣人以半價之額以下出售其貨物時，對於買受人有契約解除權。法國民法仍之（法民法一六七四條、一六七五條）。

因此，德國民法及瑞士債務法皆有暴利行為（Wuchergeschäft）之規定（德民法一三八條二項、瑞債法二一條）註。日本民法對此雖無明文規定，近日學者則以為暴利行為為違反公序良俗之行為，亦應無效（如我妻榮教授及石田文次郎博士皆採此種見解）。我民法則仿德瑞民法之立法例，於七十四條規定「法律行為係乘他人之急迫、輕率、或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得以利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付」。至聲請之時期，則以法律行為為後一年內為限，蓋因法律行為之效力，不能使其久不確定故也。唯法院依上述「規定撤銷法律行為，不僅須行為人利用他人之急迫、輕率、或無經驗而為法律行為之主觀情事，並須該法律行為有使他人為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形，顯失公平之客觀事實，始得因利害關係人之聲請為之」（最高法院二八年上字一〇七號判例參考）是。其

（註）德國民法規定暴利行為無效。反之，瑞士債務法則規定得請求給付物之返還。皆與我民法之規定不同。

適用範圍原以財產上之行爲爲限，對於身分上之行爲，自無適用之可能。例如雙方當事人訂立兩願離婚契約，並非使爲財產上之給付或爲給付之約定，自無依上述規定撤銷之餘地也（同趣旨參考最高法院上述判例）。

第四款 法律行爲能力

第一項 總說

行爲

能力

行爲能力云者，乃得爲完全有效法律行爲之能力。吾人前已言之。蓋有權利能力者，不過能享有私權負擔義務而已。至其如何能以自己之意思表示成立有效法律行爲，則爲行爲能力之有無問題。故當事人之具有行爲能力，亦爲法律行爲有效要件之一。

有行爲

能力人

法人與自然人，既同爲法律上之人格者，亦可享有權利，負擔義務，故於其權利能力範圍之內，法人亦有行爲能力。法人之機關之行爲即爲法人自身之行爲，均如前述。反之，自然人之行爲能力問題，則爲自然人是否得依自己行爲，惹起法律上之效果。我民法規定，自然人之行爲能力，共有三種：（一）無行爲能力人，（二）限制行爲能力人，及（三）有行爲能力人。無行爲能力人爲禁治產人（十五條）及未滿七歲之未成年人（十三條一項）。限制行爲能力人爲七歲以上之未成年人（十二條二項）。成年人及未成年人已結婚者

皆爲有行爲能力人（十三條三項）。有行爲能力人所爲之法律行爲，自應完全有效，固不待言。反之，無行爲能力人及限制行爲能力人，皆不得爲完全有效之法律行爲，然則於成立法律行爲之際，應如何爲之代理補充，遂成問題。以下卽就此分別說明之。

第二項 無行爲能力人

第一 無行爲能力人

無行爲能力人

我民法所謂無行爲能力人，卽民法第十三條第一項規定未滿七歲之未成年人及第十五條規定之禁治產人是也。民法規定此等人爲無行爲能力人，其立法理由，固有不同。而其所爲之法律行爲，皆絕對不能發生法律上之效力者也。

無行爲能力人之法律行爲

無行爲能力人所爲之法律行爲，於法律上有何等效力，各國法律之規定，原極區區。在日民法之立法例，並無無行爲能力人與限制行爲能力人之區別，凡無行爲能力人之行爲，並非完全無效，不過得依法撤銷而已。反之，德、瑞民法之立法例，則於無行爲能力人之中，又設有一定之階段，限制行爲能力人所爲之行爲，並非完全無效，不過得撤銷而已；而無行爲能力人之行爲，則爲當然無效。我國民法，係仿自德、瑞之法例，故無行爲能力人所爲之法律行爲完全無效，無行爲能力人自爲之意思表示，固屬無效（七十五條前

段)且不得自他人受領意思表示者也(九十六條)。無行為能力人既不得自為法律行為，故必須法定代理人為之代理，即由法定代理人代為意思表示或代受意思表示是也(七十六條)。雖然，有應注意者，無能力程度之規定，原以財產交易之行為為主，至身分上之行為，則多別有規定，不必據總則編之規定。例如禁治產人於訂立變更或廢止夫妻財產契約時，應得其法定代理人之同意(一〇〇六條)，則禁治產人如已得法定代理人之同意即可訂立變更或廢止夫妻財產制契約。又如我民法規定無行為能力人不得為遺囑(一一八六條一項)，所立遺囑，固屬無效，且遺囑之性質，亦不許代理，故無行為能力人自無為遺囑行為之機會。至禁治產人在回復本心時是否能為有效之婚姻，法無明文，解釋上不無爭議，然余以為依民法第九百九十六條規定，禁治產人在回復常態時亦得為完全之婚姻，如係在無意識或精神錯亂中為之者，其婚姻亦非無效，不過得撤銷之而已。

次之，非無行為能力人而其意思表示係在無意識或精神錯亂中者，既無意思能力則行為之意思表示自不成立，應為無效，原不待言(七十五條後段)。

第二 法定代理人

法定代理人

無行為能力人之行為既屬無效，故必須有法定代理人制度，以保護無行為能力人之私益，兼及社會交易之安全。故民法規定無行為能力人由法定代理人代為意思表示或代受意思表示(七十

六條）已如前述。

法定代理人云者，蓋爲意定代理人以外之代理人，卽依法律之規定，有代理本人爲法律行爲之權限，其行爲之效果，依代理之規定，直接歸屬於本人者也。無行爲能力人之法定代理人在未成年人，爲其父母及監護人。禁治產人則爲其監護人。未成年人之父母同爲法定代理人（一〇八六條），然對於未成年子女之權利原則上應由父母共同行使，如父母對於權利行使之意思不一致時，由父單獨行使之。父母之一方不能行使時，由他方行使之（一〇八九條）。故父母之爲法定代理人，自爲共同代理人，應共同爲代理行爲（一六八條參照）。而未成年人之父母均不在，或均不得行使權利時，則爲之置監護人（一〇九一條）。其爲監護人者，或由於其父母之指定，或由法律之規定，或係由親屬會議之選定（一〇九三條、一〇九四條）；監護人爲受監護人之法定代理人（一〇九八條），但爲不動產之處分時，則應得親屬會議之允許（一一〇一條）。至爲禁治產人之監護人者，應由父母之指定或法律之規定，如不能依法律之規定時，由法院徵求親屬會議之意見選定之（一一一條）。其法定代理權大致準用未成年人之規定（一一三條）。

第三項 限制行爲能力人

第一 限制行爲能力人之能力

限制行

為能力人

限制行為能力人云者，即我民法第十三條第二項規定之滿七歲以上之未成年人也。此等人雖非全無識別能力，然身心之發達，尚未充分，知識仍極欠缺，故使其行為能力受有一定之限制。然未成年入如已結婚者，仍使其行為能力受法律上之限制，固多不便，若夫妻同為未成年人，各別服從其法定代理人之指揮，事實上尤多困難，故我民法採取結婚成年制，未成年人已結婚者，即有行為能力（十三條二項）已如

前述。

限制行為

人之能力

限制行為能力人於原則上不得單獨為有效之法律行為。欲為有效之法律行為，應得法定代理人之允許（七十七條）。其未得允許而為之法律行為，又因其為單獨行為與契約而異。單獨行為依一方的意思表示即行成立，如免除債務、捐助財產、懸賞廣告……等，多為行為人之不利益，故限制行為能力人未經法定代理人允許而為單獨行為者，其行為無效（七十八條）。縱經法定代理人事後承認，亦不能使其有效。反之，契約則為雙方行為，利害參半，故限制行為能力人所訂之契約，並非完全無效，須經法定代理人承認，始生效力（七十九條）。限制行為能力人於限制原因消滅後承認所訂之契約者，其承認亦與法定代理人之承認，有同一效力（八十一條）。

能力限

之例外

限制行為能力人雖以應得法定代理人之允許，始得為意思表示或受意思表示為原則，但對此原則，又有下列四種之例外情形，無庸法定代理人之允許，限制行為能力人即得單獨為法律行為。

(一) 純獲法律上之利益者 (七十七條但書)

純獲法律上之利益云者，即單純取得權利，免除義務之行為 (日民法四條一項但書)，對於限制行為能力人毫無損害之虞者也。例如受領不附負擔之贈與，及無償寄託之受寄人爲寄託物之返還之類是。此種行為必須限制行為能力人不喪何等權利，不負何等義務，故於經濟上雖爲限制行為能力人之利益，然於法律上並非單純獲得利益之行為時，仍不得單獨爲之。例如買賣、互易、抵銷、附有負擔之贈與、債權之清償……等，縱與限制行為能力人有利，亦不在此限。

(二) 依其年齡及身分日常生活所必需者 (七十七條但書)

此種規定，爲德、日民法中之所無，蓋係仿自英國法必需品契約 (Contracts for necessities) 之立法例而設者 (Infants relief acts, 1874)。蓋依其年齡及身分日常生活所必需者，如必須一一取得法定代理人之允許，自屬不勝其煩，足以妨礙未成年人之生活。是否爲日常生活所必需者，自應依其年齡及身分定之，然實際上認定之困難，自所不免。英國法之規定，屢爲學者之所非難，即職此故。

(三) 法定代理人允許其處分之財產 (八十四條)

對於法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人就該財產，亦有處分能力，不必再逐取得法定代理人之允許。唯其允許處分之財產，有指定一定用途者 (例如旅行留學)，亦有不定者 (例如零

用錢。前者限制行為能力人僅就指定之範圍內，有處分之能力；後者，則得任意消費。然其允許處分之財產，必須有一定之範圍，若許可其為全財產之處分，殆與限制行為能力之解除無異，則為法律所不許。

(四) 法定代理人允許為獨立營業者

限制行為能力人因其環境關係，往往有自行經營營業之必要。當是時，若仍一切行為均須取得其法定代理人之允許，自不能達到營業之目的。因此，法定代理人若允許限制行為能力人為營業者（註），關於其營業，行為能力（八十五條一項）唯此處所謂營業固不特以商業為限，凡以營利為目的之事業，皆包括在內。例如自由職業、工業、農業及其他一切實業，均屬之。日本大審院且有判例謂藝妓亦為營業（日本大正四年十二月二十四日大審院民事判例參考）。所謂關於其營業，蓋指經營營業之直接間接必要之行為而言。上述之日本判例曾判決藝妓為購入應徵時所需之衣服而成立消費借貸契約，亦為有關營業之行為，其解釋可供吾人參考。限制行為能力人如經允許，獨立營業，即有行為能力。所謂有行為能力，即與成年人有同樣之行為能力，於營業

（註）關於營業許可之條件，日民法規定，依親屬法之規定，以法定代理人之權限（日民法六條）；德民法則規定須經監護法院（Vormundschaftsgericht）之許可；德民法一二條一三條）；瑞民法則規定須經監護官廳（Vormundschaftsbehörden）

許可（瑞民法四一二條）。法民法則須受治安推事（Juge de paix）之監督，皆用以審核其允許之當否，且可明瞭其允許之有無也。我民法對此，獨付闕如，其立法之當否，不無疑問。

範圍之內，法定代理人應解爲無代理權，以免妨害限制行爲能力人爲適當之經營也。——限制行爲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之（八十五條二項）。撤銷云者，對於將來失其營業允許效力之意，與允許之撤回同。限制則爲一部之撤銷，即允許爲數種營業時，就其中之一種禁止其繼續營業是也。但禁止爲特定之營業行爲或限制其不得爲若干元以上之交易，則與許可營業之性質不合，故非法之所許。限制與撤銷皆向將來發生能力，不能溯及既往，自屬當然。限制行爲能力人既獨立爲營業，若法定代理人得任意加以禁止，則勢必影響及於交易之安全。故民法規定，以「有不勝任之情形」爲要件，始許可法定代理人撤銷或限制其營業，以防止法定代理人之任意禁止其活動，並使一般第三人有所警戒。如何始爲「不勝任之情形」，自應就具體的事實，依客觀的標準定之，所不待言。

第三 法定代理人之允許權

允許權

法定代理人有代理權，得代理限制行爲能力人爲法律行爲，固不待言，於限制行爲能力人自爲法律行爲時，並須取得法定代理人之允許，即法定代理人對於限制行爲能力人，有給與允許之權利。關於身分上之行爲，因特別尊重本人之意思，以不許代理爲原則，因此法定代理人之允許權之範圍，亦應以其有代理權限之財產法上之法律行爲爲限，原則上不得及於身分上之行爲；但民法對於身分上之法律行爲亦往往規定須得法定代理人之同意（九七四條、九八一條、一〇〇六條、一〇四九條）。雖然，須注意者就身分行

爲，承認同意權之理由，與財產行爲之承認允許權，其立法趣旨，迥有差別。故未成年入於結婚後雖已有完全行爲能力，仍有時須取得法定代理人之同意也（一〇〇六條、一〇四九條參照）。

允許之性質

法定代理人之允許云者，法定代理人爲使限制行爲能力人所爲之特定行爲有效，於其行爲前對於限制行爲能力人表示贊同其行爲之意思之謂也。允許亦爲法律行爲，其行爲之標的在就限制行爲能力人之爲特定行爲補充其行爲能力。故允許係於限制行爲能力人所爲之行爲而外，法定代理人自身所爲之獨立的行爲，可謂爲補助的法律行爲（Hilfsrechtsgeschäft）；並非從屬的法律行爲，構成限制行爲能力人行爲之一部者也。是以法定代理人之允許爲無效或撤銷時，限制行爲能力人之行爲並非亦當然無效或因而撤銷，不過仍爲效力未定之法律行爲而已。

允許之方法

允許不必依一定之方式爲之，故爲不要式行爲，即限制行爲能力人之行爲爲要式時亦然。且依明示默示均得爲之，例如親權人默認其子女之經營營業，代司金錢之出納，即可視爲默示之營業允許（日本明治三十四年大審院刑事判例參考）。然如祇有未表示不同意之消極的事實，於理論上尙不得謂爲已經允許也。

允許之相對人

法定代理人所爲之允許，原爲有相對人之法律行爲，其相對人即限制行爲能力人，故其允許之意思表示，自應對於限制行爲能力人爲之。但如對於限制行爲能力人之法律行爲之相對人爲之，亦

無不可。我民法對此特仿德民法之立法例（德民法一八二條一項參考），設有明文（一七條），自無疑義（註）。

概括的允許

法定代理人所爲之同意應就各個特定行爲爲之。若預見各個特定行爲而一併予以允許，自屬無妨。若未預見其內容，不限定範圍之概括允許，是否有效，學者有爭，余以爲應就第七十七條以下各條之立法精神以決定之，如就大體可以預見之一定範圍（例如留學、旅行、或勞動……等），爲概括的允許，亦無不可（八四條、八五條參照），然若範圍未加限定之概括的允許（允許限制行爲能力人得爲任何種類法律行爲），則等於能力限制之免除，應屬無效，固無庸疑。

允許之撤回

法定代理人已爲允許之後，是否尙得撤回其允許？營業之允許得爲撤回，我民法設有明文規定，已如前述。其他之行爲，則未設何等規定，解釋上不無疑義。限制行爲能力人如已依據法定代理人之允許爲法律行爲，自不許再行撤回，然如其爲法律行爲以前，應解爲得無條件撤回允許。何則？蓋法定代理人之允許，原以保護限制行爲能力人爲唯一之理由，於允許之後，如因情事變更，或發現認識錯誤，法定代理人認爲有撤回之必要時，自應許其撤回，始足以達到保護限制行爲能力人之目的也。

（註）日民法對此，因無明文，故有肯定否定二說。我民法既有明文規定，自無發疑之餘地。胡長清氏謂爲解釋問題似係疎繆（胡著：中國民法總論二三七頁參考）。

允許
與
承認

允許爲能力之補充，故須於限制行爲能力人爲法律行爲以前爲之，於限制行爲能力人行爲後，法定代理人承認其行爲時，則謂之爲承認，承認非能力之補充，而係效力之補充，其性質上固有差異，然其區別之點，要因其時間前後之不同也。

第四 相對人之保護

相對人
保護之
要

限制行爲能力未得法定代理人之允許而締結之契約，非經法定代理人之承認（或於限制原因消滅後，限制行爲能力人之承認），即不生效力結果，其契約之相對人悉視限制行爲能力人方面之意思而轉移，位於不確定之狀態。是不僅對於相對人不利，且有害一般交易之安全。查無能力制度之由來，原係爲保護無能力者個人之收益而設，若因此而使其相對人獲有不測之損害，且影響及於一般交易之安全，自不得謂爲法理之平。故法律上對於相對人特有保護之必要。是以我民法仿德、日民法之立法例，允許相對人向限制行爲能力人方面催告其是否承認或撤回其意思表示。至限制行爲能力人用詐術時，則強制其行爲仍屬有效焉。茲分別說明之如左：

催告權

催告權與事實上之催告有別。對於特定人要求爲特定行爲，即謂之爲催告；然事實上之催告，相對人如不爲何等答覆時，法律上並不發生何種效果。反之，如催告人之相對人對於催告不爲何等行爲，於法律上亦必發生一定之效果，則此等催告人之地位，亦爲一種權利。關於其催告之效果，及其法定要件，皆

成問題。限制行爲能力人之相對人對於限制行爲能力人方面，得催告其是否承認。如不爲何等答覆時，亦即發生一定之效果，自爲一種催告權，與事實上之催告不同。以下即就其意義、內容、效果分別予以說明：

(一) 催告之性質

催告爲通知相對人要求其爲一定行爲之意思，故爲意思通知之一種。此種行爲能發生法律上之效果，故與單純之事實行爲不同，然其效果不必爲行爲人自身所希望，故非法律行爲或意思表示，是以催告之性質，學者咸稱之爲準法律行爲，關於法律行爲及意思表示之規定及理論，亦得準用之。例如非對話人間所爲之催告，自其達到時發生效力（九十五條）。催告中所定之期間，即自其時起算。

(二) 催告之方法

催告之內容，即在催告使之確答是否承認。其方法，法律上並無何等之限制，故不必有一定之方式，口頭書面，均無不可，但欲發生法定之效果，必須附有一個月以上猶豫期間（八十條）。此種期間原爲催告之要件，故相對人若不附期間或所附期間在一個月以下者，悉爲無效。

(三) 催告之相對人

催告之相對人，通常固應爲限制行爲能力人之法定代理人（八十條）。但限制行爲能力人於限制原因消滅後，亦有承認權，故相對人亦得對之爲催告，使之確答是否承認（八十一條）。

(四) 催告之效果

相對人催告之結果，限制行為能力人方面，表示承認，則其契約自始即完全有效（一一五條）反之，如拒絕承認，則其契約為自始無效。然此種結果，尚不得謂為催告之直接效果。催告自身之效果，在於限制行為能力人方面於催告期內未為何等確答時，始行表現。依我民法規定，催告之後，若於所定期間不為確答者，視為拒絕承認（八十條二項）。其本意實為拒絕，抑為承認，在所不問，於期間經過之後，亦不得再為承認。

撤回權

限制行為能力人所締結之契約，在未經承認前，係位於不確定之狀態，已如前述。民法為保護契約之相對人，以免其長受契約之拘束，特許其有撤回權（八十二條）。

(一) 撤回之性質

撤回云者，撤回已生效力之要約或承諾，使契約失其效力之意思表示也。撤回既為意思表示，其應適用關於意思表示及法律行為之規定及理論，自屬當然。為撤回之權利，謂之撤回權，亦為形成權中之一種。

(二) 撤回之方法

契約之相對人撤回其要約或承諾之意思表示時，應以意思表示為之，固不待言。其撤回之方法，法律上亦無何等限制，不過須具備以下二要件時，始能行使其撤回權：(1) 須在契約承認前；(2) 須訂約時不知限制行為能力人未得有允許耳（八十二條但書）。

(三) 撤回之相對人

撤回權行使之相對人，通常固應對限制行為能力人之法定代理人爲之，但對於限制行為能力人本人爲之，亦無不可（德民法一〇九條參考），在限制能力原因消滅後，則爲限制行為能力人本人，固不待言。

(四) 撤回之效果

撤回之效果即在使已生效力之要約或承諾失其效力。限制行為能力人所爲之契約其效力原處於不確定之狀態，因相對人之撤回，契約即根本失其效力。撤回以後，契約已失效力，相對人不得更爲催告，法定代理人亦不得再爲承認，均屬當然，但須注意者，限制行為能力人訂結契約時，如曾用詐術時（八十三條），則其契約原屬有效。雖相對人亦不得再行撤銷，固無庸疑。

限制行為
能力
人之詐術

各國立法例所以設有無能力制度，原在保護無能力者之利益。如限制行為能力人使用詐術使相對人誤信其爲有行為能力人與之締結契約，則此等限制行為能力人自無優予保護之必要。於此等情形，救濟相對人之法律手段，原有二種：其一，相對人以受詐欺爲理由，撤銷其意思表示（九十二條），其二，以侵權行爲理由，請求損害賠償（一八四條）。然第一種方法，徒使法律關係趨於複雜；第二種方法則又嫌損害之證明算定，諸多困難，皆非所以保護相對人之道。因此，無寧使限制行為能力之行爲，完全有效，則相對人可以實現其原有之希望，不致蒙受何等損害，問題之解決，最稱圓滿。故我民法亦仿法、日民法之先例，設有八十三

條之規定。

(一) 詐術之要件。

適民法第八十三條之規定，必須具備左列之三要件：

(1) 用詐術 詐術之意云何，學者間向有二種主張。其一，為狹義說，即所謂詐術，較普通詐欺之意略強，係以一種積極的策略，使其相對人迷惑之意也。例如出示偽造之身分證明書，偽造法定代理人之允許書，或使證人陳述虛偽之事實，始為用詐術，若不採用積極的手段，例如相對人問其是否有行為能力，答曰有，或相對人誤信其為成年亦不與之聲辯，欺其失察，與之交易……等，均不得謂為詐術。其二，為廣義說，即所謂詐術為限制行為能力人使相對人信其為有行為能力人所用之各種手段，不必積極的策略，即消極的故意引起對方誤信或加強其誤信，亦包括在內。余以為就社會交易安全之保護而言，仍以採廣義說為是也（日本昭和二年十一月二十六日大審院民事判例參考）。

(2) 「使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許」 限制行為能力人自稱為已成年或已結婚使人信其為有行為能力人，或雖承認為限制行為能力人但表示已得法定代理人允許其為營業，或特別許其為該特定行為，皆應適用第八十三條之規定。

(3) 相對人之誤信 此一要件，雖於法文上未設規定，解釋上則屬當然。蓋因第八十三條之立法理由，非

用以制裁限制行為能力人，實為保護相對人之規定。限制行為能力人縱用詐術，相對人如未為所欺，自無適用此種規定之必要也。

(二) 詐術之效果

具備以上三要件時，則限制行為能力人所為之行為，即屬完全有效，無庸再經本人或法定代理人之承認。即限制行為能力人，亦不得行使撤回權，已如前述。

第五款 意思表示

第一項 意思表示之成立

第一 總說

意思
表示

意思表示為法律行為之構成要件中必要不可缺之法律事實。法律行為所生之法律效果，皆依其意思表示之內容定之。是以關於法律行為之效果問題，皆與意思表示之內容關係甚切。因此意思表示之問題，遂為法律行為之中心問題焉。

意思
表示之
成立

意思表示之成立，通說皆依意思表示成立之心理的經過為標準，以為意思表示之成立，須具備三要素：其一，為效果意思，即個人決定企圖一定效果之意思；其二，為表示意思，即發表效果意思之意

思，其三爲表示行爲，即發表此等意思之有價值之行爲。三種要素之中，並以內心的效果意思爲其主體，此蓋純爲個人本位法律理想之表現。蓋在個人本位之法律觀念，以爲人之取得權利，負擔義務，應純由於個人之意思，法律行爲既以私法自治爲最高原則，故意思表示之成立，必須有本人之效果意思，且須經過表示意思，表示於外部。然個人內心之意思如何，原非外部所得窺知，如貫徹上述理論，則交易之相對人，不免蒙受不測之損害，是以最近社會本位之法律觀念，遂放棄個人意思自治之理想，以爲意思表示並非以個人之心理的意思爲發生法律效果之主權者，意思表示不過於私人間作成規律個人生活關係之規範而已。因此，意思表示遂應改以表示行爲爲本體，純粹客觀的以觀察之。而意思表示之成立，從而僅須具備（一）表示行爲及（二）效果意思二種要素，表示意思不必加入要素之內焉。

第二 意思表示之成立

表示
行爲

吾人於社會生活中個人之交涉，皆由於外部之行爲。是以意思表示欲期其發生法律效果，必須有表現外部之行爲，且其行爲必須有使他人得客觀的推斷自己意思之價值（表示價值）。此種有表示價值之行爲即爲表示行爲。表示行爲或爲積極的作爲，或爲消極的不作爲；爲依言語文字爲之，或以動作爲之，或爲明示，或爲默示，均無不可。有時就四圍之情事推察之，即沉默，亦不失爲有表示價值。當事人就其表示方法如有特約者，表示人自可依其特約採取此等表示方法。總之，表示人爲客觀的有表示價值之動靜時，其表示

行爲即行成立。唯有須注意者，既謂爲表示行爲，自須爲有意識的動靜。睡眠中之動作，因不可抵抗之強制所爲之機械的舉動，皆非出於有自覺之精神作用，原不得謂爲行爲，自無成立表示行爲之價值，固不待言。

效果

表示行爲爲表示於外部之行爲，就其表示行爲，必須足以推測其內心有欲發生一定效果之意思，

意思

是謂之效果意思。效果意思之內容，通說謂爲「企求私法上效果之意思」或謂爲「於必要時，縱

訴諸法律手段，亦所不辭」。此種解釋，主要之目的在使意思表示之效果一概歸屬於個人之意思，故不惜出於擬制之方法。事實上吾人爲一定之意思表示時，卽着重於其法律上之效果者，殆不多見。故予以爲毋寧謂爲「企求社會關係上事實之效果，而法律上可以賦予效果者」，或較妥切。是以表意人無庸表示企求某種法律的效果（例如，取得房屋之所有權）（只須表示企求某種事實之效果（如買房）卽可。但有應注意者二事：（1）效果意思之內容，須具有效果意思之價值。如親子夫妻間之瑣屑借貸，友朋交際間之約會以及純粹宗教上之約束，則只受人情、道德、宗教之規律，不生法律上之效果者也。（2）表意人如表示不發生法律的效果，只成爲道義上之問題時，則法律於原則上固應是認之，不使之發生法律上之效果也。倘無上述二種情事，其所企求發生之事實上效果，爲法律所欲助成其實現之法律上效果者，卽爲效果意思。

表示

通說，意思表示之成立，於表示行爲與效果意思二種要素而外，尚須有表示意思，以爲二者之聯絡。

意思

所謂表示意思之意義若何，說亦不一。有謂表示意思爲真意表示之意思者，有謂表示意思爲對於

表示價值之自覺者；有謂表示意思爲有法律的意義之自覺者，此等主張，皆係就表意人之心理的現象，分析意思表示之成，僉爲個人本位之法律思想之表現。倘依此說，則縱有表示行爲之存在，然因不具備表示意思，其意思表示即不克成立，自屬不當；故爲吾人所不採，已如前述。

第二項 意思表示之效力發生時期

第一 意思表示之成立與有效

效力發生時期 法律行爲之成立與其效力之發生，未盡同時，已如前述。而在各個之意思表示，此種現象，更爲顯著。蓋成立爲表意人一身之現象，效力發生則爲對相對人之問題也。是以意思表示之發生效力時期，因其意思表示有無相對人而有莫大差異。

無相對人之意思表示

無相對人之意思表示云者，其意思表示之成立不必對相對人爲之者也。其意思表示既無特定之相對人，故無庸考慮是否已經達到對方爲對方理解與否等問題。是以於意思表示成立之時，以即行發生效力爲原則。但對此原則，亦未始無例外。如捐助章程（五十九條）、懸賞廣告（一六四條）及遺囑（二九九條）皆有特別之規定也。

有相對人之意思表示

有相對人之意思表示云者，其意思表示之成立必須對相對人爲之者也。有相對人之意思表示之中，又因其相對人爲對話人抑非對話人而有差異。對話人與非對話人區別之標準，非空間之區別，

而以意思表示之達到是否須經過一定之時間爲斷。故意思表示達到相對人時有多少時間的間隔無從直接交換意思者爲非對話人，否則，卽爲對話人。是以藉書信電報與遠地之人通訊，因爲非對話人，卽同處一室而以書簡傳達意思亦爲非對話人。反之，依電話、旗語以爲意思表示，縱有空間之距離，亦係對話人，筆談亦爲對話人。依使者而爲意思表示時，究爲對話人抑非對話人，不無疑問。余以爲如以使者傳達完成之意思表示時爲非對話人，反之，如以使者爲表示之機關則爲對話人。我國民法對話人與非對話人之意思表示效力發生時期，並不一致，故對此問題，不無區別之必要也。

第二 非對話人之意思表示

非對話人之意思表示

非對話人之意思表示，自何時發生效力。就理論上言之，得有四種不同之立法主義。

(一) 表白主義 意思表示之外形具備時，其效力卽可同時發生，例如書信之作成。

(二) 發信主義 表意人之意思表示離開其支配範圍時，其意思表示卽生效力。例如書信之付郵。

(三) 達到主義 意思表示達到相對人之支配範圍時，始生效力。例如書信之送達對方。

(四) 了解主義 意思表示達到後，須俟相對人了解，始生效力。例如書信經對方閱覽，始生效力。

以上四種主義，各有得失，倘依第一種主義，則意思表示或僅成立而未向外發送，倘依第二種主義，則相對

人尙未受領其意思表示，即使其意思表示發生效力，令相對人受其拘束，對於相對人之利益，自屬保護未周。反之，若採取了解主義，俟相對人了解始生效力，對於相對人自極妥當。然相對人如因故意或怠慢，未了解其意思表示時，其意思表示即不發生效力，則表意人之利益，純由相對人而左右，對於相對人之保護，又嫌過分。自表意人方面言之，意思表示如已達到對方之支配範圍，即已盡其最大能事，不能再行努力，故折衷雙方之利害，以達到主義爲最妥當。是以各國民法僉採此種主義（德民法一三〇條一項，日民法九七條一項）我民法亦然（九五條一項）。

達到

達到云者，意思表示達到相對人之支配範圍，置於相對人可以了解狀態之謂，並非相對人占有其表示之文書之意也。例如書信送達對方之信箱，或交於相對人之同居之家屬、親屬、傭人，相對人縱未聞視，亦可謂之達到。然表意人以口頭將意思表示之內容告知相對人同居之家屬、傭人時，其意思表示尙不得謂達到，必須其家屬或傭人將其意思表示之內容傳達相對人始可謂爲達到。但此等家屬、傭人如有受領意思表示之權限時，則表意人對之告知意思表示之內容時，其意思表示亦與達到相對人有同一之效力。

達到主義之結果

非對話人間之意思表示採取達到主義，因達到而生效力，既如前述，因此遂發生以下各種結果：

（一）意思表示之不到或遲到爲表意人之不利益，如催告期間之計算，應自達到之時起算（日本昭和二

年一月二十五日大審院民事判例參考)

(二)表意人於意思表示達到前可以任意撤回其意思表示。但撤回之意思表示至遲須與前一意思表示同時達到(九五條一項但書)到達後，相對人縱未了解，亦即不得撤回。

(三)表意人於意思表示發生後，忽然死亡或因受禁治產宣告而為無行為能力人，或其行為能力受有限制(例如八十五條二項之情形)，其意思表示並不因之失效(九十五條二項)。蓋因意思表示之效力雖因達到而發生，而其意思表示之成立則係於其表示行為完成之時故也。同理，意思表示發出後，表意人喪失意思能力或其權限消滅者，亦應同樣解釋。

公示
送達之
例外

須向相對人為意思表示，而相對人之住處不明或表意人不知其姓名時，則其通知即無從達到，效力亦不能發生，不實甚。故我民法仿德民法(一二二條)之規定，表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名居所者，得依民事訴訟公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知(九十七條，民訴一五五條參照)。

第三 對話人間之意思表示

對話人
間之意
思表示

對話人間之意思表示，其效力發生期若何？德、日民法皆無明文，因之，學者間頗多議論。通說亦與非對話人間之意思表示同探達到主義。意思表示已置於客觀上可能了解之狀態，即行發生效力。反

之，我民法則明文規定其意思表示以相對人了解時發生效力（九十四條）。蓋對話時或因方言之差異，或因聽覺之關係，其意思之誤會，在所難免，故採取了解主義，以防此弊。然於對話之際，相對人如故意掩耳不聞，其意思表示是否發生效力？解釋上不無疑問也。

第四 意思表示之受領能力

受領

意思表示達到相對人之支配範圍，謂之達到，自相對人方面言之，則謂之爲受領。我民法就意思表示之效力發生，既係採取達到主義，則對於意思表示之受領，似無要求特別能力之理由。然所謂達到，原以相對人之可能了解狀態爲前提，故對於未成年人及禁治產人之識別能力不完全者，自應特別予以保護。是以我民法就意思表示之受領能力，遂不得不設有明白之規定。受領能力者，得有效受領表意人之意思表示之能力也。受領非行爲，故受領能力非即行爲能力，固不待言。

能力

無受領能力人

無行爲能力人應由法定代理人代受意思表示，爲第七十六條明文規定，而限制行爲能力人受意思表示則應得法定代理人之允許，亦爲第七十七條所明定。故向無行爲能力人或限制行爲能力人所爲之通知，以其通知達到其法定代理人時，發生效力（第九十六條）。依上述規定，無行爲能力人及限制行爲能力人皆爲無受領能力人。但其意思表示對於限制行爲能力人純與以法律之利益或經其法定代理人之允許者，德國民法明文規定，自意思表示達到於限制行爲能力人時發生效力（德民法一三一條二項）。我民

法雖無明文，解釋上亦應相同，即就其他限制行為能力人有行為能力之範圍內，亦應解為有受領能力（七七條八四條、八五條參照）。蓋受領能力雖與行為能力之意義有別，然於有行為能力之範圍內，若非同時享有受領能力，事實上不能完成其行為故也。

以上所述，自係就非對話人間為意思表示者而言。至於對話人間所為之意思表示，其受領能力若何，我民法未設明文。余以為應類推適用第九十六條之規定，凡向無行為能力人或限制行為能力人對話為意思表示者，以其意思表示為法定代理人所了解時，發生效力。但於限制能力人有行為能力之範圍內，則自其意思表示為限制行為能力人所了解時，發生效力。

第三項 意思表示之欠缺

第一 總說

表意與
真意之
不一致

一切之效果意思，皆因表示而後始可由外部窺知，其由外部窺知之意思，謂之表意，其內部之意思，謂之真意。真意如何，只表意人本人知之，他人所得而知之，只有表意而已。表意如與真意一致，自無問題。若不一致時，則究應以何者為標準，以決定其意思表示耶？對此問題，學者間有三種主義：

(一) 意思主義

此爲過去薩維尼 (Savigny) 文德賽 (Winds heid) 等多數學者所主張，以爲意思表示之成立，必須有內的效果意思之存在。否則即屬無效。此蓋傾向於保護當事人者，爲個人本位法律觀念之表現。良以在個人本位之法律觀念，意思表示原爲當事人企圖法律效果之意思之表示。如表意與真意不一致時，亦使當事人爲其表意所拘束，未免有失意思表示之本旨也。

(一) 表示主義

此爲羅拓麻 (Lotmar) 但慈 (Danz) 等之主張，以爲表意人之意思，不可直接得知，只能通過其發表手段認識之而已。故爲保持交易之安全，不問其真意如何，只以其所表示者爲標準，從而賦予法律上之效果。此則偏重於保護交易之安全，純爲社會本位之法律理想，爲保護財產交易之動的安全，不惜犧牲個人財產之靜的安全者也。

(二) 折衷主義

鄧伯義 (Demburg) 龍哈德 (Leo hard) 等，以爲以上二種主義成趨極端，故主張折衷於二者之間，或以意思主義爲基本，但爲保護相對人之利益，承認若干例外，或以表示主義爲原則，但於例外時，亦須考慮表意人之利益。

以上三種主義，要皆言之有故，持之成理，余以爲意思主義與表示主義，並非單純之理論問題，基於意思表

示之理論，即可決定，實爲斟酌交易之安全與當事人之保護，於立法技術上所應決定之問題，於立法論上，極端之意思主義與表示主義，皆難採取，而應折衷二者，以圖當事人之保護與交易之安全之調和。是以現行各國民法，多採折衷主義，或以意思主義爲主，或以表示主義爲主，但皆承認有例外。就我民法之規定觀之，則以表示主義爲原則，而爲保護表意人之利益，間亦承認若干例外，不得謂非最善之立法例也。

意思之

欠缺

眞意與表意之不一致者，普通咸稱之曰意思之欠缺，以與後述之意思之瑕疵相對待，亦曰非眞意表示。其中又有二種情形：其一，當事人知其眞意與表意不一致而爲意思表示者，換言之，即其意思之欠缺，係出於當事人之故意者也，是爲虛僞表示。其二，當事人不知其眞意與表意之不一致而爲意思表示者，換言之，即其意思之欠缺，係出於當事人之不意者也，是爲錯誤。虛僞表示有二種，一爲單獨虛僞表示，即表意人一方所爲之虛僞表示，一爲通謀虛僞表示，即表意人與相對人通謀而爲虛僞表示者也。單獨虛僞表示之中，又有預期相對人以爲眞意之表示者，亦有不預期相對人以爲眞意之表示者。後者通稱之爲諧謔表示。

第二 單獨虛僞表示

單獨虛

僞表示

單獨虛僞表示云者，表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲意思表示者也（八十六條）。單獨虛僞表示通常恆稱爲中心保留，蓋謂表意人心中實保留有不欲之意思也（德民法一一六條參考）。亦有專稱此種意思表示爲非眞意表示者，蓋謂表意人知其非眞意而爲意思表示也（日民法九十三條

參考)用語雖有不同,意義初無二致。

要件

單獨虛偽表示之成立,必須具備之要件有四:

- (一) 意思表示之存在,即爲有表示價值之意思表示
- (二) 表意與真意不一致;
- (三) 表意人自知其不一致;
- (四) 表意人無欲爲其表示所拘束之意思。

具備上述要件,即構成單獨虛偽表示,例如爲取得相對人之歡心,爲贈與之要約,其實無贈與之真意者,即其一例。唯須注意者,單獨虛偽表示表意人之真意,原在排除表示之效力。反之,如就義務之發生,並無排除之意思,不過對於義務之履行,並無真意者,不得謂爲單獨虛偽表示,例如負擔債務,自始即無履行之意思者,非單獨虛偽表示也。

諧謔表示

諧謔表示云者,表意人爲虛偽表示時,原預期相對人認識其非真意者也,換言之,即預期相對人了

解其表示之爲虛偽表示者也。例如伶人於戲劇上所誦之臺詞,教師於教室所作之票據及遺囑之標本以及戲言等類皆屬之。德國民法對於諧謔表示與單獨虛偽表示分別設有規定,單獨虛偽表示之規定,與

我民法第八十六條之規定相同，反之，諾謔表示則完全無效（德民法第一一六條第一一八條參照）。我民法則仿日本民法之立法例，就諾謔表示並未另設規定。日本學者通說，諾謔表示亦應適用該國民法第九十三條之規定，但諾謔表示既爲他方所明知，故因適用同條但書而無效，與德國民法亦可發生同樣之結果。我國民法，自亦可作同樣解釋。

單獨虛偽表示之效力

單獨虛偽表示原則上並不因其非表意人之真意而無效（八十六條），即與心中未設何等保留者，有同一之效果。蓋於此種情形，相對人不免誤信其爲真意表示，從而蒙受何等不測之損害。若尊重表意人之意思，使其意思表示無效，同時畀與相對人以損害賠償請求權，不若即使其意思表示有效使之能與真意表示發生同樣效果，較爲得策也。

但對於上述之原則有一重要之例外，即表意人心中保留真意之情形，如爲相對人所明知者，則其意思表示，仍屬無效（八十六條但書）。蓋因上述規定，原以保護相對人爲目的，相對人如明知其非真意表示，自無優予保護之必要故也。唯相對人所明知者，只須消極的知其非真意表示足矣，並無積極的認識其真意之必要，固不待言。其時期，則以行爲時（即相對人了解時）爲標準。

適用範圍

關於單獨虛偽表示之規定，不限於有相對人之意思表示，即一方的意思表示亦應有其適用。例如所有物之拋棄、遺囑之作成，於此等情形，一般人皆得認識其非真意時，其意思表示應爲無效。

次之，單獨虛偽表示規定之適用，是否限於財產法上之意思表示，抑於身分法上，意思表示，亦應有其適用？學者所見，尙未一致，余以爲身分法上的意思表示應絕對尊重表意人之意思，不似財產法上之意思表示，應考慮交易之安全及相對人之保護。故對於婚姻、收養行爲等，不同相對人是否明知其非真意，皆因其缺乏真意，意思表示即應使之無效也。

對於第三
三人
之效力

單獨的虛偽表示因相對人知其非真意而無效時，是否得以其無效對抗善意之第三人，因其不似第八十七條之有明文規定，故學者通說僉認爲對於善意之第三人亦可主張其無效。然爲保護一般第三人起見，似應類推適用第八十七條一項之規定，解爲「不得對抗善意第三人」也。

第三 通謀虛偽表示

通謀虛
偽表示

通謀虛偽表示云者，表意人與相對人通謀而爲之非真意表示也（八十七條）。通常即稱之曰虛偽表示，以與上述之心中保留相對待。然此種命名，對於二者之關係，似欠明瞭，故余名之曰通謀虛偽表示，俾顧名義與單獨虛偽表示，可以區別其同異也。

要件

通謀虛偽表示與單獨虛偽表示之不同，即在其與相對人之通謀。故通謀虛偽表示之成立，於單獨虛偽表示之各要件以外，尚須有一要件，即就其非真意表示，須與相對人通謀爲之。例如債務人爲避免財產之扣押，與相對人通謀，假裝買賣契約，將財產所有之名義移轉於相對人，是其適例。通謀虛偽表示通

常固皆依契約形式爲之，然就有相對人之單獨行爲，亦可成立。例如，與債務人通謀僞爲債務之免除，即其一例。通謀虛僞表示通常雖多出於欺騙第三人之目的，但並不以此種特定之動機爲必要也。

通謀虛僞表示之效力

通謀虛僞表示之效力，依當事人間及其與第三人間而異。茲分述之：

(一) 當事人間之效力

通謀虛僞表示既爲表意人與相對人通謀而爲之虛僞意思表示，當事人間均知其意思之欠缺，法律上已無賦予何等拘束之必要，故於此種情形已不必顧慮相對人之保護，不妨採取意思主義，使其意思表示無效（八十七條一項）。

(二) 對於第三人之效力

通謀虛僞表示於當事人間，固不生何等效力。然對於信賴表示行爲之外形之第三人，則不可無特別之保護。故民法規定「不得以其無效，對抗善意第三人」（八十七條一項但書）。蓋因虛僞行爲之結果，第三人蒙受損害時，固可依侵權行爲請求損害賠償（日本明治四十五年五月六日大審院民事判例及昭和二年三月五日大審院民事判例參考）。然虛僞行爲之無效，對於第三人之權利關係，影響所及，殊非淺鮮，故有此種特別規定也。

第三人之意義若何，學說不一。日本判例間採取狹義解釋，謂第三人須爲就虛僞表示之標的有法律上之利益者（日本大正九年七月二十三日及同年十月十八日大審院民事判例參考）。余以爲應從廣義解釋，即虛僞意思表示之表意人相對人及雙方之包括承繼人（例如繼承人）以外之一般人，皆可謂爲第三人。所謂善意之第三人，卽不知其虛僞表示之事實與相對人爲交易之第三人也。例如假裝買賣，自假裝之買受人善意取得所有權者，假裝之債權行爲自假裝之債權人善意受讓其債權者，皆所謂善意之第三人也。

何謂不得對抗善意第三人？議論亦極多歧，依余所信，則不得對抗，並非謂虛僞表示於當事人間無效而對於第三人則係有效也。虛僞表示於當事人間固屬無效，卽對於第三人之關係，亦屬無效，不過第三人如係善意時，則依法律之保護，可以否認其無效而已。換言之，虛僞行爲之當事人主張無效時，善意第三人可以承認其無效，亦可加以否認者也。善意之第三人否認虛僞行爲之無效時，在對於第三人之關係，虛僞行爲與有效行爲發生同一法律效果，不特虛僞行爲之當事人，卽其他之第三人，亦不得對於善意之第三人，再主張其無效也。（日本明治三十七年十二月二十六日大審院民事判例參考）。

復次，有須注意者，表示人與相對人通謀而爲之虛僞行爲，必須其法律行爲於外形上已經成立，如因缺乏法律行爲之成立要件，其法律行爲尙未成立時，自不發生虛僞表示之問題。例如消費借貸以借用物之交付爲其成立要件（四七五條）。其借用物尙未交付時，消費借貸尙未成立，第三人縱係善意受讓債權證書，第三人亦

不克取得債權也。

適用範圍

通謀虛偽表示之規定，對於身分上之行爲，是否亦應有其適用，不無疑問。通謀虛偽表示於當事人間無效，身分上之行爲，亦與財產上之行爲無異。然當事人間之無效的身分行爲，如不得對抗第三人，即對於第三人之關係上，無效的身分行爲，亦可有效。未免有違身分關係之本質，故應解爲身分上之虛偽行爲，不問對於何人，皆應絕對無效。例如當事人間並無成立收養關係之意思而爲收養行爲，或夫妻同謀而爲假裝之離婚，即對於善意第三人亦屬完全無效者也（日本明治四十四年六月六日及大正十一年二月二十五日大審院民事判例參考）。

隱藏行爲

隱藏行爲（*dissimulierte Geschäft*）云者，於虛偽意思表示之下，隱藏有他項法律行爲者也。換言之，即表面爲虛偽表示，同時於其中隱藏有真正之意思表示者。例如，於買賣之名義下，隱藏有贈與或租賃之意思表示者也。隱藏行爲並不因其意思表示之隱藏，即行無效，其有效無效，應視其是否具備一般的法律行爲之有效要件以決定之。隱藏行爲如具有他種法律行爲之有效要件，則其行爲仍屬有效，並應適用該項法律行爲之規定，原屬當然（八七條二項）。

信託行爲

次之信託行爲亦與通謀虛偽表示以同而實異。信託行爲云者，當事人爲達到一定的經濟上之目的，不採取與其目的相一致之法律上的手段，而採取超過其目的之法律上的手段，所設定之法律

行爲也。例如其經濟上之目的爲債權之擔保但不採取與其目的相一致之手段，於其自己之所有物上設定質權或抵押權，反之，採取超過其目的之手段，將物之所有權移轉於債權人，使債權人於擔保債權之目的行使其所有權，卽其一例。又如以收取債權爲目的，不採取委託收取之手段，而將其債權讓與相對人，使之於收取債權之目的之下，行使債權，亦爲信託行爲之一種也。

信託行爲爲超過經濟上之目的而設定之法律行爲，不過其經濟上之目的與法律上之手段不相一致而已。與通謀虛僞表示當事人通謀阻止其法律行爲之效果之發生者，究有不同。蓋在信託行爲，當事人係以移轉所有權之真意爲移轉所有權之意思表示，以讓與債權之真意爲讓與債權之意思表示，皆係出於真正之效果意思而爲之表示，故必具備法律行爲之必要有效要件，信託行爲，自屬有效。因信託行爲受讓財產權之相對人，於法律上當然爲真正之權利人，不過負擔有一定之債務，於信託行爲之經濟上目的之範圍，行使其權利耳。相對人如違反其義務，行使其所取得之權利，致信託人受有損害時，相對人因義務之違反，應爲損害賠償，固不待言。

第四 錯誤

錯誤
之意義

錯誤云者，表示之內容與內心之意思不一致，而爲表意人自身之所不知者也。表意人自身不知其不一致，故與單獨虛僞表示通謀虛僞表示，均有差別。表意人既爲意思表示，自表示之意味言

之，自應發生效力，但因此對於表意人，不免有蒙不測損害之虞，若以之爲無效，則又有有害於交易之安全，故於無害於相對人之範圍，就錯誤效果之發生，加以阻止，保護表意人之利益，以期適合私法之理想，此爲錯誤規定之立法理由。我民法所規定之錯誤，又有種種情形，因其錯誤之方式不同，而法律上之效果，亦不盡一致，茲分述之。

內容之錯誤

表示之內容與內心之意思不一致，其情形最爲顯著者，厥惟意思表示內容之錯誤，何謂意思表示內容，前已言之，卽就表示行爲依客觀的解釋所決定之表意人企圖之效果也。意思表示內容之錯誤，卽意思表示之內容與表意人內心的意思齟齬不一致也。如何始爲意思表示內容之錯誤，當以主觀客觀兩種標準觀察之。所謂主觀的標準，卽表意人非出於錯誤，卽不爲意思表示。但表意人主觀的判斷，因人而異，且非由外部所可窺知。因此未免有害於相對人及第三人，且影響及於交易之安全，故更應參酌客觀的標準，取決於一般之交易觀念，卽非常事人個人之無常識，一般人處於此種地位，亦易爲同樣錯誤表示者，始可認爲意思表示內容之錯誤，茲就其重要者，例示一二如次：

(一) 標的物同一性之錯誤 例如誤信甲馬爲乙馬而購入之。

(二) 當事人其人其人之錯誤 例如誤乙爲甲當事人其人其人之錯誤在現實買賣，不得謂爲內容之錯誤，然在信用買賣、借貸、贈與，則爲內容之錯誤。

(三)標的物之價格數量之錯誤 例如就抵押不動產之價格認識錯誤而設定抵押權(日本大正三年十二月十五日大審院民事判例)。

(四)法律的錯誤 例如誤信連帶爲保證。

表示之錯誤

表示之錯誤與內容之錯誤不同。內容之錯誤係因認識與對象之不一致而爲錯誤表示，故其意思與表示均同時存在，不過其間欠缺一致而已。反之，表示之錯誤則爲對於對象全然欠缺認識，換言之，即僅有表示存在，但對於表示之事項，則根本並未認識者也。故表示之錯誤亦曰不知。我民法規定「表意人若知其情事，即不爲意思表示……」云者，即係專就表示之錯誤而爲規定者，例如不知第二審訴訟勝訴，而爲和解契約(日本大正七年十月三日大審院民事判例參考)，即其一例。

動機之錯誤

動機之錯誤爲意思表示之緣由之錯誤，例如誤信自己之雨衣失落定購新雨衣，誤信物價上漲而囤積日用品……等。意思表示之動機錯誤時，如亦影響及於意思表示之效力，則未免有害交易之安定過甚。故動機之錯誤原則上對於意思表示之效力並無影響。然表意人如特別表示其動機，則亦即構成意思表示之內容，例如誤信老朽之劣馬爲受胎之良馬高價買入時，如特別表示其爲良馬，亦即內容之錯誤(日本大正六年二月二十四日大審院民事判例參考)。

次之當事人之資格及物之性質，如有錯誤，通常亦止謂爲動機之錯誤，若交易上認爲重要者，則我民法規

定其錯誤視為意思表示內容之錯誤（八八條二項）。當事人資格之錯誤，例如誤信家屬為家長，誤信高利貸為非高利貸，物之性質之錯誤，例如誤信鍍金花瓶為純金，誤信贗鼎為古物是也。至於交易上是否認為重要，自應依交易之通念就具體的情形以決定之。

表示機關之錯誤

錯誤，通常皆表意人本身為之。但有時亦有出於表示機關之錯誤者。如介傳達人（如使用人、電報技師），或傳達機關（例如電報局）以為意思表示，因傳達人及傳達機關為不正之傳達，致誤買入為賣出；或誤一百元為一百兩。傳達人及傳達機關原為意思表示之完成機關，與表意人自為意思表示，不妨同視，故我民法仿德民法之規定，亦與表意人自身之錯誤，同其效力（八十九條、德民法一二〇條參考）。然如傳達機關傳達已完成之意思表示誤傳於相對人以外之人時（例如郵政局將書信誤送與不同之受信人），則是意思表示尚未達到，自不發生效力（九十五條一項）。

誤解

有與誤傳相同而實異者，為所謂誤解。誤解云者有相對人之意思表示之受領人，受領意思表示時，其表示之了解與表示之內容不一致者也。錯誤為表意人於表示意思成立時之錯誤，誤解則為受領人受領意思表示時了解之錯誤。故誤解與錯誤之為表意與真意不一致者有異。我民法非對話人而為意思表示者，因其意思表示之達到而生效力，相對人是否了解在所不問，誤解對於意思表示之效力，自無影響（九十五條一項）。反之，對話人間之意思表示須俟相對人了解始生效力，相對人誤解時，則其意思表示，不生效力。

固不待言（九十四條）。

錯誤之效力

錯誤之法律行為，效果若何，立法例不盡相同。日本民法規定當然無效（日民法九十五條），反之，

德國民法規定爲得撤銷（德民法一一九條）。日本民法之規定偏重於個人內心的意思，故對於

錯誤之表意人保護較優，德國民法則注重個人利益與交易安全之調和。比較言之，自以德國民法規定爲正當。故我民法仿德國立法例，規定錯誤之法律行為爲得撤銷之法律行為（八十九條）。既爲得撤銷之法律行為，則表意人如不依法撤銷時，其行為仍屬有效，固不待言。但對於表意人之撤銷權之行使，於法律上復有二種限制：

（一）表意人之過失

表意人就其錯誤或不知等情事，如自己有過失者，不得撤銷（八八條一項但書）。過失爲注意之欠缺，固不待言。惟民法所謂過失，原有三種：即（一）重大過失；（二）抽象的輕過失；及（三）具體的輕過失。在無特別規定時，自以抽象的輕過失爲原則，即欠缺通常人當用之注意之謂也。例如買入不動產時未閱覽登記簿（日本大正十年六月七日大審院民事判例參考）；以股票買賣爲業者未調查公司之章程（日本大正六年十一月八日大審院民事判例），皆爲表意人之過失，即不得再請求撤銷。

（二）撤銷權之除斥期間

錯誤之法律行爲，既爲得撤銷之法律行爲，其效力是否發生，悉視錯誤表意人之一方的意思而左右，惟自交易之安全言之，相對人及利害關係人之權義狀態，皆不宜永不確定。故我民法就撤銷權設有除斥期間之規定，以限制其存續。即表意人之撤銷權自意思表示後經過一年，即行消滅（九十條）。

表意人之賠償責任

錯誤之表意人，依第八十八條之規定，撤銷其意思表示時，在表意人之利益固可賴以救濟，然在錯誤行爲之相對人或第三人，信賴其表示行爲之外形，不知其爲錯誤之意思表示時，則因其意思表示之撤銷，不免蒙受不測之損害，間接且將影響及於社會交易之安全，殊非所宜。我民法爲調和表意人之保護與交易之安全，一面許與表意人以撤銷權，同時，復規定表意人之損害賠償責任。即表意人依第八十八條之規定，撤銷意思表示時，表意人對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（九一條）。其損害賠償之範圍，自應以信賴利益（消極的契約利益）爲限，而不及於履行利益（積極的契約利益）。詳言之，相對人或第三人對於信賴其意思表示之有效所受之損害，可以請求表意人賠償，其因錯誤行爲之撤銷致未能獲得之利益，則表意人亦無賠償之義務者也。此種規定，既在保護善意之相對人或第三人，故其撤銷之原因，如爲受害人明知而可得而知者，自無再予保護之必要，表意人即不負何等責任（同條但書）。

第四項 意思表示之瑕疵

第一 總說

意思
表示之
瑕疵

因被他人之詐欺或脅迫所爲之意思表示謂之有瑕疵之意思表示。表意人因被他人之詐欺或脅迫而爲意思表示時，原爲其意思表示之動機與效果意思之內容，不相一致。法律行爲之動機既不屬於意思表示之內容，對於意思表示之發生效果，原不應有何等影響。但在此種情形，其意思表示之發動，既係出於他人之詐欺脅迫，是其意思決定之自由，受有他人之不法干涉，其意思表示之成立過程，原有缺陷，故民法爲保護表意人起見，特許其有撤銷之權利（九一條）。

詐欺
脅迫之
效果

詐欺脅迫之行爲，於民法上，皆有一定之效果。刑法以除去社會之害惡爲目的，故詐欺及脅迫往往構成犯罪，應受一定之刑罰（刑法三一九條、三六三條、三七〇條參照），同時於民法上亦須講求一定之手段，以保護被詐欺或脅迫人之利益。民法之規定，約有二種：其一，被害人對於加害人得依侵權行爲之規定，請求損害賠償（一八四條以下）；其二，被害人得撤銷其被詐欺或脅迫而爲之意思表示，以解除所受之束縛。上述刑法之處罰以及民法上之損害賠償及撤銷，各有其不同之目的，故構成之要件，自亦從而差異。一個詐欺或脅迫行爲，自不必同時發生三種效果。而民法總則所研討者則專以意思表示之瑕疵問題爲中心，論究其意思表示是否可以撤銷。是以詐欺人或脅迫人有無侵權行爲能力，對於行爲之不法，有無認識，皆非所問。詐欺人或脅迫人是否受有財產上之利益，被詐欺人或被脅迫人是否受有財產上之損害，亦與意思表示之效力

無關。唯須注意者，意思表示之撤銷，不應專就被害人之立場，加以考慮，即一般交易之安全，亦應顧及者也。

第二 因詐欺而為意思表示

詐欺
之
意
義

詐欺云者，故意欺罔他人使之陷於錯誤而為意思表示之行爲也。其成立也，必須具備下述五要件：

(一) 須有詐欺人之故意

詐欺人須有欺罔他人使之陷於錯誤而為意思表示之故意。是以詐欺人之故意，實有二重意義。第一，為欺罔他人使之陷於錯誤之故意；第二，使之因錯誤而為意思表示之故意。是以新聞雜誌上之虛偽記載雖有第一個故意，但無第二個故意，故縱有人因此陷於錯誤而為一定之意思表示，亦不得謂為由於新聞雜誌之詐欺。然如係記載虛偽事實之販賣廣告，則已有第二個故意，詐欺即行成立。

(二) 須有欺罔行爲

欺罔行爲云者對於不真實之事實表示其為真實之行爲也。或為積極的欺罔行爲，即虛偽事實之陳述，或為消極的欺罔行爲，即真實事實之隱蔽。沉默是否亦可構成詐欺，不可一概而論。於法律上或於交易之習慣上，如有告知真實事實之義務者，則沉默亦為違法隱蔽事實，構成詐欺。然如無告知義務，則因缺乏違法性，不成為詐欺。是以在有信用之大商店，構成詐欺時，如在夜市地攤，則不成為詐欺，即職此故。虛偽之鑑定，是否詐欺，亦應

依同一之標準定之。但詐欺須關於事實，如僅爲單純之意見，縱與事實不合，亦非詐欺也。

(三) 須相對人因詐欺而陷於錯誤

因詐欺人之欺罔行爲，相對人須陷於錯誤，故見相對人已陷於錯誤而不告知，不得謂爲詐欺。但如防止其發見錯誤或加強其錯誤之程度，則爲詐欺。詐欺人縱有欺罔行爲，如相對人不陷於錯誤者，亦不發生詐欺之問題。故在民法上無所謂詐欺之未遂也。

(四) 須相對人因錯誤而爲意思表示

錯誤之認識須爲其意思表示之直接動機，始成爲詐欺。否則，相對人縱因詐欺而陷於錯誤，但縱無此種錯誤，仍不免爲其意思表示者，即非因詐欺而爲之意思表示。換言之，即須有因果關係，非有錯誤，即不爲意思表示。始爲詐欺，但其因果關係於主觀上存在即已充分，不必客觀的認爲相當也。

(五) 其詐欺須爲不法

其詐欺須具備違法性，即違反誠實信用之原則，始行成立。沉默及意見之陳述之不成爲詐欺，大半即由於缺乏違法性之故。例如利用土地所有人不知其所有土地已認許爲娼妓區地價暴騰，而以廉價買受之行爲，亦不成其爲詐欺也（日本大正七年十月十四日大阪控訴院民事判決參考）。

詐欺之效果

意思表示係因詐欺爲之者，表意人得撤銷之（九二條一項）。詐欺行爲縱構成犯罪時，因詐欺而爲之法律行爲，亦有效成立，不過被詐欺人得撤銷之而已。以詐欺爲標的之法律行爲，因違反公序良俗而無效（七十二條），但此與因詐欺而爲之意思表示則純爲別一問題，未容混淆也。

因詐欺而爲之意思表示，如經撤銷，則於當事人間有絕對的效力，但如不知詐欺之情，根據此種法律關係取得新權利者，其理應保護，自更甚於表意人。故此種意思表示撤銷之效果，其無效不得對抗善意第三人（九二條二項）。例如甲被乙所詐欺，將所有之權利讓與乙，其後甲撤銷其買賣行爲，甲乙間之關係，因而無效。但對於自乙處轉買此項權利之善意第三人丙（即不知乙因詐欺而取得權利者），不得以無效爲理由，請求返還。

至其詐欺係由第三人所爲者，則因其意思表示有無相對人而異其效果。即在無相對人之意思表示無論詐欺人之爲誰何，效果概無差異。反之，如爲有相對人之意思表示，則其詐欺人爲相對人抑爲第三人，效果遂有不同。因第三人所爲之詐欺，致對於相對人爲意思表示者，則爲保護相對人起見，其意思表示以不得撤銷爲原則；如相對人明知或可得而知其詐欺者，則與相對人自爲詐欺無異，故仍畀與表意人以撤銷權（九二條一項但書）。其撤銷亦不得抗善意第三人，固不待言（九二條二項）。

撤銷權之除斥期間

因詐欺而爲之意思表示，既爲得撤銷之法律行爲，則當事人間之權利關係，永不確定，自將影響及於交易之安全，故其撤銷權之行使，應於發見詐欺後一年內爲之。如於意思表示後經過十年，亦即

不得更爲撤銷（九三條）。

雖然有須注意者。詐欺脅迫之行爲，於民法上原有二種效果，被害人除得撤銷其有瑕疵之意思表示而外，並得依侵權行爲之規定，請求損害賠償，已如前述。是以被害人於撤銷權因期間之經過而消滅後，仍不妨於民法第一百九十七條第一項所定之時效未完成前，本於侵權行爲之損害賠償請求權，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，自屬當然（最高法院二八年上字一二八二號判例參考）。

第三 因脅迫而爲意思表示

脅迫之意義

脅迫云者，爲使人陷於恐怖，而豫告危害之違法之行爲也。故脅迫欲發生民法總則上之效果，須具備下列五要件：

（一）須有脅迫人之故意

脅迫人須有脅迫他人使之陷於恐怖而爲意思表示之故意。是以脅迫人之故意亦與詐欺同，含有二重意義：第一，爲使他人陷於恐怖；第二，使之因恐怖而爲意思表示。

（二）須有脅迫行爲

脅迫行爲爲使相對人陷於恐怖之行爲，故脅迫行爲包括一切足使相對人發生恐怖心理之一切影響，或

爲對於生命、身體、自由、貞操之危害，或爲對於名譽、財產之危害，或爲對於被脅迫人本人之危害，或使他人加以危害，或爲現在之危害，成爲將來之危害……凡足以使相對人恐怖之一切事實，均無不可。即天災、地變、神罰……亦可包括在內。其預告危害之方法或爲言語，或爲文字，或爲其他之動作，均無差異；即單純之沉默，如利用他人之恐怖，亦得爲脅迫行爲。見他人陷於危險之中而不加以救助，且利用其危迫情形，使爲意思表示，亦爲脅迫，然如知其危害而因無救助之義務，故未加以救助，則不構成脅迫。

(三) 須相對人因脅迫而陷於恐怖

因脅迫人之脅迫行爲，須相對人陷於恐怖，始稱成脅迫，是以脅迫人縱預告以害惡，但相對人並不因而陷於恐怖，致爲何等之意思表示，不得謂爲脅迫。

(四) 須相對人因恐怖而爲意思表示

即恐怖與意思表示須有因果關係，但其因果關係亦依主觀的標準定之，與詐欺同。雖有脅迫而意思表示不成立時，則不發生民法上之問題，故民法上之脅迫，無所謂未遂也。

(五) 其脅迫須爲違法

德國民法以明文規定違法亦爲脅迫構成要件之一，我民法雖無明文規定，解釋上原屬當然。蓋對於權利行爲及放任行爲，相對人縱因而發生恐怖心，亦不得謂爲脅迫。例如告知債務人，不清償債務，即行起訴，或通知

僱用人不增加工資，即同盟罷工，縱令相對人感受威脅，亦非脅迫。違法性有存於行為之目的者，例如告發爲權利並非不法，故一般不得謂爲違法性（日本昭和四年一月二十三日大審院民事判例參考）。但欲因此取得不正之利益，則其目的爲不法（日本大正六年九月二十日大審院民事判例參考）。違法性亦有存於行為之手段者，例如要求清償債務原非不法。但如以殺害爲要挾清償債務之手段，則爲違法也。

脅迫之效果

因脅迫而爲之意思表示，亦與詐欺同，其表意人得撤銷之（九十二條）。但其撤銷之效力爲絕對的，對於善意之第三人亦可對抗。於此一點，則與詐欺有異。其所以規定有絕對效力者，蓋因被脅迫人本身並無過失，與被詐欺人不同，較之善意之第三人及相對人皆更有優予保護之必要故也。至於其脅迫如係由於第三人所爲時，則因不適用第九二條一項之規定，故相對人縱不知脅迫之事實，亦得撤銷之，與詐欺之情形不同。

撤銷權之除斥期間

因被脅迫而爲之意思表示，表意人之撤銷權，亦於民法上設有除斥期間之規定，與詐欺無異。即應於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（九十三條）。

絕對強制

因脅迫致使被脅迫人完全喪失其自由意思者以及身體上直接受他人之強制者，其所爲之意思表示不過徒有意思表示之外形，實質上，意思表示並不存在，則其意思表示應屬無效，與因脅迫而

爲之意思表示僅得撤銷者不同也。

單獨虛
偽表示

因脅迫而爲單獨虛偽表示時，其效力如何，解釋上不無疑問。表意人如因脅迫而爲意思表示，於其表示之際，即無爲其意思表示拘束之意思者，則並非因脅迫而決定之意思，表意人自始即於心中保留有不欲之意思。故於此種情形，應適用第八十六條之規定，其情形爲相對人所明知者，其意思表示無效。

第六款 法律行爲之附款

第一項 總說

法律行
爲之附
款

法律行爲既爲私法上自治的行爲，則其當事人自能就其意思表示所生之效果，加以限制或變更。此種任意之限制，學者謂之爲法律行爲之附款。即於此種情形，法律行爲之內容，附加有特殊之限制，與一般之法律行爲之內容，全無限制者有異。是以所謂附款並非於主行爲之外，別有附隨的從行爲，而爲法律行爲有機的一部。條件期限，即爲法律行爲附款中之最著者也。

條件
期限

條件期限云者，於吾人成立法律行爲之際，或不欲其效果，即行發生，或不欲其效果無限持續，故特設一定之限制，俟一定之事實發生，或一定之時期到來，其效果始行發生或即消滅者也。是以條件期限云者，不過爲效果意思內容之一種型態，法律因承認私法自治之原則，故就其效果意思內容之實現，亦予

以法律上之助力者也。

條件、期限既爲效果意思內容之一種型態，故其意義若何，自因各個意思表示而異。例如於具體之情形，如何之事實，構成條件或期限？其效力如何？皆不外爲法律行爲之解釋問題，自應依上述法律行爲及意思表示之通則，以解決之。民法九十九條以下所設各種規定，亦不過着眼於條件及期限之共通的性質，與以一般的解釋標準而已。

負擔

所謂法律行爲之附款，於條件及期限而外，尚有「負擔」。換言之，即於附條件或附期限之法律行爲之外，尚有附負擔之法律行爲。如民法債編分則規定之附有負擔之贈與（四一二條——四一三條），及民法繼承編規定之附有義務之遺贈（一一〇五條）是也。附有負擔之法律行爲亦係法律行爲之內容上設有特殊之限制，故與條件、期限同爲法律行爲之附款，然除此一點而外，則別無共通之原則也。

第二項 條件

第一 條件之意義

條件之意義

條件云者法律行爲之效力之發生或消滅，繫於將來成否客觀不確定事實之法律行爲之附款也。有此種附款之法律行爲謂之附條件法律行爲。析言之，則所謂條件，實具有下列之性質。

(一)條件所限制者爲法律行爲之效力發生或消滅

條件所限制者，非法律行爲之成立而爲其效力，例如「汝若考試及格我即以二百元爲贈」，其贈與契約於相對人承諾時，即行成立，不待其條件之成否，不過此一贈與契約之效力是否發生，則須視其所附之條件能否成就耳。其效力之發生不確定者，謂之停止條件。例如上述之例，「汝若考試及格，我即以二百元爲贈」。反之，其效力之消滅不確定者，則爲解除條件，例如「贈君二百元，如考試不及格，則贈與失其效力」。(註)

(二)所附之條件須爲將來客觀不確定之事實

將來客觀不確定之事實云者，即其事實之發生與否，爲法律行爲之當時客觀的不得確知者也。將來一定發生之事實則謂之期限，例如明年一月一日。又如「我死之時」其到來之時期雖不確定，但其必有一日到來，則爲事實，故亦爲期限，而非條件。至於過去之事實，例如「如昨日紐約下雨……」，縱爲當事人之所不知，然客觀上究爲既定事實，亦不得謂爲條件。「如明日下雨……」，就天象言之，固亦爲既定事實，然依現在之天氣豫報，尚不得確切知之，故仍不失其爲條件也。

(三)條件爲法律行爲之附款

(註)學者有謂於第二種情形，係贖於契約及以考試不及格爲停止條件之返還契約二種契約相合而成，解除條件，實不存在者。此種學說，故爲技巧的證明，實與當事人之意思不合，似無此等曲解之必要。

法律行為之附款者，其法律行為所附之限制，蓋由於當事人之任意者也。其非任意者，即不由於當事人之意思表示者，則非條件。如法律規定，某種法律行為效力之發生，必須具備之條件，學者通常稱之為法定條件，非茲所謂條件也。例如法人設立時須向主管官署登記（三十條），受遺贈人須於遺贈發生效力時尙生存（一二〇一條），皆其適例。

第二 條件之不許可

不得附條件之法律行為

條件既為私法自治之擴大，故法律行為以得附條件為原則。然私法自治之原則，原須適合法律之理想，故由於法律制度之理想，對於條件自得加以限制，於特殊情形之下，其法律行為往往不得附加何等條件。如附有條件時，其法律行為，即屬無效。是謂之為條件之不許可，此等法律行為謂之為「不得附條件之法律行為」。其中又有二種情形：

公益上之不許可

法律行為之性質，有不得附加條件，如附有條件即違反強行法規公序良俗及其制度之精神者，是為公益上之不許可。例如婚姻、收養行為、離婚、非婚生子女之認領、婚生之否認、繼承之承認及拋棄等身分上之法律行為，皆絕對不許附加條件者也（註）。

（註）民國二十三年院字第一三五七號司法院解釋：「查民法親屬編關於夫妻協議離婚，並無不適用附條件法律行為之規定，如果其

離婚條件確載明某乙須賠償財禮一百元，與某甲收領，始能離異字樣，自應於其條件成就後，發生效力。」而謂離婚亦可附加條件，顯違法理，自非約論。

私益上

之

不許可

法律行為之附有條件如有害於相對人之法律上之利益者，亦為法所不許。是為私益上之不許可。例如民法規定，抵銷不許附加條件（三三五條），此外，解除（二五八條），意思表示之撤銷與承認（一一六條），買回（三七九條），選擇債務之選擇（二四九條），等形成權之行使，亦不得附加條件。然此等私益上之不許可附加條件者，原在保護相對人之利益，如相對人同意或對於相對人並無何等不利利益時，則縱附條件，其法律行為亦非無效。例如一定期間內不為履行，則俟期間滿了，即行解除契約，此為解除之附有條件者，然對於相對人並無不利，故仍屬有效者也。（日本明治四十三年十二月九日大審院民事判例參考）。

假裝
條件

不得附條件之法律行為，如附有假裝條件（例如不能之解除條件，成就確定之既成停止條件，不成就確定之既成解除條件）時，應如何解釋，頗成問題。余以為如為公益上之不許可時，則表意人表示附條件之效果意思即違反法律之根本目的，縱為假裝條件，其法律行為亦為無效，其於法律行為之效果上，有無條件，在所不問。反之，私益上之不許可，原在保護相對人之利益，假裝條件既不致有害相對人之利益，附有假裝條件時，其法律行為等於無條件，自應解為有效者也。

第三 條件之種類

（一）停止條件、解除條件

區別
標準

停止條件及解除條件爲就條件之效力而發生之區別。蓋爲民法明文規定之唯一的區別也（第十九條）。

停止
條件

停止條件者，法律行爲之效果之發生，繫於不確定事實之成否，其條件成就時，發生效力，條件若不成就，法律行爲即失其效力者也。故在附停止條件之法律行爲就其效力之發生與否，引起不確定之狀態。附停止條件之契約與契約之預約不同。附停止條件之契約，僅有一個契約之存在，於其契約成立時，即發生附條件之權利義務，並不似契約之預約，其本契約尙未成立，僅發生他日締結本契約之債權債務者也。

解除
條件

解除條件者，法律行爲之效果之消滅，繫於不確定之事實者也。詳言之，即其法律行爲於成立之時，即行發生效力，不過俟條件成立時，其發生之效果即因而消滅，條件不成就時，其效果則仍行存續者也。故附解除條件之法律行爲，係就其效果之消滅與否，發生不確定之狀態。

(二) 積極條件、消極條件

區別
標準

積極條件與消極條件係以條件之內容，在其事實之發生與不發生爲區別標準。即以某種事實之發生爲其條件之內容者，爲積極條件，例如「如結婚則……」等以現狀之變更爲條件者是也。反之，以某種事實之不發生爲內容者，則爲消極條件，例如「如不結婚則……」等以現狀不變更爲條件者是也。

條件之成否

積極條件以其事實之發生（如結婚）為條件之成就；事實確定不發生（如不結婚），則為條件不成就。反之，消極條件，事實發生（結婚）則為不成就，事實確定不發生（如不結婚），則為成就。

(三) 隨意條件、偶成條件、混合條件

隨意條件

隨意條件云者，條件之成否繫於當事人一身之意思者也。隨意條件又有單純隨意條件與複雜隨意條件之別。條件之成否完全繫於當事人一身之意思者，為單純隨意條件。例如「如滿意則購買

之」。反之，條件之成否，並非只依當事人個人之意思而決定，於當事人個人意思而外，尚須有某種事實狀態之成立者，謂之複雜隨意條件。例如「我若旅行則：」「我若將自己之房產出售則：」是也。

偶成條件

偶成條件者，條件之成否，繫於不能因當事人之意思而左右之事實者也。有為自然界之事實者，例如「明日如落雨則：」，有為第三人之行爲者，例如「公路如開通則：」。

混合條件

混合條件者，條件之成否繫於當事人之意思，及與當事人之意思無關係之事實者也。例如「君如與甲結婚則……」。

(1) 偶成條件、混合條件、及複雜隨意條件得用以限制法律效果之發生或消滅，自不待言。至單純隨意條件是否有限制法律效果之效力，則成問題。此一問題，又依情形而異其解答。

(2) 單純隨意條件之繫於債權契約之債權人或物權契約之讓與人之意思者，不問其為停止條件或

解除條件，皆有限制法律的效果之效力，例如試驗買賣以買受人之承認標的物爲停止條件，即其一例（三八四條）。

（3）單純隨意條件之繫於債權契約之債權人或物權契約之讓與人之意思者，如爲解除條件時，可認爲有限制力之條件。反之，如以之爲停止條件時，則是其效果意思尙未確定，例如「如中我之意，即爲贈與」，或「於我欲何時讓與，即於何時讓與」，於此種情形，其法律行爲應解爲尙未成立也。

（四）假裝條件

假裝條件云者，僅有條件之外形，其實則非條件者也。亦曰表見條件。假裝條件之中，又有種種。因其性質不同，效果亦異。有爲其法律行爲全體無效者，有視爲無條件而有效者。茲分述之。

既成
條件

既成條件云者，以於法律行爲成立之當時成否已經確定之事實（即過去或現在之事實）爲條件者也。依前述條件之要件須爲「將來客觀不確定之事實」則所謂既成條件，實不得謂爲條件。固不待言。日本民法爲解釋當事人之意思，就既成條件之效果，設有明文規定，即：

（1）條件之成就於法律行爲當時已確定，而當事人以之爲停止條件時，其法律行爲無條件；以之爲解除條件時，其法律行爲無效。

（2）其條件之不成就於法律行爲成立當時已經確定，當事人以之爲停止條件時，其法律行爲無效；以

之爲解除條件時，其法律行爲爲無條件（日民法一三一條一項二項）我民法對此雖無明文，解釋上固亦相同。茲更圖示如左：

		停止條件	解除條件
條件之成就已確定者	無條件	無條件	無條件
條件之不成就已確定者	無條件	無條件	無條件

不法條件

不法條件者，因以之爲條件，而全法律行爲即帶有不法性者也（日本大正六年五月二十八日大審院民事判例）。是以是否不法條件，並不在其條件內容之是否不法；如法律行爲之效果，繫於其條件事實，其法律行爲全部即成爲不法時，即所謂不法條件。換言之，其法律行爲因附加條件遂帶不法性者也。例如不爲殺人，原非不法；但如以不殺人爲條件，成立贈與契約，即爲不法條件。故限制法律行爲之方法，不問爲積極的不法，或消極的不爲不法，倘因此等條件事實致使法律行爲全體帶不法性者，即爲附不法條件之法律行爲，其法律行爲無效。日本民法就不法條件，設有明文規定（日民法一三二條），我民法對此雖無明文，解釋上亦應從同。蓋條件原爲效果意思之一種，就其價值判斷，雖無特別規定，然依民法第七十一條及第七十二條之規定，其法律行爲之附有不法條件者，固屬無效者也。

不能條件

不能條件云者，以法律行為成立之當時客觀的已確定實現事實之不實現，或已確定不實現事實之實現為條件者也。質言之，即其條件之成就於法律行為成立當時客觀的不能者也。日本民法規定附不能之停止條件者其法律行為無效，附不能之解除條件之法律行為為無條件（日民法一三三條）。我

民法雖無明文，解釋上則亦相同。

矛盾

條件

矛盾條件云者，法律行為之內容因附有條件而自相矛盾者也。例如「此不動產之所有權讓與某甲時，當以此不動產所有權讓與足下」，是為附有矛盾條件之停止條件；又如「此不動產之所有權讓與足下，但汝若請求履行時，我即解除契約」，是為附有矛盾條件之解除條件。矛盾條件並非條件之矛盾，而為法律行為內容之矛盾，亦即效果意思之不確定，故不論矛盾條件為停止條件或解除條件，其法律行為，皆為無效（德民法第一章案一三九條參考）。

第四 條件之決定

條件之決定

條件之決定云者，條件之成就或不成就之謂也。條件之成就為條件事實之實現，條件之不成就為條件事實之不實現。須有如何狀態發生，始可謂為條件決定，應將各種具體之情形，依吾人之經驗

律以決定之。

條件成就之擬制

民法第一〇一條一項規定：「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」。例如甲對乙約定「君如與丙女結婚，則贈君金表」。其後因恐條件成就而受不利益，故意以不正當之手段，破壞乙丙婚姻之成立，則乙可視為條件成就，乙亦可向甲請求贈與金表。蓋於此等情形，乙固可以附條件權利之侵害為理由，請求損害賠償（一〇〇條），然此種救濟方法，終嫌迂遠，故不若逕視為條件之成就也。學者對此，稱之曰條件成就之擬制。其要件及效力如左：

（一）要件

條件成就之擬制，須具備左列各要件：

（1）阻其條件之成就者，須為因條件成就而受不利益之當事人。第三人阻其條件之成就者，不問其行為之正當與否，皆不得擬制為條件之成就。

（2）須以不正當行為阻其條件之成就。德民法規定，其妨害條件之成就，須「違反信義之原則」（一六二條），我民法則定為不正當行為，用語雖有不同，意義初無二致。是以當事人縱阻其條件之成就，但非出於不正當行為者，自不得視為條件成就。例如甲與乙約定，自己與丙女結婚時，以金表為贈，其後甲未與丙結婚，則不得謂為條件之妨害也。

（3）須因不正當行為而發生條件不成就之結果。條件不成就之結果雖已發生，但與其不正當行為

並無因果關係者，不得視為條件成就。例如某公司每年以抽籤方法償還一定之公司債，某年雖怠於抽籤，但各債權人未必即能中籤，故各債權人不得援用本條請求償還其債權也（日本大正十四年二月二十三日大審院判例參考）。

（二）效果

具備以上之要件時，即視為條件已成就。此係仿照德法瑞等多數立法例（德民法一六二條一項，法民法一一七八條，瑞債法一五六條參照），與日本民法規定「得視為條件已成就者」不同（日民法一三四條參照）。故條件成就之擬制，原為法律當然之效果，並非相對人取得形成權，「得依一方的意思表示視為條件之成就」也。

條件不成就之擬制
因條件成就而受利益之當事人如以不正當之行爲促其條件之成就者，視為條件不成就，亦爲我
民法一〇一條二項所明定。例如前舉之例，甲與乙約定，乙如與丙結婚，即以金表爲贈，其後乙以不

正當手段與丙結婚時，仍視為條件不成就其要件及效果，不難自上節說明，比較得之，故不多贅。

第五 附條件法律行爲之效力

（一）條件決定前之效力

附條件權利

附條件法律行為於條件決定前之效力 (Vollwirksamkeit) 即通常所謂附條件權利，與之對待者爲附條件義務。所謂附條件權利，復有二種意義。其一，爲因停止條件之成就應取得之權利，及因解除條件之成就應消滅之權利。其二，爲因停止條件之成就可以取得權利之當事人之利益，及因解除條件之成就可以恢復權利之當事人之利益。於此所謂附條件權利原係用於第二種意義，故不過爲將來之希望，但此種希望並非單純事實上之希望，亦爲法律所承認保護。若有加以損害者，依法應負賠償責任（一〇〇條）。故亦不得謂非一種權利。此種權利之性質恰與繼承開始前繼承人所有之地位（繼承權）頗相近似，故亦爲期待權（希望權）(Anwartschaftsrecht)，而與一般之權利爲既得權者有別。此種附條件之權利，在條件決定前，概行繼續，迨條件決定後或發生完全之效力 (Vollwirkung)，或全然不生效力，遂行確定。

附條件權利之保護

附條件之權利，於條件決定前，亦爲法律所承認保護。固爲各國民法之所同，然其保護之方法，則不一致。附條件權利之侵害有爲事實行爲者，例如甲與乙約定將某處不動產贈與乙，其後甲將其不動產毀損，有爲法律行爲者，如甲將該不動產讓與某丙。德民法規定附停止條件之權利人於條件成就時對於相對人於條件成否未定間因過失致附條件權利無效或侵害之者，得請求損害賠償；附解除條件之法律行爲，因回復以前之法律狀態而受利益者，基於前項同一之要件，得爲同一之請求（德民法一六〇條）。其損害行爲如爲法律行爲，則不僅有損害賠償義務，其處分於減損附條件法律行為之效力之範圍內失其效力（德民法

一六一條)。反之，日本民法則規定附條件法律行為之各當事人，於條件成否未定之間，不得侵害其相對人因條件之成就由其行為所可生之利益（日民法一一八條）。如有侵害相對人之附條件權利時，應負損害賠償責任，固無庸疑，然其損害行為如為法律行為時，是否無效，則學者見解，並不一致。我民法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，負賠償損害之責任（一〇〇條）。然其損害行為如為法律行為時，其處分行為，是否無效，既不似德國民法之設有明文，自不免與日本民法同樣發生疑義。余以為附條件之法律行為如具備公示方法，得對抗第三人者，則有害於此行為之其他處分行為亦應解為無效。例如關於土地處分附有條件者，如為預告登記，則於登記後，土地權利人對於其土地權利所為之其他處分為無效（土地法施行法二七條參照）。然上述結果，須俟條件成就時，始行確定發生，自屬當然。

第三人 之侵害

於條件決定前，第三人因故意或過失毀損標的物等，不法侵害附條件權利人之期待權時，是否亦應負損害賠償責任，法無明文，不無疑問。余以為附條件權利既為權利之一種，則第三人之「侵害行為如具備侵權行為之要件時，應依法賠償損害，自無庸疑。但附條件權利人於條件成否未定中，不得為損害賠償之請求，須俟條件成就時，始得請求，固不待言。

（二）條件決定後之效力

條件成就之效力

條件成就時，附停止條件之法律行為，當然發生其法律行為之效果。附解除條件之法律行為，則其生或消滅，不必再為何等之行爲，且因條件之成就，法律效果發生或消滅時，其效果不限於當事人間，即對於第三人亦然。故學者恆謂條件成就之效果爲物權的，而非債權的也。是以附條件之法律行為如爲物權行爲時，則因條件之成就，即行發生權利變動之效果。但於此種情形，其物權行爲必須具備公示方法（不動產須爲登記，動產須爲交付），固不待言。至於附條件之行爲如爲債權行爲時，則因條件之成就，債權債務，即行發生，利息亦同時發生，時效期間，亦即開始進行。

條件成就之效果，應自成就之時起發生，以無溯及效爲原則。詳言之，附停止條件之法律行為於條件成就時發生效力。附解除條件之法律行為，於條件成就時，失其效力（九十九條一項二項）。是以條件成就前所取得之孳息，不必交付於權利取得人，條件成就前所爲之清償行爲爲非債清償。然法律行爲之附加條件原爲私法自治之表現，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，依其特約（九十九條三項）。當事人如有特約時，其效力得溯及何時，並無何等規定，應解爲上述法律行爲成立之時，均得溯及。此種特約，或於附條件法律行爲同時爲之，或於其後爲之，均無不可。且其特約之效力，不限於當事人間，即對於第三人，亦有其效力。不過於此種情形，等三人得依登記，交付或占有之規定受法律之保護，固不待言（七五八、七六一、七六

八——七七〇條參照。

條件不成就之效力

條件之不成就如已確定時，則附停止條件法律行為，即不生效力；附解除條件之法律行為則為無條件而存續其效果。

第三項 期限

第一 期限之意義

期限之意義

期限云者，法律行為附款之一種，其效力之發生或消滅繫諸將來確定發生之事實者也。有此種附款之法律行為則謂之附期限之法律行為。分析說明之如次：

(一) 期限所限制者為法律行為之效力發生或消滅。期限所限制者，依我民法規定，亦為法律行為效力之發生或消滅，於其屆至之時，法律行為始發生效力者，謂之始期；於其屆滿之時，法律行為即失其效力者，謂之終期（一〇二條一項二項）。

(二) 期限為將來確定發生之事實。此為期限與條件差異之點。蓋其為將來之事實，雖與條件相同，而其為確定之事實，則與條件迥異。如「明年元旦」、「十八年之後」皆為確定之事實，而「我死之日」、「房產朽廢之時」其何時到來，雖不確定，而其必有一日到來，則為確定之事實，故亦為期限。前者謂之確定期限，後者

謂之不確定期限。

(三) 期限爲法律行爲之附款。期限亦係由於當事人任意規定，故亦爲法律行爲附款之一種。與條件同。是以法定期限(二八〇條、四四九條、九一二條)及法院所定之期限，皆非茲所謂之期限也。

第二期限之種類

(一) 始期、終期

區別
標之準
始期云者於其屆至之時，法律行爲始發生效力者也(一〇二條一項)。換言之，卽於其屆至以前，停止法律行爲效力之發生者也。物權行爲附始期者，非俟其期限屆至，其行爲卽不發生效力，自不待言。至債權行爲附始期者，究係停止其效力之發生，抑爲停止其債務之履行，解釋上不無疑義，余以爲附期限債權

(*bestimmte Forderung*)，在期限屆至以前，其債權之自身，自屬尙未發生(例如「明年三月一日將此房出租與君」，與履行期前之債權，其債權於法律行爲成立時，卽已發生，不過其履行期尙未到來者不同(例如明年三月一日返還借用之款項))。我民法之所謂始期，自就前者之情形而言(德民法一六三條參考)，不似日民法之易滋疑慮也(日民法一三五條參考)。

終期云者，於其屆滿之時，法律行爲卽失其效力者也(一〇二條二項)，不論爲債權行爲物權行爲，因期限屆滿，效力卽行消滅，無待煩言。惟有須注意者，「民法第一百二二條第二項所稱附終期之法律行爲，係指約定期

限屆滿時當然失其效力之法律行為而言」。與當事人約定法律行為之履行期限不同。如當事人「雙方所訂買賣布匹之契約定二十四年六月內出清，不過訂明應為履行之期限，並非同條項所稱附終期之法律行為也」〔最高法院二六年渝上字一六三號判例參攷。〕

(二) 確定期限，不確定期限

區別之標準

確定期限者，不特其將來事實之發生已經確定，即其發生之時期，亦已確定者也。不確定期限者，其事實之發生雖已確定，而其發生之時期，則尚未確定者也。

時期確定而其發生不確定者則為條件而非期限，例如「俟汝成年之時……」成年之期，雖已確定而相對人能否生存至成年之期，則無從確定，故不得謂為期限也。反之，如云「降雨之日」，其發生時期，雖不確定，但為將來確定發生之事實，故亦為不確定期限之一種。

(三) 不能期限

不能期限

不能期限云者，以極遠之將來之時期為期限者也。例如「千萬年後，再行出讓」。其效力如何，應屬於意思表示之解釋問題。

第三 期限之不許可

不得附期限之法律行為

期限之不許可云者，其法律行為如附有期限即爲無效者也。亦曰不得附期限之法律行為。不得附條件之法律行為，以不得附期限爲原則，但亦不無多少差異之點。例如票據行爲原不許發生不確定之法律關係，故不得附條件，但通常皆得附期限。且期限爲將來確定實現之事實，故倘不使相對人陷於不利益之狀態，形成權之行使，應解爲可附期限。但撤銷承認如附期限，勢必毫無意義，故雖可使相對人附隨條件，但不得附期限者也。

第四 期限之到來

期限之到來

期限與條件不同。條件有成就，有不成就，期限則必有到來之一日。我民法稱始期到來爲屆至，終期到來爲屆滿。以曆日定期限者，因其日到來而到來，以期間定者，應依民法一二〇條以下規定計算方法，因其末日終了而到來。以事實發生定期限者（例如人之死亡，房屋之朽廢），因其事實實現而期限到來。

第五 附期限之法律行為之效力

（一）期限到來前之效力

附始期之法律行為

附始期之法律行為在停止其效果之發生，故於其期限到來以前爲其法律行為標的之權利義務尚未發生，須俟始期到來之日，始發生效力。然當事人於期限到來以前，亦有取得一定利益之希望，且將來之事實，又係確定必可發生，故權利人之地位，較之附條件行爲之當事人，更爲確定，自應有期待權。故我

民法特明定爲準用第一百條之規定，如有損害相對人因期限到來所應得利益之行爲者，應負損害賠償責任（一〇二條三項）。至第三人如侵害其期待權者，於構成侵權行爲時應負損害賠償義務，固不待言。

附終期之法
附終期之法律行爲，於期限到來前之效力，亦與附始期之法律行爲無異，因終期之到來而享有利益者，亦享有期待權，爲法律所承認保護，固不待言（一〇二條三項）。

（二）期限到來後之效力

期限到來之效力
因期限之到來，法律行爲效果之限制，即行消滅，附始期之法律行爲，因期限之屆至，發生效力，當事人間之權利義務，遂行發生（一〇二條一項）。附終期之法律行爲，則因期限屆滿，效力消滅（一

〇二條二項），原權利人回復其權利。

期限到來之效力，與條件同，皆爲物權的；不僅於當事人間有其效力，即對於第三人，亦然。唯有與條件不同者，即期限之到來，絕對無溯及效力，即當事人有特約，亦所不許。蓋如因當事人之特約，即可使期限到來之效力，溯及既往，則當事人之就法律行爲附有期限，勢成毫無意義矣。

第七款 法律行爲之代理

第一項 總說

第一 代理制度之必要

代理制度之沿革

代理觀念之發達，本為近代人事日趨複雜之結果，在古代羅馬法上，因採取家族制度之社會組織，唯有家長為權利主體，家子及奴隸活動之結果，皆直接歸屬於家長之權利範圍，故不感有代理之必要。加之古代法律關係，力求簡明，意思表示之意人與其效力之歸屬人以同一人為原則，自更無承認代理制度之可能。至後代之羅馬法，雖漸感有代理之必要，但依然出於擬制及迂緩之方法，尚未達到近代之代理觀念。但社會生活愈趨複雜，個人獨立之活動，既甚不足，協力之活動，遂感必要。在私法關係上，尤感有他人補助之需要。迨德國普通法時代繼受羅馬法之思想，次第闡明代理之觀念，十七世紀以後，乃漸行承認代理為獨立之制度。尤以商業發達交易範圍擴張，加之私權享有之原則，又經確認，代理制度乃為現行法所必要，不可或缺。然代理制度究為近代之法律觀念，民法上尚未充分明瞭，德國民法始有詳細規定（德民法一六四條以下），日民法（日民法九九條以下）及瑞債法（一九一一年修正瑞債法三二條以下）繼之。我民法亦於總則編及債編中分別設有若干規定（註）。是以代理制度之發達，純為社會生活發展之結果，或亦由個人主義趨向共

（註）我民法將代理之基本規定，規定於民法總則編（一〇三——一一〇條），而代理權之授與行為則規定於債編債之發生中（一六七——一七一條）。實為尙無先例之立法。理論上固不得謂為正確，適用上更多困難。故為學者所非議。我妻榮教授中國民法總則論，論雖頗詳，可供參考（一七四頁以下）。本書則依學理編製，債編規定，亦各於本書適當處所加以講述，俾便學者。

同主義之一徵象歟！

代理制度之作用

代理制度之作用，大別之，約有二端：一爲私法的自治之擴張；一爲私法的自治之補充。

代理制度之作用，首在擴張私法自治之範圍。蓋在近代社會，生活複雜，交易頻繁，事必躬親，殆不可能。故於私法自治的範圍內，亦有他人補助之必要。其補助之手段，雖已有顧問及鑑定人爲意思決定之補助，有代書及通譯爲表示之補助，復有郵差使者爲傳達之補助，然於此等情形，其意思表示仍須表意人自身爲之，遇必要時，於爲意思表示或受意思表示之時，更須他人爲補助之活動，此代理制度之所由設也。例如甲有不動產一處，委託乙爲之代售於買主丙，若必須甲先將不動產所有權移轉於乙，然後再由乙丙締結買賣契約，固亦可達到目的，然不特手續過於繁雜，且乙若背反信義，則甲之地位，尤屬不安。自不若承認代理制度，由乙爲代理人，因代理人行爲，而效果遂逕歸屬於本人，則既免手續之繁，且可保障甲之地位，便利安全，莫甚於此。故代理制度之作用，首在擴充私法自治之範圍。在今日社會，同一個人可以參於無數之企業，交易範圍，達於全球，要皆爲代理制度之所賜也。

次之，代理制度之作用爲私法自治之補充。蓋在現代法制，一切自然人皆有平等之權利能力，得爲權利義務之主體。然無識別能力或識別能力不健全之未成年人及禁治產人，或無行爲能力或其行爲能力受有限制，

皆不得自爲完全有效之法律行爲。故必須爲之設置法定代理人，代爲意思表示，或代受意思表示，以補充無能力人之能力。於此等情形，若不承認法定代理制度，由其親權人或監護人，自爲法律行爲之當事人，其權利義務亦即歸屬於親權人或監護人，俟未成年入成年，禁治產人能力回復之後，再行移轉，固亦未始不可達到同樣之目的。然若採取此種間接之方法，其法律手續之繁雜，本人地位之不安，固不待言，且與承認一切自然人皆可享有權利之法律精神，顯相背謬。故欲使無行爲能力人得享有權利能力之實，法定代理制度固爲必要，或可缺者也。

第二 代理之意義

代理
之意義

代理云者某人（代理人）以他人之名義（本人）向第三人（相對人）爲意思表示或由第三人受意思表示，而其法律效果則歸屬於他人者也。茲更依此定義，分析說明代理之意義如左：

（一）須代理人以本人之名義爲之

代理行爲須代理人以本人之名義爲之，故代理人以自己之名義爲意思表示時，不得謂之爲代理行爲。所謂以本人之名義爲之，即指意思表示之效果，歸屬於本人而言，原非「爲本人之利益」之意。故代理人濫用自己之地位，圖謀不正之利益，而爲代理行爲，倘爲其權限內之事務，即可發生代理之效果。例如有收取債權之代理權者，其目的在消費所取之金錢，而爲收取行爲之代理，即其適例（日本大正三年四月二十二日大審院判

例參考)。

(二)須向相對人爲意思表示或受意思表示

代理行爲須向相對人爲意思表示或受意思表示。故感情表示(例如宥恕)，自不得依代理之方法爲之。事實行爲及侵權行爲雖可成立機關關係，但不得成立代理關係。占有爲事實關係，非意思表示，故代理占有不得謂爲代理。代理人代理本人向相對人爲意思表示者謂之爲積極代理(發動代理)，自相對人受意思表示者，謂之消極代理(受動代理)。

(三)須意思表示之效果直接歸屬於本人

因代理而爲之意思表示或所受之意思表示，其效果須直接歸屬於本人。換言之，代理行爲雖存在於代理人與相對人之間，而其行爲之效果則直接對於本人與相對人而發生。是以所謂間接代理，本人與相對人之間直接不生何等法律關係者，非民法上之所謂代理關係也。至所謂意思表示之效果，直接歸屬於本人云者，即與本人自身所爲之意思表示完全相同，因意思表示而生之一切效果皆歸屬於本人。且不止意思表示的中心效果，即非法律行爲之效果(例如出賣人之擔保責任)，亦屬於本人，但侵權行爲之責任，並非意思表示之效果，故不歸屬本人，不過本人於使用代理人時，應依民法一八八條、一八九條之規定，負其責任而已。

代理關係

依上所述，代理關係有（一）本人對代理人，（二）代理人對相對人，及（三）相對人對本人之三面關係，學者普通所謂代理關係，即指此三種關係之一而言。至於究為何者，則不一致。余則以為總括此三面關係，統稱之曰代理關係，當最穩妥。蓋本人對代理人之關係為代理權關係；代理人對相對人則為代理行為；相對人對本人則為效果之歸屬問題。綜合此三者，始為完全之代理關係也。

類似代理之法律關係

代理關係之意義既明，茲更就與代理相類似之法律關係，列舉若干，說明於左：

（一）使者

代理人與使者不同。使者為本人之手足，用以傳達本人之意思表示，或藉以完成他人之意思表示，故使者所為之意思表示，終為本人之意思表示；反之，代理人則自為意思表示，其所為之意思表示雖以本人之名義為之，仍為代理人之意思表示。故代理人之意思表示之意思欠缺、瑕疵、善意、惡意等應依代理人決之；反之，使者之意思表示則就本人決定之。且代理人須有思维能力，而使者則不必有思维能力，此皆其差異之著者，不過二者之效果皆直接歸屬於本人而已。雖然，依上所述，要就法理而言，至在實際情形，使者與代理人固亦頗不易為之區別也。

（二）間接代理

代理係本人與相對人間直接發生法律效果，反之，間接代理則首先由間接代理人與相對人間發生法律關係，間接代理人因此取得權利義務，然後間接代理人再與本人發生法律關係，將其自相對人所取得之權利義務移轉於本人。在間接代理人與相對人發生法律關係，締結法律行為時，雖亦有爲本人而爲之企圖，然此不過其行爲之動機，其行爲之效果，並不直接歸屬於本人者也。例如債編分則規定之行紀（五七六條以下），卽其適例。

（三）代理占有

代理占有，亦非代理。蓋因代理占有爲直接占有人與間接占有人間之關係，不發生相對人之問題，且占有非意思表示，自非民法上之所謂代理。

（四）向第三人爲給付之契約

向第三人爲給付之契約（二六九條）亦與代理不同。蓋向第三人爲給付之契約爲當事人間之契約，其契約之內容在使第三人對於債務人取得直接請求給付之債權，係以要約人之名義爲意思表示，並非以第三人之名義爲意思表示。第三人所表示之受益之意思，亦與無權代理行爲之承認不同。

（五）債權人之代位權

民法二四二條規定之債權人代位權乃債權人以自己之名義行使債務人之權利，且其代位行使之目的，

純爲債權人之利益，均與代理不同。

(六) 質權人抵押權人之拍賣請求

質權人或抵押權人得請求拍賣質物或抵押物（八九三條及八七三條），然亦爲其自己之權利行使，非代理行爲也。

(七) 保證人之債務清償

保證人如清償債務時，債務人固亦因而發生免除債務之效果，然保證人之爲債務清償，亦爲履行其自身之債務，並非代理債務人爲之，自非代理關係，無待煩言。

(三) 夫妻之日常家事代理權

依民法一〇〇三條夫妻就日常家事互有代理權，自夫妻之財產關係觀之，此種規定，實爲規定妻之日常家事代理權，夫之代理情形，殆不多見。然妻之家事代理權並非代理夫之權利，應解爲妻因妻之身分當然享有之權利，妻行使其權利時，不必以夫之名義爲之也（日本大正十三年一月十八日大審院民事判例參考）。

第三 代理之性質

代理之性質

代理關係係因代理人之行爲，而使其法律效果直接歸屬本人，其效力發生之基礎，果何在？大體言之，約有三種不同之學說。

(一) 本人行爲說

本人行爲說者，蓋謂代理行爲仍爲本人之行爲，即依法律的手段，將代理人之行爲，擬制爲本人之行爲者也。此種學說原基於羅馬法之思想，純爲個人主義之觀念。蓋在個人主義之法制，行爲人與其行爲之效果之歸屬者，必須爲一人，故有此種主張。倘依此種學說，則代理人亦爲本人之手足，與使者無以異矣。

(二) 共同行爲說

共同行爲說者，蓋爲代理行爲爲本人與代理人共同行爲。此亦與本人行爲說出於同樣之法律思想。代理固爲補助私法自治協力活動之一種手段，然本人委任代理人之行爲與代理人之代理行爲，於理論上原應嚴予區別。且代理關係有爲法律所規定之法定代理制度，尤非共同行爲說及本人行爲說所能加以說明。

(三) 代理人行爲說

代理人行爲說者，蓋謂代理行爲之行爲人，爲代理人，而其代理人行爲之法律效果，則由於代理制度之作用，直接歸屬於本人者也。行爲人與其行爲效果之歸屬者，縱非一人，就現代私法理論而言，亦無不合，且代理制度之目的，即在私法自治之擴張與補充，自不必假借擬制的手段，爲何等迂遠的說明，故現今法學界之通說，尙採此種觀念。德日民法及我國民法，亦皆明採此種主義者也。

第四 代理之範圍

法律
行爲之
代理

民法所謂之代理，爲法律行爲之代理。蓋民法總則所規定之代理，限於向他人爲意思表示，或自他人受領意思表示，故民法所謂之代理之範圍，實以意思表示爲限。感情表示之類，不得代理，固不待言。意思表示以外之行爲，縱稱爲代理，亦非茲所謂之代理，如所謂代理占有，即其一例，已如前述。

代
表

代理既限於法律行爲，故與代表不同。代理代表二種名詞，習慣上固往往加以混用，理論上實應有所區別。正確言之，代理爲代理人之行爲，其效果直接歸屬於本人，反之，代表則爲代表人之行爲，視爲本人之行爲。故代表他人爲會葬、慶祝……等事實行爲者，爲代表而非代理。機關之行爲亦非代理，而爲代表。如法人之董事爲法人之代表機關，其行爲即直接視爲法人之行爲，故代表機關對於法人之關係，較之代理人對於本人關係，更爲密切也。

不許代
理之法
律行爲

代理爲代理本人向他人爲意思表示或受意思表示，其意思表示之效果意思，原係代理人所決定，與使者代達本人所決定之意思者不同，已如前述。故因代理而爲之意思表示，多少須許可代理人自身有自由裁量之餘地，是以意思表示之性質，如完全必要本人自身決定意思者，自不得依代理之方法爲之，例如婚姻、離婚、非婚生子女之認領、遺囑……等身分法上之行爲，皆以不許代理爲原則者也。

至於民法一〇六條規定禁止爲自己行爲及雙方代理，是不過考慮本人之利益，就代理人之代理權，設有一定之限制，並非絕對不許代理，故嚴格言之，不得謂爲不許代理之法律行爲也。

雖然，有須注意者，不許代理之法律行為，固不得依代理之方法為之，然若本人決定意思，使他人為之傳達，是不過為單純之使者，自無不可。例如「兩願離婚固為不許代理之法律行為，惟夫或妻自行決定離婚之意思，而以他人為其意思之表示機關，則與以他人為代理人，使之決定法律行為之效果意思者不同，自非法所不許」（最高法院二九年上字一六〇六號判例參照）。

第二項 代理之要件

第一 總說

積極代理與消極代理

代理行為之中，既有以本人名義對第三人為意思表示者，復有以本人之名義，自第三人受領意思表示者。前者謂之積極代理（發動代理），後者謂之消極代理（受動代理），已如前述。此二種代理，雖有主動受動之異，而兩者之效力，則皆歸屬於本人，並無二致（一〇三條）。欲期積極代理與消極代理之有效成立，自必須具備一定之要件。茲分析說明如次。

第二 積極代理之要件

積極代理之要件

積極代理之有效成立，必須具備之要件如左：

(一) 以本人之名義

代理行爲之成立，必須以本人之名義爲之。蓋在普通之意思表示，皆就行爲人自身發生法律效果，故欲成立代理行爲，必須以本人之名義爲之，是謂爲「顯名主義」。何謂以本人之名義，即表示爲本人而爲意思表示之義。換言之，即在使其行爲之效果，直接歸屬於本人者也。代理人須表示以本人名義爲之，學者稱之爲代理意思之表示，亦爲代理行爲意思表示之一部，應受意思表示原則之支配，固不待言。其表示本人之方法，通常皆記載「某甲代理人某乙」，或於某甲署名之下，記載「某乙代」字樣。然代理人不表示自己之姓名，止表示本人之姓名而爲行爲時，亦無不可。例如使人代理爲票據行爲時，往往有逕將圖章交付，使之任意代署本人姓名，蓋章爲本人名義之票據行爲者。此亦爲有效之代理形式，不過本人須特別賦予代理人以此等權限而已（日本大正九年四月二日，同十年十一月三日大審院民事判例參考）。惟須注意者，於此等情形，必須代理人有自由裁量之餘地，如指示他人記載自己姓名並代蓋章作成一定之票據，一如自己之手足者，則爲使者非代理人也。

(二) 代理人爲意思表示

代理行爲之意思表示，須依代理人之意思表示爲之。代理人之意思表示爲代理人自身之意思表示，非本人之意思表示。故意思表示之內容，由代理人自行決定，非本人所決定。意思表示必要一定之方式者，其方式亦由代理人履行之。故代理人必須有意思能力，而本人則不必有意思能力。然其意思表示之法律效果原直接歸

屬於本人，故本人就其效果之取得須有一般或特別之權利能力，而代理人則無此必要。是以未設立之法人不得依代理人而為法律行為，又如外國人所不得享有之權利，縱以本國人為代理人，亦不克取得之。反之，本國人以外國人為代理人取得外國人所不得享有之權利，固屬無妨。代理之效果，既直接歸屬於本人，故限制行為能力人亦可為代理人，對於其效力並無影響（一〇四條）。蓋因限制行為能力人並非其效果歸屬者，對於其保護，並無欠缺之虞故也。代理行為之意思表示，既依代理人為之，故意意思表示之有效要件皆視代理人而定。因此代理人之意思表示因其意思欠缺，被詐欺脅迫，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（一〇五條）。此為一般之原則，但代理人如依本人之意思，而為特定之法律行為時，其事實之有無則應就本人定之（同條但書）。例如代理人依本人之指示，買入特定動產時，代理人不知相對人非動產所有人，買入動產，開始占有，然本人如明知相對人非權利人時，則本人不能主張代理人之善意占有，取得其所有權也。

（三）有代理權

具備以上二要件，而代理人若係有代理權而為意思表示者，其表示之效力，即歸屬於本人（一〇三條）。換言之，即其積極代理，可以成立。代理權為本人與代理人間之法律關係，且為代理行為成立之基礎要件，因有代理權，故代理人所為之意思表示，遂與本人自身所為者無異。其意思表示之效果，從而直接歸屬於本人。代理

權有基於本人之意思表示而發生者，亦有不基於意思表示而發生者，從而有任意代理（任意代理）與法定代理之別，其詳當容後述。

第三 消極代理之要件

消極代理之要件

消極代理行爲，爲意思表示者，乃相對人而非代理人；代理人不過以本人之名義受領第三人之意表示而已。然欲達成私法自治之擴張與補充之目的，則消極代理之必要，固與積極代理無異。故民法規定準用積極代理之規定，其成立要件如左：

（一）自第三人受領意思表示

消極代理係自第三人受領意思表示，爲意思表示者，乃相對人而非代理人，惟於此種情形代理人亦須有受領意思表示之權限，固不待言。但依通例，則對於某種事實，類皆兼有積極代理與消極代理者也。

（二）以本人之名義

積極代理人須表示代理之意思，已如前述。反之，消極代理則爲第三人對本人所爲之意思表示由代理人受領之，故爲意思表示之相對人須對代理人爲代理意思之表示，代理人只有爲本人受領其意思表示之意思，即已充分，不必一一表示以本人之名義受領之。蓋因於此種情形，決定其意思表示，應對何人生其效力者爲第三人，非代理人故也。

第三項 代理權

第一 總說

代理權

代理人所爲之代理行爲，其效果之得直接歸屬於本人，即因代理人與本人間有代理關係，於是代理人所爲之意思表示遂與本人之意思表示無異。代理人得依自己之意思表示使法律效果歸屬於本人者，謂之有代理權。代理權之發生，有由於本人之意思者，謂之意定代理；有不由於本人之意思者，謂之法定代理，已如前述。

代理權之性質

代理權之法律的性質者何？約有二種不同之學說。茲分述之。

(一) 權利說

代理權之性質，有謂爲權利者，即以代理權爲形成權之一種，然代理權不過得使自己行爲之效果歸屬於本人而已，並無何等積極的內容，且消極代理，亦包括於代理權之內，謂爲一種權利，自非適當。

(二) 資格說

代理權既非一種權利，故現今通說，成謂代理權爲一種法律上之資格或地位。詳言之，即代理權者，代理人

得以本人名義爲意思表示或受意思表示，而其效力則可直接歸屬於本人之法律上地位（資格）也。

代理權

之

獨自性

代理權之發生固有意定法定之別，然代理人與本人之間，通常皆有特定之法律關係。例如意定代理大抵代理人與本人間有委任契約，代理人因履行其受任人之義務，遂向第三人代本人爲代理行爲；卽法定代理之親權人、監護人、遺產管理人……等，亦皆對於本人有其一定之權利義務，是以在代理制度不甚發達之時代，每以爲代理不過特定法律關係之外部的效力，並非獨立的制度。尤以意定代理與委任關係，更易混同。如法國民法及日本舊民法均受此種思想之支配。此種觀念，就今日之法律思想觀之，殊覺不當。蓋委任關係爲委任人與受任人間之契約關係，與受任人之是否代理人，毫無關係。故委任關係而不伴同代理者有之，代理爲基於其他法律關係者（例如僱傭、承攬、合夥……等），亦復數見不鮮。極端言之，代理人對於本人不負何等義務者，固爲實際上所罕有，然於觀念上亦非不可能。故代理制度，原有其獨立的存在，並非本人與代理人間特定契約關係之外部。卽法定代理之代理人地位，亦與其對於本人權利義務，可以截然區別，足徵代理之爲獨立的法律制度。故吾人決定代理關係之存否，代理行爲之效力若何，皆應專就代理權從事考察，不必拘泥於本人與代理人間內部關係之種類也。

第二 意定代理

代理權
之發生

意定代理云者，代理權之基於本人之意思表示而發生者也。本人對於代理人授與代理權限之行為，爲謂之授權行為。授權行為之法律的性質若何，學說立法例，亦皆紛歧。要言之，約有下列三種：

(一) 委任契約說

法國民法囿於舊日之法律思想，以爲代理係委任契約之外部關係，故不承認獨立的授權行為之存在（民法法一九八四條）。然委任關係與代理關係，純爲不同之制度，既如前述，則授權行為與委任契約自不得視爲同一。即因委任契約而同時授與代理權，委任之範圍與代理權之範圍，亦未必一致，故在現代之法律觀念，委任與代理完全爲不同之制度，委任契約與授權行為純爲不同之行為，無論何人，皆無懷疑之餘地也。

(二) 無名契約說

此爲日本學者間之通說，以爲授權行為爲本人與代理人間之諾成的無名契約。詳言之，則代理權之授與爲類似委任之一種無名契約，其契約之特質，即在使當事人之一方（代理人）負擔代理他方（本人）爲法律行為之義務，然其契約之效力，不止與當事人間，即對於第三人亦有效力。不知代理人以本人之名義所爲之意思表示，其效果可以直接歸屬於本人，原爲現行法上承認代理制度之結果，並非本人及代理人間契約之效力，不過在現代契約自由之原則之下，因契約而授與代理權（即本人對於代理人爲代理權授與之要約，代理人承諾之時），亦並非不可能耳。

(三)單獨行爲說

是爲德國民法所規定，即授權行爲爲本人之單獨行爲，得依本人對於代理人或相對人爲一方的意思表示，而授與代理權者也（德民法一六七條）。代理權之授與不過畀與代理人以一種法律上之資格，並不使代理人負有何等義務，自無取得代理人承諾之必要。因此，因本人之單獨行爲而授與代理權，於理論上原無不合。不寧唯是，因本人對於相對人所爲之意思表示，亦得發生代理權，於實際上尤多便利。故我國民法，亦採此種主義（一六七條）。

集合代理與共同代理

代理權之授與，有授與一人者，亦有授與數人者。代理權授與數人時，又有二種情形。其一，各代理人皆獨立有代理之權限；其二，一個代理權爲各代理人共同所有。前者謂之集合代理，後者謂之共同代理。民法規定，代理人有數人者，以共同代理爲原則，其代理行爲應共同爲之。但法律另有規定（例如五五六條），或本人另有意思表示者，不在此限（一六八條）。共同代理如其代理行爲非全體共同一致爲之者，即構成無權代理行爲。

代理權之範圍

代理權之範圍，應依授權行爲定之。本人可限定於一定事項，或一定相對人，使之爲代理行爲。是以代理權之範圍若何，爲授權行爲之解釋問題。應就委任狀，授權書中所記載之文字，代理人之地位，代理事項之性質，加以考慮。然當事人如就代理權之範圍全然未經規定時，則日本民法設有補充的規定（日

民法一〇三條，即權限不定之代理人僅有管理權限，而無處分權限。曰民法所舉稱之權限如左：

(一) 保存行爲

保存行爲云者維持財產現狀之行爲也。例如訂結爲修繕之契約，中斷時效……之類，固爲保存行爲。卽清償到期之債務，或處分易於腐敗之物，自財產全體觀之，亦可視爲維持現狀之行爲也。

(二) 利用行爲

利用行爲云者，就財產所爲之收益行爲也。例如房產之出租，或將金錢附利息貸與他人之類是也。

(三) 改良行爲

改良行爲云者，於不變更權利或標的物性質之程度，以增加其使用價值或交換價值之行爲也。例如就不動產爲適當之設備。我民法對此雖無明文規定，然倘無特別之授權，代理人亦不得有處分權限，固不待言。

第二 法定代理

法定代理

法定代理者，代理權之不基於本人之意思表示而發生者也。意定代理係本人於法律上或事實上得自爲法律行爲，而故使他人代理爲之；反之，法定代理則係本人於法律上或事實上不得爲法律行爲，故法律特使他人代理爲之。是以本人對於法定代理權之成立，不得任意排除，更不得任意加以妨害者也。

代理權
之發生

法定代理權之發生，共有三種不同之情形：

(一) 因對於本人有一定之法律地位當然為代理人者

因對於本人有一定之法律地位，故當然為代理人者，例如對於未成年子女行使親權之父母（一〇八六條）及禁治產人未成人之法定監護人（一〇九四條、一一一一條）等屬之。

(二) 本人以外之私人指定或選定者

因本人以外之私人指定或選定為代理人者，例如未成年人之指定監護人（一〇九三條）、選定監護人（一〇九四條），及禁治產人之指定監護人（一一一一條）、遺產管理人（一一七七條）等。

(三) 由於法院之選任者

因法院之選任為法定代理人者，例如禁治產人之選定監護人（一一一一條二項）、破產管理人（破產法六十四條）等。

法定
代理之
性質

民法上承認法定代理之目的，與其發生原因，原有種種，例如監護人之代理權係為被監護人之利害關係，親權人之代理權則不僅為未成年人之利益，且為法定代理人之利益，至於遺產管理人及破產管理人則係兼顧債權人與債務人之利益，然代理之觀念原不以代理人代理本人之利益為要件，如以本

人之名義爲之，且其法律效果直接歸屬於本人者，縱係代理本人以外之人之利益，亦不妨謂爲代理。故法定代理並非一種官吏，而爲民法上之代理人也。代理人固不以有完全行爲能力人爲要件，然法定代理之成立，原在補充本人能力之不足，因本人無完全行爲能力而設置，故法定代理人大都規定限於有行爲能力人始得爲之者也（例如一〇九六條）。

法定代理權之範圍

法定代理權之範圍應依法律之規定或法院之命令定之。其代理權原則上得及於財產法上之一般的法律行爲，但民法往往對於法定代理權之範圍設有一定之限制，是不可不注意也（例如一〇八八條、一一〇一條……等）。

第四項 自己代理及雙方代理

自己代理及雙方代理

代理關係原爲三面關係，積極代理係代理人以本人之名義向相對人爲意思表示，消極代理，係代理人受領相對人向本人所爲之意思表示，均如前述。然在契約及有相對人之單獨行爲，代理人就同一法律行爲，（1）或以本人之名義對自己爲意思表示，或自己對於本人爲意思表示而自己以本人名義受領之，（2）代理人一身兼有雙方當事人代理人之資格，均非事實上之所不可能。前者例如代理人乙一面代理本人甲一面以自己之資格，締結甲乙間之契約，是爲自己代理，後者例如代理人乙一面代理本人甲，同時代理

本人內締結甲丙間之契約，是爲雙方代理。我民法第一〇六條規定代理人不得爲本人與自己之法律行爲，亦不得既爲第三人之代理人而爲本人與第三人之法律行爲，即以明文規定禁止爲自己代理及雙方代理者也。

例 外

民法一〇六條規定之立法理由，蓋因同一人既爲當事人，又爲相對人之代理人，或同時爲雙方之代理人，既對本人不誠實，且有只圖自己利益或一方當事人利益之虞，故法律特予限制。但自己代理及雙方代理原非觀念上不可能之事，不過通常以與本人利害相反之故，予以禁止而已。若無利害相反之虞，自無禁止之必要。我民法承認之例外情形，有二（一〇六條除書及但書）：

（一）已經本人許諾者

如本人就代理人之爲自己代理或雙方代理已經許諾時，則代理行爲仍可有效成立；蓋於此等情形，已無加以禁止，保護本人之必要故也。

（二）其法律行爲係專履行債務者

債務履行係既決行爲，並非新的利益之交換，縱爲自己代理或雙方代理，亦無偏頗之虞，故爲法律所特別認許。債務之履行包含代理人對於本人所爲之債務履行與本人對於代理人或相對人所爲之債務履行。抵銷亦可與債務履行同視，故亦可同樣解釋；然代物清償雖爲契約，但爲有價契約，自不得與債務履行解爲相同者也。

適用之範圍

民法第一〇六條規定，就法定代理意定代理，皆應有其適用，不過在法定代理之場合，往往有明文規定，排除本條之適用者耳。

適用之結果

民法第一〇六條既以明文禁止爲自己代理及雙方代理，如代理人違反此種規定，其代理行爲之效力若何？則有二種不同之學說：其一，民法上禁止自己代理及雙方代理之規定，爲有關公益之規定，故違反此種規定時，其代理行爲無效。日本大審院判例過去即採此種主張。其二，一〇六條非強行規定，乃任意規定，代理人是否得爲自己代理及雙方代理，乃代理權限有無之問題。故代理人若無此等權限，爲自己代理及雙方代理時，其代理行爲並非即爲無效，不過爲無權代理行爲，其效力之發生與否，須俟本人之承認耳。日本大審院判例，最近咸改採此種解釋（日本大正四年四月七日同七年五月二十三日，同十二年五月二十四日判例參考）。我國學者對此，亦向有上述二種不同之解釋。余以爲此種規定，不過爲代理權範圍之限制，違反此種規定之行爲，即爲踰越權限，自應解爲無權代理行爲，故對於本人並不發生效力，須俟事後承認，始爲完全之代理行爲者也。

第五項 代理權之消滅

第一 總說

代理權之消滅原因

代理人之代理權如係本人為特定之代理行為而授與時，則其代理權於該特定行為終了時，即行消滅。代理權定有存續期間者，因其期間之滿了而消滅。代理權之授與行為如附有解除條件時，則代理權因其條件之成就而消滅。再如代理行為如於法律上或事實上不可能者，則代理權亦即消滅。此外對於代理權之消滅，尚可於授權行為為種種之訂定。然於上述各種情形而外，學者通常更就法定代理與意定代理之共通消滅原因及其特有之消滅原因，分別論究。茲亦逐一說明如次：

第二 意定代理與法定代理之共通消滅原因

共通消滅原因

意定代理及法定代理之共通消滅原因，有須說明者如左：

(一) 本人之死亡

本人死亡時，在法定代理則已無代理之必要，或須另為適當之處置，故代理權自必因而消滅。至於意定代理行為以當事人之信任關係為基礎，被繼承人之信任者，不必亦為繼承人所信賴，故亦以消滅為原則。惟法律另有規定，或本人有特別意思表示時，自屬例外（五五〇條但書、五五一條、五六四條參照）。又所謂本人之死亡不限於自然之死亡，即受死亡宣告者亦然。

(二) 代理人之死亡

代理爲一種法律上之資格而非財產上之權利，故代理人死亡時，代理權即行消滅，固不待言。

(三) 代理人受禁治產或破產之宣告

代理人雖不必有行爲能力，但必須有意思能力。故意定代理之代理人受禁治產之宣告者，自喪失其代理人之資格，即法定代理人受禁治產之宣告時，代理權亦即因而消滅（一〇九一條、一〇九六條參照）。至代理人之破產，是否亦爲代理權消滅原因，則因意定代理與法定代理而異。意定代理之代理人，如係出於委任時，則以消滅爲原則（五五〇條參照）。但法律另有規定者，則仍從其規定。反之，法定代理之代理人則不能同樣解釋，例如親權人縱受破產之宣告，亦不得謂爲即喪失其對於子女之法定代理權也。

第三 法定代理之特有消滅原因

法定代理權之特有消滅原因，於各種法定代理，分別設有規定。例如父母之喪失親權（一〇九〇條）、監護人之撤退（一一〇六條）、遺產管理人之職務終了（一一八四條）、破產管理人之撤

換（破產法八十五條），均爲其代理權消滅之原因。此外如子女因成年或結婚而不必服從親權，禁治產之宣告之撤銷，監護人之撤職，自亦爲代理權消滅之原因，所不待言。

意定代理之消滅

意定代理權之特有消滅原因，共有二種：

(一) 授權關係之終了

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。」例如因委任、僱傭、承攬而生之代理權，自因此等法律關係之終了而消滅。

(二) 代理權之撤回

民法第一〇八條第二項規定：「代理權得於其所由授與之法律關係存續中撤回之。」代理權如經本人撤回時，其代理權自亦因而消滅。但依該法律關係之性質，代理權不得撤回者，則屬例外（一〇八條二項但書）。

代理權消滅之效果

意定代理人之代理權消滅時，則代理人已喪失其代理之資格，如更爲代理，即應適用無權代理之規定，以定其效力。惟本人在授與代理權時，往往授與一定文書以資證明，故民法規定代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於授權人，不得留置（一〇九條）。如代理人違反此種義務，致本人受有損害者，應負賠償義務，固無庸疑。

第六項 表見代理

第一 總說

表見代理之意義

表見代理云者對於無代理權而僞稱爲代理人者，因其與本人間有一定關係之存在，相對人信其爲有代理權，與之爲法律行爲時，相對人得對於本人主張其法律效果者也。表見代理之代理人其

實並無代理權故廣義言之，表見代理亦爲無權代理之一種；然因本人與代理人間有一定關係之存在，故法律特使相對人得對本人直接主張代理之效果，則與無權代理有異，而爲一種特殊之代理制度。表見代理既亦爲一種代理制度，故必須具備代理行爲之要件，固不待言，且欲構成表見代理，必須代理人於表面有可使相對人信爲代理人之客觀的事實，換言之，即須具備民法所預定之本人與代理人之特殊關係，亦無庸疑。唯須注意者，相對人基於表見代理固得直接對本人主張代理之效果，但亦不必爲此種主張，相對人如依一般無權代理之規定，撤回其法律行爲，亦無不可（一五一條）。反之，本人既未授與表見代理人以代理權，故對於相對人自不克主張代理之效果，本人如欲代理行爲有其效力時，仍須依一般無權代理之規定，由本人承認其代理行爲。要之，表見代理不過於相對人主張代理行爲之效果時，本人不得主張代理權之不存在，以與相對人抗爭耳。

表見代理之存在理由

代理制度既爲私法自治之擴張或補充，原應尊重本人之意思，考慮其個人之利益，因屬當然。然則對於此種表見代理而其實無代理權者，自不應使相對人對於本人直接主張法律效果，始可以確保本人之利益，以免本人受有不當之拘束。不知代理制度若完全尊重本人之利害，置相對人之利害於不顧，則世人遂皆不欲與代理人爲交易，不特社會之交易受其影響，即代理制度，亦將有名無實，似未必即爲本人之利益。故於本人與代理人有特殊關係存在，於客觀上可以視爲有代理權時，即使之發生一定效果，雖多少犧牲本人之利益，然可因此保護交易之安全，以完成代理制度之使命。是以表見代理之存在理由即在本人之靜的安

全與社會之動的安全相調和，蓋與占有、時效、即時取得……等制度，出於同一之趣旨者也。

第二 表見代理之種類

表見代理之成立

民法上表見代理之成立，共有三種情形：

(一) 由於本人之明示或默示

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；但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限（一六九條）。所謂第三人或爲特定人，或爲一般人均無不可。其表示之方法，並無何等限制。書面、口頭，均得爲之。故「公司許他人以其支店名義營業者，他人所開設之店，固不因此而成爲公司之支店，惟其使他人使用自己支店名義，與第三人爲法律行爲即係民法第一百六十九條所謂表示以代理權授與他人之行爲」（最高法院二八年上字一五七三號判例參考）。例如甲向乙租用牌號，開設某分公司，實非乙之支店，但乙既許甲使用其分公司名義，與人交易，自係表示以代理權授與甲之行爲（同上判例參考）。又如甲得乙運送公司之許可，使用其支店之名義，甲於營業中，未與提單交換，即將貨物交付，致提單之持有人受有損害，則乙公司應負賠償之責（日本昭和四年五月三日大審院民事判例）。再如乙因甲之營業不振，擬加以援助，故對於甲之商店，許其使用「乙商店分銷處」招牌，於買入

商品之際，且許其使用同樣文句之名義，以增大其信用，則亦不失為授權之表示（日本昭和四年八月六日東京地方裁判所判決參考）。本人授與代理權之表示係出於何種動機（表示人之主觀的內部情事），在所不問，應就客觀的事實從事觀察。然相對人必須因其表示信代理人為有代理權，故相對人如為惡意時，即不受本條之保護。所謂「應負授權人之責任」，非謂本人應負損害賠償之責，蓋謂相對人主張代理之效果時，本人不得以未授與代理權為理由拒絕其效果而已。故代理人如主張代理行為之效果時，本人不特因代理行為負擔義務，且因而取得權利，固不待言。又本條係由於本人之明示或默示，故僅就意定代理，有其適用，法定代理，自無從適用本條之規定。

（二）由於代理權之限制

代理人之代理權，往往有一定之限制。但代理權之限制，未必為第三人所知悉，代理人為權限以外之行為時，如相對人不知其為違反限制權限而為之行為，與之為交易時，本人若不任其責，則第三人不免受有不可測之損害，故民法規定代理權之限制，不得以之對抗善意第三人（一〇七條）。即相對人對於本人，仍可主張代理行為之效果。然第三人必須為善意，若代理權限制之事實，相對人係因過失而不知悉時，則已無保護之必要，故本人仍得以之對抗，自屬當然（一〇七條但書）。本條規定須代理人原有代理權，而其與第三人所為之行為，已超出其權限以外者，始有其適用。然苟為有代理權人所為之行為，縱其行為與代理權之間，並無何等關

係均應適用本條之規定。日本昭和五年二月十六日大審院民事判例參考。故不僅代理人所爲之行爲超過量的限制者，有其適用，即超過質的限制亦然。本條於實際上適用頗多。例如甲就販賣行爲有代理權，利用本人乙之委任狀與圖章爲買入行爲，或其代理權原限制於借入二百元之借款，利用本人之圖章，借入五百元之借款（日本大正八年二月二十四日大審院民事判例），或於白紙委任狀上記入權限以外之行爲（同十四年十二月二十一日判例），皆其適例。各共同代理人原應共同爲代理行爲（一六八條），亦可視爲代理權之限制，如共同代理人中之一人單獨爲代理行爲時，亦與上述情形相當。本條規定原在保護善意之第三人，故本人縱無可以歸責之理由，亦不得不忍受代理行爲之效果。不過本人因此受有損害時，得向表見代理人請求賠償而已。本條規定，對於意定代理及法定代理是否均應有其適用，學說判例所見不一。余以爲對於意定代理法定代理並無加以區別之理由也。

（二）由於代理權之撤回

本人與代理人曾有代理關係，但在代理行爲時已經撤回者，則代理人已失去其代理權，所爲之代理行爲，本人固不應受其拘束。但代理權撤回之後，未必即向外部公示，第三人多苦無從知悉。故爲保護善意第三人起見，其代理權之撤回，亦不得對抗，但其第三人係因過失而不知其事實者則已無保護之必要，仍得以之對抗（一〇七條）。例如本人甲對外爲交易時向由店員乙爲之代理，其後因故改由丙爲之代理，乙之代理權已廢撤

回，但本人對於交易之相對人並未通知，相對人不知其代理權已經消滅，仍與之為交易，即其適例。於此種情形，本人受有損害時對於表見代理人可以請求賠償，固不待言。本條之適用以原有代理權而其後已經撤回者為限，如自始即無代理權時，自不適用。相對人是否善意，應由本人負舉證責任。如無反證，亦推定相對人不知其代理權之消滅（日本明治三十八年十二月二十六日大審院判例參考）。

第七項 無權代理

第一 總說

無權代理之意義

有權代理為代理人有代理權所為之代理，其效果直接歸屬於本人，本人與相對人，均得主張其效果。表見代理之代理人雖無代理權，然於表面上有足以信為有代理權之情事，故其效果本人雖不得主張，然相對人則可以主張之。至於茲所謂之無權代理，則為狹義之無權代理，即表見代理以外之無權代理。本人與相對人均不得主張其效果者也。無權代理之原因，固有種種，而以由於無因管理者為最多。無權代理行為，雖係代理人無代理權而為行為，但除代理人無代理權一點而外，其他代理行為之要件，則須完全具備，故無權代理行為，亦必須以本人之名義為意思表示，固不待言。

無權代理之效力

無權代理人之代理行為，既為無效之代理行為，且不具有代理權之任何表見情事，自不應犧牲本人，以保護交易之安全，故本人及相對人均不得主張其效果。然民法為維持代理制度之信用，此種

行爲亦非確定無效，如經本人承認，亦可發生效力。此種行爲之效力既不確定，純依本人之意思而左右，對於相對人自不利益，亦不得不爲之講求保護之方法。是以此種無權代理行爲亦於法律上發生一定之效果。其效果可分（1）本人與相對人間之關係，（2）無代理權人與相對人間之關係，（3）本人與無代理權人間之關係三方面考察之。

第二 本人與相對人間之關係

對於
本人之
效果

無權代理人與相對人（第三人）所爲之代理行爲，對於本人不生何等效力，自屬當然。然此種代理行爲或係對於本人有利，或係當事人間有特別情形，欲其行爲發生效力。故其代理行爲並非確定的當然無效，如經本人承認即生效力，因其拒絕即失效力（一七〇條一項）。換言之，即並非絕對無效，而位於有效無效之不確定狀態者也。

承認云者，本人承認無權代理行爲對於自己發生效力一方的意思表示，並非事後之授權行爲。因本人之承認而無權代理行爲之效力不確定狀態，即確定爲有效。因本人一方的意思表示能使法律關係發生一定之變動，故所謂承認權，實爲形成權之一種。承認之意思表示，對於無權代理人及相對人均得爲之（一一七條）。承認之意思表示不必要何等方式。其契約爲要式行爲時，其契約之承認，亦無須方式。若本人未爲承認亦未爲拒絕而死亡，如無權代理人爲本人之繼承人時，日本有判例謂無權代理人所爲之法律行爲與本人自爲

者發生同樣之法律上地位（昭和二年三月二十二日及三年十二月十四日大審院判例參考），其解釋可供吾人參考。無權代理行爲經本人承認時，溯及爲代理行爲時，發生效力（一一五條）。唯應注意者，無權代理行爲係代理人無代理權而爲代理行爲，除代理人無代理權一點而外，其性質固與代理行爲無異，既如前述。故不許代理之法律行爲（例如兩願離婚）由無代理權人爲之者，本人縱爲承認，亦不因之而生效力，自屬當然（最高法院二九年上字一九〇四號判例參考）。

承認既爲本人之權利，故本人自可爲承認之拋棄，即所謂拒絕是也。承認之拒絕爲不爲承認之意思表示，因拒絕承認，無權代理行爲即確定的對於本人不生效力，本人即不得再爲承認。拒絕之意思表示亦與承認同，得對無權代理人及相對人爲之（一一七條）。

對於相對人之效力

無權代理行爲於本人承認以前，位於效力不確定之狀態，有效與否，純依本人之意思而左右，代理行爲之相對人，法律上之地位自屬不安，因之法律特給與相對人以確定此種法律關係及促其確定之權利，以期平衡。故相對人有撤回權及催告權。

（一）相對人之催告權

相對人得定相當期限，催告本人確答是否承認（一七〇條二項）。其限期是否相當，爲法律問題，應依客觀的情事及法律行爲之內容定之。如相對人所定之期限較之客觀的相當期限爲短時，其催告是否有效，學者

有爭，余意應解爲其催告可延長至客觀的相當期限而有效，如本人逾期未爲確答時，視爲拒絕承認（同項但書）。

（二）相對人之撤回權

無代理權人所爲之法律行爲，其相對人與本人未承認前得撤回之（一七一條）。其法律行爲可分時，並可撤回其一部（日本大正十二年六月七日大審院民事判例參考）。但爲法律行爲時，明知其無代理權者，自無優予保護之必要，故不得撤回（同條但書）。

第三 無權代理人與相對人間之關係

無權代理人之責任

無權代理人所爲之法律行爲，如經本人承認，則發生代理之效果，無權代理人與相對人間，自不發生何等之法律關係，原不待言。反之，本人若不爲承認，代理人復不能證明其代理權之存在，於是無權代理人與相對人間遂發生法律問題，然無權代理人所爲之法律行爲，原係代理行爲，以本人之名義爲意思表示，即相對人亦係與本人爲法律行爲，是以無權代理人與相對人間原無直接發生法律關係之意思。第因無權代理行爲確定無效時，相對人所預期之效果，不克發生，則因信賴其法律行爲之有效成立，不免發生損害。其損害之發生，原基因於代理人之無代理權，故爲維持代理制度之信用，兼且保護善意人之利益，其損害自應由無權代理人負擔，最爲合理。故我民法規定無權代理人以他人之代理人名義所爲之法律行爲，對於善意之相

對人負損害賠償之責（一一〇條）。此等無權代理人之責任關係，即所謂無權代理人與相對人間之關係也。

責任

然則，民法第一一〇條規定無權代理人之責任，其法律之根據果何在？依德國普通法時代之通

原因

說，則無權代理人為代理行為時，無權代理人與相對人間常有默示的擔保契約，無權代理行為如未經本人承認，則無權代理人基於默示的擔保契約，須對於相對人負損害賠償責任。然所謂默示的擔保契約，純為論者之擬制。依現行民法規定，無權代理人如不能證明其有代理權，本人又未承認，相對人復為善意，則不問擔保契約之有否，無權代理人即應負擔保責任，似不必再依德國普通法時代之通說。故余以為無權代理人之損害賠償責任，係基於民法上之直接規定而發生，為法律上之特別責任，且其責任之發生，不以故意過失為要件，故為結果責任（無過失損害賠償責任）之一種也。

責任

內容

無權代理人之損害賠償範圍若何？向有兩種不同之學說。一說，無權代理人應賠償相對人之積極的損害，即應賠償其履行利益（即相對人於法律行為有效成立時所可取得之利益）。一說，無權代理人無庸賠償相對人之積極的損害，以賠償消極的損害為已足，所謂消極的損害，亦即信賴利益之賠償（相對人信為有代理權所蒙實際的損害）。余以為就無權代理人之責任根據而言，似以從前說為是，故其損害賠償之範圍，不限於信賴利益，即履行利益，亦包括在內者也。

第四 無權代理人與本人間之關係

無權代理
與本人之
關係

最後，有應略予說明者，爲無權代理人與本人間之關係。無權代理人之行爲，爲本人之利益，經本人承認時，則成立無因管理（一七二條以下）；反之，事實上如爲本人之不利，經時，則往往構成侵權行爲（一八四條以下）。然此等關係，原非無權代理之所特有，凡無處理他人事務之義務而爲處理，或無干涉他人之權限而爲干涉時，類皆可成立無因管理或侵權行爲，固不必特別以爲無權代理關係之效果，而從事於論究者也。

第八款 法律行爲之效果

第一項 總說

法律
行爲之
效果

若以法律行爲之效果爲標準，則法律行爲之中，復可分爲二類。其一，爲完全之法律行爲，即其法律行爲之效力，業經確定發生者也，亦曰有效之法律行爲。其二，爲不完全之法律行爲，雖具有法律行爲之外觀，但不能完全發生法律行爲之效力者也。無效之法律行爲，得撤銷之法律行爲及效力未定之法律行爲，皆爲不完全之法律行爲。本款專就不完全之法律行爲分別說明如次。

第二項 無效之法律行爲

第一 無效之意義

無效之意義

無效云者，因缺乏法律行為之有效要件，於法律上當然絕對的確定的不發生法律行為之效力者也。分析說明之如左：

(一) 無效係因缺乏法律行為之有效要件

法律行為之成立要件與有效要件有別，前已言之。法律行為缺乏成立要件者，為法律行為之不成立，並非法律行為之無效。無效之法律行為云者，具備成立要件，法律行為業經成立，但缺乏發生效果之必要要件者也。例如契約因要約之意思表示與承諾之意思表示合致而成立，如僅有要約之意思表示時，契約不成立，並不發生無效之問題。反之，契約已經成立，但其契約之內容因不法、不能、不當……而阻止其法律行為之效果之發生時，則為無效之法律行為。

(二) 法律行為之無效為法律上當然發生者

法律行為之無效為法律上當然發生者，既無庸當事人為何種主張，亦無庸法院為無效之宣告。其無效既無庸當事人為何種主張，故其無效不同當事人之意思如何，當然發生，與得撤銷之法律行為須經撤銷權人為撤銷之意思表示其法律行為始失其效力者不同。其無效亦無庸法院為無效之宣告，故不必請求法院為無效之判決。然無效之法律行為固不必請求法院為無效之宣告，但當事人提起確認之訴，請求確定其無效，自屬無

妨。例如我民法婚姻之無效，原爲當然無效，不似外國立法例須經無效之宣告，始確定爲無效，然當事人亦不妨提起婚姻無效之訴，確認其爲無效者也。（民訴法第五三五條以下參照）。

（三）法律行爲之無效爲絕對的

法律行爲之無效以絕對的無效爲原則。絕對無效云者，其法律行爲之無效，不止於當事人間，即對一切之人皆得主張其無效者也。但於此有所謂相對無效之例外，即法律上往往有規定無效不得對抗特殊之人或對特定之人不得主張無效者是也。

（四）法律行爲之無效爲確定的

無效之法律行爲，自始即爲無效，並非業經發生之效力歸於消滅。故有譬喻曰：「無效譬如死產之兒，雖經如何名醫，亦不得使之復生。」是以在行爲之當時，必須有無效之原因存在，且當時如有無效之原因，其後即永遠無從使之發生效力。法律行爲之無效，既爲確定的不發生效力，故與在有效無效未確定狀態之法律行爲不同。例如無權代理人以本人名義向第三人所爲之代理行爲，如本人未經承認，相對人亦未撤回時，其無權代理行爲即位於有效無效之不確定狀態，尙未確定爲無效者也。是以效力未定之法律行爲與茲所謂無效之法律行爲，自異其趣。

（五）不發生法律行爲之效力

法律行為之無效，並非其行為本身消滅，不過不能發生法律行為上之效力，換言之，即不能發生當事人希望發生之結果而已。因之發生非法律行為的效果，自屬無妨。例如無效行為因其備侵權行為之要件，而發生損害賠償之義務，或因無效之債權行為已為物權行為時，則發生不當得利之返還請求權，均屬無妨。

第二 無效之種類

(一) 絕對無效、相對無效

區別之標準 絕對無效云者，其無效對一切人皆可主張者也。相對無效云者，特定人不得主張其無效，或對於特定人不得主張其無效者也。法律行為之無效，本以絕對無效為原則，然為交易之安全，以保護善意人，或因當事人有重大之過失，故承認相對無效之例外者也（例如八七條一項但書）。

惟須注意者，法律行為之相對無效與有效之法律行為缺乏對抗要件者，須加區別。相對無效係於得主張無效之範圍內，其法律行為無效，反之，有效之法律行為缺乏對抗要件者，仍為有效之法律行為，不過因缺乏法律所要求之對抗要件，故第三人可以否認其法律行為之效果而已（例如二十七條、一〇七條等）。

(二) 全部無效、一部無效

區別之標準 無效之原因存在於法律行為內容之全部者，為全部無效；反之，無效之原因，存在於其行為之一部者，為一部無效。無效之原因存在於行為之全部時，其法律行為全部因之無效，固不待言。反之，法律

行爲之一部無效是否影響及於法律行爲之全部，則立法例殊不一致。大別之，有三種不同之立法主義：其一，爲羅馬法所採之主義，以一部無效不致全部無效爲原則（*Titio per inutile non viciatur*）；其二，爲英、美法主義，以無效原因爲條件（*Condition*）時，則全部無效；否則，不過發生損害賠償問題；其三，爲德民法主義，法律行爲之一部無效者，原則上全部皆屬無效。但如除去該部分亦可成立時，則仍可使其他部分有效（德民法一三九條）。我民法之規定，即係仿自德民法主義者也（一一一條）。

（三）當時無效、嗣後無效

區別之標準
法律行爲無效之原因，通常皆存在於成立之當時，是爲當時無效。但亦有在法律行爲成立之後，發生無效之原因，則爲事後無效。例如法律行爲之標的，根本即違反公序良俗時，屬於前者。再如，法律行爲之標的物在其行爲成立後，忽變爲不融通物，則屬於後者。

第三 無效行爲之轉換

無效行爲之轉換
無效之法律若具備他種法律行爲之成立要件及有效要件，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（一二二條）。是爲無效行爲之轉換。例如密封遺囑不具備密封遺囑所定之方式，而具備自書遺囑之要件時，有自書遺囑之效力，即其一例（一一九三條）。

第四 無效行爲之承認

無效
行爲之
承認

「無效譬如死產之兒，雖有如何名醫亦不能使之復生」吾人前已言之。故無效行爲雖經事後承認，自亦不能使之無效。故當事人溯及的承認無效行爲，使之自始即發生有效之效果，自不可能。反之，若非溯及的承認，不過當事人知其無效，而爲承認，是否可以有效，在德、日民法設有明文，可視爲新行爲而有效力（德民法一四一條一項，日民法一一九條但書）。據學者解釋，當事人知其無效而爲承認，必須於無效原因消滅後爲之，且須全部具備法律行爲之有效要件，原與新行爲之作成無異，不過當事人不必重複表示其行爲之內容，即以舊行爲之內容爲新行爲之內容而已。其實質既爲新行爲之作成，故自承認時發生效力，無溯及效。倘依此種解釋，則我民法雖無明文，依法理解釋，亦可達到同樣之結論。例如法律行爲之內容因不能而無效，如當事人於內容可能時而爲有效之承認，自與新行爲之作成無異，應視爲新行爲而使之發生效力也。

第五 無效行爲之效果

無效
行爲之
效果

無效之法律行爲，不過不能發生法律行爲之效力而已，非法律行爲的效果，仍可發生，已如前述。我民法就無效行爲之效果，特設規定，即無效行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任（一一三條）。是爲我民法特殊之規定，爲德、日、瑞士民法所未曾有者。按無效行爲之效果，各國立法例類皆根據不當得利占有之規定，我民法對此亦各設有相當之規定，今復於總則編中，別有一般的規定，致與其他法條，矛盾重複，似仍以不設規定爲是也。

第三項 得撤銷之法律行為

第一 撤銷之意義

撤銷之

民法上撤銷之一名詞，往往用於種種不同之意義。如禁治產之撤銷及死亡宣告之撤銷爲裁判之

用語例

撤銷（一四條二項、民訴六三一條）、法人設立許可之撤銷爲行政處分之撤銷（三四條）、營業許可之撤銷（八五條）、債務人詐害行爲之撤銷（二四四條）、未依書面之贈與之撤銷（四一六、四一七條）爲並無何等瑕疵完全有效之法律行爲之撤銷。此外，懸賞廣告之撤銷（一六五條）及遺囑之撤銷（一二一九條），則係於意思表示之發生法律效果以前，防止其效果之發生，與其謂爲撤銷，毋寧謂爲撤回，或較妥當。於此所謂撤銷則專就以意思表示之有瑕疵爲原因者而言。唯須注意者，婚姻之撤銷，廣義言之，雖亦爲因意思表示之瑕疵而撤銷（九八九條以下），然依其行爲之性質，固亦不能適用民法總則之規定者也。

撤銷之意義

撤銷云者，因意思表示之有瑕疵，撤銷權人行使其撤銷權使其法律行爲之效力溯及的消滅之謂也。茲分析說明之如左：

（一）撤銷之原因爲意思表示之有瑕疵

撤銷一語，有種種意義，已如前述。且在上述各種撤銷之中，有爲法律行爲以外之撤銷者（例如禁治產之

宣告死亡宣告及法人設立許可之撤銷），有爲法律行爲之撤銷者。而法律行爲之撤銷，有以意思表示之有瑕疵爲原因者，有不然者，茲所述之撤銷，則其撤銷之原因，須爲意思表示之瑕疵，既如前述。

(二)得撤銷之法律行爲之效力已發生

得撤銷之法律行爲，於其撤銷以前，原爲有效力之法律行爲，不過因其有效要件於成立當時即已具有瑕疵，故法律特承認撤銷權，得阻止其效果之發生，因撤銷權之行使，其法律行爲之效果遂溯及法律行爲成立之時而消滅，故得撤銷之法律行爲與無效之法律行爲及效力未定之法律行爲，皆異其性質者也。

(三)撤銷應由撤銷權人爲之

撤銷應由撤銷權人爲之，此亦撤銷與無效之區別所在。蓋在無效之法律行爲無庸特定人之主張，即當然不生法律上效力；反之，得撤銷之法律行爲則必須有特定人之主張，其法律行爲始失其效力。詳言之，得撤銷之法律行爲，乃法律許與特定人以撤銷權，因撤銷權人主張撤銷，其法律行爲始失其效力，故與無效之法律行爲自始無效者，有以異也。

(四)得撤銷之法律行爲因撤銷而溯及的消滅

無效之法律行爲，自始即不發生何等效力，故當事人縱放置不理，亦不發生何等變化。反之，得撤銷之法律行爲必須撤銷權人行使其撤銷權，其法律行爲之效力，始行溯及的消滅，撤銷權人如放置不理，其法律行爲即

持續其效力，若拋棄其撤銷權（承認）或其撤銷權因除斥期間之經過而消滅時，則得撤銷之法律行為以後即成爲不得撤銷之法律行為。是以得撤銷之法律行為，因特定人之主張（撤銷）或主張之放棄（承認）或主張之不能（除斥期間之經過），其效力均受有影響，故學者謂得撤銷之法律行為爲其效力在不確定狀態者也。

第二 撤銷權人

撤銷 得撤銷之法律行為，其撤銷應由撤銷權人爲之，固如上述。何人得爲撤銷，民法並未設有一般的規定，茲依法理說明如下：

（一）本人

暴利行爲之撤銷權人爲急迫、輕率或無經驗之行爲人本人及利害關係人（七四條一項），因錯誤、詐欺、脅迫而爲意思表示之撤銷權人，爲表意人本人（八八條、八九條、九二條），固不待言。

（二）代理人

法定代理人於其權限內當然得爲本人行使撤銷權，固不待言，即意定代理人，亦得爲之。蓋因撤銷權爲形成權，可因一方的意思表示而行使之，其行使亦可爲代理之目的，由代理人行使其撤銷權也。至代理人所爲之意思表示如有撤銷之原因時，其原因事實之有無，固應就代理人決之（一〇五條），然代理行爲原直接歸屬於本人，故其撤銷權亦屬於本人而不屬於代理人，就其撤銷，非更有代理權之授與，不得爲之也。

(三) 撤銷權人之承繼人

繼承人及其他包括承繼人，得繼承撤銷權人行使撤銷權，固不待言。至於特定承繼人則非承繼撤銷權人之法律上之地位，不克取得撤銷權而行使之。蓋因撤銷權為形成權，不能與因得撤銷之法律行為而生之法律關係分離，單獨承繼之故也。

(四) 撤銷權人之債權人

撤銷權人之債權人因民法第二四二條之規定，得代位行使撤銷權人之撤銷權。

第三 撤銷之方法

撤銷之方法

撤銷之方法即撤銷權之行使方法，依撤銷權人之一方的意思表示即得為之。撤銷權係因撤銷權人一方之意思表示即可使法律行為之效力溯及的消滅，故為形成權之一種。撤銷之意思表示，法律上並未限定其表示方法，原則上不必何等方式，故亦不必以訴之方法為之（例外七十四條）。無論其為明示或默示均可發生效力（最高法院二九年上字六三號判例參考）。故某一行為，是否有撤銷之效力，應依意思表示之通則決定之，不必使用撤銷等字樣，固不待言。且撤銷行為，亦不必獨立為之。如拒絕履行因得撤銷行為而負擔之債務，或對於因得撤銷行為而生之事實請求回復原狀，原則上皆可解為包含有撤銷之意思表示者也。日本判例對於因詐欺而移轉之登記請求塗銷（日本明治三十七年十二月十五日大審院判例）及因詐

取而請求損害賠償（同明治三十九年十一月二十六日判例），皆解爲包含有撤銷之意思表示，可供參考。

撤銷爲形成權之行使，故原則上不得附加條件。法律行爲之內容如可分時，撤銷其一部，亦無不可（日本大正十二年六月七日大審院民事判例參考）。撤銷權如未因除斥期間之經過而消滅，無論何時，皆得撤銷，即於相對人基於其法律行爲取得確定判決之後，亦不妨爲撤銷者也（日本昭和四年十一月二十二日大審院民事判例參考）。

撤銷之

得撤銷之法律行爲，其相對人確定時，應對其相對人以意思表示爲之（一一二條二項）。此所謂

相對人

相對人即得撤銷法律行爲之相對人。相對人如將其因得撤銷行爲而取得之權利讓與第三人時，撤銷之意思表示仍應對於法律行爲之相對人爲之（反對立法例，德民法一四三條二項參考）。撤銷之意思表示與撤銷之效果之主張，應加以區別。撤銷權人對於第三人主張撤銷之效果，固無不可，然撤銷之意思表示則必須向相對人爲之者也。

相對人之繼承人或其他包括承繼人固亦得爲撤銷之相對人。然權利之特定承繼人則非承繼其法律上之地位，不得對之行使撤銷權也。

相對人如不確定者，自不必對於特定人爲之，無待煩言。

第四 撤銷之效果

撤銷之
溯及效

撤銷權人行使撤銷權時，得撤銷之法律行為為時而無效（一一四條一項），是為撤銷之溯及效。撤銷之效果原以絕對的無效為原則，但亦有例外，因詐欺而撤銷時，不得以之對抗善意第

三人是也（九二條二項）。

物權

效力

法律行為經撤銷而自始即為無效時，其效力為物權的效力乎？抑僅有債權的效力乎？換言之，法律行為撤銷時，即行回復原狀乎？抑僅為當事人間發生回復原狀之債權債務乎？此一問題，自德國普通法時代以來，即多爭議，我民法特仿德日民法之立法例（德民法一四二條，日民法一二一條參考）規定為「視為自始無效」（一一四條一項），蓋即承認撤銷有物權的效力者也。

撤銷既有物權的效力，當然發生原狀回復之結果，並不止發生回復原狀之債務。故因得撤銷之法律行為而取得利益之相對人及第三人皆應返還其利益之全部，但撤銷人係基於所有權等物權而請求返還，並非不當得利之返還請求。茲更基此原則，分析說明其要點如左：

（一）因得撤銷之法律行為而利益移轉時，通常固皆先有原因行為（債權行為），然後有給付行為（物權行為）。然亦不必盡然，亦有因獨立的物權行為而利益移轉者。於此種情形，其行為之效果為物權的，固皆彰然明甚。

（二）原因行為已成立，而給付行為尚未發生，如於此時原因行為撤銷時，則不發生利益返還之問題。

(三) 給付行爲完了後，如僅撤銷其原因行爲，則給付行爲，依然有效，不發生前述物權的效果。僅發生不當得利之返還問題。與上述原則，發生不同之結果。

(四) 原因行爲有效，而給付行爲得撤銷時，如其給付行爲撤銷，則發生物權的結果，回復未爲給付以前之原狀。但其原因行爲，仍爲有效，故相對人就原因行爲之效果，仍得請求給付。

(五) 通常情形，大抵原因行爲及給付行爲同時皆爲得撤銷之法律行爲。於此種情形，表意人如爲撤銷時，應解爲原因行爲與給付行爲雙方同時撤銷。蓋表意人僅撤銷其一方，固無不可，然實際上恐無人爲此等無意味之撤銷者也。原因行爲與給付行爲雙方同時撤銷時，其效果應爲全部的返還義務之發生，固不待言。

(六) 對於上述全部的返還義務發生之原則，亦有種種例外。(1) 因詐欺而爲之意思表示撤銷時，不得對抗善意第三人，已如前述(九二條二項)。(2) 得撤銷之法律行爲之標的物如爲動產時，則第三轉得人因受即時取得規定之保護(八〇一條九四八條)，不受何等影響。(3) 土地法規定，不動產之登記，有絕對的效力(土地法三六條)，第三人因此受有特別之保護，而撤銷之效果，從而受有重大之限制，自屬當然。

行爲人 依民法一一四條二項規定「當事人知其得撤銷或可得而知者，其法律行爲撤銷時，準用前條之規定」。所謂準用前條之規定，即準用第一一三條規定，明知或可得而知其撤銷之當事人應負回復原狀或損害賠償責任。第一一三條之規定，矛盾重複，諸欠允洽，已如前述。而得撤銷之法律行爲撤銷時，有溯

及的物權效力，似更難準用第一一三條之規定，解釋上徒滋疑義，殊嫌未當。

第五 撤銷權之拋棄

承認

得撤銷之法律行為之撤銷，既為撤銷權人之權利，故撤銷權人如不欲撤銷其行為，拋棄其撤銷權，自無不可。撤銷權之拋棄，謂之承認。

承認

承認云者，撤銷權人拋棄其撤銷權，不撤銷其行為，俾使得撤銷之法律行為可以確定的有效之意。思表示也，得撤銷之法律行為既在有效無效之不確定狀態，故撤銷權人如欲拋棄其撤銷權，確定

意義

其行為之效力，不特為相對人之利益，且與交易之安定，有其關係，故為法律所認許。唯須注意者，得撤銷行為之承認止為撤銷權之拋棄，故與無權代理行為之承認，就效力未定之行為使之自始有效者，大異其趣也。在德國民法，得撤銷行為之承認謂之追認（*Bestätigung*），反之無權代理行為之承認謂之事後同意（*Genehmigung*），固顯有區別者也。

承認之要件

承認之有效，須具備以下之要件：

- (一) 承認既為撤銷權之拋棄，故承認權人必為撤銷權人。何人為撤銷權人，前已說明，茲不多贅。
- (二) 承認人須知其行為為得撤銷之行為。蓋承認為撤銷權之拋棄，自以知有撤銷權為前提也。

承認之方法

承認之方法，與撤銷同，亦應以意思表示向相對人爲之（一一六條一項）。是以不必特別使用承認等字樣，如就當該情事，可以推知爲承認，卽已充分。

承認之相對人亦與撤銷同。如相對人確定者，其意思表示應向相對人爲之（一一六條二項）。反之，如相對人不確定者，則應解爲無對特定人表示之必要。

承認之效果

經承認之法律行爲如無特別訂定溯及爲法律行爲時，發生效力（一一五條）。學者有謂係以明文規定，承認之效力，原則上採溯及的物權主義者。此在事後同意行爲，此種解釋固無不當，然就得撤銷行爲之承認，則鄙見不能爲同樣解釋。何則？蓋得撤銷之法律行爲原爲有效之法律行爲，如不爲撤銷，當然持續其效力。承認云者，不過確定其效力表示將來不再爲撤銷而已，並不因承認之前後，而其積極的效力遂有差異。故溯及效云者，實無何等意義。又承認既不得謂有溯及效，故日民法規定承認之溯及效，不得妨害第三人已得之權利（日民法一二二條但書）。學者多病其冗贅，譏爲「無用之空文」。我民法未設規定，自屬極當。

第四項 效力未定之法律行爲

第一 效力未定之法律行爲

效力未定之法律行爲

效力未定之法律行爲云者，其法律行爲之發生效力與否，尙未確定者也。故效力未定之法律行爲與無效之法律行爲以及得撤銷之法律行爲，皆異其性質。蓋無效之法律行爲爲其不能發生法律行

爲之效力，於行爲時，即已確定，自與效力未定之法律行爲不同，至於得撤銷之法律行爲於撤銷以前，原爲有效之法律行爲，如撤銷權人拋棄其撤銷權或撤銷權因除斥期間之經過而消滅時，當然持續其效力，唯於撤銷權人行使其撤銷權時，其行爲之效果始溯及的而消滅者也，故亦不得謂爲效力未定之法律行爲。反之，效力未定之法律行爲則其行爲之發生效力與否，尙屬未定，與以上二者，皆屬迥然各異也。

效力未定之法律行爲，原有種種，我民法對於須得第三人同意之法律行爲及無權處分行爲，特別設有規定，茲分述於次。

第二 須得第三人同意之行爲

須得第三人同意之行爲

須得第三人同意之行爲云者，其法律行爲須得第三人之同意始生效力者也（一一七條）。依民法之用語例，有不曰同意而曰允許或承認者，允許爲事前或同時所表示之同意，承認則爲事後之同意，須得第三人同意之行爲，原有種種，凡民法七七條、一一八條、一七〇條、三〇一條、九七四條、九八一條、

一〇〇六條、一〇二〇條、一〇三三條、一〇四九條、一〇七六條、一一〇一條等規定，皆應包括在內者也。

同意之性質

同意須以意思表示爲之，故爲法律行爲。同意之性質，在使他人所爲之法律行爲發生效力，故爲補助的法律行爲。同意依一方的意思表示而成立，但須對特定人爲之，故爲有相對人之單獨行爲。同意不必依一定之方式爲之，即他人所爲之法律行爲爲要式行爲時，亦然。故同意爲不要式行爲。

意不必依一定之方式爲之，即他人所爲之法律行爲爲要式行爲時，亦然。故同意爲不要式行爲。

同意之方法

同意之方法，須依意思表示爲之，已如前述。其同意得向原法律行爲之當事人之一方爲之（一一七條）。例如限制行爲能力人締結契約，其法定代理人之允許表示向未成年人或其相對人爲之，均生同樣之效果。同意之方法，既無何等限制，故默示的同意，亦屬有效。

同意之撤回

德國民法規定，事前所爲之同意，得於法律行爲前撤回之（德民法一八三條參考）。我民法雖無規定，解釋上亦應相同。蓋因本人認識偶有錯誤，或情事變更致所爲之同意，已有撤回之必要時，自無加以禁止之理由也。

拒絕

須得第三人同意之法律行爲，第三人不特有同意權，且有拒絕權。拒絕云者，即拒絕爲同意之意思表示也。須得第三人同意之法律行爲，經第三人拒絕同意時，即確定的不生效力，自屬當然。其拒絕之方法，亦與同意同，應以意思表示爲之，其意思表示，並得向法律行爲當事人之任何一方爲之，亦與同意無異（一一七條）。

第三 無權處分行爲

無權處分行爲

無權處分行爲云者，無權利人以自己之名義就他人之權利標的物所爲之處分行爲也。析言之，則

(一) 須爲無權利人

權利之得喪變更

無權利人云者，就權利標的物無處分權者之謂也。處分權人與物權人不必爲一人。有無物權而有處分權者，亦有有物權而無處分權者。茲所謂無權利人則以其處分權之有無爲決定之標準也。

(二)須就他人之權利標的物所爲之處分行爲

處分行爲云者，直接以權利移轉變更或設定負擔爲標的之行爲也。蓋一一八條規定，原爲對於無權利人處分行爲所設之救濟辦法，故僅就處分行爲，有其適用。對於以他人之權利爲處分之標的之債權行爲，則不適用一一八條之規定，蓋債權行爲並不能直接發生物權變動之效果，故以他人之所有物爲買賣標的者，其買賣契約自可有效成立，不過出賣人負有使買受人取得該權利之義務而已（三四八條）。反之，無權利人就他人權利標的物所爲之處分行爲如無處分能力，則本屬無效；不過爲便利起見，故民法特設一一八條規定，得因權利人之承認，使之溯及的有效耳。

(三)無權利人須以自己之名義爲之

無權利人所爲之處分行爲，須依自己之名義爲之，始適用一一八條之規定，若以權利人之名義爲之，則構成無權代理行爲，應適用一七〇條之規定，以決定其效力之有無矣。

無權處
分行爲
之效力

關於無權處分行爲之效力，我民法設有特別的規定如左：

(一)無權利人就權利標的物所爲之處分經有權利人之承認始生效力(一一八條一項)

無權利人既無處分權，則所爲之處分行爲，原不發生法律上之效力。惟民法爲考慮實際上之便利，經處分權人之承認，即可有效。所謂承認，即事後同意，故無權處分行爲，亦爲須經第三人同意行爲之一種也。無權利人所爲之處分行爲，如未經權利人之承認，或拒絕承認者，不生效力，固不待言。然其權利標的物如爲動產時，則相對人因即時取得之規定，仍取得權利。不過於此種情形，無權利人應依侵權行爲負有損害賠償責任耳。

(二)無權利人就權利標的物爲處分後取得其權利者其處分自始有效(一一八條二項)

無權處分行爲原則上雖須經權利人之承認，始生效力。然無權利人就權利標的物如於處分後因繼承或其他原因取得其處分權者，則其處分行爲自應使之有效，始足以適合當事人之本意，兼謀事實上之便利。其處分之效力，我民法明定爲有溯及效，不免有害及於第三人之利益，德民法對此，未設明文，而學者解釋則均謂爲不得溯及者也。

次之，「無權利人就權利標的物爲處分後，權利人繼承無權利人者，其處分是否有效，雖無明文規定，然在繼承人就被繼承人之債務負無限責任時，實具有同一之法律理由，自應由此類推解釋，認其處分爲有效」也(最高法院二九年上字一四〇五號判例參考)。

(三)無權利人所爲數處分相抵觸時以其最初之處分行爲爲有效(一一八條三項)

無權利人所爲數處分相抵觸時，以其最初之處分行爲爲有效。然茲所謂處分行爲，原指物權行爲而言，非謂當事人間之債權行爲，已如前述，物權行爲之有效成立，必須具備公示要件，故最初處分之有效與否，當仍視其是否具備物權公示要件而左右耳。

第三節 期日及期間

第一 總說

時間

法律事實之中，占有重要之位置，其適用亦最頻繁者，厥維時間。例如因一定之事實狀態，繼續經過一定之時間，即發生權利之變動（一二五條以下七八條以下），或因經過一定之期間，取得行爲能力（二十條二十一條），或一定之行爲僅限於一定之期間爲之，始生效力（八十條一七〇條二項），其例極夥。又如失蹤期間（八條），婚生子女推定之期間（一〇六二條一〇六三條），女子再婚禁止之期間（九八七條），間接對於法律關係有其影響者，亦復不少。此外當事人以時間定期限者，更爲日常所恆有。足證時間，亦得爲法律效果發生之原因，雖非法律要件，但爲組成法律要件之法律事實也。

期日及期間

時間之中，復有期日及期間之別，其有一定時期不許分割者謂之期日，其由一定時期繼續達到一定時期者，謂之期間。換言之，就時間爲靜的觀察，則爲期日；就時間爲動的觀察，則爲期間。二者之區

別要視其是否以時間之經過爲觀念之內容。學者通常恆謂期日爲點，而期間爲線，其說明固無大謬，唯須注意者，期間期日之區別，並非時間長短之問題，所謂期日，並不必以日指定之，例如民國二十九年若用於民國二十九年度之義，則亦不失爲期日，如用於「二十九年繼續中」或「二十九年每月反復……」或「二十九年經過中」等意義，則爲期間。

期日
期間之
規定

期日、期間得以法令、審判或法律行爲定之。如法令、審判或法律行爲，就期日及期間之計算，有特別之訂定者，自應從之。如無何等訂定時，則適用民法一一九條以下之規定（一一九條）。是以民法一一九條以下之規定，原爲補充的規定，但其規定之適用，不限於民法所定之期日、期間，就一般期日、期間之計算，亦有其適用者也。

第二 期間之計算法

期間
之計算
方法

期間之計算方法，有自然的計算法與曆法的計算法二種。前者自起算之瞬間，以一日之區分數爲單位，即時起算者也。其一日之區分，通常固以時爲單位，然若細分爲分秒以便計算，亦無不可。例如自六月八日午前十一時，至九月三日午後三時。後者爲根據曆法算定期間之方法，曆法以日爲單位，如即以日爲期間之單位（例如二十日），從事計算，固無問題，然若以月或年爲單位不換算日數時，則因月有大小，年有正閏，雖同爲五年或三個月，而其中所包含之日數，自有差異。若自一年或一月之中途起算，起點終點，均欠明瞭。

是以自然的計算法，雖屬精確，但失之繁瑣，以之計算長時間，殊感不便。反之，後者於實際上應用，固較前者為簡便，但又病其太不精確，諸欠完密。此二者得失之大略也。

民法之規定

自然的計算法及曆法的計算法，既各有其利弊，故各國民法皆兼採二種計算方法，就長期間採用曆法的計算法，短期間採用自然的計算法，我民法亦然。

(一) 以時定期間者

以時定期間者，適用自然的計算法，自即時起，以時計算（一二四條一項）。例如自今日午前十一時二十分，十二小時，則自十一時二十分為始，以計算其期間。

(二) 以日、星期、月、或年定期間者

以日、星期、月、或年定期間者，適用曆法的計算法，其規定如下：

(a) 起點

關於起點之計算，有短縮的計算法，將始日算入者；有延長的計算法，將始日不算入者。我民法規定，以日、星期、月、或年定期間者，其始日不算入（一二〇條二項），蓋採取延長的計算法者。唯年齡之計算法，則自出生之日起算，是為例外（一二四條）。再此種規定，既為任意的規定，故當事人如特別指定起算日者（例如自本日起十日之內，或自發行之日起，三個月內），自應從之。

(b) 終點

以日、星期、月、或年定期間者，以期間末日之終止（午後十二時）為期間之終止（一二一條）。倘依此計算法，則一日非二十四小時，係自午前零時開始，午後十二時終了之時間，是亦為延長的計算法。例如自七月一日午前七時起十日，則其期間之終點為七月十一日午後十二時，即實際上為十日十七小時也。

星期、月、或年不自其始日起算，自中途起算者，從曆法的計算法，以最終之星期、月或年與起算日相當之前一日為期間之末日（一二一條二項），其間月之大小、年之平閏，在所不問。例如自二十九年一月一日起，五個月則以一月二日為起算日，以最後之月即二十九年六月，與起算相當日（即六月二日）之前一日，即六月一日為其期間之滿了，但以月或年定期間，於最後之月，無相當月者，以其日之末日，為期間之末日（同條同項但書）。例如於一月三十一日約定，自今日起，一個月，則因於二月中無與起算日（三十一日）相當之日，即以其月之末日（平年為二十八日，閏年為二十九日）為期間之末日。

(c) 末日之延期

應為意思表示或應為給付之期間或期日之末日，如為星期日、紀念日、休息日等日，不能為意思表示或給付者，以其休息日之次日為末日（一二一條）。是為末日之延長計算。然本條之適用，並非末日之當然延期，必須其末日不能為意思表示或給付，始行延期者也。至所謂休息日，不必為全國一般的休息日，即一地方一階級

之休息日，亦包括在內。且其休息日不必爲當事人雙方共同之休息日，即一方之休息日，亦應有其適用。

(三)不繼續期間之計算法

期間之中，復可分爲繼續期間與不繼續期間，繼續期間爲繼續經過之期間，例如自七月一日起三個月。反之，不繼續期間，則爲不必繼續經過之期間，例如「請假在二月以上者停薪」。關於繼續期間，我民法採取曆法的計算法，已如上述。唯不繼續期間，既非連續計算，自不能採取曆法的計算法，故我民法規定每月爲三十日，每年爲三百六十五日，以免爭議（一二三條）。

第三 年齡之計算法

年齡之計算法
年齡之計算法，各國立法例，皆不一致，我國固有習慣，亦因地而異。如北方各地，出生即爲一歲，南方若干地方，則必須滿足一年，始爲一歲，相差甚鉅。人之年齡與行爲能力及婚姻適齡等，關係頗切，自

應規定畫一之標準，故於民法總則規定，自出生之日起算（一二四條），以滿足一年爲一歲。滿足二十歲，始爲成年。

出生之日之推定

年齡對於自然人直接間接關係既極密切，出生月日如無從確定，自非所宜，故民法特設有推定的規定，即「出生之日無從確定時，推定爲七月一日出生，知其出生之月而不知其出生之日者，推定其爲該月十五日出生」（一二四條二項）。惟既爲推定，則當事人得舉反證以顛覆之，固不待言。

第四節 消滅時效

第一款 總說

第一 時效制度之概念

時效
之意義

廣義所謂時效者，一定之事實狀態，經過一定之期間之後，即發生一定法律效果之制度也。析言之，即

(一) 須有一定之事實狀態

一切之時效制度，皆以一定之事實狀態之存在為前提，例如取得時效以占有之事實狀態為要件，消滅時效則以權利之不行使之事實狀態為要件，其所要求之事實狀態，固有不同，而必須具備一定之事實狀態，則無二致。權利之除斥期間，係權利之預定存續期間，無須具備何等事實狀態，故與時效有別。

(二) 須經過一定之期間

時效觀念，原以時間之經過為前提。詳言之，即因上述之一定事實狀態，經過一定之期間，始發生時效之效力者也。是以如無須時間之經過者，自不得謂為時效。例如動產之即時取得制度，雖有稱之為「即時時效」或「瞬間時效」者，然即時瞬間，因皆與時效不相容之觀念也。

(三) 須發生一定之法律效果

時效制度之精神，即在尊重既成之事實狀態，如一定之事實狀態，經過一定之期間，即使之發生一定之法律效果，此固為各國民法之所共同。然其法律效果如何，則各國民法，又不一致。徵之各國立法例，則(1)有不問為取得時效與消滅時效，一律為實體權之取得與消滅者（日民法一六二條一六七條參照）。(2)有分別取得時效與消滅時效，前者為權利取得之原因，後者則止與義務人以抗辯權者（德民法二二二條及九〇〇條九三七條參照）。(3)有僅發生權利得喪之推定者（日本舊民法證據編九〇條參照）。(4)有不觸及權利之實體，僅消滅其訴權者（俄民法四四條）。其利害得失，原難遽加論斷，然我民法則大體依據德俄民法立法之先例者也。

時效之性質

時效既為一定之事實狀態，經過一定之期間，即發生一定法律效果之制度，故時效實直接為權利變動之原因，應解為法律要件，自無庸疑。

時效制度因事實狀態，繼續一定期間，即當然發生權利變動之效果，不以吾人之何等精神作用為其要。故為事件之一種，且為事件中一般的典型。有謂因時效而發生一定效果，受益人之意思表示，亦為要件之一者，此種見解與我國時效制度根本矛盾，自不足採。

因時效而變動之權利，以財產權為原則，身分權固不克因時效而取得，且原則上亦不得依時效而消滅者

也。

第二 時效制度之存在理由

時效之理由

時效制度，自羅馬法以來，各國法律莫不承認。其存在之理由，雖有種種，但要言之，蓋不外期乎交易之安全，尊重現在的事實秩序。蓋權利本為法律上之力，若事實關係與正當之權利不一致時，則權利人自應根據其法律上之力，傾覆事實關係，以回復原來之權利狀態。但此種事實關係，如已經過一定長久之期間，且為社會所信賴，或為多數法律關係之基礎，若一旦使之根本傾覆，則雖係根據正當之權利關係，亦不免有害於共同生活之平和秩序，違反法律之根本目的。且雖有權利而不行使之，所謂「睡眠於權利之上者」，已無優予保護之必要。此外，則長久繼續之狀態，縱與真正權利狀態相一致，然因年深日久，證明材料，已趨湮滅，因有時效制度，則權利人無須舉證之煩，即可確保權利之安全，亦為承認時效制度存在之又一理由。要之，無論其為尊重現在的事實秩序，或為避免舉證之困難，皆所以保護交易之安全，企圖社會生活之圓滿也。

第三 時效制度之種類

時效之種類

時效之中，又有取得時效與消滅時效之別。前者為權利取得之原因，後者為權利消滅之原因，性質固異，起原亦殊，於研求我國民法規定之前，先就二種時效制度之沿革，立法例，略予論列於次。

沿革

時效制度，防自羅馬，然羅馬法上取得時效與消滅時效，實爲二種不同之制度。(一)取得時效之規定，自十二銅表法始。依十二銅表法之規定，時效期間，動產所有權爲一年，不動產所有權爲二年。是爲「最古時效」，以其爲時效中最古之規定也。最古時效原爲市民法上之制度，僅適用於羅馬市民。外國人及州縣土地，均不適用，至帝政初年，外省省長乃創設所謂長期時效，以事補救。所謂長期時效，不問動產不動產，皆定爲十年或二十年，即占有人與原所有人居住同一省分者，其時效期間爲十年，否則爲二十年。至優帝時代，乃廢除最古時效與長期時效之區別，而另立統一之制度，規定取得動產之時效期間爲三年，不動產則當事人居住於同省者爲十年，異省者爲二十年。至於無正當原因之善意占有人或占有人和平公然占有竊盜物者，則不論動產不動產，一律爲三十年。此爲取得特時效制度之濫觴。(二)消滅時效，在羅馬法上其發生較取得時效爲晚。蓋因羅馬古代，一般債權，皆有永久性，除信用擔保等保證之債權，自到期之日起，因二年間不行使而消滅外，其他市民法上之債權，無論經過若干時日，均得行使。但其債權經裁判官或市場場長特別規定者，其消滅時效之期間，最長爲一年。由裁判官規定者，亦有永久性者，但大多數因一年間不行使而消滅。其後東羅馬帝國擴大時效消滅之範圍，凡市民法或裁判官法上之請求權依舊法不因三十年以下之時效期間而消滅者，均因三十年間之不行使而消滅。於是羅馬法上之消滅時效期間，可大別爲二種，其一，長期時效期間，爲三十年。其二，短期時效期間，在三十年以下者。因時效期間之完成，則有消滅請求權之效力。

依上所述，則羅馬法上取得時效與消滅時效一發源於市民法，一始自審判官法，一為權利之取得，一為請求權之消滅，一基於占有之事實狀態，一基於權利不行使之事實狀態，原屬二種不同之制度。惟其後歐洲各國繼受羅馬法時期，皆因襲註釋學派之謬誤，採取統一時效制度。如法國民法（二二一九條以下），奧民法（一四五一條以下），及日本民法（一四四條以下）皆採此種立法主義。嗣於德國民法起草時，始一反各國民法之先例，於總則編中，只設有消滅時效（*Verjährung*）之規定（德民法一九四條以下），而將取得時效（*Erwerb*）則讓諸物權編中，另行規定（德民法九〇條以下）。其立法最稱允洽，故我國民法從之。

我民法之規定

我民法關於時效之規定，係仿自德國民法，將消滅時效規定於總則編中（一二五條以下），而取得時效則規定於物權編所有權通則中（七六八條以下）。蓋因二者之性質既殊，要件亦異，自不能定為統一制度。然關於時效之起算，時效之中斷以及時效之不完成等，我民法祇就消滅時效設有規定，對於取得時效，是否適用，法無明文，不無疑義。瑞士民法就此設有準用之明文（瑞民法六六三條七二八條參照），德民法則於物權編中另有規定（德民法九三九條至九四四條參照）。余以為就取得時效之性質而言，亦以採取肯定解釋為是也。

第二款 消滅時效之觀念

消滅時效之意義

消滅時效云者，因於一定期間繼續不行使其請求權，其請求權遂因時效之完成而消滅者也。析言之，則

(一) 須經過一定之期間而完成

時效制度原以時間之經過為要件，故消滅時效亦必須經過一定期間，始行完成。其必須經過之一定期間，謂之時效期間。時效期間之長短，各國民法，皆有不同，我民法則因其情形而為規定。長期時效為十五年（一二五條），短期時效，又有（1）五年（一二八條）及（2）二年（一二七條）二種。其詳當容後述。

(二) 須為請求權之繼續不行使

時效之成立，必須有一定之事實狀態，已如前述。消滅時效之要件，則為請求權之繼續不行使。請求權之行使云者，請求權人於裁判上裁判外請求義務人為給付之行為也。如為得行使權利之狀態，而請求權人有繼續不行使之事實，時效即在進行，因時效之完成，而請求權趨於消滅。

(三) 請求權因時效之完成而消滅

消滅時效為權利消滅之原因，故因消滅時效而發生之法律效果，即為權利之消滅。唯依時效而消滅之權利，為何種權利，立法例頗不一致，有規定為實體權之消滅，有規定債務人得拒絕給付者，有規定為訴權之消滅者，我民法則規定為請求權因其不行使而消滅，蓋大體從後者之立法例者也。其詳當容後述。

除斥期間

有與消滅時效似同而實異者，即所謂除斥期間。除斥期間為法律所規定之權利存續期間，即其權利之存續僅限於一定之期間者也。亦曰不變期間。故其與消滅時效之區別最顯著者，約有二點：

(一)消滅時效須具備一定之事實狀態，及一定時間之經過二要件。故權利因時效而消滅時，於時間經過之外，尚須具備權利不行使之事實狀態；反之，除斥期間則因時間之經過，其權利即絕對的消滅，不必要何等權利不行使之狀態。

(二)消滅時效以權利繼續不行使為要件，故因中斷停止而時效期間遂因而延長。反之，除斥期間則為法定之權利存續期間，不因中斷停止而延長其期間。

雖然，法律所規定之期間，究為時效期間抑為除斥期間，仍應就各法律決定之。大體言之，則條文中使用「時效」「因不行使而消滅」等字樣者為時效期間，否則為除斥期間。

第三款 消滅時效之效力

第一 效力之內容

效力之內容

消滅時效因時間之完成而發生效力，但其效力之內容若何，則學說立法例素不一致。概言之，約有三種不同之主義：

(一) 訴權消滅主義 (亦曰請求權消滅主義)

此爲羅馬法上消滅時效所採取之主義，即消滅時效完成後，權利之本身依然存在，不過其訴權歸於消滅而已。德儒薩維尼 (Savigny) 氏即主是說。現蘇俄民法從之 (蘇俄民法四四條)。

(二) 權利消滅主義

消滅時效完成後，不特請求權趨於消滅，即其權利之自體亦因而消滅，此說德儒文德森 (Windscheid) 主之，日本民法即採取此種主義 (日民法一六七條以下)。

(三) 抗辯權發生主義

消滅時效完成後，不過義務人取得履行拒絕之抗辯權而已。德儒歐德曼 (Oertmann) 主是說。德民法之規定，即採此種主義 (德民法二二二條一項一九四條以下)。

以上三種主義，就立法論言之各有得失，原難遽加論斷。我民法第一二五條至一二七條規定請求權一定期間之不行使而消滅，復於第一四四條一項規定「時效完成後，債務人得拒絕給付」。其非採取權利消滅主義，固不待言。然究係採取請求權消滅主義，抑係抗辯權發生主義，學者間頗多爭論。余以爲係採取請求權消滅主義，蓋因民法第一二五條至第一二七條既有明文規定，請求權因一定期間之不行使而消滅，自應解釋爲請求權因時效之完成而消滅。請求權如已罹時效而消滅時，則義務人自有永久的抗辯權得拒絕履行義務，故第

一四四條一項所謂「時效完成後債務人得拒絕給付」，不過爲一種注意的規定，並不與請求權之撤銷有所抵觸也。(註)唯須注意者，我民法規定，請求權雖因時效而消滅，時效完成之效力，仍有待於債務人之援用，時效縱已完成，如債務人不行使其拒絕給付抗辯權，法院不得依職權採爲判決之根據也。

消滅時效之客體

消滅時效之客體依日本民法規定係以債權及其他非所有權之財產權爲消滅時效之客體(日民法一六七條)；反之，德、瑞民法則規定請求權爲消滅時效之客體(德民法一九四條、瑞民法一二七條)。我民法規定請求權因若干年之不行使而消滅(第一二五條——一二七條)其爲採取德、瑞立法主義，自不待言。消滅時效之客體既以請求權爲限，則人格權、身分權等非財產權，不得罹時效而消滅，固無庸疑。即財產權中所有權及其他物權以及債權之自體，亦均不罹消滅時效。形成權例如撤銷權、解除權、催告權及承認權，是否得因時效消滅，學者未始無爭，然形成權規定之期間，實爲除斥期間，非消滅時效，仍以消極說爲是。(同說參考最高法院二二年上字七一六號判例)。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

(註)我最高法院判例似採取抗辯權發生主義。最高法院二九年上字一一九五號判例「民法第一百四十四條第一項規定時效完成後債務人得拒絕給付，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。」

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參考）。出典人之回贖權，其性質亦為形成權，不適用消滅時效之規定，司法院著有解釋，可供參考（註）。

物的請求權

因時效而消滅之權利，依民法規定，以請求權為限，既如前述。請求權者，特定人對於特定人為享受權利內容之利益，要求一定之行為之權利也。請求權中復可大別為人的請求權與物的請求權。物的請求權亦曰物上請求權，或物權的請求權，即於物權為他人所侵害時，以恢復物權之圓滿狀態為標的之請求權也。詳言之，即於物權之客體為他人所侵奪時，有返還請求權，物權為他人所妨害時，有妨害排除請求權，有妨害之虞時，有妨害預防請求權。物的請求是否亦得因時效而消滅，我國學者間素有肯定與否定二說。主否定說者以為物的請求權，既非純粹之債權，更非獨立之請求權，而為物權的權能之一種，即因權利不可侵性而發

（註）司法院三十年三月八日院字二一四五號解釋：「民法第一百二十五條所稱之請求權，不僅指債權的請求權而言，物權的請求權

亦包含在內，業以院字第一八三三號解釋在案，惟當事人之一方，支付定額之金錢，取得占有他方之不動產而為使用及收益之權，

約明日後他方得以同額之金錢回贖者，不問當事人所用名稱如何，在法律上應認為出典。出典人之回贖權，為提出原典價向典權

人表示回贖之意思，使典權歸於消滅之權利，其性質為形成權，出典人提出原典價向典權人表示回贖之意思時，雖因典權消滅而

有不動產之返還請求權，然此係行使回贖權所生之效果，不能據此即認回贖權為請求權。故關於出典人之回贖，應依民法第九

百二十三條第九百二十四條辦理，不適用民法第一百二十五條之規定。」

生之救濟權之一種，故有從屬性，不得脫離基本物權獨因時效而消滅。故物的請求權應解為不罹消滅時效。主肯定說者以爲物的請求權雖非純粹之債權，但不失爲獨立之請求權，仍爲以特定人之給付爲標的。故基本物權雖不因時效而消滅，而因此所流出之物的請求權，要不能不認爲得依時效而消滅者也。最高法院判例，向採肯定說。司法院且曾著有解釋（司法院院字一八三三號及院字二一四五號解釋參考），余亦云然。蓋因民法規定以請求權爲消滅時效之客體，其請求權係因債權而生，抑因物權而生，並未設有區別故也。然基本物權如因取得時效而爲他人所取得時，則原物權人之物權，亦因取得時效反射的作用而消滅，其物上請求權之返還請求權，亦當然從而消滅。消滅時效縱未完成，亦不得再行請求返還（註一）。反之，其取得時效尙未完成，而消滅時效業已完成者，占有人亦得拒絕返還（註二）。於此種場合，物權人雖不能向占有人請求返還，但其物權自體初未消滅，假使其物更爲第三人侵奪時，依舊得以請求返還者也。

（註一）最高法院二二年上字二四二八號判例：「民法第七百九十條所定之取得時效，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隨之消滅，自不得更以消滅時效尙未完成，請求返還。」

（註二）最高法院二八年上字二三〇一號判例：「民法一二五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。」

人的請求權

凡不屬於物的請求權之一切請求權，皆爲人的請求權，而債權即以人的請求權爲主要之內容者也。債權與請求權之關係若何，學者所見不一。通說謂債權即請求權，一似債權之內容即可以請求權盡之者。此種學說，實非十分之見。蓋債權之本質原爲給付受領權，請求權者，不過爲債權之權能之一種，卽於債務人未爲給付時始有從而請求之必要者也。詳言之，債權之本質，原在債權人有給付受領權，於債務人依誠實信用之原則，自進而爲債務之履行時，則債權人卽有受領其給付，並保留其給付之正當合法的權利，於此種情形，債權人自無特別請求之必要。反之，債權人如不依債務之本旨提供給付時，則債權人有請求權，得請求債務人爲一定之給付。請求權既爲債權權能之一種，而非債權之本體，故民法規定依時效而消滅者，僅爲債權人的請求權，債權之自身，則仍容其存續；自債務人方面言之，不過債務人取得拒絕給付之永久的抗辯權而已。請求權因時效而消滅後，債權之自身，依然存續，故債務人仍爲履行之給付，及以契約承認該給付或提出擔保者，不得以不知時效爲理由，請求返還，自屬當然（一四四條）。

人的請求權中，尙有因身分權而發生者，是否得依時效而消滅，得以其財產權色彩之濃淡爲區別之標準。其財產權的色彩較爲濃厚者（例如贍養費之各期給付請求權），固不妨因消滅時效而歸於消滅，反之，其身分色彩顯明與基本的權利不能分離者，自不得爲消滅時效之客體（例如因夫妻關係而生之同居請求權）。

第二 效力之範圍

從權利

權利有主從之別。從權利於原則上應與主權利同其運命，蓋從權利之發生原以主權利之存在爲前提。故從權利對其主權利有其從屬性，原則上與主權利並存，且與主權利同時移轉或消滅。是以主權利之請求權因時效而消滅者，從權利之請求權自亦因而消滅。例如債權人對於主債務人之請求權已罹消滅時效時，則對於保證債務人之請求權，亦因而消滅是（七四二條參照）。民法一四六條規定「主權利因時效消滅者其效力及於從權利」，其用語雖多少有失斟酌，而立法之本意，即在明述此旨者也。但對於此種原則的規定，有一例外，即法律有特別規定時，仍從其規定（同條但書）。所謂法律有特別規定，如第一四五條關於擔保物權之規定，即其一例。

擔保物權

縱令請求權因時效消滅，其債權依然存續，債權人依然不失其抵押權、質權、或留置權等擔保物權。故民法規定以抵押權、質權、或留置權擔保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物、質物、或留置物取償（一四五條一項）。蓋因此等擔保物權原在確保債權之受領清償，債權人因有擔保物權，往往有恃無恐，致未即時行使請求權。如請求權已罹時效，即不得再就擔保物取償，不特對於債權人過於苛酷，且不足以完成擔保物權之作用，故民法特設此種規定。唯所謂抵押權及留置權是否亦包含法定抵押權（例如五二三條）及特別留置權（四四五條）在內，有否定肯定二說。余以爲法律上既無明文排斥其適用，似仍以肯定說爲正當。

唯對於上述規定，有一例外。卽利息及其他定期給付之各期給付請求權，經時效消滅者，不適用以上規定。債權人不能復就擔保物取價（一四五條二項）。蓋因利息及定期給付請求權因時間之經過，日漸重積，致達鉅額，不免害及其他債權人之利益，故民法特別規定有短期消滅時效，以免其長久存在（一二六條）。因此，利息及其他定期給付請求權因時效消滅者，不問其原債權之請求權是否已罹消滅時效，概不得再就擔保物取價焉。

第三 時效時間之加減

時效
之
加減
法律規定之時效期間，是否得依當事人之意思表示加長或減短之學說及立法例，皆不一致。大別之有三種主義。

（一）時效制度之設，原基於公益上的理由，關於時效之規定，爲強行規定，故當事人不得加長時效期間。然若減短時效期間，則並不違反時效制度之本來的目的，應爲有效。德民法之規定，卽採此種主義（德民法二二五條）。日本民法雖無明文，而學者之解釋，亦從是說。

（二）長期時效，不得再行加長，短期時效，則不妨酌量加長，但不得超過一般之長期時效期間耳。此爲德國學者鄧伯義（Demburg）氏之主張，蘇俄民法從之（俄民法四九條）。

（三）時效期間既爲有關於公益之規定，則概爲強行規定，不特不能加長，亦不能減短，換言之，卽時效期間

之長短，應一依法律的規定，不得因當事人之意思而左右者也。此說爲霍達 (Hofder) 氏等所主張，瑞士債務法即採此種主義者也（瑞債法一二九條）。

時效制度既爲強行法規，有關公益，自不許當事人任意左右，始足以達成時效制度之精神。故以上三種學說，自以第三說爲最合理。我民法特以明文規定「時效期間不得以法律行爲加長或減短」（一四七條前段），以祛疑惑。是以不特時效期間之加減，即以契約排除時效之完成，或創設時效中斷之原因，皆爲違反強行規定之行爲，應解爲無效者也（七十一條）。例如保險契約訂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，自屬無效（最高法院二六年鄂上字三五七號判例參考）。

第四 時效利益之拋棄

時效利益之拋棄

民法第一四七條規定「不得預先拋棄時效之利益」。此因債務人多爲經濟上之弱者，若許以時效利益完成前，預先拋棄，則債權人不免乘債務人之窮困，壓迫債務人，預先拋棄時效利益，以阻止時效之完成，則時效制度，勢將徒成具文，故特予以禁止，然時效制度之目的，決非解除道德上之責任或義務，若有強烈之責任感者，於時效完成之後，亦不欲享受時效之利益，則許其拋棄時效利益，一似時效之尙未完成，亦未始非調和公益與私益之道。是以以一四七條反面解釋，時效完成後拋棄時效之利益，原非法之所禁（最高法院二六年渝上字三五三號判例參考）。通常所謂時效利益之拋棄，即謂於時效完成後，拋棄時效利益者。

也。

要件

時效利益之拋棄，須具備左列各要件：

(一) 須於時效完成後爲之。時效完成前，預爲拋棄。法有禁止之明文，已如前述。

(二) 拋棄人須知時效完成之事實。然爲時效利益拋棄行爲之人，一般皆推定爲知有時效完成之事實（日本大正六年二月十九日大審院民事判例參考）。故就其不知，拋棄人須爲舉證（同十年二月十四日判例參考）。

(三) 時效利益之拋棄爲處分行爲之一種，故拋棄人須有處分能力。

(四) 時效利益之拋棄須由拋棄人依一方的意思表示對相對人爲之，裁判上裁判外，均無不可。明示默示亦無何等區別，例如就時效完成之債務爲一部清償或知時效完成之事實而爲承認，均可視爲拋棄時效利益之默示意图表示（最高法院二六年渝上字三五三號判例參考）。

性質

關於時效利益拋棄之性質，有種種不同之學說即，

(一) 權利讓與說

依此說，謂時效利益之拋棄爲將因時效而取得之權利讓與舊主。然此種主張，對於消滅時效利益之拋棄，不能予以說明，自不足採。

(二) 權利承認說

此說以時效利益之拋棄爲新的負擔義務行爲，此種見解不僅不能說明取得時效利益之拋棄，且時效利益之拋棄如爲新的負擔義務行爲，則舊債務之利息，自不必支付，爲舊債務而設定之擔保權，亦將歸於消滅，尤屬不當。

以上二說，均有違失，故現今學者，多謂時效利益之拋棄即爲自己不欲享受因時效而發生之法律上之利益之意思表示。予亦云然。蓋時效利益之拋棄，與繼承之拋棄，頗相類似，即就某種事件（繼承之開始，與時效之完成）所發生之法律上之效果，予以否認之行爲也。繼承拋棄時，則對於該繼承人，與繼承開始之效果不發生同時，時效利益之拋棄時，則對於拋棄人及其承繼人與時效未完成發生同一之狀態（日本大正十三年十二月二十五日大審院判例參考）。其後即不得再爲時效之援用。

依上所述，時效利益之拋棄，爲拋棄人不欲享受時效利益之意思表示，故時效利益之拋棄爲單獨行爲（日本大正八年七月四日大審院民事判例參考）。反之，如採取權利讓與說或權利承認說，則應視爲贈與契約，必須相對人之同意，其不足採，已不待論。

效力

時效利益之拋棄，對於拋棄人及其承繼人即回復時效完成前之狀態，故債務人之債務，自不能免除，爲其債務而設立之擔保權亦不消滅，債務人亦不得再以時效業經完成，拒絕給付（最高法院二六六年渝上字三五三號判例參考）。然拋棄之效力，爲相對的，故債務人拋棄時效利益時，其效力不及於保證人或其他連帶債務人者也。

第四款 消滅時效之中斷

第一 中斷之意義

中斷之意義 時效之中斷者，因法定事由之發生，其時效之進行歸於無效者也。其法定事由謂之中斷之事由。蓋時效之中斷與時效之停止，同爲時效完成之障礙，但時效停止爲一時的障礙，而時效之中斷，則爲

永久的障礙。在中斷終止後，若更爲新時效者，則其完成之效力，不能回溯及舊時效起算之日（一三七條）。

中斷之立法理由 民法上承認時效中斷之理由，通說皆以爲在喚起權利人注意促其行使權利。然時效之完成，原以一定事實狀態之存在爲前提，故時效之中斷毋寧謂爲因其根本缺乏時效之基本事實狀態故也。

第二 中斷之事由

中斷事由

消滅時效之中斷事由如次（一二九條）：

(一) 請求

請求

廣義所謂請求，包括裁判上裁判外一切行使權利之行為，然我民法一二九條第三款就起訴另有規定，故茲所謂請求專指裁判外之請求而言，即債權人對於債務人請求履行債務之催告之謂也。外國立法例大都因襲羅馬法之先例，限於裁判上之請求，始得為時效中斷之事由（德民法二〇九條一項，法民法二二四四條，俄民法五〇條），唯有瑞士及日本民法承認裁判外之請求，亦有中斷時效之效力（瑞債法一三五條二款，日民法一四七條一項）。

請求之方法

請求（即催告）為債權人對於債務人請求履行之意思之通知，不必要何等之方式，自達到相對人時，發生效力，為中斷時效，祇有可視為權利行使之催告為已足，雖在貨物價金交換給付之債權關係，催告人亦不必提供自己之債務履行（日本明治四四年二月二十二日大審院判例參考），但稟據之類，行使其權利必須占有證券者，則必須提示證券（日本昭和二年三月八日大審院判例參考）。對於清算中之法人聲明債權之行為，亦應解為請求（同大正六年十月十三日大審院判例參考）。

請求之效力

時效因請求而中斷者，若於請求後六個月不起訴，視為不中斷（一三〇條）。是以請求之效力於各種中斷事由中為最弱，於請求之後六個月內，如不為起訴，即不生中斷之效力。故於催告之後六個月內再為催告，其後未滿六個月，又為催告，雖繼續請求，亦不發生中斷之效力。是以所謂請求者，不過時效將

次完成之際，採取起訴之強有力之中斷方法前，作為預備行動而已。其六個月之期間，自應就債務人受催告時起算，然受損害賠償之催告者，以損害事故在調查中請求猶豫時，則六個月之期間，應自有回答時起算（日本昭和三年六月二十八日大審院民事判例參考）。

(二)承認

承認

承認云者，因時效而受利益之當事人，承認權利人權利存在之表示也。承認之性質為觀念通知，非意思表示，故不必有中斷時效之效果意思。承認與其他中斷事由不同，並不具備權利行使之實（日本大正三年十二月十日大審院民事判例參考）。然因有此種表示，權利關係之存在，已經明瞭，權利人縱不行使權利，亦不得謂為怠於行使，故亦為中斷事由之一種，各國民法，莫不僉同（民法法二二四八條、德民法二〇八條、瑞債法一三五條、日民法一四七條三款、俄民法五〇條）。

承認之方法

承認不必何等之方式，明示、默示，均無不可。例如債務人就其債務支付利息（最高法院二六年鄂上字三三號判例參考）及以支付金錢為標的之債務，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（同二八年上字二三七〇號判例參考），皆為默示承認他方請求權存在之表示。又如一部之清償係作為債務之一部而清償時，為全部之承認（日本大正八年十二月二十六日大審院民事判例參考），亦即默示承認之一例。票據債務之承認，亦不必提示票據（日本大正四年九月十四日及昭和三年三

月二十四日大審院民事判例參考)。然承認必須對於權利人爲之，蓋非對權利人爲之，不能承認權利人之權利不行使也。是以銀行將利息記入賬簿，組入原本，不得謂爲承認（日本大正五年十月十三日大審院民事判例參考）。

承認時之期

承認須於時效完成前爲之，完成後則爲時效利益之拋棄，非承認。但於時效期間進行中，以契約拋棄已經經過期間之利益，亦可視爲承認，有中斷時效之效力。

承認之效力

因承認而生之時效中斷之效力爲確定的，非條件的。故無所謂視爲不中斷之規定，與請求起訴等不同。

(三) 起訴

起訴

起訴云者，權利人提起民事訴訟於裁判上行使其權利之行爲也。其訴訟之性質，在所不問。給付之訴、確認之訴、形成之訴，均無不可。本訴反訴，抑或附帶私訴，均無何等差異。相對人提起消極的確認

之訴（即債務人提起債務不存在確認之訴），權利人經判決勝訴時，是否亦可解爲中斷事由，由日本判例，從消極解釋（日本大正十一年四月十四日大審院民事判例參考），學者非之，余以爲應認爲中斷事由。至抵押權之實行，可認爲中斷事由，似無疑義（日本大正十年六月四日大審院民事判例參考）。茲所謂起訴，既以民事訴訟爲限，行政訴訟及訴願非直接以私權之行使爲目的，自不能解爲中斷事由（日本大正五年二月八日判

例參考)

中斷
之時
期

起訴之發生中斷的效力，應為訴訟提起之時，而非送達於相對人之時（民訴二四四條一項）蓋權利人提起訴訟，即可視為權利之行使，若必須送達，則因法院事務之遲延，不免害及權利人之利益也。指示債權，無記名債權票據亦不必提示於相對人（日本明治四十四年二月二十二日大審院民事判例參考）。

要件

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，其判決確定視為不中斷（一三一條）。撤回其訴，殆與未起訴無異，故視為不中斷。撤回有法律上視為撤回者（民訴一九〇條一項），亦應包含在內。訴之駁回謂訴之提起不合法而被撤回（民訴二四九條）。此所謂駁回之判決，係沿用前民事訴訟條例之規定，現行民事訴訟法則以裁定駁回，其裁定即為本條所稱之判決。起訴因不合法而被駁回時，如其訴狀已送達於相對人時，則不妨解為第一二九條一項所謂之請求（催告），亦有中斷時效之效力（日本大正五年二月十二日大審院民事判例參考）。

(四) 與起訴有同一效力之事項

(1) 依督促程序送達支付命令

支付命令

爲中斷事由。

民事訴訟法五〇四條規定「債權人之請求以請求金錢或其他代替物，或有價證券之一定數量爲標的者，得聲請法院，依督促程序發支付命令」。債權人請求發支付命令，亦爲權利之行使，故亦

中斷時期

支付命令自何時起發生中斷之效力？共有二說。一說爲聲請之時，一說爲送達之時。余以爲支付命令之備有權利行使之實質，原在聲請之時，若因送達而有中斷之效力，則不免因法院之遲延，致權利人受有損害，原與起訴無異，故因送達而生之效力，應溯及於支付命令聲請之時。於送達之時，時效雖已完成，而聲請尙未完成者，即發生中斷之效力（日本大正四年五月二十日大審院判例參考）。但因債務人住所不明等理由，並未送達者，自不生中斷之效力（同明治四年四月十一日民事判例參考）。

要件

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（一三二條）。所謂訴訟拘束失其效力，即（一）發支付命令後三個月不能送達於債務人者（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爲宣告假執行之聲請者（民訴五一六條），（三）債務人於法定期內，提出異議者（民訴五一五條）等情形是也。

（2）因和解而傳喚者

權利之得喪變更

和解

依前民事訴訟條例及修正民事訴訟律五二五條規定，當事人於起訴前得表明訴訟標的，聲請傳喚他造當事人試行和解，我民法即依此而為規定。現行民事訴訟法則名為調解（民訴四〇九條—四三〇條）。故凡有聲請調解者，亦應適用一二九條二項二款之規定，自無庸疑。因和解而為傳喚之聲請，足見有行使權利之意思，故亦為中斷事由之一。

中斷之時期

因和解而傳喚者，應自何時發生中斷之效力？亦有二說：一說為當事人聲請傳喚之時；一說法院傳喚他方當事人時。余以為應以前說為是，其理由則與起訴及聲請支付命令者同。

要件

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（一三三條）。但依現行民事訴訟法規定，相對人無正當理由不出庭者，法院得酌量情形，另定調解日期（民訴四二〇條）。則和解成立與否，尙未確定，自不得即行適用本條規定，視為不中斷。又當事人兩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，視為調解之聲請人，於聲請時，即已起訴（四一九條），則消滅時效，亦應中斷，不得適用本條視為不中斷，固不待言。

(3) 報明破產債權

報明破

產債權

報明破產債權者，債權人向破產管理人申報其債權之謂也（破產法六五條一項）。債權人報明破產債權，其有行使權利之意思，自無庸疑，故亦為中斷事由之一。惟債權人為破產宣告之聲請，是否

亦爲中斷之事由，法無明文。學者通說，以爲不能類推解釋。余以爲破產宣告之聲請，亦爲權利實行行爲，與報明破產債權，並無可以區別之理由，似以肯定說爲是（日本明治三十七年十二月九日大審院判例參考）。又依強制執行法參與分配之聲明，亦可與報明破產債權同視，應解釋爲中斷事由（同大正八年十二月二日判例參考）。

要件

時效因報明債權而中斷者，若債權人撤回其報明時，視爲不中斷（一三四條）。蓋因債權人若撤回其報明，自與未報明無異，故不生中斷之效力。惟於此有一問題，即破產宣告之撤銷時，是否亦影響及於中斷之效力？學說亦不一致。余以爲因報明債權而時效中斷，乃權利人行使權利之結果，並非破產宣告之結果。破產宣告縱已撤銷，而債權人行使權利之意思，則已確實可見，自不應使之影響及於中斷時效之效力也。

（4）告知訴訟

告知 訴訟

告知訴訟，民事訴訟法稱爲告知參加，即當事人於訴訟拘束中，將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人，使之參加訴訟者也（民訴六五條）。例如買受人因其買賣爲第三人追奪而受訴訟拘束時，買受人將訴訟告知於出賣人使之參加，則買受人對於出賣人之擔保請求權，消滅時效因而中斷。因此，買受人於敗訴後，仍可對出賣人行使擔保請求權，不患其於訴訟中因時效而消滅。權利人既爲告

知訴訟，可見已有行使權利之意思，故亦爲中斷事由之一。

中斷時期

因告知訴訟而時效中斷時，其中斷之時期若何，亦有二說。一說爲書狀提出於法院之時，一說爲送達於第三人時。余以第一說爲是，其理由與前述起訴同。

要件

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，視爲不中斷（一三五條）。若不於期間內起訴，其無行使權利之意思可知，故不生中斷之效力。所謂起訴，即就請求權之給付，或確定提起訴訟之謂（德民法二一五條二項參考）。我民法雖無明文，解釋上固無庸疑。

(5) 開始執行行爲或聲請強制執行

強制執行

強制執行乃國家機關以強制的手段實行權利人之權利之行爲。強制執行爲實現私權之最確實有效之辦法，是以權利人之聲請強制執行，亦即權利人行使權利之最後手段。故亦列爲中斷事由

之一。強制執行原則上因債權人之聲請爲之，故因聲請而發生中斷之效力。但假扣押、假處分及假執行之裁判（民訴三八九條），應依職權爲之（強制執行法五條），所謂開始執行即指依職權所爲之執行行爲也。依民

法規定抵押權人向法院聲請拍賣抵押物時（八七三條），亦不必爲強制執行之聲請，同有中斷時效之效力。

要件

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之要件之欠缺而撤銷其執行處分，時，視爲不中斷（一三六條一項）。蓋權利人既聲請撤銷其執行處分，足徵並無行使權利之意思。

故喪失時效中斷之效力。因法律上要件欠缺而撤銷者，則該處分自始無效，故亦影響及於時效之中斷。

時效因強制執行之聲請而中斷，若撤回其聲請或聲請被駁回時，視為不中斷（一三六條二項）。蓋撤回其聲請，可知已無實現權利之意思，聲請被駁回則與未聲請無異，故皆視為不中斷也。

第三 中斷之效力

對於人 時效中斷之事由，悉為對人的；故事效中斷之效力，亦為對人的，僅限於當事人、繼承人、受讓人間，有之效力（一三八條）。當事人為關於法定中斷行為之人；繼承人為當事人之包括繼承人，受讓人

則為特定承繼人。時效之中斷僅於特定人間，有其效力，故為相對的效力，自不待言。但對此原則，亦有例外。如連帶債權人中之一人為給付之請求者，為他債權人之利益，亦生效力（二八五條）。其中斷時效之效力，自可及於他債權人。又如債權人向主債務人請求履行及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力（七四七條），皆其適例。

因催告或起訴裁判上裁判外之請求而時效中斷者，不過於其請求之範圍內發生中斷之效力（日本昭和四年三月十九日大審院民事判例參考）。

對於時 時效之中斷，並非消滅為時效基礎之事實狀態。故於中斷事由終止後，其事實狀態依然存續時，則時效即再行進行。唯此一時效，已非舊時效而為新時效，故其時效期間，亦應重新起算。

之效力

中斷之時效，再行開始進行時，其開始進行之時期，民法一三七條設有明文規定，即中斷事由之終止時（一三七條一項）。唯中斷事由之終止時，依其事由而異。如承認爲承認達到之時，強制執行爲其執行程序終結之時，民法則僅就起訴設有明文規定，以其受確定判決或用其他方法訴訟終結（例如和解）時爲其事由終止之時，時效即自其時起，重行起算（同條二項）。

就同一時效，如有數個中斷事由存在時，其事由中之一終止時，其他事由如仍存續，則時效仍爲中斷，固不待言（日本昭和三年七月二十一日大審院民事判例參考）。

第五款 消滅時效之停止

第一 停止之意義

停止之意義

廣義所謂時效停止云者，因一定之事由，時效期間之進行暫告休止之謂也。於其停止事由發生以前，已經經過之時效期間，並不失其效力，俟時效再行進行之時，可與其後之期間，合併計算，故與時效之中斷不同。在德國民法，時效之停止之中，又有二種：其一，爲時效期間進行之停止（德民法二〇二條）

一（二〇五條）。其二，爲時效完成之猶豫（德民法二〇六條、二〇七條）。我民法，則仿日本民法之立法例，僅承認時效完成之猶豫，即於時效期間將近完成之際，因時效而喪失利益之當事人，爲有一定之情事，不能中斷時效（或其中斷時效有困難），故於其情事終止後一定之期間內，不使其時效完成者也。質言之，即爲保護因時

效而喪失權利之人。故延長其時效期間者也。

立法理由

我民法上之時效停止，原爲時效完成之猶豫，其立法理由，即在保護因時效而不利益者，故延長其期間，俾使有中斷之機會也。

第二 停止之事由

停止之事由

時效停止之事由，我民法規定者，有左列五種情形：

(一) 因事變而停止

事變

時效期間終止時，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（一三九條）。所謂不可避之事變即類似天災之外部的障礙，例如暴動、戰亂之類是，權利人個人的主觀的事由（例如疾病、出外……等）不屬之。至於法文所謂「時效期間終止時」，不能嚴格解釋爲終止之瞬間。即其事變雖在時效期間終止前已經完了，然因事變致不克於期間內爲時效中斷者，皆應停止其時效之完成。

(二) 因繼承財產而停止

權利之得喪變更

繼承財產

屬於繼承財產之權利或對於繼承財產之權利自繼承人確定或管理人選定或破產之宣告時起六個月內其時效不完成（一四〇條）。屬於繼承財產之權利構成遺產之權利，對於繼承財產之權利謂對於被繼承人之權利構成遺產中之消極財產者。因繼承開始，而繼承人尚未確定，則權利之行使，自屬困難。故須俟繼承人確定（即繼承人已為限定承認或單純承認），或就無人承認之繼承，選定遺產管理人（一一七七條）或依破產法之規定為破產之宣告（破產法五九條）時起，六個月內不完成。

（三）因能力關係而停止

能力

關係

無行為能力人或限制行為能力人之權利於時效期間終止前六個月內若無法定代理人者，其成為行為能力人或其法定代理人就職時起，六個月內其時效不完成（一四一條）。此因未成年及禁治產人，或無行為能力，或其行為能力受有限制，皆不能獨立為有效之法律行為。若無法定代理人時，則自身不克為行使權利或其他中斷時效之行為。故妨礙其時效之完成，須俟其成為行為能力人，禁治產人撤銷禁治產宣告，未成人已成年或已結婚或新法定代理人就職起六個月內時效不完成。其所以給與六個月之期間者，蓋因其財產之調查整理均需時日故也。唯須注意者，如限制行為能力人無須得法定代理人之允許而能獨立為行為時（七七條但書、八四條、八五條），則縱無法定代理人，亦不適用本條之規定。

（四）因監護關係而停止

監護

關係

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（一四二條），無行為能力人或限制行為能力人之法定代理人，即其父母或監護人。此因雙方有監護關係之存在，無行為能力人及限制行為能力人欲行使其權利，殊為困難，故規定於代理關係消滅後一年內其時效不完成。然代理關係消滅後，如無行為能力人或限制行為能力人仍未成為完全行為能力人時，又別無擔任法定代理人，則其時效是否完成，我民法不似日本民法設有明文規定（日民法一五九條一項），解釋上不無疑問。為保護無能力者之利益起見，應適用一四一條之規定，於新法定代理人就職起六個月內其時效不完成。

（五）因婚姻關係而停止

婚姻

關係

夫對於妻或妻對於夫之權利於婚姻關係消滅後一年內其時效不完成（一四三條）。所謂夫對於妻或妻對於夫之權利，蓋謂夫妻於婚姻關係存續中所得行使之權利，婚姻關係消滅後始行發生之權利（如因離婚而生之贍養費請求權），則不包含在內。婚姻關係消滅原因有二：一為自然的原因，即當事人一方之死亡。一為人為的原因，即離婚。婚姻之撤銷，依民法規定，無溯及效力（九九八條）。故亦與離婚同為婚姻關係消滅之原因。夫妻間之權利，於婚姻關係存續中，因感情關係自皆不便利行使。故民法定為停止事由之一，於婚姻關係消滅後一年內其時效不完成。

第三 停止之效果

停止之效果

時效之停止，蓋在暫時停止時效之進行，與時效之中斷，已經經過之時效期間利益，完全喪失者不同。故在停止事由終止後，因停止期間之終了，時效當然完成。

停止事由，與中斷事由不同，並非由於特定人間之行為，故其效果為絕對的，對於一切之人，皆生效力。

第六款 時效期間

第一 起算點

起算點

消滅時效之要件為（1）請求權之不行使之事實狀態。（2）事實狀態須經過一定之期間，前已言之。何謂請求權之不行使，即其請求權之行使，並無法律上之障礙，而不行使之謂也。權利人一身之事，由及請求行使之事實上之障礙，皆與消滅時效之開始進行毫無影響。一、二、八條規定：「消滅時效自請求權可行使時起算」。蓋即明申此旨者也。

消滅時效之起算點，又因其債權之種類而異。即

（一）附停止條件之債權為其條件成就之時。

（二）附始期之債權為其始期屆至之時。

（三）未定清償期之債權為其債權成立之時（日本大正九年十一月二十七日大審院判例及最高法院

二八年上字一七六〇號判例參考。

(四)清償期有確定期限之債權爲其期限到來之時(最高法院二八年上字六〇五號判例參攷),但當事人以契約定有猶豫期間時,則爲其期間滿了之時。

(五)有不確定期限之債權,爲其期限屆至之時,債務人知其到來與否,在所不問(日本大正四年三月二十四日大審院判例參考)。

(六)於終止契約後,須經過相當期間始得請求履行之債權,自期間經過後,其時效開始進行。

(七)分期給付之債權,如約定債務人一次怠於清償,債權人即得請求全部給付者(例如三八九條規定之分期付款之買賣),債權人既得請求全部給付,故其時效亦即全部進行(日本大正七年八月六日大審院判例參考)。

(八)不作爲債權(即我民法所謂以不行爲爲目的之請求權),自義務人爲違反行爲時起算(一二八條後段),蓋因不作爲債權在違反義務以前,其債權皆在履行狀態,時效自無從進行,必須債務人爲違反行爲,債權人始能具體的行使其權利也。

第二 時效期間

時效
期間

消滅時效本以時效期間之經過爲要素，但究應經過若干期間，其請求權始行消滅，則因關係權利人之利益及社會之公益，自應斟酌時代之趨勢，社會之需要，妥爲規定。過長過短，均非所宜。在過去羅馬法上，長期消滅時效有爲四十年或五十年者，通常亦爲三十年，故外國立法例因襲羅馬法之舊慣，一般時效期間，皆爲三十年（德民法一九五條、奧民法一四七八條），自嫌失之過久，最近立法趨勢，則有縮短至十年以下者（瑞債法一二七條、日民法一六七條），又失之過於短促。我民法就消滅時效期間，定有一般期間及特別期間二種，茲分述之。

(一) 一般期間

長期消滅時效
一般期間，即普通請求權之消滅時效期間，我民法規定爲十五年（一二五條）。除法律另有規定短期時效者外，一切債權皆應適用本條規定（同條但書）。所謂法律另有規定，如總則編一二六七條、一二七條之規定，以及一九七條一項、四七三條一項、五一四條、五六四條二項、六一一條二項、六二二條三項等規定，皆其適例。一般期間因較特別規定之期間爲長，故亦曰長期消滅時效。

(二) 特別期間

短期消滅時效

一般時效期間，民法規定爲十五年，雖非過長，然因日常交易發生之請求權，其數額較小，又不交付受領證書，且因日常生活之必要，多需從速請求清償，若時日拖延過久，其權利之是否存在，其權利

之範圍若何，皆欠明確，若亦使其適用一般期間，自欠妥洽，故民法特定有短期之消滅時間期間，是為消滅時效之特別期間。

特別期間之規定，散見民法各編，民法總則編所規定者，則有左列二種：

(1) 五年之特別期間

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（一二六條）。定期給付債權云者，於一定或不一定之期間內，以定期的給付金錢或其他代替物為標的之債權也。（註）定期給付債權之特質有二：（一）反覆為定期給付；（二）雖為一個基本債權，但定期的發生請求一定給付之支分權。給付物不限於金錢，其他米麥等代替物，亦無不可。其存續期間，亦不必確定。惟須注意者，定期給付債權，並非定期發生之多個債權，生出此各期給付債權之基本債權始為定期給付債權也。最易令人誤解者，為分期付價之債權，是不過為就一個債權之支付方法所訂之特約，並非定期給付債權也。（日本明治四十年六月十三日大審院判例參考）。定期給付債權之各期給付請求權，皆因五年間不行使而消滅，至於其基本債權之時效期間，民法並未特設規定，自應適用一般期間之規定。

（註）司法院二四年度院字一二二七號解釋：「民法第一二六條所載其他一年或不及一年之定期給付債權，指與利息等同一性質之債

權而言。至普通債權之定有給付期間或以一債權而分作數期給付者，不包括在內。」

(2) 二年之特別期間

依民法規定，左列各款請求權因二年間不行使而消滅（一二七條）。

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。一切運送人之運送費，皆應包括在內，不以民法債編分則規定之運送人之運送費（六二二條）為限。

三、以租賃動產為營業者之租價。

四、醫生、藥師、看護生之診費、藥費、報酬、及其墊款。所謂醫生包括以醫術為業務之人，不問為中醫西醫，即按摩、鍼灸、精神治療等亦包括在內。獸醫、助產士，亦可解為醫生。藥師為從事於藥品之調劑者，看護生不問性別，凡以看護病人為業者皆屬之。

五、律師、會計師、公證人之報酬及墊款。

六、律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還。此謂當事人就委託保管物件之債權的請求權，其物的請求權，則不適用本條之規定。

七、技師承攬人之報酬及其墊款。其時效之起算點，通常雖為工事終了之時（五〇五條），然如有報酬前付之特約或俟工事終了後經過一定期間支付報酬之特約者，則其時效自請求權可行使時開始進行，自不

待言（日本昭和三年四月二十五日大審院民事判例參考）。

八、商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價。本款之適用範圍，極爲廣泛，大抵商品及產物之供給，皆可包括在內。商人爲以商品之販賣爲業之人，製造人爲加工於物以製作新物之人，例如鞋商、傢具店之類。手工業人爲與工場職工相對待之觀念，裁縫、洗衣作、鐵匠等皆屬之。

研習問題

一、試說明下列各術語：

- 1 法律關係。
 - 2 法律效果。
 - 3 法律要件。
 - 4 法律事實。
- 二、何謂法律行爲？法律行爲與意思表示是否同一觀念？
 - 三、說明單獨行爲、契約及合同行爲之區別。
 - 四、法律行爲之有效要件有幾？試列舉說明之。

五、說明意思表示之解釋標準。

六、甲以其所有之房屋爲抵押，向某乙借款一萬元，但其契約稱爲質權，問其契約有無效力？

七、何謂公序良俗？法律行爲之標的，違反公序良俗者無效，試舉具體的例證以說明之。

八、甲因經濟困窘，以其女爲抵押，向某妓院借到六千元。其女不甘爲娼，窺隙潛逃，妓院徧覓不獲，乃向甲

請求交人，因其找人支出之費用，認爲因侵權行爲所生之損害，責令甲賠償，問其主張有無理由？

九、甲在江邊游泳因不識水性，幾將溺斃，高聲呼救，乙索千元爲酬，甲因生命攸關，允之。嗣乙向甲求償，甲

擬聲請法院，減輕其報酬，於法是否有據？

一〇、乙女與甲男相約，俟甲男與其妻丙女離婚後，即與之結婚。其後甲與丙已離婚，而乙則別與某丁結

婚，甲遂以乙不履行婚約，訴請損害賠償，問其主張有無理由？

一一、限制行爲能力人於何種情形得單獨爲法律行爲，無庸法定代理人之允許？

一二、未成年人某甲以繳納學費爲詞，向其父索得法幣一千元，即以該款作爲定金，向西服店定製西裝

一襲。問其契約之效力如何？

一三、意思表示之成立，須具備之要素有幾？

一四、非對話人之意思表示，自何時發生效力？試列舉各種立法主義，並說明我民法之規定。

一五、何謂單獨虛偽表示？我民法規定單獨虛偽表示之效力若何？身分行為是否適用此種規定？

一六、甲男向乙女求婚，乙女心弗樂許，第因恐甲男糾纏不清，姑漫應之曰：可。其後甲男即據以請求乙女履行婚約，問其婚約之效力若何？

一七、試就內容之錯誤，表示之錯誤，及動機之錯誤三種情形，各舉實例二則以說明之。

一八、甲聞某地將設戲院，乃在其附近購一舖房，準備開設小飲食店。其後戲院因故未能開業，甲遂以意思表示之出於錯誤為理由，向賣主請求撤銷其買賣契約，問其主張是否正當？

一九、甲向某鐘表店購買手表一隻，以為係西姆廠出品，不意並非西姆廠所造，擬以錯誤為理由，請求撤銷，其主張是否正當？

二〇、乙因甲之詐欺而為負擔債務之意思表示，乙於發見詐欺後，經過一年，尚未表示撤銷，甲若向乙請求清償，乙是否應為履行？

二一、何謂因脅迫而為意思表示？其效力若何？

二二、法律行為有不得附加何等條件者，其理由安在？試舉例說明之。

二三、試說明解除條件與停止條件之區別。

二四、說明附期限之法律行為之效力。

二五、何謂代理？法律關係中有類似代理而實非代理者，試列舉說明之。

二六、民法第一〇六條規定禁止爲自己代理及雙方代理，其立法理由安在於何種情形，得不受此限制？

二七、試述表見代理之存在理由。

二八、無權代理行爲於法律上發生何種效果？試分（1）本人與與相對人間之關係；（2）無代理權人與相對人間之關係；（3）本人與無代理權人間之關係，三方面說明之。

二九、甲得乙商店之許可，使用其支店之名義，其後甲因營業向丙公司購到大宗貨物，迄未支付價金，問於此種情形，丙公司是否可向乙商店請求清償？

三〇、無效之法律行爲與得撤銷之法律行爲及效力未定之法律行爲，有何差別？

三一、期間之計算法有幾？我民法之規定若何？

三二、說明我國民法上消滅時效之觀念。

三三、某甲占有某乙未登記之不動產，自乙得請回復之時已逾十五年，其取得時效尙未完成，某乙是否可爲回復之請求？

第五章 權利之行使及保護

第一節 權利之行使

第一 權利之行使

權利之行使

權利之行使云者，權利人或其代理人，基於其權利，為享受權利之利益所為之實現權利內容之行為也。權利為賦予權利人之法律上之力，故必須可以行使，始成其為權利，否則，如僅由於法律規定之結果，吾人之利益即可以保護實現，不得謂為權利。例如因刑法及違警罰法吾人之安寧得蒙法律之保護；因關稅保護法規，國內之農工商業享有一定之利益，猶之因法律上之禁止虐待動物而動物得免於人類之虐待。是不過由於法律規定之結果，僅為單純之利益保護，並非享有何等權利，可以自由行使，以期實現其利益，故學者恆名之為法律之反射作用，亦曰法益，以與權利相區別焉。

權利之行使，有廣狹二義。廣義所謂權利之行使則一切以權利之存在為前提之行為皆屬之。例如權利之

拋棄以及權利存在之主張，均包含在內。狹義所謂權利之行使，則專指實現權利內容之行為，故權利之拋棄及權利存在之主張等，既非實現權利內容利益之行為，即不得謂為權利之行使。權利之讓與是否權利之行使，學者有爭。然權利之讓與亦在實現為權利內容之利益，究與權利之拋棄不同，故不得謂非權利之行使也。

權利行使之方法

權利行使之方法，因其內容而異，支配權之行使係於事實上直接就其客體為支配行為且排除他人之干涉，請求權之行使在對特定人要求為一定之行為（給付），且受領他人之行為，形成權之行使則在以一方的行為使法律關係發生變動。但形成權之行使法律上往往要求一定之方式。例如遺囑之撤回，須依遺囑之方式為之（一一一九條）；債權人之撤銷權（二四四條）；婚姻之撤銷（九八九條以下）；離婚（一〇五二條）及收養行為之離異（一〇八一條），皆須依訴之方法為之。形成權因行使即行消滅，且以向將來形成法律效果為原則。至於抗辯權之行使則係於他方請求時，因一方的拒絕給付之意思表示為之。

依上所述，可知權利行使之方法，因其權利內容不同而有顯著之差異，故有為事實上之行為者，亦有為法律上之行為者；有於裁判上行使者，亦有於裁判外行使者，並不悉屬一致也。

權利內容之實現

權利之行使固為實現權利內容之行為，然權利之行使，不必即能發生實現權利內容之效果。換言之，權利之行使未必即為權利內容之實現也。例如所有物之使用等，依事實上之行為為權利之行使者，權利內容固因而實現。又如抵銷、撤銷等固亦以抵銷權、撤銷權內容實現為其直接之效果。然上述債權

人之撤銷（二四四條）、婚姻之撤銷（九八九條以下）、離婚（一〇五二條）、及收養行為之離異（一〇八一條）等，既須以訴之方法爲之，故因其權利之行使，而引起法院之裁判，必須俟裁判之結果，權利人勝訴，其權利內容始克實現者也。又如債權，債務履行之請求即爲權利之行使，但債權之內容並不因請求即行實現，必須俟債務人爲履行始可實現其內容者也。

權利之享有爲靜的狀態，不過謂其享有法律上之力而已。反之，權利之行使則爲實施其法律上之力之行為，係動的狀態。故行使權利者必須有意思能力，行使權利者必須爲意思之主體。權利之行使，於意思能力而外，是否更須有行爲能力，則因其權利之內容而異。權利如於裁判上或裁判外以法律行爲行使之者則必須有行爲能力。反之，如依事實行爲以行使之者，則不必有行爲能力。大體言之，請求權及形成權之行使屬於前者，支配權之行使則屬於後者也。

第二 權利行使之自由

權利行使之自由

權利行使與否，通說恆以爲屬於權利人之自由。法律之所以設定權利賦予權利，若徒爲個人之利益，則權利人當然有行使與否之自由。但若非徒爲個人之利益，而出於社會生活之必要，則強制權利人之行使，使其負有適當行使之責任，無論自權利之本質或社會之道德言之，皆無違失。例如德國魏瑪憲法規定，土地之所有人，任其土地荒置，是爲反社會性的行爲，法律於必要時得加以干涉，強其行使權利（總憲法）。

一五三條、一五五條）即其一例。更如我民法上之親權，蓋屬於義務的權利，既為權利，復為義務（一〇八四條）。解釋上，雖有謂非權利之即為義務，不過其權利與義務同時並立而已。實則即謂其為權利即係義務，此種觀念，亦不違反權利之本質。且所謂「行使權利，即係義務，實行義務，即行使權利」之見解，或更適合權利義務之本質也。

權利之拋棄之限制

次之，則權利之拋棄，亦與權利之行使同，其拋棄與否，亦以屬於權利人之自由為原則。但遇有必要時，則法律恆加以限制。例如，自由不得拋棄，我民法設有明文（十七條一項）。親權不得拋棄，最高法院著有判例（註）又如非婚生子女之強制認領請求權及繼承人於繼承開始前之繼承權，解釋上皆不得加以拋棄。其所以禁止其拋棄者，並非權利行使之強制，而為權利享有之限制。蓋亦以保護社會公益為目的，個人之權利，尚在其次。權利之為社會的制度，而非個人的制度，從可知已。

第二節 權利之濫用

第一 總說

（註）最高法院二八年上字一八號判例：「父母對於未成年之子女雖有保護及教養之權利，同時亦有此項義務，此在民法第一千零八十四條規定甚明，其權利義務既有不可分離之關係，即不得拋棄其權利。」

權利

濫用

羅馬法之法諺有曰：「凡行使自己之權利者，無論對於何人，皆非不法。」（*Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam*）此一原則，即在說明權利行使之絕對性，自羅馬法以來支配私法學界，公認爲不刊之真理。尤以十八世紀以後，個人主義之觀念，盛極一時，權利本位之私法體系，從而確立。於是此一原則與所有權絕對之原則，構成同一真理之正反二面。蓋在權利本位之法律觀念，個人之所有權，固爲他人所絕對不能侵犯；同時，權利人於行使權利之際，倘有損害及於他人，則他人亦唯俯首忍受，無可如何，一似非如此不足以確保權利人之利益也者。然自社會本位之立場而言，則超過權利之內容而爲不正當之行使，則顯與承認權利之旨趣不合。何則？蓋因權利本爲社會的制度，因規律個人於社會生活中活動之限界而承認者，故其行使也，必有一定之範圍。倘於行使權利之際，完全無視他人之利益，幾似權利人可自社會絕緣，獨立存在者，自屬違反權利存在之理由。是以權利行使之絕對性之原則，遂不得不予修正。而權利濫用之理論，乃因之而生。權利濫用云者，蓋謂權利行使，必有一定之限界，超過正當之限界而行使權利，卽爲權利之濫用，爲法所不許者也。

沿革

權利濫用之理論，本濫瀆於所有權之限界問題（相鄰關係），卽於蒸氣、臭氣、煤煙、熱氣、音響、震動等放散及於鄰地發生損害時，是否構成侵權行爲，此一問題，自羅馬法以來，卽於「*Immissio*」之觀念之下，爲學者之所爭議。至第十七世紀以後，遂有「*Schikane* 禁止之問題」，*Schikane*（*Chikane, Chicane*）云者，其意蓋謂無謂之爭執，在今日之英語、法語，僉有「無理由之爭執」之義。然在德文 *Schikane* 之觀念，則

更加有主觀的要素，即「以加損害於他人爲目的之行爲」。因此，行使權利時如以加損害於他人爲目的，亦謂爲 *Schikane*。例如以遮蔽日光妨害光線爲目的，接近鄰地建築高大房屋以損害鄰人，所謂「嫉妬建築」，即其一例。現行德國民法第二百二十六條規定，「權利之行使不得僅以加損害於他人爲目的」，蓋即以 *Schikane* 之禁止爲權利濫用之成立要件者也。

立法例

自德國民法就權利濫用設有明文規定以來，各國民法風起從之。如瑞士民法第二條規定，「顯然之權利濫用不受法律之保護」。蘇俄民法第一條規定，「私權除違反社會的經濟的目的而行使外，受法律上之保護」。法比、日本等國雖無明文規定，而學說判例亦皆承認權利濫用之法理。我民法亦仿上述諸民法，規定「權利之行使不得以損害他人爲主要目的」（第一四八條），以防止權利之濫用，其規定之體例，蓋與德民法最爲近似者也。

第二 權利濫用之標準

認定之標準

權利正當之行使與權利濫用其認定之標識如何？學說立法例皆不一致。德國民法因沿襲 *Schikane* 之觀念，故採取主觀的標準，以權利人之行使權利，是否以加害他人爲目的，作爲權利濫用之要件。然最近學說及立法例之傾向，則改趨客觀的標準，以爲是否權利濫用，不應取決於權利人之加害目的，應就具體的情形，客觀的考慮其行使權利是否適合法律之目的，有無違反權利之本質。換言之，權利之濫用不僅

爲行使人主觀的意思問題，實爲法律的客觀的適用問題。是以瑞士、蘇俄民法之規定，皆由主觀的標準推移至於客觀的標準，更如日本判例過去原以加害之目的爲標準（明治四十年六月六日東京控訴院民事判例），而近日判例，則改採客觀的標準，以「公序良俗之違反」（大正五年九月十一日神戶地方裁判所民事判例）、「社會觀念」（大正八年三月三日大審院民事判例）、「權利人利益之欠缺，對於他人之加害，社會經濟上之損失」（昭和六年十月九日東京地方裁判所民事判例）爲決定權利濫用之標識。至於我國民法之規定，顯係仿照德民法之規定，採取主觀的標準。然吾人於適用法律之際，亦應就各種客觀的標準，予以考慮，自不待言。蓋於形式上雖爲權利之行使，而其內容則違反法律之根本精神，與權利之社會的目的，背道而馳者，自應構成權利之濫用，爲法律之所不能是認者也。

實例

權利之濫用之標準既明，茲更就中日判例中所見之實例，略舉一二如左：

（一）鐵道業者，不講求煤煙預防之方法，任煙害之發生，致沿線之松樹枯死（日本大正八年三月三日大審院民事判例）。

（二）以涸竭鄰地之水井爲目的在自己之所有地內開掘深穴，又以枯死鄰地之竹木爲目的截取隘界之竹木之根（大正十一年十月二十六日日本法曹會議決議）。

(三)甲於自己之所有地內建造工作物，既無建築之必要，且有莫大之隙地，故意於距離疆界線一尺三寸之地點，與鄰地所有人乙之第五號病舍接觸，並行建造工作物以妨害病舍之通風採光（大正十五年日本安濃津地方裁判所判決）。

(四)強子女營酌婦藝妓營業，爲親權之濫用（大正十一年二月六日長崎控訴院判例）。

(五)土地所有人務使占有人拆去房屋以損其價格（民國十五年上字六一號前大理院判例）。

第三 權利濫用之效果

效果

權利濫用時，究應發生如何效果，原難一概而論。唯權利之濫用一般皆認爲違法，倘因此加損害於他人時，則往往構成侵權行爲，須負損害賠償之義務。此外，因其所濫用之權利性質及其行爲性質，更可發生特殊之效果。例如父母濫用親權時，則成爲權利全部或一部停止之原因（一〇九〇條），即其一例。

第三節 人格權之保護

第一 人格權之觀念

人格之
權利之
意義

人格權之觀念，素欠明確。有以人之於法律上享有人格，得爲權利義務主體之資格，謂爲人格權者。倘依此種解釋，則人格云者，殆與權利能力爲同義異詞，自無特設專名之必要。因此，普通所謂人格

權者，蓋謂人之於社會的活動上所有之人格的利益爲法律所保護者也。詳言之，即爲對於吾人之生命、身體、自由、名譽、貞操、姓名、肖像、信用……等無形的利益上之權利之總稱也。吾人之人格權既與吾人之人格不能分離，故不得爲經濟交易之客體，此所以與身分權同屬於非財產權之範疇，而與財產權之處置有異也。

人格權之發達

吾人之身體、生命、名譽、自由……之類，原爲構成人格之要素，且爲其活動之要件，無論何種時代法律，莫不特予保護。然在往昔，僅依刑法、行政法等法律，由國家予加害人以一定之處罰，而被害人自身則不得提起私訴，並無排除妨害、損害賠償之請求權，不過得依法規之反射作用，獲得一定之保護而已。唯自十九世紀以來，個人之自我覺醒日甚，法律學者咸謂不特有形財產應爲法律保護之對象，即無形之人格利益，亦不得予以忽視，故近世法律學者頗有主張人格權之觀念，使之得積極主張利益者。在德國民法制定之際，對於人格的利益及人格權是否應予保護，爭論頗烈，然爭議結果，僅就生命、身體、名譽、自由等各個人格利益，承認侵權行爲之成立而已，並未對於人格權設有一般的規定（德民法八二條參照）。日本民法亦然（日民法七一〇條參照）。於是生命、身體、名譽、自由等是否即爲人格權，學者所見，頗不一致。有謂此種規定不過明示人格利益之侵害亦爲違法而已，不得即謂爲承認人格權之根據者，有謂此等人格利益既爲法律所保護，得構成侵權行爲，即爲承認人格權之存在者，爭訟紛紜，迄無定論。瑞士民法遂特於民法總則編就人格權設有一般的規定，且於不法侵害人格之際，更承認受害人得排除侵害之不作爲請求權（瑞民法二八條參照）。我民法第十

八條就人格權之保護，設有明文規定，蓋即仿之瑞民法之立法例者也。

第二 人格權之保護

侵害

之排除

人格權受損害時，得請求法院除去其侵害，是為我民法第十八條一項所明定。所謂人格權為包括生命、身體、自由、名譽、信用、貞操、姓名、肖像……各種人格的利益之單一的權利，前已言之。然於具體的侵害之際，欲為排除侵害之請求，自須就各種特定人格的利益而為考察，蓋非此不足以明確其侵害之有無及損害之程度也。然有應注意者，具體的人格的利益，自不以上文列舉各種為限，並可及於更廣之範圍，人格權之觀念，應及於如何範圍，自應依社會觀念及法律理想以決定之。

次之，第十八條第一項，並未規定以故意過失為要件，則其侵害之發生，自不以加害人之故意過失為必要，至其人格權之侵害是否應以不法為要件，我民法不似瑞民法之設有明文（瑞民法二八條參考），解釋上亦應相同。蓋縱有侵害之外觀而於社會觀念上如不認為違法者（例如被害人之有正當同意或於正當自由競爭範圍以內），則不得請求除去，自屬當然。

損害賠償

人格權之受侵害，如法律有特別規定時，並得請求損害賠償或慰撫金（十八條二項）。所謂法律有特別規定者，除後述姓名權之保護而外，並散見於侵權行為章中（一八四條以下），當讓諸民法債編，再予說明，茲不多贅。

第三 姓名權之保護

姓名權

得使用姓名之權利，謂之姓名權。原爲人格權內容之一種。然在古時，所謂姓名權者，僅有事實上之意義，各人可以任意使用，並不受法律之束縛。十七世紀時，間有公法之規定，姓名不得變更，並不得借用他人之姓名，然並未承認有所謂姓名權之權利。德民法制定之時，就人格權之觀念，雖未確認，然亦有明文承認姓名權之存在（德民法十二條），瑞民法仍之（瑞民法二九條）。我民法規定之內容雖與德瑞民法不同，而其出於保護姓名權之趣旨則一也。

姓名權之侵害

如何始爲姓名權之侵害，德、瑞民法之規定，可供參考。例如自己姓名使用權之爭執，或他人僭稱自己之姓名……等，皆其適例（德民法十三條、瑞民法二九條參考）。此外，如應使用自己之姓名而不使用或於使用自己姓名之際，故意改變其原文、音讀，以示輕蔑、訕笑，亦皆構成姓名權之侵害。侵害姓名權時，亦須爲不法之侵害，雖無明文規定，解釋上固無庸疑。

姓名權之保護

姓名權既爲人格權之一種，則我民法第十八條人格權保護規定之次，何以專就姓名權，設有特別保護？學者不無病其重複，試就二者比較言之，則一般人格權之侵害，必須依據侵權行爲規定，具備侵權行爲成立要件時，始得請求損害賠償或慰撫金（十八條二項）；反之，姓名權之侵害，則除請求法院除去侵害之外，並得請求損害賠償（十九條），換言之，即不必具備故意過失等侵權行爲之要件，亦得爲損害賠償之請

求者也。

第四節 私力救濟

第一 總說

私力救濟之公力化

權利之保護，有公力救濟與私力救濟二種。公力救濟係依國家之權力以實現私人之權利；反之，私力救濟則係以權利人所有之腕力自行實現其權利，在法律制度尙未完備，國家之權力不甚發達之時代，權利人如欲實現其權利，除私力救濟而外，殆無他法。迨法律制度日行完備，國家權力漸趨發達，私人之權利改依國家之權力而實現，至於現代法律，遂以不許自力救濟爲原則，私人如欲實現其所有之權利，必須訴之於國家的公權制度。因此，私力救濟往往於民事上構成侵權行爲，刑事上成爲犯罪之原因。然若貫徹此種原則，毫無限制，則對於權利人亦往往有失保護。蓋因欲求國家之公力保護，必需一定之程序及相當之時日。若處於情形緊急之時，非爲私力救濟，其權利殆即無從實現，欲待國家之公力救濟，時機一逝，即不克獲得充分之保護。於此種場合，如不許爲私力救濟，權利人之權利即無從實現，對於權利人之保護，自嫌過於疏失。國家之所以禁止私力救濟，原恐其有紊亂社會平和之危險，然社會平和之維持，固爲國家之理想，而權利之保護，亦不可有所欠缺。是以於特別情形之下，遂不得不承認私力救濟之例外，以期維持社會平和與保護私人權利二種理想。

可以調和焉。

私力救濟

民法雖以禁止私力救濟爲原則，但於必要時，仍不得不承認私力救濟之例外。是以於此等例外情形，私力救濟遂成爲違法性阻却之事由，不負侵權行爲及犯罪等民刑責任焉。

我民法承認之私力救濟，共有二種：其一，爲自衛行爲，卽正當防衛與緊急避難；其二，爲自助行爲。茲分述之。

第二 正當防衛

正當防衛之要件

正當防衛云者，對於現行不法之侵害爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲，且未踰越必要之程度者也（一四九條）。茲依此定義，分析說明之如左：

（一）須爲現時不法之侵害

侵害爲對於他人權利之迫害，通常固皆爲積極的侵害，但消極的侵害依社會感情之評價認爲相當者，亦可包括在內（例如開業之醫生，無故不應診療之需，如情勢急迫，亦可採取正當防衛手段，使之診療）。但侵害須爲現時之侵害，卽其侵害行爲業已開始實行尙未完畢之謂，如其侵害行爲已經完了，則只有復讎，無正當防衛之可言矣。其侵害並須爲不法。正當防衛與緊急避難之區別，卽因正當防衛爲正對不正（*Recht gegen unrecht*）之關係，反之，緊急避難則爲正對正（*Recht gegen Recht*）之關係也。侵害既須不法，故爲法律上所許可之侵害，例如公務員之執行職務，親權人之行使懲戒權，正當防衛皆不成立。唯有應注意者，其侵害行爲

苟客觀的不法即亦充分，加害人是否故意過失，有無責任能力，在所不問。

(二)須爲防衛自己或他人權利所爲之行爲

防衛爲對於侵害之排擊。所防衛之權利，不問爲公權、私權；人格權、財產權；均無不可。且不限於自己之權利，即他人之權利，亦得代爲防衛。唯代他人之權利爲正當防衛，自不得違反被害人之意思。公務員爲防衛他人之權利而爲之行爲，如與職務相適合者，同時爲其職務行爲。

(三)須未踰越必要程度

正當防衛須未踰越必要程度。超過防衛程度者，謂之過剩防衛 (*Not Wehrexzess od. Uberschreitung*)

(*der Notwehr*)。雖爲防衛行爲，仍應負相當責任。如何始爲防衛行爲之必要程度，應就具體的客觀的情事，並斟酌各當事人之主觀的標準以決定之。大體言之，其防衛行爲須具備二種條件：其一，爲必要性。即不得已最小之限度。例如單純使用腕力即已充分者，不必以器械防衛；威嚇已足者，不必加以實害。同一侵害，因其爲白晝黑夜，又有不同。其二，爲相當性。即因防衛行爲而生之損害超過所欲避免之侵害，固亦無妨。然爲防衛一錢一厘之微，而奪取他人之生命，自屬不當。是以因防衛而生之損害，對於其所欲避免之侵害，如於社會通念上，顯然失其平衡者，仍所弗許。蓋法律之承認正當防衛，並非對於任何侵害，皆許防衛人爲最高之反擊行爲者也。

正當防衛之效果

倘具備以上三種要件時，即構成正當防衛行為。正當防衛行為為違法性阻却事由之一，雖因此致使加害人受有損害，亦不構成侵權行為，自不負何等損害賠償責任。反之，過剩防衛行為，則因其超過必要之限度，仍應負相當之賠償責任（一四九條）。若全無現時不法之侵害，因誤信為現時不法之侵害而為防衛者，是為所謂誤想防衛（亦曰錯覺防衛）（Putativnotwehr），其責任應依侵權行為之一般原則定之。

正當防衛之性質

正當防衛之性質如何，學者之間，不無議論。通說則解為權利行為，蓋因正當防衛之根據不外於利益衝突之際，被害人得主張其自己之優越性而已。是以正當防衛應解為正當防衛權之行使，相對人對之負有忍受防衛之義務。然學者中，亦有對此主張異議，以為正當防衛雖為權利行為，但相對人並不負有忍受之義務，故應解為放任行為。其理由蓋因相對人如忍受防衛，中止侵害，防衛人即不得更行防衛。故正當防衛實不得謂為權利。此種理由，似不充分。相對人如忍受防衛，中止侵害，防衛人即不得再行防衛，固不待言，然權利之存續條件如已消滅，則其權利當然不得行使，固不得因此即謂正當防衛非權利行為也。

第二 緊急避難

緊急避難之要件

緊急避難云者，因避免自己或他人生命、身體、自由，或財產上急迫之危險所為之行為，其行為為避免危險所必要，並未踰越危險所能致之損害程度者也（一五〇條）。茲分析說明其要件如左：

(一) 須為避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險所為之行為

急迫云者與前述之現時意義相同。危險則爲一切危害災難，不問其由於自然力（例如天災、地震、洪水、海難……）以及人爲，皆包括在內。但危險之由於人爲時其出於權利行爲者，應予除外，所不待言。關於被害法益之種類，民法所規定者雖以生命、身體、名譽、自由爲限，然就今日之社會觀念言之，此種限制，似無理由，故應解爲例示的規定。對於名譽毀損，貞操蹂躪，以及住居侵入，亦得爲緊急避難行爲。蓋名譽貞操可與身體自由同視，住居之安全，可與財產同視也。所避免之危險，固不限於自己之危險，即他人之危險，亦得爲避難行爲，但對此種情形，不得直接違反被害人之意思，自屬當然。

（二）避難行爲須爲避免危險所必要

行爲人爲避免危險所爲之避難行爲，採取何種方法，原非所問。或直接除去危險之原因及媒介物，或爲除去危險之原因及媒介物利用他人及他人之所有物，或爲避免危險及媒介物損傷爲障害之他人或他人之物，均無不可。但其避難行爲須避免危險所必要。必要云者，最小限度之避難方法之謂，須具備二種條件：（1）須其他法律上之適法手段（例如逃避、求官署之保護、正當防衛……等），皆無避免危險之可能；（2）須因此種避難行爲而生之法益侵害程度較之其他避難方法爲最小限度之侵害。學者對此，名爲緊急避難之補充性。是否必要，仍應視其具體的客觀情形，不得以行爲人之主觀的判斷爲標準，固不待言。行爲人主觀上有此必要，客觀的非必要者謂之誤想避難（錯覺避難），仍不得謂之緊急避難者也。

(二)須避難行爲未踰越危險所能致之損害程度

因避難行爲而生之損害須未踰越危險所能致之損害程度，否則謂之過剩避難，仍不免於損害賠償責任者也。詳言之，爲救濟價值相等之法益之一方而害及他方或爲救濟價值較大之法益而害及價值較小之法益，固屬無妨，然若救濟價值較小之法益而害及價值較大之法益，則非法之所許。價值損害之大小比較標準，原難覓得一般的決定標準，要不外就一般社會觀念及當事人之主觀的情事以決定之。例如通常私人之法益中以生命爲最大，然婦女之貞操往往有爲生命所難代替者，則婦女爲保護貞操而殺害精神病者，亦不得謂爲過當也。此種條件，學者謂之爲緊急避難之均衡性。

緊急避
難之效
果

具備以上三要件時，即構成緊急避難行爲，行爲人不負損害賠償責任（一五〇條一項）。然其行爲之發生，行爲人如與有責任者，則仍應負損害賠償責任（同條二項）。例如鄰人所畜之犬噬人，固得將之打殺，但如噬人係因自己挑撥，則仍應負損害賠償之責任也。此外，所謂誤想避難，過剩避難，亦應負責，所不待言。

緊急避
難之性
質

緊急避難之根據及其行爲之性質若何，學者主張，素極分歧。大別之，有左列四說：

(一)主觀說

此種學說以爲緊急避難之根據，當求之於行爲人之主觀，蓋在緊急狀態之下，吾人精神上受有不可抗拒之強制，遂喪失意思之自由，因此，在此種狀態之下，吾人之行爲，遂因缺乏責任能力而不負法律上之責任。

(二) 違法行爲說

此說以爲緊急避難本質上原爲違法行爲，不過刑法上不罰，故不構成犯罪，民事上亦從而而不負何等責任。

(三) 權利行爲說

此說 緊急避難爲權利之實行，故相對人負有忍受義務。此種權利，學者稱之爲緊急權 (Nothrecht)。

(四) 放任行爲說

此說以爲緊急避難行爲爲法律所不保護亦不禁止之行爲，即於此種場合，二個以上之法益，互相衝突，即法律亦不能左右相，結果，遂放任之，待其結束始與以保護。換言之，即於緊急狀態之下，法律秩序暫時停止其作用者也。

以上四說，各有所得，比較言之，當以放任行爲說最爲適當。近日學者，多採是說，予亦云然。

第四 自助行爲

自助行爲
爲之要件

自助行爲云者，權利人於不及受官署援助請求公力救濟之際，爲保護自己之權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收、或毀損之行爲也（一五一條）。是以自助行爲之成立，必須具備以下各

要件。

(一)須權利人不及受官署援助請求公力救濟

在現代法律制度，原以公力救濟爲原則，自助行爲殆爲特殊之例外。故承認權利人自助行爲必須權利人不及受官署援助，且非於其時爲之，則請求權利人不得實行或實行顯有困難者。所謂官署即職在保護權利之官署，主爲司法機關。是否有不及請求官署援助且非及時爲之即不能行使或行使困難等急迫情事，應就具體的情事，依客觀的標準，慎重的決定之，庶不致有不當侵害他人權利之虞也。

(二)須爲保護自己之權利

依正當防衛及緊急避難以保護之權利，原不限於自己之權利，反之，自助行爲則以自己之權利爲限。權利之種類，在所不問，並不以請求權爲限。不過自助行爲之種類，原有一定之限制，故得依自助行爲而保護者，勢必亦有一定之範圍耳。

(三)須爲對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損

自助行爲之種類，限於對於他人之自由施以拘束；對於他人之財產施以押收或毀損。所謂他人即指與權利人相對待之義務人而言。詳言之，即於我民法上，對人之自助以拘束義務人之自由爲限。即於義務人有逃亡之虞時加以扣留，或對於有容忍義務者除去其抵抗也。德民法二二九條參考。對物之自助以押收或毀損

義務人之所有物爲限。押收者，原不限於該物上之請求權，卽爲保全金錢債權，亦得押收債務人之所有物。但於此種情形，其押收之物須非民事訴訟法上禁止扣押之物固不待言（強制執行法第五十二條、第五十三條參照）。

自助行爲之效

倘具備上述自助行爲之要件時，權利人對於義務人不負損害賠償責任（一五一條）。但權利人於行爲之後，須卽向官署聲請援助（一五二條一項）。例如押收義務人財產時應向法院聲請爲保全財產之假扣押，拘束義務人自由時，應向法院請求爲保全身體之假扣押是（德民法二三〇條參考）。如聲請被駁回或其聲請遲延者，行爲人仍應負損害賠償責任（一五二條二項）。所謂聲請被駁回者，係指不具備自助行爲之要件，由於權利人之誤信而爲自助行爲者而言，若僅因程序之瑕疵駁回聲請者，仍應解爲不負責任。聲請駁回時，應將扣押之義務人卽行釋放，押收之財產，亦應卽行返還，自屬當然（德民法二二二條參考）。至於聲請遲延者，則縱具備自助行爲之要件，亦應負損害賠償責任，法有明文，無待煩言。

研習問題

一、說明權利行使之方法。

二、某甲編印畫報，刊有某大學學生乙女士及電影明星丙女士之照像，乙丙均以事前未得同意擅自刊

登，認爲構成人格權之侵害，請求損害賠償，問其主張有無理由？

三、何謂權利之濫用？其認定之標準若何？試舉實例以說明之。

四、試分析說明正當防衛之意義。

五、緊急避難之根據及其行爲之性質若何？

六、甲行經乙之寓所，乙所畜之獅犬向其狂吠不已，甲一時性起，乃出手槍死之，乙請其賠償，甲以正當防衛爲理由，自謂不應負賠償責任，問其理由是否正當？

附 錄

一 事項索引

索引先後，以筆畫多少爲順序。

	一 畫	不知	266
一方行爲	210	不法條件	285
一部不能	324	不要因行爲	216
一部無效	334	不要式行爲	213
一般財產	192	不能	223
	二 畫	不能條件	286
人	60	不能期限	294
人之用語例	60	不特定物	179
人格	57	不消費物	178
人格權	47	不許代理之法律行爲	305
人格權之保護	404	不得附條件之法律行爲	283
人格權之發達	403	不得附期限之法律行爲	295
人格權之意義	402	不動產	181
入社	146	不確定期限	294
了解主義	251	不融通物	176
	三 畫	公用物	176
土地	182	公有物	176
	四 畫	公共秩序善良風俗	227
不文法主義	6	公序良俗之內容	227
不可分物	177	公序良俗之觀念	226
不代替物	178	公法人	107
不成文法	6	公法與私法	3
不完全之法律行爲	331	公益法人	108
		公益法人之目的	159
		公益社團之設立要件	139
		公權與私權	45
		公權解釋	23

內容之錯誤	265
內部的容態	203
支付命令	377
支配權	49
文字解釋	23
心神喪失	81
片務契約	212
少數社員權	153
天然孳息	188
日爾曼法	12
允許之方法	240
允許之性質	240
允許之相對人	240
允許之撤回	241
允許與承認	242
中斷之立法理由	372
中斷之效力	381
中斷之意義	372
中斷事由	372

五 畫

可分物	177
出生	62
出生之證明	63
立法解釋	23
生前行為	215
包括承繼	197
矛盾條件	283
民法之形式	6
民法之效力	27
民法之指導原理	31
民法之動向	34
民法之法源	6
民法之意義	1
民法之解釋	22
民法之適用	22
民法之適用範圍	27
民法之區別法	13
民法之編製	11
民法典	6

民法典之歷史	11
民法法規之種類	18
民法研究方法	36
民法與商法	4
民法編製經過	15
民法關於人之效力	28
民法關於地之效力	27
民法關於時之效力	29
民商法合一主義	4
主行為	215
主法	19
主物	185
主事務所	127
主契約	215
主義務	54
主權利	51
主觀之不能	324
代理之性質	303
代理之意義	299
代理占有	302
代理行為之瑕疵	308
代理制度之必要	297
代理制度之沿革	297
代理範圍	304
代理關係	301
代理權	310
代理權之性質	310
代理權之消滅原因	319
代理權之範圍	313
代替物	178
失蹤人	92
失蹤人之財產管理	92
外國人	63
外國人之地位	67
外國人之權利能力	66
外國法人	164
外國法人之認許	165
外國法人之權利能力	166
外部的容態	200
未成年人	75

未成年人之能力	77
未經認許之外國法人	163
正當防衛	407
正當防衛之性質	409
正當防衛之要件	407
正當防衛之效果	409

六 畫

有因行爲	216
有行爲能力人	232
有相對人之意思表示	250
有瑕疵之意思表示	270
有償行爲	212
有償契約	212
全部不能	324
全部無效	334
共同代理	313
共益權	147
合同行爲	211
合成物	181
任意住所	89
任意法	20
同死者	66
同意之方法	347
同意之性質	343
同意之撤回	347
行爲能力	93
多方行爲	210
年齡之計算法	73
死亡	65
死亡之證明	63
死亡宣告之要件	94
死亡宣告之效果	93
死亡宣告之撤銷	98
死亡宣告制度	93
死亡認定之形式	96
死亡認定之時期	97
死亡認定之範圍	97
自己代理	313
自己責任之原則	34

自助行爲	412
自助行爲之要件	412
自助行爲之效果	414
自治產	78
自益權	147
自然人	61
自然的計算法	351
因事變而停止	381
因能力關係而停止	384
因脅迫而爲意思表示	274
因婚姻關係而停止	285
因詐欺而爲意思表示	271
因監護關係而停止	385
因繼承財產而停止	383

七 畫

私力救濟
私法人	107
私法自治之原則	205
私權之分類	45
私權享有之原則	57
身分上之契約	212
身分權	47
成文法	6
成文法主義	6
成年制度之緩和	77
成年宣告	73
成年期	75
住所	83
住所之個數	88
住所之要件	88
住所之效果	89
住所之意義	87
住所之廢止	91
住所之變更	92
住所規定之理由	87
完全之法律行爲	331
利用權	47
我民法之沿革	15
即時時效	355

判例民法	8
告知訴訟	379
形成權	50
抗辯權	50
助法	19
罕穆拉比法典	11

八 畫

法人	99
法人之行為能力	116
法人之住所	127
法人之侵權行為能力	118
法人之能力	115
法人之消滅	130
法人之設立	111
法人之國籍	164
法人之登記	128
法人之登記之效力	128
法人之登記之程序	128
法人之登記之種類	129
法人之解散	131
法人之解散事由	132
法人之監督	137
法人之種類	107
法人之機關	121
法人之權利能力	115
法人有機體說	104
法人否認說	103
法人制度之必要	100
法人設立之主義	112
法人組織體說	105
法人實在說	104
法人學說	102
法人擬制說	102
法定代理	314
法定代理人	234
法定代理人之允許權	239
法定代理之性質	315
法定代理權之發生	315
法定代理權之範圍	316

法定住所	89
法定孳息	189
法律	1
法律不溯及既往	27
法律行為之分類	210
法律行為之代理	293
法律行為之本質	205
法律行為之有效要件	216
法律行為之附款	277
法律行為之效果	331
法律行為之意義	208
法律行為之標的	216
法律行為之標的之可能	223
法律行為之標的之正當	223
法律行為之標的之確定	218
法律行為之標的之適法	225
法律行為能力	232
法律之不能	223
法律事實	199
法律事實之分類	200
法律要件	199
法律效果	193
法律與權利	41
法律適用條例	29
法律學的方法	36
法律關係	14
法益	44
法理	9
法術	39
法國拿破侖法典	12
法學	39
物之分類	173
物之地位	170
物之意義	172
物之觀念	170
物權	47
物權行為	212
物權的請求權	364
物權契約	213
詐表現行為	203

非財產權	46
非真意表示	267
非專屬權	51
非對話人	250
居所	9
固有法	18
定著物	182
例文解釋	222
例外法	19
事件	204
事實的不能	223
事變	383
所有權之社會化	32
所有權絕對之原則	31
姓名權	405
姓名權之侵害	405
姓名權之保護	405
承認	374
承認之方法	345
承認之要件	344
承認之效果	345
承認之意義	344
承繼取得	197
妻之法律上地位	72
始期	293
使者	301
拒絕	347
取得時效	357
和解	378
長期消滅時效	388
附條件法律行為之效力	288
附條件權利	280
附條件權利之保護	289
附從契約	207
附期限之法律行為之效力	295
社員	144
社員之固有權	152
社員之資格	141
社員名簿	126
社員資格之取得	145

社員資格之喪失	146
社員總會	149
社員總會之召集	152
社員總會之決議	154
社員總會之決議之方法	154
社員總會之決議無效之訴	153
社員總會之性質	149
社員總會之權限	150
社員權	147
社員權之性質	148
社員權之移轉性	178
社會生活	1
社會的妥當性	227
社會學的方法	37
社團法人	168
社團法人之設立	158
社團法人之解散	168
社團法人之解散事由	158
社團制度之必要	100
社團設立人之設立行為	140
社團設立之登記	143
社團設立行為之性質	142
表示之錯誤	263
表自主義	251
表示主義	256
表示行為	248
表示意思	249
表示機關之錯誤	267
表見代理	321
表見代理之存在理由	322
表見代理之成立	323
表見代理之意義	321
表見代理之種類	323
表決權	154
表見行為	201
表意與真意之不一致	255
九 畫	
要式行為	213
要物契約	212

契約	211
契約自由之限制	33
契約自由之原則	206
契約締結上之過失	324
相對無效	334
相對權	52
胎兒	63
負擔	278
屍體	174
客觀的不能	324
信託	101
信託行爲	263
限制行爲能力人	233
限制行爲能力人之能力	233
限制行爲能力人之相對人之保護	242
限制行爲能力人之相對人之催告權	242
限制行爲能力人之相對人之撤回權	244
限制行爲能力人之詐術	245

十 畫

效力未定之法律行爲	345
效果意思	249
脅迫之效果	276
脅迫之意義	274
原由	188
原始的不能	324
原始取得	193
原則法	19
特別民法法規	7
特別法	19
特定物	179
特定承繼	197
財產	193
財產之意義	193
財產之種類	192
財產權	47
財團法人	108
財團法人之設立	159
財團法人之監督	162
財團制度之必要	101

財團設立人之設立行爲	159
財團設立之登記	161
財團設立行爲之性質	161
能力限制之例外	233
除斥期間	351
捐助章程	130
退社	146
起訴	375
破產債權	378
容態	200
時效之性質	353
時效之意義	355
時效利益之拋棄	359
時效制度之立法例	353
時效制度之沿革	358
時效制度之種類	357
時效制度之概念	355
時效期間	385
時效期間之加減	368
時間	350
消費物	178
消極代理	306
消極代理之要件	309
消極條件	282
消極義務	54
消滅時效	359
消滅時效之中斷	372
消滅時效之客體	363
消滅時效之效力	361
消滅時效之效力之內容	361
消滅時效之效力之範圍	366
消滅時效之停止	382
消滅時效之意義	350

十一 畫

第一次的義務	55
第二次的義務	55
停止之立法理由	383
停止之事由	383
停止之效果	383

停止之意義	282
停止條件	282
部分財產	192
責任	53
責任能力	70
從行爲	215
從物	183
附契約	215
從義務	54
從權利	51
設立前之社團	143
既定的承繼取得	197
條件	278
條件之不許可	280
條件之決定	286
條件之意義	278
條件之種類	281
條件不成就之效力	292
條件不成就之擬制	288
條件成就之效力	291
條件成就之擬制	287
偶成條件	283
既成條件	284
既得權	28
通常總會	153
通謀虛偽表示	260
章程	140
國庫	107
國際私法	29
混合條件	283
現在地	91
動產	184
動機之不法	230
動機之錯誤	266
清算	133
清算人	135
清算人之權限	135
清算之終結	137
清算之監督	137
清算之機關	134

清算法人	134
清算法人之能力	134
終期	293
假裝條件	284
脫法行爲	225
移轉的承繼取得	197
婚姻成年制	78
習慣	220
習慣民法	7
習慣法	7
專屬權	51
授權行爲	312

十二畫

無人格之社團	110
無因行爲	216
無行爲能力人	233
無行爲能力人之法律行爲	233
無行爲能力人之種類	72
無行爲能力制度	71
無相對人之意思表示	250
無能力制度之社會的意義	73
無效之法律行爲	331
無效之意義	332
無效之種類	334
無效行爲之承認	333
無效行爲之效果	333
無效行爲之轉換	335
無過失責任	34
無償行爲	212
無償契約	212
無財產權	48
無權代理	326
無權代理人之責任	319
無權代理之效力	326
無權代理之意義	326
無權代理與本人之關係	330
無權利能力之社團	110
無權利能力之物	176
無權處分行爲	347

無權處分行爲之效力	348
單一物	180
單獨行爲	210
單獨虛偽表示	257
期日	350
期日期間之規定	119
期限	292
期限之不許可	294
期限之到來	295
期限之意義	292
期限之種類	293
期限到來前之效力	295
期限到來後之效力	293
期間	350
期間之計算法	351
集合代理	313
集合物	180
集合財產	193
強行法	20
強制規定	225
開始執行行爲	380
開除	146
詐術	245
詐欺之效果	272
詐欺之意義	271
詐欺脅迫之效果	270
普通法	12
普魯士民法	12
報明破產債權	378
間接代理	301
間接義務	54
絕對強制	276
絕對無效	334
絕對權	52
給付受領權	49
程序法	19
發信主義	251
訴權	49
短期消滅時效	388
須得第三人同意之行爲	346

十三畫

禁止物	177
禁止規定	225
禁治產人	78
禁治產人之能力	78
禁治產制度	78
禁治產宣告之要件	80
禁治產宣告之效力	84
禁治產宣告之程序	82
禁治產宣告之撤銷	85
意定代理	311
意思之欠缺	257
意思主義	255
意思的容認	204
意思表示	201
意思表示之成立	248
意思表示之受領能力	254
意思表示之效力發生時期	250
意思表示之解釋	218
意思能力	70
意思通知	202
董事	123
董事之任免	124
董事之性質	123
董事之權限	125
達到	252
達到主義	251
達到主義之結果	252
準物權行爲	213
準要式行爲	214
義務	52
義務能力	57
解除條件	282
債權	48
債權行爲	212
債權契約	213
感情表示	202
孳息	188
補助行爲	215

當時無效	335
嗣後無效	335
過剩防衛	408
督促程序	376
傳喚	378
新法改廢舊法	28
違法行爲	203
對話人	250

十四畫

認定死亡	94
精神耗弱	81
誤解	267
誤想防衛	409
誤想避難	410
誠實信用之原則	222
監護人	81
實體法	19

十五畫

請求	373
請求權	48
暴利行爲	231
適法行爲	201
確定期限	294
概括的允許	241
緊急避難	409
緊急避難之性質	411
緊急避難之要件	409
緊急避難之效果	411
價值權	47
敵國人	69
德國民法典	12
德意志式區別法	13
論理解釋	24
數量確定之標準	221
撤銷之方法	340
撤銷之用語例	337
撤銷之相對人	341
撤銷之效果	343

撤銷之溯及效	342
撤銷權人	339
撤銷權之拋棄	344

十六畫

獨立行爲	215
獨立財產	192
選定居所	91
諾成契約	212
曆法的計算法	351
學理解釋	23
學說解釋	23
融通物	176
積極代理	300
積極代理之要件	306
積極條件	282
積極義務	54
隨意條件	283
錯誤之效力	268
錯誤之意義	264
錯覺防衛	409
錯覺避難	410
諾認表示	268
親屬權的請求權	49

十七畫

聯合財產	192
營利法人	109
營業之許可	238
臨時總會	153
聲請強制執行	380
隱藏行爲	263

十八畫

雙方代理	316
雙務契約	212

十九畫

類似代理之法律關係	301
類推適用	24

識別能力	70
羅馬式別法	13
羅馬法	11

二十畫

繼承法	18
礦物	182

二十二畫

權利	43
權利之內容	169
權利之行使	395
權利之取得	193
權利之相對的消滅	198
權利之相對的發生	197
權利之消滅	198
權利之得失變更	194
權利之發生	193
權利之絕對的消滅	194
權利之絕對的發生	195
權利之喪失	198
權利之標的	169
權利之濫用	398

權利變更	198
權利之變動	195
權利內容之實現	393
權利內容之變更	198
權利主體	55
權利主體之變更	198
權利行使之方法	393
權利行使之自由	397
權利作用之變更	199
權利棄施之限制	398
權利客體	169
權利能力	56
權利能力之始期	62
權利能力之終期	65
權利關係	195
權限	44
權能	44

二十五畫

觀念的容隱	204
觀念通知	202

二 條文索引

民法總則編

條文	頁數	條文	頁數
一	8, 9, 25, 222	二九	164
二	8, 220	三〇	5, 115, 129, 143, 161, 164, 165, 281
三	215	三一	5, 129, 130, 165
四	221	三二	5, 137
五	221	三三	5, 128
六	20, 58, 62, 65, 204	三四	5, 133, 337
七	20, 64	三五	127, 132, 133
八	89, 200, 204, 350	三六	133, 165
九	94, 96, 97	三七	127, 135
一〇	92, 191, 204	三八	135
一一	66	三九	135
一二	75, 204, 232	四〇	131, 134, 136
一三	72, 77, 78, 204, 232, 233, 235	四一	5, 134
一四	81, 82, 85, 204, 332	四二	5, 137
一五	72, 84, 232	四三	5, 138
一六	61	四四	137
一七	229, 308	四五	114, 138, 165
一八	404	四六	114, 139, 165
一九	405	四七	124, 140, 145, 154, 214
二〇	88, 89	四八	124, 125, 129, 144, 165
二一	80	四九	142
二二	90, 91	五〇	124, 127, 141, 145, 149
二三	91	五一	141, 149, 153, 202
二四	92	五二	52, 154, 155
二五	114	五三	141, 155, 156
二六	115, 116, 17	五四	141, 147
二七	123, 125, 334	五五	141, 147
二八	118, 120	五六	141, 156, 157

五七	141, 156
五八	141, 158
五九	114, 159, 165, 250
六〇	160, 214
六一	124, 125, 129, 162, 165
六二	124, 160
六三	164
六四	162
六五	163, 164
六六	181, 183
六七	181, 184
六八	163, 187, 221
六九	188, 189
七〇	188, 189
七一	221, 225, 285, 359
七二	225, 231, 273, 285
七三	214
七四	231, 339, 340
七五	70, 72, 81, 233, 234
七六	234, 254
七七	236, 237, 241, 254, 255, 346
七八	236
七九	236
八〇	202, 243, 244, 350
八一	236, 243
八二	244
八三	245
八四	237, 241, 255
八五	238, 239, 241, 253, 255
八六	257, 259
八七	260, 261, 263, 334
八八	267, 268, 339
八九	267, 268, 339
九〇	269
九一	269, 270
九二	245, 273, 276, 343, 339, 342
九三	274, 276
九四	254, 268
九五	243, 252, 253, 267
九六	234, 254, 255

九七	25
九八	219
九九	278, 282, 291
一〇〇	287, 289, 290, 296
一〇一	287
一〇二	292, 293, 293
一〇三	306, 308
一〇四	308
一〇五	308, 339
一〇六	305, 317
一〇七	324, 325, 334
一〇八	321
一〇九	321
一一〇	330
一一一	335
一一二	341
一一三	336, 343
一一四	342, 343
一一五	244, 328, 345
一一六	345
一一七	241, 327, 328, 346, 347
一一八	345, 348, 349
一一九	351
一二〇	295, 352
一二一	353
一二二	335, 353
一二三	354
一二四	76, 352, 354
一二五	350, 359, 350, 352, 353, 358
一二六	352, 353, 368, 388, 389
一二七	360, 362, 363, 388, 390
一二八	360, 385, 387
一二九	372
一三〇	373
一三一	376
一三二	377
一三三	378
一三四	379
一三五	380
一三六	380, 381

一三七.....	372,283	一四五.....	367,358
一三八.....	381	一四六.....	357
一三九.....	383	一四七.....	359
一四〇.....	384	一四八.....	33,400
一四一.....	384	一四九.....	407
一四二.....	385	一五〇.....	409,411
一四三.....	385	一五一.....	412
一四四.....	382,386	一五二.....	414

民法總則施行法

.....	27	一二.....	136
二.....	68	一三.....	135
三.....	27	一四.....	135
六.....	27	一五.....	136
八.....	126,127	一六.....	27
一〇.....	130,144	一七.....	27
一一.....	165	一八.....	27

三 中外譯名對照表

A

Abgeleiteter Rechtserwerb(德) 承繼取得
 Abschlussfreiheit(德) 契約締結之自由
 Absence(法) 失蹤
 Absent(法) 失蹤人
 Absolute liability(英) 無過失責任主義
 Absolute Rechte(德) 絕對權
 Abstraktes Geschäft(德) 無因行為
 Abus des droits(法) 權利濫用
 Abuse of right(英) 權利濫用
 Abwesender(德) 失蹤人
 Acceptance(英) 契約之承諾
 Acceptation(法) 契約之承諾
 Acceptation(法) 繼承之承認
 - pure et simple 單純承認
 - sous bénéfice d'inventaire 限定承認
 Acceptilatio(拉) 債務免除
 Accessio(拉) 添附
 Accession(法) 添附
 Accessory right(英) 從權利
 Account satisfied(英) 債務承認
 Acquisition de bonne foi(法) 即時取得
 Acquisition dérivée(法) 承繼取得
 Acquisition originaire(法) 原始取得
 Acquisitive prescription(英) 取得時效
 Acte(法) 行為
 - à titre gratuit 無償行為
 - à titre onéreux 有償行為
 - conservatoire 保存行為
 - d'administration 管理行為
 - illicite 侵權行為
 - juridique 法律行為
 - unilateral 一方行為
 Actio(拉) 訴權

- directa 固有訴權
 - negatoria 妨害排除請求權
 - pauliana 債權人撤銷權
 Action(英) 訴
 forms of — 訴訟形式
 party in — 訴訟當事人
 right of — 訴權
 Action(法) 訴; 訴權
 - en revendication 物權的返還請求權
 - oblique 債權人代位權
 - paulienne 債權人撤銷權
 - pétitoire 本權之訴
 - réelle 物權的請求權
 - révocatoire 廢罷訴權
 - subrogatoire 債權人代位權
 Adhesion, contrat d'(法) 附從契約
 Adjonction(法) 附合
 Adjunctio(拉) 附合
 Age(英) 年齡
 Âge(法) 年齡
 Agreement(英) 合意; 協定
 Aktivmasse(德) 積極財產
 Akzept(德) 契約之承諾
 Alien(英) 外國人
 Allgemeine Rechtslehre(德) 一般法學
 Alter(德) 年齡
 Analogie(德, 法) 類推適用
 Analogy(英) 類推適用
 Anfechtbar(德) 得撤銷
 Anfechtung(德) 撤銷
 Angebot(德) 要約
 Annahme(德) 契約之承諾
 Annahme(德) 繼承之承認

— unter öffentlichem Inventar vorbehaltlose — 限定承認
單承認

Annul:b'e(法) 得撤銷

Anomales Recht(德) 例外法

Anspruch(德) 請求; 請求權
dinglicher — 物權的請求權

Antecedent right(英) 原權

Anteil(德) 應有部分

Antrag(德) 告訴; 要約; 申請,

Anwartschaftsrecht(德) 期待權

Appointed day(英) 期日

Arglist(德) 惡意

Arglistige Täuschung(德) 詐欺

Armenrecht(德) 訴訟上之救助

Association(法) 社團

Associé(法) 社員

Atypische Verträge(德) 無名契約

Aufenthaltort(德) 現在地

Aufforderung(德) 催告

Aufgebotsverfahren(德) 公示催告程序

Auflösende Bedingung(德) 解除條件

Auflösung(德) 解散

Aufrechnung(德) 抵銷

Aufschiebende Bedingung(德) 停止條件

Auftrag(德) 委任

Auftraglose Geschäftsführung(德) 無因
管理

Ausländer(德) 外國人

Ausländische juristische Person(德) 外
國法人

Auslegung(德) 解釋

authentische — 公權的解釋

grammatische — 文理解釋

logische — 論理解釋

Auslobung(德) 懸賞廣告

Ausnahmerecht(德) 例外法

Ausschluss(德) 開除

Ausschlussfrist(德) 除斥期間

Autonomie de la volonté privée(法)

私法自治之原則

Ayant-cause a titre universel(法) 包括
承繼人

B

Bartolisten(英) 後期註釋學派

Bâtiment(法) 建築物

Bauwerk(德) 工作物

Bedingung(德) 條件

auflösende — 解除條件

aufschiebende — 停止條件

stillschweigende — 默示條件

Begriffjurisprudenz(德) 概念法學

Beherrschungsrecht(德) 支配權

Benannte verträge(德) 有名契約

Bénéfice(法) 利益

Beschlagnahme(德) 扣押; 押收

Beschluss(德) 裁定

Beschränktes Sachenrecht(德) 限制物權

Beschränkt-geschäftsfähiger(德) 限制行
為能力人

Besitz(德) 占有

— bei vermittler 代理占有

Bestätigung(德) 承認

Betriebsvermögen(德) 企業財產

Bewegliche Sachen(德) 動產

Beweislast(德) 舉證責任

Bewusstlosigkeit(德) 意識喪失

Bewusstseinstörung(德) 意識障礙

BGB.(德) 德國民法典

Biens conjugués(法) 夫妻財產制

Biens incorporels(法) 無體財產權

Billigkeit(德) 衡平

konkrete — 具體的妥當性

Billigkeitsprinzip(德) 公平主義

Bonne foi(法) 善意; 誠實信用之原則

Böser Glaube(德) 惡意

Bote(德) 使者

Building(英) 建築物

Burden of proof(英) 舉證責任

Bürgerliches Gesetzbuch(德) 德國民法典

Bürgerliches Recht(德) 民法
Business(英) 營業

C

Cadavre(法) 遺骸, 屍體
Calendar(英) 曆
Calendrier(法) 曆
Canon law(英) 教會法, 寺院法
Capacité d: jouissance des droits(法) 權利能力
Capacité d'exercice des droits(法) 行為能力
Capacity(英) 行為能力
Causa(拉) 原因
- credendi 與信原因
- donandi 贈與原因
- novandi 更改原因
- solvendi 辨濟原因
Causality(英) 因果關係
Causes de justification(法) 違法阻卻事由
Charge de preuve(法) 舉證責任
Chattels(英) 動產
Chose(法) 物
- accessoire 從物
- divisible 可分物
- indivisible 不可分物
- perdue 遺失物
Civil code(英) 民法
Civil law(英) 民法
Code civil(法) 法蘭西民法典
Codex Hammurapi(德) 哈姆拉比法典
Commercial law(英) 商法
Comparative jurisprudence(英) 比較法學
Condicio(拉) 條件
- facti 明示條件
- iuris 法定條件
- resolutive 解除條件
- suspensiva 停止條件
- tacita 默示條件

Condition(英, 法) 條件
- de droit(法) 法定條件
- resolutoire(法) 解除條件
- suspensive(法) 停止條件
Consentement(法) 合意
Contract(英) 契約
liberty of - 契約自由之原則
Contractus(拉) 契約
- consensu 諾成契約
- re 要物契約
Contrat(法) 契約
- a titre gratuit 無償契約
- à titre onéreux 有償契約
- aléatoire 射倖契約
- consensuel 諾成契約
- d'adhésion 附從契約
- en faveur du tiers 向第三人為給付之契約
- inconnu 無名契約
- réel 要物契約
- unilateral 片務契約
- synallagmatique 雙務契約
Coproprété(法) 共有
Créancier(法) 債權人
Créditeur(法) 債權人
Creditor(拉) 債權人
Culpa(拉) 過失
- in concreto 具體的過失
- in contrahendo 契約締結上之過失
- lata 重過失
- levis 輕過失
- levis in abstracto 抽象的輕過失
- levis in concreto 具體的輕過失
Culpahaftung, Prinzip der(德) 過失責任主義
Custom(英) 習俗, 習慣
- law 習慣法

D

Débiteur(法) 債務人

Déclaration de volonté(法) 意思表示
 Délai(法) 期間
 — prefix 除斥期間
 Delictum(拉) 侵權行爲
 Delikte(德) 侵權行爲
 Délits(法) 侵權行爲
 Derivativer Rechtserwerb(德) 承繼取得
 Dette(法) 債務
 Devoir(法) 義務
 Diktierter Vertrag(德) 強制的契約
 Dinglicher Anspruch(德) 物權的請求權
 Dinglicher Herausgabeanspruch(德) 物
 權的返還請求權
 Dinglicher Vertrag(德) 物權契約
 Dingliches Sachenrecht(德) 物權
 Dispositionsakt(德) 處分行爲
 Dissimuliertes Geschäft(德) 隱蔽行爲
 Divisible thing(英) 可分物
 Divorce(英,法) 離
 Dogmatische Rechtswissenschaft(德) 法
 律解釋學; 解釋法學
 Dol(法) 詐欺
 Dolus(拉) 故意
 Domaine public(法) 公物
 Domicil(英) 住所
 Domicile(法) 住所
 Dominium(拉) 所有權; 土地領有權
 Dritter(德) 第三人
 Drohung(德) 脅迫
 Droit(法) 法
 — coutumier 習慣法
 — écrit 成文法
 — facultatif 任意法
 — impératif 強行法
 — naturel 自然法
 — positif 實定法
 — privé 私法
 — public 公法
 — civil 民法
 — international privé 國際私法

Droit(法) 權利
 — absolu 絕對權
 — accessoire 從權利
 — civil 私權
 — exclusivement attaché à la personne
 一身專屬權
 — principal 主權利
 — privé 私權
 — public 公權
 — reflet 反射權
 — relatif 相對權
 — acquis 既得權
 — de création 債權
 — de famille 親屬權
 — de l'état 身分權
 — de patrimoine 財產權
 — de personnalité 人格權
 — réel 物權
 Durée(法) 時間
 Duty(英) 義務

E

Eigentum(德) 所有權
 — an Grundstücken 土地所有權
 — zu gesamter Hand 合有, 公同共有
 Eigentumserwerb kraft guten Glaubens
 (德) 即時取得
 Eingeborene Rechte(德) 天賦之權利
 Einigung(德) 合意
 Einrede(德) 抗辯權
 Einseitiger Vertrag(德) 片務契約
 Einseitiges Geschäft, einseitiges Rechts-
 geschäft(德) 單獨行爲
 Eintragung(德) 不動產登記
 Einzelnachfolge(德) 特定承繼
 Elterliche Gewalt(德) 親權
 Emancipation(法) 自治產
 Embryo(德) 胎兒
 Empfangsfähigkeit(德) 意思表示之受領
 能力

Enemy alien(英) 敵國人
 Enfant concu(法) 胎兒
 Entgeltlicher Vertrag(德) 有價契約
 Entgeltliches Geschäft(德) 有償行為
 Entmündigter(德) 禁治產人
 Erbfolge(德) 繼承
 Erbgang(德) 繼承
 Erbrecht(德) 繼承法
 Ereignis(德) 事件
 Erfolgshaftung(德) 結果的責任
 Erfolgswille(德) 效果意思
 Erreur(法) 錯誤
 Ersitzung(德) 取得效時
 Erworbene Rechte(德) 既得權
 Ehaltung der — 既得權之尊重
 Etablissement commercial(法) 營業所
 Etat(法) 身分
 Etat de nécessité(法) 緊急避難; 緊急狀態
 Etranger(法) 外國人
 Exceptio(拉) 抗辯權
 Exceptio est strictissimae interpretationis
 (拉) 例外法應嚴格解釋
 Exception(法) 抗辯權
 Exclusion(法) 開除
 Expulsion of partner(英) 開除
 Extinctive prescription(英) 消滅時效

F

Facts in law(英) 法律事實
 Fahrlässigkeit(德) 過失
 große — 重大過失
 Fahrnissachen(德) 動產
 Faiblesse d'esprit(法) 精神耗弱
 Faits juridiques(法) 法律事實
 Faits justificatifs(法) 違法阻卻事由
 Familienrecht(德) 親屬權; 親屬法
 Familienrechte(德) 身分權
 Faute(法) 過失
 Feiertag(德) 紀念日

Feststellungsklage(德) 確認之訴
 Fiction(英, 法) 擬制
 Fiducia(拉) 信託行為
 Fiducie(法) 信託行為
 Fideuziarisches Rechtsgeschäft(德) 信託
 行為
 Fiktion(德) 擬制
 Fisc(英, 法) 國庫
 Fiscus(拉) 國庫
 Fiskus(德) 國庫
 Fixgeschäft(德) 定期行為
 absolutes — 絕對的定期行為
 relatives — 相對的定期行為
 Fondateur(法) 發起人
 Fonds de terre(法) 土地
 Forderung(德) 債權
 — auf den Inhaber 無記名債權
 — auf Unterlassen 不作爲債權
 Foreign legal person(英) 外國法人
 Foreigner(英) 外國人
 Formelles Geschäft(德) 要式行為
 Formfreiheit, Prinzip der(德) 方式自由
 之原則
 Fraud(英) 詐欺
 Freiheitsrechte(德) 自由權
 Freirechtler(德) 自由法學者
 Freirechtliche Bewegung(德) 自由法運
 動
 Freiheitsbewegung(德) 自由法運動
 Freirechtsschule(德) 自由法學派
 Freiwillige Gerichtsbarkeiten, Gesetz über
 die Angelegenheiten der(德) 非訴
 訟事件程序法
 Fremde(德) 外國人
 Frist(德) 期間
 Früchte(德) 孳息
 juristische — 法定孳息
 natürliche 天然孳息
 Fructus(拉) 孳息
 — civiles 法定孳息

— naturales 天然孳息

Fruits(法) 孳息

— civilis 法定孳息

— naturis 天然孳息

G

Gebäude(德) 建築物

Gefühlsäußerung(德) 感情表示

Gegenseitiger vertrag(德) 雙務契約

Geistesranke(德) 精神病人

Geistesschwäche(德) 精神耗弱

geltendes Recht(德) 現行法

Gemischte verträge(德) 混合契約

Germanisten(德) 日爾曼法派

Gesamtakt(德) 合同行為

Gesamtnachfolge(德) 包括承襲

Gesamtnachfolger(德) 包括承繼人

Gesamtsache(德) 集合物

Gesamtvertretung(德) 共同代理

Geschäftsähnliche Handlung(德) 準法律行為

Geschäftsfähigkeit(德) 行為能力

Geschäftsunfähiger(德) 無能力人

Geschäftsverein(德) 營利法人

Geschäftsvermögen(德) 營業財產

Geschriebenes Recht(德) 成文法

Gesellschafter(德) 社員

Gesetz(德) 法律

Gesetzesrecht(德) 成文法

Gesetzgebung(德) 立法

Gesetzgebungspolitik(德) 立法政策

Gesetzgebungstechnik(德) 立法技術

Gestaltungsklage(德) 形成之訴

Gestaltungsrech(德) 形成權

Gewillkürte Vertretung(德) 委任代理

Gewohnheit(德) 習俗, 習慣

Gewohnheitsrecht(德) 習慣法

Gläubiger(德) 債權人

Glossatoren(德) 註釋學派

Glücksvertrag(德) 射倖契約

Grammatische Auslegung(法) 文理解釋

Große Fahrlässigkeit(德) 重過失

Gründer(德) 發起人

Grundstück(德) 土地

Guardianship(英) 監護

Gute Sitten(德) 善良風俗

Guter Glaube(法) 善意

H

Habitation(法) 現在地

Haftung(德) 責任

Hammurabi, Code of - (英), Gesetzbuch des - Codex Hammurabi(德), Code de - (法) 哈拏拉比法典

Handelsrecht(德) 商法

Handelsvermögen(德) 營業財產

Handlungsobjekt(德) 行為之客體

Hauptrecht(德) 主權利

Heiratsmacht mündig(德) 婚姻成年制

Héredité(法) 繼承

Hereditary rights(德) 支配權

Historical jurisprudence(英) 歷史法學派

Historische Rechtsschule(德) 歷史法學派

Höchstpersönliches Recht(德) 一身專屬權

I

Immaterialgüterrecht(德) 無體財產權

Immeubles(法) 不動產

Immobilien(德) 不動產

Immovables(英) 不動產

Impossibilité de droit(法) 法律的不能

Impossibilité de fait(法) 事實的不能

In possessione esse(拉) 代理占有

Incorporeal property(英) 無體財產權

Indivisible thing(英) 不可分物

Inefficace(法) 法律行為之無效

Infant(英) 未成年人

Innate rights(英) 天賦之權利

Innominatekontrakte(德) 無名契約

insane person(英) 精神病人
Inscription(法) 不動產登記
Intention(英,法) 故意
Interdit(法) 禁治產人
Internationales Privatrecht(德) 國際私法
Interpretation(英,德) 解釋
— of law(英) 法之解釋
authentische — (德) 公權的解釋
Interpretation(法) 解釋
— du droit 法之解釋
methode d'— 解釋論
Inventaire(法) 財產目錄
Inventar(德) 財產目錄
Inventory(英) 財產目錄
Irrtum(德) 錯誤

Iuris naturalis scientia(拉) 自然法學

Ius(拉) 法

- civile 市民法
- gentium 萬民法
- naturale 自然法
- Romanum 羅馬法
- scriptum 成文法

Ius(拉) 權利

- connatum 天賦之權利
- in re aliens 他物權
- quaesitum 既得權

J

Jour fixe(法) 期日
Judge-made law(英) 判例法
Judgement, Judgment(英) 裁判; 判決
Jugement(法) 裁判; 判決
Juridical relation(英) 法律關係
Jurisprudence historique(法) 歷史法學派
Juristische Früchte(德) 法定孳息
Juristisch Person(德) 法人
— des Öffentlichen Rechts 公法人
— des Privatrechts 私法人
ausländische — 外國法人
Juristische Tatsache(德) 法律事實

Jus(拉) 法

- gentium 萬民法; 國際法
- inter gentes 國際法
- singulare 例外法

Jus(拉) 權利

Justice personnelle(法) 自力救濟

Justice privée(法) 自力救濟

K

Kalender(德) 曆
Kannrecht(德) 得有權, 可能權
Kanonisches Recht(德) 寺院法, 教會法
Kapital(德) 原本
Kausales Geschäft(德) 有因行為
Kausalzusammenhang(德) 因果關係
Kirchenrecht(德) 教會法, 寺院法
Klage(德) 訴
Klagrecht(德) 訴權
Kodifikation(德) 法典編纂
Kollektivvertretung(德) 共同代理
Konkrete Billigkeit(德) 具體的妥當性
Konkurs(德) 破產
Konsensualvertrag(德) 諾成契約
Konstitutiver Rechtserwerb(德) 創設的
取得
Konsulargerichtsbarkeit(德) 領事裁判
Konsularjurisdiktion(德) 領事裁判
Kontrahierungsfreiheit(德) 契約締結之
自由
Kontrahierungszwang(德) 締約強制
Konversion(德) 無效行為之轉換

L

Laesio enormis(拉) 非常損失之法則
Laichnam(德) 遺骸, 屍體
Land(英) 土地
Lasten(德) 負擔
Law(英) 法
— of nature 自然法
canon — 教會法, 寺院法

judge-made — 判例法
 private — 私法
 public — 公法
 Roman — 羅馬法
 statute — 成文法
 written — 成文法
 civil — 民法
 commercial — 商法
 mercantile — 商法
 social — 社會法
 Lebendes Recht(德) 活法律
 Legal person(英) 法人
 foreign — 外國法人
 Leges XII Tabularum(拉) 十二銅表法
 Legislative Technik(德) 立法技術
 Legitimation(德) 權利行使之資格
 Légitime défense(法) 正當防衛
 Leistung(德) 給付; 履行
 Leistungsklage(德) 給付之訴
 Lex(拉) 法
 — naturalis 自然法
 — positiva 制定法
 — domicilii 住所地法
 — loci actus 行爲地法
 — patriae 本國法
 — rei sitae 所在地法
 Lex posterior derogat legi priori(拉) 新法變更舊法
 Liability(英) 責任
 — policy 責任保險
 — without fault 無過失責任主義
 Liberté contractuelle(法) 契約自由之原則
 Liberty of contract(英) 契約自由之原則
 Limitation(英) 除斥期間
 Liquidateur(法) 清算人
 Liquidation(英, 德, 法) 清算
 Liquidator(英·德) 清算人
 Logische Auslegung(德) 論理解釋

M

Mahnverfahren(德) 督促程序
 Majorat(德) 長子繼承
 Majorité(法) 成年
 Massgebendesrecht(德) 準據法
 Mauvaise foi(法) 惡意
 Menace(法) 脅迫
 Mentalreservation(德) 心中保留
 Mercantile law(英) 商法
 Meubles(法) 動產
 Minderjähriger(德) 未成年人
 Mineur(法) 未成年人
 Missbräuchliche Rechtsausübung(德) 濫用權利
 Mistake(英) 錯誤
 Mitgliedschaft(德) 社員資格
 Mitgliedschaftsrecht(德) 社員權
 Mitgliedsrecht(德) 社員權
 Mittelbare Stellvertretung(德) 間接代理
 Mobile(法) 緣由
 Mobilien(德) 動產
 Moeurs(法) 習俗, 習慣
 Morale(法) 道德
 Morals(英) 道德
 Mortgage(英) 擔保物權; 抵押權
 Motif(法) 動機, 緣由
 Motiv(德) 動機, 緣由
 Motive(英) 動機, 緣由
 Movables(英) 動產
 Mündigerklärung(德) 成年宣告

N

Nachbarbiges Recht(德) 任意法
 Nachlassverwaltung(德) 限定承認; 遺產管理
 Nasciturus(拉·德) 胎兒
 Nationalität(德) 國籍
 Nationalité(法) 國籍
 Nationality(英) 國籍
 Natur der Sache(德) 法理
 Naturalis ratio(拉) 法理

Nature des choses(法) 法理
Naturgesez(德) 自然法則
Natürliche Früchte(德) 天然孳息
Natürliche Person(德) 自然法
Natürliches Recht(德) 自然法
Naturrecht(德) 自然法
Nebenrecht(德) 從權利
Necessity(英) 緊急避難
Negligence(英) 過失
Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet(拉) 無論何人不得將大於自己之權利移轉於他人
Nichtbenannter Verträge(德) 無名契約
Nichtig(德) 法律行為之無效
Nichtrückwirkung(德) 效力不溯及
Non-rétroactivité(法) 效力不溯及
Norm(德) 規範
Nothandlung(德) 緊急行為
Notstand(德) 緊急避難
Notwehr(德) 正當防衛
Überschreitung der — 過剩防衛
Notwehrzess(德) 過剩防衛
Nul(法) 法律行為之無效

○

Objektives Recht(德) 法
Obligatio(拉) 債權; 債務
Obligation(德) 債權
Obligation(法) 債權
Obligationenrecht(德) 債權法
Obligatorischer Vertrag(德) 債權契約
Öffentliche Ordnung und gute Sitten(德)
 公共秩序善良風俗
Öffentliche Rechte(德) 公權
Öffentliche Sache(德) 公物
Öffentliches Recht(德) 公法
Offere(德) 要約
Offre(法) 要約
Ordre public et bonnes moeurs(法) 公共秩序善良風俗

Original(英, 法) 原本
Originaler Rechtserwerb(德) 原始取得

P

Partei(德) 當事人
Passivmasse(德) 消極財產
Payment(英) 履行
Performance(英) 履行
Period of time(英) 期間
Person(德) 人
 natürliche — 自然人
Personal rights(英) 相對權
Personenstandesrecht(德) 身分權
Persönlichkeit(德) 人格
Persönlichkeitsrecht(德) 人格權
Personne juridique(法) 法人
Personne morale(法) 法人
 — du droit public 公法人
 — étrangère 外國法人
Pertinenz(德) 從物
Pflicht(德) 義務
Philosophia iuris(拉) 法律哲學
Philosophical jurisprudence(英) 法律哲學
Philosophie du droit(法) 法律哲學
Philosophy of law(英) 法律哲學
Pollicitation(法) 要約
Positive law(英) 實定法
Positives Recht(德) 實定法
Praedium(拉) 土地
Praescriptio acquisitiva(拉) 取得時效
Praescriptio extinctiva(拉) 消滅時效
Prescription(英) 時效
 acquisitive — 取得時效
 extinctive — 消滅時效
Prescription(法) 私法上之時效
 — acquisitive 取得時效
 — extinctive 消滅時效
 — instantanée 即時時效
Prestation(法) 履行

Primogenitur(德) 長子繼承制
 Primogeniture(英) 長子繼承制
 Principal right(英) 主權利
 Private auonomie(德) 私法自治之原則
 Private law(英) 私法
 Private property(英) 私所有權, 私有財產制度
 Private rights(英) 私權
 Privateigentum(德) 私所有權, 私有財產制度
 Privatrecht(德) 私法
 internationales — 國際私法
 Privatrechte (im subjektiven Sinne)(德) 私權
 Procedure par voie de sommation(法) 督促程序
 Progres de l'assignation publique(法) 公示催告程序
 Promesses publiques(法) 懸賞廣告
 Promoter(英) 發起人
 Proper law(英) 準據法
 Property(英) 財產; 所有權
 incorporeal — 無體財產權
 industrial — 工業所有權
 private — 私所有權, 私有財產制度
 Propriete(法) 財產; 所有權
 privee 私所有權, 私有財產制度
 sur les immeubles 土地所有權
 prozessvergleich(德) 訴訟上之和解
 Public holiday(英) 紀念日; 休息日
 Public law(英) 公法
 Public policy(英) 公共秩序善良風俗
 Public rights(英) 公權
 Public summon's procedure(英) 公示催告程序
 Putativnotstand(德) 錯覺(誤想) 避難行為
 Putativnotwehr(德) 誤想防衛

Q

Qui iure suo uti ur, nemini facti iniuriam
 (拉) 行使自己之權利者, 對於何人皆非不法。

R

Real right(英) 物權; 絕對權
 Realvertrag(德) 要物契約
 Reception(英) 繼受
 Reception(法) 繼受
 Recht(德) 法
 — der Schuldverhältnisse 債權法
 anormales — 例外法
 freies — 自由法
 geltendes — 現行法
 gemeines — 普通法
 geschriebenes — 成文法
 kanonisches — 寺院法, 教會法
 lebendes — 活法律
 nachgiebiges — 任意法
 natürliches — 自然法
 objektives — 法
 öffentliches — 公法
 positives — 實定法
 Römisches — 羅馬法
 zwingendes — 強行法
 Recht(德) 權利
 — der Persönlichkeit 人格權
 absolutes — 絕對權
 höchstpersönliches — 身專屬權
 relatives — 相對權
 subjektives — 權利
 wohlerworbenes — 既得權
 Rechte 權利
 eingeborene — 天賦之權利
 einheitliche — 單一權
 gemeinnützige — 公益權
 natürliche — 自然權
 selbstnützige — 自益權
 subjektive öffentliche — 公權
 zusammengesetzte — 合成權

echtferdigungsgründe(德) 違法阻卻事由

Rechtsbedingung(德) 法定條件

Rechtsbefugnisse(德) 權能

Rechtsbeziehung(德) 法律關係

Rechtsdogmatik(德) 法律解釋學

Rechtsercheinung(德) 法律現象

Rechtserwerb(德) 權利之取得

abgeleiteter — 承繼取得

derivativer — 承繼取得

konstitutiver — 創設的取得

originaler — 原始取得

selbständiger — 原始取得

translativer — 移轉的取得

ursprünglicher — 原始取得

Rechtsfähigkeit(德) 權利能力

Rechtsfolge(德) 法律效果

Rechtsgeschäft(德) 法律行為

abstraktes — 無因行為

dissimuliertes — 隱蔽行為

einseitiges — 一方行為, 單獨行為

entgeltliches — 有償行為

fiduziarisches — 信託行為

formelles — 要式行為

kausales — 有因行為

unentgeltliches — 無償行為

Rechtsgut(德) 法益

Rechtsleben(德) 法律生活

Rechtsmissbrauch(德) 權利濫用

Rechtsnorm(德) 法律規範

konkrete — 具體的法律規範

Rechtsordnung(德) 法律秩序

Rechtsphilosophie(德) 法律哲學

Rechtspolitik(德) 法律政策

Rechtsquellen(德) 法源

Rechtssatz(德) 法規

Rechtsschutz(德) 權利保護

Rechtsschutzanspruch(德) 權利保護之資格

Rechtssicherheit(德) 法的安定性

Rechtssozologie(德) 法律社會學

Rechtstatsache(德) 法律事實

Rechtstitel(德) 權原

Rechtsüberzeugung(德) 法的確信

— des Volkes 民族的法律確信

Rechtsverhältnis(德) 法律關係

Rechtswidrigkeit(德) 違法性

Rechtswidrigkeit als ausschliessungsgründe

(德) 違法阻卻事由

Rechtswirklichkeit(德) 法律實在

Rechtswissenschaft(德) 法律學

Reflexionsrecht(德) 反射權

Reine Rechtslehre(德) 純粹法學派

Relation(英) 關係

Relative Rechte(德) 相對權

Remains of the dead(英) 遺骸; 屍體

Remedial right(英) 救濟權

Representation volontaire(法) 委任代理

Res(拉) 物

— corporales 有體物

— extra commercium 不融通物

— immobiles 不動產

— incorporales 無體物

— mobiles 動產

— nullius 無主物

— publicae 公物

Réservation mentale(法) 中心保留

Résidence(法) 居所

Responsabilité(法) 責任

— civile 民事責任

— collective 團體責任

— individuelle 個人責任

— internationale de l'Etat 國家責任

— objective 無過失責任主義

— sans faute 無過失責任主義

Responsibility(英) 責任

Re-raite(法) 退社

Rezeption(德) 繼受, 羅馬法之繼受

Richtiges Recht(德) 正法

Right(英) 權利

antecedent — 原權
personal — 相對權
principal — 主權利
private — 私權
public — 公權
real — 絕對權
 — and duties of the parents 親權
 — from domestic relations 身分權
 — in personam 債權
 — of action 訴權
 — of equality 平等權
 — of liberty 自由權
 — of property 財產權
 — of self-defence 自己防衛權, 自衛權
 — of self-preservation 自己維持權, 自
 存權

innate — 天賦之權利
natural — 自然權
real — 物權
Roman Law(英) 羅馬法
Römisches Recht(德) 羅馬法

S

Sache(德) 物
rechtsunfähige — 無權利能力之物
teilbare — 可分物
unbewegliche — 不動產
uneilbare — 不可分物
verkehrsunfähige — 不融通物
öffentliche — 公物
verlorene — 遺失物
Sachenrecht(德) 物權法
Sachenrecht(德) 物權
beschränktes — 限制物權
Sachgemeinschaft(德) 集合物
Sachinbegriff(德) 集合物
Satzung(德) 章程
Schaden(德) 損害
Schadensersatz(德) 損害賠償
Schadensersatzanspruch(德) 損害賠償

請求權
Schadensersatzpflicht ohne Verschulden
 (德) 無過失責任主義
Schatz(德) 埋藏物
Scheingeschäft(德) 虛偽表示
Schuld(德) 債務
Schuldane.kennntnis(德) 債務承認
Schuldner(德) 債務人
Schuldverhältnis(德) 債務關係
Schuldvertrag(德) 債務契約
Science de droit(法) 法律學
Science du droit comparé(法) 比較法學
Science of law(英) 法律學
Sécurité dynamique(法) 動的安全
Sécurité statique(法) 靜的安全
Selbständiger Rechtserwerb(德) 原始取
 得
Selbsthilfe(德) 自力救濟
Selbstkontrahierung(德) 自己契約
Selbstnützige Rechte(德) 自益權
Séparation des pouvoirs(法) 三權分立
Seperation of powers(英) 三權分立
Simulation(德, 法) 虛偽表示
Singularsukzession(德) 特定承讓
Sitte(德) 習俗, 習慣
Social law(英) 社會法
Social legislation(英) 社會立法
Society(英) 社團
Sociological jurisprudence(英) 法律社會
 學
Sociological school(英) 社會學派
Sociologie juridique(法) 法律社會學
Soins d'un bon père de famille(法) 良
 家父之注意
Sonderrecht(德) 例外法; 固有權
Sonn-und Feiertag(德) 休息日; 紀念日
Sorgfaltspflicht(德) 注意義務
Sources du droit(法) 法源
Sources of law(英) 法源
Soziale Rechtswissenschaft(德) 社會法學

Sozialisierungsgesetz(德) 社會化法
Sozialrecht(德) 社會法
Soziologische Jurisprudenz(德) 社會法學
Soziologische Schule(德) 社會學派
Staatsangehörigkeit(德) 國籍
Status(英) 身分
Statut(德·法) 章程
Statuta personalia(拉) 人法
Statuta realia(拉) 物法
Statute(英) 法律
Statute law(英) 成文法
Stellvertretung, mittelbare(德) 間接代理
Stiftung(德) 財團法人
Stiftungsgeschäft(德) 捐助行為
Stillschweigende Bedingung(德) 默示條件
Stillschweigende Willenserklärung(德) 默示之意思表示
Stipulation pour autrui(法) 向第三人為給付之契約
Subjektive öffentliche Rechte(德) 公權
Subjektives Recht(德) 權利
Substance(法) 原物
Substanz(德) 原物
Succession(英,法) 繼承
Successor(英) 包括承繼人
Superficies solo cedit(拉) 地上物屬於土地
Surrogierte Erfüllung(德) 代位清償

T

Taboo(英) 塔布
Tabou(法) 塔布
Tabu(德) 塔布
Tatbestand(德) 構成要件; 法律要件
Teilbare Sache(德) 可分物
Term(英) 期間
Terme(法) 期限
Termin(德) 期限

Testament(德,法) 遺囑
Thing(英) 物
divisible — 可分物
indivisible — 不可分物
Third party(英) 第三人
Third person(英) 第三人
Tiers(法) 第三人
Title(英) 權原
Titre(法) 權原
Todeserklärung(德) 死亡宣告
Torts(英) 侵權行為
Transactio(拉) 和解
Transaction(法) 和解
Transcription(法) 不動產登記
Translativer Rechtserwerb(德) 移轉的取得
Treu und Glauben(德) 誠實信用之原則
Treuhand(德) 信託
Treuhandgeschäft(德) 信託行為
Trust(英) 信託
Tutelle(法) 監護
Tuteur(法) 監護人
Typische Verträge(德) 典型契約

U

Übereinstimmung(德) 合意
Überschreitung der Notwehr(德) 過剩防衛
Überschuldung(德) 債務超過
Unbewegliche Sachen(德) 不動產
Unentgeltlicher Vertrag(德) 無償契約
Unentgeltliches Geschäft(德) 無償行為
Unerlaubte Handlungen(德) 侵權行為
Ungerechtfertigte Bereicherung(德) 不當得利
Unilateral act(英) 一方行為
Universalsukzession(德) 包括承繼
Unteilbare Sache(德) 不可分物
Unterschrift(德) 署名
Unwirksam(德) 法律行為之無效

Urheberrecht(德) 著作權
Ursprünglicher Rechtserwerb(德) 原始取得
Urteil(德) 判決
Usage(法) 習俗; 習慣
Usucapio(拉) 取得時效
Utile per inutile non viciatur(拉) 一部無效, 不致全部無效

V

Verein(德) 社團; 社團法人
- ohne Rechtsfähigkeit 無權利能力之社團
Verfall(德) 滿期
Verfallt g(德) 滿期日
Verfassung(德) 憲法
Verfügungsgeschäft(德) 處分行爲
Vergleich(德) 和解
Vergleichende Rechtswissenschaft(德) 比較法學
Verjährung(德) 消滅時效; 公訴之時效
Verkehrsrecht(德) 交易法
Verkehrsunfähige Sache(德) 不融通物
Vermögen(德) 財產
Vermögensrechte(德) 財產權
Verpflichtungsgeschäft(德) 債務行爲
Verschollenheit(德) 失蹤
Verschulden beim Vertragsschluss(德) 契約締結上之過失
Verschuldungsprinzip(德) 過失主義
Versprechen der Leistung an einen Dritten(德) 向第三人爲給付之契約
Vertrag(德) 契約
atypischer — 無名契約
benannter — 有名契約
diktiert — 強制的契約
dinglicher — 物權契約
einseitiger — 片務契約
entgeltlicher — 有價契約
gegenseitiger — 雙務契約

gemischter — 混合契約
nichtbenannter — 無名契約
obligatorischer — 債權契約
typischer — 典型契約
unentgeltlicher — 無價契約
ungleich zweiseitiger — 不完全雙務契約
unvollkommen zweiseitiger — 不完全雙務契約

Vertragsfreiheit(德) 契約自由之原則
Vertragszwang(德) 締結限制
Vertretung(德) 代理
gewillkürte — 委任代理
Verurteilungsklage(德) 給付之訴
Verwaltungshandlung(德) 管理行爲
Volljährigkeit(德) 成年
Volljährigkeitserklärung(德) 成年宣告
Vormuad(德) 監護人
Vormundschaft(德) 監護
Vorsatz(德) 故意
Vorstellungsmittlung(德) 觀念通知

W

Wertrecht(德) 價值權
Will(英) 遺囑
Willensausübung(德) 意思實現; 意思通知
Willensbetätigung(德) 意思實現
Willenserklärung(德) 意思表示
stillschweigende — 默示之意思表示
Willensfähigkeit(德) 意思能力
Willensmängel(德) 意思的欠缺
Willentheorie(德) 意思主義
Willensverwirklichung(德) 意思實現
Winding up(英) 解散; 清算
Wohlerworbenes Recht(德) 既得權
Erhaltung des — 既得權之尊重
Wohnort(德) 居所
Wohnsit. (德) 住所
Written law(英) 成文法

Wucher(德) 暴利行爲

Z

Zahlungsbefehl(德) 支付命令

Zeitbestimmung(德) 期限

Zivilrecht(德) 私法

Zubehör(德) 從物

Zurechnungsfähigkeit(德) 責任能力

verminderte — 限定責任能力

Zweckvermögen(德) 目的財產

Zwingendes Recht(德) 強行法

民法總則參考書舉要

中文

- 一 余榮昌 民法要論總則
- 二 陳瑾昆 民法通義總則
- 三 史尙寬 民法總則釋義
- 四 徐謙 民法總論
- 五 黃右昌 民律要義總則
- 六 胡長清 中國民法總論
- 七 胡元義 民法總則
- 八 張正學 民法總則註釋

日文

- 一 梅謙次郎 民法要義(總則編)
- 二 富井政章 民法原論(總則編)
- 三 川名兼四郎 日本民法總論
- 四 中島玉吉 民法釋義(總則編)
- 五 三瀨信三 民法總則提要
- 六 鳩山秀夫 日本民法總論
- 七 穗積重遠 民法總論
- 八 中村萬吉 日本民法論(總則編)
- 九 遊佐慶夫 民法概論(總則編)
- 〇 石田文次郎 現行民法總論
- 一 我妻榮 民法總則
- 二 我妻榮 民法總則(民法講義I)
- 三 我妻榮 中華民國民法(總則)

一四 近藤英吉 註釋日本民法(總則編)

一五 孫田秀春 民法總則上卷

德文

1. Dr. L. Enneccerus, Dr. T. Kipp, Dr. M. Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
2. Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.
3. J. Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.
4. A. Tuhr: Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil.
5. Lehmann: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches.
6. Dr. Ed. Heitron: Grundriss des Bürgerlichen Rechts.
7. K. Cossok: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
8. A. Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands.

