

民法總則

著者
曾志時

民 法 總 則

著 者 曾 志 時

中華民國二十五年七月二十日初版

每部定價國幣一圓二角

外埠加郵費一角

著作人 桂林曾志時

出版人 北平朝陽學院

發行所 北平朝陽學院法律評論社

有 著 作 權
翻 印 必 究

印刷所

中華書局

地址 北平前外楊梅竹斜街

電話 南局一六七三號

5029
8046

引言

是書爲余三年前在朝陽學院講授民法總則時講稿。年來因不復擔任斯科，舊印講義，已多散逸不全；友朋中有索取者，竟無以應。爰藉暑假餘暇，略加修改，刊印成書，以爲治斯學者之一參攷，並以就正於海內宏達焉！

民國二十五年七月十五日曾志時識於北平



引

言

二

民法總則目錄

引言

緒論

第一章	民法之觀念	一
第二章	民法編纂之方式及沿革	七
第三章	民法之效力	一〇
第四章	民法之解釋	一二
第五章	民法上之權利	一六
第六章	民法上之義務	二二
本論		二五

第一章 法例 二五

 第一節 民法之法源 二五

 第二節 文件作成之要件及解釋 三〇

第二章 私權之主體 三二

 第一節 總說 三二

 第二節 自然人 三四

 第一欸 權利能力 三四

 第一項 權利能力之終始 三四

 第二項 外國人之權利能力 三八

 第二欸 死亡宣告 三九

 第三欸 行爲能力 四四

 第一項 概說 四四

第二項	有行為能力人	四七
第三項	無行為能力人	四九
第四項	限制行為能力人	五二
第四款	人格權之保護	五二
第五款	住所	五五
第三節	法人	五八
第一款	總說	五八
第一項	法人之概念	五八
第二項	法人人格之取得	六二
第三項	法人之能力	六四
第四項	法人之住所	六六
第五項	法人之機關	六六

第六項	法人之登記	七一
第七項	法人之監督	七二
第八項	法人之消滅	七三
第二款	社團法人之特則	七八
第一項	社團法人之設立行爲	七八
第二項	社團法人之社員	八〇
第三項	社團法人之總會	八四
第三款	財團法人之特則	八六
第一項	財團法人之設立行爲	八六
第二項	財團法人目的及組織之變更	八八
第四款	外國法人	八九
第三章	私權之客體	九二

第一節	總說	九二
第二節	物	九三
第一款	物之觀念	九三
第二款	物之種類	九六
第三款	物之孳息	一〇一
第一項	天然孳息	一〇二
第二項	法定孳息	一〇五
第四章	私體之得喪變更	一〇六
第一節	總說	一〇六
第二節	法律行爲	一一二
第一款	法律行爲之本質	一一二
第二款	法律行爲之分類	一一四

第三款 法律行為之要件……………一一九

第一項 總說……………一一九

第二項 法律行為與其標的……………一一一

第一目 標的之概念……………一一一

第二目 標的之確定……………一一一

第三目 標的之可能……………一一三

第四目 標的之合法……………一二五

第一類 標的須不違反強制或禁止規定……………一二五

第二類 標的須不違反公共秩序或善良風俗……………一二六

第三類 標的須不違反公平觀念……………一三〇

第三項 法律行為與行為能力……………一三二

第四項 法律行為與意思表示……………一三八

第一目	意思表示之本質	一三八
第二目	意思表示之方法	一三九
第三目	意思表示之種類	一四〇
第四目	有瑕疵或欠缺之意思表示	一四二
第一類	意思與表示之不一致	一四二
第二類	意思表示之不自由	一五一
第五目	意思表示之生效時期	一五八
第六目	意思表示之解釋	一六二
第四款	法律行為之附款	一六三
第一項	總說	一六三
第二項	條件	一六五
第一目	條件之意義	一六五

第二目 條件之種類……………一六六

第三目 假裝之條件……………一六九

第四目 條件之許可及禁止……………一七三

第五目 附條件法律行為之效力……………一七五

第三項 期限……………一八〇

第一目 期限之意義……………一八〇

第二目 期限之種類……………一八二

第三目 期限之許可……………一八四

第四目 附期限行為之效力……………一八四

第五款 法律行為之代理……………一八五

第一項 代理之概念……………一八五

第二項 代理之種類……………一八九

第三項	代理權	一九〇
第四項	代理人之能力	二〇〇
第五項	無權代理	二〇二
第六項	複代理	二〇六
第六款	法律行爲之無效及撤銷	二〇六
第一項	概說	二〇七
第二項	無效	二〇七
第三項	撤銷	二一一
第四項	法律行爲效力之確定	二一五
第五章	期日及期間	二一八
第一節	概說	二一八
第二節	計算之方法	二二〇

第六章 消滅時效	二二四
第一節 概論	二二五
第二節 消滅時效之期間	二三〇
第三節 消滅時效之中斷	二三一
第四節 消滅時效之不完成	二三六
第五節 消滅時效之效力	二三九
第六節 時效期間之加減及時效利益之拋棄	二四〇
第七章 權利之行使	二四二
第一節 概說	二四二
第二節 權利濫用之禁止	二四四
第三節 防衛行為	二四四
第四節 避難行為	二四五

第五節 自助行爲……………二四六

——民法總則目錄終——

民法總則目錄

民
法
總
則
目
錄

民法總則

曾志時編

緒論

第一章 民法之觀念

第一 民法之語源

民法一語，淵源於羅馬之市民法（*jus civile*）。市民法者，羅馬固有之法律，與萬民法（*jus gentium*）對峙而言者也。在昔羅馬方盛之際，各國人移住其市府者，實繁有徒，因之有市民與外民之別。所謂市民法者，祇適用於本國之市民；其外民間之訴訟，及本國市民與外民間之訴訟，則另專置外事裁判官（*Prætor peregrinus*），不根據於市民法，而本諸所謂基於自然之正義（*Naturalis æquitas*），公眾之利益（*Publica utilitas*），及適合於該人民之習慣而成之萬民法，以為裁判。嗣因疆宇日闢，萬民法適用之範圍漸廣，降至後世，遂失兩法之區別，迄紀元五百三十年頃，優斯體尼安帝（*Justinianus*）纂修羅馬法全典（*Corpus Juris Civilis*）時，已不復有市民法與萬民法

之分矣。惟由言語之沿革論之，市民法爲民法之語源，殆無疑義，如法之 *Droit civil*；*Code civil* 德之 *Bürgerliches Recht* 英之 *Civil law* 名稱，皆自中世紀承受羅馬法之影響，由市民法一語，因襲而成者也。日人譯荷蘭語 *burgerlyk recht* 爲民法，我國因之，第一二次舊草案，皆曰民律，自新民法始更稱爲民法焉。

第二 民法之意義

民法者，規定社會生活之準則，而爲裁判規範之法律也。析言如左：

1 社會生活 人生於社會，死於社會，離社會而能孤獨存在者，特空想之事實耳。故法律及其他關於社會之科學，其基礎不當建築於此假想之孤獨個人上，而應設立於爲此共同生活之人類上。換言之：即其對象之成立，直須以生存人類之社會生活，爲其出發點也。雖然，人類之團結，非如砂礫塵土之雜然集合而已，其間有新的生命在。所謂新的生命者，即須有一定之組織，一定之秩序，而始能存在是也。而擔當此任務者，則惟一般之法則。故有社會必有法則，「法」以社會而作成，社會亦以「法」而存在，二者蓋有不可分離之關係焉。由是以言；生存於社會中吾人之行爲，縱令屬於日常之私的生活，亦皆含有社會的意義，非立於此爲社會生活準則之一般法則下，受其規律，或受其批判不可；此所以社會生活與社會規範或準則，實實質上併存之物，而非形式上對立的而爲

別個之存在者也。夫在社會上一般法則中，經國家設立或容認之法律，特不過其一部耳。又一般學者，以今日人類社會生活最發達之形式，厥爲國家，因之區分人類之活動，有直接關係於國家團體之組織或維持者，謂之國家生活；非直接關係於國家團體之組織或維持者，謂之社會生活。而法律學家，亦隨之而有化分關於規定前者生活之法律，爲國家規範之法律，關於規定後者生活之法律，爲社會規範之法律者，故社會生活一語，含有廣狹二義，自廣義上言之，可包括國家生活而言，自狹義上言之，則單指國家生活外之人類生活而言；而民法者，即規定此狹義的社會生活之準則之法律也。

2 裁判規範 國家之法律，自形式上言，可分下列三種：第一，規定國家自身之組織者，如憲法及其他關於國家機關組織之附屬諸法令是；第二，命令國民爲各種行爲者，如關於納稅兵役警察諸法令是；第三，規定裁判所及其他國家機關行動之準則者，如民法即其中裁判規範之一種也。夫民法一方爲社會生活之準則，既如上述，然同時又有其爲裁判的規範之特色者在；研究民法學者，對於此點，多加忽視，其結果恆至對於裁判規範上，有意義之規定，加以無理解之批評，甚或因之而唱『極端』之自由法論，或主張『過度』之法律社會化者，對於民法之觀察，到底不能不謂之錯誤也。今請略述民法爲裁判規範特質之二三例如左：

a 爲裁判規範之民法，常漠視各個場合之實情，而爲劃一的標準之規定也。例如民法規定以「滿二十歲者爲成年，（十二條）未成年人獨斷所爲之法律行爲無效，或須經法定代理人之允許或承認，始生效力」。〔十三條及總則第四章第二節行爲能力之規定參照〕是在未滿二十歲者，縱令其能力，如何充分發達，而其獨斷所爲之法律行爲，在法律上皆當視爲無效，或不生效力；此揣諸社會生活上人類智能發育不平等之原則，自不免諸多背謬；然而法律之規定，不拘事實上能力之有無，而採取此劃一的法定能力者，即因民法爲裁判規範之法律，預防裁判官不能得正確或齊一之判斷，故立此一定之標準也。

b 爲裁判規範之民法，爲避免證不確實之困難，常設各種假設之規定也。此蓋因裁判官所下裁判，不得根據證據，然事實上恒有不易得確實之證據時，若法律不爲設一標準，則裁判官將有不能爲裁判之苦，故法律上常因之設有多數假設的規定，如民法第四條第五條，即其一例也。此種規定，就社會生活之準則上言，常無何種之意味，然在爲裁判之規範上言，則固不可缺者也。

c 爲裁判規範之民法，常以網羅其性質上必要之規定爲充分也。夫民法若專爲社會生活準則之法，則關於父子兄弟間當遵守之各種道德的準則，亦應列入；然此徒無用混亂其法規之內容耳，與爲裁判的規範之特質，不相容也。是以民法上對於此種內心之規律，雖不加以否認，然以裁判官在

實際上，無適用之機會，故不欲以此無用之規定，而龐大其法典之地位也。

民法具有裁判規範之特質，既如上述；故欲真正了解民法之意義，一方固當理會其法律之社會性，一方尤應不忘其為裁判規範之特質也。

第三 民法與民法典

民法一語，有實質及形式二義，前節所述者，乃關於民法實質上之意義，至其形式上之意義，則專指民法法典而言，換言之：即國家以法典之形式所制定之民法是也。故民法一語，因其含義不同，有時可指民法法典言，有時則包括私法之全部而言，不宜混視也。

本書之範圍，以研究現行民法總則編為主旨，故其對象，亦自以形式意義之民法為限，茲特述明民法典組織之範圍如次：

1 民法者，主由私法的規定而構成者也。公法與私法之別，分類最古，其區別之準標，學說不一，至今尚為法理學上繼續爭論之一重大難問。其學說中，最有力者，厥為利益說，法律關係說，主體說，統治權說四種。然此諸說，各有其缺點，不易採取。竊信以當者，則當以近世社會法學家所倡「規定關於國家生活的法律關係之法律為公法，規定非關於國家生活的法律關係之法律為私法」之說，為最適於現代法學變遷之實況。徵諸上述民法之意義，民法乃係「規定狹義社會生活的法律」

，則其當爲私法的規定，自屬無疑。雖然，現行民法典之規定，特以是爲通則耳，其中非全無公法之規定也。例如「法人之設立，應得主管官廳之許可」（民法第四十六條第五十九條第三十條）及其他關於法人之董事清算人罰則之規定，（民法第三十三條第四十三條）其不能不屬於公法也明矣，不過此等規定，特附隨存在民法之中，故於民法主由私法的規定而構成之意義，固無傷也。

2 民法者，主由實體法的規定而構成者也。實體法與程序法之區別，觀其規定之關於權利義務之實體，抑係關於實現此實體上之權利義務所應爲之手續而定。民法爲規定權利義務之性質所在及其範圍之法律，故爲實體法。然據現行民法之規定，其中亦非絕無關於程序法之規定者，如前述法人之設立，必須呈報於主管官廳，即其一例也。此蓋以關係密切，不便分離，故附揭於民法之中，恰與上述規定公法之例，同一理由也。

3 民法者，主由普通法的規定而構成者也。普通法與特別法區別之方法：有以地方爲標準者，施行於全國領土內之法律，爲普通法，而施行於特定區域內之法律，則爲特別法；有以受其適用之人爲標準者，適用於人民全體者爲普通法，而適用於特別身分之人者，則爲特別法；有以事項爲標準者，規定關於一般事項者爲普通法，規定關於特定事項者爲特別法。民法爲規定一般社會生活關係之法律，故爲普通法，特現行民法典，採民商法統一之規定，舊存之商事特別法，已有一部分，歸

納於其中，此則不可不注意者也。

4 民法者，合強行法及任意法的規定而構成者也。強行法與任意法之區別，視其法規之效力，是否有絕對的強制意思與否而定。其效力之絕對的強制者，謂之強行法，非絕對的強制者，則謂之任意法。現行民法，實兼有此二種法規之性質，如總則編中關於能力法人及時效之規定，多屬強行法，而債編之規定，則多屬任意法也。

5 民法者，合固有法與繼受法而構成者也，法有固有法與繼受法之分，其由本國固有之文化淵源所形成之法，謂之固有法，其採取外國法制，而形成之法，則稱爲繼受法。現行民法，大體雖多屬採取德瑞立法例者，然其中亦非無中國固有文化，所形成之規定，例如物權編中關有典權之規定，即其顯著之例也。

第二章 民法編纂之方式及沿革

第一 民法編纂之方式

民法編纂之方式者，民法法典編制之形式上，所採取之體裁及方法之謂也。此在立法之體例，及運用之便利上，極關重要，故立法家，多重視之。雖古來對於法典編別之標準，沿革上不無種種區

別，然現今所稱爲論理式的編別方法者，大抵不外左之二種：

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

2 德意志式編別法 (*Pandektensystem*) 此編別法，分法典全部爲五編，第一編總則，第二編債權第三編物權，第四編親屬，第五編繼承，乃係取法於德國私法學者著書中所爲之分類也。其與羅馬式不同者：一、首設總則編，以規定各種法律關係之通則；二、分債權物權各爲一編，以辨明其性質，三、將關於人格及能力部分，與親屬關係劃分規定；四、繼承獨列一編，不僅視爲取得財產之方法，其分編之明當，自較羅馬式爲勝。然其中復可分爲三派：一、有因編纂關係，而以債權獨立成爲一編，列於民法全部之外者，如瑞士債務法是；二、有視物權較債權爲重，而列物權先于債權者，如沙克遜民法日本民法及最近之蘇俄民法是；三、有因債權爲物權之取得方法，而列債權先於物權者，此爲德國民法所採用，而我國舊民法草案及現行民法，皆從此主義者也。

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

第二 民法編纂之沿革

我國編纂新式民法法典之機運，實起於前清末季。自光緒三十三年，憲政編查館議覆修訂法律辦法，認立法須設專官，遂於是年，派沈家本，俞廉三，英瑞爲修訂法律大臣。設修訂法律館，聘日人松岡義正起草民法，助以我國留學生，宣統三年，首成前三編，後二編由法律館商同禮學館，亦繼續訂正告成，即所謂第一次民律草案是也。民國成立後，初設法典編纂會於法制局，後改屬於司法部，易名曰法律編查會，嗣後改稱修訂法律館。對於第一次草案，曾加修正，是爲第二次民律草案。民十七國民政府成立後，立法院制定現行民法五編，其總則編於十八年五月二十三日公布，十八年十月十日施行；債編於十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行；物權編於十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行；親屬繼承編於十九年十二月二十六日公布，二十年五月五

日施行，於是我國始有正式之民法焉。

第三章 民法之效力

民法之效力云者，即民法典得支配之範圍之謂也。民法典得支配之範圍，與其他法典同，可分爲關於事，關於時，關於人，關於地四者，以觀察之。關於事之範圍，即僅限於私法關係之事項，而無其他特別民法之規定存在者，始得支配，其意義甚明，無待深論；茲惟就後三者述之，

第一 關於時之效力

法律對於其施行期日前所生之事項，不能支配之，此羅馬法以來，法律效力上之一大原則也。各國法律，多有以明文定之者，我國民法各編施行法，於其首條，亦皆揭示此旨。蓋法律若及於過去之事項，則是使已受舊法之支配。而發生法律上效果之法律關係，復因新法，而生變化，殊有害於社會生活之安寧；且新法之規定，未必皆合於舊法時之情事，若使強爲支配，亦與事理有背也。

雖然，法律不遯既往之原則，據近代多數之立法例及學說之主張，均認爲僅能拘束司法官，爲其解釋法律時之一標準，而非立法上之限制。蓋立法者制定法律，原有其自由之權能，新法雖不可剝奪依舊法已取得之權利，然因公益上之必要，破除此原則，而制定有遯及效之法律時，固亦非不可。

我國上述民法各施行法，對於民法上諸多之規定，皆付以遡及力，即係從此見解者也。（參照民法總則施行法第三條及民法債編物權編親屬編繼承編各施行法第二條以下之規定）

第二 關於人及地之效力

民法與其他法典同，乃係本於主權者之意思，而制定之物，故其關於人及地之效力，亦由主權之支配範圍而定。主權之支配範圍。自其對於人民之作用言：則苟為本國人民，雖在外國，亦當受本國主義之支配；自其對於領土之作用言：則苟在其領土內，雖為外國人，亦可支配之。民法之效力，自應以是為準，即對中華民國之人民及在中華民國領土內之外國人民，皆應支配，此原則也，但對此原則，亦有種種例外：

一 雖為中華民國之人民，而不適用民法者有之。例如甘肅省之蒙番人民，向沿舊習，普通法律，均不適用，現雖民法已公佈施行，對於此項人民訴訟案件，仍適用理藩院則例及番例條款，而不適用民法是也。（參照十八年八月二十三日司法院院字第一四三號解釋）

二 雖在中華民國領土內之外國人民，而不適用民法者有之。我國昔日，昧於外情，疎於法理，許外國以領事裁判權，於是外國人民，在中國領土內，亦不受中國法律之支配，喪失國權，莫此為甚。現以政府極力之交涉收歸，則此等不平等條約之取消，自不過時日之事。是將來對於涉外之法律

關係，惟依據國際私法之規定，以國內之法律，而許其某種法律關係，不適用本國之民法而已。（參照法律適用條例）

第四章 民法之解釋

第一 解釋之意義

民法之解釋者，確定民法意義之謂也。解釋之對象，不限於成文法，即民事習慣法，亦包含之；特現行法之大部分爲成文法，習慣法之存在者甚少，故關於解釋之根本理論，一向學者間，多單就解釋成文法之方面研究之。

解釋法律之目的，在探求法律之意義，而不在釋明立法者之意義。故凡法律之理由書，立法會議之記事錄，議案之說明書等，雖足供解釋上之參考，然苟按諸法律真意及社會現狀，認其意見或理由爲不妥當或有錯誤者，自可另爲其他正當之解釋也。

第二 解釋之方法

解釋之方法，可大別爲二：

一，強制解釋 此係由國家自身，以立法之手段，所爲之解釋，故亦稱有權解釋，或立法解釋。

其解釋之方法，有於本法中示有解釋者，亦有另頒布他之法律，以爲解釋者。制定方式，雖各不同，然法律之意義，經此解釋，即爲確定，故雖名曰解釋，實即立法也。

二、任意解釋 此係基於學者自由之意思，所爲之解釋，故又曰學理解釋。其解釋之方法，亦有二種：

甲文理解釋 此即依據法律之字義。所爲之解釋也。文字爲法意之表現，故法律之真意，首須依此決之。

乙論理解釋 此即依論理學上之法則，以推理之作用，對於法律之意義，所爲之解釋也。此種解釋，所應依據之材料，略舉如次：

1 立法材料 即凡關於法律之調查資料，會議錄，理由書等均可供參攷。

2 立法原因及沿革 即凡一法律，必有其制定之原因及相當之沿革，自應參考。

3 法律上之原則及判例學說 解釋法律，固不應蔑視法律一般之原則，而判例及學說，亦有其足供參考者。

4 有關係之其他法條 凡解釋法律，須注意其與他之法條之關係，以顧及法律一貫之精神，學說上有名此爲組織的解釋(Systematische element der auslegung)者。

5 社會實際之狀況 即法律之解釋，須與實際狀況相調和，以表現其法律之適應性，故對於社會實況，自宜注意。

文理解釋與論理解釋，同為學理解釋方法之一，當解釋法律時，二者自不宜偏廢；然論理解釋，常足以補文理解釋之不明及不足，就二者之關係言之，於是又有所謂宣言解釋 (Interpretatio declarativa)；擴張解釋 (Interpretatio extensiva)；限制解釋 (Interpretatio restrictiva)；當然解釋 (Argumentum a fortiori) 反對解釋 (Argumentum a contrario)；及類推解釋 (Analogia) 之方法生焉。宣言解釋者，文理解釋有數義，而應依論理解釋，以擇取一義是也。擴張解釋者，依論理方法，擴張文理解釋之意義，以為解釋是也。限制解釋者，依論理方法，縮小文理解釋之意義，以為解釋是也。當然解釋者，於有明文存在之處，依論理方法，而推知其無明文存在之處，亦當然得是結果之解釋是也。反對解釋者，依文理解釋斷定某事項應如是，而依論理方法，復斷定其反于某事項者，不應如是之解釋是也。類推解釋者，法律於文理上關於特定事項無直接規定，而以論理方法，擇取關於類似事項之規定以適用之是也。此種種解釋方法中，惟類推解釋一項，學說上議論甚多，有謂其直係立法者；有謂係裁判官一種處分者；有謂仍係一種解釋方法者。夫社會情事，千錯萬綜，欲盡以法條規定之，事屬難能，裁判官以類似規定為根據，推論之以適用於類似事項，原與解釋

之性質不背，故竊以爲第三說爲當也。

第三 自由法學

於法律解釋中，現今所謂解釋學派中之自由法學(Freirechtstheorie)者，擬一言及之。此學說注重各個事件之正當衡平之裁判，謂法律不過裁判官一般的指針，裁判官於法律以外，當依據科學的自由探究(La libre recherche scientifique)基於事務之本性(L'antature des choses positives)以適用法律。從來之法律學家，拘於法規所表現之字句，以爲解釋，其結果恒與事物之妥當性(Rechts angemessenheit)相背馳，不足以達右述正當及衡平之目的。故如欲使固定之法律，而成爲「生之法律」(des lebende Recht)，則當解脫一向「概念法學」「論理法學」(Begriffsjurisprudenz Konstruktionsjurisprudenz)之觀念，而傾向於「目的法學」「利益法學」(Zweckjurisprudenz Interessensjurisprudenz)之解釋云云。夫法律之解釋，當常顧及其適用事件之妥當性，如法律有缺陷，而認裁判官有補充法律能力者。此固吾人極端贊成之所，唯法律之目的效用，除顧及此事件之妥當性外，尙有其維持法律秩序自身之安定(Rechtssicherheit)者在。若排斥一般論理之解釋，蔑視法文，認裁判官有變更現行法之能力，所謂極端自由法學之論調者，則尙難加以首肯也。

第五章 民法上之權利

第一 權利之本質

關於權利(羅 Jus Recq; 英 Right 法 droit)之本質，向爲法理學上爭論之問題。有以權利爲意思之支配力者，是爲意思說(Willensheorie)；有以權利爲法律保護之利益者，是爲利益說(Interessentheorie)，有以權利爲各人行爲之範疇者，是爲範疇說(Kategorientheorie)，有以權利爲正當爲某行爲之法律上狀態者，是爲狀態說(Zustandstheorie)。雖皆各有其獨到之見解，然要難謂爲完全無謬。據余所信，則權利應解釋爲『特定人格者，於正當範圍內，滿足其生活資料之法律上之力』，茲分析說明之如左。

1 權利爲法律上之力 法律上之力者，在法律上得以發生積極的或消極的變動之能力也。權利依法律而發生，根據法律之規定，始能表現其事實上變動之功用，其原動力，實爲法律所賦與。故爲法律之力。

2 權利在滿足生活資料 生活資料者，人類生活上所需要之材料也。此種材料，不限於爲經濟上或精神上所需要之物，凡足完滿人類之生活者皆屬之。又完滿此需要之方法，通常固以特定之

行爲（自己之行爲或特定人之行爲）爲必要，然亦有不待特定之行爲，而以一般人之不行爲，爲完滿者。故如利益說狀態說之以『利益』或『行爲』爲權利之內容者，其認定之範圍，洵未免過狹，據吾人之見解，則當以滿足一般生活之資料，爲其目的也。

3 權利有一定之範圍 所謂權利有一定之範圍者，即權利之行使，不得逾越其正當之範圍是也。蓋法律之認許權利，不僅在謀個人生活之完滿，對於社會全部之利益，尤當顧及。故權利之存在，亦必有其適當之範圍；苟爲顯然之濫用，致有害於團體生活者，自非法律之所允許，即不得謂之爲權利也，（參照德國民法第二百二十六條瑞士民法第二條我國民法第一百四十八條）

4 權利乃屬於特定人格者 權利之歸屬者，謂之權利主體。權利之主體，必限於特定人格者，盡人皆得享受之法律上之利益，亦不能謂爲權利也。

第二 權利之種類

，權利可大別之爲公權私權二種，公權爲由國家生活關係所生之權利，而私權則爲由社會生活關係所生之權利也。民法爲規定社會生活之法律，故其所規定之權利，亦爲私權。以下專就私權之種類，分款說明之：

1 基於權利之主體所爲之種類 無主體之權利，不能存在，此爲現今一般之通說，上述權利之意

義中，亦以「權利須屬於特定人格者」為結論，故關於「有主體之權利」與「無主體之權利」之區別說，為吾人所不採取。茲所論者，特就與權利主體有特別關聯之二種分類，以說明之耳。

a 身分權 身分權者，非單純之人格者，得享有之權利，乃有一定身分之人格者，始得享有之權利也。例如親權夫權，附著於有親或夫身分之人格者，始得享有之。取得身分，同時取得此等權利，喪失身分，即同時喪失此等權利是也。

b 專屬權 專屬權者，常附着於享受權利之人格者，而不得移轉之權利也。例如前述之身分權及人格權終身定期金之債權等，皆與權利人不可分離，而不得任意讓與或繼承者是也。

2 基於權利之目的所為之類別 權利之目的。為滿足生活之需要，前已言之。現今通說，對於此種需要，大體分為「財產權與非財產權」二者以說明之，茲分述如次：

a 財產權 財產權者，以滿足經濟上之需要為目的之權利也。例如物權債權，通常皆以滿足經濟上之需用為主者是也。

b 非財產權 非財產權者，以滿足經濟需要外之其他需要為目的之權利也。其目的為何種需要，當就其權利之性質，分別定之，不能一概而論，例如身分權，專以保持其身分之地位為目的之權利，而人格權則以保持其身體之自由健康及為人格者之地位為目的之權利是也。

3 基於權利之性質所爲之類別此可分爲下之數種以說明之。

a 人格權 人格權者，以保護權利人自身之人格爲內容之權利也，例如生命權，身體權，自由權，名譽權，姓名權等是。

b 債權 債權者，請求特定人行爲或不行爲之權利也，如約定他人爲勞務之行爲或不爲競業之行爲是。

c 物權 物權者，直接存於物或權利上之權利也，例如所有權地上權等是。

d 親屬權 親屬權者，存於有親族關係人之身分上而生之權利也。其中有以對方之行爲爲目的，而含有債權之性質者，例如親族間之扶養請求權是；有以管理對方之財產爲目的，而含有物權之性質者，例如親對於未成年子之財產管理權是；有以自己之行爲，發生法律上特定之效果爲目的，而含有後述能權之性質者，例如非婚生子認領權是。

e 繼承權 繼承權者，存於爲繼承人地位上之權利也。例如繼承開始後，繼承人對於被繼承人，所有繼承之權利是。

f 工業所有權 工業所有權者，存於精神上產出之無體物上之權利也。例如特許權商標權等是。

g 社員權 社員權者，存於社團法人之社員，對於其法人所有之權利也。其內容如歲領紅利之權出席總會之權表決之權等是。

h 能權 能權者，存於自己之行爲，而發生法律上特別效果之權利也。例如撤銷權，解除權，選擇權等是，其詳於後述形成權中論之。

4 基於權利之作用所爲之類別 此可分爲次之數種述之：

a 支配權 支配權者，有直接支配其權利客體之作用之權利也。此權利之特質，在不需他人行爲之介入，而得繼續的實現其權利之目的，故與下述之請求權形成權。均各不同。人格權物權工業所有權等皆爲含有此作用之權利。而親屬權則如上述，有含有支配權之作用者，亦有含有請求權或形成權之作用者。

b 請求權 請求權者，有請求他人爲一定行爲或不爲一定行爲之作用之權利也。此種權利，自德儒 Windscheid 氏主張以來，現已成爲民法上一種獨立之權利，（參照德國民法第一百九十四條我國民法第一百二十五條）其中有含有經濟上之目的及不然者，前者例如買價之請求權，後者例如親屬編中認領請求權是。又有因支配權之被侵害而發生及不然者，前者例如民法第七百六十七條規定之物上請求權，後者例如債權是。

c 形成權 形成權者，有依一方之單獨行爲，而形成法律關係之作用之權利也。此種權利，在未行使以前，不過祇有發生法律上特別效果之可能性，故就其內容之本質言，可稱之爲能權；在既行使以後，則形成一定之法律關係，故就其作用之效果言，又可稱之爲形成權焉。其中所形成之法律關係，有種種之狀態；有屬於創設新之法律關係者，例如無權代理之承認權是；有屬於變更原有之法律關係者，例如選擇債務中之選擇權是；有屬於消滅原有之法律關係者，例如撤銷權解除權是；有阻止法律關係之形成者，例如延期抗辯權是。

5 基於權利之相互關係所爲之類別，此可分爲次之二項說明之。

a 原權與救濟權 救濟權者，他權利被侵害時，因其救濟而生之權利也。其被救濟之權利，謂之原權，例如上述物上請求權與物權之關係是。

b 主權利與從權利 從權利者，附隨於他權利而存在之權利也。其被附隨之權利 稱爲主權利。例如利息債權與原本債權之關係是。

權利之分類，除上述五種外，學者間尙有以權利效力所及之範圍爲分類，而謂物權爲得請求一般人不得爲一定行爲之『絕對權』，債權爲請求特定人爲一定行爲之『相對權』者，此說未將權利之對內效力與對外效力分清，且誤以權利之不可侵性，爲物權所獨有，故竊認爲不當，而未採取

之。

第六章 民法上之義務

第一 義務之本質

義務(羅debtum 德Pflicht 英duty法devoir)者，應爲一定作爲或不作爲之法律上狀態也，故一；義務爲一種狀態，須與實現此狀態之負擔力所謂「責任」者區別之；二：義務爲法律上之狀態，當根據法律上之規定而發生；三：義務爲作爲或不作爲，應爲一定作爲之狀態，謂之積極義務，應爲一定不作爲之狀態，謂之消極義務。

第二 義務之種類

義務大別之爲公法上之義務與私法上之義務二種。民法上所謂義務，乃屬於後者，自不待言；又依義務之內容，可分爲積極與消極二種，亦已如前述，茲所論者，特爲對立義務與單存義務耳。對立義務者，與權利相對應之義務也，此種義務，乃爲權利之反面，故其性質內容範圍，亦常依其對應之權利而定。反之無對應之權利，而單獨存在者，謂之單存義務，例如登記義務是也。

第三 權利與義務之關係

權利與義務，自一般言之，固常相對立，然此非其必要之現象，觀如上述單存之義務，已自明瞭。又有權利而無對立義務者亦有之，例如形成權之反面，即無何等義務之存在是也。

——緒論終——

民
法
總
則

本論

第一章 法例

第一節 民法之法源

法源之義有三：有指法之效力發生之根源（Source of force and validity of law）者，有指法之內容由來之根源（Source of contents of law）者，亦有指法規發現之形式（Forms of law. Erscheinungsform der Rechtsnorm）者。自第一義言之，民法效力發生之根源，為國家之意思；自第二意言之，民法內容由來之根源，不外一般道德，習慣，文化，學理，判例，外國法制；自第三義言之，則民法成立之根源，各國所採主義，不必同一，以下專就我國民法之規定為主，析述如左：

第一 制定法

制定法者，因統制機關之立法行為而成立之法也。制定法之成立，以作成文書為必要，故又曰成文法。其制定須經過一定之程序，始為有效。故審判官適用法律之際，須先為法律之審查（Kritik der Recht），此種審查法律是否有效之行為，不特為其權限，亦且為其義務也。至民法之制定法

種類，則除民法法典外，其他民事特別法，亦包含之。又公共團體，本其由國家所付與之自治立法權，制定之自治法，其中關於民事之規定，據一般之通說，亦認其得爲民法法源之一也。

第二 習慣法

習慣法者，習慣而經國家承認其有法律之效力者也。習慣法因慣行而生，不以制定文書爲必要，故又稱爲不文法。其成立要件有四，析述如左。

1 習慣之存在習慣云者，於相當期間內，就同一事項，繼續通行之慣行也。故凡一慣行，而不足爲同一事項之準則者，不能稱爲習慣，即足爲同一事項之準則，而非經過相當之時間，繼續通行者，亦不得謂爲習慣焉。

2 法之觀念法之觀念(*Opinio Juris of necessitatis*)云者，其習慣具有社會之規範性，一般奉行之者，有信其爲法則之觀念是也。若習慣僅爲事實上之慣行，而尙無社會規範之性質則祇能謂爲習慣，不能成爲習慣法。吾國民法所稱習慣，蓋沿日本民法用語，類皆指習慣法而言，故不可以其僅稱習慣，即謂習慣與習慣法無區別也。

3 不背公序良俗 此爲民法第二條所明定之限制，所謂公共秩序(*öffentliche ordnung, ordre public, public policy*)者，指國家之公安而言，善良風俗(*gute Sitten bonos mores, good morals*)者，

則現代社會一般之道德觀念之謂也。背於公序良俗之習慣，據一派學者之主張，雖有謂仍不害其爲習慣法之成立者，然吾國民法，既有此明文：自不容作反對之解釋也。

4 經國家承認即習慣之是否爲法，須本於國家之意思，經國家明示承認者，始生法之效力，否則不能謂爲法也。據我國民法之規定，其承認習慣法之方式有二：有於法律已有規定之處，而尙承認習慣法有優先適用之效力者，例如物權編中諸多之規定是；（民法第七百七十六條七百七十八條七百八十四條七百八十五條七百八十六條等是）有於法律無規定之處，始承認習慣法有補充的效力者，此則第一條所謂『法律所未規定者依習慣』之概括的規定是也。

習慣法必須具備上述要件，始能成立；至其效力如何？尙可分左之數款論之：

1 習慣法因法律之規定，有優先於法律適用之效力者，亦有僅補充法律所未規定事項之效力者，此於前述成立要件之第四款中，已爲說明，茲不贅。

2 習慣法無改廢法律之效力？即將來對於現行民法之規定，有反對之習慣法發生時，其效力足以變更民法與否之問題？雖向爲學者所爭論，然據民法第一條之規定，既明謂無法律始適用習慣法，則後出之習慣法，不能改廢現行民法，窺諸法意，固甚明瞭也。

3 習慣法之效力，其發生之時期如何？此爲至難解決之問題。夫在成文法，以公布周知期間或實

施期日，爲其效力發生之時期，此不能適用於習慣法，固不待論。若謂法院適用之時，爲其效力發生之時，則又反於裁判官僅爲法之適用機關之性質，故除以其成立爲社會軌範時，爲其效力發生之時外，實無其他解決之道。此種時期不易明確推定之缺點，徵諸習慣法之性質，固亦所難免者也。又關於習慣法之證明，據民事訴訟法第二百八十三條之規定，則除當事人有舉證之責任外，法院亦得依職權調查之焉。

第三 條約法

條約法者，國際條約依法公布之後，而有法之効力者也。國際條約中有關於民事者，例如通商條約工業所有權條約等，是否得爲民法之法源？乃學者間一向爭論之問題。有謂條約爲國家間之契約，祇能拘束締約國自身，不能拘束其國民，若欲使其發生法律之効力，非另以法律之形式，更將其條約之內容規定不可者：有謂條約締結權之內，當然含有國法制定權，國家締結之條約，一面發生國際法上之關係，同時他一面亦有國法之効力者。夫自理論上言之，國家之意思決定，祇能有一不能有二，乃當然之結果。條約之批准，乃國家意思之決定；條約之交換，爲其決定意思對於相對國之表示；而其公布，則爲其決定意思對於國民之表示，故條約依公布，自能生國法之拘束力，而應爲民法之法源也。

條約既依公布而生法之效力，則其可以變更法律，自不待言。但條約能以法律變更與否？學者間亦有爭論。有主張消極說者；亦有主張積極說者；竊以後說爲當。蓋國家有自主之意思，以後之意思而變更前之意思，原有其自主之權。且條約既可以變更法律，則豈有以法律不能變更條約之理。特以法律變更條約之時，國家對於相對國，須負國際法上之責任而已耳。

第四 法理

社會情狀，至爲繁賾，且時有變遷，雖以如何精密之法律，亦不能規定而無缺漏。有時法無明文，而又無習慣法可援用時，則法官勢將陷於窮屈，無所依據，以爲裁判。故民法於此，特設一補充之規定，即無法律及習慣法時，當依『法理』是也。

法理云者，法律之發生，所根據之原理也。蓋既曰法理，則其當以法律爲前提，自不待論，然若解爲法律條文中所已暗藏之理論，則引用之時，實不外法律解釋之一種，不得謂爲此之所謂法理甚明，故竊以爲當溯及法律之發生時，所根據之原理爲當也。何者爲法律發生所根據之原理？乃法律學上至難解答之問題，現今學者，亦尙未得一明確之斷案。據吾輩之意見，則以爲法之本質，一方在求人類健全圓滿生活之道；一方在保持其自體之統一性或秩序性。無前者之本質，法之自體，根本不能應人類之要求而發生；無後者之本質，則法之效用，亦將喪失而不克存在。故苟一理論。足

以顧全人類健全圓滿生活之道，而又不違背法之統一性或秩序性者，即謂之爲法律根據之原理，或曰法理，當無大誤也。

法理是否爲民法之法源？學說上亦未一致。有謂法理之爲法源，乃爲法律所明定，而主張肯定說者；有謂法理僅屬法官個人之理想，若竟以爲法源，則不啻與法官以立法權，而主張否定說者。夫既曰法理，而視之爲法律，事實上固稍嫌牽強，然若不謂其有法之效力，則根本不能成爲有強制力之物，法官又烏能據之以爲裁判？且據上述法理之意義，其存在固當由客觀以求之，而非係法官個人理想之物者，謂爲法官之立法，似亦失當，故竊以肯定之說爲得也。

第五 判例

法院判例，在英美法系，視爲法源之一種，因之有判例法 *Judgemade Law* 之稱。大陸法系，則多否認之。我國爲採取成文主義之國家，且法律上亦未見有以判例爲法源之根據。故自不能與英美法系採取同一之見解。特習慣法之存在，常因判例而克證明，又同一判例，屢經援用之時，足使人民之間，成立一種習慣法者，亦不少也。

第二節 文件作成之要件及解釋

第一 文件作成之要件

文件作成之要件云者，即依法律之規定，有使用文字之必要時，其文件之作成，須遵守一定方式之要件之謂也。茲據民法第三條規定之要件，析述如左：

1 遵守此要件之文字，爲依法律之規定有使用之必要者。此爲第三條第一項所明定。若據條文文字上之解釋，則依當事人之約定，有使用文字之必要時，（例如合夥經營商業，約定訂立合同，其合同之文字是）其使用之文字，似不應包含於本條所謂文字之內。換言之：即依約定須使用之文字，可依當事人之意思，自由定其方式，如未定有任何方式時，亦不必遵守本條之規定也。雖然，徵諸本條之法意，原在保證文字之確實，以防他人之偽造或其他糾紛起見而設，對於依法定而使用之文字與依約定而使用之文字，本無區別之必要。特以用語上附以「依法律之規定」數字，遂致非陷於此狹義的解釋不可，此亦我民法規定上缺點之一也。

2 其文字得不由本人自寫，但必須親自簽名。即其文字不論是否由本人自寫，均以親自簽名爲要件，換言之：即由本人自寫之文字，亦非親自簽名不可也。

3 例外之時得以其他方法簽名，即（1）以印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力；（2）以指印十字或其他符號代簽名者，則須有二人簽名證明，始能發生效力是也。

第二 文件之解釋

文件之解釋云者，確定其文件之意義之謂也。據民法第九十八條之規定。關於意思表示之解釋，原應探求當事人之真意為主，不得拘泥於所用之言語文字。但如遇意思表示有抵觸，而又不能決定何者為當事人之真意時，民法對此，則特設左列二條，以解決之。

1 關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準。（民法第四條）

2 關於一定之數量，以文字或號碼為數次之表示者，其表示有不合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以最低額為準。（民法第五條）

第二章 私權之主體

第一節 總說

第一 私權主體之觀念

私權主體一語，其含義有二，有指某特定之權利人而言者；亦有指一般得為此權利人之資格者而言者。此處所稱私權主體，蓋指後者，即得享有權利能力之主體之謂也。現行民法，以權利本位為

中心，其所謂權利能力一語，實包括義務能力而言，故在私法上得爲權利之主體者，亦得爲負擔義務之主體焉。

權利主體，爲法律上之觀念，故其範圍，亦當基於法律而定，據現行民法所認爲得爲權利主體者有二，即自然人與法人是也。在古昔羅馬，縱屬自然人，而法律不附與以權利主體之資格者有之，但在今日，則以平等享有此資格爲原則，不因身分，宗教，男女，年齡而有差別也。惟在法人，則因其性質之特異，得生種種之限制，此則與自然人不同之點也。

第二 私權利能力之觀念

私權主體，爲享有權利能力之主體，既如上述，故權利能力與私權主體二語，爲不可分離之觀念，前者爲抽象的一資格，後者爲具體的享受此資格者，無前者之觀念，則後者之觀念，自無由發生也。是以本章之研究，亦以權利能力爲始焉。

權利能力(Rechtsfähigkeit)者，得享有權利之法律上地位也。故一：權利能力，爲一種地位，其自身非權利；二：權利能力爲法律上之地位，當依法律而創設，不僅法人之權利能力如是，即自然人之權利能力亦然；三：權利能力，以權利之享有爲前提，而權利之本質，非意思之支配力，亦非法律所保護之利益，是以享有此權利能力之私權主體者，亦不必爲有意思能力之人，或享受利益之

人。

權利能力之意義，雖如所述；但尚有須注意者，即不能與行為能力之觀念相混同是也。行為能力者，因自己之行為，能發生一定效果之法律上地位也。雖與權利能力，同為法律上之地位，然一指為權利或義務主體之資格言；一則指得親自為取得權利或負擔義務之行為之資格言。故在權利能力，不以具有事實上之意思能力為必要，而行為能力，則無意思能力者，原則上即不能享有之；又行為能力之存在與否？與權利能力無關，而權利能力之存在，固當為行為能力之前提要件也。

學者又有分權利能力為一般的權利能力與個別的權利能力者，前者謂就一般權利得為其主體之資格；後者則謂就特種權利得為其主體之資格。例如法人，雖有一般的權利能力，然於親屬法上或繼承法上之個別的權利能力，則欠缺之，故個別權利能力之欠缺，又可解為一般權利能力之限制焉。民法關於權利能力之規定，為強行法規，自不許任意違反，故權利能力不得拋棄限制讓與或創設，民法第十六條之規定，雖僅明定權利能力，不能拋棄，然論理上固當擴張解釋之也。

第二節 自然人

第一款 權利能力

第一項 權利能力之終始

第一 權利能力之發生

人之權利能力，始於出生，此民法第六條所明定者也。依此規定之反對解釋。未出生之胎兒，其不能爲權利能力者，固不待論。雖然，所謂「出生」者，其意義果爲如何？則一向學者間，對之頗多爭議。茲據一般通說，析述其要件如次：

1 分娩 所謂分娩者，胎兒與母體完全分離之謂也。一部之分離，尙不能謂爲此之分娩，乃羅馬法以來一般承認之通則，德瑞民法及我國舊草案，皆以明文定之（德民一條瑞民三十一條一項舊草案五條）。雖近世之醫學上研究，謂未與母體完全分離而能獨立呼吸者，其自身已能獨立喚起其血輪之流行，當爲一獨立之有機體，而學者因之，主張獨立呼吸說者，亦頗不乏其人。然據吾人之意見，則以爲民法之主旨，在因此而承認其爲社會生活團體中之一份子，與刑法之注重於外部侵害之事實者不同，與生理學上之見解，亦不必一致，其問題蓋存於生理上之人，何時始能爲法律上之人格者一點，故仍以全部分離說爲最適當也。但胎兒之脫離母體，爲一種自然現象，並非法律行爲，故不問爲早產，流產或係出於人工，皆得謂爲分娩；又小兒臍帶之未切斷，無關於其獨立生存之要件，亦不能以臍帶切斷之時，解爲出生之時也。

2 生存 與母體分離 而不能生存，所謂死產兒者，尙不能謂爲出生，必其分娩以後，猶有一息

之生存，始得爲享有權利能力之主體。至其生存時間之長短，可以不問，又雖爲不熟兒（Abortu s）或畸形兒（Monstrum），亦屬無妨也。

具備上述要件，始能謂之出生，至孿生子（Zwillinge）則應從一般之通則，以出生之先後，定其長幼，（參照舊改正案第七條）若爲二體聯生之孿生子，則醫學上視爲二個之有機體，在法律上亦當認爲二個之人格者也。又中性子（Zwitter），爲醫學上所不認，在法律上則一般通說，皆以應視其最初之戶籍簿上所記載者爲標準，若未記載於戶籍簿，或尙有其他疑點時，則惟按諸實際以決定之耳。

關於出生之證明，由主張其生法律上之效果者，負舉證之責任。戶籍簿之記載，雖爲有力之證據之一，然若依醫師產婆及其他材料之證明，認爲與實際相符合者，亦不必一定依據戶籍簿之記載，蓋法律關於出生之證據，原無一定之限制也。

第二 胎兒之利益保護

人之權利能力，始於出生，既如上述，故雖成孕而未出生之胎兒，原不過母體之一部，其不能爲權利主體，本屬當然。然若貫徹此原則，無限制而適用之，不免失於苛刻不近人情，故法律預計胎兒將來之利益，特設以保護之規定。茲據第七條之規定，析述如左：

1 以將來非死產爲限視爲既已出生 此蓋以胎兒之權利能力，以出生爲條件，若生而係死體，則自始即不能爲權利之主體，否則由出生之時，可追溯既往，而有出生前之權利能力焉。

2 關於其個人之利益予以概括之保護 此在他國立法例，有關於胎兒權利能力之範圍，僅限於特定事項，始予以保護者，但我國民法既概括其個人利益之保護而言，其範圍固極寬泛，原無特定之限制，蓋採取羅馬法上概括主義之制度者也。

第三 權利能力之終止

自然人之權利能力，因死亡而終止。所謂死亡者，人之生活能力完全消滅之謂也。據醫學上之研究，以呼吸及心臟完全絕止之時，爲死亡之時期，故一時在於假死之狀態，其後尙復蘇生者，不能謂之死亡，亦不能謂爲權利能力之中斷焉。

死亡爲自然人權利能力消滅之惟一原因，後述死亡宣告之規定，雖對於一定期間生死不明者，因確定其權利關係之故，予以死亡之推定，然事實上若其人尙生存，則不能謂其權利能力，因此而消滅也。又關於死亡之證明，除民法第十一條設有二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡之規定外，其他之證明，自應由主張死亡之事實者，依一般舉證法則，負舉證之責任焉。

第二項 外國人之權利能力

第一 外國人

外國人者，無中國國籍之人也。國籍之得喪，依國籍法定之。有中國國籍，同時亦有外國國籍者（二重國籍人），固應以中國人論；反之無中國國籍，同時亦無外國國籍者（無國籍人），則仍當爲外國人也。又本項所稱之外國人，專指外國之自然人而言，至外國法人，則於次節論述法人中，再詳說之。

關於外國人之權利能力，各國之立法例及裁判上之解釋，現已均趨於採取平等主義之原則。往昔所謂賤外主義排外主義之理論，在現今立法上，固已早絕其迹，即法澳民法等之以條約相互主義或法律相互主義而規定者，適用上亦漸與平等主義相近矣。德瑞民法以此爲當然之原則，未予以何等之規定，我國民法，則雖於總則施行法第二條上，明定外國人之權利能力，於法令限制內，始克享有，然理論上，蓋亦採取平等主義以立法者也。

權利能力，關係個人在社會上活動之地位，若以其非本國人故，吝而不與，則無異於本國社會中，排斥其人，不視爲人格者，其理論之不當，固不待言。雖然，若一切私權，皆許外國人得以享有，則於國家本身之利益，亦不無妨害之處，故現在立法，雖以平等主義爲原則，亦常設以例外之

限制，民法總則施行法之所謂法令限制內始有權利能力者，蓋亦以此之故，如依漁業法第三條二之規定，外國人不得享有漁業權，即其顯著之一例也。

第二 敵國人

戰爭中關於敵國人之權利能力，絕對加以限制，或對於敵國人之交易，絕對加以禁止，此乃舊時嫉惡敵國人之觀念所致；現今國際法上之理論，則以於保護本國利益之必要限度外，仍許敵國人有居住營業之自由，保有其法律上所認許之權利能力為原則，蓋已由戰時絕交主義，進化於對敵貿易自由主義矣。惟前次歐戰，各國對於敵國人之待遇，仍以採取第一主義者為多，此則當俟宣戰後，國家所頒布之法令如何？始能決定之也。

第二款 死亡宣告

第一 死亡宣告制度之概念

人之生死，影響於其身分上及財產上之法律關係者甚大，若其生死不能分明，則其身分上及財產上之法律關係，即不能確定，不特直接有害於利害關係者個人之利益，且間接亦有害於社會公共之利益，故近世各國立法例上，對於生死不分明之人，經過一定時間後，皆與以一推測之規定，此即死亡宣告制度之由來也。

關於此種制度之立法，由來有二主義。即1法國制，分生死不明之時期爲三期，第一期爲失縱之推定，由法院爲之設管理人，保護其財產；第二期爲失蹤之宣告，由推定繼承人聲請法院爲之，此時其繼承人得假占有其財產；第三期爲死亡之推定，即受失蹤宣告三十年後或其人已達百歲時，因假占有人之請求，得確定其占有是也。2德國制，失蹤人經過一定期間後，即對之爲死亡之宣告，因宣告判決確定之日，推定其人爲死亡者，關於其法律關係，皆可由是而確定是也。此二種制度，在法國制，逐漸爲死亡之推測，於利害關係者之權利得喪，不能確定，且未經宣告即生與死亡相當之效力，亦爲失當，故不若德國制採取劃一之規定，以經宣告後，始生死相同之效力，爲較明確；我國民法之規定，大體採取德國制，於理論上，固甚得當也。

第二 死亡宣告成立之要件

關於死亡宣告成立之要件，可分次之二項說明之：

1 實質上之要件 實質上之要件者，即受死亡宣告者，須爲去向來住所或居所而生死不明之失蹤人，且其失蹤狀態須繼續經過一定期間之謂也。故雖有離去其住所或居所之事實，而尚未達於生死不明之程度者，猶不得謂爲法律上之失蹤人，即已達此程度：而非經過法定之期間，亦不能聲請宣告也。至其經過之期間，據民法第八條之規定，原則上須失蹤後滿十年，例外則七十歲以上者

，僅須滿五年，遭遇特別災難者，僅須滿三年，大體蓋倣德日之立法例也（參照德民十三條至十七條日民三十條）。

2 形式上之要件 形式上之要件者，即其宣告之手續上，須經利害關係人之聲請，且法院應依照人事訴訟法之規定，以合法之程序宣告之之謂也。所謂利害關係人者，指因死亡宣告，影響於自己權利範圍者而言，不特影響於身分上之權利如親族家族者，有此聲請之權利，即影響於財產上之權利如一般債權者債務者，亦有此聲請之權利也。死亡宣告，非經此等利害關係人之聲請，法院不得以職權爲之。至其宣告之程序，既規定於人事訴訟法中，自以讓諸民訴法上之討究爲宜也。

第三 死亡宣告之效力

法院因利害關係人之聲請，對於失蹤人爲死亡之宣告後，其所生之效力如何？洵一問題。以下分爲三項討論之：

1 效力發生之時期 在死亡宣告制度上，以何時爲死亡之時？從來立法例，有三種主義。第一：有以宣告之時或宣告確定之時，爲死亡之時者，奧民舊規定（第二七八條）德民第一次草案（第二一條）及俄民（第一二條）採取之。依此主義，有使法律關係，簡單明瞭，容易確定之效，且

於死亡宣告之制度，以宣告而發生死亡效果之原則，亦不相悖。雖然，以死亡之時，係諸法院之宣告，則常因聲請者之遲速，或法院之勤怠，有左右其時期之弊；而聲請者得因之擇其於自己有益之時，以爲聲請，則流弊所及，更不堪言，故現今學者多批難之。第二；有以最後之音信或危難發生之時，爲死亡之時者，瑞士民法採取之（第三十八條二項）。此主義以死亡之時期，委諸事實之認定，於實際上亦甚便利，然最後音信或危難發生之時，多爲失踪者尙生存之時，若依此斷定，未免於事實上過於背馳；且經法定期間後，始得爲死亡之宣告，而其效力發生之時期，乃反溯之期間經過前，是不特失却法律上規定失踪期間之意旨，而法律關係，難於確定，常使第三者生不測之損害，亦此主義之缺點也。第三；有以失踪期間終了之時，爲死亡之時者，日民（第三一條）及德民關於普通失踪之規定（第一八條）採取之。此主義無上述二主義之弊，且由宣告之時，回溯於失踪期間終了之時，其距離之期間尙不甚長，法律關係，亦不致過於繁雜，故比較上似以此主義爲完善也。我國民法第九條第一項謂「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時。推定其爲死亡。」而二項復謂「前項死亡之時，應爲前條各項所定期間最後日終止之時。」蓋亦採取第三主義者。特此爲一種推定式之規定，若遇有反證，足以證明其真正死亡之時者，自應另定其死亡發生之時日，而不適用此規定也。

2 效力認定之形式 關於死亡宣告效力之認定，日本民法與德瑞民法所採取之形式不同。日本民法定爲『視爲死亡』（第二一條），故事實上雖受宣告者尙生存之時，除聲請爲失踪宣告之撤銷外，亦不得另舉反證以證明其未死亡，而推翻此宣告之效力。反之德瑞民法定爲『推定死亡』（德民一八條瑞民三八條），則事實上苟受宣告者尙生存時，於未撤銷此宣告前，亦得另舉反證以推翻其效力也。此二種主義，自能吻合事實之理論上言之，自以後者爲勝，我國民法之規定，蓋亦採取德瑞立法例之形式，而認死亡宣告僅有推定之效力者也。

3 效力所及之範圍 死亡宣告，僅發生私法上之效力，不影響於刑法及其他公法上之關係；又其效力，爲絕對的，不僅及於聲請者，即對於一般人亦能發生也。但德瑞立法例，對於私法上之身分關係，於死亡宣告之效力上，加有特別限制，（德民一三四八條瑞民一〇二條）我國民法，關於此點，既未另設規定，解釋上自以其效力能及於私法上之一切法律關係爲當也。

第四 死亡宣告之撤銷及宣告前失踪人財產之管理

死亡宣告之撤銷者，法院因利害關係人之起訴，認爲有撤銷原因存在時，以判決撤銷其已發生效力之死亡宣告之謂，而宣告前失踪人財產之管理者，失踪人失踪後未受死亡宣告前，關於其財產之監督管理之謂也。我國法律以前者屬於民事訴訟法之規定，而後者屬於非訟事件法之規定，故

其詳細之討論，當讓諸二法之研究爲宜。

第三款 行爲能力

第一項 概說

第一 行爲能力之意義

行爲能力 (Handlungsfähigkeit) 之意義，於本章第一節論述權利能力之觀念中，曾一言及之，即指因自己之行爲，能發生一定效果之法律上地位之謂也。夫人之行爲，可分爲適法行爲與不法行爲二種，而適法行爲中，又有法律行爲與其他適法行爲之別，故就廣義的行爲能力言之；當爲包括上述之一切行爲能力之義，然我民法上之所謂行爲能力，蓋與德民之 Geschäftsfähigkeit 一語相當，乃專指法律行爲能力而言也。至不法行爲能力，民法規定於債編中（參照第一百八十七條第二十二條），當讓諸債編之研究，而其他適法行爲能力，則民法對之，並無規定，解釋上自以按其性質，類推適用法律行爲能力之規定爲宜也。

行爲能力又可分爲一般行爲能力及特別行爲能力二種；前者適用於一般之法律行爲；後者則限於特殊之法律行爲，始適用之，民法總則之規定，蓋屬於前者；而親屬及繼承編上，所謂婚姻年齡，遺囑年齡（第九百八十條第一千一百八十六條）之規定，則屬於後者，據現今一般之通說，以一般行

爲能力之規定，祇適用於財產上之法律行爲，若身分上之法律行爲，則不適用之。夫身分行爲，應尊重本人之意思，且禁治產一語，原祇限於財產上之意義，故私意亦以通說爲當。由是以言；則此之所謂行爲能力，固僅限於財產上之一般法律行爲，其他身分行爲，則法律雖未予以特別行爲能力之規定，亦不能解爲當適用此一般行爲能力之規定也。

第二 行爲能力與意思能力

意思能力者，足以判斷自己行爲之能力也。能生法律上效果之行爲，以有意思爲要素，乃現今立法上一大原則，故缺意思能力之行爲，其爲無效，固屬當然；然事實上其行爲之相對人，欲斷定其有無意思能力，或行爲者自己欲證明其爲無意思能力時，皆非容易之事，是以法律爲免除實際上之糾紛，及保護無意思能力者並其相對人起見，乃不得不進而規定一種制度，以求法律關係之明確劃一。於是或就能決定意思之智識上，以年齡長幼爲標準，於法律中預定一成年制度，以達於某種年齡者，其智識始充分發達，爲完全有行爲能力人，否則不問實際上能具爲意思能力與否？概以之爲無行爲能力人或限制行爲能力人；或更就能保有意思之生理上，以有無變態爲權衡，於法律中預定一禁治產制度，以欠缺一定精神狀況經人聲請者，亦不問其實際上具有意思能力與否？概宣告其爲無行爲能力人；此種無完全行爲能力之人，不待客觀之斷定及證明，其行爲皆爲無效或不生效力，

此民法總則上，行爲能力規定之所由來，亦即行爲能力與意思能力相關聯之處也。

雖然，行爲能力與意思能力，如上所述，固有密切之關聯，然二者之觀念，却不可不區別之。蓋我國民法之規定，乃採取德國立法例，以意思能力爲事實上之狀態而行爲能力爲法律上之狀態者。行爲能力，雖由意思能力而來，而其自身，另有其成立之基本事物，並非以具有意思能力爲要件。故與瑞士民法之明定以意思能力有無爲行爲能力之標準者（參照瑞民第十三條及第十六條至第十九條），原屬不同。其解釋上，意思能力祇能爲法律行爲上意思表示之要件，而非行爲能力之要件；一時欠缺意思能力者，其行爲固爲無效，然不能即謂之爲無行爲能力人；反之如七歲未滿者及禁治產者，固爲無行爲能力人，却又不能謂其全無意思能力，此二者之觀念上，所不能不分清者也。

第三 行爲能力規定之態樣

行爲能力規定之方式，從來有二種主義，有僅就限制行爲能力人，設有規定，而無行爲能力，則付諸事實上之決定，法律並不爲之設一般規定者；亦有就無行爲能力人與限制行爲能力人，皆以明文確定其種類及範圍者；前者爲法國民法所採取，後者爲德國民法所採取，我國民法，蓋亦採取後之主義者也。故就我國規定之態樣言之：行爲能力，可分三種：一，已滿二十歲者，爲有行爲能力人，其所爲之法律行爲，除別有無效或撤銷之原因外，均絕對有效；二，未滿七歲者及禁治產者，

爲無行爲能力人，其所爲之法律行爲，絕對無效；三，已滿七歲以上之未成年人者，爲限制行爲能力人，其受限制之法律行爲，須得法定代理人之允許，始得爲之，否則爲無效或不生效力，其形式上固極明確也。又他國立法例有以妻爲限制行爲能力人及另設準治產之制度者，我國民法，皆未採取之，其立法之理論上，亦甚合現在社會之意義也。

民法關於行爲能力之規定，爲強行法規，不許任意違反，其理論蓋亦與權利能力之不能拋棄限制讓與或創設相同也。至外國人之行爲能力，據法律適用條例第五條之規定，以依其本國法爲原則。又關於行爲能力之舉證責任，民法上原以行爲人有行爲能力爲通則，故主張行爲有效之人，毋庸證明其人爲有行爲能力者，惟主張其人爲無行爲能力或其行爲能力被限制時，始負證明之責任耳。

第二項 有行爲能力人

第一 已成年者

民法第十二條規定，滿二十歲爲成年，而第十三條一項二項復規定，未成年人者爲無行爲能力人或限制行爲能力人，故就此二條之反對解釋上觀之，則已成年者，爲有行爲能力人，固當然之結論也。民法之所以如是規定者，一方固以人之智識，常與年齡而並進，一方亦因民法爲裁判之規範，不得不設此劃一的制度，其詳已於緒論第一章及本款第一項中論述之矣。

關於成年年齡之規定，各國立法例，因其人種，氣候，風土，文化等之各有差異，故其認定之標準，亦不無遲速之別。有以十五歲爲成年者，如波斯是；有以十八歲爲成年者，如蘇俄是；有以二十歲爲成年者，如日本，瑞士是；有以二十一歲爲成年者，如意，英，法，美，德，葡是；有以二十二歲爲成年者，如亞爾然丁是；有以二十三歲爲成年者，如荷蘭西班牙是；有以二十四歲爲成年者，如澳，匈是，有以二十五歲爲成年者，如智利丹麥是，我國前清律以十六歲爲成丁，而舊大理院判例，謂成丁之人爲有行爲能力人（參照民國三年大理院判例上字第七九七號），自新民法依照舊草案，改正案之舊例，乃規定滿二十歲者，始爲成年人焉。

年齡之計算方法，有從出生之日起算者，有從出生之時起算者，爲便利計，自以前者爲宜，民法第一百二十四條第一項之規定，蓋即採此計算法者也。又出生之月日，無從確定者，則其計算方法，又將如何？據該條第二項之規定，則以七月一日，推定爲其出生之日；若知其出生之月，而不知其出生之日者，則推定其爲該月十五日出生也。

第二 未成年之已結婚者

各國民法之規定，雖以成年人始有行爲能力爲原則，但人之發育程度，常不齊一，且因家庭之情事，及生活之狀況，有雖未達於成年，而不得不獨立以爲社會活動者，故於例外上，恒多設一補充

制度，以和緩之。考其規定之方法，約有二種；1有以達於一定年齡以上之未成年人，由法院宣告其爲成年，付與以成年人同一之能力或相當之能力者，如德民第三條至第五條瑞民第十五條之成年宣告制度及法民第四七七條以下之自治產制度是也。2有以已結婚之未成年人，由法律直接付與以成年人同一之能力或相當之能力者，如瑞民第十四條二項及法民第四七六條之婚姻補充成年制度是也。我國民法，關於第一種方法。未加採取，惟於第二種方法，則在第十三條三項中，明定以未成年人已結婚者有行爲能力，蓋與德民之採用成年宣告制度，而不採用婚姻補充成年制度者，剛相反對也。由是以言：我民法上之所謂有行爲能力人，除成年者外，未成年之已結婚者亦與焉。揆諸社會之實情，其立法上固甚得當也。

第三項 無行爲能力人

第一 未滿七歲者

未滿七歲之未成年者，無行爲能力，此民法第十三條一項所明定者也。考各國立法例上，關於未成年人之規定，有採區分主義者，亦有採無區分主義者，前者如德澳民法是，後者如法日民法是。我國民法以未成年者，區分爲滿七歲以上者及未滿七歲者二種，而未滿七歲者，始爲無行爲能力人，大體蓋倣德澳之立法者也。

第二 禁治產者

禁治產 (Enmündigung interdiction) 者，法律於人之生理上，以決定人之行為能力之制度也。在古昔羅馬法，以心神錯亂者，應置管財人 (Curator)，爲之助理，否則其所爲之法律行為爲無效。此法理因襲至於後世，於是遂有禁治產制度之確立，近則幾成爲民法上之一通則矣。雖然，各國立法例之規定，亦不一致，有採禁治產與準禁治產兩立制者，如法日民法是，有採禁治產單一制者，如德瑞民法是。我國民法雖亦採禁治產單一制，然與德瑞民法，則又不同。蓋德國民法對於同一之禁治產者，因其宣告之原因不同，尙劃分爲無行為能力之禁治產者與限制行為能力之禁治產者二種 (參照德民六條一〇四條)。瑞士民法則以有無判斷能力爲標準，亦如德民之例，於其能力上，加以區分 (參照瑞民十八條十九條)。而我國民法對於禁治產者，概以之爲無行為能力人，並無其他區分之規定，此其差異之點也。以下根據民法第十四條及第十五條之規定，析述如次

1 禁治產宣告之要件 禁治產宣告之要件，可分爲實質上之要件與形式之要件二項述之：a 實質上之要件者，須本人有心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之原因是也。心神喪失。爲因精神錯亂或其他類此之情況，無合理的判斷能力之謂，而心神耗弱，則爲因精神之不健全，缺少合理的判斷能力之謂，二者之區別，在德國學者間，雖有種種之爭論，但通說則以此非性質上之差異，惟

程度上之不同耳。因此等心神之欠缺，致不能處理其事務者，概得爲禁治產宣告之原因，不必問其病狀之種類及其由來，亦不必問其將來有無恢復之希望也。特此有當注意者，各國立法例上，多有以此等精神狀況，須限於常態爲要件者，我國民法於明文中雖未加以規定，但第七十五條後段關於一時的精神障礙者，既已有規定，而理論上禁治產亦非應付暫時狀態之制度，故自以採取同一之解釋爲得也。但所謂常態者，以常事保有此等狀態爲已足，並非絕對無間斷之謂，有時雖能回復於普通之精神狀況，亦不失爲常態也。b 形式之要件者須經一定之人之聲請，且應依照人事訴訟法之規定，以合法程序宣告之是也。禁治產之宣告，法院非經當事人之聲請，不得以職權爲之。至得爲此聲請之人，民法規定爲本人，配偶，或最近親屬二人。蓋以配偶或親屬與本人關係，較爲密切，而本人於精神狀況回復中，亦得自計其利害，以爲聲請，故特定此等人爲聲請人也。其他宣告之程序，則當於民訴法中詳之。

2 禁治產宣告之效力 禁治產人，無行爲能力，此爲第十五條所明定，故其唯一之效力，惟在其人無爲法律行爲之資格一點耳。然因此規定之推論，則當得下述三點之結果。即 a 禁治產人既不能自爲法律行爲，則法律必須爲之另置法定代理人，以代理其財產上之一切行爲，此於親屬法禁治產人之監護節中，詳有規定；b 禁治產既爲一種公告之制度，故其效力爲絕對的，不論對於何人皆能發

生；c. 禁治既爲一種確定之制度，與死亡宣告之採取推定形式者，原屬不同，故一旦宣告後，非經撤銷之程序，不能推翻其效力也。

3 禁治產宣告之撤銷 禁治產宣告之撤銷情形有二，一爲宣告不當之撤銷，一爲原因消滅之撤銷，前者於民事訴訟法第六零五條二項規定之，後者則爲民法第十四條二項所規定者也。所謂原因消滅之撤銷者，即其心神喪失或精神耗弱之狀況已除去，有處理其事務之智能，法律許其撤銷，回復其未經宣告時所具有之能力之謂也，蓋其人既已具有判斷能力，與普通一般之人相等，則其所受禁治產之宣告，自無再存在之理。至其撤銷之程序，及宣告不當之撤銷，則當讓諸民訴法上討論之也。

第四項 限制行爲能力人

我國民法所定限制行爲能力人，僅限於已滿七歲之未成年人一種，其規定之範圍，較其他立法例爲狹，爲求法律關係之明確上言之，亦未始無其相當之理由也。至其以已滿七歲之未成年人，爲限制行爲人者，蓋以此等人其智識已較爲發達，未能與未滿七歲之幼者同視，故許其對於某種行爲，得法定代理人之允許或承認，亦可單獨爲之而生效也。

第四款 人格權之保護

第一 人格權之概念

人格權爲保護權利人自身之人格爲內容之權利，其意義已於緒論第五章中述之。此種權利之發生，乃在十九世紀中葉，至近世始漸具雛形，然猶未能與其他權利相比，已達於完備之境也。各國立法例中，有未以明文規定之者，亦有雖有明文之規定，而學者對於其種類，尙爭論未已者。我國民法做瑞士立法例，於民法總則中，確定其名稱及保護，蓋欲藉此免學者之紛爭，並表示其立法之精神，於理論上固甚允當也。至其種類，雖未例示，然據現今之學理上所公認及已見諸德法判例者，當包含下列諸種權利，蓋已無疑，即1生命權，2身體權，3自由權，4名譽權，5姓名權，6信用權，7肖像權，8貞操權是也。

第二 保護之態樣

民法關於人格權保護之態樣，可分左列三種述之：

一般保護之規定 此於第十八條規定之。保護之方法有二；a 侵害之除去，此即人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害是也。所謂侵害者，因某種事實，致人格權之享有或行使上，受有不利利益之狀態之謂也。其發生侵害之事實，有屬於人之行爲者，亦有屬諸單純之事實者，不問其原因如何？苟爲不法之侵害，概得請求法院除去之。又當受侵害之時，若爲急迫狀態，不及受法院之援助者，則可依第一百五十一條之規定，於請求法院援助前，亦得自力除去之也。b 損害賠償

或慰撫金之請求，此即以有法律上其他特別之規定爲限，並得請求損害賠或償慰撫金是也。所謂法律上特別之規定者，如第一百九十五條一項前段，關於身體，健康，名譽，自由等權利被侵害，得請求相當慰撫金之規定 及第一百九十三條，關於身體，健康等權利被侵害，得請求之損害賠償規定是。窺諸法意，蓋以人格權之損害，與其他權利之損害不同，其賠償之範圍，非更有明文之規定，頗難確定，故特設此限制也。

2 自由保護之規定 自由權者，人之活動不受不當拘束之權利也。人無自由，則一切活動，皆受拘束，不惟直接有損於個人之人格，且間接亦有害於社會之公益，故民法於十七條中，特設明文，以保護之。蓋以自由受人之不法侵害時，固可依第十八條一般人格權之保護，以資救濟，然若權利人自己拋棄或不當限制之，則法律爲社會一般公益計，亦所不許，此即本條設立所由來也。所謂自由不得拋棄者，蓋與權利能力行爲能力之不得拋棄相同，若其人對於其自由之全部一部，聲言永遠不能享有或行使，則其無效，自不待言。反之所謂自由不受不當之限制者，則以人之自由，原得合法限制之，特如違背公共秩序或善良風俗時，亦爲法所不許也。

3 姓名權保護之規定 姓名權者，使用自己姓名之權利也。日本民法中，關於姓名權，未有規定，學者解釋上，有謂其民法之理論上當然承認此種權利者，亦有謂明文上既未列舉，此種權利，

實無發生之餘地者，議論紛歧，莫宗是一。我國第十九條，於一般人格權保護之後，又特明示此姓名權之保護者，即一方爲免除如日本民法上無謂之爭議，一方以姓名足以爲個人之代表，有於總則中，確定其名稱與保護之必要也。至其保護之方法，亦如一般人格權保護之例，分爲二種；即 a 侵害之除去，b 損害賠償之請求是也。瑞士民法認姓名權之侵害，得請求慰撫金（瑞民第二十九條一項），德國民法，則不認之（參照德民第十二條第八百二十三條第八百四十七條）。我國民法，於他之人格權之侵害，雖有於法律特別定有得請求慰撫金，如第一百九十五條一項之例者，在姓名權之侵害，則並無何等之規定，蓋採取德國之立法例者也。

第五款 住所

第一 住所之設定

住所之意義，據民法第二十條一項所定，蓋謂以久住之意思，住於一定地域之處所也。故住所之設定，須備左列要件。

1 設定之意思 設定之意思者，即有久事居住其處所之意思之謂也。暫時逗留之地，無住居之意思者，固不得謂之住所，縱有住居之事實，而無久住之意思者，亦不得謂之住所也。民法之規定，蓋採取瑞士立法例（瑞民二十三條），明定以此主觀意思爲要件者也。

2 住居之事實 雖有擇定某地域久住之意思，然於該地域上，並未實行其意思而居住之者，則亦不能謂該地域上有其住所也。但所謂住居云者，祇須有住居之事實即足，暫時離去其處所，而仍有常歸住居之事實者，仍不害其為住居也。

具備上列要件，始得謂之住所，然於此有一問題，即一人同時得設定數個之住所否？攷諸各國立法例，有採複數主義，認同時得設數個住所者，亦有採單數主義，認同時祇得設一個住所者，前者如德民，後者如瑞民是（參照德民七條二項瑞民二十三條二項）。我國民法第二十條二項，明定一人同時不得有兩住所，蓋為免除法律關係，易致紛雜錯亂起見，從瑞士之立法例者也。

第二 法定住所

住所之設定，固須具備上述要件，然法律有時於某種情形之下，不問本人之意思如何？具備上述要件與否？逕視某處所為其住所者，亦有之。此種法定處所，蓋與上述之任意住所對立而言者也，據民法二十一條至二十三條之規定，其情形約分四種，析述如次：

1 無行為能力及限制行為能力人，以其法定代理人之住所為住所，此蓋以此等人既受法定代理人之監護，自應以其住所為住所也。

2 住所無可攷者，以其居所視為住所，所謂居所者，因一定目的暫時繼續居住之處所也。因其無

久住之意思，原與住所有別，但遇無住所或住所不明時，則法律不得不設一救濟之規定，此其所以以之視爲住所也。

3 在中國無住所者，以其居所視爲住所，但此有一限制，即依法須依住所地法者，則不適用本項之規定也。所謂在中國無住所者，不問其爲中國人與否？亦不問其於中國境外，設有住所與否？凡在中國領土內無住所者，皆包含言之。至其以居所視爲住所者，蓋不外使其法律關係，在中國內，易於確定計耳。但法律爲尊重國際私法上立法之意旨，故於應適用住所地法時，則定爲本項之例外也。

4 因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所，此蓋以本人關於特定行爲，因原定住所之遠隔，或其他不便，另選定居所時，則法律爲使其能適應實際上之便利計，關於其行爲，許其以所選定之居所爲住所也。

第三 住所之效力

住所之效力者，即因住所而生法律上之效果也。茲舉其重要者，列舉如左：

- 1 定訴訟上關於法院管轄之標準。
- 2 爲決定死亡宣告中失踪之根據。

3 定債務清償地之標準。

4 爲取得國籍之要件。

5 定國際私法上適用法律之標準。

6 爲受送達之處所。

7 爲決定繼承開始地之標準。

第四 住所之廢止

住所之廢止者，以廢止其現在住所之意思，而離去住所之謂也。有廢止之意思，而無離去其住所之事實，固不得謂之廢止，雖有離去之事實，而尙無不再歸還之意思者，亦不得謂爲廢止也。其廢止之要件，蓋亦與住所設定之要件相同，至廢止後是否另設定新住所，則非所問也。

第三節 法人

第一款 總說

第一項 法人之概念

第一 法人之本質

法人 (Juristische Person ; person morale juridique) 者，自然人以外之具有法律上人格者也。非

自然人而能爲權利義務之主體，享有法律上之人格，則其構成之本質如何？洵有討究之必要。以下總括歷來學說，論述如次：

1 擬制說 此說以得爲權利義務主體者，惟限於自然人，非自然人而能具有與自然人同等之人格者，乃法律本其萬能之力，反乎自然之狀態，擬制之使等於自然人耳。倡此說者，爲德學者 *Savigny* 氏，其淵源蓋根據於羅馬法之法人思想而來，後之 *Windscheid* *Puchta*，諸氏，皆祖述其說者也。雖然，此說以權利義務主體，限於自然人始得爲之，其立論之前提，實已謬錯。蓋人與權利主體，原爲二個之觀念，自然人之所以得爲權利主體者，亦爲法律所賦與，離法律，實無所謂人格也。法律因自然人擔當社會之活動，有獨立享有人格之必要，故賦與此種資格與能力，然則於同一標準之下，自然人以外之團體，因其有社會的價值，須獨立擔當社會之作用，法律亦賦與以同樣之資格與能力，其間又何軒輊之有耶，故其謂權利主體限於自然人之前提，蓋已錯誤，從之其以法人爲法律擬制之於自然人之斷案，自亦難認爲正確也。

2 否認說 此說否認法人之存在，其中又可分爲數派：*a* 有謂法人本屬無實體之物，特爲一種之無主財產，此等財產，因一定之目的而存在，與特定個人，脫離關係，法人之本質，即不外此等無主財產者，是謂無主財產說。*b* 有謂法人本身，非權利主體，享受法人利益之人類，始得謂之

真正權利主體者，是謂受益人主體說。c 有謂法人之權利，不過其管理人之權利，從之其權利主體，亦不外此等管理人者，是謂管理人主體說。以上諸說，雖其持論，不必同一，然徵諸現在社會之實際，及各國立法例之規定，其不相容，固不待多言自明也。

3 實在說 此說以法人有實在之本體，並非法律所擬制或空虛無實體之物，其中亦可分爲二派，1 有謂法人係一團體人 (Verbandsperson) 於其統一之全體內，有其團體意思 (Gesamtwille)，與自人同爲社會的有機體 (Gesellschaftlicher Organismus) 者，此 Gierke 氏所倡團體人說也。此說雖能說明法人在社會上實際之現象，然於法人在法律上之理論，則未論及之，此其缺點也；2 有謂法人爲法律上適於爲權利主體之組織體，因法律之承認，故其自身有其獨立之生命者，此 Michoud ; Saleilles 氏等所主張之組織體說也。此說由事實而進於法律論，雖較團體人說爲進步，然於法人何以適於爲權利主體之理由，尙未加以說明，此吾人猶未能認爲滿足者也。

上列三說，第一第二兩說，其謬點已如上述，第三說則雖近於實際，然其理論，又不完滿，故據私意，竊以爲此當於法律之設立權利主體之根本理論上討論之。法律因某種基本事物，有獨立擔當社會活動之必要，故不得不賦與一種資格，以享受權利或負擔義務，此權利主體規定之由來，亦即法律上人格觀念之所由發生也。由是言之，得爲權利主體者，惟限於須獨立擔當社會活動之物，自

然人之所以具有人格者，其本質在於是，法人之具有人格者，其本質亦在於是也。特自然人爲自然存在之基本事物，而法人則爲依法律組織而成之基本事物，此其不同之點耳。學者不於其法理根本處以立論，此其所以紛爭辯論而終莫明也。

第二 法人之種類

法人之種類，可以別之爲公法人與私法人，而私法人中又可分爲 a 社團法人與財團法人 b 營利法人與公益法人二種。茲特析述如次：

1 公法人與私法人 公法人者。國家及其他爲國家生活所設立之法人也。私法人者，經營社會生活所設立之法人也。二者之區別，視其事業之作用而定，前者又可謂之國家的法人，多屬於行政法及其他公法之規定，後者又可謂之社會的法人，則屬民法規定者有之，屬於其他特別法之規定者亦有之。又法人雖有公私之別，但公法人亦能享受私法上之權利，私法人因明文之規定，亦可享受公法上之權利，此則不可忽視也。

2 社團法人與財團法人 社團法人者，以社員爲成立要件之法人也。財團法人者，以捐助行爲爲成立要件之法人也。二者之區別，在學說雖有種種爭論，但通說均以視其成立要件如何而定。社團法人之設立，須有二人以上之社員，爲其構成分子。由此等社員，組織總會，爲法人之意思機

關。其設立時雖須訂章程。但以有其構成分子社員之存在，故於設立後，對其章程，仍得隨時變更之，此社團法人之特質也。財團法人之設立，則須有捐助行為，爲其根本意思之決定。捐助入於捐助財產後，與法人本身，完全分離，並非其構成分子，法人之目的，組織，財產，皆由捐助行爲確定之，別無意思機關，亦不能如社團法人之章程，得以隨時變更，此財團法人之特質也。二者之不同如此，故我民法做各國立法之先例，於法人節中，即大別爲此二者而規定之也。

3 營利法人與公益法人 營利法人者，經營營利事業，且分配其所得利益於社員之社團法人也。公益法人者，經營一般社會公共利益事業之社團或財團法人也。民法做日本民法（日民第三十四條第三十五條），於社團法人中，爲此二種之分類（第四十五條及第四十六條）自理論言，實不如仿德瑞民法之區分爲營利法人與非營利法人爲當（德民第二十一條二十二條瑞民第六十條），蓋不以公益爲目的之法人，未必皆以營利爲目的，而非營利之法人，其目的以未必盡爲公益也。至一法人，同時具有營利及公益兩種目的者，據一般通說，則以仍認爲營利法人爲當也。

第二項 法人人格之取得

第一 須依據法律之規定

民法第二十五條明定「法人非依本法或其他法律之規定不得成立」，故法人之取得人格，首先須

有法律上之根據，此蓋以我國民法不採法人自由設立主義，以法人爲法律上之組織體，法律上所未規定之法人，自不能認爲成立也。

第二 須經主管官署之許可。

關於法人之設立，由來立法例上有四種主義。有以每設立一法人，必須制定法律或須經國家元首之許可者，是謂特許主義；有以許其自由設立，法律上或行政上並不加以干涉者，是謂自由設立主義；有以主管官署之許可，爲法人設立之要件者，是謂許可主義；有以法律上設以一定準則，凡適合其準則，即得設立法人者，是謂準則主義。我國民法關於財團法人及公益社團法人，採許可主義，（第四十六條第五十九條）關於營利社團法人，則依特別法之規定之（第四十五條），故除營利法人之另有規定外，一般法人關於人格之取得，固皆非經主管官署之許可而不可也。所謂主管官署者，視法人事業之目的而定，例如關於學術技藝者，則教育部爲其主管官署，關於宗教祭祀者，則內務部爲其主管官署是。法文不曰主管各部，而曰主管官署者，蓋以主管各部，得將其許可之權，委任於受其指揮監督下之官廳，法人之設立，不必直接得主管各部部长之許可，得此等官廳之許可，亦得成立也。

第三 須向主管官署登記

此爲第三十條所明定，即法人雖經主管官署之許可，若非登記後，仍不能取得人格，謂之成立也。但此所謂主管官署者，與受許可之主管官署有別，依民法總則施行法第十條第一項及法人登記規則第一條規定，蓋指由法人事務所在地之方法院或縣司法機關之登記處而言也。又依民法總則施行法第五條之規定，設立法人，須經許可者，如在民法總則施行前，已得主管官署之許可，得於民法總則施行後三個月內，聲請登記爲法人，若不登記，則亦不能成立焉。

第三項 法人之能力

第一 權利能力

法人與自然人同爲具有人格者，故其得享有權利能力，自不待言。但其所得享受權利之範圍加何？從來學者間，對之頗多爭論，據我國民法第二十六條之規定，蓋原則與自然人相等，特有次述二種之限制耳。

1 基於法令之限制 法人與自然人之人格，同爲法律所賦與，故自得以法令限制之，其理由蓋亦與外國自然人於法令限制內，始有權利能力相同也。惟此所謂法令限制之義，乃指得以法令限制之謂，如法令未特設限制之時，自仍與自然人同得享有相等之權利也。

2 基於性質之限制 瑞士民法第五十三條謂「法人除於性，年齡。親族關係等以自然人天然之性質

爲要件之權利義務外，其他權利義務，皆得享有之。』，我國民法第二十六條後段所謂「但專屬於自然人之權利義務，不在此限」，其意義正與之相當，蓋即關於法人權利能力性質上之限制也。法人爲法律上之組織體，與自然人之性質，自未必同一，專屬於自然人之權利，例如身體權生命權等之人格權，夫權親權等之身分權，法人不能享受，固當然之事也。

第二 行爲能力

法人有行爲能力與否？採擬制說者，皆否認之。謂法人無意思能力，因代理人行爲，而取得權利或負擔義務。採實在說者，則所見迥異，謂法人有其團體意思或組織意思，基此意思而行動之法人機關之行爲，即爲法人之行爲。二說在德日民法之解釋上，頗多爭論。瑞士民法，則明定法人有行爲能力（瑞民法第五十四條第五十五條），我國民法第二十七條第二項謂「法人之董事，對外代表法人，」以董事爲代表法人之機關，蓋亦採取後說者也。

第二 不法行爲能力

法人是否有不法行爲能力。學說上亦多爭論。現在通說多採肯定說，民法第二十八條規定法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負擔賠償之責；蓋亦承認法人有不法行爲能力者也。依本條之規之，法人不法行爲成立之要件有三：a 須爲董事或職員之行爲，董事爲

法人之機關，職員爲法人之使用人，法人對之，自應負責。b 須爲董事或職員執行法人職務之行爲，董事或職員關於自己個人之行爲，法人自無對之負責之理，故必限於執行法人職務之行爲。c 須他人因之受有損害之行爲，此蓋以無損害之發生，自無賠償責任之可言也。具此要件，法人固當負責，然爲求行爲人於其行爲之注意，及保護交易之安全起見，對於行爲人，亦有使其負責之必要，此本條之所以又定爲法人與該行爲人連帶共負其責也。

第四項 法人之住所

法人既爲權利主體，則其所生之法律關係，與自然人同，不可不有一住所，以爲其根據，故民法第二十九條規定法人以其主事務所所在地爲住所，事務所爲執行法人事務之處所，而主事務所則爲法人設有數個事務所時，其中之主要事務所也。據民法第四十八條及六十一條之規定，主事務所及其他分事務所，均於法人設立時應行登記，又據第三十一條之規定，登記後而有變更者，亦應爲變更之登記，故何者爲主事務所？可於其登記中認定之。若僅有一事務所時，則應以該事務所爲住所，自不待言也。

第五項 法人之機關

第一 法人機關之概念

法人之機關者，經營法人之活動而爲其構成部分者也。機關爲法人構成之部分，故其本身無人格，不能與法人對立而爲權利義務之主體；又機關在經營法人活動，其所行爲，爲法人之行爲，非其機關組織員自身之行爲，若其行爲而不在經營法人活動之範圍內者，則已失其機關之本意，不能謂之爲法人之行爲，同時亦不能謂之爲機關之行爲也。據民法之規定，構成法人之機關有二：一爲意思機關，由社員組織之；一爲執行機關，由董事組織之。前者惟社團法人始須具備，後者則社團法人財團法人皆須具備，故民法關於前者，以之規定於第二款社團中，關於後者，則大體於第一款通則中規定之。本項所述，亦依民法規定之次序，專論其後者，若社員總會之規定，則當俟諸第二款中，再詳叙之也。

第二 董事之性質

董事者，執行法人之事務，且就其事務對外代表法人之法定機關也。民法第二十七條一項規定法人須設董事，故董事爲法人之法定機關。董事之任免，雖可於設立法人之章程中，自由訂定，但若不置董事爲訂定者，其爲無效，固不待言。又董事一時缺亡雖不能解爲法人當然解散，然此爲法人之必要機關，不宜久缺，自應從速選任也。他國立法例關於董事缺額，另有臨時董事之規定（參照德民第二十九條日民第五十六條），民法對此，雖無明文，然解釋上，如遇急迫情事，不能依

章程從速選任時，自應許利害關係人聲請法院，選任臨時董事，以補充之爲當也。董事之必要，既如上述，若再就其職務言，則凡法人對內對外之事項，除另加有限制外，皆得代表處理之，此其所以與社員組織之意思機關對立而又稱爲執行機關也。其詳俟述董事之權限中論之。

第三 董事之任免

董事之任免者，關於董事之選任或罷免之謂也。在社團法人，民法於第四十七條明定應於章程中訂明記載之。在財團法人，則依第六十一條之解釋，亦當由捐助人以捐助章程定之，如不全者，法院得因利害關係人之聲請，爲必要之處分。故其任免之方法，可視其設立章程之記載如何而定，設立人有自由訂定之權限，亦有其必須訂定之義務也。特在社團法人，以有社員總會意思機關之存在，故民法第五十條二項，明定實際上之任免董事，應經總會之決議，此可解爲設立社團章程中之一限制，如設立人違反此規定，以任免董事之權，屬諸他人，則其無效，自不待言也。

選任董事之行爲，在法律上之性質如何？有主張爲單獨行爲者，亦有主張爲契約行爲者，但通說則多從後說，蓋被選任者，非經其本身之承諾，實無當然爲法人董事之義務，故應解爲一種類似委任之契約爲當也。至董事之罷免或自行辭任，則視章程之訂定如何而定，不完全時，亦應解爲當適用委任契約之規定。又董事之姓名住所，據民法第四十八條及第六十一條之規定，當於設立法人時登

記之。其後有變更時，亦應依民法第三十一條之規定，爲變更之登記，否則不得以之對抗第三人也。

第四 董事之權限

董事之權限，可分下列二段述之：

1 對外之權限 董事就法人一切事務，對外代表法人，此爲民法第二十七條第二項所明定，前已略述之矣。故依此規定，凡屬於法人目的範圍內之事項，不論其爲訴訟上之行爲與否？亦不問其爲法律行爲與否；皆得代表法人行爲之或受領之也。此種代表之行爲，爲法人之行爲，並非董事自身之行爲，其間無二個人格者之存在，原與代理行爲不同，特民法關於此種代表行爲，并無特別之規定，故解釋上仍以準用代理之規定爲宜。又據該條第三項規定。對於董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。蓋法人對於董事之代表行爲，原得加以限制，特第三人若不知其有此限制而爲善意時，則不得對抗之。其限制依民法第四十八條二項及六一條二項之規定，應向主管官署登記之，若不登記，則依民法第三十一條之規定，雖於惡意之第三人，亦不得對抗也。

2 對內之權限 董事對內之權限，當依選任行爲定之，故法律未於董事代表權之規定，特設一概括之明文。但次述各項，乃爲其職務中之重要者，於民法上，則已散見各條中，特別提出規定之矣。

a 聲請登記 依民法第四十八條三項及第六十一條之規定，關於法人之設立登記，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。又依法人登記規則第五條之規定，在法人解散前，凡變更消滅之登記，亦應由董事聲請之也。

b 召集總會 此爲民法第五十一條所明定，即通常總會，固應由董事召集，而臨時總會，亦應由董事召集也，

c 財產之清算 據民法第三十七條之規定，法人解散時，其清算人，原規上須由董事充任之也。

d 聲請破產 法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產，此爲第三十五條所明定。如因過失不聲請，致法人之債權人受損害時，則依該條第二項之規定，並應對於該債權人負賠償之責也

董事之對內對外權限，已如上述，然若董事有數人時，則其相互間之權限如何？亦一問題。民法對此，未設明文，解釋上亦當分對外及對內之關係兩點論之。對外關係，因第二十七條二項，以得由董事一人代表爲原則，故應解爲各得單獨代表之；即章程或社員總會有其他須共同代表或過半數以上之董事始得代表之限制，亦應依該條第三項之規定，解爲不得對抗善意之第三人也。對內關係，則當依其章程所訂定者定之，未有訂定時，依一般觀念，固應依董事中多數之表示行之爲當

也。（參照日民五十二條二項德民二十八條一項舊改正案六十條一項）

第六項 法人之登記

第一 設立登記

設立登記者，法人設立時所應爲之登記也。法人非經設立之登記，不得成立，其詳已於第二節法人人格之取得中說明之。至其應登記之事項，在社團法人，依民法第四十八條之規定，則爲1目的，2名稱，3主事務所及分事務所，4董事之姓名及住所，5財產之總額，6應受設立許可者其許可之年月日，7定有出資方法者其方法，8限制董事代表權者其限制，9定有存立時期者其時期；在財團法人，依民法第六十一條之規定，則爲1目的2名稱，3主事務所及分事務所，4財產之總額，5受許可之年月日，6董事之姓名及住所，7限制董事代表權者其限制8定有存立時期者其時期是也。

第二 補充或變更登記

補充登記者，有應登記之事項而不登記，其後應追加之登記也。變更登記者，已經登記之事項有變更時所應更正之登記也。此兩種登記，民法於第三十一條規定之，若不爲此種登記，則不得以其事項對抗第三人也。

第三 消滅或解散登記

消滅登記者，已登記之事項有消滅時所爲之登記也。解散登記者，法人解散時所爲之登記也。民法對於此兩種登記，未設明文，解釋上自亦應準諸變更登記之規定辦理，如不爲此種登記時，則不得對抗第三人也。

第七項 法人之監督

第一 法人存續中之監督

法人之設立，在公益之社團法人及財團法人，以經主管官署之許可爲要件，已如前述。故關於其設立後存續中業務之執行，自亦以由爲許可之主管官署監督之爲宜。其監督之方法及範圍，據民法第三十二條至第三十四條及第三十六條之規定，監督範圍，在檢查其財產狀況及有無違反許可條件與其他法律之規定，違反設立許可條件者，得撤銷其許可，違反法律者，得請求法院解散之，若法人之董事，不遵主管官署監督之命令或妨礙其檢查者，並得對之，處以五百元以下之罰鍰焉。

第二 法人清算時之監督

法人解散後，其財產之清算，據民法第三十九條及第四十二條至第四十三條之規定，由法院監督之。即1 法院對於法人之清算，得隨時爲監督上必要之檢查；2 認有必要時，得解除清算人之任務

；3 如清算人不遵法院監督命令或妨礙檢查者，並得對之處以五百元以下之罰鍰是也。

第八項 法人之消滅

第一 法人消滅之概念

法人消滅云者，法人之權利能力終止之謂也。何時爲法人消滅之時期？一向學說有二：有以法人解散之時，即爲法人消滅之時者，是謂解散消滅說；有以法人解散後，直至法人清算終結時，始爲法人消滅之時者，是謂清算消滅說。主張前說者，復可分爲以清算財產屬於社員之共有者，及以清算財產另爲一種獨立法人者之二派；而主張後說者，亦可分爲以法人人格之存續，當然至於清算終結時者，及以法人人格之存續，原祇至於解散時爲止，特因法律之假設，於清算目的之範圍內，至清算終結，視爲存續者之二派。我國民法第四十條第二項明定法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視爲存續，蓋即採取後說第二派之主張以立法者也。故依民法之規定，關於法人之消滅，當分「解散」及「清算」兩項論之，必須經過此兩種狀態，始得謂之消滅也。

第二 法人之解散

法人之解散者，確定法人消滅之原因也。法人因解散，本應消滅，但因其有殘餘財產關係之存在，爲達清算之目的起見，法律特使其在清算必要之範圍內，於清算終結止，仍視爲存續，故解散祇

可解爲確定法人消滅之原因，其本身非即法人之消滅也。以下分二段，論述如次：

1 解散之事由 此可分爲後之三點述之：

a 社團及財團法人解散之共同事由 據民法第三十四條第三十五條第三十六條之規定，列舉如左：

I 撤銷許可 撤銷許可者，因法人違反設立許可之條件，主管官署撤銷其許可，使其不得存續之謂也。法人因撤銷許可，當然不得存續，故應認爲解散之事由。但主管官署之撤銷處分，須以法人違反許可之條件爲前提，若法人並未違反其許可條件時，則此種撤銷處分爲違法，法人自得以行政訴訟程序，請求救濟也。

II 宣告破產 法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。法人經宣告破產後，當然解散，故宣告破產爲解散事由之一。

III 法人目的或行爲違反法律或公序良俗 法人有此種事由之發生，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告解散，此爲第三十六條所明定。

b 社團法人解散之特殊事由 據第五十七條及第五十八條之規定，列舉如左：

I 社員議決 社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決，解散之。此蓋以社團法人，既以各

社員之合議而成立，故因有多數議員決議之事由，亦得解散之也。

II 事務無從依據章程所定進行 社團法人之目的事業，訂定於其設立章程中，若設立以後，而其事務之進行，不能依據章程者，則其目的事業，已無成功希望，利害關係人自可以之爲解散之事由，聲請法院解散之也。

社團法人解散之特殊事由，除上述二項爲民法所明定者外，其他若設立章程定有解散事由者，其事由已發生，或其組織社員全體缺亡者，亦應視爲解散之事由。雖民法對之，未設規定，而法理上，固爲當然之解釋也。

c 財團法人解散之特殊事由 據民法第六十五條之規定，因情事變更，致財團之目的不能達到，主管官署，得斟酌捐助人之意思，而解散之。此蓋以法人之目的事業，已不能成就，而事實上又無變更其目的之可能，或雖有變更之可能，而又非捐助人所願意者，故除解散而外，實無他道也。民法所定財團法人解散之特殊事由，惟此一種。至其他因捐助章程所定解散事由之發生，或其目的已成就之解散，自亦法理上所當然承認者，固不待明文之規定也。

2 解散之效力 解散之效力，可分三點論之：

a 解散爲確定法人人格消滅之原因，此已於上文說明之矣。

b 解散後，法人財產，當付清算。至清算之規定，於後段再詳論之。

c 解散後，其剩餘財產，除清償債務外，當歸屬於有歸屬權利之人或團體。據民法第四十四條之規定，其歸屬之情形有二：一，如依章程之規定或總會之決議，已確定其應得人者，自應依其章程及總會之所定；二，如章程或總會未確定其應得人者，則應歸屬於法人任所在地之地方自治團體。至其歸屬之時期，當準諸第四十條之規定，於清算人移交時，其剩餘財產，始歸屬於應得人焉。

第三 法人之清算

法人經解散後，當依清算程序以結束之。清算者，以了結被解散法人之現務，及整理其財產關係之程序也。為達清算之目的，雖已解散之法人，於清算目的之範圍內，仍視為存續，此前已述之。故解散後之法人，惟於清算目的範圍內，視為存續，若其他以法人存在為目的之一切章程規定總會議決及機關行為，在清算時，當然失其效力，自不待言。又清算程序，有屬於破產法之規定者，此惟因破產解散者，始適用之，民法所規定者，則指因破產以外原因解散之法人，當適用之程序而言也。特此種規定，仍屬於強行法規，章程之規定或總會之議決，皆不得任意變更之，蓋以與第三者之利害，有至大之關係也。以下依據民法之規定，分為數段，詳述如左：

1 清算之機關 法人之清算，由清算人爲之，故清算人者，於法人清算之範圍內，代表法人且執行其事務之機關也。清算人在法律上之地位，與董事同，他之立法例，亦有以明文規定者，（參看德民第四十八條二項），我國民法，雖無此概括的規定，然法理上於清算目的不抵觸之範圍內，清算人得類推適用關於董事之規定，固不容疑之事也。清算人應由何人充任，據民法第三十七條及第三十八條之規定，第一當依章程之規定或總會之決議所選定之人；第二如章程或總會未確定其人者，則應由董事充任之；第三不能依第一第二兩項定其清算人者，則法院得因利害關係人之聲請，選任清算人。至其解任方法，自亦得依章程或總會決議定之。第三十九條規定對於清算人，法院認爲有必要時，得解除其任務者，蓋以法人之清算，屬於法院之監督，法院自應有此解任之權也。又清算人任免之法律上性質，與董事同，其詳參看關於董事任免之說明，茲不再贅。

2 清算之事務 清算之事務，當依清算人之職務定之，清算人之職務，據民法第四十條之規定，列舉如次：

a 了結現務 即法人解散時已着手而未了結之事務，清算人當爲了結之。如因了結現務，於其必要範圍內，另爲新之法律行爲，固屬無妨，但不能出此範圍外，以着手其他新之事業耳。

b 收取債權 即法人之債權，清算人當爲收取之。債權之收取，普通固指對於社員以外之債務

人而言，然法人對於社員所有債權之收取，亦應包括在內。又法人之債權，有已至清償期者，有未至清償期者，對於未至清償期之債權，固不能直接請求債務人給付，但此時可以換價讓與之方法代之，亦不失為間接之收取也。

c. 清償債務 即法人之債務，清算人當為清償之。此亦指已達清償期之債務而言，但法人得拋棄其期限之利益，預為清償，亦屬無妨也。

d. 移交賸餘財產於應得者 即清償法人之債務後，尚有賸餘財產時，清算人應為之移交於法人財產之歸屬者是也。

3 清算之程序 據民法第四一條規定，清算之程序，除本通則有規定外，準用股份有限公司清算之規定。即參照公司法第二百零九條以下之規定，凡民法中未有明文者，得準用其規定是也。

4 清算之終結 清算終結後，法人即因之以消滅，完全喪失其權利能力，在法律上，已無其人格之存在，徵諸第四十條二項之規定，固為當然之結論也。

第二款 社團法人之特則

第一項 社團法人之設立行為

法人取得人格，應具備之一般要件，前已於本節第一款第二項法人人格取得中，詳述之矣。本項

所述者，爲社團法人設立之特別、即社團法人之取得法人資格，除應具備本節第一款第二項所述之要件外，更應履行本項所述之設立行爲，始得成立也。何者爲設立行爲，即依第四十七條規定 應「訂定章程」是已，以下析述如左：

第一 章程之性質

章程者，規定法人活動之根本規則也。法人之目的，組織，及其他重要事項，皆因章程以確定，故設立社團之先，首應訂定之，否則其法人實無由產生也。訂定章程，爲一種要式法律行爲，須記載於書面，且應依據民法第三條之規定，由訂定者簽名，或履行其他與簽名生同等效力之方式，始能生效。至此種行爲，在法律上之性質如何？則學者間向有爭論。有謂爲契約行爲者：有謂爲單獨行爲者；亦有謂爲合同行爲者。夫訂定章程，爲二人以上之訂定者，以並行的意思表示，合一而成立之行爲。其目的在共同創設一新之法人，並非成立互相間之權利義務關係，故謂之爲契約行爲，固屬不當。又此種行爲，乃爲訂定者各自之意思表示，合一而成之一個法律行爲，謂爲訂定者各自之單獨行爲，亦屬謬誤，理論上自以第三說爲當也。章程訂定後，尙須經第四十五條第四十六條及第三十條規定之程序，其法人始能成立，故在法人成立前，其章程祇能認爲設立社團者其設立行爲之內容，必至法人成立後，始能發生效力也。

第二 章程記載事項

章程記載事項，可分必要事項與任意事項兩種。必要事項者，章程非記載之，不能發生效力之事項也。據民法第四十七條之規定，爲下列六種。即1目的，2名稱，3董事之任免，4總會召集之條件程序及其決議證明之方法，5社員之出資，6社員資格之取得與喪失是也。任意事項者，章程記載與否，任諸訂定者自由之意思，而與章程效力無關之事項也。民法第四十九條特以明文規定，社團之組織及社團與社員之關係，以不違反第五十條至第五十八條之規定爲限，得以章程定之。蓋章程中，得以記載之事項，法律原無限制，特不能違反法律上所確定之原則耳。

第三 章程訂定之人

訂定章程之人，爲設立社團者，乃民法第四十七條所明定。其人數若何？在德國民法定爲須七人以上（德民第五十六條），瑞日民法則無規定，我國民法亦然。據一般之解釋，以有二人以上即足，蓋以具有二人以上之設立人，即與社團成立之本質，不相違背也。設立人於法人成立後，通常即爲其社員，又訂定章程，爲法律行爲，如以自然人爲其設立人時，則當具備行爲能力之要件，自不待論也。

第二項 社團法人之社員

第一 社員之意義

社員者，爲社團法人之構成分子，且對於社團法人，有取得一定權利及負擔一定義務之資格者也。社團總會，爲法人之機關，由社員組織之，故就其組織機關之地位言，乃爲法人之構成分子，而其本身非與法人對立而爲兩個之人格者。然若脫去其組織機關之地位，則其本身固有獨立之人格，得爲法人發生一定之權利義務關係。故社員之本質，實爲具備此兩種資格者，觀念上不可不分清之也。

第二 社員資格之取得

社員資格之取得，應依章程所定條件，更應履行入社手續。即適於章程所定社員資格之人，須向法人表示其願爲社員之意思，經法人承諾後，始能取得社員之資格也。在設立人通常雖當然爲社員，然因章程中有社員資格之記載，故亦非依據章程，履行入社手續不可。又在營利社團法人之社員，得以讓與或繼承之方法，移轉其資格於他人，而在公益社團法人之社員，則以其關係公益之故，與以營利爲目的者不同，故德瑞民法皆以明文規定不得讓與繼承。（參照德民第二十八條瑞民第七十條三項）我國民法對此雖無規定，然不妨爲同一之解釋也。

第三 社員資格之喪失

社員資格之喪失，除依章程之規定外，其他因法人消滅或本人死亡，亦爲喪失之原因，固不待論。所當研究者，則爲法人之開除社員，及社員自身之退社是也。開除社員，爲法人解除某社員資格之單獨行爲，據民法第五十條之規定，須經社員總會之決議，更須具有正當之理由，否則其開除行爲爲無效。至所謂具有正當理由者，指於法人本身有不利利益之情形而言，其理由固不必盡爲章程所規定。又總會關於開除之議決，有違反法令或章程者，被開除之社員，尙得援用民法第五十六條之規定，請求法院宣告其決議爲無效，以資救濟也。社員退社，亦爲社員脫離其社員資格之單獨行爲，民法第五十四條第一項前段，明定社員得以隨時退社，故以章程規定禁止社員之自由退社者，當爲無效。但若祇於其退社之時期及方法，加以限制，如限定於事務年度終或經過預告期間後，始准退社者，則依該條第一款後段之規定，自應認爲有效，社員退社時，必須依據之，特章程關於預告期間之規定，不得超過六個月耳。既退社或開除之社員，除非公益法人之章程別有訂定外，對於社團之財產，無請求權，但對於退社或開除以前自己應分擔之出資，則仍負清償之義務。此爲民法第五十五條所明定，關於退社或開除以後之社員與法人之關係，自當準據之也。

第四 社員之權利義務

社員對於法人，得以獨立之地位，取得權利或負擔義務，已如前述。故關於其權利義務之性質種

類如何？洵有待討論之必要，以下分爲二項說明之：

1 社員之權利 基於社員之資格，對於法人享有一切權利，總括稱之爲社員權。其內容可分二種：a 因達法人自身之目的所與社員之權利，謂之共益權，例如請求召集總會之權（民法第五十一條），出席總會之權，表決之權（第五十二條），請求宣告總會決議無效之權（第五十六條）等是。b 爲達社員自身之目的所與社員之權利，謂之自益權，例如分配利益之權，分配剩餘財產之權，利用社團設備之權等是。是類權利，其本質若何？一向學者對之雖多爭論，然就其不能離社員資格以存在之根本性質言，似應解爲身分權之一種，特其權利之作用，有屬於形成權者，亦有屬於請求權者耳。

2 社員之義務 社員之義務，與社員之權利同，亦基於社員之資格而存在。其種類及內容，應視章程所訂定者如何而定之。但通常其最重要者，則惟出資義務，蓋社團之構成分子爲社員，故其基金亦應由此等構成分子負擔之，民法第四十七條中明定設立章程中應記載社員之出資一項，第五十五條二項復規定已退社或開除之社員，對於其退社或開除以前應分擔之出資，仍負清償之義務者，蓋即以之爲社員當然之義務也。其他若法人事務之執行，在營利法人之特別法中，雖亦有規定爲社員之義務者（參照公司第十八條），然在民法中，則並無此項規定，故一般社團法人之

社員，除其章程另有訂定外，尙不能以此認爲其義務也。

第三項 社團法人之總會

第一 總會之性質

總會者，由社員組織之社團法人意思機關且其唯一之最高機關也。故1總會應由社員組織之，非社員固不能參加總會，即社員而欲爲法人意思之決定，亦非依總會之組織，共同發表其社會之總意不可。2總會爲法人之意思機關，除章程或法律明定屬於董事或其他職員之事項，不待總會之決議者外，凡法人之意思，皆當由總會決議後，始能產生；又以其僅爲決定法人意思之機關，故不能執行法人之事務及代表法人。3總會爲法人之唯一最高機關，不特對於執行機關之董事或職員，處於指揮及監督之地位，即對於爲法人構成分子之社員，亦有開除之權限也。

第二 總會之召集

總會分通常總會與臨時總會二種：前者於章程中定其時期，由董事按期召集之；後者因臨時之必要，由全體社員十分一以上之人數，表明會議目的及召集理由請求召集之，其召集之機關，亦應屬諸董事，特董事如受此請求後，一個月內不爲召集時，則爲此請求之社員，得聲請法院自行召集之耳（參照民法第五十一條）。總會召集之條件及程序，應依章程之所定，又臨時總會依法律之規定

，雖應由社員請求召集之，但董事如認有必要時，亦應認爲得以召集，蓋以其爲法人執行機關，其不能解決之事項，自不能不召集總會，以求解決也。

第三 總會之決議

決議者，得有一定人數以上社員之同意之謂也。決議非經一定人數以上社員意思之一致，不能成立。至其人數之定額，據民法第五十二條第五十七條及第五十三條之規定，1 一般總會，以出席社員過半數決之；2 解散法人之決議，須經全體社員三分之二以上之同意，3 變更章程之決議，須有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或經全體社員三分之二以上書面之同意，又在公益之社團法人，則其變更章程之決議，並應得主管官署之許可，始能生效焉。關於應經總會議決之事項，據第五十條第二項之規定，雖僅列有1 變更章程，2 任免董事，3 監督董事職務之執行，4 因正當理由對於社員之開除四種，然此不過明定此種重要事項，非經總會之決議，不能生效而已，並非對於總會決議之事項，加以限制也。故如依章程之規定，或社員及董事之認定，於此四種事項外，亦列爲非經總會之決議不可，在法律上，原非禁止，蓋以其人之意思，當由總會之決議，始能產生，總會固有此當然之權限也。又社員之表決，據民法第五十二條二項之規定，有平等之表決權，不以出資數額之多寡，而有差別。至其決議證明之方法，則爲章程中應記載之事項，自應依章程之

所定行之也。

第四 總會之拘束力

總會之決議，爲法人意思之決定，對於全體社員，皆有其拘束力，固不待論。但其決議若爲違反法令或章程之規定者，則依第五十六條之規定，對該決議原不同意之社員，於決議後三個月內，得請求法院宣告其決議爲無效。蓋以決議既不合法或違反章程，則對於其原不同意之社員，自不能不與以一救濟之道，使其得以撤銷此總會不當之拘束也。

第三款 財團法人之特則

第一項 財團法人之設立行爲

財團法人之設立，與社團法人同，除應具備本節第一款第二項規定之要件外，更應履行其設立行爲，始得成立。設立財團之行爲，學者亦稱曰捐助行爲(*Stiftungsgeschäft*)，據民法第六十條之規定，爲『訂立捐助章程』，蓋亦與社團法人之訂立章程，同爲一種要式行爲也。以下析述如左：

第一 捐助章程之性質

捐助章程，爲規定財團法人活動之根本規則，且其訂立行爲，爲一種要式之法律行爲，其詳與社團法人所述者同。特設立財團法人，若以遺囑爲捐助者，則得不另立章程，即以遺囑代之耳。又財

團法人，並不以人之集合爲要件，故其設立人雖爲一人，亦得訂定捐助章程設立之。因之其訂立捐助章程之行爲，若爲一人者，固當解爲一種單獨行爲，若爲二人以上者，則仍當解爲一種合同行爲，蓋以其所捐助之財產，雖不必同一，而其法人之目的，則必須一致故也。捐助章程訂定後，於法人成立前，祇能認爲設立財團者其設立行爲之內容，得以隨時撤銷，固不待言。然若於法人成立後，則是否可以撤銷？立法例殊不一致，我國民法對此未設規定，解釋上應認爲如具有正當之撤銷原因時，亦得以撤銷爲當也。又法人成立後，其章程未經撤銷者，董事執行法人事務，自當依據之，若有違反時，則依第六十四條之規定，法院得因利害關係人之聲請宣告其行爲無效也。

第二 捐助章程記載事項

捐助章程記載事項，亦可分爲必要事項與任意事項二種。必要事項，據民法第六十條第二項之規定，法人目的及所捐財產，應行訂明。又據民法第六十二條之規定，財團之組織及管理方法，亦應由捐助章程定之，特捐助章程所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備者，則法院得因利害關係人之聲請，爲必要之處分耳。任意事項，則苟不違反法規及公序良俗者，得記載之，自不待論也。

第三 捐助章程訂定人

訂定捐助章程之人，爲設立財團者，亦爲民法第六十條所明定。又財團法人，非以人之集合爲其本質，故其設立人之人數，不必如社團法人之須有二人以上，雖僅一人，亦得訂立捐助章程，設立之。設立人於訂定捐助章程中，未訂明捐助財產，交付之時期者，於法人成立時，應即將其捐助之財產移交法人，若於法人成立後，尙未提出時，則董事對之，得請求其交付，此蓋以捐助財產，不特爲法人之基金，且爲章程明訂之事項，設立人既負有此出資之義務，自不得不盡其履行之責任也。至設立人應具備行爲能力之要件，亦與社團法人之設立人所述者相同，特非訂立捐助章程，而以遺囑設立法人者，則當依據民法繼承編第一千一百八十六條關於遺囑能力之規定耳。

第二項 財團法人目的及組織之變更

財團法人之目的及組織，應於捐助章程中明訂之，已如前述。特其後如生有應變更其目的或組織之情事時，則財團法人既不如社團法人有社員之存在，可以由社員總會，依變更章程之程序變更之，且其設立人，自財團法人成立後，即脫離關係，對於其訂立之捐助章程，亦無變更之權，是實際上當不能不籌一救濟之道。故民法特以明文規定其變更之權，屬諸法院及主管官署，即依第六十三條之規定，爲維持財團之目的或保存其財產，法院得因捐助入董事或利害關係人之聲請，變更其組織；又依第六十五條前段之規定，因情事變更，致財團之目的不能達到時，主管官署得斟酌捐助入

之意思，變更其目的及必要組織是也。

第四款 外國法人

第一 外國法人之意義

自然人有內國人與外國人之別，法人亦有內國法人與外國法人之別；然其區別之標準，自然人因有國籍法明文之根據，解釋上自不生若何之疑問，在法人則以立法例上多未予以明確之規定，故學說頗多爭論。有以設立人或社員之爲本國人與否而爲區別者，是謂設立人或社員國籍準據說；有以完成其設立行爲所在地之屬於本國與否而爲區別者，是謂設立行爲地準據說；有以其任所在地之屬於本國與否而爲區別者，是謂任所在地準據說；有以其成立依據之法規爲本國法與否而爲區別者，是謂法規準據說；意見分馳，莫宗一是。然自法理上言之，則似以法規準據說爲優。蓋法人本爲法律上之組織體，而其人格，亦由法律所賦與，就法律上區別內外國法人？自當視其成立要件，是否依據本國法律而定，乃理論上之當然也。且從設立人或社員國籍準據說，則不特漠視法人有脫離其設立人或社員而獨立成爲一人格者之本質，若設立人或社員中兼有本國人及外國人者，其法人國籍之內外，亦將難以確定；從設立行爲地準據說，則不特其設立行爲之完成與否？仍當視其準據之法規，始能斷定，且若以其設立章程之完成地，視爲法人國籍之所在，則實際上此種區別，亦無甚意

義之可言；從住所地準據說，則不特有單注重法人之住所，而沒却其他一般成立要件之嫌，且就我國民法第二十九條及總則施行法第十三條之規定觀之，外國法人在中國所設之事務所若為主事務所者，則雖在中國有住所，仍當稱爲外國法人，與此說亦不相容；是此三說，其自身亦皆有其背謬難以採取之點，故吾人解釋我國法律上所謂外國法人之意義，竊欲採取法規準據說，而謂非依據中國法律而成立之法人爲外國法人也。

第二 外國法人之權利能力

此可分爲後之兩項論之：

1 權利能力之取得 外國法人在中國取得權利主體之資格，據民法總則施行法第十一條及第十三條之規定，第一應經認許；第二如在中國設立有事務所者，並應履行民法總則上關於法人成立形式上要件之程序，所謂認許者，即依據中國法律之規定，承認外國已成立之法人於中國亦有權利能力之謂也。所謂應履行民法總則上關於法人成立形式上要件之程序者，即該外國法人應依民法第三十條第四十八條第六十一條，以爲登記；如爲公益社團或財團，應依第四十六條第五十九條，經主管官署之許可；如爲營利社團，應依第四十五條，據特別法之規定，取得其法人資格之謂也。一般外國法人，非經認許，不能於中國內享有權利能力，若在中國設有事務所者，則雖經認

許，如未履行上述之成立要件，亦不能在中國內享有權利能力也。至其應履行登記之要件者，若有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不爲變更之登記時，則亦當依照民法第三十一條之規定，不得以其事項，對抗第三人焉。

2 權利能力之範圍 外國法人依前段所述，取得權利主體之資格後，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力，此爲民法總則施行法第十二條第一項所明定。故依本條之解釋，外國法人在中國得享受之權利能力，第一當在法令限制內；第二當與同種類之中國法人同其範圍，然此不過其原則上之規定耳，若外國自然人不能享受之權利，或依條約所應限制之權利，則外國法人不能享有，固亦理論上當然之事也。又外國法人，既在中國，享有權利能力，則對於中國法律，自與中國法人同，有服從之義務也。

第三 外國法人事務所之撤銷

外國法人在中國設事務所者，依前述之程序，雖於中國內能取得權利能力；然其目的或行爲，若違反法律或公序良俗者，據民法總則施行法第十四條之規定，法院得以撤銷之。蓋已成立之中國法人，如有此等情事，尙得依據民法第三十六條，由法院宣告解散，則對於外國法人，其得撤銷之，自不待言也。特此有當注意者，第三十六條之解散，須經主管官署檢察官或利害關係人之聲請，且

其性質，爲確定法人消滅之原因，而此之所謂撤銷，則雖無人聲請，法院亦得以職權爲之。又其性質，並非消滅其外國法人之本身，不過就其在中國之事務所，使其不得存在，於中國領土內，喪失其爲權利主體之資格而已，二者尙有其差別之點存在也。

第四 未經認許成立之外國法人

未經認許成立之外國法人。在中國原無權利能力，然實際上亦難免不以其名義與他人爲法律行爲，故民法總則施行法復於第十五條規定，此時其行爲人與該法人共負連帶之責任，立法之旨，蓋爲保護其行爲之相對人計也。

第三章 私權之客體

第一節 總說

權利之本質，爲法律之力，而其目的，則在滿足人之生活資料，此於緒論第五章中，已詳述之。所謂權利之客體者，即指爲其目的對象之生活資料而言也。權利目的，因其種類，各有不同，其客體亦隨之而異。物權以支配一定之物或權利爲目的，其被支配之物或權利，即爲其權利之客體；債權以請求債務者之行爲或不行爲或目的，其被請求之行爲或不行爲即爲權利之客體；親屬權以享

有親屬關係之身分爲目的，其被享有之親屬關係身分，即爲其權利之客體；繼承權以繼承被繼承人之地位爲目的，其被繼承之被繼承人地位，即爲其權利之客體；人格權以維持權利人自身之人格上利益爲目的，其被維持之人格上利益如生命，身體，自由，名譽等，即爲其權利之客體。僅汎稱曰權利之客體，若非就其權利之目的，一加探究，實莫能斷定其果爲何物也。

民法倣德日之立法例，於總則篇中，不設關於權利客體一般之規定，惟就爲物權客體之「物」，於第三章中規定之。其意蓋以物之觀念，不特爲物權之客體，且與其他債權親屬權繼承權等，亦有重大之關係，故於總則中有明示其一般通性之必要也。本書既以研究現行民法爲主旨，故以下亦依其規定之次序敘述之。

第二節 物

第一款 物之觀念

羅馬法分物爲有體物與無體物二種，前者指得以觸覺之物，如土地奴隸衣服金銀等是；後者指不得觸覺之物，如各種權利是。其後法法系民法，即從此觀念，所稱之物，包括上二種而言（參照法民五二六條以下意民四〇六條以下荷民五五五條）。德國民法第一次草案（七七八條），獨棄此觀念不取，單指有體物爲物，現行德國民法從之（第九〇條）。於是物之一語，其範圍如何？遂成爲

法德兩法系學者之爭論問題。日本舊民法（第六條）依法民之規定，現行民法則改從德民之觀念。其修正理由書謂：「以無體物之權利，而認之爲物，其結果將於債權之上，復認一所有權。不特毫無實益，且足紊亂債權與物權之區別。」日本學者解釋其立法規定之主旨，亦多以是爲其理由。瑞士民法雖大體亦以德民之規定爲主旨，然於有體物之外，其他如登記於土地登記簿之獨立繼續的權利，及法律上得支配之自然力，亦視爲物之一種（參照第六五五條七一三條）。蓋其立法之意，一方注重物之有體性，一方並注重社會上交易之觀念也。我國第一次民律草案及第二次改正案，均從德民之規定。（參照舊草案一六六條修正案九十五條）現行民法對此並無明文，其所稱之物，是否僅指有體物而言？解釋上不無疑義。據吾人之意見，以爲現在社會一般之認識，既無以無體之權利，亦視爲物之觀念，則權利除法律以明文視爲物者外，其不能與普通一般之物相含混，自不待言。且徵諸法律規定之方式，完全依據德日民法而來，與法法系之民法原不相同。特以社會日益進步，其可爲交易之客體者，亦益增加，法律上未能予以一定之準繩，故參酌瑞士立法之意，不明示其有體性，而委諸社會上一般觀念之解釋耳。是以上述兩點言之：似民法所稱之物，仍以有體物爲原則，若社會上一般有以無體之自然物，亦視爲交易之客體時，則此種無體之自然物，亦不妨解爲物之一種也。茲特參酌德瑞學者之通說，析述其觀念如左：

1 物以有體物爲原則 所謂有體者，即占有一定空間而存在之謂也。不論其爲固體液體氣體，凡占有一定空間者，皆得謂之爲物。反之如聲光等無體之自然物及權利義務等無體之法定物，皆不得謂之爲物也。但從一般社會之觀念，如以某種之無體自然物，亦視爲交易之客體時，則不妨從社會之觀念以解釋之。例如電力本爲無體之物，但現在社會一般之觀念，均已視之爲交易之客體，固亦不妨解釋爲民法上物之一種也。

2 物爲存在人間以外之物 故生人之軀體及其構成部分，不論其爲天然或出於人工，皆不得謂之爲物。反之若已與人之軀體分離時，則仍得謂之爲物。又與人訂立分離其軀體之契約。但使不害及人之生活力及公序良俗時，亦得謂之有效也。屍體是否爲物之一種？一向學者對之頗多爭論，但通說則均謂之爲物，後再申論之。

3 物必爲人力所能及之物 故如日月地球及其他行星等，爲吾人事實上所不能支配之物，則雖於空間有體質之存在，仍不得謂之爲物。但若割取地球之一部，足爲交易上之客體時，則亦得稱之爲物也。

4 物必爲獨立成一個體之物 但此須從社會之觀念以斷定之，爲如房屋之棟樑，在物理上雖亦得爲一個體，但社會觀念上。究祇認爲其房屋之構成部分，尙不能謂爲獨立之個體，故法律上遂亦

不得稱之爲物也。

第二款 物之種類

第一 動產及不動產

動產與不動產之區別，爲物之種類中最重要者，其故蓋以二者在經濟上利用方法，既各不同，而其價值亦甚懸殊；加之不動產常固住於一定場所，動產則含有流動之性質，是以法律對之，生有差別之規定。以民法言；不特對於二者之得喪變更，設有嚴重之區別（參照第七百五十八條第七百六十一條第七百六十八條第七百六十九條第七百七十條第一千一百零一條之規定），且多數之物權中，亦有單以不動產爲其客體者（例如地上權永佃權役權抵押權典權等是）以他之法律言；則在訴訟法中，關於二者訴訟上之管轄，固已有特殊之規定（參照民法第一章第一節之規定）而在執行法上，於其執行之程序，亦復異其方法（參照民事訴訟執行規則第二章第三章之規定），其法律上之效果，不同如此，此所以民法總則編於物之章中首列其區別，而吾人研究物之種類，亦遂以之爲起始也。以下據民法第六十六條及第六十七條之規定，析述其意義如左：

1 不動產 不動產者，土地及其定着物之謂也。德國民法，承襲羅馬法上「土地上之物屬於土地」之觀念，視土地上之定着物，僅爲土地之成分，而以土地爲唯一之不動產（參照德民第九十四條

九十五條)。日本民法反之，以土地與其定着物分離，各得爲獨立之不動產（參照日民八十六條）。我國民法之規定，蓋倣諸日本之立法例者，故其所謂不動產，可分土地及其定着物二種說明之。

a 土地，土地者，地球之一部分也。土地不單指地之表面而言，凡其地上之空間及地下之中心，皆包括之（參照民法第七百七十三條）。又其由土地產生之物，尙未分離者，據民法第六十六條二項之規定，亦爲土地之部分焉。

b 土地之定着物 土地之定着物者，社會之觀念上，認爲繼續的附着於土地之物也。故1須非由土地出產之物。由土地產生之岩石或植物等，雖亦繼續附着於土地，然祇能謂爲土地之部分，不能成爲獨立之不動產，故非定着物。2須爲附着於土地之物，所謂附着者，即非加以毀損，不能使其與土地分離而移轉之是也，故如擱置於地上之石像假山等，固非定着物，即半藏於地中之石碑或電線柱等，能不毀損原物而移轉者，亦不能謂爲定着物。3須在一般社會之觀念上，認爲有繼續附着之性質者，故如因起造房屋，暫時備置堆積木料之棚廠，或因開會，暫時建築之演說臺，一般社會觀念上，皆知其不過因暫時之目的，附着於土地而無繼續性者，亦非此之所謂定着物也。

2 動產 動產者，前項所稱不動產以外之物也。故但使其非土地或土地之定着物，皆得謂之爲動產，依第一款之觀念中所說，無體之自然物，苟能爲一般交易之客體者，固亦得謂之爲動產，反之有體物中形式極形笨重如飛機，火車等物，因其非定着於土地者，亦可稱之爲動產也。

第二 主物及從物

主物與從物之區別，淵源於羅馬法，近世立法例。多襲用之（參照法民五四七條以下德民九七條九八條瑞民六四四條日民八七條），我國民法亦然。茲據民法第六十八條第一項之規定，析述其意義如左：

1 主物與從物須各爲獨立之物。故祇爲主物成分者，不得謂之爲從物。

2 從物爲常助主物之效用者，故如裝置古玩之玻璃盒，固可謂爲古玩之從物，然室中陳列之古玩，則不能謂爲室之從物，其故即在能助其效用與否耳。

3 從物與主物須同屬一人所有，故雖其物之性質上，有主從之關係，然苟不屬一人所有時，亦不得謂之爲主物與從物也。

具上所述要件，其主從物之關係，固得因之成立，然此亦非強制之規定，如交易上有特別習慣者，仍應從其習慣區分之也。至二者區分之實益，據六十八條第二項之規定，在使主物之處分及於從

物。所謂處分云者，如爲買賣或設定其他擔保行爲是，乃指法律上一切之處分行爲而言，苟當事人無反對之意思表示，則其處分行爲之効力，當依本項之規定，並及其從物，故此區別，自甚重要也。

第三 融通物及不融通物

融通物者，有交易能力之物也。反是謂之不融通物。何者爲有交易能力之物，當依社會之觀念定之，茲先說明不融通物之種類如次，除此以外，通常之物，皆得謂之融通物也。

1 公共物 公共物者，無論何人不能專有之物也。例如空氣海洋光線等，其性質上不能歸屬於任何人所有，從之亦不能爲交易之客體，故應爲不融通物。然此種公共物，若劃取一部分，以爲專有，亦屬無妨，故單就其能專有之部分言，則可謂之爲融通物也。

2 公有物 公有物者，屬於國家或其他公法人公有之物也。如軍艦，砲台等是。其不得爲普通交易之物，自不待言。然此乃指其因公共目的所有者而言，若單爲經濟目的所有者之物，如官地官產等，仍能爲交易之客體，成爲融通物也。

3 公用物 公用物者，供公衆使用之物也。例如公園道路河川等是，其爲不融通物，自不待言。然一旦若除去其公用之性質時，則亦得變爲私人之所有，而成爲融通物也。

4 禁止物 禁止物者，法令禁止持有之物也。例如鴉片嗎啡等物，性質上雖非不能為交易之物，然因法令之禁止，故亦遂成爲不融通物焉。

5 屍體 屍體爲一種物體，已爲現今一般之通說所承認，雖學者對之有解爲一種不許先占之無主物者，亦有解爲不能處分之繼承人所有物者，然其結局，固皆視爲一種不融通物也。

第四 代替物及不代替物

代替物者，於一般社會之觀念上，不重視其物之個性，而常指示其種類品質數量以爲交易之物也，反是則謂之不代替物。前者如金錢米谷油酒等是，後者如牛羊書畫骨董品等是。其區別之實益，蓋在於消費借貸及消費寄託，祇能以代替物爲其標的物也（參照民法第四百七十五條第六百零二條）。

第五 特定物及不特定物

特定物者，依當事人之意思或其他方法具體指定其個體之物也。例如約定購買某筆或某錶，其筆或錶之個體，既已確定，即爲特定物是。不特定物者，當事人之意思不着眼其物之個體，而惟以種類品質數量指示之物也。例如約定購買價值一元之長鋒羊毫一支或價值十元之手錶一個，其筆或手錶之個體，既未確定，即爲不特定物是。此種區別與代替物及不代替物之區別，雖頗相似，然其觀念，實不一致，前者乃屬於當事人意思，主觀之決定，後者則屬於社會觀念，客觀之決定。故有代

替物而爲特定物者，如指定購買此包之米是；亦有不代替物而爲不特定物者，如僅約定購買十元之羊一匹是，其觀念上實不能分清之也。至特定物與不特定物區別之實益，則因其於債之標的之確定及清償上，皆有重要之關係也。

第六 消費物及非消費物

消費物者，依其本來之使用方法，使用一次即歸消耗之物也，例如谷物，製造原料，金錢等是。反是謂之非消費物，例如土地，房屋，衣服，書籍等是。其區別之實益，蓋在於借貸寄託等契約，須返還原物者，原則上祇能以非消費物，爲其標的，不須返還原物者，則得以消費物爲其標的也。

第七 可分物及不可分物

可分物者，不損害其物之性質並不減少其比例上應具有之價值，而得分割之物也，例如土地，金錢等是。反是謂之不可分物，例如房屋，衣服等是。其區別之實益，蓋在於共有之分割及債權債務爲多數當事人時，有相當之關係也。又就物之性質上，雖爲可分之物，然若當事人之意思，約定爲不可分物者，此時亦得變爲一種指定之不可分物焉。

第八 有主物及無主物

有主物者，有所有主存在之物也，反是謂之無主物。其區別之實益，蓋在無主物，常得任人之先占也。

第九 單一物組成物及聚合物

單一物者，形體上成爲一獨立體之物也，如牛一頭樹一株之類是。組成物者，由多數之物結合而成一體之物也，如由寶石與黃金而鑲就之戒指，由玻璃與木料而造成之鏡框等是。聚合物者，由多數之單一物或組成物聚合而成之團體物也，例如由多數之羊聚合而成之羊羣，由多數之書聚合而成之書庫是。其區別之實益，蓋在單一物及組成物，法律上祇視爲一個權利之客體，在聚合物則除交易上或法律上認爲以一定之數量，視爲一個權利之客體者外，原則上其聚合之各物，仍各自獨立爲權利之客體焉。

第三款 物之孳息

第一項 天然孳息

第一 天然孳息之意義

天然孳息者，指果實，動物之產物及其他依物之用法所收穫之出產物也。茲析述其意義如左。

1 天然孳息爲物 物有獨立性，若尙與他物組合爲一體時，則祇能謂爲物之一部或物之成分，其

自身不得謂之爲物。故天然孳息如尙未與原物分離，如樹上之果實，田中之稻禾等，不得謂之爲物，從之亦不得謂爲此之孳息也，特一般社會觀念上，對於未分離之孳息，常得以之爲交易之標的，其法律上之效力如何？學說上頗有爭論。據一般通說之解釋，則謂此時既尙非物，自不能獨立爲權利之標的，特得以未來之物之資格，爲債權之標的耳。

2 天然孳息爲出產物 出產物者，依原物之性質，產生之物，且出產之後，仍不變更其原物之性質者也。故未分離以前，各爲獨立不繫屬之物，如盆中之花木，籠中之虫鳥，固不能謂爲其盆或籠之出產物，反之雖與原物有性質上之關聯，然其出產之際，已變更其原物之性質，而不能各自存在者，如由鷄卵而產生之鷄雛，由牛乳而製成之牛酪，亦不能謂爲雛卵與牛乳之出產物也。具備上述之二要件，其物即得謂之出產物，從之亦得謂爲天然孳息，至其物之本身，是否爲有機體或無機體，可以不問，又其產生之方法，是否由於天然，抑由於人工，亦可以不問也。

3 天然孳息爲依物之用法所收穫之出產物 關於天然孳息之觀念，從來有三種解釋：有謂須爲定期收穫之出產物，始爲天然孳息者；有謂須爲不消耗原物所收穫之出產物，始爲天然孳息者；有謂凡依物之用法所收穫之出產物，皆爲天然孳息者。依第一說，則鷄之產卵，牛之生子，均非孳息；依第二說，則無機物之產出物，如各種煤鐵礦物等，亦非孳息；依第三說，則含義較廣，凡適合於物

之用法以產生者，不問其是否爲定期之收穫，亦不問其是否爲消耗原物之收穫，皆得謂之孳息也。徵諸社會實際，自以第三說爲合於理論，故民法即採之，以定孳息本質上之觀念也。所謂依物之用法者，第一，須爲其物性質上固有之使用方法；故如耕地而穫谷，其谷固屬於耕地之孳息，然若於耕地內掘得藏金，則以其非耕地性質上固有之使用方法以產生者，不得謂爲耕地之孳息也。第二須爲經濟上之使用方法，故如種樹以呼吸新鮮空氣，其新鮮空氣，雖亦爲樹之產生物，然以其非經濟上之用法而產生者，亦不得謂爲孳息也。第三須爲社會一般承認之使用方法，故如種禾原以取谷，然若收取人之意思在於使之產生某種昆蟲以爲昆蟲學上之研究者，則以其與一般之觀念相違反，其產生之昆蟲，不能謂之孳息也。反之在社會觀念上，認爲依其物之用法所產生者，則雖當事人未有如是用法之意思，其產生之物，亦得謂之孳息也。民法第六十九條第一項特予例示果實及動物之產物，均爲天然孳息者，蓋恐解釋當事人之意思，易生疑義而設也。

第二 天然孳息之取得

天然孳息與原物分離時，應歸屬於何人？德國固有法，採生產主義，羅馬法採分離主意，前者謂加以勞力資本助之生產者，取得其物，後者則謂於分離時有收取權利之人，取得其物。我國民法第七十條第一項明定「有收取天然孳息權利之人，於其權利存續期間，取得與原物分離之孳息」，蓋

即採取後之主義，以立法者也。所謂有收取權利之人，不限於原物之所有者，依法律或當事人之約定，其他之物權者，或債權者，亦得有之，又於權利存續期間內，其原物之孳息，一有分離之事實，即當然取得其所有權，並無須更行占有也。

第二項 法定孳息

第一 法定孳息之意義

法定孳息者，利息租金及其他因法律關係所得之收益也。析言如左：

1 法定孳息爲收益 收益者，因元本之使用所取得之利益也。元本與利益，均不限於有體之物，雖權利亦包含之。蓋關於法定孳息之本質，一向之立法例有二，有以因物之使用對價所取得之物，始爲法定孳息者，如日民是（參照日民第八十八條二項）；有不以有體物爲限，凡本於法律關係所發生之收益，皆得謂之爲法定孳息者，如德民是；（參照德民第九十九條第一百條）。我國民法之規定，乃仿照德民而來者，故關於其元本與利益之範圍，亦自以從寬解釋爲當也。但其利益之取得，須限於因元本之使用而來，若爲處分元本所取得之對價，則不能謂之法定孳息，自不待言。

2 法定孳息爲因法律關係而生之收益 此即法定孳息與天然孳息相異之點，蓋基於事實關係所生

之收益，祇能謂之天然孳息，必基於法律規定之關係上所生之收益，始得謂之法定孳息也。

第二 法定孳息之取得

法定孳息與元物本非一體，故無所謂分離之觀念，時時皆可發生，亦時時皆可為比例的分配收取。民法第七十條第二項明定有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間之日數，取得其孳息者，蓋即按諸法定孳息之性質，如收取權利人前後不同時，以權利存續期間內之日數，為分配收取，較為公允也。

第四章 私權之得喪變更

第一節 總說

第一 法律關係及法律效果

法律關係(Rechtsverhältnis)者，法律規定之生活關係也。人之生活關係，(Lebensverhältnis)，有以法律規範為對象者，有不然者，前者謂之法律關係，後者謂之事實關係，其區別之要點，蓋即在於是否為法律所認知及是否為法律所保護耳。事實關係，因乏法律上之根據，故祇能生事實上之效果，法律關係，因為法律所認知保護，故其所生之效果，與事實效果有別，可名曰法律效果(Rechtsw

(*irking*)。法律效果，因法律之規定，雖有種種之不同，然其直接與間接之目的，皆不在發生權利之得喪變更，茲特析述其意義如次：

一 私權之取得 私權之取得者，私權與特定之主體相結合之謂也，無主體之權利，不能存在，已如前述，故權利之發生，必有其取得者，以下就其取得之狀態分爲二種，析述如次：

a 原始的取得 原始的取得者，非繼承他人之權利以爲取得也，其中有爲新權利之取得者，如因先占加工或取得時效而取得之權利是；有爲舊權利之回復者，如附解除條件權利之讓與，其後因條件成就而回復其舊有之權利是。

b 傳來的取得 傳來的取得者，繼承他人之權利以爲取得也。其被繼承之前主權利，謂之原權，須有真實存在之事實，始能發生傳來取得之觀念也。其中因其取得方法及原因之不同，又可爲次述之分類：

一，因取得方法之不同，可分爲創設的傳來取得及移轉的傳來取得二種；創設的傳來取得者，本於既存之權利，設定一新權利使其取得之謂也。例如土地所有人於土地上設定地上權永佃權，使他人取得此種權利是。移轉的傳來取得者，本於既存之權利，不變其性質而使他人取得之謂也，例如因買賣而取得前主對於其物之所有權是。

二，因取得原因之不同，可分為特定的傳來取得及包括的傳來取得二種：特定的傳來取得者，各個之權利，因各個之原因而取得之謂也。例如因買賣房屋之契約，則其取得之權利祇為該房屋之所有權，因買賣土地之契約，則其取得之權利，祇為該土地之所有權是。包括的傳來取得者，各個之權利，因惟一之原因而取得之謂也。例如遺產之繼承。包括遺贈之取得是。

2 私權之喪失 私權之喪失者，權利與其主體分離之謂也。此可分為之次二種：

a 主觀的喪失 主觀的喪失者，謂權利移轉於他人而自己喪失其權利之謂也。此時其權利雖與自己相分離，然尚有其繼承享有之主體者在，故祇能謂為主體的喪失或相對的喪失。

b 客觀的喪失 客觀的喪失者，權利離去其原有之主體，而絕對不能存在之謂也。例如物之滅失，其原存之所有權固喪失，而他人亦未能繼承取得其所有權是。

3 私權之變更 私權之變更者，權利之原來狀態發生變化之謂也。可大別為次述三種：

a 主體之變更 此有為主體之更代者，亦有為主體之增減者，前者如前述之傳來取得，後者

如甲獨有之物變而與乙共有，或甲乙共有之物，變而為甲所獨有是。

b 客體之變更 如喪失所有物之一部或增加擔保物權之標的物是。

c 內容之變更 如權利存續期間之變更或權利性質之變更等是。

第二 法律要件及法律事實

法律要件 (Juristischer tatbestand) 者，發生法律效果之原因也。而構成此原因之各個事實，則謂之法律事實 (Juristischer tatsache)。蓋法律效果之發生不可不具有一定之原因，而其原因之構成，又不可不具有一定之事實，其相互間，實有不可分離之關係，故於法律效果敘述之後，對於後之二者，亦當一言及之也。關於法律要件與法律事實之區分，學者雖亦有忽視之，而以法律要件歸併於法律事實以立說者，然為求用語上之明確起見，仍以分別觀之為當。蓋法律要件，為抽象的概括之用語，而法律事實，為具體的各別之用語。一法律要件之構成也，其中包含之事實，各有不同。例如為法律要件中最重要部分之法律行為，則有為一方意思表示之一個事實構成者 (如單獨行為)，有為雙方意思表示之二個事實構成者 (如契約行為)，亦有為多方意思表示之數個事實構成者 (如合同行為)。然法律不因其構成事實之多寡，概括以一法律行為之名稱，一法律行為之構成，即付與一法律效果。故欲知其否能發生一法律效果，當視其是否為一法律要件以定之，否則誤以同為一樣之意思表示事實，遂謂由多數意思表示而成立之一個法律行為，為數個之法律行為，則其悖謬，自不堪言矣。

構成法律要件之事實，有基於自然事實者，亦有基於人之容態者，茲特析述如左：

1 自然事實 自然事實者，不基於人之心理作用，而成立之法律事實也。例如人之生死，時之經

過，天然孳息之分離等是。

2 人之容態 人之容態者，基於人之心理作用，而成立之法律事實也。其中有為內部的作用者，例如善意，惡意，占有者之意思，所有之意思等是；亦有為外部的作用者，此即通常所謂人之行為是也，人之行為，在法律事實中，占有重要之地位，一般法律要件之構成，幾以人之行為，占其大部分，茲特再為分說如次：

a 不法行為 不法行為者，違反法律之根本精神，而為法律所不容許，且付以一定效果之行為也。其中又可分為侵權行為及債務不履行之行為二種，現行民法，以之規定於債編中。

b 適法行為 適法行為者，適合法律之根本精神，而為法律所容許，且付以一定效果之行為也。其中復可細別為次之二種：

甲 非表示行為 非表示行為者，法律效果之發生，不以其心理作用之表示為必要之行為也。例如埋藏物之發見，住所之設定，無主物之先占等是。

乙 表示行為 表示行為者，法律效果之發生，以其心理作用之表示為必要之行為也。學者亦有單稱之為『心理表示』者。因人之心理，可分為知，情，欲三種，於是此種行為，復得為下列之分類。

子知之表示行爲 知之表示行爲者，行爲人表示其對於事物之認識也。學者亦稱曰觀念表示。其中有單純表示其實質之觀念者，例如承認他人權利之存在是；有主張其實質者，例如代理人主張自己已有代理權是；亦有通知某事實者，例如債權讓與之通知，贈與標的物瑕疵之告知，召集總會之通知等是。

丑情之表示行爲 情之表示行爲者，行爲人表示其對於事物之感情也。學者亦稱曰感情表示。此種行爲，能生法律效果者甚少，在現行民法上，如第一千零五十三條所謂夫妻間宥恕，第四百一十六條所謂贈與人對於受贈人之宥恕，即其適例也。

寅欲之表示行爲 欲之表示行爲者，行爲人表示其對於事物之欲望也。學者亦稱曰欲望表示。其中有爲事實上之欲望表示者，例如召集總會之請求，債務履行之催告等是。亦有爲私法效果之欲望表示者，此即稱之爲意思表示，其詳俟後論之。

第三 私法之自法及近世趨勢

私人相互間之法律關係，由私人自己之意思，以作成之，法律不加干涉，並尊重其意思，以定法律之效果，此爲現今私法上立法之原則，學者名之曰『私法之自治』（*Private autonomie*）。此種原則，在古代法律，即已承認，自法蘭西大革命以後，一方因民權自由思想之發達，一方因自然法

學之勃興，於是所謂契約自由，遺囑自由，個人意思自由種種觀念，遂益確立矣。雖然，迄乎近世，以資本主義之經濟組織，形成社會畸形發展之結果，此種原則，到底難以維持，而私法基礎之思想，亦遂因之一變。舉其最重要者，厥爲下述二種；即1私法之公法化，於昔日任諸個人自由意思，而成立之私法關係，今則在法律上加以種種之限制，直以法律之意思，代表其個人之意思，如所謂保護經濟上弱者而制定之勞働法，關於其勞働之時間，待遇等，皆由法律預予以一定之標準限制，即其適例也。2個人之團體化，以個人之力量，終不能與資本主義相對抗，故法律許可處於同一地位之人，得締結團體，以團體所決定之意思，代表其個人之意思，如所謂團體協約之設立，足以限制個人之自由意思；即其適例也。我國現行民法，關於法律關係之構成，雖仍採個人自治之原則，然其他足以變更此原則之法規，如土地法，工廠法，團體協約法等已次第公佈，則將來民法之觀念，當因之有所變遷，自不待言，此吾人所以於本章之開始中，特爲提出以爲研究上之注意也。

第二節 法律行爲

第一款 法律行爲之本質

法律行爲者。以意思表示爲其構成要素之法律要件也。能生法律效果之法律要件，不限於法律行爲一種，其他如由自然事實而構成之要件，或由其他行爲而構成之要件者亦甚多，特法律行爲乃爲

其中最要者，故民法於物之規定後，特設專章以規定之。以下析述其意義如左：

1 法律行爲爲法律要件 故與其構成分子之意思表示有別，其詳已於上節中論之。

2 法律行爲以意思表示爲構成要素 故不獨時效，成年等以自然事實構成之法律要件，非法律行爲，即先占，通知，催告，宥恕等，不以意思表示爲要素之行爲而構成之法律要件，亦非法律行爲也。特意思表示，乃法律行爲不可缺之要素，並非法律行爲唯一之要素，故一法律行爲之構成，除意思表示外，尚須其他事實之參入者，亦不少其例也。

3 法律行爲之法律效果，由其意思表示定之 此即適用上述私法自治原則，所得之結果，亦即法律行爲與不法行爲及其他適法行爲區別之要點也。雖然，法律除其主要之效果，須本於其意思表示以決定者外，其他附隨或補充之效果，如不能依意思表示以決定時，則法律爲補充當事人之意思，常設有種種特殊之規定，例如買賣契約，原以價金之交付及標之物之移轉，爲其主要效果，其價金及標之物之如何確定？原應由當事人意思定之。若其他從屬之效果，如出賣人所負疵瑕擔保之責任。買受人所負受領標之物之義務，則當事人雖無表示發生此種效力之意思。然依法律之規定，亦應使雙方負擔此種拘束也。故學者亦有稱前者爲法律行爲固有之效力，而後者爲非法律行爲固有之效力者，又當事人所爲之意思表示，亦不必全部皆能生法律上之效果，如一部違法，一

部適法之時，則其違法之部分，固為法律所否認，而其適法之部分，有時仍可發生法律上之效果，猶能構成一法律行為也。

第二款 法律行為之分類

第一 單獨行為及合同行為

1 單獨行為 單獨行為者，以一方當事人之意思表示，為其成立要件之法律行為也。故學說上亦有稱之為一方行為者，其中又可分為有相對人之單獨行為及無相對人之單獨行為二種：前者因有特定的相對人為其行為之對象，故必向其相對人為之，始生效力，如法律行為之撤銷，契約之解除，債務之免除等之單獨行為是；後者因其行為無一定之對象，故不必向於特定人為之，亦能生效，如權利之拋棄，遺囑，捐助行為等之單獨行為是。又雖為有相對人之單獨行為，亦不過其行為，須向其人為之而已，並非其行為須待於其人之承諾，始能生效，故與後述之契約行為，性質上亦絕不相同，不能因之混視也。

2 契約行為 契約行為者，因雙方當事人以相對立之意思表示合致而成立之法律行為也。故契約行為又可名為雙方行為，例如買賣贈與租賃等之行為是。其合致之雙方意思表示中，發生於前者，謂之要約，發生於後者，則謂之承諾。又其行為之效果，有發生債權上之關係者，有發生物權上之

關係者，亦有發生身分法上之權利關係者，因其效果之不同，復得分爲債權契約物權契約身分契約數種。現行民法雖仿日本之立法例，以一般契約之通則，規定於債編中，立法之理論上雖似採取僅以能發生債權效果之債權契約。始得謂爲契約之觀念，然實際之適用上，其能發生他種效果之契約行爲，亦應類推適用之，自不待言也。

3 合同行爲 合同行爲者，因多數當事人以非對立之數個意思表示合致而成立之法律行爲也。例如社團之設立行爲，總會之決議行爲等是。此種行爲，雖以多數意思表示之合致爲必要，然其彼此間之意思表示，並非立於對立之地位，故與契約行爲不同。又因其須由數個當事者之意思表示，始能構成，故亦與單獨行爲有異。學者中雖亦有以此種行爲與契約行爲或單獨行爲同視者，然此實觀念上之錯誤，不足取也。

第二 身分行爲債權行爲及準物權行爲

1 身分行爲 身分行爲者，以發生身分上之關係爲目的之行爲也。例如婚姻，離婚，非婚生子認知等行爲是。

2 債權行爲 債權行爲者，以發生債權債務爲目的之行爲也。例如買賣，租賃等行爲是。

3 物權行爲 物權行爲者，以發生物權之變動爲目的之行爲也。例如所有權之移轉，限制物權之

設定等行爲是。

4 準物權行爲 準物權行爲者，以發生物權外其他權利之變動爲目的之行爲也。例如債權著作權之讓與，債務之免除等行爲是。

第三 死因行爲及生前行爲

1 死因行爲 死因行爲者，因行爲者之死亡而發生效力之法律行爲也。例如遺囑遺贈等行爲是。

2 生前行爲 生前行爲者，死因行爲以外之其他法律行爲也。通常之法律行爲，多屬此種行爲，其與死因行爲不同者，惟在於不以行爲者之死亡，爲其行爲上效力發生之原因耳。

第四 要式行爲及不要式行爲

1 要式行爲 要式行爲者，須依據一定之方式，始能有效成立之法律行爲也。例如婚姻，遺囑等行爲是。

2 不要式行爲 不要式行爲者，不必依據一字之方式，即能有效成立之法律行爲也。通常之法律行爲，多屬此種。又據法律之規定，雖爲不要式行爲，而依當事人之意思，定爲要式行爲者亦有之。例如買賣契約，本非要式行爲，若其買賣當事人約定其契約非立字據，不能認爲有效時，則其買賣契約，非履行此種方式，即不能構成也。

第五 有償行爲及無償行爲

1 有償行爲 有償行爲者，能取得相當對價之法律行爲也。例如買賣租賃等行爲是。

2 無償行爲 無償行爲者，不能取得對價之法律行爲也。例如贈與使用借貸等行爲是。

第六 要因行爲及不要因行爲

1 要因行爲 要因行爲者，以具有一定之原因爲構成要素之法律行爲也。例如買賣契約，須以取得對方之給付爲原因，始能成立是。

2 不要因行爲 不要因行爲者，不以具有一定之原因爲構成要素之法律行爲也。例如票據行爲，即爲不以一定之原因，爲其成立要件者是。

第七 主行爲及從行爲

1 主行爲 主行爲者，爲其他法律行爲所附隨而存在之法律行爲也。例如附有擔保物權契約之消費借貸契約是。

2 從行爲 從行爲者，附隨主行爲而發生之法律行爲也。例如前例之擔保物權契約是。其與主行爲之關係，既居於主從之關係，故主行爲如無效或撤銷時，此種行爲之效力，亦常因之消滅。

第八 獨立行爲及補助行爲

1 獨立行爲，獨立行爲者，非爲發生其他行爲之效力而存在之法律行爲也。通常之法律行爲，皆屬此種。

2 補助行爲 補助行爲者，爲他行爲發生效力要件之法律行爲也。例如未成年人與他人所締結之契約，欲使其發生效力，須得法定代理人允許或承認之行爲是。

第九 設權行爲變權行爲廢權行爲及保權行爲

1 設權行爲 設權行爲者，以發生一新權利爲標的之法律行爲也。例如地上權永佃權等之設定契約是。

2 變權行爲 變權行爲者。以變更權利之原來狀態爲標的之行爲也，例如變更原約定租賃期限之行爲是。

3 廢權行爲 廢權行爲者，以消滅已存在之權利爲標的之行爲也。例如所有權之拋棄債務之免除等行爲是

4 保權行爲 保權行爲者，以保全或確定已存在之權利爲標的之法律行爲也。例如前例法定代理人對於未成年人所締結之契約，取得之債權，加以承認是。

第十 有效行爲無效行爲撤銷行爲及效力未發生之行爲

1 有效行爲 有效行爲者，即完全有效之法律行爲也。

2 無效行爲 無效行爲者，即完全無效之法律行爲也，例如不依法定方式之法律行爲是。

3 撤銷行爲 撤銷行爲者，即得因撤銷權之行使，而消滅其效力之法律行爲也。例如因被脅迫而拋棄自己所有權之行爲是。

4 效力未發生之行爲 效力未發生之行爲者，即其行爲雖已成立，而其效力尙未發生之法律行爲也。例如附有停止條件之試驗買賣是。

第三款 法律行爲之要件

第一項 總說

法律行爲之要件者，法律行爲應具備之條件也。其中有屬於構成上不可缺之條件者，謂之成立之要件；亦有屬於生效上不可缺之條件者，謂之效力要件。以下析言如次：

a 成立要件 成立要件之中，又可分爲一般要件及特別要件二種：前者爲一般法律行爲成立上共同應具有之要件，後者爲各種法律行爲成立上，各別應具有之要件。一般法律行爲之本質，以意思表示爲其構成之必要事實，前已一言及之，故其一般構成要件，亦應解爲即此意思表示。學者中雖亦有謂除意思表示外，其他如行爲之當事人及行爲之標的亦應爲一般要件者，然自理論上言之：無

行爲之當事人則意思表示決不能發生，無行爲之標的，則意思表示，亦不能構成，故標的祇可謂爲意思表示之內容，當事人祇可謂爲意思表示之發生者，不能與意思表示分離，而獨立構成一法律行爲之要件也。特別構成要件，應視其各個法律行爲之性質而定，殊不能爲劃一之論斷。例如契約行爲，除意思表示外，須雙方之一致，始能成立；寄託契約，除意思表示外，更須雙方意思表示之一致，及將其寄託物交付於對方，始能成立。此種意思表示之一致，寄託物之交付，即爲該法律行爲成立上，應具有之特殊要件也。

b 效力要件 效力要件之中，亦可分爲一般要件及特別要件二種：前者爲一般法律行爲生效上共同應具有之要件，後者爲各種法律行爲生效上各別應具有之要件。特別生效要件，因各種法律行爲性質之特異，其要件亦各不同，如遺囑以遺囑者之死亡而生效，試驗買賣，以買受人承認其試驗之標的物而生效，殊難一概而論。一般生效要件，則可大別爲下列三種：即1其行爲之標的須爲適當；2其行爲者須有行爲能力；3其意思表示之自身須無瑕疵及欠缺是也。

現行民法，關於法律行爲要件規定之方式，以法律行爲與其標的之關係，規定於第四章第一節通則中；法律行爲與行爲能力之關係，規定於同章第二節行爲能力中；法律行爲與意思表示之關係，規定於同章第三節意思能力中；故本書亦依其編列之次序，分爲下之諸項，以討論之。

第二項 法律行爲與其標的

第一目 標的之概念

標的者，爲法律行爲構成要件之意思表示，其內容所具備之事項也。一意思表示之構成，必有其內容事項之存在，故標的不能離意思表示，而獨立爲法律行爲構成之要件，固不待言。雖然，標的如不能確定，則其意思表示所欲發生之效果，即不能推知，此時其行爲之效果，實無由發生。又其標的雖已確定，而其所欲發生之效果，無發生之可能，或雖有發生之可能，而又爲法律之評價上所不容許者，則其行爲亦不能依之生效，故自行爲效力方面言之，標的與其行爲，却有至大之關係，能爲效力要件之一也。

標的與法律行爲之關係，依右所述，則第一，須有確定性；第二須有可能性，第三，須有合法性；始能爲法律行爲生效之要件。故學者亦有稱此三種性質，爲標的之適格要件者。現行民法，關於第一第二兩種要件，以其爲事實上當然應具備之性質，未於民法總則上，特別加以規定。惟於第三種要件，則於第四章第一節通則中，設有概括之明文，以下再分爲數項論述之。

第二目 標的之確定

第一 確定之意義

標的之確定者，其標的之性質、內容、範圍，可以推知之謂也。故但使有可以推知之方法，則雖於爲意思表示時，未有具體之確定，仍不害其具有確定之性質。例如買賣契約，其價金之多寡與標的物之爲何物？若無推知之方法，則其行爲，固應爲無效；反之若當事人於締結契約時，雖未有具體之確定，然依雙方之意思，尙有其推知之方法存在者，如價金依市價，標的物依第三者之指定是，此時其買賣契約，仍爲有效。又何者始能認爲已達到確定之程度，則當解釋法律之規定，及意思表示，以決定之。列如買賣契約，若爲特定物之買賣者，則固非當事人有特定其標的物之意思不可？反之若爲不特定物之買賣者，則但使當事人對於物之種類，有確定之方法，對於其物之品質，雖未加以確定，依民法二百條之規定，此時尙有補充之法規存在，亦能謂之確定也。

第二 確定之方法

標的應如何確定？首當解釋當事人之意思以定之。當事人於行爲時，有已具體確定其標的者，固無問題；反之若祇有確定方法之表示者，則亦惟依其方法，以爲確定之標準。至依其方法而亦不能確定，或對於確定方法，亦無表示者，則當依下列標準，以爲其確定之方法。

一 法律有補充規定者，此時得依法律之規定，以爲確定之標準。例如第二百零條關於種類債權，其給付物品實之確定，第二百零八條及二百一十條關於選擇債權，其選擇人之確定是也。

2 法律無補充之規定者，則當視其行為地之習慣上，有無解決之標準？如有可依據之慣行者，亦得據之以為確定方法。例如關於不動產買賣，對於居間人之報酬，若未確定者，依據北平之習慣，則出賣人當依買賣價金百分之二，買受人當依買賣價金百分之三，以定其報酬額是也。

3 法律及習慣，皆無確定之標準，而依行為時之情事，或行為之性質，可以決定者，則亦得依據之，以為確定之方法。例如買賣食品，係以供病人之用者，則當確定為良好品質之物，締結契約之際，曾聲明不能給以某種品質之物者，則當確定為某種品質以上之物是也。

第三目 標的之可能

第一 可能之意義

標的之可能者，其標的之效果，得以實現之謂也。故標的之可能與標的物之存在，當分別觀察之。有標的物存在，而其效果不得實現者，例如以全國之土地而出賣於他人是。亦有標的物不存在，而其效果得以實現者，例如以將來收穫之稻禾而出賣於他人是。又標的之可能，與標的之合法，其觀念亦不必一致。標的之可能，固多以標的之合法為條件，然亦有標的不合法而屬於可能者，例如有配偶者之重婚，在未撤銷以前，其婚姻之行為，仍屬有效，而應認為可能也。至可能之標準，如何確定，則當就下述不能之種類，分別觀察之。

1 法律上之不能 法律上之不能者，即基於法律之規定，而認為不能者是也。例如創設一法律規定外之物權，及直系血親而為婚姻之行爲是。此種不能，當然應謂為標的之不能。

2 事實上之不能 事實上之不能者，基於事實上之理論而認為不能者也。其中又可分爲下之數種。
a 自然之不能與理論之不能 前者乃基於事物之性質而當然不能者，例如與人約定摘取空間之行星是。後者乃基於社會之觀念上而認為不能者，例如與人約定撈上沈於海底之針是。此之所謂不能，當包括二者而言。

a 客觀之不能與主觀之不能 前者乃通常人居於行爲者之地位而當然不能者，例如與人約定日書百萬言是。後者乃行爲者基於自身之情事，而認為不能者，例如不識英語者，而與人約定爲英語之翻譯是。此之所謂不能，乃單指前者而言。

b 原始之不能與後發之不能 前者乃於行爲成立當時之不能，例如以已滅失之物，而與人締結買賣契約是。後者乃於行爲成立後之不能，例如已與人締結買賣契約之物，其後被焚毀是。此之所謂不能，乃指前者而言。

第二 不能之效力

標的不能者，則其效果，無由實現，故其行爲應為無效。但在契約行爲，則民法於第二百四十六

條，對之有特殊之規定。即締結契約時，其標的雖屬不能，但其不能之情形可以除去，而當事人並預期於不能之情形除去後爲給付者，其契約仍爲有效是也。又標的若爲全部不能者，固應無效；反之若爲一部不能，而除去該不能之部分，其行爲亦可成立者，則據一百一十一條之規定，其可能部分，仍能有效也。

第四目 標的之合法

第一類 標的須不違反強制或禁止規定

第一 強制及禁止規定之意義

法規因其有強行效力與否？得分爲強制法規及任意法規二種。復因其含有禁止性與否？得分爲禁止規定與許可規定二種。前者之區別，爲法律適用上，效力強弱之分類；後者之區別，爲法律本質上。評價方法之分類；故二者之觀念，不必一致。任意規定固常爲許可規定，但強制規定，則與禁止規定之範圍，不盡相當。有雖爲強制規定而非禁止規定者，例如第三十條法人不經登記，不得成立之規定是。此時不經登記，其法人即不能取得人格，固屬強制規定。然登記與否？仍爲設立人之自由，該條之規定，原非禁止設立人非爲此登記之行爲不可也，故不能謂之禁止規定。又有雖爲禁止規定而非強制規定者，例如第一百零六條代理人不得代理本人與自己爲法律行爲及不得爲雙方代

理之規定是。此時代理人若違反該條之規定，固爲法律所不容許，應屬於一種禁止規定，自不待言。但本人若加以許諾者。則其代理之行爲，仍爲有效，故不能謂之強制規定。亦有既爲禁止規定亦爲強制規定者，例如第十六條權利能力及行爲能力不得拋棄之規定是。此時其規定之本質上固含有禁止之作用，而其適用上，亦有強行之效力，故爲具有二種性質之法規。依上所述，則二者之意義及範圍，既各不同，故吾人於解釋法規之性質上，不能不分別觀察之也。

第二 違反強制或禁止規定之效力

德國民法第一三四條，規定違反禁止規定之法律行爲，無效。日本學者，解釋其民法第九十一條之規定，則多謂法律行爲違反強制規定者，依該條間接之理論，應爲無效。我國民法第七十一條，則包括禁止與強制規定，而並列舉之，凡違反此二種規定之法律行爲，皆應爲無效。蓋以禁止規定，爲法律評價上，所不許可發生之事項，而強制規定，則爲法律適用上，所應遵行之事項。以違反前者爲標的之行爲，固屬違法，以違反後者爲標的之行爲，亦當然不能生效，乃法律理論上，應有之結論，故包括德日民法之解釋，而並規定之，於立法之技術上，自不能不認爲較德日民法爲完善也。又違反強制或禁止規定之行爲，如該規定上無其他規定，原則上因本條之適用，固應視爲無效。反之如該規定中，有特別之明文，非認爲無效者，或依其立法之旨，可解釋爲有效者，則依

本條後段之規定，亦不能概謂爲無效也。例如重婚重利之規定，固屬於禁止法規。然依二百零五條及九百九十二條之規定，則此種行爲，不過債權者喪失其請求權，及利害關係人得向法院請求撤銷之而已，其行爲之自身，原非無效也。又如第三百九十二條拍賣人對於其經營之拍賣物，不得應買，亦不得使他人爲其應買之規定，固爲一種強制法規。然解釋上，如其拍賣之委任人，不願受該條之保護，而承認其所爲之買賣行爲爲有效者，則法律亦殊無強認其爲無效之必要是也。

第三 脫法行爲

脫法行爲者，以適法之手段，而達其違反禁止規定效果之行爲也。其行爲之形式上雖非違法，然其實質，則與違反禁止規定者無異。例如因規避重利之禁止，而以其利息之一部，作爲締結契約之手續費；因規避不可讓與之權利，不能爲質權標之物之禁止，而以委任之名義，委託債權人有受取其權利之利益，直至債務清償終了時止之行爲是。此種行爲，是否應與違反禁止規定者，生同一之效果？則學說之解釋上，殊不一致。就理論言：此時原非直接違背法規之行爲，謂之爲標的不合法，固屬不當。但由其標的所生之效果，既明明與法規禁止之目的相抵觸，爲維持法規之統一性計，自仍以否認其效果之存在爲當也。但此有當注意者，即其禁止規定之目的，並非在其實質上之效果，而惟在其行爲上之手段者，此時若換用其他之手段，則不能謂爲脫法行爲，而否認其行爲之成立

。例如因規避重婚之禁止，而爲納妾之行爲，因規避流質契約之禁止，而爲附有買回權之買賣行爲，此時不能援用九百九十二條或八百九十三條二項之規定，而主張其行爲之撤銷或無效也。

第二類 標的須不違反公共秩序或善良風俗

第一 公共秩序及善良風俗之意義

公共秩序者，謂社會公共生活中，應具有之健全狀態也。善良風俗者，謂社會道德觀念上，一般所表現之思想也。故二者之觀念，不必一致。有違反公共秩序，而不能認爲違反善良風俗者，例如與人約定毒殺其父兄之仇人是。亦有違反善良風俗，而不能認爲違反公共秩序者，例如與人約定爲姦通之行爲是。學者中雖亦有主張二者爲同一之觀念者，然自理論上言之：仍以區別觀察之爲當也。又違反公共秩序與善良風俗之行爲，有爲法律以強制或禁止之方式，加以明文之規定者，亦有爲法律上所未規定者。對於前者之違反，祇能謂爲強制或禁止規定之違反，對於後者之違反，始得謂爲公共秩序或善良風俗之違反。例如與人約定終身不結婚或終身不信教，乃爲使人拋棄其結婚或信教自由之行爲，因有第十七條一項之規定，應適用第七十一條而謂其無效。反之如祇約定非至四十歲不得結婚或不得信教，則此時因無具體法條之禁止，祇能解釋爲第十七條二項違反公序良俗限制他人自由之行爲，應適用第七十二條而謂其無效也。至解釋其行爲是否違反公序良俗？則當就下列

之標準，以認定之：

1 應以客觀之觀念爲標準 即其行爲是否違反公序良俗，應從社會一般觀念上以認定之，不能就審判官個人之主觀意思，或行爲人之身分，地位，思想而決定之也。故有謂公序良俗，爲審判官個人之立法，或行爲人主觀之反社會性者，實與法律認定公序良俗之本旨相違反，非正論也。

2 應以行爲時之觀念爲標準 公序良俗之觀念，時有變遷，如立法時行爲時或裁判時，社會上所認定之觀念，各有不同者，應以行爲時之觀念爲標準。例如在遜清之際，所締結不忠於清室則給以若干報酬之契約，於現在公序良俗，雖不違反，而於其行爲時之公序良俗，則爲違反。亦不能以現在立法時或裁判時之社會觀念，而承認其行爲爲有效也。

3 應以一般已實現之觀念爲標準 故如公序良俗之觀念，若祇爲社會上一部分人之理想，而未爲一般人所公認者，固不能據之以爲標準。例如非孝之理論，在現今主張之者，非無其人，然因其尙未爲社會所公認，即不能謂其爲現代公序良俗之標準。反之其理論已爲社會上一部分人所實行，而未普及於全社會者，亦不能據之以爲標準。例如在宗教之團體，雖以信仰其教義，爲其特有之秩序與道德，然在一般人如爲違反信仰其教義之行爲者，亦不能即斷定爲違反公共秩序與善良風俗之行爲也。

第二 違反公良俗之容態

違反公序良俗之行爲，應爲無效者，固以其行爲之標的，違反之者爲限。若爲動機之違反時，則通常仍不影響其行爲之效力。但其動機已表現於外者，則其欲發生之法律效果，雖非不法，而其由此效果所生之生活關係，既明明與社會之妥當性相違反，據第七十二條規定之立法旨觀之，仍應認爲不當容許爲當也。例如租賃房屋，雖其動機，在以之爲秘密賣淫之用，若未明示之時，其租賃契約，固仍爲有效，反之若以此種動機爲租賃之條件，或雖不以此爲條件，而已公表之者，則亦不能認其契約爲有效也。

第三 違反公共秩序及善良風俗之效力

法律行爲有背於公共秩序及善良風俗者，依第七十二條之規定，應爲無效。此種規定，不僅可使法律之本質，與社會實況相符合，且有概括限制私法自治原則之效力。故自實際上言：其標的是否有背於公序良俗，雖當依據當時社會之具體事實，以爲判斷。然因其無效之認定，乃根據本條之規定而來，是明文上已將此事實問題，定爲法律問題，如對其是否無效？發生爭執時，自可上訴於第三審，以求解決也。

第一 違反公平觀念之認定

給付之約定，依當時情形顯失公平者，亦爲不法。此種規定，蓋做德民第一百三十八條第二項之規定而來，蓋以違反公平之觀念，未必即與當時之善良風俗相違反，故於法律之顧全人類生活圓滿之本質上，有於第七十二條規定外，再爲本條規定之必要也，茲分述其認定之要件如次：

1 公平之觀念須於行爲當時決定之，故於行爲當時，依該行爲地客觀之認識，並不違反公平之觀念者，其後雖因經濟狀況之變遷，而致有失公平時，亦不能援用本條之規定，而主張其行爲之標的爲不法。

2 公平觀念之違反，須行爲人雙方有助成之主觀事實，即其公平觀念之違反，須基於利用對方之急迫輕率或無經驗之主觀事實而構成。故如對方無此等急迫之主觀事實，則其標的雖有失公平，不能謂爲不法；反之如對方雖有此等事實，而已方無利用之意思者，其行爲亦非不法也。

3 違反公平觀念之標的，限於財產上之給付，故以非財產之給付爲標的者，縱其契約，有失公平，亦不能爲本條之適用，反之如爲財產上之給付，則不問實際上交付與否？皆得援用本條，而排斥其行爲之效力。

第二 違反公平觀念之效力

以財產給付爲標的之法律行爲，有失公平者，據德國民法之規定，應爲無效，而我國民法則祇規定爲得以撤銷或減輕其給付，且須在審判上始得行使之。蓋就立法之理論言，此種行爲，雖爲違反社會正義之行爲，然若逕視爲無效，有時亦有過於置當事人意思於不顧之嫌。故不如使法院根據不利益方面當事者之聲請，或使其自始無效，或使其適合於公平而成爲有效之行爲爲當。又此項聲請，據民法七十四條二項之規定，尙有一定除斥期間之限制，即於行爲後經過一年，其聲請之權，即爲消滅是也。

第三項 法律行爲與行爲能力

第一 無行爲能力人所爲之行爲

無行爲能力人，爲未滿七歲之未成年人及禁治產者，其意義已於第二章第二節第三款中述之。此等人所爲或所受之意思表示，據第七十五條前款之規定，應爲無效。故法律行爲，應以行爲人無無行爲能力之事實，爲其生效要件之一，自不待言。又此項法條，爲強行規定，不許當事人之任意違反。即法定代理人，對於其意思表示，加以允許承認；或其行爲之效果，於無行爲能力人有莫大之利益，及爲其日常生活上所必需者，亦不能使之生效也。惟無行爲能力人，既不能爲法律上有效之行爲，則法律不能不設一補充機關，以代理之。故民法第七十六條復規定，其意思表示，由法定代

理人代爲或代受之，特法定代理人爲代理行爲時，依親屬編之規定，尙有相當之限制耳（參照民法一一〇一條一、〇二條及一一一三條）。

第二 無意思能力人之行爲

意思表示，以有意思能力爲要素，始能構成。在無意識或精神錯亂中所爲之意思表示，根本即不能謂爲法律上之意思表示，故此時應解釋爲欠缺構成要件之事實，不僅爲欠缺生效要件之事實而已。我民法第七十五條，雖做德民一〇五條之規定，以之與無行爲能力人並列規定，亦以其意思表示爲無效，然自法理上言之：此二種事實欠缺之效果，其性質實不一致也。

第三 限制行爲能力人之行爲

已滿七歲而未結婚人之未成年人，爲限制行爲能力人，其意義亦已於行爲能力節中述之。據民法七十七條以下之規定，此等人所爲或所受之意思表示，原則上應得其法定代理人之允許（七十七條前段）。否則在單獨行爲，當爲無效（七十八條）；在契約行爲，則事後非經法定代理人之承認（七十九條），或其限制原因消滅後自己之承認者（八十一條一項）亦不能生效。故限制行爲能力人之法律行爲，原則上以具有此等補助行爲爲要件，始能發生效力也。以下析言如左：

1 允許與承認之性質 允許與承認，同爲欲發生限制行爲能力人得自爲或自受意思表示效果之補助

行爲。故 a 其行爲所發生之法律效果，既因行爲人之欲望表示而生，則其應爲法律行爲，自不待言。b 其行爲祇含有補充他法律行爲之效力，與他行爲間，並無主從之關係，故不能誤認爲附隨他行爲而生之從屬行爲。c 其行爲雖祇因一方之意思表示而生效力，但因有特定之相對人爲其行爲之對象，故應解爲有相對人之單獨行爲。d 此種行爲，依民法之規定，並不以履行一定之方式爲必要，故應爲不要式行爲。

2 允許與承認之區別 允許與承認，雖如上述，同其性質，但二者尙有其區別之點存在。即 a 允許須由法定代理人爲之，而承認則亦有爲行爲人自己爲之者。b 允許爲行爲前之同意，而承認則爲行爲後之同意。c 允許能使限制行爲能力人一切法律行爲有效，而承認祇能使其契約行爲生效。d 允許在限制行爲能力人行爲前，得撤回之，而承認則不能行使此項撤回權。

3 允許與承認之效果 允許與承認，有補助限制行爲能力人有效行爲之效果，徵諸上文，已甚明瞭。至其效果發生之時期，據一百一十五條之規定，雖爲事後之承認，亦應溯及限制行爲能力人行爲時生效，自不待言。又此時其須待承認之行爲，並非附有條件之行爲，亦不能解爲得適用九十九條以下之規定也。

4 相對人之保護 法律對於限制行爲能力人，設此允許與承認之制度，於保護限制行爲能力人方面

，固極周全。但其行爲之相對人，則常因之處於不確定之地位，爲期立法之公允，及交易之安全起見，對於相對人之利益，亦不能棄置不顧。故民法於八十條至八十三條，特設有左列保護之方法，分述如次：

a 確答承認之催告 即限制行爲能力人，未得法定代理人之允許，訂立契約者，其相對人得行使此項催告權，催告其是否爲承認之確答也。其行使之方法，有向法定代理人催告者，亦有於限制原因消滅後，向本人爲之者。但以定有一個月以上之期限爲要件，否則其催告應爲無效。至受催告人若確答承認者，則其契約，自始即爲有效，若於其所定期限內，不爲確答者，則視爲拒絕承認，其契約亦即自始不生效力也。

b 契約行爲之撤回 即限制行爲能力人，所訂立之契約，未經承認前，如相對人於締約之際，不知其有未得允許之情事者，得行使其撤回權，以撤回其契約之要約或承諾也。其行使之方法，在限制原因未消滅以前，應向法定代理人爲之，在限制原因消滅以後，則應向本人爲之。又其撤回發生效力時，則其契約，即歸消滅，自不待言也。

c 拒絕承認之剝奪 此即限制行爲能力人，用詐術使人信其爲有行爲能力人，或已得法定代理人之允許時，則不問其所爲之行爲，爲契約或單獨行爲，皆應令其有效，不能再主張拒絕承認是也。

。蓋法律之創設此種承認制度者，為保護限制行為能力人之利益，今限制行為能力人，既有此詐欺之行爲，則法律自無保護之必要。又所謂詐欺者，必有積極詐欺手段之存在，僅以消極之態度，或空泛之言語，詐騙對方者，尙不能主張本條之效力也。

如右所述，限制行為能力人之行爲，應經允許或承認，始能有效，固爲原則，但若爲限制能力人單純有利益之行爲，或爲其智能相當之行爲，則殊無再爲此種限制之必要，故民法對此，復設有左列之例外規定焉。

a 純獲法律上利益之行爲 即其行爲之利益效果，專屬於限制能力人方面享受之謂也。如單純贈與之承諾，債務免除之接受等是。此種行爲，既於限制行為能力人專有利益而無其他損害，故自應使其得獨斷爲之。

b 日常生活所必需之行爲 何者爲日常生活必需之行爲，應依限制行為能力人之年齡身分，及社會一般之觀念以定之。此種行爲，若皆須經法定代理人之允許，亦非保護限制行為能力人之道，故亦應許其得獨自爲之。

c 允許處分財產時對於其財產之行爲 此時其法定代理人，既已信任限制行為能力人，有處分其一部財產之智能，加以概括之允許。則限制行為能力人，在其允許之範圍內，所爲之處分行爲，

自應認爲完全有效。又依法律之規定，既得爲處分行爲，則對其他管理，保存，改良等行爲，能單獨爲之，更不待言也。

d 允許營業時對於營業之行爲 所謂營業者，即指以營利爲目的之一切事業而言也。據民法之規定。對於其種類並無限制又其爲單獨經營或合同經營，抑係新設營業或繼續營業，亦非所問，苟法定代理人允許限制行爲能力人獨立經營者，關於其營業之一切行爲，即完全有行爲能力。此蓋以法定代理人，既已斟酌限制行爲能力人之才能景況，加以允許，若於其經營之中，又對其行爲，須一一徵求其同意，則不特阻碍其營業事務之進行，且亦有碍交易之安全。故法律此時，直視其允許之行爲，有擴充限制行爲能力人能力之效果焉。但其營業後，如據客觀觀察，有不勝營業之時，則法定代理人亦得加以撤銷或限制之。所謂撤銷者，即對於從前之允許，使其自撤銷之意思表示後，完全失其效力之謂也。此與一般之撤銷不同，祇能向將來發生效力。允許一經撤銷，關於其營業之行爲，即與通常之行爲同，非得法定代理人之允許承認，不得爲之。又所謂限制者，即對於從前之允許，使其自限制之意思表示後，喪失其一部效力之謂也。例如從前允許其經營數種之營業，而今則僅限於爲一種之營業是。限制亦無溯及效力。限制後，限制行爲能力人，惟在其限制之範圍內，有行爲能力而已。

第四項 法律行為與意思表示

第一目 意思表示之本質

意思表示者，以欲望發生私法上之一定效果之意思，而表示於外部之行爲也。故其成立要素，可分效果意思，表示意思及表示行爲三點，以說明之。以下析言如次：

1 效果意思 效果意思者，對於法律效果，而事實上有欲望發生之意思也。其欲望之意思，雖不必先有法律上之認識，然其效果，則必爲法律上所認知者，始能謂之效果意思。例如與人約定爲其處理某項事務，行爲者雖不知法律上有委任效果之存在，亦能謂爲有發生此項法律效果之意思；反之如與人約定爲散步之行爲，則行爲者，雖亦有發生散步效果之意思，然因此非法關係內所認知之效果，即不能謂其意思爲效果意思也。又效果意思，雖亦爲內部之心理作用，然因其能直接以法律效果，爲其心理之對象，故與他種心理作用，如認識，感情，事實上效果之欲望表示等，亦各不同，則前於法律事實中，已述及之矣。

2 表示意思 表示意思者，對於表示行爲，有認識之意思也。其中有爲表示自身之認識者，亦有爲表示內容之認識者，前者如無此認識意思之存在，其表示行爲，根本不能成立。例如戲書一致友人之買賣要約書，置於棹上，僕役不知，誤認爲真之要約書而發出是。此時行爲者，對於其行

爲之表示自身，既無認識，卽不能謂爲要約之行爲是。後者如無此認識意思之存在，則其表示行爲，亦能成立，不過其效力上，得發生撤銷之問題而已。例如以甲物贈人，而誤表示以乙物贈之，此時祇爲表示內容之不認識，其贈與行爲，仍能有效成立是。

3 表示行爲 表示行爲者，其表示之外形上，足以推測其內部意思之行爲也。表示行爲，既爲一種行爲，故必本於行爲者意識之作用，始能發生。又表示行爲既爲推知內部意思之行爲，則必表示之外形上，有足以推知之價值始可。故如內心之意思爲借貸，而外部表示爲贈與，則其內心欲望之借貸效果，因其行爲之表示上，不能推知固不能發生。反之其外部表示之贈與效果，是否亦能發生？自理論上言：此時既與內部所欲望之效果，不相一致，則無內部效果意思之存在，應認其表示行爲，不能生效爲當。但我民法因其內心與外部所欲望之效果，一致與否？客觀上恒不易推測，故爲保護交易之安全起見，例外上尙認其爲有效之意思表示也。其詳俟後論之。

第二目 意思表示之方法

意思表示，爲表示行爲，已如前述。至其表示之方法如何？則可分爲次之二項述之：

1 須具備一定之方式者 即依法律之規定或當事人之約定，其行爲之表示，非履行一定之方式，原則上不能認爲有效之意思表示是也。其依法律之規定，定其方式者，謂之法定方式，例如

不動產物權之移轉設定，須履行七百六十條規定之方式，遺囑之成立，須依一一八九條規定之方式是。其依當事人之約定，定其方式者，謂之約定方式。例如當事人締結一買賣契約，而定爲非立有字據，不能成立是。違反法定方式者，據七十三條之規定，其所構成之法律行爲，應爲無效，但法律另有規定者，不在此限。違反約定方式者，據一六六條之規定，其所締結之契約，亦原則上推定爲未成立，特當事人如能另舉反證，證明其最初約定之無效，足以推翻此推定之効力者，亦能認爲有效成立也。

2 不須具備一定方式者 即其行爲之表示，祇須足以推知其內部之效果意思，不必依據一定之方式，亦足認爲有效之意思表示也。通常之意思表示，皆屬此種。至是否足以推知其內部之效果意思，當依客觀上具體之情形決之。明示與默示，皆有同一之効力，但單純之緘默，則除法律另有規定，或當事人另有約定外，通常不能認爲意思表示之方法。

第三目 意思表示之種類

第一 獨立之意思表示及非獨立之意思表示

獨立之意思表示者，不待他之意思表示，而能獨立構成一法律行爲之意思表示也。例如所有權之拋棄，債務之免除等行爲是。反是謂之非獨立之意思表示，例如契約之行爲，必須具有要約與承諾

二個之意思表示，始能構成者是。

第二 有相對人之意思表示及無相對人之意思表示

有相對人之意思表示者，須有相對人始成立之意思表示也。例如允許，承認，撤銷，要約及承諾等意思表示是。反是謂之無相對人之意思表示，例如遺囑，法人設立行爲，社員總會之決議等意思表示是。

第三 對於特定人之意思表示及對於不特定人之意思表示

對於特定人之意思表示者，其相對人必爲特定人之意思表示也。例如允許承認撤銷，通常之要約或承諾行爲等是。反是則謂之對於不特定人之意思表示，例如以標定賣價方法或以自動機販賣方法所爲之要約是。

第四 直接之意思表示及間接之意思表示

直接之意思表示者，由行爲人自身之行爲所爲之意思表示也，例如由本人或代理人之口頭或文書所爲之意思表示是。反是若參以他人之行爲者，則謂之間接之意思表示，例如依使用人，翻譯人，或其他傳達機關等所爲之意思表示是。

第五 明示之意思表示及默示之意思表示

明示之意思表示者，以一般人或其相對人得直接推知其行為意思之方法，所為之意思表示也。例如明言出賣某物或買受某物之要約承諾是。反是若須斟酌周圍情事，始得推知其表示之存在者，謂之默示之意思表示。例如現實買賣中所包含之要約或承諾是。

第四目 有瑕疵或欠缺之意思表示

第一類 意思與表示之不一致

第一 概說

意思與表示不一致時，其影響於其行為之效力如何。則歷來學說上之見解，殊不一致，有謂此時當尊重行為人之真實意思，而應視為無效者，是為意思說；有謂此時當注意交易上之安全，而應視為有效者，是為表示說；亦有謂此時當斟酌行為人與相對人或第三者之情況，而分別認定其有效或無效者，是為折衷說。就我民法第八十六條至九十一條之規定觀之，蓋亦如德日民法之例，採取第三說者也。依民法規定，此種不一致之態樣，約分四種？即1 真意保留；2 虛偽表示；3 錯誤；4 傳達之不實是也。以下分述如次：

第二 真意保留

真意保留者，表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為之意思表示也。（八十六條上段）其成

立之要件，得析述如次：

1 須有外部效果意思之存在 故如由其表示行爲上，不足以推知其外部效果意思之所在，或雖足以推知，而其意思之非真實，爲一般人所明曉者，則不生真意保留之問題。

2 須爲表示時之不一致 故如表示時，內心原有此種效果意思之存在，其後因心理之變遷，始生無欲爲此意思表示所拘束之意思者，亦不能謂之真意保留。

3 須其不一致爲表意人所明知 故若爲無意識之表示，或內容錯誤之表示，亦非此之真意保留。至苟係表意人所明知，則不問其動機若何？及對於他人有預期其明知之意思與否？皆於本行爲之構成無碍。

4 須與相對人無通謀之事實 否則祇能構成八十七條之虛僞表示，不能視爲此之行爲。

具備上述要件，其真意保留，即爲成立。據民法八十六條後段之規定，此種行爲，並不能以其非真意之表示而無效，必其非真意之事實，已爲相對人所明知者，於相對人無保護之必要時，始得認爲無效，立法之意旨，蓋完全偏重於保護交易上之安全也。故依此規定，則解釋上對於左列各點，有不可不注意者，即：

1 所謂相對人之明知者，指事實上已明白知曉其非真意而言，故若爲可得而知之情形，尙不應包

括在內。民法關於此點之規定，蓋倣德民而來，與日民之立法不同（參照德民一一六條日民九十三條）。自法理言：此時相對人對於其行為上，原不負何等注意之義務，故若科以過失之責任，殊為失當，比較上自以我國民法及德民之規定為善也。

2 此時舉證之責，應解為主張有效者，祇以證明其有此表示行為為足；主張無效者，則對於真意保留及相對人明知之事實，皆有證明之責任，蓋以其為自己免責之條件也。

3 本條之規定，既完全在保護交易上之安全，故雖為無相對人之行為，若因其行為而有影響於善意第三人者，亦應解為不得對抗為當。

4 真意保留之意思表示，如隱藏他項法律行為者，其真意保留之意思表示，雖為無效，而其隱藏行為，若於成立要件及有效要件，均無欠缺時，仍應參照八十七條二項之法理，認為有效。

第三 虛偽表示

虛偽表示者，表意人與相對人通謀所為之非真意之意思表示也（八十七條上段）。其與真意保留之不同者，惟在於表意人與相對人有通謀事實之一點耳。故其構成要件，除應具備真意保留中所述1至3款之要件外，對於次述要件，亦應具備。

1 須爲有相對人之意思表示 故若爲無相對人之意思表示，則不能構成本條之虛僞表示，自不待言。

2 須有通謀之事實 所謂通謀，即表意人與相對人間，對於其虛僞之表示，須有意思合致之事實也。故雖爲相對人所明知，而彼此間無合意者，亦祇能謂爲真意保留，不能謂爲此之虛僞表示。反之苟有此種通謀之事實，則不問雙方之動機若何？皆於本行爲之構成無碍。

3 須完全無欲使之發生法律效果之意思 所謂完全無欲使之發生法律效果之意思者，即其意思表示之對內對外，皆不欲使之發生法律效果之謂也。故如當事人間對外仍有使之發生效力之意思，僅對內限制其效力之行使，如所謂信託行爲者，亦非虛僞表示。

虛僞表示，其效力若何？據德民之規定，認爲絕對無效（參照德民一一七條一項）：我民法則倣日民之現定（參照日民九四條），因對於當事人間與對於第三者，而異其效力，茲分述如次：

1 對於當事者間，絕對無效，故不論當事者之何方，皆不能爲有效之主張，又即令善意第三人對之主張有效時，在當事人間，亦爲無效。

2 對於第三者，則因其爲善意與否？而其效果，不相一致。即對於善意之第三者，其意思表示，仍爲有效，對於惡意之第三者，則當事人得以其無效之主張對抗之。所謂第三者，指當事人及其一般

繼承人以外之人而言，所謂善意與惡意者則指其對於表示虛偽事實之知與不知而言。至其知與不知之時期，其標準如何？則法律對之，雖未設有規定，然自法理上言：本條之意旨，既在保護交易之安全及第三者之利益而設，自應解爲以第三者與其虛偽表示發生利害關係之時爲準也。又所謂不得對抗善意第三者，乃指善意第三者，主張有效時，不得對抗之之謂。若善意第三者，不爲有效之主張時，自不生對抗與否之問題，故學者間雖有謂對於善意第三人，概爲無效者，非正論也。

虛偽表示，而隱藏他項法律行爲者，其虛偽表示自身之效力，雖如上述，在當事人間，應作無效。然其隱藏之他項法律行爲，是否有效？則學者間之議論，尙不一致。我民法於八十七條第二項，倣德瑞民法之先例（參照德民三一七條二項瑞債一八條一項），以明文定爲適用關於該項法律行爲之規定，是此種隱藏行爲，如其自身已具備法律行爲成立及有效之要件者，仍爲有效之法律行爲也。

第三 錯誤

錯誤者 認識與對象相齟齬，即觀念與事實不一致之謂也。例如鍍金之錶，而誤認爲純金之錶，債務之承擔，而誤認爲債務之保證是。錯誤以有認識爲前提，特因其認識之不正確 斯謂之錯誤，故與完全無認識之存在，所謂不知者不同；但我民法倣德民之一一九條一項我國民

法八十八條一項），對此二者，並無區別，認爲有同一之效果。又認識之對象，有爲法律上之事物者，亦有爲事實上之事物者。對於前者與認識不一致時，謂之法律之錯誤，對於後者與認識不一致時，謂之事實之錯誤。二者之性質，雖各不相同；但我民法上，亦未設有差異之區別，故解釋上應認爲得以發生同一之效果。有錯誤之意思表示，亦爲意思與表示之不一致，特其不一致之現像，爲表意人不正確之認識所發生，故與上述之真意保留及虛僞表示有別，此民法之所以於二者外，又復設八十八條之規定也。茲將意思表示錯誤之態樣，析述如左：

1 動機之錯誤 動機之錯誤者即爲其意思表示之緣由，有錯誤之謂也。例如誤信其爲品學優良之學生，而給以學資之補助，實則其人爲不良之青年，誤信某畫工之作品爲傑作，而購買之，實則爲惡劣之作品是。此種錯誤原則上於其意思表示之效力，不生影響，蓋以動機，爲存於表意人內部之緣由，客觀上不易推知，若因其有錯誤，而足以影響意思表示之自身，則殊有害於交易上之安全也。特其動機之錯誤，由於他人之詐欺行爲所致者，則此時當據九十二條之規定辦理，亦生影響於意思表示效力之問題。又其動機若以之作爲意思表示內容之一部者，此時如有錯誤，則應歸納於下述內容之錯誤中，以爲解釋也。

2 內容之錯誤 內容之錯誤者，即意思表示之效果意思上，有認識之錯誤之謂也。何者爲其效果

意思之所在，當就各種法律行為及表意人之意思以認定之，茲略舉其決定時之重要標準如次：

a 法律行為性質之錯誤 例如誤認借貸為租賃，誤認買賣為贈與是，如有此種錯誤，其法律效果即將因之變更，故自應認為內容之錯誤。

b 標的物之錯誤 標的物之錯誤，有為標的物本身之錯誤者，例如誤認甲物為乙物是，有為標的物數量之錯誤者，例如誤認千元為百元千石為百石是，有為標的物性質之錯誤者，例如誤認偽物為真物是，有為標的物履行手續之錯誤者，例如關於履行地或履行時之錯誤是。標的物之本身及數量，為意思表示中，必須確定之事項，不確定時，其行為不能生效，故關於其確定上之錯誤，自應為內容之錯誤；標的物之性質及履行手續，則非意思表示中，必須確定之事項，故除表意人以之為意思表示之構成要素外，關於此種事項之錯誤，原不能謂之內容之錯誤。但在標的物性質之錯誤，雖非表意人以之為構成要素者，據民法八十八條二項之規定，若交易上認為重要者，亦認為內容之錯誤。

c 當事人之錯誤 當事人之錯誤，亦有二種。有屬於當事人本身之錯誤者，例如誤認甲為乙是。當事人為行為之主體，非意思表示之內容，其錯誤自不能謂之內容之錯誤，但表意人以特定當事人為其意思表示之構成要素，或該法律行為特別注重個人時，則得認為內容之錯誤。

亦有屬於當事人資格之錯誤者，例如誤認日本人爲中國人是。當事人之資格，苟表意人不以之爲意思表示構成之要素時，則其錯誤，自亦不能謂之內容之錯誤，但據民法第八十八條二項之規定，其錯誤若交易上認爲重要者，亦得與標的物性質之錯誤同視，應視爲意思表示內容之錯誤。

3 表示之錯誤 表示之錯誤者，即其意思表示之表示行爲上，有錯誤之謂也。此種錯誤，與上述內容之錯誤不同，蓋上述內容之錯誤，乃指其內容認定之錯誤而言，此之所謂錯誤，則並非其內容認定有錯誤，乃其表示行爲上有錯誤也。例如繕寫之誤，言詞之誤是。此時表意人既不知其錯誤之情事，而爲此非真意之表示行爲，則自應與內容認定之錯誤同視，故據民法八十八條一項之規定，此種錯誤，與意思表示內容之錯誤，生同一之效力。

關於內容及表示之錯誤，據民法之規定，表意人得將其意思表示撤銷之。此種規定，蓋做德民之立法例而來（參照德國民法一一九條），與日本民法之採取無效主義（參照日本民法九五條）及法國民法之採取無效兼撤銷主義（參照法國民法一一〇九條一一一〇條一一一七條）者不同，就法律效果定上之易使他人明瞭及保護相對人及第三者計，自以我民法及德民之立法爲當也。又此種撤銷權行之使，據民法之規定，尚須具備二種要件，即第一，須表意人對於其錯誤或不知，爲無過失

者（八十八條但書）第二，須自其意思表示後，一年之內行使之（九十條）是。故若爲有過失者，則不問其爲輕過失抑重大過失，皆不能行使此項權利，反之若爲無過失者，則其權利因經過此一年之除斥期間，亦歸於消滅也。至民法總則編施行前所存在之此項權利，則據民法總則施行法第十七條之規定，其經過期間之算定，應準用該法第十六條之規定，即此項期間，如已經過，或尚有殘餘者，應自施行之日起，一年內行使之，但其期間經過後，至施行時，已逾半年者，則不在此限耳。意思表示因有上述之錯誤原因，固得加以撤銷，但對於信其意思表示爲有效，而受損害之相對人或第三人，亦不得不予以保護，故第九十一條復明定除受害人對其撤銷之原因，爲明知或可得而知，有此主觀之故意過失存在者外，表意人對之尙應負賠償之責任也。

第五 傳達不實

傳達不實者，即意思表示，因傳達人或傳達機關以表示時，而因其誤傳，致爲非真意之表示是也。其構成之要件，可分述如次：

1 其傳達之意思表示，須表意人有表示意思之存在，否則爲意思表示不構成之問題，非此之所謂傳達不實。

2 其傳達之意思表示，須因其傳達行爲而始構成，若爲傳達已成立之意思表示，而有錯誤者，亦

不得謂爲此之傳達不實。

§ 其不實之事實，須由傳達之表示行爲而構成，至傳達者，對於其誤傳之構成上，有無故意過失之存在，則非所問。

具備上述要件而構成之傳達不實，據民法之規定，其效果與錯誤相同。即表意人除於其誤傳上，亦有過失存在者外，得據八十九條之規定，比照錯誤之規定撤銷其意思表示。又其撤銷權之除斥期間，及撤銷後對於善意之相對人或第三人，應負之損害賠償責任，據民法九十條九十一條及民法總則施行法十七條之規定，亦與錯誤相同，此可參看錯誤之說明，不再贅述。

第二類 意思表示之不自由

第一 概說

意思表示之不自由者，因他人不正當之干涉，所爲之意思表示之謂也。表示行爲之動機，固以不影響於其行爲之效力爲原則。然基於他人不正當之干涉，致表意人失其自由，而決定效果意思者，如仍認其行爲，爲絕對有效，不使表意人有一救濟之道，對於表意人，未免失之過苛，反與干涉者，以不當之利益，此法律所以許因被詐欺或被脅迫而爲意思表示者，得撤銷其意思表示也。又詐欺或脅迫之行爲，有時能發生刑事上之效果，有時亦能發生民事上侵權行爲之效果，而此之所撤銷之

效果者，則爲民法總則第九十二條規定之問題，其成立之要件，與法律上保護之目的，與前之二者，不必盡同。故一個詐欺或脅迫之行爲，雖有時能發生此三種效果，而其認定之標準，則各有不同，此不能不注意者也。

第二 因詐欺而爲之意思表示

詐欺者，表示虛僞事實，而使他人陷於錯誤之故意行爲也。其因此行爲，而致於錯誤以爲意思表示者，則謂之因詐欺而爲之意思表示。茲述其構成要件如次：

1 須有詐欺意思 詐欺意思者，即詐欺者，須有使他人陷於錯誤，且因之以爲意思表示之故意存在也。故對於虛僞事實之表示，自己不知其爲虛僞，或其虛僞與否？尙不能決定者，則他人雖因之陷於錯誤，而自己並無使他人陷於錯誤之故意，尙不謂之詐欺，又雖明知其爲虛僞之事實而表示，有使人陷於錯誤之故意，然並無使他人因之爲意思表示之故意者，如新聞記者，捏造記事之類，亦不能謂之詐欺。詐欺意思，以具備此二種故意爲足，至詐欺者，是否尙有其他惡意之存在？可以不問。故刑法上因詐欺而構成之犯罪，雖以須意圖取得財產上利益爲要件，侵權行爲上因詐欺而成立之損害賠償，雖以侵害他人之權利爲要件，而此則不然，雖無此等惡意，而在使表意人取得利益者，亦能成立詐欺也。

2 須有詐欺行爲 即以非真實之事實，而作爲真實以表示之行爲也。其表示之方法，並無限制，不論其爲言語或文字，亦不論其爲明示或默示均可。但單純之緘默，則應以依法律，契約或交易之習慣上，負告知真實之義務者，故意不告知，而爲此消極之表示時，始能謂之詐欺行爲。至其表示之虛僞事實，是否係由詐欺者之故意捏造，抑係對於真實事實之隱匿或變更，所爲之表示，俱可不問。惟詐欺，以關於客觀事實之表示爲必要，若係表示主觀之意見時，則雖爲虛僞者，亦不能構成此之詐欺行爲。特其虛僞意見之表示，若客觀上認爲當事者有以之與事實同視之觀念存在，或與交易上之誠實信用原則，過於違反者，據現今一般之通說，亦認其爲詐欺行爲。又此種行爲，其發生之撤銷效果，並非根據行爲者之欲望意思而生，故非法律行爲，從之關於行爲能力之規定，對於詐欺行爲者，亦不能適用，但既曰行爲，自應與一般行爲同視，於其行爲時，不可不具有事實上之意思能力也。

3 須有因詐欺而生錯誤之意思表示 雖有詐欺行爲之存在，而他人並未因之而生錯誤，或雖因之生有錯誤，而並未基於其錯誤以爲意思表示者，亦不能構成此之詐欺，蓋以第九十二條之規定，須有被詐欺而爲意思表示者，始生詐欺之問題也。故詐欺與表意人之錯誤，及其錯誤與意思表示上，均非有因果關係之存在不可，至其錯誤之是否爲行爲動機之錯誤，抑爲表示內容之錯誤，則

可不問也。

因詐欺而爲之意思表示，其效果如何？據第九十二條之規定，可分爲下之二段論之。

1 對於相對人之效力，因其詐欺之是否係相對人所爲，而其效果不同。係相對人所爲者，表意人得撤銷其意思表示，如係第三人所爲者，則以相對人明知其事實，或可得而知者爲限，始得撤銷之。蓋以其相對人如爲善意之時，則亦應加以保護，不能單因表意人一方之詐欺事由，而使其受撤銷之效果也。但表意人之錯誤，如爲意思表示內容之錯誤，且自己並無過失存在者，則仍得援用第八十八條之規定，以主張撤銷，自不待言。

2 對於第三人之效力，亦因其第三人之爲善意與否？而其效果不同。第三人係惡意者，即對於其意思表示之因詐欺而爲之事實，明知之者，表意人得以對於相對人撤銷之行爲對抗之。反之如第三人係善意者，則法律爲保護交易之安全計，不許表意人以其撤銷行爲對抗之，故此時其意思表示，對於此等第三人，尙應認爲有效也。

因詐欺而生之撤銷權，據民法第九十三條之規定，亦有一定除斥期間之存在。即表意人行使此項權利者，應於發見詐欺後，一年內爲之，又雖未發見，而自其意思表示後，已經過十年者，無論如何不得再行使之。蓋以法律關係，久不確定，實有害於交易之安全，故應由法律上設此期間以

限制之也。至民法總則編施行前存在之此項權利，據民法總則施行法第十七條之規定，其經過期間，應準用該法第十六條之規定。即此項期間，未經過者，依民法九十三條之規定計算；如已經過，或尚有殘餘期間而不足一年者，應自施行日起，一年內行使之，但其期間經過後，至施行時，已逾九十三條所定期間二分之一者，則不在此限耳。

第三 因脅迫而爲之意思表示

脅迫者，表示不當之危害，而使他人發生恐懼之故意行爲也。其因此行爲，而致於恐懼以爲意思表示者，則謂之因脅迫而爲之意思表示。茲析述其構成要件如次：

1 須有脅迫意思 脅迫意思者，即脅迫者，須有使他人發生恐懼，且因之以爲意思表示之故意存在也。此與詐欺相同，亦必須有此二重之故意存在，始能構成脅迫。故其危害之表示，並非在使他人人生有恐懼而爲之者，如以新奇之趣旨，而爲謠言之傳播等，不能謂之脅迫。又雖有使他人人生有恐懼之故意，而並無使他人因之爲意思表示之故意者，如以戲弄之目的，而向他人爲空言恫嚇之類，亦不能謂之脅迫。具有此二種故意，其脅迫意思 即爲構成，至是否有其他惡意之存在？及脅迫之結果，其利益應歸屬於何人？均可不問。又此二種故意，不必同時存在，即最初祇在使人恐懼，其後始生使其因此恐懼而爲意思表示之故意者，亦得謂爲脅迫也。

2 須有脅迫行爲 即須有表示不當之危害之行爲也。其表示之方法，亦無限制，不論其爲言語，文字或其他行爲均可。消極之不作爲，例如他人已陷於危害，而不爲解救之者，是否能構成脅迫？學說上亦甚有爭論。有謂其危害雖已發生，然因其不作爲之結果，將使其危害繼續存在，是與新加以危害無異，應謂爲脅迫者。有謂此時若有排除其危害之義務，而不爲之排除，則此種違反義務之不作爲，即應與脅迫同視者。亦有謂他人之危害，須新由此不作爲而發生，始能謂其爲脅迫者。據我民法之解釋，則應以第三說爲當。蓋苟他人之恐懼心，非新由此不作爲而發生，則不過爲利用他人危害而爲之行爲，並不能謂爲新自由行爲者，造成之危害行爲，此時應依七十四條之規定辦理，不屬於此之脅迫之問題。又即爲有排除之義務者，其不作爲雖爲違反義務，然其使他人危害之繼續行爲，亦不能謂爲新創設之危害行爲，其因之使他人爲意思表示者，乃七十二條違反公序良俗之問題，不能謂爲此之脅迫。故就九十二條適用之本旨言，必須其危害乃新由此不作爲創設者，始能謂爲脅迫也。至危害之種類，及被其危害者，應屬於何人？危害之程度如何？是否應爲現在急迫之危害？在他之立法例，雖亦有附以相當限制之規定者（參照法民一一一三條瑞債三〇條），但我民法上，則並無何等限制之明文存在，故解釋上，但使其爲危害之行爲，不問其所危害者，爲何種之法益，其應受此危害者，與表意人之關係若何，是否爲重大之危害，及現在

不可避免之危害，皆能成立此之脅迫行爲也。特既曰脅迫，則必有其違法性之存在，苟其行爲，並非違反法律之規定，或公序良俗者，如債權人向債務人表示，不還債則將訴之法院之類，不能謂其此種表示爲脅迫也。又但使其行爲有違法性之存在，則不問其行爲本身之不法，或其行爲所希圖之目的之不法，皆能構成此之脅迫。所謂行爲本身之不法者，例如甲與乙本有婚約之存在，今甲爲達婚姻之目的，向乙表示不結婚，則將殺害其父母，是此時其欲發生之目的，並非不法。特其欲達此目的之行爲本身，則爲不法是。所謂行爲之目的不法者，例如甲向乙要求締結婚約，謂若不認允者，則將告發其所犯之刑事罪，是此時其表示告發之行爲，原爲刑訴法所認許，不能謂之不法，特欲藉此行爲以達其婚約成就之目的，則爲不法是。苟此二者之中，有一不法者，據現今之通說，皆認爲均能構成脅迫也。至此種脅迫行爲，雖亦爲行爲之一；但其所發生之撤銷效果，並非根據行爲者之欲望意思而生，故與詐欺同，亦非法律行爲，祇以行爲時，有事實上之意思能力即足，並不以具有行爲能力爲要件。

3 須有因危害而生恐懼之意思表示 雖有危害行爲之存在，而他人並未因之生有恐懼，或雖因之生有恐懼，而並未基於其恐懼以爲意思表示者，亦不能構成此之脅迫。故危害與表意人恐懼之發生，及其恐懼與意思表示上，均非有因果關係之存在不可，此點蓋亦與詐欺相同。特其恐懼之結

果，須不致完全喪失其判斷能力，否則所表示之意思表示，乃為無意識之表示行為，應屬於意思表示本身不能構成之問題。不能為本條之適用也。

因脅迫而為之意思表示，其效力若何？據第九十二條之規定，亦認為表意人得撤銷其意思表示。特此與詐欺不同者，即不問其相對人或第三者，是否善意？皆能行使此項權利，或主張此種撤銷之事實，以對抗之是也。又此種撤銷權之行使，民法亦於九十三條中，與欺詐同設有除斥期間之規定，即應於脅迫終止後，一年內為之是也。至民法總則編施行前所存在之此項權利，亦應依據總則施行法第十七條準用同法第十六條之規定。

第五目 意思表示之生效時期

第一 概說

意思表示之構成要件與生效要件，不必一致，有雖經成立而不能生效者，亦有成立後須經相當之時日始能生效者，故意思表示之能生效與否？原則上須視其效力要件之是否具備以定之。關於意思表示具有特別生效要件者，法律上常以其要件具備之時，為其效力發生之時，例如遺囑以遺囑者死亡之時為生效之時（民法一一九九條），使用借貸及消費借貸，以其借用物交付之時為生效之時（民法四六五條四七五條）。此皆各有其特殊規定之存在，固可按其規定以認定之。反之不必具有特

別生效要件者，應以何時爲其生效之時？則於民法總則中，有研究之必要。就理論言，此種意思表示，苟已具備一般生效要件而成立時，原應以其成立之時，即爲其生效之時爲當，但在有特定之相對人存在者，則法律爲顧及其相對人之利益計，亦有其特殊規定之必要。故我民法關於此點，特設有九十四條至九十七條之規定，茲分述如次：

第一 向對話人爲意思表示之生效時期

對話人者，表意人能向之直接傳達意思，且其自身復居於即時了解地位之相對人也。苟在此種狀態之下，以爲意思表示者，不問其空間之距離若何？傳達之方法如何？皆能謂之向對話人之意思表示，例如直接對話，以電話交談，用暗號表示，使傳達人口傳等皆是。此種意思表示，據民法之規定，不以其表示之時，爲生效之時，而以相對人了解之時，爲生效之時，故表示後而對方未了解者，尙不能謂其效力已發生也。又其不了解之事實，不問相對人是否有故意過失之存在？皆不能使其意思表示之效力發生，至舉證之責，則應解爲由相對人負之。蓋以此時其相對人原則上實居於了解之地位也。

第二 向非對話人爲意思表示之生效時期

非對話人之解釋，剛與對話人處於反對之意義，即表意人對之固不能直接傳達其意思，而其自身

亦居於不能即時了解其意思之地位之相對人也。在此種形狀下所爲之意思表示，即謂之向非對話人之意思表示，例如通常以書信電報所爲意思表示是。此種意思表示，應於何時發生效力，則一向有四種主義之存在，茲列舉如左。

1 表意主義 此以意思表示已成立之時，爲其效力發生之時，例如書信已繕就，決定發出時是。

2 發信主義 此以意思表示，已交付傳達人之時，爲其效力發生之時，例如書信已投入郵筒時之

3 受信主義 此以意思表示，已到達相對人之時，爲其效力發生之時，例如書信已達到相對人是

處所是。

4 了解主義 此以相對人已明曉其意思表示之時，爲其效力發生之時，例如相對人已開閱其書信時是。

上述諸主義中，以第三主義，較適合於實際，故民法九十五條一項，即採此主義，定爲非對話人而爲意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。故依此規定，但使其意思表示已達到於相對人，不問其相對人已了解與否？及已在於一種可以了解之狀態與否？皆能由其達到之時而生效力。又既依到達而生效，則其效果，尙有下列三點，當注意者。

1 意思表示於達到相對人時，既已生效，嗣後即不能撤回。如欲撤回，則須其撤回之通知，與意思表示同時或先時達到者始可，此於民法第九十五條一項後段，已有明文規定。

2 表意人於發出通知後死亡或喪失行為能力，或其行為能力受限制者，其意思表示，不因之失效。此於民法第九十五條二項，亦有明文之規定。

3 未達到前如有遲延或遺失者，應由表意人負其責任，此於民法，雖無明文，但在解釋上乃無容疑者。

非對話人間之意思表示，其效力發生之時期，固如上文所述，但據民法九十七條之規定，表意人非因自己之過失不知相對人之姓名，居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知。此種公示送達之意思表示，論其性質，雖亦為非對話人之意思表示之一種，但其效力發生之時期，則與一般之情形不同，應依據民訴法之規定，以定其發生效力之時期也（民訴一五二條參照）。

第三 向無受領能力人為意思表示之生效時期

無行為能力人，絕對無受領他人意思表示之能力，（七十六條）限制行為能力人，則在其限制行為中，亦無此種受領之能力（七十七條七十八條七十九條八十四條八十五條）。故民法九十六條，

特以明文規定，向無行為能力人或限制行為能力人爲意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。不過此時自應限於財產行爲上之意思表示，若爲身分行爲之意思表示，則不在此限也。

第六目 意思表示之解釋

第一 解釋之意義

現今法律，採取私法自治之原則。法律行爲之效果，應從其意思表示所欲望者以定之，故欲決定其行爲之效果，須先確定其意思表示之意義。所謂意思表示之解釋者，即指此確定之行爲而言也，意思表示所表現之意義，有與其內部之意思不符者，亦有因他人不正當之干涉而生者，此之解釋，則單指其外部表現意義之確定而言，其所確定者，是否爲真意之表示，及有無其他瑕疵之存在？非所問也。又解釋之結果，有認爲不能使其生效者，亦有認爲當適用其他強行法規以爲修正，或其他任意法規以爲補充者，此則爲解釋後適用法律之問題，亦非解釋行爲之問題，觀念上亦不能不分清之也。至解釋是否正確？固當視其解釋之對象是否存在？及解釋之自身，是否合於社會理性以定之。然此二種之確定行爲，其性質各不相同，關於前者確定之錯誤，乃事實問題，不能上訴第三審，以求解決，關於後者確定之錯誤，乃法律問題，得爲上訴第三審之理由，學者中雖亦有混同此二種行爲爲一事，而謂解釋之錯誤，均爲事實問題者，非正當之論也。

第二 解釋之目的

解釋之行爲，既在確定其意思表示之意義，故其惟一之目的，亦在期其所確定者，與表示上之真正意義，能相符合。民法關於此點，做德民一三三條規定，設有準則之法條，即九十八條所謂：解釋意思表示之應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句是也。蓋以語言文字，雖爲意思表示之重要表示方法，於解釋行爲上，固不能不加以斟酌，然苟依據其他之材料，能證明其語言文字爲錯誤或不足者，則亦不能拘泥其所用之辭句，而沒却當事者之真意也。又法律既以明文規定此種解釋之標準，則違反之者，應爲法律問題，得爲上訴第三審之理由，自不待言，前段所謂解釋錯誤，非盡爲事實問題者，此亦其例證之一也。

第四款 法律行爲之附款

第一項 總說

法律行爲之附款云者，即當事者對其意思表示所欲望發生之效果，加以一定限制之條款之謂也。法律效果，既可由當事者之欲望定之，則對其效果，如有限制之意思者，其能有效，自不待言。特關於此種限制之附款，其性質如何？解釋上尙有下列諸點，當注意者，茲分述如左：

1 附款乃法律行爲內容之一部 附款爲一獨立之附屬行爲，抑爲法律行爲構成之部分？學者對之

，雖有爭論。然就其存在之本質言，乃為法律行為自身內部效力之限制，並非外部所加之拘束，故應認為組織效果意思之一部內容為當，不能視為單獨之行爲也。又附款既為法律行為內容之一部，則其自身雖含有附帶條款之性質，然在法律之評價上，與其他主要部分之內容，亦有同一價值，其本身如有無效或撤銷原因者，其主要部分之效力，亦將因之不能存在。故不能以其為附款，而謂與他部內容之效力，有區別也。

2 附款因當事人之表示而成立 附款既為效果意思之一部。故自須由當事人之表示行爲，始能成立，若依法律規定，或事物性質所應有之限制條款，則不能謂爲此之附款，又當事人雖有附加之意義，若未以明示或默示之方法，表示於外部者亦不能成立也。

3 附款須於法律行為成立時表示之此乃因其為法律行為內容之一部，當然應有之結論。故若於法律行為成立後，以另一意思表示附加之限制，則其限制，乃為一獨立行爲，不能謂爲此之附款。

附款之意義，固如上述，至其種類，約可別為條件，期限及負擔三種。前二者於法律行為中，適用較廣，後之一種，則通常於無償行爲，始能發生，故民法於含有通則性之總則編中，亦祇視定前之二種，至負擔則惟於各個無償行爲中附帶規定之，（參照民法四一二條至四一四條又一二〇五條

）茲所研究者，亦依民法編纂順序，專論條件與期限二種，以下分爲兩項述之。

第二項 條件

第一目 條件之意義

條件者，法律行爲之效力，其發生或消滅，繫諸將來客觀不確定事實之成否，而爲表示人所加之附款也。例如甲與乙約，汝若考取法官，則贈與千元。此時其贈與效力之發生與否？由乙之能否考取法官之事實，以決定之，是即爲附有停止條件之行爲。又如甲與乙約，汝若不能考取法官則贈與之千元，應予歸還，此時其贈與效力與消滅與否？亦由乙之能否考取法官之事實，以決定之。是則爲附有解除條件之行爲。以下析述其意義如次：

1 條件爲法律行爲之附款 條件既爲法律行爲之附款，故前項所述附款構成之要件，皆應具備，自不待言。又條件依其附款之性質，應爲意思表示內容之一部，與所謂條件事實，原屬不同，但我民法之用語，常將其混同用之，此在解釋上，則當嚴格予以區別。

2 條件以決定法律行爲效力之發生或消滅目的 條件之目的，在爲法律行爲成立之決定，抑在爲法律行爲效力之決定？學說上尙有爭議。就理論言：一般法律行爲，原以經行爲人之表示行爲即成立爲通則，且附條件之行爲者，並非以其條件事實之確定後，而始有效果意思或表示意思之存

在，亦極明瞭，故通說均以僅爲其效力上之決定爲宜。我民法之規定，蓋亦採取通說者也。惟解釋上，尙有左列諸點，當注意者。

a 法律行爲之效力，雖於條件事實成就時，始發生或消滅，然其成立要件及一般生效要件，如意思表示之是否存在，行爲能力之是否具備？標的之是否適法可能及確定？意思表示之是否有欠缺或瑕疵等事項，仍應於其行爲成立時決定之。

b 條件所限制之法律行爲之效力，不限定爲其效力之全部，即於全部效力之中，祇使其一部之效力發生或消滅，由條件決定之者，亦於條件存在之性質無碍。

3 條件以將來客觀不確定之事實爲內容 當事人之所以使其法律行爲附有條件者，蓋在使其效力之發生消滅與否，擊諸將來不確定之事實耳。若爲過去及現在之事實，或雖爲將來之事實，而客觀已確定者，則與條件之應以不確定之法律行爲爲前提之本質不容，自不能以之爲條件之內容也。惟所謂客觀不確定者，應以現代社會上一般人之智識及經驗爲標準而決定之。於哲學及科學之理論上，雖爲已確定之事實，若一般人之推測能力，尙未能加以確實之判斷者，仍得以之爲條件內容也。

第二目 條件之種類

第一 停止條件及解除條件

此爲着眼於條件所限制之法律行爲效力之狀態上，所加之區別。即其條件，在決定法律行爲效力之發生者。謂之停止條件；反之在決定法律行爲效力之消滅者，則謂之解除條件。前者例如上述第一例之贈與契約是。其法律行爲，。乃於條件成就時，始生效力，不成就時，不能生效，在行爲成立之後，條件成否未定之前，則應保持其效力發生與否不確定之狀態。後者例如上述第二例之贈與契約是。其法律行爲，原已先生效力，惟於條件成就時，應使其已生之效力消滅，不成就時，其效力不消滅之事實，即應確定，在行爲成立之後，條件成否未定之前，則應保持其效力消滅與否不確定之狀態。此二種區別，民法曾以明文承認之。在學說上則有謂解除條件，理論上實即停止條件，而主張祇有停止條件之一種者。然此說不惟與我民法明文之規定相衝突，不能採取。且即就當事人之意思言，其所加之解除條件，乃於其被限制之法律行爲表示之時爲之，原與其被限制之法律行爲，爲一個之意思表示，亦不能誤解其解除條件之附加部分，乃另一意思表示，而謂其目的，仍在使其法律行爲之消滅效力，由此條件而發生也。

第二 積極條件及消極條件

此爲着眼於條件內容之事實上，所加之區別。即其事實，在變更現在之狀態者，謂之積極條件，

例如甲與乙約，汝若明歲結婚，則贈與千元是。反之其事實維持現在之狀態者，則謂之消極條件，例如甲與乙約，汝若明歲不結婚，則贈與千元是。此種區別，惟在條件事實成否之認定上，有其實益，於學理之研究上，固無甚重要也。

第二 隨意條件偶成條件及混合條件

此為着眼於條件成就之根據上，所加之區別。茲再分述如次；

1 隨意條件 即其成就之根據，繫諸當事人之意思之條件也。其中有由雙方之意思以決定其成否者，曰雙方隨意條件。例如甲與乙約，余等若共往應法官考試，則對於汝之川資，歸余供給是。亦有由一方之意思以決定其成否者，曰一方隨意條件。其中復可分為積極之隨意條件及消極之隨意條件二種，前者其事實之成否，純由權利人之意思決定之，例如甲與乙約，汝若往應法官考試，則贈與百元以作川資是。後者其事實之成否，純由義務人之意思決定之，例如甲與乙約，余若往應法官考試，則將余之房屋租汝是。關於附消極隨意條件之法律行為，其效力若何？學者間頗有爭論。有謂其為有效者；有謂應視其為片務行為或雙務行為，而其效力不同，即在片務行為應為無效，而在雙務行為則為有效者；亦有謂應視其為解除條件或停止條件，而其效力不同，即在解除條件應為有效，而在停止條件之片務行為則為無效者。我民法上關於此點，未設若何之規定

，（參照民法一一七四條日民一三四條）其立法之理論，蓋與德民相同，乃認為無論何種消極隨意條件，皆應完全有效者。就事理言，自以我民法之理論為當，蓋以其條件之成否？雖單純決諸義務者之意思，然此時亦不能謂義務者無受其行為拘束之效果意思存在也。

2 偶成條件 即其成就之根據，繫諸當事人意思以外之事實之條件也。其中有由於人之意思以外之自然界事實決定之者，亦有由於當事人意思以外之第三人意思或行為決定之者，前者例如甲與乙約，明日若雨；則贈與雨衣一襲；後者例如甲與乙約，若得丙之同意，則贈與千元，或丙若結婚，則贈與千元是。

3 混合條件 即其成就之根據，繫諸當事人及第三人之意思或行為之條件也。例如甲與乙約，汝若與丙結婚，則贈與千元，或汝若與丙均贊成余之計劃，則贈與千元是。

第三目 假裝之條件

假裝條件者，即類似條件之外形，而實非法律行為附款之條件也。其種類得分述如左：

1 法定條件 法定條件者，因法律之規定，或法律行為之性質，當然為其行為生效或存續上應具備之要件也。此種條件，不待當事人之表示，即應為其行為之要件。故與法律行為附款之條件，須因當事人之表示始成立者不同，不能相混視也。例如遺贈以遺囑人先於受遺贈人死亡為條件而

生效，保証以主債務之完全履行爲條件而消滅，此本爲民法一千二百零一條及七百三十九條明文之解釋上，應有之要件，初不待於當事人之表示而成立，即當事人以之爲表示，亦不能變更其法定條件之性質，而視爲附款之條件也。學者中雖亦有謂法定條件，於法律行爲當時，其條件事實，尙未確定，若當事人表示以之爲該行爲之生效或存續要件，則亦可成爲附款之條件，而應適用附條件法律行爲之規定者，此種說明，實未了解法定條件之本義，不足採取。蓋苟爲法定條件，如其條件事實，尙未確定，則其效力若何？自應依其法律之規定以定之，不能再使其適用附條件法律行爲之規定，而謂此時可變更其法定條件之本質也。

2 既定條件 既定條件者，其條件事實之成就或不成就，於法律行爲當時，已經確定之條件也。此種條件，不能使其法律行爲之效力，成爲不確定之狀態，故不能謂爲真正之條件。如當事人仍以其之作爲條件，而附加於其法律行爲者，則其效力，於行爲時，既已確定，自無再以法律爲之確定其效力，或使其適用條件成否未定時保護當事人規定之必要。日本民法，不知此旨，已設有第一百三十一條之贅文，而我國學者，乃多引用之，以解釋我國民法，其爲失當，自不待言。

3 不法條件 不法條件者，即違反強制禁止之規定或善良風俗公共秩序之條件也。條件爲意思表示之一部，如有此等不法事實之存在時，則依據七十一條及七十二條之規定，其全部法律行爲，

亦當因之無效，自不待言。（日民對此於條件及期限一節中另有明文視為無效參照日民一三二條）故此等條件，既不能發生效力，即不能認為法律行為附款之條件也。惟所謂不法云者，乃指條件之自身言，並非指其條件事實言。條件事實，有時雖非不法，而成爲法律行為之條件時，則應爲不法者有之，例如以離婚爲條件事實，如此事實成就，則贈與千元是。亦有條件事實，原爲不法，而成爲法律行為之條件時，反應爲適法者有之，例如以賭博爲條件事實，如此事實成就，則終止其僱傭契約是。故二者之觀念，不能不分清之。又如以不爲不法行為爲條件，例如汝若退出某種盜賊團體，則贈與千元，或汝若一年內不涉足賭場，則贈與千元，此時是否爲不法條件？亦一問題。一向學者，對此問題，均本諸日民一百三十二條後段之規定，謂應從肯定方面以爲解釋，視爲不法。但據吾人之意見，以爲此當就其權利人方面之情狀，分別論定之。權利人一向原無此種不法行為者，則其不爲不法行為，乃爲事理上當然之事，今若以之爲條件，是反有助長不法行為之流弊，故此時應視其條件爲不法。反之若權利人一向原有此種不法行為者，今以希望其禁止或不爲爲條件，是實爲有益於社會之事實，即不能亦謂其不法也。故如上述之二例，在前者應認爲適法之條件，在後者，則應認爲不法之條件，實不能混同並論也。

4 不能條件 不能條件者，乃以客觀不能成就之條件事實爲內容之條件也。例如汝若在旬日之內

繞行地球一週，則贈與萬元，或汝若在法律規定外能創設一有效之物權，則受贈之萬元，即予退還是。此時其不能成就之事實，客觀上既已足以推知，是與附有既定條件之情形相同，其行為之效力，於成立時，即可推測確定，實與條件在使其行為效力成爲不確定之性質相反，不能謂爲真正之條件也。故如上述第一例，當事者以之作爲停止條件時，則當事者實無使之生效之意思甚明，應視其行為爲無效之行為。反之如第二例，當事者以之作爲解除條件時，則當事者原無以之作爲條件之意思，亦極明瞭，此時自應視其行為爲未附條件之行為也。日本民法，關於此點，亦有明文之規定，（參照日民一三三條）然此種斷定。乃爲解釋上當然應具有之理論，實無再以明文規定之必要也。

5 矛盾條件 矛盾條件者，以與法律行為構成之其他部分相牴觸之條件事實爲內容之條件也。例如以他人之物爲買賣，而於其契約成立時，謂以所有者不同意讓與其物，爲條件事實之成就，可使其買賣生效，或約定於其契約生效後，以其物之滅失爲條件事實之成就，應使其契約失效是。此種矛盾條件，其效力若何？則一向有兩種主張。a 有謂在停止條件，應視其行為無效，在解除條件，則應視爲無條件者。b 亦有謂不問其爲停止或解除之條件，皆應視爲無效者。以理論言；應以後說爲是。蓋此時其法律行為之內容，既互相牴觸，自無使其一部生效之理也。（參照日

本法學新報二十四卷五號乾政彥矛盾條件論文

第四目 條件之許可及禁止

第一 條件之許可

羅馬法初時，因求法律關係之簡單明瞭，對於法律行爲，以成立後即將其效力確定爲原則，故除遺囑外，其他法律行爲，皆不許附加條件。迨優帝編纂羅馬法全典時，因應實際上之需要，此種限制，已加解除，對於通常關於財產上之雙務行爲，即已許可因雙方之同意，得附加條件，至於近世，則因私法自治制度之確立，對於一切法律，更以許可附加條件爲原則矣。我國民法，關於此點，雖無明文之存在，然於總則編中，既特就條件，設有一般之規定，則立法之意旨，在承認此種原則，自無疑義。故就我民法之解釋言，蓋與一般立法例相同，除後述之禁止附加條件之行爲外，通常之法律行爲，皆應依據當事人之意思，許可其附加條件也。

第二 條件之禁止

一般法律行爲，如上所述，固以能附加條件爲原則。但有時因顧及公共之利益或其相對人之利益，而不許附加條件者亦有之。此種禁止附加條件之行爲，學者稱之爲避忌條件之法律行爲。其種類得分述如次：

1 因顧及公益上之理由不許附加條件者 此即其法律行爲 如附加條件，則爲違反法律強制，禁止規定或公序良俗時，因公益上之理由，應不許其附加條件。所謂違反強制或禁止規定者，例如依民法第三百三十五條二項之規定，債務之抵銷，不能附加條件是。所謂違反公序或良俗者，例如結婚，離婚，養父養子契約，非婚生子之認知等行爲，皆不能附加條件是。

2 因顧及私益上之理由不許附加條件者 此即其法律行爲，如附加條件，則對其相對人之利益，過於妨害，故亦不許附加條件。例如法律行爲之撤銷，承認，解除等之單獨行爲，其行爲者既可單因其一己之意思，決定其法律關係，若再許其得附加條件，則其相對人，當更陷於不利益之地位，故不應許可也，然此乃因其有害於相對人之關係，故當禁止，若其條件事實之性質，無害於相對人者，則雖以之作爲條件，而附加於其行爲之上，亦屬可能。例如以汝若於一月內不戒除烟癖者，則解除契約，或三日內不親來道歉者，則解除契約，此種條件事實，原無損於相對人，行爲者固不妨任意附加也。又其條件事實，雖有害於相對人，若相對人對之同意者，則亦無保護之必要，例如相對人同意於行爲人，以其貨物之市價至若干元以上，爲其買賣承認之條件者，亦能認其有效也。

避忌條件之法律行爲，若附有條件者，其效力若何？有謂其行爲全部無效者。有謂此當視其避忌

之理由，而異其效力，即因保護公益而禁止者，其行爲無效，因保護私益而禁止者，其行爲仍爲有效，特此時應視爲無條件之行爲者。據理論言，應以前說爲是。蓋條件原爲意思表示之一部，苟其自身，不能生效時，則其限制之法律行爲，自不能尙謂爲有效也。

第五目 附條件法律行爲之效力

第一 條件事實成否未定前之效力

附條件之法律行爲，在其條件事實成否未定以前，其效力發生或消滅與否？雖屬於一種不確定之狀態，然一旦成就時，則權利人方面，即可因之取得其行爲所生之權利，故在此未確定狀態中，權利人亦有取得其權利之希望。此種希望，爲一種法律上靜體之狀態，抑爲一種獨立之權利，學說上本有爭執。但就我民法第一百條之規定言：權利人既可本於此種希望，而發生請求損害賠償之力量，則其應爲一種權利，自屬無疑。此種權利，通常稱爲期待權或復歸權。其性質如何？則通說均謂爲形成權，但亦有謂爲形成權外之一種特殊的保持權者，（關於權利作用上之分類一向學者均區別爲支配請求權形成權三種以爲說明但日本明治大學教授大谷美隆博士則謂形成權中以保持某種法律關係爲目的者應別稱爲保持權而與一般形成權相區別參照該氏民法論集保持權論文）若就用語上之明晰言：此種權利之作用，既在保持條件事實成就後之權利，則謂之爲一種特殊之保持權，以與形

成權相區別，自亦有其相當理由之存在也。

關於上述期待權之保護，各立法之規定，尙不一致，有謂相對人侵害之時，應負損害賠償之責任者，如蘇俄民法是。（參照俄民第四十二條）亦有謂相對人侵害之時，應視其侵害行為爲事實行為抑爲法律行為，而其保護之效果各別，在事實行為，應負損害賠償之責任，在法律行為，則於妨害權利人之利益範圍內，應使其行為無效者，如德國民法是。（參照德民第一六〇條第一六一條）日本民法僅設有不許侵害之規定，至侵害之結果，應負如何之責任，則未予定明，（參照日民第一百二十八條）故其解釋上常易生爭論，但最近學者，則多採取蘇俄立法同一之解釋。我國民法，倣蘇俄之立法例，於第一百條中，明定附條件之行為當事人，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。蓋以苟如德民之例，使其行為無效，則因保護此期待權之結果，置一般人之利益於不顧，亦殊有害於交易之安全，非法律所以保護團體利益之道，故不能採取也。又第三人如侵害此種期待權者，苟已具備不法及故意之要件時，則依民法一百八十四條之規定，應視爲侵權行為，而負損害賠償之責任，自不待言。

第二 條件事實成就時之效力

此可分爲下列二段論之：

1 成就之意義 關於條件事實成就之意義，依我民法之解釋，蓋有二種：a 自然之成就，即其條件事實，實際上已發生之謂也。例如在以考取法官之事實爲積極條件者，其法官已考取，在以不能考取法官之事實爲消極條件者，其法官已不能考取是。b 法定之成就，即其條件事實，實際上並未發生，然依民法第一百零一條之規定，如其不發生之原因，乃基於條件成就而受不利益之當事人之不正當行爲加以阻止所致者，此時亦應視爲已發生之謂也。例如上述之例，以考取法官之事實爲積極條件者，而其不能考取之原因，乃因對方以強制之手段不許其應試所致；以不能考取法官之事實爲消極條件者，而其能考取之原因，乃因自己覓人槍替所致，此時在前者，應視爲其法官已考取，在後者，應視爲其法官未考取是。

2 成就之效力 據民法九十九條第一二項之規定，此當分爲停止條件及解除條件二款論之。即 a 在停止條件之法律行爲，其條件事實成就者，於成就時，其行爲發生效力。例如以得第三人同意爲條件，而使其買賣生效之行爲，或以對方結婚爲條件，而使其所有權讓與生效之行爲，於第三人同意及對方結婚時，其買賣及所有權讓與行爲，即因之發生效力是。b 在附解除條件之法律行爲，其條件事實成就者，於成就時，其行爲失其效力。例如以出租人返歸北平爲條件，爲使其租賃失效之行爲，或以第三人不同意爲條件，而使其所有權讓與失效之行爲，於出租人返歸北平及

第三人不同意時，其租賃及所有權讓與之行爲，即失其效力是。在解除條件之成就，其行爲雖因之失效，但其失效之結果，是否僅發生請求回復原狀之債權關係，抑不待請求，即直接發生回復原狀之物權關係，解釋上頗多爭議，但就此種失效之效果，乃屬當然發生之性質言：則應解爲除當事者有特殊之意思外，以能直接發生一物權之關係爲當。又其失效之效力，原應對於一般人皆能發生，但因顧及交易之安全，仍應解爲不能對抗善意之第三人爲宜。

依上所述，條件事實之成就，不問其爲停止條件或解除條件，皆於成就時起，使其附加之行爲，發生效力或喪失效力，是爲原則。但依當事者之意思，有欲於成就時起，溯諸既往，使其發生此種效果；或欲於成就後，經過相當時間，始使其發生此種效果者，則條件既可由當事人任意附加，此種條件效果發生之時期，自亦應依當事人之意思而定。故民法九十九條三項復以明文規定，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。據此規定，則解釋上：尙有當注意者如次：

a 所謂特約者，乃指特別意思表示之謂，並不限於契約，故如在附條件之單獨行爲，依行爲者一方之意思表示，使其條件效果；溯及既往或待諸將來，始能發生者，亦屬有效。又此種特約成立之時期，亦不限於其法律行爲成立之時，如得其相對人之同意，則雖於行爲成立後，始爲

此種特約，亦無不可。惟於條件成就後，再爲此種特約者，則其行爲，既已根據九十九條一二兩項之規定，發生效果，自不能再爲反對之表示也。

b 其條件效果發生之時期，固應依其特約之所定；且其效力，亦與法定效果發生之時期相同，除當事者有特殊之意思外，亦能直接發生一物權之關係，並對於一般人能發生效力，但因顧全交易之安全，對於善意之第三者，仍應解爲不能對抗爲當。

第三 條件事實不成就時之效力

此亦可分爲下列二段論之：

1 不成就之意義 關於條件事實不成就之意義，依我民法之解釋，與條件事實成就之意義相同，亦可分爲自然之不成就及法定之不成就二種。前者即實際上，其條件事實已不發生之謂，例如以考取法官之事實爲積極條件者，其法官未攷取，以不能攷取法官之事實爲消極條件者，其法官已攷取是。後者即實際上，其條件事實原已發生，然依民法第一百零一條二項之規定，如其發生之原因，乃基於條件成就而受利益之當事人之不正當行爲加以促成所致者，此時仍應視爲未發生之謂。例如以攷取法官之事實爲積極條件者，其攷取之原因，乃由其自身覓人槍替所致，以不能攷取法官之事實爲消極條件者，其不能攷取之原因，乃由於對方以強制之手段，不許其應試所致，

此時在前者，應視為其法官未攷取，在後者應視為已攷取是。

2 不成就之效力 條件事實，不成就時之效力如何？民法於明文上，並無若何之規定，但據九十九條一二項之反面解釋，則應如下述，即：

a 在附停止條之法律行為，其條件事實不成就者，於不成就時，即確定其行為不生效力。故不特其行為應生之權利義務，由此已確定不能發生，即希望此種權利義務發生之期待權及其他從權利，亦因此而確定歸於消滅。惟此與無效之行為有別，並非其成立當時，即確定與法律效果，不相關聯也。

b 在附解除條件之法律行為，其條件事實為成就者，於其不成就時，即確定其行為不失效力。於此時不特其行為原有之效力，確定存續，即希望其條件事實成就所生之期待權及其他從權利，亦隨之而確定歸於消滅。惟此種不成就之效力，僅能保持其行為固有之效力，使之存續而已，若其行為原有其他無效或撤銷之原因者，並不能因此而除去其無效或撤銷之原因；亦不能謂因其條件事實之成就，可以變更其法律行為之性質，成為一新的無條件之法律行為也。

第三項 期限

第一目 期限之意義

期限者，法律行為之效力，其發生或消滅，繫諸將來客觀確定事實之到來，而為表意人所加之附款也。例如甲與乙約，明歲三月一日，將其房屋租其居住，此時其租賃之效力，須待明歲三月一日之到來，始能發生，是即為附有始期之行爲。又如甲與乙約，至丙死亡時為止，供給其生活費用，此時其贈與之效力，須待丙死亡事實之屆至，始能消滅，是即為附有終期之行爲。其與條件異者，特一以將來確定事實，為其限制之附款，一以將來不確定事實，為其限制之附款耳。茲析述其意義如下：

1 期限為法律行為之附款 此與條件同。故第一項所述附款構成之要件，在期限亦應具備。又其自身，既係意思表示內容之一部，與所謂期限事實之意義，亦各不同，應區別之。

2 期限以決定法律行為效力之發生或消滅為目的 此亦與條件相同，即期限所限制者，惟在法律行為效力之發生或消滅二點，至效力發生後履行期限之限制，則不能謂之民法上之期限也。關於此點，學者中雖亦有採取日本民法及法國民法規定之意旨，（參照日民一三五條法民一一八五條）以解釋我民法，謂履行期限之限制，亦應視為期限者，此種說明，實未了解民法規定期限之真意，蓋履行期未到來前，其行為之效力，本已發生，此時債務人依據其行為之本旨，原應以善良管理人之注意，負保管其標的物之責任，殊無再以法律之規定，對於權利人加以保護之必要。惟其

行爲未生效以前，權利人尙未取得其權利，不過對於其權利，有取得之希望而已。此種希望，是否亦應保護？使之成爲一種權利，則法律有以明文爲之確定之必要。故民法爲確定此種期待權之關係，始於民法中有期限一節之規定。若以之與履行期限相混，則失却民法規定期限之精神矣。故此種說明，爲本書所不取。又解釋上，對於左列二點，亦當注意，即：

a 法律行爲之效力，雖於期限事實成就時，始發生或消滅，然其成立要件及一般生效要件，仍應於行爲成立時決定之。

b 期限所限制之法律行爲之效力，不限定爲其效力之全部，即使對其行爲中一部之效力，由期限決定之者，亦屬可能。

3 期限以將來客觀確定到來之事實爲內容

此則與條件剛相反對。故其限制事實，到來與否？不確定者，如以汝至二十歲，則贈與求學費千元，或汝至畢業時，則贈與留學費千元，此時其至二十歲及畢業之時期，能到達與否，尙屬不能確定之事，果其行爲附有此種限制事實者，則祇能謂爲附條件之行爲，不能謂爲附期限之行爲也。

第二目 期限之種類

第一 始期與終期

始期者，因其期限事實之到來，其法律行為始發生效力之期限也。例如上述租賃契約，因明歲三月一日之到來，始生效力是。終期者，因其期限事實之到來，其法律行為之效力，即應歸於消滅之期限也。例如上述贈與契約，因丙之死亡，應歸消滅是。此二種期限，爲民法取明定，其區別之點，惟在其限制行爲效力狀態之不同耳。

第二 確定期限與不確定期限

確定期限者，其期限事實之發生及到來，俱已確定之期限也。例如明年元旦，贈與千元是。不確定期限者，其期限事實之發生，雖已確定，但其到來之時期，尙未確定之期限也。例如某甲死亡之時，則贈與千元是。

第三 約定期限及法定期限

約定期限者，由行爲者所附加之期限也。法定期限者，由法律之規定，所附加之期限也。前者例如當事人約定於來年元旦讓與所有權，或使其地上權消滅是。後者例如法律規定之取得時效消滅時效之期限是。此之所謂期限，則單指前者而言。

第四 不能期限及不法期限

不能期限者，其期限事實到來之時期，過於長遠，客觀上應認為不能之期限也。例如以於一萬年後即贈與萬金，或將其贈與之萬金返還於己是。法律行為，以此期限為始期者，其行為應為無效，以此期限為終期者，應認為無期限。不法期限者，即違反強制禁止之規定或善良風俗公共秩序之期限也。例如對於永佃權之設定加以終期之期限，對於繼承人之指定，加以始期之期限是。此時其行為之全部，原則上應為無效。

第三目 期限之許可

期限與條件同，無論何種法律行為，原則上皆許附加期限，但有時因保護公私益之關係，或其行為之性質上，不許附加期限者亦有之。所謂因保護公私益之關係不許附加期限者，例如繼承人之指定及婚姻等行為是。所謂因其行為之性質上不許附加期限者，例如撤銷及解除等行為是。此種不許附加期限之行為，學說上稱為禁避期限之法律行為。若因違反保護公私益之關係，而附加之者，其行為無效；若因違反其行為之性質而附加之者，則此時並非其行為無效，特應視為與未加期限之行為相等而已。

第四目 附期限行為之效力

第一 期限事實到來前之效力

在附條件之法律行爲，其條件事實成就與否？常屬於一種不確定之狀態，民法於第一百條中，對其權利人之期待權，既已設有保護之規定。今期限事實之到來，則爲必至之事實，與條件事實之性質迥異，是其對於權利人之期待權，須有相當之保護，更不待言，故民法於第一百零二條三項，特以明文規定，關於第一百條之規定，對於期限亦應準用之。其詳可參看前述條件中之說明。

第二期限事實到來時之效力

期限事實到來時之效力，據民法第一百零二條一二項之規定，得分述如次：

1 附始期之法律行爲，於期限屆至時，發生效力。此蓋與附有停止條件之法律行爲相同，乃以其限制事實到來時，始使其行爲發生效力也。

2 附終期之法律行爲，於期限屆滿時，失其效力。此則與附有解除條件之法律行爲相同，乃以其限制事實到來時，始使其行爲喪失效力也。

第五款 法律行爲之代理

第一項 代理之概念

第一 代理制度之由來

法律行爲，既爲取得法律效果之重要要件，故吾人日常之生活，幾無時不需此種行爲之存在。然

爲此種行爲者，在法律上有一定能力之限制，又有時雖已取得此種能力，而因事實上之格扞，不能自爲之者亦有之。故法律上爲救濟當事人之此種窮屈起見，乃不得不創設一種制度，使其能藉他人之智力，以代理其行爲，此即代理制度之所由發生也。在羅馬法，因法律關係，注重簡明，除家屬及奴隸得代理其家長爲法律行爲外，其他一般之代理，原則上皆不承認之。迨乎中世紀之際，因交易之頻繁，若使當事者，事必躬親，勢屬難能，且以一人之行爲，而使其對於他人發生效力，於事實上亦無其他窒礙，故在當時商事上之行爲，已首先承認此種制度。至於近世，則自法國民法以明文規定以來，一般立法例，蓋莫不是認之矣。（參照法民一九八四條一九八九條一九九八條澳民一〇〇二條一〇〇八條一〇一七條一〇二九條日民九九條以下德民一六四條以下瑞債三二條以下俄民三九條以下）我國民法，於總則編及債編中，亦以明文承認此種制度，故解釋上除其行爲之性質，應決於本人之自己意思，如婚姻遺囑認知養父子契約等行爲外，一般法律行爲，原則上皆應許可其發生此種代理之關係也。

第二 代理之意義

代理之意義，據一百零三條之規定，乃代理人於代理權限內，以本人名義所爲之意思表示，或所受之意思表示，直接對於本人發生效力之行爲也。茲分述如次：

1 代理須有代理權限之存在 代理人之行爲，其能直接對於本人發生效力者，蓋以有代理權限之存在也。故若無代理權限之存在，或其行爲超過其代理權限者，則爲無權代理，除具有一百六十九條之原因外，非經本人之承認，對於本人，不生效力。其行爲在未經本人承認以前，自不能謂之代理行爲也。至代理權限，其性質範圍及授與之行爲若何？則於後款論之。

2 代理須以本人名義爲之 所謂以本人名義爲之者，乃表示該法律行爲，以本人爲其當事人之謂也。故但使有此表示之存在，則不問其行爲之實際上，是否由本人享受其利益？亦不問代理人有爲本人謀利益之意思與否？皆得謂爲代理之行爲。反之如無此等表示，則其行爲雖有代理權限之存在，或雖直接對於本人發生效力，如有代理權者，以自己名義爲本人而爲之行爲，或擔保物權者對於其擔保物所爲之處分行爲，亦不能視爲此之代理行爲也。又此種表示，原則上固以對其行爲之對方，明白通知爲必要，但依情形，如對方已明知其爲本人而爲之者，則代理人雖未爲明白之通知，亦應視爲能生此等代理關係也。（參照德民一六四條一項日民一〇〇條瑞債三二條二項）

3 代理須關於意思表示 即代理，須限於爲本人向第三人爲意思表示或受意思表示之謂也。向第三人爲意思表示者，謂之積極代理或動方代理，例如爲本人向第三者爲要約或承諾之表示是。向第三人受意思表示者，謂之消極代理或受方代理，例如爲本人向第三者受領要約或承諾之表示

是。代理既須關於意思表示，故通常未含有意思表示之行爲，如所謂事實行爲或不法行爲等，其不能發生代理之觀念，自不待言。但其代理之意思表示所構成之法律行爲，如附有其他事實行爲之存在者，則因代理其意思表示，並代理其事實行爲，亦屬無妨。例如寄託契約，以交付寄託物爲成立要件，（民法五八九條）如代理人既代理本人爲寄託契約之要約或承諾，並代理其爲交付或受領寄託物者，則其交付或受領寄託物之事實行爲，既爲寄託行爲構成之一部，代理爲之者，自亦能生民法上代理之關係也。

4 代理行爲須直接對於本人發生效力 即其代理之法律行爲，雖爲代理人之行爲，然其法律效果，則須直接對於本人發生。若使代理人取得其權利或負擔義務後再移轉於本人者，則非此之代理。至代理行爲之效果，何以能直接對於本人發生效力？則一向之說明，共有三種。有謂代理人既本於本人授與代理權限之意思，始能爲之代爲或代受意思表示，故其所代爲或代受之意思表示，實即本人之意思表示，自應對於本人發生效力者，是謂本人行爲說；有謂代理行爲，係由本人之代理權授與之意思表示，及代理人爲其行爲時之意思表示組合而成，故應對於本人發生效力者，是謂共同行爲說；亦有謂代理行爲，原爲代理人之行爲，特因其以本人名義爲之，故應使其效果對於本人發生效力者，是謂代理人行爲說。以上三說，自理論言，自以第三說爲當，我民法第一百

零三條之規定，蓋亦採取第三說而規定者也。

第二項 代理之種類

第一 直接代理與間接代理

直接代理者，以本人之名義，所爲之行爲，而其效果直接對於本人發生之代理也。間接代理者，以代理人之名義，爲本人之計算所爲之行爲，而以其取得之效果移轉於本人之代理也。間接代理，其行爲之效果，不能直接對於本人發生效力，故有時對於本人或代理人方面，均不免發生不測之損害。我民法上所謂之代理，則係專指直接代理而言。

第二 積極代理與消極代理

積極代理者，爲意思表示之代理也。消極代理者，受意思表示之代理也。前者爲民法第一百零三條第一項所規定之代理，後者則爲該條第二項所規定之代理，其意義已於上文加以說明，茲不再贅。

第三 有權代理與無權代理

有權代理者，有代理權限存在之代理也。反是無代理權限存在之代理，則謂之無權代理。有權代理，其代理權之發生，有於代理行爲當時即已存在者，亦有於行爲後，經本人之承認而始存在者，前者謂之原始之有權代理，後者謂之後發之有權代理。無權代理之中，亦有絕對不能對於本人生效

及因具備民法第一百六十九條規定之原因，而可對於本人生效者二種，前者稱之曰狹義無權代理，後者稱之曰表見代理，其詳當於債編總論中討論之。

第四 意定代理與法定代理

意定代理者，其代理權基於本人之意思表示而生之代理也。法定代理者。其代理權非基於本人意思表示而生之代理也。此二者之區別，惟在其代理權發生原因之不同。其詳俟於代理權發生原因中再論之。

第五 一般代理與特別代理

一般代理者，不限定其代理權範圍之代理也。特別代理者，限定其代理權範圍之代理也。代理應屬於一般代理抑屬於特別代理，當依法律之規定及其授權行為以定之。

第三項 代權理

第一 代理權之本質

代理權者，能使其代理行為對於本人生效之權能也。此種權能，其本質若何？學者之主張，殊不一致。有根據法澳國民法之規定，謂代理與委任之觀念，並無區別。（法國民法一九八四條謂委任為受任人以委任人之名義代為處理其事務之契約澳國民法一〇〇二條則謂委任為發生代理行為之契約

故均不承認代理與委任有區別之存在。代理祇爲一種委任之法律關係，其自身無獨立存在之本質，不能於委任之外，單獨認爲一權能者，是謂否認說。有謂代理與委任，原爲獨立各別之觀念，代理人須有此項代理權之存在，始能使其代理行爲，對於本人發生效力。故因其行使即可發生一種法律關係，應認爲形成權者，是謂權利說。亦有謂代理與委任，固屬各別之觀念，而代理權與形成權之性質，亦不盡相同，即形成權之行使，須依權利人之意思表示，始能發生效果，而代理權之行使，則不問代理人之意思如何，皆非使其發生代理之效果不可，故不能謂爲形成權，祇應視爲法律上靜態之地位，與權利能力或行爲能力相類似之一種資格而已，是謂能力說。以上三說，第一說與我國民法之規定，明相矛盾（參照民法一六七條五二八條）其不能採取，自不待言。第二說則與說明形成權之性質上，亦稍有牽強。惟第三說於理論上較爲適當，故吾人亦主張之。

第二 代理權之發生原因

代理權發生之原因，可分爲法定代理及意定代理二段論之。

1 法定代理 法定代理，其代理權非基於本人意思表示而生，故與意定代理不同。至其發生之原因，約可分爲下列諸點述之。

a 直接由於法律之規定者 即其代理權之發生，直接基於法律之規定，並不須其他行爲之存在

者是也。例如父母對於未成年之子女，依據民法第一千零八十六條之規定，當然取得代理權是也。

b 由於法律之規定並須一定選任行爲之存在者，即其代理權之發生，除具有法律規定之根據外，尚須有其他選任行爲之存在者是也。例如親屬會議所選任之監護人，根據民法第一千零九十八條，雖當然對於未成年人有代理權，然據民法第一千零九十四條之規定，則非先經親屬會議之選定不可是。

2 意定代理 意定代理，其代理權基於本人之意思表示而生。故其代理權之發生，須有本人之授與行爲存在。此種授與行爲，通常稱爲授權行爲，其本質若何？學者間亦有爭論，茲分述如次：

a 委任契約說 此說謂意定代理人之代理權，由於委任契約而產生，於委任契約外，別無所謂授權行爲之存在。此在法澳民法上因將委任與代理相混同，（參照法民一九八四條澳民一〇〇二條）故其國之學者，多主張是說。然在我民法之解釋上，則因有一百六十七條及五百二十八條之規定，授權行爲與委任，既明白區別爲兩種之獨立行爲，其不能採取此說，自不待論。即就法理以言，委任爲一種債權契約，祇能創設雙方之債權債務關係，亦不能創設一種代理權之資格，故此說之不當，不待煩言自明。

b 無名契約說 此說謂意定代理人之代理權，雖非由於委任契約而產生，然其授權行為，亦不能由授權者一方之意思表示，即能發生，應屬於一種契約行為，非經代理人之同意不可。特此種契約，在民法上既無明文之規定，故應視為無名契約。此說在日本民法之解釋，雖為有力之主張。（參照鳩山氏民法總論四一五頁穗積氏民法總論下卷九七頁我妻氏民法總則四六七頁石田氏民法總則三九三頁）然與我民法第一百六十七條之規定，既明相衝突，其不能採取，亦不待言。且就法理言，代理權之效力，乃在使其代理行為對於本人發生效果而已，於代理人方面，既非負擔何種義務之事實，亦不以經其同意為必要也。

c 單獨行為說 此說謂意定代理之授權行為，與其基本契約，固屬各別之行為，且依授權者一方之意思表示，即能發生，亦不必待諸代理人之同意，始能生效，故應視為一種單獨之行為。此說在德國民法之解釋，已成通說，（參照德民一六七條一項）就我民法第一百六十七條之規定言，其應採取此說，以為解釋，亦無容滋疑者也。

以上三說，在我民法之解釋，固以第三說為當。然此種授權行為與其基本法律行為之關係若何？則尚有討論之必要。有謂基本之法律行為，祇發生本人與代理人內部之關係，授權行為則尚有其代理行為之相對人之外部關係存在，故二者應各別獨立，不能發生因果關係之牽連者，是謂授權行為

無因說。亦有謂授權行為，既由基本之法律行為而發生，其間當然有因果關係之存在者，是謂授權行為有因說。以上二說，自理論言，當以第一說為當。蓋基本行為祇有內部之關係。其關係如何，他人無從而知，為保護第三者計，自應使其授權行為獨立存在，不受基本行為之牽涉為是。但就我民法第一百零八條一項之規定言，則代理權之消滅，既應依其所由授與之法律關係定之，是乃採取第二說以立法者也。特此種規定，並非強行法規，如授權者以其他意思表示，使其與基本行為，不生關聯者，亦能有效也。

第三 代理權之範圍

代理權之範圍如何？在法定代理，應依法律之規定以定之，在意定代理，則應依其授權行為之旨以定之。此於理論上乃極明瞭之事體，故我民法做德民之立法例，對於代理權之範圍，不設若何之規定，然實際上如依上述之標準，不能確定其範圍者，亦恒有之。此在法日民法雖設有補充之規定，認為管理行為中如保存，利用，改良等行為，不致變更其物或權利之性質者，代理人得有權為之，處分行為，則無權為之。（參照法民一九八八條日民一〇三條）但在民法上則不能採取同一之解釋，此時當依其代理權之性質及其基本法律行為以定之。例如破產管財人之代理權，若不使其對於破產財團有處分之權能，則根本不能執行其職務。又由委任而生之代理權，若解為凡管理行為

皆能爲之，則與第五百三十四條，所謂不動產之租賃其期限逾二年者，須有特別授權行爲之規定，固明明相衝突也。

第四 代理權之限制

關於代理權之限制，亦得分爲下列二段論之：

1 法定之限制 法定之限制云者，即依法律之規定，對其代理權上所加之限制也。其中有屬於總則編以外法規之規定者，亦有屬於總則編之規定者，前者例如共同代理，依債編一百六十八條之規定，應共同爲之之限制；監護人之代理，依親屬編一千一百零一條之規定，對於受監護人之財產，非爲受監護人之利益，不得使用或處分之限制是。後者則爲一百〇六條所規定代理人不得爲雙方代理之限制是。茲專就後者，論述如次：

a 雙方代理之意義 雙方代理云者，代理本人與自己爲法律行爲，或既爲第三人之代理人，而又代理本人與之爲法律行爲之代理行爲也。代理本人與自己爲法律行爲者，通常稱爲自己契約；代理自己有代理權之第三人與本人爲法律行爲者，通常稱爲重複代理。此種雙方代理，是否有效？在德國普通法上，本有爭論。但現行德國民法，則於其一八一條中，以明文規定原則上當禁止之。我國民法第一〇六條之規定，蓋亦沿用德民之規定而來者也。

b 雙方代理之禁止 雙方代理，據民法第一〇六條之規定，原則上固應加以禁止。但其禁止之根據若何？則一向之說明有二：有謂此與雙方行爲之性質相違反者，其意蓋以雙方行爲之當事人，必爲二個獨立之人格者，今雙方代理，乃以代理人一人，而兼雙方當事人之資格，故應認爲不能。亦有謂此乃保護本人之關係而禁止之者，其意蓋以此時雙方當事人既處於利害相反之地位，若其意思表示，皆由一代理人決定之，則其結果於本人一方，必易受損害，故應加以禁止。以上二說，自理論言，自以第二說之主張爲當。蓋在雙方代理，其一方之當事人，仍爲本人，代理人不過爲之決定意思表示而已，不能謂此時其雙方之當事人皆爲代理人也。故法律禁止之意旨，實恐本人因之受有損害，並非因其違反雙方行爲之性質，甚爲顯然。且據本條例外之規定，如經本人許諾或專履行債務者，其行爲仍屬有效，則其採取第二說之理由立法，尤屬無疑也。又違反本條之規定者，其行爲之效力如何？則學者之見解，亦不一致。有謂其行爲應視爲無效者，亦有謂此時其行爲與無權代理之行爲相同，若經本人之承認，亦可視爲有效者，據立法之意旨言，亦應以第二說爲當。蓋本條既在保護本人之利益而設，若實際如本人之利益無損，而本人願意承認其有效者。法律自無強使其無效之必要。且本條在例外之情形上，如本人事先許諾者，已可使其有效，則事後承認者，亦應使其有效，乃屬當然之解釋也。

c 禁止之例外 雙方代理，原則上固應禁止，但據本條之規定，尙有其例外之情形如次：

1 其行爲已經本人之許諾者 法律禁止雙方代理之規定，原在保護本人之利益而設，今本人既不願受此保護，而許諾其爲此雙方代理之行爲，則法律自無再加以干涉之必要，故此時其行爲，應對於本人，仍爲有效。

Ⅱ 其行爲係專履行債務者 履行債務之行爲，通常於當事人間不致有利害相反之事實發生，故應許可其雙方代理之有效。惟此種行爲，有時亦須爲雙方攷慮利害者，例如代物清償及未到清償期之履行等，仍應解爲不能爲雙方代理爲當。又抵銷是否能爲雙方代理？學說上亦有爭論，但解釋上仍以肯定說爲是，蓋抵銷不過爲清償債務中之一簡易方法，並非雙方交換利益之行爲，於當事人間原無利害衝突之可言也。

2 意定之限制 意定之限制云者，即依本人之意思，對其代理權上所加之限制也。法定代理，其代理權乃根據法律之規定而生，自不許本人之意思，加以限制，故此之所謂意定之限制，乃專指意定代理而言，蓋在意定代理，其代理權既由本人之意思而授與，則對其代理權之範圍，自亦能由本人之意思而加以限制也。惟關於其限制之效力，法律爲保護交易上之安全，於一百〇七條中，特以明文規定，不得以之對抗善意第三人，但第三人如因過失而不知其限制事實之存在者，則

不在此限耳。

第五 代理權之消滅

關於代理權之消滅，得分爲消滅原因及消滅效果二段論之，茲分述如次：

1 消滅原因 代理權消滅之原因，有爲法定代理及意定代理所共同適用者；亦有爲法定代理及意定代理所各別存在者。前者謂之共同消滅原因；後者謂之特別消滅原因。茲再分述如左：

I 共同消滅原因 得爲法定代理或意定代理共同消滅之原因者，約如次述：

1 本人或代理人之死亡 本人或代理人之死亡，其代理關係，自應歸於消滅，因代理乃以對人之關係而發生，今當事者，既有一方已歸死亡，當然不能使其關係，再及於其繼承人也。但法律亦有以明文限制其不能消滅者，例如民法五百五十一條五百五十二條之規定是。此時既有此特別之規定存在，自應依其規定辦理，不能視其代理權，因一方之死亡，即歸消滅也。又在意定代理，如當事人雙方約定，不以此爲其消滅原因者，其約定應解爲有效，亦不待言。

2 代理人之喪失行爲能力 代理人喪失行爲能力時，據民法五百五十條及一千零九十六條規定之解釋，不論意定或法定代理，皆應認爲其代理權消滅之原因，自不待論。但在意定代理，據五百五十條但書之規定，如當事人間另有約定，或其事務之性質上，不能消滅者，亦不能因是

而使其代理權消滅，此則其例外耳。

Ⅲ 授與法律關係之終了 此爲民法第一〇八條所明定。即代理權之消滅，應依其所由授與之法律關係定之，其授與之法律關係終了者，則其代理權亦應歸於消滅是也。例如由監護關係而生之法定代理權，依監護關係之終了，即應歸於消滅；由委任關係而生之意定代理權，依委任關係之終了，即應歸於消滅是。

b 特別消滅原因 法定代理權，基於法律之規定而生，故其自身應具有之特殊消滅原因，亦應依據各種法律之規定，以爲決定，不可一概而論。至意定代理權之特別消滅原因，則除應依據本人授與時之意思，以爲決定外，據民法之規定，尙有左列之原因存在。

1 本人喪失行爲能力或本人與代理人之破產 此種事實，據民法五百五十條之規定，原罰上亦應解爲意定代理權消滅原因之一，特當事人間另有約定，或其事務之性質上，不能因是而消滅者，則不在此限耳。

Ⅳ 代理權之撤回 據民法一百零八條二項之規定，代理權得於其所由授與之法律關係存續中撤回之，但依該法律關係之性質不得撤回者，不在此限。故依本條之規定，意定代理權，除其法律關係之性質，不能撤回者外，原則因本人之撤回，亦應歸於消滅。

2 消滅效果 代理權消滅之效果，此可分爲當事人間之效果及對於第三人之效果二點論之。前者因其代理權之消滅，其代理人已失其爲代理行爲之資格，故其代理權之授與，有授權書之存在者，據第一百零九條之規定，於代理權消滅或撤回時，代理人應交還於授權人，不得留置。後者則在通常原因之消滅，固能對於一般人皆能發生效力，但在撤回原因之消滅，則民法爲顧及交易之安全，特於一百零七條，以明文規定。不得以之對抗善意第三人，但第三人如因過失而不知其實者，則又不在此限耳，

第四項 代理人之能力

第一 權利能力

代理行爲，直接由本人承受其權利義務之效果，故對於其行爲，是否須有權利能力之存在？應就本人以爲決定，不能就代理人以爲決定。本人對於其行爲，苟有權利能力，則不問代理人對之有無權利能力，皆能爲本人有效爲之。列如外國人對於中國之土地所有權，本無享有之能力，然如代理中國人，以取得其土地所有權者，其代理行爲，亦能視爲有效是也。

第二 行爲能力

據民法第一百零四條之規定，代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制行爲能力人而受

影響，故基於本條之解釋，代理人亦不必如法律行爲之當事者，須有完全行爲能力之存在，蓋以其行爲之效果直接由本人承受，對於代理人自身無利害之關係，今既本人願以之爲其代理人，則其代理行爲，自應視爲有效也。惟基於本條之反面解釋，及前述代理權消滅原因之規定，若代理人爲無行爲能力者，則無此代理之能力，自不待言。

第三 意思能力

代理行爲之意思表示，應由代理人決定之，故代理人自須爲有意思能力之人。無此能力者，據民法七十五條之規定，應與無行爲能力人同視，其自身所爲之行爲，既爲無效，則代理他人所爲之行爲，自不能使之生效也。又民法關於其代理行爲之意思決定上，有無欠缺或其地瑕疵情事之存在，尙設有一百零五條準則之規定，茲分述如次：

1 其欠缺或其他瑕疵情事之有無原則應就代理人決之 即據本條前段之規定 代理人之意思表示，因其意思欠缺，被詐欺被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，其實之有無，皆應就代理人決之。此蓋以代理之意思表示，既由代理人決定之，則此等事實之有無？自亦應由代理人方面決之爲當也。惟此有當注意者，即基於此等事實而生之撤銷權因本人既爲其行爲之當事者，故解釋上仍應屬於本人，而不屬於代理人，不過代理人此時亦得代爲行使之耳。

2 在意定代理本人有指示者則應就本人決之。即據本條但書之規定，代理人之代理權，係以法律行為所授與者，其意思表示如依照本人所指示之意思而為時，則前述事實之有無，應就本人決之。蓋以此時其意思表示，既依照本人之指示，以為決定，則其決定上有無此等事實之存在，自不能再就代理人方面決之，故復設此例外之規定也。

第五項 無權代理

無權代理者，無代理權限存在之代理行為也。其不存在之原因，約有三種：一有因於基本發生原因之不存在者，例如其代理權之發生，既無法律規定之根據，亦無本人有效授權行為之存在者是。二有因於其代理權自身之已消滅者，例如原存在之代理權，因消滅原因之到來，已歸消滅者是。三有因於代理權範圍之逾越者，例如其代理權之範圍，祇在為財產上之保管行為，而代理人乃以之為處分行為是。此種無權代理之行為，有因其表面上足使他人信為有代理權，依據一百六十九條之規定，而成為表見代理人者；亦有因本人嗣後之承認，依據一百七十條之反面解釋，而成為後發之有權代理人者；亦有因保護善意第三人之關係，依據一百零七條之規定，而使其對於本人生效者。若無此等有效原因之存在，則其代理行為既不能對於本人生效，是其行為之相對人，非受不測之損害不可。故民法為保護此善意之相對人計，特於第一百一十條，以明文規定：無代理權

人，以他人之代理人名義所爲之法律行爲，對於善意之相對人，負損害賠償之責。茲分述如次：

1. 責任之根據 無權代理人對於其行爲相對人，依據上述規定，應負賠償責任，固不待言。但其責任發生之根據如何？則學者主張，各不一致，約可分爲下列諸說：一有謂無權代理人此時爲其行爲之當事人，故應對於其行爲之相對人負責者，是謂行爲當事人說。然無權代理之行爲仍係以本人之名義爲之，其行爲之當事人，屬於本人，並非屬於代理人，故此說不能採取。二有謂無權代理之行爲，對於本人既不能生效，則其相對人所受之損害，實基於無權代理人之侵權行爲所致，故應負責者，是謂侵權行爲說。然侵權行爲，須以故意或過失爲其成立要件，而無權代理人之此種賠償責任，據民法之規定，並不以此主觀意思存在爲必要，故此說亦不能採取。三有謂代理人於爲行爲之際，應注意其有無有代理權之存在，今因此項注意義務之欠缺，致相對人受有損害，故應負責，是謂注意欠缺說。然代理人爲代理行爲，法律上並無科以此等注意義務之規定，且其責任之構成，亦不以此等注意之欠缺爲必要，故此說亦不能採取。四有謂代理人於其代理行爲，原對於相對人有擔保其對於本人生效之從行爲存在，今違反其擔保義務，故應負責者，是謂擔保說。然代理人爲代理行爲之際，不必皆有此等擔保意思之存在，而法律之使無權代理人負責者，亦不以此等擔保意思存在爲要件，故此說亦不能採取。五有謂

法律爲保護交易之安全，特以明文規定無權代理人應負擔此項責任，而無權代理人根據此種規定，故應負責者，是謂法定責任說。據民法之解釋，應以此說爲當。蓋無權代理人之此項責任，依一百一十條之規定，並不以其他事實之存在爲其成立之前提要件，其負責之理由，實即根據於該條之規定而來也。

2 責任之要件 無權代理人之此項責任，其構成要件，約如下述：

a 須有無權代理行爲之存在 即須以他人之代理人名義而爲法律行爲是。如以自己名義而爲之法律行爲，則有時雖於他人發生間接代理之關係，然自己既直接爲其行爲之當事者，其行爲之效果，皆由自己負擔，故不生此項責任之問題。至其無權代理行爲，是否爲積極代理抑爲消極代理？又行爲者，對於其代理權不存在之事實，有無故意過失？均可不問，皆非負本項之責任不可。

b 須其行爲對於本人不能生效 關於此點，民法一百一十條中，雖無明文之存在。然解釋上，如其行爲已具備表見代理之要件，或經本人之承認，或據法律之規定，本人不能以其無效對抗善意之第三人者，則其行爲既可對於本人有效，相對人之損害，即無由發生，故無權代理人之此項責任亦不能成立也。

c. 須其相對人爲善意之相對人 所謂善意云者，即其相對人非明知其無代理權之謂也。如相對人明知其無代理權，而猶願與之爲此等行爲，則法律無再爲保護之必要，故此項責任之發生，以其相對人係善意爲要件。又在德日民法，有以相對人因過失不知其無代理權，亦可使無權代理人免責者，（參照德民第一七九條三項日民第一一七條二項）但我民法上則無此等明文之存在，不能爲同一之解釋。故相對人但須不知其無代理權，行爲者即應負責，至其不知，是否有過失之存在，可以不問也。

3 責任之內容 無權代理人對於相對人應負之責任，其內容如何？立法例上亦不一致。有認爲無權代理人應負履行或損害賠償之責任，而由其相對人選擇定之者，如德日民法是。（參照德民一七九條一項日民一一七條一項）有認爲無權代理人祇負損害賠償之責任者，如法瑞民法是。（參照法民一一二〇條瑞債三九條）此二種立法例，據理論言，當以後之立法爲當，因無權代理之行爲，其當事人仍屬於本人，行爲者既非當事人，自不能使之負履行之責也。故我民法採取法瑞之立法規定此項責任，單以賠償相對人之損害，爲其內容。至其損害賠償之範圍若何？民法對之，既無特別之規定，解釋上自應依據債編通則中第二百十六條之規定，以爲認定之標準。即相對人對於其行爲之無效上，所受之損害及所失之利益，皆應包括以爲計算也。

第六項 複代理

代理人以自己名義，就其代理權限內之行爲，爲本人所選任之代理人，曰複代理人。其與本人所生之關係，曰複代理關係。此種複代理人，雖由代理人所選任，然並非代理人之代理人，亦非本人與代理人之共同代理人，實直接爲本人之代理人也。故其與本人間所生之複代理關係，與通常之代理關係相同，其複代理之行爲，皆直接對於本人生效。至其複代理權之範圍，如何認定？則因其係由代理人所選任之代理人，故原則應依其選任中之授權行爲以定之，但複代理權既根據於代理人之代理權而發生，故其範圍自不能大於原存在之代理權也。又複代理人既由代理人所選任，故代理人對於其複代理之行爲，除法律別有規定外，應對於本人，負一切之責任，自不待言。

關於複代理，我民法上未設有概括之規定，一般代理人，是否得有此選任複代理人之權限？當分爲法定代理與意定代理以論之。在法定代理，應依法律之規定，以爲決定，苟法律上無許可之明文者，則除代理人有不得已之事由，不能親自爲其代理行爲者外，原則上應解爲無此複任權之存在。在意定代理，則應依其基本法律關係之訂定及本人之意思，以爲決定，苟當事人別無訂定而本人亦無許可之意思者，則除法律有特別之規定外，（參照五三七條但書），亦應解爲無此權限也。

第六款 法律行爲之無效及撤銷

第一項 概說

法律行爲，就其內容所生之效果關係言，有在法律上已確定生效者，是謂有效之法律行爲；有在法律上絕對不能生效者，是謂無效之法律行爲；有因撤銷權之行使，而能使其效力消滅者，是謂得撤銷之法律行爲；亦有於行爲成立後，其效力尚未確定發生或存在者，是謂效力未定之法律行爲。民法因法律行爲除無效撤銷及效力未確定者外，均爲有效之行爲，故於總則編法律行爲章中，祇對於無效及撤銷二點，特設專節，加以規定，其效力未定之法律行爲，亦附於該節中規定之，以下依照民法之規定，析述如次：

第二項 無效

第一 無效之意義

無效云者，其法律行爲之意思表示，所欲發生之效果，於行爲成立當時，已確定不能發生之謂也。茲析言如次：

1 無效係不能發生意思表示所欲發生之效果。現今立法，對於法律行爲，採取私法自治之制度，凡法律行爲所發生之效果，原則均由行爲人之意思表示決定之。但亦有不許可其表示上所決定之效果發生者，例如行爲者無行爲能力或其標的不適法等之行爲是，此種行爲，即謂之無效行爲，

故無效之意義，乃指不能發生意思表示上所決定之效果而言，至能發生其他效果與否？則非所問，例如雖爲無效之行爲，有時亦能發生侵權行爲或不當得利上之效果是也。

2 無效係行爲成立時之不能生效 故如其行爲根本未成立，固不能謂之無効，即成立時尙無無效之原因，其後始不能生效者，亦不能謂爲此之無効也。

3 無効係確定不能生效 所謂確定者，即不須當事人何等行爲之加入，無論何時，皆得主張其無効之謂也。無効之效果，不待當事人何等行爲之參入，皆能發生，故與撤消之行爲，固屬不同，且其無効之事實，乃已確定存在，故與效力尙未發生之行爲，亦復有異。又當事人隨時皆得主張其無効。故其無効之效果，亦決不能因時效而消滅之也。

第二 無効之種類

1 自始無効與嗣後無効 於行爲成立當時，即欠缺生效要件，而致無効者，謂之自始無効。於行爲成立後，始欠缺生效要件，而致無効者，謂之嗣後無効，前者例如行爲成立時，其標的已不適法；後者例如行爲成立時其標的尙屬適法，惟在停止條件成就前，其標的始成爲不適法是。此之所謂無効，乃指前者而言，至後者之無効，則爲效力尙未發生中所生之問題，不能謂爲真正之無効也。

2 絕對無效與相對無效 其無效之效力，無論對於何人，皆能主張之者，謂之絕對無效，反之對於一定之人，雖能主張無效，而對於他人，則不能主張無效者，謂之相對無效。無效之效力，以具有前者之絕對性為原則，但亦有因法律之規定，而祇具有後者相對之效力者，例如虛偽表示，雖屬無效，但不得以其無效對抗善意第三人。（民法八十七條）

3 全部無效與一部無效 法律行為之內容，全部皆為無效者，謂之全部無效，反之祇有一部分無效者，則謂之一部無效，一部無效之行為，是否應視為全部無效？在立法例上，有二種主義：有以除去其無效之部分外，尚屬有效者，此為羅馬法所採取之主義，有以原則上均應視為全部無效者，此為德瑞民法所採取之主義。就理論言；應以後之主義為當，蓋法律行為之內容，原則上均有互相牽連不可分離之關係存在，一部無效之時，自不能再令其他部分為有效也，故我民法第一百一十一條，倣德瑞之立法例，以明文規定，法律行為之一部分無效者，全部皆為無效，是為原則，但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效，是為例外。因有時依據法律行為之性質，其內容為可分者，亦不必強使其拘守此原則辦理，而視為全部無效也。

第三 無效行為之轉換

無效行為之轉換云者，即無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認為當

人若知其無效即欲爲他法律行爲者，其他法律行爲，仍爲有效之謂也。例如遲到之承諾，雖應無效，但亦可轉換爲新要約，視爲有效。（民法一六〇條一項）又如發出本票之行爲，雖因欠缺法定記載事項而無效，（參照票據法第八條及第一一七條）若可作爲不要因之債務承受契約者，則亦可轉換爲該契約，而視爲有效是（參照大理院八年上字一四一四號判例）。此種無效行爲之轉換，我民法做德民之例（德民二四〇條），於第一百一十二條中，以明文承認其有效。蓋以此時其行爲之自身雖無效，然一方既已具備他行爲之要件，一方又可認爲當事人有爲他行爲之意思存在，爲免除當事人對於他行爲，再從新表示構成之重複意思計，自不如直接以其無效行爲，轉換爲他行爲，而視爲有效爲當也。

第四 無效行爲當事人之責任

無效法律行爲之當事人，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，此爲民法第一百一十三條所明定，蓋以無效之法律行爲，其一方當事人因之已爲給付者有之，或因之而受損害者亦有之，若使其無效或因過失而不知其無效之當事人，不負回復對方之原狀或賠償其損害之責任，則不惟有損於對方之利益，且足以妨害交易之安全也，至本條之規定，與不當得利之規定不同者，（民法一八一條一八二條）即第一，須於行爲當爲，知其無效者，始適用本條，

若事後知之者，則當適用不當得利之規定辦理，第二，此之所謂知其無效者，包括明知及可得而知之二種情形而言，與不當得利之限於明知之時，始負返還責任者，亦復不同，第三，在不當得利，祇負返還或償還價額之責任，而此則不須回復原狀時，亦應負損害賠償之責任。故二者規定之內容，原不盡同，不宜混視也。又基於本條之規定，而負損害賠償之責任者，其行爲亦不必即爲侵權行爲，雖未具備侵權行爲之要件，基於本條，亦應負責也，

第三項 撤銷

第一 撤銷之意義

撤銷者，可撤銷之法律行爲，經特定人否認其效力之存在或發生之謂也。茲析言如次：

1 撤銷乃否認其法律行爲效力之存在或發生 得爲撤銷之行爲，其效力原已存在或將發生，撤銷云者，特使其已存在之效力，歸於消滅，或使其將發生之效力，不能發生而已。故得撤銷之行爲，與無效之行爲不同，一則其效力在行爲當時已確定不能發生，一則其效力原已發生或有發生之可能，特因撤銷行爲之行使，而使其消滅或不能發生耳。

2 撤銷乃因特定人之行爲而表現 據民法一百一十六條一項之規定，撤銷應以意思表示爲之，其自身乃爲法律行爲之一，無此行爲時，其效果固無由發生，反之有此行爲時，則其被撤銷之行爲

，即將因之喪失效力，又此種撤銷行為，亦非盡人皆得爲之，能爲之者，須有其撤銷權之存在，故撤銷之效果，必限於享有此撤銷權之特定人，有撤銷行為後，始能表現。

3 撤銷乃對於得撤銷之行爲始能行使 即撤銷須有其撤銷之原因存在，對於具有撤銷原因之行爲，始能撤銷之。撤銷之原因如何？此當根據法律之規定定之，其中有爲一般法律行爲所共同適用者，是謂一般之撤銷原因，例如民法七十四條八十八條八十九條九十二條所規定之原因是，亦有爲特種之法律行爲始能適用者，是謂特別之撤銷原因，例如民法第二百四十四條第四百一十六條第四百一十七條第九百八十九條第九百九十一條至九百九十五條所規定之原因是，關於總則編中撤銷之規定，因一般撤銷原因而撤銷之者，其能適用，固不待言，至因特別撤銷原因而撤銷之者，能否適用？學者間雖有異論。但據吾人之見解，則以爲除其法律之自身，另有特別規定外，自應仍適用之。蓋以總則編之規定，原爲一般民事法之普通法，根據特別法無規定，應適用普通法之原則，固不能排除其規定而不適用也。

第二 撤銷之方法

關於撤銷之方法，一向之立法例有二：有認爲須向法院聲請，始得撤銷之者，是謂訴訟主義，法系之民法採取之。（參照法民一三〇四條意民一三〇〇條荷民一四九〇條）有認爲僅以意思表示

示，即可撤銷之者，是謂意思表示主義，德日民法採取之。（參照德民一四三條日民一二三條）我國民法，原則上採取後之主義，於第一百一十六條，以明文規定，撤銷以意思表示爲之，如相對人確定者，並應向相對人爲之。但例外上亦有須於訴訟上爲之者，例如第七十四條所規定違反公平之行爲第二百四十四條所規定詐害債權之行爲第九百九十七條所規定被詐欺或被脅迫之婚姻行爲等之撤銷是。撤銷依上所述，既以意思表示爲之爲原則，至其表示行爲之認定，則尙有左列各點，當注意者：

1 爲此表示行爲者，除其撤銷權之本質爲專屬權者外，不限於有撤銷權之本人，即其代理人亦得爲之，自不待言。惟其被銷撤之行爲，如當事人有數人時，此種表示行爲，應如何行使，則當如下列各款，以解決之：

a 當事人全體皆有銷撤權者，固應準用二百五十八條二項關於解除權行使之法理，此項表示行爲，原則應由全體爲之。但如其行爲之給付爲可分者，則亦可由其中之一人，單獨行使之。蓋以此時其表示行爲之效力，雖祇及於表示者之自身，然其給付既屬可分，則對於其他當事人，即不生若何之影響，故應許其單獨爲之也。

b 當事人一部有撤銷權者，此時有撤銷權者，不須得其他當事人之同意，亦不問其撤銷之結果

，對於其他當事人之影響若何？皆得單獨爲此表示行爲。蓋以其他當事人，既未共同享有此項撤銷權，自不能限制有撤銷權者，關於其撤銷權之行使也。

2 此表示行爲，其相對人確定者，依一百一十六條二項之規定，固應向其相對人爲之。但所謂相對人者，指其行爲當初之相對人而言，抑係包括其後繼承其相對人之地位者而言，則學說上稍有爭執。據吾人之意見，本項之意義，應取擴張解釋，其後繼承其相對人之地位者，亦應視爲相對人。蓋非如是，則有時當使撤銷權者，陷於不能行使其撤銷權之虞也。至其相對人不確定者，應向何人表示？法律雖無明文，據理論言：此時如有利害關係人之存在者，亦應向此等人表示之，無此等人存在者，則對於一般人以爲表示，始能生效也。又其相對人如有數人時，其解釋亦與上段所述情形相同，即 a 對於相對人全體有撤銷權者，除其行爲之給付爲可分者外，應對於全體爲之；b 祇對於相對人一部有撤銷權者，則不問撤銷之結果，對於其他相對人之影響若何？皆得單獨向之爲此表示也。

第三 撤銷之效力

撤銷之效力，據一百一十四條一項之規定，其被撤銷之法律行爲，視爲自始無效。故其法律行爲，已發生效力者，經撤銷後，等於自始未生效力。未發生效力者，經撤銷後，亦不能再發生效力。

惟據九百九十八條之規定，婚姻撤銷之效力，不溯及既往，此則其例外耳。又當事人知其得撤銷或可得而知者，其法律行為撤銷時，依一百一十四條二項之規定，應準用無效行為之規定，對於相對人當負回復原狀或損害賠償之責任，其詳可參看無效項中之說明。

第四 撤銷權之消滅

撤銷權消滅之原因有二。一經撤銷權人行使者，應歸消滅，蓋撤銷權乃形成權之一，經行使後，一方雖能發生撤銷之效果，一方其權利之本身，亦不能再事存在也。二經過法定期間，亦應歸於消滅，法律對於撤銷權，定有存續期間者，如七十四條二項九十條九十三條之例，其期間經過後，撤銷權亦當然消滅也。

第四項 法律行為效力之確定

第一 概說

效力未定之法律行為，欲使其效力之發生，其確定方法，原有種種，茲略舉如次：

- 1 有以條件事實之成就而使其生效者，例如附有停止條件之行為是。
- 2 有以當事人之死亡而使其生效者，例如死因行為是。
- 3 有以當事人或特定人之承認，而使其生效者，例如限制行為能力人所為之契約行為是。

4 有以第三人之同意，而使其生效者，例如對於有配偶者之收養行為是。

5 有以權利人之承認或當事人之取得其權利，而使其生效者，例如無權處分之行爲是。

民法於無效及撤銷節中，對於後之三者，設有一般之規定，茲分述如左：

第二 須經承認之法律行爲

承認者，對於可承認之法律行爲，經特定人確定其效力之發生之謂也。茲析言如次：

1 承認乃確定效力之發生 故承認與撤銷之目的，剛相反對，一則在使已存在之效力，歸於消滅，一則在使未發生之效力，能事發生。

2 承認乃因特定人之行爲而表現 據民法第一百一十六條之規定，承認與撤銷同，應以意思表示爲之，故其自身亦爲法律行爲之一，須有此表示行爲後，始生效力，自不待言。又爲此行爲者，亦須有其承認權之存在，故又必限於享有此承認權之特定人，始得爲之。

3 承認乃對於得承認之行爲始能行使 何種行爲，始爲得承認之行爲，此當根據法律之規定定之。據現行民法總則編之規定而論，其得承認之行爲，蓋有二種：即一限制行爲能力人未經允許所爲之契約行爲，二無權利人未經權利人允許所爲之處分行爲是也。至他國立法例中，雖亦有對於無效及撤銷之行爲，亦得以承認而生效者，（參照德民一四一條日民一一九條一二四條）但我民

法上，既無此等規定之存在，自難與之爲同一之解釋。

承認之意義，已如上述，至其表示之方法及效力，據民法之規定，尙得分述如次：

1 承認之表示方法 據一百一十六條二項之規定，蓋與撤銷行爲相同，相對人確定者，應向相對人爲之，其詳可參看前述撤銷之說明。

2 承認之效力 據一百一十五條之規定，經承認之法律行爲，如無特別訂定，溯及爲法律行爲時發生效力。故此與撤銷之效力，稍有不同，即撤銷據一百一十四條之規定，其溯及效乃屬於確定者，而此則須當事人無反對之訂定時，始使其生此溯及之效力也。

第三 須經第三人同意之行爲

法律行爲，有以第三人之同意，爲生效要件者，此時其法律行爲，非經第三人之同意，不能生效，自不待言。至同意之性質，蓋與承認相同，亦爲補助行爲之一，須有同意權者，始得爲之。其表示方法，民法對之，於一百一十七條中設有規定，即其同意或拒絕，得向當事人一方爲之是也。故基此規定，其同意與否之表示，不必向當事人雙方爲之，即向一方爲之，對於他方，亦能有效也。

第四 無權處分之法律行爲

無權利人對於其權利標的物所爲之處分行爲，原則上不能發生效力，固屬當然。但民法爲顧全權

利人之意思，及其處分行爲相對人之利益計，於一百一十八條中，尙設有左列例外之規定，茲分述如次：

1 經權利人承認者 其處分行爲，亦能發生效力。至此項承認，應適用一百一十五條及一百一十六條之規定，自不待言。又其處分行爲之自身，是否善意及有無過失之存在？可以不問，一經權利人承認後，皆能發生效力也。

2 無權利人嗣後取得其權利者 其處分行爲，自始即發生效力。蓋以其爲處分之時，既有使之發生效力之意思，故於其取得權利後，當然應使其效力，溯及於行爲時發生之也。又於取得權利前，曾爲數個處分行爲者，如其前後之處分，有抵觸時，則應以其最初之處分爲有效，特此時行爲者對於其他無效之相對人，仍應負一百一十三條所規定之責任耳。

第五章 期日及期間

第一節 概說

第一 時間在法律關係上之重要性

時間爲宇宙構成之元素，故宇宙間之生活現象，殆無一不受其勢力之支配。法律關係，既爲人類

生活現象之一，則其不能外於此種原則，自不待言，茲就二者之關係，舉其重要者，分述如次：

1 有爲法律上能力之發生或消滅要素者，例如出生或死亡之時，爲權利能力終始之要素，二十歲屆滿之時，爲行爲能力取得之要素是。（參照第六條第十二條）

2 有爲權利自身之取得或消滅要素者，例如取得時效及除斥期間與權利之關係是。（參照七六八條至七七二條九三條等之規定）

3 有爲權利效力之發生或消滅要素者，例如定期租賃之租賃物返還請求權，須於期限屆滿時始能行使，及一般請求權，因消滅時效之經過，而其效力即歸於消滅是。（參照四五〇條一項四五五條及一二五條以下之規定）

4 有爲法律現象認定之要素者，例如死亡宣告，須經過失蹤期間是。（參照第八條）

5 有爲法律行爲效力發生或消滅之要素者，例如附有始期或終期之法律行爲是。（參照一〇二條一二項）

6 有爲遲延責任發生之要素者，例如清償期到來時，或經債權人催告時，不履行債務者，即應負遲延之責任是。（參照二二九條）

時間於法律關係之重要性，既如上述，故關於其計算之方法及確定之標準，在法律上自不可設一

解決之明文，此民法之所以做德日立法例，於法律行爲一章後，又復設此期日及期間之規定也。（參照德民一八六條至一九三條日民一三八條至一四三條）

第二期日及期間之意義

時間確定之方法有二，有指一定之特定時期，以爲確定之標準者，是謂期日，例如約定以某年某月某日爲清償期是；有指一定之繼續時期，以爲確定之標準者，是謂期間，例如約定以民國二十一年一月二日至民國二十一年一月一日爲買回特約中之買回期限是。二者區別之點，特一則含有特定之性質，一則含有繼續之性質耳。日本民法祇對於後者，設有規定，我國民法則做德民之例，以二者在計算上，皆有爲之設一確定之必要，故於總則編第五章中，概括此二者，而規定之。

第二節 計算之方法

第一 概說

期日及期間，有由法令定之者，有由審判定之者，亦有由法律行爲定之者，其應如何以爲計算，原則固當依其所訂定者以定之。但如無特別之訂定時，據民法第一百一十九條之規定，應依第五章所定，以爲計算標準。至其計算方法，可大別爲次之二種：

1 自然計算法 自然計算法者，依實際時間而計算之方法也。例如以日定期間者，則以滿足二十

四小時爲一日，以星期定期間者，則以滿足七日爲一星期，以月定期間者，則以滿足三十日爲一月，以年定期間者，則以滿足三百六十五日爲一年是。我國民法對於以時，日，星期定期間者，及以月或年定期間而非連續計算者，採此種計算方法。（參照一百二十三條一項之反面解釋及該條二項之規定）

2 曆法計算法 曆法計算法者，即依曆法上關於月年計算之標準，以爲計算之方法也。例如一月之日數，依自然計算法，應爲三十日，若依曆法計算，則有爲三十日者，有爲三十一日者，亦有爲二十八日或二十九日者；一年之日數，依自然計算法，應爲三百六十五日，若依曆法計算，則因其年之平閏，其日數亦有出入是。我國民法對於以月或年定期間，而係連續計算者，採此種計算方法。（參照一百二十三條一項）至所謂曆者，應指太陽曆而言，自不待言。（民國十九年一月二十五日國民政府令時例應用陽曆）

第二 期間起算點之標準

關於期間，應由何時起算？民法對之，設有下列二種確定之標準：

1 以時定期間者 以時定期間者，據民法一百二十條一項之規定，應即時起算。例如於上午七時三十分，約定六小時內交款，則應自上午七時三十分起，計算共六小時之時間是。

2 以日星期月或年定期間者 以日，星期，月或年定期間者，據民法一百二十條二項之規定，其始日不算入，故其起算點，應從其訂定之翌日起計算。例如於一月一日，約定十日間，二星期間或三個月間交款，則不問其約定時爲午前或午後，均以一月二日午前零時爲起算點是。此項起算法，通常謂爲延長計算法。在他國立法例，亦有規定以日，星期，月或年定期間，而其期間如由午前零時起，則當日仍須算入者，（參照德民一八七條日民一四〇條但書）但我國民法。既無明文，自難與之採取同一之解釋，故雖在該日午前零時訂定期間者。仍應從翌日以爲計算也。

第三 期間終止點之標準

關於期間，應至何時終止，民法對之，亦設有下列二種確定之標準：

1 以日星期月或年定期間者 以日，星期，月或年定期間者，據民法第一百二十一條一項之規定，應以期間末日之終止，爲期間之終止。例如約定以十日爲期，則應以此十日末日之午後十二時爲其終止點，約定自日曜日起算以一星期爲期，則應以土曜日午後十二時爲終止點；約定自月之一日起算以一月爲期，則應以該月末日午後十二時爲終止點；約定自一月一日起算以一年爲期，則應以該年十二月末日午後十二時爲終止點是。

2 以星期月或年定期間而不自其始日起算者 以星期月或年定期間，而不自其始日起算者，據民

法一百二十一條二項上段之規定，應以最後之星期，月或年與起算日相當日之前一日，爲期間之末日，例如於星期一午後一時約定一星期之期間，則自翌日星期二起算，以下星期之相當日，即下星期二之前一日，爲期間之末日是。其他月或年之計算，亦可依此類推。惟以星期定期間者，其最後之星期，固必有其與起算日相當之日存在，若以月或年定期間者，則因月有大小，其最後之月，未必有其與起算日相當之日。故本項但書又復規定，以月或年定期間，於最後之月，無相當之日者，以其月之末日，爲期間之末日。例如自一月三十日起約定一個月或一年之期間者，至二月或次年二月無相當之日即三十日時，則應以其月之末日即二十八日或二十九日，爲期間之末日是也。

第四 期日或期間終止點之延長

於一定期日或期間內，應爲意思表示及給付者，其期日或其期間之末日，爲星期日紀念日或其他休息日時，據民法一百二十二條之規定，應以其休息日之次日代之。此蓋以休息日爲安息日，不能強人工作，故應使其延長至於次日以爲終止也。至所謂星期日者，指曆定之日曜日而言，紀念日則指法定之紀念日而言，固不待論；惟休息日之認定標準如何？則學說上稍有爭論，有謂但有此休息之習慣即足者，亦有謂須其休息之習慣，在停止市面之交易者，我民法上關於此點，雖無明文之規

定，但理論上自應以前說爲當，蓋以本條立法之旨，在保護人之安息，並非因交易之停止，始許期間終止點之延長也。又本條並非禁止規定，如在此等休息日以爲給付，經對方受領之者，亦不能其解爲期間前之給付也。

第五 月或年之計算法

月或年之計算，我民法上採取自然及曆法之二種計算方法。即依一百二十三條一二項之規定，稱月或年者，原則依曆計算，但其月或年，非連續計算者，則此時應依自然計算法以爲計算，即每月應爲三十日，每年應爲三百六十五日也。

第六 年齡之計算法

年齡之計算，其起算點與一般期間認定之標準不同，據民法一百二十四條一項之規定，不自其出生之翌日起算，而應自出生之日起算。又其出生之日，無從確定者，據本條二項之規定，其推定之標準如次：即1 出生之日，俱無從確定時，推定其爲七月一日出生。2 知其出生之日，而不知其出生之日者，推定其爲該月十五日出生是也。

第六章 消滅時效

第一節 概論

第一 時效制度之沿革

時效制度，起源於羅馬法。考羅馬法因時之經過而發生權利變動之制度有二：一為因經過相當之年日占有他人之物，即可取得其物之權利者，是謂取得時效（Usucapio）；一為因經過相當之年日而不行使其訴權，其訴權即歸消滅者，是謂消滅時效（Prescriptio）。茲將二者發達之沿革，略述如下：

1 關於取得時效，羅馬於十二銅標法中，即已承認之。其最初之期間甚短，於動產為一年，不動產為二年，但祇適用於羅馬之市民。嗣後因裁判官之公告，對於非羅馬之市民，亦適用此制度，惟其時間較長，即占有人與所有人同住一州者須十年，非同住一州者須二十年。迄優帝編纂羅馬法全典時，廢止此二種區別，關於不動產，適用此十年及二十年之規定，而動產則以經過三年，即取得其物權。

2 關於消滅時效，在羅馬法上發展之經過，約可分為三期述之。第一為市民法時代，對於羅馬市民，除關於請求撤銷不正當遺囑之訴，須於五年內提起外，其他並無限制。第二為萬民法時代，對於外事裁判官之訴訟，限於一年內提出，否則其債權即歸消滅。第三為統一時代，認為一般訴

訟，應於三十年內提出，對於外事裁判官之訴訟，則雖經過一年而不提出，亦不過使其債務，變為自然債務，其債權之自身，並不因之消滅。

上述二種時效制度，在德法系之立法，因德儒 Windscheid 氏研究羅馬法之訴權，將其性質辨明，區分為公法上之訴權及私法上之請求權二種。於是德國民法上雖亦承認此種制度，但對於消滅時效，則單指對於私法上之請求權，始能適用；且其效力亦與取得時效不同，並非能發生權利自身之變動，特在使其權利行使上之效力，不能表現而已。（參照德民一九四條二二二條）故因其認定此二種時效，適用之權利及其自身之效力，既各不相同，乃將二者，分別規定，消滅時效，規定於總則編中，而取得時效，則規定於物權編中（參照德民九百條）。反之在法法系之立法，亦承認此種制度，但因陷於羅馬法註釋派之誤解，反於羅馬法之舊例，認為二者，對於權利自身，皆有同一變動之效力，且消滅時效，除所有權外，其他財產權，亦得適用之，故將二者概括規定於其第三編財產權取得法中（參照法民二二一九條至二二三條意氏二一〇五條至二一四七條荷民一九八三條至二〇三〇條西民一九三〇條至一九六七條），而名之為取得權利及免除義務之方法。其他若日本及奧國之立法，雖另以時效名稱，概括此二種制度，以為規定（參照日民一四四條至一七四條奧民一四五一條至一五〇二條）。然其規定之內容及體裁，仍多採取法民而來也。我國民法，因消滅時效與

取得時效，其認定之理由，各不相同，一則在使不明之關係，歸諸消滅，一則在使永續之狀態，歸於確定，有區別觀察之必要，故做羅馬德國之立法例，不特將二者適用之權利及效力，加以區別，且於編制上，亦劃分於總則及物權二編中，以規定之。自立法之體例及理論上言，固甚得當也。

第二 消滅時效之意義

消滅時效者，因經過一定期間，繼續不行使請求權，其請求權行使之效力，因義務人之抗辯；即應歸諸消滅之法律事實也。茲分述如次：

1 消滅時效須經過一定期間 消滅時效，須經過一定之期間，始能發生消滅之效果。此種期間，謂之時效期間。原則上不得以法律行為加長或減短之（參照民法一四七條德民二二五條）。至其應經過之期間，則因請求權性質之差異，有爲十五年者；有爲五年者；亦有爲二年者，其長短亦不一致，（參照民法一二五條至一二七條）其詳俟後述之。

2 消滅時效須繼續不行使請求權 消滅時效，不僅以單純經過其時效期間爲要素，並以其時效期間內，繼續不行使其請求權，有此等消極事實之存在爲要素。所謂不行使云者，即在法律上，有可以主張其請求權之狀態，而不主張之謂。具有此等消極事實，則消滅時效之效果，即當因之發生。

3 消滅時效在使其請求權行使效力發生消滅之效果。消滅時效，在消滅其請求權之自身，抑係消滅其請求權行使上之效力？在學說上原屬爭論之問題。但就我民法第一百四十四條之規定觀之，其時效完成後，不過使債務者，得享有一種消滅抗辯權，使對方權利之行使上，不能發生效力而已。若債務人仍為履行，或以契約承認該債務及提出擔保者，則權利人對其給付，仍有受領之權利，是其非否認其權利本身之不存在，甚為明瞭。故就我民法之規定言；消滅時效之效果，僅在使其請求權行使之效力，歸於消滅而已，不能誤解其權利之自身，亦因之消滅也。

4 消滅時效具有法律事實之性質。消滅時效，依上所述，須具有義務人之抗辯，始能直接發生權利效力變動之效果，故其自身之性質，應屬於構成法律要件之一種事實。

第三 消滅時效之客體

何種權利，始能為消滅時效適用之客體，各國立法例，不盡相同。有以債權及所有權以外之財產權為客體者，如法日民法是；（參照法民二二一九條日民一六七條）亦有僅以請求權為標的者，如德瑞民法是。（參照德民一九四條瑞債一二七條）我民法則從後者之立法例，以請求權為消滅時效之客體（參照民法一二五條以下）。故如支配權中之物權，準物權，人格權身分權及形成權中之撤銷權，解除權，催告權等，則除法律另有規定外，不能適用總則編消滅時效之規定，固不待言。（

參照民法五百一十四條）至由此等權利而生之請求權，例如由物權而生之物上請求權，由身分權而生之扶養請求權等，則應解爲其權利之自身，含有財產之性質者，始能爲消滅時效之客體，如未含有財產之性質者，則不能適用消滅時效之規定，蓋以消滅時效之性質，原須財產權，始能適用之，若非財產上之權利，則雖其自身具有請求權之作用，亦不能解爲應適用消滅時效之規定也。

第四 消滅時效與除斥期間之區別

除斥期間者，法律對於某種權利所豫定之存續期間也。故一稱豫定期間。其與消滅時效之區別，由 Unger 氏首創之，其後 Grawein 氏因之著有時效與法定期間論一書 (Verjährung und gesetzliche Befristung, 1880)，對於二者之區別，言之尤詳。茲略舉其區別之要點如次：

- 1 消滅時效適用之客體，原則上限於請求權，而除斥期間適用之客體，則限於形成權。
- 2 消滅時效在消滅其權利行使之效力，而除斥期間，則在消滅其權利自身之存在。
- 3 消滅時效，得依中斷及不完成之原因。而延長其期間，而除斥期間，則爲不變期間。原則上不能因此等中斷及不完成之事由，而使其延長。
- 4 消滅時效，非當事人主張，法院不能以職權援用，而除斥期間，則當事人雖不主張，法院亦應以職權援用，爲裁判之資料。

第二節 消滅時效之期間

第一 時效期間認定之標準

消滅時效，須經過一定期間，始能發生效果，其意義已如前述。至其應經過之期間如何？據民法之規定，得分述如次：

1 一般時效期間 此為民法一百二十五條所規定。即一般請求權之消滅時效期間，原則為十五年，但法律所定期間較短者，則依其規定。

2 特別時效期間 此為民法一百二十六條及一百二十七條所規定，得再析言如次：

a 五年之時效期間 即為利息，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者，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。

b 二年之時效期間 即為左列各款請求權者，因二年間不行使而消滅。

一，旅店，飲食店及娛樂場之住宿費，飲食費，座費，消費物之代價及其墊款。」

二，運送費及運送人所墊之款。

三，以租賃動產為營業者之租價。

四，醫生，藥師，看護生之診費，報酬及其墊款。

五，律師，會計師，公證人之報酬及其墊款。

六，律師，會計師，公證人所收當事人物件之交還。

七，技師，承攬人之報酬及其墊款。

八，商人，製造人，手工業人所供給之商品及產物之代價。

第二 時效間之起算點

時效期間之起算，除特別消滅時效，法律對之另有規定外，據一百二十八條關於一般時效之規定，則爲 a 其請求權以他人之行爲爲目的者，自請求權可行使時起算； b 其請求權以他人之不行爲爲目的者，自他人行爲時起算。前者例如其債權以債務人給付一定之物爲目的者，自清償時到來時，其時效即進行，後者例如其債權以債務人不爲競業行爲爲目的者，則自債務人爲競業行爲時，其時效即進行是。但此有當注意者，即所謂請求權可行使之時，乃指關於其請求權之行使，法律上已認爲可能之時而言，至權利者之相對人是否有其他拒絕抗辯權之存在，可以不問。故如雙務契約之請求權，其對方雖有援用同時履行之抗辯權存在，然其請求權之時效，則仍然進行也。

第三節 消滅時效之中斷

第一 中斷之意義

中斷云者，已進行之時效期間，因特定事由之發生，而使其歸於無效之謂也。時效期間之完成，本以權利人繼續不行使其請求權爲要件，如因某種事由，已可認爲權利人有行使其請求權之意思者，自無使其時效再進行之理。故我民法，倣各國立法之先例，於一百二十九條至一百三十八條，設有時效中斷之規定。時效被中斷，其經過期間，固不能再算入時效之中，然自中斷事由停止之日起，則其時效，仍從新進行焉。

第二 中斷之事由

時效中斷之事由，據民法之規定，得分爲次之四項述之：

1 請求 請求者，有請求權者，向其相對人主張其權利之謂也。此種請求，乃專指私法上之請求而言，但不以請求對方履行爲限，凡向其相對人主張其權利存在之表示，皆包含之。蓋以此時權利人既有行使其權利之意思，故一百二十九條一項一欸規定其能生中斷之效力。惟此種效力，並非確定存在，據一百三十條之規定，若於請求後六個月內不起訴者，仍視爲不中斷焉。

2 承認 承認者，請求權之相對人對於請求權人承認其權利存在之謂也。此時其相對人既已承認其權利之存在，故不問權利人自身有無表示，據一百二十九條一項二欸規定，亦認其能生中斷之效力。惟所謂承認者，不以直接及明示之表示爲限，如以情事，已可推知相對人對於權利人，有

此表示之存在者，仍能發生本款中斷之效力也。

3 起訴 起訴者，即請求權人於訴訟上主張其權利之謂也。請求權人以訴訟之方法，主張其權利，較之訴外之請求，更爲嚴重，故一百二十九條一項三款，亦規定其能生中斷之效力。又所謂起訴云者，其方式及種類，並無限制，故不問其提起之形式，爲本訴，反訴或附帶民事訴訟，及訴之種類，爲給付之訴確認之訴形成之訴，均可發生同一之效力，據民訴法二百四十四條之規定，起訴應以訴狀提出於法院爲之，其訴訟拘束，自訴訟時起，即生效力。故權利人但以訴狀提出於法院，即生中斷之效力，亦不必待法院將其訴狀送達相對人後，始生中斷之效力也。惟當事人起訴後，而又撤回其訴，或其訴因不合法而受駁回之判決其判決已確定者，其訴既已不生效力，則中斷之效力，自亦不能發生，故一百三十一條規定，此時仍視爲其進行之時效，並未中斷。

4 與起訴有同一效力之事項 尙可分爲次之五項述之：

a 依督促程序送達支付命令 支付命令者，即債權人所請求之給付，爲一定數量之代替物或有價証券，依據民訴法五百零四條之規定，聲請法院，依督促程序，所發之清償命令也。依督促程序所發之支付命令，於送達時起，即生訴訟拘束之效力，與起訴同，故民法於一百二十九條二項一款中，定爲於送達時，亦生中斷之效力。但其訴訟已失拘束時，例如支付命令所載期間

已滿後，債權人於一個月內不爲假執行之聲請，或其聲請被駁回者，則依民訴法五百一十六條之規定，其支付命令，應失其效力，與未發此項命令相同，故民法於一百三十二條，亦規定此時視爲不中斷。

b 因和解而傳喚 因和解而傳喚者，因和解之聲請，而法院向其相對人爲傳喚之謂也。既有和解之聲請，則其主張權利之意思，已甚顯然，故與起訴同，據一百二十九條二項二款之規定，於傳喚相對人時，亦應生中斷之效力。但其相對人不到庭或和解不成者，則據一百三十三條之規定，視爲不中斷，蓋以此時其和解已不生效力，故此中斷之效力，亦當然不能發生也。

c 報明破產財團 報明破產財團者，債權人因加入破產財團之分配，而向破產管理人申報其債權數額及其原因之行為也。（參照破產法六五條一項五款）既有此等陳報行為之存在，則權利人有行使其權利之意思，亦甚明顯，故一百二十九條二項三款規定，此時亦生中斷之效力。惟債權人撤回其報明時，則與自始未主張其債權無異，故一百三十四條，又復規定，如有此情事，視爲其時效並未中斷。

d 告知訴訟 告知訴訟者，當事人在訴訟拘束中，對於利害關係之第三人，爲促其參加，而告知其訴訟存在之行為也。（民訴法六十五條以下）權利人既對於被告知人，有此告知行為之存在

，則有向之行使權利之意思甚明，故一百二十九條二項規定，此時與起訴同，亦生中斷之效力。惟告知入於訴訟終結後六個月內不提起訴訟之時，則據一百三十五條之規定，視為不中斷，蓋以既經過相當之時日，而不起訴，已可推知權利人無行使其權利之意思也。

e. 開始執行行為或聲請強制執行 強制執行者，執行機關對於債務人，以強制方法，使權利者得現實其權利之處分行爲也。其執行機關，據強制執行律草案之規定，原分二種，一爲承發吏，一爲執行法院。（參照強制執行律草案三六條五一條）向承發吏請求執行者，應以執行行為開始時，使其時效中斷，向法院請求執行者，則應以聲請之時，使其時效中斷。蓋以有此二種之情形發生，是權利人已實際主張其權利，故一百二十九條二項五款，又復規定其與起訴同，亦應生中斷之效力也。惟因開始執行行為而時效中斷者，若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時；又因聲請強制執行而時效中斷者，若撤回其聲請或其聲請被駁回時，則據一百三十六條一二項之規定，其時效視為不中斷。蓋以既有此等事由，則與未開始執行行為及未聲請強制執行相同，故其中斷之效力，亦不能發生也。

第三 中斷之效力

中斷之效力者，即時效被中斷後，其以前進行之時效期間，皆應發生無效之效果之謂也。故中斷

後，其時效應從新進行。特此等效力，據民法一百三十八條之規定，祇對於當事人，繼承人，受讓人之間，始能生效。至其新時效進行之起算點如何？據民法一百三十七條一二項之規定，尙可分爲次之二點述之：

1 因一般事由而時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算。

2 因起訴之事由，而時效中斷者，則自受確定判決或因他方法訴訟終結時，重行起算。所謂受有確定判決者，即其所受之判決，依訴訟法之規定，已確定不能變更之謂，所謂因其他方法訴訟終結者，則指因訴訟上之和解，或訴之撤回等情形而使其訴訟終結之謂，一有此等事實之發生，則其時效期間，復重新進行焉。

第四節 消滅時效之不完全

第一 不完全之意義

不完全云者，時效期間進行終止之際，因一定事由，而暫時不令其完成之謂也。此與時效之停止不同，時效之停止，乃指時效期間進行之中，無論何時，皆能使其不進行之謂，而此則須於進行之終止時，始令其不完全，故其意義各別。德法立法例，採時效停止之制度，而我國民法與日本民法則採時效不完全之制度。（參照德民二〇二條法民二二五一條日民一五八條以下）自立法之理論言

，此種延長其時效期間之規定，原恐其期間完成之際，當事人難於中斷其時效，故有特別加以是項保護之必要，若在未完成之中，則當事人於其難於中斷之事由經過後，尙有中斷其時效之機會，自不必再使其適用此等規定，故比較上當以後之制度爲是也。

第二 不完成之事由

時效不完成之事由，據民法之規定，得分爲次之五項述之：

1 因事變之不完成 即時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，據一百三十九條之規定，自其妨碍事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。蓋以既有此等不可抗力之事由存在，則當事人雖欲中斷其時效而不可能，故應特別加以保護，使其時效期間，自該事由消滅後，更延長一個月之期間，始使其完成也。

2 因繼承關係之不完成 即屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利，據一百四十條之規定，自繼承人確定或管理人選定或破產之宣告時起，六個月內，其時效不完成。蓋以此種權利，在其享有財產者或管理財產者，未確定以前，欲使其向他人行使權利，固屬不能，即他人欲向之行使權利，亦屬困難，故有令其時效期間，特爲延長之必要也。

3 因能力關係之不完成 即無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，於時效期間終止前六個月內

，若無法定代理人者，據一百四十一條之規定，自其成爲行爲能力人或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成，蓋以此等無完全行爲能力者，既不能自行行使權利，又無法定代理人之存在，代爲行使，若任其時效自然完成，則殊不足以保護其利益，故亦有延長其完成期間之必要也。

4 因監護關係之不完成 即無行爲能力人或限制行爲能力人，對於其法定代理人之權利，據一百四十二條之規定，於代理關係消滅後，一年內其時效不完成。蓋以被監護人在監護之中，欲向其監護人行使權利，固屬困難，且因其一切財產行爲，均須監護人之補助，因之不便行使其權利者亦有之。故對於此種權利，非延長其完成期間，亦不足以保護此等被監護之人也。

5 因婚姻關係之不完成 即夫對於妻或妻對於夫之權利，據一百四十三條之規定於婚姻關係消滅後，一年內其時效不完成。蓋以配偶之間，關係密切，雖有權利，難於行使，故亦有延長其完成期間之必要也。

第三 不完成之效力

時效不完成之效力，在使其原應完成之時效，經過不完成之期間，始爲完成。故與時效中斷之效力不同，並非使其已經過之期間，歸於無效，乃使其已完成之期間，延期完成也。又在此不完成之

期內，如當事人有中斷事由之發生者，亦應發生中斷之效力，並不因其為未完成之期間，而與通常之時效期間，有所區別也。

第五節 消滅時效之效力

第一 效力之內容

消滅時效之效力，因時效期間完成而發生。在他國立法例，雖有直接使其權利之本身，歸於消滅者，但我民法則倣德瑞之立法例，僅令義務人享有拒絕給付之抗辯。故消滅時效之效力，並非直接消滅其權利之自身，乃因義務人行使抗辯權之結果，其請求權始歸消滅耳。茲據一百四十四條之規定，分述如左：

- 1 時效完成後，債務人得拒絕給付。故如債務人不主張此項消滅抗辯權時，則其債務，仍為存在，並不消滅。
- 2 請求權已經時效消滅，債務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為理由，請求返還。其以契約承認該債務提出担保者亦同。蓋以此時其請求權之消滅，祇為其行使之效力部分，並非其權利之自身，故債務人如有此等給付或承認之行爲，自不能再請求返還或主張無效也。

第二 效力之範圍

消滅時效之效力，其所及之範圍如何，據民法一百四十五條及一百四十六條之規定，得析述如下：

1 以抵押權，質權或留置權担保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物，質物或留置物取償。蓋以其請求權因有此等担保權利之存在，權利人因信賴其擔保物之關係，恒易放任其權利而不行使，故應使其請求權消滅之效力，不能推及之。但此有一例外，即於利息及其他定期給付請求權，經時效消滅者，則其效力，仍及於其擔保之權利，而不適用此原則之規定也。

2 主權利因時效消滅者，其效力及於從權利，此蓋以從權利原與主權利同一運命，故主權利之消滅效力，當然能推及之。但如法律另有規定者，則應從其規定辦理，而不得為本條之適用。例如上述附有担保物權之請求權，其請求權雖因時效消滅，而其擔保物權則仍存在者是也。

第六節 時效期間之加減及時效利益之拋棄

第一 時效期間之加減

時效期間，能否由當事人以法律行為加減之，立法例之主張，向不一致。有許其減短而不許其加長者，此為德國民法所取之主義；（參照德民二二五條）有許其加長而不許其減短者；此為俄國民法所取之主義；（參照俄民四九條）有減短與加長，均絕對不許者，此為瑞士債務法所取之主義。（

參照瑞債（二九條）我國民法，於第一百四十七條前段，明定時效期間，不得以法律行為為加長或減短之，蓋採取第三種主義，以立法者也。基此規定，則其加減之行為，是否為單獨行為或契約行為，固可不問，皆應禁止。立法之意旨，蓋因時效乃關於公益之規定，為求其期間之劃一計，故不許當事者之任意違反也。

第二 時效利益之拋棄

時效利益，據民法一四七條後段之規定，不得預先拋棄，蓋時效未完成前，如許預先拋棄其利益，則時效制度，等於虛設，有背公益，故應禁止之。惟時效完成之後，則許其拋棄，他國民法，亦有以明文規定者。（參照法民二二二〇條意民二一〇七條）我國民法，對之雖無明文，但據本條後段之反面解釋，預先拋棄者，雖應禁止，事後拋棄者，則既不在禁止之列，其能有效，自不待言，故亦得為同一之論斷也。惟此種拋棄之行為，其性質若何，則為學者所爭論之問題，有謂對於已消滅之債務，再事負擔，其性質乃為贈與者；有謂此乃表示負擔新債務之行為，其性質與承認相同者，亦有謂此僅不受時效利益之表示，其性質與通常利益或權利拋棄之行為相同者。據理論言，自以第三說為是，蓋此種拋棄，並不限於契約行為，且亦非創設新債務之行為，其目的，不過在使其已享受之時效利益，歸於消滅而已，故其性質，仍與通常之拋棄行為無異也。

第七章 權利之行使

第一節 概說

第一 權利行使之意義

權利之行使者，實現其權利內容之行爲也。權利有須權利人或其代理人之行爲。始能實現其內容者，亦有不須此等人之行爲，亦能實現其內容者。前者爲多數權利共同具有之通性，後者則在靜態享有之權利，如人格權中之生命身體自由名譽等少數之權利，有此例外。故就一般權利言：仍以具有此等行使之行爲爲必要。至其行爲之自身，因權利種類之不同，其性質亦各差異，有須爲訴訟上之行爲者，如撤銷訴權之行使是；有須爲法律行爲者，如形成權之行使是；亦有不限制其爲何種行爲者，如物權之行使，其支配權能之實現，有爲法律行爲者，亦有爲其他適法行爲者是。茲將權利行使與其應區別之觀念，分述如次：

1 權利行使與權利之主張，其認定之範圍不同，前者單指其權利內容實現之行爲而言，後者則包括權利者得爲之一切行爲而言，故如提起確認之訴，主張其權利之存在者，祇能謂之權利之主張，不能謂之權利之行使，因其非權利內容之實現，而祇爲權利者得爲之行爲也。

2 權利行使與權利之實現，其意義亦各不同，前者指其實現之行爲而言，後者則指其已實現之狀態而言，故如向債務人之請求，此可謂爲權利之行使，若債務人之履行，則可謂爲權利之實現也。

第二 權利行使之限制

權利之行使，原屬權利人之自由行爲，但法律因保護社會公益之關係，而加以限制者有之。其限制之態樣，約可分爲次之二種述之：

1 積極之限制 積極之限制者，即就積極方面，強制其權利之行使之謂也。其中有定其行使爲權利人之義務者，如一千零八十四條，關於親權行使之限制是；亦有定其不行使則當受不利益之影響者，如二百一十條，關於選擇權行使之限制是。

2 消極之限制 消極之限制者。即就消極方面，強制其權利不能行使之謂也。民法關於此種限制，除於債編中設有行使債權，應依誠實信用方法之概括限制，（二一九條）及物權編中相鄰關係之諸多限制外（七七三條至七九八條）於總則編第一四八條中，亦設有權利濫用之禁止。又關於一四九條以下，防衛，避難，自助等行爲之規定，雖一方在保護權利，然一方亦有抑制他人權利上排他效力行使之意旨存在。以下特就總則編之規定，分節說明如次。

第二節 權利濫用之禁止

在個人主義下之立法，對於權利，含有絕對保護之性質，一般權利人行使權利，雖致他人發生損害，亦可不受任何拘束。但至現代立法，則已由個人主義，而進化於團體主義。法律之保護，以團體為對象，於團體利益，足以保護之範圍內，始對個人之權利，加以保護。故其權利之行使，苟為不當而侵害他人利益者，則謂之權利之濫用，不能受法律之保護。我國民法於一百四十八條中，做德民之立法例，（參照德民二二六條）明定權利之行使，不得以損害他人為主要目的，蓋亦在維持法律應保護團體利益之旨也。惟本條之規定，以損害他人為主要目的者，始不能行使，其認定之範圍，未免過狹，理論上實不如依瑞士民法第二條第二項之規定，定為「權利顯然之濫用，不得受法律之保護」，不問其權利人主觀之意思如何為當也。

第三節 防衛行為

防衛行為者，對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利，所為之行為也。此種行為，據民法一百四十九條之規定，苟不逾越必要之程度者，不負損害賠償之責任，茲分述其構成要件如次：

1 須有現時不法之侵害 即其侵害之行為，須現時存在並須客觀上為法律所不容許者是也。故對於過去及將來之侵害，固不能因之構成防衛行為，即對於合法之侵害，亦不能為此防衛行為也。

至其行爲之自身，是否爲積極行爲？加害者是否有責任能力及故意過失之存在？皆可不問。但其侵害行爲，爲防衛者不正挑撥之行爲所致者，則通說皆認爲不能再構成防衛行爲，蓋以防衛者已先有不法行爲之存在故也。

2 須爲防衛自己或他人之權利 即祇須於自己或他人之權利上，有防衛之必要者，皆得行使此種行爲是也。至其權利之種類如何？其被侵害之程度如何？皆可不問也。

3 須其防衛未逾越必要程度 即其防衛行爲，不能逾越其侵害排除之必要範圍也。逾此範圍者，謂之過當行爲。其逾越部分，仍應適用侵權行爲之規定，而負損害賠償之責任。

第四節 避難行爲

避難行爲者，因避免自己或他人生命，身體，自由或財產上急迫之危險，所爲之行爲也。此種行爲，據民法一百五十條之規定，苟爲避免危險所必要，且未逾越危險所能致之損害程度，而其危險之發生，行爲人亦無責任者，不負損害賠償之責。故其構成要件，亦得分述如次：

1 須有急迫之危險 雖有危險，而非急迫者，不能構成此種避難行爲。至其危險發生之原因，由於事變，或由於人類之行爲？可以不問。是否急迫？則當就實際之情形，依客觀標準以定之。

2 須對於自己或他人生命身體自由或財產加有危害 對於此等法益，加有危害者，始能構成此種

行爲，否則雖有急迫危險，於此等法益，無加害可能者，自不能對於他人，妄行加以損害。

3 須爲避免危險所必要 即其危險，非有此等行爲，不能避免之謂。苟逾越此必要之程度者，仍應按諸侵權行爲之規定，負賠償之責任。

4 須未逾越危險所能致之損害 即由避難行爲所生之損害，不能較大於其危險所能致之損害，如有逾越者，對其逾越之部分，仍應依侵權行爲之規定，負賠償之責。

5 須其危險之發生行爲人無責任 故如其危險之發生，行爲人曾有加以原因之行爲者，應仍負賠償之責。

第五節 自助行爲

自助行爲者，權利被侵害時，逕用自力以救濟之行爲也。關於權利之保護，原有兩種方法。一爲公力救濟，乃係依國家權力以保護之方法；一爲自力救濟，即本節所述者是也。此種自助行爲，應否許可？學者之間，雖多爭論，但我民法則倣德瑞之立法例：（參照德民二二六條至三三一條八五九條八六〇條瑞民九二六條瑞債五二條）於一五一條，以明文規定，爲保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀損者，不負損害賠償之責任。蓋亦以現時社會情狀，尙有承認此種制度之必要也。惟據本條但書及一五二條之規定，尙有其應限制之點如次：

1 須不及受官署之援助 故如可向官署，請求援助者，則應爲公力救濟之請求，不能自爲此等行爲。

2 須非於其時爲之則請求權不得實行或其實行顯有困難 非有此等急迫之情事，則自助行爲，自亦不能認其存在。

3 須即時向官署聲請援助 否則亦不足以保護義務人之利益。至此項聲請，如被駁回，或其聲請遲延者，則行爲人仍應負損害賠償之責。蓋以此時乃爲其自助行爲之濫用，對於義務人，自應負責也。

——民法總則終——

民
法
總
則