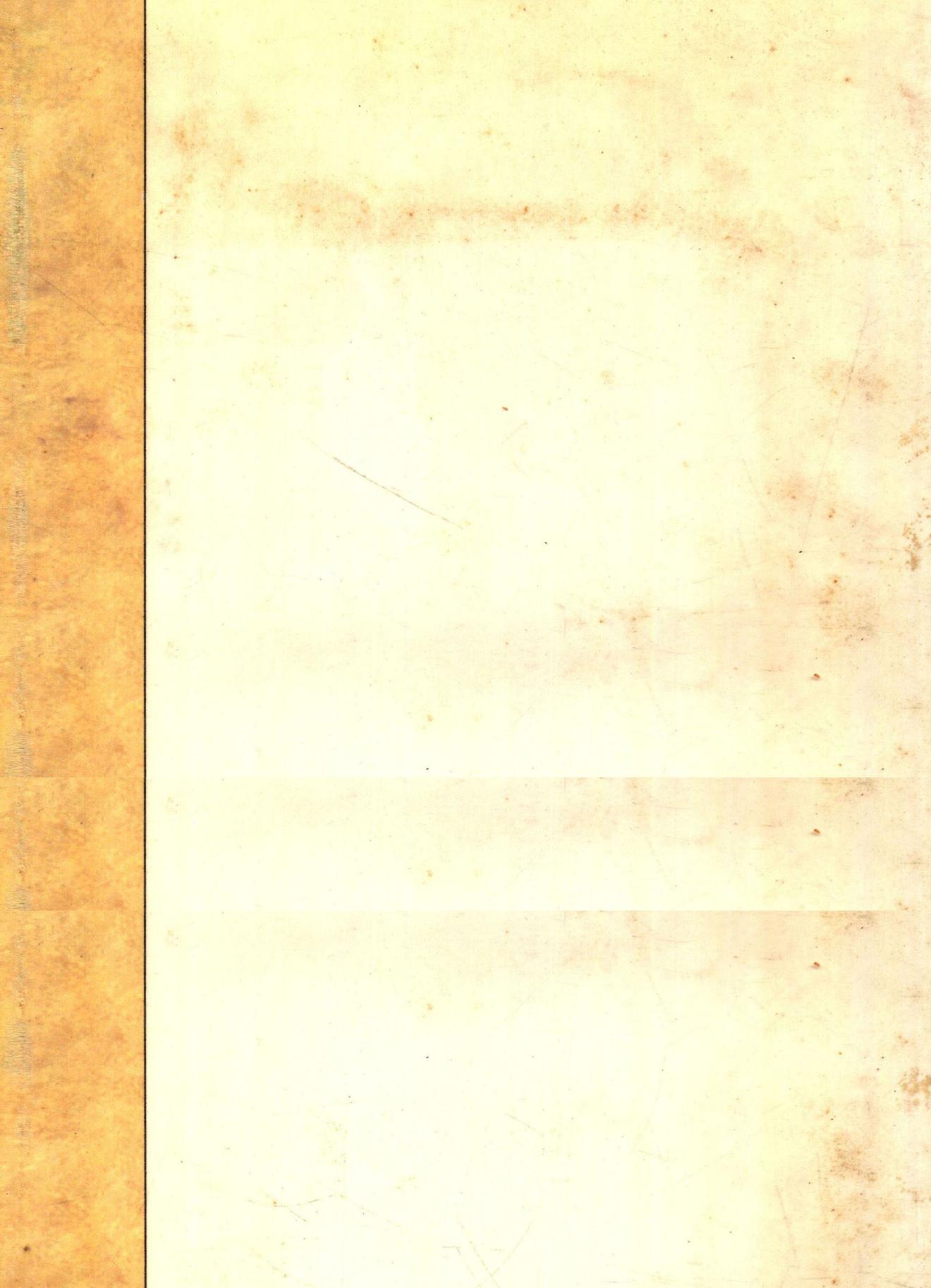


民
法
總
則



敘言

本書之目的，主爲釋明吾民法法典，以便於實務家，故於沿革批評比較等處，特避免之專效力於實際上各種問題之解決。

本書於外國書之參考，多不引用，蓋引用外國書，對於不通其國語者，並無何等實益。對於通曉其國語者，徒招蛇足之譏。不過於必要處，往往揭示外國法之條文，或名家學說，以期明瞭吾民法之意旨。

本書採德日民法書之註釋體，於各章節之前置總說明，以照顧關於全章全節之事項，於各條之釋義，偶亦分其段落，俾便閱覽。

本書爲共同著作，從第一章起至第四章第三節止，由張正學擔任之。從第四章第四節起至第七章止，又緒論五章，由曹傑擔任之。然當脫稿時，均經互相參照，庶前後義理，不致有生矛盾。至民法其餘各編，俟業餘盡其全力註釋，若夫完成之期，則不敢預定也。

中華民國二十五年 月 日

識

緒論

第一 民法法典之成立

(一) 世界兩大法系之對立及其海通
法系云者卽法律系統或法律宗派之謂詳言之卽一國或數國間之法律具有獨特之性質自或系統能與他民族之法律判然分別之謂也古今來之法系爲數甚多舉其瑩瑩大者有(1)印度法系(2)回回法系(3)猶太法系(4)中國法系(5)羅馬法系(6)海洋法系或英國法系六種今日世界殆爲羅馬法系與海洋法系所平分代表前一法系之國家爲德瑞日俄法比意等國代表後一法系之國家爲英美等國及澳洲加拿大等地此兩大法系之造成是因大陸等國與英美歷史風俗人情種種之不同所謂一爲成文法一爲不成文法是也英美法以判例著考英國法官之引用成案始於十三世紀其初不過備訴訟上之參考從違與否任審判官之自由裁量繼而成案日多引用日廣發遂生一定之拘束力儼然有與成文法同等地位所以彼邦人士有「法官造法」之稱也反之在歐洲大陸諸國則受羅馬法之影響較久羅馬法全典中之印斯梯突式(institutions)殆爲歐洲諸國法典編纂之楷模至於上級法院所爲

之判例僅以之與學者之意見或理論同視而爲法律上之一種參考資料而已但從另一方面觀之上級法院旣就法律中之缺漏與疑義以判決爲之補苴人民對此判決自足引其尊信心理人民旣重視判例甚或依據判決例所示之法律行爲而形成其權利義務若法院自身反不知尊重任意取捨殊有碍生活之安全所以大陸諸國近亦有注重判例法之傾向况成文法縱欲網羅萬象而爲詳密之規定實則條文簡括事變無窮往往窒碍叢生難於應付若有判決成例可援即不致無所遵循是法院因襲成例形成此趨向者亦無足怪故判例法在大陸諸國形式上雖無拘束力之可言在實質上亦儼然有其地位此故近世大陸諸國學者頗注意判例之研究也在英美之判例法以其量之宏富質之縝密似可應用裕如然因拘束先例之原則過嚴其結果亦殊有碍審判官之自由裁量而與成文法有同一之流弊於是又有平衡法出藉謀補救學者中更不乏唱法典編纂之說者雖一時未能見諸實行然各種單行法之頒布則日見增多已不能謂爲純然採判例法制準斯以言成文法與判例法將有趨於適中制度之定向是亦大可尋味之事也

(二)吾國民法制定前之私法狀態 吾國上古以血統爲基礎宗族制度盛行以宗子統轄族人事無大小之別皆以慣習處斷之向無成文之私法益以儒家思想重禮治而輕

法治於是言法言禮門戶各別所謂法者殆指刑罰法而言關於人事社會生活事項則納諸禮制範圍如周禮儀禮禮記諸書條分縷舉言之綦詳後世式遵遞遺勿替而歷代之典章私家之著述更不勝枚舉自漢定九章之律於李悝之法經六篇以外（盜法賊法囚法捕法雜法具法）加戶興廐三篇於是戶婚之事亦入於律是爲有成文私法之嚆矢自漢以迄隋唐雖略有增損然亦側重刑法無關宏旨唐律定十二篇其戶婚篇中關於婚姻錢債諸事規定較詳宋元因之不過篇目稍有移易明代以中書析爲六部（吏戶禮兵刑工）即以六部名稱冠律之名加以各例律是爲七律形式爲之一變清律初亦因其後雖代有修訂均無大更易至光緒末年始大加修改分爲三十六卷首爲律自服制藥服制卷一卷二爲名例卷三職制卷四公式卷五戶役卷六田宅卷七婚姻卷八卷九倉庫卷十課程卷十一錢債卷十二市廛卷十三祭祀卷十四禮制卷十五宮衛卷十六軍政卷十七關津卷十八廄牧卷十九郵驛卷二十至卷二十二賊盜卷二十三人命卷二十四二十五門庭卷二十六罵詈卷二十七訴訟卷二十八受贓卷二十九詐僞卷三十犯姦卷三十一雜犯卷三十二捕亡卷三十三卷三十四斷獄三十五營造卷三十六河防定名爲現行刑律然其戶役婚姻田宅錢債一面爲刑罰之規定一面爲私法上權利義務之規定此外在各

部尚有其則例如戶部則例等亦可爲民法之一部民國肇興除關於刑罰部分因另頒刑法而失效外其中民事部分與國體無抵觸者仍認爲有效此吾國以前私法狀態之概略也

從上述之沿革觀之可見吾國自古雖無形式的民法然有實質的民法蓋自漢律以後如人事戶婚已見規定不過雜於刑法之中而無獨立之形式且當時國家與社會所注重者不在於法而在於禮如周禮儀禮記以及後代之各種專典（唐之六典明之通典清之通禮會典）於尊卑名分之別上下等級之辨與夫婚姻表節之儀文益復詳爲規定以爲朝野共由之法則名爲禮制實亦有私法之性質存焉除律例及禮制以外尚有足述者即自民國肇興法規未備且以時代之推移思想之嬗變舊日律例中之民事部分有與社會實際相差過遠者有缺焉不詳者前大理院乃採取法理著爲判例於是無形中形成大理院之判決而有實質拘束力之權威迄至最高法院成立民法頒行以前判例數字迭增社會人士幾奉爲訟爭之依據下級法院亦資爲審判之準繩於是此種判決例無形中亦具有實質的民法之意味此又吾國民法制定前私法狀態史之一頁爲研究沿革上所不可不知者也

(三) 民法編纂之動機 民法法典編纂之動機固有種種舉其主要原因不外下列數端(1)舊時法律過於簡單不足以適應現今複雜之社會生活(2)一面採取世界最新立法原理一面參酌固有習俗成規以期建設新中國法律系統(3)完成中國法制以謀收回領事裁判權

在歷史學派以法律乃可以成立之物非可以創造之物且以法律爲一民族精神之表見由民族思想慣習風俗積聚而成在民族思想慣習風俗未臻統一以前不可全以他國社會發生發達之法律爲規定之內容因而不主張從速編纂法典者如德國學者薩威尼(Savigny)即持此見解最有力之人也有謂民族思想慣習等等之統一須由法律之統一开始能成就而法律之根本須依據正義及理性未可俟其自然發達即習慣勢力亦未可視之過重者如德國學者提波(Thibaut)即與主此說之代表故當德國有編纂法典之動機時亦有兩派之爭論在吾國雖無如期遽烈爭論然亦有一部分人信以法典編纂過於倉卒未必通行無碍而能於社會相適應者此則狃於歷史學派之誤解徵之前述三種原因之主要性殊未可以成功過速加以非難也

(四) 民法編纂之經過 前清末葉庚子亂後朝野始憬然圖變法自強光緒二十八年

派洗家本伍庭芳爲修律大臣當時注重修訂刑律而關於私法之編纂尙未議及至光緒三十三年設修訂法律館聘日人松岡博士擔任起草民法前三編至後二編則由本國人是也民國成立後先附設法典編纂會於法制局未久改隸於司法部更名爲法律編查會後又獨立改爲修訂法律館廣聘專家從事訂正各種法典草案至民國十四年完成是爲第二次民法草案是也國民政府成立後奠都南京成立法制局毅然以完成民法法典爲己任十七年夏初着手起草親屬繼承兩編歷時五月脫稿未及呈請公布法制局卽奉命結束至十七年十二月成立立法院內設民法起草委員會於翌年二月開始起草先成立總則編於十八年五月二十三日經國府公布是年十月十日施行嗣後債編物權編亦陸續脫稿於十八年十一月間經國府公布十九年五月五日施行至親屬繼承兩編則以關係甚大委員會極主鄭重一面徵求各地習慣一面就各國法制詳加研究於十九年秋初着手起草是年冬間完成呈請國府於同年十二月二十六日公布二十年五月五日施行至是吾國始有整個民法法典是亦立法史上一大可紀念之事也

(五) 民法編纂之方針 吾國以三民主義爲立國基礎，三民主義是一切建國工作

的最高原則，而立法是建國工作之一當然不聞離開三民主義三民主義立法特點乃立於全民族利益之基礎上一方面不能完全因襲傳統上禮法分治觀念又一方面不能倣效歐美的個人本位制度易言之三民主義的立法特點乃以社會的共同福利或民族的共同福利為法律目標其立法之方針第一，為謀社會之安定第二，為謀經濟事業之保養與發展第三，為求社會各種現實利益之調節與平衡本於上述之原則表現於民法上幾個具體問題者約歸納於下列數端一為所有權之限制（第一四八條第七六五條第七七三條以下）二為契約自由之限制（第七一條第七二條第七四條第二九條）三為無過失損害賠償責任之確立（第一八七條三項四項第一八八條三項）四為遺產繼承之相對限制（第一四五條第一一八七條）五為利息債權之限制是也（第二〇三條至第二〇七條）

除以上所述者外尚有一大可注意之點即民商法合一制定是民商法應否合一在理論上固有積極與消極兩說然吾國自漢弛商賈之律四民同受治於一法由未已久在商人既無特殊地位，自無獨異之理否則成為法律以保護特殊階級利益而設非為全民族利益而設矣故民商法合一之理論實為基於三民主義立法原則之當然結果毋待多言

惟爲免除法典條文採雜起見有依其性質上另訂單行法爲宣者則分別訂立單行法規（如公司票據海商保險等法）然僅係一種單行法與土地法破產法殆立於同一地位者也

第二 民法之組織

民法法典編制之形式有二一爲羅馬式或法律階梯式 (*Justititiones System*) 編制法一爲德意志式或法律會典式 (*Pandecten System*) 編制法茲述其概略如次

(一) 羅馬式編制法 此組織方法導源於羅馬法律家給雅斯 (*Gains*) 氏作十二銅表法之解釋分爲二部第一編爲人事法 (*jus quod ad personam Pertinet*) 第二編爲財產法 (*jus quod ad res pertinet*) 第三編爲訴訟法 (*jus quod ad actiones Pertinet*) 此分類法爲優帝法典之法律階梯 (*Justititiones*) 所採用雖成立四編然只爲各編之分量相均爲出其根本觀念仍出於給氏之法律教科書蓋無疑也其分實體法爲人事與財產兩種實有相當之根據法國民法及法國法系之民法倣此體例除去訴訟編將第二編財產法分爲二合之人事法成爲三編即法國民法第一編人事法第二編財產及所有權之變形第三編所

有權取得之方法前比意西葡諸國法民及日本舊民法均與法國法同至奧大利民法雖亦取三分法第一編爲人法第二編爲物法（凡債權物權均包含於其中）然於第三編置總則斯爲羅馬式之變體也

（二）德意志式編制法 此爲羅馬輸入德國後爲德國學法研究之分類法也始自何

人不明要爲一種新創設無疑依此法分民法全部爲五編第一編總則第二編物權第二編債權第四編親屬第五編繼承薩克森(Saxony)民法（一八五二年草案一八六三年施行）首採用之惟巴弗利亞(Bavaria)一八六一年之民法草案則置債權於物權之前德國民法倣之其理由以債法在交易上最爲切要且債權法以其他各編之規定前提者甚少反之其他各編之規定以債權法爲前提者較多故也（見德民法理由書二頁）然對此種見解學者亦有批評之者吾民法即倣此體例於第一編設共通規定爲全部民法適用之通則以冀避免重複於第二編及第三編規定親屬關係最後一編規定特別權利義務移轉原異故使各自獨立爲一編於第四編規定親屬關係最後一編規定特別權利義務移轉原因之繼承遺贈可謂純然之德國式而日本現行民法則從薩克森式之編制法也此外如瑞士民法第一編爲人格第二編爲親屬第三編爲繼承第四編爲物權關於債權則另訂

單行法蘇俄民法分總則物權債權繼承四編關於親屬及監護事項另訂單行法均爲德意志式之變體而已

第三 民法之性質

民法二字導源於羅馬法之市民法當時指適用於某特定國家平民之法律以別乎爲各國國民所共遵守之萬民法與自然法也至優斯提尼安帝 (*Instiniianus*) 編纂統一法典已無市民法與萬民法之名稱惟自用語之沿革上論之萬民法爲國際法之語源市民法則爲國內私人間權利義務關係規律之語源故現代民法二字專指私法而言

民法者主爲私法的原則法也奧民法曾於第一條揭民法之定義吾國民法與其他各國民法均不採此態度其性質如何一任之於學說可謂適當然一案各國民法法典之內容主爲包含學說上所謂私法之原則雖往往有置關於公法性質之規定者亦僅出於便宜上之例外又關於私法事項亦非悉納羅之無遺僅定其原則而已在民商法分立之國家民法係與商法對待而稱故關於商事悉讓之於商法在吾國固不爲此區別然有依事項之性質不能納諸民法法典中而有另訂單行法之必要者尤不在少此外關於手續之規

定亦多讓諸各種程序法必民事訴訟法戶籍法破產法登記法等等雖民法內間有插入
程序部分之規定亦無非從於立法便宜之例外耳

公法與私法之區別其理論極久而其標準則欠分明蓋公法與私法分野發源於羅馬因
羅馬法之傳播而流入諸國故其由未有如此之久者在普通的傳統觀念即以民商法為
私法以憲法行政法刑法民刑訴訟法為公法今若基於學理上之根據定其區別之標準
則見上述沿革觀念之標準殊不切當反之若依學理而為總明則家說紛紜是亦極表困
難之事也

沿革上說明學說之變遷於羅馬古代以此為從事於法律之事務家及學者之區別即稱
從事於公共事務及公共執法之政治者為公法家稱處理市民間法律事務之人為私法
家故非依法律而分類乃依人而分類然公法與私法之區別實濫觴於此時代降及後世
以之為法律本體之區別舉其學理上分類之方法有三(一)以法律所保護之利益求公
私法之標準即公法為確保公益為目的私法為確保私人利益為目的然以利益之界限
不能分明致生種種解釋通說以公益為社會全體之利益私益為個人之利益是即所謂
利益說是也然利益之觀念其自身既不明瞭同時一切法律凡關於私益者即不能謂與

公益無關尤其在社會本位之立場觀察一切法律均應以達保護社會全體利益為目的故此說殊不足取（二）以法律關係之主體而為分類即以定國家及其他公共團體為法律關係對雙方或一方主體之法為公法規定私人相互間之關係之法為私法此說固較前一說為優然有陷於機械論之憾且與實際情形未合信如斯說則當國家為財產權主體或與私人為一種買賣行為時亦將不受私法支配矣有是理乎（三）求其區別標準於法律關係之性質即以規定權力關係（不對等關係）之法為公法以規定權利關係（即對等關係）之法為私法此說在理論上固甚痛快然其結果將以國際公法為私法以民法中關於親權行使之規定為公法與現在法學之情態生衝突故未能有多少勢力也

如上所述學說之紛紜如此故有從根本上否認此種區別者自一九一九年德國憲法於共同生活章中規定婚姻親子之關係之後他國新憲法亦多有舉私人生活事項（如所有權之限制等）為原則所規定者故公私法區別之標準誠然已被動搖惟現時一般之通說仍以規定關於國家之組織及統治作用之法為公法其規定與國家組織及統治作用無關之法為私法蓋公法與私法立區別應基於個體與社會之觀念在現今之社會個人相集合營社會生活故一方為社會之一員同時於他方仍有個人之存在人不失其個

人之存在屬於一家則與其家族營共同生活屬於一村一鎮以及屬於一縣一省更大而言之屬於一國屬於一國際團體亦然此等大小社會團體更為法律關係之主體即權利義務之主體此今日之實際現象也故法律規定事項可分為以一個人因其個體對他人個人之關係者以一個人因其社會之一員對於團體之關係及團體相互間之關係者前者所謂個人法後者所謂社會法更於社會團體中分別為有統治作用之政治團體與無統治關係之團體二種國家及自治團體屬於前者家族及民事上之社團法屬於後者關於定統治關係之法律為公法此外則為私法約言之公法者關於政治團體之統治關係之法律私法者定非統治關係之法律也民法之內容規定關於財產關係及身分關係均無統治作用有於其間故其性質屬於私法

第四 民法之解釋

(一)解釋之意義

民法之解釋工者確定民法內容之意義是也法律之內容確定以後始適用於實際問題故解釋之必要誠不讓於立法而解釋之困難較諸立法尤甚

第四 民法之解釋

(一)解釋之意義

(二)解釋之意義 民法之解釋云者確定民法內容之意義是也法律之內容確定以後始適用於實際問題故解釋之必要誠不讓於立法而解釋之困難較諸立法尤甚

(二)解釋之分類　解釋法律通常分爲兩種(1)公權的解釋公權的解釋及以法律解釋法律其解譲有強制的效力者也故又稱爲強制的解釋公權的解釋有用成文法者或於法律中插入解釋條文之規定式另布法令以解釋既有之法律於此場合可謂立法的解釋有用習慣法者此時稱爲慣行的解釋然無論如何仍係以法律解釋法律其目的雖在解釋前法而其實則爲新的立法故以此種解釋爲非解釋之議論者不少惟法律之意義經此解釋即爲確定不能更解爲他義其具有強制的效力則不容題言者也司法機關關於審判案件適用法律之際所下之解釋對於下級法院有時固亦有拘束力然究不能視爲公權的解釋仍屬於學理的解釋範圍因司法者不能有立法權故其解釋之效力遜於立法解釋不過經其一度解釋之後對於以後所發生之同樣事情有須遵循之以行審判之傾向惟亦得因情勢不同而變更其從來之解釋也(2)學理的解釋學理所解釋者法官學者以學理定法律意義之謂也其解釋本爲個人之私言原無强行之力量然因學識及技能之影響無形中具有重大之勢力與學理解釋有關者厥維解釋之方法試於第三段述之

(二)解釋之方法　學理的解釋方法通常分爲文字解釋與論理解釋二種前者乃依

法條之文字以定其意義後者乃搜集可供解釋該法條之一切材料依推理方法以定法律之意義如立法機關之材料立法之沿革立法理由法律上之原則社會之實況均為論理解釋方法中極要之資助惟文字解釋與論理解釋究非各自獨立之解釋方法兩者實相需為用相合而成之一個解釋方法全然離開法條文字僅依推理方法以為解釋則為成文法主義所不許反之若捨去推理方法惟依法條文字以為解釋其結果止求得文字意義而不能闡明法律之意義故於具體解釋法律之際固無不兩法併用者也茲再舉可供解釋方法之資助事項如下(甲)解釋之資料不得不求之於外國法 在歐陸各國其法學發極久而後成立法律故得以自國法學之力解釋之蓋為國法之性質上所當然吾國素重禮治而鄙刑名殆及最近始有法典之頒布且大體取範於歐陸故欲解釋法律而闡明其意義不可不效力於外國法之研究此雖可為悲痛之現象然為後進國家所不得已者也(乙)法文之文字須從普通之語義 文字因其時代地方或所用之人不同而有異其意義者然法律不外對於普通一般人之國家意思之宣示因而法律文字不可不從普通之意義而為解釋此為條文解釋之第一義然若普通意義解釋有不通或不合之結果或其全然不能用於通俗之場合則不可不訴諸法律學之力此種專門術語既有特別

意義對之解釋特感困難吾民法既多繼受歐陸各國若非研究外國法則不易明瞭其意義毋待煩言也（丙）民法須合全體而爲解釋 民法雖有五編計乙千二百餘條然爲一個法典有其總合前後貫通全體之基本觀念以支配之故解釋時應保持其各條互相連絡不生矛盾是爲解釋之最終目的此種解釋多依於推理方法故學者稱此爲組織的解釋抑民法支配吾人私生活之全部而吾人私生活雖有許多方面然畢竟有一調和之點法律上如此其多數規定與變化之日常生活相當然法律全體則與吾人生活全部相當此所以法律有統一解釋之必要也若許吾人生活有左右前後相矛盾又其各方面個個獨立則解釋規定各方面之法條與其他部分無關係可爲盡其能事然人類之生活爲一全體而不可分故法律亦須調和相爲一體此即統括的解釋之基礎也因是對於條文有擴張解釋或縮小解釋之必要蓋一條一項之法規爲法律全體之一部不能獨立存在有此一規定之內容與他一規定之內容相競合時於此場合若非將一方爲縮小解釋全則失其全體之調和又或有對於某事項全缺乏固有之規定者則須於其他規定爲擴張解釋以欲其缺而保其全體之調和如此解釋使多數之規定相牽連雖人事百端其數無限然法典中自可求適應於大抵場合之規則故法律解釋之能事至統括的解釋盡矣

與解釋法律似是而非者爲類推適用是類推適用者關於特定事項法律無直接規定時適用關於與其類似之事項之規定之謂也其性質如何學說紛歧迄無定論一爲立法說以類推適用既以無適用之法規爲前提此時之類推適用即爲制定新法此論固極鋒利然賦與裁判官以立法權殊無十分根據二爲解釋說蓋類推適用非立新原則不過活用從來之原則故仍不失爲解釋雖然解釋須以法規之存在爲前提而在類推適用既以缺乏明文爲因素其本質究與解釋異三爲理說即以類推適用爲適用民法第一條之法理所以補明文之不足者也然若以法理二字指爲從法律全體精神所生之原理則其結果仍不脫第二說(即解釋中之組織解釋)之範圍若以法理指爲事物當然之理或法律普遍之原理則法理有其獨立之存在而與以一事項類推適用於其他事項者其意迥殊故此說亦難首旨四爲折中說以類推適用其本質爲法律之制定其形式則爲法之解釋是爲最苦心之說其言曰類推適用不僅在解釋法律且可因此發見法律但非依於立法者之態度唯求包含於現行法中之原則的發展其說明方法固與立法說稍異然畢竟不外立法說也

上述諸說均不能圓滿類推適用絕非立法蓋司法者不能有立法權也亦非純然之解釋

蓋以無明文規定爲前提也又不能以爲獨立存在之立法理其性質乃在於法規缺乏明文之之場合得適用關於類似場合之規定以處分其事件之處分行爲耳故自類推適用終結其事件當事者之權義雖確定但若有可依據之法規發生或存在則失卻類推適用之效力也然則裁判官何以有類推適用之處分權不免又生問題立法例有置明文認司法者有此處分權者(奧民第七條德民第一草案第一條)吾民法無明文其根據之所在依愚所信有於裁判官之職責蓋裁判官不得以法無規定理由拒絕裁判若使裁判官盡此職責則有類推適用之必要故於法無明文之場合最適當之標準即適用關於類似場合之法規蓋同一事件受同一之判決而類似事件可受類似法規之支配可爲事理之當然而合於有理性人類之一般確信者也法律中有明定此事項之法規可應用其他一事項者所謂準用某條或某章者雖與類推適用無異然既定明準用則不得以爲類推解釋又法律規定多爲抽象的若解釋得宜頗有運用之餘地又若有習慣法或法理可質準據時亦不可輕言法律之缺陷遂依於類推適用而爲誤判此又職司裁判者所應深切注意者也

第五 民法上之權利義務

(一) 私權之意義

自然法上之論權利出於本書註釋體之範圍以外始置不論從成法上言有一般權利論之價值與否亦不免有疑問余章所信者實際存在只有各種權利而無一般之權利蓋在成法上求一般權利之觀念除用歸納法定各種權利之共通觀念外無他法例如第一百八十四條雖使用最廣泛權利之文字是亦不過成法上所認各種權利之總稱故實際上只須研究各種權利爲足法律所規定者亦不過各種之權利耳雖然於學術上作各種權利共通之觀念有便於思索之益余輩茲論權利亦本此旨趣或者曰權利觀念論行之於世已久然無一定說是其不可用之證應以義務或拘束之觀念代之此所謂義務本位論確包含一面之真理也尤其在吾國儒家論治夙重禮讓則以義務本位成立法典最合國情但權利與義務常相對立故本位之說僅因其觀察方面有所不同以言其內容則無何異其間接之利益即權利本位足以獎勵個人獨立進取之志而義務本位足以資長謙讓守成之德若言其弊言則義務本位致因循之習而權利本位競爭競之風論法律者不可不致意於此間接之效果也如羅馬法及英國普通法主從義務方

而觀察迄受自然法之勢力侵入權利本位之觀念盛行以致形成今日法律學之大勢現
代多數國家均依權利本位編成法典吾民法亦不能例外就其大體觀之係以權利爲中
心觀念不容諱言惟有足述者雖民法法典吾民法亦不能例外就其大體觀之係以權利爲中
及健全亦多所顧及例如急迫輕率無經驗者之保護(第七四條)權利濫用之禁止(第
一四八條)無過失賠償責任制度之確立(第一八七條第三項一八八條三項第一〇五
七條)所有權之限制(第七六五條七七三條)等等規定其他散見於各編者尙不在少
可謂其爲社會本位初期之立法例放一異彩也

權利果爲何物是謂權利之本質問題關於此問題從來學說紛紜迄無定論茲舉其重要
之學說如次

(甲)意思說 此說以吾人心理上之意思支配範圍(受法律之保護)爲權利德國學
者薩威尼氏(Savigny)所唱導者也然此說不足以說明現行法何則若以權利爲個人之
意思力則不能有意思者卽不能享受權利其結果如未成年人精神病人均不得有權利
能力矣

(乙)法力說 此說以權利乃法律所賦與意思之力爲德國學者文差德(Windchaid)

所首唱者也通說以之爲意思說然文氏所謂意思非有吾人心理上意思之意味乃指法律所賦與之意思其結局與言屬於某人自法律所賦與之力無異故名之爲法力說示與前之意思說有區別之特徵也依氏之主張即無意思能力者亦得爲權利主體既可避免前說不當之結果且能示明權利支配力之根源是其所長所可惜者即不能說明權利之內容實質僅足完成權利二字之形式定義耳

(丙)利益說 此說以權利爲法律所保護之利益爲德國學者葉林 (Jhering) 所唱導者也氏以意思說之獨斷的形式論有不能表示權利之目的及實質之憾故自權利發生之原因立言以意思旣非權利之目的亦非其原動力則以意思或力之觀念均不足以明了權利之意義應予排斥進一步求權利之實質的及刑式的要素實質的要素即有益有用所得等等形式的要素即受法律所保護實質的要素爲權利之神髓形式的要素不過保護權利之皮面猶其爲兩者之關係前者乃目的後者僅爲達此目的之手段遂置重實質的要素而謂權利者法律所保護之利益也所謂利益不限於金錢或經濟上之利益凡無形之利益亦包含在內對於此說之非難者不少蓋權利之目的固多爲利益但權利之目的究非權利之本身利益說有過於置重目的之缺陷然其優點即在挽回法力主義形

式論之流弊

(丁) 折衷說 以上三說均各有其缺點而各具有一面之真理現今法律思想界之潮流乃採其長者補其短者以期完成即所謂折衷說故曰權利者爲充實特定人所享受之利益法律對之所付與之力也一面置重於力之觀念一面置重於利益之觀念近世學者大多從此說惟亦有採狀態說者謂權利乃法律許吾人得爲某行爲之狀態蓋以權利之內容有不必爲利益者反之亦有受利益而法律不認其爲權利者不過此種學說尙未成熟吾準備從多數說以爲結論依此定義「以權利者爲特定人因法律所充實之特定利益法律特賦與此特定人之力」實際固難免流於機械不可以云滿足然一試爲從來成法之解釋應避免與成法衝突則取此定義者出於迎合態度之不得已也

(二) 私權之分類 私權因觀察點之不同分類之標準向不一致本書爲實用起見避兔種種無益之分類茲僅依權利之主體權利之客體(或標的)權利之內容(或作用)三者爲分類之標準述之如次此外如以權利之目的分爲絕對權與相對權者或有用對世權與對人權字面者此種區別徒增眩惑毫無實益本書不採之

(甲) 依權利主體而爲之分類

權利主體即享有權利之人格者有自然人與法人又

單獨人與數人因其體樣不同在法律上亦有不少之影響然無如何絕不因其主體之不同隨而變其性質茲依權利主體而爲分類之着眼點即權利與其主體之關係是也權利附着於權利主體有兩種態樣（1）直接附着（2）間接附着直接附着爲無中間關係而附着此爲原則間接附着必先有某權利關係或事實關係之存在基於此關係以附着權利例如先有親屬關係而後附着扶養權利又如在有價證券必先有證券之所有權而伴以證書上之權利又如地役權必以需役地所有權或地上權永佃權典權爲基礎担保物權必以債權爲基礎是其實例也間接附着之權利因其基礎關係消滅而消滅是此二者區別之實益也又權利附着於主體之程度有輕重之差別或種權利得與其主體分離移於他主體所謂無專屬性之權利反之有全然不能與其主體相分離者所謂有專屬性之權利財產權多以得移轉爲原則然亦有例外身分權人格權則爲專屬權但其中亦有得具移轉性中之繼承性者如戶主權是也

（乙）依權利客體（或標的）而爲之分類 權利之客體即權利者之力所包含之物體有種種形狀或因客體自身有異其構造之性質者或對於權利者之關係有直接與間接者從上述各點爲權利之分類是爲本書之主眼

(1) 權利得以自身之人格爲客體所謂人格權如生命身體自由名譽姓名等權是也然亦有特別取得之原因有特別取得之原因者有與其人人格分離之可能例如姓名權是在德日民法雖認侵害生命身體自由名譽等等爲不法行爲生損害賠償之請求權然是否卽以之爲權利尙不免有爭論其論據在於法律未明定其爲權利也惟在吾民法旣有明文規定自不生此問題(參照第十八條第十九條)

(2) 權利得以他人之身體爲客體卽存於有一定身分關係之人之上之權利如親權家長權監護權是也此種權利之標的非義務者之行爲乃義務者之身體又其內容非請求乃直接實行權利者之力也然在今日之觀念義務者之人格非可全然受權利者之支配若流於濫用斯爲法所不許必限於可能範圍內此種權利始可直接對於特定人格者行使也

(3) 權利以物或權利爲客體者爲物權或準物權此爲保障權利主體對於權利客體之支配關係也夫權利得以他之權利爲客體與否不免有議論之者然在權利質已認質權人得直接就其取償爲權利目的之債權(第九〇六條)故以屬於質權者之支配爲正當關於此點俟於註釋物權編再詳論之

(4) 權利有以他人之行為爲客體者詳言之以特定他人之行為爲權利者之法力之客體也此雖非支配他人格之全體然在一定範圍內他人之人格供權利者之犧牲則無足怪如債權是也債權之標的爲債務者之行為以其行為以關於交付物或其他權利爲通例此時其物或權利僅爲債權之間接客體從裏面言僅爲給付之客體而給付之本身則爲債權之客體耳

得爲權利之客體猶不限於以上四者如無形財產權其客體存於智能上產出之無體物乃以無形的利益爲客體之權利又如社員權其一面乃以自身之人格爲客體其另一面乃以法人之人格爲客體乃一種獨特之權利也惟以上之四者最爲主要故述之較詳

(丙) 依權利內容(或作用)而爲之分類 權利之內容卽由法律所賦與之力之內容其主要者有三

(1) 支配權 支配權云者以干涉權利客體上之力爲內容之權利也易言之卽直接支配權利客體之權利也如物無形財產權與親屬法上之親權監護權是支配權以伴以排斥第三者之干涉爲通常但亦有不然者例如地役權中之通行權雖得通行於他人生地然不能排斥第三者之通行也

(2) 請求權 請求權云者以對於義務者促進特定之作爲或不作爲之力爲內容之權利也易言之即要求他人爲一定行爲或不爲一定行爲之權利也如此權利常對於特定義務者而存在在私法範圍內無對於一般人請求爲特定作爲或不作爲爲內容之權利之實例促進權之客體在於義務者作爲與不作爲債權即其顯著之例然在物權及其他支配權亦生請求權俟於後述之

(A) 請求權之沿革 請求權之觀念創自德儒文差德 (Windcheid) 在文氏以前與訴權之觀念不分對於訴權之本質大體有兩種議論其一以此爲由侵害權利所發生之獨立權利與英美法上救濟權之思想若合符符其二以訴權爲權利之附屬物非爲獨立之權利故非與權利同時發生在權利被侵害以前僅與以訴權存在之動機至實行訴追而實現其權利也以上兩說雖各含一面之真理請以助後也法學之發展然認請求權與訴權爲一體對於相對人之關係與對於法院之關係不可分離則出一轍迨至文差德出始分別訴權與請求權一爲對於國家請求保護之公權一爲對人的私權其功殊不可埋沒也

(B) 請求權之觀念 在德國民法以請求權爲對於他人請求作爲或不作爲之權利爲法典之定義(德民第一九四條)吾民法雖未明示此定義然依第一百二十五條第一

百二十八條之規定觀之與德國民法相同故可依德國學者之學說說明其主要之點其一請求權有由物權而生者有由債權而生者然是等請求權與其基礎權利非爲同一不問基礎權之性質如何凡有前示之內容法律上之力者概稱爲請求權其二請求權不能獨立發生以有其基礎之存在爲前提然一旦發生以後有其獨立之存在非必與基礎權同其運命故有基礎權存在而消滅其請求權者不得僅以請求權讓與以上爲請求權之骨髓也

(c) 請求權之類別 請求權有由物權而發生者有由債權而發生者前者稱爲物權的請求權後者稱爲債權的請求權對於此點非無反對說其言曰凡請求權皆爲同種類有債權的性質此論固有極強之理由然通說均認二者有其區別且在適用上有區別之必要其詳俟於註釋物權編述之茲姑從文差德氏以來之慣用上就其基礎權之性質而爲分別

所謂物權的請求不限由物權(基礎權)而發生即由其他支配權爲基礎所生之請求權亦包括之例如從人格權親屬權所生之請求權廣義言之亦有物權的請求權之意味又學者中有分物權的請求權爲二種者其一即以請求一般人不侵害其權利爲內容之請

求權（消極的內容而以不妨害權利者對於客體之支配關係爲旨趣）其二即物權因受侵害而發生之請求權是也余輩不從此說蓋物權僅於受侵害之時權利人得請求回復原狀或排除侵害其被侵害以前之請求權乃一種觀念上之想像卽此種請求權理論上縱認其存在然不得行使亦不得處分殊無絲毫之效用故分物權請求權爲兩種殊無謂也或又以吾民法第七百六十七條第九百六十二條關於所有權或占有有被妨害之虞者得請求防止是於權利受侵害前認請求權存在之證明殊不知禁止侵害之請求權非存於所有權或占有成立之當時乃指日後有妨害之虞之具體卽違於除險之程度發生時始得行使請求權也若謂物權早含有請求一般人不得侵犯之消極作用則須知無論何種權利均與此不可侵性而非物權之特質也故物權僅有受侵害或有受侵害危險之情事發生時而生回復物之圓滿狀態或其支配力爲內容之請求權就中有基於所有權者有基於占有者卽返還請求權除去防害請求權預防侵害請求權（第七六七條第九六二條）此種權利或稱物上請求權其性質雖有種種議論亦通說均認謂準物權之特種請求權所應注意者物上請求權以物權享有者失其對物支配之圓滿狀態而發生初不以侵害者之行爲有不法原因爲要件若物權受不法侵害時更生損害賠償請求權此

請求權乃債權與前述之物上請求權不可混爲一事也

所謂債權的請求權須辨明其與基礎示之關係否則不易解答蓋債權自兩方面而成一爲積極的對債務者請求給付二爲消極的保持債務所爲之給付此兩者皆爲債權所包含之效力然通常僅著眼於其積極方面而忽略於其消極方面蓋以第二種效力爲當然事理果如所說直以債權與請求權視爲同一則無特認請求權觀念之必要矣尤其在吾國係以請求權爲時效消滅之客體其與基礎權即債權尤有區別之必要而在羅馬法及法國民法上有所謂自然債務與請求權之區別尤爲顯着所謂自然債務即僅有消極方面的作用而無積極方面的作用故債權人無進而爲請求之權利既無請求權利即不得提起給付之訴然債務人若願爲給付仍生保持債權之效力此即無請求權之債權此即請求權與債權非爲一事之證明也學者以債權之內容以請求權而盡皆殆誤不過請求權爲債權之主要內容而已

(D) 請求權之客體 請求權之客體即義務者之行爲其行爲有爲~~舉~~然動作之場合有爲包含物或其他客體之場合前者謂之給付後者包含之物或其他客體謂之給付之客體給付又可分爲作爲不作爲二種作爲之請求權以義務之行爲爲客體其行爲有

一次終了者有於一定期間繼續者又有於一定期間爲循環又覆而後之工例卽發生請求權係一個抑數個之間題關於此點固有多少議論然通說均以應視其發生之原因而定若其原因为單一則其發生之請求權亦爲單一但對於請求權之基礎權利亦須注意如以一行爲而毀損某物時因此發生所有權之物上請求權及占有之物上請求權爲兩個原因有兩個請求權之發生蓋其外形上之原因縱爲單一而因此所毀損之基本權有數個時則有數個之原因矣其在分期給付或按期給付之請求權是否爲一個請求權抑個請求權亦不能純就外形上原因之是否單一以施判斷應依各種事例解釋而決定之不作爲之請求權以義務者之不作爲爲客體者有於一定時期內一次之不作爲卽爲終了者有於一定期間內爲繼續者又須反覆的或循環的不作爲者後二例之請求權之爲單一與否與作爲之請求權相同可參照上述

(E) 請求權之保護 請求權於發生得請求他人爲作爲或不作爲之權能時一屆履行期卽得行使惟及期行使非請求權之要件於履行期到來前仍有請求權之獨立存在不過在履行期到來之請求權併以保護此請求權之訴權耳訴權者對於國家請求爲判決之公權而請求爲對於相對人之私權故此二者不可混同有應注意者卽在履行期未

到來之請求權具備一定要件亦得提起給付之訴尤爲義務人將來及期履行之判決在訴訟法上亦許之民事訴訟法第 条此則基於特別保護之理由也

(F) 請求權之消滅

請求權之消滅原因甚多茲所述者卽不問物權的請求權與債權請求權之共通特別消滅原因卽請求權之競合是也請求權之競合者在同一之當事者間於同時生有同一目的之多數請求權例如因物之侵奪生所有權之請求權占有之請求權與對於侵權行爲之回復原狀請求權三種請求權同時存在然其經濟上之目的則一故行使一請求權而達其目的時他之請求權歸於消滅

(E) 可能權或得爲權

此爲從於德儒基特爾曼氏 (Bitzemann) 之用語或有詳其不當者然信爲較之通說之形成權之命名爲妥所謂可能權或得爲權者即法律上認其單純爲某行爲而生一定效果權利也對於將來法律上之效果之現在之力許權利者從其單獨行爲直接得實行之權利而其力之內容在於「能」在於「可能」故稱可能權旣非對特定之客體現實支配之亦非對於特定義務者請求其作爲或不作爲於現在之狀態只存「能」之力依其實行始生法律上之效果例如撤銷權解除權是其適例也可能權之觀念在法學上爲新的發見今日不明其觀念者當不在少或有以之爲無客體之權利者但

權利之客體爲權利之要素無客體之權利觀念上不能存在不過可能權對於客體之力非支配請求例如在法律行爲之撤銷權在契約之解除權其法律行爲或契約皆爲權利者力所可及之處故認其有客體爲正當

可能權者其自身非有獨立存在之權利其存在之目的在致他之權利之發生變更或消滅換言之以他之權利之發生變更或消滅爲手段之權利也故有從此點觀察稱之爲形成權者然其意義稍失之狹例如債權人得行使債務人權利之代位權又債務人對於債權人之抗辯權均非創設變更或消滅他之權利自不得謂爲形成權然代位權與抗辯權仍不失爲可能權或得爲權者也

於茲尚有一言者即抗辯權與請求權之關係是也抗辯權爲對於請求權之反抗權即債務者據以拒絕債權者請求之權利抗辯權與抗辯事由觀念應有區別蓋前者僅在抑制請求權效力之作用後者在否認相對人之權利或事實主張例如援用時效以拒絕給付即爲行使抗辯權若以債務業經清償或從始未發生爲反對者即爲否認相對人之權利或主張之事實至訴訟上之防禦權有以實體上之抗辯權爲基礎者有僅在否認原告之權利或事實主張者亦有依訴訟程序以爲妨訴抗辯者凡被告據以爲一切方法之反抗

均爲防禦權與實體法上之抗辯權亦有區別

(三)義務 義務者在法律上應爲一定行爲或不爲一定行爲之拘束之謂應爲某行爲卽爲積極的義務應不爲某行爲爲消極的義務權利旣以享受一定利益爲內容而爲法律所賦與之力則其反面之義務卽以受不利益爲內容而受法律之束縛者也

爲現代法律上權利與義務常相對立在債法上此種關係尤爲顯著然亦不無例外如撤銷權解除權均無與之對立之義務又如公告登記等事雖一方履行義務然他方則無與此對立之權利也

民法總則講義(本論)

張正學編述

例第一章 法律

據
音
收

民事 一 條

法例爲全部法則之總括規定，本章係彷瑞士、暹邏及蘇俄之立法例據列適用於民法全部之數大法則冠諸編首以免規定之重複。

第一條 民事法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。

本條係定民事適用法則之順序，民事者爲私的生活關係，即社會生活關係所發生之事項，所以別於公的生活關係，即國家生活關係之事項而言，不問爲一般之普通生活事項，抑爲商人或工人等關於職業上之特別生活事項，皆屬之，即國家非以權力主體之資格，所發生之生活關係，如與個人訂立買賣或運送契約時，亦爲私的生活關係，而屬於民事之範圍，簡言之，凡應受私法支配之事項，皆民事也，依本條之規定，民事應適用之法則，先應依法律規定，次依習慣，及次依法理。

依廣義言之，凡人類共同生活之規則，有社會力爲之後盾者，皆法律也，惟本條之所謂法律，係指成文法，即依文字制定之法律而言，蓋如爲不成文法，則無所謂規定，其義至明，成

法律規定

民法總則

規

文法者、不外爲（一）由立法機關通過、並經頒布之法律、即狹判之法律、（二）其他機關經法律授權所制定之命令、如各項之規則及條例等、（三）自治法規及（四）條約數種、故其事項、如爲上述之數者、有明文規定時、不問其爲普通法、抑爲特別法、皆應依其規定、惟如爲特別法規定之事項、則先應適用特別法、特別法無規定時、再適用普通法、例如關於公司之事項、先應適用公司法、如公司法無規定、然後適用本法之規定、此爲特別法優於普通法之大原則。

○習慣
シカク

習慣者、爲多數人關於同種事項繼續反覆爲同一行爲所成立之準則也。通行於全國者謂之一般習慣、限於一定之地方者、謂之地方習慣。普通一般人所慣行者、謂之普通習慣、限於特種身分職業或地位之人者、謂之特別習慣。至於反覆之程度或繼續之期間、則無一定之標準。要之、應依於各種之事項在社會上時、認爲有一定之準則之存在時、則其反覆雖無例外、而其繼續期間雖非如英美判例之須至於不可知其起源亦得認習慣之成立。惟本條所稱之習慣、須有法之價值、如一定之慣有無法之價值、即行之者兼有權利義務之觀念、故無法之認識者、如社交上或宗教上之習慣等、雖亦爲事實上之習慣、不得有法之効力、非本條所稱習慣之意義。

行
意
任
客
證
習慣之舉

習慣之優
先效力

法律之存在及其內容如何爲法院職務上應知之事項，當事人無舉證之責任，惟於習慣之成立及其內容難強法院以週知故，雖亦爲法律之間題，除爲法院所已知外，主張之者有舉證之責任，不過法院依其職權亦得爲必要之調查而已。（民事訴訟條例第^{二十七}三十四條）

依本條規定，習慣雖僅有補充之效力，即于法律無明文規定時，始有適用之餘地，然法律規定中之任意條文，依其文義，習慣有得先於法律而適用者，自應從各該條之特別規定，本法之有此特別規定者甚多，如第六八條第一項、第二〇七條第二項、第三一四條、第三六九條、第三七二條、第三七八條、第四二九條第一項、第四三九條、第四五〇條、第二項、第三三項、第四八六條、第四八八條第二項、第五三七條、第五四七條、第五六〇條、第五七〇條、第五七九條、第五八二條、第五九二條、第七七六條、第七七八條、第七八一條、第七八四條、第三項、第七八五條第三項、第七八二條第三項、第七九〇條第二款、第七九三條、第八〇〇條第一項、第八三四條第一項、第八三六條第一項、第八三八條、第八四六條、第九一五條第一項等皆是也。又如任意條文中，有契約另有訂立者，依其訂定或除契約另有訂定外等規定者，由契約之內容，往往須以關於該事項之習慣爲其解釋之資料。（參觀九八

條註是依其意旨亦得認習慣優先效力之存矣。

法理者爲合於法律精神由法規全體所得認識之原則也即依客觀的公平正義之條理，所得採爲裁判之準則此時裁判官因無法律規定及習慣之準據應依其時其地及其情狀爲前提自處于類於立法者之地位尋繹法規之全體以求合於客觀的公平正義之原則不得純憑主觀之理性且其依據係受法之拘束非認逕裁判官有立法之權義。

法院之判決例在我國無法律上之拘來力然在本法未施行以前法院之裁判往往惟判例是引故法院判例佔極重要之地位即本法之編訂採取從前判例之處亦復不鮮其爲法律之間接源淵不容或疑然其究爲何種性質居何等地位則前大理院民國十一年統字第一七八一號之解釋例稱「本院現行判例雖不認有反對之條理存在惟已有習慣法者仍應先適用該習慣法」等語是其效用不過形成法理之內容應後於法律規定及習慣而適用非有絕對及履先之勢力與學說同但其得影響於習慣之產生並得爲習慣有在之證明亦爲不能否定之事實關於本條重要之實例摘述如後

現行律例立嗣子不得混亂照積倫序之規定原爲保護公益而設應屬強行法規其與此項法規相反之習慣當然不能有法之效力（前大理院八年上字一二九號判例）

獨子出繼法律既有禁止明文、自不得援引慣例。（同院八年上字二三四號判例）現行律例禁止以孫禰祖乃所以維持我國固有之禮法、事關公益、應有強行効力、不盡反對習慣之存在（同院八年上字九四號判例）

特別法應先於普通法、必特別法無規定者、始適用普通法。（同院八年上字三五號判例）一省之特別法規其適範圍、僅依該省行政區域為限、他省不得遽予援用。（同院三年上字九七一號判例）

凡習慣法成立之要件有四：（一）有內部要素、即人人有確信以為法之心；（二）有外部要素、即於一定期間內就同一事項反覆為同一之行為；（三）係法令所未規定之事項；（四）無背於公共之秩序及利益。（同院二年上字三號判例）

習慣法之成立因以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為基礎、而此項事實與確信心尤必為法所未定之事項或與法律規定有特異之點、始得認其成立、如多年行之慣事實及普通一般人之確信心與當時通行之法規全然符合者、則不過為人民奉行法規之事實與法規之印象、而不能於法規以外成為獨立之習慣法、毫無可疑。（同院二年上字一四二二號判例）

二條

適用習慣
之限制

凡法律無明文規定者，本應適用習慣法則，但習慣法則通常概無強行之效力。（同時四年上字一二七二號判例）

第二條 民事所適用習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。

公共秩序為國家社會公共之安甯與利益，善良風俗為國民社會一般之道德觀念，習慣之內容，如違反公共秩序或善良風俗，是違反共同生活之要件，妨害社會之發展，缺乏為規範之價值，故本條對於前條特設限制之規定，凡背於公共秩序、善良風俗之習慣，不得適用之。

公共秩序與善良風俗，因時代而變遷，且非各地皆同，當依該地現在社會組織之狀態，共同生活之需要，與客觀的一般道德觀念以解決之，內容至廣，亦無定態，茲錄述數例，以見一斑。

習慣法成立要件有四，而以無背於公共秩序者為要件之一。本案上告人主張之舊習，具備其他條件與否，茲姑不論，然其因船長之故意或過失所加他人之損害，而可以免責，因貪利而為過重之積載，或過量之拖帶，將毫無民事上之責任，弁髦他人之生命財產，其弊何可勝言，是故此項舊習，即使屬實，而為公共秩序計，亦斷難予以法之效力。（前大理院

弁髦毛物也

三年上字七三三號判例)

習慣之有法律上效力尤以不害公益爲其要件之一端如所主張商號負債不能涉及家產之辦法於交易安全實有妨礙縱令果屬舊有之習慣亦斷難認爲有法律之效力(同院三年上字九八八號判例)

收欠還欠之辦法無論有無此種習慣既於交易上之安全顯有妨礙亦難認爲有法之效力(同院七年上字一四三一人號判例)

賣業先儘親房之習慣既屬限制所有權之作用則於經濟上流通及地方之發達均有障礙即難認爲有法之效力(同院四年上字二八二號判例)

第三條 依法律之規定有使用文字之必要者得不由本人自寫但必須親自簽名如有用印章代簽名者其蓋章與簽名生同等之效力

如以指印十字或其他符號代簽名者在文件上有二人簽名證明亦與簽名生同等之效力

法律行爲之方式本以自由爲原則然法律對於特種重要之法律行爲爲使明白確實適於保存證據或防免當事人輕率與詐欺起見規定以具備一定之方式爲必要者是爲法定以文字爲必要之法律行爲

定要式行爲（參觀第四章總註及七三條註）法定要式行爲之中，有以使用文字爲必要者，有非然者，其爲本法所規定以使用文字爲必要者，如一年以上不動產之租賃契約（四二二條）委任爲法律行爲，該行爲依法應以文字爲之者，其處理權之授與（五二一條），經理人對於不動產爲買賣或設定負擔之特別授權（五五四條二項代辦商負擔票據上義務或爲消費貸借或爲訴訟之特別授權（五五八條三項）倉單（六二一條）統計運單（云四條）提單（六二五條）指示證券（七一〇條一項）不動產物權之移轉或設定（七二〇條）等，此種要據雖不必由當事人自行書寫，惟爲貫澈立法之精神，計必須立據人自行簽名，以期真實而免虛偽，然如蓋用印章以代簽名，則依我國慣例，亦應認與簽名有同等之效力，若旣未親自簽名，又未蓋印章，僅捺指印或劃十字或其他之符號代簽名者，則以指印往往模糊難辨，十字或其他符號，又輒不易核對，故須有二人之簽名證明，其非親自簽名，又未蓋印章，並未以指印十字或其他符號以代簽名，或雖以指印十字或其他符號以代簽名，而未經二人以上之簽字證明者，即屬不備法定之方式，不能發生效力，特種之法律行爲，依特別法規定，有使用文字之必要者，除有特別之規定外，亦同然，雖未親自簽名，經委任他人代爲簽名者，則以代理人於代理權內爲本人所爲之行爲，其

四條

字同時以文
表示及號碼
不表示數量
符合時
決定之標

效力應直接及於本人，故亦爲有效。不過依本法第五三一條之規定，該項委任，亦應依文字爲之，而其委任之字據，自仍有本條之適用。

第四條 關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼不符合時，加法院不能決定何者爲當事人之原意，應以文字爲準。

關於一定之數量，如僅一次以文字表示，或僅一次以號碼表示，或同時以文字及符號表示而相符合時，自無問題。若同時以文字及號碼表示而不相符合時，以何者爲準，在原則上，法院應體^ム當事人辯論之意旨，及依調查證據之結果，以自由心證推究當事人之原意定之。例如債務人於字據內載明應給付債權人洋一千元，而同時所用之號碼則爲^{一〇〇}二〇〇。此時債務人如能證明債務成立之緣由，爲給付馬十四之代價，每匹馬之價值則爲一百元者，自應以文字所示之一千元爲準；反之，若債權人能提出人證物證，如介紹人保證人賬簿債務人之函件等證明，兩造之約定確爲洋一千一百元者，則應以號碼所示之一千一百元爲準。如雙方皆不能有相當之準據，法院雖已盡職權上之能事，關於當事人之原意，不能得適當之心證時，則文字較之號碼更爲鄭重且不易錯誤，故不問文字所示之數量與號碼所示者，孰多孰少，終應以文字爲準，以免紛爭而便適用。

數次表示
之合時數量
標準決定不符

五條

第五條 關於一定之數量。以文字或號碼爲數次之表示者。其表示有不符合時。如法院不能決定何者爲當事人之原意。應以最低額爲準。

關於一定之數量。以文字或號碼爲數次之表示。而其表示不符合時。則不問爲文字與文字之不符。號碼與號碼之不符。或文字與號碼之不符。法院亦應依調查證據之結果。依自由心證之法則。推究當事人之原意定之。如不能得適當之自由心證。以決定當事人之原意時。則不問文字與號碼之表示。孰先孰後。孰多孰少。應依最低額即最少之數量爲準立意。與前條同。

第二章 人

得享有權利者。謂之權利主體。得享有權利之能力。謂之權利能力。得爲權利主體而有權利能力之資格。謂之人格。具有人格者。謂之人。法律上之人。有自然人與法人兩種。自然人即有肉體及精神之人類。人類有生存目的。爲組織社會之份子。法律承認其有權利能力。而爲權利主體。法人爲社會之組織體。雖無人類之生存目的。然亦爲組織社會之單位。有承認其人格之必要。現行法制不認奴隸之制度。凡爲人類。皆有人格。然人格係法律所賦。與自然人與法人無異。惟因自然人皆有人格。故似自然人當然有人格耳。

人
格
ジンカク

權利能力爲享有權利之能力。有此能力者爲權利主體。故即爲權利主體之適格。權利能力之自體非以特定之利益爲內容。故非權利之一種。而爲法律上所賦與之一種資格。且包括負擔義務之能力而言。蓋古時之奴隸雖僅有負擔義務之能力。而無享有權利之能力。然現在則有負擔義務之能力者必有享有權利之能力。有享有權利之能力者亦必有負擔義務之能力。故權利能力與義務能力必相一致。簡言之。即凡爲法律上之人。皆有權利能力與義務能力者也。惟權利能力有一般權利能力與特定權利能力之別。一般權利能力即得爲一般權利主體之資格。特定權利能力爲得爲特定權利主體之資格。自然人之一般權利能力以平等爲原則。不因年齡、智能、性別、國籍、宗教、身分、職業等區別而有差異。但在特定之權利以一定之事實關係爲附着權利之基礎者。則因事實關係之有無而生能力上之區別。如內國人與外國人關於土地所有權之能力是也。(參觀六條註)

權利能力爲法律上抽象之資格。縱於事實上未有權利亦未負義務。仍無礙其有權利能力。通常之自然人雖有意思能力。然權利能力非以意思能力爲前提。即無意思能力之自然人。如嬰兒、喪失心神人等。尚不失其有權利能力。本章係關於爲權利主體。即人之規定。而人之意義。通常係兼指自然人與法人而言。其關於權利能力之法律規定。皆與公共秩

然人
一節
自

序有直接之關係爲强行之法規故如特定人約定拋棄限制或轉讓其權利能力時其約定爲無效。

第一節 自然人

自然人係對於法人而言爲有精神肉體之人類而爲權利主體之最重要者。本節規定其權利能力之始終行爲能力之限制人格之保護與住所之設定等男女均同其適用不因性別而殊異是爲男女平等之原則。本節所用之人字皆僅指自然人而言。

第六條 人之權利能力始於出生終於死亡

凡爲人類皆爲權利主體有權利能力已如前述。(本章總註)自然人於出生以前爲母體之一部而於出生之時則成爲人類故應於同時有權利主體之適格爲權利能力之始期。自然人死亡則精神與肉體脫離不復爲人類而歸於物界故同時失其權利主體之適格爲權利能力之終期。自然人自出生至死亡爲權利能力之存續時間並無何等之限制。出生者由母體分離而爲獨立生活之謂關於出生之時期學說甚多有陳痛說初聲說一部露出說全部露出說及獨立呼吸說等以全部露出說及獨立呼吸說爲最有勢力前者爲羅馬法所採之見解即胎兒完全與母體分離之謂後者爲近世生理學上之見解以胎

權利能力
之終始

出生

兒縱未與母體完全脫離，然如能以肺臟獨立呼吸空氣，即為生活之開始。本條從出生二字之文義解之，自以從完全分離說為當然。其完全分離時，必須保有生命者，方得謂為出生。故胎兒縱於分離之中途，能自行呼吸，但於分離完成之時已死亡者，不得謂為有出生之事實。反之，若於分離之前，為假死之狀態，未行呼吸，於分離以後始為呼吸者，則不失其為出生。至其有無長時期之生活力，則所不問。雖僅於分離之一瞬間，有其生命，此一瞬間即為有權利能力之自然人。胎兒於出生時，是否保有其生命，現在醫學上以其於出生時，是否以肺臟為獨立呼吸為惟一決定之方法。

畸形兒
孿生兒
中性兒

凡人體胎產者，即屬人類，雖偶有變形與常人形體有多少之不同，即所謂畸形兒者，亦無礙其為自然人，而為權利之主體。學說及立法例，有孿生兒應以出生之先後定其長次。（第二次民律草案七條）及中性兒應以其主性定其男女等說，本法未以明文規定，任諸學者之解釋。

シボウ
死亡

死亡為自然人之終了，故為權利能力之終期。所謂死者，生活絕對消滅之義，應以呼吸及心臟全部終局之停止以定。死亡之時期，若僅呼吸或其他生活機能一部之休止，未有全部終局停止之事實者，不得謂為死亡。故如一時氣閉，再行蘇甦者，非即死亡，不生權利。

外國人

能力終止或中斷之問題

外國人之權利能力以與內國人平等爲原則，然關於特別之權利能力，則因國勢之需要，得以法令限制之。（本法總則施行法二條）條約爲法律之直接淵源，故條約上之限制，即法律上之限制。現在外國人之特別權利能力，其最重要之限制，即土地所有權與通商口岸已定及將來所定爲外國人居住合宜地界以外之土地租借權，外國人不得享有之。（前大理院八年上字九一九號判例）是也。

第七條。胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。

胎兒

胎兒者懷姪以後，出生完成以前，尙在母胎之兒也，僅爲母體之一部，非有獨立之生存，依前條之規定，本不得有權利能力。惟胎兒遲早有成爲獨立人類之可能，關於其利益有保護之必要，故各國立法例多設例外之規定，以保護其利益，惟其範圍有採絕對主義，無論何種利益，均予保護未加限制者，有採列舉主義，關於特種之利益，若繼承權及損害賠償權等，始予保護，其餘利益，則不予保護者。本法則從前者，關於胎兒一切利益，均予保護，並無限制。

胎兒有權
能力乎

關於胎兒之地位學說及立法例有二其一，以胎兒關於其利益直視爲有權利能力，惟如

於出生時不能保有其生命，則溯及的喪失其權利能力，即視爲自始未有權利能力者。是以死產爲胎兒權利能力溯及之解除條件者也。其一則以胎兒不得有權利能力，惟於出生時，保有其生命者，則溯及的取得其權利能力，是以胎兒非即有權利能力，而以生產爲其權利能力溯及之停止條件者也。本條則從於前者，故胎兒關於其利益之保護，與已出生者同，視爲有權利能力，惟以死產爲其溯及之解除條件耳。

胎兒利益
之保護人

八條

胎兒關於其利益之保護，既視爲有權利能力，自有定其代理人以爲保護之必要。本條雖無明文規定，然從視爲既以出生之文義觀之，自應準用關於未成年人規定，以行使親權之父母爲其保護利益之法定代理人，蓋無庸疑。

第八條。失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請爲死亡之宣告。

失蹤人爲七十齡以上者，得於失蹤滿五年後爲死亡宣告。

失蹤人爲遭遇特別災難者，得於失蹤滿三年後爲死亡之宣告。

失蹤人爲自然人離去住所而生死不明者，謂之失蹤。失蹤人之生死，有於日後得分明者，亦有永不得分明者。若經長期間之失蹤，而不能定其法律上之地位，則其利害關係人之法律關係，久不確定，有害於公益，故本條規定，因一定期間之經過，法院得因利害關係人之聲

失蹤

請宣告其死亡

生死不明者既不能知其生存、又不明其死亡之謂、至如何程度始得謂爲不明、則應由法院、依於各種事情認定之、例如有無直接或簡接之音信是也、但非無論何人皆不明其生死之義、如依其情事聲請人及法院不能明其死亡即爲生死之不明。

失蹤須經過一定之期間、方得爲死亡之宣告、於普通情形、其期間爲十年、惟年在七十歲以上者、以其死亡之或然性較強、故縮短爲五年、遭遇特別之災難者、則其死亡之或然性更強、故縮短爲三年、律文所稱失蹤約十年或五年三年後者、不外爲生死不明之繼續、經過十年或五年三年之義、其期間之起算點應爲最後得知失蹤人音信之時、其音信之爲書面、抑爲言詞、爲失蹤人所發、抑爲他人所發、須憑新聞紙之記載、或由其他事實之推知、在所不問、而其計算期間之方法、則應依第五章規定。

宣告死亡
之要件
（一）失蹤
（二）一定期間
之經過

著者、
第三項所謂遭遇特別之災難、種類上無一定之限制、祇須失蹤人因其所遭之危難、易使人推測其罹於死亡、即足以增加其死亡之或然性者皆是也、不問爲天災爲人禍、亦不問爲一般之事變、抑爲個人之危難、如戰亂舟車之覆沒、洪水海嘯、天災地震等、爲其例之顯

(二) 利害關係人之聲請

不^然仍實事則事
如符按
presume

死亡之推定
九條
死亡之推定時期

死亡之宣告，須經利害關係人之聲請。所謂利害關係人者，即因失蹤人生死之不明，於身分上或財產上有利害之關係者，如失蹤人之配偶、承繼人、受遺人、財產管理人、法定代理人、人生命保險金之受領人及債權人等是也。其宣告之手續，應依民事訴訟法關於宣告亡故事件程序之規定（民事訴訟條例第五十六條至第五十五條），先為公示之催告，於催告所載自最後登報日起六個月以上期間屆滿後或百歲以上之失蹤人經催告所載自布告日起二個月以上期間之屆滿未呈報其生存者，法院應以判決宣告其死亡，並確定其死亡之日時。

本條規定於民法總則施行前，失蹤者亦適用之。（民法總則施行法三條）

第九條 受死亡宣告者，判決內所確定死亡之時，推定其為死亡。

前項死亡之時，應為前條各項所定期間最後日終止之時，但有反證者不在此限。
宣告死亡之制，其用意在確定失蹤人之法律關係，故以判決所確定之時，於失蹤地推定其為死亡，即不問於人於事實上是否生存，凡於失蹤地以失蹤人為中心之法律關係，基於法律上之推測，應自判決所定之時始發生，關於死亡之效果，例如失蹤人之配偶、因死亡之宣告，其婚姻關係歸於消滅，而得再為婚姻，其繼承人因死亡之宣告，而開始其繼承。

其所立之遺囑、因死亡之宣告而發生其效力、其專屬於一身之權利、因死亡之宣告而歸於消滅、生命保險金之受領人、因死亡之宣告而得爲保險金給付之請求等是也。

死亡效力之發生、溯及於判決所確定之時、而判決所確定之時、則爲法定期間屆滿之時、即通常爲最後晉信時起十年、七十歲以上者五年、遭遇特別災難者三年、其最後日終止之時是也。但如有反證則應另行計算、以確定其時期。若在民法總則施行前失蹤、而於施行前已經過前條規定之期間者、得卽爲死亡之宣告、並應以民法總則施行之日、即民國十八年十月十日爲失蹤人死亡之時。(民法總則施行法三條)

宣告死亡之判決爲形成判決、非確認判決、蓋非確認其有死亡之事實、而爲創設同於死亡之效力、且其效力爲絕對的、而非相對的、即非僅對於聲請人發生其效力、凡與失蹤人有法律關係之人、縱非聲請人亦有其效力、此爲宣告死亡之性質上所不得不然者、故如失蹤人之配偶能請爲宣告死亡之判決、同時因其判決以消滅其婚姻、而得再爲婚嫁、其失蹤人之承繼人、雖未爲聲請、亦得因其判決而開始其承繼、其生命保險金之受領人、並得因其判決而請求保險金之給付、惟宣告死亡爲私法上之制度、其效力亦以關於私法者爲限、與刑法及其他公法上之法律關係全無影響、且宣告死亡之用意、既不外於確定

宣告死亡
判決之性質
及其效力
力之範圍

失蹤人於失蹤地所發生之法律關係，故其效力亦應以從來之住所或居所為中心之法律關係為範圍。於失蹤人之現存地不生其效力，例如失蹤人經上海法院以判決宣告其死亡，其在庫倫現存地之財產不屬於承繼人承繼之範圍，而失蹤人之權利能力與行為能力亦不因宣告死亡而喪失，蓋死亡之宣告不過出於法律上之擬制，不能使實際上生存之人喪失其人格也。

外國人之
死亡宣告

凡在中國有住所或居所之外國人生死不明時，祇就其在中國之財產及應依中國法律之法律關係，得依中國法為死亡之宣告。（法律適用條例七條）

一〇條 失蹤人失蹤後未受死亡之宣告前，其財產之管理，依非訟事件之規定。

第十條 失蹤人失蹤後，及宣告死亡前，須經過法定之期間也。如第八條之規定，在此期內，失蹤人之財產，如無代為管理之人，或雖有管理人而其管理不當時，則其財產必有減失之虞，直接影響於失蹤人及其利害關係人之利益，間接影響於國家經濟上之利益，不可不於法律上規定其管理之方法。惟此項失蹤人財產之管理，為非訟事件，應於非訟事件法內規定之，故應依該法之規定。

一一條 第十條，二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其為同時死亡。

失蹤人於失蹤後，及宣告死亡前，其財產之管理方法

二人以上
同時遇難
其死亡先
後之推定

左條爲第八條第三項及第九條補充之規定、蓋二人以上、其死亡之孰先孰後、往往於法律關係上發生重大之影響、在原則自應依其事實定之、故二人以上同時遇難、其死亡之先後、應依證據證明之、如不能爲證明時、則應推定其爲同時死亡、以免爭議、但遇難人如無第八條利害關係人之聲請、則雖與有聲請者同時遇難、無庸爲同時死亡之推定也、本條規定於民法總則施行前失蹤者亦適用之、(民法總則施行法三條)

經宣告死亡之人、如於實際上尚係生存、或判決內所確定之死亡時日爲不當者、有法律上利害關係之人方提起不服宣告死亡之訴、以撤銷或更正其判決、此項撤銷宣告死亡或更正死亡日時之判決、亦不關對於何人、均有其效力、且於原則上應溯及於爲宣告時發生其效力、但爲避免法律關係之紛雜計、對於判決確定前以善意所作之行爲不發生影響、例如受宣告死亡人之配偶、善意與人結婚、其婚姻不自撤銷宣告死亡之判決而失其效力、又因宣告死亡而取得財產之人、因撤銷宣告死亡或更正死亡日時之判決而失其權利者、祇於現受利益之限度內、負歸還之義務、例如因失蹤人宣告死亡而承繼其財產者、其後有撤銷宣告死亡之判決、祇須將現存之財產歸還之、其於已消耗之財產無歸還之義務也、(民事訴訟條例第七五〇條至七五五條)

宣告死亡
之撤銷及
更正

五九六
六〇〇

第十二條 滿二十歲爲成年。

行爲能力
之能力

權利能力人皆有之已如前述惟一般之行爲能力除已結婚之未成年人外（一三條三項）須成年後方得有之與權利能力不同行爲能力者謂爲法律行爲之能力即自己所爲之法律行爲得發生私法上效果之能力也有行爲能力然後得自己爲取得權利或擔負義務之行爲既與權利能力不可混同亦須與意思能力區別之意思能力謂決定合理的意思之能力包括正當之認識力與豫期力而言爲心理上之能力行爲能力則爲法律上之能力惟行爲能力係以意思能力爲要件蓋意思爲法律行爲之要素無意思之舉動非法律上之行爲故無意思能力卽不得有行爲能力但無行爲能力者不得即謂其無意思能力也。

七
成
年
本
來

成年者爲法律上認爲意識力已完全成熟之年齡成年之人始得依其自己之智識判別利害而自爲法力行爲雖意思能力之發達因人而異以一定之年齡以區別其是否完全成熟似與實際之生活不符然爲交易之安全起見實爲不得不然之制度本條參酌國情以滿二十歲爲成年卽自出身之日起算以歷計之（一二三條一二四條）滿足二十年是也。

外國人之
成年齡

人之能力、依其本國法、（法律適用條例三條）故外國人之成年齡、應依其本國法所定。

第十二條 未滿七歲之未成年人無行爲能力。

滿七歲之未成年人有限制行爲能力。

未成年人已結婚者有行爲能力。

未滿七歲
之未成年
人

行爲能力、係以意思能力爲前提、無意思能力者、亦無行爲能力、爲事之當然、其未滿七歲之幼年人、雖不得謂爲全無意思能力、然研其有無意思能力、事實上頗難證明、本條第一項參酌常情、爲一律之規定、以未滿七歲之未成年人、不問其意思能力如何、概爲無行爲能力、由其法定代理人代爲意思表示、並代受意思表示、其自己所爲之意思表示、不生法律上之效力（七五條七六條）

滿七歲之未成年人、即七歲以上未滿二十歲之幼年人、智識雖已漸開、然究未完全發達、其鑑別是非、判審利害之能力、尙難謂已充分成熟、本條第二項定爲有限制行爲能力、以保護其利益、至其限制如何、則詳見第七七條至第八五條之規定、
雖未成年、然已達結婚年齡而結婚姻者、則其身體之發育、已與成年人無殊、且已結婚之已結婚之
七歲已上
之未成年
人

人而仍限制其行爲能力於事實上亦殊多不便故爲有行爲能力其自己得爲有效之法律行爲與成年人同

同於外國未成年人行爲能力之有無及其限制應依其本國法所定（法律適用條例三條）

一四條

第十四條 對於心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者法院得因本人配偶或最近親屬一人之聲請宣告禁治產

禁治產之原因消滅時應撤銷其宣告

禁治產

禁治產者因法院之宣告使失其財產上自治能力之謂其實體上之要件有一種（一）心神喪失（二）爲精神耗弱因致不能處理自己事務者

喪失
(一)心神

心神喪失者謂缺乏意思能力之精神狀態即對於自己行爲之效果缺乏合理之判斷力惟一時之心神喪失爲偶然之精神變態於自治之能力無傷不得爲宣告禁治產之原因其足爲宣告禁治產之原因者必有心神喪失之常態而後可即其心神喪失之狀態有繼續之性質致不能處理其事務者方有宣告禁治產之需要惟其繼續性是否爲間斷的即是否不時回復其本心則所不問

精神耗弱者謂其精神狀態之障礙雖未至完全缺乏判斷之能力但較之常人則不健全對於自己行為之利害得失非有充分之識別力其原因或在於先天的或如疾病衰老等之在於後天的惟未受教育不得謂為心神耗弱而其得為宣告禁治產之原因者亦須有繼續性並須達於不能處理自己事務之程度是否達於不能處理自己事務之程度則應由法院於訊問鑑定人後認定之其聲人盲人瘡啞人皆得認為精神耗弱人如至於不能處理自己事務時即得為宣告禁治產之原因

禁治產之宣告須本於聲請為之有聲請權者為(一)本人(二)配偶(三)最近親屬二人蓋本人縱屬精神喪失尚有偶爾回復之時或係精神耗弱亦非絕無了解之時配偶則利害關係最切惟配偶以外之最近親屬即有密切之關係因宣告禁治產之效果影響於本人之利害至鉅故須有人之聲請方為合法以免偏私

宣告之效力為創設的而非確認的為絕對的而非相對的故不僅限於為聲請之當事人對於當事人以外之第三人亦有其效力禁治產之原因消滅即心神喪失者已回復其心神精神耗弱者已臻於健全而至於能處理自己之事務時即應撤銷其宣告有聲請宣告權者即為有聲請撤銷權人易言之本人配偶或最近親屬二人是也(民事訴訟條例七)

三一條）撤銷之效力亦爲絕對的爲創設的，對於將來而發生、不外爲禁治產之終了，使本人回復其原有人之能力也。

禁治產之宣告，尚有因不服禁治產宣告之訴而撤銷者，蓋宣告禁治產裁決，自禁治產人之法定代理人或依法律應爲監護人之人受送達時，若無法定代理人或以法律應爲監護人之人者，則自檢察官受送達時，即發生效力。（民事訴訟條例七二八條）惟禁治產人自知禁治產宣告時起，其他有聲請宣告禁治產權人，自宣告發生效力時起三十日內，對於禁治產之宣告得提起不服之訴。（同條例七二〇條二項七二三條）如法院認其訴爲有理由時，亦應撤銷其宣告也（同條例七二八條）

一五條 禁治產人無行爲能力

禁治產人
無行爲能
力

禁治產人因精神上之障礙，不能處理自己之事務，故自宣告時起至撤銷時止，認爲無行爲能力，縱於此時期內，有回復本心之時間，該時間內所爲之法律行爲，亦無其效力。

一六條 權利能力及行爲能力不得拋棄

權利能力
及行爲能
力之保
護

私法上之權利，除與公秩良俗有關係外，以得自由棄拋爲原則，然權利能力與行爲能力，皆爲法律上之資格，非特定之權利，苟得棄拋，則不特自然人之人格，無以保全，且必致強

弱相凌、紊亂公共之秩序，故不問基於何種原因，概不得爲全部或一部之拋棄。此爲強行規定，凡違反規定而爲拋棄全部或一部能力之特約者，無其效力。

第十七條 自由不得拋棄。

自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。

自由者，關於精神或肉體之活動，不受他人牽制之狀態也。在法律內享受自由，謂之自由權，爲自然人最重要之權利。自由而可拋棄，即人格易受缺損，危害公安公益至重，且鉅，故特設强行規定，以禁止之。惟自由雖應禁，其拋棄，不得禁其限制，蓋契約之締結，恒爲自由多少之限制，僱傭其尤顯著者，絕對禁止自由之限制，無異不許人締結負擔債務之契約，要其限制，不得違反公共秩序與善良風俗，否則欠缺社會之妥當性，應爲無效。例如許他人將自己監禁，或爲不求學不結婚不契約等，應無效力是也。

第十八條 人格權受侵害時，得請求法院除取其侵害。

人格權之
保護

前項情形以法律有特定規定者爲限，得請求損害賠償或慰撫金。
人格權者，以人格爲客體，與人格相終始，而不能分離之權利也。其以人之生存安甯爲目的，而屬於靜態者，如生命權、身體權、健康權、名譽權、姓名權、肖像權、貲操權等，其以人之活

動爲目的、而屬於動態者、如自由權營業權等、所爲受侵害者、爲基於加害人之故意故過失之不法行爲、而侵犯加害其權利之意、若因犯罪而被處死刑或自由刑、以剝奪其生命或自由、或因契約而爲自由之適當限制、凡基於合法之原因、而非因於不法行爲之侵害者、自無適用本條之餘地、人格權受侵害時、以得請求法院除去即屏除或防止其侵害爲原則、其因侵害人格權、而引起財產上之損害者、如侵害身體或健康致支出醫藥費時、固得併爲賠償損害之請求、無待特別之規定、否則人格權之損害與財產權之損害、究屬不同、難以估計其價額、應以法律有特別規定者爲限、始得請求損害賠償或慰撫金、如次條關於侵害姓名權規定及依本法第一九四條侵害人之生命者、被害人之父母子女及配偶、雖非財產上之損害、得請求賠償相當之金額、又依第一九五條第一項、侵害人之身體健康名譽、或自由者、被害人於非財產上之損害、亦得請求賠償相當之金額是也。

損害賠償爲填補所受之損害及所失之利益、以回復損害發生前之原狀爲原則、如不能回復、或顯有重大困難時、則以金錢賠償爲例外、（二二三至二一六條）故法院於定賠償之數額時、應調查其實際所受之損害、（前大理院五年私上字四二號判例）慰撫金者、則係以金錢慰籍精神上所受無形之痛苦、法院判給撫慰金之數額、應審核各

種情形定之，例如被害人之地位家境及與家屬之關係，並加害人之地位資力等，均應斟酌之。（前大理院八年私上字七七號判例）

一九條

姓名權之
保護

第十九條 姓名權受侵害者得請求法院除去其侵害並得請求損害賠償。姓名權為自他人區別自己而存在之人格權，若被他人盜用影射妨害其使用或以其他方法侵害其權利時，即得請求法院屏除阻止其侵害，倘因侵害而受損害並得於同時請求損害賠償以保全被侵害人之人格。

二〇條

人與地之
關係

第二十條 以久住之意思住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。
一人同時不得有二住所。

人類生活必於一定之土地，基於人類與土地之關係，以定法律上之關係，實為便宜之立法政策，各國咸採認之。此種土地場所，大別之為本籍地、住所、居所、營業所及現在地數者，而以住所為最重要。

住所為自然人常住之場所，而為其一般生活之中心點，其構成要件須有久住於該一定地域之意思，並有住於該一定地域之事實，前者為住所之主觀要件，後者為住所之客觀要件，兩者不可缺一，故僅有久住之意思，而無其事實者，固不得稱之為住所，即雖有久住

住所之意
義與要件

之事實、而無其意思者、亦不得謂其場所爲住所、有無久住之意思與事實、非應以居住時間之長短、定之、應就其人全般生活之狀態、足認其爲一般生活中心之所在、如不因特別之事故、或營特種之生活而至他處、則有繼續居住於該場所之意思及事實者、始得定其住所之所在、故從其居住有間斷、有由經營商業或其他特種生活而離去之時期、但有復歸之意思者、固不失其爲住所、且住所通常雖爲住宅、然非必係住宅、苟爲常住之場所、而爲一般生活之中心、雖非有住宅之存在、而爲如旅行等有生活之設備者、亦無礙其爲住所、

決定住所
之實例

決定何處爲某人之住所、應就其人全般生活觀察之、如上所述下舉實例、可資參考、日本有某甲者、自大正四年與其眷屬寄留乙村、經營酒類製造業、惟每年必還本籍地一次、或數次、平均一年滯留本籍地之日期不出十日、於大正十一年間、發生甲之住所係在乙村、抑在本籍地之間題、經日本行政裁判所於大正十四年四月二日判決、認其住所係在乙村、非本籍地、

住所有任意住所與法定住所之別、任意住所爲本人得自由設定變更或廢止之住所、本條係規定人之任意住所爲住所之常例、法定住所則不問本人意思如何、及事實上是否

單一定行爲與
一主義

爲一般生活之中心點、法律規定其爲住所之住所，如次條是爲住所之變例。

注意住所得自由變更設定或廢止之設定住所，依本條第一項規定祇須有久住之意思及實行，其意思之事實，不必要有意思表示，故非法律行為而爲事實行為，然既須以久住之意思爲要件，故無意思能力之人不得爲之，住所之廢止見第二四條規定廢止由住所而設定新住所，則爲住所之變更，住所爲一般生活之中心點，且應爲決定法律關係之標準，故一人同時僅能有一住所，不得有兩住所，此之謂住所單一主義，但關於特定行為，得依第二三條規定於住所外選定居所，視爲住所，如事實上無一般生活之中心點，即無久住於一定場所之意思及其事實者，則不得認爲有住所，是爲無住所人，法律固非必自然人以設定住所也，惟各種法律關係，應以住所以解決者，依第二十二條第一款規定在原則上以其居所視爲住所而已。

住所於法律上有種種效果，其尤重要者，如爲定宣告死亡制度之根據，（八條註）決定給付特定物以外債務清償地之標準，（二二四條二款）次定票據行爲之場所，（票據法一七條二二條五項八八條九九條一項一一七條四項）決定訴訟事件土地管轄之標準，（民事訴訟條例十五條刑事訴訟法一三條一項）決定受送達之場所，（民事訴訟條

果住所之効

例一 木十條 刑事訴訟法二〇三條）於國際私法爲決定適用法律之標準、法律適用條例二條二項三條（於國籍法爲決定歸化及回復國籍之要件、國籍法三條一項一款四條一項五條十六條等是也）

二二條

第二二條 無行爲能力人及限制行爲能力人以其法定代理人之住所爲住所。

無行爲能力人卽未滿七歲之未成年人與禁治產人（二三條一項一五條）限制行爲能力人卽滿七歲以上之成年人（二三條二項）無行爲能力人之意思表示不能發生効力（七五條）須由法定代理人代爲意思表示並代受意思表示（七六條）限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示除純獲法律上利益或依其年齡身分日常生活所必需者外須得法定代理人之允許（七七條）未得法定代理人允許所爲之單獨行爲無效（七八條）所訂立之契約則須經法定代理人承認始生效力（七九條）在在需法定代理人之監護故本條爲便利計不關無行爲能力人及限制行爲能力人有無設定住所之意思與事實概以其法定代理人之住所爲住所學者稱之爲法定住所（見前條註）

二三條

第二三條 遇有左列情形之一者其居所視爲住所

一 住所無可考者

考及在中國無可
者國無住所之擬制
者之擬制
住所

二 在中國無住所者，但依法須依住所地法者不在此限。

自然人雖以有住所爲當然，法律非必人以設定住所，故事實上有未設定住所者，或雖設定住所而不能明其所在者，如不設擬制之規定，是使應依住所以解決之各種法律關係，無從決定其效果。又如在中國有居所而無住所，即在外國設有住所，若各種法律關係除依法須依住所地者外，必以在外國之住所爲解決之標準，於事實上殊多不便，且有時不足以保護國內人之利益，例如設住所於德國柏林者，在中國有居所，而與他人發生法律關係，苟因爭執相對人須赴德國柏林起訴，自爲事實上所不便，故本條爲擬制之規定，以其居所視爲住所，附以關於住所各種法律上之效果。

居所者，繼續若干時間居住之場所，通常以出於特定之生活目的者爲多，例如因求學而居於學校，因療養而居於病院，因經商而居於商店所在地，因執行徒刑而居於監獄，因避寒避暑而居於旅館別墅等是也。雖或爲該特定生活中心之所在，但非爲一般生活之中心點。若其居住僅爲一時的而無若干時間之繼續性者，則爲現在地而非居所，例如家住天津之學生，在上海東吳大學法律學院求學，由家至校途經南京，在南京旅館中停宿一宵或數宵，則天津爲其住所之所在地，上海爲其居所之所在地，而南京則爲其停宿時

住無可考及在中國無住所之意義

之現在地設定居所非若設定住所之須有主觀要件故無思意能力人如精神病人幼童等亦得有居所居所不必單一故一人同時得有複數之居所

所謂住所無可考者兼指不明住所之所在及無住所者而言所謂在中國無住所者係指所在雖可考然不在中國在於外國者而言至其人之爲中國人抑爲外國人在所不問本條第二款所以有但書之規定則以如依國際私法須依當事人之住所地法時若不依住所地之外國法而須依居所地之中國法明明與法意不符也又如國籍法關於歸化及回復國籍之規定(國籍法二條二項一欵四條一項五條十六條)須以住所在中國爲要件者亦不得以其在中國之居所視爲住所自爲理之當然

第二三條 因特定行爲選定居所者關於其行爲視爲住所

當事人如未設定住所或雖設定住所然相隔甚遠關於特定行爲應於住所地所爲之行爲有時爲事實所不便關於該特定行爲使得另行選定居所以其所選定之居所視爲住所附以住所在法律上所有之效果實爲立法上之便宜政策此項選定居所或稱之謂假住所既未與住所單一之法意相違且於事實上有許其選定之必要者故如住在天津之甲商向上海乙商爲商業上之交易若乙商以甲商住在天津關於該交易上之行爲須向

民 法 總 則

自 由 为 行 为

三三

二三條
假住所

設 定 住 所

假 住 所

特 定 行 为

有 效

設 定 住 所

對 定 一 切 行 为

自 由 为 行 为 不 能 设 定 住 所

有 效

天津爲通知及清償等、於事實爲不便時、得與甲商約定、由甲在上海選定居所、於其交易行爲、視爲住所、以期便利、又如當事人爲某項法律行爲豫測其有發生訴訟之可能、因相對人住所甚遠、若須赴遠地起訴、以爲不便而憚於爲該行爲時爲訴訟之便宜計、亦得由相對人在近地選定居所視爲住所以除去其困難。

因特定行爲選定居所、視爲住所之行爲、因其有便選定之場所、關於其行爲發生、與住所同一效果之欲望、即須有效果意思而以「」意思表示爲必要、故爲法律「」爲與設定住所「」爲事實行爲迥不相同、選定行爲有爲單獨行爲者、亦有爲契約者、無行爲能力人不得爲之（七五條）、限制行爲能力人須得法定代理人之允許（七七條）、否則如爲單獨行爲應屬無效（七八條）如爲契約、則須得法定代理人之承認、始生效力（七九條）。

因特定行爲選定居所、視爲住所、關於該特定行爲有排斥原有住所之效力乎、法律並無規定、應依解釋當事人之意思定之、如其選定僅爲相對人單方之便利時、應解爲非排斥原有住所爲宜、故相對人向原有住所所爲之行爲、不得謂爲不合、否則應認爲排斥原有

選定行爲
之性質

選定行爲
有排斥本
住所之效
力

二四條

第二四條 以廢止之意思離去其住所者、即爲廢止其住所。

廢止住所者，使已設定之住所失其爲其一般中心點也。與廢止同時不另設定新住所者，是爲住所之絕對廢止。與廢止同時另行設定新住所者，即爲住所之變更。

廢止住所亦須有廢止之主觀意思及實行離去之客觀事實。僅有廢止之意思而未離去，其住所者固未得謂爲廢止。已離去其住所仍擬復還而無廢止之意思者亦不得爲廢止。惟廢止之意思與離去之事實是否同時及孰先孰後，則所不問。住所之廢止行爲無須有意思表示，爲事實行爲、非法律行爲，並與設定行爲無異。（參觀二二條註）

二節 法人

第二節 法人 (ラジ) 法人者，非自然人而爲權利主體之組織體也。組織體於自然人外，構成社會之一份子而爲事業活動之主體。由來已久，然法律之所以須承認其有人格而爲權利主體者，蓋社會事業往往非一人所能舉辦，須羣策羣力以爲之。但如以合夥之結合爲之，則合夥不過爲合夥員間之契約關係。合夥財產屬於合夥員共有，有一二人退夥，或負私債，即不免有搖動之虞。事業難期發展，使其成立爲法人，則其組織離社員而別爲主體。法人之財產非即社員之財產。社員之退社或負私債與法人無涉。此社團法人制度之所由興也。其後則以特定財產供特定目的之用者，亦感有認其人格之必要。否則設立者之繼承人，有中止其使用之自由，而該財產又時有爲其債權者扣押之慮，目的不易成。

就便其成立爲法人而後該特定之財產得脫離於設立者之手不受設立人私人事項之影響而有恒久強固之基礎此財團法人之所以繼作也社會事業愈進展則法人制度益發達法人制度之發達實爲近世特殊之現象關於法人之本質學說不一得分之爲擬制否認及實在三說述之如左

(一)擬制說 略謂在理論上惟自然人始有人格而得爲權利之主體蓋以權利爲意思之力而意思力則惟自然人有之不過法律因社會生活之需要於自然人外以假設立之方法創造一種人格補理論之所窮換言之即法人之人格僅由於法律之擬制憑想像之作用視非自然人爲自然人使其得爲權利之主體而已非有真實之存在也其謬點在以本無意思之物而視之爲有意思本非自然人而視之爲自然人不免有矛盾之謂猶之懸帽於壁壁本無釘而視之爲有釘其不可甚明且由法律之目的觀之權利主體之觀念係適應社會的需要基於法律而後生何得混自然人與權利主體之觀念爲一談而謂自然人外即無權利主體之存在又由權利之觀念言之職利爲享受利益法律上之力足以享
有法律上之力者皆得爲權利之主體亦毋庸以意思力爲前提也

(二)否認說 此說根本否認法人有人格之存在其立說亦甚紛紜或以爲法人不過爲

一種無主財產，本於特定之目的而存在者，此之謂無主財產或目的財產說，或以爲實際上享受法人權利之利益者，要爲各個之自然人享之利益人之全體乃真權利之主體。此之謂受益者主體說，或以爲法人不能爲權利之主體者實爲管理法人財產之自然人，此之謂管理者主體說，均從法人之財產立論，而不知法人之財產不過爲達法人目的之一種工具，其在法律無明文規定之國家，或得張其唇舌，在有成文法規定，法人於某種條件下得爲權利主體之國家無主張之餘地。

(三) 實在說 略謂法人非出於法律之擬制，有現實人格之存在，又有有機體說與組織體說之分。

(甲) 有機體說 此說以法人雖無自然人之肢體，然其有意思有行為，則與自然人無異。體在社團法人、社員、總會之決議，即法人意思之表現也。在財團法人設定人之設定行為，即其意思之所在也。董事之行為即法人之行為也。社員也、董事也，皆法人體中之一份子，與細胞之於自然人無異，是其爲說於個人意思之外，又認團體意思於個人生活以外，別認團體生活於自然人的有機體外，更認社會的有機體，而其爲人所指摘者，亦在以意思能力爲權利主體之前提，且混社會學論爲法律論，不知人格與權利本非以意思能力

爲要素，否則嬰兒與喪失心神者，均無意思能力，仍不失爲權利主體者，其何解乎？

(乙)組織體說 此說謂法人有一定之目的、有一定之機關，其本質爲一個組織體。此組織體縱爲非有機，尚適於爲權利之主體。法人有適於爲權利主體之實體組織，則其存在即爲實在，而非法律上之擬制。蓋權利爲法律上之力，而權利能力爲法律因需要而賦與，自然人與法人無以異，有機與否非所問也。

以上諸說，否認說之勢力最微，擬制說則盛於昔而衰於今。以實在說中之組織體說爲現在之多數說。我民法總則無規定法人本質之明文，第二十五條不過排斥自由設立主義，人格之存在，本基於法律不得爲擬制說之論據。第二十六條規定法人有權利能力，惟其範圍應依法令之限制。權利能力爲法律所賦與，法律加以限制，固無不可。與法人之本質無關。第二十七條規定，法人之代表機關，尤非不採實在說之旨趣。而前大理院民國二年上字第38號判決，例謂「法人之存在，本爲社會上自然發生之事實，社會因種種之必要而發生特種之現象，國家惟有制定法則，謀所以規定之，斷無根本上加以否認之理。」又謂「在事實上別於個人，有應獨立享權利負義務能力之人類集合體，或財產固定體，當然不能不以爲法人而認許其存在。」蓋亦從實在說中之組織體說也。法人因種種

標準得分類如左

(一)公法人與私法人、以行使或分担國家統治權作用爲目的、依於公法而產生之法人爲公法人、經營私事業爲目的、依於私法而產生之法人爲私法人、公法人之例、其顯著者、如國家及其行政區域、地方公益團體等、是公法人於執行其事務時、視其規定之法律、常得行使多少之強制力、公法人爲私權之主體時、亦應適用私法之規定、然本節則僅適用於私法人、公法人不適用也。

(二)社團法人與財團法人、社團法人者、爲達一定之目的、由人之集合而成之法人也、所集合之人、即爲社員、社員之額數、雖無限制、然社團應有總會(五〇條一項)、自當在二人以上、財團法人者、因供一定目的之用、集合財產而成之法人也、社團法人與財團法人、雖同爲人類組織之團體、然社團法人以社員之集合體爲基礎、其社員之存在及活動、皎然可觀、財團法人以集合財產之固定體爲基礎、其設立人恒隱而不見、如募資建廟或組成財團法人、其出資施主、因無利害關係、每爲人所不察。

(三)營利法人與公益法人、以營利爲目的之法人爲營利法法人、以公益爲目的即非以營利爲目的之法人爲公益法人、以營利爲目的者、謂其所得經濟上之利益、分配於其

社員爲其最終之目的，苟法人之最終目的，非分配其利益於社員，而在於公益，則雖以營院基金或辦理其他慈善事業之法人人，如以救濟失業工人爲目的設立貧民工廠，其贏利不分配於社會者，皆公益法人也。然如相互保險、會社、消費會社之類，雖非以利益之分配爲其直接目的，究以社員得分擔危險之利益及抵償供給之利益爲其最終目的，皆營利法人也。法人有無其營利及公益兩目的者，仍爲營利法人而非公益法人。營利法人以營利爲手段，仍爲公益法人而非營利法人，如營植樹或印刷等事業，以其收益爲維持半民，以分配其利益於社員爲最終目的，故財團法人皆爲公益法人，非營利法人。

(四) 內國法人與外國法人
內國法人與外國法人之區別，不能以其社員或其設立人之國籍定之，亦不能以其設立之目的係爲內國或外國謀利益定之。其區別標準學說，有二、一爲據法院，一爲住所地說。依前說，法人之國籍應視其設立所準據之法律，準據內國法設立者爲內國法人，準據外國法設立者爲外國法人。依後說，法人之國籍應視其住所，即主事務所所在地定之。其住所在國內者爲內國法人，在外國者爲外國法人。法人之本質既認爲實在，應以住所地說爲合理論，蓋定人之國籍，不可不以其人與何國有最密切之關係爲斷。法人以其住所爲其事業之中心事業，中心所在之地，即其國與法人之間。

有最密接之關係在也。

關於法人之設立、立法例有四種主義、

(一)自由設立主義、或放任主義、對於法人之設立、一任設立者之自由、法律上毫無限制之主義也。此主義雖便於公益事業之發展、然設立過濫、監督難週、有妨公安。現在各國法例無採用之者。我國在施行民法以前、關於法人之設立並無限制之成文法。而社會上因種種需要產生之公益法人、其類不少。前大理院為適應此種現象起見、以判決例採認此主義。前大理院二年上字第338號、三年上字第901號及十五年上字第181號、惟本法則不採之。(見第二五條)

(二)特許主義、又可分為二、每設立一法人須經立法機關制定一法律以許之者、曰法律特許主義。須經國家元首頒命令以許之者、曰國首特許主義。雖盛行於昔日、因手續過于繁重、現在採用者不多。

(三)許可主義、法人之設立、以行政公署認許為條件之主義也。

(四)準則主義、法律規定設立法人一定之準則、合於此準則者、即得成立法人之主義也。

本法不採自由設立主義（第二五條）關於營利法人之設立須依特別法之規定（第四五條）關於公益社團法人及財團法人之設立則兼採準則及許可兩主義者（第三〇條四六條及第五九條）

本節分通則、社團及財團三款。凡私法人均適用之。惟公法人應依公法之規定，故無本節之適用。如特種之私法人有特立法為之規定時，則依特別法優於普通法之通則，~~尤~~應適用特別法之規定。關於特別法無規定之事項，仍應適用本節。惟外國法人就其設立能力、事務所之撤銷責任等於本法總則施行中有特設之規定耳。（本法總則施行法第一一條至第一五條）

第一款 通則

本款規定私法人共通之法則，不問社團法人與財團法人皆適用之。

第二五條 法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。

本條係排斥自由設立主義（參觀本節總註），規定法人之取得人格，須依法律之規定。

所謂法人專指私法人而言，公法人不在其內。所謂其他法律不包含行政命令，人之人格。

本為法律所賦與，故本法之規定與法人之本質無關（參觀本節總註）。

甲國法律之效力不能及於乙國已成立之外國法人在我的國非當然認其有人格本法總則施行法第十一條規定外國法人非依吾國法律之規定不得認許其成立惟條約對內為國內法一部故條約上之認許即法律上之認許

二六條

第二六條 法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力但專屬於自然人之權利義務不在此限

法人既有人格自有其享受權利負擔義務之能力惟有一種之限制

法人之權
利能力
因於法令
之限制

(一) 因於法令之限制 權利能力之源在於法律法人權利能力之範圍得以法律命令限制之事屬當然超越法令限制即不得為權利義務主體然非法人本質之規定(參觀

本節總註)

因於性質
之限制

(二) 因於性質之限制 法人雖有實在之本質究為社會之組織體非有自然人之身體故以身體的存在為前提之權利不得享之以身體的存在為前提之義務不得負之所謂專屬自然人之權利義務即謂自然人以身體的存在為前提之權利義務茲分述之

(甲) 財產權 法人關於財產上之權利能力與自然人之能力無異凡物權債權各種無形財產權如著作權特許權專利權等皆得享有之其於債務雖不能服身體上之勞務然

財產權

人格權

如承攬或供給勞務之債務固亦得負擔之。

(乙) 人格權 人格權中關於保全身體之自由康健安全生命等權利、法人雖不得享有之、然法人之有名稱名譽、信用、又關於業務之自由存在之安全等權利亦與自然人同、法人能否為他人之代理人或為他法人之社員雖有爭議以積極說為通說。

親屬權

(丙) 親屬權 本於親子夫婦等關係所生之親屬權、非法人所得享有、但法人得為他人之監護人為近日學者所認。

繼承權

(丁) 繼承權 法人不得為狹義之繼承人(自然人之一般繼承人)但得為受遺贈人。

(戊) 公法上之權利義務 法人之權利能力不僅限於私權於特定範圍內並有享有公權及負担公法上義務之能力、如於訴訟法上有當事人之能力得以法人之名裁起訴應訴及負擔納稅義務之能力其顯著者也。

公法上之
權利義務

權利能力
以目的為
限制乎

外國法人
之力

依本法總則施行法規定本條關於法人權利能力之限制不採日本法例而從瑞士法例、不以目的範圍內為條件故如以營利為目的之社團法人捐助財產於慈善事業不得謂無其能力亦所以貫澈本質實在說之觀念也。

二七條

從中國法律之義務亦與中國法人同。(本法總則施行法第一二條)如無同種類之中國
法人將其權利能力應依其本國法(法律適用條例第五條一項)外國法人之本團法即
謂其住所地法(同條例三條)條約之限制亦法令上之限制故依條約外國人所不得享
有之權利外國法人亦不得享有之(參觀註)

第二七條 法人須設董事

董事就法人一切事務對外代表法人

對於董事代表權所加之限制不得對抗善意第三人

法
人既爲實在之組織體有權利能力則於其權利能力範圍以內亦自有行爲能力但其
活動須賴有一定之機關其意思之決定及其表示須有其機關爲之董事即爲社團及財
團法人共通必要常置之機關也然非以董事構成員無間斷之存在爲法人存在之條件
如因董事構成員死亡辭職致有間斷時不爲法人權利能力消滅之原因但此事之法人
無代表之機關有從速補充之必要有監督權之主管官署因監督權之作用亦得命其補
充之

上或訴訟外一切之事務，均代表之。

代表與代理不同，代理為兩獨立人格間之關係，董事為法人之機關構成法人組織體之一部，非與法人有對立之人格，故非法人之代理人，董事之行為即法人之行為，不得當然適用關於代理之規定，其代表範圍不以法律行為為限制，法律行為以外之事務亦代表之。

董事行使職務應依章程之規定，其在社團法人因總會為最高機關（五〇條一項）又應從總會之決議，故董事之代表權得以章程或總會決議限制之。

董事指各董事也，董事如僅一人，由該一人代表不生問題，若有數人時，其行使代表權不必全體為之，亦不必以多數為之，各董事皆得單獨為之，如章程規定或總會決議，須董事全體或數人方得代表時，即為代表權之限制。

代表權之限制，對外發生何種效力，有四種主義：（一）完全不能對抗第三人；（二）完全可以對抗第三人；（三）登記後得以對抗第三人；（四）不得對抗善意第三人。第一主義保護第三人過厚，第二主義保護第三人過薄，第三主義董事既為法人之一般代表機關，第三人與之交易，又須隨時檢閱登記簿，於事不便，本條第三項係從第四主義，故董事之姓名

住所及代表權之限制，雖均為應登記事項。（四八條一項第四第八款及六一條一項第六第七款）然代表權之限制，即使登記，其效力如何，仍以第三人善意惡意為標準。對於知此限制者，方得對抗；對於不知有此限制者，不能對抗。惟依第三一條規定，董事代表權之限制，如未登記，縱第三人為惡意，亦不能對抗之。

但內部關於董事對於代表權之限制，有服從之義務，與超越其權限，對於法人即構成損害賠償之原因。然董事對於章程規定，總會決議，是否違背法令，及總會決議是否違反章程，有審查之責任。違法之章程，決亦無盲從之義務。故如因不法行為致他人受損害時，雖係從章程之規定或總會之決議，不能免賠償之責任。（參觀二八條註）

董事之任免方法及其資格與員數，法律均無限制。依章程定之。惟社團法人董事之任免，應依總會之決議（五〇條二項二款），而由董事為法人機關之性質觀之，應以自然人為限。董事為法人組織體之一部，董事之行為非董事個人之行為，故無完全行為能力之自然人，亦得任為董事。社團法人之董事，非限于社員，得以社員以外之自然人任之。

選任董事行為之性質，或以為單獨行為，或以為契約。董事之責任重大，非得被選任人之同意，難強其擔任。現以契約說為多數說，故選任之發生効力，以被選任人之承諾為必要。

選任無完全行爲能力人爲董事時，必須得其法定代理人之同意。董事得向法人辭任，法人對於董事亦得依章程之規定或總會之決議而免其任務。違法之選任，被選者雖不能有效取得董事之資格，然如法人以其選任爲登記，致第三人誤信其爲合法選任之董事，則該善意之第三人得主張其行爲爲有效。法人不得以選任之違法，對抗之此登記制度之當然結果也。

董事得委
代理人否

董事既爲法人之代表機關權大任重，其選任也係以個人之技術及信用爲基礎，當親自執行其職務，不得包括的以其職務之全部或一部另委代理人爲之。惟如因疾病或其他原因，實際上有必要時，除爲章程或總會決議所禁止，或爲性質所不許外，董事以自己之責任就特定之行爲委任代理人爲之，亦爲解釋之所許。

二八條

第二十八條 法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償之責任。

法人之責
任能力

法人有無責任能力，昔時雖有爭議，然法人機關之意思，即法人之意思，法人機關之行爲，即法人之行爲。法人之有行爲能力，已如前述，其有責任能力，亦應與自然人無殊。本條規定，法人與爲不法行爲之董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，負連帶賠償之責。

任一方所以明法人之責任能力、一方使執行職務之董事或職員格外慎重、不得藉口於法人職務內之行爲、以自免其責任、而俾受害者得充分之救濟。

法人與其董事或職員負連帶賠償之責任、以其董事或職員因執行職務加害於人時為限、例如戲館董事為編演戲劇、而侵犯人之著作權、藥房董事為發行藥品而侵犯人之特許權、建築公司之建築員於建築時因怠忽工程而損害人之建築物、電車公司之司機因開駛電車而傷害路人等是、董事或職員於執行職務外之行爲、則全係該董事或職員個人之行爲、與法人無涉、又若法人之董事或職員利用執行職務之機會、以為不法行爲時、例如電車公司之司機、於開駛電車、見有嫌怨之人、行經路軌、乃利用駛車之機會、疾駛殺之、亦非因執行職務之行爲、應由為行爲者個人負其責、公司不負連帶責任。

本條之所謂「他人」包括同法人之社員、其他之董事或職員、及他法人而言、法人之不法行爲、應否以故意過失為責任之條件、應以如自然人為之時、是否以故意或過失為責任之條件為斷、如自然人為之、須有故意或過失方負責任時、於法人為之、亦須有故意或過失方負責任、如自然人為之不必有故意或過失、須負責任時、於法人為之亦不必有故意或過失、須負責任。

求償權

法人與爲行爲之董事或職員連帶負賠償責任者，即法人與爲行爲之董事或職員皆有賠償之責任，被害者得同時或異時共同或單獨向法人及行爲人請求賠償也。惟董事或職員對於法人執行職務，有重大注意之義務，如違反此義務，因故意或過失致法人對於第三人負賠償責任而受損失時，法人對之得轉行求償也。

法人既有責任能力，理論上亦應有犯罪能力。惟法人性質上祇能科以財產刑，不能科以自由刑或生命刑，故科自由刑或生命刑之罪，法人不能犯之。依前大理院四年上字一〇一二號判例及同院三年統字一八四號解釋例，法人不得爲普通刑法上犯罪之主體，須有明文規定時，始有犯罪之能力。

外國法人
於認許前
之責任

外國法人除依法律規定外，不認許其成立。（本總則施行法二一條）在認許以前，非權利之主體，無能力之可言，但如以其名義與他人爲法律行爲，僅令爲行爲之自然人負責不足以保護第三者，故本總則施行法第十五條規定，未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人爲法律行爲者，其行爲人就該法律行爲，應與該外國法人負連帶責任。

二九條

法人之住
所

法人既與自然人同有權利能力，亦自須有住所以爲活動之本據，而爲定各種法律上效

果之標準，法人如有一個之事務所時，則其事務所即爲其活動之本據，應即以其事務所在地爲法人之住所。如有數個之事務所時，則以不得有數個之住所，應以其主事務所在地爲法人之住所。

主事務所爲法人之中區事務所，即爲其業務活動之中心點也。主事務所及分事務所均爲應登記之事項（四八條二項三款及六一條一項三款），其後如遷移或增減執行事務所之場所，即爲事務所之變更。如遷移爲活動中樞事務所之場所，即爲主事務所，亦即住所之變更，皆應爲變更之登記。否則不能對抗第三人（三一條）。其在法人開始業務以前，雖未執行事務，然爲登記之事務所，即所定將來執行事務所之場所，仍不失爲法人之事務所。

第三十條 法人非經向主管官署登記不得成立

法人非如自然人之具有形體，其存在及其組織有公示於衆之必要。登記者即將其事項登載於公之賬簿（即登記簿）許公衆閱覽，抄錄之公示方法也。

法人之登記有三種：（一）設立登記（見三一條註）及（二）解散登記（見四一條註）。本條規定爲法人之設立登記立法例，有以法人之設立登記爲法人對抗第

三〇條
法人登記
之意義

法人登記
之種類

三人之要件有以法人之設立登記爲法人成立之要件本條規定登記爲法人成立之要件如以公益爲目的之社團及財團於登記前應得主管官署之許可（四六條五九條）在得許可後未登記前尚不得成立惟若於登記時未得主管官署之許可登記官署固不當爲之登記縱誤爲登記以其缺少許可之要件亦不能有效成立

法人於設立時應登記之事項見第四八條及第六一條規定

登記之主管官署爲法人事務所所在地之法院（本法總則施行法一〇條一項）如法人有數個事務所而其事務所所在地爲數個法院管轄時各事務所所在地均應爲設立之登記如共隸於同一法院管轄時祇須向該法院爲登記若數個事務所所在地不同應向數處法院登記時其成立時期在數處之登記均完畢時乎抑已爲一處之登記即爲成立乎解釋上應以其主事務所所在地已未登記爲其成立與否之標準

登記法院爲地方法院（前北京政府十一年五月二十一日敎令公布之登記通例第三條）法人對於已登記事項應速行公布並許第三人抄錄或閱覽（本法總則施行法一〇條二項）惟登記之效力於登記時發生發記之公布非發生效力之要件故法人之成立不必俟登記之公布

本條之規定在中國設有事務所之外國法人準用之（本法總則施行法一三條）故在中國設有事務所之外國法人除須依法律規定認許外（同施行法一二條）尙須爲設立之登記方能取得人格其在以公益爲目的之外國社團法人及外國財團法人於記登前並須得主管官署之許可（同施行法二二條）

在本總則施行前依前大理院判例凡人類集合體或財產固定體已具備法人之基礎條件者即應認其成立（見本節總註）此種已成立之法人如因本總則之施行以其未爲登記即否認其人格之存在有妨秩序而礙公益故在本總則施行前具有財團及以公益爲目的之社團之性質而有獨立財產者除祠堂寺廟及以養贍家族爲目的之財產外視爲法人惟其代表人應依第四七條或第六十條之規定作成書狀自總則施行後六個月內呈請主管官署核定並於核定後二十日內依第四八條或第六一條聲請登記（本總則施行法二條一項七條九條）其設立應得許可之法人如在本總則施行前已得主管官署之許可者得於施行後三個月內聲請登記爲法人（同施行法五條）

第三條 法人登記後有應登記之事項而不登記或已登記之事項有變更而不爲變更之登記者不得以其事項對抗第三人

東吳法律學院講義

五四

法人於設立登記時、應為登記之事項、見第四八條及第六一條規定、其中之任意登記事項（見四八條六一條註）有於設立登記時不存在、其後始存在者、如董事之代表權於登記時、未有限制、其後加以限制者、或社團法人於設立時未定出資之方法、後經總會議定者、初無存立之時期、後經總會議決者等、均應於存在時補行登記、已為登記之事項、其後發生變更、如目的名稱之更改、事務所之增減、或遷移、董事之改任、財產總額之增減、董事代表權限制之擴張減縮或廢除、存立時期之延長或減短、及社團出資方法之變更等皆應向主管法院為變更之登記、以公示於羣衆、董事於滿期後、重膺選任者、其姓名住所雖無變更、然其董事之資格於滿期時消滅、於重任時復生、亦為登記事項之變更、應為變更之登記。

法人於設立登記後、有應登記之事項而不登記、或已登記之事項、有變更而不為變更之登記、其効果為不得以其事項對抗第三人、即第三人於其有利益時、得認其事項之存在、法人不得否認之、第三人於其事項有不利益時、得否認其存在、法人不得主張之、例如改任董事、不為變更之登記時、第三人得以記登簿上之舊董事為法人之代表、而與之為法律行為、亦得以新董事為法人之代表、而與之為法律行為、其為善意與惡意不問也。

登記爲公示之方法不能變更實在之事實故不存在之事實不能因登記而視爲存在惟爲登記者對於因之而受損害之第三人不得不負賠償之責耳

登記法院於有追加或變更之登記後即公布惟登記之效力於登記時發生非以公布爲要件故已爲登記雖未公布之事件即有對抗第三人之效力（參觀前條註）且登記與公布不符時亦應以登記爲準如登記之董事爲李日新公布時誤作季日新李日新之爲該法人董事第三人不得而否認之也

本條規定於在中國設有事務所之外國法人準用之（本法總則施行法二三條）

第三二條 受設立許可之法人其業務屬於主管官署監督主管官署得檢查其財產狀況及其有無違反許可條件與其他法律規定

法人事業之盛衰關係於公益綦鉅故本法對於法人之設立不採放任主義而採準則許可主義（參觀本節總註）以防其濫設本條基於同一之理由使受設立許可之法人于其存續之中受主管官署之監督以視其業務之是否違反法人之目的公益與法律

受設立許可之法人則公益社團法人（四六條）財團法人（五九條）及依特別法於設立時應受許可之營利法人等是也業務謂法人事業上之事務主管官署謂主管法人目的

外國法人
之準用
三二條

法人業務
之監督

事業之行政官署，例如其目的事業爲宗教，則內政部爲其主管官署，其目的事業爲教育，則教育部爲其主管官署。如其事業不止一種，屬於數個官署主管時，則須受數個主管官署之監督，例如財團法人以其收益，一方興辦教堂，一方設立學校，則同時須受內政部及教育部兩部之監督。（參觀四六條五九條註）

法人於存續中，行政主管官署監督之手段，除得（一）撤銷許可（三四條）（二）請求法院宣告解散（二六條）（三）變更社團法人章程之許可（五三條二項）（四）變更財團法人之目的組織或解散外，並得依本條（五）檢查法人之財產狀況與其業務有無違反許可條件（參觀三四條註）或其他法律規定，及（六）爲其他適當之監督命令。

第三三條 受設立許可法人之董事不遵主管官署監督之命令，或妨礙其檢查者，得處以五百元以下之罰鍰。

行政主管官署爲實行監督起見，對於法人得隨時爲適當之監督命令，並檢查其財產與業務（參觀前條註），執行法人業務之董事，有服從之義務，如不遵守其命令或違反其檢查，查時得處以罰鍰，以爲之制裁，惟罰鍰之數額，至多以五百元爲限。

手續法中、刑法總則之規定、亦無其適用、故必有數個違反命令、而處以數個之罰鍰時、應併執行之、處罰之前、無庸警告、亦無消滅之特效、同一董事、對同一命令、有數次之違反時、並得為數次之處罰、惟得處罰者、非必處罰之意、縱有不遵命令或違反檢查之行為、亦得因情節免於處罰、如應處罰之行為、同時觸犯刑法時、則刑法上之制裁與本條規定之行政罰無牽連之關係、應分別辦理、

董事如有數人於不遵命令或妨礙檢查時、應使各董事分別負責乎、抑應使連帶負責乎、董事以得各自執行業務為原則、非應以董事之全體為單位、自應使不遵命令或妨礙檢查之董事、各自負其責任、

三四條 法人違反設立許可之條件者。主管官署得撤銷其許可。

設立許可
之撤銷

主管官署於許可法人設立時、得附以一定之條件、如於許可病院之設立時、附以一定之設備為條件、於許可學校之設立時、附以具備一切之課程、或以其教員須具備一定之資格為條件、此種條件受許可之法人、有實行之義務、如不實行、為保護公益起見、該主管官署得撤銷其許可、許可一經撤銷、法人即因以消滅、

三五條 法人之財產不能清償債務時、董事應即向法院聲請破產、

不爲前項聲請致法人之債權人受損害時其有過失之董事應負賠償之責任

財產不能清償債務即消極財產超過於積極財產爲宣告破產之原因法人已陷于破產之境地則已不能進行其業務如使其繼續存在第三人易罹不測之損害應令聲請破產以解散之本條第一項規定使董事負聲請破產之義務第二項規定如董事怠於聲請致法人之債權人受損害時受損害之債權人得向有過失之董事請求賠償有過失之董事既有賠償之責任則因故意而不爲聲請之董事亦當然不能免賠償之責任

第三六條 法人之目的或其行爲有違反法律公共秩序或善良風俗者法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求宣告解散

法律秩序與風俗因時變遷隨地不同法人之目的有初於法律秩序風俗無礙後因變更而爲違反法律公共秩序善良風俗者（參觀五二條註）有目的雖未變更因情事之遷易粟爲目的之營利法人本非違法後經制定新法律禁止罌粟之栽種則其目的變而爲違法矣以研究劍術爲目的之法人初不妨礙秩序嗣因民風驕鷙劍術以殺人者甚衆或得變而爲違反公共秩序矣雇用裸女以研究人體畫爲目的之法人與風俗無關然如在

三七條

風俗澆漓之地，或應認為違反善良風俗矣。法人之行為有軼出於~~合~~人倫法目的範圍以外，而為違反法律公共秩序善良風俗者，如以宣傳宗教~~編~~目的之法人，有宣傳無政府主義之行為是也。有雖在法人合法目的範圍以內，而因其行為之個性為違反法律公共秩序善良風俗者，如以研究藝術為目的之法人，有陳列猥亵圖畫之行為是也。此等法人，如任其繼續存在為害甚大，故使主管官署檢察官或利害關係人得請求法院宣告解散，使其消滅。但法院如無聲請，不得依職權解散之。

第三七條 法人解散後，其財產之清算由董事為之。但其章程有特別規定或總會另有決議者，不在此限。

法人於解散後，關於財產上之法律關係，尚有殘餘之事務，非即完全終了。除係因破產而解散，應以破產法規定之程序辦理外，應以清算之程序，以處理之。

清算者，處理法人之債務以終結已解散法人之法律關係為目的之程序也。執行清算事務之機關，謂之清算人。本規定以未解散前之董事為當然之清算人。因董事對於法人之事務，最為熟悉，為便宜上之規定也。惟章程或總會以董事為不相當而有特別之規定，或另有決議時，從其規定或決議。因國家無干涉之必要也。故章程及總會得排斥董事而以

清算人之
性質

清算人

非董事之人爲清算人亦得於董事以外增加他人爲清算人。

三八條 清算人之地位及職務見第四〇條註。

第三八條 不能依前條規定定其清算人時法院得因利害關係人之聲請選任清算人。不能依前條規定定其清算人即關於清算人之選任方法章程既未規定總會又無決議而解散前之董事因死亡辭任或於爲清算人後被法院解任而缺亡時（見二九條註）是也此時如清算事務任其停頓則法人之債權者及財產歸屬者必蒙重大之損害故本條使利害關係人得聲請法院爲之選任清算人。

法院選任清算人時關於其人選得自由決定之因情事之所宜或選任社團法人之社員財團法人之設立人爲之亦得選任其他之人爲之利害關係人並得陳述意見以供法院之採擇惟如利害關係人之聲請時法人於解散後雖無清算人法院不得依職權選任之又若聲請者並無利害關係時法院亦當以不適格而駁斥之。

依本條及前條規定產生清算人之方法有四其次序如下（一）章程規定（二）在社團法人時總會之決議（三）董事之充任即當然之清算人（四）法院因利害關係人聲請而爲之選任。

第三九條。清算人。法院認為有必要時得解除其任務。
法人能否為適當之清算、非特與利害關係人有重大之關係、且關係於公益、亦非淺鮮、如清算人不得為適當之清算、於必要之時、為保護利害關係人及保全公益起見、應使為清算監督機關之法院、得釋除其任務。

然清算人職繁任重、如輕易更動、亦非所宜、故法院之行使解任權、以必要時為限、惟何種情事為有解任之必要、純為事實問題、由法院審察各種情形、認定之、例如清算人之濫用職權、曠廢職務、有不忠實不正當之行為、或患重病、有顯著不勝任之事跡等、法院皆得因其情節、認為有解任之必要、

清算人不能為適當之清算、法院認為有必要時、固應依職權解除其任務、惟利害關係人亦得為解任之聲請、以促法院之注意、使法院認定有無必要之情事、以定解任權之應否行使、

法院行使解任權時、被解任之清算人、係如何產生、是否為法院所選任、抑為當然之清算人、或依章程規定總會決議所選任、皆非所問、

清算人如有數人時、法院僅得對於不適任之清算人、辭其任務、如因法院之解任而清算

人缺亡時代之新清算人當遵前條所註之順序依章程之規定總會之決議或以其他之董事任之如不能依上述方法定新清算人時法院得依前條之規定因利害關係人之聲請選任之如利害關係人不知爲選任之聲請時法院對之得爲必要之指示

四十條

第四十條 清算人之職務如左

一 了結現務

二 收取債權清償債務

三 移交賸餘財產於應得者

法人至清算終止在清算之必要範圍內視爲存續

清算人爲法人於解散後執行清算事務唯一之機關與董事在法人未解散前爲法人執行業務之機關性質相同故法人不得爲清算人清算人之地位亦與董事無區別於其執行清算之職務時爲法人之代表因執行職務加損害於他人時法人與行爲之清算人應連帶負賠償之責任清算人執行職務應行使重大之注意如違背法定義務或有過失致有損害於法人債權人時亦負有賠償之責任清算人之權限凡與清算事務有關之一切行爲皆得爲之本條第一項係對於清算人之職務爲列舉之規定由一方面言爲清算人

執行之權限、由他方面言、爲清算人執行之義務、了結現務者、謂完結法人於解散時、已着手未終了之一切事務也、清算人固不能着手爲新事業、然爲終結未了事務起見、於必要時、亦得爲新法律行爲。

收取債權

收取債權者、爲對於已到期之債權、請求債務人履行、並受其履行之謂也、惟法人之清算與債權債務之期限及條件無影響、故期限未屆滿或條件未成就前之債權、祇能俟期限屆滿或條件成就時收取之、惟清算人爲結束現務起見、得爲賣却以得相當之換價、如無得換價之必要時、亦得將附期限附條件之債權、加入於賸餘財產之中、以移交於財產歸屬人、至債務人爲社員與否、在非所問、社員對於法人出資之債務、清算人亦有收取之職務。

債
清算債務

清算債務者、亦指清償已到期之債務而言、惟未到期之債務、清算人得提存其標的或抛弃其期限之利益、而爲清償、如得債權人之同意、亦得將附期限附條件之債務、由第三人承擔之、或依鑑定人之評價、預向債權人清償、或於清償期前、向債權人提供担保俾其任務得告一結束、其餘與清償有同一效果之行爲、如抵鎖等、清算人亦得爲之、惟清算人如發見公司之財產不足清償債務時、應向法院聲請破產。

移交贖餘
財產於應
得者

贖餘財產者謂法人於清償債務後尙存財產之餘額即積極財產減去消極財產後之差額也應於清償債務清算有結果後移交之如債務尙未完全清償必於將來為清償後仍有餘裕已臻明瞭時方可為之否則是否尙有贖餘財產既在未可知之列不得逕為移交如移交過早則對於受害之債權人不得不負其責任

清算人移交時凡關於移轉權利一切之手續皆須為之如不動產物權移轉之登記動產之交付讓與債權對於債務人之通知等皆是

贖餘財產之應得者見第四四條規定如應得者有數人時得分割其財產之持份而分配之所謂自然之分配是也如為自然之分配有不利益時得為賣却而分配其餘金

清算事務千頭萬緒清算人為執行上述各項職務起見有為一切必要行為之權利如訴訟行為公斷契約和解契約買賣契約及其他與清算有關之新法律行為等清算人如怠於為職務上之必要行為致法人或債權人受損害例如於收取債權因怠於起訴至罹消滅時效時有賠償之責任

執行清算
職務必要
行為

清算中法
人之性質

故清算法人與解散前之法人非同一之法人也。是謂異體說，或謂法人之權利能力非因解散而完全消滅解散之效果，不過使法人喪失其生產方面之能力。清算中法人即解散前法人之繼續，是爲一體說。本條第二項規定，法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視爲存續，則清算中法人即解散前法人之繼續，蓋無疑義。惟清算中法人其權利能力既以清算目的範圍內爲限，法人之目的事業已不能繼續進行，董事亦因解散而失其地位。社團之總會，又或因社會缺亡，而無其存在，組織體亦非同一。故本條第二項係採擬制存續說，即以清算中法人雖係解散前法人之繼續，然法人之本質於解散之時，失其實在之存在，不過法律爲擬制之規定，假定其在清算必要範圍內繼續存在而已。「視爲」二字義至明顯也。

清算中法人既爲擬制的存續，故不能變更清算之目的，回復爲從前之法人，或再變更爲其他目的之法人。然於清算必要範圍內，視爲存續，故法人對內對外之關係，於清算範圍內，亦依然繼續存在。社團之總會，仍爲法人之機關。法人之債權人，仍爲對於法人之債權人，非清算人之債權人。法人之債務，仍爲法人自身之債務，而非清算人之債務也。

清算之範圍，即爲第一項列舉三款之事務，是否爲必要，應依各個之事實定之。清算之終

結即為第一項列舉三款之事務皆已終了時或因財產不能清償債務而已有破產之宣告時法人於宣告破產時於破產目的範圍內亦視為存續（參觀民國四年北京法律編查會所編破產法案第二條第三項）

四一條

第四一條 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

股份有限公司清算
程序之準用

商事股份有限公司與其他法人在解散前其目的及組織雖不盡同然於清算中同以清算為惟一之目的且同以清算人為執行清算之機關故關於清算程序除本款有規定外以準用公司法股份有限公司之規定為宜因準用之結果清算人於清算範圍內之權利義務原則與董事相同清算人有為登記造具各種簿冊對於債權人催報及聲請破產等義務清算終結後如查知尚有餘賸財產時利害關係人得聲請重行清算（公司條例第四章第十節）

四二條

第四二條 法人之清算屬於法院監督法院得隨時為監督上必要之檢查

法人之清算關係於法人之債權人及財產歸屬人等利害甚距不可無監督之機關法人於解散前其業務上公益之考量為行政官署所主管故使主管行政官署監督為宜（三二條）然於清算中以公平保護利害關係人之權利為重應以法院監督為當監督清算

之法院爲法人住所所在地之地方法院。法院爲行使監督起見，得隨時爲一切必要之檢查，如監視清算之執行、檢閱財產之狀況及簿冊之記載等。清算人如妨礙其檢查時，得處以五百元以下之罰鍰。（四三條）如清算人於其清算之職務不爲適當之執行時，法院得發監督命令，以督促之糾正之。於必要時並得解除清算人之任務。（三九條）如發見清算人有詐欺侵佔等犯罪之嫌疑時，並得依刑事訴訟程序追究之。

四三條

清算人不
遵監督命
令之前裁

第四三條 清算人不遵法院監督命令或妨礙檢查者，得處以五百元以下之罰鍰。

法院因監督權之作用，非特隨時得爲必要之檢查，並得爲各種監督之命令。清算人皆有服從之義務。如不遵守法院監督之命令或以拒絕藏匿等方法妨礙其檢查時，法院得處以五百元以下之罰鍰，以制裁之。罰鍰之性質見第三三條注。清算人如有數人時，應各自負其責任。

四四條

第四四條 法人解散後除清償債務外，其賸餘財產之歸屬，應依其章程之規定或總會之決議。

如無前項章程之規定或總會之決議時，其賸餘財產屬於法人住所所在地之地方自治團體。

法人非如自然人之有繼承人於清償債務後尚有餘賸之財產不能不以法律定其歸屬之方法此本條所由設也

法律定賸餘財產歸屬之方法應以法人設立人之本意為重法之設立人關於財產之歸屬有顯明之意思時應從其意思故第一項規定賸餘財產之歸屬應依其章程之規定或總會之決議

章程規定或總會決議雖未指明歸屬人之姓名或名稱如定有指定之方法時亦應從其方法之所定例如章程規定或總會決議賸餘財產之歸屬人應由特定之第三人公共機關或主管官署指定之是也

章程未規定或總會無決議時其賸餘財產應歸屬何人各國立法例頗不一致有定為歸屬於設立人或其繼承人者有定為應依與法人目的事業相類之方法處分之者有定為應歸屬於國庫或地方公共團體者本條第二項定為屬於法人住所在地之地方自治團體使得經營類似之地方公益事業期合設立人之原意惟地方自治團體於財產歸屬後有自由處分使用之權非以用於特種公益事業為限制之條件

章程規定或總會決議之財產歸屬人於法人存續中對於法人之財產並無何種之既得

權、不過有一種期待權、或希望權、與承繼開始前繼承人之地位相似、得因變更章程或變更決議而失其地位、惟如其取得有特別之原因時、自當別論。

財產之歸屬人於法人清算中對於法人之賸餘財產、其所有之權利、祇有請求移轉之債權乎、抑因法人之解散而即取得其所有權乎、學者之主張雖不一致、應以前者之見解為當、蓋法人於清算中視為存續、仍為權利義務之主體、其賸餘財產、須於清算人為移交時、方移轉於歸屬人也。

二款社團

第二款 社團

本款為關於社團法人之特別規定、社團法人者、以人之集合為基礎而成立之法人也、（見本節總註）不曰社團法人而曰社團者、以其在未成立前尚未取得人格、不能稱為人、在已成立後、則其為法人、自為疑義、故簡稱之也。

四五條 以營利為目的之社團其取得法人資格依特別法之規定

以營利為目的之社團、即所謂營利法人、以分配其經濟上利益於社員為其最終之目的者也、（見本節總註）營利法人之發達於社會經濟關係至鉅、如嚴其限制、有礙社會事業之進步、故於其設立、不妨稍從寬大、通常以僅取準則主義為已足、不必兼以許可為條件、

日種類繁夥性質不一以規定於特別法中爲宜其於設立以外之事項如特別法中有規定時從養別法如特別法中無規定時則從本法

營利社團
之例

營利法人之例若商事公司及以農業漁業林業鑛業消費合作相互保險及營其他各種之原始生產業爲目的等社團均是其非商事公司之營利社團或以與商事公司對照而稱爲民事公司若鑛業公司漁業公司等是也

四六條 以公益爲目的之社團於登記前應得主管官署之許可。

第四六條 以公益爲目的之社團即非以分配經濟上利益於社員爲其最終目的而以有關於發展公益爲其目的之社團也（參觀本節總註）其例不勝枚舉如以關於政治宗教慈善學術技藝社交等事項爲其目的之社團皆是此等法人以其與公益有關於其設立不得不嚴其限制故以登記爲其成立之條件外（二〇條）於登記之前尤以得主管官署之許可爲必要即兼採準則與許可兩主義者也（參觀本節總註）

主管官署者管理法人目的事業之行政官署也例如宗教公共衛生社會救濟移民等事務屬於內政部管理學術及教育等事務屬於教育部管理是也故如設立以移民爲目的之社團須得內政部許可設立以研究學術爲目的之社團須得教育部許可如一社

公
益
社
團
設
立
之
許
可

團法數個之目的而不隸屬於同一行政官署主管時須得數個主管官署之許可例如以研究學術之社團同時亦以宣揚宗教為目的者並須得教育內政兩部之許可以行政官署於權限以外無為許可之權也然依於官制之所定如主管官署委任於其指揮監督下之地方行政官署使其為設立之許可者亦非無效

許可者行政行為也主管官署應否為設立之許可得斟酌一切情形定之而社團之目的事業是否違反公益及其有無完善之章程及組織尤法審查之必要主管官署為許可時並得附以一定之條件若社團違反設立許可之條件主管官署得隨時撤銷其許可(三四條)

設立人之訂定章程(即設立行為)主管行政官署之許可及主管法院之登記俱為公益社團成立法人之要件訂定章程後雖有許可而未為登記固不能取得人格未得許可而逕行記登記登官署應駁斥之即誤為登記亦無成立法人之效力(參觀第三〇條註)已成立後主管官署因其違反設立許可之條件而撤銷其許可時縱未消滅其登記亦為喪失權利能力之原因(參觀三四條註)

本條規定於在中國設立事務所之外國社團準用之(本總則施行法第一三條)

四七條

第四七條 設立社團者應訂定章程其應記載之事項如左

一 目的

二 名稱

三 董事之任免

四 總會召集之條件程序及其決議證明之方法

五 社員之出資

六 社員資格之取得與喪失。

設立人

社團之成立，係以人之集合為基礎，故須有設立社團之人，至設立人之為自然人或法人，則非所問，故甲法人亦得為乙法人之設立人，設立人之人數無限制，有二人以上即為已足。

設立人為設立社團起見，須有設立之行為，而設立行為之內容，須訂定社團之基本規則，即所謂章程是也，章程之訂定，係基於設立人共同之合意，為設立法人不可缺少之行為。

應以書面之方式為之，且必須記載本條列舉各款之事項，故為要式之法律行為。本條列舉各款之事項，為社團章程，必須記載之事項，苟缺其一，即無章程之效力，故為必

要之記載事項，此外之事項，如設立人以之記載於章程中者，則爲任意之記載事項。任意之記載事項，其記載與否，一任說立人之自由。與章程之效力無關，惟如爲記載以後，則將來變更時，不得不依變更章程之手續爲之。

必要之記載事項即

(一)目的、目的爲法人精神之所寄就，其事業之範圍須爲明確之記載，例如本社團以促進國際永遠和平或以研究音樂爲目的是也。不當僅泛載爲督促公益或研究學術。

(二)名稱、法人之有名稱與自然人之有姓名同，皆所以標明其獨立之存在而爲人格權之一種，例如本社團之名稱爲中西音樂研究會是也。

(三)董事之任免、董事對內爲執行機關，對外爲代表機關，得人與否，至關重要，故於其資格、人數、任期、條件、選舉、免職等事項，均應爲詳細之規定，以資將來之遵守。

(四)總會召集之條件、程序及其決議證明之方法，總會爲社團之最高機關，故章程於其召集之條件、程序及其決議證明方法，須爲必要之記載。召集之條件與程序，例如總會之召集，應由董事於開會一星期前，記明會議之目的處所及日時，以郵信或登

載某種報紙通知於各社員爲之、其在臨時總會、如有全體社員十分之一以上之請求、董事不於一個月內召集經法院之許可而召集者、應以同一之方法爲之等是也、決議證明之方法、例如總會之決議書記、應記載於會議錄證明之是也、總會之決議如違反章程之規定時、不同意之社員得於決議後三個月內、請求法院宣告其決議爲無效、（五六條）

（五）社員之出資、社團之能爲活動、賴有社員之出資、故於其社員出資之數額次數方法期限種類等重要事項、應規定於章程、以免日後之爭議、例如本社團通常社員每年應交社費二元、特別社員每年應交社費十元、但特別社員如一次交付社費百元以上者、嗣後得免再交社費是也。

（六）社員資格之取得與喪失、社團之成立以社員爲基礎、故關於如何而取得社員之資格、何時而可以退社、有何過失而可以開除、宜以章程預定之、例如本社團除設立人當然爲社員外、凡贊同本社宗旨、經社員二人以上之介紹、得入社爲社員、社員退社須於事務年終或於三個月前預向董事通告、社員如有不名譽行爲或借本社名義在外招搖者、得經總會之決議、開除之是也。

任意之記載事項、法律並無限制。凡有重要關係之事項，設立人均得記載於章程中，以便遵守，而免將來之輕易變更。例如關於董事代表權及其執行職務之限制、主事務所分事務所之所在地及其個數、選任清算人之方法、賸餘財產歸屬人之指定，及除第五十五至第五八條外關於組織上及社團與社員間其他以特別規定又其他之重要事項等，皆得記載之。

設立行為
不合法而
已得許可
並登記時
其效力如
何

設立行為既為設立法人必要之要式行為，如未訂定章程或章程不備要件時，主管行政官署應不為設立之許可。登記法院應拒絕為設立之登記，縱誤為登記，並已得主管官署之許可，以其不合必要之準則，不得為有效成立。此為本總則兼取準則主義當然之結果，在他國亦有相當之判例。（如日本東京控訴法院大正十一年判決見法律新聞二〇二九號五頁）

設立社團
行為之性

設立社團行為之性質學說有三：（一）契約說（二）單獨行為說與（三）共同行為說。設立社團行為須有意思表示之合致與契約相同，然契約係成於相對的意思表示之合致，而設立社團行為則成於平行的意思表示之合致。例如在買賣契約，買主欲得貨，賣主欲得價，其意思表示雖屬合致，惟其利益相反，其方向則為相對的。而在設立社團行為，設立人

同欲設立社團其意思表示固屬合致而其方向則爲平行的故非契約也在設立社團行爲設立人之意思表示其方向爲一面的與單獨行爲相似然單獨行爲乃由一個之意思表示即可發生法律上之效果而設立社團行爲則須設立人之合意故非單獨行爲也近時學者對於設立社團行爲之性質多採共同行爲說蓋共同行爲成立於二個以上平行的意思表示之合致設立社團行爲亦須由二個以上意思表示之合致且其方向亦爲平行的適合於共同行爲之定義也雖然設立行爲不當與設立行爲前之準備行爲相混緣設立人與設立人之間往往於訂立章程以前預爲設立法人之契約設立行爲之共同行爲與準備行爲之契約釐然爲二個之行爲不能混而爲一也

本總則施行前已成立之公益社團其代表人依本條作成之書狀於施行後六個月內呈由主管官署核定者與章程有同一之效力惟其記載之事項若主管官署認其有違背法令或爲公益上之必要時於核定前應命其變更(本總則施行法六條)

第四八條 社團設立時應登記之事項如左

一 目的

二 名稱

三 主事務所分事務所

財產之總額

主事之姓名及住所

應受設立許可者其許可之年月日

定有出資方法者其方法

限制董事代表權者其限制

定有成立時期者其時期

社團之登記由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之並應附具章程備案

法人非爲設立之登記不得成立(三〇條)登記時應將其基本之事項活動之機關場所等詳確載入登記簿以公示於衆故於應登記之事項特設本條第一項以列舉之其第一至第四款之事項爲必須登記之事項第五至第八款事項在不存在者不得爲登記惟於存在時則必須登記之亦有稱之爲任意登記事項者然非正確也本條第一項非限制之規定此外重要之事項如認爲有登記之利益時亦得登記之

爲設立之登記時董事業已選任故應由董事爲之聲請書除應備載第一項各款事項外

並應附呈章程以備查考登記之主管官署爲事務所所在地地方法院見三〇條註如聲請書不備本條第一項各款事項時登記法院得駁斥之如僅登記其一部之事項時不能發生登記之效力然非以同時登記爲必要如爲數次之登記以補足其事項者於補全時發生其效力

本總則施行前已成立之公益社團其代表人依前條規定作成書狀於施行後六個月內呈經主管官署核定者亦應於二十日內依本條規定聲請登記(本總則施行法七條)

第四九條 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

第五十條至第五八條皆爲關於社團組織及社團與社員間關係之規定有强行之性質章程不得違反之如有違反規定時則關於該部份章程之規定爲無效惟各社團目的不同性質攸殊事務有繁簡之別規模有大小之異於其組織及社團與社員間關係如於法律規定外不許其有因宜適便之訂定非所以促社團事業之發展故使其以不違反第五

十條至第五八條强行各規定爲條件得於章程內爲特別因宜之訂定但不得違反社團之本質與公益而已例如關於社團之組織章程得於總會董事外別設監察顧問等機關

章程關於
社團組織
及社團與
社員間關
係任意之
規定

五〇條

關於社團與社員間關係章程得訂定贋餘財產之歸屬限於特別之社員或社員於總會行使表決權時不得委任非社員之代理人等是也。

第五十條。社團以總會爲最高機關
左列事項應經總會之決議。

- 一 變更章程
- 二 任免董事
- 三 監督董事職務之執行
- 四 開除社員但以有正當理由時爲限。

總會

總會爲社員全體所組織爲決定社團之意思必要並最高之機關也分言之如左。
(一) 總會爲社員全體所組織之機關。社員全體所組織者非謂必社員全體之出席並行使表決權總會方得成立之意蓋必社員之全體於總會之決議當有表決之權並皆有行使表決權之機會者方爲有效成立之謂故社員之表決權不得以章程或總會之決議剝奪之又如總會之召集僅通知一部分之社員非通知社員之全體俾社員之全體同有行使表決權之機會者其總會即非有效成立惟如總會決議之事項與該社員有權利爭

執之關係者，該社員應無表決權，此為當然之例外（參觀五二條註）。

(二)總會為決定社團意思之機關。董事雖亦有決定發表社團意思之時，二七條註，然董事為總會所選任，於對外代表時，有為之之時而已，非直接決定社團意思之機關也。總會之決議，方為社員直接之意思，其決議雖成於社員之表決，然非各個社員之意思而為社團之意思，故總會為社團之機關，而非社員之機關。惟總會雖為決定社團意思之機關，然非實行意思之機關。總會決定社團之意思後，仍由董事執行之代表之，故實行意思之機關，為董事，而非總會也。

(三)總會為社團之必要機關。社團係以人之集合為基礎，故性質上必須有社員。總會之存在，總會為社團之意思機關。董事為社團之執行及代表機關，皆為社團所不可缺少者。惟財團係以財產之集合為基礎，故性質上不得有總會之存在。此社團與財團組織上最大之異地也。

(四)總會為社團之最高機關。總會之決議即法人之意思，除有無效之原因外，董事及其他之機關，有服從之義務。換言之，總會得指揮並監督董事及其他之機關。總會之於社團，有類似於民主政治國家之國會，或全民會議之地位，故為社團最高之機關。

總會既為社團之最高機關，凡社團之一切事務，除依章程或決議已委任於董事或其他機關者外，均應依其決議行之。然有特種之重要事項，性質上不得委任於他機關者，是為總會專屬之事項，如依章程之規定，或總會之決議，以之委任於他機關時，其規定及決議為無效，受委任之機關不得有其權限，即本條第二項列舉之四款是也。

(甲) 變更章程。章程為社團之根本規則，然依社團事業之發展及情事之變遷，不能不許其變更，猶之國家之憲法，不能不為修訂也。惟變更章程，必須經總會之決議，其決議須以全體社員過半數之出席，出席社員四分三以上之同意，或以全體社員三分二以上書面之同意為之。(五三條一項) 在受設立許可之社團，並須得主管官署之許可。(同條二項) 其程序較為繁重而已。但總會雖得以決議變更章程，其在章程未變更以前，關於章程規定之事項，為違反章程之決議者，其不同意之社員，得於決議後三個月內，請求法院宣告其決議為無效。(五六條) 為執行機關之董事，並得不為執行。(見五六條註)

(乙) 任免董事。董事為社團之執行機關，又為代表機關，得人與否，至關重要，故任免之權，專屬之總會，惟得以章程規定其資格、任期及免除之事由等。如章程已有規定，則任免之時，須依其規定。選任董事行為之性質，見第二七條註。被免任之董事，如有契約上權利

時、仍得本於契約以行使之請求權、任免董事之決議、以出席社員過半數決之。（五二條一項）

（丙）監督董事職務之執行。董事之職務及其能否為適當之執行甚屬重要、應由總會之決議以監督之、然總會非常設之機關、為便於監督起見、不妨依章程之規定、別設監察之機關、使得隨時為檢查以報告於總會、而使總會得因其報告以為監督上之決議、監督董事職務執行之決議、以出席社員過半數決之。（五一條一項）

（丁）開除社員。社員一經入社、如不問因何種情事、永不能使其出社、於社團至為不利、故如有正當之理由時、應使總會得以決議開除之所謂理由、即如不為開除、有妨害社團利益之情事也、惟何種情事方可為開除社員之正當理由、得以章程規定之（參觀條註）若無正當理由而為開除之決議時、即為違法之決議、被開除及其他不同意之社員、得以第五六條規定於決議後三個月內、請求法院宣告其決議為無效、開除社員之決議亦以出席社員過半數決之。（五一條一項）

總會之決議為決定社團意思之方法、非社員間之契約、而於事實上有僅為社團之觀念表示者、有包含意思表示者、包含意思表示之決議、其意思表示有為契約之組織分子者、

如選任董事之決議是有非爲契約之組織分子者、如變更章程之決議是而總會之能否爲決議應以總會是否合法成立爲前提、如總會未經召集或其召集之手續違反法令、章程固不得爲有效成立、且法律對於出席足額人數雖無限制之規定故不問社員總數若干、有二人以上之出席即可成立、然如章程訂定須有社員若干以上之出席方爲足額、而出席員數不能滿其定額時、總會亦不能成立、從而不得爲有效之決議、即所謂流會是也、惟於流會時、往往經到會社員之表决、有所謂假決議者、假決議非法律上之決議、不能經總會之追認、無法律上之效力。

五一條

第五一條 總會由董事召集之。

如有全體社員十分一以上之請求、表明會議目的及召集理由、請求召集時董事須召集之。

董事受前項之請求後一個月內不爲召集者得由請求之社員經法院之許可召集之、總會有定期、總會及臨時總會之分、定期總會一稱通常總會、即有一定之時期之總會、或每年一次或每半年一次、任由章程定之、臨時總會即非定期之總會、因臨時之必要、或於社團有利益時隨時召集之。

召集者對於社員爲開會之催告、總會成立之第一要件也。社員非經召集而爲偶然之集合、不得爲總會、即不得爲有效之決議。召集之方法、應依章程之所定、或對於社員爲各別之通知、或登載新聞紙雜誌、以公告之。其通知之時期、或依章程之規定、須在開會若干日以前。若章程未爲規定時、應依召集者認爲得使各社員知悉之適宜方法、於相當時期以前爲之。如召集不適法、其總會非有效成立、所爲決議得爲宣告無效之原因。（參觀五六十條註）

四九條 董事爲執行業務常設之機關、故雖爲總會所選任、然總會之召集、則應由董事爲之。惟如有全體社員十分之一以上、認爲有召集之必要、或於社團有利益時、得表明會議之目的、及召集之理由、請求董事召集之。董事受其請求、有召集之義務、如於一個月內、不爲召集時、請求召集之社員、得經法院之許可、自行召集之。此時如有損害、以董事違背法律上義務得對之行使求償權。

五二條 總會決議除本法有特別規定外、以出席社員過半數決之。

社員有平等之表决權。

之、然總會之開會、既不能必全體社員之出席、如須以絕對多數決之、勢必發生困難、於社團業務之進展、即有妨礙之虞、故本條規定、除本法就特種事項有特別之規定（五三條五七條）外、應以出席社員過半數決之、但除章程有禁止之規定外、社員得不親自出席、委任代理人表決之、總會於代理人表決之先、得令其提出授權之憑證、以明其有代理之資格、

社員

社員者組織社團之自然人或法人、或即爲社團之設立人、是爲當然之社員、或於社團成立後、因入社而爲社員者、入社之手續如何、及須備何種之資格等、宜以章程規定之、如無規定時、應於總會議決之（前大理院二年上字第901號判例）、若章程爲禁止入社之規定時、則非變更章程、不得爲入社之議決、社員雖爲組織社團之分子、然社團法人離社員而有其人格、故社員之人格、非即社團之人格、社團之權利義務、非即社員之權利義務、社員不得以自己之名、行使社團之權利、亦無庸以自己之財產、清償社團之債務、如依章程之規定、社員得以自己之名、行使社團之權利時、是其權利爲社團與社員所共有者、如章程規定、社員須以自己之財產清償社團之債務時、是其債務爲社團與社員所共負者、或爲連帶、或爲保護、依其規定之內容定之、

社員依法律章程之所定，有種種之權利義務，與社員之地位相終始，總稱其權利爲社員權利，總稱其義務爲社員義務。

社員權

社員權因於入社而取得，因於社員之死亡退社除名而消滅，係以社團構成分子，自己之人格爲客體，故爲人格權。除章程有特別之規定外，不得轉讓或繼承之。有普通社員權與特別社員權之分。凡一切社員均得享有之權利，爲普通社員權，如爲特定之社員，本於特別之原因，所有特種之權利，爲特別社員權。

普通社員
權

普通社員權，依法律所規定者，如請求召集總會之權利（五一條二項三項）及本條第二項所規定之表決權是也。此外若閱覽社團圖書館書籍之權利、利用社團俱樂部之權利等，胥得依章程規定之。凡依法律及章程一切社員，皆得享有之權利，皆普通社員權也。惟公益社團之社員，無請求分配經濟上利益之權利。對於社團之財產，並無持分，故無分割之請求權。退社或開除之社員，亦無返還出資之請求權。（參觀五五條一項）蓋違反公益，決人之性質也。惟得依章程之規定或總會之決議，以社員之全體，依平均之分配爲社團解散後，賸餘財產之歸屬人。（參觀四四條一項）普通社員權，除法律有特別規定外，如根據於總會之決議者，得以總會決議變更之。如係章程所規定者，得因章程之變更而變更。

之

社員權中最重要者厥為表決權表決權者社員於總會中參加決議之權利也各社員應一律平等不能以章程或總會決議變更之即每一社員有一表決權不得以章程或總會決議以剝奪之或軒輊之也表決權為社員地位之表見僅有出資義務而無表決權者為單純之捐助人而非社員然決議之事項如與特定之社員有權利之爭執時該社員不當有表決權蓋免利害衝突之社員濫用其權利而使總會有健全之決議計理論上當然之結果且與表決權平等之原則亦非違反也惟關於營利法人之特別法中不乏以出資之多寡為表決權多寡之例如股份有限公司之股東以每一股有一表決權為原則是也法第十四至十九條一項）

行使表決
權之性質

特別社員
權

社員義務

之出資爲章程必要記載之事項（四七條五款）然非以平等爲必要，得以章程區別之。且不妨於特種之社員全免其出資之義務，如章程於出資之多寡比例未爲規定時，應依社團之目的及其業務所需要，各社員按平等之比例責擔之。出資之期限次數定爲每若干時一期，或定爲一次數次出資之種類，或以金錢或以其他之財產，或以勞務皆得以章程規定之。章程關於出資之規定，並得依變更章程之方法變更之。

五三條

第五三條 社團變更章程之決議，應由全體社員過半數之出席出席社員四分三以上之同意，或有全體社員三分二以上書面之同意。

以上為法律條文

變更章程

受設立許可之社團變更章程時，並應得主管官署之許可。章程爲社團之根本規則，不宜輕易變更，然因社團業務之狀況、時勢之變遷，有變更之必要者，除其變更違反法律之強行規定，或社團之本質，如廢除總會，完全撤廢事務，所以決定開除社員之權，授之董事，以決定任免董事之權，授之特定之社員，或未經有權利者之同意，剝奪社員之特別權等，解釋上不得發生効力外，應許其變更，以適應新環境與新需要。

變更章程者，變更記載於章程之規定也不問爲更改爲增入爲刪除爲附註，又不問爲實質之變更，變更規定之事項，抑爲形式之變更，修改規定之字句，亦不問爲必要記載事項。

變更、或爲任意記載事項之變更。（參觀四七條註）皆爲章程之變更應適用本條之規定。

目的得變
更乎

社團之目的爲章程規定之一事項（四七條一欵）故目的之變更亦章程之變更也、或有謂目的爲法人之生命變更目的無異使舊法人消滅而另成立一新法人故應得社員全體之同意者此以法人之目的比之自然人之生命不脫擬制說之窠舊而不知因於一定

禁止變更
之規定得
變更乎

目的存立之活動主體嗣後擴張或變更其活動之範圍不得解爲喪失其人格之同一性隨時勢之進展使得依通常變更章程之方法以變更其目的實爲社團彈力性之特色章程如有禁止變更之規定時仍得變更之乎此項規定要不外爲規定之一不得解爲絕對不得變更以減失社團之彈力性而阻礙其事業之發展也蓋既亦爲章程規定之一法律對之又無特別之規定遇有必要或於有利益時自得仍依本條之規定以變更之

變更章程
之方法

（一）全體社員過半數之出席出席社員四分三以上之同意

（二）全體社員三分二以上書面之同意蓋以社員之個人各有業務且在公益社團社員

變更章程
之許可及
變更之登記

之於社團無密切之利害關係、須過半數之出席、事非易易故使得省略召集之形式、以全體社員三分二以上書面之同意代之或稱之爲畧式總會。

在受設立許可之社團、章程規定之事項、爲設立許可之條件、若使其於受設立許可之後、得擅爲變更、則國家監督權之效用、勢必變爲有名而無實、故以得主管官署之許可爲必要、主管官署之許可、爲受設立許可、社團變更章程、發生效力之要件、在未得變更之許可以前、雖有總會之決議、不生變更之效力、變更章程時、如包含登記事項之變更時、應爲變更之登記、於爲變更之登記以前、不得以其變更對抗第三人（二二條）。

第五四條 社員得隨時退社、但章程限定於事務年度終或經過預告期間始准退社者、不在此限。

前項預告期間不得超過六個月。

退社者、社員自動與社團脫離關係、以喪失其社員之地位也、社員於入社後、如永不許其退社、無異剝奪其一部分之自由、有背於公共利益、故本條第一項規定社員得隨時退社、但如章程對於退社之時期、及應否預行告知有規定者、爲社團之利益計、社員之退社、應從其規定、惟章程規定之預告期間、不得超過六個月、若超過於六個月時、社員如已爲六

五五條

個月期間之預告，即不能不許其退社，告知之方法，得向董事爲之。
第五五條 已退社或開除之社員，對於社團之財產無請求權。但非公益法人，其章程另有規定者，不在此限。

退
除
或
開
之
效
果

前項社員對於其退社或開除其前應分擔之出資，仍負清償之義務。
合夥員於脫離合夥時，得請求返還其持份。⁽⁸⁹⁾ 蓋合夥爲合夥員間之契約關係，無獨立之人格，社團則爲法人，社團之財產，其所有權屬於社團，非屬於社員，故社員於退社或開除時，對於社團之財產無請求權，惟非以公益爲目的之法人，其章程另有規定者，應從其規定。蓋此項法人率以分配其經濟上利益於社員爲其最終之目的，社員於入社時，往往以將來得享分配財產之利益爲其條件，且從其章程之規定，使退社或開除之社員有請求權，亦無礙於公益。

社員於退社或開除時，與社團脫離關係，社員權隨社員之地位以喪失，故在營利法人，社員因退社或開除，而不得分配社團嗣後之利益，社員於退社或開除以後，不問爲公益社團或營利社團，皆不負出資之義務，然社員於退社或開除時，已應分擔之出資，則因其團²⁴於社團出資之債務，已成立於退社或開除以前，故仍使負清償之義務，庶不致害及社對²⁴。

之基礎

五六條

第五六條 總會之決議有違反法令或章程者。對該決議原不同意之社員得請求法院

宣告其議決爲無效。

前項之請求應於決議後三個月內爲之。

本條所規定者爲宣告決議無效之訴。其要件如左。

(一) 須總會決議違反法令或章程。所謂總會決議違反法令或章程者。不惟指決議之自身爲違反法令或章程。即總會召集之程序。或其決議之方法。違反法令或章程者。亦在其內。至其決議是否違反社團之利益。在所不問。

(二) 提起此訴者。爲原不同意之社員。即提起訴訟者。必爲社員。而該社員於爲決議時。必未爲贊同之表決者。未出席之社員。並未由代理人爲贊同之表決者。亦得提起之。若當時曾爲贊同表決之社員。縱其後認其決議爲違反法令或章程。不得提起之。至起訴者是否爲充任董事之社員。抑非充任董事之社員。及於討論之時。是否有反對之陳述。皆所不問。

(三) 須決議後三個月內爲之。蓋總會爲決議後。苟非顯然違法。董事有執行之義務。若

宣告決議
無效之訴

(二)其效
果

逾時已久，仍得提起宣告無效之訴，則董事本於決議所為之行為，常在不穩定之地位，有害社團之利益，故本條第二項規定，應於決議後三個月內為之，逾期起訴，法院應駁斥之。

宣告決議無效之訴，其效果如後。

(一)宣告決議無效之訴，雖已提起，然未有確定之判決，其決議之是否無效，尙未可知，故董事得繼續執行，無中止之義務，但因執行決議，恐將來宣告無效後，有不可回復之結果時，董事亦得斟酌情形，中止其執行，若董事認其次議，在應宣告無效之列，已顯明者，則應以自己之責任中止之。

四

(二)宣告決議無效之訴，如法院認為無理由而為駁斥之判決，則其次議經確認為有效，如法院認為有理由時，而為宣告無效之判決，則其次議為自始無效者，非在判決前有効，至判決後始歸無效也。

(三)宣告決議無效之訴，關於實體上之確定判決，有絕對之效力，即不僅對於訴訟當事人間發生效力，對於訴訟當事人以外之第三人，亦有其効力，蓋決議之有效無効，不能有兩可之性質，對於社團各社員及利害關係人性質上為必須合一確定者與通

常之訴訟不同也。

(四)宣告決議無効之判決，僅有消極之效力。即其效果與總會未為決議同，如總會就其事項有為決議之必要者，須另為之不能以宣告決議無效之判決，確定其決議也。

五七條
社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之。

社團因於社員之意思而設立，自得因於社員之意思而解散，惟社團之解散，如須全體社員之同意，則難保無一二之社員故意阻撓，以圖其私利，此時大多數社員認為有解散之必要，僅因至少數社員之不同意，而必使其繼續業務，事實上至感困難，故本條規定得隨時以全體社員三分之二以上之可決解散之，此項可決，不論以何種方法為之，皆無不可，不必具總會決議之形式，即雖未經召集社員，因偶然之集合為解散之可決，或各自以書信電報為解散之可決，皆為有效，亦不必再經主管官署之許可，如其可決附有條件，或期限，雖有主張無効者，但無可採之理由。

第五八條
社團之事務，無從依章程所定進行時，法院得因利害關係人之聲請解散之。
社團之事務，無從依章程所定進行時，如章程所定之目的顯然不能成就，或因社員無出資之能力，或因社團財產之缺少，不能進行其業務，或董事構成員缺額，又不能依章程所

定之要件、以爲補充之選任等是也、除在不能進行以前、已依變更章程之程序變更其規定外、爲保護社團之利害關係人起見、使法院得因利害關係人之聲請、以解散之、免受意外之損失、但其解散如無利害關係人之聲請、法院不得依職權爲之、即有聲請社團之應否解散、法院仍有斟酌之餘地。

財團

第三款 財團

本款爲關於財團法人之特別規定、財團法人者、卽以財產之集合爲基礎而成立之法人也、因無社員不能有營利法人（參觀本節總註）不曰財團法人而曰財團者、意與前款不稱社團法人而稱社團同。（參觀前款總註）

五九條 財團於登記前應得主管官署之許可。

財團設立
之許可

財團之設立、皆有關於公益、故亦以登記及主管官署之許可、爲其成立之要件、與以公益爲目的之社團同、何者爲主管官署及許可之性質、皆見第四十六條註。

本條規定於在中國設事務所之外國財團準用之（本總則施行法第一三條）

第六十條 設立財團者、應訂立捐助章程、但以遺囑捐助者、不在此限。

捐助章程、應訂明法人目的及所捐財產。

設立人
為與設立行爲
為捐助行爲

財團亦須有設立人至設立人之為數人或一人為自然人或法人則所不問。

關於財團之設立行為與捐助行為理論上本可分而為二然實際上常合併為一捐助行為恒即已含設立行為也捐助行為者以設立財團法人為目的將特定財產為無償處分之單獨行為也於為捐助之時法人尚未成立故為無相對人之單獨行為以生前之處分為捐助行為者須訂立捐助章程且捐助章程必須訂明法人之目的及所捐之財產以死後之處分為捐助行為者應依遺囑之方式故為要式之單獨行為生前之捐助行為以其為單獨行為故與謂與之為契約不同死後之捐助行為以其為行為時無相對人之存在故與有相對人之遺囑有別。

捐助行爲係由兩個之意思表示組合而成一為設立一定之法人一即捐出一定之財產
以提供一定之財產
為必要乎

捐助行爲係由兩個之意思表示組合而成一為設立一定之法人一即捐出一定之財產惟捐助行爲是否以提供一定財產為必要學者尚有爭議或謂財產之於財團固甚重要然捐助者雖未提供一定之財產苟有取得財產之方法時亦不妨成立為財團故捐助行為不以提供一定之財產為必要然多數學者則以為財團之成立係以財產之固定體為基礎如無一定財產之提供即根本上不在成立為財團故捐助行為係以提供一定財產為必要之條件惟提供一定之財產不必為現實有形之財產即無形財產如設立人負担

捐助行為
得撤銷乎

捐出定期金之債務、或指定其他一定之財源使財團有要求之權利時、亦爲一定財產之提供、如設立人成其他之義務者、不履行出資或其他之債務時、財團之董事得對之要求其履行、但若僅有取得財產之希望而無財產之存在者、不得成立爲財團。
捐助行為如具有法定撤銷之原因者、不問已否得設立之許可、有撤銷權之人得行使撤銷權、不成問題、如無法定撤銷之原因時、立法例有定爲在許可設立以前本人得自由撤銷者、然設立之許可、雖爲財團成立之要件、非捐助行為發生效力之要件、捐助行為於意思表示具備法定之方式時、即發生效力、無待於主管官署之許可、故無法定撤銷之原因時、捐助行為既已發生效力、以不得任意撤銷爲正當之解釋。

捐助行為
得變更乎

捐助行為不得任意撤銷、既如上述基於同一之理由、除捐助行為之自身、定有變更之方法者、不得任意變更之、惟爲適應事實上需要起見、使法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請、變更財團之組織、以維持其目的或保存其財產、（六三條）及因情事變更致財團之目的不能達到時、主管官署得斟酌捐助人之意思、變更其目的、及其必要之組織（六五條）而已。

捐助章程必須訂明法人之目的、及所捐之財產、否則無效、是爲必要之記載事項、此外仍

捐助章程
之記載事項

得依捐助者之意思於捐助章程中為關於財團組織管理及其他有關係事項之記載定為任意之記載事項與社團章程之有必要記載事項與任意記載事項無異。（參觀第四七條註）

捐助財產
之移轉

捐助之財產於財團成立時、當然歸屬於財團、無庸再為移轉乎、抑財團於成立時、對於捐助人僅有請求移轉之權利、財產之歸屬法人、尚須有移轉之行為乎、立法例有採債權主義者、捐助人於法人成立時、負移轉財產之義務、在未移轉以前、仍為捐助人所有、（德民法第八二條）或國第一次民律草案從之（一五〇條一項）有採物權主義者、捐助之財產於法人成立時、當然歸屬於法人、無庸捐助人之移轉、（日本民法第四二條）本總則對於此點未有明文規定、應依提供財產之內容定之、如提供之內容在於移轉財產時、則於法人成立時、當然歸屬於法人、無庸再為移轉、如提供之內容在於負移轉財產之債務時、則財團於成立時、僅有請求移轉之債權、所捐助之財產、尚須俟捐助人之移轉、方歸屬於財團也。

設立人於財團成立後、在原則上與財團無若何之關係、前大理院迭次判例、（三年上字第五九五號、五年上字第二五五號、同年上字第二八六號、同年上字第五〇八號、同年上

字第八二〇號同年上字第八二三號八年上字第七七五號九年上字第五八號對於原捐助人認其有監督顧問之權實因當時民法尙未頒行監督之機關未臻完善故爲適應當時情形之解釋本總則既規定受設立許可之法人其業務屬於主管行政官署監督(三二一條)則此項判例自不能再爲適用惟爲維持財團之目的或保存其財產捐助人得酌捐助人之意思變更其目的(六二條)主管官署因情事變更致財團之目的不能達到時得斟酌捐助人之意思變更其目的及其必要之組織或解散之(六五條)原捐助人要不能逕自監督顧問或有其他之權利

六二條

本總則施行前已成立之財團、其代表人依本條作成之書狀於施行後六個月內、呈由主管官署核定者、與章程有同一之效力、如主管官署認其有違背法令、或爲公益上之必要時、於核定前應令其更正、（本總則施行法六條）

一
目
的

二
名稱

三 主事務所及分事務所

四 財產之總額

五 受許可之年月日

六 董事之姓名及住所

七 限制董事代表權者其限制

八 定有存立時期者其時期

財團之登記由董事向其主事務所及分事務所所在地之主管官署行之並應附具捐助章程備案

項登記之事項
設立財團

設立財團登記之事項與設立社團登記略同其性質及效力亦與設立社團之登記無異參觀第四八條註茲不贅述

本總則施行前已成立之財團其代表人依前條規定作成書狀於施行後六個月內由呈

經主管官署核定者亦應於二十日內依本條規定聲請登記(本總則施行法七條)

第六二條

法院之必
要處分

織不完全或重要之管理方法不具備者法院得因利害關係人之聲請為必要之處分捐助章程以訂明財團之目的及所捐財產為已足(六四條二項)關於財團之組織及其

重要之管理方法、如事務所董事之任免及名稱等、雖非捐助章程必要之記載事項、然如章程已為規定時、為尊重捐助人之意思起見、自應從其規定。如其規定不完全、或不具備者、則捐助行為並非無效、惟應使利害關係人得聲請法院為之補定、或為其他之處分、以免捐助人空懷好義之心。所謂利害關係人者、地方公益團體亦在其內、又依前大理院判例（二年上字第一一五一號）若捐助章程關於重要之管理事項、遺漏未載、如有成現實行多年、為各利害關係人所確定者、亦不得以章程無明文而否認其存在。

六三條

第六三條 為維持財團之目的或保存其財產、法院得因捐助人董事或利害關係人之聲請、變更其組織。

法人之組織、固應從章程之規定、然從其規定不能達法人之目的、或保存其財產時、其在社團、得由總會依變更章程之方法、以補救之。但在財團、無社員總會之存在、若無變更之方法、是使財團趨於絕滅之途。故本條使捐助人董事或利害關係人得聲請管轄法院變更其組織、例如財團之目的、事業甚為繁重、董事一員不能執行其業務、得聲請管轄法院增加其員數、又如財團之財產、數額甚鉅、或曾發見董事有不適當管理之行為、得聲請法院、另設監察人是也。

六四條

行為之宣
告無効

第六四條 財團董事有違反章程之行為時。法院得因利害關係人之聲請宣告其行為爲無効。

董事爲執行機關。其行為不得違反章程之規定。其在社團因有總會爲最高之機關。對於董事之行為得時施監督。然在財團無類似總會之機關。董事易於爲違章之行為。故本條使利害關係人得聲請管轄法院宣告其行為無效。

第六五條 因情事變更致財團之目的不能達到時。主管官署得斟酌捐助人之意思。變更其目的及其必要之組織或解散之。

因情事變更致不能達財團之目的。如必使之解散或違反捐助人之本意。故使主管行政官署得斟酌捐助人之意思。或變更其目的及其必要之組織或解散之。如捐助人僅提供財產之使用。而非以所有權爲捐助者。於財團目的消滅(即成就或不成就)後。得收回之。

(前大理院五年上字第一〇八九號判例)

物

爲私權內容受法律上之生活利益。爲私權之目的。爲其對象之生活資料。爲私權之客體。故私權之客體者。爲權利主體。依於法律所得支配之生活資料也。私權之客體。以得置

體 私權之客

質上之生活資料、仰爲精神上之生活資料、無區別之種類、則備於各種權利而不同、約略言之、人格權之客體、爲生命身體自由姓名名稱名譽節操等、身分權（親屬權）之客體爲他人之人格、智能權（著作權特許權等）之客體爲智能之出產物、承繼權之客體爲被承繼人財產之全體、債權之客體爲他人之給付、（作爲或不作爲）形成權（撤銷權解除權等）之客體爲法律關係、商號商標權之客體爲商號商標、物權之客體爲物、權利質之客體爲權利、科學日益發達、社會日益進步、得爲私權客體之生活資料亦日益繁夥、而總則特於物爲規定者、蓋以私權之客體究以物爲最重要、物權債權承繼權等無不直接或間接與物有關係也。

法律上之物有廣狹二義、廣義之物包括有體物與無體物而言、狹義之物專指有體物而言、有體物者、卽有體性、可依吾人之感官以觸覺之物也、羅馬英美法國法例從廣義、德日法例及我第一二次民律草案從狹義、兩義以何者爲當、應依文化及經濟上之觀念定之、近世因科學之進步、權利範圍逐漸擴張、有昔日不認爲法律上之物、而今日應以爲法律上之物者、例如權利之得爲買賣、或担保之標的物（三五〇條八八一一條九〇〇條竊

物須爲吾人所得支配

取他人所有之電流者成立竊盜罪（刑法第三四〇條二項）等蓋各種自然力及其他之無體物因科學之發明漸得爲吾人所支配而以供吾人生活之資料物之意義固不能拘拘於狹義也

法律上之物與物理學上之物非同其範圍蓋法律上之物須得爲權利之客體而供吾人所利用者故雖爲物理學上之物如不能置之吾人權力之下而爲吾人所支配者不得爲法律上之物例如日月星辰之類是也物之能否爲吾人所支配依於時代及人智之進步而殊異有爲昔日所不能支配者今日以科學人智之進步而得支配之如上述之電流是也

物爲私權之客體而私權之客體則爲生活之資料故不能滿足吾人生活之需要而爲生活之資料者非法律上之物例如碎瓦殘石不能供建築賞鑑或其他之用者雖爲物理上之物非法律上之物又如一袋之米一瓶之酒雖爲法律上之物然如一粒之米一滴之酒通常不能滿足吾人生活之需要故亦非法律上之物然能供吾人生活之需要者不必以物質的或有金錢價值者爲限

非物之成分

物須能供吾人生活之需要

爲物之成分非有獨立之存在以供吾人生活之需要者非物也在原則上不得以之爲物

權之客體而處分之如一樣之屋一隻之舟其組成之木片爲其成分而屋舟所有人之所以有權係存在於屋及舟之全體非對於各木片上有多數之所有權以其非有獨立之存在以供吾人生活之需要故也若不動產之部分及不毀損或變更其性質不得與動產分離之組成份子例如書籍之紙頁衣服之布料家畜之毛皮等皆爲物之成分而不能以之獨立爲物權之客體然如原物解體與成分分離其成分有獨立之一體以供生活之需要時亦得各自成爲物權之客體如屋毀後之木片馬死後之毛皮是也

昔時認奴隸爲物之一種今日則不認之人依精神與肉體相合而成爲權利之主體故五官四肢髮膚軀體血肉臟腑皆爲構成權利主體之一部而非爲權利客體之物人對於自己之身體及他人之身體非有所有之權傷害人之身體時雖爲損害賠償之原因然係侵害人格權（人之自由安全等）之結果而非侵害所有權之結果因於人工以與身體相連接而補充身體之效用者如假齒假眼假手假足等於與身體相連接後亦爲身體之一部不得有所有權之成立惟身體之一部與身體分離後脫於吾人精神作用之範圍者亦不妨以之爲物而處分之如髮之離於膚爪之離於指是也以身體之一部爲於將來分離後轉讓之契約雖爲有效若具內容有分離之債務時其有效與否應以是否違反公共秩序

屍體爲物
否

善良風俗爲斷、如爲剪髮修指等契約、固爲有效、若爲斷肢體及以其血肉之一部、爲債權担保之契約、則無效也。

屍體是否爲物有四說（一）屍體非物（二）屍體爲無主物（三）屍體爲不融通物（四）屍體爲承繼人承繼之物、雖應依其國社會一般之觀念解決之、然就理論言、要以第四說爲正當、蓋人身於死亡後、其遺體與精神脫離、而歸於物界、無不得以爲物之理由、而財產權之客體、非以有經濟之價值爲必要、自在得由承繼人承繼之列、故承繼人於不違反公共秩序善良風俗範圍以內、得爲埋葬或火葬及其他之處分、他人佔有其屍體時、承繼人得對之請求其交付、如死者於生前以遺囑、處分其屍體、苟非違反公序良俗、若爲遺贈於醫院、以供解剖、或爲其他有關學術之處分等、均屬有效、是以屍體非必無融通之能力、至其處分之得有對價與否、亦非所問也。

物亦有權利能力與行爲能力、得爲私權客體之能力、謂之權利能力、得爲變易客體之能力、謂之行爲能力、行爲能力、一稱交易能力、亦稱融通能力、不得爲私權客體之物、非法律上之物、故法律上之物、必具有權利能力、有行爲能力者、必有權利能力、有權利能力者、雖以兼有行爲能力爲原則、然非必有行爲能力者、是謂

不融通物

物之分類
二、有體物
物與無體物

凡具有形體爲吾人感官所得觸覺，稱爲有體物，如具有一定形體之固體，及具有不定形體之體儀氣體是也。其無形體爲吾人感官所得觸覺，惟憑智能所得理解之物，爲無體物，如香味、色、熱、光、線、電、氣、聲音、行爲、姓名、名譽、權利義務等是也。現在科學發達，爲吾人所得到支配足以滿足吾人生活之需要者，不問爲有體物或無體物，均得爲私權之客體，故物之意義，不得限於有體物已如前述。

現爲所有權之客體，即有所有人之物，爲有主物，非爲所有權之客體，即無所有人之物，爲無主物、無主人之例。若遺棄之物品、山野之鳥獸、河海之鱗介是也。動產之無主物，得因占有而取得所有權。（八〇一一條）惟遺失物非無主物。

兼具權利能力及行爲能力之物，爲融通物；僅有權利能力而無行爲能力之物，爲不融通物，即融通物爲得爲交易之物，不融通物不得爲交易之物。物以兼有權利能力與行爲能力爲原則，故通常爲融通物，例外則爲不融通物。不融通物有基於物之性質者，有基於法律之規定者。公共物屬於前者，公有物公用物禁止物及其他不得處分之物屬於後者，分述之如左。

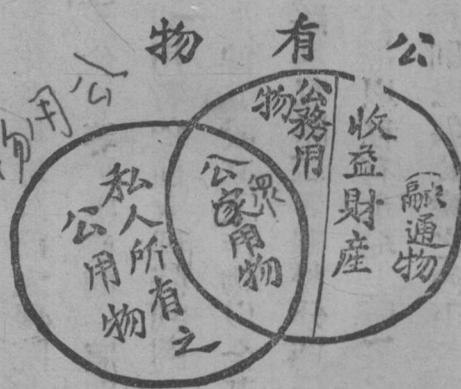
二、有主物與無主物
（二）通物與不通物

公共物

公共物者供公衆之使用非個人所得獨占之物如空氣光線流水等是也一般人皆有使用公共物之權利苟以不當之方法妨害他人之使用者得構成不法行為吾人於其分離後之一部份雖亦得取而獨占之惟在其自然之狀態不得獨占而處分之故爲不融通物公有物有廣狹二義由廣義言之爲國家及其他公法人所有物之總稱由狹義言之專指國家或其他公法人所有物中之供於公用者廣義之公有物中有爲國家或其他公法人因經濟上之目的供該公法人私用之物如國有或省有之鑛場等一以其爲公法人收益之淵源故謂之收益財產完全受私法之支配得如個人處分其所有物而處分之故非不融通物狹義之公有物有直接供國家或其他公法人公務之用者謂之公務用物如官署要塞紀臺軍艦兵營及其附屬物等是也有供於公衆之用者謂之公衆用物如公園公河港灣等是也狹義之公有物於公用廢止後公法上之限制消滅其所有人縱得任意處分之然在公用繼續中受公法上之限制不得任意處分之故爲不融通物

公用物者直接無條件供公衆使用之物也有屬於國家或其他公法人所有者同時又爲狹義之公有物有屬於私人所有者則爲非公有物之公用物所謂直接無條件供公衆使用者爲得使用者不限於有特種資格者之義惟於使用時徵收使用費與否非爲解決是

否爲公用物之標準，故如公共學校醫院圖書館各園等，雖徵收入場費或使用費，仍不失其爲公用物，而公衆一義，則爲不特定人衆之謂。然非無論何人之意，即限於一國或一定行政區域之不特定人衆，仍與公衆之義無礙。公用物之所有權，雖不因公用而消滅，然其處分在公用之目的內，恒受公法之限制，故爲不融通物。



河川與道

公用物之主要者，爲河川與道路。河川雖有公川與私川之別，然通行船隻之江河，其水面應歸公有。（前北京司法部民國七年九月三日覆前北京交通部第九七八號公函）關於公有水面之使用，應使利用者各得其平，不相侵越。（前大理院六年上字第十八〇

號判例)使用者之使用以不害及他人使用之限度為原則、但國家對於公有水面得於例外情形、限於依特別法律行為或具有特種條件之人始許其使用至使用水面之人因而使及岸地、侵害岸上業主之土地所有權者業主本於其所有權之效力仍得請求排除其侵害以禁止使用其岸地(前大理院七年統字第八八四號解釋例)江河以外之流水若溪水地_下之伏泉等皆應受同一原則之支配若供多數人使用之流水因一造使用致他一造不能使用者依前大理院判例(六年上字第一九五號)須由使用之一造酌貼費用於他一造俾其設立工作物以全其用水之利益

道路亦分為公路與私路二者關於分別公私之標準計有二說在羅馬法以公有土地上所築之道路為公道以私有土地上所築之道路為私道即依土地之公私以分道路之公私然今日之通說則以供公衆之使用者為公道供特定人之使用者為私道蓋公有地或有因地復權而為特定之個人設定通行之道路者不得謂為公道私人於其所有之土地上亦得設立道路以供公衆之使用在公衆使用繼續中不得謂為私道即道路之公私不應問土地之公私而應以是否供公衆之使用為解決之標準也敷設公道之土地雖仍屬設定人之所有然設定人行使對於公道之所有權時須受公法之限制惟私人所設之公

道究竟是否爲不融通物應依關於道路之公法規定之公衆對於公道之使用亦以平等爲原則然亦得因國家之許可而取得車用權如軌道之敷設權是也因國家許可而取得之專用權有財產權之性質得爲轉讓之標的

禁止物

禁止物者性質上非不得爲私權之客體然法律爲保護公共安寧秩序及風俗起見或禁止其收藏或禁止其交易即對於物之權利能力及行爲能力法律上有剝奪其全部或一部之規定是也如猥亵之文書圖畫僞造之貨幣疫死之獸肉以及鴉片嗎啡高根安洛因其化合質料等皆是或絕對不能爲個人所有權之客體或不能以之流轉於社會故爲不融通物

此外倘有因法規之所定而爲融通物者如應保存之古物寺廟等是也

代替物者交易上不置重於個性得以同種類同品質同數量代替之物也反是則爲不代替物金錢米穀油鹽布疋等屬於前者土地房屋字畫珍寶等屬於後者其區別之標準係由社會一般交易上之觀念定之非物之自然區別也其區別之實用於債權法上最爲顯著卽消費借貸及消費寄託之標的物以代替物爲限(四七四條六〇二一條)而在民事訴訟條例則對於給付不替代物之債務不得依督促秩序請求發給支付命令(民事訴訟

其他之不
歸通物
(四)代替
物與不代替
物

(五) 特定物與不特定物
定物與不定物

條例第五九六條)

特定物者，謂以當事人之意思具體的指定之物，如某處之地、某匹之馬是也。不特定物者，謂當事人之意思，僅以數量種類答積抽象的指示之物，如田若干畝、馬若干匹、酒若干斤，是也。亦非物之自然區別，純以當事人之意思決之。此區別易與代替物與不代替物之區別相混。然代替物與不代替物之區別，係依交易上一般之觀念決之，爲客觀之區別。而特定物與不特定物之區別，則依當事人於該法律行爲之意思定之，爲主觀之區別。不代替物通常雖爲特定物，然得因當事人之意思而爲不特定物，如交易價值千元之房屋若干所是也。代替物通常雖爲不特定物，亦得以當事人之意思而爲特定物，如指定交易某瓶之酒、某袋之米是也。特定物與不特定物之區別，其實益亦在於債權關係，如第二百條一項第三、四條等，是其例也。

物無絕對不消耗者，然法律上之所謂消費物，則須依於通常之使用方法，因一回之使用即歸消耗致失其形體者，如米鹽油醬柴炭等，或因一回之使用，物質上雖不歸消滅，然以其即爲讓與，對於使用人生與物質消耗同一之效果者，如銀錢紙幣等，反是如衣服器具房屋等，非因一回之使用而消耗者，爲不消費物，然依於非常之使用方法，非依於經濟上

(六) 消費
物與不消費
費物

之通常用法者、縱因一回之使用致歸消耗、不得謂爲消費物、如以桌椅供燃燒是也、消費物與不消費物之區別、係基於物之性質、非基於當事人之意願、然亦有因從於所屬者之種類而異、其消費不消費之性質者、如書籍在於圖書館或讀者之手爲不消費物、若在於書肆則爲消費物矣、衣服屬於通常之人爲不消費物、然屬於估衣之肆、則爲消費物、消費物不消費物區別之實益、在不消費物與以一定期間之使用權時、屆時須返還其原物、在消費物與以使用權時、使用人同時取得物質上之處分權、將來只須返還同種類品質數量之他物、不必返還其原物、故僅不消費物始得爲使用租賃或使用貸借之標的物、消費物則祇能爲消費貸借之標的物。

及前文所引之酒、肉、米、鹽、油等、皆為消費物、其本質為消耗品、不能保有其效用、或因分析需費過鉅者、爲不可分物、如土地布匹、酒肉鹽米屬於前者、房屋桌椅鐘表牛馬屬於後者、物經分析之結果、原物歸於消滅、而於

分析後各獨立體上各有其所有權。若本爲二物因於物理之結合而分離之如築屋於地屋之與地本非一物移去其屋非茲之所謂分析但性質上雖爲可分物得以當事人之意思視爲不可分者如依於當事人之意思表示爲不可分之債務是也。

可分物與不可分物區別之實益在分割共有物時如爲可分物得爲自然之分析而分配之如爲不可分物原則上須賣得其價金而分配之或由共有人中一人以金錢補償他共有人而分配之又在多數之債權人債務人如其標的物爲可分物則以平均分受或分擔爲原則（二七一條）如爲不可分物各債權人僅得爲債權人全體請求給付債務人亦僅得向債權人全體爲給付（一九三條一項）並準用連帶債權債務之規定（二九二條）

單一物爲從於交易上之觀念爲一個獨立主體之物其構成分子在法律上無獨立存在故單一物於保有其形體間各積成分子失其個性而必從於同一之命運不能分別處分之其得分析與否及爲自然之一體抑爲人爲之一體則非所問苟分析之則本來之單一物即失其存在而其分析之各部分各成爲一物而各異其命運如犬馬木石房屋船舶機械等是也細分之又得別爲單成物與合成功物單成物爲其構成分子失其固有性質之物

體如犬馬是合成物爲其構成分子不失其固有性質之物體如船舶是惟土地關於此點與他物稍異其性質甲地與乙地區別而各成爲單一物全從所有人之意思通常得以不動產登記簿一頁記載之用紙表示之氣體液體則以容於一定量器爲其個體而爲一物如一壺之茶一瓶之酒是也又有因交易上之觀念以物之一對或數件爲一個權利之客體者是謂堆積物如手套鞋襪一部之書是也。

聚合物者多數單一物之聚合其聚合之各物仍各有其存在如因交易上之便宜附以一定之名稱者則爲聚合各物之總稱故正確言之聚合物非物物之聚合也又得分之爲事實上之聚合物與法律上之聚合物前者多數之單一物因當事人之意思聚合於一處視之如一物如羊羣圖書館之書籍商店之商品是也其聚合之各物非有物理上之結合多數物之各計而已從而聚合之各個物上各有一所有權非聚合物之全體爲一所有權之客體也後者因於法律之規定以多數有體物與無體物之集合視之爲一體如繼承財產是也聚合物雖非一物然物之須有一定之量方有經濟上之價值者應以該物一定量之聚合爲一個權利之客體例如鹽米沙礫之類通常非以一粒之米一顆之沙爲其權利之客體而以一升之米一袋之沙方爲權利之客體也

動產與不動產

(十) 主物

(十一) 原物與孳息

(十二) 原物與孳息

單一物與聚合物區別之實益即在單一物其所有權存在於物之全體而爲一個交易之標的而在聚合物其所有權存在於聚合之客體同受區分與否應以當事人之意思定之動產與不動產之區別見第六六條及第六七條註

主物與從物之區別見第六八條註

原物與孳息之區別見第六九條註

第六六條 稱不動產者謂土地及其定着物。

不動產之出質物尚未分離者爲該不動產之部分。

不動產者性質上不能移動或非輕易所得移動之物即土地及其定着物是也

土地爲地球之一部不僅指地之表面包含表面以上之空間及表面以上之土壤地殼而言惟以爲人力所能支配者爲限爲人力所不能支配者非法律上之物也（參觀本章總註）

定着物者與土地有各別之存在非土地之一部從於經濟上之用法繼續固定附着於土地不能輕易移動其位置之物也故如失其個性與土地有不可分離之結合若播於地下之種子或肥料以及溝渠之類爲土地之成分而構成土地之一部者非定着物也僅與土物（二）定着

地相接觸、非達於不能移動之程度、如置於地上之物、非定着物也、如其附着、僅供一時之用、非有恆久之繼續性者、若爲建築用暫設之小屋或木架等、非定着物也、又如其附着、非從於經濟上之用法者、若埋藏金錢於地下、雖歷時甚久亦非定着物也、定着物之例、即建築物是也、

所謂固定附着者、應依社會上觀念解釋之、非必非毀損不能分離之意、故如可移動之房屋、雖不毀損亦得與基地分離、然究不能輕易爲之、社會觀念上得認爲有繼續固定附着之關係、仍爲定着物也、

定着物爲一個之物、非土地之一部、故得別於土地而各爲權利之客體、如定著物與土地同屬於一人、其所有權人處分其定著物時、原則上不及於土地、若處分其土地時、原則上不及於定著物、前大理院二年上字八九二號判例、載土地房屋應認爲各別之不動產、亦即此義、

不動產之出產物者、不減損不動產原物之本質、由不動產分出之物也、所謂不減損不動產原物之本質者、非物理上之意義、亦應從經濟上之觀念解釋之、故有機之出產物、若草木禾穀之類、因爲不動產之出產物、即無機之出產物、若土地包藏之礦物石材等、亦爲不

六七條

動產之出產物、惟埋藏物當然不得爲出產物、不動產之出產物、在未分離前構成不動產之一部、非爲各別之物體、於分離後則自成立爲物體。

第六七條 稱動產者爲前條所稱不動產以外之物。

動產者、得移動其位置之物也、有依自己之力、以移動其位置者、如動物是也、有依外力以移動其位置者、如器皿是也、惟本條不爲積極之規定、而爲消極之規定、以動產爲不動產以外之物之總稱、即非土地及其定著物之物也。

法律因動產與不動產之區別、而異其規定者、其例甚多、如法律適用條例、關於能力之規定（五條一項）民事訴訟法_{十一}條例關於訴訟管轄之規定（二五條）民事訴訟執行規則、關於執行方法之規定（一四條至八六條）本法關於交付不動產義務之債務人於債權人遲延後、得拋棄其占有之規定（一四一條一項）不定期租賃物爲不動產者、因其價值之升降、當事人得聲請法院、增減其租金之規定（四四二條）不動產出租人留置權之規定（四五條）租賃契約解除之通知（四五〇條三項四五二條）承攬人之抵押權（五一三條）概括委任人之特別授權（五二四條一款二款）經理人之書面授權（五五四條二項）不動產物權依法律行爲取得、設定表式及變更之登記（七五八條）不動產物權

移輕設定之方式、(七六〇條)動產物讓與之交付、(七六一條)取得時效、(七六八條至七七〇條七七二條)動產之即時取得、(八〇一條)占有物被侵奪之收回、(九六〇條一及關於質權、(八八四條)抵押權、(八六〇條)典權、(九一一條)留置權、(九一八條)等之規定皆是也。故其區別至為重要。

六八條

第六八條 非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，為從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。

主物之處分，及於從物。

主物與從物

二物相動以達經濟上共同之目的，其為主之物謂之主物，為從之物謂之從物。依本條第一項規定從物之要件有四。

從物之要件 (一)從物須為獨立之物 物須為獨立之物

(一)從物須為獨立之物。主物與從物雖相助以達經濟上共同之目的，然各為獨立之物，而非物之成分。若一物附加於他物，合成為一體時，則失其獨立之存在，而為物之一部，不能有主物從物之關係。例如樑柱之於房屋，輪軸之於機械，皆不得謂為從物。

從物須常助主物之效用 (二)從物須常助主物之效用

一物常助他物經濟上之效用，方得稱為從物。常助者非一時補助之義，但亦非永遠

補助之謂、補助須規實補充主物經濟上之效用、固須有補助之主觀意思、並須有補助之客觀事實、如所有人僅有內部之意思或僅有意思之表示、未成爲事實時、尚不得謂爲已有、主從之關係、又若僅供所有人個人之便利、非以補充物之效用者、如擊印章於金表、印章非金表之從物。

(三) 從物
須與主物
同屬一人

(三) 從物須與主物同屬於一人、從物之命運、以從於主物爲原則、故須同屬於一人、如異其所有人時、即不能同其命運、故不能有主物從物之關係、例如房屋之租賃人、爲房屋裝設紗窗、紗窗雖常助房屋之效用、然非業主之所有、其命運非隨房屋而變更、故非房屋之從物、然其始雖異其所有人、其後同屬於一人時、則自同屬於一人時起、發生主物從物之關係、反之、其始雖同屬於一人、其後異其所有人時、則自異其所有人時、起失其主物從物之關係。

(四) 須交易上無特別之習慣
易上無特
別之習慣

(四) 須交易上無特別之習慣、交易上如對於特種常助他物效用之物、有認爲非從物之習慣者、應從其習慣、否則不足以保護所有人也、如盛米之袋、各地習慣、多有不以爲從物者、在此習慣之地、米之買賣契約、苟無特別之意思表示、袋非當然隨米而爲買賣之標的物。

從物之實例有以動產為動產之從物者、如櫈楫之於舟、鍼鑰之於鎖是也、有以動產為不動產之從物者、如農場耕作用之建築物、旅館附築乙馬廐是也、有以不動產為不動產之從物者、如擔保權之於債權、地役權之於土地既有權是也。

區別之實益

主物從物區別之實益在從物之命運原則上須隨主物而變更、即本條第二項所規定處分主物之效力當然及於從物是也、而在買賣契約因主物有瑕疵而解除契約、看其效力亦及於屬物（三六二條）惟本項之規定非置重於公益而為當事人意思解釋之規定若置重於公益則主物從物之關係不當以同屬於一人為要件故非為强行法規而為任意法規（參觀本書緒論）既應注意者有下列之四點

（一）由所有人之意思表示處分其主物時其效力當然及於從物例如買賣金錶對於金錶之鑰匙不必另有意思表示當然亦買賣之標的物處分云者謂就其物上設定變更或消滅各種權利義務之行為也應從最廣義解釋包括既有權之拋棄移轉、使用權担保權之設定管理權、振興等等且為物權之處分抑為債權之處分、並無區別即凡主物上設定何種權利時從物上亦當然設定同一之權利主物上之權利消

項注意事

滅或變更時、從物上之權利亦當然消滅或為同樣之變更也。又如動產本不得為抵押權之標的物、惟如不動產上設定抵押權時、其效力亦及於為其從物之動產。(八六二條一項)惟若動產與不動產脫離、主從關係時、及於動產之效力亦歸於消滅、但仍許反對之意思表示。如所有人處分其主物時、對於從物明示不隨同處分者、無本條第二項之適用。

(二)非由於所有人之意思表示而為處分時、亦應適用本條第二項之規定。蓋本項規定非僅為關於所有人意思之解釋、而為關於就主物一切有處分權人意思之解釋也。故如因於法律直接之規定、對於主物有使用權管理權者、對於從物亦有使用權管理權。在強制拍賣公用徵收及其他之行政處分、從物亦隨主物而同其運命。故如於強制拍賣、拍定其主物時、對於從物亦取得其所有權。但法律或處分權人有相反之意思時、不在此限。

(三)對於物以特定事實之存在為發生法律上效果之要件時、則其法律上之效果、應以及於事實存在之範圍為限。若其事實之存在僅限於主物時、則其效果不能並及於從物。例如主物之占有人、因取得時效而取得其主物時、若對於從物未為占有、不能

並取得其從物、主物之留置權人，若不占有其從物，並不得留置其從物。
(四) 從物之處分不及於主物。從物雖應從主物之處分，主物不必隨從物之命運，故處分權人祇處分其從物時，其效力不及於主物。如僅買賣鎖鏈、鑰匙時，鎖鏈非買賣之標的物也。

六九條

第六九條 稱天然孳息者，謂果實、動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物。稱法定孳息者，謂利息、租金及其他因法律關係所得之收益。

孳息者由物所生之收益物，生孳息之物，謂之原物。

天然孳息者，依於經濟上之用法，由於自然或人工之作用，所生之收益物也。法定孳息者，為基於法律關係，為使用物之對價，所得之金錢或其他之收益物也。本條第一項係關於天然孳息之規定，二項係關於法定孳息之規定。

關於天然孳息之本質學說，有三述之如左。

(一) 定期收穫物說。此說以收穫須有一定之時期定天然孳息之性質。然天然孳息，雖以有一定收穫之時期為多，但如牛馬所生之子，縱無一定之時期，不得謂非天然孳息。故收穫之有一定時期，僅得以為辨認。天然孳息之資料，不得以之定天然孳息之。

區物與孳
息與法定孳
孳息
之學說
定期收穫物說
天然孳息

特質、

(二)不消耗原物之
耗原物之
收穫物說

(二)不消耗原物之收穫物說。此說以收益之收穫，須不消耗原物之本質，定天然孳息之性質。如此則由土地收穫之鑛物石材等，逐漸消耗其原物，不得謂為天然孳息矣。未免失於狹隘，而違通常之觀念。

天然孳息
實利之

(一)果實

(三)依物用法之收穫物說。此說即本條第一項所採者，依律文所示之實例有三、
(一)果實 卽草木所生之果子、結實，如穀麥梨橘是也。

(二)動物

(二)動物之出產物 卽由動物生產之物，如羊之羔、牛之犢、鷄之卵是也。

之出產物

(三)其他依物之用法所收穫之出產物

(三)其他依物之用法所收穫之出產物

(三)其他依物之用法所收穫之出產物。所謂依物之用法者，係從於原物經濟上之目的以收取之義，非依於經濟上之用法所收取者，雖屬物之出產物，非物之天然孳息，故牛馬之糞、非牛馬之孳息，落葉枯枝、非樹木之孳息，雜樹蕪草、非田園之孳息，物之經濟上用法，應依物之性質及使用人之意思定之，至使用人有無正當之權原及在法律上能否取得其孳息，則所不問。例如竊盜以竊得之物，供於一定目的而使用之，因而收穫之出產物，不得謂非物之孳息。

出產物之

所謂出產物者，由原物分出之收益物，而於一般之觀念上，認為不變更原物之本質者也。

其出產之方法不必限於自然之作用，即有人工或其他之力參於其間者，亦無礙其爲出產物。非物之出產之如埋藏物、加工於生產物之物等，皆物孳息。故牛之乳，因爲孳息；由牛乳製成之酪，則非孳息。羊之毛，因爲孳息；由毛織成之呢，則非孳息。山林之木材，雖爲孳息，由木材製成之炭，則非孳息。即爲出產物而於一般觀念上所得認爲變更物之本質者，如屠牛所得之肉、鷄卵孵出之雛，亦非牛及鷄卵之孳息。惟孳息與原物分離後，雖爲獨立之一物，在未分離前，則爲原物之一部。如於分離前非物之一部者，若養魚池網得之魚、狩獵場射得之獸、非魚池獵場之孳息，至收獲不必要人之行爲，即因於自然力而與原物分離者，亦法律上所謂收獲也。

法定孳息本條第二項所示之實例，亦有三即：

- | | |
|---|---|
| <p>(一) 利息
 (二) 租金
 (三) 其他</p> | <p><small>法定孳息之實例</small></p> <p>(一) 利息
 (二) 租金
 (三) 其他</p> |
|---|---|
- (一) 利息，利息者爲使用金錢或其他代替物之對價，依原物之額爲比例而給付之物，也由於當事人所約定者爲約定利息，基於法律之規定者爲法定利息。
- (二) 租金，租金者基於租賃關係，爲對於特定物使用或收益之對價所給付之物，也爲租賃關係要件之一，且其額數不必與原物爲比例。
- (三) 其他因法律關係所得之收益，即因於借貸租賃以外之法律關係，爲使用原物對

語價之收益物

法定孳息之要件有五述之如左

(一) 須有原物之存在、法定孳息之觀念、爲對於天然孳息因類推之適用擴張之、雖非原物之出產物、然自經濟上視之與爲原物所出產者、固無以異也、故無原物、即無孳息、如在消費借貸、所借之金錢米穀爲利息之原物、如在租賃關係所租之房屋田地

爲租金之原物、即在因其他法律關係所得之孳息亦必須有原物之存在、否則不得謂爲孳息、與利息租金無異、

(二) 須爲使用原物之對價、使用原物之對價者、因他人容許原物之使用、所與報酬之義也、然所謂使用、應從經濟上廣義之用語解釋之、如在消費借貸、借用人得消耗其物、而負返還同種類品質數量之物之義務、(四七四條)故在法律上實爲物之處分、然以上爲經濟上之使用、其所付之租金、仍得謂爲使用之對價、而爲法定孳息之一種、且非以事實上確有使用爲要件、如法定之遲延利息(二三三條一項)或因解除契約、返還金錢、應附加之利息(二五九條一欵)等、縱債務人事實上未使用其原物、亦爲原物之法定孳息、

(三)須因
於法律關係
之原因

係

於法律關係
之原因

(三)須因於法律關係、法定孳息之所得與天然孳息之本於自然之事實者不同，須以特定之法律關係，其基因惟是否因於法律行為或法律之規定，則無區別，故約定利息法定利息皆為原本之孳息。

(四)須有原物返還
而得請求權

原物返還
而得請求權

(四)須有原物返還之請求權，如無原物返還之請求權，若因互易而之得他物，因買賣而得之價金，非物之法定孳息，惟原物返還之請求權，不限於特定之原物，如得請求返還同種類品質數量之物，亦不失為有返還之請求權，故因消費借貸所付之利息為法定孳息之一種。

(五)須為金錢或其他之物
金錢或其他
之物

(五)須為金錢或其他之物，法定孳息亦物也，通常雖為金錢，然如租米等其他之物亦得為之，且非以代替物為限，如甲租賃乙房屋十年，其所付之對價，為古畫一軸，古畫不失為房屋之租賃，或謂法定孳息有以孳息為請求給付對價之權利，而非對價物之自身者要不足採。

七十條 有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息。
有收取法定孳息權利之人，在其權利存續期間內之日數取得其孳息。

天然孳息

天然孳息

天然孳息

上之便利亦有稱之爲未分離孳息者、未分離孳息非現在之物、爲將來之物、雖得對之、屬將來處分之契約、而成立債權債務之關係、但不得以之獨立爲物權之客體、故有收取孳息之權利者、於孳息未分離以前、僅有一種期待權、非有獨立之所有權、

天然孳息自與原物分離而成爲獨立之一物、即於其分離之一瞬間、歸屬於收取權利人之所有、分離爲與原物脫離之謂、其分離係因於人爲或出於天然之作用、則無區別、分離之果實、已成熟乎、未成熟乎、亦無區別、有收取天然孳息之權利人、雖以原物之所有人爲原則、（七六五條、七六六條）然例外甚多、如承租人（四二二條）、地上權人（八三三條）、永佃權人（八四二條一項）、質權人（一八八九條）、典權人（九一一條）、留置權人（九三五條）、善意占有人（九五一條）等是也。

二〇二条

於分離時無收取權人、雖分離前有所取權、無取得天然孳息之權利、惟爲保持公平起見、耕作地之承租人、因租賃關係終止時、對於未及收穫之孳息、所支出之耕作費用、於不超過孳息價額之範圍內、得請求出租人償還之。（四六一條）

法定孳息屬於有收取法定孳息之權利人、例如利息屬於主債權人、取得租金屬於出租人、取得是也、惟法定孳息通常係以時間爲比例、而繼續產生、如中間變更其權利人時、應

按權利存續期間之日數、以取得其孳息、實爲公平分配之方法、例如甲將月息三十元之債權、於月之十日轉讓於乙時、甲取得利息十元、乙取得利息二十元是也。

所謂按權利存續期間之日數、以取得其孳息者、其真意在孳息之分配、應依權利存續期間之短長爲比例、故如租賃車馬等、以時間定利息者、則應依權利存續之時數、以取得其孳息、如以年月日定利息、而於日之中間變更其權利主體時、則爲避免以時間計算之煩難、該日應視爲無變動其孳息、仍爲讓與人所有、惟本條第二項非强行之規定、當事人得以合意變更之、又於讓與債權時、其未支付之利息、應推定其隨同原本移轉於受讓人、（二九五條二項）

法律行爲

法律關係

吾人之生活關係、有爲法律規範之對象者、有不然者、前者爲法律關係、後者非法律關係、而爲單純之事實關係、如因於買賣而生買主賣主之關係、法律關係也、親友飲宴之邀約、單純之事實關係也、法律關係爲法律所承認而保護、單純之事實關係則不然、法律關係因爲法律所保護、故爲其基礎之事實、不僅發生事實上之效果、而又發生法律上之效果、關係爲生活關係之件有法律效果也。

法律效果

法律效果爲一切法律上狀態之變動、其內容之主要者、即權利之得喪變更是也、然非無其他之法律效果如權利能力或行爲能力之取得、雖非權利之得喪或變更然足以影響權利之得喪變更故亦爲法律上狀態之變動而爲法律效果之一種、惟占法律效果之主要部份者、爲權利之得喪與變更耳、

權利之取得

權利之取得者、權利附著於特定之主體、即自然人或法人之謂也、分之爲原始取得與承繼取得二種、

(一) 分類
原始取得

原始取得者、非基於他人既存之權利而取得新發生之權利也、如因於占有而取得無主之動產、(八〇二條)因於時效附合或加工而取得物之所有權、(七六八至七七〇條八一二至八一四條)所有人、承租人、地上權人、永佃權人、質權人、典權人、留置權人、善意占有人等、取得與原物分離之天然孳息、(七六五條四二一條八三二條八四二條一項八八九條九一一條九三五條九五二條)因於契約或單獨行爲而取得債權等是也、有基於權利主體之意思而取得之者、如因設定位爲而取得佔物權、因締結契約而取得債權、是有非基於權利主體之意思而取得之者、如因於不法行爲而取得之請求權、因於自然力之分離而取得天然孳息之所有權是、因於時效加工等而取得之權利、雖其物上本有

(二)承繼
取得

他人權利之存在、然其所取得者、非他人既存之舊權利而爲獨立之新權利、故亦爲原始取得也。

(一)創設
之承繼與設
得之承繼
轉之承繼
取得

承繼取得、一稱傳來取得、即基於他人既存之權利、而爲權利之取得也。承繼取得有基於取得人之意思者、如因於法律行爲、而取得所有權是有非基於當事人之意思而基於法律之規定者、如因於承繼、而取得被繼承人之財產是。

承繼取得又得分爲創設之承繼取得與移轉之承繼取得、創設之承繼取得者、基於前主既存之權利、而取得異其分量性質之新權利、前主既存之權利、非失其存在、惟因後主之新權利、而受其限制、如土地所有人於土地上設定地上權、永佃權、地役權或抵押權是也、或謂取得人所取得者、爲前主既存權利之成分、前主權利之成分、因設定行爲而分離、乃移轉於取得人而已、故非創設之取得也、熟所有權爲一個之權利、非多數權利之聚合、地上權、永佃權、地役權、抵押權等、非包含於土地所有權、而爲所有權之成分、乃因於設定行爲而成立之新權利、不過以既存之所有權爲其基因此、其所以異於原始取得也、若以權利之一部、依一定之分量、而割讓於人、如非物之所有人與物之所有人、因契約而爲共、有時、則非爲創設之承繼取得、而爲移轉之承繼取得矣。

移轉之承繼取得者、前主既存之權利、不變更其性質、與前主脫離而移轉於後主也、僅有權利主體之變更、無新權利之發生、有有價者、如買賣是有無價者、如贈與是。

(2) 特定承繼取得與包括承繼取得、特定承繼取得者、對於各個特定之權利各別繼承之謂也、如買賣是、若同時爲數個之特定取得時、對於各個之權利、俱須有獨立取得之原因、

包括之承繼取得者、屬於前主多數之權利、基於單一之原因、視爲一體而承繼之、如遺產之承繼、公司之合併等是也、或以爲包括承繼、前主與後主視同一人故爲人格之承繼者、然有專屬性質之權利、固不得承繼之、不得謂爲確論、承繼取得以特定承繼爲原則、而包括承繼則以有特別規定時爲限。

特定承繼、包括承繼、其區別之實益有二、

(一) 在包括承繼、承繼人於原則上、非僅取得被承繼人多數之權利、並與權利相共而承受其多數之義務、在特定承繼則否、

(二) 在特定承繼、承繼人對於各個權利之取得、須各別證明其原因、在包括承繼則承繼之多數權利視爲一體、無須爲各別之舉證、

特定承繼
與包括承繼
區別之
實益

原始取得
與承繼取得
得區別之
實益

原始取得與承繼取得其區別之實益有三、

(一) 在承繼取得後主之權利係以前主既存之權利爲基因故後主不能取得前主所無之權利其舉證責任非特應證明其取得之原因並須證明前主權利之存在在原始取得非以既存之權利爲基因故祇須證明其取得之原因、

(二) 在承繼取得後主不能取得較優於前主之權利故附着於前主權利之瑕疵及負擔等當然一併移轉於後主例如土地所有權之承繼取得若前主於土地上設定地役權或永佃權時後主承繼取得之所有權亦應受地役權或永佃權之限制在原始取得則不生移轉之觀念、

(三) 在承繼取得承繼人以並取得其從權利爲原則在原始取得以其非基於既存之權利而爲獨立發生之新權利於原則上不能有從權利之取得例如甲之土地於鄰地有地役權若甲出賣於乙時乙爲承繼取得故取得其所有權並取得其地役權若乙因時効而取得其土地所有權時則爲原始取得苟其占有僅及於土地不及於地役權乙僅能取得土地之所有權不能並取得其地役權、

惟承繼取得固以後主不能取得前主所無之權利及後主不能取得較優於前主之權利

爲原則、法律亦不鮮例外之規定、如表意人與相對人通謀爲虛偽之權利讓與、相對人本不能取得其權利、然相對人轉讓於善意第三人時、善意第三人得取得其權利、（八七條一項）又如有不得讓與契約之債權、債權人無讓與之權利、然如讓與於善意第三人時、善意第三人得取得其債權、（一九四條二項）又如無記名證券因遺失被盜或其他非因發行人之意思而流動者、惡意之持有人雖不能取得其權利、若由惡意持有人移轉於善意持有人時、發行人不能免證券上之責任、（七二一條一項）再如動產之受護人占有動產、而受關於占有之保護者、雖讓與人無移轉所有權之權利、受讓人仍取得其所有權、（八〇一條）等是也。

權利之變更、
（一）主體
變更、與內容變更三者、

權利之變更者、非謂變更權利之本質、而謂變更權利之狀態也、變更之權利、不失其同一性、否則爲舊權利消滅、新權利發生、非權利之變更矣、權利之變更、得分爲主體變更、客體變更、與內容變更三者、

權利主體之變更有二種方式、一爲主體之更改、如甲代乙而爲權利之主體、即權利之移轉是也、一爲主體之增減、如本爲一人之所有、後爲數人所共有、或本爲數人所共有、後爲一人所獨有、又或共有之人數有增減是也、權利主體之變更、自移轉人觀之、即爲權利之

三、客體
變更

相對喪失、自受移轉人觀之、即爲權利之承繼取得或謂權利以特定之主體爲要素、權利主體之變更則權利失其同一性、前主之權利消滅、後主以前主既消滅之權利爲資料而取得獨立發生之新權利者、然依今日之法律思想、無不認權利之得爲移轉者、蓋主體雖爲權利之要素、然主體之爲甲爲乙、非權利之要素、權利依法律之力、使之附屬於甲、又依法律之力、使之移屬於乙、不必失其同一性、權利客體之變更亦有數量之變更與種類之變更二種、如所有權因標的物附合而增加（八二一條八二二條二項）因滅失其標的物之一部而減少、屬於前者、如債權因歸責於債務人之事由以致不能履行、變更而爲損害賠償之請求權、屬於後者、後者之例或以爲非權利之變更、係消滅舊權利發生新權利者、然普通之見解、則認爲原權利之存續、故爲其從權利之担保權等、亦依然存在。

權利內容之變更、如附條件之權利變更、而爲無條件、附期限之權利變更而爲無期限、債權因債權人之遲滯致減輕債務人之責任（二三三七條）不得對抗第三人之權利、發生對抗之効力等是也。

權利之喪失

失
喪失
（一）相對

權利之喪失者、權利脫離於其主體之謂也、分之爲相對之喪失與絕對之喪失、

權利之相對喪失者、權利脫離於前主體而移轉於後主體也是、後主體觀之、爲權利之移

轉取得然自前主體觀之則爲權利之喪失也惟權利之本質非歸消滅僅有主體之變更故爲相對之喪失如權利之讓與遺產之承繼等是也

(二)絕對
喪失

權利之絕對喪失者權利脫離於其主體非移轉於他主體而歸於消滅是也其原因甚多有基於法律之直接規定者如因時效而消滅是有基於權利客體之消滅者如因標的物滅失而消滅是有基於權利已盡其效用者如債權因清償而消滅是有基於權利人之意思者如財產權因拋棄而消滅是

權利之拋棄與不行使

權利之拋棄與權利之不行使須區別之拋棄者使權利消滅之意思作用也權利以得拋棄爲原則以不許拋棄爲例外(如人格權身分權時效之利益等)雖拋棄之結果他人常有受其益者然爲拋棄之間接效果非受益人承繼其權利也例如地上權人拋棄其地上權時所有人獲免其負擔之利益但非地上權人之權利移轉於所有人也債權之免除亦同權利之不行使雖有消滅時效外非權利之消滅權利人不喪失權利得於他時行使之法律常對於一定之事實付與一定之效果有對於單獨之事實付與效果者有須與他事實相合而付與效果者前者如人之生死後者如契約發生法律效果原因事實之全體名爲法律要件構成法律要件之各個事實名爲法律事實故如雙方意思之合致契約之法

法律要件
與法律事實

律要件也要約與承諾、組織契約之法律事實也。

法律效果付與單獨之事實者，則於其事實之完成為效果發生之時期，如須數事實相合而付與效果者，則須於最後事實之完成方發生其效果，如一部事實完成，他部事實未完成時，則因他部事實之完成可取得利益者，亦有希望之利益，此利益為法律所保護時，學者稱之為希望權或期待權，如附條件之法律行為，當其於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，有賠償損害之責任，（一〇〇條即其一例）法律效果於事實完成時，以對於將來發生為原則，溯及既往為例外，如法律行為之撤銷，（一四條一項）承認，（一二五條）給付之選擇，（一二二條）契約之解除，（二五九條）等其例外也。
北極五子女之認領（一〇〇九年五月廿三日）

法律事實有基於人之精神作用者，有非基於人之精神作用者，其基於人之精神作用者，有須表現於外部者，有無庸表現於外部者，須表現於外部者謂之行為，無須表現於外部者，謂之容態，非基於人之精神作用者，謂之事件。

(一) 行爲
行爲者基於自覺之精神作用，表現於身體外部之狀態也，故非基於精神作用之外部狀態，如為他人所強制之身體舉動，或僅有內心之現象，無自覺之精神作用，如夢中言語，皆

不得謂爲行爲、身體之狀態有爲積極之動作者、謂之行爲、有爲避免一定積極之動作而爲消極之靜止者、謂之不作爲、遺忘即因於過失之不作爲、是否爲行爲、雖有爭議、然在於有意識之狀態、而不作爲以之爲行爲爲宜、人之行爲、非發生法律上效果、如飲宴之邀請、散步之約定、訪問之通知等、非法律上之所謂行爲、惟法律爲關於人事之規定、人之行爲付與法律上效果者、占法規之大部分、故爲最重要之法律事實。

行爲分類

行爲得分爲適法行爲與違法行爲

(子) 適法行爲
適法行爲者、適合於法律之準則、爲法律所容許、而賦與法律效果之行爲也、又得分爲四種。

(甲) 意思表示

(甲) 意思表示、基於以發生一定效果爲目的之意思表示(即效果意思表示)而法律賦以效果爲組成法律行爲之要件也、詳述於後。

(乙) 意思通知

(乙) 意思通知、非以發生一定效果爲目的之意思表示(效果意思以外之意思表示)惹起法律上效果之行爲也、曰表示曰通知、非發表演行爲之不同、乃以別發表之意思、是否以發生效果爲目的、例如承認之催告(八〇條)給付之催告(二二九條二項)給付領受之拒絕(二三四條)要約之拒絕(一五五條)等、因其表示而賦與之法律效果、非表示人

之目的也。

觀念通知

(丙) 觀念通知、觀念通知一稱事實通知所發表者非行爲人之意思乃行爲人對於過去現在或未來之事實所具之觀念或認識也如債權讓與之通知(一九七條)財產概括承認之通知(三〇五條)承諾遲延之通知(一五九條)等是也。

感情通知
準法行爲

(丁) 違法行爲

(丁) 感情通知、爲發表一定感情之行爲其例甚少如宥恕(四一六條二項)是也。意思觀念感情之通知於基於精神作用之點與意思表示相類似故學者稱其行爲爲準法律行爲通說於類似範圍以內應類推適用關於法律行爲之規定違法行爲者違反法律之準則非法律所容許法律因欲鎮壓或除去其損害而附着以一定効果之行爲也其效果通常爲行爲人法律上一定之不利益現於積極方面者爲回復原狀賠償損害提供担保除去妨害等義務現於消極方面者爲權利之喪失及相對人之解除權介入權等違法行爲有侵權行爲及違反債務行爲二種當於債編詳述之。

內部之容

內部之容態者發生法律効果之精神作用祇須存在於內部無須表現於外部者也法律僅因內部之精神作用而附着以一定之效果非原則而爲例外如構成法律事實時具容態人祇須證明其內部之存在不必有發表之行爲過去後之事情亦得爲證明之資料分

之爲意思之容態、觀念之容態、感情之容態三種。

容態之分
類意思之
容態

(子) 意思之容態。惹起法律效果存於內部之意思也。意思不經表示即生法律效果者，其例甚稀。因時效而取得所有權及因占有無主動產而取得所有權，皆以占有人有所有之意思爲法律事實之一。(第七六八條七六九條七七〇條及八〇二條)而其所有之意思，祇須存在於內部非以表示爲必要也。

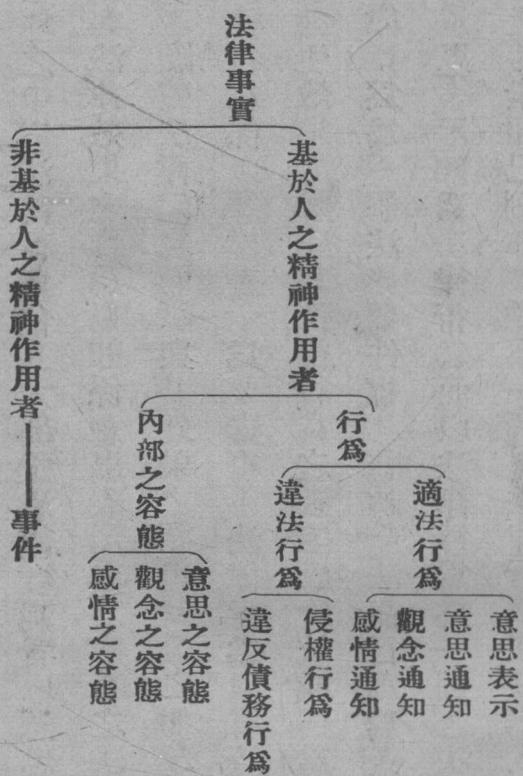
(丑) 觀念之容態。惹起法律效果一定事實之知與不知也。律文所稱善意或惡意，即以分別觀念容態之消極或積極二者。善意即不知其事爲消極之觀念容態。惡意即知其事爲積極之觀念容態也。以善意惡意之區別以定法律之效果爲容態中之最多者。

(寅) 感情之容態。惹起法律效果內心之感情也。例如被脅迫而爲之意思表示表意人得撤銷之者，以其有恐怖心之存在(九二條註)是也。

事件者非基於人之精神作用之法律事實也。例如時之經過、人之生死、身體之狀況、(心神喪失等)、物之毀滅、孳息之分離等是也。其特徵在非以人之精神作用爲要素，縱或有人之精神作用參於其間，如非以之爲要素者，仍不失爲事件。若焚燬之因於落雷，或因於人之放火，皆發生所有權消滅之效果。孳息之分離，或因於自然力，或因於人工，皆發生

取得孳息所有權之效果、人之放火與人工之分離、雖有人之精神作用存於其間、然非爲其要素故俱爲事件、而非行爲。基於同一理由、雖以人之身體舉動爲必要、而非以人之精神作用爲要素者、即法律賦與以效果僅須有外觀之事實、無須有內心之表演者、如住所之設定、與變更加工埋藏物之發見、遺失物之拾得等、或稱之爲事實行爲、實則皆爲事件、非能準用關於法律行爲或意思表示之規定者也。

茲爲便於說明法律事實起見、列左表以明之。



法律要件之中，以法律行為佔其大部份。法律行為者，以意思表示為要素，基於其意思表示而賦與法律效果之行為也。即係意思表示為其中心之法律事實，行為人有發生私法上效果之願望，法律因之而賦與其效果之謂也。分述之如左。

(一) 法律行為係以意思表示為要素也。法律行為以有效果意思表示為必要，即行為人表示發生效果之願望，為法律行為之必要成分，故或稱為私法之自治行為。

(二) 法律行為為一個法律要件也。昔時以法律行為為意思表示之自身，然今日之通說不認意思表示，即為法律行為，而以法律行為為一個之法律要件，惟以意思表示為法律行為之要素而已。例如契約為一個之法律行為，而其構成之事實，須有兩個之意思表示，且須有意思表示之合致。又在要物行為於意思表示以外，尚須有物之交付，可知法律行為為一個之法律要件，而意思表示，則為構成法律行為之中心事實。

(三) 法律行為係發生私法上效果之行為也。法律效果有發生私法上效果與公法上效果之別。民法上之法律行為，則以發生私法上效果為限，故如官吏之任命選舉及關於訴訟之行為等，發生公法上效果者為公法上之行為，非民法上之法律行為，而私法上之效果，通常雖為權利之得喪變更，然縱非以權利之得喪變更為直接之目的，僅間接影響

權利之得喪變更者亦不失爲法律行爲，例如法定代理人對於未成年人所爲行爲之同意是也。

(四)法律行爲係基於意思表示而賦與法律效果也。法律效果雖皆爲法律所賦與，然法律之所以賦與效果其理由不一或係因當事人之所欲或不問當事人之欲否，因當事人之所欲而賦與法律效果爲法律行爲之特徵，如在買賣契約，買主欲取得財產權而支付其價金，賣主欲取得價金而移轉其財產權，法律因之而使買主對於賣主有請求移轉財產權之權利而負支付價金之義務，賣主對於買主有請求支付價金之權利而負移轉財產權之義務，如債權讓與之通知雖生對抗債務人之效力，然其效果之發生不問通知人之欲發生與否，故非法律行爲也，如侵權行爲縱行爲人有欲爲賠償損害之意思，然法律效果之賦與非以行爲人之效果意思爲其基，故非法律行爲也，凡違法行爲事實行爲以及意思通知觀念通知感情通知等皆非法律行爲，法律行爲之法律效果雖基於行爲人之意思表示，但非必盡合行爲人之真意，如行爲人之表示與內心之真意不合時，法律不問其潛於內心之真意如何，以其表示於外者爲生效果之標準，而於理論上則仍以行爲人之意思表示爲賦與法律效果之基因也。

由法律行為所生之法律效果有主要效果與附屬效果之別。法律行為效果之賦與基於意思表示者，係指主要效果而言，故效果之全體不必皆基於意思表示，亦不必皆合於意思表示。苟其主要之效果基於意思表示者，雖其附屬之效果非基於意思表示，亦不妨其為法律行為。例如買賣契約，其所生移轉財產權及支付價金之債務為其主要效果，且係基於意思表示者，而其所生賣主權利擔保（三四九條）瑕疵擔保（三五四條）之責任則為附屬之效果，而非基於意思表示者。又如法律基於效為人意思表示而賦與以一部之效果時，雖未全部賦與，以效果仍不失為法律行為。例如典權之約定期限逾三十年者縮短為三十年，（九二二條）三十年以外之期限，雖不生法律效果，然其主要之效果，則係因意思表示而賦與，故為法律行為也。

法律行為因種種準據得分類如左

(一) 契約單獨行爲與共同行爲

法律行為之分類
為單獨行爲
(一) 契約
為共同行爲

契約一稱雙方行爲，以二個以上相對意思表示之合致為主要組成分子之法律行為也。契約之成立須(一)有一個以上相對之意思表示，(二)意思表示之交換，(三)意思表示之合致。(四)通常一方有要約之意思表示，他方有承諾之意思表示，然亦有同時因交互

之要約而生意思表示之合致者，例如買賣租賃等是也。

卑獨行爲一稱一方行爲由當事人一方之意思表示成立之法律行爲也又得分爲有相對人之單獨行爲與無相對人之單獨行爲前者以有相對人之受領爲必要如解除（二五八條一項）抵銷（二三五條一項）選擇（二〇九條）等是也後者不必要有相對人之存在如遺囑捐助行爲（參觀六十條註）等是也單獨行爲通常雖爲一個之意思表示然非以一個爲限制如二人之共同貸借人解除租賃契約時雖爲二個之意思表示亦單獨行爲也。

共同行爲者由二個以上同方向意思表示之合致所成立之法律行爲也因須有二個以上意思表示之合致故與單獨行爲不同因二個以上之意思表示須同其方向故與契約有別如社團之設立行爲（參觀四七條註）總會親屬會之決議等是也。

（二）生前行爲與死後行爲

（二）生前
後行爲
爲與死

死後行爲一稱死因行爲因行爲人死亡而發生效力之法律行爲也如遺囑遺贈等屬之凡非死後行爲皆爲生前行爲買賣貸借等普通之法律行爲皆屬之生命保險契約於生前有支付保險費之義務故爲生前行爲而非死後行爲死後行爲於行爲人死亡之前未

發生效力以得自由撤回爲原則、但如爲契約時不在此限。

(三)要式
行爲與不
要式行爲

(三)要式行爲與不要式行爲 要式行爲者、組成法律行爲之意思表示、以從於一定之方式爲必要之行爲也。不要式行爲者、其意思表示之方式、無一定限制之行爲也。要式行爲其必要之方式、係當事人所約定者、爲約定要式行爲、在未備約定之方式以前、除有特別之訂定外、推定其爲不成立其必要之方式、由於法律所規定者、爲法定要式行爲、不備法定之方式時、除另有規定外、其行爲爲無效。(七二條)法律對於法律行爲、以方式自由爲原則、意思表示之方式、一任當事人之選擇、以適應交易之敏活與事實之便利、惟於特種之法律行爲、爲明白確實適於保存證據、防免當事人之輕率與詐欺、起見以一定之方式爲必要、如婚姻票據一年以上不動產之租賃契約(四二三條)終身定期金契約(三〇條)法人之設立行爲(四七條六〇條)不動產物權之移轉及設定行爲(七〇條)等是也。

(四)有償行爲與無償行爲

(四)有償行爲
行爲與無
償行爲

以財產上之給付爲目的之法律行爲、有對價者、爲有償行爲、無對價者、爲無償行爲、買賣、賃借、雇傭等屬於前者、贈與、遺贈、使用借貸等屬於後者、單獨行爲無交換之性質、不能爲有償行爲、故其區別、僅於契約有之、有償行爲、除性質所不許外、準用買賣之規定。(三四

(五)有因行爲與無因行爲

七條)

(五)有因行爲與無因行爲

行爲人減少自己之財產以增加他人之財產、如權利之移轉、債權他物權之創設等、謂之財產之供與、吾人以財產供與他人、通常非無故爲之、必有供與之理由、如爲贈與、其理由係欲使受贈人得財產上之利益、如在買賣、買主以欲取得財產權爲理由、賣主以欲取得價金爲理由、此供與之理由、即爲供與行爲之原因、昔時分原因爲、(一)授與原因、(二)受益原因、(三)免債原因、三者、然亦有不能歸屬於上述三種之原因者、以一定原因不能與行爲分離而爲其構成部分之法律行爲、爲有因行爲一種、要因行爲、行爲之原因與行爲分離不爲其構成部份之行爲爲無因行爲、一稱不要因行爲、其區別之實益、在有因行爲如欠缺原因時、其行爲不能成立、例如買賣契約、買主支付價金之義務、不成立時、賣主亦無移轉財產權之義務、而買賣契約即不能成立、而在無因行爲、原因之存在與否、與行爲之成立無關、惟原因不存在時、受利益人有返還不當得利之義務而已、(一七九條)依前大理院判例、法律行爲除依法律規定及行爲性質爲不要因原因者外、加欠缺法律上原因、或原因爲違法、則該行爲即不能有效成立、(四年上字一八九號)惟關於身分行爲、常

爲無因行爲，例如因一定原因而締結婚姻，縱其原因不成立，於婚姻不生影響，物權行爲亦以無因爲原則，惟得依當事人之意思，而爲有因，債權行爲，則除指示證券之承擔，無記名證券票據等爲無因外，以有因爲原則，但亦得依當事人之意思，而爲無因，故本法雖無債務約束及債務認諾（第一次民律草案八六〇條至八六二條）之規定，然如當事人約定負支付洋若干元之義務，不以原因爲必要時，苟非違反共序與良俗，不當解爲無效也。

(六) 主行爲與從行爲

以他行爲之存在爲成立前提之行爲爲從行爲，爲其前提之行爲爲主行爲，如借貸、契約、主行爲也，因借貸契約，而爲設定質權之契約，從行爲也，婚姻、主行爲也，因婚姻而爲夫婦財產之契約，從行爲也，其區別之實益在從行爲從於主行爲之命運，主行爲不成立時，從行爲亦不成立，主行爲消滅時，從行爲亦歸消滅，惟主行爲不從從行爲之命運，從行爲不存立時與主行爲之存立無影響，從行爲消滅時，主行爲不必隨之消滅也。

(七) 獨立行爲與補助行爲

有獨立實質內容之行爲，爲獨立行爲，無獨立實質內容而爲他行爲發生效力條件之行爲，爲補助行爲，補助行爲之例如法定代理人對於限制行爲能力人所爲行爲之原意

(七) 獨立
行爲與
補助

(六) 主行
爲與從
行爲

(八)債權行爲與物權行爲
行爲與準物權行爲

是也。

(八)債權行爲物權行爲與準物權行爲

債權行爲者以發生債權債務爲目的之法律行爲也、如買賣租賃等是、物權行爲者以直接發生物權上之變動爲目的之法律行爲也、如他物權之設定物權之移轉等是、物權行爲有以債權行爲爲先驅者、如買賣契約賣主先負移轉財產權之債務、繼因履行債務而爲移轉財產權之行爲是也、有與債權行爲無關係而獨立存在者、如買主拋棄定銀之所有權非先有拋棄之債務是也、又有一行爲同時爲債權及物權行爲者、如地上權之設定、契約是也、其區別之實益在物權行爲直接發生物權上之變動而生物權得喪變更之效果、在債權行爲則否、如買賣契約債權行爲也在賣主未爲移轉財產權以前賣主對於買主僅負移轉之債務爲買賣標的物之財產權仍爲賣主之所有然若法律行爲之撤銷、債權之讓與、債權之免除等雖非發生物權上之變更其惹起終局之法律關係則與物權行爲無殊故學者稱之爲準物權行爲。

(九)財產行爲與身分行爲

(九)財產行爲與身分行爲

財產行爲者以財產權之發生變更消滅爲目的之法律行爲也、債權行爲物權行爲皆屬

之身分行為者、以發生身分上效果為目的之法律行為也、如婚姻離婚等屬之。

(十) 現實行為與非現實行為

(十) 現實行為
行爲與非
現實行為

於意思表示以外、尚須有現實之事實、為要素之行為、為現實行為、如使用借貸（四六五條）、消費借貸（四七五條）、寄託（五八九條一項）、動產物權之讓與（七六一條）、質權之設定（八八五條一項九〇四條九〇八）等、以物之交付為行為成立之要素是也、非以現實之事實為要素之法律行為為非現實行為、如買賣贈與等是也。

法律行為之成分、即構成法律行為之原素、有要素常素偶素之分。

(二) 要素
之成分
法律行為

法律行為之要素者、為法律行為不可缺少之成分、而為法律行為成立之要件、有為一般法律行為不可缺少之成分者、謂之一般要素、有為特種法律行為不可缺少之成分者、謂之特別要素、加當事人之權利能力及意思能力等為法律行為之一般要素、若當事人無權利能力或意思能力者、無論何種法律行為皆不能成立也、如當事人之一方約定移轉財產權、他方約定支付價金為買賣契約之特別要素、若無移轉財產權及支付價金之約定、則買賣與契約不能成立也、且法定要素雖已具備、苟依當事人之意思、於法定要素以外、定為必要之內容者、謂之主觀要素、例如買主為何人、本非買賣契約之要素、然如買主

法定要素
與主觀要素

爲賣主之恩人故賣主售與其珍愛物時特定之買主爲買賣之主觀要素矣。

(二)常素

常素者通常雖爲法律行爲之成分然得依當事人之意思除去之縱因除去而不存在無害於法律行爲之成立也如在買賣契約無特別之約定時賣主有瑕疵擔保之義務苟以特約除去之於買賣之成立無影響是也。

(三)偶素

偶素者通常非法律行爲之成分如當事人以特約附加時繼爲其成分而認其効力如法律行爲之條件或期限等是也。

法律行爲之要件
之要件

法律行爲之要件有成立要件與有效要件二者法律行爲之成立要件即法律行爲成立必要之事實苟缺其事實法律行爲不能成立者也然法律行爲雖已具備成立要件如不備有效要件時法律行爲雖已成立亦不能發生法律上之效力也。

(一)民立
要件
object

法律行爲之成立要件有爲法律行爲共通所必要者爲一般成立要件有爲特種法律行爲所必要者爲特別成立要件法律行爲之一般成立要件爲(一)當事人(二)意思表示(三)標的(即內容)三者苟缺其一無論何種法律行爲不能成立也。

原因雖爲有因行爲之要件然須與緣由區別之原因爲法律行爲之直接理由如買之欲得財產權賣主欲得價金爲買賣契約之原因緣由則爲決定理由之動機而爲理由之理

原因與緣由

緣由
動機
稱謂

有效
要件

由在同種之法律行為，恒為同一之原因，而緣由則雖在同種之法律行為亦各不同。如買賣契約，買主之欲取得財產權，或為自己使用，或為營利而轉賣，或欲為恩惠而贈與他人，千差萬殊，並無定態。獨立於法律行為以外，而非形成法律行為之內容，其存否及適法不適法與法律行為無影響，故捨棄權利之行為，捨棄人是否有施與恩惠意思與捨棄行為之成立無涉（前大理院四年上字第六六五號判例）。若法律行為之內容並無違反公共秩序或强行法規，其法律行為之動機違反者，則其法律行為仍屬有效，而由此發生之債權債務，自非有無效之可言（同院三年上字一七八號判例）。法律行為之有效要件，亦有特別有效要件與一般有效要件之分。特別有效要件為特種法律行為發生效力之要件，如遺囑、遺贈以遺囑人或遺贈人之死亡為發生效力之要件，是一般有效要件為一般法律行為發生效力共通之要件。法律行為之一般有效要件有下述九種：

(甲) 行為人須有行為能力 見七四條及七五條注

(乙) 行為人須有處分權能 權利人以得自由處分其權利為原則，其例外有二種：有因於外部之事由而剝奪或限制其權能者，如因扣押及破產等，是有因權利之性質而缺亡，或限制其權能者，加扶養之權利是。處分權利之能力非特所有人有之所有權以外之人。

亦有有處分權利之權能者、如質權人（八九二條八九三條一項）抵押權人（八七二條一項）財產管理人、破產管財人等是、權利人與他人約定不處分其權利、如違約而處分其權利時、祇生債務不履行之間題、其約定僅有債權之效力、而無物權之效力、故其處分非絕對無效、蓋不能因其約定以剝奪或限制其權能也、無處分權能之人為處分權利之法律行為、不能發生效力、但其權能之被剝奪或限制、係為保護特定私人之利益時、僅對於被保護人為無效、我第一次及第二次民律草案（第一次一七七條第二次二二六條）於此種情形規定、如受益人非因歸責於自己之事由、而不知者、仍屬有效、本總則未採之、（丙）行為之內容須可能、當事人於法律行為所發生效力之事項、為法律行為之內容、可能乃對不能而言、非不能即為可能、特種事項之是否可能、應依當時一般之智識經驗定之、有昔日視為不能者、今日以為可能、今日以為不能者、他日因科學之進步、或亦成為可能、例如飛至天空、昔日視為不能、今日因有飛艇飛機而成為可能矣、法律行為之不能、於物理上之不能外、包含觀念上之不能（即論理上之不能）如變女為男、固為物理上之不能、法律行為以之為內容者、不能發生効力、即非唯物理上到底不能、若需不相當之費用勞力、難以實現者、如大海撈針、沉泰山於渤海之類、雖非物理上之不能、然社會觀念上

則亦認為不能者，考以此等事項為法律行為之內容，亦非有效、不能之種類，又得因種種標準分之如左：

客觀不能
與主觀不能
記能

(A) 客觀不能與主觀不能：客觀不能者，無論何人不能實現之語也。如以不存在之物為讓與是，主觀不能者，且不能之原因僅存在於當事人個人之謂也。如無財產者為給付財產之契約，不通英語者為翻譯英語之契約，法律行為內容之可能祇須為客觀所可能，如客觀所可能，則雖為主觀所不能，法律行為仍屬有效。當事人應負不履行之責任。蓋當事人主觀之狀態相對人不易確知，若以主觀之能、否認法律行為之效力，非所以保護交易安全之道，法律不責不能之格言，固僅能適用於客觀也。

(B) 原始不能與後發不能：法律行為之內容於行為成立時即為不能者，為原始不能，成立時雖可能，其後成為不能者，為後發不能。法律行為之命運，應於行為成立時決之，不當因日後之事項而受其影響。如成立時因不能而無效者，其後雖成為可能，不能追補其效力，故法律行為之不能，係以原始不能為限。但如其事項僅為一時之不能，而當事人以其將來之可能為發生效力之條件者，則其條件並非無效。若法律行為非原始之不能，而為後發之不能，不生是否無效之問題，惟有是否消滅效力之問題。蓋法律行為之效力，於

後發不能之原因發生時歸於消滅如係由於當事人之故意或過失者不能免賠償損害之責任也

一部不能
與全部不能
能

(C) 一部不能與全部不能 法律行為之內容一部不能實現者為一部不能全部不能實現者為全部不能法律行為之全部不能者全部無效一部不能者不能之部分無效可不待言法律行為於一部不能時其餘可能之部分是否有效則應依行為之性質及當事人之意思定之若行為之一部無効尚得認當事人有為其餘部分之意思時則其餘部分有效若行為之內容為不可分或當事人之意思於該部分無效不能認其有為其餘部分之意思時則其餘部分亦為無效

與事實不能
法律不能

(D) 實事不能與法律不能 因為事實上理由而不能者為事實不能如起死回生拔山超海是因為法律之規定而不能者為法律不能如讓與不融通物或設定法律規定以外之物權(七五七條)是學者有以法律不能之問題與內容適法之間題同視者然一定之事須有違法而可能者如約定者利率超過週年百分之二十者雖屬違法(二〇五條)但非不能故應區別之事實上可能與法律上可能俱為法律行為之有效要件

(丁) 行為之內容須可確定 行為之內容如不能確定則法律無從施以保護行為之效

果即未由實現、例如買賣契約之價金、或所買之標的物未為約定、或贈與契約僅約定贈與一物、未確定其為何物時、不能推測當事人有受拘束之意思、其法律行為自無從發生效力、但法律行為非以於成立時有現實確定之內容為必要、雖非現實確定、然依於意思表示周圍事情、交易習慣、法律規定得以確定之者、仍屬有效、例如關於履行契約之時期地點、契約之內容雖未確定、然依當事人之意思表示、應由當事人之一造或第三人指定之者、或依於周圍之事情、交易之習慣、該須契約之履行、有一定之時期地點者、又如為給付米一百石之契約、對於米之品質、雖未約定、然依於第二百條規定、債務人應給以中等品質之物、選擇債權之選擇權屬於何人、雖未約定、依第二〇八條規定、債務人應屬於債務人、清償債務之抵充、^{清償}債人雖未指定、應依第三二二條規定之方法以定其抵充之次序、抵銷之抵充、雖未確定、依第三四二條之規定、應與清償債務之抵充同其確定之方法等、其內容皆有確定之道、故非無效。

(戊) 行爲之內容須不違反强行法規 見第七一條注

(己) 行爲之內容須不違反公共秩序或善良風俗 見第七二條注

(庚) 行爲之內容須不顯失公平 見第七四條注

(辛) 行爲須具備法定之方式，見第七三條注

(壬) 意思表示須符眞意及無瑕疵，見第八六條八七條八八條及九二條注

第七一條 法律行爲違反強制或禁止之規定者無效。但其規定並不以之爲無效者不在此限。

強制規定
禁止之規定
強制之規定者，命令個人爲一定作爲之法律規定也，或稱之爲強制法規，或命令法規，禁止之規定者，強制個人一定不作爲之法律規定也，或稱爲禁止法規，強制法規與禁止法規皆爲強行法規，不許依當事人之意思表示以排除其適用，故以違反強行法規爲法律行爲之內容者，應以無效爲原則，例如人民有納稅之義務，強制法規也，行求或收受賄賂處刑罰（刑法一二八條）禁止法規也，若法律行爲之內容爲不納稅或爲贈與賄賂，法律上不認其效力。

惟法律行爲之內容雖違反法律強制或禁止之規定，若依其規定並不以之爲無效者，仍爲有效，或非以爲完全無效者，則於一定之範圍內仍有其效力，例如本法第二〇七條一項，利息不得滾入原本，再生利息爲禁止之規定，然依同條二項商業上另自習慣時，則以利息滾入原本，再生利息之行爲亦非無効，又如本法第九一二條，典權約定期

限，不得逾三十年為禁止規定，但依同條逾三十年之約定，非完全無效，在三十年範圍以內，仍有其效力。

禁止之規定如僅禁止其手段，而非禁止行為之內容者，違反禁止規定之法律行為，無無效之理由，例如官吏不得經營商業，禁止規定也然為官吏服務之法規所禁止者，在其手段，非在於法律行為之內容故官吏違反其規定而為經營商業上行為時，其法律行為不能謂為無效。

違反任意法規之法律行為，並非無效，蓋任意法規當事人得以意思表示排除其適用，當事人之意思表示，應先於規定而適用也，例如第三七一第規定買賣標的物與價金應同時交付者，其價金應於標的物之交付處所交付之，然如當事人約定標的物與價金雖應同時交付，但須異其交付之處所者，仍應解為有效，蓋該規定與公益無關，非強制之規定也。

行為之內容雖非直接違反強制之規定，若依於迂回曲折之方法，間接生違反規定，同一之效果者，即形式雖非違反禁止之規定，但實質上係違反禁止規定之精神者，謂之脫法行為，脫法行為在原則上為無效，如依第一〇五條規定約定利率超過周年百分

典名為例文

前大理院
判例解釋

之二十者，債權人對於超過部份無請求權，若債權人預扣其數額或以小費酬謝等名目及其他之方法以達取得周年百分二十以上之利率者，其行為即為脫法行為，不能發生效力（二二〇六條）。又如依公司法，公司不得為他公司無限責任股東，若某公司非以公司之名義為他公司無限責任之股東，而以第三人名義為其股東，實際上由該公司享權利負義務，亦為脫法行為，而非有效。再如官吏之養老金不得轉讓或設定質權，若以委任債權人代領之形式使債權人於領得後充償其債權，其契約為脫法行為而無效。然如禁止法院之趣旨，非絕對禁止發生一定之效果而在於禁止用一定之手段者，則如依其他之手段，以取得同一之效果，雖為脫法行為，仍屬有效。如依第八九三條第二項規定，約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權移屬於質權人者，其約定為無效。若當事人為避免其適用起見，不為設定質權之契約而代之以附解除條件、或買回條件之契約，以達同一之目的，其行為並非無效。

前大理院關於本條之判例解釋例引述如左

法律行為之有效成立，係以行為之標的合法為要件，故其標的若與行為時之强行法規顯相抵觸者，當然不能發生效力（四年上字二一七號）。

以違背法命所禁止之規定爲標的之法律行爲當然認爲無效其由此所生之權利義務即屬不能有效存在賭博在現行法上本爲處罰之行爲故不能由此發生債權債務之關係（二年上字六號）

定期買賣與買空賣空之區別當以買賣當事人在定約之初其意思是否在授受實貨抑僅計算市價差額以定輸贏爲斷如果買賣當事人之初意僅在計算市價差以額定輸贏即爲買空賣空與賭博同科即兩造互爲買空賣空一造所輸之款不能認爲有效成立之債權惟當事人之初意何在究不容僅憑至期有無實貨授受之事實以爲臆測倘其買賣原明於至期以實貨授受爲標的而嗣後因另立轉賣買回之契約或因違約不能履行其結果僅依市價差額以爲賠償者則究與初意即在依市價差額賭賽輸贏者不同仍其能以買空賣空論（七年上存五二二七號）

在信托公司代理他人之買賣行爲如可認爲買空賣空者則其代墊之款項不外係資助犯罪（賭博）之物不應准其有請求償還之權（七年統字八〇八號解釋例）以爲娼爲標的買受良家子女者依現行律例及禁革買賣人口條件其買賣契約當然無效即或原係爲娼復轉行買爲娼者亦同（九年上字八四六號）

民國元年頒布新刑律既將販賣鴉片煙列入專條自後凡屬販賣鴉片煙即爲犯罪行爲雖對外不能因此取銷其條約上所定輸入之年限而人民要當受頒布在後之國法之拘束不得藉口條約設在其所訂輸入年限未滿之中當不爲違法則爲（九年上年九八九條）

凡以違背法律中禁止規定之事項爲標的者、其法律行爲爲無效、如債權人乘債務人之急故違現行法上放債利息不許過三分之規定（現爲週年二分見二〇五條）索取重利而又巧避重利之名將利寫成原本則該借約關於違禁取利之部分自屬無效（五年上字四五七號）

法律典賣田宅門內載有旗地旗房不准民人典買違者處罰之條例此項條例爲嘉慶十五年所纂入至咸豐年間始准旗民交產同治五年編入戶部則例光緒十五年又由戶部奏准規復不准交產舊制光緒三十三年始由東支部奏准刪除故人民在禁止交產時期內抵受旗地者不能生移轉土地所有權之效力（四年上字二二七號）
民國元年三月十日赦令除免條款內之犯罪行爲其刑雖經除免而基於犯罪行爲之
契約仍屬無效（三年上年七五三號）

七二條 第七二條

本條之法
理立由

法律行爲違反強行法規不能發生效力已如前述即未直接違反法律強行之規定而缺乏社會的妥當性違反社會共同生活之要件者如法律予以保護與法律以維持及促進社會爲目的之義背馳故亦不能有效。

公共秩序
與善良風俗

公共秩序者謂國家社會公共之安寧與利益善良風俗者謂國民社會一般之道德觀念兩者皆所以保全社會健全之狀態及維護共同生活之圓滿（參看第二條註）惟直接影響於安甯秩序者謂之公共秩序影響於國民道德者謂之善良風俗違反公共秩序與違反善良風俗雖常相一致然未必盡然例如永遠限制財產權讓與之約束雖不妨礙經濟之流通有背於公共之秩序但無礙於善良之風俗以秘密通姦爲目的之契約雖因違反一般之道德觀念有背於善良風俗然與公共秩序則不相涉。

法律行爲是否違反公共秩序與善良風俗不當僅依因於法律行爲實現之事項定之應觀察構成法律行爲之各種成分就法律行爲之全體及其所生之影響是否有違反社會之妥當性背於公共生活之要件以解決之且如道德觀念雖有理想之成分然不能僅憑當事人或審判官個人之道德觀或理想之道德觀應依現代社會一般之觀念

決定是否
違反公共
良俗之標
準

以爲斷定之基礎

行爲之動
機違反公序良俗
行爲有效其否

法律行爲之動機，通常非法律行爲之內容，故僅純粹之動機，違反公共秩序善良風俗，法律行爲非以其動機爲條件，且未發表而相對人不之知者，例如甲欲殺人而購刀，其相對人不知甲係以殺人爲動機，則買賣之行爲不得謂爲違反公序良俗而非無效。若以其動機爲行爲之條件，構此成行爲之內容時，則其動機之違法，即爲行爲之違法，不能有效。苟雖非以動機爲其條件，然當事人發表之或爲相對人所知時，其行爲是否有本條之適用，尚無定說。但本條係爲保護健全之生活關係，免生反社會性之效果而設，應就行爲各種之事項全體觀察之，如認爲有效，不足以貫澈立法之精神，故以解爲無效爲是。

法律行爲之內容，非違反公序良俗，僅其手段違反時，不受本條之適用，如以脅迫之手段，爲解除契約之行爲時，仍發生解除之效力，惟是否構成妨害自由罪（刑法二一八條二一九條等）及如使相對人爲意思表示時，有無第九十二條之適用係另一問題。

依民事訴訟法規定（第۲۱۹條），僅法律問題得爲第三審上訴之理由，特定

之法律行爲是否違反公序良俗，非僅確定事實之間題，而爲解決是否有本條適用之間題，故爲法律問題，得爲上訴於第三審理由。

法律行爲之是否違反公序良俗，不能依抽象之標準而應依具體之內容以爲認定之基礎，已如上述，其事例至爲繁夥，不能一一類別之，惟爲說明之例示計，得分下列之三類：

(一) 行爲之自身違反公序良俗者，又得分爲(甲)以實行或獎勵公序良俗所禁止之行爲爲內容者，例如以殺人放火賭博姦非等爲內容之行爲是也，(乙)以妨止公序良俗所要求之行爲爲內容者，例如締結勿與夫或妻同居之契約或締結對於窮困之親友勿扶養或援助之契約是也。

(二) 行爲之自身雖非違反公序良俗因法律上強制之而違反公序良俗者 例如終身不給婚之契約，永不遷移住所永不處分財產永不或脫離合夥之契約，一生不就公職之契約，不適當限制營業自由之契約，讓與將來全部財產之契約等，其終身不結婚永不遷移住所永不處分財產永不脫離合夥一生不就公職一生不爲營業讓與將來全部財產之行爲其自身皆非違反公序良俗，然如強制之，則違反公序良俗得爲訴於第三審理由否實例之種類

(三)與金
錢利益相連
結時違反公序良俗者

序良俗矣，故其法律行為爲無效。

(三)行爲之自身雖非違反公序良俗然與金錢之利益相連結時違反公序良俗者，如官吏行使正當職務給與報酬之契約，有正當拒絕證言理由之人（民事訴訟法295條、刑事訴訟法九十八條至一〇〇條）拒絕證言給與報酬之契約以不犯罪爲條件給與金錢利益之契約，其行爲之自身，非特不違反公序良俗，或且爲公序良俗所要求，但如給與金錢上利益時，則生反社會性之影響，而違反公序良俗矣，故非有效。

前大理院

判例解釋

前大理院關於本條之判例解釋例引述如下：

現行法例，凡法律行爲之內容有害於公安公益者當然不能發生效力，……若就屬於自己義務之行爲要挾相對人索取報酬，致訂立契約者，其內容實有害於公安公益，不能認爲有效（三年上字七四二號判例）。

當事人因一方已實施其犯罪行爲，他方遂允爲一定之報酬而締結契約者，其契約在法律上當然無效（一年上字七七號判例）。

共犯間之因犯罪所生之債權關係法律上不予保護（四年上字八一九號判例）。

共同爲不法行爲者其共同行爲人間不能因其行爲發生權利義務（九年上字九
八九號判例）。
（五年上字九九三號判例）。

爲人關說官府所出立之執帖，既出於不法之原因，縱不必爲收受賄賂要自不
能認爲有效之債務，即無保護之餘地（五年上字九九三號判例）。

捆身字約無效，子得錢將女寅捆於丑管領爲娼雖有一定期限子如自願還錢贖
還寅隨時可行（六年統字七二〇號解釋例）。

法律行爲因違反公秩序或强行法規以致無效者，必其法律行爲內容果於公共
秩序或强行法規有所違反，若法律行爲內容並無違反祇其法律行爲之動機違反
者，則其法律行爲仍屬有效，而由此發生之債權債務自非有無效之可言（三年
上字一七八號判例）。

法律行爲之原因與其緣由有別，除依法律規定及行爲性質爲不要原因者外，
如欠缺法律上原因或原因爲違法則該行爲即不能有効成立，即當事人不得主張
由該行爲所生之權利（四年上字二八九號判）。

第七十三條 法律行爲不依法定方式者無効，但法律另有規定者不在此限。

特種之法律行爲依法律規定須具備一定之方式者，即所謂法定要式行爲，法定要式行爲之意義及實例見本節總註。

法律對於特種之法律行爲規定其須具備一定之方式者，其理由不外爲保存證據及防制詐欺二種，法律行爲若不具備法定之方式爲貫澈法律規定之旨趣計，應認之爲無效惟法律如別有規定時則仍應從其規定，例如依第四百二十二條規定不動產之租賃契約其期限逾一年者應以字據訂立之，但依同條規定未以字據訂立者應視爲不定期限之租賃，非完全無效也。

七四條

第七十四條 法律行爲係乘他人之急迫輕率或無經驗使其爲財產上之給付或爲給付之約定依當時情形顯失公平者法院得因利害關係人之聲請撤銷其法律行爲或減輕其給付 前項聲請應於法律行為一年內為之

法律行爲之內容如係使他人爲財產上之給付，或爲將來給付之期約，按行爲時之情形，顯失公平者雖無關於公益，不必即認爲無效，然爲顧全他方及利害關係人之利益起見應許聲請法院撤銷其行爲，或減輕其給付，依本係規定得聲請法院撤銷或減輕給付之法律行爲其要件有三，（一）法律行爲乘他人之急迫輕

乘之意義

率或無經驗，（一）法律行為係爲財產上之給付或爲給付之約定，（二）行為內容依行爲時之情形顯失公平是也。

乘者利用之義，故相對人非特須知其有急迫輕率或無經驗之事實，且須利用之使之爲財產上之給付或爲約定給付之行爲。

急迫之意義非以經濟上之困厄爲限，卽生命身體自由名譽等有卽被侵害或緊急危難之情形，皆得謂爲急迫，例如知他人之急需現款，利用其急需，與之訂立對價不相當之買賣契約，知他人之將被羈押，允爲之具保，而索取不相當鉅額之報酬，知他人有不名譽之行爲，而利用其恐懼之心理，使爲給付財產之契約等是。

輕率者未爲適當考慮之謂，例如利用他人之要務忙集，或極度愉快，知其少考慮之時機，使之爲贈與或其他給付財產之契約是。

無經驗者，爲對於法律行為內容之事項，缺乏相當之經驗，致不能確知其意義與價值之謂，例如利用他人不明物之市價而故高其價格與之爲買賣契約，利用他人不辨貨之優劣而故以劣貨易其良貨等是。

急迫之意義及實例

受益人以
相對人為
限乎

顯失公平
之意義

因給付亦而受利益者，為行為之相對人，或為第三人，並無區別，皆有本條之適用。故甲乘乙之急迫輕率或無經驗使之給付財產與丙，顯失公平者，亦得聲請撤銷或減輕。

顯失公平者，非必給付無對價之意，雖有對價然其對價與給付之財產其價額相差甚鉅數量懸殊，顯然不相稱而失其均衡者亦在其內，是否顯失公平，應以行為當時之情形，依客觀之標準定之，法院因聲請而撤銷其行為或減輕其給付，無非為平不平起見，故如減輕其給付時，減輕之數額，當至與對價相稱而止。

凡法律行為之利害關係人，皆有本條聲請之權利，即給付財產人或因給付而影響於其利益之人若給付人之債權人或對於給付標的物有權利之人等皆是也，

給付人之債權人，本於本條之聲請權，與本於第二百四十四條之聲請撤銷權係相互為用，蓋依第二百四十四條二項債務人所為之有償行為須債務人於行為時明知有損害於債權人之權利及受益人於受益時亦知其情事，債權人方得聲請撤銷其行為，若其所為之行為合於本條規定之要件時縱債務人於行為時不知損害債

有聲請權

行使聲請
權之期限

權人之權利，有利害關係債權人，亦得聲請撤銷或減輕其給付也。惟法律行爲之效力，不當使之久不確定，故聲請權人之聲請應於行爲成立時起一年內爲之，如距行爲之成立已逾一年者，即使聲請權人不知其原因，不得再爲撤銷或減輕之聲請，此本條第二項之注意也。

第二節 行爲能力

第二節 行爲能力

行爲能力，謂爲法律行爲之能力即在法律上能依自己之意思未示，使成立有效法律行爲之資格也。行爲人須有行爲能力，爲法律行爲一般有效要件之一（本章總註）。本法對於自然人之行爲能力，分爲無行爲能力，限制行爲能力，及有行爲能力三種，何時謂無行爲能力，何時爲限制行爲能力，何時有行爲能力，已於第十二條至第十五條明爲規定，至法人之本質既應採實在說（二二章二節總註），則於其權利能力範圍以內，自有行爲能力（二七條註），非若自然人之有無行爲能力與限制行爲能力之區分，其有行爲能力人所爲法律行爲，除缺乏其他之有效要件外（本章總註），即能發生法律上之效力，皆爲當然之事理，無庸以明文之規定。其無法律行爲能力人與限制行爲能力人所爲關於法律行爲之意思表

示，及意思表示之收受在法律上之效果如何，屬於法律行為有效要件之一問題，特於本節規定之。

七五條

第七十五條 無行爲能力人之意思表示無效，雖非無行爲能力人其而意思表示係在無意識或精神錯亂中所爲者亦同。

無行爲能力人即未滿七歲之未成年人（一三條一項）與禁治產人（一五條）。此等法律既以明文規定爲無行爲能力，即不問其實上有無意思能力皆不能自爲法律行爲，故如有特殊智能未滿七歲之未成年人及禁治產人於心神回復中能證明其有意思能力者，其所爲之行爲，亦不能發生效力，雖其行爲係純獲法律上利益，或爲日常生活所必需者亦然，無行爲能力人所爲意思表示既屬根本無效故縱爲法定代理人所允許或經其承認者亦不能發生效力。

無行爲能力人之意思表示無效是否以關於財產上之行爲爲限，抑係包括身分上之行爲而言，尚無定論然以不包括身分上之行爲爲通說，蓋身分上之行爲，應以本人之意思爲重，原則上不得由他人代理之，故關於身分上之行爲，即爲無行爲能力人，苟於事實上有意思能力者，若禁治產人在精神回復中時亦得無

之，惟法律如有特別之規定時，自應從其規定，例如禁治產人於訂立變更或廢止夫妻財產制之契約時，應得其法定代理人之同意「一〇〇六條」，及無行爲能力人不得爲遺囑（一一八條）是也。

無意識或
精神錯亂
中所爲之
意思表示

雖非無行爲能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中者，如於睡夢中、泥醉中、受催眠術中、疾病昏迷中、偶發的心神喪失中、一時之昏迷不省人事中等，以其不具備效果意思與表示意思（見四章二節總註），本不得認爲有意思表示，自無從發生其效力，本條特與無行爲能力人之意思表示並予規定爲無效，係出於立法上之便宜耳。

七六條

第七十六條 無行爲能力人。由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示。
無行爲能力人之行爲既屬無效，若無法定代理人之制度，使法定代理人代爲其法律行爲，則無行爲能力人之權利能力，勢將無由實現。故本條規定應由其法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示，即無行爲能力人如欲對於他人爲意思表示時，應由其法定代理人代爲之。他人如欲對於無行爲能力人爲意思表示時，亦須由其法定代理人代受之，方爲有效，以保護其利益。

法定代理人者，其代理權之賦與，係本於法律之規定，非基於本人之意思，
爲委任代理人以外之代理人（參觀茅第十一章即未成年人之父母或監護人及禁治產人
之監護人是也（一〇八六條一〇九八條及一一二三條一項），惟其代爲或代受意
思表示，亦應以關有財產上行爲爲限，身分上行爲不包含之（參觀前條註），而
監護人爲受監護人處分其不動產時，應得親屬會義之允許（二〇一條一一三
條。）

七七條

第七十七條 限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許
，但純獲法律上利益或依其年齡及身分日常生活所必需者不在此限。

限制行爲能力人即七歲以上未結婚之未成年人（一二三條二項三項），此等人雖
非全無意思能力，然其知識尙未充分發達，及其單獨所爲之行爲，卽能發生效
力，殊非限制行爲能力人之利，故俾法定代理人以能力補充權，使限制行爲能
力人所爲之意思表示，及所受之意思表示，除純獲法律上利益或依其年齡及身
分日常生活所必需者外，須得法定代理人之允許，其未得允許所訂立之契約
須經其承認方能發生効力（參觀七九條註）。

力
能
力
人
爲
制
行
爲
意
思
表
示
能
力
人
爲
代
表
權
與
法
定
人
之
能
力
補
充
理
與
法
定
人
之
能
力

限制行爲能力人之法定代理人，即七歲以上未結婚未成年人之父母或監護人（一七〇六條一〇九八條），限制行爲能力人應得法定代理人允許或承認之意思表示，亦以財產上行爲爲限，身分上行爲除法律有特別規定外，不在此限。故在原則上限制行爲能力人關於身分上之行爲，如有意思能力時，得單獨爲意思表示及受意思表示，其在法律上有特別規定者，如男未滿十七歲女未滿十五歲者不得訂定婚約（九七三條），未成年訂定婚約應得法定代理人同意（九七四條），男未滿十八歲女未滿十六歲者不得結婚（九八〇條），未成年人之結婚，及離婚應得法定代理人同意（九八一條一〇四九條），未成年人未得法定代理人同意而結婚者如未懷胎，法定代理人得自知悉其事實起六個月內或於結婚後一年以內向法院請求撤銷之（九九〇條）未成年人訂立變更或廢止夫妻財產制契約時應得法定代理人同意（一〇〇六條），限制行爲能力人雖無須經法定代理人之允許得爲遺囑但未滿十六歲者不得爲遺囑（一一八六條二項）等是也。

允許者，對於限制行爲能力人所爲之意思表示或意思表示之收受於事前或同時表示其同意之謂也。因法定代理人之允許，使限制行爲能力人所爲之意思

表示或意思表示之收受發生効力，此能力被充權之名所由來也。

允許應以意思表示爲之，爲有相對人之單獨行爲，非構成法律行爲之一部，應適用關於意思表示及法律行爲之規定，且因其自身爲法律行爲，即使所允許之法律行爲爲要式行爲，其允許仍非要式，不問明示暗示皆得爲之，惟其目的在於補助他法律行爲，使之發生其効力，故非獨立之法律行爲而爲補助之法律行爲（四章總註）。

允許之作用，旣爲補充限制行爲能力人之能力，其得向限制行爲能力人爲之，自屬不成問題，至其能否向限制行爲能力人之相對人爲之，雖似有疑義，然依第一百十七條規定，法律行爲須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕得向當事人一方爲之，則允許如對於限制行爲能力人之相對人爲之，自亦不能認爲無效。

法定代理人對於限制行爲能力人爲意思表示及受意思表示之允許，須各個的分別爲之乎，抑得概括的爲之乎，學說頗有爭議，惟如法定代理人對於限制行爲能力人之一切行爲，得爲無限制之概括允許，是無異使限制行爲能力人成爲

有行為能力人，非法律之所許，然若法定代理人對於得預見之多數行為，同時為概括之允許，如對於限制行為能力人關於求學旅行，或服務等範圍內之多數行為，預為概括之允許者，自非無效，該限制行為能力人在該範圍內之行為自不必再得其分別之允許。

限制行為能力人於得允許後已為或已受意思表示時，則因其已發生效力，法定代理人自不得撤還其允許以妨害他人之利益，惟在限制行為能力人未為或未受意思表示以前，法定代理人得將其允許撤回之，允許經撤回後，與未為允許同。限制行為能力人於撤回允許後所為或所受之意思表示，與未受允許同。

限制行為能力人為意思表示及受意思表示所以應得法定代理人之允許者，原為保護限制行為能力人之利益，然如其行為係純得法律上利益，則雖未得法定代理人允許，亦無不利益之可言，又或依限制行為能力人之年齡，身分為其日常生活所必需者，如必須個個得法定代理人之允許，適於限制行為能力人不利，故本條但書，設為例外，限制行為能力人為意思表示及意思表示時，雖

(一) 純獲
法律上利益者

未得法定代理人之允許，亦生效力。所謂純獲法律上利益，即依法律行為之性質，或取單得權利、或單免除義務，如無負擔贈與之承諾，無負擔遺贈、承認，免除債務之接受，單負義務契約之解除、單負義務契約之終止，為享受契約利益之第三人時為享受之表示（二六九條二項）等是也，不應僅以在經濟上是否有利，為解決之標準，故即於經濟上於限制行為能力人有利，然在法律上非純獲利益者，如以低價購買貴物以劣貨易取珍貨，仍應得法定代理人之允許，方為有效。

日常生活所必需者，為於生活上日常之所必需，如必須經法定代理人之允許，反足以妨礙限制行為能力人之生活也，是否為日常生活所必需，應依限制行為能力人之年齡身分定之，如在求學時期，則購買該時期內所需之書籍儀器以及製備日常生活所需之衣服等行為，皆得認為日常生活所必需，無須得法定代理人之允許，如以寡人子而購買華貴之衣服，或珍侈之用具，則依其身分，不得謂為日常生活所必需，若未得法定代理人之允許，自非有效。

法定代理人對於限制行為能力人依於本條之規定，固有能力補充權，對外限

(二) 日常生活所必需者

制行為能力人之代理權

制行為能力人之意思表示及受意思表示，得予以允許，使之發生効力，然法定代理人於其能力補充權外，本於其法定代理人之關係，尚有代理權，得代限制行為能力為意思表示，及受意思表示，理之當然。

第七十八條 限制行為能力人未得法定代理人之允許所為之單獨行為無效。單獨行為即得由一方面之意思表示成立之行為也（參觀四章總註），如解除契約，免除債務捐助財產等，大抵於行為人方面發生損失，故如未得法定代理人之允許應為無效，縱事後經法定代理人之承認，亦不能發生效力。

第七十九條 限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂之契約，須經法定代理人之承認，始生効力。

契約為雙方行為（參觀四章總註），係與相對人雙方所訂定立，在原則上自亦應得法定代理人之允許，方能發生效力，若事前未得法定代理人允許而於事後經法定代理人之承認者則依本條規定亦使之發生效力。且其契約在未經承認以前，固非有效，然一經承認，則除有特別有訂定外，應溯及於訂立契約時發生其效力（一一五條）。

制行為能力人所為之契約

承認者，事後同意也，亦應以意思表示爲之，~~而~~爲有相對人之單獨行爲及爲補助之法律行爲，應適用關於意思表示及法律行爲之規定，及其表示得向限制行爲能力人或其相對人爲之，皆與允許同（七七條註），但契約一經承認，即溯及於訂立契約時發生效力，故其承認，除有撤銷之原因得以撤銷外（八八條八九條九二條），不得撤回。

第八十條 前條契約相對人，得定一個月以上之期限，催告法定代理人，確答，是否承認。

於前項期限內，法定代理人不爲確答者，視爲拒絕認承，

限制行爲能力人未得法定代理人允許所爲之單獨行爲，應屬無效（七八條），縱爲有相對人之單獨行爲，其法律關係，亦不致有不確定之狀態，惟如前條規定，限制行爲能力人未得法定代理人允許所爲之契約，一經法定代理人承認，即能發生效力，~~且~~其效力以溯及於訂立契約時爲原則，則其在未爲承認以前，限制行爲能力人之利益，固已充分保護，然其相對人之地位，須因法定代理人之承認與否而生影響，致陷於不確定之狀態，故本條及次條第二項爲保護相對

人之利益起見，使其除得依第八十二條規定苟非於訂立契約時知其未得允許者，得在未經承認前撤回外，不屬於訂立契約時是否知其未得允許，並得為承認之催告，以除去其不確定之狀態。

契約相對人得為催告之權利，謂之催告權，因催告權之行使得使不確定之法律關係成為確定，故為形成權，催告係通知他造確答其是否承認，非以有發生催告效果之欲望為必要，故非意思表示，而為意思通知，惟於性質上頗與意思表示相類似，故為準法律行為，應準用關於意思表示及法律行為之規定（參觀四章總註），

催告之內容

催告之內容祇須能認識為要求，催告人確答是否承認之意旨，並須有一個月以上之限期，如不能認識為要求確答其是否承認，或未附有期限，或雖附有期限，然其期限未滿一個月者，皆無催告之效力，至其期限之計算，應準用九四條九五條一項，自催告發生效力時起算，

催告之方法

並無一定之限制，無論為書面為口頭皆可，惟在限制行為能力人限制原因消滅以前，應向法定代理人為之，於限制原因消滅後，則應向本人為

之(八一條註)。

力 催告之效

催告權及
催之性質

契約相對人向限制行為能力人之法定代理人爲承認之催告後，如法定代理人於期限內確答承認，則其契約溯及於訂立時發生效力（二一五條），如確答拒絕承認，則契約即確定爲自始無效，若於期限內不爲確答時，則應認爲承認與否，不可不可以明文定之，本條第一項，則爲保護限制行為能力人起見，明定視爲拒絕承認，即確定其契約爲無效，若於期限屆滿後再爲承認，其承認不能發生效力。

視爲之意義

視爲者，不問特定事實之有無，法律上使其與有該事實者發生同一效果之謂，有確定法律上效果之意義，與推定之僅爲假定之意義者不同，故在推定得由當事人提出反證，以證明其不實，而在視爲則即使與真正事實不符，亦不許其反證，故如法定代理人於限期內不爲確答縱其本意實欲作爲承認，不得證明其事實以發生其效力。

第八十一條 限制行為能力人於限制原因消滅後承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認有同一效力。

八一條

前條規定於前項情形準用之。

限制行為能力人於
限制原因消滅後所
爲之承認

相對人於
限制行為
能力人限
制原因消
滅後所
爲之催告

限制行為能力人之限制原因消滅，即由未成年或爲成年或結婚是也，其於限制原因消滅以前，未得法定代理人允許所訂立之契約雖尙未經法定代理人承認，然於限制原因消滅後，既已有行爲之能力，自不得再由未消滅前之法定代理人代爲承認，應使其自己之承認，與法定代理人之承認發生同一之效力，即使其契約得因其自己之承認溯及於訂立時發生效力（七九條註）以維護其利益。

限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，在限制原因消滅以後，既得因本人之承認而發生効力，則在其未爲承認以前，其契約相對人仍居於不確定之地位，故仍應使相對人有催告權俾法律關係早得確定，惟其得爲承認之權，不在於從前法定代理人，而在於本人，故其催告亦自應向本人爲之，日應準用前條之規定，如催告之內容爲須請求其本人確答是否承認，並附以一個月以上之期限，如本人於期限內不爲確答時，應視爲拒絕承認，均與於限制原因未消滅前，向法定代理人所爲之催告無異。

第八十二條 限制行為能力人所訂立之契約，未經承認前，相對人得撤回之，但

訂立契約時知其未得允許者不在此限。

一般契約之要約或承諾，雖得撤回，但撤回之通知，須與所撤回之要約或承諾同時或先時達到者方為有效（九五條一項二六二條二六三條），然在限制行為能力人未得法定代理人允許所訂立之契約，既得因承認與否而影響於相對人之地位，雖相對人有催告權，然尚不足以充份保護其利益，故使相對人於催告權外更有撤回權，祇須在法定代理人未為承認或限制行為能力人於限制原因消滅後未為承認以前得隨時撤回，以確定其無效。

相對人之撤回權，得使可因承認發生效力之契約確定為無效，故為形成權，在限制行為能力人限制原因未消滅以前，應向其法定代理人以意思表示為之，於限制原因消滅以後，應向其本人以意思表示為之，故為有相對人之單獨行為。應適用關於意思表示及法律行為之規定，相對人於撤回以後，固不得再為催告，然於催告以後，未確答以前，仍不妨其為撤回，惟相對人，撤回權，須於訂立契約時不知未成年人未得允許者，方得為之，若於訂立契約時已知其未得允許，則僅得為承認之催告，無與以撤回權之必要，至相對人之不知有無過失

及於訂立契約後是否即知其未得允許，皆所不問，但如係限制行爲能力人用詐術使相對人信其得法定代理人之允許者，則因其契約爲有效，不生撤回之問題（八二條註 相對人之有撤回權，既以於訂立契約時不知其未得允許者爲限，對於不知之事實，自應由相對之負舉證之責任。

八三條

第八十三條 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者其法律行爲爲有效。

如限制行爲能力人用詐術使相對人誤信其爲有行爲能力人，或已得法定代理人允許時則限制行爲能力人之利益，已無保護之必要，此時應以相對人之利益爲重，故其法律行爲不必待法定代理人補充其能力，應爲有効而其契約之相對人亦無庸有催告權及撤回權。

使人信其行爲有能力人或已得法定代理人之允許者，祇須使人對於該行爲信其爲有行爲能力人或已得法定代理人允許爲已足，不必使人信其爲一般之有能力人，在限制行爲能力人方面固須有使人誤信之故意，且須曾用具體之詐欺手段，如僞造或變造戶籍簿繕本僞造法定代理人之允許憑證僞造結婚證書

適用本條
之要件

或使人爲言其爲成年人或已結婚或已得允許等，若爲單純之沈點或僅告人以已滿成年，依通說尙不得認爲已施用詐術，又須相對人之誤信，與限制行爲能力人所用之詐術，有因果之關係，故如限制行爲能力人雖用詐術而其相對人並未因之誤信，或相對人雖屬誤信，然並非因於限制行爲能力人之詐術，則尙無本條之適用。

合於本條規定之要件時，相對人尙得依第九十二條之規定，以撤銷其意思表示乎，通說以法律行爲之效果，並非反於相對人之預期，故相對人之意思表示不得撤銷，例如未成年人用詐術使相對人誤信其爲成年人因與之訂立買賣契約時，該未成年人雖有詐欺，然買賣契約之效果，完全合於相對人之預期，故不得以此爲理由以撤銷其契約，惟因限制行爲能力人之詐欺，致相對人關於其他之事實亦陷於錯誤時自仍得適用第九十二條規定以撤銷之，法定代理人允許限制行爲能力人處分之財產，限制行爲能力人就該財產有處分之能力。

立特
別

允許處分
財產之性質

人得許其就特定之財產，為自由之處分，限制行為能力人對於該財產之個個處分，為立特為之，並必逐一徵取法定代理人之允許，實於限制行為能力人有利，允許處分財產之性質，為有相對人之單獨行為為補助之行為與對於一般法律行為之允許同（七七條註），其允許使限制行為能力人就該財產有處分之能力性質上僅得向限制行為能力人為之，不必具備一定之方式，法定代理人於限制行為能力人未為處分以前並亦得撤回其允許或限制之。

法定代理人於為允許之時有指定處分之目的者有不指定者，如有指定目的時，則其處分，自不得超越於目的以外，利如法定代理人允許限制行為能力人為求學之目的，得處分現洋一千元時，限制行為能力人於求學目的之範圍內，固得自由將該洋繳納學費，購買書籍，及為其他之使用，若出於求學目的以外，而為捐助贈與或購買與學業無關之物件事，仍應適用第七十七條至第八十二條之規定，且其允許處分之財產必須有一定之範圍，如為全財產處分之允許時，則將與解除行為能力之限制發生同一之結果，非法律之所許。

限制行為能力人因法定代理人之允許，就該財產有處分之能力，故其對於該財產與限

部財產，得獨立爲有効之處分行爲，處分行爲者爲移轉或變更財產上權利之行爲也、限制行爲能力人既得獨立有効爲移轉或變更財產上權利之行爲，則其得獨立有効就該財產爲管理保存或改良等行爲，並得爲處分前提之債權行爲，皆無疑義，因允許處分財產之處分而更取得財產時，限制行爲能力人對於所取得之新財產，亦應有處分之能力，惟原財產處分之允許附有一定之目的者，新財產之處分亦不得出於原定目的範圍以外。

第八十五條，法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者，限制行爲能力人關於其營業有行爲能力。

立法理由
制限行爲能力人就其營業有不勝任之情形時法定代理人得將其允許撤銷或限制之

限制行爲能力人達於相當之年齡，其智識有較爲發達者，爲補充家計歷習經驗或適應其他實際上需要起見，往往有使其獨立營業之必要，若於其營業上之行爲均須經法定代理人之允許，不特於事實不便且有礙於交易之安全，故如其法定代理人基於實際上之需要，認該限制行爲能力人能獨立營業時，得允許其獨立營業，以擴張其行爲能力，俾其關於該營業所爲之行爲不必得法定代理人之允

東吳法律學院講義

一八八

許，完全有効，與上條同適應限制行爲能力人實際上需要之規定。

法定代理人允許限制行爲能力人營業，係擴張~~又~~限制行爲能力人之能力，使其於營業範圍以內，除去其能力上之限制，而與有行爲能力人無殊，非僅以補充限制行爲能力人之能力，與對於限制行爲能力人爲概括之允許不同，允許營業爲有相對人之單獨行爲，及爲補助行爲，與其他之允許同，惟其相對人必爲限制行爲能力人，而其方式亦無一定之限制，無論爲明示爲點示皆可。故如法定代理人任限制行爲能力人開設新營業，或繼續經營其所承繼之舊營業，而未加阻止者，得認爲點示允許其營業。

營業者，謂以營利爲目的反覆爲同種類行爲之一切職業也，故不限於商業，如工業農業礦業漁業林業畜牧業等皆營業也，然若爲個個無連絡之營利行爲，或非爲業務之主體而爲他人之雇傭人，及僅爲營利社團之社員者，皆非營業，營業祇須以營利爲目的，究其於事實上是否獲利則非所問，且不必單獨經營，即於他人共同經營，亦無礙其爲營業。

法定代理人於爲允許之時得指定以一種或數種之營業爲限，亦得不指定其種

類任限制行為能力人之自擇。

法定代理人允許限制行為能力人營業後，限制行為能力人關於其營業，為有行為能力人者，其法定代理人就關於營業範圍內之行為，無法定代理權不得代為其行為，亦不得於為允許之時，對於關於營業之特定行為，保留其允許權，限制行為能力人關於營業之行為縱經其法定代理人表示不同意，亦為有效。

限制行為能力人所為之行為，是否關於營業之行為，應依社會上之一般見解即客觀之標準決定之，非應以限制行為能力人或相對人主觀之標準決定之，且所謂關於營業之行為者，不僅限於為營業自身之行為，凡與營業有關聯之行為，如營業之準備行為，補助行為及訴訟行為等皆包含之，故如法定代理人允許限制行為能力人為賣買業時，限制行為能力人不僅為買入及賣出商品之行為有行為能力，即因經營買賣而為租賃店屋之行為等，亦有其能力。

允許限制行為能力人營業，既能使限制行為能力人關於其營業有行為能力，若於允許以後，發見該限制行為能力人之知識經驗尚有未足，或有其他不能勝任之情事，殊於限制行為能力人不利，故使法定代理人以限制行為能力人就其營業有

不勝任之情形時爲限得撤銷或限制其允許，以救濟之。

撤銷允許者使允許之效力完全消滅，即係限制行爲能力人因允許關於其營業所擴張之行爲能力，歸於消滅，仍回復其限制之狀態。嗣後關於其營業之法律行爲，須得法定代理人之允許與一般之法律行爲無別。限制允許者，如限制營業之種類或方法等，爲允許一部之撤銷，限制行爲能力人於限制允許後，在限制範圍以內，仍有行爲能力，惟在限制範圍以外，雖亦關於營業之行爲，其須得法定代理人之允許，與一般法律行爲同。

允許營業之撤銷及限制，由法定代理人以意思表示向限制行爲能力人爲之。爲有相對人之單獨行爲，應適用關於意思表示及法律行爲之規定，不須備何等之效力，其效力在性質上祇對於將來而發生，不溯及於既往。與因於意思表示之瑕疵而撤銷其意思表示者不同。（參觀八十八條八十九條九十一條及一一四條註）在允許未撤銷或限制以前，限制行爲能力人關於營業所爲之行爲仍完全有效，不因嗣後之撤銷或限制而發生影響。

但法定代理人於允許限制行爲能力人獨立營業時應有慎重之考慮，故於爲允許撤銷或限制營業之性質及效力

許以後不得基於個人主觀之意見，任意撤銷或限制之，必須於限制行為能力人就其營業有不勝任之情形時方得為之所謂有不勝任之情形者，即須已發見其限制行為能力人於其營業有不能勝任之具體事實若繼續其允許，則於限制行為能力人不利之義，是否具備此撤銷或限制允許之要件，亦應從客觀之標準決之，非法定代理人所得任意依主觀之見解斷定之也。

東吳法律學院講義

一九二

第三節 意思表示

意思表示
之意義及
其要素

意思表示爲組成法律行爲之要件。乃欲發生私法上一定效果意思之表現也。其要素有三：（一）欲發生私法上效果之意思，即效果意思。（二）有將效果意思表示於外部之意思，即表示意思。（三）基於表示意思而爲表示之行爲，即表示行爲是也。

内心之效果意思與表示上之效果意思

效果意思爲欲發生私法上效果之意思也。存於内心者爲内心之效果意思。表現於外部而爲他人所得認識之者爲表示上之效果意思。表意人以内心之效果意思，因於表示而表現於外部爲設例。即内心之效果意思與表示上之效果意思常相一致。然若爲非真意之表示，雖有表示上之效果意思，而無内心之效果意思所（如八六至八八條），其意思表示亦得成立。惟如僅有内心之效果意思，他人依於通常之理性不能認識之者，自無意思表示之可言。故表示上之效果意思爲成立意思表示絕對之要素。内心之效果意思，通常雖爲意思表示之要素，然非不可缺者爲成立意思表示相對之要素。

關於效果意思之內容有法律效果與濟效果二設

法律效果說以由法律行爲所生法律上之一切效果爲效果意思之內容。其非難爲吾人爲法律行爲之時，對於行爲在法律上之性質，及其所生法律上之效果，一一理解而認識。難說及法律效果之意內容，及其非果。

之爲法律家所難，況於常人，故以法律行爲所同法律上一切效果爲效果意思之內容反於交易上之實驗。

說及
經濟效果
難

經濟效果說，以由法律行爲所生經濟上或社會上之效果爲效果意思之內容，其非難爲信如此說，則如債務人欲免債權人之扣押移轉財產於他人或非消費借貸之債務人與債權人以合意更改爲消費借貸時，其表意人僅有發生法律上效果之欲望，將不得謂爲效果意思之內容，且同欲發生經濟上某種效果之目的，因依於法律手段之不同，有達其欲望與不達其欲望者，此經濟效果說之謬也。

本書所探
之見解

自法律之目的與交易之實際觀察之極端之法律效果說與極端之經濟效果說，皆不可採而效果意思之內容要爲以依於法律上手段之意旨以發生爲私法效果主要事實之欲望，分述之如左。

(一)效果意思須有發生爲法律效果主要事實之欲望。法律對於特種之法律行爲所附與之效果，非具有深湛之法律知識，難認識其全部，表意人以對於爲法律主要效果之事實，有其認識與欲望爲已足，對於爲法律附與附隨或補充之效果，縱無其認識與欲望，亦無礙於意思表示及法律行爲之成立，故如土地之買賣契約，當事人祇須有移轉所有

權及給付價金之合意其地役權之隨同移轉及賣主所負權利與瑕疵担保之義務即非
当事人所認識亦發生其效力

(二)須有依於法律上手段之意旨 當事人如無依於法律手段之意旨即無發生權利
得喪變更或影響其得喪變更之旨趣時不得謂為法律上之意思表示而法律無附
與效果之理由例如子使用父之衣服時無使用借貸契約之成立。

對於效果意思心理上之性質有希望與欲望二說以欲望為現在之通說蓋以意思
表示為要件之法律行為私法上之自治行為法律於原則上因表意人之欲望而
與以所欲之效果故組成效果意思之心理作用係以法律行為之效果為其對象非
以效果為對象之心理作用不成立效果意思此法律行為與其他之適法行為所由
區別也。

表示意思謂將效果意思依於表示行為 而表示之意思為連絡效果意思與表示
行為之心理作用蓋意思表示之成立效果意思與發表之動作須有因果之關係如
吾人雖有效果意思因偶然之動作適合於其表示而無因果關係存於其間者不能
成立意思表示表示意思即為連絡兩者因果關係之決意故為意思表示第二段之
要素

效果意思
之性質

表示意思

表示意思
之本質
(甲)目的
(乙)主義
觀念

表示行爲

行為意思

表示力

關於表示意思之本質或以爲對於表示行爲之表示力須具有欲望或以僅有表示力之認識爲已足前者謂之目的主義後者謂之觀念主義以觀念主義爲通說故如於特種情形(特別習慣特約或法律規定)表意人知沉默可爲意思之表示特對於其沉默雖無表示力之欲望仍不失爲意思表示。

表示行爲者使外界認識其效果意思之行爲(身體動靜)爲意思表示第三段要素由主觀言之爲本於表示意思而依於行爲意思所爲之行爲由客觀言之爲適當於表示效果之意思且有表示力之行爲。

行爲意思不可與表示思想混同表示意思爲依於表示行爲以發表其效果意思之意思行爲意思則爲表示行爲之意思即爲有表示力身體動靜之意思也例如以點首表示承諾之行爲依於點首以表示其承諾之意思表示意思也而點首之意思則行爲意思也無行爲意思之身體動靜非行爲也故如睡夢中之言語因於強制力不能抵抗之舉動等皆非表示行爲。

表示行爲須有表示力表示力一稱表示價值即適於認識效果意思存在之力也表示力之有無不當依表意人或相對人一方主觀之標準定之而應依客觀之標準定

之對於特定人之意思表示、因於特約慣例或其他之原因就特種之行為如暗號信號等有特殊之意義時雖為一般人所不認識尚得謂為有客觀之表示力否則應綜合諸般具體之情事從於信義之原則依社會觀念上適當公平見解決之。

單純之沈默通常無表示力故不得以沈默為意思表示之方法例如對於契約之要約不為拒絕之回答不得謂為有承諾之表示惟如合於前述之標準於特種情形足認為有一定之表示時不問因於當事人之特約或依於交易上之信義亦得以之為表示之方法即依於交易上之慣例事項之性質及當事人之關係等表意人若有相反之意思時從於信義之原則須有積極之表示而不為時其單純之沈默得認為依於消極方法之意思表示例如於法定代理人前與七歲以上之未成年人訂立契約法定代理人之沈默於其情形得認為同意之意思表示又法律有於特種情形規定其沈默視為一定之表示者如第八十條二項八一條二項第一七〇條二項等是也意思表示得因種種標準分類如左

(一)獨立之意思表示與不獨立之意思表示

獨立之意思表示不待他意思表示之結合獨立組成法律行為之意思表示也凡組

意思表示
之分類
(一)獨立
之意思表示
(二)與之
意思不獨
立

獨立之意
思表示

從屬之意
思表示

(甲)補充
之意思表
示

(乙)破壞
之意思表
示

(丙)確定
之意思表
示

不獨立之
意思表示

是也

(二)對於特定人之意思表示與對於不特定人之意思表示

對於特定人之意思表示，即有相對人之意思表示，以有相對人之受領為要件之意
思表示也。至相對人之為一人或數人在所不問，例如解除（二五八條一項）免除

(二一〇九條)抵銷 (三三五條一項) 及契約之要約承諾等是也。

對於不特定人之意表示，即無相對人之意表示，非以相對人之受領為要件之意思表示也。例如捐助行為(六〇條)設立社團行為(四七條)廣告(一六四條一項)遺囑等是也。

(三)明示之意思表示與默示之意思表示

(三二)明示
之意思表示
與默示
之意思表示

(甲)主觀
說

默示之意思表示亦須有積極之動作，以爲表示之方法，故與沈氏不同。明示默示之別區有主觀與客觀二說。

主觀說以表意人之目的爲區別之標準，表意人以直接表示其效果意思爲目的者，爲明示之意思表示。表意人以使人間接推知其效果意思爲目的者，爲默示之意思表示。

客觀說以表意人表示之方法爲區別之標準，(一)或以依言語或文字之方法爲表示者，爲明示；依其他方法之表示爲默示。(二)或以依相對人一目了然之方法爲表示者，爲明示；否則爲默示。(三)或以依交易上習慣或約定之方法爲表示者，爲明示。

(乙)客觀
說

依其他之方法爲默示

前大理院三年上字一二〇三號判例裁「意思表示有明示默示之別，所謂默示者雖未以言語行動明白表示其意思，而亦必另有他種舉動足以間接推知其意思。若單純之沈默不得謂爲默示」同院四年上字九六〇號判例載「行爲人雖未明示何種意思，而依其行爲由理論上或經驗上當然可斷定有該意思者，始得謂爲有默示之意思表示」是傾向於主觀說者也。

(四)要或意意思示與不要式意意思示

須具備法定或約定方式之意思表示爲要式意思表示無須具備一定之方式者爲不要式意思表示，凡組成要式行爲之意意思表示皆要式之意意思表示也。（參觀

註）近世法律以方式自由卽不要式爲原則，而以要式爲例外，其所以及此例外之理由無非爲（一）明白確實（二）保存證據（三）防免輕率詐欺與錯誤起見，而所規定之方式則不外爲（一）字據（二）一定記載之書據及（三）在一定公務員或證人前之表示是也。

(一) 意思
主義

思主義表示主義及折衷主義之分，意思主義以意思表示發生效力之基礎，爲表意人內心之效果，意思法律因表意人所欲而賦與以效力，表示不過使人認識內心效果意思之方法，故無內心效果意思之表示法律上不生效力。

(二) 表示
主義

表示主義所意思包藏於心中，他人僅依其表示而認識之爲保護相對人利益及交易安全計，法律上所生之效果應以表意人之表示爲標準，故表示與內心之真意不相符時，仍應有其效力。

(三) 折衷
主義

折衷主義以極端之意思主義保護表意人過厚，而不顧第三人之損害，極端之表示主義，則保護第三人過當，而不顧表意人利益，兩者皆有所不取，法律爲保持當事人之公平並顧交易上之安全，應根據社會之需求，爲折衷之規定，本法第八六條至第八八條等規定是從於折衷主義者。

第八六條 表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲意思表示者，其意思表示不因之無放。^故但其情形爲相對人所明知者，不在此限。

表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲之意思表示，即表意人於心中保留其真意，而爲非真意之意思表示，與次條規定之虛偽意思表示同，爲意思與表示致

意之不一致學者稱之爲心中保留其要件如左

(一) 意思表面之存在 卽其表示須有有表示力之表示行為雖不具備内心之效果意思但須有爲意思表示其他之要件否則其表示當然無效不生心中保留之問題

(二) 表示與真意不一致 卽表示上之效果意思非有一致之内心效果意思否則亦無心中保留之問題

(三) 表意人明知其不一致 表意人如不知其不一致是爲錯誤之意思表示(一)條
而非心中保留

(四) 非與相對人通謀 如表意人與相對人通謀而故意爲不一致之意思表示是爲虛偽之意思表示(八七條)亦非心中保留

苟具備上述之要件即有本條之適用其出於何種動機及表意人豫期相對人等之認識與否在所不問例如欲博他人之歡心故爲贈與之意思表示實無贈與之真意或欲誇示其珍物之價值故爲以一百萬元出賣之要約實無爲要約之真意若出於欺罔相對人或第三人之動機而爲非真意之意思表示其非出真意豫期他人之不認識者也

心中保留
之效力

決定相對
人明知之
時期

但書規定
得對抗善意
第三人

若爲諧謔表示、如爲戲言或舞台上之演述等、則其非出真意豫期他人之認識者也。心中保留雖無內心之効果意思、然自客觀觀察之、固爲有表示力之表示行爲與、有內心効果意思無異、故爲保護相對人及第三人起見、仍以有効爲原則、其爲單獨行爲之意思表示、抑爲契約上之意思表示、爲有相對人之意思表示、抑爲無相對人之意思表示、無區別、惟有相對人之意思表示、其非出於表意人真意、於行爲當時、依行爲之身體或其他之情由、爲相對人所明知者、無保護相對人之必要、故應爲無効。非真意之表示、爲相對人明知與否、應依行爲當時之狀態定之、如相對人於行爲當時、不知其非真意、其後始知之者、仍不因之無効、所謂行爲之當時、即相對人了知意思表示、心中保留之意思表示、於例外無効時、能否以其無效、對抗善意第三人、有積極與消極兩說、例如某甲戲以其時計贈於乙、乙知其諧謔、更以之贈與於善意之丙、依積極說、甲得向丙收回其時計、僅於乙丙間、生賠償損害之間題、依消極說、則不然、通觀本法規定之全體、對於意思表示雖係採折衷主義、然係以意思主義爲原則、而以表示主義爲例外、但書既僅稱不在此限、無限制之規定、則不問立法之是否、辭釋上究應從積極說爲是。

無相對人
之意思表示
示有但書
之適用否

本條因不問爲有相對人之意思表示或無相對人之意思表示均同其適用然但書之規定通說以適用於有相對人之意思表示爲限雖然若其非出真意於客觀明瞭時則自無効力可言故如戲爲遺囑或戲拋棄其動產之所有權若依其情形客觀的知其爲諾譴時其意思表示不能發生効力遺囑上之受遺人不能主張其權利第三人亦不得因佔有而取得動產之所有權也

舉證責任

心中保留是否爲相對人所明知或爲事實問題無一定之標準如相對人是否知表
人有爲戲謔之慣行及其他當時一切之情形皆得爲認定之資料如當事人主張其意
思表示爲有効祇須證明有意思表示之存在不必證明其心中保留之不存在如主張
其意思表示爲無効則不僅須證明其有心中保留且須證明相對人之明知之事實
因於脅迫而爲心中保留之意思表示同時應有第九二條之適用如其由於脅迫而非
出于真意爲相對人所明知或因過失而不知時應適用本條但書之規定其意思表示
爲無効如爲相對人所不知且無過失時例如甲脅迫乙向丙爲贈與之表示意思丙不
知甲之脅迫並不知乙之心中保留時其意思表示爲有効但仍應適用第九二條乙得
撤銷其意思表示也

與九二條
之關係

八七條

第八七條 表意人與相對人通謀而爲虛僞意思表示者。其意思表示無效。但不得以其無効對抗善意第三人。

虛僞意思
表示

虛僞意思表示。隱藏他項法律行爲者。適用關於該項法律行爲之規定。

表意人與相對人通謀而爲之非真意意思表示。謂之虛僞意思表示。由虛僞意思表示構成之法律行爲。謂之假裝行爲。虛僞意思表示之構成要件。須（一）有意思表示之存在。（二）表示與真意不一致。（三）表意人明知其不一致。皆與心中保留之意思表示無異。惟第四要件表意人須與相對人通謀。則與心中保留之意思表示不同。所謂通謀爲對於虛僞之意思表示。當事人間有意思之合致。即當事人間有知其反與真意而爲表示行爲之合意。通常以出於欺罔。第三人之動機爲多。例如債務人欲免財產之扣押。名義上移轉其所有權於他人。如不動產買賣之當事人爲少納登記費。起見對於不動產賣價爲虛僞抵減之約定。又如某種公法上之資格。係以有不動產爲要件。表意人爲蒙得該資格起見。串同有不動產之相對人。爲不動產虛僞之買賣是也。然之有託爲表意。久或相對人之利益。或出於其他之動機者。非以欺罔他人。或有利之動機爲必要也。虛僞表示既以與相對人通謀爲必要。故無相對人之意思表示。如所有權之拋棄。及設

何種意思

表示得爲
虛僞表示

立社團行爲、捐助行爲等、祇能有心中保留之表示、不得有虛僞表示、惟通謀雖須與相對人有虛僞之合意、然非雙方皆須有虛僞表示之義、故不限於契約、於有相對人之單獨行爲之得爲之、例如債權人與債務人通謀而爲假裝之免除是也、以國家爲相對人之意思表示、性質上不能有虛僞表示、但以國家之公力爲意思表示之方式或發生效力之條件者不在此限、

虛僞表示之效力、依於當事人相互間、或當事人與第三人間、而不聞於當事人之相互間、因其表示缺乏内心之效果意思、非特爲相對人所明知且相對人亦具有合意故爲無効、無論何方、皆得主張之、即有第三人主張、其有效於當事人間、仍無其效力、

對於第三人之關係、則其效力應視該第三人之爲善意、抑爲惡意、而定之、對於惡意第三人與當事人相互間、同、無論何方均得主張、其無效、惟爲保護交易上安全起見、對於善意第三人、不得以其無効對抗之、故行爲之當事人、不得向善意之第三人、主張其無効、即其他之第三人對於善意第三人亦不得主張其無効、所謂第三人者爲表意人相對人、及其一般承繼人以外之人、於其意思表示、有直接或間接之利害關係、如表意人之債權人是也、然若甲以虛僞之意思表示、移轉其所有權於乙、丙不知其虛僞而竊取

虛僞表示
之效力

之甲仍得本於所有權之効用向丙請求其返還蓋丙非有法律上之利害關係非茲之所謂第三人也

虛偽行為如其虛偽存於一部時則僅其虛偽之部份爲無效例如以一萬元買賣房屋一所當事人雖無買賣基地之真意而僞爲一併買賣者則僅關於買賣基地之部份有本條之適用基於虛偽行為而爲洽付者原則上得本於不當得利之規定請求返還其標的物

虛偽之意思表示往往有潛伏真正之意思表示者即表意人雖不欲成立所表示之行為然有欲成立該虛偽表示所隱藏之他行為者學者稱之爲隱藏行為隱藏行為有與其所表示之行為全然異其種類者例如實爲贈與而僞爲買賣是有抵異其條件者例如買賣價額實爲一萬元而僞爲六千元是隱藏行為是否有效頗有爭議本條第二項制以明文規定應適用關於隱藏行為之規定即隱藏行為如具備該行為之成立要件與有效要件時則虛偽之行為雖屬無效所隱藏之行為則仍屬有效其隱藏之行為不應適用關於虛偽行為之規定而應適用關於該行為之規定也例如僞爲買賣而隱藏贈與時則應適用贈與之規定故若表意人未交付其標的物除立有字據或爲履行道

信託行為

德上義務外得撤銷之(四〇八條)

與虛偽表示似是而非必須區別之者爲信託行為。信託行為者對於外部使生權利移轉之效力而於內部則使發生與未移轉權利同一效果爲目的之法律行為也。即表意人對於相對人授以超過經濟上目的之權利而附以須在經濟上目的範圍內行使其權利之約束例如目的在管理財產或設定質權而爲移轉所有權之行為目的在委任收取債權而爲讓與債權之行為等是也。昔日以信託行為雖於表面採移轉權利之形式然於內容非有真正之移轉故與虛偽表示相混同然在虛偽表示表意人並無發生法律效果之意思故爲無效而在信託行為則表意人非無發生法律效果之意思不過於其效果之發生在對內關係有受一定限制之意思而已不可不劃然區別之信託行為盛行於今日之社會其應有效殆無庸疑。

信託行為應爲有效能發生權利移轉之效果已如上述之權利移轉之效果僅發生於對外關係乎抑並發生於內部關係乎附於信託行為之限制爲物權之限制乎抑爲債權之限制乎學者尙無定論惟民法不認有相對之所有權利移轉之效力不能因對外關係與對內關係而有區別故在信託行為其內部之限制應爲債權的而非物權的即

信託行為
之效力

八八條

受託人爲完全之所有權人或爲完全之債權人完全取得其所有權或債權不過對於委託人內部之關係負不濫用其權利之義務若受託人違背信託之目的而處分其信託物時其處分爲完全有效不問第三人知其違背信託與否皆得因其處分而取得其權利委託人對於該第三人無日復信託物之請求權惟對於受託人得以違背義務之理由得請求賠償其損害而已

第八八條 意思表示之內容有錯誤或表意人若知其事情即不爲意思表示者表意人得將其意思表示撤銷之以其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者爲限

當事人之資格或物之性質若交易上認爲重要者其錯誤視爲意思表示內容之錯誤

錯誤者認識與對象之齟齬即觀念與事實之不一致爲意思表示偶然之不合非若心中保留或虛偽表示之因於表意人之故意例如誤解連帶爲保證而爲連帶之表示誤以銅表爲金表而爲買賣之表示等是也如其認識與對象完全一致則雖效果意思與表示行爲不一致不生錯誤之問題

意思表示發生錯誤之情形通常有一其一誤解表示方法之意義例如誤以租賃爲抵押於爲租賃_(假)之表示時作爲抵押是其二則爲表示方法之誤用例如欲售百元而誤稱

錯誤

十元、欲買甲屋而誤言乙屋、卽語誤筆誤之類是、表示方法之誤用、有以爲非錯誤者、要非確論。

依本條之規定意思表示得因錯誤而撤銷之者、計有三種、（一）意思表示內容之錯誤、（二）重要事情之不知、（三）交易上認爲重要之錯誤。

（一）意思表示內容之錯誤

（一）意思
表示內容
之錯誤

何者爲意思表示之內容、不僅包含客觀之成分、亦且包含主觀之成分、故應就各個之法律行爲、本於具體之事實、對於當事人之意思、依客觀之解釋、認定之、有同一之事實、因於當事人之地位狀況、或爲意思表示之內容、或非意思表示之內容者、例如爲買大之意思表示、關於大之出產地、因於特種情形、有爲當事人所置重而爲其條件者、則其出產地卽構成意思表示內容之一部、苟有錯誤、應有本條第一項之適用、若就通常情形、當事人對於其出產地、不甚置重、非以之爲條件時、卽非意思表示內容之事項、縱其認識與對象相齟齬、非意思表示內容之錯誤、無本條第一項之適用、意思表示內容之錯誤、得分爲事實錯誤、與法律錯誤、何種事實構成意思表示之內容、應就各個之法律行爲定之、已如上述、惟法律行爲之種類性質、當事人及標的物

三者爲意思表示必有之內容，例如誤贈與爲債借誤保證債務爲連帶債務爲法律行爲種類之錯誤，誤甲地爲乙地，誤子馬爲丑馬而爲買賣之意思表示時，爲標的物錯誤，誤丁大爲李四而爲贈與、委任、雇傭、賃借或信用買賣等意思表示時，爲當事人錯誤，皆爲意思表示內容之錯誤。但當事人是否同一爲依於行爲之性質，非表意人所置重時，則非意思表示之內容。如在現金買賣或交易等相對人之爲丁大抑爲李四於表意人無足重輕，故關於其是否同一之錯誤，非意思表示之內容之錯誤，法律行爲之條件及期限通常構成意思表示之內容之一部，故有錯誤時，恒爲意思表示之內容之錯誤。法律錯誤爲法律規定之誤解，例如誤解連帶債務之法規與保證債務之法規無殊，而爲負擔連帶債務之表示是也。法律錯誤與事實錯誤，在刑法上雖認有區別，在民法上則同其效力，均有本條之適用。法律錯誤之存於意思表示之內容者，如上述之例是有不存於意思表示之內容者，如誤認某處不動產，在法律上可免除租稅而購買之意思表示是後者之例，僅爲緣由之錯誤，無本條之適用。惟法律錯誤往往得因其情形認爲表意人自己之過失，易有本條第一項但書規定之適用。

錯誤爲觀念與對象之齟齬不知則爲觀念之不存在嚴格論之二者顯屬不同然在表意人非有正當觀念之一點則二者全同其價值故因於不知某項事情而爲之意表示亦得認爲錯誤之意思表示惟有本條之適用者須其不知之事情甚爲重要表意人如知其事情即不爲該意思表示者爲限至不知之事情爲事實抑爲法律亦無區別法律之不知如賣主不知有瑕疵担保之義務而爲買賣之意思表示是惟不知瑕疵担保之義務通常非重要事情之不知或得認爲表意人自己之過失不得爲撤銷之原因

(三)交易上認爲重要之錯誤

雖非意思表示之內容苟交易上認爲重要者則具錯誤與意思表示內容之錯誤在法律上之價值亦無異致故應視爲意思表示內容之錯誤如非表意人自己之過失使得爲撤銷之原因其情形有二

(甲)當事人資格之錯誤例如關於當事人之支付能力特種之技能學識經驗等在通常情形當事人之資格或僅爲意思表示之緣由非意思表示之內容且非關於意思表示之重要事項然於特種情形有於特種之資格在交易上認爲重要者

如在爲商事公司担保之法律行爲，恆以公司之營業能力爲重要之資格，在委任訴訟代理人之法律行爲，以被委任人之律師資格爲重要之事項是也。

(乙)標的物性質之錯誤，例如誤以鍍金鑷爲純金鑷，誤以栗木桌爲抽木桌是也。標的物性質之錯誤，通常亦僅爲緣由之錯誤，惟於交易上認爲重要時，則應視爲意思表示內容之錯誤。

關於意思表示緣由之錯誤，除關於當事人之資格標的物之性質，於交易上認爲重要者外，原則上於意思表示之效力無影響，蓋意思表示之緣由，即決定意思表示之理由，千差萬殊，各各不同，若得因其錯誤而撤銷其意思表示，則無以保護交易之安全，例如誤信某公司股票紅利優厚，或某地段附近有電車通過，而購買其股票，或土地不得因股息微薄，或附近無電車而撤銷之，惟同一之事實，在通常情形，雖僅爲意思表示之緣由，在特定行爲，表意人以之爲條件時，則構成意思表示之內容者，故如上述兩例，表意人若以有一定之紅利，或電車之通過爲購買之條件，而錯誤時，固得而撤銷之也，特定之事項，是否爲意思表示之內容，仰僅爲意思表示之緣由，不能抽象決定之，應就各個之法律行爲，依其具體之事實，分別認定之。

錯誤之效果如何，立法例有採無效主義者、有採撤銷主義者，本條則從後者，故錯誤之意思表示非當然無效，不過表意人得撤銷之。如表意人不為撤銷，則為有效。如表意人撤銷之，則視為自始無效。（一一四條二項）有撤銷權者，為表意人相對人及第三人無撤銷權。

因於錯誤而認表意人有撤銷權者，無非為保護表意人利益起見，故如其錯誤或不知事情，由於表意人自己之過失者，則自無保護之價值，不認其有撤銷權，即其意思表示完全有效，與無錯誤之意思表示同。而表意人有無過失，應依具體之事情，以客觀之標準決定之。如表意人於其情形，缺少普通人所用之注意者，即為有過失。

八九條

第八九條 意思表示，因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之。
關於意思表示之方法，表意人不自為表示，而使他人傳達之者，往往有之。於此情形當傳達之任之他人或機關，有為不實之傳達時，例如使者，因於故意或過失，為異於表意人囑付之陳述。若表意人欲買甲地，而傳達人則誤傳為買乙地，或郵使更改函中之記載，或電報局誤翻電文字碼等是也。傳達人之傳達，不過為意思表示之一種方法，故因於不實之傳達，而發生不正之客觀表示力，與表意人自陷於錯誤，其結果無異，應準用

第八八條關於錯誤之規定，即不問傳達人或傳達機關有無故意過失，苟其傳達之不實，係關於意思表示之內容，或表意人若知其事情，即不為表示，或關於當事人資格標的物性質，而交易上認為重要者，表意人得撤銷之，但其不實之傳達係由於表意人自己之過失者，則不得撤銷是也。
傳

第九〇條 前二條之撤銷權自意思表示後，經過一年而消滅。

錯誤之意思表示及傳達不實之意思表示，雖許表意人撤銷，然其撤銷權之行使，須於一年內為之。其所以設此限制者，蓋表意人之撤銷權，如可長存不滅，則法律關係久不確定，足以損害他人之利益。故本條特定撤銷權行使之期限，須在意思表示後一年以內，逾期即歸消滅。俾權義關係得早確定，至一年期限以內，表意人能否覺察其錯誤，或傳達之不實，與事實上能行使撤銷權與否，皆非所問，縱未能覺察，或未能行使，其撤銷權亦因經過一年之期限而消滅。

第九一條 依第八八條及第八九條之規定，撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效，而受損害之相對人或第三人應負賠償責任，但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。

前二條銷
撤權行使
之期限

意思表示之錯誤及傳達之不實，雖均得爲撤銷之原因，然相對人或第三人確信其意思表示爲有效，其後因表意人之撤銷而受損害者，其錯誤及傳達之不實，縱非由於表意人之過失，表意人對於受損害之相對人或第三人，不可不負賠償之責任，否則使相對人或第三人橫罹損失，無以保交易之安全。此時如傳達之不實，係因於傳達人或傳達機關之故意或過失者，表意人對之得轉行求償，自不待言，即表意人因撤銷其意思表示所受其他之損失，亦得向之求償也。惟意思表示之錯誤，或傳達之不實，爲受損害人所明知或可得而知之者，若其錯誤或不實甚爲明顯，或行使相當之注意，即可知之，因不注意而不知時，~~或~~出故意或有過失，無保護之必要，雖因表意人撤銷其意思表示而受損害，表意人對之無賠償之責任。

九二條

第九十二條 因被詐欺或被脅迫而爲意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所爲者，以相對人明知其事實或可得而知者爲限，始得撤銷之。

被詐欺而爲之意思表示者，其撤銷不得以之對抗善意第三人。

有瑕疵意
思表示

因被詐欺
之意思表
示

效果意思與表示雖非不一致，然其效果意思之決定，係基於他人不當之干涉，非出於表意人自由之意思者，其意思表示雖非不成立，然爲有瑕疵之意思表示，本條特予表意人以撤銷權，以維護其利益。

他人不當之干涉，不外詐欺與脅迫二者，詐欺者爲故意使他人陷於錯誤之欺罔行爲，出於積極者爲事實之虛構，出於消極者爲事實之隱蔽，因被詐欺所爲之意思表示者，爲因於相對人或第三人故意之欺罔行爲致表意人陷於錯誤而爲之意思表示，其要件須具備：（一）相對人或第三人之欺罔行爲；（二）欺罔之故意；（三）表意人之錯誤；（四）錯誤與意思表示之因果關係分述之如左：

欺罔行爲者，爲不真實事實之表示，即以不真實之事實示爲真實之行爲也，或爲真實事實之變更捏造，或爲真實事實之隱蔽，或以真否未確實之事實示爲確實，其方法或依文書，或以言詞，或由其他之動作態度，並無限制。

（一）欺罔
行爲

，單純之沈默，通常非欺罔行爲，然如於法律上契約上或交易之習慣上信義上有告知之義務而不告知時，亦得構成欺罔行爲，陳述非真實之意見，是否爲欺罔行爲，並應以有無陳述真實意見之義務爲斷，通常在交易上對於相對人陳述意見時，難期其毫無矯飾，苟爲交易上一般觀念所寬容者，以其非具有不法性，不能認爲欺罔之行爲，例如販賣商對於自己之商品爲多少反於真實之鼓吹誇獎以廣招徠，事所常有，相對人縱不無因之而陷於錯誤，然若依其情形，尙爲交易上一般觀念所容許者，不得以之爲欺罔行爲而撤銷其意思表示。

詐欺須有欺罔之故意，欺罔之故意者，卽知其反於真實，使表意人陷於錯誤，因之而爲一定意思表示之意思，故不知其非真實，或雖知其非真實然無使人陷於錯誤之認識者，固非詐欺縱，知其非真實且知人之將陷於錯誤，但無使表意人因之而爲一定意思表示之意思者，亦不得謂爲詐欺，例如欲誇示其富有，出銀表示客，謂爲白金，不成立詐欺，惟欲使人與之訂立買賣契約，則成爲詐欺矣，至有無使自己或第三人得財產上利益或表意人蒙財產上

詐欺人要
有行爲能
力或責任
能力否

(三)表意
人之錯誤

損失之意思，在所不問，蓋因於欺詐之意思表示，所以使表意人有撤銷權者，全因表意人意思之決定，係受他人不當之干涉，非以侵害他人財產上利益為要件，此與刑法上之詐欺不可同論也。

詐欺非法律行為，故詐欺人不必要有行為能力，詐欺不必為不法行為，故詐欺人不要有責任能力，但因其須有欺罔之意，故須有事實上之意思能力。

表意人須陷於錯誤，若詐欺人雖有欺罔行為，表意人不因之而陷於錯誤時，不生詐欺之間題，蓋民法上不認有詐欺之未遂也，且其錯誤，非以存於意思表示內容之事項為限，即僅存於意思表示之動機者，亦得為因於詐欺之意思表示，不過其錯誤如存於意思表示之內容時，則尚有第八十八條之適用，即其詐欺係由第三人所為者，雖相對人非知其事實或可得而知者，亦得撤銷，且其撤銷不問第三人之善意或惡意皆得對抗之。

以
錯
誤
爲
必
要
乎

於他人既存之錯誤，除法律上契約上交易之習慣上信義上有告知之義務外，即利用其錯誤，不得謂為詐，然妨礙其既存錯誤之發見，或加強其錯誤

之程度，與使人陷於新錯誤無異，亦應認詐欺之成立。

須因於錯誤而爲意思表示，即錯誤與意思表示之間，須有因果之關係，苟無錯誤則無意思表示也，表意人雖因於相對人之欺罔行爲而陷於錯誤，然縱無錯誤亦爲意思表示時，不得謂爲因被詐欺之意思表示，例如古玩商出示字幅僞稱係王羲之真跡，買者雖陷於錯誤，但見其字佳，即不信爲王羲之真跡，亦欲購買之時，其錯誤與買賣之意思表示間，即非有因果之關係，由此觀之，表意人如知其爲欺罔行爲，或不問有無欺罔行爲皆有意思表示之決意，或於意思表示成立後始有欺罔行爲者，皆非前之所謂欺罔而無本條之適用，惟其因果關係祇須有主觀之存在，不必爲客觀的相當，故即使表意人亦有過失，或智慮淺薄，致助成其錯誤，而決定其意思表示，亦不妨詐欺之成立。

因被詐欺之意思表示，表意人之效果意思，與表示行爲，固相一致，自屬有効成立，惟爲保護被詐欺之表意人起見，俾表意人以撤銷權，即該意思表示表意人得撤銷之，於未撤銷前有効，於被撤銷時則視爲自始無効（一一一

四條），但於有相對人之意思表示，若其詐欺非相對人所爲而爲第三人所爲，相對人不知第三人詐欺之事實，且非因過失而不知者，此時權衡表意人與相對人兩者之利益，甯以相對人爲重，故表意人無撤銷權，但相對人知第三人之詐欺或行使相當之注意可知其詐欺者，因相對人係有惡意，或有過失表意人仍得撤銷之，如相對人有數人，其中一二人知第三人之詐欺或因過失而不知，但其他之數人不知第三人之詐欺且無過失者，表意人祇對於該知情或有過失之相對人有撤銷權，對於其餘之相對人則無撤銷權，相對人之代理人非第三人，其代理人所爲之詐欺，與相對人自爲無異，即相對人本人不知其事實，且非可得而知者，表意人得撤銷之，爲第三人利益訂立之契約（二六九條），係因於受益之第三人行時，應解爲相對人之詐欺乎抑第二人詐欺乎雖有爭議，究以解爲第三人之詐欺爲當。

意思表示撤銷之効果，雖應視爲自始無効，然於詐欺之意思表示，其撤銷之効果，有一制限，即不得對抗善意之第三人，故有善意第三人時，表意人雖非不能撤銷，其因被詐欺所爲之意思表示，然對於善意之第三人，則不

及其效力，例如甲因於詐欺而移轉其土地所有權於乙，乙又移轉於不知情之丙，此時甲對於乙雖仍得撤銷其移轉所有權之意思表示，但除為丙所承認外對於丙不得主張其效果以請求其交回，否則有害交易之安全也。

如表意人因詐欺發生之錯誤，在於意思表示之內容，或為交易上認為重要之錯誤者，應有第八十八條之適用，除表意人自己有過失，雖詐欺係第三人所為，相對人不知其事實且非可得而知者，表意人仍有撤銷權其撤銷之效果，無論第三人之為善意抑為惡意，皆得對抗之，已如前述，且因被詐欺而為之意思表示，受有損害者，不問該意思表示得撤銷與否，被侵害人得從於侵權行為之規定（一八四條）向詐欺人請求賠償損害，又如其詐欺構成刑法上之詐欺罪時（刑法二六三條），更有刑法上刑罰之制裁，故本條表意人之撤銷權與損害賠償權及詐欺人於刑法上應受刑罰之制裁，恒並存而非相悖。

脅迫者，加害之通知，使人生恐怖心之行為也，因被脅迫所為之意思表示，即因他人故意所為之脅迫行為而生恐怖心，由此恐怖心決定效果意思之意思表示也，其要件有五（一）脅迫行為，（二）脅迫之故意，（三）表意人之恐

怖心，（四）恐怖心與意思表示之因果關係，（五）脅迫之違法性，述之如後，
脅迫行爲卽通知加害之行爲，其爲脅迫者之爲相對人抑爲第三人，在所
不問，惟如非他人之行爲，僅因天然之事實，致生恐怖心者，其事實不得爲
脅迫行爲，故利用表意人因事變所生之恐怖心，使之爲法律行爲者，其爲法
律行爲之意思表示，非因於脅迫行爲，不屬於本條之範圍，惟在多數情形，
其法律行爲或係違反善良風俗，或係乘他人之急迫有第七十二條及第七十四
條之適用而已，至通知之方法，或直接或簡接，或以言詞，或以書面，或依一
定之容態，皆無不可，亦不問爲積極的如言將焚而屋，殺而人，或爲消極的
，如醫師中止其手術，使病者知其危殆，而所通知者，爲現在之害惡，爲將來
之害惡，及其害惡之種類，更無限制，且所加害之客體，不論係對於身體生
命自由名譽貞操財產或其他之利益，亦不論係對於表意人之自身或其他親屬
朋友，即對於與表意人毫無關係之第三人，或脅迫者之自身，如言若不獲承
諾則將殺人放火或自殺之類，苟其結果適合於發生恐怖心者皆得爲脅迫行爲
而其害惡之重大與否，及能實現與否，皆與脅迫行爲之是否成立毫無影響。

脅迫行為之成立，不必限於使生新恐怖心，如於表意人旣存之恐怖心，使加強之，亦不失爲脅迫行為，惟如爲不妨止旣存害惡之通知，是否構成脅迫行為，則應以於法律上契約上交易之習慣上信義上有無妨止其害惡之義務爲斷，例如見他人失火竚立傍觀，爲不救火之通知，被火人許以報酬，使爲救火時，非因被脅迫之意思表示，不過依當時情形，如其報酬顯失公平者，有第七十四條之適用而已，若有救火義務之消防夫爲不救火之通知被火人因之許以特別之報酬者，則爲因被脅迫之意思表示，但依該例情形，其所成立之法律行為，應有第七十二條之適用，故屬無效。

脅迫行為，須出故意，脅迫之故意者，即有使表意人發生恐怖心，及基於恐怖心而爲意思表示之認識也，至其不必要圖得利益，或損害表意人之利益及脅迫者，祇須有事實上判斷之能力，致能有脅迫之故意，不必要行爲能力及責任能力，與詐欺同。

(四) 恐怖
意思表示之因果關係

表示者，非因被脅迫之意思表示，所謂恐怖心者爲精神上不安之其感覺，於其決定效果意思之自由，受若干之限制，純爲表意人主觀之間題，惟非全失意思能力之義，若其恐怖之程度，至舍失其意思能力時，則其意思表示不能成立，不發生能否撤銷之間題，無本條之適用矣。

恐怖心與意思表示之間，須有因果關係，故縱有脅迫行爲，表意人並無恐怖心，或雖有恐怖心，但其意思表示非因於恐怖心而爲，即若無恐怖心，亦爲此意思表示者，非因被脅迫之意思表示，恐怖心與意思表示，有無因果關係，亦純爲主觀之間題，不必客觀的相當，故如對於有畏蛇蟲之癖性者，聲稱將捏蟲若干條放汝室中，或對於迷信鬼神者聲稱將焚符招鬼以爲汝家宅之祟，他人聞之雖不致生恐怖心，然該特定人因之生恐怖心而爲一定之意思表示者，即爲因被脅迫之意思表示。

(五) 脅迫
之違法性

脅迫須有違法性，違法性者，即違反法規之義，至其違法性之在於手段抑在於目的，則所不問，例如追索債權之目的，雖非不法，然如言不爲清償，將以白刃相響，是其手段爲違法矣，告發犯罪之手段，雖非不法，然如言

不贈與財物，將向法院告發某項之罪，是其目的，爲違法矣，兩者皆不失爲脅迫行爲，但若加害之事實行爲爲權利行爲或爲放任行爲時，原則上非脅迫行爲，如言不清償債務，則將起訴，不履行契約，則將解約，或請求損害賠償，不賠償因犯罪行爲所生之損害則將告發其犯罪均非不法行爲，工人欲增加工資，或改良待遇，而爲同盟之罷工，今日亦認爲放任行爲，不得謂有違法性。

因被脅迫
之意表示
之效力

因被脅迫之意思表示，不問其脅迫行爲，爲相對人所爲，抑爲第三人所爲，表意人皆有撤銷權，且其撤銷之效果，亦非若被詐欺意思表示之受有限制，即善意之第三人，亦得對抗之，表意人之撤銷權，於本於侵權行爲之損害賠償權（一八四條）及脅迫人是否應受刑法上脅迫罪或恐嚇罪規定之制裁（刑法三一八條三一九條三七〇條），皆不相衝突若由被脅迫之意思表示組成之法律行爲，其行爲之自身，違及公共秩序或善良風俗時，則其行爲，應受第七十二條之適用，完全無效，與由被詐欺之意思表示組成之法律行爲其行爲違反公共秩序善良風俗時同。

雖爲代理人之意表示時，其意思表示是否係被詐欺或被脅迫除代理人之代理權係以法律行爲授與而其意思表示即係照本人所指示之意思而爲者外應就代理人決之（一〇五條）關於本條重要之實例錄述如左

民事法上所謂詐欺云者，欲相對人陷於錯誤，故意將不實之事示之，令其因錯誤而爲意思表示者是也（前大理院二年上字一四五號判例）。

所謂脅迫恐嚇必其言語舉動，有足以使被脅迫恐怖之人，發生恐怖心，致陷於不能不遵從之狀態，而爲此言語舉動之人，亦必有使他人身體上或精神上受其壓迫，發生恐怖心之故意（同院三年上字一〇七一號判例）。

意思表示之出於強迫者，必其行爲之自身，足以使表意人喪失其意思之自由，若表意人因一身上特別情形，不得已而爲意思表示者，是乃表意之緣由，實與因急需而賤賣財物相類似，自難據以主張撤銷（同院三年上字九二〇號判例）。

所謂強迫，應與所表示之意思有因果聯絡，即因他人表示有將加不利之威迫，因而生畏怖心，不得不表示其意思者而後可，如果威怖行爲，係由行

使權利人以正當方法行之者，不在強迫之列（同院四年上字一七三九號判例）。

由於脅迫之意思表示，爲保護表意人利益計，固應許其撤銷，惟脅迫之構成，以有不正危害爲要件，若官廳於法律所許範圍內，依債權人請求，拘押債務人則爲適法之處置，不能以不正危害論，該債務人因被拘押而爲之意思表示，即不得謂爲出於脅迫，自不容僅藉口被押，主張撤銷（同院四年上字二四一七號判例）。

被脅迫人於脅迫未除去時，所爲明示或默示之追認，不能認爲有效（同院六年上字一一七四號判例）。

第九十三條 前條之撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之，但自意思表示後經過十年不得撤銷。

被詐欺及被脅迫之表意人雖應保護然如使權利狀態，久不確定，尤非社會一般之利益，故表意人之撤銷權，應於發見詐欺或脅迫終止後一年內行使之，如不能發見其詐欺或其脅迫繼續不止，或其發見與終止已逾九年者，則

被脅迫
被詐欺
意思表示
之撤銷
或限銷示

九三條

於意思表示後經過十年亦歸消滅此亦爲行使撤銷權之除斥期限惟此時表意人雖因期限之經過而喪失其撤銷權然與對於詐欺人或脅迫人本於侵權行爲之損害賠償權不涉所謂發見詐欺者爲發覺因於欺罔行爲所生錯誤之義所謂脅迫終止者爲因於脅迫行爲所生之恐怖心已歸消滅之義其詐欺之發見或脅迫之終止如在本法總則施行前已經過一年或其殘餘期限不足一年，除已逾一年又六個月外，得於施行日起一年以內行使其撤銷權或其詐欺雖未發見脅迫雖未終止但其意思表示於本法總則施行前已經過十年或其殘餘期限不足一年者除已逾十五年外亦得於施行之日起一年以內行使其撤銷權（本法總則施行法一六條一七條），

九四條

意思表示
之成立與
發生效力

第九十四條 對話人爲意思表示者其意思表示以相對人了解時發生效力。

意思表示之成立時期與發生效力之時期須區別之蓋意思表示固於發表完成時即行成立至其效力之發生在無相對人之意思表示如捐助行爲及社團總會之決議等除法律有特別之規定外在解釋上固應與成立同時發生其效力其在有相對人之意思表示則法律基於實際之便宜須另定其發生效力之時期惟相對人有對

對話人與
非對話人

話人與非對話人之別。本條爲對於對話人意思表示發生效力時期之規定。次條則爲對於非對話人發生效力時期之規定。

對話人與非對話人之區別如就其字義言之似係同在一地覲面對談者爲對話人。否則爲非對話人實則不然。蓋法律關於意思表示發生效力之時期所以區分爲對話人與非對話人而異其規定者重在意思表示之相對人能否即時了解其表示。凡在直接得爲意思表示之交換而即時了解其表示即表意人得直接傳達其意思者爲對話人。非直接得爲意思表示之交換而不能即時了解其表示者爲非對話人。其區別之標準係在於時間之差異不在於空間之差異故如同在一地覲面對談者固爲對話人。即非同在一地如以電話交談或以燈號旗號等方法直接傳達意思者其表示之完成與相對人受領及了解之時期在物理學上雖係有若干時間之存在然在交易之觀念上往往不能認之亦對話人也。反之雖同在一地若以書信爲傳達之方法或由中人爲接洽之媒介則非對話人矣。

對話人意思表示發生效力之時期在無明文規定之國家學說上有達到主義與了解主義之分。本條則定明以相對人了解時發生效力。若對話時相對人因耳聾不能

聞表意人之語言。目瞽不能視表意人表示之動作。或不通表意人之方言。或因其他情由相對人未爲了解時。即未發生其效力。然若因相對人之故意或過失致未了解時。若掩耳而不聽。閉目而不視者。自仍應以了解論。

對話人之意思表示。通常相對人於表意人爲表示時。即行了解。故表意人祇須就表示及對話舉證。不必就相對人之了解舉證。相對人如主張未了解時。應由相對人負舉證之責任。

適用於默示之意思表示否？

本條之適用不以明示之意思表示爲限。默示之意思表示亦同其適用。故對話人默示之意思表示亦應以相對人之了解爲發生效力之時期。

九五條 第九十五條非對話而爲意思表示者。其意思表示以通知達到相對人時發生效力。但撤回之通知同時或先時達到者。不在此限。表意人於發出通知後。死亡或喪失行爲能力。或其行爲能力受限制者。其意思表示不因之失其效力。

非對話人係對於對話人而言。即表意人不能闇之直接傳達其意思之相對人。如依於電報郵函或使者等。以傳達其意思之相對人也。相對人不能直接了解其意思表示。表意人之表示與相對人之了解。有時間之存在者皆是也。（參觀前條註）向非達

話人意思表示發生效力之時期立法例上有三種主義。

(一)表示主義 即意思表示於其表示完結時發生其效力。質言之即意思表示與其成立同時發生效力之主義也。例如依於書信而為意思表示時即於作成書信時發生其效力。

(二)發信主義 即意思表示於為發送而離於表意人之支配時發生其效力。例如書函於投入郵箱時電報於交付電報局時使者於啓行時即應發生效力。

(三)達到主義 一稱受信主義。即意思表示之通知已達到於相對人而入於相對人之支配時發生其效力。不問相對人之知悉與否如已入於相對人可以知悉之範圍內者如郵函於投入相對人之受_三信箱筒或於交付相對人家內之雇傭人時即為其發生效力之時期。

(四)了解主義 即意思表示之通知不僅須達到於相對人且須於相人了解其內容。如_相信對人已拆閱書信時方發生其效力。

上述之四主義中_{了解}自應以了解主義為最合於理論然於相對人之了解與否有爭執時就相對人已為了解之事實頗不易舉證勢必使意思表示之發生效力

與否得由相對人一方所左右表示主義則非惟不合於理論且不適於事實蓋意思表示之通知雖尚在表意人支配中即可發生其效力則得因表意人之自由支配以左右法律關係之運命殊非交易安全之所宜如採發信主義雖於交易上之敏活不無片長然如意思表示之通知在途中紛失相對人縱無了解意思表示之機會亦應有其效力於相對人不利若採達到主義如意思表示在途紛失致不能發生效力固反於表意人之豫期然不過止於不能發生效力且表意人係在得爲預防之地位較之發信主義利多害少故本條第一項從之向非對活人所爲之意思表示以其通知達到於相對人時發生效力。

達到云者非必相對人已取得意思表示通知之占有如意思表示之通知已置於相對人可以了解之地位者即可設已有達到之事實是否已置於可以了解之地位應從社會客觀之見解定之例如書函已投入於相對人之受信箱或其他相對人指定受信之處所或於相對人之住所交付與相對人成長之家屬雇傭人等皆得設爲達到如於相對人住所以外之處所交付與相對人之家屬雇傭人等時則須俟該家屬或雇傭人還至相對人住所時方得設爲達到若該家屬或雇傭人於途中紛失

或表意人與相對人不知之時。將書函投入於相對人之袖中。或其住所之庭園中。不得認為達到。如以不適當之通知方法。客觀的為相對人所不能了解者。如字跡不能辨識。或向不通西語之相對人用西語為通知時。亦不得設為達到。反之。如相對人故意妨害達到。或拒絕收受。而無正當之理由時。應以達到論。又若意表示之通知已置於相對人可以了解之地位。而相對人因主觀之障礙。如因疾病旅行等事實。一時在不能了解之狀態者。仍不失其為達到。

達到與發達之意思

向非對話人之意表示。因達到而發生效力者。必其意思表示通知之發送。不反於表意人之意思。如與第三人閒談中偶露其一定之意思。因而傳聞於相對人。或書函雖已作成。尚無發送之意思。偶為他人遞送於相對人者。皆不得設為已有。本條規定達到。但表意人如有發送之意思。則雖其傳送之方法與途徑反於表意人之豫期。無礙其為達到。如表意人本欲將書函付郵。乃為其僕役所持送。未係囑僕役面交。乃在途失落。為行人拾得。轉送者。仍得設為達到。

向非對話人意思表示之達到。非意思表示之成立要件。而為意思表示之有效要件。意思表示於為發送前。即已成立。惟須於達到時。方能發生其效力。

向非對話人所爲之意思表示。既須於達到時發生效力。則在意思表示未發生效力。即未達到以前。表意人自有阻止其發生效力之自由。阻止其發生效力之方法。即撤回是也。

撤回亦爲有相對人之意思表示。亦應於達到相對人時。發生其效力。故應與所撤回之意思表示同時達到或先於所撤回之意思表示而達到者方能阻止其效力之發生。若後於所撤回之意思表示而達到。則因其意思表示業已發生效力。其撤回爲無效。

意思表示於爲表示時成立。達到僅爲有效要件。非其成立要件已如上述。依理論言之。表意人如於意思表示成立時。有引爲能力者。不當因成立後發生之事由而影響意思表示之效力。惟意思表示之達到。須其通知之發出。不反於表意人之意思。故表意人於未發出通知前。死亡喪失行爲能力或其行爲能力受限制者。因不能有效之達到。其意思表示自無從發生其效力。但如在發出通知後。未達到前。死亡喪失行爲能力或其行爲能力受限制者。自不當因之妨礙意思表示之效力。此爲意思表示之達到爲有效要件。非其成立要件當然之結果。

九六條

第九十六條 向無行爲能力人或限制行爲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

向無行爲能力人或限制行爲能力人所爲意思表示發生效力之關係

無行爲能力人應由法定代理人代受意思表示限制行爲能力人受意思表示應得法定代理人之允許已於第七十六條及第七十七條明爲規定蓋以無行爲能力人對於所受領之意思表示無了解之能力其於意思表示之受領固非有效而限制行爲能力人亦不能爲充份之了解故法律爲保護其利益起見於其受領意思表示之能力亦明設限制之規定基此理由故向無行爲能力人或限制行爲能力人所爲之意思表示不問係向無行爲能力人或限制行爲能力人所爲抑係向其法定代理人所爲其發生效力之時期不應以達到於無行爲能力人或限制行爲能力人時爲準而應以達到於其法定代理人時爲準縱係由無行爲能力人或限制行爲能力人受領苟於其受領後達到於其法定代理人時仍得於此時發生其效力

第九十七條 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爲意思表示之通知

向非對話人所爲之意思表示既以通知達到於相對人時爲發生效力之時期

(九五條)而表意人通知其意思表示於相對人自以表意人知相對人之姓名及其居住處所爲必要否則無從爲通知若表意人因於自己之過失而不知時如表意人本可得知因於不注意而不知或本已得知因於不注意而遺忘時其過在於表意人法律不必爲設特別之通知方法以爲救濟然如其不知非因於表意人之過失在於表意人雖行使相當之注意仍無由知其相對人之姓名或其居住處所時使得依民事訴訟法公示送達之規定以公示送達爲意思表示之通知俾得其意思表示得以發生效力實爲保護無過失表意人之利益

公示送達
之方法

公示送達之方法依民事訴訟法之規定應由法院書記官仍應送達之文書或繕本黏貼於法院之牌示處(民事訴訟法一五三條一項)法院並得將文書之繕本或節本登載於公報新聞紙或用其他相當方法通知或布告之(同條二項)公示送达發生效力之時期應自黏貼牌處之日起其登載公報新聞紙者自最後登載之日起經二十日發生效力(同法一五四條)

九八條

第九十八條 解釋意思表示應探求當事人之真意不得拘泥於所用之辭句

法律行爲之解釋者設確定法律行爲之意義也法律行爲之意義確定後然後

法律行爲
解釋之對象

關於定法律行爲效果之種種問題如意思與表示是否一致行爲之內容是否可能及是否違反公共秩序善良風俗等得依於法律規定之原則以解決之

法律行爲解釋之對象爲意思表示在單獨行爲爲行爲人之意思表示在契約或共同行爲在當事人間合致之意思表示應以意思表示之外形即表意人依於表示方法而表示於外之效果意思爲基礎如表意人隱藏於心內而不表示於外之真意則以其僅有內心之事實而非意思表示爲解釋所不及

決定當事人潛於內心之意思雖非解釋意思表示之任務然解釋意思表示須爲合理之解釋以符當事人之真意故如當事人關於意思表示所用之辭句如甚顯明當事人之真意已臻明瞭時自無問題如不甚明瞭或依其情形尚有疑義時則應以當事人之真意爲重不得拘泥於所用之辭句致反失當事人之真意故表示當時週圍一切之情形該地普通之習慣及當事人有無經濟上特別之目的等皆應參酌爲全體之通觀以爲解釋之依據

法律行爲之解釋與法律之解釋雖不係基於客觀之事實以定其合理之意義然兩者旨趣並非全同蓋法律爲對於一般人且以定比較永久之關係爲目的故其

解釋應以發見最適合於現在社會生活爲旨歸得因社會事態之變遷而變更其解釋法律行爲以對於特定人且以定一時之關係爲多故其解釋應依行爲當時之事實爲資料不應因時勢之變遷而影響之

本法對於特種之法律行爲關於特定事項如意思表示未臻明瞭時就其解釋有設一定之規定者如違約金除當事人另有訂定外視爲因不履行而生損害之賠償總額（二五〇條二項）買賣價金如未具體約定但依情形可得而定者視爲定有價金（三四六條一項）價金約定依市價者除另有訂定外視爲標的物清償時清償地之市價（同條二項）買賣標的物交付定有期限者其期限推定其爲價金交付之期限（三七〇條）按照貨樣約定買賣者視爲出賣人担保其交付之標的物與貨樣有同一之品質（三八八條）租賃期限屆滿後承租人仍爲租賃物之使用收益而出租人不卽表示反對之意思者視爲以不定期限繼續契約（四五二條）僱傭及承攬如依情形非受報酬卽不服勞務或不爲完成其工作者視爲允與報酬（四八三條一項及四九一條一項）出版如依情形非受報酬卽不爲著作物之交付者視爲允與報酬（五一三條一項）出版人有出數版之權者其次版之報酬及其他出版之條

件推定與前版相同（同條二項）居間如依情形非受報酬即不爲報告訂約機會或媒介者視爲允與報酬（五六六條一項）寄託物爲金錢時推定受寄人無返還原物之義務（六〇三條一項）夥合僅就利益或僅就損失所定之分配成數視爲損益共通之分配成數（六七七條二項）合夥所定期限屆滿後合夥人仍繼續其事務者益爲以不定期限繼續合夥契約（六九三條）終身定期金契約關於期間有疑義時推定其爲於債權人生存期內按期給付（七三一條一項）終身定期金契約所定之金額有疑義時推定其爲每年應給付之金額（同條二項）遺囑人因遺贈物滅失毀損變造或喪失物之占有而對於他人所取得權利時推定以其權利爲遺贈因遺贈物與他物附合或混合而對於所附合或混合之物取得權利時亦同（一一〇三條）等是也

實例

關於本條堪供參考之實例引述如左

法律行爲之解釋須採求其真意不當拘泥於文字爲民事法之大原則（大理院六年六六五號解釋例）

私人契約之解釋應由審判衙門調查斟酌立約當時之情形（契約及其以外

之事實)期得立約人之真意自不得僅拘泥於語言文字(同院七年統字八九六號解釋例)

審判衙門解釋當事人之意思表示雖有種種方法要當就其表示當時之一切情形爲全體之通觀決不能拘泥文字致失當事人之真意(同院二年上字八五號判決)

解釋契約雖應探求立約人之真意不能拘泥於契約之文字但亦不能全舍文字而爲解釋(同院四年上字九七五號判例)

其契約文字之旨趣既以甚明即應從其旨趣不能任意爲擴張或縮小之解釋(同院四年上字九七五號判例)

書據之內容兩造互有爭執者自應首先用通常文義以爲解釋(同院四年上字一七三〇號判例)

意思表示不明瞭時可以該地普通習慣爲解釋之資料(同院三年上字八六號判例)

解釋當事人之意思應以表意時之情形及一切之證憑爲資料斷不能拘泥於

契據之文字故據當時事實及證憑足知契載文句係屬衍文並非表示真正之意思時即應依其真意以爲斷定之標準（同院三年上字六四號判例）

當事人就自己或他人意思表示之內容已爲一定之解釋而歷久遵行者無論其解釋與原意是否全符自應依照事後適法合意之解釋辦理蓋當事人關於自己之權利得以自由處分乃民事法之大原則故其後以合意所定之解釋如係不利於一方得認其捨棄而利於他一方者亦得認其承諾故也（同院三年上字一二一四號判例）

第四節 條件及期限

表意人對於法律行爲之效力得爲任意之限制使其效力之發生或消滅係於一定事實之發生或一定時期之屆至或屆滿學者對於此種任意之限制或稱爲法律行爲之附款即條件與期限是也此項限制係基於表意人之表示但與欲發生效力之表示合而爲一個之意思表示非於原來之意表示外另有欲限制效力意思表示故爲法律行爲之一部份且屬於法律行爲之偶素

條件者法律行爲效力之發生或消滅於將來客觀的不確定事實之發生或不發生

條件

之任意限制也。例如甲與乙約如明日天雨則贈與洋傘一柄。或甲向乙租賃房屋約定如政府遷都，甲即遷讓是也。

條件必須表意人任意爲之而爲意思表示之一部。故如雖內行爲發生效力之限制。但非由於表意人之任意附加。而爲法律之所規定時。例如要物契約以標的物之交付爲發生效力之要件。遺贈以遺贈人之死亡爲發生效力之要件等。或稱之謂法定條件。然以其爲法律規定上當然存在之限制。故非真實之條件。條件組成意思表示之一部。故如僅有限制之意思。而未爲表示時。當然不能發生效力。

構成條件之事實。須以將來並客觀不確定者爲限。故過去或現在之事實不得爲構成條件之事實。如云：若其船於前日開抵上海。或某船若現舶上海。皆不得謂爲條件。且即爲將來之事實。然如其成就與否已確定者。如云：君若將來死亡。則因人必有死。其成就業已確定。或云：君若登仙。則其不成就業已確定。亦非條件。至其是否確定。應依吾人一般之知識經驗爲標準。非絕對的不確定之意。故如云：^{其期限以某人之死為條件}明日天雨。或某人若在兩年内死亡。則其死之時。成就與否。雖在物理上或已確定。然依吾人一般之知識得認爲尚未確定之事項。不妨以爲構成條件之事實。

許可條件
之原則
及例外

法律行為以得附條件為原則，但其例外有三分述如左。

(一) 基於法律之規定。如法律有明文規定不許附加條件時，則不得附加之。例如債務之抵鎖(三三五條二項)、匯票(票據法二二條一項五款)、本票(同法一一七條一項四款)、支票(同法二二一條一項五款)等是也。

(二) 基於公益上理由。法律雖無明文規定，然如附加條件違背公共秩序善良風俗等公共利益時，不得附加之。如就屬編中結婚離婚非婚生子女之認領及收養子女等繼承編中繼承之拋棄及承認等。

不得附前大清院判例：身分關係之法律行為

(三) 基於私益上理由。

有相對人之單獨行為，如行為之撤銷或承認契約之解除。

此解契約
後相對人可由
他人訂新契約

債之選擇等。如附加條件時，足使相對人陷於不確定之地位，妨害相對人之利益，故不得附加之。但雖為有相對人之單獨行為，如其(甲)所附之條件為相對人所同意或(乙)其所附條件不致使相對人陷於不確定狀態，如若不付對價，則撤銷行為。若不清償欠租，則解除租約。或(丙)單獨行為之性質，如附加條件時，不致妨害相對人之利益者，如債之免除，權利之拋棄遺贈等，固無禁止附加條件之理由，均得附加之。

不得附加條件之法律行為，如附加條件時，有主張惟其條件無效者，惟依一般之通

條件之行

說則應認爲法律行爲全部無效。蓋如認爲惟其條件無效，即附條件之意思表示變而爲無條件，與當事人之真意顯然不符也。

條件依其內容得分其種類如左。

(一)停止條件與解除條件。停止條件者爲停止法律行爲發生效果之條件，即法律行爲於條件事實成就時發生效力，於條件行爲不成就時，則不生效力。如謂汝如結婚，則贈與某處房屋是也。解除條件爲消滅法律行爲效力之條件，即法律行爲於條件事實不成就時，保有其效力。於條件事實成就時，則喪失其效力。如謂汝如離婚，則贈與解除是也。其區別之標準，在於構成條件事實之性質，而在於條件對於法律行爲效力之作用。蓋停止條件之作用爲限制法律行爲效力之發生，而解除條件之作用爲限制法律行爲效力之消滅。(參觀九九條註)

(二)積極條件與消極條件。積極條件一稱有的條件，因條件事實之發生爲條件之成就。如云：汝如於一年內結婚，則贈汝某處之房屋是消極條件。一稱無的條件，因於條件事實之不發生爲條件之成就。如云：汝如於一年內不結婚，則贈汝某處之房屋是積極條件。於發生變動時爲成就，消極條件於不發生變動時爲成就，此爲區別之實益。

(三)隨意條件偶成條件與混合條件
保條件與混
合條件

(三)隨意條件偶成條件與混合條件 條件之成否繫於當事人一方之意思者爲隨意條件又可分爲非純粹隨意條件與純粹隨意條件。非純粹隨意條件者條件之成否雖依於當事人一方之意思而決定然尙須有其他之事實參與其間如汝如建造住宅則贈汝百元是純粹隨意條件者條件之成否完全依於當事人一方之意思而決定如云汝如願意接受則贈汝此屋是純粹隨意條件又得分爲積極之純粹隨意條件與消極之純粹隨意條件前者爲條件之成否完全依於債權人一方之意思而決定後者爲條件之成否完全依於債務人一方之意思而決定消極之純粹隨意條件若爲停止條件時如云我如願意則贈汝此屋在解釋上應屬無效蓋不能認爲有欲生法律上拘束之意思表示也若爲解除條件時如云汝租此屋但我欲自住時即應還我應解爲有效蓋此雖係由於債務人一方之意思而決定然法律行爲之效力在債務人意思決定前業已發生也。

偶成條件者條件之成否與當事人之意思無關或繫於自然界之事實如云今年如有旱災則贈汝米百石或繫於第三人之意思或其作爲不作爲如云如父母同意則與汝結婚或如某人赴某處宴會則贈汝禮服是也。

混合條件者條件之成否繫於當事人一方之意思及第三人意思之條件也如云汝

假裝條件

如與某女結婚則贈汝某屋是偶成條件與混合條件皆以有效爲原則。雖有條件之外形而不具條件之實質卽雖形似條件然非真正之條件者學理上稱之爲假裝條件其主要者有所謂法定條件既定條件必成條件不法條件不能條件及矛盾條件等。

(一) 法定
條件

法定條件者爲法律行爲之性質上或本於法律之規定爲法律行爲發生效力或其效力繼續之限制例如遺贈須受遺贈人於遺囑人死亡時尙生存而生效力(二二〇一條)消費借貸因標的物之交付而生效力(四七五條)抵銷須有適合於抵銷債權之存在而生效力(三三四條)等是此種法定條件雖非當事人對於法律行爲之效力所加注意之限制故非真正之條件然其生法律行爲不確定之狀態則與條件同故於其條件成否之間似不可類推適用民法第一百條第一百零一條之規定以保護當事人之利益。

(二) 既定
條件

既定條件者條件事實之發生與否在法律行爲當時業已確定即以過去或現在之事實爲條件事實之條件也條件成就與否在行爲當時旣已確定則法律行爲之效力並不生未確定之狀態故非真正之條件此種既定條件如於行爲時業已成就則視其停止條件或解除條件而區別其效力蓋如爲停止條件時則應爲無條件卽僅條件爲無效如

云某飛機若飛抵上海則結付機價十萬元不知該飛機於立約時已飛抵上海則當然不
停止契約之效力而爲無條件契約如爲解除條件時則法律行爲全部無效如訂立買賣
船隻之契約而以該船駛抵上海前沉沒爲解除之條件不知該船於立約時業已沉沒則
此契約根本無縱發生效力反之如既定條件於行爲當時已不成就時若爲停止條件其
行爲爲無效如前例以飛機飛抵上海爲買賣契約之停止條件不知當時該機已於中途
毀失故買賣契約完全無效若爲解除條件時則爲無條件如前例以船抵上海前沉沒爲
解除條件之買賣契約不知當時該船已安抵上海則條件事實之不發生旣已確定而買
賣契約則自屬有效此爲對於當事人意思合理解釋當然之結果

(三)必成
條件

必成條件者以將來必定成就之事實爲條件事實之條件即以將來必發生之事實
之發生或以將來必不發生之事實之不發生爲條件如云某人若死或某戶若復活則將
如何以其並不生不確定之狀態故見缺條件之要件其以將來必發生之事實之發生爲
條件者通常實爲不確定之期限

(四)不法
條件

不法條件之意義約有二說一說以條件事實性質之不法爲不法條件一說以條件
事實性質之自身不論適法與否然以之爲條件時使法律行爲之全體具不法之性質者

爲不法條件以上兩說應以後說爲當所謂不法者卽違反强行法規或公共秩序善良風俗之義附不法條件之法律行爲完全無效揆諸本法第七十一條及第七十二條之規定蓋無疑義如云汝如殺人賭博或爲猥褻則贈汝千元等是也但如不法行爲人須受不利益時恆非不法條件如云贈汝房屋一所然汝如賭博或傷害人時則贈與解除雖賭博傷害之事實爲不法然由行爲之全體觀之則並無不法性故非不法條件而其行爲爲有效又如以第三人之不法行爲爲條件事實時通常亦非不法條件如云令子若因犯罪而處徒刑當贈汝千元以資養贍是又如以不爲不法行爲爲取得利益之條件時如汝如一年內不竊盜或不傷害人則贈汝千元以其違反公序良俗其條件事實之自身雖非不法然行爲之全體實有不法之性質故爲不法條件而行爲爲無效(參觀七二條註)

(五)不能條件

不能條件者以客觀不能成就之事實爲條件事實之條件也依自然界之法則不能成就者爲事實不能如條件之事實爲挾山起海是也依法律的規則所不許可者爲法律不能如條件之事實爲締結永遠租賃契約是也事實能不能應依一般之社會觀念爲標準並應於行爲成立時決之如依一般之社會觀念得認爲不能成就者若以之爲條件事實時卽爲不能條件如大海撈針是也如於行爲成立時非不可能其後變而爲不能者是

(六) 矛盾條件

爲條件之不成就非不能條件。惟如當事人於行爲成立時知爲不能而以將來變爲可能爲條件時，則非不能條件。如云將來如變更民法得締結永遠租賃之契約時，則將如何是也。以不能條件爲停止條件時，法律行爲爲無效。如云汝如旅行月球，則贈汝千元。蓋以法律行爲實無發生效力之餘地也。以不能條件爲解除條件時，則法律行爲爲無條件。如云贈汝金表一隻，若汝行抵月球，則須返還。蓋以法律行爲之效力實無縱消滅也。

矛盾條件者，爲以與法律行爲主要內容相衝突之事項爲條件事實之條件也。如云此地如轉讓與李某，當與汝以所有權無論爲停止條件，抑爲解除條件，在解釋上均以行為無效爲是。

期限

期限者，爲法律行爲效力之發生消滅或其履行繫於將來確定事實屆至之任意限制也。期限爲當事人任意所加之限制，故如基於法律之規定或行爲性質上所應有或裁判上所定之期限，非茲之所謂期限。期限爲意思表示之一部份，而爲行爲之偶素，皆與條件同。其與條件不同者，即在條件係以將來發生與否及發生之時，皆不確定之事實爲內容，而期限則係以將來屆至之事或屆至之時，皆爲確定。或確定其一之事實爲內容，如云某年某月某日，或於某人死之時，皆期限也。前者屆至之事及時，均確定；後者屆至之時，雖

未確定然屆至之事則爲確定蓋人必有死不過遲早不定耳若云如某人於三年內死亡則爲條件而非期限矣期限對於法律行爲效力之限制有三種樣態一爲關於法律行爲效力之發生如至某年某月某日爲汝設定地上權是也一爲關於法律行爲效力之消滅如租賃房屋兩年爲期是也一爲關於行爲之履行如借洋一千元明年一月二日清償是也可與例外

法律行爲以許可附加期限爲原則基於法律之規定或公益及私益上理由而不許附加爲例外與條件之許可與否相同大致不許可條件之法律行爲亦不許可期限然亦並非完全一致例如票據行爲不許附加條件但許附加期限又有依法律行爲之性質祇許附加始期不許附加終期者如債務之免除是不許附加期限之法律行爲附加期限時以行爲全部無效爲原則然亦有因法律之明文規定行爲並非無效且其附加之期限僅超過法定最長期部份無效者如本法第三百八十條第四百四十九條第九百十二條等是也

期限之種類

期限得分其種類如左

(一)始期與終期

始期者爲停止法律行爲效力之發生或其履行之期限也即因期限之屆至法律行爲之效力始能發生或債權人始能請求履行如云明年一月一日爲汝設定地上權或買

(二)確定
期限與不確定
期限

米百石約定明日交貨是也。終期者爲消滅法律行爲效力之期限，即因期限之屆滿，法律行爲之效力消滅。如租賃定明一年爲期，則經過一年租賃契約之效力消滅是也。

確定期限者爲期限事實之發生與發生之時期均已確定之期限。不確定期限者爲期限事實之發生雖已確定，但發生之時期則尚未確定之期限。前者如云某年某月某日或鉅今百日，後者如云某人死亡之時是也。

九十九條

第九十九條附停止條件之法律行爲於條件成就時發生效力

附解除條件之法律行爲於條件成就時失其效力

條件成就不_生乃提前_生

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。

條件成就爲條件內容之事實實現之謂，即在積極條件爲條件內容之事實發生，如甲謂乙汝如一年內至美留學，則贈汝千元；乙於一年內果至美留學是也。其在消極條件，則爲條件內容之事實已確定爲不發生，如甲謂乙汝如一年內不旅行，則贈汝某書一部；乙於一年內未爲旅行是也。條件不成就適與條件之成就相反，在積極條件爲條件內容之事實已確定爲不發生，如前例甲謂乙汝如於一年內赴美留學，則贈千元；乙於一年內不旅行，則贈汝某書一部；而乙於一年內旅行是也。

條件成就
與不成就

條件成就
之效力

不溯及之
原則

附停止條件之法律行為於條件成就時始生效力權利人始有其權利義務人始負其義務即如爲積極條件時於條件事實發生時生效如在消極條件時於條件事實已確定其不發生時生效附解除條件之法律行為則於條件成就時消滅其效力權利人失其權利義務人免其義務即如爲積極條件時於條件事實發生時失效如爲消極條件時則於條件事實已確定爲不發生時失效條件成就之效力皆係當然發生不待當事人何種之行爲且不僅能發生債權上效力如爲物權行爲時亦能發生物權上效力。

溯及之特
則

條件成就之效力於條件成就時發生而以不溯及既往爲原則但當事人有特別意思表示欲使效力發生於條件成就以前者自應從其意思關於此點解釋上固有多少議論然吾民法旣無如德民法第一五九條相同之規定而依本條之立法旨趣觀之當事人定生溯及效力之條件附法律行為自從當事人之意思表示之所定使其生法律效果毋庸疑也所謂特約非必爲契約乃指特別意思表示而言所謂使條件成就之效果不於條件成就之時發生者非必爲溯及法律行為當時即依當事人之意思溯及於法律行為成立後條件成就以前之某定時亦無不可惟不能溯及於法律行為成立以前自不待言

生溯及效力之特約僅於當事人間有效乎抑對於第三人均有效乎學者間議論之

債權效果
與物權效果

所在也。然所謂條件成就之效果，可以對抗第三人。如通說所云，有物權的效力者，乃指對於任何人，均生條件附法律行為之目的之法律效果而言，非直生物權變動效果之謂。例如移轉所有物行為，仍須以登記或交付為要件，故縱謂此處生物權的效果，絕無妨害。第三人利益之虞，第三人之利益，仍得依其他規定而受保護也。（參照第七五八條七六一條七六八條七七〇條）

一百條

第一百條 附條件之法律行為當事人於條件成否未定前，若有損害，相對人因條件成就所應得利益之行為者，負損害賠償之責任。

按條件附法律行為，以條件成就時發生或喪失效力為原則，如前所述，則在條件成否未定以前，其法律行為之效力，尚在未定之狀態中，在此狀態中，亦生一種法律上之效力。依本條而受保護，即在停止條件附之法律行為，其當事人之一造，有因將來條件之成就，取得本條權利之希望，在解除條件附之法律行為，其當事人之一造（權利讓受人），雖通說稱此希望為期待權或條件附權利，有保護之必要。

條件附權利，乃依將來條件成就所可取得之權利之現在的權利，不可與依於條件

成就時直取得之權利相混同就兩者之關係言前者爲手段後者爲目的其爲目的之權利因條件附法律行爲之內容而異或爲物權或爲債權然爲手段之權利則非物權亦非債權乃以取得此等物權或債權之期待爲內容故條件附權利爲一種特別權利蓋與繼承開始前之繼承權具有相同之性質者也

條件附法律行爲之各當事者既有依於條件成就取得權利之期待權故各當事者不可有妨害其對方期待權之行爲易言之當事者相互間負擔不可妨害一方期待權之義務否則應負損害賠償之責茲再就妨害相對人利益之行爲之制裁分述如左

事實行爲

(甲)妨害行爲爲事實行爲時 例如毀損條件附行爲之目的物之場合則生損害賠償義務惟此義務之根據不可求之於爲基礎之法律關係蓋基礎法律關係(

如買賣貸借)於侵害當時尚未發生效果至是否以之爲不法行爲則有議論或謂不法行爲以侵害他人權利爲前提而在毀損自己之物之場合斯欠缺不法要件蓋在停止條件附法律行爲例如甲以其所有物出賣於乙附有停止條件時甲之權利尚未移轉雖甲毀損之實毀損其自己之物又如甲以其所有物出賣於乙附有解除條件則於條件成就前其權利屬於乙故乙毀損其物亦不生不法行爲

法律行為

之問題，故本條僅從負擔不得妨害相對人之義務違反之點定損害賠償之責任。雖然行使權利僅於不損害他人利益範圍內有其自由為現代民法所認之原則。若逾此範圍即為不法行為，故以不法行為根據說為當。

(乙)妨害行為若為法律行為時 例如在停止條件附行為讓與人於條件成否未定間更讓與其權利於他人，又如在解除條件附行為讓受人將其所取得之權利於條件成否未定間更讓與於第三人是也。於茲場合學說及立法例頗不一致。有以後之處分行為於減殺條件附行為效力之範圍內為無效者，有分別條件附行為為債權行為與物權行為而異其效果者，易言之，即條件附行為若為債權行為時，則後之處分行為並非無效，蓋縱在無條件之法律行為，即為債權行為亦僅於當事者間有其效力，債務者爾後不妨處分其目的物，不過對於有期待權人，負損害賠償之義務而止。反之若條件附行為為物權行為，則後之處分行為對於前之行為應為無效，從本條之文義觀之似祇有賠償損害一端，且無與德國民法第百六一條相當之規定，故無論條件附行為為債權的抑或為物權的，似均無可為無效說之根據，即按諸交易安全之計，亦不應根本以為無效。至條件附法律行為已

具備本法第七五八條第七六一條之要件者，則後之行為對於因條件成就而取得權利之人更自不生效力。若不然，則所謂條件成就之效果有物權的效果者，將無意義，而物權法上公信力之原則亦被動搖矣。

損害賠償
請求權之
發生時期

復次此損害賠償請求權發生於條件成就之時乎？抑發生於有妨害行為之當時乎？應以通說（前一說）爲是。蓋於條件不成就之場合，其附條件之法律行為既不生何等效果，自無得受何等利益之可言，故無可爲請求損害賠償之根據。惟如因毀損目的物之結果而使條件之成就變爲不能者，則仍須負賠償義務。

與第三者
之關係

第三者爲侵害條件附權利之行為，例如奪去附停止條件而賣出之物，或毀損附解除條件而讓受之物時，自應依一般侵權行為之法則定損害賠償之責任。

第一百零一條 因條件成就而受不利益之當事人如以不正當行為阻其條件之成就者，視爲條件已成就。

因條件成就而受利益之當事人如以不正當行為促其條件之成就者，視爲條件不成就。

於條件成否未定間，當事人應誠實待其確定。若當事人故意爲免除自己所受之不

條件成就
之擬制

要件

利益妨其成就者，則無異侵害條件附權利應負損害賠償之責。然法律以僅得損害賠償，尚不足以資保護，故為進一步之規定，使相對人即條件附權利人於此場合視為條件已成就，所謂條件成就之擬制是也。例如甲與乙約，如乙與丙結婚，則贈與若干圓嗣後甲破壞乙丙之結婚，即可適用本條第一項之規定，甲即負履行贈與之義務。此規定要件事實有三：

(一) 妨害條件成就須為惡意之行為。若有正當理由，妨害條件之成就者，自無本項之適用。至是否有正當理由，應依誠實信用之原則決之。其出於過失原因者，亦當別論。蓋立法理由純為對於不正行為之制裁也。(二) 須有因條件成就而受不利益之當事人為阻卻條件之行為。第三人若為阻止條件之行為，仍適用一般侵權行為之法則，不待多言。惟此所謂當事人不能從狹義解為指條件附法律行為之當事人，凡因條件成就所生法律關係之當事人，皆包含在內。例如在附條件債務之保證之場合，保證人固非條件附行為之當事人，然因為條件成就所生之法律關係可受不利益之地位，故保證人妨害條件之成就者，亦受本項之適用。(三) 須因於不正行為生條件不成就之結果，確定條件成就不成就，就有時不免判斷困難。但因妨害行為使條件之成就困難，或於相當時期內不能成就時，

效果

就條件之擬判
不成就

則不能使條件附權利人得預期的結果。在一般觀念上均可認為不能成就。具備以上之要件為保護條件附權利之利益計，視為條件已成就。此時不待當事人之意，思表示乃法律上之當然效果。本項乃倣德國民法之規定，惟在立法論應以日本民法定為得視為條件已成就者，為妥。蓋當事人如不願視為成就，則固可請求損害賠償也。

因於條件成就而受利益之當事人，反於信義促其條件成就時，其不正情形與上述相同，故特設規定視為條件不成就。例如火災保險，被保險人縱火圖賠保險金，是惟此類事件於特別法上多有規定。故適用之事例甚罕。至關於擬判的不成就之要件及效果，參照前段所述自明。

百零二條

第一百零二條 附始期之法律行為於期限屆至時發生效力

附終期之法律行為於期限屆滿時失其效力

第一百條之規定於前二項情形準用之

期限之屆滿

期限屆至或屆滿，即期限到來之謂。以歷日定期限者，其期日之到來時，以期間定之者，則依第一二二條以下之期間計算法，其末日終了時，又以一定事實之發生定期限者，其事實之發生時，均為期限之到來。

期限到來時，依於期限所附法律行為之限制，即被除去。即附始期之法律行為，從於期限之內容，或使法律行為之效力發生，或得請求債務之履行（參照本節總注）。關於此點學說上頗有議論。有謂附始期之法律行為僅在停止法律行為之履行者，有謂僅在停止法律效力之發生者，更有析衷說以債權行為附有始期者，其始期在停止債務之履行，反之，物權行為附有始期，其始期在停止效力之發生，然期限有如何之效力，為意思表示之解釋問題，就一般情形言，在債權行為附期限，以決定其效力之履行，亦無不可。至債權行為以外之行為，如所有權之移轉，其他物權之設定，當事人之意思，自在於期限到來前，限制效力之發生，不待論也。附終期之法律行為，為消滅法律行為之效力，則無異說。

期限到來之效果，為當然的，且生物權的效果與條件成就相同，但於絕對不許生溯及效力之點，即與條件成就異。因如許其得有溯及效力，未免與附期限之本質相矛盾也。期限與條件，尚有異點，即期限之到來，可以確定，故不生法律行為效力不確定之狀態。然在期限未到來以前，當事人有因期限到來，取得權利或負擔義務之法律上地位，與條件附行為，在條件成就以前，相同，且此法律上之地位，較之條件附行為之當事。

純粹之不附定期限

人地位更為確實自有特別保護之必要故第一百條之規定於此準用即法律行為之當事人於期限到來前不得損害相對人因期限到來所可得之利益如惡意損害時應負損害賠償之責任是也（參觀一〇〇條註）

第五節 代理

代理云者爲他人對於第三者爲意思表示或從第三者受意思表示因之對於他人發生法律效果之行爲也爲他人表示意思或意思表示之人爲代理人其法律效果所及於之他人爲本人故代理人與本人要爲別個之人格此即代理爲代表不同之點代理制度之起源比較爲法律觀念發達以後之事其在古昔人事簡單之社會各人於其自己關係之法律行爲常由自身爲意思表示或受意思表示殊無感覺代理之必要然在交易頻繁之今日若必遇事躬親自所難能因之不得不有受他人補助之方法其補助之手段固有種種有僅爲意思決定之補助者如顧問鑑定等有僅爲表示之補助者如代書通譯等尚有爲傳達之補助者如使者郵便等而最重要者即意思表示本身之補助乃依於補助人爲意思表示或受意思表示使本人坐收法律上之效果斯爲代理

代理行爲何故對於本人發生法律上效果從來學說不一述之如次

(甲)本人行爲說。此說以代理行爲之基礎，非代理人之意思乃本人之意思，蓋代理人從本人授權，基於本人之意思為行爲，故其行爲與本人之行爲同視，從而所生之權利義務關係由本人受之。雖然此說之缺點，不但不足以說明法定代理，且亦不足以說明意定代理，蓋因於錯誤、詐欺、脅迫等之事情致意思表示之效力受影響時，若從此說之結果應就本人決之，非就代理人決之，妨害交易之安全。

(乙)共同行爲說。此說以本人之意思與代理人之意思結合為一體，作為代理行爲之意思，然無論如何巧妙，與甲說有同一之缺點，且不澈底。

(丙)代理人行爲說或代表說。此說以意思表示與其效果之歸屬全然異其主體，即意思表示全為代理人之意思表示，而其效果則全歸屬於本人。德日學者均以此為通說，吾民法亦依此說而為規定，徵之第一百〇三條之文義甚明。

代理行為須具備左之要件

(一)代理須以本人名義為之。法律於代理認直接對於本人發生法律上效果者，乃基於行為者之願望，此意思即對於本人發生法律效果之意思，而為效果意思之一部，故有從於意思表示之通則，而表示之必要，惟代理意思與代理人之真意不必一致，縱令代

理人之真意係爲其自己亦不生代理人心裏保留之效力。代理人爲此意思表示係爲其自己利益抑爲本人之利益更可不問。至相對人有須表示與本人爲法律行爲之意思與否雖有採積極說者然應以消極說爲當。蓋代理人既示明本人之爲義即對於本人發生效力初不問相對人之意思如何惟在消極代理場合相對人須有此意思表示而代認人則毋須有此種表示。因此對代理人純然處於受方地位故也。

在代理關係代理人與本人爲判然之兩人格者本人爲效力上之當事者代理人爲行爲上之當事者故關於權利能力決之於本人非決之於代理人。例如中國人爲外國人之代理人而爲依吾國法上外國人不得享受權利之法律行爲如購買土地所有權等其行爲無效。反是外國人爲中國人之代理人而爲此法律行爲則仍爲有效。關於行爲能力與意思能力則由代理人決之爲原則。蓋在法定代理之場合本人卽爲無行爲能力及無意思能力者也。惟在意定代理之場合賦與代理權行爲卽授權行爲者必須有行爲能力又關於意思能力有時由本人決之者亦爲法律所設之例外(參照一〇五條但書)又代理人毋須有完全行爲能力(參照一〇四條)亦爲法律基於特別理由所設之規定。

(二)代理須關於意思表示

代理人限於意思表示爲法律認「爲本人」之效果意思之

效力爲私法上自治。若不在此範圍內不得成立代理。因之於事實行爲及不法行爲均無代理之可言。(占有爲事實不得成立代理。所謂代理占有並非真正之代理。不過有類似代理之現象。)惟法律行爲有於意思表示以外更以事實行爲爲要素者於茲場合其事實行爲包含於法律行爲中而爲一體。則仍不妨成立代理。例如在設定質權或消費貸借之要物行爲關於物之交付亦爲事實行爲仍得成立代理是也。

法律行爲及法律行爲上之意思表示以許代理爲原則。在羅馬法當時社會關係單簡。不感覺認一般代理之需要。故僅於少數特殊行爲爲許有代理。近世社會關係日趨煩雜。爲交易上之便益計。不得不將此例外變爲原則。故除以本人之意思表示爲必要之行爲外。概許代理。至不許代理之行爲如關於身分上之行爲是。

(二)代理行爲須對於本人直接發生法律效果。爲意思表示又受意思表示者爲代理人自身。其法律效果則直接歸屬於本人。是謂代理之本體。所謂直接即代理行爲之結果。非對於代理人而發生。然後移轉於本人。乃法律效果自始即對本人發生。此與間接代理之純爲債權關係者有異。例如第五四一條第二項之規定即屬間接代理之一例。法律蓋因間接代理制度不足以應經濟上之需要。故有直接代理之認許也。

(四)須有代理權之存在。代理行為對於本人發生法律上效果。如前所述故代理人與本人之間要有一定關係之存在而其一定之關係通常稱謂代理權其詳俟於後述之。

代理可為下列各種之分類。

(一)直接代理與間接代理。直接代理謂代理人於代理權限內以本人名義所為之意思表示或所受之意思表示。直接對於本人發生法律效果之代理。間接代理乃以自己名義與他人為法律行為而以其行為之結果事實上移轉於本人是也。所謂代理即指直接代理而言。至間接代理並非真正意義之代理不過學術上之用語而已。

(二)積極代理與消極代理。積極代理為意思表示之代理。消極代理為受領意思表示之代理。

(三)有權代理與無權代理。有權代理謂基於代理權之代理。無權代理則又可分為表見代理與狹義之無權代理。二種表見代理雖不基於代理權然從其外形之表見事實足使他人信為有代理權或有可信其有代理權之正當理由仍視為有代理權是也。狹義之無權代理(1)有根本未發生代理權者(2)有雖發生代理權而已消滅者(3)有超

越代理權限者，至其效力之如何，吾民法分別規定於債編（一七〇條以下）及本法第一百十條，可參照觀之。

(四)法定代理與意定代理
法定代理人，代理權發生之原因，非出於本人之意思之代理也。意定代理，則與此相反，故法定代理有基於法律上之規定，當然為代理人者，如行親權者為未成年子女之法定代理人，監護人為受監護人之代理人，是有因於法院之選任而為代理人者，如法院所選任之清算人，是有因私人之選任而為代理人者，如經親屬會議所選任之遺產管理人是。

(五)一般代理與特別代理
一般代理人，代理權之範圍，無特定所限制，如受任人基於概括委任而生之代理，商業經理人於營業範圍內之代理，是特別代理為個個法律行為之代理，其代理權限有特定的範圍者也。
不包括代貸

(六)單獨代理共同代理與復代理
單獨代理人，係一人，共同代理人，係數人，復代理人，即代理人於其權限內事務之全部或一部，以代理人之名義所選之本人代理人也。單獨代理為極普通之事例，共同代理是否得各自有代理權，抑僅共同有代理權，不免發生問題。吾民法於債編內（一六六條），規定之復代理，在本法未說明文，就立法精義

解釋似原則上採禁止主義（參照五三七條四八四條二項）惟如經本人同意或另有習慣或有不得已之事由時許其選任復代理人但此指意定代理而言至法定代理僅限法律有明文規定得選復代理人如本法第一千〇九十二條是其例也

代理必基於代理權已如前述代理權者爲本人爲意思表示或受意思表示因而對於本人得直接發生法律上效果之一種法律資格也

代理權之
本質

關於代理權之性質有種種學說大別之爲之（1）否認說（2）權利說（3）資格說（能力說）否認說在不認代理人與本人間之委任關係與其他對內的關係相分離而有代理權獨立之觀念此說係將代理與委任混爲一談殊無可取之價值權利說則區別委任與代理認代理權有獨立之觀念此點與否認說異不過以代理爲一種權利且屬於形成權之一種但所謂形成權者乃由權利者一方之意思而生法律上之效果而代理之效力則與代理人之意思無關在有代理權之場合不問代理人之意思如何可生代理之效力尤其於消極代理特別顯明故此說亦不足採資格說則以代理權爲與行爲能力相似之一種法律上地位卽有行爲能力者得爲對於其自己發生法律效果之法律行爲而有代理權者得爲對於他人發生法律效果之行爲蓋能力爲一種潛勢力苟有能力其爲法律

代理權發生之原因

行爲完全生效。今日學者多趨向第三說，信以此說爲當。

代理權發生之原因，依於法定代理與意定代理而異。法定代理權之發生，非由於本人之意思表示，乃因於法律上規定之各種要件而成立。除於消極的事實（即非由本人之意思表示而發生），有其共通點外，其積極的事實應就各種法定代理研究之。至意定代理權，則因本人之授權行爲而發生。惟此授權行爲之性質，從來有種種議論，試分述如下。

(甲) 委任契約說 在羅馬法直接代理制度尚未發達，只認委任契約，從而無關於授權行爲之學說。在法民法則無代理之規定，因而不認於委任契約外，更有所謂代理權授與行爲。以代理亦因於委任契約而發生，嗣後德日學者亦多採此說。然委任事務履行之債務與代理行爲之權限，其性質迥異，故縱無前者，亦有後者之存在。例如於僱傭合夥等關係，亦常伴以代理權，即在委任契約，亦有不伴以代理權者。（參照五十四條二項）故以兩者之發生解爲同一法律行爲，其理論不當，毋待多論。吾民法將代理與委任分別規定，其爲各別觀念，甚明。不過在事實上，於委任契約同時授以代理權之場合，較多而已。

(乙) 無名契約說

此說即以代理權之發生，因於本人與代理人間之契約而成立。易言之，即對於授與代理權之本人之意表示，以得相對人（即代理人）之承諾為要件。惟此契約僅以發生代理權為目的，與其基本關係之法律行為或委任或屬僱傭無關。乃依於契約自由之原則而成立者也。此在日本為最有力之學說。然其缺點在重視內部關係而忽略外部關係。若依此說發生代理權之契約有無效或撤銷原因時，代理權當然不存在。然於第三者（即與代理人為交易行為之相對人）不免蒙不測之損害也。

(丙) 單獨行爲說
此說即以代理權之授與行為，由於本人一方之意表示而成立。是為德國學者之通說。其理由以義務及負擔，若非得其人之同意，自不得強制而代理云者，乃依代理人之行為，對於某人發生效力，並非課以義務或負擔。故以一方的意思表示授與代理權，在理論上非無不當。

在吾民法之解釋上，應採第三說。蓋民法第一六七條與德民法為同旨趣之規定。依此規定，只須將授與代理權之意思表示到達於代理人或與代理人為法律行為之第三人，即生效力。法文甚顯，或以為強制他人承受代理權有反於他人意思之嫌。此乃誤會。承受代

理權爲一種義務或負擔之結果夫以一方行爲而發生法律上效果在他方爲處於受益之地位者自無不得拋棄其利益之理由例如遺贈爲單獨行爲而在受遺贈人仍得拋棄其遺贈前謂授與代理權爲單獨行爲亦不過謂得由本人一方之意思而生效並非代理人絕對不得辭任故解僞單獨行爲亦絕無強制他人意思之嫌也

次則爲代理權授與行爲有因與無因之間題若以代理權授與行爲與委託契約有不可分之關係如前述法國民法之觀念卽不生此問題反是採無名契約說或單獨行爲說則有討論之必要今日事者之見解大多取折衷說卽原則上爲有因行爲若當事人有特別意思表示時亦得爲無因行爲然若以代理權授與行爲爲無名契約如在日本民法之解釋斯得同一之結論吾民法旣明定爲單獨行爲自不能採原則上有因說且在立法政策上亦以採原則的無因說爲宜若不然蓋意之第三人難免受不測之損害也惟代理權授與行爲在事實上多非達授與自身之目的乃以達他種目的故常與委任雇傭合夥契約相伴若有此等法律關係相結合時則此基本的法律關係與代理權授與行爲不無牽連故此基本的法律關係無效或撤銷之時授權行爲亦從同一之運命比較適合當事人之意思反是(參照一〇八條一項)若無此等法律關係結合而爲純然之授權行爲之場合

例如僅以授與代理權之旨對第三人爲意思表示者，則以採無因說爲當然代理權之範圍，即指代理人之權限，其權限如何基於代理權之發生原因定之。關於法定代理，依於法律之規定及法定代理權之發生要件與其事實之內容定之。例如行親權人監護人（一〇八八條以下一一三條）遺產管理人（一一八四條）是也。關於意定代理，則依於授權行爲之內容定之。吾民法未如法日民法設有補充的規定，就大體言之，在一般代理保存行為及不變更代理之目的物或權利之性質範圍內，而爲利用或改良之行為，均得爲之。例如爲修繕家屋與他人訂立契約，或處分易於腐敗之物而保存其價值，即屬於保存行為；將物品租賃於他人使用或存貯金錢於銀行，即屬於利用行為；對於無利息之債權與債務人訂約附加利息，即屬於改良行為是也。

代理權消滅之原因，有爲法定代理與意定代理共通者，有爲其特有者。民法於法定代理權之特殊的消滅原因，於各種法定代理場合見之。如父母喪失親權（一〇九〇條）監護人之撤退（一一〇六條）遺產管理人之職務修事（一一八四條），均爲代理權之消滅原因。因此外，尚有依當然之解釋爲法定代理權消滅之原因者，如子女成年，禁法產之撤銷，監護人之辭職或解除委託，均屬之。至意定代理權之特殊的消滅原因，應依其所由授與之

法律關係定之（一〇八條一項）如基於委任關係而生之代理權僱傭關係而生之代理權因此等關係消滅而歸於消滅又撤回代理權亦為消滅原因之一（一〇八條二項）茲就一般法理述明代理權之共通消滅原因如次

（一）本人之死亡 在法定代理若本人死亡代理權無存續之理由不俟言也在意定代理若本人死亡其繼承人是否有以原代理人為代理人之意思殊不明瞭故亦以消滅為原則惟本人有特別意思表示或法律有特別規定時自為例外（參照五五〇條但書五五一條五六四條）

（二）代理人之死亡 代理非樞利不能繼承且代理乃基礎於

個人信用之結果故代理人死亡代理權當然消滅惟法律有特別規定者亦爲例外（參照五五〇條但書五五一條）

(三)代理人受禁治產或破產之宣告 法定代理人受禁治產之宣告其代理權當然消滅（參照一〇九一條一〇九六條）意定代理人受禁治產之宣告依第五百五十條爲類推解釋亦以解爲原則上消滅爲當蓋第一百〇四條雖得以限制行爲能力人爲代理人然究不得以無行爲能力人爲代理人也至代理人之破產是否爲消滅原因則在意定代理如係委任時依第五百五十條規定原則上爲消滅之原因而於契約另有訂定或其性質不能消滅者則不消滅其在法定代理雖他國之立法例不乏規定以破產爲消滅之原因者但而我國令此規定不得爲同樣之解釋至本人受破產或禁治產之宣告則以此種事實爲法定代理權發生之原因其原有法定代理權並不因之消滅例如未成年人受破產之宣告其行親權之父母並不因有破產管財人而喪失其法定代理權不過對於破產財團有關事項倍上代理權行使而已又如未成年人受禁治產之宣告時因禁治產之保護與未成年之保護目的不同此時應適用禁治產規定置監護人在對於未成年人之法定代理即停止作用至事實上禁治產人之監護人與未成年人之父母或監護人容有

同爲一人者乃依法律規定順序資格之偶合而已。在意定代理，本人受破產或禁治產之宣告時，依理論言，代理權以不消滅爲當。因代理特於此種場合始足發揮其效用也。在商事行爲，既定有明文（參照五六四條），惟委任代理依第五百五十條之規定，原則上行爲消滅，然此點寧解爲委任代理之特別規定。

代理權消滅後，代理人爲本人所爲之行爲屬於無權代理行爲，適用無權代理之規定。（一七〇條一一〇條）惟對於代理權之撤回，固亦爲代理權消滅原因之一，但在民法上有保護善意無過失第二者之規定（一〇七條）。

第一百〇三條 代理人於代理權限內，以本人名義所爲之意思表示，直接對本人發生效力。

前項規定於應向本人爲意思表示而向其代理人爲之者，準用之。

本條第一項規定有權代理之要件及其效果，第二項爲積極代理之規定，準用於消極代理。

關於有權代理之要件及其效果，已詳總述，茲再申述其意義。所謂於代理權限內，即爲於有代理權之範圍內，代理人縱不知有代理權之存在，若確有代理權事實存在時，仍

爲有權代理，其行爲直接對於本人發生效力。所謂以本人名義所爲之意思表示，即代理人須示明爲本人而爲之意義。易言之，即示明由其行爲取得權利或負擔義務者爲本人，而非代理人自己之謂。學說上謂爲顯明主義是也。其表示方法通常固言爲某某之代理人，但亦不必指出本人之姓名。只以採使相對人得知爲本人之方法爲足。又代理人所爲之意思表示，縱未示明爲本人而爲，然相對人明知或可得知其爲本人爲之者，在他國法律亦有明文規定發生代理之效力。學說上所謂隱名代理是吾民法雖無明文，應爲同一之解釋。蓋非如此不足以謀交易上之便利也。（參照前大理院七年上字三五七號判例）至司法上於特種場合有規定視同代理人者（參照一八四條一一五條二項），乃基於其他理由，而設非真正之代理，不可認爲顯名主義之例外。

消極代理爲受動代理，即他人向代理人爲意思表示，而此意思表示須示明使本人取得權利或負擔義務。在代理人此時僅處於受領地位，則無須示明爲本人之旨也。又在消極代理特授與消極代理權之事例甚鮮，通常關於某事項授與代理權，同時即授與受領意思表示之代理權，亦可認爲受領意思表示之代理權，即包含於積極爲意思表示代理權之中。例如有與他人訂立契約之代理權，固然包含有受領相對人要當或承諾之代

理權是也。

一〇四條

代理人之
能力

第一百〇四條 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

法律限制能力之目的在保護欠缺能力者於直接代理制度代理人之行爲非對於代理人發生效力故縱使限制行爲能力者當其任與保護之精神並無違反。

本條規定不論法定代理與意定代理均有適用在意定代理本人對於限制行爲能力者授與代理權假令代理人缺乏智識經驗使本人受損害時乃本人自招之結果反之法定代理其代理權既非基於本人之意思而發生爲保護本人之利益計以有能力者當其任爲適當民法基此理由設有種種規定如第一千〇八十六條第一千〇九十五條是但於無此等明文規定之場合殊無排斥限制能力者法定代理權之理由如第一千一百七八條之遺產管理人固不限於有完全行爲能力人也。

所謂意思表示之效力不因其爲限制行爲能力人而受影響即不得僅以代理人爲限制能力者而否認其代理行爲之意非規定本與人代理人間之關係也本人得以代理人之無完全行爲能力爲理由以否認其代理行爲與否應依一般規定與代理權授與權行爲

之性質決之如授權行爲與委任類契約相結合時常因其爲有因契約而被認爲無效或效力未定若爲無因行爲（即單純授權行爲）則與純獲法律上利益之行爲相同不以此而受影響即在有因行爲其結果縱爲無效亦不過於本人與代理人間失其效力爲止而在對外關係仍於代理行爲之效力也無妨

一〇五條

意思表示
要件之事
實

第一百〇五條 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事實之有無應就代理人決之但代理人之代理權係以法律行爲授與者其意思表示如依照本人所指示之意思而爲時其事實之有無應就本人決之

原則

本條規定爲取代表說之結果蓋在代理行爲爲意思表示及受領意思表示者乃代理人非本人故因於其行爲可受影響之事實有無應就代理人決之是爲原則然本條不限於積極代理有適用蓋爲意思表示之效力之一般規定即對於代理人爲意思表示亦包含在內所謂意思之欠缺如心裡保留虛偽或錯誤之意思表示以及意思能力之缺乏均屬之所謂詐欺脅迫不僅指法律行爲之相對人行詐欺脅迫即第三者行詐欺脅迫之場合亦然所謂明知其事情指有惡意而言所謂或可得而知其事情指有過失而言法律行爲

之效力。因有惡意或有過失而受影響之事例甚多。如以他人之物爲買賣標的買主於立約當時明知有權利之瑕疵者對於賣主無担保請求權（三五一條）。又如買主因重大過失不知標的物品質之瑕疵者賣主既未保證其無瑕疵對於賣主亦無担保請求權。凡因此等事實致法律行爲受影響者應就代理人決之。故代理人爲非真意之意思表示虛偽或錯誤之意思表示均有第八十六條第八十七條第八十八條之適用。不問本人之意思如何也。代理人如受詐欺脅迫所爲之意思表示有第九十二條之適用。雖本人未受詐欺脅迫仍得撤銷其意思表示也。代理人明知買賣之標的物有瑕疵或因過失而不知其有瑕疵時縱使本人善意無過失亦不能主張瑕疵擔保請求權反之代理人若爲善意無過失縱使本人爲惡意或有過失亦得對於賣主主張擔保請求權也。

如前所述本條不限於積極代理有適用乃意思表示效力之一般規定故代理人以詐欺脅迫方法使其相對人爲意思表示時相對人基於第九十二條有撤銷權惟在法條上殊欠明瞭又在共同代理即數代理人共同爲代理行爲之場合關於意思欠缺等等問題究由代理人全體決之抑由其中一人決之雖有種種議論然應如德國學者之通說由其中一人決之爲當。

非授也行，如於考之

對於前述之原則設有例外即代理人之代理權係以法律行為授與者其意思表示如依照本人所指示之意思而為時其事實之有無應就本人決之故適用本條但書須備下述要件（一）代理人之代理權係以法律行為授與此限於意定代理固極明瞭且在實際上多與委任或其他基本法律關係相結合惟不限於委託為特定的法律行為之場合即在概括委任之場合亦有受指示之可言（二）依照本人之指示此意義殊欠明瞭在學理上亦有種種議論惟從立法之旨趣考之即法律行為之具體內容中其問題之事情要基於本人意思而決定之謂不必一一有受本人指示之特殊事實也本人對於代理人既與以指示通常對於其所為法律行為已有精密之調查故代理人從其指示而為之意思表示時若本人有惡意（即明知其事情）或有過失而不知其事情（即可得而知其事情）不得主張代理人之善意無過失例如本人命代理人向某甲買入某特定物而明知該物不屬某甲之所有者雖代理人不知其瑕疵亦不得對某甲主張擔保請求權[○]法本旨在適於交易安全此保護法律行為之相對人並非保護本人故所設例外之範圍不宜過廣（參照德民一六六條二項日民一〇一條二項）若依本條但書之解釋一切事實之有無應就本人決之似代理人若明知或有可得而知之情事在本人不知或無過失時亦將由本

人決之矣誠不免立法上之非難也關於代理人之意思欠缺被詐欺被脅迫是否適用此例外規定亦不無疑問惟信以採消極說爲當。

一〇六條

第一百〇六條 代理人非經本人之許諾不得爲本人與自己之法律行爲亦不得既爲第三人之代理人而爲本人與第三人之法律行爲但其法律行爲係專履行債務者不在此限

雙方代理
之禁止

本條爲關於雙方代理之規定雙方代理有廣狹二義從廣義言代理本人與自己爲法律行爲亦包括之從狹義言專指一面代理本人一面又代理第三人（即法律行爲之相對人）與爲法律行爲是也禁止雙方代理之理由有種種學說或以一人而兼雙方當事人之資格與契約須有二人以上之原則相衝突故爲性質上所不能或採相反之見解以理論上非不可能不過契約當事者異其利害關係故使代理人代理本人與自己爲法律行爲或爲雙方之代理人，在實際上殊有弊害僅基於此便宜上理由而禁止之對於以上兩說應採後說蓋代理人之意思表示雖其成立上不外代理人自身之意思表示然在法律上之效果與本人自身爲意思表示相同民法對於債務人之履行許其雙方代理之理由即因債務之履行非新利益交換從而利害不衝突故認此例外若依前說係性質上之不

禁止之理

可能殊無說明此例外之理由也。

雙方代理之禁止不問法定代理與意定代理均有適用但在法定代理尚應注意親屬編內之特別規定（參照二二〇二條）又所謂法律行為亦不限於為契約行為即在有相對人之單獨行為（如行使解除權撤銷權或免除債務）亦有適用在共同行為則因當事者非有互相對立之關係僅共同對於第三者為意思表示以不受此限制為當至無相對人之單獨行為按之法條文義亦不生適用之間題。

果
禁
止
之
效

違反本條所為之行為其效力如何有絕對無效說及相反無效說二種第一說以禁止雙方代理之原則為公益的規定除有明文之例外（即本條但書）不因本人之承認而生效力第二說以縱有違反亦不過對於本人不生效力為止其結局等於無權代理行為適用無權代理之規定通說均採第二說從吾民法立法之旨趣觀之更以採後說為有據蓋法條示明非經本人之許諾不得為本人與自己之法律行為云云其為保護私益的規定至為明顯況經本人之許諾並不限於事先許諾即如適用無權代理因承認而生效力（參照一七〇條一項）與本人之意思絕不違反也。

關於債務之履行不禁止雙方代理蓋如前所述履行債務非新利益之交換故也所謂

債務之履行包括代理人對於本人所有債務之履行與本人對於代理人或第三人（他方之本人）債務之履行惟履行本人之債務不得拋棄本人所有期限之利益或先抵辯之利益斯不待論。又此之履行債務指狹義之清償行為而言按其性質本非法律行為故屬於法律行為性質之代物清償有可考量利害之餘地不適用此例外更改契約亦然關於抵銷行為則有議論然抵銷既非新利益之交換不過相互清償之簡易方法信以採肯定說爲當。

一〇七條

第一百〇七條 代理權之限制及撤回不得以之對抗善意第三人但第三人因過失而不知其事實者不在此限

限制及撤回之意義

代理權之限制即關於代理權範圍之限制也在意定代理以有此種限制爲常在法定代理則除法律有明文規定外不容由本人任意特示限制代理權之撤回即本人以意思表示使代理權消滅之謂也此則限於意定代理有適用更爲瞭然。

代理權被限制而爲超越其限制之代理行爲是謂越權代理代理權被撤回而爲代理行爲是謂無權代理然不得與表見代理相混（參照一六九條）乃法律上一種特別規定立法本旨純爲保護第三者而謀交易之安全因限制及撤回之事實既不公示於第三

要件

效果

者在第三者往往信其有代理權而與爲法律行爲若絕對適用無權代理之規定不免使第三者蒙不利益之結果也。

本條之適用以第三人（即代理人之相對人）善意且無過失爲要件。善意云者即不知有代理權限制或撤回之事實無過失云者即雖用相當之注意而仍不知其事實之謂。關於舉證責任在第三人毋須證明其爲善意若本人主張其爲惡意者應由本人負舉證之責至有無過失應歸何方舉證固有議論信爲亦應由本人負舉證責任爲當。

本條適用之效果即不得對抗第三人易言之即第三人對於本人得主張法律行爲之效力本人不得以越權代理或無權代理以與第三人對抗或謂此種效果與表見代理異此在日本民法或可爲如斯解釋（參照日民一〇九條一一〇條一二二條）在吾民法則以法文之用語不同不可相提並論蓋在表見代理（一六九條）若具備各種要件其代理行爲之效力當然及於本人第三人並無選擇之自由也。

本條不問於積極代理或消極代理均有適用是爲通說惟於法定代理應解爲無適用蓋法定代理權之限制爲法律之所規定（參照一一〇一條一一七九條二項）若謂不得對抗善意無過失之第三人殊失立法本旨至撤回代理權乃指意定代理而言徵之次條

適用範圍

之文義至爲明顯尤應注意者限制與撤回固亦爲代理權消滅之事由（限制僅一部消滅）但不能擴張解釋謂對於代理權一般之消滅概有本條之適用

第一百〇八條 代理權之消滅依其所由授與之法律關係定之

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

第一項之
適用

關於代理之消滅有爲法定代理與意定代理所共通者有爲法定代理或意定代理所特有者（參照本節總注說明）而本條第一項則指意定代理之特殊消滅原因而言蓋代理權之授與多非爲達代理自身之目的乃爲達他種目的或爲委任處理事務或爲達履僱契約合夥契約之目的故此等基礎的法律關係消滅其基礎上之代理權授與行爲亦因以消滅爲常例如因委任而生之代理權因委任之終了而消滅是惟代理權授與行爲並非當然的有因行爲已如前述本條第一項不過爲推測當事人意思之規定依於當事人間之特別意思表示使授權行爲與此基礎的法律關係相獨立亦所無妨例如示明委任契約縱有無效或撤銷之原因而歸於消滅亦不影響於代理行爲則委任關係雖消滅而代理權並不消滅是也

理由

解釋。但若以無能力者當然負此責任，殊欠卻法律保護無能力者之旨趣。故絕對無行為能力人之代理行為，應解為不負本條之責任。至限制行為能力人是否負此責任，應以其所為代理行為是否得法定代理人之同意為斷。如已得法定代理人之同意，仍不能免與有能力者負同一之責任也。

(三) 責任之根據 無權代理人何故對於相對人負上述之責任？關於此理由，有種種學說或依於過失賠償之原則，以無權代理人為代理行為乃基於其過失，應負責任；或以無權代理人與相對人間有默示之擔保契約，故使負此責任；又或以無權代理人為不法行為，應負此責任。然民法於本條並未示明，以無權代理人之故意或過失為負責之要件。且若以其為不法行為，即屬侵權行為，以適用一般侵權行為之規定為足，無特設明文之必要。故第一說與第三說毫無足取。其中最有力者厥維第二說，即擔保責任說是也。此說之理由，以無代理權人與他人為法律行為時，會有若不得本人承認，有自為法律行為當事者，始思之擬制。又或雖以本人之名義為之，而有擔保代理行為生效之意思，即擔保契約，故於其效果，應負責任。此說非特與事實所符，照若如所說，在相對人亦應有此意思，顧何以法律尙認相對人有撤回權？此其說之不能圓滿者一也。且若為擔保契約，應使無權代

理人先負履行之責任矣。顧何以法律僅認負損害賠償之責任。此其說之不能圓滿者二也。凡担保契約必以主契約存在爲前提。然於代理行爲既不生效力，反謂有從屬性之擔保契約有效，非矛盾。此其說之不能圓滿者三也。故今日學者之通說，皆謂本條之責任爲法律直接規定，即法律上之特別責任。乃基於保護交易之安全所設，信以此說爲最當。

第六節 無效及撤銷

完全法律
行爲與不
完全法律
行爲

法律行爲之效力云者，法律付於法律行爲之拘束¹也。法律行爲適應於表意者所欲發生之效力，以具備形式的與實質的條件爲必要。凡具備其條件之完全法律行爲，謂之有效法律行爲。若缺乏其條件之一部，則爲不完全之法律行爲，因而其效力即不完全。得分爲無效行爲、撤銷行爲與狹義的效力未定之行爲。三種述之，蓋廣義的効力未定之行爲不但包括得撤銷行爲在內，即凡附條件附期限行爲亦屬之。茲所述之效力未定的法律行爲，指經第三人允許承認或同意而生效之法律行爲而言也。

(一) 無效行爲

無效之意
無效行爲

無效行爲即法律事實雖客觀的完全，然缺乏有效條件，故不發生法律行爲內容之效果。然欲發生非法律行爲內容之效果，則無妨。例如無效行爲若具備不法行爲要件時，得發

羅馬法制
史上之推

生損害賠償義務若具備不當利得要件時得生不當利得還返之義務是也無效行爲與法律行爲之不成立異其觀念蓋前者乃法律事實已完全即其不可缺之積極條件已具備僅缺乏有效要件因而謂之法律行爲之無效後極條件故法律事實不完成例如僅有要約而無承諾是爲契約不成立反之該其契約固爲成立但其內容違法則爲無效是也

無效行爲係確定的不發生效力。關於此點與效力未確定之法律行爲異其性質，例如無權代理行爲於未經本人承認以前，對於本人不生效力。但於承認時，仍溯及於行爲當時發生效力，即其行爲之當時是否發生効力，尚在未確定之狀態中也。無效之法律行爲，自始確定的不發生效力，不因爾後當事者之追認而為有效，亦不因時之經過或情事變更而為有效。例如行爲之標的，因反於公序良俗之故，為無效。雖以後情事變更，反於公序良俗，亦不能變為有效行爲也。

無效行爲如已死之產兒任何名醫亦不可使其復生故在法律上當然無效所謂當然無效即毋須當事者或法院爲何等行爲而使無效然爲使裁判上確定其無效亦不妨提起消極確認之訴例如婚姻無效之訴不外屬於消極的確認之訴之性質也無效行爲不獨

於當事者間無效不問何人皆有利害關係者皆得主張其無效又不問對於何人皆得主張其無效是爲原則惟法律偶有例外規定即對於某種人不得主張無效者稱爲相對無效例如民法第八十七條第一項但書規定是也

無效之原因

無效行爲之原因有爲一般法律行爲所共通者如意思能力之欠缺（第七五條）虛偽意思表示（第八七條一項）法律行爲標的之違法（第七一條）法律行爲違反公序良俗（第七二條）等屬之有爲特定法律行爲所特有者例如關於婚姻之法律行爲是此在民法上與其他特別法上規定殊不在少應就各該行爲具體考察之

行爲之無效得依左之標準而爲分類

（甲）絕對無效與相對無效 凡對於不問何人父或由任何人均得主張無効者謂之絕對無效如由一定之人或對於一定之人亦不得主張無效者謂之相對無效相對無效之用語是否正確不無疑問蓋於一方有效力另一方對於某人則無效力其觀念未免矛盾然若自無效之觀念中排斥相對無效之用語吾人不可不創立足以表示適當之名詞關於此點迄今無何等之提倡故不得不踏襲從來之用語所謂相對無效之例已如前述（第八七條第一項但書）惟應注意者相對無效與不得對抗一定人之有效行爲似同而

實異。例如民法第二十七條第三項之不得對抗善意第三人，其行為之本質仍為有效不過不能對於一定之人主張之，並非謂第三人得主張其為無效也。

(二)一部無効與全部無効。法律行為之內容全部有無効之原因時，則全部無効。若僅法律行為內容之一部有無效之原因時，究為全部無効抑僅一部無効，則因立法例不同。吾民法從德國法例以全部無効為原則，以一部無効為例外（參照第二二一條註）。惟一部無効之問題，係以一個法律行為為前提，例如超過民法第一百零五條之利息，超過九百十二條之典期，其超過部分無効。是若表面上為一個法律行為，其實乃數個法律行為相結合者，則其一方縱無効亦不得謂一部無効。例如以十圓買（甲乙二卷）一部之書，乃一個法律行為。若甲卷給付不能時，得生一部無効問題；反之以七圓買甲卷，以三圓買乙卷，假全同時成立契約，仍為兩個法律行為。故甲卷縱給付不能，亦不生一部無効問題。又在雙務契約，係由一契約生兩當事者之義務。一方之義務縱有履行可能，而他方之義務有不能履行之場合，亦不得目為一部無効。蓋對於兩當事者發生義務乃雙務契約之要件，故一方之義務不成立時，雙務契約即全部無效，不生一部無効之問題。

(丙)當初無效與嗣後無效。無效原因係於法律行為成立之當時者，為當初無效；法律

行爲之成立與效力發生之時異而於其期間內生無效原因之場合爲嗣後無效。例如遺囑雖成立在遺囑人未死亡以前，尙未發生效力。設在遺囑人未死亡前發生無效之原因，則爲嗣後無效。如現行法許以遺囑指定繼承人，但在遺囑人未死亡以前生有子女該遺囑即爲無效（參照第二二四三條）。與嗣後無效不可混同者，在於法律行爲發生效力後，成爲給付不能是也。例如以特定物給付爲標的之契約發生效力後，其目的物滅失而其契約仍爲有效，其結果或生損害賠償或生免除給付義務之問題（參照第二二五條）。此與法律行爲不生效力之事後無効異其觀念。

當初無效之原因與嗣後無效之原因非必同一。例如意思能力之欠缺，因爲當初無効之原因，然一旦行爲成立後行爲者雖無^{喪失}意思能力，不影響於法律行爲之効力。反之若於成立後變而爲標的不能或不法，則屬嗣後無效。

（二）得撤銷之法律行爲

民法上撤銷一語用之於種種意義。第一有法律行爲之撤銷與法律行爲以外之撤銷之別。如法人設立許可之撤銷（第三四條），禁治產宣告之撤銷（第一四第二項）等事均屬法律行爲以外之撤銷，不適用本節撤銷之規定。第二在法律行爲之撤銷中有以意思表

示之瑕疪爲原因者有不然者如詐害行爲之撤銷（第二四四條）贈與之撤銷（第四一六條第四一七條）等雖得準用本節規定但均與意思表示之效力無關與不在本節說明之列茲所述者僅就由於意思表示有缺點而得撤銷之行爲而言
可得撤銷之法律行爲當然其內容生相當之法律上效果此與無數行爲確定的不生效力者不同故又得撤銷之行爲其效力在未確定（即動搖）狀態之中經撤銷始確定自始無效經承認或撤銷權因一定期間經過而消滅始確定自始有效此爲得撤銷行爲之特色就廣義言得撤銷之行爲亦爲效力未定行爲之一種然與後述之效力未定行爲亦有不同蓋在後者係效力發生與否未定而在前者不過因撤銷之結果歸於無效非法律行爲之發生效力與否未定也

撤銷與撤回異撤銷之者乃使一旦生效之行爲效力歸於消滅反之撤回則在防止未生效力行爲之效力發生例如本法第九十五條第一百十一條規定之撤回甚爲明瞭然在民法中亦有用撤銷之用語其實不外撤回之意義者如第一百六十五條廣告之撤銷第一千二百一十九條遺囑之撤銷均有用語混雜之嫌在嚴格的意義言均與本節所述之撤銷有異不可不辯蓋法律行爲一般之原則在意思表示未發生效力以前得由表意者

任意撤回例如要約於未達到相對人以前得自由撤回是也

撤銷權之行使

撤銷僅得由有撤銷權人爲之非如無效行爲不問何人均得主張無效者也有撤銷權人乃係爲有瑕疵意思表示之人惟代理人與繼承人應解爲亦有此權又依本法第一百零五條前段之規定其事實之有無固就代理人決之但本人亦有撤銷權已成通說

撤銷權之內容並非對相對人請求爲一定行爲乃依一方之意思表示消滅其法律行爲之效力故爲形成種又撤銷權爲從權利故不得與其基本的法律關係相分離而爲單獨讓與

撤銷之原因

撤銷之原因乃因意思表示具有瑕疵有謂行爲能力之欠缺亦爲有撤銷之原因者此在日本民法可爲如斯解釋而在我民法則以之爲無效或效力未定（參照第七五條第七條至第七九條）不得認爲屬於得撤銷之行爲至特殊的撤銷原因（例如第二四四條第四一六條）在民法不設一般規定應就各項情形定之蓋爲法定之撤銷原因與當事者之意思無關也

撤銷必具有一定原因如上述故以當事者間之契約任意的使發生撤銷權在所不許然保留解除權則不妨或以爲此兩者之區別點即撤銷爲關於法律行爲之效力而解除乃

撤銷與解

關於法律行爲之本體然法律行爲一旦成立欲使此事實滅却決非人爲所可及故撤銷原因法律行爲之成分有瑕疵而解除則非因法律有缺點依當事者之意思或法律之規定附着其於外部之權利以此爲二者性質上之差異較爲允當

撤銷權行
使之方法

關於法律行爲撤銷之方法在法國民法以訴訟上主張之爲必要而德日民法則以意思表示爲之已足吾民法係採後例但此屬原則若有例外規定時則須以訴訟主張例如本法第九百八十九條至第九百九十七條其適例也

(三)效力未定之法律行爲

效力未定之法律行爲云者法律行爲發生效力與否尙未可定之謂也其與無效行爲不同之點卽非如無效行爲自始確定無效其與撤銷行爲不同之點卽非如得撤銷行爲經

撤銷之結果始歸於無效者也效力未定之行爲不一而足如遺囑行爲附停止條件或附始期之行爲亦屬之惟此處所述者僅指經第三人同意而生效力之法律行爲而言

民法上得經第三人同意而生效力之法律行爲其用語有不表明同意字樣而以承認或允許表示之者就大體言允許者事先或同時表示同意之謂而承認則事後表示同意之謂但亦不可一概而論如第一千一百零一條與第一千一百七十九條第二項之立法本

效力未定
行爲

效力未定
之意義

同意允許
或承認

旨相同但若謂監護人處分受監護人之不動產縱經親屬會議之事後追認亦屬無效殊不近情總之民法於此等用語隨事異名殊乏明確標準惟無論如何允許或承認均爲同意之一種而同意即包含允許或承認在內者也

須得第三人同意而生效力之法律行爲有種種例如第一百八條第一千零零六條第一千一百零一條是至於第七十九條與第一百七十條之規定通說以爲非經第三人同意而生效力之行爲乃經法定代理人或本人同意而生效力之行爲似有少許誤解蓋第七十九條與第一百七十條皆爲效力未定之行爲易言之即甲之行爲須經乙之同意始生效力無論其爲法定代理人或本人而其所處地位則與第三人同若不如此解釋則一百十七條所設之一般規定將不適用第七十九條第一百七十條甯非予盾

經第三人同意而生效力之法律行爲固與得撤銷行爲不同已如前述在民法上亦有特別規定如違反第九百八十一條之結婚則屬得撤銷行爲(參照第九九〇條)是爲例外第一百十一條法律行爲之一部分無效者全部皆爲無效但除去該部分亦可成立者則其他部分仍爲有效

全部無效
爲原則
部無效
例外

於全部例如附不法條件之法律行爲即屬全部無效蓋於此場合其法律行爲繫於該條件之一點已成不可分之關係也法律行爲雖以不可分爲原則但有依於行爲之性質或當事者之意思除去該部分仍可成立者則其他部分不妨仍爲有效例如在法律行爲發生效力以前法律行爲標的之給付成爲一部不能（如多數物品其中有數種變爲不融通物）而其他一部仍爲可能時則僅不能之部分屬於嗣後無效蓋依於法律行爲之性質而可分者也其由於當事人之意思而認一部有效之例更多如公司之合併決議之內容中不承担被合併公司之債務固屬違法但當事人之意思若以此種決議爲有效則於內部關係仍有其合併效力又假如設定地上權之契約不得永久無期如當事人約定成立永久無期之地上權仍不妨認爲無期限之地上權契約者也至於法律有明文規定則從其規定如第三百八十條第四百四十九條第一項第八百七十三條第二項第九百十二條是其適例

二二二條
無效行爲
之轉換

第一百十二條 無效之法律行爲若具備他法律行爲之要件並因其情形可認當事人若知其無效即欲爲他法律行爲者其他法律行爲仍爲有效

甲種法律行爲爲無效行爲若具備可發生乙種法律行爲之要件時得認乙種法律行爲

之效力學者稱之爲無效行爲之轉換而爲本條所明示者也

法律行爲之轉換可分爲法律上之轉換與解釋上之轉換兩種如將要約擴張限制或更而爲承諾者視爲新要的（第一六〇條一項）是爲法律上之轉換又如發行本票行爲雖因要件欠缺不能認爲負擔票据債務但若可作不要因之債務承擔契約其契約仍爲有效又如已有婚生子女而以遺囑指定他人財產爲繼承人雖其指定行爲無效但若可作爲遺贈行爲其遺贈仍爲有效但此爲推測當事人之意思之規定若當有顯然相反之意思時則不能爲如此解釋又當事人若明知其無效者即不適用本條規定

第一百三條 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

基於無效行爲所爲給付之場合應使當事者相互間負回復原狀之義務其所受之給付不可不返還但因法律行爲之目的不法而爲無效者原則不得請求返還其給付之物（參照第一八〇條）又當事人於行爲時若爲善意且無過失時則不負此責任，但信爲可適用第一百七十九條及第一百八十二條第一項右原因行爲無效而結付行爲有效時如爲物權行爲之前提行爲（債權行爲）而物權行爲有效無效則僅有本條回復原狀

或賠償損害之請求權反是原因行爲無效給付行爲亦無效時給付者除有本條之請求權外尚有基於所有權之返還請求權即物上請求權蓋給付行爲既爲無效給付者仍爲所有權人對於無權占有之任何人有回復請求之權利也（參照第七六七條）惟第八十七條第一項但書則爲例外事實上如不能回復原狀或回復原狀顯有困難時即應以金錢賠償損害故本條之賠償損害與第二百十五條之命意相同

一一四條

第一百十四條 法律行爲經撤銷者視爲自始無效

當事人知其得撤銷或可得而知者其法律行爲撤銷時準用前條之規定

本條規定撤銷之效力關於撤銷之效果從來有溯及主義不溯及主義物權主義與債權主義之爭本條規定採溯及的物權主義故撤銷之結果視爲自始無效且得對抗一般人但法律亦有例外規定如婚姻之撤銷其效力不溯及既往（第九九八條）撤銷被詐欺之意思表示不得對抗善意第三人（第九二條二項）是也

撤銷之效力既採溯及主義因撤銷視爲自始無效故當事人應負回復原狀或損害賠償責任且因撤銷有物權的效力非僅法律行爲相對人因其行爲而取得權利者當然返還於撤銷權人即從其相對人讓受同一權利之第三人亦當然喪失其權利但此係依原則

撤銷之效
力及當事
人之責任

言尙有左列例外

(一)由於詐欺之撤銷依前所述不得與善意第三人對抗僅受詐欺者對於行為相對人有本條請求權

(二)在當事人間爲債權行爲(即原因行爲)且基於此爲物權行爲時其債權行爲雖被撤銷其物權行爲尙非當然無效此時僅撤銷權人對於相對人生本條請求權不能與第三人對抗

(三)債權行爲與物權行爲均被撤銷雖得對抗第三人然第二人若受占有公信力之保護(參照第八〇一條第九四三條第九四八條)第三人依於占有而取得之權利亦不負返還義務僅當事人間有本條請求權

以上所述爲撤銷行爲之一般效力至因錯誤而撤銷其意思表示者對於受損害之相對人與第三人須負賠償責任則爲另一規定不可與此相混(第九一條)例如甲與乙訂立某種契約乙受領甲之給付嗣後甲依於第八十八條第八十九條撤銷其意思表示時甲對於乙若具備本條之要件可行使對乙之回復原狀或損害賠償請求權而乙若具備第九十一條之要件亦可對甲行使該條請求權是也

依於本條所爲回復原狀或損害賠償是否爲不當得利之返還抑爲特別責任在學說上極有爭論就理論言應分別債權行爲之撤銷與物權行爲之撤銷而有差異在前者則生不當得利之請求權在後者則其權利自始未移轉須全部返還，事實上不能返還或有重大困難時則以金錢賠償損害始爲正當在吾民法，以有善意惡意與過失有無之區別尙不能爲此解釋茲爲分別情形說明其適用如次

(一) 物權行爲撤銷之場合 物權行爲乃直接使物權發生變動之意思表示也物權行爲通常以債權行爲爲原因行爲於此場合其物權自始即未移轉其關係不能依不當得利法則解決若其物在相對人占有中應將其物返還於物權所有者如不能返還則以金錢賠償損害即全部利益返還是也此時所有人不特有本條請求權且有物上請求權明矣其在債權行爲與物權行爲共得撤銷之場合亦生同一之結果

(二) 債權行爲撤銷之場合 債權的原因行爲存在而於其後爲前示之物權行爲(給付行爲)僅其原因行爲被撤銷時於此場合撤銷權人能否向相對人收回其已給付之物在德日有名數學說而以發生不當得利請求權爲通說在吾民法則有明

文認為有全部返還請求權（原則上返還受領物若有不能以金錢賠償損害）蓋本條準用前條示明應負回復原狀或損害賠償責任且以行為時知其無效或可得而知者為限按第一百八十二條之規定迥異惟對於善意無過失之相對人不妨行使第一百八十二條第一項之請求權

(三)於有原因行為而未為給付行為僅原因行為撤銷之場合 賓權關係雖已成立而於基此關係為給付以前被撤銷時於此場合未為物權之移轉在德日學者通說均認為不生返還利益之間題在吾民法此時仍得依本條請求賠償損害不過對於善意無過失之相對人則無請求權明矣

一一五條 第一百五十五條 經承認之法律行為如無特別訂定溯及為法律行為時發生效力
可得撤銷之行為有撤銷權人得承認之因於承認以確定可得撤銷行為為有效故承認屬於撤銷權消滅原因之一

承認乃確定得撤銷行為之不確定的效力之意思表示也可得撤銷之行為在承認前亦有一定効力因於承認始確定其效力故此之承認與無權代理行為之承認以發生新法律效果為目的者亦有不同承認併以撤銷權消滅之效果故通說以承認為撤銷權之拋

棄少數說則反對之以承認權與撤銷權爲各別權利故確定法律行爲效力之積極意思表示不必包含拋棄撤銷權之消極意思表示然確定法律行爲效力之意思表示當然含有不使其效力消滅之意思表示故承認之意思表示解爲有拋棄撤銷權之意思表示之另一面爲當

承認既含有拋棄撤銷權之意思故其效力原則上溯及既往惟在當事人間不妨以特約使其從承認時發生效力或於法律行爲成立以後承認以前之某時發生效力在外國立法例有規定雖有溯及效力然不可害及第三人已得之權利者然對於第三者之關係應以其取得之權利是否具備對抗要件而決故此處無說明文之必要

一一六條

第一百十六條 撤銷及承認應以意思表示爲之

如相對人確定者前項意思表示應向相對人爲之

本條規定撤銷及承認之方法不拘撤銷以不拘形式之一力意思表示爲之在例外言有須以訴之方式主張者如作害行爲之撤銷(第二四四條)婚姻之撤銷(第九八九條至第九九七條)是

撤銷爲法律行爲故須具備法律行爲之一般有效要件如錯誤之撤銷或被詐欺被脅迫

之撤銷仍得撤銷其所爲之撤銷也

撤銷應表示其原因否在學說上有種種議論然信以採積極說爲正當蓋表示撤銷之原因在有撤銷權者毫不感竟痛苦且對於相對人若不使知其爲何理由不免陷於茫然之境地也

撤銷得附條件與否多數學皆否定之其理由以撤銷者乃確定得撤銷行爲之運命爲目的之法律行爲也若許附加條件則不能確定其行爲之運命故在行爲之性質上爲不可許可然法律行爲之原則皆許附條件故在無害之範圍內附條件之撤銷亦所不妨如附加隨意條件是其適例

撤銷之意思表示對於何人爲之立法例規定不同我民法則以行爲之相對人確定者爲其意思表示之相對人於相對人不確定之場合法無明文通說以任何方法爲之均可毋須對於利害關係人或其他特定人爲之但吾輩不贊成此說蓋撤銷畢竟以消滅行爲之效力爲目的若非對於有直接利害關係之人爲之自不發生效力例如撤銷地上權之拋棄非對於土地所有人爲之應解爲不生效力者也又於相對人確定之場合應對於法律行爲當初之相對人爲之如相對人以其取得之權利讓與於第三人時仍以行爲當初

對人爲撤銷之相對人在相對人死亡之場合以其繼承人爲相對人在相對人爲無能力或限制行爲能力人之場合應對於其法定代理人爲意思表示於相對人有數人之場合原則上應對於全體爲之但法律行爲之內容係屬可分關係者自不必對全體爲之惟對最後所述一問題學說上有種種議論迄今尙無定論也

以上所述爲撤銷之方法至於承認之方法大體與撤銷同不過對於已經撤銷之行爲不得再爲承認又承認非於有撤撤原因終了以後爲之亦不生承認之効力如因詐欺脅迫而爲法律行爲須於脫離此等不正之干涉以後爲承認始生效力也

第一百一十七條 法律行爲須得第三人同意始生效力者其同意或拒絕得向當事人之一方爲之

本條規定表示同意或不同意之方法即凡經第三人同意始生效力之行爲不問對於該行爲之任何一方表示同意或拒絕均生同一之效果惟對於一方表示同意同時對於另一方表示拒絕者其意思表示既有矛盾應解爲不生效力其對一方表示同意於先而對他一方表示拒絕於後或對一方表示拒絕於先而對他一方表示同意於後究生如何之效果不無疑問此問題應就法律行爲是否成立決之若在法律行爲成立之當時或已

同意或拒
絕同意之
方法

二一七條

後既表示同意或拒絕其表示已生確定效力縱已後爲相反之表示不能推翻以前之表示也如先表示同意後又表示拒絕仍生同意之效力如先表示拒絕後又表示同意則祇能認爲得成立新法律行爲而已不生追溯之效力反之若在法律行爲成立前其事先雖已爲同意之表示迄於法律行爲成立之時則不妨撤回其同意此在德民第一百八十三條定有明文吾氏法亦可爲同一之解釋也

本法未規定其效力時期但法律行爲繫於第三人同意者即應溯及於行爲當時發生效力若有特別訂定則爲例外

第一百八十八條 無權利人就權利標的物所爲之處分經有權利人之承認始生效力

無權利人就權利標的物爲處分後取得其權利者其處分自始有效

言前項情形若數處分相抵觸時以其最初之處分爲有效

本條之原則亦爲法律行爲之效力繫於第三人同意之一種惟係指事後承認即追認而按處分行爲非有處分權人不得爲之在法律上當然不發生効力惟爲實際上便利亦得由處分權人承認使之發生效力所謂處分行爲指物權行爲與準物權行爲而言在債權

行爲本屬所爲當事人間之關係其債權行爲自體尚非無效例如甲以乙所有之土地出賣與丙未經乙之承認對於乙不生效力而甲丙間之買賣契約尚有債權之效力又處分行爲雖不生效力但若權利標的物爲動產而行爲之相對人受占有公信力之保護者（參照第九四三條第九四八條第八〇一條）縱無處分權人就其物爲處分受讓人具備即對取得之要件仍取得其權利此時處分者爲侵權行爲對於有權利人負損害賠償責任而已

無權處分行爲原則上雖須經有權利人之承認始生效力但若於處分後取得其權利者其處分仍自始有效亦所以謀實際之便利也所謂取得其權利固以取得所有權爲通例但亦不限於所有權只須取得處分權即可例如甲以乙所有之不動產出典於丙於處分後甲對乙取得典權若合於第九百十五條之要件其處分仍自始有效蓋有處分權人與所有權人不必爲同一人也

本條第三項規定無處分權人就權利標的物爲數個處分而互相牴觸者以其最初處分有效在解釋上頗生困難蓋在第二項情形爲數個處分行爲各行爲之效力如何應以第三者之取得權利是否具備物權行爲之要件而定易言之最初行爲之相對人對於一

一般人能否主張有效應以是否具備對抗要件為斷否則僅對於行為人得主張其債權效力而已故本項規定認為不必要

第五章 期日及期間

時之概念

法律上所謂時有兩種意義一指時點即測定事實發生前後之尺度之意味一指場合即某事實發生之情況之意味例如民法第二百四十三條所謂債務人負遲延責任時二百四十四條所謂受益人於受益時以及第二百四十七條至第二百五十條之時均含有場合之意味非有時點之意味者也

時點不可分或視同不可分者謂之期日如云某日正十二時即不可分之時點又如云某月某日雖亦包含一定之長度然吾人以之視同不可分者也從一定之時點至於他時點之經過謂之期間故期日就其不可分之點觀之殊無繼續之觀念而期間則以有繼續觀念爲必要學者有謂期日係從靜的方面觀察期間係從動的方面觀察

期日及期間是否法律事實爲學者議論之所在一說以法律事實者現象也時之經過非現象故非法律事實不過對於或種事實附與法律上效果之標準他說以權利之得喪由時之經過而生者在訴訟上吾人應負立證責任故時之經過爲法律事實以上兩說迄今

期日與期間之意義 及其在法律上之影響

尙無定論。然時間在種種之點與法律效果有密切關係，則不俟言。或因到達一定期日，或經過一定期間，法律事實始生一定之效果，或在一定期間因於一定事實狀態之存續而生權利之得喪變更。其例不遑枚舉。此本法於總則編所以規定期日與期間之一般計算法也。

期日與期間之計算法

(一)自然計算法

(二)歷法計算法

期日及期間之計算法，有兩種主義。一爲自然計算法，即定一日之長度二十四小時，一週爲七日，一月爲三十日，一年爲三百六十五日。依此法而爲計算，極爲精密，不加人爲之增減。如云自本年一月一日午前十時五分起三小時，則其期間算至同日午後一時五分滿了。又如云自本年一月一日午前十時五分起一日，則其期間爲次日午前十時五分滿了。依此類推，算月則不論大小，概以三十日爲一月，算年則不論平閏，概以三百六十五日爲一年。是也。吾民法不以此爲原則，僅於第一百二十條第一項、第一百二十三條第二項採此計算法。一爲歷法計算法，即從於本國採用之曆法計算。於是月有大小之區別，年有平閏之區別，其中所包含之日數不等。其以日或星期爲單位者，亦以午前○時至午後十二時爲一日。此外之小時，在所不計。以日曜日迄於土曜日爲一週，非自其起算之時刻或自事件屆立之時刻起算，以達於二十四時之七倍足數也。從兩計算法比較觀之，前者精密

而不簡便後者簡便而不精密固各有其得失惟民法本章非強制的規定不患無紳縮之餘地也。

期間有繼續的與不繼續的兩種繼續的期間者。一旦開始進行其經過不中拒絕者。非繼續的期間者。不以繼續經過為必要。例如於一年內服五個月之勞務於一年內與以半個月之休課是也。於此場合祇須以五個月相當之日數服勞務以半個月相當之日數休課。不以繼續為必要。此在社會之習慣上均視一月為三十日一年為三百六十五日故吾民法於第一百二十三條第二項規定之。

第一百十九條 法令審判或法律行為所定之期日及期間除有特別訂定外其計算依本章之規定

一般規定

期日及期間有以法律定之者如民法第八條第十二條是有以裁判定之者如民法第一千一百五十六條第二項第一千一百五十七條第一千一百七十八條是有以當事人之意思定之者即法律行為所定之期日期間如民法第八十條第一百七十條第二項是於此等之場合除有特別訂定外概適用本章之計算法所謂有特別訂定如在其他法律或命令中有特別規定或當事人之意思另訂計算法亦無不可例如在國歷尚未普行之

一二〇條

際某種地方之人訂立契約有從於舊歷(即陰歷)之意思依其意思可也。

第一百二十條 以時定期間者卽時起算

以日星期月或年定期間者其始日不算入

以時定期間之計算法

本條第一項爲取自然計算法之一例蓋以歷言之時以下無單位故以時定期間者不得不從自然計算法卽時起算如自上午九時十分起四小時內卽自上午九時十分至下午一時十分止是也其以時以下之分秒爲單位之場合法律未設明文然信爲亦採自然計算法無疑

於一定地方之交易依其地方之標準時定時之起算點卽以其地方太陽在子午線上之時爲正午依此而定其計算關於此點因無一定之學理可據然可認爲適合於當事人之意思其在隔地間之交易應依於國定標準時定之例如云午前五時在此一地太陽已出在彼一地猶未明若依於地方標準時則因兩地異時往往失判定行爲之效力標準若依於國定時雖亦有不便然若全國劃一則亦無何種困難也

本條第二項爲取人爲計算法之一例卽以日週月年爲單位之場合其始日不算入例如自今日午后一時起十日內卽以明日之始計算十日期間是但期間自午前零時起者在

不以時定期間之計算法

外國立法例有規定仍算入本日。吾民法雖則未設規定。

一二一條

期間之終點

第一百二十二條 以日星期月或年定期間者以期間末日之終止為期間之終止。期間不以星期月或年之始日起算者以最後之星期月或年與起算日相當之前一日為期間之末日但以月或年定期間於最後之月無相當日者以其月之末日為期間之末日。

本條第一項為以日星期月或年定期間時之終止點之規定故以時定期間之場合不適用之關於終止點之立法例有以末日之開始為期間滿了之計算法有以末日之終了為期間滿了之計算法本法則採後者隨而吾民法不問其末日有交易時間之習慣與否非至午後十二時止期間不滿了得為債務之履行或其他之行為然依行為之性質如在深夜不適當之時刻仍得認為反於信義蓋行使權利履行義務須依誠實信用之旨故也。

本條第二項為末日算出法之規定關於末日之算出在以日定期間之場合不生問題故本項不加規定在以週月年為單位定期間之場合即不以週月或年之始日為起算期間之場合其期間之終了以最後之星期月或年相當於起算日之前日為末日例如從一月

十日起計算五個月，即以六月九日爲末日。其餘算法可以類推。但以月或年定期間之場合於最後之月無相當日者，有之。如平年一月爲三十一日，二月爲二十八日。若從一月三十日或三十一日起算，^{一日}期間依上述辦法須至二月二十九日或三十日爲末日。但二月僅有一二十八日，則祇得以此日爲末日。雖不精確，然係採歷法計算當然之結果，而無可如何也。

一二二條

第一百二十二條 於一定期日或期間內應爲意思表示或給付者，其期日或其期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之。

期日及期間終止點延長

本條爲期日及期間終止點延長之規定。即於一定日期應爲意思表示或給付者（例如票據之到期日），若該日期恰當星期日紀念日，或依一定地方所定之休息日者，以其次日代之。又於一定期間內應爲意思表示或給付者，於期間內之末日恰當星期日紀念日或其他休息日時亦同。本章各條雖非強制規定，但期日或期間之末日恰當星期日紀念日休息日者，不問有無是日休業之習慣，概有適用。蓋此等日期原爲民衆休息而設，殊無以相反習慣得爲攻擊之理由也。惟本條旨趣，非禁止於此等日期爲意思表示或給付，而在相對人依然受領，故若應爲意思表示或給付者，於此等日期仍爲意思表示或給付，而在相對人依然受領。

二二三條

者其意思表示或給付仍爲有效不待言也。

第一百二十三條 稱月或年者依歷計算

月或年非連續計算者每月爲三十日每年爲三百六十五日

本條第一項定以月年定期間之計算法之原則卽示明歷法的計算法之應用也。歷法上之月年非爲多數日之集合乃各別爲時之單位易言之月不問其大小概爲一月年不同其平閏概爲一年者也。

第二項爲對於原則規定之例外卽非連續的期間縱以月或年爲單位亦採自然計算法。如云在一年中如怠工一月卽得解雇則以前後怠工三十日統計之。三年中有一年缺席卽喪失其某種權利則以前後缺席日數共達三百六十五日計算是也。其以日或週爲單位者雖不連續亦均不生換算問題故本法不加規定。

一二四條 年齡自出生之日起算

出生之月日無從確定時推定其爲七月一日出生知其出生之月而不知其出生之日者推定爲該月十五日出生

法年齡計算

計算年齡應否計算出生之日爲學說所聚訟然算入出生之日實合於人類社會生活之

觀念所謂自出生之日起算，即始日算入。不論時間以滿足一年，即以達於次年與起算月日相當之前一日為滿足一歲。其出生之月日無從確定者，各國立法例有推定其為年初出生，有推定其為年終出生者。本法採折衷主義，以七月一日為出生日。若知其出生之月而不知其出生之日者，依上述折衷之例，而類推，即以該月十五日為出生日。惟此為推定辦法，若有反證，不在此限。

第六章 消滅時效

時效云者，以一定期間一定之事實狀態之繼續為成立要素之法律要件也。(一)以一定期間之經過為要素，其期間之長短，依於時效之種類而生差異。然常以經過法律所定之期間為必要，故不以時之經過為要素者非時效。如依於民法第九百四十三條第九百四十八條第八百零一條之動產物權，即時取得，有稱為瞬間時效者，然既非以時之經過為必要，不得與時效同視。

(二)以一定之事實狀態之繼續為必要。時效尚非僅因時之經過，而成立於時之經過之期間內，要有一定事實狀態之繼續。(占有、準占、有或權利之不行使)然此事實狀態不以適法成立為必要，以有單純事實上之狀態為足。此單純的事實狀態與時之經過相

結合而爲法律狀態或爲權利得喪之原因。此爲時效之特質。

(二) 時效乃法律要件。時效乃依法律規定而有引起私權變動之效力，故亦爲法律事實之一種。又稱法律要件。此法律事實有爲取得權利之原因者，有爲喪失權利之原因者，前者謂之取得時效，後者謂之消滅時效。然在立法例中，有不以消滅時效爲直接消滅權利之原因者，吾民法亦依之。此則基於沿革上之理由，僥幸於後述。要之，不問取得時效與消滅時效，而有引起私權變動之效果，則一也。

時效制度
之理由

權利排斥事實狀態之效力爲原則，然在時效，則認永久之事實狀態，有優於權利之效力。易言之，即事實狀態排除權利，而受法律之保護也。時效制度之基礎，在於永續事實上之狀態，有保護之必要。保護永續事實上之狀態，爲安定社會生活所不可缺之要件也。蓋一旦成立之狀態，既歷久無何等故障，無論何人對之安心，遂不免怠於爲證據之保存。是爲當然之理。若至後日求其證據，使受意外恐慌，殊有擾寧生活之安全。例如多年占有無故，保存證書，其事甚煩。又如債務人履行債務，有怠於請求債權證書之返還者，則多年之後，再被請求，不免爲二重之清償。如斯非所以安固社會生活之道，故時效以永續行使權

利者爲權利者，永續不行使權利者，則使喪失其權利爲目的。於此意義，時效爲證據之代用。

又時効於大多數之場合，與事實相符。永久不行使權利者，多爲無權利者。多年占有其物者，多爲有權利者。至有少數例外之事例，使惡意占有人取得其物，或使債務人得免其清償之責，自所不免。或僅以此點反對時效制度，認爲保護掠奪者，殊不思欲起大利，不得不伴以小害，爲顧全一般之利益，使少數人受犧牲，乃法律上無可如何者也。

時效制度
之沿革

時效制度基於維持社會秩序，公益上理由之結果。如上所述，故關於此法規，以有強行性爲原則，即或對於權利不罹於時效或使時效期間加長與縮短之特約，不能認爲有效。時效制度，導源於羅馬，在羅馬法上，關於時之經過而生權利之變動，有兩種制度。一爲取得時效，即多時占有他人之物而取得所有權制度。在十二銅表法中，已存在當初定期甚短，對於動產爲一年，對於不動產爲二年。然此制度屬於市民法，以對於羅馬市民及伊大利以內土地有適用。對於外國人及殖民地，尙不適用。此後於殖民地，因事實之需要，亦有同此精神之制度，即占有者及所有者居住於同州內者，因十年之占有，非居住於同州內者，因二十年之占有，以取得土地所有權。此於前述之期間，移長，故稱之爲長期時效。至儒

帝發時處此區別對於動產採短期時效制對於不動產採長期時效制後世稱爲取得時效即此之謂爲消滅時效即關於訴權消滅之制度在羅馬市民法尚無此制然裁判官所賦與之訴權要於一定期間內行使於是永久訴權與有期訴權之區別嗣後以命令定一般訴權之消滅時效爲三十年以沿用舊名稱始稱爲永久訴權短於三十年者則爲有期訴權儒章立法從之由此以觀當時之訴權消滅時效不過爲訴訟形式上之意義後世漸失此意義遂有與私權抗辯權發生之相當意味矣若就其沿革上考之羅馬法上之消滅時效非有權利消滅之意義甚明

德國民法即基於上述之沿革上理由以取得時效與消滅時效性質各別前者有直接取得權利之效力後者無直接消滅權利之效力不過因消滅時效而生拒絕給付之抗辯權而已故將取得時效規定於物權編而將消滅時效規定於總則編以解釋兩者爲非統一制度吾民法亦倣之反之在法日民法則以時效爲單一的統一制度而於一概括名辭之下分時效爲取得時效與消滅時效兩種奧民法與普魯士民法均踏襲此思想者也

消滅時效者於一定期間內不行使權利爲要素之法律事實也概言之(一)消滅時效須經過一定期間(二)須繼續不行使權利(三)消滅時效爲一種法律事實惟依吾民法規

定消滅時効非爲直接消滅權利之原因，僅或立一種抗辯權，使債務人得以拒絕債權人之給付請求而已。

消滅時效與法律之除斥期間觀念極易混淆，不可不辯。除斥期間者對於一定之權利法律所預定之存續期間也。消滅時效乃因權利之長久不行使而發生法律上一律之效果，並非其權利自初預定在一定之期間內而存續也。隨而（一）除斥期間非如消滅時效有中斷及不完成延長。（二）除斥期間之經過，權利絕對歸於消滅，非因於當事者之行爲（不援用或拋棄），而左右其效力。除斥期間在民法上規定之場合極多，要在按其性質而定，間有用語上類如消滅時效，而其實爲除斥期間者，如第四百一十六條第二項第四一百七條第五百十四條之契約解除等，規定均爲除斥期間，並非消滅時效。有解此爲形成權之消滅時効者，殊難贊同。

吾民法倣德瑞法例，僅以請求權爲消滅時效之客體，所謂請求權即請求他人爲作爲或不作爲之權。其與債權本體之觀念有別，故不但身分上之權利不因時效而消滅，即物權、債權及無體財產權亦不因時效而消滅，惟亦有例外規定，如民法第八百八十條之抵押權是所生問題者，即請求權有因債權而發生者，有因物權而發生者，關於債權之請求權

從來不生爭論關於物權之請求權是否因時效而消滅有肯定與否定兩說。肯定說之理由以民法祇言請求權因時效而消滅初無區別為物權請求權與債權請求權之必要否。定說之理由以物上請求權非純然債權如民法第七百六十七條之請求權祇可作準債權解故關於債權之規定僅於物上請求權性質所許之範圍內得以準用而在消滅時效從物權不罹於消滅時效之點觀之其由物權所生之物上請求權無單能罹於消滅時效之理。否則不適於物權之本就理論言以採第二說為正當不過在我民法之解釋上因有第九百六十三條之規定權採第一說亦非無所依據此外請求權與一定法律關係相終始者如因相隣間之關係而生之請求權因夫婦關係而生之同居請求權亦不因時效而消滅者也。

形成權不因時效而消滅已成通說吾民法第四百一十二條第二項第四百一十七條第五百一十四條之契約解釋權係除斥期間已如前述又民法第一千另五十二條之離婚權第一千另八十一條之終止收養權其本質皆形成權而非請求權不過謂行使此種權利須依訴主張因而第一千另五十三條第一千另五十四條均為出約期間之規定至因共有關係而發生之分割請求權(第八二三條)或有認為消滅時效之例外者然共有物

消滅時效
間之一般期效

一二五條

分割之請求即得廢止共有關係之權利最近學說已認為係廣義之形成權故不因時效而消滅是爲當然

第一百二十五條

請求權因十五年不行使而消滅但法律所定期間致短者依其規定

本條前段~~出~~請求權普通消滅時效之期間於外國立法例有規定三十年或二十年者皆因襲羅馬法之先例不適於時代需要最近之立法例有縮短爲十年以下者亦未免矯枉過正吾民法定爲十五年蓋折衷至當之辦法也

對於有~~益~~保(對人擔保或對物擔保)之債權或有延長期間之立法例於吾民法不生此區別在德國民法對於有執行力證書之請求權設有特殊規定爲本法所不取故本條規定之請求權之一般消滅時效期間不問其成立原因如何亦不問其是否經確定或有他執行力名義

本條後段示例外之適用如第一百二十六條及第一百二十七條以及第一百九十七條第一項第四百五十六條第一項第四百七十三條第一項第五百一十四條之請求權第五百六十三條第二項第六百一十一條第二項第六百廿三條第一千一百另九條第一

千一百四十六條各規定均爲特別期間其在特別法上有較短期間之規定時自亦應從其規定。

一二六條

五年之特別期間

第一百二十六條 利息紅利租金膳費退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權其各期給付請求權因五年間不行使而消滅。

本條及次條爲短期間消滅時效之規定所列舉之請求權以屬於常行爲性質上有連爲請求或速之清償之意味在慣習上常不保存其債務清償證書故爲免權利關係不明確起見以適用短之時效期間爲妥當。

本條爲以定期即按期給付爲目的之債權有適用非所論於定期清償期在一年內之債權卽基本權此從法條「其各期給付請求權」之文句可以瞭然而利息租金等不過爲其例示耳（租賃動產之租價適用次條第二款）

適用本條之要件有三（一）要以按期給付爲目的其各期給付之額非必爲一定其每期之間隔亦不必均等惟其特質在經過若干期間卽須爲給付含有反覆爲之或循環性意味例如每三個月付洋若干又或在一年內某月付若干又某月付若干是也又其每期所生之請求權有爲其權利性質上所必要故如普通債權依當事人之意思約爲分期給付

要件

者不受本條之適用定期給付債權與其各期給付請求權有基本權與支分權之關係所謂定期給付債權乃於一定或不定之期間以定期受金錢或其他不特定物之給付之債權其主要者如年金恩給贍養費是也所謂其各期給付請求權即從定期給付債權所分化者學者稱前者爲基本權後者爲支分權信爲得當蓋前者係從其全體觀察後者係從每期可受之給付(即個別的)觀察至於利息租金紅利則除有其生每期利息之基本債權(即整個利息等債權)外尙有原本返還債權不過利息租金其性質上無按期給付爲目的者爲多故本條舉以爲例示非謂一切利息租金紅利概可適用本條也例如一次存入銀行之款定期至若干時本息合併全部可得若干元此種利息既非以按期給付爲目的卽不能適用本條又商場上滾息爲本計算以及遲延利息其額數乃依於利率計算爲止非以按期給付爲目的亦無本條之適用(二)要以一年或較一年更短之期間爲給付或以爲於定期給付在一年以上之利息等債權亦應適用本條殊不思立法理由在於因債權者之怠慢而堆積未免使債務者感受痛苦故有從速解決之必要若不然則漫無限制假若存款定期二十年約定每十年給付利息一次並無疊次堆積之慮且債權人於每十年內本不能爲利息之請求若解爲經過清償期五年卽因時效而消滅殊不公平也

三)要爲以金錢或其他不特定物爲目的之債權法條上雖未如日本民法第一百六十九條的明示然從立法之精神者之應依此解。

一二七條

第一百二十七條 左列各款請求權因二年間不行使而消滅

二年之特
別期間

- 一 旅店飲食應及娛樂場之住宿費飲食費座費消費物之代價及其墊款
- 二 運送費及運送人所墊之款
- 三 以租賃動產爲營業者之租價
- 四 醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款
- 五 律師會計師公證人之報酬及其墊款
- 六 律師會計師公證人所收當事人物件之交還
- 七 技師承攬人之報酬及其墊款
- 八 商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價

本條第一款之費用及代價指各該交所供給居住飲食娛樂等之對價所謂墊款即除上述之費用代價以外之墊用款項例如入旅館之車資及運行李費等第二款之運送費不限於商事行爲以運送爲營業而生之運費從廣義言凡以運送而生之運費亦包含之例

如普通之車資船資皆有適用(其純粹爲服務者又當別論)惟因運送而代支出之款項則必爲以運送爲業者之墊款始有適用蓋在社會習慣普通之車主及船主無代墊費用之事例也。第三款之租賃即租金惟必以租賃動產發生者始可。第四款之醫生乃指從事一切醫治之術之人不以爲獸醫齒醫以及按摩鍼灸催眠施符等以治療疾病爲目的者均包含在內至是否經考試及格領得醫師執照亦無區別所謂藥師指從事調劑藥品之人看護生指以看護病人如業務之人惟產婆則應認爲產科醫生而不包括於看護者之內本款之報酬指診資藥費以外之報酬。墊款指與醫藥有關所墊之費用第五款第六款之律師會計師公證人係指依法從事於此等職務之人不生疑問所謂所收當事人之物件乃指關於職務上所收之物件惟不限于有物上請求權乃指由當事人所交付者而言其非由當事人直接所交者如爲第三人之物該第三人有物上請求權自不受本條之適用第七款之技師指以從事專以事業之設計或監督之人所謂承攬人則依民法第四百九十九條之所定第八款之商人指以販賣商品或產物爲營業之人所謂製造人即以加工於材料作成新物之人惟限於職工以與手工業者爲對待故如從事理髮裁衣洗染家庭紡織之人則屬於本款之手工業人矣。

以上各種債權在日常生活上發生最多，且往往不~~須~~受領書據，若為期過久，不易證明，有從速定其法律關係之必要也。

一二八條

消滅時效
之起算

第一百二十八條 消滅時效自請求權可行使時起算以不行爲目的之請求權自爲行爲時起算

本條爲消滅時效起算期之一般規定，其有特別規定者，依其規定。（參照第一九七條第一項第四五六條第二項第四七三條第二項第五一四條第六十一條第六二三條第六六條）

消滅時效以權利之不行使與一定期間之經過爲其成立要素，故消滅時效以請求權得行使時開始進行。所謂得行使之時，即無法律上障礙之謂。如附停止條件或始期之權利，在條件未成就期限未屆至，均爲有法律上障礙。須待條件成就期限屆至，開始進行。至事實上之障礙不包含在內。對於清償期到來前之債權，不得請求履行。故在清償期到來以前，不進行時效。反之，未定清償期之債權，通說均以債權成立時進行時效，蓋以清償期與債權成立在於同時也。惟須注意民法上誠實信用之原則，否則於債權人方面，未免過酷。附有抗辯權之債權，其時效何時進行，有種種學說，有謂時效之進行，不因此而受影響者。

有謂應分別抗辯權之種類而異其效力者。如抵銷抗辯權，則不能阻碍時效之進行。而同時履行抗辯權，則非一造履行債務，不能進行時效。依吾人所信，以採前說爲是。蓋附有此種抗辯權之債權，不過以未爲反對給付，不生請求履行之狀態。而在債權者，無妨依於履行之提供或其他行爲，以排除此狀態之發生，尙得行使其權利，故不碍時效之進行。也在通知終止契約後，經過相當期間，始得爲履行之請求者（第四五〇條第三項），其請求權時效，自何時進行，頗有疑問。應解爲自期間經過後，開始進行時效爲正當。因此等權利，須經過此期間始生得行使之狀態故也。在分期給付之債權，約定債務人一次怠於清償時，即得請求爲全部履行者，其一次給付遲延，是否就全部債權進行時效，亦有疑問。應解爲自更爲請求全部履行時，始得進行全部時效。蓋此特約，係確保債務清償之特約。若反於債權者，生不利益之結果，殊欠允當然。亦有不少反對之見解。對於不作爲之債權，則自有違反行爲時起算。蓋以債務人既無違反行爲，其權利，尙在圓滿之狀態故也。

一二九條 消滅時效

之中斷

第一百二十九條 消滅時效因左列事由而中斷

一 請求

二 承認

三 起訴

左列事項與起訴有同一效力

一 依督促程序送達支付命令

二 因和解而傳喚

三 報明破產債權

四 告知訴訟

五 開始執行行爲或聲請強制執行

時效之中斷云者。謂因生與時效之要素事實狀態相反之事實。使已經過之期間歸於無效之謂也。蓋消滅時效以在一定期間不行使權利爲要素事實。若在此期間內而有行使權利之事實。則不得以爲權利之睡眠。因之時效期間之進行。即不免發生障礙。

中斷之原因。本有自然中斷與法定中斷二種。自然中斷如取得時效中之喪失占有。此爲取得時效之特有者。本條所規定。則爲法定中斷原因。法定中斷原因。本條限於(一)請求(二)起訴(三)承認(四)與起訴有同一效力之事項。不許類推擴張。茲分述本條所定之原因。如次。

(一) 請求 茲所謂請求專指裁判外之請求而言，例如對於債務人請求履行其債務是至審判上之請求，則屬於第三款範圍。對於法院為保護之請求，而於實體上有請求權之有請求不無疑問，或從廣義解認為凡對於法院為保護之請求，而於實體上有請求權之場合，均可包含在內。如不然，此種情形既不屬於第三款與第二項，則無法解決，殊欠公允。但假扣押與假交分為審判上之請求，而又不屬於本條第二項之列舉範圍，自不得類推擴張解釋。不過法院因有此種聲請，而為開始執行行為，自可適用第二項第五款，不患無救濟之途也。

(二) 承認 承認云者，受時效利益之人，對於有請求權人表示認其權利存在之謂也。債務者既為此表示，權利人因而信賴之，以不行使權利，自不得謂為怠於行使。故賦與時效中斷之效力。承認以對於相對人表示為必要，惟此表示非有為負担新債務之旨之意思表示，唯承認權利存在之自覺表示而已。(即觀念表示)至表示之方法，並無限定，明示之默示之，以書面為之，以言詞為之，均無不可。例如一部清償或抵銷或請求延期，皆可為承認之表示。但如債務人一方為利息之記入，或依於其他之行為，而有認其債務之趣旨，表現於外部，若非對於債權人或其代理人為表示者，仍不能為中斷。承認僅得於時效進

行中爲之時効進行前固無所謂承認，即於時效完成後爲承認亦無中斷之可言。唯知時效之完成而爲承認，可認拋棄時效之利益。

(三) 起訴 起訴即提起民事訴訟之謂。行政訴訟雖亦間接影響於吾人之私權，然究非確保私權存在或實現之手段，故不包含在內。至民事訴訟則不問爲給付之訴或確認之訴，亦不向爲本訴、反訴或附帶民訴。若債務人提起債權不存在之消極確認之訴，而債權人以其權利並未消滅爲抗辯者，是否認爲有起訴之效力，不無疑問。但信以否定說爲妥，因此際債權人既未提起反訴之旨，不能認爲有審判上之請求故也。因於審判上請求之時效中斷，究以訴狀之提出時起，生中斷之效力；抑以送達於相對人時起，生中斷之效力，固有議論。然以前說爲正當，蓋既起訴即爲當事人實行權利之行爲。若不然，因於法院送達手續遲延，而左右其效力，殊欠允當。

(四) 與起訴有同一效力之事項

(甲) 依督促程序送達支付命令 支付命令者，依於督促程序之審判上請求也。（民訴法第五〇四條以下）債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量爲標的者，得聲請法院依督促程序發支付命令。此亦爲權利實行行爲，故

與以時效中斷之效力。關於中斷效力發生之時期，究以聲請之時發生抑以送達之時發生，解釋上有議論，然法文既明定送達，自以採後說為當。

(乙)因和解而傳喚。^傳 本款係依當時適用之民訴^法及民訴條例而為規定，即當事人於起訴前得表明訴訟標的，聲請管轄初級法院傳喚他造當事人試行和解。(民訴律第二五條民訴條例第四九三條)此亦為實行權利行為，故列為中斷事由。現行民事訴訟法已不設同上之規定，僅於簡易程序內規定調解。(新民訴法第四〇九條以下)是在解釋上，凡有調解之聲請者，仍有本款之適用。

(丙)報明破產債權。 債權者欲加入破產財團之分配，向破產法院呈報其債權額，亦為實行權利之一方法，故生中斷時效之效力。為破產之聲請，是否包括在內，解釋上有廣義狹義二說，然信為應採後說。雖為破產之聲請，而未為債權之報明，在法文上究欠依據，又非於債務人宣告破產之場合而報明債權者，例如因限定繼承(第一一五七條)無人承認之繼承(第一一七九條)或公司宣告清算而報明債權者，雖其實行權利之方法與報明破產債權相似，然法條既有未備，不能為類推解釋不過此種情形可認為有裁判外之請求意思耳。

(丁) 告知訴訟。告知訴訟即民訴法上之告知參加當事人於訴訟擊屬中將訴訟告知於有法律上利害關係之第三人謂之告知參加(新民訴法第六五條)蓋以權利人既對於義務人為告知即足認為有行使權利之意思故認有中斷時效之效力例如原告自信敗訴之後得向該第三人為擔保與償還之請求是也。

(戊) 開始執行行爲或聲請強制執行。強制執行行爲乃國家機關以強制方法使權利人得實現其權利之處分也此為行使權利最後之手段且為最確實之方法故列為中斷原因之一強制執行祇須有執行名義不以有確定判決或假執行之判決為前提故如為假扣押假交付或基於公證證書而開始執行者得獨立為中斷事由惟其效力發生之時期則以執行機關依職權為此等行為之時或權利人聲請強制執行之時在假扣押或假交付之場合有對於受時效利益為之者有不然者於第二種情形須對於受時效利益者為通知始生中斷之效力例如甲擔保乙之債務於其自己之財產上設定抵押權或質權債權人丙扣押甲之財產時須對於乙即債務人為通知始生中斷效力也。

因請求而
中斷之限
制

因於審判外之請求而生中斷之效力爲多數立法例所不採吾民法因有特殊之慣例乃倣日本民法以審判外之請求有時效中斷之效力惟此效力較爲薄弱即於請求後六個月內若不爲起訴視爲不中斷但在此期內如有債務人承認或其他中斷原因者則基於其他原因仍生中斷之效力斯不待言爲請求之後在六個月內更爲請求或有連續多次之請求者此六個月期間解爲不得延長如不然則請求者可陸續請求以免起訴之煩雜而此規定將等於虛設失立法本旨矣

一三一條
因起訴而
中斷之限
制

第一百三十一條 時效因起訴而中斷者若撤回其訴或因不合法而受駁回之判決其判決確定視爲不中斷

時效因起訴而中斷者以此訴不經撤回或被駁回爲其要件撤回者原告拋棄因起訴而生法律上效果之意思表示易言之訴之撤回使消滅訴訟拘束之效果也訴之撤回原告實體上之權利並不消滅固不妨再爲起訴但既經撤回即視同不起訴而生中斷時效之效力其因休止訴訟而視同撤回者(民訴法第一八九條至第一九一條)亦包含在內訴之駁回此處示明僅因於形式上理由被駁回而言其因實體上之理由而被駁回者不受本條之適用又此處所謂判決非有形式上判決之意義乃裁判之總稱蓋吾國民訴條例

對於訴之不合法者，係以判決之方式駁回。而現行民訴法則以裁定駁回之。（民事訴訟法第二四九條）故也。訴因不合法而被駁回，即自始視為不生中斷效力。

一三二條

因送達支付命令而中斷之限

第一百三十二條 時效因送達支付命令而中斷者，若訴訟拘束失其效力時，視為不中斷。

因為送達支付命令之中斷效力，亦非確定為條件的。即於送達支付命令後，訴訟拘束不失去效力為條件。所謂訴訟拘束失其效力，在現行民訴法之解釋上，即該命令失其效力。例如支付命令所載期間已滿，債權人不為假執行之聲請（民訴法第五一六條），或支付命令不能送達於債務人（民訴法第五一一條二項），或債務人於法定期內提出異議（民訴法第五一五條），如有此種情事，即自始視為不中斷。

一三三條

因和解傳喚而中斷之限制

第一百二十三條 時效因和解傳喚而中斷者，若相對人不到庭或和解不成時，視為不中斷。

本條亦係依當時之民事訴訟條例而為規定（參照條例第四九四條），依現行民事訴訟法調解不成立時，有視同起訴之規定（民訴法第四一九條）。若合於該條所定情形，仍得以有起訴而不阻却中斷效力。若不合於該條所定情形，視為調解不成立者（民訴法第

四二〇條) 則適用本條。

一三四條
因報名破產債權而中斷之限

中斷

報名破產債權既認為有與起訴同一效力則撤回報明亦與撤回訴訟坐同一效果此本條所由規定也至債權人報名破產債權因不合法而被駁回者在本法雖無規定(參照日民第一一五二條)然以第一百三十一條之立法精神推之亦應從同一解釋即時效不中斷破產宣告之撤銷是否影響於報名破產債權之效力學說上固有_多論然信以採消極說為當蓋債權人既報明債權即有行使之意思自不因破產宣告之撤銷喪失時效中斷之效力也。

一三五條
因告知訴訟而中斷
之限制

爲不中斷

第一百三十五條 時效因告知訴訟而中斷者若於訴訟終結後六個月內不起訴視爲不中斷
因告知訴訟而生中斷時效之效力以於訴訟終結後六個月內對於受告知人起訴為要件若不於此期間內起訴可知其並無行使權利之決心即不生中斷之效力

一三六條
因告知訴訟而中斷

第一百三十六條 時效因開始執行行為而中斷者若因權利人之聲請或法律上要

因執行而
制中斷之限

件之欠缺而撤銷其執行處分時視爲不中斷

時效因強制執行而中斷者若撤回其聲請或其聲請被駁回時視爲不中斷。撤銷執行處分者爲終局的推翻執行處分是也其與停止執行有別就大體言之如因再審之訴之結果廢棄原確定判決之裁判確定或因上訴之結果廢棄下級審宣示假執行之判決是也其因權利人聲請撤銷處分者或因於當事人在執行外有和解或允許爲展期清償均屬之惟不問何種原因只須權利人有此聲請即不生中斷效力若執行行爲尙未開始而有聲請強制執行之權利人聲請撤回或其聲請被駁回者亦同。

一三七條

第一百三十七條 時效中斷者自中斷事由之終止時重行起算

因起訴而中斷之時效自受確定判決或因其他方法訴訟終結時重行起算

時效中斷
關於時之
效力

本條第一項係一般時效中斷效力之規定第二項係因起訴所生時效中斷效力之規定時效中斷之効力在使過去進行之時效全歸無效其時效重行起算而其起算點則爲中斷事由終止之時非中斷事由發生之時至中斷事由之終止則因情形而不同此可參照前述各種中斷事由自明例如因請求而中斷者以請求後六個月內起訴時爲中斷事由終止之時因承認而中斷者以承認之通知到達於權利人時爲中斷事由終止之時因送

達支付命令而中斷者，以經過異議期間，債務人不爲異議時爲中斷事由終止之時。因聲請和解傳喚而中斷者，通說以和解成立時爲中斷事由終止之時。但和解之結果，若另定履行期者，則於新定履行期到來時，更新進行時效。又和解之結果，原債權關係歸於消滅者，則不生中斷時效之問題。其餘各種事由可以類推。

因起訴而中斷者，本法定有明文。以判決確定時爲中斷事由之終止。判決確定，因情形而不同，其判決得以上訴者，因上訴期間屆滿，當事人捨棄上訴權或撤回上訴，而確定其判決不得上訴者，因送達或宣告而確定此，可參照民事訴訟法自明。所謂依其他方法終結訴訟者，如因審判上和解而終結，則以和解成立時爲中斷事由之終止是也。

一三八條

時效中斷
關於人之
效力

第一百三十八條 時效中斷，以當事人繼承人受讓人之間爲限。始有效力。時效中斷僅於當事人及承繼人之間有其效力。至受讓人亦爲廣義的繼承人，即特定繼承人。民法標明受讓人者，所以免生爭論也。本條所謂當事人，非謂當事人之全體，指關於中斷時效之當事人而定。例如共同債權有數債權人之場合，僅一債權人爲請求，他債權人不爲請求時，僅對於有請求者，生時效中斷。但法律上亦有例外之規定，如第二百八十五條第七百四十七條，即其適例。

一三九條

消滅時效
之不完成
不完成之
意義

第一百三十九條 時效之期間終止時因天災或其他不可避之事變致不能中斷其時效者自其妨礙事由消滅時起一個月內其時效不完成

時效不完成云者時效停止之謂也時效無論權利人有何外部之故障不妨開始進行然於將達完成之際因外部之故障不能為中斷或有難於使其中斷之情狀時使停止時效之進行妨其完成以保護權人此為時效停止之立法理由時效之停止非使已經過之期間歸於無效不過於停止原因除去後再開始進行通算其前後期間此與時效中斷不同之點吾民法僅於時效完成之際認此停止所謂時效完成之猶豫與他國民法認時效期間進行中之停止有異

本條以至第一四三條規定停止之事由此所謂天災或其他不可避之事變指有不可抗力之原因而言達於如何之程度始認為不可抗力應由社會觀念決之非必有絕對之意義惟因於權利人主觀的原因以致不能中斷其時效者則不包含之適用本條之要件須一切之中斷方法均為事變所妨阻蓋中斷方法有種種若僅其一種方法被妨害尙有其他方法可以行使權利者則尙不能中斷時效故僅以不能提起訴訟尙為未足須無論何種方法皆不能為之也又事變須存於時效完成之際在嚴格之解釋上若事變於期

不完成之
事由
因於事變
之不完成

間滿了之前一小時已消滅亦無本條之適用然本條終止二字若解爲時效完成之瞬間未免過於拘泥即按之誠信原則亦有未洽故信以採較廣義說爲妥即事變縱消滅於時效完成前之一日而最後之一日有不能爲時效中斷之困難情形時仍有本條之適用也

一四〇條
因繼續關係之不完

第一百四十條 屬於繼承財產之權利或對於繼承財產之權利自繼承人確定或管理人選定或破產之宣告時起六個月內其時效不完成

繼承雖開始繼承人尚未確定又或無管理財產之人或未宣告破產則對之行使權利實際上不免發生困難而在被繼承人所有之權利遇此種情事直不能有所行使故以之爲時效不完成之原因所謂繼承人確定即已有法定或指定之繼承人是也若繼承人之有無不明則爲繼承人未確定於此場合應由親屬會議選定遺產管理人(第一一七七條)又或繼承人均拋棄繼承亦同(第一一七四條以下)所謂管理人之選定即依第一千一百七十七條由親屬會議選定管理人至破產之宣告則依破產法之規定法院爲破產宣告時應選任破產管理人(破產法六四條)凡無上述之人其時效期間之進行即停止惟上述各種原因須在繼承開始時時效將達完成尚未完成時方有適用若繼承開

始時時效已完成者，自無本條之適用。又雖在繼承開始後，時效完成前，有上述各原因，若其原因已消滅，在時效完成前迄於時效完成之日，已逾六個月者，亦無本條之適用。蓋如前述本法所採主義，不認時效期間進行中之停止故也。

第一百四十一條 無行爲能力人或限制行爲能力人之權利於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成爲行爲能力人或其法定代理人就職時起六個月內，其時效不完成。

未滿年齡人或禁治產人，既不能獨立行使權利，而於無法定代理人之場合，聽其時效完成，未免過酷，故設此規定。本條之適用要件有二：（一）為無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，至他人對於無行爲能力人或限制行爲能力人之權利，則無本條之適用。此觀乎法條文義甚明。（二）須無法定代理人。所謂法定代理人，應依親屬編之規定。第一〇八六條第一〇九八條，若有法定代理人，則其權利不患無行使之人，故無本條之適用。又在限制行爲能力人在無須得法定代理人之允許，而有行爲能力之範圍內，縱無法定代理人，亦無本條之適用。如依第八十五條第一項，就營業上之權利，既得獨立行使，即不能因無法定代理人，而使時效不完成也。（三）須於時效期間終止前六個月內，無法定代理人。

人故於終止前六個月以前無法定代理人者其時效仍不妨進行例如十五年之消滅時效須於經十四年六個月以後尚無法定代理人是也其在時效終止後尚無法定代理人者當然適用本條例如十五年之消滅時效算至第十六年尚無法定代理人之情形是

於不滿六個月之短期時效則非自無完全能力者成爲有完全能力或自有法定代理人就職時起經過六個月其時効不完成然亦有主張於此場合受時效利益者本得主張成爲有能力者或法定代理人就職後之時效不必爲如斯解釋者

第一百四十二條 無行爲能力人或限制行爲能力人對於其法定代理人之權利於代理關係消滅後一年內其時効不完成

無能力者立於他人保護之下對於保護者之權利實行不免感受困難故設此規定本條所謂對於法定代理人之權利即對於父母或監護人之權利至其權利之種類不以因行使親權或處理監護事務所生之債權爲必要對於行財產管理財產權之父母或監護人所有一切權利均有適用但對於無管理財產權之父母（參照第一〇九〇條）則屬例外又在監護關係消滅後權利人仍未達於完全有能力之地位而在短時間內無後任監

因
監護關
係之不完
成

護人者亦有之，於此場合應解爲適用第一百四十一條之規定，以保護此等無完全能力人。

一四三條
因婚姻關係之不完

第一百四十三條 夫對於妻或妻對於夫之權利於婚姻關係消滅後一年內其時效不完成

夫對於妻或妻對於夫之權利在其婚姻關係存續中，因相互間之信賴，不肯輕易行使權利。爲人之常情。若聽其時效完成，未免過酷。故設此規定。本條所謂婚姻關係消滅後，有自然消滅與人爲消滅二種情形。例如婚姻當事人一方之死亡，婚姻關係消滅於此場合。對於其繼承人繼續進行時效，又如婚姻之撤銷或離婚，自其判決確定時而解消時，効於是時起一年內不完成。

雖然本條之適用僅限於夫妻之一方，對於他方於婚姻關係存續中得行使之權利，若爲法律規定在婚姻關係存續中不得行使者，例如夫妻適用聯合財產制，迨至婚姻關係消滅之時爲止，其基於第一千〇二十七條第一項之補償請求權，則無本條之適用，應自婚姻關係消滅後始進行時效是也。

一四四條

第一百四十四條 時效完成後債務人得拒絕給付

請求權已經時效消滅債務人仍爲履行之給付者不得以不知時效爲理由請求返還其以契約承認該債務或提出担保者亦同

關於消滅時效生如何之效力立法例與學說均不一致大別之爲三(一)權利本體消滅主義於物權則本體不消滅僅其物上請求權消滅於債權則債權本體消滅(二)訴權消滅主義即消滅時效之結果債權自體非消滅不過不能爲審判上之請求而無訴權之債權即生殘留的自然義務(三)抗辯權發生主義消滅時效完成之結果債權毫無損害即訴權亦不受影響只債務者得有拒絕給付之抗辯權而已

消滅時效之效力爲極有興味之間題今爲本著之目的不欲多所論究本法係採第三主義在條文上毫無客疑惟有不少之異說大約分爲兩派一派主請求權消滅說謂請求權與債權本體本爲各別債權本體並未消滅僅其請求權消滅依此說之結果與訴權消滅主義相同何也在實體法上既無請求權在訴訟法上即不能有訴權此一定不易之理也按與本條第一項之文義顯不符合又一派採折衷說即非債權性質之請求權(大概指物上請求權)得因時效完成而直接消滅其有債權性質之請求權則僅爲債務人抗辯權之發生然物權的請求權是否得爲時效消滅之客體尚有多少疑問縱令得爲消滅時

效之客體而此請求權之行使乃在對於特定人請求其作爲或不作爲殊不能謂其不含
有債權意味則強設此區別並無何種根據况若依此解釋則物上請求權已直接消滅而
仍保留物權自體將至有名無實故信以採抗辯權發生主義爲正當其結果如次

(甲)時效完成後債務人得拒絕給付此種抗辯權不問在審判上或審判外均得主張如
不爲此主張仍應爲給付但此規定與日本民法第一百四十五條不可爲同一解釋
蓋彼邦民法係採權利直接消滅主義而該條之規定在立法上本不貫澈以致引起
種種誤解也

(乙)請求權已經時效消滅債務人仍爲履行之給付者不得以不知時效爲理由請求返
還其以契約承認債務或提出担保者亦同蓋以債權人之請求權並未消滅債務人
既不援用時效而爲抗辯則不能解爲非債清償自不生返還請求權之間題此與第
一百八十條第三款之情形尚有不同蓋依該款規定係以於給付時明知無給付之
義務爲要件而本條第二項只須給付時不知可受時效之利益即不得請求返還此
爲吾民法採上述第三主義之明證其以契約承認債務或提出担保者並非以其不
拋棄時效利益之意思不過以此等行爲足以認定其不行使抗辯權故亦不得以有

知時效爲理由而別有主張也。

第一百四十五條 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

消滅時效
效力範圍

前項規定於利息及其他定期給付之各期給付請求權經時效消滅者不適用之
抵押權質權留置權均爲擔保物權乃從於債權之權利故債權之請求權罹於時效而消滅則擔保物權亦當然消滅惟債權人因信賴擔保物之現實存在而不及時行使權利者實所常見若使其同時歸於消滅於權利人未免過酷故本條第一項設此例外規定惟抵押權人於請求權消滅時效完成後五年間不實行其抵押權其抵押權亦消滅耳（八八〇條）本條第二項爲主權利之效力及於從權利之原則規定蓋以此種請求權既係以按期給付爲目的其權利有從速解決之必要若不然日積年累殊失却本法第一百二十六條之旨趣故雖認擔保物權猶存在其已因時效時而消滅之利息等按期給付債權則不得就擔保物行使權利

第一百四十六條 主權利因時效消滅者其效力及於從權利但法律有特別規定者不

主權利之
消滅及於
從權利

在此限

所謂主權利因時效消滅者卽主權利之請求權。因對效消滅也。主權利之請求權既已消滅，從權利之請求權無獨立存在之餘地。例如對於之債務人之請求權，因時效而消滅，對於保證人之請求權亦消滅是（參照第七四二條）。但法律有例外之規定如第一百四十五條卽不適用此原則。

第一百四十七條 時效期間不得以法律行爲加長或減短之並不得預先拋棄時效之利益

時效之變更
及拋棄

時效之規定與公益有關爲一種強制規定，不得以當事人間之法律行爲加長或減輕其要件，例如加長或減短時效之期間，其法律行爲不能認爲有效，惟亦有相反之立法例。及學說一派以加重時效要件，例如加長時效期間，創設中斷之原因，則爲有害公益，然如減輕時效要件，則於時效制度之精神並不違反。又一派則以長期時效期間，固不得加長，然於短期時效期間得酌量加長，只須不超過長期時效期間之限度，亦無不可。本法爲避疑起見，設此明文，無論加長或縮短，均在禁止之列。

因時效而受利益之人，有不欲受時效之利益者，法律上似無強使其受時效利益之理由。雖然於時效未完成以前，豫先拋棄其將來可享時效之利益，則於認時效制度之精神根柢，

本違反故各國之法制概禁止之若不然債權人往往利用其地位以豫求時效之拋棄債務人不得不從之則有減殺時效制度之效用於債務人方面不利不過在時效進後完成前單爲拋棄時效期間經過之利益而非拋棄將來時效完成之利益者則與承認無異仍爲有效至時效完成後之拋棄通說均解爲有效從本條後段之反面解釋亦同關於時效拋棄之性質有贈與說及負担新債務說然與當事人之意思不符照若從此說拋棄必須依契約爲之不得依一方之行爲而拋棄亦顯失當由此以觀拋棄爲債務人爲不受時益之意思表示惟不限定債務人對於法律上時效制度有認識只須有將來無論何時均爲履行之意思表示即可

於本法既採抗辯權發生主義即拋棄時效利益與不援用時效以爲抗辯其間頗不易區別然亦有可區別者卽若爲拋棄之表示不同爲明示或點示一經拋棄即不得再爲援用時效爲抗辯反之若僅對於債權人之請求當時不行使拒絕給付之抗辯權而任意延宕者嗣後仍得對於其請求行使此抗辯權也

第七章 權利之行使

民法以權利爲其中心思想此在權利本位之立法時期直以民法爲規定權利之工具惟

法律保護權利過甚致釀成種種流弊而影響於社會之生活安全。有社會本法立法之要求其基礎觀念則以法律承認權利非僅在保護個人爲其唯一目的同時實欲依此以維持社會之利益故權利僅於社會意識上合理的範圍內始受保護對於權利之行使不得不加限制以謀個人利益與社會利益之調和然以權利爲民法重要之觀念則爲任何制度下所同視也吾民法從現代之趨勢特設本章於總則編示明權利濫用之禁止及自衛行爲與自助行爲其意義及要件俟後過之。

權利行使
之意義

權利之行使云者實現權利內容之行爲也其行爲有爲法律行爲者有爲事實行爲者如行使撤鉗權屬於前者所有人任意毀損其物屬於後者權利之行使不過爲實現權利內容之行爲其與權利內容之實現尚有區別例如債權人向債務人請求給付爲權利之行使必待債務人實行給付後始能實現是也又權利之行使與權利之享受或歸屬亦不必一致有謂權利之行使即享受私權內容之利益行爲殊屬誤解例如爲第三人之契約要約人固亦爲權利人但享受利益之人則屬第三人是也（參照第一二六九條）

權利之行使本屬權利人之自由而非義務但在社會本位之立場言既以權利具有社會性質之利益則其行使與否不能純然委諸個人自由而須依社會的利益爲準據加以相

當之限制。例如土地所有人在其土地荒蕪而不加墾植，國家得依法律加以干涉，強制其行使。他如礦業權、特許權及其他專用權為其一定之行使期間，若過定期間而不行使，則使其喪失權利。此乃間接強制行使之方法。蓋近世法律已由權利本位進為社會本位，私權之設立，非僅在滿足個人需要之手段，同時亦為完成一定社會的職分之手段。若一任個人自由毫不加以干涉，則於社會之利益或不無多少之妨害也。

一四八條

權利濫用
之禁止

第一百四十八條 權利之行使不得以損害他人為主要目的。權利人僅於法令限制內得自由行使。此認權利為社會制度之思想也。所謂受法令之限制，得別為法律的作用之限制，與事實的作用之限制。例如禁止所有權之處分，屬於前者。參照破產法第七五條民訴法（第五三一條第二項）為相鄰間之關係，使一方避止當然得為之特定的事實作用，或忍受當然得禁止之特定的事實作用，屬於後者（參照民法第七七四條以下）。關於行使權利之限制，散見於本法及其他法令者，殊不在少。民法復於總則編設一適用之通則，禁止權利之濫用。所謂不得以損害他人為主要目的，即不得濫用權利以損害他人。例如所有權人拋棄其所有權，固屬其自由，但所有人已就其所有權為他人設定擔保物權，則應解為不得拋棄。蓋如果許其拋棄，則擔保物權失其標的，殊損害他人之權利也。

一四九條
防衛行為

第一百四十九條

對於現時不法之侵害爲防衛自己或他人之權利爲之行爲不負

損害賠償之責但以逾越必要程度者仍應負相當之賠償責任

本條爲緊急防衛行爲之規定卽爲防衛自己或他人之權利對現在不法之侵害加之以攻擊之謂也緊急防衛行爲在刑法不認爲犯罪在民法上亦不認爲侵權行爲關於此種行爲免責之根據學說紛歧然信以權利說爲最當卽人在法定準則範圍以內有抵抗外來侵害之權利所恃以保護自身權利者固有賴乎國家公力但如遇急迫之危害猶須待公力之來援則權利之保護不_周此法律所以容許權利人有緊急防衛權使其對此不法之侵害得爲緊急防衛之行爲也

緊急防衛之成立須具有下列要件（一）須有侵害之存在侵害云者對於他人之權利加之以攻擊之謂至其侵害之爲積極的或消極的在所不問關於此點有採異說者侵害行爲須爲積極行爲是也然消極侵害行爲非不可能如乳母以餓死嬰兒之意思以絕其食於茲場合爲保護嬰兒之生命計於危害急迫之際以腕力強制其哺乳即對於消極侵害得成立防衛行爲者也（二）須爲現在之侵害現在侵害云者侵害行爲已達直接開始之狀態或開始後正在繼續中也準此定義解釋現在之侵害得有下列二結果其一對於未

來之侵害。想像其可發生而爲先發制人之行爲。不得認爲緊急防衛。其二侵害行爲既終。是爲過去之侵害。對此過去侵害而反擊之。是爲復仇。亦不得認爲緊急防衛。(三)須爲不法之侵害。不法侵害云者。其侵害行爲無排除違法性原因是也。例如官吏適法執行職務。行爲以及懲戒行爲。緊急防衛行爲。縱令有害自己之權利。均無所謂緊急防衛。惟對於過當防衛行爲。復仇行爲。則仍得爲緊急妨衛所生疑問者。即不法行爲由防衛者行爲所挑撥。致生一定之侵害者。此種侵害亦可謂爲不法乎。對此侵害加以反擊。仍不失爲防衛行爲乎。對此問題之解答。應以侵害行爲是爲過當或復仇行爲爲前提。若屬過當或復仇行爲。則屬法律所不容許之行爲。對其侵害加以反擊。正與緊急防衛之觀念相當。惟若假防衛之名。而行害人之實。先以不正之行爲挑動他人之侵害。俟侵害發生而違加害之目的者。則不得援用緊急防衛以免責。(四)須爲防衛自己或他人之權利。所謂權利包含甚廣。且不屬於自己者爲限。即爲保護第三人而爲防衛。亦無不可。(五)須非過當防衛。慎於防衛行爲而爲之反擊行爲。雖加損害於相對人。不負賠償責任者。以不逾越必要限度爲要件。若逾越必要限度。即屬防衛過當。關於此問題。亦有種種學說。但信以就各種事實具體認定爲最妥。當至防禦人於此時。就其過當行爲。雖應負賠償損害責任。但對於加害人。

一五〇條
避難行爲

應適用民法上過失相抵之法則亦不待言（參照二二七條）

第一百五十條 因避免自己或他人之生命身體自由或財產上急迫之危險所爲之行爲不負損害賠償之責但以避免危險所必要並未逾越危險所能致之損害程度者爲限前項情形其危險之發生如行爲人有責任者應負損害贖償之責本條爲緊急避難行爲之規定即爲避免自己或他人之生命身體自由或財產上急迫之危險有害他人正當利益之行爲也此種行爲在刑法上不罰在民法上亦不負侵權行爲之責惟其免責之根據何在則有種種學說主觀立義論者以身受危難之際意思自由因而喪失在此意思自由喪失之中急於保全自己利益不暇顧及他人之利益而加害於人者是謂任責無能力之行爲所以不構成犯罪亦不爲侵權行爲利益量定主義論者則以兩法益本不相容今以犧牲小利益而保全大利益即爲緊急避難權之根據又有採公平主義說者以輕人重己人之恒情當危難急迫之際爲保全自己利益而損害他人利益亦人情中無可如何如以之爲犯罪行爲侵權行爲則失之酷以上三說均有相當缺點故最近學說均取放任行爲說即緊急避難行爲實居於適法行爲與違法行爲之間不外法律放任之而已緊急避難之行爲須具有下列要件（一）須有危難存在危難云者因人類及人類以外行

爲之一切偶然事實將有發生實害之虞之謂也。例如因受水災火患爲保全自己財產而毀損隣人之土地房屋被強人追襲爲保全生命身體而撞傷他人是也。(一)須有緊急危險存在緊急云者危難切迫以自力不能抵抗拒却之謂。若過去之危難與將來之危難均未足以爲緊急避難之原因。(二)危難須非適法行爲。危難雖不必皆是違法行爲然法律上所要求之適法行爲則不能視爲危難。如因公務之執行而受生命身體自由財產之侵害者不能以受侵害爲理由對公務員或第三人爲緊急避難是也。(四)須有保全不法並即法又所示自己或他人之生命身體自由財產惟名譽則不在內在立法論固有批評之者在解釋上則無疑問。(五)須有避免危難之必要。即爲避此緊急危難而有害他人之利益者須出於不得已易言之即除爲此加害行爲外別無方法可避免之謂也。故對於危難得以緊急防衛之方法排除之或以他種方法能避免者則不能藉口緊急避難損害他人之利益。(六)避難行爲須未逾越必要之程度。避難行爲以未能逾越危難所能致之損害程度爲限即從避難行爲所生之損害較之因危難可能發生之損害期間大小輕重必須較小或相等或不達相等之程度而後可至比較損害之大小輕重則按諸具體情形以認定之。

危難係由自己行爲所招致者是否得援緊急避難行爲以免責爲刑法學上極有爭論之問題。本條第二項明定其危險之發生行爲人有責任者應負損害賠償之責。如因隣人之動物往噬固得打殺。但如係因自己挑撥則亦有責仍須賠償是也。

第一百五十一條 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但以不及受官署援助並非於其時爲之則請求權不得實行或其實行顯有困難者爲限。

本條爲關於認自力救濟行爲之規定。依法理皆認政府所設之機關爲保護權利之所不能逕用私力腕力以爲救濟。否則助長私人間之紛爭。齊亂社會之秩序。此民事訴訟制度及強制執行制度之所由來也。但在事實上言無論法律手續如何簡單其處理有必經之程序必需之時日。則事實發生後如債務人逃避或隱匿及處分其財產等事權利之保護不無困難。此多數國家民法特認於一定條件下許私人自力救濟之理由也。

適用本條之要件有三：一、須爲保護自己權利。此與前述之防衛行爲避難行爲最異之點即自衛行爲不限於保護自己之權利而自助行爲只限於保護自己之權利至權利之種類則以請求權爲限。惟不限定債權之請求權應包括物上請求權言之此從本條後段

之文義可以推知者，在非有請求權之權利如支配權或形成權並非需他人爲給付則無拘束他人之自由或押收毀損他人財產之必要。況自力救濟本爲一種權宜辦法終須請求公力以爲救濟而可爲公力強制執行之權利，則不爲給付之訴之判決若確認之情形或之訴縱判決確定亦不生執行問題。至又爲給付之判決則必以有私法上之請求權爲前提故也。(一)僅得對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損所謂他人乃指負有義務之人而言其許對於義務之自由施以拘束者蓋恐其人之逃匿也。其許對於義務人之財產施以押收者蓋恐其將權利之標的或可供執行之財產隱匿或處分也。至毀損行爲本非權利人之所願爲不過爲保護自己權利施以押收時若有毀損情事亦屬不得已故不負賠償損害之責。(二)須有急迫情形不及請求公力救濟此爲自助行爲事前之限制以其權利苟可請求官署救濟例如請求法院爲保全程序當不慮無保護之方法者則無本條之適用至是否有急迫情形應就具體事實依客觀標準以爲認定。

第一百五十二第 依前條之規定拘束他人自由或押收他人財產者須即時向官署聲請援助

前項聲請被駁回或其聲請遲延者行爲人應負損害賠償之責

法律許權利人自力救濟本爲一時之權宜並非以之分擔國家之職務故權利人對義務人拘束其自由或押收其財產以後須即時向官署聲請援助此所謂官署指保護私權之司法機關所謂聲請指請求而言如聲請法院爲保全財產之假扣押再向法院起訴或向法院起訴再聲請對債務人施以管收處分均無不可惟在此請求時須將已爲拘束之債務人或押收之財產即時交於官署爲適當之處置靜待其裁判若聲請遲延有意損害他人權利或其聲請被駁回者則足證爲自助行爲之濫用仍須負損害賠償之