

蔡聲璜編

民法總則

馬彥題



## 例言

一 編者於民國二十四年間，曾爲民報撰法律常識，逐日付刊，民法總則一編，歷時經年，始告藏事，本書卽就舊稿整理改訂而成。

二 本書分緒論及本論兩部，緒論說明民法與權利之普通概念，惟多涉及法學通論，故從簡略；本論則極其可能，力循現行民法總則編之編次，以期無背於法典之體裁。

三 本書內容，注重於法條之詮釋，以利初學，故於立法沿革及比較，概從簡略。其有涉及民法其餘各編，及其他有關法令者，則列舉條文，以便查閱。

四 本書於各家學說，偶有徵引，多詳其出處，惟間或妄參末議，未免唐突賢哲，幸恕諒之。



五 編者前以衣食所累，法律常識稿件，僅能日撰數百字，勉供補白之用，故全書成後，體例既不一致，理論亦乏體系，今茲改訂，固宜黽勉從事，然以塵事粟碌，學識譴陋，舛誤之處，仍所難免，倘承教正，一字之師，感且不朽！

六 本書改訂中，深得學友周皓然君贊助，舊稿散帙者，沈卓然君爲之蒐集補充，附識一言，以申謝意。

# 民法總則 目次

## 緒論

### 第一章 民法概論

第一節 民法之語源與意義

第二節 民法之範圍

第三節 民法之性質

第四節 民法之編制

第五節 民法之效力

第六節 我國民法之立法沿革

第一款 清以前之民法

第二款 兩次民律草案

第三款 現行民法



第二章 私權概論	一一一
第一節 權利之本質	一一二
第二節 私權之分類	一一四
第一款 概說	
第二款 人身權與財產權	
第三款 支配權請求權與形成權	
第四款 絕對權與相對權	
第五款 主權利與從權利	
第六款 原權與救濟權	
第七款 專屬權與非專屬權	
本論	
第一章 法例	一一一
第一節 概說	一一一

第二節 適用法律之順序·····	二一
第三節 習慣·····	二三
第一款 習慣之界說	
第二款 習慣之類別	
第三款 習慣成立之要件	
第四節 法理·····	二六
第五節 法律行為之方式·····	二七
第六節 數量之確定·····	二九
第二章 人——私權之主體·····	三一
第一節 概說·····	三一
第二節 自然人·····	三三
第一款 概說	
第二款 權利能力	
第三款 行為能力	

第四款 人格及人格權之保護

第五款 住所

第三款 法人……………六一

第一款 通則

第二款 社團法人之特則

第三款 財團法人之特則

第三章 物——私權之客體……………九二

第一節 物與私權客體……………九二

第二節 物之概念……………九三

第三節 物之種類……………九五

第一款 動產與不動產

第二款 主物與從物

第三款 代替物與不代替物

第四款 特定物與不特定物

第五款 消費物與不消費物

第六款 單一物合成物與聚合物

第七款 原物與孳息

第八款 可分物與不可分物

第九款 融通物與不融通物

第四章 法律行為……………一一七

第一節 法律現象——私權之得喪變更……………一一七

第一款 概說

第二款 私權之取得

第三款 私權之喪失

第四款 私權之變更

第二節 法律事實……………一二三

第一款 概說

第二款 行為



## 第三款 事實

第三節 法律行為之通則……………一二八

第一款 法律行為之概念

第二款 法律行為之類別

第三款 法律行為之要件

第四款 法律行為之標的

第四節 行為能力……………一五〇

第一款 概說

第二款 無行為能力人

第三款 限制行為能力人

第五節 意思表示……………一六三

第一款 意思表示之概念

第二款 意思表示之種類

第三款 意思與表示之不一致

第四款 錯誤

第五款 誤傳

第六款 意思表示之不自由

第七款 意思表示之效力

第八款 意思表示之受領能力

第九款 意思表示之解釋

第六節 附款……………二一三

第一款 概說

第二款 條件

第三款 期限

第七節 代理……………二五七

第一款 代理之概念

第二款 代理之能力

第三款 代理之類別

- 第四款 代理權之本質
- 第五款 代理權發生之原因
- 第六款 代理權之範圍
- 第七款 雙方代理
- 第八款 共同代理
- 第九款 代理權之限制及撤回
- 第十款 代理權之消滅
- 第十一款 無權代理
- 第十二款 表見代理
- 第十三款 複代理
- 第八節 無效及撤銷……………三二三
- 第一款 概說
- 第二款 無效
- 第三款 撤銷

第四款 同意及無權處分

第五章 期日及期間……………三四七

第一節 概說……………三四七

第二節 期日及期間之計算……………三四八

第一款 始期

第二款 終期

第三節 年齡之計算……………三五四

第六章 時效……………三五六

第一節 概說……………三五六

第二節 消滅時效與除斥期間……………三五八

第三節 消滅時效之客體……………三六〇

第四節 消滅時效之期間……………三六一

第一款 五年之特別時效

## 第二款 二年之特別時效

第五節 時效之進行及障礙……………三六七

## 第一款 時效之起算

## 第二款 時效之中斷

## 第三款 時效之不完全

第六節 消滅時效之效力……………四〇〇

## 第一款 概說

## 第二款 變更時效期間及拋棄時效利益之禁止

## 第七章 權利之行使……………四一〇

第一節 概說……………四一〇

第二節 行使權利之方法……………四一一

第三節 正當防衛行為……………四一五

第四節 救護行為……………四二一

第五節 自助行為……………四二七

# 民法總則

蔡肇璜編

## 緒論

### 第一章 民法概論

#### 第一節 民法之語源與意義

羅馬法中，有市民法與萬民法之分，市民法適用於羅馬市民，萬民法則適用於羅馬市民與寄居外人，及寄居外人相互間。雖優斯尼提安帝編纂羅馬大法典時，已不採取此種分類，然後人仍襲稱市民法典；歐洲中世諸國承用羅馬法時，亦復沿用市民法之名稱，惟專指私法而言，較之當時市民法之不分公法私法，不別程序實體，其義迥異。相沿迄今，市民法一語，乃為私法之語源，萬民法一語，則為國際法



之語源。

民法之意義，除奧地利民法設爲明文外，其他各國，則一任學者之解釋，而從來學說，見仁見智，遂亦互有出入：有謂民法乃規定人民日常生活之準則；有謂民法乃規定人民權利義務之法則，第就整個民法法典之內容觀之，民法實係規定人民日常生活規範，確定其權利義務關係之法律，殆無容疑。

## 第二節 民法之範圍

就民法之範圍而論，可分爲廣義民法與狹義民法，形式民法與實質民法，普通民法與特別民法，茲分述之：

一 廣義民法與狹義民法 民法一語，既脫胎於羅馬法之市民法，羅馬法之市民法，又專指私法而言，窮源究委，民法實指私法而言，換言之：民法爲各種私法之總稱，此爲廣義之民法，故舉凡一切之私

法，不問爲成文法抑不成文法，均可稱之曰民法。至狹義之民法，則爲商法對立之名詞，除商法以外之私法，稱曰民法，此爲狹義之民法。我民法現採民商合一主義，民法之範圍，應從廣義解釋；嚴格以言，在民商合一之國家，不應再有狹義民法之稱。

二 形式民法與實質民法 形式民法，指私法而賦予民法之名稱者而言，故整個的民法法典，爲形式民法。實質民法，則凡屬私法，均包括之，第不若形式民法之賦予民法名稱而已，如民商合一之後，海商法，票據法等，爲民法之一部，而不以民法命名，故爲實質民法。

三 普通民法與特別民法 普通民法，規定一般私的權利義務關係，而有普遍適用效力之民法也，如民法法典是。特別民法，規定某種私的權利義務關係，或適用於某一區域，或適用於某一時期，或適用



於某種特定人之民法也，如破產法，規定債務人不能清償債務時之權利義務關係，票據法，規定票據之權利義務關係，均非就一般之私權關係而為規定，此為特別民法。

### 第三節 民法之性質

一 民法為私法 法律，就其關係之主體而為區別，可分為公法與私法。規定國家及其他公共團體間相互關係之法律，曰公法；規定私人與私人間相互關係之法律，曰私法。民法所規定者，為私人間之權利義務關係，故為私法而非公法。

二 民法為普通法 法律，就其適用範圍而為區別，可分為普通法與特別法，普通法與特別法之意義，可參閱前節說明。民法乃規定人民日常生活關係之法律，並非就特定的權利義務關係而為規定，又非適用於某一特定區域，或某一特定時期，或某種特定身分之人，故為

普通法而非特別法。

三 民法爲實體法 法律，就其規定之內容而爲區別，可分爲實體法與程序法。實體法，規定權義之主體，性質及其範圍，程序法則規定實行權利及履行義務手續之法律，必先有實際上權義關係之存在，始有實行權利及履行義務之可言，故實體法又稱主法，程序法又稱助法，亦稱手續法。民法乃規定私人間權利義務之法律，故爲實體法而非程序法。

四 民法爲國內法 法律，就其施行之範圍而爲區別，可分爲國內法與國際法。國內法，施行於一國主權之下，國際法則爲國際團體間所承認之法律。民法施行於民國主權關係之下，故爲國內法而非國際法。

五 民法爲任意法 法律，就其規定之效力而爲區別，可分爲任意

法與強行法。任意法，可依當事人之意思，排除法律之適用，強行法則不問當事人之意思如何，強制其適用。民法係私法，規定私的權利義務關係，故原則上屬於任意法，惟基於公益上之理由而為強制之規定者，數亦不少；且近世立法，多捨個人主義而以社會主義為基礎，今後民法，強制之規定，勢將更見擴充，乃係必然之趨勢。

#### 第四節 民法之編制

民法編制之體例，從來有羅馬式與德國式之分：羅馬式之編制法，將民法分為人事法、財產法及訴訟法三編，因為優斯尼安帝法律階梯教科書所採用，故亦稱法律階梯式。法國民法採此方式，將訴訟法刪除，並將財產法析而為二：一為財產法，一為財產權取得法，荷蘭、比利時、義大利諸國民法從之。

羅馬式之編制法，將訴訟法規定於人事法、財產法之次，雖編次互

異，然公法與私法不分，實體法與程序法無別，其體例已不合條理；且就其規定之內容而觀：缺乏共同適用之總則，債權與物權不分，親屬關係與人格、能力等事相混，在在均爲其缺點。

德國式之編制法，分民法爲總則、債權、物權、親屬、繼承五編；但債權物權兩編之次序，有時互異。我民法採德國式之編制法，並仍以債編列諸物權編之前，蓋以債權爲物權取得之方法，不可本末倒置也。

試就德國式之編制法以觀，羅馬式編制法之缺點，均可避免，二者之得失，固已無待煩言，是以暹羅、蘇俄、瑞士等國民法宗之。惟瑞士將債編定爲單行法，暹羅將親屬繼承合於一編，而殿以國際私法，此其不同耳。

## 第五節 民法之效力

一 關於時之效力 法律關於時之效力，有規定於公布之日施行者，有於公布之後，另以命令定施行之日者，亦有於法律明定施行之期間者，我民法則未設明文，事實上乃係以命令定施行之日者。民法總則，係民國十八年五月二十三日，由國民政府命令公布，定自同年十月十日施行。法律，原則上應於施行之日發生效力，惟在施行前所發生之事實，能否適用民法？實一問題。自羅馬法以還，對於此種情形，均嚴守法律不溯既往之原則，我民法亦從之，惟施行法特別規定有溯及的效力者，則為例外（民法總則施行法第一條），故在民法總則施行前所發生之民事，原則上不適用民法總則，其餘各編施行法第一條，亦作同樣之規定。

二 關於人之效力 民法既為普通法，又為一國主權之法律，對於中華民國人民，均應普遍適用，不問其在本國或外國，皆受民法之支

配，此爲法律屬人主義之原則。

三 關於地之效力 民法既爲國內法，依法律屬地主義之原則，當然普遍適用於中華民國領域之內，即外國人在民國領域內者，亦受民法之支配。惟外國人有治外法權、領事裁判權、及法律適用條例有特別規定者，則爲例外。

## 第六節 我國民法之立法沿革

### 第一款 清以前之民法

法律之發達，以刑法較民法爲早，我國古代，以禮爲治，初無成文之法，有之，自李悝之法經爲始，法經六篇：曰盜法，賊法，囚法，捕法，雜法，具法，胥關刑事；迨蕭何益以戶、興、廩三篇，名曰九章律，於是戶婚之事，亦入於律，此爲實質民法之濫觴。歷代以降，次第演變，雖戶婚、田土、錢債各門，自隋唐以後，規定漸詳，然迄

於大清刑律，仍民刑不分，故無形式民法可言。

### 第二款 兩次民律草案

前清末葉，庚子敗衄，變法自強，已成朝野上下一致之要求，乃於光緒三十三年，設修訂法律館，聘日人松岡義正博士起草民法，總則、債權、物權三編，於宣統三年告竣，親屬、繼承兩編，則由法律館商同禮學館訂定，亦於是年脫稿，未及施行，清社告屋，此爲第一次民律草案。

民國成立後，於法制局設法典編纂會，後改隸司法部，更名爲法律編查會，嗣又復稱修訂法律館，先頒布民刑訴訟兩條例，繼着手編訂民法，於民國十四年完成，次第頒布，是爲第二次民律草案。惟亦未見諸施行，僅由司法部通令各級法院作爲事理援用而已。

### 第三款 現行民法

國府奠都金陵，前法制局即着手編訂民法，十七年，成親屬、繼承兩編，未及頒布。同年十二月，立法院成立，於翌年一月，指定委員傅秉常等爲民法起草委員，同年二月，開始工作，歷時三月，總則告竣；四月，開始起草債編，八月開始起草物權，均於十一月提會通過，先後由國民政府公布。至於親屬、繼承兩編，因調查習慣，延至民國十九年秋，始行着手起草，於同年十二月間提會通過，繼續公布，此爲我國有民法法典之始。

先是，立法院於民法總則編完成，債編起草之前，院長胡展堂，副院長林子超兩氏，向中央政治會議提議，採民商合一主義，經中政會第一八三次會議決議，照審查意見通過，是在民法法典完成之前，民商合一，已於此時奠其始基矣。

〔習題〕



(一)何謂廣義民法？何謂狹義民法？最近應否再作此區別？試言其理由。

(二)民法爲任意法抑強行法？今後立法之趨勢若何？試言其故。

(三)民法之編制，有羅馬式與德國式之分，試分別說明，並論其得失。

(四)中國人甲，在英國與另一中國人爲買賣行爲，因而發生糾葛；又德國人丙，

在中國與中國人丁交易，亦啓糾紛，問各應適用中華民國之民法否？試申言

其理由。

(五)民國以前，有無民法？

## 第二章 私權概論

### 第一節 權利之本質

權利之本質如何？學者不一其說：意思說謂權利乃心理上意思支配之範圍；利益說謂權利乃法律所保護之利益；法力說謂權利乃法律所

賦予意思之力；自由說謂權利乃自由行動之範圍，應有部分說謂權利乃人類生活資料應有之部分。就中意思說以權利爲心理上意思之範圍，信如所言，則精神病人，喪失意思，將無權利能力，胎兒未經出生，亦無權利可言矣，其不可通，無待煩言；利益說以權利卽利益，不知二者乃截然兩事，蓋有權利者未必均有利益，受利益者又未必均有權利也；法力說以權利乃法律所賦予意思之力，雖與意思說心理上意思之意義不同，然終不能說明權利之實質，是其缺點；自由說以權利爲自由行動之範圍，然人類之言行舉動，無關於權利者正多，亦不足以表明權利之實際；應有部分說以權利爲生活資料應有之部分，然應有之部分，究以何者爲範圍，亦缺乏實際之界限，故亦不足取。

上述五說，既各有其缺點，學者乃折衷其義，另立一說，謂權利之本質，可分兩方面觀察：就形式上觀之，權利乃法律賦予之力；就實

質上觀之，乃法律上特定之利益，蓋以法力說及利益說爲其基礎而折衷也。（註一）

## 第二節 私權之分類

### 第一款 概說

權利有公私之分，其由公法所賦予者，曰公權；其由私法所賦予者，曰私權。故欲區別權利之爲公爲私，應先區別規定權利關係法律之爲公爲私。

公法私法區別之標準，從來學說不一，此屬於法學通論之範圍，姑不贅述。民法係私法，既爲學者所一致承認，則民法上規定之權利，其爲私權，殆無容疑。

私權，因種種標準，得爲若干類別，茲分款說明於後：

### 第二款 人身權與財產權

人身權者，存在自己或他人身體上之權利也，復可分爲人格權及身分權：人格權存在於自身之上，如生命權、自由權、名譽權、姓名權等是；身分權則存在於有特定身分之人身，如家長權、親權、繼承權等是。

財產權者，人身權以外之權利，而以財產爲其客體者也，復可分爲債權、物權、準物權及無體物權；存在於他人行爲上之權利爲債權；直接存於物上之權利爲物權；直接存於一定權利上之權利，曰準物權；存於精神所產出之無體物上之權利，曰無體物權，如著作權、專利權等是。

### 第三款 支配權請求權與形成權

支配權者，直接支配權利客體之權利也。權利人既有其權利，自得支配權利客體之權利，此支配權利客體之權利，卽爲支配權。惟支

配權于支配作用外，尙有禁止他人妨礙之作用，通常稱爲禁止權，然禁止權本於支配權而生，故學者有不認爲獨立之權利，而以爲支配權之內容者。（註二）

請求權者，請求他人作爲或不作爲之權利也。行爲，有積極的作爲與消極的不作爲，請求他人爲一定之行爲者，曰積極的請求權；請求他人不爲一定之行爲者，曰消極的請求權。請求權是否爲獨立之權利，學者不一其說，蓋或以爲請求他人作爲或不作爲，乃權利之效力，非獨立之權利也；然我民法頗多請求權之用語，其應認爲獨立之權利無疑。

形成權者，因一方之行爲，使某種權利發生、變更或消滅之權利也，或稱能爲權，亦稱變更權。其發生權利者，如無權代理，因本人行使承認權而爲有權代理（民法第一百七十條），此承認權即形成權之

一種；其變更權利者，如選擇之權，因選擇權人行使選擇權而確定標的物（民法第二百零八條），此選擇權即形成權之一種；其消滅權利者，如得撤銷之行爲，因撤銷權之行使，其權利歸諸消滅（民法第一百十四條），此撤銷權即形成權之一種。

#### 第四款 絕對權與相對權

絕對權者，請求一般人不作爲之權利也。有此權利之人，得請求任何人不得侵害其權利，故曰不行爲請求權；所得對抗之人，並非特定人，故曰對世權。如人格權、身分權、物權等屬之。

相對權者，請求特定人作爲或不作爲之權利也，亦稱對人權。有此權利之人，祇能對於特定人主張權利，不若絕對權之具有對世性；惟可請求特定人爲一定之行爲或不行爲，不若絕對權之僅以不行爲爲內容。如債權，祇能對於債務人行使，故爲相對權。

## 第五款 主權利與從權利

主權利者，不因他種權利之存在，而獨立存立之權利也，亦曰獨立權利，如債權、所有權是也。

從權利者，以主權利之存在爲前提，不能獨立存在之權利也，亦曰附屬權利。如抵押權以債權存在爲前提；利息之債，以原本之債存在爲前提。故主權利存在，從權利亦可存在，主權利消滅，從權利亦隨之消滅；惟亦有例外，民法第八百八十條之規定，其一例也。

## 第六款 原權與救濟權

救濟權者，權利受侵害時，因救濟而發生之權利也。如回復原狀之請求權、損害賠償之請求權是。

權利受侵害時，既生救濟權，則行使此救濟權時，必有被救濟之權利，此被救濟之權利，亦即受侵害之權利，因救濟權本於該權利而發

生，故稱曰原權，例如人格權受侵害時，請求損害賠償，此時人格權即爲原權。

### 第七款 專屬權與非專屬權

專屬權，附着於權利主體，不能移轉之權利也。此種權利，與權利主體有不可分性，不能讓與或繼承，如人格權、身分權是；惟因此種權利所生之財產權，則爲非專屬權；此不可不知也。又專屬權中，亦有可以繼承者，如家長權是。

非專屬權者，得與權利主體分離，而移轉於他主體之權利也。此種權利，轉讓繼承，均屬無妨，如債權、所有權是也。

註一 見胡長清氏中國民法總論第三九頁。張正學、曹傑兩氏民法總則註釋一九頁。

註二 胡長清氏，以禁止權不成爲獨立之權利，見胡氏前揭第四二頁。陳觀昆氏，則以此爲支配權之內容之一，陳氏謂：「支配權之內容有二：卽爲一，權利人得支配客體



之力；二，權利人請求他人不為一定行為之力。而後者，有二作用：即甲，請求他人勿為同一之支配，是曰排他性或獨佔性；乙，請求他人勿妨礙其支配，是曰禁止妨礙性。」見陳氏前揭第三六頁。實則胡說與陳說相同，不過陳氏之說較詳。又余榮昌氏，與胡說相同，見余氏民法要論總則第二〇頁。

〔習題〕

- (一) 權利之本質，學說不一，試分別說明並評論之。
- (二) 人格權與身分權之區別如何？
- (三) 支配權有禁止他人妨礙之作用，此種作用，得為獨立之權利否？
- (四) 行為有作為及不作為，試舉例說明之。
- (五) 試言絕對權之特質。
- (六) 甲因姓名權受害，請求賠償，既而甲將該請求權讓與乙，後乙身故，由乙子丙繼續行使，問其轉讓及繼承是否合法？

# 本論

## 第一章 法例

### 第一節 概說

法例者，民事法則之總括規定也。民法規定私的生活關係，而爲人民權利義務之準繩，其爲各章共通適用者，若分門別類，各置專條，則疊床架屋，形同贅疣，故舉大綱，冠諸編首，以期繁簡適中，體例斯當。

攷各國民法，雖均導源於羅馬法，然法例之設，體制互異，如瑞士、暹羅、蘇俄之民法，均設法例一章；如德意志、法蘭西各國則反是，我民法蓋採瑞士等國之立法例也。

### 第二節 適用法律之順序

各國法典中，大都有關於民事適用法則順序之規定。在成文法之國家，對於法律所明文規定之事項，固須以法律爲其依據；然社會之進化不息，事物之變遷無窮，或爲法律所未盡，或爲思慮所不及，究應如何適用，極有疑義，故我民法仿多數立法例，於第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」依此規定，民事適用法則，第一順序爲法律，第二順序爲習慣，第三順序爲法理。換言之：法律優先於習慣而適用，而習慣又優先於法理而適用，法律有明文規定者，即不許適用習慣，有習慣者，即不許適用法理。

雖然，此不過民法總則上所規定之原則耳，在分則各編中，尙有若干例外，即習慣可以優先於法律而適用：例如民法債編第四百五十條第二項關於終止租賃契約之規定，民法物權編第八百三十八條關於地上權讓與之規定，均以習慣排除法律之適用，此乃分則各編之特別規

定，其效力較優於總則一般的規定，又未可拘泥於第一條之規定，而謂法律之效力優於習慣也。

所謂法律未規定者，謂法律未設明文之民事。法律，固專指民事法律而言，未規定之事項，亦以民事爲限；但我民法既採民商法合一主義，民法、民事，均應從廣義之解釋，包括商法、商事在內，自不待言。至於刑事，因採罪刑法定主義之結果，自不在准許適用習慣與法理之列，即民事法律內所規定之實質刑法亦然。（註一）

民事法律，包羅至廣，普通民法之外，兼指民事特別法而言。且經立法機關依立法程序制定之法律外，並包括其他機關由法律授權所制定之一切規則、條例等在內。故法律二字，應作廣義之解釋，必一切成文法令無明文規定，始許依第一條之順序，適用習慣與法理焉。

### 第三節 習慣

## 第一款 習慣之界說

習慣者，多數人於一定時期內，反覆爲同一行爲所成立之準則也。其與習慣法有無區別，學者不一其說：德國學者有謂習慣係社會通行之一種事實，須當事人自行援用，而習慣法則係國家制定之法律，法官有援用之義務；法國學者，則以二者並無區別。就其性質立論，習慣與習慣法，顯然異致，我國民法，雖僅稱習慣而不稱習慣法，然在習慣可以適用之際，又均賦予法的效力，自亦不能不嚴加區分。其所以稱習慣不稱習慣法者，以我國不若瑞士各邦，有成文的習慣法存在故也。

在原則上言：習慣之適用，既次於法律，則適用習慣，所以補法律所未備。故民法所謂習慣，以有關民事者爲限，此乃當然之解釋，若早眠早起之習慣，儉樸整潔之習慣，無關於民事者不與焉。

## 第二款 習慣之類別

習慣，因其適用範圍之不同，可爲種極之分類，扼要言之：其通行於全國各地者，謂之一般習慣；若僅通行於某特定區域者，謂之地方習慣。又普通一般人所慣行者，謂之普通習慣，若僅某種身分或職業之人所慣行者，謂之特別習慣。在適用習慣之際，地方習慣應先於一般習慣而適用，特別習慣應先於普通習慣而適用。蓋我國幅員廣袤，禮俗互殊，地方習慣所以優先適用，期其適合民情也；至於特別習慣，乃具有特種身分或職業之人，就其身分或職業所通行，優先適用，亦所以符風尚也。

## 第三款 習慣成立之要件

習慣成立之要件有三：（一）人人有確信以爲法之心意，即在客觀上，一般人均有信守以爲法律之意向，此乃習慣成立之內在的要素。

(二)於一定時期內，就同一事項，反覆爲同一之行爲，若非就同一事項爲同一之行爲，則不成其爲通行之習慣，至所以限於一定時期者，蓋以習慣或因時而有所嬗遞，非一成不變者也，此乃習慣成立之外在的要素。(三)須不背公共秩序與善良風俗(民法第二條)，國家立法，旨在維持公序良俗，若習慣違背公序良俗，猶予以法之效力，用以補法律所不備，實與立法本旨，相去懸絕。(註二)

#### 第四節 法理

法理之意義，學者之解釋不一，依余所見：法理乃從立法精神所推定之立法原理。民事法律所未規定，又無習慣者，審判官不能不從立法精神上着眼，以客觀的見解，推定依法律原理應爲如何之規定。猶如新民法親屬繼承兩編施行後，廢繼事件，應依終止收養關係之規定，作爲法理而採用，蓋現行民法，不採宗祧繼承制度，廢立嗣之制，

即無廢繼之法，然從前所立之嗣子，因廢繼而涉訟者，勢所不免，此際，審判官依客觀態度審酌之結果，假定法律規定廢繼，亦必與終止收養關係相類，故以終止收養關係之法條，作為廢繼之法理。（註三）

法理，雖由審判官認定，然既以為裁判之準據，則關係於人民之權益，實非淺鮮，故此時宜注意：（一）不肯立法之精神，（二）當時周圍之環境，方可得一公平而合於法理之準據，不能純憑主觀的見解，毫無限制者也。

### 第五節 法律行為之方式

法律行為，有以使用文字，製作文書為必要者，例如設定抵押權，應以書面為之（民法第七百六十條）；夫妻財產制契約之訂立、變更、廢止，應以書面為之（民法第一千零零七條）；兩願離婚，應以書面為之（民法第一千零五十條）等是。此外，法律上並不以訂立書面



契約爲必要，而當事人有欲訂立書面契約以爲異日證明之用者，如借貸之訂立借據等情形是也。

凡法律行爲，有使用文字之必要者，應以自書爲原則，然亦得不由本人自寫，但必須親自簽名（民法第三條第一項）。惟現在教育尙未普及，間有不能自行簽名者，若必從此原則，適用上必感困難，故於第二項規定：『如用印章代簽名者，其蓋章與簽名，生同等之效力。』蓋章之效力，固等於簽名，苟不能簽名，亦無印章者，民間習俗，多以十字或符號代替，民法爲適應實用起見，更於第三項設有明文，惟須有二人以上之簽名證明，方與自己簽名有同等之效力。

法律行爲有使用文字之必要時，雖亦得不由本人自寫，惟法律上別有規定，應由本人自書者，則不能適用本條第一項。民法第一千一百九十條規定：『自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年、月、日，並

親自簽名。如有增減、塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名。」即其例也。

#### 第六節 數量之確定

關於一定之數量，有以文字表示者，亦有以號碼表示者，亦有同時以文字及號碼表示者，如僅一次以文字或號碼表示，固不生符合與否之問題，若同時以文字及號碼而為表示，而其數額又不相符者，應由法院探求當事人之真意定之；其不能決定何者為當事人之真意時，則依文字定之（民法第四條）。

探求當事人之真意，雖係法院之義務，然在民事訴訟程序中，當事人為利己之主張者，有舉證之責任，其所舉之證據，即係法院探求真意之資料。且既云探求真意，當然不能僅拘泥於文字，惟文字亦非完全不能採用。例如甲向乙索欠，文字書一千元，但同時號碼則書為

\$2000.00，如契約上曾載明計算之方法，依其方法計算又恰爲二千元者，自須以號碼爲準據。若法院依當事人所提出之資料，不能得其真意，或當事人之雙方，均未能提出證據，致法院無從探索其真意時，則應依文字所表示者確定之，因文字較號碼爲鄭重故也。

前所述者，乃同時以文字與號碼表示數量不符時確定之標準；若數次爲數量之表示；或始終以文字表示；或始終以號碼表示；或先以文字表示，繼以號碼表示；或先以號碼表示，繼以文字表示，而其所表示之數量，又先後不相符時，亦應由法院探求當事人之真意；真意不明時，則依最低額爲標準而確定之（民法第五條）。至表示次數及不符次數之多少，均非所問，祇須有二次以上之表示，而其數額不符，卽有本條之適用。

註一 參考二十三年院字第一一七五號解釋：「宣告破產事件。依照民法總則第一條，

自應適用破產法理；惟關於詐欺破產，擬有刑名，屬於刑罰性質，要不在民事適用法理範圍之列。」

註二 關於習慣成立之要件，前大理院二年上字第三號判例曰：「習慣法成立之要件有四：（一）人人有確信以爲法之決心；（二）於一定期間內，就同一事項，反覆爲同一行爲；（三）法令所未規定之事項；（四）無背於公共秩序及利益。」胡長清氏以法令所未規定之事項，祇能表示習慣僅有補充法律之效力，故非習慣之成立要件，余亦持此旨。又胡氏主張：習慣之具有法之效力，既由國家所承認，則有背公序良俗之事，自無由發生，民法第二條，亦不過對於習慣之限制，示法官以適用之準繩，故亦否認其爲習慣成立之要件（見胡著中國民法總論三〇頁）。余以習慣由國家認有法的效力，且加以不得違背公共秩序、善良風俗之限制，當然得爲其成立要件之一，蓋習慣有違公序良俗者，國家根本不許予以承認，使成爲習慣法也。

註三 參考二十三年院字第一一七四號解釋：「民法親屬編施行後所發生之廢繼事件，

既無法律可資援引，即應依民法總則第一條，以終止養子女收養關係之法條，作為法理採用。」

### 〔習題〕

- (一) 民法第一條所謂民事，是否包括商事在內，其理由何在？
- (二) 習慣亦有優先於法律而適用者，試舉例說明之。
- (三) 試述習慣成立之要件。
- (四) 法律行為，有使用文書之必要而不能簽名時，應如何方可生法律上效力？

## 第二章 人——私權之主體

### 第一節 概說

凡屬權利，必有歸屬，此權利之歸屬者，即私權之主體。依現行民法之規定，私權之主體為人，惟此所謂人，包括自然人及法人而言。

在立法例中，有祇認自然人爲私權主體者，如法國民法是也；有逕用私權主體字樣，不區別自然人與法人者，如蘇俄民法是也；有分別自然人與法人，不設共通之稱謂者，如日本、暹羅、瑞士等國民法是也；有區別自然人與法人，而總稱爲人者，如德國民法是也。本法以「人」名章，復分「自然人」、「法人」兩節，蓋從德國之立法例也。

## 第二節 自然人

### 第一款 概說

自然人爲權利主體之一，指有精神及肉體之人，所以別於法人而言。凡人，均爲權利之主體。在昔羅馬法上，不認奴隸之人格，故不得爲權利之主體，在今日法律平等主義之下，固已無此限制矣。

### 第二款 權利能力

## 第一 權利能力之概念

權利能力者，謂得享有權利之資格也。凡有權利能力者，始得爲權利之主體，故權利能力，實爲權利主體之適格，而爲法律上人格之要素。

權利與義務，原屬對等之稱謂，有權利胥有義務，故權利能力，實包括義務能力而言，學者有謂「權利能力」可改爲「權義能力」者以此。（註一）

## 第二 權利能力之始終

凡自然人均有權利能力，因法律上認有人格也。人格隨生死以始終，權利能力，又以人格爲始終；故權利能力，始於出生，終於死亡（民法第六條），此原則也。

出生，本爲一種自然之事實，以關係於權利能力之始期，故頗爲學

者所重視，在學說上，出生有陣痛說、一部產出說、全部產出說、臍帶剪斷說、開聲說、獨立呼吸說之分。陣痛說以妊婦腹痛開始爲出生，不知陣痛開始之時，胎兒未必即行墮地，則實際上與胎兒脫離母體而獨立之時間，猶有若干之距離。一部產出說，以胎兒之一部分脫離母體爲出生；全部產出說，以胎兒之全身脫離母體爲出生，無論一部產出，本尙不能謂爲獨立之人，且一部產出與全部產出，如係死體，顯不能爲權利之主體。臍帶剪斷說，以胎兒之臍帶剪斷，始與母體完全分離，而爲獨立之自然人，然其弊端正與一部或全部產出說相同。開聲說，雖可證明胎兒之非死體，然苟或胎兒爲一先天的生來瘖啞人，則將視爲已經出生乎？抑視爲未出生乎？故上述諸說中，余以爲以獨立呼吸說爲最可取，多數學者，亦同此見解。

雖然，出生固採獨立呼吸說，然胎兒未離母體而獨立，猶爲母體之



一部，不能謂爲獨立之自然人也；又雖完全脫離母體，而屬死體者，權利能力，亦不能發生，因其呱呱墮地時，卽係死亡，在人世間未有一時之生存故也。故所謂出生，並應明此二種涵義。又權利能力，惟人有之，出生並專指自然人而言，此均無容疑者，故出生而足爲權利主體者，以產出者爲人爲限，如世之所謂怪胎，雖完全脫離母體，且非死體，亦無本條之適用。又產出者係人而生來畸形者，則可享有權利能力，此亦不可不知者。

此外，尙有一問題，卽孿生子出生之先後是也。孿生子者，一胎產二以上之子女者是，其出生之先後，應依各人完全脫離母體獨立呼吸之時定之，此在他國民法，有設明文規定者（註二），我民法則認爲解釋所當然；惟出生先後不明者，則如何確定，仍不易解決，有主以抽籤定先後者，余則以既係同時出生，應認同時取得權利能力，法律上

無以抽籤定先後之實益也。(註三)

死亡亦係自然之事實，因關權利能力之終期，故究竟在何種情形之下，方能認為死亡，學說亦不一致：有謂以心臟停止鼓動為死亡者，有謂以脈搏停止為死亡者；有謂以呼吸停止為死亡者，多數學者，採呼吸停止說，因呼吸停止，始無復蘇之望，方能謂為死亡也。

### 第三 胎兒之權利能力

胎兒，在未出生前，本為母體之一部，不能獨立生存，依前條權利能力始於出生之規定，自無權利能力可言；然一旦出生之後，即足為權利之主體，法律上不能不予保護，故以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生（民法第七條）。

關於保護胎兒，在各國立法例中，有採列舉主義者，如德國以損害賠償，繼承及遺贈為限；日本以損害賠償，家長繼承，遺產繼承為限

，其所保護者，均係特定之權利。有採概括主義，凡屬胎兒將來所可享受之利益，法律上均予以同樣的保護，不以特定之權利爲限，如暹羅及瑞士民法是，我民法蓋採概括主義者。

關於胎兒利益之保護，以將來非死產爲限始能視爲既已出生。死產，謂自母體分娩之時，即係死體，所以別於分娩後死亡者而言；若在母體分娩之時，猶係生存，而於墮地以後死亡者，縱僅片刻生存，然在此一剎那間，已足爲權利之主體，故與死產有別。例如甲死亡時，其妻乙正在懷孕，此際胎兒內之遺產繼承權，即應予以保護，故視爲既已出生，認其爲甲之遺產繼承人，雖丙於母體分娩之後死亡，因其生存之片刻間，已有權利能力，則其因繼承甲所得之財產，即爲其自己之遺產，應由乙繼承。若產出之時，即係死體，不備第七條之要件，即不生繼承問題，甲之遺產，應由其他繼承人與乙共同繼承（民法

第一千一百三十八條)。故胎兒出生時是否死體，影響於權利者至鉅，不可不加以注意也。

#### 第四 宣告死亡

權利能力，終於死亡，前已言之。惟法律上尙有宣告死亡之制，因其生死不明，而爲死亡之宣告，至其人之是否確已死亡不問也。

人爲權利義務之主體，苟蹤跡不明，生死莫卜，歷時既久，一切身分、財產及其他法律關係，均無由確定，故設宣告死亡之制，以濟其窮。宣告死亡之情形有二：(一)失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告(民法第八條第一項)；失蹤人年在七十歲以上者，得縮短其期限，於失蹤滿五年後，爲死亡之宣告(同條第二項)。(二)失蹤人如係遭遇特別之災難，如因戰亂、水火等天災事變而失蹤者，生還之望較少，故更得縮短其期限，於失蹤滿三年後，爲死亡之

## 宣告(同條第三項)。

失蹤，謂離去其居住所，生死不明，若確知其所存在，或已明其生死，均不得謂爲失蹤而聲請宣告死亡。失蹤人之年齡，應採周年計算法，即自出生之日，算至失蹤之日，已足七十周年，方能依第八條第二項之規定，聲請宣告死亡，世俗關於年齡之計算，多採歷年計算法，於此並不適用。

十年，五年，三年，均爲法定期間，計算之方法，應從民法第一百二十一條之規定。惟始期法律上並未明定，學者多主張自最後音信之日起算，蓋以前既有音信可通，即可知其蹤跡與生死也。音信，不限於自己所發送，即如他人所傳播之消息，報紙所記載之事實，祇須就其內容可以明瞭其蹤跡與生死，即不得謂非音信。又期間應連續計算，不許間斷，一有間斷，即須重行起算，例如失蹤滿五年後得一音信

，則其期間應自獲得音信之日，重行起算是也。

宣告死亡，應由利害關係人聲請，由法院履行一定之程序後，爲宣告死亡之判決。利害關係人，謂其人於失蹤人之生死，有法律上之利害關係者，例如失蹤人之配偶、子女、及失蹤人之債權人均是。聲請宣告死亡，爲民事訴訟特別訴訟程序，詳見民事訴訟法第六百二十一條以下。

死亡爲權利能力之終期，故何時死亡，關係至鉅。宣告死亡，雖係法律上視爲死亡，並無實際上死亡之時間，然法律既認爲死亡，即應確定其死亡之時間，故民事訴訟法第六百二十九條規定：「宣告死亡之判決，應確定死亡之時」；此判決內所確定之時間，即法律上推定爲死亡之時間（民法第九條第一項）。

雖然，法律上推定死亡之時，原以判決上所確定死亡之時爲準據，

然則宣告死亡判決對於死亡之時間，又將何所依據？依本法第九條第二項之規定，宣告死亡之時間，應爲第八條各項所定期最後日終止之時，例如因特別災難而失蹤，以失蹤之第三年最後一日最後之時爲死亡時間，換言之：死亡之時間，以法定失蹤期間之終期爲標準。惟此不過抽象的推定而已，若有反證，能證明其死亡之時間者，則又當別論矣。又二人以上，同時遇難，不能證明其死亡之先後者，推定其爲同時死亡（民法第十一條）。

宣告死亡之制，所以求權利義務之早見確定，然失蹤距死亡之宣告，須經十年、五年或三年之法定期間，在此期內，失蹤人之財產，究將如何處理，亦一問題，我民法於此僅規定依非訟事件法之規定（第十條）；惟非訟事件法，現在尙未頒布，則又須適用習慣與法理矣。

（註四）

### 第三款 行爲能力

#### 第一 行爲能力之概念

行爲能力者，行爲能發生私法上效果之能力也。與權利能力不同，權利能力，乃係自然人得享有權利之資格，而行爲能力，則係獨立以法律行爲取得權利或負擔義務之資格。又權利能力，始於出生，終於死亡，而行爲能力，非達一定之年齡或具備法定之要件，不能取得。

行爲能力，非僅與權利能力不同，即與意思能力，亦不可混淆。意思能力，謂判斷其行爲是否合理之能力，例如於爲某種法律行爲之前，必先就自己之意思，加以思考，以究其利害得失。此種意思能力，乃屬心理上之能力，而行爲能力，純屬法律行爲能生私法效果之能力。雖法律行爲以有意思能力爲必要，然無行爲能力者，未必均無意思能力，此二者之不可混爲一談也。



## 第二 行爲能力之態樣

行爲能力，可分三個階段，即無行爲能力，限制行爲能力，有行爲能力是也。依現行法之規定：（一）成年之人，有行爲能力；（二）未成年人，已結婚者，亦有行爲能力；（三）未滿七歲之未成年人，無行爲能力；（四）滿七歲之未成年人，有限制行爲能力（民法第十三條）。

成年者，法律上因其已達一定之年齡，認其意識已臻成熟，身體已臻健全，可依自己之智能，判斷利害，辨別得失，而自爲法律行爲。自然人身體發育之狀況，知識發達之程度，原來因人而異，未能平均發展，然事實上爲維持交易之安全起見，不可不設一共通之標準，故參酌國情，以滿二十歲爲成年（民法第十二條），而賦予行爲能力。惟未滿二十歲人，間有身體發育，與知識程度逾於常人者，如亦必於成年之後，始予以行爲能力，未免限制過苛，故未成年人已結婚者，亦

認有行為能力。此與法國之結婚自治產制、德國之宣告成年制、暹羅之結婚成年制，其立法理由，同出一轍；但本法以未成年人之結婚，不過為取得行為能力之原因，並非逕認為成年，此與結婚成年制不同也。（註五）

年齡之計算，應採周年計算法，即自出生日起，扣足二十周年，始為成年。結婚，謂兩性間以永久共同生活為目的，合法締結之婚姻，須具備親屬法上所定之要件，若本非合法之婚姻，如納妾、姘度、或為無效之婚姻（註六），則不生結婚之效力，即無行為能力可言。惟得撤銷之婚姻，在未撤銷前，其婚姻仍屬有效，故可因而取得行為能力（註七）。又未成年人因結婚取得行為能力者，與成年人無殊，縱令結婚後離婚，或其配偶死亡，其行為能力，並不因而喪失（註八），因法律上賦予行為能力，重在身體發育及知識程度，不在婚姻關係之存續

，此不可不知也。

有行爲能力人，得以獨立之法律行爲，使生法律上之效果，即取得權利與負擔義務是也。無行爲能力人，其所爲之法律行爲，不能發生法律上之效果；限制行爲能力人，於一定限度以內，其所爲之行爲，亦可發生法律上之效果，其詳容後論之。

### 第三 禁治產

行爲能力之有無，依前所說明，原則上以年齡爲其標準。但在或種情形之下，因意思能力發生障礙，法律上爲保障其利益，並維持交易之安全起見，仍不宜認有行爲能力，此禁治產制度之所由設也。

禁治產者，謂其心神發生障礙，宣告喪失其財產上之自治能力之謂也。其要件有二：（一）要屬心神喪失，或精神耗弱致不能處理自己之事務。心神喪失，指意思能力全部喪失而言，精神耗弱，指意思能力

一部喪失而言，二者僅屬程度之差。惟精神耗弱，既非意思能力全部喪失，則有無宣告禁治產之必要，當以其能否處理自己事務以爲斷，若因精神上之障礙，已至不能處理自己事務之程度，卽不能不予特別之保護。心神喪失與精神耗弱，均係生理上的一種病態，此種病態之有無，可藉鑑定之方法決定之，其由於先天的或後天的，則非所問；惟所謂心神之障礙，以繼續性爲必要，若僅一時的心神喪失或精神耗弱，例如飲酒泥醉，高熱昏迷，不足爲宣告禁治產之原因。至於是否有關斷性，則屬無關。如其心神常陷於障礙之程度，卽令時間斷，亦不妨爲之宣告禁治產，否則，法律行爲之有無意思能力，應否認爲有效，極難舉證，亦極難斷定也。(二)要經聲請。關於禁治產之宣告，應經有聲請權人之聲請，法院始得依法定程序爲禁治產之宣告，並非一有心神喪失或精神耗弱之情形，當然視爲禁治產人。有聲請權人

爲一)心神喪失或精神耗弱而不能處理自己事務之本人，(二)配偶，(三)最近親屬二人。配偶，謂依法結婚之他造，指已生婚姻關係而現尙繫屬者而言，未婚或已離婚之人，均不包括在內。親屬，不問爲血親或姻親(註九)，均包括之。最近，指與本人親屬關係最接近者而言，通常以親等表示其親疎(民法第十四條)。(註十)

禁治產人無行爲能力(民法第十五條)，故自然人經禁治產宣告之後，其行爲能力，與未滿七歲之未成年人同。惟未滿七歲之未成年人，雖無行爲能力，然苟有宣告禁治產之原因，亦不妨請爲禁治產之宣告；限制行爲能力人有此原因時亦同。

#### 第四款 人格及人格權之保護

自然人之能爲權利義務之主體，以有人格爲前題，故每一自然人，均有其人格。然所謂人格，係指享有權利之資格而言，與人格權有別

。人格權者，人身上之權利，與人格不可分離，非可以財產估計者也。因係人身上之權利，與人格不可分離，又不可以財產估計，故就其性質而言，不宜規定於債編或物權編，乃於總則內設明文以保護之。

關於人格之保護，民法首先規定「權利能力及行爲能力，不得拋棄」（民法第十六條），前者爲享有權利之資格，後者爲獨立以法律行爲發生私法上效果之資格，關係至爲重要，故不許於取得此種能力之後，而爲拋棄，自以爲無權利能力或無行爲能力人。且無論全部拋棄抑一部拋棄，均非法所許可。

權利能力，隨生死以始終；行爲能力，因年齡而取得，初不以性別、信仰、階級、身分而有軒輊。在昔，基於重男輕女的傳統思想之立法，以妻爲限制行爲能力，復賦予夫以所謂「夫權」也者，此種規定，爲近代立法政策所不採，即古代羅馬以奴隸爲無能力之制，亦不容

於輓近之立法，此均不可不注意者。

權利能力不許拋棄，固矣，然權利除法令別有限制外，則可以拋棄。蓋拋棄權利能力，乃拋棄享有權利之資格，拋棄權利，乃拋棄因其資格所享有之權利本體，二者截然不同，例如拋棄動產之所有權，固未嘗不可，必謂無享此動產所有權之資格，則法所不許也。

其次，則爲自由權之保護。自由權者，人格權之一，人身或意思之活動，不受拘束之權利也。此種權利，爲一切權利之基礎，凡行使權利，負擔義務，均須基於自由之意思，不許他人加害。惟自由權雖非財產權，究不失爲私權，然或囿於私權得自由處分拋棄之說，故我民法亦設專條禁止之（民法第十七條第一項）。惟自由權雖不許拋棄，然於不背公共秩序與善良風俗之限度內，得加以限制（民法第十七條第二項），例如雇傭契約訂定後，爲人服役，無異將自己之自由加以

限制，因其無妨於公序良俗，故不在禁止之列。

上所述者，均就主觀方面，規定有能力人或權利人之不許自爲拋棄，茲更就客觀方面受侵害時之情形論之：

人格權或姓名權受侵害者，均得請求除去其侵害（民法第十八條第一項及第十九條）。侵害者，謂加害人基於故意或過失所爲之不法行爲，危害及於權利之謂也。人格權之侵害，例如誹謗之妨害名譽，姓名權之侵害例如，影射之妨害使用是。凡有侵害之情形，均得請求法院排除之，惟如係適法行爲，本非不法侵害可比，自無排除之可言。又姓名權遭受侵害之際，並得請求損害賠償，但人格權之侵害，請求損害賠償或撫慰金者（註十二），以法律有特別規定者爲限（民法第十八條第二項）。所謂特別規定者，如民法第一百九十五條第一項是也。姓名權本爲人格權之一種，故第十九條之規定，亦卽爲第十八條第二



項之特別規定（註十二）。

#### 第五款 住所

住所，爲自然人日常居住之處所，爲其生活及法律行爲之本據。凡以久住之意思，住於一定之地域，卽爲設定住所於該地（民法第二十一條第一項）。久住之意思，謂自然人有永久居住之意念，住於一定之地域，則謂自然人有居住該地之事實，前者係就主觀的意思觀察，後者係就客觀的事實觀察，必同時具此二要件，始爲設立住所於該地。若僅有久居之意念，實際上並未居住該地；或僅有居住之事實，而並無永久居住之意念，均不能謂其設定住所，因我民法於主觀的意思與客觀的事實並重，乃採折衷說者也（註十三）。

住所既爲法律行爲之本據，故一人不許有二住所（民法第二十條第二項），換言之，每人祇許設定一個住所。若同時設定二住所，固

非法所許可；即設定住所之後，更行設定住所，亦當視為住所之變更。

住所，由自然人依其意思設定，故學者稱曰任意住所，亦曰意定住所，與此相對者，曰法定住所。法定住所，謂其住所由法律上以明文規定，不許任意設定與變更，無行為能力及限制行為能力人，以其法定代理人之住所為住所，（民法第二十一條（註十四），妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所（民法第一千零零二條），未成年之子女，以其父之住所為住所，贅夫之子女，以其母之住所為住所（民法第一千零六十條）均是。

住所，有任意住所與法定住所，固如前述，然自然人雖有住所，未必均能明其所在，且亦未必均在內國，苟無例外之規定，實不足以濟其窮，故住所無可考，或在中國無住所者，即以其居所為住所（民法

## 第二十二條（註十五）。

居所者，暫時居住之處所，其與住所區別者，即在有無久住之意思一點而已。其以居所爲住所者，必其住所無可考，或在中國無住所，至實際上其人曾否設定住所，則非所問。惟法律行爲須依住所地法者，如以居所視爲住所，無異使其適用居所地之法律，與立法之原意不符，故又爲例外之例外。

此外，尙有所謂假住所者，卽以特定之行爲，選定居所，關於該特定之行爲，卽以其居所視爲住所（民法第二十三條）因僅限於特定行爲始生效力，且以居所視爲住所，故與住所之單一並不衝突。例如：重慶某甲，與上海某乙，商業交易，因路途遙遠，交通阻滯，乃於上海選定居所，於其交易之行爲，視爲住所是也。此種居所之選定，乃係單獨之行爲，無須他方之同意，且不限於以書面設立。

因特定行爲，選定居所，而以其居所爲住所者，有無排斥原來住所之效力？學者間有主依當事人之意思定之者（註十六）；余以住所單一，既爲民法所明定，就特定行爲而選定居所，視爲住所，亦著有明文，無論在何種情形之下，均應以選定之居所爲住所，而爲法律行爲，就該特定之法律行爲，不得再向原來設定之住所爲之。否則，不僅一人得有二以上住所之變相，且或向假住所爲法律行爲，或向住所爲法律行爲，亦非保護本人或相對人之道也。

住所設定後，亦得以自由之意思廢止之。凡以廢止之意思，而離去其住所者，卽爲廢止其住所（民法第二十四條）。廢止之意思，謂已無繼續住居之主觀的意思，離去其住所，謂無繼續住居之客觀的事實，具此二者，始得謂爲住所之廢止，正與設定住所之應備主觀的及客觀的條件，相與呼應。若僅有廢止之意思，尙未離去其住所；或雖離

去其住所，尙擬重返故居，顯無廢止之意思者，均不能視爲住所之廢止。

住所廢止後，有設定新住所者，有不設新住所者，前者情形，當以新住所爲住所；後者情形，當以其居所爲住所，此不待言。

註一 胡長清氏前揭第五八頁：「又所謂權利能力，不但指享有權利之能力而言，卽負擔義務之能力（卽義務能力）（RechtsPflichtfähigkeit）亦包含之。不過我民法原則上係權利本位的立法，故從權利方面立論，而稱之爲權利能力耳。但依鄙人意見，似以改稱『權義能力』爲適當。」

註二 孿生子出生之先後，法律以明文規定者，如普魯士民法第一章第十五條是。我民法第二次草案第七條，亦著有專條。

註三 孿生子出生先後不明者，胡長清氏以爲應一如普法，以抽籤定之。見胡氏前揭六十頁。余以出生先後不明者，不妨推定其爲同時出生，因以抽籤法而定其出生之先後

，在民法上，實無實益可言故也。

**註四** 參考最高法院二十三年抗字第一三七〇號裁定：「失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，依非訟事件法之規定，此爲民法所明定。惟現時非訟事件法，尙未制定施行，則關於失蹤人財產之管理，自應依習慣或條例定之。」

**註五** 民法第一千零四十九條規定：「夫妻兩願離婚者，得自行離婚；但未成年人，應得法定代理人之同意。」此卽不認結婚爲成年之明證。否則，該未成年人已因結婚而成年，非僅不能再稱爲未成年人，抑無庸更得其法定代理人之同意。

**註六** 婚姻無效之情形有二：（一）結婚不備法定方式者；（二）結婚違反親屬結婚限制者，見民法第九百八十八條，此種婚姻，自始無效。

**註七** 婚姻得撤銷之情形，見民法第九百八十九條至第九百九十七條之規定。此種婚姻必撤銷之後始行無效，且其效力不溯及既往（民法第九百九十八條），故在未撤銷前，仍不妨取得行爲能力。

註八 參考司法院二十年院字第四六八號解釋：『已結婚之未成年婦女，不因夫之死亡，而喪失其行為能力。』

註九 血親謂己身所從出，及從己身所出；又雖非己身所從出或從己身所出，而與自己出於同源之血親者均是。姻親謂血親之配偶，配偶之血親，及配偶血親之配偶。見民法第九百六十七條及第九百六十九條。

註十 親等，表示親屬關係之等次，而明其親疎者也。其計算之方法，有羅馬法與寺院法之分，我民法係採寺院法計算法，見民法第九百六十八條及第九百七十條。

註十一 撫慰金者，使加害人以金錢慰藉受害人所受精神之痛苦，故其性質，與以金錢填補實際上所受之損失者異。

註十二 姓名權為人格權之一，為輓近學者之通說，我民法於第十八條規定人格權之保護，而於第十九條規定姓名權之保護，自係特別規定，張正學，曹傑兩氏，即主此說。見張，曹兩氏民法總則註釋第五三頁。惟胡長清氏則謂如此規定，實有重複之嫌。

見胡氏前揭第九十三頁。

註十三 關於住所之學說，有主觀主義與客觀主義之分。主觀主義，着重於本人之意思，客觀主義，着重於住居之事實，我民法規定以久住之意思，住於一定之地域，乃兼採並用者無疑。

註十四 無行為能力人：固應以其法定代理人之住所為住所，若無法定代理人，則應以其自己之居所為住所。參考司法院二十年院字第四七四號解釋。

註十五 關於在中國無住所一點：是否包括外國人而言，實一問題。陳親昆氏主張：「不問中國人或外國人，祇須在中國無住所，應以其在中國之居所：視為住所，至在中國有無住所，亦可不問。」見陳氏民法通義總則第七九頁。余以此點應從民法總則關於人之效力上觀察，若其人為服從中華民國法權之人，即應有本條之適用；反之，若為享有治外法權或領事裁判權之外國人，即不能適用本條。

註十六 選定住所，有排斥原來住所之效力，張正學、曹傑兩氏主張：「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之住所，以符當事人選定之真意。」見張，曹兩氏前揭第五九頁。余以就特定行爲選定住所，亦可以單獨行爲爲之，且不若法國民法之規定，須以書面爲之，故設定住所當時，是否確僅便利相對人，極難判明，故此種主張，似易發生爭議，非僅有違住所之單一一點已也。

〔習題〕

- (一) 何謂出生？試就各種學說，而申論之。
- (二) 胎兒有權利能力否？
- (三) 宣告死亡之情形有幾？試舉例說明之。
- (四) 行爲能力與權利能力及意思能力，有何不同？
- (五) 何爲成年？未成年人已結婚者，是否爲成年？
- (六) 甲於十八歲時結婚，十九歲時離婚，離婚後是否有行爲能力？

(七)何謂住所？何謂居所？何謂假住所？

### 第三節 法人

#### 第一款 通則

#### 第一 概說

法人者，非自然人，具有人格之社會組織也。社會事業，有非一二人之力量所能成就，必須羣策羣力以赴；然自然人間之合夥，僅屬契約關係，並無權利能力，不能成爲獨立之主體，不足謀其事業之發展與成就，此社團法人之所由濫觴也。且以一定財產，爲一定之事業，雖非必有財團之組織，然苟不認有獨立之人格，則其財產狀況，將隨時因本人之經濟能力而受影響，本人固可中止其事業而毫無限制，債權人亦可請求扣押其財產而無法防止，事業之成就，更不可期，此財團法人之所由興也。

關於法人之本質，學說不一；法人擬制說，謂法人之具有人格，乃出於法律之擬制，蓋自然人之有權利能力，因其具有意思作用，法人則不然，故以法律上之擬制，賦予人格。法人否認說，謂法律本非承認法人實體之存在，至於其財產之歸屬，又可分爲三說：（一）爲無主財產說，以法人之財產，爲特定之自然人而存在者，爲屬人財產，爲特定目的存在者，爲目的財產。（二）爲受益人主體說，以法人之財產，非屬於法人之本身，乃屬於因法人而受利益之自然人。（三）爲管理人主體說，以法人之財產，乃屬管理法人之個人。法人實在說，謂法人實體之存在，乃不容否認，就中復可分爲二說：（一）爲有機體說，謂法人之組合，與自然人無殊，因法人乃自然人所組合，其意思即爲自然人共同之意思，實爲有機體，無殊於自然人。（二）爲組織體說，謂法人之組織，適合於爲權利之主體，法律上所以認有人格者，亦係

此故。我國多數學者，均採法人實在說中之組織體說，然亦有反對之主張（註一）。

## 第二 法人之分類

法人得因區別標準之不同，而為種種之分類；其依國家公法而設立者，曰公法人；其依私法而設立者，曰私法人。此以其設立所根據之法則而定（註二）。私法人中，其以社員為組織之基礎者，曰社團法人；其以捐助財產為組織之基礎，而無須社員者，曰財產法人，此則以其設立之基礎而定。社團法人中，其以營利為目的者，曰營利法人；其以公益為目的者，曰公益法人（註三），此則以其目的事業而定。準據內國法律而設立者，曰內國法人；準據外國法律而設立者，曰外國法人（註四）；此則以其所以準據之法律而定。

## 第三 法人之設立

關於法人之設立，主義有四：即自由主義，特許主義，許可主義，及準則主義是也。凡國家對於法人之設立，一任自由，法律上並不加以限制者，曰自由主義，亦曰放任主義。凡法人之設立，須經制定法律特許，或經國家元首，以命令許可者，曰特許主義（註五）。凡法人之設立，須經行政官署認許者，曰許可主義。凡於法律設一定之準則，法人之設立，必須合此範疇者，曰準則主義。自由設立主義，雖足以促成法人制度，然濫行設立，毫無制限，其流弊極大；特許主義，手續過於繁重，且限制綦嚴，足以妨害其發展，故本法採用準則主義及許可主義（民法第二十五條，第二十條，第四十六條，第五十九條）。

#### 第四 法人之能力

考法人制度之濫觴，無非欲賦予自然人以外之社會組織以權利能力，使成爲獨立之主體，故法人之具有人格，享有權利能力，自不待言

。惟法人雖有人格，究與自然人不同，故專屬於自然人之權利，如生命權、身體權、親權等，非自然人不能享有者（註六），法人當然無此能力；其爲法令所限制者，亦不得享有（民法第二十六條）。

#### 第五 法人之機構

法人本爲一種社會組織，關於其目的事業之活動，仍須自然人爲之，卽其意思之表示亦然。在社團法人，社員既多，勢不能全體執行職務，在財產團法人，亦不能均由捐助人自爲行爲，此法人須設置董事之理由也（民法第二十七條第一項）。

董事，所以代表法人，執行其事務，然此乃內部之關係，若就其外部之關係以言，則爲法人之代表（註七）（民法第二十七條第二項），故董事對於法人所負之責任，至爲重大；惟法人亦可依章程之規定，予以限制，特此種代表權之限制，不足以與善意第三人相對抗耳（註八）。

(同條第三項)。

董事，爲法人之代表，而執行其職務，則其因執行職務時所加於第三人之損害，自應與法人負連帶賠償之責任，因其爲實施加害之行爲人也；雖非董事，而爲法人之職員，亦同(民法第二十八條)。連帶賠償責任者，謂各有賠償損害額全部之義務，所以別於由各人分別擔負其一部而言也(註九)。

#### 第六 法人之住所

法人既有人格，當然應有住所，以爲法律行爲之本據。自然人之住所，有任意選定者，有法律規定者，法人之住所，則由法律明文規定，以其主事務所之所在地爲住所(註十)(民法第二十九條)。

法人之有事務所，乃事實所當然，其事務所如屬單一，則確定其住所，自不生問題；若有二以上之事務所時，究以何處爲其住所？依前

說明，自應先行研究何者爲其主事務所。關於此點，有謂應以事實上執行法人主要事務之處所爲主事務所者，有謂應以法人登記時所定主事務所爲標準者，兩說中以後說爲是。

#### 第七 法人之設立登記

法人設立之登記者，謂法人設立時，應將特定之事項，紀錄於公的簿冊之謂也。法人設立，是否必須登記，立法例不盡相同：有採登記要件主義者，有採登記對抗主義者，前者以登記爲設立之要件，後者以登記爲對抗第三人之要件，本法乃採登記要件主義者（民法第三十條）。

法人之登記，與其權利能力之取得，極有關係，蓋法人有權利能力，固與自然人同，然自然人之權利能力，始於出生，而法人之權利能力，則始於設立之登記。若法人未爲設立之登記，非僅不能對抗第三



人，抑不能爲權利義務之主體，例如未經登記之公司，法律上視爲合夥，卽此故也。

法人除爲設立之登記外，如登記事項有所變更，更應爲變更之登記，否則，不能對抗第三人；且應行登記之事項，原不止一種，若應登記而不爲登記者亦同（民法第三十一條）。例如社團法人董事之姓名，應爲登記，若日後董事易人，未爲登記，則第三人與前董事所爲之行爲，法人不能以已經更換相對抗。至法人設立時應爲登記之事項，社團法人與財團法人，間有不同，容後述之。

#### 第八 法人之監督

法人設立之後，應受國家監督，監督機關，通常屬於主管官署（民法第三十二條），例如慈善團體，主管官署爲內政部，學術團體，主管官署爲教育部。受設立許可後之法人，應受其監督，但關於法人之

清算，監督權則移屬於法院（民法第四十二條）。

主管官署，得隨時行使其監督權，檢查法人之財產狀況，及有無違反許可之條件與其他法律之規定（民法第三十二條），如有違反設立許可條件，主管官署，得撤銷其許可（民法第三十四條）；如其目的或行為，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（民法第三十六條）。

法人之董事，對於主管官署行使監督權，有服從之義務，不能違抗或阻礙，如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（民法第三十三條）。罰鍰係行政罰，與刑法上之罰金不同，如董事妨礙主管官署之檢查，具備刑法第五章各條之構成要件，成立妨害公務罪者，於罰鍰之外，仍應負各該條之刑事責任，不因已受行政處罰所可解免，僅言董事，蓋以其為公司事務之執行人故也。

## 第九 法人之解散

法人解散之事由有三：曰許可之撤銷，曰破產，曰解散。茲分述之：

(一)許可之撤銷者，法人違反主管官署許可設立之條件，主管官署本於監督權作用所施之處分也。法人之設立，於準則主義之外，兼採許可主義，故撤銷許可之後，法人即無繼續存在之餘地。

(二)法人之財產，如不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產，因董事為執行法人事務之人，對於法人之財產狀況，應熟知也。如怠於聲請，債權人未免因此受有損害，有過失之董事，對於受害之債權人，應負賠償損害之責任（民法第三十五條）。

(三)法人之目的或行為，有違法律或公序良俗時，法院得因聲請而宣告解散，已如前述；法人解散後，財產之清算，原則上由董事為之

，如章程別有規定，或總會另有決議者，則從其規定或決議。例如章程規定以常務董事爲清算人者，他董事即不能爲清算人；又如總會決議選任董事以外之人爲清算人者，則全體董事，均不能爲清算人。是也（民法第三十七條）。如不能依此規定而決定清算人者，法院得因利害關係人之聲請，選任清算人，例如章程規定清算人須由總會選任，而總會又根本不能召集，致無從選任者，債權人得聲請法院選任是也（民法第三十八條）註十二。清算人，無論爲董事，或依章程規定之人，或依總會決議選任之人，或爲法院依聲請選任之人，法院如認爲必要時，均得將其解任（民法第三十九條）。以清算人選任解任之權界諸法院者，因法人之清算，屬於法院監督故也。

清算人之職務，爲：（一）了結現務，（二）收取債權及償還債務，（三）移交賸餘財產於應得者。故法人一經清算，一切未了事務，均由

清算人辦理，法人之債務人，應向清算人爲償之清償，法人之債務，應由清算人爲之清償；如清算之結果，尙有賸餘之財產，並應由清算人移交於應得之人，其任務方爲終了（民法第四十條第二項）。至賸餘財產之歸屬，應依章程之規定或總會之決議，如章程並未訂定，總會亦無決議時，則歸屬於法人主事務所所在地之地方自治團體（民法第四十四條）。清算之程序，除民法規定者外，準用股份有限公司清算之規定（民法第四十一條）。

法人之清算，本在解散以後，然在必要範圍內，不設例外之規定，則勢必因解散之故，現務無從了結，債權無從行使，諸多不便，故至清算終結時止，在必要範圍以內，仍視爲存續（民法第四十條第二項）。

法院對於法人之清算，有監督權，得隨時爲監督上必要之檢查（民

法第四十二條），清算人對於監督命令或檢查，有服從之義務，如有違抗或妨礙，法院得處以五百元以下之罰鍰，此與董事不服從主管官署監督之責任同（民法第四十二條）。

## 第二款 社團法人之特則

### 第一 設立及章程

法人有社團法人與財團法人之分，社團法人，復可分為營利的社團法人與公益的社團法人，各以其目的與事業而定，凡以營利為目的，而以所得利益分配於社員者，曰營利的社團法人，如公司是也；反之，不以營利為目的者，曰公益的社團法人，如商會是也。惟營利的社團法人之取得資格，須依特別法之規定，例如公司，須依公司法之規定而取得法人資格是也（民法第四十五條）。以公益為目的而設立之社團法人，應為登記，在登記前，並應先得主管官署之許可（民法第

四十六條），此係對於法人設立兼採許可主義之結果。

社團法人設立時，應訂定章程，凡（一）法人之目的事業，例如以發展實業爲目的，以研究學術爲目的等，即通常所謂宗旨；（二）法人之名稱；（三）董事之任免方法、及人數、資格、任期等；（四）總會召集之條件、程序及決議證明之方法；（五）社員之出資額數及種類；（六）社員資格之得喪，均爲必要規定之事項（民法第四十七條）。此外，如法人內部之組織，社團與社員之關係，及其他須記載之事項，在不背法令之限度內，自得一併規定於章程之中，用爲準則（民法第四十九條）。

## 第二 設立之登記

社團法人，應爲設立之登記，始取得能力，而爲獨立之權利義務主體，設立時應登記之事項爲（一）目的；（二）名稱；（三）主事務所及分

事務所；(四)董事之姓名及住所；(五)財產總額；(六)應受設立許可者，其許可之年月日（註十二）；(七)定有出資方法者，其方法；(八)限制董事代表權者，其限制；(九)定有存立時期者，其時期（民法第四十八條第一項）。就中，第六款出資之方法，如未經規定，第八款董事之代表權，如並無限制，第九款存立之時期，如未經規定時，則無從登記。又此項應登記之事項有所變更者，並應爲變更之登記，否則，亦不能以其事項對抗第三人。

登記，由社團之董事，向主事務所及分事務所所在地之主管官署行之，並應附具章程（民法第四十八條第一項）。此所謂主管官署，係法院而非行政官署，因法人登記事務，歸法院主管故也（法人登記規則第一條）。

### 第三 總會



社團法人，以社員爲組織之基礎，故以總會爲其最高機關，應經決議之事務凡有四端（民法第五十條）：

（一）變更章程 章程爲社團之基本法則，關於社團之目的事業、組織、經濟，均載於此，遇有變更，應經總會之決議。

（二）任免董事 董事對內爲執行機關，對外爲代表機關，責任至重，關係於法人者至鉅，就任與解任，亦應經總會之決議。

（三）監督董事 董事爲社團之執行機關，其執行職務之是否忠誠合度，必須有人監督，民法以此權付諸總會，期與任免之權，相輔而行。

（四）開除社員 社員入社後，原則上不許開除，惟有正當理由，經總會之決議者，則爲例外。理由之是否正當，須視其事實爲斷，例如社員爲與社團目的相反之事業，使社團不能達其目的者，則開除不能

謂非正當，惟通常開除之情形，有於章程明定者，章程既經呈請備案，則所記載之事由，可推定爲正當。

右述四點，爲必須經過總會決議之事項，否則不能生效；惟總會之決議事項，並不止此，餘如社團重要事項，董事認爲應經總會之決議，或章程明定須經總會之決議者，總會亦可就此而爲決議，自不待言。

社團之總會，通常可分爲定期總會與臨時總會，我民法雖未明定，然應規定於章程。總會開會，由董事召集，因董事爲社團執行機關，須負此責任也（民法第五十一條第一項）。且變更章程，關係重要，故更須全體社員過半數之出席，出席社員四分三以上之同意，或全體社員三分二以上書面之同意；並應得主管官署之許可（民法第五十三條）。

董事召集總會，須依章程所定之期限條件及程序，惟總會爲社團之最高機關，社員又爲總會之基礎，故有十分之一以上社員之請求，表明會議之目的及召集之理由，請求召集者，董事亦有召集之義務（民法第五十一條第二項）。董事基此請求而召集總會，須于一個月內爲之，逾期而不召集，由請求召集總會之社員，經法院之許可後召集之（民法第五十一條第三項）。良以總會爲董事之監督機關，社員請求召集總會之目的及理由，又須說明，苟所說明會議之目的及召集理由，適有關於罷免董事等事項，難保不故爲延緩，以圖自利，故設此以爲救濟，而免董事之操縱。

總會之出席人數，關於普通事項，本法並未規定，通例須有過半數社員之出席，然終須以章程所定之條件爲依歸。惟決議事項，須有過半數出席社員之同意。又社員之間，有平等之表示權，不以出資之多

寡，資歷之深淺及其他情事而生差等，即或章程賦予某種社員以優異之表決權，亦應歸無效（民法第五十二條）。表決之方法，並無限制，或以書面，或以動作，但特別決議之事項，不在此限，其詳容後述之。

#### 第四 退社

社團法人，以社員爲其組織基礎，惟社員入社後，有退社之自由，無論何時，得隨時請求退社；若章程規定限於事務年終或須經預告期間者，則從其規定（民法第五十四條第一項），但預告期間，不得超過六個月（同條第二項）。例如章程規定社員退社，應於三個月以前通知，則通知未滿三月者，自不生退社之效力；如章程規定之預告期間，超過六個月時，應將其預告期間縮短爲六個月。又開除亦爲喪失社員資格之原因，惟須有總會之決議，並有正當之理由，前已述及不

贅。

社員退社或開除後，對於社團之財產，無請求權，不能按照社員人數比例，請求交付其應有部分，惟此不過僅規定退社或開除之社員無請求權，如社團自願返還，則亦非法所必禁。至在退社或開除以前之應分擔之出資，仍應履行，例如因欠費而被開除者，在開除以前所欠之社費，仍應繳納，否則社員將以退社或開除，爲免除義務之途徑，足以妨害社團事業，而影響其存續也。

惟非公益社團的法人，其章程另有訂定時，就章程所定之範圍內，對於社團財產有請求權，例如非公益社團章程規定，社員退社或開除，應返還其應有財產之部分者，則在容許返還之限度內，自有請求權，實不待言（民法第五十五條）。

## 第五 解散

社團法人，以社員爲組織之基礎，故亦得以社員之意思而解散，惟解散社團，須有三分之二以上社員之可決（民法第五十七條）。如未經三分之二以上社員之可決，則提議解散之人，原可自由退社，而否決之人，仍可繼續進行社團之事業，以維社團之存續。此種可決之人數，與普通決議僅須出席社員過半數之同意者不同，故亦爲特別決議之一。

社團法人之解散，除前述法人通則章程規定之事由，及社員決議解散外，如利害關係人認爲無從依章程所定進行時，亦得聲請法院解散。蓋社團必有一定之目的，如無從依章程規定而進行，永遠不能達此目的，雖存續亦無裨實際也（民法第五十八條）。

社團法人總會之決議，無論爲普通決議事項或特別決議事項，如有違背法令或章程，原不同意之社員，得請求法院宣告其決議爲無效。

例如變更章程之決議，未經出席社員四分之三以上之可決，開除社員之決議，並無正當理由時，均爲決議違背法律，原來不同意決議之社員，得訴請宣告決議無效。惟此種請求權，須於三個月之期間內行使，其期間，自決議之次日起算（民法第五十六條）。蓋確認總會決議之違法期間，若毫無限制，則適法與否，永遠不能決定，甚或有於執行決議之後而爲請求者，實際上尤有困難，故設此除斥期間（註十三），其在決議後逾三個月而爲請求者，無論決議確係違法與否，因其請求逾期，即非合法，不能更爲無效之主張矣。

### 第三款 財團法人之特則

#### 第一 設立及章程

設立財團法人，亦應於登記之前，經主管官署之許可，一如社團法人，此乃許可主義之結果（民法第五十九條）。又財團法人之設立，

亦應訂立捐助章程，於其章程內訂明法人之目的及其所捐助之財產，例如捐助某銀行存款若干，以之獎勵貧寒子弟就學是也。惟以遺囑爲捐助者，雖未訂章程，亦屬無妨，蓋遺囑乃死後行爲，必待遺囑人死亡之後方生效力，於遺囑發生效力時，再爲之訂立章程，爲時未晚；且以遺囑而爲捐助，捐助之目的及財產，遺囑內必先有所確定，故事後補訂，亦不虞違反遺囑人之初意也（民法第六十條）。

## 第二 設立之登記

財團法人設立時，應爲設立登記，以取得能力。應登記之事項爲：

- （一）目的，
- （二）名稱，
- （三）主事務所及分事務所，
- （四）財產總額，
- （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。



設立登記，由董事爲之。登記之機關，爲主事務所及分事務所所在地之主管官署。登記時，應附具捐助之章程備案（民法第六十一條）。

### 第三 組織及管理

財團法人之組織及管理方法，亦須由捐助人於章程內以明文規定；章程內關於組織之規定不完全，或重要之管理方法不具備者，利害關係人得聲請法院爲必要之處分（民法第六十二條）。良以社團法人，以社員大會——總會——爲其最高機關，章程如有未盡妥善之處，可以總會之決議變更，而財團法人，既無社員，即無總會，不得不以處分之權付諸法院。

財團之章程，除記載目的、捐助財產、組織、管理方法外，餘如董事之任免、董事執行職務之監督、主事務所及分事務所之地址、存立

之時期、贍餘財產之歸屬，雖民法未設明文，然亦可任意記載，以昭詳盡。

財團法人之組織，既經訂明於章程，法院復有權依聲請而補充，悉如上述，惟亦非永久不變，若爲維持財團法人之目的，或保存其財產，法院亦得依捐助人、董事、或利害關係人之聲請，變更其組織（民法第六十三條）。此亦以社團組織之變更，本有社員總會而爲決議，而財團則否，不得不以變更之權付諸法院，但法院必須依捐助人、董事、或利害關係人之聲請，不能自動變更，尤須以維持財團法人之目的，或保存其財產爲前提，不宜輕於准許也。

#### 第四 董事行爲之無效

社團法人，以總會爲其最高機關，董事執行職務，由總會爲之監督（參照民法第五十條第一項及第二項第三款），而在財團法人則否，設

董事執行職務，違反捐助章程時，不得不設法救濟，以維持法人之存續，貫徹設立之初衷，故民法第六十四條規定：『財團董事，有違反捐助章程之行爲時，法院得因利害關係人之聲請，宣告其行爲爲無效。』例如捐助章程規定，捐助財產，興辦教育事業，而董事則以爲投機之事業，此際利害關係人得請宣告行爲爲無效是也。

#### 第五 目的變更及解散

財團法人之設立，必有一定之目的，須載明章程，應爲登記，惟日後情事變更，致財團不能達其目的時，主管官署，得斟酌捐助人之意思，變更其目的及必要之組織，或解散之（民法第六十五條）。例如財團法人之目的，以興修水利爲目的，如日後以情事變更，不能達此目的，主管官署得斟酌捐助人之意旨，移充修築道路之用，因二者同爲發展交通，諒亦爲捐助人所可同意也。如其目的永無成就之望，而又

不便變更者，則舍解散之外，無他途矣。

註一 余燊昌氏，於法人之本質，獨取實在說中之有機體說。其理由有二：（一）法律所謂意思，不能僅從生理學及心理學上觀察，並應從社會學上觀察；法人有一定之目的，為求達其目的，有其一定之活動，在社會學上觀之，不失其為有機的生動體也；因之法人之實在，仍可謂有機體之實在。（二）實在說中之組織體說，謂自然人具體的實在，法人抽象的實在，易與法人擬制說相混。見余著民法要論總則第七一頁。

註二 公法人與私法人區別之標準，學說頗不一致：有謂應依社會上普通觀念決定者；有謂應依其目的事業決定者；有謂應依設立者之為公為私以決定者；有謂應依國家是否特別利害關係及予以特別保護而決定者；有謂應依其目的事業觀察，是否有依照國家公法而實行其目的之義務而決定者；有謂應視其為權力團體抑權利團體而決定者。余以公法人與私法人之區別，以其所準則之法律為分野，最為簡單明瞭。又張正學、曹傑兩氏，謂「以行使或分擔國家統治權作用為目的，依於公法而產生之法人，為

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，似係折衷上列諸說所下之定義，可供參考。見張、曹兩氏前揭第六三頁。

註三 營利的社團法人，有謂應就其目的事業之性質觀察者，亦有主張於其目的事業具有經濟之性質外，並須以其利益分配於社員者。兩說中，以後說較爲可信。

註四 內國法人與外國法人之區別標準，有準據說與住所地說之分：準據說以其所準據而設立之法律爲標準；住所地說則以主事務所所在地爲標準。張正學、曹傑兩氏，以法人之本質，既採實在說，故內國法人與外國法人之區分，應採住所地說。見張、曹兩氏前揭六四頁。余以我民法關於法人之設立，乃採準據主義，則關於內國法人與外國法人之區分，亦應採準據說，以期貫徹立法主義，非僅實例上此說頗佔勢力已也。

註五 特許主義中，其制定法律特許者，曰法律特許主義，其由元首以命令特許者，曰國首特許主義。

註六 所謂非自然人不能享有之權利，應就其權利之本體觀察，凡專屬於自然人之權利

，均包括之。且其權利之是否專屬於自然人，應就權利之內容，詳細分析，例如在原則上，法人不能有自由權，然選擇住所之自由，法人亦可享有；又如法人不能有繼承權，然因被繼承人之遺囑，而繼承受遺贈之財產，亦屬無妨，此不可不加注意也。

註七 代表與代理不同，代理，以法律行為為限，而代表則不然，凡法律行為以外之事務，亦得為之。又代理人與本人之間，為兩重人格之關係，而代表則不然，因董事為法人之機構之一部，其代表法人，乃基於法人之人格而活動者也。

註八 法人董事代表權之限制，依民法第二十七條第三項之規定，不得對抗善意第三人；又代表權之限制，依同法第四十八條第一項第八款，第六十一條第一項第七款之規定，為應登記之事項，非經登記，依第三十一條之規定，不得以其事項對抗第三人，二者微有出入，解釋上祇能分別情形：已經登記者，認為不能對抗善意第三人；未經登記者，並惡意之第三人，亦不得對抗。然就第三十一條之規定以論，本法乃採登記對抗主義，董事代表權之限制，在登記之後，猶不能與善意之第三人相對抗，實未免

過苛耳，

註九 連帶債務，乃多數債務人，對於債權人各負全部給付責任之債務，有由於當事人之約定者，亦有由於法律之規定者。法人董事或職員，因執行所職務加於他人之損害，應負連帶賠償之責，既為民法所明定，即為法定連帶債務。

註十 法人之住所，雖法律上規定，以其主事務所為住所，然其主事務所設在何處，仍有選擇之自由，故在其性質上言，仍為選定住所而非法定住所。

註十一 法人因解散而清算，清算人依法律規定而產生者，曰法定清算人，如以董事為清算人是也。其依章程或總會之決議而產生者，曰選任清算人，如選任董事以外之人為清算人是也。至由法院指定者，則曰指定清算人。

註十二 社團法人設立應登記之事項中，有「應受設立許可者」一款，按社團法人之設立，本法兼採許可主義，且係強行之規定，事實上不容有未經許可之社團法人存在，故「應受設立許可者」一款，當係用語疏忽所致。

註十三 除斥期間，亦稱豫定期間，乃法律對於某種權利，豫定其存續之期間，逾此期間，其權利即歸消滅。除斥期間，與時效不同，故不適用時效之中斷及不完成各規定，其詳容於時效章中述之。

### 〔習題〕

- (一) 法人之本質，學說不一，試比較詳述之。
- (二) 何謂社團法人？何謂財團法人？
- (三) 法人設立之主義有四，我民法究採何種主義？立法之理由何在？試申言之。
- (四) 依民法第二十九條規定，法人以其主事務所為住所，是否為法定住所？試言其理由。
- (五) 試述法人之監督機關及登記機關。
- (六) 法人解散後，選任清算人之方法有幾？
- (七) 法人之權利能力，是否與自然人相同？



(八) 社團法人社員之退社，應經如何之程序？退社後能否向法人請求分配其應享之利益？

(九) 財團法人設立時，應訂立捐助章程，然以遺囑捐助者，亦有例外，試說明其理由？

(十) 某甲，捐助十萬元，組織財團，疏濬某處河道，嗣以地勢變更，不能繼續工作，應如何辦理？

### 第三章 物——私權之客體

#### 第一節 物與私權客體

私權有主體，亦有客體。私權之主體，為權利所歸屬之人，私權之客體，則為歸屬私權主體之權利的對象。

權利，每依其對象而存在，其對象為何？則須視權利之性質而定，

故每一權利，均有其一定之對象，換言之，每一權利，均有其內容，此權利之對象與內容，即爲權利之客體。物，爲私權之客體固矣，然私權之客體，實非祇物之一種，例如債權之客體，有爲債務人之行爲或不行爲，親權之客體，有爲其相對之人，均無關於物，物不過爲私權客體之一種，特以其在權利之客體中，最爲重要，適用之範圍又最廣，故規定于總則耳。

## 第二節 物之概念

物者，人力所能支配，而獨立成爲一體者也。物，在一般的觀念之中，固不以人力所能支配者爲限，然法律上既以之爲權利之客體，則非人力所能支配者，即不能稱之爲物，例如江上清風，山間明月，非民法上之物也。

物既爲人力所能支配，更須獨立自成一體，若爲其他物構成之成分

，則亦非民法上所稱之物。例如房屋，爲獨立之物，椽瓦墻壁，在社會的觀念上雖亦不失爲物，但在建成房屋之後，即係房屋之必要成分，在民法上不能視爲獨立之物。物之獨立成爲一體與否？是否爲他物必要之成分？則應就社會上一般之觀念，依物之性質定之。

物，有有體者，有無體者。凡占一定空間而存在之物，爲有體物。此所謂有體，包括固體、液體、及氣體而言；其不占一定空間，如色聲香臭等，爲無體物，法律上之所謂物，以有體物爲限（註一）。

物，不包括人之身體及其器官而言。惟屍體之爲物與否，學者間原有不同之學說（註二），然法律上所以規定物者，無非以爲權利之客體，使所有權人可以自由使用、收益、處分，依吾國禮俗，繼承人對於被繼承人之遺體，雖有埋葬之義務，然此乃道義的範疇，並非法律上之權利，在法律上根本無使用、收益、處分之可言，爲求適應國情起

見，不宜認爲法律上之物。卽屍體之應歸繼承人爲之埋葬，亦係法律行爲以外之事實，而非因繼承所取得之權利，此不可不知也。

### 第三節 物之種類

#### 第一款 動產與不動產

物可分爲動產及不動產二種，其區別之標準，立法例不一（註三），我民法則以明文規定不動產之種類，而以不動產以外之物爲動產，所以免解釋上之爭議也。

我民法規定之不動產有二：卽（一）土地，及（二）土地之定着物是也（民法第六十六條第一項）。土地，指地球之一部，上至空間，下至地層，凡爲人力所能支配者均屬之；蓋非人力所能支配之部分，本不能爲私權之客體故也。土地之定着物，謂非土地之部分，以經濟上之目的，定着於土地，輕易不能移動之物也。土地之定着物，須獨立自成

一物，若溝渠之類，本非獨立自成一物，乃屬土地之部分，而非定着物。定着於土地，謂其物與土地相連結，有不可分離之關係，此所謂不可分離，並非永久不可分離，但亦非非損毀即不能分離之意，例如可以移動之房屋，亦不失其爲土地之定着物也。惟物與土地相連結，雖非永久性，但其連結之狀態，以有繼續性爲必要，且須本於經濟上之目的，若隨時可移動之物，如置於土地之椅桌，或非本於經濟上之目的，如埋藏于地層之金銀，均非土地之定着物。

不動產之出產物，尙未分離者，例如種植之樹木等，乃屬土地之部分（民法第六十六條第二項）。但出產物自與不動產分離之後，即爲獨立之物。

動產，謂不毀損其物質，可以移動其位置之物也。其移動位置之出於自動者，如動物是；其移動位置之出於被動者，如器具是。惟我民

法對於動產，並不以此爲其定義，乃概括的規定不動產以外之物，均爲動產（民法第六十七條）。不動產爲土地及定着物，爲法條所列舉，故除土地及其定着物以外之物，均係動產。

動產與不動產之區別，肇始於羅馬法，考其用意，無非以當時動產與不動產，價值相去懸殊，故就動產與不動產，各設爲若干特別規定，以適應事實。降至今日，動產之價值，亦有超過不動產者，此因經濟制度之變遷使然，然一般情形，尙不能不認不動產之價值，較昂於動產，是以近代法典上關於動產與不動產，仍有區分之必要。至區分之實益，最要者如：（一）不動產之租賃，未定期限者，當事人得因價值之昇降，增減租金，而動產則不然（民法第四百四十二條）；（二）不動產之出租人，就租賃物所生之債權，對債務人置於不動產之物，有留置權，而動產則不然（民法第四百四十四條）；（三）不動產物

權之得喪、變更，非經登記，不生效力，而動產則不然（民法第七百五十八條，第七百五十九條）；（四）不動產物權之移轉或設定，應以書面爲之，而動產則不然（民法第七百六十條）；（五）不動產能爲抵押權及典權之客體（民法第八百六十條，第九百十一條），而動產僅能設定質權，不能抵押及設定典權（民法第八百八十四條）；此僅就民法略舉數例而已。餘如在民事訴訟法上，因不動產物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地法院管轄，其他因不動產涉訟者，得由不動產所在地法院管轄（民事訴訟法第十條），亦與因動產涉訟之土地管轄權異，不勝枚舉。

## 第二款 主物與從物

物，有主物與從物之分。凡具獨立之效用者，曰主物，非主物之成分，常助主物效用，而同屬於一人者，曰從物。故主物與從物，雖相

需爲用，然必須各爲獨立之物，例如鎖爲主物，鑰爲從物，因鑰亦獨立之物也；反之，房屋雖爲主物，而門窗則非從物，因門窗爲構成房屋之成分，而非獨立之物也。從物是否常助主物之效用，須以經濟學上一般的觀念定之。例如錶之鏈條，常助錶之效用，故以錶爲主物，以鏈爲從物，反之，非常助主物之效用者，例如懸於牆壁之字畫，陳設於几案之古玩是也。

從物既常助主物之效用，故必須與主物同屬於一人所有，因主物之處分，法律上規定，連帶及於從物，故不能不使歸屬於一人所有，惟在交易上有特別習慣者，則須從其習慣，例如購鎖固併鑰匙一併購買，若購錶，並不并以錶鏈爲買賣標的物也（民法第六十八條第一項）。

主物從物區分之實益，所以確定其處分之效果及所有權之歸屬，依我民法之規定，主物之處分，其效力及於從物，例如將主物出賣，當



然包括從物在內（同條第二項），惟此非強行規定，當事人間另有反對之特約時，應依其特約，例如約定僅賣主物，從物並不在內者，又當別論矣。

### 第三款 代替物與不代替物

物，有代替物與不代替物之分，凡可以同種類、同品質、同數量相替代者，曰代替物，反是，不能以同種類、同品質、同數量相替代者，曰不代替物。其爲代替物抑爲不代替物，應以其個性爲社會所重與否，爲其區分之標準，若布、帛、菽、粟，爲代替物，古畫、古物，則非代替物。

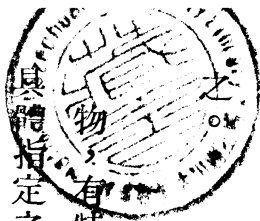
代替物與不代替物之區分，亦遠始於羅馬法，顧在近世法律中尙可見其實益，例如使用借貸，借貸期滿時，必須歸還原物（民法第四百七十條），而消費借貸，則於約定期限內，返還與借用物同種類、同

品質、同數量之物（民法第四百七十四條，第四百七十八條），故使用借貸，雖不限於不代替物，而消費借貸，則限於代替物。又如債權人之請求，以給付代替物爲其標的者，得聲請法院依督促程序，發支付命令（民事訴訟法第五百零四條），而請求給付不代替物者則否，餘如寄託物如爲代替物，並有特約時，自受寄人受領其物時起，適用關於消費借貸之規定（民法第六百零二條）等，茲不贅言。

代替物與不代替物，與特定物與不特定物異，其間之關係，容後述

#### 第四款 特定物與不特定物

物，有特定物與不特定物之分，凡依當事人之意思或其他事實，而具體指定之物，曰特定物，反是，僅以種類、數量、品質等而抽象指定之物，曰不特定物。所謂依當事人意思具體指定之物，例如指定購



買某弄某號房屋一幢，此幢房屋，即爲特定物，反之，若僅指定購買某弄房屋一幢，並未指定某幢者，僅屬抽象之約定，尙非特定物。

特定物與不特定物，與代替物與不代替物不同，特定物與不特定物，依主觀而爲決定，代替物與不代替物，依客觀而爲決定，故代替物亦不妨使之爲特定物，例如金錢爲代替物，若以金錢寄託，並未有特約時，受託人負返還原物之義務，此際即爲特定物；又如書籍本係代替物，若指定購買某冊書籍，亦爲特定物，惟不代替物，在其本質上，必爲特定物，殆無容疑。

特定物與不特定物之區分，其實益亦不勝枚舉，如物權僅能於特定物上存在，其著焉者。此外，給付物非特定物者，債務人應給以中等品質之物（民法第二百零條）；以給付特定物爲標的之債，以訂約時物之所在地爲清償地（民法第二百零十四條），買賣之物，僅指定種類，非

爲特定物者，如其物有瑕疵，僅得請求另行交付無瑕疵之物，不得請求解約及減價（民法第三百六十四條），餘不備述。

#### 第五款 消費物與不消費物

物，有消費物與不消費物之分，凡依通常使用方法，使用一次，即歸消滅者，曰消費物；反之，即爲非消費物。例如米穀，一經食用，即告消滅，故爲消費物。牛馬一經役使，非即消滅，故爲非消費物。至是否因使用一次即歸消滅，必須依客觀的通常方法而爲決定，例如陳設之器皿，苟依通常方法使用，陳列瀏覽，物之本質，並不因之消滅，故爲不消費物；若舉以毀損，頃刻之間，可告消滅，然此非通常使用之方法，不能據此謂係消費物。又如衣服，如依通常方法，以爲章身禦寒之用，並非使用一次，即歸消滅，若舉以投火，立成灰燼，因投火非通常使用之方法，亦不能據此謂係消費物。惟所謂通常方法

，亦有依其情事而生差異者，如古物陳列所陳列之古物，不過供人瀏覽，原爲不消費物，若古玩商店陳列之古物，因轉讓而喪失，卽爲消費物，要又當就其情形，分別論定，不能刻舟求劍也。

我民法雖未設消費物與不消費物之區別，然實際上仍有其區分之實益，例如移轉使用權之際，在消費物須移轉所有權，在不消費物則祇須移轉佔有權，因而使用借貸及寄託，以不消費物爲限，而消費借貸及消費寄託，以消費物爲限。

#### 第六款 單一物合成物與聚合物

物 有單一物、合成物與聚合物之分。單一物者，謂單純獨立而成個體之物，其情形又可析而爲三：有由於自然者，例如樹一株，馬一匹是。有由於人爲者，如汽車一輛是。有由於社會一般的觀念者，例如手套一雙，襪一雙是。

合成物者，謂由多數物之結合而成個體之物，例如一幢房屋，由若干門窗牆壁所構成是，故亦稱集成物或組成物。合成物雖包含多數獨立個體之物，然一經組成合成物，其原來個體之物，已爲合成物之部分，故合成物在法律上仍視爲一物。

聚合物者，謂由多數單一物或合成物所組成之物。其情形有二：有由於法律而聚合者，例如繼承財產、特有財產，均包括若干物而聚成，學者稱之曰法律上之聚合物。有由於事實而聚合者，例如圖書館中之圖書，畜牧場之牛羊，亦均由多數之個體而成，學者稱之曰事實上之聚合物。合成物，法律上既認爲一物，得爲交易之客體，要無容疑；惟聚合物之得爲交易客體與否，學者間頗有異說，按之實際，原則上雖以聚合各物爲獨立之客體，然各交易上如有特殊之習慣者，又當別論，例如購買米穀，必以數量計，無購一粒之習慣，此際若亦以獨

立之個體爲客體，反感不便矣。

### 第七款 原物與孳息

物，有原物與孳息之分。孳息者，由原物所產生之孳息也。產此孳息者，則爲原物。

孳息，可分爲天然孳息與法定孳息。天然孳息，謂依物之使用方法所收穫之出產物，例如果實及動物之產物是也（民法第六十九條第一項）。我民法以果實及動物之產物，爲例示的規定，而以依物之用法所收穫之出產物，爲概括之規定。

天然孳息，雖爲原物之出產物，然在學說上於其出產有：（一）定期收穫說，（二）不耗原物收穫說，及（三）依物之使用方法收穫說之不同。定期收穫說，謂天然孳息之收取，必有一定之時期，此在果實或係如此，然動物之產物，如牛羊生子，雞鴨生蛋，要無定期收穫之可言

，自不足取。不耗原物收穫說，謂天然孳息之收穫，不能消耗原物，然如礦山探礦，謂其不耗原物可乎？我民法採依物之使用方法收穫說者以此。

所謂天然孳息，以依物之使用方法而收穫者爲限，例如畜牛取乳，蜜蜂取蜜是也。若其收穫非依物之使用方法者，例如樹木之枯枝敗葉，雖可作爲燃料，要非依通常使用之方法而收穫，即非原物所生之孳息。原物使用之方法，應依物之性質，就社會上一般之觀念定之。

天然孳息，雖爲原物之產物，然必於與原物分離之後，始爲獨立之物；在未與原物分離之前，則猶爲原物之一部。天然孳息與原物之分離，有由於自然者，如瓜熟蒂落；有由於人工者，如擠牛取乳，法律在所不問。惟在分離之後，已變更其原來之狀態者，則不能仍謂爲孳息，例如鷄生卵，卵又孵爲鷄，卵固爲鷄之孳息，然鷄實非卵之孳息。



，亦非鷄之孳息；蓋此時已成獨立之一物矣。至其變更由於人工者，例如以牛乳製爲牛酪，亦同此解。

天然孳息，於與原物分離時，究歸何人收穫，立法例中，有採生產主義者，歸屬對原物施生產手段之人；有採分離主義即原物主義者，歸屬分離時原物所有人，我民法第七十條第一項規定：「有收取天然孳息權利之人，在權利存續期間內，取得與原物分離之孳息」，蓋採分離主義者也。惟應注意者，所謂有收取天然孳息權利之人，不以所有權人及佔有人爲限，即地上權人，永佃權人，質權人，典權人等，有時亦有此種權利，要當視其情形而定，未可拘泥；但取得與原物分離之孳息，必以權利存續爲要件，例如質權已滿期，對質物之孳息，自不能因先有質權之存在而隨以取得。至法律上有特別規定時，又當從其規定，例如果實自落於鄰地者，如鄰地非公用地，視爲屬於鄰地

(民法第七百九十八條)。因分則有特別規定時，有優先於總則一般規定而適用之效力故也。

法定孳息者，依法律關係所生之收益也(民法第六十九條第二項)，此法定孳息所由產生者，稱曰原本，例如因金錢債務而生之利息，金錢爲原本，利息爲孳息，因租賃關係而生之租金，租賃物爲原本，租金爲孳息，此種孳息，基於法律關係而發生，故曰法定孳息。

法定孳息，因法律關係而生，然所謂法律關係，並不以使用物之對價爲限，即使使用權利之法律關係，亦可發生法定孳息也。又法定孳息，因法律關係而繼續發生，無所謂與原物分離，故天然孳息，可於與原物分離時，使之歸屬於原物所有人，而法定孳息，則使有收取權利人，按其權利存續之日數取得(民法第七十條第二項)，所以以日數爲單位者，因權利非永久歸屬於一人，如偶有變更，收取孳息之權，亦

必隨之轉移，以日計較爲便利也。

法定孳息之收取權利人，視其法律關係而不同，例如債權之利息，由債權人收取，租賃物之租金，由出租人收取是；惟並不以原物之所有人爲限，例如承租人將租賃物轉租於次承租人，轉租人對於租賃物雖無所有權，然有向次承租人收取孳息之權利，卽其適例。

#### 第八款 可分物與不可分物

物，有可分物與不可分物之分。凡依物之性質，不損毀其本體與效用而能分割者，曰可分物；反是，非損毀物之本質，不能分割者，曰不可分物。前者如布帛菽粟，後者如鷄犬房屋是也。

物之可以分割與否，固應依物之性質定之，然亦有物之本質可分，依法律規定或當事人之意思而不可分者，不可分之債，卽其適例。學者爲便於區分起見，以前者爲性質之不可分物，後者爲指定之不可分

物。

可分物與不可分物之區別，我民法雖未設明文規定，然在債之關係，如其標的可分者，債權人應平均分受，債務人應平均分擔（民法第二百七十一條），如其標的不可分者，全體債權人僅得請求全體債務人而為給付，債務人亦祇能對於全體債權人而為給付（民法第九十三條）。在物權關係，可分物，共有人得隨時請求分割，不可分物則否（民法第八百二十三條）。分析時，如為可分物，共有人按其應有部分，分配原物，如為不可分物，則按其應有部分，變價分配之（民法第八百二十四條），均可見其實益。

#### 第九款 融通物與不融通物

物，有融通物與不融通物之分。凡物可為私權之客體，同時可為交易之客體者，曰融通物；其不能為私權之客體，或雖可為私權之客體

，不能爲交易之客體者，曰不融通物（註四）。物之不能爲私權客體者，即禁止私有之物，惟既禁其所有，當然不得爲交易之客體；物之不能爲交易客體者，即禁止轉讓流通之物，既僅禁止轉讓流通，故並非當然不得私有，例如猥褻文書，買賣雖爲法律所處罰，而所有則非法律所禁制。

物之是否禁止私有及是否禁止交易？其區別之標準有二：即（一）依物之性質而定，（二）依法令之規定而定。前者如國家及公法人所有之要塞、堡壘等，學者稱之曰公有物；又如直接供公眾使用之道路、橋梁、公園、公墓等，學者稱之曰公有物。後者如保存名勝古蹟古物條例規定之古物、監督寺廟條例規定之法物、以及刑法上規定之禁止持有、散布、買賣之物是（註五）。

融通物與不融通物，雖應從物之性質或法令之規定以爲區別，然有

時不融通物亦可變爲融通物，例如麻醉藥品中之嗎啡，雖爲不融通物，然依麻醉藥品管理條例而爲買賣者，則爲融通物，此又不可不知也。

註一 張正學，曹傑兩氏，謂「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擔保之標的物，竊取他人之電流者，成立竊盜罪。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。」又「現在科學發達，爲吾人所支配，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，不限於有體物，已如前述。」見張，曹兩氏前揭第一百二十三頁，第一百二十五頁。實則權利雖可爲買賣之標的，及債權之擔保，然並非民法上之物，試觀民法物權編將權利質權別立一節而與動產質權相對立，即可明瞭。又如電氣等因佔一定之空間，並非無體物，故刑法上規定竊盜電氣，亦不足爲民法上

承認無體物之根據。故關於此點，余仍以民法所謂物，應以有體物爲限，胡長清氏，亦同此見解。見胡氏前揭第一百七十一頁。

註二 屍體是否爲物？約有四說：一說以屍體爲物，而非民法上之物；一說以屍體爲物，屬於繼承人所有；一說以屍體不能謂物；一說以屍體爲物，但係無主物。學者間胡長清氏採第三說，不認屍體爲物（見胡氏前揭一七三頁）。張正學，曹傑兩氏採第二說，認屍體爲繼承人所有之物（見張，曹兩氏前揭第一二五頁）。余則採第一說，蓋屍體在社會的觀念上，莫不以爲物之一種，而在法律上則不足爲私權之客體。至於繼承人之埋葬，乃屬於禮俗上之範疇，不能視爲法律上之處分也。

註三 關於動產與不動產之立法例，有採列舉主義者；有以土地爲不動產，並依羅馬法「地上之物屬於土地」之原則者；亦有以土地及其定着物爲不動產者。我民法於不動產、動產之規定，大體上仿日本、暹羅之立法例。

註四 學者有以物之能爲權利客體，爲物之權利能力，物之能爲交易客體，爲物之行爲

能力者，實則權利能力與行為能力，乃民法上對於權利之主體而言，為權利客體之物，實無權利能力與行為能力之可言，陳觀昆氏以此僅一種形容詞，實為至當（見陳氏前揭第一四三頁）。惟此種比擬，既不足說明融通物與不融通物之區分標準，且極易誤會，不可不加以注意。

註五 學者有以空氣、光線、流水等為不融通物，因其為供公眾之使用，非個人所得獨佔，稱曰公共物，見張正學，曹傑兩氏前揭第一二六頁，陳觀昆氏前揭第一四四頁。胡長清氏則以空氣、光線、流水等，根本不能為物，故略而不舉，見胡氏前揭第一七五頁。余以民法上所謂物，以人力所能支配為限，此為學者所公認，依此原則，空氣等不能為物，誠如胡氏之說；且張，曹兩氏以供公眾使用，非得獨佔之物為公共物，直接無條件供公眾使用之物為公用物，二者頗易混淆，故亦從胡氏之說。

### 〔習題〕

(一) 何謂利權之客體？



- (二) 無體物能否為私權之客體？
- (三) 屍體是否為物？學說不一，試列舉，並加以評論。
- (四) 何謂不動產？試說明其意義。
- (五) 主物與從物如何區別？試設例說明之。
- (六) 代替物、不代替物與特定物、非特定物之關係若何？
- (七) 試說明孳息之種類。
- (八) 法定孳息，是否歸原物之所有權人收取？

## 第四章 法律行爲

### 第一節 法律現象——私權之得喪變更

#### 第一款 概說

法律行爲者，乃欲發生法律上之效果，以意思表示爲要素之法律事實也。法律行爲，乃法律事實之一種；法律事實，又爲法律現象之原因，故欲明法律行爲之意義，不可不先知法律現象之意義。

法律現象者，由法定原因所發生之結果也。最重要者，如權利之得喪變更是。蓋人之生活，有以法律爲對象者，有不以法律爲對象者，前者曰法律關係，如使成衣匠裁製衣服，卽生承攬關係是；後者曰事實關係，如約遊名勝，無關於法律者是。以法律爲對象之行爲，必生法律上所規定之結果，此種結果，學者稱之曰法律現象，然所以發生

現象，又必有法律上所規定之原因，此種原因，學者稱之曰法律事實。

## 第二款 私權之取得

私權之取得，通常可分爲原始取得與繼受取得，原始取得者，不基於他種權利之作用，而取得私權之謂也；反是，因他種權利作用而取得私權者，曰繼受取得，亦曰繼承取得。原始取得，如因占有而取得無主之動產（民法第八百〇二條），因拾得遺失物後六個月內無人認領而取得遺失物之所有權（民法第八百〇七條），均非以他種權利爲取得私權之根據；繼受取得，則必須他種權利存在爲前提，以先之權利，學者稱曰原權，以先之權利主體，學者稱曰原主或被繼受人，以後之權利主體即繼受權利人，學者稱曰後主或繼受人。繼受取得，有由於法律行爲者，如因贈與而取得物之所有權；有由於法律行爲以外之事

實者，如因被繼承人死亡而取得遺產繼承權是。

繼受取得，又可分爲創設的繼受取得與移轉的繼受取得，創設的繼受取得，亦曰設定的繼受取得，謂因原有權利之作用，取得新創設之權利，例如本於土地所有權之作用，設定地上權，使他人取得是，要而言之，其取得之權利，並非原權，乃由原權所從新創設之權利。移轉的繼受取得，謂就已存之權利，不變更其內容而取得，例如將土地所有權移轉於他人是，故其取得之權利，即係原權，不過權利人之更替而已。

繼受取得，又可分爲特定的繼受取得與概括的繼受取得。特定的繼受取得，謂各個權利，各有獨立原因而取得，例如因賣買而取得土地所有權，因贈與而取得地上房屋之所有權是；概括的繼受取得，謂基於同一之原因，取得各個權利，例如因繼承而取得被繼承人各種權利

是。(註一)

無論何種繼受取得，不過取得原主之權利，故原權並不因之擴張，原權有瑕疵或設定負擔者，對於後主，仍應存在，如民法第八百六十七條規定：「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人，但其抵押權，不因此而受影響」，即其適例也。惟從權利，原則上因繼受取得而併歸屬後主。惟繼受取得之權利，小於原權，則非法所不許。

### 第三款 私權之喪失

私權附着於特定人者，曰取得權利，此種附着之情形，一旦消滅，則私權復與原主分離，曰私權之喪失。

私權之喪失，分爲主觀的相對喪失及客觀的絕對喪失，凡權利與原主分離，而移屬於他人者，曰主觀的相對喪失，於此情形，在原主

爲權利之喪失，在後主卽爲繼受的取得，二者同時並存。例如買賣關係，買受人取得標的物之所有權，出賣人同時喪失標的物之所有權；贈與關係，受贈人取得贈與物之所有權，贈與人同時喪失贈與物之所有權是也。凡權利之本身，客觀的失其存在，並不由後主繼受取得者，曰客觀的相對喪失。權利本身失其存在之原因，不一而足：其由於法律規定者，如請求權因十五年間不行使而消滅是（民法第一百二十五條）；其由於當事人之意思者，如權利之拋棄是；其由於標的物之滅失者，如動物之死亡而失其所有權是；此種情形，原主雖喪失其權利，然並非因他人之取得而喪失，卽僅有喪權之情形，並無得權之現象。

私權之喪失，與私權之消滅不同，前者謂原主失其權利，後者謂權利失其存在，例如相對喪失，謂爲私權之喪失則可，謂私權之消滅則

不可，因私權之本體，固尚存在也。至絕對喪失，因權利不復存在，亦可謂私權之消滅。

#### 第四款 私權之變更

私權之變更者，不影響權利之本質。而於其向來之狀態，發生變化之謂也。其變更之情形，可分爲三，茲分述之：

一 主體變更 權利由原主移屬於後主，或由多數主體移屬於少數主體，或由少數主體移屬於多數主體，謂之主體之變更。其由原主移屬於後主者，如買賣行爲，物之所有權由出賣人移屬於買受人是。由多數主體移屬於少數主體者，如共有人中之一人拋棄其共有權是。由少數主體移屬於多數主體者，例如遺產由數人共同繼承是。（註二）

二 內容變更 權利內容之變更，形態不一：有由於性質之變更者，如固有債權變爲損害賠償請求權是（民法第二百二十六條）；有由於

作用之變更者，如不得對抗第三人之權利，變爲得以對抗第三人者；有由於數量之變更者，如債之一部清償是。權利之變更，不過由舊權利變爲新權利，並非舊權利消滅，新權利產生，故舊權利所屬之權利，仍當存在也。

三 客體變更 亦因情形而異，例如典權存續中，典物一部滅失；以不特定物爲給付標的之債，變爲以特定物爲給付標的之債均屬之。凡權利之本質有所變動者，卽爲客體之變更。

私權之變更，亦爲私權得喪之原因，主體之變更無論已，卽如債之一部清償，債權人消滅該部分之請求權，又如典物之一部滅失，就滅失部分，典權回贖權，均歸消滅是也。

## 第二節 法律事實

### 第一款 概說



法律事實，爲發生法律現象之原因，前已言之，惟法律現象，均有法律爲之規定，故學者間謂法規乃法律現象之第一原因，然法律使生一定之效果，必有一定之事實，合於法規，此種事實，卽爲法律事實，亦曰法律要件，學者稱之曰法律現象之第二原因。

法律事實，通常分爲行爲及事實，行爲指人之法律行爲而言，事實指人之行爲以外之事件及狀態而言，茲分述如左：

### 第二款 行爲

人之行爲，有法律上之行爲與非法律上之行爲，非法律上之行爲，不生私權得喪之結果，故此所謂行爲，專指法律行爲而言。換言之，惟法律行爲，始爲法律事實。就法律行爲態樣以言，在動的方面，爲積極的作爲，在靜的方面，爲消極的不作爲，前者如因起訴而時效中斷是，後者如因期間經過而消滅請求權是，二者均足爲法律現象之原

因而生私權得喪變更之效果。就成立要件以言，有由於單獨之行爲，有由於多數之行爲，前者如遺贈因遺贈人之意思表示而成立，後者如買賣因雙方合意而成立，亦均爲法律事實。更就其原因言，有出於當事人之意思者，有由於自然之事實者，前者如因贈與而移轉所有權是，後者如因死亡而開始繼承是。無論原因如何，其爲法律事實則一。惟人之行爲，有合法行爲與違法行爲之分，合法行爲，如買賣、贈與、借貸等，均足爲私權得喪之原因，無待詳論，卽違法行爲，亦不失爲法律事實。

違法行爲者，違反法律之作爲或不作爲之行爲也，換言之：凡法律明文所禁止及不容許之行爲，均爲違法。復可分爲侵權行爲與準侵權行爲，因故意或過失加害於人者，曰侵權行爲。侵權行爲以外之違法行爲，則爲準侵權行爲。侵權行爲，行爲人有賠償損害之義務，同時

被害人即因而取得損害賠償請求權（民法第一百八十四條）；準侵權行爲，如債務之延遲等，債務人自遲延日起，負遲延之責任，亦有賠償損害之義務，同時債權人即取得損害賠償請求權（民法第二百三十一條），故並爲私權得喪之原因。

於此有應注意者，所謂合法行爲，並不專指法律行爲而言，即準法律行爲，亦應包括在內。準法律行爲，謂法律行爲以外之合法行爲，例如債之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對債務人不生效力（民法第二百九十六條第一項）；又如有喪失繼承權原因之人，經被繼承人宥恕者，其繼承權不喪失（民法第一千一百四十六條第二項）。此種觀念通知及感情表示之準法律行爲，亦有關於私權之得喪，不能謂非法律現象之原因，而否認其爲法律事實。

### 第三款 事實

行爲以外，復有事實足爲法律上私權或能力得喪之原因者，一曰事件，一曰狀態。

事件，有關於人者，有關於物者。關於人之事件，而與意識無關者，如出生爲享有權利能力之原因，死亡爲消滅權利能力之原因（民法第六條）是；與人之意識有關者，如關於某種事實之知情或不知情是。關於物者，如天然孳息之與原物分離，標的物之消滅是。此種情形，均爲法律現象之原因，故爲法律事實。

狀態，指事實上之狀況而言，因法律上之狀況，卽法律現象之本身，不能發生因果關係也。狀態亦有關於人之狀態與關於物之狀態之分，前者如人之失踪（民法第八條），心神喪失（民法第十四條）是，後者如相鄰，占有等是。

法律事實，既爲法律現象之原因，舉凡法律行爲以外之一切事實及

一切狀態，凡足爲私權得喪變更之原因或能力得失限制之緣由者，悉爲法律事實。故事實及狀態之是否爲法律事實之一種，不妨就該事實及狀態所生法律上之效果而決，若不能生法律上之效果，如飲食、睡眠、夢魘等事實狀態，均非法律事實，其區別之標準，固甚簡單也。

### 第三節 法律行爲之通則

#### 第一款 法律行爲之概念

法律行爲，乃欲生私法上效果之法律事實，蓋人之行爲，有欲生法律上效果者，有不欲生法律上之效果者，前者如買賣、借貸、遺囑等，依法均足生私權得喪變更之現象，故爲法律行爲，後者如遨遊山水，無關於私法上之權利，故非法律行爲。

法律行爲，必以意思表示爲其基礎（註三），蓋人之行爲，有基於自己意思之發動者，有不基於自己意思之發動者，例如夢囈卽係不基於

意思所發之表示，自不足爲法律行爲之基礎。且所謂意思表示，尤必須本於私法上所爲之意思表示，若非本於私法上之意思表示，則亦不得爲法律行爲之基礎，例如離婚、撤銷婚姻或確認婚姻無效之判決，雖足生私法上之效果，正以其非本於私法上所爲之意思表示，故非法律行爲。

## 第二款 法律行爲之類別

法律行爲，可爲種種之分類，分述如左：

一 單方行爲，雙方行爲與共同行爲。單方行爲，因一方之意思表示而成立，其情形可分析爲二：有相對人者，須向相對人爲之，例如債權人免除債務，本爲單獨行爲，然必須向債務人表示，債之關係消滅（民法第三百四十二條），此際債務人卽其相對人。其無相對人者，則一有意思表示，卽爲成立，例如遺囑，只須具備法定方式（民法第

一千一百九十條以下參照），即可發生效力。雙方行爲，因雙方意思表示合致而成立，即契約是也。單獨行爲，無論有無相對人，無須得相對人之同意，而契約則必須雙方合致，此其異點。例如贈與，在贈與人爲贈與之表示後，尤須受贈人爲接受贈與之表示，初不因任何一方有何表示，即可成立。共同行爲，乃因多數當事人之意思表示一致而成立，非一方行爲之集合，亦非雙方行爲之集合，乃介於二者之間，例如社團法人總會之決議，親屬會議之決議是。共同行爲，並非單獨之意思表示所可成立，故與單獨行爲異，亦非各人相互意思表示一致，換言之，各人之意思表示，並非對立，故與雙方行爲異。學者間有主張共同行爲即單獨行爲之集合者，按之現行法律，有若干行爲，非二人以上之意思表示一致，根本不能成立，則在法律行爲本質上，實不能否認其存在。

二 債權行爲與物權行爲 債權行爲者，發生債權法上效果之行爲也，例如債之免除，債之清償等行爲是。物權行爲者，發生物權法上效果之行爲也，例如地上權、抵押權之設定是。債權行爲與物權行爲中，各有屬於單獨行爲者，亦有屬於雙方行爲者，例如債之免除，無因管理，爲債權行爲中之單獨行爲，買賣、互易，則爲債權行爲中之雙方行爲；又如地上權、永佃權之拋棄，爲物權行爲中之單獨行爲，質權、典權之設定，則爲物權行爲中之雙方行爲。惟此種區別，不過以其行爲發生效果之法律關係爲準則，二者間實有相互之關係。有債權行爲與物權行爲同時存在者，例如買賣，一方負支付價金之義務，一方負交付標的物之義務；有先成立債權行爲，後成立物權行爲者，如不特定物之買賣，先有買賣契約之存在，而後發生交付標的物之請求權，債權行爲與物權行爲，因有相互存在之關係，故學者亦有主張



物權行爲，由債權契約而發生，故否認其存在，實則法律行爲中，如僱傭關係，僅有債權行爲，原與物權行爲無涉，又如不當得利之返還原物，僅係物權行爲，與債權行爲無涉，足以表明二者有各別獨立存在之可能，未可因二者有相互關係，遂混爲一談也。

三 生前行爲與死後行爲 凡法律行爲，於行爲人生前發生效力者，曰生前行爲，於行爲人死亡後發生效力者，曰死後行爲，亦曰死因行爲，蓋以死亡爲發生效力之原因也。死後行爲，有由於法律規定者，如遺囑是，有由於當事人之意思者，如附死亡條件之買賣是，除依法律規定，或依其性質，非於死亡時始生效力者，悉爲生前行爲，例如人壽保險，固於死亡之後，方始支付賠償金，然保險契約，於生前即已發生效力，即保險期滿而未死亡者，亦可取得一定之金額，故仍屬生前行爲而非死後行爲。

四 有償行爲與無償行爲 有償行爲，相對人亦負給付之義務，無償行爲，祇有行爲人負給付義務，相對人不負給付之義務。前者如買賣，一方須支付價金，一方須交付標的物；互易，雙方均須移轉金錢以外之物之所有權是。後者如贈與，只有贈與人負交付贈與物之義務，受贈人並無對待給付是。又給付不以金錢爲限，如雇傭契約之受雇人，以勞務而爲給付，仍不失其爲有償行爲也。在單獨行爲之中，原則上當無有償行爲，惟雙方行爲中，始生有償無償問題，如買賣爲雙方行爲中之有償行爲，贈與爲雙方行爲中之無償行爲。至因無償行爲附給付之條件者，則非本於法律行爲之性質使然，又當別論。

五 財產上行爲與身分上行爲 財產上行爲，謂欲發生財產上效力之行爲，身分行爲，謂欲發生身分上效力之行爲。前者如債權行爲與物權行爲，均關係於財產權之得喪，後者如結婚及離婚，非婚生子女

之認領，監護人之指定及選任，收養及終止收養，即學者所謂親屬行爲，均有關身分之得喪。

六 要因行爲與不要因行爲 要因行爲，謂以財產權爲給付標之法律行爲，以給付之原因爲要素，非有給付之原因，即不能成立之行爲，亦曰有因行爲；不要因行爲，謂不以給付之原因爲要素，即得成立之行爲，亦曰無因行爲，前者例如債權行爲是，後者例如物權行爲是。給付之原因，須以法律觀念爲基礎，不以一般心理爲根據，蓋就一般情形而論，給付必有原因，而在法律上則亦有不能盡同者，例如票據行爲，凡簽名於票據之人，不問原因如何，均須依其文義而負責任（票據法第二條），故無論原因之是否合法，僅能別求救濟之途徑，不能拒絕給付；反是，在要因行爲，原因欠缺，則其行爲無效，自不負給付之義務，二者區別之實益在此，惟要因行爲與不要因行爲，祇

限於財產權上行爲有之，因以財產爲給付標的之行爲，有須問其原因故也。

七 要式行爲與不要式行爲 要式行爲，謂必須具備法律上規定之方式，始生效力之行爲；不要式行爲，謂並非必須具備一定之方式，均得發生效力之行爲，前者如結婚，須有公開之儀式，并有二人以上之證人（民法第九百八十一條），此即法律行爲須具備一定方式者；後者如租賃、買賣等，均無須踐行一定之方式，即可生效。法律行爲，以不要式爲原則，以要式爲例外，學者所謂方式自由之原則也是也。要式行爲，不依法定方式者無效，惟法律另有規定者，則不在此限（民法第七十三條），其區別之實益，即在干斯。所謂法律另有特別規定者，例如密封遺囑，如並無見證人，經提示、陳述之程式者，原亦不備法定方式，然苟具備自書遺囑之方式者，則有自書遺囑之效力（民

法第一千一百九十三條），並不絕對以爲無效，庶顧全行爲人之意思。至法律上非要式行爲，當事人間約定須依一定方式者，於未備約定方式前，其行爲是否有效，須依其情形，分別論定，不能一律謂爲無效。

八 主行爲與從行爲 凡法律行爲，能單獨成立，不以他法律行爲之存在爲要件者，曰主行爲；反是，以他法律行爲爲存在之前提者，曰從行爲，故主行爲實爲從行爲之前提行爲。從行爲在法律上之命運，爲主行爲所支配，例如保證契約，以主行爲存在爲前提，故爲從行爲，若主債務已經消滅，則主行爲已不存在，保證契約，自亦無從繼續存在；又如夫婦財產制之契約，以夫婦關係存續爲前提，故爲從行爲，若婚姻關係消滅，則主行爲已不存在，夫婦財產制之契約，亦不得歸於消滅，惟從屬關係之程度，因各種法律行爲而不同。

九 獨立行爲與補助行爲 凡法律行爲有獨立的實質之內容者，曰獨立行爲；反是，無獨立的實質之內容者，曰補助行爲。前者例如買賣等行爲，均有獨立內容，後者例如法定代理人允許未成年人處分財產（民法第八十三條），成年人承認限制行爲能力時所訂之契約（民法第八十條）等是也。補助行爲，係補充獨立行爲之欠缺，受其補充之獨立行爲，在未有補助行爲前，不能謂爲合法成立。又補助行爲，並不以獨立行爲存在爲前提，例如前述法定代理人允許未成年人處分財產，並不以財產之已經處分爲前提，故補助行爲，並非必爲從行爲，不可混淆也。

十 要物行爲與諾成行爲 要物行爲，謂於意思表示以外，尚須有現實之成分，始能成立之法律行爲，故亦稱現實行爲；反是，法律行爲，無須現實之成分者，曰諾成行爲，亦稱非現實行爲。例如使用借

貸，因借用物之交付而成立（民法第四百六十五條），消費借貸，因金錢或其他代替物之交付而成立（民法第四百七十五條），均以物之交付而始成立，故非諾成行爲。法律行爲中，以諾成行爲爲原則，而以要物行爲爲例外。

十一 完全行爲與不完全行爲 完全行爲，謂在法律上完全發生效力之行爲；反是，不能發生效力或發生效力未能確定之行爲，則爲不完全行爲。不完全行爲通常可分爲三：一爲完全不能生效之行爲，例如無效行爲是（民法第七十一條至第七十三條）；一爲無確定效力之行爲，例如得撤銷之行爲是（民法第七十四條第八十八條第九十條）；一爲效力未定之行爲，例如限制行爲能力人，未經法定代理人允許所訂之契約，在未經法定代理人承認前，原爲無效，經其承認後，始生效力（民法第七十八條第七十九條），至在行爲後承認前，是否有效，未

能遽定是也。

### 第三款 法律行爲之要件

法律行爲之要件有二：曰成立要件與有效要件。法律行爲成立所不可缺者，曰成立要件，法律行爲發生效力所不可缺者，曰有效要件。成立要件，又可分而爲二：一爲一般要件；一爲特別要件。一般要件若何，學說上頗有爭論，而通說則單以意思表示，爲法律行爲之一般成立要件（註四）；至特別要件，隨法律行爲而異，例如寄託因交付寄託物而成立，此要物契約，以物之交付爲成立要件，公證遺囑，以有二人以上之證人而成立。此要式契約，以具備法定方式爲成立之要件。法律行爲，固於具備成立要件時而生效力，然亦非當然如此，故於成立要件之外，別有有效要件，如僅備成立要件，不備有效要件者，仍不能生效。有效要件，亦有一般要件與特別要件之分，一般要件，



通常分爲（一）當事人有完全之行爲能力，（二）須有適當之標的，（三）須意思表示健全，三者缺一不可；特別要件，須視行爲之性質而定，例如遺囑行爲，須於遺囑人死亡之後，始能發生效力（民法第一千一百九十九條），是以遺囑之人死亡，爲有效之要件，此當就法律行爲各別觀察，而分別論定焉。

#### 第四款 法律行爲之標的

法律行爲，須有相當之標的，爲有效要件之一，標的通常須具備：  
（一）可能，（二）確定，（三）合法三要件。

一 標的可能 標的可能者，指法律行爲之標的，可預期其實現之謂也。標的不能，可分爲物理上的不能與社會上的不能，例如以日月爲買賣之標的，斯爲物理上之不能，又如以海底撈針爲契約之標的，斯爲社會上之不能，所謂標的不能，當包括二者而言。

標的不能，有由於行爲人個人之事由者，曰主觀的不能，例如以瘖啞人歌唱是；任何人處於行爲人之地位均屬不能者，曰客觀的不能，例如以一人通全世界各地之方言是，此所謂標的不能，專指後者而言。惟客觀的不能，有以盡人不能爲標準者，亦有以通常人不能爲標準者，解釋上以後說爲是。

標的不能，有全部不能者，有一部不能者，前者如標的物已全部滅失者是，後者如標的物一部滅失者是，此所謂標的不能，究指何者而言，當分別情形而言，若一部不能，其可能部分仍得成立法律行爲者，不能謂非具備有效要件。

標的不能，又有原始不能與後發不能之區別。原始不能，指法律行爲成立時，其標的即不可能，如設定質權契約時質物已經遺失是；後發不能，指法律行爲成立後，始爲不能，例如於買賣契約成立後，標

的物滅失是，此所謂標的不能，則專指原始不能而言。

二 標的確定 標的之確定者，構成私法上效力之事實，現時已經確定，或將來可能確定之謂也。標的之是否確定，須視法律行為之內容以定，實難得一具體之標準，如抽象言之，於締結買賣契約之際，買受人以數千元買受所有人之物，價金之確數，固未指定，而標的物亦未確定，不能生效，要無容疑。

標的之確定，不以法律行為當時已確定者爲限，即日後有確定之可能者亦屬之。日後確定標的之方法有三：有由當事人確定者，例如選擇之債是；有由第三人確定者，例如債務人應給付債權人一千元至二千元，至其確數，約定由第三人決定者是；有依其他情事決定者，例如甲乙之買賣契約訂定，價金依交割時市價計算者是。至不能依此三者而確定其標的，當事人顯無特約，應從法律補充之規定，法律無規

定者，可依習慣確定，更不能依此確定者，則爲標的之不確定。

標的有確定之可能者，既爲標的確定，自不能專依行爲時定其確定與否之標準。又標的不確定之法律行爲，我民法未設明文規定，然標的不確定或不能確定，日後法律行爲之內容，無從實現，故學者謂標的不確定之行爲，應歸於無效。

三 標的合法 法律行爲之標的，於可能及確定外，尤須合法。標的合法云者，具有三種意義，卽不違反強制或禁止規定，不違背公共秩序及善良風俗，及不顯失公平是已。茲分述之：

第一 法律所規定者，可分爲強制的規定與禁止的規定，強制的規定者，不問當事人之意思如何，強制適用之法律也，亦稱強行規定；反之，得以當事人之意思，排斥法規之適用者，曰任意規定，亦稱非強行規定。前者如結婚應有公開之儀式及二人以上之證人（民法第九

百八十二條)；典權之約定期限未滿十五年者，不得附有到期不贖之條款(民法第九百十三條)，此種規定，非當事人之意思所可排除其適用，故爲強制之規定，後者如租賃物之修繕，除契約另有訂定或另有習慣者外，由出租人負擔(民法第四百二十九條)，此種規定，苟當事人另有規定，當有優先適用之效力，不受法律之拘束，故曰任意規定。民法債編中任意之規定較多，因傳統的契約自由之觀念使然，物權、親屬、繼承各編，強行之規定較多，因關係於公益較巨故也。

任意規定，又分爲補充規定與解釋規定，補充規定，於當事人無特別約定時適用，如前述之民法第四百二十九條是，解釋規定，於當事人無特別約定時適用，如一定數量、號碼與文字不符時，應以文字爲準(民法第四條)，其以號碼或文字爲數次表示不符時，以最低額爲準(民法第五條)是。任意規定中，以補充的規定爲多。

法律所規定者，又可分爲許可規定與禁止規定，許可規定者，卽許爲某行爲是也，禁止規定者，卽不許爲某行爲是也。孰爲許可規定，孰爲禁止規定，要當就法規之性質而定，以言民法，如社團章程之變更，董事之任免及執務之監督，社員之開除，應經總會之議決（民法第五十條第二項）；以所有之意思，五年間和平，公然，占有他人之動產者，取得其所有權（民法第七百六十八條）等，均屬許可規定；反之，如民法行使權利，不得以損害他人爲主要目的（民法第一百四十八條），男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂婚（民法第九百七十三條），均爲禁止規定。違反禁止之規定，間有附以一定之制裁者，例如故意或過失侵害他人之權利者，負損害賠償責任（民法第一百八十四條），遲延之債務，以支付金錢爲標的者，債權人得請求遲延利息（民法第二百三十三條）等是。然關於禁止規定，有從積極方面

，明定不得爲某種行爲者，亦有從消極方面，明定爲某種行爲之責任，無論立法之技術如何，其屬禁止規定則一，不得違反。（註五）

法律行爲，不可違反法律上強制之規定及禁止之規定，否則，其法律行爲無效，是爲原則（民法第七十一條）；惟或種行爲，法律雖爲強制之規定，然並不以之爲無效者，例如利率，不得超過週年百分之二十，固爲強行規定，然超過週年百分之二十者，不過債權人就超過部分無請求權，債務人願行給付者，仍非法所不許，並非絕對以此種規定爲無效（民法第二百零五條）；男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚（民法第九百八十條），固爲禁止規定，然苟已結婚，不過利害關係人得行使撤銷權，如不爲撤銷婚姻之請求，婚姻仍屬成立，並不以之爲無效（民法第九百八十九條），於此情形，於分則優先於總則適用，及特別規定優先於普通規定之原則，其行爲自非當然因違反強制或

禁止之規定，而歸於無效（民法第七十一條但書），所以免彼此衝突，無所適從也。

此外，學說上尙有所謂脫法行爲亦曰避法行爲者，卽以迂迴之方法，達其違法之目的，使被禁止之行爲，歸於有效，例如別立名目，巧取利息，以達其高利貸之目的是，此種行爲，是否有效，頗有異說，然通說以禁止之規定，如其旨趣在目的，因避法行爲之結果，仍不免與法律規定相抵觸，應歸無效，如其旨趣在手段，因行爲者已改變其手段，仍可認爲有效。

第二 法律行爲，除不違反強制規定及禁止規定外，並須不違反公共秩序及善良風俗，公共秩序，謂國家一般的利益，善良風俗，謂國民之道德思想，惟嚴格而論，二者實難爲縝密之區分，故他國民法，有以公共秩序之觀念，併入善良風俗中者；亦有主張廢止二者之用語



，代以「社會的妥當」者，學者稱違反公共秩序及善良風俗之行爲曰「行爲反社會性」，殆由於此。

違反公共秩序善良風俗之行爲，法律上以其行爲無效（民法第七十二條），然所謂公序良俗，隨時代情形而轉移，例如在若干年前，以孀婦再醮爲一種羞恥，而在今日，此種行爲，幾已無可怪駭，故行爲時與裁判時，其觀念苟已有所轉移，雖學者間有主以行爲時之觀念爲標準，以其行爲爲無效者，實則不若從裁判時之觀念，使其行爲有效之爲愈，因行爲人苟在此時爲同一之行爲，已不爲過，則縱使宣告其行爲無效，仍可爲同一之行爲，又何必多此一舉？至因人而異者，當以客觀爲準，因地而異者，亦應從一般觀念，自不待言。

法律行爲，其標的違法者無效無論已，卽本身並不違法，別附以其他情事相結合而爲違法者，如結婚本非違法，要求他方給與金錢，則

買賣婚姻，自有關於公序良俗；又如僱傭他人之契約，固非違法，然僱傭他人而使實施犯罪，即屬違法，於此場合，仍不能認其行爲爲合法有效。

第三 法律行爲之標的，於前述二者之外，並須不顯失公平，此種規定，源於羅馬法之非常損失規則，降至近日，猶爲各國民法所採用；惟他國民法，有以其行爲爲無效，我民法則僅規定爲得撤銷之行爲，雖效果不同，法意則一也。

依我民法第七十四條第一項規定：「法律行爲，乘他人之急迫，輕率或無經驗，使其對於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。」依此須具備：（一）乘人急迫，無經驗或輕率之際而爲法律行爲。（二）法律行爲之標的，須關於財產上之給付或其給付之約定；

(三)須按當時情形，顯失公平之條件，方許爲撤銷或減輕給付之聲請，例如乘人窮迫之際，貸與金錢，約定將來加倍返還，其屬顯失公平，實爲瞭然，惟究竟顯失公平與否，須依行爲時之情況觀察，尤當依其具體的情形而論定，不能懸一抽象之標準。

法律行爲之標的，有顯失公平之情形，而具備主觀客觀之要件者，惟利害關係人，始得向法院聲請撤銷或減輕給付，且須於行爲後一年內而爲聲請(民法第七十四條二項)，逾此除斥期間，不復能行使撤銷權，條件至嚴，非若違反強制或禁止之規定，及違反公共秩序及善良風俗之自始卽爲無效也。

#### 第四節 行爲能力

##### 第一款 概說

關於行爲能力，各國立法例中，有規定於自然人中者，如法、日、

瑞士等國民法是；亦有規定於法律行爲中者，如德國民法是。我民法則以行爲能力之態樣，規定於第二章第二節，而以其效果規定於第四章第二節，雖未免有割裂之嫌，然爲適用上便利計，亦不得不如是也。

行爲能力之態樣有三：成年人及未成年而已結婚之人，有行爲能力，滿七歲之未成年人，有限制行爲能力，未滿七歲之未成年人，及禁治產人，無行爲能力，前已言之。有行爲能力人，得獨立以法律行爲取得權利，負擔義務，此固無待更爲明文規定，茲所論者，僅爲無行爲能力人及限制行爲能力人之行爲能力。

## 第二款 無行爲能力人

意思表示，爲法律行爲之基礎，無行爲能力人，法律上或因其未達一定年齡，推定其意志薄弱，或因其心神狀態，認定其意思欠缺，故

此種人之意思表示，應使歸於無效。又雖非無行為能力人，而其意思表示在無意識或精神錯亂中所爲者，因其所表示者非出於心理上真正之意思，故亦認爲無效，例如飲酒泥醉，或心神喪失人未爲禁治產宣告前所爲之意思表示是也（民法第七十五條）。

無行為能力人，既不能自爲意思表示，法律上乃規定由其法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示（民法第七十六條）。所謂代爲意思表示，指代爲表示意思而言；代受意思表示，指代爲收受他人對於無行為能力人所表示之意思而言，惟前條僅稱無行為能力人之意思表示無效，其受意思表示之是否有效，應依第九十六條之規定解釋。

法定代理人，在未成年人，爲行使親權人，如父母是也（民法第一千零八十六條）；在禁治產人，爲監護人，即依民法第一千一百十一條順序所定之人是也（民法第一千零八十八條）。所謂法定代理人代爲

意思表示，並代受意思表示，不過法定代理人有此種代理權，其效力仍直接及於本人，且所代理者以財產上之法律行為爲限。又法律上對於無行為能力人爲某種特定之行為，設有限制者，亦非法定代理人所得代理，例如民法第一千一百八十六條第一項規定：「無行為能力人，不得爲遺囑，」則非先取得行為能力，不能由法定代理人之代理而爲遺囑，此係特別規定之結果，不可不知者。

### 第三款 限制行爲能力人

限制行爲能力人，法律上以其未達相當之年齡，智慮淺薄，故亦不認有獨立爲意思表示及受意思表示之能力，如欲爲意思表示或受意思表示，應得法定代理人之允許（民法第七十七條）。

允許，謂法定代理人同意限制行爲能力人爲意思表示，或受意思表示，故意思表示或受意思表示，仍由限制行爲能力人本人爲之，毋須

法定代理人之代理，學者稱允許爲能力補充權而非法定代理權者以此。至允許之爲事前同意，抑與意思表示或受意思表示同時爲之，則在所不問；惟事後追認，則與允許之義不同。又允許爲單獨行爲，不待限制行爲能力人及其相對人之同意，惟使相對人明瞭其情形計，亦不妨依第一百十七條之規定，向限制行爲能力人及其相對人爲之。

於此有二問題：卽（一）允許能否概括爲之？（二）允許能否撤回？在學說上均頗有爭議。關於第一點，通說以允許如就一切法律行爲概括爲之，實失保護限制行爲能力人之本旨；惟就其所豫期之各個行爲，而爲概括之允許，則屬無妨。關於第二點，應分別情形而論：如限制行爲能力人受允許後，已爲意思表示，或已受意思表示者，則允許業已發生效力，自無再許撤回之理，如限制行爲能力人受允許後，未爲意思表示，則許法定代理人撤回其允許。允許經撤回者，視爲未受允

許。

限制行爲能力人之意思表示，或受意思表示，雖應得法定代理人之允許，然（一）如其行爲純得法律上利益者，例如對於不附負擔之贈與契約而爲承諾，則縱未得允許，原亦無礙其利益，不妨認爲有效。所謂純獲法律上利益，必須就行爲之性質論定，若贈與而附有負擔，縱贈與物之價值，超過其負擔數倍，仍不能謂爲純獲利益。（二）依其年齡或身分，爲日常生活所必需者，例如在學校中，購買圖書，置備制服等行爲，如一一須得法定代理人之允許，實亦不勝其煩，故特設爲例外，毋須得法定代理人之允許，其意思表示及受意思表示，即可發生效力（同條但書）。

限制行爲能力人，不僅爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許，即爲法律行爲時亦然。行爲可分爲單獨行爲及契約行爲，如



限制行爲能力人爲單獨行爲或契約行爲，未得法定代理人允許者，無效；惟契約行爲，如經法定代理人事後承認，亦可發生效力（民法第七十八條及第七十九條）。承認，亦爲單獨行爲，不待契約當事人之同意，契約經承認後，法律上既認爲有效，即應溯及契約成立之時發生效力。

雖然 限制行爲能力人未得法定代理人允許與人所訂之契約，固可因法定代理人之承認而生效，然其承認與否，如無明確之表示，則契約之效力，將永不確定，亦非保護相對人之道，於此情形，契約之相對人，得定一個月以上之期間，向法定代理人爲確答是否承認契約之催告；法定代理人受催告後，確答承認或否認者，則效力如何，已可斷定，若不爲確答，法律上推定其爲拒絕承認，不能以此種單純的沉默，視爲默示的承認也（民法第八十條）。

承認，應由法定代理人爲之，惟限制行爲能力人，於限制之原因消滅後，例如限制行爲能力人，已達成年年齡，或雖未達成年年齡而已結婚者，法律上既視爲有行爲能力，得獨立爲法律行爲，則對於能力限制中所訂之契約，亦應有承認之權，其承認之效果，與法定代理人承認同，可使契約溯及生效。又關於相對人之催告權，亦同，即相對人亦得於限制行爲能力人限制原因消滅之後，定一個月以上之期間，催告其確答是否承認，如不爲確答，即視爲拒絕承認（民法第八十一條），此項催告，應向訂約時限制行爲能力人爲之，則不待言。

限制行爲能力人未得允許所訂之契約，非經承認，固屬無效，然其已得允許與否，每爲相對人所不知，故在法定代理人或限制行爲能力人限制原因消滅後而爲承認以前，許相對人撤回（民法第八十二條）。撤回，爲單獨行爲，無待他方同意，然應向法定代理人或訂約時限制

行爲能力人爲撤回之意思表示。撤回限於承認以前，故一經承認，卽不得再爲撤回；惟相對人已爲催告，未得承認之確答者，仍得行使撤回權。又限制行爲能力人，亦有用詐欺之方法，使相對人誤信有行爲能力，或已得法定代理人之允許，而爲法律行爲者，例如十八歲之人，捏稱已滿二十歲；未結婚之限制行爲能力人，詐稱已婚，未經法定代理人允許之人，僞造法定代理人允許之函件，此種情形，在相對人實防不勝防，如亦使其法律行爲歸諸無效，未免使善意之相對人，蒙受不測之損害，故認其行爲有效（民法第八十三條），惟此爲保護相對人而設，如相對人非因限制行爲能力人施用詐術而陷於錯誤者，固無本條之適用也。

前述法定代理人之允許，乃概括的對於意思表示，受意思表示，及爲法律行爲而言；此外，法定代理人並得（一）允許限制行爲能力人處

分財產，及（二）允許限制行爲能力人爲獨立營業，茲分述之：

一 處分財產 限制行爲能力人，既達一定之年齡，爲適應事實上之需要起見，應許其處分一定之財產，此一定財產之處分，既得允許，限制行爲能力人，卽有處分之能力，換言之，其處分行爲，應獨立有效（民法第八十四條）。處分指移轉財產上權利之行爲而言，無論其爲轉讓或設定負擔均屬之。財產不以金錢爲限，卽動產、不動產亦包括在內。至允許處分，是否限定一定目的，雖可不問，但如經限定，例如命限制行爲能力人處分存款，以爲教育費用，則超越此目的以外而爲之處分，仍不能認爲有效。又所處分之財產，應有一定之限制，如無限制，而以全部財產允許處分，則無異能力限制之免除，非法所許可。

二 獨立營業 限制行爲能力人，智識程度，身體發育，有時亦與

有行為能力人相等，使其練習職業，補助生計起見，有許為獨立營業之必要，於營業範圍所為之行為，亦應認為有行為能力（民法第八十五條第一項）。惟有能以營業上之行為為限，營業行為以外之行為，其能力仍應受限制。營業，謂以營利為目的，經營一定之事業，範圍至廣，不以商業為限，營業行為祇須其行為與業務有關，例如因開設商店而租賃房屋，僱傭店員，在在均可獨立為之，不須再得法定代理人之允許；且與業務有關之行為，不以直接者為限，故如事先之準備行為，及事後之補助行為，並因營業所生之訴訟行為等，亦包括之。惟限制行為能力人，於其營業有不勝任之情形時，法定代理人得撤銷其允許，或就其允許加以限制（同條第二項），是否具備撤銷或限制之要件，即有無不勝任之情形，應就具體之事實，依客觀的方法認定，蓋此乃法律上對於撤銷或限制所加之制限，必須具此要件，自不能

任由法定代理人主觀之觀察。限制行爲能力人爲獨立營業能力之允許，經法定代理人撤銷或限制者，自撤銷或限制之時，始生效力，換言之，限制行爲能力人在撤銷及限制前所爲之獨立行爲，仍屬有效，在撤銷或限制以後，仍應適用第七十七條以下之規定。



## 第五節 意思表示

### 第一款 意思表示之概念

意思表示者，將足以形成法律行爲之內容，表達於外部之謂也。意思表示，爲法律行爲之要素，故所表示之意思，必須爲法律行爲之內容，例如於締結買賣契約之際，表示願買與願賣，締結借貸契約之際，表示願意貸與或不願貸與是也，若與法律行爲之內容無關，例如表示穿衣、睡眠，要非民法上之所謂意思表示。又法律行爲內容之意思，必須表達於外部，至其方法，或以言語，或以文字，均非所問，若尙蘊蓄於內心，則僅有意思而無表示，亦非民法上之所謂意思表示。意思表示，既爲法律行爲之要素，在表意人必存有欲使其發生法律上效力之意思，換言之，必欲使表示之意思，附隨法律上之效果，學者間稱之曰效力意思。效力意思之外，尙有所謂目的意思者，謂表意



人對於經濟上生一定效果之欲望，例如財產之取得，金錢之贈與是，因其爲意思表示之基礎，故又稱基礎意思，然學者亦有謂意思表示，一有欲使發生法律上效力之意思，卽爲成立者。（註六）

因法律行爲而發生之效果，學者分別爲三種：一曰要素，一曰偶素，一曰常素，要素爲法律行爲應有之結果，例如因有買賣行爲，必發生交付標的物及價金之義務是；偶素爲非法律行爲性質所必具，因當事人之意思，特別作爲其內容者，例如購買無線電機，附帶保用若干年，免費修理是；常素謂法律依通常情形所賦予之效力，例如因買賣關係所生瑕疵担保責任是，惟當事人得以特別之意思免除之。（註七）

意思表示，必須表意人將其意思表達於外部，此卽意思表示客觀的要素，其表示於外部之行爲，學者稱之曰表示行爲。表示行爲，首須本於本人之意思，尤須爲本人自由之意思，若非本人意思，例如病中

之囁語，遺失之信函，雖或爲平日蘊蓄於內心，要非以自由意思表示於外部，此爲表示行爲之第一要件，學者稱之曰表示行爲，惟所謂表示，究爲積極的作爲，抑爲消極的不作爲，則在所不問，蓋不作爲不過爲沉默，與純粹無意思表示者不同也。又表示行爲，須推知內部之效力意思，故行爲不能推知表現內部所存在之效力意思者，尙不能謂爲表示行爲，學者間稱之曰表示之價值或表示力，惟有無表示力，除法律規定或經約定外，當從客觀方面判斷之。

意思表示之客觀的要件，既如前述，在主觀方面，尤須表意人存有意思作用，此主觀的內部要件，與客觀的外部要件相聯絡，意思表示，始得成立，此種意思，學者稱之曰表示意思，若表意人表示於外部之行爲，與蘊蓄內部之意思不相聯絡時，例如交易所以伸手爲買賣之表示，則他人在旁伸手而招致友人，固不能謂爲買賣之意思表示也。

## 第二款 意思表示之種類

意思表示之種類不一，分述如左：

一 單純意思表示與要物意思表示 單純之意思表示，祇須發生法律上之效果，即為成立，而要物之意思表示，於發生法律上效果之外，同時尚須為物之交付，始能成立。前者如法定代理人對未成年人之行為表示同意是，後者如關於物之買賣、贈與是。

二 獨立意思表示與非獨立意思表示 獨立之意思表示，不待其他意思表示，即能獨立發生法律上之效果，非獨立之意思表示，必待其他意思表示，始能發生法律上之效果。前者如債務之免除，捐助行為是；後者如社員總會之表決是。

三 有相對人之意思表示與無相對人之意思表示 有相對人之意思表示，必須有相對人存在，其意思表示，始能成立，無相對人之意思

表示，無須相對人之存在，其意思表示，亦得成立。前者如債務之免除，須向債務人爲之，此以債務人爲相對人之適例。後者如遺囑，社員總會之決議是。至學者間有否認無相對人意思表示之存在者，徵之我民法之規定，實不足取，又有相對人之意思表示，須向相對人爲之。

四 對特定人之意思表示與對不特定人之意思表示 對特定人之意思表示，其相對人必爲特定人，例如同意、允許、撤銷、解除、承認是。反是，對不特定人之意思表示，其相對人必爲不特定人，例如懸賞之廣告是。此二者皆爲有相對人之意思表示，特以相對人之是否爲特定人，爲其區分之標準耳。

五 須發之意思表示與不須發之意思表示 須發之意思表示，須發送於相對人，始能成立，如債務之免除，必須向債務人爲免除之意思

表示，不須發之意思表示，毋須發送於相對人，例如遺囑是。

六 須受之意思表示與不須受之意思表示 須受之意思表示，須到達相對人，始生效力，例如契約之解除是。不須受之意思表示，不以到達爲發生效力之條件，例如懸賞廣告是。

七 明示的意思表示與默示的意思表示 默示是否爲意思表示，在學者間原有異說。惟吾人應採肯定說，前已言之。明示默示之區別標準，學者亦有二說，一以主觀爲準，一以客觀爲準，就中以客觀說爲可取，即依一般習慣，表意人以通常方法，爲傳達意思之手段者，爲明示之意思表示，反是，則爲默示之意思表示。

前述之分類，第就其較重要者言之耳，餘如公的意思表示及私的意思表示等，因其觀察之標準不同而異，茲不贅。

### 第三款 意思與表示之不一致

## 第一 概說

意思表示，必須意思與表示一致，前已言之。如意思與表示不一致時，意思表示究竟有效與否，則學者間有三種不同之學說：

一 意思主義 此說謂法律上意思表示之本質，在表示準確之意思，故所表示者如與當事人之真意不一致，不能與以法律上之效力。換言之：此種情形，其意思表示，應歸無效。

二 表示主義 此說謂蘊蓄於內心之意思，原藉表示表達於外部，故表示實為推知意思之唯一方法，縱令與意思有所未符，仍應認為有效。

三 折衷主義 此說謂意思與表示不一致，如單採意思主義認為絕對的無效，或單採表示主義，認為絕對的有效，皆不免趨於極端，良以意思主義，偏重於表意人之利益，表示主義，偏重於交易之信用，

均非持平之道，故應從折衷主義，以資調協。推就中復有兩派，一以意思主義爲原則，表示主義爲例外；一以表示主義爲原則，意思主義爲例外，就我民法之立法主義以觀，當以後說爲可取。

我民法關於意思與表示不一致之規定，大別有二：其爲表意人所明知者，如真意保留與虛僞表示，其爲表意人所不知者，如錯誤與誤傳，其效力容後述之。

## 第二 真意保留

真意保留，亦稱非真意表示，即表意人無欲爲其意思表示所拘束之意思表示也，學者又稱曰心裏保留或單獨虛僞表示。

真意保留，須有意思表示之存在，並須意思與表示不一致，更須表意人自知其不一致，而無欲爲意思表示所拘束之意，具備此三種要件，始能成立，至基於何種原因致意思與表示不符，是否出於欺罔或諧

謔，均非所問。

真意保留，表意人雖有不受拘束之意，然法律爲保持交易安全起見，原則上並不以之爲無效，蓋真意保留，非出於欺罔，卽意存諧謔，在法律上均無特加保護之理由也。然於此原則之外，尙有例外，蓋真意保留之所以認爲有效，無非保護交易之安全，苟其意思與表示不一致，爲相對人所明知者（註八），則亦無予該相對人以特別保護之必要，故應認爲無效（民法第八十六條）。至相對人是否依其表示而推知，抑依其他情形而推知，要與法律上之效力無關。惟因此例外情形，致意思表示無效時，能否對抗善意之第三人，學者間原有積極說與消極說之分，我國學者，多主依民法第八十七條第一項但書之規定，類推適用，換言之：卽不得以其無效，對抗善意之第三人，必如此，方可與以有效爲原則之立法精神相貫徹，而確保交易之安全焉。



### 第三 虛偽表示

虛偽表示者，表意人與相對人通謀，爲非真意之意思表示之謂也。學者間稱爲通謀虛偽表示。例如債務人以其財產，假託讓與於第三人，以避免債權人之扣押，此種讓與之意思表示，卽爲虛偽之意思表示。

虛偽意思表示，須有意思表示之存在，更須此意思表示與真正之意思不符，而非真正之意思表示，尤須與相對人通謀，相對人亦明知其虛偽之意思表示，故虛偽意思表示，必有相對人，其與真意保留不同者在此。

虛偽意思表示，其效力如何，立法例中，有採絕對無效主義者，有採相對無效主義者，依我民法規定，以無效爲原則，但不得以其無效，對抗善意第三人（民法第八十七條第一項），蓋採相對無效主義者。

換言之，虛偽表示意思，在當事人即表意人與相對人間，應爲無效，在當事人與第三人間，則以第三人之善意惡意，以爲判別之標準，若第三人不知其爲虛偽之意思表示，其意思表示，仍屬有效；如知其虛偽之意思表示，其意思表示，即爲無效。

虛偽之意思表示，與公署之行爲相結合，其行爲是否有效，學者有主分別情形論定者，即公署之行爲，有創設的效力時，其行爲不因當事人之虛偽表示而無效；若公署之行爲與當事人行爲相結合而成法律事實，或因虛偽表示而成立之行爲僅告知公署時，則其行爲因虛偽表示而受影響，此說頗得其平。

#### 第四 隱藏行爲

虛偽意思表示中，隱藏他項法律行爲者，學者則稱之曰隱藏行爲。例如不動產之買賣，其價金爲五千元，爲減省契稅計，契約上僅載二

千元，是二千元之價金雖爲虛僞，而隱藏五千元買賣關係，則爲真實。

隱藏行爲在法律上之效力如何，學者間之主張不一，依我民法之規定，仍適用關於該項法律關係之規定，蓋以隱藏行爲與全由虛僞之意思表示所構成者不同，自不能使歸於無效（民法第八十七條第二項）。

### 第五 信託行爲

隱藏行爲之外，尙有所謂信託行爲者，卽於內部另有一定之目的，而於外部則故爲與此目的不相對應之意思表示也。例如債權人以使第三人索債爲目的，將債權讓與債務人是。其與虛僞意思表示異者，虛僞之意思表示，並無發生法律效果之意思，而信託行爲則反是；其與普通法律行爲異者，信託行爲，目的與爲手段之法律行爲，範圍不能一致，而普通法律行爲則否，均不可混淆。

信託行爲之效力，學者亦有不同之主張，惟通說則分別其爲內部關係與外部關係，而異其旨趣，申言之：在信託行爲之當事人間，固應受其拘束，對於第三人，亦認爲有效，如前例，債權人與受讓人間，仍爲代理索債之關係，對於他人，則認其債之移轉而成立。惟信託行爲，始於羅馬法，爲近代所不多見，故我民法不設明文規定。

#### 第四款 錯誤

錯誤者，表意人之表示，與表意人之意思，偶然不符之謂。換言之；即表意人主觀的認識，與客觀的對象相齟齬。前述之虛僞意思表示，真意保留，亦均爲表意人之表示與意思不符，然此爲表意人所明知，與錯誤之表示與意思不符，必爲表意人所不知者有別，學者謂錯誤表示與意思不符，係偶然的，即此故也。又錯誤，乃對於所表示之事項，欠缺正確之認識，不知則對於事項，全無認識，二者本有顯著之

區別，惟在法律上則同時規定（民法第八十八條）。惟不可以同時規定其效力，遂混爲一談。

關於錯誤之立法例，各國不一，在羅馬法，分爲（一）關於法律行爲種類之錯誤，如以附條件之贈與爲買賣是。（二）關於當事人之錯誤，如乙爲債權人，竟誤以甲爲債權人，對之清償是。（三）關於標的物同一之錯誤，例如出賣甲地，誤賣乙地是。（四）關於標的物性質之錯誤，例如誤以贗品爲眞品是。四者之中，以前三者均無效，惟最後者得撤銷。近代各國民法，多師其法意，分爲重大錯誤與普通錯誤，但重大錯誤，有採列舉之方式者，有採概括之方式者，列舉主義，劃分清晰，足以免除爭執。而概括主義，可視具體情形，切實論定，無刻舟求劍之弊，我民法蓋仿德國民法，採概括主義者也。

意思表示之錯誤，可分爲動機錯誤，表示錯誤，及內容錯誤三種，

茲分述之：

一 動機錯誤者，意思表示之遠因有錯誤之謂也。例如誤信某處將闢爲車站，而收買附近房地，或誤信某處土地將被徵收，而出賣土地是。動機之錯誤，不能影響意思表示之效力，蓋動機存於表意人之內心，他人原無從測知，若使此蘊蓄於內心之動機，有推翻意思表示之效力，實不足維交易之安全，惟有時以其動機爲法律行爲之條件時，如前述之例，以開闢車站爲購買土地之條件，則爲其內容而非單純動機問題矣。

二 表示錯誤者，意思表示之行爲有錯誤之謂也。例如言詞之錯誤，書寫之錯誤，此種錯誤，是否影響於意思表示之效力，頗涉疑問，但嚴格而論，表示之行爲，雖屬錯誤，意思表示，究已成立，不過表意人得撤銷而已。

三 內容之錯誤者，意思表示，欠缺內部效力意思之謂也。換言之，即表意人因錯誤致外部表示之意思，與內部所存之意思，不相一致之謂，例如誤買賣爲贈與是。內容錯誤之情形，區別標準不一，通常取爲準則者，有如下列：（一）法律行爲性質之錯誤，例如誤附條件之贈與爲買賣，附買回特約之買賣爲租賃是。（二）當事人本身之錯誤，如僅爲法律行爲之主體，固無影響，惟如爲法律行爲之要素時，則爲內容之錯誤，例如誤以甲爲乙而收養，誤以丙爲丁而與之結婚是。（三）標的物本身之錯誤，通常亦爲內容之錯誤，例如誤以麥爲稻，而爲買賣是。（四）標的物數量，履行期，履行地之錯誤，亦爲內容錯誤之一種，例如履行期本以國曆爲準，而誤爲廢曆是。惟數量，履行期或履行地，非爲要素時，則於效力不生影響。（五）當事人資格或標的物性質之錯誤，此以交易上認爲重要者爲限，亦認爲意思表示內容之

錯誤（民法第八十八條第二項參照）。例如誤認某甲爲名畫家某乙，買受其得意傑作，此爲當事人資格之錯誤。又如誤以贗品爲眞品，此卽標的物性質之錯誤。所謂交易上認爲重要者，當以客觀爲判別之標準，卽以社會上一般人之觀察，均認爲重要者爲限，例如誤甲書店所出之四書，爲乙書店所出，實則並無二致，自不能謂爲重要。惟內容錯誤，實際上決不止此，要當就其具體情形而論定，未可拘泥也。

意思表示之錯誤及不知，法律上之效力如何，立法主義，各有不同。採表示主義者，以意思旣已表達於外部，卽已成立，自應認爲有效。採意思主義者，以意思雖已表達於外部，究因錯誤而與眞意不符，故當使歸於無效。實則此二者均失之偏仄，是以各國立法例，以採折衷主義爲多。惟折衷主義中，有以意思主義爲原則者，亦有以表示主義爲原則者，我民法第八十八條第一項規定：「意思表示之內容有錯



誤，或表意人若知其事情卽不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。」蓋亦以表示主義爲原則之折衷主義也。惟錯誤或不知之意思表示，雖得撤銷，然以其錯誤或不知之事情，非由於表意人之過失爲限（民法第八十八條第一項但書）。換言之：錯誤或不知之意思表示，表意人如有過失，卽不得撤銷。又表意人因意思表示錯誤或不知所生之撤銷權，於一年間不行使而消滅，其期間自意思表示後起算，此種期間，學者名曰除斥期間，與時效不同，並無中斷停止之可言（民法第九十條）。

錯誤或不知之意思表示，雖得撤銷，然對於信其意思表示爲有效而受損害之人，無論爲相對人或第三人，均負賠償之責任。但得撤銷之原因，爲受害人所明知，或可得而知者，則受害人亦含有惡意，此時，表意人可不負賠償之責任（民法第九十一條）。

## 第五款 誤傳

意思表示，有由傳達人爲之者，有由傳達機關爲之者，此種意思表示，不能保其必無錯誤，故法律上亦設明文規定，而學者間則稱此種錯誤曰誤傳。

誤傳可依其情形，分爲兩種，一爲誤傳已成立之意思表示，一爲依傳達爲表示行爲而錯誤者，前者如以信函兩件，一致甲，贈以金錢，一致乙，貸與金錢，而由傳達人誤送，以甲之函交乙，以乙之函交甲是；後者如以電報通知某甲，託購某物，結果以電碼錯誤，竟託賣某物是。

誤傳之意思表示，法律以其與錯誤相類似，故許其比照錯誤之規定而撤銷（民法第八十九條）。至誤傳之原因如何，是否由於傳達人之故意或過失所致，在所不問，只須傳達之意思與表示之意思不符，即爲

撤銷之原因。惟表意人於傳達時有過失者，依民法第八十八條第一項但書之規定，不得爲撤銷之原因。又因誤傳而生之撤銷權，亦因一年間不行使而消滅（民法第九十條）。

誤傳之意思表示撤銷後，對於信其表示爲有效而受損害之相對人或第三人，應負損害賠償之責任；惟受害人明知或可知其爲誤傳者，因其爲惡意，故表意人可不負損害賠償之責（民法第九十一條）。

#### 第六款 意思表示之不自由

##### 第一 詐欺

意思表示，須將意思表達於外部，而此表達於外部之意思，尤須出諸自由，若所表示者係受人不正之干涉，非出於自由意思者，可分爲詐欺、脅迫及強制。

詐欺之意思表示者，謂故意使人陷於錯誤而爲意思表示之謂也。詐

欺之故意，其內容有二：（一）須有使人陷於錯誤之意思，故如自己受他人之詐欺而陷於錯誤，轉以告諸第三人，因非明知其不實，對於第三人，自無詐欺故意之可言；（二）須使人因其詐欺陷於錯誤而為意思表示，苟非以使人陷於錯誤而為意思表示為目的，尚不得謂為詐欺故意，例如以他人之著作，謂為自己之著作，誇耀自己之才能，以仿古物品，謂係古物，誇耀自己之富有是。惟應注意者，刑法上之詐欺，以意圖使自己或第三人所有，欲得財產上之不法利益為構成要件，意思表示之詐欺，祇須有詐欺之故意，即為成立，初不限於圖得財產上之利益也。

詐欺之故意之外，同時尚須有詐欺之事實，換言之：本於詐欺故意，將不真實之事項，以為真實，此種行為，學者稱曰詐欺行為，就中有虛構事實者，有隱匿真正之事實者，亦有變更真實之事實者，無論

其爲一部爲全部，均爲詐欺行爲。苟相對人信爲真實而爲意思表示，即爲有瑕疵之意思表示，不能發生完全之效力。

沉默能否構成詐欺，學者間原不無異說，而通說則爲依法律、契約或習慣有通知真實義務，而違反義務，故爲沉默，即爲詐欺行爲之一種，蓋詐欺初不限於積極的作爲，即消極的不作爲，亦可構成也。又表示主觀之意思，是否構成詐欺，學說亦未能歸諸一致，然通說則爲須從社會見解，不可一概而論。

行爲人有詐欺之故意與行爲外，並須使表意人因此故意之詐欺行爲而陷於錯誤，故雖有詐欺行爲，已經表意人察知，而並未陷於錯誤者，則表意人之意思表示，顯非由於錯誤所致，申言之：因詐欺而生之意思表示，必須因受詐欺陷於錯誤而爲意思表示，以詐欺爲原因，而以錯誤爲結果，至錯誤關於動機或內容，則並非所問，不僅如此，即

意思表示，亦須與詐欺有因果關係，以詐欺爲意思表示之原因，而以意思表示爲詐欺之最後結果，故雖有詐欺之行爲，使相對人陷於錯誤，然表意人之所爲之意思表示，別有外在的原因（例如另受他人之脅迫），則意思表示與詐欺，實無因果關係之可言。至詐欺與意思表示之因果關係，無論（一）無此錯誤卽不爲此意思表示，（二）無此錯誤，卽不以此條件爲意思表示，均包括之，此應注意者。至因果關係之存在，須從相對人之主觀以定，不以客觀情形爲判斷之標準。

關於詐欺之意思表示，其法律上之效力，視詐欺爲何人而各異，如詐欺人卽爲意思表示之相對人，申言之，卽相對人以詐欺使人對之爲意思表示，此種意思表示，表意人卽受詐欺人，得撤銷之。如詐欺人爲相對人以外之第三人，則以相對人明知或可得而知其因詐欺而爲意思表示爲限，表意人得撤銷之，蓋明知其爲受詐欺之意思表示，係屬

故意，可得而知其爲受詐欺之意思表示，雖終不知情，究有過失，否則卽爲善意，應予保護（民法第九十二條第一項）。然此不過就意思表示之有相對人者言之耳，若詐欺雖出於第三人，而意思表示，本無相對人時，究竟得撤銷與否，我民法未設明文，學者間之通說，均謂此際既無應受保護之第三人，亦得許表意人撤銷。

詐欺之意思表示，雖得撤銷，但不得以之對抗善意第三人，例如甲詐欺乙使其拋棄地上權，因而甲更與第三人丙設定地上權，乙因詐欺得爲撤銷意思表示之請求固矣，然丙如不知乙係受詐欺而爲意思表示，則乙之意思表示雖經撤銷，仍不能對丙主張其已拋棄之地上權有效，至對於惡意第三人，仍得與之對抗，此係解釋所當然（民法第九十二條第二項）。因受詐欺而爲意思表示，表意人之撤銷權，應於發見詐欺一年內行使之，逾此除斥期間，卽不得更爲撤銷；自意思表示後

已逾十年者亦同，因歷時已久，如再許撤銷，權利永遠不能確定，非僅無以禁表意人之懈怠，抑不足保持交易之安全也（民法第九十三條）。

## 第二 脅迫

因脅迫而爲之意思表示，與因詐欺而爲之意思表示，同爲意思表示之有瑕疵，脅迫者，故意以加害他人爲目的，使人生畏怖之心之行爲也，以脅迫使人爲意思表示，亦無完全之效力。

脅迫，須有脅迫之故意，學者稱之曰脅迫意思，謂使人因其行爲而生畏怖之心，更因此畏怖之心而爲意思表示，至其遠因如何，是否圖得財產上不法之利益，與脅迫意思無關，又脅迫意思，不必最初存在，行爲當時雖出於其他之目的，苟中途有使人畏怖而爲意思表示之意，仍不失爲脅迫之故意。



脅迫，於內在的意思之外，更須有具體的行爲。脅迫行爲，即以加害之事實使人生畏怖心之行爲，所謂加害，必脅迫者通知將加以危害，其爲生命、身體、自由、財產之危害，在所不問，將加以危害，又指未來之危害而言，如現在已加危害，則爲強暴而非脅迫矣。加害必由於人力所生，若爲天災、地變或人力所不可測料之災害，則非脅迫行爲。至人瀕於危難之際，雖生畏怖之心，然非由於他人加害，而危難又已存在，故亦不能謂係脅迫，例如甲以火將延燒己家，命乙等灌救，乙等謂如出千金，卽爲救護，甲之意思表示，雖由畏怖心所致，然係乘人急迫而爲要挾，應適用民法第七十四條，非屬脅迫之範圍。脅迫，謂使人受危害，已如前述，惟脅迫之主體，究竟有無限制？或謂應以表意人或其配偶及親屬爲限者，實際上以採否定說爲優，但脅迫者本人，當不在此例，例如不爲意思表示，卽將自殺，不能謂受

脅迫，又脅迫之種類及程度，有以爲應爲脅迫者得即時實施者，有謂應限於重大危害者，有謂應限於重大脅迫，即時無從避免者，然在我國民法，則亦毫無限制，卽危害之能否使人生畏怖之心，亦須從主觀方面判斷，不應從客觀方面觀察，所以示周密也。

脅迫須爲不當，不當者，依社會上一般的客觀的觀察，認爲不正之謂也，較違法之義稍廣，學者有根據德國民法謂以違法爲限者，實失之狹隘。至不當爲手段不當或目的不當，則非所問，例如對債務人揚言不償債卽將縱火焚屋，是索債之目的，雖無不當，而放火之手段，究非正當；又如對人揚言不加救濟，卽將告發犯行，使入囹圄，告發犯罪，雖於法無背，然以之爲求人接濟之條件，則非正當，二者有一，卽爲脅迫，毋須具備也。

脅迫之行爲，須使人生畏怖之心，卽以脅迫爲因，而以畏怖爲果，

如雖有脅迫行爲，而並不發生畏怖之心，或雖有畏怖之心，然並非由於脅迫行爲，則二者顯無因果關係，自又當別論，此與詐欺與陷於錯誤須有因果關係相同。

脅迫，須與畏怖有因果關係，申言之，須使人因脅迫而生恐怖，前已言之，故被脅迫人如於未受脅迫之前，已先有畏怖之心，亦不能構成；惟被脅迫人先有畏怖之心，脅迫者復施以脅迫行爲，使其畏怖之心，繼續存在，是否構成脅迫，學說上頗有爭論：有謂加以脅迫行爲，使畏怖之心存續，與因加脅迫而生畏怖之情形相同，應認爲脅迫；有謂有排除危害義務之人，不排除其危害，而使其畏怖心存續，實屬違反其義務，應認爲脅迫；有謂告知使其畏怖心存續，即係告知將來之危害，應認爲脅迫，但無告知義務之人，於此情形，則並非違法；有謂須畏怖心新由脅迫行爲而發生，始可認爲脅迫，嚴格而論，脅迫

與畏怖，既須有因果關係，則畏怖非由脅迫而生者，初不能謂爲脅迫已生效果，故就中以最後一說爲可取。

脅迫與意思表示，須有因果關係，非意思表示由於脅迫而生畏怖心者不可，惟因脅迫而爲之意思表示，必須爲脅迫者所要求之事項，否則，縱因脅迫而爲意思表示，而實際非脅迫所要求者，例如甲脅迫乙欲使其與丙訂婚，丙因受脅迫而生畏怖，遂與丁訂婚，以期使甲絕望，不復加以脅迫，於此情形，丙丁之訂婚，實與甲脅迫行爲之願望不同，自不能與脅迫行爲相提並論。惟所謂脅迫人要求之事項，又並不以完全一致爲要件，甲脅迫乙欲使其買受某處土地千畝，乙因脅迫而買受五百畝，此際，乙買受之意思表示，仍係因甲之脅迫所致，不能有完全之效力。

因脅迫而爲意思表示者，既非自由之意思表示，而其不自由之程度

，又較詐欺爲尤甚，故法律上不問其脅迫爲相對人所爲，抑第三人所爲，均許撤銷，並得以其撤銷之事由，對抗善意第三人（民法第九十二條）。惟撤銷應於脅迫終止後一年內爲之，逾此除斥期間，或自意思表示後逾十年者，均不得撤銷（民法第九十三條）。又表意人因脅迫行爲而爲之意思表示，其心中存有不欲爲其意思表示所拘束之意者，係真意保留與意思表示不自由相競合，爲保護表意人起見，當以相對人之是否知情爲準，分別適用民法第八十六條但書及第九十二條。又因脅迫行爲而爲之意思表示，係違反公共秩序或善良風俗，或法律上禁止或強制之規定者，爲保護表意人起見，亦應適用民法第七十一條第七十二條之規定，視爲當然無效，不待撤銷。

### 第三 強制

意思表示，除因脅迫、詐欺而爲者外，亦有由於強暴行爲所致者，

凡直接以暴力使表意人爲一定之意思表示，例如以繕就之婚姻預約，強制使人簽字其上，此種意思表示，其效果與因脅迫之意思表示異。蓋強暴行爲，表意人實已完全喪失意志自由，而脅迫則否，故因脅迫之意思表示，得以撤銷，因強暴之意思表示，當然無效。

因強暴之意思表示，其強暴行爲，有謂須達於不可抗拒之程度者，亦有主張毋須具備此種條件，祇須因強暴而爲意思表示，卽歸無效者，依我人所信，對於強暴行爲，在法律上本無必須抗拒之義務，卽強暴在可以抗拒之程度，表意人並不抗拒而爲意思表示者，仍不能謂其意思表示爲有效，蓋強暴爲非法行爲，法律上並無予以保護之必要也。

#### 第七款 意思表示之效力

意思表示，在表意人及相對人，均欲使其發生法律上效力，惟法律

上之效力，與當事人所欲發生之效力，範圍未必盡同，例如因買賣而發生之支付價金，交付標的物等法律上效力，固爲當事人所欲發生者，然同時瑕疵擔保，危險負擔等義務，亦爲法律上所賦予之效力，此所謂發生效力，當指法律上所賦予之效力而言，殆無容疑。

意思表示，欲發生法律上之效力，必意思表示完全成立，而後效力隨以發生，惟並非意思表示一經成立，其效力卽行發生，換言之：意思表示成立之時期，並非當然爲發生效力之時期，例如遺囑雖已合法成立，然仍須待遺囑人死亡而生效（民法第一千一百九十九條）。

意思表示，有有相對人者，亦有無相對人者，前已言之，無相對人之意思表示，何時發生效力，民法雖未設明文規定，學者間通說，除法律上特別規定者外，應與意思表示，同時發生效力；有相對人之意思表示，則因其爲對話人間之意思表示與非對話人間之意思表示而不

同。

對話人者，謂表意人與相對人之間，處於直接可以交換意見地位之人也，反之，不能直接交換意見者，則爲非對話人，對話人與非對話人，其區別之標準若何，學說不一：有謂間隔一定之距離者爲非對話人，無顯著之間隔者，則爲對話人；有謂不能直接交換意見者爲非對話人，可以直接交換意見者爲對話人，比較而論，以後說爲可取。因表意人與相對人，雖在隔地，然未嘗不可利用交通利器，直接交換意見，如探前說，實未免失諸狹隘。故區別對話人與非對話人，與空間之距離無關，凡表意人與相對人間，直接可以交換意見，無須經過相當之期間，相對人即能受領者，爲對話人，反是則否。例如國際無綫電話通話後，表意人與相對人，雖互處兩國，然利用無綫電話而爲意思表示，有如晤對，不能謂非對話。又對話與非對話，與意思表示所



利用之方法無關，例如交易所之交易，通常以伸手爲買賣及其價金之表示；又如海軍童子軍，有以旗語爲其意思表示，瘖啞人有以符號爲其意思表示，只須其無須經相當之期間而能直接受領，仍爲對話，至時間之久暫，則依交易上一般之情形定之。至非對話人之意思表示，就其性質而論，有二特點：卽（一）必有相對人，（二）必相對人不能直接了解其意思表示而已。

意思表示，有有相對人者，有無相對人者，必意思表示有相對人，始有對話與非對話可言，因對話與非對話，以表意人與相對人是否能直接交換意思爲判別之標準，設意思表示無相對人，已失其判別之根據，且意思表示雖有相對人，苟能直接了解其意思表示，則爲對話，此參之前段之說明，卽可瞭然，茲不贅。

於茲更有一問題，卽表意人向相對人爲意思表示，利用傳達人代其

表示意思者，例如甲欲向乙爲意思表示，命丙爲傳達人，代爲傳達意見，於此場合，其爲對話抑非對話，學說上不無爭論：有謂此時之意思表示，於傳達時始能成立，故係直接傳達意思，應爲對話；有謂此時之意思表示，相對人不能直接了解，故非直接交換意見，應爲非對話。依吾人所見，口傳之意思表示，相對人不能直接受領表意人之意思表示，與前述二性質，均屬相同，應爲非對話，至以其效力爲係對話之論據，則未免倒因爲果，蓋意思表示發生效力之時期，因其爲對話與非對話而不同，故必先判別其性質，而後始能解決其生效時期，若以生效時期而爲區別對話與非對話之標準，而欲得其正鵠難矣。

非對話之意思表示，其法律上之效力，究自何時發生，立法之主義有四：（一）表示主義，自意思表示完成之時，即發生效力，換言之，意思表示一經成立，法律上之效力，隨以俱生，例如信函已經封緘是

。(二)發信主義，表意人以通知相對人爲目的，置其意思表示於自己實力支配之外，方始發生效力，如信函已經發送是。(三)受信主義，亦稱到達主義，以相對人受領表意人之意思表示，方始發生效力，如信件已經按址投遞是。(四)了解主義，以相對人了解表意人之意思表示，始發生效力，如信函已經相對人啓封閱覽是。就中表意主義，一經表示意思，卽生效力，循以表意人之主觀意思爲準，證明極感困難；發信主義，意思表示甫經發送，相對人並未接受，卽令表意人受其拘束，未免保護相對人過甚；了解主義，循依相對人主觀情形而定，因其能力之高低，發生效力之時期，遂因而不同，且究竟是否了解，亦苦無法證明，故我民法，於原則上採受信主義（民法第九十五條第一項前段），蓋意思表示一經到達，相對人或爲種種之準備與處置，爲保護相對人起見，應令表意人受其拘束，此種規定，頗能適合交易

上需要；惟尙有例外情形，即撤回之效力，容後述之。

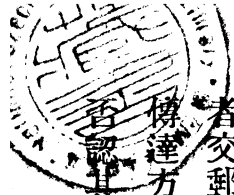
非對話人間之意思表示，我民法採受信主義。即於其意思表示以通知到達相對人時，發生法律上效力。何謂到達？學說有二：有謂須使相對人就其通知取得占有，例如信函入於相對人之手是；有謂須使對人居於可以了解其通知之地位，就非對話之意思表示之情形而論，如利用傳達人口傳，此際相對人僅有了解，無從取得占有，故兩說之中，以後說爲可取。惟相對人之是否了解，應依通常情形認定，例如以信函送達於相對人之住所，依照通常情形，可使相對人收受了解，即爲已經到達，不必由相對人或其代理人親收拆閱也。又到達須依實際情形，使相對人處於可以了解之程度，故在客觀上一般人不易了解者，縱送達於相對人，亦不能視爲已經到達。例如以石鼓文作信函而爲意思表示，或以瞽者所用之符號，而爲意思表示，通常人均不易了

解，自不生到達之效果。惟相對人如有較高之技能，例如爲金石書畫專家，或爲盲人教育專家，則對於石鼓文及瞽者所用之符號，自當能明瞭，於此場合，又宜以相對人之主觀之技能爲準，申言之：卽相對人之程度，較一般人爲高時，亦可捨棄客觀情形，而從其程度，所以重實際也。至送達於相對人住所以外之處所，則應俟相對人到達其送達地，方爲到達，不以交付爲標準，此又當依其情形而分別論定焉。

到達之意義，已如前述，惟相對人拒絕收受者，是否認爲到達，在學說上尙有爭執，而通說則以其拒絕之理由是否正當爲斷，如有正當理由拒絕收受，則爲未到達，如無正當理由而拒絕收受，則視爲到達，至理由之是否正當，則須依實際情形審定。又於夜間送達，是否爲到達，學者間亦有爭論，而通說則於通常可以到達之時期，方爲到達，例如夜間投信函於相對人，相對人例須於次晨方行啓箱，則當以次

晨到達論矣。

到達爲意思表示發生法律上效力必經之途徑，然亦須出於表意人之意思，換言之：卽表意人欲其意思表示發生法律上效力而希望其到達，故爲意思表示之際，必須有相對人表示之意思，例如偶於第三人談話時，微行露意，于此情形，無論第三人是否爲之轉達，均不得謂之到達；且傳送其意思表示，亦須出於表意人之意思，例如於信函繕就後，忽不欲爲意思表示，擱置案頭，他人不知，誤爲投送，此種場合，亦不得謂已經到達；惟表意人有傳送其意思表示而爲傳送，無論其方法與表意人之預期相當與否，均可生到達之效力，例如以信函命侍者交郵寄遞，乃侍者爲節省郵資起見，而自行送達，此種意思表示之傳達方法，固與表意人所預期者不同，然生到達之結果則一，卽不容否認其效力。



非對話人間之意思表示，因到達而生效力，是到達為意思表示發生效力之要件，然學者間亦有主張到達為意思表示成立之要件者，謂意思表示，須到達方為完成，完成始生效力，此兩說中，以前之有效要件說為可取，蓋以意思表示，有於成立時即發生效力，而無所謂到達者，且吾民法第九十五條第一項，明定「以通知達到相對人時，發生效力」，則採有效要件說，尤無容疑。

到達，既為非對話人間意思表示之有效要件，故於到達之後，即發生種種效果，表意人應受其拘束，依吾民法所規定，約有二端：（一）不許撤回，因到達之後，相對人必為相當之準備，若許隨時撤回，勢必受不測之損害，故除撤回之通知，先於意思表示之通知到達或同時到達者外，一概不許撤回，以示保護，而祛流弊（民法第九十五條第一項但書）。例如以信函為意思表示，於到達前，即以電報通知相對

人撤回其意思表示，而此撤回之通知，又先行到達或同時到達者，方許撤回，一卽意思表示之通知發出後，不因表意人之死亡，喪失或限制行爲能力而失效（民法第九十五條第二項），因到達不過僅爲意思表示之有效要件，意思表示之通知，既經發出，卽應成立，不能因死亡或喪失或限制行爲能力而受影響，亦所以保護相對人也。死亡包括死亡之宣告而言，喪失行爲能力，指宣告禁治產而言，惟行爲能力受限制一語，則頗費解，因限制行爲能力，本法以年齡爲標準，人之年齡，與時俱進，決無發通知時已取得行爲能力，其後反受限制之理，意者，或指代理權之限制而言乎，然代理權之限制，既不足以對抗善意第三人，代理人之意思表示，又直接對本人發生效力，又決不指此而言，然則所謂行爲能力受限制一語，其爲贅文乎？（註九）

非對話人間之意思表示，如因相對人有隱匿逃亡等情事，致所在不



明，或表意人並無過失，而不知其姓名或現實住址，則所對之爲意思表示，事實上甚感困難，故我民法規定，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達爲其意思表示（民法第九十七條）。惟民事訴訟上之公示送達，係法院對於當事人之送達行爲，而本法所謂得依公示送達爲意思表示，不過認許表意人之意思表示，得依公示送達之方法行之，二者情形，未必盡同，故民事訴訟法上關於公示送達之條文，有未能盡行適用者。

公示送達者，謂依一定之方式，將文書公示，經過一定之期間，視爲送達是也。意思表示欲採用民事訴訟法上公示送達之程序，必須不知相對人之姓名或住所，而不知之原因又須非出於表意人之過失，例如相對人於遷居之時，已將住址通知表意人，因表意人遺忘而無從對之爲意思表示者，因表意人本身實有過失，爲保護相對人計，不許依

公示送達之意思表示。至非因表意人之過失致不知相對人之姓名或住所，法律上僅規定得依公示送達而爲意思表示，是否如此，表意人自有選擇之自由，假令以其他方法而爲意思表示者，例如以信函託相對人之家族轉寄等情形，並不依公示送達之方法表意，亦非法所不許。

非對話人間之意思表示，發生法律上效力之時期，已如前述，至對話人間之意思表示，究於何時發生法律上之效力，學說亦不一致：有謂應採了解主義者，有謂應採到達主義者，亦有謂應以到達主義爲原則，了解主義爲例外之折衷主義者，我民法第九十四條規定：「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」，蓋明文規定採了解主義，所以免學說上之紛爭也。

了解主義之意義，前已述之，茲不贅言。惟法律上規定相對人了解時，僅以受意思表示之相對人有了解之可能爲已足，是否有了解之可

能，則依通常之情形決之。若相對人故意掩耳不聞，或閉目不視，致對於表意人以言語或文字所爲之意思表示，不能了解，此乃基於相對人之故意或過失所致，自不能謂未了解，使意思表示之效力，受其影響。惟了解以相對人有了解之可能爲已足，不以現實了解爲條件，然相對人苟有客觀的故障，則又當以實際上了解爲必要，例如相對人爲聾者，乃以言語對之爲意思表示，仍屬充耳不聞，相對人爲瞽者，乃以文字對之爲意思表示，仍屬視若無睹，此乃表意人爲意思表示之方法，不能切合相對人之環境，自不生意思表示之效力，必如此，方足以保護有客觀有特殊故障之相對人焉。

#### 第八款 意思表示之受領能力

意思表示之受領能力者，謂消極的受領他人意思表示之能力也。前述意思表示發生法律上效力之時期，均就對於通常人爲意思表示而言

，若對於無受領能力人之意思表示，則其發生法律上效力之時期，有異乎是者。

無受領意思表示能力之人，不能自行受領他人之意思表示，即實際業已受領，亦不生意思表示之效力，蓋受領意思表示，非意思表示，亦非法律行爲，不能適用行爲能力之規定，必有特別之規定，始足以資保護，而昭周密。

無受領意思表示能力之人，爲無行爲能力人及限制行爲能力人，無行爲能力人，包括未滿七歲之未成年人及宣告禁治產人（民法第十三條第一項及第十五條）而言，限制行爲能力人，即滿七歲以上未結婚之未成年人（民法第十三條第二項及第三項），意思表示如以此等人爲相對人，因相對人爲無受領能力人，尙不能生效，因民法第七十六條明定無行爲能力人由法定代理人代受意思表示，又第七十七條明定限

制行爲能力人受意思表示，應得法定代理人之允許故也。惟限制行爲能力人，依民法規定，已得法定代理人允許，或純獲法律上利益，或依年齡身分爲日常生活所必需者（民法第七十七條第七十九條第八十四條），其受領之意思表示，在解釋上，則應分別其對話與非對話，認其於了解或到達時成立，以符立法之精神焉。

無行爲能力人，限制行爲能力人，其本身並無受領意思表示能力，前已言之，故向此種人爲意思表示，應自其通知到達其法定代理人時，發生效力（民法第九十六條）。其所以俟到達法定代理人時始生效力者，無非以無行爲能力人由法定代理人受意思表示，既爲民法第七十五條所明定，而限制行爲能力人未得法定代理人之允許，不能受意思表示，又爲民法第七十七條反對解釋之結果故也。惟依民法第九十六條規定，表意人向無行爲能力人或限制行爲能力人所爲之意思表示

，亦非當然無效，於其意思表示到達於相對人後，仍可發生效力，故祇須受意思表示之無行為能力人或限制行為能力人，能將所受之意思表示轉達於法定代理人，即可生效，初非必須向其法定代理人直接表示也。

雖然，民法第九十六條之規定，謂於通知到達法定代理人後，發生效力，其指非對話人之意思表示而言，其義至明；至對話之意思表示，究備如何之條件，方可生法律上之效力？此可分別情形而論：卽對於無行為能力人之意思表示，學者一致認為應向其法定代理人爲之，否則無效；對於限制行為能力人之意思表示，有主以民法第九十六條之規定，類推適用，俟法定代理人了解時生效者，有主應向法定代理人爲之，否則亦應認爲無效者，然余以民法第九十六條之規定，不過爲例外情形，對話人間之意思表示，既無同樣之規定，不應認許其效

力，方與保護限制行爲能力人之法意相貫徹。

### 第九款 意思表示之解釋

意思表示之解釋者，探求意思表示之意義之謂也。蓋意思表示，或以言語，或以文字，不免曖昧不明，爲明瞭其意義起見，有時實有待於解釋，以期闡明；惟意思表示之解釋，與探求表意人之真意無關，蓋解釋僅求闡明意思表示本身之意義，至若表意人內部之真意，在所不問，卽探求之結果，意思表示與真意不符，亦不過意思與表示齟齬之問題而已。

意思表示，如有待於解釋時，則其方法若何，不可不有明文規定，故我民法於第九十八條曰：「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。」既須探求其真意，則一切事實，凡足以闡明其表示行爲之意義者，均宜參酌，卽意思表示之方法，亦宜攷慮及

之。所用之辭句，雖不得拘泥，然假令斟酌一切之結果，與辭句所表示之意義，並無二致，則亦非必須捨辭句作其他之解釋，總以不失當事人真意爲最大之原則。例如某甲爲乙保證，於保證契約載明，「如有糾葛，由甲負責」等語，就其文字觀察，甲雖未明稱拋棄民法第七百四十五條之檢索抗辯權，然按其當時之情形，如可證明其所謂由甲負責一語，即係指拋棄檢索抗辯權，由甲逕行負責之意，即亦不能拘泥於辭句上無拋棄等用語，而謂其檢索抗辯權未經拋棄。

意思表示之解釋，應探求當事人間之真意，不得拘泥於辭句，已如前述，然此不過概括規定其原則而已，若實用之際，尙有應加注意者：

一 法律之規定，有屬強行規定，有屬任意規定，任意規定，即所以解釋當事人之意思表示，前已言之，故在解釋意思表示之際，除當事人有與任意規定相反之意思表示，爲尊重當事人之意思起見，須從



其表示外，如內容未有特別之訂立，則宜運用任意規定，以爲解釋或補充；惟如雙方當事人之經濟力失其均衡時，則應以任意規定爲強行規定，以資調協。

二 意思表示不明，又無任意法規可資解釋補充者，則宜以習慣法則，以爲解釋之標準。蓋某種事實，在交易上既有顯著習慣，而當事人又無特別意思表示，即應推定其意思表示以交易習慣爲內容。此所謂習慣，學者有謂與民法第一條所稱習慣法作同一解釋者，亦有謂非習慣法而係事實習慣者，依余所信，應取前說，從而習慣如違反公共秩序或善良風俗者，不能爲解釋補充之標準（民法第二條參照）。

此外：在他國法律中，有規定意思表示之解釋，應不背誠實信用之原則者，我民法於意思表示之解釋，雖未著明文，然實則爲事實所當然。所謂應探求當事人之真意，亦無非求此原則之實現而已。

## 第六節 附款

### 第一款 概說

法律行爲之效力，可由意思表示而發生，亦可以意思表示限制。故於法律行爲之際，不欲其立時發生法律上之效果者，可加以限制，此種限制，學者稱之曰附款。

附款之性質，究爲附屬行爲抑單獨行爲，學者間不一其說：有爲係附屬行爲者，有謂係單獨行爲者，依前說，則於意思表示之際，尙有一欲限制其法律上效力之意思表示，依後說，則以欲發生法律上效力之意思表示，與欲限制其法律上效力之意思表示，合而爲一個意思表示，並非欲限制法律效力之意思表示，自爲獨立而非附隨於其間，輒近學者間，以取後說者爲多。（註十）

附款，通常可分爲三種：曰條件，曰限期，曰負擔。條件者，表意

人以客觀的不確定事實之成否爲限制，以決法律行爲之效力者也。例如君如出洋留學，余當助汝學費是。期限者，以法律行爲之效力，繫於將來確定時日之到來者也，例如三十日後，贈君百元是。負擔者，使負擔一定之義務，以決法律行爲效力者也，例如今贈汝鑽戒一枚，惟汝須爲余償還某處債務是。

條件、期限、負擔，固同爲附款，然適用上則以條件與期限爲廣，故我民法總則，僅就此二者，設有規定，茲分述之。

## 第二款 條件

### 第一 條件之概念

條件者，表意人以客觀的不確定事實之成否爲限制，決定法律行爲之效力者也。法律行爲，以他種事實決定其效力者，情形有二：一爲法律上所加之限制，一爲當事人所加之限制。法律上所加之限制，曰

法定條件；當事人所加之限制，曰指定條件。法定條件，既係法律上所加之限制，非行為人所可左右，故不在此所謂條件之內。

條件，所以限制法律行為之效力，換言之，法律行為效力之發生或消滅，全以條件之成就與否為依歸。惟其附加之限制，必須為客觀的不確定之事實，即一般人之觀念，認其事實之成就與否，未能確定，若現在或過去之事實，則已可完全確定，固不得以之為條件；即事實雖非過去或現在，而其成就與否實已確定，僅當事人主觀的認為尚未確定者，亦不得以之為條件。

為條件內容事實之是否確定，固當以客觀的方法決之，然所謂客觀的方法，亦須不背一般的經驗法則，例如以天時氣候為條件，雖在物理上或為已經確定之事實，然在一般人的經驗中，則猶為一未確定之事實，故祇須依一般的經驗法則，認其內容事實尚未確定，即足為條

件，而附加於法律行為焉。

## 第二 條件之類別

條件，亦可就其性質，別爲若干種類，茲分述之：

一 停止條件與解除條件 條件，限制法律行為效力之發生者，曰停止條件，限制法律行為效力之消滅者，曰解除條件。附停止條件之法律行為，須於其條件成就之時，始能發生效力，例如汝能考入大學，余將資助學費，是贈與學費之行爲，須俟考取大學之條件實現以後，方生效力，若不能考取大學，則條件尙未成就，贈與學費之契約亦即無由發生效力。附解除條件之法律行為，須於其條件成就之時，消滅其效力，例如汝在大學之學費，由余負擔，惟汝如成績列入劣等，即行停止，是贈與學費，雖早已生效，若成績一列劣等，即行取消贈與，故成績列入劣等之條件成就，贈與學費契約之效力，隨以消滅。

就此以觀，附停止條件之法律行爲，其效力之發生，繫於不確定之狀態；附解除條件之法律行爲，其效力之消滅，繫於不確定之狀態，胥以條件之成就與否，爲其依歸。惟學者間，亦有只認停止條件者，謂解除條件，係於原來之法律行爲外，另一法律行爲，不過二者合而爲一而已，此種主張，無論在理論上未能贊同，且與我民法之規定相反，自不能謂爲正當。

二 積極條件與消極條件 條件之內容，爲不確定之事實，此種事實之發生，卽生某種變態者，曰積極條件；此種事實之發生，卽不生某種變態者，曰消極條件。積極條件內容之事實發生，既以生某種變態爲必要，故條件成就時之狀態，必與現實之狀態異。例如君如能赴災區放賑，余當捐助賑款是，蓋現時尙未赴災區放賑，若赴災區放賑之條件成就，卽與現狀不同。消極條件內容事實之不發生，自不生某

種變態，故條件成就時之狀態，必與現實之狀態同。例如君如不遠離鄉井，而能在家侍奉高堂，則余當助汝生活費是，蓋現時固未遠離鄉井，若此後亦不遠離，則條件成就，其結果與現時了無異致。積極條件與消極條件，同時可為停止條件或解除條件：例如君如勤讀，余當贈汝百金，此係積極的停止條件；又如君如不曠課，余當贈汝百金，此係消極的停止條件；又如某處闢為商埠，君住之屋，應即歸還，此係積極的解除條件；又如明日如仍不放晴，借君之雨具，應即歸還，此係消極的解除條件。此種區分，在我民法雖未設明文規定，然實際上可為判別條件成就與否之標準。

三 隨意條件、偶成條件及混合條件 隨意條件者，謂其成就之原因，繫於當事人一方之意思之條件也；換言之：即條件因當事人一方之意思可以成就者，例如君如願伴我出遊，當奉千金；又如君如能奮

勉爲學，當助學費，凡此件同出遊及奮勉爲學之條件，均係基於當事人一方之意思所可以成就者。隨意條件之中，可分爲純粹隨意條件與非純粹隨意條件，純粹隨意條件，其成就與否，完全基於當事人一方之意思，例如前述件同出遊，勤奮爲學，均係個人所可自主者；非純粹的隨意條件，亦曰普通隨意條件，謂其條件之成就與否，於基於當事人一方之意思之外，並須顧及其他事實，例如君如與某女士結婚，又如君如能協議離婚，余當贈君費用，結婚與離婚，除自願外，並須得他方之同意，非一人片面之意思所可成就者也。

純粹的隨意條件之中，又分爲權利人之純粹隨意條件與義務人之純粹隨意條件。權利人之純粹隨意條件，謂由權利人之意思，以決定條件之成否，亦曰積極的純粹隨意條件，例如君如經營商業，余當奉贈千金是。義務人之純粹隨意條件，則成就與否，當由義務人之意思以



定，亦稱消極的純粹隨意條件，例如明日余如不成行，當贈君千元是。惟消極的純粹隨意條件，其在法律上之效力如何，學說不一：有主有效說，謂應認許其效力者；有主無效說，謂不宜認爲有效者；亦有折衷說，謂是否有效，視其情形而定，如係當事人一方負義務時，應認爲無效者，如係雙方負義務時，應認爲有效者。關於此問題，日本民法第一三四條，設有「附停止條件之法律行爲，其條件單繫於債務人一方之意思者無效」之規定，而我民法則未置專條。以余所信，以有效說爲最有力，蓋法律上既認許附條件之法律行爲，復無附消極的純粹隨意解除條件無效之特別規定，不能不加以認許，至欠缺法效意思，不過係意思表示本質之缺陷，並非附條件之結果，此不可不加區分也。（註十一）

偶成條件者，謂其條件成就與否，非當事人之意思所能決定者，例

如明日如大雨，當贈千元，又如明日如不發生地震，當贈千元，均係因自然界之現象而成就者，又如如明日甲來我處，當贈君千元，此係因第三人之行爲而成就者。至混合條件，則由當事人之意思及第三人之意思所決定而成就之條件，亦可謂隨意條件與偶成條件之組合，雖學者之通說，認爲有效，然與普通純粹條件，不易得一正確之區別，斯其病耳。

四 表現條件 表現條件者，謂具有條件之外表，而無條件之實質之條件也，故學者亦稱之曰假條件，非真正之條件或質似之條件。表現條件，在外國民法中，有以明文規定其效力者，我民法雖未設規定；然表現條件與我民法所規定之條件，其效力既不相同，卽有區別之實益，故于此分別加以說明，以免二者混爲一談。

(一) 法定條件 謂因法律之規定，或法律行爲之性質，爲法律行

爲效力應具之要件事實也，既爲法律所明定或係其性質所當然，顯非當事人之任意所附加，卽當事人以其任意而附加，亦不過畫蛇添足，例如遺囑自遺囑人死亡時發生效力，本爲民法第一千一百九十九條所明定，乃立遺囑人更以此爲條件，附加余如死亡，本遺囑始生效力之條件，又如贅夫之子從母姓，本爲民法第一千零五十九條第二項所明定，乃入贅更以此爲條件，附加所生子女從母姓之條件，此種行爲，實無實益可言。

惟法定條件中，亦有可爲條件者，如於爲法律行爲時，其事實尙未確定者是，例如出賣人出賣財物，固以自己所有爲要件，此乃法律行爲所當然者，若當時尙未取得物之所有權，而以將來如果取得所有權必賣與君爲條件，仍不能謂爲表現條件，此又當就其情形分別論定也。

(二) 既定條件 謂爲條件之事實，在法律行爲時，已經確定之條件也。條件，本以將來不確定之事實，決定法律行爲效力之發生或消滅，此爲條件性質上必具之要件，若其事實已經現實的確定，則效力之發生或消滅與否，可以立決，又何必附加條件，故既定條件，亦爲表現條件之一。惟既定條件，爲條件內容之事實，既以已經確定爲必要，則確定究以何時爲標準，在解釋上自以爲法律行爲而附加條件時爲斷，例如君如入校求學，余當資助學費，實則早已入校，又如君如已經畢業，余當停止補助，實則早已畢業，此入校與畢業，應以附加條件時已未確定爲準，如附加條件時確未確定，移時始確定者，雖相去甚暫，然止可謂之條件之成就，不能謂係表現條件。既定條件之效力，在日本民法第一百三十一條規定：「條件，於法律行爲當時，已經成就者，其條件爲停止條件時，其法律行爲，視爲無條件，爲解除

條件時，無效」，又同條第二項規定：「條件之不成就，在法律行為當時已確定者，其條件爲停止條件時，其法律行為無效，爲解除條件時，視爲無條件」，我民法雖未設明文，而學者多主採同一之解釋。又既定條件，如法律行為當時，尙不知其已經確定時，其效力究屬如何，在日本民法第一三一條第二項亦有規定，我國學者，以此種情形，實無加以保護之理由，多主張不必仿日法例而作同一之解釋。

(三) 不法條件 謂爲其內容之事實，足致法律行為不法之條件也，其情形有三：(一)法律行為條件之內容本屬不法者，例如以賭博爲雇傭之條件，以殺人爲遺贈之條件是也。(二)爲條件事實之內容，本非不法，因附爲條件，則足致法律行為爲不法者，例如以終身不信教爲贈與之條件，蓋信仰宗教，爲個人之自由，如終身不信仰宗教，原非不法，然以之爲條件，使受拘束，足使契約成爲無效。(三)法律行

爲以不爲不法行爲爲條件，例如以不犯罪爲贈與之條件，表面上觀之，雖爲獎勵守法，實際上不爲不法行爲，乃爲法律上應負之義務，若以之爲條件，反足助長不法行爲，故亦爲不法條件之一。至於爲條件內容之事實，雖爲不法，然不致法律行爲陷於不法者，如以犯罪爲雇傭契約之解除條件，此則不能與表現條件，相提並論，使同罹於無效也。不法條件，日本民法第一百三十二條規定：「附不法條件之法律行爲無效，以不爲不法行爲爲條件者亦同」，我民法雖未設明文，然在學者間，亦多主同一之解釋，依第七十一條或第七十二條，爲當然無效。

(四) 不能條件 謂爲條件內容之事實，客觀的不能成就者也。條件之內容事實，如何方爲不能，學者間有主絕對不能說者，亦有主相對不能說者，前者以爲條件內容之事實必絕對的不能，始爲不能條

件，後者則以雖非絕對不能，苟實現困難，卽爲不能條件，例如徒步而登華嶽之巔，雖非絕對不可能之事，然常人遇之，確非容易，在主絕對不能說者，則非表現條件。在主相對不能說者則否，而學者間之通說，則主後說。至不能原因，爲法律上之不能，抑事實上之不能，則在所不問。

不能條件，與既定條件不同，既定條件，謂爲條件內容事實之成就，已經確定，而不能則謂爲條件內容事實之成就，爲不可能，故不能條件，僅就吾人客觀的見解，斷爲不能成就，而既定條件，則爲根據現實之事實；謂其已經確定，在表面上觀之，不能卽爲確定，實則二者絕不相侔，不可不注意者。

附不能條件之法律行爲，日本民法第一百三十三條規定：「附不能之停止條件之法律行爲，無效；附不能之解除條件之法律行爲，視爲

無條件」，我民法未設明文，學者主採同一之解釋。

(五) 矛盾條件 爲條件內容之事實與法律行爲內容相衝突者，曰矛盾條件。例如君如不讀書，余當贈與學費；君如在家而不出外旅行，余當贈與川資，此不讀書與贈與學費，及在家不旅行與川資，其條件事實與法律行爲之內容，均互相齟齬，故稱曰矛盾條件。

附矛盾條件之法律行爲，其法律上效力如何？學者不一其說；有謂附解除條件者，其條件無效，附停止條件者，其法律行爲無效；有謂不問其爲停止條件及解除條件，苟其條件之內容事實與法律行爲矛盾，應一律無效。我國學者間，以條件既與行爲之內容衝突，不能認爲有爲法律行爲之意思，亦無認其局部有效之理由，故多從全部無效說，此與前述之既定條件等效力不同。

(六) 必至條件 爲條件內容之事實必能成就或必不能成就者，曰



必至條件。例如某君如死亡，則余當贈君千元是也，夫人孰不死，惟遲早之間耳，則死亡實係必至之事實，可無疑者；條件須以將來不確定之事實爲其內容，若其事實必至，與不能條件雖異，然適爲其反背，故學者間有稱爲消極的既成條件者。關於必至條件之效力，學者間之通說，如以爲停止條件，視爲無條件，如以爲解除條件，則其法律行爲無效，惟必至條件具有不確定條件之性質者，又當別論矣。

### 第三 避忌條件之法律行爲

法律行爲，有許附條件者，亦有不許附條件者。在羅馬法，除遺囑外，概不許附加條件，其後始以實際上之需要，逐漸擴充其範圍，而許附加條件。近代法制，以社會複雜，人事紛繁，有時欲爲某種法律行爲，同時更顧慮其他事實，非許附加條件，不免使人束手，不便孰甚，故以許其附加條件爲原則，不許附加條件爲例外。

從立法沿革上言，附條件之法律行爲，法律上許可之範圍，因社會進化而日趨擴充，此實係法律之時代化，使切實用耳。我民法雖未揭發此項原則，然既以條件規定於總則編，更以不得附條件之限制，分定於分則各編；則其隨社會之進化而以許附加條件爲原則，實無容疑。然法律行爲，有因明文規定禁止附加條件者，有因法律行爲之性質，不容附加條件者，此種情形，學者稱之曰避忌條件之法律行爲，此二種行爲，一經附加條件，即影響於法律行爲之效力者也。至其禁止附加之原因，有基於保護公益上之理由者，有基於保護私益上之理由者，除法律明文禁止者外，悉依其行爲之性質定之，惟亦有例外之情形，要當隨事注意焉。

法律行爲，因法律明文規定，不能附加條件者，例如我民法第三百三十二條第二項規定：「前項意思表示（按即指抵銷之意思表示），

附有條件及期限者無效。一是抵銷之行爲，無論附停止條件或解除條件，既均認爲無效，則其行爲爲避忌條件之法律行爲明矣。至因其行爲之性質，不容附加條件者，其理由有二：以其有背公益者，若結婚，離婚（註十二），非婚生子之認領，終止收養關係等，苟許附加條件，均不免妨害公共秩序或善良風俗，例如於結婚時約定如余與他人戀愛，即可離婚是也。以其有害私益者，則以單獨行爲爲多，若撤銷權之行使，承認，債之選擇，契約之解除等，蓋法律既許依單獨行爲決定法律關係，對於行爲人本已予以相當保護，若更許附加條件，則保護過分，適足以害及相對人之權利，例如於行使選擇權時，附以某物如跌價，余則不願受領是也。惟應注意者，不容附加條件之法律行爲，如其條件內容相對人得任意成就者，例如以欠租爲解除租約之條件，則只須相對人不欠租，即不致解除租賃關係，此種事實，無害於相對

人之利益，應許附加，至相對人同意附加者，尤無干涉之理由。

避忌條件之法律行爲，竟附加條件，其法律上之效力如何？有謂其附加之條件無效，即視爲無條件者；有謂其法律行爲無效者。余以無效之法律行爲，法律上本有明文規定，避忌條件之法律行爲而附加條件，法律上既未規定其爲無效，而視爲無條件，已可保護公益或相對人之私益，故以前說爲可採。（註十三）

#### 第四 條件之成就與不成就

##### 一 條件之成就

附條件之法律行爲，須於條件成就之後，始生效力，條件之成就者，即爲條件內容之事實發生之謂也，祇須附條件以後所發生之事實，與爲條件內容之事實相符，即爲條件之成就。例如君如考取某校，余當贈汝學費，是被某校錄取之事實發生，亦即與考取某校之條件相符

，其爲條件之成就，實無容疑。

條件之成就與否，可分兩方面觀察，在積極條件，爲條件內容之事實發生變動時，爲條件成就，例如君如願赴杭旅行，余當贈君川資，在附條件當時，固未旅行，而條件成就之際，又必須旅行，此由未旅行而爲旅行，卽爲現狀發生變動；在消極條件，爲條件內容之事實不生變動，始爲條件成就，例如某君如不南來，余當贈君千元，在附條件當時，某固未曾南來，而條件成就之際，亦必須某君未曾南來，此種始終不來之事實，卽爲現狀不生變動，此就條件性質上觀察應有之結果，所應注意者，無論現狀之變動或不變動，須求其與爲條件內容之事實相符，然後始可認爲條件之成就。因條件之成就與否，爲附條件行爲法律效力所繫，或則效力因而發生，或則因而消滅，故後此事實之發生，究與爲條件內容之事實相符否，不可不細加審察也。

條件成就，謂爲條件內容之事實實現，換言之：卽後此所發生之事實，與爲條件內容之事實相符，前已述及；惟此外尙有法定成就之情形，雖未成就，亦視爲條件之成就，學者稱曰擬制之成就。

擬制之條件成就者，附條件之法律行爲，因條件成就而受不利益者，以不正當之行爲阻止條件成就時，卽視爲條件已經成就（民法第一百零一條第一項）之謂也，要件有二：（一）行爲之主體，限於因條件成就而受不利益之人，例如甲與乙約定，丙如來此，當贈君千元，甲乃暗中電丙，力阻其行，蓋丙果來此，則條件成就，甲應負給付贈與物之責任，其因成就而受不利益，至爲明顯，惟法律上所謂因條件成就而受不利益之當事人，並不以爲附條件法律行爲之當事人爲限，凡因條件之成就而受不利益之第三人亦屬之，例如甲遺囑謂如乙能考取某校，贈與學費若干，殆甲死亡後，其繼承人於某校詆毀乙之學行不

良，以期不予錄取，此種情形，亦可適用條件成就之擬制，至非因條件成就而受不利益之人，阻止條件之成就，則不能適用，縱使條件因該第三人之阻止而不成就，致因條件成就而受利益之當事人受有損失，儘可適用一般侵權行爲之法理以求賠償，不能視爲條件之成就也。

(二)須以不正行爲阻止條件之成就。所謂不正行爲，指行爲違反誠實信用者而言，並不以犯罪之行爲爲限。且此不正行爲，必出于因條件成就受不利益之人，更須與阻止條件成就有因果聯絡之關係。若條件之不成就，別有原因，縱令因條件成就而受不利益之人，無此不正行爲，其條件亦不能成就時，則條件之不成就，顯非因不正行爲所發生，仍不能擬制的視爲成就。如前例甲雖電丙力阻其行，然丙如臥病，即甲不電阻，亦不獲成行是也。

## 二 條件之不成就

條件之不成就者，爲條件內容之事實，確定不能發生之謂也，其情形適與條件之成就相反，蓋條件之成就，爲條件內容之事實，已經實現。而條件之不成就，爲條件內容之事實，不致實現。其情形亦因條件之爲積極或消極而異：積極條件，爲條件內容之事實發生，爲條件之成就，如爲條件內容之事實不生變動，則爲條件之不成就。例如甲與乙約定曰：汝能游泳過江，當贈君千元，於此情形，原以游泳過江爲條件，必已經游泳達於彼岸，始爲成就，若不能渡至彼岸，則爲條件之不成就。消極條件，爲條件內容之事實不發生，爲條件之成就，如事實已經發生，換言之：卽爲條件內容之事實發生變動，則爲條件之不成就。例如甲與乙約曰：丙如不他往，余當贈君千元，於此情形，原以丙不他往爲條件，必丙留現時所在地，始爲條件成就，若丙竟而他去，則爲條件之不成就。無論爲積極條件，消極條件，要均以爲



條件內容之事實發生變動或不生變動，爲區別其成就或不成就之標準，不過因積極條件，消極條件性質上之不同，故成就不成就之情形，適居於相對之地位而已。

條件之不成就，亦有出於法律上之擬制者，卽我民法第一百零一條第二項：「因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行爲，促其條件之成就者，視爲條件之不成就。」之規定是也。

條件擬制的不成就，要件有二：（一）主體限於因條件成就而受利益之當事人，（二）須以不正當之行爲，此可參照以前之說明，茲不贅；應注意者，條件擬制的成就，須阻止其條件之成就，而條件擬制的不成就，當促成其條件之成就。阻止其條件之成就者，謂其條件本可望其成就，徒以因條件成就而受不利益當事人不正之行爲加以阻力，故亦視爲成就；而促成條件之成就，其情形則反是，謂其條件本不致成

就，徒以因條件成就而受利益當事人不正之行爲，以促其成就，故亦視爲不成就。例如甲與乙約，丙丁如果離婚，余當贈君千元，是條件如果成就，乙可得千元之利益，乙因欲得此利益，遂進讒於丙丁之間，使其交惡，不能偕老，以促成其條件，於此情形，丙丁果因而離婚，表面上條件雖已成就，然因乙之行爲不正，法律乃視爲條件不成就，所以然者，亦無非保護善意之人，以維持誠實信用之原則而已。

#### 第五 附條件法律行爲之效力

附條件之法律行爲，其法律上之效力如何，可從各方面觀察，茲分述如次：

一 條件成就時之效力 條件之成就已經決定時，則法律行爲因條件所受之限制，自應除去，與無條件者同，行爲人所欲發生之效力，亦自發生，惟其內容，則因條件之爲停止條件或解除條件而不同：附

停止條件之法律行爲，因條件之成就，而發生效力，故行爲如爲債權行爲，因條件成就而債之關係發生，行爲如爲物權行爲，因條件成就而發生設定或移轉物權之效力。例如甲與乙約，汝如結婚，余當酌贈生活費若干，此爲附停止條件之債權行爲，乙一經結婚，甲乙間贈與之效力，即因以成立生效是也（民法第九十九條第一項）。附解除條件之法律行爲，因條件之成就，喪失其效力，故此種情形，其條件一經成就，已生效力之法律行爲，即歸諸消滅，不再有效。例如甲與乙約。君現失業，余按月酌贈生活費若干，如將來覓得職業，即行停止。此爲附解除條件之債權行爲，雖贈與之關係，早已發生，然既附有解除條件，則一旦乙覓得職業，條件已經成就，贈與之效力，自不能再行繼續（民法第九十九條第二項）。總之：附解除條件者，其法律行爲之效力，自條件成就之時發生，附停止條件者，其法律行爲之效力，

自條件成就時消滅，此乃性質上應有之不同。且此種效力之發生或喪失，乃屬當然，無須當事人之知悉，亦無待當事人之主張。例如甲與乙約定，如丙能出洋留學，余亦贈君資斧出洋，如日後丙果出國，雖爲乙所不知，甲亦應贈與，卽乙不爲主張，甲亦不因而免責也。

附條件行爲效力之內容，已如前述，惟其效力究自條件成就時發生，抑應溯及既往，自行爲時發生，學說及立法例，頗不一致：有謂條件既已成就，則與當時不附條件之情形相等，故其效力應溯及既往，自爲法律行爲時起，發生效力；有謂附條件之法律行爲，條件成就，爲後來之事實，故祇能于成就時起發生效力，不能溯及既往；有謂法律行爲之效力，是否溯及既往，應視其爲停止條件抑解除條件而定，如係停止條件，其效力溯及既往，如係解除條件，則不溯及既往，此爲折衷之主張。我民法第九十九條第一項規定，「於條件成就時發生

效力」，同條第二項規定，「于條件成就時失其效力」，可知均不許溯及既往，良以法律效力之許溯及既往，必有種種之不便，就停止條件之情形以觀，例如甲與乙約定，君如結婚，余當月助生活費若干，苟越三年而乙始結婚，則甲于行爲時起至結婚時止三年以內之生活費，亦須依約補助，反之，就解除條件之情形以觀；例如甲與乙約定，君失業余固當酌助生活費若干，若覓得職業，卽行停止，苟乙三年後始得職業，則三年以前之生活費用，因法律效力之溯及既往，亦須負返還之責任，無論如何，非僅不能謂爲合理，抑且違反當事人之真意，其不足取，實不待言。

附條件之法律行爲，自條件成就時起，發生效力，並不溯及既往，此固依民法第九十九條第一二兩項解釋所得之結果，所以然者，欲其不悖當事人之真意耳，然此不過爲原則，苟當事人間另有約定，則爲

尊重當事人之意思起見，亦不可不設例外，民法第九十九條第三項規定：「依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。」即此意也。

當事人之特約，僅當事人間有特別之約定爲已足，不必於原來之法律行爲以外，另以特約定明，惟如非單獨行爲，且未於行爲時定明者，嗣後爲此特約，須得相對人之同意，當不待言。

以特別約定使法律行爲之效果不於條件成就時發生，許其效力溯及既往，無論溯及行爲當時發生效力，或溯及行爲時與條件成就時中間某一時間發生效力，均無不可，蓋例外既爲尊重當事人之意思而設，則當事人間欲於何時發生效力，可任其自由；惟不能使其效果之發生，遲於條件成就之後，因附條件之法律行爲，本應於條件成就時發生效力也。至當事人間僅約定溯及既往，並未指明溯至何時者，則應認

爲溯及行爲當時發生效力。又因特約使條件成就之效力溯及既往者，德民法只認當事人間有效，而日本學者，多主張於第三人間亦應認爲有效，我民法既無限制，卽不能謂僅止當事人間爲有效。又附條件之法律行爲，因條件成就而發生效力或喪失效力，不僅對於法律行爲之當事人間發生效力，卽對於第三人亦發生效力，同應受其拘束。例如甲與乙約定，余如不遷居，當以新建之房屋贈君，乙遂據以與丙訂立買賣預約，日後丙如遷居，則條件成就，在甲乙之間，贈與之契約成立，在乙丙之間，買賣預約，亦因而確定。故在當事人間有特約，而第三人又善意時，不能以此種特約相對抗，所以然者，因附條件之法律行爲，自條件成就時發生效力，人所盡知，若特約則未必普遍知悉，爲確保其權利起見，不得不如此解釋，否則，悉將假託特約而詐害於人，亦非法律之本意也。

二 條件不成就時之效力 附條件之法律行爲，條件成就時之效力，已如前述，條件不成就時之效力如何，我民法則未設明文規定，茲分別其爲解除條件或停止條件，說明如左：

附停止條件之法律行爲，如其條件確定其不能成就者，其法律行爲，即確定爲不生效力。例如甲謂乙曰：某輪如明日可以抵埠，余當贈君千元，乃以後獲得消息，某輪已觸礁沉沒，是某輪到埠之條件，已確定爲不能成就，從而贈與契約，亦可確定爲不能生效。惟所謂不能生效，與無效有別，無效溯及行爲之當時，即所謂自始無效者是，至不生效力，則於條件確定不能成就時，法律行爲之效力始不發生，初不可混爲一談也。

附解除條件法律行爲之效力，於條件確定其不能成就之時，不失其效力，換言之：即使原有之法律關係，繼續存在。例如甲與乙約定，



在汝未能任公職前，余當按月贈與生活費，嗣因乙被褫奪公權終身，是就任公職之條件，顯無成就之可能，從而其贈與之契約，即可確定爲不失其效力。惟應注意者，條件雖可確定爲不成就，然法律行爲，並不因而變更性質，質言之：原解除條件之法律行爲，因並不以條件之不能成就，變爲無條件之法律行爲也。

三 條件成就與否確定前之效力 附條件之法律行爲，條件成就或不成就時，其法律上之效力若何，具詳於前，惟在條件未成就，又不能確定其不成就之際，其效力尙未發生（指解除條件）或消滅（指停止條件），從而因條件所生之權利，及因條件所生之義務，均未取得及免除，惟當事人僅有取得權利或免除義務之希望而已，此種希望之性質如何，學者間不一其說，有謂係屬期待權者，有謂係屬法律上狀態，然依余所信，以前說爲可採，蓋因條件成就而取得權利或解除義

務，就其實體上觀察，究不能謂非權利；且此種希望，民法對損害者有應負損害賠償責任之明文（民法第一百條），苟非認爲一種權利，又何必設此規定耶？

條件之成就，附條件法律行爲之當事人，必有受益者，例如附停止條件之法律行爲，於條件成就時，法律行爲效力，因以發生，當事人之一方，因而獲得權利，固無容疑，即附解除條件之法律行爲，於條件成就時，法律行爲效力，因以停止，原負義務之一方，因無須更負義務，亦不得謂非蒙受利益，對於此種利益而有損害之行爲，自屬侵權行爲之一種，應負損害賠償之責任。惟對此種權利加害，必須在條件成就與否未定以前，若條件已經成就，則法律行爲之效力，早已發生或消滅，當事人亦早已因條件成就而受益，自更無加害之可能性。又該條所謂加害行爲，必非破壞條件之成就，或促成條件之成就，因

當事人就破壞或促成條件之成就，依第一百〇一條之規定，應視為條件之成就或不成就，且該條損害因條件成就而受利益之行爲主體，限於當事人，若爲第三人，固不能依該條論斷，然加害究爲一種不法行爲，因條件成就而受利益之當事人，亦不能謂非侵權行爲，可依民法第一百八十四條之規定，爲其損害賠償之根據。

惟於茲有應注意者，附條件之法律行爲，於條件未成就前，因條件之成就取得權利或消滅義務之希望，雖爲權利，然與通常之權利有別，故學者稱曰條件附之權利，與之對立之義務，則稱曰條件附之義務，而條件附之權利，其內容爲債權抑物權，固在所不問，但取得此等權利之權利本身，既非債權，亦非物權，實爲一種特殊之權利。

### 第三款 期限

#### 第一 期限之概念

期限者，對於法律行爲效力之發生或消滅，以將來確定發生之事實相限制之附款也。此種法律行爲，學者通稱曰附期限之法律行爲。

期限爲附加於法律行爲之限制，例如十年後余當以此古物贈君，此贈與行爲附期限者；又如今以不動產出典於君，以五年爲期，此典權之附期限者。此種期限之限制，必爲當事人所任意附加者而後可，若係法定期限及裁定期限，例如公告繼承人於一定期限內承認繼承之期限（民法第一千一百七十八條），法院審判長限期補正訴訟程式之期限（民法訴訟法第二百四十九條）等，均非此之所謂期限，亦猶法定條件，非爲附款之條件，其理相同。

期限既爲法律行爲之附款，故亦爲該法律行爲之效力所繫，換言之：有因期限而使法律行爲之效力發生者，亦有因期限而使法律行爲之效力消滅者，例如明年元旦，余當將所住之房屋，租賃與君，是租賃

行爲，因明年元旦屆至而發生效力；又如余按月津貼之款，截至明年年底停止，是贈與行爲，因明年年底屆至而消滅，所謂明年元旦，明年年底，均係法律上所謂期限，既須待其屆至生效或失效，可知其效力之發生或消滅，與期限相關至巨。附期限之法律行爲，因效力之發生或停止，固與期限不能分離，然就期限之本質而論，實亦不能離法律行爲而獨立，從而法律行爲中有附期限者，亦有不附期限者，而絕無不附於法律行爲之期限，蓋期限不附於法律行爲，勢將失其效用也。

期限爲對於法律行爲所加之限制，且爲行爲人任意所加，與條件之性質相同。所不同者，條件爲將來不確定之事實，而期限則爲將來確定發生之事實。蓋條件之成就與否，須視事態之演化而定，除不能之條件外，無法預知成就與不成就；而期限不過附加一定時間之限制，無論歷時之久暫，終有屆至之一日，故爲條件內容之事實，爲不確定

的事實，而爲期限內容之事實，爲確定的事實。

期限既爲確定之事實，故雖屬期限性質而其內容不能確定者，均非期限，例如君成年時，余贈君房屋一宅，成年雖爲期限性質，然有係滿二十歲而成年者，有因結婚而成年者，其屆至之期間，並不確定；又如余結婚時，當以住屋租賃與君，結婚雖爲人所不免，然究尙有不結婚之獨身主義者，且結婚年齡，雖有限制，然究亦有達於結婚年齡而未結婚者，其屬不確定，尤無待言，故此種附款，爲條件而均非期限。由此吾人可體會期限之爲確定事實，含有二種意義，卽（一）時期確定與（二）到來確定，必具備此二種要件，始得謂爲確定之事實，蓋前述成年之情形，因時期雖確定而到來不確定，結婚之情形，時期與到來均不確定，故與期限之確定性有所妨礙也。

期限爲限制法律行爲之效力所加條款，前已言之，惟期限對於法律

行爲效力，究係如何限制，立法例及學說，尙未能趨於一律：有規定始期係限制法律行爲之履行，而終期係限制法律行爲之消滅者，法國民法是也。日本民法，雖與法國民法爲同一之規定，然學者多謂始期係限制法律行爲之發生，而非限制其履行，吾人以爲法律行爲效力之發生爲一事，履行又爲一事，並非法律行爲一經發生效力，卽須履行，法律行爲附以始期之限制，不過使其於一定之時日，發生效力，並非謂使於一定之時日，卽行履行，縱有時生效之時卽屬履行之時，然未可執一而概其餘，仍當以之爲生效之限制，例如甲向乙曰：下月一日起，余於每月十五日給付若干元，此種法律行爲，應以下月一日爲期限屆至，法律行爲卽因而生效，十五日爲履行期限屆至，然法律行爲之效力，固早已發生矣，從可知二者不可混爲一談也。此外，有規定始期準用停止條件，終期準用解除條件者，德國民法是也。然彼國

學者間，仍有不同之學說：一謂始期限限制效力之發生，終期限限制效力之消滅；一謂終期固係限制效力之消滅，而始期則因其情形而異，如爲物權或準物權之行爲，固係限制效力之發生，如爲債權行爲，兼限制其履行，此可謂德民規定及日學者解釋外另一折衷之論，然法律行爲效力之發生與履行，既爲截然二事，有如前述，則此折衷之論，殊亦未可採取。

附期限之法律行爲，自期限屆至而生效力，惟在期限未屆至前，仍不失爲一種期待權，蓋附始期法律行爲當事人之一方，可因期限屆至而受利益，附終期法律行爲當事人之一方，可因期限屆至而免義務，故法律上對此可以期待之權利，亦與以保護，惟附條件之法律行爲，在條件未成就前，當事人若有損害相對人因條件成就所應得利益之行爲者，負賠償損害之責任，此在民法第一百條，設有明文，爲免爲重



複之規定起見，我民法僅於第一百零二條第三項設準用第一百條之規定。惟所謂準用者，僅其情形相似，始可援用同一之法理而已，若其性質上本不相同，自應視其情形而定，即如民法第一百條，係保護條件未成就前之期待權，而民法第一百零二條第三項，係保護期限未屆至前之期待權，從而第一百條所謂條件未成就前，在第一百零二條第二項之情形，必須爲期限未屆至前，此不可不注意準用二字，而就其本質上加以區分者也。

此外有應注意者，條件爲未來不確定之事實，而期限則爲已確定之事實，故條件可以促成或阻止，而期限則不然，從而民法第一百零一條阻止條件成就視爲成就，及促成條件成就視爲不成就之情形，在期限不能適用，我民法不設準用之規定，實非無故，即在不確定期限，因爲期限內容之事實已確定，不確定之時期，又非人力所可促成與阻

止，亦無同樣適用之餘地也。

## 第二期 期限之類別

一 始期與終期 始期者，期限屆至，法律行爲，始因而發生效力者也；換言之：於法律行爲何時發生效力，加以限制，稱曰始期，例如甲與乙曰：自明年秋季起，余當贈君學費，此贈與學費之行爲，附有明年秋季之限制，非屆至明年秋季，贈與即不能生效。終期者，俟期限屆至，法律行爲，因而喪失效力者也；換言之：於法律行爲何時喪失效力，加以限制，稱曰終期，例如甲與乙曰：余以房屋賃君，至民國三十年爲止，此租賃房屋之行爲，附有民國三十年止之限制，一俟屆至民國三十年，租賃即失其效力，其爲終期，亦不待贅言。

二 確定期限與不確定期限 確定期限者，爲期限內容之事實確定以外，其發生之時期，亦已確定者，例如明年元旦，明年國慶是也。

不確定期限者，爲條件內容之事實雖已確定，而其到來之時期，尙未確定者，例如某人死亡時是，蓋死亡爲人所不能免，第何時死亡，任何人均不能預卜。惟時期雖屬確定，而到來並不確定，或時期及到來均不確定者，則爲條件而非期限，前已言之，茲不贅。

三 約定期限與恩惠期限 約定期限，爲當事人任意約定之期限，均已詳前，恩惠期限，卽法院斟酌當事人境况所予分期給付或緩期清償之期限，我民法第三一八條所規定者是也。

### 第三 附期限法律行爲之效力

期限爲法律行爲效力所繫，故附始期之法律行爲，因期限屆至而生效力，附終期之法律行爲，因期限屆至而失其效力（民法第一百零二條第一項及第二項）。

附始期之法律行爲，如爲債權之讓與，債務人於期限未屆至以前，

應對何人而爲清償，學說有三：有主對受讓人而爲清償者，有主應對讓與人爲清償者，有主可對受讓人或讓與人間任何一人爲清償者，余以始期期限屆至以後，法律行爲之效力始能發生，從而附始期之債之讓與，在期限未屆以前，尙不生讓與之效力，債務人應向原債權人卽讓與人而爲清償。

附終期之法律行爲，如與所有權之永久性相矛盾者，例如甲對乙曰：余今以此物轉讓與君所有，三年後消滅，此實與所有權之永久性相矛盾，此種附期限之法律行爲，根本無效，不能亦認爲於期限屆至之時，失其效力。

關於期限屆至時之效力，能否溯及既往，法律無明文規定，在解釋上，條件與期限同屬附款，條件成就之效力，既不能溯及既往，則期限屆至之效力，自宜作同一之解釋，蓋如溯及既往，則不僅與附期

限之法則相矛盾，抑且與當事人之意思有所背謬，此可參照關於條件之說明，茲不贅。

## 第七節 代理

### 第一款 代理之概念

代理者，代理人於本人所授與權限之內，以本人名義，爲意思表示或受意思表示，而直接對本人發生效力之法律行爲也。其代爲意思表示或受意思表示之人，曰代理人，其相對人，曰第三人，而授與代理權之受該意思表示效力之人，曰本人或被代理人。

在羅馬法時代，原無代理制度，蓋以當時社會之組織簡單，事實上並無承認代理制度之需要；且當時羅馬之家族制度，家長有無上之權威，可使家屬及奴隸爲法律行爲而自收其效果，實際上與代理制度，殊途同歸；况當時法律制度，既着重形式，以他人之行爲，直接對本人發生效力，視爲逾越常軌。降至近代，社會情狀迥異往昔，交易頻繁，實難事必躬親，其爲意思表示或受意思表示，有賴於他人輔助者

，不一而足，故代理制度，遂亦應運而生。我民法關於代理之制度，除規定於總則編之外，更以代理權之授與，定諸債編，蓋以之爲債之關係之發生原因也。

代理制度，以他人爲自己之輔助，前已言之；惟通常補助之方法不一：有爲意思之補助者，如顧問，鑑定人是；有爲表示之補助者，如通譯，代筆人是；有爲傳達之補助者，如信差，使者是，然代理則必爲意思表示本身之補助，以補助人爲意思表示或受意思表示，而本身坐收其效果者是，與前三者不同也。茲更析言如左：

一 代理行爲，須本於代理權，尤須在其代理權範圍以內，始能生法律上代理之效力，例如甲將買賣某處不動產之代理權，授與于乙，乙僅就買賣該不動產之權限內，有代理權；如更爲其他動產之買賣，則係超越其代理權之行爲，自不能當然對本人發生效力。其在代理權

範圍內所生之行爲，則曰無權代理。

二 因代理而爲意思表示，或受意思表示，須以本人之名義行之，換言之：代理人代理本人爲法律行爲，須使用本人之名義，例如乙代理甲爲某種意思表示，須用甲之名義，必如此方能顯示其爲代理關係，此在學者稱曰表名代理。立法例中，有於表名代理之外，並及於隱名代理人，即第三人明知或可知其行爲爲本人而爲，亦直接對本人發生效力，然我民法則未設明文。

三 代理，須以關於意思表示者爲限，換言之：即代理本人爲意思表示或受意思表示，方爲代理。其代爲意思表示者，曰積極代理，亦曰自動代理；其代受意思表示者，曰消極代理，亦曰被動代理。代理行爲，既須關於意思表示，故事實行爲，不能代理，例如占有，侵權行爲是也。至如迎送，宴會，通常有使人代爲參加者，因非法律行爲



，僅能謂係代表，而非此之所謂代理。

法律行爲，以許代理爲原則，而於事實行爲以外之或種行爲，亦有不容認代理制度者，惟何種行爲不許代理，須由行爲本質上決定，在原則上，財產權之行爲，可爲代理，而關於身分之行爲則否，例如買賣，贈與可以代理，而扶養，繼承則不然，因身分上之行爲，須以自己之意思表示爲必要也。

四 代理，係直接對本人發生效力之行爲，換言之：卽因代理人所爲之意思表示或受意思表示，均由本人受其效果，與本人自爲意思表示或受意思表示，並無異致。故代理行爲係受權利者，由本人享受之，係負義務者，由本人負擔之，與代理人無關，其由代理人先行承受其效力，而後復移轉於本人者，則爲間接代理，不可混爲一談也。至代理何以對本人生效，學說有三：有主本人行爲說者，謂代理人本於

本人之授權而爲意思表示，與本人自爲意思表示者同，故法律上擬制爲本人之行爲，使之直接對本人發生效力；有主共同行爲說者，謂代理係本人之意思表示與代理人之意思表示所組合而成，故應對本人發生效力；有主代理人行爲說者，謂代理雖爲代理人之意思，然既出於本人之授權，復用本人之名義，法律爲尊重其效力意思起見，使之直接對本人生效。此三說中，本人行爲說，謂代理即係本人之行爲，實不符代理制度之真義，蓋代理人於代理權範圍以內，亦自有其意思之自由也；共同行爲說，既以代理爲本人及代理人意思表示之組合，然則何不將其效力歸諸代理人？此二者拘守羅馬法上爲意思表示及受意思表示須同屬一人之觀念，以闡明現代代理制度之效果，實未得其正鵠，故以代理人行爲說爲可取。且代理制度，乃因社會交易繁複，遇事不能躬親而生之一種輔佐制度，故使代理人之行爲，由本人受其效

果，使本人無事必躬親之苦，而有事必躬親之益，法律上行爲之效果，正不必由行爲之代理人自行承受也。

與代理相類似之行爲，而實際上並非代理，如間接代理，占有，代表等均是，其極易混淆者，如使者，原爲補助傳達之機關，固不能謂爲代理，然就其情形而論：有僅傳達已完成之意思表示者，例如某甲已允買受某物，命使者持函通知出賣人是，此則純爲補助傳達，與代理宜有所區別；有參與表示者，例如傳達口信之人，此則實爲表示之補助，雖非代理，欲求區別，亦非易事。學者間有謂使者爲表示之代理，代理人爲意思之代理，以示區別者，以非代理之行爲，而賦以代理之名稱，徒見其名實不符耳。因使者無決定效力意思之權，與代理人之可以自由決定並爲表示者，不可相提並論也。雖然，關於使者之對內對外關係，我民法並未特設規定，除應依固有之法律或事實關係

決之外，學者有主張類推關於代理之規定，以爲適用之準據者。又以自己名義所爲之行爲，而效力直接及於本人者，如質權人拍賣質物之行爲（民法第八百九十二條，第八百九十三條第一項），其效力雖及於出質人，然亦不得謂爲代理。蓋代理以用本人之名義者爲限，質權人處分質物，係用質權人自己之名義，卽與此原則相背馳故也。

## 第二款 代理之能力

關於代理之能力，茲分別權利能力，行爲能力及意思能力，說明如左：

一 權利能力 代理行爲，係直接對本人發生效力，故權利能力之有無，應就本人之本身決之，代理人之權利能力如何，在所不問。卽某種行爲，須具有特別權利能力者，苟本人有此能力，亦不妨使無此能力之人以爲代理，例如外國人不能享有土地所有權，然本國人買賣

土地，正不妨使外國人爲其代理人也。

二 行爲能力 代理行爲，係直接對本人發生效力，故行爲能力之有無，亦應就本人之本身決之，代理人之行爲能力如何，在所不問。蓋民法上規定無行爲能力或限制行爲能力人，使其本身無獨立爲意思表示及受意思表示之權，無非欲確保其權利，免受損害，今本人既願以無行爲能力或限制行爲能力人爲代理人，可見其事實上或能勝任愉快，而效力又直接及於本身，則縱有缺陷，於代理人本身，並無影響，即無特別保護之必要，從而法律上無更加限制之理由，是以我民法第一百零四條規定：「代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制行爲能力人而受影響。」例如本人如已成年而使未成年人爲代理人，其所爲之意思表示或所受之意思表示，仍爲有效，不能以代理人爲限制行爲能力人，爲主張無效之理由。在此種法制之下，於選任代

理人之際，代理人能力若何，須稍加注意焉！雖然，此乃指意定代理而言，至於法定代理，又有不同，例如民法第一千零九十八條規定：「監護人爲受監護人之法定代理人。」又同法第一千零九十六條規定：「未成年人及禁治產人，不得爲監護人。」而依同法第十三條及第十五條規定，未成年或禁治產人，則爲無行爲及限制行爲能力人，從可知無行爲能力及限制行爲能力人，不能爲未成年人及禁治產人之法定代理人（民法第一千一百十三條參照）。良以意定代理，代理人由本人自行選定，本人既願以無行爲能力或限制行爲能力人爲代理人，則不妨尊重其意思，而法律行爲之效果，直接及於本人，與法律上保護無行爲能力或限制行爲能力人之本旨不悖。至法定代理，其代理人由於法律之規定，法律上本爲保護無行爲能力人或限制行爲能力人而設法定代理人，乃使本身亦需要保護之人爲其代理，在法理上，實自

相矛盾，而事實上亦不能得圓滿之結果，尤與法律特予保護之意思相反，故基於民法第一千零九十六條及一千一百十三條特別規定之結果，同法第一百零四條關於代理人行為能力之規定，在未成年及監護人之法定代理人，不能適用，至法定代理人如無特別規定，自應適用總則之規定，自不待言。

三 意思能力 關於代理人之權利能力及行為能力，專從本人決之，與代理人之權利能力或行為能力無關，已如前述；惟意思能力，則應專就代理人決之，何則？蓋代理係代理人之行爲故也。依此，代理行爲之成立，必代理人於代爲意思表示或受意思表示時有完全之意思能力而後可。

代理人之意思表示，因意思欠缺，被詐欺，脅迫，或明知或可得而知，而影響其效力時，此項事實之有無，應專就代理人決之（民法第

一百零五條)。例如因受詐欺脅迫而主張撤銷其意思表示者（民法第九十二條），究竟有無受詐欺或脅迫之事實，應從實際上代爲意思表示之代理人認定，至本人是否受詐欺或脅迫，在所不問。

所謂意思欠缺，指意思與表示不一致而言，如民法第八十六條至第八十九條所規定之非真意之意思表示，虛偽意思表示，錯誤，誤傳均屬之。被詐欺或脅迫，指意思表示由於詐欺或脅迫者而言，如民法第九十二條規定者是。明知或可得而知，指意思表示人故意過失之責任而言，如民法第九十一條但書及第九十二條第一項規定因明知或可得而知不得行使撤銷權是。其詳前均加以說明，茲不贅言。代理行爲，效力雖及於本人，而代理人行爲當時所存在之意思欠缺，受詐欺，受脅迫，亦使其從本人而爲決定，則有失代理制度之真諦；此意思欠缺，受詐欺受脅迫之事實，既應從實際代爲行爲之代理人決定，則是否



明知其事實或可得而知，亦須從代理人決定，此乃法理所當然。故本人受詐欺脅迫者，代理人所爲之行爲，不因而可以撤銷也。

代理人之意思表示，因受詐欺或脅迫或明知或可得而知，致影響其法律行爲之效力者，此種事實之有無，應由代理人之本身決之，已如前述；惟在共同代理，代理人有數人時，此種事實之有無，究就代理人之一人決之乎？抑或代理人之全體決之乎？學說不一，惟通說則謂應就其一人決之，換言之：有無被詐欺，脅迫，或明知或可得而知，祇須代理人中一人有此事實爲已足。然共同代理，數代理人中，每一代理人並無獨立代理之權限，而應共同爲之（民法第一百六十八條），故依我民法所規定之法理上觀察，似以採後說爲較優。惟事實上共同代理，亦有由代理人中一人爲意思表示或受意思表示者，故其受詐欺或脅迫，亦每爲僅此個人存在之事實，如不許其行使撤銷權，不足以

保護善意之當事人；反之，所謂明知或可得而知，均係關於行使撤銷權之限制，如數代理人中有一人明知其事實或可得而知其事實，本可不受詐欺或脅迫，亦無許其撤銷之理，故比較而論，又當以採前說足以貫徹立法之精神。

因受詐欺或脅迫之意思表示，原得撤銷，撤銷原因之存在與否，固須從代理人中之一人以定，然撤銷權之行使，仍當歸諸本人，惟本人行使撤銷權時，得使代理人爲之，則不待言。

代理人受詐欺或脅迫或明知或可得而知，影響於法律行爲之效力者，則其事實之有無，應從代理人決之固矣，然亦有例外，即我民法第一百零五條但書所規定「但代理人之代理權，係以法律行爲所授與者，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，一之情形是已。故應就本人決定者，須代理人之代理權係

以法律行爲授與者，換言之：其代理須爲意定代理，至法定代理，其代理權之發生，由於法律之規定，而非因本人以法律行爲授與，卽無適用此項但書之餘地。又代理人所爲之意思表示，須依照本人所指示之意思而爲，代理人於代理權之範圍內，雖有獨立之權限，然究不能違背本人之意思，從而本人有所指示，代理人須依照而行，意思表示，本人既已有所指示，每先經縝密之思考而決定，故是否有第一百零五條前段列舉之事實，卽須就本人決定。例如本人指定價金及買受物，命代理人爲意思表示，此際代理人實係一傳達之機關，無被詐欺脅迫之可言，而實際上本人則有被詐欺或脅迫之可能。故從本人決定，可達其保護善意當事人之目的；反之，所謂明知或可得而知，亦應從本人決定，所以做其故意或過失焉。

### 第三款 代理之類別

代理，因區別標準之不同，可爲如下之分類：

一 直接代理與間接代理 此以代理效果爲區分之標準。代理人於代理權之範圍內，以本人名義所爲之代理行爲，直接對本人發生效力者，曰直接代理；反之，以代理人自己之名義，爲代理行爲，其效果先及於代理人，再移轉於本人者，曰間接代理。間接代理，其效果先及於代理人，再由代理人移轉於本人，與代理之本質，已相背謬；且本人對於代理人，僅有移轉之請求權，遇有不能移轉或不允移轉之時，本人必蒙受意外之損害，轉失代理之真意，我民法所謂代理，乃指直接代理而言。

二 積極代理與消極代理 此以爲意思表示或受意思表示爲區別之標準。積極代理，代表本人爲意思表示，我民法第一百零三條第一項「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。」之規定屬之。消極代理，代表本人受意思表示，同條第二項「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。」之規定屬之。

三 有權代理與無權代理 此以有無代理權爲區別之標準，有權代理，係基於代理權所爲之代理，無權代理，則係非基於代理權所爲之代理。前述非真正之代理，卽係無權代理。

四 一般代理與特別代理 此以代理權範圍爲區分之標準。一般代理，代理權之範圍，並無任何限制之謂也，例如甲委乙爲代理人，代爲經營不動產是。特別代理，代理權設有特定之限制，例如甲委乙爲代理人，代爲經營不動產，但限定只可代爲買受，不能代爲出賣是。前者亦稱概括代理，後者亦稱部份代理。我民法所規定者，多爲一般代理，惟第一百零七條規定，則爲特別代理。

代理之外，又有複代理，即代理人更使他人代理之行爲是也，此在民法，亦設有規定，其詳容後述之。

#### 第四款 代理權之本質

代理關係，基於代理權之授與而發生，然代理權之本質如何，學者間則有四種不同之學說：第一說謂代理係本人與代理人間之委任關係，別無所謂代理權之存在，此說將代理權與委任同視，否認代理權之存在，學者稱曰否認說。第二說謂發生代理關係，乃一種法律上之權力，代理權之授與，即係本人授予代理人以此種權力，此則着重于代理關係之效果，學者稱曰權力說。第三說謂代理權係一種權利，且爲形成權之一種，是較前述之權力說，更進一步，學者稱曰權利說。第四說謂代理乃一種能力，換言之：即係法律上一定之資格，與權利能力行爲能力，性質正復相同；所不同者，代理人所爲或所受之意思表

示，得直接對本人發生效力而已，學者稱曰能力說。就我民法之規定以觀，於代理之外，更設關於委任之規定，是否認說以代理與委任混爲一談，其不當實不待言。第二第三兩說，均僅就代理人之權限及其效力爲觀察點，不足以說明其本質；且代理之效力，不問代理人之意思如何，均須對本人生效，與形成權之依權利人單純意思表示即可生效者，又不相同，亦不足採。故比較以第四說爲可取，我國學者，亦多從之。

#### 第五款 代理權發生之原因

代理權之本質，已如前述，然其發生之原因，因法定代理與意定代理而有別，由於本人之意思表示而生者，曰意定代理，非由本人之意思表示而生者，則爲法定代理，此爲通說。

學者間關於意定代理及法定代理之發生原因，尙有謂代理行爲上之

意思表示，爲代理人之意思表示者，爲意定代理；爲本人之意思表示者，爲法定代理；亦有謂代理行爲之意思表示，爲代理人與本人之共同意思表示者，爲意定代理，爲代理人單獨之意思表示者，爲法定代理。此種見解，不足說明代理權發生之原因，實無足取。

法定代理之代理權，非由於本人之意思表示而授與固矣，然其發生之原因，亦頗不一致，大約區分，可得三種：（一）由於法律之規定者，如監護人爲未成年之代理人（民法第一千零九十八條）是也。（二）由於官署之處分者，如受訴法院審判長爲無訴訟能力人選任之特別代理人（民事訴訟法第五十一條）是也。（三）由於本人以外私人基於私法之行爲者，如親屬會議選任之監護人（民法第一千零九十四條）是也。此外，代理權由法律行爲而生，而權限由法律規定者，例如經理人係由本人委任，而其權限則基於民法之規定，此爲法定代理抑意定代理



？不無疑問，而通說則謂仍屬意定代理，不過代理權既由法律爲之規定，有時可準用法定代理之規定而已。

意定代理，代理權之發生，係基於本人之授權行爲，已如前述，此種授權行爲之本質若何，學者間亦不一其說：有謂意定代理代理權授與行爲，係屬委任契約，蓋法律上除委任關係外，別無所謂代理權之授與也，此爲委任契約說。有謂意定代理之授權行爲，並非委任，實係一種無名契約，而本人與代理人，則係契約之當事人，此爲無名契約說。有謂意定代理之授權行爲，既非委任，亦非無名契約，實係由本人意思表示而授權之單獨行爲，無待於代理人之承諾，即可發生效力，此爲單獨行爲說。此三說中，委任行爲說，因我民法將委任（第五百二十八條以下）與代理權之授與（第一百六十七條以下），各別規定，不能混爲一談；且就我民法規定者而言，雇傭並非委任而有代理

權，間接代理雖受委任而無代理權，則以委任與代理相提並論，不當奚待煩言。無名契約說，因我民法對代理權之授與，既設明文，自非無名契約，可以想見。單獨行爲說，則與民法第一百六十七條「代理權係以法律行爲授與者，其授與應向代理人，或向代理人對之爲代理行爲之第三人，以意思表示爲之。」之規定，適相切合，故以採此說較合民法之立法精神。

代理權之授與，由於本人之意思表示，已如前述，惟授與代理權，必有原因，或則基於委任，或則基於雇傭，故代理權之授與，多與此種行爲相結合或同時並存，學者稱之曰代理權之基本法律關係。

代理權與基本法律關係如何，換言之：代理權之授與，是否離基本法律行爲而獨立，學者有二說，即無因說與有因說是也。無因說謂授權行爲與其基本之法律關係，各別獨立，不相牽連，故基本法律關係

，縱爲無效或撤銷，授權行爲，仍然存在，此爲無因說中之絕對說。反之，授權行爲與其基本之法律關係，原則上雖係獨立，然可依授權之意思表示，使之從屬於基本法律關係，此爲無因說中之相對說。有因說謂授權行爲與其基本之法律關係，乃相從屬，故其基本之法律關係無效或撤銷時，代理權亦隨之消滅，此爲有因說中之絕對說，反之，授權行爲與其基本法律關係，原則上雖相從屬，然可以當事人之意思表示變更之，此爲有因說中之相對說。我民法第一百零八條第一項規定：「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」從而原則上採有因說至明，惟此種規定，並非強行之法規，故當事人日後可以意思表示使之獨立，結果實應採有因說中之相對說。

#### 第六款 代理權之範圍

代理，代理人以本人之名義爲意思表示或受意思表示，而其效力直

接及於本人，然其代本人爲意思表示或受意思表示，亦必有其範圍，此在學者間稱曰代理權之範圍，亦稱代理權限。

代理人之權限，應分別法定代理與意定代理而論：在法定代理，應依各個法律之規定以定，例如監護人管理受監護人之財產，爲民法第一千一百條所明定；法律無規定時，則依其代理所發生的要件事實之內容以定。在意定代理，既基于本人之意思表示而授與，則其範圍即應依其意思表示之內容定之。

雖然，代理權限，在我民法既無詳細之規定，苟按諸前述之準則而不能決定時，在他國法律中，有設爲補充規定，以爲意思表示不明或法律規定不周之助者，茲分別說明，以爲參考：

第一 保存行爲，即就物權或其他權利爲維持現狀之行爲，代理人有權爲之。保存行爲中，有屬於事實行爲者，例如代理人就管理之不

動產而爲修繕是，有屬於法律行爲者，例如因修繕而與人訂立契約是。代理人之權限，應以法律行爲爲限，因事實行爲，可適用委任或無因管理之規定也。

第二 利用行爲，如就物或權利而爲使用、改良行爲，如就物或權利而使其增加價值，代理人均得爲之。利用行爲，例如將房屋出租於人而收取租金，將金錢存儲於銀行而收取利息是。改良行爲，例如將房屋加以相當之修繕而使其價值增高，將不動產之負擔除去是。惟利用行爲或改良行爲，學者間之通說，均以不變更物之性質者爲限，例如以住宅租人改爲馬廐，以金錢而購買有價證券，圖多得利息，此種行爲，一般人之觀念，均認爲變更物之性質，故非代理人權限內所應爲。至利用行爲及改良行爲亦以法律行爲爲限，並不包括事實行爲在內，尤不待言。

保存行爲，利用行爲及改良行爲，有綜稱爲管理行爲者，管理行爲，原係對處分行爲而言，故不發生權利喪失移轉之效果，否則卽爲處分行爲，非在許可代理之例。然學者間亦有主張保存行爲，不以管理爲限，卽處分行爲，亦得爲之，而並無限制，良以保存行爲，因事實上之必要，有時不得不使其有處分之權限，以達保存之目的，惟以所保存之利益較爲重大，而所處分之權利較小者爲限，此實當然。否則，代理人之權限龐大，難保無憑藉代理之權限，假託保全而爲處分之人，對此種行爲亦予保護，固非立法之本意也。

#### 第七款 雙方代理

代理，有所謂雙方代理者，其界說有廣義與狹義之分：廣義的雙方代理，指自己代理及重複代理而言；狹義的雙方代理，則專指重複代理而言。自己代理者，爲本人與自己爲法律行爲是也，卽本人與自己

，均爲法律行爲當事人之一方，例如代理本人爲意思表示，同時自己卽爲該意思表示之相對人，而受領其意思表示，亦稱自己契約。重複代理人，旣爲第三人之代理人，復爲本人與第三人爲法律行爲是也，卽受法律行爲兩造當事人之授權，就同一事件，爲其代理人，例如代理人甲，旣受乙之授權爲其代理人，復受丙之授權，爲其代理人，一方代理乙爲意思表示，一方又代理丙受意思表示是，此所謂雙方代理，揆諸我民法第一零六條之規定，應作廣義之解釋。

雙方代理之應否禁止，在德國普通法時代，頗有議論，嗣後，德國及日本民法，均以明文禁止，此爲原則。我民法第一百零六條規定：「代理人非經本人之許諾，不得爲本人與自己之法律行爲，亦不得旣爲第三人之代理人，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。」從可知亦以禁止爲原則，而以本人承諾

及專履行債務，爲其例外。其所以禁止之理由，學者不一其說：有謂契約行爲，乃以當事人二人以上爲必要，雙方代理，以一人而兼雙方當事人之資格，不免與此原則，有所違背，法律上予以禁止，乃係當然之法理，此爲當然規定說。有謂契約當事人，每屬利害互異，許爲自己代理，不免基於利己之觀念，損害於本人；許爲重複代理，又因關係不同，厚此薄彼，揆諸實際，自非相宜，法律爲便宜起見，乃有此禁止之明文，此爲便宜規定說，比較而論，以後說爲是。

雙方代理，原則上固爲民法所禁止，然苟有違反此項規定，則其所爲代理行爲之效力如何，學者亦有當然無效說及無權代理說之分：當然無效說，謂雙方代理，民法既著明文禁止，則違反者不能不認爲無效，以貫徹立法之意思；無權代理說，謂違反雙方代理之禁止，不過爲無合法之代理權，故代理人所爲之行爲，應與無權代理同視，如經



本人之認諾，亦得發生效力（民法第一百七十條參照）。就此兩說比較而論，雙方代理，雖為法律所禁止，然縱有違反，並無明文規定無效，按之民法第七十一條之立法精神，當然無效說，實不足採。且雙方代理，本人有追認之權，則事後對其行為而追認，足見並無偏袒不公，為尊重本人之意思，及免除重複為同一之法律行為起見，實以無權代理說為可採。

雙方代理之行為，依我民法第一百零六條規定之旨趣，以禁止為原則，同時亦設有例外。例外之情形有二：一即得本人之承諾，一即專履行債務是也。雙方代理之禁止，恐代理人處理事務，有害及本人之虞，故法律上禁止之理由，所以保護本人之利益；若雙方代理之已得本人承諾者，無論本人已確信其不致有損害之虞，即在法律上，亦無再予保護之必要。得本人承諾之雙方代理，法律行為是否專行履行債

務，則在所不問。至法律行爲，係專履行債務者，亦不在禁止之列，蓋以專係履行債務，並非從新交換利益。不致因利害衝突，而於本人有何不利也。

惟於此有應注意者：履行債務，應指狹義的債務之清償而言，即債務已屆給付之期，代理一方爲清償，同時代理一方爲受領之行爲是也。若爲不作爲債務，不宜使代理人代爲清償，不得由他人清償之債務，性質上亦不容他人代償，從而爲雙方之代理，仍須受法律之禁止，不在民法第一百零六條但書許可之列。又代物清償，卽以他種給付以代原定之給付者，因有利害關係，學說上亦謂應禁雙方代理。至抵銷之雙方代理，是否許可，學者間原有肯定否定二說，亦有以其非從新交換利益，主張應予許可者。

## 第八款 共同代理

代理人有數人者，曰共同代理。其代理權，稱曰共同代理權。共同代理，各代理人均有單獨之代理權，抑應共同行使其代理權，立法例頗不一致，我民法以共同代理，本人既委任數代理人，無非欲其對於代理之事務，審慎周詳。若許其單獨代理，實不足以貫徹本人授權數代理人之本意。且各人均有單獨之代理權，則未免互相抵觸，或彼此重複，事實上亦諸多不便，故採共同行使制（民法第一百六十八條），各代理人，不能獨立行使其代理權。例如甲委乙丙丁爲買受房屋之代理人，乙丙丁三人，雖均係代理人，然因係共同代理，均不能獨自爲房屋之買受。

雖然：此不過原則耳，若法律另有規定，則依特別規定優于普通規定之原則，自不適用該條；又本人另有意思表示者，則爲尊重本人意思起見，亦當別論矣。至法律未特別規定或本人無特別表示時，其單

獨代理行爲之效力如何，學者通說，均謂亦屬無權代理之一種，此種行爲，既非當然無效，自得因本人之承認而使之有效，所以便實際也。

### 第九款 代理權之限制及撤回

#### 第一 代理權之限制

代理權之限制者，謂就代理人之代理權，依法律規定，或當事人意思表示，受有限制也。在法定代理，代理權由本人授與，故得以本人之意思表示限制之；在法定代理，代理權因法律規定而發生，故亦得以法律之規定而限制之，此均無庸疑者。惟法定代理之代理權，能否以特別之意思而加以限制，學者間尙有異說：有謂我民法上代理權之限制，係師承瑞士債務法，依瑞士債務法，代理權之限制，僅限於意定代理，法定代理，除因法律規定限制外，不能依特別意思表示而加

以限制者，此爲否定說。亦有謂就我民法第一百零七條規定以言，應解爲在當事人之間，得爲有效限制，此爲肯定說。代理權之限制，必授與之人，始有此權限，法定代理，既非本人之授權，自不能因本人之特別意思表示而限制；且在法定代理情形下之本人，意思表示，尙須法定代理人爲之代理，更何能以獨立之意思表示，限制代理人之代理權？故此二說中，應以否定說爲是。至我民法第一百零七條：「代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人……」之規定，係以瑞士債務法爲母法，瑞債既係專指意定代理而言，本法亦不宜擴充解釋，此猶餘事耳。

## 第二 代理權之撤回

代理權，除得加以限制外，並得撤回。代理權之撤回者，本人對於授與代理人之代理權限，全部撤回，使其喪失代理權之謂也。

法定代理之代理權，既不因本人之特別意思而限制，亦非本人之意思表示所可撤回，因法定代理之代理權，多由法律之規定而發生，既非本人授與，即無撤回之可言；且本人為意思表示，尚須法定代理人為之，足見本人撤回法定代理人之代理權，實不應認許。

代理權固得因本人之意思而為撤回，然此不過其原則，例外如依其法律關係之性質不得撤回者，則不能許為撤回。法律關係，謂代理權所由授與之法律關係（民法第一百零八條第二項），必所由授與之法律關係與代理關係不可分離者，始能合於本條例外之條件。

代理權之限制及撤回，由本人一方之意思表示為之，此係單獨行為而非雙方行為，故一為意思表示，即生效力，不必更待代理人之同意。惟撤回雖僅對代理人表示即可生效，毋庸向相對人為同樣之表示，然苟相對人為善意之第三人，則本人不得與之對抗（民法第一百零七

條），故事實上以通知相對人，使得知有限制或撤回之事實爲宜耳。

#### 第十款 代理權之消滅

代理權之發生，因其爲法定代理或意定代理而不同，而代理權之消滅亦然，惟于茲有一共同之原因，法定代理，例如監護人於受監護人之法定代理權，因監護關係終了而消滅，特別訴訟代理人於當事人之法定代理權，因訴訟終結而消滅，公司清算人於公司之法定代理權，因清算終了而消滅。而意定代理，則因所代理之事務終結而消滅，此即我民法第一百零八條第一項「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之」之規定是也。

此外：在意定代理，尙有特別之原因，即代理權之限制與代理權之撤回是也。代理權之限制，爲局部消滅之原因，代理權之撤回，爲全部消滅之原因。前已詳述，茲不贅。

本人之死亡，代理權是否因而消滅？應分別而論，在法定代理，應視爲消滅之原因；在意定代理，學者以原則上，應依第五百五十條關於委任之規定，視爲代理權消滅之原因，而本人於授權行爲時另有意思表示者，或其代理權消滅有害本人或其繼承人之利益時，則爲例外（參照民法第五百五十一條），此在我民法雖無明文規定，然爲學者一致之見解。至本人喪失行爲能力，是否可爲代理權消滅之原因，亦須分別論定：在法律上有特別規定時，當從其規定，例如我民法第五百五十條是；否則，不問爲法定代理或意定代理，其代理權均不因本人之喪失行爲能力而消滅，此爲通說。

惟對此通說，吾人尙有不能贊同者，代理權之授與當時，本人固有行爲能力，若其後喪失行爲能力，固不能一律視爲代理權消滅之原因，然代理關係，能力之有無，既須就本人決之，則本人喪失行爲能力



，而法律無特別規定時，實應爲代理權消滅之原因，庶可貫徹民法第一百零四條之法意；但代理人之意思表示，如依本人所指示之意思而爲，則爲例外之情形，不使其代理權歸諸消滅，用符民法第一百零五條但書之精神。必如此，方足以確切保障本人之利益。

本人受破產之宣告時，代理權是否因而消滅？立法例中，有認爲消滅之原因者，有認爲停止之原因者。在我民法除民法第五百五十條之規定外，學者間有謂不能作同一之解釋者，有謂應認爲代理權之停止者，余以爲本人破產後不能處理其財產，爲法律所規定，從而代理之關係，即無由繼續存在，縱令將來回復其處理財產能力，而有需要代理之情形，亦儘可另行授權，則認爲消滅代理權，實無若何窒礙。

上述數點，均係存在於本人之事由，茲就存在於代理人之事由，分別說明之：

代理人死亡，是否爲代理權消滅之原因，立法例中，有以明文規定其代理權消滅者，我民法則未置專條。然代理係身分關係，依民法第一千一百四十八條但書之規定，不在繼承之列，故解釋上認爲代理人之死亡，爲代理權消滅原因之一種（民法第五百五十條）。

代理人喪失意思能力，在他國法律中，有認爲代理權消滅之原因者，我國學者之解釋，亦屬相同。蓋代理人之任務，爲代爲意思表示及受意思表示，如於授權行爲後而喪失意思能力，必不能勝任，可以斷言。惟喪失能力，必在授權以後，方許視爲消滅，若爲授權前已成之現象，爲本人所明知者，則依民法第一百零四條之規定，其效力不因此而受影響也。

代理人破產後，多數立法例，認爲代理權消滅之原因，而學者尙有異說，蓋以代理人之因破產而喪失處理財產能力，原指其自己之財產

而言，至對於本人因法律行爲而取得之權利，初不受其影響也，余以民法既無明文規定，應從後說，但遇有特別規定時（民法第五百五十條），則從其規定。

代理權消滅後，在代理人，即不能更爲代理行爲，此爲當然之效果。惟代理人如再爲代理，亦非絕對無效，因無權代理之行爲，得因本人之承認，使之發生效力。又代理權消滅之後，代理人須將授權證書，交還於授權者，不得留置，此爲我民法第一百零九條所明示，蓋代理權之授與，通常均有書件，資以證明代理之關係，代理權既已消滅，自應交還於授權之人，以杜糾紛；惟授權並非要式行爲，如當時並無書件，自亦無從返還，故該條規定，亦不過僅就授與代理權給有證書者而言，不能因此推定授權必須書證也。且因此項規定之結果，代理人縱依法有留置權（民法第九百二十八條），亦不得留置。但在授

權人方面而言，則係任意規定，授權人不取回此項授權證書，與代理權之消滅，並無若何影響，但不得對抗善意第三人而已。

上述之效果，均就本人與當事人間而言，至對於第三人，其因撤回或限制而致代理權消滅者，依我民法第一百零七條規定，第三人非因過失而不知其事實者，不得與之對抗，已如前述，學者間亦有推演其義，謂一切代理權之消滅，均不得對抗善意第三人者，然我民法既專就代理權之限制與撤回設有規定，揆諸立法之本旨，不宜作廣義之解釋，以符立法之精神。

### 第十一款 無權代理

#### 第一 概說

代理行為，以授權為前提，如其他要件具備，而欠缺代理權者，學者稱之曰無權代理，此不僅本無代理權為然，即代理行為超越代理權

限之外者亦屬之，分析而言，其情形約有三端：

一 未經授權之代理行爲 代理人未經本人授權行爲而爲代理者，爲無權代理。即雖有授權，因無效或撤銷之原因，而經撤銷者，亦爲無權代理。

二 代理權消滅後之代理行爲 如代理人之代理權，雖經合法授與，然已經本人撤回，而仍爲代理行爲者，亦爲無權代理。

三 超越授權範圍之代理行爲 代理人之代理權，如有一定範圍，代理人就此範圍內所爲之行爲，固可對本人直接生效，如越此範圍，則爲無權代理。

無權代理之外，尚有所謂表見代理者，即雖無代理權，而表面上足使人信爲有代理權之行爲也。無權代理之界說：原有廣義狹義之分，廣義的無權代理，包括此表見代理在內；而狹義之無權代理，則指表

見代理外之一切欠缺代理權之行爲而言，我民法就無權代理與表見代理，分別規定於總則及債編，故在解釋上，無權代理，不得不從狹義說焉。

## 第二 承認權

無權代理，代理人所爲之意思表示及受意思表示，既非出於本人之授權，故非經本人承認，對於本人不生效力，此爲我民法第一百七十條第一項所明定。惟此種無權代理之行爲，必以代理人名義所爲者爲限，經本人承認者，既可對於本人發生效力，其效力且應溯及既往。

本人承認無權代理之行爲，使之發生效力，學者稱曰承認權，此承認權爲形成權之一種，因其係因爲一方行爲而生法律上效力之權利也。此形成權之主體爲本人，但行使此種權利，得由代理人爲之。又承認權，並非專屬關係，故得以繼承，換言之：本人死亡者，亦得由其

繼承人予以承認。至於讓與，則須與因無權代理行爲所生之權利義務，一併爲之。

本人之承認，係使無權代理之行爲，發生法律上之效力，故其行爲之性質，應屬於單獨行爲，祇須向相對人爲意思表示爲已足，無須更得其同意。至承認之方法，或以書面，或以言詞，或明示，或默示，法律上均無限制。

無權代理行爲，雖可因本人之承認而生效，但須具備二要件：（一）在無權代理行爲之本身，僅止欠缺代理權，其他成立之要件及發生效力之要件，並未有何瑕疵，始得因承認而補正；（二）在承認行爲之本身，須具備一般法律行爲及意思表示之成立並生效條件，若承認行爲別有欠缺，例如本人爲未成年人自行表示承認等情形，則承認之行爲無效；無權代理之行爲，亦不能因無效之承認，對本人發生效力。

### 第三 催告權

本人承認權之行使，在法律上雖無期間之限制，然苟或任令久延，則法律行爲之效力，永處於不確定之狀態中，轉屬有害相對人之權利，從而復與法律行爲之相對人以催告本人之權，使於一定期限之內確答是否承認，俾效力早歸確定，不致久懸不決（民法第一百七十條第二項）。

相對人之催告，其要件有三：（一）催告之主體，屬於爲法律行爲之相對人，若無權代理人，則並無催告權。惟相對人催告權之行使，得由代理人爲之。（二）要有無權代理之行爲，若本非無權代理，即無行使催告權之餘地。（三）要定相當期限，催告因一定時期之經過，始生一定之效果，如未定期限，此種效果，即無由發生，至相當與否，當視其距離之遠近，交通之方法定之。



催告之目的，無非使本人明確表示對其行爲承認或不承認，故本人於期限內爲確答者，其內容如爲承認，卽生承認之效力，如爲拒絕者，卽生拒絕之效力。惟本人於期限內未爲確答者，究將如何確定其效力，法律上爲免除爭議起見，特以明文規定視爲拒絕承認（民法第一百七十條第二項），蓋不爲確答，僅爲單純之沉默，尙難以默示承認論也。

於茲有一問題，法律上所謂逾期未爲確答，解釋上尙有不同之見解：有謂指期限內本人並未爲確答之行爲而言；有謂期限內本人雖爲確答而未到達相對人，換言之，確答之意思表示，並未于期限內到達于相對人之情形，亦包括在內。學者以非對話之意思表示，應以到達始發生效力（民法第九十五條），故期限內確答未到達于相對人，應不認有確答之效力；且民法第一百七十條第二項催告權之行使，無非保

護相對人，此種情形，非使其確答歸諸無效，不足以貫徹其本旨，故以後說爲是。

#### 第四 拒絕權

無權代理行爲，本人得行使其承認權，已如前述，然同時尙有拒絕權。本人對無權代理行爲，於不予承認之外，尙可明示拒絕，此種拒絕權，亦係形成權之一種。拒絕權之性質如何，學說不一：有謂拒絕權之行使，所以表示不承認之意思者；有謂拒絕權之行使，所以表示拋棄承認之利益者，若從前說，則拒絕與不承認，將無從加以區別，故應以後說爲是。

拒絕權屬於本人，惟行使此拒絕權，不以本人爲限，得由代理人爲之，行使拒絕權，無論爲明示、默示、言詞、書面，均無關係，此與承認權相同。

拒絕權之行使，既認爲本人拋棄承認權之表示，則其效果，除該無權代理行爲不能對本人發生效力外，並使本人喪失其承認之權，換言之：本人於行使拒絕權之後，不能再以承認使無權代理之行爲對之發生效力，蓋非如此，拒絕與不承認，勢將無所區別也。

無權代理行爲，如經本人一部承認，一部拒絕者，其效力如何，應視其行爲內容可分與否，及相對人之意思以定。如其行爲內容可分，而相對人亦欲其一部有效者，承認部分，即對本人生效，拒絕部分，本人即失承認權。若其內容本不可分，或相對人僅有使其全部生效之意思，則當視其全部因拒絕而無效。

## 第五 撤回權

無權代理行爲，相對人除有催告權外，並有撤回權。撤回權者，相對人對於無權代理之行爲，於未經本人承認前，而予以撤回之謂也。

(民法第一百七十一條)。撤回爲相對人之權利，此種權利，亦爲形成權之一種，由相對人或其代理人行使之。且撤回係屬單獨行爲，由相對人以意思表示爲之爲已足，不必待本人或無權代理人之同意，始生效力也。

撤回須對於無權代理之行爲爲之，若本非無權代理行爲，自不許隨時撤回，以確保本人之利益。且撤回之際，固須相對人知爲無權代理，但必須爲法律行爲之際，相對人尙不知其爲無權代理，若行爲當時，早知其爲無權代理，則明知之而故昧之，自無許其撤回之理；惟行爲時不知爲無權代理，是否由於相對人之過失，過失之程度又如何，則均非所問。

撤回權之行使，須在本人未經承認以前，如行爲已經本人承認，原可對本人生效，自無許再予撤回之理。至本人之承認，是否由於相對

人之催告，則屬無關。

相對人行使撤回權以後，無權代理行爲，即確定不能生效，縱令本人再爲承認，亦不得對本人發生效力，故撤回不僅爲相對人表示不受該無權代理行爲拘束之意思，且足以喪失本人之承認權。

## 第六 賠償責任

無權代理行爲，本人與相對人間之關係，如本人有承認權、拒絕權，相對人有撤回權、催告權，已如前述。茲所述者，則爲代理人之賠償責任。

代理行爲，直接對本人發生效力，代理人對於代理行爲，原不負任何責任，然在無權代理，既因係授權之欠缺，不能對本人生效，則與其爲法律行爲之第三人，不免因而遭受損害，自不能不負損害賠償之責任，吾民法基此理由，於第一百十條，著有明文。

無權代理行爲，代理人應對善意之相對人負賠償責任，其根據何在？學者不一其說：有謂既非出於本人之授權，卽爲自己爲法律行爲，應認爲契約之當事人，而使負其責任，是爲契約當事人說。有謂未經授權，而以代理本人之名義與他人爲法律行爲，卽屬侵權行爲，不能不負賠償之責任，是爲侵權行爲說。有謂代理人爲無權代理，顯係出於代理人之過失，就其過失，應負賠償之責，乃爲法理所當然，是爲過失說。有謂無權代理，代理人實有担保生效之從契約，故於本人不承認時，應負其責任，是爲担保說。有謂此乃保護善意第三人之特別責任，所以維持代理制度之信用，乃爲無過失責任之一種，不必代理人更有侵權行爲，是爲特別責任說。

就前述各說分析研究：契約當事人說，指代理人卽爲本人，將二者混爲一談，顯不足取；且其授權固有欠缺，然苟有本人之承認，卽可

生效，是本人仍爲契約之當事人，未可李代桃僵；况既視爲契約當事人，宜使代理人負履行之責任，然何以不命其履行而命其賠償，法律上不容以代理人爲契約當事人，彰彰明甚。侵權行爲說，謂代理權之欠缺，卽爲侵權行爲，在本人拒絕承認之際，或猶可自解，然在本人承認其行爲之後，該行爲既可有效，復何侵權之可言？過失說，指代理人爲有過失之人，此在事實上容或不免，然無權代理之賠償責任，代理人縱無過失，亦須負此責任，可見課以賠償責任，決不以有過失爲先決要件。担保說，指代理人爲保證無權代理行爲有效之人，此種見解，實屬錯誤，代理人就其代理行爲，並不當然負保證之責任，無論爲有權之代理，抑無權之代理，均屬相同；且以其無權代理之故，卽謂其含有担保之從契約，究亦出於臆測，自亦不足採取。就此而觀，此四說者，均不足說明無權代理人賠償責任之根據。且法律上

課代理人以此種責任，實所以保護善意之第三人，其義至顯，苟非特別責任，則自可適用侵權行爲賠償責任之法條，又何必另立一專條，從而在理論上，我人頗同情特別責任說。

#### 第十二款 表見代理

表見代理、爲廣義的無權代理之一，惟前述之無權代理，均指狹義之無權代理而言，茲更就表見代理之要件與效力申論之：

表見代理者，代理人雖無代理權，因正當理由，可信其有權代理之行爲也。代理行爲，固須經本人之授權，然在或種情形之下，雖未經本人之授權，使人可信代理人已有代理權者，爲保護第三人之利益及交易之安全計，法律上不得不視爲有權代理。

表見代理，依我民法第一百六十九條之規定，須係一由自己之行爲，表示以代理權授與他人，或知他人表示爲其代理人而不爲反對之表



示者，對於第三人負授權人之責任。但第三人明知其無權代理，或可得而知者，不在此限。」由此以觀，立法主旨所在，無非確保善意之第三人而已。

表見代理，須有使人因正當理由認為有代理權，而此正當理由，依上述規定，則以（一）由自己之行爲，表示以代理權授與他人，（二）知他人表示爲其代理人，不爲反對二者爲限。

所謂以自己之行爲，表示以代理權授與他人，必須非對於代理人爲之，此乃當然，蓋如係對代理人表示授與代理權，則代理人並非無權代理可知。他人原不限於代理人與之爲法律行爲之本人，即以廣告表示，亦足爲構成表見代理之原因，惟此種原因，僅意定代理可以適用。

所謂知他人表示爲其代理人，而不爲反對之表示者，謂明知他人擅

爲代理，並不明示否認。例如本人甲明知乙自稱爲其代理人，與丙爲法律行爲，乃竟不向丙聲明乙非其代理人是。反對之表示，須向相對人爲之，非向相對人爲之者；除相對人有過失外，仍應負表見代理之責任。此種原因，不限於意定代理，法定代理亦有其適用。

此二種情形中，一以自己之行爲，將代理權授與他人，雖實際上並未授與，過失要無容辭；至明知他人表示爲其代理人而並不反對，居心所在，於己有利，則予以承認，於己不利，則加以拒絕，是直具有損人利己之故意，均不能不使負表見代理之責任，以確保第三人之利益。惟第三人因上述之原因，信其有代理權者，固爲表見代理，然該第三人苟非善意，例如本人雖對其表示授與代理權於他人，而明知或可知其實際上並未授與者；或無權代理行爲雖爲本人明知而不表反對，然第三人亦明知或可知其爲無權代理人，則該第三人亦有過失或故

意，自無更加以保護之必要，故於此場合，不能使本人負授權之責任。

表見代理，只須具備上述之要件，法律上即使本人負授權人之責任，從而其代理行為之效力，與出於本人最初授權者無異，即可對本人直接生效，無用其承認，亦不許其拒絕，更無待於第三人之催告其確答。

### 第十三款 複代理

代理人因行使其代理權之全部或一部，以自己名義所選任之代理人，曰複代理人；其代理之法律關係，曰複代理。複代理人，由代理人選任，故非本人選任之代理人；其行為直接對本人生效，故非代理人之代理人。

複代理人之代理權限，應不超越原代理人代理權限範圍之外，換言

之：代理人選任複代理人，應以本人所授與之代理權限爲其範圍，不得擴充，惟以代理權限之一部授與複代理人者，因在本人授權範圍以內，自屬無礙。

複代理在外國立法例中，有以明文規定者，我民法則未設專條，究竟認許此種制度與否，學者間之議論不一：有謂意定代理，應依其基本之法律關係以定，如無特別約定，以禁止爲原則，惟經本人同意或其他習慣，或不得已之事由，則應允許，法定代理有不得已之事由亦然；有謂我民法不僅無關於複代理之規定，且在委任及雇傭，並設有禁止之明文，故就立法精神以爲解釋，應解爲不得選任複代理人。夫法律本所以適應事實，代理人處理事務，如遇有不得已之事故，事實上實有許其選任複代理之必要，以期便利，免受無謂之阻礙。且委任雇傭不得使第三人代理，法律上因有禁止之規定，而於代理則不

然，可知立法者實無絕對禁止複代理之意，否則，又何不更著明文，以免爭議耶？故兩說之中，余取前說。

## 第八節 無效及撤銷

### 第一款 概說

法律行爲與其效力之關係，可分爲完全之法律行爲與不完全之法律行爲。完全之法律行爲者，謂已生效力且已經確定之法律行爲，故亦稱有效行爲。有效行爲，以法律行爲已生效力爲要件，故法律行爲，雖可望其發生效力，而實際上尙未發生效力者，如附停止條件之法律行爲，其條件尙未成就者，不能謂係有效行爲。又有效行爲，以法律行爲之生效已經確定爲前提，故法律行爲，雖已發生效力，而實際上尙未臻于確定之狀態者，例如附解除條件之法律行爲，其條件尙未成就者，亦不能謂係有效行爲。

與完全之法律行爲相對立者，則爲不完全之法律行爲，其種類有三：一爲法律行爲效力未確定之行爲，卽其效力究竟發生與否，尙未確

定，例如無權代理之行爲，未經本人承認或拒絕者是。一爲無效之法律行爲，謂其法律行爲，已經確定爲無效，例如無權代理之行爲，已經本人拒絕者是。一爲得撤銷之法律行爲，謂其法律行爲，得以法律行爲撤銷者，例如受詐欺或被脅迫之法律行爲是。我民法除法律行爲效力未確定之行爲外，就無效及撤銷之行爲，設有明文規定。

## 第二款 無效

### 第一 無效之概念

無效之法律行爲者，法律行爲當然無效，並已確定之謂也。

無效，謂法律行爲不生效力，申言之，即不生法律行爲內容之效力。法律行爲之無效，與法律行爲不成立有別，凡法律行爲欠缺成立要件者，曰法律行爲不成立；凡法律行爲已備成立要件而欠缺有效要件者，曰法律行爲無效。

無效爲法律行爲不生效力固矣，然必須其不生效力之情形已臻確定，故一時的未生效力，例如附停止條件之法律行爲條件未成就時，不能謂爲無效。又無效之法律行爲，既經確定，則此後不因任何行爲而生效。

法律行爲之無效，係當然不生效力，法院及當事人，無須爲任何行爲，其效力自然不能發生，故無效並無所謂除斥期間，亦無所謂時效。雖然；無效縱屬當然，當事人苟有受確認之利益，亦不妨提起確認之訴。

無效，不生法律上效力，且爲法律行爲內容之效力，已如前述，至因無效行爲而生法律上其他之效果，則屬無礙，換言之：因無效行爲而惹起之效果，不因其內容無效而受影響，例如因無效行爲而生侵權行爲損害賠償之責任者，仍不能藉口法律行爲無效而免責也。



## 第二 無效之類別

無效行爲，可因其情形，爲左列各種之區別：

一 自始無效與嗣後無效 自始無效者，法律行爲成立時，無效之原因，即已存在之謂也。例如無權代理之行爲，在爲該法律行爲時，代理人未經授權之事實早已存在，故爲自始無效。反之：無效之原因，存在於法律行爲成立之後者，曰嗣後無效。例如附停止條件之行爲，在當時標的物爲融通物，日後條件未成就時，變爲不融通物是。嗣後無效之行爲，無效之原因，固須發生在法律行爲成立之後，然亦必須發生在生效以前，如在法律行爲發生效力以後，致行爲之效力消滅者，例如給付物因給付不能而消滅者，因尙得依其情形請求代位，故不能與嗣後無效混爲一談。

二 絕對無效與相對無效 絕對無效者，任何人或對於任何人均可

主張無效之法律行爲也。例如無行爲能力人之行爲是。反之：行爲之無效，特定人或對於特定人不得主張者，曰相對無效。例如虛僞意思表示之人，不能對於善意第三人主張無效，此爲對特定人不得主張無效者。無效以絕對無效爲原則，惟法律有特別規定之時，始能認爲相對無效。

三 全部無效與一部無效 凡整個法律行爲，均具有無效之原因，曰全部無效；例如結婚未舉行公開之儀式者是。若僅其中一部有無效之原因，除去無效部分尙可成立者，曰一部無效（民法第一百十一條）。一部無效者，例如夫婦離婚，並使子女與父母之一方斷絕關係之行爲是，蓋子女與父母之關係，本不能斷絕，該部分之行爲，應爲無效；而離婚行爲，又並非因該部分無效即屬不成立，故爲一部無效。

關於一部無效，是否影響於全部法律行爲，各國立法例，本不一致

：在羅馬法，以一部無效不影響於全部爲原則，換言之：原則上不因法律行爲一部之無效，使其全部歸諸無效；德國民法，則以一部無效影響於全部無效爲原則，換言之：原則上一部無效之行爲，推定其全部行爲均爲無效。我民法之規定，蓋採德國立法例者也。

一部無效，以法律行爲除去該部分亦可成立者爲要件，質言之：除去無效部分，其餘部分仍可成爲獨立之法律行爲是。至是否具備此種條件，應以行爲之是否可分，及法律之規定與當事人之意思表示定之。又法律行爲，如因數個行爲結合而成，就中一個行爲無效者，則其餘部分，既爲獨立之行爲，自不生一部無效之問題。

### 第三 法律行爲之轉換

無效之法律行爲，以絕對不生效力爲原則，已如前述；惟某種法律行爲，因生效要件不備致無效時，同時具備他種法律行爲之效力發生

要件者，則可視爲另一法律行爲，學者稱之曰法律行爲之轉換，蓋亦爲便宜計也。

法律行爲之轉換，其情形有二：其一爲法律明文規定者，即法律規定不備某種行爲生效要件，而視爲他種法律行爲是。其一爲解釋上可認爲有效者，即認當事人間，若知其無效，即欲爲他種法律行爲，仍爲有效是。我民法第一百十二條規定：「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。」即此意也。

無效行爲之轉換，由於法律規定者，例如定有承諾期之要約，承諾遲到者，失其拘束力，此爲民法第一百五十八條所明定，然依第一百六十條第一項之規定，仍可視爲新要約，是以無效之承諾，而轉換爲有效之新要約。又如密封遺囑，不具備民法第一千一百九十二條之要

件，而具備自書遺囑之效力者，則依第一千一百九十三條規定，有自書遺囑之效力，是以無效之密封遺囑，而轉換為有效之自書遺囑。其依解釋認定者，例如支票如未具備票據法之要件而無效者，如當事人認為不要因之債務契約，仍為有效，是以無效之票據行為，轉換為有效之債務行為。

#### 第四 無效行為當事人之責任

無效之法律行為，即不生法律上之效力，則在當事人間，應有一定之責任，固無待言。惟他國立法例中，有以民法上不當得利及侵權行為之規定，已足以資適用，無庸更設明文者。我民法則明定：「無效法律行為之當事人，於行為當時明知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。」（民法第一百二十二條）

所謂明知其無效，謂行為人具有故意，可得而知其為無效，謂行為

人具有過失，此爲回復原狀或損害賠償之前提，若並無故意或過失，則又當別論。

法律行爲，雖不備生效要件，而當事人間，難免不有因該行爲而爲給付者，此際應負回復原狀之責任，以返還其所給付之物。又法律行爲，雖係無效，而當事人間因此受有損害，亦事所難免，此際應負損害賠償之責任，至回復原狀爲不可能者，亦應賠償損害，尤爲當然，法律規定應回復原狀或賠償損害，亦卽此意。

### 第三款 撤銷

#### 第一 撤銷之概念

撤銷者，以意思表示，使已發生效力或將發生效力之意思表示，歸諸消滅之謂也。此種使已存之意思表示歸於無效之另一意思表示，稱曰撤銷；撤銷爲權利之一種，故稱撤銷權。茲分析之如左：

一 撤銷係使意思表示效力歸諸消滅之行爲，通常有所謂法律行爲之撤銷者，然結果亦不過使該法律行爲之意思表示效力，歸諸消滅而已，惟並不以已發生效力者爲限。已發生效力之意思表示，如有瑕疵，固得撤銷；即未發生效力之意思表示，如有瑕疵，仍得撤銷，其與無效之不同在此，蓋無效之法律行爲，不能發生法律上之效力，早已確定，與撤銷之意思表示，其效力已發生或將發生，並未確定無效者，情形不一也。

二 撤銷之意思表示，或其效力已經發生，或其效力將行發生，固與行使撤銷權無關，然必須其效力未臻于確定而後可，如已確定爲有效或無效，均不得再行撤銷。所謂效力未臻于確定者，即意思表示之效力，一經行使撤銷權，即成自始無效，反之，一經承認或經過撤銷之除斥期間，即成爲自始有效是已。

三 法律行爲之無效，爲絕對的，任何人均得主張，而撤銷則不然，僅有撤銷權之特定人得爲撤銷，惟在撤銷之後，意思表示既歸消滅，則此無效之原因，任何人皆得主張。至撤銷權之得由代理人行之，則不待言。

四 撤銷爲一種權利，前已言之，撤銷之效果，既僅使意思表示之效力歸諸消滅，對於得撤銷之意思表示，並無任何支配力，故非支配權，且其內容亦非請求相對人爲一定之行爲，則又非債權，故從來之學者，多以爲形成權之一種。撤銷雖由撤銷權人行使，然此種權利，原則上並非不能移轉，惟因其爲從屬之權利，故必須與原來之意思表示所生之權利一併移轉。

## 第二 撤銷權之主體

撤銷爲權利之一種，得爲撤銷之人，曰撤銷權人，亦曰撤銷主體。



撤銷權究竟歸屬於何人？換言之，何人始有撤銷權？我民法尙無概括之規定，故應就法律上規定得撤銷之具體情形而分別認定，如因急迫輕率，或無經驗爲財產上之給付或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者，其撤銷權屬於利害關係人（民法第七十二條第一項）；因意思表示之內容錯誤，或表意人如知其事情不爲意思表示者，其撤銷權屬於表意人（民法第八十八條第一項）；意思表示因傳達人或傳達機關錯誤者，其撤銷權屬於表意人（民法第八十九條第一項）；因被脅迫或詐欺而爲意思表示者，其撤銷權亦屬於表意人（民法第九十二條第一項）。雖然，得以撤銷之法律行爲或意思表示，通常均爲有瑕疵之法律行爲或意思表示，故撤銷權之主體，應歸屬於爲有瑕疵之意思表示之人。行使此撤銷權人有數人時，均可獨立行使其撤銷權，如其行爲不可分者，則須共同行使。惟其效力則須依民法第一百十一條之規定；換

言之：如行使撤銷權之人，撤銷法律行爲一部，而法律行爲除去該部分亦可成立者，其撤銷之效力，自不及他人之部分，反之：除去該撤銷權之部分，法律行爲即不能獨立存在者，則其撤銷之效力，須及於全體。

撤銷權雖歸屬於爲有瑕疵之意思表示之人，然行使此項撤銷權，則不以本人爲限，換言之：本人仍可委任代理人行使其撤銷權也。又撤銷權並非專屬於本人之權利，故本人死亡時，其繼承人可以繼承，其繼承人可繼受被繼承人而行使其撤銷權；惟撤銷定有除斥期間者，仍應自最初之日起算，不以繼承而更新。至撤銷權之讓與，已詳於前，茲不贅言。

### 第三 撤銷權之客體

撤銷權有主體，亦有客體，撤銷權之客體者，即因其瑕疵而撤銷既

存之法律行爲或意思表示之效力也。法律行爲或意思表示，必須發生法律上之效力，惟其效力始可撤銷，故撤銷之結果，亦僅使有瑕疵之法律行爲或意思表示之效力歸諸消滅。

撤銷，在我民法上規定者，如第七十四條第一項規定之旨趣，爲撤銷其法律行爲，如第八十七條第一項，第八十八條第一項，第八十九條第一項，第九十二條第一項規定之旨趣，爲撤銷其意思表示，各該條雖未明定撤銷其效力，實則第一百十四條第一項既規定：「法律行爲經撤銷者，視爲自始無效」，可見其客體仍爲已存之法律行爲或意思表示之效力；蓋法律行爲或意思表示之本體，爲一種事實，基於此種事實，有時尙發生一定之責任，不能因撤銷而歸諸消滅，未可以法律上便宜之規定而誤解也。

撤銷權行使之後，其效力及於全部抑一部，在研究撤銷權客體之際

，不可不予以闡明。凡撤銷之原因，存於法律行爲或意思表示之全部者，則因撤銷而使其全部失效；如存於法律行爲意思表示之一部，而其行爲可分者，應以當事人之意思爲依歸，如爲不可分者，則亦使其全部失效。

#### 第四 撤銷權之行使

撤銷權行使之方法，從來立法例不同，有以訴訟爲之爲必要者，卽非以訴訟之方法，經法院判決撤銷不可，如法國民法是。有以意思表示爲之爲已足者，卽僅由當事人爲撤銷之意思表示，毋須法院之判決，如德國及日本民法是。以訴訟爲撤銷，事實上未免繁瑣，多所勞費，以意思表示撤銷，雖較簡易，然一遇爭執，仍不免須由法院判定，是二者各有其短長，我國民法乃兼採並用，於總則第一百十六條第一項規定：「撤銷及承認，應以意思表示爲之」，此爲原則。而其餘特

殊事情，如第七十四條，第九百九十六條，第九百九十七條等明定得向法院請求撤銷，是爲例外。

撤銷以意思表示爲之者，自無須請求法院判定，其以訴訟方法爲之者，亦不必特別起訴，卽單以攻擊防禦之方法行之者亦可，但應向法院聲請撤銷者則否。且以意思表示爲撤銷者，應依意思表示一般之規定，無論明示默示，均可生撤銷之效果，亦無一定方式，換言之：撤銷之意思表示，並非要式行爲。又撤銷得附條件否？學說不一，通說則以隨意條件卽得由相對人成就之條件附加，亦不能不認撤銷之效果。至撤銷須表明其原因與否，學者有肯定說及否定說，雖通常撤銷之行使，多說明其原因，事實上亦以說明原因爲便，然民法既未設何限制，不能不從否定解釋。

撤銷權人行使撤銷權，必須向相對人爲之，前已述及，此撤銷之相

對人，如有數人時，則撤銷權人之撤銷，亦須適用第一百十一條之規定，申言之：僅其中一人之行爲有撤銷之原因者，僅對該人爲撤銷，如數人均有撤銷之原因時，則須對全體爲之，至其效力，如該一人之行爲被撤銷後，其法律行爲尙可成立者，則其效力不及他人，如該法律行爲被撤銷後，全部之法律行爲卽不能成立者，則其效力須及於全體。

撤銷，須以意思表示爲之，此爲我民法第一百十六條第一項所明定，其爲單獨行爲，要無疑義。惟須相對人受意思表示與否，則立法例尙未盡一致：有規定須相對人接受其意思者，如德國民法是；至何人爲相對人，因契約行爲與單獨行爲而異，法律上亦設有詳細之規定。有規定限於相對人已確定，始須相對人接受者，如日本民法是。我民法第一百十六條第二項規定：「如相對人確定者，前項意思表示，應

向相對人爲之，「蓋採日本之立法例者也。

撤銷之相對人，在我民法既無特別規定，則究指法律行爲當時之相對人而言乎，抑指因法律行爲直接取得權利之人而言乎，學說亦未一致；有謂係指法律行爲之當事人而言，故縱令當事人已以其法律行爲所取得之權利讓與於人，則撤銷仍應向當初之當事人爲之。有謂係指直接取得權利之人而言，故如前例，其權利已讓與他人或爲他人繼承，則撤銷應向該受讓人或繼承人爲之。此二說中，在理論上言，固應從前說，然就事實方面立論，則以後說爲是。

撤銷，相對人未確定者，究應向何人爲之，我民法亦無特別規定，而學說亦未趨一致，通說則爲撤銷之意思表示，無須向利害關係人及其他特定人爲之。

## 第五 撤銷權之消滅

撤銷爲一種權利，此種權利因一定之情形而消滅，換言之，卽具備此種情形，不復能行使撤銷權，分析以言，約有三端：

(一) 撤銷權之行使 撤銷權爲形成權，自因撤銷權人行使其權利而歸諸消滅，決無再度行使之理；卽在事實上言，撤銷權一經行使，法律行爲已歸無效，卽許其再度行使，亦無實益可言。

(二) 撤銷權除斥期間屆滿 撤銷權之行使，我民法定有相當之期間，如在此期間內不行使其撤銷權，卽使撤銷權人喪失其權利，蓋得撤銷之行爲，效力尙未確定，苟不設一定之期間，則何時撤銷，法律上既無限制，每因撤銷權人之怠於行使權利，效力無由確定，影響於相對人或第三人之利益者至鉅，此撤銷權除斥期間之所由設也。

我民法規定撤銷權之除斥期間，用語例有三：其一例如第七十四條第二項「前項聲請，應於法律行爲後一年內爲之」是。其一例如第九



十條「前二條之撤銷，自意思表示後經過一年而消滅」是。其一例如第四百十六條第二項「前項撤銷權，自贈與人知有撤銷原因時起，一年內不行使而消滅」是。用語雖異，其爲除斥期間者則一，學者有謂最後一例爲時效者，誤也。

(二) 承認 承認者，對於得撤銷之法律行爲，認許其發生效力之謂也。茲分述如左：

一、承認之性質 承認之性質，從來學者有二種不同之見解：一派主張承認即係拋棄撤銷權之意表示，一派則主張承認爲確定法律行爲效力之意思表示，在德日學者間以主前說者爲多。我國學者間，有謂因承認而確定效力之行爲，除得撤銷之法律行爲外，如限制行爲能力人之行爲，無權代理人之行爲，無效之法律行爲，故以承認爲撤銷權之拋棄，不足以資賅括；然亦有謂此所謂承認，專指對於得撤銷之

法律行爲而言，其餘效力不確定或無效之行爲，雖亦可因承認而生效，但不包括在內，而承認之效果，既使其喪失撤銷權，則謂係撤銷權之拋棄，自甚確切。

效力未確定之行爲及無效行爲，既得因承認而生效，而在我民法又未分別設細密之規定，則承認縱規定於無效及撤銷之次，自應使得撤銷行爲以外之其他可因承認而生效之行爲，一併可以適用，不可因法律規定之地位尙待斟酌，爲採狹義解釋之唯一理由。且承認者，不過認許其行爲，使生效力，雖其效果與拋棄撤銷權相等，然一係積極之狀態，一係消極之狀態，二者不盡相同，未可遽混爲一談也。設不然者，則除斥期間之經過，撤銷權人亦不得更行撤銷，謂爲撤銷權之拋棄，得乎？

二、承認權之歸屬 承認既係一種權利，必有歸屬，此權利歸屬之

人，稱曰承認權人。承認權歸屬何人，亦因採廣義說抑狹義說而異：採狹義說者，謂承認即係撤銷權之拋棄之意思表示，故承認權人亦即撤銷權人；採廣義說者，謂承認不過確定其效力，如無權之代理行爲等，亦有其適用，不專指得撤銷行爲而言，故承認權人究爲何人，須視其情形而定，例如得撤銷之行爲，承認權人得爲撤銷人，又如無權代理之行爲，承認權人則爲本人是也。關於承認之本質，吾人既以廣義說爲可取，則承認權人，自亦不能從狹義之見解。

三、承認權之行使及效果 承認權人行使承認權時，其方法以意思表示爲之（民法第一百十六條第一項），如相對人確定者，其意思表示應向相對人爲之（同條第二項）。

承認權人行使承認權後，其法律行爲，即因而發生確定之效力，且在原則上，溯及行爲當時，惟法律另有特別規定，或當事人另有約定

者，則應從其規定或約定（民法第一百十五條），惟承認行爲在承認以前，第三人已有取得權利者，設當事人無特別規定而溯及既往時，不免使第三人蒙受損害，在他國法律，有明定不能對抗善意第三人者，我民法未設明文，亦立法上之一缺點也。

#### 第四款 同意及無權處分

##### 第一 同意

法律行爲，有須第三人同意者，換言之：依法律規定或其他情形，以第三人之同意，爲其發生效力之要件，在未得第三人同意前，效力無由發生，學者稱曰效力未確定之行爲。

同意之行爲，有於事前爲之者，德國民法稱曰豫諾，有於事後爲之者，稱曰追認，就我民法之規定以觀，如第七十七條之允許，第九百七十四條之同意，均係事前同意之行爲；如第八十一條，第一百十八

條之承認，則係事後之同意。惟事前同意之行爲，亦有於事後同意可生效力者。事前同意，他國民法，有規定可於法律行爲前撤回者，我民法則未設明文規定，學者間以其同意如非本於法律上之義務，則於未爲法律行爲前，其撤回不受民法第九十五條第一項但書之限制。

同意行爲，爲法律行爲發生效力之要件，而非法律行爲成立之要件，故同意應爲補助行爲，其自身無獨立之效力；惟雖係補助行爲，無須依原來行爲所定之方式，無論爲同意或拒絕同意，以意思表示向當事人之一方（民法第一百十七條）爲之爲已足。

## 第二 無權處分

無權利人就權利標的物所爲之處分，有時成立犯罪及侵權行爲，應負刑事或民事之責任，而其所謂處分行爲之不生效力，更不待言。然無權處分之行爲，亦有出於善意者，如一律使歸於無效，在某種情形

之下，非僅不足以保護權利人，抑且違反其本意，實非所宜，故我民法於第一百十八條第一項規定：「無權利人就權利標的物所爲之處分，經權利人之承認，始生效力」，所以爲事實便宜計也。又權利人就無權利人所爲之處分，既可承認，即應適用第一百十六條之規定。且承認在無權處分之後，其屬事後承認，尤屬當然。至承認有溯及的效力，更不待贅言。

無權利人就標的物爲處分後，取得其權利者，則其所爲之處分，係屬自始有效，換言之：溯及取得權利以前之無權處分行爲有效，此爲民法第一百十八條第二項所明定者。至其取得權利係依一般的繼受抑特定的繼受，則非所問。

無權利人就標的物所爲處分，因取得權利而自始有效，固已如前述，然苟有數個處分行爲而互相抵觸時，其數個行爲是否均屬有效，抑

僅認某行為有效，非有明文規定，不足以杜爭議，故民法更於第一百十八條第三項規定，以其最初之處分爲有效。

註一 學者有謂概括的繼受取得，係各別繼受權利，並非各個權利合爲一體而爲繼受，不過繼受之原因相同而已（見陳觀昆氏：民法通義總則第一六〇頁）。

註二 權利主體之變更，有謂即係權利繼受的取得者，有謂仍係權利之變更者，余以此種情形，亦可並存而不悖。蓋權利主體之變更，可視爲一種原因，因此變更之原因，而生權利移轉之後果，即可視爲結果。

註三 有謂法律行爲與意思表示，二而一，一而二者，實則意思表示，僅爲法律行爲之基礎要件，例如契約行爲，須雙方意思表示合致，方爲成立（民法第一五三條），可知單方之意思表示，尙爲法律行爲之成分。惟單獨行爲，一有合法之意思表示，法律行爲即可成立，此殆二者混淆之由來歟？

註四 法律行爲成立要件中之一般要件，有單以意思表示爲一般成立要件者；有以意思

表示及標的爲一般成立要件者；亦有以意思表示、標的及當事人爲一般成立要件者，通說則單以意思表示爲一般成立要件，因意思表示當然有當事人與標的，可以賅括在內也。

註五 法律上禁止規定，細釋其義，實係強制規定之一種，蓋法律既禁止作爲或不作爲，又使其違反法律所爲之作爲或不作爲，歸於無效，則有強制之性質，要無容疑。我民法第七十一條，既將強制規定與禁止規定並列，故別於強行規定與禁止規定之外，分爲許可規定與禁止規定。

註六 意思表示，是否於法效意思之外，更須具有目的意思，學說有三：一爲積極說，謂意思表示，既須法效意思，又須目的意思，見胡長清氏前揭第二五二頁。一爲消極說，謂意思表示，一有法效意思，即可成立，無須更具有目的意思，見陳觀昆氏前揭第二一二頁。一爲折衷說，謂絕對的目的意思與法效意思說，均不可採，而所謂法效意思之內容，要依法律上手段之意旨，以發生爲私法上效果主要之欲望爲成立，見張



正學、曹傑兩氏前揭第一九七頁。余以法效意思，爲意思表示所必備，已爲學說所公認，現所爭論者，不過目的意思而已。目的意思，乃經濟上一定慾望，與法效意思之對於法律上一定之慾望，固屬不同；然意思表示中，並非必具有經濟上之慾望者，卽具有經濟上之慾望，乃屬法效意思當然之結果，因苟無發生法律上效力之意思，經濟上之慾望，勢不能滿足，故余以第二說爲是。

註七 要素、偶素及常素之分類，學者間亦有反對說，如胡長清氏前揭第二五四頁謂：「與其分爲要素，偶素，常素，毋甯分爲法定要素，意定要素；以要素爲法定要素，偶素爲意定要素，常素於當事人有除外之意思表示時爲意定要素，否則，爲法定要素。」

註八 「明知」二字，在刑法上亦常見，用語雖同，解釋各殊。蓋刑法上以「明知並有意使其發生者」爲直接之故意，故學者解釋刑法分則上之「明知」二字，均以直接之故意爲限；惟民法第八十六條但書之「明知」，實不能援引刑法關於故意之規定，作

同一之解釋。

**註九** 按民律草案，於禁治產之外，別有準禁治產制度，以禁治產人爲無行爲能力人，以準禁治產人爲限制行爲能力人，故在當時有行爲能力人於爲意思表示之後，其能力受限制者，未始不有，民法既不採準禁治產制度，而因結婚取得行爲能力之限制行爲能力人，又不因婚姻之消滅而復受限制，則民法第九十五條第二項限制行爲能力一語，其爲衍文，可無庸疑。

**註十** 條件及期限，爲單一行爲而非附屬行爲，幾爲輓近學者所公認，而附款爲條件及期限之總稱，亦屬常見，故不能拘泥於附款二字，遂謂條件及期限，係屬附屬行爲。胡長清氏以陳銳昆氏「一方面謂條件及期限爲法律行爲之附款，一方面又以此附款爲單一行爲，理論上似欠一貫」，未免拘泥文字過甚，實則附款二字，不過謂附加於法律行爲之條款，並非一用附加條款字樣，卽成附屬行爲也。

**註十一** 關於消極的純粹隨意條件之是否有效，我國學者中，如余榮昌氏，主有效說，

謂「我民法無與日本民法第三百四十四條相當之規定，故解釋上無論何種消極隨意條件，皆應完全有效。」見余氏前揭第二〇一頁。胡長清、曹傑、張正學三氏，均主無效說，謂「我民法雖無相當於日本民法第一三四條之規定，但在解釋上，亦應認其爲無效。蓋於此情形，債務人雖欲負擔債務，不能謂有欲生法律上拘束之意思表示故也。」見胡氏前揭三一〇頁，張、曹兩氏前揭第二三八頁。至陳觀昆氏，則主折衷說，謂如表意人此時實尚有受法律上拘束之意思，則仍可認爲有效；不過通常多足認爲無受拘束之意思，從多數立法例及學說之見解，亦無不可而已。是雖採折衷說，實偏重無效說，模稜兩可。見陳氏前揭二六一頁。余以消極的隨意條件，不論爲解除條件抑停止條件，我民法既不若日民之明定爲無效，即不能不認許其效力。又停止條件，雖主無效說者以爲債務人無受法律拘束之意思，然揆其實際，苟無受法律拘束之意思，必不至爲此意思表示，亦必不至更附加條件；夫條件本爲不確定事實，無論條件成就之事實存在於任何一方，只須爲意思表示時尙未確定，即不能謂非條件，亦即不能不許

當事人附加限制，若以由於債務人之行爲可以成就，遂謂債務人無受法律拘束之意思，則在將來債務人成就其條件時，又將作何解釋？豈非強當事人所欲發生法律效力之行爲，使歸諸無效乎？故余從有效說。

註十二 離婚行爲，法律雖不許附加條件之規定，學者間以事關公益，故多認爲避忌條件之法律行爲，見余榮昌氏前揭第一九九頁，陳觀昆氏前揭第二六七頁，胡長清氏前揭第三二八頁，張正學、曹傑兩氏前揭第二三六頁，然有相反之實例，司法院二十四年院字第一三五七號解釋曰：「查民法親屬編關於夫妻協議離婚，並無不適用附條件法律行爲之規定，如果其離婚條件，確載明某乙須賠償財禮一百元與某甲收領，始能離異字樣，自應於其條件成就後，發生效力。」

註十三 不得附加條件之行爲而附加條件者，其效力如何？學說不一：胡長清、張正學、曹傑諸氏，均以當事人之意思表示，既有條件附，如僅以其條件爲無效，未免違背當事人之真意，見胡氏前揭第三二九頁，張、曹兩氏前揭第二三六頁。

〔習題〕

- (一) 私權取得之情形有幾？試分別說明之。
- (二) 私權之喪失，是否即為權利之消滅？試言其故。
- (三) 試設例說明私權變更之情形。
- (四) 雙方行為與共同行為，有無區別？
- (五) 補助行為，是否以獨立行為存在為前提？
- (六) 試述法律行為標的確定之意義。
- (七) 限制行為能力人，未得法定代理人允許之行為，是否有效？
- (八) 意思表示，是否於效力意思之外，並應有目的意思，始能成立？
- (九) 何謂要素？何謂偶素？何謂常素？
- (十) 意思表示不自由之情形有幾？其效果若何？試分言之。
- (十一) 試述意思表示發生效力之時期。

- (十二) 向無行為能力人，或限制行為能力人為意思表示，其效果若何？
- (十三) 試述條件之意義？
- (十四) 何謂停止條件？何謂解除條件？試分別舉例說明之。
- (十五) 消極的純粹條件之效力，立法例及學說不一，試分別評述之。
- (十六) 試略述表現條件之意義。
- (十七) 何謂條件之成就？何謂條件之不成就？
- (十八) 何謂期限？與條件不同之點安在？
- (十九) 未成年人能否為代理人？試言其理由。
- (二十) 試述代理權之本質。
- (二十一) 試略述共同代理，雙方代理，表見代理，複代理之意義。
- (二十二) 無權代理之情形有幾？其效果若何？
- (二十三) 法定代理，其代理權能否限制？試言其理由。

- (二四) 有左列事由之一者，能否爲代理權消滅之原因？
  - (一) 本人死亡。
  - (二) 本人破產。
  - (三) 代理人破產。
  - (四) 本人喪失行爲能力。
  - (五) 代理人喪失行爲能力。
- (二五) 法律行爲之一部無效，是否影響於全部？
- (二六) 無效與撤銷，有何不同？
- (二七) 試述撤銷權行使之方法。
- (二八) 試述撤銷權消滅之原因。

## 第五章 期日及期間

### 第一節 概說

期日及期間，同爲測定事實發生先後之尺度，蓋時間之經過，漫無止境，而事實之發生，當有定時，欲確定某種事實何時發生，不得不有此尺度以爲測定，此卽所謂期日及期間是也。

期日及期間，雖統名之日時間，而同爲測定之尺度，然二者亦有其不同之點：凡不可分及視爲不可分之時間，曰期日；從一定之時間，至另一一定之時間，則爲期間。例如一月一日上午十時；此不可分者；又如三月十日，雖亦有其相當之長度，然終不脫三月十日二十四小時之內，此視爲不可分者，故均爲期日而非期間。反之，如由一月一日至二月一日，須經過一個月之久，既有相當之長度，復有繼續進行



之狀態，故爲期間而非期日。學者有謂期日係靜態，期間係動態者以此。

期日及期間之意義，已如前述，然就其性質上立論，是否爲法律事實，爲學者所聚訟：有主否定說者，謂法律事實，乃係一種現象，時間及其經過，非現象，故非法律事實。有主積極說者，謂權利之得喪及變更，如因時間之經過而發生，則對於時間之經過，在訴訟上有舉證之責任，故爲法律事實。此兩說中，究竟何所取舍，迄今尙無定論。惟時間及其經過，與法律效果之關係，甚爲密切，故我民法特設專章，規定其計算之方法焉。

## 第二節 期日及期間之計算

期日及期間計算之方法，有自然計算法與曆法計算法之分。自然計算法，以一日爲二十四小時，一月爲三十日，一年爲三百六十五日，

月不分大小，年不分平閏，概以此固定的自然的標準爲據，不以人爲的有所增減。曆法計算法，則須依國家所採用之曆法，以爲計算之標準，月有大小，年有平閏，其中包含之日數不等，計算之結果亦異。我民法規定，有依自然計算法者，亦有依曆法計算法者，茲分述之：

### 第一款 始期

法令，審判或法律行爲，往往定有期限，有以時計者，如中華民國訓政時期約法第八條第二項規定，人民因犯罪嫌疑被逮捕，拘禁，執行機關，應於二十四小時內移審；本人或他人，並得依法請求於二十四小時內提審。有以日計者，如民事訴訟法第四三七條規定，提起上訴，應於第一審判決送達後二十日之不變期間內爲之。有以月計者，如票據法第十九條規定，支票執票人，對前手之追索權，四個月間不行使而消滅。有以年計者，如民法第一二五條規定，請求權因十五年

間不行使而消滅。至以星期定期限者，則以契約上爲多。

法令或審判所定之期限，如一一規定其計算方法，實不勝其繁，法律行爲所定之期限，又未必一一規定其始期及終期，故民法特於第一百二十條，規定其始期，以便適用。

就第一百二十條規定之內容而言：凡以時計者，即時起算。如前舉之例，苟係上午十時逮捕，卽自十時起算，凡以日，星期，月，年計者，其起始之日不計，例如判決爲三日送達，上訴期間，應自四日起算。此種計算之方法，無論爲法令上，審判上，或法律行爲所定之期限，除有特別訂定外，均依此計算。（民法第一一九條，民事訴訟法第一六一條，刑事訴訟法第六五條）

## 第二款 終期

法律，審判或法律行爲所定之期限，應自何時起算，已如前述，惟

以何時爲終止，亦有待於明文規定，民法第一百二十一條第一項規定：「以日，星期，月或年定期間者，以期間末日之終止，爲期間之終止」。依此：以日定期間，自午前一時至最終之午後十二時爲終止；以星期，月，或年定期間者，各自第一日至該星期，該月，該年之末日爲終止。惟年有平閏，月有大小，一年或一月之間，日數之多寡，不盡相同，因法律上採曆法計算法，不問實際上一年或一月之日數，凡自第一日起算者，悉以曆法最末之日爲終止，如二月爲廿八日，卽以是日爲終期是（民法第一二三條一項）。至曆法，現行法令，採太陽曆，亦卽國曆，此係強制法規，計算時應以此爲準，民間尙有沿用太陰曆，卽所謂夏曆者，不合法度也。

前所言者，限於期間自星期，月，年之第一日爲始期者，方能適用，如非以始日起算者，依民法第一百廿一條第二項規定，以最後之星

期，月或年，與起算日相當之前一日，爲期間之末日。例如於星期三訂定買賣契約，定一星期內交付價金者，則以次星期三爲一星期之末日；於十五日訂定承攬契約，定一月以內完成工作者，則以次月之十五日爲一月之末日；於十月五日訂定租賃契約，定一年屆滿者，則以次年十月五日爲一年之末日。但以月或年定期間，於最後之月，無相當日者，例如於一月三十日，爲某法律行爲，定期間爲一月，則二月無論閏年與否，均無三十日，此種情形，卽以是月之末日，爲期間之末日，所以杜糾紛也。

期間有連續計算者，有非連續計算者，連續計算之期間，應以何日爲終期，在第一百二十一條一二兩項，已有規定，至非連續計算之期間，不能同適用此項原則，亦不能從曆計算，故於第一百二十三條第二項規定：一月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十

五日」，均以日爲計算之單位，例如民法第八三七條第一項規定：「地上權人積欠地租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人，得撤銷其地上權」。此二年期間，並不以連續計算爲必要，則苟非連續欠租，則應以達七百三十日之租金爲相當，此則須從法律或契約規定之意旨觀察，以斷其是否連續計算焉。

期間之終止，法律既有一定之規定，本難任意延展，惟其末日適爲星期日，紀念日或休息日時，一般習慣，多於是日休假，於是日爲意思表示或給付，雙方均感不便，故第一百二十二條更規定延長一日，許以次日代之，星期日從曆，紀念日以國家所規定者爲限，休息日以習慣所通行者爲限，如因個人疾病或其他故障而休息，致不爲意思表示或給付，應自負遲延之責任，非本條所謂之休息日，即不在本條容許延長之例。又紀念日，中央曾頒布革命紀念日簡明表，分國定紀念

日及本黨紀念日，有規定於是日休假者，有規定不放假者，延長者，當以休假之日爲限，蓋以例假休息，不便爲意思表示或給付耳，若並非例假，則無論爲任何法律行爲，均無窒礙，卽無以次日代替之必要矣。所謂以次日代之者，卽以次日爲末日，例如在十月十日訂定借貸契約，定期一年，應以次年之十月十日爲期間之末日，惟是日適爲國慶例假，故以十月十一日爲末日，惟此係任意規定，如願於是日爲意思表示或給付，對方並不異議者，亦爲適法也。

### 第三節 年齡之計算

年齡之計算方法，有周年計算法與歷年計算法之分，周年計算法，以滿足一年爲一歲；歷年計算法，則以經歷一年爲一歲，我民法乃採周年計算法者也。

年齡自出生之日起算（民法第一二四條第一項）。人之出生，雖有定

時，然有爲自己或他人所不能確知者，例如遺棄之嬰兒是。出生爲人之權利能力之始期，關係既巨，法律上對此不知出生之日之情形，不可不設擬制之規定，卽對於不知出生之月日，而無從確定者，推定其爲七月一日出生；知其出生之月，而僅不知其出生之日者，則推定其爲該月十五日所生。惟所謂推定，乃出於法律之擬制，苟有相當之反證，自亦許其另行認定。（同條第二項）

於此有一問題，卽知其出生之月日，而不知其出生之年或時者，法律上並未設有擬制之規定，然事實上此種情形，亦未始不有，此在立法上應加補充者也。

### 〔習題〕

（一）期日及期間有何區別？

（二）試述期間之開始。



(三)不連續計算之期間，應如何計算其終期？

(四)試述年齡計算之方法。

## 第六章 時效

### 第一節 概說

時效者，一定事實之狀態，存續於一定期間以內，發生法律上效果之事實也。時效以一定事實之狀態存續爲必要，例如請求權之不行使，動產不動產之佔有是。此種狀態，爲法律事實而非法律行爲。惟此種事實，須存在於一定期間之內，換言之：卽以時之經過爲其要素，必經過一定之期間，始生法律上之效果。

時效不僅爲民法上之問題，卽在刑法上亦有時效制度，如追訴權之時效，行刑權之時效是也。惟刑法上之時效，皆係消滅時效，而民法

上之時效，有爲取得時效，有爲消滅時效。取得時效者，因時效屆滿而取得一定之權利，此取得權利，卽爲時間經過所生之效果；消滅時效者，因時效屆滿而喪失一定之權利，此喪失權利，卽爲時效經過所生之效果。

我民法關於消滅時效，規定於總則編，而取得時效，則規定於物權編，蓋因取得時效，爲取得權利之直接原因，而消滅時效，祇喪失請求權，權利之本體，並不因之消滅也。惟總則關於消滅時效起算及中斷等規定，在物權編並未另設規定，則在取得時效之情形，應解爲可以準用，此爲學者間之通說。

消滅時效者，於一定期間內不使其權利，消滅其請求權之法律事實也。消滅時效，以一定時間之經過爲必要，惟期間之長短不同，有規定爲十五年者，有規定爲五年者，亦有規定爲二年者，其詳容後述

之。

消滅時效，須於一定期間之內不行使權利，所以懲其怠於行使權利也，若已行使權利，則無消滅時效之可言，我民法規定不行使而消滅，亦卽此意也。

消滅時效，因時間之經過與繼續不行使其權利而成立，已如前述，惟時間之經過及不行使權利，均係一種狀態，此種狀態爲單純的事實狀態抑法律狀態，學者間不一其說，通說則因其可以發生私權變動之效力，多主法律狀態說。

時效消滅之效果，並非其權利之本體消滅，乃係該權利之請求權歸諸消滅，換言之：時效消滅之後，在權利人固無請求之權，而在義務人則尙可履行其所負之義務，此則不可不注意者。

## 第二節 消滅時效與除斥期間

消滅時效與除斥期間，其性質本不相同，我民法上規定之除斥期間，與消滅時效，僅屬用語之差，尤不可不嚴格區分，以免混淆。茲將其區別之點，分述於后：

一、消滅時效，其權利本係永久存續，並無期間之限制，不過因一定期間之不行使權利，而使請求權歸諸消滅，此種請求權消滅之結果，實係一定期間不行使權利所致，並非該權利存續期間屆滿也；除斥期間，則係法律對於某種權利，豫定其存續期間，一經屆滿，其權利即因不能存在而消滅，此學者稱除斥期間為預定期間之由來也。

二、消滅時效，我民法有中斷及未完成之規定，具有法定原因，即因中斷及未完成而延長；除斥期間，則係法定期間，並不適用此種規定。

三、消滅時效之結果，僅消滅其請求權，權利之本體並不消滅，故

當事人對於已完成之時效利益，得拋棄之，其不主張時效利益者，不得依職權判斷；除斥期間，既係權利之預定期間，其經過之結果，卽足使權利消滅，法律既不許當事人創設權利，自亦不許拋棄除斥期間之利益，故當事人縱不主張，亦可依職權判斷。

消滅時效與除斥期間，其不同之點，固不止此，如起算點之不同等，容後詳述之。

### 第三節 消滅時效之客體

消滅時效，必有被消滅之權利，此被消滅之權利，亦卽因時效而喪失之權利，學者稱曰消滅時效之客體。

消滅時效之客體，各國立法例不盡一致，有以債權及其他財產權爲限者，有以請求權爲限者，我民法仿德國民法，亦以請求權爲其客體，凡請求權由於債權而生或由於物權而生，行爲之請求權抑不行爲之

請求權，均得因時效而消滅。至支配權，形成權等，均不能因時效而消滅，不過法律上設有除斥期間者，因經過除斥期間而消滅。惟尚有例外，依我民法規定，亦有因時效經過而消滅權利者，例如民法第八百八十條所規定抵押權消滅時效是也。

於此有一問題，即由物權以外絕對權所生之請求權能否為消滅時效之客體，學者間原不無異說，然實際上應視其情形，分別論定，例如贍養費之各期請求權，原得因時效而消滅，又如夫妻間同居之請求，則並不因時效而消滅，未可一概而論也。良以時效制度，原僅能適用於財產權，非財產權之人格權，身分權，本不能適用，不過因非財產權而生之請求權，有財產上之價值者，應解為亦適用時效制度。

#### 第四節 消滅時效之期間

消滅時效之期間，我民法規定者有二：一為一般期間，一為特別期

間。一般期間者，除有特別規定外，一切請求權均能適用之時效期間也；特別期間者，限於特定之請求權而始適用之時效期間也。

一般期間，依我民法規定爲十五年（民法第一百二十五條），因其期間較特別期間爲長，故學者又稱曰長期消滅時效。此一般期間，遇有特別規定，當然不能適用（同條但書），所謂特別規定，不僅指民法之規定，即其他法律規定者亦屬之，例如票據法第十九條所定之時效，亦爲一般期間之特別規定是也。特別期間，我民法又分別規定五年（民法第一百二十六條），二年（民法第一百二十七條），因其期間較一般規定爲短，故學者又稱曰短期消滅時效，茲分述之：

### 第一款 五年之特別時效

因五年而消滅時效之請求權，爲（一）利息，（二）紅利，（三）租金，（四）贍養費，（五）退職金，（六）其他一年或（七）不及一年之定期給付

債權，蓋以此種權利之各期給付請求權，如亦適用一般時效期間，頗爲不便，故另設較短期間，以資適用。

定期給付之債權，謂於一定期間給付金錢或物品之債權，就其給付之期間言之，謂之定期給付之債（註一），就其各期應受之給付言之，謂之各期給付之請求權，債權具有此種情形者甚多，我民法上所列之紅利，租金等，殆不過爲其例示耳。惟應注意者，所謂定期給付之債權，不過謂其須經過一定期間而爲給付，其債權之性質，仍與利息等相同，故普通債權約定於一定期間給付者，不在本條所謂定期給付債權之內（註二）。

上述債權請求權因時效而消滅者，須各別觀察，就其已到期或未到期而分別論定，換言之，已到期之債權請求權，因時效而消滅者，其未到期債權之請求權，並不因而消滅，故未到期之給付請求權，清



償期一經屆至，即爲獨立之債權也。

第二款 二年之特別時效

因二年而消滅時效之請求權，我民法所規定者，共有八款：

(一) 旅店，飲食店及娛樂場之住宿費，飲食費，座費，消費物之代價及其墊款 所謂消費物代價及墊款，指各該店所供給之消費物品之價金，及代爲墊付之一切款項而言，其墊款固不以關於消費物之代價爲限也。

(二) 運送費及運送人之墊款 所謂運送人，指民法第六百二十二條所規定之運送人而言，運送費即同條規定之運費，墊款則係運送人關於運送而代爲墊支之款項。

(三) 以租賃動產爲營業者之租價 租賃者，謂當事人間約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約（民法第四百二十一

條），租價即該條所謂租金，惟以關於動產租賃所生之租金爲限，且須出租人以租賃動產爲其營業，不動產租賃之租金，不在此限。

（四）醫生，藥師，看護生之診費，藥費，報酬及其墊款 醫生謂以醫術治病之人，不以已經依法領有證書者爲限，即未經政府許可執業之醫生之診費等，亦適用本條之規定，且從事一切醫術之人，均包含之，即獸醫，亦爲本條之醫生。藥師謂調藥製物之人，看護生謂看護病人之人。凡醫生，藥師，看護生之診費，藥費，報酬及墊款，均須於本條所規定之特別時效內求償。

（五）律師，會計師，公證人之報酬及其墊款 律師，會計師，指依法具有此種資格，並領有證書執行職務之人而言。惟公證制度，我國現方試行，由法院指定推事辦理公證事務，且另有徵收費用之規則，故公證人之報酬，現尙無可適用。

(六) 律師，會計師，公證人所收當事人物件之交還 當事人指委託律師，會計師，公證人辦理事務之人，其因執行職務所收當事人物件，如要求交還，應適用本條之規定。

(七) 技師，承攬人之報酬及其墊款 技師謂有一定資格，領有證書而執務之人，不問其為礦業技師或工業技師，均包括在內。承攬人謂為定作人完成一定工作之人（民法第四百九十條）。技師及承攬人之報酬，及因職務上或契約上之墊款，均適用本條規定之时效。

(八) 商人，製造人，手工業人所供給之商品及產物之代價 商人謂商品或產物之販賣人，不論其規模之大小均屬之。製造人，手工業人，謂製作或生產該項商品或產物之人。代價即供給商品產物所生之價金是也。

右列八款之請求權消滅時效，均定為二年，在二年間不行使，其請

求權卽告消滅。蓋以此等債權，類皆由日常行爲而發生，依一般情形，多立時行使其權利者，如二年間而不行使，可以推定其已無行使此項權利之意思，故使其請求權歸於消滅；且此種債權，依社會習慣，縱由債務人清償給付，亦鮮有給與收據，卽有收據，而能妥慎保存者，亦不多覩，請求權消滅之時效過長，實不足保護債務人，此本法於十五年及五年之外，另以此等權利請求權消滅時效之期間，定爲二年之理由也。至於請求權消滅後而債務人願意履行者，則又當別論耳。

### 第五節 時效之進行及障礙

#### 第一款 時效之起算

時效，以經過一定期間爲必要，此期間之開始，曰時效之進行，此期間之屆滿，曰時效之完成。惟時效是否完成，以是否滿足法定期間爲斷，然究從何時起算，則須分別情形而論：以作爲爲目的之請求權

，我民法上規定自請求權可行使時起算，以不作爲爲目的之請求權，我民法規定自行爲時起算（民法第一百二十八條）。

以作爲爲目的之請求權消滅時效，既以其請求權可行使時起算，然究竟何時爲請求權可以行使之時，法律上並無規定，惟概括言之，凡行使其請求權而無法律上之障礙者，卽爲請求權可行使之時。

行使權利之障礙，本有事實上之障礙與法律上之障礙，事實上之障礙，謂障礙非出於法律上之原因，例如權利人之罹於重病，或出外旅行是也。此事實上之障礙，不能謂請求權不能行使，因權利人本人不能行使，仍可由其代理人行之也。法律上之障礙，謂因法律上規定之原因，不能行使其請求權，例如附停止條件之債權，其條件尙未成就；附期限之債權，其期限尙未到來之情形是也。有此法律上之障礙，無論何人，均不能行使請求權，故時效亦卽不能開始進行，惟有無此

種障礙，應就實際觀察耳。茲更略舉數種情形，說明如次：

一 未定清償期之債權，其消滅時效自何時起算，學說不一，然此種債權，債權人可以隨時求償（民法第三百十五條），故債之關係一經成立，時效即應開始進行，並無法律上之障礙可言。

二 分期給付之債權，其請求權原須期限屆至，始可行使，惟如一次給付遲延者，現行法例，既認爲即得請求全部給付（註三），則其時效應自遲延時即可以行使全部請求權時起算，因此時已無法律上障礙可言也。

三 請求權有須於終止契約後經過一定期間，始可行使者，如民法第四百五十條第三項之規定是，此在期限未屆至以前，亦應認爲有法律上之障礙存在。

上所述者，均係以作爲爲目的之請求權，若以不作爲爲目的之請求

權，其消滅時效，在學說上固頗有爭論，然不作爲之請求權，苟非有違反其義務而作爲，則並無行使其請求權之必要，故規定自作爲時起算，因作爲始爲違反義務，債權人必須行使其請求權以期除去，惟消滅時效之起算點，其他法律有特別規定者，例如票據法第十九條所定之到期日起，作成拒絕證書之日起，清償或被訴之日起等，此又當別論矣。

## 第二款 時效之中斷

### 第一 時效之中斷與停止

時效制度，本爲怠於行使權利而設，必在一定期間內不行使權利，其請求權始歸諸消滅，若在此一定期間內，已經行使其權利，或雖未行使其權利而有不能行使權利之情形，則消滅時效期間之進行，自不得不受其影響，以保護因消滅時效而受不利益之當事人，此爲時效之

故障。

消滅時效之故障，在立法例上，有中斷與停止之分：時效之中斷，使其已進行之時效，遇有法定原因，全然歸諸無效，於中斷原因消滅時起，重行起算，例如時效已進行一年，遇有中斷原因時，此一年時效，作爲無效，必更行起算滿足法定之期間，其請求權始行消滅；時效之停止，使其已進行之時效，遇有法定原因，暫行中止，俟停止之原因消滅時起，接續計算，例如時效已進行一年，遇有停止之原因者，此一年時效，即告中止，嗣復停止原因消滅，繼續進行，其時效期間爲二年者，更經一年，前後通算，已滿二年，其請求權之時效，即歸消滅。在他國有將時效中斷與停止一併規定者，亦有僅規定時效之中斷者，我國民法，則從日本之立法例，將時效之應進行而不能進行者，定爲中斷，對於時效之停止，不更設規定，所以求法典之簡單，



而便於適用也。

## 第二 時效中斷之要件

時效之中斷者，於時效進行之期間中，因有與消滅時效要素相反之事實存在，致已進行之期間歸諸無效之謂也。分析以言，要件有二：（一）時效之中斷，必在時效期間進行之中，例如消滅時效爲十五年者，必在此十五年以內，始可因法定事由之發生而中斷，若時效未經進行，固無中斷之可言，卽時效已經屆滿，因請求權已經消滅，亦無用其中斷，例如十五年之時效，在第十六年發生中斷之原因者，則因請求權早已罹於時效，自不能追溯既往，使已經屆滿之時效期間，歸諸無效，而更行起算。（二）時效之中斷，必有與消滅時效要素相反之事實存在，始生中斷效果，此種事由，以法律規定者爲限，學者稱曰時效中斷之事由，亦卽時效中斷之原因，若無此種法定時效相反之事實

發生，則不能中斷。

具備以上二要件，時效始行中斷，其效果使已經進行之期間，歸諸無效，將來時效中斷之事由消滅，即須重行起算（民法第一百七十三條），惟中斷事由發生，當然發生中斷之結果，毋庸向相對人說明，亦毋庸得其承認，並不能拋棄或預行除去，此時效規定，所以有強行性質，而為契約自由原則之例外。

### 第三 時效中斷之原因

時效中斷之事由，依我民法之規定，共有四端（民法第一百二十九條第一項），復以時效之中斷，如使長久存在，則永無完成之時，故又就其原因，設有若干之限制，茲分述之：

一 請求 請求者，權利人對於因時效而受利益之人，行使其權利之意思表示也。例如甲向乙借一千元，時效已經進行，嗣後甲向乙索

要，此索要之行爲，卽此之所謂請求是也。

請求，有訴訟上之請求及訴訟外之請求，他國法例中，有專以訴訟上之請求，始能爲中斷之事由者，亦有包括二者而言者，因前者失之過苛，故我民法採用後者。然依我民法規定，起訴既獨立爲中斷之事由之一，則訴訟上之請求，卽可適用因起訴而中斷之條款，故此所謂請求，在事實上，實僅指非訴訟上之請求而言，此係解釋上所得之結果。

時效因請求而中斷，固矣，然請求之後，因時效而受益之一方，始終不應其請求，則時效永遠不再進行，未免保護權利人過分，而使時效等於虛設，則流弊所及，時效將永遠不能完成，故我民法更於第一百三十條規定：「時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視爲不中斷」，所以示限制也。

二 承認 承認者，受時效利益之當事人，對權利人認許其權利之意思表示也。負有義務之當事人，既認許權利人之權利，自爲權利人所信賴，其不行使權利，自不能謂爲懈怠，故亦明定爲時效中斷事由之一。

承認之性質如何，學者間有兩種不同之學說：或謂承認係單獨之法律行爲，或謂承認係觀念通知，然承認不過認許既已存在之相對人的權利，而非因此對相對人負擔新的債務；且法律行爲，必有法效意思，承認而生法律上消滅時效中斷之效果，並非因承認有此希望，而始賦予一定效果，故與法效意思無涉，從而與其以承認爲單獨之法律行爲，毋甯以之爲觀念通知。

承認既爲觀念通知，自應以意思表示向相對人爲之，始能生消滅時效中斷之效果，故苟僅有承認之意思，而未向相對人爲承認之表示者

，尙不得謂已備承認之條件，卽不得謂已生中斷之效果。又承認之意思表示，應準用民法第九十四條至第九十六條之規定，亦屬當然，毋待更爲明文規定。且承認一方認許相對人之權利，一方亦卽認許自己所負之義務，因時效而受利益者，原爲義務人，而承認之結果，卽不能享受此種時效利益，故承認又必限於義務人爲之。至於承認意思表示之方法，在法律上並無特別規定，故無論以書面或言詞爲承認之表示，或在訴訟上在訴訟外爲承認之表示，或明示的抑默示的承認，均可生中斷時效之效果。

承認爲觀念通知，並無創設新的債務之效力，故承認之意思表示，應於權利存在之期間內爲之，若其權利根本已經消滅而後再爲承認，或誤認權利之存在而爲承認，均不生中斷之效力，更不因此承認而使已消滅之權利依然存續，已消滅之債務仍行存在。且承認之效果，不

過使消滅時效中斷，故承認之意思表示，又必須於消滅時效進行期中爲之，若在消滅時效完成以後而始爲承認，因時效已經完成，已無中斷之可言。惟承認於時效完成後爲之者，縱不生中斷之效力，有時亦可生拋棄時效利益之效果，因民法第一百四十七條，係禁止預先拋棄時效利益，而事後不願受時效利益，非法所不許也。

時效因承認而中斷者，爲確定之理由，而非條件的，故一有承認之意思表示，卽生中斷之效果，別無視爲不中斷之情形，此與因請求及起訴而中斷者不同也。

三 起訴 起訴者，因時效而受不利益之當事人，以訴訟方法而行使其權利之謂也。起訴爲行使權利最確實之方法，故明定爲時效中斷事由之一。起訴，謂提起訴訟，私權關係之訴訟，應依民事訴訟法之規定提起民事訴訟，若提起行政訴訟或訴願，卽使間接可以影響於私

權，然非此之所謂起訴，且行政訴訟或訴願，無非請求撤銷行政處分，與以民事訴訟主張私權者不同，故不生中斷之效果。

民事訴訟，在形式上言之：有本訴，反訴，附帶民事訴訟；在性質上言之：有給付之訴，確認之訴，形成之訴。此所謂起訴，包括各種情形而言；惟義務人提起消極確認之訴者，無論其勝訴或敗訴，既非權利人藉訴訟之方法行使權利，自亦不能爲中斷之事由。

起訴爲時效中斷之事由固矣，然究自何時起生中斷之效果，有謂自訴狀提出法院之時起，有謂自訴狀送達於相對人之時起，然自民事訴訟法第二百四十四條第一項之規定以觀，起訴祇應提出訴狀於法院，送達則係法院之事由，非待送達而始生起訴之效力，換言之，送達訴狀又可謂起訴效果之一，而非起訴之條件，故兩說中應以前說爲是。

時效因起訴而中斷者，係條件的而非確定的，故時效因起訴而中斷

者，如有左列情形之一，視爲不中斷（民法第一百三十一條）：

（一）撤回其訴 原告於訴訟事件判決確定前，原則上得撤回其訴，訴經撤回者，原則上視同未起訴，此爲民事訴訟法第二百六十二條第一項，第二百六十三條所明文規定者，如權利人起訴後依各該條撤回其訴者，足認權利人已無主張權利之意思，自應視爲自初不生中斷之效力。又訴之撤回，除民事訴訟法第二百六十二條所規定者外，卽法律上視同撤回者，亦包括之，如同法第一百九十條第二項所規定者是也。

（二）訴不合法 權利人提起民事訴訟，須具備法定程式，如不備此項程式，法院應以裁定駁回之（民事訴訟法第二百四十九條），此駁回之裁判如已確定，亦不生中斷之效力，因權利人之起訴，未備起訴之要件，自不生起訴之效果也。惟學者有謂訴雖因不合法而駁回，如



訴狀已送達義務人，應視為訴訟外之請求者，如此解釋，則於六個月內更行起訴，仍可生中斷之效力（參照民法第一百三十條），在權利人有行使權利之意思與行爲一點以言，應作如是解釋。又他國立法例中，有規定因起訴而聲請指定管轄，亦爲時效中斷之事由者，我民法並未作此規定，尙有待於補充也。

四 與起訴有同一效力之行爲 起訴爲消滅時效中斷之事由，已如前述，惟有非起訴而與起訴有同一效力者，亦可生中斷之效果（民法第一百二十九條第二項），茲分述之：

（一）送達支付命令 依民事訴訟法第五百零四條規定：「債權人之請求，以給付金錢，或其他代替物，或有價證券之有一定數量爲標的者，得聲請法院，依督促程序發支付命令」。法院接受此項聲請者，應不訊問債務人，卽就其聲請而爲裁定（民事訴訟法第五百零八條）。

此種程序，在民事訴訟法上，稱之曰督促程序（民事訴訟法第六編）。支付命令程序中之債權人，依督促程序而請求發給支付命令者，雖非起訴，然其以行使權利之意思而依法請求，則與起訴無異，故亦定為時效中斷之事由（民法第一百二十九條第二項第一款）。

惟依督促程序請求發支付命令者，必須其聲請已經准許，並已將支付命令送達於債務人，始生中斷之效力，若其聲請被駁回，或雖經准許而債務人未受合法之送達，均不生中斷之效果。

因送達支付命令而時效中斷者，為條件的而非確定的，如訴訟拘束失其效力時，即視為不中斷（民法第一百三十二條）。例如債權人於支付命令期間已滿後，不於三十日內聲請宣示假執行者，支付命令失其效力是（民事訴訟法第五百十六條）；至債務人對支付命令及假執行之裁定聲明異議時（同法第五百十二條，第五百十四條），如係合法，則

以支付命令之聲請視爲起訴或聲請調解（同法第五百十五條），故尙難遽視爲訴訟拘束其效力，從而仍不能以異議時，卽視爲時效不中斷，此不可不注意也。

（二）因和解而傳喚 因和解而傳喚，亦與起訴有同一之效力，而爲時效中斷之事由。惟傳喚必以和解爲原因，而和解須已經合法之傳喚，始生時效中斷之效果，非一有和解之聲請，時效卽時中斷也。

依失效之民事訴訟律第五百二十五條，民事訴訟條例第四百九十三條之規定，當事人於起訴以前，得表明訴訟標的，聲請傳喚他造，試行和解，此際權利人有行使權利之意思與行爲，事實上已至明顯，以之爲時效中斷之事由，實屬當然。然在現行民事訴訟法，和解爲訴訟進行中之程序，同法第三百七十七條所規定者，必以起訴爲前提，故依該條而試行和解者，可以起訴爲時效中斷之事由，毋庸更依和解而

爲保護。惟同法第四百零九條所規定之調解，則與舊律及條例之和解相當，故此所謂因和解而傳喚，實係指因調解而傳喚而言，殆無容疑，徒以民法總則頒行之時，尙在舊律及條例有效時期，致用語未臻統一，此有待於將來之修訂者也。又當事人兩造不待傳喚自行到場，聲請調解者（民事訴訟法第四百三十條），雖未經傳喚，然亦應類推適用，認爲時效中斷之事由。

因和解而傳喚，係條件的而非確定的，如相對人不到庭或和解不成立者，則視爲不中斷（民法第一百二十二條）。

（三）報明破產債權 報明破產債權者，債權人於債務人宣告破產後，於法院所定申報債權之期間內，向破產管理人申報其債權，加入破產債權而受分配之謂也（破產法第六十五條參照）。債務人宣告破產之後，債權人既已申報其債權，顯有行使權利之意思與事實，故亦認

爲時效中斷之原因。依現行破產法，債務人不能清償債務者，債權人亦得爲宣告破產之聲請（同法第五十八條第一項），此聲請破產之行爲，是否與報明破產債權同有中斷時效之效力，學說上尙有爭執，通說則以聲請宣告破產與報明破產債權，係屬兩事，不認有中斷時效之效力。

報明破產債權，應向破產管理人爲之，此爲破產法第六十五條第一項第五款所明定，如不向破產管理人爲申報，或其中報有其他不合法之情形，例如已逾申報期間等，均不能有中斷時效之效力。惟已有執行名義之債權，雖逾申報債權之期限，現行法例既認爲仍得就破產財團而受清償，則其時效之中斷，應依民法第一百二十九條第二項第五款之規定。

報明破產債權，以宣告破產爲前提，如破產之宣告已經撤銷者，報

明破產債權之效力若何，學者之見解不一：有謂破產之宣告既經撤銷，報明破產債權之效力，即已無所附麗，故應溯及既往，視其報明破產債權之行爲，不生時效中斷之效力；有謂報明破產債權，既以破產之宣告爲前提，然係債務人宣告破產後行使權利之方法，而非宣告破產應有之效果，破產之宣告撤銷，報明破產債權，在破產法上固無效果可言，然既爲債權人行使權利之一種表示，即不能不認其有民法上中斷時效之效力。兩說中以後說爲可採（註四）。

時效因報明破產債權而中斷者，係條件的非確定的，故於報明破產債權後而撤回者，視爲不中斷（民法第一百三十四條）。

（四）告知訴訟 告知訴訟者，當事人於訴訟繫屬之後，將其訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人，使其參加訴訟之謂也（民事訴訟法第六十五條第一項），亦稱告知參加，權利人既將其訴訟

向義務人告知，使其參加訴訟行爲，其有行使權利之意思，甚爲明顯，自應視爲有與起訴同等之效力，使生時效中斷之效果。

告知訴訟，須以書狀表明理由及訴訟之程度，由法院送達於第三人及他造（民事訴訟法第六十六條），中斷時效之效果，究自投遞書狀時起算。抑自送達於第三人時起算，不無疑問，以余所信，權利人既以書狀告知訴訟，已足表明其行使權利之意思，無待更爲送達第三人，始生中斷之效果，因時效中斷，所以保護權利人者，非如此不足貫徹其意思也。又此所謂告知訴訟，並包括遞行告知（民事訴訟法第六十五條第二項）在內，則不待言。

消滅時效因告知訴訟而中斷者，亦爲條件的非確定的，故於告知訴訟之後六個月內不起訴，則視爲不中斷（民法第一百三十五條第二項）。此所謂起訴，係指權利人提起確認或給付之訴而言，雖無明文規定

，然應作如是解釋。

(五)開始執行行爲或聲請強制執行 強制執行者，執行機關，以強制之方法，使義務人履行其義務之謂也，此爲權利人在訴訟上行使權利最後之方法，自應認爲時效中斷之事由。

強制執行爲消滅時效中斷之事由，然時效究自開始執行時中斷乎？抑自聲請執行時中斷乎？實一問題，而本款則將聲請執行與開始執行並列，似又不能令人無疑，然按之實際，執行行爲之開始，有依職權爲之者，有依聲請爲之者（民事訴訟執行規則第四條第一項），依職權開始執行行爲者，當以執行行爲之開始，爲時效之中斷；依聲請開始執行者，當以聲請執行之時，爲時效之中斷，此須分別其情形而定之也。

開始執行行爲或聲請強制執行，爲時效中斷之事由，亦爲條件的而



非確定的，故因開始執行而時效中斷者，若權利人之聲請，或法律上要件欠缺，而撤銷其執行處分時，視爲不中斷，（民法第一百三十六條第一項）；因強制執行而中斷者，若權利人撤回其聲請，或聲請而被駁回，亦視爲不中斷（同條第二項）。

#### 第四 時效中斷之效力

消滅時效中斷之事由，已如前述，有此種事由之一，進行之時效，即因以中斷。時效中斷，必有其效力，在時的方面言之，則使已經過之期間全歸無效，自中斷之事由終止時重行起算（民法第一百三十七條第一項），此爲一般的規定；至時效因起訴而中斷者，則自受確定判決或其他方法訴訟終結時重行起算（同條第二項），此爲對於因起訴而中斷所設之特別規定。

時效中斷事由之終止，其情形不一，須視其中斷之事由如何，分別

定之：時效因承認而中斷者，以承認到達於權利人，或為權利人所了解時，為中斷事由之終止；餘如因請求，送達支付命令，為和解而傳喚，申報破產債權，告知參加，開始執行或聲請執行而中斷者，當依民法第一百三十條至第一百三十六條規定，已詳於前，茲不贅；至因起訴而中斷者，其終止之情形有二：一為確定判決，一為訴訟終結。判決確定之情形，通常如捨棄上訴，撤回上訴，然第三審判決，不能更行上訴，關於財產權之訴訟，因上訴所得受之利益不逾五百元者，不得上訴於第三審（民事訴訟法第四百六十三條），故在此種情形之下，其第三審或第二審之判決，即為確定。至訴訟之終結，通常則為判決，此所謂終結，則指判決以外之終結情形而言。但撤回雖亦為終結訴訟之情形，然既已定為視為不中斷之事由（民法第一百二十一條），自不包括在內（註五）。

時效中斷之效力，關於時者，已如前述，茲更就其效力之範圍，卽時效中斷效力之關於人者言之：

消滅時效之中斷，限於當事人，繼承人，受讓人間，始有效力，此爲我民法第一百三十八條所明定，蓋以時效之中斷，有由於因時效而受利益當事人之行爲者，亦有由於因時效而受不利利益當事人之行爲者，則因其行爲所生之中斷的效力，自應爲相對的，而非絕對的，故不能及於當事人，繼承人，受讓人以外之人也。

當事人，指時效中斷行爲之人及其相對人，卽權利人與義務人之兩方，例如因權利人起訴而中斷者，則時效中斷之效力，及於起訴之權利人與被訴之義務人之間是。惟當事人不止一人時，若僅其中一人有中斷之事由，則中斷之效力，除民法另有特別規定外，不能及於全體，例如甲欠乙丙丁債款若干，嗣後丙對甲起訴，則僅甲丙之間有中斷

之效力，不及於乙丙是；所謂特別規定者，例如連帶之債，債權人中之一人爲給付之請求，爲他債權人之利益，亦生效力，是則債權人中一人之請求而時效中斷，則對他債權人亦爲有效是也。

繼承人，指時效中斷行爲當事人之一般繼承人；受讓人，指時效中斷行爲當事人之特定繼承人，其義至明，此無待深言者。

### 第三款 時效之不完成

#### 第一 概說

消滅時效不完成者，於消滅時效行將完成之際，因有難以行使權利事實發生，使時效暫行停止，不使完成之謂也。

時效期間進行之後，因一定事由，而停止時效之進行者，學者稱曰時效之停止。關於時效停止之立法例有二：一爲廣義的停止，凡時效期間進行之始，或進行中，或進行之終，均認時效之停止，如德法兩

國之民法是也。一爲狹義的停止，僅於時效進行之終，卽時效將行完成之際，始認時效之停止，如日本是也，我民法所規定之消滅時效之未完成，卽爲狹義的停止，蓋採日本之立法例也。

消滅時效之未完成，與消滅時效之中斷，關於中止時效期間之進行一點，固屬相同；然消滅時效之未完成，其已經經過之期間，並不歸於無效，於未完成之事由終止時，尙可接續計算，與時效中斷已經過之期間全歸無效，日後另行起算者不同。

時效未完成制度，在保護因時效未完成而受不利益之當事人，因若干行使權利外部的障礙，法律上既不認爲時效中斷之事由，於權利人甚感不利，不得不別設時效未完成之制，予以相當之救濟，此所以於時效中斷之外，別設時效未完成制度之理由也。

## 第二 時效未完成之原因

消滅時效不完成，法律上定有種種原因，此種原因，即係消滅時效不完成之事由，茲就我民法所規定者，分別說明於次：

一 事變 「時效之期間終止時，因大災或其他不可避免之事變，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」，此爲民法第一百三十九條所規定之時效不完成之事由。依此規定，須備三要件：即（一）須時效之期間終止時，時效不完成制度，我民法上從日本之立法例，僅發生於時效期間進行之終承認之，若在時效期間進行之始，或時效期間進行之中，則其事由消滅之後，時效仍未完成，請求權亦未喪失，自仍得行使權利，無承認停止之必要，使時效制度，形同虛設也。至時效不完成之事由發生於時效進行之初，或時效進行之中，而繼續至時效消滅者，則時效行將完成之際，既因天災或其他不可避免之事變而不能行使權利，自亦應認其時效不完成

，以保護之；惟我民法上所規定之時效，最短期達二年，則此種情形繼續至二年以上者，在事實上實所罕觀耳。(二)須因天災或其他不可避免之事變，事變，指一切不可避免之故障而言，例如洪水，地震等均是，條文上之天災，殆不過爲其例示耳。至於事變之由於自然或人爲，則非所問，例如因戰爭，防疫而斷絕交通，此爲人爲者，因洪水，地震而斷絕交通，此爲自然者，然均爲本條之事變。惟事變之界說，有主觀和客觀之分：主觀說謂主觀的不可避免，如權利人之突患重病，或被擄勒贖等，亦爲不可避免之事變；客觀說則以可否避免，須以客觀的情形定之，申言之，其事變須基於外部的事由而發生，兩說中以後說爲是。(三)要不能中斷其時效是也，時效將完成時，有上列之事變者，尙須因而不能中斷，時效始不完成，若可以其他方法使時效中斷而不行使者，則時效仍須完成。例如雖因天災不能向法院起訴

，尙可向義務人請求而中斷時效之情形，如權利人不爲請求，自不生時效不完成之效力，因時效不完成，所以補充中斷而設，如可使時效中斷，卽無適用時效不完成制度之必要也。具備前述三要件，則自其妨礙事由消滅之時起一個月內，其時效不完成，妨礙事由之消滅，自須視其情形而定，如戰爭之休戰，檢疫之停止是也。

二 繼承 「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」，此爲民法第一百四十條所規定者，依此須具備下列要件：（一）須屬於繼承財產之權利，或對於繼承財產之權利。繼承財產，爲繼承開始時，由被繼承人移屬於繼承人所有之財產也（民法第一千一百四十八條），惟此所謂繼承財產，包括其權利與義務而言。（二）須繼承開始時，消滅時效尙未完成。消滅時效之未完成，必其消滅時效尙在



進行之中，始有屆期不完成之可言，若時效早已屆滿，則其請求權即已罹於時效而消滅，自無不完成之可言。(二)須繼承開始時，繼承人未確定，管理人未選定，或尙未宣告破產。繼承開始時，有繼承人不能確定者，在此期內，本須選任遺產管理人；然在遺產管理人亦未選定前，實爲行使權利之故障。又遺產不敷清償被繼承人債務而具備破產法第五十九條各款之情形者，本可宣告破產，然在未經宣告以後，已有破產管理人，自可對之行使權利，即無許時效停止之理。具備上述三要件者，其時效自繼承人確定，管理人選定，或破產宣告時起，六個月內不完成。

三 行爲能力 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，其時效不完成，此爲民法第一百四十一條所明文規定者。依此規定，須具備二要件：(一)權利之主體，要爲無行爲能

力人或限制行爲能力人，無行爲能力人，卽未滿七歲之人（民法第十三條第一項）及禁治產人（民法第十五條）；限制行爲能力人，卽滿七歲以上未滿二十歲而未結婚之人（民法第十三條第二項第三項及第十二條），無行爲能力人之行爲，在法律上本屬無效，而限制行爲能力人之行爲，未得法定代理人允許者亦然，故雖爲權利之主體，然以無法定代理人之故，當然不能期其合法行使權利，自應視爲時效不完成之理由。（二）要在時效期間終止前無法定代理人。無行爲能力人，既可由法定代理人代爲法律行爲，限制行爲能力人，亦可由法定代理人之允許而爲法律行爲，故此等人有法定代理人者，行使權利並無障礙，其時效卽當繼續進行，因屆滿而完成，不能視爲中斷。具備上述二要件，而時效終止期內六個月，猶無法定代理人者，則於本人取得行爲能力或法定代理人就任時起六個月內，其時效不完成。

四 監護 一 無行為能力人或限制行為能力人，對於其法定代理人之權利，於代理關係消滅後一年內，其時效不完成，此爲民法第一百四十二條所明定。依此須具備三要件：（一）權利主體要爲無行為能力人或限制行為能力人，無行為能力人及限制行為能力人，行使權利，須由法定代理人代理，既係對於法定代理人之權利，則法定代理人爲義務人，揆度情形，或有利利用其權力，不爲無行為能力或限制行為能力人向自己行使權利之虞，此種利用他人信任而圖利自己之行爲，實爲正義所不取，故定爲時效不完成之理由。（二）要屬對於法定代理人之權利，所謂對於法定代理人之權利，即法定代理人爲其義務人是也，例如法定代理人甲，欠未成年人乙之父母債務，旋其父母亡故，由乙繼承，而乙未成年，由其後死之父或母指定甲爲監護人，在監護關係未終了前，時效即將完成等情形是也。（三）要代理關係並未消滅

，如法定代理之關係已經終了，或無行爲能力人或限制行爲能力人，已經取得權利，或另有監護人爲其法定代理人，可以行使權利，不必再以之爲時效不完成之事由。具備上述要件，消滅時效，自法定代理關係消滅後一年以內不完成。

五 夫妻 「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」，此爲民法第一百四十三條所明定。依此規定，須具備二要件：（一）須有夫妻關係，且現尙存續。夫妻關係，即依民法規定而爲結婚之人，必其結婚具備法定條件與方式而後可，若係無效之婚姻（民法第九百八十八條），則根本不生效力，自無夫妻關係之可言。又夫妻關係，以現尙存續者爲限，換言之：即其夫妻之關係，並未消滅之謂也。依現行法夫妻關係消滅之原因有三：（1）爲配偶一方之死亡；（2）離婚；（3）婚姻之撤銷；夫或妻之死亡或離婚，爲婚

姻消滅之原因，固無待煩言，至得撤銷之婚姻，如在未撤銷前，婚姻仍繼續存在，故必在合法撤銷確定之後，始認爲消滅也。(二)須係夫對於妻之權利，或妻對於夫之權利。夫與妻相互間之權利，在婚姻關係存續中，嚴切行使，事所不能，且夫妻之結合，繫乎誠信，利用他人之信賴而使不能行使義務，亦爲正義所不許，故必夫妻相互之權利關係消滅，始許爲不完成之理由。具備上述二要件者，其消滅時效，於婚姻關係消滅之後一年內不完成。

## 第六節 消滅時效之效力

### 第一款 概說

消滅時效，自時效期間屆滿而生效力，其效力之內容，各國立法例有三：一爲權利消滅主義，認時效完成之後，其權利本體，即因之消滅，日本民法，即採此主義；一爲訴權消滅主義，認時效完成之後，

不能以訴訟上之方法行使權利，故其權利之本身，雖非消滅，然其權利則已成爲無訴訟之權利，即所謂自然債務者是也，蘇俄民法，即採此主義；一爲抗辯權發生主義，即時效完成之權利，並不消滅，債權人之訴權，亦並不喪失，不過債務人因時效完成發生拒絕給付之抗辯，此種抗辯，即屬因時效所受之利益，德國民法，即採此說。權利消滅主義，時效一經完成，權利即行喪失，雖係對於債權人怠於行使權利之一種制裁，然時效消滅之後，債務人願意履行其債務者，亦未始不有，此種行爲與我民法第二百零九條「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法」之精神，並不相悖，自不能不予許可。然則債權人之權利已經消滅，使債務人欲履行其債務爲不可能，一方面固偏於極端，然一方適足以增債務人之苦痛，其非完善無弊，可以概見；雖有時可依贈與方法行之，然履行債務與贈與，本係兩種不同之法律行爲

，自亦未能相提並論者也。訴權消滅主義，認時效完成之權利爲自然債務，不能以訴訟上之方法而行使，在表面上視之，似較權利消滅主義爲優；然既認許其權利，乃又不予以訴權，按之實際，仍屬名存實亡；夫以訴訟上之方法而行使其權利，此乃最合理的方法，不許以訴訟之方法行使，則流弊所極，或不免別尋途徑，另滋糾紛，則橫決之禍，實堪憂慮，故按其實際，反不若權利消滅主義之爲澈底耳。至抗辯發生主義，既認許債權人權利之存在，復容許債權人以訴訟方法行使權利，在債權人方面，實可躊躇滿志，然此非偏護於債權人者，苟債務人就時效完成之事實而爲拒絕給付之抗辯者，則在債務人方面，亦仍可享受因時效而生之利益，無背於立法精神，三說之中，以余個人之偏見，當以此爲最可採取。

在立法論上，我人之主張如此，試觀我民法第一百四十四條第一項

之規定：「時效完成後，債務人得拒絕給付」，則依此反對解釋，亦得不爲拒絕給付，其認拒絕給付爲債務人之權利，並非使訴權歸於消滅，已可了了。雖第一百二十五條至第一百二十二條規定請求權因時效而消滅，又第一百四十四條第二項規定「請求權已經時效消滅」字樣，此乃用語問題，無妨於其效力之內容者也。

時效已屆滿，而債務人仍爲履行之給付，或以契約承認債務，或提出担保者，因權利並未消滅，故不許以不知時效爲理由而請求返還。

### 第二款 變更時效期間及拋棄時效利益之禁止

民法上關於時效期間，及其中斷與不完成之事由，均以明文爲詳細之規定，尤以關於時效期間之規定，影響於權利之得喪，更爲重要，故我民法第一百四十七條，以明文禁止其變更。時效期間之變更，有謂將時效期間伸長，使因時效受利益之當事人，不能得其實益，固屬



有妨公益，應屬無效；若將時效利益縮短，非徒與公益無害，且足以闡揚時效制度之精神，不宜限制。有謂將時效制度伸長，祇須未超過一般時效期間，例如將二年五年之時效期間，伸長為十五年以下，則並未逾越最高限制，亦應認為有效。有謂時效制度，係強行之規定，凡以法律行為變更，不問伸長或縮短，均不能認為有效，我民法蓋採第三說者也（註六）。

時效期間，既不許以法律行為伸長或縮短，固如前述，並不得預將時效利益拋棄，此亦為我民法第一百四十七條所明文規定者，故例如預先約定於時效完成後，不以拒絕給付為抗辯者，其約定為無效，換言之：因時效受利益之當事人，雖先已拋棄其利益，於時效完成後，仍得據以拒絕給付。

雖然，時效不得預先拋棄固矣，若拋棄時效利益於事後，則非法所

不許，例如於時效完成之後，債務人不爲拒絕給付之抗辯，而願爲履行之給付，並非無效，從而時效之利益，必待當事人之主張。

所謂預爲拋棄，嚴格言之，指於未受利益之前，先行拋棄其利益而言，故在時效期間進行以前而爲拋棄，或進行中未完成前而爲拋棄，均應認爲無效；卽認其拋棄時效經過之期間，亦在禁制之例，設不然者，無異將時效期間加長，而使時效永不能完成。惟學者間，亦有主張在時效進行中，拋棄期間經過之利益，可與承認同視者。

事後拋棄時效之利益，其性質如何，學說亦不一致，有以爲贈與者，有以爲追認者，亦有以爲不受時效利益之意思表示者，比較而論，以後說爲可取，因此時效之拋棄，乃係單獨行爲，祇須因時效而受利益之當事人，有此意思表示，無論爲明示默示，卽可成立，不待更得對造之同意也。

權利中有主權利與從權利之分，從權利之發生與存在，以主權利之發生與存在爲前提，如主權利因罹於時效而消滅，則從權利亦失其存在之前提。此徵之民法第三百零七條之規定，實屬當然，從而主權利與從權利請求之關係，當亦作同一之解釋，故我民法第一百四十六條規定：「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，不在此限」，依此，主權利因時效完成而消滅者，則從權利亦生同一之效果。

惟此原則亦有例外，即同條但書所謂法律另有規定者是，此特別規定，如民法第一百四十五條第一項及第八百八十條等屬之，依此特別規定，則其從權利並不隨主權利而當然消滅。蓋此種情形，在權利人實信賴其担保品現實存在，不即行使權利，如不設爲例外，不足保全物權之確實性也。

惟以抵押權，質權，或留置權担保之權利，於利息及其他定期給付之各期給付請求權，因時效而消滅者，則不適用第一百四十五條第一項之規定（同條第二項）。蓋此種權利之時效，第一百二十六條既縮短其期間，此際與以延長，有背立法之精神也。

註一 參考最高法院二三年上字第二三〇三號判決：「利息，紅利，租金，贍養費，退職金，及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，雖因五年間不行使而消滅，民法已定有明文，但所列舉者，乃屬定期給付之債權，觀於法文稱其各期給付請求權一語，更可明瞭。故其所謂利息，僅係指約定利息而言，遲延利息，則為賠償債務給付遲延所生之損害，惟限於債務人給付遲延時，債權人始有請求權，自非定期給付之債務，上開法文，殊無適用餘地。」

註二 參考司法院二四年院字第一三三一號解釋：「民法第一二六條所載其他一年或不及一年之定期給付債權，係指與利息等同一性質之債權而言；至第二二九條內稱給付

有確定期限之債權，乃普通債權定有期限者之一種，二者性質迥不相同。」

註三 參考最高法院一九年上字第三一二〇號判決：「分期歸還之債，如已屆分還之期，債務人不依約履行，不得仍享期限之利益。」又二二年上字第二三〇〇號判決：「分期歸還之債款，如已屆分還之期，債務人不依約履行，不得仍享期限之利益，爲歷來判例之所認；此項判例，係指已達清償期之債權，經當事人改訂分期歸還辦法者而言，與民法第三百十六條規定情形不同。」

註四 破產之宣告撤銷後，不影響於申報債權中斷時效之效力，我國學者間，如陳觀昆，胡長清兩氏，亦主此說，見陳氏前揭第三六六頁，胡氏前揭第四二〇頁。

註五 訴之撤回，是否爲民法第一百三十七條第二項所謂其他方法訴訟終結之一，胡長清氏之見解與鄙見不同。胡氏謂「所謂其他方法訴訟終結，則指因裁判上之和解，訴之撤回，及視同撤回（民訴法第一八四條第二五三條第一項）等情形終結其訴訟而言。」見胡氏前揭第四二三頁。陳觀昆氏前揭第三六九頁，亦同旨趣。

註六 時效期間之變更；胡長清氏以「時效期間及其他要件之規定，固屬強制規定，然強制規定，有完全不許參加私人之意思者，有於某方面不許參加私人之意思，但於他方面縱參加私人之意思，亦屬無妨者，……時效要件之規定，即屬於後者，故加重時效要件，足使權利之證明愈加困難，固不應許可；然如減輕時效要件，則不但於公益無礙，且足以發揚時效制度之精神，實無不應許可之理由。」見胡氏前揭第四三四頁。余以時效期間之伸長，固不利於債務人，然時效期間之縮短，實不利於債權人，我民法不許加重，同時不許減輕，與債權人及債務人以同一之保護，允稱至當。又時效之利益，不許預先拋棄，民法著有明文，將時效期間縮短，不啻預先拋棄其一部，亦無可以准許之理由。

### 〔習題〕

- (一) 何謂取得時效？何謂消滅時效？
- (二) 消滅時效與除斥期間，有何不同？

(三)消滅時效之結果，是否使私權歸諸消滅？

(四)時效之中斷與時效之停止，有何不同？時效不完成，是否即為時效之停止？

(五)時效期間，應否許其預行縮短，學說不一，試申論之。

(六)消滅時效完成後，債務人可否拋棄時效之利益？

## 第七章 權利之行使

### 第一節 概說

法律所賦予於人民之權利，必行使始能實現其內容，此實現權利內容之行爲，即爲權利之行使。權利行使行爲之性質，各有不同；有爲法律行爲者，如行使撤銷權而撤銷其法律行爲是；有爲準法律行爲者，如行使催告權而爲催告是；有爲事實行爲者，如所有權人損毀其所  
有物是。至權利行爲之作用，亦隨其權利而不同：有爲請求者，如債

權人請求債務人履行契約是；有爲支配者，如所有權人自己處分其所  
有物是；有爲形成者，如解除權人解除契約是。

權利之行使與權利之主張，應加以嚴格之區分，蓋權利之主張，係  
依權利作用所得爲之一切行爲，其範圍較廣，權利之行使，則係依權  
利內容所得爲之一切行爲，其範圍較狹，不可混爲一談。又權利之行  
使與權利之實現亦異，蓋權利之實現，謂權利之內容，已經現實的發  
生，而權利之行使，不過使其實現之一種方法，例如請求給付係權利  
之行使，他人之從而給付，則爲權利之實現，亦不能混淆。至權利之  
行使與權利歸屬，亦有不盡同者，行使權利之人初未必爲權利歸屬之  
人，例如無行爲能力人之權利，雖爲該無行爲能力人所享受，然欲行  
使其權利，必須法定代理人爲其代理也。

## 第二節 行使權利之方法



權利有公權與私權之分。私權之行使與否，在個人主義的立法原理言之，原屬自由，不受限制，而在團體主義的立法原理之下，則限制私權之行使，實爲普遍之要求，良以私權雖係因滿足個人私生活而賦予，然所以賦予權利，無非爲社會之福利，如權利人行使權利而有害於公益，卽不可不予以相當之禁制，以期符合賦予私權之初衷。例如房屋所有人之燒燬房屋，足以惹起公共危險，雖係處分其所有物，然在民法上不能不加限制，在刑法上不可不設爲罪刑，以其行爲含有反社會性故也。

權利之行使，既以自由爲原則，而以限制爲例外，則行使權利與限制權利之行使，可分爲直接間接兩方面而言：例如債權人非向主債務人之財產執行無效果時，不得向保證人要求代償（民法第七百四十五條），是爲直接強制權利之行使；又如債權人拋棄爲債權担保之物權

者，保證人就其限度內，免其責任（民法第七百五十一條），是爲間接強制權利之行使；又如所有人於法令限制之範圍內，得自由使用，收益，處分所有物（民法第七百六十五條），是爲直接限制權利之行使；至於消滅時效及除斥期間，則爲間接限制權利之行使。

權利行使既有限制，則權利之拋棄，自亦有一定之準則，凡屬有關公益之私權，拋棄多在所不許，例如民法第十六條，第十七條之規定，權利能力及行爲能力，自由權不得拋棄是也。

法律上賦予個人以私權，一方所以滿足其私生活，而一方則所以謀社會之利益，已如前述，故私權之行使，須尊重此法律上賦予權利之意思，免妨他人之權利與社會之公益，此乃行使權利最大之原則。

在各國立法例中，關於私權之行使，其規定之方式有二：在積極方面，課權利人行使權利應依誠實及信用方法之義務；在消極方面，則

限制行使權利，不得以侵害他人權利爲其主要之目的，前者我民法規定於債編第二百十九條，茲姑弗置論，而後者則規定於總則第一百四十八條，學者則稱之曰權利濫用之禁止。

行使權利而損害及於他人者，其例正多，例如債權人行使債權，而命債務人爲一定之給付，蓋以權利本係分配社會一部利益於一方，他方自難免因此而受不利益，第一方之受益，正有其法律上根據，他方之受損，亦正有其法律上之義務，從而因行使權利而損害及於他人，卽屬正當之行爲，而非有反社會性及違法性者；若行使權利以損害他人爲主要之目的，例如拒絕受領債務人所給付之款項，乃拍賣其財產而受清償；將被繼承人加害而行使其遺產繼承權，在此種情形之下，其行使權利，不過爲加害他人之藉口，卽不受法律之保護，從而加害他人之責任，卽不能以行使權利相諉卸。

### 第三節 正當防衛行爲

正當防衛者，對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人權利所爲必要之行爲也（民法第一百四十九條）。權利之行使，本不得以損害他人爲主要目的，前已言之，然在自己或他人權利被不法侵害之情況下，非侵害他人之權利，卽無以自全其權利，故法律上賦予權利之外，復許以自力維護其權利，因此所爲之加害行爲，在刑事法上，爲違法阻却之事由，免負刑事責任（刑法第二十三條），在民事法上，則爲免除侵權行爲責任事由，不負損害賠償之責，茲析言其要件如左：

一 須有侵害存在 正當防衛之行爲，所以爲民法上免責之理由，無非以其保護自己或他人權利，其行爲直與行使權利相等，從而不課以任何責任，然既曰保護其權利，必先有侵害行爲之存在，始有許其自衛之可言，若根本上並未受何侵害，卽無需乎自衛，至侵害之程

度如何，則非所問。

二 侵害須爲現在 侵害之存在，須爲現實的現象，並非未來之侵害，亦非過去之侵害，換言之：卽侵害之現象，行爲當時，尙在繼續狀態之中者是也。若已經過去之侵害，或係未來之侵害，則可依法求國家爲之回復或預防，要不能直接對加害人有所作爲，蓋以保護權利，本係國家之責任，許當事人自力維護，殆例外耳。又此種現時之侵害，祇須其侵害現實存在爲已足，不必更須有急迫之情形，換言之：其侵害未經完畢，卽可爲防衛行爲，至是否可以避免，及是否可求公力之救濟，均在所不問，例如甲見乙持刀前來殺害，如改趨他途，卽不致相遇被殺，乃竟不奔避，而爲防衛行爲；又如甲在公安機關門首毆乙，如一經喊叫，卽有警察可以維護，乃竟不鳴警，而自爲防衛行爲，此種情形之下，當事者身受不法之侵害之際，情形危殆，思想自

難期其周全，則縱可退避而不退避，可求公力保障而不求保障，實難苛責；在他方面，他人之行爲，既屬侵害權利，實無不許其抗拒自衛之理，故侵害時是否有緊迫之情形，法律上並不苛求，至緊迫與否之情形難以認定，尤餘事也。

三 侵害須爲不法 現實的侵害，尤須爲不法的侵害，若有法令上之根據，則不在此限。蓋對他人之權利而有不法行爲，始有侵害可言，若根據法令，雖具侵害之外形，而實際上則係他人依法令行使其權利，非可以自力防護者，例如質權人之拍賣質物（民法第八百九十三條），典權人之佔有典物（民法第九百一十一條），此際動產或不動產之所有權人，即不許以他人侵奪其物爲理由，而爲正當防衛之行爲。又正當防衛之性質，在學者間不一其說，以余所信，防衛行爲，乃對於現在不法侵害行爲之一種自衛的權利，因而加害他人之行爲，即係自

衛權之內容。正當防衛，既應認爲權利，則對於行使正當防衛權之人，無更對之行使防衛權之餘地，例如甲侵害乙，乙行使防衛權而對甲加以反擊，甲對乙之反擊行爲，無權更爲防衛，蓋非如此，則一方加害，一方防衛，一方防衛，一方加害，輾轉相尋，永無已時，直係自力復仇，互相報復，其糾紛將不可究詰，去立法之本意遠矣。

四 須有防衛行爲 防衛行爲者，受不法侵害之人，對於不法侵害人所加之反擊行爲，而以防衛其權利受不法侵害爲目的者也。若非以防衛權利受不法侵害爲目的，根本卽屬獨立之侵權行爲而非防衛行爲，例如乙受甲毆傷後，以報復洩憤爲目的，撕破甲之衣服是也。又防衛行爲，祇能對於不法侵害之人實施，不能對加害人以外之第三人實施，蓋第三人並未加害，卽無防衛權之可言也。例如甲持槍殺乙，乙僅對甲有防衛權，若並不對甲實施防衛之行爲，乃竟先行出槍殺丙做

甲，不能以正當防衛行爲以自解也。

防衛行爲所防衛之權利，在法律上並無限制，無論爲生命，身體，自由，名譽或財產，祇須現在受不法之侵害，卽可以防衛之目的而施防衛之行爲，其權利爲自己所有抑他人所有，亦非所問，例如甲見乙持槍殺丙，乃猛撲乙身，將乙撞倒致傷，此種情形，雖係防衛他人之權利，法律亦認係正當防衛，何則，此種急公好義之行爲，在他人無所措手足之際，予以有力之援助，使能免受不法之侵害，法律上固有所予獎勵之必要也。

五 防衛須不過當 防衛行爲，不可過當，惟是否過當，以其行爲是否超過維護權利受不法侵害之必要限度爲斷，如已超過必要之限度者爲過當，未超過必要限度者則否。然則超過必要限度與否，又究將以何爲標準？此際當依當時之情形，以客觀之眼光判定，凡依當時侵



害之情形，與防衛行爲及反擊情形比較，一般人均認爲適當者，始能謂爲未逾必要之程度，例如對於小兒之詈罵，竟施以槍殺；對於侵入之人，竟施以兇毆，此在一般人視之，固均逾越必要之程度者也。

雖然：行爲之超越必要程度與否，亦非絕對的無所準據，例如就法益言，被害法益之種類與反擊行爲法益之種類；就方法言，侵害行爲實施之方法與加害行爲實施之方法；就人數言，加害人數之多寡與防衛行爲人數多寡，在在可據爲判別防衛行爲超越必要程度與否之資料，例如被害法益爲財產，反擊行爲之法益爲生命；實施侵害行爲係徒手，反擊行爲乃用兇器；不法侵害者爲一人，而防衛者乃有多數人，在此種情形，亦可認爲防衛適當者，惟不可拘泥於此，何則？在或種情形之下，非如此不足以防衛其侵害者，仍不能認爲過當，例如強盜入室，非開槍轟擊，卽無以抗拒，是縱以反擊人之生命法益而維護

自己之財產法益，仍不能謂非必要也。

#### 第四節 救護行爲

正當防衛行爲，法律上視爲免責之理由，已如前述，然在遇有急迫危難之際，其所爲救護行爲，就其處境而論，實較權利遭受不法之侵害爲尤苦，故因此而生損害，亦可爲免責之理由，不負損害賠償之責任（民法第一百五十條第一項）。茲析言其要件如左：

一 須有危險存在 救護行爲，要有危險之存在，且須爲急迫之危險，其原因如何，在所不問，換言之，無論其危險由於自然力抑人力所召致，均許自己救護，例如因颶風勢猛，房屋坍塌，破壞鄰居之牆壁以逃避；或因船舶沉沒，奪取他人之救生器，以免自己沉溺，均足爲免責之理由，又危險之發生原因，是否由於自己所召致，換言之：行爲人應否負責，則須加注意，例如自己失火，圖免葬身火窟而越牆

逃入鄰家，雖遭緊急危險，然由於自己之不慎而失火，要不能即行遽使免責，使無辜者遭受意外之損害，而無所取償，此亦法律持平之道也（同條第二項）。

二 危險須屬急迫 危險，非僅須現實的存在，且須急迫，例如他屋失火，火已冒穿屋頂，加以風勢猛烈，即將延燒及己，乃拆卸中間他人之房屋，其情形固甚急迫，可謂救護行爲；若情勢並不急迫，例如以船舶載重逾限，深恐沉沒，乃先將他人之貨物拋棄海中，其船舶既不致沉沒，即有危險，亦非緊急，自不足爲免責之理由。總之，危險之是否存在，是否急迫，均須依當時情形以客觀眼光觀察判定。

三 危險須有限制 緊急之危險，爲救護行爲之先決要件，惟其危險以關於人之生命，身體，自由，財產者爲限，此乃列舉的規定，而非例示的規定，故雖有緊急之危險，而無關於生命，身體，自由，財

產者，則不能以救護爲理由而免除損害賠償之責任。至生命，身體，自由，財產之緊急危險，關於自己抑關於他人，則在所不問，例如於船將沉沒之際，奪取成年人救護器與老幼之人，是雖非救護自己之生命，然亦可不負責任。何則？人在遭遇緊急危險之秋，大多心志不寧，計無所出，實有賴於他人之救助，如法律不予免責，則勢將迫人袖手旁觀，亦非獎勵任俠好義之意也。

四 須有救護行爲 救護行爲，既具備前述緊急危險之條件，尤必須有救護行爲，此種救護行爲，又必須以避免緊急之危險爲目的，如並無危險，固無救護可言，卽能以其他方法避免危險者，亦無救護可言。例如於船將沉沒之際，生命固已陷於極端危險狀態之中，然苟或人人均有救護器可以逃生，乃猶奪取他人之救護器，拋擲海內，此種行爲，非以避免危險爲目的，實可概見，從而對於他人之損害，卽不

能不負賠償之責。至如利用救護行爲，以達其侵權行爲之目的者，亦仍不能免責，例如甲乙挾有宿怨，甲於遭遇危難之際，故意將乙毆斃等情形是也。救護行爲，固須以避免緊急之危險爲目的，然其危險是否因此可以避免，則爲法律所不問，蓋人在緊急危難之際，只有避免危難之意思，且自信可藉救護行爲以避免，實際上是不能確能避免，乃係救護者所不能預料之結果，自不能苛求也。故如於風盛火猛之時，拆毀房屋以免延燒，雖事後仍不免於延燒，然拆屋之行爲，不能謂非救護行爲，在民法上，即可不負損害賠償之責任。

五 須有救護必要 救護之行爲，必在必要限度內爲之，始可免責，如果逾越必要之程度，則不能不負其責；且在必要限度以內，尤須因救護致損害之法益，並不逾越因危險所能致之損害，如因救護所致之損害，較因危險所致之損害爲巨，亦非可免責者，例如於危難之際

，爲載運自己之財產，乃將他人殺斃，奪取船隻，是以維護財產法益而損害他人之生命法益，實屬得不償失；又如於船將沉沒之際，明知友人能游泳而不致沉溺，乃又奪取他人之救護器相贈，此則法益雖或相當，但並非事實所必要，故均以之爲例外情形。此種立法，無非使人審度時勢，熟權利害，不致藉口於救護行爲，而過分侵害他人之法益，否則，各挾利己害人之心，而爲所欲爲，法律無賠償之方，受害人無求償之道，亦非可期其平允也。救護行爲，祇須以避免緊急危險爲目的，而行爲爲時勢所必要，且法益相當者，即可爲免責之理由，至實際上生損害於何人，在所不問，並不以惹起危險之人爲限也，否則，必以生損害於惹起危險之人爲限。則因自然力而生之危險，卽無救護行爲可言，當非法律之本意也。

救護行爲之要件已如前述，茲更與正當防衛行爲所不同者，作一簡

單之比較，以示區別：

(一) 正當防衛之行爲，以有不法侵害爲前提；救護行爲，則必須以緊急之危險爲前提。

(二) 正當防衛之行爲，以保護一切權利之受侵害爲目的；救護行爲，則以避免生命，身體，自由，財產緊迫之危險爲的。

(三) 正當防衛之行爲，必對於不法侵害者爲之；救護行爲，無論對任何人實施均可。

(四) 正當防衛之過當與否，不以因防衛所保全法益與反擊行爲加害之法益爲唯一之標準；救護行爲，須因救護行爲所加害之法益與因危險所生之損害相平衡。

(五) 正當防衛行爲，學者採權利說，而救護行爲，學者多主張放任說。

於此更可注意者，救護行爲，具備上述之要件者，並非不法加害，故對於救護行爲，不能行使正當防衛。

### 第五節 自助行爲

法律對加損害於他人而可免除賠償責任者，除正當防衛行爲與救護行爲外，尙有自助行爲，亦稱自救行爲。權利之保護，本以公力救濟爲原則，然在情形急迫之時，不及請求公力救濟者，苟無變通之方法，則損害實難回復，故在一定條件之下，亦許自力救濟，以期及時自助，所以確保私權。

自助行爲者，爲保護自己權利起見，於不及受官署援助，或非於其時爲之，請求權卽有不能實行或難於實行之際，對於他人之自由財產，施以拘束，押收或毀損，而不負損害賠償責任之行爲也（民法第一百五十一條）。惟自助行爲之後，須卽時向官署聲請援助，如聲請遲



延，或被駁回者，則其自助行爲，或則過當，或則不當，均應負賠償之責，亦所以防止自助行爲之濫用，而侵害他人之權利也（同法第一百五十二條）。茲析述其要件如左：

一 須爲保護權利 自助行爲，須以保護自己權利爲要件，如係保護他人之權利，則仍應負損害賠償之責任，良以私權各有主體，權利主體人既不認其情形緊迫，非卽時保護不可，則他人自屬無可借箸代謀；且私權有可拋棄者，有時權利主體人明知必須卽時保護，而不願行使者，事所常有，必使第三人越俎代庖，則反易引起無謂之糾紛，此與前述正當防衛或救護行爲，可爲避免第三人之權利受害而實施者不同也。

權利，指一切權利而言，無論其爲生命，身體，自由，名譽，財產均屬之；此與正當防衛行爲，同無限制，而與救護行爲以所列舉之權

利爲限者不同。惟權利既以屬於自己者爲限，則他人之權利，無論其爲配偶關係或親屬關係，均不包括在內，但有代理權者，無論基於法律之規定或本人之委任，均可爲本人而行使，此則不可不知耳。又雖屬自己之權利，而不能請求強制執行者，解釋上則不包括在內。何則？自力救濟，不過一時權宜之方法，事後即須向官署請求援助，不許強制執行之權利，在官署既亦愛莫能助，自無許其自行拘束，押收與損毀，而徒資勞費也。

二 須有緊急情形 自助行爲，須有緊急之情形。情形是否緊急，以其是否可受公力之保護，及不爲自力救濟，請求權是否即屬不能實行或難於實行爲標準。如揆其情形，可以請求官署援助，或雖不能請求官署援助，而其請求權尙可實行而並無困難者，則爲要件不備，仍不能藉口自助行爲以免責。例如債務人於案件繫屬第三審法院時，即

將舉室搬遷，遠適異國，此際如請求假扣押，既緩不濟急，而扣押物所在地之法院，又因法定情形不能行使審判權，則非藉自力救濟，其請求權即有不能實行或難於實行之虞，否則扣押物所在地可以行使權利，或債務人雖將出國，在國內尚有一定財產，足以履行債務者，均無自助之必要，此須就實際情形，分別觀察也。

自助行爲，以不及受官署之援助者爲限，且以非爲自助行爲，其請求權即將不能實行或實行有困難爲要件，此與正當防衛行爲不問是否可求公力救濟，均得行使者，其情形不同。官署，指主管之官署而言，非主管官署，既無就該事件爲保護之權限，即請求援助，仍不能得其實益，從而即應許其自助。至官署之是否主管，當就其權限及事件之性質定之。

三 行爲須受限制 自助行爲，對於權利人所加於他人之侵害，有

一定之限制，即僅得對於他人之自由或財產，施以拘束，押收或損毀是也。此與正當防衛行爲緊急避難行爲之並無限定者，又不相同。自由之拘束，例如拘禁其人，財產之押收或損毀，例如扣押其財產或破壞其財產是也。至若加害於生命或身體或其他權益，則非自助行爲，例如以槍轟擊致人於死，或以刀傷人使受傷害，均不在本條免責之列也。

條文所謂他人之財產，雖似漫無限制，實則應以義務人爲限，蓋第三人既無義務，則施以拘束押收或損毀，即非自衛其權利，且拘束，押收或損毀，以保護權利必要之限度爲限，例如保護千元之債權而扣留他人萬元之財產（可分物），固亦不在本條免責之例也。又拘束，押收或損毀他人之財產者，須立時報告於該管官署，而請求援助，如請求有遲延或不爲請求者，可見其純係藉口自助而侵權，不得不令負

## 賠償之責任。

### 〔習題〕

- (一) 權利之行使，與權利之主張及權利之歸屬，有何不同？
- (二) 何謂正當防衛行爲？試舉例說明之。
- (三) 對於正當防衛行爲，何以不能再行防衛？
- (四) 救護行爲與正當防衛行爲，有何不同？
- (五) 何謂自助行爲？
- (六) 不法侵害，由於自己招致者，其防衛行爲，可否免責？危難由於自己招致者，其救護行爲，可否免責？試分別舉例說明之。

中華民國三十六年五月再版

民法總則 (全一冊)

定價國幣

(外埠酌加郵運包裝費)

蔡聲

上海福州路三一〇

百川

陶

百

大東書局

大東書

發行者

發行所

大東書



版權所有  
不准翻印

