

中國民法總論下冊目次

第三章 物 一六九

第一節 概說 一六九

第一——私權之客體 第二——私權客體之種類 第三——物之意義(一)物必有體(二)

物必在吾人可能支配之範圍內(三)物必獨立為一體(四)物須除去人類之身體

第二節 物之分類 一七四

第一——融通物與不融通物 第二——代替物與不代替物 第三——特定物與不特定物

第四——消費物與不消費物 第五——可分物與不可分物 第六——單一物集成物與聚

合物

第三節 動產不動產 一八〇

目次

第一——動產不動產區別之必要 第二——動產不動產區別之標準(一)不動產(甲)土地

(乙)土地之定着物(二)動產 第三——動產不動產區別之實益

第四節 主物從物……………一八五

第一——主物從物區別之理由 第二——主物從物區別之標準(一)主物與從物須為二個

獨立之物(二)主物與從物之間須有主從關係(三)須從物常助主物之效用(四)從物與主物

須同屬於一人 第三——主物從物區別之實益

第五節 原物孳息……………一八九

第一款 概說……………一八九

第二款 孳息之分類……………一九〇

第一——天然孳息(一)天然孳息為原物之出產物(二)天然孳息係依原物之用法所收穫

第二——法定孳息(一)法定孳息為原本之收益(二)法定孳息係依法律關係之所得

第三款 孳息之收取……………一九三

第一——天然孳息之收取 第二——法定孳息之收取

第四章 法律行爲……………一九六

第一節 概說……………一九六

第一款 法律現象……………一九六

第一——權利之發生(一)原始取得(二)繼受取得(甲)移轉的繼受取得與創設的繼受取得

(乙)特定的繼受取得與概括的繼受取得(三)原始取得與繼受取得區別之必要 第二——

權利之變更(一)權利主體之變更(二)權利客體之變更(三)權利內容之變更 第三——權

利之消滅(一)權利之相對的消滅(二)權利之絕對的消滅

第二款 法律事實……………二〇二

第一——法律事實之概念 第二——法律事實之構成 第三——法律事實之分類(一)人

之行爲(甲)合法行爲(乙)違法行爲(二)人之行爲以外之事實(甲)事件(乙)狀態

第二節 通則……………二〇六

第一款 概說……………二〇六

第一——法律行爲之語源 第二——法律行爲之概念(一)法律行爲爲法律事實(二)法律

行爲爲私人發生私法上效果之行爲(三)法律行爲以意思表示爲要素(四)法律行爲所生之

效果爲行爲人之所欲 第三——法律行爲之自由與典型的法律行爲

第二款 法律行爲之分類……………二二〇

第一——單獨行爲契約及共同行爲(一)單獨行爲(二)契約(三)共同行爲 第二——債權

行爲物權行爲親屬行爲及繼承行爲(一)債權行爲(二)物權行爲(三)親屬行爲(四)繼承行

爲 第三——生前行爲與死後行爲 第四——要式行爲與非要式行爲 第五——主行爲

與從行爲 第六——獨立行爲與補助行爲 第七——有償行爲與無償行爲 第八——要

因行爲與非要因行爲 第九——要物行爲與諾成行爲 第十——完全行爲與非完全行爲

第三款 法律行爲之標的……………二二七

第一項 概說……………二二七

第二項 標的之可能……………二二八

第一——標的可能之概念 第二——標的不能之效力

第三項 標的之確定……………二二〇

第一——標的確定之概念 第二——標的確定之方法 第三——標的不確定之效力

第四項 標的之合法……………二二二

第一目 標的之不違反強行規定·····	二二二
第一——強行規定之概念 第二——違反強行規定之效力 第三——脫法行爲	
第二目 標的之不背於公序良俗·····	二二五
第一——概說 第二——公序良俗之概念 第三——決定公序良俗之準則 第四——違	
反公序良俗之效力 第五——動機之違反公序良俗	
第三目 標的之非顯失公平·····	二二九
第一——顯失公平之概念 第二——顯失公平之效力	
第四款 法律行爲之法定方式·····	二三一
第一——法定方式之概念 第二——不依法定方式之效力	
第三節 行爲能力·····	二三二
第一款 概說·····	二三二
第二款 無行爲能力人之行爲能力·····	二三三
第一——無行爲能力人之概念 第二——無行爲能力人之法律行爲無效 第三——由法	
定代理人代爲法律行爲	

第三款 限制行為能力人之行為能力……………一二三五

第一項 限制行為能力人之概念……………一二三五

第二項 限制行為能力人能力之補充……………一二三五

第一——原則須得法定代理人之允許(一)允許之性質(二)允許之方式(三)允許之範圍

(四)允許之撤回無效及撤銷 第二——例外無須得法定代理人之允許(一)純獲法律上利

益之法律行為(二)日常生活所必需之法律行為(三)就法定代理人允許處分之財產所為之

法律行為(四)就法定代理人允許之營業所為之法律行為(甲)獨立營業之允許(乙)營業允

許之撤銷及限制 第三——未得法定代理人允許之效力

第三項 相對人之保護……………二四五

第一——概說 第二——承認之催告(一)催告之性質(二)催告之相對人(三)催告之期間

(四)催告之效力 第三——契約之撤銷(一)撤銷之性質(二)撤銷之相對人(三)撤銷之要

件 第四——強制有效(一)強制有效之要件(甲)須限制行為能力人使人信其有行為能力

或已得允許而用詐術(乙)須相對人因此發生錯誤而為法律行為(二)強制有效之效力

第四節 意思表示……………二五一

第一款 概說……………二五一

第一——意思表示之概念 第二——意思表示之成立要件(一)目的意思(二)法效意思

(三)表示行爲(四)表示意思 第三——意思表示與意思表示以外之合法行爲(一)意思通

知(二)觀念通知(三)感情表示

第二款 意思表示之分類……………二五七

第一——要物之意思表示與單純之意思表示 第二——獨立之意思表示與非獨立之意思

表示 第三——有相對人之意思表示與無相對人之意思表示 第四——對於特定人之意

思表示與對於不特定人之意思表示 第五——明示之意思表示與默示之意思表示

第三款 意思與表示之不一致……………二六一

第一項 概說……………二六一

第二項 非真意表示……………二六一

第一——非真意表示之概念 第二——非真意表示之要件 第三——非真意表示之效力

(一)原則爲有效(二)例外爲無效 第四——舉證責任

第三項 虛偽表示……………二六五

第一——虛偽表示之概念 第二——虛偽表示之要件 第三——虛偽表示之效力(一)當事人間之效力(二)對於第三人之效力 第四——虛偽表示適用之範圍(一)限於相對人之意思表示(二)參加公署之行爲時 第五——隱藏行爲 第六——信託行爲(一)信託行爲之概念(二)信託行爲之效力

第四項 錯誤……………二六九

第一——錯誤之概念 第二——意思表示內容之錯誤(一)關於法律行爲性質之錯誤(二)關於當事人其人之錯誤(三)關於標的物其物之錯誤(四)關於當事人之資格或物之性質之錯誤 第三——錯誤與不知 第四——錯誤與不知之效力(一)原則得撤銷(二)例外不得撤銷(三)撤銷權之除斥期間 第五——善意相對人及第三人之保護

第五項 誤傳……………二七六

第一——誤傳之概念 第二——誤傳之效力

第四款 意思表示之不自由……………二七八

第一項 概說……………二七八

第二項 詐欺……………二七八

第一——詐欺之概念 第二——詐欺之要件(一)須詐欺人有詐欺之行爲(二)須詐欺人有詐欺之故意(三)須相對人因詐欺陷於錯誤(四)須相對人係因錯誤而爲意思表示 第三——詐欺之效力(一)當事人間之效力(甲)詐欺人爲當事人之一方時(乙)詐欺人爲第三人時(二)及於第三人之效力(三)撤銷權之除斥期間

第三項 脅迫……………二八五

第一——脅迫之概念 第二——脅迫之要件(一)須脅迫人有脅迫之行爲(二)須脅迫人有脅迫之故意(三)須其脅迫係屬不法(四)須相對人由脅迫發生恐怖(五)須相對人係因脅迫而爲意思表示 第三——脅迫之效力 第四——脅迫與絕對強制

第五款 意思表示之生效時期……………二九一

第一項 概說……………二九一

第一——意思表示之成立與效力之發生 第二——意思表示發生效力之時期(一)無相對人之意思表示(二)有相對人之意思表示

第二項 非對話意思表示之生效時期……………二九二

第一——非對話人之概念 第二——非對話的意思表示之生效時期(一)立法主義(甲)表

意主義(乙)發信主義(丙)達到主義或受信主義(丁)了解主義(一)達到之本質(二)達到主義之結果(甲)意思表示發生效力後不許撤回(乙)表意人死亡或喪失行為能力時 第三—

—公示送達

第三項 對話的意思表示之生效時期……………二九八

第一——對話人之概念 第二——對話的意思表示之生效時期

第六款 意思表示之受領能力……………二九九

第一——概說 第二——無受領能力人(一)非對話為意思表示時(二)對話為意思表示時

第七款 意思表示之解釋……………三〇一

第一——概念 第二——解釋意思表示之標準(一)意思表示與任意規定之關係(二)意思

表示與習慣之關係(三)意思表示與誠實信用原則之關係

第五節 條件及期限……………三〇四

第一款 概說……………三〇四

第一——條件附及期限附法律行為之本質 第二——條件附法律行為與負擔附法律行為

第二款 條件……………三〇六

第一項 概說……………三〇六

第一——條件乃表意人附加於其意思表示之任意限制 第二——條件在限制意思表示法律上之效力 第三——條件須為將來客觀不確定之事實

第二項 條件之分類……………三〇八

第一——停止條件與解除條件 第二——積極條件與消極條件 第三——隨意條件偶成條件與混合條件(一)隨意條件(二)偶成條件(三)混合條件

第三項 條件之成否……………三一

第一——條件之成就 第二——條件之不成就 第三——條件成就之擬制(一)要件(甲)阻止條件之成就者須為因條件成就而受不利益之當事人(乙)此當事人須依不正行為阻其條件之成就(二)效果 第四——條件不成就之擬制

第四項 條件附法律行為之效力……………三一四

第一目 條件成否確定時之效力……………三一四

第一——停止條件成就時之效力 第二——解除條件成就時之效力 第三——條件成就時之效力溯及於既往否(一)何謂特約(二)溯及至何時為止乎(三)溯及之效力為債權的乎

抑爲物權的乎 第四——條件不成就時之效力(一)關於停止條件者(二)關於解除條件者

第二目 條件成否確定前之效力……………三一九

第一——條件附權利之本質 第二——條件附權利之保護 第三——條件附權利與第三人^分之關係

第五項 表見條件……………三二三

第一——既定條件 第二——不法條件 第三——不能條件 第四——法定條件 第五——必至條件 第六——矛盾條件

第六項 條件之許可……………三二七

第一——條件之許可 第二——避忌條件之法律行爲(一)公益上不許附加條件(二)私益上不許附加條件

第三款 期限……………三二九

第一項 概說……………三二九

第一——期限乃附加於其意思表示之任意限制 第二——期限在限制意思表示法律上之效力 第三——期限須爲將來確實可以到來之事實

第二項 期限之分類·····	三三一
第一——始期與終期 第二——確定期限與不確定期限 第三——不能期限 第四——約定期限與恩惠期限	
第三項 期限之到來·····	三三二
第四項 期限附法律行為之效力·····	三三三
第一目 期限到來時之效力·····	三三三
第一——始期屆至時之效力 第二——終期屆滿時之效力 第三——期限到來時之效力	
不能溯及既往	
第二目 期限到來前之效力·····	三三四
第五項 期限之許可·····	三三四
第六節 代理·····	三三五
第一款 概說·····	三三五
第一項 意思表示之補助·····	三三五
第二項 代理之本質·····	三三六

第一——代理之意義（一）代理人須本於代理權爲之（二）代理須以本人名義爲之（三）代理須關於意思表示（四）代理行爲須直接對於本人發生效力 第二——代理人與傳達人

第三項 各國立法例……………三四〇

第二款 代理之分類……………三四一

第一——直接代理與間接代理 第二——積極代理與消極代理 第三——有權代理與無權代理 第四——意定代理與法定代理 第五——一般代理與特別代理

第三款 有權代理……………三四三

第一項 代理權之本質……………三四三

第二項 代理權之發生……………三四四

第一——代理權發生之原因（一）法定代理（二）意定代理 第二——授權行爲之本質

第三——授權行爲與其基本法律關係

第三項 代理人之能力……………三四八

第一——權利能力 第二——行爲能力 第三——意思表示要件之事實（一）原則（二）例

外

第四項 代理權之範圍	三五二
(一) 保存行爲 (二) 利用行爲及改良行爲	
第五項 雙方代理之限制	三五三
第一——雙方代理之概念	
第二——雙方代理之禁止	
第三——禁止之例外 (一) 已經本	
人之許諾時 (二) 係專履行債務時	
第六項 代理權之消滅	三五六
第一目 代理權消滅之原因	三五六
第一——共同消滅原因 (一) 授與法律關係之終了 (二) 本人之死亡破產或喪失行爲能力	
(三) 代理人之死亡破產或喪失行爲能力	
第二——意定代理之特別消滅原因 (一) 代理	
權之限制 (二) 代理權之撤回	
第三——法定代理之特別消滅原因	
第二目 代理權消滅之效果	三六〇
第一——當事人間之效果	
第二——對於第三人之效果	
第四款 無權代理	三六一
第一項 概說	三六二

第二項 狹義無權代理……………三六二

第一目 概說……………三六一

第二目 無權代理人之責任……………三六三

第一——責任之根據 第二——責任之要件(一)須有無權代理行為(二)須相對人為善意

(三)須本人未為承認 第三——責任之內容

第五款 複代理……………三六六

第七節 無效及撤銷……………三六八

第一款 概說……………三六八

第二款 無效……………三六八

第一項 無效之概念……………三六八

第一——無效即不生效力 第二——無效即不發生法律行為上之效力 第三——無效係

確定不生效力 第四——無效係法律上當然不生效力 第五——無效以絕對不生效力為

原則

第二項 無效之分類……………三七〇

第一——絕對無效與相對無效 第二——自始無效與嗣後無效 第三——全部無效與一部無效

第三項 無效行爲之轉換……………三七三

第四項 無效行爲爲當事人之責任……………三七三

第三款 撤銷……………三七四

第一項 撤銷之概念……………三七五

第一——概說 第二——撤銷之概念(一)得撤銷之行爲其效力乃已發生(二)得撤銷之行爲其效力在於未確定之狀態(三)得撤銷之行爲惟因撤銷喪失其效力(四)撤銷惟得由撤銷

權人爲之 第三——撤銷權之本質

第二項 撤銷權人……………三七八

第三項 撤銷權之行使……………三七八

第一——撤銷之方法 第二——撤銷之相對人

第四項 撤銷之效力……………三八一

第一——撤銷之溯及效力 第二——撤銷行爲爲當事人之責任

第五項 撤銷權之消滅……………三八二

第一——承認之本質 第二——承認權人 第三——承認權之行使 第四——承認之效力

力

第四款 效力未定……………三八四

第一——概說 第二——須得第三人同意而生效力之法律行為 第三——無權處分行爲

第五章 期日及期間……………二八八

第一節 概說……………二八八

第一——期日及期間 第二——期日及期間爲法律事實乎

第二節 期日及期間之計算……………二八九

第一款 計算之一般規定……………二九〇

第二款 計算法之種類……………二九〇

第一——自然計算法 第二——曆法計算法

第三款 計算之起點及終點……………二九二

第一——期間之起算點(一)以時定期間時之起算點(二)以日星期月或年定期間時之起算

點 第二——期間之終止點(一)以日星期月或年定期間時之終止點(二)不以星期月或

年之始日起算期間時之終止點 第三——期日及期間終止點之延長

第三節 年齡計算法……………三九五

第六章 消滅時效……………三九七

第一節 概說……………三九七

第一——時效之概念 第二——時效之基礎 第三——時效之沿革 第四——我民法之

規定

第二節 消滅時效之本質……………四〇〇

第一——消滅時效之概念(一)消滅時效須經過一定之期間(二)消滅時效須繼續不行使權

利(三)消滅時效為一種法律事實 第二——消滅時效與除斥期間之區別

第三節 消滅時效之客體……………四〇三

第四節 消滅時效之期間……………四〇五

第一——一般期間 第二——特別期間(一)五年之特別期間(二)二年之特別期間

第五節 消滅時效之起算……………四〇九

第六節 消滅時效完成之障礙……………四一一

第一款 概說……………四一一

第二款 消滅時效之中斷……………四一一

第一項 概說……………四一一

第二項 消滅時效中斷之事由……………四一二

第一——請求 第二——承認 第三——起訴 第四——與起訴有同一效力之事項(一)

依督促程序送達支付命令(二)因和解而傳喚(三)報明破產債權(四)告知訴訟(五)開始執

行行為或聲請強制執行

第三項 消滅時效中斷之效力……………四二二

第一——對時之效力 第二——對人之效力

第三款 消滅時效之不完成……………四二四

第一項 概說……………四二四

第二項 消滅時效不完成之事由……………四二四

第一——因事變之不完成 第二——因繼承關係之不完成 第三——因能力關係之不完

成 第四——因監護關係之不完成 第五——因婚姻關係之不完成

第三項 消滅時效不完成之效力……………四三〇

第七節 消滅時效之效力……………四三〇

第一——效力之內容 第二——效力之範圍

第八節 時效期間之加減及時效利益之拋棄……………四三三

第一——時效期間之加減 第二——時效利益之拋棄

第七章 權利之行使……………四二六

第一節 概說……………四三六

第一——權利行使之概念 第二——權利行使之自由 第三——本章立法例

第二節 權利濫用之禁止……………四三八

第三節 自衛行爲……………四三九

第一款 概說……………四三九

第二款 正當防衛……………四四〇

第一——須有侵害存在 第二——侵害須係現時 第三——侵害須屬不法 第四——須

為排除現時不法侵害所為之防衛行為 第五——須為防衛自己或他人之權利 第六——須防衛行為未逾越必要程度

第三款 緊急避難…………… 四四三

第一——須有危險存在 第二——其危險須屬急迫 第三——危險須屬不法 第四——須為保全自己或他人生命身體自由或財產所為之避難行為 第五——須避難行為係避免危險所必要 第六——須避難行為未逾越危險所能致之損害程度 第七——須危險之發生行為人無責任

第四節 自助行為…………… 四四六

第一——概說 第二——自助行為之要件(一)須為保護自己權利(二)僅得對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損(三)須有急迫情形不及請求公力救濟(四)須即向官署聲請

援助

附錄

民法總則編立法原則…………… 四五〇

民法總則編立法原則審查案…………… 四五六

附中央政治會議公函……………四六〇

民法總則編施行法……………四六一

目次

三

第二章 物

第一節 概說

觀察，乃法律之客體

一方面觀察，乃形式方面觀察，乃法律對於權利主體所認許之力；由實質方面觀察，則為歸屬於各個權利對象，一為構成私權準是以言，則是無論何種權利，莫不以一定利益為其權利之內容。例如物權，以直接排他的支（註一）權利容，債權，以特定人對於特定人請求為一定行為，為其內容是。為構成此內容，則必有一定之對象。種術語，大體可以分至之物為其權利之對象；債權，以特定人之行為為其權利之對象是。此對象，即此之所謂私權之客體（*Rechtsobjekt od. Rechtsgegenstand*）。由此可知，私權之客體與私權之內容，迥不相同，即一為私權之對象，一為構成私權內容之利益。（註一）

（註一）權利之客體，權利之內容，權利之標的，權利之目的，權利之物體等術語，其區別如何，實為難解而有趣味之問題。依余所信，上述各種術語，大體可以分為二類，即權利之客體與權利之對象為一類，權利之內容權利之標的權利之目的權利之物體為一類。此之所謂權利之客

體，則指前者而言。從而可知我國民法學者頗多誤解，如余著謂：『權利之客體，若解為權利效力所能對抗之對象之義，則得為權利主體者固人，而得為權利之客體者亦人也。何哉？蓋法律關係本為人與人之間而存在故也。但其權利客體解為權利之內容或權利所期望之目的之義，則權利客體者，即權利之標的之謂。而余則從後說者也。』（余氏前揭一一九頁）陳著亦謂：『私權之客體，亦稱私權之標的。』（陳氏前揭一三五頁）

第二 私權客體之種類

私權之客體，即私權之對象，已如上述。但私權客體之種類如何，則學說尙未一致。有謂無論何種私權，皆以物為其客體者。有謂無論何種私權，皆以人為其客體者。余則以為私權之客體，應依私權之種類不同，而有差異。即除物權與債權之客體已如上述外，人格權之客體，為其權利人之自身；身分權之客體，為其具有一定身分關係之他人；無體財產權之客體，為其精神所產出之無體物；準物權之客體，則為為其對象之權利。（註二）由此可知，私權之客體，並不以物為限。故在外國法律有以『物』規定之於物權法中者，如瑞士民法及土耳其民法是。我民法則從德國民法日本民法蘇俄民法及暹羅民法，而以私權客體中具有重要性質之物，規定於總則編，以為適用於民法全部之通則。

（註二）債權之客體固為債務人，親屬權之客體，固為具有親屬關係之他人，然自近代法律思潮言之，人常立於意思主體之地位，從而對於他之權利主體之意思，自非使其絕對服從。人之與物，其不同之點，即在於此。關於此點，與近代法自然人皆為權利主體之思潮，正相表裏也。

第三 物之意義

何者爲物，我民法無明文規定，茲依據學理下物之定義曰：物（*res, Sache, thing, chose*）者，謂在吾人可能支配之範圍內，除去人類之身體，而能獨立爲一體之有體物也。析言之：

一 物必有體

各國法律有分物爲有體物（*res corporales*）與無體物（*res incorporales*）者。（前者指得觸覺之物，後者指不得觸覺之物。）如羅馬法、法國民法、意大利民法、奧國民法及荷蘭民法是。（法民第五一六條以下、民第四〇六條以下、奧民第二八五條第二九一條第二九二條、荷民第五五五條。）有明定民法上之物爲有體物，而排斥無體物之觀念者，如德國民法、日本民法及暹羅民法是。（德民第九〇條、日民第八五條、暹民第九七條。）我民法雖從瑞士、土耳其及蘇俄等國民法之立法例，不設何種規定，但依余所信，我民法之所謂物，當係指有體物而言。此其理由有二：（一）我民法債編及物權編，常將物與權利析而爲二，是則通常之所謂物，自係專指有體物，不包含權利在內。（二）即就學理言之，亦應排斥無體物之觀念。蓋如物權、債權等權利，亦稱爲物，則必於其上更認所有權之觀念，是徒使物權與債權之區別陷於紊亂故也。但所謂有體物，與有定形之物不同，故有體物不必有具體之定形，凡占有一定空間之物體，皆爲有體物。瓦斯之爲有體物，是不待言。

二 物必在吾人可能支配之範圍內

民法上之物與物理學上之物，其範圍非必一致。即凡占有一定空間者，固不失爲物理學上之所謂物，然如

非吾人所能支配，則不能以民法學上之物目之。例如海洋空氣及光線之類是。良以吾人係以其為物權之客體而論物，物權者，支配物之權利也。故如不能支配，即不能為物權之客體，即非民法上之所謂物。雖然，吾人之可能支配與否，常因時代之變遷而不同，昔日不能支配者，今則因人類智識進步之結果，可能支配之。如天然力中之電氣，即其一例。故電氣就可能支配之點以言，固不失為民法學上之所謂物者也。（註三）

（註三）以天然力認為民法學上之物者，首推瑞士民法。瑞民第七一三條規定：『其性質上可動之有體物，及能為法律上之支配之天然力，而不屬於土地者，為動物所有權之標的物。』我民法第二次草案從之（二草第九五條第二項）。現行民法不為規定，蓋以電氣因現時物理學研究之結果，已證明其為一種物質，即占有一定之空間，且吾人可能支配之，其為民法學上之物，蓋屬當然故也。

三 物必獨立為一體

民法學上之所謂物，以獨立為一體者為限。獨立為一體云者，即能獨立有其個體之謂也。至是否獨立為一體，則應依當時交易上之習慣決之。舉例以言，如一棟之房與一隻之舟，係由多數之木片組織而成，然在日常交易係以其獨立為一體，故民法學上即以其為一物，而為私權之客體焉。民法上之物，既須獨立為一體，故在外國法律有明定不得單以物之重要成分（wesentliche Bestandteile）為權利之客體者（德民第九三條瑞民第六四二條第一項暹民第一〇一條第一項），我民法未設明文，余以為解釋上應屬相同。何則，蓋我民法第六六條第二項既認未分離之出產物為不動產之部分，即不動產之重要成分，其不得專以之為權利之客體，甚為

顯然故也。

四 物須除去人類之身體

民法學上之所謂物，須除去人類之身體。此在學說上殆屬一致，但其理由如何，則有異論。有謂人身乃權利之主體，故不能為物者；有謂人身為人格所附麗，故不能為物者。前說係直以人格與人身相混，殊不足取，故依余所信，應以後說為是。人類之身體，固不能為物；即以人工連接於身體之物，如可認為身體之一部，例如義手、義足之類，亦不能為物，而以其為權利之客體。雖然，身體及其一部，固非民法學上之所謂物，然如毛髮、齒牙之類，已與身體分離，仍得為物，而以其為權利之客體。蓋此等之物，不過在未分離以前，不能為權利之客體，如已分離，則其人當然對之取得其所有權故也。至分離身體一部之契約，或使他人分離身體一部之契約，是否有效，應視其是否背於公序良俗以為決定，自不待言。

於此有一問題，即屍體是否為物是也。關於此點，略有三說：（一）屍體為物，但非物權之客體（主此說者 Biernann 氏，Garais 氏）（二）屍體為物，屬於繼承人之所有（主此說者 Bekker 氏）（三）屍體非物（主此說者 Gierke 氏，Regelsberger 氏）依余所信，應以第三說為是。蓋如依第一說，一面以屍體為物，一面又謂其非物權之客體，則與所謂『物者非物』無所擇，良以民法學上之所謂物，係依其能否為物權之客體決之，既不能為物權之客體，即不能謂其為物故也。又如依第二說，以屍體為繼承人之所有，則與我國法律思想頗不相

容。蓋所有權爲財產權，卽得隨意使用收益處分其標的物之權利，而屍體則非隨意可以使用收益處分故也。矧繼承人對於繼承權，得爲拋棄，如以屍體爲物，則繼承人得因拋棄繼承，拋棄被繼承人之屍體，詎非與我國之習慣大相刺謬乎？故依余所信，應以第三說爲是。屍體既非物，自不得爲繼承人所繼承，應依法律或習慣以定其處置焉。

（註四）

（註四）對此問題，余載門氏於其所著謂：「死人之屍體，其得爲所有物與否，諸說紛紜，迄無定論。余則以爲須根據其國社會一般之心理以解決之，不能純依理論者也。」（余氏前揭一二三頁）陳克生氏則謂：「屍體，仍爲繼承人所有，不過不能謂爲屬於繼承財產而已。」（陳氏前揭一四六頁）

第二節 物之分類

我民法總則所定之物之分類，爲動產不動產主物從物元物及孳息，此種分類俟於次節以下述之。茲就一般學者所舉之分類，概述如左。

第一 融通物與不融通物

學者通常分物之能力爲權利能力與行爲能力，物之權利能力者，得爲私權（尤其所有權）之客體之能力也。物之行爲能力者，得爲處分（交易）之客體之能力也。此二者雖通常併存，然有時非屬一致。例如猥褻書畫，雖

能爲私權之客體，而不能爲交易之客體，即祇有權利能力，而無行爲能力。但在有行爲能力者，必有權利能力，苟無權利能力，則不能謂之爲物矣。此之所謂融通物（*Res commercium*），即指具有權利能力及行爲能力之物而言。此之所謂不融通物（*Res extra commercium*），即指具有權利能力而無行爲能力之物而言。凡物，原則爲融通物，不融通物則屬例外。所謂不融通物，通常爲（一）古物及法物（*Res divini juris*），例如保存名勝古蹟古物條例（十七年九月十三日內政部公布）之古物，及監督寺廟條例（十八年十二月七日國府公布）之法物。是此等之物，其行爲能力受有限制。（二）公有物（*Res publico*），即國家或公共團體，因經濟目的所使用之財產（例如國有省有縣有之山林）及因公共目的所使用之物（例如學校官署監獄兵營及其附屬物等）是。此等之物在公有目的未消滅以前，無行爲能力。（三）公用物（*Res in publico use*），即直接供公衆使用之物，例如道路河川學校病院及圖書館是。此等之物，在公用目的未消滅以前，無行爲能力。（四）禁制物（*Verboten* *Sache*），就中又可分而爲二，有不禁止所有，祇禁止融通者，例如猥褻書畫是（刑法第二五一條）。有不但禁止融通，且禁止持有者，例如鴉片煙具是（刑法第二七七條）。後者不能爲私權之客體，前者則其行爲能力受有限制。

（註一）（註二）

（註一）在羅馬法上，常以公共物（*Res communis communes*）例如空氣水流海流及海岸等，爲不融通物之一種，我國民法學者亦有從此理論者（陳氏前揭一四三頁余氏前揭一二四頁）。余則以爲空氣水流海流及海岸等不但無行爲能力，且並權利能力而亦無之，根本

上即不能謂其爲物，故本書略而不舉。雖然，此等之物，非無例外依國家之行政行爲而得爲權利之客體者，例如國家特許海面一部爲特定人或特定團體之獨占漁場是。亦有依地方習慣而得爲私權之客體者，例如河流之某段僅許住居沿河之居民有入漁權或其他用益權是。然此係另一問題，以此等之物爲民法上之所謂物，究非妥洽。

(註二)於此有應注意者，即我土地法不得私有或移轉之土地是。我土地法有所謂不得私有之土地，及不得移轉設定負擔或租賃於外國人之土地。前者即(一)可通運之水道；(二)天然形成之湖澤而爲公共需用者；(三)公共交通道路；(四)鑛泉地；(五)瀑布地；(六)公共需用之天然水源地；(七)名勝古蹟；(八)其他法令禁止私有之土地是(土地法第八條)。後者即(一)農地；(二)林地；(三)牧地；(四)漁地；(五)鹽地；(六)鑛地；(七)要塞軍備區域及領域邊境之土地是(土地法第十七條)。關於此點，蘇俄民法第二一條第二條第二二條之A及第二三條可供參考。

第二 代替物與不代替物

代替物(*Res fungibiles, vertretbare Sachen*)者，謂能以種類品質數量而定之動產也。反是，不能以種類品質數量而定之動產，則爲不代替物(*Res non fungibiles, Individualsachen, unvertretbare Sachen*)。此其區別在於個性是否爲社會所注重，凡其個性不爲社會所注重者，謂之代替物，例如金錢穀米是。反是，如其個性爲社會所注重，則謂之不代替物，例如牛馬書畫是。代替物與不代替物之區別，始於羅馬法，德國民法對於代替物設有明文規定(德民第九一條)，我民法總則無之，但就民法債編解釋，仍有代替物與不代替物之區別。至區

別代替物與不代替物之實益，於消費借貸及消費寄託見之，即依我民法規定，消費借貸及消費寄託，僅得以代替物爲其客體焉（民法第四七四條第六〇二條。）

第三 特定物與不特定物

特定物 (Bestimmte Sachen) 者，謂依當事人之意思或其他之事實具體的指定之物也。反是，僅以種類品質數量抽象的指定之物，則爲不特定物 (Unbestimmte Sachen)。前者如云坐落某處之房屋及土地是，後者如云房屋若干棟及土地若干畝是。特定物及不特定物之區別，與代替物及不代替物之區別，似是而不同。即一依各個交易主觀的定之，一依一般交易客觀的定之，故有代替物而爲特定物者，例如金錢，代替物也。如寄託封緘之金錢，則須返還原物，是代替物而爲特定物矣。亦有不代替物而爲不特定物者，例如蒙古馬，不代替物也。如云蒙古馬十頭，則是不代替物而爲不特定物矣。關於不特定物，暹羅民法設有明文規定（暹民第九九條。）我民法總則無之，但就民法債編解釋，仍有特定物與不特定物之區別。至區別特定物與不特定物之實益，在於所有權之移轉及危險之負擔，關於此點，俟於民法債編中詳述之。

第四 消費物與不消費物

消費物 (Res Consumptibiles, verbrauchbare Sachen) 者，謂依通常使用方法，使用一次即歸消耗，或可讓與之物也。反是，則爲不消費物 (Res non Consumptibiles, unverbrauchbare Sachen)。前者如油鹽柴

米及金錢是，後者如衣服家具及住宅是。但物，有依其使用方法不同，有時為消費物，有時為不消費物者，例如書籍，如在書店，其使用方法為讓與，自為消費物；如在圖書館，其使用方法為閱覽，則又為不消費物是。又消費物及不消費物與代替物及不代替物之區別，通常雖為一致，但亦不盡相同。例如同年出版之同種書籍，雖為代替物，然縱不消費亦可全其功用，自為不消費物。又如醫生治病之藥劑，其分量配合不同，雖為不代替物，然其使用則在於消費，自為消費物。關於消費物，德國民法及暹羅民法設有明文規定（德民第九二條、暹民第一〇〇條）我民法總則無之，但就民法債編解釋，仍有消費物與不消費物之區別。至區別消費物與不消費物之區別，即在讓與使用權時一須移轉其所有權，一祇移轉其占有，故消費借貸及消費寄託之標的物，必為消費物；使用借貸及通常寄託之標的物，必為不消費物。

第五 可分物與不可分物

可分物 (*Res dividuae, teilbare Sachen*) 者，謂不毀損其物之性質及價值而得分割之物也。反是，如因分割而毀損其物之性質及價值，則為不可分物 (*Res individuae, unteilbare Sachen*)。前者如一石之米，縱經分割，亦不毀損其性質及價值是，後者如一頭之馬，一經分割，即毀損其性質及價值是。上之所述之不可分物，係就物之性質言之，非無其物性質上原屬可分，而依當事人之意思為不可分者，例如寄託封緘之金錢是。前者可稱為由於性質之不可分物，後者可稱為由於指定之不可分物。各國法律皆未設可分物與不可分物之規定，我民法總

則亦然。但就民法解釋，仍有可分物與不可分物之區別。至區別可分物與不可分物之實益，則在共有物之分割及多數當事人之債法律上處置之不同。即在共有物之分割，如爲可分物，得依自然分析分配之；如爲不可分物，原則上須以賣得價金分配之（民法第八二四條）。在多數當事人之債，其標的物如爲可分物，則以平均分受或分擔爲原則（民法第二七一條）；如爲不可分物，則各債權人僅得爲債權人全體請求給付，債務人亦僅得向債權人全體爲給付（民法第二九三條第一項）。

第六 單一物集成物與聚合物

單一物 (Einfache Sachen) 者，形體上獨立成爲個體之物也。其獨立成爲個體，有由於天然者，例如一株樹一匹馬是。有由於人爲者，例如一輛洋車是。有由於社會觀念者，例如一雙皮靴是。集成物 (Zusammengesetzte Sachen) 者，由多數之物結合而成爲個體之物也。例如由門窗戶壁天蓋地板等物結合而成爲房屋是。此多數之物，於其結合以後，法律則僅認之爲成分，向以集合物之全部爲權利之客體。故自純理以言，集成物不過單一物之一種，此學者所以稱單一物及集成物爲廣義之單一物 (Res singulares, einzelsachen) 者也。由單一物或集成物聚合而成之物，則爲聚合物 (Universitas factis) 物之聚合，有由於事實者，有由於法律者。前者謂之事實上之聚合物 (Sachsgesamtheit)，例如蓄牧場及圖書館是。後者謂之法律上之聚合物 (Rechtsgesamtheit)，例如繼承財產，子女之特有財產，及夫或妻之特有財產是。聚合物能否獨立爲權利之客體，學說上頗有爭論，依余所

信，聚合物既獨立成爲個體，具有經濟上之價值，自應認爲一物，以其爲權利之客體。（註三）

（註三）聚合物能否獨立爲權利之客體，我國學者之意見，頗不一致。有謂其權利存於物之各部者，如黃右昌氏謂：『聚合物，權利存在於物之各部，例如對於蓄牧場，必以其中牧馬若干蹄，牛羊羴若干足，爲所有權之標的也。』（黃氏前揭一五三頁）又有謂聚合物原則上僅各物獨立爲權利客體者，如陳克生氏謂：『此種物，僅各物獨立爲權利客體，乃爲原則，惟亦有例外，甲、有交易上須認一定數量之物爲一個權利之客體者，如米穀煤炭等是。乙、有法律認一定財團爲一個權利之客體者，如工場財團、鑛業財團是。』（陳氏前揭一五〇頁）又有謂聚合物不過交易界習慣常視爲一物者，如余戟門氏謂：『聚合物，本許可單一物之總稱，原則實不能謂之爲一物，不過交易界之習慣常視爲一物而已。』（余氏前揭一二九頁）

第三節 動產不動產

第一 動產不動產區別之必要

動產 (Res mobiles, meubles, movables, bewegliche Sachen, Fahrnissachen, Mobilien) 與不動

產 (Res immobiles, immovables, immeubles, unbewegliche Sachen, Liegenschaften, Immobilien)

之區別，雖自古有之，但不十分明瞭。蓋自所有權之演進觀察，最初惟動產屬於私人之所有，土地則屬於團體之共同，嗣因私人使用權發達，始生土地所有權之觀念，動產不動產至是乃有劃然之區別。維時不動產在經濟上之價

值恆較動產爲大，故爲社會所重視，各國法律對於動產不動產亦因之而設相異之處置。顧時至今日，經濟制度，已有變遷，不動產在經濟上之價值，未必恆較動產爲大，似不應再有動產不動產之區別，然各國法律對於動產不動產仍設相異之處置者，則因不動產有一定之所在，通常不變其位置，動產則所在不能一定，一時可以數易其主故也。我民法對於動產不動產而設差別之規定，其主要理由，亦在於此。

第二 動產不動產區別之標準

動產不動產之區別如何，各國法律不同。除蘇俄民法不設動產不動產之區別外，有就動產不動產而爲列舉之規定者，如法國民法是（法民第五一七條至第五三二條。）有依羅馬法『地上之物屬於土地』（*Superficies solo cedit*）之原則，而以土地爲惟一之不動產，土地之定着物爲土地之成分（我民法用部分字樣，）其餘之物爲動產者，如德國民法及瑞士民法是（德民第九三條至第九六條瑞民第六四二條第六五五條第七一三條。）有並不排斥土地成分之觀念，但以土地之定着物與土地各爲獨立之不動產，其餘之物爲動產者，如日本民法及暹羅民法是（日民第八六條暹民第九八條。）我民法則大體從日本及暹羅之立法例，於第六六條規定：『稱不動產者，謂土地及其定着物。不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分。』又第六七條規定：『稱動產者，爲前條所稱不動產以外之物。』茲分述如左（註一）

一 不動產

何謂不動產，我民法設有積極的規定，即依第六六條第一項規定曰：『稱不動產者，謂土地及其定着物。』（日民第八六條第一項、暹民第九八條第一項）茲分述如左：

（甲）土地 土地，指地球之一部，而屬於人力之支配者而言。不但地表，即地表以上之地空以及達於地球中心之地殼皆包含之。學者有謂不包含地殼者，余則以為不然。蓋地表，不過幾何學上之平面，而非有體物，故土地不能不包含具有體積之地殼。（註二）至土地應包含地表以上之地空，此就我民法第七七二條觀察，即可明瞭，無待深論。但無論地表地空及地殼，須以人力所能支配者為限，其非人力所能支配之部分，既非民法學上之所謂物，自不能為民法學上之所謂土地焉。

（乙）土地之定着物 土地之定着物，與羅馬法所謂 *Quod solo inaedificatur* 相當，即物與土地物理的結合之意。蓋物與土地物理的結合，斯有不可動之性質，即應以其適用不動產之規定故也。但此定義，頗不完全。良以物與土地結合，有容易分離者，如臨時所搭之棚架是。有非容易分離，而物理上構成土地之一部者，如種植之植物是。前者應稱之為動產，後者應稱之為土地之成分，皆不能謂其為土地之定着物。故余以為我民法上之所謂定着物，實介於上述二者之間，即一方須定着於土地，一方須未構成土地之一部（即未喪失其獨立性），必具此兩種要件，始能謂其為土地之定着物。（註三）定着物之主要者：一為房屋及其他之建築物，一為溝渠牆垣等及其他之工作物。前者得獨立為物權之客體，後者則原則上於未與土地分離以前，惟

能成立債權關係，而不能獨立爲物權之客體。

此外，依我民法第六六條第二項規定：『不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分。』本項規定，雖泛云不動產，實則專指土地而言。蓋既云出產物，則惟土地有之故也。（註四）土地之出產物，即天然之孳息是。外國法律，有明定其爲天然孳息者，可爲解釋上之參考（瑞民第六四三條第三項）。但我民法祇云土地之出產物在未分離以前爲土地之部分，至應自何時起認爲土地之部分，則無明文，余以爲應從德國民法以爲解釋，即種子從播種後，植物從種植後，爲土地之部分（德民第九四條第一項後段）。

（註一）在認有體物與無體物分類之各國，不但有體物有動產不動產之區別，無體物尤其權利，亦有動產不動產之區別。其區別之根據，在依爲其權利標的之物之爲動產不動產，而分權利之動產不動產。此種理論，顯將權利與其客體混而爲一，殊不足取。我民法既從德日民法解釋，排斥無體物之觀念，則此之所謂動產不動產，自係專就有體物言之。

（註二）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『關於土地之意義，學者之間，亦有議論。有謂應包含地球之中心者，有謂僅指地球之表面者。余從後說，蓋以社會一般觀念，均指土地爲地球表面，故土地之所有權能及於地下，乃因法律有特別之規定也（參照七七三）。』（陳氏前揭一四一頁）

（註三）何者謂之定着物，我國學者之意見，頗不一致。陳著謂：『定着物之觀念有二：一、須爲附着於土地之物。附着云者，即尙未至與土地不能分離之程度也。故如泉水池塘假山等，不得謂爲定着物。至其附着之是否爲人工或天然，則可不問。二、須其附着於土地非爲暫時目的。故

僅爲臨時目的附着於土地之建築物，如喪葬時所架之棚，博覽會所建之屋，均不得謂之定着物。』（陳氏前揭一四一頁）又余著謂：「除房屋以外，定着物之意義如何，及其與土地之部分如何區分，實際上不免發生爭議。但理論上言之，則應解爲永久附着於土地，非絕對不能與其分離，交易上又不能視爲土地之部分，而有其獨立性者，皆爲定着物。」（余氏前揭一二五頁）又周著謂：「定着物，係依經濟上的用法繼續的固定附着於土地，不能輕易移轉其位置之物。」（周氏前揭二〇五頁）

（註四）何者謂之不動產之出產物，我國學者之意見，殊不明瞭，余載門氏亦祇云：「不動產之出產物，雖亦附着於土地或房屋之物，然通常無獨立之性質，故法律於其未與不動產分離間，認爲不動產之構成部分者也。」（余氏前揭一二六頁）不知我民法第六六條第二項不動產云云，係用語之誤，如依余氏之說，是房屋亦有其出產物矣。

二 動產

何謂動產，我民法不設積極的規定，惟於第六七條設消極的規定曰：「稱動產者，爲前條所稱不動產以外之物。」（日民第八六條暹民第九八條第二項）此種規定，甚爲概括。茲姑依學理下一定義曰：動產者，不毀損其物，而能變更其所在之有體物也。動產，有依自力而爲移動者，如動物是。有依他力而爲移動者，如器具是。不問移動之原動力如何，其爲動產，則屬一致。（註五）

（註五）日本民法第八六條第二項規定：「無記名債券，視爲動產。」此種規定，不但在財產證券化之今日，有採用之必要，且如於總則編明定無記名債券視爲動產，則債編第二章第二十一節（無記名證券），即無規定之必要，其他凡關於無記名證券之處，亦無須特爲規定（如

民法第九五一條，俾免繁複。——無記名證券 (Inhaberspapier) 即不於證券之券面表示債權人，而於債權之成立存續行使等，悉以證券爲要件之債權。

第三 動產不動產區別之實益

區別動產不動產之實益，牽涉極廣，茲以民法爲例：如第二四一條第一項關於債權人遲延之規定，第四四二條第四四五條第四五〇條第三項關於不動產租賃之規定，第五一三條關於承攬人抵押權之規定，第五三四條第一款第二款關於受任人特別授權之規定，第五五四條第二項關於經理人書面授權之規定，第七五八條至第七六〇條關於不動產公示方法及移轉設定方式之規定，民法第七六一條關於動產讓與之規定，第七六八條至第七七七〇條第七七二條第八〇一條關於取得時效之規定，第八六〇條第八八四條第九一一條第九二八條關於典質抵押留置之規定，第九六〇條關於占有物取回之規定，第一一〇一條關於監護人處分權限之規定是。

第四節 主物從物

第一 主物從物區別之理由

凡物，由其經濟的作用觀察，有具有獨立之效用者，有處於從屬地位，補助他物之效用者，前者如電燈是，後者如電燈之燈罩是。在一般交易上，前者之處分，以及於後者爲原則，故各國法律爲避免爭執起見，多設主物 (Choses

Principales, Hauptsachen) 從物 (Choses accessoires, Nebensachen, Zubehör, Pertinenzen) 之規定，我民法從之。

第二 主物從物區別之標準

主物從物之區別如何，各國法律，不盡相同，茲就我民法第六八條第一項之規定言之，從物者，非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人之物也。反是，則為主物（德民第九七條第一項，日民第八七條第一項，瑞民第六四四條第二項，俄民第二五條第一項，暹民第一〇二條第一項。）茲就從物之觀念說明如左：

（一）主物與從物須為二個獨立之物。我民法第六八條第一項所謂『非主物之成分』，即明示此意。夫自法理以言，通常所謂從物，其情形有二，即一為物理的從物，一為依用法之從物。物理的從物者，謂與主物物理上合為一體之物也。依用法之從物者，謂物之所有人，依物之用法，而使其物附屬於自己之所有物也。前者如房屋之門窗是，後者如電燈之燈罩是。此之所謂從物，則專指後者而言。蓋門窗已成爲房屋之成分，而非獨立存在之物故也。（註一）

（註一）關於物理的從物，德國民法及暹羅民法明定其爲物之重要成分。德民第九三條：『此之構成部分，非相互破壞，或變更其本體，各部分不能互爲分割者（重要構成部分），不得各別爲權利之客體。』暹民第一〇一條第一項：『兩個之物，立於非破壞其一物，或他物，或顯著變更其本質，不能分離之關係時，此二物互爲構成部分。僅對於構成部分之單獨權利，不得存在，且不得設定。』我民法未設明文，余以爲解釋上

應屬相同。

(二)主物與從物之間須有主從關係。關於此點，我民法無明文規定，此在解釋上應屬如此。蓋兩個以上之物，雖供同一經濟上之目的而使用，然不能定其何者為主物時，自無從物之可言。至有無主從關係，應依交易上之通念以為決定，所有人之意思如何，則非所問。雖然，學者有區別從物為法律上之從物與任意之從物，即物之所有人表示其為從物時，縱客觀的無從物關係，亦謂其具有從物之性質者。此說為吾人所不取。蓋如依此說，則主物從物，乃意思表示之效果，而非基於物之性質之區別故也。

(三)須從物常助主物之效用。此所謂『助』，即現實補助主物經濟上之效用之義，僅有以其為從物之意思，尚非從物，必由外部視之而有使其從屬於主物之事實，始能謂之從物焉。此所謂『常』，對暫時而言。外國法律有明定：『縱為他物經濟上之目的，暫時利用其物，亦不因此發生從物之性質者。』（德民第九七條第二項前段）就我民法解釋，應屬相同。又所謂『常』，與不間斷之義有別，故在外國法律有明定：『其物暫時與主物分離，亦不失其從物之性質者。』（德民第九七條第二項後段）瑞民第六四四條第三項，暹民第一〇二條第二項）就我民法解釋亦然。至其物是否『常』助主物之效用，應依所有人之意思決之。此點，與前述有無主從關係應依交易上之通念決之，正相表裏焉。（註二）

（註二）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『須常助主物之效用，即其附屬於主物，係為主物之經濟功用，且非一時之目的。此項關

係，應依客觀（一般觀念）決之，不應依主觀（主物所有人意思）決之。故如錶之鍊，箱之鎖，乃為從物。反是，如附於錶鍊之圖章，掛於客所之字畫，則非從物。』（陳氏前揭一四二頁）余以為此係有無主從關係之事例，實與是否常助主物之效用無關。

（四）從物與主物須同屬於一人。關於此點，各國法律不同，有從物與主物無須同屬於一人者，如德國民法蘇俄民法及暹羅民法是。有須同屬於一人者，如日本民法及瑞士民法是。前者出於保護經濟上利益之旨趣，後者則出於保護從物所有權之旨趣，各有所是，未可軒輊。但在我國民法則從後之立法例，蓋就我民法第六八條第二項解釋，乃意思解釋之規定，而非公益之規定，故由保護從物所有權着眼，而以主物從物同屬於一人為必要。如屬公益之規定，則主物與從物之所有人縱不相同，亦非適用本條不能達其目的矣。（註三）

（註三）關於此點，余載門氏與鄙見不同，余著謂：『日本民法第八七條第二項，從物須從主物之處分之規定，非意思解釋之規定也。詳言之，依日本民法之規定，當事人無別樣意思表示之時，從物當從主物之處分，故與德國民法之推定當事人之意思不同也。民法第六八條第二項，蓋取法日本民法者也。』（余氏前揭一三一頁）實則日本民法第八七條第二項，亦為意思解釋之規定，而非公益之規定（中島氏前揭四五頁）余氏之說，殊難贊同。

具備上述四種要件，固為我民法上之從物，但依我民法第六八條第一項但書規定，則有例外，即『交易上有特別習慣者，從其習慣』是也（德民第九七條第一項但書）。所謂交易上之特別習慣，例如洋爐之煙筒，米麥之麻袋，在南京交易上之習慣，不作為洋爐米麥之從物是。

第三 主物從物區別之實益

區別主物與從物之實益，即在使從物之運命從屬於主物，但各國法律其範圍廣狹，亦不盡同。有主物為土地之時，與為動產之時有別，即主物如為動產，祇讓與主物或於主物上設定質權等之債務時，當然及其效力於從物；又遺贈之時，推定其遺贈之效力及於從物者，如德國民法是（德民第三一四條第二一六四條第一項。）有為概括規定，即從物須從主物之處分者，如日本等國民法是（日民第八七條第二項瑞民第六四四條第一項俄民第二五條第二項暹民第一〇二條第三項。）我國民法則從後之立法例，於第六八條第二項明定：『主物之處分，及於從物』焉。所謂處分，自係指對於其物得為權利人可為之一切行為而言。其為債權行為，抑為物權行為，在所不問。但此種規定，乃任意的，而非強行的，當事人得為反對之意思表示，自不待言（瑞民第六四四條第一項但書俄民第二五條第二項但書。）

第五節 原物孳息

第一款 概說

孳息 (Fruits, Fructus, Früchte) 者，由原物所生之收益也。產生此收益之物，則謂之原物 (Chose Originnaire, Muttersache, Substanz)。原物，是否以物為限，各國法律不同。有必須其為物者，如日本民法瑞士民法

及暹羅民法是（日民第八八條瑞民第六四三條暹民第一〇五條。）有無須其爲物，卽由權利所生之收益亦爲孳息者，如德國民法是（德民第九九條。）我民法則從德國立法例，不但依物之用法所收穫之出產物謂之孳息，卽因法律關係所得之收益，亦謂之孳息（民法第六九條。）但在前者稱爲天然孳息，後者則稱爲法定孳息。故自正確觀念以言，產生天然孳息之物，應稱爲原物，產生法定孳息之資本，則應稱之爲原本。

第二款 孳息之分類

我民法分孳息爲天然孳息（*fructus naturales, fruits naturels, natürliche Früchte*）法定孳息（*fructus civiles, fruits civils, juristische Früchte*），此種規定，係從日本民法及暹羅民法之立法例。茲分述如左：

第一 天然孳息

天然孳息者，謂依物之用法所收穫之出產物也（民法第六九條第一項。）此依我民法解釋如此，但在學者之意見則不一致。有謂不消耗原物所收穫之物爲天然孳息者，如 Windscheid, Fenneccerus 諸氏是。此說殊難贊同，蓋如依此說，則鑛山之鑛物等，非此之所謂孳息矣。有謂定期收穫之物爲天然孳息者，如 Dernburg 氏是。此說亦有未當，蓋如依此說，則牝牛所生之犢，非此之所謂孳息矣。故在通說均謂依物之用法所收穫之出產物，謂之天然孳息，我民法從之，並舉果實及動物之產物，以爲例示，茲分析說明如左。

(一)天然孳息爲原物之出產物 出產之意義，頗欠明確，依余所信，應分兩種情形言之。(一)有機的出產物：例如樹木之果實，動物之乳雛是。此時必其物與原物分離，獨立爲一體，始爲原物之出產物。如未與原物分離，僅爲原物之成分，而非原物之孳息。(註) (二)無機的出產物：例如鑛山之鑛物，石山之石材是。鑛物及石材，原爲土地之成分，能否認爲土地之出產物，實有可疑。但依余所信，如謂出產爲經濟上之意義，即凡一物由他物分離，即謂之出產物 (*Erzeugnisse*, *Erträgnisse*)，則於此情形，自應爲肯定之解答。至出產之方法，究係自由採取 (*Fructus mere naturalis*)，抑係人工養成 (*Fructus industriales*)，在所不問。但加工於出產物而成之物，及經濟上不能認爲出產物者，則非孳息。前者如由牛肉製成之罐頭，後者如由加工或混合而成之物體是。(註)孳息於未與原物分離獨立成爲一體以前，學者有稱其爲未出產之孳息 (*Fructus Stanteset pendentes*, *Stehende und hängende Früchte*)者，實則屬於原物之成分，而非真實意思之孳息。此種成分，能否獨立爲物權之客體，固有爭議，但依余所信，依我民法第七六一條第一項規定，動產物權之讓與，既非將動產交付，不生效力，則其孳息於未與原物分離以前，自不能爲物體之客體。但以此未來之物成立債權關係，則屬無礙。

(二)天然孳息係依原物之用法所收穫 所謂依原物之用法而收穫，即依原物經濟上之目的而收穫之意。(一)就有機的出產物言之，其依經濟上之目的而收穫者，例如種田而獲穀，蓄牛而取乳是。其非依經濟上之目的而收穫者，例如由盆栽花木而取其枯枝敗葉，以乳牛借人而收取報酬是。前者謂之孳息，後者則否。(二)

就無機的出產物言之，其依經濟上之目的而收穫者，例如由鑛山而取得鑛物是。其非依經濟上之目的而收穫者，例如因耕田而發見藏金是。前者謂之孳息，後者則否。至是否依原物之用法所收穫，學者之意見尙未一致。有謂應依所有人之意思定之者，主此說者 *Planck, Hölder* 諸氏。有謂應依一般觀念定之者，主此說者 *Leon, Hard* 氏。依余所信，應以後說爲是（*瑞民第六四三條第二項設有明文*）。但物之用法，有依其性質固定不動者，有不然者，例如牛之性質，既可生犢，又可取乳，且可耕田，並能挽車是。又對於其物有有權利者，有無權利者。如對於原物並無權利，不過因此發生無權收取及損害賠償之問題，其依原物之用法所收穫之出產物，仍不失爲孳息焉。

第二 法定孳息

法定孳息者，謂由原本因法律關係所得之收益也。關於此點，各國法律亦不盡同。有以其爲物之使用之對價應受之金錢及其他之物件爲法定孳息者，如日本民法及暹羅民法是（*日民第八八條第二項暹民第一〇五條第二款*）。有因法律關係所得之收益爲法定孳息者，如德國民法是（*德民第九九條第三項*）。我民法則從德國立法例，並舉利息租金，以爲例示，茲分析說明如左：

（一）法定孳息爲原本之收益 所謂收益，即他人因利用原本所給與之報酬，德國民法學者如 *Regelsberger, Finneccerus* 等解釋彼國民法，均謂法定孳息爲請求報酬之權利，但依我民法解釋，則不盡然。蓋我民

法既以租金爲法定孳息之例示，足徵法定孳息並不限於權利，即金錢或其他之物亦得謂爲收益也。所謂原本，亦非如日本暹羅等國民法以『物』爲限，蓋因利用權利之法律關係所得之收益，既得稱爲孳息，則其權利自應爲我民法上之原本。關於此點，德國民法第九九條設有明文規定，可供參考。

(二)法定孳息係依法律關係之所得 法定孳息係因法律關係所得之收益，爲我民法所明定，準此以解，所謂法律關係，自不以使用爲限，舉凡一切之法律關係皆屬之（日本及暹羅限於使用已如前述。）且其所得，係由法律行爲而生，抑由法律規定而生，在所不問。由於法律行爲而生者，例如因承租人使用承租物所約定之租金是（民法第四二一條。）由於法律規定而生者，例如因履行遲延所得請求之利息是（民法第二三三條第一項。）

第三款 孳息之收取

第一 天然孳息之收取

已與原物分離 (Separatio) 之孳息，應由何人取得，各國法律不同。有採生產主義 (Produktionsprinzip)，即對於原物施用生產手段之人有取得其孳息之權利者，如德國固有法之規定是。有採原物主義 (Substanziälpinzip)，即視天然孳息爲原物之一部，原物之所有人有取得其孳息之權利者，如法國德國日本瑞士及暹羅等國之民法是（法民第五八五條德民第一〇一條第一款日民第八九條第一款瑞民第六四三條第一項暹民

第一〇五條第一款。自保護勞動階級之點言之，自以生產主義為合理，但在我民法則從原物主義，於第七〇條第一項規定：『有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息。』然亦有其相當之理由，即在社會一般通念，均注意孳息分離時之權利人，至孳息之生產人為何人，則非所重視；且孳息必於與原物分離時，始為獨立之物，故惟於彼時有取得其所有權之權利之人，始許取得其所有權。（註一）至何人為收取權利人，則因情形而不同，通常為所有人（民法第七六五條），占有人（民法第九五二條），地上權人（民法第八三二條），永佃權人（民法第八四二條），質權人（民法第八八九條），典權人（民法第九一一條），留置權人（民法第九三五條），承擔人（民法第四二一條），親權人（民法第一〇八八條），監護人（民法第一一〇一條）及夫（民法第一〇一九條）。其取得孳息，以其權利存續期間為限者，蓋又所以明示收取權之限界也。

（註一）我民法採原物主義，頗欠公平，故第四六一條設有補救之規定，即耕作地之承租人，因租賃關係終止時未及收穫之孳息，得請求出租人償還之（德民第五九二條第九九八條）。但究屬偏而不全，似以從普國國法，按照適當比例，分配其孳息於生產人及收取權利人為宜。

即不然，亦應由收取權利人對於生產人為相當之賠償，以期公平。學者有謂我民法縱無規定，生產人自不妨依不當得利之規定而為求償者，此說實難贊同，蓋收取權利人依第七〇條第一項之規定取得其全部之孳息，乃本諸法律規定而受利益，與無法律上之原因而受利益之不當得利不同故也（民法第一七九條）。

第二 法定孳息之收取

法定孳息與天然孳息不同，非與原物爲一體，乃可隨時發生，故我民法從一般立法例，於第七〇條第二項規定：『有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息。』（法民第五八六條德民第一〇一條第二款日民第八九條第二項暹民第一〇五條第二款）所謂收取權利人，亦因情形而不同，例如利息以債權人爲收取權利人，租金以出租人爲收取權利人。我民法所以定爲按日收取者，蓋於收取權利人前後不同時，以按日分配，較爲公平故也。但所謂按日收取，不過比例時間之長度以爲分配之意，按時分配，或另依其他之標準以爲分配，自無不可。至對於非定期收取之法定孳息，是否亦適用本項之規定，頗屬疑問。依余所信，應取否定說。蓋如採肯定說，則反於當事人之豫期故也。（註二）關於此點，外國法律有明定惟定期收取之法定孳息有其適用者，可爲吾說之參考焉（德民第一〇一條第二項暹民第一〇五條第二項）。

（註二）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『本項對於須於一定時期收取之法定孳息，亦應同一適用（例如利息須年終始付租糧須秋後始交者是）故於到期前其原物或原權利已經讓與之時，亦得於到期時依按日收取之方法收取。不過通常此時該孳息之全部請求權可解爲亦已一同讓與。』（陳氏前揭一五五頁一五六頁）

第四章 法律行爲

第一節 概說

法律行爲，爲法律事實之一種。欲知法律行爲在民法上所佔之地位，不可不知法律事實、法律現象及法規三者相互之關係。茲以論理學上之三段論法爲例，法規者，大前提也。法律事實者，小前提也。法律現象，則爲由此大前提、小前提推斷而得之結論。舉例以明之，如依民法第六條規定，人之權利能力始於出生（法規，大前提）某甲爲人（法律事實，小前提）故某甲自出生時始，享有權利能力（法律現象，結論）。法律行爲則爲法律事實之一種，由此可知僅有法規，法律現象無自而生，法律現象之發生，尙有待於法律事實，尤其法律行爲之活動，此學者所以通常分民法全部爲私權之主體（人）、私權之客體（物）及私權之變動（法律行爲以次）者也。茲述法律現象及法律事實，以明其與法律行爲之關係。

第一款 法律現象

法律現象（Rechtsvorgänge）者，由法律事實適用法規所生之結果也。法律上之現象，雖不一其端，但不外

權利之變動，即權利之發生變更及消滅，茲就此三者分述如左：

第一 權利之發生

權利之發生者，權利附着於特定人之現象也。易詞言之，即權利之取得。權利取得，通常可分爲原始取得繼受取得，茲述二者之區別及其必要如左：

一 原始取得

原始取得 (Originärerwerb) 者，非基於他人之權利，而獨立的取得權利之謂也。例如因先占取得無主物之所有權 (民法第八〇二條)，因拾得取得遺失物之所有權 (民法第八〇七條) 是。至因取得時效取得他人之物之所有權 (民法第七六八條至第七七〇條) 是否原始取得，學說上頗有爭論，余則以爲取得時效就以占有他人之物爲前提之點言之，雖近於繼受取得，然因取得時效之取得權利，非取得他人之權利，乃於他人之物上取得自己行使之權利，故仍爲原始取得，而非繼受取得 (同說 Regelsber. 異說 Brinz)。

二 繼受取得

繼受取得 (Derivatio od. abgeleitete Erwerb) 者，基於他人之權利取得權利之謂也。此種取得，以他人之權利存在爲前提。前權利人稱爲被繼受人 (Vormann, actor Juris)，新權利人稱爲繼受人 (Nachmann, Successor)，由被繼受人移轉其權利於繼受人之現象，則稱之爲繼受 (Successio)。繼受取得，有基於取得人

之意思者，例如依法律行為取得所有權是。有非依取得人之意思而由法律規定而生者，例如遺產繼承是。又繼受取得通常得為下列兩種之分類。

(甲) 移轉的繼受取得與創設的繼受取得 (Translative Erwerb) 者，就他人既存之權利，不變更其內容，而為繼受取得之謂也。於此情形，繼受人所取得之權利，與被繼受人之權利完全相同，不過權利主體發生變更。但有謂權利主體為權利之要素，如權利主體變更，則權利已非同一，此時被繼受人之權利消滅；繼受人係取得以其權利為材料組成之新權利者 (Kuntz, Neuner 諸氏主此說) 如依此說，則是祇認權利材料之繼受取得，而不認權利之繼受取得。余則以為不然，蓋如前所述，權利既係以法律之力附着於一定之人，以法律之力移轉於他之一定之人，自無不可故也。創設的繼受取得 (Konstitutive Erwerb) 者，就他人既存之權利，創設新權利，而為繼受取得之謂也。例如土地所有人於其土地設定地上權地役權永佃權而使他人取得是。有謂地上權等為土地所有權之構成分子，不過依創設行為使其與土地所有權分離，移轉於他人者 (Brinz 氏主此說) 如依此說，則於此情形，應為移轉的繼受取得，而非創設的繼受取得。余則以為不然，蓋所有權乃整個之權利，而非多數權利之集合，故土地所有人設定地上權等使他人取得，仍為創設的繼受取得，而非移轉的繼受取得。

(乙) 特定的繼受取得與概括的繼受取得 (Singular Succession) 者，就各個之

權利分別的爲繼受取得之謂也。此各個之權利，須有獨立之取得原因，故雖以同一契約買賣數個之不動產，亦爲特定的繼受取得。概括的繼受取得（Universal Succession）者，以多數之權利爲一體，而爲繼受取得之謂也。此種取得，以有取得全體之原因爲已足，無須就各個權利有取得之原因。但有謂概括的繼受取得爲人格之繼承者，此說顯有未當，蓋專屬於被繼受人之權利亦不能因概括的繼受而爲移轉也（民法第一一四八條）。又有謂此種取得係各別繼受權利，並非各個權利合爲一體而爲繼受者（陳克生氏主此說陳氏前揭一六〇頁）此說亦有未當，蓋就各個權利之經濟上價值以言，有以其合爲一體之必要故也。

三 原始取得與繼受取得區別之必要

繼受取得，不問其種類如何，皆係基於他人之權利取得權利，於是發生『無論何人亦不能將大於自己所
有之權利移轉於他人』之原則（Nemo Plus Juris ad alium transfere Potest quam ipso habet），此在繼受觀念上蓋屬當然者也。準此以解，則：（一）被繼受人所無之權利，繼受人不能取得；（二）繼受人之權利，祇能與被繼受人之權利同一，或小於被繼受人之權利；（三）被繼受人之權利有瑕疵或負擔時，繼受人之權利亦有瑕疵或負擔，反之在原始取得則無此等之限制。

第二 權利之變更

權利之變更者，不影響於權利之本質（Wesen），僅變更其性質（Eigenschaft）之現象也。權利之變更，通

常可分爲主體之變更客體之變更及內容之變更，茲分述如左：

一 權利主體之變更

權利主體之變更，有種種之形態。有祇變更主體者，例如狹義的權利之讓與是。有原屬一人之權利而屬於數人者，例如數人繼承一人之遺產是。有原屬數人之權利而屬於一人者，例如共有人之一人拋棄其應有部分是。（註一）

二 權利客體之變更

權利客體之變更，有種種之形態。就物權言之，例如爲所有權標的之房屋因失火燒燬其一部是。就債權言之，例如以不特定物爲標的之債而變爲特定之債是。

三 權利內容之變更

權利內容之變更，亦有種種之形態。有變更其性質者，例如由固有之債變爲損害賠償之債是。有變更其作用者，例如由不能對抗第三人之權利變爲得以對抗第三人之權利是。有變更其狀態者，例如抵押權次序之變更及債權履行時期之變更是。

於權利變更之時。縱將來之權利其性質有所變更，然仍不失爲同一之權利，此與舊權利消滅新權利發生，其舊權利與新權利爲各別之權利不同。故在權利之變更，惟與權利發生之時期有關，而於擔保權及其他從屬之權

利不生何種影響。申言之，即於權利變更之時，其從屬之權利仍當然存續，反是如係舊權利消滅新權利發生，則其從屬之權利，非依法律規定，不得附屬於新權利。

（註一）權利主體之變更，與權利之移轉的繼受取得頗相混淆。關於此點，有謂權利主體之變更，即權利之移轉的繼受取得者，此在德日爲通說，我國亦有採之者，如周新民氏是（周氏前揭二二八頁）。有謂權利主體既有更易，即於其向來之狀態發生變化，自仍得謂其有變更者，此在德日爲少數說，我國亦有採用之者，如余戟門氏及陳克生氏是（余氏前揭一三七頁陳氏前揭一五八頁）。余則以爲應分別觀察，就其權利移轉之點言之，可謂其爲權利之移轉的繼受取得，就其主體變更之點言之，亦可謂其爲權利主體之變更。與後述之權利相對的消滅，就其權利取得之點言之，爲繼受的取得，就其主體變更之點言之，則爲權利主體之變更，正復相同。

第三 權利之消滅

權利之消滅者，權利與權利主體分離之現象也。權利之消滅，通常分爲相對的消滅及絕對的消滅，茲分述如左：

爲通說，我國亦有採之者，如對的消滅

此在德日爲少數說，我國亦滅者，即權利與從來之主體分離，而移屬於他之權利主體之謂也。於此情形，就從來之權利移轉之點言之，可謂其爲權利之相對的消滅。然如就他之權利主體立論，則又可謂其爲權利之繼受的取得。利取得之點言之，爲繼受的對的消滅

權利之絕對的消滅者，即權利之本身客觀的失其存在之謂也。權利之絕對的消滅原因甚多，頗難枚舉，略言之，有依法律之規定而消滅者，例如請求權因十五年間不行使而消滅是。有依當事人之意思而消滅者，例如權利因拋棄而消滅是。（註二）有因標的物之滅失而消滅者，例如房屋因失火燒燬，其所有權因而消滅是。有因效用之終了而消滅者，例如借用權因借用物依借貸目的使用完畢而消滅是。

（註二）拋棄者，直接對於將來消滅其權利之意思作用也。財產權不問其為物權債權，原則上皆可拋棄（例外有依權利性質或法律規定不許拋棄者），拋棄之結果，雖通常對於他人與以利益，然此乃拋棄之間接的結果，而非他人繼受拋棄者之權利，故拋棄仍為權利之絕對的消滅，而非權利之移轉的取得。

第二款 法律事實

第一 法律事實之概念

凡法律現象之發生，必有法規附與其效果之事實，此事實即法律事實（Juristische Thatache）者，發生法律現象之原因也。換言之，法律事實與法律現象處於原因與結果之關係，法律事實為發權事實時，則法律現象為權利之發生；法律事實為變權事實時，則法律現象為權利之變更；法律事實為滅權事實時，則法律現象為權利之消滅。法律事實與法律現象既處於原因與結果之關係，故凡欲主張某種法律現象之存在者，自應就其法律事實負舉證之責，我民訴法第二六五條所謂：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」

即指此種意義之法律事實而言。至事實問題既經確定以後，則爲適用何種法規之問題，是爲法律問題，法律問題，依法律之解釋決之，當事人不負舉證之責，自不待言。

第二 法律事實之構成

法律事實之構成，其情形不一。有由單一之事實構成者，例如自然人之出生死亡是。有由多數之事實構成者，例如質權之設定是（設定質權由雙方意思表示之合致與標的物之交付而成立）。而此多數之事實，有同時存在者，例如社員總會之決議是。有先後存在，即一事實先發生，俟有他事實，始成爲完全之法律事實，而生完全之法律現象者，例如訂立契約，須先有要約之意思表示，俟有承諾之意思表示，始成爲完全之法律事實，而生完全之法律現象是。於此情形，亦有預期其他事實之成就，而以法律事實之效力暫置於未定之狀態（*Zustand der Erwartung*）者，例如條件附之法律行爲是。法律事實之構成，既有單一與複數之別，則其發生效力之時期，自因之而異。即法律事實如爲單一之事實而成，即於其事實完成之時發生效力。法律事實如爲多數之事實而成，而此多數事實又係相次而生，則於最後事實發生之時完成，即於此時發生效力。雖然，法律事實自其完成之時起對於將來發生效力，僅屬原則，非無依法律規定或法律事實之性質上溯及既往發生效力者，例如法律行爲之撤銷（第一一四條）、法律行爲之承認（第一一五條）、選擇之債之選擇（第二一二條）、契約之解除（第二五九條）、非婚生子女之認領（第一〇六九條）及繼承之拋棄（第一一七五條）是。

第三 法律事實之分類

法律事實，因其觀察之標準不同，得為種種之分類：（一）單一事實與構成事實。關於此點，參照前段說明即可明瞭，茲不多贅。（二）獨立事實與附屬事實。獨立事實者，獨立存在之事實也。附屬事實者，必與他事實結合始能存在之事實也。例如善意惡意故意過失是。（三）人之行為與人之行為以外之事實。此項分類，甚為重要，茲說明如左：

一 人之行為

人之行為，或單稱行為。行為者，人類有意識之身體動靜也。就其動態言之，可稱為積極的行為或作為。就其靜態言之，可稱為消極的行為或不作為。行為以有意識為必要，如無意識，則與偶然之事故無異，不能以行為稱之。人之行為，有發生法律上之效力者，有不然者，前者稱為法律上之行為（Juristische Handlung），後者稱為事實上之行為，此之所謂行為，則專指前者而言。又法律上之行為，可分為私人之行為與國家統治機關之行為，後者屬於公法之範疇，茲不述之，此之所述，則為私人之行為，或國家以其私人資格所為之行為。至私人之行為，通常則可分為合法行為與違法行為，茲述如左：

（甲）合法行為 合法行為者，適應法律而為法律所容許之行為也。通常又可分為法律行為及準法律

行為（Rechtshandlung od. Recht geschäftsähnliche Handlung），茲述如左：

(A) 法律行爲 法律行爲者，以意思表示爲其要素之行爲也。法律行爲，有單由意思表示而成者，亦有於意思表示以外尚須其他之事實者，但其主要成分，則常爲意思表示。其詳俟於次節法律行爲通則中述之。

(B) 準法律行爲 準法律行爲者，即法律行爲以外之合法行爲也。例如觀念表示，感情表示，及請求表示是。其詳俟於意思表示中述之。(註)

(乙) 違法行爲 違法行爲者，違反法律而爲法律所不容許即禁止之行爲也。通常又可分爲侵權行爲及準侵權行爲，茲述如左：

(A) 侵權行爲 侵權行爲者，以故意或過失不法侵害他人權利之行爲也。例如以故意或過失不法殺傷他人之生命身體，剝奪他人之自由，誹謗他人之名譽，毀損他人之財產是。其詳俟於債編總論侵權行爲中述之。

(B) 準侵權行爲 準侵權行爲者，即侵權行爲以外之違法行爲也。準侵權行爲之主要者，爲債務之不履行，其詳俟於債編總論債之效力中述之。

二 人之行爲以外之事實

人之行爲以外之事實，或單稱事實，通常可分爲事件及狀態之二種，茲述如左：

(甲)事件 事件，有關於人的事件與物的事件之別，前者如出生死亡（第六條）不當得利（第一七九條）混同（第三四四條）及繼承開始（第一一四七條）是。後者如天然孳息之分離及物之出產或消滅是。

(乙)狀態 狀態，亦有關於人的狀態與物的狀態之別，前者如生死不明（第八條）年齡（第一二條）心神喪失（第一四條）及某事實之知或不知（第八六條第八八條第九一條第九二條）是。後者如鄰地毗連（第七九三條）附合（第八一二條）混合（第八一三條）及加工（第八一四條）是。

（註）學者有排斥準法律行為之觀念者，其說略謂：『準法律行為之觀念，有下述兩點之不當：（一）此觀念雖起於 *Nietelmann* 氏法律行為之心理學的研究，然法律學上意思之意義與心理學上意思之意義，無必須為同一解釋之理由。（二）即認此觀念，亦無實益，蓋既分法律行為為正準之二種，而準法律行為別無可以適用之法規，其結果仍須準用法律行為之規定，此種區別，殊無實益。故不如擴張意思之解釋，即意思不僅為心理學上欲望之義，即通知催告宥恕等非欲望之精神作用亦包含之，而排斥所謂準法律行為之觀念。』（中島氏前揭四四八頁至四五〇頁）但在一般通說，均是認法律行為及準法律行為之分類，余亦從之。

第二節 通則

第一款 概說

第一 法律行爲之語源

法律行爲 (Rechtsgeschäft, Actus Juridici) 一語始於一八〇五年 Hugo 氏所著 *Pandecten N. Rechtsliche Geschäft* (應譯爲法律的行爲) 彼時所謂 *Rechtliche Geschäft* 爲對於違法行爲之一切合法行爲之總稱，及 Savigny 氏出，始附以一定之意義，而爲德國第一次民法草案所採用。日本起草民法之際，轉譯 *Rechts-Geschäft* 爲法律行爲，我國歷次民法草案及現行民法從之。英語之 *Juridic act*，法語之 *Actes Juridiques* 雖亦可解爲法律行爲之義，但僅爲學術上之用語，成文法上則無此名稱。瑞士土耳其及暹羅等國民法亦然。

第二 法律行爲之概念

何謂法律行爲，民法上無明文解說，因之學者之見解頗不一致，依余所信，法律行爲者，以私人欲發生私法上效果之意思表示爲要素，有此表示，故發生法律上效果之法律事實也。析言之：

一 法律行爲爲法律事實

法律事實，爲發生法律現象之原因，而法律行爲，爲法律事實之一種，其詳已於前述，茲不贅。

二 法律行爲爲私人發生私法上效果之行爲

民法爲私法之原則法，故其法律行爲，須爲私人之行爲，且其效果亦止於私法上之效果。雖然，國家統治機關之行爲，非無發生私法上之效果者，例如法院之判決是。私人之行爲，亦非無發生公法上之效果者，例如公務

員之選舉是。然此皆屬於公法之範疇，而與民法之規定無關。又在公法學者中，有用公法上法律行為之術語者（法學新報二一卷一號美濃部氏論文）。又在私法學者中，亦有以國際條約包含於法律行為概念中者（例如 *Regelsberger* § 135），其說雖有可以注意之價值，然從民法為私法之點以論法律行為，實有限於私人發生私法上效果之行為之必要。

三 法律行為以意思表示為要素

法律行為與意思表示之關係如何，學說不一，有謂法律行為與意思表示完全相同者，如 *Savigny* 氏是。有謂法律行為與意思表示雖觀念上不同，但在實際上其範圍則屬一致者，如 *Zitelmann* 氏是。有謂法律行為與意思表示非完全相同，祇法律行為以意思表示為其主要成分者，如 *Regelsberger*, *Enneccerus*, *Crome* 諸氏是。依余所信，應以後說為當。蓋（一）例如契約，雖為一個之法律行為，然由二個之意思表示而成，可知法律行為與意思表示分量上非必一致。（二）在所謂要物行為（*Realhandlung*），其法律行為之成立，除意思表示外，尚以物之授受為必要，可知法律行為與意思表示範圍上非必一致。由此可知意思表示僅為法律行為之要素，而不能謂此二者全然相同。不過我民法上之用語尚非如此嚴格，是不可以不知耳（例如第七五條前段所謂意思表示即法律行為之意）。

四 法律行為所生之效果為行為人之所欲

法律行爲之根本觀念，在於私法上之自治，故行爲人欲發生私法上之效果，法律卽以一定之效果與之。由此可知，法律行爲所生之效果，實爲行爲人之所欲。法律行爲之所以別於違法行爲及準法律行爲者，卽在於此。蓋違法行爲如侵權行爲，雖亦由法律與以一定之效果，然非行爲人之所欲；又準法律行爲如債權讓與之通知，債務履行之請求等，雖亦由法律與以一定之效果，然與行爲人之意思無關（但有反對說中島玉吉民法論文集一八六頁以下）故也。雖然，法律行爲所生之效果固限於行爲人之所欲，然亦有對於其行爲與以行爲人所不欲之效果者，例如買賣契約，出賣人所負之擔保責任是（民法第三五四條以下）。然此乃法律保護交易之安全而設，此學者所以以間接附隨之效果稱之也（同說 *Enneccerus, Hölder*）。

第三 法律行爲之自由與典型的法律行爲

古代（例如羅馬法）法律行爲之種類及其內容，皆有一定之限制，凡法律未規定之法律行爲不得爲之，又法律已規定之法律行爲不得變更其內容。此種限制，因世事之推移，甚感不便，故現代各國法律皆捨形式主義，而以法律行爲之內容得由當事人任意定之爲原則，是爲實質的法律行爲自由之原則，亦稱私法的自治之原則（*Privat Autonomie*）。此原則，適用最廣者爲債權法上之行爲，反之在物權法上及繼承法上之行爲，殆無適用此原則之餘地。至所謂典型的法律行爲（*Typische Rechtsgeschäft*），則指法律定有名稱內容之法律行爲而言。例如買賣互易租賃借貸婚姻及收養之類是。當事人意思之效力，對於典型的法律行爲，因情形而異，卽

在親屬法繼承法上之行爲，當事人不得爲法律所未定之行爲，例如養子，雖爲親屬法之所許，然養弟則不許之是。又如繼承人之指定，雖爲繼承法之所許，然繼承契約則不許之是。又法律所定之行爲，當事人不得變更其內容，例如對於婚姻契約不得附加條件或期限是。反之，在債權法上之行爲，則大異其趣，即當事人原則上得爲法律所未定之行爲，且對於法律已定之行爲得變更其內容。若然，則債權行爲似無規定各種法律行爲之必要，實又不然，蓋在實際上當事人詳細約定法律行爲之內容者殊不多見，如法律不設典型的行爲之規定，則適用上不免發生紛擾故也。

第二款 法律行爲之分類

第一 單獨行爲契約及共同行爲

一 單獨行爲

單獨行爲 (Eienseitiges Rechtsgeschäft) 者，依一方當事人之意思表示而成立之法律行爲也。故單獨行爲又稱爲一方行爲。單獨行爲，有有相對人與無相對人之別，有相對人之單獨行爲者，即須向相對人表示，始能成立之單獨行爲也。無相對人之單獨行爲者，即無須向相對人表示，亦得成立之單獨行爲也。前者，如法律行爲之撤銷承認契約之解除及債務之免除是。後者，如遺囑及捐助行爲是。但縱在有相對人之單獨行爲，亦僅以行爲人向相對人表示爲已足，初非必俟相對人之承諾，其法律行爲始能成立，單獨行爲所以異於契約即雙方

行爲者，卽在於此。

二 契約

契約 (Contractus, Contract, Vertrag) 者，依雙方當事人相互的意思表示之一致而成立之法律行爲也。故契約又稱爲雙方行爲 (Zweiseitiges Rechtsgeschäft)。契約與單獨行爲之區別，有謂在於意思表示之單複者，其說非是，蓋契約雖爲複數之意思表示，然在要約之意思表示與承諾之意思表示相互之一致，不能謂其爲多數單獨意思表示之集合故也。契約有廣義狹義之別，就廣義解釋契約，凡一切之雙方行爲，皆謂之契約。就狹義解釋契約，則惟雙方行爲中成立債權債務關係者，始能謂之契約。後者如日本民法是，故日本民法以之規定於債權編。前者如德國民法是，故德國民法以之規定於總則編。自理論以言，自以德國民法之規定爲合理，但在我國民法則從日本民法之立法例，余以爲應解爲一種便宜的規定，初不能謂其於債權契約 (Schuldvertrag, Obligatorischer Vertrag) 外，排斥其他契約之觀念，其詳俟於債編總論中述之。

三 共同行爲

何謂共同行爲，學說尙未一致。有謂共同行爲卽契約之一種者，有謂共同行爲爲單獨行爲之集合者，有謂共同行爲既非契約，亦非單獨行爲，而係位於二者之間之一種法律行爲者，依余所信，應以後說爲是。卽共同行爲 (Vereinbarung) 者，多數當事人平行的意思表示之一致而成立之法律行爲也。就其爲複數意思表示之

點以言，雖與契約相同，但在契約，此複數意思表示之一致為相互的，共同行為，其複數意思表示之一致則為平行的。又就其為單獨意思表示之點以言，雖與單獨行為相似，但在單獨行為，依單獨之意思表示即能成立，共同行為，則須各個單獨意思表示之一致。故余從通說，以為共同行為係位於契約與單獨行為二者之間之一種法律行為。（註）共同行為，例如社團之設立及總會之決議是。

（註）陳克生氏似採單獨行為為集合說，陳著略謂：『主張應於單獨行為與契約外，更認共同行為之獨立存在者，乃謂性質上須二人以上之意思表示一致之行為，（中略）余謂單獨行為與契約之區別，即在當事人是否居於對立地位，此時直謂之仍屬單獨行為之形式，亦無不可也。』（陳氏前揭一七〇頁註）

第二 債權行為物權行為親屬行為及繼承行為

一 債權行為

債權行為者，發生債權法上之效果之法律行為也。債權行為，一稱債權的法律行為（*Obligatorische Rechtsgeschäft*）。有為單獨行為者，如無因管理是。有為契約者，如買賣互易贈與及租賃之類是。其契約則稱為債權契約（*Obligatorische Vertrag*）。

二 物權行為

物權行為者，發生物權法上之效果之法律行為也。物權行為，一稱物權的法律行為（*Dingliche Rechts.*）。

geschäft) 有爲單獨行爲者，如所有權地上權之拋棄是。有爲契約者，如抵押權質權之設定是。其契約則稱爲物權契約 (Dingliche Vertrag)。債權行爲以外，是否有物權行爲之存在，學說及立法例頗不一致。法國學者解釋彼國民法，多不認物權契約之存在，而謂物權上之變動即直接由債權契約而生。德國學者則取反對之見解，而謂債權行爲僅能發生債之關係，物權上之變動則由物權行爲而生。自學理言之，應以後者爲是。茲述物權行爲與債權行爲之關係如次：(一) 有物權行爲與債權行爲同時並存者，例如即時買賣是。(二) 有先有債權行爲，後有物權行爲者，例如不特定物之買賣是。(三) 有僅有債權行爲，而無物權行爲者，例如僱傭是。(四) 有僅有物權行爲，而無債權行爲者，例如因不當得利返還原物是。即此可知物權行爲與債權行爲之區別。

三 親屬行爲

親屬行爲者，發生親屬法上之效果之法律行爲也。親屬行爲，一稱親屬的法律行爲 (Familienrechtliche Geschäft)。有爲單獨行爲者，例如婚姻之撤銷非婚生子女之認領是。有爲契約者，例如結婚及協議離婚是。其契約則稱爲親屬契約 (Familienrechtliche Vertrag)。

四 繼承行爲

繼承行爲者，發生繼承法上之效果之法律行爲也。繼承行爲，一稱繼承的法律行爲 (Erbrechtliche Rechts-geschäft)。大抵皆爲單獨行爲，在德國民法雖有所謂繼承契約 (Erbvertrag) 之規定 (德民第一九四一

條，但爲我民法所不採用。

第三 生前行爲與死後行爲

死後行爲 (Mortis Causa, Rechtsgeschäft von Todeswegen) 者，以當事人一方之死亡發生效力之法律行爲也。死後行爲，一稱死因行爲。有性質上爲死因行爲者，例如遺囑及遺贈是。有依當事人之約定爲死因行爲者，例如於買賣互易等契約，由當事人約定，依一方之死亡發生效力是。生前行爲 (Inter vivos, Rechtsgeschäft unter Lebenden) 者，死後行爲以外之一切法律行爲也。多數行爲，均爲生前行爲，其與死後行爲異者，卽其發生效力不以當事人一方之死亡爲必要。生命保險契約，雖以死亡爲請求保險金之時期，然其契約，於訂立當時卽已發生效力，故生命保險契約，仍爲生前行爲，而非死後行爲。

第四 要式行爲與非要式行爲

要式行爲 (Formelles Rechtsgeschäft) 者，須依一定方式始能成立之法律行爲也。要式行爲，有由於法律之規定者，是爲法定要式行爲，例如結婚及遺囑是。有由於當事人之約定者，是爲約定要式行爲，例如不動產之買賣當事人約定以書面爲之是。其詳俟於法律行爲之方式中述之。非要式行爲 (Formfreies Rechtsgeschäft) 者，無須依一定方式卽得成立之法律行爲也。多數行爲，均爲非要式行爲，是爲方式自由之原則 (Prinzip der Formfreiheit)。此點已於緒論中述之，茲不贅。

第五 主行爲與從行爲

從行爲 (*Nebengeschäft*, *nebensächliches Geschäft*) 者，其成立以他種行爲或他種法律關係之存在爲前提之法律行爲也。爲其前提之法律行爲，則爲主行爲 (*Hauptgeschäft*, *hauptsächliche Geschäft*)。從行爲，例如夫妻財產契約質權設定契約及保證契約是。蓋夫妻財產契約，以婚姻契約之存在爲前提，質權契約及保證契約，以債權契約之存在爲前提故也。爲其前提之婚姻契約債權契約，則爲主行爲。從行爲既處於從屬關係，其法律上之運命，自應依主行爲或主法律關係決之。但其從屬關係之程度，則因各種從行爲而不同，自不待言。

第六 獨立行爲與補助行爲

補助行爲 (*Hilfsgeschäft*) 者，無獨立之實質的內容，而爲他行爲發生效力之條件之法律行爲也。反是有獨立之實質的內容之法律行爲，則爲獨立行爲。補助行爲如允許同意及承認之類是。

第七 有償行爲與無償行爲

有償行爲 (*Entgeltliche Rechtsgeschäft*) 者，以財產給付爲標的之法律行爲中，雙方當事人各因給付而取得利益之法律行爲也。反是當事人之一方無所給付而取得利益之法律行爲，則爲無償行爲 (*Unentgeltliches Rechtsgeschäft*)。前者如買賣互易及有利息之消費借貸是，後者如贈與使用借貸及無利息之消費借貸是。有償行爲，應準用關於買賣之規定 (民法第三四七條) 是爲區別有償無償之實益。關於此點，俟於債編各論中述之。

第八 要因行爲與非要因行爲

要因行爲 (Kausales Rechtsgeschäft) 者，以財產給付爲標的之法律行爲中，而以給付之原因爲要素之法律行爲也。非要因行爲 (Abstraktes Rechtsgeschäft) 者，單以財產給付爲標的，不以給付之原因爲要素之法律行爲也。前者，如通常之債權行爲是。後者又分爲二，有得依當事人之意思表示以其爲要因者，是謂相對的非要因行爲，例如物權行爲是。有不得依當事人之意思表示以其爲要因者，是謂絕對的非要因行爲，例如票據行爲是。夫自心理上言之，吾人之爲財產上之給付，或在與人以恩惠，或在取得法律上之利益（如取得債權清償債務），未有決無原因者，但法律則非必皆以給付之原因爲法律行爲成立之要素，故以給付之原因爲要素之行爲爲要因行爲，而以非以給付之原因爲要素之行爲爲非要因行爲。要因行爲，如欠缺原因，則其行爲爲無效，反是非要因行爲，原因之有無，與行爲自身之效力無關，故縱欠缺原因，亦惟發生不當得利返還之義務（民法第一七九條以下）。

第九 要物行爲與諾成行爲

要物行爲 (Realgeschäft) 者，於意思表示以外，尚須有現實之成分 (Realerforderung)，始能成立之法律行爲也。反是以意思表示即能成立之法律行爲，則爲諾成行爲 (Consensualgeschäft)。法律行爲，以諾成行爲爲原則，要物行爲爲例外。要物行爲，例如使用借貸，因借用物之交付而生效力是（民法第四六五條）。

第十 完全行爲與非完全行爲

完全行爲者，即能完全發生效力之法律行爲也。非完全行爲者，即不能完全發生效力之法律行爲也。前者，即有效之法律行爲是。後者通常可分爲三：（一）無效之法律行爲，即完全不能發生效力之法律行爲，有爲絕對無效者，例如違反強制或禁止規定之法律行爲是（民法第七一條）。有爲相對無效者，例如虛偽之意思表示是（民法第八七條）。（二）得撤銷之法律行爲，即不能確定有效之法律行爲，例如錯誤之意思表示是（民法第八八條）。（三）效力未定之法律行爲，即發生效力與否尙屬未定之法律行爲，例如限制行爲爲能力人所爲之契約是（民法第七九條）。其詳俟於無效及撤銷中述之。

第三款 法律行爲之標的

第一項 概說

關於法律行爲，有所謂成立要件及有效要件。成立要件者，即法律行爲之成立所不可缺之要件也。如無此要件，則法律行爲即不能成立。成立要件，有一般成立要件與特別成立要件之別。特別成立要件，因法律行爲之種類而不同，例如要物行爲以現實成分爲成立要件，要式行爲以履行一定方式爲成立要件。一般成立要件，則爲一切法律行爲所通有之成立要件。何者爲一切法律行爲所通有之成立要件，學說尙不一致。有單以意思表示爲一般成立要件者，如平沼騏一郎三瀨信三及陳克生氏是（平沼氏前揭四二四頁三瀨氏民法總則提要三一頁

陳氏前揭一七七頁。有以意思表示及標的二者爲一般成立要件者，如富井政章及余戟門氏是（富井氏民法原論第一卷總論三九九頁余氏前揭一五九頁。有以意思表示標的及當事人三者爲一般成立要件者，如鳩山秀夫及穗積重遠是（鳩山氏前揭三〇〇頁穗積氏前揭二五頁。依余所信，應以第一說爲當。蓋意思表示必有當事人及標的，僅以意思表示爲法律行爲之一般成立要件，亦可賅括當事人及標的故也。雖然，法律行爲非一旦成立，即發生效力，於是尙有所謂有效要件。有效要件者，已成立之法律行爲發生效力所不可缺之要件也。如無此要件，則法律行爲縱已成立，亦不發生效力。有效要件，亦有一般有效要件與特別有效要件之別。特別有效要件，因法律行爲之種類而不同，例如遺囑遺贈以遺囑人或遺贈人之死亡爲其有效要件，一般有效要件，則爲一切法律行爲所通有之有效要件。何者爲一切法律行爲所通有之有效要件，依據通說：（一）須當事人有行爲能力，（二）須有適當之標的，（三）須意思表示之健全。關於第一及第三，我民法設有專節，俟於本章第三節及第四節述之。關於第二，通常又分爲標的之可能確定及適法，我民法惟就標的之適法訂爲法律行爲之通則，茲於本款特就學理以爲補充，並及於法律行爲之方式。（各國民法就法律行爲設有通則者惟日本一國。）

第二項 標的之可能

第一 標的可能之概念

法律行爲之標的者，當事人依其法律行爲所欲發生之事項也。換言之，即法律行爲之內容。標的之可能

(Möglichkeit) 則指此內容有實現之可能而言。至何者謂之可能，學者則多從其反面即『不能』以爲解釋。顧所謂不能，則有依物理的見解而認爲不能者，例如挾泰山以超北海是。有依社會觀念而認爲不能者，例如海底撈針之類是。此之所謂不能，是否兼指此二者而言，學說上頗有爭議，依余所信，應以肯定說爲是。又不能常因觀察標準不同，得爲種種之分類，即（一）自始不能與嗣後不能；法律行爲成立當時即屬不能者，爲自始不能。例如買賣房屋，其房屋於契約成立當時即已燒燬是。法律行爲成立當時係屬可能，嗣後始成爲不能者，爲嗣後不能。例如房屋於契約成立後始被燒燬是。此之所謂不能，則專指前者而言。（二）主觀不能與客觀不能不能之原因存於行爲人一身之情事者，爲主觀不能。例如以不諳外國語言之人而充翻譯是。通常人處於行爲人之地位亦屬不能者，爲客觀不能。例如欲一人而通全國之方言是。此之所謂不能，則專指後者而言。（三）全部不能與一部不能；法律行爲之內容全部爲不能者，爲全部不能。例如房屋已全部燒燬是。法律行爲之內容僅一部不能者，爲一部不能。例如房屋僅燒燬其一部是。此之所謂不能，則應分別情形以爲決定。（註）

（註）學者有爲自然的不能與擬制的不能之分類者，所謂自然不能，即因於事物性質之不能，如挾泰山以超北海之類是。所謂擬制不能，即因於法律規定之不能，如讓與不融通物或設定法律所未規定之物權之類是。（陳氏前揭一七九頁周氏前揭二六六頁鳩山氏前揭三〇六頁）

余則以爲不能，指事實上之不能，不法，則屬事實上可能而不欲附以法律之效力，一爲事實問題，一爲法律問題，彼所謂擬制不能，係因混同不能與不法之觀念而生，殊不足取。（同說中島氏前揭四六二頁三瀨氏前揭三一六頁穗積氏前揭二七頁）

第二 標的不能之效力

我民法對於標的不能之效力，未設一般規定，依上所述，如法律行為之標的係自始不能，客觀不能，全部不能（一部不能原則上祇一部無效），則其法律行為應屬無效。何則，蓋法律行為之標的如屬不能，則法律上之效力即屬無由現實故也。但我民法對於契約標的之不能設有明文規定，即依民法第二四六條第一項：『以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。』（德民第三〇六條第三〇八條瑞債第二〇條）又對於契約因以不能之給付為標的而無效者，於第二四七條設有損害賠償之規定（德民第三〇七條）可為解說一般法律行為之標的不能之參考。

第三項 標的之確定

第一 標的確定之概念

標的之確定（Bestimmtheit）者，法律行為之內容，於法律行為成立當時已經確定或可得確定之謂也。確定對不確定而言，通常所謂不確定，其情形有二：一有法律行為之範圍全無限制，純由當事人之一方自由定之者，如云甲應允許乙之一切之請求是。有法律行為之範圍業已限定，惟其內容尚未具體確定者，如云甲應向乙為千元至千五百元之給付是。前者之不確定，如債務人有確定權時，則與不受法律上之拘束無異，如債權人有確定權時，則債務人將不免受極端之拘束，其法律行為無由成立，是為當然。故在通常所謂標的之不確定，自係專指前者而

言。蓋在後者，仍屬可得確定，而非不確定也。

第二 標的確定之方法

法律行爲標的之確定，不以於法律行爲成立當時已經確定爲必要，即至後可得確定亦無不可，於是有所謂標的確定之方法。關於標的確定之方法，我民法惟對於種類之債及選擇之債設有明文規定（民法第二〇〇條第一項第二〇八條至第二一一條），而於一般法律行爲則付闕如。但依據學理解釋，其確定方法，通常可分爲下列之三種：（一）有依當事人雙方或一方之意思以爲確定者，如前例所示甲應向乙爲千元至千五百元之給付，而由甲乙雙方以契約確定其應給付之金額，或由甲乙之一方確定其應給付之金額是。（二）有依第三人之意思以爲確定者，如前示之例，而由當事人以外之第三人確定其應給付之金額是。（三）有依其他之事實以爲確定者，如前示之例，而依某種之需要以定其應給付之金額是。至其確定之是否有效，應依具體情形以爲決定，自不待言。關於此點，德國民法第三一五條至第三一九條設有明文規定，可供參考。其詳俟於債編總論債之標的中述之，茲不贅。

第三 標的不確定之效力

我民法對於標的不確定之效力，未設明文規定，依據學理，如法律行爲之標的於法律行爲成立當時未經確定，或至後亦無從確定，則法律上之效力無由實現，其法律行爲應認爲無效。

第四項 標的之合法

第一目 標的之不違反強行規定

第一 強行規定之概念

法律之規定，可分爲強行規定及任意規定。強行規定（*Zwingender Recht*）者，即不問當事人之意思如何，必須適用之法律規定也。任意規定（*Nichtzwingender Recht*）者，即得依當事人之意思排斥其適用之法律規定也。民法法典，即由強行規定與任意規定集合而成，就其大體以言，債權多屬於任意規定，物權親屬及繼承則多屬於強行規定。任意規定又可分爲補充規定及解釋規定。補充規定（*Suppletorisches Recht*）者，即於當事人無特別意思表示時，補充其意思之法律規定也。解釋規定（*Auslegungsregel*）者，即於當事人之意思表示不明時，解釋其意思之法律規定也。前者如民法第三七條之規定是，後者如民法第四條及第五條之規定是。強行規定又可分爲強制規定及禁止規定。強制規定者，即命令其爲某行爲之法律規定也。禁止規定者，即命令其不爲某行爲之法律規定也。前者如民法第二七條第一項之規定是，後者如民法第十六條及第十七條之規定是。禁止規定又可分爲取締規定及效力規定。取締規定者，即對於違反者課以制裁，以禁遏其行爲爲目的之法律規定也。效力規定者，即以否認違法行爲之法律上效果爲目的之法律規定也。前者如民法第九八〇條之規定是，後者如民法第九八三條之規定是。以上所舉各例，不過就其大概言之，究竟何者爲強行規定任意規定？（註一）何者爲任意規

定中之補充規定解釋規定？（註二）何者為強行規定中之強制規定禁止規定？何者為禁止規定中之取締規定效力規定？我民法尚無一定方式可為識別之準據，應就法文之體裁及立法之目的以為決定，自不待言。（註三）

（註一）民法總則編立法原則第二：『民法各條，應分別為兩大種類：（一）必須遵守之強制條文；（二）可遵守可不遵守之任意條文。凡任意條文所規定之事項，如當事人另有契約，或能證明另有習慣者，得不依條文，而依契約或習慣。但法官認為不良之習慣，不適用之。凡任意條文，於各本條明定之。』

（註二）德國民法關於補充規定，多用『如無特別訂定時』（Wenn Nichte ein Anderes Bestimmt）如何如何之文句，關於解釋規定，則多用『如有疑義時』（im Zweifel）如何如何之文句，吾人一檢閱其條文，即可知何者為補充規定何者為解釋規定，我國民法則混而不分。但亦有標準可尋，即對於前者，多用『如法律另有規定，契約另有訂定，或另有習慣』之文句，對於後者，則多用『推定』字樣。

（註三）我國學者之解釋民法第七一條，有以強制規定禁止規定為決然不同之分類者，即法律之規定，可分為強制規定與任意規定，又可分為禁止規定與許可規定，我民法之所謂強制規定禁止規定，即就此決然不同之分種中各指其一（陳氏前揭一八二頁一八三頁）余則以為強制規定禁止規定同為強行規定之部門，我民法之所以不曰強行規定，而曰強制或禁止規定者，蓋在避免解釋上之糾紛也。

第一 違反強行規定之效力

我民法關於法律行為違反強行規定之效力，設有明文規定，即依第七一條：『法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。』（德民第一三四條日民第九一條瑞債第一九條俄民第

三〇條暹民第一五一條第二款）所謂違反強制或禁止規定者無效，例如與人約定，縱為侵權行為，亦不負損害賠償責任，或令人拋棄其權利能力及行為能力，此種約定，應屬無效是。所謂但其規定並不以之為無效，例如民法第九八一條，原為強制規定，縱違反之，亦祇得為撤銷（民法第九九〇條）是。又如民法第九八四條，原為禁止規定，縱違反之，亦祇得為撤銷（民法第九九一條）是。於此情形，在婚姻未經撤銷以前，仍為有效，不因第七一條之規定而受影響。（註四）

（註四）關於民法第七一條但書之解釋，陳克生氏及周新民氏均未予說明（陳氏前揭一八四頁周氏前揭二七二頁）余載門氏亦僅為下列之例示曰：『例如以不得干與強制拍賣之人為拍賣人，若得利害關係人之同意，仍屬有效之類是』（余氏前揭一六九頁）此項例示，殊不足為『但其規定並不以之為無效』之釋明，蓋通閱民法全部無不以其所舉事例為無效之明文故也。

第三 脫法行為

於此有一問題，即脫法行為之是否有效是也。脫法行為（in fraudem legis agere, Gesetzesumgehung, rechtsgeschäftlicher Schleichweg）者，非直接違反禁止規定，而依他種迂迴方法，使與被禁止之法律規定發生同一效果之行為也。脫法行為之效力如何，依余所信，應依禁止規定之旨趣而不同，如禁止規定之旨趣在於法律行為之目的，而依他種迂迴方法以達同一之目的者，其行為為無效。例如債權人以折扣或其他方法巧取利息限制以外之利益是（民法第二〇六條）反之，禁止規定之旨趣在於禁止以特定手段發生一定之效果，而依他

種迂迴方法以發生同一之效果者，則其行為爲有效。例如流質契約雖爲法律所禁止（民法第八九三條第二項），然如債務人以債權擔保之目的，信託的移轉動產所有權，仍爲有效是。蓋其禁止，僅限於以質權設定之手段爲之故也。（註五）

（註五）關於此點，余載門氏與鄙見不同，余著謂：『避法行為，其行為實際之內容雖及於法律之禁止規定，然不能謂之無效。』（余氏前

揭一六九頁）

第二目 標的之不背於公序良俗

第一 概說

強行規定雖係關於公序良俗之規定，然法律非必將一切公序良俗之事項網羅無遺，故有法律行為之標的縱非違反強行規定，而有背於公序良俗者，例如雙方當事人約定，一方以其將來財產之全部或一部讓與於他方是（德民第三一〇條）。此種行為，應屬無效。何則，蓋法律以維持社會及促進其發達爲目的，私法的自治行為亦惟於此目的範圍內發生法律上之效果，妨害社會秩序及違背社會道德之行為，自爲法律所不保護故也。雖然，公序良俗之觀念，自羅馬法以來即已認之，但不過爲爲限制個人意思之例外，今則一切法律關係皆爲公序良俗之法則所支配，我民法第七二條規定：『法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效』云云，不過示此法則之一端而已。他如習慣之適用，自由之限制，損害之方法，權利之行使，義務之履行及法律行為之解釋等，皆應遵守公序

良俗之法則，自無可疑。

第二 公序良俗之概念

關於公序良俗之用語，各國法律殊不一致。有用善良風俗之字樣者，如德國民法瑞士債務法是（德民第一三八條第一項瑞債第二〇條第一項。）有用公共秩序之字樣者，如暹羅民法是（暹民第一二條。）有用公共秩序或善良風俗之字樣者，如法國民法日本民法是（法民第六條日民第九〇條。）我國第一次民法草案因受梅謙次郎學說之影響，僅用公共秩序之字樣（一草第一七五條梅氏民法要義一卷二〇〇頁）第二次草案改用風化二字（二草第一二四條）新民法則從法日民法併用公共秩序或善良風俗（民法第七二條）自理論以言，自屬甚當。良以公共秩序與善良風俗之涵義本不相同，如僅用一語，殊不足以資概括也。至何謂公共秩序善良風俗，則殊費解釋，依余所信，公共秩序（public policy, order public, öffentliche Ordnung）者，國家社會之一般的利益也。德國第一次民法草案所謂國家之一般的利益（allgemeine Interessen des Staates），蓋即指此。善良風俗（bonos mores, good morals, bonnes moeurs, gute Sitten）者，國民之一般的道德觀念也。所謂國民之一般的道德觀念，固非道德之理想，亦非個人的道德觀或階級的道德觀，乃指吾人日常生活之實踐的道德律。公序良俗大體之區別如此，然如嚴格言之，二者之範疇則又常相一致。申言之，即維持國民之一般的道德觀念，未始非適於國家社會之一般的利益，維持國家社會之一般的利益，亦未始非適於國民之一般的道德觀念。

故在理論上實難爲明確之區別，所可區別者，惟一以國家社會之秩序爲主眼，一以國民之道德觀念爲主眼而已。以故民法學者常主張廢止公序良俗之差別，而以『社會的妥當』一語以爲代用（鳩山氏前揭三一〇頁我妻氏前揭三九七頁。）

第三 決定公序良俗之準則

國家社會之秩序及國民之道德觀念，常因時代之變遷而不同，其內容如何，殊難具體決定，我民法第七二條僅爲抽象的規定者，正所以畀審判官以職權認定之自由也。茲姑舉數例，以爲決定公序良俗之準則。（一）法律行爲之中心的標的違反公序良俗者，例如以實施犯罪行爲爲標的，所訂定之契約是（前大理院二年上字第七七號判決。）（二）法律行爲之中心的標的雖非違反公序良俗，然如強制爲之，即違反公序良俗者，例如在未廢娼以前，娼妓營業本非違反公序良俗，然如以契約強制爲之，即屬違反公序良俗是（前大理院九年上字第八四六號判決又最高法院院字第二五六號解釋。）（三）法律行爲之中心的標的雖非違反公序良俗，然因與金錢的利益相結合，斯爲違反公序良俗者，例如就自己義務之行爲要求相對人給與報酬，所訂定之契約是（前大理院三年上字第七四二號判決。）（四）法律行爲之中心的標的雖非違反公序良俗，然因附加條件，斯爲違反公序良俗者，例如訂立以實施犯罪行爲爲條件而給與報酬之契約是（日民第一三二條。）（註）

（註）於此有一問題，即雖手段違反公序良俗，然由法律行爲所生之效果並不因此發生影響時，尙不能謂其爲違反公序良俗之法律行

爲。例如以脅迫之方法解除契約是。但有時構成犯罪行爲，或應受民法第九二條第一項之適用，則屬另一問題。（陳氏前揭一九二頁鳩山氏前揭三二〇頁三瀨氏前揭三二四頁）

第四 違反公序良俗之效力

我民法關於法律行爲違反公序良俗之效力，設有明文規定，即依第七二條：『法律行爲，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。』此種規定，至爲顯明，無待深論。惟於此有問題者，即法律行爲背於公序良俗與否，究爲事實問題，抑爲法律問題是也。通說多謂其爲法律問題，余亦謂然，蓋確定法律行爲之事項如何，固爲事實問題，然若對於已確定之事項，認定其是否背於公序良俗，則爲適用第七二條與否之問題，自爲法律問題（法學志林一一卷六號鳩山氏著法律問題的公序良俗）。既爲法律問題，其得爲第三審上訴之理由，又不待言。

第五 動機之違反公序良俗

於此有一問題，即動機之違反公序良俗是否有效是也。動機（Motif, Motiv）者，法律行爲之遠因（Causa remota）也。（動機，一稱緣由 Beweggrund，或原因之原因 Causa causarum）同一種類之法律行爲，其標的恆爲一定，而其動機則千差萬別，此之所謂違反公序良俗，乃專指法律行爲之標的而言，動機非法律行爲之標的，故法律行爲僅其動機違反公序良俗，尙非當然影響於法律行爲之效力。雖然，違反公序良俗之動機，不僅存於內部，如以之表現於外，是否影響法律行爲之效力，則學說不一。（一）客觀說：如依此說，則必以動機爲條件時，始

爲法律行爲之內容，應否適用第七二條之規定，則依其內容是否違反公序良俗決之。(二)主觀說：此說略謂以動機爲條件時，固爲法律行爲之內容，然其內容違反公序良俗與否，非僅就內容自體決之，已表示之動機，及縱未表示而爲相對人已知之動機，亦皆爲決定內容違反公序良俗與否之標準。(三)折衷說：此說略謂以動機爲條件時，固爲法律行爲之內容，但縱非以之爲條件，如已表示於外，亦爲法律行爲之內容，從而自惟以已表示之動機，爲決定該法律行爲是否適用第七二條之標準。第一第二兩說，在日本爲多數說，第三說惟鳩山秀夫主張之，依余所信，應以第三說爲是。(鳩山氏前揭三一三頁以下又同氏法律行爲乃至時效六七頁以下。)舉例以言，設某甲向某乙租房，以開設賭場爲條件，或縱非以此爲條件，然某甲已表示租房爲開設賭場之用，則其租賃契約爲無效。但如某甲並無表示，縱某乙知其爲開設賭場之用，亦不影響於租賃契約之效力，折衷說與主觀說不同之點，卽在於此。

第三目 標的之非顯失公平

第一 顯失公平之概念

在昔羅馬法，有所謂非常損失規則 (*Laesio enormis*)，卽賣主以通常市價半額以下出售其物品時，對於買主得請求買賣之解除。法國民法從之。德國民法蘇俄民法及瑞士債務法亦均有所謂暴利行爲 (*Wucherisches Geschäft*) 之規定，我民法第七四條之設，蓋又從德瑞民法之立法例者也。(法民第一六七四條第一六七五條

德民第一三八條第二項俄民第三三條瑞債第二一條。(註)依我民法解釋，所謂法律行為之內容顯失公平，有兩種要件：(一)主觀要件，即乘他人之急迫，輕率或無經驗。(二)客觀要件，即財產上之給付，或給付之約定，依當時情形顯失公平。至是否顯失公平，應依具體情事，就客觀標準以為決定，自不待言。

(註)關於暴利行為，日本民法無明文規定，因之有謂暴利行為非當然無效者，如鳩山氏謂：『在我民法不能為同樣之解釋，蓋給付顯失公平之客觀的事實，可謂其尚未脫離契約自由之範圍，乘他人急迫之單純的意思，亦不能謂法律行為之內容即有反社會性故也。』(鳩山氏前揭三二六頁)但有持反對之見解者，如曄道文藝是(曄道氏日本民法要論第一卷總論三五二頁)亦有以為與利息限制法同為應加考慮之問題者，如穗積重遠是(穗積氏前揭三四頁)我國民法特設明文規定，不但可以避免解釋上之紛歧，且深合於法律社會化之原則。

第二 顯失公平之效力

法律行為之內容顯失公平，其效力如何，各國法律不同，有以其為當然無效者，如德國民法是。有以其為得表示不服，請求給付物之返還者，如瑞士債務法是。有以其為無效，或向將來消滅其效力者，如蘇俄民法是。我民法則從瑞士債務法於第七四條第一項規定：『法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。』所謂聲請撤銷，如非訟事件法別無規定，自應提起形成之訴，請求撤銷其全部或一部。又我民法對於此項訴權，設有除斥期間之規定，即依同條第二項：『前項聲請，應於法律行為後一年內為之。』否則其聲請權自因期間之經過而消滅。(瑞債亦定為一年，德民俄民均無規定。)

第四款 法律行爲之法定方式

第一 法定方式之概念

法律行爲之方式者，法律行爲之意思表示所使用之方法也。法律行爲原可分爲要式行爲與非要式行爲。在昔法律行爲，以要式爲必要，及個人自由主義之說興，則法律行爲原則上無須方式，意思表示所使用之方法，純由當事人自由選定，是爲法律行爲方式自由之原則（Prinzip der Formfreiheit）。但例外，亦有限定某種法律行爲須履行一定之方式者，是爲法定方式。法定方式可分爲二，有以使用文字爲必要者，例如我民法第七六〇條規定，不動產物權之移轉或設定，應以書面爲之。是有須履行文字以外之一定方式者，例如我民法第九八二條規定，結婚應有公開之儀式及二人以上之證人是。此外，當事人有以契約明須用一定之方式者，是爲約定方式。例如合夥經營商業，通常多訂立合夥合同。是第七三條之所謂方式，自係指法定方式而言。但約定方式，我民法亦有明定其效力者，例如第一六六條規定：『契約當事人，約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立』是。

第二 不依法定方式之效力

我民法關於法律行爲不依法定方式之效力，設有明文規定，即依第七三條：『法律行爲不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不在此限。』（德民第一二五條瑞債第十一條俄民第二九條）所謂法律行爲不依法定

方式者無效，例如依第五三一條：『爲委任事務之處理，須爲法律行爲，而該法律行爲，依法應以文字爲之者，其處理權之授與，亦應以文字爲之。』如不依此方式，則其處理權之授與應爲無效是。所謂法律另有規定者不在此限，例如依第四六二條第一項：『耕作地之租賃，附有農具牲畜或其他附屬物者，當事人應於訂約時，評定其價值，並繕具清單，由雙方簽名，各執一份。』縱不依此方式，其租賃契約解釋上亦非當然無效是。

第三節 行爲能力

第一款 概說

我民法上所謂行爲能力 (Handlungsfähigkeit)，指法律行爲能力而言，已於前述，茲不贅。此之所欲說明者，則爲關於行爲能力之立法例。考各國法律約分二派，有以之規定於自然人中者，如法國民法、日本民法、瑞士民法、土耳其民法、蘇俄民法及暹羅民法是。有以之規定於法律行爲中者，如德國民法是。就學理立論，應以德國民法爲合理，蓋行爲能力乃法律行爲要件之一，自應於法律行爲中規定之故也。我民法關於行爲能力之規定，就其於自
然人中規定未滿七歲之未成年人及禁治產人無行爲能力，滿七歲以上之未成年人有限制行爲能力之點言之，似日本民法；就其於法律行爲中規定無行爲能力人及限制行爲能力人之法律行爲能力之點言之，則又似德國民法；同一事項而於兩處規定之，是否妥當，實一疑問。本書爲使讀者易於認識我民法之體裁起見，故亦分兩截敘

述之，然已不無支離割裂之感也矣。

第二款 無行為能力人之行為能力

第一 無行為能力人之概念

無行為能力人 (Geschäftsunfähiger) 者，於法律上絕對不能為有效之法律行為之人也。何者為無行為能力人，各國法律頗不一致，我民法則大體從德國民法，以未滿七歲之未成年人及禁治產人為無行為能力人（民法第十三條第一項第十五條）。其詳已於前述，可參照得之。

第二 無行為能力人之法律行為無效

無行為能力人所為之行為，在法律上之效力如何，各國法律頗不相同。有以其為無效者，如德國民法是（德民第一〇五條第一項）。有如未經法定代理人之同意，得以撤銷者，如暹羅民法是（暹民第四六條第五五條）。有以其原則上為無效，例外為有效者，如瑞士民法及土耳其民法是（瑞民第十八條土民第十五條）。我民法則從德國民法，於第七五條前段規定：『無行為能力人之意思表示，無效。』此之所謂意思表示，即法律行為之意。無行為能力人所為之法律行為，既屬無效，則無論何種法律行為，無行為能力人均不得為之，即次款所述限制行為能力人獨立得為之法律行為，無行為能力人亦不得為之，縱已得法定代理人之允許或經其承認，其行為亦不發生何種之效力。又無行為能力人不但不得自為法律行為，即自受法律行為亦所不許，此在解釋上蓋屬當然。又依

我民法第七五條後段規定：『雖非無行為能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中者，亦同。』無意識，即全然欠缺意思能力之謂。精神錯亂，則指精神作用暫時發生異狀，以致喪失意思能力者而言。亦同者，即亦如無行為能力人之意思表示為無效也。此係從德國民法及蘇俄民法而設之規定（德民第一〇五條第二項俄民第三一條），然若嚴格言之，在無意識或精神錯亂中所為之意思表示，乃意思表示不成立之問題，而非法律行為無效之問題。良以此時之意思表示欠缺效力意思及行為意思，縱有動作，亦非本於意思之動作，根本即不得認為有意思表示故也。余以為本條後段應解為一種便宜規定，庶與無行為能力有所區別。

第三 由法定代理人代為法律行為

依上所述，無行為能力人既不能自為法律行為，自必有其代為之人，故我民法第七六條規定：『無行為能力人，由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。』此之所謂法定代理人，依我民法規定，於未成年人，為行親權之父母及監護人，於禁治產人，則為監護人（民法第一〇八六條第一〇九八條第一一一三條），其詳俟於民法親屬編說明之，茲不贅。本條既云由法定代理人代為或代受意思表示，則法定代理人自祇有代理權，而無能力補充權。此不但就文理解釋為然，即就論理解釋，亦應如此，蓋代理行為，係以代理人之意思為基礎，能力之補充，則以本人之意思為基礎，而無行為能力人本人，法律不認其有意思故也。法定代理人既祇有代理權，則其所代理者，自以財產上之行為為限，身分上之行為，不能代理，此就代理法則解釋，是為當然。準此以解，法定代理人所代理者既

爲財產上之行爲，則第七五條前段所謂無行爲能力人之意思表示無效，自係專指財產上之法律行爲而言。如屬身分上之行爲，則無行爲能力人如有意思能力，理論上仍得有效爲之。雖然，身分上之行爲如遺囑，我民法第一一八六條第一項已明定無行爲能力人不得爲之，其所立遺囑，自屬無效。至禁治產人在回復常態時能否結婚，則我民法無明文規定，解釋上不無疑問。（拙著中國婚姻法論七七頁）

第三款 限制行爲能力人之行爲能力

第一項 限制行爲能力人之概念

限制行爲能力人（Beschränktgeschäftsfähiger）者，法律行爲能力受有限制之人也。限制行爲能力人，非如無行爲能力人絕對無行爲能力，亦非如有行爲能力人完全有行爲能力，實介於此二者之間。至何者爲限制行爲能力人，各國法律不同，我民法則大體從德國民法以滿七歲以上之未成年人爲限制行爲能力人，其詳已於前述，可參照得之。

第二項 限制行爲能力人能力之補充

第一 原則須得法定代理人之允許

如上所述，限制行爲能力人既介於有行爲能力人與無行爲能力人二者之間，則其行爲能力自有待於他人之補充。故我民法第七七條規定：『限制行爲人爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。』（德民第

一〇七條日民第一〇四條第一項瑞民第十九條第一項俄民第九條前段）此之所謂意思表示，即法律行為之意。所謂法定代理人，依我民法規定，為行親權之父母或監護人（民法第一〇八六條第一〇九八條）其詳俟於民法親屬編說明之，茲不贅。惟應注意者，限制行為能力人之法定代理人與無行為能力人之法定代理人其權限不同。即在後者祇有代理權而無能力補充權，前者則代理權與能力補充權兼而有之。限制行為能力人之法定代理人，其有代理權，不但就法定代理之文義解釋，應屬如此，即依第九六條之類推適用，亦應解為有此權限。法定代理人既有代理權，則於限制行為能力人應得允許之法律行為，不與以允許，逕行代理為之，自無不可。至法定代理人之有能力補充權，則為我民法所明定，惟所謂能力之補充，其屬於事先者，為允許權，其屬於事後者，則為承認權。我民法第七七條所規定者，乃法定代理人之允許的能力補充權，茲就允許權加以解釋。左

（一）允許之性質 法定代理人之允許，在補充限制行為能力人意思之欠缺，限制行為能力人得法定代理人之允許所為之法律行為，仍本於限制行為能力人之意思為之，即法律行為之當事人，仍為限制行為能力人，而非法定代理人。由此可見法定代理人為從當事人之說，為不可通。至允許究為意思表示，抑為觀念表示，其說不一，通說則謂其為意思表示，且為有相對人之單獨行為，余亦從之。允許既為意思表示，應適用關於意思表示及法律行為之規定，自不待言。

（二）允許之方式 允許為非要式之法律行為，即在限制行為能力人所為之法律行為為要式行為時，亦

然。良以允許與限制行爲能力人所爲之法律行爲係各別存在故也。允許雖無須方式，但爲有相對人之法律行爲，此之所謂相對人，依第七七條解釋，固爲限制行爲能力人，但如對於限制行爲能力人之相對人爲之，亦屬有效。關於此點，德國民法第一八二條設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。（日本民法亦無明文規定，有肯定及否定之兩說，肯定說：中島氏前揭一一二頁，川名氏前揭四四頁，鳩山氏前揭五九頁。否定說：松本氏前揭一一三頁，穗積氏前揭一四三頁。）

（三）允許之範圍 允許，能否概括爲之，學說上頗有爭論，有謂如概括爲之，則不適於保護限制行爲能力人之旨趣，且在與第八四條及第八五條之關係上，如許其概括爲之，則第八四條及第八五條之規定即嫌重複者（川名氏前揭四五頁。）但在通說，則謂以其所豫期之各個行爲而爲概括的允許，應屬有效（松本氏前揭一一四頁，穗積氏前揭一四四頁，鳩山氏前揭六〇頁。）依余所信，應以通說爲是。至須得允許之法律行爲，是否限於財產上之行爲，亦有異說，余則以不應限於財產上之行爲，即身分上之行爲，亦須得法定代理人之允許。此亦允許異於代理之一點。（註一）

（四）允許之撤回無效及撤銷 法定代理人於已爲允許以後，限制行爲能力人未爲法律行爲以前，得撤回其允許，是爲通說，余亦謂然。蓋在此時，允許尙未發生何種實質上之效果，縱爲撤回，亦不至害及他人之利益故也。但在限制行爲能力人已爲法律行爲以後，則允許已發生實質上之效果，不許撤回，是不待言。允許之撤回，

通說謂無須何種之方式，余亦謂然。允許係向限制行為能力人爲之者，撤回固得向限制行為能力人爲之，但允許係向限制行為能力人之相對人爲之者，撤回應何人爲之，則屬疑問。依余所信，應解爲須向相對人爲之（同說鳩山氏前揭六一頁）。又允許之無效撤銷，與法律行為之無效撤銷應分別決定，故縱允許因有無效或可得撤銷之原因而歸於無效或撤銷，限制行為能力人之行為亦非當然無效，不過允許無效或撤銷以後，限制行為能力人之行為成爲未經允許之行為而已。

（註一）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『限制行為能力人，須得法定代理人允許，或經其承認之法律行為，亦應解爲只以財產上之行為爲限，身分上之行為須有特別明文，始能同一解釋，否則應許限制行為能力人得獨立爲之。』（陳氏前揭一九七頁）此說有誤解代理權與能力補充權之嫌，蓋代理權固應限於財產上之行為，而能力補充權則無限於財產上之行為之理由故也（同說中島氏前揭一一二頁一一三頁）。至我民法第九七四條第九八一條第一〇〇六條第一〇四九條等，不過一種注意的規定，初不能謂其爲『特別明文』也。

第二 例外無須得法定代理人之允許

行為能力制度，固爲保護未成年人之利益而設，然如對於未成年人並無損害，或未成年人之精神能力已有相當之發展，而在生存競爭上又非自爲法律行為不可，如亦須得法定代理人之允許始能爲之，則將沒卻行為能力制度之精神，故在某種情事之下，法定代理人無須法定代理人之允許，亦能獨立爲一定之行為，茲述我民法所規定之情事如左：

一 純獲法律上利益之法律行爲

依我民法第七七條但書規定，限制行爲能力人純獲法律上利益之行爲，無須得法定代理人之允許。此係從德日民法而設之規定。但在德日民法亦稍有不同，即日本民法僅以專享權利或免義務之行爲，無須得法定代理人之允許（日民第四條但書）。德民則凡純獲法律上利益之行爲，皆無須法定代理人之允許（德民第一〇七條）。二者以德國民法之規定爲較概括，故我民法從之。所謂純獲法律上之利益（*lediglich erlangter rechtliche Vorteil*），應依法律行爲之性質決之，與有無經濟上之利益無關。故如價值百元之物，而以五十元買受，縱在經濟上爲有利，然非純獲法律上之利益，蓋以其仍負五十元之義務故也。又如債權債務之抵銷，縱在經濟上爲有利，然亦非純獲法律上之利益，蓋自己之權利亦歸於消滅故也。準此以解，則凡雙務契約，有償契約，以及權利義務並失之單獨行爲，限制行爲能力人，皆不得獨立爲之。茲舉得適用本條之行爲如次：（一）單純贈與之承諾（第四〇六條）（二）單純遺贈之承認（第一二〇七條）（三）債務免除之接受（第三四三條）（四）單純義務契約之解除（第二五八條）（五）單純義務契約之終止（第二六三條）（六）第三人利益契約享受利益之表示（第二六九條第二項）等皆是。此種行爲，限制行爲能力人得獨立爲之者，蓋以其對於限制行爲能力人有益無損故也。

二 日常生活所必需之法律行爲

依我民法第七七條但書規定，限制行爲能力人，依其年齡及身分日常生活所必需之法律行爲，無須得法定代理人之允許。此係從暹羅民法第四九條而設之規定。何種法律行爲爲日常生活所必需（*necessaries*），頗難一概而論，依余所信，應就具體情事，依限制行爲能力人之年齡資力及社會地位等分別決之。舉其顯著之事項，例如普通之消費若理髮沐浴及購買零食等行爲，通常限制行爲能力人皆得獨立爲之是。日常生活所必需之行爲，限制行爲能力人得獨立爲之者，蓋所以期實際上之便利也。

三 就法定代理人允許處分之財產所爲之法律行爲

依我民法第八四條規定：『法定代理人允許限制行爲能力人處分之財產，限制行爲能力人就該財產有處分之能力。』此因限制行爲能力人年齡稍長，常須爲一定之法律行爲，如一一須得法定代理人之允許，實不堪其煩，故設此概括的允許之規定。此之所謂允許，與前述第七七條所謂允許同，其詳已於前述，茲不贅。法定代理人允許限制行爲能力人處分某種財產，有預定一定之目的者，例如父母以一定之金錢交付未成年子女爲入學之費用是。有不預定一定之目的者，例如父母以一定之金錢交付未成年子女以作零用是。日本民法就此兩種情形分別定之（日民第五條），瑞士民法則不爲此區別（瑞民第四一四條），我民法係從瑞士民法之立法例。此之所謂財產，固不限於金錢，但其範圍則須一定，蓋非如此解釋，則將與解除限制行爲能力發生同一之結果故也。又所謂處分，指移轉財產上權利之行爲而言。得爲處分行爲者，自得爲保存行爲利用行爲及改良

行爲。爲其處分前提之債權行爲，亦得爲之。故限制行爲能力人除得將允許處分之財產讓與於他人外，負擔讓與之債務，自無不可。至因處分此項財產所取得之財產 (Subrogat)，限制行爲能力人能否獨立處分，法無明文規定，依余所信，就本條之立法精神解釋，限制行爲能力人得獨立處分，實無可疑。

四 就法定代理人允許之營業所爲之法律行爲

(甲)獨立營業之允許 依我民法第八五條第一項規定：『法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者，限制行爲能力人關於其營業有行爲能力。』此因限制行爲能力人年齡稍長，常爲練習職業計，或爲自謀生計計，而有從事工商業之必要，如一一須得法定代理人之允許，則不堪其煩，故我民法特設本條之規定。本條所謂允許，固與第七七條第八四條之所謂允許用語相同，然就法文組織的解釋，則不能爲同一之解釋，即在第七七條第八四條所謂允許，法定代理人除補充限制行爲能力人之能力外，尚有法定代理權，在本條所謂允許，因與關於其營業有行爲能力一語比照觀察，則無復代理權之可言。(註二)關於獨立營業之允許，外國法律有須得法院或主管官署之允許者，如德國民法瑞工民法及暹羅民法是(德民第一一二條第一項瑞民第四一二條暹民第五〇條第一項。)有設一種或數種營業之限制者，如日本民法是(日民第六條第一項。)我民法以得法定代理人之允許爲已足，且不設種類之限制。所謂營業 (Erwerbsgeschäft)，即職業之意，並不限於商業，舉凡工業農業及其他營利的職業皆屬之。故如抽象以言，營業者，須爲法律行爲之一切營利的職業也。但祇以

其為營業為已足，其屬於營業部類之行為，抑屬於為營業之目的而為之準備行為及補助行為，則非所問。又本條係屬公益規定，限制行為能力人一經允許，即關於其行為與成年人有同一之行為能力，倘加以限制，例如某種營業中關於不動產之買賣須得法定代理人之允許，應屬無效。

（註二）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『允許之內容，與前述之允許不同，蓋前述之允許，係補充限制行為能力人之能力，此則擴張限制行為能力人之能力。詳言之，即係於允許之營業範圍內，將就限制行為能力人之行為能力所加之限制除去之，並非就營業範圍內之法律行為為概括之允許，故民法雖概稱曰允許，究其性質與前述者各異。』（陳氏前揭二〇三頁）此係從日本學者鳩山秀夫氏之說（鳩山氏前揭六三頁），不知在日本民法用語頗有分稱，即在第四條用『同意』字樣，第五條第六條用『許』或『許可』字樣，故其解釋自不相同，我則第七七條第八四條及第八五條均用『允許』字樣，殊難為歧異之解釋，故余以為各條之所謂允許，內容相同。惟第八五條所謂允許，與關於其營業有行為能力一語比照，而為組織的解釋，則不能下同一之結論耳。

（乙）營業允許之撤銷及限制 限制行為能力人之職業，如一經法定代理人允許以後，即永遠不許撤銷或限制，則於限制行為能力人就其職業有不勝任之情形時，即屬無法救濟，但如無條件的許其得以撤銷或限制，亦非所以保護交易之安全，故我民法第八五條第二項以限制行為能力人就其營業有不勝任之情形為限，法定代理人得對其允許撤銷或限制之（德民第一一二條第二項日民第六條第二項暹民第五〇條第二項）撤銷，即允許全部之撤銷。限制，則指於允許數種營業時，限制其種類而言，如係允許其為一種之營業時，對於營

業中之某種行爲限制其能力，則所不許。又通常所謂撤銷，係溯及於法律行爲當時發生效力，此之所謂撤銷，則應解爲係撤去（*Rücknahme*）之意，即惟對於將來發生效力，蓋不如此解釋，則第三人不免受不測之損害故也。限制其營業之種類時亦然。已爲撤銷或限制以後，則限制行爲能力人關於其營業之法律行爲，與未經法定代理人之允許同。但其撤銷或限制，能否對抗善意第三人，在解釋上頗屬疑問。余則以爲爲維持公平計，應解爲不得以之對抗善意第三人（同說我妻氏前揭九〇頁異說鳩山氏前揭六八頁中島氏前揭一二六頁）。

第三 未得法定代理人允許之效力

依上所述，限制行爲能力人，除得獨立爲之之法律行爲外，原則上須得法定代理人之允許，如未得法定代理人之允許，其所爲之法律行爲能否發生效力，則各國法律不同。有不問其爲契約爲單獨行爲，倘未經允許，得以撤銷者，如日本民法是（日民第四條第二項）有因其行爲爲契約或單獨行爲而不同，即如爲契約，倘未經允許，得以撤銷，如爲單獨行爲，倘未經允許，則屬無效者，如德國民法是（德民第一〇八條第一項第一一一條第一項）我民法則從德國民法，於第七八條規定：『限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲，無效。』又第七九條規定：『限制行爲能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。』我民法所以設此差別規定者，蓋因單獨行爲，例如解除契約免除債務及捐助行爲之類，要皆行爲人受有損失故也。（註三）法定代理人之承認，亦係補充限制行爲能力人意思之欠缺，與允許同，惟允許係在事前爲之，承認係在

事後爲之，允許無一定範圍之限制，承認則惟限於契約而已。承認，通說謂其爲有相對人之單獨行爲，余亦謂然。承認，我民法第一一六條第一項祇規定應以意思表示爲之，解釋上自無須何種之方式。又依同條第二項規定，承認之意思表示，應向相對人爲之，但如對於限制行爲能力人爲之，亦應解釋爲有效。承認，既係事後爲之，故我民法第一一五條明定：『經承認之法律行爲，如無特別規定，溯及爲法律行爲時發生效力。』其詳俟於無效及撤銷中述之，茲不贅。又限制行爲能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，不但得經法定代理人之承認發生效力，且依第八一條第一項規定：『限制行爲能力人於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認，有同一效力。』（德民第一〇八條第三項暹民第五二條第二款）良以限制行爲能力人之限制原因既已消滅，則法定代理人已解除其權責，自以由其本人自爲承認爲合理故也。所謂限制原因之消滅，卽限制行爲能力人已滿二十歲或已結婚是。但縱已滿二十歲或已結婚，而其行爲能力苟有欠缺（如受禁治產之宣告）其承認仍應由法定代理人爲之，自不待言。

（註三）我民法從德國民法，因契約與單獨行爲而異其效力，固無不當，不過法律行爲，不僅契約與單獨行爲之二種，於此二者之外，尙有所謂共同行爲，此爲一般通說所承認，今惟規定單獨行爲爲無效，契約須經法定代理人之承認始生效力，設使限制行爲能力人而爲共同行爲，究應根本無效，抑係得以承認之行爲，則屬疑問。依余所信，依第七九條之類推適用，應解爲係效力不確定之行爲，卽限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之共同行爲，須經法定代理人之承認，始生效力。

第一 概說

依上所述，限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲爲無效，於此情形，限制行爲能力人固不能免於民法第一一三條所定回復原狀或損害賠償之責任，但既屬確定無效，則法律行爲之運命卽已確定。反是如限制行爲能力人未得法定代理人允許所訂立之契約，欲其發生效力，尙有待於限制行爲能力人之法定代理人或其本人之承認，若然，則是法律行爲之效力處於不確定之狀態，對於相對人甚爲不利，故我民法特設催告承認及撤回契約之規定，以保護之。又單獨行爲之無效與夫契約須經承認始生效力，不外保護限制行爲能力人而設之規定，如限制行爲能力人而有詐欺之情形，則無予以保護之必要，故我民法復設強制有效之規定焉。（註一）

（註一）我民法關於強制有效之規定，係從日本及暹羅民法之立法例，日暹兩國民法關於限制行爲能力人所爲之行爲，無論其爲契約抑爲單獨行爲，皆係得以撤銷，故日民於第二〇條規定：『無能力人因使人信其爲能力人而用詐術者，不得撤銷其行爲。』暹民第五一條亦用撤銷之字樣，於是解釋我國民法者亦有謂第八三條爲撤銷權之剝奪者（周氏前揭二六四頁），此種解說，實有蔑視法文之嫌，殊難贊同，蓋我民法第八三條既用『其法律行爲爲有效』之語句，自不能與日暹民法所謂『其行爲不得撤銷者同一解釋』也。

第二 承認之催告

我民法爲保護相對人起見，特於第八〇條第八一條第一項就限制行爲能力人未得法定代理人允許所訂立之契約，設承認催告之規定，茲述如左（德民第一〇八條第二項、民第十九條第一項第二項）。

（一）催告之性質 催告（*Aufforderung*）者，要求他人確答是否承認之意思通知也。催告，性質上屬於意思通知（*Willensmitteilung*）之一種，學者有謂其爲單獨行爲者（中島前揭一六七頁）此說殊爲吾人所不採取。但催告既屬意思通知，自爲準法律行爲，其得準用關於法律行爲之規定，自不待言。爲此催告之權利，謂之催告權（*Aufforderungsrecht*），通說謂催告權爲形成權之一種，余亦謂然。

（二）催告之相對人 催告之相對人，因情形而異，在限制行爲能力人限制原因消滅前，爲其法定代理人（民法第八〇條），在限制原因消滅後，則爲限制行爲能力人之本人（民法第八一條第二項）。限制原因之消滅，指限制行爲能力人已滿二十歲或已結婚而言。此點已於前述，茲不贅。

（三）催告之期間 關於催告之方法，我民法別無明文規定，惟於其內容，則有限制，即須定一個月以上之期限。其設此猶豫期限者，蓋所以使限制行爲能力人本人或其法定代理人有考慮承認與否之餘地也。催告既須定有一個月以上之期限，故雖已爲催告，而未定有期限，或其期限不足一月，解釋上自不發生催告之效力。又此期限之計算，其起點因對話人與非對話人而不同，此點俟於意思表示生效之時期中述之，茲不贅。

（四）催告之效力 限制行爲能力人本人或其法定代理人經相對人之催告以後，如爲承認之確答，則其

法律行爲自屬自始有效，如爲拒絕承認之確答，則其法律行爲自始即不生效力，是爲當然，無待明文規定。（註二）此之所謂催告之效力，則指於催告所定期限內不爲確答，究應視爲承認，抑應視爲拒絕承認而言。關於此點，各國法律不同，有視爲拒絕承認者，如德國民法是（德民第一〇八條第二項）有視爲承認者，如日本民法是（日民第一九條第一項第二項）我民法則從德國民法，視爲拒絕承認。即法律行爲因是確定爲自始不生效力。其視爲拒絕承認者，蓋期適合於限制行爲能力人本人或其法定代理人不爲確答之本意也。所謂不爲確答，不僅指未爲確答者而言，即確答之到達在催告所定期限以後，或其內容不明，亦包含之。

（註二）限制行爲能力人本人或其法定代理人經相對人之催告以後，如爲承認，其法律行爲自始有效，如爲拒絕承認，其法律行爲自始不生效力，我國學者有以其爲催告之效力者（周氏前揭二六三頁）其說有誤，蓋此乃承認或撤銷之效力，而非催告之效力，惟於受催告之人不爲何種之意思表示，而後發生，不可不辨。

第三 契約之撤銷

限制行爲能力人未得法定代理人允許所訂立之契約，相對人固得行使催告權，催告其爲承認與否之確答，然如相對人不願契約之成立，自應許其撤銷，以期簡便，故我民法特從德國民法，於第八二條設契約撤銷之規定（德民第一〇九條第一項）茲述如左：

（一）撤銷之性質 我民法用撤回（Widerruf）字樣，實係撤銷（Anfechtung）之誤。撤銷者，相對人使

已生效力之要約或承諾自始無效之意思表示也。(註三)撤銷，既為意思表示，自應適用關於意思表示及法律行為之規定，是不待言。為此撤銷之權利，謂之撤銷權 (Anfechtungsrecht)。通說謂撤銷權為形成權之一種，余亦謂然。

(二)撤銷之相對人 何人為撤銷之相對人，我民法無明文規定，依余所信，應因情形而異，即在限制行為能力人限制原因消滅前，為其法定代理人，或限制行為能力人之本人。關於此點，德國民法設有明文，可為解釋上之參考。至在限制原因消滅後，則為限制行為能力人之本人。

(三)撤銷之要件 關於撤銷之要件，依我民法第八二條規定：(一)須在契約未經承認前；蓋其契約，如在限制原因消滅前已經法定代理人之承認，或在限制原因消滅後已經限制行為能力人本人之承認，則其契約應溯及於訂立當時發生效力，苟非有法定原因，自不許其撤銷故也。但所謂未經承認，祇須在未有有效承認達到於相對人以前即可，縱已催告承認，亦屬無礙。(二)須相對人在訂立契約時不知其未得有允許；蓋契約之撤銷，原為保護相對人而設，如相對人在訂立契約時已知其未得有允許，則是甘受效力不確定之不利，故無予以保護之必要。但祇須在契約成立當時不知其未得有允許即可，嗣後雖已知之，亦屬無妨。又相對人之不知，有無過失，在所不問。對於不知，應由相對人舉證，自不待言。

(註三)關於此點，陳克生氏及周新民氏與鄙見不同，陳著謂：「在一般契約，雖亦許撤回其要約或承諾，但許撤回之通知，先於要約或承

諾之通知或同時達到，始能有效。且要約在所定承諾期間內，尚不得爲之。此時則許相對人只須合於後述條件，即得將其原爲之要約或承諾撤回，蓋爲相對人不欲該契約生效所用之手段也。』又謂：『通常要約或承諾，固於其結合以成立契約時，效力即爲消滅，本不能再有撤回之問題，此則因契約未經承認前不生效力，要約或承諾之效力尙係存續，故所謂撤回契約，即撤回契約之要約或承諾也。』（陳氏前揭二〇九頁又周氏前揭二六四頁）撤回之與撤銷異者，即一在阻止法律行爲效力之發生，一在消滅法律行爲已發生之效力，限制行爲能力人未得法定代理人允許訂立之契約，其效力雖不確定，然其契約之要約或承諾業已發生效力，則無可疑，故於此時，祇能撤銷，不能撤回，余以爲與其謂撤回契約即撤回契約之要約或承諾，毋寧謂撤回係撤銷之誤，或較爲合理。

第四 強制有效

依我民法第八三條規定：『限制行爲能力人，用詐術使人信其爲有行爲能力人，或已得法定代理人之允許者，其法律行爲爲有效。』（法民第一三〇七條日民第二〇條暹民第五一條）是爲法律行爲有效之強制。茲述其要件及效力如左：

（一）強制有效之要件 我民法第八三條之適用，應具備左列三種之要件。

（甲）須限制行爲能力人使人信其有行爲能力或已得允許而用詐術 詐術，即詐欺之意。詐欺者，以使人發生錯誤爲目的之故意的行爲也。其詳俟於詐欺之意思表示中述之。爲使人信其爲有行爲能力人而用詐術，例如限制行爲能力人提示偽造之結婚證書，使相對人誤信其爲有行爲能力人是。爲使人信其已得法

定代理人之允許而用詐術，例如提出偽造經父母允許之信函，使相對人誤信其已得法定代理人之允許是。惟所謂詐術，是否以有積極手段為必要，學者間頗有爭論，余則以為凡故意使人發生錯誤之行為，皆屬詐欺，其手段如何，在所不問。（註四）

（乙）須相對人因此發生錯誤而為法律行為。關於此點，我民法雖未設明文，但在解釋上是為當然。所謂相對人因此發生錯誤，即相對人因限制行為能力人之詐術，誤信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許。所謂相對人因此發生錯誤而為法律行為，即錯誤與法律行為之間有因果關係。故縱限制行為能力人曾用詐術，而相對人並未因此發生錯誤；或相對人明知其為限制行為能力人或未得法定代理人之允許，而仍與之為法律行為，則無適用第八三條規定之餘地。

二 強制有效之效力

限制行為能力人為使人信其有行為能力或已得允許而用詐術，固屬不應保護，其在因此發生錯誤而為法律行為之相當人，自不妨依第九二條之規定撤銷自己之行為，或依情形，以侵權行為為理由而為損害賠償之請求（民法第一八四條），然在前者，則其法律關係流於複雜，頗為不便，而於後者，關於損害之證明，亦殊困難，均不足以充分保護相對人之利益，故我民法明定其法律行為為有效，俾法律行為一如相對人之所豫期，自始即為有效成立焉。法律行為既自始即為有效成立，則限制行為能力人自不得主張該行為為無效，相對人亦

不得行使撤銷權或承認其無效，限制行爲能力人之法定代理人之不得拒絕承認，主張其無效，更不待言。

（註四）關於此點，陳克生氏及周新民氏與鄙見不同，陳著謂：『須限制行爲能力人曾用詐術，即曾實際使用具體之詐欺手段，故單告相對人已滿成年，尙不得謂爲用詐術，必須用積極手段，如偽造戶籍簿繕本，使證人爲虛偽證言等是。』（陳氏前揭二一一頁又周氏前揭二六五頁）此說在日本民法學界因狃於其母法之法國民法第一三〇七條『單告以成年不得撤銷』之規定，是爲通說。余則以爲對於我民法不應如此解釋，蓋因我民法之成人年齡已屬過高，如於詐術又解爲須用積極手段，則對於限制行爲能力人未免保護過厚，殊有害於交易之安全故也。

第四節 意思表示

第一款 概說

第一 意思表示之概念

意思表示 (Willenserklärung, Declaration of intention) 者，對於外界，表彰法律行爲上之意思之行爲也。即以具有足以形成法律行爲之內容之意思，表示於外部之行爲，爲意思表示。意思表示，如解爲『意思之表示』，則如侮辱誹謗等侵權行爲之意思表示，亦包含在內。但在民法上之所謂意思表示，乃就以其爲法律行爲之構成部分即要素而爲觀察，自非具有足以形成法律行爲之內容，不得稱之爲意思表示焉。

第二 意思表示之成立要件

自表意人爲意思表示之過程言之，必先有一定之動機，次有目的意思，次有法效意思，次有表示行爲，而意思與表示之間復有一定之連絡，然後意思表示始能成立。動機與意思表示之成立無關，姑不具論，茲就目的意思法效意思表示行爲及表示意思說明如左：

一 目的意思

目的意思 (Zweckwille) 者，對於經濟上之一定效果之欲望也。例如土地之取得，金錢之贈與是。目的意思，因其爲法律行爲之內容，故又稱爲行爲意思 (Geschäftswille)。目的意思，因其爲意思表示之基礎，故又稱爲基礎意思 (Grundwille)。目的意思，因其意思在於經濟上一定之效果，故又稱爲效果意思 (Erfolgswille)。目的意思，既爲意思表示之內容，則意思表示之成立，自以有目的意思爲必要。故如內心的全然欠缺目的意思，或外表上全然欠缺目的意思，則非意思表示無效之問題，而爲意思表示不成立之問題。雖然，目的意思，乃對於經濟上一定效果之欲望，而非對於法律上一定效果之欲望，學者有以其爲對於法律上一定效果之欲望者，實有混同目的意思與法效意思之嫌，不可不辨。(註一)

(註一) 陳克生氏即主此見解，陳著謂：「效力意思，即表意人須存有欲發生由法律行爲所生效力之意思，因其係藉法律行爲以發生其所欲發生之效力，故又稱曰法律行爲意思。效力意思是否僅欲發生經濟上及社會上之效力，抑尙須欲發生法律上之效力，學說上雖有議論，余

則謂法律所以設法律行爲之制度者，即在認許吾人欲支配法律關係之意思，故效力意思之內容，必在欲由法律行爲以發生法律上之效力。」
(陳氏前揭二一二頁)

二 法效意思

法效意思 (Rechtswille, Intention to create obligation) 者，欲於目的意思附以法律上之效果之意思也。就其發生之次序言之，先有目的意思，後有法效意思，且一爲經濟的意思，一爲法律的意思，故此兩種意思應以分別觀察爲宜。法效意思，在對於目的意思附以法律上之效果，乃契約及單獨行爲所同有之要件，法律行爲上之意思表示所以別於社交上道德上之行爲者，即在於此。法律行爲之有私法上自治之性質者，亦即因以法效意思爲其成立要件也。雖然，目的意思，非必附以法律上之效果，例如搬運行李，倩友人爲之，與僱車夫爲之，其經濟上之意思固屬相同，但一生法效，一不生法效，此其故，則在於法效意思之有無。所謂法律行爲爲私法上之自治者，即法律行爲，惟於表意人有法效意思時，始生法效之謂也。法效意思，固必表彰於外部，爲法律事實之一部，然在事實上不明示其法律效果之全部者，實所常見。例如乘坐電車，吾人於乘坐之際鮮有表示負擔支付車費之義務者，然不能因此否認法效意思之存在。良以吾人之於社會生活，通常僅舉其重要之事項與易生疑問之事項，而於一般普通之事項，則以其事屬當然，多從省略。法律生活亦然。故法效意思縱未特爲表示，然由社會生活關係全體考察，固可認其有適當表示之存在也。又法效意思，以有發生法律上效果之意思爲已足，對於

附加於其目的意思之法律關係則無須完全明瞭，例如婚姻因舉行結婚儀式，即發生家籍上身分上財產上一切之效果，而表意人現實希望之效果與實際上所生之效果，則常異其範圍是。於此場合，自非僅以表意人現實希望之效果為法律行為之效果，其他附隨之效果，亦悉依法律之規定當然而生，此學者所以謂法律行為之附隨的補充的效果無須當事人之有意思表示也（鳩山氏前揭三三六頁）（註二）

（註二）學者多分法律行為所發生之效果為三：（一）該法律行為之性質上不得不發生者，是為法律行為之要素，例如由買賣契約所生交價交物之債務是。（二）雖非該法律行為之性質所必須，而由行為人特別作為其內容者，是為法律行為之偶素，例如買賣鐘錶契約所訂之無償修理年限是。（三）與行為人之意思無關，僅由法律依通常情形所付與之效果者，是為法律行為之常素，例如法律就買賣契約所定之瑕疵擔保責任是（陳氏前揭二一三頁）。此種區分，殊非正確，余則以為與其分為要素偶素常素，毋寧分為法定要素意定要素，以要素為法定要素，偶素為受定要素，常素於當事人有除外之意思表示時，為意定要素，否則為法定要素。

三 表示行為

表示行為（Erklärungsakt）者，以目的意思及法效意思置於他人可以認識之狀態之行為（Akt od. Handlung）也。意思表示，須有表示行為，且此表示行為，須為自由自覺的行動，故如遺失之信函，雖偶然入於受信人之手，然非遺失者之意思表示，又如強制簽名之文書，縱其內容與表意人應為之義務相當，然非簽名者之意思表示，蓋在前者欠缺表示行為，後者其表示行為非由於表意人之自由意思故也。表示行為，可分為作為不

作爲，不作爲（即沈默 *Schweigen*）能否爲表示行爲，頗有疑問。余則以爲不作爲者，意識的不動作也，與純然無意思無動作自不相同，其得爲表示行爲，實無可疑。雖然，不作爲之與無行爲，自外部觀察，殊無差別，故不作爲爲表示行爲，應以法律上契約上或習慣上以其爲表示承諾或拒絕之普通方法時爲限（民法第八〇條第二項第一六一條。）蓋在此種場合，表意人有爲諾否確答之義務，乃靜守沈默不爲確答，自可認爲以一定之意思而爲表示也。

四 表示意思

表示意思（*Erklärungswille*）者，欲以目的意思及法效意思表彰於外部之意思也。其實行，即表示行爲，故表示意思實爲連絡目的意思法效意思與表示行爲之心理作用。準此以言，則雖有目的意思及法效意思，復有足以表彰此目的意思及法效意思之表示行爲，然如無表示意思連絡其間，即非意思表示。故如某商店向以舉手爲買賣要約之方法，今某甲不知此慣例，而於商店中舉手招其友人，則此舉手之動作，即不能謂之爲意思表示。雖然，表示意思與實行此表示意思之行爲意思（*Handlungswille*），不可混同，蓋行爲意思其內容爲自覺（*Bewusstheit*）而非欲望故也。

第三 意思表示與意思表示以外之合法行爲

合法行爲，基於精神作用之內容及其精神作用無法律效果之關係，可分爲意思表示（*Willenserklärung*）

與意思表示以外之合法行爲。意思表示以外之合法行爲，通常稱爲準法律行爲，或狹義之法的行爲（*Rechts-Handlung* od. *Rechtsgeschäftshandlung*）。狹意之法的行爲，就其爲精神作用之點，與意思表示同，但意思表示以法效意思爲其成立要件，從而因此所生之法律效果爲行爲人之所欲，反之狹義之法的行爲不以法效意思爲其成立要件，從而由此所生之法律效果無須爲行爲人之所欲，此二者之區別也。學者通常於意思表示以外，復認狹義之法的行爲之存在者，卽在於此。狹義之法的行爲，於以一定精神作用爲其要素之點，既與意思表示無異，自應於此類似範圍內類推適用關於意思表示及法律行爲之規定，是不待言。狹義之法的行爲因其精神作用內容之不同，可分爲左列之三種：

一 意思通知

意思通知（*Willensmitteilung*）者，法效意思以外之意思表示也。意思通知與意思表示，於其表示意思之點，二者相同，惟其所表示之意思本身則有差異，故與其稱爲意思通知，毋寧稱爲非法效之意思表示，不過此種名稱殊覺生硬，通常則稱爲意思通知耳。意思通知，例如召集總會之請求（民法第五一條第二項），要約之拒絕（第一五五條），承認之催告（第八〇條第一項），承認之拒絕（第一七〇條第二項）及重婚或通姦之同意（第一〇五三條）是。此等行爲之非意思表示者，蓋因由其行爲所生之法律效果無須行爲人之所欲故也。（註三）

二 觀念通知

觀念通知 (Vorstellungsmittelteilung) 亦稱事實通知。事實通知者，對於過去現在或將來之事實，行爲人所有之觀念或認識之通知也。於其知的表示之點，與意的表示之意思表示性質不同。過去事實之通知，例如債權讓與之通知 (第二九七條) 清償標的物提存之通知 (第三二七條第二項) 及承諾遲到之通知 (第一五九條第一項) 是。現在事實之通知，例如贈與標的物之瑕疵之告知 (第四一一條) 及買賣標的物瑕疵之告知 (第三五五條但書) 是。將來事實之通知，例如召集總會之通知 (第五一條) 是。

三 感情表示

感情表示 (Gefühlsäusserung) 者，表現一定感情之行爲也。於其情的表示之點，與意的表示之意思表示性質不同。感情表示，其例甚少，民法第一〇五三條及第一一四五條第二項所謂宥恕，其著者也。

(註三) 陳克生氏分表示行爲爲知之表示行爲及意之表示行爲，其說明意之表示行爲曰：『此卽行爲人表示其對於某事物之欲望也。學者稱曰意思表示。又有廣狹二義，不問其係爲表示公法上之欲望，或表示私法上之欲望，均稱曰意思表示，此廣義也。僅表示私法上之欲望始稱曰意思表示，此狹義也。通常所謂意思表示，專指後者。』(陳氏前揭一六四頁) 陳著對於意思通知與意思表示不爲區別，實有未洽。頗疑所謂公法上之欲望，係事實上之欲望之誤，關於此點，余著可供參考。(余氏前揭一四一頁)

第二款 意思表示之分類

意思表示，因其觀察之標準不同，得為種種之分類，茲述其重要者如左：

第一 要物之意思表示與單純之意思表示

單純之意思表示 (reinen Rechtsakt) 者，祇須有欲發生法律上效果的意思之表示，即能成立之意思表示也。要物之意思表示 (Realakt) 者，於意思以外，同時尚須物（廣義）之交付，始能成立之意思表示也。從來學者謂此區別係契約之分類，實則契約以外之行爲亦有此種區別存在，故以其爲意思表示之分類爲宜。要物之意思表示，例如動產所有權之拋棄，除拋棄所有權之意思表示外，同時須有拋棄其占有之事實是。

第二 獨立之意思表示與非獨立之意思表示

獨立之意思表示者，不待他之意思表示，而能成立之意思表示也。例如債務之免除，撤銷，捐助行爲及遺囑是。非獨立之意思表示者，必待他之意思表示，始能成立之意思表示也。例如契約之要約承諾及社員在總會之表決是。獨立之意思表示，構成單獨行爲，非獨立之意思表示，則構成契約或共同行爲。

第三 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 (Empfangsbedürftig) 者，須有相對人，始能成立之意思表示也。例如催告，債務之免除及契約之解除是。無相對人之意思表示 (Nicht Empfangsbedürftig) 者，無須有相對人，而能成立之意思表示也。例如遺囑，捐助行爲及總會之決議是。學者有否認無相對人之意思表示之存在者，其說略謂：意思表示，

就其語義言之，應係以意思通知他人，使其明瞭爲目的所爲之表示，所謂通知（Kundgebung），明瞭（Klären），自以相對人之存在爲必要，苟無相對人，則屬意思表示（Willensäußerung），意思實行（Willensbetätigung），Willensverwirklichung，或意思行爲（Willensgeschäft），而非意思表示（主此說者爲 Hellmann, Leonhard, Binder, Manigk 諸氏。）此說就我民法解釋，殊不足取，蓋在我民法如遺囑捐助行爲及總會決議等，解釋上固仍稱爲意思表示故也。

第四 對於特定人之意思表示與對於不特定人之意思表示

對於特定人之意思表示者，其相對人必爲特定人之意思表示也。例如同意承認，撤銷，抵銷，解除，免除及契約之要約承諾是。對於不特定人之意思表示者，其相對人爲不特定人之意思表示也。例如懸賞廣告是。學者有將有相對人之意思表示無相對人之意思表示，與對於特定人之意思表示對於不特定人之意思表示混而爲一者（余氏前揭一四五頁中島氏前揭四九七頁，）就理論言之，實有未協。余則以爲對於特定人之意思表示與對於不特定人之意思表示，均爲有相對人之意思表示，不過其相對人一爲特定人，一爲不特定人而已。

第五 明示之意思表示與默示之意思表示

意思表示有無明示默示之區別，有肯定及否定之二說，主否定說者謂默示之意思表示，欠缺表示意思，故僅爲意思實現，而非意思表示（主此說者爲 Schlossmann, Bekker, Hölder, Planck 諸氏。）此說頗難贊同，

何則，蓋默示之意思表示既為意思表示，自必有其表示之方法，不過其表示方法為暗默而非明示耳。反之主肯定說者則謂意思表示有明示默示之區別，至其區別之標準如何，則有兩說。一說從主觀方面，即依表示人之意思，以求明示默示區別之標準，即表意人專為表示該意思而為表示行為者，為明示之意思表示，表意人直接表示他意思，而使人推斷其法律行為之意思者，為默示之意思表示（主此說者為 Savigny, Dernburg 諸氏）。一說則從客觀方面，即依表意人之表示方法，求明示默示區別之標準，即不問表意人之意思如何，其表示方法（Erklärungs-mittel）在交易習慣上通常用為傳達意思之手段者，為明示之意思表示，否則為默示之意思表示（主此說者為 Windscheid, Zitelmann, Manigk 諸氏）。以上二說，應以後說為是。蓋明示默示既為意思表示方法上之差異，自應依表示方法以求二者之區別故也。（註一）（註二）

（註一）陳克生氏即主主觀說，陳著謂：『意思表示之方法，向來學者多舉明示默示二種（中略）此二者區別之標準，學者中亦尙復聚訟，以余所信，則前者乃指得直接由表示以推知意思者，後者乃指僅得間接由表示以推知意思者。』（陳氏前揭二一四頁）周新民氏亦同此見解（周氏前揭二八八頁）。

（註二）余載門氏謂：『明示默示，除法律別有規定外，於表示行為之效力，不生絲毫之差異，故以實際上言之，實無為此區別標準之必要。』（余氏前揭一四五頁）陳克生氏亦謂：『意思表示之方法，向來學者多舉明示與默示二種，然此二者乃為程度之差異，而非性質之差異，於學術上無甚價值。』（陳氏前揭二一四頁）實則我民法亦顯就明示默示設差別之規定，如第二七二條，即其適例，由此以言，明示默示非決無區

別之必要，亦非毫無學術上之價值，故本書特設明示意思表示與默示意思表示之分類。

第三款 意思與表示之不一致

第一項 概說

如前所述，意思表示，既由意思與表示兩種要素相俟而成，如意思與表示不能一致，其意思表示是否有效，則有下列三種之主義。（一）意思主義（Willenstheorie）：主此說者謂：法律之對於意思表示與以法律效果，乃基於當事人之意思，表示不過為明瞭此意思之方法，故縱有表示，如其表示與內心的法效意思不符，則其表示應屬無效（主此說者為 Savigny, Windscheid 諸氏）。（二）表示主義（Erklärungstheorie）：主此說者謂：意思不但祇能依其發表之手段可以知之，且為維持交易之安全起見，亦應以其所表示者為準，與以法律上之效果（主此說者為 Lotmar, Danz 諸氏）。（三）折衷主義（Vermittelungstheorie）：主此說者謂：極端的意思主義與極端的表示主義，皆不免失之過偏，即極端的意思主義，對於保護表意人之點，固無間然，然不足以維持交易之安全，反之極端的表示主義，對於維持交易安全之點，固無間然，然不足以保護表意人之利益，故應採取折衷之主義（主此說者為 Dernburg, Leonhard 諸氏）。但在折衷主義中，有主張應以意思主義為原則，表示主義為例外者，亦有主張應以表示主義為原則，意思主義為例外者。由社會立法的見地言之，自應以表示主義為原則，意思主義為例外為合理。至意思與表示之不一致，則可分為二種，有為表意人知其不一致者，是為故意之不一致，

即非真意表示，虛偽表示是有爲表意人不知其不一致者，是爲偶然之不一致，即錯誤，誤傳是。茲於次項以下分別研究之。

第二項 非真意表示

第一 非真意表示之概念

非真意表示 (*reservatio mentalis, mental reservation, mental reserva*) 者，表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，所爲之意思表示也。非真意表示，一稱心裏保留，心裏保留者，僅於表意人自己之心中保留其非真意之謂也。非真意表示，例如表意人欲出賣甲地，故意表示出賣乙地是。德國民法所謂表意人心中保留不欲之意思，日本民法所謂表意人知其非真意而爲意思表示，用語雖異，其義則同。

第二 非真意表示之要件

非真意表示之成立，須具備下列三種之要件：(一)須有意思表示之存在；(二)須表示與真意不一致；(三)須表意人自知其表示與真意不一致。非真意表示，以具備上述要件爲已足，表意人究基於何種理由而爲非真意之表示，則非所問。夫自實際言之，表意人常有欲欺罔相對人或第三人而爲非真意之表示者，亦有預期相對人或第三人足以認識其非真意而爲非真意之表示者，其在後者，學術上稱爲諧謔表示 (*Scherz*)，德國民法就此二者分別規定之（德民第一六六條第一一八條），我民法則從日本民法不設此差別，其法律效果，自屬相同。

第三 非真意表示之效力

一、原則爲有效

非真意表示，原則上爲有效，我民法第八六條所謂：『其意思表示不因之無效，』即此意也。所謂不因之無效，即不得以心裏保留爲理由，主張其意思表示之無效或可得撤銷之謂。心裏保留，出於欺罔之動機者，對於表意人固無與以保護之理由，即非出於欺罔之動機，而出於戲謔之意思，與其保護爲此戲謔之表意人，毋寧保護信賴其表示之相對人或第三人，此我民法所以不問表意人之真意如何，原則上以此意思表示爲有效者也。

(註一)

二 例外爲無效

對於心裏保留之效果，德日民法均設有例外，有以相對人明知表意人之真意爲無效者，如德國民法是（德民第一一六條但書）有以相對人明知或可得而知表示人之真意爲無效者，如日本民法是（日民第九三條但書）我民法則從德國民法，於第八六條但書規定，其情形爲相對人所明知者，意思表示爲無效。良以相對人既明知表意人之非真意，自無保護之必要故也。（註二）所謂相對人所明知，雖不問其依表示行爲自體所明知，抑依其他情形所明知，然如非行爲當時知其非表意人之真意，則無適用本條但書之餘地。此項例外，就文理解釋，似以有相對人之意思表示爲限，但依余所信，縱在無相對人之意思表示亦應適用。蓋非如此解釋，則將

發生不當之結果也。同說陳氏前揭二一九頁反對說周氏前揭二九六頁。又依此例外規定而為無效之時，能否對抗善意第三人，亦一疑問。依余所信，應依第八七條之類推適用，解為不得以其無效對意第三人（同說鳩山氏前揭三四九頁穗積氏前揭下卷五五頁反對說富井氏前揭四二六頁三瀨氏前揭三三五頁。）

（註一）非真意表示，有出於欺罔之動機，須預期他人將認為真實者，亦有出於戲謔之意思，預期他人亦得不認為真實者，德國民法注重主觀，對於後者概認為無效（德民第一一八條。）對於前者則以有效為原則，無效為例外（德民第一一六條。）日本民法注重客觀，對於二者概以有效為原則（日民第九三條。）我民法第八六條係從日本民法之立法例。

（註二）第八六條之但書與其原則似覺矛盾，蓋表意人心裏保留之意思，而謂相對人依其情形可以明知，實不可能故也。實則嚴格之，於此場合，係兩個之意思表示，而非心裏保留。即（一）不合於真意之表見的表示，（二）間接可以推知之真意的表示，而以後者阻卻前者之效力，庶相對人不至受不測之損害，我民法第八六條但書之設，即在於此（中島氏前揭五〇五頁。）

第四 舉證責任

關於舉證責任，因情形而不同，即在主張意思表示為有效之當事人，祇須證明其有意思表示之存在，無須證明心裏保留之不存在。反之如欲主張意思表示之無效，則不但須證明為心裏保留，且須證明相對人明知其非真意。惟相對人能否因證明其為心裏保留主張意思表示之無效，則屬疑問。依余所信，應取否定說。蓋非如此解釋，則第八六條但書，勢將等於虛設故也（同說鳩山氏前揭三五〇頁。）

第三項 虛偽表示

第一 虛偽表示之概念

虛偽表示 (Simulatio, Simulation, Scheingeschäft) 者，表意人與相對人通謀，所爲之非真意之意思表示也。虛偽表示之特徵，在於當事人間欠缺法效意思，例如某甲爲免其財產爲債權人所扣押，而與某乙通謀，假裝的以其財產讓與某乙是。其與非真意表示異者，卽一惟表意人知其表示之非真意，一則其虛偽表示係當事人間合意爲之，此學者所以稱心裏保留爲一方的虛偽行爲，虛偽表示爲雙方的虛偽行爲也。

第二 虛偽表示之要件

虛偽表示之成立，須具備下列四種之要件：(一)須有意思表示之存在；(二)須表示與真意不一致；(三)須表意人知其表示與真意不一致；(四)須表意人與相對人之通謀。表意人與相對人之通謀云者，卽關於非真意之表示，表意人與相對人具有合意之謂也。虛偽表示之目的，有在於欺詐者，例如前示之例，債務人爲免其財產爲債權人所扣押，而以之假裝的讓與他人是。有在於達其他違法之目的者，例如某甲因欲當選公司之董事，而與某乙通謀，假裝的讓受其股份是。其目的如何，法無明文區別，自非所問。

第三 虛偽表示之效力

一 當事人間之效力

依我民法第八七條第一項規定：「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。」此為德日等國民法之所同（德民第一一七條第一項日民第九四條第一項俄民第三四條）所謂無效，即對於雙方當事人皆屬無效之謂，故縱令第三人主張為有效，而當事人間亦不因之為有效。

二 對於第三人之效力

虛偽表示對於第三人之效力如何，我民法第八七條第一項但書設有明文規定，即「不得以其無效對抗第三人」（日民第九四條第二項瑞債第十八條第二項）所謂第三人，指虛偽表示之當事人及其一般的或特定的繼受人以外之人而言。所謂善意惡意，即知與不知之謂，知其為虛偽表示者為惡意，不知其為虛偽表示者則為善意。至知與不知，應以何時為準，法無明文，適用上不無疑問。余則以為就立法旨趣立論，應依第三人與其虛偽表示之效力發生利害關係時決之。即虛偽表示之成立在第三人發生關係之先者，第三人祇須於發生關係之時係屬不知，即為善意。虛偽表示之成立在第三人發生關係之後者，第三人祇須於虛偽表示成立時係屬不知，即為善意。所謂不得對抗，即當事人不得對於第三人主張其為無效之謂，第三人之主張有效無效，則屬自由，不受限制。但有謂不得對抗，對於第三人之關係亦一律為有效者，其說殊不足取（同說陳氏前揭二二二頁反對說周氏前揭三〇〇頁）。

第四 虛偽表示適用之範圍

關於虛偽表示適用之範圍，有應注意之點二，茲述如左：

(一)限於相對人之意思表示。此就我民法第八七條第一項之規定解釋，是為當然。何則，蓋虛偽表示須表意人與相對人之通謀為之故也。但所謂有相對人之意思表示，不限於契約，即單獨行為亦然，例如債務人為欺罔債權人，假裝的免除自己所有之債權是。至對於無相對人之意思表示，則無所謂通謀，既無所謂通謀，自無本條之適用。

(二)參加公署之行為時。公署不知當事人間之虛偽行為，而與之同為某行為時，其效力如何，應依情形而異。即(一)公署之行為有創設的效力時，公署之行為，不因當事人間之虛偽行為而受何種之影響。例如法院對於虛偽訴訟之判決，不因其為虛偽訴訟，而為無效是。(二)反之公署之行為與當事人之行為相合而成為法律事實，或當事人間所成立之行為惟告知公署時，則公署行為之效力應受虛偽表示之影響。例如虛偽行為之登記，虛偽之法人設立行為是。

第五 隱藏行為

虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，為隱藏行為(Dissimulirte Geschäft)。例如某甲欲以一萬元之財產贈與某乙，因恐為其家人所反對，遂偽書一萬元之買契，其一萬元之買賣雖屬虛偽，然其隱藏之贈與則屬真實是。關於隱藏行為之效力，德國民法及蘇俄民法設有明文規定(德民第一一七條第二項俄民第三五條)，日本民

法無之，但一般通說均謂如其標的並非不法不能，且有適當之表示，其行爲爲有效。（陳氏前揭二二三頁謂：日本民法無明文，通說均主張無效，似非事實。）我民法則從德國民法，於第八七條第三項規定：『虛偽意思表示，隱藏他項法律行爲者，適用關於該項法律行爲之規定。』如前例所示，其買賣雖屬無效，但應適用關於贈與之規定是。

第六 信託行爲

一 信託行爲之概念

信託行爲 (Fiducia, Fiduziarisches Rechtsgeschäft) 者，對於相對人與以超過經濟的目的之權利，且惟於經濟的目的之範圍內行使其權利之法律行爲也。例如以債務擔保之目的讓與其物之所有權是。在昔學者多以信託行爲與虛偽表示相混，實則一有發生法律效果之意思，一無發生法律效果之意思，迥不相同。至信託行爲所以異於普通法律行爲者，惟其行爲之目的 (Zweck) 與爲其手段之法律行爲，範圍殊不一致而已。

(註)

二 信託行爲之效力

關於信託行爲之效力，應分內外兩方面決之，即信託行爲，如前所述係由兩個行爲而成，一方爲財產移轉行爲，他方則有不得於一定範圍以外行使其權利之契約。財產移轉行爲已表現於外，第三人之充分信用，是爲當然。反之，內部之債權契約，通常第三人無由知之，苟非認受讓人爲完全之權利人，則不足以保護交易之安全，

故受讓人讓與財產於第三人時，讓與人不得以其為攻擊之手段。但在當事人間，受讓人原負有不得於一定範圍以外行使其權利之債務，苟有違反，應負損害賠償之責，自不待言。

(註) 信託行為，濫觴於羅馬法，蓋在羅馬法，法律行為之種類及其內容設有嚴格之限制，當事人迫不得已，不得不依信託行為，以為適合於其目的之法律行為。時至今日，已無此必要，然猶認信託行為之存在者，蓋出於經濟上之目的也。關於信託法，遊佐慶夫氏著信託法提要，可供參考。

第四項 錯誤

第一 錯誤之概念

通常之所謂錯誤 (error, mistake, erreur, Irrtum)，其情形有二：(一) 意思與事實之不一致，(二) 意思與表示之不一致。前者，Savigny 氏謂為真正之錯誤，即通常所稱動機之錯誤 (Irrtum in Beweggrund od. in Motiv) 是。後者，Savigny 氏謂為非真正之錯誤，即通常所稱法律行為之錯誤 (Geschäftsirrtum) 或單稱錯誤 (Irrtum) 是。(Savigny System III § 114, 115, 135-139) 動機之錯誤，僅為意思與事實之不一致，例如租賃房屋者誤信其四周閑靜，適於讀書是。此種錯誤，通說均謂其不生法效意思與表示行為不一致之問題，余亦謂然。蓋動機存於內部，非他人所得而知，且同一種類之法律行為，表意人之動機常千差萬別，如使動機足以影響意思表示之效力，則大有害於交易之安全故也。然此亦非絕對，如以其動機表示於外，則成為意思表示之

內容，其詳已於標的之合法中述之，茲不贅。至法律行為之錯誤，就意思與表示不一致之點言之，與非真意表示及虛偽表示無異，就表意人不知其不一致之點言之，則又與非真意表示及虛偽表示不同。此學者所以稱爲偶然之不一致者也。雖然，法律行為之錯誤既爲意思與表示之不一致，自以意思及表示之存在爲前提，從而無意思能力人之行為及意識的表示行為不存在之行為，根本上應屬無效，不生意思與表示不一致之問題。吾人於此前提之下，下錯誤之定義曰：『錯誤者，表意人之意識的表示，偶然與表意人之意思不一致之事實也。』民法第八八條所謂錯誤，即指此而言。

第二 意思表示內容之錯誤

何者爲意思表示之錯誤，各國法律頗不一致，有採列舉主義者，如瑞士債務法及法國民法是（瑞債第二四條法民第一一〇九條第一一〇條。）有採概括主義者，如德國民法日本民法及暹羅民法是（德民第一一九條日民第九五條暹民第一三四條。）而於後者之中，又有廣義狹義之別，德國民法定爲意思表示內容之錯誤，其範圍爲較廣，日本民法及暹羅民法定爲意思表示要素之錯誤，其範圍爲較狹。（註一）我民法則從德國民法，於第八八條規定意思表示內容之錯誤焉。至何者爲意思表示之內容，頗難一概而論，自應就各種法律行為，具體決定。茲姑爲左列之例示，以爲適用上之參考。

（一）關於法律行為性質之錯誤 關於法律行為性質之錯誤（error in negotia），例如以贈與誤爲借

貸，以單純保證誤爲連帶保證是。此種錯誤，通常屬於內容之錯誤。

(二)關於當事人其人之錯誤 (error in persona) 例如欲將某物賣與於甲，而誤賣於乙是。其效力如何，應依情形而異，即在通常情形，當事人之於法律行爲，僅爲主體，而非內容，故關於當事人其人之錯誤，不能謂爲內容之錯誤。反是如法律行爲置重於當事人其人，或以當事人爲法律行爲之要素時，則非單純主體之錯誤，而爲內容之錯誤。所謂法律行爲置重於當事人其人，例如信用買賣及無利息之消費借貸是。所謂以當事人爲法律行爲之要素，例如婚姻及繼承人之指定是。

(三)關於標的物其物之錯誤 (error in corpore) 例如原欲出賣甲地，而誤云出賣乙地是。此種錯誤，通常屬於內容之錯誤。

(四)關於當事人之資格或物之性質之錯誤 關於當事人之資格之錯誤，例如誤信其爲難民，而爲贈與，實則並非難民是。關於物之性質之錯誤，例如誤信其爲純金之物品，而爲賣買，實則並非純金是。嚴格言之，所謂『難民』『純金』，不過爲決定贈與意思賣買意思之原因，此種錯誤，僅爲動機之錯誤，而非內容之錯誤；但在解釋德國固有法者，則多謂關於當事人之資格或物之性質之錯誤 (error in substantia)，如交易上認爲重要，均得認爲內容之錯誤 (Windscheid, § 76. A. Regelsberger § 142)。德國現行民法即以之定爲專條 (德民第一一九條第二項)。我民法從之，亦於第八八條第二項明定：『當事人之資格或物之性質，若交易

上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。』交易上是否認為重要，應依具體情形決之。至法律不定為推定，而定為視為者，蓋又所以免無謂之爭論也。

（註一）解釋日本民法者，多謂法律行為要素之錯誤，指法律行為內容中重要部分之有錯誤而言。何者為法律行為內容之重要部分，則有主觀主義客觀主義及折衷主義。通說均採折衷主義。折衷主義者，即原則上採主觀主義，而以客觀主義以為限制之主義也。我民法則如德國民法泛云意思表示之內容，其範圍自比日本民法為較廣。（鳩山氏前揭三五八頁以下中島氏前揭五一九頁以下富井氏前揭四四一頁以下穗積氏前揭六四頁我妻氏前揭四二九頁）

第三 錯誤與不知

錯誤與不知，二者之性質不同。即錯誤，乃意思與表示均屬存在，祇欠缺一致之謂。不知（Ignorantia）則指雖有表示存在，然對於其所表示之事項全然欠缺認識而言。例如不知其紙片為千元之票據，而為簽名是。二者之性質既迥不相同，（余氏前揭一七七頁謂：不知亦廣義錯誤之一種，似非確論。）故我民法特從德國民法，於第八條第一項明定，表意人若知其情事，即不為意思表示云云，以為適用之準據。我國學者有謂民法第八八條第一項所謂表意人若知其情事，即不為意思表示，係指表示行為有錯誤之情形而言者，殊非正解。（註二）

（註二）陳克生氏及周新民氏均謂：『民法所謂若知其事情即不為意思表示者，通常即係指表示行為有錯誤之情形而言。』（陳氏前揭二二六頁周氏前揭三〇七頁）此不但有誤解不知與錯誤之嫌，即就文理解釋，第八八條第一項但書既云錯誤或不知，而同項本文所謂意

思表示之內容錯誤，又係指錯誤而言，則所謂表意人若知其事情即不爲意思表示，係指不知言之，蓋無可疑。

第四 錯誤與不知之效力

一 原則得撤銷

關於錯誤與不知之效力如何，因所採之主義而不同。即如採表示主義，則錯誤不影響於意思表示之效力。何則，蓋以其有表示故也。反之如採意思主義，則錯誤之意思表示爲無效。何則，蓋以其表示之非由於真意故也。此兩種主義，均不免失之過偏，故各國法律多採折衷主義。但有原則上採意思主義者，如日本民法是（日民第九五條）。有原則上採表示主義者，如德國民法瑞士債務法蘇俄民法及暹羅民法是（德民第一一九條第一項瑞債第二三條至第三一條俄民第三二條暹民第一四二條第一四五條）。我民法則大體從後之立法例，於第八八條第一項規定：『意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不爲意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。』我民法既定爲得爲撤銷，則在表意人未爲撤銷以前，其意思表示仍屬有效存在，自不待言。

（註三）

二 例外不得撤銷

依我民法第八八條第一項但書規定：『但其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者爲限。』準此以解，表意人如有過失，固不得爲撤銷也。何謂過失，我民法無明文規定，依余所信，過失（Culpa）者，注意義務

之毀損也。自其性質言之，可分爲偶然之過失與自覺之過失。自其注意之程度言之，則可分爲重過失（*Culpa lata*）與輕過失（*Culpa levis*），輕過失又可細分爲抽象的輕過失（*Culpa in abstracto*）與具體的輕過失（*Culpa in concreto*）。（註四）我民法僅定爲過失，究指何種過失，解釋上不無疑問。依余所信，我民法既未特定爲重過失，其係指輕過失而言，實無可疑（同說陳氏前揭二二九頁周氏前揭三〇八頁）不過此種規定是否允當，尙屬問題耳。（註五）（註六）

三 撤銷權之除斥期間

意思表示因錯誤或不知之結果，表意人得將其撤銷，已如前述，惟此撤銷權如永久存續，則相對人及其他利害關係人之權利，將永不確定，殊非所宜，故各國法律多設除斥期間之規定，以限制之。有定爲一年者，如瑞士債務法是（瑞債第三一條）有定爲十年者，如法國民法是（法民第一三〇四條）有定爲三十年者，如德國民法是（德民第一二一條）有定爲一年十年之兩重期間者，如暹羅民法是（暹民第一四三條）我民法則從瑞士債務法，於第九〇條規定，錯誤意思表示之撤銷權，自意思表示後，經過一年而消滅。撤銷權爲形成權之一種，得因拋棄或行使而消滅，又不待言。

（註三）於此有一問題，即我民法第八八條祇規定意思表示內容之錯誤得爲撤銷，設非內容之錯誤，而爲表示之錯誤，能否撤銷，則屬疑問。所謂表示之錯誤，即表示行爲有錯誤之謂。例如欲記爲五元，而誤記爲十元是。關於表示錯誤之效力如何，則有兩說，有謂表示錯誤乃無表示

意思之表示，其表示本身爲不成立，無適用第八八條之餘地者（富井氏前揭四三八頁，鳩山氏法律行爲乃至時效一三五頁以下。）亦有謂表示錯誤並非無表示意思之表示，從而其效果自應依第八八條之規定決之者（鳩山氏前揭三六六頁，三緒氏前揭下卷三四七頁，穗積氏前揭下卷六九頁，中島氏前揭五一八頁。）余則以爲表示之錯誤與內容之錯誤，其於意思與表示不一致之點，並無差別，解釋上自應適用第八八條之規定（我妻氏前揭四二二頁以下。）

（註四）具體的輕過失，亦稱主觀之過失，我民法常用『與自己事務爲同一注意』之文句，以表示之。抽象的輕過失，亦稱客觀之過失，我民法常用『善良管理人注意』之文句，以表示之。至輕過失與重過失之區別如何，則其說不一，有謂重過失爲無惡意之詐欺者；有謂輕過失爲注意之不充分，重過失爲注意之全部欠缺者；有謂輕過失爲欠缺堪能之人之注意，重過失爲欠缺通常之人注意者；亦有全然否認此二種之區別者。依余所信，我民法既明認重過失與輕過失之存在，謂其全無區別，殆不可能。至其區別之標準如何，余則以爲應自注意之程度求之，即欠缺常人之注意者爲輕過失，其程度之更甚者爲重過失。至過失之有無及其程度如何，乃事實問題，應俟舉證，由審判官決之。

（註五）關於此點，余戰門氏頗有批評，余著謂：『但日本民法限於有重大過失時，始不許錯誤人主張其意思表示無效，爲保護交易之安全起見，或不無一面之理由。若我民法則並普通過失亦不許其撤銷，其理由殊不可解。蓋錯誤及不知，鮮有不原因於表意人之過失者，若原因於表意人過失之錯誤或不知，不問其情節之輕重如何，均不許其撤銷，則直與不許撤銷無異故也。』（余氏前揭一七七頁）其說可供參考。

（註六）於此有應說明者，爲舉證責任之問題。關於舉證責任，表意人主張其撤銷時，應就（一）錯誤之存在，及（二）其錯誤關於意思表示之內容負舉證之責。相對人爲反對之主張時，應就（一）錯誤存在之否認，（二）錯誤關於意思表示內容之否認，及（三）其錯誤由於

表意人之過失負舉證之責。關於不知之舉證，可由此類推。

第五 善意相對人及第三人之保護

依第八八條之規定，其意思表示被撤銷時，在表意人其錯誤或不知，固有可原，然在信其意思表示為有效而為行為之相對人或第三人，則常因此致受不測之損害，苟非予以保護，殊不足以維持交易之安全。故我民法從德國民法及瑞士債務法，於第九一條規定：『第八八條之規定，撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。』（德民第一二二條第一項瑞債第二六條第一項）但如錯誤或不知之事實，為受害人所明知，即有惡意，或可得而知，即有過失，則無予以保護之必要，故同條但書規定：『但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。』（德民第一二二條第二項瑞債第二六條第一項但書）若夫舉證責任，解釋上應因受害人與表意人而不同，即受害人應就因信其意思表示為有效而受損害之事實，負舉證之責，表意人則應就受害人明知或可得而知之事實，負舉證之責。

第五項 誤傳

第一 誤傳之概念

表意人之為意思表示，有由傳達人為之者，有由傳達機關為之者，如傳達有誤，是即意思表示之誤傳。顧所謂意思表示之誤傳，自理論言之，其情形有二：有誤傳已成立之意思表示者，例如甲繕寫信函二件，一對於乙贈與千

元，一對於丙貸與千元，由其使用人將致乙之函誤交於丙，將致丙之函誤交於乙是。有依傳達爲表示行爲而有錯誤者，例如命使用人至金店言購金千兩，而使用人誤傳其爲售金千兩是。我民法所謂誤傳，係指後者而言。蓋在前者，二函於發送時卽已成立，不過因誤傳而未達到，此時以適用意思表示未達到時之規定爲已定（民法第九五條第一項）。若在後者，則因代其傳達之人爲不實之傳達，其結果與表意人自陷於錯誤無異，始有準用錯誤規定之餘地。

第二 誤傳之效力

關於意思表示誤傳之效力，我民法從德國民法及瑞士債務法，於第八九條設有明文規定，卽：『意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之。』（德民第一二〇條瑞債第二七條）所謂比照前條之規定撤銷，卽：『意思表示，因傳達人或傳達機關傳達不實者，表意人得將其意思表示撤銷之。但其傳達不實由於表意人自己之過失者，不在此限。』所謂傳達不實由於表意人自己之過失，卽表意人選任傳達人或監督其傳達未爲相當之注意是。傳達人及傳達機關之有無過失，則非所問。我民法對於誤傳之撤銷權，亦設有除斥期間之規定，卽依第九〇條，其撤銷權，自意思表示後，經過一年而消滅（德民第一二一條）。又我民法對於誤傳意思表示之撤銷，亦設有保護相對人及第三人之規定，卽依第九一條，除相對人或第三人明知其撤銷原因，或可得而知者外，表意人對之應負損害賠償之責任（德民第一二二條）。（註）

(註)日本民法無關於誤傳之規定，但在彼國學者之解釋，與我民法同，即誤傳已成立之意思表示者，適用意思表示未達到時之規定，依傳達為表示行為而有錯誤者，則類推適用日民第九五條之規定。(鳩山氏前揭三六七頁，我妻氏前揭四二三頁，三瀨氏前揭三四八頁，又鳩山氏使者及代理人論文，富井還歷祝賀法律論文集五七三頁以下，使者之意思表示論文法協三七卷一號以下。)

第四款 意思表示之不自由

第一項 概說

意思與表示，如不一致，是為意思表示之有瑕疵，表意人固得為撤銷其意思表示；即意思與表示表面上雖屬一致，苟非出於表意人之自由意思，而由於他人之不當干涉，亦屬意思表示之有瑕疵，其意思表示不應使其完全發生效力。所謂不當干涉，即詐欺與脅迫是。我民法對於被詐欺或被脅迫而為意思表示者，設有表意人得撤銷其意思表示之規定，茲於次項以下分別述之。

第二項 詐欺

第一 詐欺之概念

詐欺(Dolus, Dol, Fraud, Betrug, arglistige Täuschung)者，以使人發生錯誤為目的之故意的行為也。詐欺之效果，分見於民刑兩法，刑法以維持社會之秩序為目的，故對詐欺人科以一定之處罰(刑法第三六三條)；民法則以保護被害人之利益為目的，或則以其為侵權行為，使其對於被害人負損害賠償之責(民法第一

八四條)或則以其爲意思表示之瑕疵,使受詐欺之當事人取得意思表示之撤銷權,因其撤銷,免除法律上之拘束(民法第九二條)刑法上之處罰與民法上之損害賠償及撤銷,三者之目的既不相同,則其要件自亦因之而異,茲之所述,僅爲意思表示之撤銷焉。

第二 詐欺之要件

我民法第九二條第一項所謂因被詐欺而爲意思表示,指因相對人或第三人之故意行爲,基於錯誤,所爲之意思表示而言。茲述其要件如左:

一 須詐欺人有詐欺之行爲

詐欺行爲者,表示虛僞事實之行爲也。詐欺既爲行爲,自以本於行爲人之意識作用爲必要,從而在無意識或精神錯亂中之所爲,則不得謂之詐欺。雖然,詐欺非法律行爲,無行爲能力人得爲詐欺,是不待言。所謂表示虛僞之事實,其情形有三:即捏造虛僞之事實(Erdichtung),隱匿真實之事實(Unterdrückung)及變更真實之事實(Finstellung)是。其表示手段之爲直接,間接,則非所問。蓋巧妙之詐欺,往往直接表示非必要之事實,由表意人自爲歸納,使其陷於錯誤故也。至單純之沉默,是否構成詐欺,則有兩說,有謂其非詐欺,僅於違反義務時發生損害賠償之義務者(中島前揭五三三頁)有謂通常雖非詐欺,然如對於法律上契約上或交易習慣上有告知義務之事項而不告知,斯爲詐欺者(鳩山氏前揭三七二頁我妻氏前揭四三五頁富井氏前揭四

五三頁三瀦氏前揭三五九頁穗積氏前揭下卷七二頁。依余所信，應以後說爲是。蓋詐欺之手段，不以積極爲限，有告知義務而不告知，可謂其有積極之詐欺手段故也。又主觀的意見之陳述，是否構成詐欺，學說上亦有爭論，有謂意見之陳述，不構成詐欺者（富井氏前揭四五三頁穗積氏前揭下卷七三頁中島氏前揭五三二頁）有謂意見之陳述是否構成詐欺，應與沉默依同一標準以爲決定者（鳩山氏前揭三七二頁我妻氏前揭四三六頁）依余所信，應以後說爲是。蓋如鑑定人之鑑定，原以判斷不誤爲必要，乃故意以非自己之意見爲自己之意見，不能不謂其爲詐欺故也。

二 須詐欺人有詐欺之故意

詐欺故意者，詐欺人有使相對人陷於錯誤，且因其錯誤而爲一定意思表示之意思也。準此以解，則所謂詐欺之故意，其涵義有二：即第一、須有使相對人陷於錯誤之意思，故如行爲人非明知其所表示之事實爲非真實，或雖明知其所表示之事實爲非真實，而無使相對人陷於錯誤之意思，尙不得謂其爲有詐欺。第二、須有使相對人因其錯誤而爲一定意思表示之意思，故行爲人雖明知其所表示之事實爲非真實，而無利用相對人之錯誤使其爲一定意思表示之意思，亦不得謂其爲有詐欺。例如僅因誇耀富有，僞稱其所藏之僞畫爲真畫是。雖然，於此二種意思之外，有無欲得財產上利益之意思，及使相對人受財產上損失之意思，則非所問。蓋被詐欺之意思表示得爲撤銷者，因其意思決定受有不當之干涉，初非以欲得財產上之利益及使相對人受財產上之損害爲

要件也。此亦第九二條之詐欺與侵權行爲之詐欺及刑法上之詐欺，不同之點。（註一）

（註一）英法之 Misrepresentation 僅以有使相對人陷於錯誤爲已足，其詳參照土方氏關於虛示之論文法學新報一二卷（明治三五年）九號。

三 須相對人因詐欺陷於錯誤

如上所述，詐欺之構成，須詐欺人有詐欺之行爲及詐欺之故意固矣，然如相對人未因詐欺陷於錯誤，則無構成詐欺之可能，良以相對人既未因詐欺陷於錯誤，即無撤銷其意思表示之理由故也。所謂未因詐欺陷於錯誤，例如出賣人雖用種種手段隱避貨物之瑕疵，然卒爲買受人所發見而不購買其貨物是。於此情形，在民法上固不構成詐欺，但在刑法上則成立詐欺之未遂（刑法第三六三條第三項）此因刑法以維持社會之秩序爲目的，民法以保護被詐欺人之利益爲目的，致有此差別之待遇耳。又此所謂因詐欺陷於錯誤，不僅指表意人原無錯誤，因詐欺人之詐欺陷於錯誤者而言；即表意人已有錯誤，因詐欺人之詐欺使其錯誤更爲深刻者，亦包含之（我妻氏前揭四三六頁）又此所謂錯誤，不以法律行爲之內容有錯誤爲必要，即法律行爲之動機有錯誤，亦應解爲因被詐欺之意思表示，民法於錯誤意思表示以外，復設被詐欺之意思表示者，其實益即在於此。

四 須相對人係因錯誤而爲意思表示

所謂相對人係因錯誤而爲意思表示，即錯誤與意思表示之間有因果關係之謂。故如相對人之意思表示，

非由於錯誤而生，則無適用本條之餘地。例如出賣人雖用種種手段隱避貨物之瑕疵，然買受人並不調查其貨物如何，逕自買受其貨物是。於此場合，出賣人之行為，固不免於道德上之非難，然買受人之判斷，並未受詐欺行為之影響，從而錯誤與意思表示之間，自無因果關係之可言。雖然，此之所謂因果關係，以表意人主觀的存在為已足，無須客觀的即依一般之見解亦須認為有因果關係之存在。又所謂錯誤與意思表示之有因果關係，其情形可分為二，即：（一）如無此錯誤，即全然不為意思表示；（二）如無此錯誤，即不以此條件為意思表示。其在前者，足認為有因果關係，學說上固無異論；但在後者，則有謂祇能為條件之訂正及發生損害賠償問題者（富井氏前揭四五五頁，）余則以為此時之意思表示，既係因有錯誤為之，自應認為有因果關係焉（鳩山氏前揭三七四頁。）

第三 詐欺之效力

一 當事人間之效力

詐欺及於當事人間之效力，依我民法規定，視詐欺人之不同而有區別，茲分述如左：

（甲）詐欺人為當事人之一方時 依民法第九二條第一項規定：『因被詐欺而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。』此為各國法律之所同（法民第一一一六條第一項德民第一二二條第一項日民第九六條第一項瑞債第二八條第一項俄民第三二條暹民第一三六條。）撤銷權人乃被詐欺而為意思表示

之人，詐欺人自無何種之撤銷權。（註二）

（乙）詐欺人爲第三人時 此又因情形而異，即：

（A）該意思表示有相對人者 依我民法第九二條第一項但書規定：『但詐欺係由第三人所爲者，以相對人明知其事實或可得而知者爲限，始得撤銷之。』此亦爲各國法律之所同，但有以明知其事實爲限，始得撤銷者，如日本民法是（日民第九六條第二項。）有可得而知其事實亦得撤銷者，如德暹等國民法是（德民第一二三條第二項瑞債第二八條第二項暹民第一三七條。）自立法論言之，應以後之立法例爲合理，故我民法從之（鳩山氏前揭三七六頁。）所謂明知，即故意之謂，所謂可得而知，則指對於不知有過失而言。

（B）該意思表示無相對人者 關於此點，德日民法均無明文規定，我民法亦然，但在解釋上均謂於此情形，既無應受保護之相對人，自應仍從原則，使表意人得以撤銷，余亦謂然。例如甲因乙之詐欺，拋棄地上權，所有權人之丙受有利益時，不問丙知其詐欺之事實與否，甲得撤銷其拋棄是。（Hölder, Komml. § 275. Endemann, I. § 72. 梅氏要義第九六條富井氏前揭三七九頁鳩山氏前揭三七六頁我妻氏前揭四三九頁中島氏前揭五三八頁陳氏前揭二二六頁周氏前揭三一六頁）

二 及於第三人之效力

因被詐欺而爲之意思表示，雖得撤銷，其效力能否及於第三人，立法例尚不一致。我民法則從德日民法，於第九二條第二項規定：『被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。』（德民第一二三條第三項日民第九六條第三項）所謂善意第三人，指不知其意思表示係由於被詐欺，因以發生法律上利害關係之第三人。所謂其撤銷不得以之對抗善意第三人，非謂有善意第三人時不得撤銷，乃縱爲撤銷，亦惟於當事人間及對於惡意第三人發生效力，對於善意第三人，不因撤銷之結果主張其意思表示之無效。如前例所示，丙於甲撤銷其拋棄前，已將該項土地讓與於善意第三人時，甲縱撤銷其拋棄，亦不得以之與此善意第三人對抗，主張其受讓之無效。蓋所以維持交易之安全也。甲得向乙請求損害賠償，係另一問題，是不待論。

三 撤銷權之除斥期間

被詐欺之意思表示，表意人得將其撤銷，已如前述，惟此撤銷權如永久存續，則相對人及其他利害關係人之權利，將永不確定，殊非所宜，故各國民法多設除斥期間之規定，以限制之。有定爲十年者，如法國民法是（法民第一三〇四條第一項。）有定爲一年者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第一二四條瑞債第三一條。）有定爲一年十年之兩重期間者，如暹羅民法是（暹民第一四二條第一四四條。）我民法則從暹羅民法，於第九三條規定：『前條之撤銷，應於發見詐欺後，一年內爲之。但自意思表示後，經過十年，不得撤銷。』撤銷權爲形成權之一種，得因行使或拋棄而消滅，又不待言。（註三）

(註二) 依我民法第九二條第一項規定，因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。夫所謂得撤銷者，乃可撤銷可不撤銷之謂，故如不撤銷，則此瑕疵之意思表示，仍不失其意思表示之效力。在現行刑法，詐欺脅迫之行為應構成犯罪者（刑法第三一九條第三六三條第三七〇條），而在民法，如不為撤銷則其意思表示仍依然保有其效力，兩相比較，似有未協。

(註三) 依我民法第九〇條規定，意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示，又意思表示因傳達人或傳達機關不實者，自意思表示後經過一年而消滅。又依第九三條規定，因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，其撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內為之。但自意思表示後經過十年，不得撤銷。兩相比較，則第九〇條之規定，似失公平。蓋意思與表示之不一致，與意思表示之不自由，其情形相若，乃撤銷期間一為十年，一為一年，未免過於懸絕故也。依余所信，似宜將第九〇條改從第九二條，以期允洽。或謂瑞士債務法亦係定為一年，我民法從之，似無不可。不知瑞債之一年期間，係自發見錯誤時起算，與我民法之自意思表示後起算者，實有不可同日而語者在也。

第三項 脅迫

第一 脅迫之概念

脅迫 (Metus, coercion, menaces, duress, Drohung) 者，以使人發生恐怖為目的之故意的行為。脅迫之效果，分見於民刑兩法，民法上之效果，為侵權行為上之效果，與對於意思表示效力之效果，與詐欺所述者同，茲不贅。

第二 脅迫之要件

我民法第九二條第一項所謂被脅迫而為意思表示，指因相對人或第三人之故意告以危害，致生恐怖，基於

恐怖，所爲之意思表示而言。茲述其要件如左：

✓ 一 須脅迫人有脅迫之行爲

脅迫行爲者，告以將來發生危害之行爲也。脅迫既須爲行爲，故如因自然力例如天災地變等，瀕於危難，雖生恐怖，亦非脅迫。亦不得謂之脅迫，從而所爲之意思表示，自非脅迫之意思表示。例如將溺於水中者曰君若救我，與君千金，即非脅迫之意思表示。不過其人喪失精神作用或其標的顯失公平時，自依民法第七五條後段及第七四條之規定無效或可得撤銷耳。第於此有問題者，首爲受危害之主體，關於此點，瑞士債務法限於表意人或其近親（瑞債第三〇六條第一項），法國民法限於表意人或其配偶尊親屬及卑親屬（法民第一一三條），德日民法則無限制，我民法亦然。其次爲受危害之客體，關於此點，瑞士債務限於生命身體名譽或財產（瑞債第三〇條第一項），暹羅民法限於生命自由名譽或財產（暹民第一三九條），德日民法則無限制，我民法亦然。復次爲危害之種類及程度，關於此點，學者有謂此之所謂危害，須加害人有能即時實行之性質而後可，否則被害人尙可趨避，即不能謂其爲脅迫者（Regelsberger § 144. Dernburg Pand. S. 103），亦有以法律明定須爲切迫而重要之危害者（瑞債第三〇條第一項），德日民法無明文規定，我民法亦然。依余所信，就我民法解釋，以其危害足使被害人發生恐怖爲已足，受危害之主體，客體，與夫危害之種類及其程度如何，均非所問。

二 須脅迫人有脅迫之故意

脅迫故意者，脅迫人有使表意人發生恐怖，且因其恐怖而為一定意思表示之意思也。準此以解，則所謂脅迫之故意，其涵義有二：即第一、須有使表意人陷於恐怖之意思，第二、須有使表意人因其恐怖而為一定意思表示之意思。但於此二種意思以外，無須有得財產上利益之意思及使相對人受財產上損害之意思，與詐欺同，其詳已於前述，茲不贅。

三 須其脅迫係屬不法

關於此點，惟德國民法設有明文規定，即須為不法（Widerechtlich）之脅迫（德民第一二二二條第一項），他國民法無之，我民法亦然。依余所信，應與德國民法取同一之解釋，何則，蓋脅迫，係對於表意人之自由意思加以不當之干涉，其須為不法，是為當然故也。（註一）所謂不法，其情形有三：有目的為不法，手段亦為不法者，例如甲對乙曰：汝如不於偽造之證書上簽名，則殺汝之類是。有目的為合法，而手段為不法者，例如甲對乙曰：汝如不履行債務，則殺汝之類是。有手段為合法，而目的為不法者，例如甲對乙曰：汝如不與我千金則告發汝之犯罪是。以上三者，在學說上殆無異論，惟如甲對乙曰：汝不履行債務，則吾將起訴，又如勞動者對工廠主曰：廠方如不增加工資則吾輩將同盟罷工以為抵制，是否不法，則有疑問。余以為關於前者，我民法雖無如暹羅民法訴訟的行為，非脅迫之明文（暹民第一四〇條），但在解釋上自不得以不法目之，蓋訴訟本為索債之正當手段故也。關

於後者，雖在沿革上有種種之變遷，但就現代立法原理以言，其非不法，至爲顯然。

四 須相對人由脅迫發生恐怖

如上所述，脅迫之構成，須脅迫人有脅迫之行爲，脅迫之故意及脅迫係屬不法固矣，然如相對人未因脅迫發生恐怖，則無構成脅迫之可能，良以相對人既未因脅迫發生恐怖，即無撤銷其意思表示之理由故也。惟所謂恐怖，究應依被脅迫人之主觀的狀態決之，抑應依客觀的狀態決之，學說上頗有爭論（主觀說陳氏前揭三三八頁客觀說周氏前揭三二〇頁）依余所信，應依被脅迫人之主觀的狀態決之。蓋能否發生影響於其意思表示效力之恐怖，純係被脅迫人之心理的狀態故也。然則被脅迫人之迷信或特別怯懦之性質，亦應斟酌之乎？曰：原則上固無須加以斟酌，然如明知被脅迫人之性質而利用之，則其特性自有加以斟酌之必要。又所謂因脅迫發生恐怖，不僅此表意人原無恐怖，因脅迫人之脅迫發生恐怖者而言；即表意人已有恐怖，而脅迫人使之繼續存在者，亦包含之。不過在無救護義務之人，因欠缺違法成分，尙難謂其爲脅迫耳（同說鳩山氏前揭三七八頁我妻氏前揭四四〇頁）（註二）

五 須相對人係因脅迫而爲意思表示

所謂相對人因脅迫而爲意思表示，即脅迫與意思表示之間有因果關係之謂。關於此點，與詐欺之所述同，茲不贅。雖然，脅迫人所要求之意思表示，無須與被脅迫人現實所爲之意思表示完全一致，故縱非一致，亦可認

其爲有因果關係。例如甲脅迫乙爲某種不法行爲，乙因愛惜名譽，與甲約定給付若干財產以爲代替，於此情形，脅迫與給付約定之間，即可認其爲有因果關係是。又脅迫人所要求之意思表示無須特定，故縱僅告以危害，其意旨不明，被脅迫人爲避免危害起見，選擇的所爲之意思表示，仍可謂其爲被脅迫之意思表示。蓋在此時，脅迫人之要求爲概括的，被脅迫人所爲之意思表示，可認爲已被包含故也。

（註一）我國學者亦多以不法爲脅迫之要件，但不用不法字樣，而用不當字樣，如周著謂：『學說中雖多謂危害的預告，須爲不法，然亦有主張脅迫僅爲不當即可。例如欲於正當的範圍內，締結契約，告以如不訂約，則告發汝之犯罪，似此情形，亦爲脅迫無疑，但不能謂爲不法，祇能謂爲不當。』（周氏前揭三二〇頁）余則以爲不如用不法二字爲宜，蓋不法對合法言，解釋上包含不當在內，其詳可參照標的合法之說明。

（註二）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『被脅迫人先已發生畏懼心，行脅迫人不過使之繼續者，是否構成脅迫，學說上甚有議論。（中略）多數學者均謂須畏懼心係新由脅迫行爲發生者始可，在我國民法，以與第七四條之關係，以依最後說爲宜。』（陳氏前揭二四〇頁）周新民氏則與鄙見相同（周氏前揭三二二頁）。

第三 脅迫之效力

依我民法第九二條第一項規定：『因被脅迫而爲意思表示者，表示人得撤銷其意思表示。』此爲各國法律之所同（法民第一一一三條德民第一二二條第一項日民第九六條第一項瑞債第二九條第一項俄民第三二條暹民第一三九條）其與詐欺異者，即（一）脅迫如係由第三人所爲，縱爲相對人所不知，亦得撤銷之。（二）

被脅迫而爲之意思表示，其撤銷得以之對抗善意第三人。良以脅迫情事，較諸詐欺尤爲嚴重，非如此不足以保護表意人之利益故也。撤銷權之行使，我民法亦與詐欺同，於第九三條設有除斥期間之規定，即應於脅迫終止後一年內爲之，但自意思表示後經過十年，不得撤銷。不過本條但書，實際上甚少適用之機會耳。

第四 脅迫與絕對強制

脅迫與絕對強制 (*Metus od. Vis compulsiva, Vis absoluta*)，似是而實不同。即脅迫者，爲使他人決定表示意思，所加之暴力也。表意人所爲之意思表示雖不完全，然已因此決定意思，且表示之，故其意思表示僅屬可得撤銷，而非當然無效。反之，絕對強制者，直接對於表意人之身體加以強制也。例如強執他人之手簽名於一定之證書是。於此情形，表意人既無何種之意思，且無何種之行爲，不過依強制者之力運動其身體而已，故其意思表示應屬無效，而非可得撤銷。由此可知脅迫與絕對強制之性質及其效果，均不相同。至因絕對強制所爲之意思表示，能否以其爲強制者之意思表示而使其有效，學說上頗有爭論，依余所信，應取否定說。何則，蓋強制者欠缺爲自己發生法律上效果之法效意思故也。(註三)

(註三) 在刑法上，凡加害之通知，致使被脅迫人完全喪失其自由意思者，謂之脅迫，如未達完全喪失自由意思之程度，則謂之恐嚇(刑法第三四六條第三七〇條)。我民法第九二條所謂脅迫，與刑法上之恐嚇相當，蓋如係脅迫，則意思表示應屬無效，而非可得撤銷，故余見似宜

易以「恐嚇」二字，以免誤解。至所謂絕對強制，在刑法學上則以強暴稱之，強暴之意思表示，應屬無效，與脅迫之意思表示同。

第五款 意思表示之生效時期

第一項 概說

第一 意思表示之成立與效力之發生

意思表示之成立與效力之發生，非必同時。即意思表示常因置其意思於由外部可以認識之狀態而成立，而效力之發生，則有與其成立同時者，亦有與其成立異時者。後者，例如遺囑，因遺囑人完成遺囑要件之時而成立，效力之發生，則為遺囑人死亡之時是（民法第一一九〇條至第一一九五條及第一一九九條）。由此可知意思表示之成立與效力之發生，其時期非必相同。

第二 意思表示發生效力之時期

已成立之意思表示，必於何時始能發生效力，固因意思表示之種類而不同，但大體言之，則有如左述：

一 無相對人之意思表示

關於無相對人之意思表示，其發生效力之時期如何，各國法律皆無明文規定，但在通說均謂與其意思表示之成立同時發生效力，余亦謂然。蓋非如此解釋，則無從定其發生效力之時期故也。舉例以言，如所有權之拋棄，與其行為之完成同時發生效力是（民法第七六四條）。然此係就原則而言，如法律另有規定，自應從其規定。如前例所示，遺囑，自遺囑人死亡之時發生效力（民法第一一九九條），其著例也。

二 有相對人之意思表示

關於有相對人之意思表示，自理論言之，似應以相對人了解其意思表示時，為發生效力之時期，何則，蓋使相對人了解其意思，係有相對人之意思表示之目的故也。然若如此解釋，則意思表示之發生效力，以相對人之協力（Mitwirkung）為必要，寢假相對人而有一定之故障，則其意思表示即屬無從發生效力，對於實際，甚為不便，故我民法特依非對話的意思表示與對話的意思表示，而異其發生效力之時期焉。

第二項 非對話意思表示之生效時期

第一 非對話人之概念

非對話人，對對話人而言，日本民法用隔地人，德國民法用非對話人，我民法係從德國民法之用語。非對話人與對話人之區別如何，則有兩說，（一）表意人與相對人間隔一定之距離者，為非對話人，無顯著之間隔者，為對話人。（二）不問表意人與相對人間隔如何，直接處於可以交換意見之地位者，為對話人，非直接處於可以交換意見之地位者，為非對話人。依余所信，應以後說為是。即對話人與非對話人區別之標準，應依時間之經過定之，與空間無關。申言之，即意思表示脫離表意人之支配後，無須經過相當之時間，相對人即能受領者，為對話人間之意思表示。反之，如須經過相當之時間，相對人始能受領者，為非對話人間之意思表示。何謂相當之時間，則應依交易上一般之通念決之。依此標準，則依電話以為意思表示，及依暗號（如旗語之類）以為意思表示，其為對話人

間之意思表示，是不待言。但有問題者，由傳達人傳達意思表示時，是否非對話人間之意思表示，則屬疑問。有謂其為對話人間之意思表示者，余則以為應以解為非對話人間之意思表示為宜。何則，蓋非如此解釋，則表意人於傳達人出發後，如死亡或喪失行為能力，其意思表示即因之失其效力，顯與第九五條第二項之規定相牴觸故也。

(註一)

(註一)關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『由傳達人口頭傳達意思表示時，是否非對話人，學者中亦大有爭論，余亦解為對話人，蓋以此時意思表示於傳達時始能成立，亦係直接傳達意思也。』(陳氏前揭二四四頁)

第二 非對話的意思表示之生效時期

一 立法主義

關於非對話的意思表示之生效時期，其立法主義得大別為四，茲述如左：

(甲)表意主義 (Ausserungs od. devaluationstheorie) 此主義，係以表意人成立意思表示時，為其發生效力之時期。例如信函，已為封緘之時是。

(乙)發信主義 (Übermittlungstheorie) 此主義，係以表意人以通知相對人之目的，置其意思表示於自己實力支配之外，為其發生效力之時期。例如信函，已投入郵櫃之時是。

(丙)達到主義或受信主義 (Empfangstheorie) 此主義，係以意思表示達到於相對人時，為其發

生效力之時期。例如信函，已由郵局送達於相對人之時是。

(丁)了解主義 (Vernehmungsg-Recognitionstheorie) 此主義，係以相對人了解其意思表示時，爲其發生效力之時期。例如信函，已由相對人所披閱之時是。

以上四種主義，其得失如何，學說上頗多爭論。依余所信，意思表示生效之時期，應依客觀事實，以爲決定之標準，庶幾認識容易，而證明亦不至發生困難。準此理論，則所謂表意，所謂了解，皆屬主觀事實，其不能爲決定生效時期之標準，實無可疑。故在上述四種主義中，所可採用者，厥惟發信主義及達到主義。而此兩種主義，依余所信，又應以達到主義爲合理。蓋發信主義，於交易敏活之點，固其所長，然於意思表示未入於相對人之實力支配以前，表意人即受此意思表示之拘束，殊無必要；且於意思表示未置於相對人可以了解之狀態以前，即對於相對人發生效力，於理論上尤不可通。反之達到主義，則以意思表示入於相對人之實力支配以後，表意人始受此意思表示之拘束；且須於意思表示置於相對人可以了解之狀態以後，始對於相對人發生效力，不但足以保護雙方當事人之利益，且最能適合於交易上之需要。故在德日民法對於非對話的意思表示之生效時期，皆採達到主義，我民法從之（民法第九五條第一項德民第一三〇條第一項日民第九七條第一項）。

二 達到之本質

達到 (Zugang) 之意義如何，其說不一，有謂依相對人之取得占有，始爲達到者，有謂於通常情事之下，以

使相對人居於可以了解意思表示之狀態爲已足，無須取得占有，卽爲達到者。以上兩說，應以後說爲是。蓋縱爲非對話人間之意思表示，亦非必概以信函等可得占有之物爲之，例如使傳達人口頭傳達，卽其一例，於此情形，相對人卽無取得占有之可言，如採前說，則屬無從說明矣。反之，使相對人居於可以了解意思表示之狀態，則屬表意人應有之職分，此不但理論上，表意人以此職分爲已足，卽實際上，相對人如於通常情事之下，居於可以了解之狀態，大抵卽可了解意思表示之內容，故依余所信，應以後說爲是。至是否置於可以了解之狀態，則屬事實問題，應歸納周圍之情狀以爲決定。故如以信函送達於相對人之住宅時，其受領人不必爲相對人之本人或代理人，例如將信函投入相對人住宅所備之受信箱，或交付於其同居之家屬或受僱人，卽可認爲達到。何則，蓋依通常情形，該項信函，畢竟可以交付於相對人，卽在相對人可以了解之狀態故也。但於此尙有問題者，卽如於夜間送達，或於執務時間經過後送達，是否以實際達到時認爲達到，則有異說，依余所信，應依通常情形可得受領之時，視爲達到之時，蓋非如此解釋，則是捨達到主義，而採發信主義，與法律規定顯相抵觸故也（異說余氏前揭一四九頁。）意思表示一旦置於可以了解之狀態，相對人拒絕受領，應否認爲達到，亦有異論，余則以爲應依有無正當理由決之，如相對人無正當理由（例如託辭郵費不足之類）拒絕受領，則應認爲達到。

三 達到主義之結果

關於非對話人間意思表示之通知，如於中途遺失，或達到遲誤，其損失應由表意人負擔，是爲當然，故我民

法不設明文規定。我民法之設有規定者，則爲左述之二點。

(甲) 意思表示發生效力後不許撤回。依我民法第九五條第一項規定：『非對話而爲意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。但撤回之通知，同時或先時達到者，不在此限。』準此以解，則是表意人於意思表示發生效力後，即不許撤回，如欲撤回，則非撤回之通知先於意思表示之通知達到於相對人，或至少須與意思表示之通知同時達到而後可。蓋意思表示既已發生效力，如表意人可以任意撤回，殊不足以保護相對人之利益故也。(德民一三〇條第一項。) 撤回，既須於意思表示發生效力前爲之，足見其與撤銷不同，其詳俟後述之。

(乙) 表意人死亡或喪失行爲能力時。非對話爲意思表示者，其意思表示以通知達到相對人時發生效力，已爲我民法第九五條所明定，但所謂達到，究爲意思表示之成立要件，抑爲意思表示之生效要件，學說上頗有爭論。有謂其爲意思表示之成立要件者，如 Crome, Ennecerus, Hölder 諸氏是。有謂其爲意思表示之生效要件者，如 Endemann, Dernburg, Planck, Öertmann, Jsay Willenserklärung 諸氏是。兩說似僅爲用語之爭，實則不然，蓋如以其爲成立要件，則意思能力等及其他有效條件，應於達到之時存在，反之如以其爲生效要件，則意思能力等及其他生效條件，以於發出通知時係屬存在爲已足。我民法第九五條第二項規定：『表意人於發出通知後死亡，或喪失行爲能力，或其行爲能力受限制者，其意思表示不因之』

失其效力。』（德民第一三〇條第二項日民第九七條第二項）蓋即明示達到爲意思表示之生效要件而
意思能力行爲能力爲意思表示之成立要件也。（註二）

（註二）我民法第九條第二項所謂喪失行爲能力，係指受禁治產之宣告而言，固無可疑，但所謂其行爲能力受限制，則殊難想像，蓋在我
民法上限制行爲能力人僅爲滿七歲以上之未成年人，無復舊制以準禁治產人或妻爲限制能力人之規定故也。

第三 公示送達

非對話人間之意思表示，如相對人之住所不明，或表意人不知相對人之姓名，則其通知無由達到，斯其效力
即不能發生，其不便實甚，故我民法特從德國民法，於第九七條規定：『表意人，非因自己之過失，不知相對人之姓
名住所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達爲意思表示之通知。』以濟其窮（德民第一三二條第
二項。）公示送達者，謂依一定之程式，將應送達之文書公示後，經過一定期間，即視與已爲送達同，並非實有送達
也（石友儒氏民訴條例釋義上卷二二一頁。）關於公示送達之程序，我現行民事訴訟法以之規定於第一五五
條，可參照得之。（註四）

（註四）關於非對話的意思表示，我民法大體從德國民法，但德民尙有兩點，我未採用，茲譯錄於次，以爲適用時之參考。（一）德民第一
三〇條第三項：『前項之規定，對於公署之意思表示，亦適用之。』所謂前項規定，即『表意人縱於表示後死亡或喪失行爲能力，亦不影響於意
思表示之效力』是。（二）德民第一三二條第一項：『意思表示，雖依承發吏以爲送達，亦視爲送達。送達，依民事訴訟法之規定爲之。』此種規

定，蓋所以避免關於達到事實及其時期之爭論，我第二次民法草案曾採取之（二草第一三二條。）

第三項 對話的意思表示之生效時期

第一 對話人之概念

何謂對話人，已於前述，即對話人者，不問表意人與相對人之間隔如何，直接處於可以交換意見之地位之人也。表意人與相對人同處一堂，直接面談，固謂之對話人，即依電話或暗號直接處於可以交換意見之地位者，亦謂之對話人。其詳已於前述，茲不贅。

第二 對話的意思表示之生效時期

關於對話的意思表示之生效時期，德日民法均無明文規定，以故學者之解釋頗不一致。就德國學者言之，有謂應採達到主義者，如 *Jsay Willenserklärung*, *Hölder*, *Rietzler* 諸氏是。有謂應採了解主義者，如 *Crome*, *Planck*, *Ennecerus*, *Oertmann* 諸氏是。就日本學者言之，有謂應採達到主義者，如 *鳩山*，*我妻*，*平沼*，*曄道*，*三瀨*，*穗積* 諸氏是。有謂應採了解主義者，如 *富井*，*川名*，*松岡* 諸氏是。有謂原則上應採達到主義，但如相對人有不能了解意思表示之客觀的故障時，例外應採了解主義者，如 *中島*，*玉吉* 是。我民法為避免爭執起見，則明定其採了解主義，即：『對話人為意思表示者，其意思表示，以相對人了解時，發生效力。』（民法第九四條）所謂了解，以可能了解為已足，不以現實了解為必要，故如表意人所為之意思表示，在通常情形本可了解，而相對人故意不為了解，或因

欠缺注意不爲了解，其意思表示仍應發生效力（富井氏前揭四六七頁）。但如相對人而有客觀的故障，則以實際了解爲必要，例如對於聾者，而以語言爲意思表示之通知，對於盲者，而以書面爲意思表示之通知，則不生意思表示之效力是。（註一）（註二）

（註一）對話人間之意思表示，不外依言詞及書面兩種方法爲之，於是因採達到主義了解主義之不同發生爭論，在攻擊達到主義者曰，如以意思表示之通知達到相對人時發生效力，則言詞非達到之標的物，即無達到之可言。主張達到主義者爲之辯解曰，言詞之意思表示，雖達到爲不可能，然言語聲音不過表示意思之方法，其性質與書面無異，書面離表意人之手入於相對人之手，謂之達到，則聲音出於表意人之口入於相對人之耳，亦不能不謂之達到。余則以爲此種辯解，過於纖細，與社會通念頗相鑿枘，殊不足取。

（註二）關於舉證問題，陳著有云：『關於此點之舉證責任，應解爲與前述向非對話人之意思表示微有不同，在非對話人，表意人欲主張生效之時，固應就意思表示及其達到均須舉證，在對話人，則表意人欲主張生效，只須就意思表示及對話舉證已足，不須更就了解舉證，蓋以對話時通常無不於有意思表示時即行了解者，故應使相對人就不了解舉證也。』（陳氏前揭二五〇頁）余則以爲不然，即對話人亦應就了解舉證，蓋在非對話人，對於相對人一身之故障，不可不加以顧慮，如令相對人舉證，則相對人處於不利益之狀態故也。

第六款 意思表示之受領能力

第一 概說

我民法第九六條規定意思表示之受領能力，法律行爲能力與意思表示受領能力，其性質原不相同，即前者

乃自行決定意思之能力，後者則為消極的受領意思表示之能力，從而二者之範圍自非一致，故前者我民法於第四章第二節規定之，後者則於第九六條規定之，蓋從德國民法之立法例者也（德民第一三一條）（註）

（註）日本民法第九八條亦係關於意思表示受領能力之規定，但與我民法及德國民法有三點不同：（一）日本民法以行為能力，以知的能力及意的能力為必要，受領能力，則僅以知的能力為已足，故受領能力較行為能力為寬，即無受領能力之人，僅為未成年人及禁治產人，而準禁治產及妻則為完全之受領能力人。（二）日本民法僅定為意思表示之相對人，受意思表示時為未成年人或禁治產人者，不得以其意思表示相對抗，我及德國民法則定為意思表示未達到法定代理人時不發生效力，其結果自不相同。（三）日本民法不問非對話的意思表示及對話的意思表示皆可適用，我及德國民法則僅為非對話的意思表示之規定，對話的意思表示，尙有待於學理之補充。

第二 無受領能力人

一 非對話為意思表示時

依我民法第九六條規定：『向無行為能力人或限制行為能力人為意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。』本條規定，當係指非對話人間之意思表示而言，蓋苟非如此解釋，則所謂通知達到云云，為無意味故也。所謂以其通知達到法定代理人，即不問其通知係向無行為能力人或限制行為能力人為之，抑向其法定代理人為之，均須於達到法定代理人時發生效力，此與日本民法意思表示對未成年人為之，僅表意人不得以其意思表示相對抗者，固有別也。但在限制行為能力人已得法定代理人允許之行為，外國法律有明定

意思表示達到限制行爲能力人時發生效力者（德民第一三一條第二項但書）我民法無明文規定，解釋上自應相同，蓋對於已得允許之行爲，苟非同時認其有受領能力，則將發生不能完成其行爲（例如契約）之結果故也。

二 對話爲意思表示時

此應依意思表示受領人之爲無行爲能力人與限制行爲能力人而不同，即在前者，依我民法第七六條規定，無行爲能力人既須由法定代理人代受意思表示，則向無行爲能力人對話爲意思表示者，不問其了解與否，均不發生何種之效力。其在後者，我民法無明文可據，余以爲依據法理應類推適用第九六條之規定。即向限制行爲能力人對話爲意思表示者，以其法定代理人了解時，發生效力。但已得法定代理人允許之行爲，則以限制行爲能力人了解時，發生效力焉。

第七款 意思表示之解釋

第一 概念

意思表示之解釋（Auslegung）者，確定意思表示之意義也。解釋之任務有二：其一，常人所爲之意思表示，關涉組成其表示行爲之言語舉動等多屬曖昧，或不完全，爲使此表示行爲明瞭或完全起見，則有待於解釋，此解釋任務一。其二，常人因缺乏法律知識，其所爲之意思表示，多屬非法律的，從而與以法律的構成，使其合於法律之

法律之規定，可分爲強行規定及任意規定，任意規定又可分爲補充規定及解釋規定，已如前述。意思表示之解釋，則與法律之任意規定有關，即解釋意思表示時，如當事人已有與任意規定相反之訂定，自應從其訂定，如當事人別無訂定，則應依任意規定以爲補充或解釋之。但應注意者，如雙方當事人經濟力量失其均衡時，則應以任意規定爲強行規定，即當事人縱有與任意規定相反之訂定，仍應適用任意規定。

二 意思表示與習慣之關係

關於意思表示之解釋，如當事人之意思表示不明，則應依交易習慣以爲解釋之標準。蓋在交易上既有顯著之習慣，自應推定當事人有依此習慣以定意思表示之內容之意思故也。雖然，以習慣解釋意思表示時，應加考慮者，即此項習慣是否背於公共秩序及善良風俗耳。如其習慣背於公序良俗，即無據以爲解釋意思表示之餘地。（註二）

三 意思表示與誠實信用原則之關係

關於此點，德國民法第一五七條設有明文規定曰：『應顧慮交易慣行，依誠實信用之原則解釋之。』我民法雖未設有同樣規定，然於不能依任意規定交易習慣解釋意思表示時，應依誠實信用之原則以爲解釋，是爲當然。蓋意思表示之依任意規定以爲解釋，交易習慣以爲解釋，皆不外誠實信用原則之具體的表現，於不能依其他標準解釋意思表示時，誠實信用原則亦爲獨立之標準，固其宜也。

(註二)陳克生氏謂：『民法所稱習慣，有習慣法與事實之習慣兩種，第一條所稱乃為前者，既為法律，自應依以定意思表示之效力。(中略)若第二條所稱，則為後者，解釋意思表示時，自得適用此項習慣，但有背於公共秩序或善良風俗者，不得以為解釋之基礎而認其有效。』(諸氏前揭二五四頁)日本學者之解釋彼國法律，多同此說，即法例第二條所規定者為習慣法，民法第九二條所規定者為事實之習慣，此在解釋日本法律甚為合理，但就我民法第一條第二條解釋，則無主張一為習慣法，一為事實習慣之理由。

第五節 條件及期限

第一款 概說

第一 條件附及期限附法律行為之本質

吾人之為法律行為，有不欲立時發生效果，而俟一定事實之發生，或一定時期之屆至，始發生效果者。亦因不欲其效果絕對存續，而俟一定事實之發生，或一定時期之屆至，消滅其效果者。是即所謂條件附及期限附法律行為。此種法律行為，其性質如何，則有附款及單一行為之二說。如依附款 (Nebenbestimmung) 說，則是於原來之意思表示外，尚有一欲限制其效力之意思表示。反之，如依單一行為說，則並非於原來之意思表示外，尚有一欲限制其效力之意思表示，乃欲發生效力之表示與欲限制其效力之表示，合而為一個之意思表示。前說為 Savigny 氏所主倡， Windscheid 氏從之，後說則為德日學界現今一般之通說 (德國學者 Regelsberger, Enneccerus

諸氏日本學者中島富井平沼鳩山我妻諸氏均主此說。依余所信，應以後說爲是。蓋如云『君如當選議員則贈君千元，』『余於三個月後讓與所有權於君，』表意人之意思，乃在『當選議員則贈與千元，』『經過三月則讓與其所有權，』決非一面有『贈與千元』『讓與所有權』之意思，一面加以『當選議員』『三個月後』之限制故也。（註）

（註）陳克生氏一方面謂條件及期限爲法律行爲之附款，一方面又謂此附款爲單一行爲，理論上似欠一貫。陳著謂：『此意思表示限制效力之部分，學說上稱曰法律行爲之附款，此附款果爲另一附屬行爲，抑爲單一行爲，學者中固亦不無議論，如德儒沙費尼則持前說，然晚近多數學者均轉後說，余亦以爲是。』（陳氏前揭二五五頁）

第二 條件附法律行爲與負擔附法律行爲

與條件附法律行爲似是而不同者，則負擔附法律行爲是也。條件係事實，而非義務，故於以當事人一方之行爲爲條件時，當事人之目的縱在強制其行爲，然亦非因此負擔成就其條件之義務。例如甲向乙云『君如能禁酒則贈君千元，』當事人之目的，固在強制禁酒，然乙縱不禁酒，並非違反義務，甲亦無強制禁酒之訴權。反之負擔（Modus, Auflage）則否，例如負擔附贈與及負擔附遺贈，在允受贈與及遺贈者，則有履行其負擔之義務（民法第四一三條第一二〇五條），如不爲履行，即應返還其所受之贈與及遺贈（民法第四一二條第一項），或以判決強制其履行。條件附法律行爲與負擔附法律行爲重要不同之點，即在於此。

第二款 條件

第一項 概說

條件 (Condicio, Condition, Bedingung) 者，表意人附加於其意思表示之任意限制，使其意思表示之法律上效力繫於將來客觀不確定事實之成否也。茲分析說明如左：

第一 條件乃表意人附加於其意思表示之任意限制

在昔羅馬法，稱表意人所附加之限制，為指定條件 (Conditions facti)，稱法律所附加之限制，為法定條件 (Conditions iuris)；二者皆屬於條件之範疇。但在近代法律之所謂條件，僅以前者為限，其依法律規定或法律行為性質上當然應有之限制，則為表見條件，而非真實條件。依法律規定應有之限制，例如遺贈，以遺贈人之死亡為條件，始能發生效力。依法律行為性質上應有之限制，例如讓與未來之孳息，以將來取得孳息為條件，始能發生效力。條件既為附加於其意思表示之限制，自以具備意思與表示為必要，故如當事人僅有意思而無表示，例如某甲預料國民政府將由洛陽遷回南京，而與某乙訂立租房之契約，如未表示以國民政府遷回南京為條件之意思，則欠缺條件之要件，即非條件附之法律行為。又條件既為意思表示之一部，則獨立所為之法律行為，自非條件，故如於為某種法律行為後，更為限制其法律行為效力之法律行為，乃無條件之二個法律行為，而非一個條件附之法律行為。

第二 條件在限制意思表示法律上之效力

關於此點，其說不一，有謂條件附法律行爲，於其行爲之時，表意人尙無決定之意思，卽表意人欲與不欲之意思，依條件之成就與否以爲決定者（主此說者爲 *Brinz-Lotommat* 氏。）亦有謂條件附法律行爲，乃兩個意思表示存在，卽於條件成就時，表意人有欲之意思，於條件不成就時，表意人有不欲之意思者（主此說者爲 *Adickes* 氏。）如依前說，表意人於行爲之時，既無決定之意思，則是條件附法律行爲無由成立，足見此說之不可通。如依後說，則於條件成否未定之間，表意人究爲欲的意思，抑爲不欲的意思，殊欠明瞭，可知此說亦不足取。故在現今一般通說，均謂條件附法律行爲，於行爲之時，卽有條件附的欲與不欲之意思存在（*Regelsberger*, *Windscheid*, *Endemann*, *Besonders* 諸氏均主此說。）依余所信，應以此說爲是。故所謂條件，表意人於行爲之時，其欲與不欲之意思已屬存在，不過藉此以限制其意思表示法律上之效力而已。其限制法律上之效力，有關於效力之發生者，如云『君如結婚則贈君千元』是。有關於效力之消滅者，如云『君如考試不及格則還余此書』是。

第三 條件須爲將來客觀不確定之事實

條件附法律行爲之效力，既繫於條件之成否，則得爲條件之事實，自以性質上爲不確定爲必要。顧不確定之意義如何，則有三說：（一）主觀說：此說謂得爲條件之事實，祇須於法律行爲當時，當事人不知其確定爲已足，縱在客觀上已屬確定，亦得以之爲法律行爲之條件。如云『君如與某女結婚則贈君千元』縱某女業已死亡，祇須

當事人不知，即得以其為贈與之條件是。(二)客觀說：此說謂得為條件之事實，以法律行為當時客觀的為不確定為必要，當事人知其不確定與否，在所不問。如前例所示，即不得以其為贈與之條件，蓋某女之死亡已客觀的確定故也。(三)折衷說：此說又分為二：有謂得為條件之事實，不以客觀的不確定為必要，但若如主觀說祇以當事人不知為已足，亦有未協，故必一般之人皆不知其確定，始得為法律行為之條件者（主此說者為 *Emneccerius* 氏。）有謂得為條件之事實，不以客觀的不確定為必要，祇須當事人信為客觀的不確定，即得為法律行為之條件者（主此說者為 *Fitting, Praxir* 諸氏。）依余所信，應以客觀說為是。析言之，即得為條件之事實，須為將來之事實，如為過去及現在之事實，則不得為條件，如云『某船若昨日已由上海開行』、『某船若現在業已進口』是。且須為將來客觀的不確定之事實，如云『某人若死』、『君若上天』雖皆為將來之事實，然前者成就已確定，後者不成就已確定，皆不得為條件是。

第二項 條件之分類

第一 停止條件與解除條件

停止條件 (*Conditio suspensiva*, *Condition precedent*, *aufschiebende Bedingung*) 者，限制法律行為效力之發生之條件也。即法律行為於條件成就時，發生效力，於條件不成就時，則不發生效力。從而停止條件附法律行為，其效力之發生與否，在於不確定之狀態。解除條件 (*Conditio resolutive*, *Condition subsequent*,

aufhösende Bedingung) 者，限制法律行為效力之消滅之條件也。即已發生效力之法律行為，於條件不成就時，保持其效力，於條件成就時，則喪失其效力。從而解除條件附法律行為，其效力之消滅與否，在於不確定之狀態。但有謂條件並無停止與解除之區別，所謂解除條件，理論上即為停止條件者。其說曰：例如於『以君不往上海為條件將此房贈君』之契約，所謂『如往上海』之條件，雖可謂其為解除條件，實則此種法律行為，理論上不外二個法律行為所結合，換言之，即無條件之贈與契約與停止條件附的消滅其贈與契約效力之契約所結合 (Windscheid, Pand. § 86. Dernburg, Pand. I § 106.)。此說殊難贊同，何則，蓋不但我民法顯有停止條件與解除條件之區別，且自理論言之，法律行為之當事人亦無必為此二個法律行為之理由也。

第二 積極條件與消極條件

條件內容之事實，在某事實之發生，即發生某種變動者，為積極條件或有的條件 (Conditio affirmativa, affirmative Bedingung)。條件內容之事實，在某事實之不發生，即不發生某種變動者，為消極條件或無的條件 (Conditio negativa, negative Bedingung)。前者如云『君如結婚則贈君千元』是，後者如云『君如本年内不結婚則贈君千元』是。前者於發生變動時成就，後者於不發生變動時成就，此二者區別之實益。

第三 隨意條件偶成條件與混合條件

一 隨意條件

隨意條件 (Conditio potestativa, Condition potestative, Potestativbedingungen) 者，依當事人一方之意思決定其成否之條件也。此條件可分爲非純粹隨意條件與純粹隨意條件，條件之成否，雖依當事人一方之意思而決定，但尙以其他之意思決定爲必要者，爲非純粹隨意條件 (Condition Supplement potestativ)，如云『君如赴美國留學則贈君千元』是。條件之成否，純粹依當事人一方之意思以爲決定者，爲純粹隨意條件 (Condition purement potestativ)，如云『君如願意允受則贈君千元』是。純粹隨意條件又可分爲積極的純粹隨意條件與消極的純粹隨意條件。條件之成否，純粹依債權人一方之意思以爲決定者，爲積極的純粹隨意條件。條件之成否，純粹依債務人一方之意思以爲決定者，爲消極的純粹隨意條件。關於消極的純粹隨意條件附法律行爲之效力如何，其說不一，有謂其全然有效者，有謂其全然無效者，亦有謂當事人一方負義務時爲無效，當事人雙方負義務時爲有效者。日本民法則明定關於消極純粹隨意條件附法律行爲，如係停止條件，爲無效（日民第一三四條）。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，係債務人欲則負擔債務，不能謂爲有欲生法律上拘束之意思表示故也。所謂消極的純粹隨意條件附法律行爲，如云『我如願意則贈君千元』是。（註）

二 偶成條件

偶成條件 (Conditio casualis) 者，與當事人之意思無關決定其成否之條件也。其情形有二，有條件之

成否繫於第三人之意思者，如云『如得家父母同意則與君結婚』是。有條件之成否繫於自然之事實者，如云『明日如天雨則贈君以寒暑表』是。

三 混合條件

混合條件 (Conditio mixta) 者，依當事人一方之意思及第三人之意思以決定其成否之條件也。如云『君如與某女結婚則贈君千元』是。偶成條件與混合條件，一般通說均皆認其為有效，從而自法律適用上言之，自不妨稱偶成條件及混合條件為非隨意條件，而與隨意條件相對立。

(註)關於此點，陳克生氏及余戟門氏均與鄙見不同，陳著謂：『余謂此時應否解為無效，仍應就具體情形決之，不可一概而論。如表意人此時實尚有受法律上拘束之意思，則仍可認為有效，不過通常多足認為無受拘束之意思，從多數立法例及學說之見解，亦無不可而已。』(陳氏前揭二六一頁)余著謂：『我民法無與日本民法第一三四條相當之規定，故解釋上，無論何種消極隨意條件，皆應完全有效。』(余氏前揭二〇一頁)

第三項 條件之成否

第一 條件之成就

條件之成就 (Conditio existit, accomplissement, Eintritt) 者，條件之內容業已實現之謂也。條件之成就，因情形而不同，在積極條件，於為條件內容之事實發生，即條件內容之變動發生時，為條件之成就。在消極條件，

於爲條件內容之事實不發生，即條件內容之變動不發生時，爲條件之成就。前者如甲向乙云『君如結婚則贈君千元，』乙爲結婚，則其條件爲成就是。後者如甲向乙云『君如不於本年內結婚則贈君千元，』乙不於本年內結婚，則其條件爲成就是。

第二 條件之不成就

條件之不成就 (Conditio defect, Nichteintritt, Ausfall) 者，條件之內容確定不實現之謂也。條件之不成就，亦因情形而不同，在積極條件，於爲條件內容之事實不發生，即條件內容之變動不發生時，爲條件之不成就。在消極條件，於爲條件內容之事實發生，即條件內容之變動發生時，爲條件之不成就。前者如云『君如於本年內結婚則贈君千元，』乃不於本年內結婚，則其條件爲不成就是。後者如云『君如不於本年內結婚則贈君千元，』乃於本年內結婚，則其條件爲不成就是。

第三 條件成就之擬制

依我民法第一〇一條第一項規定：『因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行爲阻其條件之成就者，視爲已成就。』(法民第一一七八條德民第一六二條第一項日民第一三〇條瑞債第一五六條俄民第四三條) 是爲條件成就之擬制。茲述其要件及效果如左：

一 要件

(甲)阻止條件之成就者須爲因條件成就而受不利益之當事人。故如第三人阻止其條件之成就，即無適用本條之餘地。但所謂當事人，非僅指條件附法律行爲之當事人，舉凡立於因條件成就而受不利益之地位之人皆屬之。例如遺囑人甲爲下列之遺囑曰：『乙如與丙結婚則贈乙千元。』甲之繼承人丁既讒於乙，復讒於丙，致使婚姻不能成立，此時丁立於因條件成就而受不利益之地位，即爲此之所謂當事人是。

(乙)此當事人須依不正行爲阻其條件之成就。何謂不正行爲，應就具體情事，依其行爲是否違反誠實信用決之。(德民即用違背誠實信用字樣。)舉例以言，如甲對乙云：『我馬如生子則舉以贈君。』其馬適罹獸疫，甲因而撲殺之，此其行爲即無違反誠實信用之可言，自不能謂其爲不正。又條件之成就與否委諸當事人之自由意思者，當事人如決定其條件不成就，縱因條件成就而受不利益，亦無本條之適用。如云：『我如赴北平則將此房贈君。』乃決定不赴北平，致使條件不能成就是。蓋本條係對於不誠信者所加之制裁，此時決定其條件成就與否，既屬於當事人之自由，自不能謂其不誠信故也。

二 效果

關於阻止條件之不成就，其效果如何，各國法律不同，有定爲得視爲條件已成就者，如日本民法是。有定爲視爲條件已成就者，如法國民法德國民法瑞士債務法及蘇俄民法是。前者視爲成就與否，委諸相對人之自由，如不欲視爲成就，則以侵害條件附權利爲理由，請求損害賠償，自無不可。後者則法律上當然視爲條件之成就。

不得請求損害賠償。我民法係從後之立法例，良以本條與第一〇〇條規定之旨趣不同，即本條乃對於阻止條件成就之不正行為之制裁，第一〇〇條則與條件之成就無關，僅為對於侵害其結果之行為之制裁故也。

第四 條件不成就之擬制

依我民法第一〇一條第二項規定：『因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為促其條件之成就者，視為條件不成就。』是為條件不成就之擬制。此係從德國民法而為之規定，他國民法無之，自以特設規定為合理。（德民第一六二條第二項。）至關於擬制的不成就之要件及其效果，參照前段所述即可明瞭，茲不贅。（註）

（註）條件不成就之擬制，日本民法無明文規定，學者之意見至為紛歧。有謂應類推適用擬制的成就之規定者，如中島我妻穗積諸氏は（中島氏前揭七七〇頁我妻氏前揭五六二頁穗積氏前揭下卷一八八頁。）有謂係意思表示之解釋問題，不能類推適用擬制的成就之規定者，如鳩山三瀨諸氏は（鳩山氏前揭五三五頁三瀨氏前揭四九七頁。）有謂不過依一般原則發生損害賠償之義務者，如富井氏は（富井氏前揭五八八頁。）

第四項 條件附法律行為之效力

第一目 條件成否確定時之效力

第一 停止條件成就時之效力

依我民法第九九條第一項規定：『附停止條件之法律行為，於條件成就時，發生效力。』此為各國法律之所

同（德民第一五八條第一項日民第一二七條第一項瑞債第一五一條第二項俄民第四一條第一項。）故如停止條件附法律行為爲債權行為時，因條件之成就，發生債權上之效力。停止條件附法律行為爲物權行為時，因條件之成就，發生物權上之效力。前者如停止條件附之買賣，於條件成就時，發生買賣之效力是。後者如停止條件附所有權之讓與，於條件成就時，發生所有權讓與之效力是。但在後者，德國民法第九二五條有土地所有權移轉行爲（Auflassung）不許附條件或期限之規定，我民法既無限制明文，且物權行爲理論上亦無不許附條件之理由，自應從一般通說，物權行爲亦得附加條件。（註一）

（註一）停止條件附法律行為，其法律行爲成立於行爲之時，而其效力，則自條件成就之時始能發生。準此以解，則法律行爲之成立所需之要件，自應依其行爲之時定之。條件附法律行爲一旦成立以後，縱當事人死亡或喪失行爲能力，亦不因之影響於其效力。反之發生效力所需之要件，則依條件成就之時定之，故如條件附法律行爲之標的，嗣後成爲不法不能，縱令條件成就，亦不發生效力。

第二 解除條件成就時之效力

依我民法第九九條第二項規定：『附解除條件之法律行爲，於條件成就時，失其效力。』此亦爲各國法律之所同（德民第一五八條第二項日民第一二七條第二項瑞債第一五四條第一項俄民第四一條第二項。）故如解除條件附法律行為爲債權行為時，其已發生之效力，因條件成就而消滅。解除條件附法律行為爲物權行為時，其已發生之效力，因條件成就而消滅。前者如解除條件附之租賃，於條件成就時，喪失租賃之效力是。後者如解除

條件附所有權之讓與，於條件成就時，喪失所有權讓與之效力是。雖然，解除條件附法律行為喪失其效力時，當事人間僅生回復原狀之債權關係乎？抑因條件之成就，不須何種程序，當然發生回復原狀之物權關係乎？於此問題，學說上頗有爭論，依余所信，應以後說為是。蓋解除條件成就之效果，究為債權的？抑為物權的？應依當事人之意思決之，於此情形，以解為有物權的效力之意思，較合於當事人之真意故也。（Windscheid, § 90. Regelsberger, § 156）解除條件與解除契約其效力不同之點，即在於此（民法第二五九條。）

第三 條件成就時之效力溯及於既往否

關於此點，學說及立法例頗不一致。就立法例言之，有以溯及為原則者，如法國民法是（法民第一一七九條）有以不溯及為原則者，如德國民法、日本民法及瑞士債務法是（德民第一五九條、日民第一二七條、瑞債第一五四條第二項。）就學說言之，有謂條件成就，性質上當然溯及於行為時發生效力者；有謂條件成就是否溯及於行為時發生效力，應依當事人之意思以為決定者；亦有謂停止條件應溯及於行為時發生效力，解除條件不溯及於行為時發生效力，或解除條件應溯及於行為時發生效力，停止條件不溯及於行為時發生效力者。依余所信，條件成就有無溯及效力，乃條件附法律行為效力之問題，而法律行為之效力，應依當事人之意思決之，我民法即本此見解，故於第九九條第一項第二項設推定的規定，明定條件成就原則上無溯及之效力，此種規定，是否妥當，尚屬疑問。但於第三項規定：『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。』依

此規定，有應說明之點如左：

(一)何謂特約 所謂特約，即特別意思表示之謂，非必限於契約，故如該法律行為為單獨行為時，自不妨於表意人為其行為時為之。但此特別意思表示，須為條件附法律行為之一部，如於條件附法律行為成立以後，當事人始為此特別之意思表示，其特約雖非無效，但惟於當事人間發生債權的效力，非此所謂依當事人之特約，使條件成就之效果不於條件成就時發生之條件附法律行為焉。(註二)

(二)溯及至何時為止乎 關於此點，我民法祇云『條件成就之效果不於條件成就之時發生，』究溯及至何時為止，並無限制。準此，則當事人以特約，自法律行為發生效力之時，上迄於法律行為成立之時，溯及於何時為止，均無不可。但在解釋上不能溯及於法律行為成立以前，是不待言。又如當事人祇表示溯及之意思，而未表示至何時為止，則應視為溯及於法律行為成立之時發生效力，以期適合於當事人之意思。

(三)溯及之效力為債權的乎抑為物權的乎 關於此點，外國法律有明定其僅有債權的效力者(德民第一五九條)我民法無明文規定，依余所信，應解為有物權的效力。蓋在我民法第九九條第一項第二項，條件成就之效力既為物權的，則第三項『條件成就之效果不於條件成就時發生，』亦應解為有物權的效力故也。(註三)雖然，如絕對貫徹此旨，則有害於善意第三人之利益，故余以為解釋上條件成就之效果雖為物權的，但其溯及則不得侵害善意第三人之利益(中島氏前揭七五五頁以下)。(註四)

(註二)關於此點，陳克生氏與鄒見不同，陳著謂：『爲此特約之時期，乃如前述，得於原行爲時或其後爲之，但不得於條件成就後爲之，蓋以此時條件成就之效力已經發生，自應適用原則規定，不得再有反對表示也。』(陳氏前揭二七二頁)

(註三)關於此點，陳克生氏及周新民氏均與鄒見不同，陳著謂：『此溯及效之特約，是否僅於當事人間有效，如德國民法(德民一五九)固有以明文規定此旨者，我國民法雖無明文，應爲同一解釋，蓋不能因此特約而害第三人之利益也。』(陳氏前揭二七二頁)周著謂：『此溯及效爲物權的，抑爲債權的，立法例頗不一致。日民法認爲物權的效力，可以拘束第三人(日民一二七條二項)，德民法認爲債權的效力，僅可拘束當事人(德民一五九條)。我民草係仿德制，只認發生債權關係(第二四四條二項)，民法雖無明文規定，亦可爲同樣的解釋。』又周著謂：『條件成就時，不僅當事人間發生效力，或消滅效力，即對於一般人亦生其效力。』(周氏前揭三四九頁三五〇頁)周氏之說，理論上尤欠一貫。

(註四)余戟門氏認溯及效力爲物權的，與鄒見相同，但謂第三人可依其他規定而受保護，則與鄒見有異。余著謂：『換言之，即其特約應認爲發生物權的效力者也。(中略)但依其他規定，例如七五八條七六一條關於登記或交付之效力，七六八條至七七〇條關於占有之效力等，第三人仍得受其利益之保護，是不待言。』(余氏前揭二〇五頁)依余氏之說，其於保護第三人利益之點，稍嫌狹隘。

第四 條件不成就時之效力

條件不成就時之效力如何，各國法律均無明文規定，我民法亦然，依據法理言之，則有如左述。

(一)關於停止條件者 停止條件附法律行爲，於條件確定不成就時，其法律行爲即確定不生效力。從而

(一)於條件成就時可能發生之權利，永不發生；(二)於條件成否未確定前所有之一切權利義務，均歸於消滅。例如所謂條件附權利歸於消滅，於有從權利時，其從權利亦歸於消滅是。雖然，其法律行為並非無效行為，不過條件附法律行為之功用於此告終而已。(註五)

(二)關於解除條件者 解除條件附法律行為，於條件確定不成就時，其法律行為已發生之效力，即無條件的保存之。雖然，解除條件附法律行為，非因條件確定不成就，成爲無條件之法律行為，從而其效力，自仍然爲解除條件附法律行為之效力。

(註五)關於此點，余載門氏與鄙見不同，余著謂：『對停止條件之法律行為，因條件之不成就，則不能發生效力，斯其法律行為爲無效。』(余氏前揭二〇七頁)實則無效行為係自始確定爲無效，此則不過條件附行為之功用於此告終，究與無效行為有別。

第二目 條件成否確定前之效力

第一 條件附權利之本質

在停止條件附法律行為，於其條件成否未定以前，雖法律行為之效力發生與否，在於未確定之狀態，然當事人有一旦條件成就即取得其權利之希望。在解除條件附法律行為，於其條件成否未定以前，雖法律行為之效力業已發生，然一旦條件成就，則法律行為喪失其效力，其已取得之權利，應復歸於原權利人，從而財產之處分人亦有一旦條件成就即取得其權利之希望。此種希望，究爲單純之希望，抑爲一種之權利，學說上頗有爭論，依余所信，

應解爲一種之權利。何則，蓋此希望，我民法第一〇〇條既設有明文保護，自係具有權利之性質故也。（註一）不過此種權利，究與通常之權利有別，故學者稱爲條件附權利（*Bedingtes Recht*），與之對立之義務，則稱爲條件附義務（*Bedingtes Pflicht*）。條件附權利者，一旦條件成就，即取得一定權利之權利也。學者通常稱爲期待權（*Anwartschaftsrecht*）或復歸權（*Rückfallsrecht*）（註二）其所可取得之權利，固因條件附法律行爲之內容而異，或爲債權，或爲所有權及其他之物權，然取得此等權利之權利，則既非物權，亦非債權，而爲一種特殊之權利。（註三）

（註一）陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：「少數說則以爲僅係一種法律上之狀態或地位，即謂當事人於條件未成就前，本僅居於得因條件成就而得權利免義務之地位，如未受法律保護，亦不過由事實上之狀態，變而爲法律上之狀態，既別無如一般權利應有之實質，毋寧仍謂之爲一種單純法律狀態，反較爲適當。余以此少數說爲是。」（陳氏前揭二七四頁）余戟門氏及周新民氏則與鄙見相同（余氏前揭二〇二頁）周氏前揭三四六頁。）

（註二）陳克生氏稱條件成就所可取得之權利爲條件附權利，以別於單純之希望，其說曰：「因條件成就所應得之權利或應負之義務，此與前述，單純一種希望，本大有區別。於條件未成就前，乃爲未來之權利義務，學者稱曰附條件權利，或附條件義務。（中略）其在未確定發生前，法律上應如何待遇，亦有以明文規定者（如舊草二四七日民一三九法民一一七九，一一八〇）」（陳氏前揭二七五頁）實則日民第一三八條及第一三九條皆屬條件附權利之規定，並非第一三八條爲單純之希望，第一三九條爲條件附權利，此觀日本學者之著述即可明瞭，陳氏

之說，似不免於誤解（中島氏前揭七五九頁以下，鳩山氏前揭五四〇頁以下，我妻氏前揭五六七頁以下。）

（註三）具有期待權性質之權利，有因條件附法律行為以外之原因而生者，如繼承開始以前之繼承權，即具有期待權之性質（民法第一一四五條第一一四六條。）又拾得遺失物者，於拾得後六個月內所有人未為認領，而有取得其物或價金之希望，亦可認為一種期待權（民法第八〇七條。）

第二 條件附權利之保護

條件附法律行為之當事人，既有因條件成就取得一定權利之期待權或復歸權，則各當事人自不得為損害相對人因條件成就所應得利益之行為，此各國法律所以特設保護條件附權利之規定也。但關於此點之立法例，尙未一致。有僅設消極規定，即「條件附法律行為各當事人，於條件成否未定前，不得侵害相對人因條件成就由其行為應生之利益」者，如日本民法是（日民第一二八條。）有設積極規定，即「條件附義務人，不得因自己之行為，使條件附權利發生不良或廢棄之狀態，否則於條件成就時應任損害賠償之責」者，如蘇俄民法是（俄民第四二條。）有設積極規定，但因事實行為與法律行為之不同而異其效果，即如為事實行為，應負損害賠償之責，如為法律行為，則於妨害其效力之範圍內應屬無效者，如德國民法是（德民第一六〇條第一六一條。）我民法則從蘇俄民法，於第一〇〇條規定：「附條件之法律行為當事人，於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負賠償損害之責任。」其不從德國民法以法律行為為無效者，蓋所以維持交易之安全

也。(註四)所謂損害相對人因條件成就所應得利益之行為，例如停止條件附之買賣，出賣人毀損其買賣之標的物(事實行為)，或將其買賣之標的物轉賣於他人(法律行為)是。解除條件附法律行為亦與此無異。

(註四)我民法第一〇〇條，究係當然規定，抑係創設規定，解釋上頗有爭論，陳著謂：「此項規定，若依多數說，則為當然規定，若依少數說，則為創設規定，余從後說。蓋當事人因條件成就所受之利益，即指上述可得權利或免義務之希望，本為事實上之狀態，不過法律為貫徹允許附條件之本旨，特別加以保護，使附條件之法律行為更有實益而已。」(陳氏前揭二七四頁)余則以為我民法第一〇〇條係當然規定，蓋條件附權利亦不失為權利之一種，如侵害之，自應負損害賠償之責任故也。(民法第一八四條)

第三 條件附權利與第三人之關係

第三人侵害條件附權利時，其效果如何，我民法無明文規定，依余所信，應解為構成第一八四條之侵權行為。蓋條件附權利，既為權利之一種，則無論何人苟侵害之，即應依第一八四條負損害賠償之責，是為當然故也。此在德日民法學界亦屬通說(德國學者 Planck, Fnneccerus, Windscheid, 日本學者鳩山中島我妻三瀨穗積長島末弘等均採此說)。(註五)所謂第三人侵害條件附權利，如第三人奪去其依停止條件附所出賣之物，或毀損其依解除條件附所讓受之物是。

(註五)陳克生氏雖謂第一〇〇條僅為一種單純之希望，但於第三人如有不法之侵害時，則謂其仍得為侵權行為。陳著謂：「德日通說均謂得成侵權行為，僅少數說謂不成侵權行為。余謂該項利益雖非真正權利，但究係法律特加保護之利益，第三人如有不法之侵害，自仍得為

侵權行爲也。』(陳氏前揭二七五頁)

第五項 表見條件

表見條件，亦稱假裝條件，假裝條件 (Scheinhedingungen) 者，祇具有條件之外形，而未具有條件之實質之條件也。外國民法有設假裝條件之規定者，我民法無之，茲依據學理敘述如左。

第一 既定條件

既定條件 (Conditio in praesens, vel in praeteritum collata) 者，成就或不成就於法律行爲當時即已確定之條件也。既定條件欠缺成否未定之要件，從而法律行爲之效力不發生不確定之狀態，其非真實之條件，至爲顯然。關於既定條件附法律行爲之效果如何，日本民法設有明文規定，即(一)條件之成就，於法律行爲當時已確定者，其條件爲停止條件時，其法律行爲爲無條件，爲解除條件時，爲無效。前者如云『某船如到滬則購買該船所載之某貨，』實際上某船昨已到滬是。後者如云『某甲如歸京則解除租房契約，』實際上某甲現已歸京是。前者爲無條件，後者爲無效。(二)條件之不成就，於法律行爲當時已確定者，其條件爲停止條件時，其法律行爲爲無效，爲解除條件，爲無條件。前者如云『某船如到滬則購買該船所載之某貨，』實際上某船已觸礁沉沒是。後者如云『某甲如歸京則解除租房契約，』實際上某甲已決不歸京是。前者爲無效，後者爲無條件。(三)前二項情形，當事人不知其條件之成就或不成就之間，準用第一二八條及第一二九條關於保護條件附權利之規定

(日民第一三一條。)我民法未設明文，余以為關於一二兩點，應與日本民法之規定取同一解釋。但關於第三點，縱當事人不知其條件成否之間，亦無予以保護之理由，蓋如前所述，既成條件，欠缺條件成否未定之要件故也。

第二 不法條件

何謂不法條件 (Conditio turpis, Condition immorale ou illicite, unerlaubte oder unsittliche Bedingung)，向有二說，有謂條件事實本身之不法，為不法條件者（中島氏前揭七七五頁三瀨氏前揭五〇六頁。）有謂不問條件事實本身合法與否，如其為條件，則法律行為為不法時，其條件即為不法條件者（鳩山氏前揭五四九頁我妻氏前揭五六三頁。）如云『無子則離婚』如依前說，無子之事實並非不法，自非不法條件。如依後說，則無子之事實雖非不法，然如其為條件『無子則離婚』則法律行為為不法，斯其條件即為不法條件。依余所信，應以後說為是。至不法條件附法律行為之效果如何，日本民法及暹羅民法均明定為無效（日民第一三二條第一項暹民第二〇五條。）我民法無之，余以為解釋上應屬相同。蓋法律行為附有不法條件時，自應適用第七一條或第七二條之規定，當然為無效故也。又以不為不法行為為條件之法律行為，日本民法亦明定為無效（日民第一三二條第二項。）我民法無之，余以為事屬當然，無待明定。蓋不為不法行為，係當事人之本分，乃以之為取得利益之條件，則將發生助長不法行為之流弊故也。以不為不法行為為條件之法律行為，如云『君如於一年內不涉足賭場則贈君千元』是。

第三 不能條件

不能條件 (Conditio impossibilis, Condition impossible, unmögliche Bedingung) 者，以客觀的成就不能之事實為內容之條件也。所謂不能，通常可分為法律上之不能與事實上之不能，即不法者，實則不然，蓋如云『如不具備法定方式之遺囑為有效則如何云云』雖為法律上之不能，然並無不法行為之性質，其明證也。故余以為此之所謂不能，不問其為法律上之不能，抑為事實上之不能，皆屬之。但所謂事實上之不能，須為絕對的不能乎？抑祇實現困難，即與不能同一處置乎？依余所信，應以後說為是。故如『如一日步行百里則如何云云』一日步行百里，雖非絕對不能，然在吾人日常經驗尚未見此健步之士，斯即謂之不能是。又所謂不能，須於法律行為當時，係屬不能，故如法律行為當時可能與否尚不確定，嗣後始確定為不能，則非所謂不能條件，而為條件之不成就。反之，法律行為當時，係屬不能，嗣後縱因發明或法律之變更變為可能，仍不失為不能條件之性質。但如當事人現在知其不能，而以將來變為可能為條件，則非不能條件，例如『如將來發行彩票不成立犯罪則如何云云』是。至不能條件附法律行為之效果如何，日本民法第一三三條設有明文規定，即『不能停止條件附之法律行為，為無效。不能解除條件附法律行為，為無條件。』我民法未設明文，余以為解釋上應屬相同。

第四 法定條件

法定條件 (Conditio juris, Rechtsbedingung) 者，依法律之規定或法律行為之性質，當然為法律行為

之效力發生要件或存續要件之事實也。法定條件，其情形有二：（一）法律以法律行為之效力繫於將來某種事實之成否者，例如遺囑之效力，以遺囑人之死亡為條件，遺贈之效力，以受遺贈人於遺贈人死亡當時尚屬生存為條件是。（二）以法律行為當時其事實之存在為法律行為之效力發生要件者，例如債權之讓與，以債權之存在為要件，擔保物權之設定，以債權之存在為前提是。二者縱當事人有以其為條件之意思表示，然就其非任意限制之點言之，其非真實之條件，自無可疑。雖然，法定條件附法律行為，於其效力不確定之點，與條件附法律行為同，從而於其條件成否未定之間，應否是認其條件附之權利義務（民法第一〇〇條第一〇一條）則屬問題。依余所信，應取肯定說。蓋法律行為效力不確定之狀態，不問其依法律之規定而生，抑依當事人之意思表示而生，無予以差別待遇之理由故也。（註）

（註）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『同一法定條件，亦應區別之，亦有係單純將應屬法律要件之事實為條件者，亦有雖為法律要件之事實，而為法律行為時尚未確定，而以為條件者。前者乃為真正法定條件，自不得謂之條件，後者則尚得謂之條件，仍得適用附條件法律行為之規定。』（陳氏前揭二六二頁）

第五 必至條件

必至條件（*Conditio necessaris*）者，以必發生之事實之發生為條件，或以必不發生之事實之不發生為條件也。如云『甲如死亡則如何云云』、『長江水如不西流則如何云云』是。學者有稱之為消極的不能條件者，蓋

以其與不能條件正相反對故也。條件，須爲不確定之事實，而必至條件則否，其非真實之條件，實無可疑。故依余所信，如以必至條件爲停止條件，其法律行爲應認爲無條件，如以必至條件爲解除條件，則其法律行爲應認爲無效。雖然，必至條件亦有具備不確定期限之性質者，如前例所示『甲如死亡則如何云云』是。

第六 矛盾條件

矛盾條件 (Perplexe Bedingung) 者，有與法律行爲之主要內容相矛盾之內容之條件也。如云『如所有人不同意則將此物讓與於君』是。矛盾條件附法律行爲之效果如何，向有兩說。(一)爲停止條件時，其法律行爲爲無效，爲解除條件時，其條件爲無效，即與未附加條件同。此說 Dernburg, Kippzu, Windscheid 諸氏主張之。(二)不問其爲停止條件解除條件，一切法律行爲皆爲無效。此說 Regelsberger 氏主張之。依余所信，應以後說爲是。蓋於爲停止條件時，如條件與法律行爲主要內容相矛盾，因不能認爲有爲法律行爲之意思，其法律行爲固應無效；即於爲解除條件時，條件附法律行爲應整個的發生效力，如條件與法律行爲主要內容相矛盾，亦無取其一部捨其一部之理由，故理論上亦應以其全部爲無效。

第六項 條件之許可

第一 條件之許可

在昔羅馬法，法律行爲之成立與其效力之發生，務求其緊相銜接，故除遺囑得附加條件外，其他之法律行爲

皆不許附加條件，嗣因實際上之需要，此種限制，逐漸解除，迄於 Justinianus 之世，一切法律行為，原則上皆許附加條件。近世各國法律從之。我民法雖無明文規定，解釋上亦然。蓋我民法既從各國立法通例，以條件規定於總則編，即所以明示無論何種法律行為原則上皆許附加條件也。

第二 避忌條件之法律行為

法律行為，得附加條件固矣，但亦有不許附加條件者，是謂避忌條件之法律行為（*Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte*）。法律行為之不許附加條件，其種類有二，茲述如左：

（一）公益上不許附加條件 法律行為如許附加條件，即違反強行規定或公序良俗者，則公益上不許附加條件。附加條件違反強行規定者，例如債務之抵銷是（民法第三三五條第二項）。附加條件背於公序良俗者，例如結婚，離婚，收養子女，非婚生子女之認領，繼承之承認及拋棄是。

（二）私益上不許附加條件 例如法律行為之撤銷（民法第八八條第一項），承認（民法第七九條），選擇之債之選擇（民法第二〇九條），契約之解除（民法第二五八條）及買回（民法第三七九條）等須受領之單獨行為是。良以法律既許行為人得依單獨行為以決定法律關係，已屬保護其利益而有餘，如更許附加條件，則將愈陷相對人於不利故也。然此僅屬原則，如依條件事實之性質，不致損害相對人之利益，縱附加條件，亦無不可。如云「如不支付租金則解除租賃契約」是。又附加條件，如已得相對人之同意，亦應認為例外。蓋

相對人既已自願犧牲其利益，無不許附加條件之理由故也。

避忌條件之法律行為，如竟附加條件，其效力如何，學說上頗有爭論。有謂惟其條件為無效者，有謂法律行為全部為無效者。依余所信，應以後說為是。蓋於此情形，當事人之意思為條件附，故如以其條件為無效，即無條件之意思，而附以效力，則與對於表意人未表示之意思附以效力無異，顯然反於法律行為一般之原則故也。

第三款 期限

第一項 概說

期限 (Dies, Terme, Termin, Zeitbestimmung) 者，表意人附加於其意思表示之任意限制，使其意思表示之法律上效力發生或消滅繫於將來確定事實之到來也。茲分析說明如左。

第一 期限乃附加於其意思表示之任意限制

關於此點，與條件之所述同。故如法律規定或法律行為性質上當然應有之限制，則非此之所謂期限。法律所定之期限，例如民法第三八〇條第四四九條第一項所定之期限是。法律行為性質上當然應有之期限，例如非對話為意思表示時，應有通知達到於相對人之相當期限是。惟期限既為附加於其意思表示之限制，自以具備意思與表示為必要，此點與條件之所述同。又期限與於為單純法律行為後所附加之履行請求停止之從契約 (Pactum de non petendo in tunc certum tempus) 不可混同，蓋於此場合，係兩個之法律行為，而非一個期限附之

法律行為故也。

第二 期限在限制意思表示法律上之效力

關於此點，應分始期與終期言之：（一）關於始期之效力如何，立法例及學說頗不一致：（甲）有明定始期非停止法律行為效力之發生，乃停止法律行為之履行者，如法國民法日本民法是（法民第一一八五條日民第一三五條第一項）德國著名之民法學者，如 Savigny, Dernburg 諸氏，亦採此說。（乙）有明定始期在停止法律行為效力之發生者，如德國民法是（德民第一六三條前段）德國學者如 Enneccerus, Endemann, Unger, Windscheid 諸氏均主此說。（丙）有謂應依法律行為之種類而為區別，即債權行為附有期限時，其始期在停止債務之履行，反之物權行為附有期限時，其始期則在停止效力之發生者。此說，Heinbach, Hartmann 諸氏主張之。（二）關於終期，在消滅法律行為已發生之效力，則為立法例及學說之所同。就我民法解釋，應與德國民法同，即終期在限制意思表示法律上效力之消滅，始期則在限制意思表示法律上效力之發生。

第三 期限須為將來確實可以到來之事實

期限自將來確實可以到來之點觀之，與條件不同，期限之異於條件者，即在於此。但所謂期限之事實須為確實，非謂不許其與不確定之事實牽連而定期限，故如以不確定之事實發生或不發生，實現其一為期限時，亦屬無礙。如云「於到京之時支付」，如係到京則支付，不到京則不支付，則為條件而非期限。反之，如係到京則於到京之

時支付，不到京則於確定不到京時支付，則爲期限而非條件。（鳩山氏前揭五五七頁我妻氏前揭五七一頁以下）

第二項 期限之分類

第一 始期與終期

始期 (*Dies a quo, terme suspensif, terme initial, Anfangstermin*) 者，於其屆至以前，停止法律行爲效力之發生之期限也。終期 (*Dies ad quem, terme final, Endtermin*) 者，因其屆滿，消滅法律行爲之效力之期限也。前者，如甲與乙約，於本年三月六日將土地所有權讓與於乙是。後者，如甲爲乙設定至民國二十一年三月六日爲止之地上權是。

第二 確定期限與不確定期限

確定期限 (*Dies certus, terme certain, gewisse Zeitbestimmung*) 者，不但期限事實之發生已確定，且其發生之時期亦已確定之期限也。不確定期限 (*Dies incertus, terme incertain, ungewisse Zeitbestimmung*) 者，期限事實之發生雖已確定，但其發生之時期爲不確定之期限也。前者，如云『來月一日』或『自本日起一個月後』是。後者，如云『於某甲死亡之時』是。但與下列情形應加區別：（一）有時期雖已確定而其到來爲不確定者 (*Dies incertus an certus quando*)，如云『君成年之時』是。（二）有時期及其到來均不確定者 (*Dies incertus an incertus quando*)，如云『君結婚之時』是。此兩者皆爲條件而非期限。

第三 不能期限

學者所謂不能期限 (*Dies certus non, Dies impossibilis*)，指以甚遠的將來之時期為期限而言，如云『於百萬年之後履行債務』是。此在期限之性質上固非不能，但法律係以人生人事為標準，此種極端的期限，自所不許。故依余所信，以此期限為始期時，其法律行為為無效，以此期限為終期時，則其法律行為為無期限。此與前述不能條件同。惟不能期限之限界如何，欲定一明確之標準，則殊困難耳。

第四 約定期限與恩惠期限

約定期限者，當事人所附加之期限也。恩惠期限 (*Terme de grace*) 者，法院斟酌債務人之境況，所予之分期給付或緩期清償之期限也。前者，如當事人約定『於來年一月一日履行債務』是。後者我民法於第三一八條第一項但書規定之，蓋出於保護債務人之目的也。二者之效力，則屬相同。

第三項 期限之到來

期限之到來者，為期限內容之事實發生之謂也。我民法稱始期之到來為屆至，終期之到來為屆滿。期限於何時始可謂為到來，應分別情形論之：(一) 以期日及期間定期限者，應依民法第一二〇條以下之規定定其到來之時期。(二) 以事件之發生定期限者，應以該事件發生之時為其期限到來之時期。如云『某甲死亡之時』即以其甲死亡之時為其期限到來之時期是。

第四項 期限附法律行為之效力

第一目 期限到來時之效力

第一 始期屆至時之效力

依我民法第一〇二條第一項規定：『附始期之法律行為，於期限屆至時，發生效力。』此係從德國民法而設之規定，已如前述（德民第一六三條前段）。故如始期附法律行為為債權行為時，因期限之屆至，發生債權上之效力。始期附法律行為為物權行為時，因期限之屆至，發生物權上之效力。此點與前述停止條件成就時之效力同。但於此有問題者，即始期附債權之讓與，債務人已受期限附讓與之通知，於其限制未屆至以前，應對於何人而為清償是。於此問題，則有三說：一說謂債務人應對於受讓人而為清償。一說謂讓與人及受讓人為共同債權人，債務人得對於任何人而為清償。一說則謂債權於期限未屆至以前，尙未移轉，債務人應對於讓與人而為清償。依余所信，應以第三說為是。

第二 終期屆滿時之效力

依我民法第一〇條第二項規定：『附終期之法律行為，於期限屆滿時，失其效力。』此為德日民法之所同（德民第一六三條後段，日民第一三五條第二項）。故如終期附法律行為為債權行為時，其已發生之效力，因期限屆滿而消滅。終期附法律行為為物權行為時，其已發生之效力，因期限屆滿而消滅。此點與前述解除條件成就時之

效力同。但於此有問題者，即終期附所有權之讓與行為是。終期附所有權之讓與，有非與所有權之永久性相矛盾者，如云『余於三年間，以此物之所有權與君，期限到來後應返還於余』是。有與所有權之永久性相矛盾者，如云『余雖以此物之所有權與君，但三年後君之權利應歸消滅』是。後者之行為，應屬無效，蓋以其欲對於所有權定其存續期間之行為也。

第三 期限到來時之效力不能溯及既往

關於期限到來時之效力能否溯及既往，我民法無明文規定，各國民法亦然，依余所信，應取否認說。蓋如許其溯及於法律行為時發生效力，則與附期限之法則相矛盾故也。

第二目 期限到來前之效力

期限附法律行為之當事人，於其期限未到來以前，有將來可以取得其權利之期待權，與條件附法律行為同，且其期限必可到來，較之條件附法律行為當事人法律上之地位尤為確實，從而此項期待權自有特加保護之必要。故我民法第一〇二條第三項規定：『第一〇〇條之規定，於前二項情形準用之。』所謂準用之者，即『附期限之法律行為當事人，於期限未到來前，若有損害相對人因期限到來所應得利益之行為者，負損害賠償之責任』也。其詳已於前述，茲不贅。第三人侵害此期待權時，應依民法第一八四條負損害賠償之責，亦與前述同。

第五項 期限之許可

期限與條件同。無論何種法律行為原則上皆許附加期限，但例外亦有不許附加期限者，是謂避忌期限之法律行為。避忌期限之法律行為，固與條件所述略同，應依公益上與私益上之標準決之，但其範圍則非完全一致。例如票據行為，雖許附加期限，而不許附加條件，繼承人之指定，雖許附加條件，而不許附加始期或終期是。又有依法律行為之性質，許附加始期，而不許附加終期者，例如債務之免除是。避忌期限之法律行為，如竟附加期限，則其法律行為全部為無疑，與避忌條件之效力同。

第六節 代理

第一款 概說

第一項 意思表示之補助

代理 (Representation, agency, Stellvertretung) 者，代理人於代理權限內，以本人名義，向第三人為意思表示，或由第三人受意思表示，而直接對於本人發生效力之行為也（民法第一〇三條德民第一六四條日民第九九條瑞債第三二條俄民第三九條）。吾人之為意思表示，或受意思表示，有賴於他人之補助，不但於無行為能力或能力受有限制時為然，即非無行為能力或能力受有限制，然值此社會發達，交易頻繁之今日，通常之人，已難事事躬親，其為意思表示，或受意思表示，亦有賴於他人補助之必要。雖然，關於意思表示之補助，亦有種種，有為

意思表示本身之補助，即本人依補助人之爲意思表示或受意思表示，而坐收法律上之效果者。有本人自爲意思表示或受意思表示，而依顧問鑑定等爲其意思上之補助，或依代書人通譯人傳達人傳達機關等爲其表示上之補助者。前者，爲意思表示或受意思表示之人係補助人，而非本人。後者，爲意思表示之人係本人，而非補助人。此之所謂代理，則專指前者而言。至意思上之補助人，僅爲對內關係之事實的補助人，對外不發生法律問題。表示上之補助人則就其爲對外關係之補助人言之，與代理同，從而發生類似代理之法律關係，應類推適用關於代理之規定，是不待言。

第二項 代理之本質

第一 代理之意義

如前所述，代理者，代理人於代理權限內，以本人名義，向第三人爲意思表示，或由第三人受意思表示，而直接對於本人發生效力之行爲也。茲就此定義，分析說明如左：

一 代理人須本於代理權爲之

代理行爲能否直接對於本人發生效力，須視其有無代理人之資格而定，此資格維何，即代理權是也。故代理須本於代理權爲之，且須在其範圍以內，我民法第一〇三條第一項所謂「於代理權限內」，即此意也。代理之本於代理權爲之者，謂之有權代理。真正之代理，即指此而言。反是，則謂之無權代理。無權代理，非真正之代理。

(註一)至何謂代理權，俟於次款述之。

(註一)關於此點，余載門氏與鄙見不同。余著謂：『代理權者，為代理所生之法律上效力使其直接歸於他人之要件，非代理之要件也。』
哉？故無代理權而為代理者，往往有之故也。』(余氏前揭一八八頁)余則以為無代理權之代理，非真正之代理，此觀我民法第一〇三條第一項之規定而自明。

二 代理須以本人名義為之

關於此點，各國法律用語不同，有用『為本人而為』之字樣者，有用『以本人名義而為』之字樣者，前者如日本民法是，後者如德國民法蘇俄民法及瑞士債務法是。我民法則從後者之用語，蓋以前者易陷於為謀本人利益之誤解故也。所謂以本人名義(in Namen des Prinzipals)為之，即表示依其行為取得權利負擔義務之人為本人是。故苟係以本人名義為之，縱使事實上無為本人謀利益之意思，甚且濫用代理權而為自己圖謀一定之利益，亦不失其為代理行為焉。代理既須以本人名義為之，故如以行為人自己之名義為之，縱使法律上之效果及於本人，亦非代理行為，如質權人抵押權人等，對於質物抵押物所為之處分行為，其適例也。代理須以本人名義為之，學者稱之為顯名主義(Offenheitsprinzip)，亦即所謂顯名代理。與此相對者，則為隱名代理。隱名代理者，代理人所為之意思表示，縱未明示為本人為之，如相對人明知或可得而知其為本人為之，亦直接對於本人發生效力之代理也。關於隱名代理，各國法律多設有規定，我民法無之，頗為缺憾。(註二)

(註二)關於隱名代理，在商行爲上甚爲顯著，蓋商事利敏捷，重信用，交易往來，成爲主顧，有不必每次行爲均須示明本人之名義，而在他方對於知悉何人爲其相對人，亦復無足輕重，故在民商兩法分立之國家，不但在商法上有此規定（德商第三四四條日商第二六六條）即在民法上亦有此規定（德民第一六四條第一項但書日民第一〇〇條）至在民商兩法合一之國家，則更無論矣。如瑞士債務法第三二條第二項之規定，其適例也。我民法既採民商合一主義，猶對於隱名代理，未設明文，似有缺憾。

三 代理須關於意思表示

代理須關於意思表示，爲我民法第一〇三條所明定。通常所謂法律行爲之代理云者，嚴格言之，實即法律行爲要素之意思表示之代理也。代理之在於爲意思表示者，謂之積極代理或動方代理（aktive Stellvertretung），代理之在於受意思表示者，謂之消極代理或受方代理（passive Stellvertretung）。前者例如甲代乙爲買賣之要約是，後者例如甲代乙受買賣之要約是。代理既須關於意思表示，則事實行爲，自不能成立代理。故在宴會及迎送等，雖通常稱爲代理，實非代理。又在占有，亦有稱爲代理占有者，然僅爲類似代理之現象，亦非真正之代理，蓋占有係事實行爲，而非意思表示故也。依同一理由，侵權行爲亦不能成立代理，代理之別於代表，即在於此。此點已於法人通則中述之，茲不贅。雖然，法律行爲常有於意思表示外，以事實行爲爲要素者，此時之代理，應就法律行爲全部而成立，例如消費借貸等要物行爲，物之交付雖爲事實行爲，亦能成立代理。法律行爲及法律行爲之意思表示，以得許代理爲原則，不許代理爲例外。至何種之法律行爲得許代理，固應依法律行爲

之本質決之，但大體以言，關於財產之行爲得許代理，關於身分之行爲則不許代理。所謂身分上之行爲，即親屬法上之行爲繼承法上之行爲是。身分上之行爲不許代理者，蓋因此等行爲以本人自身之意思表示爲必要故也。

四 代理行爲須直接對於本人發生效力

爲意思表示及受意思表示者，雖爲代理人，然其法律效果則歸屬於本人，是爲代理之本體。所謂直接，非法律效果先對於代理人發生，然後移轉於本人，乃法律效果自始即對於本人發生，即代理行爲之結果，本人當然爲權利人或義務人。代理之異於間接代理，卽在於此。至代理何以對於本人發生效力，則有三說：（一）本人行爲說：此說謂代理人乃本於本人之授權行爲而爲意思表示，從而代理人所爲之意思表示，卽本人之意思表示，故應對於本人發生效力。（二）共同行爲說：此說謂代理，係由本人之意思表示（授權行爲）與代理人之意思表示組合而成，故應對於本人發生效力。（三）代理人行爲說：此說謂代理，仍爲代理人之意思表示，不過法律爲尊重其效力意思，而使其對於本人發生效力。以上三說，應以最後說爲是。何則，蓋第一第二兩說，均係拘守羅馬法上之觀念，以爲爲意思表示之人，與受此意思表示效力之人，應同爲一人，實則爲意思表示之人，與受此意思表示效力之人，縱非同屬一人，而於實際及理論，亦屬無礙，此代理人行爲說所以爲現今一般之通說也。

第二 代理人與傳達人

應與代理區別之觀念，不一而足，如代表，間接代理，代理占有，以自己名義為行為而及其效力於本人之行為等，均與代理不同，已於前述，茲不贅。此所欲言者，則為代理人與傳達人之區別。代理人，係自行決定對於本人發生效力之意思而為表示之人，傳達人（*Boten, Nuntius*），則係傳達本人已決定之意思表示於相對人之機關。故 *Windscheid* 氏謂：『代理人係意思之代理，傳達人係表示之代理。』*Therding* 氏謂：『代理人在為法律行為，傳達人在服事實上之勞務。』茲述二者區別之點如次：（一）代理人係自行決定意思，自以有意思能力為必要，傳達人則祇以有服機械的勞務之能力為已足，有無意思能力，在所不問。（二）依代理所為之意思表示，係代理人之意思表示，意思欠缺詐欺脅迫惡意過失等影響於意思表示之事實，應就代理人決之。反是，由傳達人所傳達之意思表示，乃本人之意思表示，上述各種事實，應就本人決之。（三）縱在不許代理之法律行為，例如婚姻等，而由傳達人傳達，則無不可，蓋其意思表示仍為本人所決定故也。

第三項 各國立法例

關於代理之立法例，各國法律頗不相同，有委任與代理混而不分，祇於債權法中設關於委任之規定者，如暹羅民法是（暹民第三編第十五章。）有將代理與委任析而為二，以委任為各個契約關係，而以代理規定於債之發生章契約節者，如瑞士債務法是（瑞債第一編第一章第一節及第二編第十三章。）土耳其民法亦然。亦有將委任與代理析而為二，而以委任規定於債權，代理規定於總則者，如蘇俄民法以委任規定於債權第九章，代理規

定於總則第四章（法律行爲）第三九條第四十條；德國民法以委任規定於債務關係法第七章（債務關係之種類）第十節（委任）代理規定於總則編第三章（法律行爲）第五節（代理及代理權）；日本民法以委任規定於債權編第二章（契約）第十節（委任）代理規定於總則編第四章（法律行爲）第三節（代理）是。我民法則除於債編第二章（各個契約）第十節規定委任外，同一代理，一方面將其共通適用之法則規定於總則編第四章（法律行爲）第五節，一方面又從瑞士債務法於債編第一章第一節第二款另設代理權授與之規定，可稱爲別出心裁之立法例。惟瑞士債務法所以於第一章（債之發生）第一節（契約）規定代理者，因瑞士民法頒布在債務法之後，故不能不將應規定於民法總則編之事項，而於債務法設法訂入，俾資適用；且其民法第一編不稱總則，而稱人格法，故其所規定者僅祇自然人及法人而止，尤不能不將關於代理之事項於債務法中另爲適當之安插。我民法總則既頒布在民法債編之前，且於民法總則中已有關於法律行爲之規定，則此屬於法律行爲之代理法則，允宜依類訂入，不必以所謂共通適用之法則規定於民法總則，而以代理權之授與於民法債編另設規定。

第二款 代理之分類

第一 直接代理與間接代理

直接代理 (Direkte od. unmittelbare Stellvertretung) 者，代理人於代理權限內，以本人名義，爲意思表示

示，或受意思表示，直接對於本人發生效力之代理也。間接代理（*Indirekte od. mittelbare Stellvertretung*）者，以代理人自己之名義，為本人之計算，為意思表示，而其效果移轉於本人之代理也。間接代理，發達最早，但有下列諸點，不能滿足經濟上之要求：（一）代理行為之結果，係對於代理人發生，從而如有不能移轉其結果於本人之情事，則代理人即不免受不測之損害。（二）代理人如不以其結果移轉於本人，本人祇有請求移轉之權利，殊不足以充分保護本人之利益。（三）代理行為，於相對人與本人間不生效力，從而非代理人自身信用鞏固，則相對人即不免受不測之損害。於是直接代理之觀念應運而生，我民法所謂代理，即係專指直接代理而言。

第二 積極代理與消極代理

積極代理（*Aktive Stellvertretung*）者，為意思表示之代理也。消極代理（*Passive Stellvertretung*）者，受意思表示之代理也。前者即我民法第一〇三條第一項之規定是，後者即我民法第一〇三條第二項之規定是。

第三 有權代理與無權代理

有權代理者，基於代理權所為之代理也。反是，非基於代理權所為之代理，則為無權代理。真實之代理，係指有權代理而言。無權代理，通常可分為表見代理與狹義無權代理。表見代理，就其非基於代理權之點言之，異於有權代理，就其表面上有足使人信為有代理權之點言之，則異於狹義無權代理。狹義無權代理，就其非基於代理權之

點言之，異於有權代理，就其表面上無足使人信爲有代理權之點言之，則異於表見代理。其詳俟於債編總論中述之，茲不贅。

第四 意定代理與法定代理

意定代理(Gewillkürte Vertretung)者，其代理權由於本人意思表示而生之代理也。法定代理(Gesetzliche Vertretung)者，其代理權非由於本人意思表示而生之代理也。有謂意定代理與法定代理，非代理本身之區別，乃代理權發生原因之區別，應稱爲意定代理權及法定代理權者（中島氏前揭五七七頁）但在一般著述均設意定代理與法定代理之分類，余亦從之。其詳俟於代理權發生原因中述之，茲不贅。

第五 一般代理與特別代理

一般代理(General Vollmacht)者，代理權之範圍無特定限制之代理也。特別代理(Special Vollmacht)者，代理權之範圍有特定限制之代理也。前者又稱之爲無限代理或概括代理，後者又稱之爲有限代理或部分代理。其詳俟於代理權之範圍中述之，茲不贅。

第三款 有權代理

第一項 代理權之本質

基於代理權所爲之代理，謂之有權代理，已於前述。代理權(Vertretungsmacht, Authority)者，代理人以

本人名義，爲意思表示，或受意思表示，而使其法律效果直接對於本人發生之權能也。代理權之本質如何，學說頗多，要而言之，約有三說。（一）否認說：此說以爲代理，僅爲本人與代理人間之委任關係或其他法律關係，別無所謂獨立之代理權。就我民法解釋，此說殊不足取。蓋我民法，代理與委任有顯然之區別，自係於委任以外，有所謂獨立之代理權。（二）權利說：此說以代理權爲一種之權利，並謂其爲形成權（松岡氏前揭四九一頁志田氏權利新種類之研究法學大家論文集一卷六七頁。）此說亦難贊同。蓋形成權，係依權利人單純之意思，即能發生法律效果之權利，而代理之效力，則非依代理人之意思而生，祇須有代理權存在，不問代理人之意思如何，皆能發生代理之效力，自不能謂其爲形成權。（三）能力說：此說謂代理權爲一種能力，與行爲能力相類似，其與行爲能力不同者，行爲能力，乃自己所爲或所受之意思表示，直接對於自己發生效力；代理權，則爲代理人所爲或所受之意思表示，直接對於本人發生效力。此說爲現今一般之通說，余亦從之（中島氏前揭五七六頁鳩山氏前揭四一一頁我妻氏前揭四六二頁富井氏前揭四九五頁平沼氏前揭五三五頁三瀨氏前揭三九九頁穗積氏前揭下卷九五頁陳氏前揭二九二頁周氏前揭三六九頁。）由斯以言，代理權實爲一種資格（權能能力或地位），而非權利。此種資格，非如行爲能力，盡人有之，即必有其發生之原因，始有所謂代理權。此點俟於代理權發生原因中述之，茲不贅。

第一 代理權發生之原因

代理權發生之原因有二：其由於本人之意思表示而生者，爲意定代理，其非由於本人之意思表示而生者，爲法定代理，已於前述。但在學說上則有爭論，有謂代理行爲上之意思表示，爲代理人之意思表示者，爲法定代理，爲本人之意思表示者，爲意定代理。此說 Savigny 氏主張之。有謂代理行爲之意思表示，爲本人與代理人共同之意思表示者，爲意定代理，爲代理人單獨之意思表示者，爲法定代理。此說 Mitteis 氏主張之。以上兩說，係就代理行爲爲本身，而爲法定意定之區別，殊不足取。何則，蓋如前所述，代理行爲爲本身，常爲代理人一人之意思表示，不能以此爲法定意定之區別故也。又有謂補充本人無能力之代理，爲法定代理，否則爲意定代理者。此說爲 Crome 氏所主張，在民法學界頗爲有力。實則法定代理，不僅在補充本人之能力，Crome 氏之說，亦未見其當。故依余所信，應就其代理權是否由於本人之意思表示而生，以爲法定代理與意定代理之區別。準此以解，則：

(一) 法定代理 非由於本人之意思表示而生之代理權，爲法定代理權，有此代理權之人，爲法定代理人。其情形如下：(一) 因法律之規定而有代理權者，例如父母之於未成年子女，夫或妻之於日常家務是（民法第一〇八六條第一〇〇三條）。(二) 因法院之選任而有代理權者，例如法院所選任之法人清算人是（民法第三八條）。(三) 因私人之選任而有代理權者，例如親屬所選任之監護人及遺產管理人是（民法第一〇九四條第一一七七條）。

(二)意定代理 由於本人之意思表示而生之代理權，為意定代理權，有此代理權之人，為意定代理人，授與代理權之行為，則謂之授權行為 (Bevollmachtigungskt)。授權行為之本質如何，俟於次段述之。

第二 授權行為之本質

意定代理之代理權，係由於本人之授權行為而生，已如前述，至授權行為之本質如何，則學說不一：(一)委任契約說：此說略謂：於委任契約外，別無所謂代理權授與之行為，故代理權亦係由於委任契約而生。此在代理與委任混同之國家，多採此說，日本學者中亦有採委任契約說者（富井氏前揭四九九頁梅氏原理四二九頁平沼氏前揭五四二頁松岡氏前揭四九二頁），但以之解釋我國民法，則殊難採用。蓋在我民法，代理之與委任，顯有區別，故有非委任而有代理權者，如由僱傭而生之代理權是。有為委任而無代理權者，如間接代理是。即此可知代理權非必由於委任契約而生，委任契約亦非必發生代理權。(二)無名契約說：此說略謂：代理權雖非由於委任契約而生，但究係本人與代理人間之一種契約，此種契約，法律上別無名稱及規定，自屬無名契約之一種。此說為 Laband 氏所首倡，日本有力學者亦採此說（鳩山氏前揭四一五頁我妻氏前揭四六七頁三瀨氏前揭四〇四頁穗積氏前揭下卷九七頁），日本民法別無代理權授與之規定，其採此說，固無大誤，但以之解釋我國民法，則不可通，蓋我民法亦如德國民法設有代理權授與之規定故也（德民第一六七條第一項民法第一六七條）(三)單獨行為說：此說略謂：代理權單依代理權授與之意思表示而成立，良以代理權非權利，亦非義務，不過為得代本

人爲有效意思表示之資格，其代理權授與行爲，亦不過決定代理人之意思表示應否對於自己發生法律效果，故僅須以自己之意思表示授與之，無須代理人同意之必要。此說爲Lobbe氏所主張，日本學者亦多持此說（中島氏前揭五八二頁松岡氏民法理由一〇九條川名氏前揭三三四頁）就我民法解釋，應以此說爲是。蓋依我民第一六七條規定：『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法律行爲之第三人以意思表示爲之。』依此規定，代理權之授與，不問其對於代理人爲之，抑對於向代理人對之爲代理行爲之第三人爲之，祇須此授與之意思表示達到於代理人或第三人，即可發生代理權。至代理人與本人之內部關係，則屬另一問題，通常自須代理人承諾，成立契約，代理人始有代理權，亦始有爲代理行爲之義務。（註）

（註）關於此點，吳曉峯氏與鄙見不同，吳著謂：『依余之所見，二說（按即委任契約說與單獨行爲說）均非盡善。即我第一六七條，亦不過規定授權之意思應向何人表示而已，非謂其意思表示有絕對拘束代理人之效果。故代理人有反對之意思表示時，自無強其承受代理權之理由。因而授權行爲之有效，不可不以本人之意思表示與代理人無反對之意思表示爲要件。』（吳著同澤新民諸才館民法及判例債權各論講義六七頁）

第三 授權行爲與其基本法律關係

代理權之授與，得向代理人爲之，亦得向代理人對之爲法律行爲之第三人爲之，已於上述。其向代理人對之爲法律行爲之第三人爲之，祇有授權行爲存在，固不待言。反之如向代理人爲之，則代理權授與行爲常與其基本

法律關係相結合。有與委任契約相結合者，有與僱傭契約相結合者，亦有與合夥契約相結合者，授權行為與其基本法律行為之關係如何，則屬疑問。在採無因說者謂：授權行為與其基本法律關係，乃本人與代理人間之內部關係，其關係如何，第三人無從而知，故二者應全然獨立，不相牽涉。反之在採有因說者謂：授權行為係由於基本法律關係而生，故授權行為應全然從屬於其基本法律關係。如依前說，則基本法律關係無效或撤銷之時，授權行為仍屬存在，如為代理行為，亦屬有效。如依後說，則基本法律關係無效或撤銷之時，授權行為亦應消滅，如為代理行為，即屬無權代理。我民法第一〇八條第一項規定：『代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。』蓋採有因說者也。雖然，第一〇八條第一項之規定，並無強行性質，且實際上授權行為亦有獨立存在之必要，故在解釋上，依當事人之意思表示使其無因，自無不可（日本法學協會雜誌三六卷九五八頁鳩山秀夫代理權授與行為與基本關係論文）。

第三項 代理人之能力

如前所述，代理人所為之意思表示或所受之意思表示，係直接對於本人發生效力，因之關於能力之問題，應依左之所述，以解決之。

第一 權利能力

關於權利能力，代理人無須有之，良以代理人非取得權利負擔義務之主體故也。故如中國銀行之股東權，外

國人雖依法不得享有，但中國人如以外國人爲代理人，取得其股東權，則無不可。代理人固無須有權利能力，但本人則非有權利能力不可，良以本人爲取得權利負擔義務之主體故也。從而如不動產所有權等，外國人既依法不得享有，則外國人縱以中國人爲代理人，亦不能取得其所有權。

第二 行爲能力

關於行爲能力，代理人無須有之，此就我民法第一〇四條：『代理人所爲或所受意思表示之效力，不因其爲限制行爲能力人而受影響』之規定，觀察而自明。此種規定，自表面言之，似有未當。何則，蓋限制行爲能力人自爲或自受意思表示，尙須得法定代理人之允許故也（民法第七七條）。不知法律對於限制行爲能力人自爲或自受意思表示，不與以完全之效力者，乃在保護限制行爲能力人本身之利益，若夫限制行爲能力人代本人爲或受意思表示，則係直接對於本人發生效力，換言之，即其所爲或所受之意思表示，僅足以拘束本人，而不足以拘束爲或受此意思表示之代理人，故代理人所爲或所受意思表示之效力，自不因其爲限制行爲能力人而受影響焉。

（法民第一九九〇條德民第一六五條日民第一〇二條。）雖然，第一〇四條通常適用於意思代理，蓋意定代理，其代理權係由於本人之意思表示而生，故本人自不妨選任限制行爲能力人爲其代理人，不過選任限制行爲能力人爲其代理人時，由其代理所生之不利利益，自應由本人受之而已。若夫法定代理，則我民法多設有特別規定（民法第一〇九六條）是爲例外。如無特別規定，仍應適用第一〇四條之規定，自不待言。至本人無須爲有行爲

能力人，甚爲顯然，無待深論。

第三 意思表示要件之事實

代理人固無須有行爲能力，但爲或受意思表示，係由代理人爲之，自以有意思能力而後可。不但如是，我民法且就意思表示要件之事實，設有左述原則及例外之規定。

一 原則

依我民法第一〇五條規定：『代理人之意思表示，因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。』（德民第一六六條第一項、日民第一〇一條第一項）此係意思表示由代理人爲之，代理人受之，當然之結論。所謂意思欠缺，指意思與表示之不一致而言，舉凡非真意表示，虛偽表示，錯誤及誤傳皆屬之。所謂被詐欺脅迫，不但相對人之詐欺脅迫，即第三人之詐欺脅迫亦是。所謂明知其事情或可得而知其事情，如民法第九一條但書及第九二條第一項但書之規定是。本條之規定，不但適用於意定代理，即法定代理亦適用之，此與本條但書對照觀察而自明。又本條不但適用於積極代理，即消極代理亦適用之，此在解釋上亦無疑義。雖然，上述事實之有無，固應就代理人決之，但因該事實所生之撤銷權，則屬於本人，而不屬於代理人。至代理人得代爲行使，則屬當然。

依我民法第一〇五條但書規定：『但代理人之代理權係以法律行為所授與者，其意思表示如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。』（德民第一六六條第二項日民第一〇一條第二項）本條但書之適用，須具備下列兩種之要件：（一）須其代理為意定代理，此就『代理權係以法律行為所授與』云云觀察而自明，法定代理則無適用本條但書之餘地。（二）須代理人所為或所受之意思表示係依照本人所指示之意思為之，指示（Instruction od. Weisungen）云者，委託其為或受意思表示之方針也。其所指示，有極嚴密者，例如指定以若干代價購買某人之某物是。有極廣泛者，例如僅限制物品之代價而不限定購買某人之某物是。本人之為此指示，通常係精密調查加以充分考慮而後出之，故上述關於意思表示要件之事實其有無應就本人決之。例如本人明知相對人之買賣要約非出於真意，而向代理人為買賣承諾之指示，如代理人遵其指示而為承諾，其明知表意人之為真意與否，應就本人決之，而不就代理人決之是（民法第八六條）（註）

（註）余戟門氏對於此點，有所批評，略謂：『乃民法於此但書情形，改為一切事實之有無均應就本人決之，殊覺不妥（一〇五條但書）何哉，蓋所謂受本人之指示者，非祇傳達本人之意思，自無全就本人決之之理故也。』（余氏前揭一八七頁）其說可供參考。

第四項 代理權之範圍

代理權之範圍，即代理人之權限云者，代理人得於如何範圍為意思表示，或受意思表示，而及其效力於本人之謂也。如前所述，代理權發生之原因，不外基於本人意思表示與非基於本人意思表示之二種，其基於本人之意

思表示者，代理權之範圍應依意思表示定之；其非基於本人之意思表示者，代理權之範圍則應依法律規定定之。（民法第二七條第二項第一〇八八條第一一〇〇條第一一二三條）故我民法不設關於代理權範圍之規定。雖然，如代理權之範圍，本人未為指定，或法律亦未規定，則有待於明文之補充。此法國民法及日本民法所以對於一般代理之代理權特設補充規定者也（法民第一九八九條日民第一〇三條）。一般代理，指代理權之範圍無特定限制者而言，已於前述，故如僅云以某人為代理人，而其權限自體甚為漠然，則其授權行為，應依法律行為為標準的不確定，歸於無效，非此之所謂一般代理焉。至對於一般代理權限之補充，法國民法採抽象規定，日本民法則採具體規定，茲述日本民法之規定如左，以為我民法適用上之參考。

（一）保存行為 依日本民法規定，保存行為，代理人得有權為之。保存行為（*actes conservatoires*）者，維持財產現狀之行為也。保存行為，有屬於事實行為者，有屬於法律行為者。前者例如代理人對於其所管理之房屋自為修繕是，後者例如因修繕房屋而與他人訂立修繕契約是。但代理，僅以法律行為為限，以保存目的所為之事實行為，則應適用關於委任或無因管理之規定（民法第五二八條第一七二條）。

（二）利用行為及改良行為 依日本民法規定，利用行為及改良行為，代理人亦有權為之，但以不變更物或權利之性質為限。利用行為者，有利使用其物或權利之行為也。其屬於物之利用者，例如以金錢存儲於銀行而得息金是。其屬於權利之利用者，例如以著作權租與他人使用而得報酬是。改良行為者，增加物或權利之使

用價值或交換價值之行爲也。增加物之價值，例如對於房屋加以適當之改造是。增加權利之價值，例如對於有負擔之權利除去其負擔是。但不問其爲利用行爲改良行爲，均以不變更其物或權利之性質爲限。是否變更其性質，應依交易上之觀念決之。例如以耕作地變更爲住宅地，以金錢變更爲股票，通常卽爲變更其性質是。至利用行爲及改良行爲僅限於法律行爲，又不待言。

保存行爲，利用行爲及改良行爲，在法國民法統稱之爲管理行爲（*Actes d'administration*）。管理行爲，對處分行爲而言。處分行爲者，發生權利喪失移轉之行爲也。例如買賣贈與拋棄免除抵銷之類是。準斯以言，則所謂管理行爲，自係指於不發生權利喪失移轉之範圍內，以保存利用改良爲目的之行爲而言。如上所述，管理行爲，代理人固有權爲之；處分行爲，則非本人有特別授權，或法律有特別規定，代理人自屬不得爲之。

第五項 雙方代理之限制

第一 雙方代理之概念

雙方代理（*Doppelvertretung*）者，爲本人與自己之代理行爲，或既爲第三人之代理人而爲本人與第三人之代理行爲也。前者稱爲自己契約（*Selbstkontrahieren*），後者稱爲狹義之雙方代理。雙方代理是否有效，在德國普通法上頗有爭論，德國民法則原則上禁止之，日本民法蘇俄民法亦然，我民法從之（民法第一〇六條德民第一八一條日民第一〇八條俄民第四〇條）。

第二 雙方代理之禁止

依我民法第一〇六條規定：『代理人……不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。』是為雙方代理之禁止。其禁止之理由如何，則有兩說：（一）當然規定說：此說略謂：契約之當事人，以二人以上為必要，如一人而兼雙方當事人之資格，在契約性質上為不可能，故當然禁止之（石坂氏前揭一七四七頁）。（二）便宜規定說：此說略謂：一人而兼雙方當事人之資格，在契約性質上非不可能，乃因雙方當事人之利害關係頗不相同，如代理人代理本人與自己為法律行為，或為雙方之代理人，則實際上殊為不當，故基於便宜上之理由禁止之（鳩山氏前揭四二二頁我妻氏前揭四七四頁中島氏前揭六二六頁三瀨氏前揭四一八頁末弘氏債權各論二〇頁）依余所信，應以後說為是。蓋如依前說，則對於本條但書之規定無從說明故也。違反本條所為之行為，其效力如何，學說亦不一致：（一）無效說：此說略謂雙方代理之禁止，係保護公益之強行規定，苟有違反，應為無效（中島氏前揭六二七頁曄道氏前揭四六九頁）。（二）無權代理說：此說略謂雙方代理之禁止，係保護私益之任意規定，縱有違反，亦屬無權代理行為，而非當然無效（鳩山氏前揭四二三頁我妻氏前揭四七四頁三瀨氏前揭四一八頁穗積氏前揭一〇九頁）依余所信，應以前說為是。蓋我民法不規定為『無代理權』而規定為『不得代理』，其為絕對禁止，甚為顯然故也。（註）至本條規定，不但適用於契約，且可適用於單獨行為，不但適用於意定代理，且可適用於法定代理，又屬當然，無待深論。

(註) 陳克生氏余戰門氏及周新民氏均與鄙見不同，陳著謂：「後說爲通說，余亦從之。蓋民法本條規定，究非強制規定，而僅屬一種代理權之限制，違反之時，亦不過代理權之超越，其效力自仍得適用無權代理之規定也。」(陳氏前揭二九九頁余氏前揭一九一頁周氏前揭三七七頁)

第三 禁止之例外

如上所述，雙方代理，既係基於政策上之理由禁止之，故我民法特設左列兩種之例外。

一 已經本人之許諾時

雙方代理之禁止，係爲保護本人之利益而設，如已經本人許諾，則無予以保護之必要，故我民法特設明文，認爲例外(德民第一八一條)。

二 係專履行債務時

法律行爲，係專履行債務者，依我民法第一〇六條但書規定，爲雙方代理禁止之例外(德民第一八一條但書日民第一〇八條但書)。良以履行債務，非從新交換利益，本人不致因此發生損害故也。所謂債務，解釋上指作爲債務而言，不作爲債務，則性質上不適於代理人之履行，自非此之所謂債務。所謂履行債務，解釋上包含履行代理人對於本人所有之債務，與履行本人對於代理人或第三人(他方之本人)之債務。所謂履行，即狹義清償之謂，代物清償雖與清償有同一之效力，然係從新交換利益，則非此之所謂債務之履行。至抵銷得爲此

之所謂清償與否，則有肯定及否定之二說，依余所信，應以肯定說爲是。蓋抵銷係交互清償之簡易方法，而非從新交換利益故也。（同說鳩山氏前揭四二四頁長島氏前揭四〇二頁穗積氏前揭下卷一一一頁異說中島氏前揭六二九頁三瀨氏前揭四二〇頁。）

第六項 代理權之消滅

第一目 代理權消滅之原因

關於代理權之消滅，其原因有二，一爲共通消滅原因，一爲特別消滅原因。共通消滅原因者，法定代理及意定代理所同具之消滅原因也。特別消滅原因者，法定代理或意定代理所特有之消滅原因也。茲述我民法之規定如左。

第一 共同消滅原因

一 授與法律關係之終了

依我民法第一〇八條第一項規定：『代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。』（德民第一六八條前段）此爲我民法所定惟一之共通消滅原因。其屬於法定代理者，例如因監護關係所由發生之代理權，依監護關係之終了而消滅是。其屬於意定代理者，例如因委任關係所由授與之代理權，依委任關係之終了而消滅是。（註一）

(註一) 陳克生氏及周新民氏均謂我民法第一〇八條第一項係意定代理特有之消滅原因，陳著謂：『意定代理權之消滅原因。民法於第一〇八條第一項定明應依其所由授與之法律關係定之。』(陳氏前揭三〇四頁周氏前揭三八二頁) 此在解釋日本民法，或無大誤，因日民第一一一條第二項係明定『由於委任之代理權，依委任之終了而消滅』故也。我民法則從德國民法，似難同一解釋。

二 本人之死亡破產或喪失行爲能力

此等之點，我民法未設一般規定，茲依據法理，分別解決之。(一) 本人之死亡：此於法定代理，其代理權應依本人之死亡而消滅，固無可疑。至在意定代理，余以爲其代理權原則上亦應依本人之死亡而消滅。何則，蓋本人之意思，通常不欲以代理權之授與拘束其繼承人故也。(民法第五五〇條。) 但此僅屬原則，如授權行爲另有意思表示，自應從其表示。法律另有規定，自應從其規定。(民法第五六四條。)(二) 本人之破產：關於此點，各國法律不同，有以其爲代理權之消滅原因者(法民第二一〇〇三條瑞債第三五條第一項) 有以其爲代理權之停止原因者(奧民第一〇二四條。) 依余所信，應以後者爲是。何則，因本人回復其處分自己財產之能力以後，仍有需要代理人之必要故也。(民法第五六四條。) 但法律另有規定者，自應從其規定。(民法第五五〇條。)(三) 本人之喪失行爲能力：關於此點，外國法律有明定意定代理之代理權，原則上依本人之喪失行爲能力而消滅者(瑞債第三五條第一項) 余則以爲不問法定代理意定代理，其代理權均不應依本人之喪失行爲能力而消滅(民法第五六四條。) 但法律另有規定者，自應從其規定。(民法第五五〇條。)

三 代理人之死亡破產或喪失行爲能力

此等之點，我民法亦未設一般規定，茲依據法理，分別解決之。（一）代理人之死亡：關於此點，外國法律有明定代理權因代理人之死亡而消滅者（日民第一一一條第一項第一款），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋代理權之實質爲一種能力，而非固有意義之財產權，繼承人自屬無從繼承故也（民法第五五〇條）。但法律另有規定者，自應從其規定（民法第五五〇條但書）。（二）代理人之破產：有謂代理人雖因破產喪失處分自己財產之能力，然對於處分他人財產之能力並未喪失，不能以其爲代理權消滅之原因者（Hupke氏主此說），但在一般立法例，則以其爲代理權消滅之原因（法民第二〇〇三條瑞債第三五條第一項日民第一一一條第一項第二款）。依余所信，應以其爲代理權消滅之原因。何則，蓋代理人一旦破產，即喪失其信任之基礎故也（民法第五五〇條）。但法律另有規定者，自應從其規定（民法第五五〇條但書）。（三）代理人之喪失行爲能力：關於此點，外國法律有明定代理權因代理人之喪失行爲能力而消滅者（瑞債第三五條第一項日民第一一一條第一項第二款），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋依我民法第一〇四條解釋，代理人固不以有行爲能力爲必要，然如於授權行爲後喪失行爲能力，則通常不能謂本人仍有使其代理權繼續存在之意思故也（民法第五五〇條）。但法律另有規定者，自應從其規定（民法第五五〇條但書）。至代理人喪失意思能力，有謂其代理權亦歸消滅者，余則以爲代理人一旦回復其意思能力，仍得爲有權代理行爲，

應以否定說爲是。(註二)

(註二)關於此點，陳克生氏及周新民氏均與鄙見不同，陳著謂：「代理人喪失意思能力，即代理人如常有心神喪失之狀況者，應解爲其代理權亦應消滅。蓋代理原在爲意思表示或受意思表示，如已成爲無意思能力人，自不許再爲代理人也。」(陳氏前揭三〇三頁周氏前揭三八一頁)

第二 意定代理之特別消滅原因

關於意定代理之特別消滅原因，依我民法規定，爲代理權之限制及撤回，茲就此二者說明如左：

一 代理權之限制

代理權之限制云者，代理人通常應有之權限，而依本人之意思表示特別加以限定之謂也。就我民法第一〇七條解釋，本人對於代理權得加以限制，蓋無可疑。代理權一旦受有限制，則因其限制而一部消滅，是爲當然，故余以其爲代理權消滅之原因。惟此代理權之限制，是否適用於法定代理，頗屬疑問。余則以爲就我民法第一〇七條之母法（瑞債第三四條第一項）觀察，應解爲祇能適用於意定代理焉。（註三）

(註三)關於此點，陳克生氏及周新民氏均與鄙見不同，陳著謂：「若係由於法律規定而生者，則得以特別意思表示限制與否，固未可概論，但自第一〇七條之規定觀之，過常自應解爲在當事人間得有效限制。」(陳氏前揭三〇一頁周氏前揭三八〇頁)不知我民法第一〇七條係從瑞士債務法而設之規定，瑞士債務法固限於意定代理也。

二 代理權之撤回

代理權之撤回云者，以本人一方之意思，直接消滅代理權之意思表示也。代理權原則上得許撤回，德瑞法律均設有明文規定，我民法從之，即依第一〇八條第二項：『代理權，得於其所由授與之法律關係存續中撤回之。但依該法律之性質不得撤回者，不在此限。』（德民第一六八條中段瑞債第三四條第一項）代理權一旦撤回，則因其撤回而消滅，是為當然，故撤回亦為代理權消滅之原因。代理權之撤回，是否適用於法定代理，實屬疑問。余則以為就我民法解釋應取否定說。至此撤回之意思表示，如其授權行為係向代理人對之為法律行為之第三人為之時，是否應向第三人為之，亦一疑問。關於此點，德國民法設有明文規定（德民第一六八條後段），我民法無之，余以為解釋上固得向代理人為之，不過第三人如為善意時，自不得以其撤回相對抗耳（民法第一〇七條）。

第三 法定代理之特別消滅原因

關於法定代理之特別消滅原因。我民法未設一般規定，應就各種法律規定以為決定，自不待言。

第二目 代理權消滅之效果

第一 當事人間之效果

代理權一旦消滅，則前代理人已屬無代理權，如更為代理，自應適用關於無權代理之規定。但在代理權之由

於本人意思表示而生者，我民法則從德瑞立法例，於第一〇九條設有規定曰：『代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於授權者，不得留置。』（法民第二〇〇四條德民第一七五條瑞債第三六條第一項）依此限定，縱代理人依法有留置權（民法第九二八條）亦不得主張留置，蓋所以避免權義關係之複雜也。但本人縱不爲授權書交還之請求，而於代理權之消滅亦無妨礙，不過對於善意第三人解釋上不得以之對抗耳（民法第一〇七條瑞債第三六條第二項）。

第二 對於第三人之效果

對於第三人之效果，我民法第一〇七條設有明文規定，即：『代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其事實者，不在此限。』此係從日本民法而設之規定（日民第一一二條）法文雖祇限於代理權之限制及撤回，但余則以爲應從擴張解釋，對於代理權一般之消滅均應適用，蓋非如此解釋，則不足以保護善意第三人之利益故也。本條之適用，應具備下列三種之要件：（一）須第三人爲善意，即第三人不知代理權消滅之事實，而信其有代理權。（二）須第三人無過失，即第三人不知代理權消滅之事實，非由於自己之過失。（三）須前代理人於其權限範圍內，以本人名義，而爲一定之行爲。至其效力，則爲不得對抗，即本人不得對第三人主張代理權之消滅，而第三人主張代理權之消滅與否，則依其自由意思決之。

第四款 無權代理

第一項 概說

無權代理 (Unberufte Stellvertretung, Vertretung ohne Vertretungsmacht) 者，具備代理行為其他之成立要件，僅欠缺代理權之代理也。如前所述，代理應具備下列四種之要件：(一)須本於代理權為之，(二)須以本人名義為之，(三)須關於意思表示，(四)須直接對於本人發生效力。所謂無權代理，即指具備(二)(三)(四)各種要件，欠缺(一)要件之代理而言。無權代理，通常可分為表見代理與狹義無權代理之二種。前者雖無代理權，但表面上足使人信為有代理權，後者則並此表見的關係而亦無之，此其區別之要點。我民法以此二者於債編『代理權之授與』中規定之，前者使本人負一定之責任，後者則非經本人承認，對於本人不生何種之效力，其詳俟於債編總論中述之，茲不贅。至民法總則之所規定者，則僅為狹義無權代理中代理人對於第三人之關係，茲於次項說明之。

第二項 狹義無權代理

第一目 概說

狹義無權代理，乃學術上之用語，所以別於表見代理也。但在法律上則逕稱為無權代理。廣義無權代理，包含表見代理在內，狹義無權代理，則指除表見代理以外無代理權所為之一切代理行為而言。狹義無權代理，其情形有四：(一)不具備表見代理要件之代理，(二)授權行為無效之代理，(三)逾越代理權範圍之代理，(四)

代理權消滅後之代理是狹義無權代理，可發生下列三種之關係：（一）本人與代理人之關係，（二）代理人與第三人之關係，（三）第三人與本人之關係。本人與代理人之關係，乃內部關係，與代理之為外部關係無涉，故我民法不設何種之規定。第三人與本人之關係，我民法以之於債編『代理權之授與』中（民法第一七〇條第一七一條）規定之。民法總則之所規定者，則為代理人與第三人之關係，本書之所述者，亦限於此。

第二目 無權代理人之責任

在有權代理，其代理行為係直接對於本人發生效力，故代理人對於第三人不負何種之責任，反之在無權代理，則因其不能對於本人發生效力，善意第三人自不免因此發生不測之損害，故我民法第一一〇條規定：『無代理人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。』茲述責任之根據，要件，及其內容如左。

第一 責任之根據

無權代理人對於相對人（即第三人）負責之根據如何，其說不一，要而言之，約可分為下列之五說：（一）契約當事人說：其說略謂無權代理人為契約之當事人，故應為其契約所拘束。此說為 Puchta 氏所主張，依余所信，殊不足取。蓋如依此說，則直接代理與間接代理勢將無從區別故也。（二）侵權行為說：其說略謂無權代理，為侵權行為，故應對於相對人負其責任。此說為 Hellmann 氏所主張，依余所信，亦不足取。蓋依我民法規定，無權代

理人之對於善意相對人負損害賠償責任，並不以有故意或過失為要件故也。（三）訂立契約過失說（*Culpa in contrahendo*）：此說為 *Thering* 氏所主張，*Laband*，*Mitteis*，*Dernburg* 諸氏和之，在民法學界頗占勢力。其說略謂無權代理人於訂立契約之際，應注意其有無代理權及能否得本人之承認，乃並無代理權而本人又不為承認，則是怠於為必要之注意，故應負責。依余所信，此說亦難採用。蓋如依此說，則無權代理本身，即包含過失，是直以無權代理為侵權行為矣。（四）擔保說（*Theorie der Garantieübernahme*）：其說略謂無權代理行為，雖以本人名義為之，然同時即訂有擔保其履行之從契約，故主契約如不成立，則應由無權代理人負履行之責。此說為 *Windscheid* 氏所主張，依余所信，亦難贊同。蓋所謂擔保，以主契約之成立為前提，代理行為既不發生效力，則無擔保其履行之可言。（五）法律上之特別責任說（*Gesetzliche Haftung*）：其說略謂無權代理人負責之根據，由於法律規定直接而生，是為法律上之特別責任。此說為德日民法學界一般之通說（德國主此說者為 *Endemann*，*Hölder*，*Riezler*，*Hupka*，*Crome*，*Oertmann* 諸氏，日本主此說者為中島鳩山我妻睦道長島三瀨穗積諸氏），但立法上之理由，則不一致，有以相對人之善意為理由者，有以交易之安全為理由者，有因無權代理人主張其有代理權，故應任其主張之責，即以主張之擔保責任（*Behauptungsgarantie*）為理由者。依余所信，就我民法解釋，應以法律上之特別責任說為合理，而立法上之理由，則在於保護善意相對人之利益，及維持交易之安全。

第二 責任之要件

無權代理人對於相對人負責之要件，依我民法規定，有如左述：

一 須有無權代理行爲

所謂須有無權代理行爲，即須「以他人之代理人名義而爲法律行爲」是。此點爲我民法第一一〇條所明定，由此可知無權代理所以異於有權代理者，惟在欠缺代理權之一點。至本條對於消極代理是否適用，學說上頗有爭論，依余所信，就我民法解釋，無論積極代理消極代理，均有其適用，實無可疑（異說陳氏前揭三一七頁）。

二 須相對人爲善意

此爲我民法第一一〇條所明定，相對人爲善意云者，即相對人非明知其無代理權之謂也。如相對人明知其無代理權，而竟貿然與其爲一定之行爲，則咎由自取，殊無予以保護之理由。但在外國民法有以相對人非因過失不知其無代理權，爲無權代理人負責之要件者（德民第一七九條第三項日民第一一七條第二項）我民法既未特設明文，自難爲同一之解釋。

三 須本人未爲承認

關於此點，德日民法及瑞士債務法均設有明文規定（德民第一七九條第一項日民第一一七條第一項

瑞債第三九條，)我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋本人如已爲承認，則依我民法第一七〇條第一項，其所爲之法律行爲即對於本人發生效力故也。

第三 責任之內容

無權代理人對於相對人負責之內容如何，各國法律不同，有明定無權代理人應負履行或損害賠償之義務，而任相對人之選擇者，如德國民法及日本民法是（德民第一七九條第一項日民第一一七條第一項。）有明定無權代理人應負損害賠償之義務者，如法國民法及瑞士債務法是（法民第一一二〇條瑞債第三九條。）我民法則從法瑞立法例，明定無權代理人應負損害賠償之責任。損害賠償云者，填補相對人所受之損害之謂也。但損害賠償之範圍如何，則我民法未設明文，適用上不無疑問。依余所信，本條之所謂損害賠償，不但相對人因信其有代理權所失之利益，即所謂信賴利益（*Vertrauensinteresse*）或消極利益（*Negatives Vertragsinteresse*），無權代理人應爲賠償；即代理行爲如爲有效，相對人所應得之利益，即所謂履行利益（*Erfüllungsinteresse*）或積極利益，無權代理人亦應負賠償之責（德民第一七九條第二項。）

第五款 複代理

複代理人（*Substitute, substitut, Unterbevollmächtigter*）者，代理人爲處理其權限內之事務之全部或一部，以代理人自己之名義，所選任之本人之代理人也。析言之：（一）複代理人係處理代理權限內之事務之

人。(二)複代理人係代理人以自己之名義所選任。(三)複代理人係本人之代理人。關於最後之點，頗有異說，有謂複代理人爲代理人之代理人，而非本人之代理人者 (Anson Cont. p. 343)；有謂複代理人一方面爲代理人之代理人，一方面爲本人之代理人者 (中島氏前揭六一七頁)；余則從通說，以複代理人爲本人之代理人 (鳩山氏前揭四三一頁我妻氏前揭四九一頁富井氏前揭五〇五頁三瀨氏前揭四一二頁穗積氏前揭下卷一一七頁)。關於複代理人，各國法律有未設明文規定者，如德國民法及瑞士債務法是。德瑞法律不但未設複代理人之規定，且於委任契約設有禁止明文 (德民第六四四條瑞債第三九八條第三項)；故在解釋德國民法者多謂於有疑義時，應解爲禁止選任複代理人 (Hupka, Dernburg, Oertmann 諸氏均主此說)。反之在法國民法及日本民法則設有複代理人之規定，而尤以日民規定爲最詳。日民對於法定代理以得選任複代理人爲原則，對於意定代理則以得選任複代理人爲例外，以故前者代理人之責任爲較嚴，後者代理人之責任則較寬 (日民第一〇四條至第一〇七條)。我民法係從德瑞立法例，不但無關於複代理人之規定，且於委任僱傭等契約設有禁止明文 (民法第五三七條第四八四條第二項)；故就立法精神以爲解釋，自應解爲不得選任複代理人。但爲期事實上之便利，代理人爲處理其權限內之事務，自得委任事實上之補助人，以佐理之。此補助人所爲之行爲，對於代理人發生效力，是不待言。(註)

(註)關於此點，我國學者之意見頗不一致，余載門氏祇謂：『在法定代理，應由其各關係條文中，在意定代理，應於委任章中定之爲宜，故

於代理章中不設規定，不得認爲缺漏。』（余氏前揭一九二二頁）陳克生氏則謂：「在意定代理，代理人有復任權否，應依其基本法律關係定之，如別無規定，應解爲不許爲原則，惟於經本人同意或另有習慣或有不得已之事由時，仍解爲可許。至法定代理人有不得已之事由時，得選任複代理人，更不待言。」（陳氏前揭三一九頁）

第七節 無效及撤銷

第一款 概說

就法律行爲與其效力之關係言之，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，即有效（Vollgültig）之法律行爲。有效之法律行爲者，發生確定不可動之效力之法律行爲也。其要件有二：即（一）已發生效力，（二）其效力確定不可動。故凡尙未發生效力之法律行爲，例如停止條件成就前之法律行爲，與夫雖已發生效力，其效力尙非確定不可動之法律行爲，例如解除條件成就前之法律行爲，均非有效之法律行爲。不完全之法律行爲，則指效力不完全之法律行爲而言，其種類有三：（一）無效之法律行爲，（二）得撤銷之法律行爲，（三）效力未定之法律行爲。我民法惟就無效及撤銷設有明文規定，茲於次款以下說明之。

第二款 無效

第一項 無效之概念

無效之法律行爲 (Void act, actes nuls, nichtiges Rechtsgeschäft) 者，法律上當然不發生法律行爲上之效力業已確定之法律行爲也。析言之如左。

第一 無效即不生效力

法律行爲之無效與法律行爲之不成立不同，法律行爲未具備成立要件者，謂之法律行爲之不成立，法律行爲具備成立要件而未具備有效要件者，謂之法律行爲之無效。前者例如契約，有要約而無承諾，或要約與承諾而非一致，其契約爲不成立是。後者例如要約與承諾雖已一致，然因其標的之不合法，其契約爲無效是。學者有謂法律行爲之不成立，即法律行爲之無效者，其說殊難贊同（同說鳩山氏前揭四八四頁中島氏前揭六七五頁川名氏前揭二七三頁三瀨氏前揭四四五頁穗積氏前揭下卷一四八頁異說富井氏前揭五三五頁）。

第二 無效即不發生法律行爲上之效力

此之所謂無效，專指不發生法律行爲上之效力而言，至發生其他之效果與否，則非所問。故常有無效行爲雖不發生法律行爲上之效力，而發生非法律行爲之效果者。例如無效行爲具備侵權行爲之要件時，發生賠償損害之效果，具備不當得利之要件時，發生返還利益之效果是（民法第一八四條第一七九條）。

第三 無效係確定不生效力

即此可知無效之行爲與效力未定之行爲不同，效力未定之行爲，乃發生效力與否尙屬未定，並非於行爲當

時即確定不生效力，而無效之行爲，則係於行爲當時即確定不生效力。前者例如無權代理行爲，不過於未經本人承認以前，對於本人不生效力，並非於行爲當時即確定不生效力是（民法第一七〇條第一項。）後者例如背於公序良俗之行爲，於行爲當時即確定不生效力，縱嗣後因情事變遷，其標的由不合法變爲合法，亦不能由無效行爲變爲有效行爲是（民法第七二條。）

第四 無效係法律上當然不生效力

法律上當然 (ipso jure, de Plein droit, Kraft Gesetzes) 云者，即在當事人方面，法院方面，均無須爲何種之行爲，即屬無效之謂也。即此可知無效行爲與得撤銷行爲之不同，蓋得撤銷之行爲，必須撤銷權人之撤銷，始喪失其效力，而無效之行爲，則無須何種之行爲，即當然爲無效。從而主張無效之期間，並無限制，且不因時效期間之經過而變爲有效焉。雖然，無效之行爲，固在法律上當然爲無效，然不妨提起消極的確認之訴，請求法院確定其無效，如婚姻無效之訴，其適例也（民訴法第五三五條以下。）

第五 無效以絕對不生效力爲原則

無效之法律行爲，原則上無論何人均得主張之，且對於無論何人亦均得主張之。然此僅屬原則，亦有對於特定之人，不得以無效相對抗者，例如民法第八七條第一項但書之規定是。前者謂之絕對無效，後者謂之相對無效。

第二項 無效之分類

第一 絕對無效與相對無效

無論何人或對於無論何人皆得主張無效者，謂之絕對無效。一定之人或對於一定之人不得主張無效者，謂之相對無效。相對無效，乃一面無效，一面有效，此其用語雖欠正確，但在民法學界尚無其他適當用語以爲代替，故本書仍沿用從來之名稱。相對無效，例如民法第八七條第一項但書之規定是。雖然，常有某種情形，與相對無效似是而不同，不可不辨。此種情形，即民法第二七條第三項所謂不得對抗善意第三人及第三一條所謂不得對抗第三人。是其所以與相對無效不同者，蓋在相對無效，其行爲之性質原屬無效，不過不能對於一定之人主張之，反之在第二七條第三項及第三一條，則其行爲之性質原屬有效，不過不能對於一定之人主張之，二者之本質迥不相同故也。

第二 自始無效與嗣後無效

法律行爲成立當時即有無效原因者，謂之自始無效。法律行爲之成立與其效力之發生並非同時，而於其間發生無效原因者，謂之嗣後無效。例如遺囑，於具備法定方式時成立，效力則自遺囑人死亡之時發生，現行民法遺贈原得以遺囑爲之，設於遺囑未發生效力以前，新法禁止其以遺囑爲遺贈是。雖然，常有某種情形，與嗣後無效似是而不同，不可不辨。此種情形，即於法律行爲發生效力後，因給付不能，而其效力歸於消滅是。於此情形，法律行爲之效力縱因給付不能歸於消滅，然其法律行爲依然有效，得依情形發生請求代位，請求損害賠償之問

題（民法第二二五條第二二六條）其與法律行爲不生效力之嗣後無效，自不相同。又自始無效之原因與嗣後無效之原因非必一致，例如意識能力之欠缺，雖爲自始無效之原因，然於法律行爲成立以後，縱行爲人喪失行爲能力，亦不影響於其行爲之效力。反之權利能力及標的之可能合法，則須迄於發生效力之時爲止，繼續存在，如於法律行爲成立以後，有所變更，即屬嗣後無效是。

第三 全部無效與一部無效

法律行爲之內容全部爲無效者，謂之全部無效。僅其一部分爲無效者，謂之一部無效。一部無效之情形有二：（一）法律行爲之內容由數個條項而成，其一個條項爲無效者，（二）法律行爲之內容雖屬單一，然分量的其一部分超過法律許可之範圍，其超過之部分爲無效者，例如超過民法第二〇五條所定之利息是。雖然，一部無效須以一個法律行爲爲前提，故如外表上雖爲一個法律行爲，而其實爲數個法律行爲相結合者，則其一方縱爲無效，亦不發生一部無效之問題。至法律行爲之一部無效，是否影響於法律行爲之全部，則因立法例而不同。羅馬法以一部無效不致全部無效爲原則（*Utile per inutile non vitiatur*），英美法則於以無效原因事項爲條件（Condition）時，全部無效，否則不過發生損害賠償之問題。日本民法無明文規定，學說紛紜，殊不一致（中島氏前揭六八一頁鳩山氏前揭四八八頁我妻氏前揭五三三頁富井氏前揭五四一頁穗積氏前揭下卷一五一頁三瀨氏前揭四五〇頁）。我民法則爲避免誤解起見，特從德俄民法，於第一一一條規定：『法律行爲之一部分無效』

者，全部皆爲無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍爲有效。』（德民第一三九條俄民第三七條）所謂除去該部分亦可成立，即德俄民法所謂『縱無無效部分，亦推定其爲法律行爲』是。其推定之資料，自應就法律行爲之性質及當事人之意思表示決之。至法律有特別規定者，應從其規定，又不待言（民法第二四七條第二項）。

第三項 無效行爲之轉換

無效行爲之轉換（Konversion, Umwandlung）者，即某種法律行爲，如以其爲甲種行爲應爲無效，但因具備乙種行爲之效力發生要件時，即以其爲乙種行爲而認爲有效之謂也。無效行爲之轉換，其情形有二：（一）法律上之轉換：例如民法第一六〇條第一項規定：『遲到之承諾，視爲新要約』是。（二）解釋上之轉換：我民法從德國民法，於第一一二條規定：『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。』（德民第一四〇條）例如發出本票之行爲，雖因法定條件欠缺而無效，若可作爲不要因之債務承擔契約，其契約仍爲有效是。本條之設，蓋所以尊重當事人之意思，而期實際上之便利也。

第四項 無效行爲當事人之責任

依我民法第一一三條規定：『無效法律行爲之當事人，於行爲當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。』此爲我民法所特有之規定，實則如基於無效行爲而爲給付時，當事人自應互負回復原狀

之義務，初不待當事人於行為當時明知或可得而知其無效。如不能回復原狀，或回復顯有重大困難，應類推適用第二一五條之規定，以金錢賠償其損害，是為當然。本條所謂『或損害賠償』云云，即指此情形而言，初非無效行為之當事人負有何種之特別責任。（註一）（註二）

（註一）各國法律所以不特設規定者，因此種情事，以適用不當得利之規定為已足，無特設明文之必要故也。余戟門氏謂：『就我民法第一八一條第一八二條之規定觀之，此條規定不無重複之嫌。』（余氏前揭二一二頁）允稱的論。我民法乃特設規定，且用回復原狀及損害賠償字樣，適足惹起一般之誤解，如陳克生氏謂損害賠償責任云云為特別規定，即其一例。陳著謂：『若後者則為特別規定，若無此明文，惟有依侵權行為之法理辦理，現行民法，則祇須行為人於行為時明知或可得而知，而他方又曾因無效致受損害，即應賠償，不必即為侵權行為。』（陳氏前揭三一四頁）

（註二）我民法關於無效之規定，有一缺點，即未設無效行為經承認後視為新行為之規定是。所謂無效行為之承認，原有兩種情形：（一）溯及承認，即溯及承認以前，使之有效是。（此種承認，羅馬法探之 Dernburg, Pand. § 122.）（二）非溯及承認，即除去無效之原因，而為承認，使其自承認時從新生效是。其在前者，於理論上固屬不能，然在後者，不但理論上非不可能，且於除去無效原因後而為承認，使其自承認時起從新生效，衡諸交易簡便敏捷之旨，亦屬必要。我民法關於無效之規定，既形式上及實質上均取德國民法及日本民法，而於德民第一四一條第一項及日民第一一九條但書之規定，獨不採用，似有未洽。

第三款 撤銷

第一項 撤銷之概念

第一 概說

民法上所謂撤銷 (Anfechtung)，有種種之意義，有指法律行為之撤銷者，有指法律行為以外之撤銷者。前者例如第七四條第八八條第八九條第九二條第一六五條第二四四條第四一六條第一項第四一七條第九八九條至第九九七條及第一二一九條至第一二二二條等所定之撤銷是。後者例如第一四條第二項及第三四條等所定之撤銷是。而法律行為之撤銷中，有以意思表示之有瑕疵為原因者，有不以意思表示之有瑕疵為原因者。前者例如第七四條第八八條第八九條第九二條第九九六條及第九九七條等所定之撤銷是。後者如第一六五條第二四四條第四一六條第一項第四一七條第九八九條至第九九五條及第一二一九條至第一二二二條等所定之撤銷是。茲之所述，專就以意思表示之有瑕疵為原因之撤銷而言。

第二 撤銷之概念

得撤銷之法律行為 (voidable act, actes nullables, anfechtbares Rechtsgeschäft) 者，因意思表示之有瑕疵，由撤銷權人溯及的消滅其法律行為之效力之法律行為也。析言之如左：

一 得撤銷之行為其效力乃已發生

此即得撤銷之行為，與無效之行為顯著不同之點，蓋無效之行為，於法律行為當時，即已確定不生效力故

也。例如買賣人口之契約，於其契約成立當時，即因背於公序良俗而應無效是。反之得撤銷之行爲，例如被詐欺脅迫訂立之契約，其契約苟已具備法定要件，即發生法律上之效力，不過其意思表示具有瑕疵，撤銷權人得爲撤銷，使其效力歸於消滅而已。即此又可知撤銷與撤回之不同，即撤銷乃消滅已生效力之行爲，撤回（Wieder-ruf, revocation）則在阻止未生效力之行爲發生效力。我民法關於撤銷與撤回之用語雖欠統一，然其區別則甚顯然，此就第九五條第一項但書與第一一四條第一項對照觀察，即可明瞭。

二 得撤銷之行爲其效力在於未確定之狀態

此即得撤銷行爲之特色。得撤銷之行爲，其效力既在於未確定之狀態，故如撤銷權人一爲撤銷，則其行爲即確定自始爲無效（民法第一一四條第一項）反之，如撤銷權人一爲承認或其撤銷權因除斥期間之經過而消滅，則其行爲即確定自始爲有效（民法第一一五條第七四條第二項第九〇條第九三條第九九六條第九九七條）即此可知，得撤銷之行爲，與效力未定之行爲不同，蓋效力未定之行爲，其效力尙未發生，初非如得撤銷之行爲，其效力在於未確定之狀態也。

三 得撤銷之行爲惟因撤銷喪失其效力

此亦得撤銷行爲之特色。得撤銷之行爲，既惟因撤銷喪失其效力，故如表意人不爲撤銷，則其撤銷權，即因除斥期間之經過而消滅，從而得撤銷之行爲，即確定自始爲有效。但得撤銷之行爲，因撤銷而喪失者，乃行爲之

效力，而非行爲之本身。蓋法律行爲或意思表示，乃一種事實，決不能以人爲除去，其能以人爲除去者，僅爲該事實所生之效力故也。即此可知，我民法所謂法律行爲或意思表示之撤銷云者，不過用語上之便宜而已（民法第七四條第一項第八八條第一項第八九條第九二條第一項第一一四條第一項）。

四 撤銷惟得由撤銷權人爲之

撤銷惟得由撤銷權人爲之，此即撤銷與無效之不同。蓋無效，乃法律上當然不生效力，故無論何人皆得主張其無效，撤銷則惟得由一定之人爲之。此特定之人，即撤銷權人是也。至何人爲撤銷權人，俟後述之。由斯以言，撤銷之爲撤銷，乃相對的。但所謂相對的，乃撤銷權人須爲具備特定要件之人，而非撤銷之效果爲相對的。故法律行爲或意思表示一旦撤銷以後，則其法律行爲或意思表示即自始爲無效，此之所謂無效與無效行爲之無效同，亦發生絕對之效果焉。

第三 撤銷權之本質

撤銷權（Anfechtungsrecht）者，以依自己之意思表示，消滅法律行爲之效力爲內容之權利也。撤銷權之內容，非在對於相對人請求爲一定之行爲，則撤銷權自非債權。又撤銷權人非對於得撤銷之法律行爲有何種之支配力，則撤銷權自非所謂支配權。故在通說均謂撤銷權爲可能權（Kannrecht），形成權（Gestaltungsrecht），或變更權（Anderungsrecht）。良以撤銷權之內容，在依撤銷權人一方之意思變更從來之法律關係，而發生與

其不同之法律關係故也。又撤銷權為從權利，故如由該法律行為所生之關係有專屬性，則撤銷權自亦有專屬性。至其不得獨立移轉，更不待言。

第二項 撤銷權人

如前所述，撤銷惟得由撤銷權人為之，何人為撤銷權人，我民法未設一般規定，抽象言之，此之所謂撤銷權人，當係指為有瑕疵之法律行為或意思表示之人而言。例如第七四條第一項之撤銷權人，為急迫輕率或無經驗之行為人；第八八條第一項第八九條第九二條第一項之撤銷權人，為錯誤誤傳被詐欺或被脅迫之表意人；第九九六條第九九七條之撤銷權人，為精神錯亂被詐欺或被脅迫之行為人是。撤銷權人固為有瑕疵之意思表示之人，但其行使則不妨由法定代理人或意定代理人為之。良以撤銷權之行使，與一般權利之行使同，初無限於權利人之必要故也。但為有瑕疵之意思表示之人為代理人時，其撤銷權究屬於代理人，抑屬於本人，不無疑問。余則以為代理行為既係直接對於本人發生效力，則與本人自為行為無異，其撤銷權自應屬於本人，而不屬於代理人。至撤銷權能否為繼受人所繼受，亦屬疑問。余則以為不問其為一般繼受人，抑為特定繼受人，通常均得繼受原權利人之撤銷權。繼受人既得繼受原權利人之撤銷權，則撤銷權之除斥期間應前後通算，自不待言。

第三項 撤銷權之行使

第一 撤銷之方法

關於撤銷之方法，有兩種立法例，有以訴訟爲之爲必要者，如法國民法是（法民第一三〇四條）有以意思表示爲之爲已足者，如德國民法及日本民法是（德民第一四三條）我民法則從後之立法例，於第一一六條第一項規定：『撤銷，應以意思表示爲之。』依此規定，則撤銷無須於訴訟上（裁判上）爲之，即於訴訟外（裁判外）爲之，亦無不可。即於訴訟上爲之，亦不必特行起訴，即單以其爲攻擊或防禦之方法爲之，亦無不可。但此僅屬原則，例外有以訴訟爲之爲必要者，例如第九九六條第九九七條及其他凡用『請求撤銷』之文句者，皆屬之。撤銷原則上既應以意思表示爲之，自應適用關於意思表示及法律行爲之規定。又撤銷無須方式，且無須以明示爲之，是爲通說，余亦謂然。雖然，撤銷應表示其原因與否，則有異論，依余所信，應採肯定說。何則，蓋撤銷表示其原因，在撤銷權人輕而易舉，而在撤銷之相對人則不至陷於茫然之境地，甚爲必要故也（異說陳氏前揭三二九頁。）又撤銷得附加條件與否，亦有異說，依余所信，法律行爲原則上既許附加條件，故在無害於撤銷相對人利益之範圍內，縱附加條件，亦無不可。例如附加隨意條件云，如不爲一定之行爲則爲撤銷是。

第二 撤銷之相對人

撤銷之意思表示，應對於何人爲之，各國法律不同，有明定撤銷應對於相對人爲之，何人爲撤銷之相對人，則因契約與單獨行爲不同，而設相異之規定者，如德國民法是（德民第一四三條）有祇規定得撤銷行爲之相對人如已確定，應對於該相對人爲之者，如日本民法是（日民第一二三條）我民法則從日本民法，於第一一六條

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。』本條對於契約及有相對人之單獨行爲，均有其適用，解釋上固無疑問。惟所謂確定之相對人，究係指法律行爲當初之相對人，抑係指因其行爲直接取得權利之人，則有問題。依余所信，我民法既明定其爲相對人，自應解爲法律行爲當初之相對人。故如相對人以其取得之權利讓與於他人時，其爲撤銷，亦應以當初之相對人爲撤銷之相對人。（註）不過自立法論言之，自不能不以德國民法『以因其行爲直接取得權利之人爲撤銷相對人』爲合理耳（德民第一四三條第二項第四項）。至若無相對人之行爲，其撤銷之意思表示應向何人爲之，我民法及日本民法均無明文，故在一般通說多謂其撤銷之意思表示無須對於利害關係人或其他特定人爲之（陳氏前揭三三〇頁鳩山氏前揭五〇四頁我妻氏前揭五四一頁）。余則以爲不然，蓋撤銷原以消滅得撤銷行爲之效力爲目的，故如有直接之利害關係人，自非對之表示，不生效力。例如欲撤銷地上權之拋棄，須對於所有人爲之是。又撤銷之相對人如有數人，究應對於全體爲之，抑應對於一人爲之，學說上亦有爭論（Oertmann氏 Plancq氏主前說 Hölder氏主後說）。余則以爲原則上應對於全體爲之，蓋全體爲其相對人故也（民法第二五八條第二項）。但法律行爲之內容係屬可分關係者，自不必對於全體爲之。

（註）關於此點，陳克生氏周新民氏余戟門氏均與鄙見不同，陳著謂：『如由該契約或單獨行爲所生之法律關係更爲第三人繼承者，自應以該第三人爲相對人。』（陳氏前揭三三〇頁）周著謂：『此之所謂相對人，非專指爲契約或爲單獨行爲的相對人而言，即第三人因可得

撤銷行爲而直接取得權利者，亦得爲撤銷的相對人。」（周氏前揭三九六頁）（全者更謂：『得撤銷行爲之相對人不確定時，則應以因其行爲而直接取得權利之人，爲撤銷之相對人。』）（余氏前揭二一三頁）

第四項 撤銷之效力

第一 撤銷之溯及效力

關於撤銷之效力，應探溯及主義？不溯及主義乎？物權主義（或直接主義）？債權主義（或間接主義）？乎？自來學說頗有爭論（中島氏民法論文集二二九頁以下），但我民法則從一般立法例，探溯及的物權主義，而於第一一四條第一項明定：『法律行爲經撤銷者，視爲自始無效。』（德民第一四二條第一項，日民第一二一條，俄民第三六條）依此規定，撤銷之效力有如下述：（一）撤銷之效力，溯及既往。即已發生效力之法律行爲，一旦撤銷，等於自始即未發生效力。但此僅屬原則，亦有例外不溯及既往者，例如關於婚姻之撤銷是（民法第九九八條）。（二）撤銷之效果，無須撤銷權人之請求，當然而生。（三）撤銷之效果，原則得以之對抗第三人。但有例外，例如撤銷被詐欺而爲之意思表示，不得以之對抗善意第三人（民法第九二條第二項）。

第二 撤銷行爲當事人之責任

依我民法第一一四條第二項規定：『當事人知其得撤銷，或可得而知者，其法律行爲撤銷時，準用前條之規定。』準用前條之規定云者，即準用第一一三條，明知或可得而知其撤銷之當事人應負回復原狀或損害賠償責

任之規定也。至何謂回復原狀損害賠償及其關係如何，前已述之，茲不贅。（註）

（註）陳克生氏謂：『此所謂損害乃指撤銷而受之損害，於不能回復原狀或無須回復原狀而仍受有損害時，均應責令賠償。』（陳氏前揭三三二頁）余則以為此之所謂損害賠償，係指不能回復原狀，或回復顯有重大困難時，以金錢賠償其損害而言。蓋如解為係得撤銷行為當事人之特別責任，則將與民法第九一條之規定陷於重複故也。

第五項 撤銷權之消滅

撤銷權消滅之原因，自學理言之，不外下列之三種：（一）行使：撤銷權為形成權之一種，自應因其行使而消滅。（二）除斥期間之經過：關於撤銷權之行使，我民法均定有一定之期間，是為除斥期間，如於此一定期間內不為行使，則其撤銷權即因期間之經過而消滅（民法第七四條第二項第九〇條第九三條）。（註一）（三）承認：我民法對於承認設有一般規定，茲述承認之本質，承認權人，承認權之行使及承認之效力如左。

第一 承認之本質

承認（Confirmation, Bestätigung）者，撤銷權之拋棄也。換言之，即使攻擊得撤銷行為之手段（撤銷權）歸於消滅，以確定其行為效力之意思表示，謂之承認。（註二）由此可知此之所謂承認，與無權代理行為之承認不同，蓋在後者有使積極的發生效力之效力故也。茲假定以十為完全效力，無權代理行為為九，尚缺其一，附加其一，是為承認。得撤銷之行為則與之相反，因有撤銷權存在，故不完全，其效力為十減一，取去其減一，是為承認。以方程

認，乃撤銷權之拋棄，而非應經承認之法律行為之一部，自無須與應經承認之法律行為取同一之方式。（二）承認，須於應經承認之法律行為存在之間爲之，故對於已經撤銷之行為，則不得再爲承認。以上兩點，德國民法設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同（德民第一四四條）。

第四 承認之效力

關於承認之效力，我民法原則上採溯及的物權主義。即依第一一五條規定：『經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及爲法律行為時發生效力。』（日民第一二二條暹民第一四九條）其採溯及主義者，蓋因承認係撤銷權之拋棄，故其效力自應溯及既往，使其應經承認之行為自始即爲完全之行為。雖然，得撤銷之法律行為，在未經承認以前，第三人非無已取得權利者，設當事人無特別規定，即溯及爲法律行為時發生效力，則第三人不免受不測之損害，故在日本民法有不得妨害第三人權利之限制（日民第一二二條但書）暹羅民法亦明定承認之效力不得對抗善意第三人（暹民第一五〇條）我民法既未設明文，自難爲同一之解釋。

第四款 效力未定

第一 概說

效力未定之法律行為者，發生效力與否未定之法律行為也。效力未定之法律行為與無效之法律行為不同，蓋無效之法律行為，非發生效力與否尙屬未定，乃其法律行為確定不生效力故也。又效力未定之法律行為與得

撤銷之法律行爲亦異，蓋得撤銷之法律行爲，乃其結果歸於有效無效，而非其法律行爲發生效力尙屬未定故也。效力未定之法律行爲，不一而足，我民法對於須得第三人同意而生效力之法律行爲及無權處分行爲設有一般規定，茲述如左。

第二 須得第三人同意而生效力之法律行爲

須得第三人同意而生效力之法律行爲者，依法律規定，或當事人之意思，以第三人同意爲生效要件之法律行爲也。此之所謂同意，就法律規定言之，例如民法第一〇〇六條之所謂同意，第一一〇一條之所謂允許（允許即事前同意，德國民法稱爲豫諾 *Einwilligung*），及第一一八條之所謂承認（承認即事後同意，德國民法稱爲追認 *Genehmigung*）是。（註）至第九七四條第九八一條之所謂同意，及第七七條之所謂允許，則不能相提並論，何則，蓋各該條之行爲係得撤銷之行爲，而非效力未定之行爲故也。關於同意之方法，我民法於第一一七條設有明文規定，即：『法律行爲，須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人之一方爲之。』（德民第一八二條）同意（*Zustimmung*）或拒絕同意（*Verweigerung der Zustimmung*），原則須對於雙方當事人爲之，其得向當事人之一方爲之者，蓋所以期事實上之便利也。如上所述，同意在使他人所爲之法律行爲發生效力，故通說謂其爲補助的法律行爲，余亦謂然。同意既爲補助的法律行爲，而非法律行爲之成立要件，自無須依法律行爲之方式爲之。關於此點，德國民法設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同（德民第一八二

條第二項。又在德國民法，事前所爲之同意即豫諾，得於爲法律行爲前撤回，我民法無之，余以爲解釋上亦應相同（德民第一八三條）。

（註）於此可見我民法第一一八條（第一七〇條亦同）之所謂承認，似應改爲追認，以別於第一一六條得撤銷行爲之承認，或改得撤銷行爲之承認爲確認亦可（德民即用確認字樣）。我國學者陳克生氏亦因用語之同一而陷於誤解，陳著謂：『民法上得經承認而有效之法律行爲有種種：（一）有限制行爲能力所爲之契約，（二）有無代理權人所爲之代理行爲，（三）有無效之法律行爲，（四）有得撤銷之法律行爲。民法雖於第一一五條第一一六條將承認規定於撤銷之次，一若只就得撤銷之法律行爲始有適用者，但應解爲凡就一切效力不完全之法律行爲，均有適用。』（陳氏前揭三三三頁）不知（二）（三）之所謂承認與（一）（四）之所謂承認，用語雖同，性質則異，即一爲法律行爲之生效要件，一爲撤銷權之拋棄，自不能混爲一談。

第三 無權處分行爲

無權利人就權利標的所爲之處分行爲，往往成立犯罪或侵權行爲，其於法律上不生效力，固屬當然。但此時之行爲人出於善意者有之，如一律使其無效，殊非所宜，故我民法第一一八條第一項規定：『無權利人，就權利標的物所爲之處分，經有權利人之承認，始生效力。』此之所謂承認，即事後同意之義，此就本條母法（德民第一八五條第一項用追認字樣）之用語觀察，即可明瞭。承認，通說謂其爲補助的法律行爲，余亦謂然。承認既爲補助的法律行爲，則處分行爲一經承認，應自溯及於處分之時發生效力，是不待言。至若無權利人於爲處分行爲後，依一

般繼受或特定繼受取得其權利時，自理論言之，其原爲之行爲，自應於其取得權利之時發生效力，然如貫徹此種理論，實際上殊爲不當，故我民法亦如德民第一八五條第二項，於第一一八條第二項規定：『無權利人就權利標的物爲處分後，取得其權利者，其處分自始有效。』又無權利人於未取得其權利前，曾爲數處分而相抵觸者，嗣後取得其權利時，各行爲之效力應如何解決，亦一問題。我民法爲避免爭執起見，特從德民第一八五條第三項，於第一一八條第三項規定：『前項情形，若數處分相抵觸時，以其最初之處分爲有效。』既以其最初之處分爲有效，則最初行爲之相對人，對於行爲人及其他之相對人並一般人，自得主張該處分行爲爲有效。

第五章 期日及期間

第一節 概說

第一 期日及期間

期日及期間，統名之曰時間。時間者，測定事實發生前後之尺度也。時間對空間言，時間固漫無止境，但事實之發生，常有前後，既有前後，即不可不有測定之標準，故所謂時間云者，即吾人因測量事實發生前後便宜上所定之一種尺度也。所謂期日 (Termin) 指不可分或視為不可分之一定日期而言。如云『某日午前十二時』即不可分之一定日期。『某月某日』即視為不可分之一定日期。後者雖包含一定之長度，然吾人如以之視為不可分，固期日也。期日就其不可分之點言之，自無經過之可言。至所謂期間 (Frist) 則指由一定日期至一定日期之繼續時期。如云『由民國二十一年一月一日至民國二十二年一月一日』之一年期間，即其一例。期間必有一定之長度，其開始之時，稱為起算之時，或簡稱始算點。其終了之時，稱為終止之時，或簡稱終止點。由起算點以迄於終止點，則稱為期間之經過。

第二期 期日及期間爲法律事實乎

期日及期間是否法律事實，其說不一。一說謂法律事實者，現象也，時間及時間之經過，非現象，故非法律事實。不過爲對於某種法律事實附以法律上之效果之標準而已。一說則謂權利之得喪，如因時間之經過而生，則吾人在訴訟法上對於時間之經過應負舉證之責，故時間之經過爲法律事實。依余所信，應以前說爲是。蓋時間之爲時間，非現象，非事實，其本質如何，乃千古不可解之一疑問。故單就時間言之，不可不謂其爲非法律事實也。雖然，時間固不能發生法律上之效果，然多爲對於某種事實附以法律上之效果之標準，其於權利之得喪，關係甚大，舉其著者言之：（一）有非在一定之期日或期間，則法律事實不發生法律上之效果者，例如繼承之拋棄，非於知悉於其得繼承之時起二個月內爲之，則其拋棄不發生法律上之效果是（第一一七四條第二項）。（二）有非經過一定之期間後，則法律事實不發生法律上之效果者，例如附有始期之債權，非經過一定時間後，則其債權不發生法律上之效果是（民法第一〇二條第一項）。（三）有一定之事實，非一定期間繼續，不發生法律上之效果者，例如消滅時效是（第一二五條至第一二七條）時期之重要如此，此我民法從德日民法於總則編特設期日及期間之規定也。

第二節 期日及期間之計算

第一款 計算之一般規定

依我民法第一一九條規定：『法令審判或法律行為所定之期日及期間，除有特別訂定外，其計算依本章之規定。』（德民第一八六條日民第一三八條暹民第三〇條）是為計算期日及期間之一般規定。所謂法令，指法律及命令而言。所謂法律，非專指本法，他如刑法刑事訴訟法及民事訴訟法等皆屬之。但刑法刑訴法及民訴法等皆定有特別之計算法，解釋上自應儘先適用各該法之規定，然後適用本章之規定。又本條之規定非強行的，此就『除有特別訂定外』一語觀之，至為顯然。故本條之規定，可謂其為當事人之意思解釋之規定。換言之，即關於期日及期間之計算，如當事人之意思不明，始有本章之適用。本條之所以設此除外規定者，殆於此國曆尚未普行之際，不能不留此伸縮之餘地歟？

第二款 計算法之種類

關於期日及期間之計算，通常可分為自然計算法與曆法計算法之二種，茲分述如左。

第一 自然計算法

自然計算法(Naturalis Computatio)者，即依實際時間以為計算之方法也。即一日為二十四小時，一週為七日，一月為三十日，一年為三百六十五日。依此計算法，則日週月年所包含之時間，常為一致，自屬精確。如云『自某日午後二時起一日』即指至翌日午後二時為止滿二十四小時之時間而言。如云『自某日午後五時起一月』

即不問月之大小，指至第三十日午後五時爲止滿三十日之時間而言。又如云『自某月某日午後六時起一年，』即不問年之平閏，指至第三百六十五日午後六時爲止滿三百六十五日之時間而言。自然的計算法，古代羅馬法行之，我民法惟對於月或年非連續的期間採自然計算法，即依民法第一二三條第二項規定：『月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。』（德民第一九一條後段）非連續的期間（*Tempus utile*）者，無須繼續經過之期間也。如云『請假至三月以上着即休學，』此即非連續之期間，而以滿足九十日爲其期間之屆滿焉。本條之設，乃在尊重我國一般之習慣。

第二 曆法計算法

曆法計算法（*Computation civilis*）者，依國曆以爲計算之方法也。我國向用太陰曆，自民國成立以還，改用太陽曆，即國曆。在歐洲各國所用之曆法，其種類有二：一爲舊式曆，此曆爲 *Julius Caesar* 所制定，一稱 *Julius* 曆，蘇俄及其他希臘教國採用之。一爲新式曆，此曆爲法王 *Gregor* 八世所制定，一稱 *Gregor* 曆，其他歐洲諸國採用之。我國現行之國曆，即 *Gregor* 曆。我民法關於月或年連續的期間採曆法計算法，即依第一二三條第一項規定：『稱月或年者，依曆計算。』（德民第一九一條後段）日民第一四三條第一項（連續的期間（*Tempus Continuum*）者，須繼續經過之期間也。所謂依曆計算，即一日非二十四小時之集合，乃地球迴轉一週之長度，換言之，所謂日者，自午前零時以迄於午後十二時之謂也。又所謂週，非二十四小時之七倍，乃謂自日曜日以迄於土曜日。

所謂月，非三十日之集合，乃謂自月之一日以迄於月之末日。所謂年，非三百六十五日之集合，乃地球迴轉太陽一週之長度，即謂自一月一日以迄於十二月三十一日。月有大小（或為三十一日或為三十日或為二十八日），年有平閏（平年二月為二十八日閏年二月為二十九日），其中所包含之日數不等，悉依曆法定之。曆法的計算法，於計算長時間最為便利，故我民法原則上採用此法。

第三款 計算之起點及終點

第一 期間之起算點

一 以時定期間時之起算點

依我民法第一二〇條第一項規定：『以時定期限者，即時起算。』（日民第一三九條）此即以時定期間時之起算點。依此規定，我民法關於時定期間，亦採自然計算法，良以曆無日以下之單位，故以日以下之時定期間者，自不能不捨曆法計算法，而採自然計算法。所謂即時起算，例如上午八時十分買賣貨物，約定四小時內成交，即自八時十分為始，以計算其四小時之時間是。

二 以日星期月或年定期間時之起算點

依我民法第一二〇條第二項規定：『以日星期月或年定期限者，其始日不算入。』（德民第一八七條第一項）日民第一四〇條瑞債第一三二條暹民第三二條第一項）此即以日星期月或年定期間時之起算點。所

謂始日不算入，如云『自一月一日起若干日，』即不算入其始日之一月一日，而自其翌日之一月二日爲始，以計算其期間是。但在德日民法均設有例外規定，即期間自午前零時爲始者，仍算入其始日（德民第一八七條第二項日民第一四〇條但書）。我民法未設明文，解釋上自難相同。惟自立法論言之，是否允當，不無疑問耳。

第二 期間之終止點

一 以日星期月或年定期間時之終止點

依我民法第一二一條第一項規定：『以日星期月或年定期限者，以期間末日之終止，爲期間之終止。』（日民第一四一條）此即以日星期月或年定期間時之終止點。在昔羅馬法，期間之終止，因權利取得與權利喪失而不同，即關於權利之取得，以末日之屆至爲已足，關於權利之喪失，則以末日之終止爲必要。此種區分，甚爲不當，蓋在通常情形，由一方當事人觀察，爲權利之取得，由他方當事人觀察，則爲權利之喪失，如依羅馬法，則其終止點勢將不能一致故也。因是，我民法則不問權利取得，權利喪失，皆以期間末日之終止，爲期間之終止。例如自日曜日起算一星期之期間，以土曜日午後十二時爲終止點，自月之一日起算一月之期間，以月之末日爲終止點，以一月一日起算一年之期間，以其年十二月之末日爲終止點是。雖然，本條解釋上對於以時定期，無其適用，故於以時定期間時，則不必以其時之終止，爲其期間之終止。例如自下午二時三十分起算五小時之時間，即以七時三十分爲終止點是。（但有異說 Oertmann Comm. S. 574）

二 不以星期月或年之始日起算期間時之終止點

依我民法第一二一條第二項規定：『期間不以星期月或年之始日起算者，以最後之星期月或年與起算日相當之前一日，為期間之末日。』（日民第一四三條第二項）此即不以星期月或年之始日起算期間時之終止點。例如自星期一午後三時起算一星期之期間，即從翌日即星期二起算，以下星期之相當日即下星期二之前一日，為期間之末日是。月或年之終止點，可以類推。雖然，以星期定期間者，其最後之週固必有其與起算日相當之日，但在以月或年定期間者，則其最後之月或年未必有其與起算日相當之日，良以月有二十八日，二十九日，三十日，三十一日之差別故也。以故我民法第一二一條第二條但書規定：『但以月或年定期間，於最後之月無相當日者，以其月之末日為期間之末日。』（日民第一四三條第二條但書）例如自一月三十日起算一個月之期間，至翌月即二月無相當日即三十日，則以二月之末日即二十八日或二十九日為期間之末日是。依此規定，固不如自然計算法之精確，然此乃曆法計算法應有之現象，實屬無可如何者也。本項解釋上對於以日定期間，無其適用，故於以日定期間時，自應適用第一二一條第一項之規定，是不待言。

第三 期日及期間終止點之延長

依我民法第一二二條規定：『於一定期日或期間內應為意思表示及給付者，其期日或其期間之末日為星期日紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之。』（德民第一九三條日民第一四二條瑞債第七八條暹

民第三七條）是爲期日及期間終止點之延長，所謂星期日，卽曆定之日曜日，所謂紀念日，卽法律所定之紀念日，所謂其他休息日，卽依各地方習慣所定之休息日。本條之設，蓋所以保護休息日之安息也。惟在日本民法及暹羅民法，明定以其日有不爲交易之習慣者爲限，始得以其休息日之次日代之。我民法無此限制，解釋上自難相同。惟自立法論言之，是否允當，不無疑問耳。本條之規定，有謂其係專爲債務人之利益而設者，余則以爲係兼爲債權人之利益而設。故如於星期日，對於銀行爲一定之給付，縱不爲受領，亦不負受領遲延之責。雖然，本條之立法旨趣，非在禁止休息日爲一定之給付，故如債權人不聲明異議受領其給付時，則其給付自非期間前之給付。

第三節 年齡計算法

關於年齡之計算法，我國南北習慣頗不相同，北部諸省以經過一年爲一歲，南部諸省則以滿足一年爲一歲，民法爲劃一年齡之計算起見，特於第一二四條第一項規定：『年齡自出生之日起算，』以滿足一年爲一歲（德民第一八七條第三項。）其自出生之日起算者，蓋又因年齡對於自然人之影響甚大，故以之別於第一二四條第二項一般期間之起算也。又出生之月日或日如不確定，外國法律嘗明定：『不能確定其人之出生日者，其年齡，自出生年之末日計算之。』（暹民第四一條）我民法以其有失公平，故於第一二四條第二項規定：『出生之月日無從確定時，推定其爲七月一日出生。知其出生之月，而不知其出生之日者，推定其爲該月十五日出生。』惟既屬

推定，自許反證。（註）

（註）外國民法設有月初月中及月終之擬制，我民法無之，茲譯錄於次，以爲適用上之參考。瑞債第七六條：「其期日定爲月初或月終者，視爲其月之第一日或最終日。」暹民第三五條第二項以次：「月初爲其月之第一日。月中，爲其月之第十五日。月終，爲其月之末日。」

第六章 消滅時效

第一節 概說

第一 時效之概念

時效 (Praescriptio, Prescription, Verjährung) 者，以於一定期間內，一定事實狀態之繼續，為其成立要素，之法律事實也。析言之：(一)時效係以一定期間之經過為要素，(二)時效係以一定事實狀態之繼續為要素，(三)時效為法律事實。此法律事實，有為取得權利之原因者，有為喪失權利請求權之原因者，前者之時效，謂之取得時效 (Prescriptio Acquisitiva)，後者之時效，謂之消滅時效 (Prescriptio Extinctiva)，學者通常統稱之為時效焉。

第二 時效之基礎

現代各國法律對於私權之時效，雖其範圍廣狹，效力強弱，不甚相同，然其承認時效制度之存在，則屬一致。至其存在理由，學說紛紜，迄無定論，依余所信，當不外下述之兩種理由：(一)永續狀態之保護：凡有與正當權利相

異之事實關係發生，權利人固得主張其權利，以回復原有之狀態，然此事實關係，如已經過長久之時間，而不予以保護，則適足以影響社會之安全，故法律特設時效制度，而使行使權利者喪失其權利，此時效制度存在之理由一。

(二) 避免舉證之困難：就通常情形言之，某種事實狀態，如已經過長久之時間，則其證明資料，多屬湮滅，故法律特以時效為證據之代用 (Surrogat für Beweis)，而使永不行使權利者喪失其權利，此時效制度存在之理由二。

上述兩種理由，又依取得時效與消滅時效而有畸輕畸重之差，即在取得時效，偏重於第一種理由，在消滅時效，尤其在短期消滅時效，則偏重於第二種理由。我民法所以從德國民法，以取得時效及消滅時效為各別之制度者，亦即在此。

第三 時效之沿革

時效制度濫觴於羅馬法，考羅馬法因時間經過發生權利變更之制度有二：(一) 取得時效 (Usucapio)；Usucapio 於十二銅表法即已有之。Usucapio 者，永年占有他人之物，取得其物之所有權之制度也。其始也，期間甚短，即動產為一年，不動產為二年。但此制度僅能適用於羅馬市民，其適用於非羅馬市民者，則有與此類似之制度，第其期間較長，即占有人與所有人住於同州者十年，非住於同州者二十年。是之謂長期時效 (Prescriptio longilempolis)。優帝之世廢止此種區別，關於動產，適用 Usucapio 之規定，關於不動產，適用長期時效之規定，此即後世取得時效之所由始。(二) 消滅時效 (Prescriptio)：消滅時效，乃關於訴權之制度。依羅馬市民法，訴

權不因時間之經過而消滅，但審判官 (Praetor) 所與之訴權，則原則上須於一定期間內行使之，於是有所謂永久訴權 (Actio perpetua) 與有期訴權 (Actio temporales) 之差別。嗣後雖依 Theodosius 11 世之命令，凡訴權通常為三十年，但仍保存舊有之名稱，而以三十年時效為永久訴權，短期時效為有期訴權，此即後世消滅時效之所由始。依上所述，可知此兩種制度有下列三點之不同：(一) 就其起源言之，一起源於十二銅表法，一起源於審判官之命令。(二) 就其要件言之，一以占有為基礎，一以權利不行使為基礎。(三) 就其效果言之，一關於權利之取得，一關於權利之消滅。德國民法即依此區別，以相當於消滅時效之事項，於 Verjährung 名稱之下，規定於總則編 (德民第一九四條以下)，以相當於取得時效之事項，於 Erwerb 名稱之下，規定於物權編 (德民第九〇〇條)。但在法國民法 (法民第二二一九條以下) 奧國民法 (奧民第一四五一條以下) 日本民法 (日法第一四四條以下)，則以兩者之根本精神雖不相同，然因其皆在保護永續之狀態及避免舉證之困難，故於時效 (Prescriptio Verjährung) 的概括名詞之下，以之規定於總則編。

第四 我民法之規定

我民法關於時效之規定，係從德國民法，以取得時效消滅時效為各別之制度，故以消滅時效規定於總則編 (民法第一二五條)，取得時效則於物權編所有權通則中規定之 (民法第七六八條以下)。此種立法，甚為妥洽，良以取得時效與消滅時效性質不同，即一為取得權利之直接原因，一則祇喪失權利之請求權，而權利之本身

並不消滅，二者之性質既異，自不能以其為統一制度，規定於一處。雖然，關於時效之起算，時效之中斷，以及時效之未完成等，我民法祇對於消滅時效設有規定，是否準用於取得時效，不無疑問。余則以為我民法雖未如瑞士債務法第六六三條及第七二八條第三項設有準用明文，然在解釋上應為準用，實無可疑。又我民法總則編所規定者為一般消滅時效，此外尚有特別消滅時效，例如民法第一九七條第一項，第四五六條第一項，第四七三條第一項，第五一四條，第五六三條第二項，第六一一一條第一項，第六二二三條，第九六三條，第一一〇九條，第一一四六條等，除時效期間及其起算各點，適用各本條之規定外，關於其他之點，應準用一般消滅時效之規定，又不待言。

第二節 消滅時效之本質

第一 消滅時效之概念

消滅時效 (*Præscriptio extinctiva*, *Prescription extinctive*, *erlöschende Verjährung*) 者，以於一定期間內，不行使其權利，為成立要素，之法律事實也。析言之：

一 消滅時效須經過一定之期間

消滅時效，以經過一定之期間，為其成立要素，為各國法律之所同，我民法亦然。但其期間之長短，則因情形而異。依我民法規定，有為十五年者，即一般請求權之消滅時效是。有為五年者，即一年以下之定期給付債權，其

各期給付請求權之消滅時效是。有爲二年者，如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等請求權之消滅時效是。其詳俟於時效期間中述之。（註）

二 消滅時效須繼續不行使權利

消滅時效，非僅以經過一定期間爲已足，且以於此一定期間內不行使權利，爲其成立要素，此爲各國法律之所同，我民法亦然。我民法第一二五條至第一二七條所謂『不行使而消滅』，卽此意也。權利人有得行使權利之狀態而不行使者，爲不行使權利。行使權利時，法律上之障礙已不存在者，爲得行使權利之狀態。其詳俟於時效之起算中述之。

三 消滅時效爲一種法律事實

消滅時效，以時間之經過與繼續不行使權利爲其成立要素，已於前述，而此於一定期間內不行使其權利之狀態，究爲法律狀態，抑爲單純之事實狀態，學說上頗有爭論，余則以爲應解爲係法律上之狀態，卽法律狀態。法律狀態去者，卽時效依法律規定而有引起私權變動之效力之謂也。雖然，依我民規定，消滅時效僅能消滅權利之請求權而不能消滅權利之本身，是不可以不知耳。其詳俟於時效之效力中述之。

（註）關於消滅時效之期間，除蘇俄民法概定爲三年外（俄民第四四條），各國法律多設一般期間與特別期間之區別，如法國民法，一般期間爲三十年，特別期間爲二十年十年五年二年一年及六個月（法民第二二六二條以下），德國民法，一般期間爲三十年，特別期間爲四

年及二年（德民第一九五條以下）日本民法，一般期間為十年及二十年，特別期間為五年三年二年及一年（日民第一六七條以下）瑞士債務法，一般期間為十年，特別期間為五年（瑞債第一二七條以下）暹羅民法，一般期間為十年，特別期間為五年及二年（暹民第四四八條以下）

第二 消滅時效與除斥期間之區別

除斥期間（*Preclusivfrist, Ausschussfrist*）者，法律對於某種權利所豫定之存續期間也。故除斥期間一稱豫定期間（*Delai Prefixe*）。除斥期間與消滅時效之區別，始於一八八〇年 *Grawein* 氏之學說。近來一般通說皆是認之（但有異說如 *Wendt, Hölder, Rosenberg* 諸氏）余亦謂然。茲述二者之區別如左：

（一）在消滅時效，其權利係永久存續，並不包含時間之限制，故必因外部之原因，即時效之完成而消滅。反是在除斥期間，其權利自始即有存續期間之限制，故於期間屆滿之時，則其權利當然歸於消滅。但有謂即在消滅時效，其權利亦惟於時效期間内存續者（*Hachenberg* 氏主此說）其說殊難贊同，何則，蓋如依此說，則是權利得因時效之中斷，增加其時間上之分量矣。

（二）在消滅時效，設有時效中斷及不完成之規定，故其期間得因中斷及不完成延長。反之在除斥期間，則為不變期間，不得因中斷及不完成而延長。蓋法律之所以規定除斥期間，即在使其權利不得超過一定期間而存續，此就買回權（民法第三八〇條）婚姻撤銷權（民法第九八九條以下）及繼承之拋棄（民法第一一

七四條）等規定觀察，甚爲明瞭，如許中斷及不完成，則其權利不難永遠存續，殊有背於立法之精神，非所許也。

（三）關於期間之起算，消滅時效亦與除斥期間不同。即在消滅時效，我民法於第一二八條設有一般規定，以其請求權可以行使，或爲行爲時爲起算點。反是在除斥期間，則我民法未設一般規定，除於各本條另有規定外，解釋上自應以其權利完全成立之時爲起算點。良以除斥期間，原在對於權利附以存續期間之限制，以其權利完全成立之日，爲其期間開始進行之時，是爲當然故也。

（四）除斥期間之屆滿與消滅時效之完成，實際上之效力固屬相同，但（一）除斥期間，其權利係依內部之力終其天年，消滅時效，則其權利係依外部之力奪其生命。（二）消滅時效，非當事人援用，法院不得依職權以其爲裁判之資料，反是除斥期間，當事人縱不援用，法院亦得依職權以其爲裁判之資料。（三）已完成之消滅時效，其利益解釋上可以拋棄，反是已屆滿之除斥期間，則其利益不許拋棄。蓋前者係屬財產權，縱許拋棄，亦於公益無礙。反是後者，如許拋棄，則不但有以私人意思延長其期間之流弊，且自理論言之，其權利既已因除斥期間屆滿而消滅，如許拋棄，則與以私人意思創設權利無異，非所許也。

第三節 消滅時效之客體

何種權利，得爲消滅時效之客體，各國法律頗不一致，有以債權及其他非所有權之財產權爲消滅時效之客

體者，如日本民法是（日民第一六七條）亦有以請求權為消滅時效之客體者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第一九四條瑞債第一二七條）我民法則從德瑞立法例，以請求權為消滅時效之客體（民法第一二五條以下）準是以解，不但支配權例如物權擔保物權人格權及身分權等不能為消滅時效之客體，即形成權例如撤銷權解除權催告權及承認權等，亦不能為消滅時效之客體。（註）雖然，我民法之以請求權為消滅時效之客體，僅屬原則，亦有例外並其權利而亦消滅者，即第八八〇條所定之情形是。但此例外，殊不多見。所謂請求權，有因債權而生者，有因物權或其他絕對權而生者，其因債權而生之請求權，得為消滅時效之客體，學說上固無異論；但因物權而生之請求權，能否為消滅時效之客體，則有肯定及否定之二說。主肯定說者謂：由物權而生之請求權，不問其為人的請求權（損害賠償請求權）物的請求權（返還請求權妨害除去請求權）如經過一定期間而不行使，即應與一般請求權同視，使其因消滅時效而消滅。主否定說者則謂：物權之本身既不因消滅時效而消滅，則由物權而生之請求權，自亦不因消滅時效而消滅，否則將使物權成為有名無實之權利。依余所信，應以肯定說為是。蓋我民法祇視定請求權因時效而消滅，初無區別其請求權係因債權而生，抑因物權而生之理由故也。至由物權以外之絕對權如人格權身分權等而生之請求權，能否為消滅時效之客體，解釋上亦一疑問。余則以為於此問題，應依情形分別決之，即由物權以外之絕對權而生之請求權，有為消滅時效之客體者，例如後述贍養費之各期給付請求權是。有不為消滅時效之客體者，例如由夫妻關係而生之同居請求權是。又依上所述，由債權而生之請求權，固

得爲消滅時效之客體，但如其請求權與一定事實關係或法律關係相終始，則不能單獨因消滅時效而消滅，例如由相鄰關係而生之請求權（民法第七七四條以下），共有物之分割請求權（民法第八二二條），同時履行抗辯權（民法第二六四條），保證人之先索抗辯權（民法第七四五條）之類是。

（註）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『其所規定之形成權消滅權時效，如第四一六條第二項第四一七條第五一四條等規定，自應解爲係因時效完成而消滅。』（陳氏前揭三四七頁）又謂：『形成權中如特定撤銷權及契約解除權，民法已於第四一六條第二項第四一七條第五一四條等設有規定者，其得因消滅時效消滅，自屬顯然。』（陳氏前揭三五二頁）不知第四一六條第二項及第四一七條雖用消滅時效之語句，然實爲除斥期間，而非消滅時效。

第四節 消滅時效之期間

第一 一般期間

依我民法第一二五條規定：『請求權，因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。』（法民第二二六二條德民第一九五條日民第一六七條瑞債第一二七條俄民第一四四條暹民第四五二條）是爲消滅時效之一般期間。關於消滅時效之一般期間，羅馬法定爲三十年，法國民法及德國民法從之，日本民法則定爲二十年。現代立法趨勢，消滅時效頗有短縮之傾向，如蘇俄民法定爲三年，瑞士債務法及暹羅民法定爲十年，即

其明證。我民法折衷於新舊立法之間，酌定爲十五年，實爲最當之立法例。至所謂法律所定期間較短者，例如第一二六條，第一二七條，第一九七條第一項，第四五六條第一項，第四七三條第一項，第五一四條，第五六三條第二項，第六一一條第一項，第六二三條，第九六三條，第一一〇九條，第一一四六條所定之期間是。

第二 特別期間

我民法除規定消滅時效之一般期間外，亦從一般立法例設有特別期間之規定。關於特別期間，外國法律有爲二十年十年五年及六個月者（例如法國民法）有爲五年三年二年及一年者（例如日本民法）有爲四年及二年者（例如德國民法）有爲五年及二年者（例如暹羅民法）有爲五年者（例如瑞士債務法）我民法則折衷其間，酌設五年及二年之二種。我民法之所以設此特別期間，蓋因第一二六條及第一二七條之各種債權，係由日常行爲而生，類皆立時行使，如久不行使，則多無行使其權利之意思；且在習慣上，是等債務縱已爲清償，亦鮮給與收據，卽有收據，而保存者亦少，故不得不設較短之時效期間。其期間有二，茲述如左：

一 五年之特別期間

依我民法第一二六條規定：『利息紅利租金贍養費退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。』此種特別期間，爲各國法律之所同（法民第二二七七條德民第一九七條日民第一六八條第一六九條暹民第四四九條）所謂定期給付債權（*Periodic*），指於一定或不定期

間不行使而消滅。

- (一) 旅舍，飲食店及娛樂場之住宿費，飲食費，座費，消費物之代價及其墊款。
- (二) 運送費及運送人所墊之款。
- (三) 以租賃動產為營業者之租價。
- (四) 醫生，藥師，看護生之診費，報酬及其墊款。
- (五) 律師，會計師，公證人之報酬及其墊款。
- (六) 律師，會計師，公證人所收當事人物件之交還。
- (七) 技師，承攬人之報酬及其墊款。
- (八) 商人，製造人，手工業人所供給之商品及產物之代價。』

此種特別期間，亦為各國法律之所同（法民第二二七二條第二二七三條德民第一九六條日民第一七〇條第一七二條至第一七四條瑞債第一二八條暹民第四四八條。）第二款所謂運送人，即民法第六二二條所定，以運送物品或旅客為營業，而受運費之人。第三款所謂以租賃動產為營業之人，即依民法第四二一條第一項所定，以動產租與他人使用收益，收取租金為業之人。第四款所謂醫生，指從事一切醫術之人而言，其經考試或檢定合格給予證書與否，在所不問。至類似醫生，如按摩鍼灸接骨催眠符水等不用藥品之人，是否醫生，頗

有疑問。余則以爲應從廣義解釋，蓋非如此，則此等之人因醫術而生之診費報酬及墊款，勢將適用一般期間之規定，殊失均衡故也。所謂藥師，指從事調劑醫藥之人而言。所謂看護生，凡以從事看護病人爲業之男女，皆屬之。第七款所謂技師，指以從事工程之設計監督爲業之人而言。工事之種類如何，在所不問。所謂承攬人，則爲依民法第四九〇條所定，爲他人完成一定工作之人。第八款所謂商人，即商品之販賣人。所謂製造業人，即以加工於材料，作成新物（即產物）之人。規模之大小，在所不問。手工業人，則對於工廠職工而言，舉凡理髮洗染裁縫紡織及其他從事於家庭工業之人，皆屬之。

第五節 消滅時效之起算

關於消滅時效之起算，我民法除對於各種特別消滅時效設有規定外，特於第一二八條設一般規定曰：『消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行爲爲目的之請求權，自爲行爲時起算。』本條前段，指以作爲爲目的之請求權而言。以作爲爲目的之請求權，惟於由債權而生之請求權有之。此項請求權，其消滅時效，應自何時起算，各國法律頗不一致，有自請求權成立之時起算者，如德國民法是（德民第一九八條前段。）有自可行使時起算者，如日本民法及暹羅民法是（日民第一六六條第一項暹民第四二九條。）我民法則從後之立法例，明定其自請求權可行使時起算。良以如自請求權成立之時起算，則對於權利人未免失之過苛故也。所謂請求權可行使之時，指

權利人有得行使其權利之狀態而言。行使權利之時，法律上之障礙已不存在者，則爲得行使其權利之狀態。法律上之障礙，別於事實上之障礙言之，故縱權利人因疾病或不在等主觀之事由，於行使權利有事實上之障礙，亦屬得行使其權利之狀態，而與時效之起算無關。至所謂法律上之障礙，則應分別情形，以爲決定，例如停止條件附或始期附之債權，於其條件未成就或始期未屆至以前，其請求權爲有法律上之障礙。定有清償期之債權，於其期限未屆滿以前，其請求權爲有法律上之障礙。至未定清償期及無確定清償期之債權，其請求權有無法律上之障礙，學說上頗有爭論。余則以爲未定清償期之債權，於其債權成立之時，即在清償期，其請求權別無法律上障礙之可言（民法第三一五條）。至無確定清償期之債權，則於債權人得請求清償以前，其請求權爲有法律上之障礙。又須於通知終止契約後，經過一定期間，始得爲一定之請求者（民法第四五〇條第三項），其請求權有無法律上之障礙，亦一疑問。余則以爲於期間未屆至以前，其請求權應解爲有法律上之障礙。又分期給付之債權，約定一期給付遲延，即得請求全部給付時，如一期給付遲延，其請求權有無法律上之障礙，學說上亦有爭論。余則以爲自該一期給付遲延之時起，則全部給付之時效即應開始進行，無所謂法律上之障礙。若夫以不作爲爲目的之請求權，則不但可由債權而生，且可由物權及其他絕對權而生。此項請求權，其消滅時效，應自何時起算，學說紛紜，殊不一致，我民法則從德國民法及暹羅民法，明定其自有違反行爲時起算。（德民第一九八條後段暹民第四三一條）其自有違反行爲時起算者，蓋以不作爲爲目的之請求權，於未有違反行爲以前，在於滿足之狀態，自必於有違反

行爲之時，始有積極的請求其除去之必要故也。

第六節 消滅時效完成之障礙

第一款 概說

如前所述，消滅時效以在一定期間內不行使其權利爲成立要素，故在此一定期間內而有行使其權利之事實，或雖未行使權利而有難於行使其權利之事實，則此時效期間之進行即不免發生障礙，是爲消滅時效完成之障礙。在此一定期間內而有行使權利之事實者，則使其已進行之期間全歸無效，是爲消滅時效之中斷。雖未行使權利而有難於行使其權利之事實者，則使其已進行之期間暫行中止，是爲消滅時效之停止。但有祇規定時效期間終止前之停止者，有同時規定時效期間終止前之停止及進行中之停止者，前者如日本民法是（日民第一五八條至第一六一條），後者如德國民法是（德民第二〇二條至第二〇七條）。我民法則從日本民法，僅規定時效期間終止前之停止，是謂消滅時效之不完全。

第二款 消滅時效之中斷

第一項 概說

消滅時效之中斷（interruption, Unterbrechung）者，即時效期間進行中因有與消滅時效要素相反之

者，如法國民法、德國民法、蘇俄民法及暹羅民法是（法民第二二四四條、德民第二〇九條第一項、俄民第五〇條、暹民第四三八條第一款。）有不問訴訟上之請求與訴訟外之請求，皆有時效中斷之效力者，如日本民法及瑞士債務法是（日民第一四七條第一項、瑞債第一三五條第二款。）上述兩種立法，以日瑞立法為合理。蓋如必限於裁判上之請求始有時效中斷之效力，則權利人甚感不便，恐不免於坐失中斷時效之機會故也。因是我民法則大體從日本民法，一面以起訴即訴訟上之請求為時效中斷之事由，一面又認請求即訴訟外之請求有時效中斷之效力（民法第一二九條第一項第一款。）但與日本民法略有不同，即日本民法所謂請求，包含訴訟上之請求與訴訟外之請求，我民法所謂請求，則專指訴訟外之請求，訴訟上之請求，謂之起訴，另以其獨立為時效中斷之事由。請求固為時效中斷之事由，然如權利人於為請求後，義務人不為之應（義務人如應其請求則屬承認，）而權利人愒置不理，可知其無行使權利之意思，故我民法於第一三〇條規定：『時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視為不中斷。』（日民第一五三條）所謂視為不中斷者，即視為自始不生時效中斷之效力也。換言之，即時效期間仍自請求時起，繼續進行，與未經中斷同。但如權利人於六個月內已為起訴，其中斷效力，仍自始存續，自不待言。

第二 承認

承認（*Anerkennung*, *Reconnaissance*）者，因時效受利益之當事人，對於權利人表示是認其權利存在之

行爲也。義務人如對於權利人表示是認其權利之存在，則權利人予以信賴，不急遽行使其權利，爲事所常見，故我民法特從一般立法通例，以承認爲時效中斷之事由（民法第一二九條第一項第一款、法民第二二四八條、德民第二〇八條、日民第一四七條第三款、瑞債第一三五條第一款、俄民第五〇條、暹民第四三八條第四款）。惟關於承認之性質如何，學說尙未一致，有謂承認係權利存在之自覺表示，而非法律行爲之意思表示者，亦有謂承認係是認權利存在之單獨的法律行爲者。前說在德日民法學界爲通說，後說惟少數學者主張之（富井氏前揭六五二頁）。依余所信，應以前說爲是。蓋法律行爲之意思表示，以希望發生法律上之效果爲必要，承認而生時效中斷之效果，初不必義務人希望其發生，法律始與以時效中斷之效果故也。承認既僅爲權利存在之自覺表示，則其承認，自爲事實之承認，而無債務創設之效力，故債務人縱爲債務存在之承認，然如事實上並無債務，或其債務業已消滅，則承認人亦非因承認而負何種之債務。至承認應向何人爲之，我民法無明文規定，通說均謂應準用關於意思表示之規定，以意思表示對於時效之相對人（所有人、債權人及其他權利人）爲之，余亦謂然。雖然，承認以意思表示對於時效之相對人爲之爲已足，無須一定之方式，故不問其以言詞爲之、書面爲之，且不問其由義務人自動爲之、抑因權利人之請求爲之。又承認無須以明示爲之，即以默示爲之，亦無不可。所謂以默示爲之，例如一部清償、支付利息、提供擔保及請求緩期清償之類是。關於此點，德瑞法律設有明文，可供參考。又承認，惟能於時效進行中爲之，時效期間進行前，固無所謂承認，即時效完成後，亦無承認之可言。但如知其時效完成而爲承認，則可認爲

時效利益之拋棄（民法第一四七條。）因承認而生時效中斷之效力，為確定的，而非條件的，故無所謂視為不中斷之規定，此承認與請求起訴等由於因時效受利益當事人之行為，不同之點。

第三 起訴

起訴 (Klage zu erheben) 者，因時效受不利益之當事人，提起民事訴訟以行使其權利之行為也。起訴，為權利人行使其權利最確實而有效之方法，故我民法從一般立法通例，以起訴為時效中斷之事由（民法第一二九條第一項第三款法民第二二四四條德民第二〇九條第一項日民第一四七條第一款瑞債第一三五條第二款俄民第五〇條暹民第四三八條第一款。）此所謂訴，指民事訴訟而言。就民事訴訟之種類言之，有所謂給付之訴、確認之訴及形成之訴。就民事訴訟之形式言之，有所謂本訴、反訴及附帶民事訴訟。此所謂訴，係兼指各種之訴，實無可疑。但訴願及行政訴訟，是否此所謂訴，則有爭論。依余所信，應取否定說。蓋訴願及行政訴訟雖間接影響吾人之私權，然其直接目的則在請求行政處分之變更及撤銷故也（異說中島氏前揭八四二頁同說鳩山氏前揭五九五頁。）又起訴應自何時起，發生時效中斷之效力，學說上亦有爭論。有謂以訴狀提出於法院之時起，即生時效中斷之效力者，有謂應以訴狀送達於相對人，始生時效中斷之效力者，前說為多數說，後說惟少數學者主張之（前說中島氏前揭八四三頁鳩山氏前揭五九五頁我妻氏前揭六一〇頁富井氏前揭六四六頁三瀨氏前揭五五六頁後說橫田氏志林一一卷二號七〇頁。）依我民事訴訟法解釋，應以前說為是。蓋我民事訴訟法第二三五條第

一項祇規定起訴應以訴狀提出於法院爲之，無須送達於相對人始生效力故也。其在起訴得以言詞爲之者，應以於推事前陳述起訴之意思，由法院書記官作成筆錄時，發生時效中斷之效力，又不待言（民訴法第三九四條第三九五條）。起訴爲時效中斷之事由，亦爲條件的，而非確定的，故我民法第一三一一條規定：『時效因起訴而中斷者，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之判決，其判決確定，視爲不中斷。』（法民第二二四七條德民第二一二條第一項日民第一四九條）所謂撤回其訴，指原告拋棄因起訴所生法律上效力之意思表示而言（民訴法第二五二條第一項）。訴經撤回，視同未起訴（民訴法第二五三條第一項）。故我民法規定時效因起訴而中斷者，若撤回其訴，視爲不中斷。所謂因不合法而受駁回之判決，即指原告之訴有民事訴訟法第二四〇條第一項所定情形，駁回其訴之裁定而言。外國法律有僅云法院駁回其訴，不但訴之形式不合法而被駁回，即訴之請求不當而被駁回，亦包含之者（法民第二二四七條）。就我民法立論，殊難爲同一之解釋。訴因不合法而受駁回之裁定，原可依法得爲即時抗告（民訴法第二四〇條第二項）。如原告未爲抗告，或已爲抗告而被駁回，其裁定確定者，訴之無效，至爲顯然，故我民法規定視爲不中斷。所謂視爲不中斷，即視爲自始不生時效中斷之效力。此點已於前述，茲不贅。

第四 與起訴有同一效力之事項

依我民法第一二九條第二項規定，與起訴有同一效力之事項，其情形有四，茲述如左：

一 依督促程序送達支付命令

依我民事訴訟法第四七三條規定：『所請求之給付爲代替物或有價證券之一定數量者，債權人得聲請法院，依督促程序，發支付命令。依督促程序（*Mahnverfahren*）送達支付命令（*Zahlungsbefehl*）之時，即生訴訟之拘束（民訴法第四八〇條第一項），與起訴同，故我民法從德日立法例，以其爲時效中斷之事由（民法第一二九條第二項第一款德民第二〇九條第二項第二款日民第一五〇條），送達支付命令，應自何時起發生時效中斷之效力，學說上頗有爭論。有謂自聲請發支付命令之時起，即生時效中斷之效力者。有謂應自送達支付命令於債務人時起，始生時效中斷之效力者（前說中島氏前揭八四七頁鳩山氏前揭五九七頁我妻氏前揭六一一頁後說松岡氏前揭上卷三八二頁），就我民法第一二九條第二項第一款及民訴法第四八〇條第一項之規定解釋，應以後說爲是。蓋在民法明定其爲送達，民訴法且規定自送達時起生訴訟拘束之效力故也。送達支付命令，固爲時效中斷之事由，然如訴訟拘束失其效力，則與未發支付命令無異。故我民法第一三二條規定：『時效因送達支付命令而中斷者，若訴訟拘束失其效力時，視爲不中斷。』（德民第二一三條日民第一五〇條）所謂訴訟拘束失其效力，例如債務人對於支付命令已向發命令之法院提出異議（民訴法第四八一條第一項），及支付命令所載期間已滿後，債權人於一個月內不爲假執行之聲請，或已聲請假執行而被駁回是（民訴法第四八六條）。

二 因和解而傳喚

依民事訴訟律及民事訴訟條例規定：『當事人於起訴前，得表明訴訟標的，聲請傳喚他造當事人試行和解。』（民訴律第五二五條民訴條例第四九三條）權利人既因和解而為傳喚之聲請，其有行使權利之意思，甚為顯然，故我民法從一般立法通例，以其為時效中斷之事由（民法第一二九條第二項第二款法民第二二四五條日民第一五一條瑞債第一三五條第二項暹民第四三八條第三項）和解傳喚，應自何時起發生時效中斷之效力，學說上頗有爭論。有謂於當事人聲請傳喚之時，即生時效中斷之效力者，有謂應於法院傳喚他造當事人時，始生時效中斷之效力者（前說余氏前揭二二五頁後說陳氏前揭三六五頁）依余所信，應以前說為是。蓋當事人因和解為傳喚之聲請，即當事人間接對於相對人行使其權利之意思表示也。雖然，法律之對於和解傳喚予以時效中斷之效力者，原因權利人有行使其權利之行爲，然如和解不成立，而當事人不為起訴，可知其無行使權利之意思（民訴律第五二六條民訴條例第四九四條）故我民法特從日本民法，於第一三三條規定：『時效因和解傳喚而中斷者，若相對人不到庭，或和解不成時，視為不中斷。』但在外國民法有許權利人於一定期間內起訴，仍使自始發生時效中斷之效力者（日民第一五一條）我民法未設規定，自難為同一之解釋。抑有進者，我民法關於和解傳喚，係根據民事訴訟條例及民事訴訟律而為之規定，在現行民事訴訟法則為：『法院不問訴訟程度如何，得於言詞辯論，使受命推事或受託推事，試行和解。』（民訴法第三七〇條）

又依民事調解法，凡人事訴訟事件及初級管轄民事事件，原則上於起訴前應請求調解，（其他民事訴訟事件，得請求調解。）則其和解範圍，至為廣汎，且帶有強制之性質，是不可以不知耳。

三 報明破產債權

報明破產債權（Anmeldung in Konkurse）者，債權人因欲加入破產財團之分配，於法院所定期間內，報明債權額及其原因之行爲也（破產法草案第一九二條。）債權人既報明破產債權，其有行使權利之意思，甚爲顯然，故我民法從一般立法通例，以其爲時效中斷之事由（民法第一二九條第二項第三款德民第二〇九條第二項第二款日民第一五二條瑞債第一三五條第二項暹民第四三八條第二款。）報明破產債權，是否包含破產之聲請在內，學說上頗有爭論。有謂包含破產之聲請在內者，有謂不包含破產之聲請在內者（前說梅氏前揭一五一條鳩山氏前揭五九九頁後說中島氏前揭八五〇頁富井氏前揭六四九頁三瀦氏前揭五六一頁。）依余所信，應以後說爲是。蓋就實際言之，縱爲破產之聲請，如未爲破產債權之報明，尙不能謂其卽有行使權利之意思也。債權人報明破產債權，固有時效中斷之效力，然如撤回其報明，則與未經行使其債權無異，故我民第一三四條規定：『時效因報明破產債權而中斷者，若債權人撤回其報明時，視爲不中斷。』（德民第二一四條第二項日民第一五二條）債權人報明破產債權，因不合法而被駁回，外國法律有明定其不生時效中斷之效力者（如日本民法）我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同。至破產宣告之撤銷，是否影響於報

明破產債權之效力，學說上則有爭論，有謂破產宣告如被撤銷，則報明破產債權應溯及既往為無效者，有謂時效中斷，乃依破產法行使其權利（報明債權）之效果，而非破產宣告之效果，故破產宣告縱被撤銷，亦不影響於報明破產債權之效力者（前說 *Holder* 氏主張之後說 *Jaeger* 氏主張之）。依余所信，就實際的見地言之，應以後說為是。蓋破產宣告以後，行使債權惟一之途徑，即報明破產債權，債權人既報明破產債權，即有行使其權利之意思，自不應因破產宣告之撤銷，喪失時效中斷之效力。

四 告知訴訟

告知訴訟 (*Streitverhandlung*)，一稱告知參加。告知參加者，當事人於訴訟拘束中，將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人，使其為從參加之行爲也（民訴法第六二條至第六四條）。例如原告或被告，於訴訟拘束中，將訴訟告知於因自己敗訴而負擔保與償還義務之第三人，使其參加訴訟是。權利人既對於義務人為訴訟之告知，促其參加訴訟，其有行使權利之意思，甚為顯然，故我民法從德國立法例，以告知訴訟為時效中斷之事由（民法第一二九條第二項第四款德民第一〇九條第二項第四款）。告知訴訟，固有時效中斷之效力，然如於訴訟終結後不為起訴，可知其無行使權利之意思，故我民法亦如德國民法，於第一三五條規定：『時效因告知訴訟而中斷者，若於訴訟終結後六個月內不起訴，不生時效中斷之效力。』（德民第二一五條第二項）此之所謂起訴，自指提起給付或確認之訴而言。關於此點，德國民法設有明文，我民法無之，解釋上

應屬相同。

五 開始執行行爲或聲請強制執行

強制執行 (Vollstreckungshandlung) 者，執行機關對於當事人之一方，以強制方法使他方得實現其權利之處分也。強制執行爲行使權利最後且最確實之方法，故我民法大體從德日立法例，以開始執行行爲或聲請強制執行爲時效中斷之事由（民法第一二九條第二條第五款德民第二〇九條第二項第五款日民第一四七條第二款）。依我國強制執行律之規定，執行機關，分承發吏及執行法院兩種，凡執行行爲均由承發吏實施，不宜專委諸承發吏之執行行爲者，始由執行法院爲之（強制草案第三六條及第五一條），故我民法亦分別情形以爲規定，即強制執行之依承發吏而爲者，以執行行爲（即扣押）之開始，爲時效中斷之事由，強制執行之依法院而爲者，以執行之聲請，爲時效中斷之事由。但在現行辦法，則係以受訴地方法院爲執行機關，於院內附設民事執行處，置執行推事書記官，承院長之指揮命令，督同承發吏實施強制執行事務，所發強制執行之命令，以院長名義行之（強制執行規則第一條至第三條），承發吏僅爲執行法院之附屬機關，是不可以不知耳。開始強制執行或聲請強制執行，固有時效中斷之效力，然如撤銷其執行處分，撤回或駁回其執行聲請，則與未開始執行行爲及未聲請強制執行無異，故我民法亦大體從德日民法，於第一三六條規定：『時效因開始執行行爲而中斷者，若因權利人之聲請或法律上要件之欠缺，而撤銷其執行處分時，視爲不中斷。時效因強制

執行而中斷者，若撤回其聲請，或其聲請被駁回時，視為不中斷。』（德民第二一六條日民第一五四條）至撤銷其執行處分，撤回或駁回其執行聲請之要件如何，強制執行法尙未頒行，殊難為明確之解說。

第三項 消滅時效中斷之效力

第一 對時之效力

消滅時效中斷之效力，在使中斷事由發生前已進行之時效期間全歸無效，使其時效重行起算。但被中斷之時效重行起算，必須中斷效力之終止而後可。故我民法第一三七條第一項規定：『時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算。』又第二項規定：『因起訴而中斷之時效，自受確定判決或因其他方法訴訟終結時，重行起算。』

（德民第二一一條第二一七條日民第一五七條瑞債第一三七條至第一三九條俄民第五一條暹民第四三九條第四四六條第四四七條）第一項係一般時效中斷效力之終止，第二項係因起訴所生時效中斷效力之終止。第一項所謂中斷事由之終止，因情形而不同，即時效因承認而中斷者，以承認為權利人所了解，或到達於權利人時，為中斷事由之終止。時效因請求而中斷者，於請求後六個月內不起訴時，為中斷事由之終止。時效因送達支付命令而中斷者，於訴訟拘束失其效力時，為中斷事由之終止。時效因和解傳喚而中斷者，於和解不成立時，為中斷事由之終止。時效因報明破產債權而中斷者，於債權人撤回其報明，或其報明被駁回時，為中斷事由之終止。時效因告知訴訟而中斷者，於訴訟終結後六個月內不起訴時，為中斷事由之終止。時效因強制執行而中斷者，於撤銷

其處分，撤回或駁回其聲請時，爲中斷事由之終止。第二項所謂確定判決，亦因情形而不同，即判決之得以提起上訴者，依上訴期間屆滿及當事人捨棄上訴權或撤回上訴而確定。判決之不得提起上訴者，如第三審不經言詞辯論之判決，因送達而確定，及民訴法第四二五條第四三二條第四三三條第五一八條所定不得上訴之判決，因宣告而確定是。所謂因其他方法訴訟終結，則指訴訟因裁判上之和解，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。中斷效力終止時，固應重行起算時效，但不得因中斷變更時效之性質。雖然，在外國法律有權利如爲裁判上所確認，則延長其時效期間者（德民第二一八條）此種立法爲民法所不採用，良以時效期間，應依權利之性質定之，初非因裁判上之確認所能變更也。

第二 對人之效力

消滅時效之中斷，既基於因時效而受利益之當事人之行爲而生，或因時效而受不利益之當事人之行爲而生，則其效力自爲相對，而非絕對。故我民法第一三八條規定：「時效中斷，以當事人繼承人受讓人之間爲限，始有效力。」（日民第一四八條）此之所謂當事人，指關與時效中斷之當事人而言，非謂時效當事人之全體。例如債權人爲甲及丙，債務人爲乙及丁，甲如對乙提起債權確認之訴，甲乙兩當事人間之消滅時效固因之中斷，然對於共享債權之丙及共負債務之丁，並不生時效中斷之效力是。但此僅屬原則，我民法尚有例外，例如連帶債權人中之一人爲給付之請求中斷其時效時，對於他債權人亦生效力，債權人向主債務人請求履行及爲其他中斷時效

之行爲時，對於保證人亦生效力是（民法第二八五條第七四七條瑞債第一三六條。）所謂繼承人即時效當事人之一般繼受人。所謂受讓人，即時效當事人之特定繼受人。此等之人，係因時效而受利益或不利益之利害關係人，故時效之中斷對於此等之人亦生效力。

第三款 消滅時效之不完成

第一項 概說

消滅時效之不完成（Ablaufhemmung）者，於時效期間終止之際，因有難於行使其權利之事實發生，暫時不令其完成之謂也。時效之不完成，爲廣義時效停止（Hemmung）之一種，已於前述。其別於他之時效之停止者，惟在時效期間終止之際，暫時令其不完成而已。夫時效期間，原不應因外部之障礙中止其進行，然如於時效期間終止之際，因外部之障礙，致權利人不能行使權利或難於行使權利，而亦放任時效期間之完成，則有未當，故我民法特從一般立法通例，設時效不完成之制度。

第二項 消滅時效不完成之事由

關於消滅時效不完成之事由，各國法律不盡相同，我民法係從德國民法及日本民法定爲下列之五種：（一）因事變之不完成，（二）因繼承關係之不完成，（三）因能力關係之不完成，（四）因監護關係之不完成，（五）因婚姻關係之不完成（民法第一三九條以下德民第二〇三條以下日民第一五八條以下。）不完成之事由，僅

以此五者爲限，當事人類推擴張，則所不許。所謂類推擴張，例如以法人無董事，或對於相對人有抗辯權，爲時效不完成之事由是。

第一 因事變之不完全

消滅時效終止之際，如因事變，致事實上不能中斷時效，而使時效完成，則與處罰不能無異，故我民法特從一般立法例，於第一三九條規定：『時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。』（德民第二〇三條日民第一六一條俄民第四八條）本條之適用，其要件有三：（一）須有事變：事變者，天災及其他不可避之障礙也。天災，指自然力而言，例如地震洪水之類是。其他，則包含甚廣，即障礙之由於人爲者亦是，如因戰爭防疫致使交通斷絕，其適例也。所謂不可避，應依一般通念以爲決定，而非絕對之意味。蓋非如此解釋，則是因洪水致使交通斷絕時，如尚有航空可以通行，仍不能爲時效不完成之事由，揆諸立法精神，實不如此。又事變須爲由外部而生之障礙，基於當事人精神上之狀態亦爲事變之說，殊不足取。何則，蓋如依其說，則是以因可歸責於自己之事由嫁諸他人，準諸正義觀念，非所許也。（二）須其事變致不能中斷時效：中斷時效之方法甚夥，須一切方法均爲事變所妨害，始有本條之適用，此就我民法之用語解釋，是爲當然。故雖一種方法被妨害，苟有其他種方法足資利用，尙不能謂『致不能中斷其時效。』例如因戰爭關係，法院停止辦公，權利人雖不能依起訴之方法，中斷其時效，然尙可依起訴以外之方法，中斷其時效是。（三）須其事變

於期間終止時存在：此就本條『時效之期間終止時』云云解釋，實無可疑。故嚴格言之，事變縱在時效期間終止日之前日消滅，亦無本條之適用。由此可見，本條規定，殊欠妥洽，余意應如第一四一條，改『時效期間終止時』為『於時效期間終止前一定期間內（例如三個月）』以免適用上之困難。

第二 因繼承關係之不完成

於繼承開始時，如繼承人尙未確定，或尙未選定遺產管理人，且未宣告破產，無論係行使權利，或被行使權利，均屬困難，或竟陷於不能，故我民法特從一般立法例，於第一四〇條規定：『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。』（法民第二二五八條第二項）德民第二〇七條，日民第一六〇條，本條之適用，其要件有三：（一）須為關於繼承財產之權利；繼承財產者，因繼承開始，由被繼承人移轉於繼承人之財產（權利及義務）也（民法第一一四八條）。所謂繼承財產之權利，係兼指屬於繼承財產之權利及對於繼承財產之權利，此為本條所明定，無待深論。（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；依我民法第一一七條，繼承開始時，如繼承人之有無不明，是謂無人承認之繼承，應由親屬會議選定遺產管理人，管理其遺產（民法第一一七七條以下）。如繼承人尙未確定，管理人亦未選定，則行使權利，或被行使權利，均屬困難，或竟陷於不能，故我民法以其為時效不完成之要件。但如已有破產之宣告，則其遺產，應屬於破產管財人，即無停止時效進行之理由，此我民法所以又以尙未宣告破產，為時效

不完成之要件也。(三)須繼承開始時時效尙未完成。此就立法精神解釋，應屬如此，故如於繼承開始時時效業已完成，即無適用本條之餘地。

第三 因能力關係之不完全

無行為能力人限制行為能力人，或則絕對無行為能力，須由法定代理人代為意思表示及代受意思表示，或則行為能力受有限制，其為意思表示及受意思表示須得法定代理人之允許，此等之人既不能獨立行使權利，而於無法定代理人時，放任其時效之完成，則與處罰不能無異。故在外國法律有對於未成年人及禁治產人之權利，其時效全然不開始進行者，例如法國民法第二二五二條之規定是。但在我民法則從一般立法通例，於第一四一條規定：『無行為能力人或限制行為能力人之權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成為行為能力人，或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成。』(德民第二〇六條第一項日民第一五八條暹民第四三五條)本條之適用，其要件有三：(一)須為無行為能力人及限制行為能力人之權利。所謂無行為能力人，即未滿七歲之未成年人及禁治產人。所謂限制行為能力人，即滿七歲以上之未成年人。既以無行為能力人及限制行為能力人為限，故縱權利人喪失意思能力，而未受禁治產之宣告成為無行為能力人，亦無本條之適用。但自立法論言之，是否妥善，不無疑問耳。至所謂無行為能力人及限制行為能力人之權利，指屬於無行為能力人及限制行為能力人之權利而言。對於無行為能力人及限制行為能力人之權利，則無本條之適用。(二)須無

法定代理人所謂法定代理人，在未成年人，為父母及監護人，在禁治產人，為監護人，其詳俟於親屬編述之，茲不贅。無行為能力人及限制行為能力人而有法定代理人，則行使權利，不患無人，自無使其時效不完成之理由，故我民法以無法定代理人為時效完成之要件。雖然，在限制行為能力人之無須法定代理人允許獨立得為之行為，縱無法定代理人，亦無本條之適用，此理至明，無待深論。（三）須於時效期間終止六個月內無法定代理人：此為我民法所明定，故縱在六個月前無法定代理人，亦無礙於時效之進行。例如十五年之消滅時效，第三年無法定代理人，其時效仍照舊進行，並不停止，必也至十四年六個月以後無法定代理人，始停止時效之進行是。

第四 因監護關係之不完成

無行為能力人或限制行為能力人，在法定代理人監督保護之下，對於法定代理人行使權利，不無困難；且因關係密切，以致行使權利付諸等閒，亦所常見，利用他人之信任，以謀一己之私利，揆諸正義，實所不許。故我民法從一般立法例，於第一四二條規定：『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。』（德民第二〇四條後段日民第一五九條第一項瑞債第一三四條第一項第一款第二款暹民第四三五條第二項）本條之適用，其要件有二：（一）須為無行為能力人或限制行為能力人對於法定代理人之權利：此為我民法所明定，故如係對於無行為能力人或限制行為能力人之權利，則無本條之適用，關於此點，與第一四一條同。但與第一四一條異者，即第一四一條係對於一般之權利，第一四二條則係對於法定

代理人之權利。(二)須其監護關係尙未消滅。此就本條『於代理關係消滅後』云云解釋，是爲當然。但監護關係縱已消滅，然如權利人仍係無行爲能力人或限制行爲能力人，且尙無後任之法定代理人，是否適用本條，實屬疑問。余則以爲應如日本民法第一五九條第一項，改『於代理關係消滅後一年內』爲『自其人成爲行爲能力人，或其後任之法定代理人就職時起』，以免適用上之困難。

第五 因婚姻關係之不完成

夫妻關係，至爲密邇，夫對於妻，或妻對於夫，其行使權利，不無困難；且因相互信賴之結果，以致使行使權利付諸等閒，亦所常見，利用他人之信任，以謀一己之私利，揆諸正義，實所不許。故我民法從一般立法例，於第一四三條規定：『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。』（法民第二二五三條德民第二〇四條前段日民第一五九條第二項瑞債第一三四條第一項第三款暹民第四三六條）本條之適用，其要件有二：（一）須爲夫對於妻或妻對於夫之權利；外國法律有以妻對於夫之權利爲限者（日民第一五九條第二項）此種立法，殊不平等，故我民法從一般通例，不問夫對於妻之權利，妻對於夫之權利，皆適用之。至所謂夫妻，指在婚姻關係存續中之男女而言，其詳俟於親屬編述之，茲不贅。（二）須其婚姻關係尙未消滅。此就我民法『於婚姻關係消滅後』云云解釋，是爲當然。婚姻關係之消滅，有由於自然而消滅者，有由於人爲而消滅者，前者如婚姻因當事人雙方或一方之死亡而消滅是，後者如婚姻因離婚或撤銷而消滅是。至婚姻之無效，乃自始即屬無效，

不生時效不完成之效力，自不待言（民法第九八九條以下第一〇四九條以下）。

第三項 消滅時效不完成之效力

消滅時效之中斷與消滅時效之不完成，其效力不同。即消滅時效之中斷，在中斷時效期間之進行，使其已進行之時效期間全歸無效，自中斷事由終止時起，重新開始時效期間之進行。消滅時效之不完成，則僅在使其將完成之時效，於一定期間內暫不完成，其已進行之時效期間仍為有效，如於此一定期間內別無時效中斷之事由，則其時效即因經過法定猶豫期間而完成。此一定期間，我民法設有明文規定：即時效因事變之不完成，為自事變消滅時起一個月內；因繼承關係之不完成，為繼承人確定或破產宣告時起六個月內；因無或限制行為能力之不完成，為自其成為行為能力人或其法定代理人就職時起六個月內；因監護關係之不完成，為自監護關係消滅時起一年內；因婚姻關係之不完成，為自婚姻關係消滅時起一年內。

第七節 消滅時效之效力

第一 效力之內容

消滅時效之效力，固因消滅時效之完成而發生，但究發生何種之效力，即其效力之內容如何，則學說及立法例頗不一致，要而言之，有下列三種之主義：（一）權利消滅主義（Starkerwirkung）：即消滅時效完成後，權利

之本身歸於消滅，Windscheid氏主此說，日本民法即採此主義者也（日民第一六七條以下）。（二）訴權消滅主義（Schwacherwirkung）：即消滅時效完成後，訴訟上實行其權利之權能即訴權，歸於消滅，權利之本身依然無恙，如依此說，則消滅時效完成後，成爲無訴權之權利，即所謂自然債務（Obligatio naturalis）是。Savigny氏主此說，蘇俄民法即採此主義者也（俄民第四四條）。（三）抗辯權發生主義：即消滅時效完成後，不但權利之本身並不歸於消滅，即實行其權利之權能即訴權，亦不歸於消滅，所發生者，惟債務人阻止債權人行使其權利之抗辯權。Oertmann氏主此說，德國民法即採此主義者也（德民第二二二條第一項第一九四條以下）。我民法，就第一二五條至第一二七條之規定觀之，似採請求權消滅主義，就第一四四條第一項之規定觀之，則又似採抗辯權主義。但依余所信，就我民法之立法精神言之，應解爲係採請求權消滅主義。何則，蓋我民法第一二五條至第一二七條明明規定請求權因若干年間不行使而消滅故也。至第一四四條第一項所謂『時效完成後，債務人得拒絕給付』係屬一種注意的規定（即不規定亦屬當然解釋），立法用意，無非取其周到，不能解爲債務人因消滅時效之完成取得阻止債權人行使其權利之抗辯權。消滅時效之完成，其所消滅者，既爲權利之請求權，而其基本權利並未消滅，故縱令債務人因履行而爲給付，或雖非履行，而就該債務以契約承認，或提出擔保，仍應認其爲有效。故我民法第一四四條第二項規定：『請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還。其以契約承認該債務，或提出擔保者，亦同。』（德民第二二二條第二項俄民第四七條）（註）

(註)關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：『至消滅時效，則專就請求權，於總則編設規定，此已於前述，應分別請求權之性質論之。非債權性質之請求權，仍得解為得直接消滅，惟關於為債權性質之請求權，則不得解為權利消滅之直接原因。申言之，即關於為債權性質之請求權，將債務與責任截然區別，消滅時效完成時，只責任可以免除，債務並不消滅，故債務人此時對於債權人，只有抗辯權。』(陳氏前揭三八〇頁)

第二 效力之範圍

從權利原與主權利同其運命，換言之：即從權利之發生，以主權利之發生為前提，從權利之消滅，則因主權利之消滅而消滅，此在一般法理，是為當然(民法第三〇七條)。從權利請求權與主權利請求權之關係，自不外是。故我民法從一般立法例，於第一四六條規定：『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。』(德民第二二四條瑞債第一三三條俄民第四六條暹民第四三三條)所謂主權利因時效消滅，其效力及於從權利，乃主權利之請求權因時效消滅，其效力及於從權利之請求權。法文用語欠當，易滋誤解。所謂法律有特別規定，如第一四五條第一項，即其適例，即『以抵押權質權或留置權擔保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物質物或留置物取償。』(德民第二二三條第一項第二項瑞債第一四〇條暹民第四三四條)我民法之所以認此例外者，蓋債權人因信賴抵押物質物留置物等之現實存在，而不及時行使權利者，實所常見，認此例外，正所以保障擔保物權之確實也。但對此例外，尚有一例外之例外，即我民法第一四五條第二項規定：『前項規定，於利息及其他定期給付之各期給付請求權，經時效消滅者，不適用之。』(德民第二二三條第三項)

蓋如於利息及其他定判給付請求權，亦適用前項之例外，則與民法第一二六條規定短期消滅時效之精神殊相背馳，故我民法仍使其返於原則，即主權利之請求權因時效消滅者，其效力及於從權利之請求權。

第八節 時效期間之加減及時效利益之拋棄

第一 時效期間之加減

時效期間，能否加長或減短，學說及立法例頗不一致，有謂時效期間之加長，固有害於公益，然如減短時效期間，則與公益無礙。且不反於時效制度之精神，應認其為有效者，德國民法即採此說者也（德民第二二五條。）有謂長期時效期間，不得加長，短期時效期間則於長期時效期間之範圍內，酌量加長，自無不可者，此說 Dernburg，Wächter 諸氏主張之，蘇俄民法即採此說者也（俄民第四九條。）有謂時效期間之規定，係強制規定，加長固有礙於公益，減短亦於公益有害，非有特別明文，不得加長或減短者，此說 Regelsberger，Hölder 諸氏主張之，瑞士債務法及暹羅民法即採此說者也（瑞債第一二九條暹民第四二七條。）我民法則從最後之學說及立法例，於第一四七條前段規定：『時效期間，不得以法律行為加長或減短之。』此又不但時效期間為然，即時效要件之變更，依類推適用及時效制度之精神立論，亦所不許，自不待言。（註）

（註）依余所信，此三種學說及立法例，應以第一種學說及立法例為合理，蓋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，前者如成年及結婚年齡之類是，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。

第二 時效利益之拋棄

時效利益，能否拋棄，依我民法之規定及解釋，應依情形而不同，即在時效未完成以前不得拋棄，此為我民法所明定，即依第一四七條後段規定：『不得預先拋棄時效之利益』是（法民第二二二〇條日民第一四六條瑞債第一四一條暹民第四二六條）。良以時效係關於公益之制度，故不許當事人以法律行為避免其適用；且如許其得以豫先拋棄，則債權人如利用其優越地位，以預求時效利益之拋棄，債務人實偏處此，恐非欣然承諾不可，若然，是直滅殺時效制度之效用，非所許也。至時效完成後之拋棄，則就第一四七條後段之反面解釋，自非所禁（法民第二二二〇條但書暹民第四二六條但書）。通常所謂時效利益之拋棄，即指此而言。關於時效利益之拋棄，其性質如何，則學說紛紜，莫衷一是。有謂拋棄係債務人將已取得之權利贈與於原權利人者，德國學者 Laurent 氏，日本學者平沼川名松岡三瀦諸氏均主此說。余則以為不然，蓋消滅時效完成之結果，債務人並未取得何種權利，不發生贈與之問題故也。有謂拋棄係對於已消滅之債務予以承認，使其發生新債務者，法國學者 Baudry 氏 Bähr 氏，日本學者富井氏均主此說。余則以為不然，蓋拋棄之意思，事實上並不包含負擔債務之意思，故不能謂

拋棄係承認已消滅之債務，使其發生新債務。有謂拋棄係債務人不受時效利益之意思表示者，此說爲日本學者鳩山我妻中島諸氏所主張，依余所信，應以此說爲是。蓋消滅時效完成後，債務人固得因此享受一定之利益，乃竟爲拋棄，自顯係表示不欲受此時效利益之意思故也。拋棄既爲意思表示，自應準用關於意思表示及法律行爲之規定。但有謂拋棄之方法，必須爲契約者。此說爲德國學者 *Savigny* 氏所主張，余則以爲不然。蓋如以拋棄爲權利之贈與，或權利之承認，固非以契約爲之，不足以資說明，但余既以拋棄爲債務人不受時效利益之意思表示，則以單獨行爲爲此意思表示即可，初不必限於以契約爲之（*Baudry, Regelstaberger* 及中島諸氏同說。）又拋棄無須明示，默示亦可。所謂默示，例如債務人於消滅時效完成後，支付完成後之利息或提供擔保是。默示之拋棄，以債務人明知時效完成之事實爲前提，是爲通說，余亦謂然。又時效之拋棄與不援用，不可相混，卽拋棄在消滅時效之效力，自不得再援用。不援用，則祇不於裁判上提出，自不妨於適當之時期再援用。

因於權利之行使者，例如所有權因權利之行使而實現是。有非因於權利之行使者，例如債權因債務人之履行而實現，而非因債權人之請求而實現是。又有於權利行使之外，再須有其他之事實者，例如民法第二四四條之撤銷權，即於權利行使之外，尚須法院之判決，其權利始能實現是。

第二 權利行使之自由

權利之行使與否，就個人主義的立法原理言之，原屬自由，不能以法律限制其行使，或強制其行使，然自團體主義發達以來，權利之限制，幾成爲最普遍之要求，故現代各國法律，除縮小權利之標的外，對於權利之行使，亦多加以適當之干涉。我民法即大體本此趨勢，以爲立法之準繩。故有直接限制權利之行使者，例如第七六五條第七三條第七七七條及第八五四條之規定。有間接強制權利之行使者，例如關於消滅時效及除斥期間之規定是。（消滅時效及除斥期間，非完全基於強制權利行使之理由，自不待言。）亦有使其負擔行使權利之義務者，例如第一〇八四條關於親權之規定是。又關於權利行使之方法，我民法雖未如瑞士民法，於總則編特設適用之通則（瑞民第二條第一項）然就第二一九條之規定以爲解釋，無論何種權利，應依誠實及信用之方法以爲行使，自不待言。

第三 本章立法例

我民法第七章所謂權利之行使，包含權利濫用之禁止，自衛行爲及自助行爲。關於權利濫用之禁止，自衛行

爲及自助行爲，各國法律多散見於各處，前者，例如蘇俄民法以之規定於第一條，瑞士民法以之規定於第二條第二項是。後者例如日本民法以之規定於第七二〇條，瑞士債務法以之規定於第五二條，暹羅民法以之規定於第一九三條至第一九七條是。以此二者於總則編另設一章，則自德國民法始（德民總則第六章）我民法即從德國民法之立法例者也。自現代立法趨勢言之，此種規定，固屬必要，但余則以爲與其另設專章，不如將關於權利濫用之限制，倣蘇俄民法及瑞士債務法，並擴張其意，以之規定於總則編第一章（法例）。自衛行爲及自助行爲，亦如暹羅民法日本民法及瑞士債務法，以之於民法債編侵權行爲中規定之。蓋在前者實屬全部民法之根本問題，允宜揭櫫編首，以示準則；其在後者，不過不負損害賠償責任之局部問題，以之規定於民法債編侵權行爲中，實較允當也。

第二節 權利濫用之禁止

在個人主義的法律時代，權利含有絕對性，即權利人不但有行使其權利與否之自由，縱因行使權利，致使他人發生損害，亦無何種損害賠償責任之可言。但在現代法律，則捨個人主義，而採團體主義，大都均以明文禁止權利之濫用。例如德國民法第二二六條規定：『權利之行使，不許專以損害他人爲目的。』瑞士民法第二條第二項規定：『權利顯然之濫用，不得受法律之保護』是。我民法則從德國立法例，於第一四八條規定：『權利之行使，不

得以損害他人爲主目的。』權利，乃法律分配一部分社會利益於權利人，行使權利之結果，固不免使他人發生損害，然如專以損害他人爲目的，則屬權利之濫用（*Chicane, Schikane*），此我民法爲團體利益即社會利益計，所以特加禁止也。雖然，此種規定，實不無後時之嫌，何則，蓋就本條反面解釋，如行使權利而非以損害他人爲目的，縱對於他人加以損害，亦非法律之所應禁止故也。以故德國於一九一九年制定新憲法時，即於第一五三條第三項明定：『所有權包含義務，於其行使，應同時顧及公共之利益。』首以此旨訂入民法法典者，則爲蘇俄民法。其第一條規定：『私權，以不違反社會的經濟的目的，而行使者爲限，受法律之保護。』余以爲我民法如不禁止權利之濫用則已，如禁止權利之濫用，則德國新憲法第一五三條及蘇俄民法第一條之規定，似不失爲參考之資料焉。

第三節 自衛行爲

第一款 概說

自衛行爲（*Selbstverteidigung*）者，權利人於事出非常之際，不容國家干涉，法律許其於必要範圍內，得以自力救濟之行爲也。自衛行爲，可分爲二：一爲防衛行爲（*Notwehr*），一爲救護行爲（*Notstand*）。通常稱前者爲正當防衛（*Défense légitime*），後者爲緊急避難（*Fuite nécessité*）。自衛行爲，在刑法上非犯罪行爲，在民法上非侵權行爲，但考其所以非犯罪行爲爲侵權行爲之根據，則學說紛歧，殊不一致。就正當防衛言之：有謂正當防

衛，係基於自然法之所命，故在刑法上非犯罪行為民法上非侵權行為者。有謂不法加損害於人者，應屏諸法律保護之外，正當防衛係對於法律所不保護之人加以反擊，自無違法之可言，故在刑法上非犯罪行為民法上非侵權行為者。余則以為正當防衛之非犯罪行為為侵權行為，應根據權利之本質始能說明。申言之，即吾人在法定準則範圍以內，有不受他人侵害之權利，抵抗外來之侵害，所恃以保護自己之權利者，固有賴於國家之公力，然有時因危害迫切，如必期待公力之救濟，則保護權利，殊有未周，此法律所以許權利人有正當防衛權（*Notwehrrecht*），得對此不法侵害而為正當防衛之行為也。就緊急避難言之，有基於意思自由之理論，以說明緊急避難非犯罪行為亦非侵權行為者，是謂主觀主義（*Subjektivstheorie*）。有基於小利益須為大利益所犧牲之原則，以說明緊急避難非犯罪行為，亦非侵權行為者，是謂利益量定主義（*Güterabwägungstheorie*）。有謂重己輕人，乃人之恆情，於緊急危難之際，犧牲他人利益，以保全自己利益，亦人情之常，如以其為犯罪行為為侵權行為，則失之苛者，是謂公平主義（*Aequitativstheorie*）。余則以為緊急避難，就犧牲他人利益以保全自己利益，為法律所不保護之點言之，自非合法行為，就犧牲他人利益以保全自己利益，為法律所不禁止之點言之，亦非違法行為，是則所謂緊急避難行為，實居於合法行為與違法行為之間，而為放任行為之一種，法律對此具備一定要件之緊急避難所以不以其為犯罪行為為侵權行為者，是不外放任焉已耳。

第二款 正當防衛

此爲我民法第一四九條所規定，即對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲，不負損害賠償之責，但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責（德民第二二七條日民第七二〇條第一項瑞債第五二條第一項暹民第一九六條。）蓋明認正當防衛爲權利行爲，雖因此致使加害人發生損害，亦不成立侵權行爲，而負損害賠償之責任也。茲依本條詮釋其要件如左：

第一 須有侵害存在

無侵害，即無所謂防衛，此一定不易之理，故正當防衛之成立，以侵害存在爲必要。侵害者，對於他人之權利加以攻擊之謂也。攻擊他人之權利，是即本條之所謂侵害。至其侵害之爲積極行爲消極行爲，在所不問。（註）

（註）陳克生氏謂須爲積極行爲，陳著謂：「關於此點，民法無明文，學說上亦尙有爭執，然通說均謂侵害行爲，須爲積極之行爲，僅消極之不作爲，不得對之成立防禦行爲。自我國民刑法解釋之，亦以依此說爲是。」（陳氏前揭三九一頁）余則以爲消極行爲非無爲侵害之可能例，如乳母以餓死嬰兒之意思，而不與以哺乳，即消極行爲之侵害是。

第二 侵害須係現時

正當防衛，係對於現時之侵害加以反擊，故正當防衛之成立，以有現時之侵害爲必要。現時之侵害者，侵害行爲已經着手，或現正實行，或尙未完畢之謂也。準此以解，則是對於未來之侵害，想像其有侵害，而先爲加害行爲者，非茲所謂對於現時侵害之正當防衛。又侵害行爲既已完畢，對於過去之侵害而爲反擊行爲者，亦非茲所謂對於

現時侵害之正當防衛。

第三 侵害須屬不法

正當防衛權之行使，須對於不法侵害爲之。從而對於一切合法行爲，則無正當防衛之可言。不法侵害者，其侵害爲法律所不容許之謂也。既以法律所不容許之侵害，爲不法侵害，則此之所謂不法，係指客觀不法言之，加害人主觀的責任能力如何，自非所問。從而對於無故意過失之行爲，無侵權行爲能力之行爲，以及緊急避難之行爲，自仍得行使正當防衛權。雖然，法律所不容許之行爲，固爲不法，然如由防衛者之不正行爲所挑撥，其所生之侵害是否不法，則屬疑問。余則以爲不能以不法侵害目之，蓋其人之行爲乃反擊不正行爲而生，係屬正當防衛故也。

第四 須爲排除現時不法侵害所爲之防衛行爲

民法第一四九條之所謂防衛，指保護自己或他人之權利，排除現時不法之侵害，對加害人所爲之反擊行爲而言。其行爲之爲積極消極，固非所問，但須以反擊行爲爲保護權利之手段，否則卽不能以正當防衛目之。又對於加害人加以反擊，固屬正當防衛，然如因反擊侵害加害人以外之人之權利，是否正當防衛，不無疑問。余則以爲祇能謂其爲緊急避難，而不能謂其爲正當防衛。蓋正當防衛，須對於現時不法之侵害爲之，對於加害人以外之人，則無所謂正當防衛故也（反對說陳氏前揭三九一頁）。

第五 須爲防衛自己或他人之權利

此之所謂權利，包含甚廣，舉凡生命身體自由名譽財產等各種權利皆屬之。又所謂權利，不以屬於自己者爲限，即屬於他人之權利，亦包含之。他人，則指自己以外之第三人而言，此第三人與防衛人之關係如何，在所不問。又此第三人，是否限於特定之個人，解釋上頗屬疑問。余則以爲不限於特定之個人，即國家社會亦是。

第六 須防衛行爲未逾越必要程度

防衛行爲之不負損害賠償責任，以未逾越必要程度爲限，否則謂之過當行爲（Überschreitung），仍應負相當賠償之責。防衛行爲是否過當，即是否逾越必要程度，應就具體情事，依客觀標準決之。就力量言：對於輕微侵害，而加以重大之反擊，斯謂之過當。就人數言：對於少數人之侵害，而加以多數人之反擊，斯謂之過當。就方法言：對於徒手之侵害，而加以兇器之反擊，斯謂之過當。就法益言：對於財產之侵害，而加以死傷之反擊，斯謂之過當。然此係就大體言之，究竟是否過當，仍應就各種具體情事，視其是否超過排除侵害所必要之限度，以爲決定。防衛行爲苟非過當，縱防衛人有逃避之機會，而不逃避，有請求官署保護之機會，而不請求保護，亦無礙於其爲正當防衛焉。

第三款 緊急避難

此爲我民法第一五〇條所規定，即因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險，所爲之行爲，不負損害賠償之責。但以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者爲限。又即有此項情形，如危險之發生，行爲人有責任者，仍應負損害賠償之責（德民第二二八條日民第七一〇條第二項瑞債第五二條第二項暹

民第一九七條。蓋明認緊急避難為放任行為，雖因此加損害於人，亦不成立侵權行為，而負損害賠償之責任也。茲依本條詮釋其要件如左：

第一 須有危險存在

緊急避難，以有危險存在為必要。危險者，因人類行為及人類行為以外之事變，將有發生實害之虞之謂也。危險之由於人類行為而生者，例如因狂人追襲，而有發生死傷之危險是。危險之由於人類行為以外之事變而生者，例如因天災地變洪水猛獸等事變，而有害及生命身體財產之危險是。

第二 其危險須屬急迫

緊急避難，以其危險係屬急迫為必要。急迫危險者，危險迫在目前之謂也。換言之，急迫危險，即現時危險之意。關於此點，雖有反對說，但余則以為不然，何則，蓋危險而不屬於現時，則無急迫危險狀態之足言故也。

第三 危險須屬不法

關於此點，我民法雖未設明文規定，但余以為就理論言之，危險固未必皆為違法行為（例如因緊急避難而為之緊急避難是），然法律上所要求之合法行為，則不能認為危險。何則，蓋依合法行為所發生之損害，在法律上不得謂為權利之侵害故也。例如依第一五一條為保護自己權利所為之自助行為，即不能以其為侵害行為而為緊急避難是。

第四 須爲保全自己或他人生命身體自由或財產所爲之避難行爲

關於緊急避難所應保全之法益，各國民法多採概括規定，我民法則以生命身體自由財產四者爲限，此係從現行刑法而爲之規定（刑法第三七條）。但依余所見，爲保全名譽，亦得爲避難行爲。蓋不以名譽爲緊急避難之原因，在法理上殊無何種之根據故也。至所謂避難行爲，有防禦的避難行爲（Defensive Notstandhandlung）與攻擊的避難行爲（Aggressive Notstandhandlung）之別，前者例如爲救護良友，而對於襲擊良友之動物加以鎗殺是，後者例如甲乙二人同遭水難，甲奪去乙所持之木板，致乙失其憑藉而被溺死是。

第五 須避難行爲係避免危險所必要

此爲我民法所明定。避難行爲是否爲避免危險所必要，應視其有無不得已之情形決之。不得已云者，除爲避難行爲外，別無何種方法可以避免危險之謂也。避難行爲既須爲避免危險所必要，則縱不爲避難行爲，而亦能避免危險時，自不得以其加害行爲爲避難必要範圍內（不得已）之行爲。例如得以正當防衛排除其危險，或得以逃避及其他方法避免其危險時，即不得藉口緊急避難，損害他人之權利是。

第六 須避難行爲未逾越危險所能致之損害程度

避難行爲之不負損害賠償責任，以未逾越危險所能致之損害程度爲限，否則謂之過當行爲，仍應負損害賠償之責。所謂未逾越危險所能致之損害程度，即因避難行爲所生之損害，較之因危險所能發生之損害，其間大小

輕重，必須相等，或未達於相等之程度。比較損害之大小輕重，則應就具體情事，依客觀標準決之。依客觀標準以定損害之大小輕重，有謂應偏重法益之性質者，有謂應偏重關係人實際所受損害之具體價值者，余則以為法益之性質，固須注重，關係人實際所受損害之具體價值，亦不可忽視，合此二者以為觀察，庶乎其可。

第七 須危險之發生行為人無責任

此為我民法所明定。所謂危險之發生行為人無責任，指危險之發生行為人全未與以原因而言。德國民法及暹羅民法以行為人就其危險之發生未與有過失者為限，我民法則範圍甚廣，祇須行為人就危險之發生與以原因為已足，是否另有其他原因，以及與以原因有無故意過失，在所不問。

第四節 自助行為

第一 概說

關於權利之保護，有所謂公力救濟與自力救濟：於權利被侵害時，必依國家權利以為救濟者，為公力救濟（*Öffentliche Hilfe*）。於權利被侵害時，逕用私人腕力以為救濟者，為自力救濟（*Selbsthilfe*）。公力救濟與自力救濟之消長，與國家權力之消長，適成反比例。即在國家權力尚未強固，組織尚未完備以前，權利如被侵害，悉賴私人腕力以為救濟，此種辦法，不但助長私人間之紛爭，且最足以紊亂社會之秩序，故自國家權力已臻強固，組織已

臻完備以後，公力救濟遂起而代之。此各國民事訴訟及強制執行制度所以特爲發達者也。雖然，國家公力，究難普遍，故於一己權利不及受官署援助，且非及時爲之，則請求權不能實行，或其實行顯有困難，而必期待國家公力以爲救濟，是徒加重損害之程度，此又我國民法所以特從德國民法瑞士債務法及暹羅民法而設自力救濟之規定也。

第二 自助行爲之要件

自助行爲者，權利人爲保護自己權利，對於他人之自由加以拘束，財產加以押收或毀損之行爲也。自助行爲固不負損害賠償之責，但以不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者爲限（民法第一五一條德民第二二九條瑞債第五二條第三項暹民第一九四條）且於拘束他人自由或押收他人財產後，須即時向官署聲請援助，如聲請遲延或被駁回，行爲人仍應負損害賠償之責（民法第一五二條德民第一三〇條暹民第一九五條）茲依此規定詮釋其要件如左：

一 須爲保護自己權利

此爲我民法所明定。自助行爲與自衛行爲不同之點，卽在於此。卽自衛行爲所保護之權利，不僅限於自己之權利，自助行爲則必限於自己之權利，他人之權利縱有急迫情形不能請求公力救濟，亦無妄爲干涉之理由。但所謂權利，就第一五一條但書觀之，似限於請求權，實則一切之權利皆屬之。不過在解釋上，不能依強制執行

以爲保護之權利，即不許依自力救濟以爲保護耳。何則，蓋自力救濟乃一種權宜辦法，終須請求公力以爲救濟故也。

二 僅得對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損

此亦自助行爲與自衛行爲不同之點，即自衛行爲，其行爲之種類，毫無限制，自助行爲則以對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損爲限。他人，指義務人言。拘束，對自由言。其許對於義務人之自由施以拘束者，蓋恐義務人之逃匿也。例如義務人將遠涉重洋，債權人於其臨行之際加以扣留是。押收或毀損，對財產言。其許對於義務人之財產施以押收或毀損者，蓋恐義務人將權利之標的或可供執行之財產隱匿或滅失也。例如義務人私將抵押物出賣，債權人於其成交之際加以押收是。雖然，拘束押收或毀損，須不逾越保護權利所必要之程度，此在解釋上實無可疑。

三 須有急迫情形不及請求公力救濟

所謂有急迫情形不及請求公力救濟，指權利人之權利不及受官署援助，且非於其時爲之，請求權即不得實行，或其實行顯有困難而言。我民法對於自助行爲所以設此事前限制者，蓋其權利苟能請求官署援助，且他日尚可實行，而亦許其以自力救濟，則不啻助長權利之濫用故也。此之謂官署，指有權保護其權利之官署而言，例如職司審判之司法機關是。至是否不及受官署援助，且非及時爲之，則不能行使權利，或行使困難，應就各種

情事，依客觀標準以爲決定，自不待言。

四 須即向官署聲請援助

自助行爲，不但事前有限制，事後亦有限制，事後限制維何，即權利人拘束義務人之自由或押收其財產以後，須即時向官署聲請援助是也。所謂聲請官署援助，即押收義務人之財產者，須向法院聲請爲保全財產之扣押，拘束義務人之自由者，須速向拘束地之法院聲請爲保全身體之假扣押。如聲請遲延或被駁回，除應速將債務人釋放或將財產返還於義務人外，依我民法規定，行爲人應負損害賠償之責。良以自助行爲之誤用，影響於義務人之利益甚大，故不能不令行爲人負損害賠償之責，以保護之也。

附錄

民法總則編立法原則

民法總則，至為重要，蓋民法各編，如債權編，物權編，親屬編，繼承編，及各種商法，皆以此為基礎，故欲修訂民法商法，非先定民法總則編不可，茲將其較要原則，開列於後，並附簡略說明。

第一 民法所未規定者，依習慣，無習慣者依法理。

（說明）各國法典，大都規定凡民法中無規定者，適用習慣，若無明文規定，又無習慣可以援用時，應如何處理之處，各國立法不同，（一）有規定由法官準用最近似之條文者；（二）有規定由法官從法律中所推演而得之法理者；（三）間有規定法官應自視為處於立法之地位，以立法之觀念而處理之者。以我國情形而論，似宜採用上述之第二種辦法也。

第二 民法各條，應分別為兩大種類：（一）必須遵守之強制條文；（二）可遵守可不遵守之任意條文。凡任意條文所規定之事項，如當事人另有契約，或能證明另有習慣者，得不依條文而依契約或習慣，凡任意條文，於各本條明定之。

(說明) 凡法律有條文者，不適用習慣，是成文法之效力，實超於習慣也，惟我國幅員遼闊，人口最多，各處所受之影響不同，社會及經濟上種種進步，種種組織，未必到處能與其他種種進步及組織，並駕齊驅，結果所至，各省各區域之風俗習慣，大相懸殊，且根深蒂固，牢不可拔者有之，且此等習慣多因各地特殊情形，均有特殊之適用，一旦廢除之，殊非易事，故對於全國應劃一遵守之事項，擬規定為強制條文，間有各地不同不能劃一之事項，擬規定為任意條文，或不規定之，而暫委之於習慣。

第三 失蹤人，失蹤滿十年以上者，法院得為死亡之宣告，失蹤人為七十歲以上者，得於失蹤滿五年後，為死亡之宣告，失蹤人為遭特別災難者，得於失蹤滿三年後，為死亡之宣告。

第四 自然人之法律能力，始於出生，終於死亡，但遇有因失蹤杳無消息，生死無從斷定時，失蹤人之財產及法律關係，勢不能長久處於不確定之狀況，故各國法律，均有規定辦法：

(一) 法國制 法國係採不在宣告制，分為三期，第一期使其人受不在之推定，於此期內，法院因關係人之聲請，得執行保護其財產之處分，第二期使其人受不在之宣告，若其人有委定代理人，則失蹤後逾四年，若無委定代理人，則失蹤後逾十年，其假定繼承人得聲請法院，而法院於聲請後，逾一年方得為不在之宣告，假定繼承人始得假占有其財產。第三期自失蹤日起算，逾三十年後，或其人已達百歲，法院於聲請後，得確定其占有。

(二) 英國制 凡人失蹤七年後，推定其死亡，但此項推定，無劃一適用之範圍，蓋因其各種關係之不同而異也。

(三)德國制 法院因利害關係人之聲請，得宣告失蹤人死亡，其失蹤時期為十年，而有四例外：(1)失蹤人未達三十一歲以前，不得宣告死亡。(2)失蹤人已達七十歲，其時期縮短為五年。(3)從軍服務之人，因戰爭而失蹤者，其時期為三年。(4)航船失蹤者，按其行駛之遠近，縮短為一年至三年。

以上三制，英國最不完備，法國太複雜，且不確定狀態之期間過長，而失蹤人年齡及失蹤原因，均不顧及，不如德國制也。

二人以上同時遇難而死，無證據足以證明其死亡之先後時，即推定其為同時死亡。

(說明)二人以上同時遇難，如海中覆舟之類，其死亡之先後，無從斷定時，應如何定其死亡次序之處，各國法典不同，法國則就死亡者之年齡性別等，而假定其死亡之先後，其規定至為繁雜，故各國新訂法典，採用同時死亡制，我民法宜採用之。

第五 足二十歲為成年。

(說明)成年期限，世界各國不同，然多數定為二十一歲，我國人生理上發育較歐洲人為早，故擬定為二十歲。

第六 未滿七歲之未成年人，無行為能力，七歲至二十歲為有限制之行為能力人。

(說明)各國對於未成年人之行為能力，分為兩派：(一)單級制，此制認為純然事實問題，如關於日常生活所需之行為，則認其有能力，此外則無能力，英美等國，皆採此制。(二)複級制，以其長幼別為數級，其能力之範圍，按級擴充，由漸而進，以達於成年，多數區分為二級：(1)自出生以至七歲，為絕對無能力者，所有行為，概無法律上之效力。(2)七歲以上之未成年人，為有限制行為能力者，既非如未滿七歲之完全

無行為能力，亦非如成年人之完全有行為能力，蓋介乎兩者之間，德奧諸國，皆採此制。以上兩派，以複級制有確定行為能力之範圍，我民法宜取之。

第七 對於心神喪失及精神耗弱之人，法院得宣告禁治產。

（說明）各國法律多規定對於下列之人，適用禁治產：（一）心神喪失者，（二）精神耗弱者，（三）疾病或其他原因，致不能處理自身事務者，（四）因濫費有陷自己或父母妻子於經濟困窮之虞者。我國經濟習慣，與各國不同，若受禁治產之人多，而其無行為能力一層，或未週知，於合法交易及其他事業，不無妨礙，故擬規定禁治產之適用範圍，祇限於上列（一）（二）兩種也。

第八 姓名權受侵害者，被害人得請求法院禁止之。

（說明）姓名是否私人財產，或是否可知其他財產之受法律保護，係一疑問。但近代各國，多認為應受法律之保護。

第九 同時不得有二處以上之住所。

（說明）世界多數，均規定每人僅有一住所，即其有意永久居住之地是也，德國及其他一二國，則許同時有二處以上之住所，我國宜採取唯一住所制度。

第十 外國法人之認可，依法律及條約之規定。在中國境內，外國法人之設立營業，及分設支店，應受中國法律及規章之支配，經認可之外國法人，與同種類之中國法人，有同等之權利能力及行為能力，但法令或條約另有規定者，不在此限。外國法人，受中國法院之監督及管轄。

(說明)以上三條,均依國際私法通例,惟外國法人能力一層,按我國情形,似應加以限制,故有上條之但書。

第十一 法律行爲,必須依方式者,宜定其方式,但種類不宜過多,所定方式,亦不宜繁瑣。

(說明)法律行爲,有必具一定方式,方爲有效者,有不需一定之方式,而有效者,我國習慣,多重實際而不注重其形式,現在教育尙未普及,若方式過多,及過於繁瑣,則實際上施行不易,故擬採以上之原則。

第十二 法律行爲,雖依法定條件,應認爲有效者,如係乘他人之危急,或其他特定情形,顯失公平者,法院得撤銷之。

(說明)法律行爲,具備法律所規定之要素,若其行爲所訂立之條件,對於一方或有極欠公允者,能否撤銷之,各國規定不同,法國法典,關於不動產之買賣如訂定之價值,不及財產實價十二分之五,可將契約取銷,德國法典,將取銷辦法,推廣及於一切有失衡平之法律行爲,我國情形,宜取德國制度。

第十三 以侵害他人爲唯一目的,而行使權利者,其權利之行使爲不法。

(說明)在羅馬法權利爲絕對的,享受權利者,倘不越出其權利範圍以外,得以任何方法以享受之,所有權包有二種權利,即享用之權與濫用之權是也,若享受權利在法律範圍以內,不論享受之方法如何不公平,如何無理由,如何有惡意,即絲毫不發生影響,近代法律發生較合情理之觀念,大多數法學家認爲權利非絕對的權利之享受,應受相當之限制,故漸漸有濫用權利之學說發生,中國民法,似宜採此種辦法。

第十四 因避免不法侵害所爲之行爲,不得認爲不法,但以不超越相當程度者爲限,因避免緊急危險,而損

害或毀他人之物者，其行爲不得認爲不法，但以不超越相當程度者爲限。

（說明）德國及近代法典，皆以自衛之說，加入於民法，其本意以爲此種行爲，就平常而論，雖爲不法，但爲避免目前緊急危險起見，即應認爲合法，亦等於刑法中之合法自衛也，惟仍應以不超越相當程度者爲限。

第十五 爲保護自己權利起見，對於他人之自由或財產，施以相當制裁之行爲，不得認爲不法，但以舍此以外，無他方法，並事後即請求司法之援助者爲限。

（說明）普通法理，皆認政府所設之機關，爲保護權利之所，不能因自己之權利，取法院而代之，但事實上，法律手續，無論如何簡單，法院之投訴，如何容易，其處理有必經之手續，必需之時日，則事實發生後，如債務人逃避或隱匿，及處分其財產等事，權利之保護，不無困難，故最近法典多規定如上述之補救方法。

第十六 享受權利之能力，不得拋棄。

第十七 自由不得拋棄，自由之限制，以不違背公共秩序或善良風俗爲限。

（說明）法律爲公共利益起見，應保護人民，使其不致失去根本之權利，蓋是項權利，爲其人格及自由之基礎，至限制自由，以致於公共秩序或善良風化有礙者，皆應禁止，故外國法典中，亦有上項之規定。

第十八 不於法定期間內，行使權利者，其權利因時效而消滅，法定時效期限，不得以契約延長及減短之，並不得預先拋棄時效之利益。

(說明)權利取得後，理論上應永久繼續存在，但為公共秩序安寧起見，倘該權利經若干時，未曾行使，即應受時效之影響，蓋權利經若干時不行使，則證據不易搜集，且置社會經濟上於不確定之狀況，殊非善策，故民法中應有時效之規定。近世法典對於時效有二種制度：(一)因時效而喪失其起訴權，其原有之權，仍屬存在，(二)因時效而消滅原有之權，第一制度，則時效屬於被告人辯護之一種方法，若被告人不主張，則法院不以職權而提出之。第二制度，則時效不屬於被告人辯護方法之一種，實為社會公共安寧之政策也，為免除無謂之紛爭，及原有權與起訴權關係之各種困難問題起見，多數國皆採用第二制，我國亦宜仿之。

第十九 最長時效期限，擬定為十五年，定期給付之債權，擬定為五年，關於日常交易之債權，擬定為二年。

(說明)最長時效期限，法國定為三十年，但最近法典有規定為十年者，我國商務，正在發展時期，不宜使債務過久不決，以致影響及其商業，故宜定較短之時期也。

民法總則編立法原則審查案

中央政治會議第一六八次會議議決
十七年十二月十九日送立法院

(一)民法所未規定者依習慣，無習慣或雖有習慣而法官認為不良者，依法理。原案無「或雖有習慣而法官認為不良者」十三字，審查案增入。

(說明)法律無明文規定者，從習慣，各國民法，大都相同，所謂習慣者，專指善良之習慣而言，以補法律之所未規定者，但各國判例，法院承認習慣之效力，有數條件，其中尤以合於情理者為最要，我國自民國成立以來，亦有此判例，茲為喚起法官注意起見，擬將此要件定為明文，故於

原案無習慣三字之下，增如上文。

(二) 民法各條，應分別為兩大種類：(一) 必須遵守之強制條文，(二) 可遵守可不遵守之任意條文。(同原案)

凡任意條文所規定之事項，如當事人另有契約或能證明另有習慣者，得不依條文而依契約或習慣，但法官認為不良之習慣，不適用之。

凡任意條文，於各本條明定之。

原案第二項或習慣三字之下無「但法官認為不良之習慣不適用之」十四字，審查案增入。

(說明) 見前條。

(三) 失蹤人失蹤滿十年以上者，法院得為死亡之宣告。(同原案)

失蹤人為七十歲以上者，得於失蹤滿五年後為死亡之宣告。

失蹤人為遭特別災難者，得於失蹤滿三年後為死亡之宣告。(同原案)

(四) 二人以上同時遇難而死，無證據足以證明其死亡之先後時，即推定其為同時死亡。(同原案)

(五) 足二十歲為成年。(同原案)

(六) 未滿七歲之未成年人，無行為能力。七歲至二十歲為有限制之行為能力人。(同原案)

(七)對於心神喪失及精神耗弱之人，法院得宣告禁治產。(同原案)

(八)姓名權受侵害者，被害人得請求法院禁止之。(同原案)

(九)同時不得有二處以上之住所。(同原案)

(十)外國法人之認可，依法律之規定。

原案依法律三字之下有「及條約」三字，審查案擬刪。

(說明)凡條約經雙方批准公布後，兩國家間，當然有約束力，但對於一般國民，有認為同時直接發生效力者，有認為仍須經立法手續，方能直接發生效力者，茲擬採用第一種手續，故擬刪如上文。

在中國境內，外國法人之設立營業及分設支店，應受中國法律及規章之支配。(同原案)

經認可之外國法人，與同種類之中國法人，有同等之權利能力及行為能力，但法令另有規定者不在此限。

原案但法令三字之下有「或條約」三字，審查擬刪。

(說明)見本條第一項。

外國法人受中國法院之監督及管轄。(同原案)

(十一)法律行為必須依方式者，宜定其方式，但種類不宜過多，所定方式，亦不宜繁瑣。(同原案)

(十二)法律行為雖依法定條件應認為有效力者，如乘他人之危急或其他特定情形顯失公平者，法院得撤

銷之。(同原案)

(十三)以侵害他人為主要目的而行使權利者，其權利之行使為不法，原案作「唯一目的，」審查案擬改為「主要目的。」

(說明)濫用權利之行爲，雖其唯一目的在侵害他人，但恐有以其他目的為口實，輾轉致辯，希圖卸責者，故審查案擬改如上文。

(十四)因避免不法侵害所為之行爲，不得認為不法，但以不超越相當程度者為限。(同原案)

因避免緊急危險而損害或毀滅他人之物者，其行爲不得認為不法，但以不超越相當程度者為限。(同原案)

(十五)為保護自己權利起見，對於他人之自由或財產施以相當制裁之行爲，不得認為不法。但以舍此以外無他方法，並事後即請求司法之援助者為限。(同原案)

(十六)享受權利之能力，不得放棄。

原案作拋棄審查案擬改「放棄。」

(十七)自由不得拋棄。(同原案)

契約上自由之限制，不得違背公共秩序或善良風化。

原案作「自由之限制，以不違背公共秩序或善良風化者為限。」審查案擬改如上文。

(說明)擬改語意，似較明顯。

(十八)不於法定期間行使權利者，其權利因時效而消滅。原案期間二字之下有「內」字，審查案擬刪。法令時效期限，不得以契約延長及減短之，並不得預先拋棄時效之利益。(同原案)

(十九)最長時效期限，擬定為十五年，定期給付之債權，擬定為五年，關於日常交易之債權，擬定為二年。(同原案)

附中央政治會議公函

逕啓者案准胡委員漢民林委員森孫委員科提出關於民法總則編立法原則請核議等由當經提出本會議第一百六十七次會議議決指定王寵惠蔡元培戴傳賢三委員會同原提案人審查去後茲據報告稱此項提案所列原則已臻妥善但細加研究似尚有應予補充之處茲特略加刪改用將刪改之處加以說明附錄原案各條之後作成審查案請予公決前來復經本會議第一百六十八次會議議決照審查案通過相應錄案並檢同油印原審查案函達即希查照辦理為荷此致

國民政府立法院

中央執行委員政治會議十七年十二月十九日

民法總則編施行法

十八年九月十日立法院第四十七次會議通過同年九月二十四日國民政府公布同年十月十日施行

第一條 民事在民法總則施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法總則之規定。

第二條 外國人於法令限制內，有權利能力。

第三條 民法總則第八條第九條及第十一條之規定，於民法總則施行前失蹤者，亦適用之。

民法總則施行前已經過民法總則第八條所定失蹤期間者，得即為死亡之宣告，並應以民法總則施行之日，為失蹤人死亡之時。

第四條 民法總則施行前，有民法總則第十四條所定之原因，經聲請官署立案者，如於民法總則施行後三個月內，向法院聲請宣告禁治產者，自立案之日起，視為禁治產人。

第五條 依民法總則之規定，設立法人須經許可者，如在民法總則施行前，已得主管官署之許可，得於民法總則施行後三個月內，聲請登記為法人。

第六條 民法總則施行前，具有財團及以公益為目的社團之性質而有獨立財產者，視為法人。其代表人應依民法總則第四十七條或第六十條之規定，作成書狀，自民法總則施行後六個月內，呈請主管官署審核。前項書狀所記載之事項，若主管官署認有違背法令或為公益上之必要，應命其變更。

依第一項規定經核定之書狀，與章程有同一之效力。

第七條 依前條規定，經主管官署核定者，其法人之代表人，應於核定後二十日內，依民法總則第四十八條或第六十一條之規定，聲請登記。

第八條 第六條所定之法人，如未備置財產目錄，社員名簿者，應於民法總則施行後速行編造。

第九條 第六條至第八條之規定，於祠堂，寺廟及以養贍家族為目的之獨立財產，不適用之。

第十條 依民法總則規定，法人之登記，其主管官署，為該法人事務所所在地之法院。

法院對於已登記之事項應速行公布，並許第三人抄錄或閱覽。

第十一條 外國法人，除依法律規定外，不認許其成立。

第十二條 經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力。

前項外國法人，其服從中國法律之義務，與中國法人同。

第十三條 外國法人在中國設事務所者，準用民法總則第三十條第三十一條第四十五條第四十六條第四十八條第五十九條第六十一條及前條之規定。

第十四條 依前條所設之外國法人事務所，如有民法總則第三十六條所定情事，法院得撤銷之。

第十五條 未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為應與該外國

法人負連帶責任

第十六條 民法總則施行前，依民法總則之規定，消滅時效，業已完成，或其時效期間尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起一年內，行使請求權。但自其時效完成後，至民法總則施行時，已逾民法總則所定時效期間二分之一者，不在此限。

第十七條 民法總則第七十四條第二項第九十條第九十三條之撤銷權，準用前條之規定。

第十八條 民法總則施行前之法定消滅時效已完成者，其時效為完成。民法總則施行前之法定消滅時效，其期間較民法總則所定為長者，適用舊法，但其殘餘期間，自民法總則施行日起算，較民法總則所定時效期間為長者，應自施行日起，適用民法總則。

第十九條 本施行法自民法總則施行之日施行。