

民法總則釋義

史尚寬 著

(下)

中華民國二十五年九月上港初版
中華民國六十二年八月臺北重刊

民法總則釋義

定價：新臺幣 訂續貳佰元

著 作 人：史 尙 寬

發 行 人：史吳仲芳 史 光 華

臺北市仁愛路四段35巷15街6號之2
電 話：七 七 九 六 七 一

初版印刷者：會 文 堂 新 記 書 局

重刊印刷者：正 大 印 書 館

臺北縣三重市光復路一段12巷1號
電話：九七二四一一、九七二四一七

經 售 者：各 大 書 店

版 權 所 有
翻 印 必 究

於前項期限內。法定代理人不爲確答者。視爲拒絕承認。

一 關係條文

民法 八一。

二 參考條文

德民一〇八之二「相對人對於法定代理人催告其爲承認時。承認惟得對於相對人爲之。承認之催告前對於未成年人所爲之承認或拒絕爲無效。承認惟得於受催告後二星期內爲之。如逾此期間不爲承認時。視爲拒絕」。日民一九。

三 用語說明

催告有於限制行爲能力人成爲有行爲能力人之後爲之者。民法第八一條所定者是也。有於限制行爲能力人尙未成爲有行爲能力人對於其補助行爲能力人爲之者。本條所定者是也。此催告自相對人之方面言之。則爲有催告權。催告權 (Aufforderungsrecht) 云者。對於限制行爲能力人或其行爲能力補助人。要求確答是否承認其法律行爲之形成權也。催告得使

發生法律上之效力。故非單純之事實行爲。乃法律的行爲也。又自其內容觀之。催告不過爲欲知相對人意思之希望表示。非直接欲望法律上效力之意思表示也。故從通說。嚴格言之。催告非法律行爲。只可稱爲準法律行爲。關於法律行爲。尤其關於意思表示之規定。得準用於催告。即對於隔地人之催告。自其達到於被催告人之時。發生效力(民九五條)。而催告中所指定應回答之期限。亦自達到時起算之。

四 全體說明

限制行爲能力人未經法定代理人之同意所爲之單獨行爲無效。其效力既已確定。不成問題。至於其所爲之契約。尚有得於法定代理人或本人之承認。而法律行爲之效力爲不定。故限制行爲能力人之相對人。立於不利之地位。爲保護其利益。民法與以催告權與撤回權。其他無保護未成年人之理由時。則使其法律行爲有效。本條所定者爲關於催告權之行使。即限制行爲能力人其限制原因尚未消滅者。相對人得定一個月以上之期間。對於其親權人監護人。催告其確答是否承認。受催告之人有時回答有時不回答。回答之時其內容或爲承

認或爲拒絕。依其所回答者。確定法律行爲自始發生效力或不發生效力。此效力之發生。乃由於意思之表示。非催告之效果也。關於回答。日民採發信主義（日民一一四條）。依我民法。則以回答達到於催告人時始發生效力（民九五條）。於應回答之期間內無回答時。視爲拒絕（德民一〇八條二項）。即因此確定法律行爲自始不發生效力。依日民規定如逾期不爲回答。則視爲承認（日民一九條）。此與我民法有不同也。

第八十一條 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。

前條規定。於前項情形準用之。

一 參考條文

德民一〇八之三「未成年人成爲行爲能力人後所爲之承認。代替法定代理人之承認」。日民一九之一。

二 用語說明

限制行爲能力人限制原因之消滅。爲達於成年或已結婚（民一二條、一三條）。

三 全體說明

限制行爲能力人之限制原因。既已消滅。則成爲行爲能力人。自得權衡其自己之利害。如對其自己所訂立契約爲承認。則可溯及於法律行爲時發生效力。其相對人亦得定一個月以上之期間。催告確答自己是否承認。逾期不爲確答。則視爲拒絕承認。

第八十二條 限制行爲能力人所訂立之契約。未經承認前。相對人得撤回之。但訂立契約時。知其未得有允許者。不在此限。

一 參考條文

德民一〇九「契約於有承認前。相對人得撤回之。撤回亦得對於未成年人表示之。相對人知其爲未成年人者。以未成年人反於事實。主張法定代理人同意時爲限。得撤回之。但於契約訂立時。相對人知其未有允許者。不在此限」。

二 用語說明

撤回對於尚未發生效力之行爲。防止其效力發生之行爲也。自得爲撤回者之方面言之。爲撤回權 (Wiederufsrecht)。依德民第一〇九條規定。撤回得向法定代理人或未成本人。以意思表示爲之。我民法未爲規定。解釋上限制行爲能力人限制原因未消滅前。應向法定代理人爲之(民七十七條)。限制原因消滅後。應向本人爲之。

三 全體說明

本條係倣德民之例。與相對人以撤回權。蓋此契約之效力未確定期中。法定代理人有承認與否之自由。而對於相對人則不可不與以撤回與否之自由也。於法定代理人未承認前。相對人原則上得爲撤回。然相對人如知未成年人未得有允許。而仍然訂立契約。則是於行爲時知其效力繫於法定代理人之承認而爲之者。應不許其撤回。但在未成年人。則不得撤回。蓋此契約之訂立。於未成年有利與否。尙未一定。未成年不得因自己之行爲。喪失其一旦所取得之法律地位也。

第八十三條 限制行爲能力人用詐術使人信其爲有行爲能力人或已得法

定代理人之允許者。其法律行為爲有效。

一 關係條文

民法 九二。

二 參考條文

日民二〇。法民一三〇七、一三一〇。暹民五一。

三 用語說明

爲使人信其爲有行為能力或已得法定代理人之允許。例如未成年人僞爲成年人。或已結婚。或獨立營業。或僞爲已得法定代理人之允許。何謂詐術。例如僞造戶籍謄本。或結婚證書。或使第三人僞證自己爲有行為能力人。或提出僞造經法定代理人之允許書函等是。有將詐術與詐欺故爲區別。謂詐術較詐欺之程度爲強。以出於積極的策略爲限。始有詐術之存在。然爲限制行為能力人及相對人保護之均衡。無此區別之必要。苟故意引起相對人之誤信。或強其誤信。而使爲法律行為時。不問其手段如何。皆可解爲詐術。然限制行為能

力人之行為效力不確定者。非由於相對人知其爲限制行為能力人之事實與否。故限制行為能力人僅未告知其爲限制行為能力人於相對人時。相對人不得以其未知其情事。而主張爲有效之行為。

四 全體說明

限制行為能力人如用詐術。使人信其有行為能力或已得法定代理人之允許。則其所爲之法律行為。應使之有效。蓋限制行為能力人此時已無保護之價值。相對人雖亦得依民法第九二條之規定。撤銷法律行為。或以侵權行為爲理由請求損害賠償（限制行為能力人如用詐術則常有識別能力）。然撤銷使法律關係複雜。損害賠償請求有證明損害之必要。皆不足以保護相對人。故法律更進一步。使法律行為自始有效。相對人亦不得撤回。然詐術與錯誤。須有因果關係。即相對人須因其用詐術而信其有行為能力或已得法定代理人之允許。如相對人並未受欺。則無保護之必要也。

第八十四條 法定代理人允許限制行為能力人處分之財產。限制行為能

力人。就該財產有處分之能力。

一 關係條文

民法 七七、八五。

二 參考條文

日民五。瑞民一九、四一四。德民一〇六、一〇八。

三 用語說明

所謂財產之處分云者。移轉財產上之權利於他人之生前行爲也。以其財產供清償之債務負擔行爲。爲其財產處分之前提亦爲有效。於法定代理人表示允許其處分之後。而財產尚未交付之前。所爲之債務負擔行爲亦然。稍有疑問者。財產處分之允許前所負之債務。以其財產清償之時。前爲無效之債務負擔。可解爲有效與否之問題是也。德民第一一〇條規定其爲有效。我民法雖無規定。亦可同樣解釋。蓋單純財產處分之允許。其性質上不得不如此也。第三人贈與未成年人以財產之時。允許其處分與否。由法定代理人決之。未成年人

依其得處分之財產而取得之財產(Subrogat.)。亦可視為其得處分之財產。

四 全體說明

未成年人得就允許處分之財產爲處分。蓋日常之時。一一須經法定代理人之同意。反與未成年人以不便。而使相對人常抱不安。非爲未成年之利益也。然此規定。可解爲法定代理人同意之省略。非可推定其爲概括之同意。例如未成年人將其作爲零用之錢買酒。以學費之大部分製衣服。或以旅費買一等火車票者。有時恐非法定代理人之豫定或可同意之時。但此等之處分。不得不謂之有效也。處分之允許。豫定其目的與否。有無區別。日民第五條則分別規定其豫定目的者。惟於目的範圍內得處分之。瑞士民法則不爲區別(瑞民四一四條)。我民法蓋從瑞士之立法例。故豫定目的與否。皆非所問。然必限定於一定範圍之財產。若允許處分其全部之財產。則爲限制行爲能力之全部解除。非民法之所許也。財產處分之允許。於未成年未處分之前。得撤回之。

第八十五條 法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者。限制行爲能

力人。關於其營業。有行為能力。

限制行為能力人。就其營業有不勝任之情形時。法定代理人。得將其允許撤銷或限制之。

一 關係條文

商業登記法草案有須聲請登記之規定。

二 參考條文

日民六。德民一二二、一一三。瑞民四一二。法民四八七。暹民五〇。

三 用語說明

營業云者。以得收入為目的而為獨立的計劃的繼續的之事業也。非惟商業工業農業。其他一切之實業及自由職業。亦包含之。然為官吏或使用人。係以他人之計算參與事業者。非營業也。營業之允許非為概括的同意。不過對於未成年人之行為能力之限制。於其範圍內除去之而已。故法定代理人不得一方為營業之允許。而同時保留其關於個個營業行為之同

意權。又關於營業行爲。不復有代理權。

四 全體說明

限制行爲能力人就允許之獨立營業。與成年人有同一能力。蓋非如此不得爲營業也。營業允許。依德民之規定。須得監護法院(Vormundschaftsgericht)之許可。在瑞民須得監護官署(Vormundschaftsbehörde)之許可。在法民須受和平判事之監督。我民法無此規定。營業允許有規定僅得就一種或數種特定之營業行之。不可概括的與以營業之能力者。例如日民(六條一項)。我民法雖無明文限制。解釋上應相同(Standinger Kom. Z. B. G. B. S. 477)。受有允許營業之未成年人。於其營業與成年人有同一能力。故關於營業。不獨營業行爲之本身。即營業之準備行爲、補助行爲、訴訟行爲等。一切有關於營業之行爲。皆得爲之。然其範圍應依客觀之標準而定。非可依未成年人或其相對人之主觀也。受允許營業之限制行爲爲能力人。有不勝營業情形之時。其法定代理人得撤銷其允許或限制之。撤銷惟對於將來消滅營業允許之效力。限制者一部分之撤銷。乃關於營業範圍之限制也。例如縮小批

發營業爲零賣營業是。若禁止特定之營業行爲。或限制不得爲某額以上之交易。則非營業允許之性質上所可是認者也。營業允許之撤銷或限制。可解爲得對抗善意之第三人。但立法上應規定其公示方法。以保護第三人（日非訟法一六八條）。

（註）依德國民法之規定。法定代理人允許未成年人爲他人服務時。未成年人（一）關於勞務法律關係之成立變更消滅。（二）及其履行義務。與未成年人有同一能力（德民一一三條）。屬於第一種之法律行爲者。就中如勞動契約之解約通知。屬於第二種之法律行爲者。不但爲工資之受領。而其延期或免除。亦在其內。其他由於勞務關係所生損害賠償之請求或承認與履行。亦然。由此種關係所發生之訴訟。未成年人亦有訴訟能力（德民訴五二條）。未成年人若不勝獨立謀生反有妨害其利益時。法定代理人得撤銷其允許或限制之。我民法關於此點。未爲規定。蓋讓與勞動契約法也。

第二節 意思表示

前 註

意思表示者。法律付與表示人欲望一定私法上效力之心裏表示行爲也。此意

思。通稱之爲效力意思(Geschäftswille)。意思表示經過效力意思、表示意思及表示行爲之三階段而成立。

一 效力意思(亦有稱爲目的意思)

效力意思者。欲引起法律上一定效力之欲望也。效力意思雖多直接以引起法律上效力爲目的。然此種意思。有時推可暗默的推測之者。效力意思實際必有一定動機而生。動機之如何。直接無關於意思表示之成立。唯動機含有錯誤或非自由之定(詐欺恐嚇)。效力意思可謂有瑕疵。有瑕疵之意思表示。不得成立完全有效之法律行爲。故意思表示第一要素在於爲無重大瑕疵之效力意思也。

二 表示意思 (Geseztungswille)

意思表示之第二段之要素。即欲表示效力意思之意思也。謂之表示意思。此表示意思之實行。即爲表示行爲。表示意思。與使表示行爲所以爲行爲之行爲意思。不同。行爲意思之外。尙要有表示意思。例如舉手之動作爲行爲。須有行爲意思。然以之爲同意之表

示。更須表示意思是也。卽表示意思。爲效力意思與表示行爲間之連鎖。雖一方有效力意思。他方有適於表示之行爲。若其間缺有連絡之意思(表示意思)。不得謂之意思表示。例如某市場向以舉手爲買賣契約之標誌。今有某甲不知此慣例。而於市場舉手招其友人。則舉手之舉動。不得謂之意思表示。

三 表示行爲 (Erklärungshandlung)

意思表示之第三段之要素。爲表示行爲。表示行爲云者。使效力意思得由外部認識之身體動靜也。主觀的非基於表示意思。依行爲意思而爲行爲不可。客觀的非爲適於表示當該效力意思之行爲。卽非爲所謂有表示力之行爲不可。不行爲。就中如沈默。亦得爲表示行爲與否。以其是否具備此主觀與客觀之要件而定(民一六一條)。所謂「沈默視爲承諾」(Qui tacet conventiur Videtur)之法律格言。非可濫用也(民八〇條、一七〇條、一五七條)。然表示行爲非必直接表示效果意思。苟間接的可推知之(Schlüssiger Verhältnissen, *Faakta Concludentia*)卽可。

四 意思主義與表示主義

效果意思表出之時。意思與表示完全一致。爲意思表示之理想。然實際上不能盡如此。故於此時因注重於表示人之意思或其表示。而有意思主義與表示主義之殊。日民以意思主義爲原則。濟以表示主義。民法與德民較之日民。稍偏於表示主義（民九一條。德民一二二條）。可謂爲折衷主義（Mittlere Theorie）。蓋注重意思主義。傾於個人主義之法律。然民法爲社會生活之規範。不能不顧交易上之安全。而應以表示主義爲原則也。關於效果意思與表示行爲之連鎖之表示意思。謂爲其有此意思。是否須以意思表示之目的而爲其行爲。抑以自覺其行爲有表示力（即可被認爲意思表示）爲已足。以前者爲必要者。爲目的主義。以後者爲已足者。爲觀念主義。而此觀念之有無。似宜客觀的判斷之也。

五 意思表示之種類

1. 要相對人之意思表示與不要相對人之意思表示

要相對人之意思表示（Empfangsbefürhtige Willenserklärungen）者。對於特定人須有