



法學啟蒙叢書

民法系列——

法律行為

■ 陳榮傳 著

Juridical Acts

Juridical Acts

Juridical Acts

Civil Law

三民書局

Juridical Acts

Juridical Acts

Juridical Ac

法律行為撐起了民商法的半邊天，並且已成為現代民商法的重要核心。本書討論法律行為的基本問題，筆者儘量以接近白話的語法寫作，希望能貼近目前法律系學生的閱讀習慣，並降低各種法學理論的爭辯評斷，以方便初學者入門。此外，為使讀者掌握相關司法實務的全貌，筆者在寫作期間蒐集、參考了數百則實務的裁判，並在內文中儘可能納入最高法院的相關判例及較新的裁判，希望藉由不同時期的案例事實介紹，能描繪出圍繞著這些條文的社會動態及法律發展，讓讀者在接受真正的法律啟蒙之外，還能有一種身在其中的感覺。

ISBN 978-957-14-5262-3

(584)



9 789571 452623

NT. 250




法學啟蒙叢書

民法系列——

法律行為

■ 陳榮傳 著

Civil Law

 五民書局

Juridical Acts

Juridical Acts

Juridical Acts

Juridical Acts

國家圖書館出版品預行編目資料

法律行為 / 陳榮傳著. -- 初版一刷. -- 臺北市: 三民, 2010

面; 公分

參考書目: 面

ISBN 978-957-14-5262-3 (平裝)

1. 法律行為 2. 個案研究

584.13

98018133

◎ 法律行為

著作人 陳榮傳

責任編輯 陳柏璇

美術設計 陳健茹

發行人 劉振強

著作財產權人 三民書局股份有限公司

發行所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門市部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2010年4月

編號 S 585890

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權·不准侵害

ISBN 978-957-14-5262-3 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

自序



自古以來的每個社會，都會面臨「資源有限、慾望無窮」的現實，人類生活資源的供需也常發生失衡的問題。現代私法除了在物權法的部分規定，仍以有限生活資源的直接分配作為規範的重心外，已轉移焦點到生活資源的運用及再分配，並創造出許多新的動態商機。管理他人的生活資源和協助生活資源的交易，都可以作為一種專業和職業，在這個「工作鏈」之中的每個人，所賴以維生的都不再是直接分配到原始的生活資源，而是其運用及再分配所衍生出來的機會。

私法自治和法律行為，就是這些機會之所以出現的法律依據。每個人的日常生活，從購買餐點、文具、搭乘交通工具、找工作、存款及提款、股票下單、買樂透彩券、打行動電話，到在便利商店繳納學費、水電費等，都離不開私法自治和法律行為的範疇，這些過程也都是機會之所在。現代人雖然不見得會「言必稱私法自治」，但在生活中確實已到了「行常有法律行為」的地步。就連此次三民書局邀請筆者撰寫本書，筆者欣然同意，也是一個法律行為。

法律行為撐起了民商法的半邊天，且已成為現代民商法的討論核心，如果沒有法律行為制度，民商法幾乎沒有發展的可能。對於法律行為的基本問題，我國民法總則編在第四章以專章予以規定，從第 71 條到第 118 條共有 48 條的規定，占總則編條文總數近三分之一。本書的相關說明，皆是以教科書的方式，依本章

的各節規定分別撰寫，但其中第五節代理的問題，因為三民書局已規劃在本系列的另一本專書予以討論，本書僅就其條文內容提出最基本的整理，希望讀者再自行閱讀其他著作。

本書因為是法學啟蒙叢書之一，筆者儘量以接近白話的語法寫作，希望能貼近目前學子的閱讀習慣，並降低各種法學理論的爭辯評斷，以方便初學者入門。不過，也因為它是法學啟蒙的書籍，筆者為使讀者掌握相關司法實務的全貌，在寫作期間蒐集參考了數百則實務的裁判，並在內文中盡可能納入最高法院的相關判例及較新的裁判，希望藉由不同時期的案例事實介紹，描繪出圍繞著這些條文的社會動態及法律發展，讓讀者在真正的法律啟蒙之外，還能有一種身在其中的感覺。

陳榮傳 謹誌於臺北

2010年3月

法律行為

contents



自序

第1章 通則 001

- ▶ 第一節 法律行為的基本概念 002
 - 一、私法自治 002
 - 二、法律行為的意義 004
 - 三、法律行為的要素 007
 - 四、法律行為的要件 009
- ▶ 第二節 法律行為標的之限制 014
 - 一、合法性 015
 - 二、妥當性 020
 - 三、可能性 028
 - 四、確定性 030
- ▶ 第三節 案例解析 031

第2章 行為能力 037

- ▶ 第一節 行為能力的基本概念 038
- ▶ 第二節 無行為能力人 039
 - 一、法律行為無效 039
 - 二、無意思能力 040
 - 三、法定代理人的代理權 041

● ● ● *contents* _____

▶ 第三節 限制行為能力人	041
一、規範架構	041
二、法定代理人的允許及承認	042
三、處分財產及獨立營業的允許	043
四、無須得允許的法律行為	045
五、未得允許法律行為的效力	048
▶ 第四節 案例解析	051

第 3 章 意思表示 053

▶ 第一節 意思表示的概念	054
一、意思表示的內涵	054
二、意思表示的類型	056
▶ 第二節 意思表示的生效時期	059
一、無相對人的意思表示	059
二、有相對人的意思表示	060
三、電子文件的意思表示	064
▶ 第三節 意思表示的瑕疵	067
一、基本概念	067
二、虛偽表示	070
三、錯誤與誤傳	078
四、詐欺與脅迫	093
▶ 第四節 意思表示的解釋	104
一、解釋的方法及原則	104
二、司法實務的案例	106

▶ 第五節 案例解析	112
------------	-----

第4章 條件及期限 119

▶ 第一節 條件	120
----------	-----

一、條件的意義	120
二、條件的種類	128
三、不許附條件的法律行為	131
四、附條件法律行為的效力	133

▶ 第二節 期限	140
----------	-----

一、期限的意義	140
二、附期限法律行為的效力	144

▶ 第三節 案例解析	145
------------	-----

第5章 代理 151

一、代理權之授與及撤回	152
二、代理行為之要件及效力	153
三、代理行為的限制	153
四、無權代理的效力	153

第6章 無效及撤銷 155

▶ 第一節 無效的法律行為	156
---------------	-----

一、無效的意義	156
二、無效的種類	159

三、法律行為的一部無效	160
四、無效法律行為的轉換	165
五、無效法律行為的效果	167
▶ 第二節 得撤銷的法律行為	169
一、撤銷的意義	169
二、撤銷的客體	169
三、撤銷權	170
四、撤銷的方式	173
五、撤銷的效力	173
▶ 第三節 效力未定的法律行為	174
一、效力未定的意義	174
二、須得第三人同意的行為	175
三、無權處分行為	176
▶ 第四節 案例解析	184

附錄 1 綜合案例	188
-----------	-----

附錄 2 參考書目	195
-----------	-----

第 1 章 ● ● ●

通 則



第一節

法律行為的基本概念

one ● ● ●

一、私法自治

公法和私法的分類由來已久，儘管分類的標準一直有不同意見，但對於私法和公法的區別，則都一致認為私法許可當事人意思自由決定，而公法則應受法律的強制拘束，不能任意或自由決定。換句話說，私法關係的成立及效力，有時不是以法律的明文規定為依據，而是以私法自治(Privatautonomie)的制度概念作為基礎。

私法自治原則的採用，宣示在私法的領域之內，係以當事人的自由意願及決策，作為其權利義務發生的根據。❶當事人積極參與私法自治的活動，固然為其帶來理財致富的可能性，但也潛藏著傾家蕩產的危機。在私法自治的原則下，私法的法律關係由當事人意思自主決定，法律的主要目的在承認當事人依照自己的意願，自我實現同時自負責任，所以法律效果的發生基本上是以當事人所表示的意思為依據，「重然諾」成了超越道德期許的一種法律規範。

對於私法自治，在法律上還是有二個問題需要解決：該不該承認此項原則？及此項原則適用的範圍或界限為何？值得注意的是，私人之間自由交易的程度及範圍的問題，在不同的時空環境中往往有不同的結論。❷例

- ❶ 私法自治是支撐現代民法的基礎，它的經濟意義可以上溯亞當斯密的《國富論》，倫理內涵源自康德理性哲學中的自由意志。請參閱蘇永欽，〈私法自治中的國家強制〉，《民法七十年之回顧與展望論文集(-)》，臺北：元照，2000年10月初版，頁7。
- ❷ 曾世雄教授謂：「民法就應規範之事項有自作規範者，亦有轉嫁於私法自治之原則者。不轉嫁與轉嫁間之比例如何，關係私法自治在民法中之地位。不轉嫁愈大，私法自治原則愈不重要，反之，轉嫁愈大，私法自治即益形重要。」見所著，《民法總則之現在與未來》，自版，1993年6月初版，頁21。

如在土地交易的情形，有些國家可能因為土地全為國有，而全面予以禁止；有些國家要抑制投機的交易，規定要先經過政府特許；有些國家要避免商人炒地皮，規定交易的價格以防止市場過熱。在各種不同的模式中，究竟採取那一種比較妥適，由於涉及到憲法層次的經濟體制的抉擇，並不是單純的民法考量。再加上土地的性質特殊，法律上可能基於國家安全的理由，禁止某些土地的自由交易，對於可以自由交易的土地，也可能為了保障交易安全，而規定其交易必須遵循法定的方式和程序。

我國法律整體來說採取私法自治的架構，即有關私法的事項，原則上由當事人自治，國家尊重當事人的意思自主性，對於當事人自主決定的事項原則上不予以干涉。在這樣的架構下，法律行為有很大的空間，但仍然受到某些限制。例如甲有 A 地，政府公告的地價為每平方公尺 5000 元，乙向甲表示願意以每平方公尺 10000 元購買，經甲允受，但乙後來反悔，僅願依公告地價給付每平方公尺 5000 元。在這個例子中，只要 A 地不是法律上禁止交易的土地，政府公告地價的目的並不在限制當事人自由決定價金，所以甲乙如依法決定價金為每平方公尺 10000 元，仍屬有效，乙仍應將契約所定的價金給付予甲。

在我國民法的條文中，立法者雖然未曾使用「私法自治」的用詞，但是從當事人要對自己表示的意思負責或受其拘束的規定，都可以看出立法者採納此一原則的痕跡。契約自由是私法自治最重要的核心，它主要是透過契約的訂定而實現的。就私法自治的整體而言，也是透過包含契約在內的法律行為，使當事人得以自主地創造和形塑其內心想要的法律效果，達到當事人自主決定和自負其責的雙重目標。

我國民法關於私法自治原則，最貼切的宣示是在第 153 條關於契約成立的下列規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」此一規定強調根據私法自治的原則，當事人享有締約的自由，其內容不以法律上有明文規定之類型為限。故當事人如就其契約之效力發生爭議，法院於適用法律前固須先認定其事實所屬之契約種類，但依最高法院實務之見解，「仍應以該契約約定之具體內容為判斷基礎，不得捨當事

人之特別約定，而遷就法律所規定之有名契約內容予以比附適用，此乃私法自治、契約自由原則之體現。」^③

二、法律行為的意義

法律行為 (Rechtsgeschäft) 是我國民法上的重要概念，某些條文的正確適用，甚至要先確定法律行為的意義。例如民法第 758 條第 1 項規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失、及變更者，非經登記，不生效力。」本條固然是針對不動產物權而規定，動產不受本條的限制，所以甲向乙買受中古車，交付後未到監理站辦理過戶登記，如果具備動產物權的變動要件，乙仍已取得該中古車的所有權，不受本條規定的限制；本條所限制的，僅限於「依法律行為而取得、設定、喪失、及變更者」，甲在自己的土地上建築房屋一棟，並未辦理保存登記，仍已取得該房屋的所有權，因為甲不是「依法律行為而取得」房屋所有權，所以不適用本條「非經登記，不生效力」的規定。

我國實務上也曾發生類似的案例：甲將其對乙的貨款債權 100 萬元連同該債權的擔保物權，即乙就其 A 地所設定的抵押權，與丙訂定債權及抵押權讓與契約，但依土地登記簿謄本記載，該抵押權仍登記抵押權人為甲，並未辦理變更登記為受讓人丙的名義，後來發生關於丙是否為抵押權人的爭議。^④在這個案例中，因為丙未辦理 A 地抵押權的移轉登記，依民法第 758 條第 1 項規定，不能依「法律行為」而取得該抵押權，但如果不是依「法律行為」而取得，即可不受本條的限制。可見法律行為之定義及範圍，實至關重要。

我國民法在許多條文都提到「法律行為」一詞，但對於「法律行為」的定義並未設明文規定，一般都從法律行為的功能及相關學理，認為法律

^③ 參照最高法院 92 年臺上字第 2374 號判決。最高法院提及「私法自治」可作為承認當事人約定的效力依據者，至少尚包括 86 年臺上字第 3165 號判決、88 年臺上字第 1189 號判決及 90 年臺上字第 56 號判決。

^④ 參考最高法院 91 年臺抗字第 588 號民事裁定。

行為是以意思表示為要素，依意思表示的內容，而發生一定私法上效果的行為。換言之，法律行為是一種在法律上具有意義或重要性的法律事實，其他雖然還有也會促使權利義務發生變動的法律事實或行為，但都應該與法律行為嚴格區別，在學理上也都依其性質分別以侵權行為、事實行為或準法律行為稱之。

根據上述定義，法律行為的範圍仍相當廣泛，因此在法規及學理上常再依據不同的標準，進一步為下列分類：

(一)身分行為和財產行為

依據法律行為所影響的法律關係的性質的不同，可將法律行為分為身分行為和財產行為，前者是發生身分上效力的法律行為，例如訂定婚約、結婚、認領非婚生子女及收養子女等，後者是發生財產上效力的法律行為，例如買賣土地、出租房屋、專利授權、移轉汽車所有權等，有的法律行為雖發生財產上的法律效果，卻是以基於特定的身分才發生者，例如訂定夫妻財產制契約、拋棄繼承等，故在學理上被稱為身分上的財產行為。

(二)負擔行為和處分行為

在將財產權區分為債權和物權的國家，財產行為通常也依據其所影響的權利的性質，分為債權行為和物權行為。債權行為的效力，是使當事人因而負擔應為一定給付或行為的義務，又稱為負擔行為，物權行為因直接使物權發生變動，也稱為處分行為。例如甲將 A 地出售給乙，雙方所訂定的買賣契約有效成立之後，乙在法律上為買受人，但尚非取得 A 地所有權的所有人，乙僅得依民法第 348 條規定，向出賣人甲請求交付並移轉 A 地所有權，乙此時因買賣契約而取得債權，故買賣契約為債權行為或負擔行為，嗣後甲將 A 地所有權移轉給乙的行為，則為直接使物權變動的物權行為或處分行為。值得注意的是，處分行為的範圍除了物權行為之外，還包含準物權行為在內。例如上例中的乙將其作為買受人的權利，即基於買賣契約得請求甲移轉所有權的債權，依債權讓與的方式，讓與給丙的行為（民

294 以下)，因該行為使乙對甲的債權變動成為丙對甲的債權，故為處分行為，其情形雖與物權行為類似，但該行為所處分的權利為乙對甲的債權，不是 A 地的所有權或其他物權，學理上乃稱之為準物權行為。

(三)要因行為和不要因行為

法律行為依其是否應以其原因有效存在為前提，始為有效的不同，可分為要因行為（有因行為）和不要因行為（無因行為）。一般認為買賣契約、租賃契約等債權行為都是要因行為，物權行為、票據行為、債務承擔等法律行為，則為不要因行為。根據此項見解，如甲因與乙訂定出售 A 地給乙的買賣契約，並依該買賣契約移轉 A 地所有權給乙，後來發現該買賣契約應屬無效時，乙就 A 地取得的所有權，並不因為買賣契約無效而受影響。

(四)要物行為和不要物行為

法律行為在意思表示之外，如尚應有標的物之交付，始能有效成立者，稱為要物行為，動產物權行為以動產之交付為必要（民 761），固為要物行為，債權契約中的使用借貸契約（民 464）、寄託契約（民 589）等也是要物行為。不要物行為也稱為諾成行為，只要當事人的意思表示符合要件，即可有效成立，買賣契約只需當事人意思表示合致即可成立（民 153），標的物的交付或移轉所有權不是買賣契約成立的要件，而是該買賣契約的效力的一部分，即是一例。

(五)有償行為和無償行為

法律行為的當事人如果是以他方的對待給付作為對價，始提出自己的給付，即是有償行為，如果自己片面為財產上的給付，無法因此而取得他方的對待給付，則為無償行為。債權行為通常都是有償行為，贈與契約、使用借貸契約及無利息的消費借貸契約等，是較常見的無償行為。此種區分在民法第 244 條的適用上，具有重要的意義。

(六)單獨行為、契約行為和共同行為

法律行為依其成立所需的意思表示的數量的不同，可分為單獨行為、契約行為和共同行為。只要有一方當事人的意思表示者，為單獨行為，例如物權的拋棄（民 764）、撤銷或承認（民 116）、免除債務（民 343）等是；須要有雙方當事人對立的意思表示合致者，為契約行為，例如買賣契約、贈與契約、結婚、移轉土地所有權等均屬之；二個以上當事人平行的意思表示所構成的法律行為，例如數人共同捐助設立一個財團法人、社員在社團總會的決議、董事會的決議等行為，都是共同行為。單獨行為和契約行為的區別，對於民法第 78 條及第 79 條的適用，具有重要意義。

(七)要式行為和不要式行為

法律行為的意思表示須要以特定的方式為之者，稱為要式行為，不以特定的方式為必要者，稱為不要式行為。在私法自治的原則下，法律行為多屬不要式行為，例外的情形才應具備特定的方式。該特定方式的要求，是由法律規定者，稱為法定要式行為，例如期間逾一年的不動產租賃契約（民 422）、不動產物權行為（民 758）、以不動產物權行為為負擔的債權行為（民 166-1 I）、人事保證契約（民 756-2 II）、結婚（民 982）等行為是。為貫徹私法自治的原則，當事人亦得約定法律行為應具備特定的方式（民 166），此種行為稱為意定要式行為。

(八)生前行為和死因行為

法律行為依其效力發生的時期，是在當事人活存時或死亡之後的不同，可分為生前行為和死因行為（或稱死後行為）。一般法律行為都是生前行為，訂立遺囑（民 1199）是死因行為的典型。

三、法律行為的要素

根據法律行為的上述定義，法律行為應具備下列幾個要素：

(一)須有意思表示

私法自治是以當事人受其意思表示拘束為基礎，如果當事人欠缺意思表示，即無法律行為可言。例如在甲就其對乙的貨款債權 100 萬元，與丙訂定債權讓與契約的例子中，甲和丙關於甲對乙的 100 萬元貨款債權，所表示要讓原來「乙欠甲」的債權，變成「乙欠丙」的債權的意思，即為意思表示。意思表示是表意人將內心期望發生一定法律效果的意思，藉由表示行為將它表示於外部的行為。一個法律行為至少需有一個意思表示，遺囑、承認或撤銷等單獨行為都只需一個意思表示，契約乃是經由要約與承諾等二個意思表示，所構成的雙方行為，至於三個以上的意思表示所構成者，則稱為共同行為。

(二)須有一定的私法上效果，是因當事人的意思而發生

法律行為的制度功能之一，是要讓當事人對其意思表示負責，所以特定的私法上效果的發生，必須是因為當事人的意思而發生的，才是法律行為。

在上述案例中，原來「乙欠甲」的債權之所以變成「乙欠丙」的債權，是基於甲、丙所為的意思表示，甲、丙間乃有債權讓與的法律行為；至於甲因其債權而對乙的 A 地的抵押權，之所以成為丙的抵押權，乃是因為民法第 295 條第 1 項的本文規定：「讓與債權時，該債權之擔保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人」，即使當事人未表示要發生這種效果的意思，也自動發生這種效果，其間就沒有法律行為。

所謂「發生」效果，不僅指在法律上生效而言，同時也包括法律效力的變更與消滅在內。有些行為雖然也須要有當事人的意思表示，但是法律效果的發生並不是基於意思表示，而是根據法律的規定發生，這種行為稱為準法律行為，也不是法律行為。⑤例如民法第 80 條第 1 項規定和限制行

⑤ 準法律行為包括三類：意思通知、感情表示及觀念通知，其效力係由法律規定而當然發生，有認為法律行為之效力，也是因法律規定而當然發生，並非由於

為能力人訂定契約的相對人，得定一個月以上期限，催告法定代理人，確答是否承認，第 2 項規定「於前項期限內，法定代理人不為確答者，視為拒絕承認」，這裡的「視為拒絕承認」並不是法定代理人真的有拒絕承認的意思表示，而是因為對於相對人催告的這個準法律行為，法律上直接規定了它的法律效果。

在準法律行為的三個分類中，前述的催告屬於意思通知；贈與人對於受贈人為宥恕或原諒的表示（民 416 II），屬於感情表示等；民法第 129 條第 1 項第 2 款所稱的承認，依最高法院 79 年臺上字第 1145 號判決的見解，「乃債務人向請求權人表示認識其請求權存在之觀念通知，其效力之發生應類推適用有相對人意思表示之規定」。^⑥

（三）意思表示的目的，須是發生私法上的效果

當事人基於私法自治的原則，雖得藉法律行為的方式，依當事人的「意思」決定其欲發生的法律效果，但其範圍僅以私法上的效果為限。當事人的行為如以發生公法上的效果為目的，其究竟能發生何種公法上的效果，應該依公法的規定論斷，自然不是私法自治下的法律行為。有時同一行為會同時發生私法上及公法上的效果，例如購買土地時，買受人一方面要支付價金，也要繳納稅捐，但前者屬於基於私法上買賣契約的效力，後者則應依公法上有關稅捐的規定處理。

四、法律行為的要件

由於法律行為的成立生效，將使權利義務依其意思表示的內容，發生一定的變動，故法律行為是否成立生效，乃直接影響權利義務是否變動，訴訟上亦常發生系爭法律行為是否成立生效的爭議。法律行為的成立及生效，須要具備一定的要件，這些要件可以依其內容為各種分類，例如分為

行為人之意思，故認為準法律行為之概念無存在之必要者。王伯琦，《民法總則》，臺北：正中，1963年3月臺初版，頁152。

⑥ 不同意見，請參閱黃立，《民法總則》，自版，1999年10月2版1刷，頁182。

關於當事人、標的物、意思表示及其他事項的要件，或依其外觀分為形式要件及實質要件，也可以依其對法律行為的影響，分為成立要件及生效要件。在法律適用及司法實務上，比較重要的分類是成立要件及生效要件，本書乃就其內容特別再說明如下：

(一)成立要件及生效要件

我國民法對於各種法律行為的規定甚多，且並未對法律行為的「成立」及「生效」要件，為條列式的明文規定，但最高法院的判例曾予以區別，^⑦故一般的論述通常乃就有關法律行為的各種規定，為綜合性的討論。對於各種規定所涉及的要件，通常從其形式判斷其究竟屬於成立要件或生效要件，例如規定關於法律行為的「成立」者，即認定其為成立要件（民 153 I、166），規定法律行為的「生效力」、「有效」或「無效」者，即認定其為生效要件（民 71～75），但有時仍不易區別。這些要件可分為所有法律行為所共同必須的一般要件，及只是特定的法律行為所必須的特別要件，並在區分「成立要件」和「生效要件」的前提下，進一步細分為一般成立要件、一般生效要件、特別成立要件和特別生效要件。^⑧

⑦ 40 年臺上字第 1496 號判例：「贈與契約之成立，以當事人以自己之財產，為無償給與於他方之意思表示，經他方允受為要件。此項成立要件，不因其贈與標的之為動產或不動產而有差異。惟以動產為贈與標的者，其成立要件具備時，即生效力。以不動產為贈與標的者，除成立要件具備外，並須登記始生效力。此就民法第四百零六條，與第四百零七條之各規定對照觀之甚明。故民法第四百零七條關於登記之規定，屬於不動產贈與之特別生效要件，而非成立要件，其贈與契約，苟具備上開成立要件時，除其一般生效要件尚有欠缺外，贈與人應即受其契約之拘束，就贈與之不動產，負為補正移轉物權登記之義務，受贈人自有此項請求權。」

⑧ 鄭玉波，《民法總則》，臺北：三民，1995 年 8 月修訂 10 版，頁 225～226；施啟揚，《民法總則》，自版，2005 年 6 月 6 版，頁 193～194；王澤鑑，《民法總則》，自版，2000 年 9 月，頁 271～272；陳自強，《契約之成立與生效》，臺北：學林，2002 年 3 月初版，頁 414。

概括言之，法律行為的一般成立要件，是指當事人、標的（內容）及意思表示而言；一般生效要件則為(1)當事人須有權利能力及行為能力，(2)標的（內容）須合法、妥當、可能、確定，(3)意思表示須健全並趨於一致（單獨行為除外）。民法上可以認為屬於特別成立要件的規定者不多，第 153 條第 1 項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立」，第 166 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」，都是適例。特別生效要件的規定較多，例如(1)限制行為能力人的法律行為（意思表示），應得法定代理人的同意（民 77、79）；(2)附條件或期限的法律行為，於條件成就或期限屆至時發生效力（民 99、102）；(3)無權處分行為應經有權利人的承認（民 118）；(4)無權代理行為應經本人的承認（民 170）；(5)不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失、及變更者，非經登記，不生效力（民 758 I）；遺囑或遺贈行為須遺囑人死亡，始發生效力（民 1199）。

從邏輯上來說，法律行為如欠缺成立要件，其結果是「法律行為不存在」，如欠缺生效要件，其結果是「法律行為存在但不生效力」，但從司法實務的角度來說，關於法律行為的爭議，都發生在當事人得否主張該法律行為的效力。例如甲和乙約定，甲願將 A 屋送給乙，後來甲反悔，乙請求甲要履行該契約，雙方發生爭議而涉訟。就訴訟的結果來看，無論法律行為是不成立或不生效，結果都是主張該法律行為效力的乙敗訴，所以也常有將二種要件合而為一，而稱「有效成立」者。發生問題的，是法律行為如已具備成立要件，但仍欠缺生效要件時，是否仍具有「某種」效力？對於此一問題，最高法院曾認為不動產之贈與契約如已成立，但不生效力時，在法律上並不是完全沒有效力，因為當事人之間仍有「一般契約之效力」。⁹

⁹ 最高法院 41 年臺上字第 175 號判例謂：「以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力，固為民法第四百零七條所明定。惟當事人間對於無償給與不動產之約定，如已互相表示意思一致，依同法第一百五十三條第一項之規定，其契約即為成立，縱未具備贈與契約特別生效之要件，要難謂其一般契約之效力亦未發生，債務人自應受此契約之拘束，負有移轉登

(二)法律行為的方式問題

對當事人而言，通常最容易注意的是法律行為的形式要件或方式問題。法律行為若皆以具備一定的方式為必要，當事人即可能因未注意法律規定的方式，或不了解法律所定的方式的具體內容，而未能如願為有效的法律行為。在私法自治的原則下，法律行為應儘量不以一定的方式為必要，以促成法律行為的有效成立，如規定以一定的方式為必要，亦應妥適認定其要件，避免過度限制法律行為的有效成立。法律上通常亦因此僅對於某些法律行為，基於由於交易安全或其他公共利益的理由，規定應具備一定的方式，其餘均未規定其方式。學理上亦稱前者為「要式行為」，後者為「不要式行為」。

「要式行為」可進一步分為「法定要式行為」和「意定要式行為」，前者是指依法律規定應具備一定方式的行為，後者是由當事人以契約決定應以一定方式為必要的行為。民法第 73 條規定：「法律行為，不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不在此限。」本條所規定的，即是法定要式行為在欠缺「法定方式」的法律效果。本條並非規定所有法律行為均須依法定方式為之，而指有法定方式之規定者，即應依該法定方式為之。

「方式」一詞主要是指法律行為在外觀上所呈現的形式，例如「白紙黑字」所呈現的「書面」或「字據」、加強法律效果的認識的「宣誓」或「公證」、排除隱密方式的「公開儀式」等都是，至於為增加公示作用而向政府

記使生贈與效力之義務。」44 年臺上字第 1287 號判例謂：「上訴人所稱被繼承人某甲之分產行為，如係贈與性質，雖不動產之贈與非經登記不生效力，但某甲以訟爭不動產無償給與其四子，雙方意思表示既經互相一致，依民法第一百五十三條第一項之規定，其一般契約之效力究已發生，某甲即應受其拘束，負有依約履行使生贈與效力之義務。此項義務因某甲之死亡，應由其繼承人包括繼承，被上訴人為繼承人之一，自不能違反此契約，而請求確認其就訟爭不動產仍有應繼分，並命上訴人協同辦理繼承登記。」相關的批評，請參閱王澤鑑，〈不動產贈與契約特別生效要件之補正義務〉，《民法學說與判例研究(-)》，自版，1992 年 9 月 13 版，頁 439。

機關所為的「登記」，固然亦為法律行為的一項要件，但因登記本身屬於公務員依法所為的公法行為，似不宜單純調為法律行為的方式。

「方式」主要是指法律行為在外觀上所呈現的形式，民法關於法定方式的規定，最常見的是應以「白紙黑字」呈現的「書面」或「字據」。例如第 422 條規定：「不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之」，第 730 條規定：「終身定期金契約之訂立，應以書面為之」，第 758 條第 2 項規定：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之」，第 904 條第 1 項規定：「以債權為標的物之質權，其設定應以書面為之」，第 756 條之 1 第 2 項亦規定人事保證契約應以書面為之。

書面以外的其他方式，至少包括下列各種：設立社團者，應訂定章程（民 47）；設立財團者，應訂立捐助章程（民 60 I）；契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書（民 166-1 I）；結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記（民 982）；夫妻財產制契約之訂立、變更或廢止，應以書面為之（民 1007）；兩願離婚，應以書面為之，有二人以上證人之簽名並應向戶政機關為離婚之登記（民 1050）；收養應以書面為之，並向法院聲請認可（民 1079 I）；繼承人拋棄其繼承權，應於知悉其得繼承之時起三個月內以書面向法院為之（民 1174 II）；遺囑應依下列方式之一為之：一、自書遺囑，二、公證遺囑，三、密封遺囑，四、代筆遺囑，五、口授遺囑（民 1189）。

（三）方式欠缺的法律效果

無論是民法或其他法律規定的法定方式，均有民法第 73 條的適用，其未依法定方式的法律行為，原則上均屬無效，但法律如就其法律效果，另有不同於無效的規定者，則依其規定。例如民法第 422 條規定：「未以字據訂立者，視為不定期限之租賃」，民法第 166 條之 1 第 2 項規定：「未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效」，對於欠缺法定方式的上述行為，均不得認定其為

無效。

民法關於「字據」或「書面」方式的規定，如採從寬認定或解釋的標準，其方式即較容易具備，如從嚴予以認定或解釋，法律行為即較有可能欠缺其方式。為統一標準並便利法律行為的有效成言，民法第 3 條規定：「依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。如以指印、十字或其他符號代簽名者，在文件上，經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。」此一規定可直接適用於「依法律之規定，有使用文字之必要」的法定要式行為，對於「依當事人約定，有使用文字之必要」的意定要式行為（民 166），不能直接適用，但宜類推適用之。

意定要式行為如欠缺「意定方式」，其法律效果並非依民法第 73 條決定，而應依民法第 166 條下列規定決定之：「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。」

第二節

法律行為標的之限制

two ● ● ●

每一個法律行為都有它的標的或內容，以作為權利義務變動的依據。假設一個法律行為有效成立，權利義務所將發生的變動，即是該法律行為的標的或內容。所以在絕對自由的原則之下，將會形成「只要我喜歡，沒什麼不可以」的情形。不過，私法自治通常還是有其界限，一般也因此認為法律行為的標的或內容，應具備合法、妥當、可能、確定等四項要件，這四個要件也可以說是私法自治的外部界限¹⁰。民法總則編僅於第 71 條及第 72 條，對合法性及妥當性設有規定，其餘應參酌民法各編規定及學理加以認定。

¹⁰ 學者也有認為可能和確定的要件，與私法自治的外部界限無關者。請參閱陳自強，《契約之內容與消滅》，臺北：學林，2004 年 1 月，頁 62～64。

一、合法性

(一)合法性的概念

在私法自治的原則下，當事人關於法律行為有很大的自主空間，所以通常法律不會硬性要求當事人一定要如何為法律行為，相反地，只是消極地劃出幾條紅線，只要不逾越紅線，就被認為是「合法」。所以合法性乃是一個消極概念，主要是指「不違法」，而不是指法律行為的內容一定要有具體的法律作為依據。

法律行為的內容雖然只要「不違法」即可，但如果法律行為動輒「違法」，私法自治將名存實亡，所以勢必要對於「違法」的範圍予以適度限縮。民法第 71 條因此就規定：「法律行為違反強制或禁止規定者，無效」，把「違法」的範圍限縮在違反強制或禁止規定。「強制或禁止規定」是指具有強制性的強行法而言，法律行為如果違反不具強制性的任意法，並不致被認定為無效。從當事人的法律行為可以抵觸任意法的角度言，我們可以認為任意法是當事人得以自由意思排除其適用的法規，其作用主要在補充當事人意思的不足，強行法則是指不論當事人意思如何，均應適用而不得違反的法規，其作用是在劃定法律行為的內容的「紅線」。

(二)強行法的違反

當事人的法律行為如果違反法律規定，該規定為強行法或任意法將會決定該法律行為的是否有效，所以如何在具體個案中判斷法律規定的性質，在實務上也成為重要課題。大致來說，命令當事人應為一定的行為者，稱為強制規定，如設立社團應訂定章程（民 47）、不動產物權的移轉或設定，應以書面為之（民 758 II）、婚約應由當事人自行訂定（民 972）等；命令當事人不得為一定的行為者，稱為禁止規定，例如權利能力、行為能力及自由，不得拋棄（民 16、17）、故意或重大過失的責任，不得預先免除（民 222）、物權除法律或習慣外，不得創設（民 757）等。就法律條文規定的

形式而言，原則上有「應」、「須」的用語者為強制規定，有「不得」的用語者為禁止規定，但特定的條文究竟是強行法或任意法，目前仍沒有絕對而統一的判斷標準，而應由法院於具體案例為個別之認定。^①

「強制或禁止規定」的目的在劃定私法自治的紅線，限制人民的基本自由，故其內容原則上似應以行為時的「規定」為限。^②在最高法院 92 年臺上字第 2130 號判決中，當事人為法律行為時的法律，與法院判決時的法律已有所不同，該法律行為雖違反判決時的法律，但不知是否違反行為時的法律，最高法院指出：「按法律行為是否因違反強制或禁止之規定而歸於無效，依實體從舊之原則，自應依行為時有效之法令決之。」此處所稱的規定，也包含法律上的當然原理，例如在最高法院 87 年臺上字第 2776 號判決中，對於土地法第 34 條之 1 第 4 項為減少共有人之人數，促進不動產之有效利用及消除共有而生之糾葛，而規定不同意出賣應有部分之共有人，得以同一價格共同或單獨優先承購，法院即認為「此項優先承購權係屬法定形成權之性質，自不容許當事人任意予以限制或剝奪。」

對於法律的禁止規定，實務上曾發生是否應再限縮範圍的問題。例如在最高法院 68 年臺上字第 879 號判例中，證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款規定，證券商不得收受存款或辦理放款，甲委託乙證券商出售股票，並將售得之款存於乙公司，計收利息，後來因乙公司盜賣甲的股票，甲訴請乙交付股票，乙則抗辯甲違反此項禁止規定，而收受存款或辦理放款，其行為應在無效之列，從而，甲亦不能行使請求權。最高法院則指出：「查證券交易法第六十條第一項第一款乃取締規定，非效力規定，無民法第七十

① 值得注意的是，實務上也有將強制規定及禁止規定混為一談的情形，例如最高法院 86 年臺上字第 1587 號判決謂：「公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項定有明文。此為強制規定，違反之者，依民法第七十一條規定，該合夥契約為無效。」其中，強制規定一詞乃是禁止規定之誤。

② 最高法院 20 年上字第 1748 號判例謂：「違法與否，應以中央政府頒行之法律為準，若地方官吏之命令與全國應當遵守之法令有背馳時，當事人間若違背法律而為不法之行為，仍不得藉口於地方官署之命令，而解為適法。」

一條之適用。證券商違反該項規定而收受存款或辦理放款，僅主管官署得依證券交易法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，非謂其存款或放款行為概為無效。」¹³根據此項見解，法律行為違反禁止規定中的取締規定者，其法律行為仍屬有效，在方法論上是對於「禁止規定」一詞，再為目的性限縮，認為僅限於「效力規定」，而不及於「取締規定」。

對於「效力規定」及「取締規定」的區別標準，實務上並無明確的規則可循。在下列實務案例中，其法律行為已被認定係因違反強行法而無效，依上述邏輯逆推，即可認定各該被違反的強行法，均具有「效力規定」的性質：

1. 買賣、運送毒品、蓄養奴婢，從民法施行時起即為法律所禁止，當事人為此所訂之契約應屬無效。¹⁴

2. 父母為未成年子女所訂婚約，違反民法第 972 條規定而無效；¹⁵ 未成年夫妻自行離婚，未得法定代理人同意，違反民法第 1049 條而無效。¹⁶

3. 某公司非以保證為業務而為保證，其保證行為違反公司法（舊條文第 23 條）第 16 條第 1 項不得為任何保證人的規定而無效，¹⁷ 公司提供財產為他人設定擔保物權者，其設定行為亦屬無效。¹⁸

4. 甲一面代表乙公司，一面代理其妻丙簽訂土地租賃契約，為雙方代理，違反民法第 106 條「代理人，非經本人之許諾，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，但其法律行為，係專履行債務者，不在此限。」的規定，其所簽訂契約應屬無效。¹⁹

¹³ 最高法院 66 年臺上字第 1726 號判例亦有相同要旨。

¹⁴ 參照最高法院 20 年上字第 236 號、20 年上字第 202 號、29 年上字第 626 號、30 年上字第 64 號、33 年上字第 5780 號等判例。

¹⁵ 最高法院 33 年上字第 1723 號判例。

¹⁶ 參照司法院 25 年院字第 1543 號解釋。

¹⁷ 參照最高法院 69 年臺上字第 1676 號判例。

¹⁸ 參照最高法院 74 年臺上字第 703 號判例。

5. 憲法第 16 條規定，人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。查系爭協議書第 4 條雖約定兩造「不得再以任何方式追究他方刑責」，其真意倘係拋棄刑事訴訟權，即有違憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，難謂有效。¹⁹

(三) 脫法行為

脫法行為原來只是學說上的用語，近年來已經為最高法院採用以解決「借名登記」的問題。例如在 87 年臺上字第 2834 號判決中，甲、乙各出資二分之一共同購買 A 地，但因甲無法取得自耕能力證明俾辦理移轉登記，且因農地無法細分，而將 A 地全部登記在乙的名下，後來 A 地被政府徵收，乃發生甲得否向乙請求 A 地補償費的二分之一的爭議。最高法院在本件判決中指出：「當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，乃學說上所稱之脫法行為，倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。」²⁰

¹⁹ 參照最高法院 84 年臺上字第 401 號判決。

²⁰ 參照最高法院 87 年臺上字第 2000 號判決。

²¹ 最高法院 87 年臺上字第 2834 號判決也包含下列重要理由：「查私有農地所有權之移轉，依土地法第三十條第一項規定，其承受人以能自耕者為限，旨在防止非農民承受農地，造成土地投機壟斷之情形，並積極輔助農民增加取得耕地使用之機會，從而扶助自耕農，促進土地利用，貫徹耕者有其田之基本國策，發揮農地之作用；故同條第二項明定，違反者，其所有權之移轉無效；是為禁止無自耕能力者承受並享有私有農地所有權之強行規定。又稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。無自耕能力之人，信託有自耕能力之他人以其名義取得農地所有權，係以迂迴方法逃避土地法第三十條第一項強行規定之適用，以達其享有土地所有權之實質目的，依上說明，此脫法行為於法即屬無效。八十五年一月二十六日公布施行之信託法第五條第四款明定：「以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者，信託行為無效」，更揭示斯旨。」

由上述判決可知，脫法行為雖然不是直接違反強行法規，而是以「表面合法、實質違法」的方式，「間接」地違反強行法規，表面來看當事人已經巧妙地以迂迴方式，迴避了強行法規的適用，但由於該行為最後所發生的效果，和直接違反該強行法規的行為無異，實務上乃不顧該行為的表面形式，而著眼於其實質效果上的違反強行法規，並認定其應屬無效。換言之，儘管脫法行為經過巧妙的設計，以形式上的合法手段，達成實質上的違法目的，就其所採取的手段而言，係屬合法，和一般以違法的手段進行的違法行為，確有不同，不過，實務上並未因此就認為它不是違法行為，也不認為形式上的合法就可以掩蓋違法的本質，或規避強行法規的適用。

在上述實務見解之下，脫法行為並未引領或發展出一套特別的理論，而只是民法第 71 條的解釋問題。為了貫徹強行法規的規範意旨，只要實質上違法，²²無論該行為如何巧妙地包裝或設計，甚至在形式上具有合法的外觀，仍將從法律行為的整體及實質面予以判斷，而認定其為違法。例如甲、乙賭博，甲因賭輸 100 萬元，而書立 100 萬元之字據，假裝為消費借貸，後來乙持該字據，請求甲支付字據所載之 100 萬元「借款」，而與甲發生爭執時，依前揭原則即直接認定該字據所載者，乃是「賭債」而非「借款」，而依民法第 71 條認定其為無效。對此，最高法院 44 年臺上字第 421 號判例指出：「賭博為法令禁止之行為，其因該行為所生債之關係原無請求權之可言，除有特別情形外，縱使經雙方同意以清償此項債務之方法而變更為負擔其他新債務時，亦屬脫法行為不能因之而取得請求權。」

民法在關於高利貸的禁止部分，也採取類似的立場，所以除了第 205 條規定：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，

²² 如果法律行為的形式合法，實質也未違法時，即非屬脫法行為。參考最高法院 89 年臺上字第 1119 號判決：「所謂脫法行為係指當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為而言。法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義登記之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。倘上訴人當時純係基於父女親誼，借用被上訴人名義登記，並無贈與之意思，縱將來有贈與之合意，亦於將來變更為贈與時，始生課徵贈與稅之問題，自難認該借名契約係脫法行為。」

無請求權。」之外，為了杜絕債權人以脫法行為的方式規避本條的限制，更於第 206 條規定：「債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利益。」根據本條規定，債權人以先扣利息、保證金、扣取介紹費、手續費、管理費或其他名目之費用之方式，使借貸契約書上所記載的借貸金額，和借用人實際取得的借貸金額不一致時，仍應以實際借貸的金額作為計算利率的依據。²³嚴格來說，債權人以折扣或其他方法，巧取利益的行為，乃是民法第 206 條所明文禁止者，其行為已經不是脫法行為的範疇。不過，實務上通常仍稱之為脫法行為。²⁴

二、妥當性

(一)妥當性的概念

法律行為的妥當性，是指法律行為不得具有「反社會性」的內容，即不得違背公共秩序或善良風俗（簡稱公序良俗）。民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」即在宣示此一意旨。公序良俗是一個不確定的法律概念，並無統一的認定標準，只能由法院在具體個案之中，依時勢推移、社會思潮、經濟狀況及地區環境等差異，綜合予以判斷。²⁵

就範圍來說，廣義的公序良俗包含法律的規定，尤其是根據誠信原則、禁止權利濫用原則、禁止違反公益原則而制定的條文在內，狹義的公序良俗則應該排除已為法律所明文規定者。依本條的立法理由所述，違反公序良俗「雖不為犯罪，然有使國民道德日趨卑下之弊」，其所以認定該法律行

²³ 參照最高法院 44 年臺上字第 1165 號判例。

²⁴ 例如最高法院 91 年臺簡抗字第 49 號判例指出：「超過限額部分之利息，法律既特別規定債權人對之無請求權，債權人自不能以債之更改方式，使之成為有請求權，否則無異助長脫法行為，難以保護經濟上之弱者。」

²⁵ 特定的行為是否違反公序良俗的問題，往往因時、因地而異，最常見的是關於賭博、歧視女性、變性手術、提供性服務等爭議。

為無效，乃因為法律行為除不得逾越強制或禁止規定的「法律紅線」之外，也不能逾越公序良俗所形成的「道德紅線」。從本條的功能在將道德標準轉化為法律規範，以提高法律行為的品質的角度言，對於違背已經「法律化」而成為強制或禁止規定的道德標準的行為，例如賭博、通姦、剽竊、詐欺或違約等，²⁶ 實應直接認定其欠缺合法性，而不必論斷其妥當性的問題。²⁷

根據上述立場，依民法第 72 條認定為無效的法律行為，應僅指「未違反強制或禁止規定，但違反公序良俗」的情形，如果當事人所違反的道德規範，已經成為法律的強制或禁止規定，就應認為屬於民法第 71 條的適用範圍，即原則上無效，如法律並不使其無效而規定為得撤銷者，例如暴利行為（民 74）及被詐欺或脅迫的法律行為（民 92），都違反廣義的公序良俗，但民法都已設有明文規定，其是否有效即應依各該規定（僅得撤銷），而不得認其依民法第 72 條為無效。²⁸ 在訂立提供「性服務」或互為性伴侶的契約，如係有配偶者與其配偶以外的第三人所訂立，乃屬以從事刑法所禁止的通姦行為為內容的契約，應依民法第 71 條認定其為無效；如係無配偶的男、女朋友之間所訂立者，該契約即非為法律所禁止，但如認定其為傷風敗俗的契約，即不妨依民法第 72 條認定其為無效。²⁹

²⁶ 最高法院 69 年臺上字第 2603 號判例關於違反禁止頂讓的約定，是否違反公序良俗的問題認為：「民法第七十二條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言。本件被上訴人雖違反與某公司所訂煤氣承銷權合約第六條規定，以收取權利金方式頂讓與第三人，但究與國家社會一般利益無關，亦與一般道德觀念無涉，尚不生是否違背公序良俗問題。」

²⁷ 最高法院 85 年臺上字第 136 號判決有類似之見解。

²⁸ 實務上認為被脅迫所為的意思表示，並無違反公序良俗的問題。參考最高法院 60 年臺上字第 584 號判例。

²⁹ 實務上未為此種區別，故最高法院 65 年臺上字第 2436 號判例謂：「上訴人為有婦之夫，涎被上訴人之色，誘使同居，而將系爭土地之所有權移轉登記與被上訴人，復約定一旦終止同居關係，仍須將地返還，以資箝制，而達其久佔私慾，是其約定自係有背善良風俗，依民法第七十二條規定應屬無效，上訴人依據此項約定，訴請被上訴人移轉系爭土地之所有權殊非正當。」

(二)公序良俗在實務案例的具體認定

1. 本條的適用範圍

民法第 72 條的「公序良俗」，乃是不確定的法律概念，並作為法律行為是否無效的標準。違反公序良俗，通常即指違反國家社會一般利益及道德觀念而言，故違反公序良俗的行為，可說是「合法，但不妥當」的行為。法律行為是否違反公序良俗，應由法院於具體個案中，斟酌法律行為之內容、附隨情況、當事人之動機、目的及其他相關因素綜合判斷之。

建造房屋等事實行為，並無本條之適用，當事人不得主張建造房屋之行為有背公共秩序，而為無效。³⁰因違反公序良俗而依本條為無效者，乃是法律行為本身，至於法律行為的動機違反公序良俗，例如為在聯合考試中作弊而租用無線通訊設備，並不適用本條。但如動機已表示於外部或已提升為法律行為的一部時，例如明言是要經營賭場或應召站，而以高於市場行情之高價租賃房屋，仍應認為其法律行為違反公序良俗，故屬無效。³¹

附條件之法律行為之是否有背於公序良俗，應就該法律行為及所附條件本身以為判斷之依據；至附條件之法律行為當事人為使條件成就所為之行為，縱有背於公共秩序或善良風俗，於法律行為之效力，不生影響。³²

2. 違反公序良俗的法律行為

(1) 旅行業者印就之定型化旅行契約，其中所附旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任之條款，因旅客就旅行中之食宿交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力。³³

³⁰ 最高法院 81 年臺上字第 315 號判決。

³¹ 施啟揚，《民法總則》，自版，2005 年 6 月 6 版，頁 206。

³² 參照最高法院 88 年臺上字第 1906 號判決：「對於系爭債務承擔契約附有「某人獲不起訴處分」之停止條件的情形，由於該條件本身似與國家社會一般利益及道德觀念無違，不論當事人以何種方法使某人獲不起訴處分，均不影響系爭債務承擔契約之效力。」

³³ 參照最高法院 80 年臺上字第 792 號判決。

(2)夫妻間為恐一方於日後或有虐待或侮辱他方情事，而預立離婚契約者，其契約即屬跡近兒戲，與善良風俗有背，依民法第 72 條應在無效之列。³⁴

(3)當事人在離婚協議書中記載願拋棄對他方婚姻之撤銷訴權，以換取未到期本票之給付請求權，難調係純屬個人財產權之約定而未違背善良風俗，依民法第 72 條規定，該離婚協議書之約定，應屬無效。³⁵根據同一道理，當事人對於個人自由以法律行為予以限制的情形，例如已達結婚年齡者立約自願終身或於十年（或一定之期間）內不結婚、不信宗教者，均可認為其內容違背公序良俗。

(4)配偶之間協議，一方接受他方每月給付之一定金額，作為忍受他方與第三人同居之精神痛苦的彌補，並承諾永不追究者，係約定以金錢交付與他方配偶，取得他方配偶同意其繼續維持不正常關係，係屬違背公序良俗。³⁶

(5)養子於養父母健在時，急不暇擇，預行立約剝奪養母之應繼分，擅自瓜分豆剖，冀便私圖，其契約雖載明該約俟養父百年後始生效力，似此矇父欺母，喪心昧良而訂定之契約，衡諸我國崇尚孝悌之善良風俗，既屬有違，依民法第 72 條之規定，即在無效之列。³⁷

3. 未違反公序良俗的法律行為

(1)當事人所訂定的僱傭契約中，約定任何一方均得於一個月前以書面通知對方終止僱傭關係的條款，並未違背公序良俗，各方均得據之終止所訂之僱傭契約。³⁸

(2)配偶雙方在結婚前訂立合約書，約定兩造結婚後，辦理入籍手續日起二個月內，一方應將系爭田地贈與他方，作為結婚之條件者，乃係以維

³⁴ 參照最高法院 50 年臺上字第 2596 號判例。

³⁵ 參照最高法院 80 年臺上字第 12 號判決。

³⁶ 參照最高法院 87 年臺上字第 886 號判決、87 年臺上字第 1849 號判決。

³⁷ 參照最高法院 46 年臺上字第 1068 號判例。

³⁸ 參照最高法院 88 年臺上字第 1356 號判決。

持正當之婚姻關係而為贈與，即與為求繼續不正常之男女關係，以遂私慾，始為贈與者，迥然有別，應無悖公序良俗。³⁹

(3)僱主恐其員工離職後洩漏其工商業上，製造技術之秘密，乃於其員工進入公司任職之初，要求員工書立切結書，約定於離職日起二年間不得從事與公司同類之廠商工作或提供資料，如有違反應負損害賠償責任。該項競業禁止之約定，附有二年間不得從事工作種類上之限制，既出於員工之同意，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定有效。⁴⁰

(三)暴利行為的撤銷

1. 暴利行為的基本概念

在私法自治的原則之下，當事人所為的法律行為原則上均屬有效，例外則可能因違反強行規定或公序良俗而無效。在私法自治領域中，公平正義仍然是基本的原則，所以法律行為如果發生對於一方當事人有欠公允的情況，法律自然沒有坐視不管之理。為此，我國民法第 74 條第 1 項乃規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。」

顯失公平的法律行為在學理上稱為暴利行為，其行為人既係乘他人之急迫，或乘他人之輕率，或利用他人之無經驗，而使他人為財產上之給付，或為將來給付之期約，而依其行為時之情形，顯失公平者，本條為保護利害關係人之利益計，乃許其得為聲請撤銷，或減輕其數額，法院亦應依據其聲請撤銷此法律行為，或減輕其給付，以期事理之平。此種設計使暴利行為的效力，處於可能因法院的介入而有所改變的狀態，賦予法院在具體個案中，審酌主、客觀的各種因素，進而捍衛公平正義的職責。但為顧全社會之公益，並維持法律行為效力之適度安定，本條第 2 項乃規定吃虧的

³⁹ 參照最高法院 83 年臺上字第 1530 號判決。

⁴⁰ 參照最高法院 75 年臺上字第 2446 號判決。

他人（他方當事人）聲請的時期，須於該法律行為成立時起，一年內為之，逾限即不許再行聲請。

暴利行為具有欠缺公平性的本質，故即使法律已明文規定其為無效或得撤銷，暴利行為仍在一定的範圍內被認為違背公序良俗及誠信原則。民法第 74 條的精神也源自第 72 條及第 148 條第 2 項。從第 74 條不以暴利行為為無效的規定來看，法律對於欠缺公平性或妥當性的私法關係的形成，並未直接予以干預，在私法自治及契約自由的原則下，公平妥當似乎不是法律行為的要件。不過，嚴重違反公平原則或欠缺社會妥當性的法律行為，其受不利益的當事人，依本條規定，得於事後聲請法院撤銷其法律行為或減輕給付，此種明文規定的結果，使本條成為宣示法律行為不得違反公平原則的禁止規定，並使暴利行為成為法律「並不以之為無效」（第 71 條但書）的違法行為。

2. 暴利行為的要件

關於法院依本條撤銷法律行為的要件，最高法院曾在 28 年上字第 107 號判例有所闡釋，並指出：「不僅須行為人有利用他人之急迫、輕率、或無經驗，而為法律行為之主觀情事，並須該法律行為，有使他人為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平之客觀事實，始得因利害關係人之聲請為之」。茲謹再詳細說明各要件如下：

(1) 須行為人有利用他人之急迫、輕率，或無經驗，而為法律行為之主觀情事

暴利行為的相對人是利用行為人的急迫、輕率或無經驗等情形獲取暴利，在此等情形下的行為人，仍是以自由意思為給付或給付之約定，相對人如使用詐術或已達脅迫程度時，行為人即得依第 92 條直接撤銷（無須向法院聲請撤銷）其法律行為。⁴¹在最高法院 79 年臺上字第 1394 號判決中，行為人對於銀行勘估價值為每坪 35000 元、財團法人中華企業鑑定委員會鑑定每坪 38983 元的土地，以每坪 15000 元出售，法院指出：「民法第七十四條所稱輕率，係指行為人對於其行為之結果，因不注意或未熟慮，不知

⁴¹ 參照最高法院 50 年臺上字第 707 號判例。

其對於自己之意義而言。出賣人不知買賣標的之價值關係，而率與買受人訂立契約，亦在輕率之列。」

行為人有無急迫、輕率或無經驗等情形，須依具體情事而定，其聲請法院撤銷時，並應負舉證責任。例如在最高法院 82 年臺上字第 496 號判決中，法院認為兩造係在居間人見證下簽訂買賣契約，嗣因付款方式變更，兩造邀同原居間人、律師先後為見證人，始簽訂附件之約定事項及附件之協議，具見上訴人處理有關買賣事宜，均慎重將事，並非輕率為之；且行為人係大專畢業，服務電力公司十餘年，社會閱歷自屬豐富，又依土地及建築改良物登記簿謄本記載，其曾多次買賣不動產，難謂係無經驗；行為人未能舉證證明相對人有利用其急迫、輕率，或無經驗而簽訂附件協議之主觀情事，法院即認為其不得依本條而主張。在 87 年臺上字第 2810 號判決中，行為人也因為不能證明相對人有利用其急迫而簽訂系爭協議書之主觀情事，被認為不得請求撤銷該法律行為。

(2)須當事人已為財產上之給付，或為給付之約定

本條之規範目的在維持財產行為的公平性，並不適用於身分行為。最高法院 28 年上字第 107 號判例亦因而指出：「如果兩造所訂立之兩願離婚契約，並未使他方為財產上之給付或為給付之約定，即使有一方乘他方之輕率與無經驗，而訂定不公平之兩願離婚契約的情形，也不能援用本條規定，將該兩願離婚契約撤銷。」

(3)須客觀上依當時情形顯失公平

關於暴利行為的要件，最高法院 42 年臺上字第 918 號判例謂：「依民法第七十四條第一項之規定，聲請法院撤銷之法律行為，除須行為人有利用他人之急迫輕率或無經驗而為法律行為之主觀情事，並須該法律行為有使他人為財產上之給付或為給付之約定，且依當時情形顯失公平之客觀事實，此外必須利害關係人始得為撤銷之聲請。」「公平」及「顯失公平」都是不確定的法律概念，其內涵應由法院在個案之中予以具體化，法院如認為法律行為的內容並非顯失公平，即可駁回行為人的請求。我國法院關於不公平的暴利行為，也已作成若干裁判，例如最高法院 50 年臺上字第 707