

取締規定」(詳後)。實則從本條在民法中的地位與其基本功能應可知，不得違反者僅為性質屬於作為或不作為的行為規範(Gebot od. Verbot)。認為「命令」是所有法規範的本質，是早期「命令說」(Imperativtheorie)的謬誤。強行法中還有非命令性質的賦權規範(gewährende Rechtsnormen)、定性規範(Bestimmungssätze)⁷¹，對於命令的違反才有制裁(sanctio)的問題，與賦權規範抵觸只發生有沒有「生效」的問題。民法多數強行規定屬於賦權規範，亦即當事人處分權的界限，典型者如§§106、757、819Ⅱ、893等，形式上雖與禁止(「不得」為本人與自己之法律行為)或強制(「應」得共有人全體之同意)規定無異，實際上立法者並無「禁止」自己代理行為或「強制」共有人全體同意的「命令」，只是單純以此為法律行為生效與否的要件。故如§§828Ⅱ、106的「違反」性質上皆為「無權處分」，並非依§71絕對無效，而是依§118效力未定⁷²。§757則屬立法者對物權種類與內容所定界限，當事人逾此

法總則，72年，第235頁；陳鈺雄，民法總則新論，71年，第440頁；施啓揚，民法總則，民72年校訂版，民208頁；黃茂榮，民法總則，增訂版，民71年，第483頁；劉得寬，民法總則，再版，民71年，第216頁。

71.：參閱Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7A., Stuttgart, 1977, S. 22ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4A., Berlin, 1979, S. 235ff.; Hart, The Concept of Law, Oxford, 1972, Chap. 3.

72.：可參閱最高法院39年台上字1249號判決(處分共同共有物)；58年台上字3281號判決(自己代理)；唯在60年台上字226號判決(破產管理人處分土地)對破產法§92的違反是否無效，有所保留。

所為物權行為，如設定「不動產質權」，並未違反任何禁令，也只是不為法律秩序所承認而已⁷³。法律行為違反命令(§71)或社會規範(§72)而無效，性質上是私法自治「內容」界限的逾越，處分權的僭越則是私法自治「權限」界限的逾越，已如前述，在德國向來嚴格區分。二者的混淆不僅有時會造成法律效果的錯誤，更嚴重者是把§71的功能降為民法內部的一個單純技術(引致)規範，完全忽略了它作為溝通民法與其他法律關係的基本功能，這在許多教科書的解析表現得特別明顯，其觀念誤導所生流弊尤不容低估。

2. 取締規定是禁止規定

另外一個普遍的說法是認為「取締規定」非「效力規定」，其違反並非無效⁷⁴。此說最早由史尚寬提出，其後學者踵之⁷⁵。把禁止規定區分為取締規定與效力規定，而僅於後者的違反時發生無效的結果。實際上是以問答問，與德國過去實務中常見的「秩序規定」(Ordnungsvorschrift)並無二致。禁止規定何時僅以禁遏其行為為已足，何時需再否定其私法效力，仍乏可操作

73.：如最高法院44年台上字1203號判決(變更法定典物回贖期間)；56年台上字1103號判決(未經移轉占有的設質)。

74.：如最高法院68年3月20日第三次民事庭會議決議，針對證券交易法第60條1項1款規定；70年台上字3743號判決則謂信託投資公司經營信用卡業務未經主管機關的核准，「乃屬行政上之問題」；73年台上字4226號判決也是以協議書未呈報主管機關核准，「僅生極違反行政法規問題」，一語輕輕帶過。

75.：參閱史尚寬，前揭，第296頁；王澤鑑，前揭，第235頁；黃茂榮，前揭，第483頁；陳鈺雄，前揭，第442頁。