

中央政治學校民法教授  
國立中央大學商事法兼任教授  
公誠法律會計事務所主任律師

梅祖芳 仲協 著

公誠法

律叢書

# 民法要義

第 債 篇 各  
二 種 之 債  
冊 物 權 篇



公誠法律會計事務所發行

梅祖芳(仲協)教授新著

# 法律論

(一名法理學大綱)

本書係梅仲協教授繼民法要義之後之又一新著  
梅教授以生動之筆致就法律哲理作深入淺出之  
闡述全書都十萬言分爲十一章參酌中外學說力  
主法律乃本諸人類理性而產生而非係主權者之  
命令國際機構之建立端賴自然法理以維繫其第  
二章論法律之普遍性與確實性以奠定法治之理  
論的基礎其第十章闡明禮法一元才爲作者多年  
研究之心得而爲前人所未道者 本書每冊實  
價土紙本國幣六〇元嘉樂紙本一〇〇元外埠函  
購本省加二成五外省加三成

總經理 重慶民族路一七六號均益地產公  
司服務部

發行所 重慶中一路嘉慶一號公誠法律會  
計事務所

梅祖芳(仲協)教授

## 六種新著

民法要義

第一冊(民總債總)  
第二冊(債各物權)

法律論

狄驥原著 憲法精義

以上三種公誠法律會計事務所發行

公司法概論

正中書局發行

國際私法新論

中國票據法釋義

以上二種大東書局發行

上海图书馆藏书



A541 212 0007 5706B

# 民法要義目次 (第二册)

## 第二部 各種之債

### 第一章 買賣

#### 第一節 概說

第一款 買賣契約之訂立及其內容

第二款 因買賣契約而生之義務

第三款 危險之移轉

第二節 出賣人之擔保義務

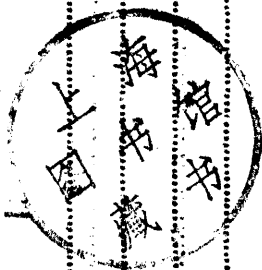
第一款 權利瑕疵之擔保

第二款 物之瑕疵之擔保

第三節 負回

第四節 特種買賣

民法要義目次



一  
一  
一五  
一九  
二一  
三一  
三三

~~7613882~~

上海圖書館藏書

第二章	互易	三三七
第三章	交互計算	三三八
第四章	贈與	四二一
第一節	贈與之意義	四二二
第二節	當事人間之法律關係	四四四
第三節	特種之贈與	四四八
第五章	租賃	四九九
第一節	概說	四九九
第二節	租賃契約之意義及其期限	五〇〇
第三節	因租賃契約而生之義務	五三三
第一款	出租人之義務	五三三

第二款 承租人之義務……………五六

第四節 租賃關係之消滅……………五九

第五節 不動產出租人之留置權……………六五

第六節 租賃物之讓與……………六七

第七節 耕作地之租賃……………六九

## 第六章 借貸……………七二

第一節 使用借貸……………七二

第二節 消費借貸……………七六

## 第七章 僱傭……………八一

第一節 概說……………八一

第二節 因僱傭契約而生之義務……………八三

第三節 僱傭關係之消滅……………八五

民法要義目次

三

第八章 承攬.....八六

第一節 概說.....八六

第二節 因承攬契約而生之義務.....八七

第一項 承攬人之義務.....八七

第二項 定作人的義務.....九〇

第三節 危險之負擔及承攬人之抵押權.....九二

第四節 承攬契約之終止消滅及解除.....九三

第九章 出版.....九五

第一節 出版之意義.....九五

第二節 因出版契約而生之義務.....九六

第三節 出版契約之消滅.....九九

第十章 委任.....一〇〇

第一節 概說.....一〇八

第二節 當事人之義務.....一〇五

第三節 委任契約之消滅.....一〇九

第十一章 經理人及代辦商.....一〇〇

第一節 經理.....一一一

第二節 代辦.....一一五

第三節 經理人與代辦商之競業禁止.....一一八

第十二章 居間.....一一〇

第十三章 行紀.....一一三

第一節 概說.....一二三

第一款 行紀之義務.....一二三

第二款 行紀之法律上性質.....一二五

民法要義目次

六

第二節 行紀人之義務與權利……………一三九

第一款 行紀人之義務……………一三九

第二款 行紀人之權利……………一三一

第十四章 寄託……………一三二

第一節 固有意義之寄託……………一三三

第二節 關於客人攜帶之物件……………一三七

第十五章 倉庫……………一三九

第一節 概說……………一三九

第二節 倉庫……………一四一

第三節 倉庫營業人之義務與權利……………一四三

第十六章 運送營業……………一四四

第一節 概說……………一四四



第二節 物品運送

一四五

第一款 概說

一四六

第二款 物品運送人之義務與權利

一五〇

第一項 物品運送人之義務

一五〇

第二項 物品運送人之權利

一五四

第三節 旅客運送

一五六

第十七章 承攬運送

一五八

第一節 概說

一五八

第二節 承攬運送之義務與權利

一六一

第十八章 合夥

一六四

第一節 合夥之意義及其標的

一六四

第二節 合夥財產

一六六

第三節 執行事務與代表合夥

一六八

第四節 合夥人之義務與權利……………一七〇

第五節 合夥人之退夥與人夥及股份之轉讓……………一七三

第六節 合夥之解散及清算……………一七六

第十九章 匿名合夥……………一七八

第二十章 有價證券……………一八二

第一節 概論……………一八二

第一款 有價證券之意義及其種類……………一八二

第一項 證券與有價證券……………一八二

第二項 有價證券之區別……………一八四

第三項 有價證券之目的及其經濟上之意義……………一八六

第四節 有價證券之發行及其方式……………一八七

第一款 權利與有價證券……………一八八

第一項 權利之發生……………一八八

第二項 權利之移轉……………一九一

第三項 權利之行使.....一九四

第二節 指示證券.....一九五

第一款 指示證券之意義及其性質.....一九五

第二款 指示證券與原因關係.....一九七

第三款 指示證券之承認讓與及消滅.....二〇〇

第三節 無記名證券.....二〇二

第一款 無記名證券之意義.....二〇二

第二款 無記名證券上之權利.....二〇三

第三款 無記名證券之給付及關於債權人之保護.....二〇四

第二十一章 終身定期金.....二〇六

第二十二章 和解.....二〇九

第二十三章 保證.....二一一

第一節 概說.....二一一

民法要義目次

第二節 保證人與債權人之關係.....二一三

第三節 保證人與主債務人之關係.....二一五

第四節 保證契約之消滅.....二一七

第五節 特種之保證契約.....二一九

第三編 民法物權篇.....二二一

第一章 通則.....二二一

第一節 物權之概念及其類別.....二二一

第二節 物權之變動.....二二三

第一款 不動產物權之變動.....二二三

第一項 不動產物權之變動由於法律行為者.....二二三

第一目 不動產物權之取得與變更.....二二三

(甲) 物權契約.....二二三

(乙) 登記.....二三四

第二目 不動產物權之拋棄.....二三六

第三目 不動產物權之變動由於法律行為而須得第三人之同意者……………二二六

第四目 不動產物權之混同……………二二七

第二項 不動產物權之變動非由於法律行為者……………二二八

第二款 動產物權之變動……………二二九

第一項 概說……………二三〇

第二項 交付之代替……………二三四

## 第二章 所有權……………二三四

第一節 所有權之內容……………二三四

第一款 概說……………二三四

第二款 所有權之限制……………二三七

第一項 公益上所有權之限制……………二三七

第二項 私益上所有權之限制……………二三八

第二節 不動產所有權之取得與喪失……………二四八

第三節 遺產所有權之取得與喪失.....二五二

第一款 即時取得.....二五三

第二款 先占.....二五四

第三款 遺失物之拾得與埋藏物之發見.....二五六

第四款 添附.....二六〇

第五款 物之成分及其天然孳息之取得.....二六四

第四節 基於所有權而生之請求權.....二六五

第一款 所有物返還請求權.....二六六

第二款 所有物保全請求權.....二六七

第五節 共有.....二六八

第一款 分別共有.....二六八

第一項 分別共有有人之應有部分.....二六八

第二項 分別共有人之權利.....二七〇

第三項 分別共有物之管理.....二七一

第四項 分別共有物之分割……………二七五

第二款 公同共有……………二七七

第三款 所有權以外財產權之共有……………二八〇

第三章 地上權……………二八一

第一節 地上權之內容及其取得……………二八一

第二節 地上權人之權利與義務……………二八五

第一款 地上權人之權利……………二八五

第二款 地上權人之義務……………二八七

第三節 地上權之存續期限及其消滅……………二九一

第四章 永佃權……………二九二

第一節 永佃權之內容及其取得……………二九二

第二節 永佃權人之權利與義務……………二九四

第三節 永佃權之消滅……………二九七

第五章 典權……………二九八

第一節 概說	二九八
第二節 典權之內容及其取得	二九九
第三節 典權人之權利與義務	三〇三
第一款 典權人之權利	三〇三
第二款 典權人之義務	三一〇
第四節 典權之存續期限及回贖	三一二
第五節 典權之消滅	三一四
第六章 地役權	三二四
第一節 地役權之內容及種類	三二四
第二節 地役權之取得	三一八
第三節 地役權之效力	三一九
第四節 地役權之消滅	三二一
第七章 抵押權	三三一



第一節 抵押權之性質及其取得……………三三二

第二節 抵押權之標的……………三三四

第三節 抵押權之效力……………三三七

第四節 抵押權之消滅……………三三五

## 第八章 質權……………三三六

第一節 動產質權……………三三六

第一款 動產質權之性質取得及其標的物……………三三六

第二款 動產質權之效力……………三三九

第二節 權利質權……………三四四

第一款 概說……………三四四

第二款 債權質權……………三四六

第三款 有價證券質權……………三四八

第三節 質權之消滅……………三五〇

第九章 留置權.....三五二

第一節 留置權之意義及其要件.....三五二

第二節 留置權之取得.....三五四

第三節 留置權人之權利與義務.....三五六

第四節 留置權之消滅.....三五七

第五節 物權係以外之留置權.....三五七

第十章 占有.....二五八

第一節 占有之本質及其類別.....二五八

第二節 占有之取得與喪失.....二六四

第一款 占有之取得.....二六四

第二款 占有之喪失.....二六七

第三款 占有之變更.....二六八

第四節 占有之效力.....二七〇

第五節 占有之保護.....	三七三
第一款 概說.....	三七三
第二款 己力防禦.....	三七五
第三款 占有保護請求權.....	三七六
第六節 準占有.....	三七八

(第二冊目次完)

民法要論目錄

# 民法要義(第二冊)

仲協梅租芳著

## 第二部 各種之債

### 第一章 買賣

#### 第一節 概說

##### 第一款 買賣契約之訂立及其內容

#### 第四〇一

買賣(拉丁語 emptio venditio 德語 Kauf 法語 vente 英語 Sale 日語 賣買)云者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，而他方支付價金之雙務契約也。在買賣契約，當事人固負有給付買賣標的物(即財產權)或其價金之義務，但契約之訂立，並不以標的物或價金之交付，為其要件，故當事人就此二者，互相同意時，買賣契約，即屬成立(民法第三四五條)。

(第一)買賣標的物(德語 Gegenstand des Kaufs)

依民法第三四五條之規定，凡一切財產權，均得為買賣標的物。動產或不動產無論已，即債權及專利權等而具有財產上之價值者，胥得充之。但下列三事，務須注意。(一)約定以具有財產價值

之利益(德文 *benefit*) 而為有價的移轉，例如實業家出售其營業上之祿審，醫生傳授其診療上之經驗者，嚴格言之，此項約定，固不得謂之買賣契約，但依交易習慣，可與買賣契約同視，凡關於買賣之規定，得以類推適用。(二)當事人一方約定供給煤氣或水量，而他方與以報酬者，此則為純粹的買賣，而非租賃契約也。(三)當事人約定有價的為電流之供給者，此項約定，既非承攬契約，亦非買賣契約。蓋在承攬契約，當事人之一方，必須完成一定之工作，而在電流之供給，則無所謂一應工作之完成。又在買賣契約，買賣標的物，必須為財產權，但電流既非物體又不得視為財產也。唯就一般交易習慣上言之，關於電流之供給，應準用買賣之規定。

## 第四〇二

將來可以獲得之物，亦可充買賣標的物。羅馬法稱此種買賣，為期待買賣(拉 *emptio rei speratae*)。以標的物在將來可以獲取之一事實，為買賣之停止條件。買賣價金，僅於標的物實現時，始為支付。例如就尚未長成之花果，或尚未出產之駒犢，而為買賣之約定是。雖然，凡上所述，係指通常情形而言，在羅馬法上，尚有所謂機會買賣(拉 *emptio spei*)者。此種買賣之標的物，固亦屬於將來可以獲取，但將來能否獲取，於買受人之價金支付義務，不生影響。例如關於漁區之買賣，買受人即使在捕漁期內，一無所獲，但仍不能藉口買賣標的物之未獲得，而拒絕價金之給付。是故機會買賣，與普通之買賣契約，發生同一之效力，而非若期待買賣之為附有停止條件也。

就常理言，出賣人對於買賣標之物，應具有處分之權，但現行法律，並不禁止就他人之物或權利，而為買賣。在出賣他人之財產權，而該財產權之權利人，不以其權利讓與出賣人時，其買賣契約，仍屬有效，唯出賣人因給付不能，對於買受人，應負損害賠償之責耳。

買受人就自己所有之財產權，而自為買賣者，依民法第二四六條之規定，應為無效。蓋此際出賣人欲履行其使買受人取得買賣物所有權之義務，乃屬於客觀的不能也。但有二種例外：（一）買受人係在利用買賣方法，而取得標之物之占有者。例如甲有名畫一幅，為乙所占，甲為避免涉訟，情甘出價，向乙買取是（*emptio possessionis*）。（二）買受人利用買賣方法，使其物脫卸某種權利（例如抵押權質權等）之負擔者。例如抵押物或質物之所有人，在拍賣程序中，價買其物是。

## 第二〇章

### （第二）價金（*De Kaufpreis*）

依照羅馬法律，買賣契約之價金（*pretium*），應以金錢充之，且須具備確定，真實及公平三種特性（*la certum, verum, iustum*）。現代各國民法，原則上均採羅馬法理，我現行法亦然。（一）價金須為金錢。至此項金錢，究為硬幣或紙幣，國內通貨或國外通貨，則可不問。但若以金錢以外之物為權利，充價金者，則為互易契約，非買賣也。（二）在通常買賣，價金大抵由當事人明確約定，然或雖未具體約定，而依情形可得而定者，仍視為定有價金。又價金約定依市價者，視而標的物清

價時清償地之市價，但契約另有註定者，從其所定（民法第三四六條）。（三）價金須屬真實。當事人僅外表上為價金之約定，雙方均無授受之意思，則其買賣，係虛偽表示，究其實際，乃屬贈與契約也。例如依某項法規，對於不動產之贈與，課稅甚重者。設有某土地所有人，以其土地送贈友人，唯為避免重稅起見，詭稱係屬買賣，任意約定一價金。於此情形，當事人關於價金之約定，非係真實，買賣契約，應歸無效，一切法律關係，悉依贈與之法則辦理。（四）價金之數額，不必與標的物真正之價格相均衡。買賣價金之約定，由當事人之合意為之。除依民法第七四條之規定，當事人有顯失公平之情事，利害關係人，得聲請撤銷買賣，或減輕其給付外，法律並不強求價金之必須與標的物價格相勻稱。再者，依當事人之約定，往往有使買賣價金，顯逾標的物真實之價值，或故意使其不及其實價格遠甚，而其意思，在使買賣契約之中，寓有贈與之意，此項約定，亦為法律所禁止，論其性質，則為買賣與贈與之混合契約（拉 *Nesolium Mixtum*）。

#### 第四〇四 (第三) 買賣契約之訂立

依民法第三四五條第二項之規定，當事人就標的物及其價金，互相同意時，買賣契約，即為成立。故買賣契約，乃合意契約（德 *Konsensualvertrag*）之一種也。至買賣契約之訂立，與因契約而生之給付行為（德 *Erfüllungsgeschäft*），同時完成之現物買賣（德 *Real-oder Handkauf*），例如在自動給



物機 (Auto mattenkaut)，購買物品，以及購買車票戲票等事實，究係物的行爲 (德 Dingliches Geschäft)，抑爲債的契約，學者間見解不一。余以爲此項現實買賣，仍不失一般買賣之性質。例如在現實買賣，倘買受人所支付之價金，非係通用貨幣，若認此種法律關係，爲物的行爲，則出賣人唯有退回買受人之給付物，而請求標的物之返還。是乃顯違當事人之意思，而有背誠實與信用之原則，良以此時出賣人固可請求換給通用貨幣，以完成買賣契約也。

關於買賣契約當事人之資格，法無一定限制，唯在拍賣時，拍賣人對於其所經營之拍賣物，不得應買，亦不得使他人爲其應買，藉杜流弊 (民法第三九二條)。但就法理上言，拍賣人或其使用人，雖在拍賣之應買，並非絕對不生效力，如其應買，取得拍賣委任人及其他競買人之同意者，仍屬有效。

#### (第四) 條文之準用

買賣契約，係有價契約中之最重要者，民法對於買賣關係，規定最詳，故其他有價契約，除性質上所不許者外，關於買賣之規定，均可準用 (民法第三四七條)。

#### 第二款 因買賣契約而生之義務

買賣契約，係雙務契約之一種，故買賣當事人之雙方，因契約之成立，應互負義務，但有主要

義務與附隨義務之別，試分述於后。

第四〇五 (第一) 主要義務 (德 Hauptverpflichtungen)

(甲) 出賣人之義務

出賣人之主要義務有二，一為交付之義務 (德 Die Pflicht zur Uebergabe)；二為使買受人取得權利之義務 (Die Pflicht zur Rechtsgeschaffung)。申言之，即(一)物之出賣人，應交付其物於買受人，俾其取得占有。例如汽車之出賣人，應將汽車之占有，移轉於買受人 (民法第三四八條第一項上段)。又權利之出賣人，如因其權利，而得占有一定之物者，亦負有交付其物於買受人之義務。

例如地上權之出賣人，應將其地上權標的之土地，交與買受人是 (民法第三四八條第二項下段)。(二)物之出賣人，應使買受人取得該物之所有權。在動產，依民法第七六一條規定，作成物權契約，而以該動產交付之。在不動產，依民法第七五八條及第七六〇條規定，作成書面，並為登記 (民法第三四八條第一項下段)。(註)。又權利之出賣人，負有使買受人取得其權利之義務。例如在債權買賣，出賣人應作成債權讓與契約，或作成背書，使買受人因此可以取得其債權。

(註) 依照德意志法，在買受人已因交付而取得物之占有與用益者，出賣人即不復負擔使其取得

所有權之義務。

第四〇六

在出賣人違背上述兩種主要義務，例如因給付遲延，或給付不能時，買受人得依債篇總則關於債務契約之規定，行使其權利，質言之，因出賣人不履行契約，買受人得依法行使其種種請求權也。唯此項請求權，依債篇各種之債之規定，關於物之瑕疵，及權利之瑕疵二事，設有特殊條文，容後詳論之。

(乙)買受人之義務

在買賣契約，買受人亦負有二種主要義務：一為支付價金之義務（德Die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises）。二為受取標之物之義務（德Die Pflicht zur Abnahme）（民法第三六七條）。（一）在現貨買賣（德Barkauf），買受人應於受取標之物之同時，支付價金。在價金之已否支付，當事人間有爭執時，其舉證責任，應由買受人負之。而在現實買賣（德Handkauf），價金與標之物，固當同時移轉及支付，但依事實上之推定，若非買受人已支付價金，出賣人必不為標之物之交付，故出賣人如主張價金之未支付，應由其自負舉證責任。至若在信用買賣（德Kreditauf），價金之支付，必在受取標之物之後。於此情形，倘買受人證明在契約訂立時，曾約定出賣人應先履行其義務者，自得拒絕出賣人所為同時履行之請求，而出賣人若主張其契約係屬現錢買賣，則應自負舉證之責。又若買受人證明在買賣契約成立後，以特約訂明價金後於標之物之受取而支付者，則於出賣人為同

時履行之請求時，買受人得主張價金延緩支付之抗辯（民法第三六九條）（註）。再者，標的物交付定有期限者，其期限推定其為價金交付之期限。標的物與價金應同時交付者，其價金應於標的物之交付處所交付之。價金依物之重量計算者，應除去其包皮之重量，但契約另有訂定或另有習慣者，從其訂定或習慣（民法第三七〇條至第三七二條）。（二）所謂受取義務，即具體的占領買賣標的物之義務。受取（德Abnahme）與受領（德Annahme）不同。受領，係指買受人就出賣人提出之給付，認為保清價債務，而表示其有此意思而言。是故買受人之表示受領意思，與夫具體的占領標的物，截然二事也。尚有一點，亦須注意。即買受人固因受取而獲得其物之占有，但未必即由此於標的物上，取得其所有權也。

（註）民法第三六九條所謂除法律另有規定一語，在分期付款之買賣，係一適當之例。蓋在此種買賣，依法買受人毋庸於受取標的物之同時，交付全部價金也（參照民法第三八九條）

#### 第四〇七

在買受人違背上述第一種義務時，出賣人得依關於雙務契約他方當事人不履行義務時所得行使之一切權利。唯就公平原則言，在出賣人有先為交付標的物之義務者，則於買受人支付價金有遲延時。出賣人祇能請求價金之支付，或基於他方不履行契約，而為損害賠償之請求，要不得依據民法

第二五四條之規定，逕即行使其解除權也（參照德氏第四五四條）。在買受人違反第二種義務時，出賣人得以訴訟請求其受取標的物，且得依民法第二三一條之規定，請求其因遲延受取而生之損害賠償。蓋買受人之應受取標的物，乃其義務，而非權利也。至民法第二五四條所規定之解除權，僅於買受人不為受取，致出賣人蒙受重大損害時，方得行使之。例如出賣人以裝載於船內之大批貨件，賣與買受人，而依其情形，若買受人不即予受取，必致出賣人受重大損失者，此際出賣人，得因買受人之受取遲延，而解除其契約。吾人認為如此解釋，最為允當。

#### 第四〇八

（第二）附隨義務（德 Nebenverpflichtungen）

關於買賣當事人之附隨義務，有下列之三種情形可指：（一）出賣人應將關於買賣標的物之法律上種種關係，告知於受買人。是之謂出賣人之告知義務（德 Auskunftsspflicht des Verkäufers）。又關於買賣之物，出賣人占有某項書據者，亦應將此項書據，交與買受人。例如在不動產買賣，出賣人應就該不動產之坐落四至，以及關於其物有特殊利益（例如稅捐之免除），可以享受，均須一一告知買受人。又如該不動產有前手權源者，此項契據，應交與買受人收存，以供權源之證明。（二）標的物之危險，於交付前，已應由買受人負擔者，出賣人於危險移轉後，標的物之交付前，若為標的物支出費用而屬必要者，得依關於委任之規定，屬於非必要者，得依關於無因管理之規定，向逕

買受人請求償還。是之謂買受人之費用償還義務(德 *Pflicht des Käufers zum Ersatz von Verwendungsgebern*) (民法第三七五條)。(三)德民法第三七八條之規定，關於買賣當事人費用負擔之義務(德 *Nicht zur Kostentragsung*)，除法律另有規定(參照民法第三八一條)，或契約另有訂定，或另有習慣外，應依下列之三種原則。(1)買賣契約之費用，由當事人雙方平均負擔。(2)移轉權利之費用，運送標的物至清償地之費用，及交付之費用，由出賣人負擔。(3)受取標的物之費用，登記之費用，及送交清償地以外處所之費用，由買受人負擔。

於茲有特須說明者，即關於買受人之檢查義務(德 *Reuepflicht des Käufers*)是已(註)。今分述其情形如后。

(註)德國民法，不認買受人負有檢查義務，德國商法，雖課買受人以此項義務，但以雙方當事人，均係商人時，買受人始負有檢查之責。我現行法制，係採民商合一主義，故仿瑞士例，不問為商事買賣或民事買賣，亦不問其為商人或非商人，凡買賣契約之買受人，均應負檢查義務(參照瑞債第二〇一條德商第三七七條)。

(甲)檢查義務之要件

檢查義務之對象，範圍頗廣。買受人除應就標的物之品質上瑕疵(德 *Offenbarwerden*)，及數量

上瑕疵(德 *Quantitätsmangel*)，爲檢查之外，尚須對於物之種類，是否與原約相符(德 *Gattungsfehler* *Medianfehler*)，亦負有檢查之責。(一)凡屬出賣人就標之物應負担保責任之瑕疵，爲係品質上之瑕疵，即所謂狹義之物之瑕疵，及所保證之品質之瑕疵是。(二)在出賣人給付之標之物，其數量與原約不符，例如應交之食鹽爲一百斤，而出賣人僅交九十五斤者，則爲數量上之瑕疵。(三)再者出賣人以他種物品，代替約定標之物，而爲給付之提出，例如約定之買賣物，爲茅台酒，而出賣人以四川大麴爲給付者，此即爲物之種類，與原約不符。

#### (乙)檢查義務之內容

從速檢查標之物，而在發見有瑕疵時，應向出賣人爲通知，乃構成買受人檢查義務之二大內容，唯關於買受人已否履行其檢查義務之判定，應以瑕疵之通知爲標準，而不以物品檢查爲依據。買受人即未就買賣物實施檢查，僅憑其經驗或臆測，而認定爲有瑕疵，因即依法向出賣人通知者，仍應認爲已踐檢查之義務。茲更就標之物之檢查，與瑕疵之通知，分述之。

#### (一)標之物之檢查

買受人應按物之性質，依通常程序，檢查其所受取之物。在何種情狀，認爲合於通常程序，應依交易上之習慣判定之。有時買受人非使用標之物之一部分，或不予以加工，則無從發見瑕疵者，

助依一般習慣，應認使用或加工，為檢查上必要之手段。例如糕餅商，對於所受取之米麥粉，得作成糕餅貨樣，以檢查其有無瑕疵是。又，對於大宗貨物之購買，得僅檢查其一部，以定其有無瑕疵。例如購買大批罐頭食物，得僅開啓一罐或數罐，以檢查其內容可也（民法第三五六條一項）。

買受人應於受取標的物之後，從速實施檢查（民法第三五六條一項）。茲之所謂受取，係指現實受領而言，即出賣人應將標的物交給買受人，使買受人在此項標的物上，有為事實上處分之可能也。例如載貨證券之買受人，僅取得證券之占有，尚無從實施檢查，必於船舶到達後，方得開始查驗程序也。再者，法條上「從速」一語，亦應依具體事實解釋。例如機器之買受人，必須俟將機件裝置妥善，並曾為一度使用後，方能檢查其有無瑕疵，此中自需較久之時日也。

#### （一）瑕疵之通知

買受人經檢查後，發見標的物有瑕疵者，應將其瑕疵之種類及範圍，通知出賣人，如僅僅告知標的物有瑕疵或不合於契約本旨，則其通知義務，尚有未盡。就理論上言，因瑕疵而引起之法律上效果，買受人固無提示之必要，惟在事實上，買受人為瑕疵通知時，常一併為契約解除之請求，或保留其他關於担保責任之請求權。

關於通知之時期，我民法第三五六條，有明文規定。在買受人依通常之檢查，即能發見之瑕疵



(德 Offene Mängel) 。應於發見後，即行通知出賣人（同條第一項）。在依通常之檢查，不能即知之瑕疵（德 Verborgene Mängel），至日後始發見者，亦應於發見後，即行通知出賣人。例如在大批罐頭食品之買賣，在受取貨物時，買受人曾抽取其一二，實施通常程序之檢查，而未發見瑕疵，但其後發見一部分物品，均有瑕疵者，則應即向出賣人為通知（同條第三項）。

瑕疵通知，係意思通知之一種，法律上無一定之方式，以書面為之或以言詞為之，均無不可，惟在買受人以書面通知時，其通知傳達之危險，應由出賣人負之。例如通知因傳達上之關係而遲到或竟遺失者，在買受人既依法送出其瑕疵之通知者，即應認其已盡檢查之義務。

### （二）通知之效力

在通常情形，買受人就標的物有瑕疵所得主張之權利，均可向出賣人行使之。在標的物具有品質上之瑕疵時，買受人得請求解除契約，或減少價金，有時亦得請求不履行之損害賠償。在具有數量上之瑕疵時，如數量不足，得請求補充，如係逾額，則得就超過部分，拒絕受取。至在出賣人以與約定標的物種類不符之物為給付時，買受人得拒絕其所交付之物。

在特殊情形，即買受人不從速檢查其所受取之物，並通知其所發見之瑕疵時，依法律之擬制，視為承認其物（民法第三五六條二項）。此際如標的物非具有品質上之瑕疵，買受人亦祇得探有其

所受取之物而須支付全部之價金。如標的物具有數量上之瑕疵，在數量不足時，買受人不得請求補，但約定之價金，仍須全部支付。在數量逾額時，買受人固得保有其超過之物，但為公平起見，須支付較高之相當價金。如係標的物種類不符，買受人應保其所受取之物，而支付約定之價金。所宜注意者，在標的物具有發難瑕疵，而買受人僅發見其一種者，則祇能就所發見之瑕疵，主張權利，而其未發見之瑕疵，視為承認。例如買受人就他處運到之罐酒，發見其非所保證之遠年陳酒，但未發見其酒味不醇。此時買受人固可依據出賣人未給付所保證品質之標的物，請求解除契約，然若買受人不欲將契約解除，而請求減少價金，則關於價金減少之核算，祇能以未踐行品質保證之關係，作為標準，而酒味之是否醇厚，要不得影響於價金。

上述原則，有兩種例外之情形可指：(一)出賣人故意不告知瑕疵於買受人（民法第三五七條）。(二)出賣人拋棄檢查遲延之抗辯（德 Einwand der verspäteten Mängel）。合於此二者之時，買受人仍保有因標的物具有瑕疵所得對於出賣人主張之權利。

(丙) 瑕疵物之保管

買受人對於由他處送來之物，主張有瑕疵而不願受領者，如出賣人於受領地無代理人，買受人有暫為保管之義務。送來之物，易於敗壞者，買受人經物之所在地官署、商會、或公證人之許可，

得變賣之，如爲出賣人之利益，有必要時，並有變賣之義務。買受人爲變賣時，應即通知出賣人，如怠於通知，應負損害賠償之責。再者，在買受人暫爲保管瑕疵物時，如買受人不即依相當方法，證明其瑕疵之存在者，推定於受領時爲無瑕疵（民法第三五八條）。

### 第三款 危險及利益之移轉

#### （第一）危險負擔之意義

在買賣契約，所謂危險負擔，並非指物之危險（拉 *Periculum rei*），應由何造當事人負責而實，在此情形，應依一般之原則辦理，即物之滅失，應由物之所有人，自任其咎也（拉 *causam sorti et minus*）茲之所謂危險之負擔，乃指價之關係成立後，因事變致標的物罹於滅失或毀損，此項不利之結果（拉 *Periculum obligationes*），應由何方當事人負擔而言。質言之，即在此情形，買受人是否尚須負支付價金之義務也。吾人應依下述二種原則以決定之。（一）買賣標的物在危險移轉前，罹于滅失或毀損者，則應適用關於嗣後不能之原則，依民法第二六六條之規定，出賣人不得請求價金之支付。例如甲出售于乙之米穀，係儲存於丙之倉庫內，旋因倉被火燬，米穀盡成灰燼。于此情形，依民法原理，乙僅于受米穀之交付後始負担危險責任，故甲無權請求其爲價金之支付。（二）買賣標的物在危險移轉後，罹于滅失或毀損者，則出賣人仍保有其價金支付請求權。但須注意，雖在

危險移轉之後，而標的物非因事變罹于滅失或毀損，而基於他種原因，陷于交付不能者，則仍應適用關於給付不能之規定。例如出賣人基于買受人之請求，將米穀交由鐵路局運送，依民法第三七四條之規定，此時買受人因應負運送危險之責任。如因運送致標的物罹于滅失者，買受人仍應負支付價金之義務。但若在運送中，米穀被出賣人之債權人扣押者，則此際不能適用危險移轉之原則，買受人毋庸為價金之支付。蓋在此情形，乃出賣人之給付，陷于嗣後不能，而非標的物因事變而罹于滅失也。

## 第四一五段

## (第二) 危險移轉之時期

原則上言，買賣標的物之危險，自交付時起，由買受人負擔。例如充買賣標的之牛一匹，于契約成立後，交付前，該標的物因觸電而死者，則出賣人喪失其價金請求權。然若于交付後一剎那間，即觸電死亡者，則買受人仍應支付價金(民法第三七三條)。關於危險負擔之時期，我現行法係採德國立法例，羅馬法則不然。依羅馬法律，標的物之危險，隨契約訂立之同時，而移轉于買受人(Periculum est emptoris)。在契約之作成，與標的物之交付，其間雖有若干時日之隔離，而在此時期內，即使標的物因事變而罹于滅失，買受人要亦負價金支付之義務。

## 第四一六段

上述原則，亦有例外，即在標的物交付之前，有時亦可使買受人負擔危險，其情形有三：(一)

在買受人受領遲延時，自遲延時始，危險即移轉於買受人。例如甲無法律上之理由，無故拒絕乙所出售之牛之受領者，則嗣後此牛即使因事變而權于滅失，甲仍須支付價金。蓋此時甲係因其可歸責于己之舉動，致乙之給付，陷於不能，而乙則已因其為牛之交付，免除危險負擔，而仍保有其價金請求權也。（參照民法第二三七條及第二六七條）。(二)在不動產買賣，自買受人以其權利登記于土地簿冊之時始，即應負擔標之物之危險，蓋不動產物權之得喪變更，不以交付，而以登記為必要也（參照民法第七五八條）。例如房屋之買受人，已將其房屋所有權之取得、登記于土地簿冊，則于登記後占有房屋前，該標之物為敵機炸燬者，仍須支付價金。(三)在代送買賣（*Dei Einlacher Versendungskauf: Distanzkauf*），自出賣人交付其標之物于運送承攬人時起，標之物之危險，由買受人負擔（民法第三七四條）。所謂代送買賣，即出賣人經買受人之請求，將買賣標之物，送交清償地以外之處所之買賣也。例如在重慶之某甲，向在昆明之某乙，購買機器一架，並請求其將此項貨物送至重慶。該民法第三一四條之規定，其清償地應為昆明。在乙將機件交與公路局運送以後，關於標之物之危險，即應由甲負擔。蓋此時乙對於一切清償之必要程序，皆已完成也。至若出賣人自負運送之承擔，其情形亦復相同。自運送開始，危險即由買受人負擔。例如乙以自備之載貨汽車，將甲之機器，向重慶運送，而在中途被敵機炸毀，此時甲仍須支付價金。唯買受人關於標之物之送交方法，有

特別指示，而出賣人無緊急之原因，違反其指示者，對於買受人因此所受之損害，應負賠償責任。例如甲曾指示須將機件交路局轉運，而乙則違反其意思，裝載船隻運送，倘船舶為狂風飄沒，則乙應負損害賠償（民法第三七六條）。所宜注意者，在代送買賣之外，尚有送交買賣之一種。送交買賣（德Qualifizierter Versendungskauf; Fernkauf）云者，出賣人基于其買賣契約上之義務，應將買賣標的物送至另一處所之買賣也。在送交買賣，應依一般之原則，僅因標的物之交付，買受人始負其危險。例如乙依照特約，應以重慶為清償地。則乙基于其契約上之義務，應將貨物送至重慶，而自負其運送上之危險。

### （第三）利益之移轉

依民法第三七三條之規定，買賣標的物之利益，亦自交付時起，由買受人承受（拉C. § 373. d. h. d. l. m. eius est commodum）。在不動產買賣，如權利之登記，先於標的物之交付，則其利益亦隨自登記時始，由買受人承受。其法理上之根據，與危險之移轉同。但此係原則，若當事人關於利益之移轉，另有約定者，則從其特約（民法第三七三條但書）。

### （第四）在以占有有體物為必要之權利買賣時其危險及利益之移轉

以上所述，均係關於以物為買賣時，其危險及利益移轉之情形，但買賣並不以物為限，在權利

爲買賣時，如出賣人因其權利占有一定之物者，關於該占有物危險及利息之移轉，亦復與以具體之物爲買賣時相似，故法律許其準用民法第三七三條至第三七六條之規定。例如以房屋之典權爲買賣者，如於出賣人（即原典權人）將房屋交付於買受人以後，而該屋罹於火劫者，則其危險由買受人負擔（民法第三七七條）。

## 第二節 出賣人之担保義務

### 第一款 權利瑕疵之担保

如上所述，出賣人既負有使買受人取得標的物權利之義務，則自應保證買受人不致因第三人主體權利，而喪失其標的物。是故若第三人就標的物上享有權利者，則出賣人應負担保權利瑕疵之責任（德Rechtsmangelhaftung）。

#### （第一）權利瑕疵責任之範圍

出賣人應担保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利（民法第三四九條）。申言之，出賣人應担保第三人就標的物，並無物權（如所有權或抵押權等）之存在；又如第三人就標的物享有債權，而此項債權（如承租權），足以對抗買受人者，出賣人亦應負責任（民法第三四九條）。在債權或其他權利（例如股份有限公司之股份）之買賣，出賣人應担保其權利確係存在，有價證券之出

賣人，並應担保其證券未因公示催告而宣告其無效，是之謂權利真實（*De Verist*）之担保（民法第三五〇條）。買賣標之物之債權或其他權利，即使並不存在，或已罹無效，而買賣契約，仍屬發生效力。蓋依民法第三五〇條之法意解釋，同法第二四六條所謂以不能之給付，為契約標的者，其契約為無效之規定，不能適用也。但須注意，如當事人間無特約訂定，債權之出賣人，對於債務人之支付能力（即清償能力），不負擔保責任。換言之，即出賣人對於債權之完善性（*De Solv*），不負擔保之責。至出賣人就債務人之支付能力，負擔責任者，亦推定其僅担保債權轉移時債務人之支付能力。在債務履行時，債務人有否清償能力，非有特約，出賣人仍不負責（民法第三五二條）。

#### 第四一九段

雖然，上述之出賣人權利瑕疵責任，亦有二種例外：（一）買受人於契約成立時，知有權利之瑕疵者，除當事人另有特約外，出賣人不負擔保之責（民法第三五一條）。（二）以特約免除或限制出賣人關於權利之瑕疵担保義務者，出賣人亦不負責，但出賣人故意不告知其瑕疵者，即有此特約，仍屬無效（民法第三六六條）。又出賣人對於權利之有無瑕疵，尚屬疑問，然若將此項疑問，告知買受人，又恐契約之不獲訂立，因而緘默不言者，依誠信之原則言，亦應視同故意不告知瑕疵。

在出賣人應負權利瑕疵之責任時，如買受人有正當理由，恐第三人主張權利，致失其因買賣契約所得權利之全部或一部者，除出賣人已提出相當担保外，得拒絕價金全部或一部之支付。但出賣



## 第四二〇段

(二) 擔保責任之內容

在買賣標的物，具有權利瑕疵時，則出賣人即為未依正當方法，履行其契約上之義務，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利，申言之，買受人得以訴訟請求消除權利之瑕疵；或主張契約不履行之抗辯，拒絕為對待給付；在具備民法第二二六條，第二五四條或第二五六之要件時，得請求契約不履行之損害賠償，或解除其契約（民法第三五三條）。

在買賣標的物，是否具有瑕疵，當事人間有爭執時，其舉證責任，應由買受人負之。是故遇有第三人就標的物主張權利，請求返還其物時，買受人如將訴訟告知出賣人，則其對於權利瑕疵之舉證責任，因而減輕，此時法院就第三人與買受人間之判決，其効力及於買受人與出賣人之法律地位（參照民事訴訟法第六五條至第六七條）。

### 第二款 物之瑕疵之担保

## 第四二一段

在買賣契約，出賣人除應担保第三人就標的物，對於買受人不致主張權利外，尚須担保買賣之物，具有通常效用所必需之品質，或特別保證之品質。是即所謂出賣人之物之瑕疵責任（德 *Sachmangelhaftung*）。依羅馬法律，在買賣標的，具有物之瑕疵時，買受人得提起 *Actio redhibitoria*（即解

除之訴），解除買賣契約，但亦得提起 *Actio quanti minoris*（即價金減少之訴），請求減少價金。蓋若出賣人明知標的物有瑕疵，而故意不告知買受人，或欠缺其所保證之品質者，則買受人得提起 *Actio empti*（即買受之訴），請求債務不履行之損害賠償。此項羅馬法上之原則，現代各國法律，率多遵守，我民法亦然。

（第一）責任之要件

所謂物之瑕疵責任，僅在以動產或不動產為買賣標的物時，有其存在。德國最高法院判例，謂營業（德 *Handelsschacht*）雖非具有形體之財產，但交易上均以其與有體物同視，從而認營業之出賣人，就營業之瑕疵，應負物之瑕疵責任（註）。關於此點，我現行法既乏明文，判例及解釋例，亦無成案可稽，但民間關於營業之買賣，乃屬常見之事實，而出賣人應負若何之責任，則有待判解之認定，故舉德例，藉供參考云爾。

（註）參照德國民事判例集第九八卷第二八九頁。

（甲）瑕疵担保責任

不問有無可歸責于出賣人之事由，出賣人對於物之一切瑕疵，均須負其責任，茲之所謂瑕疵，係指因物之品質上之疵累，足以減少或滅失其物之價值或通常效用而言（民法第三五四條）。例如出

售之汽車，具有不能駕駛之疵累；房屋已爲蠹虫所蛀蝕；住宅區之土地，具有不堪實施建築住屋之瑕疵；出讓之營業，而無收益之可能者，出賣人均應負其責任。所值注意者，所謂物之瑕疵，是使出賣人負擔責任者，乃專指物之品質上瑕疵(Quantitätsmangel)而言，至一般關於契約不履行之責任，則與物之瑕疵無涉。在出賣人不依契約本旨，而未爲完全履行，例如買賣標之物之米，原約定爲一百石，而出賣人僅給付九十石者，是乃數量上之瑕疵(Quantitätsmangel)，而非物之品質上瑕疵也。再者，在出賣人以非約定之買賣標之物爲給付，例如以早米代替約定晚米，而爲給付之提出者，亦非物之品質上之瑕疵也。

至物之瑕疵擔保責任，其開始時期，與危險負擔之情形同，即自買賣標之物之交付時起，負其責任，此爲民法第三五四條所明定。是故在契約訂立後，標之物交付前，在此一段時間內，如其物含有瑕疵者，出賣人亦應負責。

物之瑕疵程度之大小，在德國民法(第四五九條第一項)，認爲與出賣人之責任，不生影響。我民法第三五四條第一項，則以物之價值或其通常效用減少之程度，無關重要者，不得視爲瑕疵。就公平之觀念言，自以現行法爲允洽。

#### (乙)關於保證品質之責任

不問出賣人有無可歸責于己之專由，就其出賣物所保證之品質，應負責任（民法第三五四條第二項）。但欲使出賣人負此項保證責任，須注意下列三事：（一）出賣人所具之保證，須係構成契約之一部分，如出賣人僅僅宣揚其標之物之至善至美，尚不得即據以認定其負有品質上之保證責任。（二）所保證之物之品質，須係構成價值之因素（Wertbildender Faktor）。質言之，依照交易上之情形，所保證之品質，在當事人所預定之期間內，關於物之價值估計，有影響于事實上或法律上之關係者。例如就房屋租金數額之保證，具有經濟上之意義及範圍是。（三）出賣人所提供之保證，須具有較通常担保更強之効力，例如出賣人保證在將來某一定時期之內，該買賣標之物，必保有某項使用上或他種之品質是。在出賣人出具此項保證時，則于所保證之期間內，就標之物所發生之瑕疵，既負義務，亦有權利，得以自己之費用，除去其瑕疵。例如鐘表營業人，就其所出售之鐘表，曾出具二年期之保證書，若此項貨件，于三個月後，停止擺動，而出賣人自願修理，不取報酬者，則買受人不得進行請求解除契約，或減少價金。

關於保證品質之責任，其開始期間，亦以標之物之危險移轉時期為計算準則，故在契約訂立後，危險移轉前，標之物失去其所保證之品質者，出賣人亦應負其責任（民法第三五四條第二項）。

合于下述二種情形之一者，出賣人不負物之瑕疵擔保責任。(一)買受人于契約成立時，知其買賣物具有物之瑕疵，或因重大過失而不知其瑕疵者，出賣人不負擔保之責(民法第三五五條)。在買受人于訂約時，明知有物之瑕疵，則所謂擔保義務，即屬根本上不能存在，在出賣人故意不告知其瑕疵時，亦復如是。蓋買受人既知其有瑕疵，或明知所保證之品質有瑕疵，而仍願為其物之購買者，法律自無予以保護之必要。在買受人因重大過失而不知時，對於物之瑕疵，固無擔保請求權，但此項瑕疵，必依通常情形，為一般買受人耳目所能及者為限，若出賣人故意隱藏其瑕疵，而不予告知，或就標的物，曾保證其無瑕疵者，則仍須負擔保責任(民法第三五五條二項)。(二)買受人以特約免除或限制出賣人關於物之瑕疵擔保義務者，出賣人就其限度內，不負擔保責任，但在出賣人故意不告知其瑕疵時，則此項免除或限制之特約，應屬無效(民法第三六六條)。

#### 第四二六段

(第二)買受人之法律上救濟

##### (甲)概說

買賣因物有瑕疵，而出賣人應負擔保責任者，買受人得請求解除其契約，或請求減少其價金，有時亦得請求不履行之損害賠償，是之謂擔保請求權(德Gewährleistungsansprüche)。此項擔保請求權，僅于標的物交付後，始得主張，若唯在交付之後，法律上所謂之瑕疵，方可確定。在交付以

前。如買賣標的物有瑕疵，不合于契約之內容者，買受人儘可拒絕給付之受領，而依一般規定，解除契約，或請求損害賠償（參照民法第三五九條第三六〇條及第二五四條至第二六〇條）。

第四二七

(一) 契約解除請求權 (Actio redhibitoria 德Wandlung)

因契約解除請求權之行使，原有之買賣關係，回復其未訂約時之狀態，雙方當事人，應同時返還其由他方所受領之給付物。在出賣人，應將所受領之價金，附加利息返還之。在買受人，應將買賣標的物及已收取之利益，返還于出賣人（參照民法第二五九條）。

於買賣標的之數物中，一物有瑕疵者，買受人僅得就有瑕疵之物為解除。其以總價金將數物同時賣出者，買受人並得請求減少與瑕疵相當之價額。但于此有一例外，即當事人之任何一方，如因有瑕疵之物，與他物分離，而顯受損害者，得解除全部契約。例如有繪畫兩幅，合成一幅，若畫之一幅，具有瑕疵者，買受人得就全部買賣，予以解除（民法第三六三條）。

第四二八

因主物有瑕疵，而解除契約者，其效力及于從物，但從物有瑕疵者，則買受人僅得就從物之部分，為解除。例如買賣之汽車有瑕疵時，買受人得將附隨于車上之預備輪，一併退還。然若僅此預備輪有瑕疵者，則祇能就該車輪為退還（民法第三六二條）。

在買受人主張物有瑕疵者，出賣人得定相當期限，催告買受人于其期限內，是否解除契約。

#### 第四二九

買受人于期限內不爲解除契約者，解除權即因而喪失。此時該買受人祇能請求減少價金（民法第三六一條）。又，買賣標的物雖具有瑕疵，而依其情形，解除契約，顯失公平者，買受人亦僅得爲價金減少之請求。例如汽車之出賣人，負有送交之義務，而於運送中，該車之油漆擦毀者，此時買受人祇能請求因擦毀油漆所受之損害而爲賠償，要不得請求解除契約（民法第三五九條但書）。

#### (二)減少價金(拉Actio quanti minoris 德Minderung)

所謂減少價金，係指將原定價金，依比例減至相當數額而言。即買受人祇須支付其知有瑕疵所欲支付之價金是已。茲假定約定之原價金爲 $X$ ，標的物若無瑕疵，其價值爲 $Y$ ，因具有瑕疵，其價值應爲 $Z$ ，而買受人若知其有瑕疵所欲支付之價金爲 $X'$ ，則應依下列方式算定之，

$$\frac{X}{Y} = \frac{X'}{Z} \quad \text{或} \quad X' = \frac{X \cdot Z}{Y}$$

依上列算式，買受人得就原約定價金，減去 $Y$ 與 $Z$ 之差額而爲支付。例如乙有汽車一輛，如無有瑕疵，其價值當爲一萬二千元，茲以一萬元之價金，出售于甲，但該車之機件，確具瑕疵，而爲買受人所不知，如依有瑕疵之情形估計，則僅值九千元。此時甲若行使減少價金請求權，可請求減去二百五十元也。

## 第四三〇段

(三)不履行之損害賠償(拉Actio empti德Schadensersatz wegen Nichterfüllung)

合于下列二種情形之一者，買受人得不請求解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償：(一)缺少出賣人所保證之質者。(二)出賣人故意不告知物之瑕疵者(民法第三六〇條)。

不履行之損害賠償請求權，有兩種方法，可以行使；(一)買受人得不問所受領之具有瑕疵標的物，于己有無利益，得返還全部給付，而請求因整個契約不履行之損害賠償。(二)買受人亦得保有該標的物，而僅僅請求賠償與給付不完全所相當之損害。

## 第四三一

(乙)契約解除權與減少價金請求權之消滅時效

依現行民法之規定，買受人之契約解除權，其成立要件，與民法第二五四條以下所定之解除權有別，就其法律上之性質而言，應認為係請求權之一種，而非形成權也。買受人因物有瑕疵，而得解除契約者，應於物之交付後，六個月間，為之。逾此法定期限，其解除權即屬罹于時效(民法第三六五條)(註)。

(註)德國民法，認買受人之契約解除權，係請求權之一種，與同法債篇通則所規定之解除權有別。故在德語，前者稱為Wandlung，而後者則稱為Rücktritt。德民第四七七條所規定者，乃消滅時效，而非除斥期間，我現行法係採德國立法例，自應為同一之解釋。



買受人因物有瑕疵，而得請求減少價金者，此項權利，自屬請求權之一種，毫無疑義。買受人之減少價金請求權，應于物之交付後六個月內行使之，逾此期限，其權利即罹于時效，而喪失其強制力也（民法第三六五條）。

所宜注意者，上述之短期的消滅時效，係為保護善意之出賣人而設，至若出賣人故意不告知物之瑕疵者，則屬有背誠信原則，自毋庸予以保護，此民法第三六五條第二項所由規定也。

#### 第四三二 段

（第三）關於種類之物之買賣

買賣之物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不請求解除契約，或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。例如甲向乙購買食米一石，倘所交付之米，已屬霉爛者，此時甲得請求另行交付新鮮之物（民法第三六四條一項）。法條上所謂「即時」云者，係指買受人於履行檢查義務，發見瑕疵，應即為請求而言。倘不即為請求，視為承認其所受領之物（參照民法第三五六條）。又在買受人請求另行交付無瑕疵之物時，出賣人就另行交付之物，仍負擔保責任（民法第三六四條二項）。

#### 第四三三 段

（第四）買受人之担保請求權與其他種權利之關係

在買賣之標的物，經移轉以後其物具有瑕疵者，買受人得請求解除契約，或請求減少價金，或

請求不履行之損害賠償，已如上述矣。於茲有一問題，即買受人除得行使關於瑕疵担保上之種種權利外，是否亦得依一般的規定，請求為法律上之救濟耶？依現時權威之學說，認為應就各種具體情形，分別予以解決，而在大體上，僉以買受人之担保請求權可與一般的法律上之救濟方法，同時並存也。分述如下。

(甲) 担保請求權與撤銷權之關係

買賣標之物之性質，在交易上認為重要者，買受人祇能行使担保請求權，而不復得主張因錯誤而為撤銷（參照民法第八八條二項）。例如鐘表之買受人，如因鐘表不能按時行走，祇可請求解除買賣契約或請求減少價金，而不能主張因物之交易上重要性質有錯誤而撤銷契約，蓋於此種情形，倘許買受人可以行使撤銷權，則在買受人因自己之重大過失，不能發見瑕疵之際，亦得撤銷契約也。

在買受人被詐欺時，則可就担保請求權及因被詐欺而得主張之撤銷權（參照民法第九二條）二者間，擇一行之。例如買受人因受出賣人所愚，而購買一不能按時行走之掛鐘，此際買受人得請求解除契約，或減少價金，或請求損害賠償，但亦得撤銷其買賣契約。蓋担保請求權之行使，祇能使出賣人負擔債務，而契約之撤銷，可發生絕對的效力，為保護買受人之利益計，應許其有選擇之自由。

#### 第四三五段

(乙) 担保請求權與契約的請求權 (德 *vertragliche Ansprüche*) 之關係

買受人之担保請求權，可與其契約不履行之抗辯權，同時並存。蓋出賣人之移轉有瑕疵之標的物，不能謂爲已爲適當之履行也。再者，依照買賣契約之情形，買受人既享有担保請求權，而同時出賣人又負有侵害契約之責任者，則買受人除得主張担保請求權外，並得請求損害賠償。例如出賣人以患有傳染病之牲畜，移轉於買受人，致買受人自己所有之畜類，受其傳染而罹於死亡，此時買受人除行使契約解除請求權外，並得請求賠償其損害。

(丙) 担保請求權與侵權行爲之損害賠償請求權

買受人之担保請求權，可與其侵權行爲之損害賠償請求權並存。蓋出賣人對其所作成之侵權行爲，不能不負責任也。

### 第三節 買回

#### 第四三六段

(第一) 買回權之性質

出賣人於買賣契約，保留其買回之權利者，是之謂出賣人之買回權 (德 *Wiederkaufrecht*)。在保留買回權之買賣契約，該買賣標的物，係在附有買回之停止條件之下，因出賣人之爲買回的意思表示，而歸還於出賣人。例如甲以其汽車賣與於乙，而約定得於一年內，向其買回是。買回之約定，

僅足使買受人負擔將買賣物返還於出賣人之債務，故買賣契約，雖保留買回權，而此項權利，不能對抗第三人。如上示之例，乙倘於所約定之買回期間內，將汽車轉賣與丙，旋甲又表示其買回之意，於此情形，丙即使明知甲享有買回權，但甲仍不能向丙，請求返還其汽車，而祇能對乙主張損害賠償。

#### 第四三七

##### (第二)買回權之行使

出賣人行使買回權，而為買回之意思表示者，買回之契約，即生效力。在買賣契約之保留買回權者，該買回契約，在買賣契約訂定時，即已成立，唯其效力之發生，則繫於出賣人之買回的意思表示，而此買回之意思表示，則係單獨行為，故一經出賣人行使其買回權，契約即生效力也。

買回權之行使，應受一定期間之限制。依民法第三八〇條之規定：買回之期限，不得超過五年，如約定之期限較長者，縮短為五年。

#### 第四三八

##### (第三)買回契約之內容

買回契約之買回人（即買賣契約之出賣人），應支付與買賣契約同額之價金，以買回其標的物。但買回之價金，當事人間另有約定者，從其特約。買賣契約價金之利息，與買回契約之出賣人（即買賣契約之買受人），就標的物所得之利益，視為互相抵銷（民法第三七九條）。

買賣費用，由買受人支出者，買受人應與買回價金，連同償還之。而買回之費用，則由買受人負擔，此為民法第三八一條所明定。唯依吾人之見解，本條係補充的規定，當事人間有特約者，從其特約。

買賣契約之買受人，為改良標的物所支出之費用，及其他有益費用，而增加價值者，於現存利益之限度內，依公平之原則，買受人應償還之（民法第三八二條）。

買賣契約之買受人，對於買回人，負擔交付標的物及其附屬物之義務，其因可歸責於買受人之事由，致不能交付標的物，或標的物顯有變更者，買受人應賠償因此所生之損害（民法第三八三條）。

#### 第四節 特種買賣

#### 第四三九 (第一) 試驗買賣

以買受人之承認標的物為停止條件之買賣，曰試驗買賣（德 Kauf auf Probe 法 Verbs a Proba on a Proba 英 Sale on Approval or on Inspection）（民法第三八四條）在試驗買賣，出賣人有許買受人，試驗其標的物之義務（民法第三八五條），而買受人之承認，則可任意為之。

買受人對於標的物之承認，為沉默時，其沉默之效力，則視標的物之已否交付而有殊。（一）標

物經試驗而未交付者，買受人於約定期限內，未就標的物為承認之表示，即視為拒絕。其無約定  
 試驗期限，而於出賣人所定之相當期限內，未為承認之表示者，亦同（民法第三八六條）。（二）標的物因  
 試驗已交付於買受人，而買受人不交還其物，或於約定期限，或出賣人所定之相當期限內，不為拒  
 絕之表示者，視為承認（民法第三八七條一項）。若買受人已支付價金之全部或一部，或就標的物  
 為承認試驗所必要之行為者，亦視為承認（民法第三八七條二項）。

第四四〇（第一）貨樣買賣

以出賣人担保其交付之標的物，與貨樣有同一品質之買賣，曰貨樣買賣（德 Kauf nach Probe  
 nach Muster 法 Vente sur épreuve ou sur Modèle 英 Sale according to sample）（民法第三八八  
 條）。在買受人主張貨樣買賣時，應證明出賣人對於標的物，曾担保其具有特定之品質。在出賣  
 人主張其交付之物，具有與貨樣同一之品質者，應先負舉證之責。唯在買受人受領交付之後，而發  
 見標的物不與貨樣同其性質者，則舉證責任，應由買受人負擔。

第四四一（第三）分期付價之買賣

買賣契約之當事人，約定標的物先行移轉，而價金按期分付者，是之謂分期付價之買賣（德  
 Abzahlungs geschäfte 法 Vente partielles accomplies）（註）。例如某縫匠以二千元之價金，購買縫衣機一具，

約定每月支付價金十分之一，而縫衣機則先行移轉於縫匠是。

(註)按德瑞法律(德國一八九四年五月十六日法律第一條，瑞士債務法第二二六條)，均明定分期付款付價買賣之標的物，以動產爲限，我現行民法，則無此限制。

依日常法律生活上之經驗，常有以他種法律關係之形式，而達到分期付款買賣之目的者，此種情形，德國學者，稱之爲隱藏的分期付款之買賣(德Verhohene Abschmuggeschäfte)。例如甲以價值一百元之自由車一輛，出租與乙，約定乙於三個月內，每月須付租金四十元。於此情形，得準用關於分期付款買賣之規定，如乙在三個月內，付足一百二十元者，甲即喪失其租賃物返還請求權。

#### 第四四二條

依當事人之約定，買受人有遲延時，出賣人即得請求支付全部價金者，此項全部價金請求之約款(德Fälligkeitsklausel)，僅在具備下述二種要件時，始生效力：(一)買受人有連續兩期給付之遲延，(二)其遲付之價額，已達全部價金五分之一(民法第三八九條)。

在分期付款之買賣，買受人有遲延時，依照一般之規定，出賣人亦得解除契約(參照民法第二百五四條)。在解除契約時，雙方當事人，應各將由他方所受領之給付物，同時還還之(參照民法第二百五九條)。唯約定出賣人於解除契約時，得扣留其所受領價金者，其扣留之數額，應有一定限制(參照民法第三九〇條)。

第四四三

，至若約定契約解除時，已付價金之全部，統歸出賣人所有者，則其約定無效。

(第四) 拍賣

拍賣 (德 Versteigerung 法 Verkauf aux enchères 英 Auction) 曰：競賣者，以公開的競爭出價之方法，由拍賣人為賣定表示之買賣契約也 (民法第二九二條)。

拍賣契約，係由應買人之要約，與拍賣人為賣定表示之承諾，兩相合意而成立。至拍賣人在為賣定表示以前之行為，例如為拍賣之公告，或為標之物之領看，皆係要約之誘引，而非要約。但拍賣人對拍賣標之物為估價之表示者，則此項估價，係要約而非要約之誘引。

第四四四

拍賣既以公開的競爭出價之表示方法，由應買人提出要約，故就原則上言，拍賣人嘗將拍賣物拍歸出價最高之應買人，但拍賣係由他人委任者，委任人亦得為反對之意思表示 (民法第三九三條)。  
至拍賣人對於應買人所出最高之價，認為不足者，得不為賣定之表示，而撤回其物 (民法第三九四條)。蓋拍賣人之賣定表示，既具有承諾之性質，則對於應買人之要約，自得任意予以接受或拒絕。

就原則上言，對話為要約者，非即時承諾，即失其拘束力 (參照民法第一五六條)，但在拍賣，既以公開競爭出價，為要約之方法，故應買人之要約，在未有出價較高之應買，或拍賣物未經撤回之前，仍須受其拘束 (民法第三九五條)。



拍賣物之買受人，應于拍賣成立時或拍賣公告內所定之時，以現金支付買價（民法第三九六條）。買受人如不接時支付價金者，拍賣人得解除契約，將其物再行拍賣。再行拍賣所得之利益，如少于原拍賣之價金及費用者，原買受人應負擔賠償其差額之責任（民法第三九七條）。

拍賣人有時固即係標的物之所有人，而通常則均係受他人之委任而為拍賣，此際拍賣人與物之所有人，嘗有代理關係之存在。法律為防止拍賣人有所偏私起見，特規定拍賣人對於其所經營之拍賣，不得應買，亦不得使他人為其應買，否則其拍賣契約，應屬無效（民法第三九二條）（註）。

（註）德國民法，原則上亦禁止拍賣人為應買，但其應買經利害關係人之同意者，則為有效（參照德民四五八條）。

## 第二章 互易

### 第四四五

（第一）互易契約之訂立及其內容

互易（德 *Tausch* 法 *Tauschvertrag* 英 *Exchange* 日：交換）云者，謂當事人雙方，約定互相移轉金錢以外之財產權之契約也（民法第三九八條）。依現行民法之規定，互易係合意契約之一種，非若羅馬法之認為要物契約也。例如以牛易羊，以舟易車是。

關於買賣之規定，均準用於互易契約。申言之，雙方當事人，對於其所移轉之財產權，皆須負出賣人之責任，而對於其所受移轉之財產權，皆處于買受人之地位（民法第二九八條）。

（第二）關於互易契約之補足金

在互易契約，當事人約定除移轉財產權外，尚須交付金錢，例如以羊易牛，須補給牛之所有人若干金額者，則關於金錢部分，準用關於買賣價金之規定（民法第三九九條）。

第三章 交互計算

第四四六

（第一）交互計算之意義

二人之間，互為交易，且屬經常往來，設若逐件結算，則頗為不便，故嘗為約定，于一定時期之內，將相互間一切交易上之付款，作一總結，而互相抵銷。此項抵銷之約定，吾人稱之為交互計算（德Laufende Rechnungen Kontokorrent 法Comptes-courants）。要之，交互計算者，當事人約定，以其相互間交易所生之債權債務，為定期計算，互相抵銷，而僅支付其差額。契約也（民法第四〇〇條）。

我現行法制，採民商合一主義，交互計算契約之當事人，並不以商人為限。即通常之人，亦得

#### 第四四七段

相約爲交互計算也，唯交互計算之當事人間，必須有經常交往之事實，而彼此間之債權債務，亦即由此經常交往而生。該項債權與債務，必經過一定之期間爲結算，其期間稱之爲交互計算之計算期（德 *Rechnungsperiode*）。在計算期屆至，雙方之請求權與付款義務，輒互相抵銷，僅一方當事人支付其抵銷後多餘之金額，是項金額，即所謂差額（德 *Saldo*）是已。

在商業銀行與其顧客之間，最適于爲交互計算。銀行之顧客，當可與銀行爲有價證券之買賣，爲存款及透支，或以銀行爲付款人，而發行匯票或支票也。

#### （第二）交互計算之效力

在交互計算，雙方之債權，均保有其原來之性質，債權之附有担保者，此項担保，並不因交互計算而受影響。唯約定爲交互計算之債權，皆不能獨立行使，是故請求權之時效，無法進行。蓋依交互計算之意義，當事人所得請求者，僅係計算上之差額，而非個別之債權也。

在交互計算，債務人之給付，並不直接發生積之消滅之效力。債務人爲給付時，僅于計算上予以記載，而並不以此項給付，依民法第三二一條及第三二二條之規定，爲抵充特定項目之債務，而債務人，亦僅須于計算期，就其交互計算上之差額而爲清償也。例如某銀行之顧客，在交互計算之計算期，總結共欠國幣一萬元，而銀行給付五十元，此際該五十元之給付，並不依民法關於債務抵

充之原則，作為該顧客某項特定債務之清償，而銀行僅將此數記入于顧客戶名之收入項下，以資核算。

第四四八 (第一) 差額之確定

依交互計算，計算期屆至後，當事人之一方，對於他方所得請求之數額，謂之差額 (Set-off)。交互計算之計算期，如無特別約定，以六個月為一期 (民法第四〇二條)。當事人之一方，得隨時終止交互計算之契約。在當事人終止契約者，則契約終止之日，即為差額確定之時。但關於契約之終止，當事人另有訂定者，應從其所定 (民法第四〇三條)。

差額之確定，應依核算與承認之二種方法為之。(一) 在核算差額時，應將雙方當事人之債權與債務各項目合併計算，就其總數，互為抵銷，其剩餘數額，即係差額。在以匯票，本票，支票及其他流通證券 (如股份有限公司之公司債券，指示證券等) 記入交互計算者，如證券之債務人，不為清償時，當事人得將該記入之項目除去之 (民法第四〇一條)，又記入交互計算之項目，得約定自記入之時起，附加利息 (民法第四〇四條)。(二) 差額之核算，經承認後，即屬確定。當事人之沉默，應推定其為承認。例如當事人于接到計算單之後，對於核算之差額，並不表示異議者，自應認為係承認其交互計算上之差額。

第四四九

差額之承認，構成獨立的債務之原因，具有創設的效力（註）。當事人得就差額，獨立提起訴訟。被告有爭執時，原告祇須證明差額確經承認，即爲已足，而無庸就記入交互計算之各項目，一一予以證明。而對於根據差額承認而提起之訴，被告欲爲抗辯，亦祇須就差額承認之本身，予以攻擊，而無庸就差額所算定之各項目，尋求其證據也。詳言之，如差額之承認，基於錯誤或被詐欺脅迫而爲者，得主張撤銷。但記入交互計算之項目，自計算後，經過一年者，即有瑕疵，亦不得請求除去或改正（民法第四〇五條）。唯于此情形，被告倘有損害，得依據不當得利之原則，請求救濟。再者，差額之承認，既構成獨立的債務原因，故關於差額之請求權，其時效期限，應爲十五年。

（註）差額之承認，具有創設的效力，固爲一般學者之所共認，唯此項承認之結果，是否可使記入于交互計算之各項債務，因債之更改德（*Novation*）而罹于消滅，抑或差額之承認，僅足構成新的債之原因，而與記入交互計算之各項債務，同時並存，學者間尙有爭論。德儒 *Staud* 主前說，而 *Cosack* 則主後說。

#### 第四五〇段

差額經確定後，應發生下述之二種效果：（一）由計算而生之差額，得請求自計算時起，支付利息（民法第四〇四條二項）。利息未經約定者，依週年百分之五計算（參照民法第二〇三條），（二）記入交互計算之債權，附有担保者，此項担保，並不因差額之確定而消滅。蓋依吾人之見解，差額之

確定，並不生債之更改之效力也。但宜注意，交互計算之差額，如大於有担保之債權額者，債權人僅得以相當於債權額之部分，就担保而取償。再者，第三人於記入交互計算之債權，負連帶責任者，其情形亦與担保相似。差額之債權人，亦得就該第三人於其連帶責任範圍以內，請求給付。

## 第四章 贈與

### 第一節 贈與之意義

第四五一  
以自己之財產，為他人之利益，而為給與（註），而雙方當事人，對於給與之無須報償，兩相合意者，是之謂贈與（德Schenkungs法 Donation 英 Gift）（民法第四〇六條）

（註）關於給與之意義，參照本書第一〇二段。

（一）因財產之給與而得利

在贈與之法律關係，必須有給與之存在，實言之，即受贈人之財產，因贈與而有所增益也。贈與依法律行為而作成者，其方法有二：（一）為物的贈與（德Realschenkung），即直接以標的物為物權的移轉於受贈人也。例如以金鍊之所有權贈與於人，為他人設定某種物權，而不取對價，或無償的免除債務是。（二）為贈與約定（德Schenkungsversprechen），亦即債務契約之一種也。贈與約定

，有時爲要因行爲（註一），有時爲非要因行爲（註二），但不問其行爲之性質若何，當事人之爲給付，均係履行其爲贈與之債務耳。

（註一）例如甲約定以一百元贈與於乙。

（註二）例如甲對乙爲非要因的債務約定（如發行本票），願爲百元之付款，而此款即所以贈乙者。

在贈與之法律關係，必贈與人之財產，因此有所減少。是故爲他人之利益，而不願爲某項財產之取得，或拋棄自己之應繼分或遺贈物者，均不得謂爲贈與。再者，在贈與之法律關係，必受贈人之財產，爲無償的增加。唯以物無償的供他人之使用，就經濟上言，使用其物之人，容或有所得利，但就法律上言，物之所有人之財產，並不因此有所減少，於此情形，乃使用借貸，而非贈與也。

#### 第四五二

（第二）贈與之合意

贈與係契約之一種，故給與人（德 *Schenkender*）之意思表示，須經相對人之允諾，方生效力（民法第 240 條）。且也，當事人對於「無償給與」之一點，必須具有合意，贈與契約之能否生效，應以當事人之主觀的意思爲斷，而不能憑客觀的無償給與之事實也。是故給與人自信其有爲給

與之義務者，則不能形成贈與契約，例如商業主人，對於其商業使用人，為供給膳宿之約定，旅客對於旅店茶役及汽車司機，約定給與酒資者，就一般社會習慣言，皆係有償行為，而非贈與契約。然若給與人自知其給與，並無法律上之義務，而仍欲為此項約定者，則應認為係贈與之性質。例如對於常行送僧之郵差，年終給與年賞是。但宜注意，贈與契約，只須當事人對無償給與，具有合意即得成立，至贈與人是否具備贈與之心素（*拉 Animus Donandi*），則可不問。例如有人當衆以百金贈與一乞兒，故示人以慷慨，明知豪於外而吝於心，贈與終屬有效。

以非經登記不得移轉之財產，例如不動產或不動產上之權利，為贈與者，在未為移轉登記前，當事人間雖有贈與之合意，仍不能發生贈與之效力（*民法第四〇七條*）。

### 第二節 當事人間之法律關係

#### 第四五三

##### （第一）贈與人之責任

贈與人僅就其故意或重大過失，負其責任，例如約定以某項財產，作為友人生辰之賀禮，而屆時遺忘，致未送去。於此情形，贈與人僅具輕微過失，不負遲延責任（*民法第四一〇條*）。

贈與之物或權利，如有瑕疵，原則上，贈與人不負擔保責任（*民法第四一一條上段*）。但在下述二種情形，贈與人對於受贈人因瑕疵所生之損害，負賠償之義務：（一）贈與人故意不告知其瑕疵。



例如以汽車為贈與物之贈與人，明知其停車機不甚靈活，而祕不告知受贈人，致其蒙受損害。(二)贈與人保證其無瑕疵(民法第四一一條但書)。

#### 第四五三 (第二)贈與之撤回(註)

(註)按法律行為有瑕疵，利害關係人，依法律之規定，可使其效力，歸于消滅者，是為撤銷。

法律行為之本身，並無瑕疵，唯因特種事實之發生，法律准許利害關係人，收回其所作成之法律行為者，是為撤回。民法第四一六條至第四一七條，及第四一九條第四二〇條與第四〇八條第一項，所謂「撤銷」，就條文之內容而言，均係「撤回」。故本段特稱為「贈與之撤回」。

受贈人對於贈與人或其最近親屬，有故意侵害之行為，依刑法有處罰之明文，或受贈人對於贈與人有扶養義務而不履行者，贈與人得撤回其贈與(民法第四一六條一項)。而贈與人之繼承人，則僅于受贈人因故意不法之行為，致贈與人死亡，或妨礙其生前為贈與之撤回者，始得撤回被繼承人之贈與(民法第四一七條上段)。

合于下述情形之一者，贈與不得撤回：(一)贈與人知有撤回之原因，已逾一年，繼承人知有撤回之原因，已逾六個月者，(二)贈與人對於受贈人已為宥恕之表示者(民法第四一六條二項第四一

七條但書)。

第四五五

在贈與物係動產或動產上之權利(註一)，於未交付贈與物以前，贈與人亦得撤回其贈與，其一部已交付者，得就其未交付之部分撤回之。但立有字據之贈與，或為履行道德上之義務而為贈與者，雖其標的物係動產或動產上之權利，仍不得撤回(民法第四〇八條)(註二)。贈與人不履行立有字據之贈與，或道義上之贈與，受贈人得請求交付贈與物或其價金，但不得請求利息，或其他不履行之損害賠償(民法第四〇九條)。

(註一)民法第四〇八條，雖未載明動產或動產上之權利諸字樣，但交付二字，通常均指動產權利而言，且比照第四〇七條之規定以觀，更屬明顯。

(註二)德瑞法律(參照德民法第五一八條一項瑞債第二四三條一項二項)，均認贈與約定，係要式行為，非以字據，不能成立。但贈與人雖未訂立字據，而所約定之給付，已為履行者，則可補正方式之欠缺(德民第五一八條二項瑞債第二四三條三項)。我現行民法，既認贈與契約，無須作成方式，而對於以動產權利，為贈與標的物者，在交付前，又許贈與人得任意撤回，是贈與契約，無異于自然債務，揆諸「君子重然諾」之古訓，此項立法，殊不適于中華民族之情感，似有修正之必要(按民法第四〇八條一項，係採日本民法

五五〇條之立法例。

第五六

贈與係契約之一種，有確定的相對人，故撤回贈與之意思表示，應向受贈人爲之（民法第四一九條一項）。受贈人死亡者，撤回之意思表示，失其相對人，撤回當然因而消滅（民法第四二〇條）。于贈與經撤回後，受贈人則係無法律上之原因而受利益，贈與人得依關於不當得利之規定，請求返還贈與物（民法第四一九條一項）。

（第三）贈與之拒絕履行

因贈與關係，致贈與人之財產狀況，失其協調，而陷於窮困時，準情酌理，應許贈與人有變更贈與之機會，以資救濟。我現行民法，認贈與人此際有拒絕贈與之抗辯權（德 *Einrede des Nothedari*），即贈與人于贈與約定後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與，致其生計有重大的影響，或妨礙其扶養義務之履行者，得拒絕贈與之履行（民法第四一八條）。唯贈與人之此項抗辯權，祇能于受贈人請求履行約定時，而爲主張，在贈與契約履行後，縱使贈與人陷于窮困，亦不能請求受贈人返還其贈與（註）。

（註）德國民法（第五二八條），認窮困之贈與人，于贈與履行後，原則上亦得請求返還贈與標的物。

第三節 特種之贈與

第四五八段

(第一) 附有負擔之贈與

因贈與而使受贈人負有須爲給付之義務者，此項給付，謂之負擔(拉 *Modus* 德 *Auflage*)。例如有  
人以其別墅一所，贈送親友，約定受贈人於十年間須開放別墅內之花圃，以供公眾游覽。

贈與而附有負擔者，贈與人如已爲給付，而受贈人不履行其負擔時，贈與人得(一)請求受贈人履行其負擔，或(二)撤回其贈與(民法第四一二條一項)。負擔以公益爲目的者，于贈與人死亡後，主管官署，得命受贈人，履行其負擔。如上示之例，在贈與人死亡後，受贈人倘不開放花圃，當地行政官署，得命其開放(民法第四一二條二項)。

附有負擔之贈與，其贈與不足償其負擔者，受贈人祇須于贈與之價值限度內，履行其負擔。至若贈與之物或權利，如有瑕疵，則贈與人于受贈人負擔之限度內，負與出賣人同一之擔保責任(民法第四一三條及第四一四條)。

(第二) 定期給付之贈與

茲之所謂定期給付，係指有繼續性之給付(德 *Wiederkehrende Leistungen*)，按期履行而言。(

第四五九段

註) 定期給付之贈與，因贈與人或受贈人之死亡，失其效力(民法第四一五條上段)。由此以言，在

贈與人死亡時，受贈人對於贈與人之繼承人或其遺產，不得請求給付。在受贈人死亡時，贈與人對於受贈人之繼承人，或其債權人，亦不復負擔任何義務也。唯此係原則，若贈與人有反對之意思表示者，則從其意思（民法第四一五條但書）。

（註）參照瑞士債務法第二五二條。

## 第五章 租賃

### 第一節 概說

#### 第四六〇段

按羅馬法，所謂租賃（拉Locatio conductio），含義至廣，除通常之租賃契約外，包括僱傭及承攬二者。法國民法，承羅馬之遺制，租賃契約（法（Contrat de Louage），兼及于僱傭與承攬（註一）。而德瑞法律，於茲三者，則予以嚴格之區別，在其民法法典中，各自成立一章，且復將租賃契約，分爲使用租賃（德Miete）及收益租賃（德Pacht）（註二）。我現行民法，雖採德瑞立法例，將租賃，僱傭，承攬三者，各予以典型之規定，但所謂租賃，則兼指使用租賃與收益租賃而言，殆取日本之成規也（註三）。

（註一）參照法民第一七〇八條第一八三一條。

（註二）參照德民第五三五條至第五九七條及瑞債第二五三條至第三〇四條。

(註三)參照日民第六〇一條。

#### 第四六一

租賃係雙務契約之一種，因契約之成立，雙方當事人，互負債務，固不待言，但其給付與對待給付，無庸同時提出，原則上，出租人有將租賃物先為給付之義務，但當事人間有特約者，承租人有時亦須先付租金。現行民法，關於租賃契約之規定，強半係任意法規，但土地法第三篇第二章第二節及第三章關於房屋救濟與耕地租用之規定，抗戰期內關於取締租金之規定，及各省關於保證佃農之各種單行法規，均含有強制性，當事人不得任意變更之。

租賃契約，係純粹的債之關係，承租人對於租賃物，並不取得物權，故租賃契約，不得為土地登記，但租賃契約一經成立，在一定之範圍以內，法律特保護承租人，俾其足以對抗第三人。要言之，承租人為租賃物之直接占有人，受占有之保護，租賃物經交付後，契約之效力，對於租賃物之受讓人，仍繼續存在(參照民法第九四一條第四二五條)。

#### 第二節 租賃契約之意義及其期限

#### 第四六二

租賃(德Miete und Pacht法; 英Lease)：賃貸借者，當事人約定，一方(即出租人)以物或權利，租與他人(即承租人)使用收益，他方給付報償(即租金)之雙務契約也(民法第四二二條一項)。

依現行民法之規定，租賃契約之期限，不得逾二十年，逾二十年者，縮短為二十年（民法第四四九條）。蓋租賃係債之關係，非若物權之具有永久性，如租賃期限過長，頗有礙於租賃物之改良也。雖然，租賃之期限，當事人間仍得以契約更新之（民法第四四九條二項），且更新之次數，亦無一定之限制，唯每次更新之期限，仍不得逾二十年耳。

#### 第四六三 段

（第一）租賃物（即租賃標的物）

依現行民法第四二一條之規定，租賃之標的物，似應以有體物為限，但依吾人之見解，我民法上所謂租賃，係兼指使用租賃與收益租賃二者而言，例如著作權，專利權，商標權，狩獵權，採冶權之租賃是。唯通常所謂租賃，則以物為最普通耳。（一）在不動產之租賃，除耕作地之租賃外，以住屋或住房之租賃，最為習見。現代式之都市，住屋之租賃，往往包括自來水與暖氣二者，於此情形，應認為係單一的租賃契約，出租人除供給住屋外，並須保證該住屋所具之特種品質。約定由出租人供給承租人以膳食者，則形成一混合契約，供給膳食之契約，僅具有附屬之性質也。（二）動產亦得為租賃之標的物。例如出租汽車，由承租人自行駕駛，出租禮服，或租閱小說及其他書籍是。至於裝置電話之契約，則係混合契約之一種，由於租賃僱傭及承攬三種契約，結合而成也。

#### 第四六四 段

（第二）租金及押租

租金(Mietpreis)，通常均係按期支付之金錢，但亦得以租賃物之孳息充之(民法第四二一條二項)。租金數額之約定，在民法上一任當事人之自由，在租金之數額過高者，除合於民法第七四條之情形外，承租人不得請求核減或隨時終止契約，唯租賃物為不動產者，如租賃未定期限，則因其價值之昇降，當事人得聲請法院增減其租金(民法第四四二條)，又土地法對於特種不動產之租金，復設有強制之規定：(一)市內房屋之標準租金，不得超過地價冊所載土地及其建築物之估定價額年息百分之十二(土地法第一六三條)。(二)市民住宅之租金，不得超過建築用地及建築費總額年息百分之八(土地法第一六九條)。但此項限制，於準備房屋額回復後繼續至六個月時，停止適用(土地法第一七〇條)。(三)耕地之地租，不得超過耕地正產物收穫總額千分之三百七十五。出租人且不得預收地租(土地法第一七七條)。

我國習慣，尚有所謂押租者。押租之法律關係，究為若何，現行法無明文規定。就習慣上言，押租係於租賃契約訂立之同時或以後，由承租人交與出租人以金錢，用以担保租金之給付，固為吾人所不爭。唯押租之交付，是否成立質權關係，實一問題，按質權之標的物，應為動產或其他財產權(註一)，而金錢不得充質權之標的，則押租之交付，自不能設定質權。依吾人之見解，押租之法律關係，應係保證信託之一種(註二)。充押租之標的之金錢，一經交付，其所有權即移轉於出租人，在承租人依法履行其債務後，出租人應返還其押租，承租人如不履行債務，或不為完全之履行，



則出租人對於所得請求之租金，或其他損害賠償金額，均得就押租優先受償也。

（註一）參照民法第八八四條及九〇〇條。

（註二）參照本書第一〇五段及一〇六段。

土地法第一六五條之規定，市屋之租賃，其押租不得超過二個月租金之總額。押租之利息，視爲租金之一部，其利率應與租金所由算定之利率相等。而耕地之租賃，則不得收取押租（參照土地法第一七七條）。

#### 第四五六段

（第三）租賃契約之訂立

就原則上看，租賃非要式契約，但不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視爲不定期限之租賃，雙方當事人，各得隨時終止其契約（民法第四百二十二條）。

關於耕作地之再租賃，適用契約強制之原則。凡收回自耕之耕地，再出租時，原承租人有優先承租之權，自收回自耕之日起，未滿一年而再出租時，原承租人，且得以原租用條件承租（土地法第一八四條）。

#### 第三節 因租賃契約而生之義務

##### 第一款 出租人之義務

第四六六段

(第一)出租人之主要義務

出租人應以合於所約定使用收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用收益之狀態，是出租人之主要義務也(民法第四二三條)。是故(一)租賃物之修繕，除契約另有訂定，或另有習慣外，應由出租人負擔，而出租人爲保存租賃物所爲之必要行爲，承租人自亦不得拒絕(民法第四二九條)。(二)就租賃物應納之一切稅捐，如土地稅，房捐等，均應由出租人負擔(民法第四二七條)。但租賃物爲動物者，其飼養費，由承租人負擔(民法第四二八條)。(三)承租人就租賃物支出有益費用，因而增加該物之價值者，如出租人知其情事，而不爲反對之表示，於租賃關係終止時，應償還其費用，但以現存之增加價額爲限。又承租人於租賃物上增加工作物(如搭蓋涼篷，種植花木)者，亦得取回，但應回復租賃物之原狀。此項償還請求權及工作物取回權之时效，均爲二年(民法第四五六條)。

出租人不履行其關於保持租賃物合於約定使用收益之狀態之義務者，承租人得(一)行使一般關於債務不履行及履行遲延之權利(註)，而亦得(二)終止契約。

(註)參照民法第二二六條及二三一條。

第四六七段

(第二)關於物及權利之瑕疵之責任

## (一) 担保義務之範圍

出租人之担保義務，有二方面，一爲物之瑕疵之責任，二爲權利瑕疵之責任。

就物之瑕疵之責任言，出租人對於租賃物之瑕疵，均應負擔責任，至瑕疵之發生，是否因可歸責於出租人之事由所致，以及其重要性究屬何如，均可不問。(一)因租賃物之瑕疵，使其不能保持合於約定使用收益之狀態，或減損其效果，而此項瑕疵，在租賃物交付時，即已存在，或於租賃關係存續中發生者，例如出租之房屋，過於潮濕，有害健康，此時出租人應負責任(參照民法第四二四條)。(二)對於所保證之品質，於租賃物交付前，即已欠缺，或於交付後消失者，出租人亦須負責。

就權利瑕疵之責任言，在租賃關係存續中，承租人因第三人就租賃物主張權利，致不能爲一部或全部約定之使用收益者，出租人應負責任(參照民法第四三六條)。

出租人對於租賃物之担保義務，就法理上言，如合於下述情形之一者，應予免除：(一)在契約成立時，承租人明知租賃物有瑕疵者。在物之瑕疵，只須承租人因重大過失而不知，且出租人未保證其無瑕疵，亦非故意不告知其瑕疵者，仍應免責(註一)。(二)以特約免除或限制出租人關於權利或物之瑕疵担保義務者，只須出租人並非故意不告知其瑕疵，則出租人之責任，即因特約而免除或

縮小(註二)。

(註一)參照民法第三四七條及第三五五條

(註二)參照民法第三四七條及第三六六條

第四六八段

(二)承租人所受法律上之保護

在租賃標的物有瑕疵時，承租人得行使下述各種權利。(一)在租賃關係存續中，租賃物如有應由出租人爲修繕之必要者，承租人得定相當期間，催告出租人修繕(民法第四三〇條上段)。(二)出租人怠於修繕時，承租人得自行修繕，而請求出租人償還其費用，或於租金中扣除之。茲之所謂扣除，乃一種形成權之行使，與請求減少價金之情形不同，蓋後者乃一種請求權也(參照本書第四三一一段)。唯租金之扣除額，應以所支出之修繕費用爲限，自不待言(民法第四三〇條下段)。再者，因標的物之瑕疵，致合於約定之用途狀態，全部不能保持者，則租金無庸支付。

第二款 承租人之義務

第四六九段

(第一)租金支付之義務

在當事人間無特約，又無習慣者，租金應於租賃期滿時支付之(拉Postumerando)，如租金分期支付者(例如按年，月或星期)，應於每期屆滿時支付之。如租賃物(例如耕作地)之收益有季節

者，應於收益季節終了時支付之（民法第四三九條）。

承租人因自己之事由，致不能為租賃物全部或一部之使用收益者，其支付租金之義務，仍不得免除（民法第四四一條）。但於此情形，出租人對於租賃物，別有得利，或因而節省費用者，依公平原則，應許承租人於租金中扣除之。例如甲稅居乙所開設之公寓住房一間，約定租期為一年，即使甲於暑假中，出外旅行，亦須支付全部租金。但若乙利用甲之遠行，暫將該房租與丙居住，則甲可就應付之租金中，扣除乙由丙所收取之租金總額。

租賃關係存續中，因不可歸責於承租人之事由，致租賃物之一部滅失，或因第三人主張權利致約定之使用收益，喪失一部分者，為公平起見，承租人得按滅失或喪失之部分，請求減少租金（民法第四三五條一項及第四三六條）。

#### 第四七〇段

（第二）保管租賃物之義務

（一）承租人應以善良管理人之注意，保管租賃物，租賃物有生產力者，並應保持其生產力（民法第四三二條一項）。因此，承租人之通知義務（德 Anzeigepflicht）生焉。（一）在租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，或（二）因防止危害有設備之必要，或（三）第三人就租賃物主張權利者，除出租人已知其情形外，承租人應即通知出租人（民法第四三七條一項）。承租人怠

於通知義務，致出租人不能及時救濟者，應賠償出租人因此所生之損害（民法第四三七條二項）。

承租人違背保管租賃物之義務，致其物毀損滅失者，負損害賠償責任，在租賃物因承租人之重大過失，致失火而毀損滅失者，亦同（民法第四三四條）。惟此際出租人之賠償請求權，其時效為二年（民法第四五六條）。雖然，承租人依約定之方法，或依物之性質而定之方法，為使用收益，致有變更或毀損者，則不負其責。例如出租房屋之地板，經久用而致油漆剝蝕者，承租人無庸予以賠償（民法第四三二條二項）。唯承租人之賠償責任，有時為適應實際上之生活起見，應擴張其範圍。即因承租人之同居人，或因承租人允許為租賃物之使用收益之第三人，應負責之理由，致租賃物毀損滅失者，承租人須負損害賠償責任。例如在承租人之家屬，或僕役，毀損所租住之房舍；或承租人所僱用之扛夫，損壞房舍之樓梯之情形是（註）（民法第四三三條）。

（註）參照德國民事判例集第一〇六卷第一三三頁

（第三）承租人使用收益之範圍及轉租

#### 段 第四七一

承租人應依約定方法，為租賃物之使用收益，無約定方法者，應以依租賃物之性質而定之方法為之。例如所承租係臥室者，不得作為廚房之用是（民法第四三八條一項）。

承租人非經出租人之承諾，原則上，不得將租賃物轉租於他人，並不得以其他方法，使第三人

爲租賃物之使用收益，蓋租賃原係特定人與特定人間之契約也。唯依吾國習慣，房屋向得爲轉租，故租賃物爲房屋者，除當事人有反對之約定外，承租人得將其一部分轉租於他人。即俗所謂作「二房東」也（民法第四四三條一項）。但宜注意，在承租人依法爲轉租時，其與出租人間之租賃關係，仍爲繼續，因次承租人應負責之事由所生之損害，承租人須負賠償責任（民法第四四四條）。至爲轉租之承租人，與次承租人間之法律關係，則與出租人與承租人同。

#### 第四七二 段 （第四）返還租賃物之義務

承租人於租賃關係消滅後，應返還租賃物；租賃物有生產力者，並應保持其生產狀態，返還於出租人（民法第四五五條）。在租賃物爲轉租時，於租賃關係終止後，出租人係租賃物之所有人者，依其所有權之作用，固得直接向次承租人，請求返還，但若出租人非租賃物之所有人，則就法理上言，自不能向次承租人，逕即行使物上請求權。德國民法，爲圖實際上之便利起見，凡在承租人以租賃物之占有，移轉於第三人者，不問出租人是否物之所有人，均得直接向該第三人，請求返還。此項立法例，頗足供參考（註）。

（註）參照德民第五五六條三項。

#### 第四節 租賃關係之消滅

## 第四七三 (第一)概說

租賃定有期限者，其租賃關係，於期限屆滿時消滅（民法第四五〇條一項），但在例外之情形，亦有於期前，因終止之行爲而消滅者（詳見下述）。例如約定租期爲一年者，則因一年之期間屆滿後，租賃關係，即歸消滅。但若承租人於期限內，延欠月租者，則出租人亦得於滿期前，終止契約。終止（德Kündigung），係有相對人之一方的意思表示，使租賃關係，於特定之期日，即所謂終止期日（德Kündigungstermin），歸於消滅也。在定有期限之租賃契約，如約定當事人之一方，於期限屆滿前，得終止契約者，其終止契約之意思表示，應依法定終止期間（即民法第四五〇條第三項所規定者），先期通知（民法第四五三條）。又租賃契約，雖定有期限，而承租人死亡者，爲保護繼承人之利益起見，亦許其得依法定終止期間，預先通知，而爲契約之終止（民法第四五二條）。在上述之二種情形，如終止後始到期之租金，出租人已預先受領者，應爲返還（民法第四五四條）。

租賃未定期限者，各當事人得隨時終止契約，但有利於承租人之習慣者，從其習慣（民法第四五〇條二項）。在未定期限之租賃契約之終止，其終止之意思表示，應預先通知，此項預先通知之期間，謂之終止期間（德Kündigungfrist）。



第四七四 (第二) 通常之終止

在未定期限之租賃契約，其通常之終止期日與期間，應依下述二種情形定之：(一)當事人有特約者，依其約定。例如在租賃房屋之契約中，約定每年雙方均得於三個月(終止期間)前通知，而於次年之元旦日(終止期日)，終止契約。(二)當事人無特約者，依法律規定。至法定之終止期間，則以租金之支付期為標準：(1)在不動產之租賃，其租金以星期，半個月，或一個月，定其支付之期限者，當事人(註一)應以歷定星期，半個月，或一個月之末日，為契約終止期日，並應至少於一星期，半個月，或一個月(終止期間)前通知之(民法第四五〇條三項)。(2)在動產之租賃，就我現行法言，得不問其租金支付之期限若何，契約之終止，祇須依習慣預先通知即可。但若無習慣時，為保護當事人之利益計，應認為必須先一日為通知(註二)。

(註一)民法第四五〇條第三項但書內「出租人」三字，就同條第二項之規定以觀，應認為係「當事人」之誤。蓋在不動產之租賃，未定有期限者，關於契約之通常終止，除有利於承租人之習慣外，承租人亦應遵照法定終止期日與終止期間，方足以昭公允。

(註二)關於動產之租賃，德國民法，亦以租金支付之期限為標準，定其終止期間。在租金按日計算者，應先一日為通知，非按日計算者，先三日為通知(參照民德第五六五條二三兩

項)。

## 第四七五 (第三) 臨時之終止

在一切租賃關係，於某種情形之下，當事人之欲終止契約，無庸遵守終止期間，而其終止之意思表示，即得發生效力者，是之謂臨時之終止(德 *Anserordentliche Kündigung*)。

## (甲) 承租人之臨時終止權

在租賃物具有物的瑕疵或權利瑕疵，致承租人對於標的物之使用收益，蒙受損害，或不能於適當時期中，為使用收益，或瑕疵物因事變而罹於滅失者，就民法第四二二條之立法精神言，應許承租人臨時終止契約(註一)。又租賃物雖僅一部滅失，而承租人就其餘存部分，不能達租賃之目的者，亦同(民法第四三五條二項)。但為公平起見，承租人行使此項臨時終止權時，應具備下述二種要件：(一) 使用收益之受障礙，其情形必甚嚴重者。但若租賃物之使用收益，於承租人有特別利害關係者，則其障礙雖未達於嚴重程度，亦應許其臨時終止契約。(二) 出租人不於催告修繕之期限內，為租賃物之修繕(民法第四三〇條)者。但在修繕係不可能，或租賃物雖得為修繕，但一經修繕，即於承租人無所利益者，亦可無庸為修繕之催告、逕即為臨時之終止。具備上列二要件時，縱使於出租人毫無可以歸責之事由，但承租人一經行使終止權，租賃契約，即歸消滅。故與契約解除之情形

有別也(註二)。至若租賃物使用收益之障礙，因可歸責於出租人之事由所致者，則承租人除行使臨時終止權外，並得依一般之規定，請求損害賠償，自不待言。再者，在承租人因第三人就租賃物主張權利，致不能按約定之使用收益者，承租人亦得行使臨時終止權(民法第四三六條)。

(註一)參照德民第五四二條

(註二)參照民法第二五四條及第二五六條。

#### 第四七六段

雖然，租賃物之物的瑕疵或權利瑕疵之存在，足以阻礙其使用收益，而為承租人於訂約時所明知，或其障礙，係因可歸責於承租人之事由所致者，承租人均不得行使臨時終止權。

所宜注意者，租賃物為房屋或其他供居住之處所，如其瑕疵(例如潮濕、過分潮濕)，危及承租人或其同居人之安全或健康者，就社會政策之見地，應許承租人保有廣大之終止權，質言之，即承租人雖於訂約時，明知其瑕疵，或已拋棄其終止契約之權利，仍得終止契約(民法第四二四條)。

#### 第四七七段

(乙)出租人之臨時終止權

承租人(一)違反約定方法，或不依租賃物之性質而約定之方法，為租賃物之使用收益；(二)經出租人阻止而仍繼續為之者，出租人得隨時終止契約(民法第四二八條二項)。其因此致出租人受有損害者，並得請求賠償。

承租人遲延支付租金，經出租人定期催告，仍不於催告期限內爲支付者，出租人得行使隨時終止權。但租賃物爲房屋，而遲付租金之總額，非達兩期之租額者，不得終止契約（民法第四四〇條）。

在出租人爲終止之意思表示時，承租人卽爲債之抵銷者，則終止輒不生效力。

承租人未經出租人承諾，將租賃物轉租於他人者，出租人亦得行使隨時終止權（民法第四四三條二項）。

#### 第四七八段（第四）租賃契約之默示繼續

租賃期限屆滿後，承租人仍爲租賃物之使用收益，而出租人不卽表示反對之意願者，視爲以不定期限，繼續契約。是之謂租賃契約之默示繼續（*relucatio tacita*）（民法第四五一條）。租賃經默示繼續者，當事人仍須依法定終止期間，爲契約之終止。

#### 第四七九段（第五）土地法關於租賃終止之特殊規定

在房屋救濟之時期內（參照土地法第一七〇條），出租人非有法定之原因，不得對於房屋租賃契約，爲通常之終止（土地法第一六六條）。在房屋標準租金施行期間，定期租賃契約，因期限屆滿而消滅者，承租人得依原契約條件，繼續租賃。是亦契約強制（*Contractierungszwang*）原則之適用也（參照本書第一三八段）。

在耕作地之租賃，雖未定期限，而當事人非有法定之原因，仍不得爲通常之終止（土地法第一八〇條）。出租人因收回自耕，而終止租賃契約者，其終止期間爲一年（土地法第一八三條）。

#### 第五節 不動產出租人之留置權

不動產之出租人，就租賃契約所生之債權，對於承租人之物，置於該不動產者，享有留置權（民法第四四五條一項）。

#### （第一）留置權之發生

#### 第四八〇

不動產出租人之留置權，係依法律之規定而發生，此則與一般之留置權同（註），唯此項留置權，其標的物，則包括一切承租人所置於租賃不動產之物（*things on lease*），即金錢及有價證券，亦應在內也。但下列三種之物，應予除外：（一）不屬於租承人之物。例如承租人父母妻子之所有物，或第三人之物是。（二）禁止扣押之物。例如承租人職業上之利用物是（民法第四四五條一項但書）。（三）承租人耕作上必需之農具，牲畜，肥料，及其農產物（土地法第一八五條）。

（註）參照民法第九二八條以下

不動產出租人留置權所担保之債權，以下列二者爲限：（一）已得請求之損害賠償，（二）本期與以前未交之租金（民法第四四五條二項）。

第四八一 (第二)留置權之消滅

出租人之留置權，因留置物離開不動產而消滅，但有例外：(一)留置物之取去，係乘出租人之不知者。例如房屋之承租人，于深夜中，將攜置之物，搬運出屋。(二)在留置物之取去，出租人曾提出異議者。但(1)承租人如因執行業務，而取去其物，或其取去，適于通常之生活關係者。例如承租人係執行律師業務，而取去其律師制服；通常之住戶，取去其臥具床舖是。(2)所留之物，足以担保租金之支付者，出租人均不得提出異議(民法第四四六條)。

(第三)留置權之行使

依上所述，出租人對於留置物之取去，有提出異議之權者，得不聲請法院，逕行阻止承租人，取去其留置物；如承租人離去承租之不動產者，並得占有其物，是之謂出租人之之自助權(德Sahn-tahlrecht des Vermieters)(民法第四四七條一項)。至若承租人乘出租人之之不知或不願出租人提出異議，而取去其物者，出租人並得對租賃契約，為臨時之終止(民法第四四七條二項)。

承租人得提出担保，以免出租人行使留置權，並得提出與各個留置物價值相當之担保，以消滅對於各該物之留置權，此乃民法第九三二條之例外規定也(民法第四四八條)。

除上述情形外，出租人之行使留置權，準用民法第九三四條至第九三六條之規定。

第四八二

段 第四八三

按我國舊有習慣(註一)，在租賃物所有權為讓與時，受讓人對於出讓人在出讓前所訂立之租賃契約，不受拘束，得依據其所有權之作用，請求承租人，交出其租賃物之占有，而承租人，僅得向出租人(即租賃物之讓與人)，請求損害賠償，此則與羅馬法及德國之普通法同，所謂「買賣擊破租賃」(德Kauf bricht Miete)之原則也。而現行民法則異是。現行法為保護承租人之利益，採德國民法之成規，認租賃物所有權之轉讓，不影響於租賃契約，即所謂「買賣不能擊破租賃」(德Kauf bricht nicht miete)也(註二)。

(註一)參照前北京大理院六年上字第九九四號判決例。

(註二)參照德民第五七二條。

段 第四八四

(第一)租賃物之讓與或設定負擔

不問租賃物為不動產或動產(註)，于訂立租賃契約之後，縱使其所有權讓與于第三人，該受讓之第三人，對於租賃關係，與出租人處于同一之法律地位，換言之，租賃契約，對於受讓人仍繼續存在，但須以租賃物已經交付者為限(民法第四二五條)。倘僅有租賃契約之訂立，而承租人尚未取得租賃物之占有者，則受讓人不受其拘束。此際承租人只能請求出租人為契約之履行，或請求不履

行之損害賠償，要不得向受讓人請求租賃物之交付。

(註)德國民法，雖認許「買賣不能擊破租賃」之原則，但僅以租賃物為不動產者為限。

#### 第四八五段

出租人就租賃物設定物權，致妨礙承租人之使用收益者，亦準用「買賣不能擊破租賃」之原則，即租賃物于交付後，出租人設定具有「占有權能」之物權者，則租賃契約，對於物權人，仍繼續存在(民法第四二六條)(註)。所謂具有「占有權能」之物權，即物權之取得，以占有標的物為必要，唯有此種物權，始能妨礙承租人之使用收益，故在就租賃物設定抵押權時，其租賃契約之關係，不及于抵押權人，蓋抵押權之設定，不以移轉抵押物之占有為要件也。

(註)茲有一問題焉。倘租賃物為土地，而出租人于交付租賃物以後，復就該土地為第三人設定永佃權，此時依民法第四二六條之解釋，永佃權人，固繼承出租人之地位，但民法第八四五條，又明定永佃權人不得將土地出租于他人，是永佃權人既無出租能力，自無從繼承出租人之地位。前後規定，似略有矛盾。

#### 第四八六段

(第二)租賃契約對於受讓人之效力

租賃物之受讓人或就租賃物上享有物權之人，於其取得所有權或物權之時始，即應負擔出租人之義務，此際讓與人或設定物權之人，即不復為租賃契約之當事人也(註)。



(註)按我國習慣，承租人嘗有爲押租之交付者，此項押租之法律關係，是否亦由受讓人或物權人，繼承出租人之地位，實一問題也。如上所述（參照本書第四六四段），押租之法律關係，係保證信託行爲，並不構成租賃契約之一部，自不因租賃物之讓與或設定物權，而對於受讓人或物權人，繼續有效（參照司法院院字第一九一九號解釋例）。然此係就法理上爲解釋而得之結論，如果欲貫徹保護承租人之旨趣起見，立法者應以明文規定，承租人所交付之押租，對於租賃物，享有法定抵押權或留置權，方足以對抗第三人。

租賃物之受讓人，或就租賃物上享有物權之人，於其取得所有權或物權之時始，凡屬於出租人之權利，皆可得而享有之。例如關於租金支付之請求權，對於租賃關係之終止權，及法定留置權是。

#### 第七節 耕作地之租賃

#### 第四八七 (第一)耕作地租賃之意義

耕作地之租賃，亦係租賃契約之一種，唯其租賃物，則以耕作地爲限，詳言之，耕作地之租賃云者，即當事人約定一方以耕作地租與他方爲使用收益，而他方支付地租之契約也（民法第四二一條土地法第一七一條）。除民法及土地法有特別之規定外，均適用民法關於租賃契約之一般規定。

承租人對於耕作地之用益範圍，固以耕作爲限，唯茲之所謂耕作，係兼指牧畜而言，故僅僅可

供牧畜用之土地，亦得為耕作地租賃之標物（土地法第一七二條二項）。

耕作地之承租人，因不可抗力，致其收益減少，或全無者，得請求減少或免除地租，且此項地租減免請求權，不得預先拋棄，此為民法第四五七條所明定，其立法之旨趣，與民法第八四四條同，皆所以保護自耕農也。又承租人不能按期支付應交地租之全部，而先以一部支付時，出租人不得拒絕收受。但承租人不得因其收受，而推定為減租之承諾（土地法第一七九條）。

#### 第四八八段

（第二）耕作地租賃之消滅繼續及再租。

耕作地之租賃，定有期限者，于期限屆滿時，因出租人收回自耕而消滅（土地法第一七二條中段民法第四五八條）

租賃雖定有期限，于期限屆滿時，出租人並不收回自耕，而承租人又繼續耕作，視為不定期限，繼續契約（土地法第一七二條）。于此情形，出租人即使表示反對之意思，而契約之履行繼續，仍不受其影響，故與民法第四五一條之規定有別也。

耕作地之租賃，未定期限者，出租人僅得于有下列情形之一時，始得終止契約：（一）出租人收回自耕，（二）承租人違反保管租賃物之義務（參照民法第四三二條），（三）耕作地之附屬物，因可歸責于承租人之事由而滅失（參照民法第四六二條二項）——合於上述三種情形之一時，出租人僅得為

通流之權止，其終止期間為一年，其終止期日，為收益季節後次期作業開始前之時日（土地法第一八三條民法第四六〇條）——（四）承租人死亡而無繼承人時，（五）承租人拋棄其耕作權利時（註），（六）耕作地依法變更其使用時（例如因政府徵用為飛機場），（七）承租人為耕作地之轉租（民法第四四三條一項），（八）地租積欠達二年之總額時（參照民法第四四〇條）——在於上述五種情形之一者，出租人得為隨時之終止，但其終止期日，仍為收益季節後次期作業開始前之時日（民法第四五九條及第四六〇條）。在租賃關係終止時，未及收穫之孳息，所支出之耕作費用，承租人得請求出租人償還之，但其請求額不得超過孳息之價額（民法第四六一條）。

（註）參照土地法第一八一及第一八二條。

#### 第四八九段

收回自耕之耕作地，再出租時，原承租人有優先承租之權；自收回自耕之日起，未滿一年，而再出租時，原承租人並得以原租用之條件承租，此為土地法第一八四條所明定，立法之旨趣，端在防止出租人以收回自耕為詞，而於有利於己之條件，復將耕作地出租於第三人也。

#### 第四九〇段

（第三）耕作地租賃之附有附屬物者

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。清單所載之附屬物，如因可歸責於承租人之事由而滅失者，由承租

人負補充之責，如因不可歸實於承租人之事由而滅失者，由出租人負補充之責（民法第四百二條）。

承租人依清單所受領之附屬物，應於租賃關係終止時，返還於出租人，如不能返還者，應賠償其依清單所定之價值。唯因使用所生之折耗，應扣除之（民法第四百三條）。

## 第六章 借貸

### 第一節 使用借貸

（第一）使用借貸之意義

使用借貸（拉Commodatarius，德Leihe，法pret A usage，英loan for use）：使用借貸者，當事人一方即貸與人（德Vollerher），以物無償貸與他方即借用人（德Entleiher）使用，他方約定於使用後，返還其物之契約也（民法第四百四條）。

使用借貸，係異物契約（德Realkontrakt）之一種，因借用物之交付，始生效力（民法第四百六五條）。當事人雖僅僅爲物之借用之約定者，則係使用借貸之豫約（拉Præsum de commodante）。

不能發生請求權也。再者，以物交付他人，暫時使用，而並無因此交付事實而受拘束之意思者，就法律上之見地言，此種情形，亦不能構成使用借貸之契約。例如在火車中以旅行指南一冊，交與

鄰坐之旅客一閱，或在跑馬場上，暫以望遠鏡供人眺望是（註）。

（註）在此種情形，羅馬法上，稱之為 *Prædictio*，對於物之占有，毫不受保護，據其所有人，得隨時取回其物也。

使用借貸之標的物，以動產或不動產為限，故權利不能充使用借貸之標的物也。又使用借貸之標的物，必係無償的供給他人使用，否則，乃係租賃而非使用借貸。標的物雖為無償的交付于他方，但他方若得因此而為耗費，或可因此而為收益者，則成為消費借貸，或借貸與契約，皆非使用借貸也。

#### 第四九二段

（第二）因使用借貸而生之義務

因使用借貸而生之義務，當事人間並不處於同等之地位，大抵借用人負最主要義務，而貸與人僅有附隨義務也。故使用借貸，係不完全的雙務契約也（參照本書第一〇一段）。

（甲）貸與人之義務

貸與人應以物供借用人為使用（民法第四六四條），唯在契約期間內，並不負保持其合於約定使用之狀態之義務。再者，貸與人既不收取報酬，故就法理上言，僅負故意或重大過失之責任。對於借用物之瑕疵，或權利瑕疵，因故意或重大過失不告知借用人，致借用人受損害之情形為限，始負

賠償責任(民法第四六六條)(註)。唯此項賠償請求權，自借貸關係終止時起，其時效為六個月(民法第四七三條)。

(註)民法第四六六條，雖僅云「借用物之瑕疵」，故「瑕疵」一者，但依吾人之見解，應為「權利瑕疵」，及「重大過失」二事，亦應包括在內，借用物之權利瑕疵，亦足以致借用人蒙受損害，而取大過失，其情形亦不亞於故意也。

借用物之通常保管費用，固應由借用人負擔，但若為非通常保管費用之支出者，則貸與人亦須依照無因管理之原則，對於借用人負擔還之責。

### 第四九三

#### (乙)借用人之義務

借用人應依約定方法，使用借用物；無約定方法者，應以依借用物之性質而定之方法使用之。再者，借用人非經貸用人之同意，不得允許第三人使用借用物(民法第四六七條)。

在使用借貸期間內，借用人應以善良管理人之注意，保管借用物。借用人違反此項義務，致借用物毀損滅失者，應負損害賠償責任。唯此項賠償請求權，自受借用物返還時起，其時效為六個月(民法第四七三條)。但依約定之方法，或依物之性質而定之方法，使用借用物，致有變異或毀損者，不負責任(民法第四六八條)。

第四九四段

借用物之通常保管費用，由借用人負擔；借用物為動物者，其飼養費亦同（民法第四六九條一項）。

借用人應于契約所定期限屆滿時，返還借用物。未定期限者，應依借貸之目的，俟用者畢時返還之。但經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人亦得為返還之請求。至若借貸未定期限，亦不能依借貸之目的而定其期限者，貸與人得隨時請求返還借用物（民法第四七〇條）。

借用人于使用範圍內，就借用物增加工作物者，于借貸契約清滅時，得取回之。但應回復借用物之原狀（民法第四六九條二項）。此項取回權，自借貸關係終止時起，其時效為二年（民法第四七三條）。

（第二）上述之借用人義務，在數人共借一物者，各借用人對於貸與人，均須連帶負責（民法第四七一條）。

（第三）使用借貸之消滅

就通常之情形，使用借貸之契約，有下列原因之一而消滅：（一）約定者借債關係，已經屆滿；（二）依借貸之目的，使用已經完畢；（三）既未約定期限，又不能依借貸之目的而定其期限，而貸與人為借用物返還之請求（民法第四〇七條）。

第四九五段

但有下列原因之一者，貸與人得隨時終止契約，借貸契約，即因終止而消滅：(一)貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者。(二)借用人違反約定，或違反依物之性質而定之方法，使用借用物，或未經貸與人同意，允許第三人使用者。(三)因借用人怠于注意，致借用物毀損或有毀損之虞者。(四)借用人死亡者(民法第四七二條)。

第二節 消費借貸

(第一)消費借貸契約之意義

消費借貸(拉Mutum 德 Darlehn 法 Pret de Consommation 英 Loan for Consumption)：消費借貸，係一方担負之契約，借用人(德 Darlehensnehmer)，應以與其所受領之金錢或其他代替物，種類、品質、數量相同之物，返還于貸與人(Darlehensgeber)(民法第四七四條)。

消費借貸之標的物，通常多係金錢，但亦得以其他代替物充之。例如某農夫以穀種一斛，交與其隣人，約定於收穫節後，應以同量之物返還之。

消費借貸，係要物契約，因金錢及其他代替物之交付而生效力(民法第四七五條)，故與消費借貸之豫約(德 Darlehensversprechen)，殊有區別。消費借貸豫約之性質若何，當依據法理，另行伸



(第二)消費借貸契約之成立

消費借貸契約，通常均因金錢或其他代替物之現實交付而成立。金錢或其他代替物，經交付以後，其所有權即歸屬於借用人。借用人之取得所有權，乃消費借貸生效之要件，固已，但借用人能否輒成爲其物之所有人，則尚須依物權法之規定。例如所借貸之代替物係盜賊者，借用人即係善意，亦不能取得其所有權，但若爲金錢或無記名證券者，則不在此例(註)。

(註)參照民法第九四九條至第九五一條

當事人間亦得不爲現實之交付，而約定以他種方法，使金錢及其他代替物之移轉，足以構成借用人財物之一部者，亦不失爲消費借貸契約之成立。例如貸與人以所貸與之金錢，記入於借用人之銀行交互計算項目中，或以所貸與之金錢，給付借用人之債權人，爲之清償債務是。

第四九八

就已經存在之債務，亦可使之轉換爲消費借貸，是之謂合意的消費借貸契約(Verkehrskredit)。例如在房屋買賣，當事人相約，買受人對於尚未給付之一部分價金，改爲消費借貸是。唯

合意的消費借貸契約，尚有兩種不同的情形可指：(一)就原則上言，合意的消費借貸契約，一經成立，舊有之債務，應歸消滅。其附屬於舊債務之保證或物上担保，均隨之消滅，而債務人亦不得主張關於舊債上之一切抗辯也。但須注意，如債務人之抗辯，係主張舊債并不存在者，則此項抗

辦，應加允許。蓋所轉換之消費借貸契約，自應以舊債之確保存在，始生效力也。(三)在例外時，亦得依當事人之意思，認舊債尚屬存在，唯就法律上言，則轉換為消費借貸契約耳。于此情形，關於舊債之一切保證或物上担保，均依然存在，而債務人對於舊債所得主張之抗辯，亦得盡量為之。

第四九九

以貨物折算金銀 (德 *Sachen nach einer Schätzung*)，而約定以折算金額 (德 *Schatzungssumme*) 為借貸者，亦足以成立合意的消費借貸契約。于此情形，即係以估定之價金 (即折算金額)，為貨物之買賣，而以價金債務，轉換為消費借貸。唯所稱折算，應按照貨物交付時之市價為準。縱使當事人間有反對之約定，其約定仍不生效力，用保交易之公平 (民法第四八一條)。

第五〇〇

(第三) 借用人之義務

消費借貸，以無償為原則，但亦得約定有利息，或其他報償。利息或其他報償，應於約定期限支付之，未定期限者，應於借貸關係終止時支付之，但其借貸期限逾一年者，應於每年終支付之 (民法第四七七條)。

關於借用人所負之返還義務，則應視其所返還者為代替物或金錢而有異。(一) 負擔返還代替物之義務，而借貸契約又定有期限者，借用人應於約定期限內，返還與借用物種類，品質，數量相同之物。未定有期限者，借用人得隨時返還 (註一)。而貸與人亦得定一個月以上之相當期限，僅

物返還(民法第四七八條)(註二)。如借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還者，應以其物在返還時返還地所應有之價值償還之，返還時返還地未約定者，應以其物在訂約時或訂約地之價值償還之(民法第四七九條)。

〔註一〕民法第四七八條所謂「借用人得隨時返還」，即指借用人行使臨時終止權而言。唯此項臨時終止權，僅于無利息或其他報償之未定期限之消費借貸契約，方得行使之。若當事人間會有利息或其他報償支付之約定，且契約定有期限者，此種期限之約定，應認為於雙方當事人均有利益，除合於民法第二〇四條之情形外，借用人不得行使臨時終止權(參照

### 民法第三一六條

〔註一〕民法第四七八條所謂「催告返還」，亦即終止契約之意，唯貸與人行使終止權時，應注意一個月以上之終止期間耳。

## 第五〇一

(一) 負擔返還金錢之義務者，除當事人有特約外，應依下列之規定為償還：(1) 以通用貨幣為借貸者，如于返還時，已失其通用效力，應以返還時有通用效力之貨幣償還之。(2) 金錢借貸，約定折合通用貨幣計算者，不問借用人所受領貨幣價格之增減，均應以返還時有通用效力之貨幣償還之。(3) 金錢借貸，約定以特種貨幣為計算者，應以該特種貨幣，或按返還時返還地之市價，

以通用貨幣償還（民法第四八〇條）。

第五〇二

（第四）貸與人之瑕疵担保責任

消費借貸，約定有利息或其他報償者，如借用物有瑕疵時，貸與人應另易以無瑕疵之物（註），借用人如因此受有損害者，並得請求損害賠償。消費借貸為無報償者，如借用物有瑕疵時，借用人得照有瑕疵原物之價值，返還貸與人。且若貸與人故意不知告其瑕疵者，借用人並得請求損害賠償（民法第四七六條）。

（註）按此係指當事人間有消費借貸之豫約而言，否則，貸與人並無此義務也。

第五〇三

（第五）消費借貸之豫約

消費借貸之豫約（德 Darlehensversprechen），乃交易上習見之事，例如銀錢業者對於商人為放款之豫約是。唯現行民法尚無關於消費借貸豫約之規定，茲特就法理上予以說明如下。

消費借貸之預約，有時為片務契約（拉 Pactum de mutuo fando 德 Einseitiger Vertrag），僅預約人（Versprechende）負擔標的物交付之義務，而有時又為雙務契約（拉 Pactum, te, mutuo dando, recipiendo 德 Gegenseitiger Vertrag），預約人固有交付標的物之義務，而預約相對人（Versprechenebenplanger），亦負有受領標的物之義務。在消費借貸之預約，其未來之借用人之關係，至

關重要，依照民法第二九四條第一款之規定，關於標的物交付之請求權，應認為係不得讓與，而因此亦不得予以扣押。

在預約訂立後，如預約相對人之財產，顯形減少，有難為返還之虞者，為顧全預約人之利益起見，應許其撤回預約（註）。但在預約時，預約相對人之財產狀況已形拮据者，則僅於預約人認識有錯誤時，始得為預約之撤銷（參照民法第八八條二項）。

（註）民法第二六五條類推適用，並參照德民第六一〇條。

## 第五〇四段

現時我國大都市之商業銀行，嘗有為建築之放款，即約定以金錢貸與相對人，專供建築之用之謂也。此種特種之消費借貸預約，德國學者，稱之為 *Realofferte*。就此項預約之目的言，所借貸之金錢，祇能用之於建築，而不得移作他用。但在建築之範圍以內，借貸之預約，亦具有讓與性，蓋建築之承攬人，應認為可受讓預約相對人之貸款支付請求權也。在預約人對建築物承攬人為付款時，則建築物定作人，即負擔消費借貸借用人之義務。

## 第七章 僱傭

### 第一節 概說

#### 民法要義

第五〇五

僱傭 (德 *Dienstvertrag* 法 *Contrat de travail* 英 *Contract for service*。曰：僱傭)，係義務契約，

當事人之一方，即受僱人 (德 *Dienstverpflichteter*)，於一定或不定之期限內，為他方即僱用人 (德 *Dienstherr*) 服勞務，而他方負擔給付報酬之謂也 (民法第四八二條)。

僱傭與承攬有別：承攬重在工作之完成，而僱傭則重在勞務之給付。例如承擔房屋建築之工程者，為承攬契約，擔任房屋管理之事務者，為僱傭契約。僱傭與委任，亦有不同：委任契約，以無償為原則，而僱傭契約，則以有償為要件。

無論何種勞務，均得為僱傭契約之標的 (註)，例如醫師之診病，教師之課讀，律師之辦理訴訟事件，此種精神上之勞務 (拉 *Opere Liberales*) 亦得充僱傭之標的。而身體上之勞務 (如 *Opere illiberales*)，更無論已。按羅馬法及德國普通法則不然。蓋精神上之勞務給付，應適用關於委任契約之規定，受任人得請求致送謝金 (*Honorar*)。此則與我國舊有之習慣同，而與現行民法異。

(註) 參照德民第六一一條一項，及我第一卷民法草案債編第二章第九節理由書。

第五〇六

關於僱傭契約之報酬，通常均係金錢，但當事人間亦得約定以金錢以外之利益充報酬者。例如以供給房屋之居住，作為司關者之報酬，以農產物作為耕地受僱人之報酬是。再者，報酬亦得為默示的約定。即所謂如依情形，非受報酬，即不服勞務者，視為允與報酬。例如病者就醫，或訴訟當

事人委託律師辦理案件之情形是（民法第483條一項）。至報酬之多寡，應依當事人之約定，未約定者，依價目表之所定，無價目表者，按照習慣給付（民法第483條二項）。

## 第二節 因僱傭契約而生之義務

### 第五〇七段 第一）受僱人之義務

受僱人之主要義務，端在於為勞務之給付。勞務之給付，具有屬人性（*Hochstpersönlicher Charakter*）。受僱人非經僱用人之同意，不得使第三人代服勞務，僱用人非經受僱人之同意，亦不得將其勞務請求權，讓與第三人（民法第484條一項）。

依照情形，受僱人亦有時尚須負擔附隨之義務。例如受僱用人監督指揮之義務，及不為有害於僱用人利益之行為，即所謂誠信義務（*Treupflicht*）是。

### 第五〇八段 第二）僱用人之義務

依現行民法之規定，僱用人僅負擔給付報酬之義務（註），在當事人間無特約，且又無特殊之習慣時，受僱人應先服勞務，而僱用人則後報酬之給付。即（一）報酬分期計算者，應於每期屆滿時給付之。（二）報酬非分期計算者，應於勞務完畢時給付之（民法第486條）。

（註）按第一次民律草案，採德國立法例，認僱用人除負擔報酬給付之義務外，尚應負保護受

僱人生命健康之義務(德Einsatzgepflicht)。其第七二〇條載：對於受僱人生命健康有危險情形者，僱主於勞務性質之範圍內，須爲預防危險必需之設備(下略)。又其第七一九條載：繼續僱傭關係，受僱人與僱主同居，而受僱人罹病者，僱主應供給二個月間，或僱傭關係終止前所必需之養膳費及醫藥費(下略)(參德民第六一六條及第六一八瑞債第三三九條第三四四條二項)。又查唐律雜律上「諸丁匠」條有云：諸丁匠在役，及防人在防，若官戶奴婢疾病，主司不爲請給醫藥救療者，笞四十，以故致死者，徒一年。關於此項保護受僱人之法制，無論在我國固有法律或德國法例，均有相當之規定，而在民生主義立法政策下之現行民法，獨付闕如，不能無憾。

### 第五〇九段

在先服勞務後給報酬之原則下，尙有一例外，即僱用人受領勞務遲延者，受僱人無須補服勞務，而得請求報酬。例如學習鋼琴之學生，雖不按時前來上課，而教師仍得請求給付束修。但須注意，受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之(民法第四八七條)。

唯於茲有一問題焉，在某種營業，受僱人固負有給付勞務之義務，但因不可預料之事故，致營業不能不停頓者，此時受僱人，是否亦得請求報酬(駐)，學者之見解，尙不一致。(一)有謂在此情



形，應認僱用人係受領勞務有遲延，受僱人自得依第四八七條之規定，請求報酬，唯依此情形，如受僱人無提出勞務之可能者，則僱用人不負遲延責任耳。(二)有謂此際應認爲係因不可歸責於雙方當事人之事由，致給付陷於不能，受僱人自不能請求報酬。

(註)例如因電力廠工人罷工，致電車公司之員工，無法給付勞務是。

### 第三節 僱傭關係之消滅

僱傭定有期限者，其僱傭關係，於期限屆滿時消滅。雖未定有期限，但得依勞務之性質或目的，以定其時期者，則因勞務之完畢或目的之達到，僱傭關係，即歸消滅(民法第四八八條)。

受僱人明示或默示，保證其有特種技能時，如無此種技能時，僱用人得終止契約。蓋僱傭契約，具有嚴格的屬人性也(民法第四八五條)。

僱傭關係，既未定有期限，又不能依勞務之性質或目的而定其期限者，雙方當事人，各得隨時終止契約，但有利於受僱人之習慣者，從其習慣(民法第四八八條二項)。

當事人之一方，遇有重大事由(例如背信，患有惡病或不治之疾)，其僱傭契約，縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之。重大事由，固多由於當事人之過失而生，但亦有不然者(例如因結婚或求學)，唯事由如因當事人一方之過失而生，致契約終止者，他方得向其請求損害賠償(民法第

四八九條)。

## 第八章 承攬

### 第一節 概說

第五一一段 承攬(德 Werkvertrag 法 Contrat D'entreprise 英 Contract For Work)：請負(請負)係雙務契約，當事人之一方即承攬人(德 Unternehmer)，約定為他方即定作人(德 Besteller)，完成一定之工作，而

他方俟工作完成，給付以報酬者(民法第四九〇條)。

承攬與僱傭有別，僱傭契約，重在勞務之給付，而承攬契約，則着眼於工作之完成，至於二者區別之實益，即危險之負擔，在前者由僱用人任之，在後者則由承攬人任之。承攬與委任亦有不同。委任，原則上係無償契約，而承攬則以給付報酬為要件。

承攬之標的，係當事人所約定之工作。例如建築房屋，修理汽車，定制衣服，承繪肖像之類皆是。

關於承攬之報酬，通常均係金錢，但當事人間，亦得約定以金錢以外之利益充報酬者。報酬之約定，得以默示之方法為之。即所謂如依情形，非受報酬，即不為完成其工作者，視為允與報酬。

例如以衣服交由縫匠繡補之情形是（民法第四九一條一項）。致報酬之多寡，應依當事人之約定。未約定者，依價目表之所定，無價目表者，按習慣給付（民法第四九一條二項）。

### 第一節 因承攬契約而生之義務

#### 第一項 承攬人之義務

## 第五二二（第一）關於工作之完成

承攬人主要之義務，即在於完成所約定之工作。例如依照契約，承攬人應為房屋之建築，或為汽車之修理是。就原則上言，承攬人無庸親自完成工作，但在承攬契約之訂立，着重於承攬人之特種技能者，則應由承攬人自行完成其約定之工作。例如承攬契約，有關於學術上或文藝上之給付是。至若承攬人之履行債務，由其幫手（即代理人或使用者）為之者，應依民法第二二四條負其責任，自不待言。

工作之完成，定有期限者，承攬人應依約定期限，完成工作；工作未定期限者，承攬人應於相當時期內，完成之。如因可歸責於承攬人之事由，致工作之完成。有遲延時，原則上，定作人僅得依民法第五〇二條第二項之規定，請求減少報酬，而不得援用債篇通則，行使契約解除權，然若以工作於特定期限完成或交付，為契約之要素者，則定作人得逕行解除契約（民法第五〇二條第二項

因可歸責於承攬人之事由，工作之開始或進行，輒有遲延，顯可預見其不能於期限內完成者，定作人亦得於工作交付之期日（德Lieferungstermin）以前，逕行解除契約。唯其遲延，必須爲工作完成後解除契約之原因，換言之，即工作應於特定期限完成或交付契約之要素，而有遲延時，方得爲期前之解除（民法第五〇三條）。

工作遲延後，定作人受領工作時，關於一切因遲延而得主張之權利，不爲保留者，則遲延之原因，即歸消滅，承攬人不復負遲延之責任（民法第五〇四條）。

### 第五一三 段

（第二）關於工作瑕疵之責任

不問有無可以歸責於承攬人之事由之存在，承攬人對於工作之完成，應使其不具有任何瑕疵。詳言之，承攬人完成工作，應使其（一）具備約定之品質，（二）及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵（民法第四九二條）。

承攬人之瑕疵担保責任，因定作人之免除而消滅。在定作人明知有瑕疵，而受領工作時，不爲保留者，則應認爲保默示的免除承攬人之担保責任。唯當事人間以特約免除承攬人之瑕疵担保義務者，如承攬人故意不告知其瑕疵，則其特約爲無效（民法第三四七條第三六六條）。

承攬之工作，有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人爲修補，但若修補所需費用過鉅者，承攬人得拒絕修補。例如所定製之機器，雖僅具輕微之瑕疵，然倘欲爲修理，則非拆動全部機件不可（民法第四九三條一項三項）。除承攬人得拒絕修理之情形外，如承攬人不於定作人所定相當期限內爲修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用（民法第四九三條二項三項）。

承租人怠於修補瑕疵，或拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約（Warranty）或請求減少報酬，。但瑕疵非重要，或所承攬之工作爲建築物或其他土地上之工作物者，定作人僅得請求減少報酬，而不得解除契約（民法第四九四條）。

第五一四  
凡上所述，均係指工作之瑕疵，非由於承租人之故意或過失之所致者，若因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除得請求修補，請求減少報酬或解除契約外，並得請求損害賠償（民法第四九五條）。但須注意。工作之承攬，因定作人所供給之材料之性質，或依定作人之指示而生者，除承攬人明知其材料之性質，或指示不適當，而不告知定作人之情形外，定作人不得行使上述之權利（民法第四九六條）。再者，工作瑕疵之發見，自工作交付後，經過一年，或依其性質，無須交付，自工作完成時，經過一年者，定作人亦不得主張上述之權利（民法第四九八條）。但對

於此項除斥期間，現行法設有二種例外：（一）工作物爲建築物，或其他土地上之工作物，或爲此等工作物之重大修繕者，其期間延爲五年（民法第四九九條）。（二）在承租人故意不告知其工作之瑕疵者，其期間延爲五年或十年（民法第五〇〇條）。且上列各種期限，均得以契約加長，但不得縮短（民法第五〇一條）。

定作人之瑕疵修補請求權，修補費用償還請求權，減少報酬請求權，或契約解除權，其時效期間，均爲一年，自瑕疵發見後起算（民法第五一四條）。

### 第五一五段

（第三）關於進行中之工作之改善

工作進行中，因承租人之過失，顯可預見工作有瑕疵，或有其他違反契約之情事者，定作人得定相當期限，請求承租人改善其工作，或依約履行。承租人於所定期限內，依照改善或履行者，定作人得使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用，均由承攬人負擔（民法第四九七條）。

### 第二項 定作人之義務

### 第五一六段

（第一）定作人之主要義務

對於依照契約而完成之工作，定作人應爲受取（德 Abnahme）。因可歸責於定作人之事由，而不受取工作物者，定作人須負債權人遲延之責。所謂受取，不特指工作之有形的受取而言，同時並

包括給付之受領在內。在受取工作之際，倘工作具有瑕疵者，定作人得依其情形，主張上述關於瑕疵之種種請求權，但明知有瑕疵，而於受取時不為保留者，則視為拋棄關於瑕疵之請求權。在受取之後，發見瑕疵者，其舉證責任，應由定作人負之。按工作之性質，無須交付者（註），定作人不負受取之義務（德Abnehmenpflicht）。

（註）關於此點，通常均係關於無形的勞務之工作，例如運送之承攬是。

定作人應依契約規定，給付報酬。就通常之情形言，報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之。惟承攬人雖有先行完成工作之必要，但工作之交付，應與報酬之給付，同時為之（民法第五〇五條一項）。唯工作係分部交付或分部完成，而報酬亦係就各部分定之者，應於每部分交付或完成時，給付該部分之報酬（民法第五〇五條二項）。

### 第五一七段

（第二）定作人之協助

工作之完成，有時固需要定作人之協助，例如材料之供給，工場之設置，但此項協助，並非債務人之義務，而係債權人之行為也。是故承攬人對於定作人之協助，不能為請求，而定作人不為協助時，則係受領遲延（參照民法第二三五條），非債務人之遲延也。

在定作人不為協助時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之，定作人不於催告期限內，為其

協助者，承攬人得解除契約（民法第五〇七條）。此項解除權，自原因發生後，其時效期間為一年（民法第五一四條二項）。契約經解除後，承攬人就已服勞務之部分，得請求相當之報酬（註），其因此受有損害者，並得請求損害賠償。例如定製西裝，定作人不依約試樣，此時承攬人如為契約之解除，則關於裁縫之勞務，得請求報酬外，其因材料上所受之損害，亦得請求賠償（民法第二六〇條）。

（註）關於此點，德民第六四五條一項，有明文規定。我現行法雖無明文，但就承攬之原則言，應亦如此之解釋。

### 第三由 危險之負擔及承攬人之抵押權

#### 第五一八 段 第一 危險之負擔

工作毀損滅失之危險，於定作人受取前，或工作完成前，由承攬人負擔。例如定做之衣服，雖已製成，而未經交付，即遭焚如者，縫匠不得請求報酬（民法第五〇八條一項上段第一〇條）。唯在上述三種情形，則為例外：（一）定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔（民法第五〇八條一項下段）。（二）定作人請求將工作標的物送交清償地以外之處所者，自承攬人交付其標的物於運送承攬人時，工作之危險，由定作人負擔（註）。（三）於定作人受取工作前，或工作完成前，因其所



供給材料之瑕疵，或其指示不適當，致工作毀損滅失，或不能完成者，承攬人如及時將材料之瑕疵，或指示不適當之情事，通知定作人，則得請求其已服勞務之報酬，及墊款之償還。定作人有過失者，並得請求損害賠償（民法第五〇九條第五一〇條）。

（註）參照民法第三四七條第三七三條至第三七六條。

定作人所供給之材料，因不可抗力而毀滅損失者，承攬人不負其責。例如定製之衣服，係由定作人依給材料，而於甫經剪裁之後，即遭敵機炸毀者，定作人不得請求關於所交付之材料之賠償（民法第五〇八條二項）。

#### 第五一九段

（第二）承攬人之抵押權

承攬人之工作，為建築物或其他土地之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，享有抵押權（民法第五一三條）。承攬人之有此項物權，係由法律之規定，而非由於當事人之意思所設定，故與通常之抵押權有別，但可準用民法物權篇抵押權章之規定（參照民法第八三三條）。

#### 第四節 承攬契約之終止消滅及解除

#### 第五二〇段

（第一）承攬契約之終止及消滅

(三)工作未完成者，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害（民法第五一一條）。

承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡，或非因其過失，致不能完成其約定之工作時，則承攬契約，即歸消滅（註）。但工作已完成部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務（民法第五一二條）。

(註)按民法上謂終止（德 *Kündigung*），具有特殊之意義，契約雖經終止，僅於將來失其效力，在終止以前，其法律關係依然存在也。民法第五一二條，係採瑞士立法例（瑞債第三七九條），但瑞債則用「消滅」一語（德……*So beilich der Werkvertrag*），而不曰終止。何者，於此情形，倘為終止，則無須有第二項之規定。余以為我民法第五一二條第二項「其契約為終止」，應改為「其契約為消滅」。

### 第五二條 承攬契約之解除

訂立承攬契約時，應估有報酬之概數者，如其報酬，因非可歸責於定作人之事由（例如在戰爭期間，物價突漲），超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中，或完成後，解除契約。於此情形，工作物如為建築物，或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，如工作物已經完成，

定作人僅得請求減少報酬，如工作物尙未完成者，定作人得通知承攬人，停止工作，並為契約之解除。唯無論如何，定作人解除契約時，對於承攬人，應賠償相當之損害（民法第五〇六條），承攬人此項損害賠償請求權，自其原因發生後，時效期間為一年（民法第五一四條）。

## 第九章 出版

### 第一節 出版之意義

#### 第五二二段

出版（德 Verlagsvertrag 法 Contrat D'edition 英 Publication），係雙務契約之一種，當事人之一方即出版物授與人（德 Verleger）（註），以文藝，學術，或美術之著作物為出版，而交付於他方即出版人（德 Verleger），他方担任印刷及發行之契約也（民法第五一五條）。

（註）按德語 Verleger 一詞，民法第五一六條第二項及第五一七條，均譯為出版權授與人，而同條第三項，則又譯為出版物授與人，前後兩歧，就原文字義言，譯為「出版物授與人」，較為切合。

出版與承攬，極相類似，唯其標的物則有不同，蓋在出版，出版人係專就文藝，學術，或美術之著作物，而為印刷及發行，而通常之承攬，則並不以此為限，故現行民法，特採瑞士立法例，定

爲特種典型之契約(參照瑞債第三八〇條至第三九三條)。

第二節 因出版契約而生之義務

第五二三段

(第一)出版物授與人之義務

茲之所謂出版物授與人，有時即係著作人，有時則爲著作權之受讓人，或著作人之繼承人。出版物授與人，於契約實行之必要範圍內，應將著作物交付於出版人，並應將著作人之權利，移轉於出版人。例如著作物係書籍者，應將文稿交與出版人。版數有約定者，則對於約定之版數，其著作權屬於出版人(民法第五一六條一項)。

出版物授與人，應担保其於契約成立時，有出版讓與之權利，其情形與出賣人之權利瑕疵担保同。如著作物受法律上之保護者，並應担保其有著作權。例如以先人之遺著，交與出版者，應担保享有著作權法第四條規定之著作權(民法第五一六條二項)。

出版物授與人，已將著作物之全部或一部，交付第三人出版，或經第三人公表，爲其所明知者，應於契約成立前，將其情形，告知出版人。是之謂出版物授與人之告知義務(德 *Mitteilungs-pflicht*) (民法第五一六條三項)。

出版物授與人，於出版人得印行之出版物未賣完時，不得就其著作物之全部或一部，爲不利於

出版人之處分。是之謂出版物授與人之不作爲義務(德 *Enthaltungspflicht*) (民法第五一七條)。蓋出版契約，一經訂立，則於契約實行之範圍內，著作權移轉於出版人，此時出版物授與人，自不得保有其處分權。再就債之關係言，出版物授與人，亦應負擔與出版人競爭禁止之義務也。

#### 第五二四 (第二) 出版人之義務

##### (一) 關於一般之義務

著作物出版之版數，當事人得以契約定之，版數未約定者，出版人僅得出一版(民法第五一八條一項)。約定得出數版，或永遠出版者，如於前版之出版物賣完後，怠於新版之印刷時，出版物授與人，得聲請法院，令出版人於一定期間內，再出新版，逾期不遵行者，喪失其出版權。是之謂出版人之再版義務(德 *Pflicht zur Veranstaltung einer neuen Auflage*) (民法第五一八條二項)。

出版人爲印刷時，對於著作物，不得增減或變更(民法第五一九條一項)。出版人應以適當之格式，印刷著作物，並應爲必要之廣告，及用通常之方法，推銷出版物(民法第五一九條二項)。出版物之賣價，固得由出版人定之，但不得過高，致礙出版物之銷行(民法第五一九條二項)。此即出版人之發行義務(*Verpflichtung der Verbreitung des Werkes*)。

出版人於印刷新版時，應予著作人以訂正或修改著作物之機會。著作人於不妨害出版之利益，

或增加其負擔之範圍內，亦得訂正或修改其著作物，但對於出版人因此所生不可預見之費用，應負賠償責任（民法第五二〇條）。

同一著作人之數著作物，為各別出版，而交付於出版人者，出版人不得將其著作物，併合出版；著作人以其著作物為併合出版，而交付出版人者，出版人不得將其著作物，各別出版（民法第五二一條）

著作物翻譯之權利，仍屬於出版物授與人，但當事人另有約定者，從其約定（民法第五二二條）

（二）關於報酬給付之義務

關於出版契約，出版物授與人之給付，係以著作物為出版而交付於出版人，而出版人之給付，則為負擔著作物之印刷與發行，至出版人之給與報酬於出版物授與人，並非出版契約之要素也。唯依一般情形，出版人之須給付報酬，乃屬事之常經。而不給報酬，則殊為罕見也。是故依情形非受報酬，即不為著作物之交付者，視為允與報酬，出版人有出數版之權者，其次版之報酬，及其他出版之條件，推定與前版相同（民法第五二二條）。

報酬給付之時期，依契約之訂定，契約未訂定時，在著作物全部出版者，於其全部印刷完畢時，分節出版者，於其各部分印刷完畢時，給付報酬（民法第五二四條一項）。報酬之全部或一部，依

銷行之多寡而定，即俗所謂版稅者，出版人應依習慣計算，支付報酬，並應提出銷行之證明（民法五二四條二項）。

著作物交付出版人後，其危險責任，即由出版人負擔，縱因不可抗力致滅失者，出版人仍負給付報酬之義務。例如以文稿交付某書局出版，約定於銷行前，預支版稅之一部者，旋文稿被敵機炸燬，則此項報酬，如已受領，無庸返還，如未受領，仍得為請求（民法第五二五條一項）。唯滅失之著作物，如著作人不多費勞力，即可重作者，應重作之，至因交付稿本或重作受有損失時，著作人得請求相當之賠償（民法第五二五條二項三項）。

印刷完畢之出版物，於發行前，因不可抗力致全部或一部滅失者，出版人得以自己之費用，就滅失之出版物，補行出版，但對於出版物授與人，無須補給報酬（民法第五二六條）。

### 第三節 出版契約之消滅

依法律之規定，出版人僅得出一版，或依契約之訂定，得出數版，於出版人印行之出版物賣完時，出版契約，即歸消滅（參照民法第一八條一項）。

著作物交付後，因不可抗力而滅失，著作人既無稿本，可以再交，又不能重作者，出版契約亦即消滅，但此際出版物授與人，仍得依法請求報酬（參照民法第五二五條）。

## 第五二六段

著作物未完成前，著作人死亡，或喪失能力，或非其過失，致不能完成其著作，出版契約，即從而消滅（民法第五二七條一項）。唯於此情形，如出版契約之全部或一部之繼續，為可能且公平者，法院得許其繼續，並命為必要之處置。例如著作人雖因病致兩目失明，但若能依口述而由他人筆記，足以完成其著作，法院得命其繼續（民法第五二七二項）。

## 第十章 委任

### 第一節 概說

#### 第五二七段（第一）委任之意義

委任（拉Mandatum德Auftrag英Mandate）者，當事人一方即委任人（德Auftraggeber），委託他方即受人（德Beauftragter），處理事務，而他方允為處理之契約也（民法第五二八條）。委任係一不完全雙務契約，僅受人先行負擔義務，而委任人於契約履行之後，有時始負義務也。再者，委任契約，着重於人的關係，故委任人非經受人之同意，不得將處理委任事務之請求權，讓與第三人（民法第五四三條）。

委任契約，以無償為原則，故對於處理事務而給以報酬者，則為僱傭契約或承攬契約，而非委



任也。唯依我現行民法第五三五條下段之規定，委任有時亦爲有償契約，此乃一變例耳（註）。

（註）按羅馬法德國普通法，分勞務爲二種，一曰精神勞務（拉Operae liberales），二曰身體勞務（拉Operae illiberales）。精神勞務，不得爲僱傭契約之標的，僅能適用委任之規定。精神勞務者，雖亦得請求報酬，但此項報酬，不曰勞銀，而別稱之爲謝金（德Honorar）。現行各國民法，認一切勞務，皆得充僱傭之標的，德國民法，且以明文規定之（德民第六一一條二項），故在德國，僱傭與委任，極易區別，卽前者，以給付報酬爲要件，而後者，則以無償爲必要也。而反顧我現行民法，則情形頗爲特殊，既不採羅馬法制，認精神勞務，不得充僱傭之標的，而又以委任契約之受任人，有時可以受取報酬，故在我現行法制，僱傭與委任兩種契約，殊不易辨別也。

## 第五二八段

### （第二）委任之標的物

委任契約之標的物，卽係事務之處理（德Geschäftsbesorgung），唯何種行爲，方得稱之爲處理事務，學者見解不一。有謂處理事務，應以處理關於法律行爲之事務爲限。但依一般生活上之經驗，承辦事實上之行爲，如信件之攜帶，亦不能不認爲委任關係也。或謂勞作之實施，足以完成某種事功者，均得稱之爲處理事務。雖然，如依此說，則僱傭契約與承攬契約，均不能不認爲包括處理

事務之情形。但依民法第五二九條之規定，關於勞務給付之契約，僅在不屬於法律所定其他契約之種類者，始適用關於委任之規定。具徵在僱傭與承攬契約中之勞務給付，非茲之所謂處理事務也。在現今權威之學說，僉以事務之處理，應着重於他人處理（德 *In der Sorge für einen anderen*）之一點。處理事務，或為法律行為之作成，或為有經濟價值的事實上之處理，均無不可，所宜注意者，凡所作爲，必爲他人所欲處理之事務，而其處理之結果，必歸之於該他人是。例如在信託關係，受託人所爲之事務處理，律師之辦理訴訟，股份有限公司董事之執行業務，以及受他人之委託，代爲攜帶物件是。

### 第五二九段 （第三）委任契約之訂立

委任契約，常由法律行為而訂立。在受任人之處理法律行為，爲委任人之計算，而以自己之名義爲之者，是則以間接代理之方法，成立委任契約。于此情形，委任人對其該法律行為，僅得間接享受權利或間接負擔義務。受任人之處理法律行為，係以委任人之名義爲之者，是則以直接代理方法，形成委任契約。于此情形，委任人直接享受因法律行為而生之權利，並直接負擔其義務（註一）。以委任人之名義，而作成行為，通常皆基于代理權之授與，而代理權之授與，皆隨委任契約以俱來，但代理權授與之性質，與委任契約，迥然不同，宜注意焉（註二）。

(註一) 參照本書第一五四段

(註二) 參照本書第一五七段以下

委任契約之訂立，原則上，無須具備方式，但若處理委任事務，必須為法律行為，而該法律行為，依法應以文字為之者，其處理權之授與，亦應以文字為之，換言之，即委任契約，應以書面為之。例如處理委任事務，有發行票據之必要者，或依委任事務之性質，有取得或變更不動產物權之必要者，其委任契約，均須以書面訂立（民法第五三二條）（註三）。

（註四）按民法第五三一條所謂「其處理權之授與，亦應以文字為之」兩語，係指其委任契約之訂立，亦應以文字為之之意。學者間有認處理權之授與，即代理權之授與之別稱，似不無誤會（參照戴修瓚著民法債篇各論下冊第一二頁）。蓋處理權之授與，使受任人取得處理委任事務之權限，而代理權之授與，乃使代理人得以本人之名義，與第三人為法律行為，其效果直接歸于本人，質言之，即得為直接代理也。至若受任人雖有處理權限，而未經代理權之授與者，就正常之情形言（表見代理除外），此際受任人僅得為間接代理，而不能為直接代理。要之，處理權之授與，係對內關係，足以證明受任人有為委任人處理事務之權限，而代理權之授與，係對外關係，藉以證明代理人有以本人名義，為

法律行為之權限也。

第五三〇 (第四) 委任契約之範圍

第五三一

受任人之權限，其範圍若何，應依契約之訂定；未訂定者，依其委任事務之性質定之（民法第五三二條一項）。

受任人得指定一項或數項事務而為特別委任（德 Specialmandat）。特別受任人，就委任事務之處理，得為委任人為一切必要之行為（民法第五三二條下段第五三三條）。委任人亦得就一切事務，而為概括委任（德 Generalmandat）。概括受任人，得為委任人為一切法律行為，但下列之行為，于委任人之利害關係，至為重大，非經特別授權，換言之，非經特別委任，不得為之。（一）不動產之出賣或設定負擔，（二）不動產之租賃其期限逾二年者，（三）贈與，（四）和解，（五）起訴，（六）提付仲裁（民法第五三二條下段第五三四條）。

第五三一 (第五) 關於委任之規定之適用

第五三二

關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者（註），均適用關於委任之規定。例如經理人及代辦商為商號而為之行為，居間人為各當事人所為之行為，行紀人之行為，運送人為託運人或旅客所為之行為，均適用委任規定（民法第五二九條）。

### 第五三二段

(註)例如僱傭契約及承攬契約。

(第六)對於處理事務之契約之拒絕

有承受委託處理一定事務之公然表示者，對於該事務之委託，即所謂要約，欲為拒絕者，應即為拒絕要約之通知，是之謂法定通知義務(德Gesetzliche Anzeigepflicht)。如怠於通知時，則視為允受委託。例如醫師律師，欲拒絕病家之要請診治，或拒絕當事人託辦案件，應即為拒絕之通知，否則，即視為應請治病，或承辦訴訟。是乃契約強制原則之適用也(第五三〇條)(註)。

(註)參照本書第一三八段

### 第二節 當事人之義務

### 第五三三

(第一)受任人之義務

(一)自己處理事務之義務

在當事人間無特約，又別無習慣，且又無不得已之事由者，受任人應自己處理委任事務，而不得使第三人代為處理(民法第五三七條)。受任人違反此項義務，使第三人代為處理委任事務者，就該第三人之行為，與就自己之行為，負同一責任(民法五三八條一項)。雖然，茲之所謂「自己處理事務」，並非指事事必須躬親為之，以事務之一部，由使用人為之者，例如會計師以承辦之查帳事

務之一部，由其僱用之查帳員爲之，不能謂其係使第三人代爲處理，唯依民法第二二四條之規定，受任人對於使用人之故意或過失，應自負其責。

受任人依民法第五三八條但書之規定，得使第三人代爲處理委任事務者，是之謂委任之代替（德Substitution）。在委任之代替時，受任人僅就第三人，即代替人（德Substitut）之選任，及其對於代替人所爲之指示，負其責任（民法第五三八條二項）（註一）（註二），而委任人對於代替人關於委任事務之履行，享有直接請求權（民法第五三九條）。

（註一）參照本書第二七三段

（註二）按民法第五三八條二項上端，似應改爲「受任人依前條之規定，使第三人代爲處理委任事務者……」，較爲明顯（參照第一次民律草案第七六七條二項）。

### 第五三四段

（二）遵守指示之義務

受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己之事務，爲同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意（民法第五三五條）但受任人遇有急迫之情形，並可推定委任人若知有此情事，亦允許變更其指示者，亦得變更委任人之指示（民法第五三六條），受任人因處理委任事務，有過失（當然包括故意在內），或因逾越權限之行為，所生之損害，對於委任人應負賠償之責。

。但委任爲無償者，受任人僅負重大過失（當然包括故意在內）之責任（民法第五四四條）。

### （三）利益移轉之義務

受任人因處理委任事務，所收取之金錢物品及孳息，應交付於委任人。即使以自己之名義，爲委任人取得之權利，亦應移交（民法第五四一條），倘若爲自己之利益，使用應交付於委任人之金錢，或使用應爲委任人利益而使用之金錢，應自使用之日起，支付利息，如有損害，並應賠償（民法第五四二條）。

### （四）報告之義務

受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人；委任關係終止時，應明確報告其顛末（民法第五四〇條）。

## 第五三五 （第二）委任人之義務

### （一）預付或償還費用之義務

委任人因受任人之請求，應預付處理委任事務之必要費用，例如因處理事務，有乘坐舟車之必要者，因受任人之請求，委任人應預付交通費（民法第五四五條）。

受任人因處理委任事務，而支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支付時起之利息。例如

爲購置物件，而墊付價金是（民法第五四六條一項）。其因此負擔必要債務者，得請求委任人代其清償，未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保。例如委任人以間接代理之方法，代委任人訂購機件，約期交付價金之情形是（民法第五四六二項）。

（二）賠償之義務

受任人處理委任事務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，委任人負賠償之義務。茲之所謂損害，應有兩種情形可指：（一）損害由於事變而引起者，委任人僅於自己有故意或過失時，始負賠償之責任。例如委任人不告知受任人，其委託往取之家犬，係有瘋病，致受任人爲其咬傷之情形是。（二）按照所處理之委任事務之性質，有發生危險之可能者，受任人如因此而蒙損害，亦得請求賠償。例如受任人因救火而衣履被焚燬者，委任人應負賠償之責（民法第五四六條三項）。

第五三六段

（三）給付報酬之義務

我國民法認委任非係純粹的無償契約，受任人有時亦得請求報酬。報酬縱未約定，但依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，委任人亦負有給付報酬之義務。例如委託律師辦理訴訟事件或非訟事件之情形是（民法第五四七條）。

有報酬之委任契約，係先爲給付之雙方契約。受任人有先爲處理事務之義務，於委任關係終止



，及爲明確報告顛末後，始得請求給付報酬，此則與僱傭及承攬同，但當事人另有約定者，從其所定（民法第五四八條一項）。

委任關係，非因可歸責於受任人之事由，於處理事務未完畢前已終止者，受任人得就其已處理之部分，請求報酬。例如律師承辦之案件，當事人在訴訟外和解者，對於已經處理之撰狀出庭等費，仍須給付報酬（民法第五四八條二項）。

### 第三節 委任契約之消滅

委任契約之當事人，任何一方，得隨時終止契約，委任因終止而消滅。唯當事人之一方，于不利於他方之時期，終止契約者，應負損害賠償責任。但因非可歸責于當事人之事由，致不得不終止契約，則不負責任（民法第五四九條）。

委任關係，因當事人一方死亡，破產，或喪失行為能力，而消滅，但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限（民法第五五〇業）。委任關係，雖因上述原因而消滅，但其消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人或其繼承人，或其法定代理人，於委任人，或其繼承人，或其法定代理人，能接受委任事務前，應繼續處理其事務（民法第五五一條）。

委任關係消滅之事由，係由當事人之一方發生者，於他方知其事由，或可得而知其事由前，委

任關係，視為存續。例如依委任事務之性質，委任契約，原可因委任人之死亡而消滅，但若受任人不知其死亡，仍為處理事務，而支出費用者，則得向委任人之繼承人，請求此項費用之償還（民法第五五二條）。

## 第十一章 經理人及代辦商

### 第五三八段

現代商業，頭緒紛繁，人之精力有限，事事必欲躬自處理，在勢有所不能，是故商人嘗聘用他人以輔佐業務之經營也。受聘助理之第三人，有基於契約關係者，例如與獨立企業者，訂定經理契約（德 *Agenturvertrag*）是，亦有不基於契約者，例如家人子女之襄助業務是。此種助理人員，有時僅服事實上之勞務者，如登記帳目，包裝貨件之類是，有時係以商業主人之名義，作成法律行為者，如發賣貨物，受領價金之類是，但在第二種情形，應取得代理權，方得為之。是故商業代理人（德 *Handelungsbevollmächtigter*）與商業助理人（德 *Handelungshelfer*），又有重大之區別。商業助理人，不享有代理權限，如銀行之記帳員是，商業代理人，如商號所聘用之技術人員是。

現時各國法律，為使商事交易，臻于安全起見，對於商事行為之代理權限，特予以詳密之規定。我國現行民法亦然。分商事代理權為經理（德 *Prokura* 法 *Procurator*）及代辦（德 *Hande-*

Handlungs macht im engeren Sinn (Mandat commercial) 二種。有經理權者，稱之曰經理人 (德 Prokurist 法 Fonde 日 支配人)，有代辦權者，稱之曰代辦商 (德 Handlung sberechtigter 法 Mandataire Commercial 日 代理商)。

### 第一節 經理

### 第五二九段

經理係特種之代理權限，其範圍至為廣泛，故歐諺嘗稱經理人為商業所有人之 *Alter ego*。經理既係特殊之代理權，故與依契約而經理商品之發售者 (註) 有別。蓋在後者之情形，所謂經理人，乃係商業所有人之輔助機關也。

(註) 例如某百貨商店經理某烟草公司或某藥物公司之出品之發售是

### (第一) 經理權之授與

經理權之授與，得以明示 (註) 或默示之方法為之，或用言詞，或以書面，均無不可。經理權授與後，經理人享有為商號 (即商業所有人) 管理事務及為其簽名之權利 (民法第五五三條一項二項)。

(註) 德國商法，以明示之方法為限 (參照第四八條一項)，我現行法，則採瑞例也 (瑞債第四五八條一項)

經理權之授與，亦即經理人之選任，商業所有人，應于十五日內，向營業所在地之主管官署聲請登記（商業登記法第八條）。唯此項登記，僅發生宣告的意義（德 Deklaratorische Bedeutung），即使未為登記，其經理權之授與，仍生效力。

（第二）經理權之範圍

經理權得限于管理商號事務之一部，或商號之一分號，或數分號（民法第五五三條三項）。經理人就其所任之事務，視為有代表商號為原告或被告，或其他一切訴訟上行爲之權（民法第五五五條）。其對於第三人之關係，就商號或其分號，或其事務，視為其有爲管理上一切必要行爲之權。例如選任或解任商業使用人，爲人保證，簽發票據，等等皆是（民法第五五四條一項）。

但須注意，經理人除有書面之授權外，對於不動產，不得買賣（註），或設定負擔。唯茲之所謂不動產，係專指不動產之所有權而言，至若不動產上之權利，如抵押權，典權等，經理人自得爲讓與或設定負擔也（民法第五五四條二項）。

（註）按民法第五五四條第二項，係採瑞士債務法第四五九條第二項之立法例（參照德商法第四九條第二項）。唯瑞士法律，則用「讓與」（德 Veräußerung）二字，而不曰「買賣」，蓋經理人爲商號「買受」不動產，固無害于商業所有人之利益也。愚以爲民法第五五四條

二項「買賣」，應改爲「讓與」，較爲妥善。

在法定經理權限之範圍以內，換言之，除民法第五三條第三項，第五五四條第二項，及第五五六條所規定之情形外，倘若加以限制，例如對於經理權之授與，附以期限，則其限制，不得對抗善意第三人（民法第五五七條）。至商業所有人與經理人間，訂有關於限制經理權之契約者，僅當專人間之內部關係，受其拘束耳。

#### 第五四一

#### （第三）共同經理

商號之經理權，得授與于一人，但亦得授與于數人，以總理權授與於數經理人者，謂之共同經理（德 *Gesamtprokura*）。在共同經理，祇須經理人中有二人之簽名，對於商號，卽生效力。質言之，經理人之數爲二人者，管理事務或簽名，均應聯合爲之，若人數逾二人者，則各個經理人爲經理行爲時，祇須與另一經理人，共同爲之，卽生效力也（民法第五五六條）。

共同經理，可發生下述三種之效果：（一）各經理人無須同時管理事務，一經理人單獨爲意思表示者，只須另一經理人予以承認，卽得生效。（二）第三人對經理人中之一人，爲意思表示者，其法律上之效力，卽可發生。（三）關於某種事實之認識，祇須有經理人中之一人知之者，卽爲已足。例如商號以貨物投保火險，于訂約時，經理人中，雖僅有一人知保險標的之危險，已經發生，其契約

第五四二

(第四)經理權之消滅

經理權因左列各種原因而消滅

(一)經理權所由授與之法律關係之終了

如上述之經理權係特種之代理權。依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。是故經理權所由授與之法律關係，係委任契約，或合夥契約者，則由該項契約之終了，經理權當然隨之消滅。

(二)撤回

經理權得於其所由授與之法律關係存續中，隨時撤回之(民法第一〇八條第二項)。經理權因撤回而消滅。唯茲有一問題，此項撤回權，是否可以拋棄。依吾人之見解，撤回權之拋棄，不生效力。蓋經理人之權限至大，就一切可能之情形，商業所有人，皆須代其負責，是故一旦商業所有人對之喪失必要之信任時，自應許其隨時撤回經理權，方足以保護商業之利益也。雖然，經理權之撤回，並不影響於商業所有人與經理人間契約關係之存續，除經理權之撤回，足以引起契約之消滅之情形外，被撤回之經理人，仍得依據契約，請求報酬之給付。

(三) 經理人之死亡破產或喪失行為能力

經理權因經理人之死亡，破產或喪失行為能力而消滅。但商業所有人之死亡破產或喪失行為能力時，經理權並不因是即歸消滅。于此情形，為商號之利益，仍須繼續管理事務（民法第五六四條）。

(四) 商號之閉歇

商號之閉歇，營業於以終止，經理權自應消滅，但在公司解散後清算完結前，經理權於必要範圍內，依然存續。

（註）關於商號之閉歇，參見民法第五六四條。

### 第五四三

代辦者，受商號之委託，以商號之名義，辦理其事務之全部或一部之代理關係也。代辦與經理性質相同，所異者，代辦常受地域上之限制，僅于一定處所內或一定區域內，為商號為代理行為。

（註）而經理則除受事務範圍之限制外，不受任何地域上之限制也（民法第五五八條三項）。

（註）例如南京某商號授權某甲在上海為代辦，而另委某乙，在天津為代辦。

(第一) 代辦權之授與

代辦權之授與，得以明示或默示為之，或用言詞，或用書面，均無不可。代辦權之授與，亦即

代辦商之選任，商業所有人，應於十五日內，向營業所所在地之主管官署，聲請登記（商業登記法第八條）。唯此項登記，亦僅發生宣告的意義而已。

第五四四  
股

（第二）代辦權之範圍

代辦權僅限於一定處所或一定區域以內，辦理商號事務之全部或一部，代辦商對於第三人之關係，就其所代辦之事務，視為其有為一切必要行為之權，但除有書面之授權外，不得使商號負擔票據上之義務，或為消費借貸，或為訴訟（民法第五五八條）。關於此點，則又與經理不同也。

（第三）代辦商之報告義務及報酬請求權

代辦商就其代辦之事務，應隨時報告其處所，或區域之商業狀況，於其商號，並應將其所為之交易，即時報告之（民法第五五九條）。依現行民法之規定，代辦商必係在商號營業所在地以外之處所，代辦事務，兼具德瑞民商法上所稱行商（德Handelsreisende）之性質（註），故應負擔報告所在處所之商業狀況之義務也。

（註）參照德商法第五五條瑞士債務法第四六三條。

代辦商得依契約所定，請求報酬，或請求償還其費用，無約定者，依習慣，無約定亦無習慣者，依其代辦事務之重要程度及多寡，定其報酬（民法第五六〇條）。



第五四五 (第四)代辦權之消滅

代辦權因左列各種原因而消滅：

(一)代辦權所由授與之法律關係之終了。

代辦權亦係特種之代理權，是故代辦權所由授與之法律關係消滅者，代辦權當然隨之消滅（民法第一〇八條一項）。但代辦權所由授與之法律關係，係委任契約者，應注意民法第五〇條至第五二條之規定。

民法第五六一條規定，代辦權未定期限者，當事人之任何一方，得隨時終止契約，但應於三個月前通知他方。唯因非可歸責於自己之事由，致不得不終止契約者（例如因代辦商所駐在之區域，發生戰爭），亦得不先期通知，而終止之。按現行民法關於代辦商之規定，採瑞士立法例（註一），與日本商法上所謂代理商者不同（註二）。日商法認代理商之關係，係特種之委任契約，故設有關於契約終止之規定（註三），瑞士債務法，認代辦權係特種之代理權，授與代辦權之基本的法律關係，通常多係委任契約，但亦有根據僱傭或承攬而授與代辦權者，至若代辦權之授與，則係單獨行為，而與其基本的法律關係有別也（註四）。我國民法起草者，誤認代辦權之授與，係契約關係，特仿日本商法，而有第五六一條之規定，似有未妥。

（註一）參照瑞士債務法第四六一條之規定。

（註二）參照日本商法第三六條以下。

（註三）參照日本商法第四〇條。

（註四）參照本書第一五七段。

### 第五四六段

（一）代辦商之死亡破產或喪失行為能力

代辦權因代辦商之死亡，破產或喪失行為能力而消滅，但商業所有人之死亡，破產，或喪失行為能力時，代辦權並不因此即歸消滅，於此情形，為商號之利益，仍須繼續代辦事務（民法第五六四條）。

（二）商號之閉歇 營業終止，代辦權自應消滅。

### 第三節 經理人與代辦商之競業禁止

經理人或代辦商，對於商號之營業秘密及營業狀況，最為熟悉，故非得其商號之允許，不得為自己或第三人，經營與其所辦理之同類事業，亦不得為同類事業公司之無限責任股東，是之謂經理人或代辦商之競業禁止（德 *Konkurrenzverbot*）（民法第五六二條）。

經理人或代辦商，違反競業禁止之義務時，商號得請求因其行為所得之利益，作為損害賠償，

此爲民法第五六三條第一項所明定。唯條文僅稱「作爲損害賠償」。是否包含學者所謂歸入權（*Recht des Selbstschutzes*）（註）在內，有待解釋。按德國商法規定：商業使用人（包括經理人及代辦商在內），違反第六〇條（與我國民法第五六二條相當）之義務時，商業所有人，得請求損害賠償；在商業使用人爲自己經營時，商業所有人，亦得以其經營，視爲爲己而爲，在商業使用人爲第三人經營時，商業所有人，得請求其交出報酬或讓與其報酬請求權，以代替損害賠償（德商第六一條）（註）是明認歸入權之存在。現行民法既未採此項立法例，似未便類推適用公司法第二十八條第二項之規定，認商業所有人享有歸入權也。

（註）按歸入權一語，係余所採用，吾國民商法學者，大都援用日本名詞稱之爲「介入權」。就中國通俗之語辭言，「介入」似不若「歸入」二字之較易了解也。

#### 第五四七段

再者，依民法第五六三條之法律解釋，祇經理人或代辦商違反競業禁止義務，其所得之利益，即須交與商號，作爲損害賠償，至實際上商號是否因此蒙受損害，在所不問，然若證明實際上所受之損害，超過其所得利益者，就其超過額，仍得爲損害賠償。蓋非如此，不足以阻止經理人或代辦商利己損人之行爲也。惟此項損害賠償請求權，法律定有極短促之時效期間，自商號知有違反行爲時起，經過一個月，或自行爲時起，經過一年，不行使者，即罹於時效（民法第五六三條三項）。

## 第十二章 居間

### 第五四八段

#### (第一)概說

居間(德Maklervertrag法Courtaeser Brokerage日:仲立),俗稱牙仲,當事人約定,一方即居間人(德Makler),為他方即委託人(德Auftraggeber),報告訂約之機會,或為訂約之媒介,他方給付報酬之契約也(民法第五六五條)。

居間,與僱傭,承攬,委任諸契約,均有區別。(一)居間人所服之勞務,僅得於其所介紹之契約成立時,方得請求報酬,但無庸保證一切由契約而生之結果,故與僱傭及承攬有別(註)。(二)居間以有償為原則,而委任則以無償為原則。

(註)當事人間約定,居間人除負擔介紹之義務外,並須保證契約之必能訂立者,是則於居間外,復有承攬之存在,應適用民法上關於各該法律關係之規定。

凡屬契約之介紹,均得充居間之標的物,例如介紹不動產之買賣,僱傭或保險契約之訂立,最為習見。唯所謂介紹,得分二種,報告訂約之機會,一也,為訂約之媒介,二也。前者謂之報告居間(德Nachweisanklervertrag),後者謂之媒介居間(德Vermittlungsmaklervertrag)。

#### 第五四九段

居間人之報酬，得依明示或默示之約定。如依情形，非受報酬，即不爲報告訂約機會，或媒介者，視爲允與報酬，是卽爲默示的約定。當事人間未定報酬額者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按照習慣給付（民法第五六六條）。所宜注意者，居間人所支出之費用，或居間人已爲介紹而契約不成立者，非有特約，均不得請求償還。蓋居間之目的，在於契約之成立，契約倘不獲成立，既不得請求報酬，自亦不能請求爲居間而支出之費用，此居間之所以與僱傭、承攬、委任有別也（民法第五六九條）。

因婚姻居間而約定報酬者，現行民法，認爲其約定無效（民法第五七三條）。此則與外國法律，微有不同，按德瑞立法例，僅以因婚姻居間而爲報酬之約定者，係一種效力較弱的自然債務，即使具有担保，亦不得爲訴訟上之請求，但並不以之爲無效（註）。我國習慣，酬謝媒妁，固亦尋常之事，今遽認其約定爲無效，似未免矯枉過正也。

（註）參照德民第六五六條瑞債第一六條。

#### 第五五〇段

##### （第二）當事人之法律地位

（一）委託人之地位

委託人對於居間人所介紹之契約，並不負必須訂立之義務，委託人得拒絕契約之訂立，並得

隨時撤回居間契約。

契約因居間人之報告或媒介而成立者，委託人始負給付報酬之義務（民法第五六八條一項）。

第五五〇

居間人應得之報酬，在報告居間，由託其為報告之委託人負擔；在媒介居間，除契約另有訂定，或另有習慣外，由雙方委託人平均負擔（民法第五七〇條）。

關於居間報酬請求權之發生，須具備下述之二種要件：（一）所介紹之契約，必須成立。但契約附有停止條件者，僅於該條件成就後，居間人始得請求報酬（民法第五六八條二項）。在契約有無效或可得撤銷之原因者，居間人不得請求報酬。所宜注意者，於契約成立以後，委託人以合意廢止契約者，則居間人之請求權，不受其影響。（二）契約必係因居間人介紹之結果而成立者，實言之，契約之成立，與居間人之介紹，其間須有因果關係之存在。雖然，居間人之介紹，僅在協助契約之成立，而並非訂立契約之單獨的或主要的原因也。至若在居間人僅為報告訂約之機會者，祇須將來契約之所以訂立，係基於此項報告者，即為已足。

（二）居間人之地位

第五五一

除當事人間有特約外，居間人並不負擔必須為介紹之義務，但若一旦從事介紹，則居間人對於委託人，應負誠信義務（Treupflicht）。是故關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人，對

於顯然無支付能力之人，或知其無訂立該約能力之人（例如無權代理人，或對於標的物無處分權之人），不得爲其媒介（民法第五六七條）。居間人倘違反其對於委託人之義務，而爲利於委託人之相對人之行爲，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，不得向委託人請求報酬及償還費用（民法第五七一條）。

居間人之報酬，固應依當事人之約定，但約定之報酬，較居間人所任勞務之價值，爲數過鉅，失其公平者，法院得因委託人之請求酌減之。但報酬已給付者，不得請求返還（民法第五七二條）。

居間人僅在介紹契約之訂立，其自身並非所訂立之契約之當事人，就原則上言，當然無爲契約當事人爲給付或受領給付之權利（民法第五七四條）。但若當事人之一方，指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人者，則居間人對於隱名之委託者，負有不顯露其姓名之義務，而同時對於隱名委託人由契約所生之義務，自己負履行之責，並得爲其受領給付（民法第五七五條）。

## 第十三章 行紀

### 第一節 概說

#### 第一款 行紀之義務

第五二

行紀(德Kommissionsgeschäft法Commission英Commission agency日:問屋營業)者,以自己之名義,為他人之計算,為動產之買賣,或其他商業上之交易,而受報酬之營業也(民法第五七六條)

行紀營業,應具備下述三要件:

一、行紀人(此處深稱之標的)必須係專務之處理,且此種專務必須為動產之買賣正理其他商業上之交易,例如有價證券之經售或收買是。行紀人為委託人收買動產者,謂之經收行紀(德Verkaufskommission)人,為委託人賣出動產者,謂之經售行紀(德Verkaufskommission)人。

第五三

二、行紀人(德Kommissionar)必須為委託人(德Kommitent)之計算。按照行紀營業之本質,行紀人在債務法上,就其行為而生之結果,負有移轉委託人之義務。行紀人應遵守一切法律上之利益,惟委託人得以享受,而因其事務而生之法律上之不利利益,亦應歸於委託人。例如委託人銀於市價收買某股份有限公司之股票,如係一種行紀關係者,則即使其價格較行市為低(即俗所謂賤盛),此項較低價格之利益亦應歸於委託人,以故與行紀人自為買賣之情形不同。在行紀人自為買賣,或因買賣而生之利益或不利益,概歸於自己之計算也。如委託人指示之買賣,倘行紀人為自己之買賣,致買股票者,其因暗盤而獲之利益,亦無庸移歸於自己,蓋甲賤售股票,而乙買之,應就特定事實



## 第五五四段

觀察，究應認為係行紀關係，或係自己買賣，至易引起爭執。依吾人之見解，認為應就契約之經濟上意義，予以判定，而不能專注意於行為外表之方式也。如當事人之一方，係以他方信託人（*Deutscher Treuhandmann*）之資格，而為交易者，則應適用行紀之規定，如關於買賣物之價格，雙方曾以合意指定者，則關於行紀人之所為，可認其係自為買賣。

（三）行紀人必須以自己之名義，而為交易。行紀人因應將處理事務之結果，歸于委託人，但就行紀營業之本質言，在外部關係，即所謂對於交易之相對人之關係，行紀人應就其事務，自享權利並自負義務，所謂間接代理是已（民法第五七八條）（註一）。是故行紀營業，與授權代理人之處理事務之情形有別。在授權代理人之處理事務，其因此而生之利益與不利益，統歸授權者之本人，而代理人不預焉，即所謂直接代理是也（註二）。至在某種特定情形，究應認受任之人，係以自己之名義為交易（行紀），抑或以委託人之名義為行為（授與代理），須就當事人所為之具體表示，在一般交易上之習慣，具有何種意義，以判定之。

（註一）參照本書第一五四段

（註二）參照本書第一五四段

第二款 行紀之法律上性質

民法要義

第五五五段

行紀營業，係一種委任契約，爲委託人處理事務，乃其營業上之標的也。唯通常之委任契約，係以無償爲原則，而行紀則以有償爲必要，所異者僅此一點耳。故行紀營業，除民法有特殊規定外，適用關於委任之規定（民法第五七七條）。

（第一）行紀營業之實施

在實施行紀營業，有三種階段，必須辨別清楚：行紀契約之訂立，一也；行紀業務之執行，二也；行紀業務之結束，三也。當事人間訂立行紀契約，行紀人始負有處理事務之責任，例如某甲受乙之委託，而爲股票之收買是。在訂約以後，於是行紀人開始與第三人爲交易，而爲買入或賣出，例如某甲在證券交易所，向某丙購買股票是。行紀人既已執行其業務，則爲履行其行紀契約起見，應將事務處理之結果，移轉於委任人，例如某甲將購買之股票所有權，移轉於某乙，而向其收取價金，費用及仲金是，行紀關係，於以結束。

行紀人具有兩重之資格。就內部關係，亦即與委託人之關係言，行紀人係爲委託人處理事務之受任人。而就外部關係，亦即與第三人之關係言，行紀人係以自己之名義，訂立契約。故在委託人與第三人之間，並不因行紀人之執行業務，而發生任何法律上之關係也（註）。

（註）德國最高法院判例，認第三人不依通常情形，履行契約時，行紀人除請求賠償自己所受之

## 第五五六段

損失外，並得爲委託人因此而受之損害，一併請求賠償。就經濟上之意義言，此項判例，亦頗值得注意（參照德民判集第九〇冊第二四〇頁第九三冊第三九頁）。

### （第二）關於因行紀關係而得之財產

因行紀關係而得之財產（德 *Kommissionsgut*），其所有權應歸屬於何人？此項財產，如係債權，則債權人究爲誰何？此一問題，於行紀人之具有兩重資格，關係至鉅。請分論之。

#### （一）關於所有權者

在經收行紀，所收買之物之所有權，應屬於行紀人，蓋行紀人係以自己之名義而爲法律行爲也。行紀人得以其物讓與於他人，其債權人亦得以之供債權之担保。在行紀人破產時，委託人不得請求將此項財產，劃歸其所有。

委託人對於行紀人所收買之物，僅於行紀人將其物之所有權，予以移轉以後，始取得所有人之資格。標的物係動產者，其所有權之移轉，應爲現實之交付，或爲簡易之交付（德 *Besitzkonstitut*）。行紀人之移轉所有權於委託人，係履行其行紀契約之義務，故即使以委託人之代理人之資格，而爲簡易交付之程序，依民法第一〇六條但書之規定，亦屬合法。但在爲簡易之交付時，行紀人必須以可得辨認之方法（例如另爲特種之存儲，或另予以特殊之標明），足以證明所有權確已移轉於委託人。

然後可。標的物係有價證券者，在行紀人將計算單據發送於委託人之後，其所有權即已移轉於委託人（註）。

（註）參照德國一八九六年七月五日寄託法（德 *Depotgesetz*）第七條。

在經售行紀，行紀人對於委託人移交託其讓與之財產，並不取得所有權。是故在行紀人破產時，委託人得依破產法第一一〇條之規定，向破產管理人取回其所移交之財產。唯在此項財產，經行紀人讓與於第三人以後，應認委託人即喪失其所有權（註）。

（註）參照德國最高法院民判集第九四卷第一一一頁。

## 第五七七

### （二）關於債權者

因行紀營業，對第三人取得債權者，此項債權，歸屬於行紀人，蓋行紀人乃以自己之名義，而為行為也。在行紀人讓與該債權於委託人以後，委託人始能取得其債權。例如乙之行紀人甲，以耕牛賣與於丙。此際乙僅於甲讓與其價金債權以後，始可對丙為請求。於行紀關係，甲固負有讓與債權之義務，而不得以此讓與於第三人，或就此設定質權，然行紀人甲，若違反其義務，而為轉讓或處分時，其行為並非無效。

行紀人與第三人作成法律行為，僅行紀人負其責任，而委託人不預焉。例如在經收行紀，第三

人即出賣人，僅得向行紀人收取價金，而不得對委託人爲價金支付之請求。

## 第二節 行紀人之義務與權利

### 第一款 行紀人之義務

#### 第五五八段 (第一) 關於業務之執行

行紀人應以善良管理人之注意，執行其所受任之業務（民法第五七七條第五三五條下段）。

行紀人執行業務時，應於最有利之條件之下，注意委託人之利益。其以高於委託人所指定之價額賣出，或以低於委託人所定之價額買入者，其利益均歸屬於委託人（民法第五八一條）。

行紀人爲委託人之計算，所買入或賣出之物爲其占有時，應妥爲保管，其因此而生之損害或滅失，須負賠償責任，但證明已爲善良管理人之注意，而仍不免於損害或滅失者，則不任其責（民法第五八三條一項第五九〇條下段）。唯對於所占有之物，除委託人另有指示外，行紀人不負付保險之義務（民法第五八二條三項）。

行紀人應依委託人之指示，執行業務，但依其情形，可推定委託人若知有此情事亦必變更其指示者，不在此限。行紀人無正當理由，變更委託人之指示者，委託人得請求損害賠償，亦得否認其行爲，係爲委託人而爲者。但在行紀人變更委託人所指定之限額時，實言之，以低於委託人所指定

之價額賣出，或以高於委託人所指定之價額買入者，如願担任補償其差額，則委託人不得予以否認，其買入或賣出，對於委託人，仍發生效力（民法第五八〇條）。

委託出賣之物，於達到行紀人時，有瑕疵，或依其物之性質易於敗壞者，行紀人爲保護委託人之利益，應與保護自己之利益，爲同一之處置（民法第五八四條）。行紀人怠忽此項義務時，須負個性過失之責任。

第五五九  
段

（第二）關於業務效果之移轉

行紀人爲委託人之計算而爲之交易，而有所獲者，應移轉於委託人，委託人拒絕受領而顯無理由者，行紀人得定相當期限，催告委託人受領（如爲易於敗壞之物，得不爲催告）。逾期不受領者，行紀人得拍賣其物，並得就其對於委託人因委託關係所生債權之數額，於拍賣價金中取償之。如有賸餘，並得提存（民法第五八五條）。在委託出賣之物，不能出賣，或委託人撤回其出賣之委託者，如委託人不於相當期間，取回或處分其物時，行紀人亦得行使上述之權利（民法第五八六條）。

行紀人爲委託人之計算所訂立之契約，其契約之他方當事人（即第三人），不履行債務時，除契約另有訂定，或另有習慣外，對於委託人，應由行紀人負直接履行契約之義務，此爲民法第五七九條所規定，該條係採日本立法例（註一），而與德瑞不同（註二）。德國商法及瑞士債務法，認行紀人

爲委託人之計算而訂立契約時，僅課行紀人以報告他方契約當事人（即第三人）之姓名之義務（德文 *Führungsanzeige*），行紀人怠忽此項義務時，始自負直接履行契約之責。按行紀關係，係委任契約之一種，受任人爲委任人與第三人處理事務，就內部關係言，在第三人不履行債務時，受任人自無直接爲第三人履行義務之必要。就理論上言，德瑞立法，自較日本商法，差勝一籌，惜民法起草者，未能注意及之。

（註一）參照日本商法第三一五條

（註二）參照德國商法第三八四條三項瑞士債務法第四二六條一項

## 第二款 行紀人之權利

### 第五六〇

（第一）報酬及費用請求權

行紀人得依約定或習慣，請求報酬，是之謂佣金請求權（德 *Provisionsanspruch*）。就原則上言，行紀人僅得于與第三人作成契約以後，始得請求佣金，但亦有例外。（一）行紀業務之所以無從進行，係基於委託人之個人的原因（例如因委託人破產）者，行紀人仍得請求佣金。（二）行紀業務之無從進行係基於其他原因者，有時依當地習慣，亦得請求報酬。例如在經售行紀，委託人撤回其委託時，依照習慣，常得請求一定數額之佣金（民法第五八一條）。

行紀人得依約定或習慣，請求寄存費，及運送費，並得請求償還其爲委託人之利益而支出之一切費用及利息（民法第五八二條下段）。

第五六一 段  
（第二）行紀人之歸入權

行紀人對於委託出賣或買入之財產，得自爲買受人或出賣人者，是之謂行紀人之歸入權（德之 *Psteinerrecht des Kommissionars*）。但行紀人之歸入權，僅於具備下述二種條件，方得行使：（一）當事人間須無反對之特約，（二）須爲貨幣，股票，或其他市場定有市價之物。其非此等之物者，則價格時有漲落，倘有上漲，其利益應歸委託人也（民法第五八七條）。

行紀人行使歸入權時，應依委託人指示而爲出賣或買入時市場之市價定之。但仍得請求佣金及費用之償還（民法第五八七條二項）。

在委託行紀人爲買入或賣出之物，行紀人得行使歸入權者，如僅將訂立契約之情形，通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知者，推定其已行使歸入權，應自行負擔該方當事人之義務（民法第五八八條）。

就法律上之效果言，行紀人之行使歸入權，與通常之買賣行爲，顯有區別。在行紀人爲通常之買賣行爲，無所謂爲他人之計算，或注意義務，亦不得請求報酬或費用也。



## 第十四章 寄託

其餘或式或類 第一節 人固有意義之寄託 寄託之正式圖式

### 第五六二 (第一) 寄託之意義及標的物

寄託(德 *Depositum* 德 *Verwahrungsvertrag* 法 *Dépôt* 英 *Deposit*) 者，當事人之一方即寄託人(德 *Hinterleger*)，以物交付他方即受寄人(德 *Verwahrter*)，而他方尤為保管之契約也(民法第五八九條一項)。

寄託係要物契約，因寄託物之交付，始生效力。當事人間訂立寄託之預約(德 *Rechtliches Angebot*) 時，則僅能發生受寄之義務，而無由發生寄託物交付之義務也。寄託又係不完全雙務契約，受寄人必須負有義務，而寄託人，則於特種情形之下，始負担義務也。

(寄託契約，以無償為原則，而以有償為例外。受寄人除契約另有訂定，或依情形，非受報酬，即不為保管者外(註)，不得請求報酬(民法第五八九條二項)。

(註)例如以汽車停歇於旅店之車房內，依照旅店營業之情形，應給付報酬。

寄託之標的物，以物為限，但祇須為物，不問為動產或不動產，均得為寄託契約之標的。關於

此點，現行民法，係採日本立法例，而與德法瑞士不同。德法瑞三國法律，皆認寄託之標的物，以動產爲限（註）。就實際上言，以不動產爲寄託者，殊屬罕見也。

（註）參照日民第六五七條，德民第六八八條，法民第一九一八條，瑞債第四七二條。

### 第五六三（第三）當事人之義務

#### （一）受寄人之義務

受寄人應自己保管寄託物，非經寄託人之同意，或另有習慣，或不得已之事由，不得使第三人代爲保管（民法第五九二條）。受寄人違反此項義務，使第三人代爲保管寄託物者，對於寄託物因此所受之損害，除證明縱不使第三人代爲保管，仍不免發生損害外，應自負賠償責任（參照民法第五九三條二項及第二二四條）。雖然，受寄人若有權使第三人代爲保管者，則該第三人，即係代替人（*Substitut*），受寄人僅就代替人之選任及指示，負其責任（民法第五九三條二項）。

寄託物保管之方法，經約定者，非有急迫之情事，並可推定寄託人若知有此情事，亦允許變更其約定方法時，受寄人不得予以變更（民法第五九四條）。

在無償之寄託契約，受寄人僅負個性過失之責任，而在有償之寄託，則對於故意及一切過失，均須負責（民法第五九〇條）。

受寄人非經寄託人之同意，不得自己使用或使第三人使用寄託物。受寄人違反此項義務時，對於寄託人，應給付相當報酬，如有損害，除能證明縱不使用寄託物，仍不免發生損害外，應予以賠償（民法第五九一條）。

第三人就寄託物主張權利者，除對於受寄人提起訴訟，或為扣押外，受寄人仍負有返還寄託物於寄託人之義務。在第三人提起訴訟或為扣押時，受寄人應即通知寄託人（民法第六〇四條）。

#### 第五六四段

##### (一) 寄託人之義務

在有償之寄託契約，其報酬應於寄託關係終了時，給付之（拉Postnumendo）。分期定報酬者，應於每期屆滿時給付之。寄託物之保管，非因可歸責於受寄人之事由而終了者，除另有約定外，受寄人得就其已為保管之部分，請求報酬（民法第六〇一條）。

受寄人因保管寄託物而支出之必要費用，除契約另有訂定外，寄託人應負償還之義務（民法第五九五條）。再者，受寄人因寄託物之性質或瑕疵所受之損害，寄託人應負賠償責任，但寄託人於寄託時，非因過失而不知寄託物有發生危險之性質，或瑕疵為受寄人所已知者，則不任其責（民法第五九六）。

寄託物返還之期限，雖經約定，而寄託人仍得隨時請求返還。寄託未定期限者，受寄人得隨時

返還寄託物，但定有返還期限者，則非有不備已之事由，不得於期限屆滿前爲返還。返還寄託物時，應將其物之孳息，一併返還。至寄託物之返還，於該物應爲保管之地行之。受寄人若得以寄託物交第三人爲保管，或保管之方法，因急迫之情事而變更，將寄託物轉置他處者，得於物之現在地返還之（民法第五九七條至第六〇〇條）。

關於寄託契約之報酬請求權，費用償還請求權，或損害賠償請求權，民法定有短期之時效期間，即自寄託關係終了時起，其時效爲一年（民法第六〇五條）。

### 第五六五

（第三）代替物之寄託

寄託物爲代替物，或金錢，約定以寄託物之所有權，移轉於受寄人，而由受寄人以種類，品質，數量相同之物返還者，是之謂代替物之寄託，亦稱不正常之寄託（*Depositum Irregulariter* 德文名 *entliche Verwahrung*）（民法第六〇二條）。

在正常之寄託，寄託物之所有權，仍屬於寄託人，而受寄人負有以原物交還之義務，而在不正常之寄託，寄託物之所有權，屬於受寄人，而受寄人僅負擔以同種類，同品質，同數量之物之返還義務，故就其效果言，二者應有區別。又，不正常之寄託，與消費借貸亦有差異。在消費借貸，借用人經濟上之利益，優越於貸與人，而在不正常之寄託，係爲寄託人之利益，而爲寄託物之交付。

## 第五六六

在代替物之寄託，適用關於消費借貸之規定，自寄託物交付之時起，其所有權即歸屬於受寄人（民法第六〇二條下段）。寄託物為金錢時，受寄人祇須返還同一數額，而毋庸返還原物。於此情形，寄託物之利益及危險，於該物交付時，移轉於受寄人。但其寄託定有期限者，為免受寄人臨時催促起見，寄託人非有不得已之事由，不得於期限屆滿前，請求償還（民法第六〇三條）。故與民法第五九七條之規定異趣也。

### 第二節 關於客人攜帶之物件

旅店或其他以供客人住宿為目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損喪失，應負責任。其毀損喪失，縱由第三人所致者，亦應負責，例如客人所住之房間，雖已下鎖，但其行李如為人竊取者，旅店主人，仍須負擔賠償義務（民法第六〇六條一項）。再者，飲食店，浴室之主人對於客人所攜帶通常物品之毀損喪失，亦須負其責任。例如顧客在餐館飲食時，其放置衣架上之雨衣雨帽被人竊取者，餐館主人，應予賠償（民法第六〇七條上段）（註）。

（註）按羅馬法及德國普通法，認馬廐主人及船舶所有人，對於客人所攜帶之牲畜及行李，亦應負責，並認此項責任，係基於準侵權行為而然者（*Receptum nautarum, Carpentum et Stabulariorum*）。德國現行民法，雖認旅店主人，有此種責任，但飲食店，馬廐主人，「備

有傢具」房間之出租人（德 *Vermieter mobiler Zimmer*），風車公司，船舶所有人，對於客人攜帶物品之毀損喪失，均不負特殊之責。我國民法第六〇六條第一項，所謂「其他以供客人住宿爲目的之場所主人」一語，則其範圍至爲廣泛也。

所宜注意者，旅店或其他供人住宿之場所主人，必須以營業爲目的者，始負特殊之責任，至若通常家庭，留客下榻，民法第六〇六條，不能適用也。

對於客人攜帶物件所負之責任，應有種種之限制。（一）物件之毀損喪失，由於不可抗力，或因其物之性質，或因客人自己，或其伴侶隨從或來賓之故意或過失所致者，主人不負責任（民法第六〇六條二項第六〇七條但書）。（二）金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品，非經報明其物之性質，及數量，交付保管者，主人不負責任。但主人無正當理由，拒絕爲客人保管上列各種珍貴物品者，則對於其毀損喪失，應負責任。其物品因主人或其受僱人之故意或過失，而致毀損喪失者，亦同（民法第六〇八條二項）（註）。（三）客人知其物品毀損喪失後，應即通知主人，怠於通知者，喪失其損害賠償請求權（民法第六一〇條）。

（註）民法第六〇八條二項「僱用人」一語，當係「受僱人」之誤。

主人得以免責之事由，以上述三種情形爲限，至若以揭示限制或免除法定之主人責任者，其揭

## 第五六七段

亦爲無效（民法第六〇九條）。蓋我國各地積習，凡棧房，浴室，飲食店，常懸牌揭示「銀錢物品，各自留心，倘有遺失，與店無涉。」等辭句，故民法特設明文，認其爲無效也。

客人對於攜帶物品之毀損喪失，依法得向主人主張損害賠償請求權者，其請求權應受短期時效之限制，卽自發見喪失或毀損之時起，六個月間不行使而罹於時效。自客人離去場所後六個月者亦同（民法第六一一條）。

主人對於客人攜帶之物件，既須負擔特殊之責任，故法律爲公平起見，主人就住宿，飲食，或墊款所生之債權，於未受清償前，對於客人所攜帶之行李，及其他物品，享有留置權（民法第六一二條）。

## 第十五章 倉庫

### 第一節 概說

第五六八段（第一）倉庫之定義及其法律上性質

倉庫（德 *Lagerbeschnitt* 法 *Contract of deposit* 英 *Warehouse business* 日：倉庫營業）者，契約當事人之一方即倉庫營業人（德 *Lagerhalter*），以受報酬，而爲他方即寄託人（德 *Erlaher*），堆藏及保管物品之營業也（民法第六一二條）。

又倉庫營業人應就所堆藏之物品負保管之責，故僅僅以場屋供人堆藏物件，而無須予以保管者，則係租賃而非倉庫營業。又倉庫營業之標的物必須須可得堆藏之物品（德 *Lagerbare Güter*），至若為他人保管牲畜或有價證券，縱使收受報酬，亦係寄託而非倉庫營業。再者，堆藏物品，必須係契約之主要內容，為履行他種契約（例如運送契約），暫時為他人保管物品，則非倉庫營業也。雖然，倉庫營業與寄託關係，極相類似，是故除民法有特殊之規定外，準用關於寄託之規定（民法第六一四條）。

第五六九 段  
（第三）倉庫之種類

倉庫營業，約之可分為三類。

(一) 通常倉庫營業（德 *Sonderlagergeschäft*）。在通常倉庫營業，堆藏之物品，其所有權，應屬於寄託人（拉 *Depositum regulare*）。一切可代替物，如米麥等，亦得為通常之堆藏。倉庫營業人應分別予以保管。

(二) 混合倉庫營業（德 *Sammlagergeschäft*）。堆藏之可代替物與其他同種類同品質之物，混同保管者，謂之混合倉庫營業（註）。在混合倉庫營業，各寄託物之所有人，對於混合堆藏之貨物，處於共有人之地位，依堆藏時之數量為標準，定其應有分。



(註)依德國商法第四一九條第一項之規定，以混合倉庫營業，營業人須得各貨物所有人之明示的允許。

(三)不正常倉庫營業(德 Summenlagergeschäft)。在可代替物之堆藏，約定以其所有權移轉於倉庫營業人，而使其負擔返還種類品質數量相同之貨物之義務者，是之謂不正常倉庫營業。

### 第二節 倉庫

## 第五七〇

倉庫營業人因寄託人之請求，應由倉單簿，填發倉單(民法第六一五條)。倉單(德 Lagerchein, Warrant)，係有價證券之一種，且係要式證券(註)以倉庫營業人，憑此以返還所堆藏之物品也。

(註)依民法第六一六條之規定，倉單應記載下列事項，並由倉庫營業人簽名。(一)寄託人之姓名及住所，(二)保管之場所，(三)受寄物之種類，品質，數量及其包皮之種類，個數及記號，(四)倉單填發地及填發之年月日，(五)定有保管期間者，其期間，(六)保管費，(七)受寄物已付保險者，其保險金額，保險期間及保險人之名號。又倉庫營業人，應將上列各款事項，記載於倉單簿之存根。

倉單得分為三種。(一)曰指示式倉單(德 Orderbrief)，係交付證券(德 Traditionspapier)也。(註)。(二)曰正面倉單(德 Rektalagerchein)，亦即禁止背書之倉單，單上應記載特定人之名號，而

僅此特定人得請求寄託物之交付也。正面倉庫，雖非交付證券（總 *Inhaberschein*）但其轉讓亦能發生寄託物返還請求權之讓與之效力，依民法第七六一條第三項之規定，因此可以取得寄託物所有權，唯不能因此直接取得其占有耳。（三）無記名式倉單（*Inhaberschein*）。就法律上之性質言，無記名式倉單，與無記名證券同，故亦非交付證券。無記名倉庫之交付，轉寄託物者，雖僅爲返還請求權之讓與，但依民法第七三三條之規定，倉庫營業人，祇保有特定之抗辯，就實際上言，無記名式倉單之交付，其效力與指示式倉單之交付，無甚差異。

（註）在倉庫營業人，運送營業人，或船長所發之倉單，提單，或載貨證券，若因此項單券之交付，與單券上所載物品之交付同視者，則此項單券，謂之交付證券（參照民法第六二九條海商法第八九條）。

第五七一

倉單持有人，如願將原倉單交還，得請求倉庫營業人，將寄託物分割爲數部分，並填發各該部分之倉單，以便物品之流通。但此項分割及填發新倉單之費用，應由持有人負擔（民法第六一七條）。

倉單係有價證券，足以代表單上所載之貨物，故在指示式倉單，非由貨物所有人於倉單上爲背書，並經倉庫營業人簽名，不生所有權移轉之效力，所以昭鄭重也（民法第六一八條）。

第三節 倉庫營業人之義務與權利

(第一) 倉庫營業人之義務

倉庫營業人，應以善良管理人之注意，為堆藏物之保管(民法第六一四條第五九〇條) 堆藏物有變更，致有減少其價格之虞時(例如發霉或腐敗)，倉庫營業人，應即通知寄託人(註)

(註)關於此點，德國商法第四一七條第二項，有明文規定。我國民法雖無類似之條文，但倉庫

營業人，依法既應為善良管理人之注意，自當使其負此項通知義務。

寄託物之保管，定有期限者，在保管期間屆滿前，倉庫營業人不得請求移去寄託物。未約定保管期間者，自為保管時起，經過六個月，倉庫營業人得隨時請求移去寄託物，但應於一個月前通知(民法第六一九條)。

倉庫營業人，因寄託人或倉單持有人之請求，應許其檢點寄託物或抽取樣本(民法第六二〇條)

對於倉庫營業人所得主張之損害賠償請求權，自倉庫關係終了時起，其時效期間為一年(民法第六一四條第六〇五條)。

(第二) 倉庫營業人之權利

倉庫營業人，得向寄託人請求報酬或補付。報酬未經約定者，應依習慣定其數額。又倉庫營業

人因保管寄託物而支出必要費用者，除契約另有訂定外，得請求寄託人償還之（民法第六一四條第五九五條）。

倉庫營業人，就保管寄託物而生之債權，在未受清償前，對於寄託物有留置權（民法第六一四條第六一二條）。

倉庫契約終了後，寄託人或倉單持有人，拒絕或不能移去寄託物者，倉庫營業人得定相當期限，請求于期限內移去寄託物。逾期不移去者，倉庫營業人，得拍賣寄託物，由拍賣代價中，扣去拍賣費用，及保管費用，而以其餘額交付於應得之人（民法第六二一條）。

## 第十六章 運送營業

### 第一節 概說

運送營業（德 *Frachtpostgeschäft* 法 *Contrat de transport* 英 *Contract of Forwarding*）者，以受運費（德 *Fracht*），而運送物品或旅客之營業也（民法第六二二條）。運送營業，係承攬契約之一種，蓋此項營業，對於運送之完成，負有義務，而不僅僅以有運送之事實爲已足也。

### 第五七四

運送營業，得分爲兩類：（一）日物品運送（德 *Gütertransportgeschäft*、*Frachtgeschäft*）。鐵道，公路，郵局，飛機，船舶，均係物品運送之重要工具，國家對於此種運送工具之機關，均定有特別

法規(註一)，在特別法無規定時，始適用民法。(二)曰旅客運送(德 qveyschentransportgeschäft)。鐵道，公路，飛機，船舶，亦均係旅客運送之重要工具，國家對於此種運送工具之機關，亦定有特別法規(註二)，在特別法無規定時，始適用民法。雖然，以簡單之運輸工具，供物品或旅客之運送，或以徒手為貨物運送者，乃屬極尋常之事實，於此情形，應適用民法。

(註一) 參照中華民國鐵路貨物運輸通則(民國二二、九、一二、一三、一四、一五修正)

(註二) 中華民國鐵路客車運輸辦事細則(民國二一、八、一二、一三、一四、一五、一六、一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二三、二四、二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二、三三、三四、三五、三六、三七、三八、三九、四〇、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇、五一、五二、五三、五四、五五、五六、五七、五八、五九、六〇、六一、六二、六三、六四、六五、六六、六七、六八、六九、七〇、七一、七二、七三、七四、七五、七六、七七、七八、七九、八〇、八一、八二、八三、八四、八五、八六、八七、八八、八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇)

(註三) 參照中華民國鐵路客車運輸通則(民國二四、一二、一三、一四、一五、一六、一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二三、二四、二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二、三三、三四、三五、三六、三七、三八、三九、四〇、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇、五一、五二、五三、五四、五五、五六、五七、五八、五九、六〇、六一、六二、六三、六四、六五、六六、六七、六八、六九、七〇、七一、七二、七三、七四、七五、七六、七七、七八、七九、八〇、八一、八二、八三、八四、八五、八六、八七、八八、八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇)

(註四) 參照蘇浙皖東滬五省市公路聯運辦法(民國二十二年三月五省市交通委員會通過)

(註五) 參照蘇浙皖東滬五省市公路汽車載客通則(民國二十三年十一月全國經濟委員會分函五省市)

(註六) 參照蘇浙皖東滬五省市公路汽車載客通則(民國二十三年十一月全國經濟委員會分函五省市)

市政府公布，及海商法

關於物品或旅客之運送，如因喪失，損傷，或遲延而生之賠償請求權，法律定有較短之時效期間，即為運送終了，或應終了之時起，其時效為二年(民法第六二三條)。

### 第三節 物品運送

#### 民法要義

第五款 概說

第五五

第一節 物品運送之意義

物品運送(德 Frachgeschäft; Gütertransportgeschäft)者，以受報酬(即運費)，而為物品運送之營業也(註)。為運送之人，稱為運送人(德 Frachthaber)，所運送之物品，應為運送之目的，而交付於運送人。是故拖曳船舶之契約(德 Schleppvertrag)，係承攬契約，而非運送契約，蓋所拖曳之船舶，無庸為交付也。至於運送距離之遠近，以及運送之方法若何，皆非所問。或以舟車，或以駝馬，或為肩挑，或為手挈，或近在隔巷，或遠涉重洋，其為運送則一也。

(註)德國學者，認物品運輸之路線，必須在陸上，河川上，或其他內水上，至若海上運送及航空運送，則應依照海商法及航空法之規定。我國民法學者，以現行法關於運送營業，

(係採德日立法例，應以陸上運送為限(參照載修瓊著：民法續篇各論下冊第一五三頁))

若悉以為不然。按現行海商法第一條載：本法稱船舶者，謂在海上航行及在與海相通能供海船行駛之水上航行之船舶。是則海商法第四章運送契約，其路線應僅限于海上及與海相通之水上，殆無疑義，至其他水路及空際之運送，自應適用民法，足徵民法規定之運送營業，並不限于陸上運送也。

## 第五七六段

(第二)物品運送營業之法律上性質

物品運送，係承攬契約之一種，但其主要之當事人有三。(一)曰託運人(德 *Absender*)，即係以自己之名義，與運送人訂立契約之人。其地位與承攬契約之定作人同。至若以自己之名義，為第三人之計算而訂立契約者(例如承攬運送人)，該第三人則稱之為委託人(德 *Kommissar*)。(二)曰運送人(德 *Frachtführer*)，即承攬運送之人，其地位與承攬契約之承攬人同。(三)曰受貨人(德 *Empfänger*)，即在運送完成後，收受物品之人，通常受貨人，即係託運人或委託人。

## 第五七七段

(一)當事人之法律地位

在託運人與受貨人，非係同一之人時，則物品運送契約，係向第三人為給付之契約(註)，亦即為受貨人利益之契約也。因物品運送契約之訂立，在託運人與運送人之間，僅發生債法上之關係。物品交付于運送人之後，託運人對於該項物品，尚保有其處分權。得指示運送人予以停運，或返還，或命其送交託運單上所載之受貨人以外之人。再者，物品雖已到達目的地，亦即交貨地(德 *Adressatort*)，但在運送人未將運送物之到達，通知受貨人前，或受貨人于運送物到達後尚未請求交付運送物前，託運人(或提單持有人)，亦保有其處分權(民法第六四二條)。

(註)參照本書第三二〇段以下。

因物品之交付於運送人，在運送人與受貨人之間，亦發生債法上之關係。此項關係，足使物品運送契約之履行，予以擴張，運送人於運送物到達目的地時，應即通知受貨人（民法第六四三條）。運送物到達目的地，雖經受貨人請求交付後，受貨人取得託運人因運送契約所生之權利，詳言之，受貨人得處分運送物，並得以訴訟請求運送人爲貨物之交付（民法第六四四條）。受貨人受領物品後，依提單之記載，負有支付運費之義務者，應給付運費（參照民法第六二五條二款）。

## 第五七八

## (一) 關於物品運送之單據

託運單(德Frachtbrief)，係託運人所發給之單據。託運人因運送人之請求，應填給託運單。託運單係要式證券，應記載下列事項，并由託運人簽名：(一)託運人之姓名及住所，(二)運送物之種類、品質、數量，及其包度之種類、個數，及記號，(三)目的地，(四)受貨人之名號及住所，(五)託運單之填給地及填給之年月日(民法第六二四條)。託運人於填給託運單外，並應對於運送人，交付運送上及關於擔擔警察所必要之文件，并應爲必要之說明(民法第六二六條)。託運單係證明證券(德Besandurkunde)，而非有價證券(德Wertpapier)，僅足以證明運送契約之訂立及其內容。唯託運單上之記載，應爲明確真實，倘有虛偽，致運送人蒙受損害者，託運人應負賠償責任。

## 第五七九

提單(德Ladeschein)：貨物引換證(係運送人所發給之單據。運送人因託運人之請求，應填發



提單。提單亦係要式證券，應記載下列事項，并由運送人簽名：（一）民法第六二四條第二項所列第一款至第四款事項，（二）運費之數額，及其支付人爲託運人或爲受貨人，（三）提單之填發地及填發之年月日（民法第六一五條）。運送人因填發提單，輒負有憑單交付貨物之義務，但提單持有人請求交付運送物時，亦應將提單交還（民法第六三〇條）。提單又係有價證券（Wertpapier）。（一）除禁止背書之情形外，提單縱爲記名式，仍得以背書爲移轉（民法第六二五條）。（二）運送人填發提單之後，應將運送物交與單上所載之受貨人，或其受讓人，在提單爲指示式者，應交與其被背書人。故提單係片務證書（*Deutscher Verpflichtungsschein*）。（三）關於運送契約上之請求權，以提單爲唯一之根據。換言之，運送人與提單持有人間，關於運送事項，依其提單之記載（民法第六二七條）。（四）交付提單于有領受物品權利之人時，其交付統物品所有權移轉之關係，與物品之交付，有同一之效力，故提單又係交付證券（*Traditionspapier*）也。要之，因提單之交付，受貨人之法律地位，益增穩固。蓋如上所述，託運人對運送物本有自由處分之權，但因提單交付之後，則不特于貨物到達目的地之後，喪失其處分權，在交付提單之同時，即已喪失此項權利也。

如上所述，吾人深知託運單與提單，具有顯著之區別：託運單係託運人所發給，而提單則爲運送人所填發，託運單係純粹之證明證券，而提單則爲有價證券也。

第五八〇

第二款 物品運送人之義務與權利

第三項 物品運送人之義務

(第一) 概說

運送人應依運送契約之規定，負擔下列三種義務：(一)運送人應於約定期間內爲運送。此項期間，謂之交貨期間(德Lieferfrist)。無約定者，依習慣，無約定亦無習慣者，應於相當期間內運送之。唯茲之所謂相當期間之決定，應顧及各該運送之特殊情形(民法第六三二條)(註)。(二)運送人應依託運人(在填發提單後，提單之持有人)之指示，而爲運送。運送人非有急迫之情事并可推定託運人若知其有此情事亦允許變更其指示者，不得變更託運人之指示(民法第六三三條)。(三)運送物自收受時起以迄于交付時止，運送人應負保管之義務。

(註)德國商法第四二八條二項規定：運送發生障礙，而此項障礙，非因可歸責于託運人之事由所致者，託運人得解除契約。此項立法例，頗足供參攷。

受貨人所在不明，或拒絕受領運送物時，運送人應即通知託運人，并請求其指示。如託運人之指示，事實上不能實行，或運送人不能繼續保管運送物時，運送人得以託運人之費用，寄存運送物於倉庫。運送物如有不能寄存於倉庫之情形，或有腐壞之性質，或顯見其價值不足抵償運費，及其

## 第五八一

他費用時，運送人得拍賣之。運送人於可能之範圍內，應將寄存倉庫或拍賣之事情，通知託運人及受貨人（民法第六五〇條）。上述之通知及寄存之義務，在運送物受領權之歸屬有訴訟，致交付遲延時，亦同（民法第六五一條）。

### （第二）運送人之責任

運送人對於下列二種情形，應負損害賠償之責任：（一）自收受以迄于交付時止，運送物有喪失或毀損者，（二）遲誤交貨期間（民法第六三二條）。此項賠償請求權，原則上屬於託運人，但有時受貨人亦得主張之（參照民法第六二七條）。但此項賠償義務，僅以運送人有故意或過失時，始負擔之。運送人能證明其喪失毀損或遲到，係因不可抗力，或因運送物之性質，或因託運人或受貨人之過失而致者，不負其責（民法第六三四條），但運送物因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損時，運送人如于接收該物時不為保留者，則仍須負其責任（民法第六三五條）。

運送人之受僱人（註）或其所委託之運送之人，有故意過失致運送物喪失毀損或遲到者，運送人應與自己之故意或過失，負同一責任（民法第六三六條）。民法第六三六條之法意，係使運送人對於一切使用人員之故意或過失，均須負其責任，至此項人員是否係其履行債務之幫手（德 *Einflussnahme*），則非所問，故與民法第二二四條異趣也。例如運送人之司賬員，誤將煙頭拋入託運人之物

品內，致將全部貨件，均兆焚如者。依民法第二二四條之規定，運送人對於該司賬員之此項過失，不負責任，蓋司賬員并未受運送人之委任而為物品之保管也。但依民法第六三六條，則運送人仍須負責，是以司賬員乃運送人之受僱人也。

(註)民法第六三六條所稱「僱用人」，當係受僱人之誤。

第五八二

運送物之喪失，毀損，或遲到，係因運送人之轉過失所致者，其損害賠償額，應依其應交付時目的地之價值計算之。運費及其他費用，因運送物之喪失或毀損，無須交付者，應由此項賠償額中扣除之。若運送物之喪失，毀損或遲到，由于運送人之故意或重大過失所致者，如有其他損害，運送人(或提單持有人)并得請求賠償(民法第六三八條)。唯因遲到之損害賠償額，不得超過因其運送物全部損失可得請求之賠償額，以示限制(民法第六四〇條)。雖然，凡上所述，係指一般之物品而言，至若金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品，除記運人于記運時聲明其性質及價值外，運送人對於其喪失或毀損，不負責任。即經報明價值，運送人亦祇就所報價值為限，負其責任(民法第六三九條)。

依其情形，有變更運送人或提單持有人之指示之必要，或受貨人所在不明或拒絕受領，或受領權之歸屬有訴訟致交付遲延，或其他情形足以妨礙或遲延運送，或危害運送物之安全者，運送人

爲保護運送物所有人之利益。應爲必要之注意及處置。怠于此項注意及處置者，則對於因此所致之損害，應負責任（民法第六四一條）。

### 第五八三段

雖然，運送人之責任，得依當事人間之明示的同意，予以免除或限制，但關於故意或重大過失之責任，不得預先免除（參照民法第二二二條）。又運送人交與託運人之提單或其他文件上，雖有免除或限制運送人責任之記載，除能證明此項記載，曾取得明示的同意外，仍不生效力。蓋運送人往往爲脫卸自己之責任，嘗于提單或其他文件上（例如運費收據上）。記載若干免責條款，以取巧朦混，故法律特予以取締（民法第六四九條）。所宜注意者，運送人之責任，因受貨人受領運送物并支付運費及其他費用而不爲保留者，即歸消滅（民法第六四八條一項）。但有二種例外：（一）運送物內部有喪失或毀損不易發見者，以受貨人于受領運送物後，十日內將其喪失毀損通知于運送人者，運送人仍應負責；（二）運送物之喪失或毀損，如運送人以詐術隱蔽，或因其故意或重大過失所致者，受貨人即使未于受領後十日內向運送人爲通知，運送人仍須負賠償責任（民法第六四八條二項三項）。

### 第五八四段

（第三）多數運送人之責任

運送物由數運送人相繼爲運送者，有二種情形可指：

（一）于全部運送距離，由第一運送人，亦稱主運送人（德 Hauptfrachthaber），承攬運送，而該

主運送人，將運送事務之一部，轉託其他運送人，亦稱次運送人（德 *Durchfrachter*）爲之者，此時該主運送人對其次運送人之故意過失，應負責任（民法第六三六條）。而次運送人對於全部之運送，亦須與主運送人負連帶責任，但其中有能證明對於運送物之喪失，毀損或遲到，依法無須負責者，不在此限（民法第六三七條）。至于運送責任之原因，運送人中，有爲損害賠償之條件者，對於因故意過失而發生損害之運送人，有償還請求權（民法第一八八條）。

(二) 第一運送人，僅於運送距離之一部分，爲運送，而依託運單之記載，將物移交其他運送人繼續運送者，是之謂區間運送（德 *Zwischenfrachtervertrag*）。在區間運送，第一運送人，僅於選擇區間運送人有過失時，負其責任，其地位與承攬運送人同。而後之運送人，僅於其與契約相對人，負其責任，區間運送之契約，如以託運人之名義訂立者，則此時託運人即係契約相對人。

第二項 物品運送人之權利

第五八五段

(第一) 運費請求權

運送人得請求支付約定（未約定者依習慣）之運費，並得請求墊款（例如稅捐倉庫寄存費等）之償還。就原則而言，運費之請求，僅得於運送完成時，始得爲之，蓋送係承攬契約之一種也。但若運送人因託運人或提單持有人之指示，中止運送，或返還運送物，或爲其他之處分，不能完成運送

者，得按照比例，就其已爲運送之部分，請求運費，及償還因中止返還或其他處分所支出之費用，並得請求相當之損害賠償（民法第六四二條二項）。

運送物於運送中，因不可抗力而喪失者，運送人不得請求運費，其因運送前已受領之數額應返還之（民法第六四五條）。

在受貨人所在不明或拒絕受領運送物，而運送人依法（參照民法第六五〇條三項）得拍賣運送物者，運送人得就拍賣代價中，於扣除拍賣費用外，並得扣除運費及其他費用。但扣除後尚有餘額者，則應將該項餘額交付於應得之人，如應得之人，所在不明者，應爲其利益提存之（民法第六五二條）。

負擔運費及其他費用支付之債務人，原則上應係託運人，但依提單之記載，有時受貨人，亦應負支付之義務。

### 第五八六 因託運人怠忽告知義務而生之賠償請求權

運送物依其性質，對於人或財產有致損害之虞者（例如爆炸物或腐蝕性之藥品），託運人於訂立契約前，應將其性質告知運送人。怠於告知者，運送人對於因此蒙受之損害，得請求託運人予以賠償（民法第六五七條）。

（第三）運送人之留置權

運送人爲保全其運費及其他費用得受清償之必要，按其比例，對於運送物，有留置權，但運費及其他費用之數額有爭執時，受貨人得將有爭執之數額，予以提存，而請求運送物之交付，於此情形，運送人不得復行主張留置權（民法第六四七條）。

（第四）數運送人之法律地位

關於同一之物品運送，而有數運送人，如主運送人，次運送人或區間運送人參加者，則最後之運送人，對於前運送人之債權，應代爲收取，並應代爲行使前運送人之各種權利（尤其關於留置權）（民法第六五三條）。倘因其過失，怠於行使前運送人之權利，則對於前運送人，應負賠償責任（民法第六四六條）。至若後之運送人，向前運送人爲清償者，則前運送人之權利，即移轉於爲清償之運送人，是亦法定之債權移轉（拉 *Cessio Legis*）也。

第三節 旅客運送

第五八七

（第一）旅客運送契約之訂立

在旅客運送，其規模較爲宏大者，通常均因客票（*Fahrkarte*）之掣取，而成立運送契約。客票係無記名證券，但自運送開始以後，僅原人有權使用也。



在鐵道，公路，飛機之旅客運送，應適用契約強制之原則，依其設備，有座位可供運送者，不得拒絕旅客運送之要約。

在鐵道，公路，飛機之旅客運送，其運送契約，一經訂立之後，旅客享有攜帶行李（德 *Reisegepäck*）之權利。所謂行李，係指旅行日用之物件，由旅客及時交與運送人者而言。在交付行李時，運送人應印填給行李票（德 *Gepäckschein*）。行李票，係認領證書（德 *Leistungspapier*）。運送人祇須憑票返還行李，對於行李票持有人是否旅客本人，不負認定之責。至行李之重量及容積之限制，則應依特別法之規定，或當事人間之特約。

#### （第二）運送人之義務及責任

旅客之行李，及時交付運送人者，應于旅客到達時返還之（民法第六五五條）。運送人對於旅客之行李，不問其是否另收運費，均應負擔物品運送人之義務，但亦得享受物品運送人之權利（民法第六五七條）。至旅客到達後六個月內，不取回其行李者，運送人得拍賣之。其行李有易於腐壞之性質者，則於到達後經過四十八小時，即得為拍賣。運送人為拍賣時，得就拍賣代價中，扣除拍賣費用，及其他費用（例如保管費），有運費者其運費，而將餘額交付於應得之人，應得人在不明時，則為其利益而提存之（民法第六五六條）。

運送人對於旅客所委託之行李（例如手提行李），如因自己或其受僱人之故意過失，致有喪失或毀損者，仍負責任（民法第六五八條）（註）。

（註）民法第六五八條所稱「僱用人」，當係受僱人之誤。

運送人對於旅客因運送所受之傷害，及運送之遲延，除傷害係因不可抗力，或因旅客之過失所致者外，應負責任（民法第六五四條）。惟就民法第六五四條所書之規定以觀，運送之遲延，即使因不可抗力所致者，運送人亦須負責，似欠公允。蓋依該條法意，運送人對於旅客之傷害，亦僅僅負擔過失責任，而對於運送之遲延，反須負危險責任，揆諸情理，殊不可通。

旅客運送人之責任，亦得以特約予以免除或限制，但以有明示之同意為限，至若運送人交與旅客之票據，或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載者，除能證明此項免除或限制有明示之同意外，不生效力。再者，關於運送人故意或重大過失之責任，即有明示之同意，亦不能為免除（民法第六五九條第一二二條）。

## 第十七條 承攬運送

第五八九

(第一) 承攬運送之意義

承攬運送 (德 *Bedienungsfahrt*) 者，以自己之名義，為他人即委託人 (德 *Auftraggeber*) 之計算，使運送入運送物品而受報酬之營業也 (民法第六八〇條一項)。經營承攬運送者，謂之承攬運送人 (德 *Bedienungsfahrer* 法 *Commissionnaire d'expedition*)。

承攬運送人與物品運送人，係自己為運送，而承攬運送人，則使他人 (通常均係物品運送人) 為運送。惟就實際上言，承攬運送人，大抵兼營物品運送也。

承攬運送，應為承攬物品之運送，至於陸運，水運，或航空，則可不問，惟承攬旅客之運送，不歸納為承攬運送營業，故旅行社之營業，非承攬運送也。

承攬運送人，應以自己之名義，為他人之計算，與物品運送人，訂立運送契約。故承攬運送，與居間又有不同。居間，僅於委託人與物品運送人間，為訂立運送契約之媒介也。

第五九〇

(民二) 承攬運送之法律上性質

承攬運送人，係為委託人完成一定之工作，故亦係承攬契約之一種。惟承攬運送又與行紀營業 (行紀亦係承攬契約之一種)，極相類似，蓋二者皆係以自己之名義，為他人之計算，而訂立契約。但其間亦有差異之點在。行紀營業，原則上均為訂立買賣契約，而承攬運送，則專為物品運送契約。

之訂立也。雖然，二者相似之處頗多，故關於行紀之規定，皆可準用於承攬運送（民法第六六〇條）。

（註）就經濟上以觀，承攬運送之係物品運送之輔助營業機關，惟其目的，專在訂立物品運送契約，故其法律行為，須嚴加區別。

在承攬運送，下述之兩種法律行為，須嚴加區別：  
（一）承攬運送契約，係委託人與承攬運送人間所訂立，在此項契約關係（即內部關係）中，委託人處於事主之地位。

（二）物品運送契約，係承攬運送人與物品運送人間所訂立，在此項契約關係（即外部關係中），承攬運送人，處於事主之地位，委託人對於物品運送人，毫無契約上之關係。關於承攬運送契約上之請求權，須經承攬運送人為讓與之後，委託人始得對物品運送人行使之。例如甲委託承攬運送人乙將其桐油一手担，自長沙輸運紐約。乙因先將該項物品，交鐵路局運至九江。倘途次受有損失，則依照物品運送契約而生之賠償請求權，僅乙得主張之。雖然，承攬運送之物品，若因運送人保管未妥，致受損害者，則依侵權行為之原則，委託人對於運送人，亦有直接的賠償請求權。例如甲以貨物委託承攬運送人乙經辦運送，乙因與運送人丙訂立運送契約，而將此項貨物堆藏於運送人之倉

庫旋以倉庫銷閉未固，致一部物品被竊，於此情形，甲因其所有權被侵害，得依據民法第一八四條第一項之規定，逕向丙爲損害賠償之請求。

## 第二節 承攬運送人之義務與權利

### 第五九一段

#### (第一) 承攬運送人之義務

承攬運送人，應以善良管理人之注意，爲運送之承攬（民法第六六〇條二項第五七七條第五三五條下段）。對於運送人或區間承攬運送人（德 *Wischenspediteur*）之選定，應妥爲注意。但承攬運送人，僅於選任有過失時，負其責任，而對於被選任人之故意過失，則不任其責（民法第六六一條）。所謂區間承攬運送人，係指受第一承攬運送人（即主承攬運送人）之委任，就運送程途之一部，承攬物品運送事務之人而言（註）。區間承攬運送人，僅與主承攬運送人間，有法律上之義務與權利，而與委託人並無契約關係。委託人僅於主承攬運送人讓與其對區間承攬運送人所得行使之契約上的請求權以後，始得主張之。例如甲以物品委託承攬運送人乙，由長沙運至上海，乙將貨物交鐵路局運至九江，委託承攬運送人丙，託其交長江輪船轉運上海。倘此項貨物，因丙之過失，致喪失一部，則此項賠償請求權，應屬於乙，俟乙讓與於甲以後，甲始得主張之。

（註）民法第六六一條所稱「其他與運送有關之事項」，固屬多端，愚以爲區間承攬運送，爲

事實上所常見，故特予說明。

承攬運送人，對於物品之接收保管，應妥為注意，並防止其喪失或毀損，如因其怠於注意，致物品有喪失或毀損者，應負責任（民法第六六一條）。

對於承攬運送人因運送物之喪失或毀損或遲到所生之損害賠償請求權，現行法設有短期時效之規定，自運送物交付或應交付之時起，其時效為一年（民法第六六六條）（註）。

（註）關於此點，德國商法，原則上亦設有短期之時效期間，但損害之發生，由於承攬運送人故意所致者，則應適用三十年之時效期間（德商第四一條）。

## 第五九二

六五條

（第二）承攬運送人之權利

承攬運送人，將物品交付於運送人以後，即得依約定或習慣，請求報酬，寄存費，並得請求償還其為委託人之利益而支出之費用（其主要者如運費，及其利息）（民法第六六〇條二項第五八二條）。

承攬運送人，為保全其報酬及墊款得受清償之必要，按其比例，對於運送物，享有留置權（民

法第六六二條)。區間承攬運送人，亦得行使留置權，且爲主承攬運送人之利益，並應代其行使留置權。區間承攬運送人，向主承攬運送人爲清償者，則主承攬運送人對於委託人所得主張之債權，連同所附隨之留置權，應一併移轉於區間承攬運送人(民法第六四六條類推適用)。

除契約另有訂定外，承攬運送人，得自行運送物品，是之謂承攬運送人之歸入權(Selbstrecht)。例如承攬運送人，以自己所有之載貨汽車，裝運物品，以代鐵道之輸送是。就運送全部，約定價額，或承攬運送人填發提單於委託人者，視爲承攬人自行運送。承攬人自行運送，其權利義務，與運送人同(民法第六六三條)，但依現行法之規定，不得另行請求報酬，易言之，於收取運費外，不得復行請求承攬運送之報酬之支付也(註)(民法第六六四條)。

(註)按現行民法，既許認承攬運送人，得行使歸入權，則此際對於委託人，所具有承攬運送人與運送人之兩重資格，其情形與行紀人行使歸入權時同。在行紀人行使歸入權時，法律既許其仍得請求關於行紀營業之報酬(民法第五八七條二項)，而在承攬運送人自爲運送時，何以不得請求承攬之報酬，理由安在。殊難索解，民法第六六四條所謂「不得另行請求報酬」一語，似宜刪去。

運送物依其性質，對於人或財產，有致損害之虞，而委託人於訂立承攬運送契約前，怠於告知

承攬運送人者，承攬運送人如因此受有損害，得向委託人請求賠償（民法第六六五條第六三一條）

## 第十八章 合夥

### 第一節 合夥之意義及其標的

### 第五九三段

合夥（德 *Gesellschaft* 法 *Societe* 英 *Partnership* 日：組合）係契約之一種，契約當事人即合夥人（德 *Gesellschafter*），以經營共同事業，而互約為出資也（民法第六六七條）。例如數人共同出資囤積貨物，待價出售；二以上之律師或會計師，組織律師團或會計事務所，承辦有關法律或會計之事件是。合夥雖亦為二人以上之人所組織，但其本身並非權利主體，故與有權利能力之社團有別。就外部觀察，合夥並非單一之個體，且合夥人之變更，影響事業甚鉅，故嚴格言之，與無權利能力之社團（註）亦有差異。

（註）關於無權利能力之社團，可參照本書第七六段。

合夥之標的，即係共同事業之經營（德 *Die Erreichung eines Gemeinschaftlichen Zwecks*）

所謂共同事業，或為精神上的，或為經濟上的，均無不可。例如數人以研究戲劇為目的，而組成一



合夥，即係精神上的合夥事業也。但此項共同事業，必須為全體合夥人，一致參與。設若約定僅當事人中之一人，享受利益，則非合夥契約（註一），而依其情形，有時為贈與關係，有時可認為保單保之約定。又如約定僅當事人之一方，獨立處理事務，而他方則坐待分潤（註二），則亦非合夥契約，蓋於此情形，該坐待分潤之當事人，並未共同經營事業也。

（註一）此種合夥契約，在羅馬法上稱之為獅子合夥（*Societas Leona*）

（註二）此種約定，德國學者，稱之為 *Partiarischer Vertrag*。

在合夥關係，一合夥人之給付，係以他合夥人之對待給付為基礎，故合夥亦一雙務契約也。惟與通常之雙務契約，略有不同。通常之雙務契約，貴在給付之交換，而在合夥人之互為給付，旨在共同事業之經營。故民法第二五四條及第二五六條關於契約解除之規定，在合夥事業開始經營以後，不能適用，此際合夥人中如有給付遲延或給付不能，他合夥人祇得請求退夥，要不得為合夥契約之解除。

合夥契約，或其事業之種類，非經合夥人全體之同意，不得變更，但依民法第六七〇條之規定，合夥契約，亦得規定關於契約及事業之變更，無庸經合夥人全體之同意（註）。

（註）按合夥契約或其事業之變更，與各合夥人之利害，關係甚鉅，自應取得合夥人全體之同意

。如許認合夥契約，對於此點，可設有例外之規定，則少數合夥人，甚或僅僅合夥人中之一人，得依據特殊約定，任意變更契約或其事業，自難免專恣跋扈之弊，致使其他合夥人蒙受損害。在具有法人人格之無限公司，對於變更章程及為章程所定事業範圍外之行為，法律尚強其必須取得全體股東之同意（參照公司法第二一條），而民法對於不具有法人資格之合夥組織，反許其可不經合夥人全體之同意，為契約或事業之變更，於理殊不可通。應以爲民法第六七〇條「除契約另有訂定外」一語，應予刪去。

## 第二節 合夥財產

第五九五  
爲經營合夥之事業，必須有相當財產，以供運用，故在合夥人間，常必共同出資，以達成合夥契約之目的。唯此項共同出資所構成之財產，究應依羅馬法上之原則，認各合夥人對此均有其應有部份，抑或如日耳曼固有之法律，以此爲公共共有，立法例未甚一致。我現行民法，仿德瑞之成規，明定各合夥人之出資，及其他合夥財產，爲合夥人全體之公共共有也（民法六六八條）。

（第一）公共共有之原則（德Das Gesamthandsprinzip）。

凡屬經營共同事業之財產，均係合夥人所公共共有，易言之，此項財產，即係合夥財產（德Gesamtschaftsvermögen）。合夥財產，除包括各合夥人之出資外，兼及其他與經營合夥事業有關之一切

資財。且也，合夥財產，與各合夥人個人所有之財產，各自分離獨立，故合夥財產，在法律上係一單一體，可特稱之爲固有財產(德Sondervermögen)。

雖然，就法人之意義上言，合夥財產，並非財團，不能充獨立的權利主體，仍歸諸全體合夥人之公同共有。凡隸屬於合夥財產之物，各合夥人皆享受公同共有權；屬於合夥財產之債權，各合夥人均均係公同債權人。

## 第五九六段

(第二)合夥財產與各合夥人之關係

關於合夥財產，應依執行事務與代表合夥之原則(詳見下述)，僅享有執行權與代表權之合夥人，始得爲處分。各合夥人對於歸屬合夥財產之自己股分(德Anteil)，不得爲處分。唯在合夥人違反上述原則，擅自處分其股分者，其處分行爲，並非無效，但不得對抗其他合夥人耳。至若以其股分轉讓於他合夥人，則爲法律所允許(民法第六八三條)。屬於合夥財產之債權，各合夥人僅得爲合夥人全體請求給付(參照民法第二九三條一項)。合夥人間，雖有關於執行事務與代表合夥之特約，但各合夥人爲全體請求給付之權利，並不因此而受影響(註)。再者，各合夥人於合夥清算前，不得請求合夥財產之分析(民法第六八二條一項)。

(註)參照德國民事判例集第八六卷第六六頁。

各合夥人之個人債務與合夥債務，不得相與抵銷。合夥人不得以合夥對於其個人之債權人所享之債權，與其個人所負之債務相抵銷；而合夥債務人，亦不得以其對於任何合夥人之債權，與其所負之債務相抵銷（民法第六八二條二項）。

第五九七段

（第三）合夥債務

因經營合夥事業而負之債務，謂之合夥債務（德 *Gesellschafterverbindlichkeiten*）。合夥債務，亦歸屬於合夥財產，即合夥之消極的財產也。

合夥債務，不特合夥之積極的財產，應負責任，即各合夥人之個人財產，亦應對之負其責任。

第三節 執行事務與代表合夥

各合夥人對於合夥事務之管理，其權義之範圍若何，應視其相互間之關係（即內部關係），及各合夥人對於第三人之關係（即對外關係），而有嚴格之區別。就內部關係（德 *Innenverhältnis*）言，凡享有管理合夥事務之權利，且其他合夥人，對於其管理之結果，不能不予以承認者，則該管理事務之合夥人，稱之為事務執行人（德 *Geschäftsführer*）。就對外關係（德 *Außenverhältnis*）言，凡有權可使全體合夥人享受權利，或負擔義務者，則其人係合夥之代表（德 *Vertreter*）。

（第一）事務執行

關於事務執行權之歸屬，應依合夥契約之規定。(一)各合夥人得約定以過半數之決議，決定事務之執行。唯茲之所謂過半數，係指人數，而非指出資總額之過半數而言(民法第六七三條)。(二)各合夥人得約定由合夥人中之數人，執行事務。於此情形，合夥事務，應由該享有執行權之數合夥人，共同執行(民法第六七一條二項)。至合夥通常事務，得由有執行權之各合夥人單獨執行；但其他有執行權之合夥人中任何一人，對於該合夥人之行為有異議者，應停止該事務之執行。是之謂「消極同意原則」(德Negative Konsensprinzip)(民法第六一七條三項)。(三)各合夥人亦得約定，僅合夥人中之一人，執行事務。於此情形，其他合夥人，皆不得為事務之執行，但享有廣泛的聽取報告權(德Informationsrecht)(參照民法第六七四條第六七五)。

關於事務之執行權，未以契約訂定者，應由全體合夥人共同執行之。凡屬於合夥之任何事務，皆須取得各個合夥人之同意，始得為執行，是之謂「積極同意原則」(德Positive Konsensprinzip)(民法第六七一條一項)。

對於合夥事務有執行權之合夥人，與其他合夥人之關係，係處於受任人之地位，民法第五三七條至第五四六條，關於委任之規定，可以準用(民法第六八〇條)。但被委任執行事務之合夥人，非有正當事由，不得辭任，其他合夥人，非經全體之同意，亦不得將其解任(民法第六七四條)。

第五九八段

(第二)代表合夥

合夥人經合夥授與以代理權者，則其與第三人所作成之法律行為，其效力直接及于合夥。有事務執行權之合夥人，推定其享有代理權限。質言之，合夥人被委任執行合夥事務者，于依委任本旨執行合夥事務之範圍內，對於第三人，為他合夥人之代表(民法第六七九條)。再者，有代理權之合夥人，與第三人所作成之法律行為，其利益或不利益，對於全體合夥人，皆發生直接之效力。因其行為而享有權利時，此項權利，歸入于合夥財產，因其行為而負擔債務時，此項債務，係全體合夥人之連帶債務。

第四節 合夥人之義務與權利

第五九九段

(第一)合夥人之義務

就一般而言，各合夥人均負擔經營共同事業之義務(民法第六六七條)。但合夥人履行依合夥契約所負擔之義務時，只須與處理自己事務，為同一之注意，即為已足，換言之，僅負個性過失之責任(民法第六七二條)。

合夥人除應為共同事業之經營外，並須負擔出資之義務(民法第六六七條)。出資(德 *Beitrag*) 得以金錢，或物(動產或不動產)充之；但亦得以債權或其他權利(例如專利權，著作權等)充之。且

依民法第六七七條之規定，即勞務亦得爲出資也。合夥人中，有以物爲出資者，依其情形，有時可認爲該物之所有權，係公同共有，有時則應認爲僅以物之利益權能，屬諸合夥，而出資人仍保有其所有權也。(一)大抵其物係消費物，或可代替物者，應爲公同共有(拉 *Societas quoad sortem*)，出資人對於該物之瑕疵及權利瑕疵，均須依買賣之原則，負其責任(民法第三四七條)，(二)其物非係消費物或可代替物者(例如營業場所)，應認爲僅以利益權能爲出資(拉 *Societas quoad usum*)。但若此種之物，經估定價額而爲出資，且以估定之價格，爲分配損益之標準者，則應認爲此項估價，係 *Venditionis causa* 而非 *Taxationis causa*，推定其以物之所有權，歸入合夥而爲公同共有。

各合夥人，除有特別訂定外，對於約定出資之外，無增加出資之義務，因損失而致資本減少者，不負補充之義務(民法第六六九條)。然此，係指合夥人之內部關係而言，至若對外關係之責任，仍須依照民法第六八一條之規定，負連帶無限之責。宜注意焉！

#### (第二)各合夥人之權利

除合夥契約，另有訂定外，各合夥人均得執行事務，是之謂合夥人之共同執行權(德 *Mitwirkungsrecht*)。依契約無權執行合夥事務之合夥人，亦得隨時檢查合夥之事務及其財產狀況，並得查閱賬簿，是之謂合夥人之聽取報告權(德 *Informati onsrecht*)。此項聽取報告權，當事人間不得以契約

剝奪或限制之（民法第六七五條）。

合夥人因合夥事務而支出之費用，對於合夥，有償還請求權（民法第六七八條一項）。但合夥人之執行合夥事務，除有特約外，不得請求報酬。此則與無限公司之執行業務之股東同，而與股份有限公司之董事異也（民法第六七八條二項公司法第二三條及第一四〇條）。

### 第六〇一段

各合夥人有享受利益分配（德 *Gewinnverteilung*）之權利。合夥組織之時間較長者，其合夥之決算（德 *Rechnungsabschluss*），及利益分配，除契約另有訂定外，應于每屆事務年度終為之（民法第六七六條）。其係暫時組織者，則于合夥解散後，各合夥人即得請求為決算及分配利益或損失。分配損益之成數，未經約定者，按照各合夥人出資額之比例定之（註一）。僅就利益或僅就損失所定之分配成數，視為損益共通之分配成數。但以勞務為出資者，除有特約外，不受損失之分配（民法第六七七條）（註二）。

（註一）關於此點，德瑞法律，係按人數均分（德民法第七二二條瑞債第五三三），我國現行民法，則維持固有之習慣，故與德瑞異而與日本同（日民第六七四條）。

（註二）民法第六七七條第三項，認勞務出資之合夥人，以不受損失分配為原則，而瑞士債務法（第五三三條三項），則適屬相反，以分配損失為原則，而以特約不受損失分配為例



外。余以爲合夥事業經營之結果，應由全體合夥人一致參與，若合夥人中，有僅享利益，而不受損失之分担者，則類似羅馬法上所謂 *Societas leonina*。故德國民法，根本不許合夥人之中有得依特約而不受損失之分配者。瑞士債務法，已屬從權，而現行法竟認勞務出資之合夥人，以不受損失分配爲原則，揆諸法理，似有未合。再就事實上言，以勞務爲出資之合夥人，通常皆有事務執行權，以執行事務之合夥人，竟可不受損失之分配，就合夥之內部關係言，其他合夥人，未免因此而蒙鉅大之損害也。

合夥契約，大抵依據合夥人相互間之人的信用而訂立，故與合夥人之人的關係，至爲密切，就一般言，上述種種關於各合夥人之權利，不得爲讓與。且亦不許合夥人之債權人，於合夥存續期間內，就該合夥人對於合夥之權利，代位行使（民法第六八四條）。但下列三者，應屬例外：（一）關於費用償還請求權，（二）關於利益給付請求權（民法第六八四條但書），（三）關於清償後贖餘財產給付請求權。

## 第六〇二

### 第五節 合夥人之退夥與入夥及股份之轉讓

#### （第一）合夥人之退夥

合夥人之退夥，得分爲二種：一曰聲明退夥（*Kündigung eines Gesellschafters*）（1）在合夥未

定有存續期間，或經訂明以合夥人中之一人之終身，為其存續期間者，各合夥人，得于兩個月前通知他合夥人，聲明退夥。但不得于退夥不利于合夥事務之期間為之。再者，合夥縱定有存續期間，如合夥人有非可歸責于自己之重大事由，仍得聲明退夥（民法第六八六條）。唯依吾人之見解，合夥人之聲明退夥，雖非于適當時期為之，或並無重大事由之存在，但其退夥，仍屬有效，唯他合夥人如因此蒙受損害，應負賠償之責耳（拉Socium a se, non se a socio liberat）。（2）合夥人之聲明退夥，有時得由於其債權人為之者。蓋合夥人之債權人，就該合夥人之股份，得於二個月前通知合夥人，而聲請法院予以扣押。該合夥人即因其債權人之為扣押之通知，而生退夥之效力（民法第六八五條）。二曰法定退夥（德Gesetzliches Ausscheiden von Gesellschaftern）。法定退夥之事由，約有三種：（1）合夥人之死亡。但契約訂明其繼承人得繼承者，則不在此限；（2）合夥人受破產或禁止資產之宣告；（3）開除（民法第六八七條）。合夥人之開除，須有正當之理由，且應取得其他合夥人全體之同意，並通知被開除之合夥人（民法第六八八條）。

## 第六〇三

合夥人之退夥，發生如下之效力：（一）退夥人就合夥財產所有之股份，逕即歸屬於其他合夥人，而毋庸另為移轉之程序，蓋合夥財產，本屬於合夥人之公同共有也。例如甲乙丙三人，共設一合夥，合夥財產中，包含一不動產。旋甲為退夥，則此項不動產即歸於乙丙二人，公同共有，而無須

## 第六〇四

另爲所有權移轉之契約，及登記。(二)退夥人與他合夥人間之結算，應以退夥時合夥財產之狀況爲準。合夥事務，於退夥時尙未了結者，於了結後計算，並分配其損益(民法第六八九條一項三項)。(三)退夥人之股分，不問其出資之種類，得由合夥以金錢償還(民法第六八九條二項)。(四)合夥人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，仍應負責(民法第六九〇條)。茲之所謂負責，並無一定之期間，故與無限公司股東退股後之對外關係，有別(參照公司法第四五條)。

### (第二)新合夥人之入夥

加入已成立之合夥者，謂之入夥(德Eintritt eines neuen Gesellschafters)。入夥須訂立入夥契約(德Aufnahmevertrag)，詳言之，欲加入合夥之人，須與全體合夥人訂立契約，經合夥人全體之同意，許其加入合夥也(民法第六九一條一項)。加入爲合夥人者，對於其加入前合夥所負之債務，與他合夥人，負同一之責任(民法第六九一條二項)。

關於入夥契約之本質若何，學者之見解不一。(一)有謂入夥契約，一經訂立，原有之合夥，即因而解散，新合夥於以形成。如依此說，則新入夥人，須以個別之法律行爲，將其出資，移交於合夥財產。合夥財產中，倘有不動產者，新合夥人，必須爲物權契約，並經爲登記之意思表示，始得爲共同共有人。(二)有謂新合夥人之加入，並不足以影響原有合夥之關係，實審之，原有之合夥，

仍保有其同一性。如依此說，新合夥人，無須為移轉行為，對於合夥財產，當然取得其股分。尤其對於歸屬合夥財產之不動產，毋庸為物權契約及登記之意思表示，逕即取得共同共有人之資格。德國最高法院判例（註），取第二說。依我國現行民法第六九一條第二項之規定以觀，亦應以後說為是。

（註）參照德國最高法院民事判例集第八三卷第三一五頁。

（三）合夥股份之轉讓

合夥股份之轉讓，有全部轉讓與一部轉讓之分。在股份全部轉讓時，讓與人即完全喪失合夥權利，而受讓人則新取得合夥權利也，至股份之一部轉讓，乃依計算上之數額，分割其股份，而讓與其一部也。此時讓與人僅減少其股份，而非全然喪失其合夥權利，至受讓人之情形，則與全部轉讓時同。

合夥人未經他合夥人之同意，不得將自己股份之全部，或一部轉讓於第三人，蓋合夥關係，置重於合夥人相互間之人的信用也。唯轉讓股份於其他合夥人，則無庸取得當事人以外之合夥人之同意（民法第六八三條）。

第六〇五  
段

第五節 合夥之解散及清算

（第一）合夥之解散

合夥因下列事項之一而解散：（一）合夥存續期限屆滿者。但合夥所定期限，雖已屆滿，合夥人

仍繼續其事務者，視為以不定期限，繼續合夥契約（民法第六九三條）。（二）合夥人全體同意解散者。（三）合夥之目的事業已完成或未完成者（民法第六九二條）。

德國民法，認合夥人之死亡或破產，原則上亦屬合夥解散之事由（參照德民第七二七條第七二八條），而我國現行法則僅以此為退夥之原因，合夥並不因此而解散也（民法第六八七條）。

### （第二）合夥之清算

合夥解散後，應即開始清算，在清算範圍內，視為尚未解散，此時之合夥，稱之為清算中之合夥（德 Liquidationsgesellschaft）。合夥之清算程序，首須依合夥契約之規定，契約未有特別之訂定者，應依法定程序而為清算。茲略述法定清算程序如左：

合夥之清算，由全體合夥人或其過半數決議所選任之清算人為之。清算人有數人時，關於清算之議決，應以過半數決之。合夥人以外之第三人，固亦得被選為清算人，但若以合夥契約，選任合夥人中一人或數人為清算人者，非有正當事由，不得辭任，其他合夥人亦不得將其解任。蓋清算中之合夥，既視為尚未解散，各合夥人自負為管理合夥之義務及權利也（民法第六九四條至第六九六條）。

合夥財產，在清算後，應先清償合夥之債務，其債務未至清償期，或在訴訟中者，應將其清償

所需之數額，由合夥財產中，劃出保留之。在清償債務或劃出必需之數額後，合夥財產，如尚有賸餘，始得返還各合夥人之出資。清算人爲清償債務或返還出資時，應於必要限度內，將合夥財產，變爲金錢（民法第六九七條）。

合夥財產，不足返還各合夥人之出資者，則應按其出資額之比例爲返還。而於清償債務及返還出資後，尚有賸餘時，亦應按各合夥人應受分配利益之成數分配（民法第六九八條及第六九九條）。

## 第十九章 隱名合夥

### 第六〇七段

（第一）隱名合夥之意義及性質

隱名合夥（德 *Stille Gesellschaft*；匿名組合）者，當事人約定，一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益，及分担其所生損失之契約也（民法第七〇〇條）。茲之所謂出資，通常均以金錢充之；但其他之物或給付，而得以金錢估計者，亦得爲出資。

在隱名合夥，就對外關係言，僅經營事業者，對合夥債權人，負擔直接無限之責任，法律特稱之爲出名營業人（德 *Komplementar*）。而該爲出資而受損益分配之人，對於外部，並不顯現，故對

於合夥債權人，絲毫不負責任。法律特稱之爲隱名合夥人（德文 *Stille Gesellschaft*）。

隱名合夥，與通常之合夥，極相類似。所不同者，在通常之合夥，各合夥人俱有參與合夥事務之義務與權利，並皆須對合夥債權人負連帶無限之責任，而在隱名合夥，隱名合夥人，不得執行合夥事務，但對於合夥債權人，亦不負責任。除上列二點外，其餘皆無多出入，故除法律有特別規定外，隱名合夥之法律關係，準用關於合夥之規定（民法第七〇二條）。再者，隱名合夥，與消費借貸之關係，亦頗爲密切。在隱名合夥，猶如消費借貸之貸與人，以資財貸與出名營業人，經營事業，而希望收取孳息，但在消費借貸，借用人對於約定之利息或其報價，負有必須支付之義務，而在隱名合夥，於營業獲有盈餘時，固得受利益之分配，但若營業一旦發生損失，不特無法支取孳息，在出資之限度內，尚須分担損失也。

### 第六〇八段 （第二）合夥人間之法律關係

隱名合夥人之出資，不問爲金錢或其他可爲金錢估計之財產，其財產權，應移轉於出名營業人。如係不動產上之權利，並應爲權利移轉登記（民法第七〇二條）。

隱名合夥之事務，應專由出名營業人執行之，隱名合夥人就出名營業人所爲之行爲，對於第三人不生權利義務之關係（民法第七〇四條）。且僅就其出資之限度內，負分担損失之責任。茲之所謂

責任。係專指對出名營業人而言，在合夥財產，不足清償合夥之債務時，債權人不得就隱名合夥人出資之限度內，直接請求其清償（民法第七〇三條）。雖然，隱名合夥人，如參與合夥事務之執行，或為參與執行之表示，或知他人表示其參與執行，而不否認者，縱有反對之約定，對於第三人，仍應負出名營業人之責任，換言之，應負直接無限之責任也（民法七〇五條）。蓋民法作如是之規定，係採英國法上 Estoppel 之原則也（註）。

（註）英國法上師謂 Estoppel，係關於證據之法則，凡因自己之陳述或行為，致第三人可以置信之事實，在訴訟中不得予以否認（參照 Arthur Gurr, *Englands Privat und Handelsrecht*）。

### 第六〇九段

隱名合夥人，雖不得參與事務之執行，但於每屆事務年度終，得查閱合夥之賬簿，並檢查其事務及財產之狀況，是之謂隱名合夥人之監督權（*Kontrollrecht des stillen Gesellschafters*）。此項權利，不得以特約予以剝奪，且遇有重大事由時，法院因隱名合夥人之聲請，得許其隨時行使監督權（民法第七〇六條）。

關於隱名合夥損益之分派，如契約另有訂定者，應依特約，倘無特約，應於每屆事務年度終，計算營業之損益，其應歸隱名合夥人之利益，應即支付之。其應歸隱名合夥人之利益，而未支取者



，不得認為係其出資之增加，但契約另訂定者，從其所定（民法第七〇七條）。

（第三）隱名合夥之終止（註）

### 第六一〇段

（註）按民法第七〇八條以下所謂「終止」，即解散之意。為求用語之劃一起見，似應使用「解

散」一語為宜。

在隱名合夥，不問為出名營業人或隱名合夥人，均得為退夥之聲明。在合夥未定有存續期間，或經訂明以合夥人中一人之終身，為其存續期間者，各合夥人如於兩個月前通知他合夥人，且不在有害於合夥事務之時期者，得聲明退夥。合夥縱定有存續期間，但合夥人有非可歸於於自己之重大事由，亦得聲明退夥。在合夥人中有一人聲明退夥者，合夥契約，即因而終止（民法第七〇八條）（註）。

（註）民法第七〇八條，雖僅指出第六八六條之聲明退夥之情形，但依吾人之見解，合夥人之債權人，依民法第六八五條之規定，為扣押之通知，既亦發生聲明退夥之效力，則隱名合夥契約，亦即因而終止（參照民法第七〇一條）。

### 第六一一段

隱名合夥契約，除聲明退夥之情形外，尚因下列事項之一而終止：（一）存續期限屆滿者。但期限雖經屆滿，而合夥人仍繼續其事務者，視為以不定期限，繼續隱名合夥契約（民法第七〇一條第

六九三條)。 (二)當事人同意終止者。 (三)目的事業，已完成或不能完成者。 (四)出名營業人死亡或受禁治產之宣告者。但隱名合夥人之死亡或受禁治產之宣告，並非合夥終止之事由。 (五)出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告者。 (六)營業之廢止或轉讓者(民法第七〇八條)。

隱名合夥契約終止後，出名營業人，應返還隱名合夥人之出資，及給與其應得之利益，但出資因損失而減少者，僅返還其餘存額(民法第七〇九條)。唯隱名合夥人之損失分担額，超過其已繳出資之數額者，則對於超過額，在其全部出資限度內，出名營業人，有請求其給付之權。

## 第二十章 有價證券

### 第一節 概論

第一款 有價證券之意義及其種類

第二項 證券與有價證券

茲之所謂證券(德 Urkunde)，係指記載私人的財產權之書據而言。就廣義之證券言，應包括有價證券(德 Wertpapier)在內。是以證券，有時為證據證券(德 Beweisurkunden)，有時為設權證券(德 Konsumtive Urkunden)，有時則為有價證券也。茲分述之。

(第一) 證據證券

證據證券有廣狹二義。狹義之證據證券，僅供其所記載之權利之證明之用，負債證券（即債權證書），其好例也。在狹義之證據證券，其所記載之權利之發生，移轉，與行使，並不以占有該證券為要件。在廣義之證據證券，亦包括設權證券與有價證券之二者，蓋此兩種證券，亦具有證明證券上所記載之權利之作用也。其與狹義證據證券之重要區別，則在於券上所記載之權利，與證券本身，有不可離之關係也。

(第二) 設權證券

權利之發生，以作成證券為必要者，此項證券，謂之設權證券。例如遺囑，及配屬不動產物權之移轉或設定之書面，關於設權證券之特權，在法學上有一格書，即：「權稱祇能依證券而發生」(Das Recht entsteht hier durch das Papier)也。

若干有價證券，同時兼具設權證券之性質，例如票據是。唯在有價證券，不特權利之發生，須依證券之作成，即券上所載權利之保有，移轉與行使，與證券有不可分離之關係，此其所以異於他種設權證券也。

(第三) 有價證券

第六一四

有價證券，亦有廣狹二義。在狹義之有價證券，券上所載權利之主體，即係證券之本身，換言之，權利與證券，一而二，二而一，兩者相依為命也。例如無記名證券，票據及股份有限公司之無記名股票是。在狹義之有價證券，權利之範圍，及行使權利之要件，一以券上所載之文字為準。

在廣義之有價證券，債權人對於債務人，須以證券，證明其確係正當之權利人也。例如儲蓄銀行之存款摺是。儲蓄銀行，祇能憑存摺付款，付款于存摺之持有人，則不問持有人有否合法之權利，銀行即因此而免除其責任。在廣義之有價證券，券上所載權利之行使，固須以證券為必要，但權利之存在或移轉，並不與證券之本身，有不可分離之關係也。故與證據證券極為相似，所異者，一則必具有財產上之價值，而一則無此必要也。

### 第二項 有價證券之類別

(第一) 依券上所載權利為標準

依此標準，得分有價證券為二種：一曰債權證券(德Forderungspapier)。即有價證券上所記載者，係一債權也。此項債權，有時係金錢債權(即金錢證券)，例如銀行鈔票，匯票，本票，支票是。而有時係物品債權(即物品證券)。例如倉單，載貨證券是。

二曰社員權證券(德Mitgliedschaftspapier)。即有價證券上所記載者，係一種社員權利，例如股

份有限公司之股票是。

## 第六一六

(第二) 依券上所記載之人為標準

依此標準，有價證券，得分為正面證券(德 *Rektapapier, Namenspapier*)、指示式證券(德 *Ordre papier*)，及無記名證券(德 *Inhaberpapier*)之三種。

(一) 正面證券(註)，僅於券上記載其姓名之人，有其意義，證券上之權利，大抵為該記名之人之利益而設定者。此種權利，亦得依民法上債權讓與之規定，而為移轉，並將證券交與受讓人。例如正面匯票是。

(註) 正面證券，亦稱禁止背書之證券。

(二) 指示式證券，對於特定之人，或其所指定之人，有其意義。證券上之權利，係為該特定人，或嗣後該特定人所指示之人之利益，而設定者。指示式證券，法律上之特質，在於權利移轉之方式有不同；指示式證券，係以背書(德 *Indossament*)為轉讓，並將證券交付於受讓人。例如指示式之要據是。

(三) 無記名證券，於執券人，有其意義。因證券而生之權利，與證券上之權利，有密切不可分離之關係。凡保有證券上之權利，亦即享有由證券而生之權利。無記名證券上之權利，隨證券所有

權之轉讓而移轉。例如無記名之支票是。

第三項 有價證券之目的及其經濟上之意義

第六一七段

有價證券，足以減輕債權人對於其權利之舉證責任，凡以有價證券，證明其係處於合法之地位者，則對於其權利之取得，即毋庸復為證明。有價證券，亦足以保障債務人，不致有兩重給付之危險。凡對於以有價證券，證明其合法之地位者，為給付時，即使其人非實際上之債權人，但亦可因此而免除其責任。例如無記名式公司債券之占有人，因其占有債券，即足以證明其處於合法之地位。如公司對於債券之占有人為清償時，輒可免除責任，至債券上之權利，是否確係屬於該占有人，則可不問。

至於指示式或無記名式之有價證券，因其在法律上，具有特殊之方式，故最足以使券上所載之權利，易於流通。有價證券之取得人，得依證券所載之內容，信賴證券上之權利，蓋有價證券，係依法定方式而作成之書面也。再者，有價證券之善意取得人，即保有券上所載之權利，至此項權利，是否因另有一債權關係而發生，則可不問。例如乙雖將其對於甲之價金債權，讓與於丙，但若買賣契約，既已解除，則甲對丙得提出債權不復存在之抗辯。然甲當時若發行票據一張，交與於乙，以供價金支付之用，旋乙以背書轉讓該票據於丙者，則除丙以惡意取得票據之情形外，甲不能對乙

主張任何抗辯。

## 第六一八段

就經濟上之意義言，所謂資本財產（德 Kapitalvermögen）（註），其中大部分皆係有價證券所構成。例如股份有限公司之股票，乃構成公司之全部資本也。再者，有價證券，在商業上成爲一種重要的補助工具，既可充信用工具（例如匯票本票及無記名證券），又可充支付工具（例如支票）也。有價證券，亦可以大量發行，例如股份有限公司之發行股票及公司債券是。此種大量發行之證券，猶如可代替物，嘗可利用交易所而爲買賣，且可構成銀行營業之重要的部門。

（註）資本財產，係指非由動產不動產所構成之財產而言。

## 第六一九段

### 第四項 有價證券之發行及其方式

有價證券，僅得依法律所規定之條款而爲發行。舉例言之，無記名證券，祇能就普通之債權而爲發行，而於他種權利則否。票據祇能於一定金額之支付，有其意義。股份有限公司，固得發行關於記載股東權之有價證券（即股票），但一般之社團，則不得發行關於社員權之有價證券也。

有價證券，應按其性質，作成書面。而此項書面，以發行人親自簽名爲必要。但有價證券爲大量的發行時，發行人之簽名，亦得以機械的方法爲之。雖然，在特種情形，有價證券之發行，亦毋庸簽名者，例如火車汽車之車票，遊藝園之門票是。再者，有價證券，有時並須記載一定之文

納者，例如匯票本票及支票，均須表明其爲匯票本票或支票之文句是。

第二款 權利與有價證券

第一項 權利之發生

第六二〇

(第一) 權利設定之行為

就券上權利發生之情形以觀，大多數之有價證券，均係基於他種權利設定之行為，就已經發生之權利，而爲證券之發行，例如在股份有限公司之股票，必先有公司股東權之存在，然後發行股票，以記載此項權利。又如倉單，必先有基於倉庫營業而生之權利，而後始爲倉單之發行。雖然，在設權證券，權利之發生，則完全基於證券之作成。例如各種票據，均具有設權的意義也。此項設權證券上所載之權利，在證券發行以前，是否別有其他原因，足以阻遏其發生，要與證券之效力，絲毫無所影響。

在設權證券，究竟何種行爲，足使券上之權利，因而發生，學者間見解不一。舉其重要者，約有三說。

第六二一

(一) 創設說(德 *Kreativtheorie*)。認證券上之權利，因證券之作成，即能發生，在證券作

成之後，行爲人即使喪失行爲能力，或罹於死亡，而證券上之權利，不受影響。又，證券既經



作成，縱或遺失或被盜，行爲人對於善意之取得人，仍須負責。民法上所規定之無記名證券，即採此創設說也（參照民法第七十一條）。

(二)發行說(德Emissionsstheorie)。認證券上之權利，僅於作成人以自由之意思，發行其證券之時，始能發生。是故證券若於作成後發行前被竊者，則證券上之權利，仍屬無從發生。但宜注意，作成證券之人，倘將證券託由第三人保管，而該第三人將此項證券出讓者，依發行說，此際證券上之權利，依然可以發生。我國現行各種法律，不採發行說。

(三)契約說(德Vertragstheorie)。認證券上之權利，僅於作成與受取人間訂立有效之交付契約(德Begebungsvertrag)時，始克發生。所謂交付契約，係異物契約之一種，因證券之交付，始生效力。至交付契約之內容，則一依券上權利所由發生之原因爲準則，但交付契約，與證券所由交付之基本的要因契約有別。例如爲給付買賣價金而發行一匯票，於此情形，票據上之義務，係由交付契約而發生，而票據之所以交付，則基於另一要因契約，藉此交付，以完成要因契約之履行也。

在證券離去作成人之占有時，其法律上關係，在契約說與創設說之間，解釋上殊有差異。依創設說，凡善意取得該證券者，均得主張券上所載之權利，而依契約說，則認證券之作成人

，對於任何持券人，不問其爲善意與否，皆得主張「交付契約欠缺之抗辯」(德 *Einwendung des mangelfinden Besessungsvertrags*)。在無記名證券及指示證券之發行，如依契約說，則對於善意取得人之保護，未免過薄，殊不足以維交易之安全。

### 第六二三 (第二) 權利之內容

證券上權利之內容及範圍，一以證券所載之文字爲準。在債權證券，載有發行人之給付約定者，此項約定，有時係屬非要因契約，例如票據是。有時係屬要因契約，例如提單，倉單，載貨證券等是。給付約定，雖係要因契約，但其給付義務之範圍，仍須依證券之記載，唯在證券上無特殊之記載時，證券發行人之給付義務，自應依法律關於各該債務關係之規定。例如在指示式之倉單，倉庫營業人對於受寄物之保管及返還之義務，均經一一載明於單上。是故倉單發行人給付義務之範圍，自應以單上所載者爲準。即使實際上並未占有其物，但單上既有記載，發行人仍不能不負其責。雖然，倉單雖經發行，而受寄物因罹於事變而滅失者，則依民法關於倉庫營業之規定，倉庫營業人之責任，當然歸於消滅。

### 第六二四 段

有價證券，雖經罹於滅失(例如因被火焚燬)，但券上之權利，並不隨之消滅。於此情形，有價證券，經權利人之聲請，依公示催告程序(註)，可受除權之宣告。有價證券，經法院爲除權判決

之後，權利人仍得行使證券上之權利。但銀行紙幣之遺失，不得進行公示催告程序。紙幣之持有人，即因遺失之一事實，而喪失其權利。又，利息，年金及分配利益之無記名證券有遺失，被盜或滅失時，亦無須進行公示催告程序，原持有人，祇須依法為通知，仍保有其權利（民法第七二七條）

（註）參照民事訴訟法第五三五條以下。

## 第二項 權利之移轉

有價證券上所記載之權利，為移轉時，其法律上之關係，則應視證券之種類而有別。證券係無記名式或指示式者，則以取得證券之所有權為前提要件。凡欲取得證券上所載之權利，必須先取得證券所有人之資格。取得人之權利，與讓與人之權利，並不生牽連關係，實言之，取得人非係讓與人之權利繼承人也。

在他種有價證券，權利之取得，以讓與人之法律地位，為其前提要件。凡欲取得此種證券上之權利，須以債權讓與契約為之，但同時亦以交付證券為必要。債權讓與契約，既構成權利取得之基礎，則取得人之享有權利，應與讓與人同其法律上之地位，實言之，取得人係讓與人之權利繼承人也。

第六二六 (第一) 無記名證券與指示式證券上權利之移轉

(一) 移轉之要件

在無記名證券，券上權利之讓與，以移轉證券之所有權爲必要，讓與人應以證券交付於受讓人。證券已爲受讓人占有者，亦得爲簡易交付（參照民法第七六一條）。在指示式證券，券上權利之讓與，以背書爲之，並交付其證券。

無記名證券之讓與人，對於證券之所有權，雖有瑕疵，但善意取得人，應受保護。證券即係盜贓或遺失物，善意取得人，仍享有其權利，故與他種動產不同（參照民法第九四八條及九五一條）。指示式證券之讓與人，其處分權即有欠缺，但既以背書爲轉讓，倘受讓人係善意者，仍受保護。例如指示式證券，原係盜贓，或讓與人係無行爲能力者，如其背書，係依法定方式作成者，則受讓人仍取得證券上之權利。

(二) 移轉之效力

無記名證券或指示式證券之移轉，其效力較債權讓與契約爲強。蓋取得人係取得證券上之權利，而並不繼受其前手之法律地位也。此種權利取得之獨立性，就對於取得人所可主張之抗辯，頗有關係，茲之所謂抗辯，得分爲二種：一曰對人抗辯，二曰對物抗辯，分述之。

第六二七

對人抗辯，亦稱相對抗辯（德 Personalliche od Relative Einwendungen），即有關證券當事人相互間直接的關係之抗辯也。此種抗辯，對於證券取得人，僅於特定情形之下，方得為主張，質言之，僅於具有直接足以對抗證券持有人之事由在，始可對之主張對人抗辯也。例如證券持有人，曾允許證券債務人延緩給付者，則債務人得對之為延緩之抗辯。又如持券人對於債務人，亦負有債務者，債務人得主張以其債權為抵銷。至於債務人雖與持券人之前手間，具有抗辯之事由在，但不得以之對抗持券人。蓋持券人之權利，與其前手之權利，各自分離獨立，並無牽連關係也。例如持券人之前手，固曾允許債務人得為延緩給付，但債務人不能以此對抗持券人。又如債務人對於持券人之前手，雖享有債權，但不得以此項債權，對持券人主張抵銷。

## 第六二八

對物抗辯，亦稱絕對抗辯（德 Diechtliche od Absolute Einwendungen），乃對於證券上權利之本身，所得主張之抗辯也，此項抗辯，對於任何證券持有人，皆得主張之（註）。下列二者，均係對物抗辯：（1）對於證券內容之抗辯。例如無記名證券之發行人，得主張按照證券之內容，其給付尙未屆清償期。倉單之發行人，得主張受寄物于填發倉單後，已因不可抗力之事故而罹于滅失。（2）關於權利發生欠缺有效要件之抗辯。例如票據之發票人，主張發行票據時，已喪失行為能力，票據上關於發行人之義務，應屬無效。又如票據之發票人，主張其簽名係屬偽造。但宜注意，發票人之發

行證券，固係出于一種虛偽之表示，但不得以此對抗嗣後取得證券之持券人。蓋持券人之取得證券上之權利，係由于移轉而來，乃屬獨立的權利，僅僅虛偽表示之一事實，不足以阻止其權利之發生也。

(註) 票據法第一〇條但書，應予以注意。

(第二) 其他有價證券之移轉

在正面證券，例如正面匯票，券上權利之移轉，除爲債權讓與之意思表示外，並以交付證券爲必要。關於此項證券之讓與，法律對於善意取得人，並不予以特殊之保護，故若善意取得人，由于無處分權之人，受讓其證券者，則不受保護。

權利之取得，既由于債權讓與契約而來，故取得人，僅享有與其讓與人同一之權利，凡所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗取得人(參照民法第二九九條)。

### 第三項 權利之行使

## 第六三〇

有價證券之權利人，必須占有其證券，方得爲權利之行使。故有價證券，係提示證券(德 *Vorkaufsschein*)。證券債權人，應向債務人，提示其證券，始得請求給付。有價證券，係記載金錢債權者，此時則爲領取之債，而非送交之債，民法第三一四條第二款，不能適用(註)。

(註)關於領取之債與送交之債之意義，可參照本書第三七三段。

有價證券，又係繳回證券(德Einlösungspapier)。證券債權人，于受領給付之同時，必須以證券交還債務人也。

## 第二節 指示證券

### 第一款 指示證券之意義及其性質

#### 第六三一 (第一) 指示證券之意義

指示證券(德Anweisung或Assignment Order to Pay or Deliver)者，指示他人向第三人為給付之證券也。為指示之人，稱為指示人(德Anweisende)，被指示之他人，稱為被指示人(德Angewiesene)，受給付之第三人，稱為領取人(Anweisungempfänger)(民法第七一〇條)。指示證券，必須作成書面以授與之，而其標的物，應為金錢，有價證券，或其他代替物。例如甲對於乙，享有一百元之債權，而對於丙，則負有一百元之債務。此時甲得向乙為指示，使其向丙支付一百元。在乙接受指示而為支付之後，則其結果，與乙之以百元付甲，甲以轉而付之於丙無以異。故指示證券之目的，在節省交易上之支付手續也。

指示證券，與匯票及支票有別。匯票與支票，實際上使用至廣，且能發生特殊之法律上效果。

指示證券，與以言詞爲指示之情形，又有不同。依照契約自由之原則，當事人固得以言詞爲指示，但不能適用關於指示證券之規定，惟依其情形，有時得以準用耳。

(第)指示證券之性質

指示證券，因發行而交付於領取人，始生效力。唯僅僅有證券之發行，尙未足以發生債之關係，債之發生，乃基於二重之授權關係(德Doppelermächtigung)也。所謂二重授權關係，卽領取人因指示人之授權，得以自己之名義，請求給付，而被指示人，亦因指示人之授權，爲指示人之計算，向領取人爲給付是已。

指示證券，經被指示人爲承擔後，始發生債之關係。爲承擔之被指示人，有依證券內容，而爲給付之義務。唯被指示人之爲承擔與否，則一任其自由。至若證券經提示而卽爲支付者，則往往無須先爲承擔，而其證券卽可收回。

經承擔之指示證券，則成爲有價證券之一種，蓋證券上已載有領取人對於被指示人所得主張之債權也。但宜注意，未經承擔之指示證券，指示人尙得隨時予以撤回(民法第七一五條)，故非有價證券。就此點言，指示證券，與票據自有顯著之差異。且也，指示證券之發行，領取人並不因此得以向指示人主張所謂追索權。



## 第六三三

### 第二款 指示證券與原因關係

指示證券，係非要因行為，質言之，指示證券，真其所由作成之法律關係（即原因關係），互不相關也。指示證券之非要因的性質，其實際上之便利有二：一、認指示證券為非要因的法律行為，足以達到各種經濟上之目的，此其一；二、原因關係，雖有瑕疵，而指示證券之法律上性質，則不受影響，此其二。

在指示證券，可發生兩種不同的原因關係：一曰對價關係（德 *Valutaverhältnis*），即指示人對於領取人之法律關係，指示人在此種法律關係中，因保有對價，從而發行指示證券也。二曰資金關係（德 *Deckungsverhältnis*），即指示人對於被指示人之關係，指示人利用此項關係，以為發生指示證券之媒介也。

## 第六三四

### （第一）對價關係

指示證券之所由發行，其對價關係有種種，約之得三類焉：（一）因指示人以信用給與領取人。例如甲以一千元貸與于乙，從而指示其存款之銀行，以此數支付于乙是。（二）因指示人向領取人負債務之清償。例如甲指示其存款之銀行，付乙以若干數，以清償其債務是。（三）因領取人為指示人歸收款項。例如甲指示銀行，令其向債務人乙，歸收某一款項是。

至領取人是否必須向被指示人爲給付之請求，以及指示人能否向領取人請求返還其被指示人之給付，則均須按照對價關係，以資決定，唯茲之所謂「是否必須向被指示人爲給付之請求」，與民法第七一四條之義務有別，依該條之規定，被指示人對於指示證券，拒絕承認，或拒絕給付者，領取人均負有以其情形，即時通知于指示人之義務也。

## 第六三五

指示證券之目的，在於清償債務者，其債務之清償，乃在於被指示人爲給付之時，而指示證券之發行，與被指示人之爲承擔，尙不足以語清償也。例如甲負乙一百元，甲發行一指示證券與乙，且以丙爲被指示人，藉供債務之清償。唯丙于爲承擔之表示後，即陷於無清償能力。於此情形，指示證券之承擔，尙不能使甲對於乙所負之債務，即歸消滅，乙仍得向甲行使其債權也。但須注意，債權人既受領指示證券，則除於指示證券所定期限內，或未定期限而於相當期限內，不能向被指示人領取給付外，不得請求指示人（即債務人），就原有債務而爲給付。至債權人願否由其債務人受領指示證券，固可任其自由決定，然若不願受領，則應即時通知其債務人。債權人違反此項通知義務，致債務人因此受有損失者（例如資金之不能收回），須負賠償之責（民法第七一二條）。

領取人雖已受領給付，但其對價關係，具有瑕疵者，則應依民法關於不當得利之規定，以資解決。例如甲自以爲負乙百金，因發行指示證券，令丙以此數支付於乙。如嗣後發覺並未負乙分文，

第六六六段

則可依民法第一七九條之規定，向乙請求返還其由丙所受領之款項。

(第二)資金關係

指示證券之發行，其資金關係，亦有種種，約之得二類焉。(一)因被指示人係擔保人之債務人，而因指示證券之給付，以為擔保者。(二)因指示人利用被指示人之信用而發行者。至被指示人對於指示人，是否負有向領取人為給付之義務，則應由資金關係決之。所宜注意者，被指示人即使對於指示人負有債務，亦無承擔其指示之給付，或為給付之義務。例如指示人在某銀行儲有存款並開列往來戶頭，而就其存款項下，發行指示證券者，則該銀行有向第三人為給付之義務。然若某商人，雖因受領一定之商品，而負有支付價金之債務，但並不對於指示證券上所指示之金額，負擔直接給付於第三人之義務（民法第七一三條）。再者，被指示人所為之給付，能否向指示人請求償還，亦應由資金關係決之。例如指示人係利用被指示人之信用而發行指示證券者，則被指示人於為給付後，有償還請求權。

第六三七段

被指示人係指示人之債務人時，則被指示人僅於已向領取人為給付後，始就其給付之數額，對於指示人免其債務，而僅僅為指示證券之承擔，尚不足以為債務消滅之原因也。

被指示人給付後，倘資金關係，具有瑕疵，則應依民法關於不當得利之規定，以資解決。例

如丙自以爲負甲百金，因就甲所發行之指示證券，以百金給付於乙。嗣丙發覺，並不負甲分文，則依民法第一七九條之規定，得向甲請求返還其對乙所支付之金額。

第三款 指示證券之承擔讓與及消滅

第三六八段

(第一)指示證券之承擔

承擔(德 *Annahme*)，須由被指示人於指示證券上以文書爲之。承擔之表示，應使用若何之文句，現行法並無明文規定，就法理上言，即僅有被指示人之簽名，亦不能不認爲係承擔之意思表示。

承擔係給付約定之單獨行爲，此項給付之約定，乃基於承擔表示之簽名而發生(創設說)。故被指示人向領取人承擔所指示之給付者，有依證券內容而爲給付之義務，此項義務既非要因，又不得撤回也(民法第七一一條一項)。

第三六九段

被指示人向領取人爲承擔後，其得爲抗辯之事由。即受有限制，僅下列三種情形，得以對抗領取人：(一)關於承擔之有效要件。例如被指示人係無行爲能力者，得主張其承擔爲無效。(二)基於指示證券之內容。例如依贖指示證券之記載，領取人應提出其對待給付，而未爲提出者。(三)基於被指示人得以直接對抗領取人之抗辯事由。例如被指示人對於領取人享有債權，而依法得爲抵銷者(民法第七一一條二項)。但宜注意，被指示人係依其承擔之表示而負責任，故不得以其自己或領取

#### 第六四〇段

人對於指示人之事由，即如對價關係或資金關係，而為抗辯。例如丙就甲指示給付于乙一百元之證券，既已表示承擔，則即或並未欠甲一百元，或乙不得對甲請求一百元，但仍不能以此種事由，向乙為抗辯。於此情形，欠缺原因關係之當事人間，祇能依照不當得利之原則，以資救濟。

(第二)指示證券之讓與及消滅。指示證券之讓與，係非要因之物的契約，且其讓與，應以背書為之，並將證券交付受讓人，故為要式行為。指示證券，在未經承擔前，亦得為讓與。證券經讓與後，被指示人對於受讓人已為承擔者，即不得以自己與領取人間之法律關係所生之事由，與受讓人對抗，蓋承擔之表示，係非要因行為也。再者，指示證券以得為自由轉讓為原則，但指示人亦得為禁止讓與之記載。有此項記載時，則為正面證券，領取人祇能依一般關於債權讓與之規定，為證券上權利之移轉(民法第七一六條)。

指示證券消滅之原因有三：(一)指示證券經被指示人收回。被指示人僅對於證券之繳回。始負給付義務，蓋指示證券，係繳回證券也。(二)依公示催告程序，被宣告為無效(民法第七一八條)。(三)僅有指示證券之發行，尙未發生債之關係，故指示人于被指示人未向領取人承擔所指示之給付或為給付前，得撤回其指示證券。指示證券因撤回而消滅。再者，民法第七一七條，關於

指示證券上之債權，定有三年之短期時效，但依善人之見解，時效之完成，非指該證券消滅之原因也(註)。

(註)關於此點，可參照本書第一七四段以下。

### 第三節 無記名證券

#### 第一款 無記名證券之意義

無記名證券(德Inhaberschuldverschreibung法Deute nennlos auftraglos Obligationen to Bearer)：無記名債權證書，乃廣義的無記名式證券(德Inhaberpapier)之一種，發行人對於持有人，負擔依證券所記載之內容，而為給付之義務也(民法第七一九條)。

無記名證券，常由國家或私人為大量的集體的發行，如公債票，無記名公司債券是。倉庫營業人，亦得發行無記名倉單(德Inhaberscheine)；各大銀行，亦得發行銀行兌換券(德Banknoten)。(註)唯自民國二十四年十一月三日以後，中央，中國，交通，農民四銀行所發行之紙幣，並不具有支付約定(德Geldungsverprechen)之性質，故屬同種現金，而非無記名證券也。

(註)我國在民國二十四年十一月三日以前，各大銀行常取得得銀行兌換券發行權，但自白銀關有政策實施之後，除中中交農四行，得發行紙幣外，其餘各銀行，均不得發行兌換券。

矣。

無記名證券，通常均記載一定金額之支付，但並不以此為限，任何種類之給付，均得記載於無記名證券。無記名倉單之發行，其一例也。此外，即記載義務之給付，亦無不可，唯實際上則尙罕其例耳。

## 第六四二段

無記名證券所記載之給付，亦得為要因的約定，例如無記名公司債券或無記名倉單是。蓋在此等證券，券上所記載之債務，其法律上之原因（即金錢借貸關係與倉庫營業契約），先于證券之發行而存在者也。

### 第二款 無記名證券上之權利

在無記證券之作成，發行人因其單獨行為，於證券上所為之給付約定，概負担其義務（創設說）。故發行人于持有人提示證券時，應即為給付（民法第二七〇條）。此外，發行人亦有下述情形之一時，亦須負其責任：（一）證券因遺失被盜，或其他非因自己之意思而流轉者之權於此際，僅對於善意持有人，負其責任（民法第七二二條一項）。（二）證券之發行人在發行人死亡或喪失行為能力之後者（民法第七二二條二項）。

無記名證券發行人，對於證券之持有人，僅得主張下述之三種抗辯（民法第七二五條）：（一）

（一）本于證券之無效。例如證券係屬偽造。又如在作成證券時，發行人已喪失其行為能力。（二）本於證券之內容。例如依證券之記載，給付尙未屆清償期。又如發行人主張持有人非證券之所有人，或對於證券無處分權者，亦屬諸證券內容之抗辯。蓋發行人僅對於有處分權之持有人，負其責任也（參照民法第七二〇條）。唯此種抗辯，大抵係發行人得以直接對抗持有人之對人抗辯耳。（三）本於與持有人間之法律關係所得對抗持有人之事由（對人抗辯）。例如發行人主張，以其對於持有人所享有之債權，相與抵銷。又如惡意之抗辯（德 *Einwendung der Arglist*），亦係對人抗辯之一種。在持有人之取得證券，明知發行人本可主張某種抗辯，足以對抗其前手，而故意為證券之取得，使發行人蒙受損失者。此際發行人即得對之主張惡意之抗辯。例如乙係無記名證券之持有人，曾對發行人甲為延緩給付之允諾。嗣後如以該證券讓與於丙，則甲自不能以延緩給付之抗辯，對丙而為主張，蓋此種抗辯，不能直接對抗第三人之丙也。然若丙之受讓證券，意在阻遏其延緩抗辯權之行使者，則此時甲仍得緩用惡意之抗辯，對丙而主張緩付。

第三款 無記名證券之給付及關於債權人之保護

（第一）無記名證券之給付

凡占有無記名證券者，即係證券之持有人，取得債權人之地位，對於發行人得請求其依所記載



之內容爲給付（民法第七二〇條二項上段）。發行人對於證券持有之處分權，並不負證明之義務。持有人即使非證券之所有人，或欠缺處分權者（例如未成年入），倘發行人已爲給付，則亦免其債務（民法第七二〇條二項）。但有例外，發行人明知持有人就證券無處分之權利，或受有遺失，被盜或滅失之通知者，則雖經向持有人爲給付，但此項給付，有害於誠信原則，故對於真正之債權人，仍不能免責（民法第七二〇條一項但書）。但須注意，此項原則，不適用於無利息見票即付之無記名證券，如銀行兌換券是（民法第七二八條）。

無記名證券持有人，請求給付時，應將證券交還發行人。換言之，發行人僅對於證券之交還，始得爲給付也。發行人因給付而收回證券者，雖持有人就該證券無處分之權利，但發行人仍依法取得其證券之所有權（民法第七二三條）。但處分權之欠缺，係發行人所明知者，則不在此限（參照民法第七二〇條一項）。

#### 第六四五段 （第二）關於證券債權人之保護

無記名證券，因毀損或變形，不適於流過，而其重要內容，及識別記號，仍可辨認者，持有人得請求發行人，換給新無記名證券，其換給證券之費用，應由持有人負擔。但證券爲銀行兌換券，或其他金錢兌換券者，其費用由發行人負擔（民法第七二四條）。

無記名證券，遺失，被盜，或滅失者，持有人得聲請法院，依公示催告之程序（參照民事訴訟法第五三五條以下），宣告其無效。于此情形，發行人對於持有人，應告知關於實施公示催告之必要事項，並供給其證券所必要之材料。無記名證券，定有提示期間者，如法院因公示催告聲請人之聲請，對於發行人為禁止給付之命令時，其提示期間之進行，應即停止。此項停止，自聲請發給命令時起，至公示催告程序終止時止（民法第七二五條及第七二六條）。但宜注意，對於無利息見票即付之無記名證券，不得聲請實施公示催告之程序（民法第七二八條）。

第六四六段

利息，年金，及分配利益之無記名證券，有遺失，被盜，或滅失，而通知于發行人者，如于法定關於定期給付之時效期間（參照民法第一二六條）屆滿前，未為提示，則為通知之持有人，得向發行人請求給付該證券所載之利息，年金，或應分配之利益，但自時效期間屆滿後，經過一年者，其請求權，即歸消滅。如于時效期間屆滿前，由第三人提示該項證券者，發行人應將不為給付之情事，告知該第三人，並于該第三人與為通知之人合意前，或于法院為確定判決前，應不為給付（民法第七二七條）。

第二十一章 終身定期金

第六四七段

（第一）終身定期金之意義及其發生

終身定期金之債(德Leibrentenschuld(法Rente Viageret Annuities)，係單一的債之關係，于一人(雙方當事人或第三人)之生存期內，權利人保有其債權，而其收益，則為有繼續性的金錢給付也(民法第七二九條)。依照契約之訂定，如債務人須以金錢給付第三人者，則為向第三人為給付之約定，應適用民法第二六九條及第二七〇條之規定。現行法認終身定期金之給付，以金錢為限，而日本民法(註一)，則明定其他之物，亦得充之。德瑞民法，關於此點，雖乏明文，但德國民事判決例，則認金錢或代替物，均得為給付之標的也(註二)。愚以為就法理上言，代替物應認為可充終身定期金給付之標的，關於米穀之給付，即其一例也。

(註一) 參照日民第六八九條。

(註二) 參照德民判例集第六七卷第二〇四頁。

## 第六四八段

終身定期金，係單一的債權，與當事人間其他之法律關係，並不互為牽連。在某種契約關係中，即使約定以定期金額之支給，為附隨給付者(例如在僱傭契約，約定每月津貼受僱人若干元)，此項附隨給付，並不具有終身定期金之性質。

依現行民法之規定，終身定期金之債，僅得由于契約而發生，其由于遺囑之單獨行為，以遺贈方式而設定者，祇能準用關於終身定期金之規定(民法第七三五條)(註)。終身定期金契約，有係片

務契約者，如贈與是，有係雙務契約者，如保險契約是。惟終身定期金契約之訂立，應以書面爲之，故爲要式行爲之一種（民法第七三〇條）。

（註）瑞士債務法及日本民法，均與我現行法同，認終身定期金，僅得以契約訂立之，但就實際上言，終身定期金債權之由于單獨行爲，如遺贈，懸賞廣告等，以及依法律之規定，如民法第一九三條第二項，而設定者，亦屬習見之事。契約，不過發生終身定期金債權之原因之一，而非唯一的原因也。

### 第六四九段

（第二）終身定期金之法律上關係

終身定期金契約，得以債務人，債權人，或其他第三人之生存期，爲契約存續之期間，但當事人間，關於存續期間，未經明白約定者，則推定其爲于債權人生存期內，按期給付，在契約所定之給付金額，有疑義時，則推定其爲每年應給付之金額（民法第七三二條）。

終身定期金，應預先給付，除契約另有訂定外，應按季預行支付。是故終身定期金之存續期間，係依某人之生存期而定，而其人如在定期金預付後該期屆滿前死亡者，定期金債權人，亦取得該期金額之全部（民法第七三二條）。

因死亡而終止定期金契約者，如其死亡之原因，應歸責于定期金債務人時，依公平及誠信原則

。法院自得因債權人或其繼承人之聲請，宣告其債權在相當期限內，仍為存續（參照民法第一〇二條三項第一〇〇條）。惟定期金債權，依其性質，具有屬人性，除當事人有特約外，不得移轉（民法第七三三條及第七三四條）。

## 第二十二章 和解

### （第一）概說

和解（拉Transaction德Vergleich法Transaction英Compromise），乃當事人約定互相讓步，以終止爭執，或防止爭執發生之契約也。例如甲乙雙方，對於某一機件，各自以為係所有人，遂因互相讓步之結果，由甲交付乙一百元，而乙則承認甲享有所有權是（民法第七三六條）。

### （第二）和解之要件

和解之要件有二：（一）須有關於法律關係之爭執，或其爭執可以發生，至其爭執，究係法律上的抑或為事實上的，則可不問。又，任何法律關係，祇須當事人有權可以處分者，均得為和解之標的，物權，或債之關係無論已，即繼承權發生爭執，亦得為和解，唯關於親屬事件，則有例外，如其事件之和解，有背強制法規，或公序良俗者，自不得為之。（二）須以雙方互讓之方法，以終止爭

## 第六五一段

## 第六五〇

執或防止爭執之發生。倘若義務人全部承認對方之主張，而不取償任何對待給付，或權利人捨棄其全部權利，絲毫無所取償于對方者，則係認諾或拋棄，而非茲之所謂和解也。

(第三)和解之效力

第六五二  
段

當事人因和解而拋棄之權利，歸于消滅，而取得因和解契約所訂明之權利(民法第七三七條)。就普通之情形言，法律關係，雖經和解，但與和解後之結果，同時並存。故若該法律關係本附有保證或擔保者，此項保證或擔保，尚不因和解之成立而消滅。然若因和解契約之訂立，致原有法律關係，有所變更，例如因和解之結果，以非要因的債務契約，代替原有之要因的法律關係者，則原有之保證或擔保，即不復存在。

第六五三  
段

(第四)訴訟上之和解與破產法上之和解及調協

訴訟上之和解，亦具有民法上和解之意義，適用民法上關於和解之規定。唯訴訟上之和解，係一種執行名義，此則與訴訟外之和解有別也。

破產法上之和解或調協，其目的在於避免破產之宣告或終止破產程序之進行，亦具有民法上和解之意義，唯其成立及效力，則均須適用破產法耳。又，破產法上之和解與調協，均為執行名義，故亦與訴訟外之和解不同。

## 第六五四段

### (第五)和解之撤銷

民法總則篇關於法律行為之撤銷之規定，原則上均得適用於和解契約。當事人因被詐欺或被脅迫，而為和解之意思表示者，固得為撤銷，縱其表意出于錯誤，原則上亦得撤銷其意思表示。即如(一)和解所依據之文件，事後發見為偽造或變造，而和解當事人，若知其為偽造或變造，即不為和解者。(二)和解事件，經法院確定判決，而為當事人雙方或一方于和解當時所不知者。(三)當事人之一方，對於他方當事人之資格，或對於重要之爭點有錯誤而為和解者，均得撤銷和解(民法第七三八條但書)。但宜注意，若和解之對象有錯誤，則不得為撤銷。蓋和解之目的，本在于終止爭執也。例如當事人間對於一千元之借款有爭執，旋經和解，由債務人支付五百元以了結。于此情形，即使債權人事後發見憑證，足以證明其借款確係一千元者，亦不能主張于和解當時不知有確切證據為理由，而撤銷其和解之意思表示(民法第七三八條上項)。

## 第二十三章 保證

### 第一節 概說

## 第六五五段

保證(德Buergschaft法 Cautionnement英Suretyship)，係一方負擔之契約，基于此種契約，當事

人之一方，即保證人（德 *Ensicherer*），對於他方（即債權人）之債務人不履行債務時，由其代負履行責任也（民法第七三九條）。

保證契約，與債務之併存承擔有別，在保證契約，保證人係就他人之債務，負從債務人之責任，而在債務之併存承擔，新債務人，對於已存在之債務關係，負共同債務人之責任，蓋其對於債務之履行，于自己亦有利益也。例如某土地所有人，欲于其土地上為建築工事，該土地之抵押權人，為使建築易于進行起見，約定就所有人對於建築承攬人之債務，願負責任，是則為債務之併存承擔，蓋建築工事之完成，于抵押權人，亦有利益也。

保證契約，與準保證契約（德 *Garantievertrag*）亦有區別。在保證契約，保證人僅保證主債務人之支付能力，而在準保證契約，準保證人就特定之事件，應獨立負保證責任也。例如對於一定之金額，保證其必為支付是。蓋于此情形，債權人因有準保證人之為保證，即使主債務人，對於此項支付，不負責任，但其債權，亦必獲得清償（參照民法第七四三條）。

第六五六段  
保證人，有時為數人：（一）共同保證（德 *Mitbürgerschaft*）。數人就同一債務而為保證者，曰共同保證。在共同保證，除契約另有訂定外，各保證人應連帶負保證責任，故皆為連帶從債務人也（民法第七四八條）。（二）副保證（德 *Nachbürgerschaft*）。在副保證，副保證人，係對債權人担保保證人



對於其保證契約所生之義務，必能履行。在債權人依法向保證人爲請求而無結果時，副保證人即應代負履行之責。(三)求償保證 (Reuckhriegschaft)。此種保證，乃担保保證人對於主債務人之求償請來權。倘保證人依法代主債務人履行債務，而不能由主債務人予以補償者，則求償保證人，應向保證人爲補償。

## 第二節 保證人與債權人之關係

### 第六五七段

(第一)保證契約之從屬性

保證契約，以主債務之存在爲要件，而從屬於主債務也。是故(一)主債務無效時，保證契約亦失其效力。對於將來發生之債，或附有條件之債，亦得爲保證，但僅於債務發生時，有其效力。例如信用保證是。至若保證人對於因錯誤或行爲能力之欠缺而無效之債務，如其情事而仍爲保證者，其保證固屬有效，但此係準保證契約，而非真正之保證也(民法第七四三條)(註)。

(註)按我現行民法，認可得撤銷之法律行爲，并非當然無效，故與瑞士債務法第二十三條所謂「不受拘束」(Unverbindlich)者有別。而民法起草者竟仿倣瑞債第四九四條第三項之規定，於第七四三條，特明定：「保證人對於因錯誤……而無效之債務」云云，前後似有矛盾。

## 第六五八段

(二)除契約另為訂定外，保證人之義務，其範圍之大小，視主債務之情形而定。如主債務因主債務人之遲延或故意過失，致擴大其範圍者，則保證人之義務，亦從而擴張。是故保證債務，包含主債務之利息，違約金，損害賠償，及其他一切從屬於主債務之負擔(民法第七四〇條)。但宜注意，在保證契約訂立以後，主債務人與債權人間，若以法律行為，擴大主債務之範圍者，則保證人之義務，自不受其影響。反之，主債務縮小者(例如主債務已為一部清償)，保證人之義務，亦隨之而減縮。要之，保證人之負擔，較主債務人為重者，自應縮減至主債務之限度(民法七四〇條)。

## 第六五九段

(三)主債務人所有之抗辯權(例如時效抗辯權，契約不履行抗辯權)，保證人皆得行使之。即使主債務人放棄其抗辯權，而保證人仍得主張之。誠以主債務人與債權人間之法律行為，不能影響於保證人之地位也(民法第七四二條)(註)。至主債務人就其債之發生原因之法律行為有撤銷權者，保證人則不得代主債務人而行使。蓋撤銷之意思表示，具有屬人的性質，應由主債務人自行決定故也。雖然，于此情形，保證人固不能代行撤銷權，但仍得對於債權人，拒絕清償(民法第七四四條)。

(註)按抗辯(德 *Einreden*)與抗辯權(德 *Einrede*)應有區別(參照本書第三二章)。民法第七四二條所稱之抗辯，就法理上言，應係抗辯權，此觀諸同法第七四四條之規定，自可顯然(參照德民第七七〇條及瑞債第五〇六條)。

(四)向主債務人請求履行，及爲其他中斷時效之行爲，對於保證人亦生效力（民法第七四七條）。

### 第六六〇段

(第二)保證契約之補充性

保證人之責任，僅具有補充性。保證人于債權人未就主債務人之財產，強制執行無效果前，對於債權人得拒絕清償，是即所謂先訴抗辯權（德Einrede der Priorität）也（民法第七四五條）。在保證人主張先訴抗辯權時，債權人必須就下列情形之一，予以確切證明者，方得逕向保證人，請求其代負履行責任：(一)證明已就主債權人之財產，爲強制執行而無效果；(二)證明保證人之先訴抗辯權，依法已經除斥，不得主張。依民法第七四六條之規定，先訴抗辯權除斥者實形有照；(1)保證人拋棄先訴抗辯權者；(2)保證契約成立後，主債務人之住所，營業所，或居所有變更，致向其請求清償，發生困難者。(3)主債務人受破產宣告者；(4)主債務人之財產，不足清償其債務者。

### 第三節 保證人與主債務人之關係

(第一)保證人之求償權

在保證人代爲履行債務之後，能否享有求償權（德Hilfsanspruch）應視保證契約所由設定之法律關係

### 第六六一段

爲準。凡受主債務人之委任，或由于無因管理而爲保證者，在清償主債務後，得向主債務人爲求償，但若保證責任之負擔，由於贈與者，則無求償權。

在保證人爲清償時，不問保證契約所由設定之法律關係，究屬若何，債權人對於主債務人所得主張之債權，於其清償之限度內，移轉於保證人，即關於附隨之權利，如抵押權，質權等亦然（參照民法第七四九條及民法第二九五條）（註）。唯就法理上言，因債權之移轉，保證人行使權利時，應受下述三種之限制：（一）主債務人，本於其與保證人間所存在之法律關係而生之抗辯，並不因債權之法定移轉而受影響。例如保證人係基於贈與關係而爲保證者，即不得行使因轉讓而享有之權利。唯保證契約之設定，是否基於贈與關係，當事人間有爭執時，其證明責任，應由主債務人負之。蓋此項抗辯，係由主債務人提出故也。（二）在共同保證時，各共同保證人相互間，原則上應按人數，平均分担責任（參照民法第二八〇條以下）。是故債權人對於其他保證人所得主張之權利，僅得就各個保證人之分担額，移轉於爲清償之保證人，而並非全部轉讓也。（三）保證人行使所移轉之權利時，不得害及債權人之利益。例如保證人僅向債權人爲一部清償時，關於該受償之一部份債權，固必移轉於保證人，但主債務如有物上担保者，則此項担保物權，應全部供債權人未受清償部分之債權之担保也。

## 第六六二

(註)於此情形，謂之法定之債權讓與(拉 *Cessio Legis*)，參照本書第三五二段第三五三段。

(第二)保證人之除去保證請求權

保證人係受主債務人之委任而為保證，或基於無因管理而為保證，而享有受任人之各種權利者，遇有下列情形之一時，得向主債務人，請求除去其保證責任，是之謂保證人之除去保證請求權(德 *Anspruch des Beregn auf Befreiung*)：(一)主債務人之財產，顯形減少者，(二)保證契約成立後，主債務人之住所，營業所，或居所所有變更，致向其請求清償發生困難者，(三)主債務人履行債務遲延者，(四)債權人依確定判決，得令保證人清償者(民法第七五〇條一項)。

在保證人請求除去保證責任時，主債務人得為債務之清償，或與債權人訂立契約，使保證人得以脫卸其責任。但主債務未屆清償期者，主債務人得提出相當担保於保證人，以代保證責任之除去(民法第七五〇條二項)。

唯就實際上言，保證人之行使除去保證請求權，鮮有獲得完滿之效果，蓋於此情形，主債務人大抵皆陷於無清償能力之狀態也。

### 第四節 保證契約之消滅

保證契約之消滅，大體上與一般契約消滅之情形同，但遇有特別事由之一端，保證責任，亦即

## 第六六三

歸於消滅。(一)主債務消滅，蓋保證關係，僅具有從屬性，故主債務消滅，保證責任亦隨而消滅也。

(二)債權人未得保證人之同意，拋棄其債權担保之物權（例如抵押權，質權，留置權等）者（註）。則保證人就其所拋棄權利之限度內，責任消滅，良以保證人之地位，不能任由債權人，予以損害，依民法第七四九條之規定，在保證人爲清償後，本可依法而受讓債權人之債權，及其從權利，故若債權人未經保證人同意而遽予拋棄此項從權利者，則保證人自必因此而蒙受莫大之損失也（民法第七五一條）。

(註)按在共同保證，債權人若任意免除共同保證人中任何一人之保證責任，於其他保證人，亦有損害，而民法第七五一條，僅明定「物權」一項，似不足以概括其餘。應以爲「物權」一語，應改爲「權利」字樣，較爲妥善。

第六六四  
段

(三)保證契約，定有存續期間者，如債權人不於其期間內對保證人爲審判上之請求，則保證責任消滅（民法第七五二條）。保證契約，未定存續期間者，保證人於主債務清償期屆滿後，經定有一個月以上之相當期限，催告債權人於其期限內，向主債務人爲審判上之請求，而債權人忽視其催告者，保證人之責任，亦於以免除（民法第七五三條）。

(四)保證人依法得行使終止權者。即如就連續發生之債務爲保證，而未定有期間者，依民法第七五四條第一項之規定，保證人得隨時終止保證契約。在終止之通知，到達於債權人後所發生之主債務人之債務，保證人不復負保證責任（民法第七五四條二項）。

(五)就定期限之債務爲保證，如債權人未得保證人之同意，允許主債務人延期清償者，保證人之責任，即因而消滅，（民法第七五五條）。

#### 第五節 特種之保證契約

##### （第一）信用委任

第六六五  
段  
委任他人，以該他人之名義，及其計算，供給信用於第三人者，謂之信用委任（德 *Kreditakt* ）。例如甲受乙之委任，以一千元之信用，供給於丙是。

在未供給信用以前，當事人間之法律關係，概適用關於委任之規定，是故信用委任，亦得隨時撤回。在既經供給信用以後，則委任人執第三人因受領信用所負之債務，對於受任人，應負保證責任，其一切法律關係，均適用關於保證之規定（民法第七五六條）。

##### （第二）職務保證

執主債務人之克盡職責及服務爲保證者，曰職務保證（德 *Amt und Dienstverpflichtung*）。此種保證

，在我國最爲習見。例如保證公務員必能奉公守法，不致虧蝕公帑之情形是。唯於職務保證，保證人僅担保主債務人之必能履行法定職務，或約定職務，在主債務人不爲職務之履行，或因執行職務而有違法之行爲，致債權人受有損害者，保證人祇負擔從屬的損害賠償之債務，而無須代爲履行，故與普通之保證有別。關於職務保證之法律關係，僅得準用保證之規定耳。



## 第三編 民法物權編

### 第一章 通則

#### 第一節 物權之概念及其類別

#### 第六六六段

##### (第一)物權之概念

物權(德Sachenrechte; Dingliche Rechte法Droits Reels英Rights of Things)者，支配物之權利也。物權之本質，端在對於物為直接之支配，故與債權有顯著之區別。債權之關係，乃係債權人與債務人間之法律關係，其給付固亦有時牽涉而及于物者，但對於物則不能為支配。例如牛羊之所有人，對於其牛羊，固享有直接之支配權，但牛羊之買受人，僅對於出賣人，有對人的請求權，得請求交付其牛羊，而不能對牛羊逕自為支配也。在出賣人將此項牛羊另行讓與于他人時，其讓與並非無效，此際買受人只能為損害賠償之請求耳。

物權既得直接支配于物矣，故對於任何之人，皆有效力，是即所謂物權之絕對性。債權則不然，而債權僅對於債務人為有效，故僅具相對性。例如牛羊之所有人，得排除任何人對於牛羊之干涉，牛，羊之買受人，則不能阻止第三人對於牛羊之干涉，僅得向出賣人請求為牛羊之交付耳。

物權之標的物，應以物為限(參照民法第六六條以下)，此其本質使然也。但有例外，依現行民法之規定，權利有時亦得充物權之標的物，即如地上權，永佃權，典權及債權等財產權是(參照民法第七七二條第八八二條及第九〇〇條)。

##### (第二)物權之類別

物權得分為兩大類別，一曰所有權(拉Dominium德Eigentum)，二曰限制物權(拉Jura in re Ali-

#### 第六六七段

物權中之基本典型也。限制物權，係就他人之物上，得為有限制之支配，而該他人之物之所有權，即因此而受其制限。

就經濟上之觀點言，限制物權，頗不利于所有人，蓋所有物上設有限制物權者，賦所有權人對於物之使用收益或處分，皆所有不使也。

物權之種類，法有一定，即其內容，亦僅依法律之規定，故當事人間不得任意創設物權，而契約自由之原則，不適用於物權關係也（參照民法第七五七條）。現行民法，僅認下列各種為物權：（一）關於不動產者，有所有權，地上權，永佃權，地役權，抵押權，典權等六種。（二）關於動產者，有所有權，質權，留置權等三種。至于占有，現行法則認為係法益而非權利，唯規定于物權編專章。

### 第二節 物權之變動

#### 第一款 不動產物權之變動

##### 第一項 不動產物權之變動由于法律行為者

以法律行為，變更不動產上之權利關係者，須具備兩種要件，一為特定之法律行為，二為登記。所謂特定之法律行為，即取得或變更不動產權利之行為及消滅不動產權利之行為也。分述之如下。

##### 第一目 不動產物權之取得與變更

不動產物權，依法律行為而取得或變更者，應訂立物權契約（德 Dingliche Einigung），並須為權利變更之登記（德 Eintragung）。

## 第六六九

### (甲) 物權契約

#### (第一) 物權契約之意義

物權契約，乃直接引起物權變更之契約。基于此項契約，當事人之一方，因物權變更而有所負擔，而他方則因物權變更而享利益也。例如甲與乙約定，甲就其所有之不動產，為乙設定一担保五千元借貸之抵押權。又如甲乙約定，以甲所有某項不動產所有權，移轉于乙是。

物權契約，係契約之一種，故當事人間，必須有意願表示之一致。此項合意之表示，有時亦得由裁判代之。例如乙對於甲，取得一種合法之判決，足以使甲應就其所有之不動產，為乙設定一担保五千元借貸之抵押權者，則乙基於此項判決，即得向地政機關，聲請抵押權之登記。再者，關於物權契約，應適用關於法律行為及契約之一般規定。例如物權契約，得因當事人之行為能力受限制而失其效力，因虛偽表示而罹于無效，因錯誤，被詐欺或被脅迫而致撤銷。

物權契約之成立，足以直接引起物權之變動，故物權契約，係物的契約(德Dinglicher Vertrag)也。物權契約，與其所由產生之債的行為(德Obligatorisches Rechtsgeschäft)，亦即所謂要因行為者，顯有區別。蓋債的行為，僅足使當事人負援引起物權變動之義務也。例如不動產所有權之移轉，固基于不動產買賣之契約，但買賣契約，僅能發生交付財產權之義務也，再者，物權契約，係非

要因契約，在要因行爲爲無效時，物權契約，仍不受其影響（註）。在要因行爲有欠缺，而物權契約，尙有拘束力者，則處分權人，只能依不當得利之原則，行使其返還請求權，並阻止契約相對人之登記。

（註）參照本書第一〇四段

第六七〇段

（第二）物權契約之方式及內容

關於不動產物權之移轉或設定之契約，除當事人之合意外，並須以書面爲之（民法第七六〇條）。例如設定抵押權或典權者，應書立典據或抵押字據，移轉不動產所有權者，應書立讓與字據是。至物權契約，亦得附以條件或期限，與一般之契約無異。

第六七一

（第三）權利人之處分權

在訂立物權契約之際，權利人就其所處分之權利，享有處分權能者，其物權契約，方爲有效。雖然，因處分權有瑕疵，固可使物權契約，失其效力，但若經有權利人之承認，或無處分權人嗣後取得其權利者，其處分則自始有效（參照民法第一一八條）。

（乙）登記

第六七一

按我國舊時習慣，關於不動產物權之變動，只須當事人訂立書據，卽生效力，而無庸登記于官冊也。在民間買賣房地，或設定典權抵押權，固亦須憑魚鱗冊，爲推收過戶之程序，但其效用則在

乎證明權利人之享有處分權能，而非物權得喪之要件，自不能指爲即係現行之登記制度也。

歐洲古代之羅馬法律，亦無所謂登記制度，中古以降，各地方習慣，始漸有認不動產物權之變動，必須爲登記者。而德法兩國之制度，亦復不同。法國民法，認不動產物權之移轉或設定，固只須有當事人之合意，即生效力，而無庸履行任何方式，但著以之對抗第三人，則必須爲登記（註），德國民法則不然，德國民法，認一切不動產上權利，不問其爲所有權或他物權，如係基于法律行爲而爲變動者，非經登記，不能取得，即所謂登記要件主義是也。

（註）法國民法，稱不動產所有權移轉之登記，曰 *Transcription*，稱其他不動產物權之登記，曰 *Inscription*。

### 第六七三段

我國現行民法，仿德例（德民第八七三條一項），採登記要件主義，認不動產物權，依法律行爲而取得，設定，喪失，及變更者，非經登記，不生效力（民法第七五八條）。唯愚以爲「不生效力」一語，頗有語病。按法律行爲之不生效力，與法律行爲之無效，應有區別。法律行爲之本身，原屬有效，唯因某種特定事件，阻止其效力之發生者，謂之不生效力（德 *Unwirksamkeit*），例如民法第一二〇一條之情形是。法律行爲匪特不能發生效力，即其本身，亦屬無從成立者，則爲無效（德 *Nichtigkeit*）現行法物權篇，既採登記要件主義，則不動產物權之變動，倘未爲登記，應屬無

效，非僅僅爲不生效力也。

第二目 不動產物權之拋棄

第六七四段

以法律行爲，拋棄不動產之限制物權者，應由權利人爲拋棄之意思表示，並于登記簿冊上，塗銷其登記。除法律另有規定外（參照民法第八三四條但書），物權因拋棄而消滅（民法第七六四條）

（第一）拋棄之意思表示

拋棄之意思表示，係有相對人之單獨行爲，應由權利人向登記官吏或受益人爲之。故與不動產物權之取得與設定之爲契約者有別。再者，拋棄係非要因行爲，不問其所由發生之要因行爲，究爲何若，拋棄均屬有效。拋棄非要式行爲，卽以言詞爲拋棄亦無不可。

（第二）登記之塗銷

在不動產物權之拋棄，除爲拋棄之意思表示外，並須塗銷其登記（參照民法第七五八條），關於登記塗銷之程序，土地法第一二九條以下，定有明文，可以參照。

第三目 不動產物權之變動由于法律行爲而須得第三人之同意者

第六七五段

不動產物權，曾爲第三人之權利，設定負擔者，則欲爲此項物權之變更，應得第三人之同意。例如所有人曾以其所有之房屋，爲第三人設定一抵押權者，則非取得該第三人之同意，不得塗銷其

所有權。又如享有通行地役權之土地所有人，曾以其土地爲債權人，設定一抵押權，倘若通行地役權之廢止，足以使土地價格跌落者，則關於地役權之廢止，除雙方土地所有人訂立物權契約，並爲登記外，尙須取得需役地抵押權人之同意。

關於第三人同意之表示，無須具備方式，祇須向登記官吏，或受託人爲之，卽生效力。

#### 第四目 不動產物權之混同

### 第六七六段

(第一) 不動產所有權與限制物權之混同

不動產所有權與該不動產上之限制物權相混同，易言之，卽歸屬於一人者，則限制物權，因混同(德Konsolidation)而消滅。例如甲爲土地所有人，乙于其土地上有典權，嗣後如乙受讓甲之土地，則乙兼有所有權與典權矣。然典權乃限制物權之一種，所有權乃關於物之完全的權利，故能吸收典權，使之消滅也(民法第七六二條上段)。

但宜注意，限制物權之存續，于所有人或第三人有法律上之利益者，則該限制物權，並不因混同而消滅。例如甲有價值二千元之土地一方，對於各有一千元債權之乙丙丁三人，曾以該土地順次供其抵押。就優先權之原則言，乙固得先于丙丁而行使其抵押權。嗣後乙復受讓甲之土地，而爲該土地之所有人，若依上開說明，則乙之抵押權，必因混同而消滅，有順位較次之丙丁，就物權追及之作用，各得于乙之土地上行使抵押權，而分受其購得金額之全部(卽二千元，丙丁各得一千元)。

。是則乙因混同之結果，絲毫無所取償，故法律爲保障其利益起見，此時乙雖爲土地所有人，而其抵押權，則依然存在，仍得就自己之土地，先于丙丁而受清償也。又如乙以其在甲土地上所取得之地上權，供其債權人丙之抵押。迨後乙受讓甲之土地，而爲該土地所有人。若依一般原則，乙既取得土地所有權，則于該土地上所設定之地上權，即因混同而消滅，果爾，則以地上權爲標的之丙之抵押權，亦必歸于消滅，致丙喪失其債權之担保，而生不公平之結果，故法律不問乙之地上權混同與否，均視爲依然存續，以保護第三人丙之利益也（民法第七六二條但書）。

（第二）不動產限制物權與以該物權爲標的物之權利相混同。

### 第六七七段

不動產所有權以外之限制物權，及以該物權爲標的物之權利，歸屬于一人，致相混同者，則此項權利，因混同而消滅。例如甲于其土地上有永佃權，以之抵押于乙，嗣後乙若受讓該永佃權，則以永佃權爲標的物之乙之抵押權，無使其獨立存在之必要，當然歸于消滅（民法第七六三條一項）。但有例外，若此項權利之存續，于所有人或第三人有法律上之利益者，則不因混同而消滅（民法第七六三條二項）。

第二項 不動產物權之變動非由于法律行爲者

不動產物權之變動，非由于法律行爲者，原則上無須爲登記，但在若干例外之情形，亦有應經



登記者。

## 第六七八段

在下列各種情形，不動產物權之變動，既無須訂立物權契約，而亦無庸爲登記：（一）繼承。依民法第一一四八條之規定，被繼承人財產上之一切權利，自繼承開始時，均由繼承人承受。（二）強制執行。（三）公用征收。（四）法院之判決（民法第七五九條）。

在下列二種情形，不動產物權之變動，固無須訂立物權契約，但有請爲登記之必要。（一）以所有之意思，二十年間，和平繼續占有他人未經登記之不動產者，得請求登記爲所有人（民法第七六九條）。（二）以所有之意思，十年間和平繼續占有他人未經登記之不動產，而其占有之始，爲善意並無過失者，得請求登記爲所有人（民法第七七〇條）。

所宜注意者，不動產物權之變動，非由於法律行爲者，在原則上雖不爲登記，亦可取得其權利，但若就其項取得之物權，而以法律行爲爲處分者，則非經登記，不得爲之。此民法第七五九條，定有明文。

## 第二款 動產物權之變動

## 第六七九段

動產物權之變動，有由于法律行爲者，亦有由于法律行爲以外之事實者，本款所述，僅限于由法律行爲，引起動產物權之變動之一點，至其變動之由于法律行爲以外之事實者，容于動產所有權

章中論之。又，關於動產物權之混同與拋棄，其情形與不動產物權同，亦不複敘矣。

### 第一項 概說

## 第六八〇段

動產物權之由法律行為而取得者，讓與人與取得人之間，必須訂立物權契約（德 *Einigung*），並須為物之交付（德 *Übergabe der Sache*）（民法第七六一條一項上段）。

### （第一）物權契約

動產物權契約，亦係非要因之物的契約，足以引起所有權移轉之結果，而就其法律上之性質言，則與一般之物的契約無異。（一）關於法律行為及契約之普通規定，例如關於無效，撤銷與合意等規定，均應適用。（二）動產物權契約，既係非要因契約，故與其所由產生之要因行為，例如買賣，互易等，應加區別。唯在實際上，動產物權契約，常與要因行為，發生牽連之關係，例如現錢買賣之情形是也。（三）動產物權契約，既係非要因契約，故原則上，其效力並不因要因行為之有效與否而受影響。例如甲基于金錢借貸之觀點，以國幣一千元之所有權，移轉于乙，而乙之收受該一千元，則認為係根據贈與契約之存在。于此情形，就債法上言，金錢借貸與贈與契約，均不能成立。雖然，雙方當事人間，對於一千元所有權之移轉，固已具有合意，則乙自係此項金額之所有人，唯有甲依照不當得利之原則，請求返還耳（註二）。

(註一) 參照本書第四〇六段

(註二) 參照本書第一〇四段

動產物權契約，無須具備任何方式，故與不動產物權契約異（民法第七六〇條）。但亦得附以條件或期限。在分期付款之買賣，出賣人係于保留所有權之條件之下，而為讓與也（註）。

(註) 參照本書第四四一段

## 第六八一段

(第二) 交付

物之交付云者，取得事實上之管領力之謂也。動產因交付而取得直接之占有。且其占有之要件，一依占有取得之規定。在取得人對於其物已為事實上之管領者，則無庸復為現實的交付，此際祇須為二重之物權契約即可，一為所有權移轉之合意，二為占有取得之合意是也。

以動產之所有權，讓與于該動產之占有人，則祇須為所有權移轉之物權契約，即生效力，而無須為現實之交付。蓋占有人既已占有所讓與之動產矣，若再為物之現實的交付，則屬毫無意義之事也。例如汽車之所有人，曾以其車出租于人，嗣復以之賣與于原承租人，此際祇須雙方當事人，對子所有權之移轉，具有合意，即生讓與之效力（民法第七六一條一項但書）。

所宜注意者，民法第九四二條之占有有人，欲以其物讓與占有輔助人者，則民法第七六一條一項

但書，不能適用，蓋占有輔助人，非占有人也。唯此際占有輔助人，得因訂立關於占有移轉之物權契約，而取得其占有（民法第九四六條）。于此情形，應有二重之物權契約，即一為所有權移轉之合意，二為占有移轉之合意，有如上述者。

### 第二項 交付之代替

第六八二段  
動產物權之讓與，固以交付為必要，但此項交付，亦得利用占有之改定（德 *Besitzkonstitut*）或返還請求權之讓與（德 *Abtretung des Herausgabeanspruchs; Vindikationszession*）以代替之，分述如下。

#### （第一）占有之改定

讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付者，謂之占有之改定（拉 *Constitutum possessorium*）（民法第七六一條二項）。

在若干情形，占有之改定，應具有下列二種要件：（一）須因某種法律關係之存在，讓與人若暫行占有其物之必要者。唯法律僅認具體的改定（德 *Konkretes Konstitut*）為有效，倘當事人間祇約定讓與人為受讓人而為占有，則係一種抽象的改定（德 *Abstraktes Konstitut*）。抽象的改定，足使所

有權之移轉，概于無效。例如在動產物權之讓與時，僅有受讓人之認許，由讓與人繼續占有其物者，尙不足以發生讓與之效力。但若當事人于訂立物權契約之外，復爲約定，由讓與人以承租人，受寄人或借用人之資格、而繼續占有該動產者，則所有權之移轉，即屬有效。唯具體的改定與抽象的改定之區別，在實際上並無特殊之意義，蓋以在某種事件，常可依其情形，認爲係基于特定法律關係之默示的約定者。例如在法定財產制之下之夫妻間，相與約定，由夫于閨房中，陳設若干原屬於夫所有之名貴物品，而以之贈與于妻；此除輒有一種默示的契約在焉，即夫對於此項名貴物品，基于其管理權之作用，仍得爲繼續占有，而此種占有之改定，則發生所有權移轉之效力。(二)須讓與人對於物認爲直接或間接之占有者。但有一事，尙應注意，若讓與人可以取得之動產，已在意料之中者，則對於將來取得之物，爲占有之改定者，亦屬有效，是之謂預定的占有之改定(德Anticipiertes Besitzkonstitut)。例如以占有改定之方法，而爲倉庫內所堆存貨件之所有權之讓與時，當事人間得約定，受讓人對於將來取得之貨件，亦保有其所有權者，則在讓與人以此項貨件堆存于倉庫之際，即爲受讓人取得其所有權之時。

占有改定之主要的特質，端在於保證所有權之移轉，而頗有利於實際上之應用。例如爲倉庫營業之債務人，因欲維持營業，而有繼續占有其倉庫內所堆藏之貨件之必要者，得不必就其此項貨件

第六八四段

爲債權人設定質權者，倘質權未設定，必須爲現實的交付其質物。此際債務人，得以占有改定之方法，讓與其質件於債權人，以既而藉此子債權人以保證（即保證信託），而又得繼續占有其質件也。

（第二）返還請求權之讓與

讓與動產物權者，如其動產由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人以代交付，是之謂返還請求權之讓與。例如甲有書一冊，曾貸與于乙閱覽，嗣復以此書贈與于丙。此時甲得對於乙之書籍返還請求權，讓與于丙，以代交付（民法第七六一條三項）。

讓與人所謂與之請求權，係所有人之物上請求權，而非間接占有，對於直接占有人之債的請求權也。例如質與人因得依據借貸契約，將書籍之閱接占有，以讓與請求權之方法而爲移轉，但若欲移轉所有權，則僅得以讓與物上返還請求權之方法，始得對借用人爲請求。

第一章 所有權

第一節 所有權之內容

第一款 概說

第六八五段

（第一）所有權之意義

就民法上之意義言，所有權（德 *Eigentum* 法 *Propriete* 英 *Ownership*）者，對於物之概括的支配權也，唯此種所有權之概念，係淵源於羅馬法，帶有強度的個人主義之色彩，而依近今法學進步之結果，所謂所有權之概括的支配性，漸次消失（註一）。更就吾民生主義之原理言，所有權僅在無害於國民生計之均衡發展的限度以內，始受法律之保障，而對於促進社會福利，負有義務，並非漫無限制之權利也（註二）。

（註一）德國一九一九年魏瑪憲法第一五三條第三項規定：所有權負擔義務。所有權之行使，應同時注意公共福利之增進。

（註二）參照五五憲草第一二七條及第一二一條。

所有權之標的，僅以有體物，即動產與不動產二者為限，而在有體物之中，亦唯獨立之物，與物之非重要成分，始得為所有權之標的，至物之重要成分，則不得充之（註一）。再者，所有權之標的，又須係特別的特定的有體物，至若事實上聚合物，如牧場，倉庫，圖書館等，僅能就其所包括之各箇之物，分別而為所有權之標的，而不能即以該整個聚合物為標的也（註二）。

（註一）參照本書第八八段以下。

（註二）參照本書第八二段。

第六八六段

(第二)所有權之一般的內容

所有權既係概括的支配權，故含有種種權能，質言之，所有人得自由使用，收益，並處分其所  
有物，是之謂所有權之積極效用(德Positive Wirkungs)；再者，所有人本于其概括的支配權之發揮  
，又得排除他人之干涉，是之謂所有權之消極效用(德Negative Wirkungs)。在所有物被侵害或受妨  
害時，所有人得設法追還，除去，或防止之。關於此項權能，吾人將於敘述所有物返還請求權時詳  
論之(註)。

(註)參照本書第七二一段。

雖然，所有人之概括的支配權，應受法令之限制。關於一般的法令上之限制，如權利濫用之禁  
止，即其顯著之一例也(註)。至其實際上之意義，則當於下款述之。

(註)參照本書第一八四段。

第六八七段

在所有物上設有限制物權(如典權抵押權質權等)者，則所有權又應受第三人權利之限制。唯  
就法律上之意義言，債權(例如承租權)雖有時在事實上亦予所有權以限制，但所有權之爲所有權  
，却並不因此而受影響。

所加於所有權上種種之限制，一旦除去，則所有權即復回復其未受限制時之內容，是之謂所有



權之彈性(德Elastizität des Eigentums)。

就民法上言，不動產所有權之內容，與動產所有權之內容，並無差異。土地所有權，於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下。雖然，如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，則不得排除之。例如土地之下，埋有礦產者，則所有人不得禁止他人之採掘(民法第七七三條)。且也，就實際上言，不動產所有權之內容，較諸動產，窄狹多多。為謀民生主義之實現，關於土地之分配與利用，在若干情形之下，土地所有人，均負有特殊之義務(註)。舉凡關於所有權之種種限制，什九皆為不動產而設，然則不動產所有權與動產所有權之間，自有不同之特質焉。

(註)參照五五憲章第一一七條至第一二〇條。

## 第二款 所有權之限制

### 第六八八段

所謂所有權之限制，大抵皆指不動產所有權之限制而言，得分為公益上之限制(德Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse)，及私益上之限制(德Eigentumsbeschränkungen im Privatinteresse)。分述之。

#### 第一項、公益上所有權之限制

### 第六八九段

公益上所有權之限制，乃根據於國民經濟，國防軍備，與夫風俗衛生上之必要，其數極夥。舉

例言之，其關於不動產者，如土地法，礦業法，狩獵法，森林法上所加於土地所有權之限制，其關於動產者，如關於取締毒品鎗械彈藥等，及禁止有害公安或風俗之圖書出版物等之規定是。限制有關於物之使用者，有關於物之收益者，亦有關於物之處分者，無論在何種情形，所有人對於其權利之行使，均須服從法令之限制。

第三項 私益上所有權之限制

第六九〇段

所謂私益上之限制，係指不動產所有權為相鄰土地之利益而受限制而言，即所謂相鄰權（德之 *Gebrauch*）是已。關於相鄰權，有一原則，即土地所有人，不得就自己所有之土地，加損害于相鄰人之土地所有權也。

（第一）危險之預防（*Adverse Dronender Gefahrdung*）

土地所有人，經營工業及行使其他之權利，應注意防免鄰地之損害。例如土地所有人因製造藥品，毒氣蒸騰，致鄰地之植物，變質或枯死，即係侵害鄰地，應防免之（民法第七七四條）。

土地所有人開闢土地，或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖，或發生危險，或使鄰地之工作物受損害（民法第七九四條）。土地所有人違反此項義務時，鄰地所有人得請求為避免危險或損害所必要之設備。建築物或其他工作物之全部或一部，有傾倒之危險，致鄰地有受損害之虞者，鄰

第六九一段

地所有人，得請求爲必要之預防（民法第七九五條）。假吾人之見解，此項請求權，得向建築物或工作物之自主占有人主張之，而亦得向佔典約或用益權之作用，對於建築物負保存義務者主張之。

（第二）通水（德 Wasserablauf）。

由高地自然流至之水，例如雨水，雪水，泉水等，低地所有人不得妨阻，是爲低地所有人之承水義務（民法第七七五條一項）。但自高地下注之水，須爲自然流至者，其由人工疏泄之水，除高地所有人，得依民法第七七九條之規定，使其水流適于低地損害最少之處所外，低地所有人，不負擔承水之義務。

民法第七七五條第二項載：由高地自然流至之水，而爲低地所必需者，高地所有人，縱因其土地之必要，不得妨堵其全部。按土地所有人，對於流通其土地上之水，本有自由使用之權（民法第七八一條），而依上開法條之解釋，則不能不認高地所有人，有供給低地所有人以自然流水之一部之義務，是未免有減損高地應享有之利益矣（註）。

（註）按民法第七七五條第二項，似採取瑞士民法之立法例，惟查瑞士第六八九條第三項載：由高地自然流至之水，而爲低地所必需者，非因其土地上之必要，不得妨堵其全部。故瑞士民法學者 Virgile Rousset，對於該項之解釋曰：土地所有人，因其土地之必要，得自由使用

經過土地之水流，倘因此使低地無賸餘之水，可以利用者，低地所有人，不得容忍之。但自然流至之水，如爲量甚鉅，則高地所有人，須保留低地所需相當之水量，使之流入低地，而不得全部妨堵也，愚以爲瑞士民法之規定，似較合理（參照氏著：Manuel D

roit Civil Suisse Vol. II, P. 369.）。

水流如因事變（例如地震，洪水，及其他不能歸責於低地所有人事由），在低地阻塞，高地所有人，得以自己之費用，爲必要疏通之工事，但其費用之負擔，另有習慣者，從其習慣（民法第七七八條）。

第六九二 段  
（第三）排水（德 Entwaesserungen）

高地所有人，因使浸水之地乾涸，或排泄家用農工業用之水，以至河渠或溝道者，得使其水通過低地，但應擇於低地損害最少之處所及方法爲之，其因此使低地受有損害者，高地所有人，應支付償金（民法第七七九條）。

土地因蓄水，排水，或引水所設之工作物，有破潰阻塞，致損害及於他人之土地，或有致損害之虞者，土地所有人，應以自己之費用，爲必要之修繕，疏通或預防。但其費用之負擔，另有習慣者，從其習慣（民法第七七六條）。所宜注意者，關於雨水之排泄，土地所有人，不得設置屋簷或

其他工作物，使之直注於相鄰之不動產（民法第七七七條）。土地所有人違反此項義務時，相鄰不動產之所有人，得提起所有權妨害除去之訴（德Hebeschreibeklage），請求除去其設置。

土地所有人，因使其土地之水通過，得使用高地或低地所有人所設之工作物，但應按其受益之程度，負擔該工作物設置及保存之費用（民法第七八〇條）。

### 第六九三（第四）用水（德Recht an Quellen und Brunnen）

水源地，井，溝渠及其水流地所有人，除另有特別習慣外，得自由使用其水。水源地或井之所有人，對於他人因工事杜絕減少或污穢其水者，得請求損害賠償；如其水為飲用或利用土地所必要者，在可能之範圍內，並得請求回復原狀（民法第七八一條及第七八二條）。唯茲之所關因工事杜絕減少或污穢其水之行爲，必須出於他人之故意或過失，而水源地或井之所有人，毫無可以指摘之情事時（例如他人實施工事之際，水源地所有人，認為有可以杜絕水源之虞，曾提出異議，而該他人置若罔聞者），始得請求損害賠償或回復原狀。關於此點，瑞士民法第七〇六條第二項，設有公允之規定，且予審判官以自由衡量之權。我國民法雖乏明文，而依據公平誠信之原則，解釋上自應從同。

水爲吾人生活上不可須臾或缺之物，然若以過鉅之費用與勞力，始可得水者，殊非經濟之道，

故土地所有人，因其家用或利用土地之必要，非以過鉅之費用及勞力，不能得水者，得支付償金，對鄰地所有人，請求給與有餘之水（民法第七八三條）。

## 第六九四段

土地所有人，對於自然流至之水，得按其本來形狀，有自由使用之權（參照民法第七八一條），故位屬上游之土地所有人，因地勢關係，先得先於下游之土地所有人，利用其水，固為一定之理，但不得因其地勢之優越，損害下游土地所有人利用水灌之利益，是以（一）水流之兩岸，有一不屬於水流地所有人者，則水流地所有人，不得變更其水流，或其水流之寬度；（二）水流之兩岸，均屬於水流地所有人者，所有人固得變更其水流或寬度，但應留下游自然之水路。唯上述二種情形，如另有習慣者，則從其習慣（民法第七八四條）。

水流地所有人，有設堰之必要者，得使其堰附着於對岸，但對於因此所生之損害，應支付償金，對岸所有人，如水流地之一部，屬於其所有者，得使用已設之堰，但應按其受益之程度，負擔該堰設置及保養之費用，唯上述兩種情形，如另有習慣者，從其習慣（民法第七八五條）。

## 第六九五段

（第五）線管之通過（德 Durchleitung）

現代物質文明，日益發達，水電煤氣，乃人類日常生活所不可須臾或缺者。倘因利用水電煤氣，有設置線管之必要，且非經過他人土地之上下，不能安設，或雖能安設，而需費過鉅者，經合

該土地所有人，不予以通過之允許，則現代生活上必須之日用品，將無由享受，不特有乖乎人情，且足以阻礙文明之進步，故現行民法，特以明文限制他人土地所有權，使有安設線管必要之土地所有人，得通過其土地而安設之。但爲保護他人之利益起見，線管之安設，應擇其損害最少之處所，及方法爲之。其關於使他人受損失者，並應支付償金（民法第七八六條一項）。

土地所有人，因得通過他人土地之上下，以安設線管，然於安設之後，如情形有變更，則他土地所有人，得請求變更其安設。例如土地所有人，初因開設浴室，有安設多數水管之必要，嗣浴室停業，改爲普通住宅，用水之量銳減，此時他土地所有人，得請求變更其安設，而拆除水管之一部。至變更安設之費用，除另有習慣外，應由土地所有人負擔（民法第七八六條二項三項）。

## 第六九六

（第二）必要之通行（德之§ 907）

土地因與公路無適宜之聯絡，致不能爲通常使用者，土地所有人，得通過周圍地，以至公路（民法第七八七條一項上段）。至土地與公路無適宜聯絡之情形，有因災異事變所致者，有因公路廢止所致者，亦有因土地之分割或所有權讓與土地一部於他人而生者在後者之情形，不通公路土地之所有人，因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或其他分割人之所有地（民法第七八九條一項）。有必要通行權之人，應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法爲之，於必要

時，並得開設通路，但對於因此所受之損害，應支付償金（民法第七八七條二項第七八八條）。

通行地所有人，對於必要之通行，固應負容忍之義務，但因此受有損害者，得請求支付償金，但土地不通公路，由於土地一部之讓與或分割所致者，則不得請求（民法第七八七條一項但書第七八九條二項）。

第六九七段  
（第七）踏入鄰地（德四四四二）

所有權，本具有排除他人干涉之權能，故土地所有人，自得禁止他人侵入其土地，但遇有下列情形之一者，應許他人踏入其土地：（一）他人有必要通行權者，（二）依地方習慣，任他人入其未設圍障之田地牧場山林，刈取雜草，採取枯枝枯幹，或採集野生動物，或放牧牲畜者，（三）他人尋查物品，有踏入土地之必要者。詳言之，土地所有人，遇他人之物品或動物，偶至其地內者，應許該物品或動物之占有人或所有人，入其地內，尋查取回。例如因風力，水力，及其他自然力或事變，致物品落入他人土地上，又如牛羊犬馬，家禽蜂羣，誤入他人地內之情形皆是。唯土地所有人，因他人之進入尋查，而受有損害者，不問其損害事實，出于故意或過失，亦不問其由于尋查人之行為，抑由于動物之動作所致，物之占有人或所有人，均應負損害賠償之責，于未受賠償前，土地所有人，對於物品或動物，有留置權（民法第七九〇條及第七九一條）。



第六九九  
段

(第八) 使用鄰地

土地所有人，在其疆界或與疆界近旁之處所，欲為建築物之營造或修繕，非使用鄰地，不能與工者，往往有之，依普通原則，須得鄰地所有人之許諾，方可使用，然若鄰地所有人不予允許，則土地所有人，必至不能為修繕或保存其土地及建築物，致土地所有權之效用大減，而生經濟上不利之結果，故於此情形，法律特予土地所有人以使用鄰地之權，而相鄰人不得拒絕焉。唯土地所有人，使用鄰地時，如鄰地因此而受損害者，應支付償金（民法第七九二條）。

第六九九  
段

(第九) 侵入之容忍或禁止(德 Immissionen)

兩地毗連，因其地位上之關係，甲地所有權之行使，往往使乙地蒙受損害，易言之，即甲地干涉乙地也。其情形有三，有為積極的干涉者，有為消極的干涉者，亦有為精神上的干涉者。所謂消極的干涉(德 Negative Emissionen)，即如因建造牆垣，致鄰地之光線，被其遮掩是。在消極的干涉，不能謂為侵害所有權。僅于其情形可認為構成侵權行為者，始得予以制止。所謂精神上的干涉，(德 Immaterielle Einwirkung)，即如於鄰地開設妓院是。在精神上的干涉，亦不能謂為侵害所有權，此際僅得依據侵權行為之規定，認其係故意以違反善良風俗之方法，加損害於所有人，而設法排除之(註)。

(註) 參照本書第二二三段。

至積極的干涉，則又可分為兩類，一為可以權衡之物之侵入，二為不可權衡之物之侵入。在前者，如拋擲磚瓦碎石於他人之土地是。此種情形，確係侵害所有權，所有人得依民法第七六七條之規定，請求除去妨害。所謂不可權衡之物之侵入（德 *Immission von Imponderabilien*），即如民法第七九三條所例示之煤氣，蒸氣，臭氣，烟氣，熱氣，灰屑，喧囂，振動，及其他與此相類者如電流，火花等之侵入，足使鄰地或其建築物受其損害，或使居住于鄰地之人，健康被其威脅，或感受身體上之不舒服是也。此種侵入，鄰地所有人得禁止之（民法第七九三條上段），並得依據民法第七六七條之規定，提起所有權妨害除去之訴（德 *Eigenstreichesklage*）。

雖然，以上所述，係屬原則，如其侵入輕微，或按土地形狀，地方習慣，認為相當者，則土地所有人有容忍之義務，不得禁止其侵入。例如炊煙之散入鄰家；居住於工業區內，終日聞機聲之軋軋；又或因隣舍有喜慶之事，管絃嘈雜而鑼鼓喧闐也（民法第七九三條但書）。

### 第七〇〇段（第十）越界建築（德 *Grenzueberbau*）

土地所有人，建築房屋，本應于自己土地之疆界內為之，而不得侵入鄰地也（拉 *Superficie solo editi*）。但隣地所有人，如知其越界，而不即提出異議，迨建築物落成後，始主張其土地所有權之被侵害者，若仍許請求移去或變更，則不惟土地所有人之損失，必屬甚鉅，且國家財富，亦將受無

謂之浪費。故法律爲顧全個人利益與國民經濟起見，在鄰地所有人，明知土地所有人，越界建築，而自甘減默者，不得請求移去，或變更建築物，僅得請求以相當之價額，購買越界部分之土地，如有損害，並得請求賠償（民法第七九六條）（註）。

（註）民法第七九六條，係採德國民法第九一二條之立法例。唯德國民法，僅以土地所有人之越界建築，非出於故意或重大過失者，方可受相當之保護，而我現行法，既未明定限制，故學者間有主張土地所有人，即使越界建築，係出于故意或重大過失者，亦得適用第七九六條之規定（參照夏敬民氏著民法物權篇釋義第一九五頁）。愚以爲不然。夫惡意當事人之不受法律保護，乃現代民法學上之一大原則。土地所有人，因故意或重大過失，逾越疆界，建築房屋，倘因鄰地所有人，一時未能提出異議，即喪失其土地所有權之一部者，則易使相鄰人間，啓覬覦之念，而蓄意霸佔也。民法第七九六條，雖對於越界建築之土地所有人，未加以何種限制，而爲維持公平起見，凡因故意或重大過失而越界建築者，應認爲不受本條之保護。

第七〇一（第十一）刈除枝根及獲取果實（德Ueberhang und Ueberfall）

土地所有人，遇鄰地竹木之枝根，有逾越疆界者，得向竹木所有人，請求於相當期間內刈除之

。竹木所有人，如不於該相當期間內刈除者，土地所有人得刈取越界之枝根，歸於其自己所有，以補償因刈除所需之勞力與費用。雖然，若越界竹木之枝根，於土地利用無妨害者，土地所有人，負有容忍之義務，不得請求刈除，更不得自行刈取（民法第七九七條）。

果實自落於鄰地者，視為屬於鄰地。「自落」云者，乃指果實自然成熟，或由於其他自然力所振動而墮落於鄰地而言，故鄰地所有人，不能利用人力，以搖撼摘取之。然此係就隣地係私有土地而言，如鄰地為公用地（例如公路）者，則墮落之果實，仍屬於果實所有人（民法第七九八條）。

### 第二節 不動產所有權之取得與喪失

#### （第一）不動產物權之取得

不動產物權之取得，有由於法律行為者，亦有由於原始取得者。在前者之情形，當事人間應訂立物權契約，並履踐登記程序，方為有效（註）。在後者，則又有二種情形可指：其由於國家之行為而取得（德 Erwerb durch Staat）者，例如因強制執行而為不動產之拍賣，或因公用徵收而取得不動產者，應買人或取得人之獲取所有權，均無庸為登記（參照民法第七五九條）。其由取得時效之完成，而獲取不動產所有權（德 Erwerb durch Ersitzung）者，則須經登記，方可取得所有人之名義。

(註)參照本書第六六九段至第六七二段。

我現行法，認不動產所有權之取得時效，應具備下列四種要件：(一)須以所有之意思，而為占有(註一)。(二)須為和平公然之占有。易言之，即其占有，非由於強暴手段而獲取，亦非由於隱秘之方法而保持也(註二)。(三)須在一定期間內，為繼續之占有。至其繼續占有之期間，應視占有人於占有之始，是否善意並無過失，而有差異。其占有之始，為善意並無過失者，須滿十年，否則，其期間須滿二十年。(四)須為他人未經登記之不動產(民法第七六九條第七七〇條)(註三)。

(註一)所有之意思，本無庸表現於外部，但占有依其所由發生之事實之性質，無所有之意思者，其占有人，須對於他人占有之人，表現其所有之意思，始得認為以所有之意思而有。例如借用人對於借用物之使用，本非以所有之意思而為占有，然若一旦向其貸與人表示該借用物為其所有者，則自表意之時起，即為以所有之意思而占有，取得時效，於以開始(參照民法第九四五條)。

(註二)民法第七六八條，對於動產所有權之取得時效，明定以和平公然之占有為要件，而第七六九條及第七七〇條，關於不動產之取得時效，則僅曰「和平」，而缺「公然」。學者間有謂不動產之占有，其性質上當然為公然占有，故民法不必特設明文。亦有以民法上

無此「公然」一語，實爲立法上之不備，而其設例，則稍有未當者（參照柯凌漢著：中華物權法論綱第六〇頁）。按我國民法第七六九條及第七七〇條，係採瑞士民法之成規（瑞民法第六六一條及第六六二條）。瑞民法，關於不動產所有權之取得時效，確未明列「公然」一語，而法國民法（第二二二九條），及日本民法（第一六二條二項），俱以公然占有，爲不動產物權取得時效之要件。就實際上言，不動產之占有，並非性質上當然爲公然占有，其在相鄰土地之地底，闢設防空壕，而爲隱秘之占有，亦非不可能之事。瑞士民法，未明列「公然」一語，確係疏漏。我國民法起草者，不予改正，遽爾逡譯，誠不能謂非立法上之缺陷也。

（註三）民法第七六九條及第七七〇條，認不動產所有權之得依時效而獲取者，以他人未經登記者爲限。余以爲此種限制，未免過苛。誠如現行法之規定，則不動產一經登記之後，倘所有人任其荒蕪不治，除援用土地法，予以相當之制裁外（第三二九條以下），第三人雖以和平公然繼續占有之方法，且以所有意思，在相當之時期，充分予以利用，而仍不能取得所有權者，則何以獎勵勤勞，而謀國民經濟之發展。且徵諸立法例，日本民法，關於不動產所有權取得時效之標的，並無已登記未登記之分（參照日民第一六二條二

第七〇三  
段

項)。瑞士民法，原則上雖以未經登記之不動產爲限，但對於登記簿冊上所有人記載不明，或所有人已死亡，或經宣告失蹤者，其已經登記之不動產，亦得爲取得時效之標的。民法第七六九條及第七七〇條，關於取得時效標的物之限制，應有修正之必要。

所宜注意者，不動產所有權取得時效之進行，因中斷而罹於無效，後民法第七七一條之規定，時效中斷之原因有二：（一）占有之喪失。即占有人自行中止占有，或其占有爲他人侵奪者。唯所謂自行中止占有，與占有之讓與或繼承有別。在後者之情形，占有之受讓人或繼承人，仍得將自己占有與其前占有人之占有，合併而爲主張（民法第九四七條），故時效並不中斷。又在占有被侵奪時，占有人得依據占有物返還請求權，或占有妨害排除去請求權，回復其占有者，時效亦不中斷（民法第九六二條）。（二）占有之變更。即占有人變爲不以所有之意思而爲占有，或改和平爲強暴，易公然爲隱秘，則取得時效之要件，即屬喪失，其時效之進行，自應中斷。

上述關於不動產所有權取得時效之規定，於其他不動產物權，例如抵押權，地役權，地上權等之取得，亦可準用（民法第七七二條）。蓋現行法採用日本立法例（日民第一六三條），認取得時效，爲一般財產權取得之原因，而與德瑞民法之承羅馬遺制，不認所有權以外之財產權，可由時效而取得者，自有不同。

（第二）不動產物權之喪失

第七〇四段 依上述各種情形，取得人之取得不動產物權，即係前權利人，喪失對於該不動產上之物權，此外，不動產所有人拋棄其所有權者，其所有權亦即因而喪失，唯拋棄之意思表示，應向登記官署爲之，並塗銷其登記。此際所拋棄之不動產，成爲無主物，由國庫取得其所有權。所宜注意者，第三人就不動產上之權利（例如抵押權典權等），並不因所有人之拋棄其所有權而受影響。

不動產限制物權，固亦因權利人之拋棄其物權而喪失，唯權利人依法拋棄其物權者，本動產之所有權，本其彈力性之作用，即回復其一切固有權能也。

第三節 動產物權之取得與喪失

第七〇五段

動產物權之得喪，有由於法律行爲者，亦有由於法律行爲以外之事實者。在前者之情形，通常均須作成物權契約，並交付其動產（註）。在後者，約有六種之情形可指：一曰取得時效（德 *Erwerb durch Verjährung*），二曰即時取得（德 *Erwerb von Nichtigentümer*），三曰先占（德 *Anreignung*），四曰遺失物之拾得與埋藏物之發見（德 *Fund*），五曰添附，六曰物之成分及其天然孳息之取得（德 *Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache*）。

（註）參照本書第六八〇段至第六八一一段。



## 第七〇六段

動產所有權之取得時效，應具備下列三種要件：（一）須以所有之意思，而為占有，（二）須為和平公然之占有，（三）須在五年間，為繼續之占有（民法第七六八條）。至動產所有權以外之物權（例如質權），其取得時效，亦準用民法第七六八條之規定（民法第七七二條）。要關於取得時效之詳細情形，可參照本書第七〇二段，茲不復贅。

### 第一款 即時取得

即時取得（德 *Erwerb vom Nichtberechtigten*）云者，以動產所有權之移轉為目的，而善意受讓該動產之占有，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍即時取得其所有權之謂也（民法第八〇一條及第九四八條）。例如甲以金表一枚，寄託於乙，乙擅將該表作為己有，賣與於丙。丙不知乙無處分權，而受其交付，此時丙仍可取得金表所有權是。

動產之占有人，即時取得該動產之所有權者，須具備下列要件：（一）須以所有權之移轉為目的，受讓動產之占有。動產所有權即時取得之制度，端在保護動產交易之安全，故必有移轉所有權之事實，而由他人讓與動產之占有者，始可受此制度之保護。故若誤認他人之物，自己所有而占有之，則止生取得時效之問題，要不能為即時之取得也。（二）須讓與人無移轉動產所有權之權利。但宜注意，即時取得之讓與人，必須具有行為能力，唯對於移轉之動產，無處分之權利耳。至若讓

與動產之人，雖係物之所有人，但無處分能力者（如無行為能力人），則其讓與行為，本屬無效，自不生即時取得之問題。（三）須為善意受讓動產之占有。故若明知讓與人無處分權，而仍與之交易者，即屬有意損害真正權利人之利益，顯係違反誠信原則，應不受法律之保護。

動產所有權之即時取得，可生下列二種效果：（一）動產之受讓人，取得該動產之所有權（民法第八〇一條）。（二）前動產所有人，喪失其所有物上一切之權利。而第三人存在於該項動產上之權利，亦從而消滅，蓋即時取得，乃原始的取得新所有權也。雖然，依民法第九四九條及第九五〇條之規定，占有物如係盜賊或遺失物（除金錢或無記名證券外），縱受讓人係善意受讓其占有，被害人或遺失人，仍得自被盜或遺失之時起，二年以內，向占有人請求回復其物。惟盜賊或遺失物，如占有人由拍賣，或公共市場，或由販賣與其物同類之物之商人，以善意買得者，非償還其支出之價金，不得請求回復其物耳。

第二款 先占

第七〇七

先占(德Anweisung法 Appropriation 英Appropriation)者，以所有之意思，先於他人占有無主動產之謂也。例如以所有之意思，捕獲飛禽野獸是。

因先占而取得物之所有權者，須具備下列諸條件(民法第九四九條)：(一)須以所有之意思，先

於他人，就標的物上有事實上之管領力。先占，乃事實行爲（德文 *Factum*）之一種，而非法律行爲也，故祇須具備自然的意思能力，即爲已足。唯其意思，必係「所有」之意思始可，否則，仍不能取得物之所有權。（二）先占之標的物，須爲動產。蓋土地原則上屬於國民全體，自不生無主土地之問題（註一）。至若房屋或其他建築物，類皆定着於土地而與之形成一體，倘因所有人之拋棄而成爲無主之物時，亦應使之歸諸公有（註二）。（三）先占之標的物，須爲無主物。但只須爲無主之物即可，至是否從未屬於他人所有，或雖曾一度爲他人所有權之標的物，而因他人拋棄其權利，成爲無主之物，皆可不問（註三）（註四）。（四）須以適法行爲，而爲占有。例如漁夫獵戶，常須遵守漁業法及狩獵法之規定，以從事漁獵，倘違反法令所定之時期處所及方法而爲先占者，自不能因此取得所有權。

（註一）參照五五憲法第一一七條一項及土地法第一二條。

（註二）參照德民第九二八條。

（註三）野棲動物，雖經捕獲，仍回復其自由，或馴養之野棲動物，不能復歸一定之處所者，能否視爲無主物。現行民法，尙乏明文規定。依德國民法之立法例，在此種情形，物之所有人，不即追捕，或本願追捕者，應視爲無主物。瑞士民法亦有類似之規定，均足供參考（參照德民第九六〇條及瑞民第七一九條）。

(註四)先占之標的物，於先占之時，先占人是否知其爲無主物，要與先占之效力無關。例如甲捕得一鴿，誤信爲乙之所有物，但在實際上從未屬於何人所有，此時甲得不問其主觀的意思若何，均可取得鴿之所有權。

### 第三款 遺失物之拾得與埋藏物之發見

## 第七〇八段

### (第一)遺失物之拾得

遺失物(德Verlorene Sachen法Chose Perdue英Lost Thing)者，占有人無拋棄占有之意思，而偶然喪失占有之動產也。遺失物與無主物及盜賊，應有區別。遺失物雖係喪失占有之物，但非無主之物，而盜賊既非喪失占有又非無主之物也。

凡占有遺失物之人，謂之遺失物拾得人(德Finder法Inventeur)。遺失物之拾得，原係無因管理之一種，惟法律特予以特殊之規定耳。故在法律無明文時，凡關於無因管理之法條，均應爲補充的適用。茲依現行民法之規定，略述拾得人之法律地位如左。

### (一)拾得人之義務

拾得人拾得遺失物時，應通知其所有人或其他有受取權之人(德Empfängsberechtigter)(註)在不知所有人(或其他有受取權之人)，或其所在不明者，應爲招領之揭示，或報告警署或自治機關

，報告時並應將其物一併交存（民法第八〇三條）。

（註）民法第八〇三條，雖無「或其他有受取權之人」字樣，但就「所有人」一語，為擴張之解釋，應認為包括其他有受取權之人（例如物之原占有人）在內，較為允當。

在拾得人為招領之揭示時，而拾得物經揭示後，所有人不於相當期間認領者，拾得人應報告警署或自治機關，並將其物交存（民法第八〇四條）。

遺失物拾得後六個月內，有人認領者，拾得人或警署或自治機關，負有返還其物之義務（民法第八〇五條）。

## 第七〇九段

### （二）拾得人之權利

拾得人或警署或自治機關，對於認領人，得請求償還其為揭示及保管之費用，於費用未受清償前，並得留置其物。拾得人對於物之所有人，尚得請求拾得物價值十分之三之報酬（民法第八〇五條）。

如拾得物有易於腐壞之性質，或其保管需費過鉅者，警署或自治機關，得拍賣之而存其價金（民法第八〇六條）。

遺失物拾得後六個月內，無人認領者，警署或自治機關，應將其物或其拍賣所得之價金，交與

拾得人，歸其所有（民法第八〇七條）。雖經，法條將拾得人取得遺失物之所有權者，乃使其取得所有人不明之物之所有權，有裨於貨財之流通，若拾得人於拾得遺失物後，六個月內，知悉其所有人者，則仍不能取得其所有權（註一）（註二）。

（註一）參照德民第九七三條第一項。

（註二）民法第九四九條之規定，驟觀之，似與民法第八〇七條互相抵觸，實則不然。第九四九條，係指遺失物未經揭示或報告程序，拾得人擅將拾得之物，交付於善意占有人之情形而言，而第八〇七條，乃規定拾得人於踐行法定程序以後，而定其物之權利之歸屬也。

凡上所述，均係關於拾得遺失物者之義務與權利。至遺失物之漂浮於水上者，民法特稱爲漂流物，沉壓於水底者，則稱爲沉沒物，其拾得漂流物或沉沒物者，自應適用關於拾得遺失物之規定（民法第八一〇條）。

### 第七一〇 段 （第二）埋藏物之發見

埋藏物（*thesauri* 德 *Schatz* 法 *Tresor*）者，隱藏於他物（動產或不動產）中之動產，不知其原屬於何人所有之謂也。例如窖藏於地下之金銀珠玉，或夾隱於衣袖間之紙幣及有價證券是。動產雖埋藏於地下，或其他物件之中，但其埋藏事實，最近作成者，則不得謂爲埋藏物，我民法第八〇八

條，雖僅曰埋藏物，而未明示須爲「經久埋藏」，但就埋藏物之固有性質言，應認爲包含「經久」之觀念（註）。

（註）德瑞民法，均以「經久埋藏」，爲埋藏物不可缺一之觀念（參照德民第九八四條及瑞民第七二三條）。

埋藏物之性質，與遺失物相似，但亦有重要差異之點在：遺失物以占有人偶然失其占有爲必要，而埋藏物則以經久埋藏之事實爲要件；偶然脫離占有之動產，雖隱伏於他物中，仍不失爲遺失物，然若多歷歲月，則成爲埋藏物矣。唯遺失之物，如在衆目易見之處所，卽或爲日已久，無人拾取，仍不得視爲埋藏物也。

### 第七一一段

發見埋藏物者，具備下列條件，取得其所有權（民法第八〇八條）。（一）發見人須占有埋藏物。（二）埋藏物係在自己所有物中發見者，取得其全部所有權，在他人之物中發見者，發見人與包藏物之所有人，各取得埋藏物之半。

所宜注意者，發見之埋藏物，如足供學術藝術考古或歷史之資料者，其所有權之歸屬，應依特別法之規定（民法第八〇九條）。例如埋藏地下之古物，若鐘鼎符印等，均足供考古學及歷史學之研究，發見人應於發見後，卽行報告主管官署，收歸國有，僅得受領官署酌給之獎金，而不能取得

該埋藏物之所有權（參照大物保存法第七條）。

第四款 添附

第七二段

（第一）添附之種類

添附得分爲附合（德 *Verbindung*）混合（德 *Vermischung*）及加工（德 *Verarbeitung*）之三種。附合與混合，乃物與物相結合，而加工則爲物與勞力相合併也。又混合及加工，僅適於動產，而附合則爲動產及不動產共通之情形。

第七三段

（一）附合

二個以上有形之物，互相結合，而成一物者，謂之附合（德 *Verbindung* 法 *Connexion* 英 *Incorporation*）。故附合常爲數個有形物，互相重疊，相互並列，或互相接續，而組織一合成物，就該合成物，尙可認識各附合之物之所在也。

在動產與不動產相附合，而該動產因附合而爲不動產之重要成分者，則不動產所有人，取得動產所有權，蓋重要成分，不得單獨爲物權之標的也（民法第八一一條）（註）。例如播種於他人之田畝，或使用他人之木料，以供自己房屋之建築，此時種子如已發芽，木料已成棟榩者，則應歸田畝或房屋之所有人所有。唯依我現行民法之規定，土地之定着物，非土地之重要成分。故在他人地上



，營造建築物，或在其地下，安設簡管，該建築物或簡管之所有權，仍屬於爲建築或安設之人（參照民法第六六條）。

（註）參照本書第八八段

在動產與他人之動產相附合，如非加以毀損，不能分離，或分離需費過鉅者，原則上各動產所有人，按其動產附合時之價值，共有合成物。例如甲所有之木片，價值二百元，與乙之價值三百元之木片，互相連綴，製成一箱，此時木箱之所有權，應歸甲乙共有，而甲取得其五分之二，乙取得五分之三（民法第八一二條一項）。但有例外。附合之動產，有可視爲主物者，該主物所有人，取得合成物之所有權。例如甲所有之皮革，與乙之木片相附合，製成皮箱，就皮箱之經濟上效用而言，其製造原料之皮革，常居於主要之地位，此時皮革可視爲主物，甲可取得皮箱全部之所有權（民法第八一二條二項）。

#### 第七一段 第四

（二）混合

所有人相異之動產，互相混合，成爲一物，致各該動產，不能識別，或識別需費過鉅者，謂之混合（德 *Vermischung* 法 *Melange* 英 *Confusion*）。例如米穀或其他形體微細之固體，或液體氣體之物，互相混合是。

就原則言，混合物應按動產混合時之價值，爲各動產所有人所共有；在例外時，混合之動產，

第七一五

有可視為主物者，該主物所有人，取得混合物之所有權（民法第八一三條）

（三）加工

加工（*德*Verarbeitend, *法*Spécification, *英*Specification）者，加工人於他人之動產，變更其形體，新成一物之謂也。例如雕刻印石，成一圖章，繪畫於紙，作一藝品是。

就原則言，加工物之所有權，屬於材料所有人。如上例，加工人將他人之印石，鑄成一圖章，此時印石所有人，取得圖章所有權。但因加工所增之價值，顯逾材料之價值者，則其加工物之所有權，屬於加工人，此例外也。如上示第二例，紙之價金，為數頗微，而畫則為名家所繪，價值連城，則畫之所有權，應歸畫家所有（民法第八一四條）（註一）（註二）

（註一）我民法第八一四條，係採法，瑞，及日本立法例（參照法民第五七〇條瑞民第七二六條日民第二四六條），德國民法，則認加工物係因施人工而成之新物體，應以其所有權，屬諸加工之人（參照德民第九五〇條）。

（註二）於茲有一問題焉。因加工所增之價值，雖顯然超過材料之價值，而加工人實施加工之際，非出於善意者，其加工物之所有權，應否仍歸屬於加工人，我民法無明文規定。瑞士民法，依據惡意當事人不受法律保護之原則，於此情形，法院得以加工物之所有權，判歸

## 第七一六段

### (第二)添附之效果

材料所有人。此項立法例，頗足供參考(參照瑞民第七二六條二項)。

按添附乃所有權原始取得之一因，其因添附而變更物之所有權之歸屬者，應生下列之效果：

- (一)前動產所有人之權利，原則上應即消滅。(二)存在於該動產上之第三人權利，原則上亦隨消滅。例如甲於乙之銅塊上，本取得質權，旋丙以自己所有之金條，與甲早有之銅塊相混合而取得其所。此時乙固喪失其銅塊之所有權，而甲對於銅塊之質權，亦同時歸於消滅(民法第八一五條)。
- (三)不動產或動產所有人，取得合成物，混合物或加工物全部所有權者，存在於該不動產或動產上之權利，嗣後即存在於合成物，混合物或加工物之上。與他人共有者，即存在於其應有部分之上(註)。(四)因添附喪失權利，致受損害者，依其情形，有時得依不當得利之規定，請求償金。例如甲誤用乙之磚瓦，建造房屋者，乙得請求償還其磚瓦之價金(民法第八一六條)。有時亦得依據損害賠償之原則，請求回復原狀，或以金錢賠償其損害。例如甲盜用乙之磚瓦，以建築房屋者，乙得請求返還其所盜用之磚瓦(即回復原狀)，在不能回復原狀或回復原有重大困難者，則請求以金錢賠償其損害(參照民法第二一三條至第二一五條)。而有時依法律特別之規定，僅得請求返還相當費用，或行使用回權也(參照民法第四三一條及第八三九條)。

第七一七段

(註)參照德民第九四九條及日民第二四七條二項。

第五款 物之成分及其天然孳息之取得

按重要成分不能單獨爲權利之標的，此爲民法學之一原則(註)。故物之天然孳息，在未與母物分離前，自應歸屬於母物之所有人。但物之成分，或其天然孳息，一旦既與母物分離，則成爲新物體，當然可充權利之標的也，唯茲有一問題焉，分離後之成分或孳息，仍應歸屬於母物之所有人乎，抑或另屬於對此項成分孳息享有權利之第三人乎？則有待於解決也。

(註)參照本書第八八段。

第七一八段

(第一)天然孳息之應由所有人取得者

就原則上言，物之成分及其天然孳息，於分離後，仍屬於母物之所有人(民法第七六六條)。例如樹上落下之果實，應屬於果樹所有人之所有，礦坑中所掘出之礦塊，應歸礦坑所有人之所有；竊盜所刈取之稻禾，仍係田畝所有人之物。

但有例外。第三人就分離後之成分或孳息，享有權利者，爲該第三人之利益，應使其取得所有權，而不復歸屬於母物所有人也。至第三人對於物之成分或其天然孳息，是否享有權利，則應依法律之規定。此民法第七六七條，所以明定「除法律另有規定外」之一語也。以下分論之。

(第二)天然孳息之應由他物權人取得者

## 第七一九段

他物權人(例如對於物有收益權之人，及行使執權之人)，於物之成分及其天然孳息，與母物分離後，基於其收益權能之作用，應即原始的取得其所有權。例如乙就甲之耕作地，享有永佃權者，則該耕作地之收穫物，應歸屬於乙，而非甲也，倘耕作地之出產物，被盜竊者，則亦惟乙得請求返還，甲則無此權利也。

(第三)天然孳息之應由債權人取得者

基於債之關係，得收取物之成分或其天然孳息者，則依其情形，取得其所有權。(一)在債權人得為物之占有者，則於分離(德Mit der Trennung; Separation)後，即取得所有權。例如耕作地承租人，對於耕作地之出產物，在收穫時，即歸其所有。(二)在債權人不為母物之占有者，則須經交付而占有(德Mit der Besitzereinführung; Perception)其成分或孳息時，始取得其所有權。例如木料之買受人，在運取自樹上砍下之枝幹時，其枝幹即歸其所有。故此項取得，係繼受取得，而非原始取得也。

## 第七二〇段 第四節 基於所有權而生之請求權

所有權受侵害時，對於加害者，得主張物上請求權(德Dingliches Anspruch)。基於所有權而生之物上請求權，不問為動產或不動產，均得依同一之方法行使之。對於無權占有或侵害所有物，致

加害所有權之全部者，所有人得主張所有物返還請求權（拉 *Rei Vindicatio* 德 *Herausgabe anspruch*）  
。僅加害所有權之一部者，得主張所有物保全請求權（拉 *Actio negatoria* 德 *Eigentumfreihaltungsanspruch*）  
。至所有人欲一併管所有權之確認者，則於主張所有物返還請求權或保全請求權時，應即依照民事  
訴訟法第二四七條之規定，同時提起確認之訴。

### 第一款 所有物返還請求權

所有物返還請求權（拉 *Rei Vindicatio*）者，所有人對於無權占有，或侵奪其所有物之人，請求  
返還其物之權利也。例如典權期限已屆滿，典權人未將典物交還出典人；租賃契約已終了，承租人  
仍扣留租賃約者，出典人或出租人，得對於原典權人或原承租人，請求返還其所有物。又如所有物  
被盜竊，或因詐財行為而被侵奪者，失主或被害人，亦得請求其返還（民法第七六七條）。

所有物返還請求權之被告，應為物之占有人，但只須為占有人即可，而不必為直接占有人。間  
接占有人，亦有為被告之資格，惟對於間接占有人，止得請求其間接占有之移轉耳。至若占有之機  
關（參照民法第九四二條），則不得充被告也。

所宜注意者，民法第七六七條，係採瑞士民法之立法例（註一），所有物返還請求權，僅對於無  
權占有，或侵奪所有物之人，始得行使之，第三人具有合法之原因，而占有其物者，物之所有人，

自無請求所有物返還之權利。例如地上權人永佃權人質權人及留置權人，其物權之成立，以物之占有爲必要；又如物之所有人，對於承租人借用人受寄人及運送人之占有其物，負有容忍之義務，自不得對於此等之人，行使其所有物返還請求權也（註二）。

（註一）參照瑞民第六一四條二項

（註二）德國民法與我現行法不同。德國民法，認所有人以外之人，占有所有權之標的物時，不問其占有原因，是否適法，所有人均得請求返還其物，惟有合法原因之占有人，得提出抗辯，以拒絕其請求耳（參照德民第九八五條及第九八六條）。我國學者，頗有援引德國民法之立法例，以解釋我現行法上所有物返還請求權之原理者，其說殊屬未妥（參考余榮昌氏著：民法要論物權第一九頁）。

#### 第二款 所有物保全請求權

所有物保全請求權（*Actio Negatoria*）者，第三人以無權占有或侵奪所有物以外之方法，妨害所有權或有妨害所有權之虞時，所有人得請求除去或防止其妨害之權利也（民法第七六七條）。

所有物保全請求權之目的有二：（一）爲除去妨害（*Beseitigung der Beeinträchtigung*）。例如土地所有人，設置屋簷，或其他工作物，使雨水直注於相鄰之房屋，則鄰地房屋所有人，得請求除

去其雨水注入之妨害。又如土地所有人，越界建築房屋，鄰地所有人，得請求移去或變更其建築物。(二)爲防止妨害(德 *Unterlassung der Beeinträchtigung*)。如上例，土地所有人，曾爲屋產或他工作物之設備，該項工作物，有直注雨水於相鄰房屋之虞者，房屋所有人，得請求防止其妨害。

妨害行爲，是否出於加害人之故意或過失，又其行爲是否適法，均可不問，即因他人之濫用權利，致所有物受妨害者，所有人亦得請求除去或防止其妨害。唯所有物保全請求權之被告，須爲無權妨害之人，倘所有人對於加害人，負有容忍其妨害之義務，例如土地所有人，曾爲他人設定地上權永佃權地役權等，依其權利之性質，應使用土地者，則不得主張所有物保全請求權也。

第五節 共有

第一款 分別共有

第七三三 分別共有(德 *Miteigentum nach Bruchteilen* 法 *Co Propriete* 英 *Cownership*)者，數人按其應有部分，對於一物，共同享受所有權之謂也(民法第八一七條一項)。分別共有之發生，有基於共有人之意思者，如數人共同受讓一房屋是；有基於法律之規定者，如因添附而生之共有是。

第一項 分別共有人之應有部分

第七三四

(第一) 應有部分之本質



在共有之際，所有權之主體，乃有數人，故應以可得行使於標的物上之全部支配權，分配於全體共有人，使各共有人，俱可取得概括的支配權之分數的一部分，此分數的一部支配權，即共有人之應有部分（德 *Bruchteil*）是已。例如甲乙二人，共有一房屋，而其權利均等者，則所有權之全部，應按人數而分配，甲乙各取得二分之一應有部分，若彼此權利，並非均等，甲居其六，乙居其四，則甲對於房屋之應有部分，為十分之六，而乙則為十分之四。

應有部分並非物之實體的部分，乃係物之所有權之想象的部分（拉 *Condominium pro partibus indivisus*），此宜注意者也。又各共有人讓與其應有部分，或以之提供担保，與單獨所有入所為者同，故凡關於以單獨所有權為標的之法律行為之規定，均可適用於以應有部分為標的之法律行為。（第二）應有部分之成數

應有部分之成數（德 *Anteil*），依左列方法定之。

（一）各共有人應有部分之成數，依當事人之意思或法律之規定決之。例如（1）甲乙合購一土地，其價金為一萬元。甲支出七千元，乙支出三千元。倘約定依出資數額之多寡，定其應有部分者，則該土地所有權，甲得十分之七，乙得十分之三。倘約定以平等之應有部分，共有其土地者，則依照當事人之意思，其應有部分，互為均等，唯乙須償還甲所墊付之價金二千元。（2）因埋藏物之發

## 第七二五段

見，而發生共有時，發見人與包藏物之所有人，以均等之成數，共有埋藏物（參照民法第八〇八條）。

（3）在添附時，各共有人按其動產附合或混合時之價值，定其就附合物或混合物應有部分之成數（參照民法第八一二條及八一三條）。

（二）各共有人之應有部分不明時，推定其為均等。蓋共有人對於共有之標的物，享有均等之權利者，乃屬常態，推定其為均等，較合事理。故在應有部分成數之多寡，發生爭議時，其主張均等者，無庸舉證，其主張或大或小者，則應負證明之責（民法第八一七條二項）。

### 第二項 分別共有人之權利

## 第七二六段 第一 共有物之使用收益權

各共有人，按其應有部分，對於共有物之全部，享有使用收益之權（德 *Nutzungsrecht*）。例如（1）甲乙共有一房屋，而共同居住之，則甲或乙於不妨害他共有人按其應有部分所得使用之限度內，可以自由使用其全部。但共有物不適於同時使用者（如車馬等），須由共有人全體之協議，定其使用之方法，協議不諧時，應由法院斟酌情形，予以適當之裁判。（2）甲乙共有一耕作地，每年可收穀十担，其應有部分均等者，則各得五担。如以耕作地出租於他人，其就租金上之權利，亦須按其應有部分而定（民法第八一八條）。

### 第七二七段

(第二)共有物之處分權(德Verfügungsrecht)

各共有人，得自由處分其應有部分(民法第八一九條一項)。在共有人讓與其應有部分時，受讓人應繼受該為讓與之共有人之地位，而取得其應有部分。共有人以其應有部分，供債權之担保時，債權人得拍賣該應有部分，以其賣得金額，充債權之清償。要之，凡就單獨所有權為法律上處分之規定，均可適用於應有部分之處分也。

雖然，關於共有物之處分，變更及設定負擔，則非得共有人全體之同意，不得為之(民法第八一九條二項)。蓋此等行為，均與全體共有人之利害有關也。

### 第七二八段

(第三)對於第三人之權利

各共有人，均為共有物之想像的部分所有人，故凡所有人所得行使之物上請求權(即所有物返還請求權與所有物保全請求權)，各共有人皆得行使之。且各共有人之行使此項請求權，不以其應有部分為限，得就其共有物之全部為之，蓋非此不足以達其有權保護之目的也。但回復共有物之請求(即所有物返還請求權之行使)，僅得為共有人全體之利益為之，蓋此時共有物尚未分割，各共有人祇能依給付不可分之原則，為共有人全體，請求回復(參照民法第八二一條及第二九三條)。

### 第三項 分別共有物之管理

第七二九 (第一) 管理之方法

分別共有物之管理，乃共有人就共有物爲保存行爲或改良行爲之謂也。各共有人之管理共有物，除契約另有訂定外(註)，應共同爲之(民法第八二〇條一項)。

(註)此項關於管理之契約，是否須經全體共有人之合意，始得成立，實一疑問。瑞士民法理由書(第四五八頁)，特指明共有人間訂立關於共有物管理之特約時，祇須經共有八過半數之同意，即屬有效。所以圖實際上之便利也。我現行民法，係採瑞士立法例(瑞士第六四七條)，上述理由書，固有參考之必要，但依吾人之見解，似應比照我民法第八二〇條第三項之法意，以訂立管理特約，似更妥洽。

防止物之有形的滅失或毀損，及其價格之低落之行爲，謂之保存行爲。例如修繕共有物，轉手三人關於共有物之取得時效，予以中斷，受領動產之交付，及爲不動產之登記皆是。關於共有物之保存行爲，原則上固應由共有人共同爲之，但共有物之簡易修繕，及其他保存行爲，得由各共有人單獨爲之(民法第八二〇條二項)。

變更共有物，而增加其效用或收益之行爲，謂之改良行爲。例如填塞池沼爲耕作地，施肥料於田畝是。關於共有物之改良，亦祇須經共有人過半數，並有應有部分合計已過半數者之同意，即得

爲之，而毋庸取得全體之同意，此亦共同管理之一例外也（民法第八二〇條三項）（註）。

（註）民法第八二〇條三項，係採瑞士立法例（參照瑞民第六四七條），人數與應有部分之成數，二者並重，故與日本民法之專重應有部分之成數者有別（參照日民第二五二條）。

### （第二）管理之費用

共有物之管理費及其他負擔，除契約另有訂定外，應由各共有人，按其應有部分分担之，所謂管理費，即因保存或改良行爲所必需之費用是。所謂其他負擔，即共有物應納之稅捐，或因共有物加損害於第三人，而應支出之賠償金額是（民法第八二二條一項）。

共有人中之一人，就共有物之負擔爲支付，而逾其所應分担之部分者，對於其他共有人，得按其應分担之部分，請求償還。例如甲乙丙三人，共有土地一片，其應有部分，互相均等，若甲因改良土地，支出三千元者，則對於乙丙，各得請求償還一千元（民法第八二二條二項）。此項償還請求權，係共有人間，純粹的債之關係，不因應有部分之移轉，當然移轉於受讓人也。如上例，乙未償還其應分担之負擔額，而將其應有部分，讓與於第三人時，甲祇能對乙請求履行其償還義務，要不得向該第三人行使償還請求權也（註）。

（註）我國民法學者，拘泥於日本民法之解釋，僉以共有人間，因共有物之負擔而生之償還請

求權，乃附隨於償還義務人之應有部分而存在，債權人得對於債務人應有部分之特定承受人（即受讓人），請求償還。其說似有誤會。按日本民法第二五九條第一項規定：共有中之一人，對於他共有人，享有關於共有之債權者，於分割時，得就共有物應歸債務人之部分，而受清償。故同法第二五四條，特設「相當之規定：共有人中之一人，就共有物，對於他共有人，有債權者，對該共有人之特定承受人，亦得行使其權利。故日本學者，認此項債權人，對於其債務人之應有部分，有「先取特權」（按日本民法認先取特權，爲物權之一種）。不問該負擔先取特權之應有部分，歸屬何人，均得對之行使其債權，而受清償，此觀諸日本民法第二五九條第二項之規定，自屬無疑（日民第二五九條二項載：債權人認爲有變賣共有物應歸債務人之部分，而受清償之必要時，得請求變賣之）。唯依日本民法之規定，最易使共有人間，互相通謀，捏造債務，致應有部分之受讓人，蒙不測損害，殊非保護善意第三人之道。我國第一次民律草案，雖有類似上開日本民法之條文（草案第一〇五〇條及第一〇五五條），而現行民法，並不採取，自不能牽強附會，任意解釋，別創一類似日本先取特權之物權，遽認此項償還請求權，係附隨於償還義務人之應有部分而存在，使受讓人負爲清償之義務。再者，德國民法（第一〇一

○條），雖認不動產共有人，因共有關係，對其他共有人取得債權時，得向該他共有人

之特定承受人，請求償還，但以債權曾登記於土地簿冊者為限。然此係法定抵押權，非

所論於現行民法也（參照：柯凌漢氏著，中華物權法論綱第九六頁，王去非氏著，民法

物權論第一三三頁）。

#### 第四項 分別共有物之分割

### 第七三一

#### （第一）分割之請求

各共有人，得隨時請求分割共有物，此原則也。請求分割共有物之意思表示，乃有相對人之單獨行為，一經表示分割之意思，即生效力（民法第八二三條一項上段）。

但有例外，在下列二種情形，共有人不得隨時請求分割共有物。（一）因物之使用目的，不能分割者。例如相鄰人於土地疆界上共同設立之界標，圍障，而屬於相隣人共有者，各共有人不得請求分割。（二）契約訂有分割之期限者。但其期限不得逾五年，逾五年者，縮短為五年。唯每屆五年期滿，如認為有維持其有之必要，得更新其契約耳（民法第八二三條一項但書及第二項）。

### 第七三二

#### （第二）分割之方法

共有物分割之方法，依共有人之協議定之。協議不諧時，共有人得聲請法院，定其分割之方法

。法院依據聲請，就下列二種方法中，指定其一，命其分配。(一)以原物分配於各共有人。在以原物為分配時，如共有人中，有不能按其應有部分受分配者，得以金錢補償之。(二)變賣共有物，以價金分配於各共有人(民法第八二四條)。

### 第七三三

#### (第三)分割之效果

共有人為共有物分割時，就其所分得之部分，取得完全所有權。例如甲乙二人，共有一耕作地，其應有部分均等者，經原物分配後，各取得共有物之半數，為單獨所有。各有人就其分得部分所享受之權利，半為自己所固有，半為受讓他人之應有部分，於分割之際，互為移轉，從而就分得部分上，取得完全所有權。因此發生下列之二種效果焉。(一)在共有物分割前，曾就共有人中之一人，取得關於共有物之權利者，此項權利，不因分割而受影響。如上例，甲曾就其應有部分，為丙設定抵押權者，則丙之抵押權，並不因共有物之分割而受影響。仍得就土地之全部，按甲之應有部分，行使抵押權也。(二)各共有人，對於他人因分割而得之物。按其應有部分，負與出賣人同一之担保責任(註)。例如甲乙二人，共有土地一百方，每方價值二千元，其應有部分，互相均等。經分割後，始知悉甲分得部分之五十方，實係丙之所有物。甲既因丙之追奪，而不能享受其應得之權利，則乙對於甲因追奪而生之損害，須按其應有部分，負賠償責任，即乙應將損害額之半數



(即五萬元)給與於甲。又如甲乙共有價值三千元之耕牛一匹，其應有部分均等，以金錢補償之方法，爲共有物之分割，乙將其應有部分，讓與於甲，而受價代價千五百元。倘該耕牛在分割前，已罹疾疫，旋即死亡，則所隱伏之疾疫之瑕疵，乙須按其應有部分，負擔責任，即乙應償還甲千五百元也。

(註)關於出賣人之担保責任，可參考本書第四一八段以下。

#### 第七三四段

共有物分割後，各分割人應保存其所得物之證書。其關於共有物之證書，應歸取得最大部分之人保存之，無取得最大部分者，由分割人協議定之。不能協議決定者，得聲請法院指定之。又各分割人得請求使用他分割人所保存之證書(民法第八二六條)。

#### 第二款 共同共有

#### 第七三五段

共同共有(德Gesamthandseigentum法Propriete commune)者，數人依法律之規定，或契約之訂立，作成一共同關係(德Gemeinschaft)，基於該共同關係，而共有一物之謂也(民法第八二七條一項)。共同關係之作成，由於契約者，即如因合夥契約之訂立，各合夥人之出資及其他合夥財產，均爲合夥人全體之共同共有(參照民法第六六八條)。又如夫妻間以契約採共同財產制者，則夫妻之財產及所得，屬於夫妻共同共有(參照民法第一〇三一條)。其依法律規定者，如民法第一一五一條載：繼承

人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部，爲共同共有。

共同共有，亦有出於法律之推定者。在數人區分一建築物，而各有其一部者，關於該建築物及其附屬物之共同部分（例如共同之屋脊牆壁，公用之水井廁所等），推定爲各所有人（即建築物之各分割人）之共同共有也（民法第七九九條）。

### 第七三段

共同共有之構成，必須具有二種要件：（一）須共有人間有共同關係之存在，否則，僅足構成分別共有，而非共同共有也。（二）須基於共同共有關係而共有一物。蓋在共同共有，乃以物之全部所有權，屬於共有人之全體，易言之，各共同共有人之權利，及於共同共有物之全部也（民法第八二七條二項）。故共同共有人於共同共有物上，非若分別共有人之僅有其應有部分，而於分別共有物上，取得一部所有權耳。

共同共有之制，在歐洲則始於日耳曼民族之土地公司共有，至在我國，其淵源甚古。如塋產祀地及其他閩族設置之公產，以供一定用途者，均認爲共同共有之物（註）。唯此等標的物之共有，非盡出於法律之規定，或契約之訂立，其由於遺囑人以遺囑設置者，亦比比皆是。現行民法第八二七條「或依契約」一語，似應改爲「或依法律行爲」字樣，較爲允當。

（註）參照前北京大理院四年上字第一八一六號；四年上字第二二六七號；五年上字第四二〇

號：三年上字第一一四四號判例及司法院院字第八七六號第八九五號解釋例。

第七三七段

(第一) 共同共有之效力

共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約定之。例如共同共有，由於合夥關係而生者，應依合夥契約之內容，定各共有人之權利義務；由於共有財產制之契約者，依該契約之所定，爲夫妻間權義之標準；遺產之共同共有，由於法律之規定者。依民法第一一五一條及第一一五二條，以定共同繼承人之權利義務，對於建築物及其附屬物之共同共有，其修繕費及其他負擔，由各共同共有人，按其就建築物所有部分之價值分担之（民法第七九九條下段）。

關於共同共有物之使用收益或處分，當依共同關係所由成立之法律或契約定之。例如合夥之事務，約定由合夥人中之數人享有執行權者，則對於合夥財產，該數人有使用收益及處分之權（參照民法第六七一條）。關於共同財產制之共同財產，其管理權屬諸於夫（參照民法第一〇三二條）。關於共同繼承之遺產，繼承人曾互推一人管理者，該推定之繼承人，有管理權限。但法律或契約，未有規定時，共同共有物之處分，及其他權利（如使用權收益權）之行使，自以取決於共同共有人全體之同意，最爲允當（民法第八二八條二項）（註）。

（註）我國地方習慣，關於祖遺之祭田，嘗由各房房長，共同代理全體族人，以爲處分，或由

各房房長，集衆會議，依族人多數議決，而爲處分者，此種習慣，頗有實際上之便利。民法第八二八條第二項，似應增加「但另有習慣者，從其習慣」等字樣，以利援用（參照前北京大理院上字第九七七號判例）。

第七三八段

在分別共有，原則上各共有人得隨時請求分割共有物，而共同共有則不然。蓋共同共有之存在，爲使共同關係，易於達到，故共同關係存續中，不能不維持共同共有之狀態，各共同共有人，自不得請求分割其共同共有物（民法第八二九條）。

（第二）共同共有之消滅

第七三九段

共同共有，乃基於共同關係而存在，故共同關係，一經終止，共同共有當然隨之而消滅。例如合夥解散，婚姻消滅，或共同繼承人分割遺產，則就此等關係而生之共同財產，各共有人即因分割而於其分得部分，取得單獨所有權，共同共有，於以消滅。至共同共有物分割之方法，除法律另有規定外（參照民法第一一六五條），應依關於分別共有物分割之規定（民法第八三〇條二項）。

共同關係，雖未終止，而共同共有物，已讓與於第三人者，則此時共同共有，既失其標的物，自應歸于消滅也（民法第八三〇條一項下段）。

第三款 所有權以外財產權之共有

## 第七四〇段

民法第八一七條以下關於共有之規定，原指數人共同享受一物之所有權而言，然所有權以外之財產權，爲數人共同享有時，就其法律關係以觀，與共有一物之所有權，無所殊異，故民法第八三一條明定，關於分別共有或共同共有之規定，於所有權以外之財產權（例如限制物權、債權、礦業權、著作權等），由數人分別共有，或共同共有者，皆得準用之。

## 第二章 地上權

### 第二節 地上權之內容及其取得

#### （第一）地上權之內容

地上權（德Erbaurecht法Superficie）者，以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木爲目的，而使用其土地之權利也（民法第八三二條）。茲之所謂「地上」云者，非僅指土地之表面而言，依建築物工作物或竹木之構造栽植及其性質，權利之行使，併及於地之上下也（註一）。又所謂建築物者，係指房屋臺榭及其他可供人類或物品以障蔽風雨之構造物而言。所謂工作物，係指建築物以外之橋梁碑塔溝渠而言。所謂竹木，僅指以種植爲目的之竹木爲限，稻麥蔬菜無論已，卽茶桑雖爲木本植物，依司法院院字第七三八號解釋，亦不認其有竹木之性質（註二）。

(註一)關於此點，德瑞民法，均有明文規定，可供參考（德民第一〇一二條，德國一九一九年一月十五日法律第一條及瑞民第七七九條）。

(註二)按我國習慣，向有「租地造屋，拆屋還基」等事實，固應認其具有地上權之性質，但覈其內容，大抵限於建築物之營造。至若使用他人土地，以栽植竹木者，習慣上均稱之為「佃」，與永佃權之性質同。地上權一語，在羅馬法緝為 *Superficies*，以使用他人土地，營造建築物為其內容。德瑞及蘇聯民法，均稱為「建築權」，其內容於建築物外，併及於工作物（參照德民第一〇一二條，德國一九一九年一月十五日建築權法，瑞民第七七九條及蘇聯民法第七一條以下）。法國民法，無關於地上權之規定，所謂地上權（法 *Droit de superficie*）一語，僅於學者之著述中見之。法國民法學者，依據民法第五五三條「無相反之證明時」(Si le contraire n'est prouvé) 一語，認第三人就土地上之建築物及其他栽植之物 (*Les plantations*)，證明係其所有者，則對於該土地上有地上權（參照 *Josserand, Cours de droit civil positif français, T. I, P. 94 et s.* 及 *Colin et Capitant, Cours Elementaire de Droit Civil Français, T. I P. 810*）。日本舊民法（第一七一條），採法儒之學說，擴張地上權之內容而及於竹木，日本新民法因之。我

## 第七四二 段

現行民法，則又取日例也。愚以爲「竹木」二字，未盡妥善。蓋法國學者所稱 *plantations*，並不限於竹與木二種，一切栽植之物皆屬之，此就文字上之含義以觀，自可瞭然。然則，我國司法院院字第七三八號解釋例，未免失之過狹，不適於實際上之法律生活也。再者，依我國向來習慣，地上權之內容，大抵以建築爲限，租地以資種植者，俗皆稱爲佃，已略如上述，民法第八三二條「竹木」二字，儘可刪去，既可免解釋上之困難，又能合於固有之習俗。

地上權人（德 *Erbbauerechthige*），既以他人土地上有建築物或竹木爲目的，而使用其土地，則於便於權利之行使，不能不就土地全部之交付而占有之，是故地上權人，亦具爲標的物占有之權能，對於無權占有或侵奪其土地之人，有請求回復之權利，對於妨害其占有或有妨害之虞者，亦得請求排除之（參照民法第九六二條）。

地上權之設定，與土地之租賃，關於標的物之使用收益，雖屬相似，而法律上之性質，則大異其趣。（一）地上權爲物權，土地租賃，則爲債之關係。（二）地上權人，不得請求土地所有人爲土地之修繕，而承租人則有此請求權（參照民法第四二九條）。（三）地上權人有負擔支付地租之義務者，亦有無償使用者，而承租人則必須爲租金之支付。（四）地上權人，無庸得土地所有人之同意，可自

由讓與其權利，或以之供債權之担保，或以土地出租於他人。而承租人則不然，非經出租人之承諾，不得為轉租，亦不得以其權利供債權之担保（參照民法第四四三條）。（五）地上權之存續期間，法律無明文限制，而租賃之期限，則不得逾二十年（民法第四四九條）。

第七四三  
段 地上權之取得

地上權之取得，其原因有二：一為法律行為，二為法律行為以外之事實也。

地上權之由法律行為取得者，又有二種情形可指：（一）地上權之設定，當事人得以契約或遺囑，設定地上權。其以契約設定者，得援用贈與方法，買賣方法，互易方法，或租賃方法為之。通常均以租賃之方法，設定地上權，詳言之，即土地所有人，使地上權人，支付地租，而為其設定地上權是。於此情形，支付地租之義務，係附隨於地上權而存在，二者互相聯鎖，不能分離也。（二）地上權之讓與。地上權人將其權利讓與於他人者，其受讓人即繼承讓與人之地位，而取得其地上權也。在讓與人曾有支付地租之負擔者，於讓與地上權時，該項支付地租之義務，亦一併移轉於受讓人。

地上權之由法律行為以外之事實取得者，其情形有三：即（一）取得時效（參照民法第七七二條第七六九條及第七七〇條），（二）繼承，及（三）抵押不動產之拍賣（參照民法第八七六條）是。



## 第二節 地上權人之權利與義務

### 第一款 地上權人之權利

#### 第七四四段

(第一) 對於地上權之處分權

地上權乃財產權之一種，故地上權人，自得將其權利，讓與於他人，又地上權亦得抵押擔保之標的(參照民法第八二二條)，故可供債權之担保，但當事人間，曾以特約訂定，或依地方習慣，不許地上權之讓與或抵押者，此項特約，如經登記，亦得以對抗第三人(民法第八三八條)。

#### 第七四五段

(第二) 地上權人之取回權

地上權人因其權利設定之經濟上需要，本以建築物工作物或竹木之所有為目的，自不能不使其享有此等之物之所有權，是故地上權人，在權利存續期間內，自得自由處分其應享有之物，即於權利消滅之時，亦得取回其工作物及竹木，是之謂地上權人之取回權(德Wegnahmerecht)。唯地上權人，行使取回權時，應回復土地之原狀(民法第八三九條一項)。

雖然，以上所述，係屬原則，尚有例外。(一)在地上權消滅時，土地所有人，如以時價購買其建築物以外之工作物或竹木者，地上權人，倘無正當理由，不得拒絕(民法第八三九條二項)。茲之所謂「時價」，係指地上權消滅時之工作物或竹木之價格而言，所謂正當理由者，譬如工作物或竹

木，係地上權人研究學問上之成績品，或供個人紀念之物，地上權人認為有保存之必要者（註一）。所宜注意者。土地所有人欲購買工作物或竹木時，應將時價為現實的提出，始生效力，但地上權人，若預示拒絕購買之意思，則土地所有人，即以準備給付時價之事情，通知地上權人，以代提出，亦屬有效（參照民法第三三五條）（註二）。

（註一）民法第八三九條第二項，雖無「正當理由」諸字樣，但依照公平原則及類推適用民法第九一九條之法意，應作如是之解釋。

（註二）民法第八三九條第二項規定之購買權，係專為土地所有人與地上權人間之權利與義務而設，僅為債之關係，不生物權效力，故即使土地所有人提出時價，表示購買之意思，而地上權人並無正當理由，任意拒絕者，土地所有人祇能主張地上權人違反法定承諾義務，請求損害賠償，要不能因購買權之行使，即取得工作物或竹木之所有權也。

#### 第七四六段

（二）地上權人之工作物為建築物者，如地上權因存續期間之屆滿而消滅，則除契約另有約定外，土地所有人，負有按該建築物之時價為補償之義務，而取得該建築物之所有權（民法第八四〇條一項）。唯土地所有人若不願補償時價或無力補償時價，而在地上權存續期間屆滿前，請求地上權

#### 第七四七段

人，於建築物可得使用之期限內，延長地上權之期間，而地上權人拒絕延長者，則不得請求以時價補償（民法第八四〇條二項）。

#### （第三）地上權人之相隣權

地上權一經設定，土地所有人須將土地交付地上權人，關於該土地之使用收益，即由地上權人依法支配之。此時地上權人之地位，與土地所有人同，故法律關於土地相隣權之規定，於地上權人相互間或地上權人與土地所有人之間，自應許其準用（民法第八三三條）。

#### 第二款 地權上人之義務

地上權人，行使權利，應依地上權設定之目的為之，例如僅享有營造建築物之地上權者，不得以土地供種植之用也，地上權人，倘未得土地所有人之同意，逾越範圍，而行使其權利者，土地所有人，得強制其遵守原定範圍，如有損害，並得請求賠償。

在地上權之設定，訂明地上權人負有支付地租之義務者，應依左列原則，為地租之支付。

#### 第七四九段

#### （第一）關於地租之品類及數額

在當事人間訂有支付地租之特約時，關於地租之品類及數額，應依其特約之所定，唯土地之價格有昇降時，如地上權未定有期限者，當事人得聲請法院，增減其地租（註）。地租之支付，由於法

律之規定者，關於其品類及數額，於當事人協議不諧時，亦應由法院指定之（參照民法第八七六條）。

（註）參照司法院院字第九八六號解釋例。

### 第七〇段

（第二）不得為減免地租之請求

地上權人，在其權利標的之土地上，享有強大之物權，其內容幾與所有權相埒，且地上權之存續期間，得由當事人任意訂定，非若土地之租賃，其期限本有一定之限制者（參照民法第四四九條），故地上權人，縱因不可抗力，妨礙其土地之使用，亦不得請求免除或減少地租，此則與承租人不同也（參照民法第八三七條及第四五七條）。

雖然，不可抗力之情形，若持續甚久，至地上權人，不能使用其土地，在未定期限之地上權，權利人固得依民法第八三四條第八三五條之規定，拋棄其權利，而在定期限之地上權，地上權人既不能於不可抗力持續之期間內，使用土地，而對於地租之支付，又須繼續負其責任，儼非公平之道（註）。

（註）日本民法（第二六六條及第二七五條），認地上權人，因不可抗力，持續三年以上，全無收益，或五年以上，所得收益，較少於地租之數額者，得拋棄其權利，此項立法例，可資採取。

(第三) 因欠租而撤除地上權

地上權人，積欠地租達二年之總額者，土地所有人得撤除(註一)地上權，此民法第八三六條第一項，定有明文者也。唯茲之所謂積欠云云，應認為係連續二年以上，欠繳地租之意，方足以保護地上權人之利益(註二)。

(註一) 按法律關係經撤銷者，原則上視為自始無效(參照民法第一一四條)，然若以此項原則，適用於地上權之廢止，殊不合實際。何者，地上權經廢止後，土地所有人對於積欠之地租，固依然保持其請求權也。余以為民法第八三六條一二兩項中「撤銷」一語，當係「撤除」之誤。

(註二) 所謂「積欠地租達二年之總額」一語，就文義解釋，應指地上權人於二年或二年以上之期間，全未支付地租，或雖已為一部地租之支付，而其未支付之部分，合計已達二年之總額者，土地所有人，即得行使其撤除權而言。設有地上權人，每年應支付地租一千元，而於五年間，雖均已逐年支付六百元，而其所積欠之地租，合計適達二年之總額(即二千元)，倘依民法第八三六條第一項之嚴格解釋，土地所有人，自得撤除其地上權，然則於地上權之保障，未免過於薄弱，至一般無私有土地者，感受土地所有權

之威脅，未能獲得土地之利用。按法國一九〇二年六月二十五日法律第五條第一項載：永佃權人，連續二年，欠繳佃租，經催告仍不支付者；土地所有人，得訴請撤佃。又按日本民法第二七六條載：永佃權人連續二年以上，怠於佃租之支付（中略）者，土地所有人，得請求永佃權消滅，依該兩國法律，上開規定，均可準用於地上權，是徵土地所有人，欲爲地上權之撤除，須以地上權人，連續二年欠繳地租爲要件，而僅僅積欠地租達二年之總額，尙爲未足也，余以爲民法第八三六條第一項「積欠地租達二年之總額」一語，應改爲「連續二年以上欠繳地租」諸字樣，庶幾於地上權人之利益與土地所有人之權利，兼籌並顧，各得相當之保障也。

## 第七五二段

土地所有人，爲地上權之撤除時，應向地上權人以意思表示爲之（民法第八三六條二項）。故撤除係有相對人之單獨行爲，一經表示，卽生效力也。但須注意下列三種情形。（一）地上權之撤除，僅具相對的效力。在土地所有人或地上權人有更迭時，新土地所有人，不得以欠繳前土地所有人地租爲理由，撤除地上權；同時土地所有人，亦不得以前地上權人積欠地租爲理由，對新地上權人，爲地上權之撤除。（二）地上權之撤除，不能害及第三人既得之權利，故就地上權曾取得抵押權之人，其權利業經登記者，不問土地所有人，已否撤除地上權，彼抵押權之存續，不受影響。（三）地上

權之撤除，得依登記而生絕對的效力。故土地所有人，表示撤除之意思以後，基於地上權人之同意，或代其同意之判決，塗銷地上權之登記者，對於第三人，得主張地上權之業經撤除。

### 第三節 地上權之存續期限及其消滅

#### 第七五三 段

##### (第一) 地上權之存續期限

當事人以設定行爲，確定地上權之期限者，其期限之久暫，一依其意思之所示，蓋現行民法，既未明定地上權之最長期限與最短期限，則當事人間，約定以數月或數載，爲其存續期限，固無不可，即以數十年或數百年爲期，而設定地上權，或竟定爲永久存續者，亦非法所不許也(註)。

(註)前北京大理院四年上字第九〇〇號判例，認當事人間，得設定永久存續之地上權。

當事人未以設定行爲，確定地上權之存續期限者，其期限應依下列方法定之。(一)有習慣者從其習慣。例如依地方習慣，有以建築物工作物之朽腐或滅失，定地上權之終期，或以竹木之採伐移掘爲期限者皆是(民法第八三四條但書)。(二)無習慣者。地上權人，得隨時拋棄其權利。唯地上權之拋棄，應向土地所有人以意思表示爲之(民法第八三四條)。且在有支付地租之約定者，地上權人於拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人，或支付未到期之一年分地租(民法第八三五條)。

#### 第七五四 段

##### (第二) 地上權之消滅

地上權因存續期限之屆滿，或權利之拋棄，或土地所有人行使撤除權而消滅。唯地上權並不因工作物（註）或竹木之滅失而當然罹於消滅也（民法第八四一條）。

（註）民法第八四一條所謂工作物，就司法第八三二條之法意言，應包括建築物在內。

### 第三章 永佃權

#### 第一節 永佃權之內容及其取得

#### 第七五五（第一）永佃權之內容

永佃權（德Erbpachtrecht法Emphyteose日：永小作權）者，支付佃租，永久在他人土地上，爲耕作或畜牧之權利也（民法第八四二條）（註）。佃租乃使用土地之對價，而按年或按期所支付之金錢，或其他代替物。支付佃租，係永佃權成立之一要件，此則與地上權之性質有別。

（註）德國現行民法，無關於永佃權之規定，而舊時之普通法（德Gemeines Recht），則認此權利也。故德國民法施行法（第六三條）明定，各邦之法律，若定有永佃權之一種者，則亦受法律之保護。

耕作者何？運用地利，爲農產物之收穫，而加入人工於土地上之謂也。例如於田畝間，栽植稻麥



蔬菜桑麻之屬，而爲收穫是。牧畜者何？利用土地，飼養畜類之謂也。例如於曠野間，放牧牛羊犬豕之屬，卽以其他野生之物，供其飼養是。故永佃權海峽廣義的土地使用權，不問爲畎畝爲牧場，均可行使權利於其上，以遂其經濟上之需要，此較諸僅以基地山林爲使用標的之地上權，性質懸殊。

永佃權乃永久存續之權利。蓋耕者有其田，乃國父中山先生所倡導，佃農之應受充分保護，尤爲近時談土地政策者所極力主張，且我國歷來習慣，佃權之不定期限，永久存續者，頗不乏其例（註一）。故民法第八四二條第二項明定：永佃權之設立，定有期限者，視爲租賃，僅適用關於租賃之規定，而不受物權法之保護，此則與民律草案之精神，大相逕庭也（註二）。

（註一）參照前北京大理院二年上字第一四〇號，三年上字第七〇八號，及四年上字第五〇一號各判例。

（註二）參照民律草案第一〇八九條及第一〇九〇條。

## 第七五六段

永佃權固以支付地租爲必要，其使用土地之目的，亦與地上權有別，但二者俱係使用他人土地，以遂其經濟上之需要，則其相似之點也。故關於地上權與土地租賃，其性質上之異同，皆適於永佃權與土地租賃關係之說明（參照本書第七四二段）而永佃權人（德 *Erbpächter*）之必須支付佃租

，尤與承租人之必須支付租金相類似。蓋「佃」之爲義，「治田」也，所謂永佃權者，實一耕作地租賃之受物權化耳。

第七五七段

(第二)永佃權之取得

永佃權之取得，有由於法律行爲者，亦有由於法律行爲以外之事實者。取得永佃權之法律行爲，又可分別爲二。(一)由於契約或遺囑而設定。永佃權之設定，常須依租賃之方法，而非若地上權之得基於贈與買賣或互易之方法爲之，蓋支付佃租，乃永佃權成立之要件也。(二)由於讓與而取得。永佃權讓與之際，受讓人係繼受讓與人之地位，取得其權利，且負擔佃租支付之義務。

因法律行爲以外之事實，取得永佃權者，其情形亦有二，即(一)爲取得時效，(二)爲繼承是已。

第二節 永佃權人之權利與義務

第七五八段

(第一)永佃權人之權利

永佃權人，得將其權利讓與他人，或以之供抵押權之標的(民法第八四三條及第八八一條)。永佃權之得爲讓與，當事人間不得以特約禁止之，即地方習慣，有禁止永佃權之讓與者，此項習慣，亦不能援用，斯則與地上權之情形有別(參照民法第八三八條)。蓋永佃權人既不能將其永佃地出租

於他人（參照民法第八四五條），倘復益以禁止轉讓之限制，則永佃權人將終其身不能享經營之自由，而由佃農一變而為農奴矣（註）。

（註）永佃權人固得讓與其永佃權，但能否拋棄其權利，則現行法尚無明文規定。我國學者，大體上僉認永佃權得為拋棄，但關於拋棄之限制，則義論紛紜。有主張永佃權人須願於拋棄後仍繼續支付佃租時，則不妨許其拋棄（柯凌漢氏著：中華物權法論綱第一三三頁）。有謂佃權係附有負擔之權利，非徵得地主同意，雖拋棄亦難生效（劉志敏氏著：民法物權第二九三頁）。余以為永佃權之得為拋棄，殆無疑義，且拋棄係單獨行為，亦無須待第三人之援助始生效力也。至若於拋棄後，尚須繼續負擔佃租之支付，殊非事理之平。按永佃權與地上權二者，除若干特殊之點外，其性質多屬相似，則永佃權之拋棄，自可準用關於未定期限負地租支付之地上權拋棄之規定。即永佃權人之拋棄其權利，如於一年前通知土地所有人，或支付未到支付期之一年份佃租者，自屬有效。

## 第七五九段

永佃權消滅時，永佃權人得取回其耕作物及與耕作收蓄有關之工作物，但應回復土地原狀，應土地所有人，以時價購買其未及收穫之耕作物或附屬物者，永佃權人，非有正當理由，不得拒絕（民法第八四八條）。

永佃權人，因不可抗力，致其收益減少或全無者，得請求減少或免除佃租。此亦土地政策之一端，藉此增進佃農之利益也（民法第八四四條）。

關於土地之相鄰權，在永佃權人間，或永佃權人與土地所有人間，亦可援用。蓋永佃權人，係對於永佃地為永久之使用與收益，自應賦與以土地相鄰人之權利（民法第八五〇條）。

### 第七六〇段

#### （第二）永佃權人之義務

佃租之支付，乃永佃權人之主要義務（民法第八四二條）。支付佃租之日期，應依當事人之約定，無約定者，依習慣，無約定亦無習慣者，應於收穫季節終了時支付之（民法第四三九條之類推適用）。

永佃權人，積欠佃租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人得撤佃，此為民法第八四六條所明定。唯「積欠佃租達二年之總額」一語，應改為「連續二年不支付佃租」字樣，較為妥洽（參照本書第七五一段）。又土地所有人，行使撤佃權時，應以意思表示，向永佃權人為之（民法第八四七條）。

### 第七六一段

永佃權人，讓與其權利於第三人者，所有前永佃權人，對於土地所有人所欠之租額，由該第三人負責償還之責（民法第八四九條）。蓋支付佃租，乃永佃權成立之要件，第三人受讓永佃權時，應一

## 第七六二 段

併承擔其支付佃租之義務，故前永佃權人欠繳之租額，受讓人不能不代負償還之責，此其所以與地上權之附有支付地租特約者，爲讓與時稍有不同也。在受讓人代償租額時，對於前永佃權人有求償之權，固不待言，但依民法第八四九條之規定，受讓人既有代償欠租之義務，則前永佃權人所積欠之佃租，如已達二年之總額，經催告後，受讓人不爲代償，或前後兩永佃權人所欠繳之租額，合計已達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人，對於受讓人，亦得爲撤佃之意思表示（註）。

（註）依現行法之解釋，永佃權之受讓人，對於佃租所負之責任，既若是之鉅，若不予以相當之保障，殊不足以昭公允。余以爲受讓人代償欠租之責任，應以該項欠租租額，曾經土地所有人登記者爲限，方足以保護受讓人。

永佃權人，不得將土地出租於他人。誠以在現行法制之下，永佃權人所享受之利益，至爲優厚，既得永久保有其權利，又可邀減免佃租之特惠，所以維證耕者之有其田，至焉極焉。倘永佃權人復得以其永佃地出租於人，則可不勞而獲，坐享其成，輾轉剝削，貧農將復何堪，甚非國家所以獎勵自耕農，而鏟除掠奪階級之意也。故若永佃權人擅將土地出租於人時，土地所有人，得對之爲撤佃（民法第八四五條）。

### 第三節 永佃權之消滅

第七六三  
段

永佃權人，積欠佃租達二年之總額，或將永佃地出租於他人，經土地所有人，爲撤佃之意義表示者，則永佃權即因撤佃而消滅，又依吾人之見解，在一定之情形之下，永佃權人亦得拋棄其永佃權，使永佃關係，歸於消滅也（參照本書第七五八段小註）。

## 第四章 典權

## 第一節 概說

第七六四  
段

典爲我國數千年來特有之習慣，而著之於法令者，則始於滿清之大清律例。鼎革以還，凡前清法令，與國體不相抵觸者，暫准援用，惟清律關於典之規定，略焉不詳，適用時每滋糾紛。前北京政府司法部，因民間爭贖遠年典當田地之案驟增，審判執行，均感困難，於是擬訂清理不動產典當辦法共十條，呈奉大總統批准，於民國四年十月六日施行。現行民法物權篇關於典之規定，大體取材於大清律例戶律典賣田宅門，及清理不動產典當辦法二種，而稍加以修正。唯典權之內容，在他人之不動產，供自己之使用與收益，而與僅以物或權利，供債務清償之担保之物權，有顯著之差別，現行法將典權列諸抵押權與質權之後，最易使人誤認其爲担保物權。再者，典權在我國有悠久之歷史，其普遍性與重要性，不下於地上權與永佃權，而其法律上之性質，又與此二種權利相近似。

，故本書特變更民法物權篇之章次，特列諸永佃權之後，地役權之前，而論述之。

## 第二節 典權之內容及其取得

### (第一) 典權之內容

典權者，支付典價，占有他人之不動產，而為使用及收益之權利也（民法第九一二條）。以價易去，約限贖回，曰典（註一）。古時習慣，典之標的，並非以不動產為限，田宅園林無論已，即碾磨等物，亦可充典當之用（註二）。典雇妻女，雖有處罰明文，而典賣奴婢，固非法所禁止，且在窮鄉僻壤之區，典妻產子，得予放贖之惡習，亦仍有所聞，足徵典之標的，其範圍原極廣泛。惟至民國四年清理不動產典當辦法施行以後，典之標的，始確定以不動產為限，即出典人僅得就土地或其定着物，設定典權，故典權為不動產物權，此則與地上權及永佃權同。唯之二者，止能設定於土地之上，而典權則兼及於土地之定着物（例如房屋或其他建築物工作物）也。

（註一）見大清律例戶律典雇妻女門註釋。

（註二）見大清律例戶律典賣田宅門第三段。

典價，乃利用（即使用與收益）典物，而於回贖時得以收回之代價也。典價之性質，與附有買回權之買賣契約之價金，酷相類似，應以金錢為限，不得以其他之物或權利，估充典價。按現行法例

## 第七六六段

## 第七六五段

出賣人行使其買回權時，應返還其所領之價金（參照民法第三七九條一項），出典人回贖典物時，亦須返還其原典價（參照民法第九二三條一項）；典物之孳息，應抵充典價之利息（註一），而原價金之利息，亦與買受人就標的物所得之利益，視為互相抵銷（民法第三七九條三項）。兩相比較，性質攸同，然則買賣契約之價金，既以金錢為限，典權之典價，何得以金錢以外之物，或權利，估價充之（註二）。

（註一）參照前北京大理院四年上字第四四八號判例。

（註二）我國民法學者余啓昌，柯凌漢劉志叢諸氏之見解，與本書相反（見余著民法要義物權第九七頁，柯著中華物權法論綱第一〇五頁，劉著民法物權第四〇四頁）。

雖然典價之性質，固與保留買回權之買賣契約之價金相似，而典權之本質，則與附有買回特約之買賣不同，前者為物權關係，後者則為債之關係。在保留買回權之買賣，出賣人應將買賣物交付於買受人，並使其取得該物之所有權，而出典人祇須移轉典物之占有於典權人，至典物之所有權，仍為出典人所保有也。

（第二）典權之取得

典權之由於法律行為而取得者，其類有三。一為典權之設定，二為轉典，三為典權之讓與。其



由於法律行為以外之事實而取得典權者，則有取得時效及繼承之兩種原因。茲僅就由法律行為而取得典權之情形，分述如左：

### (一) 典權之設定

典權之設定，爲有償行爲，且僅得依買賣方式爲之，即一方（出典人）移轉其不動產之占有於他方（即典權人），供其使用收益，而他方支付典價者也。故與地上權或永佃權之設定，俱有區別（參照本書第七四三段及第七五七段）。典權人之因設定行爲，取得典權者，必須支付典價，且典價全部，應一次支付之（註）。蓋典價具有通常買賣契約價金之性質，而與佃租不同。

（註）我國地方習慣，雖有於典權設定之際，典權人支付典價之一部，而其餘金額，由典權人開列一單，訂定支付日期及數額，交由出典人收執，按期付款。然此僅得認爲當事人間以特約將典價轉換爲金錢借貸，適用通常債務關係之規定，而不得遽謂典價亦若租金之得爲分期支付也。

不動產上雖經設定典權，但出典人仍得將典物所有權，讓與他人，唯典權人對於典物之受讓人，仍享有同一之權利。蓋典權之內容，僅爲不動產之使用與收益，出典人自不因典權之設定，阻止其對於典物爲處分。但典權係物權之一種，不以典物所有人之更迭，而受影響也（民法第九一八條）

## 第七六八段

## (二)轉典

轉典者，典權人依設定典權之方法，以其原有典權之內容，移轉於他人（即轉典權人）之謂也。典權之設定，乃就不動產有處分權之人（即出典人），於其不動產上，爲他人（即典權人）創設一物權（即典權），而轉典則係原典權人，就其原有之典權上，更設一典權，而取得其對價（即轉典典價）。唯一物之上，同時不能並立二個內容相等之用益物權，故轉典權人，當先於原典權人，而占有典物爲使用及收益也。所宜注意者，原典權人，不得以超過自己所有之權利，轉讓於他人（參照本書第三四段），故在典權存續中，典權人雖得將典物轉典於他人，但典權之存續，定有期限者，其轉典之期限，不得逾典權之期限，未定有期限者，不得定有期限，且轉典之典價，不得超過原典價（民法第九一五條）。

雖然，轉典固爲法律所允許，但當事人固曾以特約訂定不許轉典，或地方另有習慣者，如該項特約，曾經登記，亦得以對抗第三人（民法第九一五條但書）。又典物不許轉典者，其典權亦不得充抵押權之標的，否則抵押權實行之結果，必使典物落於非典權人之手，與轉典之情形無異。

## (三)典權之讓與

典權人得將典權讓與他人（民法第九一七條一項）。典權之讓與，爲有償或爲無償，在所不

## 第七六九段

問，故與典權之設定之情形不同。又受讓人之受讓典權，乃繼受讓與人之地位，典權人因其權利之讓與，即脫離關於典權之法律關係，故與轉典時之二個典權同時存在者，又有區別。典權經讓與後，出典人得逕向受讓人告贖或告找，而受讓人亦有找貼或領回原典價之權利，並享受關於回贖逾期之利益，故受讓人對於出典人，取得與典權人同一權利與義務（民法第九一七條二項）。

### 第三節 典權人之權利與義務

#### 第一款 典權人之權利

#### 第七七〇段

##### （第一）典權人之轉典權

典權人得將典物轉典於他人，但在轉典時，應注意下述四種情形（民法第九一五條）。（一）典權定有期限者，其轉典期限，不得逾原典權之期限，俾出典人得於原典限屆滿後，備價回贖。（二）典權未定有期限者，其轉典不得定有期限，否則必有害於出典人隨時回贖之權利。（三）轉典之典價，不得超過原典價。誠以典物經轉典後，原典權人若於出典人依法得以回贖以前，尚未贖回典物者，則出典人依其所有權之作用，得逕向轉典權人回贖其典物，殆無疑義。故轉典之典價，若超過原典價者，則於出典人逕向轉典權人回贖時，必增加其無謂之負擔，且與「以原典價回贖典物」之規定不合（註）。（四）原典權人對於典物因轉典所受之損害，負賠償責任。蓋典權人之擔當轉典

，係根據法律之規定，毋庸取得出典人之同意。關於轉典權人之資格與財力，出典人均無權顧問，且典物雖經轉典，而典權人與出典人間，其典權關係，依然存在，轉典權人之利用典物，在出典人視之，與典權人自爲使用及收益同，故典物如因轉典致受損害，自應由原典權人負責賠償（民法第九一六條）。

（註）典權人違反上述三項之規定而爲轉典者，出典人不受其拘束，如轉典權人因出典人依法回贖而受損害者，僅得對原典權人請求賠償。

### （第二）典權人之出租權

典權存續中，除契約另有訂定或另有習慣外，典權人得將典物出租於他人。但亦應注意下述三事。（一）典權定有期限者，其租賃之期限，不得逾原典權之期限。（二）未定期限者，其租賃不得定有期限。（三）典權人對於典物因出租所受之損害，應負賠償責任（民法第九一五條及第九一六條）。

### （第三）對於典權之處分權

典權人得將其典權讓與於他人（民法第九一七條），並得以之供抵押權之標的（參照民法第八二二條）。但此二種處分權，當事人間得以特約禁止或限制之。倘地方習慣，禁止典權之讓與或

第七七二

供抵押者，此項習慣，亦應遵守（民法第九一五條一項之類推解釋）。

（第四）典權人之相鄰權

關於土地所有人相鄰權之規定，自應準用於典權人相互之間，或典權人與不動產所有人之間，方足以達典權設定之目的（民法第九一四條）。

第七七三

（第五）典權人之留買權

在典權設定之後，如典權人對於典物，有永續利用之需要，而出典人又欲將其典物之所有權，讓與於他人，則於不損及出典人利益之範圍內，使典權人儘先取得典物之所有權，最爲適當。是故在出典人將典物之所有權讓與於他人時，如典權人聲明提出同一之價額留買者，則出典人非有正當理由，不得拒絕。是之謂典權人之留買權（註）。

（註）我國地方習慣，向有認典權人就典物有先買之權利，前北京大理院，亦認此項習慣，並不違反公序良俗，而予以維持（見該院七年上字第七五五號判例）。

典權人行使留買權時，應具備左列二要件（民法第九一九條）：

（一）典權人須提出同一價額，留買權物。

同一價額云者，即出典人欲將典物所有權讓與他人，該他人願以某項對價受讓，而典權人即以

第七七四

與此項對價相等之價額而留買之之謂也。典物之讓與，得依買賣互易或贈與之方法爲之。在出典人以贈與契約，讓與典物時，典權人不得主張留買。蓋贈與係無償行爲，本無價額可言。至若以互易之方法爲讓與，如他人之對待給付係代替物，典權人倘能提出與該項代替物種類品質相同之物，固可行使其留買權，若係不代替物，則亦不能行使留買權。

在出典人欲將典物讓與於他人時，爲使典權人易於留買權之行使，應課出典人以通知義務（註）。典權人接受通知後，如願留買，須卽以同一價額，爲現實之提出，方爲有效。唯出典人若預示拒絕留買之意思者，則典權人祇須以準備給付同一價額之情事，通知出典人，以代提出。

（註）參照前北京大理院五年上字第一四九一號，六年上字第一二八〇號，及九年上字第一一五號判例。

### 第七七五段

（二）出典人須無正當理由，足以拒絕其留買。例如典物之原出賣人，曾保留買回權，或出典人於設定未定期限之典權以前，曾與第三人訂立附有始期之買賣契約。在原出賣人行使買回權或典物買賣契約之始期屆至，出典人須履行其義務者，典權人均不得主張留買。

尙有一事，必須注意者。留買權係典權人與出典人間之相對的債之關係，不生物的效力。故卽使典權人提出同一價額，聲明留買，而出典人並無正當理由，任意拒絕，仍與他人訂立讓與典物之

契約，此際典權人祇能對出典人請求損害賠償，要不能主張典物之讓與爲無效（註）。

（註）參照最高法院二四年上字第三六二三號判例。

### 第七七六段

（第六）典權人之重建修繕權

典物因不可抗力，致全部或一部滅失者，典權人之權利，即失其標的物，關於滅失部分，其典權自應消滅（參照民法第九二〇條）。然若典權定有期限，於期限屆滿前，或未定期限，而於出典人告贖前，典物雖因不可抗力，罹於滅失，而典權人自願重建或修繕，以達其使用與收益之目的者，則於出典人並無不利。唯典權人爲典物之修建，除經出典人同意外，僅得於滅失時滅失部分之價值限度內爲之。例如典權人承典房屋五間，旋因火災焚燬二間，其被燬時之價值爲一千元。則典權人僅得於一千元限度內而爲重建。典權人若有違反，即不得於回贖時，請求償還法定限度以外之費用（民法第九二一條）。

### 第七七七段

（第七）典權人之費用償還請求權

典權人就典物有使用及收益之權利，而同時又負有保存之義務（參照民法第九二二條）。故在典權存續中，典權人爲便利使用或保存典物，而支出必要費用者，不得請求償還。唯典權人因支出有益費用，使典物價值增加者，則於典物回贖時，典權人自得於現存利益之限度內，請求償還。又

，在典權人行使重建修繕權時，其因此所支出之費用，於典物回贖時，亦得爲償還之請求（民法第九二七條）（註）。

（註）按民法第九二七條上半段規定：「或依第九百二十一條之規定，重建或修繕者，於典物回贖時，得於現存利益之限度內，請求償還」云云，似與第九二〇條之法意，無矛盾之嫌。蓋既稱回贖，出典人必須將原典價返還於典權人，方爲合法（參照民法第九二三條及第九二四條）。依民法第九二七條所載，典物因不可抗力致全部或一部滅失，典權人爲重建或修繕者，出典人於回贖時，除返還原典價外，尚須償還法定限度內之有益費用。而據第九二〇條之規定，典物因不可抗力致全部滅失，典權人不爲重建者，典權及回贖權均歸消滅，典權人自無從收回其原典價之全部或一部；典物一部消滅，典權人不爲重建或修繕者，回贖時出典人得由原典價中扣減滅失部分時價之半數。設或典物全部滅失時之價值爲一萬元，典價亦適爲一萬元。倘滅失後，典權人僅以三千元爲重建，該重建物於回贖時之現存利益爲二千元，出典人必須以一萬二千元，方可贖回，然若典權人不爲重建，則不能獲分文之取償，其間利害，豈得謂平。又如典物一部滅失，滅失部分之時價爲四千元，典權人僅以一千元爲重建，該重建部分



## 第七七八段

### (第八) 典權人之找貼權

於回贖時之現存利益爲五百元，出典人必須以一萬五百元，方可贖回其典物，然若典權人不爲重建，則出典人祇須以八千元即可回贖矣。前後規定，豈得謂當。余以爲宜仿照前清例案（參照本書第七八〇段），凡典權人依第九二一條之規定，爲重建或修繕者，回贖時，出典人得先由原典價中，扣減典物滅失部分滅失時之價值之半數，且以扣盡原典價爲限，再就重建或修繕之現存利益，償還其費用，方足以昭公允。

出典人於典權存續中，表示讓與其典物之所有權於典權人，典權人得按時價找貼，取得典物所有權，是之謂典權人之找貼權（民法第九二六條一項）。找貼乃買賣之另一姿態，卽出典人以典物買與於典權人，按時價估定典物之價金，而將原典價抵銷價金之一部，由典權人支付其差額，因卽取得典物所有權也。

我國習慣，典價大抵低於典物之時價，因是嘗發生找貼之事實。唯出典人經告找作絕後，往往借端糾纏，希圖得額外之找貼，致業主（卽原典權人）時感不安，故前清嘉慶六年，制定條例，嚴限僅許找貼一次（註）。現行民法，仍沿舊制，明定找貼以一次爲限（民法第九二六條二項）。

（註）參照清律典賣田宅門條例第三條。

找貼乃典權人之一種權利（即買賣之承諾權），倘典權人認典價已與典物之時價相等，儘或超過，而拒絕找貼者，出典人自不得強行告找。且典權人之拒絕找貼，仍無礙其留買權之行使也。

第二款 典權人之義務

第七七九段

（第一）典權人之保存義務

典權係有期限之物權，典權人於權利消滅時，負返還典物於出典人之義務，故典權人應保存其典物。但典權人之利用典物，曾付與對價（即典價），與爲他人處理事務而受報酬之受任人不同，故典權人就典物所爲之保存行爲，祇須與處理自己事務爲同一之注意，僅於具有箇性過失時，始負責任。且其責任，亦有一定之限度，即因典權人之過失（箇性過失），致典物全部或一部滅失者，僅就典價額限度內負賠償之責（民法第九二二條上段）。

雖然，典權存續中，因典權人之故意或重大過失，致典物全部或一部滅失者，則應依侵權行爲之原則，負損害賠償之責任。除將典價抵充損害外，如有不足，仍應賠償（民法第九二二條但書）。

第七八〇段

（第二）典權人之危險分擔義務

典物因不可抗力而罹於滅失時，出典人與典權人間，應如何定其危險之分担，實一至難解決

之問題。按前清乾隆十二年例案：凡典產延燒，（一）其年限未滿者，業主典主，各出一半，合起房屋，加典三年，年限滿足，業主仍將原價取贖；（二）如年限未滿，業主無力合起者，典主自爲起造，加典三年，年限滿足，業主照依原價，加四取贖；（三）如年限未滿，而典主無力合起者，業主照依原價，減四取贖；（四）如年限已滿者，聽業主照依原價，減半取贖，（五）如年限已滿，而業主不能取贖，典主自爲起造，加典三年，年限滿足，業主仍依原價，加四取贖。大體採平均分担辦法。

現行民法第九二〇條第二項規定：典權存續中，典物因不可抗力致一部滅失者，典權及回贖權，仍存在於典物之餘存部分，唯出典人就該餘存之部份爲回贖時，得由原典價中，扣減典物滅失部份滅失時之價值之半數，且以扣盡原典價爲限（註）。其係採平均分担危險辦法，固甚明顯。唯同條第一項規定：典權存續中，典物因不可抗力致全部或一部滅失者，就其滅失之部分，典權與回贖權，均歸消滅。典權及回贖權既均歸消滅，則在典物全部滅失時，典權人卽不能取回原典價之全部或一部，但在典物一部滅失時，典權人僅負擔該滅失部分時價之半數。前後兩項規定，不能謂無矛盾。余以爲應照前清例案，凡典物因不可抗力致全部滅失時，如典權期限未滿者，出典人應返還原典價百分之六十於典權人，典限已滿者，應返還其半數。蓋不可抗力之事故，不能專由典權人任其責也。

〔註〕例如甲以房屋三間，出典於乙，典價爲五百元。嗣因戰爭，該屋被火焚燬二間，僅焚燬時之時價估計，價值一千二百元。就原則言，乙應負擔損失額六百元，但其典價僅有五百元，甲於回贖時，不得請求補找一百元。

第四節 典權之存續期限及回贖

第七八一 (第一) 典權之存續期限

典之性質，本與附有買回特約之買賣相似，應有一定之存續期限。唯典係物權，而買回特約，則爲債之關係，故典權之存續期限，應較買回之期限爲長。現行民法，參酌我國固有之法例及習慣，認典權約定之期限，不得逾三十年，逾三十年者縮短爲三十年（民法第九一二條）。此項三十年之期限，亦適用於未定期之典權。即典權之設定，雖未定有期限，但自設定時起，三十年內，出典人隨時可以回贖，逾三十年，其回贖權消滅矣（民法第九二四條）。

典權之約定期限，不滿十五年者，不得附有到期不贖，即作絕賣之條款（民法第九一三條）。當事人違反此項規定時，其所附條款爲無效，但其無效，並不影響於典權設定行爲之本身（參照民法第一一一條但書）。典權人仍保有其典權，而出典人尙須依法回贖也（民法第九二三條）

第七八二

(第二) 回贖

回贖者，出典人提出原典價，以銷除典權之單獨行為也。回贖係有相對人之意思表示，應向典權人或轉典權人爲之，但同時並須現實提出原典價，方生效力。

典權定有期限者，於期限屆滿後二年內，出典人得爲回贖，典權未定期限者，出典人得隨時回贖典物。但期限屆滿後二年內，出典人不以原典價回贖，或自出典後經過三十年，不爲贖回者，其回贖權即因此項除斥期間之經過而消滅，典物之所有權，則歸屬於典權人矣（民法第九二三條及第九二四條）（註）。

（註）按民法第九二三條第二項之規定，與同法第九一三條保護出典人之利益之法意，似不無抵觸。現行民法，並未定有典權存續之最短期限，假若某典權之約定期限爲五年，出典人於典限屆滿後經過二年，尙未回贖者，依民法第九二三條第二項之規定，典權人即取得典物所有權，但總計前後經過期間，不過七年耳，而民法第九一三條，固明定典限不滿十五年者，不得附有到期不贖即作絕賣之條款也。余以爲第九二三條第二項，應加一但書，其文曰：「但典期未滿十五年者，不在此限。」方足貫徹第九一三條之法意。

典物爲耕作地者，出典人之回贖，應於收穫季節後，次期作業開始前爲之；如爲其他不動產，應於六個月前，先行通知典權人（民法第九二五條）。

第五節 典權之消滅

在出典人依法行使回贖權時，典權即歸消滅。至典權人爲賒找留置，或出典人逾期不贖者，典權人既取得典物之所有權，其典權亦因混同而消滅也。

第六章 地役權

第一節 地役權之內容及種類

第七八三  
段

(第一) 地役權之內容

地役權(德Crunddientbarkeit 法servitude fonciere 英Real Servitudes)者，以他人土地，供自己土地便宜之用之權利也，例如通行地役權，通水地役權是(民法第八五一條)。供便宜用之土地，謂之供役地(拉Praedium Serviens)，受便之土地，謂之需役地(拉Praedium Dominans)。

地役權之目的，在以供役地供給需役地便宜之用，地役權必附隨於需役地，而與之同命運。故地役權不得由需役地分離而爲讓與，或爲其他權利之標的物(民法第八五三條)。在地役權之行使，於供役地之所有權，有所限制，而於需役地之所有權，則有所擴張。

所謂土地便宜之用，應具備下列二種性質。(一)須注意於需役地自身之利益，而不能以土地所

#### 第七八四段

有人個人之便利，作爲地役權之內容。例如通行鄰地，開設溝渠，於需役地利用上，獲得便利，此種便利，附屬於土地自身，雖所有人有更迭，無所影響也。然若土地所有人，欲於鄰地園林中，自由散步，或作球戲，則此種便利，非以需役地自身利益爲目的，不能充作地役權之內容。(一)供役地所供給之便利，須以解除需役地所有權之限制爲目的。例如設置工作物，使雨水得以注入於鄰地，爲保持充分之光線，制止鄰地之建築，不得逾越一定之高度，其因此而設定地役權者，皆足以解除需役地所有權之限制。

地役權乃因需役地本身上不可分之便利而存在，又係供役地本身上不可分之一種負擔，故應具有不可分性。例如地役權人，有通行鄰地之權利者，非通過地役權標之土地之全部，不能達其目的。倘將其權利分爲數分，則其享有一部權利之人，無從獲得通行地役權之實益矣。地役權既係一不可分之權利，故地役權之取得，應爲全部取得，其喪失亦爲全部喪失。在需役地或供役地所有人，均有數人時，需役地所有人，不得分割地役權，各享有其一部，供役地所有人，亦不得各自負擔其一部，據同一理論，在需役地所有人一方，不能因權利之分割，而消滅其一部，在供役地所有人一方，亦不能因負擔之分割，而使其一部消滅。因此而生下列諸效果焉。(一)土地共有人中之一人，不能就其應有部分，設定地役權，亦不能僅就其應有部分，取得地役權。(二)土地所有人，

不能僅就其應有部分，以消滅爲其土地而存在之地役權，或使存在於其土地上之地役權歸於消滅。  
 (三) 土地分割或一部讓與時，地役權仍爲其各部而存續，並亦存續於其各部之上（民法第八五六條上段及第八五七條上段）（註）。

（註）例如甲乙二人，共有一土地，而在丙之土地上取得通行地役權。此項共有土地，嗣後雖經分割，各取得分得部分之單獨所有權，而該通行地役權，仍爲各部分之利益而存續，甲乙各得依舊行使其權利。又如丙劃分其土地之一部，讓與他人，但該他人所受讓之土地，對於甲乙之通行地役權，仍須負擔。

### 第七八五

雖然，右述原則，尙有例外。(一) 地役權之行使，依其性質，祇關於需役地之一部分者，僅就該部分，仍爲存續。例如地役權之目的，僅在制止距離疆界一定範圍內，而有建築物者，則需役地若與供役地疆界綫相平行而分割爲二時，地役權祇爲接近疆界部分，有其存續之必要，其他較遠於疆界之部分，自可脫離地役權之關係（民法第八五六條但書）。(二) 地役權之行使，依其性質，祇有關供役地之一部分者，僅對於該部分，仍爲存續。例如因疏水或通行所需之通路，常有一定方位，僅存在於供役地之一部分之上，在供役地分割時，祇使通路所經過之部分，負擔地役權，卽爲已足，其他部分，自可免除負擔。



所宜注意者，地役權之不可分性，與地役權因內容減縮而消滅一部時，頗有區別。地役權之不可分性，係指不許將地役權分配於數個主體，各就其分得部分，形成獨立之權利，或單獨消滅之，而與地役權之內容，不生何等影響。蓋地役權之內容，大抵係設定行為而指定，經指定以後，當事人復以合意為之增減，法律上自應認其有效。地役權之內容縮減時，權利人固因此喪失其權利之一部，但此僅係地役權之內容有所變更，並非分割一部，歸屬另一主體，故仍不背地役權不可分之原則也。

## 第七八六段

### (第二) 地役權之種類

#### (一) 田野地役權與街市地役權

田野地役權(德Rustkalservituten)，乃關於土地之地役權，街市地役權(德Urbanalservituten)，乃關於建築物之地役權。例如通行，排水放牧等地役權，均屬於前者，眺望，放煙，及制止在一定距離內為營造等地役權，均屬於後者。

#### (二) 積極地役權與消極地役權

積極地役權，謂地役權之行使，由於地役權人之積極行為也。例如通行，汲水，放牧等是。在此種地役權，供役地所有人，對於地役權人之積極行為，負有容忍之義務。

消極地役權，謂對於供役地所有人，禁止其為一定行為之權利也。例如禁止開闢窗牖，以眺望需役地，或不許於接連需役地之一定距離內，為耕作或栽植是。在此種地役權，供役地所有人，祇負有不作為之義務也。

(三)繼續地役權與非繼續地役權

連續無間，行使於供役地之地役權，謂之繼續地役權，例如敷設溝渠，以排除水流，或使屋簷突出於供役地，以疏注雨水等地役權是。此外一切消極地役權，亦均屬此類。

地役權之行使，以權利人之一定行為為必要者，則為非繼續地役權。例如通行，汲水，放牧等地役權是。

(四)表見地役權與非表見地役權

地役權之行使，因外形之標誌，顯現於表面者，謂之表見地役權。例如屋簷得以突出於供役地，及其他積極地役權均屬之。不然者謂之非表見地役權。例如在供役地地底安設筒管，及其他一切消極地役權均屬之。

第二節 地役權之取得

地役權之取得，有由於法律行為者，如契約及遺囑是，亦有由於取得時效者。但地役權之能依

取得時效而取得者，須以具有繼續性與表見性爲必要。例如利用露出地面之溪渠，以疏洩水流之地役權，或設置屋簷，以沖注雨水之地役權，皆具有繼續並表見之性質，可依時效而取得之，至若通行地役權，雖屬表見而非繼續，又如利用地底陰溝以通污水之地役權，雖係繼續而非表見，故均不得因時效而取得之（民法第八五二條）。蓋地役權之具有繼續且表見之性質者，在客觀上極易認識，若他人於土地上，以公然和平之方法，爲行使地役權之事實，而該土地所有人，並不提出異議者，是乃怠於所有權之行使，自無予以保護之必要矣。

茲有一問題焉，其有人中之一人，具備地役權取得時效之要件者，他共有人，亦得基於此項事實，而取得該地役權乎，抑或因其他共有人未具備取得時效之要件，雖其中一人之行爲，可因時效取得地役權，而仍不生效力乎？按地役權係一種增加土地便宜之用之權利，有擴張土地所有權之功能，地役權之取得，於共有人全體俱有利益，共有人中之一人，因時效而取得地役權者，應認爲爲自己及其他共有人之利益而行使其權利，俾其他共有人，亦因此而取得其權利也。

### 第三節 地役權之效力

#### 第八八七段 (第一) 地役權人之權利與義務

地役權人因行使權利，有爲設置之權，但對於該項設置，負擔維持之義務。例如需役地所有人

，因行使通行地役權，或排水地役權，得以自己費用，於供役地上開闢通路，或敷設溝渠是。惟此項工作物之修繕或重建，亦應由地役權人以自己之費用爲之（民法第八五五條一項）。雖然，地役權人因行使或維持其權利，固得爲必要之行爲，但應擇於供役地損害最少之處所及方法爲之（民法第八五四條）

第七八八段

地役權人得行使物上請求權。蓋地役權之行使，直接及於供役地，故對於無權占有，或侵奪供役地者，得請求返還，對於妨害其就供役地而爲使用，或有妨害之虞者，亦得請求除去或防止之（民法第八五八條）。

地役權之行使，不得逾越需役地本身之需要。例如需役地所有人，爲甲土地之便利，取得用水地役權，嗣後將乙地與甲地連成一片，爲該兩地之便利，而行使其地役權，則屬逾越需役地本身之需要。如供役地所有人，因此蒙受損害，得請求賠償。

（第二）供役地所有人之權利與義務

第七八九段

供役地所有人，對於地役權人（即需役地所有人），應負容忍義務，或不作爲義務。但祇以此爲限，於不害及地役權人行使權利之限度內，仍保有土地所有人應享有之權利。例如在負擔通行地役權之土地，該土地所有人，於不妨礙地役權人通行之限度內，仍得設置圍障或牆垣。即於供給通

行用之道路上，營造房屋或其他建築物，祇須留存通行上所必需之高度與幅員，亦非法所不許。

供役地所有人，於無礙地役權行使之範圍內，亦得使用地役權人所爲之設置，但應按其受益之程度，分担維持其設置之費用（民法第八五五條二項三項）

#### 第四節 地役權之消滅

### 第七九〇

地役權依一般不動產物權消滅原因而罹於消滅外，在地役權無存在之必要，法院依供役地所有人之聲請，爲地役權消滅之宣告者，則地役權亦因其宣告之裁判確定而消滅也（民法第八五九條）。

## 第七章 抵押權

### 第一節 抵押權之性質及其取得

#### （第一）抵押權之性質

抵押權（德Hypothek法Hypothek英Hypotheca日・抵當權）者，對於債務人或第三人不移轉占有，而供担保之不動產，得就其賣得價金，先受清償之權利也（民法第八六〇條）。設定抵押權之人，謂之抵押人，享有抵押權之人，謂之抵押權人。

抵押權以担保債務清償爲目的，故與地上權永佃權典權等以標的物供使用收益者有別。又抵押權之存在，以有附隨此項權利之債務爲必要，故抵押權具有從權利之性質（德Akzessorische Natur）

(註)，此則與質權及留置權同。

(註) 德國民法，分抵押權為二種，I曰担保抵押權 (Sicherungs-Hypothek)。II曰流通抵押權 (Verkehrshypothek)。担保抵押權，具有從權利之性質，而流通抵押權則否也。

抵押權之標的物，應為不動產，動產不得充之。抵押權之行使，原則上應及於不動產之本身，但依現行法之規定，存在於不動產上之權利，如地上權永佃權及典權，亦得為抵押權之標的 (民法第八八二條)

抵押權之設定，不以移轉其標的物之占有為必要，祇須當事人作成抵押權設定之書據並經合法登記者，即生物權效力，此則與質權及留置權大異 (註)。

(註) 在我國固有習慣，抵押之外，尚有「抵當」。抵當與抵押大體上均屬相同，所異者，抵押無須移轉標的物之占有，而抵當則必須為占有之移轉。例如以房屋供抵押者，祇須訂立契據，即生效力，然若以之供抵當之用者，則除訂立契據外，押當權人尚須占有其標的物。又，抵當與典，亦非一物也。抵當以有債權之存在為前提，而典則僅有典價之支付，而無所謂債之關係也。現行民法起草者，似誤認典即抵當，故無關於「抵當權」之規定，實一憾事也 (我國習慣上之抵當權即日本民法上所謂不動產質權。日民法第三五

第七九二

六條至第三六一條，可供參考。）

在債務人不為債務清償時，抵押權人得依法聲請拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償（參照民法第八七三條），此乃抵押權之主要效力，與質權同，而與留置權異。

抵押權具有不可分性。抵押之不動產，如經分割，或讓與其一部，或担保一債權之數不動產，而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。以抵押權担保之債權，如經分割，或讓與其一部者，其抵押權仍不因此而受影響，債務分割時亦同（民法第八六八條及第八六九條）（註）。

（註）例如（一）甲以十地十畝，供其債權人乙之債權之抵押。旋甲以其地五畝，讓與於丙，而抵押權人乙，仍得就甲丙所有之土地上，行使其權利。（二）乙分割其債權，使丁戊

各享有三分之一。如乙丁戊三人中，有一人未受清償者，各得就其三分之一之債權額，

對於抵押物全部，行使其權利。（三）甲別無債務，使丙處負擔三分之一（即債務

一部承擔）。如甲己庚三人中，有一人未受清償者，乙得就其承受清償之債權分，對於

抵押物全部，行便抵押權。

（第二）抵押權之取得。

第七九三

（一）抵押權之取得，得由於法律行為者，有由於法律之規定者。前者如抵押權之設定是，後者則有二種情形可攪乎：（一）全權權之行使，如建築建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係發生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有抵押權（民法第五二三條）；（二）抵押權所担保之債權，經讓與者，除當事人間以特約消滅抵押權外，受讓人當然取得抵押權（民法第七〇條）。

第二節 抵押權之標的物

第七九四

（第一）標的物之性質

抵押權之標的物，應為不動產，即土地及土地上之定着物如房屋或其他建築物是（民法第八六〇條）。但此係原則，尙有二種例外：（一）地上權永佃權及典權。茲三者，雖非不動產，但均係不動產上之強固之權利，故亦得充抵押權之標的（民法第八八二條）。（二）賠償金。抵押權之設定人，因抵押物滅失，可取得賠償金額者，抵押標人之債權，亦得就該項賠償金額，而受清償。例如抵押物係房屋，曾投保火險，因保險事故發生，而受領保險金額，或抵押物因第三人之侵權行為，罹於滅失，而受領損害賠償金額者，抵押權人均得就此項保險金額或賠償金額，優先受償（民法第八八一條但書）。



抵押權之標的物，須具有讓與性。蓋抵押權之目的，在使抵押權人得就抵押物（或抵押權利）拍賣所得之價金，先受清償，故不得讓與之不動產，不能充抵押權之標的也。公署公路或其他公有財產，在公用性質未消失前，不能供私人所有者，固無論已，即可供私標之標的，而法律限制其讓與者，殆不能供抵押之用。例如地上權，依契約之訂定或地方習慣，禁止其讓與者，則此項地上權，即不得充抵押權之標的物（參照民法第八三八條但書）。

### 第七九五 段 （第二）標的物之範圍

抵押權及於標的物之範圍，視抵押物所有權之範圍而定。例如建築物，其本身原有一定界限，此項界限，既可為所有權之範圍，又可定抵押權及於抵押物之定界。在數人分有一建築物時，其中一人所有人，就其分得部分，設定抵押權時，抵押權及於該部分建築物及其附屬物之共同部分。以土地為抵押物者，該土地之四至，即係抵押權所及之範圍。

抵押權及於抵押物之範圍，除抵押物本身外，並及於其從物及從權利（註）。例如抵押物係房屋者，該房屋內之紗窗門簾等物，亦均為抵押權之標的物。又如抵押物為土地時，若該土地附有地役權者，抵押權並及於地役權。唯第三人於抵押權設定前，曾就附屬於抵押物之從物，取得權利（例如租賃權）者，不因抵押權之設定，而受影響，換言之，即抵押權之行使，不能及於該項從物也。

## （民法第八六三條）

（註）抵押權設定後，抵押人如於抵押物上有所附加，例如於抵押土地上，建築房屋，或栽植樹木，或於抵押之建築物上，增加層數，抵押權人之權利，是否並及於該項附加之物，實一問題。日本民法（第三七〇條），原則上認抵押權可以擴張及於此等附加之物。但設有三種例外：（一）抵押土地上營造建築物者，（二）當事人曾以設定行為，確定抵押權之範圍者，（三）債務人明知有害於其他債權人之利益，而以附加物附加於抵押不動產之上者。有此三種情形之一時，抵押權不能擴張而及於附加物。就我現行民法第八七七條及第二四四條之規定以觀，此項立法例，頗足資參攷。

（註）在抵押權人，實行權利，將抵押物扣押後，則抵押權及於由抵押物分離之天然孳息，並得就抵押物收取其法定孳息。蓋抵押權人扣押抵押物時，與普通債權人依強制執行程序，查封不動產之情形同（註），抵押物所有人，既因扣押而喪失其使用與收益之權能，則抵押權人，自得就抵押物之天然孳息，先於其他債權人，行使其權利（民法第八六三條及第八六四條本文）。唯在抵押權人於扣押抵押物後，欲使其權利及於法定孳息（例如租金）者，非以扣押抵押物之情事，通知應清償法定孳息之義務人（例如承租人），不得與之對抗（民法第八六四條但書）。

(註)參照強制執行法第一〇四條。

### 第三節 抵押權之效力

#### 第七九七 (第一) 抵押權之次序

不動產所有人，因担保數債權，就同一不動產，設定數抵押權者，其次序，依登記之先後定之。

(拉普里德 (Lapride) 之說) 是之謂抵押權之次序 (德 Rang der Hypothek)

例如債務人甲對乙負擔二千元之債務。對丙負擔五百元之債務。對丁負擔一千元之債務，就其所  
有價值四千元之房屋一所，供乙丙丁三人之債權之担保。若乙丙丁，均已依次為抵押權之登記，則  
在第一次序登記之乙，得先於丙，就抵押物行使其權利，丙次之，丁最末。易言之，就房屋賣得價  
金四千元中，應先以二千元，清償乙之債權，丙就其餘二千元，雖亦先於丁受償其債額一千五百  
元，而丁之一千元債權，則僅得就殘存額五百元，受其清償，此時乙丙之債權，得受全部之清償，  
丁祇能於其債額一千元中，受償半數，其餘一半，則不能就抵押物而受清償。即使丁之抵押權，先  
於乙丙而設定，而其登記既後於他人，仍應讓他人優先受償 (民法第八六五條)。

#### 第七九八

#### (第二) 抵押權所担保之債權範圍

抵押權所担保之債權，如當事人間，曾以契約定其範圍者，固應依其契約之所定，在未有特約

時，抵押權所擔保者，應限定爲(一)原債權，(二)利息，(三)遲延利息，及(四)實行抵押權之費用(民法第六十條)。在債權之標的爲金錢者，當事人祇須將金額登記即可，非以一定之金額爲標準者，應將其債權特定額額，或以該估定額，聲請登記(土地法第一二二條)。

第七九九段

(第三)抵押權之法律地位

抵押權人，於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院，拍賣抵押物(民法第八七三條一項)。此項聲請，經法院爲許可強制執行之裁定者，債權人即應取得執行名義。利害關係人，對於此項裁定，雖有抗告，但強制執行，不因而停止(參照強制執行法第四條五款及第一八條)。

當事人間，約定於債權已屆清償期，而未爲清償時，抵押物之所有權，移轉於抵押權人者，其約定爲無效(參照民法第八七三條二項)。此項特約，在學問上，應稱之爲抵押物代價條款(註)。蓋債務人每以急迫窮乏，或無經驗，爲他人所欺蒙，圖一時之便宜，自信日後可以清償債務，不致喪失抵押物所有權，卒至事實與預期相反，而受莫大之損害也。

註

(註)此項特約，德國學者稱之爲 Verfallkausal (德民第一二二九條參照)，法國學者，稱之

爲 Pacte Commissaire (民法第二〇七八條參照)，日本著書，譯爲流質契約(日民第三

四九條參照)，我國民法學者，多沿用之(劉鴻漸氏著，物權法論第二八三頁；鍾洪聲

民著，物權新論第一七四頁參照）。唯查日本民法，關於流質契約之無效，僅於物權篇

第九章質權中，設有規定，而於抵當權（按即我民法之抵押權）章中，則付闕如。譯為流質契約，似無不可，但我現行民法第八七三條第二項，及第八九三條第二項，關於抵押權及質權二者，均有同樣之規定，則流質二字，似未能包括。愚以為此項特約，在抵押權章，應稱之為「抵押物代償條款」，在質權章，應稱之為「質物代償條款」，較為允洽。

## 第八〇一

雖然，抵押權人於債權清償期屆滿後，未受清償，而抵押人願以抵押物所有權，讓與抵押權人者，此項契約，係屬買賣或互易之性質，自應認為有效。再者，抵押物拍賣之價格，往往低於通常之賣價，當事人欲用拍賣以外之方法，處分抵押物，以供債務之清償，則於雙方俱有利益。當無不可。但宜注意，當事人以契約移轉抵押物之所有權於抵押權人，或用拍賣以外之方法，處分抵押物者，僅於無害於其他抵押權人利益之範圍內，方得為之。否則，其他抵押權人之權利，不受其影響（民法第八七八條）（註）。

（註）例如某抵押物之真實價值為一千五百元，第一次序抵押權人之債權金額為一千二百元，第二次序抵押權人之債權為三百元。倘抵押人於債權清償期屆滿後，約定以抵押物所有

權讓與第一次序抵押權人，藉充清償，或用通常買賣之方法，作價一千二百元，賣與第三人，則均屬有害第二次序抵押權人之利益。該第二次序抵押權人，自不受其拘束，仍得聲請法院，依法拍賣。

#### （第四）抵押人之法律地位

抵押權之設定，並不以移轉抵押物之占有為必要，抵押人對於抵押不動產，仍保有其使用及收益之權能，故在抵押權設定後，仍得於該同一不動產上，設定地上權永佃權典權，或依租賃契約，使承租人取得承租權，而以其使用收益權能，讓與於此等權利人，但抵押權並不因此而受影響（民法第八六六條）。在實行抵押權時，如有必要，並得將此等權利，一併付諸拍賣。倘此等權利人（即如地上權人永佃權人）因此而受損害，祇能對設定人，請求賠償（民法第八七七條類推適用）。

抵押權設定後實行前，抵押人對於其不動產，仍保有處分之權，得以該不動產讓與他人，而抵押權亦不因此受其影響。例如甲曾以其土地供債權人乙之債權之擔保，嗣將此項土地，賣與於丙，而取得其所有權。但乙之債權，如於已屆清償期而未受清償者，仍得聲請法院，將丙之土地，依法拍賣受償（民法第八六七條）。

抵押權設定後實行前，抵押物所有人，固保有其用益及處分之權能，但若因此足以使物之價值

減少者，則抵押權人爲顧慮將來之權利之實行，拍賣所得價金，不敷抵償其債權額起見，自得

請求其停止足以減少價值之行爲。倘有急迫之情形，並得自爲必要之保全處分。而此項請求或處分而生之費用，仍由抵押人負擔（民法第八七一條）（註一）。再者，因抵押人之行爲，致抵押物價值減少，抵押權人，未請求停止其行爲，或不能爲必要保全處分者，仍得請求抵押人回復抵押物之原狀（例如請求爲拆毀部分之重建或修繕），或提出與減少價額相當之担保。但抵押物之價值，因非可歸責於抵押人之事由而減少者，抵押權人，僅於抵押人得受損害賠償之限度內，請求提出担保（民法第八七二條）（註二）。

（註一）例如抵押物係房屋，抵押人欲將該房屋拆毀一部，致其價值減少。此時抵押權人得請求停止拆毀之行爲。如抵押人不聽制止，抵押權人得依民法第一五一條之規定，拘束抵押人或其幫助拆毀之人之自由。

（註二）例如抵押房屋，曾投保火險，旋因延燒，罹於滅失，或該房屋因第三人之侵權行爲，而遭焚燬者，抵押權人僅得請求抵押人將受領之保險金額，或損害賠償金額，提供担保。如此項金額，不及抵押物之價值時，無庸補足。

第八〇三  
（第五）抵押權之實行

## (一) 拍賣之標的物

在債權已屆清償期，而未受清償者，抵押權人，即得實行其權利，聲請法院，拍賣抵押物，就其賣得價金，而受清償，唯其實行抵押權時，應注意下列數事：

土地及土地上建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，在建築物拍賣時，應推定其為建築物設定地上權，俾拍定人得於土地上而有建築物。在土地拍賣時，應推定其為自己保留地上權，以維持其建築物之存在。唯此項地上權之取得，係依據法律之規定，關於地上權之地租，應由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之（民法第八七六條一項）。

土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押者，抵押權人固得以土地及建築物，併付拍賣，而由同一拍定人取得之。但抵押權人亦得將土地及建築物分別而為拍賣，此際該土地與建築物之拍定人各異者，其相互間之權義關係，自與上述之情形同，應認為抵押物拍賣時，視同已有地上權之設定（民法第八七六條二項）。

抵押權之標的物為土地，土地所有人於設定抵押權後，在抵押土地上營造建築物者，抵押權人於必要時，得將其建築物與土地，併付拍賣。蓋於此情形，倘抵押權人必須將抵押之土地，與建築物分離，僅就抵押物而為拍賣，則因拍賣結果，建築物與土地，必為其所有人，如許建築物所有人



對於拍賣土地上，取得法定之地上權，則拍賣價金，必致減損，於抵押權人，殊多不利也。但宜注意，併付拍賣，以必要時為限，如僅就土地為拍賣，其賣得價金，亦足清償債權者，抵押權人即不得將建築物，一併處分。再者，抵押權之標的物，原係土地，並不包括建築物，在併付拍賣時，抵押權人，僅就土地上賣得價金，有優先受償之權利，而此項優先權，不能及於建築物之代價也（民法第八七七條但書）。

## 第八〇五

段

### （一）賣得價金之分配

抵押物賣得之價金，按各抵押權人之次序分配之。其次序同者，平均分配。此乃賣得價金分配之次序，亦即抵押權之次序也（民法第八七四條）（註）。

### （註）參照本書第七九七段。

為同一債權之担保，於數不動產上，設定抵押權，而未限定各個不動產所負擔之金額者，抵押權人得就各個不動產賣得之價金，受償權全部或一部之擔債（民法第八七五條）（註一）。例如抵押人以價值各一萬元之A、B二不動產，供甲之一萬元債權之抵押，而未限定每一不動產所負擔之金額者，甲於實行其權利時，得任擇抵押物之一，付諸拍賣，就其賣得價金而受清償。惟此種分配方法，於各抵押物上僅有一項抵押權時，固不生何等問題，然若於同一不動產上，曾設定數個抵押權者

、則次遊較後之抵押權人，頗蒙不利(註二)。

(註一)此種抵押權，德國民法(第一一三二條一項)，稱之為連帶抵押權(Gesamthypothek)。

(註二)如上述之例，有次序較後之抵押權人乙，於A不動產上，亦有抵押權。倘甲於實行抵押

權時，選擇該A抵押物為拍賣，則因拍賣之結果，乙將不能就抵押標之物，取償分文。

德國學者，亦頗有此議。彼邦民法關於連帶抵押權價金分配之規定，為未甚允洽者(參考

(H) *Wahl, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III, S. 548*)。我現行法仍採德例，似有

修正之必要。

關於此點，我第一款民法草案，設有較妥善之規定。其第一二二五條第一項載：

「債權人於數不動產上，有担保一債權之抵押權，而應同時分配其價金者，須按各不動產

之價額，分別負擔其債權。第二項：若僅以一不動產之價金而行分配者，抵押權人得以

其價金，受全部債權之清償。第三項：前項情形，其次抵押權人，對於前項抵押權人，

依第一項規定，就他不動產應受清償之金額派發內，行使抵押權。蓋採日本民法(第三

九二條)之戒規也。

爲債務人設定抵押權之第三人，代爲清償債務，或因抵押權人實行其抵押權，致失抵押物之所有權者，得依關於保證契約之原則，對於債務人有求償權。蓋爲担保他人債務而設定抵押權之人，雖非若保證人自身之負有代爲清償債務之責任，然欲消滅該抵押物上所設定之負擔，則不能不設法清償其所担保之債權。在抵押人代債務人爲之清償時，其法律上之地位，與代主債務人清償債務之保證人同。至若因實行抵押權之結果，而喪失抵押物之所有權者，此時雖非代債務人而爲清償，但亦屬犧牲財產之一部，以消滅他人之債務，故法律均許有爲求償權也（參照民法第八七九條及第七四九條）（註）。

（註）關於求償權之行使，可參考本書第六六一條。

#### 第四節 抵押權之消滅

### 第八〇七段

抵押權因債權之消滅及抵押物之滅失（民法第八八一條）而消滅。唯在抵押物一部滅失時，抵押權仍應存續於其殘餘部分。在抵押物全部（或一部）滅失而有賠償金者，該項賠償金，仍充抵押權之標的物（註）。

（註）本書第七九四段參照。

再者，以抵押權担保之債權，其請求權已因時效而消滅，動抵押權人於消滅時效完竣後，五年

間不實行其抵押權者，其抵押權亦應消滅。良以附有抵押權之債權，其請求權雖經時效消滅，債權人固得就其抵押物取償，然若抵押權人於請求權消滅時效完成後五年間，不實行抵押權以取償者，則可推定其有拋棄權利之意思，應認為抵押權消滅，故該五年期間，乃除斥期間也（參照民法第八八〇條及第一四五條）。

## 第八章 質權

### 第一節 動產質權

第一款 動產質權之性質取得及其標的物

#### 第八〇八

（第一）動產質權之性質

動產質權（德 Pfandrecht an Beweglichen Sachen 法 Droit de gage sur des meubles 英 Pled

ge Of Moveables）者，債權人因担保債權，占有由債務人或第三人移交之動產，得就其賣得價金

，而受清償之權利也（民法第八八四條）。設定動產質權之人，謂之出質人，享有此項權利之人，謂

之質權人。

動產質權，乃債權人因担保債權之清償，就他人動產而有之物權，但必須有該其担保之債權之

## 第八〇九段

存在，始能成立，故亦係從權利，與抵押權與留置權同。唯在留置權，債之發生，必須與其標的物有牽連之關係（參照民法第九二八條二款），而在質權，祇須有債權之存在即可，至其發生之原因若何，則可不問。

動產質權之設定，以占有由債務人或第三人移交之標的物為必要。蓋動產質權之效力，在使債權人排斥他人而就質物之賣得價金，受其清償。質權人之占有標的物，不唯使第三人知其已有質權之設定，抑且質權人若非占有質物，事實上即無從排斥他人而就標的物上行使其權利也。願質權人之占有質物，不必為直接占有，亦得使第三人為占有，而自為間接占有人（參照民法第九四二條）。例如質權人將其標的物寄託於銀行之保管庫是。但宜注意，質權人固得使第三人為標的物之占有，但不能使出質人為直接占有，藉杜交易上之糾紛（民法第八八五條二項）。

動產質權，以担保債權之清償為目的，故質權人於未受清償前，均得占有其標的物，此與留置權之效用同。又質權人之債權，已屆清償期而未受清償者，即可依拍賣方法變賣標的物，就其賣得價金有先於他債權人而受清償之權利。關於此點，與抵押權之效力同，而與留置權微異（參照民法第九三六條）。

凡標的物之存在，質權人之債權全部，均得就標的物上行使其權利，亦祇須有債權之存在

，質權人之權利，即可行使於全部標的物之上，故質權亦具有不可分性也（註）。

（註）參照本書第七九二段及民法第九三二條。

## 段第一〇

### 第二）動產質權之取得

動產質權取得原因，得別為三種，即法律行為，即時取得及取得時效是已。

#### （一）法律行為

債權人與質物所有人間，約定以質物供債權之担保；並將其物交付債權人者，動產質權，即屬成立，其以遺囑設定，而由遺囑執行人將其質物交付債權人時亦同。設定質權之出質人，通常均係質物之所有人，但對於質物有質權之人，亦得以自己之責任，將質物轉質於第三人（參照民法第八九一條）。

#### （二）即時取得

債權人以取得質權為目的，而善意受讓動產之占有，縱出質人無處分其質物之權利，質權人仍取得其質權，是為質權之即時取得。例如甲以其受寄之鑽石，移交債權人，以供債權之担保，此際該債權人，若係善意，即於該鑽石上，取得質權，得以對抗寄託人（民法第八八六條及第九四八條）。

第八一一段

(三)取得時效(民法第七七二條及第七六八條)。

(第三)動產質權之標的物

動產質權之標的物，須係特定之動產，不動產或不特定之動產，皆不得充之。唯出賣人因質物滅失得受賠償金者，質權人得就該項賠償金，受債權之清償，此則與抵押物滅失時同(參照民法第八九九條下段)(註)。

(注)參照本書解七九四段。

再者，動產質權之標的物，須具有可讓與性，故凡公用物，禁止私有物，及其他法律不許為讓與之動產，皆不得充之。

第二款 動產質權之效力

第八一二一段 (第一)動產質權所担保之範圍

動產質權所担保者，為(一)原債權，(二)利息，(三)遲延利息，(四)實行質權之費用，(五)因質物隱有瑕疵而生之損害賠償。例如債務人以隱有傳染病之牲畜，移交質權人占有。旋債權人自己之牲畜，因受此項病症之傳染，而受損害，此時其損害賠償之債權，可一併行使於質物之上(民法第八八七條一項)。

上列各種担保之範圍，僅於當事人間就特許意思表示時，始可適用。若當事人對於質物所担保之限度，另有約定者，應從其約定（民法第八八七條但書）。

第八一三

（第二）質權人之權利

（一）孳息之收取

除當事人間另有特約外，質權人得收取質物所生之孳息，以供債權之清償。至孳息抵充債權之次序，應依一般原則，先抵充收取孳息之費用，次抵原債權之利息，次抵原債權。又，質權人有收取質物所生孳息之權利時，應以對自己財產同一之注意，收取孳息並為計算。換言之，對於收取及計算，如有節性過失者，應負損害賠償之責（民法第八八九條及第九〇條）。

（二）質物之拍賣及質物代價條款之無效

質權人於債權已屆清償期，而未受清償者，得拍賣質物，就其賣得價金，而受清償（參照民法第八九三條一項），此乃質權之主要的效力，與抵押權同。唯質物之拍賣，影響出質人之權利甚鉅，故質權人於實施拍賣前，在可能通知之情形，應通知出質人（民法第八九四條）。雖然，質權之標的物，如係蔬菜魚鮮，或其他具有時間性之物品，因氣候之變遷或歲時之經過，有敗壞之虞，或其價值顯有減少，足以害及質權人之權利者，則為當事人之利益計，縱使在債權之清償期未屆至以前



第八一六

亦應許買權人得以權宜處分，拍賣質物，以其賣得價金代充質物，而無庸得出質人或債務人之同意。所謂「有晚壞之虞」，或價值顯有減少之情形，應依具體事實認定之，如質權人濫用此項拍賣之權利，致利害關係人蒙受損害者，應負賠償責任（民法第八九二條）。

第八一四

為保護出質人之利益，在設定質權之際，或在清償期之前，約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權，即移轉於質權人者，此項約定，學術上應稱之為質物代價條款（德Verfallklausel），質物代價條款應屬無效，其情形與抵押物代價條款同（參照民法第八九三條二項）（註一）。雖然，質權人於債權清償期屆至後，未受清償，而出質人願以質物之所有權，讓與質權人，或用拍賣以外之方法，處分質物，則於當事人雙方俱誠便利，但不得因此致其他質權人蒙受損害也（民法第八九五條及第八七八條但書類推適用）（註二）。

（註一）本書第九九段參照，但宜注意，在當舖或其他以受質經營業者，與出質人間，約定於債權已屆清償期而未受清償時，質物之所有權，移屬於質權人者，其約定仍為有效。參見民法第百四十四條參照。同。

前，參見（註二）參照第八〇〇段參照。

第八一五

（三）轉質

民法要義

五三一

(三)轉質者，質權人移交質物於自己債權人，以供其債權担保之謂也。轉質係設定新質權之一方，與轉典之情形相似。就質權之本質言，乃附隨於債權之從權利，不能與其所担保之債權，分別讓與，現行民法所以許質權人得將原質物轉質者，旨在尊重我國固有之習慣，而圖實際上之便利耳。

質權人爲轉質時，應具備下列之條件：(一)須於質權存續中，(二)須爲轉質與債權人之債權所担保之債權，定有存續期間者，僅得於此項期間內爲轉質，未定有期間者，則轉質所担保者，亦須係未定期間之債權(註)。(三)因轉質所生之損失，質權人應負責任，在轉質中，其因轉質權人之過失，致質物罹於毀損或滅失，固應負責。即其毀損滅失，由於不可抗力所致者，亦不能辭其咎。例如轉質權人所占有之質物，與其住屋，同罹於火劫者，質權人對於質物之滅失，亦應負擔賠償責任(民法第八九一條)，唯質權人證明縱不爲轉質，而仍不免發生損害者，質權人不負責任。例如質權人與轉質權人毗鄰而居，同遭火劫，致質物罹於滅失之情形是(民法第三二二條類推適用)。

(註)現行民法，雖僅就質權之存續期間，予轉質以限制，但虞吾人之見解，轉質担保之範圍，亦應視質權之範圍而定，庶不致害及出質人之利益。

抑有言者，質權人爲轉質時，其質物同時爲質權人及轉質權人之權利標的，轉質質權人與轉質權人，並立於同一質物之上也。轉質權固僅得就質權所担保之範圍內，發生效力，唯轉質權之設定，在供

質權人債之清償之担保，轉質權人對於質物，應較質權人優先受償，故質權人必須俟轉質權人就質物賣得價金而受清償後，始得以其餘額，供自己債權之清償也（註一）。又轉質權人較諸質權人，既有優先受償之權利，則出質人應就質權担保之範圍內，先向轉質權人為清償，如有餘額，始得以之清償質權人之債權，要不能先向質權人為清償，以冀消滅其質權也（註二）。

（註一）例如甲負乙一百元，以其所有之機器一架，移交於乙，藉供其債權之担保。嗣乙以該機器交付於丙，作為其自己債務八十元之担保品。假定機器之賣得價金為一百二十元，則丙可於此數中，儘先受償八十元，乙僅得於其餘額四十元中，取償二十元也。

（註二）如上述之例，甲欲消滅債務，取回質物，則必先以八十元，向轉質權人丙為清償。甲對丙為清償後，乙之債權，即因而縮小，其依質權而受担保者，僅為二十元，故甲祇須償以二十元，其質權全部，即歸消滅也。

### 第八一七 (第三) 質權人之義務

質權人係專為自己之利益，而占有質物，故應以善良管理人之注意，保管質物。對於保管行為之輕微過失，亦須負其責任（民法第八八八條）。

在質權所担保之債權，如已受全部清償或以其他原因，致債之關係歸於消滅者，質權人自應廢

續占有質物之必要，應將質物返還於有受領權之人矣（民法第八九六條）。

第八一八段

（第四）對於設定質權之第三人關係

為債務人設定動產質權之第三人，代為清償債務，或因質權人實行質權，致失質物之所有權者，其情形與為債務人設定抵押權之第三人，代為清償或喪失抵押物所有權時同，亦得依關於保證之規定，對於債權人有求償權（民法第八七九條之類推適用）。

第二節 權利質權

第一款 概說

第八一九段

權利質權 (德 Pfandrecht an Rechten; Droit De Gage sur des droisis; Pledge Of Right)

，乃以所有權以外之財產權為標的之質權。按質權本為物權之一種，以直接行使於有體物上為原則，但質權之主要效力，在使債權人得就質物之賣得價金，而受清償，故此點觀察，所謂以動產為標的之質權，實即以該動產之所有權為標的之一物權。所有權既得為質權之標的，則所有權以外之財產權，如具有融通性與交易價值，以之設定質權，藉供債權之担保，亦不違反質權之本質，斯現行民法所以仿照一般之法律例，於動產質權之外，復採權利質權之制度，且以凡關於動產質權之規定，於可能範圍內，皆得準用於權利質權也（民法第九〇一條）。但須注意，為質權標的之權利，非

經質權人之同意，出賣人不得以法發行爲使其消滅或變更，故與動產出賣人於質權設定後，得以法律行爲處分其質物之情形有別（民法第九〇三條）。

凡可讓與之債權及其他權利，均得爲質權之標的物（民法第九〇〇條）。（一）所謂可得讓與之債權，即指民法第二九四條所列依債權之性質及當事人之約定不得讓與，與夫禁止扣押之債權以外之一切債權而言（註）。（二）所謂其他權利，係指商號權，商標權，著作權，專利權，特許權等而言。至不動產上之限制物權，如地上權，永佃權，典權等，能否充質權之標的，不無疑義。余以爲現行民法，既否認不動產質權之制度，則若准許地上權典權等權利，得爲質權之標的，勢不能不依關於此等權利讓與之規定，以設定質權（民法第九〇二條參照），其結果與不動產質權之設定無殊，民法第九〇〇條，雖未以明文將地上權等權利除外，但按上開解釋，應認其不得充質權之標的物。

（註）本書第三四六段參照。

權利質權之設定，應依關於其權利讓與之規定爲之（民法第九〇二條），例如就商號權著作權商標權等設定質權者，須經登記或註冊，始得對抗第三人。蓋以此等權利爲讓與時，亦以註冊爲對抗第三人之要件也（註）。但此係原則，民法關於以債權或有價證券等爲質權標的物者，則設有特殊之規定，分述如下。

(註)商業登記法第一九條，修正商標法第一七條，著作權法第一五條參照。

第二款 債權質權

第八二一段

(第一)債權質權之設定

以債權爲標之物之質權，謂之債權質定(Pfandrecht an Forderungen)，其設定應以書而爲之，故爲要式行爲，與通常之債權讓與不同(註)。債權質權之設定，既有書面可據，自可免舉證上之困難。至債權之已否訂立證書，要與設定書據之作成，不生影響，即債權有證書者，亦應訂立設定書面，連同該證書，一併交付債權人(民法第九〇四條)。

(註)德日民法，認以債權爲質權之標的，關於該債權，並未作成證書者，祇須有當事人之合意，即發生設定質權之效力，故與我現行法頗有不同。

債權質權之設定，既係要式行爲，故若當事人間，僅有設定之合意，而未訂立書面者，仍不生質權設定之效力(二二年院字第九九八號解釋例)。

第八二二段

(第二)債權質權之實行

爲質權標之物之債權，其清償期先於其所担保債權之清償期者，爲貫徹質權設定之目的，應准質權人得請求債務人，提存其爲清償之給付物(民法第九〇五條)。爲質權標之物之債權，其清償期

後於其所担保債權之清償期者，質權人於其清償期屆滿時，得直接向債務人請求給付（民法第九〇六條）。嗣後質權之標的，即爲所提存或所受領之給付物，質權人仍應依關於動產質權之規定，就該項給付物之賣得價金，而受清償。

質權標的之債權與其所担保之債權，均係金錢債權者，如前者之清償期，後於後者之清償期，而質權人於其清償期屆滿時，直接向債務人請求給付者，僅得就自己對於出質人之債權額而爲請求。例如質權標的之債權額爲一千元，其所担保之債權額爲八百元，此時質權人僅得向債務人請求八百元之給付是（民法第九〇六條下段）。

債權質權之設定，曾通知該債權之債務人者，如債務人向出質人或質權人一方爲清償時，應得他方之同意，他方不同意時，債務人應提存其爲清償之給付物（民法第九〇七條）。蓋債權質權之設定，與質權之讓與有別，出質人並不因質權之設定，而喪失其債權，原則上債務人仍應向出質人爲清償，但質權人亦有直接向債務人請求給付之權利（民法第九〇六條參照）。是故債務人於未受質權設定之通知前，向出質人清償債務者，質權人固不得主張異議，但既受通知之後，則爲顧全質權人與出質人之利益，應向其雙方提出給付，其向一方爲清償，他方不予同意，而又未將給付提存者。對於因此受損害之一方，應負賠償責任。

第三款 有價證券質權

第八二三

（第一）有價證券質權之設定

以有價證券爲標的物之質權，謂之有價證券質權（德 Pfandrecht an Wertpapieren）。有價證券質權之設定，無庸以書面爲之。其以無記名證券爲標的物者，祇須將證券交付於質權人，卽生質權設定之效力，以其他之有價證券（例如指示證券或記名式有價證券）爲標的物者，則於其證券之背面，爲背書簽名，並將該證券交付於質權人者，亦生效力，故與債權質權之設定程序，有顯著之區別（民法第九〇八條及第九〇四條參照）

第八二四

（第二）有價證券質權之實行

質權以無記名證券，票據，或其他依背書而讓與之證券，爲標的物者，其所担保之債權，如已屆清償，質權人即得將此項有價證券，付諸拍賣，就其賣得價金而受清償（民法第九〇一條及第九〇八、九〇九條參照）。唯有價證券上之權利之行使，每有因遲誤法定期限而受不利益者，故應許質權人於其所擔保之債權，未屆清償期以前，對於證券上應受之給付，亦有收取之權利。例如充質權標的物之匯票，其到期日先於所担保債權之情債期者，質權人仍得于到期日向付款人爲付款之提示，而受領匯票金額。否則，將喪失其對於前手之追索權也（民法第九〇九條上段及票據法第一〇一條參



第八二五段

照)

再者，有價證券上之權利，唯持有人得以主張，而證券債務人亦唯對持有人，負擔給付之義務也。有價證券質權，一經設定，該項證券，即移交於質權人爲占有，故證券債務人，僅得向質權人寫給付也。關於此點，亦與債權質權不同（民法第九〇九條下段）（註）。

（註）民法第九〇九條中段載：「如有預行通知證券債務人之必要，並有爲通知之權利」。其意義殊難索解。如上所述，證券債務人，既僅對持有人負擔給付之義務，質權之設定，似無通知證券債務人之必要。按該條全文，係由德國民法第一二四九條逐譯而成，其條文中段規定：Der Pfandgläubiger falls Kuendigung erforderlich ist, zur Kuendigung berechtigt, 譯作中文，應爲：如有終止之必要，（質權人）有終止之權利。就實際上之情形言，德國民法之規定，應用時頗見重要。

茲就德國民法第一二四九條中段，舉例以釋明之：某質權人，由出質人交付某銀行之定日付款本票一紙，其到期日後於所担保之債權之清償期。如質權人于其債權未屆清償期前，風聞該銀行之信用不穩，爲避免將來損失起見，亦得依照銀行貼現辦法，兌取現款，以終止該本票之法律關係。

質權以有價證券爲標的物者，凡附屬於該證券之利息證券，定期金證券，或分配利益證券，其已交付于質權人者，推定曾以此等附屬證券，併供債權之担保，質權之效力，自應一併及之（民法第九一〇條）。

### 第三節 質權之消滅

質權因其所担保之債權消滅或因質權之實行而歸消滅外，其消滅原因，尚有左列種種。

#### 第八二六段

（第一）標之物之滅失

質物滅失時，質權失其標的物，當然應歸消滅。但出質人因質物之滅失得受賠償金者，質權人仍得就該項賠償金額，行使其權利（民法第八九九條）。

#### 第八二七段

（第二）質物之占有不能回復

質權人喪失其質物之占有，不能依占有保護之規定，請求返還質物者，其質權應即消滅。例如質權人遺失質物，而由拾得人依法而爲原始的取得質物所有權之情形是（參照民法第八九八條）。

（第三）質權人之返還質物

質權之設定，原以占有質物爲要件，質權人如返還質物於出質人，則質權即不能成立，自必歸於消滅。又質權人不得使出質人代自己占有質物，故在返還質物時，爲質權繼續存在之保留者，則

與使出質人代質權人占有質物之情形無異，其保留應為無效（民法第八九七條及第八八五條參照）。

## 第九章 留置權

### 第一節 留置權之意義及其要件

#### 第八二八 (第一) 留置權之意義

留置權(德Zurueckbehaltungsrecht, 法Droit de Retention, 英Right of Lien)有廣狹二義。廣義之留置權，乃二人基於同一之法律關係，互有債權債務，在相對人未履行債務以前，自己亦得拒絕對於相對人應為履行之債務之權利也。據此意義，凡當事人一造，以相對人不履行債務為理由，而拒絕履行自己所負擔之義務者，皆屬留置權之行使，至其所拒絕者，究為動產之交付，抑為交付動產以外之給付，在所不問，即債之抵銷，亦得視為留置權之一作用也，德國民法(第二七三條)，即認此廣義之留置權，但祇以留置權為一種單純的抗辯方法，不予以物權之效力耳。

狹義之留置權，乃以相對人不履行債務為理由，而拒絕交付應給予相對人之動產，在相對人清償其債務以前，得占有該動產之一種物權也。我現行民法及日瑞民法上所謂留置權，即此狹義之留置權(註)。但日本民法與我國民法，亦微有不同，日本認一切有體物，皆得為留置權之標的，而我

國則以動產爲限，債權之發生，與不動產有牽連關係者，僅得就此項不動產，取得法定抵押權，而不能主張留置權也（民法第五一二條參照）。

（註）瑞民第八九五條以下及日民第二九五條以下參照。

### 第八二九

（第二）留置權之要件

依現行民法之規定，所謂留置權，乃債權人非因侵權行爲，而占有屬於其債務人之動產，且其債權之發生，與該動產有牽連關係，在已屆清償期而未受清償前，留置其動產之權利。故留置權之成立，應具備左列諸要件（民法第九二八條）。

（一）須係適法占有債務人之動產。

留置權之目的，端在保護債權人之利益，俾其繼續占權債務人之動產，庶免因債務不履行，而蒙受損害，洵基於公平觀念，而爲法律所認許之特殊制度也。至若因侵權行爲而占有他人之動產，則加害人本負有回復原狀，返還其物之義務，即因因物之返還而被害人獲有利益者，亦祇能就現存利益之限度內，依不當得利之原則，請求補償，要不能主張留置權也。例如某藝術家竊取他人之器物，從而加以雕刻或繪畫者，此時乃不能以未受報酬爲藉口，而留置其物（民法第九二八條三款）。

### 第八三〇

（二）債權之發生須與該動產有牽連關係

### 第八三一

占有動產之人，欲於該動產上行使留置權者，不能僅憑對於動產所有人，曾取得債權之一事實，必也該項債權之發生，與動產有牽連關係之存在，始得爲之。例如某甲第一次爲乙修理A機件，曾取得修理費二十元，而於受清償前，返還其機件。第二次復爲乙修理B機件，取得修理費三十元。此時甲祇能就第二次取得之債額三十元，對於所占之B機件，行使留置權，而不能併同第一次之二十元，以定留置權行使之範圍。蓋此二十元債權之發生，與B機件並無牽連關係也（民法第九三八條二款）。

但宜注意，商人因營業關係而占有之動產，與其因營業關係所生之債權，祇爲與該動產有牽連關係，如上述之例，倘甲係修理機件之商人，則對於前後二次之債額，均得就B機件行使留置權。是故商事留置權之範圍，較民事上之留置權爲廣（民法第九二九條）。

### （二）債權須已屆清償期

債權人之得行使留置權，以其債權已屆清償期爲必要。如上例，甲乙間除有特約外，修理費之支付與機件之返還，本應同時爲之。甲於未受修理費之清償前，固得行使留置權而拒絕其返還之請求，但若甲乙間訂有特約，言明於修理完畢後，一定期限內給付者，則甲之修理工事，雖已完竣，而其報酬之清償期，尙未屆至，甲對於乙之返還請求，自不能予以拒絕也。雖然，在債務人無支付

能及時，即屬有開始礙於原因，其保護債權人之利益，自應論其妨礙權之屬權。期前，竟得行使留置權（民法第九二八條三款及第九三〇條一項）。

第八三二段

(四)留置物須屬於債務人之所有

留置權之目的，端在督促債務人清償其債務，債權人於未受清償前，得拒絕自己返還義務之履行，其擔質原為相對的而非絕對的者也。故債權人占有之留置物，必須屬於債務人，始得於其上行使留置權。至若就留置物而負擔債務之人，非係其物之所有人者，則債權人對於物之所有人請求回復其物時，不能以債務人未履行債務為理由，主張留置權。例如甲竊取乙所有之無線電機，交電料行修理，言明修理費為若干元。此時電料行對於甲之請求返還，故得主張留置權，而對於乙之回復占有之請求，則不能以甲未清償修理費為理由，主張留置其無線電機也（民法第九二八條上段）。雖然，若因修理之結果，增加電機之價值者，此時可依有益費用償還之原則，就此項償還請求權，亦得留置其物耳。

第二節 留置權之取得

(第一)原始取得

留置權必須具備上述之法定要件時，始能發生，而非若抵押權質權之得由當事人意思而設定也。

第八三三段

故留置權之原始取得，惟有依法律規定之一種原因而已。於具備法定要件時，即當然發生留置權，債權人便從而取得之，此外不復有其他條件也。

雖然，在下列各種情形，縱使其備法定要件，仍不能發生留置權，此其例外也（民法第九三〇條）。（一）動產之留置，違反公共秩序或善良風俗者。例如債權人所占有者為違禁品，如許其留置，則有妨社會之安甯，故在政府為沒收時，債權人不得主張留置權。又或其所占者，係手工業工人生活上所必需之用具，或其他禁止扣押之物，若留置此等動產，則無異斷絕債務人之生計。（二）動產之留置，與債權人所承担之義務相抵觸者。例如債權人承担為債務人修整定期舉行慶典用之禮服，若許其為留置，則顯然與其所承担之義務，有所抵觸。（三）動產之留置，與債務人交付動產前或交付時所得之指示相抵觸者。例如債權人使債務人修繕機件時，曾聲明於修繕完畢後，須先試用若干時日是。

#### 第八三四段

所宜注意者，在上述（一）之情形，係絕對不發生留置權，於（二）與（三）兩項，在通常情形，固不發生留置權，但在債務人無支付能力。或於交付動產後成為無支付能力，或其無支付能力於交付後始為債權人所知者，債權人仍取得留置權（民法第九三一條二項）。

（第二）繼受取得

留置權之繼受取得，其原因有二，一為繼承，二為讓與。惟留置權係附隨於債權之從權利，於讓與時，應與其所担保之債權，一併為之。

第三節 留置權人之權利與義務

第八三五

(第一)留置權人之權利

留置權亦如抵押權與質權然，具有不可分性，故留置權人於其債權未受全部清償前，有繼續占有留置物全部之權利也（民法第九三二條）。

留置權人，因保管留置物所支出之必要費用（例如修理費飼畜費等），得向其物之所有人，請求償還（民法第九三四條）。

留置權人，得收取留置物所生之孳息，以抵充其債權。至其抵充之次序，應依一般清償之原則為之（民法第九三五條及第三二三條參照）。茲之所謂孳息，通常均指天然孳息而言，但留置權人如得物之所有人之同意，亦得將留置物租與他人，收取租金。

第八三六

留置權人，於其債權已屆清償期而未受清償者，得定六個月以上之期間，通知債務人，聲明如不於其期限內為清償時，即就其留置物取價，債務人不於其所定期間內為清償者，留置權人得依實行質權之程序，拍賣留置物，就其賣得價金而受清償，或訂立契約取得留置物所有權，或用拍賣以



外之方法，處分留置物，在對於債務人爲通知，事實上有不可能者，於債權清償期屆滿後，經過二年，仍未受清償時，留置權人亦得爲拍賣（民法第九三六條及第八九三條至第八九五條參照）。

#### （第二）留置權人之義務

留置權人之留置屬於債務人之動產，乃專係爲保障自己之債權，俾可獲得早受清償，自應以善良管理人之注意，保管留置物，其因輕微過失，致留置物罹於毀損或滅失者，留置權人應負賠償責任（民法第九三三條）。

#### 第四節 留置權之消滅

### 第八三七

留置權除因債權消滅，留置物滅失等事由而消滅外，在債務人爲債務之清償，而提出相當之擔保者，債權人之留置權，亦即歸於消滅。蓋留置權之目的，在使債權人之債權，清償有着。債務人既爲清償債務而提出担保矣，則其債權即無不能受償之虞，自應返還其留置物也（民法第九三七條）。

再者，留置權之構成，以占有留置物爲必要，倘留置權人喪失留置物之占有，則不問其基於何種原因，其權利之構成要件，既有欠缺，自不能不歸於消滅（民法第九三八條）。

#### 第五節 物權篇以外之留置權

### 第八三八

在特種債之關係，法律為保護債權人之利益，亦有以明文規定債權人享有留置權者。例如不動產之出租人，對於承租人之物，置於該不動產者，有留置權（民法第四四五條參照）。主人就住宿飲食，或墊款所生之債權，於未受清償前，對於客人所攜帶之行李及他物，亦有留置權（民法第六一二條參照）。又船長對於未清償分拒額之貨物所有人，得留置其貨物（海商法第一四一條參照）。按此等留置權之發生，雖與物權篇所定留置權之成立要件，不盡相同，而其立法上之意義，則屬一致，故民法第九三九條明定：凡物權篇關於留置權之規定，除另有規定外，均可準用（註）。

（註）民法第九三九條所稱「法定留置權」一語，似未盡洽當。蓋留置權之發生，無一不基於律之規定，物權篇之留置權然，物權篇以外之留置權亦然。與其稱為法定留置權，毋寧謂為物權篇以外之留置權，較合法理也。

第八三九段

第十章 占有

第一節 占有之本質及其類別

（第一）占有之意義

占有（德Besitz法Possession英Possession日…占有權）者，吾人對於物之力的關係（德Gewaltverha

dis)。而受法律之保護也。

占有與所有權，在意義上雖有類似之點，但二者之本質，則截然不同。蓋所有權乃對於物爲法律上之支配，而占有僅係事實上之支配力也。就一般言，占有人大抵均係物之所有人，而亦有不然者。物之承租人，物之借用人，以及竊賊強盜，雖亦有占有人之資格，但非所有人也。

就現行民法上言，可得而占有者，僅物（即動產與不動產）而已矣。唯在歐洲古代之法律，認權利亦得爲占有（拉丁 Juris, Prasi, Possessio）。某一權利，可以永續行使者，則對於該項權利之行使，即視爲占有其權利。例如用益權（拉丁 usufructus），地上權，永佃權，羅馬法上均認其可得爲權利之占有（德 Rechtsbesitz），而德國普通法之於 Zehnte, Aemter, Pfründe 等權利亦然。現代各國法律，原則上均否認權利之占有，唯於一二例外之情形，許其準用關於保護占有之規定耳。我民法亦同（民法第七七二條及第九六六條參照）。

#### 第八四〇段

關於物之占有，不問其有無權利，足資依據，要皆可發生法律上之效力。詳言之，占有得爲讓與及繼承，對於侵奪或妨害其占有之行爲，得以防禦之。關於動產，並構成即時取得與取得時效之要件，並推定其係所有人。法律所以予占有以廣泛之保護者，蓋依現時權威之見解，僉以占有之保護，顯足維持和平而增進一般社會之福利也。

就法律上之效果言，占有究係一種權利，抑僅係一種事實關係，而受法律所保護之法益，學者認，平情而論，就占有之本質言，其與權利，應有區別。例如物之重要成分，雖不能充權利之標的，但不妨予以占有，權利有可以讓與者亦有不可以讓與者，而凡屬占有，概具有讓與性與繼承性也。雖然，就實際上言，占有與權利，其間差異，頗不易辨識耳。

## 第八四一段

## (第二) 占有事實之界限

凡對於物有事實上管領之力者，均爲占有人(德Besitzer)，此原則也(民法第九四〇條)。唯羅馬法上之所謂占有，則採狹義，僅認「自主占有」(德Eigenbesitz)及「引導占有」(德Abeleiter Besitz) (註)二者係法律上之占有(拉Civilis possessio德Juristischer Besitz)。此外，雖對於物爲事實上之管領，但別稱之爲「拉」(拉) eteutio; Naturalis Possessio) 不予以占有之保護也(註二)。

(註一) 繼馬法上之引導占有人，計有五種，即担保物權人(德Pfandbesitzer)，借用人(德Verwahrer)，保管人(德Sequester)，地上權人(德Superficiar) 永佃權人(Emphyteuta) 是。

(註二) 例如承租人受寄人，在羅馬法上均係持有人而非占有人也。

在何種情形之下，得認爲係對於物有事實上之管領力，則應就一般之理解以認定之。例如向同車之乘客，索閱游覽指南，或在旅館休息室內，瀏覽陳列之報紙，均不能認爲係就此等物件，已獲

## 第八四二段

取事實上有支配力，蓋利用之時間，本極短促，自無須予以占有之保護也。

再者，有對於物雖不具事實上之管領力，而法律上認為係占有者，亦有雖對於物具備事實上之管領力，而法律不認其係占有者。前者如間接占有者是，後者如占有輔助人（德 *Besitzdiener*）是。所謂占有輔助人，係指凡為他人對於物為事實上之管領，而基於特定的從屬關係，受他人之指示，而為占有者而言（民法第九四二條）。例如私人僱用之廚師僕役，公司工廠所聘用之商業使用人，勞動者，及學徒，與夫基於其他類似之法律關係（即如公務員之於國家）而設之人員，皆占有輔助人。在占有輔助人為他人為物之占有時，依一般之理解，俱認該他人為占有者，蓋此時之占有輔助人，祇能視為他人之機關，而為事實上之管領而已（註一）。所宜注意者，占有輔助人，固非係占有者，但亦有以己力防禦占有之權利，此則與一般之非占有者有別（註二）。

（註一）例如因執行業務而管領商店商品之夥友，非商品之占有者，而商店主人則為占有者也。

（註二）本書下述第八六〇段參照。

## 第八四三段

（第三）占有之類別

（一）直接占有與間接占有

與人

基於某種法律關係，在一定時間內，就他人之物，爲事實上之管領者，是之謂占有之媒介（德 *Bestimmter Verhättnis*），該就物爲管領之人，謂之占有媒介人（德 *Bestimmter*）。民法第九四一條規定之賃權人承租人受寄人，即基於占有之媒介，而爲占有。至該條所稱，其他類似之法律關係，則如委任契約，夫對於妻之原則財產（民法第一〇一九條參照），親權人對於子女之財產，信託關係等皆屬之。

占有之媒介介與占有之輔助有別。占有媒介人係就物爲自主的獨立的占有，而占有輔助，之爲物上管領，則基於一定的從屬關係者也。

因占有媒介關係之存在，於是發生二重之占有。一爲直接占有（德 *Unmittelbarer Besitz*），即對於物爲事實上管領之占有也。其占有人謂之直接占有人。例如賃權人承租人受寄人是一。二爲間接占有（德 *Mittelbarer Besitz*），即基於某種法律關係，由直接占有人爲媒介，而爲占有也。其占有人謂之間接占有人。例如出租人出租人寄託人是（民法第九四一條）。間接占有，亦係真實的占有，關於占有之一切規定，均可適用。

占有之媒介關係，亦可依其情形，分爲若干層次。原間接占有人，在直接占有人前，而爲間接占有人時，即成爲再間接占有人（德 *Unterterter mittelbarer Besitzer*）。例如在轉租轉典轉質等情形

## 第八四四段

，次承租人轉典權人轉質權人，係直接占有人，而原承租人典權人質權人，則係間接占有人，至出租人出典人出質人，此時即成爲再間接占有人矣。

### (二) 自主占有與他主占有

以所有之意思而占有其物者，謂之自主占有(德 *Eigenbesitz*)。自主占有人，通常均係物之所有人，但誤信自己係物之所有人而爲占有，及竊賊之占有盜賊，亦自主占有也，自主占有之意義，於取得時效，關係至鉅，蓋取得時效之完成，自主占有乃其重要條件之一。

不以所有之意思而爲物之占有者，謂之他主占有(德 *Fremdbesitz*)。凡基於占有媒介關係，而直接占有者，均係他主占有人。就占有保護上言，他主占有與自主占有，初無差異。

### (三) 共同占有與一部占有

數人對於一物而爲占有者，謂之共同占有(德 *Mitbesitz*)。共同占有，又可細分爲通常共同占有及共同占有二者。(一)在通常共同占有(德 *Schlichter Besitz*)，各共同占有人，於不妨害其他占有人之情形下，得單獨的管領其物。例如數人合租一住處，各得占有其公用之庭院是。(二)在共同占有(德 *Gesamthandbesitz*)，全體共同占有人，祇能就占有物而保有一單獨的管領力，例如出質人與質權人，對於共同封存之質權標的物，皆爲共同占有人。銀行與信託人，就共同鎖儲於保險箱內之有

價證券，亦各係共同占有人也。

各共同占有人，皆得單獨對於第三人或其他共同占有人，請求占有之保護，但共同占有人彼此之間，就其占有物使用之範圍，已經確定者，則不得互相請求占有之保護。例如數人合租一屋，約定輪值使用屋頂上之晒台，則在各共同占有人，依輪值日期晾晒衣物時，其他共同占有人，不受占有之保護也（民法第九六五條）。

僅占有物之一部份者，謂之一部占有（*Teilbesitz*）。例如在某大廈中，租賃辦公室一間，就整個建築物言，該辦公室承租人，係一部占有人。一部占有人，得受單獨的占有之保護，與通常之占有人同。

## 第二節 占有之取得與喪失

### 第一款 占有之取得

#### 第八四五（第一）基於事實上管領力而取得占有者

對於物有事實上管領之力者，即係取得占有（民法第九四〇條）。所謂對於物有事實上管領之力，其情形有二；一為原始的占有取得，即基於單獨的支配，而為物之占有。例如獵者捕獲野獸，竊盜偷取贓物是。二為繼受的占有取得，即原占有人，讓與占有於受讓人也。原占有人之讓與占有，



有時輒因此完全脫離占有關係者，如出賣人交付買賣物於買受人是；亦有僅以直接占有，移轉於他人，而保留物之間接占有者，如出租人交付租賃物是。

凡直接而現實的得以自由支配其物者，即屬對於物有事實上管領之力。至在何種情形，始得認為係直接而現實，則應依一般之理解解決之。大抵在原始取得，必其占有係表見而確定者然後可。例如盜賊竊取贓物，尚在失主追蹤搜查中者，不能認為已取得贓物之占有；獵者雖擊中野獸，但猶未加以捆縛者亦同。唯在占有之繼受取得，其情形稍有不同。祇須在外界具有移轉占有之象徵即可，而無庸為直接現實之占有也，例如關於建築物占有之讓與，倘已以大門鎖鑰交付於受讓人者，即係取得該建築物之占有。

#### 第八四六段

再者，占有之取得，除有事實上之管領力外，尚以具備占有意思（德 *animus*）為必要。唯所謂占有意思，係一種自然之意思，至取得人有無行為能力，在所不問。例如五六歲之兒童，本具有自然之意思，故亦能為占有之取得。但如嬰兒或全無識別能力之人，則不能為占有也。又此項意思，祇須依其情形，認為已屬存在者即可。在特種情況下，有否知悉曾以事實上管領力，取得占有者，在所不問。例如在大門上懸掛投信箱者，於信件投入箱內，即屬取得其占有。

（第二）基於法律行為而取得占有者

#### 第八四七段

當事人間基於法律行為（例如租賃運送等）而應為占有者，必須前占有者，交付占有物於占有人，使其就物而有事實之管領力，方為有效（民法第九四六條一項）。然此係指直接占有之取得而言，至間接占有，則因占有媒介關係之發生，而即行取得也。此際前占有者，以占有媒介者之資格，而為直接占有，是之謂占有之改定（拉 *Constitutum Possessorium*）。例如在物之買賣契約訂立時，雙方約定，仍由出賣人租賃其物者，此時出賣人固依然係直接占有者，但買受人則因此而取得間接之占有矣（民法第九四六條二項第七六一條二項）。

間接占有，亦得為移轉，其情形有二：（一）基於返還請求權之讓與。例如甲曾以書籍借乙閱覽，旋將返還書籍之請求權，讓與於丙，則丙即因此對於該項書籍，取得間接占有矣。間接占有者，移轉之返還請求權，固僅具有債法上請求權之性質，蓋此項請求權，係基於占有媒介關係（例如租賃寄託等）而發生者也。然若前間接占有者，係物之所有人，其間接占有之讓與，係代替所有物之交付者，則此際之返還請求權，乃物上請求權，其讓與固不僅發生占有移轉之效力而已也（民法第九四六條二項民法第七六一條三項）。（二）因間接占有有所依據之法律關係之轉移。例如甲曾以房屋出租於乙，旋復賣與於丙，則就租賃關係言，此時丙即係房屋之間接占有者（民法第四二五條參照）。（第三）關於占有繼受取得之效果

在占有之繼受取得，不問其原因爲讓與抑爲繼承，法律上均發生同樣之效果。即占有之受讓人或繼承人，得僅主張自己之占有，或將自己之占有，與所有人之占有，合併而爲主張（民法第九四七條一項）。詳言之，占有之分離或合併，一任占有人之自行擇定。占有人欲主張自己之占有者，則可以其占有，與前占有人之占有相分離，欲連結前占有人之占有，及自己之占有認爲主張者，則可合併爲之。

合併前占有人之占有，而爲主張時，如前占有人之占有，具有瑕疵，則其瑕疵，亦應繼受，故占有之合併，未必皆於占有人有利也（民法第九四七條二項）。

#### 第二款 占有之喪失

#### 第八四九段（第一）直接占有之喪失

直接占有，因占有人喪失其對於物之事實上管領力而消滅（民法第九六四條上段）。事實上管領力之喪失，有由於占有人之自由意思者，例如書籍之占有人，因買賣關係，將書籍移交於買受人，或拋棄其書籍是。占有之拋棄，固非法律行爲，但亦須具備自然的意思，此則與占有之取得同。故七歲未滿之兒童，倘具有自然的意思者，其爲占有之拋棄，亦屬有效。反之，若意思上雖不復欲爲占有，而尙保有事實上之管領力者，則其占有仍未因此而喪失。

事實上管領力之喪失，亦有非由於占有人之自然意思者。例如書籍被竊或遺失時，書籍之占有人，均因此而喪失其占有。

雖然，占有固因占有人喪失其對於物之事實上管領力而消滅，但若其管領力僅一時不能實行者，則其占有並不從而消失（民法第九六四條但書）。例如旅客放置行李於候車室，而赴站購票。又如汽車行經中途因機件損壞，暫時停歇路旁，而駕駛者離車前往他處雇工修繕是。

### 第八五〇

（第二）間接占有之喪失

在占有媒介者（即直接占有人），喪失其直接占有時，不問其是否出於自由之意思，間接占有，均因而消滅。例如書籍之借用人，出賣其書籍或書籍被人竊去者，貸與人皆因此而喪失其間接占有。

再者，在間接占有人，因返還請求權之讓與，而以間接占有，移轉於第三人，或直接占有，以表見的事實（例如就借用書籍之畫面上，簽署借用人之姓名），顯示其此種本係為間接占有人，而為占有者。於此情形，該占有媒介者，雖依然為直接之占有，但前間接占有人，概因此而喪失其間接占有也。

### 第三節 占有之變更

## 第八五一

(第一)他主占有之成爲自主占有

他主占有人，對於使自己成爲占有之其(即占有授與人)，表示以所有之意思，而爲占有時起，成爲自主占有人(民法第九四五條上段)。此種自主意思之表示，係單獨行爲，一經表示，即生效力。又此項表示，必須對占有授與人爲之，故又係有相對人之單獨行爲也。再者，他主占有人，一經對占有授與人，爲自主意思之表示，則對於一切之人，均屬有效。例如次承租人，對承租人表示自主占有之意思時，則對於租賃物之所有人(即出租人)亦有效力也。

他主占有人，因新事實變爲以所有之意思而占有者，亦成爲自主占有人。例如因買賣贈與互易等新事實之發生，使原來之他主占有人，取得物之所有權是(民法第九四五條下段)。

## 第八五二

(第二)善意占有之成爲惡意占有

善意占有人，自知其不應爲占有之時起，即成爲惡意占有人。

再者，善意占有人，於本權訴訟敗訴者，自其訴訟拘束發生之日起，視爲惡意占有人(民法第九五九條)。例如自信爲物之所有人而爲占有者，因真正所有人提起所有權回復之訴經判決確定，占有人應返還其占有物者，則自訴訟拘束發生時起(註)。視爲惡意占有，即生法律上惡意占有之效果(參照民法第九五六條至第九五八條)。

（註）訴狀送達後，即發生訴訟拘束（民訴法第二五五條參照）。

第四節 占有之效力

第八五三段

（第一）權利之推定與事實之推定

占有人之占有，大抵皆基於本權作用（例如所有權、典權、質權等），故占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利。易言之，占有人就占有物所行使之權利，除有反證外，法律認其係運用自己之權能而為占有也（民法第九三四條）。

因各種事實之不同，占有之效果，亦隨之而異。就理論上言，欲決定占有之效果如何，自應以真正之占有事實為根據，惟占有之現象，紛紜複雜，關於占有事實之真確性，往往難於舉證，為謀法律生活上之便利，自不能不設種種關於占有事實之推定。即占有人推定其為以所有之意思，而為善意和平及公然之占有。且能推定其前後兩時，為占有者，推定前後兩時之間，繼續占有（民法第九四四條）。

第八五四段

（第二）回復請求權之限制

民法第九四八條規定：以動產所有權或其他物權（例如動產質權）之移轉或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有，仍受法律之保護。茲之所謂「其占有者

受法律之保護」，即指回復請求人，此際不得向占有人請求回復其物而言。蓋以動產上之權利，非暫占有之事實，無從表見，占有誠為動產上權利之唯一的公示方法也。吾人往往憑信占有人為正當之權利人，而與之相交易，若對於上述善意受讓動產占有之人，不予以保護，而認回復請求人，仍得向其請求回復其物，則交易之安全，殊難確保矣。

雖然，上述原則，亦有例外。占有物如係盜賊或遺失物，其被害人或遺失人，自被盜或遺失之時起二年以內，得向占有人請求回復其物（民法第九四九條）（註）；但於此仍設有二種限制：（一）盜賊或遺失物，如占有人由拍賣或公共市場，或由販賣與其他物同種之物之商人，以善意買得者，非償還其支出之價金，不得請求回復其物（民法第九五〇條）。（二）盜賊或遺失物，如係金錢或無記名證券，不得向其善意之占有人，請求回復（民法第九五一條）。

（註）民法第九四九條之規定，純為保護不基於其自己之意思，而喪失占有之權利人而設，然其結果，未免使占有之公示的效能，因之大損，就保護善意占有人之點言，殊欠允當。

### 第八五五 (第三) 占有人對於回復請求人之權利與義務

占有人在占有物因可歸責於自己之事由，致滅失或毀損者，對於回復請求人，固應負擔賠償之義務。但此項義務，因其占有之為善意惡意，與自主他主，而生區別。（一）在善意之自主占有，占

有人僅以因滅失或毀損所受之利益為限，負賠償之責。例如占有物曾投保火險，嗣因占有人之過失，致遭焚如者，則占有者僅於所受領之保險金額限度內，負賠償之責（民法第九五三條）。（二）在惡意占有，或他主占有，則占有者應負通常損害賠償義務（民法第九五六條）。

占有人對於回復請求人，有請求償還費用之權利。（一）在請求償還必要費用時，則因占有人之為善意成惡意，其範圍自有廣狹，善意占有者，就一切必要費用，均得請求償還，唯曾收取孳息者，則費用與孳息，應視為兩相抵銷，自不得復為費用償還之請求（民法第九五四條）。至若惡意占有者，其所支出之必要費用，則僅以有利於回復請求人，且不違反其明示或可得推知之意思，或為其公益上之義務者為限，方得請求償還（民法第九五七條及第一七六條參照）。（二）關於償還有益費用之請求，惟善意占有者，有此權利，而惡意占有者則無之，蓋所以防止惡意占有者，故意濫支有益費用，藉此以難回復請求人之行使其權利也再者，善意占有者，雖享有此項權利，但其請求之範圍，亦僅以占有物現存之增加價值為限（民法第九五五條）。

第八五六 (第四) 善意占有人之使用收益權

善意占有者，係推定其為適法所有之權利（民法第九四三條參照），得為占有物之使用及收益。蓋善意占有者，既自信係權利人而為占有，則自必為占有物之使用。且其所收取之孳息，亦必自信



係自己所應有，而得以任意處分，設若一旦受返還之請求，即不能不舉以歸還或賠償，則必蒙意外之損失，甚非所以保護善意占有人之道也（民法第九五二條）。

雖然，惡意占有人，不得享有此項權利。故若惡意占有人，因用益占有物，而取得孳息者，應負返還之義務。其孳息已經消費，或因過失而毀損，或怠於收取者，亦應負賠償價金之義務（民法第九五八條）。

#### 第五節占有之保護

##### 第一款 概說

#### 第八五七

爲維持社會之和平，在占有爲暴力（德 Verbotene Eigenmacht）所侵害時，法律自應加以保護。暴力侵害之情形有二，一爲占有被侵奪（德 Besitzentziehung），二爲占有被妨害（德 Besitzstörung）。前者指占有人對於物之管領力，因被侵害，致在繼續的狀態中，不能實行而言。例如霸佔業主所耕種之土地，或其所居住之房屋是。後者指以侵奪外之方法，阻礙占有人之實行管領力而言。例如拋擲垃圾於他人之庭院是。

凡未經占有人之同意，而奪取占有或妨害占有者，均係暴力占有。以暴力加害於其有之行為人，對於其行為，應負責任（民法第一八四條參照）。再者，行為人雖有時享有私法上之請求權，但若

不依法定程序而占有其物者，仍屬以暴力侵害占有，例如買受人雖曾支付價金購買某物，但仍不能違反物之占有人（即出賣人）之意思，而逞一己之力，強取其占有。在占有人拒絕為買賣物之交付時，買受人祇能訴求法院給予執行名義，而依法為強制執行，藉以取得其占有耳。然於此有例外焉。在私法上准許為自衛行為或自助行為（民法第一四九條以下參照），在公法上得為警察處分或強制執行者，則亦可不問占有人之意思若何，得逕行奪取其占有。

### 第八五八

占有之由暴力取得者，則為具有瑕疵（*拉·Vicio Possessio*）。原占有人及其繼承人，對於此項占有之瑕疵，均得依法以己力防禦之，或訴求法院予以救濟。而瑕疵占有人，對於原占有人及其繼承人，則僅在極小之限度內，略受保護而已（詳見下述）。雖然瑕疵占有人，對於其他一切之第三人，仍可享有充分的占有之保護，例如失主以己力防禦之方法，維持其占有時，竊賊固不得予以抵抗，但若第三人以暴力強取其所竊之賊物，則該竊賊仍可以己力為防禦也。

占有之瑕疵，其繼承人應繼承之（民法第九四七條二項）。依民法繼承篇之規定，繼承占有者，如占有係具有瑕疵，則此項瑕疵，應由繼承人無條件的予以繼承。例如竊盜的繼承人，對於盜賊之占有，亦係具有瑕疵。而占有之繼承，基於繼承篇以外之法律關係者，則僅於受讓人於取得占有時，明知其占有具有瑕疵，始一併承繼之。例如買受人以暴力取得買賣物之占有，旋即以之轉賣於不

知情之第三人者，則該第三人不繼承其瑕疵(註)。

(註)關於此點，民法第九四七條第二項，雖無明確之規定，但爲保護善意之受讓人起見，應爲如是之解釋。

## 第二款 已方防禦

### 第八五九段

占有爲暴力所侵害時，占有人得以已方防禦之，是之謂已方防禦權(德Selbsthilferecht)。可細分爲二：一曰抗拒權(德Recht an Abwehr)。即占有人以已力抵抗暴乎之加害於占有之謂也。在占有尙未完全被奪奪，或妨害占有之情形，尙繼續存在者，占有人得行使其抗拒權。例如土地占有人，就隣人於其地上設置之圍障，得以已力撤除之(註一)。二爲奪回權(德Recht auf Wiederbemaechung)。即占有人於其占有完全被奪後，得以已力回復其原有狀態之謂也。奪回權之行使，在時間上應受嚴格之限制，即如被奪之占有物，若係不動產，占有人僅得於奪後，即時排除加害人而取回之。例如被迫離開住屋之占有，有以旅行利用必要之動力，仍行搬回居住是。又如被奪之占有物係動產者，占有人得就地或追蹤向加害人取回之，例如追趕竊盜，奪還贓物是(註二)。

(註一)占有人之抗拒權與正當防衛權，性質相似，均係對於現時不法之侵害，予以反抗者也(本書第一八五段參照)。

(註二)占有人之保有奪回權亦與一般權利人之得爲自助行爲，基於同一之理由，蓋在情形急迫之際，往往不及呼籲於公門，爲權宜計，不得不許私人以已力維護其法益也（本書第一八八段參照）。

### 第八六〇段

關於已力防禦權之行使，有應注意者二事：（一）已力防禦權，非直接占有有人，不得行使。而間接占有有人，則僅得依據民法第九六二條之規定，請求返還占有物，或請求除去其妨害而已。而有時直接占有有人，對於間接占有有人，則亦不妨行使其已力防禦權。例如房屋之承租人，對於出租人之不法霸佔其房屋，亦得以已力奪回之。（二）占有輔助人，得行使已力防禦權。例如車站挑夫，對於被竊之行李，得以已力向竊賊取回是（民法第九六一條）。

### 第三款 占有保護請求權

### 第八六一段

在昔羅馬，關於占有之保護，嘗由審判官（*Prætor*）頒給占有保護狀（*Possessorische Interdicta*）以維持之。但此項保護狀，僅適於占有狀態之維繫，而不能藉此以提出有關本權上之抗辯（*Defensive Einreden*），實言之，不得利用占有保護狀，以爲爭執本權（例如所有權）之張本也。羅馬法制，嗣經德國普通法所採取，而別創兩種有關占有之訴之名稱。在占有被侵奪時，得提起 *Actio Possessoria*，在占有被妨害時，得提起 *Actio Possessoria Ordinaria*。而占有之訴（*Actio Possessoria*）與本權之訴

(拉 *Petitorium*)，不得合併提起，則又羅馬法與德國普通法之所同也。

現代各國之民事訴訟法規，一反古時之法制，凡屬於同一被告之數宗訴訟，屬於同一法院管轄，並得行同種之訴訟程序者，均得合併提起。我現行民事訴訟法亦然（民訴法第二四八條參照）。故在享有本權並為占有者，於其占有被侵害時，欲將本權之訴與占有之訴，一併提起，自屬合法。例如，永佃權人，在其永佃地之占有被侵害時，得以訴訟一方請求確認永佃權而他方復請求保護其占有是。

## 第八六二

依現行民法規定，占有保護請求權，計有二種：（一）曰占有物返還請求權（德 *Anspruch der Wiedereinräumung des Besizes*）凡因暴力而致其占有被侵奪者，均得為占有物返還請求權之原告，是故在直接占有人之占有被侵奪時，間接占有者亦得提起占有物返還之訴，請求判令將占有物返還於直接占有者。惟在直接占有者，不能回復其占有或不願回復其占有時，則間接占有者，亦得請求許其自己受領占有物之返還。例如出租之耕作地，被人冒占者，耕作地之出租人，得請求該冒占者返還其地於承租人。但若承租人不願回復其占有，則出租人得逕行請求以該耕作地交還自己為占有。至占有物返還請求權之被告，則為有瑕疵之占有者，即如無權占有或侵奪占有之人，或其繼承之人是已。而間接占有者，有時亦得為被告。例如房屋之承租人，對於出租人之不法霸佔其房屋，亦

得以該出租人爲占有物返還請求權之被告也（民法第九六二條上段）。

（二）曰占有物保全請求權。目的有二：一爲除去妨害，二爲防止妨害。其情形與所有物保全請求權同。凡因暴力而致其占有被妨害者，不問爲直接占有人或間接占有人，均得爲原告，凡以暴力妨害他人之占有者，均得爲被告（民法第九六二條下段）。

所宜注意者，上述二種占有保護請求權，依民法第九六三條之規定，自侵奪或妨害占有，或危險發生後，一年間不行使而消滅。一年之期間，係除斥期間，而非消滅時效，法院得依職權予以審認也（德國民法第八六四條一項參照）。

#### 第六節 準占有

#### 第八六三段

財產權不因物之占有而成立，而爲此項財產權之事實上行使者，謂之準占有，在行使此種財產權時，亦應予以類似占有之保護，故民法於保護占有之外，復設有保護準占有之規定。蓋不問是否真正之權利人，其人於事實上行使其權利時，其狀態與各人於事實上爲物之管領無異，非予以法律上之保護，則無以維持社會秩序，法律之保護準占有，亦出於公益上之必要也。

占有以對於物有事實上管領力爲要件，於準占有則以財產權之行使爲要件。故學者稱占有爲「物」之占有，準占有爲「權利」之占有。財產權之行使，既爲準占有之成立要件，則其意義如何，

自有說明之必要。按權利之行使一語，就其本來涵義言，應指實行權利之內容，殆無疑義，例如持有債權證書之人，向債務人請求給付者，不問其人爲債權人或第三人，均爲債權之準占有人。又如實行質權而以質物付諸拍賣之人，卽爲質權之準占有人，惟法律保護準占有之理由，既與占有同，本在保護外形的事實，以維持社會之秩序，則苟有足以表見某人有權利之外形的事實在，縱令其人無權行使該項權利，自亦不能不予以保護。故在準占有上所謂財產權之行使，應擴張其意義，凡有可認爲某人係權利人之外形的事實存在時，均得謂之準占有上財產權之行使。故不獨得以繼續的行使之財產權，依其內容，一次或數次之實行（例如某債權得爲一次或數次請求給付），得成立準占有，卽如因一次行使卽歸消滅之財產權，苟有足以見其權利存在之客觀的事實（例如持有債權證書，或持有足以證明係債權之受讓人之文件，得據以判斷其有該債權等之客觀的事實）存在，縱令就該財產權無何等本來意義之行使，亦成立準占有也。惟撤銷權，解除權，登記請求權等，均係附隨於債權契約或權物契約存在之權利，既非獨立的存在，則此等權利，不得與其基本權利分離而單獨爲準占有之客體，自屬當然之解釋也。我民法上之準占有，係以財產權之行使爲要件，故僅能就財產權而成立，就非財產權之人格權，身分權，自無成立準占有之餘地。又此項財產權，除不因物之占有而成立之一條件外，別無限制，故債權物權及著作權等之無體財產權，均得成立準占有也。

第八六四段

準占有之效力，準用關於占有之規定（民法第九六六條二項）。而占有之規定中，關於占有之得喪，權利之推定，事實之推定，使用收益權之取得，占有請求權等之各規定，均得準用於準占有，自不待言。反之，民法第九四八條至九五一條之各規定，均係以動產之真實占有為基礎之規定，自無準用於準占有之餘地也。

又準占有之效力，除準用關於占有之規定者外，法律上尙有其特有之效力，即（1）發生所有權以外之財產權之取得時效，（2）對於債權之準占有人之善意清償，當屬有效，此亦於研究準占有之效力時，不可忽視者也。





A541 212 0007 57068

條文索引

民法要義 (第二冊)

條文索引

條文	段	文	條文	段	數
345	401, 404	100	359	426, 428	100
346	403	998	360	430	100
347	404	998	361	424	100
348	405	998	362	427, 428	100
349	418	100	363	427	100
350	418	100	364	432	100
351	419	100	365	431	100
352	418	100	366	419, 425	100
353	420	100	367	406	100
354	423, 424	100	368	406	100
355	425	100	369	406	100
356	411—413	100	370	406	100
357	419	100	371	406	100
358	418	100	372	406	100

條 文	段 數	條 文	段 數
373	415, 417	392	404, 444
374	414, 416	393	444
375	408	394	444
376	416	395	444
377	417	396	444
378	408	397	444
379	438	398	445
380	437	399	445
381	438	400	446
382	438	401	448
383	438	402	448
384	439	403	448
385	439	404	448, 450
386	439	405	449
387	439	406	451, 452
388	440	407	452
389	442	408	455
390	442	409	455
391	443	410	455

條 文 索 引

3

條 文	段 數	條 文	段 數
411	453	430	468, 475
412	458	431	466
413	458	432	470
414	458	433	470
415	459	434	470
416	454	435	469, 475
417	454	436	169, 475
418	455, 457	437	470
419	455, 456	438	471, 477
420	456	439	469
421	463, 464, 487	440	477
422	465	441	469
423	466	442	464
424	476	443	471, 477
425	484	444	471
426	485	445	480
427	466	446	481
428	466	447	482
429	466	448	482

條 文	段	數	條 文	段	數
449	462		468	493	
450	473, 474		469	493	
451	478		470	494, 495	
452	473		471	494	
453	473		472	495	
454	473		473	492—494	
455	472		474	496	
456	466, 470		475	496	
457	487		476	502	
458	488		477	499	
459	488		478	500	
460	488		479	500	
461	488		480	501	
462	490		481	500	
463	490		482	505	
464	491, 492		483	506	
465	491		484	507	
466	492		485	510	
467	493		486	508	

條 文 索 引

條 文	段 數	條 文	段 數
487	508	506	521
488	510	507	517
489	510	508	518
490	512	509	518
491	513	510	518
492	513	511	520
493	513	512	520
494	513	513	518
495	514	514	514, 517, 521
496	514	515	522
497	515	516	523
498	514	517	523
499	514	518	524
500	514	519	524
501	514	520	524
502	512	521	524
503	512	522	524
504	512	523	525
505	516	524	525

條文	段數	條文	段數
525	525	544	534
526	525	545	535
527	526	546	535
528	527	547	536
529	528, 531	548	536
530	532	549	537
531	529	550	537
532	530	551	537
533	530	552	537
534	530	553	539, 540
535	534	554	540
536	534	555	540
537	533	556	541
538	533	557	540
539	533	558	541
540	534	559	541
541	534	560	541
542	534	561	541
543	527	562	541

條 文 索 引

條 文	段	數	條 文	段	數
563	547		582	558, 560	
564	542, 546		583	558	
565	548		584	558	
566	549		585	559	
567	551		586	559	
568	550		587	561	
569	549		588	561	
570	550		589	562	
571	551		590	563	
572	551		591	563	
573	549		592	563	
574	551		593	563	
575	551		594	563	
576	552		595	564	
577	555, 558		596	564	
578	554		597	564	
579	559		598	564	
580	558		599	564	
581	558		600	564	

條 文	段 數	條 文	段 數
601	564	620	572
602	565	621	573
603	565	622	574
604	563	623	574
605	564	624	578
606	566, 567	625	579
607	566, 567	626	578
608	567	627	579
609	567	628	579
610	567	629	579
611	567	630	579
612	567	631	586
613	568	632	580
614	572, 573	633	580
615	570	634	581
616	570	635	581
617	571	636	581, 584
618	571	637	584
619	572	638	582



條 文 索 引

條 文	段 數	條 文	段 數
639	582	658	588
640	582	659	588
641	582	660	588—592
642	577, 585	661	590
643	577	662	592
644	577	663	592
645	585	664	592
646	586	665	592
647	586	666	590
648	583	667	590, 599
649	583	668	590
650	580	669	590
651	580	670	590
652	585	671	590
653	586	672	590
654	588	673	590
655	588	674	597
656	588	675	600
657	588	676	600

條 文	段 數	條 文	段 數
677	600	696	606
678	600	697	606
679	598	698	606
680	597	699	606
681	599	700	607
682	596	701	607,611
683	596	702	608
684	596	703	608
685	602	704	608
686	602	705	608
687	602	706	609
688	602	707	609
689	603	708	610
690	603	709	611
691	604	710	631
692	605	711	636,639
693	605,611	712	636
694	606	713	636,637
695	606	714	634

條 文 索 引

條 文	段 數	條 文	段 數
715	632	734	649
716	640	735	648
717	640	736	650
718	640	737	652
719	641	738	654
720	643, 644	739	655
721	643	740	658
722	643	741	658
723	644	742	659
724	645	743	657
725	645	744	659
726	645	745	660
727	646	746	660
728	644, 645	747	659
729	647	748	656
730	648	749	661
731	649	750	652
732	649	751	663
733	649	752	664

條 文	段	數	條 文	段	數
753	664		772	666, 703, 705, 804	
754	664		773	687	31Y
755	664		774	690	31Y
756	665		775	691	31Y
757	667		776	692	31Y
758	670		777	692	31Y
759	678		778	691	31Y
760	670		779	692	31Y
761	679, 681, 682, 684		780	692	31Y
762	676		781	691, 693	31Y
763	677		782	693	31Y
764	674		783	694	31Y
765	686		784	694	31Y
766	718		785	694	31Y
767	718, 721, 722		786	695	31Y
768	705, 811		787	696	31Y
769	678, 702		788	696	31Y
770	678, 702		789	696	31Y
771	702		790	697	31Y

條 文 索 引

條 文	段	數	條 文	段	數
791	697		810	709	
792	698		811	713	
793	699		812	713	
794	690		813	714	
795	690		814	715	
796	700		815	716	
797	701		816	716	
798	701		817	722, 725	
799	735, 737		818	726	
800	735		819	727	
801	706		820	729	
802	707		821	728	
803	708		822	730	
804	708		823	731	
805	708, 709		824	732	
806	709		825	733	
807	709		826	734	
808	710, 711		827	735, 736	
809	711		828	737	

條文	條數	條文	段數
829	738	843	759
830	739	849	761,806
831	740	850	759
832	741	851	783
833	747	852	786
834	750,753	853	783
835	750,753	854	788
836	751,752	855	787,789
837	750	856	784,785
838	744,794	857	784
839	745	858	783
840	746	859	790
841	754	860	791,794
842	755,760	861	798
843	758	862	795
844	759	863	796
845	762	864	796
846	750	865	797
847	760	866	801

條 文 索 引

條 文	段 數	條 文	段 數
867	801	886	810
868	792	887	812
869	792	888	817
870	793	889	813
871	802	890	813
872	802	891	815
873	799	892	813
874	805	893	814, 824
875	805	894	813
876	803	895	814
877	795, 804	896	817
878	801	897	827
879	806	898	827
880	807	899	811, 826
881	794, 807	900	820
882	758, 791, 794	901	819, 824
883	791	902	820
884	808	903	819
885	809	904	821

條 文	段	數	條 文	段	數
905	822		924	781, 782	
906	822		925	782	
907	822		926	778	
908	823		927	777	
909	824, 825		928	829, 831, 832	
910	825		929	830	
911	765		930	833	
912	781		931	834	
913	781		932	835	
914	772		933	836	
915	768, 770, 771		934	835, 853	
916	770, 771		935	835	
917	789, 771		936	835	
918	767		937	837	
919	773		938	837	
920	778, 780		939	838	
921	788, 776		940	841, 845	
922	777, 779		941	843	
923	782		942	842	



條 文	段 數	條 文	段 數
943	853	962	742, 800, 862
944	853	963	862
945	702, 851	964	849
946	681, 847, 847	965	844
947	848, 858	966	863
948	810, 854		
949	706, 854		
950	706, 854		
951	854		
952	856		
953	855		
954	855		
955	855		
956	852, 855		
957	852, 855		
958	852, 856		
959	852		
960	859		
961	860		

條 文 索 引

中華民國三十二年七月初版  
中華民國三十三年一月再版  
中華民國三十三年七月三版

公誠法律叢書  
第一種

# 民法要義

(第二冊)

有著作權

每冊實價國幣

元

(外埠酌加運費匯費包紮費)

著者 梅祖芳 仲協

發行人 梅仲協 重慶南泉

印刷者 大東書局重慶印刷廠  
南岸大佛段六十四號

發行所 公誠法律會計事務所  
重慶中一路嘉慶一號

分售處 國內各大書局

不許翻印



中央圖書雜誌審查委員會免審證免字第九四號

0000

80

書信生書