

債權各論

朝陽大學法律科講義

民法債權編各論講義目錄

緒言

第一章 契約

第一節 總論

第一款 契約之意義

第二款 契約之分類

第三款 契約之成立及其內容

第一項 當事人意思合致

第一目 總說

第二目 契約成立之時期

第三目 要約與承諾

第二項 標的

第四款 契約之效力

第一項 僅於當時人間有效力

第二項 有等於法律之效力

第一目 同時履行 五二二條至  
五三三條

第二目 危險擔負

民法債權編 目錄

176609

第五款 契約之解除

第一項 解除之性質

第二項 解除權發生之原因

第一目 當事人間契約

第二目 法律規定

第三項 解除權行使之方法

第四項 解除權行使之效果

第五項 解除權之消滅

第二節 賣買

第一款 總論

第一項 賣買之性質

第二項 賣買之種類

第三項 定銀九五  
九條

第四項 賣買契約之費用草案五  
六〇條

第五項 遲於賣買之規定

第二款 賣買之效力

第一項 賣主之義務(即賣主之權利)

第一目 移轉權利並交付目的物之義務

第二目 追奪擔保之義務

第三目 瑕疵擔保之義務

第四目 說明及交出書件之義務（五九條）

第二項 買主之義務（即賣主之權利）

第一目 支付價金之義務

第二目 領受買得物之義務

第三款 賣買之解除

第一項 因特約之解除

第二項 因不履行之解除

第三項 買回

第一目 總說

第二目 買回特約之要件

第三目 買回特約之效力

第四目 不動產共有人中一人附買回特約賣出其持分時（六一五條）  
（六一六條）

第三節 互易

第一款 互易之性質

民法債權編 目錄

第二款 補足金

第四節 贈與

第一款 贈與之性質 六二二條

第二款 贈與之種類

第三款 贈與之成立

第四款 贈與之效力

第五款 特種之贈與

第一項 附擔負贈與

第二項 吊期贈與 六二五條

第五節 使用借貸

第一款 使用借貸借之性質 六三六條

第二款 使用借貸借之成立 六三七條

第三款 使用借貸借之效力

第一項 當事人間之效力

第一目 使用借貸主之義務(使用借貸主之權利)

第二目 使用借貸主之義務(使用借貸主之權利)

第二項 對於第三人之效力

第四款 使用質貸借之終結

第一項 存續期間之完滿

第二項 聲明解約

第三項 契約解除

第四項 質借主死亡 六七

第五項 標的物滅失 四條

第六節 用益質貸借

第一款 用益質貸借之性質

第二款 耕作之質貸借

第三款 以土地及附屬物爲一體之質貸借

第七節 使用質貸借

第一款 使用質借之性質 七〇

第八節 使用質借之效力

第一款 使用質主之權利義務

第二款 使用借主之權利義務

第一項 關於借用物之使用

第二項 歸還借用物之義務

民法債權編 目錄

第三款 使用貸借之終結

第九節 消費貸借

第一款 消費貸借之性質 七二條

第二款 消費貸借之效力

第一項 借主之還物義務

第二項 借主之付息義務 五錢

第十節 雇傭

第一款 雇傭之性質 七一條

第二款 雇傭契約之效力

第一項 雇傭之義務

第二項 受雇人之義務 七二條

第三款 雇傭之終結

第十一節 承攬

第一款 承攬之性質 七三條

第二款 承攬之效力

第一項 承攬人之義務(定作人之權利)

第二項 定作人之義務(承攬人之權利)

第三款 承攬之終結

第十二節 居間

第一款 居間之性質

第二款 居間之效力

第一項 居間人之義務(委託人之權利)

第二項 委託人之義務(居間人之權利)

第三款 居間之終結

第十三節 委任

第一款 委任之性質七六  
五條

第二款 委任之效力

第一項 受任人之義務(委任人之權利)

第二項 委任之義務(受任人之權利)

第三款 委任之終結

第十四節 寄託

第一款 寄託人之性質七八  
三條

第二款 寄託之效力

第一項 受寄人之義務(寄託人之權利)

民法債權編 目錄

第二項 寄託人之義務(受寄人之權利)

第二款 寄託之終結

第四款 消費寄託

第十五節 合夥

第一款 合夥之性質 六九

第二款 合夥之效力

第一項 合夥之出資

第二項 合夥業務之執行

第一目 執行業務之權限

第二目 執行業務所生之權利關係

第三項 合夥人之檢查權

第四項 決算及分配損益

第五項 合夥財產

第三款 合夥之終結

第一項 合夥之解散

第一目 合夥解散之原因

第二目 合夥解散之效果

第二項 合夥人之退夥

第一目 退夥之原因

第二目 退夥之效果

第十六節 隱名合夥

第一款 隱名合夥之性質 八三、五條

第二款 隱名合夥之效力

第一項 隱名人之出資

第二項 損益之分配

第三項 檢査及閱覽

第三款 隱名合夥之解散

第一項 解散之原因

第二項 解散之效果

第十七節 終身定期金契約

第一款 終身定期金契約之性質 八四、七條

第二款 終身定期金契約之效力

第三款 終身定期金契約之終結

第四款 終身定期金之贈與 八五、四條

第十八節 博戲及賭事

第一款 博戲及賭事之性質

第二款 博戲及賭事之效力 八五  
五條

第十九節 和解

第一款 和解之性質 八五  
八條

第二款 和解之效力 八五  
九條

第二十節 債務約束及債務認諾 八六〇條八六  
一條八六二條

第二十一節 保證

第一款 保證之性質

第二款 保證之效力

第一項 保證人與債權人間之效力

第二項 保證人與主債務人間之效力

第三項 保證人之效力

第二章 廣告

第一節 廣告之性質

第二節 懸賞廣告

第三章 發行指示證券

第一節 發行指示證券之性質 八八

第二節 發行指示證券之效力 六條

第三節 指示證券之讓交

第四章 發行無記名證券

第一節 發行無記名證券之性質 九〇條

第二節 發行無記名證券之效力

第三節 發行使用票及得向持券人支付之指示證券 九一七條至九一七條

第五章 管理事務

第一節 管理事務之性質 八條

第二節 管理事務之效力

第一款 管理人之義務

第二款 本人之義務

第六章 不當利得

第一節 不當利得之性質 九二條

第二節 不當利得之種類

第三節 不當利得之效力

第一款 不當利得歸還義務之內容

民法債權編 目錄

第二款 不當利得歸還義務之範圍

第七章 侵權行爲

第一節 侵權行爲之性質 九四

第二節 侵權行爲之權利人

第三節 侵權行爲之義務人

第一款 未成年精神喪失人加於他人之損害 九五

第二款 被用人承攬人加於他人之損害 九五二條

第三款 動物所加之損害 九五四條

第四款 因土地工作物所生之損害 九五五條

第五款 因共同侵權行爲所生之損害

第四節 損害賠償之方法

第五節 侵權行爲之時效 九七六條  
九七七條

債權各論

鎮海胡編安講述

緒言

FRÖGÖG

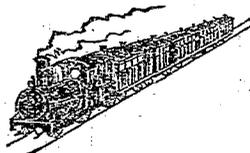
凡發生債權原因。可分二類。其一爲法律行爲。即基於當事人意思之原因。其二則當事人意思以外之原因也。

法律行爲中最重要者爲契約。然有時單獨意思表示。亦爲發生債權原因。如廣告如遺屬皆是。至發行證券之行爲。雖所說不一。然亦以認作單獨意思表示爲宜。

當事人意思以外之原因。亦不一端。其最重要者曰侵權行爲。曰不當利得。曰管理事務。此外法律之直接規定亦屬之。侵權行爲。謂因故意或過失。不法侵害他人權利之行爲。自來稱犯罪準犯罪。草案不襲此稱。蓋匪特嫌與刑法上犯罪相混。且歐洲諸國承羅馬法以來沿革。或有襲用之理由。吾國立法。固無取乎爾也。不當利得。謂無法律上原因。因他人之給付等。致受利益致他人受有損失。管理事務。謂無委任或並無權利義務。而爲他人管理其事務。斯二者性質與契約近。在羅馬法已認爲發生債權原因。稱準契約。德國民法始析而爲二。草案倣之。又法律之直接規定。凡散見各種法律。成債務原因。不具特別名稱者皆是。如扶養義務。依民法親屬編規定直接所生。卽其一例也。

債權發生。既有右開諸原因。然其中如遺囑。應列入繼承編。又法律直接規定。係散見民法中各條。

故草案債權編中規定之原因不外七種。即契約、廣告、發行指示證券、發行無記名證券、管理事務、不當利得、及侵權行為是也。上以順次述之。



## 第一章 契約

### 第一節 總論

#### 第一款 契約之意義

契約云者。以使生私法上效力爲目的之二人以上意思合致也。契約爲法律行爲之一。且屬其最重要者。其意義頗有沿革。羅馬法所謂契約。專指創設債務之意思合致而言。嗣後其義漸擴。凡以創設權利爲標的之意思合致。如設定物權移轉物權皆得謂之契約。而據最近立法例及學說。則契約之義益廣。凡一切意思合致。苟足生私法上效力者。皆得謂之契約。且不僅以創設權利爲標的之意思合致爲限也。

**附** 契約之沿革分爲三期(一)謂契約者發生債務關係之意思合致也。其範圍僅以創設債務爲限。羅馬法屬之(二)謂契約者創設權利爲目的之意思合致也。故不但創設債務。即創設物權亦然。範圍較前爲廣(三)謂凡一切意思合致。足生私法上效果者。皆曰契約。故於創設權利之外。並包括權利之變更。消滅其範圍殆尤廣焉。

契約之義。既不僅指創設債務而言。故關於契約通則。就民法中規定次序。宜置總則編。外國立法例尙有置在債權編者。日民五二一案例之二二條至

**附** 本草案仿德立法例於總則編置關於契約之通則。以涉及債權之部分規定於債權編。若日本民法則契約各部悉規定於債權編。蓋本於沿革上來也。

#### 第二款 契約之分類

契約爲法律行爲之一。故其種類有屬契約所特有者。亦有屬法律行爲所共通者。屬法律行爲所共通者。宜入總則編範圍。然茲爲便於說明計。仍並列之。

(甲) 有償契約無償契約。有償契約者。各當事人須行出捐之契約也。出捐不僅以給付金錢等有形物爲限。即供給勞務或昇與權利拋棄權利皆得強之出捐。要之失自己一部利益之謂。如買賣借貸借等皆屬之。而清償債務。亦宜作有償契約論。

**附** 債務人清償後債權人之請求。即歸消滅亦出捐也。故作有償契約。

僅由當事人一造出捐。其他造祇受利益。毫不出捐者。爲無償契約。此如贈與使用借貸等屬之。

**附** 此區別之實益。凡(一)求償權之有無。如連帶債務人之一人或保證人消滅債務之行爲。如係有償對於他連帶債務人或主債務人有求償權。無償則否。(二)買賣約定之準則。蓋買賣契約爲有償契約。模範故使其他有償契約準則。買賣之規定。而無償契約則否。(三)同種契約。因當事人之意思。或爲有償。或爲無償。其效力不同。如消費借貸。有利。或爲有償。或爲無償。契約無利息者。爲無償契約。

(乙) 要式契約不要式契約。要式契約者。須以一定程式表示意思之要約。不要式契約者。表示意思不拘一定程式之契約也。例如婚姻。今各國皆認爲要式契約。蓋婚姻必須呈報戶籍更後。法律上始視爲成立。而呈報有一定程式。故曰要式契約也。此外如買賣贈與借貸等。皆屬不要式契約。無論以口語(直接約束或間接傳達)以書件表示意思。均無不可。

(丙) 主契約從契約。主契約者。其成立無須有他種法律關係存在者也。從契約反是。必先有他種法律關係存在。其契約始成立。主契約之例。如買賣贈與借貸借等。通常皆屬之。即當事人不必先

有何等關係。儘可徑結此等契約。若夫保證契約質契約抵押契約及其餘所謂延期契約等。則非主契約。乃從契約也。蓋此等契約。非先有主債權人在。無從成立。即非有所謂（債務關係）之一種法律關係在。自無所謂保證質抵押與延期也。

**〔疏〕** 延期契約例如甲欠乙千元清償期為一月一日屆期乙允甲改於二月一日履行其性質屬於從契約因先有一月一日清償之約此延期之約方能發生故也

**〔疏〕** 此區別之實益凡（一）從契約隨主契約而消滅主契約不隨從契約而消滅如乙欠甲款丙為保證人甲乙間債權關係消滅甲丙間之保證契約亦消滅反之丙已死亡通常即消滅其保證義務而甲乙間之債權關係不生影響（二）從契約之範圍隨主契約範圍而定如乙借甲千元以償值萬元之土地作質則其保證之範圍亦以千元為限也

以上三種區別乃法律行為所共通者。惟關於契約者獨多。故列舉之。左開各種以下。則皆契約獨有之區別矣。

（丁）雙務契約片務契約。雙務契約。謂因契約而當事人兩造生債務者。若因契約僅由當事人一造發生債務。則為片務契約。雙務契約如買賣借貸借合夥等屬之。蓋買賣契約在賣主負移轉已有權利於買主之義務。買主負支付價金（正確言之即移轉金錢所有權）之義務。故為雙務也。又借貸借契約貸主負使他人使用該契約標的物之義務。且其結果復生各種附隨義務。而借主則對貸主須負支付價金之義務。是亦雙務也。合夥契約亦然。合夥人皆有共達一定目的之義務。又其辦理方法。合夥人各須出資。尙在合夥契約繼續間。各合夥人。須始終負此義務。故其為雙務契約。又無疑也。

片務契約之例。亦有多種。舉其重者。其一爲贈與。(除負擔附贈與)其二爲消費貸借。無論其有利息與否。要皆僅由借主負擔歸還之義務。在貸主不有義務。至於貸主交付貸借物與借主之行爲。則是消費貸借之成立要件。非貸主之義務也。其三爲寄託契約。此有受報酬與否之別。受報酬寄託。雖係雙務。然無報酬寄託。在受寄人雖有保管標的物之義務。然寄託人初不負義務。故亦屬片務。其四爲委任契約。此在各國立法例。有異同。有定委任不妨受報酬者。有以無報酬爲委任特色者。受報酬者係雙務。無報酬委任。則受任人須爲委任人爲某種事務。而委任人則通常並無義務。是亦片務契約也。

雙務契約片務契約以外。羅在馬法尙有所謂不完全雙務契約者。其義務契約本身。雖僅由當事人一造生義務。然該契約之結果。異日當事人他造。亦有生義務者。如寄託契約。苟受寄人無報酬保管他人之物。此不過受寄人一造負將來歸還標的物之義務。固片務契約也。然若受寄人因保管其物支出費用。或受寄人並無過失。因寄託物致受損害。則寄託人須負償還之義務。是即不完全雙務也。此外委任契約亦然。惟此種名稱。今已廢不復用。蓋契約種類。概從成立當時判別。不宜以日後發生他種事實。致變更契約本質。故如右述無償寄託(無償委任亦然)仍認作片務契約可也。

**附** 因保管其物支出費用如受寄物爲馬其草料費是因寄託物致受損害如受寄物爲駝之馬以致傷人其所支付之醫藥費是

**疏**此區別之實益有二(一)同時履行問題(二)危險擔負問題

(戊)諾成契約實成契約。因承諾而成立者。曰諾成契約。必俟實踐始成立者。曰實成契約。諾成契約如買賣借貸委任等皆是。即由當事人兩造意思合致。即行成立也。實成契約如使用借貸消費借貸等皆是。即使用或消費借貸之成立。必在貸主交付標的物於借主之時。其標的物交付以前。容或有貸借預約。然不得謂貸借契約已成立也。此種區別。發源羅馬法。今歐洲各國。尙普認之。實成契約或稱授物契約。蓋就近時法律而論。實成契約之實。祇此交付標的物一端。稱作授物契約。原無不可。惟實成沿稱已久。故仍之。

**疏**此區別之實益在契約成立於何時一點

(己)有名契約無名契約。法律設有特別名稱及規定者。曰有名契約。法律不設有特別名稱及規定者。曰無名契約。如買賣互易贈與借貸等。法律上有名稱。有各宜適用之規定。皆有名契約也。反是。如甲對乙約與旅行者。此在民法上未有特別名稱及規定。民法縱有合夥契約。然此種契約。通常不成合夥。但并非反乎公益。不能認爲無效。要不外一種無名契約。須適用契約一般規定者也。惟所謂有名契約。不必以民法上設有專節者爲限。則質契約抵押契約等。雖未設專節。然在法典中既有特別名稱及規定。皆不失爲有名契約也。

**疏**按旅行之約非合夥。因合夥在共同出資以達共同之目的。此則或係甲欲游學。乙欲賞玩風景也。故爲無名契約。又如甲向乙曰。丙曾向我借款。我恐空汝。汝可貸款。丙如不履行。我當代償。此時乙丙間尙無借貸契約存在。依從隨主之原則。

非純粹之保證契約  
可比亦無名契約也

〔疏〕此區別之實益在於法律之適用如上述第一例與合夥契約似是而非不得即準用關於合夥契約之規定蓋此附援引民事法規亦所當禁此時適用關於契約之通則可也

### 第三款 契約之成立及其內容

凡契約之成立其要實有二(一)當事人意思合致(二)標的是也析述之

#### 第一項 當事人意思合致

##### 第一目 總說

意思合致謂契約成立須有要約承諾之二個意思表示也。要約云者契約發議者之意思表示。承諾則指其相對人意思表示而言。無論何種契約至少須具二個意思表示。惟當事人有數人則意思表示亦不止二個者。如彼買賣通常雖係二個意思表示。然亦有二個以上者。又如合夥。苟合夥人有三人以上。則必有三個意思表示無疑。然無論其為二個或二個以上。要不出要約承諾兩端。即先有要約。然後有承諾。契約始成立也。

〔疏〕如甲乙丙三人合夥甲先商之於乙乙諾之則甲為要約人乙為承諾人甲乙更共商之於丙丙諾之則甲乙為要約人丙為承諾人故曰契約之成立時有二以上之意思表示也

契約既由二人以上意思表示而成故或有謂凡契約非一個法律行為至少係二個法律行為之合體者。果如其說。苟有三人意思表示即可謂有三個法律行為。此謬見也。蓋意思表示雖有二人以上。然必二人以上意思表示合致以後。方成一個法律行為。(契約)非要約一法律行為。承諾又

一法律行爲。各自獨立也。

契約因意思合致而成。而所謂意思合致。果須有對於要約之承諾乎。抑當事人兩造意思融合。亦已足乎。申言之。即偶然有以同一標的。從兩造要約。其要約互相投合之時。得認爲意思合致否。此於實際雖不常見。然亦一問題也。

就我民法草案釋之。要約偶合。不認作意思合致。即亦不得成立契約。觀草案二〇一條以下各條所規定。每以對於要約之承諾爲言。可見契約成立。必須有對於要約之承諾。若要約偶合。是兩造祇有要約。非承諾也。徑認作意思合致。使成立契約。殊戾當事人意思。故不認之。日本民法亦然。以下參照五二一條

**附**如北京人甲於一月一日致函天津人乙。欲以每石十元之價買上等米百包。乙亦於是日致函於甲。欲以每石十元之價買上等米百包。即要約偶合也。本草案不認爲意思合致。甲乙欲契約成立。非另爲承諾不可。

### 第二目 契約成立之時期

契約因意思合致而成。惟何時方成意思合致。即契約成立之時期如何。此於契約成立諸問題中。最有議論。抑契約有對話人間與非對話人間之別。此項問題。關於對話人間較簡。關於非對話人間則較賾也。析述之。

(甲) 對話人間之契約。

契約因對於要約之承諾而成。對話人間契約何時成立之問題。實不外承諾何時成立之問題。

承諾亦意思表示之一。對話人間意思表示。通則。既探了解主義。<sup>一九</sup>故對話人間契約之承諾。當以相諾人（要約人）了解其承諾意思表示時為斷。申言之。即對話人間契約之成立。當以相對人了解其承諾意思表示時為斷。

〔疏〕對話人為直接可通意思表示之人。非對話人為不能直接通意思表示之人。故以電話相談為對話人在旅館中第一號室與第二號室以函相通亦為非對話人。蓋不問距離之遠近也。日本民法名隨地者間與非隨地者實非當也。又探了解主義之結果。故對於非人表示意思。至第四。次始了解。則前三次之表意契約尚未成立也。

(乙) 非對話人間之契約。

非對話人間契約。何時成立問題。亦不外承諾何時成立問題。我草案非對話人間意思表示。通則。探受信主義。<sup>一九</sup>非對話人間契約承諾之通知。亦適用通則。以其通知達到相對人時生效力。蓋立法趣旨。在謀實際上確實之利也。惟絕對適用。有時亦未易貫徹。爰從多數立法例。設例外以劑之。即

(一) 依通常交易上慣例。契約之承諾。不必通知者。

〔疏〕如因結婚而質喜鵲。通常要約到達契約即成立。無須由受要約人驗鋪發承諾之通知也。

(二) 因契約人之意思表示。以承諾為不必通知者。

〔疏〕如甲致函於乙言買米百石。如承諾。即裝貨寄來。無須另給回信是。

則其契約自有可認為承諾之事實時成立。不必俟到達相對人時方生效力也。<sup>二〇</sup>八條德一五。一條日五二六條。

契約既因對於要約之承諾而成立。要約與承諾。乃契約要質也。試析述如左。

### 第三目 契約與承諾

(甲) 要約

(一) 要約之效力

要約謂締結契約之提議。據我草案趣旨。僅有要約。原則無拘束力。申言之。僅有要約。不成法律行為。不能拘束要約人也。然爲保護受要約人計。有必須限制要約人之自由撤回者。分定有承諾期間之要約與未定承諾期間之要約述之。

(一) 要約定有承諾期間者。則其效力分二種。

(一) 在承諾期間內。要約人不得撤回要約。(二) 一條

蓋要約定有承諾期間。在法律即認要約人有「在期間內不復撤回」之意思。故原則雖不有拘束力。然定有承諾期間者。(除特別表示意思外如謂雖在期間內撤回亦未可知) 期間內得拘束要約人不得撤回。蓋不如是。則相對人必受其損也。例如有定五日期間之要約者。相對人必謂承諾之通知。苟在五日內達到彼方當無不及之虞。則往往有不遽然發承諾通知者。且當要約效力尙存之間。或受他處類似之要約而拒絕之。或承諾事項。須待調查。遂恃有承諾定期之要約。竟拒絕逕須回答之他要約。故若於將發承諾通知之時。或既發承諾通知之後。突遭

撤回是相對人既拒他處要約。又應調查費用。而全無結果也。受損不亦甚乎。

**疏**如北京人甲向天津人乙爲要約欲以每石十元之價買其上等米百包於一月一日發信聲明以五日爲諾否之期逾期不覆作爲否認。二日乙即接信對於要約其表同意惟因滿期尚有三日且店中未存現貨乃在各行轉買有丙者以價十元欲買米五十石並經謝絕。至三日忽接甲函撤回要約如法許其撤回有效。則乙既不能再買與丙且存有百石之米無人購買不免受有損失矣。

定承諾期間之要約。不得撤回。此必在要約通知既達到相對人以後者。始見適用。若於要約通知未達到相對人前。以較速之方法撤回。或用可以同時達到之方法撤回。則撤回仍爲有效。蓋

意思表示。原則既採受信主義。要約係意思表示之一種。其結果固應如是也。一九四

**疏**如北京人甲向上海人乙爲要約於一月一日發信計四日到申約以十五日爲諾否之期。至二日甲以電報撤回要約。電報到達必在函件之前。則乙並未爲何等準備。不至因撤回要約受有損害。自無不可。以同時到達之方法撤回。如前信發後逾數分鐘即發撤回之信。兩信同時到達上海是。

(二)要約人於承諾期間內未受承諾通知。則要約失其效力。

此爲推測要約人意思而設。蓋定承諾期間與否。原出要約人之自由。其所以定者。必其熟籌自己利益。有不得不在者。在即要約人之意欲在期間內聽其諾否也。若將期間內承諾通知果達到要約人與否。置之不問。則殊戾要約人定期間之初心。且不免貽以損失矣。

(二)要約未定承諾期間者。此一在對話人間。非即時承諾。不生效力。我草案特設規定以明之。

三(二)在非對話人間。則其相對人無論何時。可以承諾。但要約人苟在受相對人承諾通知之相當期間內。不得將要約撤回。蓋要約乃誘起承諾之方法。不可不留可行承諾之餘地。即無論如

何須留有要約通知達到相對人之時間。相對人決定諾否必需之時間。及承諾通知達到要約人之時間。俾相對人可以應付也。惟所謂相當期間。恆因契約性質距離遠近而殊。果否相當。則事實問題也。

**附** 如由京至滬之信須四日始達。除往返寄信期間各四日外。尚須留二日之決定諾否期間。則相當期間至少為十日。

## (二) 要約之撤回

據草案規定。定有承諾期間之要約。尙期間內未受承諾通知。或未定承諾期間之要約。於相當期間內未受承諾通知。則要約均已失效。二〇亦無撤回之必要。雖然。要約人往往有預定於契約未成立前。隨時得將要約撤回。而為要約者。此項撤回之通知。亦係意思表示之一種。當遵照通則一九四條前段。必達到相對人後。始生效力。理固甚明。故為相對人者。於未受撤回通知前。恆有發承諾之通知。以希望成立要約者。此時

(一) 若撤回通知於發出承諾通知後。方始達到。且於發出承諾通知後。方能達到者。則要約之撤回無效。俟承諾通知達到要約人後。要約即當成立。一九四條一項但

**附** 如北京人甲向漢口人乙於一月一日發信為要約。到達後乙於十日發承諾之信。十三日接到甲於十一日所發撤回要約之信。則乙之承諾通知為有效。

(二) 撤回通知雖屬遲到。然其發送通知。本於發出承諾前可達到。(如特因天災而遲到)且承諾人已知之者。則承諾人向要約人須負發遲到通發之義務。若怠於通知。則要約人之撤回有效。要約

遂不成立。此所以免當事人間之損失也。

〔例〕如北京人甲於一月十五日向漢口人乙發撤回要約之通知本可於十八日達到因鐵路被水冲壞遲至二十三日方達到乙看郵局發記知此信已遲而乙之承諾通知業於二十日交郵此時乙如主張甲之撤回要約之通知無效須速

將甲之通知達到遲延情形知照於甲方可否則契約仍不能成立蓋甲通知後本計於乙承諾前可以達到因之不為成立契約之準備（如借款備貸之類）若乙不為知照即使契約成立則甲於倉皇之中每至因履行遲延至生責任問題甚不利益也。

(三) 要約人死亡或喪失能力<sup>二〇</sup>九條

要約承諾之通知雖適用意思表示通則。採受信主義。然有例外。承諾人於發出通知後。即使死亡或喪失能力或能力受限制。承諾効力。決不受其影響。此徵草案一九四條二項自明。

若夫要約人於既發通知未受承諾前。死亡或喪失能力或能力受限制。則如何曰是亦對受信主義。成一例外。要約人即使於承諾前死亡或喪失能力或能力受限制。其要約仍得成立也。

雖然對此原則。尚有例外。即要約人顯有反對意思是也。日本民法於要約人表示反對意思外。凡相對人於未行承諾前。已知死亡等情事者。要約亦當然失效。惟相對人果否已知。舉證頗難。草案不採用之。

〔例〕如北京人甲因病電請溫醫乙來京診治約給旅費五十元謝錄二百元之至而甲已死則甲雖未有意思表示乙祇可請求五十元之旅費不能請求二百元之謝金也。

(乙) 承諾

(一) 承諾之効力

要約有向對話人與向非對話人之別。向對話人之要約。苟未定承諾期間。則要約人殆有希望即時承諾之意思。不難推測而知。故草案特設規定。受要約人非即時承諾。不生效力。前既述之。<sup>二〇</sup>雖然向對話人之要約。固亦有定承諾期間者。又向非對話人之要約。有定承諾期間者。或未定承諾期間者。此時受要約人必須於期間內或相當期間內。行其承諾。進言之。此項承諾通知必須於期間內或相當期間內。達到要約人。則承諾方生效力。契約方可成立。<sup>一九四</sup>條參照。徵語通則自明也。

雖然承諾人已發承諾通知以後。其果否如期達到。固無由知之。所可恃者。電報郵信使者等。何時達到相對人。原有一定標準。承諾人荷據標準以發通知。必將信某日某時當可達到相對人。而為契約履行之準備。設因意外阻礙。達到遲至期間以後。是諾承既歸無效。而承諾人諸未之知。則所損多矣。法律爰使要約人負通知之義務。凡承諾通知雖到達於期間以後。然要約人荷得知在可。以如期達到之時發送者。須從速向承諾人通知到達遲延之事。若怠行通知。則承諾通知。即視為並未遲延。契約即當然成立。此在要約人不啻一舉手投足之勞。而在相對人所關甚大。其理與要約撤回規定無殊也。<sup>二〇</sup>條

**疏**如北京人甲向漢口人乙為要約假定以一月十八日為最終期間乙於十五日發信承諾本可於十八日到京因鐵路被水冲壞至二十日方達到甲看郵局戳記可知甲如使其承諾無效（即契約不成立）須將乙之承諾到達遲延情形知照於乙方可否則契約仍須成立蓋乙承諾後本計屆期可達契約得以成立因而為準備行為（如借款備貨之類）若使乙於不知不覺之中發貨到京契約不成立則損失甚多矣

雖然要約人亦有不必通知之處即要約人因未受承諾通知已對相對人通知期間已過。要約失

效。則於已受承諾通知以後。即不必再事通知。以此時相對人無虞受損也。條但文

**疏** 如前例甲於十八日前未接乙之承諾通知。即發信於乙。言爾未於期間內通知。前次要約已失。效力云云。則乙可知其承諾通知業經遲延。契約未成立。自不爲何等進備。甲無須再事通知也。

(二) 已遲之承諾條一、二〇七

已遲之承諾。視作新契約。此兩便之道也。蓋承諾通知達到。苟已遲延。原則不生效力。固也。雖然。要約人在期間經過後。亦不無繼續初意。望契約之成立者。法律苟無規定。勢非要約人更行要約。相對人對之再行承諾不可。是徒事無益之周轉也。又在承諾人既發承諾之通知。已明明有願結契約之意思。特以後期遲到之故。致承諾忽歸無效。則此時設再由要約人從而承諾之。以成立契約。度承諾人亦斷無不願之理。故曰兩便也。

**疏** 此時兩造之地位互易。前次要約人變爲受要約人。前受要約人變爲要約人矣。

(三) 與要約相異之承諾條二〇七

與要約相異之承諾。即承諾人將契約擴張限制或變更之而行承諾也。夫真正之承諾。必對要約毫無變更而允諾之方可。若擴張限制之。或有所變更。則非真正承諾。即意思尙未合致也。雖然。承諾人亦既有擴張限制或加變更。以與要約人結約之意思。故前此契約。雖宜作已經拒絕。論然其擴張限制或加變更之意思。固不可辜負之。法律爰視爲新要約。使前次要約人更立於可作承諾人之地位。苟對新要約從而承諾之。契約即不妨成立。又法謀便利之一端也。

〔疏〕如甲向乙言以每百買十元買汝運米百石乙答以買與汝  
以上海米或每石須十一元祇或買八十石則非真正承認

第二項 標的

債務關係之內容。雖得由當事人自由以契約訂定。然其標的。尚須具各種要件。標述之。

(第一) 契約標的須能成之給付。否則為不能給付。以不能給付為標的之契約。其結果如

左。

(一) 以不能給付為標的之契約無效。五一條 契約因標的屬不能給付而無效。尚須注意左列各端。

(甲) 不能可分為事實上不能與法律上不能。然法律上不能。實即違法。即違法令中禁止規定或

違公共秩序之事項等。為法律行為通則中所規定者。一七五條至一七七條 契約標的因違法(法律上不

能)而無效。應適用法律行為通則。茲所論不能當屬事實上而言。

〔疏〕事實上之不能如狹泰山以起北海是  
法律上之不能如殺人與以報酬是

(乙) 不能又可分主觀的不能與客觀的不能。足使契約無效之不能標的。其不能係指客觀的而

言。若其標的屬主觀的不能。則其契約仍為對效。惟債務人須負損害賠償責任而已。

〔疏〕如盲人雖不能擔負書畫之債務然可  
以損害賠償為之主觀之不能也

(丙) 不能又可分全部不能與一部不能。契約標的全部不能。雖當然無效。然一部不能。則其無效

不必遂及於契約全部。即其一部。尚可有效也。

(二) 以不能給付為標的之契約。除無效外。尙生左開結果。五一  
五條

(甲) 當事人若知其不能或因過失而不知時。則於相對人信為契約有效所受之損害。任賠償之責。但其賠償額。不得逾相對人於其契約有效時所受之利益。

附 如甲故意令乙開金礦於無礦之地。乙不知情致生聘請工程師註冊購地等費用。甲須賠償之。又甲由於過失而不知者亦然。

(乙) 給付之不能。若為相對人所已知或因過失而不知時。則不生損害賠償之義務。

附 如甲向乙言。汝至月宮探險。則贈汝千元。乙費千金。竟至不成。則甲不負賠償之責。以月宮難到人所共知。乙知而為之。或其不知由於過失而為之。法無保護之必要也。

(丙) 右開賠償義務。不僅限原標的全部不能。致契約無效時適用。即在因一部不能。致契約一部無效時。則就該無效之一部。亦可準用之。五一  
六條

(丁) 右開賠償義務規定。又不僅限契約因標的之事實上不能而無效時適用。即在因標的違法。

(法律上不能) 適用法律行為通則而無效者。無效後之當事人間關係。亦可準用之。五一  
八條

附 如甲對乙曰。汝殺丙。則贈汝千元。乙果殺丙。乙除負刑責外。對於甲無請求給付千元之權。因之亦無訴權。蓋殺人者死。為禁止之規定。以之為契約之標的。有害公序良俗。當然無效也。又如甲姦乙女。為丙所見。甲謂丙曰。汝不告發。贈汝百元。則丙亦無請求權。因之亦無訴權。以告發為人民之權利。法律所許。如使此約有致有背乎法律之精神也。惟此時丙因此約所生之損害。能向甲請求賠償否。口是應分別觀察之。譬如甲為律師。丙為常人。則可請求賠償。丙為法律家。則否。此知不知之說也。

(三) 以不能給付為標的之契約。雖以無效為原則。但其例外。尙有二端。

(甲) 以除去不能為停止條件之契約。一時不能之標的。雖亦為契約無效之原因。然當事人間苟

定於除去不能情形後。應生效力者。則其契約。實不外以不能情形之除去原停止條件。即此項附停止條件之契約。仍應認為有效。<sup>五一七</sup>

**疏** 如甲約患足疾之乙。即時賽跑。則此約無效。以乙患足疾。是以不能為給付也。若云足疾愈。則賽跑。則足疾愈。為停止條件。其約有效。

(乙) 契約附有停止條件或始期者。其所約定標的。係不能之給付。然苟於條件成就前或期限屆滿前。其不能情形已經除去。則其契約仍為有效。<sup>五一七</sup>

**疏** 如甲約患足疾之乙。日開運動會時。汝當賽跑。此時給付。雖係不能。然此約須條件到來。開運動會。方生效力。苟乙屆時足疾痊癒。則不能之給付。一變而為可能。使之有效。自屬無妨。此附停止條件之例也。又如甲乙一月一日訂約。而賽

跑期為十二月一日。始期。苟乙屆期足疾就痊。事實亦亦屬可能。使之有效。亦屬無妨。此附有始期之例也。

(第二) 契約標的須係確定。或得確定之給付。給付若不確定。則契約不能成立。其理甚明。惟契約標的之種類範圍。在締約時雖未確定。而依確實方法。得以確定之者。則仍無礙於契約之成立也。確定之方法如何。可分由當事人一造指定者。及由第三人指定者兩種。

(一) 由當事人一造指定者。契約當事人。如於締約時。約定當事人一造指定給付者。則當事人一造。即有指定權。指定之方法標準。苟契約有特別訂定。自應依據契約。惟契約無特別訂定時。須遵照法定方法。為之析述如左。

(甲) 給付之指定。須依條理為之。條理謂公平意見。申言之。即確定交易上必應之處置。指定若不依據條理。則指定權人。即不免濫用其權利。以妨害相對人正當之利益。非持平之

道也。五一九條

**疏**如甲於冬令向帽店買帽令帽店擇一與之若擇草帽則不合條理以草帽非冬令所宜故也

(乙) 指定須向相對人以意思表示為之。指定為單獨行為。惟此項單獨行為須向相對人

表示意思。若不表示於相對人。相對人無由知其契約之標的。即無由行使權利或履行義務也。五一九條

(丙) 指定是否合於條理。有爭執時。及指定遲延時。當事人得訴請審判衙門。由審判衙門以判決指定之。五二條

(丁) 對於給付而為對待給付。其對待給付之範圍未定者。苟當事人間無特別訂定。則其指定權屬有請求對待給付之權利人。五二條 其行使指定權亦可準用右開甲乙丙三項規定。五二條

**疏**如甲以牛易乙之馬牛已確定馬未確定則甲有行使指定之權

(二) 由第三人指定者。

(一) 由當事人委第三人指定者。其指定之方法標準。除有特別訂定外。須遵左開規定。

(甲) 給付之指定。須依條理為之。五二二條

(乙) 第三人有數人時。其指定須一致。五二二條

(丙) 第三人之指定。須向當事人一造。以意思表示爲之。五二

(丁) 第三人之指定。若因錯誤或詐欺脅迫者。限於當事人之一造。得以撤銷。卽以其相對人爲

撤銷行爲之相對人。此項有撤銷權人。並須於知有撤銷原因時。從速行使撤銷權。五二

因錯誤或詐欺脅迫之意思表示。據總則編規定。瑕疵表意人並其繼承人有撤銷權。五二故

有指定權之第三人。其指定之意思表示。有瑕疵時。依據通則。其撤銷權。似亦宜屬第三人。五二然

指定給付之行爲。於第三人並無利害關係。有害關係者。實爲契約當事人。若許無利害關

係之第三人。得行使撤銷權。而有害關係之當事人。反無主張之餘地。非所以持平。法爰將

撤銷權移屬當事人。以保護之。

**附** 如甲買乙之古董一件。請丙指定丙被乙強迫。遂指定廢鼎。五二  
應給付之物。則丙之意思。表示爲瑕疵。撤銷權不屬丙。而屬甲。

契約當事人。雖得行使撤銷權。然其期間。不可漫無限制。法爰定其消滅時效爲二十年。而其

期間。自第三人指定給付時起計算之。五二

(戊) 第三人指定。是否合於條理。有爭執時。及第三人不能指定。或不欲指定。及指定有遲延時。

當事人得訴請審判衙門。由審判衙門以判決指定之。五二

(二) 第三人得隨意指定者。定此項契約。亦不外以第三人指定給付爲條件。故其結果如左。

(甲) 第三人若盡行指定時。其果否合於條理。自不受審判衙門之調查。

(乙) 第二人若不能指定不欲指定或其指定有遲延時其結果不外條件之不成就該契約應

歸無效。五二七條

(丙) 得隨意指定給付之第三人若其指定係因錯誤或許欺脅迫者亦應由當事人撤消之。並

其相對人爲撤消行爲之相對人。五二八條

(第三) 以財產爲給付之契約尙有特別限制。據草案規定可分兩端。

(一) 不得以將來取得財產之全部或一部爲給付標的。五二九條 否則無效。蓋法若許訂此項契約其結果足使債務人喪失經濟上之自由甚是妨害公益故禁止之。

(二) 不得以繼承未開始之繼承財產爲訂約之標的。五三〇條 否則無效。此其旨趣與前項同。

現行律例一家財產爲尊長所專有卑幼不得私擅用之若與他人訂處分家產之約無效實際上卑幼喜揮霍者多預以繼承未開始之財產抵押借債故有麻衣債之稱又家長死亡嗣子擬定有人在未立繼以前由嗣子處分其遺產就草案解釋之亦爲無效

### 第四款 契約之效力

契約於當事人間有等於法律之效力。此法學者夙論也。然其義易誤。不可不辨析述於左。

#### 第一項 僅於當事人間有效力

「契約於當事人間有效力」云者。當事人包承繼人而言。其裏面即對第三人無有效力之意。即從契約所生義務。第三人無不任負擔。從契約所生權利。亦不歸第三人利益。此其原則也。然對此原

則非無例外。義務與權利言之。

**疏** 誠以繼承繼言父死子繼子即完全代父之地位故承繼人當然包括於當事人中

(甲) 義務。從契約所生義務。須悉遵原則。無例外可言。例如因甲乙間契約。使丙負擔義務。法所不許也。但有類乎此而實不同者。亦不可不辨。如甲對乙約。當盡力使丙辦理某事。所謂盡力。仍係當事人間之行爲。因此契約負義務者。甲也。非丙也。故其契約有效。蓋此種契約。非使第三人負義務之契約。第三人初不。因是而負義務。當然有效也。

**疏** 盡力不過恣意已耳。儘丙有斟酌之餘地。若丙不辦理某事。甲須負責。丙甲乙間約內容在甲盡力使丙辦理某事故也。

(乙) 權利。昔時法律。凡使第三人得權利之契約。在當事人間。絕對無效。此不合理論也。果如其說。則例如甲囑乙。歲給丙千圓。以終其身。而乙諾之者。此甲乙間之契約。直當無效。不知此種契約。既由丙承諾。匪惟無害公益。抑且於丙有利。德國民法。遂首闢其謬。日本新民法。倣之。我草案亦採用之。凡以第三人利益爲標的之契約。在當事人間。認爲有效。與他種契約。視同一律。苟一造不履行。相對人得請求之。

**疏** 羅馬法有(無利益即無訴權)之格言。與近世法律觀念不合。蓋所謂利益。不以經濟上者爲限。有時急公好義。使相對人爲其善舉。亦利益也。

以第三人利益爲標的之契約。既認爲有效。然契約標的之第三人利益。即可逕作第三人權利否乎。據理爲衡。第三人之丙。即前例。欲得權利。不可無新行爲。非丙乙間成立第二契約。即甲丙間須

成立第二契約。然核之實際。與其使第三人再為新行為。不如使第三人徑得權利為較便。蓋既認甲乙間契約為有效。則苟有術焉。俾契約得從速履行。不特當事人所願從。亦法律所希望。況此非使第三人負義務。乃使其得權利。在第三人。大率有利無損也。草案即採此義。凡依契約當事人一造。約對第三人。行某種給付者。該第三人對允約人。有直接請求其給付之權利。五三九條一項

**附**若使第三人尚須為一行為。而第三人係無能力人或限制能力人。因其意思表示。有被毀銷或無效。是甲乙之契約。反致不能完全發生效力也。

第三人不必要新結契約。即可取得權利。然其取得時期如何。曰以第三人對允約人表示受契約利益之意思時始。不以當事人契約成立時為準。蓋因甲乙間契約。使第三人內取得權利。亦既係變則。而非正則。法所以省新結契約之煩。謀實際之便也。若不俟第三人表示受利益之意思。當事人間契約成立。遂同時取得權利。是直因他人間契約。使自已於不知不識中。已作權利人。則未免失之極端也。五三九條二項

**附**立法上尙有(一)對甲表示意思。內即取得權利。(二)對甲乙兩造表示意思。方取得權利者。然契約成立後。與甲無涉。不宜向甲為之。況甲乙未必向有一處。實際上殊多不便。不如向乙單獨為之。較直接了當。

第三人既表示受契約利益之意思。其權利自茲發生。嗣後當事人不得變更或消滅之。此當然之理也。五三八條反是。苟在第三人未表示意思以前。當事人尙得變更消滅其契約。固無待言。

**附**若採「丙於甲乙契約成立時。即取得利益」之主義。則甲乙之契約。一經成立。即不能變更消滅之。以害及丙之既得權。

第三人權利既成立以後。第三人即得對允約人請求給付。固也。然此種權利。固由要約人與允

約人間契約而生者。故要約人對允約人仍有契約關係。自非表示意思。則要約契仍得向允約人請求其對於第三人為給付也。五四一條

抑第三人權利既因當事人間契約所生。故其權利之內容範圍。須依當事人間契約而定。本於當事人間契約之抗辯。允約人得向第三人對抗之。(一)如該契約之債務人。因行為無能力限制能力或自餘瑕疵。可得撤銷者。則債務人得行撤銷。(二)又使據當事人間契約。第三人受利益。必須行反對給付者。例如甲乙間約賣乙所有不動產於丙。定價一千圓者。則丙非出一千圓。不得買取不動產。申言之。若丙對乙新訂契約買受。雖可改議價金。若欲據甲乙間契約。必須給付千圓也。五四二條

**疏** 如乙被甲詐欺。將丙千元。則乙就得以撤銷契約。一語。仍可向丙對抗。

### 第二項 有等於法律之效力

契約等於法律云者。其真義謂契約乃法律所保護。法律必命其履行。與法律直接使負某種義務者無異。契約當事人均係據契約所定。得權利負義務。故其結果。凡從契約所生權利。與法律直接所界權利同例。得竭力主張。從契約所生義務。與法律直接所命義務同理。宜確實遵守。故在雙務契約。雖兩造負擔義務。兩造各有權利。然其一造權利義務。初非為他造權利義務之條件。即使一造權利義務消滅。然他造權利義務。仍獨立存在。不因之消滅。此即「契約等於法律」之原則。亦即

雙務契約義務獨立說之論據也。

雙務契約義務獨立之觀念。由來甚久。羅馬法源學者。及立法例。多主張採用之。然學者間亦有據雙務契約性質。主張義務關聯說者。謂雙務契約。以給付交換為標的。兩造均負給付義務之一事。不唯其成立要件。且必須交互履行之。不然殊與當事人訂約之標的相戾。我草案規定。及其說明。蓋採義務關聯說也。試述其效果如左。

第一目 同時履行 五三一條至五三二條

同時履行者。雙務契約之當事人一造。在相對人提供其債務履行以前。得拒自己債務之履行也。蓋雙務契約。以給付交換為標的。兩造義務。須交互履行。非有特別事由。自以不得各別履行為原則也。

〔疏〕同時履行須兩造之債務皆至清償期方可適用。若係賒買賣。則買主支付價金之時期尚未到來。賣主自不能據此以拒絕交付物品也。

雖然。右述原則。亦有不盡適用者。即

(一)當事人一造。負有先向相對人行給付之義務。則不能主張同時履行。五二條三項 惟為保公平計。又不能無例外。即契約成立後。相對人財產顯形減少。恐不能受對待給付時。則至受對待給付或提出擔保時止。亦得拒絕自己所擔負之給付也。草案五三二條 德三二一條

〔疏〕甲賣與乙米千石。以一月十五日為甲交貨之期。二月一日為乙付款之期。至一月十日。乙已瀕破產。則甲拒不交貨。若乙於十五日以前提供擔保。則甲乙無受損之虞。仍須交貨也。

(二)相對人已爲一部之給付。所餘至微。則亦不能拒絕自己所担負之給付。蓋於此猶得藉口拒絕。殊違交易上之信用及誠實也。五二一條三項

## 第二目 危險担負

因雙務契約所生之債務中。一造債務不能履行時。則他造債務果消滅與否。申言之。此履行不能之危險。果歸誰負擔。是即著名之危險負擔問題也。自來學說及立法例不同。試分別說明之。

探義務獨立說則他造之義務不因此造之不履行而消滅。探義務關聯說則反是。

(一)當事人一造所擔負給付。因不能歸責當事人兩造之事由。而不能者。此在特定物之買賣。適用最多。例如甲賣其所有房屋與乙。契約成立後。其近隣失火。竟遭延燒。甲遂不能交原屋。此時買主乙。須仍付價金否。抑或買主既付價金。尙可取回否。此項危險問題。有二種主義可言。

(一)危險歸債權人。云債權人即關於物之債權人。就賣買言。即買主也。賣買標的物。縱不能履行。然買主仍須照付價金。此種主義。羅馬法法國民法等皆採用之。蓋羅馬法源學者。謂雙務契約。義務有各自獨立性質。且有恆言曰。利所歸者。害亦歸之。孰是爲衡。謂契約成立以後。標的物上利益。即已歸屬於債權人。故其損害。亦應由債權人負之。其論據如此。

(二)危險歸所有人。此爲英國法所采。據此主義。就前例核之。則首當決定房屋所有權。已移轉買主與否。所有權(物權)移轉之主義。今立法例中。甲有僅依當事人間合意。在當事人間。

即生物權移轉之效力者。日一七六條參照 (乙)亦有以當事人設定或移轉物權之意思表示。當事人間

僅生一種債務關係。(使當事人一造因登記或交付俾他造取得物權之債務關係)所有

權(物權)移轉之效力。必須經登記。不動產或交付。動產方發生之。德八七三條九二九條參照 若據甲之法律

衡之。買賣契約之債權人。契約成立。在當事人間。所有權(物權)即同時移轉。故同時即為所

有人。其結果仍為買主(即所有人)負擔危險。兩者初無二致也。

(三)危險歸債務人。仍前例言之。即賣主應負擔危險。苟在所有權未移轉前。危險歸賣主負擔。

此係德國民法所采。凡土地(不動產)買賣。若在登記前。危險在債務人。動產買賣。亦必從

交付後。危險始移歸買主。德四四六條參照

我草案認雙務契約。義務有關聯性質。故危險負擔問題。仿德民法。義務人主義。凡當事人

一造所擔負給付。因不能歸責兩造事由。而不能者。其結果如左。五三二條

(甲)向相對人無請求對待給付之權利。即其危險由債務人負擔。惟此項原則適用上。尚有

限制。即(一)給付係一部不能時。須依買賣價金減少之規定。減少對待給付之數額。(二)若相

對人依三六四條規則。行其權利。則不得免對待給付之義務。

(乙)已為擔負外之對待給付。得依不當利得規定。請求償還。蓋危險既歸債務人負擔。故債務

人即使對於債務人已為負擔外之給付。自應許其有求償權。

(二)當事人一造所擔負給付。因歸責於相對人。事由而不能者。即因相對人之故意過失。致給付不能者。則此項危險。自應歸責相對人。該當事人一造。向相對人。不失其請求對待給付之權利。惟苟因免自己義務而得利益。或因故意於取得之利益。則均是不當利得。認償還於相對人。

五三五  
條一項

**疏**如甲賣房屋於乙。在未交付前。丙乙之過失。以致大火。則甲交房之義務消滅。惟灰燼之餘。如破磚碎瓦之類。仍應由甲交付於乙。否則為不當利得。即所謂因免除自己義務而得之利益也。又若房屋雖被火焚。並非不可撲救。因甲怠忽。致被焚燬。亦須償還於乙。即所謂故意於取得之利益也。

不特此也。當事人一造所擔負給付。因不歸責於己之事由。而相對人受領遲延。致成爲不能者。則其所以不能之故。於債務人無與。債務人業已行其給付。即不應負擔危險。故其危險。應由遲延領受之債權人負之。債務人仍不失請求對待給付之權利。五三五條二項

(三)當事人一造所擔負給付。因歸責於己之事由。而不能者。則其結果如左。

(1)給付係全部不能。相對人得請求因債務不履行之損害賠償。或竟解除其契約。

**疏**有時買主以解除契約。回復未訂約以前之原狀爲便者。如買房備結婚之用。因房屋被焚。另租他房使用。此時已無用房之必要是。

(2)給付係一部不能。則據債權通則。三五五條相對人亦得請求損害賠償。但因一部不能之故。致其餘部分之履行於相對人無利益者。則相對人并得請求全部不履行之損害賠償。或竟解除其契約。三五六條參照

除其契約。三五六條參照

〔疏〕如房屋一所三院相連僅後院被焚餘院仍可居住則請求賠償後院之損害已足若房屋三間各焚燬一半自經濟上觀之與全部不能同可請求全部履行不能之損害賠償或解除契約

(3) 相對人並得不行使損害賠償請求權或契約解除權而行使五三四條所定權利即給付全部不能者。相對人得不爲自己所擔負之給付。並請求返還已爲之給付。給付一部不能者。相對人得請求減少自己所擔負之給付也。

### 第五款 契約之解除

#### 第一項 解除之性質

契約解除云者。解約當事人一造。據契約或法律規定。使於當事人相互間。消滅契約效力之單獨行爲也。析述之。

(一) 解除係單獨行爲。即由當事人一造意思表示。遂生效力。無俟相對人合意。就此端而論。解除性質。與法律行爲(契約)之撤銷。同。與附解除條件法律行爲(契約)不必別表意思。即生效力者異。

〔疏〕解除祇限於契約有之撤銷則在契約與單獨行爲均有之

(二) 解除使契約效力消滅。解除目的。在回復未訂約前原狀。故就消滅效力一端論之。契約解除。又與契約撤銷<sup>二五</sup>及附解除條件法律行爲相同。惟附解除條件法律行爲。條件成就。以祇向將來生效力爲原則。<sup>二四三</sup>契約解除。則在當事人間。直邇契約成立當時生效力。此其相異也。

(三) 解除據契約或法律規則行之。當事人一造得以其意思解除契約之權。稱曰解除權。解除權發生。有因當事人間契約者。有據法律規定者。前者係當事人一造於訂約時合意所保留。後者則法律於一定條件限制內。畀予當事人一造者也。

(四) 解除於當事人相互間。消滅契約效力。即契約解除之結果。在當事人相互間。雖回覆未訂契約前狀態。然與當事人以外第三人之關係。則契約依然有效存在。不過向將來失效而已。故在解除前。取得權利之第三人。初不因解除而失權。(五四四條但書)蓋僅有債權的效力。非如撤銷有物權的效力也。(二五七條參照)

〔疏〕如甲賣物於乙。乙又轉賣與丙。甲行使撤銷權之結果。不能向丙取回該物。即所謂僅有債權的效力也。

## 第二項 解除權發生之原因

### 第一目 當事人間契約

當事人保留解除權。(一)有絕對無條件保留之者。則無論何時。可行使解除權。(二)有附始期附停止條件保留之者。則必俟期限到達。條件成就。方可行使。當事人附停止條件保留解除權時。其條件苟非不法。不能均可有效徵之。實際。以相對人債務不履行為條件。而保留解除權者為多。草案爰特設規定。示與法定因不履行之解除有別。(五三七條參照)凡訂立契約時。聲明債務人不履行義務。即失其由契約而生之權利者。若債務人不履行義務。債權人得即解除契約。(不必解除前。預定相

當期間向相對人催告履行。

**附** 如甲賣物與乙約定十日內保留解除權此附始期而保留者也如甲賣馬車與乙言明當選議員則得解除契約此附停止條件而保留者也（若言當選期前約失效則為附解除條件條件到來契約當然失效無待為表意與此不同）蓋當選議員既解除權發生如欲解除契約尚須出解除權人特別表示意思也又約定解除權本於當事人之特約法定解除權本於法律之規定前者於不履行義務時可即時行使後者須催告後逾相當期間仍不履行乃能行使此二者之異點也

第二目 法律規定

法定解除權原因。有涉及一般者。有特別者。特別原因。詳各種契約。茲僅論一般原因。據草案規定。契約當事人。於左列情形。得行使解除權。

(一) 雙務契約。當事人一造不履行債務。則相對人得定當相期間。催告其履行。若於期間內。仍不履行者。得解除契約。五三七

(二) 依契約性質或當事人意思表示。非於一定日時或一定期間內履行。不得達其契約之目的者。若當事人一造。於該時期內不履行。相對人得即解除契約。蓋此處履行時期。實為該契約之重要內容。故通常因不履行之解除。法律特先命其催告。此則並不須催告。有即時解除之權。五二一

**附** 如因結婚而買花馬車。倘逾期馬車始到。貸主可主張解除。即依契約之性質。不能達訂約目的之例也。

(三) 履行之全部或一部。因可歸責債務人事由。致成不能。則債權人得不請求賠償損害。而行使

解除權。惟因履行一部不能而解除契約。必以其他部之履行。於相對人無利益者爲限。五二六條一項

### 第三項 解除權行使之方法

行使解除權方法。據草案規定析述之。

(第一)解除須由有解除權當事人一造向相對人之意思表示行之。解除須用何種方法。自來主義有三。

(一)當然解除主義。如當事人約定。荷屆某日。則當然視作解除。或謂荷至某日。尙不履行。該契約當然視作解除云云。此約定當然之解除也。又法律於不履行之解除。若規定謂荷至某日不履行。契約當然解除者。即屬此種主義。

(二)法庭解除主義。即解除契約。須請由法院判決方可。法國及法國法系諸國民法採之。法一條四

(三)意思表示主義。即有解除權之當事人一造。荷表示其解除意思已定。德國及日本民法均採此說。我草案亦然。

以上三主義。各有得失可言。第一主義便矣。然究極爲論。使時期僅踰瞬息。契約即受解除。則在當事人正有不願以稍後時期。即行解除者。况常情處事。不能無趨趨。因履行之稍遲。竟駟追之不及。則既戾常情。又非必債權人所利。至第二主義。其方法最確實。有時雖得矜全債務人。然取決法院。

既嫌其煩。且法官之力。得以操縱契約。難免濫予猶預期限之弊。非良策也。惟第三主義。足救二者之偏。最便實際。故我草案採之。凡依契約或法律規定。當事人有解除權者。其解除以對相對人之意思表示爲之。

解除既取決於有解除權人之意思表示。是此項意思表示效力甚大。有解除權者。須當審慎出之。若既行表示。復議撤銷。法律不許也。蓋既行解除。當事人間契約上關係。已全然消滅。此後當事人間。縱得訂同一標的之新約。然不得將已解除之舊約。之復使蘇也。三四

(第二)當事人造一有數人時。解除祇得由其全體或對其全體爲之。蓋解除權。以不可分爲原則。故自非當事人特約許一部解除。或法律特許一部解除。在當事人普通意思。自以不可分爲較合也。五五六條一項及四八二條對照

(第三)當事人一定以支付契約金爲條件。而保留其解除權者。須支付解約金。方可解除。反是。若其解約金不於行使權利之前。或行使權利時支付。則設相對人據此爲理由。以屏斥其解除之意思表示。其解除即當無效。申言之。此項解除權。可否行使。全繫於解約金之支付與否也。五五

#### 第四項 解除權行使之效果

契約之解除。其目的在消滅契約效力。使當事人間回復訂約時原狀也。此項力效。自來有二主義。

其一解除生物權的效力。無論何人可得對抗。法民法三條<sup>一一八</sup>。採之其一解除祇生債權的效力。僅於當事人間生回復原狀之債權關係。德民法日民法均采之。我草案亦然。<sup>五四四</sup>蓋解除苟生物權的效力。則第三人因解除結果。或至失權利而受損害。非所以便交易也。試據規定。述其效果。<sup>四五</sup>

**條四**  
**四**如甲賣物於乙。乙又賣於丙。在德日制則甲雖解除契約。不能由丙手取回該物。法國制則反是。二者比較觀之。為保護第三人計。自以德日制為愈。故草案采之。

(第一)各當事人對相對人負回復原狀之義務。析述之。

(甲)當事人一造。倘未向相對人領受標的物。則解除結果。祇消滅當事人間因契約所生之權責已定。

**四**此時視兩造之權責自為抵銷。

(乙)若當事人一造。已向相對人領受契約標的物。則解除結果。須返還標的物。並返還或償還其滋息。但得請求費用之賠償。又若其標的物係金錢。則返還金錢外。須並還從領受時起。年百分之五之利息。<sup>三三三</sup>條參照。

**四**如一月一日甲賣母牛一頭與乙。當日交付。十日牛生犢。十五日牛患病。醫藥費五元。二十日解除契約。則乙除將母牛返還外。尚須將犢交付。惟醫藥費五元及二十日之飼養費。須由甲支付。以符回復原狀之旨。若乙已將母牛轉賣與丙。則除將牛償還於甲外。並須支付二十日之法定利息。

(第二)若因毀損滅失或其他事由。不能返還標的物。須賠償其損害。

如前例乙受領之牛已死或轉賣與人則須賠償甲之損害

第五項 解除權之消滅

解除權消滅有各種原因。

(一)解除權拋棄。解除權屬財產權之一。故得任意拋棄之。

(二)催告。凡行使解除權未定有期間者。相對人對於解除權人得定相當期間催告之。令其於期間內。確答是否解除。若該期間內不受解除之通知。則解除權消滅。蓋解除權人之相對人對解除權人。負有回復原狀之義務。若許解除權人得隨時解除。則相對人責任將久莫能釋。故許

其有催告權。五五一條

(三)物之滅失毀損等事由。即(一)解除權人因歸責於己之事。由及雖因他人過失仍應歸責於己

之事。由(參照三六)致已收之標的物毀損滅失。或其他的標物之重要部分滅失及其他情形不能返

還。則解除權消滅。(二)解除權人因加工或改造。將收受之標的物。變為他種之物者。解除權亦消

滅。

他人過失仍應歸責於己之事。由如僕人御車馬逸毀損物。品主人應負賠償損害之責是(有時主對僕有求償權)

雖有解除權若物之滅失毀損應歸於己則所謂回復原狀已屬空談仍須以賠償損害方

法解除之不如使我解除權消滅較為了當也因加工改造將標的物變他物者理與此同

(三)解除權人將收受之標的物或重要部分讓與他人或設定權利予第三人時。若因其處置。而

收受標之物之人。具有右開(一)(二)要件者。又解除權人收受之標之物。已受各種處置者。則解除

權亦消滅。五四七條五四八條五四九條

**疏**如甲買乙之本自保留解除權甲貸木於丙使用因丙之過失致被焚燬或丙與他木合做一物則甲之解除權消滅其理與前同此前半段之例也又如甲買乙之房屋因甲之債權人丙請求強制執行致將房屋查封則甲不能行使解除權此後半段之例也

### 第二節 買賣

#### 第一款 總論

#### 第一項 買賣之性質

買賣云者當事人一造。約移轉財產於相對人。相對人約支付價金之契約也。析述之。五五八條

(一)買賣乃契約也。買賣因當事人一造即賣主與相對人即買主間。以互換某種財產權與其價金為標的之意思合致而成。屬契約之一。(1)此種契約。因當事人意思表示。即生效力。不必以交付標的物或自餘現行給付為成立要件。蓋諾成契約也。(2)又其成立。在當事人間。祇有意思表示已足。不拘何種方式。乃不要式契約也。(3)賣主負移轉財產權之債務。同時買主負支付價金之債務。係雙務契約。此財產權與價金互相關交易。則有債契約也。

**疏**羅馬法認買賣為要式契約近世則否

(二)買賣契約當事人一造。約移轉財產權於相對人。此項要質。含有財產權與約其移轉之二種觀

念析述之。

(一)財產權。謂有可得處置之標的之權利構成吾人資產者也。凡物權債權智能權等皆屬之。可作買賣標的之權利。必須可以移轉。若與移轉觀念不相容如私權中之人格權身分權。與權利人本身。有不可分離關係。即不得作買賣標的。但財產權亦非一切可供買賣者。有時依其性質或當事人意思及法律規定。須專屬權利人本人。不得易他人作其主體者。往往有之。

〔疏〕

法定不許移轉之財產如西洋貴族世襲財產及清皇室因優待條件所保護之財產是約定不得移轉之財產即當事人相約不得移轉之財產是性質上不得移轉之財產如勞務是

(二)約其移轉。移轉謂同一之權利。離一主體歸屬他主體。後者繼承前者作權利人。草案稱移轉當。釋以廣義物權之設定亦不外一種移轉。所謂設權的移轉是也。

買賣契約。因當事人一造。對相對契約移轉財產權而成立。當事人間。僅生債務關係。何則「約」之一字。非現在徑生某種結果之意。乃將來為某種行為或不行為之意。云約移轉財產權。可見非徑移轉財產權之意。乃謂將來須移轉之之意。故曰於當事人間。生債務關係也。且就賣主常對買主負擔義務觀之。則買賣契約效果。在當事人間。創設債務關係。尤可瞭然。

〔疏〕

買賣契約之直接效果僅生一種債權關係而已。須俟物權契約成立財產權方移轉也。繼發權契約與物權契約同時成立如所謂現買賣者亦不過二者適逢其會耳。否則買主之擔保義務不能說明也。

(三)買賣契約。相當人約支付其價金。買賣於當事人一造。約相對人移轉某種財產權外。其相

對人必須約支付價金。此實買賣特質。與互易贈與不同。支付價金。精言之。不外移轉金錢之所有權。金錢數額。不當初確定。不妨約至日後再定或預示定之之標準。

疏如甲買乙米百石言明暫不議價。應按交貨時之市價定之亦可。

## 第二項 買賣之種類

買賣種類。舉其重者如左。

(一)現買賣除買賣前付賣買。此以支付價金時期為準。現買賣者。當買主移轉權利即時支付價金。除賣買。或稱信用賣買。賣主先將權利移轉。嗣後方受價金。前付賣買則。當賣主移轉權利前。先付價金。

疏除賣買前付賣買不能適用同時履行之原則。

(二)任意買賣強制賣買。此以關於賣買之當事人意思為準。賣買出自當事人兩造合意者。曰任意賣買。通常之賣買多屬之。賣買出自法律規定行政處置等之強制者。曰強制賣買。如強制執行破產處置公用徵收等屬之。

(三)隨意賣買競爭賣買。此以賣買方法為準。隨意賣買者。由當事人隨意定價選特定相對人行之競爭賣買。即對於一般公衆聲明。以聲請最高價或最低價者。作相對人之賣買也。

疏競爭賣買就賣主言曰。拍賣就買主言曰。投標。

(四)定期賣買即時賣買。此以權利移轉或物品交付之時期為準。移轉定期限期者曰定期賣買。賣買成立同時移轉交付者曰即時賣買。

在賒賣買賣主先交貨買主後交錢在前付賣買買主先交錢賣主後交貨定期賣買則錢貨均不現交若現賣買則與即時賣買同

(五)私賣公賣。此以賣買程序為準。由當事人協議行之者曰私賣。經由官署行之者曰公賣。凡拍賣皆屬公賣。

(六)貨樣賣買試驗賣買。試驗賣買者如食品機器。經營試或查驗而行賣買。貨樣賣買者賣買用樣本樣子商標行之。賣主須將適合樣本樣子商標之物賣與買主。

曰樣本者如將綢緞類下一尺或將機器拍照呈示之類商標如竹牌之紙應牌之牛乳其竹牌其應牌是

第三項 定銀九五九條

定銀云者締結契約之際。當事人一造給付他造之金錢或自餘有價物也。凡交易之授受定銀。各國習慣上有各種性質。蓋當事人意思。(一)有以定銀作兩造契約之方法者。即定銀恒由買主給付嗣後由買主解約。買主不得請還。若由賣主即受定銀者解約。須照定銀倍數返還是也。(二)有以定銀作成約之證據者。如當契約未繕證書時。先付定銀。作契約成立之證是也。(三)又有當解約之際。授受者固不得請還。然受者祇將儘數返還已足者。(四)又有既受定銀後。祇許授者甘棄定銀解。除契約受者不得解約者。(五)亦有作違約後之損害賠償者。(六)亦有單純作價金之一部先付者。故當事人苟

已表示意思。則定銀效力。從其意思而定。可也。雖然當事人意思往往有不明者。法律遂不能不推測其意思。以設準則。草案規定。蓋認定銀爲解約之方法。凡買主拋棄定銀或賣主倍還定銀。均得將契約解除。雖然。此乃原則。尚有例外即。

(1) 當事人間有反對特約。

(2) 當事人一造已失解除權。草案五五〇條解除權消滅之規定。此處亦宜適用。凡逾當事人催告所定相當期間。猶不解除。致解除權消滅。則相對不嗣後即不得拋棄定銀或賠償定銀。以解除契約也。

(3) 當事人已着手履行契約。則該約亦遂不許解除。所以免相對人不測之損。五五九條「履行契約開始前」云云。即明此義。

〔疏〕如甲約乙做衣服一件。交定銀一元。乙即翦裁綢料。着手縫紉。如乙尙可解約。則乙已裁斷之綢。將致不易出售。故此時不准解約也。

#### 第四項 買賣契約之費用 草案五六〇條

買賣契約有各種費用。如契據貼用之印花。如繕製契據時之公證人費用等。皆是。此等費用。屬諸負擔。又其負擔分配率如何。苟當事人間特表意思。則從其意思可也。惟意思不明時。法律爰設有準則。我草案規定。買賣契約費用。當事人兩造分擔負之。

〔疏〕此指買賣契約成立當時之費用。言若履行之費用。則不在此限。

第五項 關於賣買之規定

賣買乃有價契約之模範。故關於賣買規定。賣買契約外之有價契約。自非性質所不許者。均可準用。五六一條規定之。

第二款 賣買之效力

賣買效力。在使賣主向買主移轉財產權。買主向賣主交付價金。分賣主買主兩方面述之。

第一項 賣主之義務(即買主之權利)

賣主因賣買契約。負移轉財產權予買主之義務。申言之。關主須使買主法律上及事實上作財產權主體。故賣主義務。(一)須移轉權利。並交付標的物。(二)若不能完全移轉權利。須負追奪擔保義務。(三)若標的物有瑕疵。須負瑕疵擔保義務。析述之。

第一目 移轉權利並交付標的物之義務

據草案五六二條所定。賣主義務。可分二端說明。

(第一)移轉權利之義務。賣主須使買主於法律上作其權利主體。故有移轉權利予買主之義務。此賣買契約賣主方面之主要效力也。分特定物賣買。不特定物賣買。他人之物賣買三端。

(甲)特定物賣買契約標的在移轉關於特定物之物權時。賣主欲完其移轉權利之義務。須履行關於權利移轉之方法。即不動產物權俟登記後。動產物權俟交付後。賣主始可謂完全移轉其

權利買主始可確實取得其權利。此九七九條九八〇條規定之結果也。

(乙) 不特定物買賣。不特定物賣主須於存在市場之同種物中選出應給付之物交付買主。使買主取得權利(所有權)方完。其移轉權利之義務。

不特定物買賣其應給付之標的物現雖未存賣主手中。然賣主儘能履行義務。何也。此種物件交易上得以金錢求得之。無慮其不能給付。此與屬他人所有之特定物買賣苟所有人拒不讓交。遂不能履行者不同。

(丙) 他人之物買賣。以他人之物(特定物)作買賣契約標的。應否有效。學說立法例不一。據理爲衡。買賣標的之財產權正不必以現存賣主手中爲要件。試觀交易上賈行之不特定物買賣。賣主何嘗將應給付標的物預存手中。惟買賣契約成立後。賣主既負移轉權利之義務。勢必別求諸市塲以履行之。果爾則買賣標的之財產權。即便現屬他人。他人許移轉與否。縱未敢必。然爲賣主者苟預期待期移轉。以之充實買賣標的。固無妨也。草案不採法國法系之反對主義。而仿德日諸民法理。亦本此觀。五六三條。賣主僅負擔保義務。可知也。五六三條德四三四條日五六〇條法一五九九條

因將來不能交付標的物買主尚可行使損害賠償請求權與賣主無損也。

(第) 二 交付標的物之義務。買賣標的之財產權存於物之上。財產權之行使與物之占有相伴。時(所有權及因所有權以外權利而占有其物者)則賣主對買主並須負交付該物之義務。此

買主負移轉權利義務所生之結果也。蓋草案讓交動產物權。既非交付。不生效力。即在移轉不  
動產物權。其移轉生效。固非登記不可。然賣主亦負有交付義務。俾買主於權利移轉後。可以行  
使其權利。理甚明也。

關於交付標的物賣主應負之義務。舉其重者如左。

- (一) 保管義務。特定物之賣主。於未交付前。須以善良管理人注意。保管標的物。三二五不特定物則據三二六條二項規定。從標的物確定時。賣主任保管之責。
- (二) 交付之處所及時期。交付處所。須從當事人意思。若意思不明。則特定物。須向債權關係發生時。其物所在處所交付。三四不特定物。須就債權關係發生時之債務人住址交付。三四五交付時期。亦須從一般原則。未定時期者。買主得即時請求交付。賣主亦得即時交付之。三四又有時期。苟此外並無特表意思。則買主雖不得於時期前請求交付。然賣主得於其時期前交付之。三五
- (三) 標的物必如何方可交付。日須以適合買賣標的之物為斷。故在特定物買賣。須交付已指定作標的之物。不特此物買賣。須照已指定之種類品質數量。求其適合者交付之。若當事人未定其品質。則交付中等品質之物。三二六
- (四) 標的物危險之物負。買賣標的物於未交付前。因不可抗力。而有滅失或毀損之危險。則據

雙務契約危險擔負通則。歸賣主擔負危險前即述之。五三四條一項

雖然賣主一旦已將標的物交付買主。則此後危險即歸買主。又關於物之擔負亦歸買主任之。

又標的物若有收益亦即歸買主取得。蓋利所歸者害亦歸之。理固然也。五九八條一項惟宜有注意者。

(甲) 危險移轉。雖以交付與否爲斷。然不動產物權之移轉因登記而生效。九七九條參照故一旦已爲

權利取得之登記。即使事實上猶未交付。然危險等亦遂移歸買主。此權利移轉當然之結果

也。五九八條二項

(乙) 賣主有向交付處所交付之義務。然初無向交付處所以外處所交付之義務。故通常送付

中即未交付前之危險。雖由賣主負擔。然爲買主者。苟請求賣主將標的物送至交付處所以

外處所。則標的物危險。自賣主將標的物交辦運送人。或運送選定人。即選定使從。八時當歸買

主擔負之。五九九條一項

因送交付處所以外處所所生危險。雖由買主擔負。然買主於送付標的物方法有特別指示。而

賣主並無正當理由。違其指示。致買主因此受損。則賣主須任賠償。亦持平之道。宜然。五九九條二項

〔例〕如由津至滬買主命由火車運送賣主毫無理由。由選由輪船運送船觸礁貨沈於海則賣主應任賠償之責。

(丙) 關於買賣標的物之危險。於物之未交付前。有已歸買主者。如不動產買賣。在交付前已爲登記。及當事人間有特約等皆是。此等情形。法律務貫徹利害兼歸之旨。凡賣主於危險移轉

後物之交付前所出費用。須由買主賠償。之唯其賠償程度。須視費用必要與否爲衡。六〇

(第二)負擔費用之義務。賣主既有移轉權利並交付標的物之義務。故移轉及交付之費用。苟無特別意思表示或習慣。由賣主擔負之。六一

第二目 追奪擔保之義務

(甲) 追奪擔保之性質。追奪擔保義務。亦稱權利欠缺之擔保義務。即賣主若不能移轉買賣標的財產權之全部或一部予買主時。對於買主受損之危險。應負防衛或賠償既受損害之責任也。蓋賣主有移轉財產權予買主之義務。而追奪擔保責任。則對於義務不履行之救濟方法也。草案仿德民法。就賣主追奪擔保責任。設概括的規定。賣主對買主。應擔保訂約時。第三人就其標的物。無對買主得主張之權利。不然賣主負除去之義務。又債權或其他權利。例如著作權之賣主。對於買主。應擔保訂立契約時。其權利確係存在。

防衛者保無欠缺之謂。否則應任賠償之責。如乙盜甲物賣與丙。甲行使追及權之結果。致丙不能得物。則以賠償方法濟之。

賣主負追奪擔保義務。法恐買主因不知權利有瑕疵受損。所以保護之。若買賣當時。買主已知權利有瑕疵。則應認爲拋棄對於賣主之追奪擔保權。苟無特別意思表示。賣主即無追奪擔保之責任。  
(乙) 追奪擔保權之行使。賣主不履行追奪擔保義務。則買主爲保護利益計。即得行使追奪担

保權。買主行使擔保權。可依雙務契約規定。析述之。<sup>五六</sup>

(一) 買主未受權利完全移轉前。得拒付價金。<sup>三三一</sup>

**疏** 同時履行適用於一切之雙務契約。拒付價金。則專適用於賣買契約。倘買主完全移轉財產。確即可請求買主支付價金。

(二) 權利若全部欠缺。又雖一部欠缺。而其他部之履行。於買主無利益者。則(1) 賣主失請求價金之權利。<sup>五三六</sup>(2) 買主得請求全不履行之損害賠償。(3) 或竟解除其契約。<sup>五三</sup>

**疏** 三種方法可由買主選擇行之。

(三) 權利若一部欠缺。買主得比例其欠缺。減少價金。<sup>五三六</sup>

**疏** 如甲買乙黑白馬各一匹。價各百元。因白馬已歸丙。有則甲只支付百元可也。

(丙) 無追奪擔保之特約。追奪擔保義務。事關買主私益。買賣當事人苟於訂約當時或嗣後特約增減義務內容。或由買主免除賣主擔保義務。法律上固認其有效。

賣主既得以特約免除或限制追奪擔保義務。然若明知權利有瑕疵。故意不告買主。而訂無擔保之特約。則其特約無效。蓋知而不告。訂特約以冀倖免。是欺罔之行。法所宜懲也。<sup>五六</sup>

**疏** 是否明知立證之責。屬於原告即買主也。

### 第三日 瑕疵擔保之義務

草案五六七條以下。規定賣主應負擔擔保標的物瑕疵之義務。析述之。

(第一) 瑕疵之性質 五六七條  
五六八條

瑕疵謂存於物之缺點。即據交易普通觀念。或當事人意思。認為物所應具之價格用法及其性質。物之品質產地。因其未具。致減減價格及用法。或違背其所確保也。蓋買賣標的物。據交易普通觀念。時代沿革等。首須於價格。不顯形缺損。於通常用法適合者為要。如馬之賣買。以健全者為良。(健全)二字。即無損價格適合通常用法。為普通交易上不可不具者。若馬有疾病。即是顯損價格不合通常用法。而成瑕疵。但若當事人間特表意思。或約定某項用法。如云供軍用之馬。或確保某種性質。如云必能保其日行二百里。則苟其不堪軍用。或日行祇百里。亦即與約定者未合。與確保者不同。而成瑕疵也。

賣主對買主有移轉財產權並交付標的物之義務。申言之。即須交付完全無瑕疵之標的物也。若標的物有瑕疵。是賣主義務不履行之結果。必須對買主負責。此瑕疵擔保義務所由生也。

(第二) 瑕疵擔保之要件

賣主對買主。具左開要件時。任瑕疵擔保之責。析述之。

(一) 標的物有瑕疵。

(二) 瑕疵須危險移轉當時存在。 買賣標的物之危險。自標的物交付時。移轉於買主。而在不動產。在交付前已行登記之者。登記後之危險。亦即移轉於買主。前既述之。五九條 而賣主應任擔保之。八條

瑕疵必以危險移轉以前或移轉當時存在者爲限。若發生於危險移轉以後。不必擔保之。

(三) 訂約時買主不知瑕疵。反是。若

(一) 買主已知標的物之瑕疵。猶與之訂約。五六九或已知標的物有瑕疵而領受之。並未保留

其瑕疵擔保權。五七三條則是買主甘受該物。拋棄擔保權之意。思不難推測。賣主不任擔保之責。

〔附〕如布店有廉價出售兩漢布匹之廣告。甲從而買之。則不能使布店任擔保之責。

(二) 就標的物價格與用法之瑕疵。買主因重大過失而不知。則買主有疎忽之咎。賣主亦可免擔

保之責。惟此處尙有限制。即(甲)不論買主有無重大過失。苟賣主故意隱蔽瑕疵。不告知買主

則與其保護不良之賣主。毋甯保護疏忽之買主。賣主仍應負責。(乙)不論買主有無重大過失。苟賣主已確保無瑕疵。則苟有瑕疵。即是違背確保。賣主亦仍應負責。

(四) 買賣須任意行之。五七條賣主以自由意思。賣出標的物。則負擔完全交付標的物之義務。係出其

本願。若物有瑕疵。致不能完全交付。理應負責。賣主無辭也。若係強制拍賣。則非出於賣主之本

意。即使物有瑕疵。不當使賣主負責。以保公平。况拍賣之買主。大抵預想該物有瑕疵。貶價買之。

即使無瑕疵擔保權。大致無虞受損也。

(第二) 瑕疵擔保之內容

據右述要件。賣主應任瑕疵擔保之責時。賣主對買主。究應負何等責任乎。據草案規定。買主對賣

主得行使左開權利。分通則特例說之。

(第一) 通則。

甲買主得解除買賣。五七 即買主若早知有瑕疵之時。必將不買。因有瑕疵。致不能達所以買取

之目的。得將賣買解除之。

乙買主得減價金。五七 買主於發見瑕疵後。亦有不願解約者。然因有瑕疵。致買主受損。不可不

保護之。故許其比例瑕疵之程度。請減價金。

如大木中空不能作棟梁之用則可解約若意在做器具之用可請減價金因其一部尚可使用故也

(第二) 特例。

(甲) 買主得請求不履行之損害賠償。此項權利。祇限左列兩端。得行使之。

(1) 標的物缺少。訂約時賣主所確保之性質。則買主得行使之。以代解除及減價。蓋有時買主

正有不欲解除。而又嫌算定減價額之不易者。故於賣主宜負責較重之處。許其有賠償請求

權。五七

五尺之網破者一尺可減付五分之一之價金又或因不能使用致赴他店購買支出無費買主可請求賠償之

(2) 賣主故意隱蔽瑕疵不告知。

是否故意隱蔽立證之責處之買主

(乙) 替代物之賣買。若其物有瑕疵。買主得請求交付無瑕疵之物。五八蓋有替代性之物。賣主不難別求得之。故爲買主者。苟不欲解約或不請減價。可責賣主交付無瑕疵之物也。

替代物之買主。有時亦得不請求他物。而請求損害賠償。即賣主於替代物危險移轉時所確保之性質有缺少。或故意隱蔽替代物瑕疵而不告知。則賣主應負責之理由又較重。故買主擔保權之內容亦較擴張。俾便於選擇。以保護其利益也。

(第四) 無瑕疵擔保之特約 五八

瑕疵擔保義務亦關買主私益。與追奪擔保義務同。故當事人間以特約免除或限制此義務。固自不妨。惟法律懲賣主之欺罔。凡賣主故意不告知標的物瑕疵。雖有特約。仍歸無效。買主仍須負責也。

第四目 說明及交出書件之義務 五九

(一) 說明之義務。就賣買標的物之法律關係。買主對買主。須爲必要之說明。

(二) 交出書件之義務。賣買之結果。財產權轉予買主。故其權利若有證明之書件。賣主必須交出。以完交易上之誠實及信用。其不必交出者。只限左開二端。

① 不動產之書件如印契是動產之書件如鐘表之保單是

(一) 書件不歸賣主占有時。如賣買標的物。係由共有物分割而得之物。其證書適不屬賣主保存。

者。一〇五則賣主只將其對於第三人之書件使用權讓交買主已足不能強其交出該書件也

如甲有百畝之田死亡後由乙丙二子均分契由乙保存丙又將土地賣與丁可於契後批明計契據若干讓理由乙收執字樣將來丁有使用契據之必要時逕向乙請求可也

(二)書件尙須備他事件之用者。則賣主惟負交付公證節本之義務。

如甲有百畝之田契據一紙後以三十畝出賣與乙則契據尙須自行保存可將此節批明於賣契之後

第二項 買主之義務(即賣主之權利)

買賣契約買主義務不外支付價金及領受買得物二端。

第一目 支付價金之義務

(一)價金數率。價金數率通常於定約時約定。但亦有未明定其數率。僅云依市場價格定之者。市場價格因時地而異。苟當事人不別表意思。則視為清償期及清償處所之市場價格。所以防爭議也。五九

(二)支付時期。支付時期(一)當事人間有約定確期。宜如期支付。或得於其時期前支付。(二)若當事人間未定交付價金時期。並未定交付標的物時期。則買主得即時支付。或應賣主請求支付。固無俟論。三四九條三五

(三)雖然當事人間僅定交付標的物時期。未定支付價金時期。則如何。曰可以同一期限支付價金推定之。蓋支付價金與交付標的物同時。通常於當事人意思較合。三五九

之。僅定支付價金時期。未定交付標的物時期。則不得以交付與支付。亦屬同一期限推定之。何則。

反。

交易常情。支付價金。多託信於買主。若當事人僅定支付價金期限時。與其推定為買賣之兩造授受延至異日。甯認作僅許買主緩付價金也。

(三) 支付處所。支付價金。係金錢債務。據債權通則。苟當事人無特約。須向支付時債權人住址為之。<sup>三四</sup>惟此特就交付標的物與支付價金不同時者言之。若交付標的物同時應即支付價金。則須於交付標的物處所支付之。所以省煩費也。<sup>五九</sup>

(四) 價金利息。<sup>五九</sup>價金有約利息與否之別。約有利息者。從何時起息。曰買主自有標的物交付時起。須支付利息。蓋買主於標的物交付時。得對物使用收益。從此時起算利息固宜。但(一)當事人間特約何時起息。仍宜從其意思。(二)支付價金定有期限者。則在期限內。不須付息。此期限實益。固應爾也。

(五) 支付之拒絕。賣主支付價金。以向買主完全取得權利為互換要件。故若其買受之權利。尙虛不確實。則法於同時履行規定外。宜使買主有預防之方法。方法維何。曰拒付價金。<sup>五九</sup>

(一) 買主恐第三人主張權利。致失其所買受權利之全部或一部者。得視危險限度。拒付價金之全部或一部。所謂追奪迫害之抗辯是也。第三人權利之主張。不問物權債權。苟足失買受權利之全部或一部者皆是。(恐)義謂買主須實有足信其將權追奪危險之重大理由。若無謂之杞憂。不得為抗辯之根據。果否足恐。係事實問題。

〔例〕如甲有土地價值千元因設定地上權價值八百元乙誤信爲無地上權以千元買之則祇給八百元此本段關於物權之例也又如甲之房屋曾經租借因而原值五百元減爲四百元之誤信其未曾出賃遂以五百元買之則可祇給四百元此本段關於債權之例也  
即所設追奪追害之抗辯也

追奪追害之抗辯。蓋慮追奪受損害。而保買主利益。若對於追奪所生之損失。已供相當擔保。即不必抑留價金。五九六條所以置但書也。

(二)買主應賣主之請。須提存價金。拒付價金。所以保買主利益。就買主言。賣買既告成立。原不必將價金置諸懷中。就賣主言。買主苟失資力。不可無方法。以防其變。故當買主拒付價金時。賣主得請將價金提存之。持平莫過是矣。

### 第二目 領受買得物之義務

賣主有交付標的物之義務。同時買主有領受買得物之義務。申言之。賣主於正常之時期處所交付適合契約標的之物時。買主不能不領受也。若應領受而不領受。是爲領受遲延。領受遲延之買主。須買主負之。五二五條  
二項參照

買主有領受買得物之義務。其結果(一)關於承任其物之費用。歸買主擔負。(二)就不動產以登記爲權利移轉要件。買主即有領受移轉之義務。故關於登記費用。亦由買主擔負。(三)向履行處所之送付費用。事屬賣主交付義務。雖由賣主擔負。六然履行處所以外之運送費用。宜歸買主擔負之。六百  
(四)惟上述各項係隨意規定。苟當事人特表意思或別有習慣。自不適用也。六百

### 第三款 買賣之解除

買賣解除大別爲三。即因特約之解除。因不履行之解除。及買回是也。析述之。

#### 第一項 因特約之解除

此又分三種。

- (一) 解除條件。買賣附有解除條件。一旦條件成就。自後買賣即失效力。詳見總則編。
- (二) 解除權之留保。買賣當事人有絕無條件留保解除權者。則無論何時。當事人行使此權。買賣即失效力。亦有附始期或停止條件留保解除權者。則當始期到達或條件成就。行使此權。買賣亦即失效力。以不履行爲條件者。並屬下款因不履行之解除中。亦已詳契約總論。五五一條五九七條但書

#### 第二項 因不履行之解除

因不履行而解除買賣。或據五三七條一項法律規定解除之。但賣主已履行契約並許買主緩付價金。則買賣不得解除。五九七條或據五五二條法律規定解除之。或約定以不履行爲條件而解除之。五五一條亦已詳契約總論。

#### 第三項 買回

##### 第一目 總論

買回云者。據買賣當時特約。以賣主意思解除契約也。買回規定。各國不一。或以真正買回之意義。

設買回規定。其義謂原賣買並不解除。不過由買主復將所買之物賣予賣主。德國民法。四九七條至五〇二條。即據此義。買回爲特種賣買之一。惟據此義。則契約有效無疑。正不必特設規定。我草案所謂買回不然。其效力在賣買之解除。實非真正買回之義。蓋真正買回賣買有二事。即第一賣買之賣主。復作第二賣買之買主。第一賣買之買主復作第二賣買之賣主。謂之買回可。謂之再賣買。亦無不可。茲所謂買回。則時將前此成立之原賣買從而解回之。申言之。即據賣買當時買回持約由賣主解除。賣買非有二事也。

買回之特約。果有必要乎。曰。蓋物之所有人。往往有賣物非其本願。因急需金錢。故不得不賣。然期以數月數年後。或尙有得金之希望者。附以買回特約。則屆時即得償還原價。解回賣買以取回原物。此其事固較提議真正買回者（再賣買）爲確。且就不動產得登記買回特約。以對抗第三人。尤爲較有力也。（六一三條）（五四四條）

**疏** 單純留保解除權當事人間有效。已耳。若不動產。附有買回契約。經登記後。則可對抗第三人。殊有實益。

買回之利如此。然弊亦頗多。蓋賣主買回權。爲一日尙存。則買主所有權。即常虞或失。孰肯投鉅資以圖改良者。且即欲處置其權利。然第三人亦將慮賣主之買回。又孰肯輕易讓受之者。改良無望。融通極難。則經濟上受害多矣。欲盡利而祛弊。法乃設條件以限制之。

**疏** 一經登記具有對抗第三人效力。則買受者須承認前主之義務。未能永保其所有權。孰肯買受耶。

## 第二目 買回特約之要件

買回特約亦係一種契約。故契約一般通則自可適用。本目所論則其特別要件也。析述之。

(一) 買回無分動產不動產乎。買回特約各國立法例有僅限不動產者。但我草案規定不論動產不動產均得訂買回特約。然實則不動產買回特約可藉登記方法對抗第三人。其效力固較保留解除權為確。五四四條參照若夫動產則其權利因交付而移轉。為買主者一日賣却交付第三人。第三人得即時取得權利。一二七條縱有買回特約終歸有名無實。其效力與僅保留解除權者無甚差異。立法上固有討論之餘地也。八條

(二) 須與買賣契約同時行之。法許買回特約謂其有必要也。若買賣訂約當時未定特約則其不必要可知。况一旦單純買賣契約成立以後(附有解除條件者固當別論)其權利已移轉買主。若復許賣主對買主再定買回特約解除原買賣。使其效力溯及既往。謂買主恰如未得權利。賣主恰如未失權利。豈法理所許乎。

(三) 儘買主所付價金與契約費用返還之。即賣主行買回權時其應返還買主之價金及費用不必逾前此受自買主之數。且不許逾前此受自買主之數也。惟價金之利息與買主就賣標標的所受收之利益。苟無特別意思表示。即使其互相抵銷以期簡捷。六〇八條二項

**附** 按重利審判立法上雖設有限制之規定(參照草案三三一條)然當事人不無巧避之術例如甲貸款與乙年取百分之二十之利息以五年為清償期欲避三三一條規定乃使乙賣房與已價千元之賣五年以二千元買回之類如其結

果與按百分二十取息同故法律規定儘買主所付價金與契約費用迥遠之言儘者示不得增減之意所以杜上述之脫法行為也

(四) 期間。買回既不無弊害。故法必限制其行使期間。據草案則定(一)當事人未約定期間。須於特約後五年內行使之。(二)若當事人已定期間。則從其約定。惟就立法而論。當事人約定期間。亦須定有限制爲當。六一 二條

疏 期間過長則改良之專較少融通不易故宜限制之

(五) 不動產買回特約之登記。買回特約。以祇生債權的效力爲原則。然就不動產買回特約。苟於訂約時登記之。則行使買回權。對第三人亦生效力。(所謂第三人)凡向買主更受不動產人。如受贈人取得地上權永佃權地役權抵押權質權等人及使用借主賃借主等皆是。

賃借主既係第三人。賣主得以買回權對抗之固也。雖然。不動產爲物。苟在不目使用者。不抵賃貸於他人。今賣主既有權買回。而行使買回權後。賃借主權利即歸消滅。則孰肯賃借不動產者。且即令賃借之度必利其極廉之借賃。不然又孰肯者。此公私交失之道也。欲祛此弊。惟有使賃借主於賣主買回後一年內。得以賃借權。對抗賣主。此六一三條三項所規定也。但(一)賃借主權利。非經登記。亦不得對抗第三人。六七九 條參照故欲以賃借權。對抗賣主。必以既行登記者爲限。(二)若賃貸借出於害賣主之目的。則亦不得以賃借權對抗之。

疏 賃借權之對抗以一年爲限者。因期間過長。無異限制買回權之行使。有此一年之期間。借主可從容句租他不動產。無不便也。又賃借權本爲債權。一經登記。即有物權之效力。又賃貸借是否出於害賣主之目的。訴訟上由賣主負立證之

第三目 買回特約之效力

買回特約效力。分左開各端。

(一)對於第三人之效力。不動產之買回特約。苟與賣買契約同時登記之。則對第三人亦生效力。惟善意且已行登記之賃借主。得限一年內。對抗買回權之行使。前既述之。

(二)實行買回之方法。買回特約性質。不外賣買契約之解除。故行使方法。可適用解除通則。苟在期間以內。應向相對人以表示意思。然草案規定。則猶有進於此。與普通解除權不同者。即賣主欲實行買回。必須預行提出價金及契約之費用是也。蓋不如是。則無買回之實力者。將有舞弊之餘地也。六。六。

疏 提出價金即實有現款之謂與通常解除契約可僅表示意思即生效力者不同

(三)買主之義務。賣主既適法行使買回權。買主即須交付買賣之標的物。並其附屬物。至其所得收益。則苟未特表意思。即視為與價金利息抵銷。前既述之。

買主既有交付標的物之義務。故苟因歸責於買主之事由。致原標的物不能交付或顯有變更。則賣主因此所生之損害。買主須任賠償。六百十條

又行使買回權。前因買主將賣買標的物處置或自餘各種處分。致生第三人之權利時。買主須

將此權利除去之一條。六一

**附** 買主以該物質於他人其除去之法如另買他物是

(四) 債權人之間接訴訟權。六一 凡賣主之債權人欲行使間接訴訟權。三九 即代賣主行使買回權時。

買主得從買賣標的物現時價額中扣除賣主應返還於己之金額。以其餘額清償賣主之債務。若尚有餘剩得返還於賣主。而消滅其買回權。而上述價額買主得聲請審判衙門定之。

蓋買回權乃一種財產權。故賣主之債權人得行使間接訴訟權也。此在賣買原價較廉者。一旦買回之。復以相當價格出賣。其間自不無餘剩得充債務之償還。故債權人恒欲行使間接訴訟權。代行買回。又人情也。然平心察之。債權人所以行使此權。無非欲受清償。則苟有術焉。俾債權人得達其受償之目的。此間接訴訟權固無俟實行也。故我草案亦使買主得據右開方法消滅買回權。

**附** 如甲賣房於乙價一萬元附有買回契約而甲欠丙五千元後房房屋價漲至萬六千元丙本於間接訴訟權之原則得代甲向乙行使買回權乙可扣除原價萬元以五千元付丙代甲消滅債務再以餘額千元付甲其買回權亦即消滅若價值協議不調可聲請審判衙門定之

(五) 買主或轉得人之費用請求權。六〇 九條六項 賣權行使買回權要不可使人受損。故買主或轉得人

實際從買主取得人所有權者居多。當占有買回標的物間。苟支出費用。賣主於行使買回權前。須分別償還之。即(一) 保存費及自餘必要費用須全數償還。

(二)改良費及自餘有益費則限其因此增加之價格現行者。賣主須償還其增加額是也。

第四目 不動產共有人中一人附買回特約賣出其持分時 六一五條

不動產共有人中一人附買回特約讓交其持分於他人時。嗣後仍得行使買回權。回復其持分。再作共有人固也。雖然共有關。係凡屬共有人。無論何時。得請求廢止之。故共有之不動產。苟於行使買回權以前。(一)因共有廢止。共有人間已儘現物分割。(二)或共有人不分割現物。拍賣其標的物。而分割價金。則賣主尙得行使買回權。回復其權利否乎。又苟欲行使買回權。須用若何方法乎。我草案爰設規定以解決之。

〔疏〕共有制度各共有人每不肯發揮其利已心於社會經濟不利故法使各共有人得隨時請求分割

(一)不動產已歸分割或已付拍賣時。則賣主得就買主已受或應受之部分。就分或價金。就拍賣得行使買回權。申言之。此買主已受或應受之部分或價金。乃賣主買回權之標的也。

〔疏〕如甲乙共有一房屋應有部分各半乙以其應有部分賣與丙價八十元變為甲丙之共有物甲請求分割拍賣後價得二百元甲丙各百元乙行使買回權則買回權之標的物為百元之價金即以八十元買回者百元也

(二)買主作不動產拍賣人時。共有不動產。既付拍賣以後。若由買主以外之共有人或第三人。拍賣之。取得其完全所有權。則賣主祇能據前項規定。行使買回權。已不能就其持分原狀買回之。固無俟言。但買主自行拍賣共有不動產。取得其所有權時。則賣主之買回權如何。曰此須分自餘共有人請求分割。與買主自請求分割。二端言之。

(甲)買主自請求分割之時。則賣主得從其選擇。(一)或僅就其目已持分買回之。回復其持分。(二)或照繳拍賣價金及六〇九條所定費用。買回全部。取得其全部所有權蓋。(一)買主就前此買得持分。原須受賣主買回權之行使。(二)又雖無就拍賣所得不動產全部受買回權行使之義務。然共有制度。利少害多。公並上無甚足取。則苟有化共有為專有之機會。法固將竭力矯正之也。

**附**如前例買主內自行提議分割且自為拍買人若僅使賣主就價金行使買回權是獎勵豪強兼併之風殊屬不當故使  
**附**乙自行選擇買回持分可也其回價金亦可也買回持分則仍為共有故就此標之物之權利狀態言之可分為四期一  
 甲乙共有時期二甲丙共有時期三甲獨有時四乙丙共有時期是也若甲欲買回全部則甲本係該土地之舊主使之取得亦符法律此時就標之物之權利狀態言之亦可分為四期一甲乙共有時期二甲丙共有時期三甲獨有時四乙獨有時是也

(乙)自餘共有人請求分割之時。則賣主即不得專就其持分買回。籍欲買回。必須買回其全部。蓋分割請求出自買主之外之共有人。而賣主從而拍買之。若猶責以還賣持分之義務。既失之苛。且若使共有狀態復活。亦甚非計也。

**附**如前例甲請求分割丙為拍買人此時丙已處於若三人之位地不適法為尊重乙之買回權起見許歸乙獨有耳不宜  
 再使變為共有以生當事人間之複雜關係且致不利於社會經濟也此時就標之物之權利狀態言之可分為四期一  
 甲乙共有時期二甲丙共有時期  
 三甲獨有時四乙獨有時

第三節 互易六二

第一款 互易之性質

互易云者。當事人互約移轉金錢所有權以外財產權之契約也。析述之。

〔圖〕實物經濟時代抱布買絲以羊易牛皆互易也至貨幣經濟時代金錢爲交易之媒介物買賣與互易之事日少矣

(一)互易乃契約也。互易爲契約之一。且係諸成契約。不要式契約。有價契約。雙務契約。殆與買賣無殊。

(二)互易當事人互約移轉金錢以外財產之契約也。

廣義釋互易。則交易大半皆互易也。特自貨幣通用。既著貨幣與他物之互易。特稱作賣買。自餘之互易。始稱互易(狹義)。今世各國法律。以賣買實用最多。規定特詳。而狹義之互易。大抵準用賣買規定。我草案亦然。

〔圖〕金錢不作貨幣使用本如以大觀錢易一物是若嚴格言之亦互易也

### 第二款 補足金

互易之際。當事人一造所給付。恆與他造所給付不相等。由當事人補足金錢。以充其差額者。稱補足金。此種契約。屬互易抑屬賣買。議謂不一。或有以補足金數逾互易物價格者。爲賣買。然苟如此說。則設補足金數與互易物價格適相等。仍無以解決之。我草案仍認作互易。規定於互易章。而此項金錢。則準用賣買價金規定。例如五九五條價金利息規定。補足金即可適用也。

〔圖〕視補價爲買賣之說殊不可通如甲以皮袍易乙之棉袍乙出補足金五元而棉袍值十元皮袍值十五元則作爲互易若棉袍值四元則爲賣買不應因補足金之數額變其性質且補足金若與棉袍價等更將何處耶不如草案之規定當爲

第四節 贈與

第一款 與之性質六二二條

贈與云者。當事人一造無償界自己財產予相對人。相對人允受之之契約也。試析述之。

(一) 贈與乃契約也。贈與非單獨行為。須由贈與人與受贈人之意思表示合致。即一方行贈與而相對人允受之而成。或謂受贈人對於贈與有益而無損。不必問其允否。使徑享贈與利益。殆無不可。此不然。人苟不願受贈。詎可以受贈強之。况受贈人未表意思。遽於不知不識中。取得財產權。又豈理之正哉。

〔疏〕却而不受贈與。乃不成立。故須有承諾也。

(二) 贈與乃當事人一造界自己財產予相對人（即受贈者）贈與之作用。不外贈與人將其物之所有權或自餘財產權。界受贈人使之取得權利。故贈與契約之成立。贈與人資產。必將減去若干。不然。雖界予利益。而非自己資產中出捐者。非贈與也。故如當事人一造對相對人。願供各種勞役。或將其土地家屋及自餘動產。無償供其使用。或債權人對債務人免除其債務等。皆不得謂之贈與。

〔疏〕免除債務。不過使之不履行義務耳。非從債權人財產中現時減去若干也。故非贈與。

(三) 贈與必須無償。即贈與人界予財產於相對人。須絕無交換某種利益之性質。若稍含交換利

益性質。即使予者所受利益較其所供者極微。相對人所受利益較其所出者為大。亦不得以贈與目之。蓋贈與特質。係純然之示恩。非僥倖以弋利。與買賣互易不同在此。

## 第二款 贈與之種類

贈與可據各種標準。分為數額。

(一) 單純贈與。即通常之贈與。不附有條件期限或負擔。

(二) 附條件贈與。贈與成否繫於某種條件。曰附停止條件贈與。贈與之解除。繫於某種條件者。曰附解除條件贈與。

(三) 附期限贈與。贈與定其發生效力之期限者。曰附始期贈與。又定其失效力之期限者。曰附終期贈與。彼所謂死因贈與。贈與人死亡時。始生效力者。即屬附始期贈與之一。

(四) 定期迴環的贈與。即財產之定期繼續的。無償給附也。無償給付。約永久繼續者。曰無期贈與。如無償設定之永久年金。反是。無償給付。限以時期者。曰有期贈與。如以當事人成第三人死亡為止之無償終身定期金。無期贈與。第六二五條。有特別規定。終身定期金。本編第十六節詳之。

〔疏〕如甲約年贈乙百圓以十年為期。為有期贈與。未定期限為無期贈與。皆定期迴環贈與也。及身而止者。不至影響於繼承人也。

(五) 附擔負贈與。即贈與人對受贈人行贈與。同時為己第三人或公益。使受贈人負某種給付之義務也。附擔負贈與之性質。學說立法例不一。然擔負決非條件。理蓋無疑。何則。附擔負贈與。最

初已成爲贈與。發生效力。非如附條件債務。當條件未成就前。其效力須停止也。又附負擔贈與。驟觀之。雖有似買賣等之雙務契約。實亦不然。贈與與負擔。非如買賣等雙務契約。一方義務。作地方對價。申言之。卽非對待互換之性質。乃主從牽屬之關係。贈與主也。負擔從也。不過附帶贈與契約之一種約款耳。故據理爲衡。荷贈與契約不成立。負擔當然消滅。而負擔消滅。決無害贈與之成立。例如贈與契約不成立時。或因不可歸責贈與人事由。致不能履行時。贈與人免義務。同時受贈人亦得免擔負。反是若關於負擔之契約之成立。或其履行不能。則受贈人雖免負擔。贈與人決非當然免其義務也。

**附** 如因贈與人所定之契約出於被脅迫致其行爲被撤銷或所贈與之物爲禁制品致其行爲無效時受贈人之義務亦當然免除

### 第三款 贈與之成立

昔多以贈與爲要式契約。謂贈與人行贈與大抵有損無益。且關於承繼人利害尤大。故定爲要式俾可鄭重出之。雖然。各種贈與均須方式。則不便滋甚。此近世法律思想所不容也。草案爰矯其弊。據六二二條。凡贈與因當事人一造表示意思。相對人允受之。卽生效力。云表示意思。明贈與爲諾成契約。此意思表示。不必有證書。蓋不要式契約也。惟據六二三條。又謂不用書據之贈與。各當事人得撤消之。故贈與苟無書據。尙無完全之效力。其結果苟當事人欲期效力完全。非仍用書據不可。是直以矛盾。接諸贈與所以不要式之理論。未能一貫。立法上不無可議也。

#### 第四款 贈與之效力

贈與效力。雖宜適用於契約通則。然平心論之。贈與乃贈與人示恩之舉。彼固無所利於其間。受贈人雖爲債權人。究不得與他債權人同視。故法律減輕贈與人之責任。以保護之。亦持平之道也。試據草案規定。述如左。

(第一) 贈與人祇因故意或重大過失所生之事項負其責任。故如特定保管義務之通則。三三五條參照  
贈與人可不用也。

(第二) 贈與人不必支付因遲延所生之利息。日三七一條參照

(第三) 贈與人應擔負保責任否乎。就理而論。贈與人既負使受贈人作財產主體之義務。其地位與買賣契約之賣主無殊。則苟其贈與標之物之權利有欠缺。或贈與標之物有瑕疵。致受贈人不能享受贈與財產利益。亦宜比照賣主擔保義務規定。負其責任。然贈與人究係無償供財產於他人。故其擔保義務。有不可與賣主同日論者。析述之。

(一) 贈與人以不負權利有欠缺及標之物瑕疵之擔保義務爲原則。但有例外可言。

(1) 當事人間特約有擔保義務。

(2) 贈與人於贈與當時。故意隱蔽權利之欠缺及標之物瑕疵。不告知受贈人。則受贈人因之所生之損害。須償之。但此時受贈人若亦已知權利或標之物有瑕疵。則復一般原則。宜使贈

與人免其責任。五六三條  
二項參照

(二) 附擔負贈與之贈與人擔保義務。六三析述如左。

(1) 因贈與標的之權利或物有瑕疵。受贈人所應受利益之價格。不及其擔負實行之必要費用額者。自非贈與人賠償其因瑕疵所生之不足額。受贈人得拒絕擔負之實行。

(2) 受贈人不知權利或物之瑕疵。已實行擔負者。其超過受益價格之費用。對贈與人得請賠償。

**例** 如甲約贈乙皮衣一襲。乙轉贈丙十元。即負擔附贈與也。乃皮衣蛀破僅值四元。則乙因受贈須賠六元。法愛許乙向甲求償六元之損害。在未賠償以前。乙可拒絕支付。若已經支付。丙仍可向甲求償六元之損害。

第五款 特種之贈與

第一項 附擔負贈與

附擔負贈與。其目的仍以受贈人所應受利益為主。所擔負為從。各國立法例中。雖有以附負擔贈與。視等雙務契約者。然我草案仿德國民法。不採用之。故其效力自不能適用雙務契約規定。試析述其結果。

**例** 雙務契約以同時履行之抗辯為其內容。附負擔贈與。則與此觀念不合。以二者為主從之關係故也。

(一) 附擔負之贈與人若自己已為給付。方得向受贈人請求擔負之實行。彼雙務契約同時履行之抗辯。五三  
六二九 贈與人不得主張之。條一項 抑擔負之實行。有以贈與人自己或第三人利益為目的者。

亦有以公益爲目的者。以贈與人自己或第三人利益爲目的。即使贈與人死亡。其承繼人得請求擔負。固無俟論。然以公益爲目的者。萬一贈與人死亡。惟有使主管官署命受贈人實行擔負。不唯全公益。亦以防爭議也。六二九 二條項

**附** 附擔負贈與有三種情形：(一)爲贈與人利益者；(二)爲第三人利益者；(三)爲公益者。

(二)受贈人不實行擔負時。六三此在雙務契約即是不履行。即是解除要件成立。五三六 一條一項相對人得將契約解除。雖然附擔負贈與爲主從性質。非互換性質。故其結果

(1)受贈人雖不實行擔負。然贈與人不得行使解除權。

(2)贈與人祇能依不當利得規定。於實行擔負所需費用之限度請求返還贈與物。

**附** 如甲贈米百石與乙。共值千元。使爲已服勞一月。乙不服勞。致甲損失百元。則甲仍應交付贈品。惟對乙可請求返還價百元之米十石耳。

(3)若第三人有請求擔負實行之權利時。則爲保第三人利益計。贈與人並不得照前項所定請求返還贈與物。

**附** 第三人既允受利益。若贈與人仍可請求返還贈與物。是害及第三人利益也。

第二項 定期贈與六三 五條

定期給付之贈與。苟當事人定有終期。贈與自屆期而失效。然若當事人未定期限。則贈與效力。何時終結。法不可無規定。以解決之。據我草案定期給付之贈與。因贈與人或受贈人死亡而失效。此

不外推測當事人意。思蓋苟無特別意思表示。則此種定期贈與。贈與人本率願本身負責。不願羈束其繼承人。且贈與人示恩之舉。大抵見好於相對人本身。未必並及其繼承人也。

**附**人之財產狀況無常者。因一時之感情累及子孫承負義務。不當殊甚。又贈與為示恩之舉。亦應及受贈人一身為止也。

### 第五節 使用貸貸借

貸借云者。從借主方面觀之。乃當事人一造。借主負返還義務。從相對人（貸主）受物之交付。有償或無償。得使用收益之法律關係。從貸主方面觀之。乃當事人一造。貸主交付物予相對人。借主使負返還義務。得使用收益之法律關係也。均是貸借之中。有標的物代替物貸主移轉其所有權予借主。使借主擔負還同種物之義務者。稱消費貸借。又有標的係特定物。貸主不移轉其所有權予借主。僅移轉其占有。使借主負還原物之義務。許其無償得使用收益者。稱使用貸借。若出於有償者。則稱質貸借。而質貸借之中。又有使用質貸借利益質貸借之別。試據草案規定先述使用質貸借。

**附**古代法制供給勞務亦貸借之一種。現今所謂貸借以標的物係有體物為限。又貸借有使用而不兼收益者。無收益而不兼使用者。前者如租房居住。是後者如租地耕種。是。

### 第一款 使用質貸借之性質六三

使用質貸借云者。當事人一造。約以某物貸予相對人。使用相對人。約支付質費之契約也。析述之。

**附**不動產之使用質貸借如租房居住。是。動產之使用質貸借如質喜驢。係。是。

(一) 使用貸貸借乃契約也。使用貸貸借。(一) 原則爲不要式契約。(二) 不必以支付標的物爲成立要件。乃諾成契約。非實成契約。與使用貸借不同。(三) 且其性質屬有償。(四) 並屬雙務。又與使用貸借不同。

**附** 習慣上有作爲要式契約者如租房之房租是又要件與效力不同此種契約之成立祇雙方合意即可至於移轉物之占有乃其效力也此點與使用貸借無償消費貸借之屬於實成契約者不同

(二) 使用貸貸借。乃貸貸主約使貸借主就某物使用之契約也。使用貸貸借之貸主。不僅如使用貸借。祇將物之使用權委諸借主。僅負不妨害之消極的債務已足。尙須進而負積極的債務。使貸借主得就物完全使用。故遇有必需之設備。須由貸貸主任之。此如家屋貸貸主之修繕義務。所由來也。

**附** 如房東不但使房客居住房屋且須使其便於居住此積極義務也若無償之使用貸借則借主祇消極不妨止其使用已耳不負積極之義務此固有償無償不同故也

使用貸貸主與次節所述之利益貸貸主並稱作貸貸主。貸貸主負使貸借主得行使用或而使用而收益之債務。故貸借主卽有請求其使用或而使用而收益之權利。稱曰貸借權。貸借權性質。有謂爲物權者。有謂宜屬債權者。平心論之。債借權雖似直接行乎物之上。貸借主得就標的物直接使用或而使用而收益。似與物權關係爲近。然實則貸貸主對貸借主。非僅如物權關係。僅負一種不作爲(消極的不妨害)之債務。並負有使貸借主得使用或而使用而收益之積極的給付。彼貸借主所以得使用收益。實不外貸貸主履行其積極的債務之結果。故就貸貸借直接所生之當事人權利關

係論之。乃債權關係。非物權關係。理甚明也。質借權中不動產質借權與地上權永佃權區別之要點亦即在此。性質既殊。效力亦異矣。

(三) 使用質貸借。乃使用質借主付質費之契約也。故使用質貸借。必屬有償。恰與使用質借必屬無償相反。

**附** 質金不以金錢爲限。但實際上以金錢爲多。

第二款 使用質貸借之成立 六三

使用質貸借。雖以不要式爲原則。然草案斟酌習慣。凡不動產之質貸借契約。苟存續期間逾一年者。須以書據爲之。庶權利關係較爲明確。所以防爭議也。惟即使不用書據。法律亦並不使之無效。不過視爲未定有存續期間。當事人得據六七一條規定隨時解約也。

**附** 不立書據則效力薄弱。故必以書據爲之方爲確實。

第三款 使用質貸借之效力

第一項 當事人間之效力

第一目 使用質貸主之義務(使用借貸主之權利)

使用質貸借契約成立之結果。質貸主即負使質借主得就物使用之債務。此實使用質貸主之主要義務。自餘義務。皆因茲而生。列舉如左。

(第一) 交付並保持之義務。六三 八條 賃借主得就物使用。必自受標酌物交付始。且必其受交付後。賃貸借存續中。常保其形狀者。方可達使用之目的。故賃貸主有交付適合約定使用形狀之標的物之義務。並於賃貸存續中。有保持其形狀之義務。殆無俟言。

(第二) 擔保義務。分標的物瑕疵與權利瑕疵述之。

(甲) 賃貸物瑕疵之擔保義務。據草案規定。分左開各端。

(一) 廢止減少約定使用之瑕疵。賃貸物交付於賃借主時。其恆存有此種瑕疵。或賃貸借存續中。其物生有此種瑕疵者。賃貸主得請求免付其廢止時間之賃費。或減付其減少時間之賃費。

(二) 特約所確保性質之瑕疵。賃貸物交付於賃借主時。其物存有此種瑕疵。或賃貸借存續中。其物生有此種瑕疵者。賃借主亦得行使上述權利。

**附** 訂約與交付同時則重在交付當時交付在訂約之後。則訂約當時與交付後各為一段。應分別觀察。

(三) 若右開瑕疵。於訂約時已存在者。或嗣後發生。因歸責於賃貸主事由者。則賃借主得從其選擇。甲) 或請求減免賃費。乙) 或請求不履行之損害賠償。

(四) 上述瑕疵。賃主有除去之義務。若猶延不除去。則(1) 賃借主不自行除去。於甲) 請求減免賃費外。乙) 得不請求減免。而請求不履行之損害賠償。(2) 若賃貸主自行除去者。並得求償必要

之費用。

**疏**如房屋院落低窪雨水不能宣洩鋪墊使高此必過費也若敷以洋灰則非必要費矣

(五) 賃借主於訂約時已知賃貸物有瑕疵者無右開擔保權。

(六) 賃借主於訂約時因重大過失不知廢止或減少約定使用之瑕疵者或於領受當時知其瑕疵而領受之者亦無右開擔保權。但(1)若賃貸主已確保其瑕疵(2)或故意隱蔽瑕疵不告知(3)或賃貸借主於訂約時或受領時保留擔保權者則仍得主張之。

(七) 無擔保之特約。使用賃貸當事人間苟就賃貸主之賃貸物瑕疵責任特約免除之或限制之固無不可。惟賃貸主故意不告知之瑕疵雖有特約仍屬無效。其理與賣主無擔保特約無殊也。

乙 賃貸物之權利瑕疵擔保義務。<sup>六四</sup> 賃借主因第三人之權利不能就賃借物為約定之使用者可比照右開瑕疵擔保規定使賃貸主負其責任。惟賃借物上第三人權利賃借主恆無由知之且不易知之。若猶責賃借主負過失責任未免太苛。故六四一條二項規定此處賃借主不適用也。

**疏**如乙租內房屋居住若甲對於此房屋有質權則乙不能使用

(第三) 修繕義務。賃貸主對賃借主除負不妨害其使用之消極義務外。凡標的物毀損致賃借主

不能完全使用。貸貸主尙須於必要限度內，以自己費用修繕之。此貸貸主所負之積極義務，與

使用貸借貸主僅負消極義務者不同。六四四條一項

貸貸主既負修繕義務，故凡關於保存該物所必要之行為，可不問貸借主意思如何，得徑自行

之。貸借主不得拒之。其惟貸貸主反乎貸借主意思，欲行保存行為，致貸借主因是不能達貸借

之目的，則固不能強貸借主以所難。法爰許貸借主得將契約解除之。六四四條

**疏**如房屋棟折非數十日不能竣工而房客於此期內結婚須另租他房則不能強使續租也

(第四) 承任擔負之義務。六四四條 貸貸物有各項擔負，如租稅等其重者也。貸貸主雖將其物許賃

借主使用，然所有權仍屬自己，故當事人苟無特約，理宜使貸貸主任之。

(第五) 償還費用之義務。六四七條 此因費用性質而不同。

(甲) 必要費。貸借主苟就賃借物支出應屬貸貸主負擔之必要費用，賃借主須儘數償還，惟賃

借物若係動物，則賃飼養費，為賃借主所預期，雖屬必要費之一，應歸賃借主擔負之。

**疏**必要費如墊付之地租房租等是動物飼養費如飼馬之草料費是

(乙) 有益費。貸借主祇償還其現存之增加價格已足，惟附添於賃借物之工作物，其設置費用

雖亦屬有益費，然賃借主得於無害貸貸主利益之範圍內，不求償費用，將該工作物收去之。此

兩利之道也。

〔疏〕如變紙窗為玻璃窗。或去玻璃於窗無傷原無不可。若原為磚地。改變洋灰。即除去洋灰。尚須數磚。以符回復原狀之旨。至奢靡費借主當然不得求償。無須明文規定之。

(丙) 借貸主之費用償還請求權及丁 作物收回權。須於借貸借關係終止後一年內行使之。逾期不行使其權利即當消滅。六七

### 第二目 使用借貸借主之義務(使用借貸主之權利)

使用借貸人之義務。分左開各端。

(第一) 支付實費之義務。此為借貸借主之主要義務。析述之。

(甲) 實費之性質。六四 實費通常以金錢充之。然不以金錢為限。要其性質不外借貸主使用借物之對價。法既責實貸主以各種義務。俾借貸主得適合約定使用。即不得不向借貸主以完全支付約定實費責之。故借貸主即使因疾病及自餘一身上事由。致不能使用借物。然其物固在無時不可使用之形狀。自不得拒付實費也。

實費雖以不得拒付為原則。但

(1) 因借物之不使用。而借貸主得節省費用時。此消極的所節費用額。本屬借貸主應支出者。即本屬借貸主應取得者。借貸主可從實費中扣除之。

〔疏〕甲租乙房屋三十間。月租三十元。因奢靡未至。僅就五間居住。餘房空閒。然與乙無益。故仍須全付租金。若乙因其房空閒。費作自己存物之用。則是貸主節省費用。否則須另租他房。堆放。則甲僅付五元可也。

(2) 因借貸主不使用。而借貸主依他種方法使用對價。而取得利益時。無論由借貸主親自使用。

消極的取得利益。(或以隨時使質借主得使用之形狀)更使第三人使用。積極的取得利益。此所得利益額。本屬質借益應取得者。即本屬質貸主不應取得者。質借主亦可從質費中扣除之。

〔疏〕如甲質乙之自動車使用一月租金三百圓。每口須費電油三圓。中間十日未使用甲可扣除三十圓。僅付乙二百七十圓可也。若乙因甲十日未使用。質於丙五日得租五十圓。即是乙積極取得利益。若自行乘用五日。為消極取得利益。則甲將此五十圓扣除之。

(3) 質貸主使第三人使用質借物。竟致質借主不能使用該物時。此在得隨時解除之質主借。即成契約解除。然在不得隨時解除之質主借。則質借主就其不能使用之程度。無須將質費支付之。

〔疏〕如雇車以計者某日未經使用。即扣除該日之賃金。

(乙) 支付之時期。六四。質用質費之支付時期。可由當事人約定。惟當事人未有約定時。須從左開準則。即(1) 動產房屋及屋基。須於每月末日支付。(2) 其餘土地。須於每年末日支付是也。

〔疏〕動產之期應須不動產之期。應長又農事有收穫節季。故以年終為期。又北京習領房租於每月份開始時支付。且多載我房屋即特約之例也。

(丙) 不支付之結果。六五。質借主不支付質費全部或一部。繼續至二期者。質貸主得聲明解約。惟尚有左開限制。即

(一) 質借主於受解除之聲明前。交清質費者。則解約聲明權。即行消滅。

〔疏〕非對話人間之意思表示。既深受信主義。故解除亦須於借主受通知後。方生效力。若於貸主發通知後。未到達前。借主支付質金者。不得以解除契約論。

(二) 貸借主於受解約聲明前已得因抵銷而免其債務者。若於受聲明後。速為抵銷。則解約之聲明無效也。

〔例〕如應於每月開始支付則一月為一期。須繼續二月不支付方可解約。若一月份未支付。二月份支付。三月份未支付。則非繼續即不得解約也。

(第二) 關於使用之義務。貸借主使用貸借物。必須依契約所定用法。申言之。依約定用法之使用。一方屬貸借主之義務。同時成其權利之內容也。

(乙) 貸借主依約定用法使用貸借物。致該物變更或毀損者。則為行使權利之當然結果。貸借主不任其責。六五條

〔例〕如質席搭天棚。因雨露致質變色。即行使權利當然之結果也。

(乙) 貸借主不依約定用法使用貸借物。則(一) 貸借主得阻止之。(二) 雖經阻止。仍不依約定用法使用。貸借主不提起停止貸借物使用之訴。六五條

〔例〕如因駕車而質馬。乃以之供耕地之用。則為不依約定用法使用之例。停止使用之訴。至不違約使用為止。原約仍不解除。

(丙) 貸借主或由貸借主許其使用貸借物之人。雖經阻止。仍不依約定使用。致顯然侵害貸借主權利時。其最重者。如委付權限外之使用。予第三人。或怠於貸借主應行負擔之注意。使貸借物顯有危險時。則貸借主得聲明解約。六五條

(第三) 通知之義務。借貸主遇左開情形。須負通知貸借主義務。



借主。新生別種貸借關係也。故。

(1) 質借主與轉借人間。宜各從契約所定享權利負義務。固無俟言。

(2) 質借主與貸貸主間。前此貸貸借關係。依然存續。即使轉借人有使用質貸物之過失。超過程度使用轉借物。仍宜由質借主對貸貸主負責。蓋不如是。不足保護質貸主利益也。

轉借人之違法使用。本於轉借人與質借主約定者。固由質借主負責。而非本於約定者。亦須由質借主負責。不過質借主可向轉借人求償耳。

(乙) 讓交質借權。質借主適法讓交質借權以後。則據債權讓交原則。讓受人即承繼讓交人地位。作質借主。支付質費義務。此後質貸借關係。遂存續於質貸主與讓受人間。讓受人即前質借主。遂與質借關係無涉。此自明之理也。

(第五) 歸還質借物之義務。六六一條 質借主於質貸借存續中。須以善良管理人注意。保管質借物。一旦關係終結。即須將質借物歸還質貸主。殆無俟言。

質借主以質借物轉貸於第三人時。就理論言。質貸主對第三人。似不得直接請求歸還。然如此辦理。於實際頗多不便。故法使質貸主。並得直接對第三人請求之。

質借主若不履行以上義務。質貸主(一)得以損害賠償名。義請求支付質費。(二)若此外猶有損害。並得請求賠償。

**例** 如甲租乙房屋每月十元。約一月一日歸還。因甲交房租延半月。致乙與丙月租十五元之約。後至半月始能履行。少得二元。年可請求甲賠償七元五角也。

(第六) 不動產質貸主之法定質權。不動產質貸主對質借主雖有請求質費及自餘由質貸借所生之債權。然使僅據債權通則。其效力尙嫌薄弱。故各國立法例。有許其於質借主動產上主張先取特權。<sup>日三二</sup>或使其於質借主動產上有法定質權。<sup>德五五九</sup>以下。我草案亦許其有法定質權以保護之。凡不動產質貸主。就不動產質費及其他由質貸借關係所生之債權。於質借主動產上有質權。試析述之。

(甲) 法定質權之標的物。分土地及房屋言之。

**疏** 認有質權貸主為行使權利確實計得占有標的物認為先取特權則否故前者之效力較強

(1) 土地質貸主之質權。以左開動產為限。(一) 借貸主附於質貸借地上之動產。(二) 因利用土地而設建築物所附之動產。(三) 供土地利用之動產是也。

**疏** (一) 如戲操場設置之槓子木馬等。(二) 如戲操場設廠棚其中之槍架等。(三) 如刈草用之鋸鏈器具等

(2) 家屋質貸主之質權。於質借主附設於家屋之動產上有之。

**疏** 如床帳棹燈之類

(乙) 法定質權之範圍。不動產質借主雖有法定質權。然其債權得受擔保之範圍。仍有限制。即(一) 質費及自餘債權。以關於前期及本期者為限。(二) 損害賠償請求權。則以前期所生者為限。亦持平之道德應爾。

〔附〕自添債權如原約定房屋田借主修繕而借主坐視荒蕪致貸主自行管理其墊付之修理費是

貸貸主雖得於右開範圍內行使法定質權。然法爲體恤貸借主計。亦有免其行使之方法。分左二端。

(一) 貸借主得提出擔保以免質貸主主張質權。此就質貸主主張質權時而言。蓋既提出相當擔保。質貸主已無意外之損也。而在貸借主則有將其動產免受質權拘束之便。故法律許之。

(二) 貸借主得就已受質權拘束之各物中指定其物。儘其價格供擔保。而抽提其他各物。免受質權之行使。此又無損質貸主而有利質借主之道。德國民法五六二條定有明文。六六八條參照

〔附〕如質權標之物共十件中有值千元之古玩一件所欠租金不過八百元則儘此一件之資得金已足供清償之用可請求取還其餘九件也

(丙) 法定質權之消滅。其原因可析述如左。

(一) 善意第三人取得質權標之物之動產時。則因占有之效力。第三人當然取得權利。一二七條

爲擔保貸貸主債權之法定質權。自當因之消滅。

〔附〕如甲盜去質權標之物賣與乙之取得係平穩公然善意無過失者即依即時取得之原則取得所有權

(二) 貸借主從質借不動產上取出質權標之物之動產時。則法定質權亦因之消滅。六六六條一項惟尙有左開限制。

(1) 其取去須係貸貸主已知者。若乘貸貸主不知而取去。則貸借主即違背信用誠實。以害貸貸主利益。故法定質權並不消滅。且貸貸主得於知已取去後一月內。(一) 請求其歸還。仍附設於不動產。(二) 若貸借主已離去不動產時。請求其交付所取去之物。

(2) 其取去須係貸貸主無異議。故(一) 若貸貸主有異議。即不得取去之。(二) 有異議權之貸貸主。得不待審判上之保護。禁止借借主取去其質物。又若借借主已離去時得占有之。(三) 有異議而仍取去。則貸貸主亦得請求其歸還。仍附設於不動產。又若借借主已離去時。得請求其交付所取去之物。

貸貸主之異議權亦非漫無限制。蓋貸貸主固宜保護。而借借主亦應矜全。法律斟酌其間。(一) 借借主所取去之動產。若係適於業務之通常執行。或適於通常生活關係者。貸貸主無異議權。草案營業二字。範圍嫌廣。宜仍照德民法爲愈。六六六條二項  
六六六條

**附** 知教員之書包律師之制服針工之剪刀等。若用營業二字。則供握常用之物。皆包括在內。未免太寬矣。

(二) 所遺動產。已足充分供貸貸主之擔保者。則即使取去。在貸貸主無損。故亦無異議權。

**附** 如欠房租百元。房內存有古玩數千件。價值數千元。借借主僅持去一椅。不能主張異議。以其與貸貸主無傷也。

### 第二項 對於第二人之效力

貸貸借。乃貸借主與借借主間之債權關係。係貸貸借。祇能從其權利本旨。對貸貸主要求標的物使

用（或使用而收益）不能追隨標的物。對於質貸主以外之人，行使其權利固也。雖然因不得對抗故，則質貸主設將標的物所有權讓與於第三人，或設定物權予第三人，質借主即將滅失其權利。則質借主權利太形薄弱，質貸借不能盡其效用，而財產融通之機窒矣。草案有鑒於此，爰采多數立法例，就不動產質貸借（動產不在此例）設特別規定，即不動產質貸借，苟已登記者，則對於嗣後取得該不動產物權之第三人，亦有效力。是也。試就其效力析述之。

(甲)

**疏** 如無此保證借主之規定，則貸主一經特讓借主即須另租使用，不便甚，非所以保持交易之安全也。

不動產質貸主讓與不動產所有權予第三人時則。

(一) 第三人於享有所有權繼續中，對質借主代享有由質貸借所生之權利，並負擔由質貸借所生之義務。

**疏** 前者如將借主設定之擔保物交付於第三人，是後者如照原約由貸主負擔修繕之義務是。

(二) 不動產之質借主，若因履行義務已供有擔保者，取得不動產所有權之第三人，並可取得因擔保所生之權利。第三人既取得因擔保所生之權利，即須負返還擔保之義務。但須以（一）現受擔保，或（二）雖未現受，而已對質貸主承任償還者為限。不然則否。故質借主得向質貸主請求將其已受擔保交付於第三人。

(三) 第三人對於質借主若不履行由質貸借所生之義務，第三人固須賠償損害，而此項賠償義務

務。貸主應負保證人之責。

**疏** 因貸主與借主之關係發生在前借主與第三人之關係乃本於貸主之行爲而發生者使貸主負保證人之責非苛也

(乙) 不動產貸貸就不動產設定物權予第三人時。此又分二種。

(一) 所設定之物權。有侵奪貸借主使用權之效力者。(如地上權)此時貸借主對第三人得比照取得所有權之第三人對抗其權利之行使。可參觀右開二端。

**疏** 他物權之性質有足減滅貸借權之效用者如甲租乙之空地作體操場以二年爲期後乙就此土地設定地上權與丙爲期二十年則在同一土地之上甲丙之行使權利不能兩全則丙當甲之貸借權存續中不得行使權利

(二) 所設定之物權。僅有制限。貸借主使用權之效力者。(如地役權是)則該物權取得人於不侵害貸借主使用權之限度。雖可行使權利。然涉及侵害貸借主使用權之行爲。卽宜停止行使。

**疏** 如前例甲設定通行地役權與丙內之通行與乙之行使權利無大妨礙除體操場外可自由通行也

(丙) 貸借借不動產。由第三取得人。更行讓交所有權或設定物權。可比照右述貸借主自行讓交或設定辦法。卽

(一) 第三取得人讓交其所有權時。則(1)新取得人代第三取得人有本於貸借所生之權利義務。(2)新取得人就貸借主前此提出之擔保。其權責關係。亦與第三取得人同。(3)新取得人若不履行由貸借所生之義務。仍應由貸借主對貸借主負保證人之責。與第三取得人不履行義務時。同蓋此時貸借關係。乃繼續於貸借主與貸借主間。既無使第三取得人對貸借主負保

證責任之理。法欲保護貸借主。爰仍責貸貸主負保證責任。不因第三取得人與新取得人而異。亦不得已也。

**附** 如甲以房屋貸與乙。更讓與於丙。丙為第三取得人。丙又讓與於丁。丁為新取得人。

(二) 第三取得人設定物權時。亦準用草案六條八三。貸貸主自行設定時之規定。可參照得之。

#### 第四款 使用貸借之終結

使用貸借終結有各種原因。析述於左。

##### 第一項 存續期間完滿

使用貸借。苟據契約或其目的。定有存續期間。則貸借因期間完滿而終結固也。六六九條然此特原則。尚有例外可言。

(第一) 當事人留保解約權利時。六七條即當訂約時。苟留保有一造或兩造得解約之權。則貸借雖定有期間。然有解除權之當事人。無論何時。仍得解約。此項貸借關係。一俟經過下開法定期間。即當終結。惟當事人苟特約有一經解約。即當終結之議。則貸借終結。並無須違下開法定期間。

**疏**

如今日表示解約之意思。明日即遷移。實際上困難殊多。故須遵守一定期間。

(第二) 當事人間更新貸借主。六七條當事人苟明示或默示更新貸借。則自後貸借關係。當

然存續。惟當事人間果否默示更新。除就實際情況決定外。法律特據普通經驗。設一推定之文。六七三條規定是也。據該條規定。可分要件與內容述之。

〔一〕如租房以五年為期。已經住四年。至第五年之初。又約定續租五年。則從約定時起算。為五年前後共計九年。

(甲) 默示更新之要件。法律推定當事人間有默示更新。必據左開事實。

(1) 前貸貸借期已滿。

〔二〕如租房以五年為期。須五年期滿之事實發生。方可推定為默示更新也。

(2) 貸借主猶繼續就貸借物使用。貸借主知其使用。均不於二星期內向相對人表示反對之意。

〔三〕房客不欲續住。必有覓新房之行為。房東不令續住。有催促遷居之行為。又或以二週為限。若恐期間短促。促忘其滿期。致未表示反對意思也。

(乙) 默示更新貸借之內容。推定與前此貸借同。惟其存續期間。若仍推定與前貸借一律。恐未合當事人普通意思。不如推定為期間未定之新貸借。以此方彼較有合也。

## 第二項 聲明解約

各當事人得聲明解約之處。分左開二端。

(一) 貸借未定期間者。則各當事人無論何時。得聲明解約。惟若絕對適用。則不豫期解約之相對人恆虞不利。法謀所以保護之。凡貸借不因提議解約。即告終結。必待法定期間完滿後。方生效。

果。而其期間。又視貸借標之物而殊。(一)土地一年。(二)建築物三月。(三)動產三日。

(二)貸借契約期間。逾二十年者。各當事人於二十年後。亦得據右開法定期間。聲明解約。蓋使用貸借。期間過長。拘束當事人過久。甚非公益上所利也。

貸借期間。有以貸貸主或賃借主終身為期者。此在當事人或亦有必要而出此。則右開規定。不適用之。

### 第三項 契約解除

賃貸為契約解除原因。除適用通則外。其特別法定解除原因不少。如賃貸主違賃貸主意。思行保存行為時之賃貸主。解約權。<sup>六四</sup>賃貸主違約使用。顯害賃貸主權利之賃貸主。解約權。<sup>六五</sup>賃借主不付賃費時之賃貸主。解約權。<sup>六五</sup>賃貸主擅行轉賃或讓交時之賃貸主。解約權等。<sup>六五</sup><sup>六六</sup>是也。

契約解除效力。據五四四條通則。在當事人間須互行回復原狀。蓋溯及既往者也。賃貸借主目的。一方在繼續對物使用。他方在定期受取賃費。若解除效力溯及既往。則賃貸主須將已受賃費。加息返還。賃借主須返還已得使用之利益。徒使當事人間關係錯雜。甚非計也。草案特設例外。賃貸主解除之效力。不溯既往。惟其契約因當事人一造過失。致受解除者。則因解除所生之損害。相對人仍不失求償權而已。<sup>七七</sup><sup>五條</sup>

第四項 貸貸主死亡 六七  
四條

貸貸主死亡。其繼承人有無須繼續前此貸貸借關係者。法爰許繼承人有聲明解約之權。惟其終結。須俟解約後。經過上文所述法定期間。反是。若貸貸主死亡。則繼承人當然繼承承貸貸主地位。不至因解約致成終結之原因也。

第五項 標的物滅失

標的物滅失。則貸貸借成立要件已缺。貸貸借關係自歸消滅。惟其滅失。苟出於可歸責當事人一造事由。當事人間尙有基於債務不履行之損害賠償問題。固無俟言。

第六節 用益貸貸借

第一款 用益貸貸借之性質

用益貸貸借云者。當事人一造約以某物或權利貸予相對人使用收益。相對人約支付費貸之契約也。析述之。

(一) 用益貸貸借。乃契約也。此與使貸借主無殊。

(二) 用益貸貸借。乃貸貸契約使貸借主就某物或權利使用收益之契約也。收益謂從普通經濟規則。收取可認作收入物之滋息。收益必與使用相伴。使用而兼收益。乃用益貸貸借之特色。與純然使用貸貸借不同。目的既異。須特殊規定者頗多。故草規倣德民法。設專節規定之。

〔疏〕用益貸借與使用借貸大致相同惟其目的。一在使用。一在使用而收益耳。

(三)用益貸借之借主須付實費。此亦與使用借貸無殊。

用益貸借。以使用收益為目的。收益必與使用相伴。故就其使用之點觀之。與使用借貸無規定殊異之理。草案爰明示其旨。百益貸借。當然準用使用借貸規定。惟關於收益。須特殊規定者。不在此列。本節所說。即此特殊規定也。六八

第二款 耕作地之貸借

耕作地貸借之特殊規定。分貸借主與賃借主兩端說之。

(一)賃借主之權利義務。析述如。

(一)修繕義務。六八。在使用借貸。賃物使用上必要之修繕義務。雖由賃借主負擔。六四。然耕作地貸借。賃借主得就地收益。故通常修繕及居住或農業用之房屋道路溝渠圍障等修繕。須以自己費用任之。

〔疏〕耕作地之修繕由借主任之較便以其日事經營注意較周也。

(二)關於耕作方法之義務。六八。耕作地賃借主非經賃借主承諾。則耕作土地凡使賃借後耕作方法受影響之變更。不得行之。所以保賃借主利益也。

〔疏〕如旱地不付變為水田耕。地不得改植竹木之類。

(三) 支付貸費之義務。六六 土地使用貸借之貸費。以雖每年末日支付爲通則。六四 然耕作收益大抵有收益時節。當事人有無特約。應於收穫時節後。從速支付之。八九

(四) 歸還之義務。六九 耕作地貸借主貸借借終。結後截至歸還土地時止。務使該地仍保持貸借期中續行普通耕作所生之狀況。以歸還之蓋保持耕作地生產狀況。所以全一國經濟之利。故歸還當時。苟已屆播種時期。亦不得以即須歸還。故意於播種。又此視使用貸借較進之點也。

○ 如歸還期五月一日而播種期在四月初旬逾期即失本年之收益。故願由借主按節季播種也。

法既以歸還保有生產形狀耕作地實借主。故歸還當時與耕作地尙未分離之滋息。實借主不得收取。實借主自後得收取之。而實借主遂取得不當之利。欲持其平。實借主得求償耕作之費用。惟其費用復限制。一、須適於普通耕作方法。二、不得超過將來所獲滋息之價格是也。六九

○ 如習慣上每畝歲施肥料人工費三元可得上稔。即令借主用至四元亦只可就三元。求償惟值貸主所得收益一元則只求償一元若貸主毫無所得即不得求償。

(五) 減付貸費請求權。六九 耕地貸借主。因不可抗力。其收益較少於貸費時。得請求減付貸費至收益額爲止。茲言不可抗力指不可抗拒事變如風雨霜雹水旱地震兵燹國家之處分等類而言。若因放火盜竊等第二人不法行爲所生災害。不在此例。蓋耕作地貸借主。大率係艱苦之佃

農一日遇不可抗力收穫銳減不謀救濟是蹙之死也。况在短期貸借損益尤未易相償。許其請減貸費。庶多數佃咸農受其賜。此不第與習慣有合。農業國家之立法政策尤應爾也。

德聯邦中關於農事保護法規定甚詳如雪雪保險畜疫保險等是又茲所謂減付貸費至收益額為止者如畝租二元借主施肥料人工費二元非收穫在四元以上無淨贏之可言若僅一元之收益則只交一元之租金可也

(六) 解除權。耕作地貸借主之解除權。草案有左開特殊規定。

(子) 因不可抗力收益較少於貸費。繼續至二年以上。則貸借主有解約權。此亦不外體恤佃農之意。

(丑) 未定期間之耕作地貸借。於其收穫時節後次期耕作着手前得聲明解約。聲明解約後。經過法定期間一年貸借始告終結。六七一 蓋據使用貸借通則。期間未定者。無論何時得聲明解約。若適用於有收穫時節之耕作地經濟上易受損害。故特殊規定之。

農事有收穫之節季如北方秋收在七八月間則解約之聲明應於八月後來年耕作前為之以便借主另覓農夫或借主別租耕地經過一年方告終結者所以寬其期限使從容耳之也

(二) 貸借主之權利義務。析述如左。

(一) 法定質權。六九 耕作地貸借主之法定質權。其範圍與標的物有特殊規定。與不動產使用貸借不同。

(一) 就範圍言。不動產使用貸借主雖得就質借主張質權。然祇以前期及本期為限。六四 耕作地貸借主則無此制限。就全數貸費得主張之。

(二) 就標的物言。耕作地貸借主於質借主占有之滋息及農具家畜肥料與農產物。(至次期收穫為止) 續營農業所不可缺之農產

物)上。亦有質權。蓋法律體恤佃農。既有各種規定。則保護地主。亦宜擴充質權。所以警惰農而謀持平也。

陋習。慣上常有因借主延不交租。借主牽其耕牛留置其農具者。

- (一) 解除權。六九 未定期間之耕地質貸借。貸主於其收穫時節後次期耕作着手前。得聲明解約。此又與使用質貸借通則不同。(可參照上述質借主解除權所說明)
- (二) 償還耕作費用之義務。此就質借主言。即係其費用求償權。詳見上文。

### 第三款 以土地及附屬物爲一體之質貸借

土地之得益質借主。往往有將土地併其附屬物合爲一體質借之者。附屬物謂利用該土地所有。一切動產。此等附屬物。在當事人間。與其別約使用質貸借。恆不如與土地併行質貸借爲便。草案。謀達此等當事人希望。爰倣德國民法。特別規定。凡得益質借主。任保持各附屬物之責。六九 蓋使。用質借物保持義務。雖由質貸主負擔。六四四 然此等附屬物既與土地併合質借。以達收益之目的。不如責質借主保持爲較允也。

質借主雖任保持之責。但該附屬物。若因不可歸責用益質借主事由而滅失。是質借主並未怠於保持。質貸主須補充之。惟附屬若物係畜類。則其通常滅失。質借主須以適於通常經濟情形爲限。以其子補充之。

**附** 如死一牛而補一價死一馬而償一駒之類

### 第七節 使用貸借

#### 第一款 使用貸借之性質<sup>(七)</sup>

使用貸借云者。當事人一造約無償使用(收益)後歸還向相對人受取某物之契約也。析述於左。

(一)使用貸借。乃契約也。使用貸借(一)係不要式契約。(二)惟必須實行標之物之授受。始告成立。所謂實成契約。(或稱要物契約)。(三)以無償爲其特色。屬無償契約。(四)且多數學說認爲雙務契約。蓋使用貸借借主固負使用(收益)後歸還之義務。然貸主當其委借主使用(收益)間關於已有物。亦負一種不妨礙(不作爲)之義務也。

(二)使用貸借。因借主向借主受取標之物始成立。使用貸借。僅據當事人意思表示。不生效力。必須由貸主支付標之物予借主。始告成立。所謂實成契約。與次節消費貸借同。作使用貸借標之物。據我草案物以有體物爲限。故苟屬有體物。無分動產不動產。均得作使用貸借標的。惟有體物以外之權利。不在此限。設有當事人一造約使相對人用某種財產權。據草案解釋之。不得作使用貸借論也。

(三)使用貸借當事人一造約就受自相對人之物使用(收益)

**附** 如甲雇乙充庖人。因丙結婚被丙借用治喜筵。此時之標的非乙其人。乃對乙之請求勞務之權也。既非有體物。即非使價貸借契約。應以無名契約論。

使用收益。謂不使物毀損滅失從其用法使用之或收取其滋息。就立法上論之。以使用貸借違收益之目的。其事甚稀。故如德民法。僅舉使用。不列收益。草案於前節。既做德民法規定用益貸借。以別異使用貸借。本節則又襲用日本民法。於使用外。並列收益。無裨於實用。可刪也。

使用貸借。以物之使用（收益）為標的。似與使用貸借及用益貸借無異。實則不然。貸借之貸主對借主均負使其便於收益之積極債務。使用貸借。則貸主祇以不自使用（收益）為限。借主使用（收益）已足。不負有積極債務也。

附 借人之物不宜挑別其物之疵累如甲借乙衣一鈕扣乙不負釘鈕之義務以係無償故也

（四）使用貸借。借主約無償使用（收益）。無償為使用貸借特色。與貸借必屬有償異。亦與消費貸借之或屬有償或屬無償不同。

（五）使用貸借。借主約使用（收益）後歸還。使用貸借。貸主並未將標的物所有權移轉於借主。不過移轉該物之占有。相約日後歸還。故借主有歸還該物之義務。

#### 第八節 使用貸借之效力

##### 第一款 使用貸主之權利義務

就權利言。使用貸借成立後。貸主對借主有求還借用物之債權。殆無俟論。就義務言。貸主對借主當交付標的物予借主。成貸借契約（實成）後。原無積極的須行某種給付之債務。不當過還物期。

限未屆契約未終結以前。有許借主無償使用（或收益）該物之義務。申言之。苟未屆還期。貸主不得據其物之所有權或自餘權利。對借主求還標的物。貸主之唯一義務。即在於此。

貸主負許借主無償使用（或收益）其物之義務。惟其無償也。法爰減輕其責任。亦與通常債務人有別。貸主就其義務。祇限故意及重大過失。始負責任。<sup>七四</sup>五條其理與贈與人輕減責任無殊。<sup>六二二</sup>不特此也。使用貸借。既屬無償。故貸主又得比照贈與人規定。<sup>六二七條</sup>六二八條即使貸借標的物之權利欠缺或其物有瑕疵。除貸主故意不告知。借主受損害。須負賠償義務外。概不負責任。<sup>七〇</sup>四條亦當然之理也。

## 第二款 使用借主之權利義務

### 第一項 關於借物使用（收益）之權利義務

就使用貸借性質及草案特殊規定觀之。則借主關於使用（收益）之權利義務。可分左開各端

（第一）借物物之使用（收益）此須從左開原則。

（一）借主對借物使用（收益）須從契約所定用法。故其結果。若果從約定用法使用（收益）致

其物有變更毀損。借主不任其責。約定用法以外之使用（收益）借主不得為之。<sup>七〇五條七</sup>〇六條一項

（二）借主非得貸主承諾。不得使第三人使用（收益）借物。<sup>七〇六</sup>條二項

（三）違借主背前二項義務。貸主得聲明契約解除。

(第二)借用物之管理。使用貸借標的物。應由借主管理。而貸主與借主間。遂因此生左開權責關係。

(一)借主須以善良管理人之注意。保管借用物。借主有歸還借用物義務。此項義務即係三二一五條特定物之交付債務。自宜適用債權通則。

(二)借主管理借用物。須擔負通常必要費。此須分別費用性質。即費用。有必要費與有益費之別。甲)必要費之通常者。宜歸借主擔負。非常必要費。借主得儘數求償。乙)又借主所出有益費。限其增加價格現存者。方可向貸主求償。

(三)借主得收回使附屬於借用之工作物。惟須使借用物回復原狀。七〇七條

如借房屋居住院墻天棚歸還時可折去之

(第二)關於借用物所生之請求權。借主違約使用(收益)致貸主受損。則貸主有求償權。此項求償權。從(受)借用物返還時起算。因一年時效消滅。又借主之求償費用權及工作物收回權。亦因一年時效而消滅。其期間則從使用貸借關係終止時起算。

如借主施彩繪於棟梁為期太久必多剝落且未於一年之間行使求償權亦屬疏忽故使因時效而消滅

第二項 歸還借用物之義務八條

使用借主對借用物不有處分權。違約定用法使用(收益)後。須將原物歸還。而其時期及求還方

法。須從左開規定。

(一) 歸還之時期。此分二種。

甲 當事人已約歸還時期。則借主須屆期歸還。

歸還之時期與使用完了之時期不必盡同。苟至歸還期。縱借主尚有使用之必要。亦須歸還。

乙 當事人間未約定時期。則依左開方法定之。

(1) 契約定有使用(收益)之目的者。則借主於照約定目的使用完畢後歸還。或雖未完畢而已逾借主可得使用(收益)之相當期間者。貸主亦得請求歸還。

前者如借房結婚。吉期經過。得請求歸還。是後者如因開宴令請。暫會而借房。已至秋令。亦可請求歸還。是

(2) 契約未定之使用目的者。則貸主無論何時得請求歸還。

期限推定為債務人(借主)之利益。若未定期間。則是債務人不置重其利益。應置重保護債務人也。

(二) 第三人使用(收益)借用物時。借用若得貸主承諾。將借用物許第三人使用(收益)原無不可。惟貸借關係時結。貸主除向借主請求歸還外。並得直接向第三人請求歸還。與貸借之貸貸主無異。

第三結 使用貸借之終結

使用貸借終結原因。有左開各種。

(一) 期限完滿。使用貸借。

(1) 當事人定有期間。當然屆期終結。

(2) 若未約定期間。則(子)在得據貸借目的定其使用(收益)期間者。當使用(收益)完畢時。或已逾借主可得使用(收益)相當期間。由貸主求還時。方告終結。丑)若不能貸據借目的定其期間者。則以貸主求還時爲終結。

(二) 契約解除。貸借聲明解約則貸借關係亦告終結。草案規定貸主得聲明解約之處如左各端。

(1) 借主不從約定用法使用(收益)或未經貸主承諾。擅許第三人使用(收益)。

(2) 借主怠行善良管理人注意致借物顯有毀損情形。

(3) 借主死亡。或有以借主死亡爲使用貸借終結原因者。是未必果合貸主意。思故本草案祇認貸主有解約權。

第九節 消費貸借

第一款 消費貸借之性質<sup>七一</sup>二條

消費貸借云者。當事人一造交付金錢等替代物予相對人。相對人約歸還同種類品質數量之物之契約也。析述之。

(一) 消費借貸。乃契約也。消費貸借係(一)不要式契約。(二)惟必須實行物之授受。始告成立。亦所謂實成契約。或稱要物契約也。(三)其結果苟貸主完全移轉貸借物之所有權。則此後惟借主負歸還義務。貸主無何等義務。屬片務契約之最重者。(四)且借主有付息與否之別。故有時屬無償。有時亦屬有償。

(二) 消費貸借因貸主交付標的物予借主始成立。消費貸借僅據當事人意思表示不生效力。物之交付。乃其成立要件也。蓋消費貸借目的。在使借主消費標的物。苟非由貸主交付借主領受之。即無由達其目的。故自來學說立法例。概認作實成契約。要物契約也。

消費貸借成立。必自當事人實行物之授受始。物指替代物言。替代物者。得指示種類品質數量。經行交易之物也。若與替代觀念不相容之物。即常須特定。方行交易。不許代以他物者。如地基房屋等。不得作消費貸借之標的物。此解釋上當然之結果也。

消費貸借之成立。必須當事人間實行物之授受。故設有當事人一造據消費貸借以外原因。對他造負給付金錢等替代物之債務。欲將此債務變作消費貸借之債務時。必先由債務人清償金錢等物予債權人消滅債務。然後再以貸借名義。由貸主即債權人交付金錢等物予借主。即債權人惟果如此說。則同一當事人間就同一物品。一再授受。甚非計也。草案乃謀簡便之法。苟當事人約以該金錢等物。作消費貸借標的物。則消費貸借。即據當事人意思表示而成立。俾一轉移間即得

發生消費貸借之效力。故如買主對賣主之買賣價金債務雇主對受雇人之傭賃債務等。皆得適用之。條二項

條七一  
**附**如乙欠甲貨價百圓。因二人合意。另訂貸借契約。許乙從交款之日起。將此百元借用。則前此之買賣關係一變而為貸借關係。依通則言。消費貸借為實成契約。應先由乙還甲百元。再由甲付百元與乙。方可然此二重之授受。不便殊多。故有此規定焉。

(三) 消費貸借。借主約還同種類品質數量之物。消費貸借成立以後。借主對貸主負還物之義務。此歸還之物。其種類品質數量。必須視受諸貸主者同。惟消費貸借標之物。大半屬在金錢。金錢債務有三二七條三二八條三二九條通則。金錢借主之歸還義務。仍宜適用右開各條。

**附**如甲借乙百元。約十日歸還。乃並未消費。而期滿。仍以原受領之金錢歸還。自無不可。但法律不置重此點。以同數之貨幣歸還可也。

### 第二款 消費貸借之效力

消費貸借之主要效力。為借主歸還義務。若貸借附有利息。則借主付息義務。亦屬效力之一也。抑消費貸借之成立。必自貸主交付標的物始。且必貸主完全移轉該物之所有權。借主始負歸還貸借物之義務。故貸主對借主亦生權利瑕疵及標的物瑕疵之擔保責任問題。惟此項問題。須視消費貸借有償無償而異。苟係無償。則是示恩之舉。無殊贈與。借主以不任擔保為原則。若係有償。則貸主須準買賣規定。負擔擔保責任。而草案就標的物瑕疵為便適用計。尚有左開特殊規定。詳下文。

策一項 借主之還物義務

借主還物義務。據草案規定析述之。

(一) 歸還之標的物。借主應歸還之標的物。須與受自貸主之物同種類品質數量者。此原則也。但須注意左開二端。

甲標的物有瑕疵時。據前所論。無償消費貸借之貸主對權利瑕疵固不負責。即對標的物瑕疵原則亦不負責任。故借主對貸主不得別求完全物之交付。即使因瑕疵受損。亦不得請求賠償。而比其返還。借主亦得求同一有瑕疵之物歸還貸主。不必歸還完全之物也。且同一有瑕疵之物。苟不能得諸市間。則借主並不必歸還現貨。祇歸還有瑕疵物之價額。亦無不可。

如甲借乙鴉片十兩後因禁止鴉片則不能歸還又如原借龍圓百元後國家發行人頭銀幣龍圓銷毀則歸還人頭幣百元可也

無償消費貸借標的物瑕疵。貸主雖不負責。然其例外。可得而言。

(一) 消費貸借係有利息有償。則貸主須負責任。即借主對貸主得別求交付無疵者以代有疵者。因是受損。並可請求賠償。蓋無償消費貸借。貸主所以示恩。責之不宜太苛。有償消費貸借。借主既出報償保護不可不密也。

(二) 貸主知有瑕疵不告借主。此出於貸主之故意過失。乃不法行為也。不分有償無償。貸主均須負責。借主對貸主亦得別求交付無疵之物。若有損害。亦得請求賠償。

(乙)標的物不能歸還時。七一條借主有歸還同種類品質數量之物之債務。然此種標的物。間有市間非常缺乏。或竟至絕迹。致借主不能履行者。如因供給全然杜絕。或法律禁止賣買其例也。借主既不能履行。就純理而論。似即可免其義務。然果如是。則借主之不當利得也。法爰使借主以給付該物價額代之。而物價標準。則應以歸還時歸還地之價額爲斷。但標的物若係特種通用貨幣。尚不在此列。特種通用貨幣。失強制通用之效力時。應適用三二八條通則。以他種通用貨幣清償也。

〔附〕按給付物價之標準。法例凡四：(一)以標的物當時之價格爲準。然就經濟狀況觀之。物價有日趨騰貴之勢。僅還原價。多不能得原物之數量。是貸主受意外之損失也。(二)以標的物最後之價格爲準。然可爲最後爭論。殊多冗究。以何地方之最後價爲準耶？(三)以不能歸還時之價額爲準。然既云不能歸還。尙何價格之可言耶？日本採之。(四)以歸還時歸還地之價格爲準。本草案探之。惟值供給杜絕等時。常無時價可言。幸實價上標的物不能歸還之事。甚少。否則亦難行也。

(二)歸還之時期。七一條分二端說明之。

(一)當事人已定歸還時期。則借主債務係定有期限。屆末即須歸還。

(二)當事人未定歸還時期。則借主債務係無期限。就原則論。貸主無論何時。得請求履行。借主受其請求。即須歸還。然法欲應借主貸借之希望。特畀借主以相當猶預期間。俾得如期籌備。至果否相當。則事實問題也。

貸主雖不得徑請歸還。然借主則無論何時。得歸還之。自非債權人(貸主)定有特受利益之

期限。不得拒絕其歸還。蓋歸還之借主。須有籌措之期間。而受還之貸主。度無準備之必要也。

第二項 借主之付息義務<sup>七一</sup>

附有利息之消費貸借。借主有付息義務。其時期從左開規定。

(一)當事人特表意思時。從其意思。

(二)當事人未表意思時。則逾一年後。須支付之。若未滿一年。應歸還者。於歸還時。須支付之。

第十節 雇傭

第一款 雇傭之性質<sup>七一</sup>

雇傭云者。當事人一造約為相對人服勞務。相對人約予報酬之契約也。析述之。

(一)雇傭乃契約也。雇傭必由當事人一造與相對人間。即雇主與受雇人間之契約。此契約僅有  
意思表示已足。不拘一定程式。且不限現實給付。蓋不要式契約。且諾成契約也。又兩造互須出捐  
不啻勞務與報酬相交換。故又屬有償且雙務之契約也。

(二)雇傭當事人一造約對相對人服勞務。勞務指為相對人所出一切勞力而言。無論為肉體上  
勞力與精神上勞力。苟無戾公序善俗。皆得作雇傭之標的。故如醫師、律師及學藝教師之勞力。亦  
包含其中。

雇傭契約與承攬契約宜別。雇傭之標的。即在勞務本體。承攬之標的。則在勞務之結果。此其要點。

也。惟核之實際。當事人間訂約之目的。果在勞務本體抑在勞務之結果。亦未易懸決。須根據事實情形。以探察當事人意思與契約內容決之。

〔疏〕以醫士治病論出診門診以次數計酬者為雇傭契約者。包治則為承攬契約。

(三) 雇傭乃相對人約予報酬。雇傭必係有償。惟報酬不限金錢。以勞務易勞務亦可。又不必定期予之。故如一時付一定金額。使相對人服勞役。亦不失為雇傭。

〔疏〕以易勞務者如匠人師徒之關係。係徒為師服務。師授徒以技是。

約予報酬。不限明示。蓋雇傭以有報酬為特質。自非性質上當然無報酬之勞務。不得目為雇傭者。(例如於扶養義務者之服勞) 苟此外有非受報酬不服勞務雇傭情事者。仍須視為受勞務人已默示約予報酬。申言之。仍可照雇傭契約論。所防爭議也。七一七條一項

〔疏〕如甲乙至好。因甲結婚為甲招待賓客。非雇傭也。若至街巷見人力車而乘之。即不言報酬。而車夫以此為業。當然須與報酬即雇傭也。

### 第二款 雇傭契約之效力

雇傭契約效力。分雇主與受雇人說明之。

#### 第一項 雇主之義務

雇傭契約成立以後。雇主對受雇人遂負左開義務。

(一) 付與報酬之義務。七二條 報酬何時付予。視當事人間有無特約而殊。(一) 苟有特約。則照約定時期

付予。(二)未有特約。則(1)在通常情形。受雇人須依約服勞務。畢後。方可請求報酬。蓋或之慣例。然也。(2)若以期間定報酬。如云每日或每月銀幣若干元。則當該期間滿後。即使約定勞務未畢。亦得請付準此期間之報酬。

(二)權利處分之限制。八條。雇主對受雇人既有使供勞務之債權。然此項權利。非得受雇人承諾。不得讓交於第三人。蓋雇主之債權。有專屬性質。雇主果係何人。關係受雇人利害頗重。故有讓行讓交之禁。

〔疏〕如延師課讀。該師其人若轉使他  
人代課。則與主人訂約之言不符。

(三)係僱受雇人身體衛生之義務。草案仿德民法。規定左開二種。

(1)以凡受雇人精力全部或其要部為標的之繼續僱傭關係。受雇人與雇主同住而受雇人非因故意或重大過失而罹病者。雇主應供給二個月間或僱傭關係終止前所必需之養繕費及醫藥費。<sup>六一</sup>但有宜注意者。一受雇人疾病期間。應否仍受報酬。雖未有明文。然解釋上以計入費用中為當。<sup>(二)</sup>因受雇人疾病。雇主雖不失即時解約權。<sup>(七三)</sup>然因解約致僱傭終止。雇主不得據是免其供給。所以符傭傭之旨也。<sup>條參照 德六二七</sup>

〔疏〕現今立法。趨勢重在保護勞動者。以調和社會。即期減少勞動者資本家之衝突是也。而於僱傭關係為最要。草案採德國之例。而設規定。為受雇人全時精力謀生有病則失其衣食之資。故以醫藥費責諸雇主。其以二個月為限者。從統計上觀。察通常疾病。兩月可以就痊也。又報酬為勤務之反對給付。故解釋上。應將疾病期內之價值扣除之。惟實際上。亦有室時故。又有第二層之規定。如十一月十五日。傭傭終止。十一月一日患病。則雇主應出此年月供給費用也。

(2) 雇主須於勞務性質所許之範圍內。為保護受雇人生命及衛生之危險。就其服務務須設備適當之處所裝置及器具。且保持之。若個不行右開義務。須作為侵權行為。任損害賠償之責。七條

○  
**附** 如使泥瓦匠修繕房屋須備木架等。雇人浴室須備鐵竈等是

右開二種雇主義務。皆事關公益。故並不許豫以契約免除或限制之。七二條

(四) 證明之義務。七二條 雇傭係不要式契約。當事人間不盡有書件。而在長期雇傭。受雇人往往有成續信用可言。故當雇傭終止後。雇主對受雇人有左開義務。

一 雇主應受雇人請求。須給與證明書。證明雇傭關係及其繼續期間。

此段意旨祇證明其曾任某事若干時期即可毋庸為之。揄揚也。即在雙方感情不良時亦須為之。

二 若受雇人並請將勞務之信用成績記載於右開證書者。雇主並記載之。

此須為之。揄揚因須請求方予記載。則雙方感情不良者必不請求。

### 第二項 受雇人之義務 七二條

雇傭契約之結果。受雇人有依約服勞之義務。殆無俟言。惟此項義務。受雇人亦必須親自履行。非得雇主承諾不得使第三人代之。蓋雇傭訂約。雇主亦大抵着眼受雇人本身。若擅代以他人。即有戾契約本旨。故禁之。

第三款 雇傭之終結

雇傭終結有左開各種原因。

勞務終結。

(一)

如招裁縫做衣服以日計工  
值則衣服告成勞務即終結

(二)

期間完滿。六條。當事人就契約定有期間。則雇傭關係因期滿終結。此原則也。但尚有例外可言。

(甲) 雇傭期間在五年以上。而已過五年者。及以當事人一造終身間或第三人終身間為期。而已過五年者。則當事人一造。無論何時。得聲明解約。聲明後滿三個月。雇傭關係消滅。蓋民法雖不限雇傭以最長期間。然長期雇傭之流弊。不可不防也。

人每希望改良其地位期間過長足以  
抑止此心故設最長期限以限制之

(乙) 當事人更新雇傭契約時。更新固自不妨。惟亦須從右開規定。苟距更新後。已過五年。則各當事人亦得隨時聲明解約。

當事者是否更新。雖係事實問題。然民法關於默示更新。設一種推定。即(一)雇傭期間屆滿後。受雇人繼續服勞。雇主明知之。不即聲明異議。則視為更新雇傭。其條件與前此契約同。(二)惟

期間一端。未便推定為仍照前約。當事人間。苟未別表意思。視為未定期間之雇傭。

(三) 聲明解約。未定期間之雇傭。又不能依雇傭性質及目的定其期間者。各當事人無論何時。得

聲明解約。惟契約終結。須經過左開豫告期間。

甲) 不以期間定報酬者。聲明解約後。滿二星期。雇傭終結。

(乙) 以期間定報酬者。此分三種。(一) 以日定報酬者。無論何日。得對於次日聲明解約。其雇傭以翌日終結。(二) 以六個月以下之期間。例如每星期每一個月三個月等定報酬者。得聲明自次期以後解約。但須在本期前半期。豫行聲明。(三) 以六個月以上之期間。定報酬者。亦得聲明自次期以後解約。但祇須於三個月前聲明已足。

期前聲明使相對人有  
另與他人締約之機會

(四) 重大事由。七三 重大事由。謂雇傭契約不能履行或顯難履行之事情。此無論雇傭定有期間與

否。各當事人可不拘豫告期間。得即聲明解約。

因重大事由解約。事出於不得已。相對人即因解約受損。就原則論。不得請求賠償。惟其例外。苟事由因當事人一造過失而生。對於相對人仍須賠償之。

(五) 契約解除。七三 雇傭契約解除原因。除適用通則外。其特別解除原因。復有因重大事由之解

除。七三 雇傭關係發生後。經過五年之解除。此等解除效力。與賃貸借解除同。僅向將來有效。惟

雇傭契約因當事人一造過失而解除者。則有過失之當事人。對相對人仍負賠償責任。亦與賃

貸借無殊。

(六)受雇人死。服勞須受雇人親自爲之。受雇人死亡。雇傭當然終結。反是若雇主死亡。則除着眼傭主本身供給勞務外。雇傭關係不必因是終結也。

第十一節 承攬

第一款 承攬之性質<sup>七三</sup><sub>四條</sub>

承攬云者。當事人一造約完成某事項。相對人約對其事項結果予以報酬之契約也。析述之。

(一)承攬乃契約也。承攬之成立。必由當事人一造與相對人間即承攬人與定作人間之契約。此種契約。係諾成。係不要式。係有償與雙務。殆與雇傭無殊。

(二)承攬當事人一造約完成事項。此爲承攬契約特質。與雇傭不同。完成事項。謂依勞務而生一定結果。足充人之需要者也。法文不限定事項之範圍。凡可以依勞務而致之結果者。得爲承攬標的。例如建築家屋修製器具等有形製作物者。固無待論。即如運送人與物及測繪演藝等因人類體力學藝之應用得致有形無形之結果者。均得作承攬契約之標目也。

承攬標的之事項。恆需材料。材料約由承攬人供給時。其性質極與買賣相類。草案爰明示其性質。凡約由承攬人供給材料完成事項之契約。原則適用關於買賣規定。惟其例外。(一)當事人特表意思(二)及其所供者係附隨材料或自餘從物者。則不在此列。所以防爭議而便適用也。<sup>七五</sup><sub>六條</sub>

〔疏〕如以自己之綢緞使成衣店做製僅由成衣店供綫鈕棉花等則仍適用承攬契約

(三)承攬相對人約就事項結果。予以報酬。此亦承攬要件。凡承攬必屬有償。云就事項結果。予以報酬。即與僱傭有別。僱傭之僱主。須就相對人勞務。予以報酬。承攬之定作人。則必就勞務之結果。始予報酬也。

承攬約予報酬。亦不限明示。苟有非受報酬。即不為完成其事項之情事者。即可視為定作人已默示約予報酬。申言之。即可作承攬契約論。其理由與僱傭節規定無殊。

#### 第二款 承攬之效力

##### 第一項 承攬人之義務(定作人之權利)

承攬人因承攬契約所生主要義務。即完成事項之義務是也。自餘各種義務。不外成事義務所生之結果。析述如左。

##### 第一 完成事項之義務。此須注意左開二端。

(甲)承攬人所担任事項。果屬何事。須據契約性質及當事人明示或默示之合意決定之。承攬契約標的。在因勞務按生一定結果。完成即言其結果也。申言之。為承攬人者。須因勞務生一定結果。俾定作人得達其訂約之目的也。但其事項需材料。承攬人占有該材料之時。則事項之完成。並須俟交付材料予定作人時為斷。

(乙)承攬事項。承攬人不必自爲。不妨使第三人代爲之。以草案不設限制規定也。但當事人表示異意。固屬不妨。

〔疏〕承攬人之服務不過達其目的所用之手段耳。非契約之標的也。

## 第二 擔保義務

承攬人有完成事項之義務。若其事項留有瑕疵。即無由達定作人訂約之目的。此承攬人擔保義務所由生也。

有瑕疵事項云者。謂其事項未具承攬之性質。並使價格減減。或使通常用法約定用法減減也。有瑕疵之事項。雖不以有標的物之事項爲限。然實際以事項標的物未具承攬性質。並使價格減減。或使通常用法約定用法減減者爲多。

〔疏〕如甲託乙運貨至上海。而運至烟台。即非標的物事項。具有瑕疵之例。

抑承攬之事項。恆需材料。材料由承攬人供給者。原則適用買賣規定。前既述之。故承攬人若不能移轉材料所有權於定作人。須比照賣主負擔權利欠缺之擔保義務。又若所供材料有瑕疵。亦須比照賣主負擔的物瑕疵擔保義務。此徵諸七五六條自明。此處所論。則承攬人擔保義務之通則也。試析述之。

(甲)承攬人瑕疵擔保之義務。又析述之。

(一) 除去瑕疵。(七三六條) 事項標的物苟留瑕疵。定作人得定相當期間。請承攬人除去之。但

有宜注意者。

**疏** 本草委用補修二字不如除去為當。如泥瓦匠以洋灰敷地。凹處使之平坦。謂之補修。可也。若凸者使平。不待謂之補修矣。况在無標的物之事項耶。

(1) 除去瑕疵。若需費過鉅。承攬人得拒行除去。

(2) 承攬人若逾相當期間。延不除去。定作人得自行除去。而其費用。得向承攬人求償。

(二) 請減報酬及解除契約。(七三七條) (一) 承攬人若不於相當期間內除去瑕疵。(二) 或承攬人

因需費過鉅行除去。(三) 及其瑕疵不能除去者。則定作人得就左開二種權利。選擇行之。

**疏** 瑕疵不能除去者。如衣服窄小。使之寬大是。

(1) 請減報酬。

(2) 解除契約。但(一) 瑕疵若不甚重要。即減殺事項價格或效用極輕微者。(二) 事項標的物為

建築物或土地之工作物者。雖可請減報酬。然不得行使解約權。

**疏** (一) 如定做四尺長之帶。抱做成為三尺九寸八分是。(二) 土地工作物工程較大。費用較鉅。若許折毀。不利於承攬人。殊甚也。

(三) 賠償損害。(七三八條) 事項之瑕疵。其事由應歸責於承攬人者。定作人得不解除契約不

請減報酬。而請求不履行之損害賠償。

右開各種為承攬人瑕疵擔保義務原則。但亦有例外可言。

(一) 事項標之物之瑕疵。因定作人所供材料性質或遵定作人指示而生者。定作人無右開各種之權利。但承攬人若知其材料或其指示不適當。而不以實告。則是有背交易之誠信。仍不許免擔保義務。七三條

(二) 關於事項之瑕疵。對承攬人特約免除或限制其義務者。則其特約有效。定作人亦須遵履行。但承攬人於特約當時知有瑕疵。故意不告。則亦背交易之誠信。其特約無效。七四條

(三) 定作人知有瑕疵。而領受事項標之物者。則請除瑕疵權。請減報酬。解除契約權。視為業已拋棄。惟領受當時。已聲明保留者。仍得行使之。七四條二項

(乙) 由瑕疵所生之請求權。此有左開特殊規定。

(一) 定作人除去事項瑕疵之請求權。及因瑕疵之報酬減少。契約解除或損害賠償之請求權。限一年時效而消滅。時效期間起算點。凡承攬人須將事項標之物交付定作人者。從交付時起算。無須交付者。從事項完成時起算。

逾時過久則證明較難易生爭執也

(二) 事項標之物若係土地之工作物。則限五年時效而消滅。蓋土地工作物。在定作人利害較重。瑕疵未易遽見。故展長其時效期間。右開時效期間。當事人復得特約延長之。

第二項 定作人之義務（承攬人之權利）

定作人義務分左開各端。

(一) 領受義務。七四。領受謂受債務人所給付且領有事項標之物之行為。承攬人若已依契約本旨完成有標之物之事項交付標之物時。定作人有領受之義務。固有某種事項性質上無須領受者。然實際則以有標之物之事項須領受者為多。

因領受而生之效力。所關頗重。定作人領受以後。若事項有瑕疵。此時須證明之。因瑕疵所生之請求權。其時效多由此進行。又標之物危險。亦遂移轉於定作人也。

(二) 付予報酬義務。報酬何時付予。視應否領受事項標之物而殊。

(一) 須領受標之物者。則領受當時。須予報酬。揆之同時履行原則。固應爾也。但(一)當事人苟特約領受一部分。應予報酬者。則定作人當領受各部分時。須就各該部分。付準此之報酬。(二)又報酬若以金錢定者。自非承攬人許其緩付。定作人須自領受標之物時起。支付利息。以保公平。

(二) 因事項性質無須領受標之物者。則事項完成當時。須予報酬。而在以金錢定報酬應付利息者。須自事項完成時起。支付之。

(三) 行為之義務。承攬之事項。固有據契約本旨。需定作人行為始能完成者。如需定作人到場或指示或供給材料等是也。此時定作人有行為之義務。不然。承攬人無自盡完成事項之責。

〔疏〕

如治病照像非定作人之行為不能完成

定作人若怠於行為而事項領受在遲延中則承攬人有左開權利。

(一) 請求相當之補償。

〔疏〕

如醫生因坐候定作人不能為他人治病則係拒他人所失之消極利益應賠償之

(二) 定相當期間。催其行為並聲明若於此期間內仍怠於行為即行解約云云。定作人若於該期

間內竟不行為則其契約即視為解除。八條承攬人並得請求其已服勞之相當報酬及求償

不在報酬內之墊款。七五條

〔疏〕如甲使乙包治癆症以三日為期每日三次約愈後酬九十元甲第一次第二次皆屆期來醫第三次未至即所託乙之指稱利益應補償之此外尚可求兩次費用之二十元又所謂墊款如車費之類

不特此也。定作人在約供材料約為指示之處即使已供材料已為指示。然因其所供材料之瑕疵或所為指示之不當並無可歸責承攬人事由。其存其間。致事項標的物滅失毀損或致其事項不能實行者。則承攬人有左開權責。

〔疏〕

如甲約乙包修房屋自出木料一半由乙供給後因甲之木料腐敗致房屋甫成即行傾圮是

(一) 承攬人已知材料疵瑕或指示不當須即時通知情形於定作人。

(二) 承攬人已通知時得請求其已服勞之相當報酬及求償不在報酬內之墊款。但定作人若

有過失者則除右開權利外承攬人並不妨據通則請求損害賠償。九五三條參照

(四)危險之負擔。承攬事項標之物之危險。歸誰負責。據草案特殊規定。凡事項標之物於定作人領受別。無須領受事項標之物者。於事項完成前。因不可抗力而有滅失損毀之危險。雖歸承攬人負擔。然左開各種情形。則歸定作人負擔之。

(一)定作人領受遲延者。則遲延中之危險。移轉定作人。

〔包修之房屋承攬人通知定作人於一月一日點交屆期定作人未來領受夜間鄰失火延燒淨盡則損害由定作人負擔〕

(二)定作人所供材料。雖因不可抗力。滅失毀損。承攬人不任其責。

(三)承攬人因定作人請求將事項標之物送至履行處所以外之處所者。則準用五九九條規定。從承攬人已將標之物付之運送時。其危險移歸定作人。

〔甲約乙製作某物做成由津運至上海中途船沉乙應負責若甲又請求將物運至北京則中途有險由甲負擔〕

### 第二款 承攬之終結

承攬終結。有左開各因。

(一)承攬人已完成事項或已將事項標之物交付。

(二)承攬事項不能成就。惟不能若因可歸責承攬人事由。承攬人須賠償損害。以代事項之完成。

〔包治疾病至期未愈係由於醫生誤用藥劑者則醫生應賠償之其數額以治愈該病所費者為準〕

(三)契約解除。七五。承攬契約解除原因。除適用通則外。民法為復定作人特認一種解除權。為在承

攬人未定完成事項以前。定作人得隨意聲明解約。蓋定作人既不欲事項之完成。固無強使完成之必要也。

定作人雖得任意解約。然承攬人仍得向之請求約定報酬。惟因解約所節省之費用。成轉向他處服務所取得者。或故意怠於取得者。應對酌計算之。

附如約乙包治癆症。三次共三十元。治一次未愈。甲請解約。仍須與乙三十元。惟乙所省之藥料費三十元。及下屆兩次乙因爲醫病得六元。合前計十六元。甲如扣除之。故意怠於取得者。如有人延請因觀劇未往。致未取得之謝金。是亦應扣除之。

### 第三節 居間

#### 第一款 居間之性質

居間云者。當事人一造。約就訂立某契約。報告其機會。又爲其媒介。相對人約於契約。因其報告及媒介而成立時。予以報酬之契約也。所述之。

(一) 居間乃契約也。居間爲當事人一造與相對人間。即委託人與居間人間之契約。此契約屬不要式。諾成。又係雙務有償。

附當事人之名稱。在委任契約曰委任人。受任人在寄託契約曰委託人。受寄人在居間契約曰委託人。居間人。

(二) 居間當事人一造。約就訂立某契約。報告其機會。又爲其媒介。云某契約。雖不限定可以報告媒介之契約種類。然據民法規定。(一) 凡雇傭居間。約予報酬者。得酌減報酬。所以恤傭也。(七六) (二) 又

凡婚姻居間約予報酬者不認有效。所以正俗也。七六四條

(三)居間相對人約於契約因其報告媒介而成立時。予以報酬。此爲居間契約特質。云(約予報酬)與委任契約不同。給予報酬限於契約因其報告媒介而成立時。不外對勞務結果。始予報酬。與僱傭契約不同。且已生勞務結果以後。居間人即得據此結果而享權利。不復就此結果負何等義務。又與承攬契約不同也。

居間約予報酬亦不限明示。凡委託相對人服報告及媒介之勞。苟有非受報酬即不爲報告及媒介之情事者。即可視爲委託人已默約報酬申言之。即可作居間契約論。與僱傭承攬無殊。

**附** 如託友覓房當然不與報酬若託房牙覓房即未約明亦應與之報酬

### 第二款 居間之效力

#### 第一項 居間人之義務(委託人之權利)

居間人受委託以後。即有報告及媒介之義務。而關於報告及媒介並須遵契約本旨。爲委託人效其忠實。此居間契約當然之結果也。

居間人若違背義務。致委託人受損。當然照通則任其賠償。固無俟論。然民法於此尙有特殊規定。凡居間人違契約本旨及爲委託人之相對人盡力者。不得向委託人請求報酬及費用以禁制之。

#### 第二項 委託人之義務(居間人之權利)

委託人義務。不外付予報酬償還費用二端。析述於左。

- (一) 付予報酬之義務。報酬乃居間人因報告媒介而成契約之對價。故(一)居間人並未報告媒介。
- (二) 或雖報告媒介。而契約並未成立。
- (三) 或契約雖成立。並非由其報告媒介而致。委託人皆可不予報酬。

契約附有停止條件者。非俟其條件成就後。委託人可不與報酬。蓋附停止條件之契約雖已成立。然因契約所生效力。在條件成就前。尙未確定。不宜責委託人報酬也。反是。契約若解除條件。則因契約所生效力。果否消滅。雖未可知。然在條件成就前。契約效力固已發生存續。委託人不得因是免其報酬。

(二) 償還費用之義務。居間人因報告媒介所出之費用。通常雖包含於報酬中。然事關私益。當事人苟有償還費用之特約。則

(1) 契約苟因報告媒介而成立者。委託人除付於報酬外。須償還其費用。

**疏** 如房牙找房支付車資飯費之類

(2) 雖經報告媒介。而契約未成立者。委託人不予報酬。然費用仍須償還之。

第二款 居間之終結

居間終結。有左開各因。

(一) 所報告媒介之契約已成立或不能成立。

(二) 委託解除。居間契約之解除原因。除適用通則外。委託人於委託居間後。有隨時解約之權。蓋委託人無必須用居間人報告及媒介以與人訂約之義務也。但解約以後。各當事人有回復原狀義務。故居間人告報告媒介之費用。委託人須償還之。五四四條五、五七條參照

(三) 居間人死亡。則居間契約當然終結。反是。委託人死亡。不成當然終結原因。七六二條

### 第十三節 委任

#### 第一款 委任之性質七六五條

委任云者。當事人之造委相對人處理事務。相對人無償允為處理之契約也。析述之。

- (一) 委任乃契約也。委任之成立。必由當事人一造。與相對人間。即委任人與受任人間之契約。此契約一係不要式。二係諾成。難與雇傭承攬居間等無異。三惟委任以無償為特色。與雇傭等不同。四且既係無償。其結果祇在受任人有處理事務之義務。委任人不負何等義務。故宜屬片務契約。惟或以委任契約成立後。委任人時亦有預付費用償還費用等之義務。有稱為不完全雙務契約者。此不然。契約種類。須就契約當時本質判別之。不以日後加有他種事實。遂變其本質也。
- (二) 委任乃當事人一造。委相對人處理事務。草案做德意志民法。委任之範圍。包含一切事務。故法律行為與法律行為以外事務。均得委相對人處理之。其範圍視日本民法原則。僅限法律行為。

者為廣。日民六四三條  
六五六條參照

疏如甲託乙向丙述祝詞亦委任契約也又委任不必與代理相伴故無代理權之受任人與相對人所為之法律行為為受任人與相對人之關係不逾其行為之效力轉歸於委任人耳

(三) 委任相對人無償允為處理。草案做德氏法。以無償為委任特色。示與雇傭承攬居間等有別。

與日本民法並認有償之委任不同。日六四  
八條故契約標的雖在處理事務。苟約有報酬。即當作雇傭或承攬論。非委任契約也。惟其關係既有似委任。不妨準用委任規定而已。七八  
一條

第二款 委任之效力

委任係片務契約。故言其實質。祇受任人負有義務。委任人無義務可言。惟委任成立以後。其效力所及。有時委任人亦有負各種義務者。試仍分受任人委任人兩方述之。

第一項 受任人之義務(委任人之權利)。

受任人因委任契約所負主要義務。即處理事務是也。自餘當事人間權責關係。皆不外其結果。試述如左。

(一) 處理事務之義務。受任人處理事務。須注意左開各端。

(甲) 受任人對委任事務。須遵委任本旨。以善良管理人之注意處理之。七六  
條

疏草案凡以善良管理人之注意見責者多係雙務有償契約若係片務無償則以具誠注意責之已足可知於此處責受任人以良善管理人之注意未免太苛

(乙) 委任事務之處理。受任人不得轉付於第三人但(一)若經委任人允諾。(二)或有不得已事由。

則不妨轉付之。七七條

**疏** 委任關係成立多注重受任人其人之身故原則上不得輕於轉付

(丙) 受任人爲補助其處理。使用補助人時。則其性質與轉付其處理不同。受任人得自由爲之。七七條

**疏** 如甲託乙赴滬清理帳目乙既丙供繕寫核算之役自無不可

(丁) 受任人受委任人指示處理事務時。須遵照指示處理。但若實有不能遵照指示情事。且委任人若知有此情事。當不以受任人違其指示爲非者。受委任人得違其指示處理之。惟此時

受任人(一)須預發通知。(二)且荷非情勢急迫。須受委任人決定。七七條

**疏** 如甲託乙赴吉林買木料。其由鐵路運京。因鐵路不能通行。且即可通行。而運費較昂。乃由輪船運來。則雖違反甲之指示。與甲有利。甲必不見怪。

(二) 報告之義務。受任人對委任人有報告事務情形之義務。即(一)受任人須擇事情之必要者。報告委任人。(二)若委任人請求報告處理事務情形。須隨時報告之。(三)委任終結後。須即時報告其

顛末。七七條

(三) 交付之義務。受任人就處理委任事務所領受取得者。須交付於委任人。

**疏** 即此可知委任與代理未必相伴。蓋相對人與受任人爲一關係。受任人與委任人又一關係也。

(四) 支付利息及賠償損害之義務。受任人爲委任人所受得者。若係金錢。據右開交付義務。理宜

從速交付。若延不交付，則自後受任人須支付準法定利率之金額，以賠償遲延損害。此徵諸道則自明也。三六九條三、七一條參照

**疏**如甲託乙向丙取房租，乙於一月一日從丙領受百元，至二月一日始付於甲，應由乙支付一月之利息與甲。

雖然受任人應交付之金額，不特延不交付或不無為自己消費之者，又有將應為委任人利益使用之金額，為自己消費之者，法律爰規定其制裁。(一)消費人必須付消費日以後之法定利息。

(二)若委任人尚有損害，並須賠償之。七七條

**疏**如甲託乙赴滬買貨，與乙交際費百元，而乙實未與人酬酢，則須付息賠償損害。

(一)權利處分之限制。七七條委任關係亦有專屬性質，故委任人非得受任人允諾，不得將處理委任事務之請求權讓與第三人。

(二)支付費用之義務。處理委任事務之費用，須由委任人支付，析述之。

(1)受任人處理事務，遇需必要費用，請求委任人預支。委任人須支付之，以受任人無當然墊付費用之義務也。七七條、四條

**疏**如預支旅費之類

(2)受任人因處理事務所支出之必要費用，委任人須償還其費用，及支出日以後之利息。七七條

項一

〔疏〕前段規定受任人不欲墊付費用之情形  
此段規定受任人欲為墊付費用之情形

(三) 清償債務之義務。受任人由處理事務負擔必要之債務得使委任人代自己清償。又其債務

未屆償期以前得使委任人供相當之擔保。二

〔疏〕受任人為委任人所負之債務雖委任關係不必與代理權相涉然為便利計受任人得使委任人代自己清償對於的對人之債務又未屆清償期此後委任人若喪失資力受任人將失求償之途故可使供擔保焉

(四) 賠償損害之義務。受任人因處理事務自己並無過失致受損害得對委任人請求賠償。三

〔疏〕如甲託乙由京赴萬壽山取地租乙乘自己之車途中遇自動車撞翻將車碾壞得使委任人任賠償之責

第三款 委任之終結

委任終結有左開原因。

(一) 委任事務終結。

(二) 期限屆滿或條件成就。委任契約附有終期或解除條件時若期限到來或條件成就自因之結終。

〔疏〕如乙託乙赴津請債言無礙事件完了行否至年終即回京則年終即終期也  
又如言乙如被任為外交官時則解約被任外交官時則條件成就亦終結矣

(三) 契約解除。六 委任解約原因除適用通則外復許各當事人有隨時解約權蓋委任基於當事

人相互信用苟當事人不望委任存續法固不能強之亦不必強之也。

當事人一造苟於相對人所不利之時期聲明解約致相對人受損自非解約出於不得已事由解

約人須賠償之。

〔例〕如甲託乙赴滬討債債務人拒不履行以至起訴之毫無理由逕行解除委任契約致受不利益判決並未提起上訴則乙應任賠償之責。

解除效力原則雖溯及既往然委任之解除亦僅向將來有效不適用原則惟因當事人一造過失

致解除者則因解除所生損害有過失當事人亦須賠償之。七八條

〔例〕適及既往有時為事實上所難能如前例判決業經確定除有再審原因得聲請再審外決不能阻止其判決之確定力也。

(四)委任人死亡或失行為能力。當任以特定當事人間相互信用為基礎。自非有特別意思表示

或因委任事務性質不能終結者。不宜強受任人仍負義務也。七七條

委任雖因委任人死亡或失能力而終結。然苟有急迫情事受任人須於委任人之繼承人或其

法定代理人能處理委任事務前繼續處理之。其委任視為存續。以保護委任人。七七條

〔例〕此時事務尚無人接管不視為存續將時機空過與委任人不利也。

委任雖因各種原因而終結(委任人死亡或喪失能力及條件成就等)然苟在委任人已知前或

得知前。有關於受任人之利益者。其委任亦視為存續。以保護受任人。七七條

(五)受任人死亡或失行為能力。則除有特別意思表示或因委任事務性質不能終結者外。又不宜

使受任人之承繼人或法定代理人。繼負義務也。

委任雖因受任人死亡或失能力而終結。然苟有急迫情形。則受任人之繼承人或其法定代理人

須於委任人能處理委任事務前繼續處理之。其委任亦視為存續。以保護委任人。七七  
八條

#### 第十四節 寄託

##### 第一款 寄託人之性質五八 三條

寄託云者。當事人一造交付某物於相對人託其保管相對人承諾之之契約也。析述之。

(一)寄託乃契約也。寄託關係之成立。必由當事人一造與相對人間。即寄託人與受寄人間之契約。(一)此契約係不要式契約之一。(二)惟寄託人須將寄託保管之標的物交付受寄人。未交付前契約不可謂成立。其性質屬實成契約。與消費貸借使用貸借無殊。(三)又其本質屬無償契約。惟當事人特約有償。亦屬不妨。(四)本質屬無償。宜屬片務契約。不妨特約有償。故有時亦屬雙務契約。

**疏** 寄託之特質在保管一點而寄託之效力在受寄人負保管義務一點。苟非認為實成契約則未交付標的物以前受寄人有何保管之可言耶。

(二)寄託當事人一造託相對人保管某物。相對人受諾之。寄託標的物。有僅限動產者。然我草案云某物。無論動產不動產。皆包括之。以雖在不動產。有時亦有託他人保管之必要也。保管謂對標的物保有之監護之。使勿滅失毀損。寄託契約特質。即在受寄人專負保管義務之一點。申言之。契約主要效果。專在使受寄人負保管義務者。方係寄託契約。若保管義務。並非契約主要效果。不過構成其契約內容之他項權利關係之結果者。或保管義務。不過附隨他種主要義務而生者。皆不得為寄託契約。如使用借主賃借主之賃借物保管義務。如受雇人或承攬人對雇主或定作人。所

質之保管材料義務皆是也。

〔疏〕

甲種乙種守房屋則乙之看守行為不外雇傭契約結果所生者非寄託也

(三) 寄託當事人得以特約報酬。寄託雖以無償爲本質。然當事人不妨特約報酬。惟約予報酬。亦不限明示。苟有非受報酬。即不爲保管之情事。即可視爲寄託人已默約報酬。申言之。亦即可作寄託契約論也。五八四條三項七九二條一項

〔疏〕

寄託與委任古代法制有認爲不完全變務契約者近世則否說明見前

### 第二款 寄託之效力

#### 第一項 受寄託人之義務(寄託人之權利)

第一 保管義務。保管謂物之保有監護。即置標的物於自己掌握內而監督守護之云耳。故受寄人保管義務不外(一)爲寄託人置受寄物於自己掌握內(二)監督守護之毋使喪失占有。毋使生有形的滅失毀損而已。試就此義務析述之。

(一) 保管應有之注意。受寄人受物之交付。行其保管。對寄託人有歸還受寄物義務。故於交

付特定物(受寄物)前。須以善良管理人之注意。行其保管。徵三三五條通則自明。雖然寄託分有償無償。無償受寄人。責之不宜太苛。法爰減輕其責任。受寄人祇以與自己財產同一之注意。行其保管已足。上述通則。不適用之。七八四條

(二) 保管之方法。關於保管方法。須注意左開各端。

(甲) 保管方法。未經定時。須用適合受寄物性質之方法保管之。其可否得失以果合善良管理人程度與否爲斷。

附如保管房屋。須閉戶。保管牲畜時。加餵養是。若有特約。如寄託人使以米飼馬。則須從之。

(乙) 保管方法。曾經約定時。度託人不得變更之。但若實有必需變更其方法之情事。且寄託人若知有此情事。當不以變更爲非者。受寄人得變更之。惟此時受託人(一)須預發通知。(二)且苟非情勢急迫。須受寄託人決定。

(丙) 受寄人不得將寄託物寄託於第三人。但(一)若經寄託人允諾。(二)或有不得已事由。則不妨之。七八五條

(丁) 受寄人爲保管寄託物使用第三人時。則性質不過補助其保管。受寄人得自由爲之。七八六條

(三) 寄託物之使用。受託人對寄託物。非經寄託人允諾。不得爲自己利益使用之。蓋受寄人既負保管義務。苟使用出於保管所必需。雖自別論。然爲自己利益。即有違寄託本旨也。七八五條

附如保管鐘錶時。應使時時走動。免停滯之虞。原無不可。若保管衣服。而由受寄人著用。即違寄託本旨矣。

(四) 保管之處所。託寄物苟係動產。則應行保管之處所。因有無約定而殊。(一)有約定者。須在

約定處所保管之。但有正當事由。亦得轉置他處。(一) 苟無約定。則祇求合乎善良管理人之注意。無論何處得保管之。 (七九二條參照)

(疏)如甲爲乙保管衣箱。偶遇火災。將衣箱移至他所。即前半段之例也。

第二 交付義務。受寄人當保管受寄物所取得領受者。須交付於寄託人。(七九四條 七七一條)

(疏)如保管牛羊所得之羊毛。牛乳保管房屋所取得之租金。均須交付於寄託人。

第三 支付利息及賠償損害之義務。受寄人所保管者若係金錢。將其金錢擅自消費者。則須

自消費起。支付法定利息。若寄託人猶有損害。並賠償之。(七八條)

第四 歸還受寄物義務。分處所與時期述之。

(一) 歸還之處所。(七九條) 寄託物苟係動產。其歸還處所。因有無約定而殊。

(疏)如係不動產。當然在物之所在地歸還。不成問題。

(甲) 已約定歸還處所者。須照約定歸還處所歸還。

(乙) 未約定歸還處所者。受寄人須在保管處所歸還。此蓋推測當事人意思。對三四六條原則成一例外。故保管處所。適在債務人住址。債權人須赴其住址。受其歸還。保管處所。若在其他處所。當事人兩造。須齊赴該處授受之。惟此處有例外。即受寄人因正當事由。將寄託物轉置他處。得於該物現存處所歸還。蓋轉置既出於正當事由。若仍責就原處歸還。其計甚拙。且

有時或無原處可言也。

**疏**如甲在京奉路綫汽車中交乙衣箱託其在京保管則可在京歸還無須於軍上歸還也。

(二) 歸還之時期。七九〇條此亦因有無約定而殊。

(甲) 已約有歸還時期者。受寄人須如期負保管義務。非有不得以事由。不得先期徑自歸還。惟寄託人則無論何時。仍得請求歸還。蓋寄託本質使然。不得強使寄託也。但在約有報酬之寄託。受寄人仍得準照其已行保管之程度。請求報酬。徵七九三條自明也。

(乙) 未約歸還時期者。受寄人無論何時。得徑自歸還之。

第二項 寄託人之義務(受寄人之權利)

第一 支付報酬之義務。七九條寄託本質雖屬無償。然寄託人苟約予報酬。則(一)受寄人俟保管終止時。可請求報酬。(二)若以期間定報酬者。則每俟期間滿後。即得請求。(三)且寄託若於履行半途終止。而其事由不能歸責於受寄人者。受寄人得就其保管之程度。請求報酬。

**疏**如約定每月保管費三十元。已保管十五日。即可請求十五元之報酬。

第二 支付費用之義務。七九條受寄人因保管寄託物。需必要費用。請寄託人預付。寄託人須支付之。又受寄人因保管所支出之必要費用。寄託人須並其支出日以後利息償還人。

**疏**如甲託乙保管一馬。乙墊飼養費十元。則可請求十元之本。及自墊付日起之利息。若保管並不發生費用者。自不得請求。

第三 賠償損害之義務。七八九條受寄人苟因寄託物性質（爆發性傳染性病、毒腐敗等）致受損害。寄託人須賠償之。但其例外有二。

（一）如甲託乙保管疫牛乙不知其有疫致傳染自己之牛盡死則甲須任賠償之責。

（甲）寄託人不知其性質或不可得知者。寄託人不認賠償。

（乙）寄託人已通知受寄人。或雖不通知。而受寄人已知者。寄託人亦不任賠償。

第三款 寄託之終結

寄託定有存續期間。考期滿自當終結。此外因歸還受寄物或請求歸還。亦當終結。又因標的滅失解除條件或就因不履行之解除權行使。亦終結之原因也。惟當事人死亡。寄託關係不必因是終結。蓋寄託以物之保管為標的。當事人間權責關係頗簡。不必如通常委任關係之專屬也。

第四款 消費寄託

消費寄託或稱不規則寄託。蓋就寄託本質而論。受寄人須將原物歸還。不得將受寄物消費。雖然在寄託替代物時。若寄託人將其所有權移轉於受寄人。並使受寄人以同種類等級數量之物歸還者。又當事人特約。許受寄人消費寄託物者。則受寄人即得消費之。

消費寄託性質。與其屬諸寄託。毋甯屬諸消費貸借。蓋寄託契約以歸還原物為要件。而消費寄託。當寄託金錢等替代物時。明示或默示許受者不必歸還原物。祇以同種類等級數量之物歸還已

足。殊與寄託不合。甯認作消費貸借。適用消費貸借規定爲宜也。惟歸還時期及處所。苟無特約。可依寄託規定。不適用消費貸借規定。以期協當事人意思。故就時期論。寄託人無論何時。得請歸還。七九條受寄人不得援用消費貸借之相當預期間。七二三條參照。就處所論。消費受寄人可在領得替代物處所歸還。七九條不適用三四五條三四七條通則。

### 第十五節 合夥

#### 第一款 合夥之性質 七九 六條

合夥云者。各當事人互約共同出資。以達共同目的之契約也。析述之。

**附** 合夥與法人異。合夥之各當事人爲權利主體。此外別無人格存在。法人則自爲人格者。獨立爲權義主體。各社員與第三人間不直接生權責關係。

(一) 合夥乃契約也。合夥爲數人間之權利關係。關係之發生。必由當事人間即合夥人間之契約。此契約屬不要式。屬諾成。又宜屬有償與雙務。其理甚明。

(二) 合夥各當事人約達共同目的。草案做近世進步立法例。合夥之範圍甚廣。自非法律所禁或事實不能之目的。皆包含之。故爲達其目的所經營之事業。無論爲營利。屬在財產上者。或爲學藝、美術、宗教、教育、慈善等。屬在精神上者。皆得以此訂合夥契約也。

**附** 法國法限於以分配利益爲目的者。方得爲合夥契約。然人類日進分配利益之外。需牽策權力之事。尙多如俱樂部、學會等。皆然。否則不能滿足人類生活之需要。草案所以推廣合夥之範圍也。

(三) 合夥各當事人互約共同出資。合夥契約。因達共同目的而成立。合夥人須從契約本旨盡力。

以期其成。故期成所需之資本。須由合夥人供給之。所謂出資義務也。出資非專指給付金錢等有價物。不妨以供給勞務代之。七九七

如商店之鋪東即以金錢出資者。掌櫃即以勞務出資者。

合夥人各對合夥人負出資義務。出資所以供合夥人全體之利。若所出之資。僅利合夥人中一人或數人。合夥契約不成立。反是。雖利合夥人全體。然出資義務。由合夥人中一人或數人負擔。則合夥契約亦不成立也。

合夥員一部出資利益歸諸全體。在學者有獅子合夥之喻。蓋以獅子與驢結約。驢進方而獅子坐享其成也。

### 第二款 合夥之效力

合夥契約成立後。合夥人相互間及合夥與第三人間。遂生各種關係。析述之。

#### 第一項 合夥人之出資

出資謂贖出資本。不限給付金錢等有價物。即供給勞務。亦得爲出資。前既述之。惟出資係合夥人相互權利。同時即屬相互義務。合夥人得各對他合夥人請求出資。同時受他合夥人請求出資。須實行出資。故出資義務之履行。須從左資原則。

(一) 出資須爲合夥人全體利益。非爲請求人一己利益。故甲各合夥人受他合夥人請求出資時。非對該合夥人給付。須對爲全體有受給付權限者。行其給付。故各合夥人之給付。必由有

權限者之。(乙)各合夥人受他合夥人請求出資時。不得對該他合夥人應出之資。撥用自己持分。主張抵銷。而免其義務。

〔疏〕如可互為抵銷。則合夥財產受其影響。不致達其共同經營事業之目的矣。

(二)以金錢為出資。怠於支付者。除自應出資時起。支付利息外。若有損害。並須賠償。此又脫通則一條。制裁較重。所以儆遲延。而期合夥事業之成立也。三七 八九

(三)合夥人無增加補足出資之義務。合夥雖以達共同目的。然合夥人出資義務。甲宜以約定之出資為限。非有特約。不負增加之義務。(乙)約定所出之資。雖因損失而致減少。然非有特約。亦不負補充之義務。蓋不如是。恐未合通常當事人之意思也。

〔疏〕如甲乙丙各出資千元。經營合夥事業。其後虧本。非有特約。甲乙丙不負補足之義務。

## 第二項 合夥業務之執行

### 第一目 執行業務之權限

合夥業務。執任其執行。草案八〇一條以下。規定之。析述於左。

第一 合夥契約未定業務執行人時。則業務須經全體合夥人決定。共同執行之。此項原則。立法

例不。一。有許各合夥人。各得自執行者。法一八 五七條二。用以全體合夥人之過半數。決其執行者。金日

二。有須經合夥人全體決定。共同執行者。德七 九條草案即採第三主義。所以重合夥人意

思而符公同事業之旨。

〔疏〕各自執行有紛歧不一之弊。過半數執行若全體各夥員係係。數時解決殊難。况多數之意思未必即符合夥契約之本旨耶。

第二 合夥契約已定。業務執行人時。則業務由契約所定之人執行。非業務執行人之他合夥人無執行權。試分二端說明之。

(甲) 執行人與合夥人以外之第三人時。則無論由合夥契約選定。或以合夥契約以外契約

選定。執行人與合夥之關係。不外純然委任關係。其權限等。從委任內容而定。其辭任解任。亦從任規定爲之。七七六條。又若執行人被授有代理權。則執行業務。於代理權範圍內。并得代理全體合夥人。

(乙) 執行人係合夥人時。又分三端。

(一) 執行人從合夥人中選任一人時。則合夥業務。一人專斷執行之。

被選爲業務執行人之合夥人中一人。若以合夥契約以外契約選任者。該執行人與合夥之關係。雖亦宜屬委任關係。然既以合夥契約所訂定。則此執行人地位。乃由合夥結果而得。當事人間別無合任契約可言。苟有辭任解任。即是變更合夥契約。自不能從委任條文。必須設特殊規定。即(一)合夥人中一人之執行權。必限於有重大事由。始得以他委夥人全體同意。或合夥契約訂定過半數決者。得以過半數同意奪取之。(二)但限有重大事由。此合

夥人中一人亦得聲明辭任。

**附** 以合夥本約訂明則構成合夥契約之內容若以合夥本約以外之契約訂明則不過委任關係已耳又無論為全體或為多數決均須除去業務執行人計算如甲乙丙丁四人合夥甲執行業務甲患重病經乙丙丁三人同意全體或乙丙二人過半數之多數決即可奪取該執行人之執行權

(二) 執行人從合夥人中選任數人時則(一)執行業務須經數人同意決定之。(二)若特約過半數決定則經過半數決定亦可執行。(三)又若特約數人各得執行則各人得專執行之。惟法律謀杜專恣而妨私益各執行人於他執行人執行完成前有聲明異議之權利受異議之執行人有中止之義務。

被選為執行人之合夥人中數人若以合夥契約以外契約選任者此等執行人與合夥之關係亦委任關係也。惟既以合夥契約所訂定則執行人與合夥之關係亦屬合夥之結果不能作委任論。故荷欲解任辭任即是變更合夥契約辭任非經全體合夥人同意不可解任非經應解任人外他合夥全體人同意不可。理甚明也。日六七二條參照

(三) 依合夥契約由全體合夥人決定執行業務時。

合夥契約未定業務執行人時法律推測當事人意思以全體合夥人決定共同執行為原則。前既述之。惟有時合夥契約亦有訂定全體合夥人均得執行者則其結果(一)合夥業務由全體執行人(即全體合夥人)決定共同執行之。

(二) 若合夥契約特約有過半數決定。即可執行者。不妨從其特約。惟所謂過半數。苟別無特約。以合夥全體人數定之。不以出資額爲準。

(三) 又若特約全體執行人各得專決執行。亦可從其特約。惟各執行人對他執行人。亦有聲明異議之權。受異議人。亦即有中止執行之責。

全體合夥人取得執行業務權。亦合夥之結果。不屬委任關係。故苟欲辭任解任。亦屬變更合夥契約。可參照前項得之。

## 第二目 執行業務所生之權利關係

分業務執行人與合夥人之關係及業務執行人與第三人之關係述之。

### 第一 業務執行人與合夥人之關係

業務執行若由合夥契約或合夥以外契約委任合夥人以外之第三人。又以合委以外契約委任合夥人中一人或數人。則執行人與合夥人之權利關係。無論其受任人爲第三人或合夥人。要其關係。乃純然委任關係。可適用委任規定。

業務執行若以合夥契約屬諸合夥人中一人或數人或其全體時。則合夥人與全體合夥人間。又全體合夥人相互間之權利關係。核其性質。乃合夥契約結果。非由純然委任契約而生。自與純然委任關係有別。雖然。執行人既爲合夥執行業務。其地位要與受任人相類。自非性質所不

許不妨準照委任規定。

隨性質所不許者例如辭任職任須慎重出之不能適用委任關係又執行業務人注意之程度以抽象的為準

合夥契約。本定事務執行人。據原則由全體合夥人執行時。則業務執行人之權限。核其性質。由法律規事而生。非由當事人間委任契約而定。又與委任關係不同。雖然。全體合夥人既為合夥利益有執行之權限。就權限言。與由委任所生者。固無差異。亦不妨準照委任規定也。

草案爰從多數立法例。凡以合夥契約或法律規定之執行業務人。其權利義務。準用關於委任七六六條至七七五條規定。可參照得之。

## 第二 執行業務與第三人之關係

合夥業務為屬法律行為者。有屬法律行為以外事務者。法律行為以外事務之執行。祇於執行人與全體合夥人間。生權責關係。無關第三人利害。然執行屬法律行為。則對第三人之關係。有重要效果可言。何也。業務執行若授有代理權。則執行人行為。直接對合夥生效。第三人與合夥間。即生權責關係也。析述之。

(甲) 業務執行為之代理權。

業務執行基於純然委任契約時。即由合夥契約或合夥以外契約委任第三人及由合夥以外契約委任合夥人。此受任人之代理權。其得失變更及範圍。皆依一般原則定之。

業務執行不基於純粹委任契約時（即由合夥契約定合夥人爲執行人及據法律規定各合夥人執行業務時）則其代理權除與合夥契約同時授與外。法律據合夥性質。設推定之文凡執行業務之合夥人對第三人有代理權。蓋業務既屬合夥之業務。非執行人之業務。則以合夥名義爲之。乃事理當然。若以執行人（自己）名義爲之。却戾義務之性質也。

代理權之發生以明示之意思表示爲原則  
法律推定之文須限於無反對之表意方可

(乙) 合夥與第三人之關係。

有代理權之業務執行人。以合夥名義爲法律行爲時。此執行人無論爲合夥人或合夥外之第三人。要其行爲。即對合夥發生效力。合夥與第三人間。遂直接生權責關係。固也。雖然民法上所謂合夥。既與法人異。對第三人作權責主體者。即全體合夥人。非別有人格。在第三人權利對全體合夥人有之。其義務亦對全體合夥人負之也。故其結果。可得而言。

第三人對於法人之權責關係爲單一的對  
於合夥之各合夥員則爲複數的二者不同

(一) 第三人權利。 第三人之權利。既對全體合夥人有之。故當其實行權利。不特對合夥財產。即對各合夥人一己財產。亦得行使之。蓋合夥不過合夥人之集合。合夥責任。不能僅限於合夥共有財產。致債權人受損也。

如甲乙各出資千元合夥而甲乙自有財產各有五千元因合夥負債六千元  
則債權者除就合夥財產二千元受清債外尙可就甲乙之自有財產受清債

第三人對合夥之權利。即合夥人之債務。此公同債務。各合夥人於如何限度任履行之責。申言之。各合夥人應連帶負責。僅分擔其責。據草案趣旨。

(A) 原則采分擔主義。各合夥人依分配損失之成數分擔之。分配損失成數。一有無特約。各合夥人平等均攤。不問其出資種類及價格如何。(二) 有特約者。從特約定之。(八) 九條

(B) 合夥與第三人間苟特約連帶。各合夥人始負連帶之責。蓋數人共同負擔債務。苟無連帶特約。不能徑以當然連帶推定之。且就合夥論。尤無推定連帶之必要也。

(二) 第三人之債務。此債務性質。既屬對全體合夥人之債務。非對合夥人各自之債務。故

(A) 各合夥人不得將對第三人之合夥。債權分割之。應其持分。獨求歸己部分之履行。蓋合夥債權。必由有執行權人代表全體合夥人。請求第三人履行。一旦受履行後。宜先歸全體合夥

夥人共有。合夥存續間。當然不得分割也。八一、二條二項八  
二三條一項參照

如甲對乙丙丁之合夥債權千五百元而乙丙丁三人之持分又各相等此時乙亦不能請求甲對已履行五百元

(B) 合夥之債務人。不得將其債務。與對於合夥人之債權。主張抵銷。第三人對合夥之債務。與

對於某合夥人之債權。非同一當事人間之債權債務。故第三人單純將其債務與對合夥人債權抵銷不可也。即將對合夥債務分配諸合夥人間。準該合夥人持分。就其一部分主張抵銷。亦不可也。八二、三條二項

**附**如子對甲乙丙之合夥負債三千元者甲自身欠子千元此時甲固不得以三千之債權盡數與已之債務千元抵銷以超過其持分即只就千元與子抵銷使子歸還合夥二千元亦所不許蓋以合夥之財產與甲自身之財產不同故也

### 第三項 合夥人之檢查權

合夥業務歸有執行人執行。非執行人之合夥人雖不得干與。然合夥業務既屬合夥人共同業務。合夥財產又屬全體合夥人共有。故無執行權之合夥人。就合夥業務及合夥財產之狀況。仍不失檢查權。此檢查權不得以契約除去或限制之。<sup>八〇</sup>

**附**合夥團體組織與公益有關故設此強行規定也。限制檢查權之例如只准查問帳不准查來往帳之類

### 第四項 決算及分配損益

合夥財產之狀況。非將收支明確列表。不可。謂之決算。合夥損益。通常據合夥事業終結時或其事業年度終結時之總括結果為圖。非指合夥各宗事務結果而言。利益謂對於合夥人出資之增益金額。損失則其減少數額及合夥所負債務之應償數額也。分時期及方法述之。

(一) 決算及分配損益之時期。此首依合夥契約而定。苟無特約。則甲合夥人於合夥解散後得請求決算及損益分配。乙但合夥存續期間過長。決算及利益分配。須於各事業年度末為之。<sup>八八</sup>

(二) 分配損益之方法。據草案規定如左。

(甲) 合夥人別配損益之成數。未約定者。不問其出資之種類及價格多寡。平等均攤。蓋合夥人既

無特約。法律規定甯置重人數。較爲公平。且與以人數定過半數之規定亦有合也。

(乙) 已約定損益分配之成數。從其特約。故合夥人約定同一成數分配損益。或約定利益損失各異成數。均無不可。惟僅就利益或損失定分配成數。苟別無特約。法律推測通常意思。以損益共通視之。

#### 第五項 合夥財產

合夥事業。屬全體合夥人公同事業。故經營事業所需之財產。宜屬合夥人共同共有。方於合夥性質有合。試就其範圍及分割述之。

(一) 合夥財產之範圍。屬合夥人共同共有之財產。得分左開各種。

甲 各合夥人所出之資。

(乙) 因執行業務爲合夥所取得之標的物。如賣却合夥財產而得之價金。以合夥金錢購得之物品等屬之。

(丙) 基於合夥財產所屬權利而取得者。或因合夥財產所屬標的物之毀滅等受賠償而取得者。如合夥財產所生之天然滋息。法定滋息及因第三人賠償所取得之金錢物品屬之。

(二) 合夥財產之持分。合夥財產。屬合夥人共同共有。故各合夥人均就合夥財產有持分。持分之成數。苟無約定。則推定各合夥人有均一持分。蓋分配損益之成數未約定時。既推定爲平等均攤。

則就合夥財產各合夥人應有持分。亦宜準此也。惟事關私益。合夥人間苟有特約。即從特約定之。  
(三)處分及分割之限制。合夥財產屬公同共有。所以供經營事業之用。故與分別共有異。甲各合夥人不得就合夥財產。將其自己持分處分之。蓋合夥財產之持分。必合夥人始能有之。若處分之。為非合夥人之第三人所有。是戾合夥本質也。

〔疏〕合夥為團體事業與一國產業之盛衰大有關係。故除合夥根本消滅外禁止隨時分割其財產焉。

(乙)苟在清算前各合夥人不得對合夥財產請求分割。八二三條又一〇四五條一項一〇五二條參照

### 第三款 合夥之終結

合夥終結原因得別第二種。合夥解散及合夥人退夥是也。

#### 第一項 合夥之解散

解散為全體合夥人間之契約解除。即根本上使合夥關係終結。試述其原因及效果。

#### 第一目 合夥解散之原因

合夥解散之特殊原因如左。

(第一)全體合夥人同意。

(第二)合夥事業成功或不能成功。

(第三)存續期間完滿。合夥定有存續期間。則合夥關係自因期滿後終結。

合夥雖定有存續期間。然合夥人不妨更新之。而在期滿後繼續合夥者。法律推定爲默示更新。其存續期間作爲未定論。

第四 聲明解約。合夥人除援用通則得解除契約外。復有左開任意解約權。

(甲)合夥未定存續期間。或定明以某合夥人終身爲期。合夥應行存續者。各合夥人得隨時聲明解約。蓋未定期間之合夥。合夥人固無永受羈束之理。又雖在存續以某合夥人終身爲期者。然就該合夥人論。終身受契約之羈束。就合夥論。久暫無確定之期間。亦不如視等期間未定。許其任意解約爲愈也。惟解約即足。致解散。非有不得已事由。不得合夥不利之時期聲明之。

**疏**以終身爲期者其人享大年則存續期長若訂約後旋死則存續期短可與未定期間同視也又所謂不利之時期如年度未終時是

(乙)合夥雖有定存續期間。然苟有不得已事由。由各合夥人仍有聲明解約權。

**疏**如甲約乙爲執行事務人若從乙從軍無人接管則於營業上諸多不便可以解約是

第五 合夥人死亡。合夥以合夥人間互信爲基礎。因合夥而生之權利義務。不能因死亡移轉於繼承人。故亦爲解散原因之一。惟因死亡遽行解散。則合夥有受損之處。故

**疏**如合夥人甲死亡其子乙繼承合夥員無何等表意視爲默認合夥仍相存在如不欲繼承爲之則須聲明解約

(一)合夥人死亡其繼承人須即將死亡情形通知他合夥人。

**疏**如經理人係合夥員一經死亡合夥即行解散此時無人執行業務殊不利故其繼承人應暫時處理之

(二)若有急迫情形。其繼承人於他合夥某得公同處理以前。凡曾以合夥契約屬在被繼承人之業務。須繼續行之。又其他合夥人亦仍須執行屬在自已之爭務。此時該合夥尙視爲存續。

第六 合夥人爲禁治產人。則合夥關係性質上。亦不能由法定代理人代行繼續。惟合夥違因是解散。亦不無損失。可準用前項(一)(二)兩端所說明。

### 第二目 合夥解散之效果

解散不外全體合夥人間人契約解除。若據解除通則。合夥人各對他合夥人有回復原狀義務。然法欲防當事人間權利關係之錯雜。爰設特殊規定。解散無適及力。僅向將來有效。惟解散出於合夥人過失。該合夥人仍須賠償之。

〔疏〕 清算算官乃清理未來之事。非適及既往也。

合夥之業務執行權。以合夥存續爲前提。合夥解散。業務執行權宜同時銷滅。然果如其說。何以處不知解散之業務執行人。爲保護執行人計。除因委任契約之執行人(受任人)適用委任案定外。七七九 條參照。凡因合夥契約有執行權之合夥人。於其已知解散或得知解散前。其執行權仍視爲存續。但合夥因聲明解約而解散者。則否。蓋聲明解約。必他合夥人行之也。

合夥解散之主要效果。即合夥人間須行清算。是也。清算者云。辦結解散時未了事務。收取合夥債權。清償合夥債務。分配賸餘財產於各合夥人等。必要事務之總稱也。合夥解散後。至清算終結時。

止於清算目的之範圍內。合夥仍視為存續。試據草案規定。述其方法如左。

**附** 法為便利計。在法人解散後。清算終結前。人格仍舊存續。合夥亦然。清算終結前。合夥關係仍舊存在也。

(一) 合夥解散時之清算方法。苟當事人間有特約。從特約行之。

(二) 苟無特約。則清算事務。

(甲) 由合夥人共同處理。

(乙) 或以合夥人全體過半數決定。選任清算人處理之。

(三) 清算人之辭任解任。依合夥契約或合夥以外契約。選任第三人為清算人。或以合夥以外契約。選任合夥人為清算人時。其辭任及解任。雖可適用委任規定。然依合夥契約。選任合夥人為清算人時。則從事清算。亦屬合夥契約結果。非有重大事由。不得奪取其權限。或許其辭任也。八二五條

**附** 通常合夥契約中。多不訂明清算人。惟在無繼續性之合夥。亦有訂明者。

(四) 清算人有數人時。即全體合夥人共同清算。或選任數人。清算人時。則處理清算事務。(一)原則

全體清算人。共同決定處理之。(二)若特約以過半數決定處理者。從其特約。八二六條

(五) 清算人之職務及權限。準用法人之清算規定。六條故為清算人者。

(1) 終結未了合夥事務。

(2) 收取合夥之債權。

(3) 清償合夥之債務。(一)合夥財產必先儘清償合夥債務。(二)若該債務有未屆清償期或在訴訟中者。須截留清償必需之數額。(三)清償必需金錢時。須將合夥財產變換金錢。(四)合夥財產不足償還債務。各合夥人須照分配損失成數。擔負其不足額。(五)合夥人中有無力給付其擔負額者。他合夥人須平均分任。

(4) 償還各合夥人之出資。(一)合夥財產先償債務後。始依次償還各合夥人之出資。(二)不以金錢為標的之出資。須照出資時價格償還。但以給付勞務或物之使用(收益不在此限)為標的之出資。不得請求償還。(三)償還必須金錢時。須將合夥財產變換金錢。(四)合夥財產不足償還出資時。各合夥人須依分配損失成數。擔負其不足額。(五)合夥人中無力給付其擔負額者。亦須由他合夥人平均分任。

(5) 分配賸餘財產。合夥財產若先償債務次還出資而有餘。須分與合夥人。其數額依分配利益成數定之。

第二項 合夥人之退夥

退夥云者。僅由退夥人脫離合夥。非從根本上使合夥關係終結也。草案依德民法。合夥終結原因。以解散為原則。惟契約約定明合夥中一人雖發生某事項。偶由他合夥人繼續合夥者。則該

事項發生時。其合夥人即視為退夥。此時苟非因退夥致合夥當然不能繼續（如合夥人二人之合夥其一人退夥時）其合夥時關係依然存續於自餘合夥人間。仍述其原因及效果。

### 第一目 退夥之原因

合夥契約定明合夥人中一人發生左列事項。由他合夥人繼續合夥時。則於該事項發生時。視為退夥。析述之。

(一) 聲明解約。

(二) 合夥人死亡。

(三) 合夥人爲禁治產人。右開各項發生。原則雖成解散原因。然不妨僅許退夥也。

(四) 除名。合夥人又因除名而退出合夥。推須具左列要件。

(1) 有重大事由。除名影響於除名合夥人名譽利益甚重。非有重大事由。不得輕易爲之。例如某合夥人怠行出資或因疾病等事由。不能履行義務。或違反義務。妨害事業進行等是也。

**附**如怠行出資。除依通則請求損害賠償外。尚可除名。  
**附**因合夥重在感情。如不出資。則無人樂與共事也。

(2) 須經合夥人全體同意。除名不外變更合夥契約。雖不能以經全體合夥人同意強之。然他合夥人全體同意。自不可少也。

**附**甲乙丙三大合夥。甲意於出資。經乙丙二人之同意。可除甲之名。若乙與甲善。不同意丙。惟不欲則非服從乙意。即須自行退夥。不能除甲之名也。

(3) 須行通知。除名在他合夥人全體間。雖因其同意即生效力。然對應除名之合夥人。必須通知。以防因不知除名之損。

第二百 退夥之效果

合夥人退夥以後。雖失其人合夥之資格。與合夥脫離關係。然其退夥前所有權利義務。並不受影響也。故退夥人與他合夥人間。關於前此合夥財產損益。就無害合夥存續之範圍內。須計算之。其方法如左。

(一) 計算損 須以退夥時。合夥財產狀況為準。至合夥財產價額。限有必要情形。得用評價方法估計之。

**疏** 如合夥財產有舖房五間。相連若一人退夥。請求交付一間。則他房亦不適於此時。應依評價法為之。

(二) 退夥人就合夥財產之持分歸屬他合夥人

(三) 他合夥人對退夥人負左開義務

(甲) 應退夥人所有持分。得以金錢償還之。惟退夥人作為出資所支出供合夥使用之物。須儘

原物歸還。

**疏** 如甲乙丙合夥。甲請退夥。合夥財產剩舖房三間。值三百元。此時得與甲百元保留其房屋。

(乙) 退夥人前此因合夥關係對第三人所負之共同債務。他合夥人須設法為之免除。若該公

同債務尙未屆清償期者。他合夥人得對合夥人供相當擔保。以代免除其債務之責。

(丙) 若退夥之際。合夥適已解散者。則依清算結果。凡屬退夥人所應得者。須支付之。

(四) 退夥當時之合夥財產若不足清償公同債務及償還出資時。退夥人須依分擔損失成數對他合夥人補償其不足數額。

〔疏〕此所以防合夥人之巧避也。如甲乙丙三人合夥於一月一日買米三百石。價三千元。至二月一日價跌至每石八元。折本甚鉅。甲乃假退夥方法規避之。法不使其免責。日後如購六百元。甲仍須負擔二百元也。

(五) 退夥人於退夥當時未終結之業務所生損益。須分配之。退夥人既須分配損益。故退夥人得請求。

(一) 退夥後各業務年度辦結業務之計算。(二) 應歸屬自己之金額。(三) 及未辦結業務狀況之報告。

### 第十六節 隱名合夥

#### 第一款 隱名合夥之性質 八三 五條

隱名合夥云者。當事人一造約為相對人之營業。而出資相對人約分配其營業所生利益之契約也。析述之。

〔疏〕多數法例以隱名合夥規定於商法中。我國編纂民法草案時。除公司律外。商法之他部分尙未脫稿。故以之加入本律焉。實際上觀之。商業以外締結此約方亦屬不少。即訂入民法無不可也。

(一) 隱名合夥。乃契約也。隱名合夥關係之發生。必由當事人間。即營業人與隱名合夥人間之契約。

此契約亦屬不要式。屬諾成。屬有償與雙務。理亦甚明。

(二) 隱名合夥。由隱名合夥人約爲相對人之營業而出資。故若雖約行出資。然非爲營業者。或約行出資。而自行加入營業者。不得爲隱名合夥。惟僅云營業。並未限定其種類。故如商業及商業以外之營利事業。皆包含之。但外國立法例。亦有將此項契約。規定於商法。僅限商業適用者。

疏 隱名合夥我國習慣上往往有之。如乙向有商業上經驗甲。僱有資財由甲出資。由乙營業。此一種也。亦有甲之各出資。一半營業主體則爲乙一人。此又一種也。習慣上謂甲爲領東。

(三) 隱名合夥。由營業人約分配其營業所生利益。約分配利益之結果。通常雖並應分擔損失。然事關私益。故當事人間特約許隱名人祇分利益。不任損失亦屬不妨。八三六條

### 第二款 隱名合夥之效力

隱名合夥與合夥不盡同。合夥須由各合夥人出資。隱名合夥。則營業人無必須出資之義務。又合夥所營事業。屬合夥人公同事業。隱名合夥則屬營業人一人之事業。非與隱名人公同之事業。性質既異。關於合夥規定。不盡可適用。草案爰設特殊規定。以解決之。析述於左。

#### 第一項 隱名人之出資

隱名人得供作出資之標的者。須以金錢及其餘財產爲限。若勞務信用。不得作出資標的。蓋隱名人就營業人營業之行爲對於第三人不負責任。自無復許其以信用爲出資之理。又隱名人所出之資。須歸作營業人之財產。若許以勞務爲出資。又難徑行歸屬於營業人也。八三八條 八四三條

疏 所謂信用應從經濟學上觀察之。如招牌有商號權之性質。附有信用。通常可作爲出資之標的。若單純之信用。則否。

## 第二項 損益之分配

隱名人與營業人間。除以特約不任損失外。通常須分配營業之損益。固也。分配損失之限度。在通常合夥人責任雖不僅限合夥財產。然草案斟酌隱名合夥契約特質。凡隱名人負擔損失之責任。苟無特約。以其出資限度內為斷。蓋隱名人既未預聞營業。故以減輕其責任為宜。八三九條至分配損益之時期。當事人間苟無特約。限營業人於各業務年度後。必須計算損益並分配之。隱名人應領而未領之利益。苟無特約。不得作為增加出資。又分配損益之方法。苟無特約。則視為約定衡量情形以適當方法分配於隱名人。八四一條

**附**如隱名人出資五千元。年終得紅利二千元。與營業人均分。如隱名人尚未領取。不能推定為增加出資。次年賠累二千元。亦不能以上年之存款充之。但有特約者不在此限。

## 第三項 檢察及閱覽

隱名人雖有請求分配利益之權利。然對於營業不得加入執行。則營業人即難免滋生流弊。法爰使隱名人有檢察閱覽之權。即隱名人於每屆業務年度後。在營業時間內。得請求檢察合夥業務及其財產狀況。此定時檢查也。又若有重要事由。則雖在營業年度後以外之時期及營業時間以外之時間。隱名人亦得請由法院許可。檢查合夥業務及其財產狀況。此臨時檢查也。而為實行檢查起見。凡合夥之財產目錄及貸借對照表等。並得請求閱覽。八四〇條

## 第二款 隱名合夥之解散

第一項 解散之原因

隱名合夥解散之特殊原因如左。

(一)存續期間完滿。

(二)合夥事業成功或不能成功。

(三)聲明解約。隱名合夥當事人除據通則得行解約亦有左開任意解約權。即(甲)隱名合夥未定

有續期間或定明以某當事人終身爲期合夥應行存續者。則各當事人於業務年度終得聲明  
解約。但須於六個月前預行告知。又(乙)不論已否定有存續期間。苟有不得已事由。當事人仍有

隨時註明解約權。八四  
五條

(四)營業人及隱名人同意。

(五)營業人死亡或禁治產。反是。若隱名人死亡或禁治產則不成解散之原因。

〔疏〕隱名合夥契約之存續注重營業人本身使備及其在社會上之活動故以營業人之死亡或禁治產爲解約之原因。反之隱名人死亡或禁治產則無解約之必要也。

(六)營業人或隱名人破產。

第二項 解散之效果

隱名合夥解散後。營業人須將隱名人出資價額歸還於隱名人。但出資苟因損失而致減少。則祇  
將其餘存額歸還已足。此又當然之理也。八四  
六條

第十七節 終身定期金契約

第一款 終身定期金契約之性質八四七條

終身定期金契約云者。當事人一造約定期給付金錢或他物。予相對人或第三人。至其自己相對人或第三人之死亡為止之契約也。所述之。

西方法國慈善之舉最多故終身定期金之事件往往有之即在中國亦非絕無如甲婦居不能自事生產乃以千元贖乙約乙每年與己生活費百元至死亡時為止是也

(一)終身定期金契約係契約之一種。此項契約(一)雖係諾成契約(二)然據草案規定非立有書證不生效力。宜屬要式契約。(三)日定期金債務人僅負給付義務。其相對人不負有某種債務者。即應作片務與無償契約論也。

終身定期金本定期還河環贈與之一種法特另規定之又入事無常期請終身非有書據不易證明也

(二)終身定期金契約係當事人一造約定給付金錢或他物予相對人或第三人。

有以債權人終身為期者有以第三人終身為期者又給付利益於第三人則於第三人表示願受利益之意思時發生效力

終身定期金契約之標的以金錢充之者最多。故法律上亦用終身定期金契約之名稱。以期易喻。然實則以米穀等物為標的亦無不可。

受給付利益之人。稱定期金債權人。定期金債權人若係第三人時。則該契約即係為第三人利益所訂之契約。故其效力須從五三九條規定為斷。

(三)終身定期金契約。係當事人一造。約定定期給付。定期金乃因時之經過而發生。須於一定時期支付之。此為終身定期金特質。與貸借之資金地上權地租永佃權之佃租等相同。

〔疏〕一定之時期有以月為期者。有以年為期者。以季為期者。有以年為期者。

(四)終身定期金契約。係當事人一造。約至自己相對人或第三人之死亡為止。行其給付。所謂終身者。以此故。若不具此項要件。僅約定期給付金錢等物。予相對人或第三人者。祇成一種定期金契約。非終身定期金契約。

### 第二款 終身定期金契約之效力

(一)定期金性質數額及支付時期。定期金須以金錢或他物為限。故凡無體物。不得作其標的。固無俟言。至定期金數額。可由當事人任意訂定。但當事人僅訂每一期應付之額。而未經指定其期限。則視作一年應付之額。以期協當事人意思。八四九又定期金支付之時期。尙未經訂定。須接每六個月前預付。而應預付之期間屆滿前。若有因死亡使債權消滅者。苟無特約。則債務人於該期之終身定期金。乃任清償之責。八五條。但外國立法例。亦有規定按日計算者。日六九〇條參照。

〔疏〕甲約之自一月起。給丙上元。至丙死亡為止。即四月丙即死亡。在日本法例。須其死亡在四月底方支付四月分之十元。若其滿一月。則應按日計算。草案則否。即於四月初旬死亡。亦應照付全額十元。以符不恩之旨。

(二)終身定期金債務不履行之制裁。終身定期金債務人不履行債務時。其救濟方法如左。八五二條

(甲)定期金債務人若怠於給付終身定期金支全部又一部或不履行其他義務。(例如債務人負供擔保之義務而不供擔保)則債權人得解除契約。

(乙)定期金債務人若受有定期金之原本則因解決之結果債權人得請將原本歸還。此不外適用一般原則俾債權人地位得回復未訂契約前之原狀。

(丙)債權人應就既受之定期金中扣除其對於該原本之利息而將其餘額歸還債務人。此亦係適用一般原則。蓋解約之結果債權人應使債務人地位回復原狀對於債務人有歸還其已受定期金之義務。同時並有使債務人(除歸還原本外)并還其利息之權利。故許其從既受之定期金中扣除利息而歸還其餘額以期簡捷也。

隨如甲贈乙千元約年與已十二元乙不實行聲明解約則乙應歸還甲之千元及其利息若乙曾與甲一次則將應十二元從利息中扣除之庶無不當利得之嫌

(丁)因右債務不履行所生之權責當事人兩造得準用關於同時履行規則。

隨終身定期金雖非雙務契約然因解約之結果致兩造互負義務為保時公平計使各當事人有同時履行之抗辯權

### 第三款 終身定期金契約終結

終身定期金契約不外因該約所期諸終身之債務人債權人或第三人之死亡而終結。其理甚明。然此項原則尚有例外。即期諸終身者死亡因可歸責於定期金債務人之事由時是也。此時定期金契約若仍因期諸終身者之死亡而消滅。則債權人將因債務人之行為致縮減其權利非所以

持平。草案爰使法院得因債權人或其繼承人之請求宣告於相當期間內仍存續其債權以保護之。八五三  
之條一項

**附**如甲約乙年與百元以甲終身為期乙將甲死殺乙不能免給付之責所以懲  
兇頑也此時由甲之繼承人聲請如係以丙終身為期丙被殺則由甲聲請之

第四款 終身定期金之遺贈四五  
四條

終身定期金得以遺贈設定之。因遺贈設定之終身定期金其發生原因雖異於因契約所設定然其實質固無甚殊。故關於終身定期金契約之規定可準用之。

**附**如甲以遺產中半贈百元與乙以終身為期亦生效力  
便準用本節規定以茲再規定於繼承編有重複之弊

第十八節 博戲及賭事

第十款 博戲及賭事之性質

博戲云者。基於射倖心及營利心銷度時日以兩造相反對之條件得喪財產上利益之契約也。此項契約雖屬不要式與諾成然當事人孰為出捐於契約成立當時並未確定故自來法制皆認作射倖契約之一種。均是博戲之中。有專以牟利為目的之賭博。今各國刑法典恆設一定條件。處以刑罰我國新刑律亦有賭博罪規定。此項刑律禁止之博戲。私法上當然無效。本節所規定。係指不觸刑罰之博戲而言。如弈棋球戲之類其例也。

〔疏〕有害公安之賭博。竊成賭博罪。如刑律所謂賭博財物者。處死刑。但以娛樂為目的者。不為此限。是也。何者。為害公安之賭博。應由審判官自由認定之。又本草案一七六條曰。以違反法令禁止事項為標的者。其法律行為無效云云。可知有室公安之賭博。在刑法上。構成犯罪。在民法上。其行為無效。無須別以明文規定。又民法上所謂賭博與刑法上所謂賭博。不必相同。以中國習慣言。如麻雀牌九。葉子戲。押寶。抽簽等。皆為賭博。若弈棋。打球。賽馬等。則否。

與博戲相類似者。為賭事。賭事亦以兩造相反對之條件。決定損益為目的。屬射倖契約。兩者區別之點。學者謂博戲之本質。在博戲人之行為同時決定其結果。而賭事則否。此通說也。

〔疏〕如甲乙鬪蟋。以草觸之。使鬪以決勝負。則為博戲。如甲乙見路旁有二蟋蟀。相鬪。甲謂大者勝。乙謂小者勝。賂以金錢。則為賭事。因前者有以草觸動之行為。令入其間。後者全任蟋蟀之自鬪也。又如甲乙自行賽馬。以決勝負。屬於賭戲。若甲乙見丙丁二人賽馬。決丙丁之勝負。屬於賭事。理同前。

## 第二款 博戲及賭事之效力 五條

博戲及賭事。皆足導人以倖獲。使社會俗尚趨於浮淺。故今世立法。往往謀有以禁止限制之。試據草案規定。述其效力。

〔疏〕法律行為之成立。與否。與其效力。發生與否。為二個問題。凡可生效力之法律行為。必須其行為業已成立。反之。已成立之法律行為。非必皆有效也。抵觸刑禁之賭博。根本上不成立。私法上不生效。何等問題。不抵觸刑禁之賭博。其行為確已成立。惟其效力如何。應分別觀察。耳。又刑事法上。認為有害公安之賭博。固非處罰不可。即此外之賭博。亦非法所希望。蓋如商人以成本一元之貨。賣價一元二角。乃以本求利者也。事夫得車資。乃以勞力易金錢者也。若夫賭博。其得之也。為倖。縱其失之也。為無妄之災。故又設禁止或限制之規定焉。

(一) 博戲或賭事不能發生債務。不觸刑禁之博戲及賭事。其契約雖非竟歸無效。然不足為發生債務之原因。故勝者對於負者所有之債額。不能有訴權。且負者因履行其債務。即使對勝者負他項債務。法律上亦不能發生。蓋否則賭者將有術焉。以巧避禁令也。但有當注意者。

〔圖〕如甲因賭資給乙寫立借票並設定擔保如能證明亦不發生債務若甲因而發行票據與乙則須從票據法上之限制不能適用此等法意蓋以票據行為不原因故也

〔甲〕彩票與抽籤其性質本屬博戲而發行購買彩票我新刑律且列入賭博罪故就原則論不特彩票之發行購買根本上屬無效行為即在抽籤契約亦不能發生債務其理甚明但草案於此等契約特設例外即凡彩票抽籤會得主管官署許可者當事人得依彩票抽籤等契約而發生債務蓋既得行政上之允許即推定其無害公益也六五

〔圖〕彩票多在得命錢抽籤多在得失物品(如買糖果者之籤是)又經行政上之允許即可為之則與刑法之禁止規定不免矛盾此立法問題也

〔乙〕純粹之定期買賣當事人雖未始不各憑其判斷以定損益然其性質要不失為真實之行為自不能作博戲論然者當事人對於以交付商品或有價證券為標的之契約其意僅在授受約定價格與交付時交易所或市場價格之差額者(所謂差額買賣即賣空買空)則其性質全出於射倖並無真實之基礎即應視作博戲適用右開之規定此又今立法通例然也

八五  
七條

〔圖〕如甲乙曾依米商於一月一日甲賣乙米百石定於四月一日雙方履行每石十元至期漲至十一元則乙虧百元乙仍須交米反之至期落至九元則甲虧百元甲亦仍須交價則所謂買賣之商行為也若甲乙二人訂約之本旨不在

〔圖〕買米買米全在得其價額如前例漲則乙應交甲百元落則甲應交乙百元則既易破壞商業之信用且易導人以倖獲心與賭博無異故無訴訟權此即習慣上所謂賣空買空也

(二) 因博戲或賭事以給付者其後不得請求歸還。羅馬法凡博戲者除不得因博戲發生訴權外其因博戲已支付之金錢並許再求償還。然負者已行給付給由自取。法正不必保護之。仍許求

償徒。增權責關係之錯。雜故今世立法與羅馬殊。

〔疏〕驟觀之似可依不當利得之原則由買者請求償還但現行法制於此三致意焉以為與便返還致當事人生複雜之關係毋寧使之不得求償以期簡便焉

### 第十九節 和解

#### 第一款 和解之性質

八五  
八條

和解云者。當事人互相讓步。就某項法律關係停止爭執。或除去不明確狀態之契約也。析述之。

(一) 和解乃契約也。 和解因當事人間契約而成立。此項契約屬不要式。屬諾成。屬有償與雙務。其理甚明。

(二) 和解係當事人間約明就某項法律關係停止爭執或除去不明確之狀態。此項法律關係。不問其為物權或債權為財產權或身分權。又不問其在審判外所生者。或已經成訟繫屬於法院者。要之苟屬在既發生之私法上之權利關係。得以當事人意思處置之者。皆以為和解之標的。

〔疏〕和解亦有出於不爭執之事實者如甲乙土地中隔隙地以和解方法定經界而均分之是又和解之標的有屬於親屬權者如甲乙丙兄弟三人甲死無子乙有子丑二子丙有寅卯辰三子論昭穆相當應以乙子為之後惟甲最愛丙之子亦可以和解確定之又審判上之和解或成爲訴訟終結之原因以後再行訴訟法院得以此廢斥之至審判外之和解以後訴訟法院裁判之結果有將從前和解契約破壞之者

(三) 和解須由當事人互相讓步。讓步謂各自犧牲其利益。申言之。即各自捐棄其若干利益。使主張趨於一致。狀態歸於明確。方成和解契約之實質。若僅由當事人一造捐棄利益之契約。非解和契約。至讓步方法雖殊。要之。祇須具有右開實質已足。至其程度如何。則不必問之。

【疏】如甲乙爭隙地十畝甲讓十之九得一畝乙讓十之一得九畝亦和解契約也

第二款 和解之效力 八五  
九條

和解之作用。係不問當事人間實體上權利關係若何。特以該契約確定其權利關係。故此項權利關係。究係認定的性質抑係創設之性質。須分左開各端說明之。

第一 和解契約。其拘束當事人與一般契約無殊。故自後當事人間權利關係。即應從和解契約定之。當事人無復有主張訂約前權利關係之餘地。

第二 和解之效力。以有認定的性質為原則。故因和解契約認當事人一造有權利及其相對人。不有權利時。則當事人一造並非因和解契約。始取得其權利。乃自來本有此項權利。其相對人亦非因和解契約。始喪失其權利。乃自來本無此項權利。申言之。和解效力之原則。係認定的性質。非創設的性質也。

【疏】如甲乙土地之間隙地五畝和解之結果認爲甲得三畝乙得二畝視爲自始如是不過因和解之結果加以認定之耳

第三 但前項情形。若有當事人一造自來無此權利之確證出現。又其相對人自來有此權利之確證出現時。則此項權利。應作爲因和解而移轉。又因和解而消滅。

申言之。此時和解效力。就法律上論。應使其有創設之性質。即當事人一造因和解認爲有權利之後。而該當事人實無權利之確證出現時。則該權利應作爲因和解契約移轉於該當事人。以

維持和解之效力使該當事人享有權利。又其相對人因和解認為無權利之後。而該相對人實有權利之確證出現時。則該權利應作為因和解契約而消滅。使該相對人不得追溯訂約前狀態。以主張其權利。蓋和解契約若僅有認定的性質。則其效力薄弱。當事人間權利關係仍虞不確定。故若因和解而定之權利關係。與實體上權利關係不符。必須認該契約有創設的效力。方足發揮和解之作用也。

〔疏〕

如前例其隙地係甲獨有立有界址可證亦不得據此破壞和解契約之效力否則其解之效力太不固定與立法上認和解以弭爭之旨相反矣

第二十節 債務約束及債務認諾 八六條八六條

債務約束云者。謂僅依約束獨立約行給付之契約。債務認諾云者。謂承認債務存在之契約。草案設債務約束及債務認諾規定。所以示明凡契約雖無原因。亦得有效成立之旨。無因契約。蓋舊時觀念。認原因為契約成立要質之一。無原因之契約無效。現行法法系諸法。典殆莫不以此為真。實且適法之原因為契約之一種要件。而所謂原因者。依據通說。要不外當事人所以約有債務之直接（又法律上）理由。例如雙務契約（如買賣）各當事人之債務原因。不外其相對人之債務。實成契約（如消費借貸寄託等）債務之原因。不外已向相對人受有一定之給付是也。（原因又與緣由異。原因係契約要質。同種契約。常具同一原因。故緣由不過間接之目的。原因則係直接之目的。）然平心察之。雙務契約兩造之債務。與其契約同時發生。既難認有因果關係存乎其間。至於

實成契約之給付。實即該契約之本質。亦難認作原因列入要件。以是近世學者對於契約。須有原因之舊說。多持異議。因變認無因之債務契約爲有效。德國民法遂明揭債務約束及債務認諾之規定。我草案從之。

債務約束與債務認諾不過形式上之差異。言其實質則無殊。其蓋債務約束係獨立負擔債務。債務認諾係關於既存債之務負擔債務。雖有區別可言。然債務之認諾。既存債務。不必果係明確存在。且却爲排除既存債務之瑕疵。始行債務之認諾也。故凡債務認諾恆含有債務約束。實際恆未易截然區別之。此通說也。

債務約束及債務認諾其成立須具方式。非立有書據。不生效力。此亦從德民法所以防爭議。惟依解釋方法或依決算而爲債務約束或債務認諾者。則亦不必適用之。

〔疏〕法法系法典及學者主張法律行爲須要原因。觀民法曰無真實原因之法律行爲無效云云是也。惟何謂原相學說不一。通說則在雙務契約以各當事人所負之債務爲原因。如買賣之買主何以負給付價金之義務。則以賣主已負移轉財產權並交付標的物之義務。故買主何以負移轉財產權並交付標的物之義務。則以買主已負給付價金之義務。故在實成契約以事前向相對人已爲給付爲原因。如寄託人交付標的物於受寄人。務受寄人方負歸還該物之義務也。此派學者謂原因與緣由有別。以同一契約論。緣由由變萬化而原因則一致。無殊如彼買賣買主甲與買主乙之給付價金均係因買主負移轉財產權並交付標的物之義務而後爲之。此原因之說也。甲之買物在於自用。乙之買物在於贈友。此緣由之說也。故緣由者所以決定爲此意思表示之理由也。然自吾人觀之。原因是否必要。尚待研究。蓋原因與結果相對待。買主之給付價金其原因也。買主之移轉財產權及交付標的物其結果也。反之買主對於買主亦然。又在實成契約先須授物乃實成契約之實質。更無須以原因說明之。故近世立法如德國等不以原因爲法律行爲之要素。即無原因之行為亦不妨有效。因之有有因契約之分。債務約束債務認諾將無因契約之著者也。例如甲謂乙曰吾與汝百元在實成契約先須授物乃原因。爲贈與爲買賣爲雇傭德法則不問其原因何屬。僅此一旨。即生效力。此債務約束之例也。甲謂乙曰前曾言與汝百元。今即與汝法系法典亦須考其原因。爲贈與爲買賣爲雇傭德法則不問其原因何屬。即生效力。此僅債務認諾之例也。又如

甲乙素厚互有借貸各記入自己帳簿其後決算之結果除抵銷外甲尙欠乙三元甲言今與汝三元此形式上即債務約束也若決算後事隔多日甲謂乙曰前欠五元今當與汝此形式即債務承諾也此時雖無書據而有各人之帳簿可憑亦可生效又明確存在之債務無須再爲認諾故債務約束多含有債務認諾之性質實際上對於不確定之債務而爲認諾者

### 第二十一節 保證

#### 第一款 保證之性質

保證云者當事人一造對於相對人（第三人之債權人）約明第三人不履行債務時代負履行義務而相對人允諾之之契約也。析述之。

〔圖〕保證契約有三種關係（一）保證人與債務人之關係（二）保證人與債權人之關係（三）保證人間之關係法爲便宜計併規定之

（一）保證乃契約也。保證因保證人與債權人（即第二人之債權人）間之意思合致而成立。此項契約屬在諾成。且不拘一定方式。屬不要式契約。而當其履行僅由保證人實行給付義務。宜屬無償與片務契約也。

（二）保證乃當事人一造對於相對人約明第三人不履行債務時代負履行義務。因保證契約負代爲履行義務之人稱保證人。其相對人稱債權人。而第三人則稱主債務人。主債務人爲主。保證人爲從。惟其爲從也。於是左開之結果。

（甲）須主債務存在。惟所存在不必以保證契約成立當時業已存在爲要件。即爲担保將來成立之債權或附條件之債權亦得訂保證契約。條二項

(乙)保證債務之標的及體樣。須與主債務同一。就標的言。如主債務係以給付金錢千元爲標的。則保證債務亦應一律。就體樣言。如主債務附有期限或條件。則保證人不得負單純債務。故保證人所負義務。不防約定較輕於主債務。然若其担負較主債務重者。得減輕與主債務之限度同。八六五條前段

保證債務標的。既以與主債務同一爲原則。然所謂主債務。不僅指原本言。凡利息違約金損害賠償及一切附屬債務(例如訴訟費用)當事人間苟無特約。保證契約須悉行包含之。不特此也。主債務有時雖未約定違約金及損害賠償額。而保證契約却特約有違約金或損害賠償額。法亦未嘗不許。蓋保證債務。視主債務雖有主從關係。然其債務。原別成一事。保證當事人試就該債務特約有違約金等。固不妨也。

**疏**如債權人謂保證人曰。若主債務人不履行義務。爾又不代爲履行時。爾須出違約金或賠償損害云云。則此約係担保保證人之履行義務者。蓋本約以外之事也。

### 第二款 保證之效力

#### 第一項 保證人與債權人間之效力

保證債務所以供債權之担保。係從債務而非主債務。故保證人與債權人間有特殊關係可言。析述之。

(第一)主債務人抗辯事由之主張。八六六條保證債務。不外當主債務不履行時。須代爲履行之債務。

故不特主債務之履行與否。與保證人有利害關係。即主債務人對於債權人。有無抗辦事由。及主債務人果主張抗辦與否。保證人之利益。亦受其影響。法為保護保證人計。爰使保證人(一)得將主債務人有有之抗辦事由。(例如延期之抗辦)向債權人主張。(二)又主債務人縱或拋棄其抗辦。然保證人仍得主張之。

如債權人請求主債務人履行未到期之債務。主債務人得以未到清償期為理由。而拒絕之。向保證人請求履行時亦然。

(第二)履行之拒絕。保證人當主債務人不履行債務時。須代為履行。然遇有左開情形。保證人得拒絕履行。

(一)主債務人有權撤銷其債務發生原因之法律行為時。法認法律行為之撤銷。所以保護當事人利益。故若主債務發生原因。係由於行為能力不完全。或瑕疵表意等。可得撤銷之法律行為者。在主債務人既有撤銷之權。保證人自無負責之理。法爰使保證人於主債務人得行撤銷之時期內。有拒絕履行之抗辦權。以保護之。

(二)主債務人若對於債權人有債權已屆清償期。債權人得因彼此抵銷而受償者。則保證人亦得拒絕履行。

保證人不能因主債務人不主張抵銷即受不利益之結果也。

(第三)先訴之抗辦。八六八條。主債務人不履行債務時。債權人是否得對保證人徑請履行。徵諸各

國立法例。(一)有許其得徑向保證人請求履行者。法法系諸國采之。(二)有雖許其得徑向保證人請求。然保證人得請其先向主債務人催告者。今奧大利及日本採之。(三)又有須先向主債務人強制執行。猶無效果時。方可請保證人履行者。此於保證債務屬從債務之性質甚合。為今德意志所採用。我草案從之。凡債權人未證明向主債務人強制執行而無效果者。保證人得拒絕履行。所謂先訴抗辦是也。

**附** 在第一主義保證人毫無諉卸之餘地。故責權人可逕向保證人請求履行。第二主義債權人如逕向保證人請求履行。保證人可言汝先向主債務人催討。如彼不履行。余再代為履行。第三主義主債務人有資力。固不能逕向保證人請求履行。即已向主債務人以訴主張。經確定判決後。亦所不許。必強制執行無效果。方可向保證人主張。但欲加重保證人之責任。無妨以特約訂之。至強制執行是否無效果。乃事實問題。立證之資屬之債權人。保證人之先訴抗辦權。亦非漫無限制。即(一)保證人已拋棄此項抗辦權利時。(二)保證契約成立後。向主債務人執行。顯有困難情形時。(三)主債務人已受破產宣告時。(四)主債務之財產不足清償其債務時。則保證人不得主張之。

**附** 顯有困難情形。例如債務人僅有動產。而又携至外國。或其動產經拍賣。數次無拍買人。是

(第四)主債務與保證債務間互及之影響。○除析為二端。八七

(甲)主債務及於保證債務之影響。保證債務係從債務性質。故除主債務無效。或可得撤消時。保證債務當然受其影響外。凡(一)向主債務人請求履行時。對於保證人亦生效力。故主債務人應負之遲延責任。保證人亦須負之。(二)又主債務人之時效中斷。其效力亦及於保證人。

〔圖〕如主債務人應支付遲延利息百元保證人亦負此責又如通常之債權消滅時效爲三十年經過十年債權人向主債務人催告一次再過二十年保證人即不得主張時效已完成

(乙)保證債務及於主債務之影響。就原則論保證債務係從債務。自無影響及於主債務之理

然亦有例外。即主債務人與保證人連帶負擔債務時(所謂連帶保證)則債權人對保證人所生之事項。如請求履行主債務。亦須受其影響是也。

〔圖〕如被告追而爲保證經撤銷後主債務依然存存不過變爲無擔保之債務而已

(第五)多數保證人之責任。一宗債務而有數人爲保證人時。此多數保證人。究應各就主債務全部負責。抑僅以平等數率分任。此一問題也。今各國立法例。有采分任主義。認各保證人有分別利益之抗辯權者。然保證債務性質既所以擔保債權之實行。則苟使當事人間並無特約。與其使各保證人分別負責。毋寧認其連帶負責。較足保護債權人之利益。此草案趣旨也。

〔圖〕如乙借甲三宗款項立借字三張以超錢孫三人各別擔保一宗債務則爲通常之擔保不生問題若乙借甲三千元由丙丁戊三人擔保此一宗債務謂之共同保證除有特約外若乙不履約債務則甲無論對丙丁戊中之某一入皆可請求履行二千元此  
本草案之旨也

(第六)保證人免責之原因。保證人雖有代主債務人履行之責。然法爲保護保證人利益計。限定特殊情形。許保證人得脫免責任之原因又分二端。

(甲)保證人就現存之債務。約定於一定之期間內。爲保證者。債權人於其期間屆滿後。一個月內怠於爲審判上之請求者。則保證人得脫免責任。六七  
六條

〔疏〕依理論言期滿即可免責惟為保護債權人計予  
以一月之期間使有為審判上請求之餘地也

(乙)債權人拋棄其擔保債權之物權或對於共同保證人之權利時則保證人於得據關於求償

規定。參照。就已拋權利。可以受償之限度。亦脫免其責任。七條

〔疏〕如甲欠乙千元以值五百元之房屋作質另以丙為保證人則是實際上丙之責任不過五百元也若乙拋棄其質權之  
丙不加其責任仍以五百元為限以不能因債權人之拋棄權利致害及保證人之利益也又如甲欠乙千元以丙丁

為共同保證人乙拋棄  
對於丁之擔保權亦然

第二項 保證人與主債務人間之效力

(第一)保證人之償還請求權。八七

〔疏〕保證契約之內容不包含保證人與主債務人之  
權責關係法為便於適用計特於本節規定之

保證人既向債權人清償債務或以此外出捐方法消滅其責任以後。要不可使保證人受終局之  
損害。法爰將債權人對於主債務人之債權。儘保證人所清償或其他出捐之限度內。移轉於保證  
人。因移轉之結果。凡移轉當時與債權關聯之附帶權利。(如擔保物權等)亦應一律移轉。又當然  
之理也。

〔疏〕全部清償則全部移轉一部清償則一部移轉蓋代位關係也又債權  
之移轉以有償行為消滅債務為限所謂此外出捐方法如抵銷等是

債權人權利移轉於保證人之效力。尚有左開限制。

(一)權利移轉有足貽債權人以不利益者。則保證人不得主張之。如保證人僅行一部清償。而債

權人爲擔保其餘額債權計。自應留有擔保物權。以便行使。斯時保證人即不得主張將其擔保物權移歸自己。即其例也。

(二)主債務人與保證人間。曾有特別權利關係者。則主債務人因此項關係所生之抗辯。不因右開移轉。而受其影響。如保證人以向主債務人行贈與之目的。因向債權人清償者。則保證人不得對主債務人。主張債權人之權利。即其例也。

(第二)保證人之免責請求權。八七三條凡受主債務人委託而爲保證者。又雖未受有委託。然並非違反主債務人意。思而爲保證者。遇有左開特別情形時。得向主債務人請求免除保證之責。外國立法例於此項情形。亦有許保證人得向主債務人預行求償。以資保護者。但草案做德民法。僅認其有免責請求權。即

(甲)主債務人之財產於保證成立後。顯然減少。

保證契約一經成立。雖不得向債權人請求免責。然對於主債務人。則遇此等事實發生。可以請求以防求償權之不能實行。

(乙)保證契約成立後。因情事變更。向主債務人實行權利。顯有困難情形。

如主債務人之財產雖未減少。而變賣財產。遠赴重洋。則亦不易行使求償權。

(丙)主債務人有意遲延。

對於債權人之履行。遲延則將來行使求償權時。亦必遲延。惟是否遲延。應由保證人負立證之責。

(丁)保證人已受得以執行之判決。命其向債權人清償等各項情形是也。

保證人既得對主債務人請求免責。故主債務人即有使其免除保證責任之義務。但法爲謀主債務人便利計。苟使該主債務尙未屆償期。主債務人不妨提出相當擔保證保證人。以代免保證之責。蓋此時保證人已無慮不能求償也。

〔附〕相當擔保包含對人擔保對物擔保二種

第三項 保證人之效力八七

保證人有數人時。其相互關係。準用連帶債務人相互關係之規定。蓋草案於其共同保證人上之責任。苟無特約。既責其負連帶責任。以保護債權人。故其相互關係。亦應使準用連帶債務人規定。以期貫徹也。

第二章 廣告

第一節 廣告之性質

廣告性質。自來有三說。一曰單獨行爲說。謂廣告乃一種單獨行爲。可獨立成義務之原因。二曰要約說。謂廣告乃契約之要約。必因閱廣告者行承諾。契約方可成立。三曰要約誘起說。謂廣告不過誘起要約之方法。必俟閱廣告者對廣告者行要約。廣告者從而承諾之。契約始成立也。第一說係民德法所採。草案從之。惟核諸理論。究以第二說爲正。蓋廣告乃一種意思表示。而意思表示云者。

謂表意既者行決意也。故不得僅以誘起要約之方法目之。又若以之爲單獨行爲。謂廣告者僅因廣告事實遂負義務。此亦未合廣告者意思。大率須相對人出現後始負義務也。

**附**如招租廣告非一登載張貼即由廣告人負義務。不過希望有人來爲要約或爲承諾耳。故非單獨行爲。就本案規定觀之。廣告之位置（在契約之後）及其理由。則係採單獨行爲說也。又廣告非盡爲要約之誘引。例如甲失迷小兒。貼廣告謂有送還者酬洋百元。不能謂送小兒者爲要約人。甲反爲承諾人也。

廣告宜認爲契約之要約。然非謂凡廣告皆得作要約論也。又須視其標的確定與否爲斷。廣告可作要約論者。必其標的確定。如「某書定價若干出賣」之廣告是也。若標的不確定者。則與其認爲要約。不如認爲要約誘起爲當。如報紙所載「某處有家屋一所。計若干間。月若干元出賃」之廣告。其標的未確定。即不得以契約要約目之。蓋賃貸借契約。僅具標的物及賃金數額。未可畢事也。此外如修繕義務支付賃金時期。契約存續期間及押租之有無多寡等。皆須預行約定。故僅據此廣告。不得謂賃主之意。謂凡支付賃金者。無論何人。皆將貸予之。又覽此廣告者。亦未必一覽之餘。遂決意欲借也。賃貸借訂約意思之確定。勢必俟約定各種約款之後。而廣告不過誘起要約之方法。理甚明也。

**附**如招租廣告云。今有吉房一所。共計三十間。坐落海濱倉。如有租者。至本宅面議可也。則爲要約之誘引。以標的未確定故也。

廣告之外。尚有類似廣告者數事。一爲附置於商品之價目標籤。一爲家屋之招租（賃貸借）揭帖。一爲鐵路車站所揭示之車價時刻等表。此等性質。各有異同。第一第二之例。可認作契約之要約。

以其契約內容大抵確定也。惟第二例則不得遂謂要約不過誘起之方法。其理由已於上段詳之。

### 第二節 懸賞廣告

廣告性質。我草案既認作單獨行為。雖可適用關於法律行為之規定。然廣告之中。有廣告者聲明對於完結某行為之人予以一定報酬者。獨懸賞廣告。此項廣告。有特殊性質。疑問較多。草案爰仿德民法。設定以解決之。析述如左。

○如尋人廣告徵文廣告尋得或懸徵者酬洋若干即懸賞廣告之例

(一) 廣告之撤回。此因定有期間與否而不同析述之。

(甲) 廣告者。就其所指定行為定有應為之期間者。則推定其拋棄撤回權。此不外推測通常廣告者之意思。八八四條第二項

(乙) 廣告者。就其所指定行為尙未定有應為之期間者。則廣告者。苟在實行指定者尙無其人以前。無論何時。得撤回其撤回方法須與廣告之方法同。萬一不能用同種方法撤回。方許用他種方法。惟此項撤回僅對於知之者。方有效力。其實係不知者。不得對抗之。八八條

○如先登載於北京日報撤同時亦須登載該報惟撤同時該報已停版則登於他報亦可

未定應為指定行為期間之廣告。廣告者雖有撤回權。然以係隨意規定。故廣告者苟欲護保廣告效力於廣告內表示其不撤回。固屬不妨。八八四條一項

(二)完結廣告所定行為有數人時。<sup>八八</sup>廣告所指定之行為。往往有數人完全之者。如對於尋人之廣告。由甲與乙俱值得蹤跡前來報知。其一例也。此時廣告者之義務如何。將謂對於各人須悉予以廣告內所定報酬之全部乎。度通常廣告者意思必不爾爾。草案乃規定廣告者祇出原定報酬全部已足。而以左開方法分配之。即

(甲)完結行為之數人中。苟有最初完結之人。可以認定者。則僅限最初完結者。有受報酬之權利。  
(乙)數人同時完結行為。不能分其先後者。則各有平等受報酬之權利。但報酬之性質不便分割。或廣告內聲明應受報酬者僅限一人時。以抽籤法定之。

(三)數人共同完結廣告所定行為時。<sup>八九</sup>廣告所定行為。有數人共同完結之者。如甲乙合撰小說一篇。其例也。此時分配報酬之方法。須據草案所開規定決之。

(甲)廣告者須依條理。據各關係人應有之部分。分配報酬。

(乙)右開分配方法。若顯違條理者無效。須由法院以判決分配之。

(丙)有關係之一人。就廣告報酬之分配。表明異議者。而廣告者於各關係人爭議未協以前。得拒絕給付報酬。但各關係人仍得為關係人全體。請將報酬提存。

(丁)右開情形。若報酬性質。不便分割。或廣告內聲明應受報酬者僅限一人時。以抽籤法定之。

(戊)右開方法仍係隨意規定。廣告者得表示異意。免其適用。又無俟言。

(四)定優等之懸賞廣告。二條。懸賞廣告中有聲明限優等者與以報酬。此種廣告。草案復有左開特殊規定。

(甲)須定有應募期間者方為有效。蓋此種廣告。其報酬之予否。以優等與否為斷。而判定優劣之範圍。必因期間長短而殊。若不定應募期間。則廣告者得任意延長其期間。孰為優等。確定無期。不足為債權關係發生之原因也。

(乙)判定優等之方法。其最重者即何人任其判定也。此在廣告者已有判定之人。宜從廣告所定。若廣告內未判定人。則由廣告者自判定之。應募者對於判定。不得表明異議。

數人之行為若判定均屬優等。則分配報酬之方法。準用關於數人同時完結行為時之規定。即八八〇條二項

(丙)關於事項之權利。以廣告內定明須將該權利讓交者。廣告者始向應募者請求讓交。

如徵小說之廣告未言明著者須讓交著作權時則不得請求讓交

### 第三章 發行指示證

#### 第一節 發行指示證券之性質 八八條

發行指示證券云者。指示人以權利授與證券領取人。使其得以自己名義。向被指示人索取給付。

又以權利授與被指示人。使其得向證券領取人行給付。而後與指示人計算之單獨行為也。析述之。

〔疏〕發行指示證券至少須有二人即發行人被指示人證券領取人。又有二個授權行為焉。

(一) 發行指示證券係單獨行為。發行指示證券屬不要因法律行為。雖為近時通說。然此種法律行為。究係契約。抑係單獨行為。則說尚不一。平心論之。發行人之發行此券。不外授與他人以索取給付權。並授與他人(被指示人)以為給付之權利。(授權行為)發行人亦既表示授與權利之(證券領取人)意思。自可因其意思表示而生效力。故以認作單獨行為為宜。

(二) 發行指示證券係指示人以索取給付權授與他人並以行給付之權利授與他人。此項給付標的。不外金錢。有價証券及其餘替代物。指示證券與其券載內容之債權有不可分離之關係。該債權之成立存續與其實質。胥依證券之存在與其內容而定。此項債權。非持有證券者。不得主張之。有此證券斯債權移轉有安全迅速之利。故近世立法。常定以明文。草案仿之。指示證券之方式。法律雖無特別規定。然通常文例。大要如左。

憑條即付銀幣千元 (或米百石)

交某先生(領取人)(或某先生之指定人)收此據

年 月 日

某先生(被指定人) 台照某(指示人)

第二節 發行指示證券之效力

發行指示證券之結果。指示人被指示人與證券領取人(領取人)間。遂有各種效力可言。析述於

(一)左。  
指示人以交給指示證券於領取人爲給付者。其給付非被指示人向領取人已經給付。不生效力。<sup>七八</sup>蓋交給指示證券僅可爲指示人證其移轉某財產於領取人之方法。非竟行移轉財產

故必待被指示人已行給付於領取人。始生移轉財產之效力也。

(二)證券之承任與拒絕。指示人雖因發行指示證券。以行給付權利授與被指示人。然被指示人對於領取人。固不負承任指示證券或爲清償之義務。故(一)被指示人若於給付時期未屆之先。拒絕承任或預先拒絕給付。固無不可。但領取人須即時通知指示人。<sup>八八</sup>若被指示人已承任指示證券時。即有依該證券內容給付於領取人之義務。此項義務。被指示人祇限基於承任之內容效力。或該證券之內容可以對抗領取人之事由。或其直接得對抗領取人之事由。得向領取人對抗。<sup>八九</sup>

〔匯〕被指示人之得爲給付由於指示人之授權行爲惟無必須給付之義務故可拒絕之又證券書付米于石惟須由證券領取人交關稅百元證券領取人如不支付可拒而不交付米于石也

領取人既領取證券以後得隨時將該券向被指示人求其承任。被指示人之承任以就指示證券上記載承任情形。由承任人署名而生效力。若交給證券已記載有允爲承任情形者。則當指示人將該券交給領取人時。即生承任效力。八九條

(三) 領取人之請求權。指示人雖因發行證券以索取給付之權利授與領取人。然(一)若領取人不欲主張或不能主張此項證券上之權利時。亦應即時通知指示人。八八條(二)領取人若向被指示人請求。須以指示證券與給付物互易。否則被指示人無爲給付之義務。八九條(三)又領取人對於被指示人由承任所生之請求權。因三年之時效而消滅。八九條

〔匯〕證券債權與證券不可分離證券一旦存在即債權一日不消滅故須與給付互易方無二重履行之處

(四) 被指示人對於指示人之計算。八九條被指示人已向領取人給付以後。對於指示人即有從事計算之權利。故其結果。被指示人對於指示人即負求償權固也。然若被指示人對於指示人負有債私。指示人因其債務。交給指示證券者。若被指示人已向領取人爲給付。則就其給付之數。對於指示人免其債務。以期簡括。亦當然之理也。

(五) 指示人之撤回權。八九條發行指示證券。係單獨行爲。故指示人於被指示人未向領取人承任或尙未給付前。不妨予以撤回權。以謀指示人之便利。此項撤回權。並不受禁止撤回特約之限制。

而其方法須由指示人向被指示人以意思表示為之。八九四條

(六) 本指示證券之權利不因指示人被指示人或領取人之死亡或能力喪失而消滅。八九九條 蓋指示

證券之授權乃因於證券之發行行為非因於委任契約故不宜因利害關係人死亡或能力喪失致此項證券上權利受其影響所以資流通而全信用也。

第三節 指示證券之讓交

領取人就指示證券內載之債權亦得依據通則讓交他人固也關於讓交除準用債權通則外須

注意左列二端。

(甲) 券裏書 讓交指示證券須於證券有讓交裏書交給讓受人裏書云者謂將債權讓交之意表示記諸券面民事上指示證券之裏書雖未別立方式然通常文例大要如左。

券載銀幣(或米)所交付某先生(讓受人)(或某先生之指定人)  
是荷此據

年 月 日  
某(讓受人)

據右圖示故第一裏書中署名者必係證券內載之債權人(即證券領取人)此裏書語句中人稱第一讓受人若第一讓受人復欲將證券讓交他人又可繕具裏書同自署名此裏書語句中人

稱第二讓受人。以次遞推。債權人姓名毫無間斷。各項裏書均相連絡。則權利移轉之次序。甚屬明確。被指示人祇須檢點次序。自不難知債權人之誰屬也。八九

(乙) 被指示人對於指示証券之讓受人。已承任其証券者。券得以自己及領取人間所生法律關係之事由。與讓受人對抗。八九

疏如被指示人爲甲領取人爲乙經甲承認後乙讓證券與丙經乙會欠甲款亦不得由甲主張抵銷以期證券易於流通

#### 第四章 發行無記名證券

##### 第一節 發行無記名證券之性質九〇

發行無記名證券云者。發行人表明應依券面所載。向持券人爲給付之單獨意思表示也。析述之

(一) 發行無記名證券。乃單獨意思表示。蓋無記名證券。乃表示義務之證書。其發行行爲。實不外發行人願發生債務之單獨意思表示。蓋發行人一旦製就無記名證券以後。即負有就券載內容行給付之義務。而該証券之持有人。即有向發行人請求給付之權利。此項債務關係之發生。初非基於授受證券人間之合意也。

(二) 發行無記名證券。係發行人表示願向持券人爲給付之意思。

基於發行人此項表意之結果。持券人即得依照券載內容請求給付。固也。但對此原則。尚有例外。即持券人就該證券無處分權時。(例如竊取證券之人)則對發行人亦無請求權。惟發行人已以

善意向無處分權之持證券人爲給付者。則法爲保護發行人計。仍許發行人得因之免其債務。亦持平之道宜然。

第二節 發行無記名證券之效力

發行無記名證券。其效力析述如左。

(一) 通則。基於無記名證券之債務。乃因發行人欲發生債務之單獨意思表示而生。初非因於授受證券人之契約。故其結果須注意左列二端。

甲 無記名證券其流通雖因被竊或遺失及其他反乎發行人意思者。然發行人仍應負其責任。

九〇一條一項

(乙) 無記名證券之效力並不因其發行在發行人死亡或喪失能力後。致受影響。

(二) 持券人之請求權。持券人就無記名證券。雖有向發行人依照券載內容請求給付之權利。然尙須注意左列各端。

甲 無記名證券之發行人對於持券人。得以基於發行效力。或證券內容可以對抗持券人之事由。或直接可以對抗持券人之事由。與持券人對抗。九〇二條

如存貨之棧單。性質上係認票。不認人。即無記名證券也。若言取貨時須付清棧租。則持券人不付棧租。可拒交貨。日直接可對抗持券人之事由。如抵銷是。

(乙) 持券人若向發行人請求給付。須以無記名證券與給付之物互易。否則發行人無行給付之

義務。又發行人苟係以給付收回證券者。則雖持證人就證券無處分之權利。然仍取得該證券之所有權。九〇

**疏** 無處分權人如盜賊竊取證券。已經給付權責關係亦即消滅。

(丙) 基於無記名證券之請求權。於給付期間屆滿後。逾二十年而消滅。但持券人於其期間未滿前。欲受給付。已將該證券向發行人繳驗。(或於審判上主張) 則此項請求權。於繳驗期間滿後。因二年之時效而消滅。而繳驗期間之長短及其起算日。發行人得就證券中另行指定之。九〇

九  
八條

**疏** 如券中註明須於  
年內照票之類

右開時效期間及繳驗期間之開始及進行。倘有特別停止原因。即據民事訴訟法規定。審判衙門因公示催告聲請人之聲請。以命令禁止發行人於所發行無記名證券為給付時。時效期間及繳納期間停止進行。此項停止。自聲請發右開命令時起。至公示催告程序終止時為止。凡所以保護聲請人之利益也。九〇

(三) 證券之毀損變形及遺失滅失。析述之。

(甲) 無記名證券。因毀損或變形。不適於流通時。苟無證券內容不明及署名不明情形。則持券人得向發行人請求換給新無記名證券。惟其費用。須由持券人擔負。並須先行交付之。九〇

四條

(乙)無記名證券遺失或滅失時。則除證券中有反對記載外。前持券人得聲請審判衙門。依公示催告程序。宣告無效。而發行人對於前持券人。遇前持券人請求時。須爲關於公示催告程序及禁止支付命令所必需之報告及必需之證明。而其費用。亦須由前持券人擔負。並先行交付之。九、五條一項惟上開辦法。於利息證書定期金證書分配利益證書及見票即付無利息之無記名證券。不能適用。蓋利息年金等證書。其金錢數額。大抵甚微。又無利息見票即付之無記名證券。其效用與金錢無異。若使其依公示催告程序。均無裨於實際也。九、五條三項

〔疏〕券中反對記載如言此票失落不再備發字樣是日前持券人即已失券之人

(四)無記名證券得改爲記名證券。無記名證券雖有便於流通之利。然一經遺失。則挽回權利程序較曠。故持券人往往有希望將無記名證券改爲記名證券者。法爰使發行人得因持券人請求。將特定債權人姓名。記入證券。而一經記名以後。發行人即須向證券上所記債權人爲給付。始得免其債務。固無待言。九、一條

(五)關於利息年金及分配利益等無記名證券之特殊規定。利息年金及分配利益等無記名證券。爲用甚廣。而其性質。原與通常無記名證券有特殊之點。故據草案規定。有左開特例可言。

(甲)利息年金及分配利益等之無記名證券。其繳驗期間。應俟清償屆期之年終起算。以四年爲度。九、一條二條

〔疏〕零星證券持票人常有意於行使權利者故法定其期限較長

(乙) 發行無記名證券。以其利息之無記名證券。一併交付者。則法爲保護持券（利息證券）人計。該利息證券。除券內有反對記載外。於主債權消滅或支給利息之義務消滅或變更後。仍有效力。又爲保護發行人計。凡就無記名證券爲給付。其利息證券未歸還者。則發行人得按

照應付息額。特行保留之。九一

〔疏〕此對於從債務隨主債務而消滅之原則成一例外

(丙) 利息定期金及分配利益之無記名證券遺失或滅失時。既未便以公示催告程序挽回權利。故法不可不別定方法。以補救之。即凡若前持券人於遺失或滅失後。在繳驗期間屆滿前。通知發行人者。則前持券人於繳驗期間屆滿後。得向發行人請求給付是也。惟有宜注意者。即（一）此等證券。若已記明除去上開請求權者。則前持券人即不得請求。（二）又遺失之證券。於繳驗期間屆滿前。已向發行人繳驗。或於繳驗期間屆滿前。已向審判上主張者。則亦不得請求之。（三）又上開請求權。因三年之時效而消滅。九一

第三節 發行使用票及得向持券人支付之指示證券九一五條至九一七條

無記名證券之外。尚有發行各種使用票及得向持券人支付之指示證券者。此等證券。雖不能認作無記名證券。然其性質。極相類似。草案爰設特殊之規定。析述於左。

(一) 凡發行人發行各種使用票。未表明債權人。而含有對持有人負給付之義務者。(例如入場券或觀覽券等) 得準用關於無記名證券之規定。九〇〇條一項九〇一條至九〇三條參照

(二) 凡發行證券。定債權人姓名。而附載得向持券人依券面所載為給付者。則其效力如左。

(甲) 此項證券持券人雖無向債務人請求給付之權利。但債務人得向持券人給付。以免債務。

(乙) 債務人向持券人給付。亦以持券人以證券互易給付物為限。否則債務人亦無須給付。與無記名證券規定相同。

(丙) 此項證券若有遺失或滅失時。除別有訂定外。債權人亦得請由法院依公示催告程序。宣告無效。而關於時效期間之停止。亦適用無記名證券規定。九〇九條參照

### 第五章 管理事務

#### 第一節 管理事務之性質。九一條

管理事務云者。無法律上之義務為他人管理他人之事務也。故管理事務有左列要件可言。

(一) 須管理他人之事務。管理事務不外管理人與本人間之關係。即管理他人之事務者曰管理人。受其管理事務者曰本人。管理事務。其所管理者。須係他人事務。惟此項事務。不限於法律行為。又若係法律行為。是否用自己名義。或用本人名義。均不必問之。

**疏** 如甲出洋房屋未託人照管。乙恐其倒塌。僱工修葺。此好意行為也。法使生權。實關係以獎勵人民扶助之義。

(二)須爲他人管理他人之事務。管理事務。須管理人知該事務係他人之事務。且以爲他人之意。思爲之。故若以他人之事務。信係自己之事務。爲自己處理之時。及雖知係他人之事務。而爲自己利益管理其事務時。則其兩造間權責。須純依不當利得或侵權行爲之原則定之。

〔疏〕

如甲欠乙債。遠赴重洋。乙恐其房屋傾圮。價格減少。已之債權。致不能確保。代爲修葺之。其權責關係。應適用不當利得之規定。若乙欲謀甲之財產。乃爲之修葺。則適用侵權行爲之規定。

(三)須無法律上之義務。爲他人管理他人事務。反是。若因法律上之義務。管理他人事務。如受任人之委任範圍內。爲委任人處理事務。法定代理人爲本人處理事務。均不得謂管理事務。(但受任人或法定代理人。就其委任範圍外。或職務範圍外之事務。亦有屬管理事務者。固無俟言)

〔疏〕

實際上純粹之管理事務。其事至少常有與他法律關係相伴而生者。如甲祇託乙在衣店置衣。並未託其付價。乙逾代付之。此點乃超過委任契約範圍外之行爲。構成管理事務關係矣。

管理事務與下文所述之不當利得學者。統稱爲準契約。此項名稱。頗有沿革。往昔羅馬法。處務原因別爲契約與犯罪二種。此外並非契約。而却由適法行爲發生義務時。則謂(義務宛似由契約而生)或稱爲(宛似由契約而生之義務)。自後法德等國。遂有準契約之稱。茲所謂管理事務。即包含此準契約中。然近世學說立法例。均認此項名稱。並無實益。已無襲用之價值矣。

〔疏〕

按民法上稱本人者有二。一爲代理關係上之本人。二爲管理事務關係之本人。

## 第一節 管理事務之效力

### 第一款 管理人之義務

管理人一旦為他人管理其事務。則其結果。即不可不負責任。據草案規定。管理人爰有左列義務可言。

**第一** 當未管理之先。既無義務。儘可置之不理。若一經出頭。干預人事。則本人以為有人管理。多置之不顧。故不可不責管理人以義務也。

**第一** 管理之義務。 管理人管理事務。須注意左列各端。

(甲) 管理人須依本人真意。或得以推知之意思。從其所管理事務之性質。以最適於本人利益之方法。管理之。九一

此為草案九一八條所規定。最適於本人利益之方法云者。立法趣旨。仍不外使管理人須以善良管理人之注意。管理事務。與委任關係之委任人。其負責程度相同。惟雖係最適於本人利益之方法。要仍宜尊重本人之意思。故管理人若知本人真意。或得以推知真意時。又須從其真意管理之。九一

**第二** 最適於本人利益與否。須從客觀斷定。如本人在未兌現之甲銀行鈔票。如有機會可換為已兌現之乙銀行鈔票。又如於股票公債票二者選擇領受時。可領受股票。因股票利息雖高。而公司信用未固。不如國家發行之公債票也。又所謂本人之真意。得以推知者。知本人恒言。吾當要股票。不要公債票。則應領受公債票也。

管理人若違本人真意。或得以推知之意思。時雖無過失。亦須賠償因管理所生之損失。惟本人應履行關於公益之義務。或扶養義務。而為有管理事務時。則事關公益道德。惟反乎本人意思。管理人不必賠償之。九一

履行關於公益之義務如地丁房租之類是扶養義務如代養本人父母是此時本人不得謂余不納租稅不盡孝道也

(乙) 管理人因使本人身體名譽或財產免急迫危險而為管理者自非有故意及重大過失則對於

因管理所生之損害不任賠償之責。九二條

例如甲在街跌頭破血流不醒人事乙乃誤送至庸醫庸醫處診治費多而無效則不認賠償之責若出於故意或重大過失者則否所謂重大過失如捨路近之良醫而就遠之庸醫是此使免身蹈危害而為管理之例也如甲被乙損害名譽乙為之登報辨認其費用應由甲擔負若因故意或重大過失則否例如登報一二家用文百字而登報至數十家文字冗長至數千字之多則所發生之費用即由乙之損害應由丙負擔之此使免名譽危害而為管理之例也如甲家失火乙恐延燒乃代折去其房屋致閱此等損失乙不任賠償之責若火勢極小決無延燒之虞乙逕折毀其房屋若干則不出於故意即係重大過失乙應賠償之此使免財產危害而為管理之例也

(丙) 管理人須繼續管理。至本人或其繼承人或法定代理人得為管理時為止。蓋管理人亦既為

他人管理事務。自不得徑以自己意思委而去之。致貽本人以損害也。惟繼續管理。苟有違本人

意思或顯有不利於本人之情形。則亦不在此限。九二條

不利於本人之情形如乙代甲向丙討債乙素與丙不和致丙本有履行之意思亦變為不肯履行乙當速知難而退是也

第二 通知之義務。 管理人開始管理。須即時通知本人。若無急迫情事須受本人之指示。九二條

第三 報告之義務。 九二條 管理人對於本人。須與委任關係之受任人一律有報告管理情形之

義務。參照七七〇。即(一) 管理人須將事情擇要報告。(二) 本人請求報告。須隨時報告之。(三) 若管理終結

須報告其顛末。

第四 交付物並移轉權利之義務。 此亦與受任人同。 管理人須將因管理事務所領受取得者。

交付於本人。又以自己名義爲本人取得之權利須移轉於本人。九二條

第五 賠償損害之義務。此亦與受人同。管理人若將應交付本人之金錢或爲本人利益應

用之金錢爲自己消費時。須自消費時起。支付利息。若猶有損害。並任賠償之責。九二條

右述各項。雖係管理人應負之義務。但尙有例外。即管理人係行爲無能力或限制能力人時是也。

此等無完全行爲能力之人。法特輕減其責任。以資保護。僅依侵權行爲及不當利得規定。對於本人任賠償損害及歸還利得之責。九二條

### 第二款 本人之義務

受理事務之本人義務。須分左列情形述之。

(一) 管理人若係適於本人利益並合其真意或得以推知之意管理事務。及係爲本人盡公益義務或履行扶養義務管理事務者。則對於本人。有左開權利。九二五條

(甲) 管理人因管理事務若支出必要之費用。得向本人。求償此項費用並其支出日以後之利息。

(乙) 管理人因管理事務若擔負必要之債務。得使本人代其清償。若未至清償期。得使本人提出

相當之擔保。

(丙) 管理人因管理事務並無過失而受損害。得向本人請求賠償。

(二) 管理人反乎本人真意或得以推知之意管理事務者。則僅限本人因受人所取得之利

益。管理人得依據不當利得規定向本人請求償還。九二五惟此種管理若以經本人之追認。則仍應準照委任規定。管理人對於本人仍有右開甲乙丙三項之權利。

**附** 此以現時之利益為限。其額恒較原支出額為少。乃不使本人受不當之利得也。若本人未得利益。則墊款雖多。亦不得請求償還。

第六章 不當利得

第一節 不當利得之性質 九二

不當利得。謂無法律上之原因。因他人之給付或其他方法受利益。致他人受損失之事實也。故不當利得須具左列要件。

(一) 須因他人之給付或其他方法受利益。所謂給付包含財產與勞務而言。又以契約認諾債務關係之成否。亦應作給付論。其他方法。如添附即其一例。不當利得之問題。首因享有從他人給付(或其他方法)所生之利益而起。果否享有利益。雖屬事實問題。要之因他人之給付等。積極的增加自己財產。鑿足自己生活上之需要。免自己財產之減少及免受自己權利所受之限制等。皆包含之。

**附** 日本民法規定。不當利得以財產與勞務之給付為限。實不足以包舉之。在昔羅馬法則稱不當利得為準契約。此乃本於不損人以己利之公平觀念而生也。增加自己之財產。如以他人之酒與自己之酒相混而歸己。有是免自己權利所受之限制。如免除質權是。鑿足生活上之需要。如嫌甲之鑿遮己之視線。因而折毀之。是一有時成爲侵權行為。

(二) 須他人受損失。損失謂他人財產妨害增加或其權利受限制及積極的減少其財產之謂。若

自己雖受利受。而他人并未受損。亦不生不當利得問題。

〔例〕甲乙土地毗連。甲地自然之水由乙地流出。甲雖受利。蓋乙未受損。失非不當利得也。

(三)須無法律上之原因。若基於法律上原因。因他人之給付受有利益。則其利益有法律上正當可享之性質。自無責其歸還之理。無法律上原因。雖豫想最初絕無原因者而言。但在當出有法律上原因。而嗣後消滅者。或依法律行為之內容。因結果而為給付。嗣後竟不生結果者。其事正復相同。故亦得適用不當利得之規定也。

〔例〕嗣後不生結果者。例如甲乙二人約共宴客。乙交甲十元。因故未實行。則甲仍須歸還於乙是也。

第二節 不當利得之種類

不當利得其發生有各種原因。類別如左。

(第一)債務人所為之給付。有永遠可排斥債權人請求權之抗辯者。(九三)項。則其給付係無原因而為之給付。受給付人對給付人有償還其因給付所受利益之義務。例如因脅迫對於被脅迫人使負贖與之債務者。被脅迫人對脅迫人有債權廢止之設求權。此項抗辯。據侵權行為規定。被脅迫人得永遠主張。故債權人向被脅迫人所受之給付。即成不當利得之一種。

〔例〕被脅迫人向脅迫人為給付。其行為可以撤銷。並基於侵權行為之原則。可以請求償還。且不因時效而消滅。其抗辯。加害人所受之給付。即不當利得也。

(第二)對於不存在之債務為給付者。(九三)一條。則其給付。亦係無原因而為之給付。例如已成立之

債務。因清償等事由業經全部或一部消滅。而重複清償者。又非債務人誤信其自己係債務人。

向債務人清償。及誤信非債務人爲債權人而行清償者。皆其例也。

**疏** 有根本上債務未存在者。如甲對乙未負債務。信爲債權人而爲履行。是有誤信存在。而後消滅者。如甲對乙之債務已清償。又爲給付是。

(第三) 豫期某種事實上或法律上效果之發生或不發生而爲給付。而該效果竟不發生或竟發生者。<sup>九三</sup> 則債務人所以給付之理由未具。債權人所受之給付。亦即成爲不當利得之一。

**疏** 如甲預期乙子結婚。送喜禮乙。屆期並未結婚。則須返還禮物是。

(第四) 因受領給付之違背法律所禁或違背公序者。<sup>九三</sup> 例如向官吏贈賄及對於實行犯罪行爲或不實行犯罪行爲。而給予報酬等。皆是也。

**疏** 如甲約乙曰。如殺丙則予千元。或乙將殺丙。甲與千元致乙中止其犯行。甲之給付皆爲違背法律所禁。或違反公序。序乙所受之給付爲不當利得。後例駱觀之。乃約人不違反法律。似可使之有效。但不殺人。乃人分內之事。如此則乙可以殺人爲要求報酬之途。是問。接長犯罪之風。故法所不許。

(第五) 無權利人就權利標的物爲處分。而對於權利人有效力時。則其因處分所得之利益。又若該處提未得報償時。則因處分直接受益人所受之利益。<sup>九三</sup> 四條此項利益。亦屬不當利得中。

**疏** 如乙以甲之物。擅行議交與丙。如未得甲之同意。或追認。則乙之處分行爲。根本無效。自不待言。若已得甲之同意。或追認。即所謂無權利人就權利標的物爲處分。而對於權利人有效力時也。此時乙丙間關係。如係買賣。則乙所得之價金。應償還於甲。如係贈與。則丙爲直接受益人。亦應返還原物或價還。償額與甲。惟丙係本於即時取得原則。爲取得時。尙得向乙求償耳。

(第六) 向無權利人爲給付。對於權利人有效力時。則無權利人所受之利益。亦爲不當利得。<sup>九三</sup> 五條

**疏**如甲將對乙之債權讓與丙後乙又對甲清償則甲所受之給付亦不當利得也

第三節 不當利得之效力

不當利得係發生債權之一原因。不當利得之受益人。對於因是受損之人。須負歸還其利得之義務。此項義務試分內容與範圍述之。

第一款 不當利得歸還義務之內容

不當利得歸還義務。係基於無法律上原因。因他人財產等致有利得而生。其歸還方法。法文原無限制。故受益人對相對人。應行如何給付。雖應視利得人所受利益性質如何而定。然綜其大要。則凡不當利得歸還之請求權。若在可以回復原狀者。以使受益人。用回復原狀方法。負歸還責任為原則。惟不能回復原狀者。則應將其利得估計金錢。由受益人歸還之。

**疏**不能回復原狀之情形有二：(一)受益人轉讓所受之利益於第三人而第三人取得權利者；(二)性質上得難回復原狀者。如所受之利益係屬勞務是。

第二款 不當利得歸還義務之範圍

不當利得受益人歸還之範圍。分左列各端述之。

(第一) 不當利得之受益人。除應歸還其所受之利益外。若此外。更有收益或因不當利得之權利所取得。及因不當利得之物滅失毀損侵奪而受賠償者。均須歸還之。九三六條

**疏**如不當利得之標的物為牛一頭。如因牛乳得有價金或因牛被人打死受有損害賠償須歸還之是。

蓋不當利得規定。係以毋損人利己之法理上原則為根據。故返還義務通則。祇宜使受益人將其因他人財產等所受利益。儘數返還為標準。至該他人受損之大小廣隘。於返還義務。並不受其影響。

**附** 祇不損人利己已足不計他人受損程度如何也。如受益人受十元之利益而他人之受損為十五元則只歸還十元可也。

(第二) 受益人應歸還之所受利益。僅以索還當時現存之利益為限。若所受利益業已無存。即不負歸還義務。<sup>九三</sup>故受益人因相對人之給付等。直接間接所受之利益。索還當時全部或一部消滅時。即不必問其消滅事用。係因不可抗力及其餘不可歸責受益人之事由。或受益人之故意過失。均得就其所消滅之限度。脫免歸還義務。

**附** 此保護善意利得人之規定也。如受益人受十元現存四元則歸還四元已足。

右開歸還義務。雖以儘現存利益為通則。然據草案規定。尚有左開各項例外可言。

(甲) 受益人於受利益時。知無法律上原因。或自後知之者。須將受領時。或知其無法律上原因時。現存之利益附加利息。一併歸還。若猶有損害。並須賠償之。<sup>九三</sup>

**附** 就受益人之善意抑為惡意而定其應歸還之限度。可分三段觀之。(一) 始終為善意者。歸還現存之利益。(二) 先善意後惡意者。從變為惡意時起。歸還利息。或賠償損害。其以前者則否。(三) 始終為惡意者。則自受領時起。歸還利息。或賠償損害。至是否惡意。應由求償人負立證之責。蓋以無惡意之反證為限。推定為善意故也。

(乙) 因結果為給付。而其結果之發生。依法律行為內容。可認為不確實時。其結果果不發生者。受

益人應將其受給付時所存之利益歸還。惟其利息應自受益人知結果不發生時起付給。又其收益應以受益人知結果不發生時所存者歸還之。九三又法律上之原因。依其法律行為之內容認為或有消滅情形者。若給付後。其法律上之原因消滅者。受益人亦應將其受給付時所存之利益歸還。惟其利息及收益。亦以自受益人知法律上原因消滅時所存者為限。須歸還之。九四

**疏**如甲謂乙丙因汝二人結婚故贈與千元但不結婚則須歸還於甲則乙所受三千元若未結婚即為不當利得此  
前段之例也。又如甲對乙提起證書訴訟乙提出以證言為證據方法之反證審判衙門可為留保判決使乙待於通常訴訟程序開始訴訟若其判決變更前判而乙又已向甲為給付時則甲所受之給付亦不當利得此後段之例也。

(丙) 受給付人因受給付而違背法律所禁或違背公序者。須將受給付時現存之利益附加利息。

一併歸還。若猶有損害。並須賠償。九四

(丁) 善意受益人若因他人索還不當利得而敗訴時。應自起訴時起。依普通規定負責。其應歸還之利益。須以起訴時現存者為準。並自起訴時起。須給付利息。又此項善意受益人履行債務有遲延時。時其遲延期間內。亦須責給利息。期無害相對人之利益。九四

(第二) 無法律上原因。而擔負債務者。其免除債務之請求權雖因時效而消滅。仍得拒絕履行。九四

條三

**疏**此時並無給付不過僅擔負債務而已故有此特別規定

(第四) 受益人不索報償而以其所受者讓交第三人時。第三人於受益人因此免歸還義務之限

度。內負歸還之義務。該第三人即視為無法律上原因而用債權人直接受利益之人。九四

綜右所述。不當利得之受益人。原則固應負歸還義務。然據草案規定。尙有不必歸還之特例。析述

之。

(一) 債務人於未屆清償期之債務。因清償而爲給付者。不得請求歸還。九三〇 蓋此時債務人不過

係先期給付。並非對於本不存在之債務。而行清償。故若將本屆期之債務。計至債期爲止。折息

清償者。固無俟論。即非折息清償。又無論是各出於錯誤。均不得請求歸還。所以避當事人間權

責關係之鎖雜。不務徇理論也。但因先期清償之故。使債權人儘債載人所損者而有利益。亦所

不許。故此項利益。除債務人明知先期而爲清償。屬在拋棄期限利益。不得求償外。若因錯誤而

先期清償者。仍得據不當利得規定。索還之。

**附** 如甲欠乙債。至年底方屆履行期。至六月底甲即清償。有謂甲可請求乙歸還者。但期限爲債務人

(二) 因清償債務而爲給付。若給付時。明知債務不存在者。不得請求歸還。又履行時。效完成之債務。

或道德上之義務。而爲給付者。亦同。九三

**附** 道德上之義務。如因破產之結果。債權人只得一半之

清償。其後債務人又有資力。更履行其餘一半。亦可。蓋此時情形。給付人不外有資拋棄其未還所給付之權利。法自無須加以保護也。九三

(三) 因結果而為給付。若其結果從始不能發生。且給付人所明知者。或給付人違誠實及信用妨礙

其結果發生者。給付人不得因結果不發生。請求歸還。九三條

如甲因乙丙結婚贈與千元。旋即中悔。乃設法阻撓。婚事便不告成。不得請求歸還。

(四) 受給付人雖因受給付而違背法律所禁或違背公序。然給付人亦應任責者。不得請求歸還。九三條

如甲約乙不實施犯行。而與以千元。任受者之乙。固違背公序。在與者之甲。亦應任責。不得請求歸還。

第七章 侵權行為

第一節 侵權行為之性質 九四條

侵權行為。云者。因故意或過失。不法侵害他人權利。使生損害之行為也。析言其義如左。

如甲殺乙。甲一方負刑事上責任。一方負民事上責任。即侵權行為也。

(一) 侵權行為係侵害他人權利之行為。行為謂基於人之意思之行為。(包含不行為而言) 基於人之意思。侵權行為。雖與法律行為。同其性質。然侵權行為須有責違法。與法律行為屬在適法行為者。究有不同。蓋當事人間因法律行為發生權責關係。不外法律就當事人之意思。界以效力。侵權行為。則係法律對於為法所禁止之行為者。使其就行為結果。向被害人負責任。發生效力。係法律規定之結果。初非加害人所希望也。

〔疏〕如甲殺乙之時必無因賠償而始殺之之意。思一有殺人之事實法律即使之負責也。

行爲之違法。必其行爲係侵害他人之權利。若行爲並未侵害他人權利。則縱使他人受損。不得以侵權行爲爲目之。又侵權行爲爲既以侵害他人私權爲要件。故無論所侵害者爲財產權或爲人格權親屬權。雖均得稱爲侵權行爲。然足爲發生債權之原因者。則恆以侵害屬對世關係之私權爲限。(對世權)若所侵害者屬在對人關係之私權。不成爲侵權行爲。故如物權特許權者作權等侵害雖成侵權行爲。然如債權親屬權之相對人。縱使違反義務。不成侵權行爲。徵我草案規定。雖未將得爲侵權行爲標的之私權種類。加以限定。但外國立法例。亦有明定其種類者。德八二三條參照。

〔疏〕如債權人爲防止債務人逃遁計而扣留之乃自助行爲。此雖侵害債務人之自由。由權然非侵權行爲也。又侵害債權尙有相當之救濟方法。不成爲侵權行爲。

侵權行爲之成立。雖以侵害他人私權。并使生損害爲要件。然亦有不能逕認爲侵害私權。而却已貽人損害行爲。此等行爲。法自不可不對受害人加以保護。據草案規定。可分三端。即(其一)因故意或過失。違保護他人之法律者。例如違警察法規者。亦作爲加害人論。(其二)以違背善良風俗之方法。故意加損害於他人者。亦作爲加害人論。(其三)官吏或公吏及其他依法令從事公務之職員。因故意或過失。違背應盡之職務。向第三人加損害者。對於第三人。原則亦應負賠償義務。九四八條。九七五條是也。

〔疏〕如受損害之結果除負刑責外一方並作爲民事法上侵權行爲。又在英國判例有所謂名譽賠償制度者。侵害他人權利者。即須負責。不問他人之受損害與否。如侵入宅家。是本草案不採焉。

(二) 侵權行為係因故意或過失侵害他人權利之行為。故意謂預見行為之結果希望之。即不然或認許之之意思狀態。過失謂本可預見結果。因注意不足。未之預見。又本可防止結果。因注意不足。未之防止之狀態。故意與過失之區別標準。不外對於行為結果之希望或認許之有無。惟過失既指注意不足之狀態。注意之程度之標準。綜我草案趣旨。以交易上必須之注意。即抽象的注意為通則。故侵權行為要件過失之有無。宜以是否缺抽象的注意為準。

構成侵權行為。使負責任。原則雖以抽象的過失為要件。然亦有斟酌實際情形。輕減其責任。特限於有重大過失時。始命加害人負擔賠償之責任者。如失火事件是也。九四五

**疏** 西洋各國房屋多以石與磚瓦為之。火災其少。故不設例外之規定。日本房屋皆以木成。一有火災。延燒至易。便失火人皆任賠償之責。本免過重。故規定以重大過失為限。方使負責。中國南方情形。與日本同。故亦採日潮。惟學者有注重被災人一方主張不設此例外規定者。自吾人觀之。西失火之故。雖使昔之為富室者。罔賠償結果。一旦變為貧人。其情未免可憐。仍以本草案規定為愈也。

(三) 侵權行為係因故意或過失。侵害他人權利。使生損害之行為。故雖有權利侵害。並無何等損害。當事人間不生賠償問題。外國立法例。間有認許名義上之賠償者。我草案不採之。

損害謂因喪失利益所生之缺陷。凡有形無形利益喪失。皆包含其中。如因傷名譽感情所受之痛苦。亦屬損害之一種。故所喪失之利益。交易上縱不得估計金錢者。亦不妨以金錢充其賠償。徵九六〇條內載「害他人之身體自由或名譽者。被害人於不屬財產之損害。亦得請求賠償相當之金額」云云。其旨甚明。

**四** 損害名譽使人精神上受苦痛故亦須賠償之  
惟賠償額不易計算通例多以慰撫金充之

因侵欲行爲之債權。可否移轉繼承。須視其受侵害之利益性質而殊。若其所喪失之利益與權利人本身不有可分離之關係。如因毀損名譽或傷害愛情。致喪失非財產的利益者。則被害人之求償權。有專屬性。自不得讓與繼承。反是。若所受者係財產的損害。則其求償權。不必專屬被害人本身。即無妨爲讓與繼承之標的。但無論何項損害賠償請求權。苟因契約認諾或就此項請求權已經起訴者。即亦不妨讓與或繼承之。九六條

### 第二節 侵權行爲之權利人

因侵權以爲之求償權。不外對於權利侵害之救濟。故對於加害人之請求權。必屬諸被害人。此項權利。在自然人有權利能力者爲通則。故在自然人係因出生始享有權利。因死亡而喪失能力。若未出生之胎兒。當然無權利能力。不有求償權。其理甚明。然如此辦理。則私權之保護。即虞未周。法爰特設例外。認胎兒有求償權。九六八條二項及九七一條一項定有明文。

**四** 胎兒有求償權者。以生體出生者爲限。若係死體則根本上權利主體已消滅。自不能請求損失賠償也。

一個侵權行爲。同時害數人之權利時。被害人各自對加害人有求償權。故在生命權受害之時。加害人直接害他人之生命。間接實害死者近親之權利。已死者雖無從據生命權受害。行使求償權。然死者之親屬。基於其固有利害關係。仍不妨請求損害賠償。草案九六八條至九七一條規定。即

不外此旨。

第三節 侵權行為之義務人

因侵權行為之義務人。不外因其行為現加損害於他人者。即加害人是也。然均是加害人。亦非必悉行負責。有時加害人以外之人。有任賠償之責者。而加害人之負責。有單獨負責之者。亦有與他人共負之者。試據草案規定析述之。

第一款 未成年人心神喪失人加於他人之損害。九五條

侵權行為係有責違法之行為。未成年人心神喪失人。缺意思能力。無辨別責任之能力。自不得作侵權行為義務之主體。故其結果如左。

(一) 未成年人在心神喪失中加損害於他人者。據草案三八條三九條四十條規定。不負賠償責任。

(二) 加害人無責任能力時。則負有應施監督之法定義務者。就各該無責任能力人加於第三人之損害。負賠償之義務。

茲所謂法定監督人。指對於未成年人等有監督義務者。如父母監護人之類。蓋此等監督人既有監督義務。因其故意或過失。致未成年人等加損害於他人。自應由其負責。惟有宜注意者。監督人之負責。須以被監督人無責任能力時為限。若被監督人有責任能力。亦應負責時。則監督

人與被監督人對於被害人。須作爲連帶債務人。負其責人。監督人與被監督人相互間關係。則僅由被監督人侵其責任。所以持平也。九七二條九七三條一項

**附** 小兒之不法行爲須證明其監督人有故意或過失者方可使之負責。例如中人之家七八歲小兒自家赴學校多不派。人護送者在中途毀損他人物品。監督人並無注意不周到之可言。不負責也。若在其門前毀損他人物品。則須負責。又如七歲以上小兒已有識別力。對於他人有侵害行爲。受害人對於小兒對於其監督人皆有請求賠償損害之權。且其責任爲連帶。惟監督人若賠償被害人後。對於小兒仍有求償權耳。

監督人之責任。係基於其故意。或過失而生。若監督人於其監督並未疏懈。或雖加以相當之監督。仍不免發生損害。則對於被害人。即不宜責以賠償。至依契約代監督人爲監督者。如監督生徒之教師舍監。監督人院病人之醫師看護人等。其所負責任。亦與上述相同。

## 第二款 被用人承攬人加於他人之損害九五二條九五三條

因故意過失加損害於他人者。須負賠償損害之責。故甲之故意過失。與乙所受損害間。苟有因果連絡。甲即須任其賠償。至其損害是否直接基於甲之所爲。或直接基於第三人有責違法之所爲。而甲之故意過失。不過係其間接原因。正不必問之。我草案據此理由。遂設左開規定。即

(一) 爲某種事業使用他人者。於被用人執行事業加損害於第三人時。負賠償之義務。但使用主於選任被用人及監督其事業已盡相當之注意。或雖加以相當之注意。仍不免發生損害者。則亦不負賠償責任。至依契約代使用主監督其事業者。其所負責任。亦與上述相同。

**附** 車夫不注意致馬過傷人主人應負責以其因執行事業而加損害故也。若車夫並未御車因在外飲酒而騾人則否。又如主人知其馬不良。囑車夫慎行。車夫不從致遂行傷人主人亦不負責。

又使用主監督人雖對於被害人負賠償責任。然被用人對於被害人之本來責任原不受其影響。故此時使用主監督人及被用人。取於被害人。應作爲連帶債務人。負其責任。而使用主監督人與被用人相互關係。則僅由被用人負其責任。故使用主監督人。若已向被害人賠償損害時。對於被用人得行使求償權。九五二條三項  
九七三條一項

(二)承攬人爲承攬事項。加損害於第三人時。定作人不負賠償之義務。但定作人於定作或指示有過失者。則仍須任其賠償。蓋承攬人係獨立從事完成承攬事項之人。通常不受定作人之指揮監督。以執行事務。故原則不宜課無過失之定作人。以賠償責任也。

第三款 動物所加之損害 九五  
四條

動物之占有人及依契約代其保管動物之人。就其動物加於他人之損害負賠償之義務。惟此項責任。亦係預想占有人等之過失而生。故若依動物之種類性質。已盡相當之注意。行其保管。或雖盡相當之注意。行其保管。仍不免發生損害者。則亦不任賠償。

如主人鐵索鎖猴以爲決無開鎖之理而猴性靈敏以物開鎖至逸出傷人出於主人意料之外主人不負責也

動物之占有人及代行保管之人。雖須向被害人任其賠償。然有時動物加損害於他人。係因第三人或其他動物之占有人。挑動該動物所致。則第三人或其他動物之占有人。與該動物占有人代行保管人等。對於被害人。亦自須連帶負責。而占有人代行保管人與第三人間關係。則僅由第三人負

責。故占有人代行保管人若已向被害人賠償損害時。對於第三人。亦得行使求償權。九五四條三項  
九七一條三項

**附** 如甲所畜之犬乙挑動之使咬丙則丙與甲  
連帶負責惟甲如為賠償後可向乙求償也

第四款 因土地工作物所生之損害 九五五條  
九五六條

損害有非直接因人之行為有生。而因工作物（指家屋等建築物及堤坊溝渠地簣等一切土地上建設物而言）所生者。則何人負賠償責任。我草案有特殊規定。即因設置或保存土地之工作物有瑕疵加損害於第三人者。其工作物之自主占有人負賠償之義務。而依契約有代占有人保存工作物之義務者（如受任人）或法律上有為自己權利保存工作物之義務者（如土地之受益貸借主）亦同。惟占有人等於防止損害之發生已盡必須之注意者。則不必任其賠償。又損害原因之事由。在前占有之占有終止後一年內發生者。自非前占有人於其占有時已盡相當之注意。可防止損害發生。則前占有人仍須負損害賠償之義務。

**附** 保存有瑕疵者指落成後應修葺有不修葺者已盡相當之注意者如將將傾圮之木柱  
以離留書明行人止步字樣乃某人進行進入遇風牆地壓死則不能歸責於自主占有人

因土地工作物設置保存之瑕疵使他人受損。其損害原因有時別有任責人。加工作物之承攬人應負責任時是也。此時占有人承攬人對於被害人。雖亦連帶負責。然占有人與承攬人間關係。則亦應僅由承攬人負責。故占有人若已向被害人賠償損害時。對於承攬人。亦得行使求償權。九五條  
九五條

三項九七  
三條二項

第五款 因共同侵權行為所生損害

九五〇條

數人爲共同侵權行為。加損害於他人時。其責任如何。試就草案規定析述之。

(一) 數人爲共同侵權行為。加損害於他時。各自任其賠償之責。共同侵權行為。謂加害人有數名。基於共同意思爲侵權行為也。共同侵權行為。在加害人相互間。縱不必有通謀關係。然總須於行爲當時有欲實行同一侵權行為之意思。共通及加害人各自爲侵權行為時。方成共同。若行爲人間缺意思共通。或有並未干與侵權行為之人。則其間自不生共同關係。又侵權行為人間有意意思共通者。必須侵權行為人各自互知爲侵權行為。而有加功該行爲之意思者。方可若無此種意思。即非意思共通。則各自之行爲。不過構成別個獨立之侵權行為。所謂同時行爲是也。而共同侵權行為。人亦既爲共同目的而動作。則他人所受損害。不外其協力之結果。故各國法制均責全體共同人各自負全部賠償之責任。草案從之。

共同行爲須基於共同意思。如甲乙共思打丙。甲執其手足。以棒擊之。是若同時行爲。不過各加害人偶爾聚合。無共同意思。存於其中。與共同行爲不同。例見次段。

(二) 因數人之侵權行為。不能知其孰加損害時。亦應各自任其賠償之責。此即指同時行爲而言。蓋同時行爲之際。若僅責各行爲人對其自己行爲之結果負責。則萬一各行爲人中。不能知其孰加損害時。將無一人負侵權行為之責任。殊不足以重私權。而資救濟也。

此同時行爲也。如甲思打丙。乙不期而會實施之。結果丙僅負傷。未致於死。又不能辨加害人果爲何人。則甲乙各須負責。若在共同行爲。則無此問題。

(三)教唆人及幫助人。視爲共同行爲人。教唆人。謂使行爲人有爲侵權行爲之決意。而成損害原因之人。幫助人。則係使人容易爲侵權行爲。而干與損害發生之人。刑事上之責任。以對於罪惡加懲罰爲目的。教唆人及幫助人雖與正犯設有差等。然民事上之責任。則以使各人對於因故意過失所生結果任其賠償爲目的。不必問加害人罪惡程度如何。故宜與共同行爲人。視同一律。負責責任也。

#### 第四節 損害賠償之方法

損害賠償之方法。依據債權通則。須以金錢爲之。然關於侵權行爲之損害賠償方法。除適用通則外。尚須從被害人喪失利益之性質。設各種特例。試據草案規定析述之。

(甲)害他人之身體。致被害人活動能力減少或罷廢或增加生活上之需要者。則其賠償損害方法。須由審判衙門命加害人支付定期金於被害人。此項定期金。(一)須準用八五〇條規定。按每六個月預付。(二)若有重大事由。得由被害人請求償給總額。以代支付定期金。(三)審判衙門就此項定期金。並須以職權命加害人供其擔保。至擔保之方法及數額。仍由審判衙門酌定。若所酌定擔保未能充足。被害人並得聲請增加。九五八條  
九五九條

〔增〕增加生活上之需要如打傷之後因手足不健康須備人任操作致支出僱金是又所謂重大事由如被害人將赴外國需費甚切非給付總額不足滿足其生活上需要是

(乙)害他人之身體自由或名譽者。被害人於不屬財產之損害。亦得請求賠償相當之金額。而就

名譽被害人。尙有特例。即審判衙門因名譽被害人起訴。得命加害人爲回復名譽之適當處分。以代損害賠償。或於回復名譽外。更命其爲損害賠償是也。適當處分。如命加害人支出費用登報謝過。即其一例。九六〇條

(丙) 依侵權行爲侵奪或毀損他人之物者。其賠償方法如左。

(A) 他人之物被侵奪時。則(一)加害人須先儘將原物歸還被害人。此項歸還義務。即使因天災及其他不可抗力。不能歸還(或毀損)時。除義務人證明其物有不被侵奪亦不能歸還之事實。方可主張免責外。仍應負其責任。(二)加害人當不能歸還原物。而賠償侵奪物之價格者。則被害人得自算定價格標準時起。請求支付賠償額之利息。(三)惟加害人於其侵奪之物已出費用者。得準照物之占有人對於所有人求償費用之規定。二二八條參照向被害人求償費用。(四)依侵權行爲侵奪之動衛賠償義務人。若向侵奪當時該物占有人既已賠償。則雖第三人爲侵奪物之所有人。或爲其他之物權人時。除義務人明知第三人就侵奪物有所有權或其他物權。或因重大過失而不知者外。義務人即可免其義務。九六二條至九六六條

附 先儘回復原狀者。以十賠九不足故也。不能回復原狀者。如身體受傷。是又如甲盜乙之馬。甲代出之飼養費。須由乙償還。否則乙爲不當利得矣。又如甲寄託馬一匹。使乙保管。丙奪之。其後丙不知馬屬甲。有向乙賠償。即可免責。否則既向乙賠償。又向甲賠償。雖丙可據不當利得之原則向乙求償。然若嗣後乙失資力。則求償必無結果。丙未免受損失。

(B) 他人之物被毀損時。則(一)加害人須向被害人賠償其物之減價額。(二)又若所毀損者係

動產。賠償義務人若向毀損當時該物占有人既已賠償歸還。雖第三擔爲毀損物之所有人或爲其他之物權人時。除義務人明知第三人就毀損物有所有權或其他物權或因重大過失而不知者外。義務人亦即可免其義務。九六七條

**疏**如斷人之袖僅賠其袖價已足無須賠償其衣服全價也

(丁) 害他人之生命者。則其賠償之方法如左。

(一) 加害人對於擔負埋葬費人。須賠償其埋葬費。九六八條一項

**疏**擔負埋葬費之人爲死者之遺族抑毫無關係之人在所不問均須賠償之

(二) 被害人於其生命被害時。依法律規定。對第三人(加害時係胎兒時亦屬之)負扶養義務。或有應負扶養義務之關係。並因其被害。致第三人喪失扶養請求權者。如害人須於可推知被害人之生存期間內。應供給扶養之限度。向第三人支付定期金。以賠償之。此項定期金。並得準用九五八條九五九條之規定。

**疏**如甲之父母倚甲負販爲生甲被乙殺死乙須代甲養贍其父母至扶養之程度以平日之生活程度爲準

(三) 被害人應法律規定。對於第三人負有家事上或職業上之勞務時。加害人須向第三人支付定期金。以賠償其應得之勞務。此項定期金。亦得準用九五八條九五九條規定。

**疏**如甲之妻主中僱被乙打死致甲須雇人執役之應賠償之

(四) 生命被害人之父母配偶人及子。(加害時係胎兒時亦屬之) 於不屬財產之損害。亦得請求賠償相當之金額。

(五) 右開第三人。雖得據右開規定。請求損害賠償。然若直接被害人亦有過失者。則責備加害人。即不宜太苛。應準用三八七條過失抵銷之法理。審判衙門須斟酌情形。定損害賠償之金額。

九七

四條

如甲醉後歷數乙之醜惡乙老羞變怒揮拳毆甲致死乙雖不當然實由甲之激怒所致法院應斟酌情形定賠償金額之多少焉

第五節 侵權行為之時效 九七六條 九七七條

依侵權行為之損害賠償請求權。若永久存在。未免有害公益。故法特設消滅時效以濟之。即此項請求權自被害人或其法定代理人知有損害及加損害時起。三年間不行使者。因時效而消滅。又自侵權行為時起。逾二十年者。則無論被害人等知有損害及加害人與否。亦因時效而消滅。惟因侵權行為所受利益。究係不法所取得。故法為保公允計。尚有左開規定。

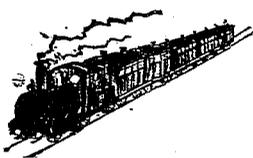
(一) 損害賠償之義務人。因侵權行為受利益。致被害人受損失者。於右開時效完成後。仍應依不當利得規定。歸還其所受之利益。

(二) 依侵權行為對於被害人取得債權者。被害人之廢止債權請求權。雖因時效而消滅。仍得拒絕履行。

---

債權各論講義終

債權各論





中華民國十一年

月付印

非賣品



朝陽大學校出版

西單牌樓皮庫胡同  
京師游民習藝所印刷  
電話西局二一七一

