

實用法律叢書

# 民 法 債

上 冊

周新編

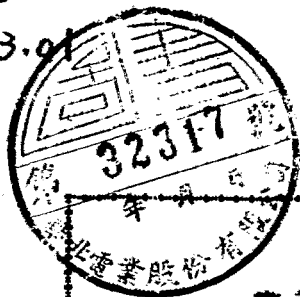


主編者  
王雲五 徐百齊

商務印書館發行



2960  
MG  
D983.01  
48  
=1



實用法律叢書

# 民 法 債

上 册

周新編著



主編者  
王雲五 徐百齊

商務印書館發行



3 2173 8199 9

## 實用法律叢書例言

(一) 本叢書主旨，在使中等以上學校學生及一般民衆獲得吾國現行重要法律之知識，並供從事法律職務者及應文法官考試者之參考。

(二) 本叢書包括下列各書：(1) 中華民國訓政時期約法，(2) 民法總則，(3) 民法債，(4) 民法物權，(5) 民法親屬，(6) 民法繼承，(7) 公司法，(8) 票據法，(9) 海商法，(10) 保險法，(11) 刑法，(12) 民事訴訟法，(13) 刑事訴訟法，(14) 土地法，(15) 破產法，(16) 違警罰法，(17) 法院組織法，(18) 民事訴訟強制執行法，(19) 商標法，(20) 公司登記規則。

(三) 本叢書各書，係依據現行法律條文，綜合編述，以期系統井然。

(四) 本叢書各書，對於現行法律，釋義力求周詳，論列力求正確；對於法律術語及立法理由，扼要闡明；對於疑難條文，詳舉事例；惟因但求實用，學說及立法例，概從省略。

(五) 本叢書各書，文筆務求淺顯。

# 目錄

緒論	一
第一章 債法	一
第一節 債法的命名	一
第二節 債法的性質	二
第三節 債法的範圍	四
第二章 債權	五
第一節 債權的意義	五
第二節 債權與物權	六
第三節 債權與請求權	八



總論

第一章 債之發生

第一節 總說

第二節 契約

第一款 契約的意義

第二款 契約的分類

第三款 契約的成立

第一項 要約

第二項 承諾

第三項 合意與不合意

第四項 契約成立的時期

第四款 懸賞廣告

總論	一一
第一章 債之發生	一一
第一節 總說	一一
第二節 契約	一一
第一款 契約的意義	一二
第二款 契約的分類	一四
第三款 契約的成立	一七
第一項 要約	一七
第二項 承諾	二三
第三項 合意與不合意	二六
第四項 契約成立的時期	二八
第四款 懸賞廣告	二九

第三節 代理權的授與.....	三三三
第一款 總說.....	三三三
第二款 授權行爲.....	三三四
第三款 共同代理.....	三三五
第四款 無權代理.....	三三六
第一項 總說.....	三三六
第二項 表見代理.....	三三六
第三項 狹義的無權代理.....	三三八
第四節 無因管理.....	三四一
第一款 總說.....	三四一
第二款 無因管理的要件.....	三四二
第三款 無因管理的效力.....	三四四

第一項 總說	四四
第二項 管理人的義務	四五
第三項 本人的義務	四八
第四款 無因管理的承認	五〇
第五節 不當得利	五〇
第一款 總說	五一
第二款 不當得利的要件	五一
第三款 不當得利的效力	五六
第六節 侵權行爲	六三
第一款 總說	六三
第二款 侵權行爲的要件	六五
第一項 總說	六五

第二項	客觀的要件	六六
第三項	主觀的要件	七四
第三款	共同侵權行爲	七七
第四款	特殊侵權行爲	八二
第一項	總說	八二
第二項	公務員的責任	八三
第三項	法定代理人的責任	八五
第四項	僱用人的責任	八七
第五項	定作人的責任	九一
第六項	動物占有人的責任	九二
第七項	工作物所有人的責任	九五
第五款	侵權行爲的效力	九七

第二章 債之標的 ..... 一〇七

第一節 總說 ..... 一〇七

第二節 種類的債 ..... 一一二

第三節 貨幣的債 ..... 一一七

第四節 利息的債 ..... 一二一

第五節 選擇的債 ..... 一二七

第六節 損害賠償的債 ..... 一三三

第三章 債之效力 ..... 一四〇

第一節 總說 ..... 一四〇

第二節 給付 ..... 一四一

第一款 給付的意義 ..... 一四一

第二款 給付的方法 ..... 一四二

第三款 注意義務	一四三
第一項 總說	一四三
第二項 故意	一四三
第三項 過失	一四五
第四項 事變	一四八
第四款 給付不能	一四九
第一項 給付不能的意義	一四九
第二項 給付不能的種類	一五〇
第三項 給付不能的效力	一五二
第五款 不完全給付	一五四
第三節 遲延	一五六
第一款 總說	一五六

第二款 給付遲延	一五六
第一項 給付遲延的意義	一五六
第二項 給付遲延的要件	一五七
第三項 給付遲延的效力	一五九
第三款 受領遲延	一六〇
第一項 受領遲延的意義	一六〇
第二項 受領遲延的要件	一六一
第三項 受領遲延的效力	一六三
第四節 保全	一六四
第一款 總說	一六四
第二款 代位權	一六五
第一項 代位權的意義	一六五

第二項	代位權的要件	一六六
第三項	代位權的行使	一六八
第四項	代位權的效力	一六九
第三款	撤銷權	一七〇
第一項	撤銷權的意義	一七〇
第二項	撤銷權的要件	一七一
第三項	撤銷權的行使	一七四
第四項	撤銷權的效力	一七五
第五節	契約的效力	一七六
第一款	總說	一七六
第二款	契約的標的	一七七
第三款	契約的確保	一七九



第一項 定金	一七九
第二項 違約金	一八一
第四款 契約的解除	一八二
第一項 解除的意義	一八二
第二項 解除的原因	一八四
第三項 解除的方法	一八七
第四項 解除的效力	一八七
第五項 解除權的消滅	一八九
第五款 終止契約	一九一
第六款 雙務契約	一九一
第一項 總說	一九一
第二項 同時履行抗辯	一九二

第三項 給付不能之於雙務契約.....	一九四
第七款 涉他契約.....	一九七
第一項 總說.....	一九七
第二項 由第三人為給付的契約.....	一九七
第三項 向第三人為給付的契約.....	一九八
第四章 多數債務人及債權人.....	二〇二
第一節 總說.....	二〇二
第二節 可分的債.....	二〇三
第三節 連帶的債.....	二〇五
第一款 連帶債務.....	二〇五
第二款 連帶債權.....	二一五
第四節 不可分的債.....	二一九

第五章 債之移轉.....一二二一

第一節 總說.....一二二二

第二節 債權的讓與.....一二二三

第三節 債務的承擔.....一二二九

第六章 債之消滅.....一二二六

第一節 總說.....一二三六

第二節 清償.....一二三八

第一款 清償的意義.....一二三八

第二款 清償人.....一二三八

第三款 受領清償人.....一二四〇

第四款 清償的方法.....一二四二

第一項 一部清償.....一二四二

第二項	代物清償	二四三
第三項	債務更新	二四四
第五款	清償地	二四五
第六款	清償期	二四六
第七款	清償的費用	二四八
第八款	清償的抵充	二四九
第九款	清償的效力	二五一
第三節	提存	二五二
第一款	提存的意義	二五二
第二款	提存的要件	二五二
第三款	提存的效力	二五四
第四節	抵銷	二五五

第一款 抵銷的意義	二五五
第二款 抵銷約要件	二五六
第三款 抵銷的方法	二五九
第四款 抵銷的效力	二六〇
第五節 免除	二六一
第一款 免除的意義	二六一
第二款 免除的方法	二六二
第三款 免除的效力	二六二
第六節 混同	二六三
第一款 混同的意義	二六三
第二款 混同的成立	二六三
第三款 混同的效力	二六四

# 民法債上冊

## 緒論

### 第一章 債法

#### 第一節 債法的命名

債法的命名，各國規定不同：有的叫做債權法，如日本民法和蘇俄民法是；有的叫做債務法，如瑞士債務法和土耳其債務法是；有的叫做債權債務關係法，如德國民法是；有的叫做債法，如暹羅民商法是。我民法第一次草案稱為債權編，第二次草案改稱債編，現行民法沿用後者。從用語上說，民法以債權名編或是以債務名編，固是較為整齊，從理論上說，民法不稱為債權或是債務，而改稱



爲債，也有相當理由。爲什麼呢？所謂債，原係包含債權關係及債務關係的兩方面而說的；從權利方面觀察，固可叫做債權，從義務方面觀察，也可叫做債務，恰如一個竹筒，可以從左右兩端而爲觀察的。如此，我民法以債名編，既可包括權義關係，而未偏於債權或是債務，則在形式上看，似足表示平等的精神，而無專保護某一階級的色彩。

## 第二節 債法的性質

何謂債法？就是規定關於債權債務關係的法規；換句話說，即是規定特定人間的相對關係的法規。現在根據這個定義分析其性質如左：

(一) 債法爲財產法 民法包含身分法和財產法兩大部分；前者係保護身分利益的法律，如親屬法及繼承法；後者係保護經濟利益的法律，如債法及物權法。債的給付，雖不以有財產價格者爲限，但以無形利益爲給付的債，債務人不履行時，也可變爲損害賠償債權，故債法畢竟不失爲財產法。

(二) 債法爲交易法 債法和物權法雖都爲財產法；但是牠們的機能還有不同；物權法重在財產的享有，規定靜態的財產關係；債法重在財產的交易，規定動態的財產關係。

(三) 債法爲任意法 債法雖係維持財產關係，而和物權法的任務相同；但是物權爲絕對關係，牠的效力得及於一般人，債權爲相對關係，牠的效力常及於特定人。所以，物權法多爲強行規定，不得由當事人自由形成物權關係；債法多爲任意規定，以受契約自由原則的支配爲主。雖然，契約自由的原則，已釀成種種的弊害，亦當增設強行規定，以防止資本家任意剝削無產者；例如關於利息，工資的約定，在從前雖採放任主義，現在就不能不加以限制是。

(四) 債法富有普遍性 物權法親屬法及繼承法的制定，都以本國的國情習慣做基礎，牠是具有固有性的法規。債法的制定，則以人類的交易關係爲對象，牠是富有普遍性的法規。爲什麼？交易的內容，已隨着國際通商的發達，而有促進其統一的趨勢。況且人類的交易，已由支配實物生活，而進於信用交易生活，在事實上亦有國際統一的可能。所以近世學者盛唱債法的國際統一論，國際聯盟委員會議定統一票據法及統一支票法，卽爲其統一運動的先聲。



### 第三節 債法的範圍

我民法仿瑞士暹羅蘇俄等國最新法律，採用民商統一主義，把商人通例中的經理人及代辦商，商行爲中的買賣，交互計算，行紀，倉庫，運送營業及承攬運送，一併訂入，是其範圍已較民草爲廣了。惟債法雖以規定人類的交易關係爲對象，卻非概括人類的一切交易關係而爲規定的，在債編以外的各編中，既有關於債的規定，在民法以外的法律中，也有關於債的規定。前者例如總則，物權，親屬，繼承等編關於債權債務的規定是。後者例如公司，票據，保險，海商等民事特別法，以及土地，礦業，漁業等行政法規關於債權債務的規定是。惟是民法債編關於債的規定，是維持一般債的規定，民法債編以外的各編，以及民事特別法，和行政法規關於債的規定，是維持特別債的關係，其任務卻有不同了。

## 第二章 債權

### 第一節 債權的意義

何謂債？就是互相對立的特定人間的權利義務關係。依據這種關係，一方有請求他方爲一定行爲的權利，叫做「債權」；他方有依其請求而爲一定行爲的義務，叫做「債務」。就債的關係享有權利的人，叫做「債權人」；其負有義務的人，叫做「債務人」。總稱債權人和債務人的兩造，是爲「債的當事人」。債權人和債務人的法律關係，叫做債權債務關係；簡單說，就是「債的關係」。現在把債權的性質說明於左：

(一) 債權係特定人對於特定人的權利。就這一點說，債權和物權很有不同。物權的義務人爲一般人，是不特定的，無論什麼人都負有不作爲的義務；債權的義務人爲某一個人，是特定的，唯

有債務人總負有一定行為的義務；所以學者恆稱物權爲「絕對權」，債權爲「相對權」。惟此所謂特定人，不是必須爲一人，如有特定的多數債務人，也不妨成立債權的。

(二) 債權係請求爲一定行為的權利。債權雖係債權人請求債務人爲某行為的權利；但是只得在某特定的範圍內，拘束債務人的自由，而使其負擔一定行為的義務。所以，債權人請求債務人爲某行為，當以某特定行為爲限，不得使債務人爲不特定的行為。此所謂行為，包含積極的行為和消極的行為兩種：前者即爲積極給付，叫做「作爲」，例如甲在一定期間內爲乙供給勞務是；後者即爲消極給付，叫做「不作爲」，例如甲在同一市場內不和乙經營同種營業是。

## 第二節 債權與物權

債權和物權雖同爲財產權，然其性質和效力都有不同。現在把牠們分別說明如左：

(一) 性質上的區別 就性質上說，牠們的區別有左列兩點：

(1) 物權爲支配權，而債權爲請求權。物權係以物爲標的，而且直接管領物，是爲「支

配權。債權係以人的行為爲標的，唯可拘束債務人，是爲「請求權」。例如不動產所有人，不要請求他人爲何等行爲，即可直接使用該不動產；不動產債權人，必須請求債務人爲一定行爲，纔可享有該不動產是。

(2) 物權爲絕對權，而債權爲相對權。物權既是對於物有直接關係，自可對抗一般人，而有請求其不爲侵害的權利。債權只是對於債務人有直接關係，唯可拘束特定人，而有請求其爲一定行爲的權利。例如不動產所有權原有對世權，其權利被特定人侵害時，纔有對人權，不動產債權本爲相對性，其權利被第三人侵害時，則有絕對性是。

(二) 效力上的區別 就效力上說，牠們的區別有左列三點：

(1) 債權不悖物權有優先權。物權有排他性，先發生的物權優於後發生的物權。例如甲以價值五千元的地地，先向乙抵借四千元，後向丙抵借二千元，如果甲無力清償，拍賣該地，應以所得地價儘先歸還乙的借款，有餘額的時候，纔歸還丙的借款是。反之，債權無排他性，其發生縱有先後，而效力並無優劣。例如甲先向乙借洋六千元，後向丙借洋四千元，如果甲僅有八千元

的財產，不敷清償，乙不得請求先於丙而受清償，只得按照債權的成數來攤還是。

(2) 債權不像物權有追及權。物權為直接支配其物的權利，無論該物入於何人之手，如果物權還未消滅，物權人都可追及該物：例如甲以房屋抵押於乙，復把該屋讓與於丙，如果甲不清償其債務，乙仍得就該屋主張抵押權是。反之，債權非直接支配其物的權利，一旦該物離開債務人之手，債權人即不得追及該物，只可對債務人請求損害賠償：例如甲以房屋出賣於乙，在未登記以前，復把該屋出賣於丙，並且立即交付，乙不得對丙主張其權利是。

(3) 物權較普通債權有優先權。物權和債權就同一標的物並存時，物權得先於債權而行使。例如所有權人，抵押權人，質權人，於義務人破產時，有將其權利標的物自破產財團分離或是剔除的權利，而債權人則無這種權利是。

### 第三節 債權與請求權

何謂請求權？就是根據基礎權（例如債權）的內容，而請求他人為一定行為的權利。這種權

利是否即爲債權？學說上雖有爭執，要以認其非即債權爲妥當。爲什麼呢？由債權而生的權利，除了請求權以外，尙有其他的權利（例如代位權，撤銷權，抗辯權，抵銷權，解除權等），自不能謂債權即爲請求權。況且請求權不必盡爲債權，於物權亦可發生，例如由物權而生的返還標的物請求權，回復原狀請求權，及損害賠償請求權，也不能謂請求權即爲債權。要之，可爲某種請求的權利，叫做債權，實現某種請求的權利，叫做請求權，請求權非即債權，不過債權的效力之一。



# 總論

## 第一章 債之發生

### 第一節 總說

何謂債的發生？就是債權債務係客觀的從新發生。若是因讓與而取得既存的債權，或是因承擔而負擔既存的債務，只可叫做債的移轉，不能謂為從新發生。

債的關係的發生原因，和一般法律關係的發生原因一樣，可以把牠分為行為和事件說明於左：

(一) 行為 行為，即指適法行為和違法行為而言的。何謂適法行為？就是適應法律而為法律所容許的行為。適法行為，復可分為法律行為和法律行為以外的適法行為兩種。前者例如因契



約或是代理權的授與而發生債的關係是；後者例如因無因管理而發生債的關係是。何謂違法行爲？就是違反法律而爲法律所不容許的行爲。違法行爲，復可分爲侵權行爲和債務不履行兩種。侵權行爲，得爲債的發生原因，而債務不履行的損害賠償請求權，則非債的發生原因，只是原來債權變更其物體罷了。

(二)事件 事件，即指行爲以外的事實而言的；例如因不當得利而發生債的關係是。

## 第二節 契約

### 第一款 契約的意義

契約一語，有廣狹二義：廣義的契約，係指發生私法上的效力的合意而言；狹義的契約，便指發生債法上的效力的合意而言。我民法把契約規定在債編中，當係從狹義規定，專指債的契約而言。所謂債的契約，即二個以上的當事人，依相互關所爲的一致意思表示，而以發生債的關係爲目的的法律行爲。茲就此定義分析說明於左：

(一) 契約要有二個以上的當事人。契約須有二個以上的當事人，纔得成立。例如買賣契約，至少須有出賣人和買受人各一人，贈與契約，至少須有贈與人和受贈人各一人是。惟當事人的數額，並無甚麼限制，如由二個以上的當事人合為一方，而和他方締結契約，也無不可。

(二) 契約要有二個對立的意思表示。契約僅有二個以上的當事人，還是不能夠成立，必須有了二個對立的意思表示而後可。如果各當事人沒有對立的互為意思表示，就不會構成契約。所謂對立的互為意思表示，就是甲對於乙為意思表示，乙也對於甲為意思表示，其內容並且有相對的意義。例如買和賣的意思表示，在客觀上雖是發生交物交價的債務，而無甚麼不同的內容，然在主觀上則係一方得物，一方得價，各有不同的意義是。這一點是契約和共同行為的重要區別：因為共同行為只有平行的意思表示，而無對立的意思表示。

(三) 當事人互為的意思表示要為一致。所謂意思表示要為一致，就是其意思表示要為合致；簡單說，即是「合意」。合意的成立，不但要有客觀的一致，並且要有主觀的一致。例如買賣契約的當事人，一方表示願買，一方表示願賣，都可發生交價交物的債務，是為客觀的一致，各當事人

都有結約的意思，是為主觀的一致。當事人互相表示意思，只要一致，即可成立契約，究竟其為明示，抑為默示，那就可以不問了（第一五三條第一項）。

（四）意思表示要以發生債的關係為目的。這一點，為債權契約和一般契約的重要區別，就是前者以發生債法上的效力為目的，後者以發生其他法律上的效力為目的。

（五）契約係法律行為。契約以二個以上的意思表示，為其構成要件，故契約為法律行為。民法總則編關於法律行為的規定，對於契約可以適用。

## 第二款 契約的分類

（一）雙務契約和片務契約。這種分類，係以雙方當事人是否負擔有對價關係的債務做標準。凡是雙方當事人各須負擔有對價關係的債務的契約，叫做雙務契約；其他的契約，叫做片務契約。雙務契約的特徵，不僅雙方當事人都須負擔債務，並且他們所負擔的債務要有對價關係。所謂對價關係，就是雙方互為給付的債務，主觀的有報償關係。例如買賣，互易，租賃，僱傭，有償委任，有償寄託，居間等契約是。片務契約，可分為純正的和非純正的兩種。前者例如單純贈與是；後者例如

附有負擔贈與是。

(二) 有價契約和無價契約 這種分類，係以雙方當事人是否因給付而取得利益做標準。凡是雙方當事人各因給付而取得利益的契約，叫做有價契約；其他的契約，叫做無價契約。各種契約，有的性質上常為有價的，例如買賣，及互易是；有的性質上常為無價的，例如贈與，及使用借貸是；有的依當事人的意思而為有價或是無價的，例如消費借貸原則上為有價，例外則為無價是。

(三) 要物契約和諾成契約 這種分類，係以契約的成立是否於合意以外更要實行給付做標準。凡是於合意以外，更要實行給付，纔能够成立的契約，叫做要物契約；其於合意以外不要實行給付，即能够成立的契約，叫做諾成契約。前者例如使用借貸，消費借貸，寄託等契約是。後者例如買賣，租賃，僱傭，委任等契約是。通常各種契約，都為諾成契約，要物契約，必須有明文規定，纔能存在。

(四) 要式契約和不要式契約 這種分類，係以契約的成立是否於合意以外更要具備一定方式做標準。凡是於合意以外，更要具備一定方式的契約，叫做要式契約，其於合意以外，不要具備一定方式的契約，叫做不要式契約。就近各種契約，原則上不須履行一定方式，而以要式為例外。

凡是某種契約，法律上定有一定方式（法定方式）的，固應完成其方式；即是當事人約用一定方式（約定方式）的，也應完成其方式。如果該方式沒有完成，即推定其契約不成立（第一六六條）。

（五）要因契約和不要因契約 這種分類，係以契約的成立是否要有給付的原因做標準。凡是有給付原因纔得成立的契約，叫做要因契約；其不須有給付原因也得成立的契約，叫做不要因契約。前者例如買賣契約，買受人支付價金，係以取得財產權為原因，出賣人移轉財產權，係以受領價金為原因，如果有一方的債務不成立，他方的債務也不成立。後者例如買受人因支付價金而發出支票，即使價金債務已不存在，其支票仍非無效，只得行使不當得利返還請求權是。

（六）有名契約和無名契約 這種分類，係以契約的內容及名稱是否為法律所明定做標準。凡是法律付與一定的名稱，並設有特別規定的契約，叫做有名契約；反之，法律未付與一定的名稱，並未設特別規定的契約，叫做無名契約。前者例如民法債編第二章所規定的各種契約是。後者例如以二以上有名契約的內容事項為其內容的混合契約是。有名契約既有特別規定，自可直接適用。無名契約，因無特別規定，只以性質所許者為限，準用有名契約的規定，並且適用一般契約的

規定。

(七) 主契約和從契約 這種分類係以契約是否基於其他契約而成立做標準。凡是不以他種契約存在為前提，而能够獨立成立的契約，叫做主契約；其以他種契約存在為前提，纔能够成立的契約，叫做從契約。從契約不管是債權契約，抑為物權契約，都可以成立的。前者例如定金契約，違約金契約，及保證契約是。後者例如抵押權契約，及質權契約是。從契約既以主契約的存在為前提，牠當然是和主契約共命運的。所以，主契約消滅，從契約原則上也應歸於消滅；反之，從契約消滅，主契約原則上卻不因之消滅。

(八) 本約和預約 何謂預約？即約定將來締結一定契約的契約，也叫做預約契約。嗣後依照預約而締結的契約，叫做本約，亦稱本契約。預約和本約，發生的效力不同：前者例如買賣的預約，僅發生締結契約的債務；後者例如買賣契約，係發生移轉財產權及交付價金的債務。

### 第三款 契約的成立

#### 第一項 要約

何謂要約？就是要約人以締結契約的目的而爲的意思表示。現在把牠的性質、要件、效力及消滅分別說明於左：

(一) 要約的性質 要約必須更有承諾，纔可發生私法上的效力，牠當然不是事實行爲，也不是法律行爲，而應認爲意思表示，可適用民法總則編關於意思表示的規定（民法第八六條以下參照）。

要約的目的，在於訂立契約，只要相對人（即要約受領人）一爲承諾，其契約即可成立。就這一點說，要約和要約的勸誘是有不同：要約的勸誘，只是引誘他人向其爲要約的意思表示，不過爲契約的準備行爲；要約，係聯絡他方的意思表示，以成立一定的契約。前者不發生何等的拘束力，自爲事實上的行爲；後者卻發生一定的拘束力，而爲法律上的行爲。這種行爲，在實際上不易分辨，依照民法第一五四條第二項所規定，貨物標定賣價的陳列，應該視爲要約，價目表的寄送，則可認爲要約的勸誘。

(二) 要約的要件 要約除掉應具備一般要件以外，還須具備左列的特別要件，纔可有效

成立。

(1) 要有特定人爲要約 要約雖須爲特定人的意思表示，纔能成立；但是其意思表示，不須明示要約人爲何人，相對人也無知其爲何人的必要；例如在市場中陳列標明實價的貨物，在公園中設置自動販賣機，都可認爲要約是。

(2) 要向相對人爲要約 要約既待相對人爲承諾，即應該向其爲意思表示。至相對人是否爲特定人，則非所問；例如自動販賣機的設置，電車公共汽車的開駛，劇場電影院的開設，都是向不特定人爲要約是。

(3) 要約要足以決定契約的內容 契約的內容，要由要約足以決定的，相對人纔可爲承諾；例如買賣的要約，要確定標的物的種類數量，及價金的額數是。雖然，契約內容的全部，不必完全決定，契約內容的一部不妨委諸相對人的意思，或是日後的市價決定。

(三) 要約的效力 要約的效力，可從下列兩方向說明之。

(1) 對於相對人的效力 這就是相對人對於要約一爲承諾，契約即爲成立的效力，學



者稱牠爲承諾能力，或是承諾適格，也可叫做要約的實質的效力。這種效力，雖係由要約的性質上當然發生；但牠只是予相對人得爲承諾的資格，並非使相對人因而負擔必爲承諾的義務。所以相對人可爲承諾，也可不爲承諾，其不爲承諾的時候，也無須通知要約人。

(2) 對於要約人的效力 這就是要約人爲其要約所拘束，在一定期限內不得撤回擴張限制或變更其要約的效力，學者稱牠爲要約的拘束力，或是要約的不可撤回性，也可叫做要約的形式效力。這種效力，係爲確保交易的安全而認許，不是由要約的性質上當然發生，這是和實質的效力不同的。

(A) 要約生效的時期 依照意思表示的通例，要約生效的時期，因其是否爲向特定相對人爲要約而有不同：

(甲) 向特定相對人爲要約，又要視其是否爲對話人而定：特定對話人爲要約者，自相對人了解時發生效力（民法第九四條參照）；特定非對話人爲要約者，自達到相對人時發生效力（民法九五條參照）。

義。  
(乙) 向不特定相對人爲要約，我民法雖無明文，如以廣告爲要約，可解爲仍依達到主義。

(B) 要約效力的存續 要約的拘束力，應在甚麼期限內存續，全視他是否定有承諾期限而定。(1) 定有承諾期的要約，不管其相對人爲對話人，抑爲非對話人，其效力在承諾期限內都應存續。若非於其期限內爲承諾，要約的拘束力即應喪失(第一五八條)。(2) 未定承諾期限的要約，卻因其相對人爲對話人與否而有不同：在對話爲要約的時候，相對人若非立時承諾，其拘束力即應喪失(第一五六條)；在非對話爲要約的時候，相對人若不於依通常情形可期待承諾的達到時間內爲承諾，其拘束力即應喪失(第二五七條)。所謂依通常情形可期待承諾的達到時間，是指在要約到達於相對人的期間，及承諾到達於要約人的期間以外，更算入相對人的結約考慮期間而言。

(C) 要約拘束力的除外 契約的要約人，雖應該因要約而受拘束；但是在要約的當時，要約人如果預先聲明不受拘束，或是依其情形，或是事件的性質，可認當事人無受其拘束

的意思，則爲例外（第一五四條。）所謂依其情形可認當事人無受其拘束的意思：例如依當事人間歷來的交易關係，可認要約人有隨時撤回其要約的意思是。所謂依事件的性質，可認當事人無受其拘束的意思：例如對於不特定人的要約，通常可認要約人有不受拘束的意思是。

（四）要約的消滅 要約消滅的原因，有左列幾種：

（1）不爲承諾 要約的拘束力，既是不可長期存續，如果相對人已逾其期限，還未表示承諾，其拘束力應即喪失，這在前面已經說明了（第一五六條至第一五八條。）

（2）要約的拒絕 何謂要約的拒絕？就是相對人對於要約人不爲承諾的意思表示。這種意思表示，不是單指絕對的拒絕而言，就是把要約加以擴張限制或是變更而爲承諾的，也應視爲拒絕原要約，而把這種承諾作爲新要約（第一六〇條第二項。）至於拒絕的效力怎樣？卻因其是否向特定人爲要約而異：對於特定人的要約，雖一經相對人的拒絕，即應喪失其拘束力（第一五五條。）對於不特定人的要約，則不能因特定人的單獨拒絕，而即喪失其拘束力。

(3) 要約的撤回 何謂要約的撤回？就是要約人把要約收回，而阻止其效力發生的意思表示。在非對話為要約，並且於要約還未到達以前，要約人儘可撤回其要約。若是對話為要約，固無撤回要約的餘暇。就是拘束力除外的要約，其要約如已到達於相對人，亦是不得撤回的。撤回要約的通知，應該和要約同時或是先時到達，纔可發生效力（民法第九五條第一項參照）。如果要約的通知已經到達，其拘束力即是已經發生了，自不許其再行撤回；但是撤回通知因故障而遲到的，則應認為例外。依照通常情形，撤回要約的通知，應該較要約通知先時或同時到達者，如到達於要約到達以後，相對人即應向要約人發出遲到的通知；若是相對人怠為遲到的通知，其撤回即應視為未遲到（第一六二條），仍使要約喪失其效力。

## 第二項 承諾

何謂承諾？就是相對人以和要約人共結契約為目的而為的意思表示。現在把牠的性質、要件、效力及撤回分別說明於左：

(一) 承諾的性質 承諾係為契約的構成分子，當然是和要約一樣的，只為一種意思表示。

民法總則編關於意思表示的規定（民法第八六條以下參照）對於承諾也可適用。

承諾的目的，既在和要約人共結契約，則相對人必知有要約，纔有同意於其要約的承諾。如果不知有要約而為意思表示，縱使其偶然暗合，亦不生承諾的效力。

（二）承諾的要件 承諾除掉應具備一般要件以外，還須具備左列的特別要件，纔可有效成立：

（1）要由相對人為承諾 對於特定人的要約，要由接收要約的相對人為承諾。對於不特定人的要約，則不管任何人都可為承諾。

（2）要向要約人為承諾 承諾不僅要向要約人為意思表示，並且是要向特定的要約人表示的，這是和要約的不同點。

（3）承諾要和要約的內容完全一致 承諾既和要約結合而成立契約，牠們的內容自須完全一致。所以相對人不但就要約的法定要件，要有合意，即就要約人所注重的意定要件，也要有合意。如果相對人僅就要約的一部而為承諾，固是不得成立契約，即把要約的內容擴張限

制或是變更而爲承諾，也不得成立契約（第一六〇條第二項。）

（三）承諾的效力 何謂承諾的效力？就是和要約結合而成立契約的效力。現在把承諾的生效時期，及其遲到，遲延說明於左：

（1）承諾生效的時期 承諾生效的時期，即爲契約成立的時期。依照一般原則的規定：在對話爲承諾，自要約人了解時發生效力（民法第九四條參照）；在非對話爲承諾，自承諾通知達到要約人時發生效力（民法第九五條參照。）

（2）承諾的遲到 所謂承諾的遲到，是指承諾的通知，在得爲承諾的期限內未達到要約人而言。就理論說，這種承諾自不得成立契約；但爲謀實際上的便利計，卻須予以特殊的效力。承諾的通知，按照其傳達方法，依照通常情形，原可在相當時期內達到，而竟因途中障礙遲到的，要約人應即向相對人爲遲到的通知（第一五九條第一項。）如果要約人意爲遲到的通知，其承諾即視爲未遲到（第一五九條第二項，）仍可成立契約。

（3）承諾的遲延 所謂承諾的遲延，是指得爲承諾的期間經過後所爲的承諾而言。依

民法第一六〇條第一項規定：遲到的承諾，視為新要約，如果原要約人更為承諾，還可成立契約。

(四) 承諾的撤回 何謂承諾的撤回？就是承諾人把承諾收回，而阻止其效力發生的意思。表示承諾的撤回，和前述要約的撤回一樣，就是限於非對話為承諾，並且在承諾還未到達以前，纔可以撤回的。撤回承諾的通知，應該和承諾同時或是先時到達，纔可發生效力（民法第九五條第一項參照）。如果承諾的通知已經到達，其效力即是已經發生了，自不許其再行撤回。惟是撤回的通知，因有故障而遲到的，亦應認為例外：依照通常情形，撤回承諾的通知，應該承諾通知先時或是同時到達者，如到達於承諾到達以後，要約人即應向承諾人發出遲到的通知；如果要約人怠為遲到的通知，其撤回即應視為未遲到（第一六三條，第一六二條），仍使承諾喪失其效力。

### 第三項 合意與不合意

(一) 合意 何謂合意？即指構成契約的各個意思表示一致而言。當事人對於必要之點意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思的，還可推定其契約為成立。關於非必要之點，當事人的意思，如有不一致的時候，法院即應依照其事件的性質決定之（第一五三條第二項）。所謂必要

之點，即指法定要件及意定要件而說的。什麼是法定要件？即是某種契約在法律上必須具備的要素；例如買賣以移轉財產權及支付價金為要素，贈與以無償給與及允受為要素。什麼是意定要件？即是屬於某種契約的常素或是偶素；例如關於給付的處所，給付的時期，給付物體的品質，運送的方法，而由當事人認為主要的內容是。

(二) 不合意 何謂不合意？即指構成契約的各個意思表示不一致而言。不合意可分為二種：有為當事人知其不合意的，叫做顯明的不合意，或是有意識的不合意；有為當事人一方或雙方誤信其為合意的，叫做隱存的不合意，或是無意識的不合意。不合意不管為顯明的，抑為隱存的，都不能成立契約。隱存的不合意和錯誤不同：在錯誤，其雙方的意思表示，客觀上仍為一致，可以成立契約，不過得為撤銷而已；在隱存的不合意，其雙方的意思表示，客觀上並不一致，根本不能成立契約。例如甲以鍍金錶示於乙，而為三十元出賣的要約，乙如信其為純金錶，而為買受的承諾，是為錯誤；反之，甲以鍍金錶示於乙，而為三十元出賣的要約，乙如表示願以三十元買其純金錶，是為隱存的不合意。



#### 第四項 契約成立的時期

契約成立的時期，即爲承諾生效的時期，前面已經說過了；惟其成立的時期，卻因其成立的方法而有不同，現在分述於左：

(一) 因合意而成立契約的時期 這種契約，原則上以承諾通知到達要約人的時期爲契約成立的時期；但在要式契約及要物契約，則應認爲例外。要式契約，不是成立於合意的時候，而是成立於具備一定方式的時候（例如終身定期金契約）。要物契約不是成立於合意的時候，而是成立於完成實行給付的時候（例如寄託契約）。

(二) 因交錯要約而成立契約的時期 何謂交錯要約？即甲向乙爲某種要約的時候，適值乙也向甲爲此同一內容的要約。交錯要約得成立契約。各要約的意思表示，於到達相對人時發生效力，其契約也即於其時成立。

(三) 因意思實現而成立契約的時期 何謂意思實現？即指有可認爲承諾的事實而言。凡有可認爲承諾的事實，不要爲承諾的通知，其契約即爲成立。那幾種事實得謂爲有可認爲承諾

的事實呢？通常不外下列的具體情形：（1）履行因契約成立所應負擔的債務，即為履行行為，例如送交訂購的物品，辦理受委的事務是；（2）行使因契約成立所得取得的權利，即為受領行為，例如使用或是消費要約人送到的物品是；（3）因履行由契約成立所應負擔的債務，而為準備行為，例如旅館主人因客人訂租房間，而派工人實行打掃是。因意思實現而成立契約，不是漫無限制的，依照第一六一條所規定，只得適用於下列情形：（A）依習慣，承諾無須通知，例如預定酒席，酒館不須為承諾通知是；（B）依其事件的性質，承諾無須通知，例如懸賞廣告，行為人不須另為承諾通知是；（C）依要約人的意思表示，承諾無須通知。關於最後一點，我民法雖明定以預先聲明的為限；但在要約以後未失效力以前，也不妨表示意思。

#### 第四款 懸賞廣告

何謂懸賞廣告？即以廣告的方法，聲明對於完成一定行為之人，給與報酬的行為（第一六四條第一項前段）。現在把牠的性質，要件，效力，及撤銷分別說明於左：

（一）懸賞廣告的性質 懸賞廣告的性質怎樣？學說上雖有契約說（亦稱要約說）及單

獨行爲說的爭執；但是我民法既無明認懸賞廣告爲單獨行爲的法文，復把牠規定於契約條文的後面，而認爲契約成立的方法，自應依照前說解釋。況且懸賞廣告，係廣告人表示對於完成一定行爲的人選爲支付報酬的意思，不是在行爲人完成其行爲的時候，更有決定支付報酬與否的意思，則懸賞廣告應認爲契約的要約，更沒有疑義。

(二) 懸賞廣告的要件 懸賞廣告的成立，除掉應具備一般要約的要件以外，還要具備左列的特殊要件：

(1) 要以廣告方法而向不特定人爲要約 廣告人應以廣告的方法表示其意思；惟其表示的方法，卻無甚麼限制，不管其以書面，抑以言詞，也不管其登載報章，抑張貼通衢，凡能用作廣告的方法，都可以使用。又所謂不特定人，非必爲一般人，只要多數人即够了。所以對於一定範圍內的不特定人，也不妨爲懸賞廣告。

(2) 要廣告人有負擔債務的意思 就這一點說，懸賞廣告和一般要約不同；在一般要約，要約人不必是將來的債務人，只要有和他人訂立契約的意思，不要有負擔債務的意思；反之，

在懸賞廣告，廣告人必係將來的債務人，不但要有和他人訂立契約的意思，並要有負擔債務的意思。

(3) 要聲明給與報酬 廣告人雖應聲明給與報酬，以爲行爲人完成一定行爲的對價；但報酬不限於金錢，也不限於有財產的價值，只要得爲價的標的。又報酬的數額，不必於聲明給與時即屬確定，而以可得確定爲已足。例如約給獎章賞牌，固可作爲報酬，就是表示從優給酬，也可認爲有效。

(4) 要表示對於完成一定行爲的人給與報酬 懸賞廣告，既係廣告人約對行爲人給與報酬，自以完成其所指定的行爲爲必要；惟其行爲究爲積極的行爲（例如尋求走失的小兒是），抑爲消極的行爲（例如獎勵定期禁酒），固可不問，就是其行爲究爲肉體的勞務（例如緝捕犯人），抑爲精神的勞務（例如工業發明），也可不問。若是聲明對於有某單純事實，即可給與報酬，則非懸賞廣告；例如在大水的時候，以廣告聲明對於有子女十名以上者，給與若干扶助金，只可認爲贈與的要約是。

(三)懸賞廣告的成立。懸賞廣告只有要約的效力，究竟要有甚麼事實，纔可認為已有承諾，因而成立契約？關於這一點，學說上雖有爭執，然依照我民法第一六四條所規定，指定行為的完成可解為承諾。

(四)懸賞廣告的效力。懸賞契約一經成立，在行為人方面，取得請求給與報酬的債權，在廣告人方面，負擔給與報酬的債務（第一六四條第一項前段）。這種債權債務，是和一般債權債務一樣的，自可適用關於一般債權債務的規定。在這裏要注意的，就是行為人不以事先知有廣告為必要，廣告人對於不知有廣告而完成該行為的人，也負給付報酬的債務（第一六四條第一項後段）。又在數人完成一定行為的時候，行為人究應取得甚麼權利，又因其單獨完成與共同完成而有不同：在數人單獨同時或先後完成一定行為的時候，依照我民法所規定，如廣告人對於最先為通知者已為報酬的給付，其後為通知者，即不再享有報酬給付的權利（第一六四條第二項）。在數人共同完成一定行為的時候，依據我民法的解釋，廣告如無訂定，則得就債權的性質，享有可分債權，或是不可分債權（第二七一條至第二九二條）。

(五) 懸賞廣告的撤銷 在指定行爲未完成以前，廣告人自得撤銷其廣告，惟其撤銷要具備下列四個要件：(1) 要由廣告人爲撤銷；(2) 要於指定行爲未完成以前爲撤銷；(3) 要以廣告的方法爲撤銷；(4) 要廣告人沒有拋棄撤銷權。懸賞廣告一經撤銷，就發生和從始沒有廣告的同一效果，廣告人對於因撤銷而受損害的人，原則上不負賠償責任；但是善意行爲人因爲信賴其廣告而受損害的，法律尙有加以保護的必要。所以廣告人除掉證明行爲人不能完成其行爲以外，應該在預定報酬額的限度內負賠償責任。例如：預定報酬額爲五百元的，其賠償額也不得超過五百元是。

### 第三節 代理權的授與

#### 第一款 總說

(一) 代理的意義 何謂代理？就是代理人在代理權限以內，用本人名義向第三人爲意思表示（積極代理），或是由第三人受意思表示（消極代理），而使其效力直接及於本人的行爲。

依照這個定義，代理要具備下列四個要件：（1）代理要本於代理權；（2）代理要明示為本人；（3）代理要限於意思表示；（4）代理要直接對於本人發生效力。上面四個要件，在民法總則中已經詳細說明，現在不須贅述了。

（二）代理權的發生 代理權的發生，有的由於法律的規定而發生，叫做法定代理；有的由於本人的意思表示而發生，叫做意定代理。前者例如無行為能力人或是限制行為能力人的法定代理人是。後者例如本人自行授權或是代理人代為授權的意定代理人是。

## 第二款 授權行為

（一）授權行為的性質 何謂授權行為？就是本人授與代理權於他人的行為。這種行為，究竟應認為契約，還是應認為單獨行為，學說上尚有爭執。依據我的意見，則以認為單獨行為，較為妥當。依照民法第一六七條所規定，授權行為，既係決定代理人的意思表示，應否對於自己發生法律效果，則只以自己的意思表示授權，即能够生效，不要再得代理人的同意。

（二）授權行為和其基本法律關係 何謂基本法律關係？就是發生授權行為的基本法律

行爲；簡單說，即是授權行爲的原因：例如委任、僱傭、合夥等契約是。授權行爲爲外部關係，基本法律行爲爲內部關係，這等關係有沒有不可分離的關係，學說上又不一致。依據民法第一〇八條第一項所規定，代理權的消滅，既係由授與的法律關係決定的，則其發生或是存續，原則上也應從屬於其基本法律關係。如此，授權行爲，可解爲相對要因的單獨行爲的。

(三) 授權行爲的方式 本人授權的意思表示，不管其向代理人表示，抑向代理人對之爲代理行爲的第三人表示，都應該依照一定方式（第一六七條。）惟其方式不必限於書面，即用言詞，也沒有不可（第一六七條。）

### 第三款 共同代理

所謂共同代理，就是由數代理人共同行使代理權的代理。此時的代理人，叫做共同代理人，其代理權，叫做共同代理權。共同代理和各自代理不同，就是各自代理，係各代理人各自獨立享有其代理權，而可單獨行使之；共同代理，係數代理人共同享有一代理人，而須共同行使之。

關於同一事件，有數代理人的時候，究竟應認爲各自代理呢？還是應認爲共同代理呢？依照民



法所規定，代理人有數人時，除掉法律另有規定，或是本人另有意思表示以外，應該由他們共同爲代理行爲（第一六八條），是即以共同代理爲原則，單獨代理爲例外。共同代理，要有數代理人行使代理權，對於本人纔可發生效力。如果一代理人行使其代理權，其行爲即成爲無權代理，對於本人是否發生效力？還要看看本人是否表示承認以爲決定。

#### 第四款 無權代理

##### 第一項 總說

何謂無權代理？就是代理行爲其他的要件都已具備，而只缺乏了代理權的代理；簡單說，就是沒有代理權而爲的代理。代理行爲要具備實質的要件和形式的要件，纔可生效。什麼是實質的要件？就是要於代理權限內爲代理行爲。什麼是形式的要件？就是要以本人的名義爲代理行爲。無權代理，雖是無代理權，還以本人的名義爲代理行爲。如果將來能具備一定條件，也能發生代理的效力。廣義的無權代理可以分爲表見代理和狹義的無權代理兩種，現在分項說明於後。

##### 第二項 表見代理

(一) 表見代理的意義 何謂表見代理？就是代理人雖無代理權，而在表面上還有足使相對人信其有代理權的代理。凡非基於代理權的代理行為，對於本人原不能發生代理的效力；但是爲謀社會生活的動態安全，行爲人在事實上雖無代理權，如果本人具有授與代理權的外觀，還要使其受相當拘束，纔適合承認代理制度的本旨，所以民法特設表見代理的規定。

(二) 表見代理的要件 法律爲保護社會生活的動態安全，雖有明認表見代理的必要；但爲兼顧社會生活的靜態安全，又不能使本人無故受累。依照民法第一六九條所規定，表見代理必須具備左列要件之一，纔可發生法律效果：

(1) 由自己的行爲而表示以代理權授與他人 這裏的所謂表示以代理權授與他人，和第一六七條所謂向第三人表示授與代理權的意思不同；就是後者爲意思表示，因其表示而生代理權授與的效力；前者爲觀念通知，不因其通知而生代理權授與的效力，惟其既是由自己的行爲而表示，已足使第三人信其和代理人間有授權關係，自應令其負授權人的責任。

(2) 知他人表示爲其代理人而不爲反對表示 所謂表示爲其代理人，就是無權代理

人自稱爲其代理人。本人既知他人自稱爲其代理人，即應該提出反對的表示；如果不爲反對的表示，是即等於默認其代理行爲，而足使第三人信其和代理人間有授權關係，在法律上也應負授權人的責任。

(三) 表見代理的效果 所謂表見代理的效果，即指本人對於第三人應該負授權人的責任而言。何謂負授權人的責任？就是應負擔其行爲所生的義務。這種責任，不是和有權代理生同一的效果，不過本人應負授權人的責任。就相對人方面說，他固可以表見代理爲理由，而主張效力及於本人，也可以無權代理爲理由，而撤回其行爲。反之，就本人方面說，他只可承認其行爲而取得其權利，卻不得以未授與代理權，而主張對於自己不生效力。

上述表見代理的效果，係以保護善意第三人爲目的，如果第三人已明知其無代理權或是可得而知者，即無加以保護的必要。所以民法特設第一六九條但書的規定，而使本人免除責任。

### 第三項 狹義的無權代理

(一) 狹義的無權代理的意義 何謂狹義的無權代理？即是指廣義的無權代理除掉表見

代理以外的無權代理而言。這種代理，大約有下列四種：（1）沒有具備表見代理要件的代理；（2）逾越代理權範圍的代理；（3）授權行為無效的代理；（4）代理權消滅的代理。這等代理，和表見代理不同：表見代理，在事實上雖無代理權，還有代理權授與的外觀，自應以拘束本人為原則；狹義的無權代理，係行為人自稱為代理人，並無代理權授與的外觀，應以不拘束本人為原則。

（二）狹義的無權代理的效力 狹義的無權代理行為，不是當然無效的，尚有一種不確定效力，就是對於本人能否發生效力，全看其是否經過本人承認為斷：如經本人承認，即對本人發生效力；如不經本人承認，即對本人不發生效力（第一七〇條第一項）。現在把本人和第三人應有的權利，及無權代理人應負的責任，分別說明於左：

（1）本人應有的權利 無權代理行為能不能確定生效，既以是否經過本人承諾為斷，故本人對於無權代理行為，自得行使承認權或是拒絕權。何謂承認權？就是本人追認無權代理行為，而使其和有權代理生同一效力的意思表示。無權代理行為一經承認，即溯及為法律行為

的當時發生效力。何謂拒絕權？就是不欲受代理行為的拘束，而為拋棄承認權的意思表示。本人對於無權代理行為無論甚麼時候，都可以表示承認，但一經表示拒絕，即喪失其承認權，而確定對於本人不生效力，不得更為承認。

(2) 相對人應有的權利 無權代理行為，在未經本人承認或是拒絕以前，其法律關係尚在不確定的狀態，若使這種狀態永久存續，勢必有害於相對人的利益；法律為保護相對人的利益，特認其有催告權及撤回權。何謂催告權？即相對人定一相當期限，而催告本人確答是否承認的觀念表示。相對人為這種表示以後，本人如於其所定期限內而為確答，不問其係承認或是拒絕，都可發生一定的效力。若是本人逾期未為確答，即可視為拒絕承認，而使其發生拒絕的效力（第一七〇條第二項）。何謂撤回權？即相對人使無權代理行為自始全然無效的意思表示。相對人行使撤回權，不但要在本人未為承認前為意思表示，並且要相對人不知其無代理權（第一七一條）。無權代理行為，一經相對人撤回，即確定自始對於本人不生效力，本人固不得更為承諾，即相對人也不得更為催告了。

(3) 無權代理人應負的責任 無權代理行爲，一經本人拒絕承認，或是在相對人所定權告期間內爲拒絕通知，或是不爲承認而應視爲拒絕承認者，其在本人和相對人間，絕不能發生權義關係，自易使善意相對人蒙受損害。法律爲保護善意相對人的利益，應該使無權代理人負賠償責任，纔算公允。

#### 第四節 無因管理

##### 第一款 總說

(一) 無因管理的意義 何謂無因管理？就是某人未受他人的委任，並且沒有義務，而爲他人管理事務（第一七二條前段）。爲他人管理事務的人，叫做管理人，受某人管理事務的人，叫做本人。本人和管理人之間，既可發生債的關係，自應認無因管理爲債的發生原因。

(二) 無因管理的立法理由 沒有法律上的原因，而于與他人的事務，本爲法律所不許的，通常可構成侵權行爲。惟貫徹這種觀念，有時不但違反人類互助的道德義務，且足使社會經濟受

到不利。所以從羅馬法以來，各國法律，大都設立無因管理的制度：一面明認無因管理爲適法行爲，以發揮人類互助的精神，而許管理人對於本人取得一定的權利；一面又加無因管理以相當限制，以尊重個人自由的精神，而使管理人對於本人負擔一定的義務。我民法爲適應集團生活的要求，也設無因管理的規定。

## 第二款 無因管理的要件

(一) 要管理他人的事務 何謂事務？即指得以勞務管理的事項而言。其事項的種類，雖無一定限制；但是單純的不作爲，則不能成立無因管理。又此所謂事項，必須適爲債的標的，若是純屬於宗教的或是道德的事項，既是不能發生債的關係，自亦不能成立無因管理。

何謂他人的事務？就是性質上不屬於自己的事務。這種事務，不管是客觀的，抑是主觀的，都得成立無因管理。前者例如修繕他人的房屋是；後者例如爲他人收買物品是。若是把純屬自己的事務誤信爲他人的事務而以爲他人的意思爲管理，即不得成立無因管理。例如把自己的墻垣誤信爲他人的墻垣而加以修繕是。

何謂管理事務？即管理人就他人的事務，而為一個或是數個的處理行為。管理事務，雖和委任契約上所謂處理事務略同；但是二者的範圍還有區別：在處理事務，既無目的的限制，並且僅為單純的勞務不能成立；在管理事務，原無目的的限制，就是僅為單純的勞務也得成立。所以管理人不問其為管理行為（例如為他人修理房屋），抑為處分行為（例如為他人出賣物品），也不問其為事實行為（例如救助人命），抑為法律行為（例如為他人承租房屋），都沒有什麼不可。

（二）要有為他人的意思。民法所謂為他人，即指有為他人的意思而言。何謂有為他人的意思？即有使該行為所生的事實上的利益歸於他人的意思。這種意思，雖不問其專謀他人的利益，抑是兼謀他人和自己的利益，都可成立無因管理；但是管理人如專謀自己的利益，則不能成立無因管理。又此所謂他人，不必在有管理行為的當時，即要確定為何人：例如誤信甲的犬為乙的犬而為飼養，對乙也得成立無因管理是。

（三）要無法律上的義務。凡為他人管理事務，必須沒有法律上的義務，纔可成立無因管理。若是因有法律上的義務，而管理他人的事務，則不得成立無因管理：例如受任人在委任範圍內，



爲委任人處理事務是。又此所謂無義務，係指管理人對於本人無爲該項行爲的義務而言。若是管理人對於第三人負有義務，仍不妨成立無因管理。例如連帶債務人對外雖負全部清償的義務，對內只負分擔部分的義務，如果連帶債務人清償分擔部分以外的債務，對於他債務人也得成立無因管理是。

### 第三款 無因管理的效力

#### 第一項 總說

(一) 債的關係的發生 無因管理一旦開始，管理人和本人間即發生債權債務的關係，這就是無因管理的效力。又一方的債權即爲他方的債務，從債務方面着眼，可把他分爲管理人的義務和本人的義務說明。

(二) 違法的阻止 無因管理，不但可以發生債的關係，並且可以阻卻違法性。就通常情形說，無端干涉他人的事務，恆足侵害他人的權利，而可構成侵權行爲。例如因修繕他人的房屋，而侵害其所有權，因救護他人的生命，而侵害其身體權是。這等侵害權利的行爲，應該負賠償責任。但是

無因管理既係出於爲本人謀利益的意思，即應該阻卻其違法性，而把牠認爲適法行爲了。民法爲兼顧個人及社會的利益，特認無因管理爲適法行爲，而不認其爲侵權行爲。

(三) 管理人無報酬請求權 無因管理的制度，雖爲集團生活所要求；但是顧及個人自由的精神，又不可認牠爲道德行爲，而加以獎勵。所以管理人只可請求返還費用，而無請給報酬的權利。

## 第二項 管理人的義務

(一) 管理的義務 無因管理開始以後，管理人負有管理的義務，但究應用甚麼方法去管理呢？依照民法第一七二條所規定。管理人是要按照左列標準而爲管理的：

(1) 要依照本人的意思 此所謂本人的意思，不是只以本人明示的意思爲限，就是依當時情形可得推知的意思，也包括在內。雖然，本人的意思，若有違反強行法規或是善良風俗，即無拘束管理人的效力。

(2) 要尊重本人的利益 管理人爲本人管理事務，不但要依照本人的意思，並且要尊

重本人的利益。所謂尊重本人的利益，就是要以利於本人的方法而為管理。至其方法是否利於本人，不可只憑主觀的認定，而是要依客觀的標準來決定的。

(二) 注意的義務 管理人為本人管理事務，究應按照甚麼程度為注意，依照第一七五條的反面解釋，管理人對於輕過失，原則上也應負賠償責任。惟是本人的生命身體或財產處於危急境況，急待救濟，管理人如因為救濟行為，而使本人受了損害時，除掉有惡意或是重大過失以外，不負賠償的責任（第一七五條。）

(三) 賠償的義務 管理人為事務管理，如果違反本人明示或是可得推知的意思，而對於因其管理所受的損害，雖是沒有過失，也應負賠償責任（第一七四條第一項。）但管理人雖應尊重本人的意思，也不能輕視公共的福利，所以管理事務，係為本人盡公益上的義務，或為其履行法定扶養的義務，而致使本人受了損害，縱使違反本人的意思，亦不負賠償的責任（第一七四條第二項。）

(四) 從屬的義務 上面所列舉的義務，是管理人的主要義務，現在再把從屬的義務說明

於左

(1) 通知的義務 無因管理，既依本人的意思，則在開始管理的時候，如有通知的可能，應即很快的通知本人。其為通知以後，倘無緊迫情事，並要中止其管理行為，以待本人的指示。(第一七三條第一項。)

(2) 計算的義務 何謂計算的義務？即無因管理準用第五四〇條至五四二條關於委任的規定(第一七三條第二項。)而使管理人負擔的各種義務。分述於下：(A) 報告的義務，即管理人在開始管理以後，應該把管理事務進行的狀況報告本人，到了管理關係終止的時候，並應該明確地報告其顛末(第五四〇條參照)。(B) 交付及移轉的義務，即管理人因管理事務所收取的金錢、物品、及孳息，都應該交付於本人，其以自己的名義而為本人取得的權利，並應該移轉於本人(第五四一條參照)。(C) 支付利息及損害賠償的義務，即管理人為着自己利益，而使用應交付於本人的金錢，或是應為本人的利益而使用的金錢，都應該從使用之日支付利息，如果有了損害，並應該負賠償責任(第五四二條參照)。

### 第三項 本人的義務

本人的義務，是無因管理的主要效力，也即是本人因無因管理而生的固有債務。惟這種義務的內容，尙因其管理是否利於本人並不違反其意思而有不同。分別說明於左：

(一) 管理事務利於本人並不違反其意思時 在這種情形，依照民法第一七六條第一項所規定，本人對於管理人應該負左列的義務：

(1) 償還費用的義務 管理人爲本人支出必要或是有益的費用，不但可以請求償還其費用，並且自支出的時候起可以請求支付利息。何謂必要費用？即爲管理行爲所必需的費用。何謂有益費用？即爲改良行爲所支出的費用。這等費用的償還類，應該以支出類爲準，嗣後縱因事實的變動，已歸於減少或是滅失，還是可以請求償還的。

(2) 清償債務的義務 管理人爲本人支出費用，既可以請求償還，則其爲本人負擔債務，自亦可以請求代償了。

(3) 賠償損害的義務 管理人因爲管理事務而受了損害，本人也應負賠償的義務；惟

此所謂損害，應指積極的損害而言；例如因救助溺者而污損自己的衣服或是傷害其身體是。

(二) 管理事務不利於本人並違反其意思時，在這種情形，本人應負怎樣的義務，可分原則和例外二點，說明於左：

(1) 原則 依照民法第一七七條規定，管理事務不合於前條的規定時，本人仍得享有因管理所得的利益，而本人所負前條第一項對於管理人的義務，只以其所得的利益為限。所謂管理事務不合於前條的規定，即指管理事務不利於本人並且違反其意思而言。所謂不利於本人並且違反其意思，即指是否不利於本人及違反其意思尚未分明而言。所謂所得的利益，即指本人因管理人支出費用，負擔債務，及所受損害的結果，而於實際上所得的利益而言的。本人既得享有因管理所得的利益，其對於管理人也應負種種的義務。惟其義務的範圍，卻只以其所得的利益為限；換句話說，就是本人應負擔費用，並且清償債務，或是賠償損害的義務，都不得超過其所得利益的範圍。

(2) 例外 本人對於管理人應負的義務，原則上雖只以其所得的利益為限，但有第一

七四條第二項所規定的情形時，則應認爲例外，即本人所負的義務，係以實際的費用類債務額及損害額爲準，而非只以其所得的利益爲限度（第一七六條第二項。）

#### 第四款 無因管理的承認

無因管理既是未受委任，並且沒有義務，當然是和委任不同的；但是其目的則都在爲本人管理事務。所以在無因管理開始後，如果經過本人承認，其實際卽和委任沒有區別，自可適用關於委任的規定（第一七八條。）本人承認，要有意識表示，原則上並有溯及的效力，這都是和一般的承認無異的。

#### 第五節 不當得利

##### 第一款 總說

（一）不當得利的意義 何謂不當得利？就是沒有法律上的原因，或是其原因已不存在而受利益，以致他人受有損害的事實（第一七九條。）這種事實，不是由於人的精神作用，而爲自然

的事實。所以不當得利，雖爲債的發生原因，其性質卻和其他債的發生原因不同。凡是因不當得利而受利益的人，叫做受益人，就是應該返還其利益的債務人；其因不當得利而受損害的人，叫做受害人，就是得請求返還其利益的債權人。

(二) 不當得利的立法理由 法律制度，不管是那一種，都應該基於社會上的公平原則，若是沒有法律上的原因而受利益，以致他人受有損害的，即應認爲不當。所以法律爲調和受益人和受害人間的財產關係，即應認受益人有返還其得利的義務，受害人有請求返還其得利的義務，纔算適合社會上的公平原則。

## 第二款 不當得利的要件

(一) 要有一方受利益 不當得利，必須有一方受利益，纔可以成立，這是牠和侵權行爲區別的要點。何謂受利益？即指受益人現有的財產總類，因有某事實而獲增加或是得免減少的一切情形而言；前者叫做財產的積極的增加，後者叫做財產的消極增加。何謂財產的積極增加？就是受領人的積極受益，其最顯著的如下：(1) 權利的取得，例如物權或是債權的取得；(2) 權利範



圍的擴張，例如因附合或是混合而擴張所有權的範圍；（3）權利限制的除去，例如消滅抵押權而除去所有權的限制。何謂財產的消極增加？就是受領人的消極受益，其最顯著的如下：（1）本來應該負擔債務而未負擔，例如因他人負擔債務而自己免負債務；（2）本來應該支出費用而未支出，例如支用他人的金錢，而節省自己的金錢。

不當得利的成立，要有一方受利益；至其原因怎樣？方法怎樣？都無何等的限制，只要因為一定事實而由他方受利益的，即得成立不當得利。

（二）要致他方受損害 不當得利的成立，不僅要有一方受利益，並且要致他方受損害。如果只有一方受利益，而他方並未受有損害，即不能成立不當得利。例如因某鐵路公司敷設鐵路，而致沿線地價騰貴起來，其附近土地所有人，雖得了很大的利益，鐵路公司卻未受甚麼損失，自不成爲不當得利。何謂受損害？即指受害人現存的財產總額因有某事實而致減少或是得以增加而未增加的一切情形而言；前者叫做財產的積極減少；後者叫做財產的消極減少。所謂財產的積極減少，就是現有財產的減少，例如未負債務，而給他人金錢是。所謂財產的消極減少，就是財產本來

應該增加，因被妨害而未能增加：例如未種的荒地，而被他人耕作是。

不當得利的成立，不但要有一方受利益，他方受損害，並且受利益和受損害要有直接因果關係。何謂直接因果關係？就是損害和利益係由同一事實而生的。至於損害和利益的內容是不是同一；其間有沒有參加第三人的行為？那都可以不管了。例如甲把木器託乙保管，乙擅把該器賣與丙，而取得其價金，這時甲的受害為木器乙的受益為金錢，雖是物體不同，並且參加第三人丙的行為，然其受害和受益都是由同一侵占的事實而生，不當得利仍可成立。反是，甲已拋棄其木器，乙因先占而取得其所有權，雖亦有受害和受益，然甲的受害係出於拋棄，乙的受益係出於先占，不是由同一的事實而生，不當得利就不能成立。

(三)要無法律上的原因 不當得利只有上列兩個要件，還是不能成立的，必須更無法律上的原因。受益和受害都須無法律上的原因，纔可成立不當得利。所以基於法律上的原因，而由他方受有利益的，叫做正當得利；若是自始無法律上的原因，或是嗣後無法律上的原因，而由他方受有利益的，叫做不當得利。前者例如出賣人於買賣成立以後，因受領價金而受利益，是有法律上

的原因，自不須返還其得利益。後者例如買受人已支付定金，其契約如爲無效或是被解除，即失法律上的原因，還得請求返還其得利益。

何謂無法律上的原因？從來學者主張很不一致；有的就一切不當得利而求其共通的觀念；有的就各種不當得利而求其個別的觀念。前者叫做統一說，後者叫做非統一說。依據統一說，凡是違反公平觀念，或是缺乏債權關係，或是未有權利而受利益的，都是無法律上的原因。依據非統一說，凡是未有給付的目的，或是無可受益的權利，或是由於法律的規定而受利益的，都是無法律上的原因。社會上的一切制度，都具有同一的基本原理，沒有不能究明其統一觀念，則解釋無法律上的原因，自可採用統一說；惟以公平、債權、或權利做基礎，還是不能夠說明其理由，必須從法律保護私有權的精神着眼，其理由，纔能說明。如果從此着眼，吾人所得的利益是否正當，全看他是否和法律保護私有權的精神相反爲決；凡是受有利益，是合乎法律保護私有權的精神，即是有法律上的原因，叫做正當得利；反之，吾人受有利益，是反乎法律保護私有權的精神，即是無法律上的原因，叫做不當得利。

其次，非統一說是就各種不當得利，而分別說明無法律上的原因，然究明其所以爲無法律上的原因，即以其反乎法律保護私有權的精神。茲例示說明於左：

(1) 出於受害人的意思而受益 在這種情形，依非統一說的主張，受害人所爲的給付，有沒有給付的原因，首先問他有沒有給付的目的：凡是因有目的而爲給付的，即爲有法律上的原因，(例如爲清償債務而支付金錢，或是爲成立贈與而移轉財產)若是缺乏目的而爲給付的，即爲無法律上的原因。其實，給付既是缺乏原因，即受害人的私有財產權無故受害了，法律爲貫徹保護私有權的精神，自應認之爲不當得利，而使受益人負返還的義務。至於缺乏給付原因的情形，約有下列三種：(A)目的從始缺乏的給付，即爲原因欠缺的不當得利，例如非債給付，不法原因的給付是；(B)目的不到達的給付，即爲無結果的不當得利，例如預付價金，而買賣未能成立是；(C)目的消滅的給付，即爲原因消滅的不當得利，例如已付價金，而買賣復被解除是。

(2) 非出於受害人的意思而受益 在這種情形，依據非統一說的主張，受益人所得的

利益，有沒有返還的義務，首先問他有沒有受益的權利。凡是受益人有受益的權利，即爲有法律上的原因；若是受領人無受益的權利，即爲無法律上的原因。其實，受益既是沒有權利，即是受害人的私有財產權無故受害了，法律爲貫徹保護私有權的精神，也應認他爲不當得利，而使受益人負返還的義務。至於這種受利益的情形，約有下列五種：（A）出於受益人的行爲，例如受益人因就受害人所有物爲使用，收益，消費，或是讓與而受利益是；（B）出於第三人的行爲，例如第三人把受害人的養料喂養受益人的牛馬是；（C）出於受害人的行爲，而非由於其意思，例如受害人把受益人的家畜誤信爲自己的家畜而給以飼養是；（D）出於法律的規定，例如因附合，混合，或是加工而受利益是；（E）出於行爲以外的事件，例如落入公用地的果實，而爲鄰人所占有是。

### 第三款 不當得利的效力

不當得利成立以後，受益人和受害人間，即發生了債的關係；在受害人方面有得請求返還利益的權利；在受害人方面，有應負擔返還利益的義務。現在把返還的義務人，及其客體，和範圍分別

說明於左：

(一) 返還義務的義務人 返還利益的義務人，原則上自應限於不當得利的受領人，而以第三人爲例外；惟按照我民法第一八三條所規定，必須具備下列的要件，第三人纔負返還責任：

(1) 第三人要爲無償受讓，若爲有償受讓，則仍由原受領人負返還責任，自無適用本條的餘地。

(2) 受領人要免除返還義務，若是未免返還義務，受害人仍可向原受領人請求返還，不得逕向第三人行使其權利。至於第三人的返還範圍，只須於受領人返還義務的限度內負責。爲什麼？民法明認第三人有返還的義務，其目的既在保全受害人的利益，而爲第一八二條第一項所規定的救濟方法。如果第三人負責的範圍，法律不予明定，而使其超過受領人的負責部分負返還義務，顯又失之公允。所以民法爲保全第三人的利益，復有明定其返還範圍的必要。

(二) 返還義務的客體 不當得利返還的目的，既在使受害人的權利得以回復原狀，卽應該以原物返還爲原則，償還價額爲例外，分述於左：

(1) 原物返還 何謂原物返還？就是受領人應該把他所取得的利益返還於受害人；詳

細說，受領人所受領的物或是權利，固應該把牠返還；就是本於該物或是該權利，而更有所取得的利益，也是應該一併返還的（第一八一條前段）。前者例如受領人就其所取得的物，應該為所有權或是占有的移轉，就其所取得的權利，應該為債權或是其他權利的讓與是。後者例如受領人就其所取得的孳息，應該向受害人為返還是。倘使受領人所受的利益，係為代替物，並且現已歸於消滅的，則應該以種類品質數量相同的物返還受害人。

（2）償還價額 何謂償還價額？就是受領人不能把取得的利益返還的時候，可估計金錢，以代替原物而為返還。受領人不能返還的原因，有的依其利益的性質不能返還的；有的依其他情形不能返還的。前者例如因使用受害人的物而受利益，或是因受害人的勞務而受利益是。後者例如受領人所受領的原物已經出賣，毀損，或是滅失是（第一八一條後段）。

（三）返還義務的範圍 不當得利的返還範圍，須視受領人是否為善意而有不同，現在分別說明於左：

（1）善意受領人的返還範圍 何謂善意受領人？即受領利益「不知無法律上之原因」

的人。所謂不知，係指從受領時起至返還時止，始終不知無法律上的原因而言。若只在受領時不知，而其後仍知無法律上的原因，即不能認為善意。善意受領人的返還責任，只以既存的利益為限度，若其利益已不存在，即可免返還原物或償還價額的責任（第一八二條第一項）。所謂利益已不存在，即指在受害人請求返還的當時，其利益已經失其存在而言。究竟其不存在的原因，是怎樣，以及受領人有沒有故意或是過失，都可不問。惟此所謂不存在，不是專指所受利益的原狀不能保持而言，即使其利益不能保持原狀，而在受領人的財產總額中，還存有其利益的狀態，仍可認為利益尚屬存在；例如因所受利益的消費，而換得其他財產，或是因所受利益的毀滅，而得有相當代價是。

（2）惡意受領人的返還範圍 何謂惡意受領人？即謂「於受領時知無法律上之原因或其後知之」的人。惡意受領人的責任，應該較善意受領人為重；惟其應負的責任，又因自始惡意和中途惡意而有不同：

（A）自始惡意受領人的返還範圍 何謂自始惡意受領人？就是受領人在受領當時，



已經知道無法律上的原因。依照民法第一八二條第二項所規定，這種受領人的返還義務，要算最重，不但較善意受領人爲重，並且較中途惡意受領人爲重，即（1）要返還受領時所得的利益，如果其利益因天災地變及其他不可歸責於受領人的事由已失其存在，受領人還要

以金錢計算其價額而爲償還；（2）要附加利息，一併返還，就是自受領時起至現實返還時止，要依照法定利率計算而爲返還；（3）要賠償受害人的損害，就是受害人不曾發生積極的損害，抑是消極的損害，都應該賠償。

（B）中途惡意受領人的返還範圍 何謂中途惡意受領人？就是受領人在受領以後，纔知道無法律上的原因。依照民法第一八二條第二項所規定，這種受領人的返還義務，較諸自始惡意受領人爲輕，即（1）要返還知無法律上的原因時所現存的利益；（2）要附加利息一併返還；（3）要賠償受害人的損害。

（四）返還義務的不發生 不當得利返還請求權，不是無論甚麼情形都可發生的，還有特殊情形，雖合乎第一七九條的要件，也不發生返還請求權。現在把牠們分別說明於左。

(1) 履行道德上義務的給付 道德上的義務，是爲自然債務的一種，本來可以履行，也可以不履行，當然和法律上的義務不同；但是一經給付人履行以後，即不管他是否知無債務，都不得行使不當得利返還請求權（第一八〇條第一款）爲甚麼？自然債務的債權人，雖無積極的請求給付的權能，還有消極的受領給付的作用。所以依債務人的自由意思，已爲此類債務的消債，債權人即有受領而且保持的權能了。

(2) 消債期前債務的給付 未到期的債務，只是債權人不得在期前請求償還，其債權的存在，卻和已到期的沒有區別。債權人在期前請求償還，債務人雖可行使延期抗辯權，拒絕給付；但是債務人願意拋棄其期限利益，而把未到期債務提前清償，自不得於給付後請求返還（第一八〇條第二款）。至於債權人因受領消債，而取得從消債時起至消債期止的中間利息，債務人是否可以請求返還，民法既無明文，自可解爲不得請求返還。

(3) 狹義的非債給付 何謂狹義的非債給付？就是明知無給付的義務，而因消債債務以爲給付。給付人既是明知無給付的義務，而仍向他人爲給付的，是有使他人受益自己受損的

意思，自不得於給付後請求返還（第一八〇條第三款）。其得請求返還的，必須具備左列的要件：

（A）要無給付的義務。何謂無給付的義務？就是給付人在給付的當時，並無應為其給付的義務。例如從始沒有債務，而誤信為負有債務，或是債務已經消滅，而誤信其仍然存在。是。

（B）要因清償以為給付。何謂因清償以為給付？就是以消滅債務為目的而為給付。若是因有清償以外的原因而為給付，即不得適用第一八〇條第三款的規定。至於其給付是否依照債務的本旨？那就可以不問了。

（C）要給付出於錯誤。何謂給付出於錯誤？就是給付人不知無給付的義務而為給付。究竟其錯誤是不是因於過失？是不是因於事實的誤認？那都可以不問。

（4）不法原因的給付。何謂不法原因？係指其原因違反強制規定或是禁止規定以及違反公共秩序或是善良風俗而言。依照民法（第一八〇條第四款）所規定，凡是雙方都有不法原因存在的，即無返還請求權，只是受領人一方有不法原因存在的，還有返還請求權，是即原則。

上不得成立不當得利，例外還可成立不當得利。前者例如因姦違或是賭博而給付財物，因約使他人殺人或是官吏瀆職而贈與財產是。後者例如因勸阻他人犯罪，而對其給予金錢，因約官吏行使正當職務而對其贈與財物是。

## 第六節 侵權行爲

### 第一款 總說

(一) 侵權行爲的意義 何謂侵權行爲？就是因故意或是過失不法侵害他人的權利，而致他人發生損害的行爲。這種行爲，爲違反法令的事實行爲，既是可以發生私法上的損害賠償義務，當然爲債的發生原因之一。侵害他人權利的人，叫做加害人；其權利被侵害的人，叫做被害人。

(二) 侵權行爲的立法理由 在人類集團生活中，各個人的權利，雖都有一定的界限，彼此劃化很嚴，而不許其活動逾越範圍，以致侵害他人的權利；但在事實上既有侵害權利的發生，則法律爲保護被害人的利益，即不能不認侵權行爲制度，而使加害人負擔損害賠償的責任。所以侵

權行爲制度，實爲保護私有權利最有效的方法。

(三) 民事責任和刑事責任 在公法觀念和私法觀念混淆時代，民事責任和刑事責任不但沒有區別，並且得依同一訴權而請求二重制裁。到了民刑分化以後，侵權行爲和犯罪行爲，已經劃分，民事責任和刑事責任，即也不同。現在把牠們的異點，說明於左：

(1) 目的的不同 刑事責任的目的，是在維持將來的安甯，民事責任的目的，卻在填補過去的損害，前者發生刑罰權，由國家爲其主體，應該本於刑事訴訟權而訴追的；後者發生損害賠償請求權，由被害人爲其主體，應該本於民事訴訟權而訴追的。

(2) 領域的不同 不法侵害他人法益的行爲，有時只可成爲犯罪行爲，而不成立侵權行爲；有時只可成爲侵權行爲，而不成立犯罪行爲。在前者只應負刑事責任，而不負民事責任；例如焚燒自己的所有物，而致發生公共危險是；在後者，只應負民事責任，而不負刑事責任；例如毀壞他人的所有物，而係出於過失是。

(四) 過失主義和結果主義 何謂過失主義？就是不但要有損害，並且要有過失，纔負賠償

責任；換句話說，即是苟無過失，縱使有了損害，也不賠償。何謂結果主義？就是只要有損害，不要有過失，即負賠償責任；換句話說，即是苟有損害，縱使沒有過失，也應賠償。民法原則上採過失主義，例外採結果主義。當此物質文明，一天發達一天，危險事業（例如工廠，礦山，鐵路，輪船等是），一天激增一天，民事責任，既是採用過失主義，而對於慘遭不幸事件的貧苦大眾，不能予以適當的救濟，唯有聽其忍痛悲鳴，這是很大的缺憾。

## 第二款 侵權行爲的要件

### 第一項 總說

侵權行爲，有的以自己的行爲爲侵害權利的要素；有的以自己行爲以外的事實爲侵害權利的要素。前者爲民法第一八四條所規定的，叫做一般侵權行爲；後者爲民法第一八六條至第一九一條所規定的，叫做特種侵權行爲。茲先說明一般侵權行爲，而把特種侵權行爲留在後面。一般侵權行爲，應該具備客觀的要件和主觀的要件，纔可成立。什麼是客觀的要件？就是（1）要爲自己的行爲，要侵害權利，（3）要有損害發生，（4）要有因果關係，（5）要爲不法的侵害。什麼是主

觀的要件？就是（1）要有責任能力，（2）要有故意或是過失。分別說明於後：

### 第二項 客觀的要件

（一）要爲自己的行爲 這是一般侵權行爲和特種侵權行爲的重要區別點，就是特種侵權行爲，有的就他人的行爲而負責（第一八七條至第一八九條），有的就行爲以外的事實而負責（第一九〇條第一九一條），而不像一般侵權行爲，都是出於自己的行爲。

何謂行爲？就是人類有意識的身體動靜，是指作爲而言，即爲積極的行爲；靜，是指不作爲而言，即爲消極的行爲。這兩種行爲，都可構成侵權行爲。行爲的主體，要爲人類，若是非人類的身體動靜，即爲單純的事實，只可構成特種的侵權行爲。

何謂自己的行爲？即係對他人的行爲而言的；換句話說，就是非他人的行爲。惟於此有須注意的，就是本於自己的意思決定，而介入第三人的行爲，以致權利發生損害的，也仍爲自己的行爲。依照民法規定，其情形有二：（1）造意及幫助；（2）以他人爲機械。前者留在共同侵權行爲中再說，現在把後者說明一下。以他人爲機械，雖可成爲侵權行爲；但須具備下列二個要件：（A）要

被利用人的行爲，沒有具備侵權行爲的要件；（B）要利用人就侵害權利有故意或是過失。至於被利用人有意無意能力，那就可以不問了。例如甲欺罔乙，而使他把第三人丙的所有物誤爲己物，加以毀損，或是甲利用有精神病人乙，而使她毀損第三人丙的所有物是。

（二）要侵害權利 此所謂權利，自係專指私權而言，不包括公權在內；惟因侵害公權，同時私權也有被侵害的，仍可成立侵權行爲，例如：因妨害選舉權的行使，同時侵害選舉人的身體自由是。

那幾種私權得爲侵權行爲的客體，關於這點民法是採概括主義，沒有把牠們列舉規定，故不問何種私權，都可爲其客體。茲就通常情形說明於左：

（1）財產權 財產權中的物權（所有權，限制物權），準物權（礦業權，漁業權等），及無體財產權（著作權，商標權等），固得爲侵權行爲的客體；就是債權，及其他的請求權，也得爲侵權行爲的客體。至於形成權是否爲侵權行爲的客體，學說上雖有否認的；但在實際上，形成權也有被侵害的可能；例如欲消滅買回權，故意把其標的物毀壞是。



(2) 人格權 人格權的種類，要算最繁雜的，大多得爲侵權行爲的客體；惟依民法所規定，只明認姓名權、生命權、身體權、健康權、自由權、名譽權，得爲侵權行爲的客體（第一九條，第一九二條至第一九五條）。現在把牠們分述於左：

(A) 姓名權 何謂姓名權？就是保護吾人姓名利益的權利。這種權利被侵害的時候，不但可以請求法院把侵害除掉，並且可以行使損害賠償請求權（第一九條）。

(B) 生命權 何謂生命權？就是保護吾人生命利益的權利。這種權利，既應認爲獨立的權利，不但牠可被侵害，並且其繼承人也得繼承損害賠償請求權。

(C) 身體權 何謂身體權？就是保護吾人身體利益的權利。這種權利，固得爲侵權行爲的客體；但從廣義上說，身體權可包含生命權和肖像權在內。此外，貞操權是否爲獨立的權利？學說上雖有爭執；但把侵害貞操解爲：一面是侵害身體權，一面是侵害自由權和名譽權，則較爲妥當。

(D) 健康權 何謂健康權？就是保護吾人生理健全的權利。這種權利和身體權不同，

卽是一爲生理的機能，一爲肉體的組織。不法侵害他人的身體及健康，而致其勞動能力喪失，或是減少，也應該賠償其損害。爲什麼？勞動能力，是爲無產階級唯一的經濟財產，一旦受了侵害，其生計勢必陷於絕境了。所以民法爲保護勞苦大眾，特設保護的規定（第一九三條第一項）。

（E）名譽權 何謂名譽權？就是保護吾人社會上評價的權利。這種權利，不僅自然人可以享有，就是法人也可以享有。所謂侵害名譽，係指因他人的侮辱行爲或是誹謗行爲，而致社會上評價受不良的影響而言。至於侵害的方法，是不是向社會公表，被害人的真價及感情，實際上有沒有損害，那都可以不問了。信用在刑法上，雖和名譽分別保護的（刑法第三一〇條第三一三條參照）但在民法上則有把他認爲名譽權的一種。所謂信用，卽指吾人經濟上的信賴而言。經濟上的信賴，既是被他人侵害了，社會上的評價，當然也受影響的。

（F）自由權 何謂自由權？就是吾人的活動不受不當拘束的權利。這種權利，是指抽象的自由權而言，除身體的自由外並包括精神的自由在內：例如詐欺及脅迫，都是侵害精神

的自由。

(3) 身分權 身分權不能為侵害行為的客體，學說上雖不一致；但是民法第一八四條所謂權利，既是沒有限定其種類，當然也包括各種身分權在內。例如和誘未滿二十歲的男女脫離家庭（刑法第二四〇條參照）一面是妨害他人的家庭，應該負刑事責任，一面侵害他人的親權，應該負民事責任是。

何謂侵害權利？就是妨害權利的行使或是享有。侵害權利，不必使權利人喪失權利的全部或是一部，就是只妨害權利人享受其權利的利益，也應認為權利的侵害。又不管是妨害現存利益的享受，抑是妨害將來利益的享受，都應該認為侵害權利。前者例如物權及其他支配權的侵害是；後者例如債權的侵害是。

(三) 要有損害發生 民事責任既和刑事責任不同，而以填補被害人所受的損害為主要目的，則成立一種損害賠償請求權，當然要以發生損害做要件。如果權利雖被侵害，而沒有發生損害，即無成立損害賠償請求權的可言了。

何謂損害？即因某種原因事實的發生，而致其財產或是其他的法益所受的不利益。損害不是專指財產上的損害而言，應該包括非財產上的損害在內。所謂財產上的損害，就是可以用金錢估計價格的損害，也叫做有形的損害。所謂非財產上的損害，就是不能用金錢估計價格的損害，也叫做無形的損害。又在財產上的損害，可分為積極的損害和消極的損害。什麼是積極的損害？就是因損害原因事實的發生，而致使現存財產的減少。什麼是消極的損害？就是因損害原因事實的發生，而致妨害現存財產的增加。

(四)要有因果關係 侵權行為的成立，不但要有侵害權利及損害發生，並且其侵害和損害間要有因果關係。何謂因果關係？就是原因和結果的連絡關係；換句話說，即是損害係基於侵害而發生的。如果加害人未有侵害，被害人即不發生損害，這即有因果關係；反之，損害非必基於侵害而發生的，如果加害人未為侵害，被害人也可發生損害，這即無因果關係。這種關係，究竟應該怎樣解說？先就作為方面說。在「作為」方面，必須有相當因果關係，已為通說所承認。何謂相當因果關係？就是某種事實，僅於現實情形發生某種結果，還是不能夠認為有因果關係，必須在一般情形也

能發生同一結果，纔可認為有因果關係（即所謂適當條件）例如散發傳單，把他人的醜事惡行揭發出來，其人竟因名譽受害，羞忿自殺，就一般情形說，名譽上的損害，是和散發傳單有因果關係的，而生命上的損害，卻和散發傳單沒有因果關係。在「不作爲」方面，雖是理論上也有和作爲的因果關係類似的關係；但要注意下列兩點：（1）要不作爲有相當因果關係；（2）要不作爲人有防止結果發生的義務。凡是不作爲人既有防止結果發生的義務，竟因他的故意或是過失不爲防止，而致使其結果發生，是即有因果關係，應該由他負賠償責任。

（五）要爲不法的侵害 何謂不法？即指實質的不法和形式的非法而言。怎樣叫做形式的非法？就是加害人侵害權利，係違反強制或是禁止的規定。怎樣叫做實質的非法？就是加害人侵害權利，係違反公共秩序或是善良風俗。前者即民法第一八四條第一項前段所謂的不法，後者即民法第一八四條第一項後段所謂背於善良風俗的方法。何謂以背於善良風俗的方法加損害於他人？就是其爲違背社會道德觀念，而使於人受有損害；例如故意把工場爲不當的停閉是。此外，違反保護他人的法律，也應該推定其有過失（第一八四條第二項）。何謂違反保護他人的律法？就是

行爲違反保護他人利益的法規：例如違背警察法規，而致損害他人的權利是。

違法侵害他人的權利，雖是違反權利不可侵的義務；但有阻卻違法的事由，也不能認爲不法。什麼是阻卻違法的事由？現在把牠們分別說明於左：

(1) 權利的行使 何謂權利的行使？就是權利人基於其權利，而爲實現其權利內容的利益所爲的行爲。這種行爲，雖有時侵害他人的權利，卻不得成立侵權行爲的：例如行親權人懲戒其子女，質權人拍賣其質物是。惟其行使也要依照下列的準則，纔不算權利的濫用：(A) 不得以損害他人爲主要目的；(B) 不得違背誠實及信用。

(2) 被害人的承諾 何謂被害人的承諾？即容許他人侵害權利的一方的意思表示。權利人在原則上雖得拋棄其權利，而容許他人侵害；但要具備下列兩個要件，纔得認爲阻卻違法性的事由：(A) 要被害人對於該權利有爲處分的權力及權限；(B) 要其意思表示的內容沒有違反公序良俗。例如借用人爲容許他人侵害借用物的承諾，或是受寄人爲容許他人侵害寄託物的承諾，這都不合於第一要件：容許他人把自身監禁起來，或是約使他人幫助其自殺，這

又不合於第二要件。

(3) 自衛行爲 何謂自衛行爲？就是因防禦現時不法的侵害，或是避免急迫的危險所爲的行爲。這種行爲，包含正當防衛，及緊急避難。所謂正當防衛，即是對於現時不法的侵害，而爲防衛自己或是他人的權利所爲的反擊行爲（第一四九條）。所謂緊急避難，即是因爲避免自己或是他人生命身體自由或是財產上急迫的危險所爲的加害行爲（第一五〇條參照）。

(4) 自助行爲 何謂自助行爲？就是權利人爲保護自己的權利，而對於他人的自由或是財產，施以拘束押收或是毀損的行爲（第一五一條參照）。這種行爲，必須具備一定的要件，纔可阻卻其違法性。

(5) 無因管理 管理他人的事務，雖是時常發生侵害他人權利的結果；但是管理人的管理，既是出於爲本人謀利益的意思，自得把其違法性排除了。例如因修繕他人的房屋，而侵害其所有權，卻不得成爲侵權行爲是。這種行爲，已於無因管理中說明，現在不須再說了。

### 第三項 主觀的要件

(一) 要有責任能力。何謂責任能力？就是行爲人有能負擔侵權行爲上的損害賠償的資格，也叫做侵權行爲能力。關於一般侵權行爲的規定，凡是採用結果責任主義，固不須行爲的結果和其精神確有聯絡；若是採用過失責任主義，則須行爲的結果和其精神確有聯絡。民法既採用後者，一般侵權行爲能不能成立，當然要看行爲人有沒有故意或是過失爲斷。而行爲人有沒有故意或是過失，又要看行爲人有沒有意思能力而定。所以有意思能力的，即算有責任能力，無意思能力的，即算無責任能力。

依照民法第一八七條第一項及第四項所規定，無責任能力人有左列兩種：

(1) 行爲時無識別能力的人。行爲時有沒有責任能力？要看無行爲能力人或是限制行爲能力人有沒有識別能力爲斷。凡是在行爲時有識別能力的，就有責任能力，應該和其法定代理人連帶負擔賠償責任；若是在行爲時無識別能力，就無責任能力，應該由其法定代理人單獨負擔賠償責任（第一八七條第一項）。所謂無行爲能力人，就是指未滿七歲的未成年人和禁治產人而言的。所謂限制行爲能力人，就是指已滿七歲而未結婚的未成年人而言的（第一三條



至第一五條參照。)何謂識別能力？就是行爲人在行爲的當時，抽象的對於同一種類的行爲，有認識法律上責任的知能。

(2) 行爲時有精神障礙的人 行爲時有沒有精神障礙，要看其行爲是否在意識或精神錯亂中所爲而定；凡是非在意識或是精神錯亂中所爲的行爲，既是有意思能力，自應認其人有責任能力；若是在無意識或是精神錯亂中所爲的行爲，既是無意思能力，即應認其人無責任能力。何謂無意識？就是全然喪失意思能力；例如因酒醉而致知覺完全喪失是。何謂精神錯亂？就是暫時缺乏意思能力；例如因發熱而致意思作用暫時喪失是。行爲人有精神障礙時，其所爲的侵權行爲，原可不負什麼責任；但是法院也得因被害人的聲請，斟酌行爲人和被害人的經濟狀況，而使行爲人爲全部或是一部的損害賠償（第一八七條第四項。）

(二) 要有故意或是過失 何謂故意？就是行爲人已經明知而且容認自己的行爲發生一定結果的心理狀態。何謂過失？就是行爲人因不注意而致未預見行爲的結果，或是縱已預見而不容認其結果的心理狀態。在犯罪行爲，雖因故意或是過失而有差別，在侵權行爲，則不因故意或是

過失而有不同。所以侵權行爲，不管行爲人有故意抑或有過失，都可成立。惟法律每有只以故意或是重大過失爲限，纔可成立侵權行爲的：前者例如行爲人以背於善良風俗的方法加損害於他人者，只就故意負其責任是（第一八四條第一項後段）；後者例如管理人爲免除本人的生命、身體或是財產上的急迫危險而爲事務管理者，其對於因管理所生的損害，只就重大過失負其責任是（第一七五條）。

故意過失的有無，究應由誰舉證呢？在通常情形，當事人主張有利於己的事實者，應就那事實有舉證的責任（民事訴訟法第二七七條參照），所以加害人有故意或是過失的時候，被害人自應舉證。惟民法尙設有例外的規定，就是違反保護他人的法律的，推定其有過失（第一八四條第二項）。在這種情形，加害人如想主張其無過失，就應該負舉證責任。

### 第三款 共同侵權行爲

（一）共同侵權行爲的意義 共同侵權行爲，可以分爲廣義的和狹義的兩種：從廣義方面說，共同侵權行爲，就是侵害權利有着協助關係的行爲，包含真實的共同侵權行爲，準共同侵權行爲。

爲，造意及幫助在內；從狹義方面說，共同侵權行爲，就是數人共同不法侵害他人權利的行爲，專指真實的共同侵權行爲而言。

(二)共同侵權行爲的要件 共同侵權行爲，既可分爲三種：其應該具備的要件，自因之而有不同。現在把牠們分別說明於左：

(1)真實的共同侵權行爲 這種侵權行爲，就是民法第一八五條第一項前段所規定的侵權行爲，也叫做狹義的共同侵權行爲。狹義的共同侵權行爲和後兩種的共同侵權行爲不同，即是一係共爲侵害權利的實行行爲，一係未共爲侵害權利的實行行爲。說明其要件於次。

(A)要數人都曾不法侵害權利 這一點即是指數人都曾爲侵權行爲而言。何謂數人都曾爲侵權行爲？就是數人對於其行爲都要具備侵權行爲的要件。如果數人中有一人不具備侵權行爲的要件（例如有阻卻違法性的事由，或是無故意過失），那一人的行爲即已非侵權行爲，應該由具備侵權行爲的要件的他人負責。

共同侵權行爲，只要數人都分擔其實行行爲，至於體樣怎樣，內容怎樣，方法怎樣，時間怎樣，都

可不問。例如數人侵害權利，一人有故意，一人有過失；數人侵害自由，一人實行逮捕，一人實行監禁；數人共同殺害，一人用刀，一人用械，或是一人購買毒藥，一人實行下藥，這些都可成立共同侵權行為。

(B) 要數人共同侵害權利 何謂共同侵害權利？就是數人共同實行侵害他人的權利。這種侵害行為，其相互間是否要有意思聯絡，從來有行為共同說和意思共同說的爭執：依據前說，數人共同為侵權行為，只要有共同的行為，不要有共同的認識，即可成立；依據後說，數人共同為侵權行為，不但要有共同的行為，並且要有共同的意思（通謀），或是至少要有共同的認識，纔可成立。依照一般的觀察，共同侵權行為，因為共同行為人有着意思聯絡，纔有使其連帶負責的必要。如謂共同行為人不要有意思聯絡，則和民法第一八五條第一項後段所規定的侵權行為，又有什麼區別呢？如此，真實的共同侵權行為，自可依照意思共同說來解釋，以有主觀的意思聯絡為要件。

(2) 準共同侵權行為 這種侵權行為，就是民法第一八五條第一項後段所規定的侵

權行爲，也叫做共同危險行爲。共同危險行爲，所以要使共同行爲人連帶負責，實以數人既以故意或是過失來參與這種行爲，同時又不能證明數人中那一位是加害人，只有使他們連帶負責，比較公允。茲說明其要件於次：

(A) 要數人共同不法侵害權利。何謂數人共同不法侵害權利？就是數人都曾共同爲有侵害權利的危險行爲；換句話說，就是數人共爲的行爲，足以造成權利侵害的機會。例如甲乙二人各以同樣手槍射丙，都可造成中彈的機會，或是甲乙二人輪流奸丙，都可造成受孕的機會是。

(B) 要不知數人中孰爲加害人。所謂不知數人中孰爲加害人，就是不能證明共同行爲人中那一位是加害人；簡單說，即是加害人不明。例如兩頭馬賽跑，在砂塵飛舞中撞傷小孩子，究係那一頭馬撞傷的，沒有方法能證明是。若是就損害的發生，已能證明自己沒有加害的事實，而有直接的加害人，即應由該一人單獨賠償，其餘的人自不須連帶負責了。

(3) 造意及幫助。造意及幫助，雖未實行侵權行爲，而和真實的共同侵權行爲不同；但

是造意係造成侵權行爲的意思，幫助係給與侵權行爲以助力，其情節都和真實的共同侵權行爲無異。所以民法把造意及幫助視爲共同行爲人，而使其連帶負賠償責任（第一八五條第二項）。

何謂造意？就是教唆他人爲侵權行爲的決意，在刑事上叫做教唆（刑法第二九條參照）。幫助人爲共同行爲人，應該具備下列的要件：（A）要有實施侵權行爲的人，如果沒有實施侵權行爲的行爲人，自不能視造意人爲共同行爲人；（B）要有教唆他人實施侵權行爲的行爲，至其手段是怎樣，可以不問。

何謂幫助？就是幫助他人爲侵權行爲的實施，在刑法上叫做從犯（刑法第三〇條參照）。幫助人爲共同行爲人，要具備下列的要件：（A）要有實施侵權行爲的人，如果沒有實施侵權行爲的行爲人，即無所謂幫助人；（B）要有幫助他人實施侵權行爲的行爲，至其手段和時間是怎樣，可以不問。

（三）共同侵權行爲的效力 共同侵權行爲成立以後，不管是那一種共同行爲人，對於被

害人都應該連帶負擔損害賠償責任（第一八五條。）這種損害賠償的債務，是法定連帶債務的一種，其對外關係，及對內關係，自應適用關於連帶債務的規定；詳細說，就是共同行為人和被害人間，應該適用第二七三條至第二八二條規定，各共同行為人相互間，應該適用第二八〇條至二八二條的規定。

#### 第四款 特殊侵權行為

##### 第一項 總說

（一）特殊侵權行為的意義 何謂特殊侵權行為？就是侵害權利係出於自己行為以外的事實的侵權行為。從原則上說，吾人只應對於自己的行為負責，如係出於自己行為以外的事實，則不應負什麼責任；惟被害人大多為貧苦大眾，而在政治上或是經濟上居於優越地位的，則少有被害的機會。所以民法為補償被害人的損害，不得不認過失主義的例外，而於一般侵權行為以外，復設特殊侵權行為的規定。

（二）特殊侵權行為的種類 特殊的侵權行為，有的是出於他人的行為；有的是出於人的

行爲以外的事實：前者即後述（1）公務員所爲的侵權行爲，（2）無行爲能方人或是限制行爲能方人所爲的侵權行爲，（3）受僱人所爲的侵權行爲，（4）承攬人所爲的侵權行爲；後者即後述（1）因動物加害的侵權行爲，（2）因工作物加害的侵權行爲。

## 第二項 公務員的責任

（一）公務員的意義 何謂公務員？就是依法令從事於公務的人員（刑法第一〇條參照）。公務員，既是國家或是其他公共團體的機關，其所爲的行爲，也就國家或是其他公共團體本身的行爲。如果因公務員的行爲，而侵害他人的權利，國家或是其他公共團體就應該負賠償責任，纔算公平，然民法只使公務員負賠償責任，其目的是在促其勤慎服務人不致侵害他人的權利。

（二）公務員的行爲 公務員的行爲，有職務上和職務外之分，而職務上的行爲，又有公法和私法上之別。在職務外的行爲，即純係公務員私人的行爲，應該依照一般侵權行爲的規定負賠償責任。在私法上的行爲，即等於私人間的行爲，應該依照民法第二八條的規定負連帶責任。這兩種行爲，都與第一八六條的規定無關，不能認爲職務行爲。這裏的所謂職務行爲，是專指公法上



的行爲而言的。

(三)公務員負責的要件 公務員應具備左列的要件，纔負責任：

(1)要違背對於第三人應執行的職務 所謂第三人，即指公務員及其所代表機關以外的人而言的。所謂對於第三人應執行的職務，就是公務員對於第三人應該爲適法或是適當的處置的。所謂違背職務即是公務員應該執行其職務而不執行，或是執行其職務而不適當；前者例如有訴追犯罪職務的公務員，既明知其爲有罪的人，而不使其受訴追處罰，致使他人受了損害是；後者例如有訴追犯罪的公務員，既明知其爲無罪的人，而使其受訴追處罰，致使其人受了損害是。

(2)要因違背職務而致第三人的權利受損害 何謂因違背職務而致第三人的權利受損害？就是第三人的權利受了損害，和公務員違背職務有相當的因果關係。此所謂權利，係專指私法上的權利而言，不包括公權在內。

上面所說的違背職務，有出於故意，或出於過失的分別，其效果也就有異：公務員故意違背職

務，而致使第三人受損害者，不管被害人能不能依他項方法受賠償，都負賠償責任。其因過失違背職務，而致使第三人受損害者，必須被害人不能依他項方法受賠償，纔負賠償責任。所謂不能依他項方法受賠償：例如因他人毫無資力，不能達到賠償的目的是（第一八六條第一項。）

（四）公務員免責的要件 所謂公務員的免責要件，即被害人如得依據法律上的救濟方法，把他所受的損害除去，卻因故意或過失而不為救濟，公務員即可不負其責任（第一八六條第二項）。被害人有為救濟的機會而不為救濟，是即拋棄其救濟權。被害人既經拋棄其救濟權，法律當無再加保護的必要，自可把公務員的責任免除了。例如對於法院裁判本可聲明不服，而不去依法聲明，對於行政處分本可提起訴願或是行政訴訟，而不去依法提起是。

### 第三項 法定代理人的責任

（一）法定代理人負責的理由 無行為能力人或是限制行為能力人為侵權行為，法律為什麼要使法定代理人負責呢？因為法定代理人本為監督義務人，自應課以賠償義務，纔可促其為深切的注意，以防止加害行為的發生。況且無行為能力人或是限制行為能力人不法侵害他人的

權利，究竟他有沒有識別能力？在實際上既是很難判別，被害人要想為正確證明，使他的損害得受填補，更不是易辦的事。所以法律為減少事實上的困難，特明定法定代理人的責任，而使被害人得有請求賠償的機會。

(二) 法定代理人負責的要件 法定代理人的賠償責任，因無行為能力人或是限制行為能力人有沒有識別能力而有不同：無行為能力人或是限制行為能力人有識別能力者，由法定代理人連帶負賠償責任；無行為能力人或是限制行為能力人無識別能力者，由法定代理人單獨負賠償責任（第一八七條第一項）。

(三) 法定代理人免責的要件 依照民法第一八七條第二項所規定，法定代理人如果有下列情事之一，即可不負賠償責任：(1) 監督並未疏懈；(2) 縱使加以相當的監督，仍不免發生損害。

(四) 無行為能力人或限制行為能力人的結果責任 無行為能力人或限制行為能力人沒有識別能力，既可不負賠償責任，法定代理人因具備上述的免責要件，也可不負賠償責任。在這

種情形，被害人的損害，如即無請求賠償的餘地，實和社會政策相反了。民法本於社會政策的要求，特明確無行為能力人或限制行為能力人的結果責任，就是被害人發生了損害，如果既不能向行為人請求賠償，又不能向法定代理人請求賠償，法院還可因被害人的聲請，把行為人和被害人的經濟狀況加以斟酌，而令行為人為全部或一部的損害賠償（第一八七條第三項。）至斟酌雙方的經濟，應該就具體情事而為公平的決定：例如被害人的經濟狀況很優裕，行為人的經濟狀況很窘迫，法院如果判令行為人為賠償，即為事理所不許；反之，行為人的經濟狀況很優裕，被害人的經濟狀況很窘迫，法院必須判令行為人為賠償，纔合於事理。

#### 第四項 僱用人的責任

（一）僱用人負責的理由 受僱人因執行職務不法侵害他人的權利，本應該由受僱人對於被害人負擔賠償責任，為什麼要使僱用人連帶負責呢？其理由約有下列三點：（A）因受僱人執行職務而得的利益，僱用人既是可以享受，則因其執行職務而生的損害，他也應該負擔，纔算公允；（B）僱用人對於受僱人所為的侵權行為，要負連帶賠償責任，纔可促其對於受僱人的選任監

督爲深切的注意，不致再有疏忽；（C）僱用人的資力，通常比較受僱人爲優裕，如果被客人只可對於受僱人請求賠償，常以受僱人沒有資力，而沒有效果。

（二）僱用人負責的要件 僱用人負連帶責任，必須具備左列的要件（第一八八條第一項）

（1）行爲人要爲僱用人的受僱人 此所謂受僱人，究係僅指基於僱傭契約而爲他人服勞務的人而言，抑是兼指基於使用關係而爲他人服勞務的人而言？就法文上說，應該依照前者爲解釋（第四八三條以下參照）就立法上說，應該依照後者爲解釋。茲爲保護社會一般人的利益，特依照後者爲解釋，凡是因爲使用關係而爲他人服勞務的，不管他是什麼關係，都可解爲受僱人。

僱用人應該負賠償責任，是只以自己的受僱人所爲的侵權行爲爲限，並且對於受僱人要有選任監督的關係。如果行爲人不是僱用人的受僱人，僱用人對他的行爲，固無負責的可言。就是受僱人居於獨立地位，而不受僱用人的指揮監督，僱用人對於他的行爲，也無負責的可言，例如汽

車公司的主人，對於車夫的侵權行為，雖是應該負責，客僱汽車的顧客，對於車夫的侵權行為，則不應該負責，這是因為前者有着選任監督的關係，後者沒有選任監督的關係。

(2) 受僱人要因執行職務不法侵害他人的權利，何謂職務？凡指屬於僱用人的一切事務而言，不問其是否為法律上的事務，也不問其是否為營業上的事務，更不問其是否為繼續的事務，都可包括在內。

何謂執行職務？即係僅指執行職務的本身而言。當與在執行職務時所為的不同。凡是加害係因執行職務或是係因與僱傭事項有關的行為而生的，都應認為執行職務；若是僅在執行職務時加害於他人，並非因執行職務而生的，則不得認為執行職務；例如汽車公司的車夫，於駕車的時候發生爭鬪，應由受僱人單獨負責，僱用人不要連帶負責是。

受僱人執行職務的範圍，從理論上說，應該以受僱人的意思為標準，就是執行職務的範圍，原則上固應該依僱用人所命辦的事件決定，如果受僱人係為僱用人的利益，而為的行為，也應該屬於執行職務的範圍。例如汽車公司因某汽車已損壞，不准車夫駛行，而該公司的車夫，還把牠載旅

害，以致發生傷害，這在主觀上雖非公司所命辦的職務，其在客觀上則應認為公司的事務，要由公司連帶負責是。

受僱人的侵權行為，不但要不法侵害他人的權利，並且要出於故意或是過失，僱用人纔應負賠償責任。爲什麼？民法既以過失主義爲原則，受僱人所爲的侵權行為，自應具備故意或過失的要件。至此所謂他人，係指僱用人和受僱人以外的人而言，就是和受僱人同服勞務的其他受僱人，也包括在內。

(三) 僱用人免責的要件 僱用人具備上面所列的要件，對於受僱人的侵權行為，雖是應該連帶負責；但是依照民法第一八八條第一項但書的規定，僱用人如有下列情事之一，也可免責：

(1) 就受任人的選任及監督，都已盡相當的注意者，僱用人即可不負責任，如果只是注意選任而未注意監督，或是只注意監督而未注意選任，仍要令其負責；(2) 縱使加以相當的注意，仍不免發生損害者，僱用人也可不負責任，爲什麼？因注意義務的履行和結果的發生既沒有因果關係，僱用人當可不負責。

(四) 僱用人的結果責任 僱用人具備上面所說的免責要件，對於受僱人所爲的侵權行爲，既可不負賠償責任，勢必常使被害人無法彌補其損害了。民法本於社會政策的要求，特明定僱用人的結果責任，就是被害人不能受損害賠償的時候，法院得因被害人的聲請，把僱用人和被害人的經濟狀況加以斟酌，而令僱用人爲全部或一部的損害賠償（第一八八條第二項）。

(五) 僱用人的求償權 就僱用人對於被害人的關係（即對外關係）說，僱用人對於受僱人的侵權行爲，應該連帶負賠償責任；但就僱用人和受僱人的關係（即對內關係）說，損害既是由受僱人的侵權行爲而生，其賠償即應該專由受僱人負擔總算公允。所以僱用人賠償損害的時候，對於受僱人，還可行使求償權（第一八八條第三項）；反之，受僱人賠償損害的時候，對於僱用人，沒有求償權。

#### 第五項 定作人的責任

承攬人和定作人的關係，既非和普通使用關係一樣，其執行承攬的事項，又係出於獨立意思，而非受定作人指揮及監督的。所以民法第一八九條明定：定作人對於承攬人的侵權行爲，原則上



不負什麼責任，必須具備左列的要件，纔應負責：

(一) 要承攬人因執行承攬的事項而不法侵害他人的權利 就這一點分析(1) 要爲承攬人的行爲；(2) 要其行爲係因執行承攬的事項；(3) 要侵害他人的權利；(4) 要其侵害爲不法的；(5) 要有損害的發生；(6) 要損害和承攬事項有因果關係。

(二) 要其侵害係依定作人的定作或指示 承攬人執行承攬的事項，要係依照定作人的定作或是指示，纔算爲有因果關係。如果沒有這種因果關係，定作人自不負什麼責任。

(三) 要定作人對於定作或是指示有過失 定作人只要就定作或指示有過失即够了，不須就承攬人爲加害行爲有故意或是過失，也不須承攬人就其爲加害行爲有故意或是過失。如果承攬人有責任能力，並就其爲加害行爲有故意或是過失，即成爲共同侵權行爲，應該適用第一八五條的規定了。

#### 第六項 動物占有人的責任

(一) 動物占有有人負責的理由 動物本來富有加害於人的危險性，其占有又負有防止

損害發生的義務。如果占有人對於動物的管束，沒有爲相當的注意，而致加損害於他人，卽是占有人有過失，自應使其負賠償責任。所謂占有人，唯指直接占有人及幫助占有人而說的，不包括間接占有人在內。

(二) 動物占有人負責的要件 依照民法第一九〇條第一項所規定，動物占有人對於動物的加害，必須具備左列的要件，纔應負損害賠償責任：

(1) 須加害於他人者，爲其所占有的動物 何謂動物？係包括家畜、非家畜而言的。牠的種類沒有什麼限制，只要從動物學的意義，可稱爲動物的，都可包括在內；惟因培養黴菌而致加損害於他人者，學說上有謂其與占有的條件不合，應該適用第一八四條的規定。

(2) 占有的動物須加損害於他人 動物怎樣加害，法律上雖無一定的限制；但其加害必須出於動物獨立的動作，纔可適用第一九〇條第一項的規定。若是利用動物的動作，而加損害於他人，則應適用第一八四條的規定。前者例如驚馬不服馬夫駕馭，而致撞傷行人是。後者例如馬夫故意策馬疾走，而致踏傷路人。是。惟此所謂動物獨立動作的加害，並不以直接加害爲限，

間接加害也包括在內。爲什麼？損害和動物的動作，只要有因果關係，其爲直接的加害，抑爲間接的加害，就可不同。例如馬與貨車狂奔，而致車體和馬分離，撞傷他人的物品，仍可認爲馬所加害是。

(三) 動物占有人免責的要件 動物占有人對於動物的加害，雖應該負損害賠償責任；但是依動物的種類及其性質，已經爲相當注意的管束，或是縱使爲相當注意的管束，而仍不免發生損害者，動物占有人即可不負賠償責任（第一九〇條第一項但書）。何謂依動物的種類而爲相當注意的管束？就是按照動物的種類，而施以適當的防範：例如飼養猛虎，已把牠圈入鐵欄是。何謂按照動物的性質而爲相當注意的管束？就是斟酌動物的性質，而施以相當的防範：例如飼養猛犬，已把牠加上口咬是。

(四) 動物占有人的求償權 動物的加害，如係出於第三人或是他動物的挑動，占有人對於被害人，雖仍要負賠償責任；但是依照第一九〇條第二項所規定，占有人對於第三人或是他動物的占有人，可行使求償權：例如甲占有的牛，如被乙所嚇使，或是被乙的牛所驅逐而傷丙，甲於賠

債丙的損害後，仍可向乙請求償還。

#### 第七項 工作物所有人的責任

(一) 工作物所有人負責的理由 近代大規模的企業，日漸勃興，土地上的工作物常有損壞倒塌的危險，而使勞苦大眾易遭損害。工作物上的利益，是應由所有人享有的，因其加害而生的損害，自也應由所有人負擔，纔算公允。所以民法特採所有人主義，明定所有人負責賠償責任，不但可以促其對於工作物的設置或是保管，要為深切的注意，以防止其危險的發生，並且所有人的經濟能力，亦常較占有人為強，易使損害得到彌補。

(二) 工作物所有人負責的要件 依照民法第一九一條第一項所規定，工作物所有人對於工作物的加害，應該負賠償責任；但是要具備左列的要件：

(1) 要為土地上的工作物 何謂土地上的工作物？就是就土地或是連接土地施加入工所作成的物，例如住宅、工廠、學校等建築物，因為最著的工作物；就是牆壁、橋梁、碼頭、堤防、水井、電柱、電線、坑、鐵道、墓碑、牌坊、銅像、地窖、水管以及安裝於地上的遊戲器具（例如鞦韆、浪橋）

等，也應認爲工作物。

(2) 要工作物的設置或是保管有欠缺，對於工作物的加害，所有人係以其設置或是保管有欠缺爲負責要件；若是其設置或是保管沒有欠缺，而仍發生損害，即可不負責任；例如建築物本無何等的瑕疵，忽被雷電擊毀，以致傷害他人是。何謂設置有欠缺？就是指建設時的設置方法有瑕疵而言；例如建築不妥當是。何謂保管有欠缺？就是指建設後的保管方法有瑕疵而言；例如多年不修理是。這種欠缺，只要客觀上有欠缺即够了，不以所有人知其有欠缺爲必要，也不以所有人有故意或是過失爲必要。

(3) 要因設置或是保管有欠缺而發生損害，他人的權利受侵害，要和在工作物設置或保管的欠缺有因果關係；但是其損害只要因欠缺而發生即够了，不必以欠缺爲直接原因；例如因絞繩的繩索朽毀，致使他人墜於石上，跌傷足部，亦可認爲有因果關係是。又工作物的欠缺，不必爲損害的唯一原因，如果介入自然的事實，或是第三人的行爲，或是被害人的行爲，而與工作物的欠缺爲共同原因，也無不可。惟是第三人如有過失，則可成立共同侵權行爲，應該和所有人

連帶負責（第一八五條。）被害人如有過失，則可發生過失相抵的問題，應該減免所有人的責任（第二一七條。）

（三）工作物所有人免責的要件 工作物所有人對於工作物的加害，雖應該負擔賠償責任；但是於防止損害的發生，已盡相當的注意者，即可不負責任（第一九一條第一項但書。）何謂已盡相當的注意？就是所有人爲防止損害的發生，已按照現實的情形，而爲適當的注意；例如在工作物危險的處所，已設了柵欄或其他障礙物，而隔絕行人的來往是。

（四）工作物所有人的求償權 工作物的加害，雖應由所有人負責；但是損害的發生，如果別有應負責任的人，仍可由賠償損害的所有人行使求償權（第一九一條第二項。）何謂別有應負責任的人？就是在所有人以外有就工作物的欠缺而有過失的人；例如房屋的設置有欠缺，係出於承攬人的過失，或是其保管有欠缺，係出於占有人的過失，當其損害發生的時候，在對外關係，雖由所有人負擔賠償責任，在對內關係，則得由所有人向承攬人或占有人行使求償權是。

#### 第五款 侵權行爲的效力

(一) 損害賠償債權的發生 侵權行為，不管牠是一般的，還是特殊的，都可發生損害賠償債權；換句話說，就是被害人取得損害賠償的債權，行為人負擔損害賠償的債務。這種債的關係，除掉侵權行為另有特別規定以外，應該適用損害賠償的一般規定（第二一三條至第二二八條參照。）

(二) 損害賠償的當事人 現在把債務人及債權人分別說明於左：

(1) 損害賠償的債務人 雖為損害賠償的債務人，當依各種侵權行為而有不同：在一般侵權行為，為行為人；在共同侵權行為，為共同行為人；在特殊侵權行為有時候為行為人，有時候為行為人以外的人。

(2) 損害賠償的債權人 損害賠償的債權人，可分為被害人及被害人以外的人，說明於次。

(A) 被害人 損害賠償的債權人，通常為被害人，就是因侵權行為而本身的權利直接被害的人。

(B) 被害人以外的人 債權人不以被害人爲限，第三人的利益，如被間接的侵害，也可認爲債權人；惟第三人又因財產的損害和非財產的損害而有不同。

(甲) 財產損害的第三人 依照民法第一九二條所規定：殯葬費支出人及法定扶養權利人，都得請求賠償財產的損害；惟本條的適用，乃以不法侵害而致被害人發生死亡的結果爲前提。什麼人得請求賠償殯葬費？不管是被害人的親屬（例如父母，配偶，子女，兄弟，姊妹等），抑是被害人的非親屬（例如友好同居同業等），只要支出了殯葬費，都可以請求賠償；惟純因公益關係而支出殯葬費者（例如慈善團體），則無認許賠償的必要了。什麼人得請求賠償扶養費？凡是對於被害人有法定扶養請求權的人（例如直系親屬，配偶，兄弟，姊妹等），係因被害人的死亡，而致不能受領扶養費的，都可請求賠償；惟是約定扶養權利人，則不得請求賠償。至於損害賠償額：在前者應該以實際的支出額爲準，如果數額過多，法院也得酌量減少；在後者，應該以扶養義務的固有範圍爲準，更應斟酌扶養義務人和扶養權利人的年齡，及其他生活實力，並加害人的經濟狀況以爲決定。



(乙) 非財產損害的第三人 不法侵害他人致死，而致第三人受有損害的，不但得依第一九二條請求賠償財產上的損害，並且得依第一九四條請求賠償非財產上的損害。何謂非財產上的損害？就是第三人因被害人死亡所受的精神上的苦痛。這種請求權人，只以被害人的父母，子女，及配偶為限，其範圍不僅較資葬費支出人狹些，就是較法定扶養權利人也狹些。又本條所規定的請求權，具有獨立的性質，而可各別的行使其權利，既不是繼承被害人生命損害賠償請求權（第一九五條第二項），也不是連帶的取得唯一的請求權。至於慰籍費的數額是不是相當，應該由法院斟酌被害人的父母子女及配偶所受苦痛的程度，以及加害人的經濟狀況以為決定。

(三) 損害賠償的方法 關於損害賠償的方法，依照一般的規定，原則上應該回復原狀，而以金錢賠償為例外（第二一三條，第二一四條參照）。惟在侵權行為尚設有特別的規定，現在把牠們說明於左：

(1) 侵害身體健康名譽自由的賠償方法 不法侵害他人的身體，健康，名譽，或自由者

被害人雖受非財產上的損害，也得請求賠償相當的金額（第一九五條第一項前段）爲什麼？這種非財產上的損害，卽爲人格權的損害，法律爲保護被害人的法益，當然要認加害人的賠償責任。惟這種損害難爲原狀的回復，只有賠償相當的價額，而使被害人所受精神上的損害得以彌補。又單純的名譽侵害，通常既有回復的可能，僅用金錢賠償，仍感覺不夠的。所以民法明定：被害人除掉請求金錢賠償以外，並且得向加害人請求爲回復名譽的適當處分（第一九五條第一項後段）。怎樣處分纔算適當呢？應該以事實上的需要爲準；例如由加害人謝罪，登報道歉，或是更正。

（？）侵害勞動能力的賠償方法 不法侵害他人的身體或健康者，被害人如果因而喪失或是減少勞動能力，或是增加生活上的需要，都得請求損害賠償（第一九三條第一項）。何謂喪失或是減少勞動能力？就是被害人原有的工作能力現在已有所滅失。何謂增加生活上的需要？就是被害人維持生活的費用已經超過其通常狀態。這種賠償金的支付，原應以一次支付爲原則；但是爲謀事實上的便利計，當事人也得聲請法院定爲支付定期金。爲什麼？法院定爲支

付定期金，一面使加害人的經濟狀況，免受急劇的影響，一面可使被害人的日常生活，得到經常的接濟，是於雙方都有利的。惟在很長期間以內，加害人的資力，難保沒有變動，將來若有不能如期履行，被害人勢必蒙受不利了。所以法院於定有支付定期金以後，又要命令加害人提出相當擔保（第一九三條第二項）。

（四）損害賠償的範圍 關於損害賠償的範圍，依照一般的規定，應該就有相當因果關係的全部損害而為賠償；換句話說，就是填補債權人所受的損害及所失的利益。惟在侵權行為尙設有特別的規定，現在把牠們說明於左：

（1）侵害生命權的賠償範圍 不法侵害他人致死，而使第三人發生損害者，不管其為財產上的損害，抑為非財產上的損害，加害人都應該賠償，這在前面已經說過了。

（2）侵害生命權以外的人格權的賠償範圍 不法侵害他人的身體或是健康，而致發生現實的損害，加害人固應該賠償；就是被害人因而喪失或是減少勞動能力，或是增加生活上的需要，而致影響物質上的利益，加害人也應該賠償。前者例如被害人的醫藥費及療養費是。

後者例如被害人所損失的工資，及其所增加的補品是。

(3) 侵害物的賠償範圍 不法毀損他人的物，而致其價額減少的，加害人即應該負賠償責任。依照一般的賠償方法，毀損他人的物，不妨加以修繕或是給以同種的物，而使其回復原狀；但是物既受了毀損，雖使加以修繕或是給以同種的物，仍難和原狀完全一樣。所以民法明定：加害人應該把金錢賠償被害人因毀損所減少的價額（第一九六條。）

(五) 損害賠償請求權的移轉性 損害賠償請求權有沒有移轉性？要看他是不是財產上損害賠償請求權為斷：財產上損害賠償請求權，固得自由讓與或是繼承；非財產上損害賠償請求權，則不得自由讓與或是繼承。為什麼？非財產上損害的金額賠償，原所以撫慰被害人本人，究竟被害人是否請求，應該專依本人的感情與意思以為斷，自不得把這等請求權讓與他人或是繼承。惟此所謂不得讓與或是繼承，也不是絕對的，非財產上的金額賠償請求權，如果已依契約承諾或是已經起訴，而成為單純的金錢債權，即不問其發生原因怎樣，都得以讓與或是繼承（第一九五條第二項。）

(六)特別消滅時效 關於消滅時效，民法雖設有一般規定（第一二五條參照）；但因侵權行為所生的損害賠償請求權，如果經過較長期間，其要件及內容很難舉證，不像普通債權那樣明確，沒有什麼困難的。況且被害人既已明知受損，而仍怠於行使其權利，法律也無予以長期保護的必要。所以民法於第一九七條第一項更設有特別消滅時效的規定；而使其法律關係早得確定。現在把時效期間及其完成後的效果，說明於左：

(1)消滅時效的期間 消滅時效的期間，可分為左列兩種：

(A)短期消滅時效 何謂短期消滅時效？即是請求權人從知有損害及賠償義務人時起，在二年間不行使其損害賠償請求權者其請求權即應歸於消滅。所謂知有損害，就是知道因侵權行為而受那種的損害。若是只知道有某種損害的事實，還是不夠的，必須更知道加害行為係為侵權行為。所謂知有賠償義務人，就是知道有依法應負賠償責任的人。若是不知何人為賠償義務人，其請求權就無從行使了。在共同侵權行為，請求權人對於賠償義務人，如有知道或是不知道的時候，其消滅時效應該分別起算；換句話說，就是一人的消滅時效如果

已經完成，其對於他共同行為人的效力怎樣？應該適用第二七六條的規定。短期消滅時效的進行，即以請求權人對於損害的事實，及賠償義務人均有所知為要件，若是只知其一，時效期間即不能起算。

(B) 長期消滅時效 何謂長期消滅時效？即是從有侵權行為時起，已逾十年者，其損害賠償請求權也應該歸於消滅。凡是具備上述短期消滅時效的要件的，時效固可照那樣進行。若是請求權人就有損害的事實，及賠償義務人，只知其一，或是知道復晚，或是始終不知，短期消滅時效即無從進行。所以民法於短期消滅時效以外，復設長期消滅時效的規定以為救濟。長期消滅時效一旦完成，損害賠償請求權即應歸於消滅，其請求權人是不是知有損害及賠償義務人就可不問。

(2) 消滅時效完成後的效果 這種效果有二，分述如左：

(A) 請求權的競合 何謂請求權的競合？就是在同一當事人間有同一目的的二個以上請求權同時存在的狀態。損害賠償請求權，如果因罹於時效而消滅，請求權人固不得再

行使其權利，然賠償義務人係因侵權行為受有利益，而致被害人受有損害者，在消滅時效完成以後，仍應依不當得利的規定，而把其所受的利益返還被害人（第一九七條第二項）。這叫做損害賠償請求權和不當得利返還請求權的競合。依據請求權競合的法理，如有一個請求權已因目的達到而消滅，其他請求權就應該失其存在。若是一個請求權係因目的達到以外的原因而消滅，其他請求權還是可以存在。例如竊盜他人的物品，一方面具備侵權行為的要件，他方面具備不當得利的要件，如果前者因罹於時效而消滅，後者還是可以行使。

（B）要求履行的拒絕 加害人因侵權行為而取得的債權，如果被害人在消滅時效期間內沒有行使廢止請求權，加害人能不能請求履行其債務？民法為防止獎勵侵權行為，特設第一九八條的規定，即是因侵權行為而對於被害人取得的債權，被害人對於該債權的廢止請求權，雖已因時效而消滅，仍可拒絕履行。

## 第二章 債之標的

### 第一節 總說

(一) 債之標的的意義 何謂債之標的？就是構成債權內容的債務人的行為；簡單說，即是民法第一九九條第一項所謂「給付」。債之標的，為債之三要素之一（一是債權人，二是債務人，三是債之標的），從債權人方面說，就是債權人基於債的關係所得請求的給付；從債務人方面說，就是債務人基於債的關係所應為的給付。民法所規定者，係從前者着眼（第一九九條第一項）。

(二) 債之標的的要件 既在把牠的要件分別說明於左：

(1) 債之標的須為適法 債之標的須是適法的，可能的，確定的，纔可認為有效。何謂標的的適法？就是債務人的給付，不違反強行規定，或是禁止規定，或是公序良俗。債之標的如屬違



法，法律即無保護的必要，原則上自應為無效（拙著民法總論二七〇頁以下參照）。

（2）債之標的須為可能。何謂標的的可能？就是債務人的給付，在事實上法律上都得實現。債之標的如屬不能，債權人既不受什麼利益，債務人也不受什麼拘束，在法律上自屬當然無效。關於可能之點，民法總則未設明文規定，而債編也僅就給付不能及契約標的不能設有明文，（第二五五條，第二二六條，第二四六條，第二四七條）留在後面再說。

（3）債之標的須為確定。何謂標的的確定？就是債之標的，在債的發生當時已經確定或是可得確定。債之標的，如為完全不確定，固無發生債權的可能。若是給付的範圍業已限定，只是其內容沒有具體確定，則還可以成立債權。至於確定的方法，有依法律規定而確定的（例如種類之債，選擇之債，都依照法律規定是）；有依當事人的特別訂定而確定的（例如由當事人或是第三人行使確定權是）；有依習慣而確定的（例如僱傭契約未定報酬額的，應該按照習慣是）。

（4）債之標的須與債權人以利益。債之標的，是否有財產上的價格學說上很有爭

執，立法例也不一致。民法第一九九條第二項規定：「給付不以有財產價格者爲限。」這實是很正當的。爲什麼？人類的社會生活，一天複雜一天，如果只認有財產價格的債權存在，實無以應實際生活的要求。況且未具有財產價格的物，有時既得爲物權的標的（例如好友書信，愛妻遺髮是），未具財產價格的給付，當然也得爲債權的標的。如此，債權成立與否，自不以有無財產價格爲準；有財產價格的給付，有不得爲債之標的的（例如筵宴的約束是）；無財產價格的給付，也有得爲債之標的的（例如不奏音樂是）。

債之標的，既不要有財產價格，但其給付究竟是否要與債權人以利益呢？債權既不得徒以拘束債務人爲目的，則其存在自應與債權人以利益。何謂要與債權人以利益？即是債權人就該給付得於法律上感覺其利益即够了，並非債權人要於實際上享受其利益。例如聾人約使他人唱歌，雖是自己不享受什麼利益，還是可以成立債權是。

（三）債之標的的分類 債之標的，可依各種標準而爲分類，分述如左：

（1）單純給付和合成給付 這種分類，係以給付內容的單複爲標準。凡由一個行爲而

成立的給付，叫做單純給付；若由數個行為而成立的給付，叫做合成給付。前者例如特定物的給付，不作爲的給付是。後者例如財產管理人的給付，合夥人的給付是。給付是否爲單純，要依據當事人的意思決定。如果當事人的意思不明白，即應依據給付的性質及其他具體情事規定之。至於這種給付區別的實益，即是前者得以分割，後者在原則上不得分割。

(2) 可分給付和不可分給付 這種分類，係以給付分析的利害爲標準。凡不變更牠的性質或是價格，而得分割爲數個給付的給付，叫做可分給付；若非變更牠的性質或是價格，即不能分割爲數個給付的給付，叫做不可分給付。前者例如金錢的給付，穀米的給付是。後者例如牛馬的給付，約定物品的給付是。給付是否爲可分，固應依給付的性質決定；但也有性質上爲可分，而依當事人的意思爲不可分的。至於這種給付區別的實益，即是前者得爲可分之債的標的，後者只能爲不可分之債的標的。

(3) 即時給付和繼續給付 這種分類，係以給付時間的長短爲標準。凡依一次行爲，即能完成債之標的的給付，叫做即時給付；若要有長時間的繼續，纔能完成債之標的的給付，叫做

繼續給付。前者例如金錢的給付，物品的給付是。後者例如出租人的給付，受僱人的給付是。至於這種給付區別的實益，即在債之履行的時期及方法有所不同。

(4) 積極給付和消極給付 這種分類，係以給付態度的動靜為標準：凡以作為為內容的給付，叫做積極給付；若以不作為為內容的給付，叫做消極給付。作為可分為事實上的作為與關於權利的作為：前者例如出賣人交付物品，受僱人供給勞務；是後者例如抵押權的設定，所有權的移轉是。不作為可分為單純不作為與容忍：前者例如受僱人不與僱用人為同種營業的競爭；後者例如承租人容許出租人為保存租賃物的行為是。不作為得否為債之標的？學說上雖有爭執，然民法第一九九條第三項明定：「不作為亦得為給付。」當然沒有疑問了。至於這種給付區別的實益，即是實行債權的方法不同：前者以用強制執行的方法為原則，後者以用強制執行的方法為例外。

(5) 特定給付和不特定給付 這種分類，係以給付的內容是否約定為標準：在債的關係成立時，已經具體的指定債的標的的給付，叫做特定給付；若在債的關係成立時，只是抽象的

指定債的標的的給付，叫做不特定給付。前者亦可稱為特定物給付。例如買馬的人，已於馬羣中買受一匹，並經指定交付某馬是。後者亦可稱為不特定物給付。例如買馬的人，僅於馬羣中買受一匹，並未指定交付某馬是。至於這種給付區別的實益，即是法律上的待遇有下列的不同：（1）在特定物給付，係以特定物所在地為清償地；在不特定物給付，則以債權人住所地為清償地（第三一四條）。（2）在特定物給付，債務人要負保管義務，在不特定物給付，債務人則不負保管義務。（3）在特定物給付，債務人要就原物負交付義務，在不特定物給付，債務人則無此義務。（4）在特定物給付，如生給付不能的情形，債務即歸消滅（第二二五條，第二四九條末款參照）；在不特定物給付，縱有給付不能的情形，債務還是存在。

## 第二節 種類的債

（一）種類的債的意義 何謂種類的債？就是以種類指示的物為其給付標的的債；換句話說，即是以不特定給付為其給付標的的債，也叫做種類債。或稱種類債務。種類給付的特質有二：

(1) 要用種類的名詞指示其給付標的；(2) 要於其所指示的種類中，無論那一部分，都可為其給付標的。

關於種類的範圍，當因其指示的方法及程序的不同而有廣狹：例如約定購米十石，是為最廣義的；約定購湖南米十石，是為廣義的；約定購湖南一等米十石，是為狹義的；約定購某倉庫的湖南米十石，是為最狹義的；惟在最狹義的情形，其限制的範圍很狹，學說上特稱牠為「限制的種類債權」。

(二) 種類的債的給付標準 種類的債，只是抽象的指示種類，其品質還不能確定，債務人究應依據什麼標準為給付？依照民法第二〇〇條第一項的規定，首先應依法律行為的性質，或是當事人的意思決定之。所謂應依法律行為的性質決定其品質，例如消費借貸，應該返還和借用物品質相同的物是（第四七四條。）所謂應依當事人的意思決定其品質，例如貨物買賣，應該給付和價金相當的物是。如果其品質不能依照上列兩方法決定，債務人究應給付那一等品質的物？立法例還不一致：有的採用下等品質主義；有的採用中等品質主義。採用前者，雖是保護債務人很厚，

而於債權人則有不利利益，必須採用後者，纔能保護雙方的利益，所以民法特採第二主義規定的（第二〇〇條第一項）。至於什麼是中等品質，要依給付地給付時交易上的通常觀念決定之。照上面所說的，債務人只應給以中等品質的物，如因自己的便利，而給以中等以上品質的物，那末債權人能不能拒絕受領呢？關於這點，學說上雖有爭執，然法律所以採用中等品質主義，其意只在命債務人至少應給以中等品質的物，如果給以上等品質的物，仍和債務的本旨相合，債權人也不得拒絕受領，不過其給付於債權人不利利益時，纔得拒絕受領：例如因給以上等品質的物，而致增加價金的數額，即得拒絕受領是。

（三）種類的債的特定 何謂種類的債的特定？就是種類給付的標的，其當初只以種類指示，還要就其標的為具體的指定。具體的指定，本為給付的前提，必須使不特定給付物成為特定給付物，纔可以為給付。現在把特定的方法和效力說明於左：

（1）特定的方法 不特定給付物應於何時成為特定，民法設有明文，分述於次：

（A）依債務人的行為而特定 依民法第二〇〇條第二項前段規定：債務人交付其

物的，必要行爲完結後，其物卽爲特定給付物。所謂交付其物的必要行爲完結，卽指債務人就交付其物所應爲的一切行爲都已完畢而言。怎麼纔算交付其物的必要行爲完結，當依左列三種情形而有不同：

(甲) 送交債務 何謂送交債務？就是以債權人的住所地爲清償地的債務，也叫做附交債務（第三一四條第二款）。這種債務，必須債務人已於清償地實行提出給付，纔算交付其物的必要行爲完結（第二三五條）。若是只向債權人爲發送，還未到達其住所地，則不能算爲特定。給付物如在發送後到達前發生滅失，債務人仍要負擔其危險。

(乙) 往取債務 何謂往取債務？就是以債務人的住所地爲清償地的債務，也叫做赴領債務。這種債務，通常債務人要現實地指定其標的物，並且要實行提出給付，纔算交付其物的必要行爲完結；惟在債權人預示拒絕受領的意思，或是給付兼需債權人的行爲者，債務人只以準備給付的情事通知債權人，交付其物的必要行爲，也可算爲完結（第二三五條但書）。

(丙) 送付債務 何謂送付債務？就是依債權人的請求，而把標的物送交於清償地以



外的處所的債務。這種債務，給付物在何時纔成爲特定，要看債務人有無給付的義務以爲決定。債務人如依債權人的請求，只是好意的爲他送付，即無送付的義務，當以其物發送時爲特定（第三七四條），否則和送交債務一樣。

（B）經債權人的同意而特定 依民法第二〇〇條第二項後段規定：債務人經債權人的同意，指示其應交付之物時，其物即爲特定給付物。所謂經債權人的同意，即債權人承認債務人所爲的指定行爲。這種指定權，雖爲形成權的一種，然其行使只以單純的意思表示還是不夠的，必須債務人把其給付物和其他的物分離，或是到了可以區別的程度，纔可算爲特定。

（2）特定的效力 所謂特定的效力，就是使種類的債變爲特定的債。茲將其效力說明於左：

（A）特定以後，沒有變更的權利 種類給付的標的一經特定，不管是債權人，抑是債務人，都沒有變更的權利。如果許他變更，不但影響特定的效力，並且違反一般的交易觀念了。

(B) 特定以後，要負保管的義務。種類給付的標的既已特定，債務人於其未交付以前，要以善良管理人的注意保管其特定物。

(O) 特定以後，危險負擔的發生。特定以後，究應怎樣負擔危險，要看其是否為雙務契約以為決定。凡是雙務契約，當事人的一方，因可歸責於他方的事由而致給付不能者，還得請求對待給付（第二六七條）；其因不可歸責於雙方的事由而致給付不能者，他方得免為或是減少對待給付（第二六六條第一項）。若非雙務契約，如因可歸責於債務人的事由而致給付不能，債權人還得請求損害賠償（第二六六條第一項）；其因不可歸責於債務人的事由而致給付不能者，債務人得免負給付義務（第二二五條第一項）。

### 第三節 貨幣的債

(一) 貨幣的債的意義。何謂貨幣的債？就是以貨幣為其給付標的的債，也叫做貨幣給付，或是金錢給付。所謂貨幣，即是測定物價的尺度，交換貨物的媒介，及清償債務的方法。牠不是僅指

金質銀質銅質等的金錢而言，就是銀行兌換券也包括在內。就貨幣的「種類」說，可以把牠分爲法定貨幣，和自由貨幣兩種。什麼是法定貨幣？即在法律上所通用的貨幣，也叫作通用貨幣；例如本位貨幣及補助貨幣是。什麼是自由貨幣？即在交易上所習用的貨幣，也叫作習用貨幣；例如超過法定數額的補助貨幣，及在國內使用的外國貨幣是。就貨幣的「價格」說，可以把牠分爲類面價格，實金價格，及流通價格三種。什麼是類面價格？即是貨幣表面所定的價格，也叫作銘價；例如一圓銀幣的銘價，定爲七錢一分五釐是。什麼是實金價格？即是貨幣中所含金質的價格，也叫作實價；例如一圓銀幣的實價，僅有六錢八分是。什麼是流通價格？即是貨幣在實際交易上所有的價格，也叫作市價。市價和銘價不一定一致，常因信用的厚薄，及其需要的多寡而有升降。

(二) 貨幣的債的特例 貨幣的債，原爲種類的債的一種，自可適用種類給付的規定；惟貨幣爲算定價額的標準，亦難完全適用其規定，尙有規定特例的必要。貨幣的債，可分爲金類貨幣債，金種貨幣債，及特定貨幣債三種，其效力也因之而有不同。在特定貨幣債，係以特定貨幣的給付爲標的（例如寄託封金），自應適用特定的債的規定，而不得認爲種類的債。現在唯就

金類貨幣的債，和金種貨幣的債說明於左：

(1) 金類貨幣的債 何謂金類貨幣的債即以一定數類的貨幣爲其給付標的的債。這種債，既不是特定貨幣的給付，也不是某種貨幣的給付，純是置重於貨幣的價格；例如約定給付現洋千元是。惟在事實上，常可發生左列的問題：

(A) 金類貨幣的債，究應以何種貨幣爲給付？關於這一點，民法雖無明文規定，依照貨幣給付的當然法則，債務人自得就各種通用貨幣中選擇一種以爲清償，不能給以自由貨幣。這不但對於內國貨幣的債可以適用，就是對於外國貨幣的債也可適用。所以關於金類貨幣的債，只以外國通用貨幣定給付額，而未訂明應給以外國貨幣的，債務人得把牠換算中華民國通用貨幣以爲給付。惟由外國貨幣易爲中國貨幣，常常發生換價的問題，依照民法的規定，應該以給付時給付地的市價爲標準（第二〇二條。）所謂給付時，係指現爲給付的時期而言，和給付期不同。所謂給付地，應依第三一四條的規定爲準。

(B) 金類貨幣的債，究應依何種價格爲計算？關於這一點，當事人如無特約，應該依

額而價格為計算。為什麼？貨幣所以定有銘價，正所以避免實價的差異，防止市價的變動，除當事人有特約外，其計算自應以銘價為標準。

(2) 金種貨幣的債 何謂金種貨幣的債？即以特定種類的貨幣為其給付標的的債。這種債，不但置重於貨幣的金額，並且置重於貨幣的種類，當然與前述的金額債權不同了。例如約定給付中央銀行十元一張的紙幣千元是。現在把牠分為絕對的和相對的說明於左：

(A) 絕對的金種貨幣的債 何謂絕對的金種貨幣的債？就是非給付特種貨幣不能達其債的目的的債。這種債權的標的，不管其為內國貨幣，抑為外國貨幣，要皆由特別的情事而生的，債務人自應以該特種貨幣為給付。惟該特種貨幣，如已失其存在，依照給付不能的法定，債務人即得免為給付的義務。所謂失其存在，即指客觀的失其存在而言。如果僅喪失了通用效力，債務人還應給以該種貨幣。

(B) 相對的金種貨幣的債 何謂相對的金種貨幣的債？就是原來約以特種貨幣為給付，如果給以他種貨幣，仍能達其債的目的的債。這種債權的標的，不管其為內國貨幣，抑為

外國貨幣，債務人都應以特種通用貨幣爲給付；但是該特種通用貨幣，如至給付期已喪失了通用效力，還應給以他種通用貨幣（第二〇一條）。所謂至給付期已喪失了通用效力，非專指債務人應爲給付的時期喪失其通用效力而言，就是現爲給付的時期喪失其通用效力，也包括在內。所謂喪失通用效力，不僅指國家把其強制通用效力加以剝奪而言，就是禁止通用或是客觀的失其存在，也可包括。例如特種貨幣縱有禁止通用，或是收回銷燬情事，債務人還應給以他種通用貨幣，不得主張免責，這是牠和絕對的金種貨幣不同的要點。

#### 第四節 利息的債

（一）利息的債的意義 何謂利息的債即以利息爲其給付標的的債，也叫做利息給付，或是利息債權。欲知什麼爲利息的債，首先要知道什麼是利息。茲先說明利息的性質，後再說明利息和原本的關係。

（1）利息的性質 何謂利息即是由原本債權所生的收益，而按照一定比率給以金錢

或是其他代替物。現在把牠分析說明於左：

(A) 利息是收益。利息是由法律關係所生的收益。這種收益，在經濟學上叫做所得，在民法學上叫做孳息。利息和租金，雖都為孳息的一種；但是利息多由流動資本而生，租金多由固定資本而生，這是二者的不同點。

(B) 利息是由原本債權而生的收益。利息既為使用原本的收入，當然要從屬於原本債權，其發生自以有原本債權的存在為前提。如果無原本債權的存在，雖是反復給付金錢（例如養老金）也不得叫做利息。民法上所謂原本，就是經濟學上所謂資本，不必以代替物為限，只要負有返還同一種類的物的義務即够了。所以就原本以區別利息和租金，就是前者可以返還同一種類的物，後者定要返還同一的物。

(C) 利息是按原本的一定比率而為給付。何謂比率？就是比例原本債權的存續期間及其數額以為給付，也叫做利率。例如約定常年以百分之十為比率，而按照一定期間及原本的多寡計算是。利率雖為通常計算利息的數額的方法；但是不須必有利率。

(D) 利息不必爲金錢或是其他代替物。利息只要爲物即够了，不須必和原本爲同一種類的物，也不須必爲金錢或是其他代替物；例如貸金千元，約以穀米五石爲其利息，固爲有效，就是約以牛一頭或是馬一匹爲其利息，也無不可。

(2) 利息和原本的關係。利息債權和原本債權係立於主從關係，就是原本債權爲主債權，利息債權爲從債權，主債權如果未發生，從債權固是無從發生；即主債權已經發生，而依法不能存在者，（例如因有無效或是撤銷的原因）從債權也要受同樣的影響。雖然，利息債權，既係從屬於原本債權而成立，即不當爲原本債權的擴張。所以原本債權的擔保，即爲利息債權的擔保，原本債權有優先權，利息債權也有優先權（第七四〇條，第八六一條，第八八七條，第九〇一條）。

利息債權雖有從屬性，然和原本債權究爲各個獨立的權利（A）已發生的利息債權，應和原本債權分離，而能獨立存在，不因原本債權的處分而受影響（B）已發生的利息債權，可和原本債權分離，而能獨立存在，不因原本債權的消滅亦歸消滅。



(二) 利息的價的發生 利息債權發生的原因，要以法律行為或是法律規定爲限，前者叫做約定利息，後者叫做法定利息，現在把牠們分述於左：

(1) 約定利息 何謂約定利息？就是由法律行為而生的利息。這種利息，不管是由契約而生，抑是由單獨行為而生（例如遺囑），都要爲意思表示的。這種意思表示的內容，通常雖都約定利息的支付及其利率；但只爲支付利息的約定，而未約定其利率如何，仍要依照法定利率計算。

(2) 法定利息 何謂法定利息？就是由法律規定而生的利息。這種利息，可以分爲四種：一爲遲延利息，即因遲延所生的利息（第二三三條）；二爲可生利息，即爲受領標的的利息（第一八二條第二項，第二五九條第二款）；三爲擬制利息，即爲使用他人金錢而生的利息（第一七三條第二項，第五四二條）；四爲墊款利息，即爲他人支出費用所得請求的利息（第一七六條，第五四六條第一項）。

(三) 利率 何謂利率？就是以利息額和原本額作一比例，而以幾分之幾爲計算的標準。就

其發生的原因說，可以把牠分爲約定利率和法定利率兩種，分別說明於左：

(1) 約定利率——何謂約定利率？就是由法律行爲所定的利率。這種利率，不得由當事人自由約定，尙有左例的限制：

(A) 最高利率的限制——約定利率的最高限度，如果沒有一定限制，債權人往往乘著債務人的經濟窘迫，而爲種種的重利盤剝。所以民法爲防止攫取高利起見，特明定約定利率不得超過週年百分之二十。如果超過這種限度，債權人對於超過部分的利息無請求權（第二〇五條）。

(B) 巧取利益的禁止——約定利率，不但不得超過週年百分之二十，並且債權人不得以折扣或是其他方法巧取利益（第二〇六條）。所謂折扣，例如甲向乙借款百元，約定八五扣實收，乙只付八十五元是。所謂其他方法，例如甲得價金百元，而把其農地出賣，約以二百元買回是。

(C) 原本清償的提前——債權定有清償期，雖是限於無反對的意思表示，債務人儘能

提前清償（第三一六條）但是約定利率，如果已逾週年百分之十二，其利息已不能算輕，自應許債務人提前清償原本。惟為保護債權人的利益，債務人欲提前清償原本，不但要經過一年，並且要於一個月前預告（第二〇四條第一項）。這種規定，本含有強行的性質，當事人不得以契約除去或是加以限制（第二〇四條第二項）。

（2）法定利率 何謂法定利率？就是由法律所定的利率。應付利息的債務，如果已經約定利率，固應該依其約定。若是未經約定，並無法律可據，其利率應即為週年百分之五（第二〇三條）。

（四）複利 何謂複利？即是把未清償的利息滙入原本，再生利息；簡單說，就是利上加利的利息。複利的計算，最易使原本迅速地增加，是於債權人有利益的。如果任當事人自由約定，勢必每半年，每季，每月，甚至每週滙入一次，而使債務人重受剝削。債務人在經濟上多為貧苦大眾，民法為保護他們的利益，特於第二〇七條第一項前段明定：「利息不得滙入原本，再生利息。」惟這並非絕對的規定，尚有例外的規定，就是具有下列的要件，還得計算複利：（1）利息遲付已逾一年；

(2) 經催告而不償還；(3) 當事人間曾以書面約定(第二〇七條第一項但書)但商業上如另有習慣，則上述規定是不適用的(第二〇七條第二項)。所謂商業上另有習慣，例如銀行存款，到期即把利息滾入原本是。所謂不適用，就是不但利息得起複息，就是上列三個要件，也不要具備。

## 第五節 選擇的債

(一) 選擇的債的意義 何謂選擇的債？就是於個別的豫定數宗給付中，選擇一宗以爲其標的的債，也叫做選擇給付，或是選擇債權。例如約定給付牛一頭或馬一匹。這種債，不但和單純的債不同，就是和任意的債，完全複數的債，及種類的債，亦有不同，分別說明於左：

(1) 選擇的債和任意的債不同 何謂任意的債？就是債務人或是債權人得把他項給付，代替原定給付的債。例如約定給牛一頭，亦得以馬一匹代充。債是。牠和選擇的債的區別有三：(A) 在任意的債，只是原定給付爲債的標的，他項給付不過立於補充地位；在選擇的債，其

數宗給付則都爲債的標的，沒有什麼主從關係。(B)在任意的債，其原給付如爲給付不能，債務即歸消滅，不須以他項給付履行；在選擇的債，其數宗給付中如有一宗給付不能，債務還是存在，應該以他宗給付爲履行。(C)在任意的債，其給付於債的發生當時即已特定；在選擇的債，其給付則依選擇而特定。

(2)選擇的債和完全複數的債不同。何謂完全複數的債？就是以數宗給付爲其標的，並且須同爲給付的債；例如約定給牛一頭及馬一匹是。牠和選擇的債最重要的區別，即是：完全複數的債，必須爲數宗給付，纔可免除責任；在選擇的債，只要選定一宗給付，即可免除責任。

(3)選擇的債和種類的債不同。何謂種類的債？本章第二節已經說明了。牠和選擇的債有下列的區別：(A)種類的債，係注重於給付的種類，並未個別預定；選擇的債，係注重於各宗給付的個性，且已個別預定。(B)種類的債，不因選擇或是給付不能而生特定；選擇的債，則因選擇或是給付不能而生特定。(C)種類的債，其特定沒有溯及效力，選擇的債，其特定則有溯及效力。

至於選擇的債，究爲一個的債，抑爲數個的債，學說上雖有爭執，然民法第二〇八條既明定：「於數宗給付中得選定其一，」則應認其爲一個的債，已無疑問了。若把牠認爲數個的債，勢非數宗給付完全履行，其債務即不能消滅，實有反乎選擇給付的性質。

(二) 選擇的債的特定 選擇的債，既是以數宗給付爲標的，必須先就數宗中確定其一，而後纔可履行，這叫做選擇的債的特定。關於特定的方法，除掉能依契約而生特定以外，只有因給付的選擇及給付的不能而生特定，分別說明於左：

(1) 給付的選擇 何謂選擇？就是從數宗給付中選定其應爲履行的給付的意思表示。依選擇權人一方的行爲，而使選擇的債變爲單純的債的權利叫做選擇權。現在把選擇權人及其行使的方法，限制，移轉，效力，分述於次：

(A) 選擇權人 什麼人爲選擇權人？應由法律規定或是契約決定之。凡是選擇的債，由法律規定而生的，多由法律規定其選擇權人；其由契約而生的，多由當事人約定其選擇權人。如果法律既無規定，契約並無訂定，其選擇權即應該屬於債務人（第二〇八條）爲什麼？

給付的範圍定得很廣，通常既爲債務人的利益，則在其給付未確定的範圍內，債務人自得自由選擇。惟在雙務契約，其給付如爲對立的，而互有選擇的關係時，即應解釋當事人的意思，以定其選擇權人。如果不能決定選擇權屬於何人，即應認被請求人有選擇權。

(B) 選擇權行使的方法 選擇權應該用什麼方法去行使？依照民法所規定，應該由選擇權人爲意思表示。這種意思應該向什麼人去表示？則因選擇權的隸屬而有不同：債權人或是債務人有選擇權者，應該向他方當事人爲意思表示；第三人有選擇權者，應該向債權人及債務人爲意思表示（第二〇九條）。

(C) 選擇權行使的限制 選擇的意思表示，既爲確定的變更債的關係，不但不許附加什麼條件，而使其處於不定的狀態，並且不許隨意變更或撤銷，而使相對人受其不利。

(D) 選擇權的移轉 選擇權人既非負有選擇義務，法律自不能強制其必爲選擇，在一定情形之下，自可把選擇權移轉於相對人或是債務人。茲依民法第二一〇條所規定，分別說明於後：

(甲)當事人一方有選擇權者 在這種情形，選擇權究應在什麼時候移轉要看他是否定有行使期間爲斷。選擇權定有行使期間者，當事人一方，如於該期間內不行使選擇權，其選擇權應該移轉於他方當事人（第二一〇條第一項）。選擇權未定行使期間者，債權一經到了清償期，無選擇權人的當事人，即約定一相當期限，催告債權人行使其選擇權。如果他方當事人於其所定期限內還不行使選擇權，其選擇權應該移轉於爲催告的當事人（第二一〇條第二項）。

(乙)第三人選擇權者 在這種情形，第三人如果不能或是不欲爲選擇時，其選擇權應該移轉於債務人（第二一〇條第三項）。所謂不能選擇，即是第三人因有某事故發生（例如死亡、疾病）而不能自爲選擇。所謂不願選擇，即是第三人能爲選擇，而不願自爲選擇。

(丙)選擇的效力 選擇的債，一經選擇，即因特定而變爲單純的債了。但是單純的債，亦非必爲特定的債，常有只以種類指示其給付，仍要依照第二〇〇條所規定，先爲具體的指定，纔可以履行。至於選擇有沒有溯及效力，民法第二一二條已經明定：「選擇的效力，溯及債



之發生時，」是其效力不僅從選擇時起對於將來發生，並且能溯及債權成立時發生。如此，在債權人有選擇權的時候，如因債務人的事由而致給付不能，債權人得選擇其不能的給付，而請求損害賠償；在債務人有選擇權的時候，如因債權人的事由而致給付不能，債務人得選擇其不能的給付，以消滅其債務。

(2) 給付的不能 何謂給付的不能即指債務人不能依照債務本旨以為給付而言。現在把給付不能的情形及其效力分述於左：

(A) 給付不能的情形 給付不能，有自始不能和嗣後不能的區別，故其效果有分別說明的必要：

(甲) 自始給付不能 何謂自始給付不能？就是給付自債的關係發生當時即為不能。數宗給付，如果都為自始不能，其債的關係固無由發生。若是某宗給付不能，而其餘的給付還屬可能，則債的關係應該存在於其餘的給付。

(乙) 嗣後給付不能 何謂嗣後給付不能？就是於債的關係發生以後變為不能。這種

不能是否發生特定，要看其不能究因什麼事由發生爲斷。凡是因不可歸責於雙方當事人的事由，或是因可歸責於有選擇權人的事由，而致給付不能的，債的關係只應該存在於餘存的給付，不得就不能部分爲選定；若是因可歸責於無選擇權人的事由，而致給付不能的，債的關係則不僅存在於可能的給付，也得就不能部分爲選定。爲什麼給付不能，既是因可歸責於無選擇權人，自不能因他人的不法行爲，而喪失其選擇權了。所以民法特設例外規定，仍使無選擇權人的當事人負責，以昭公允。

(B) 給付不能的效力 選擇的債，既因給付不能而生特定，則其債的關係當然僅存在於餘存的給付。就這一點說，選擇給付的標的，如果僅爲二宗給付，而其中有一宗不能者，選擇的債即變爲單純的債；若爲三宗以上給付，而其中有一宗不能者，其選擇的範圍即因而減縮了。

## 第六節 損害賠償的債

(一) 損害賠償的債的意義 何謂損害賠償的債？就是以賠償他人所受損害為其標的的債，也叫做損害賠償請求權，或是損害賠償責任。

何謂損害？即因某事實而使其財產或是其他法益所受的損失。就損害的客體說，損害有財產的損害和非財產的損害之分：前者即是財產價格所受的損失，也叫做有形的損害，例如器具的毀損；後者即是財產價格以外的法益所受的損害，也叫做無形的損害，例如身體、健康、名譽，或是自由的損害是。就財產損害的方法說，損害有積極的損害和消極的損害之分：前者即是加害現存的法益；後者即是妨害將來可以獲得的利益。

何謂賠償？即填補他人所受的損害，而使回復未受損害前的同一狀態。例如在損害發生以前，財產原為千元，現因被害而失去其半數，如果將其半數補入，即回復損害發生以前的同樣狀態是。

(二) 損害賠償的債的要件 損害賠償的債，必須具備左列的要件纔可成立：

(1) 要有損害發生 損害賠償的債，其成立要有損害的發生，如果未有損害，其賠償請求權即不得成立了。

(2) 要有原因事實 損害賠償的債，是要有原因事實，纔可發生的，但其原因是否要基於故意或過失，應視其爲什麼原因以爲決；凡是由契約而生的損害賠償，不必有故意或過失；若是由侵權行爲或是債務不履行而生的損害賠償，則原則上須有故意或過失。惟因近代產業技術的發達，其事業的本身，已附着極大的危險，所以侵權行爲的賠償責任，有時亦採結果責任主義（本書第二章第六節侵權行爲節參閱。）

(3) 要有因果關係 原因與損害間要有因果關係，纔可發生賠償問題，否則被害人不能請求賠償。關於因果關係的意義，應該採用相當因果關係說來解釋，前面已經說過了（本書第二章第六節侵權行爲參閱。）

(三) 損害賠償的方法 關於損害賠償的方法，從來有兩種主義：一爲回復原狀主義，一爲賠償金錢主義。民法以回復原狀主義爲原則，而以賠償金錢主義爲例外，分述如左：

(1) 回復原狀 何謂回復原狀？即使加害人回復被害人未受損害時的原狀；例如物的毀損，照式修理是。依照民法第二二三條第一項所規定，負損害賠償責任者，除法律另有規定或

是契約另有訂定外，應該回復他方損害發生前的原狀，是即原則上採用回復原狀主義。所謂法律另有規定，例如身體、健康、名譽，或是自由被侵害者，可以請求賠償相當的金額是。所謂契約另有訂定，例如當事人約以實物賠償，或是以行為賠償（如道歉或是聲明錯誤）是。又因回復原狀，而應該給付金錢的，即須從損害發生時起加給利息（第二一三條第二項）。這項利息，雖與回復損害發生前的原狀無關；但是金錢通常既是可生利息，即應該從損害發生時加給利息，以保護被害人的利益。

（2）賠償金錢——何謂賠償金錢？即使加害人以金錢填補被害人所受的損失，例如物的滅失，估價賠償是。絕對採用回復原狀主義，勢必發生種種困難，而無法可以補救。所以民法就左列兩種情形，特採賠償金錢主義：

- （A）逾期不為回復原狀時——加害人所加的損害，原可回復原狀，如果經過債權人所定相當期限催告以後，義務人仍是逾期不為回復，債權人即得請求以金錢賠償其損害（第二一四條）。惟條文既定為「得請求」，則債權人如不請求以金錢賠償其損害，而仍要求回復

原狀，也無不可。

(B) 不能或是極難回復原狀時，回復原狀主義，原為適當的辦法；但是在不能回復原狀，或是回復原狀顯有困難時，即應該許以金錢賠償其損害，纔可保護被害人的利益。(第二一五條。)所謂不能回復原狀：例如毀損古畫是。所謂回復原狀顯有困難：例如修理醫費過鉅是。

(四) 損害賠償的範圍 損害不管是積極的損害，抑是消極的損害，都應該屬於賠償的範圍。所以民法明定：損害賠償，應該以填補債權人所受的損害(積極的)及所失的利益(消極的)為限。但這是補充規定，如果法律另有規定，或是契約另有訂定，則應從其規定或是訂定(第二一六條第一項)。

何謂所受損害？即財產上的積極損害。何謂所失利益？即財產上的消極損害。前者為現存利益的減少，其數類自易確定。後者為可得利益的損失，其適用較為困難。所以民法明定：依照通常情形，或是依照已定的計劃設備，或是其他特別情事，可得預期的利益，視為所失利益(第二一六條第

二項。

(五) 損害賠償的減免。損害賠償的範圍，應以填補債權人所受損害及所失利益為限；但有左列的例外情形時，則應適用特別規定：

(1) 過失相抵。何謂過失相抵？即損害的發生或是擴大，被害人與有過失，也叫做共同過失。凡由自己過失所生的損害，不能把牠轉嫁於他人，是為民事責任的定例。被害人既就其損害與有過失，法院自得比較雙方原力的強弱，以及過失的輕重，而把賠償金額減輕或免除。(第二一七條前段。)所謂與有過失，不是專指被害人積極的參加，以助成其損害的結果而言，就是重大的損害原因，本為債務人所不及知，而被害人不予促其注意，或是怠於避免，或是減少損害，也算與有過失。(第二一七條後段。)前者例如債務人不按期履行債務，而使債權人失去取得利益的機會，債權人本未預先通知是。後者例如債務人給付有傳染病的家畜，因債權人沒有把牠隔離，而致自己的家畜也受傳染是。

(2) 賠償減輕。損害賠償制度，雖為保護債權人利益的立法，然對於債務人的生計，也

有加以注意的必要。所以損害不是故意或是重大過失所致者，如其賠償足使賠償義務人的生計蒙受重大影響，法院即得把其賠償金額減輕（第二一八條）。惟適用這種規定，必須具備下列兩要件：（A）要損害不是因故意，或是重大過失所致；換句話說，就是僅有輕微過失或是全無過失，纔可減輕責任；（B）要賠償不使債務人的生計蒙受重大影響，若是只有影響，而不能認為重大，則仍要完全賠償。

（六）賠償代位 何謂賠償代位？就是賠償權利人就其物或是權利所生的損害，已受了全部的賠償，即不得再保留基於其物的所有權，或是基於其權利對於第三人的請求權，而取得二重的利益（第二二八條）。這種代位，不是當然代位，只可請求讓與的。例如受寄人因過失而致寄託物被盜，既已賠償其損害，即可請求寄託人讓與寄託物的所有權是。

（七）損益相抵 何謂損益相抵？就是被害人一面受有損害，一面受有利益者，應該由損害類中把其利益額扣除，而以其餘額為賠償額。例如騎手競馬，一面鞭馬致死，一面得勝受獎。關於這一點，民法雖無明文，然既認賠償代位，即應認損益相抵為有效了。



## 第二章 債之效力

### 第一節 總說

(一) 債之效力的意義 何謂債之效力？即債的關係發生後所生的效力；詳細說，就是債權人基於債權關係所有的權能，及債務人基於債務關係所負的義務。這種效力和契約的效力不同；即契約的效力，只有發生債的關係的效力，當先於債的效力而發生的。

(二) 債之效力的種類 債的效力，可分為普通的效力和特別的效力兩種。什麼是普通的效力？即各種的債所通有的效力。什麼是特別的效力，即某種的債所獨有的效力。前者例如債務人的給付義務是；後者例如出賣人的擔保責任是。本章只說明債的普通效力，其特別效力，俟於各種之債再說。

債的普通效力，有屬於主要的，有屬於從屬的。何謂主要的效力？即債務人所應負的主要義務。例如給付義務是。何謂從屬的效力？即債務人所應負的從屬義務。例如注意義務，給付不能，給付延遲，受領延遲，不完全給付，及債的保全是。又債的普通效力，有屬於對內的，有屬於對外的。何謂對內的效力？即在當事人間所生的效力。例如給付義務，注意義務，給付不能，給付延遲，受領延遲，及不完全給付是。何謂對外的效力？即對於第三人所生的效力。例如債的保全是。

## 第二節 給付

### 第一款 給付的意義

何謂給付？就是實現債的內容的債務人的作爲或不作爲；簡單說，即債務人所應爲的行爲。債務人的行爲，可以叫做給付，其他人的行爲，不可叫做給付，是給付二字的含義，較行爲爲狹了。給付雖和履行沒有區別，然其和清償則有不同。清償係由債的消滅方面以爲觀察，即指實現債的標的行爲而言；給付係由債的效力方面以爲觀察，即指爲債的標的行爲而言。所以給付雖爲清償

的要素，仍有不同的地方。

## 第二款 給付的方法

債務人應依什麼方法為給付？依照民法所規定，債務人的給付，應依左列二方法：

(一) 給付要依債務本旨 所謂給付要依債務本旨，就是其給付的主體，標的，處所，及時間，都應該依照債的關係的內容。債的關係的內容，不管是由法律行為而定，抑由法律規定而定，債務人總要依照其內容而為給付。若是債務人不依照其內容，實行提出給付，即非債務的履行，自不生提出的效力（第二三五條前段。）

(二) 給付須依信用誠實 什麼叫做誠實信用？就是把雙方對立的利益加以公平較量，而求得其中道；把牠總括來說，叫做誠信。分開來說，誠實是兼顧相對人的利益，信用是尊重交易上的事例。債法在原則上因為衡平法；但是衡平和誠信還有不同，就是衡平為判斷某種關係的標準，誠信為一般行為的標準。又誠實信用這個原則，不僅在債務人履行債務時，應該適用；即在債權人行使權利時，也應該適用。所以民法第二一九條明定：行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。

### 第三款 注意義務

#### 第一項 總說

給付義務，既爲債的主要效力，則爲確保這項效力，債務人即不可不負注意義務。債務人既負有注意義務，則對於故意過失的行爲，孰不可不負責任了。由此可見，故意過失的責任，係以注意義務的存在爲前提，而注意義務，又以給付義務的存在爲前提，所以注意義務，係伴於給付義務而生，給付義務，一經消滅，注意義務也當然因而消滅了。

故意過失的責任，原則上係由怠於注意義務而生；但是也有縱使沒有注意義務，而只是怠於注意的，仍認爲有過失，是即前面所說的「過失相抵」。

#### 第二項 故意

(一) 故意的意義 何謂故意？就是行爲人有責任能力，明知其行爲發生一定的結果，而且有意使之發生的心理狀態。關於故意的性質，學說上很有爭執；有的主張，只要行爲人認識其行爲的結果，即已足夠，叫做認識主義，或是觀念主義；有的主張，只是行爲人認識其行爲的結果，還是不

等，并受其權利繼承的發生，叫做遺贈主義，或是希望主義。民法對於故意，並未加以限制，則為求與刑罰並用之解釋，應將一重動機果，即應認採用遺贈主義。

(二) 故意的責任 債務人爲故意應與故意責任債務人既負責任債務，即可將其故意爲違反債務的妨礙，勢必和債務的性質相反。所以民法第220條第一項規定債務人應就其故意的妨礙負責。現在把應該注意的專項分述於左：

(1) 故意責任預先免除的禁止 故意責任不能預先免除，各國法律有無明文規定者（例如日本民法）我民法則於第222條規定：故意的責任，不得預先免除。如果有預先免除的，其契約就有背於善良風俗，應認爲無效。

(2) 故意責任的範圍 債務人應負的責任，原以就其本人故意或是過失的行爲爲限，但爲保護交易的安全，亦有使債務人應就他人的故意或是過失負責的，所以民法特在第223條上段規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。」但此規定非強行的規定，當事人間如預以契約訂明債務人就代

理人或是使用人的故意或是過失不負責者，其約定仍為有效（第二二四條但書）。

（3）故意責任的能力 故意過失的責任，以債務人具有意思能力為前提，故債務人為無行為能力人或是限制行為能力人，其責任的歸結怎樣，自應依第一八七條的規定決定之（第二二一條）。

### 第三項 過失

（一）過失的意義 何謂過失？就是行為人有責任能力，就其行為所可預見的結果，因不注意而未預見，或是縱已預見而未容許的心理狀態。就這個定義分析，過失要具備下列三個要件：

（1）要其行為出於行為人的意思；（2）要就其行為所可預見的結果未預見，或是未容許；（3）要行為人有責任能力。（1）（3）兩要件，都和前述的故意一樣，其和故意不同的，只是第二要件。

（二）過失的分類 關於過失的分類，在羅馬法上採三分主義，近世則排斥這種分類方法，而把過失分為輕過失和重過失，而輕過失復分為抽象的輕過失和具體的輕過失兩種。現在把牠

物分過知差

(1) 抽象的輕過失 所謂抽象的輕過失，即指欠缺善良管理人的注意而言，也叫做抽象的過失。善良管理人的注意一語，係直接淵源於日本民法（日民第四〇〇條），間接淵源於羅馬法上良家父的注意。德國民法以「良家父」的字義欠妥，故易為交易上必要的注意。這種注意，係以交易上一般觀念，認為具有相當知識經驗的人，對於一定事件所用的注意程度為標準決定的。至債務人其人有没有這種知識經驗，及其向來的注意程度怎樣，均非所問。

(2) 具體的輕過失 所謂具體的輕過失，即指欠缺與處理自己事務為同一注意而言，也叫做具體的過失。所謂與處理自己事務為同一注意，即以債務人其人的平素，就自己事件所用的注意程度為決定標準，並非假設一人，而以其注重程度為標準。債務人對於具體的輕過失，應盡謹慎，然其注意的程度，通常較善良管理人的注意為低，其所負的責任，亦應較抽象的輕過失為輕。

(3) 重過失 所謂重過失，即指顯然欠缺注意而言，也叫做重大過失。凡只要用輕微注

意即可預見的情形，而竟怠於注意不爲相當準備的，即應認其有重大過失。重大過失和故意雖很相近，然一則無容許結果發生的意思，一則有容許結果發生的意思，其性質當有不同了。又重大過失和輕過失雖屬同一範疇，然一則未預見其結果的發生，一則已預見其結果的發生，其程度亦有區別。重過失的注意程度，既較具體的輕過失爲低，債務人的責任，也應較其爲輕。

(三) 過失的責任 債務人爲什麼應負過失責任？債務人既是負擔債務，如許其漫不注意，而爲違反債務的行爲，亦必和債務的性質相反。所以民法第二二〇條第一項明定：債務人應就其過失的行爲負責。現在把應該注意的事項分述於左：

(1) 過失責任的減輕 債務人雖應該就其過失的行爲負責；但是過失的責任，依照事件的特性而有輕重，如果其事件非予債務人以利益，即應該從輕酌定（第二二〇條第二項）。所謂依照事件的特性而有輕重，就是斟酌其負債務的具體情形，而爲輕重的決定。例如凡事爲自己利益而負債務者，其過失責任固應該從重，若是專爲他人利益而負債務者，其過失責任則應該從輕。所謂如果其事件非予債務人以利益，即應該從輕酌定的，就是其事件未使債務人取



得什麼利益，而應該把其過失責任酌減；例如因贈與面生的債，非予贈與人以何種利益，其責任即應該減輕是。

(2) 重大過失責任預先免除的禁止 重大過失和故意很相接近，故其責任不得預先免除，(第二二二條)故意和重大過失的責任，雖都禁止預先免除；但是事後拋棄其請求救濟的權利，則無不可。

(3) 具體的輕過失責任的加重 具體的輕過失，固以債務人所用的注意為標準而決定，若其注意程度低於普通人所為的注意，即仍應負責。所以民法第二二三條規定：應與處理自己事務為同一注意者，如有重大過失，仍應負責。

#### 第四項 事變

(一) 事變的意義 何謂事變？就是基於債務人的故意或是過失以外的一切事實。從廣義上解釋，不僅外界的事件，及第三人的行為，是為事變；即縱為債務人的行為，而不是基於其故意或是過失者，也為事變。又事變可分為通常事變與不可抗力兩種。所謂不可抗力，即其超越異常的範

圍，而挾有偉大勢力的事件。

(二) 事變的責任 依照民法所規定，債務人雖只應就其故意或是過失的行為負責；但亦有應該就通常事變或是不可抗力負其責任的。前者例如旅店或是其他以供客人住宿爲目的的場所主人，對於客人所攜物品的毀損喪失，應該負責是（第六〇六條第一項）；後者例如債務人在遲延中，對於因不可抗力而生的損害，原則上應該負責是（第二三一條）。

#### 第四款 給付不能

##### 第一項 給付不能的意義

民法上所謂給付不能，含有特別的意義，而應該從廣義解釋。凡是在論理上，必然的不能爲給付，因應認爲不能；就是在論理上，縱使爲可能，而使債務人冒犯生命上或是身體上的危險，違反法律上或是道德上的義務者，在一般社會觀念上，也應該爲不能。前者例如搜獲沈沒海洋的物品，追捕遠颯深山的盜匪是。後者例如因中疫不能如期服務，因父喪不能如約演劇是。又給付不能，只在作爲給付可以發生，即在不作爲給付也可發生；例如原與他人約定不居上海，現因在上海市政

唐嚴蕃，仍要居於上海是。

### 第二項 給付不能的種類

(一) 從始不能和嗣後不能 何謂從始不能，即給付不能的事實，自始即已存在；例如甲以馬賣與乙，其定約時馬已病死是。何謂嗣後不能，即給付不能的事實，嗣後始行發生；例如甲以馬賣與乙，其定約後馬始病死是。這裏的所謂不能，係專指後者而說的，前者則成爲債權生效與否的問題。至於從始不能和嗣後不能的區別，應該解爲以法律爲行成立的時期爲標準，而不是以債權成立的時期爲標準，較爲妥當。所以在附停止條件的法律行爲，給付不能如於其行爲成立以後，條件成就以前發生，也爲嗣後不能。

(二) 主觀不能和客觀不能 何謂主觀不能，即因債務人本身的情事而爲不能；例如畫工因爲折腕不能繪畫，演員因爲患病不能演劇是。何謂客觀不能，即因給付自身的情事而爲不能；例如鐵道因爲炸毀不能運送，飛機因爲風大不能飛行是。這裏的所謂不能，係指前者而說的，後者則成爲債權生效與否的問題。至於給付是否屬於債務人本身的不能，要以通常人處於債務人的地

位是否不能爲斷。照這樣解釋，纔可適合不能的意義。

(三) 絕對不能，和相對不能。何謂絕對不能？即基於給付的本來性質，不管是何時或是何人都屬不能，也叫做抽象不能：例如既死的人，不能復生是。何謂相對不能？即基於給付的特別情形，唯對於某時或是某人而爲不能，也叫做具體不能：例如不通英語的人，不能教授英語是。

(四) 全部不能，和一部不能。何謂全部不能？即給付的全部成爲不能：例如給付的標的物全部歸於消滅是。何謂一部不能？即給付的一部成爲不能：例如給付的標的物一部歸於消滅是。這裏的所謂不能，係指二者而說的。又一部不能，唯就可分給付而生，若爲不可分給付，則只生全部不能，而無一部不能的可言。

(五) 永久不能，和暫時不能。何謂永久不能？即謂永久存續的給付不能：例如既死的人，不能醫活，全燬的屋，不能復原是。何謂暫時不能？即一時存在的給付不能：例如工人因爲一時手傷，不能勞動，交通因爲一時斷絕，不能運送是。這種區別，殊無實益，因爲給付只要在給付時或是債務人得爲給付時成爲不能，即發生給付不能的效力，至其究爲永久不能，抑爲暫時不能，就可不問。

(六)可歸責於債務人事由的不能，和不可歸責於債務人事由的不能。何謂可歸責於債務人的事由？原則上係指債務人有故意或是過失的事由而言。何謂不可歸責於債務人的事由？原則上係指非債務人有故意或是過失的事由而言。債務人雖只就故意或是過失的行為應該負責；但是也有例外的規定，即債務人應對於事變負責者，其不能如係由事變而生，即屬可歸責於債務人事由的不能；反之，債務人只對於故意負責者，其不能如係由過失或是事變而生，即屬於不可歸責於債務人事由的不能。要之，債務人應否就給付不能的事由負責，要看其是否因可歸責於債務人的事由而生以爲決定的。其是否屬於可歸責於債務人的事由，又應就各個債的關係，債務人所應爲的注意義務以爲決定。

### 第三項 給付不能的效力

給付不能發生的事由，既有不同，其效力當亦因之而異。現在把牠分述於左：

(一)給付不能因不可歸責於債務人的事由而生時 在這種情形，其應生的效力如左：

(1)債務人免除給付義務 因不可歸責於債務人的事由，而致給付不能者，債務人得

以免除給付義務（第二二五條第一項。）這所謂不能，係指客觀不能而說的，如屬主觀不能（例如種類債權的不能給付），債務人仍是不得免責。又這種不能，如屬全部不能，債務人固得把全部給付義務免除。若係一部不能，債務人只可把一部給付義務免除，而對於可能部分，還是要為給付的。

（2）債權人行使代償請求權 因不可歸責於債務人的事由，而致給付不能者，債務人既得免除給付義務，有時復得對於第三人取得利益，如果不認債權人享有代償請求權，反使債務人因不能給付而得二重利益了。所以民法特於第二二五條第二項明認債權人有代償請求權。何謂代償請求權？就是債務人因給付不能，而由第三人取得代償該給付的利益，債權人對於債務人即有請求轉讓其利益的權利。這種權利的成立，要具備下列三個要件：（1）要債務人由第三人取得利益；（2）要其利益因給付不能的事由而取得；（3）要其利益確係該給付的代替。具備上面所述的要件，並且有下列情形之一者，債權人都得行使代償請求權：（1）債務人因給付物為第三人所毀壞，而取得的賠償請求權，或是所受領的賠償金；（2）債務人因

給付物爲火災所燬滅，而取得的保險金請求權，或是所受領的保險金；（3）債務人因給付物被公用徵收，而取得的補償金請求權，或是所受領的補償金。又這種權利，只可請求移轉，而不是當然移轉的，如果債權人不爲請求讓與或交付，債務人還可保有其利益。

（二）給付不能因可歸責於債務人的事由而生時，因可歸責於債務人的事由，而致給付不能者，債權人得以請求損害賠償（第二二六條第一項）。這種不能的效力，雖不因其爲主觀不能，抑爲客觀不能而異，然其效力則因全部不能和一部不能而有不同：給付爲全部不能者，債務人應該負全部不履行的損害賠償；其爲一部不能的，債務人只要負一部不履行的損害賠償，而對於可能部分，債務人還要爲履行。但這只是原則，如果債務人履行其可能部分，而於債權人沒有利益，債務人也得拒絕一部的給付，而行使全部不履行的損害賠償請求權（第二二六條第二項）。

#### 第五款 不完全給付

（一）不完全給付的意義 何謂不完全給付？就是債務人雖爲給付，而其標的的種類、品質，及給付方法，則和債務本旨有不合。例如債務人交付病馬，而致債權人所有的馬全受傳染是。

(二) 不完全給付的要件 不完全給付，要具備左列三個要件，纔可成立：

(1) 要會為給付 債務人若只消極的違反債務，僅可發生不能給付，或是給付遲延的問題，而非此所謂不完全給付。

(2) 要其給付不完全 這所謂不完全，係指給付的內容及方法違反債務本旨而言，若只給付的時期違反債務本旨，只可發生給付遲延。

(3) 要因可歸責於債務人的事由 關於這一點，民法雖無明文規定；但在原則上，既是採用過失主義，不完全給付也要因可歸責於債務人的事由而生者，債務人纔應負其責任。

(三) 不完全給付的效力 不完全給付的效力怎樣？依照民法第二二七條所規定，債權人得向法院聲請強制執行，並且可以請求損害賠償。惟關於強制執行的適用，還有下列的限制：(1) 債務的性質，要適於強制執行；(2) 不完全的給付，要有補正的可能。如為特種技能，或是不能補正的，都無適用的餘地了。又債權人在強制執行以外，如果尚有損害，固並得請求損害賠償，就是請求損害賠償代替強制執行的聲請，也沒有不可。



## 第三節 遲延

### 第一款 總說

就遲延發生的情形說，可以把牠分爲三種：（一）給付遲延，即因可歸責於債務人的事由而生的，也叫做債務人遲延；（二）受領遲延，即因可歸責於債權人的事由而生的，也叫做債權人遲延；（三）事變遲延，即因不可歸責於債務人的事由而生的。依照民法所規定，事變遲延，債務人不負遲延責任（第二三〇條）。現在專就給付遲延和受領遲延說明於次。

### 第二款 給付遲延

#### 第一項 給付遲延的意義

何謂給付遲延？就是債務人應該爲給付，而在給付期不爲給付。這種遲延，雖和給付不能同爲債務人的不爲給付，然前者係爲給付可能，而不爲給付，後者係爲給付不能，而不爲給付，所以前者得爲強制執行的聲請，後者則無適用強制執行的餘地。又這種遲延，雖和不完全給付同爲不給付，

債權人都得聲請強制執行。然前者爲單純的未爲給付，後者爲已爲給付而不完全，是二者又有不同。

## 第二項 給付遲延的要件

(一) 要有債務的存在 給付遲延，必須有債務的存在。如果債務尙未發生，或是已經消滅，都是無債務的存在，自不得發生給付遲延了。這所謂債務，非專指作爲債務而說的，即不作爲債務，也可發生給付遲延。

(二) 要其債務已到給付期 債務已經到了給付期，還未爲給付，纔可發生給付遲延。若是給付期尙未屆滿，債務人既不負給付義務，自無給付遲延的可言。惟這所謂給付期，有確定和不確定之分，民法的規定，亦因之而有不同，現在分別說明於左：

(1) 給付有確定期限者 在這種情形，債務人究應自什麼時期負遲延責任？依照民法所規定，給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起負遲延責任（第二二九條第一項）。依照這項規定，確定期限一屆到來，債務人即負遲延責任，不要債權人再爲催告。

(2) 給付無確定期限者。在這種情形，債務人究應自什麼時期負遲延責任？依照民法所規定，給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起負遲延責任（第二二九條第二項前段）。催告為債權人對於債務人請求給付的意思通知，其性質當和一般催告一樣，自可解為準法律行為。凡是催告未定期限的，債務人固應自受催告時起負遲延責任；其定有期限的，債務人則應自期限屆滿時起負遲延責任（第二二九條第三項）。又催告為債權人對於債務人所為裁判外的請求，若為裁判上的請求，也沒有不可。所以民法明定：其經債權人起訴，或是依督促程序送達支付命令者，與催告有同一之效力（第二二九條第二項後段）。

(三) 要因可歸責於債務人的事由而致未為給付。給付遲延的成立，不僅要其債務已到給付期而未為給付，並且要因可歸責於債務人的事由而致未為給付。若是因不可歸責於債務人的事由而致未為給付，債務人即不負遲延責任了（第二三〇條）。例如給付完結，而債權人不予協助，或是債務人有留置權（第九二八條），或是債務人有同時履行抗辯權（第二六四條），其

遲延都有正當理由，債務人雖未為給付，亦不負遲延責任是。

### 第三項 給付遲延的效力

(一) 債權人得為強制執行的聲請。這即是債權人的聲請強制執行權。債務人給付遲延，其債務並不能因而消滅。所以民法第二二七條明定：債務人不為給付者，債權人得聲請法院強制執行。

(二) 債權人得為損害賠償的請求。給付遲延，常使債權人受到損害，如果只能請求給付，不得請求損害賠償，還是不足保護其利益。依照民法第二三一條第一項及第二項前段所規定，債權人不僅對於因遲延而生的損害，可以請求賠償，並且對於在遲延中因不可抗力而生的損害，也可以請求賠償。雖然，債務人對於事變，亦非絕對的要負責任，債務人如能證明縱使不遲延給付，損害還是不免發生者，債務人就可免負賠償責任，以昭公平（第二三一條第二項但書）。

(三) 債權人得為給付的拒絕。在通常的遲延，債權人雖是一面可以請求賠償，一面仍要受領給付，而不得請求不履行的損害賠償（即填補賠償）。若是遲延後的給付，對於債權人沒有

利益，債權人自得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生的損害（第二三二條）。

（四）債權人得為遲延利息的請求。金錢債務，只能發生債務人遲延，而無所謂給付不能。故民法第二三三條規定，遲延的債務，如以支付金錢為標的，債權人並得請求依法定利率或是約定利率計算的遲延利息，惟民法既設禁止複利的規定，對於利息就不須支付遲延利息了。債權人對於金錢債務的遲延，雖得請求支付遲延利息，然此不過請求賠償的最少限度，如果債權人證明受有其他損害者，並得請求賠償其損害。

### 第三款 受領遲延

#### 第一項 受領遲延的意義

何謂受領遲延？就是債權人對於已完結的給付，而不為必要的協力。債務人履行其債務，有時需債權人予以協力，例如赴領債務是；有時不需債權人予以協力，例如不作為債務是。這裏的所謂受領遲延，唯指前者而說的。又給付遲延和受領遲延的性質不同：一以給付義務為前提，債務人如果不為給付，即算違反債務，應該加重其責任；一則不以受領義務為前提，債權人如果不為受領，並

非違反債務，唯得減免債務人的責任。

## 第二項 受領遲延的要件

(一) 要有債權的存在。受領遲延，必須有債權的存在。如果債權還未成立，或是已經消滅，都是無債權的存在，自不得發生受領遲延。至於其債權的內容怎樣，原因怎樣，那就可以不問。

(二) 要債務人已經提出給付。債權人對於已經提出給付，不為必要的協力，纔可成為受領遲延。如果債務人未提出給付，即無受領遲延的可言。依照民法第二三五條所規定，債務人原則上要為現實提出，而以言詞提出為例外。

(1) 現實提出。何謂現實提出？即債務人現實為履行所必要的行為，而待債權人受領給付。例如詣交債務，債務人要至債權人的住所，而把給付標的物置在債權人可得受領的地位。是債務人為現實提出，必須依債務的本旨。如果給付標的物的種類、品質、分量，未依債務本旨實行提出，即不生提出的效力。(第二三五條前段。)

(2) 言詞提出。何謂言詞提出？即債務人把準備給付的事情通知債權人以代提出。

備給付的通知，既爲事實的通知，自非債務人事實上已有給付的準備，不生提出的效力。債務人爲言詞提出，唯限於下列兩種情形，纔可有效：（1）債權人已預示拒絕受領的意思；（2）給付變更債權人的行爲（第二三五條後段）。

（三）要債權人不爲協力 這種情形，可以分爲兩點說明：

（1）拒絕受領 這即是債權人對於已提出的給付而不爲協力。債權人拒絕受領，應該從提出時起負遲延責任，這在民法第二三四條有明文規定。這種規定，不管是現實提出，抑係言詞提出，都可以適用。

（2）不能受領 這即是債權人基於自身的情事而不能爲協力。不能受領和不能給付不同，不能給付，係在社會觀念上，認其已欠缺給付行爲的基本要素，從始當無受領的可言；例如修理房屋的債，其房屋已被燒燬是；不能受領，係基於債權人主觀的情事，而致其不能爲受領；例如債權人因失蹤疾病，不能受領給付是。

上面所說明的，不過是原則，民法尚設有例外規定，及例外的例外。所謂例外規定，即給付無確

定期限，或是債務人於清償期前得爲給付者，債權人就一時不能受領的事情，不負遲延責任（第二三六條前段）。所謂例外的例外，即其提出給付，由於債權人的催告，或是債務人已於相當期間前預告債權人者，債權人仍應負遲延責任（第二三六條但書）。

### 第三項 受領遲延的效力

（一）債務人的責任減輕 債務人的債務，雖不因受領遲延而消滅，然其責任則可因而減輕了。在通常情形，債務人原應就輕過失負其責任，在債權人遲延中，債務人則只就故意或是重大過失負其責任（第二三七條）。

（二）債務人不要支付利息 在債權人遲延中，債務人不但不要支付遲延利息，並且不要支付法定利息及約定利息（第二三八條），爲什麼？債權人既已受領遲延，即使債務人在實際上已不能再利用原本，而取得其利益了。

（三）債務人不要返還未收取的孳息 債務人對於由標的物所生的孳息，或是償還其價金，如果已經收取，固要負返還的義務。若是債務人未收取其孳息，並非出於故意或是重大過失，自



不須負返還的義務（第二三九條）。

（四）債務人得以請求賠償提出及保管的費用。債務人因受領遲延而受的損害，雖是不得請求賠償，然因受領遲延所支出的一切費用，則應該認其有償還請求權。所以民法第二四〇條規定：「債權人遲延者，債務人得請求其賠償提出及保管給付物的必要費用。」

（五）債務人得把不動產的占有拋棄。在債權人受領遲延後，債務人負交付動產的義務者，尚可為債權人提存（第三二六條）；其負移轉不動產的義務者，則無提存的可能了。所以民法第二四一條第一項規定：「有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有。」惟拋棄不動產的占有，也要兼顧債權人的利益，除掉有不能通知的情形以外，要預先通知債權人（第二四一條第二項）。

#### 第四節 保全

#### 第一款 總說

債的保全方法有二：一要待當事人的特約，纔許債權人對於債務人的財產，有爲保全行爲的權利，例如保證契約（第七三九條以下）及擔保物權（第八六〇條以下）是；一不待當事人的特約，即許債權人對於債務人的財產，有爲保全行爲的權利，例如代位權（第二四二條及二四三條）及撤銷權（第二四四條及第二四五條）是。本節所謂債的保全，係專指後者而言的。

## 第二款 代位權

### 第一項 代位權的意義

何謂代位權？即債權人以自己的名義，而使債務人的權利的權利，也叫做代位訴權，間接訴權，或是斜之訴權。現在把牠的性質分析說明如左：

（一）代位權爲實體法上的權利。代位權的行使，雖常藉訴訟爲手段，然就其性質上說，牠仍爲實體法上的權利，不是訴訟法上的權利。若問其爲何種私權，代位權既係依自己行爲而發生法律上的效力，自應認爲形成權的一種。又代位權和強制執行權不同，卽一以保全債務人的財產爲目的，一以直接受滿足的清償爲目的。所以代位只爲強制執行的準備作用，並非直接能使債權

受強制執行的。

(二)代位權爲債權人以自己名義行使債務人權利的權利。就這一點說，代位權和代理權不同；代理人行使代理權，是用本人的名義，而非用代理人的名義；債權人行使代位權，是用自己的名義，而非用債務人的名義。不過債權人行使代位權，雖用自己的名義，然其效果則仍對債務人而發生。

## 第二項 代位權的要件

(一)須債務人怠於行使其權利。債務人對於其得行使的權利，如果行使沒有怠忽，債權人自不得妄加干涉；必須債務人怠於行使，債權人纔可行使其代位權（第二四二條前段）。所以債務人已就其權利提起訴訟時，債權人即不得更行起訴了。

(二)須因保全債權。代位權既以保全債權人的債權爲目的，必須其債權有保全的必要，債權人纔得行使代位權（第二四二條前段）。所謂債權有保全的必要，就是指債權人有不能受清償的危險而言。通常債權人行使代位權，雖要證明債務人的資力有不能清償其債務的危險；但

是亦有特定債權，因債務人怠於行使其權利，而致有不能直接履行的危險，債權人仍得行使代位權。例如甲向乙買受古董，未受交付，即把牠轉賣於丙，如甲怠於向乙請求交付，丙也得行使代位權。

(三)須有得爲代位權的客體。債權人行使代位權，係以債務人的權利爲客體。凡非債務人的權利，債權人固是不得代爲行使；即爲債務人的權能（例如債務人的承諾資格），債權人也不得代位行使。代位權的標的，雖要爲債務人的權利，然非對於債務人的任何權利都得行使，只是以非專屬於債務人本身的權利爲限。若爲專屬於債務人本身的權利，債權人即不得代位行使（第二四二條但書），現在將其大要說明如左：

(1)非構成債務人的財產的權利。這即是無財產的價格的權利，債權人自不得代位行使。例如夫權，親權，非婚生子女否認權，非婚生子女認領請求權，婚姻撤銷權，離婚請求權等，都爲親屬法上的權利，不得爲代位權的客體。

(2)雖是構成債務人的財產，而含有專屬性的權利。這種權利，不得由債權人行使代

位權，其情形有三：（1）純然基於無形利益的權利，雖為財產權，然法律認其有專屬性，債權人自不得代位行使；例如扶養請求權。（2）主要的基於無形利益的權利，雖為財產權的一種，如果置重於無形利益，債權人亦不得代位行使；例如基於身體、生命、名譽、自由侵害所生的非財產的損害賠償請求權。（3）着重於當事人一身之契約所生的權利，雖純係財產權，然常着重於當事人一身的權利，債權人也不得代位行使；例如由僱傭所生的勞務請求權，或是由委任所生的處理請求權是。

（四）原則上須債務人負遲延責任。債權如未屆清償期，究竟債務人將來能不能如期清償，是很難預定的，債權人自無須預先行使代位權。所以代位權的發生，必須其債權已有給付遲延。惟專為保全債務人的權利的行為（例如中斷消滅時效，呈報破產債權）雖在清償期未屆至以前，債權人也得代位行使（第二四三條）。

### 第三項 代位權的行使

債權人行使代位權，既應該用自己的名義，自不能適用代理的規定。至其行使的範圍怎樣，則

應以保存行爲及實行行爲爲限。何謂保存行爲？就是防止債務人權利消滅的行爲；例如中斷消滅時效，及爲登記是。何謂實行行爲？就是實施債務人權利內容的行爲，及使其權利效力實現的行爲；例如提起訴訟，參加訴訟，提起上訴，或是反訴，聲請假扣押，或是假處分，及爲強制執行，受領清償是。債權人得否爲處分行爲？學說上尙有爭執。依我的見解，免除債務，拋棄權利等行爲，債權人雖不得爲之，若是抵銷，更改等行爲，既於債務人有益，債權人自得爲之。

#### 第四項 代位權的效力

(一) 對於債權人的效力 債權人行使代位權，既以債務人的權利爲其客體，則因其行使所得的結果，自應歸屬於債務人。作爲總債權人的共同擔保。所以行使代位權人應與受益債權人受平等待遇，不得主張獨占其利益或主張優先權。

(二) 對於債務人的效力 如債權人用自己的名義，而對於第三人提起訴訟，其判決的效力，只能及於債權人及第三人，至債務人及其他債權人則不受其拘束，仍可自行起訴。雖然，債務人及其他債權人，如已參加訴訟，則應受其既判力的拘束，不得再行起訴了。

(三)對於第三人的效力 債權人行使代位權，其對於第三人的關係，亦與債務人對於第三人一樣。所以第三人就該權利的行使，得以其對於債務人的一切抗辯對抗行使代位權人。例如第三人對於債務人有權利不發生的抗辯，或是權利消滅的抗辯，或是同時履行的抗辯，或是抵銷的抗辯，如果債權人代位行使債權人的權利，第三人也得以這些權利和他對抗。雖然，債權人既非行使自己的權利，則第三人自不得以直接對於債權人所有的抗辯和他對抗了。

### 第三款 撤銷權

#### 第一項 撤銷權的意義

何謂撤銷權？即債權人撤銷債務人的行為的權利，也叫做撤銷訴權，直接訴權，或是廢罷訴權。現在把牠的性質分析說明如左：

(一)撤銷權為實體法上的權利 撤銷權的行使，雖應該向法院為聲請，然不可謂其為訴訟法上的權利，也不可謂其為訴訟法上權利和實體法上權利的併合。況且民法為實體法，撤銷權既是規定於民法債編中，則其為實體法上的權利，更是沒有疑義。

(二) 撤銷權爲撤銷債務人的行爲的權利。撤銷權的性質怎樣，學說上雖有爭執，然債權人行使撤銷權，其目的既在撤銷債務人所爲詐害行爲的效力，即應該認其爲形成權的一種。所以返還財產的請求，只爲撤銷權行使以後的效果，而非撤銷權的本體。

## 第二項 撤銷權的要件

債務人的行爲，可分爲有償行爲和無償行爲，撤銷權的成立要件，亦因之而有不同。爲什麼無償行爲，性質上常足以害及債權人的債權，有償行爲，則性質上通常不致害及債權人的債權。所以民法採用客觀主義，認撤銷權的成立，在無償行爲只須有詐害行爲（即客觀要件），不須有詐害意思（即主觀要件），在有償行爲則要二者都具備，分述如左：

(一) 須債務人曾爲以財產爲標的的行爲。撤銷權既爲撤銷債務人的行爲的權利，則得爲撤銷權的客體，自應以債務人的行爲爲限；惟債務人的行爲，是否須爲法律行爲，立法例尚不一致。依照民法第一一四條的規定解釋，自係指法律行爲而言。債權人行使撤銷權，既以債務人的法律行爲爲其客體，則單純不作爲，及事實行爲，都不得撤銷，可無疑義。



撤銷權的客體，不僅要以債務人的法律行為爲限，並且要爲債務人的財產上的行為（第二四四條第三項。）什麼是財產上的行為？卽是以財產爲標的的行為。撤銷權的客體，既限於債務人的財產上的行為，則以身分關係爲標的的法律行為，而伴有財產上的效力的（例如結婚，離婚等行為，）或是以身分關係及財產關係爲標的的法律行為，而一併發生財產上的效力的（例如廢繼的同意，入贅契約的解除等行為，）固是不得撤銷；就是以債務人的勞務，或其他不關於財產的作爲爲標的的法律行為，也不得撤銷。

（二）須債務人曾爲減少自己財產的行為。債務人雖爲某種行為，而其財產並未因而減少，債權人仍是不不得撤銷的，必須因其行為減少自己的財產，債權人纔得行使撤銷權。至其減少財產的行為，究爲積極的減少財產，抑爲消極的增加債務，那就可以不問了。

（三）須債務人的行為有害及債權人的債權。債務人的財產，雖是因其行為而減少，如果其存餘的財產，還足履行債務，而無害及債權人的債權，債權人仍不得行使撤銷權。所以債權人行使撤銷權，必須債務人有害及債權人的債權（第二四四條。）現在把有害及債權的要件說明於左：

(1) 須債務人的清償能力減少。何謂清償能力減少？就是債務人足供清償的財產現已減少。因債務人的行爲，而致足供清償的財產有所減少，繼生害及債權的問題。何謂財產減少？即包含積極的減少財產，和消極的增加債務而言。前者例如債務人贈與其所有物，或是免除債務是。後者例如債務人新負債務是。

(2) 須債權有不能受清償的危險。債務人的清償能力，雖是已經減少，尙有不害及其債權，必須債權人有不能受清償的危險，債權人纔可行使撤銷權。所謂不能受清償的危險，究係指自己債權履行不能或是困難而言，抑係指一般債權履行不能或是困難而言，民法無明文，可解爲：不論總債權人或是某一債權人的債權，如因債務人的行爲，而致支付不能，或是財產不足（即債務超過），都得行使撤銷權。

(3) 須債務人行爲與害及債權有因果關係。這所謂因果關係，即指債權係因債務人的行爲受了損害而言。債務人的行爲，直接的使債權受了損害，固須予債權人以撤銷權；就是其行爲只爲財產減少的間接原因，也須予債權人以撤銷權。

(四)須有詐害認識。債務人的行為爲無償行為時，只要具備前述三個要件(客觀要件)，債權人就有撤銷權，其爲有償行為時，除須具備前述三個要件以外，還要具備詳實認識這個要件(主觀要件)，債權人纔有撤銷權。現在把這個要件分述如左：

(1)須債務人爲惡意。這裏的所謂惡意，即債務人於行為時，明知有損害於債權人的權利。關於這一點，各國法律有的採認識主義(即觀念主義)；有的採意思主義(即希望主義)。民法的規定(第二四四條第二項)係採用第一主義。

(2)須受益人爲惡意。這裏的所謂惡意，即受益人於受益時，明知有損害於債權人的權利(第二四四條第二項)；所謂受益人，係泛指基於債務人的行為取得利益的人。受益人，通常固爲法律行為的相對人；但是以契約訂定向第三人爲給付的第三人，也爲受益人。

### 第三項 撤銷權的行使

撤銷權行使的方法怎樣？依照民法所規定，係以意思表示撤銷爲原則(第一一六條)；聲請法院撤銷爲例外(第二四四條)。債權人行使撤銷權，是要向法院聲請撤銷，自與一般撤銷權不

同。撤銷之訴的性質怎樣，學說上雖有爭執，要以解爲形成之訴爲妥當。撤銷之訴，雖以債權人爲原告，其被告則應視債務人所爲的法律行爲如何爲斷：債務人爲單獨行爲時，應該以債務人爲原告；其爲契約時，則應該以債務人及其相對人爲被告。

債權人行使撤銷權的效果，既易涉及第三人，如果使其常處於不確定的狀態，很難保護交易的安全，自有規定消滅時效的必要。依照民法所規定，自債權人知有撤銷原因時起一年間不行使，或是自行爲時起經過十年，撤銷權即歸於消滅（第二四五條）。

#### 第四項 撤銷權的效力

（一）對於債權人的效力 債權人行使撤銷權的結果，雖應該使其財產復歸於債務人，然其財產是爲總債權人的共同擔保，行使撤銷權的債權人，卻無優先受清償的權利。

（二）對於債務人及受益人的效力 債務人的行爲一經撤銷，即視爲自始無效（第一一四條第一項）。所謂自始無效，即是被撤銷的法律行爲溯及既往，而使已發生的法律關係歸於消滅，已消滅的法律關係因而復活。所以因債務人的行爲而移轉所有權，或是設定他物權時，一經撤

銷，物權關係視為未移轉或未設定。因債務人的行為而讓與債權，或是免除債務時，一經撤銷，債權關係視為未讓與或是未免除。又債務人的行為，一經撤銷，其財產即當然復歸於債務人，而可向受益人請求返還其財產，是其發生物權的效力，可無疑義。

(三)對於轉得人的效力 何謂轉得人？即指由受益人直接或間接特定繼受債務人行爲之標的物或是權利的人而言。債權人行使撤銷權，是否要以受益人及轉得人均係惡意爲要件？債務人爲有償行爲時，必須轉得人在轉得受益時明知有害及債權，債權人纔可行使撤銷權。所以只是受益人或是轉得人一方有惡意的，債權人尚不得行使其權利。

### 第五節 契約的效力

#### 第一款 總說

民法把契約的成立，和契約的效力分節規定。前者規定於債的發生中（第一章第一節第一款）；後者規定於債的效力中（第一章第一節第四款）。惟契約的效力，既與債的效力不同，即應

該把牠分別規定，民法把牠規定於債的效力中，實不妥當。現在爲敘述的便利計，仍依民法編制的順序說明。

契約的效力，可分爲一般的效力和具體的效力。什麼是一般的效力？即各種契約所通有的效力。例如債編通則所規定的效力。什麼是具體的效力？即某種契約所獨有的效力。例如債編分則及其他特別法所規定，或是當事人所訂定的效力。現在所敘述的，只以前者爲限，後者俟於債編各論中再論。

## 第二款 契約的標的

(一) 契約標的的意義 所謂契約的標的，就是當事人所欲發生的法律上的效力。契約的標的，原可由當事人自由約定；但是契約爲法律行爲的一種，亦須有適當的內容。何謂適當的內容？即指契約的標的要爲可能的，確定的，及適法的而言。

(二) 契約標的的不能 這所謂不能，應該作廣義解釋，是與前述給付不能的不能一樣的；惟標的的不能，僅指自始不能及客觀不能而言，是又與給付不能有區別了。現在把標的不能的效

力分遞於左：

(1) 契約以不能的給付爲標的，原則上應爲無效。契約的標的，應該在契約成立時卽爲可能，如果以不能的給付爲標的，其契約卽應爲無效（第二四六條第一項前段）。雖然，此爲原則，民法尙設有下列的例外規定：(1) 不能的情形如可除去，而當事人訂約時並且預期於不能的情形除去後爲給付者，其契約仍爲有效（第二四六條第一項但書）。例如在政府禁止米糧出口的時候，當事人仍訂立販運米糧出口的契約，如果這項禁令可以解除，當事人並且預期於解禁後爲給付的，其契約仍爲有效。(2) 附有停止條件或是始期的契約，於條件成就或是期限屆至前不能的情形已經除去者，其契約亦爲有效（第二四六條第二項）。

(2) 因契約無效而受損害的賠償責任 依照民法第二七四條第一項所規定，契約無效的損害賠償，與一般的損害賠償不同，卽是不僅要當事人在訂約當時明知或是可得而知其標的爲不能，並且要他方當事人非因過失而信其契約爲有效，致受損害，纔負賠償責任。又給付一部不能而契約就其他部分仍爲有效者，或是依選擇而定的數宗給付中有一宗給付不能者。

依照民法第二七四條第二項所規定，這兩種情形，都應該準用前項的規定解決之。

### 第三款 契約的確保

#### 第一項 定金

(一) 定金的意義 何謂定金？即當事人的一方，在契約着手履行以前，對於他方所交付的金錢或是其他的物。定金的客體，原不以金錢為限，自不須都有財產上的價格；在違約定金或是解約定金，因其為債務不履行的制裁，或是保留解除權的對價，自須有財產上的價格；反之，在證約定金或是成約定金，則因其為契約成立的證據或是要件，故不須有財產上的價格。

(二) 定金的種類 定金因其目的的不同，可以把牠分為四種：(1) 證約定金，就是為證明契約的成立所交付的定金；(2) 成約定金，就是為契約成立的要件所交付的定金；(3) 違約定金，就是為契約履行的擔保所交付的定金；(4) 解約定金，就是為保留解除權的對價所交付的定金。依照民法第二四八條「訂約當事人一方，由他方受有定金時，其契約視為成立」的規定，一切定金，都具有成約定金的性質。



(三) 定金的效力 依照民法第二四九條的規定，定金除當事人另有訂定外，其應該發生的效力如下：

(1) 契約已經履行時的效力 付定金當事人已經履行其契約者，受定金當事人應該把定金返還或是作為給付的一部。

(2) 契約不能履行時的效力 這種情形，可以分為三點說明於左：

(A) 契約因可歸責於付定金當事人的事由，而致不能履行時 在此情形，定金具有違約定金的性質，付定金當事人不得請求返還其定金，就是使他喪失定金返還請求權。

(B) 契約因可歸責於受定金當事人的事由，而致不能履行時 在此情形，定金具有解約定金的性質，受定金當事人除掉返還其所受價的定金以外，並且應給付和定金同一數額的解約金。

(C) 契約因不可歸責於雙方當事人的事由，而致不能履行時 在此情形雙方當事人既可免其責任，付定金當事人對於所付的定金，自可行使返還請求權。

## 第二項 違約金

(一) 違約金的意義 何謂違約金？即當事人約於債務人不履行債務時，對於債權人或是第三人所支付的金錢或是其他的給付。違約金的客體，通常雖為金錢；但是不限於金錢。違約金為金錢，是為狹義的違約金（第二五〇條第一項）；其為金錢以外的給付，是為廣義的違約金（第二五三條）。惟金錢以外的給付，雖可為違約金，必須有財產上的價格，是與前述的定金又有不同。

(二) 違約金的減少 違約金的數額，不能請求減少，應該看其性質之如何而定。違約金為損害賠償總額的預定，即應該許其請求減少；其為債務不履行的制裁，則不許其請求減少。依照民法所規定，法院得依債務人的請求，而把違約金加以減少，其情形有二：

(1) 債務人已為一部履行者，法院得按照債權人因一部履行所受的利益，而把違約金加以減少（第二五一條）。

(2) 違約金的數額，如果約定過高，法院得把違約金減至相當的數額（第二五二條）。

(三) 違約金的效力 自違約金的性質上說，既可把牠分為損害賠償總額的預定，與債務

不履行的制裁兩種，其效力自亦因之而有不同，分述於左：

(1) 原則視為損害賠償總額的豫定。違約金的約定，原則上既視為損害賠償總額，其性質即為豫定賠償額。所以債權人於債務人不履行債務時，祇可依約定數額請求支付違約金，不得更請求履行或是不履行的損害賠償（第二五〇條第二項前段。）

(2) 例外認為債務不履行的制裁。當事人間約定，如果債務人不於適當時期，或是不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，其作用為不履行的制裁。所以債權人於債務不履行時，除掉違約金以外，並且得請求履行或是不履行的損害賠償（第二五〇條二項但書。）

#### 第四款 契約的解除

##### 第一項 解除的意義

所謂解除，即契約當事人的一方，基於契約成立後所發生的事由，而使其契約歸於消滅的單獨行為。現在把牠的性質分析說明如左：

(一) 解除為單獨行為。解除為一方的意思表示，不要得他方的同意，即可發生效力，自為

單獨行爲的一種。解除既爲單獨行爲，似和終止契約的性質沒有區別；但是終止契約，只就繼續性的契約纔能發生（例如租賃、僱傭、委任、合夥等契約），而解除契約，則不問契約有沒有繼續性，都可發生，是又二者的異點。

（二）解除係使已成立的契約自始無效。契約一經解除，即應該自始無效。何謂自始無效？即溯及契約成立時不生效力；詳細說，就是被解除的契約尙未履行的，當事人都免除給付義務；其已經履行的，當事人則應負返還義務。就這一點說，解除和撤銷無異，而與終止契約、附解除條件契約、及撤回都有不同。

（三）解除係基於契約成立後發生的事由而爲的。契約的解除，最易影響當事人的利益。當事人的一方，如果沒有特別事由，即不能無故的把其契約解除。所以必須於契約成立後發生一定的事由，纔能發生解除權。此所謂一定的事由，故包含法定原因和約定原因而言的，自與撤銷只有法定原因不同。又其原因不是存於該行爲的本身，也與撤回顯有區別。

（四）解除係專就債權契約而爲的。解除不管爲法律上的解除，抑爲契約上的解除，要皆

以債權契約爲限，而與撤銷、撤回、及附解除條件契約，都有不同。解除既受限於債權契約，則民法第二五四條以下的規定，不得適用於物權契約及準物權契約，可無疑義。

## 第二項 解除的原因

(一) 約定解除的原因 約定解除的原因，即是當事人的一方解除契約，係基於契約所保留的原因；簡單說，就是解除權的保留，也叫做約定解除權。例如買回特約，及解約定金是。

解除權的保留，不問其爲雙務契約，抑爲片務契約，亦不問其爲當事人的一方，抑爲當事人的雙方，更不問其訂立於當時，抑訂立於以後。又解除權的保留，通常雖要有一定的事由；但是當事人約定任意解除，亦無不可。

(二) 法定解除的原因 法定解除的原因，即是當事人的一方解除契約，係基於法律所規定的原因，也叫做法定解除權。法定解除權，有的基於一般契約共同的解除原因；有的基於各種契約特有的解除原因。前者例如民法第二五四條至第二五六條所規定的解除原因。後者例如民法第三五九條，第三六三條，第四九四條，第四九五條，及第五〇二條所規定的解除原因。現在所

要說明的，唯以前者爲限。

依照民法所規定的，法定解除的原因，不外是給付遲延及給付不能兩種，實則不完全給付也爲解除的原因，分述如左：

(1) 因給付遲延的解除 債務人給付遲延時，如果債權人只得行使第二二七條，第二二一條第一項，及第二三二條所規定的權利，還是不足保護其利益，必須更與債權人以契約解除權。惟其解除的要件，尙因給付期是否重要而有不同：

(A) 給付期非重要者 此即契約的性質，或是依當事人的意思表示，不於一定時期內爲給付，仍能達其契約的目的。在這種情形，債權人要先定相當期限，催告債務人履行，如果於其期限內還不履行，纔得把其契約解除（第二五四條）。其要件有三：(1) 要債務人遲延給付；(2) 要債權人定相當期限催告其履行；(3) 要債務人未於期限內爲履行。

(B) 給付期重要者 此即依契約的性質，或是依當事人的意思表示，非於一定時期內爲給付，即不能達其契約的目的。在這種情形，債務人不按照時期給付者，債權人得不爲前

述的催告，逕把其契約解除（第二五五條。）其要件有三：（1）要債務人應於一定時期爲給付；（2）要依契約的性質，或是當事人的意思表示，非於一定時期爲給付，不能達其契約的目的；（3）要債務人未按照時期爲給付。

（2）因給付不能的解除 依照民法第二二六條的規定，因可歸責於債務人的事由，而致給付不能時，債權人得行使損害賠償請求權（本書第四章第二節第四款第三項參照）惟在雙務契約，債權人一方面可以請求損害賠償，一方面要爲自己所負擔的對待給付，是很感不便的，所以民法仍予債權人以契約解除權（第二五六條。）現在把牠分別說明如左：

（A）解除全部契約 在給付全部不能的情形，債權人固得把全部契約解除，給付只爲一部不能，而其他部分的履行，如於債權人沒有利益，債權人也得把全部契約解除。

（B）解除一部契約 給付一部不能者，債權人得否就其不能部分解除一部契約，要看其契約是否爲可分而定；給付爲不可分者，債權人固不得把一部契約解除，如爲可分，債權人即得把一部契約解除。

(3) 因不完全給付的解除 債務人爲不完全給付時，債權人有沒有解除權，要看其給付能否補正爲斷。不完全給付尙得補正者，應該準用民法第二五四條的規定，卽債權人更要爲履行的催告，俟債務人在催告期限內不爲完全給付，纔得解除其契約；其不得補正者，則應該準用民法第二五五條的規定，卽債權人不要爲履行的催告，逕可把其契約解除。

### 第三項 解除的方法

關於解除的方法，立法例從來有法庭解除主義，和自由解除主義兩種：前者卽解除契約，必須訴請法院判決；後者卽解除契約，只要由有解除權人爲意思表示。民法爲謀事實上的簡便，特採第二主義，明定解除權的行使，應該向他方當事人爲意思表示（第二五八條第一項）。這種意思表示，不但不能任意撤銷（第二五八條第三項），就是附以條件，亦爲原則上所不許。又解除權是不可分的，契約當事人如有數人，卽應由其全體或是向其全體爲解除的意思表示（第二五八條第二項）。惟此爲任意的規定，當事人如定有反對特約者，自可從其特約。

### 第四項 解除的效力



(一) 回復原狀的義務。契約解除的效力，是溯及既往，而使債的關係歸於消滅，故在當事人尙未履行，即把其契約解除時，其債務自應歸於消滅，當無回復原狀的可言。若是已經履行，纔把其契約解除，那就有回復原狀的必要。所以前者不生回復原狀的義務，復者纔生回復原狀的義務。回復原狀的義務，雖為因於不當得利的債務，然其返還的範圍，則以民法第二五九條的特別規定為準。依照本條所規定，契約解除時，當事人雙方回復原狀的義務，除掉法律另有規定，或是契約另有訂定以外，依照左列的規定：

- (1) 應該返還由他方所受領的給付物；
- (2) 受領的給付如為金錢，應該附加自受領時起的利息而為償還；
- (3) 受領的給付如為勞務，或為物的使用，應該按照受領時的價額而以金錢償還；
- (4) 受領的給付物如生有孳息，應該把牠返還；
- (5) 就返還的物如已支出必要或是有益的費用，在他方受返還時所得利益的限度內，得請求返還。

(6) 應返還的物如有毀損滅失或是因其他事由致不能返還者，應該償還其價額。

(二) 損害賠償的義務 契約當事人把契約解除以後，除掉請求回復原狀以外，是否更得請求損害賠償？立法例很不一致。民法爲屬全實際，明定解除權的行使，不妨礙損害賠償的請求（第二六〇條）。惟此所謂損害賠償，既是因債務不履行而生，其賠償的範圍，當然以積極的損害（即所受損害）及消極的損害（即所失利益）爲限（第二一六條）。若爲雙務契約，債權人如因不履行而受的利益，亦應該依損益相抵的原則，從損害額中把其利益扣除。

(三) 雙務契約效力規定的準用 因契約解除而生的相互義務，雖不是由雙務契約而生的，然其間已有了牽連關係，自可準用第二六四條至第二六七條關於雙務契約效力的規定（第二六一條）。

#### 第五項 解除權的消滅

解除權，除掉適用關於權利消滅的一般規定以外，民法尚有解除權消滅的特別規定，分述如左：

(一) 期間的經過 解除權的行使，定有存續期間者，解除權人在其期限內如不行使解除權，其解除權因應因期間的經過而消滅；其未定有存續期間者，他方當事人亦得定相當期限，催告解除權人於其期限內確答是否解除，如果逾期未受解除的通知，即解除權歸於消滅（第二五七條）。

(二) 解除權人的過失 所謂解除權人的過失，即指其給付物不能返還，係因可歸責於自己的事由所致而言。解除權雖可因解除權人的過失而消滅，然民法第二六二條前段所規定，必須具備下列三個要件：(1) 要受領的給付物有毀損滅失，或是有其他情形，致不能返還；(2) 要其不能返還，係因可歸責於解除權人的事由所致；(3) 要在行使解除權以前，即致給付物不能返還。

(三) 給付物的變動 依照民法第二六二條後段所規定，因加工或是改造，而把所受領的給付物變其種類者，其解除權亦歸於消滅。加工或是改造，雖常使原形變動，都屬於第八一四條所規定加工的範圍；惟解除權的消滅，必須把給付物的種類變更，而致不能以原狀返還，纔可使其喪

失。

### 第五款 終止契約

何謂終止契約？即使有繼續性的契約中途失效的單獨行為。終止和解除的異點有三：（一）解除只以債務不履行為原因，而終止則不以此為限；（二）解除不問契約的性質怎樣，而終止則限於有繼續性的契約；（三）解除有溯及效，不僅消滅其契約將來的效力，並且發生回復原狀的效力，而終止則只消滅其契約將來的效力，不生回復原狀的效力。若就下列各點說，則又和解除相同：（一）終止要向他方為意思表示，其一方如有數人，並須由其全體或是向其全體為之；（二）終止在發生效力後不得撤回；（三）終止以前已生的損害賠償請求權，不因終止而消滅。終止既和解除有上述的同點，所以得準用第二五八條及第二六〇條的規定（第二六三條）。

### 第六款 雙務契約

#### 第一項 總說

何謂雙務契約？在契約的分類中已經詳述了，現在只說明牠的效力。由雙務契約所生的債權，

其間有沒有牽連關係，學說上很不一致。依照民法解釋，由雙務契約所生的債權，不但於成立時有牽連關係，就是在成立後亦有牽連關係。所謂牽連關係，即指行使上的牽連及存續上的牽連而說的。因為有此牽連關係，纔發生了同時履行抗辯及危險負擔等問題，俟於以下各項分別說明。

## 第二項 同時履行抗辯

(一) 同時履行抗辯的性質 同時履行抗辯的性質怎樣，學說上很有爭執。惟同時履行的抗辯，既為真正的抗辯，而非否認相對人的請求權，是其具有延期抗辯權及留置的抗辯權的性質，可不待言。如此，請求人欲行使其對待給付請求權，並非以自己為給付或是提出給付為要件，如果自己未為給付或是提出給付，他方不進行使抗辯，以拒絕其請求罷了。

(二) 同時履行抗辯的要件 依照民法第二六四條及第二六五條的規定解釋，同時履行的抗辯，要具備左列四個要件，纔可成立：

(1) 要雙方債務互有對價的關係 這即是指因雙務契約互負債務而言的。凡非因雙務契約而生的債務，既是沒有對價關係，自不得援用同時履行的抗辯；就是基於雙務契約而生

的債務，亦有因其不是立在互爲對待給付的關係，而不得援用同時履行的抗辯。前者例如附有負擔的贈與，贈與人不能以受贈人未把其負擔履行，就拒絕履行其贈與義務是。後者例如有債委任，受任人不能以委任人未把其墊款償還，而拒絕處理其事務是。

(2) 要雙務債務都已到了清償期，此方的債務未到清償期，他方固是不得請求給付，他方的債務未到清償期，此方也不得請求給付，必須雙方債務都已到了清償期，纔有援用同時履行抗辯的餘地。清償期雖要都已屆至，究竟其是否同一，那就可以不問了。

(3) 要一方無預先給付的義務，當事人的一方，如果依法律的規定（例如民法第三九條第四八六條），或是當事人的特約，有應先給付的義務，縱令他方債務已到了清償期，亦無援用同時履行抗辯的理由。所以民法第二六四條第一項但書規定：自己有先爲給付的義務者，不得行使同時履行抗辯權。但是此爲原則，尚有第二六五條的例外規定，就是當事人的一方，應該向他方先爲給付者，如果他方的財產，在訂約後顯形減少，有難爲對待給付之虞時，在他方未爲對待給付或是提出擔保以前，也得拒絕自己的給付。

(4) 要他方未爲對待給付。他方如果已依債務本旨爲給付或是提出給付，此方即應該自爲給付，無復援用同時履行抗辯的餘地。若是他方只爲一部給付，或是其他不完全給付，此方仍得援用同時履行的抗辯。雖然，他方當事人已爲部分的給付時，依照其情形，如果拒絕自己的給付，有違背誠實及信用方法者，即不得拒絕自己的給付（第二六四條第二項）。

(三) 同時履行抗辯的效力。同時履行抗辯的結果，只是暫使他方的債權延期行使，並非否認他方的債權，或是使其債權歸於消滅，是和否認抗辯與消滅抗辯不同的。這項抗辯，亦像一般抗辯一樣，必須行使，纔能實現其效用。所以在訴訟上，如果此方（原告）請求給付，而他方（被告）不爲抗辯，法院即無須以職權調查，應該逕爲他方敗訴的判決。但是他方如果在訴訟上爲抗辯，而此方不能把已爲給付或是提出給付加以證明，法院究應爲原告敗訴的判決，抑應爲雙方互爲給付的判決，民法雖無明文，但可解爲應該諭知雙方互爲給付的判決。

### 第三項 給付不能之於雙務契約

契約的標的，如屬自始不能，固應該依照民法第二四六條的規定辦理；其爲嗣後不能，則應該

依照民法第二二五條及第二二六條的規定辦理。但是這種規定，可適用於片務契約，若爲雙務契約，則成爲疑問了。爲什麼？因爲雙務契約，雙方既是都負債務，其一方的債務，如果發生給付不能，他方的債務是不是即歸於消滅，民法自有特設規定的必要。

關於危險負擔的主義有三：（1）債權人主義，務使債權人負擔其危險；（2）債務人主義，即使債務人負擔其危險；（3）所有人主義，即使對於契約標的物上享有物權的人負擔其危險。債權人主義和所有人主義，都有可議之處，自以採債務人主義爲公允。所以民法原則上採用債務人主義（第二六六條），而以債權人主義爲例外（第二六七條）。現在將其規定分述於次：

（一）因不可歸責於雙方當事人的事由，而致給付不能時，在這種情形，應該適用民法第二六六條的規定，其要件和效力如左：

（1）危險負擔的要件，其要件有二：（1）要爲雙務契約，若是片務契約，則不得適用本條的規定；（2）要因不可歸責於雙方當事人的事由，而致給付不能，若因債權人或是債務人的故意或是過失所致，亦不得適用本條的規定。



(2) 危險負擔的效力 凡具備上列的要件的，債權人即免為對待給付的義務，其危險由債務人負擔了。惟此係指全部不能而言的，如果僅為一部不能，則應按其比例減少對待給付（第二六六條第一項）。又債權人既經免為對待給付，或是減少對待給付，而債務人未為給付者，固無問題可言了。若是債權人已為全部或是一部的對待給付，是債務人無法律上的原因而受利益，債權人自得依照不當得利的規定，行使返還請求權（第二六六條第二項）。

(二) 因可歸責於債權人的事由，而致給付不能時 在這種情形，應該適用民法第二六七條的規定，其要件及效力如左：

(1) 危險負擔的要件 其要件有二：(1) 要為雙務契約；(2) 要因可歸責於債權人的事由，而致給付不能。第一要件和前述的一樣。第二要件的根本，則是基於法律規定（例如監護人管理受監護人的財產而怠於注意），或是法律行為（例如承租人保管租賃物而怠於注意），或是侵權行為（例如承攬人毀損定作人所供給的材料），以及受領遲延。

(2) 危險負擔的效力 凡具備上列的要件的，債務人即得請求對待給付，其危險由債

權人負擔了。惟其因免給付所得的利益（例如債務人因免給付義務所節省之費用）或是應得的利益（例如債務人因免給付義務所可取得，而實係怠於取得的利益）都應該由其所得請求的對待給付中扣除下來（第二六七條）。又民法只就全部不能設有規定，如屬一部不能，亦可認為債務人尚不失其請求全部對待給付的權利，而債權人只得請求可能部分的給付了。

### 第七款 涉他契約

#### 第一項 總說

何謂涉他契約？即是關於第三人的契約。債權契約，通常雖以特定人間成立債權債務關係為標的。然契約當事人，約定由他人向第三人為給付，或是由第三人向他人為給付的契約，也不違反契約自由的原則。在羅馬法上，原則上雖只認契約僅於當事人間發生效力，而近世各國立法，則概認涉他契約的存在了。民法因實際上的需要，兼認向第三人為給付的契約，及由第三人為給付的契約。

#### 第二項 由第三人為給付的契約

這種契約，即是契約當事人的一方（即債務人）約定由第三人對他方（即債權人）為給付的契約，也叫做利他契約。現在把他分述如左：

（一）由第三人為給付契約的性質。何謂由第三人為給付的契約？即係自始以第三人負擔為標的的契約，其性質與債務承擔的契約不同。這種契約的債權人及債務人，仍為訂立契約的當事人。縱使第三人與該契約的債權人或是債務人間，因有特種原因而負擔和契約同一給付的債務，亦為另一關係，不可謂其因該契約而生的。

（二）由第三人為給付契約的效力。債務人於契約成立的時候，既經約明由第三人為給付，是顯有擔保得使第三人為給付的意思。所以債務人於第三人不為給付時，應負該負損害賠償的責任（第二六八條）。至第三人不為給付，是否因可歸責於債務人的事由所致，可以不問。

### 第三項 向第三人為給付的契約

這種契約，即是契約當事人的雙方（即要約人及債務人）約定使第三人直接對於債務人取得債權的契約，也叫做利他契約。現在把他分述如左：

(一) 向第三人爲給付契約的性質 這種契約的根據怎樣，學說上雖有爭執，然依照民法的規定（第二六九條第一項及第二七〇條）解釋，則以採用契約說爲妥當。依契約說的主張，這種契約，既係要約人和債務人以自己的名義訂立的，其當事人自爲要約人和債務人，而不是第三人了。

這種契約，不但約明債務人向第三人爲給付，並且約明係使第三人取得獨立的權利。所以民法第二六九條第一項，明認第三人有直接請求給付的權利。第三人所取得的權利，即係直接由該契約而生，不以其承諾爲必要。惟第三人所取得的權利，與債權人所享有的權利，雖是同爲請求權，然前者係請求對自己爲給付，後者係請求對第三人爲給付，其目的又顯有不同了。

(二) 向第三人爲給付契約的要件 這種契約，應該具備下列的要件：

(1) 要在要約人和債務人間成立有效的契約 在要約人和債務人間，既是要成立有效的契約，則關於一般契約的成立要件及生效要件，對於這種契約自可適用。

(2) 要約使當事人以外的第三人取得債權 這種契約的成立，要約使第三人取得債

權，至第三人究爲自然人抑爲法人，可以不問。何謂約使第三人取得債權？就是契約當事人有使第三人對於債務人取得債權的合意。

(3) 要約使第三人直接的取得債權。這即指不要得第三人的承諾，而使其直接的取得債權而言。這種契約，只要有契約當事人的合意，即可成立，而不以第三人表示享受其利益的意思爲要件。

(三) 向第三人爲給付契約的效力 這種效力，應該從下列三方面說：

(1) 對於第三人的效力 依照民法第二六九條的規定，其效力如下：(1) 第三人對於債務人可以直接請求給付；(2) 在第三人未爲受益的意思表示以前，當事人可以把它契約撤銷或是變更；(3) 第三人如果對於當事人的一方表示不欲享受其契約的利益，視爲自始沒有取得其權利。

(2) 對於要約人的效力 其效力如次：(1) 要約人可以請求債務人向第三人爲給付（第二六九條第一項）；(2) 要約人於因可歸責於債務人的事由致給付不能時，可以請

求債務人向第三人爲損害賠償（第二二六條參照）或是解除其契約（第二五六條）。

（3）對於債務人的效力 第三人所取得的權利，既是基於契約人和債務人間的契約而生，債務人自得由契約所生的一切抗辯對抗受益的第三人（第二七〇條）。債務人既得爲一切的抗辯，則不但得以實體法上固有的抗辯對抗第三人，並且得以否認第三人權利的抗辯（例如權利不發生的抗辯，權利消滅的抗辯）對抗第三人。

## 第四章 多數債務人及債權人

### 第一節 總說

債務人或是債權人爲多數時，其關係即成爲多數當事人的債。通常債的主體，雖多爲一個債務人與一個債權人，然二人以上的債權人或是債務人，亦爲事實上所常見。惟這種債的關係，其效力和普通債的關係不同，故民法設有特別規定。

所謂多數當事人的債，即指對於同一給付的債，而有複數的主體而言。這種債的債權債務的個數，係按照複數當事人而各別存在的，不是多數當事人之間，只有一個債權債務的關係。這種情形，不但在可分的債是如是，就是在連帶的債及不可分的債亦是如此。這點至後面再要詳細說明。依照民法所規定，本章所應該研究的，可以分爲三種：（一）爲可分的債；（二）爲連帶的債；

(三)爲不可分的債。保證的債，雖亦可認爲多數當事人的債；但是民法既把牠規定在各種之債中，當留在債編分則再論。

## 第二節 可分的債

(一)可分的債的意義 何謂可分的債？就是以可分給付爲標的，而可把牠分割於各債權人或是各債務人的債的關係，也叫做連合的債。凡由多數債務人分擔可分給付的義務，叫做「連合債務」；若由多數債權人分受可分給付的權利，叫做「連合債權」。前者例如甲乙丙三人對於丁負擔給付貨幣千圓的債務是。後者例如甲乙丙三人對於丁享有給付麵粉百包的債權是。現在把牠的要件說明如左：

(1)當事人要爲多數 若非數人負同一債務，或是有同一債權，即非本節所謂可分的債（第二七一條前段。）

(2)要爲可分給付 給付若爲不可分的，自不得成立可分的債。惟其給付本爲不可分，



嗣後變為可分的，則仍與可分的債一樣（第二七一條後段。）

（二）可分的債的原因 其原因有二：

（1）法律行為 可分的債，有依法律行為而生者：例如數人依契約或是遺囑，而就一宗可分給付負擔債務或是享有債權是。

（2）法律規定 可分的債，有依法律規定而生者：例如數人繼承一宗可分給付的債務或是債權是。

（三）可分的債的效力 牠的效力，可以分為三點說明於左：

（1）各人的債務或債權都是各個獨立的 各當事人所負的債務或是所有的債權，在形式上雖為一個債的關係，然在實質上都是按照人數，而能各個的獨立存在，並非一種單數的債權債務關係。所以就一個債務人或是一個債權人所生的事項，對於其他債務人或債權人不能生效，這即是可分的債和連帶的債區別的要點。

（2）各人的債務或債權，以平等分割為原則 各當事人對於債務或是債權，係以平等

分辦爲原則，而由各人平均分擔或是分受；但是法律另有規定，或是契約另有訂定者，則爲例外（第二七一條中段。）

（3）各債務人或債權人相互連絡，各人的債務或債權，雖是各債權獨立的；但是既以同一給付爲標的，其間自有連絡關係。所以在雙務契約，而就數人所成立的價金支付債務，其一人未爲履行時，相對人即得主張同時履行的抗辯（第二六四條。）又解除契約，應該由總債權人或是向總債務人爲意思表示（第二五八條二項。）

### 第三節 連帶的債

#### 第一款 連帶債務

（一）連帶債務的意義 何謂連帶債務？就是數人基於同一原因，而負擔有同一目的同一給付的數個債務。這項多數的債務人，叫做連帶債務人。這種債務和後述的「不可分債務」，雖都是就全部給付而負擔債務；但是不可分債務的連帶關係，係因其給付不可分而生的，並非必負全

部給付的義務，其給付如變為可分，仍得成為可分的債；連帶債務的連帶關係，則不問給付是否不可分，都是常負全部給付的義務，其給付如變為可分，仍為連帶的債。這是為二者的不同點。現在把牠的性質說明於左：

(1) 連帶債務要有多數債務人。連帶債務，是多數債務人的債，當然要有二人以上的債務人。若債務人只有一人，縱使具備別的要件，也不成連帶債務。

(2) 連帶債務要為數個的債務。連帶債務，究為一個的債務，抑為數個的債務？學說上雖有爭執，然依照民法所規定，各人應負全部給付的責任（第二七二條第一項），連帶債務人中的一人所生的事項，原則上又對他債務人無生效力（第二七九條），這是明認連帶債務為數個債務，可無疑義。

(3) 數個債務要係同一的給付。連帶債務，不但要為數個的債務，並且要以同一的給付為標的，民法第二七二條所謂數人負同一債務，就是指此而說的。所謂同一給付，即是各債務人所負擔的給付，標的物係為同一不特定物，或是同一特定物。若是對於同一債權人，一人負全

債的給付，一人負擔特定物的給付，即不能成立連帶債務了。

(4) 數個債務要有同一的目的。各債務人對於債權人，雖各負全部給付的債務，如有一債務人已為全部的給付，其債務人的債務，亦即完全歸於消滅。這是因為以連帶債務具有同一的目的。如果各債務人所負擔的給付雖屬同一，而沒有同一的目的，即不能成立連帶債務了。

(5) 數個債務要基於同一的原因。債務的目的，雖是同一，而原因有所不同者，還是不能稱為連帶債務。例如保險人和侵權行為人雖同負損害賠償，然一係基於保險契約，一係基於侵權行為，故不能認為連帶債務是。如此，連帶債務的數個債務，必須基於同一原因而生，可不待言。

(二) 連帶債務的原因。數人負擔同一債務，不是當然即為連帶債務，大都基於法律行為及法律規定而生的。前者叫做任意連帶；後者叫做法定連帶。分述於次：

(1) 法律行為。依照民法第二七二條第一項所規定，連帶債務由法律行為而生者，各債務人必須明示對於債權人各負全部給付的責任。如果沒有這種明白的意思表示，自不能成

立連帶債務。惟依照民法所規定，雖要經通明示，但亦不必與債務成立時同時表示。所以連帶債務，尚有所謂原始連帶，與事後連帶之分。何謂原始連帶？就是於債務成立之始即爲連帶債務。何謂事後連帶？就是於債務成立之後纔變爲連帶債務。又負同一債務的數人中，其明示負連帶債務者，亦非必要全體爲表示。所以連帶債務又有所謂總員連帶，及限員連帶之分。何謂總員連帶？就是債務人的全體各負全部給付的責任。何謂限員連帶？就是債務人中的一部分各負全部給付的責任。

(2) 法律規定 依照民法第二七二條第二項所規定，沒有前述的明示時，連帶債務的成立，只以法律有規定的爲限。所謂法律規定，例如民法第二十八條，第一八五條，第一八七條，第一八八條，第七四八條等是。

(三) 連帶債務的效力 牠的效力，可以分爲三點說明於左：

(1) 債權人的權利 所謂債權人的權利，即指連帶債務的債權人，對於債務人得自由請求其給付而言。依據民法第二七三條第一項所規定，債權人行使其權利，是很自由的。(A)

債權人可以選擇債務人中的一人，請求全部或是一部的給付；（B）債權人可以同時向債務人的數人或是其全體，請求全部或是一部的給付；（C）債權人可以先後向債務人中的數人或是其全體，請求全部或是一部的給付。又債權人雖已行使其請求權，而在連帶債務尚未全部履行以前，全體債務人仍要負連帶責任（第二七三條第二項）。爲什麼？連帶債務的債務人，原係各就全部給付負責，債權人如果未受全部清償，自可就其殘餘部分行使上述的請求權。

（2）連帶債務人中一人所生事項的效力 各債務人的債務，是數個獨立的債務，故就其中一人所生的事項，無論利益或是不利益，對於他債務人，原則上不生效力（第二七九條）。例如債權人對於連帶債務人中的一人爲履行的請求，或是債權的讓與，或是連帶的免除，以及連帶債務人中的一人有過失，或是給付遲延，或是給付不能，或是消滅時效中斷及不完成等事由是。就連帶債務人中的一人所生的事項，原則上雖只有相對的效力，然民法尚設有一種例外，而認其生絕對的效力。此所謂例外，即指民法第二七四條至第二七九條的規定，或是契約另有訂定而言（第二七九條中段）。茲把絕對生效的事項分述於次：

(A) 清償，代物清償，提存，抵銷，或是混同。因連帶債務人中的一人為清償，代物清償，提存，抵銷，或是混同，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任（第二七四條）。爲什麼？連帶債務，雖爲數個債務，而其目的則爲同一，如果一債務人已爲清償……，而使其債務消滅，是即其目的已經到達，他債務人，自應同免責任了。

惟在抵銷一項，尙有問題，即是連帶債務人中的一人，對於債權人享有債權，而不爲抵銷者，他債務人可否主張抵銷？依照民法所規定，他債務人只限於該債務人應負擔的部分，亦得主張抵銷（第二七七條）。

(B) 確定判決。連帶債務人中的一人，因和債權人涉訟而受確定判決者，依照民法所規定，其判決如果非基於該債務人的個人關係，則爲他債務人的利益，亦生效力（第二七五條）。所謂非基於該債務人的個人關係，例如債權人因該債務人負擔債務的法律行爲有無效或是撤銷的原因，而致受了敗訴的判決是。所謂爲他債務人的利益，亦生效力：例如債務人得到勝訴的判決，他債務人得援用該判決，而拒絕債權人履行的請求是。就判決的效力說，

除掉訴訟當事人以外，其效力不應該及於他人；但是民法爲保護他債務人的利益，特設這項例外的規定。

(C) 債務免除 債權人向連帶債務人中的一人免除債務時，是否有絕對的效力，當以債權人的意思表示爲標準；債權人免除債務，如有消滅全部債務的意思表示，他債務人自可一律免其責任；其無消滅全部債務的意思表示者，他債務人只可就該債務人應分擔的部分免責，其餘還是不能免其責任（第二七六條第一項）。

(D) 時效完成 連帶債務人中的一人消滅時效已完成者，亦只就該債務人應分擔的部分有絕對的效力，其餘部分，他債務人還是不能免其責任（第二七六條第二項）。

(E) 受領遲延 債權人對於連帶債務人中的一人有遲延時，依照民法所規定，爲他債務人的利益，亦生效力（第二七八條）他債務人既得受其利益，自可援用第二三七條至第二四一條的規定，而爲主張。

(3) 連帶債務人相互間的效力 前述(1)(2)兩項的效力，是債權人和連帶債



務人間的效力，也就是對外的效力，本項所謂連帶債務人相互間的效力，就是對內的效力。現在把這種效力分述如左：

(A) 相互間的分擔部分 連帶債務人對於債權人，雖是各負全部給付的責任；但在其相互間，則各負其分擔的部分。至於其分擔的標準，除法律另有規定，或是契約另有訂定以外，應該平均分擔義務（第二八〇條前段）。所謂法律另有規定：例如第一八八條第三項，及第六七七條的規定是。所謂契約另有訂定：例如約定由一債務人在實際上負擔全部債務，他債務人只因與以信用，而對於債權人負擔全部債務是。上面所說的，只是原則，如因債務人中的一人應該單獨負責的事由，而致受有損害，或是支付費用，則應由該債務人單獨負擔（第二八〇條但書），他債務人就不負其責任了。

(B) 相互間的求償權 連帶債務人中的一人，因清償或是其他行為，而使他債務人同免其責任者，在他債務人即為不當得利，該債務人自得向其行使求償權（第二八一條第一項前段）。現在把他分別說明於左：

(甲) 求償權的要件 求償權應該具備下列的要件，纔可成立：(一) 要該債務人已爲免責行爲，若在未爲免責行爲以前，自無求償的可言。(二) 要他債務人同免責任，就是不僅該債務人的債務得以銷滅或是減少，並且他債務人的債務亦得銷滅或是減少，若他債務人未得同免責任，該債務人即無求償權。(三) 要因清償或是其他行爲而致他債務人同免責任，若是他債務人的免責，非因這等行爲，而係基於其他事由（例如免除及時效完成等）自不能發生求償權。

(乙) 求償權的範圍 求償權的範圍怎樣？依照民法第二八一條第一項後段所規定，該債務人對於他債務人所得請求的，不出下列的範圍：(A) 償還各自負擔的部分；(B) 支付自免責時起的利息。

(丙) 求償權的代位 連帶債務人中的一人，對於他債務人既得行使求償權，則爲確保求償權的效力，自應許其得承受債權人的權利：例如承受其原有的擔保權是（第二八一條第二項前段。）惟一面雖應許求償權人的代位權，他面又要顧及債權人的利益，所以於債

權人的利益有妨害時，求債權人即不得承受其權利（第二八一條第二項但書。）

（丁）求債權的擴張 連帶債務人中的一人，不能償還其分擔額者，關於其不能償還的部分，民法於第二八二條第一項特設求債權擴張的規定。求債權的擴張，應該具備下列的條件：（A）要連帶債務人中的一人不能償還其分擔額，究竟其原因是怎樣，分擔部分是怎樣，都可不問；（B）要其不能償還非由求債權人的過失所致，如果由求債權人的過失，而致不能償還，即應由求債權人自己負責，不得請求他債務人分擔其損失；例如因求債權人怠於求償，而致其償還資力喪失，或是消滅時效完成是。具備上述的條件，其不能償還的部分，應該由求債權人和其他債務人按比例分擔；例如連帶債務人三人，平均負擔三千元的債務，如果其中有一人不能償還，其人分擔部分的一千元，應由其他二人各分擔五百元是。惟他債務人中的一人，應分擔的部分如已免責（例如已由債權人免除），究竟應該怎樣解決呢？依據民法所規定，這部分仍應依照前述比例分擔的規定負其責任（第二八二條第二項。）這是因其為連帶債務的內部關係，自不能因外部關係而受其影響。

## 第二款 連帶債權

(一) 連帶債權的意義 何謂連帶債權？就是數人基於同一原因，而享受具有同一目的同一給付的數個債權。這項多數的債權人，叫做連帶債權人。這種債權和前述的「連帶債務」，只為權利與義務的區別，一為多數債務人同負債務，一為多數債權人同有債權。若就其性質上說，連帶債權和連帶債務則無大的差異。(1) 連帶債權要有多數債權人；(2) 連帶債權要為數個債權(第二八四條，第二九〇條)；(3) 數個債權要係同一的給付(第二八三條)；(4) 數個債權要有同一的目的；(5) 數個債權要基於同一的原因。

(二) 連帶債權的原因 數人享有同一債權，不是當然即為連帶債權，必須基於一定的原因而發生的。連帶債權的發生原因，亦和連帶債務一樣，第一為法律行為，第二為法律規定(第二二八三條前段)。

(三) 連帶債權的效力 牠的效力，可以分為三點說明於左：

(1) 債權人的權利 連帶債權人各得向債務人請求全部給付(第二八三條)，不須

經他債權人的協力。所以連帶債權人中的一人，已於訴訟上或是訴訟外請求給付後，他債權人還可再為給付的請求。例如一債權人已經提起給付之訴，他債權人可再提起給付之訴，各就其訴訟受給付的判決是。反之，連帶債權的債務人也得選擇向債權人中的一人為全部的給付（第二八四條。）

（2）就連帶債權人中一人所生事項的效力 各債權人的債權，既為數個獨立的債權，則就其中一人所生的事項，不問利益或是不利益，對於他債權人原則上自不生效力（第二九〇條。）例如債務人對於連帶債權人中的一人有過失，或是給付遲延，或是給付不能，以及連帶債權人中的一人有過失，或是債權的讓與，或是連帶的免除，或是消滅時效中斷及不完成等事由是。就連帶債權人中的一人所生的事項，原則上雖只有相對的效力，然民法尚設有一種例外，而認其生絕對的效力。此所謂例外，即指民法第二八五條至第二八九條的規定或是契約另有訂定而言（第二九〇條中段。）茲把絕對生效的事項分述於下：

（A）請求給付 連帶債權人中的一人，為給付的請求，不管為訴訟上的請求，抑為訴

訴外的請求，爲他債權人的利益，亦生效力（第二八五條。）所謂爲他債權人的利益，亦生效力。例如因債權中的一人爲給付的請求，而致消滅時效中斷者，他債權人亦可同享其利益是。

（B）受領清償，代物清償，或經提存，抵銷，混同。因連帶債權人中的一人，已受領清償，代物清償，或經提存，抵銷，混同，而債權消滅者，他債權人的權利亦同消滅（第二八六條。）爲什麼？連帶債權，雖爲數個債權，而其目的則爲同一，如因一債權人已受領清償……，而其債權消滅，是即其目的已經達到，他債權人的權利，自應同時消滅。

（C）確定判決。連帶債權人中的一人受確定判決，如爲有利益者，不問其是否基於該債權人的個人關係，爲他債權人的利益，亦生效力（第二八七條第一項。）其爲不利益者，則限於非基於該債權人的個人關係，纔對於他債權人，亦生效力（第六七條第二項。）前者例如連帶債權已經確認成立，如債務人再向他債權人提起確認連帶債權不成立之訴，他債權人自得爲既判力的抗辯是。後者例如一債權人已因消滅時效完成，而致受了敗訴的判決，他債權人得再向債務人提起給付之訴是。就訴訟的法則說，只可在當事人間發生效力，但爲

保護他債權人的利益，故有此例外的規定。

(D) 債務免除 連帶債權人中的一人，如向債務人免除債務，只就該債權人應享有的部分，發生絕對的效力，他債權人的權利，仍不消滅（第二八八條第一項）。不過這種情形，係就該債權人未得他債權人的同意，單獨免除其債務而言。若是其免除已得他債權人的同意，即和全體債權人向債務人免除債務一樣，其全部債權應該同歸消滅。

(E) 時效完成 連帶債權人中的一人，其消滅時效如已完成，只就該債權人應享有的部分，發生絕對的效力，他債權人所有部分的權利，仍不消滅（第二八八條第二項）。

(F) 受領遲延 連帶債權人中的一人有遲延者，他債權人亦負其責任（第二八九條）。爲什麼？連帶債權的債務人，既可選擇向債權人中的一人而爲給付，使其債務消滅，則一債權人有受領遲延的情形，他債權人自亦應負其責任；不然，債務人選擇給付的權利，即等於烏有了。

(3) 連帶債權人相互間的效力 前述(1)(2)兩點，都爲對外的效力，此則爲對

內的效力。關於對內的效力，依據民法所規定，連帶債權人相互間的分受部分，原則上係屬平均，就是連帶債權人對於債務人，雖是各得請求全部的給付，而在債權人相互間，只得各有應受的利益。惟此所謂平均分受，本為補充的規定，如果法律另有規定，或是契約另有訂定，即應該從其規定或是訂定（第二九一條）。

#### 第四節 不可分的債

（一）不可分的債的意義 何謂不可分的債？就是以不可分給付為標的，而不能把牠分割於各債權人或是各債務人的債的關係。這種債發生的要件有二：

（1）當事人要為多數 不可分的債，既是數人負同一債務，或是有同一債權，其主體當然為多數的；債權人為多數人者，可稱為「不可分債權」；債務人為多數人者，可稱為「不可分債務」。

（2）給付要為不可分 關於給付不可分的情形有二。有依給付的性質而為不可分的。



例如以交付戒指或是供給勞務爲標的，是有依當事人的特約而爲不可分的，例如約定一次交付白米百石，或是一次給與現金千元是。至於不可分的債，究爲一個的債抑爲數個的債？依照民法所規定，應認爲數個的債。

(二) 不可分的債的效力 牠的效力，可以分爲三點說明於左：

(1) 請求給付及履行給付 依照民法第二九三條第一項所規定，在不可分債權，不僅債權人全體可以共同請求給付，就是債權人中的一人，也可單獨請求給付，不過在單獨請求時，要爲債權人的全體而請求，不能只爲該債權人的個人而請求。反之，在不可分債務，不僅債務人全體可以共同履行給付，就是債務人中的一人，也可以單獨履行給付，不過在單獨履行時，要向債權人的全體而履行，不能只向某債權人的個人而履行。

(2) 就債權人中的一人與債務人間所生事項的效力 不可分的債，既和連帶的債有些不同，其效力當然也有區別。依照民法第二九三條第二項所規定，在債權人中的一人，爲債權人全體請求給付時，只有因請求而生的給付遲延及時效中斷，可以發生絕對的效力，在債務人

中之一人，向債權人全體履行給付時，只有因履行而生的債務消滅，可以發生絕對的效力，此外不管其結果對於他債權人或是他債務人沒有利益，都只在該債權人間或是該債務人間爲有效，對於他債權人或是他債務人則不生效力。

(三) 各債權人或是各債務人相互間的效力。依照民法第二九二條所規定，不可分的債，除掉第二九三條的規定以外，都可準用關於連帶之債的規定。所以在不可分債務，各債務人相互間，除他法律另有規定，或是契約另有訂定以外，應該平均分擔其債務，在不可分債權，各債權人相互間，除掉法律另有規定或是契約另有訂定以外，應該平均分受其債權。

## 第五章 債之移轉

### 第一節 總說

(一) 債之移轉的意義 何謂債之移轉？即債的關係不失其同一性，而只變更債權或是債務的主體。凡是債權不失同一性，而只變更其主體的，叫做「債權的讓與」；債務不失同一性，而只變更其主體的，叫做「債務的承擔」。

(二) 債之移轉的立法理由 在古代羅馬法，債的關係為特定人間的人的關係，不許變更其主體。然近代法律，為適應人類生活的需要，大多明認債的移轉。這是因為債權亦與其他所有物一樣，都為滿足吾人生活需要而設的，吾人既得自由處分其所有物，亦應有移轉其債權的自由，生活需要纔能得到相對的滿足。至於債務，第三人既願承擔，法律更無禁止的必要。所以民法特設債

權讓與及債務承擔的規定。

## 第二節 債權的讓與

(一) 債權讓與的意義 何謂債權讓與？就是債的關係仍舊保持其同一性，不過債權人有所變更；換句話說，即第三人代替從來債權人而置身於債的關係，也叫做債權人的變更，或是債權的移轉。新債權人所取得的債權，既為舊債權人原有的債權，則附着於其債權的利益或是瑕疵依然存續，並不因而消滅，故和債權人的更改不同。

(二) 債權讓與的原因 關於債權讓與的原因，有的基於法律規定而為讓與的；有的基於契約訂立而為讓與的。前者例如連帶債務人清償債務時的代位，保證人清償債務時的代位是。後者例如債權人和第三人間訂立讓與契約是。前者既設有專條，俟於各該處再說，現在要說明的，只以後者為限。

(三) 債權讓與契約 何謂債權讓與契約？就是以債權的讓與為標的的契約。茲把牠分析

說明於左：

(1) 債權讓與契約的性質 債權讓與契約和其原因行為(例如債權買賣或是贈與)並無不可分離的關係，牠當然是「無因契約」。如果欠缺原因，讓與人對於受讓人，只可行使不當得利返還請求權，其讓與契約並不受什麼影響。又債權的讓與，對於債務人雖要通知，纔生效力(第二九七條)，然此非債權讓與的成立要件，自應認其為「不要式契約」。

(2) 債權讓與契約為讓與人和受讓人間的契約 債權讓與契約的當事人，為讓與人(即債權人)和受讓人(即第三人)，而債務人不在其內，故讓與人不但要有處分能力，並且在訂立讓與契約的當時，要有可以移轉的債權，和處分其債權的權限。

(3) 債權讓與契約為以移轉債權為標的的契約 債權讓與契約，是讓與債權的本身，而不是僅生移轉債權的義務。這項讓與，既是直接移轉其債權，恰與以移轉物權本身為標的的物權契約相似，所以學者叫他為「準物權契約」。

(四) 債權讓與的例外 債權人固得把其債權讓與於第三人，但亦有不得讓與(第二九

四條第一項)的例外,分述於左:

(1) 依其性質不得讓與的債權。這種債權可以分爲四種:(A)基於個人關係的債權,原則上不得讓與(例如由使用借貸,租賃,僱傭等契約而生的債權);(B)不作爲債權,原則上不得讓與;(C)由預約而生的債權,本契約爲雙務契約時,雙方都不得讓與;其爲片務契約者,還有得以讓與的(例如由寄托預約而生的債權);(D)從債權不得獨立讓與(例如保證債權)。

(2) 依當事人的特約不得讓與的債權。當事人既訂有特約,禁止債權讓與,債權人自不得再爲讓與。惟這項的特約,不得對抗善意第三人(第二九四條第二項),以保護交易的安全。

(3) 禁止扣押的債權。這種債權,多爲債權人個人生活上的需要,應該禁止其扣押。如許債權人任意讓與,實與立法的本旨相反了。

#### (五) 債權讓與的效力

(1) 對內的效力。什麼是對內的效力?即讓與人與受讓人間的效力。債權一經讓與,除

了附條件及附期限的債權以外，讓與人應即喪失債權，受讓人應即取得債權。民法爲使讓與人爲全部的移轉，以及受讓人便於行使權利起見，特設左列的規定：

(A) 從權利的移轉 債權人既把其債權讓與他人，該債權的擔保及其他從屬的權利，自應隨同移轉（第二九五條第一項。）爲什麼？債權的主體，雖是已經變更，但債權的同一性，則不受什麼影響，所以該債權的擔保及其他從屬的權利，非隨同移轉於受讓人不可。所謂債權的擔保，例如質權，抵押權等是。所謂其他從屬的權利，例如利息債權，違約金債權，損害賠償債權等是。債權的讓與，從權利雖應隨同移轉於受讓人；但其與讓與人有不可分離關係者，則應該認爲例外（第二九五條第一項但書。）例如保證人專爲讓與人的利益而爲的保證是。至於遲延的利息債權，已和原本債權分離，而成爲獨立的債權，究竟其應否隨同原本而移轉？依照民法所規定，未支付的利息，推定其隨同原本移轉於受讓人（第二九五條第二項。）

(B) 證明文件的交付及必要情形的告知 讓與人爲使受讓人便於行使債權，應該把證明債權的文件交付於受讓人，並且應該告以關於主張該債權所必要的一切情形（第

二九六條。)所謂證明債權的文件，例如負債字據及其他足為證明的函件是。所謂主張債權的必要情形，例如債權發生的原因，債務人的住所，清償的時期，及清償的處所是。

(2) 對外的效力 什麼是對外的效力？即對於債務人所生的效力。債權讓與契約，雖為讓與人與受讓人間自由締結的，不要債務人為如何協力，然要使債務人不因之而受何種的不利益，亦應該設有保護的規定：

(A) 債權讓與的通知 債權一經讓與，債務人既須受其拘束，而對受讓人負履行責任，自非先經讓與人或是受讓人通知債務人，而使其明瞭這項事實不可。如果未經讓與人或是受讓人為讓與的通知，對於債務人即不發生效力。惟法律另有規定，則應認為例外（第二九七條第一項）例如以背書而讓與的指示證券是（第七一六條第二項參照）。

讓與通知的方法，或用言詞，或用書面，均無不可。又債權的讓與，已經讓與人立有讓與字據，如果受讓人把讓與字據提示於債務人，而使其知悉讓與的事實，也和通知有同一的效力（第二九七條第二項）。



(B) 債務人得為對抗的事由 關於債務人得為對抗的事由，可分為兩點說明於次：

(甲) 對於讓與人的對抗權 讓與人已把債權的讓與通知債務人，縱使實際上未為

讓與或是讓與無效，債務人仍得以其對抗受讓人的事由對抗讓與人(第二九八條第一項)。為什麼？債務人既已接受了讓與的通知，即自通知時起，對於受讓人負擔債務。如果債務人對

於受讓人已為清償，或是抵銷等免責行為，如因實際上未為讓與或是讓與無效，而認其免責行為不生效力，就很難保護債務人的利益。所以民法特認債務人對於讓與人的對抗權，以免債務人蒙受意外的損失。又讓與人如欲撤銷讓與通知，而使其效力歸於消滅，必須經過受讓人的同意。這是因為若許讓與人無故撤銷，就很有害於受讓人的利益(第二九八條第二項)。

(乙) 對於受讓人的對抗權 債務人在受通知時，所得對抗讓與人的事由，都可以之

對抗受讓人(第二九九條一項)。所謂得對抗讓與人的事由，例如權利不發生的抗辯，權利消滅的抗辯，及同時履行的抗辯是。這等事由，如在受通知時已經發生，應該許其得以對抗受讓人，纔可保護債務人的利益。債務人對於讓與人，不僅得為「一般的對抗」並且得為「抵

銷的主張。『何謂抵銷的主張？就是債務人在受通知時，對於讓與人有債權者，如果其債權的消償期，先於所讓與的債權或是同時屆至，債務人也得對於受讓人主張抵銷（第二九九條第二項）。』

### 第三節 債務的承擔

（一）債務承擔的意義 何謂債務承擔？就是債的關係仍舊保持其同一性，不過債務人有所變更；換句話說，即第三人代替從來的債務人，而置身於債的關係，也叫做債務人的變更，或是債務的移轉。債務人所負擔的債務，既為舊債務人所負擔的債務，則附着於其債務的抗辯，依然存續，並不因而消滅，故和債務人更改不同。

（二）債務承擔的原因 關於債務承擔的原因，有的基於法律規定而為承擔的；有的基於契約訂立而為承擔的。前者例如第三人承受出租人的義務（第四二五條），繼承人承受被繼承人的義務（第一一四八條）是。後者例如債權人或是債務人和第三人間訂立承擔契約是。前者

既設有專條，俟於各該處再說，現在要說明的，只以後者為限。

(三)債務承擔契約 何謂債務承擔契約？就是以債務的承擔為標的的契約。茲把牠分析說明於左：

(1)債務承擔契約的性質 債務承擔契約，為「無因契約」是和債權讓與契約一樣的。所謂無因契約，即為承擔債務的原因行為縱使已不存在，而其契約仍為有效。例如債務人與第三人因買賣關係而成立債務承擔契約，其後縱使買賣契約無效或是撤銷，而於債務承擔的效力仍無影響。又債務的承擔，只依債權人和第三人間，或是債務人和第三人間的合意而成立，不要用什麼方式，自為「不要式契約」。

(2)債務承擔契約為第三人與債權人或是債務人間契約 債務承擔契約的當事人，有時為債權人和承擔債務的第三人，有時為債務人和承擔債務的第三人（第三〇〇條，第三〇一條）。然由第三人與債權人及債務人間訂立三面契約，亦可認為有效。至於什麼債務得由第三人承擔，民法既無明文限制，故不管那一種債務，原則上都得由第三人承擔；惟亦有基於債

務的性質，或是債權人及債務人的特約，而不得由第三人承擔的。

(3) 債務承擔契約為以移轉債務為標的的契約。何謂債務移轉？就是債務不喪失其同一性，只是由舊債務人移轉於新債務人。換句話說，就是僅有債務人的變更，並非舊債務已消滅，另成立一種新債務。例如原債務為支付價金的債務，承擔以後，仍為支付價金的債務，原債務為損害賠償的債務，承擔以後，仍為損害賠償的債務。又移轉債務，是指債務人完全免責的移轉而言的。如果債務人仍是繼續負責，僅有新債務人加入而負連帶責任，即不能叫做移轉。所以學者稱前者為免責的債務承擔，後者為重疊的（亦稱併存的）債務承擔。

#### (四) 債務承擔的效力

(1) 債務的移轉。債務的移轉，固為債務承擔契約的主要效力；准其發生效力的時期，卻因契約當事人的差異而有不同：

(A) 第三人與債權人訂立承擔契約時。在此情形，只要有第三人與債權人的合意，不要得債務人的承認，其債務即應於契約成立時移轉於第三人（第三〇〇條）為什麼債

務的承擔，原於債務人有益，只要有第三人與債權人合意，即可發生移轉債務的效力，債務人的意思怎樣，就可以不問了。

(B) 第三人與債務人訂立承擔契約時，在此情形，不僅要有第三人與債務人的合意，並且要得債權人的承認，如果未經債權人的承認，對於債權人即不生效力(第三〇一條)。爲什麼？債務人的更易，既於債權人有重大利害關係，自應以經債權人的承認爲生效要件。但債權人如永久不表示承認與否的意思，而使法律關係長期不確定，實於事實上不便。所以民法明認債務人或承擔人得定相當期限，催告債權人在該期限內確答是否承認，如在該期限內已爲確答承認或是拒絕承認，自屬不成問題，如果逾期不爲確答，則視爲拒絕承認(第三〇二條第一項)。債務承擔契約的目的，原在對於債權人亦生債務主體變更的效力，如果債權人既已明白拒絕承認，或是視爲拒絕承認，其契約即已喪失其作用，債務人或是承擔人自得撤銷其承擔的契約(第三〇二條第二項)。

(2) 抗辯權的移轉 債務既經移轉，則從屬於債務的對抗權，亦應該隨同移轉。所以債

務人因其法律關係所得對抗債權人的事由，承擔人亦得以其事由對抗債權人（第三〇三條第一項前段。）所謂得對抗債權人的事由，是和第二九九條第一項的規定一樣，舉凡權利不發生的抗辯，權利消滅的抗辯，以及同時履行的抗辯，都可包括在內。雖然，屬於債務人的債權，並不從屬於其債務，承擔人如以屬於債務人的債權而主張對於債權人爲抵銷，實可發生處分他人權利的結果，故民法有禁止的規定（第三〇三條第一項但書。）

照上面所說的，承擔人雖得以債務人因其法律關係所得對抗債權人的事由來對抗債權人，卻不得以因承擔債務的法律關係所得對抗債務人的事由來對抗債權人（第三〇三條第二項）。因爲這等法律關係，係承擔人與債務人的內部關係，當然不許向債權人主張對抗。

（3）從債務的移轉 債務既不因承擔而失其同一性，則從屬於債權的權利，自不因債務的承擔而妨礙其存在（第三〇四條第一項前段。）所謂從屬的權利，例如利息請求權，違約金請求權，擔保權等是。所謂不因承擔而妨礙其存在，就是承擔人應該連同對於債權人的從權利所負的義務一併承擔。雖然，從權利的存在，如與債務人的人格有不可分離關係，當然沒有移

轉性，承擔人自可不負責任（第三〇四條第一項但書。）又承擔的效力，不能及於第三人，由第三人就債權所為的擔保，原僅有擔保債務人債務的意思，而不願擔保承擔以後的債務。所以這種擔保，不管是人的擔保或是物的擔保，除掉該第三人對於債務的承擔已為承認以外，都因債務的承擔而消滅（第三〇四條第二項。）

（五）特種的債務承擔 何謂特種的債務承擔？即是承擔人和從來債務人共同負擔同一的債務；簡單說，就是前述的重疊的債務承擔。這種承擔的情形，有由於契約訂定而生的，有由法律規定而生的。現在專就後者說明於左：

（1）資產及負債的概括承受 就他人的財產或是營業概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受的通知或是公告，而生承擔債務的效力（第三〇五條第一項。）據此規定，本條所謂債務承擔，與一般的債務承擔（即單純的債務承擔）不同：在一般的債務承擔，如係承擔人與債務人所訂立的契約，要經債權人的承認，纔得發生效力；在本條所謂債務承擔，雖亦承擔人與債務人所訂立的契約，卻不須經債權人的承認，而只要對於債權人為承受的通知或是

公告，即可發生效力。爲什麼？在前者，由承擔人單獨負責，必須經過債權人的承認，纔可保全其利益，效力一經發生，債務人即可負責。在後者，由承擔人與債務人連帶負責，不要經過債權人的承認，即可保全其利益，雖是效力已經發生，債務人仍是不免責的。所以債務人關於到期的債權，自通知或是公告時起，在二年以內，與承擔人連帶負責其責任；未到期的債權，自到期時起，在二年以內，與承擔人連帶負責其責任（第三〇五條第二項）。

（2）資產及負債的互相承受 一營業與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，是與前條的概括承受相同（第三〇六條前段）。所謂與概括承受相同，即是因對債權人爲承受的通知或是公告後而生承擔債務的效力。惟因數營業的合併，而成爲新營業者，即無成立連帶債務的可能。所以民法明定其合併的新營業，對於各營業的債務負其責任（第三〇六條後段）。



## 第六章 債之消滅

### 第一節 總說

(一) 債之消滅的意義 何謂債之消滅？就是債的關係客觀的失其存在。債權既失其客觀的存在，當然即歸於消滅，不要債務人再為主張的。所以債之消滅，不但和請求權的消滅（例如時效完成後的債權，）訴權的消滅（例如自然債權，）債權效力的停止（例如債務人得為抗辯的債權，）及債權的變更（例如主體變更的債權，）不同，就是和債權的喪失（例如與原債權人分離的債權，）也有區別。

(二) 債之消滅的原因 關於債之消滅的原因，就學理方面說，可以把牠分為因目的消滅而消滅（例如債權因清償，混同，及給付不能而消滅，）及因當事人意思而消滅（例如債權因免

除而消滅)兩種。就民法規定方面說,則可把牠分爲消債、提存、抵銷、免除、及混同五種。本書所說明的,雖只限於後者,實則下列七種事實,都爲債之消滅的原因:(1)解除條件的成就(第九九條第二項);(2)終期的屆滿(第一〇二條第二項);(3)法律行爲的撤銷(第一一四條第一項);(4)給付不能(第二二五條第二項);(5)契約的解除(第二五四條以下);(6)當事人的死亡(第四五二條,第四七二條第四款);(7)反對契約。

(三)債之消滅的效力 債之消滅的效力,可分爲有溯及效的消滅,與無溯及效的消滅兩種。前者例如法律行爲的撤銷,及契約的解除是;後者例如清償、提存、抵銷、免除、及混同是。債之消滅,除了發生上述的效力以外,更發生左列的效力:

(1)從權利的消滅 從權利和主權利原有不可分離的關係,如果債的關係已經消滅,其債權的擔保,及其他從屬的權利,亦應該同時歸於消滅(第三〇七條)。

(2)負債字據的塗改及返還 何謂負債字據?即是證明債權成立的重要文書。債已全部消滅者,債務人固得請求把負債字據返還或塗銷,而使債權人不得再利用該字據而有所

請求；其僅一部消滅者，或是負債字據上載有債權人他項權利者，債務人也得請求把消滅事由記入字據裏面。又債權人主張負債字據有不能返還或是有不能記入的事情時，債務人得請求給與債務消滅的公認證書（第三〇八條）。

## 第二節 清償

### 第一款 清償的意義

何謂清償？就是依債務本旨實現債權內容的行為（第三〇九條第一項）簡單說，即償還債務的行為。清償的性質，應該從債權消滅之點研究之。凡是債務人的行為，能使債權的內容具體實現者，其目的已經達到，債權自應該歸於消滅。至於債權人有沒有消滅債權的意思，債務人有沒有因此消滅債權的意思，就可不問。如此，清償非為契約，也非單獨行為，應認為「非法律行為」，可無疑義。

### 第二款 清償人

（一）債務人 債務人既為應負清償義務的人，當然得為清償人。債務人清償債務，是否要

有行為能力，當依給付行為的性質決定之；給付行為為事實行為者，債務人不要有行為能力；其為法律行為者，債務人要有行為能力。

(二) 債務人的代理人 債務人的代理人，亦得為清償人；惟依照民法所規定，給付行為要為法律行為，纔可許其依自己行為的代理（第一〇六條但書）。

(三) 第三人 所謂第三人，係指債權人債務人及其一般的或是特定的繼承人以外的人而言。依照民法所規定，債權原則上得由第三人為清償（第三一一條第一項前一段）；其有左列情形之一者，則為例外：

(1) 當事人另有訂定者 所謂當事人另有訂定，即是當事人另有意思表示，不許由第三人清償。如果由第三人為清償，其清償應該認為無效（第三一一條第一項但書前段）。

(2) 債的性質所不許者 所謂債的性質所不許，就是債務人其人成為給付的要素，不得由第三人清償（例如受僱人受任人都要自行清償其債務是）；如果由第三人為清償，其清償不能認為適當（第三一一條第一項但書後段）。

(3) 債務人有異議者 第三人為清償，固不要得債權人的同意，但債務人有異議時，債權人即得拒絕其清償（第三一一條第二項前段）。惟第三人就債的履行有利害關係者，則應認為例外（第三一一條第二項但書）。何謂第三人就債的履行有利害關係？就是第三人就債的清償有財產上的利害關係；例如保證人，物上擔保人，第三取得人是。

第三人為清償以後，其與債務人間的關係，依照民法第三一二條所規定，利害關係的第三人，如果代為清償，即得行使法定代位權，就是在其清償的限度內，得就債權人的權利，而以自己的名義行使代位；惟第三人行使代位權，不得有害於債權人的利益。又第三人行使代位權，應該準用第三二九七條關於債權讓與通知的規定，第三二九九條關於援用抗辯的規定。（第三一三條。）

### 第三款 受領清償人

(一) 債權人 債權人既為享受權利的人，自得為受領清償人。給付行為為法律行為時，債權人要有行為能力，纔得受領清償；然在限制行為能力人，如屬純獲法律上利益的行為，即不經過法定代理人的允許，也得受領清償，是為例外（第七七條）。債權人原則上得為受領清償人，其有

下列情形之一者，則不得受領清償：（1）債權人受破產宣告者；（2）債權受扣押或是假扣押執行者；（3）債權受禁止處分或是禁止支付並轉付命令者。

（二）債權人的代理人 債權人的代理人，不問其是法定的，抑是意定的，都得爲受領清償人（第七六條，第七九條）。代理人受領清償，其給付行爲要爲法律行爲，如爲非法行爲，雖事實上得由代理人受領，卻非真正的代理。

（三）收據持有人 收據爲證明債務清償的文書，也叫做受領證書。持有債權人簽名的收據的人，自可視爲有受領權人，而得受領清償。惟債務人的清償，要具備下列二個要件。纔可生效：（1）要債務人對於收據持有人而爲清償；（2）要債務人爲善意，且無過失（第三〇九條第二項）。

（四）第三人 無受領權的第三人，原不得受領清償，債務人如果對他爲清償，應該不生清償的效力；惟爲謀事實上的便利，民法特設左列的例外規定：

（1）債權人已爲承認，或是受領人嗣後取得其債權 第三人受領清償，已經債權人加

以承認，因等於債權人自爲受領，應該發生清償的效力。就是受領人在受領的當時，雖係無權受領，如果嗣後已取得其債權，亦與對於債權人而爲清償無異，應即發生清償的效力（第三一〇條第一款）。

（2）受領人係債權的準占有人。何謂債權的準占有人？即指以自己的意思而行使債權的人而言（第九六六條第一項）。債權的準占有人，如非真正的債權人，而債務人對他清償，亦可發生清償的效力；惟依照民法第三一〇條第二款規定，應該具備下列的要件：（1）要債務人係對於債權的準占有人而爲清償；（2）要債務人不知其爲非債權人而對他爲清償。

（3）債權人因而受利益。所謂債權人因而受利益，係指債權人在實際上已享受該清償的利益而言。債權人既因而享受其利益，即應該發生清償的效力；惟其效力只以債權人因而受利益的限度爲限（第三一〇條第三款），其未受利益的部分，債務人應該更爲清償。

#### 第四款 清償的方法

##### 第一項 一部清償

債務人所爲的給付，既要適合債務的內容，不問其給付是不可分的，還是可分的，債務人都應該爲全部給付，而無一部清償的權利。債務人既無這種權利，如果仍爲一部給付，或是一部給付的提出，債權人自得拒絕受領，更爲全部履行的請求（第二二七條）。雖然，民法爲保護經濟上的弱者，設有例外規定（第三一八條第一項但書及同條第二項），就是給付爲可分者，債務人得分期清償，或是緩期清償，其爲不可分者，債務人也得緩期清償。惟適用本條規定，要具下列的要件：（1）要債務人的境況，是難於立時爲全部的清償；（2）要在無甚害於債權人利益的相當期限內分期或是緩期；（3）應否分期或是緩期，要經過法院的許可。

## 第二項 代物清償

（一）代物清償的意義 何謂代物清償？即清償人已得債權人的承諾，而把他種給付代替原定給付，使債的關係歸於消滅的契約（第三一九條）。代物清償，既以消滅債的關係爲標的，自應發生清償的效力。所以在代物清償成立以後，債權人不得請求把其原定給付返還。

（二）代物清償的要件 代物清償，應該具備下列的要件：（1）要有因代物清償而消滅



的債權存在；(2)要債務人把他種給付代替原定給付；(3)要已經得到債權人的承諾。

(三)代物清償的效力 代物清償成立以後，應該發生下列的效力：(1)債的關係當然消滅(第三一九條)，並且使債權的擔保及其他從屬的權利同時消滅；(2)債務人就代物清償所為的給付有瑕疵者，應該和出賣人負同一的擔保責任(第三四七條)。

### 第三項 債務更新

(一)債務更新的意義 何謂債務更新？即為着清償債務而對於債權人負了新債務(第三二〇條前段)。債務更新的成立，要有當事人的合意，故可叫做「債務更新契約」。

(二)債務更新契約的要件 債務更新契約，除了要具備一般法律行為的成立及生效要件以外，更要具備下列的特別要件：(1)要有舊債務的存在；(2)要因清償舊債務而負了新債務。

(三)債務更新契約的效力 依照民法第三二〇條後段所規定，債務更新契約，除了當事人另有意思表示以外，應該發生下列的效力：(1)新債務已經全部履行者，舊債務儘可全部消

減；(2)新債務未爲履行者，舊債務還是不消滅。

### 第五款 消償地

(一)消償地的意義 何謂消償地？就是債務人應爲消償的處所。消償地不但和債的發生地不同，即和目的地或是指定地亦有區別。何謂債的發生地？即是債的發生原因成立的處所。何謂目的地？即是依照債權人的希望，而把給付物送交於消償地以外的指定地。債的發生地和目的地，雖有時就是消償地，然其性質都有不同的。

(二)消償地的決定 依照民法第三一四條所規定，消償地應該依左列方法決定之：

(1)特別的決定標準 消償地首先應依下列標準決定之：(1)法律的特別規定(例如第三七一條的規定是)；(2)契約的訂定(例如消償地約有數處，債務人得就其中選擇一處以爲消償地)；(3)特別習慣(例如銀行的交易，向來概在銀行是)；(4)債的性質(例如修繕房屋的債務，應該以房屋所在地爲其消償地是)；(5)其他情形(例如因單獨行爲而生的債務者，於其單獨行爲定有消償地時是)。

(2) 一般的決定標準 清償地如果不能依照上述的方法決定，應該依照下列的補充規定：(1) 特定物的債，以訂約時其物所在地為清償地；(2) 其他的債，以債權人的住所地為清償地。

(三) 清償地的效力 債務人僅得在清償地為清償，如在清償地以外的處所為清償，債權人即得拒絕受領。反之，債權人只得在清償地請求清償，如在清償地以外的處所請求清償，債務人也可不為給付。

#### 第六款 清償期

(一) 清償期的意義 何謂清償期？就是債務人應為清償的時期。清償期未屆至以前，債權人不得行使其債權，如果債權人於期前行使，債務人即得行使延期抗辯權。反之，已屆至清償期，債務人尚未現實為給付，亦應負遲延的責任了。(第二二九條。)

(二) 清償期的種類 清償期可分為二種，說明於左：

(1) 確定期限 所謂確定期限，即清償期的屆至，及其屆至的時期，都已確定。關於確定

的方法，有的以一定期日定的，例如民國二十四年九月十五日是；有的以一定期間定的，例如民國二十四年九月一日至九月十五日是。在前一種情形，債務人於期限屆至時即負遲延責任；在後一種情形，債務人於期限經過後纔負遲延責任。

(2) 不確定期限 所謂不確定期限，即清償期的屆至，雖是已經確定，而其屆至的時期還不能確定。不確定期限與條件不同：前者例如某人死亡的時日是；後者例如某人六十歲的誕辰是。

(三) 清償期的決定 依照民法第三一五條所規定，清償期應該依左列方法決定之：

(1) 特別的決定標準 清償期首先應依下列標準決定之：(1) 法律的特別規定；(2) 契約的訂定；(3) 價的性質；(4) 其他情形。

(2) 一般的決定標準 清償期如果不能依照上述的方法決定，應該依照本條的補充規定，就是債權人得隨時請求清償，債務人也得隨時為清償。

(四) 清償期的效力 清償期屆至時，債務人纔應為清償，債權人也纔得請求清償。不過這

是原則，尚有左列的例外：

(1) 債務人於期前得為清償 定有清償期者，如果當事人無反對意思表示，債務人不妨把其利益拋棄，而於期前為清償（第三一六條）。

(2) 債權人於期前得請求清償 定有清償期者，債權人雖不得於期前請求清償；但是清償期如為債權人的利益而定者（例如無償寄託），債權人亦可把其利益拋棄，而提前請求清償。

#### 第七款 清償的費用

何謂清償的費用？即為清償所需的費用：例如運費、匯費之類是。清償的費用，究應由什麼人負擔？依照民法第三一七條前段所規定，清償債務的費用，除了法律另有規定，或是契約另有訂定以外，由債務人負擔。不過這是原則，尚有下列的例外（第三一七條但書）：(1) 因債權人的住所變更，而致增加清償費用者，其增加的費用，應該由債權人負擔；(2) 因債權人的其他行為，而致增加清償費用者，其增加的費用，也應該由債權人負擔。前者例如因債權人的遷居，而致其住所距

離債務人很遠，增加了運送費用是。後者例如依債權人的請求，而把給付物送交債權地以外的處所，增加了運送費用是。

#### 第八款 清償的抵充

(一) 清償抵充的意義 所謂清償的抵充，即對於同一債權人負了數宗債務，其給付的種類並且相同，如果清償人所提出的給付，不足清償全部的債額，由他指定抵充那一部分的債務。(第三二一條。)

(二) 清償抵充的要件 依照民法所規定，清償的抵充，應該具備下列的要件：(1) 要債務人對於同一債權人負擔數宗債務；(2) 要數宗債務的給付種類相同；(3) 要債務人所提出的給付，不足消滅全部的債額。

(三) 清償抵充的方法 關於清償抵充的方法，可分為左列三種：

(1) 契約上的抵充 法律關於清償抵充的規定，並非強制規定，故清償人和受領清償人自可訂立抵充契約；惟其至遲應該在提出給付時訂立，如在提出給付以後，即當適用後述法

律上的抵充，不得再訂抵充契約了。

(2) 清償人的指定 當事人如已預先訂定抵充契約，自應該依其約定而為抵充。若其沒有約定，則由清償人在清償時指定其應抵充的債務（第三二一條）。這裏的所謂清償人，不管其為債務人，抑為債務人的代理人，或是第三人。又指定權為形成權，只要有清償人一方的意思表示，即可發生效力。

(3) 法律上的抵充 關於清償的抵充，如果當事人間既未約定，而清償人於清償時又未指定，即應依照民法第三二二條的規定而為抵充：(1) 債務已屆清償期者，應該儘先抵充；(2) 債務都屆清償期，或是都未屆清償期者，應該把債務的擔保最少的儘先抵充；(3) 擔保相等者，應該把債務人因清償而獲益最多的儘先抵充；(4) 獲益相等者，應該把先到期的債務儘先抵充；(5) 獲益及清償期都相等者，應該各按比例抵充其一部。

(四) 清償抵充的順序 債務人除了原本債務以外，還應該支付利息及費用，如果清償人所提出的給付不足清償全部，而當事人間又沒有特約，究竟依什麼順序抵充呢？依照民法第三二二

三條前段所規定，清償人所提出的給付，應該第一抵充費用，第二抵充利息，第三抵充原本。

#### 第九款 清償的效力

(一) 受領證書的請求 在未立書據的債務，清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書，以爲消滅債務的證據。在立有書據的債務，因其債權證書的返還，只可推定其債的關係已歸消滅（第三二五條第三項），故清償人爲求得更確實的證明，對於受領清償人也得請求給與受領證書（第三二四條）。凡清償人持有該項證書，即能够證明該項債務已歸消滅。

(二) 他債已清償及全債已消滅的推定 關於利息或是其他定期給付，如果債權人給與受領一期給付的證書，而未爲他期的保留者，即可推定其以前各期的給付已爲清償（第三二五條第一項）。利息債權，通常都先於原本而受清償，如果債權人給與受領原本的證書，即可推定其利息亦已受領（第三二五條第二項）。又債權證書既爲債權存在的證明，如果債權人已把債權證書返還，亦可推定其債的關係已歸消滅（第三二五條第三項）。



### 第三節 提存

#### 第一款 提存的意義

何謂提存？即清償人以消滅債務的目的，而把給付物爲債權人提交於提存所或是保管人的行爲。提存的性質怎樣？學說上很不一致，要以解爲「私法上的行爲」爲妥。提存既爲私法上的行爲，那末究竟其爲寄託契約，抑爲第三人利益契約呢？要以謂其係兼備寄託契約與第三人利益契約的私法上的行爲，較爲妥當。

#### 第二款 提存的要件

(一) 提存的客體要爲物體 提存的客體，限於物體，故權利或是勞務，不得爲提存的客體，就是給付標的僅爲債務人的作爲或是不作爲，也不得爲提存的客體。

(二) 提存的物體要適於提存 提存的客體，不但限於物體，並且要適於提存。何謂適於提存？即指給付物適於保管而言。給付物有毀損滅失（如爆裂物）或是易於腐敗之虞（如水果鮮

內，)或是提存需費過鉅者，清償人只得依照拍賣方法把其價金提存。至提存物是否限於動產，民法無明文規定，可解為不動產也得提存。

(三)要有提存的原因 提存為清償的代用方法，要有特別原因存在時，纔得為之。依照民法所規定(第三二六條)，提存的原因有二：(1)債權人受領遲延；(2)清償人不能確知孰為債權人而難為給付。前者例如債權人拒絕受領，或是不能受領，或是預示拒絕受領的意思是。後者例如債權人失跡，或是債權人死亡，而繼承發生爭執，或是債權人有數人，而不知孰為真正債權人是。

(四)要依提存的方法 清償要在清償地，提存即應該在清償地的提存所為之(第三二七條第一項前段)。如果清償人在清償地以外的提存所為提存，其提存即為無效。清償地沒有提存所者，清償人得向該地的初級法院聲請指定提存所或是選任保管人(第三二七條第一項後段)。又提存人在提存以後，除了事實上不能通知以外，應該把其提存情形通知債權人。如果怠於通知，而致債權人受了損害的，提存人即應負賠償責任(第三二七條第二項)。

第三款 提存的效力

(一) 債的關係的消滅 提存在債務人和債權人間的效力怎樣？立法例很不一致。民法雖無明文，自可解為債的關係應該依提存而歸於消滅。提存既可使債的關係消滅，其給付物的危險，即應該由債權人負擔，債務人自不要再支付利息，或是賠償其孳息未收取的損害（第三二八條）。

(二) 提存物的交付 提存既含有第三人利益契約的性質，債權人自可本於該契約，而有隨時向提存所或是管理人請求交付提存物的權利（第三二九條前段）；惟債務人的清償和債權人的給付，如果立於對價關係，即有適用同時履行抗辯的必要。依照民法所規定，債務人的清償，如係對於債權人的給付而為者，在債權人未為對待給付，或是提出相當擔保以前，仍得阻止其受取提存物（第三二九條後段）。

債權人受取提存物的權利，如可長期存在，也很不便。所以民法特設短期消滅時效的規定，即是債權人關於提存物的權利，自提存後十年間不行使而消滅，其提存物即歸屬於國庫（第三三〇條）。

(三) 提存物的拍賣 提存物適於提存者，固應該把其原物提存，不得任意變賣。如果原物不適於提存，究應怎樣辦理呢？民法特設自助出賣的規定，即是給付物不適於提存，或是有毀損滅失之虞，或是提存需費過鉅者，清償人得向清償地的初級法院聲請拍賣，而將其價金提存（第三三一條）又給付物有市價者，該管法院也得許可清償人按照市價出賣，而將其價金提存（第三三二條）。

(四) 提存費的負擔 提存的原因，既是由於債權人所致，則因提存所生的費用，自不可由債務人負擔。所以民法第三三三條規定：「提存拍賣及出賣之費用，由債權人負擔。」

#### 第四節 抵銷

##### 第一款 抵銷的意義

何謂抵銷？即債務人（抵銷人）對於債權人（被抵銷人）有給付種類相同的債權時，使其債權和債務都歸消滅的單獨行為。抵銷可分為法律上的抵銷和契約上的抵銷兩種：前者必須具

備法定的要件，纔可依當事人一方的意思表示以爲抵銷；後者不要具備什麼的要件，純依當事人的合意以爲抵銷。民法所規定的抵銷（第三三四條以下），是屬於前者，現在所要說明的，亦只以前者爲限。至抵銷的性質學說，上雖很紛歧，要以解爲獨立消滅債務的原因爲妥。

### 第二款 抵銷的要件

（一）要雙方互有債權 就這一點說，抵銷尙須具備下列三個要件：（1）要雙方的債權都是有效存在的；（2）要有動債權（即爲抵銷的債權）爲抵銷人所有的債權，並且爲對於被抵銷人的債權；（3）要受動債權（即被抵銷的債權）爲被抵銷人所有的債權，並且爲對於抵銷人的債權。（第三三四條）

（二）要雙方債權的給付種類相同 雙方債權的給付，必須種類相同，纔得以一方的給付清償他方的債權。（第三三四條）如果雙方債權的給付，種類本不相同，固不適於抵銷；但其種類雖屬相同，也有不得任意抵銷的。前者例如金錢給付的債務，和穀米給付的債務不得抵銷是。後者例如雙方都是種類債權，而其範圍卻有廣狹，或是品質卻有優劣，只有範圍狹的對於範圍廣的得

爲抵銷，或是品質優的對於品質劣的得爲抵銷。要之，抵銷是專適用於「種類債權」尤其適用於「金錢債權」（絕對的金錢債權爲例外）。至於清償地不同的債務，雖有許其抵銷的必要；但是爲抵銷的人，應該賠償他方因抵銷而生的損害，以昭公允（第三三六條）。

（三）要雙方債權都已到了清償期 自動債權要對受動債權爲抵銷，必須雙方債權都已到了清償期（第三三四條）。惟在自動債權的清償期，如爲債權人的利益者，債權人固可把其期限利益拋棄，而於期前爲抵銷；在受動債權的清償期，若爲債務人的利益者，債務人更可把其期限利益拋棄，而於期前爲抵銷。又債的請求權，雖是已因時效而消滅，如果在時效未完成以前，其債務即已適於抵銷，亦得爲抵銷（第三三七條）。

（四）要非依債的性質不能抵銷 所謂依債的性質不能抵銷，就是依給付的性質，如果許其抵銷，即不能達到債權的目的。例如雙方債權都以不作爲爲標的，是性質上不能抵銷，如果許其抵銷，即難達到不作爲債權的目的是。又例如扶養義務，在性質上要爲現實的給付，扶養義務人不能以其所負擔的債務，和扶養權利人所負擔的債務相抵銷是（第三三四條但書）。

(五)要非法禁止抵銷 抵銷的禁止，有為法律所規定的，有為當事人所約的。現在專就前者分別說明於左：

(1)禁止扣押的債不得抵銷 何謂禁止扣押的債？就是民事執行法或是其他法令不許扣押的債。這種債為什麼不得抵銷呢？大概本於公益上的要求，而使債權人獲得現實的清償，總能够維持其生活的必要資料。所以民法為達到這個目的，特設禁止抵銷的規定（第三三八條）。

(2)因侵權行為而負擔的債不得抵銷 因侵權行為而負擔的債，如果許其抵銷，常有誘致侵權行為的結果，所以有特設禁止規定的必要。惟因侵權行為而負擔的債，以其侵權行為由於故意者為限，若是由於過失，即應該認為例外。又法文明定：「其債務人不得主張。」即只是不得以其為受動債權而被抵銷，如其為自動債權而為抵提，尚無不可。（第三三九條）

(3)扣押後取得的債務不得抵銷 第三債務人於受債權扣押命令以後，總對其債權人取得債權者，不得以其所取得的債權，和受扣押的債權相抵銷（第三四〇條）。民法為保持

扣押或是假扣押的效力，自有設此禁止規定的必要。但扣押後取得的債權，第三債務人雖不得主張抵銷，若爲扣押前取得的債權，則仍可把牠和受扣押的債權互爲抵銷。

(4) 由第三人利益契約而生的債權不得抵銷。依照民法第三四一條所規定，約定向第三人爲給付的債務人，不得把其債務和他方當事人對於自己債務爲抵銷。但由第三人利益契約而生的債，債務人雖不得以其向第三人主張抵銷，如果已經第三人承認，即應認爲有效。

### 第三款 抵銷的方法

關於抵銷的方法，立法例向不一致，依照民法第三三五條第一項前段所規定，是採單獨行爲主義。何謂單獨行爲主義？就是除了具備抵銷的要件以外，還要由債務人一方爲抵銷的意思表示，纔可以成立抵銷，而使其債務消滅。抵銷既爲「處分債權的單獨行爲」，不但行爲人要有行爲能力，並且對於其債權要有處分能力。又抵銷要向被抵銷人或是其代理人爲意思表示，其效力是自我了解或是通知達到時發生，則其爲「有相對人的單獨行爲」，可無疑義。至於抵銷的意思表示，能否附以條件或是期限？依照民法所規定，抵銷的意思表示，若是附有條件或是期限者，即應認爲



無效（第三三五條第二項）這是因為抵銷如可附加條件或是期限，其效力勢必不確定，實與抵銷的本旨相反了。

#### 第四款 抵銷的效力

抵銷的效力，與適於抵銷的效力不同。何謂適於抵銷的效力？即雙方債權具備抵銷的要件，不過發生抵銷權的效果。何謂抵銷的效力？即因抵銷權的行使，而發生債權消滅的效果。現在把抵銷的效力分述於左：

（一）抵銷係使雙方債權都按照抵銷的數額而消滅。雙方債權的數額，未必恰相符合，則其應該消滅的範圍，究應以什麼做標準呢？依照民法第三三五條第一項後段所規定，抵銷係使雙方債權都按照抵銷的數額而消滅的。依照這項規定，雙方債權的數額，如不相等而為抵銷，應該按照抵銷的數額而消滅，其超過額還是存在的。所以自動債權不能超過自己的債權額而受滿足，受動債權也只於得受滿足的範圍內而消滅其債權，這即是不許一都消債的例外。

（二）抵銷係使雙方債權都溯及得為抵銷時而消滅。抵銷的效力，究應自何時發生呢？依

照民法第三三五條第一項後段所規定，雙方債權都應辦及得為抵銷時而消滅。所謂得為抵銷時，就是指抵銷權發生的時候而言。其溯及力的內容如下：（一）雙方債權的擔保，及其他從屬的權利，都自得為抵銷時消滅（第三〇七條）；（二）雙方債權的利息債權，都自得為抵銷時消滅；（三）遲延責任，損害賠償，及違約金，亦都自得為抵銷時消滅。

（三）數宗債權的抵銷，應該指定雙方應消滅的債權。當事人的雙方都有數宗債權，或是一方只有數宗債權，而其給付的種類相同，如果一方的債權不足消滅全部債務，究應用什麼方法去抵充呢？依照民法第三四二條所規定，可以準用第三百二十一條至第三百二十三條的規定，就是得準用清償抵充的方法。

## 第五節 免除

### 第一款 免除的意義

何謂免除，就是債權人拋棄債權的行為。關於免除的性質，學說上很有爭執，依照民法第三四

三條所規定，債權人一經向債務人表示免除債務的意思，即可使債的關係歸於消滅，是即明認其爲「單獨行爲」了。免除既爲廢權行爲的一種，並且不問其原因怎樣，則謂其爲「處分行爲」及「無因行爲」可無疑義。

### 第二款 免除的方法

依照民法第三四三條所規定，免除雖要表示免除債務的意思，其方式卻無一定的限制，即爲默示的免除，也無不可（例如返還債權證書）。免除不但爲一法律行爲，並且爲處分行爲，債權人當然要有行爲能力及處分能力，纔可爲免除。又免除爲「須發的意思表示」，並且爲「須受的意思表示」，其意思表示自應該於達到債務人時發生效力。又債權人對於期限附債務，或是條件附債務，雖得把其債務免除。若是就將來債務爲免除，即應認爲無效了（第七二五條參照）。

### 第三款 免除的效力

免除既爲消滅債的關係的原因，其效力亦不外使債的關係歸於消滅（第三四三條）。所以債權人爲全部免除者，其債務應該全部消滅；其爲一部免除者，其債務應該一部消滅。債務既經消

滅，其所附屬的從權利，也應該因而消滅。又在連帶的債，不可分的債，如果對於債務人中的一人為免除，或是債務人中的一人為免除，其效力應該依第二七六條第二八八條第二九二條第二九三條的規定決定之。

## 第六節 混同

### 第一款 混同的意義

何謂混同？就是不能並立的兩種資格而同歸於一人。這種情形，可以分為三種：（一）債權和債務同歸於一人（第三四四條）；（二）所有權和他物權同歸於一人（第七六三條）；（三）主債務和保證債務同歸於一人。這處所謂混同，只是指第一種情形而說的，第二種情形和第三種情形，待至債編分別及物權編中再說。又混同的成立，只要債權債務同歸於一人即够了，不要有何種意思表示。所以混同非法律行為，只為「事件」的一種，而為消滅債的關係的獨立原因。

### 第二款 混同的成立

混同是因債權和債務同歸一人而成立的，其原因不外由於債權或是債務的繼受。通常繼受的情形有兩種：（一）概括繼受，就是指債權人繼承債務人，或是債務人繼承債權人，或是第三人繼承債權人及債務人而言的；（二）特別繼受，就是指債務人受讓債權人的債權，或是債權人承擔債務人的債務而言的。前者即民法繼承編上所謂繼承，為發生混同的主要原因。後者和通常的債權讓與，債務承擔不同，只在受讓人非第三人，而為債權人或債務人，也可認其為發生混同的原因。

### 第三款 混同的效力

混同應該使債的關係歸於消滅，但是亦有例外情形，分述於後：（第三四四條）

（一）其債權為他人權利的標的時，債權既為他人權利的標的，自不可因其混同而消滅。例如甲對乙有債權，而把牠出質於丙，如果甲繼承乙，或是乙繼承甲，其債權還不消滅，以保全丙的債權是。

（二）法律另有規定時，法律既有特別規定，自應從其規定，其債權亦不可因混同而消滅。

例如票據上的債權，本來有流通性，如果債務人由背書取得其票據，仍得再以背書轉讓，不可因混同而消滅是（票據法第三一條第二項參照。）

