

柯凌漢著

中華債法論綱
上

商務印書館發行

柯凌漢著

中華債法

綱上

商務印書館發行

改版序

本書初版，倉卒印行，誤字屢見。此次除施精密訂正外，並基于一年來所搜集之材料，予以多少之增補。凡我國新刊之債法著述，及關於債法之判例解釋，足資參考者，均擇要增入。

本書初版，由著作自刊；印刷發行，諸感不便。此次改版，承鄭心南先生函介商務印書館印行；又勞校友柯君翊鯨，分任訂正初版誤字，實深感紉！謹此致謝。

中華民國二十二年十一月十日

著者識

例言

一 余自己未秋歸國以來，歷在福建私立法政專門學校，福建大學，廈門大學，福建學院，擔任民法講席，迄今十有三稔。六年前因在學諸生之請，曾將講稿一部分，（債權法總論）修訂刊行，初版久已告罄。迨民國十八年，新民法前三編，先後公布，遂將舊稿，依照現行民法，詳加增補，印為講義，分給各生，而已畢業之校友，請求分送者，亦不乏人。因講義份數有限，無以徧應，抱歉奚似！今夏特利用休假期間，將債法總論及債法各論兩稿，重行修改，並附註解三百餘則，定名債法論綱，先付剞劂。其餘民法總則論綱，及物權法論綱，容俟異日續刊。聊供初學研究之助，非敢云著作也。

二 本書之主要目的，在以最經濟之方法，就新民法債編（十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行）為最有系統之研究，期能發見法律之真義。故敘述力求簡明，組織力求合理。但遇有重要問題，則亦不壓詳加討論，除參考我國學說判例外，並徵引外國重要之立法例判例學說，以資比較。

三 本書雖以民法債編之規定，為編述之根據，但其章節之排列，則不盡依法典之順序。至法典規定之有未當及遺漏之處，亦盡量評論，以貢一得之愚。

四 本書固多取材於中外學者之著述，惟其間亦不乏著者個人獨創之見解。如「賴他契約」，「保證債務之代位」

性，『不當得利返還義務之代位』及『消極侵權行為』等名稱，皆爲他書所未見。上述研究未熟之主張，尤欲藉此提請大方之教正。

五 本書徵引中外學說時，每有附以反對之見解者。然此單純基於共同研究之目的，非欲故爲異論。至其學說之出處，以有必要者爲限，特舉其書名，餘從略。

六 本書所引之條文，其未經示明何種法律者，指民法法典。其他則各從其名稱。又本書所用之略語，如『舊民律』指前清之民律草案，民國十年經廣東軍政府修正公布者，『德民』指德國民法，『瑞債』指瑞士債務法。餘倣此。

七 外國語限於敘述語源，及外國學者姓名時用之。餘以其無必要，故不一一註入。

中華民國二十一年八月

著者識

目次

緒論

第一部 總論

第一章 債之意義

第二章 債權與他之權利之區別

第一節 債權與物權之區別

第二節 債權與親屬權之區別

第三節 債權與請求權之區別

第三章 債之發生原因

第四章 債之標的

第一節 總說

第一款 債之標的之意義

第二款 債之標的之要件

一

三二

三

四

四

六

七

九

〇

〇

〇

一

第三款 債之標的之分類	一三
第二節 種類債	一五
第一款 種類債之性質	一五
第二款 種類債之特定	一六
第三款 制限の種類債	一八
第三節 金錢債	一九
第一款 金錢債之性質	一九
第二款 內國貨幣金錢債	二〇
第三款 外國貨幣金錢債	二一
第四節 利息債	二二
第一款 利息之意義	二二
第二款 利息之種類	二三
第三款 利率	二四
第四款 覆利	二六
第五款 利息債之特質	二八

第五節 選擇債……………二九

第一款 選擇債之性質……………二九

第二款 選擇債之特定……………三〇

第三款 選擇債之給付不能……………三三

第六節 任意債……………三七

第七節 損害賠償債……………三九

第一款 損害賠償債之性質……………四九

第二款 損害賠償債發生之要件……………四〇

第三款 損害賠償之方法……………四六

第四款 損害賠償之範圍……………四六

第五款 損害賠償額之確定……………五一

第五章 債之效力……………五五

第一節 給付義務……………五五

第一款 總說……………五五

第二款 給付之主體……………五六

第三款 給付之處所	五九
第四款 給付之費用	六〇
第五款 給付之時期	六一
第二節 故意及過失	六三
第三節 給付不能	六九
第一款 給付不能之意義	六九
第二款 給付不能之分類	七一
第三款 給付不能之效果	七三
第四款 代價請求權	七四
第四節 履行遲延	七六
第一款 履行遲延之意義	七六
第二款 履行遲延之效果	七八
第三款 金錢債之履行遲延	七九
第四款 履行遲延之消滅	八〇
第五節 不完全履行	八〇

第六節 受領遲延……………八二

第一款 受領遲延之意義……………八二

第二款 受領遲延之效果……………八五

第三款 受領遲延之消滅……………八六

第七節 間接訴權……………八七

第一款 間接訴權之意義及性質……………八七

第二款 間接訴權之要件……………八八

第三款 間接訴權之標的……………八九

第四款 間接訴權之行使……………九一

第五款 間接訴權之效力……………九一

第八節 撤銷訴權……………九二

第一款 撤銷訴權之意義及性質……………九三

第二款 撤銷訴權之要件……………九四

第三款 撤銷訴權之主體……………九五

第四款 撤銷訴權之標的……………九六

第五款 撤銷訴權之行使……………九八

第六款 撤銷訴權之效力……………九八

第七款 撤銷訴權之消滅……………一〇〇

第六章 債之移轉……………一〇一

第一節 債權之移轉……………一〇一

第一款 債權之讓與……………一〇二

第一項 債權讓與之意義……………一〇三

第二項 債權讓與之成立……………一〇三

第三項 債權讓與之許可……………一〇四

第四項 債權讓與之效力……………一〇六

第二款 債權之法定移轉……………一〇九

第二節 債務之移轉……………一一三

第一款 債務之承擔……………一一三

第一項 債務承擔之意義……………一一四

第二項 債務承擔之成立……………一一四

第三項	債務承擔之許可	一一六
第四項	債務承擔之效力	一一六
第五項	並存的債務承擔	一一八
第六項	概括的債務承擔	一一九
第二款	債務之法定移轉	一二〇
第七章	債之消滅	一二〇
第一節	總說	一二〇
第二節	清償	一二一
第一款	清償之意義	一二一
第二款	清償之性質	一二三
第三款	清償之受領	一二五
第四款	清償之證明	一二八
第五款	清償之抵充	一二八
第三節	代物清償	一三一
第四節	提存	一三四

第一款	提存之意義及性質	一三四
第二款	提存之原因及標的	一三五
第三款	提存之程序及費用	一三五
第四款	提存之效力	一三六
第五款	價金提存	一三八
第五節	抵銷	一三九
第一款	抵銷之意義及性質	一三九
第二款	抵銷之要件	一四〇
第三款	抵銷之許可	一四三
第四款	抵銷之方法	一四四
第五款	抵銷之效力	一四五
第六款	契約上之抵銷	一四六
第六節	免除	一四七
第七節	混同	一四七
第八節	更改	一四八

第一款 更改之意義及性質……………一四九

第二款 更改之種類……………一五〇

第三款 更改之效力……………一五一

第九節 債權消滅之一般效果……………一五二

第八章 多數主體之債……………一五四

第一節 總說……………一五四

第二節 連合債……………一五五

第一款 連合債之意義……………一五五

第二款 連合債之原因……………一五五

第三款 連合債之效力……………一五六

第三節 連帶債……………一五六

第一款 連帶債務……………一五六

第一項 連帶債務之意義……………一五六

第二項 連帶債務之原因……………一五八

第三項 連帶債務之效力……………一五八

第一目 債權人之權利	一五八
第二目 就連帶債務人之一人所生事項之效力	一五九
第四項 連帶之免除	一六三
第五項 連帶債務人相互之關係	一六三
第一目 各債務人之担負部分	一六三
第二目 求債權	一六四
第六項 不真正連帶債務	一七〇
第二款 連帶債權	一七二
第一項 連帶債權之意義	一七二
第二項 連帶債權之原因	一七三
第三項 連帶債權之效力	一七三
第一目 債權人之權利	一七三
第二目 就連帶債權人之一人所生事項之效力	一七四
第四項 連帶債權人相互之關係	一七五
第四節 不可分債	一七六

第一款 不可分債務……………一七六

第一項 不可分債務之意義……………一七六

第二項 不可分債務之原因……………一七七

第三項 不可分債務之效力……………一七八

第一目 債權人之權利……………一七八

第二目 就不可分債務人之一人所生事項之效力……………一七八

第四項 不可分債務之變更……………一八〇

第五項 不可分債務人相互之關係……………一八〇

第二款 不可分債權……………一八一

第一項 不可分債權之意義……………一八一

第二項 不可分債權之原因……………一八二

第三項 不可分債權之效力……………一八二

第一目 債權人之權利……………一八二

第二目 就不可分債權人之一人所生事項之效力……………一八三

第四項 不可分債權之變更……………一八四

第五項 不可分債權人相互之關係……………一五八

第二部 各論……………一八七

第一章 因契約而生之債……………一八七

第一節 總說……………五八七

第一款 契約之意義……………一八七

第二款 契約之成立……………一八九

第一項 要約……………一八九

第一目 要約之意義……………一八九

第二目 要約之效力……………一九〇

第三目 要約之失效……………一九二

第二項 承諾……………一九四

第三項 其他之訂約方法……………一九五

第四項 契約成立之時期……………一九六

第五項 懸賞廣告……………一九八

第一目 懸賞廣告之性質.....一九八

第二目 懸賞廣告之要件.....一九九

第三目 懸賞契約.....二〇〇

第一則 懸賞契約之成立.....二〇〇

第二則 懸賞契約之效力.....二〇一

第四目 懸賞廣告之消滅.....二〇一

第三款 契約之分類.....二〇二

第四款 契約之標的.....二〇七

第一項 契約自由之原則.....二〇七

第二項 契約標的之要件.....二〇八

第五款 契約之效力.....二一〇

第一項 雙務契約.....二一一

第一目 雙務契約之履行.....二一一

第二目 雙務契約之給付不能.....二一四

第二項 利他契約.....二一八

第一目 利他契約之性質	二二八
第二目 利他契約之效力	二二九
第三目 補償關係與對價關係	二三一
第四目 類他契約	二三二
第六款 契約之確保	二三三
第一項 定金之支付	二三三
第二項 違約金之約定	二三五
第七款 契約之解除	二三六
第一項 契約解除之意義	二三六
第二項 契約解除之原因	二三八
第一目 約定事由	二三八
第二目 法定事由	二二八
第三項 契約解除之方法	二二九
第四項 契約解除之效果	二三〇
第一目 回復原狀之義務	二三〇

第二目 損害賠償之義務.....二三一

第五項 契約解除權之消滅.....二三二

第六項 終止契約.....二三三

第二節 因買賣而生之債.....二三四

第一款 買賣之意義及性質.....二三四

第二款 買賣之效力.....二三六

第一項 出賣人之義務.....二三六

第一目 移轉權利及交付標的物之義務.....二三六

第二目 瑕疵担保義務.....二三七

第二項 買受人之義務.....二四七

第一目 支付價金之義務.....二四七

第二目 受領標的物之義務.....二四九

第三項 買賣危險之負擔.....二四九

第四項 買賣費用之負擔.....二五一

第三款 買回.....二五二

第一項 買回之意義	二五二
第二項 買回之方法	二五四
第三項 買回之效力	二五五
第四款 特種之買賣	二五六
第一項 貨樣買賣	二五六
第二項 試驗買賣	二五七
第三項 分期付款之買賣	二五八
第四項 拍賣	二五九
第三節 因互易而生之債	二六一
第一款 互易之意義及效力	二六二
第二款 特種之互易	二六二
第四節 因贈與而生之債	二六三
第一款 贈與之意義及性質	二六三
第二款 贈與之效力	二六五
第三款 贈與之撤銷	二六七

第四款 贈與之廢止	二六七
第五款 特種之贈與	二六九
第一項 負擔附贈與	二六九
第一目 負擔附贈與之意義	二六九
第二目 負擔附贈與之效力	二七〇
第二項 定期贈與	二七一
第五節 因租賃而生之債	二七二
第一款 租賃之意義及性質	二七二
第二款 租賃之效力	二七三
第一項 當事人間之效力	二七三
第一目 出租人之義務	二七三
第二目 承租人之義務	二七五
第二項 對於第三人之效力	二七八
第三款 租賃物之轉租	二七九
第四款 因租賃而生之留置權	二八一

第五款 租賃之消滅·····	二八二
第六款 租賃之短期時效·····	二八四
第七款 耕作地之租賃·····	二八五
第六節 因使用借貸而生之債·····	二八七
第一款 使用借貸之意義及性質·····	二八七
第二款 使用借貸之效力·····	二八八
第一項 貸與人之義務·····	二八八
第二項 借用人之義務·····	二八九
第三款 使用借貸之消滅·····	二九一
第四款 使用借貸之短期時效·····	二九一
第七節 因消費借貸而生之債·····	二九二
第一款 消費借貸之意義及性質·····	二九二
第二款 消費借貸之效力·····	二九三
第一項 貸與人之義務·····	二九三
第二項 借用人之義務·····	二九四

第八節 因僱傭而生之債……………二九六

第一款 僱傭之意義及性質……………二九七

第二款 僱傭之效力……………二九八

第一項 僱用人之義務……………二九八

第二項 受僱人之義務……………二九九

第三款 僱傭之消滅……………三〇〇

第九節 因承攬而生之債……………三〇二

第一款 承攬之意義及性質……………三〇二

第二款 承攬之效力……………三〇三

第一項 承攬人之義務……………三〇三

第二項 定作人之義務……………三〇六

第三項 承攬之危險負擔……………三〇六

第三款 因承攬而生之抵押權……………三〇七

第四款 承攬之解除……………三〇八

第五款 承攬之短期時效及除斥期間……………三〇九

第十節 因出版而生之債	三〇九
第一款 出版之意義及性質	三〇九
第二款 出版之效力	三一一
第一款 出版權之移轉	三一一
第二款 出版權授與人之義務	三一二
第三款 出版人之義務	三一三
第四款 出版之消滅	三一五
第十一節 因委任而生之債	三一六
第一款 委任之意義及性質	三一六
第二款 委任之效力	三一七
第一款 受任人之義務	三一七
第二款 委任人之義務	三二〇
第三款 委任之消滅	三二一
第四款 特種之委任	三二二
第一款 商業經理	三二二

第二項 商業代辦.....	三二五
第十二節 因居間而生之債.....	三二七
第一款 居間之意義及性質.....	三二七
第二款 居間之效力.....	三二八
第一項 居間人之義務.....	三二八
第二項 委託人之義務.....	三二九
第三款 居間之消滅.....	三三一
第四款 婚姻居間.....	三三二
第十三節 因寄託而生之債.....	三三二
第一款 寄託之意義及性質.....	三三二
第二款 寄託之效力.....	三三四
第一項 受寄人之義務.....	三三四
第二項 寄託人之義務.....	三三六
第三款 消費寄託.....	三三七
第四款 決定之保管義務.....	三三八

第十四節 因合夥而生之債·····	三四一
第一款 合夥之意義及性質·····	三四一
第二款 合夥之財產關係·····	三四三
第一項 合夥之財產·····	三四三
第二項 合夥之債務·····	三四六
第三項 損益分配·····	三四八
第三款 合夥之事務執行·····	三四九
第四款 合夥之解散·····	三五四
第一項 合夥解散之原因·····	三五四
第二項 合夥解散之效果·····	三五五
第五款 合夥之變更·····	三五七
第十五節 因隱名合夥而生之債·····	三五九
第一款 隱名合夥之意義及性質·····	三五九
第二款 隱名合夥之效力·····	三六一
第三款 隱名合夥之終止·····	三六三

第十六節 因終身定期金契約而生之債……………三六四

第一款 終身定期金契約之意義及性質……………三六四

第二款 終身定期金契約之效力……………三六四

第十七節 因和解而生之債……………三六六

第一款 和解之意義及性質……………三六七

第二款 和解之效力……………三六八

第十八節 因保證而生之債……………三六九

第一款 保證之意義及性質……………三六九

第二款 保證債務……………三七〇

第一項 保證債務之特質……………三七〇

第二項 保證債務之內容……………三七一

第三項 保證債務之效力……………三七二

第四項 保證債務與主債務之關係……………三七四

第五項 保證債務之消滅……………三七五

第三款 保證人與主債務人之關係……………三七六

第四款	共同保證	三七七
第五款	信用委任	三七八
第十九節	因交互計算而生之債	三七九
第一款	交互計算之意義及性質	三七九
第二款	交互計算之效力	三八〇
第三款	交互計算之終止	三八一
第二章	因有價證券而生之債	三八一
第一節	總說	三八二
第二節	指示證券	三八三
第一款	指示證券之意義及性質	三八三
第二款	指示證券之要件	三八四
第三款	指示證券之效力	三八五
第四款	指示證券之讓與	三八六
第五款	指示證券之原因關係	三八七
第三節	無紀名證券	三八八

第一款	無記名證券之意義及性質	三八八
第二款	無記名證券之要件	三八九
第三款	無記名證券之效力	三八九
第四節	有記名證券	三九二
第三章 因營業而生之債		
第一節	總說	三九三
第二節	因行紀而生之債	三九三
第一款	行紀之意義	三九三
第二款	行紀之法律關係	三九四
第三款	行紀之效力	三九五
第一項	行紀人之義務	三九六
第二項	行紀人之權利	三九七
第三節	因倉庫營業而生之債	三九九
第一款	倉庫營業之意義	三九九
第二款	倉庫營業之效力	四〇〇

第三款 倉單·····	四〇二
第四節 因運送營業而生之債·····	四〇三
第一款 總說·····	四〇三
第一項 運送營業之意義·····	四〇三
第二項 運送營業之分類·····	四〇四
第三項 運送契約·····	四〇四
第二款 物品運送·····	四〇五
第一項 運送證券·····	四〇五
第二項 運送人之義務·····	四〇七
第三項 運送人之權利·····	四〇一
第四項 相繼運送·····	四一三
第三款 旅客運送·····	四一四
第五節 因承攬運送而生之債·····	四一六
第一款 承攬運送之意義·····	四一六
第二款 承攬運送之法律關係·····	四一七

第三款 承攬運送之效力…………… 四一七

第一項 承攬運送人之義務…………… 四一七

第二項 承攬運送人之權利…………… 四一九

第四章 因無因管理而生之債…………… 四二〇

第一節 無因管理之意義…………… 四二〇

第二節 無因管理之要件…………… 四二一

第三節 無因管理之效力…………… 四二三

第一款 管理人之義務…………… 四二三

第二款 本人之義務…………… 四二六

第四節 無因管理之消滅…………… 四二七

第五章 因不當得利而生之債…………… 四二八

第一節 不當得利之意義…………… 四二八

第二節 不當得利之要件…………… 四二九

第三節 不當得利之效力…………… 四三一

第四節 特種之不當得利…………… 四三三

第六章 因侵權行為而生之債……………四三五

第一節 侵權行為之意義……………四三五

第二節 侵權行為之要件……………四三六

第三節 例外侵權行為……………四四三

第四節 消極侵權行為……………四四六

第五節 共同侵權行為……………四五一

第一款 共同侵權行為之意義……………四五一

第二款 共同侵權行為之效力……………四五三

第三款 準共同侵權行為……………四五三

第四款 擬制的共同侵權行為……………四五四

第六節 侵權行為之效力……………四五四

附 錄

一 民法債編施行法

二 民法債編立法原則

中華債法論綱

緒論

債法者，規定普通債之法規也。債有普通債與特別債二種：普通債規定于債法，而特別債則規定于其他之法律；〔一〕例如票據上之債，規定于票據法是。因債法乃普通民法之一部，〔二〕其性質為普通法故也。

〔一〕特別債，有規定于民法以外之法律者，如票據上之債，規定于票據法；保險契約上之債，規定于保險法是。有規定于民法內其他各編者，如地租之債，規定于物權編；扶養之債，規定于親屬編是。

〔二〕在民商兩法分立之國家，則私法方面，有民法、商法之區分。我國無商法法典，應統稱全體之私法曰民法。惟依其所規定事項之性質，得分之為普通民法與特別民法而已。如民法法典，屬于前者。票據法、公司法、保險法、海商法等，屬于後者。

債法在民法法典中之地位，各國立法例不同。〔三〕我民法做德國民法，規定之于第二編，計六百零四條（第一五三條至第七五六條）約占民法全部二分之一。其內容多採自德國民法及瑞士債務法。中分兩章：第一章「通則」規定一般之債共通之事項。如債之發生，債之標的，債之效力，債之多數主體，債之移轉，債之消滅等等。第二章「各種之債」規定各種之債特別之事項。其所規定之債，計有買賣，互易，交互計算，贈與……等二十四種。可大別之為：（一）因契約而生之債，（二）因有價證券而生之債，（三）因營業而生之債三大類。〔四〕

【三】少數國家，有不規定債之關係于民法法典中，而以單行法規定之者。如瑞士債務法是。其他各國，概規定之于民法法典中。惟其在民法法典中之地位，各國立法例不同：(甲)有不特設債權一編者，其規定之形式，又有兩種：第一種，以債權法與物權法，同規定于財產法中。如普國國法，奧國民法是。第二種，以債權為取得財產之方法，規定之于財產取得編中。如法、意、葡等國民法是。(乙)有專設債權一編者，其編列之次序，或置于物權編之前，或置于物權編之後。前者如德國民法是。後者如日、俄兩國民法是。

【四】民法第二編第二章，題為「各種之債」。其所規定買賣贈與等二十四種，實係債之發生原因，而非債之自體，不無自相觸觸，故余易之為「因……而生之債」。又第二編第二十一節所規定之經理人及代辦商，去債更遠，民法規定之于各種之債之下，尤為不妥，故余納之于「因委任而生之債」之內。(第二部第一章第十一節第四款參照)

本書編述之順序，大體從民法規定之順序。大分之為二部：第一部「總論」，論述債之一般事項。第二部「各論」，論述各種之債。惟契約，無因管理，不當得利，及侵權行為，民法雖以之為債之發生原因與效力，規定于債編通則中；(第一五三條至第一六六條第一七二條至第一九八條及第二四六條至第二七〇條)然其關於契約之規定，乃契約之通則，而非債之通則；又無因管理，不當得利，侵權行為三者，其性質與買賣，互易等相同，其所生之債，乃各種獨立之債，而非債之共通事項，均不宜列于債編通則中。故移于第二部各論說明之。

第一部 總論

第一章 債之意義

欲知何者爲債，必先知何謂債權。債權者，請求他人爲一定行爲之權利也。（第一九九條一項）依此定義分析說明之：

（一）債權乃對於他人之權利。對於他人之權利云者，即對於他人行使之權利之謂。此即債權與物權相異之點；蓋物權係對於物而行使故也。惟物權當被人侵害時，其權利人亦得對於加害人行使其權利（例如因所有物被人毀損向加害人請求賠償損害是）似物權亦得對人行使之者。然此等場合，其權利人對於加害人所行使之權利，乃由物權而生之債權（第一八四條參照）而非物權自身；故債權與物權有別。

（二）債權乃請求一定行爲之權利。債權之內容，在請求他人爲一定之行爲，此乃其與形成權相異之處；蓋形成權亦對於他人而行使，（五）惟其權利之行使，非要求他人爲一定之行爲，乃對於他人表示一定之意思，故與債權不同。茲所謂一定之行爲者，係統括一定之作爲及不作爲而言（第一九九條三項）以請求一定作爲爲內容之債權，謂之積極債權；如甲約以百金贈乙是。以請求一定不作爲爲內容之債權，謂之消極債權；如甲與乙約於某地域不營某項商業是。

【五】形成權一語，譯自德語之 *Gestaltungsgewalt*，乃德人捷克爾（*Seckel*）所創。謂俟單獨行為，使私權發生變更，或消滅之權利也。如撤銷權，承認權，選擇權，抵銷權，解除權，契約終止權皆是。

債權既係請求他人為一定行為之權利，則他人必負為一定行為之義務。此種義務，謂之債務。有債權之人，謂之債權人；負債務之人，謂之債務人。債權人與債務人間之關係，即謂之債。債權債務二者，義本相同，惟從前法律，採用義務本位主義，以債務為主；近世法律，採用權利本位主義，以債權為主。我民法第二編，題曰「債」，蓋取平等保護債權人與債務人之義也。【六】

【六】民法第二編以「債」名，以示於債權債務兩方面，無所偏重。驟觀之似甚妥適，實則債法之以保護債權人，與物權法之以保物權人，毫無差異。其間雖設有少數減免債務人責任之規定，然此只可認為對於債權人不予優越之保護，非賦與債務人以何種特別之利益。且物權編對於物權人以外之人之利益，亦有加以注意（第七七三條後段及第七九〇條第二款參看）物權編既不因此改名物編，則債權編自亦不宜改稱債編，故余認為仍名債權編為較妥。

第二章 債權與他之權利之區別

第一節 債權與物權之區別

債權與物權同為財產權，然有異點，茲舉於左：

第一 本質上之差異

(甲) 物權爲支配物之權利，債權爲請求一定行爲之權利，即在以所有權或其他物權之移轉爲標的之債權，(例如甲與乙約以其所有之馬贈乙之場合)債權人亦不得直接支配其物。

(乙) 物權爲絕對權，得對抗一般人，有侵害其權利者，應負賠償損害之責。反之，債權爲相對權，祇得對抗債務人，債務人以外之人，有侵害其權利者，債權人不得請求其賠償。例如甲與乙約，以某馬贈乙，未交付而丙擊斃之，則乙不得直接向丙請求賠償損害是也。〔七〕

〔七〕債權爲絕對權抑爲相對權，此從來頗費爭論之一大問題也。羅馬法以來之通說，以債權爲對人之權利，性質上當然爲相對權。然少數學者反對之，謂債權亦爲絕對權；第三人有害害之者，債權人得請求其賠償損害。蓋不可侵性，乃權利本質上所不可缺之要素；債權亦一權利，當然有不可侵之性質故也。以上兩說，均屬未當。何則？通說以債權爲對人之權利，性質上當然爲相對權，此點根本錯誤。雖對人之權利，亦不妨爲絕對權，如親屬權是也。反對說以不可侵性爲權利所不可缺之要素，亦無根據。不可侵性之有無，與權利之本質無涉。倘法律明定債權無不可侵性時，其債權仍得於債權人及債務人之間存在，不夫其爲權利之性質。究之，債權之爲絕對權與否，乃成法解釋之問題，不得抽象的定之。我民法對此問題，未有明文，不無疑義；然由第二二五條二項之規定推之，則債權不得不爲相對權，蓋同項規定之意旨，謂：「債務人因不能給付之事由，(例如第三人毀損債務標的物)對於第三人有害損害賠償請求權者，債權人得請求債務人，讓與其損害賠償之請求權。」則債權人自身，對於第三人，不得以債權被侵害爲理由，直接請求賠償損害者，可以知之矣。是債權在我民法上無不可侵性，故爲相對權。(第二部各論第六章第二節參看)

第二 效果上之差異

(甲)物權有排他性，故在同一物體之上，設定數個之物權時，應依設定之先後，定其權利之優劣；先設定之權利，優於後設定之權利。而債權則無排他性。蓋物權為直接支配物之權利，在同一物體之上，異時設定數個物權時，其相互之間，當然有優劣之區分。債權為請求一定行為之權利，對於同一債務人，取得數個債權時，不問其發生之先後，其效力一切同等。例如：甲以其家屋，先向乙押借五千元，嗣又向丙押借三千元，則乙丙對於該家屋同有抵押權（物權）。然乙之抵押權優于丙。若其後拍賣該家屋，得價七千元，應以五千元還乙，二千元還丙。是。又如：甲先負乙三千元，嗣又負丙七千元，則乙丙對甲同有債權。若其後甲破產，變賣其財產，只得五千元，乙丙應比例債額以為分配。即乙得千五百元，丙得三千五百元是。

(乙)物權有追及權。追及權者，不問其權利之標的物，在何人之手，得追隨其物而行使其權利之謂。而債權則無追及權，故其標的物已落第三人之手時，則債權人不得直接向第三人主張其權利。因物權為對物之權利，認物不認人，債權為對人之權利，認人不認物故也。例如：甲竊乙所有之馬，售于不知情之丙，乙得以所有人資格，請丙交還其物。又如：甲約以其所有之馬贈乙，未交付復以之賣丙，則乙不得以債權人資格，請丙交付其物是。

第二節 債權與親屬權之區別

債權與親屬權（如親權夫權）同為對人之權利，亦有相異之點。

(一)親屬權以親屬關係（如親子關係夫妻關係）為基本，只於有親屬關係者之間而存在。反之，債權則不以此

特別關係爲前提，即在毫無關係者相互之間，亦得發生。此其異點一。

(二) 親屬權以確保道德上之義務爲目的。反之，債權則以滿足權利人生活上之需要爲目的。此其異點二。

(三) 親屬權之存在多爲永久的。債權多偶然發生，而爲一時的。此其異點三。

(四) 親屬權爲人身權，不得移轉。反之，債權爲財產權，原則可以任意移轉。此其異點四。

第三節 債權與請求權之區別

債權係以請求他人爲一定行爲爲本質，然則債權與請求權〔八〕爲同一物否乎？對此問題，學者多持消極說，否認債權與請求權爲同一之權利。其所據之理由，不能一致：有謂債權的請求權爲債權，物權的請求權非債權者。〔九〕有謂債權爲請求權，對於一般人之請求權非債權者。〔一〇〕有合併以上兩說而主張之者。〔一一〕余謂債權與請求權實不能認其區別。例如利息請求權及損害賠償請求權，雖均名爲請求權，然不得謂其非債權。惟債權中請求給付之權能，與債權不可混同。蓋債權之成分有二：一爲請求權，即請求他人給付之權能；一即享益權，即享受由他人給付所生利益之權能；債權非僅以請求爲內容故也。〔一二〕

〔八〕請求權 (Anspruch) 之觀念，乃德人威德沙德 (W. v. Scheel) 所倡。在威氏之前，只認訴權，而不認請求權。然訴權乃請求國家保護之權利，其性質爲公權，而於私人相互間請求行爲之權利，則爲私權，二者不能混而爲一。故威氏特創請求權之觀念，謂私人間請求行爲之權利，曰請求權，以與訴權區別。威氏之說，當時非無反對之者，然在德國普通法時代，勢力極盛。及德國編纂民法法典，遂採其說，明揭「請求權」三字於法典中，如第一九四條是也。依該條所定，則請求權者，請求作爲或不作爲之權利也。

「九」是說謂：「請求權有物權的請求權，及債權的請求權兩種。物權的請求權者，請求回復物權之圓滿狀態之權利也。如所有人對於不法保留所有物之占有者，或侵奪所有物者，請求返還所有物之權利是。」（第七六七條參照）其他之請求權，皆債權的請求權。物權的請求權，以回復物權之圓滿狀態爲目的，非債權，而債權的請求權則爲債權。」（德儒 *Enneccerus, Endemann* 及日儒鳩山秀夫等主張之。我國陳蓮昆氏從其說。同氏債總第一三頁）然物權的請求權，雖有特殊之目的，而其本質則與債權的請求權無異，以此爲理由否認其爲債權，殊屬非當。且債權的請求權，亦有以回復權利之圓滿狀態爲目的者，如同復名譽請求權是。第一九五條一項後段參照）回復名譽請求權，既認其爲債權，則物權的請求權，自無非債權之理。故斯說不足採。

【一〇】此說謂：「請求權有對於一般人之請求權，及對於特定人之請求權兩種。債權爲對於特定人之請求權，而對於一般人之請求權，則非債權。蓋在絕對權一面有支配其標的之權利，一面有請求一般人不侵害其支配關係之權利。此包含於絕對權中之請求權，非對於特定人之請求權，故非債權。」日儒川名兼四郎主張此說。然對於一般人之請求權，實不得認其存在。何則？在絕對權，一般人所以不得侵害其支配關係者，係因無侵害之之權利，非因負有不侵害之之義務。從權利人對於一般人，當然無請求不侵害其支配關係之權利。且此種請求權，理論上雖認其存在，然不得行使，亦不得讓與於他人，實際上無絲毫之效用，不如不認其存在之爲愈也。故斯說亦不足採。

【一一】此說主張：「債權爲請求權，然物權的請求權，及對於一般人之請求權，均非債權。故債權與請求權非同一之權利。」（德儒 *Windscheid, Hellwig* 日儒中島玉吉均主此說。其誤點與前兩說同。）

【一二】權能乃權利之成分，與權利自體不同。例如所有權爲權利，而所有權中之使用權，收益權，處分權，則爲所有權之權能，而非所有權自體。請求權與請求權能之關係亦然，故謂請求權即債權，而請求權能則非債權。

債權之內容，既含請求與享益兩權能，故債權中除請求權能外，尚有享益權能存在。如已罹消滅時效之債權，其請求權能，雖已消滅，而債權人仍有享受清償利益之權能。（參看第一四四條二項）即其明證也。學者稱此等無請求權能之債，曰自然債務，亦稱不完全債務。（三）

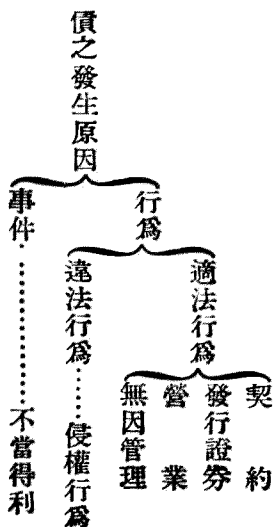
【111】自然債務 (Naturalis Obligatio) 淵源於羅馬法，近世德法及其他各國之民法亦多認之。自然債務無請求權，雖不得以訴強制其履行，然債務人任意所爲之履行，仍有效力，債務人不得以不當得利爲理由，請求其返還利益。其效用即在乎此，但現今學者多謂無認其存在之必要。

第三章 債之發生原因

債之發生原因，得大別爲行爲與事件二者。行爲中，又有適法行爲與違法行爲兩種。如契約、發行證券、營業、無因管理屬於前者；侵權行爲屬於後者。事件者，謂行爲以外之事實。事件中爲債之發生原因者，爲數不少，不當得利其最著者也。又一派學者，分債之發生原因爲法律行爲與法律規定二者。凡債基于當事人之意思表示而生者，其原因爲法律行爲；不基于當事人之意思表示而生者，其原因爲法律規定。夫有法律而後有權利，基於意思表示而生之債，本亦待乎法律之規定而後發生；然此項之債，必須當事人先有發生債之意思表示，而後法律爲尊重其意思，使之發生債之關係，故與單純基于法律規定而生之債，不問當事人意思如何者有別。如由無因管理、不當得利、侵權行爲、而生之債，皆因法律規定而生之債也。茲依我民法第二編所定，列表于左。但表中所謂契約、發行證券、營

業、無因管理、不當得利、及侵權行為等，其意義若何，詳於第二部各論。茲不贅及。此外代理權之授與，其性質實非債之發生原因，故不列入。〔二四〕

〔二四〕代理權之授與，我民法以之為債之發生原因，于第二編第一章第一節「債之發生」標題之下規定之。（第一六七條至第一七一條）然代理權之授與，只發生代理權，不發生債權。若謂代理權授與後，代理人所為之法律行為，能發生債權。（戴修瓚氏債總第八六頁參看）然此際其債權乃基于代理人之行為而生，非基于代理權之授與而生。現代理人所為之行為，亦有不發生債權者，如代理人為本人所為之物權行為是也。故此節宜規定于總則編。民法規定于債編，殊屬失當。



第四章 債之標的

第一節 總說

第一款 債之標的之意義

債之關係與物權關係同，必有主體與標的。債權人及債務人，即債之關係之主體；債權人所得請求之一定行為，即債之標的。故債之標的者，即債務人所應為之作爲或不作爲也。〔一五〕簡稱此作爲不作爲曰給付。

〔一五〕何者爲債之標的？學說紛紜，其重要者有六說：（一）有謂債權無標的者。然無標的之權利，不得認之。（二）有以債務人爲債之標的者。然債務人乃債之主體，而非其標的。（三）有以債務人之意思爲債之標的者。然意思不能離人身而獨立存在，不得爲債之標的。（四）有以債務人之財產爲債之標的者。然債權非皆有財產的價格，亦有無財產的價格者。如不宜布祕密及不出席某種會議之債權是也。若謂此項債權，亦以債務人之財產爲標的，其不當明矣。（五）有以債務人應給付之物爲債之標的者。然債務人應給付之物，乃給付之標的，而非債之標的。且一切之債非皆以物之給付爲內容，亦有以單純之作爲爲內容者，故斯說亦無理由。（六）有以債務人之行爲爲標的者。是乃德國普通法及法日各國民法上之通說。我民法從之。

債之標的與債之標的物，不可混同。債之標的物者，債務人應給付於債權人之物也。債不問關係于物與否，常以行爲爲標的。即在與物有關係之債（例如交付租賃物之債）而其物亦不過爲給付之標的，而非債之標的，故學者特稱爲債之標的物，以示區別。〔一六〕

〔一六〕給付之標的，謂給付行爲之對象。給付之標的，有爲物者，有不然者。前者如交付租賃物。後者如演劇。給付之標的爲物時（如前例）其物同時爲債之標的物，而非債之標的。故債之標的與債之標的物有別。

第二款 債之標的之要件

爲債之標的之給付，必須適法，可能，且確定者。然債非由法律行爲而生，即由法律規定而生。由法律規定而生

之債，其標的之給付，自無不法、不能、或不確定之理，無揭此三要件之必要。其在由法律行爲而生之債，亦然。蓋法律行爲自身，本應具備適法、可能、確定三要件；則由此行爲而生之債，當然亦無不法、不能、或不確定之事實故也。茲特不贅及。于此要說明者，乃給付之消極要件；即債之標的之給付，不必有財產價格是也。

給付是否須有財產價格？學說紛紜，各國立法例，亦不一致。羅馬古法規定：給付必須有財產價格。法國民法規定：債權于財產取得編，不外以財產價格爲給付之要件。英國民法亦規定：給付非有財產價格，則契約不成立。德國民法則規定不明，學者解釋亦有主張須有財產價格者，（一七）然通說則與之相反。日本民法從最新學說，明定給付不必有財產價格。（日民第三九九條）我民法從之。（第一九九條二項）蓋民法上所以認債之存在者，無非欲以滿足生活上之需要。然生活上所需之債，不以有財產價格者爲限。若限定有財產價格之給付，方得成立債之關係，必不足以滿足人類之需要，不免與認定債之目的相反。且法律對於不有財產價格之物，（如信函族譜）既認其得成立所有權，使侵奪之者，負返還之義務；獨對於不有財產價格之給付，不認其得成立債權，殊無理由。羅馬法所以限定給付必須有財產價格者，係基于特別之原因。蓋當時債務如有不履行之事，除關於物之給付外，訴訟程序上均令以金錢賠償損害；此外並無強制執行之法，故不得不加此制限。今則法律上已有強制執行之詳密規定，此種制限烏可以不撤廢哉？或謂：「限定債之給付必須有財產價格者，乃所以確定得成立債之事項之範圍。若無財產價格之給付，亦得成立債之關係，則得成立債之事項，其範圍不能確定，人之一言一行，如訂約出遊，訂約拜訪等，均受法律之拘束，社會將不勝其煩。」然訂約出遊，訂約拜訪等，通常固不發生債之關係，其所以不發生者，乃因當事

人無表示欲生債之意思，非因其給付無財產價格之故。〔一八〕債之成立與否，應以當事人有無表示欲生債之意思爲斷，不應以其給付有無財產價格爲斷也。

〔一八〕如Derenburg, Endemann, Hellwig, Ortmann等。

〔一八〕在約出遊、約拜訪等場合，通常當事人只表示欲生道德上義務之意思，而無表示欲生法律上債務之意思，其訂約時常云：「倘不踐約，則對您不住。」等語，卽其明證也。

第三款 債之標的之分類

債之標的之給付，得依種種標準分類之。茲舉於左：

第一 積極給付與消極給付 積極給付者，卽動態之給付，所謂作爲是也。作爲中有爲法律行爲者，如權利之移轉，債務之承擔是。有爲事實上之行爲者，如描畫、教授是。消極給付者，卽靜態之給付，所謂不作爲是也。（第一九九條三項）不作爲得分爲單純不作爲與容忍二者。單純不作爲者，卽不爲一定之行動之謂也。如爲權利之讓與，不爲營業之競爭是。容忍者，許容債權人爲一定行爲之謂。詳言之，卽債務人本有禁止他人爲一定行爲之權利，而不禁止之之謂也。如出租人許容承租人爲租賃物之使用，承租人許容出租人爲保存租賃物所必要之行爲是。（第四二九條二項參照）

第二 單純給付與合成給付 單純給付者，由一個之行爲所成之給付也。如物之交付是。合成給付者，由多數之行爲相結合而成之給付也。合成給付有基於給付之性質者，如財產之管理是。有基於當事人之意思者，如甲約

以馬及鞍贈乙，且意在發生一個之債是。基於當事人意思而成之合成給付，其給付內容之數個行為，本得各各獨立成數個之單純給付，為數個債之標的；（因有一給付時必成立一債）祇因當事人之意思結合，而成一個之給付，而為一個債之標的而已。〔一九〕

〔一九〕凡一個債權，必有一個給付。故債權之數，常與給付之數相等。然給付中，有多由數之行為結合而成者，（合成給付）故債權之數，與行為之數，未必相等。

第三 一時給付循環給付繼續給付 一時給付者，依一回之行為所為之給付也。如交付金錢是。循環給付者，數回反復而為之給付也。如定期給付是。繼續給付者，于較長時間內繼續而為之給付也。如電氣及自來水之供給是。

第四 可分給付與不可分給付 可分給付者，無傷給付之性質及價格，而得現實分割之給付也。即既經現實分割之後，其各給付之性質，仍與全給付無異，且其價格能與其分量成比例者。如金錢、米、酒及土地之給付是。不可分給付者，非害其性質或價格，不得現實分割之給付也。如一牛、一馬之給付是。〔二〇〕

〔二〇〕茲再就各種給付觀察，而定其性質之為可分與否：（一）交付有體物之給付。其物複數時，（如交付馬三頭）給付常可分。其物單數時，若其物為可分物，（如交付土地一所）則給付可分；反之，其物為不可分物，（如交付一牛）則給付不可分。此通說也。但日儒石坂音四郎、川名兼四

郎、鳩山秀夫輩，以不可分物可以共同占有，（第九六五條參照）而認單數不可分物之交付，亦可分給付。蓋交付單數不可分物之債務人，可先使債權人為共同占有，而後再使其為單獨占有，故也。然所謂給付之分割者，係指將給付之標的，現實分割，就其各部而為給付而言。在使

債權人爲物之共同占有人之場合，其物僅理想上被分割，（即以分數爲分割如分一物爲兩個二分之一之類）尙未現實分割，謂爲不完全之給付則可，謂爲分割之給付則不可。故以從通說爲當。（二）移轉或設定權利之給付。其權利複數時（如移轉房屋三所之所有權）給付常可分。其權利單數時，若其權利爲可分權（例如移轉土地一所之所有權）則給付可分；反之，其權利爲不可分權（例如移轉一馬之所有權）則給付不可分。然則可分權與不可分權之區別，其標準若何，依余所見，應以其權利標的可分與否爲標準。故一所土地之所有權，爲可分權；一馬之所有權，爲不可分權。其他債權智能權均可依此類推。德儒 *Dernburg, Rehbahn* 等，亦持此種之見解。但德、日學者之通說，則以標的不得分割之權利，得由數人共有，亦認其爲可分權。然數人共有一權利時，其權利祇被理想上分割，而非現實分割可也。且共有之權利，將來仍須現實分割。（第八二三條以下參照）故理想上分割，雖分猶未分也。標的不可分之權利，不因理想上可分之故，而變爲可分物。故余不贊成通說。（三）單純作爲及不作爲之給付。其作爲及不作爲之標的複數時，（如建築三座之劇場，畫十把之扇，不洩漏五件祕密之事）給付可分。其標的單數時，若其標的可分，則給付可分（如開鑿一所之土地）；反之，其標的若不可分，則給付不可分。（如剪一個之髮，畫一把之扇）

不可分給付除基于給付之性質者外，亦有基于當事人之意思者。蓋債權人爲達一定目的，每有以全部給付爲必要，故當事人往往有以可分給付，作爲不可分者。例如訂購五畝之土地，以建築劇場是。於此場合，其給付性質並非不可分，祇因當事人之契約作爲不可分而已。

第二節 種類債

第一款 種類債之性質

種類債者，以不特定物之交付爲標的之債也。例如甲與乙約，贈乙以口外之馬一匹。因其標的物僅以種類指示，而非具體的確定者，故有此名。此債有祇以移轉不特定物之占有爲標的者，有以移轉不特定物所有權併移轉占有爲標的者。前者如交付租賃物是，後者如前例是。

種類債之標的物，僅以種類指示，故債務人得自由選擇其種類之物，以爲清償。種類者，抽象的表示同屬性之物之全體而用之名詞也。有以物之性質表明種類者（如云善跑之馬），有以物之產地表明種類者（如云江西之陶器），有以其他之特徵者（如云長城牌香煙、驥製半夏），凡足以限定物之範圍者，均無不可。

種類債除指示其標的物之種類外，尙須確定其數量及品質。就于物之數量，當事人有特約時，從其特約。無特約時，則解釋當事人之意思定之。若不能解釋當事人之意思而定之時，則其債因標的不確定不能發生。至于品質亦然，應先依當事人之特約定之。無特約時，則解釋當事人之意思而定。苟不能因以上方法定其品質，則債務人應以有中等品質之物爲給付。（第二〇〇條一項）此乃圖交易之公平而設之補充的規定。又其物要爲完全之物，故不得以有瑕疵之物爲給付，是乃當然之事也。

第二款 種類債之特定

種類債于其發生之時，其標的物雖僅以種類指示，然至履行之際，則不可不具體的確定；學者稱此確定，曰種類債之特定。

種類債特定之方法有二：（甲）當事人之契約，即在種類債成立之後，債務人經債權人之同意，指定其標的物

是也。(乙)債務人之行爲，即不依第一方法指定標之物之場合，債務人從其限定之種類中，自由選定標之物，以爲給付是也。依第一方法之特定，自當事人契約成立時生效力。依第二方法之特定，自債務人交付其物之必要行爲完結後生效力。(第二〇〇條二項)「債務人交付其之物，必要行爲完結」云者，債務人已爲其所應爲之一切行爲之謂，不以債權人之受領爲必要。故債務人已選定標之物，于給付時期，提置給付之處所時，給付行爲完結，種類債因之特定。(二一)

〔二一〕關於依債務人一方行爲之特定，從來之學說有兩主義。(一)交付主義：德國 *Interims* 所倡，謂不特定物於交付債權人時特定。(二)分離主義：德國 *Interims* 倡之，謂債務人將應給付之物與其他之物分離，且通知其事於債權人時，種類債因之特定。德國民法，以交付主義爲基礎，加以變更。其第二四三條明定：「種類債權，於債務人給付其物之必要行爲完結後特定。」我民法及日本民法從之。(舊民第四〇一條二項)種類債特定時，則變爲特定債，即以特定物之交付爲標的之債也。因生左之效果：

(1) 債權人只得請求其已特定之標的物，債務人只負給付其特定物之義務。即于特定後，債權人及債務人，均無變更給付標的物之權利。(二二)

(2) 其已特定之物，嗣後因不可歸責于債務人之事由毀損或滅失時，其給付業已不能，債務人得依第二二五條一項規定，免其義務。即其危險歸債權人負擔。

〔二二〕種類債特定後，債務人有變更給付標的物之權利否乎？德國學者間，頗資爭論。然我民法無許其變更之明文，且債權人於其物滅失毀損之場合，既無請求給付其他之物之權利，則債務人當然亦無變更其物之權利，故以消極說爲當。

第三款 制限的種類債

債之標的物，以種類指示，且具體的限定其範圍者，謂之限制的種類債，或稱混合的種類債。例如：以某樽內之酒三升爲標的物之債是。此債有二要件：（一）其標的物要在同種類中，具體的限定之範圍內者。若僅抽象的指示其種類，而不具體的限定其範圍，則爲單純種類債，而非制限的種類債。其限定標的物範圍之方法，不一而足：有以物之所在爲標準者，如前例是。有以物之形態爲標準者，如云此匹之布四尺是。有以物之生產人爲標準者，如云汝所畜之馬二匹是。（二）其標的物要非具體的特定者。蓋此債標的物之範圍，雖已具體限定，然債務人于其範圍內，尚有選定標的物之自由，其標的物非自初具體的特定者。倘其標的物已具體的特定，則爲特定債，而非制限的種類債。

制限的種類債之性質若何？學說不一：有以其標的物之範圍具體的限定，謂爲特定債者。有以其標的物用種類指示，謂爲種類債者。有以債務人在限定範圍內，有選擇標的物之自由，謂爲選擇債者。（三）實則應分別觀察，未可概論。蓋制限的種類債得大別爲二大類：（甲）在特定混合物體中，給付一定數量之物之債，如以某樽之酒五升爲標的物之債，某倉之粟十石爲標的物之債是。（乙）在特定集合物體中，給付一定數量之物之債，如以某厩之馬二匹爲標的物之債，汝所畜之牛二隻爲標的物之債是。在（甲）之場合，其債爲種類債。蓋種類者，乃相對的觀念；人爲的限定之範圍，亦種類故也。（二）（乙）之場合，原則亦然。但其集合物體若爲數無多，而債務人應於其物體中給付單數物體（如一馬一牛）時，其債爲種類債，抑爲選擇債，應解釋當事人之意思定之。即當事人注重其所限

定之範圍時，則爲種類債；反之，當事人注重其物之個性時，則爲選擇債。〔二五〕

〔二三〕主張特定債說者，爲德儒 Bechmann, Eck, Rehdern, Ortmann 等。主張種類債說者，爲德儒 Hering, Dekker, Endemann, Ennecerus, Haver 等。主張選擇債說者，爲德儒 Savigny, Hasenohr, Dernburg 等。

〔二四〕觀念有絕對的及相對的兩種：絕對的觀念，如「男」、「女」、「晝」、「夜」等，乃不得變動之觀念。如云「甲係男子」，則可斷定其非女子。反之，相對的觀念，如「高」、「低」之類，皆由兩種事物比較而生，常有變動。例如「甲比乙高」，然比丙低。種類亦然。如「馬」爲動物之種類，而「白馬」又爲馬之種類，故爲相對的觀念。

〔二五〕例如甲與乙約，就甲所畜之三馬中，以其一贈乙。於此場合，當事人注重甲所畜之馬，而不注重其各馬之個性時，則爲種類債。反之，當事人注重各馬之個性，不過因此三馬皆甲所畜，故以「甲所畜之馬」一語以概括之時，則爲選擇債。

第三節 金錢債

第一款 金錢債之性質

以金錢之交付爲標的之債，謂之金錢債。金錢云者，從代表價格方面，觀察貨幣所與之名稱也。蓋貨幣之效用有二：（一）以代表一定之價格，例如一圓之貨幣，以代表一元之價格是。（二）作爲普通物品，以爲私權之標的，例如以一圓新鑄之貨幣，視爲美術品而保有之是。因是關於貨幣之債，亦有兩種：（甲）以貨幣爲金錢，即當事人之意思，單純注重其所代表之價格，不注重其本質，而約定債時，則爲金錢債。如因欲取得五圓之價格，而約給付五塊之國幣是也。（乙）以貨幣爲普通物品，即當事人之意思，單純注重其物體之本質，不注重其所代表之價格，而約定債時，

則爲特定債或種類債。例如甲有新鑄之國幣一塊，乙愛而訂購之，或乙因欲開古今貨幣展覽會，而向甲訂購各種之貨幣是也。故關於貨幣之債，與金錢債，其範圍廣狹不同。學者有以「貨幣之債」代金錢債者。（陳瑾昆氏債總第一五九頁，周新民氏債總第二六五頁參照）實屬未當。上述第二種之債，與通常特定債及種類債無異，應適用關於特定債及種類債之規定。第一種之債，因其注重貨幣所代表之價格之故，有特別之性質，故法律設特別之規定。金錢債有以交付內國貨幣爲標的者，有以交付外國貨幣爲標的者。故有內國貨幣金錢債，與外國貨幣金錢債之別。茲於次款以下分述之。

第二款 內國貨幣金錢債

內國貨幣金錢債中，有僅指定其數額，而不限定其貨幣之種類者。有指定其數額，並限定其種類者。前者謂之金額債；後者謂之金種債。其爲金額債時，債務人得以各種之通用貨幣清償之。通用貨幣云者，對於自由貨幣而言，卽有強制通用之效力之本國貨幣也。如本位貨幣，及法定限額內之補助貨幣皆是。（二六）中央銀行所發之鈔票，乃通用貨幣之代用品，其效力與通用貨幣同。但雖係本國本位貨幣，法定限額內之補助貨幣，或中央銀行之鈔票，若在市面，已不能照額面價格行使，應認爲已失強制通用之效力，非照市價折算，卽不得強制債權人收受。（大理院五年上字第一〇六三號判例參看）至于外國貨幣，及逾法定限額之本國補助貨幣，乃自由貨幣，無強制通用之效力，除得債權人之同意外，不得以充金額債之清償。非中央銀行所發之鈔票，及錢莊所發之兌換券，更無待論。若爲金種債，則債務人應以其所限定種類之本國貨幣爲給付。但該種類通用貨幣，若至清償時失強制通用之效

力，則須以他種類通用貨幣爲清償。(第二〇一條)蓋金種債雖限定特種之貨幣爲給付，而當事人之意思仍注重其代表價格故也。所謂失強制通用之效力者，乃其貨幣不能照額面價格行使之謂，不限于一文不值之紙幣，即跌價之銀幣亦包含之。至該種類貨幣，與他種類貨幣之折算，應以債權發生時，兩者之差額爲標準。(最高法院解字第六一號解釋參看)

〔二六〕貨幣有本位貨幣及補助貨幣之分。依我國國幣條例之規定，本位貨幣，只有一圓銀幣一種。補助貨幣，有五角銀幣、二角銀幣、一角銀幣、五分銀幣、二分銅幣、一分銅幣、五厘銅幣、二厘銅幣、一厘銅幣九種。本位貨幣，(一圓銀幣)有強制通用之效力。補助貨幣中，五角銀幣，於二十圓以內，二角及一角銀幣，於五圓以內，銀幣銅幣，於一圓以內，有強制通用之效力。(國幣條例第五條第六條)故我國之通用貨幣，有一圓銀幣，二十圓以內之五角銀幣，五圓以內之二角一角銀幣，及一圓以內之銀幣銅幣四種。

第三款 外國貨幣金錢債

外國貨幣，在我國本無強制通用之效力，然爲自由貨幣而流通于市面，並就之發生債者，數亦不少，故法律特規定之。外國貨幣金錢債，亦得分爲金額債及金種債二種。金額債中，有當事人約明應給付外國通用貨幣者，有單以外國貨幣指定債額者。前之場合，債務人應以該外國各種之通用貨幣爲給付，不得以本國通用貨幣代之。後之場合，債務人得以該外國通用貨幣爲給付，亦得以我國通用之貨幣爲給付。中外通用貨幣之換算，依給付時及給付地之市價爲之。(第二〇二條)至于當事人就外國通用貨幣成立金種債之場合，債務人應以該特種之外國通用貨幣爲清償。若其特種通用貨幣，至清償期失強制通用之效力，須以外國他種通用貨幣代之，與內國貨幣之金

種債同。

第四節 利息債

第一款 利息之意義

利息者，由流動資本而生之所得，附隨于元本債務而交付之物也。〔二七〕依此定義分析說明之：

〔二七〕何謂利息，學者之所說，甚不一致。本書所述之利息定義，乃德儒Petravetski所倡，Dernburg和之日儒岡松參太郎及石坂音四郎均贊成此說。

(一) 利息者所得也。茲所謂元本(即資本)及所得者，與經濟上之用語，同其意義。凡貨物為生產他之貨物之基本者，曰資本。由資本所生之貨物，曰收入。收入中其定期反復而生者，曰所得。利息者，所得之一種也。利息為所得，故應于元本利用之期間，漸次增加。惟利息雖為定期收入，然不以定期支付為必要，預將數月之利息，提前一次支付者，亦不失為利息。又定利息數額之方法，法無制限。學者之通說，謂應以利率定之；然利率祇為定利息數額之通常方法，而非利息之要件，不以利率定其數額時，亦不妨為利息。如約明元本八十元月息一元是也。

(二) 利息者由流動資本而生之所得也。資本依使用方法之不同，得分為固定資本及流動資本二種。固定資本者，反復使用而不消耗，並不喪失所有權之資本也。如鋪屋、機械等是。流動資本者，經一回使用即歸消耗，或喪失所有權之資本也。如金錢、煤炭等是。就通常情形論，流動資本概為金錢或其他消費物，然不消費物若以供特別之使用，且經其一回使用之後，即歸消耗或喪失所有權者，亦得謂之流動資本。如以書籍千部為開張書舖之

資本是也。利息者，卽由流動資本而生之所得也。由固定資本而生之所得非利息，如地租及租金是也。

(三) 利息者附隨于元本債務而交付之物也。流動資本，所有人有自利用之，而得利益者，如以金錢供自己營業之用是。〔二八〕有以其資本供他人使用，由他人附隨于元本債務，交付一定之物于所有人者，如甲以百金貸乙，每年由乙交付二十金于甲，以爲報酬是。前者爲單純之所得，後者方稱爲利息。故利息以元本債務之存在爲前提。

〔二八〕利用與使用不同。以貨物充吾人之需要者曰使用，以貨物投于生產事業者曰利用。使用義廣而利用義狹。如以金錢貸與他人，雖得謂爲使用，而非利用。

利息不要與原本爲同種之物，(有持反對說者)如貸借金錢，以米穀爲利息，亦無不可。(大理院統字第一八四七號及第一九七九號解釋參看)但在當事人無特約之場合，其利息應以與元本同種之物爲給付。

第二款 利息之種類

利息因其發生原因之不同，得大別爲約定利息及法定利息兩種：

(甲) 約定利息 約定利息者，基于法律行爲所生之利息也。凡負擔元本債務者，得自由與債權人約明應支付利息。此種契約，于中世有禁止之者，然至今日，無論何國之法律，均認其有效。

約定利息時，多併約定利率。若未約定利率，則依法定利率(後詳)計算其額。利息支付之時期，(如每年一次或每月一次之類)當事人有特約時，從其特約。無特約時，推測當事人之意思定之。

(乙) 法定利息 法定利息者，基于法律規定而生之利息也。有種種：

(1) 負返還元本債務者，于特定場合，應支付其可生之利息，是謂之可生利息。如第四〇四條二項所規定者是。

(2) 負保管他人財產之義務者，自消費其財產時，應支付利息，是謂之挪用利息。如第五四二條所規定者是。

(3) 爲他人支出財產使他人受利益者，得對於他人請求償還其墊款，并請求支付利息，是謂墊款利息。如第五四六條一項所規定者是。

(4) 金錢債之債務人，至元本清償期而不清償債務者，應支付利息，是謂之遲延利息。如第二三三條一項所規定者是。

以上所述支付法定利息之義務，與法律上所規定『返還已取得之利息之義務』要嚴格區別。所謂返還已取得之利息之義務者，即債務人應將已收取之利息返還于債權人之謂。例如受任人就因處理事務所受領之物，已收取利息時，應與其所受領之物，一併返還委任人是也。(第五四一條) 餘如第一七八條第五七七條、第六八〇條、第七〇一條、及第九五八條所規定者皆是。此等場合，債務人祇須以其已收取之利息，如數返還，無須以自己財產支付利息。其所應返還之利息，與其利息所由生之物，同爲所應返還財產之一部，非如利息之于元本有主從之關係。因此種債，其性質乃元本債，而非利息債故也。

第三款 利率

利率者，利息與元本之比也。利率非利息之要件；惟通常場合，恆以利率定利息之額。利率多以元本之百分率表明之，如云年利六厘（即百分之六）是。

利率以其發生原因爲標準，得區別爲約定利率及法定利率二種：

（一）約定利率 約定利率者，依法律行爲而定之利率也。約定利率，各國立法例有加以制限者。如法、日、美、德、奧、匈各國是。有不加以制限者。如英、丹、西、荷、諾等國是。取制限主義之立法，又有二種：（甲）以利息制限法制限之者，如比、日、美各國是。（乙）以高利貸禁止法制限之者，如德、奧、匈各國是。我民法第二百〇五條規定：『約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。』〔二九〕此種規定，不但適用於民法債編施行後發生之利息債務；民法債編施行前發生之利息債務，於施行時尙未復行者，亦依本條之規定。（民法債編施行法第五條前段）且從前施行現已廢止之懲治土豪劣紳條例，對於重利盤剝，設有處罰明文。（該條例第二條第四款參照）其亦採制限主義也明矣。〔三〇〕

〔二九〕民法第二〇五條規定：債權人對於超過部分之利息，無請求權。故債務人就此超過部分之利息，未支付者，得拒絕支付，固無問題。然則其已支付者，就請求返還否歟？關於此節，陳運昆、周新民兩氏，主張消極說。謂債務人已就超過部分爲給付者，應適用第一八〇條第三款，不得主張不當得利，而請求返還。（見陳氏債總第一六九頁、周氏債總第二七九頁）蔡天錫、麟氏，大體從陳氏之說，亦以第一八〇條第三款，爲債務人不得請求返還之根據。有同時又謂債權人對於超過部分之利息，有自然債權，故有受領給付之權利。（見周氏債總第一五一頁）然債務人就於超過部分利息所已爲之給付，未必均有第一八〇條第三款所定『明知無給付義務』之情形，僅據該條規定，主張一般的不得請求返

還，既嫌多所遺漏，而謂其發生自然債權，亦乏根據。余意，制限約定利率，原以壓抑債權人之專橫，使經濟的弱者，免受剝削爲目的。爲貫徹此種政策起見，應使債務人就予已支付超過部分之利息，除有特別情形（如第一八〇條第三款）之情形外，均得請求返還。方爲公允。

【三〇】民法施行前暫准援用之現行律（即大清律）對於約定利息，已設有制限的規定。即月息不得過三分。至民國十六年八月一日國民政府令，始限定年利不得超過百分之二十。又大清律明定私放錢債年月雖多，不得過一本一利。此種規定，非因民法之施行，全然失效。依民法債編施行法第五條之規定，民法債編施行前發生之利息，債務人于施行時，尙未履行者，雖亦依民法債編之規定，定其數額，但施行時未付之利息總額，已超過原本者，仍不得過一本一息。此蓋以保護債務人既得之權利也。

民法對於約定利率，雖限定不得超過週年百分之二十，然一面又慮債權人乘債務人困迫，使之久負重利之債務，特設保護債務人之規定。即債務人約明以週年百分之十二以上之利率，支付利息時，既經一年之後，得隨時將元本清償是也。此隨時清償元本之權利係強行規定，不得以特約除去或制限之，但須於一個月前預告債權人（第二〇四條）又債權人于上述限定利息外，亦不得以折扣或其他方法，巧取利益（第二〇六條）此所以杜避法行爲也。

（二）法定利率 法定利率者，法律所規定之利率也。我民法第二百零三條後段規定「週年利率爲百分之五分」即法定利率也。凡約定利息，當事人已約定利率時，從其約定。無特約時，依法定利率，算定利率之額。法定利息，法律已明定其利率時（如第二三三條一項但書）從其規定。無特別規定時，亦依法定利率（第二〇三條）

第四款 複利

複利者，利息之利息也。詳言之：即將已生之利息，組入元本，再生利息之謂也。外國民法，有分複利爲約定複利與法定複利者。而我國民法，則只認約定複利，而無法定複利之規定。

約定複利者，其於契約所生之複利也。其契約謂之複利契約。有二種：（甲）利息發生後，當事人訂立契約，以已發生之利息，組入元本，再生利息者。（乙）利息未發生前，當事人預行約明，將來發生之利息，不必支付，直組入元本，再生利息者。前之契約，不過事後以契約將應支付之利息，撥充元本，乃現有債權標的之變更，於債務人並無不利之處，雖不妨有效。（最高法院二十年上字第一七一號判例參看）而後之契約則否。蓋後之契約，若亦得有效，則債權人將乘債務人之困迫，使約明就每半年或每月每日之利息，發生複利，以得暴利者，非所以保護債務人之道。民法第二百零七條一項前段云：『利息不得滾入元本，再生利息。』卽斯意也。但對此原則，有二例外：（一）當事人以書面約定，利息遲付逾一年，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息，滾入元本者，從其約定。（同條同項但書）（二）商業上之利息，另有滾利作本之習慣者，從其習慣。（同條二項）但其年利總額，仍不得超過百分之二十（最高法院解釋字第一八四號解釋參看）所謂利息遲付逾一年者，乃謂一年間以上所生之利息，支付遲延，非謂其每期應付之利息，遲延支付逾一年以上也。（三一）

【三一】例如甲貸乙千圓，約明每月末日應付利息十圓，在此場合，其每期（卽一月）應付之利息，乙雖延不支付。然若未逾十二期（卽一年）以上者，則不得以此利息滾入母金。反之，已逾一年以上時，則經催告後，得將全年所生之利息，滾入母金，發生複利，不以其各期應付之利息，遲延支付已逾一年爲必要。

第五款 利息債之特質

利息債者，以利息之支付為標的之債也。〔三三〕利息債附隨於元本債，為從權利之一，因生左之效果：

〔三二〕利息債與利息不同。利息係指附隨於元本債務，由債務人現實交付於債權人之物。而利息債，則指請求債務人交付此等之物之權利關係。故利息可謂為利息債之標的物。

(一) 利息債之發生，以元本債之存在為前提；元本債因原因行為（如消費借貸）無效而不發生，或發生後，因其原因行為被撤銷自始無效時，利息債亦自始不發生。

(二) 元本債向將來消滅時，利息債亦自其時起，停止發生。但已發生之利息債，獨立存在，不受影響。例如元本債清償時，則債務人將來無須再付利息，然從前積欠之利息，則仍須償還是也。

(三) 元本債存在之間，利息債繼續發生。但在債務人遲延履行元本債之場合，其利息債停止發生，同時基於法律之規定，發生遲延利息。（第二三三條參照）又在債務人破產之場合，自破產宣告之日起，利息債亦停止發生。

(四) 擔保元本債之擔保物權，及保證債權，當然擔保利息債。（第八六一條及第七四〇條參照）又在債權讓與、債務承擔之場合，利息債亦隨同元本債而移轉。（第二九五條二項及第三〇四條一項參照）

(五) 利息債雖為從債，然得與元本債分離獨立存在。故利息債得單獨讓與，得單獨罹于時效。（第一二六條）又得單獨提起給付之訴。

(六) 元本債與利息債同為訴訟標的之場合，祇依元本債之價額，定訴訟標的之價額。（民法訴訟法第七八條

第五節 選擇債

第一款 選擇債之性質

選擇債者，以數個給付中依選擇而定之一給付爲標的之債也。例如甲與乙約，以此馬或彼牛贈乙是。選擇債爲一個之債，（但有主張爲數個之債者）祇其標的之給付，在選擇的狀態而已。即非但甲給付或但乙給付之爲債之標的，亦非甲乙兩給仍同爲債之標的，乃甲乙兩給付中應履行其一，其應履行何給付，應依選擇而定。故選擇債之發生，自初確定，其標的則不確定。〔三三〕與選擇債相對立，以一個給付爲標的之債，曰單純債。

〔三三〕選擇債之標的不確定，從其標的物亦不確定，此點與種類債相同。然二者之間，又有異點。選擇債以數個給付（擇一的）爲標的，反之，種類債則以一個之給付爲標的。其異點一也。選擇債有數個之給付，不特其標的物不確定，即其標的亦不確定，反之，種類債祇有一個之給付，其標的物雖不確定，然其標的自初確定。其異點二也。選擇債之標的，不限於物之給付，反之，種類債之標的，則限於不特定物之給付。其異點三也。選擇債之標的，乃于數個給付中依選擇而定。其數個給付，通常同爲特定物之給付（如交付此馬或彼牛）然不以此爲限。一爲特定物之給付，一爲不特定物之給付（如交付一馬或一牛）或均爲不特定物之給付（如交付一馬或一牛）或均爲單純作爲或不作爲之給付（如教授英文或德文）均無不可。若夫給付僅有一個，祇就其給付體樣（如給付之時期、處所、及方法等）得爲選擇之債，非選擇債。第其性質與選擇債極爲類似，得準用關於選擇債之規定已耳。〔三四〕

【三四】就給付體樣得爲選擇之債，有三種：（甲）就於給付時期得爲選擇者。如約五月一日或六月一日履行是。（乙）就於給付處所得爲選擇者。如約於本店或支店履行是。（丙）就於給付方法得爲選擇者。如約由火車或輪船運送是。

第二款 選擇債之特定

選擇債係標的不確定之債，然至履行之時，其標的不可不確定，稱之曰選擇債之特定。其特定之方法有三：即（一）當事人之契約，（二）選擇權之行使，（三）給付不能是也。依當事人契約之特定者，即債權人債務人于債成立後，合意定其標的之謂，無說明之必要。茲就選擇權之行使，及給付之不能，分述之。

第一 選擇權之行使

（一）選擇權之意義及性質 稱選定給付之權利曰選擇權。選擇云者，于數個給付中，選定應履行之給付之意思表示也。選擇權爲選擇債所不可缺之要素，不以選擇權之行使爲給付特定之方法者，非選擇債。如其債之標的依抽籤而定者是也。

選擇權之行使，有使選擇債變成單純債之效力，故選擇權爲形成權之一種。又選擇權非專屬於本身之權利，故得繼承，亦得因債權之讓與，或債務之承擔，移轉于特定承繼人。

（二）選擇權人 卽有選擇權之人也。選擇權人之爲何人？當事人有特約或法律有特別規定（如第四〇九條前段）時從之。當事人以契約約定，債權人、債務人，或第三人爲選擇權人，均無不可。當事人無特約及法律無特別規定時，則選擇權屬于債務人。蓋債務人于受『應爲給付』之拘束外，本有自由之權利，故給付內容不

確定之場合，其不確定歸諸債務人之利益，債務人得自由選定給付，以爲履行。（第二〇八條）

（三）選擇權行使之方法 在債權人或債務人爲選擇權人時，其選擇權之行使，向他方以意思表示爲之。在第三人爲選擇權人時，則以意思表示向債權人及債務人爲之。（第二〇九條）選擇爲單獨行爲，不要得相對人之承諾。其意思表示之方法，法無制限，不問明示默示均可。但其意思表示不得附以條件。既表示之後，亦不得任意撤回之。

（四）選擇權之行使期間 選擇權之行使，定有期間者，有選擇權之當事人，應于其期間內行使之。逾期不行使時，其選擇權移屬於他方當事人。其選擇權之行使，未定有期間者，有選擇權之當事人，應於清償期前行使之。逾期不行使時，無選擇權之當事人得定相當期限爲催告；倘選擇權人于此期限內，仍不爲選擇，則其選擇權移屬於爲催告之當事人。其在第三人有選擇權之場合，亦應于清償期前爲選擇。若第三人不能選擇或不欲選擇時，則與未定選擇權人之場合同，其選擇權屬諸債務人。（第二一〇條）

（五）選擇權行使之效果 選擇權人爲選擇之後，選擇債變爲單純債。惟此種單純債，非必爲特定債，亦有爲種類債，或其他之債者。選擇非只向將來發生效力，且溯及於債之發生之時。（第二一二條）即其債自始爲單純債；其被選擇之給付，視爲自始確定的爲債之標的，其他之給付，視爲自始不爲債之標的。故其他之給付，於選擇前已因當事人之過失而不能之場合，（如債之標的物因債務人或債權人之過失滅失之場合）債務人就其給付不能，無須依第二二六條任損害賠償之責，亦不得依第二二五條之規定，全免其給付義務。（三五）

【三五】第二二六條係定：「債之標的之給付，因債務人之過失而不能時（如標的物被債務人放火燒失）債務人應任損害賠償之責。」第二二五條一項係定：「債之標的之給付，不因債務人之過失而不能時，債務人免其義務。」選擇有溯及力，其不被選擇之給付，視為自始不為債之標的。故其給付于選擇前因債務人之過失而不能時，債務人無須為賠償。反之，因債權人之過失而不能時，債務人亦不能免其義務。

選擇之效力，祇使選擇債變成單純債而已。故即在被選擇之給付為特定物之給付之場合，債務人亦只負交付該特定物之義務。特定物上之所有權，非因選擇當然移轉於債權人。是以選擇雖有溯及力，非因之害及第三人之權利。（即債發生後選擇前第三人於該特定物取得之權利）舊民律第三三九條但書規定：「但不得妨礙第三人之權利。」實贅餘之規定。新民法將其刪除，誠屬至當。

第二 給付不能

選擇債發生後，其標的之數個給付中，有因不可歸責于當事人之事由（如天災地變）或有選擇權之當事人之過失，不能履行者時，則其債就餘存之給付存在。（第二二一條）若其餘存之給付僅有一個，則其債特定，與選擇之場合同。例如甲與乙約，依甲自己之選擇，以此牛或彼馬贈乙，嗣該馬染疫而死是也。

因給付不能之特定，有使其選擇債變為單純債之效力。但其特定之效力，溯及既往否歟？法無明文，學說亦不一致。陳瑾昆周新民兩氏，均為無溯及力。（陳氏債總第一七九頁，周氏債總第二九五頁參看）以法無溯及既往之規定，為惟一之理由。然在因給付不能而特定之場合，若其特定無溯及力，則其不能之給付，於特定前仍為債之標的。債務人因其給付不能，應依第二二六條任損害賠償之責，或依第二二五條一項之規定，得全免其

給付義務，其結果至爲不當。故應類推適用第二一二條之規定，解釋其有溯及力爲適宜。（同說日儒橫田秀雄債權總論第二一七頁）

第三款 選擇債之給付不能

選擇債之給付不能者，卽選擇債標的之數個給付，全數不能履行，或其中一二給付不能履行之謂也。（三六）其給付之不能，有涉于給付之全部者，曰全部不能。有僅存于給付之一部者，曰一部不能。有於債之原因行爲成立時已不能者，曰從始不能。有於債之原因行爲成立後方不能者，曰嗣後不能。有其數個給付皆不能者，曰全數不能。有僅一二給付不能者，曰非全數不能。（三七）茲分述其效力於左：

〔三六〕關於債之給付不能，民法上本設有一般規定。第二二五條第二二六條第二四六條第二四七條參看。然選擇債因有兩個以上之給付，其情形與單純債間有不同，故民法于第二二一條設有特別規定。本書亦設專款述之。又本款係就選擇債給付不能之一切場合而立論，與前款第二所述僅爲選擇債特定之原因者，其範圍亦有不同。

〔三七〕例如甲與乙約，以特定之家屋一座或輪船一隻或帆船一隻贈乙。於此場合，若該家屋全部燒失，則爲全部不能；若一部燒失，則爲一部不能。又該家屋若於贈與契約成立時業已燒失，則爲從始不能；若於贈與契約成立後燒失，則爲嗣後不能。又若該家屋已燒失，且該輪船及帆船亦已沉沒，則爲全數不能；若只家屋燒失，而輪船帆船尙存在，則爲非全數不能。

第一 全部不能時

（一）從始不能之場合 選擇債標的之給付，全數從始全部不能時，則債不發生。若祇一二給付從始全部不

能時，則不問其不能之原因如何，其債就餘存之給付存在，（第二一條前段）其不能之給付被除外。此際其餘存之給付，苟只有一個，則其債自始為單純債。倘有二個以上，則選擇權人得就此二個以上之給付為選擇。蓋當事人所以成立選擇債者，其目的多在確保債之履行，冀免因給付不能而生之損失。是其數個給付有互相補充之性質，故法律特明定給付中有不能者，其債就餘存之可能給付存在，以期無反當事人之意思也。

（二）嗣後不能之場合 分非全數不能及全數不能述之：

（甲）非全數不能之場合 依其不能原因之不同，其效力亦異。分別言之：

（1）因不可歸責於當事人之事由而不能之場合 於此場合，其債就餘存之可能給付存在。亦因選擇債之成立，當事人有確保履行之意思故也。（第二一條前段）其餘存之給付，若只有一個，則選擇債因之特定。若尚有數個，則選擇權人得就其餘存之給付為選擇。所謂『不可歸責于當事人事由』云者，即當事人就其事由，依法律規定不負責任之謂。如天災、地變、及第三人之行為等皆是。

（2）因有選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合，其債亦就餘存之可能給付存在。（同條前段）與前場合同。故其餘存之給付，若只有一個，則其債特定。若有數個，則選擇權人得為選擇。蓋給付既因有選擇權當事人之過失而不能時，視為該當事人已拋棄選擇該給付之權利故也。（三八）但在其不能基於有選擇權債權人之過失之場合，具備侵權行為之要件事，債權人就其給付不能，應依第一八四條規定，對於債務人負賠償損害之責。例如甲與乙約，依乙之選擇，以此牛或彼馬贈乙，其後乙殺馬，則其

債就牛之給付而存在；然乙應依侵權行爲之規定（即第一八四條）對甲因賠償該馬死亡而生之損害是也。

〔三八〕此項規定，於其選擇權在債務人之時，或在債權人之時，均有適用。由理論言，在債務人有選擇權，因其過失給付不能之場合，使其喪失選擇該給付之權利，藉以保護債權人，固甚正當。然在債權人有選擇權，因其過失給付不能之場合，似應視為債權人已選擇該給付，使其喪失選擇其他給付之權利，藉以保護債務人，方爲公允。第二二一條前段不加分別規定，不得謂非立法上之一缺點。

（三）因無選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合，其給付視為可能，其債仍就一切之給付存在，選擇權人得就其可能之給付及不能之給付中，選擇其一。（同條但書）蓋不如是，則因無選擇權當事人之過失，而害及他人之選擇權，非公平之道也。從而（子）在債權人有選擇權，因債務人之過失給付不能之場合，債權人得選擇其餘存之可能給付，請求履行；亦得選擇其不能之給付，依第二二六條請求不履行之損害賠償。（丑）在債務人有選擇權，因債權人之過失給付不能之場合，債務人得選擇其餘存之可能給付，另就其不能給付，依第一八四條請求債權人賠償損害；亦得選擇不能給付，依第二二五條以免其義務。

（乙）全數不能之場合 亦依其不能之原因如何，而異其效力，分言之：

（1）因不可歸責於當事人之事由而不能之場合 於此場合，不問其係同時不能，抑異時不能，債務人免其義務。（第二二五條一項）同時不能，如債之標的物之此馬與彼牛，同時死亡時，異時不能，如馬先

死而牛後死是。

(2) 因有選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合(子)其給付因債權人之過失而不能時，若係同時不能，(如同時炸殺此馬彼牛)則債務人依第二二五條一項免其義務。債權人應選擇其一，為債之標的；而就其他之不能給付，對於債務人依第一八四條任賠償損害之責。若係異時不能，(如先殺馬後殺牛)則最後不能之給付，為債之標的，故債權人除最後不能之給付外，應就其他之不能給付，(即馬之給付)對於債務人依第一八四條任賠償損害之責。(丑)其給付因債務人之過失而不能時，若係同時不能，則債務人應選擇其一，為債之標的，而依第二二六條任不履行損害賠償之責。若係異時不能，則最後不能之給付，為債之標的，故債務人應就最後不能之給付，依第二二六條任不履行損害賠償之責。

(3) 因無選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合(子)其給付因無選擇權債權人之過失而不能時，則不問其為同時不能，抑異時不能，債務人依第二二五條免其義務。並得選擇其一，為債之標的；而就其他之不能給付，依第一八四條向債權人請求賠償損害。(丑)其給付因無選擇權之債務人之過失而不能時，亦不問其為同時不能，抑異時不能，債權人得選擇其一，為債之標的，而依第二二六條向債務人請求不履行之損害賠償。

(4) 因二種以上之原因而不能之場合 例如選擇債之二個結付，其一因無選擇權當事人之過失而

不能，其一因有選擇權當事人之過失而不能；或其一因不可歸責於當事人之事由而不能，其一因無選擇權當事人之過失而不能。此等場合，應依其不能之先後，依前述關於非全數不能場合之原則，定其效力。例如有三給付：(A)給付先因第三人之過失而不能，其後(B)給付因無選擇權債務人之過失而不能，(C)給付最終因有選擇權債權人之過失而不能。於此場合，依第二一一條之規定，其債權本應就(B)給付而存在；因其給付已因債務人之過失而不能，故債權人得依第二二六條向債務人請求(B)給付不履行之損害賠償。其他之場合，依此類推。

第二 一部不能時

選擇債之一切給付，或其中一二給付，從始或嗣後一部不能時，其効力如何？法律未有明文規定，學說亦不一致；有謂當適用於一般給付不能之原則，不應由債之標的給付中除外者。有謂當準用第二一一條之規定，應由債之標的給付中除外者。然選擇債既以確保履行爲目的，斷無因其不能之爲全部抑爲一部而異其効力之理，故以準用關於全部不能之規定（即第二一一條）爲當。

第六節 任意債

任意債者，債務人或債權人，得以他之給付，代債之標的之給付之債也。此債我民法上雖無明文規定，實際上往往有之，故有論述之必要。

任意債有二種：一爲任意債務。即債務人得現實爲他之給付，以免其債務之謂也。例如甲與乙約，以一馬贈乙。

並附約甲不欲贈馬時，得以百金代之。一爲任意債權。卽債權人得請求他之給付，以代債之標的給付之謂也。例如甲與乙約，以一馬贈乙。並附約乙不欲得馬時，得請求以百金代之。〔三九〕任意債之標的，自始確定，不過當事人之一方嗣後得變更之耳。稱此變更給付之權利，曰補充權，亦曰代用權。

〔三九〕在任意債務，其債務人現實爲他之給付，與選擇固有顯然之區別；而在任意債權，其債權人請求他之給付，外形上則與選擇極爲相似。然選擇僅表示選定何之給付，請求則並催告其履行；且選擇爲意思表示，請求則爲意思通知，二者未可混而爲一。

任意債之當事人，因有補充權之故，得就二個給付爲選擇；故與當事人有選擇權之選擇債極爲類似。然有差異之處。茲舉其重要者於左：

(1) 在選擇債，其數個給付皆爲債之標的，祇其間有擇一的關係而已。在任意債，其標的之給付，只有一個，不過當事人得以他之給付，代其標的之給付；其他之給付，非債之標的。其異點一。

(2) 選擇債標的之給付，有擇一的關係，須待選擇或給付不能而後確定。若任意債，則債之成立當時，其給付卽已確定，無須乎選擇。其異點二。

(3) 在選擇債，其標的之數個給付中，有從始不能或嗣後不能者時，除因無選擇權之當事人過失者外，其債就餘存之給付存在。反之，在任意債，其標的之給付，從始不能時，則債不發生；嗣後不能時，若非因歸責于債務人之事由，則債務人依第二二五條一項免其義務，若因歸責於債務人之事由，則債務人依第二二六條應爲不履行之損害賠償，其債非當然就他之給付存在。〔四〇〕其異點三。

〔四〕然則此際其代用權人因之喪失代用權否乎？及其他給付嗣後不能時，其代用權人仍有代用權否乎？法無規定，不外按其不能之原因，俟理論決定之。即（甲）其標的給付或其他給付，嗣後因不可歸責於當事人之事由而不能時，代用權人失其代用權。（乙）其標的給付或其他給付，因可歸責於無代用權當事人之事由而不能時，代用權人不失其代用權。（丙）其標的給付，因可歸責於有代用權債權人之事由而不能時，或其他給付，因可歸責於有代用權債權人之事由而不能時，代用權人失其代用權。反之，其標的給付，因可歸責於有代用權債務人之事由而不能，或其他給付，因可歸責於有代用權債權人是事由而不能時，代用權人不失其代用權。因此際雖許其代用，于相對人仍屬有利無害故也。

第七節 損害賠償債

第一款 損害賠償債之性質

損害賠償債者，以賠償損害為標的之債也。賠償損害云者，填補他人之損失，使回復與不發生損害同一之狀態之謂也。夫損害一旦發生之後，固不能使之自始不發生；然事後填補其已發生之損失，使回復與未發生前相同之狀態者，則為可能之事。其填補之之方法，即賠償是也。

凡因一定事實而生之損害，原則由受損害人自担負之。然有特別原因時，得請求他人為賠償，於是乎有損害賠償債之發生。至其發生原因，約有兩種：一為法律行為，即依契約一人對於他人負賠償損害之義務之場合，如損害保險契約是。一為法律規定，即法律基於一定事實，使發生損害賠償債之場合，如第二二六條、第二三一條、第一八四條等是。損害賠償債由契約發生之場合，其成立要件、賠償範圍、及方法等，概依契約之所定。本節所述者，限於依法律規定而生之損害賠償債。

關於損害賠償債之規定，各國立法例不能一致。法、日兩國民法，對於此債，不設一般的規定，各別規定債務不履行之損害賠償，與侵權行為之損害賠償。德國民法，則設一般的規定於『債務關係之內容』章中，我民法第二二三條以下之規定，亦係一般的規定，於一切之損害賠償債均有適用，蓋採德制也。

第二款 損害賠償債發生之要件

損害賠償債之發生有三要件，即（一）要有發生損害之原因事實，（二）要發生損害，（三）其損害與其原因事實之間，要有因果關係是也。分述之：

第一 發生損害之原因事實

損害發生之原因事實，為損害賠償債發生之第一要件。其原因事實有種種：（甲）有為債務人之作為者，如侵權行為及規定于第一一〇條物之作為是。（乙）有為債務人之不作為者，如債務不履行、履行遲延，及規定於第三五條二項之不作為是。（丙）有為其他之事由者，如規定於第五四六條三項之處理事務行為是。其在因債務人之作為或不作為發生損害之場合，債務人非有故意或過失不負賠償之責，是謂之過失主義。〔四一〕為羅馬法上所認之主義，近世各國之立法例，皆以之為原則而採用之。我民法亦然。但此特原則耳。例外場合，有債務人並無過失，（含故意及過失）亦負賠償義務者。如無權代理人之責任，（第一一〇條）遲延後債務人不履行債務時之責任，（第二三一條二項前段）特種侵權行為人之責任，（第一八七條三項第一八八條二項）皆是也。故『債務人有過失』非一切損害賠償債發生之要件。

【四一】在古代之法律，凡因一人之行爲，使他人蒙損害時，不問過失之有無，應負損害賠償之責。是謂之原因主義。亦稱結果責任主義。厥後以此主義不合於正義，且不適於實際，故羅馬法以求之立法，均以過失主義代之。惟近世因使用機械之企業（即利用蒸氣電氣等事業），日益發達，一般人當立於有被害危險之地位。企業者縱施綿密周到之注意，其發生損害亦所難免。若仍泥守過失主義，殊不足以保護一般公眾之利益。而在企業者，於賠償損害之後，仍得增加代價以爲取償，實際上亦不蒙損害。故各國近來多以特別法（如礦業法鐵路法）對於特種企業，例外認原因主義，將來尙有漸次增加之傾向。（俄民法第四〇三條以下參看）

第二 發生損害

損害之發生，爲損害賠償債發生之第二要件。英美法認名義上之損害（Nominal damage）有權利侵害時，雖無損害，亦不免賠償之責。然在羅馬法系之立法，則以損害之發生爲必要。我民法亦以之爲原則而採用之。但有例外，如金錢債履行遲延之場是也。（第二三三條）

損害者，一定之人，因一定事故，就其財產或其他生活貨物所蒙之不利也。得依種種標準分類之：

（甲）財產的損害與非財產的損害 財產的損害者，加於財產之損害也。非財產的損害者，加於財產以外之生活貨物（如生命、身體、名譽、自由等）之損害也。如傷人之身體之場合，被害人所支出之醫藥費，即財產之損害；其因受傷精神上所感之痛苦，即非財產的損害。

（乙）積極的損害與消極的損害 積極的損害者，減少現存財產之謂也。消極的損害者，妨礙將來財產增加之謂也。此分類祇就財產的損害而存在。如工人因受傷支出醫藥費，屬於前者；其因被傷不能工作，致不得工

資，屬於後者。

(丙)直接的損害與間接的損害 直接的損害者，由當事人之行為直接發生之損害也。間接的損害者，非由行為直接發生，由行為一旦發生結果，其結果又為原因，而生之損害也。前者如甲毆乙受傷是，後者如甲將乙之馬驅入河中因而溺死是。

(丁)必然的損害與未必的損害 必然的損害者，因事物當然之趨勢所生之損害也。如受傷者，因治療而支出醫藥費是。未必的損害者，非因事物當然之趨勢而生之損害也。如受傷者，因創熱而死亡是。

(戊)積極的行為上之損害與消極的行為上之損害 積極的行為上之損害者，法律行為有效成立，因債務人不履行其債務而生之損害也。如因履行遲延而生之損害是。消極的行為上之損害者，於法律行為無效或被撤銷之場合，當事人之一方因信其為有效而受之損害也。如第九一條及第二四七條所規定之損害是。前者包含積極的損害與消極的損害兩種。後者祇有積極的損害，不含消極的損害。

第三 因果關係

損害與其原因事實之間，要有因果關係，是乃損害賠償債發生之第三要件。雖有原因事實及損害之存在，苟其損害非因該事實而生者，債務人亦不負賠償之責。故因果關係，在民法上有研究之必要。其發生損害之原因事實，多為人之作為及不作為，既如前述。作為與不作為二者，性質上本屬不同，其因果關係亦不免異其觀念。茲先述作為之因果關係，而後及不作為。

(甲)作爲之因果關係。於如何場合一定之作爲與一定結果之間，有因果關係否乎？對此問題，學說頗多，最重要者有兩說：(一)條件說，以發生結果所不可缺少之一切條件（即前提事實）爲原因。例如甲因被乙刺傷，入醫院療治，在院被盜百金。則入院爲被盜之原因，受傷亦爲被盜之原因。蓋不受傷則不入院，不入院則不被盜；入院及受傷，皆被盜所不可缺少之條件故也。(二)適當條件說，亦稱相當條件說，以發生結果所不可缺少之條件，且一般的觀察，有發生同種結果之可能者爲原因。故如前例，甲之受傷，不爲被盜之原因。蓋在此場合，其被傷雖爲被盜所不可缺少之條件。而一般的觀察時，受傷者未必常被盜故也。條件說認因果關係之範圍，過於廣泛，不適用於實用，〔四二〕故多數學者，皆贊成適當條件說，依斯說，欲定特定場合因果關係之存否，應先就該特定場合而觀察，定某種事實爲發生某種結果之條件否乎？若爲條件，再就一般場合觀察，有此條件內容之事實存在時，可能發生同種之結果否乎？若能發生，則該條件爲適當條件；該條件內容之事實，與此種結果之間，有因果關係。例如甲放槍射乙而乙斃。在此場合，甲不放槍則乙不斃，故放槍爲乙死之條件；而就一般場合觀察，放槍射人常生斃人之結果，故放槍爲乙死之適當條件。從其放槍行爲與乙之死，有因果關係。〔四三〕惟條件內容之事實，其實際存在者，與當事人所知者，未必一致。果以何者爲標準，決定其爲適當條件否乎？例如甲受乙託，由船上運搬棉花至倉庫，棉花中藏炸彈一枚，甲不知之，由船上擲棉花於船下，炸彈爆裂，殺丙及丁。于此場合，應以擲棉花爲標準乎？抑以擲炸彈爲標準乎？對此問題，亦有三說：(子)主觀說，謂以行爲者於行爲時所已知或得知之事實爲標準。(丑)客觀說，謂以行爲當時存在之事實爲標準。(寅)折衷說，謂應以行爲當時

注意最深之人（指鑑定人）得知之事實，或行爲者已知之事實爲標準。由理論而言，以第二說爲最合理；由實際而言，以第三說爲當。多數學者贊同之。

〔四二〕條件說以發生結果所不可缺之一切條件，不問其爲直接間接，均爲其原因，絲毫不加制限；往往認某行爲爲某結果之原因，同時又可認該行爲爲其他行爲之結果。如此追遡，至無窮極。例如生殺人者之父母，亦爲殺人者。製造殺人所用兇器者，亦爲殺人者。由此類推，則一個之結果，必有無數之原因，未免反于事理。

〔四三〕除上述兩說外，尙有最後條件說，最有力條件說，及主要條件說。後二說，對於「有力」主要」二語，均無明確之說明，殊嫌失之空泛。最後條件說，以時之先後爲準，其界說雖較明確，然適用之於實際，亦未必合理。例如甲爲一教授槍術，二人因往午膳，置手槍於案上，丙乘間實彈槍中；及甲入取槍演習射擊，彈發乙死。此際，若依條件說，則必曰殺人者，乃甲非丙。如此斷定，能無反于事理乎？

（乙）不作爲之因果關係 關於不作爲之因果關係，（如不哺乳致嬰兒死亡）學說亦甚紛歧。其重要者有五：（一）謂不作爲亦作爲，得爲結果之原因。（二）謂不作爲自體，不得爲結果之原因，先於不作爲之作爲（即負擔作爲義務之原因行爲，如哺乳契約）爲原因。（三）謂不作爲外觀雖無動作，然實依「不爲適法行爲」之意思決定，排除防止結果發生之障礙，使發生結果。故不作爲自體，亦得爲原因。（四）謂不作爲與結果之間，無實際上之因果關係，然有法律上之因果關係。蓋不作爲者因不作爲，違反法律上之義務。因違反法律上義務，致發生某結果。故以法律爲基礎，則不難想像其因果關係之存在。是即謂之法律上之因果關係。（五）謂不作爲與結果之間，無真正之因果關係，祇有準因果關係。蓋真正之因果關係，祇於因現實之身體運動，發生現實

結果之場合，方得認之。在不作爲於空間上無何等之變動，不得認其因果關係之存在。惟不作爲不防止其結果之發生，在法律上與作爲之因果關係，有同一之價值而已。故不作爲因果關係之存否，不可依不作爲生某結果否乎以決定之。應研究不作爲者若作爲，得防止結果否乎以決定之。例如因乳媪不哺乳，致嬰兒死亡。于此場合，若哺乳則可防止嬰兒之死亡，故不哺乳與嬰兒之死亡，有因果關係。此爲多數學者之通說。

不作爲有準因果關係，既如前述。然則如何之不作爲，可生準因果關係否乎？是一問題。依通說，不作爲於具備左列要件時，發生準因果關係。

(1) 不作爲要爲結果之適當條件。不作爲與作爲同，于爲結果之適當條件時，方爲其原因。其適當條件之認定，與作爲之場合合同。即就一般場合觀察，若有該不作爲可生某結果時，其不作爲方爲某結果之適當條件。〔四四〕

〔四四〕若就一般場合觀察，無發生同種結果之可能時，則其不作爲，非適當條件。如乳媪不以乳哺其嬰兒，爲時僅有半日，本不至死，因案上適有硝酸一瓶，嬰兒飢而飲之，遂至斃命。即其一例。

(2) 不作爲要違反法律上之義務。不作爲祇于負擔作爲義務（如哺乳義務）之場合，方負責任。苟無此義務，雖不作爲不負損害賠償之責。又此義務要爲法律上之義務，故于只負道德上義務之場合，亦不生法律上之責任。如見溺者不援以手是也。倘既負法律上之義務，則其義務基於法律而生，抑基於契約而生？爲公法上之義務抑爲私法上之義務均非所問。

第三款 損害賠償之方法

損害賠償之方法，有自然的回復及金錢賠償二種。自然的回復者，回復與不發生損害事實上同一狀態之謂也。如返還侵奪之物，及建築同樣之家屋是。金錢賠償者，回復與不發生損害經濟上同一之狀態，即估計損害之價額，以金錢賠償之謂也。羅馬法認金錢賠償，不認自然的回復；德、奧民法，原則採自然的回復主義；日本民法，原則採金錢賠償主義。〔四五〕由理論而言，自然的回復，于損害賠償之目的，最為適合；由實際而言，自然的回復每有不能或困難之處，（如照樣建築已燒火之家屋）不如金錢賠償之較為簡捷。我民法原則取自然的回復主義，故應回復被害人損害發生前之原狀。但在當事人訂立契約，明定以其他方法為賠償之場合，及法令有特別規定之場合，（例如第一九五條）從其約定或規定。（第二一三條一項）又不能回復原狀，或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。（第二一五條）

〔四五〕德民第二四九條，奧民第一三二三條，第一三二五條，日民第四一七條第七二二條一項參照。此外法國民法，及瑞士債法注，均無明文規定，通說謂其亦依金錢賠償主義。

損害賠償之債務人，應回復原狀而不回復者，債權人得定相當期限催告之。逾期仍不回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。（第二一四條）又因回復原狀而應給付金錢者，自損害發生時起，應加給利息。（第二一三條二項）

第四款 損害賠償之範圍

就於損害賠償之範圍，得由兩方面觀察之：（一）義務人對於何種之損害，負賠償之責乎？（二）義務人對於如何時期所生之損害，負賠償之責乎？前者為關於種類之範圍，後者為關於時期之範圍。分述于左：

（一）關於種類之範圍 損害賠償，以回復與不發生損害同一之狀態為目的，故除法律另有規定（第二二〇條二項參照）外，義務人對於與原因事實有因果關係之損害，不問其種類之如何，均負賠償之責。舉凡積極的損害、消極的損害，必然的損害、未必的損害，概包含之。（第二一六條一項）（四六）所謂消極的損害者，相當于第二一六條之「所失之利益」，即依普通情形，或依已定之計劃設備，或其他特別情事，將來本可取得之利益，因損害原因事實發生，而不能取得者之謂也。（同條二項）例如工人因負傷不能工作，致不得工資是。

【四六】關於非財產的損害，由我民法全體而解釋，應認為限于人格權被侵害，法律有特別規定之場合，方得請求賠償。（第一八條及第一九四條第一九五條一項參照）故因侵害財產權之結果，所生非財產的損害（如因毀損他人之貴重物品其精神上受苦痛）其被害人不得請求賠償。

（二）關於時期之範圍 義務人對於如何時期所生之損害，應負賠償之責乎？法無明文規定。然損害賠償，以賠償權利人所受之一切損害為目的，故在裁判外請求賠償之場合，至請求之時止所生之損害，應賠償之。以訴請求賠償之場合，至判決時止所生之損害，應賠償之。倘請求或判決之後，尚生損害，則權利人得再請求賠償。故關於時期之範圍，可謂無限。

以上所述，係關於賠償範圍一般之原則。例外場合，則不能全然適用此規定。茲舉其場合于左。

(甲)當事人有特別訂定之場合

賠償範圍之廣狹，與公益無關，故當事人不妨以契約就于賠償範圍，為特別之訂定。有此訂定時，則依之以定賠償之範圍。此種特約，於損害發生之前後，均得為之。其所定之賠償範圍，曰約定賠償範圍；上述之賠償範圍，曰法定賠償範圍。

(乙)受害人有過失之場合

損害賠償，原則只賠償由義務人之行為所生之損害；若其損害之發生或擴大，受害人因過失亦與以助力時，則法院應斟酌情形，定損害之責任及其範圍；是謂之過失相抵。例如甲緩行電車軌道中，致為電車所碾，失其一足是。蓋損害之發生，受害人既亦有過失，無使義務人單獨負責之理，故各國立法例均認此原則，我民法亦然。

(第二一七條前段)〔四七〕

〔四七〕關於受害人過失之意義，德國學者之所說，不能一致。依通說：則茲所謂過失者，乃單純不注意之謂，與通常之過失，係指注意義務之違反，以注意義務之存在為前提。而受害人對於自己，則不負注意義務故也。是以過失相抵之理由，在不應以因自己之不注意所生之損害，轉嫁於他人，不在注意義務之違反。日本學者多贊成此說。

過失相抵原則之適用，要具備二要件：(一)賠償權利人，就于損害之發生或擴大，要與以助力。詳言之，即賠償權利人之行為，與賠償義務人之行為，為損害之共同原因是也。賠償權利人之行為，祇以為發生損害之共同原因為足；不要為賠償義務人行為之原因。故其行為不要先於義務人之行為，即後於義務人之行為，或與義務

人之行為同時存在，均無不可。〔四八〕又其行為不局限于作為，亦有為不作為者。故在（1）賠償權利人就于債務人所不及知之損害，不促債務人之注意之場合，（2）賠償權利人怠於避免損害或減少損害之場合，均應適用過失相抵之原則。（同條後段）（二）賠償權利人，要有過失。（包含故意過失）倘無過失，權利人之行為，雖為發生損害之共同原因，亦不生過失相抵之問題。例如受傷者因僻處鄉隅，無從就醫，致成廢疾是也。但茲所謂有過失者，不以權利人自身有過失之場合為限，即其代理人或使用人有過失之場合，亦包含之。（第二二四條類推）具備上述二要件時，法院應斟酌其情形，以定損害賠償之責任及其範圍。其斟酌之方法，不外較量雙方行為原因力之強弱，及其過失之輕重為之。

〔四八〕受害人之行為，有與加害人之行為同時存在者。如甲駕汽車，乙駕馬車，在中途互相衝撞，而馬車傾覆是。有受害人之行為在前，加害人之行為在後者。如甲橫置人力車於街路之中央，致被乙所駕之汽車所衝撞是。有加害人之行為在前，而受害人之行為在後者。如甲被乙刺傷之後，濫用藥品，致失其兩足是。

（丙）受害人得利益之場合

賠償權利人，因發生損害之原因事實之存在，一面受損害，一面得利益時，則應由損害內扣除利益，就其殘額為賠償，是謂之損益相抵。例如甲約以馬贈乙，而遲延履行，乙因不得使用此馬而受損害，一面節省飼養費而得利益是。蓋損害賠償，係以回復與不發生損害同一之狀態為目的，苟不扣除其所受之利益，而就其損害全額為賠償，則受害人因損害反得分外之利益，非公平之道也。此原則由損害賠償之觀念而生，法律雖無明文規定，

理論上不可不認之。

損益相抵原則之適用，要具備二要件：（一）受害人要得利益。不得利益時，不生損益相抵之問題。（二）其利益要與損害基于同一之原因。即其利益要基于發生損害之原因事實而取得之；基于他之原因所生之利益，雖與損害有關，不得以之相抵。〔四九〕至基于發生損害之原因事實而得之利益，不問其為直接間接，應受損益相抵原則之適用。

〔四九〕例如甲放火焚燒乙之家屋，乙因是依火災保險契約，由保險公司受領三千元之保險金之場合，或受其友人丙贈與千金之場合是。蓋前之場合，其放火焚燒家屋，祇為保險金債權發生之停止條件，而非其原因。（其原因為保險契約）後之場合，其放火焚燒家屋，祇為贈與債權發生之緣由，亦非其原因。（其原因為贈與契約）

有與損益相抵基于同一之理由者，即第二百二十八條之規定是也。該條云：『關於物或權利之喪失或損害，負賠償責任之人，得向其損害賠償之請求權人，請求權與基于其物之所有權，或基于其權利，對於第三人之請求權。』是亦防權利人得分外之利益而設者也。蓋在物或權利，因歸責他人之事由而喪失，得請求他人賠償損害之場合，往往基于其物之所有權，或基于其權利，對於第三人有請求權。例如甲以其所有物寄存於乙，因乙保管不慎，致為丙所竊。此時甲對乙，因物之喪失，有損害賠償請求權，一面對丙又有本於所有權之請求權。（第七六七條參照）又如甲委任乙向丙收取債權，因乙怠於收取，致丙成為無資力人。此時甲對乙，因債權之損害，有損害賠償請求權，對丙仍不失其請求給付之權利。在此等場合，乙若不得請求甲讓與其對丙之請求權，則甲

得二重之利益，不公平實甚。故法律特規定之。〔五〇〕但其所應讓與之請求權，以基于物之所有權或其他權利者爲限；因他之原因所生之請求權，則無須讓與。〔五一〕又其所讓與者，雖爲基于已喪失之所有權或其他權利，對於第三人所有之請求權，而非所有權或其他權利自體；然其請求權讓與之結果，受讓人直接取得所有權或其他權利，此日儒川名兼四郎所爲之解釋也。（川名氏債權法要論第二三〇頁參照）

〔五〇〕此項請求權之讓與，與損益相抵，基于同一之理由。蓋賠償權利人，因所有權或其他權利喪失蒙損害，同是因對於第三人取得請求權而得利益，故應讓與其利益。但此項請求權，果得實現（即達其目的）與否，尙不可知，故不如損益相抵中所謂利益者之確實。且在損益相抵時，賠償義務人，得由損害額中扣除利益額，而賠償其餘額；而在第二二八條之場合，賠償義務人應賠償全額之損害，惟得請求權利人讓與對於第三人而有之請求權而已。故兩者之性質不同。

〔五一〕例如放火燒燬他人已投保火險之家屋者，不得請求家屋所有人，讓與其對於保險公司之保險金請求權。因此種請求權，係基于保險契約而生，非基于所有權自體而生故也。反之，保險公司得請求家屋所有人，讓與其對於放火人之損害賠償請求權。因此種損害賠償請求權，係基于所有權自體而生故也。但我保險法就於此點，有特別之規定。（保險法第四十五條一項參照）

第五款 損害賠償額之確定

損害賠償之範圍，雖已述於前，然爲賠償之際，若以金錢支付時，又不可不確定其數額；是謂之損害賠償額。損害賠償額，有估計其現實發生之損害而定之者，有當事人以契約定之者。前者謂之算定賠償額，後者謂之約定賠償額。分述之：

第一 算定賠償額

當事人不以契約定賠償額之場合，應估計現實所受之損害，以定其額。若其損害之標的爲金錢時，則依其金額；反之，爲其他之物體（包含物及權利）時，則依其物體之價格。估計物體之價格，要注意左之三點：

（一）算定價格之標準 物體之價格有三種：一爲通常價格。乃其物體對於一般人所有之價格，卽市價是也。二爲特別價格。乃其物體對於賠償權利人所有之價格，卽基于權利人特別之事情而定之價格也。三爲感情價格。卽依賠償權利人之感情而定之價格也。（五二）然則應以何種之價格爲標準，定損害物體之價格乎？此點法無明文，不無疑義；然損害賠償係以填補賠償權利人自身所受之損失爲目的，自以依特別價格爲合理。至於感情價格，係依權利人之感情而定，無一定之範圍，不足爲計算賠償額之標準。

【五二】例如甲乙各有朱子所書之對聯一幅，甲與乙約以其所有而贈乙，俾成完璧。於此場合，甲所有此一聯之對聯，以市價估計，僅值一金。然若歸乙所有，則可值十金，因乙有一幅與之成對，其價自漲故也。此一金之價格，卽通常價格；十金之價格，卽特別價格。又乙若有好玩字畫之癖，而視之爲無價之寶時，則「無價」二字，卽感情價格。

（二）算定價格之時期 在損害物體之價格有變動之場合，以如何時期之價格爲標準乎？此問題亦依損害賠償之目的而定。而債務不履行之場合，應依履行時之價格；但權利人證明履行期後可取得高價之利益時，依其價格。在侵權行爲及其他之場合，應依原因事實發生時之價格；但權利人證明原因事實發生後可取得高價之利益時，從其價格。

(三) 算定價格之場所 物體之價格，依場所而不同，故應研究其算定價格之場所。依通說，在債務不履行之場合，依債務履行地之價格；在侵權行為及其他之場合，則依其原因事實發生地之價格。

依上述標準算定之賠償金額，在其損害非因賠償義務人之故意或重大過失而生之場合，若令如數賠償，足使其生計發生重大影響時，法院得減輕其賠償金額。(第二一八條) 此不外出於體恤經濟的弱者之意也。

第二 約定賠償額

損害賠償債，不問其發生損害之原因如何，當事人得以契約定其賠償額。其契約有於損害發生前為之者，有於損害發生後為之者。前之場合，稱為賠償額之預定。賠償額之預定，亦有種種。實際適用最多者，為債務違反賠償額之預定。茲特就債務違反賠償額之預定分述之：

(一) 債務違反賠償額預定之性質 債務違反賠償額之預定期者，當事人以契約預定，債務違反損害發生時，所應賠償之數額之謂也。賠償額之預定，以避算定賠償額之困難，及冀免訴訟為目的，通常與債務發生同時為之。但在其後為之，亦無不可。其債務之種類，法無制限。其所預定之賠償額，不限於金錢，約以其他之物或勞務充賠償，亦法所不禁。(第二五三條及第二五〇條二項) 茲所謂債務違反者，係指不依債務本旨為給付之一切場合而言。舉凡債務不履行及不適當履行(如遲延後之履行)均包含之。

債務違反之預定賠償額，與違約金異其性質。違約金者，於債務違反之場合，債務人應給付於債權人之一定金額也。如約明債務人履行遲延時，應另付百金以為制裁是。違約金以確保債權之效力，間接強制債務

之履行爲目的。故債務人依違約金契約，負擔以債務違反爲停止條件之債務。債務違反時，不問實際發生損害與否，應支付違約金；反之，預定賠償額祇預先約定賠償額，以免計算賠償額之困難爲目的。故債權人欲請求其預定之賠償額，不以債務違反爲足，尙以實際發生損害爲必要；惟債權人無須證明損害額而已。且在違約金契約，債權人除得請求違約金之外，仍得請求算定賠償額；而在賠償額之預定，祇得請求約定賠償額。是卽二者不同之處也。然在通常場合，當事人雖結債務不履行違約金之契約，其意多在預先約定債務不履行之損害賠償額；其違約金實有約定賠償額之性質。故法律特規定：債務不履行之違約金，視爲債務不履行之損害賠償總額。但此規定爲任意規定，於當事人有反對訂定時，無其適用。（第二五〇條二項前段）

（二）債務違反賠償額預定之效力。當事人已爲賠償額之預定時，不必計算實際賠償額之大小，應依其預定之額，以定賠償額。但其預定之數額過高時，法院得減少之至相當之數額爲止。（第二五二條類推）此固不無違反賠償額預定之目的，然爲維持公平計，亦事屬不得已也。【五三】

【五三】預定之賠償額得增減之否歟？立法例不一。日本民法不許其增減。（日民第四二〇條一項）德國民法，則許其增減。（德民第三四〇條二項、第三四一條二項、第三四三條）瑞士債務法，許其增加，而不許其減少。（瑞債第一六一條）我民法無明文規定。然依第二五二條「違約金之數額過高時法院得減少之」而類推，自應解爲許其減少，方足防止債權人之專橫。（最高法院十九年上字第三三四號判例參看）

債務違反賠償額之預定，有預定不履行債務時之賠償額者，有預定履行不適當時之賠償額者，在前之場合，債務人不履行債務時，債權人得請求預定之賠償額，以代債務之履行。若僅爲一部之履行，債權人得比

照一部履行所受之利益請求其一部預定之賠償額（第二五一條類推）在後之場合，債務人履行不適當時，債權人得受領其不適當之履行，同時並可請求預定之賠償額。

第五章 債之效力

第一節 給付義務

第一款 總說

債權爲請求債務人給付之權利，故債務人負給付之義務。給付亦稱履行，即以償還債權之意思，爲債之標的之行爲之謂。與清償同其意義，惟由債務效力方面觀察時，則稱履行；由債權消滅方面觀察時，則稱清償耳。

債務人爲給付時，應遵左列二原則：

（一）給付要依債務之本旨爲之。詳言之：卽其給付之種類、主體、標的、時期、處所等，應依債權關係之內容而定。債權關係之內容，在其債權由法律行爲而生之場合，先依其法律行爲之所定；其所定不完全時，則依法律之規定以補充之。例如種類債當事人未約定標的物品質時，則依第二百條一項而定其品質是。在其債權由法律規定而生之場合，則純依法律之規定。

給付之標的，要依債務關係之內容，故債務人要爲全部之給付，無爲一部給付之權利。〔五四〕爲一部給付時，債權人得拒絕受領。蓋『全部』『一部』云者，不外指給付標的之分量而言。若許其分割給付，則其給付標的之

分量，不免與債權關係之內容不合故也。但法院得斟酌債務人之境况，許其於無甚害於債權人利益之相當期限内，分期給付。（第三一八條一項）分期給付之許可，純屬法院之職權，非認債務人有請求分期給付之權利。（最高法院二十一年上字第五二九號判例）

【五四】禁止一部給付之規定，不特於債權標的之給付為單純給付之場合，有其適用。即其給付為合成給付之場合，亦然。但在由一個契約發生數個債權之場合，則債務人不妨分別履行其各個之債務。蓋在此場合，因有數個之債權，故有數個之給付；債務人雖分別為各個之給付，不得謂為一部給付。當然不適用第三一八條之規定。

（二）給付須以誠實及信用為之。此本履行義務之一般原則；我民法對於給付義務特明定之。（第二一九條）蓋給付雖應依債權關係之內容為之；然就於債權關係之內容，法律行為之訂定，及法律之規定，每未能十分完密，難保債務人無利用其所定之不備，以加害於債權人者。故法律特使債務人以誠實及信用為給付，藉以保護債權人之利益。例如定某日為給付，而未定其時刻時，應于通常辦事時間為給付，不得於夜中睡眠時為給付是也。誠實及信用二者，乃交易上之道德，即各當事人不極端主張自己利益之謂也。但債權人行使債權，亦當以誠實及信用方法為之，與債務人履行債務同。

第二款 給付之主體

給付之主體者，即為給付之人也。債務人負給付之義務，固得為給付。債務人之代理人，限於給付性質上所許者，亦得代債務人為給付。如交付物品、移轉權利等是也。

給付第三人亦得爲之。(第三一一條一項前段) 第三人爲給付時，係以自己之名，履行他人之債務，故與債務人之代理人所爲之給付不同。蓋債務人之代理人，係以債務人之名而爲給付故也。第三人既得爲給付，若債權人無故拒絕受領時，應任受領延遲之責。但例外場合，第三人有不得爲給付者。茲舉其場合於左(同條一項但書及二項)

(一) 債務之性質不許之時 債務之性質，不許第三人爲給付時，第三人不得爲給付。例如因僱傭、委任、寄託而生之債務是。蓋此種債務，係注重債務人之性質、技能、資格、經驗，非債務人躬親履行，每不能達債務之目的故也。

(二) 當事人有反對訂定時 債權人與債務人訂立契約，明定債務人應自爲給付時，爲尊重當事人之意思起見，第三人亦不得爲給付。

(三) 債務人有異議時 債務人有不欲第三人爲給付者。於此場合，債務人對於第三人之給付，得述異議。債務人已向債權人或第三人述異議時，第三人無爲給付之權利，債權人得拒絕其給付。惟於此有一問題，即債務人雖述異議，債權人仍接受第三人之給付時，其給付之效力果如何乎？依舊修正民律第三百四十二條所附之理由，則其給付完全有消滅債權之效力，然其實未當。蓋若如是，則債務人之異議，僅與債權人以拒絕給付之抗辯權，而于自己毫無實益，大反債務人之本意也。故應解爲其給付不生效力爲宜。

以上所舉，乃第三人不得爲給付之例外場合。但尚有例外之例外，即有利害關係之第三人，得反于債權人及債務人之意思，向債權人履行債務是也。有利害關係之第三人云者，即就於債務人債務之履行，自己有利益之人

也。如物上保證人，擔保財產第三取得人，債務人之他債權人皆是。〔五五〕此等之人，于債務人不履行之場合，為保持其自己之利益起見，不問當事人間有無反對之特約，及債務人會否陳述異議，得向債權人為給付。

〔五五〕物上保證人者，謂第三人中以其自己財產供債務人債務之担保者。例如甲賣乙千金，丙以不動產供抵押，嗣丙受讓該不動產。至於其他債權人，係指債務人之其他債權人而有害關係者而言。如順位較後之有担保債權人及普通債權人皆是。

第三人適法為給付時，則債權消滅。此際第三人對於債務人，有如何之權利乎？依債務人與第三人間法律關係而定，其法律關係有為贈與者，如第三人與債務人約明，應不受報酬，為債務人代償債務。是有為委任者，如第三人受債務人之委託，而代償其債務。是有為無因管理者，如第三人未受債務人之委託，好意代償其債務。是因其法律關係之不同，第三人對於債務人之權利亦異。其在有害關係之第三人為給付之場合，除依其與債務間人之關係行使權利外，尚得按其限度，代位債權人，取得債權人就此債權關係所有之權利。代位債權人云者，即代替債權人之地位。詳言之：即債權人之債權，及其附屬之權利，（如擔保物權、及保證債權）因法律之規定，當然移轉于第三人。之謂；不以債權人之意思表示為必要。〔五六〕但其移轉有妨礙債權人之利益者，則不得對於債權人主張之。（第三一二條）例如甲對乙有千元之債權，乙以價值八百元之不動產供抵押。嗣乙之他之債權人丙代償四百元，則丙得代位甲，對乙取得四百元之債權，同時于乙之不動產上取得四百元之擔保物權。然此擔保物權，不得對於債權人主張。蓋若許其主張，則債權人于該不動產上，雖有六百元之擔保物權，就其八百元之賣得金，祇得

受四百八十元之清償。其利益不免被妨礙故也。然此場合，第三人不妨對於債權人以外之人，主張其權利之移轉。故丙得對於乙及乙之債權人丁戊等，主張四百元之擔保物權。

【五六】舊修正民律第三四四條規定：債權人之債權，移轉於履行債務之第三人，而民法第三一二條則改爲，第三人得以自己之名義，代位行使債權人之權利。甚似其權利並無轉移于第三人者。然同時于第三一三條又明定：此項代位行使，準用第二九七條及第二九九條關於債權讓與之規定。足證其債權業已移轉。代位行使一語，極易招人誤解，殊屬失當。（同說陳瑾昆氏債總第四七頁李讓氏債總第三〇三頁蔡天錫債總第三〇一頁）

第三款 給付之處所

給付之處所即履行地，亦稱清償地，謂債務人應爲給付行爲之場所也。茲所謂場所者，係指一定之地點而言。例如債務人之住所是。

給付處所之確定，要依左之原則：（第三一四條）【五七】

（一）在得依給付之性質，定給付處所之場合，其給付處所，應依其給付性質而定。例如負交付不動產之債務，應于不動產所在地爲給付；負管理財產之債務，應于財產所在地爲履行是。

（二）在不得依給付之性質，定給付處所之場合，當事人有特別之意思表示時，應依其意思表示，定給付之處所。【五八】

（三）在當事人無特別之意思表示之場合，有特別習慣者，從其習慣。

(四) 無特別習慣之場合，有其他情形，可以決定其給付之處所時，依其情形定之。例如購香烟一包，應由買受人往取是。

(五) 亦無其他情形之場合，法律有特別規定時，應依其規定，定給付之處所。例如第三七一條、第六〇〇條是。

(六) 在法令無特別規定之場合，則依法令之一般的規定。我民法從日本民法，原則以債務人現在之住所，為給付之處所。但以特定物之交付為標的之債權，須向債權關係發生時其物所存在之場所為給付。蓋債權發生當時，其給付之標的物，既具體的特定，則當事人常有就其物所存在之處所為給付之意思故也。

給付處所確定時，債務人應於該處所為給付，債權人祇得請求債務人應于該處所為給付。

【五七】第三一四條設六個標準，以定清償地。其順序為：(一) 法律特別規定，(二) 契約特別訂定，(三) 特別習慣，(四) 債之性質，(五) 其他情形，(六) 法律一般規定。學者之著述，多依此順序，將上述標準，逐一排列。(陳瑾昆氏債總第四二五頁、李讓氏債總第三一七頁、蔡天錫債總第三〇二頁、周新民氏債總下卷第二〇五頁參看) 余以為此種次序，其間不無先後顛倒之處。例如特別訂定，宜移于特別規定之前。因償法為任意法，當事人之特別訂定，其效力優于法律之特別規定。又依債之性質得定其清償地時，則一切情形，均可不問。故此種標準，應最先適用。茲特略加變更，自信較為合理。

【五八】此項在民法第三一四條原文為「契約另有訂定」而非「當事人有特別意思表示」。然「契約另有訂定」一語，不能包括由單獨行為及合同行為所生之債權在內。故余特改從舊修正民律第三四五條之用語，以「特別意思表示」代之。

第四款 給付之費用

給付之費用者，即爲給付所必需之費用也。如運送費、匯費皆是。給付之費用，應歸何人負擔乎？依當事人之意思表示定之。若當事人無特別意思表示，而法律有特別規定者，從其規定。（例如第三七八條）否則應歸債務人負擔。蓋給付費用者，不外給付義務之一部也。但因債權人移轉住所，或其他行爲，致費用增加者，則其增加額歸債權人負擔。（第三一七條）

第五款 給付之時期

給付時期即履行期，亦稱清償時期，即債務人應爲給付之時期也。未至給付時期，債務人無須爲給付；若債權人於給付時期前，爲給付之請求，債務人原則得依抗辯而拒絕之。（有例外）蓋給付時期未屆至之前，其債權雖已成立，然不得行使故也。〔五九〕

〔五九〕債權之履行期，與法律行爲所附之始期不同。始期爲法律行爲效力發生之時期；非俟始期屆至，則法律行爲不生效力。故債權行爲附有始期者，於其始期屆至前，債權尙未發生，當然不得行使。（第一〇二條一項）反之，附有履行期之債權，履行期未至前，債權業已發生，祇不得行使而已。但外國法律，有將履行期與始期混而爲一者。如法國民法及日本民法是也。（法民一一八五條、日民第一三五條一項）德國民法之規定，與我民法同。（德民一六三條）

給付時期，得以一定之期日定之。（如某日）亦得以一定之期間定之。（如自某日至某日）有爲確定期限者，有爲不確定期限者。確定期限者，其期限之能屆至，及其屆至之時期，均屬確定之謂也。例如某年某月某日是。不確定期限者，其期限能屆至雖確定，然其屆至之時期不能確定之謂也。例如某人死亡之日是。至於屆至與否不能

確定之時期（例如債務人結婚之時、回復財產之時）本不足以定給付之時期；然當事人有以之定給付時期之意思時，則從其意思。於此場合，以其時期之屆至，為給付時期之屆至。若其時期始終不屆至時，則以債務人死亡時，為給付時期之屆至。（日儒石坂晉四郎債權法大綱第七七頁參照）

給付時期之確定，要依左之原則：（第三一五條）【六〇】

（一）在得依給付之性質，定給付時期之場合，其給付時期，應依其給付之性質而定。例如因開弔而請贛禮，因結婚而定彩輿是。

（二）在不依給付之性質定給付時期之場合，當事人有特別意思表示時，應依其意思表示定結付之時期。

（三）在當事人無特別意思表示之場合，有特別習慣時，應依其習慣，定給付之時期。

（四）無特別習慣之場合，有其他情形，足以定給付之時期時，依其情形定之。

（五）無特別情形之場合，法律有特別規定時，依其規定。例如第三七〇條、第四七〇條、及第四七八條等是。

（六）在法令亦無特別規定之場合，則以債權發生時為給付時期；債權人得即時請求給付，債務人亦得即時為給付，蓋債務既發生之後，本應即時履行，而附以給付時期者，特例外耳。故不附給付時期之債務，當然應即時履行。

【六〇】上列確定給付時期所用之標準，其排列之順序及其用語，與民法第三一五條所規定者，略有變更。其理由與註五七、註五八所述者無異，茲不多贅。

給付時期確定時，可生左之效果：

(甲) 債權人於其時期屆至後，得請求給付。而於其時期未屆之前，則不得爲之。(第三一六條前段) 但在其給付時期爲債權人之利益而設之場合，債權人得拋棄其利益，於給付時期未屆至前請求履行。例如定期寄託之場合は也。(第五九七條)

(乙) 債務人於其時期屆至後，應爲給付。不爲給付時，其給付時期，若爲確定期限，自到期限時起，任遲延之責；若爲不確定期限，自受債權人給付之催告時起，任遲延之責。(第二二九條)

(丙) 債務人於給付時期屆至後，得爲給付。倘債務人已爲給付之提出，債權人不受領之時，應任遲延之責。(第二三四條) 若在給付時期未屆至之前，則債務人無此權利。惟在其給付時期爲債務人之利益而設之場合，則債務人亦得拋棄利益，於給付時期前爲給付。例如無利息消費借貸之場合は也。給付時期，果爲何人之利益而設，本屬事實問題，應於各場合依當事人之意思表示定之。無特別意思表示時，則推定爲債務人之利益而設者；債務人得於其時期前爲給付。(第三一六條後段) 蓋通常場合，給付時期多爲使債務人得爲履行之準備而設故也。

第二節 故意及過失

債務人不只負給付義務，尚須隨時注意，使其債務不至發生履行不能、履行遲延、或履行不完全之結果。稱此義務，曰注意義務。例如負交付特定物之義務者，應慎重保管其物，勿使滅失，並要謹記其履行期，勿使逾期是也。注

意義務伴於給付義務而生，並非單獨存在；故給付義務消滅時，則注意義務當然消滅。

債務人負注意義務，若因不注意，使履行不能、遲延，或不完全時，對於其履行不能、遲延，或不完全，即為有過失，應負其責。其在故意使履行不能、遲延，或不完全之場合，應負責任，更不待言。茲就故意及過失分述於左：

第一 故意

故意者，知自己之行爲，（作爲及不作爲）可生一定之結果，而縱容其發生之心理狀態也。其行爲即故意行爲。例如明知可生給付不能之結果，而毀壞債之標的物是也。故意之成立，有三要件：（一）其發生結果之原因行爲，要基於意思。無意思之行爲，當然不成立故意。如精神錯亂中所爲之行爲是也。（二）行爲者，要知其行爲可生某結果。若不知其可生某結果，有時雖應論以過失，亦不成爲故意。茲所謂某結果者，係指履行不能、遲延，或不完全而言。知其可生他之結果時，與債之效力無涉，非茲所謂故意。例如不知某物爲債之標的物，而毀壞之是也。但在一行爲生數結果之場合，以預見其一結果爲足，不要預見其結果之全部。（六）（三）行爲者要縱容其結果之發生。縱容云者，知其可生某結果，而無防止其發生之意思之謂；不以希望其發生爲必要。故雖知其可生某結果，而無縱容之意思者非故意。此持意思主義者之所主張也。而持觀念主義者，則反對之。謂行爲者已知可生某結果時，故意即時成立；有無縱容其發生之意思，可以不論。此兩主義於行爲者有未必的故意之場合，可生相異之結果。未必的故意者，非預期必然的發生某結果，只知有發生某結果之可能之謂也。例如運送人以自轉車運搬委託人所交付之玻璃器，明知或有破碎之虞，而故爲之，其器卒破碎是。此場合，若依觀念主義，則故意存在。蓋運

送人已知其有破碎之可能故也。然依意思主義時，則依場合，或故意存在，或過失存在。即在運送人無防止其破碎之意思，且以破碎為無妨之場合，則為有故意；反之，運送人無放任其破碎之意思，且曾為預防其發生結果之設備時，則為有過失。現今學說，多取意思主義，余亦贊同此說。

〔六一〕例如甲約以某牛贈乙，以某馬贈丙，其後甲有意放槍殺牛，流彈中馬，牛馬同斃。於此場合，甲雖只預見放槍後則贈牛之債務履行不能，而不知贈馬之債務亦履行不能，然對於贈牛債務之履行不能，即可謂之有故意，應負其責。而對於贈馬債務之履行不能則否。

債務人就於故意之行爲，絕對負責。（第二二〇條一項）且不得預以契約免除之。倘預以契約免除債務人故意之責任，則其契約無效。（第二二二條）因其違反善良風俗故也。然此只就其以契約預為免除之場合而言。在責任既生之後，債權人得免除債務人所負之責任者，自不待言。至債務人對於故意行爲所負之責任若何不能概論；不外按其行爲之結果，依各條之規定，對於債權人負賠償損害之義務而已。例如故意使給付不能者，則依第二二六條之規定，負損害賠償之責。故意使履行遲延者，則依第二三一條之規定，負損害賠償之責。是但債務人之故意，祇為負責之原因，其損害賠償之範圍，仍依因果關係而定；即應賠償其所生之一切損害是也。故債務人既就行爲之某結果有故意時，而就於由其結果所生之個個損害，雖無故意，亦不免其賠償之責。

債務人不特就其自己之故意負責，而對於其代理人及使用人，關於履行債務所有之故意，亦負同一之責任。蓋非是，則無以確保交易之安全也。但此規定，非為公益而設，故債務人不妨預與債權人訂定特約，以免除其責任。（第二二四條）又無行為能力或能力受限制之債務人所為之故意行爲，以行為時有識別能力為限，與

其法定代理人連帶負責；行爲時無識別能力者，則由其法定代理人負責。但法定代理人並未疏於監督；或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，不負責任。（第二二一條及第一八七條一項二項）

第二 過失

過失者，欠缺注意之謂；詳言之，即因不注意，爲一定之行爲，使生某結果之謂也。其情形有二：即（一）行爲者，因不注意，不預見其行爲可生某結果，而爲該行爲者。如因不注意，不知其物爲債之標的物，而毀壞之，致生履行不能之結果是。（二）行爲者，知其行爲可生某結果，而無縱容其發生之意思，因不注意，不中止其行爲者。如已知以自轉車運搬玻璃，有破碎危險，因冀其不破碎，慎重運搬之，卒至破碎是。

我民法依過失之程度，大分之爲輕過失、與重過失兩種。輕過失者，怠於善良管理人注意之謂；我民法上單稱曰過失。（第二二〇條）『善良管理人之注意』一語，見於第五三五條、第五九〇條。直接淵源於日本民法，（日民第四〇〇條參照）間接淵源於羅馬法上『良家父之注意』（*Diligentia bonus pater familias*）謂誠實勤勉有經驗之人，當處理事務所用之注意也。此種注意，係假定一謹慎之人，抽象的定其注意之程度，故學者稱之爲抽象的注意。德國民法，以『良家父』字義，殊欠妥協，故易爲『交易上必要之注意』（*Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*）日本民法，則易爲『善良管理人之注意』。其名稱雖異，意義則同。重過失者，怠於與處理自己事務同一之注意之謂。即以債務人平素處理其自己之事務所慣用之注意（具體的注意）爲標準。我民法上稱之曰重大過失。（第二二二條）以上所述，乃我國民法對於過失之分類。德、日民法，則從羅馬法；均分過失爲

抽象的輕過失，具體的輕過失，與重過失三者。其所謂重過失云者，乃甚不注意之謂，略近於故意，惟在故意則行為者有縱容其結果之發生之意思，而重過失則無之，是其重要之異點。我舊民律亦然。〔六二〕

〔六二〕舊民律上有過失（見第三五七條）重過失（見第三五八條）重大過失（見第六二六條，第七〇三條，第九二〇條）三種之用語；其分過失為抽象的輕過失，具體的輕過失，重過失三種，固無可疑。新民法則祇有「過失」與「重大過失」之兩種用語，未有「重過失」之名詞，其分過失為輕重二種，不難依此斷定。陳瑾昆氏債總第二〇六頁以下，仍分過失為抽象輕過失，具體輕過失，重過失三種，周新民氏債總下卷第一二頁以下從之。然陳氏對於具體輕過失及重過失二者，均引民法第二二三條為證。若如其主張，則第二二三條同時為關於具體輕過失及重過失之規定，未免無據，故余不贊同其說。

過失既有輕重之別，然則債務人應就於何種之過失負責任，是一問題。在昔羅馬法定三個原則，即（甲）依其契約只債權人受利益之場合，則債務人祇就重過失負其責。如無償寄託是。（乙）依其契約債權人債務人同受利益之場合，則債務人應就具體的輕過失任其責。如因合夥契約，保管合夥財產是也。（丙）依其契約只債務人受利益之場合，則債務人應就抽象的輕過失任其責。如質權人之保管質物是。〔六三〕德國民法，以使債務人對於抽象的輕過失負責任為原則。（德民第二七六條）但在例外場合，有使債務人只對於具體的輕過失或重過失負責任者。（德民第三七七條及第六八〇條參照）日本民法，無原則的規定，祇就各個之債，定其應為注意之程度，間接以定其對於何種過失負責任。（日民第六五九條，第四〇〇條，第六四四條，第六七一條參照）或直接規定其應對何種過失負責任。（同法第六九八條參照）惟彼國學者，均謂由民法之全體而解釋，

可斷定亦以對於抽象的輕過失負責爲原則，對於具體的輕過失或重過失負責爲例外。故法律未有特別規定之場合，債務人有抽象的輕過失時，不得免其責。（六四）我民法亦以對於輕過失負責爲原則，（第二二〇條一項）但在法令有特別規定（如第二二三條、第四一〇條、第四三四條、第五四四條二項）或法律行爲有特別訂定之場合，例外只對於重過失負其責。與德國民法略同。

【六三】羅馬法上過失之分類如何，及債務人對於何種之過失負責，學說紛紜。本書所述者，係以德國學者哈西（Hase）之學說爲根據。（參照 Hase, Culpa des rom. R. 1815）

【六四】橫田秀雄債權總論第二八五頁，川名兼四郎債權法要論第一八二頁，石坂音四郎日本民法第四三九頁，鳩山秀夫日本債權法第二〇一頁，未弘殿太郎債權各論第一〇六九頁參照。

債務人就於過失行爲固應負責，然除重過失外，不妨預以約契免除之。（第二二二條）此所謂過失，不限於債務人自身之過失，即其代理人及使用人，關於債之履行所有之過失，應與自己之過失，負同一之責任。但亦得預以契約免除之。（第二二四條）又無行爲能力或能力受制限之債務人所爲之過失行爲，以行爲時有識別能力爲限，與其法定代理人連帶負責；行爲時無識別能力者，則由其法定代理人負責。但法定代理人並未疏於監督，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，不負責任。（第二二一條及第一八七條）至債務人就於過失行爲所負之責任，與故意之場合合同，亦按其行爲之結果，依各條之規定，負損害賠償之義務。惟若依其債之原因事實之特性，非與債務人以利益，則法院應從輕酌定其責任。詳言之，即應縮小其賠償之範圍。如贈與人及

無償受寄人有過失之場合は。(第二二〇條二項)因其情節可原故也。

以上純就債務人有故意過失應負責任之場合而言。至於債務人並無故意過失，祇因事變，〔六五〕所生之結果，債務人原則不負損害賠償之責任；其事變為外界之事實，抑為人類之行爲，可以不問。但例外場合，債務人對於事變有應負責任者。如第二三一條二項前段所規定者是也。此等場合，債務人所以負責任者，係基於特別之理由，非因其違反注意義務之故。是應注意之點也。

〔六五〕事變云者，即不可歸責於債務人之事由也。此種事由，有爲人之行爲者。如債權標的物被第三人毀壞，致不能給付是。有爲外界之事實者。如債權標的物因地震滅失，致不能給付是。人之行爲中，包含第三人之行爲及當事人之行爲。故在因債務人之行爲，致給付不能或履行遲延之場合，債務人就其行爲所生之結果無故意過失時，其行爲亦不失爲事變。例如債務人不知其物爲債權標的物，且無過失而毀壞之是。

第三節 給付不能

第一款 給付不能之意義

結付不能者，債務人不能依債務之本旨而爲給付之謂也。如因標的物滅失不能交付是。就於給付不能，有應注意之點四：(一)其不能與否，應就債務人自身而決。債務人因其一身上之事由，或其所處之環境，既不能給付，即給付不能，其他之人能爲給付與否，可以不問。(二)其不能與否，應從社會之一般觀念而定，非依物理學上之法則而定。例如搜索沉沒海中之寶石，及追還行蹤不明之盜賊所偷之物品，由物理學上之法則言，雖非絕對不能；然從社會之一般觀念而論，則爲不可能之事。故亦給付不能。(三)給付不能，其原因(甲)有存於給付之標的者。如因標

的物滅失不能給付是。(乙)有存於給付之主體者。如因疾病不能描畫是。但在其給付無論何人均得代爲之場合。(如給付金錢或物品)則其給付之主體，非給付之重要條件，債務人應使他人代爲給付，故不生給付不能之問題。(丙)有存於給付之處所及方法者。如不能於約定處所以按約定方法爲給付是。但其所約定之處所及方法，當事人若不視爲重要時，則債務人應於其他相當之處所以其他相當之方法爲給付，不生給付不能之效力。例如本約由火車運送物品，其後火車不通時，則應改由輪船運送是也。又因履行期已過，致不能於履行期爲給付時，學問有謂其爲給付不能之一種者，(六六)余不贊其說。蓋若貫澈斯說時，則債務人遲延後，其債務均屬給付不能。債權人無請求直接履行之權利，未免與理論相反。(四)其不能與否應以何時爲標準歟？學者多謂應以履行期爲標準；即於履行期不能爲給付時，方得謂之給付不能。於履行期之前後，雖不能爲給付，於履行期可能時，非給付不能。然此說明與第二三一條二總之規定矛盾。蓋依該條同項之法意，則債務人遲延後，因某事由不能爲給付時，亦給付不能故也。依余所見，凡自債權之原因事實成立之時（如債之發生原因行爲成立之時）起，至現實履行之時止，其間有不能給付之情形存在時，均得謂爲給付不能。惟其效力因不能之時期而有差異而已。此點應詳於後。

【六六】如德儒 Kleineldam, Goldmann-Lilienthal, Planck 等。其說謂在絕對的定期之債權，逾期不爲給付時，即不得達債權存立

之目的，故生全部給付不能。又在相對的定期之債權，其債務人于履行期經過後，雖尙得補爲履行，但其得爲履行之期間，亦非無限，必于相當期間內爲履行，方能達債權之目的。若已逾履行期，尙未爲履行，則其已經過之期間，不能再來。故以時爲標準，亦生一部給付不能。若其期間已全部錯過，則生全部給付不能，與絕對的定期債權同。然逾履行期後所爲之履行，有時雖不能達債權之目的，但此際祇其履行於債權人無利

益而已，其給付非不可能。（第二三二條參照）故其說不足採。

第二款 給付不能之分類

給付不能，得依種種標準分類之：

第一 自然的不能與法律的不能

自然的不能者，基於自然的法則之不能也。如給付已死之馬，及給付不死之藥是。法律的不能者，基于法律之規定之不能也。如設定法律不認之物權，及移轉屍體之所有權是。給付之法律的不能，與給付之違法，不可混同。給付違法時，祇其給付行為為法律所禁止，非事實上不能為該行為。例如依契約使他人負殺人之義務，其殺人行為，乃違法而非不能。

第二 絕對的不能與相對的不能

絕對的不能者，其不能基于給付的性質，無論何時，不問何人，均屬不能之謂也。如給付不死之藥是。相對的不能者，其給付性質上非不能，祇于一定之時，或對於一定之人不能之謂也。如交付已死之馬，及不諳英語者，不能教授英語是。

第三 主觀的不能與客觀的不能

主觀的不能者，基於債務人一身之事情而不能之謂也。如因不諳英語不能教授英語，因疾病不能演劇是。客觀的不能者，基於外界之事情而不能之謂也。如給付不死之藥，及交付已死之馬是。〔六七〕

【六七】主觀的不能與客觀的不能之區別，從來本有兩說：第一說，以不能給付之人爲標準。即其給付，債務人不能，其他之人亦皆不能時，爲客觀的不能。反之，債務人不能，債務人以外之人有一人可能時，則爲主觀的不能。是乃德國學者之通說。此說只注目不能給付之人之個數，不察其各人所處之地位（即環境）是其缺點。例如在冬月約給付鮮荔枝，通常認爲不可能之事。而在處寒暑相反之南半球，固非不可能。若從斯說，則此場合之不能，乃主觀的不能。其不當也明矣。第二說，以不能之原因爲標準。即其不能之原因存於給付自體時，爲客觀的不能。反之，其不能之原因，存於債務人之一身時，則爲主觀的不能。是乃德國學者 Biermann 氏之所倡，少數學者從之。然斯說不能概括一切，亦不足採。例如因交通斷絕不能給付時，果爲何種之不能乎？依此說不能斷定之。故余特以給付不能，基於債務人一身之事情，抑基於外界之事情，爲區別之標準。

第四 從始不能與嗣後不能

給付之不能，於債之原因事實成立時存在者，謂之從始不能。如甲約以某馬贈乙，其結約時某馬已死。反之，其不能於債之原因事實成立後發生者，謂之嗣後不能。如前例某馬于結約以後死亡是。

從始不能與嗣後不能之區別，係以債之原因事實成立之時爲標準，不以債之發生時期爲標準。故在附條件行爲，或附期限行爲，于其行爲成立後，條件成就前或期限屆至前，所生之給付不能，亦嗣後不能。此德、日學者之通說也。

第五 全部不能與一部不能

給付之不能，有涉于給付之全部者，曰全部不能。反之，其給付不能，僅於給付之一部者，曰一部不能。例如因

標的物之一半滅失，不能爲該部分之給付是

給付之一部不能，本指不能爲全量標的之給付而言。然不能爲完全狀態之標的之給付時，理論上亦得與一部不能同視。如因標的物毀損不能給付完全之物，及因他人之權利存在，不能移轉完全之所有權是。

第六 永久不能與一時不能

給付不能，其情形永久存續者，曰永久不能。反之，其情形祇一時存在者，曰一時不能。前者如因標的物滅失不能給付是。後者如因一時交通斷絕不能給付是。

第三款 給付不能之效果

債之標的給付，從始不能時，則其債不發生。（例外或亦能發生）此乃債之發生與否之問題，與債之效力無涉，應詳于第二部各論。（參照第二四六條，第二四七條）茲所述者，乃嗣後不能之效果。即債之標的給付，嗣後不能時，其債發生如何之影響？是也。給付之嗣後不能，依其原因之如何，其效果亦異。分述于左：

（一）不能因歸責於債務人之事由而生時，所謂「歸責于債務人之事由」云者，即債務人就其發生不能之原因事由，依第二二〇條至第二二四條之規定，應負責任者是也。債權已屆清償期，因歸責于債務人之事由而不能時，不問其爲客觀的不能，抑爲主觀的不能，亦不問其爲永久的不能，抑爲一時的不能，債務人應按其不能之部分，負損害賠償之義務。即（甲）全部不能之場合，債務人應爲全部不能行之損害賠償。（第二二六條一項）此種損害賠償之債權，與從來之債權，祇異其內容，不失同一性。詳言之：即祇從來之債權，變更其內容，非新舊債

權之交替。故附隨于從來之債權之担保，依然存續；消滅時效亦自從來債權之履行期屆至時進行。(乙)一部不能之場合，債務人就其不能之部分，應為一部不履行之損害賠償，而就其可能之部分，仍負履行之義務。但其可能部分之履行，于債權人無利益時，債權人得拒絕該部分之給付，請求全部不履行之損害賠償。(同條二項)至其給付不能，是否因歸責于債務人之事由而生？當事人若有爭執，債務人應負舉證之責。(最高法院二十一年上字第一九五六號判例類推)故債務人不能提出反證，證明其給付不能非因歸責於其自己之事由而生時，即不得免其責任。

(二)不能因不可歸責於債務人之事由而生時，債權已屆清償期，因不可歸責於債務人之事由不能給付時，債務人不負賠償責任。在(甲)全部不能之場合，債權消滅，債務人免其義務。(乙)一部不能之場合，債務人就其不能之部分，免給付義務，祇履行殘存之可能部分足矣。茲所謂不能者，係包含主觀的不能、客觀的不能，及永久的不能、一時的不能而言，與前項同。(第二二五條一項)陳瑾昆周新民蔡天錫麟李謨諸氏，均謂民法第二二五條之規定，限於給付客觀的不能之時，方有適用。(陳氏債總第二一四頁，蔡氏債總第一八〇頁，周氏債總下卷第二六頁，李氏債總第一五四頁)然不說明其根據。且第二二五條之給付不能，其用語既與第二二六條相同，斷無異其意義之理。故余不從其說。

第四款 代償請求權

債務人因不能給付之原因事由，就債務之標的，對於第三人取得損害賠償請求權，或已受第三人之賠償時，

債權人得請求債務人，讓與其請求權，或交付因賠償所受領之物。稱其請求讓與或交付之權利，曰代償請求權。（第二二五條二項）例如甲約以馬贈乙，嗣該馬為丙所殺，而不能給付。此際甲對丙基於侵權行為，有損害賠償請求權；乙得請求甲，將對丙之請求權讓與於己是也。此項請求權之成立，要具備三條件：（一）要債務人對於第三人取得損害賠償請求權，或已受其賠償。非是，則債務人雖因給付不能而受利益，債權人亦不得請求其交付。例如債務人因給付不能節省履行費用是也。（二）要因不能給付之原因事由，取得損害賠償請求權，或已受賠償。基於其他原因所取得之損害賠償請求權，或所受之賠償，不得請求債務人讓與或交付。如債務人因債務標之物（如家屋）被火，其於保險契約，對於保險公司所取得之賠償請求權是。（三）要就於債務之標的，取得損害賠償請求權，或已受賠償。即其賠償要為代給付之標的者。否則，債權人不得請求其讓與或交付。例如債務人因標的物之家屋被火，由放火人受價金及孳息之賠償，則債權人只得請求交付其所賠償之價金是也。（六八）

〔六八〕第二二五條二項，有「因前項給付不能之事由」云云。由文理解釋，甚似限于其給付不能，因不可歸責于債務人之事由而生時，方生代償請求權。然由理論而言，則無設此制限之必要。（德民第二八一條參照）故應解為此請求權，不問其給付不能因歸責于債務人之事由而生與否，均得發生。其不能因不歸責於債務人之事由而生之場合，不生損害賠償請求權，故債權人祇有代償請求權。反之，其不能因歸責於債務人之事由而生之場合，例如因債務人保管不慎致標的物為第三人所毀，則債權人對於債務人，同時有損害賠償請求權，及代償請求權。此二個請求權之關係，非任意債權，亦非選擇債權，乃請求權之競合。（即兩請求權共有一個之目的）即債權人先行使損害賠償權，已得完全之賠償時，不得更請求代償。反之，債權人先行使代償請求權，已得補償其損害時，不得更請求賠償。唯依代償之請求，不得補償其損害時，可扣除

因行使代償請求權所取得之損害賠償物價額，或損害賠償請求權價額，以其餘額向債務人請求賠償。

代償請求權，係新發生之權利，非原有債權變更其內容者。故附隨原有債權之從權利（如擔保物權）非常然移轉於代償請求權。又其請求權之消滅時效，從新進行，與原有債權之履行期毫無關係。

第四節 履行遲延

第一款 履行遲延之意義

履行遲延，亦稱債務人之遲延，即在給付可能之場合，債務人因歸責於己之事由，於清償期不為履行之謂也。故履行遲延，要具備左列五條件：

（一）要債務存在 債務不發生或已消滅時，不生履行遲延之事實。其債務之發生原因及其標的之如何，法無制限；在不作為債務，亦有履行遲延。

（二）要履行可能 債務雖存在，其給付不可能時，則生給付不能之效力，非履行遲延。茲所謂履行可能者，係以清償期屆至時為標準；清償期經過後，其給付可能與否，于履行遲延之成立，毫無影響。

（三）要其債務已屆清償期 非至清償期，則債務人不負履行之義務，故亦不生遲延之問題。惟依清償期之種類，有不以清償期之屆至為足，尚要附加他之要件者。茲分述於左（第二二九條）

（甲）其清償期為確定期限之場合 於此場合，債務人自清償期屆至時起，任遲延之責，不以債權人之催告為必要。

(乙)其清償期非確定期限之場合 於此場合，債務人于清償期後，受債權人給付之催告時起，任遲延之責。其催告定有期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。其所必經催告者，因其清償期既非確定期限，則債務人常有不知其期限之屆至者，即使其負遲延之責，未免失之苛酷故也。此所謂「其清償期非確定期限」云者，係指債務附有不確定期限，及未定期限而依第三一五條規定之場合而言。

履行之催告，乃審判外之請求，即依訴訟以外之方法，請求債務人爲履行之謂。至於審判上之請求，如提起給付之訴，及送達支付命令等，本非催告。惟其性質與催告無異，故與催告有同一效力。

(四)要債務人不爲履行 不履行云者，債務人不爲給付行爲之謂也。全部不爲給付時，爲全部遲延。一部不爲給付時，爲一部遲延。但在其履行要債權人協力之場合，債務人雖未爲給付，然已爲給付之提出，債權人不爲協力時，(例如債務人提出標的物，債權人拒絕受領)則債權人任受領遲延之責，債務人不任履行遲延之責。惟其後債權人已爲協力或已允爲協力時，則債務人應從速履行，否則當任遲延之責。何謂給付之提出，及履行之協力，當詳於後，茲不贅及。(本章第六節第一款參照)

(五)要因歸責於債務人之事由不爲履行 所謂因歸責於債務人之事由一語，其意義與前所述者同。即債務人依第二二〇條至第二二四條規定，應負責任之事由也。非因歸責於債務人之事由，不爲履行時，債務人不任遲延之責。如債務人非因過失不知其債權之存在及內容，致不爲履行，或因行使留置權拒絕等履行場合は也。(第二三〇條)其不爲履行，是否因歸責於債務人之事由，當事人若有爭執，債務人負舉證之責任。(最高法院

院二十一年上字第一九五六號判例參看）故債務人不能證明其不為履行，非因歸責於其自己之事由時，即不得免其遲延之責任。

第二款 履行遲延之效果

履行遲延，係消極的侵害債權人之權利，債務人應負其責。因生左之效果：

(一) 遲延後債權人得請求債務人履行債務。(第二二七條)〔六九〕但其給付不能時，則無此權利。

〔六九〕第二二七條規定：債務人不為給付……者，債權人得聲請法院強制執行……云云。其所謂不為給付者，即逾期不為給付之義，當然包含履行遲延在內。其所請強制執行者，係指令其直接履行，所以別于損害賠償。非謂真正之強制執行，蓋真正之強制執行，必須基于債務名義（如確定判決）為之，非債務人一經履行遲延，其債權人即得逕向法院聲請也。又同條雖有「聲請法院」云云，然此非制限的規定，故債權人不向法院起訴，僅於審判外向債務人請求履行，亦無不可。

(二) 債務人應賠償債權人，因遲延而生之損害。(第二三一條一項)

(三) 已遲延之債務人，因歸責於己之事由，致不能給付者，任不履行損害賠償之責。其因天災及其他不可抗力，致給付不能者亦同。但債務人證明，縱不遲延給付，仍不免發生損害者，則免其責。(第二三一條二項) 例如甲約以某座家屋贈乙，履行延遲後，其家屋因地震頹壞是也。

(四) 遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得不接受其給付，請求賠償因不履行而生之損害。例如結婚定軍樂及期而樂隊不到是也。(第二三二條)

第三款 金錢債之履行遲延

金錢債履行遲延時，債權人得依一般規定，請求債務人賠償損害。（第二三三條三項）此外因金錢之性質，尚得向債務人請求支付履行遲延以後所可生之利息，是謂之延遲利息。此項利息之額，依法定利率計算。但約定利率逾法定利率時，應依約定利率而定其額。（第二三三條一項）其請求支付遲延利息之場合，有兩個之特別，茲分述於左（舊民律第三七一條二項參照）

（一）債務人不得以不可抗力為抗辯。此乃關於履行遲延成立要件之特別。即其不為履行，雖非因歸責債務人之事由時，債務人亦任遲延之責，負支付遲延利息之義務。蓋金錢為極有用之物，債務人在不為履行之間，得利用金錢，故亦應支付利息。所謂非因歸責於債務人之事由不為履行云者，如債務人無過失不知債權之成立、標的期限及債權人等，而不為給付者皆是。

（二）不以實際發生損害為必要。是乃關於履行遲延效力之特別。蓋金錢債務遲延時，視為發生與遲延利息相當之損害，故不問實際損害發生與否，發生損害賠償請求權。從債權人無須證明其已生損害，得請求損害賠償，債務人亦不得證明實際不發生損害，以免其賠償之責任。

上述請求支付遲延利息之權利，祇于元本債遲延履行之場合有之。利息債遲延履行時，債權人無此權利。蓋不如是，則可無條件發生複利，不免與第二百零七條之規定牴觸也。但債權人因利息債履行遲延，受有損害時，仍得依一般之規定請求賠償。（第二三三條二項）

第四款 履行遲延之消滅

履行遲延，非永存續，因左之事由而消滅：

(一) 債權人受領遲延 履行遲延後，債務人已為給付之提出，債權人不為協力時，則債權人應任受領遲延之責，履行遲延當然消滅，蓋履行遲延與受領遲延，乃不兩立之狀態也。其給付提出，原則要現實為之。但在債權人預示拒絕受領之意，或其給付兼需債權人行為之場合，祇以言辭為提出足矣。(第二三五條) 此點當詳於後，茲不多及。(本章第六節第一款參照)

(二) 履行期之猶預 債權人與債務人得訂立契約，展緩履行期。又法院亦得斟酌債務人之境況，許債務人於無甚害債權人利益之相當期限內，緩期清償。(第三一八條一項但書及二項) 此際其履行遲延消滅。但新履行期屆至後，債務人再不為履行時，應再任履行延遲之責。上述緩期履行之允許，純屬法院之職權，非認債務人有請求緩期履行之權利。(最高法院二十一年上字第四二號判例參看)

(三) 債權之消滅 債權因清償、抵銷或其他原因消滅時，則履行遲延消滅。其債權若只一部消滅，則就其已消滅之部分，履行遲延亦消滅。

履行遲延消滅時，祇向將來生效力。即債務人只自履行遲延消滅之日起，此後不負履行遲延之責；其從前已生之責任，不因履行遲延消滅而消滅。但當事人有反對之特約時，從其特約。

第五節 不完全履行

債務之履行，不依債務之本旨者，謂之不完全履行。〔七〇〕其不完全之點：（1）有就於給付之標的而存在者，如標的物之種類、品質不符，或有瑕疵是。（2）有就於給付方法而存在者，如約由火車運送貨物，而債務人由輪船運送是。（3）有就於給付處所而存在者，如約於債權人之營業所為給付，而債務人於其住所為給付是。（4）有就給付時期而存在者，如於履行期經過後所為之給付是。（5）有就於給付範圍而存在者，如一部履行是。惟（4）之場合，乃履行遲延，法律已另有規定，故應由不完全履行除外。

〔七〇〕陳瑾昆氏謂：不完全履行，除其履行不依債務之本旨外，尚以因可歸責於債務人之事由所致者為必要。（同氏債總第二一七頁）蔡天錫麟周新民兩氏（蔡氏債總第一八二頁周氏債總下卷第三一頁）從之。然關於此點，在不完全履行，非如履行遲延之有第二三〇條之特別規定。上述主張，既嫌無據。且如其主張，則因不可歸責於債務人之事由所為不合於債務本旨之履行，非不完全履行，（如因誤記債額而為一部之清償）債務人均可不負責任，不但不必賠償損害，且無須為給付之補足或更換。揆之情理，尤不可通。故余不以此為不完全履行之成立要件。但在其不完全履行因可歸責於債務人之事由而生時，應加重其責任而已。（即後詳之損害賠償責任）

債務人有因不能為完全履行，致為不完全履行者。有得為完全履行，而為不完全履行者。前之場合，其效力若何，應適用關於給付不能之規定。茲所欲述者，乃後之場合。債務人得為完全履行，而不為完全履行時，債權人得拒絕受領，而請求其為完全之履行。（大理院四年上字第一五二號判例參看）若已為受領，或其履行無須受領，（如條築馬路）則債權人得請求債務人為給付之補足或更換。債務人為補足或更換如有遲延，（即逾履行期）應任履行遲延之責。其在債務人因可歸責於己之事由，而為不完全履行時，債權人尚得請求其賠償因之而生之損

害。(第二二七條)〔七一〕但在其給付性質上不宜於補足或更換之場合。(如約由火車運送而由輪船運送之場合)債權人只得請求其賠償因不完全履行所生之損害，不得請求其給付之補足或更換。所謂因不完全履行所生之損害者，係指因履行不完全所生之損害而言，與全不履行所生之損害不同。例如甲與乙約，代乙自天津由火車運送貨物至上海，厥後甲違約由輪船運送，致到達較遲，物價低落，則甲應賠償乙所受之損害是也。

〔七一〕第二二七條規定：「債務人……不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」其所謂強制執行者，乃令其直接履行，即完全履行之義。與前所述者同。又由「並得」二字解釋，似債權人于請求完全履行外，尚得無條件請求損害賠償，不以其不完全履行，基于可歸責于債務人之事由所生者為必要。然我民法上之損害賠償，本探過失主義，就此場合，自無獨異之理。故應解為限于其不完全履行，基于可歸責于債務人之事由而生時，方得請求賠償損害，較為合理。

以上所述不完全履行之效力，係就法律無特別規定之場合而立論，法律有特別規定時，仍從其規定，如第三百六十四條及第四百九十三條是也。

第六節 受領遲延

第一款 受領遲延之意義

受領遲延，亦稱債權人之遲延，即債務人已為給付之提出，債權人不為債務履行上所必要之協力之謂也。例如債務人已送標的物於債權人之住所，債權人拒絕受領是。受領給付，原則乃債權人之權利，非其義務。〔七二〕債務人本不得強制債權人為受領，惟因債權人不為履行上所必要之協力，而使債務人繼續負擔債務，亦欠平允。法

律爲調和當事人雙方之利益，特設受領遲延之制度，故受領遲延與履行遲延異，不以違反義務爲要素。

〔七二〕債權人無受領義務，是乃德國及日本學者之通說。然此係就一般之原則而言。在法律有特定規定之場合，債權人例外亦負受領義務。

如第三六七條是也。其在當事人以特約認受領義務之場合亦同。

受領遲延，要具備左之三條件（第二三四條）

（1）要債務存在 此與履行之場合合同。其債務之發生原因及其標的之如何，均可不問。

（2）要債務人已提出給付 提出給付云者，於得爲履行之時期，依債務之本旨，爲債務人於履行上所應爲之一切行爲，以待債權人之受領之謂也。例如債務人已送標的物於債權人之住所是。提出給付，要依債務之本旨。非依債務本旨提出之給付，不生效力。（第二三五條前段）債權人縱拒絕受領，不任受領遲延之責。（大理院八年上字第一三二八號判例參看）又得爲履行之時期與履行期不同。履行期屆至前，債務人原則得爲履行。（第三一六條）而履行期經過後，債務人亦得爲履行，故在此等時期，均得提出給付。但在履行期不確定，或債務人於確定履行期前有爲給付之權利之場合，若債務人欲於其履行期或履行期前提出給付，除基於債權人之催告者外，應於相當期間前預行通知債權人，俾債權人爲受領之準備。否則債權人雖拒絕受領或不能受領，不任遲延之責。（第二三六條）

提出給付，要現實爲之。詳言之：卽現實爲債務人於履行上所應爲之一切行爲，以待債權人之受領是也。但在例外場合，債務人不要現實爲提出，祇須通知已準備給付之事情於債權人足矣。（第二三五條）學者稱其

現實所爲之提出，曰事實上之提出；依通知所爲之提出，曰言辭上之提出。茲舉其場合於左：

(甲) 債權人預示拒絕受領之思意之場合。於此場合，若使債務人現實提出給付，亦必徒勞無益，故許其以言辭爲提出。

(乙) 債務之履行兼需債權人受領以外之行爲之場合。債務之履行，需債權人之受領時，則債務人應爲事實上之提出，以待債權人之受領；若需債權人其他之行爲時，則於債權人未爲該行爲之先，不得爲事實上之提出，故許其爲言辭上之提出。例如(1)其給付標的要債權人指定之場合，(2)債權人要供給材料之場合，(3)其債爲選擇債，債權人有選擇權之場合皆是。

(3) 要債權人不爲履行上必要之協力。履行上必要之協力者，即債權人完結履行所應爲之行爲也。例如受領給付、供給材料、及指定給付之標的等是。債務之履行，有性質上無須債權人之協力者，如履行消極債務，及處理委任事務是；自不生受領遲延之問題。反之，其債務之履行，要債權人之協力時，〔七三〕若債權人於債務人提出給付後，不爲協力，應自提出給付之日起，任遲延之責。其不爲協力之情形有二：(甲)拒絕協力，即債權人能爲協力，消極的不爲協力之謂也。(乙)不能協力，即債權人因一身上或外界之事情，不能協力之謂也。其拒絕協力，及不能協力，不要基於過失；即無意中拒絕協力，或因不應歸責於己之事項，不能受領時，亦任遲延之責。例如因交通斷絕，致不得前往受領清債標的物是也。

〔七三〕債權人之協力，約有兩種：一爲受領行爲。即受領債權標的物之謂也。一爲其他之行爲。即受領物品以外之行爲也。其他之行爲，(甲)有

應先於債務人之行為而爲之者。如供給材料，以備債務人之雕刻是。(一)有與債務人之行為同時爲之者。如靜坐以聽債務人之描象是。又債權人之協力，非只限于一次，有須爲兩次以上之協力者。如成衣契約之定作人，先供給材料，其後受領衣服是。

第二款 受領遲延之效果

債權人受領遲延時，債務人仍不得免其義務，因其債務尙未履行故也。惟債務人既在其於履行上所應爲之一切行爲，祇因債權人不爲協力致不能爲履行，倘仍使其照前繼續負擔債務，未免失之苛酷。故法律於受領遲延後，特減輕債務人之責任；且許其依履行以外之方法，以免其債務。茲列舉其效果如左：

(一) 在受領遲延之間，債務人暫不必履行債務。故債務人雖尙未爲履行，不任履行遲延之責。但其後債權人已爲協力或允爲協力時，應速爲履行，否則應任履行遲延之責。

(二) 在受領遲延之間，債務人祇就故意或重過失致給付不能者任其責。(第二三七條)故其給付因債務人之輕過失而不能時，債務人得免其義務。但此係就給付不能，於其後債權人已爲協力或允爲協力之際繼續存在者而言。倘彼時其給付不能已除去時，則債務人仍負履行之責；因債權人遲延之間，債務人暫不必爲履行，與未到期之債務同，其給付雖發生一時的不能，於債權之效力，究無影響故也。

(三) 種類債於受領遲延後，其債之標的物，依第二百零條之規定而特定。故其後關於其物之危險，歸債權人擔負。詳言之，即嗣後其物因不可歸責於債務人之事由而滅失時，債務人得免其債務是也。

(四) 生有利息之金錢債，於受領遲延後，債務人無須支付利息。(第二三八條)

(五) 在債務人依法律規定須返還公債之標的所物生之孳息，或須償還其價金之場合，(第九五八條參照) 於受領遲延後，債務人祇負返還已收取之孳息，或償還其價金之義務。其怠於收取之孳息，則無須償還其價金。(第二三九條)

(六) 受領遲延後，債務人得請求債權人賠償因提出無效及保存標的物所必需之費用。前者如運送費，後者如動物之飼養費是。(第二四〇條)

(七) 受領遲延後，債務人得依履行以外之方法，免其債務。即(1) 其債務以交付動產為標的時，債務人得依第三百二十六條之規定，提存標的物。(2) 其債務以交付不動產為標的時，債務人得拋棄占有。欲拋棄占有時，須預行通知債權人，但不能通知者，則不在此限。(第二四一條)

第三款 受領遲延之消滅

受領遲延，因左之原因而消滅。

(一) 債權人已允為協力或已為協力 即(甲) 在債權人拒絕受領或不能受領之場合，其後債權人已向債務人表示允為受領時，受領遲延消滅。(乙) 在債務之履行，須債權人受領以外之行為，債權人不為該行為之場合，其後債權人已為該行為時，受領遲延消滅。

(二) 履行期之猶預 當事人以契約展緩履行期時，則受領遲延消滅。

(三) 給付不能 債權標的之給付，於受領遲延後，因不歸責於債務人之事由而不能時，則債權消滅，受領遲延

亦消滅。反之，其給付因歸責於債務人之事由而不能時，則債務人應賠償損害，以表債務之履行，其債務之內容已變更，故受領遲延亦消滅。

(四) 債權消滅 受領遲延之債，其後因提存、免除或其他原因消滅時，則受領遲延消滅。

受領遲延之消滅與履行遲延之消滅同，祇向將來生效力，不溯既往。詳言之：即其從前所生之效果，不因受領遲延消滅而消滅。但當事人有反對特約者，則不在此限。

第七節 間接訴權

第一款 間接訴權之意義及性質

間接訴權，亦稱代位訴權，（或單稱代位權）即債權人以自己名義，行使債務人權利之權利也。例如甲對乙有債權，乙對丙有撤銷權，乙不為撤銷時，則甲得向丙為撤銷。蓋債務人之財產，乃債權人之共同担保，債權人即依此財產而受履行；在債務人所有之財產充裕，債權人依其財產得受滿足時，則債務人對於他人行使其所有之權利與否，一任其自由，債權人無干涉之之必要。反之，其財產缺乏，債權人有不能受滿足之危險時，若債務人不行使其權利，則債權人為防債務人財產之減少，或使其增加，得以自己名義代行使其權利，以保全其自己之債權，是即間接訴權之所由來也。

間接訴權，以行使債務人之權利為內容，乃基於原債權而生之權利，故為實體法上之權利，而非訴訟法上之權利。又債權人行使債務人之權利，係用自己之名義，非用債務人之名義，故亦非債務人之代理人。若由權利之分

類上而言，則間接訴權依債權人一方之行爲，發得生一種私法上之效果，畧似於形成權；惟其行爲未必爲單獨行爲，故與形成權有別。學者或以之與形成權相并，納于能權之內，如日儒石坂音四郎是也。〔七四〕間接訴權羅馬法不認之，德國法系之立法亦不認之，而法國法系之立法則否，如法、意、西、日各國民法，均有間接訴權之規定。〔七五〕

〔七四〕能權譯自德語 *Kannrecht*，乃德儒赤特門 (*Zitelmann*) 所創，謂以自由之行爲，使生有利於己之私法上效果之權利也。其所謂自由之行爲，不以法律行爲爲限，故其範圍較廣於形成權。

〔七五〕法民第一一六六條，意民第一二三四條，西民第一一一一條，日民第四二三條，參照法國民法，所以認間接訴權之制度，純因關於強制執行規定之不備。蓋法國法律，對於不動產請求權，未設有強制執行之規定，且不許債權人直接對於第三債務人提起訴訟，故設間接訴權，以補其缺陷。德國民法，以其國強制執行之規定，甚爲完密，無認此制度之必要。日本民事訴訟法，關於強制執行之規定，係從德國立法例，而在民法上，又認間接訴權，學者多謂其無此必要。但行使間接訴權，足爲強制執行之準備，亦非毫無實益耳。

第二款 間接訴權之要件

間接訴權之發生，要具備左之條件：

(一) 要債務人財產缺乏。間接訴權之目的，在維持共同担保，以保全債權。(第二四二條前半) 故以債務人財產之缺乏，爲第一要件。倘債務人之財產充裕，則債權人之債權，已無不能清償之危險；債務人縱不行使其權利，亦無代爲行使之必要也。財產缺乏云者，即其所負債務之合計超過資產之謂。若其財產不缺乏，祇對於特定債權，因債務人不行使權利之故，其債權人無從受完全之清償時，則不生間接訴權。例如甲由乙購入古瓶，未受

其交付，而轉售於丙。于此場合，甲雖不對乙行使其權利，丙不得代之行使是也。關於此點，學者非無異說。然就沿革言，間接訴權，原以維持共同担保爲目的，非以保全特定債權爲目的。余信以上述解釋爲正當。

(二) 要其債權已履行遲延。若其債權之履行，尙未陷于遲延，則債務人將來能否如期履行，仍在不可知之數。債權人自無須即時行使債務人之權利。故間接訴權之發生，以其債權已履行延遲爲必要。但保存債務人權利之行爲，如中斷消滅時效、呈報破產債權等，雖在清償期未屆至前亦得爲之。(第二四三條)

(三) 要債務怠於行使其權利。故債務人已行使其權利時，則債權人不得行使同一之權。債權人既怠於行使權利，則不問其因何種之事由，債權人均得代爲行使。債務人行使權利不適當時亦同。例如應起訴而不起訴是也。

具備上述要件時，間接訴權發生。其債權不要先於其所行使之債務人權利而成立，且無須債務名義，是應注意之點也。但債權人所得行使之債務人權利，要爲財產權；故債權人之債權，亦要有財產的價值者。從以單純作爲或不作爲爲標的之債權，不生間接訴權。又有特別担保之債權人，無不得清償之危險，故亦不得行使債務人之權利。

第三款 間接訴權之標的

間接訴權之標的者，即依間接訴權所得行使之債務人權利也。依第二百四十二條但書之規定，債權人所得行使之權利，要非專屬於債務人本身之權利；故間接訴權之標的，要具備左之條件：

(一) 要為債務人之權利。間接訴權之標的，要係權利；故單純法律上之可能，債權人不得行使之。例如債務人由他人受贈與其他有利契約之要約，而未承諾時，則尚未發生何等之權利，債權人不得代債務人為承諾。又其權利要係屬於債務人者，故債權人不得行使債務人以外之人所有之權利。但雖為債務人之權利，若債務人自身不得行使者，則債權人亦不得行使之，如未到期之債權是也。

(二) 要非專屬本身之權利。雖為債務人之權利，若專屬其本身者，債權人亦不得行使之。茲所謂專屬本身之權利者，係謂不得由他人代為行使之權利，不含不得移轉之專屬的權利在內。〔七六〕蓋在間接訴權，債權人只得以行使債務人之權利，由其行使效果所生之利益，直接歸諸債務人。故間接訴權標的之權利，不要為得移轉於他人者，祇須得由他人代為行使之權利足矣。不得由他人代為行使之權利有二種：(一) 純然非財產權。如婚姻撤銷權、離婚訴權等親屬法上之權利是。(二) 基於無形的利益之財產權。如扶養請求權、夫婦契約撤銷權，基於身體、名譽、生命、自由侵害所生之非財產的損害賠償請求權等是。

〔七六〕專屬於本身之權利有二種：一為其權利之歸屬，專屬於本身者，即不得移轉之權利也。一為由權利之行使，專屬於本人者，即不得由他人代為行使之權利也。此兩種之權利，其範圍不能一致。如撤銷權、解除權等，不得移轉於他人，然不妨由他人代為行使。反之，如基於身體、自由、名譽之侵害所生之非財產的損害請求權，雖不得由他人代為行使，然得移轉於他人。(第一九五條二項但書參照)即其適例。

具備上述要件之權利，得為訴權之標的。其適用最多者，為請求權。即形成權（如撤銷權、解除權）担保物權（如抵押權、質權）等，亦得行使之。但債務人不為所有物之使用收益時，非所有權之不行使，又不許扣押之債權，

非債權人之共同担保故均無間接訴權之適用

第四款 間接訴權之行使

債權人依間接訴權行使債務人之權利時，即爲間接訴權之行使。其行使之方法，法無制限。舉凡保存行爲及實行行爲，均得爲之。保存行爲者，防止權利消滅之行爲也。如中斷消滅時效，及爲登記是。實行行爲者，實施權利內容之行爲，及使權利實現而爲之行爲也。如請求履行，受領清償，實行担保權利是。此等行爲，在審判上及審判外均得爲之。〔七七〕其在審判上爲之時，得提起訴訟，提起反訴，參加訴訟，提起上訴，聲請假扣押，假處分，及爲強制執行。

〔七七〕間接訴權於審判外得行使之，故稱此項權利曰訴權，頗不適當。日本學者有單稱之爲代位權者。如石坂首四郎，鳩山秀夫，磯谷幸次郎等是。然代位權一語，易與債權之代位混同。且間接訴權之名稱，既爲從來所慣用，驟加更易，轉滋不便，故暫仍其舊。

間接訴權之目的，在保全債權，故其行使之範圍，以保全債權所必要者爲限。既行使一權利，得達保全債權之目的時，則不得行使其他之權利。又間接訴權之內容，限於行使債務人之權利，不及處分行爲，故讓與拋棄債務人之權利，及抵銷和解，更改，免除等行爲，均不得爲之。

第五款 間接訴權之效力

間接訴權之效力，可分三方面觀察之：

(一) 對於債務人之效力 在間接訴權，祇債權人得行使債務人之權利，其權利仍屬諸債務人。故在債權人行使之後，債務人不失處分其權利之權利。此乃法國學者之通說。外國法律雖有反對之規定（參照日本非訟事

件手續法第七六條二項)而我民法則無之。

債權人之行使權利，係以自己之名義，非以債務人之名義，故債權人因行使權利對於第三人提起訴訟時，其裁判祇於債權人與第三人間發生效力。債務人尙未參加於其訴訟，則不受其裁判之拘束，不妨對於第三人提起同一之訴。因裁判之效力，原則不及於訴訟當事人以外之人故也。

(二)對於債務人之效力 債權人係行使債務人之權利，非行使其自己之權利，故行使權利所得之利益，均歸債務人。債權人雖以自己名義，由第三人受領之物，(如清償標的物)當然亦屬債務人之所有。此乃間接訴權性質上所生之結果也。其利益既歸債務人，足以保存或增加債權人之共同担保，一切債權人均受其益。行使權利之債權人，就其所保存或增加之財產，無何等特別之權利。若欲其債權之實現，則不可不依強制執行及其他一般之方法。(最高法院二十一年上字第三〇五號判例參看)

(三)對於第三人之效力 債權人對於第三人行使債務人之權利時，第三人之地位，不受影響。故第三人得以對於債務人所有之抗辯，對抗債權人。如權利不發生或已消滅之抗辯，及同時履行之抗辯是。但其抗辯權不以債權人行使權利之前所取得者為限。因在權利行使之後，債務人仍有處分權故也。

第三人雖得以對於債務人之抗辯，對抗債權人，然不得以對於債權人所有之抗辯，以為對抗。例如第三人對於債權人有債權，不得以之對於債權人主張與其所行使之權利相抵銷是也。

第一款 撤銷訴權之意義及性質

債務人所爲之無償行爲，有害及債權者，或雖爲有償行爲，債務人於行爲當時，明知有損害於債權人之權利者，債權人均得以訴請求撤銷之。（第二四四條一項二項）稱此以訴撤銷債務人行爲之權利，曰撤銷訴權，亦稱廢罷訴權。例如甲負一千金，而不能償，反以三百金贈丙，則乙得撤銷其贈與是。夫債務人本得依法行爲任意處分其財產，並負擔債務，債權人不得干涉之；然債務人每有於財產缺乏之際，故爲不利於己之行爲，間接加害於債權人者。法律爲保護債權人起見，特予以撤銷訴權，俾得保全其自己之權利。

撤銷訴權，係由原債權而生之權利，以撤銷債務人之法律行爲爲內容；雖應依訴而行使，仍不失爲實體法上之權利，而非訴訟法上之權利。又撤銷訴權，依審判上之一方的意思表示爲之，而生撤銷法律行爲之效果。故與一般之撤銷權，同爲形成權之一種。

首先規定撤銷訴權於民法者爲法國。（法國民法第一一六七條）意、西、葡、日等國之民法倣之。而德、英、奧、瑞等國，則不規定於民法，而以特別法規定之。撤銷訴權與破產時之否認權，同其性質，同其目的。惟否認權以破產宣告爲條件，而撤銷訴權則否。且在否認權，其所得否認之行爲，其範圍甚廣，而在撤銷訴權，其所得撤銷之行爲，範圍較狹。是皆二者相異之點也。（七八）

〔七八〕撤銷訴權與破產時之否認權，各國之法律，多明定之。然其規定之形式，不能一致。（一）法、意、西、葡諸國，規定撤銷訴權于民法，規定破產時之否認權於商法。（二）德、英兩國，規定破產時之否認權於破產法，另以單行法規定撤銷訴權。（三）奧、瑞兩國，合併規定此兩者於一個單行

法之內。(四)日本規定撤銷訴權於民法，規定破產時之否認權於破產法。我國從日制。

第二款 撤銷訴權之要件

撤銷訴權之發生，要具備左之(一)(二)(三)三條件；但其被撤銷之行爲爲有償行爲時，尙須具備(四)(五)二條件。

(一)要債務人已爲以財產爲標的之法律行爲 撤銷訴權，係以撤銷債務人之法律行爲爲內容，故其發生，以債務人已爲法律行爲爲必要。且其行爲要以財產爲標的。(第二四四條三項)蓋非是，則其行爲於債務人之財產毫無影響，其利害不及於債權人故也。如結婚、離婚是。

(二)要債務人已爲減少自己財產之行爲 債務人雖爲法律行爲，若不因之而減少其財產時，則債權人不得撤銷之。其減少財產之行爲有二種：一即減少積極的財產之行爲，如讓與權利是。一即增加消極的財產之行爲，如承認他人之債務是。至於現存財產之變形，則不得謂減少。例如得相當價金，售賣現存財產，及清償債務等皆是也。

(三)要因債務人之行爲加損害於債權人 不加損害於債權人之行爲，雖足減少債務人之財產，債權人亦無撤銷之權。如債務人財產充裕之場合是也。加損害於債權人云者，即使債務人之財產缺乏，致債權人有不得清償之危險之謂也。有債務人之財產本不缺乏，因爲一定之法律行爲，而至於缺乏者，有其財產本已缺乏，因爲該法律行爲，致更缺乏者。此等場合，於債權人均有損害，待行使撤銷訴權。財產缺乏之意義，已述於前，茲不復贅。若

其財產不缺乏，徒使特定之債權履行不能或因難者，則債權人不得撤銷其行為。例如甲約其所有之古瓶贈乙，未交付移轉其所有權於丙是也。關於此點，我國學者，亦有異說。（周新民氏債總下卷第六二頁、陳瑾昆氏債總第二六〇頁參看）然撤銷訴權，原以維持共同担保爲目的，與間接訴權同，未便擴張解釋。故余不從其說。

（四）要債務人明知其行為爲加損害於債權人。即債務人要有惡意。債務人以惡意所爲之有償行為，謂之詐害行為。詐害行為之成立，以債務人於行為當時知其有害於債權人爲足，無須有加害債權人之意思。又債務人知有害一般債權人時，即爲有惡意，知有害於行使撤銷訴權之債權人與否，可以不問。故知害甲債權人之行為，乙債權人得撤銷之。

（五）要受益人於債務人行爲之當時知有加害於債權人之事實。受益人者，謂基於債務人之行為，取得利益者。不限於與債務人締結契約之人，依債務人之單獨行爲取得權利者，亦包含之。受益人之惡意，亦爲撤銷訴權之要件。蓋法律不欲因保護債權人之故，而使善意第三人，蒙不測之損害也。受益人於受益之當時，知有加害於債權人之事實時，即爲有惡意。（第二四四條二項）不要有加害債權人之意思，從不以教唆債務人，或與債務人通謀爲條件。其有惡意與否，依受益之當時而定。

具備上列要件時，撤銷訴權成立，債權人無須有債務名義，且不以債務人停止支付爲必要。

第三款 撤銷訴權之主體

撤銷訴權之主體者，即有撤銷訴權之人也。有撤銷訴權者，爲債務人之債權人。但要具備左之條件：

(一) 要其債權以給付財產為標的。撤銷訴權，以維持共同担保，保全債權為目的，故其債權人之債權，要以給付財產為標的。以單純作為或不作為為標的之債權，（例如教讀債權）不依債務人之財產而受清償。與共同担保之增減無關，其債權人無撤銷訴權。但其債權因不履行已變成損害賠償之債權時，則仍有此權利。

(二) 要為普通債權人。普通債權人者，即無特別担保之債權人也。有特別担保（如担保物權及保證債權）之債權人，不問共同担保缺乏與否，其債權已無不能清償之危險，故無撤銷訴權。但其特別担保已消滅時，則不在此限。

(三) 要其債權先於債務人行為而成立。若其債權成立於債務人行為之後，則不得謂其有被害之事實，且其債權既後於債務人行為而成立，則應依其成立當時之財產，而受清償，尤無得撤銷其已往行為之理。故此等債權人，亦無撤銷訴權。

具備以上條件之債權人，不問其債權已屆清償期與否，及其發生之原因如何，均有撤銷訴權。

第四款 撤銷訴權之標的

撤銷訴權之標的者，即依撤銷訴權所得撤銷之行為也。得依撤銷訴權撤銷之行為，限於債務人所為加損害于債權人之財產上行為。析言如左：

(一) 要為債務人之行為。故他人對於債務人所為之單獨行為，雖不利於債務人，債權人不得撤銷之。所謂債務人之行為者，即以債務人名義所為之行為，不以債務人行為者為限。債務人之代理人，以債務人名義所為之

行爲，亦包含之。

(二)要爲法律行爲 既係法律行爲，則不問爲契約，抑爲單獨行爲；又不問其爲債權行爲，抑爲處分行爲；均得撤銷之。但債權行爲與處分行爲，雖爲兩個之行爲，其間常有原因行爲與給付行爲（即因履行而爲之給付）之關係；故其債權行爲得撤銷時，其處分行爲，不問具備法定要件與否，亦得撤銷。例如甲約以古瓶贈乙，後因履行契約，移轉其所有權於乙。于此場合，甲之債權人得撤銷其贈與契約（債權行爲）及移轉所有權之行爲（處分行爲）（七九）

〔七九〕法律行爲，有債權行爲與處分行爲之別。債權行爲者，發生債權之法律行爲也。如買賣、贈與等是。處分行爲者，制限、移轉或消滅權利之法律行爲也。如物權之設定、移轉、債權之讓與、免除是。債權人有單撤銷債務人之債權行爲者，如已訂贈與契約，而未履行之場合是。有同時撤銷債權行爲及處分行爲者，如已訂立贈與契約，並已履行之場合是。

債權人所得撤銷者，限於法律行爲；故法律行爲以外之適法行爲（如設定住所，無因管理等）訴訟行爲，及不作爲等，均無撤銷訴權之適用。又茲所謂法律行爲者，係指現實之法律行爲；擬制之律法行爲，亦不得撤銷之。如視爲承認（第三八七條）視爲拒絕承認（第八〇條二項、第三〇二條一項）是。

(三)要爲財產上之行爲 卽其法律行爲，要以財產爲標的（第二四四條三項）不以財產爲標的之行爲（如身分上之行爲）雖影響及於債務人之財產，然債權人不得撤銷之。如結婚、離婚是。蓋此等行爲，性質上不容他人之干涉也。又關於禁止扣押之財產所爲之行爲，亦不得撤銷；因此項財產，不爲債權人之共同担保故也。

第五款 撤銷訴權之行使

撤銷訴權之行使，要以訴爲之；非如一般撤銷權，以審判外之意思表示爲足。（第一一六條參照）蓋撤銷之效果，對於第三人可生重大之影響，欲使法院審查其具備法定要件與否故也。

撤銷之訴，應以債務人爲被告；其有惡意之受益人時，應以債務人與受益人爲共同被告。即必要的共同訴訟之一種。〔八〇〕然則撤銷之訴，爲何種之訴乎？撤銷之訴，非請求債務人或受益人爲給付，故非給付之訴；又非以確認撤銷權之存在爲目的，故亦非確認之訴；債權人之行使撤銷訴權，意在使債務人之行爲歸於無效，即以法律關係之消滅爲目的，故爲創設之訴。

〔八〇〕撤銷訴權之標的，爲債務人之法律行爲。故撤銷之訴，原則只以債務人爲被告。但在其被撤銷之行爲，爲有償行爲時，依第二四四條二項，以受益人之惡意爲要件，故應以債務人與受益人爲共同被告。蓋欲使法院一次審查其具備撤銷訴權之要件與否。至轉得人之惡意，在民法上，非撤銷訴權之要件，自不宜以之爲共同被告，因其與撤銷之訴無涉，法院自不必審查及此也。陳瑾昆氏謂：得以債務人受益人及轉得人爲共同被告，亦得對於各人擇一起訴。（同氏債總第二七一頁）蔡天錫麟周新民兩氏之見解，大體相同。（蔡氏債總第二一〇頁周氏債總下卷第六八頁）然均未詳述其理由，故余不從其說。

第六款 撤銷訴權之效力

（一）對於受益人之效力 債務人之行爲，被撤銷時，視爲從始無效。（第一一四條）從受益人依債務人之債權行爲，取得債權者，其債權視爲自始不發生；依債務人之處分行爲，取得物權或其他權利者，視爲自始不移轉

或不發生。故債務人已移轉物之占有于受益人者，得回復其占有。債務人與受益人間，因回復占有有所生之權利義務，依回復人與占有關係之規定。（第九五二條至第九五八條參照）但原因行為與給付行為，要嚴格區別；撤銷原因行為時，其原因行為雖無效，給付行為依然有效，祇債務人依不當得利之規定，有利益返還之請求權而已。惟在通常場合，撤銷原因行為時，多並其給付行為而撤銷之。

以上係就債務人對於受益人所有之權利而言。受益人對於債務人，亦有相當之權利。即受益人基於原因行為，對於債務人已為對待給付之場合，若債權人已撤銷債務人之原因行為，不問並撤銷其履行行為與否，受益人對於債務人，基於不當得利之規定，有利益歸還請求權。

（二）對於轉得人之效力 轉得人云者，謂由受益人直接或間接取得被撤銷行為之標的物或權利者，即承繼人是也。其為單純承繼，抑為創設承繼，均可不問。但包括承繼人，與受益人立於同一地位，則不得謂為轉得人。〔八一〕債務人行為之撤銷，其效力亦及于轉得人，故債務人得直接向轉得人回復其物之占有。何則？債務人之處分行為，既被撤銷時，受益人所已取得之權利，視為自始不取得，其權利復歸諸債務人，轉得人不得自始由無權利人取得權利者，從其轉得行為亦歸無效。此撤銷之效力所以及于轉得人也。（第一一八條一項參照）

〔八一〕承繼亦稱繼受取得，乃對於原始取得（如先占）而言。承繼有單純承繼與創設承繼之別。單純取得前權利人原有之權利者，曰單純承繼。如甲以家屋所有權讓與於乙是。基於前權利人之權利，取得與之相異之權利者，曰創設承繼。如甲就其所有土地對乙設定地上權是。承繼又有包括承繼與特定承繼之別。以前權利人之全財產為一團，統括的承繼之者，曰包括承繼。如繼承是。只承繼前權利人特定之權利者，曰特

定承繼。如甲以其特定土地之所有權讓於與乙是。包括承繼，概爲單純承繼；而特定承繼，有爲單純承繼者，有爲創設承繼者。

轉得人受撤銷效力之對抗時，祇其與受益人間之處分行爲，歸於無效；其債權行爲，仍然有效。易言之，即其給付行爲無效，原因行爲有效。故轉得人得依原因行爲之種類，請求受益人履行追奪担保之義務。後之轉得人與前之轉得人間之關係亦同。例如甲以家屋贈乙，乙以之賣丙，甲之債權人撤銷履行贈與之行爲，由丙取回家屋時，丙與乙間之買賣行爲，依然有效，丙得依第三五三條對乙行使權利是也。

(三)對於債權人之效力 債權人行使撤銷訴權時，債務人之行爲無效，已由債務人分離之權利，當然復歸於債務人，然債權人對於受益人或轉得人，不得直接請求其返還權利標的物。欲爲請求時，則不可不依間接訴權之規定。

撤銷訴權之行使爲總債權人之利益生效力。即因行使撤銷訴權，回復債務人所已喪失之財產，以增加總債權人之共同担保故也。行使撤銷訴權之債權人，對於回復之財產，較之他之債權人無優先之權利。若欲就該財產而受清償，應依強制執行或其他一般之方法。(大理院四年上字第七四二號判例參看)

撤銷之訴之裁判，其效力祇及於爲撤銷之債權人。其他債權人，苟非參加於其訴訟，則不受其裁判之拘束。故一債權人受敗訴之判決時，他之債權人關於同一行爲，得更提起撤銷之訴。

第七款 撤銷訴權之消滅

撤銷訴權，因左之事由而消滅。

(一) 債權消滅 撤銷訴權，乃債權之效力。故債權消滅時，撤銷訴權亦隨之消滅。

(二) 要件之欠缺 撤銷訴權，因具備要件而發生；既發生之後，其要件消滅時，撤銷訴權亦消滅。例如債務人資力回復之場合是。

(三) 撤銷訴權之拋棄 撤銷訴權與一般權利同，其權利人得拋棄之。既經拋棄，則權利消滅，其拋棄以意思表示向債務人及受益人爲之。

(四) 撤銷訴權之行使 撤銷訴權既行使時，則法律行爲無效；撤銷行爲之標的，失其存在，故其權利當然消滅。

(五) 期間之屆滿 撤銷訴權自債權人知有撤銷之原因時，逾一年不行使而消滅；自債務人行爲時逾十年亦同。(第二四五條) 蓋此種權利，若許其永久存續，則法律關係永不確定，實有害於交易之安全，故法律特設一定期間以制限之。知撤銷之原因云者，即知債務人之加害行爲也。此種期間，乃除斥期間，而非消滅時效，故不適用關於時效之規定。(八二)

〔八二〕除斥期間與消滅時效不同。在消滅時效，其法定期間，有進行之中斷及完成之停止。而除斥期間，則無中斷及停止。又消滅時效，對於請求權有適用。而除斥期間，則限於形成權有其適用。是皆二者之異點。如第九〇條、第九三條、第二四五條等皆關於除斥期間之規定。

第六章 債之移轉

第一節 債權之移轉

債權之移轉者，保持債權之同一，而變更債權人之謂。詳言之：即第三人代債權人加入於債之關係是也。其新債權人所取得之債權，即舊債權人所有之債權，故其債權與原有之債權，同其內容，且同其性質。例如其原債權為利息債權時，則其取得之債權，亦為利息債權是。羅馬法以債權與其主體不得分離，除包括承繼之場合外，不認債權之移轉。然近世各國之法律，無不認之。〔八三〕

〔八三〕羅馬法以債權為特定人與特定人之關係，不得離其主體而移轉於他人，故不認債權之移轉。但當時認訴訟代理之制度，依訴訟代理，可生與債權移轉同一之結果。即債權人得以契約，委任他人為訴訟代理人，使其為債權之追取，且與之約明，其所追取之物，得自保有之，無須交付于債權人是也。近世各國之民法，則明認債權之移轉。奧民第一三二九條以下，法民第一六八九條以下，意民第一五三八條以下，德民第三九八條以下，日民第四六六條以下，俄民第一二四條以下，瑞債第一六四條以下參照。

債權之移轉有二態樣：一為包括移轉，即債權包含於全財產之內，統括移轉於他人之謂也。如繼承及包括遺贈是。一為特定移轉，即特定之債權與他之財產分離，獨立移轉於他人之謂也。包括移轉詳於繼承法；茲所述者，限於特定移轉。

債權之移轉，有基於當事人之契約者；有基於法律之規定者。前者謂之債權之讓與；後者謂之債權之法定移轉。此外強制執行法，又認債權之審判上移轉，即債權基於轉付命令，而移轉於他人是也。債權之審判上移轉，應詳於強制執行法；茲祇就民法上所規定債權之讓與，及債權之法定移轉，分款述之。

第一款 債權之讓與

第一項 債權讓與之意義

債權讓與者，以移轉債權爲內容之契約也。債權讓與爲契約，故依法律之規定，移轉債權者，不得謂爲讓與。又債權讓與以移轉債權爲內容，即依其契約之成立，其債權直移轉於第三人，與物權移轉之契約相似。學者稱之爲準物權契約，蓋即處分行爲之一種也。

債權之讓與，其原因行爲要區別之。其原因行爲，通常爲發生「移轉債權」之債務之債權行爲。如買賣、贈與。是因履行此等契約，遂有債權之讓與。詳言之：即讓與人依買賣、贈與等契約，負移轉債權之債務，而後爲債權之讓與，以履行之。「八四」故債權之買賣、贈與，與債權之讓與有別。惟於實際，債權之讓與多與其原因行爲同時爲之，外形上二者依無區別耳。

〔八四〕債權之讓與，通常多因履行債務而爲之。但亦有以其他目的而爲者。例如債權人因委任他人爲債權之追取，而讓與其債權於受任人。是也。於此場合債權人之目的，不在使受任人取得債權，而在使受任人代自己爲債權之追取，故受任人應將所追取之物，交付債權人。然此祇屬內部之制限，其於讓與之成立，毫無影響。學者稱此種有特殊目的之債權讓與，曰信託的債權讓與。

債權之讓與，既與其原因行爲分離，故不問其原因行爲有效與否，得單獨成立，債權因之移轉。但缺原因時，讓與人得基於不當得利之規定，請求將已移轉之債權，再行移轉于其自己而已。

第二項 債權讓與之成立

債權讓與，爲舊債權人與新債權人之契約；（第二九四條一項前段）故只依新舊債權人之合意而成立，不

以債務人之參與爲必要。其舊債權人謂之讓與人，新債權人謂之受讓人。讓與人於結約當時，要有所讓與之債權；若以契約讓與他人之債權，則爲無權處分，不能有效。（第一一八條）但基於法律之規定，亦有得讓與他人之債權者，如權利質之實行，及對於債權之強制執行之場合是也。又讓與人於結約時，對於其所讓與之債權，要有處分之權利；故其債權被扣押之場合，及宣告破產之場合，均不得讓與其債權。

債權讓與之成立，祇以當事人之合意爲足，不以履踐一定方式及交付債權證書爲要件；故爲不要式且諾成契約。

第三項 債權讓與之許可

債權原則得讓與之。不特一個債權之全部，得爲讓與；單就其債權之一部，亦得讓與。又得讓與之債權，不限於單純債權，凡附期限之債權，及附條件之債權，亦不妨讓與。至於將來之債權，現在尙未發生，不得卽爲讓與；然以債權之發生爲停止條件，而爲讓與時，則無不可。於此場合，其債權於發生時，移轉於受讓人。

債權雖以得讓與爲原則，然例外亦有不得讓與者，茲舉於左：（第二九四條一項但書）

（一）性質上不得讓與之債權 卽依其債權之性質，非對於當初之債權人爲履行，則不能達債權之目的，此種債權，當然不得讓與。今列舉其重要者於後：

（甲）基于租賃、使用借貸、雇傭、委任而生之債權，係基於當事人之信用，原則不得讓與；但已經債務人承諾時，則不在此限。（第四四三條一項前段、第四六七條二項、第四八四條一項前段、及第五四三條參照）

(乙) 不作爲債權，原則不得讓與。例如競業禁止之債權是。

(丙) 基於預約而生之債權，原則亦不得讓與；但其本契約爲片務契約，依其契約，預約上之債權人，只取得債權，且其債權得讓與時，則其基於預約而生之債權，亦得讓與。如由無償寄託之預約而生之債權是。(八五)

〔八五〕已與他人訂立預約之當事人，得請求相對人訂立本契約。此種請求訂立本契約之權利，即基於預約而生之債權。此項債權，限於其契約成立後，預約上之債權人，只取得債權，不負債務之場合，得讓與之。若其債權人，於契約成立後，取得債權，同時負擔債務之場合，(如買賣之買受人) 則不得讓與。蓋若得讓與時，則預約上之債權人，得將將來應負之債務，不經相對人之同意，隨同將來所得之債權，移轉於他人，不免侵害相對人之利益也。

(丁) 從債權得隨同主債權而移轉，不得單獨讓與。如保證債權是。但違約金債權，及利息債權，例外得單獨讓與。

(戊) 基於身體、健康、名譽、自由之侵害所生非財產的損害賠償請求權，以慰藉債權人自身之精神爲目的，應由債權人自由行使之，故不得讓與。但債權人已依契約明認此項請求權，或已就此項請求權起訴時，則不在此限。(第一九五條參照)

(己) 終身定期金債權，不得讓與。但契約另有訂定者，仍從其訂定。(第七三四條)

(二) 契約上禁止讓與之債權 債權人與債務人訂立契約，禁止債權之讓與時，其債權不得讓與。但此禁止讓與之特約，不得對抗善意第三人。(第二九四條一項二款二項) 是不外欲保交易之安全也。爲禁止契約者，不

限於最初之當事人，現在之當事人，無論何時，均得爲之。從其契約不要於債權成立時訂立。

(三) 不得扣押之債權。不得扣押之債權，爲維持債務人之生活所必需者；若許其自由處分，則債務人生計上諸多危險，故亦不得讓與。何謂不得扣押之債權，詳於強制執行法。如法定之扶養請求權，卽其一例。

第四項 債權讓與之效力

債權讓與之效力，可從三方面觀察之：

第一 受讓人與債務人間之效力。債權讓與時，受讓人與債務人間，發生左之效果：

(一) 受讓人依讓與，取得讓與人對於債務人所有之債權。其債權不因讓與而失同一性，從其內容及性質，無被變更。例如其債權基於侵權行爲而生時，雖在讓與之後，仍受第一百九十七條短期時效之適用是也。

(二) 債權之担保。(如担保物權及保證債權)及其他從屬之權利。(如損害賠償債權及違約金債權)因債權讓與，隨同移轉于受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者，則不隨同移轉。例如保證人專爲讓與人之利益起見，而爲保證之場合是也。又已到期而未支付之利息，苟無反證，亦推定爲隨同讓與。(第二九五條)

(三) 債務人得以受債權讓與之通知時，可對抗讓與人之抗辯，對抗受讓人。(第二九九條一項)茲所謂抗辯者，係指廣義之抗辯，可分三種：(一) 權利不發生之抗辯，卽其債權因原因行爲無效，或被撤銷，解除自始不發生時，債務人以之爲抗辯是。(二) 權利消滅之抗辯，卽其債權因清償或其他原因已消滅時，債務人以之爲抗辯是。(三) 拒絕給付之抗辯，卽債務人以未受對待給付爲理由，拒絕自己負擔之給付是。(第二六四條參

照)其所以不以債權讓與之時爲標準，而以債務人受讓與通知之時爲標準者，因債權之讓與，除有特別規定，(第七一六條二項參照)外，非經通知，對於債務人不生效力故也。(第二九七條一項)其通知，應由讓與人或受讓人，以言辭或書件，向債務人爲之。

(四)債務人于受債權讓與之通知時，對讓與人亦有債權，本得爲抵銷時，自不因讓與人讓與債權於他人，而失其權利，故得以該債權轉向受讓人主張抵銷。但其債務人所有債權之清償期，係在所讓與之債權之清償期以後者，則不在此限。(第二九九條二項)蓋債權之抵銷，以當事人互有債權，且均在清償期爲必要。(第三三四條參照)若債務人所有之債權，其清償期係在所讓與之債權清償期之後，縱無讓與，而其後所讓與債權之清償期先到，當然先履行，至債務人所有之債權到期時，已失兩債權同時存在之條件，本不得向讓與入主張抵銷，故在讓與後，亦不得向受讓人主張抵銷。

第二 讓與人與受讓人間之效力 債權讓與時，讓與人應使受讓人得完全行使其債權，因負左列之義務。

(一)說明讓與債權必要主張之義務 讓與人應向受讓人說明讓與債權必要之主張，使其債權易於實行。例如以債權發生原因，及履行期，履行處所告知受讓人是也。(第二九六條後半)

(二)交付債權證明書件之義務 讓與債權有證明之書件時，讓與人應交付於受權人。(第二九六條前半)但其書件若亦供證明其他債權之用，則無須交付。如讓與債權之一部之場合是。

(三)交付担保物之義務 債權讓與時，則担保物權隨同移轉，故在讓與人占有中之担保物，應交付於受讓

人。但其物亦供担保其他債權之用時，則無須交付，祇對受讓人負保管其物之債務而已。

第三 讓與人與債務人間之效力 債權既讓與，讓與人之債權，移轉於受讓人，債務人得對受讓人為給付，且得拒絕讓與人之請求給付。然此只就其讓與有效成立之場合而言。若其讓與不成立或無效，則債務人不得以讓與對抗讓與人，故讓與人得再向債務人請求給付，債務人已向受讓人為給付與否，可不問之。但讓與人已將債權之讓與通知債務人時，縱未為讓與，或其讓與無效，債務人仍得與讓與人對抗。（第二九八條一項）此債權讓與之通知，應由讓與人現實以言詞或書件為之，其由讓與人將債權之讓與字據交付受讓人，並由受讓人提示於債務人時，與讓與人之通知有同一之效力。（第二九七條二項）（八六）又此項通知，非永久存續，經受讓人同意時，讓與人亦得撤回之，其所以必經受讓人同意者，因其撤回與受讓人有利害之關係故也。（第二九八條二項）（八七）

【八六】第二九七條二項，關於「提示讓與字據與通知有同一效力」之規定，宜移於第二九八條二項。蓋第二九七條二項所謂通知者，專指第二九八條一項所定讓與人所為之通知。故第二九八條應置二項，定明，受讓人提示讓與字據時，與讓與人之通知有同一效力。若夫第二九七條一項之所謂通知，乃兼指讓與人或受讓人所為之通知兩者。受讓人既得自為通知，則其向債務人提示讓與字據時，已可認為真正之通知，何必另設二項，規定其與通知有同一之效力哉？

【八七】第二九八條二項，本定「得撤銷之」，不定「得撤回之」。然撤銷兩字，宜用於意思表示。讓與之通知，乃觀念通知，而非意思表示，用「撤銷」二字，既屬未妥。且撤銷應基于法定事由為之，與撤回不同。故撤銷乃行使權利（即撤銷權）之行為，既屬權利行為，自無預得他人同意之

必要應改爲撤回，較見妥適。

第二款 債權之法定移轉

債權有基於法律之規定而移轉於第三人者，是謂之債權之法定移轉。如第三一二條、第二八一條二項、第二九二條及第七四九條所規定者皆是。

債權之法定移轉，與債權之讓與，性質相似，應準用債權讓與之規定。（第三一三條類推）（八八）其規定之內容如何，前已詳述，無須再贅。茲所欲說明者，即債權之法定移轉，對於第三人（即新債權人舊債權人債務人以外之人）之效力若何是也。蓋新債權人依法律規定，取得舊債權人之債權，及其担保債權之權利，其結果不但取得舊債權人對於債務人所有之權利，且取得舊債權人對於第三人所有之權利。例如就同一債權有甲乙兩保證人之場合，甲保證人代償債務時，依第七四九條代位債權人，得以債權全部對於乙保證人行使保證債權是也。惟貫徹此原則時，每發生不公平之結果，（八九）應加相當之制限爲宜。此種制限，外國法律有明定之者，如日本民法是。（日民第五〇一條）我民法上關於此點，未有明文規定。茲姑參以我民法規定之內容，及日本民法之規定，臚數項於左：

〔八八〕民法就于債權之法定移轉，非如德國民法設有一般的規定，（德民第四一二條參照）僅于有害關係第三人代償債務之場合，設有第三一三條，使之準用第二九七條第二九九條關於債權讓與之規定。而于其他場合之債權法定移轉，則不設明文，既嫌疏漏，且查債權讓與之規定中，除第二九七條第二九九條之外，其第二九五條、第二九六條、第二九八條，其性質亦得準用之于債權之法定移轉。民法僅許其準用

第二九七條第二九九條，亦屬未當，故類推適用之。

〔八九〕即就前例而論，甲保證人既得以債權全部對於乙保證人取得保證債權，若其後主債務人無力清償對甲所負之債務時，則甲得請求乙代償其債務之全部。卒至乙負擔全部之損失，甲不蒙何等之損失。然甲乙本立於同等之地位，竟生如是之結果，殊欠公平。

(1) 保證人相互間關係 就於一個債權，有數個保證人之場合，若其一保證人代償債務時，得代位債權人，對於他之保證人，取得保證債權。唯其保證債權之範圍，應依各保證人之擔負部分而定。蓋數個保證人，對於債權人，雖各負全部履行之責，（第七四八條參照）而其相互關係，則純以擔負部分為標準，與連帶債務無異。其負擔部分有特約時從之；無特約時，推定為平等。（第二八〇條）例如甲乙共同担保五百元之債務，其負擔部分甲為二百元，乙為三百元；若甲代償債務之全部時，祇得對乙行使三百元之保證債權，不得就五百元之範圍而為行使。

(2) 保證人與担保財產第三取得人之關係 就一個債權，設定担保物權，並締結保證契約之場合，若債務人已將其担保財產讓與他人時，則保證人與其担保財產第三取得人之間，不免發生關係。此際保證人若代債務人清償債務，得代位債權人，對於第三取得人，取得全部之担保物權。蓋保證人多有因其債務人已自設定担保物權，而後願為之保證者；我不許其代位，則保證人必蒙不測之損害也。反之，若第三取得人代償債務，其不得對於保證人主張代位，是無他，第三取得人於取得當時，已依登記簿及其物之占有，而知其担保物權之存在；是其因代償所受之損害，乃其所預期之結果。且在此等場合，第三取得人每以廉價取得其財產，雖無

代位，實際上究無損失，故以不許其代位，較為公允。

(3) 担保財產第三取得人與物上保證人之關係 就一個債權，債務人自以財產設定担保物權，同時第三人亦以其財產供担保之場合，若債務人已將其担保財產讓與他人時，則担保財產第三取得人，及物上保證人，同時存在。此際物上保證人若代償債務，得代位債權人，對於第三取得人取得全部之担保物權。反之，若第三取得人代償債務，則不得對於物上保證人，主張代位。其理由與前項同。

(4) 担保財產第三取得人相互間之關係 債務人爲担保一個債權，以二個財產供担保，其後將該財產各別讓與二人時，則有二個之第三取得人。于此場合，若其取得人中之一人代償債務，得代位債權人，對於他之取得人，按其所取得財產之價額，取得担保物權。詳言之：即依該財產之價額，與二個財產總價額之比，算定其應取得之担保物權是也。例如債權額爲八百元，甲所取得之財產價額爲三百元，乙所取得之財產價額爲九百元，若甲代償債務全部時，則對於乙取得六百元之担保物權。此六百元，係以乙取得之財產價額（九百元）與甲乙所取得之財產總價額（一千二百元）之比，乘（乘除之乘）債務額而算出之。其所以必按其價額者，亦有理由。蓋在物上共同担保之場合，債權人雖得任意就其一担保物，主張債權全額之担保物權，不必各按其價額而行使權利（物的連帶關係）然在其數担保物相互之間，亦各有担保部分，其担保部分，即依各担保物之價額而定。故各取得人將于他之第三取得人，祇得按其物之價額，而爲代位。

(5) 物上保證人相互間之關係 因担保一債權，兩第三人各以其財產供担保時，則兩第三人均爲物上保

證人。此際若一人爲代價，得代位債權人，對於他之物上保證人，按其所有之担保物價額，取得担保物權。因此等場合，各担保物相互之間，亦有担保部分存在故也。

(6) 保證人與物上保證人之關係。因担保一債權，第三人甲與債權人締結保證契約，第三人乙以其財產供担保時，甲卽保證人，乙卽物上保證人。於此場合，甲代價債務時，得代位債權人，對於乙取得担保物權；乙代價債務時，亦得代位債權人，對於甲取得保證債權。唯其權利範圍之算定，係以人數爲標準，卽以人數均分債權全額定之。例如債權額爲千元，保證人一人，物上保證人一人；若其保證人代價債務，則對於物上保證人，取得五百元之担保物權；此五百元卽以二人除（乘除之除）千元算出之。蓋物上保證人，係以自己財產供担保者，與保證人同其性質，非担保財產第三取得人可比，故應平等保護之。然此祇就保證人及物上保證人均爲一人之場合而言。若兩方均有數人，應先按其人數，定各方面之總担保部分；而後于保證人方面，再按各人之担保部分，定代位人對於各保證人所取得之保證債權之範圍；于物上保證人方面，再按其担保物之担保部分，定代位人對於各物上保證人所取得之担保物權之範圍。例如債權額爲千元，甲乙丙爲保證人，其担保部分相等，丁以價值六百元之不動產供抵押，戊以價值二百元之不動產供抵押。于此場合，甲若代價債權全部，則當先依人數算定保證人方面之担保額爲六百元，物上保證人方面之担保額爲四百元；因甲乙丙三保證人負擔部分相等，故甲依代位對於乙丙各有二百元之保證債權。至於物上保證人方面，因其担保部分不同，計算之結果，對丁之不動產上，有三百元之担保物權，對戊之不動產上，有百元之担保物權。其理由與(一)

項及(五)項所述者同。

第二節 債務之移轉

債務之移轉者，保持債務之同一，而變更債務人之謂。詳言之：即第三人代債務人加入於債務關係是也。其新債務人所負擔之債務，即舊債務人所負擔之務，故其債務與原債務同其內容及性質，此點與債權之移轉之場合無異。羅馬法除包括承繼外，不認債務之移轉。近世各國之立法中，明認債務之移轉者，爲德、俄、瑞士等國；不明認債務之移轉者，爲法、意、日本等國。我民法則明認債務之移轉，與德國民法同。〔九〇〕

〔九〇〕羅馬法不認債權之移轉，同時亦不認債務之移轉。但當時交易上常依承受訴訟之方法，使生與債務移轉同一之結果。即第三人代債務人承受訴訟，對於債權人負履行之責是也。厥後巴威里民法草案，及奧國民法，關於債務移轉，均設多少不完全之規定。（巴民第一五九條以下，奧民第一四〇〇條以下）至十九世紀末葉，德國制定民法，方對於債務承擔，設一般的規定。（德民第四一四條以下）瑞士修正債務法，及俄國民法從之。（瑞債第一七五條以下，俄民第一二六條以下）反之，法國法系之民法，及日本民法，均不設債務承擔之規定。但近時法，兩國學者，依契約自由之原則，認債務承擔之有效者爲數不少。如法之 *plantol, saelles, caudent*，日之 *石坂首四郎*，*仁井田益太郎*，*川名兼四郎*，*鳩山秀夫*等皆是。

債務之移轉，有基於當事人之契約者；有基於法律之規定者。前者謂之債務之承擔，後者謂之債務之法定移轉。茲分款述之。

第一款 債務之承擔

第一項 債務承擔之意義

債務承擔者，以移轉債務為內容之契約也。債務承擔為契約，故依法律之規定，移轉債務者，不得謂為承擔。又債務承擔，以移轉債務為內容，即依其契約之成立，其債務直移轉于第三人，第三人對於債權人，負履行之義務。故如『履行承擔』，祇第三人對於債務人，負『代向債權人履行債務』之義務，而直接對於債權人，不負履行之義務者，亦非債務承擔。所謂履行承擔者，即第三人對於債務人約明，應代向債權人履行其債務，債務人承諾之，依之而成立之契約也。例如甲對乙約，應代償乙對丙所負之債務是。

債務之承擔，與其原因行為要區別之。其原因行為，即發生『承擔債務』之債務之債權行為也。如贈與及其他契約是。因履行此等契約，于是有債務之承擔。詳言之：即承擔人依贈與及其他契約，對於債務人負承擔債務之債務，而後為債務之承擔，以履行之。故二者有別。

債務之承擔，既與其原因行為分離，故不問其原因行為有效與否，得單獨成立債務移轉。但缺原因時，承擔人得基於不當得利之規定，請求債務人返還利益。

第二項 債務承擔之成立

債務承擔為契約，故以有雙方當事人為必要。其當事人有為第三人（即承擔人）與債權人者，即承擔人與債權人訂立契約，承擔債務人所負擔之債務也。有為承擔人與債務人者，即承擔人與債務人訂立契約，承擔債務人所負擔之債務也。前之契約，於債務人有利無害，不須得債務人之承認。（第三〇〇條）後之契約，因其債務人

之替換對於債權人有重大利害關係，非經債權人之承認，對於債權人_(九一)不生效力。_(第三〇一條) 從其債務，非即移轉於_(九一) 承擔人。

【九一】債務承擔契約，不特由得承擔人與債權人訂立之。且得由承擔人與債務人訂立之。由承擔人與債務人訂立之承擔契約，應經債權人同意，方生效力。是乃我民法仿德國民法第四一五條而設之規定也。其何以必經債權人之同意方生效力乎？德國學者之所說，不能一致。依通說，則承擔人與債務人所爲之承擔，不外處分債權人之債權，即無權之處分，故非經權利人之同意，不生效力。_(第一一八條參照) 我民法似亦從此見解。

債權人對於債務承擔之承認，應以意思表示向承擔人或債務人爲之。_(第一一七條) 其爲承認與否，屬諸債權人之自由。債權人爲承認，使承擔契約絕對有效可；拒絕承認，使其契約對於債權人，永不發生效力亦可。在債權人未爲承認或拒絕承認前，其承擔契約之效力，不能確定，承擔人及債務人，必感多少之不便；故法律許債務人及承擔人，定一相當期限，催告債權人，確答對於承擔契約是否承認。債權人於此期限內，不爲確答時，視爲拒絕承認。_(第三〇二條一項)

債權人已拒絕承認時，其契約祇對於債權人，永不生債務移轉之效力；其在當事人相互間，仍屬有效。故承擔人對於債務人，負清償債務於債權人之義務，與履行承擔之場合同。但此義務之發生，未必合於當事人之本意，故債務人或承擔人，不妨撤銷其承擔之契約，使之全歸無效。_(同條二項)

債務承擔契約，不問其係承擔人與債權人所訂立者，抑係承擔人與債務人所訂立者，均以當事人間有移轉

債務之合意爲足，不以履行何種方式爲必要，故爲不要式契約。

第三項 債務承擔之許可

得以契約承擔之債務，要係得移轉者；非得移轉之債務，不得爲承擔契約之標的。債務原則得移轉之，但亦有例外。

(一) 債務性質上不得移轉者 債務性質上，有注重債務人之性質、技能、資格、經驗，非債務人躬親履行，不能達債務之目的者，是謂之性質上不得移轉之債務。例如因僱傭、委任、寄託而生之債務是。(第四八四條一項後段、第五三七條、及第五九二條)

(二) 當事人以契約禁止移轉者 債權人與債務人訂立契約，禁止債務之移轉時，則其契約有效，債務不得移轉。關於此點，法律雖無規定，然既認禁止債權讓與之特約，(第二九四條參照)斷無不認禁止債務移轉特約之理由，故類推及之。

上列不得移轉之債務，理論上不許承擔。但推其債務所以不得移轉之故，無非欲以保護債權人之利益。經債權人同意時，無不得移轉。而債務承擔，又無不經債權人之同意，故由實際觀察，即謂一切之債務，均得承擔，亦無不可。

第四項 債務承擔之效力

債務承擔時，則債務移轉。惟其移轉乃契約之效力，故不得依之加損害於第三人，因生左之效果：

(一) 承担人依承担契約，負擔債務人對於債權人所負之債務；同時債務人免其責任。其債務不因移轉而失同一性，從其內容及性質，無被變更，與債權讓與之場合同。

(二) 担保債務之權利，不問其為契約上之担保，抑為法案上之担保，附于原債務，依然存續。但第三人依法律行為而設定之担保，除第三人對於債務之承担，已為承認外，因債務之承担而歸於消滅。(第三〇四條二項) 蓋第三人所設定之担保，於承担後，若尚存續，每因承担人資力之缺乏，致使第三人蒙不測之損害也。(九二)

【九二】債務人依法律行為設定之担保，因債務之承担，歸於消滅否乎？立法例不能一致。有明定其担保依然存續者，如瑞士債務法是。(瑞債第一七八條二項) 有明定其担保消滅者，如德俄民法是。(德民第四一八條一項、俄民第一二六條) 我民法既無明文規定，依第三〇四條二項之反對解釋，自以斷定其担保繼續存在為當。

(三) 附隨於債務之從債務，如利息債務、損害賠償債務、違約金債務等，不因債務之承担，而妨碍其存在，故亦隨同移轉。但與債務人有不可分離之關係者，不在此限。(第三〇四條一項)

(四) 承担人得本於債權人及債務人間法律關係之抗辯，與債權人對抗。詳言之：即債務人本得對抗債權人之抗辯，承担人亦得以之與債權人對抗。其抗辯有三種：即債務不發生之抗辯，債務消滅之抗辯，拒絕給付之抗辯是也。但不得以屬於債務人之債權，向債權人主張抵銷。(第三〇三條一項) 亦不得對於債權人行使債務人之撤銷權及解除權；因撤銷權及解除權，非法律行為之當事人，不得行使故也。

(五) 承担人得以基於承担契約而生之抗辯，對抗債權人。其契約係承担人與債權人所訂立者，抑係承担人與

債務人所訂立者，可以不問。例如承人以承擔契約無效或被撤銷爲理由，對於債權人主張債務不移轉是也。但以基於承擔契約自體而生之抗辯爲限。本於『承擔債務原因之法律關係』而有之抗辯人，則不得與債權人對抗。（第三〇三條二項）承擔債務原因之法律關係云者，即承擔之原因行爲之謂。承擔契約，與其原因行爲全然分離，故承人不得以本於承擔之原因行爲而有之抗辯，對抗債權人。例如承人先與債務人結贈與契約，約明應承擔其所負之某債務，後因履行贈與，與債權人結承擔契約。於此場合，承人不得以贈與無效爲理由，對於債權人主張債務不移轉是也。

第五項 並存的債務承擔

並存的債務承擔，亦稱重疊的債務承擔，即承人與債務人共同負擔同一債務之承擔；詳言之：即因其承擔，債務人依然負擔債務，同時承人亦負擔同一內容及同一性質之債務。例如債務人負擔交付百金之利息債務時，承人亦負交付百金之利息債務。惟其兩個債務，經濟上祇有一個之共同目的，故成連帶債務之關係。

並存的債務承擔，有依債權人與承人之契約而成立者，即承人與債務人約明，應與債務人連帶負擔債務是也。有依債務人與承人之契約而成立者，即承人與債務人約明，對於債權人連帶負擔債務是也。後者即第二百六十九條所規定之利他契約。此外依債權人債務人及承人之三面契約，得使並存的債務承擔成立者，固不俟論。

並存的債務承擔成立時，連帶債務成立，應適用第二百七十二條至第二百八十二條之規定；即債務人及承

担人對於債權人，均負全部履行之責。惟其一人已向債權人清償債務或為其他免責行為時，則他一人之債務亦消滅。為免責行為之人，對於他一人，就其負擔部分有求償權。此節當於第八章詳言之。

第六項 概括的債務承擔

以契約就他人之財產或營業，承受其一切之資產及負債者，謂之概括的債務承擔。如營業之讓與是。概括的債務承擔，係由承擔人與債務人訂立之契約，債權人並無參與于其間，債務承擔之後，債權人常有不知其事情者，故當事人應以其承擔通知或公告債權人。債權人接受其通知或公告時，始生債務承擔之效力。（第三〇五條一項）

概括的債務承擔，不要經債權人之承認，且承擔人之資力，未必同于債務人；若概括的承擔之後，債務人即時脫離關係，債權人難保不因承擔人資力之缺乏，而受損害。法律為保護債權人起見，特使債務人于二年以內，仍與承擔人負連帶之責任。此二年之期間，關於到期之債權，自通知或公告時起算；未到期之債權，自到期時起算。（同條二項）

營業有與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，是乃相互的概括債務承擔。此與普通之概括的債務承擔同，因對於債務人為承擔之通知或公告，始生效力。合併之後，原有各營業之債務，由新營業負其責任。即應由各營業人連帶負責。（第三〇六條）【九三】

【九三】營業無人格，營業上之權利義務，係以營業人為主體，非以營業為主體。我民法第三〇六條規定，營業應負其責，殊不合理。又新營業之

各營業人之連帶負責，係基於第六八一條之規定，非基於第三〇五條二項之規定。故其連帶負責之期間，不以二年為限度。

第二款 債務之法定移轉

債務有基于法律之規定，而移轉于他人者，是謂之債務之法定移轉。例如受讓租賃物所有權者，應承繼出租人之義務。（第四二五條）合併後存續之公司，或因合併而設立之公司，應承受由合併而消滅之公司之義務（公司法第五一條）皆是。債務之法定移轉，我民法雖無明文規定，然與債務之承擔，同其性質，應準用關於債務承擔之規定。故以上所述者，於債務之法定移轉，亦適用之。但關於擔保，有一特例，即債務依法律規定移轉後，第三人設定之擔保，亦不消滅是也。蓋債務之法定移轉，不基于債權人之意思，不應使債權人因之蒙害損，故其擔保當全部存續。

第七章 債之消滅

第一節 總說

債之消滅云者，債權客觀的失其存在之謂也。與債權之消滅應區別者有二：一為債權請求權之消滅，債權之請求權消滅時，債權人仍有受領清償之權能，故非債權之消滅。（第一二五條以下及第一四四條參照）一為債權之喪失。債權喪失時，債權人雖喪失債權，而他人取得債權其債權依然存在，故亦非債權之消滅。

債權消滅之原因，得大別為四種：（一）法律行為。即當事人為法律行為，使其債權消滅之謂也。其行為有為契

約者，如代物清償是。有爲單獨行爲者，如抵銷、免除等是。(二)目的消滅。或債權因存立之目的，業已到達，或不能到達，而失其存在之謂也。其目的到達之場合，如清償、提存是。其目的不能到達之場合，如給付因不可歸責於債務人之事由而不能是。(三)原因行爲中途失效。即債權發生之原因行爲，因解除條件之成就，終期之屆至，及當事人之死亡，(限於特定場合如第五〇條、第六八七條、第七〇八條)向將來失其效力時，則債權消滅。至原因行爲因撤銷、解除、及反對契約自始無效時，則其債權自始不發生，故非債權消滅之原因。〔九四〕(四)混同。即債權債務歸於一人是。

〔九四〕一般學者(陳瑾昆氏債總第三九八頁周新民氏債總下卷第一九一頁李讓氏債總第二九六頁蔡天錫麟氏債總第二九一頁參看)多以法律行爲之撤銷、契約之解除、及反對契約(即解除從前所訂契約之契約)爲債權消滅之原因。實屬未當。蓋債權先有發生而後消滅。若其債權自始不發生，則無所謂消滅。在法律行爲之撤銷、契約之解除、及締結反對契約之場合，其行爲自始無效。(第一一四條第二五九條參照)債權自始不發生，自無所謂消滅，故余不從其說。

債之消滅原因，民法債編第三百〇九條以下所特爲規定者，有清償、代物清償、提存、抵銷、免除、及混同六種；其他則散見於法典各處。茲將此種原因分言於下。至於其他之原因，應於各相當部分述之。

第二節 清償

第一款 清償之意義

清償者，以償祇債權之意思，而爲債權標的之給付之行爲也。即通常償還債務之行爲是。爲清償行爲時，則債

權因其存立目的到達而消滅，故爲債權消滅之原因。

清償行爲之成立，有二要件：（一）要爲債權標的之給付。不爲債權標的之給付時，其行爲雖生債權消滅之效果，而非清償。如抵銷、免除是也。其所爲之債權標的之給付，有爲法律行爲者，如移轉物權是。有爲事實行爲者，如服勞務是。法律行爲中，又有契約與單獨行爲之分，事實行爲中，亦有作爲與不作爲之別。至其給付當然應依債務之本旨爲之。（二）要有償還債權之意思，即要有清償之意思。〔九五〕以他之意思所爲之給付，雖與債權標的之給付，偶然相同，亦非清償。例如甲負乙百金未還，而以百金交乙託其保管是也。但以此意思爲足，無須表示清償之意思。猶之動產之先占，以所有意思爲必要，不以表示所有意思爲必要也。（第八〇二條參照）

〔九五〕凡爲給付，無不有一定之意思，是即給付之原因。例如因寄託而將其所有物交付他人時，必有寄託之意思。清償亦然。清償人之給付，係出于清償之意思。清償之意思者，使債權人達其債權存立目的之意思，簡言之，即欲使債權人得滿足之意思也。

上述之第二要件，學者對之多持異論。謂清償不以積極的有清償意思爲要件，祇以消極的無其他之意思爲要件；無清償意思，亦無他之意思時，其所爲之給付，仍不失爲清償。此種情形，於不作爲債務之清償，尤多見之。蓋在不作爲債務，每有于債務人不知不覺之間，而其債務被清償故也。例如債務人無意之間，不爲一定之營業，而其所負之競業禁止之債務被清償是。雖然，此等場合，其不作爲債務所以消滅者，乃因其債務依清償以外之事由，已到達目的之故，非因其債務已受清償之故。此與負拆毀破屋之債務者，因地震其屋已傾壞，而債務消滅之場合，其情形相類。且在不作爲債務，有債務人以其他意思而爲給付，其債務亦因之而消滅者。例如債務人因欲免虧折，而停

止營業，其對於他人所負競業禁止之債務，亦依之而消滅。是所以消滅之理由，亦因其債務自體，依清償以外之事由，達其目的故也。

第二款 清償之性質

清償之意義，既如前述，然則清償爲法律行爲否乎？是乃清償性質如何之問題。從來德、日各國之學者，頗多議論，可大分爲三說：

(一) 法律行爲說 此說謂清償不以給付行爲爲足，且以意思表示爲必要。其中又分三說：(甲) 契約說。謂清償依債務人表示清償之意思，債權人表示受領清償意思而成立。(乙) 單獨行爲說。謂清償祇依債務人表示清償之意思而成立，債權人無須表示受領清償之意思。(丙) 混合說。謂因清償而爲之給付，不要債權人之受領時，(如拆毀破屋，修治道路) 則祇須債務人表示清償之意思，故爲單獨行爲；反之，要債權人之受領時，(如交付物品，移轉權利) 則並須債權人表示受領清償之意思，故爲契約。〔九六〕

〔九六〕契約說爲德國普通法時代之通說，至德國民法實施後，德儒 Endemann, Klein 等仍主是說。單獨行爲說乃德 Rosenbergs, Bauer, Alexander, Havenstein 等所主張，日儒仁井田益太郎從之。混合說爲德儒 Hasenori, Manigk, Plank 等所主張，日儒岡松參太郎及橫田秀雄均贊成之。我國學者蔡天錫麟氏，亦主單獨行爲說。謂清償可準用關於法律行爲之規定。(同氏債總第二九五頁) 夫既曰「準用」而不曰「適用」，足見清償非法律行爲，未免自相矛盾。

(二) 折衷說 謂清償祇以給付爲足，無須當事人之意思表示，且不以債務人有清償意思及債權人有受領清

債意思爲必要。清償行爲即給付行爲，故其性質，應依其給付行爲性質之如何而定。其給付行爲，爲法律行爲時，（如移轉所有權）清償亦爲法律行爲；不然之場合，（如拆毀破屋）則非法律行爲。【九七】

【九七】折衷說爲德儒 Hartmann 所倡，Bring 和之，迄未遂爲德國學者之通說。日儒川名兼四郎探之。

（三）非法律行爲說 此說以清償不要有意思表示，且不要有清償意思及受領清償之意思，與前說同。惟認清償行爲與其給付行爲之區別，而謂給付行爲，雖有法律行爲及非法律行爲之分，然清償行爲則常非法律行爲。【九八】

【九八】非法律行爲說，乃德儒 Köler 所倡，從之者頗不乏人，其勢力尙有漸次發展之傾向。日儒石坂音四郎、鳩山秀夫均贊成此說。陳瑾昆氏債總第四三〇頁周新民氏債總下卷第一九六頁從之。

以上三說中，法律行爲說，今鮮有採之者。折衷說及非法律行爲說，近時均占勢力。余大體從非法律行爲說。蓋第一說，以一切清償行爲均須有清償之意思表示，即不作爲債務之清償，亦要具此條件，與實際情形，多所未合。第二說，不明清償行爲與其給付行爲之區別，理論上亦殊未當。較有理由者，爲第三說。惟該說不以清償意思爲清償之要件，是其缺點。何則？行爲者，意思向外活動之謂也。既認清償行爲與給付行爲之區別，自不可否認清償意思及給付意思之存在。其兩個意思，同時向外活動，而混成一動作，遂有兩個之行爲。例如因清償而締結移轉所有權之契約時，則債務人心中必有締結移轉所有權契約之意思，及締結契約以清償債務之意思。此兩個意思，向外活動時，乃有締結移轉所有權契約之舉動；此種舉動，由締結移轉所有權契約之意思而觀察之時，則爲締結移轉所有

權契約之行爲（給付行爲）由清償債務之意思而觀察之時，則爲清償行爲。又如因清償而拆毀房屋（因債務人負拆毀房屋之債務）在此場合，債務人必有拆毀房屋之意思，及清償債務之意思，因此意思向外活動，遂有拆毀房屋之動作。由拆毀房屋之意思觀察此動作時，則爲拆毀房屋之行爲；由清償債務之意思觀察此動作時，則爲清償行爲。若純依第三說，不以清償意思爲必要，則祇有給付行爲，而無清償行爲矣。清償行爲與其給付行爲，既分離獨立，於是兩行爲可各異其性質。有給付行爲爲法律行爲，而清償行爲爲非法行爲者。如前述之第一例是。有給付行爲爲非法行爲，清償行爲亦非法行爲者。如前述之第二例是。第二例毫無疑義；在第一例，其給付行爲必表示移轉所有權之意思，且因之而生移轉之效果，雖爲法律行爲，然其清償行爲，因不要表示償還債權之意思，即其行爲不以意思表示爲成立要件；其發生消滅債權之效果，乃因存立目的達到之故，非基于意思表示，故非法行爲。譬之侵權行爲，雖有因侵害權利而爲法律行爲者，如侵占自己占有之他人所有物，與第三人締結移轉所有權之契約是。然侵權行爲本以侵害權利之意思以爲之，且不以意思表示爲必要，不因其手段行爲之爲法律行爲，而變其性質，其情形與第一例相同。知乎此，則清償之性質可以瞭然矣。

第三款 清償之受領

因清償而爲之給付，有必須債權人受領者，如以物之交付爲標的之債權是。稱其給付之受領，曰清償之受領。清償之受領，以債權人有受領給付之行爲爲足。不以有受領清償之意思爲必要，故與清償行爲要有清償意思者有別。

得受領清償者有二：(一)債權人向債權人爲標的之給付時，則債權消滅。(第三〇九條一項)債權人之代理人有代受清償之權限，亦得以債權人名義受領清償。但在其債權已被扣押之場合，及債權人已受破產宣告之場合，則不得對於債權人及其代理人爲清償。(二)有受領清償權限之人，向有受領清償權限之人爲給付時，其債亦消滅。(同條同項)有受領清償權限之人云者，即債權人以外之人，依法律規定，得以自己名義，受領債權之清償者之謂。計有四權：即(1)以債權爲標的物之質權人，(第九〇六條)(2)已得追取命令之第三債權人，(3)依間接訴權行使債權之第三債權人，(4)基於債權人債務人間之契約，得受領清償之第三人是也。至持有債權人簽名之收據之第三人，祇爲收據之占有人，未必有代受清償之權限。惟該持有人既占有真正之收據，即在無代受清償權限之場合，債務人亦多信其有代受清償之權限，而對之爲給付，致蒙不測之損失。法律爲保護債務人起見，特以此收據持有人，視爲有受清償權限之人。但債務人明知其無權限，或因過失而不知者，則不在此限。(第三〇九條二項)〔九九〕

〔九九〕真正收據持有人，視爲有受領清償權限之人。故即在該持有人實際無受領清償權限之場合，如其證書係竊取或拾得者，清償人已對之爲給付時，其清償有效，債權消滅，債權人不得對於債務人爲履行之請求。但不妨依不當得利之規定，請求該持有人返還因受領清償而得之利益。(第一七九條參照)

因清償而爲之給付，原則應向債權人，或有受領清償權限之人爲之。若向其他之人爲給付，其人以自己之名而受領之時，其給付行爲自體，雖屬有效，然債權人非依之達其債權存立之目的，故其清償行爲，不生消滅債權效

力。但例外場合，有對於其他之人爲給付，亦生消滅債權之效力者。茲舉于左：

(甲) 向債權之準占有人爲清償時 債權之準占有人者，行使債權之人也。(第九六六條參照) 債權之準占有人，有爲真正之債權人者。有不然者。如無繼承權者，自稱繼承人，而行使屬於繼承財產之債權是。其準占有人爲真正債權人時，對之所爲之清償，固屬有效；反之，非真正債權人時，對之所爲之清償，以清償人善意爲限，亦屬有效，其債權消滅。(第三一〇條三款) 蓋不如是，則不足保護善意清償人之利益，而妨礙交易之安全也。但此場合，真正債權人不妨基于不當得利之規定，請求準占有人返還利益。

(乙) 其清償已經債權人之承認時 對於無受領清償權限之人所爲之清償，債權人既承認時，則債權人有消滅債權之意思，故清償有效。(第三一〇條一款) 其承認應以意思表示向清償人爲之。(第一一六條參照)

(丙) 受領清償人至後取得其已給付之債權時 清償人向無受領清償權限之人爲清償之後，該受領清償人，因繼承或其他原因，(如讓與) 取得其已給付之債權時，則新債權人(即受領清償人) 依從前所受領之清償，已達其債權存立之目的，故其清償自始有效，債權消滅。(第三一〇條一款)

(丁) 債權人因其清償行爲受利益時 清償人向無受領清償權限之人爲清償，若債權人因此受利益，則清償於其所受利益之限度，有其效力。(第三一〇條三款) 詳言之：即其受全部之利益時，則債權全部消滅；受一部之利益時，則債權一部消滅。其受益之原因如何，法無制限。如其後債權人繼承受領清償人，及受領清償人交付其所受之給付於債權人皆是。

第四款 清償之證明

清償不外一事實，清償人欲主張清償之存在，不可不以相當證據證明之。清償人爲供將來證明之用，得請求債權人或其他受領清償人，交付清償受領證書。（第三二四條）清償受領證書者，卽第三〇九條之「收據」，謂證明清償事實之書件也。其清償人不問爲債務人，抑爲第三人；其所爲之清償，不問爲全部清償，抑爲一部清償；均有請求交付之權利。負交付之義務者，原則爲債權人；但其他之人受領清償時，亦負交付之義務。其交付受領證書之請求，於清償後固得隨時爲之；而于清償時，請求受領人交付受領證書，以易自己之給付，亦無不可。

清償受領證書，應記載供證明清償事實必要之事項，如受領人及清償人之姓名，受領之給付，受領之日期等皆是。清償受領證書，對於其證書上所記載之事項，當然有證明力，其證書上未記載之事項，本不得以此證明之；但有兩例外。卽（一）關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留者，推定其以前各期之給付已爲清償。（二）關於生有利息之債權，如債權人給與受領原本之證書者，推定其利息亦已受領。（第三二五條一項二項）是也。蓋在通常場合，多先清償前期之給付，而後及其次各期；又多先償利息，後償原本；故法律特設此推定的規定。

第五款 清償之抵充

因清償債務而爲給付時，稱其給付對於所清償之債務之關係，曰清償之抵充。夫清償人之爲清償，本有償還債權之意思，卽具體的有償還何之債權之意思，本應依其意思而定抵充。惟其意思無須表示於外部。（1）因清

債一宗債務，向同一債務人爲一個給付，(2)因清償數宗同種標的之債務，向同一債權人，爲足消滅總債務之給付，(3)因清償數宗異種標的之債務，向同一債權人，爲同數或一二之給付等場合，(200)清償人有消滅何之債權之意思乎？得由外部推測而知之；可依其意思，而定清償之抵充固無問題。反之，在債務人向同一債權人，担負同種標的之數宗債務，其因清償而爲之給付，不足消滅總債務之場合，(201)無從推知清償人之意思。應依何之標準，以定清償之抵充乎？法律有規定之必要。依我民法之規定，此等場合，應依清償人之指定，及法律之規定，而定清償之抵充。前者謂之指定抵充，後者謂之法定抵充。分述之：

【100】(1)之場合，如甲負乙百金，而交付百金或五十金於乙是。(2)之場合，如甲先因貸借負乙三百金，復因買賣負乙百金，其後交付四百金於乙是。(3)之場合，如甲先負乙百金，嗣復與乙約願贈白米三石，其後交付金百元及白米三石於乙，或單交付百金於乙是。

【101】例如甲前後三次向乙借來五百金、二百金、五十金，其利息輕重各各不同，其後甲還乙四百金是。又如甲每月本應交付扶養費三十金於乙，積欠六月未付，其後還乙一百二十金是。

(一) 指定抵充 清償人於給付時，得指定抵充其清償之債務。已指定時，則清償人之意思明瞭，應依其指定而定抵充。(第三二一條) 抵充之指定，即表示償還某債權之意思於外部之行爲，不外一意思表示，而爲清償行爲之一部；惟清償行爲不因之而變爲法律行爲。蓋清償之抵充，於清償人以償還某債權之意思，向債權人爲給付時，即已確定；某債權因有此給付達其目的而消滅。指定行爲，祇宣言給付與其所指定之債務已生之關係，非因有此指定，而後清償行爲始生消滅某債權之效果也。抵充之指定，應於給付當時爲之，於其後不得爲之。

抵充之指定，清償人本得自由爲之。任意指定何之債務，均無不可。但有一制限，即在原本外尙應支付利息及費用之場合，若清償人之給付，不足消滅其全部債務時，須先抵充費用，次利息，最後抵充原本。清償人不依此順序指定抵充時，債權人得拒絕受領，或述異議。（第三二三條前段）蓋費用及利息，其性質上應較原本先受清償故也。茲所謂費用者，係以關於原本所生者爲限，如訴訟費用，及履行費用是。原本利息或費用，若各有數宗，清償人就其相互間，仍得自由指定。

（二）法定抵充 清償人於給付當時，不爲抵充之指定時，應依法律規定之次序，而定抵充。其次序亦多係推測清償人之意思而定之者。茲舉於左（第三二二條）

（甲）總債務中，有在清償期與不清償期者，以在清償期者爲先。

（乙）總債務均在清償期，或均不在清償期者，以債務之担保最少者爲先。

（丙）債務之担保相同時，以債務人因清償而獲益最多者爲先。

（丁）獲益相同時，以先到期者爲先。

（戊）清償期及獲益均相同時，則按各債務之額抵充之。

以上係就原本相互間，利息相互間，費用相互間，定其抵充之順序。若原本利息費用同時存在之場合，則須先抵充費用，次利息，次原本，與指定抵充之場合無異。（第三二三條後段）【1011】

【1012】第三二三條後段，有「前二條」云云，係前條之誤。蓋第三二二條之指定抵充，應先費用，次利息，次原本，已於第三二三條前段定有明

文，自不必於同條後段，設有重複規定，故第三二三後段，只須規定第三二二條（即前條）之法定抵充，亦應照此順序足矣。今竟有前二條一語其誤也可知。

第三節 代物清償

代物清償者，清償人現實爲與債權標的給付相異之給付，且表示欲依之消滅債權之意思，債權人承諾之之契約也。例如甲負乙百金，以交付一馬爲代，債權人承諾之是。代物清償之成立，須具成二條件：（一）清償人要現實爲與債權標的給付相異之給付。若不爲此給付，祇由債務人與債權人約明，將來得爲此給付以免其債務，或應爲此給付以代債權標的之給付時，則爲任意債務契約，或更改契約，非代物清償。（二）但亦有爲代物清償之預約者，即約明清償人將來倘以某給付代債權標的之給付時，債權人應承諾之是也。（三）其所爲與債權標的給付相異之給付，法無制限，舉凡移轉物權，移轉債權，及服勞務等均包含之。若夫負擔新債務，原不得謂爲給付，但「無因債務」之認諾，與給付有同一之性質，故亦得爲代物清償之方法。例如經債權人承諾，發行期票，以代清償是也。（四）清償人與債權人間，要有依其給付消滅債權之合意。債權即因其合意而消滅。蓋在代物清償，清償人不爲債權標的之給付，而爲與之相異之給付，債權不因其給付而達其目的，自不生當然消滅之效果，倘欲使其債權消滅，則于給付之外，尙要債權消滅之合意。此即代物清償之所以爲契約也。代物清償，其清償人與債權人間有消滅債權之合意，故與準備清償之給付不同。（五）準備清償之給付者，清償人爲與債權標的給付相異之給付，並要求債權人就其給付受滿足。（即達債權存立之目的）債權人承諾之之契約也。例如負百金之債務者，交付

同額之支票於債權人，使其支取現款以充清償是也。此種契約成立時，其債權依然存在，應俟債權人由其給付受滿足時，方歸於消滅，故非代物清償。準備清償之給付，亦有依無因債務之認諾而爲之，（如發行期票之類）與代物清償同。但在代物清償，認諾無因債務時，其原有債權即歸消滅；反之在準備清償之給付，則須俟其新債務履行時，其原有債權，方歸消滅。二者又有差異。然則其因清償債務而對於債權人認諾無因債務時，爲代物清償？抑爲準備清償之給付？不外依當事人之意思表示定之。若無特別意思表示，則認爲準備清償之給付；從其新債務不履行時，其舊債務仍不消滅。（第三二〇條）〔二〇七〕

代物清償之性質若何？學者之議論不一。有謂爲清償者，有謂爲買賣或互易者，有謂爲即時履行之更改者。通說則以之爲獨立一種之契約。〔二〇八〕其契約以現實給付爲成立要件，故爲要物契約。又其契約之成立，清償人爲與債權標的給付相異之給付，而債權人則爲拋棄債權之給付，其間且有對價之關係，故爲有償契約。

代物清償成立時，債權消滅，（第三一九條）其附隨之擔保權利亦消滅。但代物清償爲有償契約，故清償人對於因代物清償給付之物或權利所有之疵瑕，應與出賣人負同一擔保之責任。（第三四七條參照）

〔二〇三〕債務人與債權人約明，將來得爲某給付以免其債務時，不外與債務人以代用權，使單純債務變爲任意債務。第一部第四章第六節參看。故爲任意債務契約。又債務人與債權人約明，將來應爲某給付以代債權標的之給付時，即明認原債權消滅，另生以某給付爲標的之新債權，故爲更改契約。（第一部第七章第八節參看）

〔二〇四〕代物清償之預約，乃預先約定『將來應締結代物清償契約』之契約。將來現實締結代物清償時，仍須由債務人爲要約，債權人爲示

。在債權人未承諾以前，債務人雖已爲其他之給付，其契約不成立，從其債權不消滅。惟債權人因被預約拘束，有爲承諾之義務而已。此卽與任意債務契約相異之點。蓋任意債務契約成立後，債務人取得代用權，得爲其他給付，以消滅債權，無得債權人之承諾之必要也。

【一〇五】因消滅舊債務而負擔新債務時，本爲更改，但因更改而負擔之債務，係由更改契約自體而生，依更改契約，得知其債務發生之實質的原因，易言之，卽其債務發生之實質的原因，在舊債務消滅，得依其更改契約而知之，故爲有因債務。若另以無因契約（如發行期票）負擔無因債務，一面以契約消滅債權時，則爲代物清償，而非更改。

【一〇六】準備清償之給付】一語，淵源於德語之 *Leistung, Erfüllungshalber* 日本學者，如石坂首四郎、鳩山秀夫輩，譯之爲「因清償而爲之給付」。仁井田益太郎，則譯之爲「清償方法之給付」。陳運昆氏，從前說（同氏債總第四一九頁）然上述兩譯語，易與清償之給付相混。故余之姑譯之爲準備清償之給付，以與清償之給付區別。

【一〇七】在新債務未履行前，舊債務不消滅，故此際新舊兩債務，同時併存。然則債權人得任就一債務，請求履行否乎？不無疑義。由第七一二條二項之規定而推，則債權人應先就新債務請求履行，若債務人逾期不履行，方得請求履行舊債務。（同說陳運昆氏債總第四二四頁周新民氏債總下卷第二一九頁）

【一〇八】清償說，爲德儒 *Windscheid* 所倡。謂代物清償亦與債權人以滿足，不外清償之一種。然在清償，債務人係爲債權標的之給付；而在代物清償，則爲其他之給付，二者性質不同，不得認代物清償爲清償。買賣互易說，乃德儒 *Schliemann* 所主張。謂在代物清償，債權人與債務人互爲金錢或其他之給付，其性質無異於買賣或互易。然買賣互易爲緩生債權之契約，而代物清償，則爲消滅債權之契約，兩者顯有區別。更改說，係法儒 *Aubry et Rau, planhol* 等所主張，謂在代物清償，債務人先依更改負擔新債務，而即時履行之。然爲代物清償時，實際上債

務人並無負擔新債務之意思，祇欲爲其他給付以消滅舊債務。此說反於事實，亦不足採。現今德、日學者之通說，則以之爲獨立一種之契約，最爲適當，余贊成之。蓋代物清償，既有特別之性質，殊無強謂其屬於他種契約之必要也。

第四節 提存

第一款 提存之意義及性質

提存一語，有廣狹二義。廣義之提存者，寄託標的物于提存所之謂也。但茲所謂提存者，係指狹義之提存，即清償人以消滅債權爲目的，爲債權人寄託債權標的物于提存所之行為也。蓋債權有標的物之場合，每要債權人之受領。倘債權人不爲受領時，債務人雖因債權人之遲延，得免不履行之責任；然其債務依然存續，債務人隨時應爲履行之準備，其担保債權之權利，亦不消滅，債務人頗立于不利之地位。法律爲保護債務人起見，特予以提存之權利。

提存之成立要件有三：（一）清償人要寄託債權標的物于提存所。即清償人與提存所之間，關於債權標的物，要有寄託契約之成立。爲寄託者，不限于債務人；即其他有利害關係之清償人，亦得爲之。（二）要爲債權人而爲寄託。即寄託其物于提存所，使債權人直接對於提存所，得請求交付其物之謂。若祇爲自己而寄託時，則非茲所謂提存。例如因履行準備，預行寄託清償標的物於提存所是也。（三）要以消滅債權爲目的。倘以他之目的，爲債權人而爲寄託時，其標的物雖偶與債權標的物相同，亦非茲所謂提存。（舊民律第一一六八條參照）

然則提存之性質如何？學者各異其說。有以之爲獨立一種之契約者，有以之爲清償之要件者，「一〇九」通說則

以之爲因第三人利益而爲之寄託契約，即寄託契約與利他契約之混合。蓋其寄託係爲債權人而爲之故也。故此項契約，除有特別規定外，應適用關於利他契約之規定。

[109]以提存爲獨立一種之清償者，如德儒 *Bae*。以提存爲清償之要約者，如德儒 *Barh, Endemann*。

第二款 提存之原因及標的

提存，非有一定之原因不得爲之。無原因而爲提存時，雖生單純寄託契約之效力，然不生提存之效力。其原因依我民法所規定，共有二種：（一）債權人受領債權標的物有遲延者，是即受領遲延。（二）清償人不能確知孰爲債權人，致難爲清償者，如因自稱債權人者有數人，不能確知誰爲真正債權人。有上述原因之一時均，得爲提存。（第三二六條）

得爲提存標的之物，限於動產。不動產得依占有之拋棄，免其債務，故不得提存。（第二四一條）此外則無制限。雖動產中，亦有不適於提存者，但不妨依第三三一條之規定，拍賣其物，而提存其價金，此點當另詳於後。

第三款 提存之程序及費用

提存依交付其債權標的物於清償地之提存所，並指定債權人爲之。其提存所依提存物之種類如何而不同。應以特別法（即提存法）規定之。法令無特別規定者，或清償地無法定之提存所者，該地之初級法院，須因清償人之聲請，指定提存所，或選任提存物之保管人。（第三二七條一項）

清償人於提存後，須從速通知債權人，但不能通知者，則不在此限。提存之通知，非提存之成立要件，亦非發生

效力之條件；不爲通知時，其提存得有效成立，祇提存人應對債權人任損害賠償之責而已。（第三二七條二項）又提存係因歸責於債權人之事由而爲之，故其費用，歸債權人負擔。（第三三三條）

第四款 提存之效力

提存爲寄託契約，且爲利他契約，故其效力，可分三方面觀察之：

第一 提存人與提存所間之效力 提存係提存人與提存所間之特種寄託契約，故提存人與提存所間之關係，除法律有特別規定外，應適用關於寄託之規定。（第五八九條）以下無庸詳述。茲所欲研究者，提存人於提存後，有無向提存所取回提存物之權利？（提存物取回權）是也。陳瑾昆氏，以我國民法，無得取回提存物之規定，應解爲不許其取回。（同氏債總第四五八頁）然提存其性質既屬利他契約之一種，依民法第二百六十九條二項之規定，則於債權人未向提存所表示允受提存物之意思以前，提存人自得向提存所取回提存物。（一一〇）提存物經適法取回時，視爲未提存，即其提存視爲自始無效。（舊民律第四五二條一項及大理院八年上字第七二八號判例參照）惟在取回前，以之爲單純寄託，依然有效，祇依其取回，始向將來失其效力耳。（一一一）

【一一〇】此提存物權取回，學者有以之爲提存物返還請求權者。如德儒 *Windscheid, stammler* 是。然在提存，其返還請求權，在債權人不
在提存人，故以解爲提存撤回權爲當。詳言之，即撤回提存契約之權利也。

【一一一】提存既經撤回，則自始無效，不特自撤回時始生其效力，然在撤回前，其契約仍不失爲單純寄託，生單純寄託之效力。故提存所得請
求提存人，支付保管費用，至撤回之時，方失其效力。

第二 債權人與提存所間之效力 債權人因提存成立對於提存所取得提存物返還請求權。其返還之請求，得單獨由債權人向提存所爲之。但在清償人之清償，應對於債權人之給付爲之場合，倘債權人不爲對待給付，或提出相當担保時，清償人得阻止債權人受取提存物。（第三二九條）此與第二百六十四條之同時履行之抗辯，基於同一之理由。例如出賣人提存標的物時，若買受人未支付價金，則出賣人得不許其受領標的物是也。債權人既由提存所受領提存物時，即取得其物之所有權。

提存物返還請求權，於提存人取回權存在之間，業已發生。若提存人已行使取回權，而取回其提存物時，則其提存自始無效，故其請求權亦歸消滅。又債權人自提存之日起，十年間對於提存所，不爲返還提存物之請求，並不表示允受提存之意思時，其關於提存物之權利亦消滅。於此場合，提存人若不取回其提存物，則其物之所有權屬於國庫。（第三三〇條）

第三 提存人與債權人間之效力 提存人適法爲提存後，其債權即時消滅。其債權人已受取提存物與否，不可問之。（二二）故債權人若無故不受取提存物，而復對於債務人請求履行時，債務人得以此爲理由而拒絕之，使其就提存物受清償。但清償人中途取回提存物時，其提存自始無效，其債權亦自始不消滅。

〔二二〕關於提存及於債權之效力，立法例有二種。有規定提存後其債權即歸消滅者，如日本民法是。日本第四九四條有規定提存後提存人喪失提存物取回權時，其債權之消滅者，如德國民法是。（德民第三七八條）我民法從日本立法例。

提存人既爲提存時，債權人雖尙未取得提存物之所有權，然其物已脫離清償人之占有，且債權人得任意

向提存所請求提存物之返還，故關其物滅失或毀損之危險，歸債權人負擔。且債務人無須支付遲延利息，及賠償因怠於收取孳息而生之損害。（第三二八條）

第五款 價金提存

價金提存云者，清償人變賣債權標之物，而提存其價金之謂也。提存應以原物爲之，然債權標之物，有不適於提存者，故法律特設價金提存之制度，以爲救濟。

價金提存，依提存債權標之物之價金爲之。是以欲爲價金提存，必須變賣其標之物。變賣行爲，不外提存之準備行爲，非有一般提存之原因存在時，不得爲之。但一般提存原因存在時，非一切標之物均得變賣，其得變賣之物，限於左列各種（第三三一條）

（1）其物不適於提存者 不適於提存（即原物提存）之物，即其物容積過大，或有危險性，難得保管之場所者是也。

（2）其物有滅失毀損之虞者 例如魚、肉、果實、及磁器之類是。

（3）其物之保存費用過鉅者 例如牛、馬及其他動物是。

上列各物，有提存原因發生時，清償人得變賣標之物，而提存其價金，但須經清償地初級法院之允許。蓋欲使法院事前審查其具備有效條件與否，以免後日爭之議也。

標之物之變賣，應依拍賣之方法爲之。（第三三一條）但有市價之物，法院得許清償人，照市價出賣。（第三

三二條)又在拍賣法未公布施行前,亦得照市價出賣,惟應經法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關之證明。(民法債編施行法第十四條)其拍賣及出賣費用,與提存費用同,歸債權人負擔。(第三三三條)

第五節 抵銷

第一款 抵銷之意義及性質

抵銷者,以自己對於他人所有之債權,與他人對於自己所有之債權互抵為內容之單獨行為也。抵銷為單獨行為,故行為以外之事實(如混同)及單獨行為以外之行為(如清償)雖為債權消滅之原因,非抵銷。又抵銷係自己對於他人之債權,與他人對於自己之債權互抵為內容,無此內容之單獨行為(如免除)雖為債權消滅之原因,亦非抵銷。互抵云者,以他人對於自己所有之債權,抵還自己對於他人所有之債權之謂。因此互抵,兩方節省交換給付之煩,而得收同時滿足之效,極為利便。故各國民法無不認此制度,惟其性質或有不同耳。(一一三)

〔一一三〕抵銷為羅馬法上所認之制度,近世各國之民法,亦明定之。惟其規定之內容,不能一致。德、日民法,及瑞士債務法規定:相對立之兩個債權,具備一定之要件時,各當事人得以一方的意思表示為抵銷,故抵銷為單獨行為。(德民第三八八條、日民第五〇六條、瑞債第一二四條)反之,法、奧民法,則定相對立之兩個債權,具備一定之要件時,不待當事人之意思表示當然抵銷,故其抵銷為事件。(法民第一二九〇條、奧民

第一四三八條)

抵銷之性質若何?學說不一。有以之為擬制的清償者,有以之為代物清償者,有以之為權利質之實行者。然均出於擬制,而不合於事實。抵銷者,由其實質觀察,乃因使自己之債權滿足,而處分他人債權之自助行為。詳言之即

債權人依一方行為，消滅債務人之債權，藉以滿足自己之債權是也。故抵銷非清償，亦非代物清償，獨立為債權消滅之一原因。〔一一四〕

〔一一四〕主擬制的清償說者，為德儒 Hartter、法儒 Laurent 等。主代物清償說者，為德儒 Windscheid、Meckenech 等。主質權說者，為德儒 Weigelh, Leodhard 等。自助行為說，則為今日多數學者之通說。

第二款 抵銷之要件

抵銷得任意為之，但欲其抵銷有效，不得不具備左之要件。（第三三四條）

（一）要二個之債權相互的存在 抵銷之發生效力，以有二個債權之存在為必要。一為供抵銷之債權，謂之自動債權；一為被抵銷之債權，謂之受動債權。若此兩個債權中，有一不發生或已消滅，則其抵銷無效。自然債權，為無請求權之債權，原則不得就之為抵銷。但自動債權，雖已罹於消滅時效，而在時效完成前，其債權適於抵銷者，亦得以之供抵銷。（第三三七條）蓋在雙方債權適於抵銷之場合，當事人往往以為其債權當然抵銷，而不為抵銷之意思表示，並不行使其權利，致其債權罹於時效者；若不許其供抵銷，殊欠公允，故法律特設此例外。以上係就自動債權而言，至受動債權罹於時效之場合，法無明文規定，然當事人之一方，明知受動債權已罹於時效，而對之為抵銷時，則為拋棄因時效之法律效果，其抵銷當然有效。反之，不知其罹於時效，而對之為抵銷時，則類推第一百四十四條二項之規定，其抵銷亦為有效。且其債權不以於時效完成前適於抵銷為必要，與自動債權不同。以其基於另一理由故也。

有二個債權矣，其債權尙要相互的存在，方生抵銷之效力。相互的存在云者，即抵銷人對於相對人有債權，其相對人對於抵銷人亦有債權之謂。其債權非相互的存在時，原則不得抵銷；但例外有得以自己對於第三人所有之債權，與相對人對於自己所有之債權抵銷者，如第二二九條二項是。有得以第三人對於相對人所有之債權，與相對人對於自己所有之債權抵銷者，如第二七七條是。

(二)要雙方之債權有同種之標的。異種標的之債權，雖客觀的價格相同，亦不許抵銷。同種標的之云者，給付標的之種類及品質，其範圍一致之謂，不以給付同一之物爲必要。兩債權均以給付『某馬』爲標的時，固得謂爲同種；即均以給付『口外之馬』或給付『馬』爲標的時，亦得謂同種。同種之標的，多於金錢債及種類債見之，故抵銷於此兩種債權適用最多。

抵銷之債權，原則雖要有同種之標的，然例外異種標的之債權，亦有可以抵銷者。茲舉於左：

(甲)一方之債權，以特定物之給付爲標的，他方之債權，以不特定物之給付爲標的，其特定物屬於該不特定物之範圍內者，得以特定債權與種類債權抵銷。例如甲對乙有給付某馬之債權，乙對甲有給付馬之債權，甲得對乙主張抵銷是。

(乙)雙方之債權，均以不特定物之給付爲標的，其一不特定物屬於他不特定物之範圍內者，得以範圍較狹之種類債權，與範圍較廣之種類債權抵銷。例如甲對乙有給付口外之馬之債權，乙對甲有給付馬之債權，甲得對乙主張抵銷是。

(丙) 雙方之債權，均以同種不特定物之給付爲標的，而其物之品質優劣不同者，得以品質較優之種類債權，與品質較劣之種類債權抵銷。例如甲對乙有給付上等之米一石之債權，乙對甲有給付下等之米一石之債權，甲得對乙主張抵銷是。

(三) 要雙方之債權均至清償期，未至清償期之債權，無須履行，故亦不得抵銷。但清償期通常均爲債務人之利益而設，債務人於期限前，得拋棄利益，而爲給付。(第三一六條後段參照) 故受動債權雖未至清償期，抵銷人亦得拋棄利益，對之爲抵銷。

(四) 要雙方之債權均非不許抵銷者，債權有不許抵銷者，就於此種債權所爲之抵銷，無效。何種債權不許抵銷乎？當於次款詳言之。

具備上列要件時，抵銷權發生，得爲有效之抵銷。此外無須其他之條件；從而(1) 雙方之債權，不要基於同一之原因。(2) 雙方之債權，不要明確其債權額；依計算始得確定之場合，亦得抵銷。(3) 雙方之債權額，不要同一；其額相異時，就其相當額得爲抵銷。(4) 雙方債權之清償地，不要相同；清償地相異之債權，不妨爲抵銷。但抵銷之當事人，須賠償相對人因抵銷而生之損害。(第三三六條) 因抵銷所生之損害者，即有抵銷較之無抵銷所蒙之損失也。【一五】

【一五】清償地相同之債權，抵銷之結果，雙方當事人，固有利無害；而在清償地相異之債權則不然。其抵銷之給果，有當事人只受利益而不要損害者。如甲對乙之債權，應在甲之住所履行，乙對甲之債權，應在乙之住所履行，雙方相抵是。有當事人之一方，不受利益，反蒙損害者。如甲

對乙之債權，應在乙之住所履行，乙對甲之債權，應在乙之營業所履行，其後甲對乙抵銷是。因此際乙應將債權標的物送往其營業所，不免支出費用也。

第三款 抵銷之許可

債權以許抵銷爲原則，但例外亦有不許抵銷者。今列舉於左：

(一) 債權性質上不許抵銷者 雙方之債權，雖有同種之標的，然其一方之債權，性質上不許抵銷時，不得抵銷。(第三三四條但書) 性質上不許抵銷云者，即其債權若被抵銷，則不得達其存立目的之謂也。例如以同種之單純作爲(如服勞務)及不作爲爲標的之債權是。至附着抗辯(如附第七四五條之檢索抗辯)之債權，得以之供抵銷否歟？德國民法有明文規定，不許其爲抵銷；(德民第三九〇條)我民法則無之。然此項債權，若得以爲自動債權，與他人之債權抵銷，則相對人未免失抗辯之利益，故理論上應不許其抵銷，惟以之爲受動債權，對之爲抵銷，則無不可。簡言之，即得以之爲受動債權，不得以之爲自動債權。

(二) 法律禁止其爲抵銷者 依我民法之規定，禁止抵銷之債權有四：

(甲) 因故意侵權行爲而生之債權，其債務人不得向債權人主張抵銷；蓋若許其抵銷，不特違反正義，且足以誘致侵權行爲之發生也。但債權人不妨以此項債權與債務人主張抵銷。(第三三九條)簡言之，即得以之爲自動債權，不得以之爲受動債權。

(乙) 禁止扣押之債權，其債務人不得向債權人主張抵銷，因此項債權爲維持債權人之生計所必需者；若債

務人得對之爲抵銷，則與禁止扣押之目的相反故也。但由債權人主張抵銷時，則無不可。（第三三八條）卽得以之爲自動債權，不得以之爲受動債權，與前項同。

（丙）受債權扣押命令之第三債務人，於命令送達後所取得之債權，不得以之與受扣押之債權抵銷。蓋扣押命令，其性質非但禁止其支付，且禁止其抵銷，故其後所爲之抵銷無效。雖然，此祇就命令送達後所取得之債權而言。若夫命令送達前所取得之債權，第三債務人於命令送達前，本得以之與被扣押之債權抵銷，自不因扣押而失其權利；從在扣押後，仍得以之與受扣押之債權抵銷。（第三四〇條）

（丁）被扣押之債權，及屬於破產財團之債權，債權人無自由處分之權利，故不得以之與他之債權抵銷。此於強制執行法及破產法規定之。

（戊）依契約應向第三人爲給付之債務人，不得以其對於他方當事人所有之債權，與其所負之債務抵銷。（第三四一條）

（三）當事人以特約禁止抵銷者，債權人與債務人得訂立契約，禁止債權之抵銷。有禁止特約時，其債權雖具備法定要件，亦不得爲有效之抵銷。訂立此契約者，不限於當初之當事人，其後之受讓人及承擔人，亦得訂立之。其禁止有存於自動債權者，例如約明不得以此債權爲抵銷。是有存於受動債權者，例如約明不得對此債權爲抵銷是。

第四款 抵銷之方法

關於抵銷之方法，立法例不一，大別爲兩主義：一當然抵銷主義，雙方之債權，具備法定要件時，不要當事人之行爲，當然均歸消滅；法，與民法探之。一單獨行爲主義，即雙方之債權，具備法定要件時，各當事人得以單獨行爲爲抵銷，德、日民法，及瑞士債務法探之。我民法探第二主義，明定抵銷依一方的意思表示爲之；（第三三五條一項前段）故抵銷權爲形成權。

抵銷之意思表示，於審判上及審判外均得爲之。其意思表示，不要明示，即默示亦可。但不得附有條件或期限。否則其意思表示無效。（同條二項）蓋其意思表示若得附條件或期限時，則依抵銷人一方之行爲，使相對人立於不確定之地位，非公平保護雙方當事人之道也。

在當事人之一方或雙方，有數個之債權，均適於抵銷時，抵銷人本應表示以何之債權與何之債權抵銷之意思。但此節法律有補充之規定，雖不表示此意思，其抵銷亦有效力。即於此場合，應準用關於清償抵充之規定，以定其供抵銷及被抵銷之債權是也。（第三四二條）

第五款 抵銷之效力

抵銷生效力時，雙方債權同歸消滅。雙方債權倘異其額，則就其相當額生抵銷之效果；故額數較多之債權人，仍得以其餘額請求履行。（第三三五條一項後段）

抵銷行爲，遡及最初得爲抵銷時生效力。『得爲抵銷時』者，即爲抵銷之人之抵銷權發生之時也。抵銷之遡及力，基於法律之擬制，與法律行爲之撤銷同。蓋雙方債權適於抵銷時，爲抵銷之人，多即有抵銷之意思，每以爲其債

權當然抵銷，致不即為抵銷之意思表示者。法律為保護抵銷人起見，特與抵銷以遯及既往之效力。

抵銷生遯及力，因生左之效果：

- (甲) 雙方債務人，自得為抵銷之時起，免支付利息之義務；其已支付者，得請求返還。
- (乙) 雙方債務人，自得為抵銷之時起，不任履行遲延之責。
- (丙) 雙方債務人，自得為抵銷之時起，不任受領遲延之責。
- (丁) 担保債權之權利，自得為抵銷之時起消滅。但其債權未全部消滅者，則不在此限。

第六款 契約上之抵銷

契約上之抵銷者，依契約所為之抵銷也。詳言之：即依當事人之契約，消滅雙方債權之謂也。其所為之契約曰抵銷契約。此項契約，雖為法律所未規定，然依契約自由之原則，當然有效。

契約上之抵銷，與通常之抵銷不同，無須具備抵銷之要件。故其雙方之債權，(1)不要相互的存立。(2)不要有同種之標的。(3)不要在清償期。(4)不要非不許抵銷者。且其契約得附條件或期限。但非雙方債權之有效存在，則其契約不能有效。蓋當事人未有無債權而願為抵銷之意思也。然則此種抵銷有遯及力否乎？應解釋當事人之意思定之。意思不明時，以斷定其無遯及力為當。

契約上之抵銷，與抵銷之預定不同。抵銷之預定者，即當事人約明將來互有債權，宜於抵銷時，不要意思表示，當然抵銷之謂也。如交互計算之契約是。此種契約，祇以省略意思表示為目的，不以減輕法定要件為目的，故與抵

銷契約有別。

第六節 免除

免除者，以拋棄債權爲內容之單獨行爲也。因其爲債權之拋棄，故應由債權人爲之。又因其爲單獨行爲，故應以一方的意思表示向債務人爲之。（第三四三條）無得債務人承諾之必要。但從來立法例，多以免除爲契約。〔二六〕其重要之理由，謂債務之免除，有爲債務人之所不欲者，不得其承諾而爲之，未免無視其自由。雖然，權利得由權利人任意拋棄之，乃是一般之原則，於債權當然可以適用。故我民法特從日本民法之規定，以免除爲單獨行爲。（日民第五一九條參照）

〔二一六〕德民第三九七條，法民第一二八五條及第一二八七條，瑞債第一一五條參照。

債權人爲免除時，則債權消滅。（第三四三條）故免除有處分行爲之性質，與債權之讓與同。從免除與原因行爲，要區別之。原因行爲者，即發生『免除債務』之債務之債權行爲；如贈與及其他契約是。而免除則係因履行此等債務而爲之行爲。但實際上，其原因行爲亦有與免除同時爲之。免除與其原因行爲，既有區別，故其原因行爲有效與否，與免除之效力，毫無影響。

第七節 混同

混同者，債權債務同歸一人之謂也。混同之成立，祇以債權債務同歸一人爲足，不以人之行爲爲必要；故爲事件，而非行爲。

混同有因包括承繼而生者，如債權人繼承債務人，或債務人繼承債權人是。有因特定承繼而生者，如債務人受讓債權人對於自己之債權是。繼承尤為混同之主要原因。

有混同時，則債權因缺乏必要之主體，（即債權人與債務人）除法律另有規定外，〔一七〕當然歸於消滅。但其債權為第三人權利之標的時，則不歸於消滅。（第三四四條）如就其債權設定權利質權之場合は也。蓋此場合，其債權若消滅，則其權利質權，亦不免消滅，非所以保護質權人之道也。然則其質權存在時，質權人有若何之利益乎？由實際觀察，約有兩種：（一）在其質權因担保第三人之債務而設定之場合，因質權存續，質權人不特得對於其債務人行使債權，且得對質入債權之債務人（即混同當事人）行使質入債權，其利益一也。例如甲對乙負債務，丙以自己對丁之債權，向乙設定質權，供其担保，其後丙丁混同是。（二）在其質權因担保質入債權之債權人自己之債務而設定之場合，其質入債權附有担保時，因債權存續，質權人得對於質入債權之債務人（即混同當事人）行使質入債權，並實行其所附之担保，其利益二也。例如丙對乙負債務，以自己對丁之債權（附有担保者）向乙設定質權，以為担保，其後丙丁混同是。若在其質權因担保質入債權之債權人自己之債務而設定，且質入債權不附担保之場合，其質權雖存在，而於質權人則毫無實益。

〔一七〕票據法第三一條、第一二〇條、第一三八條參照，依此等規定，票據上債務人，由持票人受讓該票據時，於其票據未到期前，更得以背書轉讓之。足見其票據上之債權，不因混同而消滅。

第八節 更改

第一款 更改之意義及性質

更改者，以發生與原債權異其要素之新債權，因而消滅原債權為內容之契約也。如甲對乙本有給付一馬之債權，與乙約明，易為百金是。更改契約，雖為我民法所未規定，但依契約自由之原則，亦有效力。茲先析述其意義、性質，而後及其種類、效力。

(一) 更改者契約也。更改為契約，必有雙方當事人之合意方得成立，與代物清償同。契約以外之行為，雖為債權消滅之原因，非更改。如清償、抵銷、免除是。然則其契約應由何人締結乎？容於次款述之。

(二) 更改之內容在發生與原債權異其要素之新債權，因而消滅原債權。更改契約，以新舊債權之替換為內容；即當事人要一致表示：「發生新債權因而消滅原債權」之意思。故如代物清償契約，其當事人表示：「因已為債權標的以外之給付而消滅債權」之意思者，非更改。新債權與原債權，為別異之債權，非同「一債權之存續」此點與債權讓與及債務承擔不同。蓋債權讓與及債務承擔，祇以移轉原債權及原債務為內容，其債權人及債務人，雖有變更，而原債權關係依然存續故也。惟其所發生之新債權，要與原債權異其要素。倘其要素並無變更，則當事人雖有意發生新債權，以代原債權，更改亦不成立。債權之要素者，債權成立所必需之要件也。即債權人、債務人、及債權之標的。至於條件，本係債權之體樣，非其要素；然其與債權之效力，有重大之關係，不妨謂之準要素；故負擔與原債權異其條件之新債權，因而消滅原債權之契約，可謂準更改。其他以契約變更清償期，給付處所及債權之担保等，祇可認為舊債權之存在，而非更改。

依上所述，則知更改爲新舊債權交替之制度。自羅馬法以降，各國之民法，多明認之。如奧、法、意、日、瑞等國，其最著者也。〔一八〕惟自近世認債權讓與及債務承擔以來，更改之實用甚少，故德國民法不明認此制度。我民法從之。

〔一八〕奧民第一三七五條以下，法民第一二七一條至第一二八一條，意民第一二六七條至第一二七八條，日民第五一三條至第五一八條，瑞債第一一六條以下參照。

然則更改之性質若何？更改契約以發生新債權因而消滅原債權爲內容，依其契約之成立，當事人之一方，負擔債務，故爲債權契約，又其負擔債務之實質的原因，爲原債權之消滅，詳於契約之上，故爲有因契約。從其所發生之債權，亦爲有因債權。

第二款 更改之種類

更改有三種，卽因債權標的變更之更改，因債權人替換之更改，及因債務人替換之更改是也。茲分述之：

第一 因債權標的變更之更改

因債權標的變更之更改，卽變更債權之標的，使發生新債權，因而消滅舊債權之契約也。此種契約，由舊債權人及債務人訂立之。例如甲對乙原負給付一半之債務，與乙約明，改爲給付百金之債務是。

因債權標的變更之更改，當事人當然應表示新舊債權交替之意，惟其新舊債權要異其標的，卽其標的要有所變更，是其特點。債權標的之變更者，卽其給付標的之種類、品質、或數量有所變更之謂。若夫債權附屬的事項（如履行期、給付處所、擔保等）之變更，則非標的之變更。

第二 因債權人替換之更改

因債權人替換之更改者，變更債權人，使發生新債權，因而消滅舊債權之契約也。此項契約，應由新舊債權人及債務人三面訂立之，非如債權讓與祇以新舊債權人之契約爲足。蓋更改之結果，債務人應對於新債權人，從新負擔債務故也。例如甲負乙百金，甲乙與丙約，改爲甲爲丙百金，而甲乙間之債權，依之歸於消滅是。

因債權人替換之更改，亦爲不要式契約，其成立只以當事人之合意爲足。但欲以其契約對抗第三人，不可不有確定日期之證書。（舊民律第四七七條二項）蓋不以確定日期之證書爲必要時，當事人每利用倒贍更改日期之法，以加害已依債權讓與或因債權人替換之更改，先取得債權之第三人，非所以保護善意第三人之道也。確定日期之證書，有種種：如公正證書，即其一例。（參照日本民法施行法第五條）

第三 因債務人替換之更改

因債務人替換之更改者，變更債務人，使發生新債權，因而消滅舊債權之契約也。此項契約，得由新債務人與債權人訂立之，不要得舊債務人之同意。蓋第三人既得不經債務人之同意，而承擔其債務，則訂立更改，當然無須債務人之同意也。例如甲負乙百金，丙與乙約，改爲丙負乙百金，甲乙間之債權，依之歸於消滅是。但加入舊債務人而爲三面契約，亦屬有效。

第三款 更改之效力

更改契約以新舊債權之交替爲內容，故生左之效果：

(一) 新債權發生 更改為債權契約，依其成立，直發生新債權。夫既曰發生，當然非舊債權之存續，故附着於舊債權之抗辯，及附隨於舊債權之担保權利，不移轉於新債權。此與債權讓與之場合不同。雖然，其新債權之發生，與舊債權之消滅，同為一個契約之內容。且依其契約之內容，而知舊債權之消滅，與新債權之發生，有因果之關係。故若其舊債權本不存在，不因更改而始消滅時，則其契約關於消滅舊債權之部分無效，從關於發生新債權之部分亦無效。(第一一一條參照) 新債權亦不發生。若然，則新舊債權非無關係也，明矣。

(二) 舊債權消滅 更改契約，一面發生新債權，一面消滅舊債權，故為債權消滅之一原因。惟其舊債權之消滅，本係新債權發生之結果，故左列場合，舊債權不消滅。

(甲) 新債權因不法原因而不發生時 新債權標的不法時，則其債權不發生，此際不問當事人知其不法與否，舊債權不消滅。蓋其債權以不法事項為標的時，即更改全部不法，依第七一條之規定，其契約應全部無效故也。

(乙) 新債權因不法以外之原因而不發生時 新債權因不法以外之原因自始不發生時，(如因給付從始不能債權不發生) 舊債權亦不消滅，亦因其契約全部無效故也。(第一一一條參照)

第九節 債權消滅之一般效果

債權消滅之原因，及其各種原因所生之效果，已如前八節所述，茲分述其一般的效果：

(一) 債權消滅時，從屬債權之權利，如担保物權、保證債權、抵銷權、抗辯權(如同時履行抗辯權)等，均隨同消

滅。(第三〇七條)但已發生之利息債權、損害賠償債權、違約金債權等，雖從屬於債權，然不以債權之存在爲存續要件，當然不因債權消滅而消滅。

(二)立有負債字據之債權，全部消滅時，債務人得請求債權人返還或塗銷負債之字據。若其負債之字據上，載有債權人他項權利者，債務人得請求將消滅事由，記入字據。其債權一部消滅時亦同。倘債權人主張其負債字據有不能返還或有不能記入之事情，債務人得請求給與債權消滅之公認證書。(第三〇八條)此公認證書，由債權人作成，聲請債務履行地之法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關蓋印簽名。(民法債編施行法第九條)

返還負債字據請求權，乃法律欲使債務人便於證明債權消滅，特別賦與債務人之權利，非基於所有權之返還請求權，亦非不當得利返還請求權。蓋該字據之所有權，本屬于債權人；且債權人於債權消滅後，並不依此字據而得利益故也。又此字據之返還，本僅以供證明債權消滅之用，非其債權因字據之返還，方歸于消滅。債權之消滅與否，仍應依其消滅原因之存否定之。但就通常情形論，負債字據均于債權消滅後，始行返還。故法律特規定負債字據已返還者，推定其債權業已消滅。(第三二五條三項)(二一九)

【二一九】第三二五條三項本規定「債權證書」而不用「負債字據」之名稱。然其所謂債權證書，實即第三〇八條之負債字據。在同一法典上，對於同一事物，而用兩種之名稱，殊屬失當。應予改正。第三二四條之一「受領證書」與第三〇九條二項之「收據」，其關係亦同。

第八章 多數主體之債

第一節 總說

凡債之關係必有債權人、與債務人，是謂之債之主體。其債權人及債務人各有一人時，為單數主體之債；反之，其債權人或債務人有數人時，則為多數主體之債。〔一三〇〕多數主體之債，於公同關係（如合夥）存在時，雖不妨由數債權人共有債權，或數債務人共負債務；然通常皆分別之，而各有債權或各負債務。既經分別，其債遂生特別之效力，故法律設特別之規定。

〔一三〇〕多數主體之債，乃指一個之債而有數個債之主體者而言。若有數個之債存在時，縱其標的相同，且由一個原因而生，亦非多數主體之債。例如甲乙丙共同與丁締結契約，各負同樣作為（如演劇）或不作為（如不漏洩秘密）之債務是也。

多數主體之債，有自始發生者，即其債成立之初，即有多數主體之謂也。例如甲乙與丙約，共同贈丙百金是。有嗣後發生者，即其債成立之初，本只有單數之主體，其後因繼承或其他原因，致有多數主體之謂也。例如甲負乙百金，乙死丙丁繼承其債權是。

多數主體之債，既分別之後，可呈種種之態樣。我民法債編總則中所明認者，只有三種：即連合債、連帶債、及不可分債是也。至保證債務（第七三九條以下參照）保證人與主債務人，同負債務，雖亦屬多數主體之債，然保證債務之主債務人，與其保證人所處之地位不同，非茲所謂多數主體之債。今將民法上所規定三種之債，分節述之。

第二節 連合債

第一款 連合債之意義

連合債者，以可分給付爲標的，且其給付被分割於多數債權人或多數債務人之多數主體之債也。連合債之成立，第一要有多數債權人，或多數債務人。因其爲多數主體之債故也。其債權人有數人時，謂之連合債權。例如甲負乙百金，乙死丙丁繼承其債權是。其債務人有數人時，謂之連合債務。如前例，甲死丙丁繼承其債務是。第二要以可分給付爲標的。以不可分給付爲標的時，乃不可分債，而非連合債。第三要其給付被分割於各債權人或各債務人。即各債權人享有一部之債權，或各債務人負擔一部之債務。若其可分給付無被分割，各債權人有全部債權，或各債務人負全部債務時，則爲連帶債，亦非連合債。

第二款 連合債之原因

連合債有基於法律之規定而生者，例如數人繼承以可分給付爲標的之債權或債務之場合是。有基於法律行爲而生者，例如債權一部讓與，及債務一部承擔之場合是。依法律規定或法律行爲發生連合債時，祇以規定或訂定數人有請求可分給付之債權，或數人負可分給付之債務爲足，無須明示其爲連合債。（第二七一條前段）因以可分給付爲標的之多數主體之債，以連合債爲原則，而以連帶債爲例外故也。（一二）又依法律行爲發生連合債之場合，其法律行爲不要單一，以數個行爲發生一個連合債亦可。例如甲以一部債權讓與於乙，同時以他一部讓與於丙是也。

·(一三二)德國民法第四二七條規定：「數人因契約共同負擔給付時，雖無特別意思表示，亦視為連帶債務人。」不外以連帶債為原則，連合債為例外。舊民律從之。（同律第四九三條參照）新民法以此種規定，不合于我國之習慣，故刪之。（第二七二條一項參照）

第三款 連合債之效力

連合債係以一個給付，分割於多數債權人，或多數債務人。形式上雖為一個之債，實則按其債權人或債務人之數，而有數個獨立之債之存在。各債權人獨立享有權利，各債務人獨立負擔義務。故就於一債權人或一債務人所生之事項，（如清償、免除、遲延、時效完成等）其效力不及於他之債權人或債務人。至其分割之成數，有特別規定或特別訂定時從之。否則，以平等之比例，而為分割。（第二七一條前段）

第三節 連帶債

多數主體之債中，有以可分給付為標的，其數債務人各負全部給付之義務，或數債權人各人有請求全部給付之權利，因一回之給付，全部之債均歸消滅者，謂之連帶債。連帶債有二種：一為連帶債務，即有多數債務人之連帶債也。一為連帶債權，即有多數債權人之連帶債也。茲分款述之。

第一款 連帶債務

第一項 連帶債務之意義

連帶債務者，以可分給付為標的，數債務人因互相担保，各負全部給付之義務，依一回之給付，全債務均歸消滅之多數債務人之債務也。（第二七二條）例如甲乙與丙內約，共贈丙百金，由乙各負履行全部之責是也。連帶債

務之成立，要具備左之條件：

(一) 要有多數債務人 因連帶債務，為多數債務人之債務故也。

(二) 要以可分給付為標的 其標的之給付不可分時，則成立不可分債務，非連帶債務。

(三) 要數債務人因互相担保各負全部給付之義務 連帶債務之數債務人，各負全部給付之責。各債務人只負一部給付之責時，乃連合債務，非連帶債務。又其各債務人所以負全部給付之義務者，乃因互相担保之故；即各債務人本只負一部給付之義務，因担保他人担負部分之履行，遂至負擔全部給付之義務。此即其與不真正連帶債務相異之點；蓋不真正連帶債務，其各債務人雖亦負同一給付之義務，且各債務有共同之目的，然只偶然的競合，而無互相担保之關係也。此節於後（第六項參看）當詳述之，茲不多及。

連帶債務，其數債務人，對於債權人，各負全部給付之義務，形式上雖為一個之債務，實則依其債務人之數，有數個債務之存在。多數學者，以連帶債務為複數債務者，即以此也。惟因其形式上為一個之債務，且其各債務人所負之債務，又同以其標的給付之全部為標的，故其數個債務之標的，當然相同。多數債務人各負標的不同之債務時，債權人與債務人間，雖有『一債務履行時他債務亦消滅』之特約，亦非連帶債務。〔一三三〕

〔一三三〕此際其多數債務人所負之債務，均為附解除條件之債務。即其各個債務以他債務之履行為解除條件，單純因他債務之履行而消滅。非因其債務存立目的到達而消滅。故與連帶債務有別。

(四) 要因一回之給付全債務均歸於消滅 連帶債務，實質上雖有數個債務之存在，然其數個之債務，祇有一

們共同之目的。故一債務有履行時，則其共同之目的到達，全債務當然歸於消滅。例如甲乙與丙約，連帶贈內五千金，以爲留學美國之用，乙已爲履行時，則甲之債務亦歸消滅，因丙已達其目的故也。

第二項 連帶債務之原因

連帶債務發生之原因有二：（一）法律行爲，即當事人爲契約或單獨行爲，使發生連帶債務之謂也。其法律行爲不以單一爲必要，以數個行爲發生一個之連帶債務亦可。例如并存的債務承擔之場合は也。依法律行爲發生連帶債務時，當事人要表示負擔連帶債務之意思。（第二七二條一項）其表示負擔連帶債務意思所用之詞語，法無制限，無須用『連帶債務』之文字。又依數個法律行爲發生一個連帶債務之場合，其各個債務之標的，雖必須同一，然其債務之體樣，不妨互異。故各債務雖異其條件、期限及担保，連帶債務亦得成立，此通說也。（二）法律規定。即法律以明文使發生連帶債務之謂也。例如第二八條、第一八五條一項、及第七四八條所規定者是。（同條二項）

第三項 連帶債務之效力

第一目 債權人之權利

在連帶債務，其各債務人對於債權人，均負全部給付之義務，故債權人得向連帶債務人之一人或數人或全體，同時或先後，請求全部或一部之給付。（第二七三條一項）詳言之：債權人得從其選擇，（一）只對於連帶債務人之一人，請求全部或一部之給付，如只以一債務人爲被告而提起訴訟是。（二）同時對於連帶債務人之全體或其中數人，請求全部或一部之給付，如以全體債務人或其中數人爲共同被告，提起訴訟是。（三）順次對於連帶債

務人之全體或其中數人，請求全部或一部之給付，如先以連帶債務人之一人或數人爲被告，提起訴訟，其後復以他之債務人爲被告，提起訴訟是。連帶債務人，因各各獨立負擔債務之結果，不得以權利拘束爲抗辯，非至全部履行，其責任不消滅。（同條二項）

第二目 就連帶債務人之一人所生事項之效力

連帶債務人，各負債務；然則就其一人所生之事項，其效力及于其他之債務人否乎？詳言之：卽就其一個債務，有清償、抵銷、免除、混同、時效完成等事實時，他之債務亦受影響否乎？夫連帶債務，實質上本爲複數債務，就一債務人所生之事項，其效力理論上應不及他之債務人；然其數個債務共有一個之目的，若就其一人所生之事項，可使共同之目的到達時，則他之債務當然亦因反射作用而消滅。故就于一債務人所生之事項中，有其效力及于其他之債務人者，學者稱之曰發生絕對的效力之事項；有其效力不及於他之債務人者，學者稱之曰發生相對的效力之事項。

發生絕對的效力之事項，及發生相對的效力之事項，理論上雖應依其事項可使共同之目的到達與否，以爲分別；然各國立法例，每基於實際之便宜，於此原則之外，又設多少之例外。我民法亦然。茲依其所定，列舉發生絕對的效力之事項，及發生相對的效力之事項於左：

第一 發生絕對的效力之事項 共有九種，列左：

（一）清償 連帶債務人之一人，清償債務之全部時，全數債務消滅。清償債務之一部時，他之債務人，於其已

清償之部分，亦免其義務。(第二七四條)債權人依對於連帶債務人之一人為強制執行而得滿足時，亦同。(二)提存 連帶債務人之一人對於債權人為提存時，他之債務亦消滅。(第二七四條)因提存者，乃於例外場合，依特種方法而為之清償故也。

(三)代物清償 連帶債務人之一人，對於債權人為代物清償時，他之債務亦消滅。(第二七四條)因代物清償與清償有同一之效力故也。

(四)抵銷 抵銷實際上亦與債權人以滿足，故連帶債務人之一人，對於債權人為抵銷時，他之債務亦消滅。(第二七四條)但他之債務人對於債權人有債權時，債務人不得以該他債務人債權之全部，向債權人主張抵銷，只得以該他債務人應分擔之部分，向債權人主張抵銷。(第二七七條)

(五)受領遲延 債權人對於連帶債務人之一人有遲延時，對於他債務人亦任受領遲延之責。(第二七八條)蓋債權人若無受領遲延，則該連帶債務人已為履行，他之債務人亦得免責。故其受領遲延，對於他之債務人亦有效力。

(六)免除 債權人對於連帶債務人之一人，為債務之免除時，若債權人有消滅全數債務之意思，則其他債務人所負之債務，亦全部消滅，是屬當然之事。反之，債權人倘無消滅其他債務之意思，則祇就該債務人所擔負部分，他債務人亦免其義務，即他之債務內，應扣除該債務人所擔負部分是也。(第二七六條一項)夫在該債權人無免除其他債務之意思時，其免除對於他之債務人，理論上本不生效力。然如此辦理時，則債權人

對於他之債務人，得請求全部給付；他之債務人爲清償後，得對已受免除之債務人，就其負擔部分爲求償；而該債務人，又必對債權人請求償還，關係紛雜，徒滋煩擾。故法律爲圖實際之便宜，特明定債權人非扣去已受免除之債務人所擔負部分，不得向他債務人請求給付。

(七) 混同 連帶債務人之一人與債權人混同時，他債務人亦免其義務。(第二七四條) 蓋視爲該債務人已向債權人爲清償故也。【二三】

【二三】連帶債務人之一人，與債權人混同時，該混同債務人，固免其義務；他之債務人，亦因之免其義務否乎？關於此點，各國立法例不同。德國民法第四二五條二項規定：混同只生相對的效力。日本民法第四三八條規定：混同視爲清償，故就其債權全部生絕對的效力。法國民法第一三〇一條則定：就混同債務人之負擔部分，他債務人亦免其義務。我民法從日本立法例。不外出于保護他債務人之趣旨也。

(八) 消滅時效之完成 連帶債務人之一人消滅時效已完成時，就該債務人所擔負部分，他債務人亦免其義務。(第二七六條二項) 蓋不如是，則他債務人於爲全部給付之後，得向該債務人求償，該債務人至不得享受時效完成之利益也。

(九) 確定判決 連帶債務人之一人受確定判決時，以其判決利益債務人，且非基于該債務人之個人關係者爲限，對於他之債務人亦生既判力。(第二七五條) 其判決不利于債務人者則否。此項規定，純爲保護債務人而設。爲『判決之效力不及于第三人』原則之一例外。

依上所述，則知清償、提存、代物清償、抵銷、混同、受領遲延、判決等，就於全部債務發生絕對的效力。消滅時效

之完成，祇就生此事項之債務人所擔負部分，發生絕對的效力。而免除則有就其全部生絕對的效力者，亦有就其擔負部分生絕對的效力者。

第二 發生相對的效力之事項 上述九種以外之事項，就於連帶債務人之一人發生時，其效力祇存於債權人與該債務人之間，不及於他之債務人。（第二七九條）今舉其重要者於後：

（一）過失 連帶債務人之一人，因故意或過失所為之行爲，對於他之債務人，只爲事變，故不及其效力。

（二）履行遲延 連帶債務人之一人履行有遲延時，他之債務人不任遲延之責。

（三）給付不能 連帶債務人之一人不能給付時，該債務人雖免其義務，或應任損害賠償之責，然他之債務人仍負直接履行之義務。

（四）時效之中斷及停止 連帶債務人之一人其消滅時效被中斷或停止時，他之債務人不受影響。

（五）債權之讓與及債務之承擔 債權人以對於連帶債務人之一人之債權，讓與第三人，或第三人承擔連帶債務人之一人之債務時，他之債務人之債務，不蒙影響。

（六）連帶之免除 債權人對於連帶債務人之一人，爲連帶之免除時，該債務人雖只就其自己之擔負部分負債務，然他之債務人，仍負全部給付之義務。何謂連帶之免除，詳於次項。

以上所舉者，不過例示其他類此之事項，（如變更債務之體樣）亦只生相對的效力。但債權人與全體債務人間有特別訂定時，仍從其訂定。

第四項 連帶之免除

連帶之免除者，債權人免除債務人負擔全部給付義務之行爲也。詳言之：卽債權人使債務人免除他債務人擔負之部分，只就其自己擔負部分負擔債務之謂也。蓋連帶債務人對於債權人，雖各負履行全部之責，而其相互之間，各有負擔部分之存在。此負擔部分之如何，債權人本可不問之；然債權人自進承認債務人內部之負擔部分，而限定其債務於其負擔部分者，當然有效。因此種免除，實質上不外債務之一部免除故也。連帶之免除與普通之免除同，債權人依一方的意思表示向債務人爲之。

連帶免除有二種：一爲絕對的連帶免除，卽對於一切債務人爲連帶免除之謂也。一爲相對的連帶免除，卽對於債務人之一人爲連帶免除之謂也。有絕對的連帶免除時，各債務人均就其負擔部分負擔債務，連帶債務因之變爲連合債務矣。有相對的連帶免除時，受連帶免除之債務人，雖只就其負擔部分負擔債務，他之債務人，仍負全部給付之義務。

第五項 連帶債務人相互之關係

第一目 各債務人之負擔部分

連帶債務人對於債權人，雖各負全部給付之責，然於其相互之關係，則各負一部給付之義務。稱其各人所負之給付部分，曰負擔部分。各債務人負擔部分之範圍如何，法律有特別規定，或各債務人相互間有特別契約時，從其規定或約定。其契約之內容，法無制限，故各債務人負擔部分，不特不要相等，卽一債務人有負擔部分，他債務人

無担負部分，亦無不可。各債務人相互間無特別契約時，則推定其担負部分為相等。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害，及支付之費用，由該債務人負擔。（第二八〇條）

第二目 求償權

第一 求償權之定義及其基礎

求償權者，連帶債務人之一人，以清償債務或其他行為，而免共同之責時，對於他之債務人，就其各自担負部分，請求償還之權利也。例如甲乙連帶負丙百金，其担負部分相等，若甲清償全部時，得對乙請求償還五十金是。（第二八一條一項）

由理論上言，連帶債務人之一人，為清償或其他行為，而免共同之責時，對於他之債務人，非當然得為求償。必債務人相互間，有特別法律關係（如委任無因管理等）存在時，方生求償權。與保證人代償債務之場合無異。蓋由對外關係觀察，各債務人對於債權人，負全部給付之義務；其為清償也。（其他行為亦然）不外清償自己之債務，當然不得對於他債務人請求償還。再由對內關係觀察，因債務人各負一部給付之義務。其一人所為之清償，一部分雖為清償他人之債務，（即他人之担負部分）然是乃因清償自己債務而生之結果，非單純清償他人之債務，故亦不生求償權。雖然，已為清償之債務人，就其他債務人之担負部分，所以與他債務人連帶負責者，其與他債務人之間，每有委任或無因管理等關係之存在。故該債務人已為清償之後，不妨依委任及無因管理之規定，（即第五四六條一項及第一七六條）對於他債務人為求償。是羅馬法所採之見解也。但近世之

立法，以債務人因他債務人之行爲，而免其負擔部分，爲不協於公平之觀念。故不問債務人相互間有無特別關係之存在，一般的認求償權。我民法亦從之。故連帶債務人之求償權，係基於法律之特別規定，與保證人之求償權，基於委任或無因管理之規定者不同。

第二 求償權之要件

求償權之發生，要具備左列之三條件：

(一) 要得共同之免責。免責云者，其所負之債務一部或全部消滅之謂也。共同之免責者，即一切債務人同時免責之謂也。求償權之發生，以共同免責爲第一要件；若僅一債務人免責，他債務人不得免責時，該債務人不得爲求償。如相對的連帶免除之場合は。

(二) 要因一債務人之行爲而得免責。故其共同免責，內債務人全體之共同行爲（如共同清償）或其他共同事由（如債權人對全體債務人爲免除）而生時，固不得求償。即因債權人之行爲或事件得免共同之責，而其事實就於一債務人而生時，亦不得求償。如一債務人因免除及消滅時效完成免其義務，其效力及于其他債務人之場合は也。一債務人之行爲可免共同之責者，共有四種：即清償、提存、代物清償、及抵銷是。但混同我民法視爲業已清償，故因一債務人與債權人混同，而免共同之責者，亦得求償。

(三) 要其免責額超過該債務人之擔負部分。因一債務人之行爲，而免共同之責時，其免責額不必涉于債務之全部，即僅免一部之責，亦生求償權。如一部清償之場合は也。然則其免責額要超過該債務人之擔負部

分否歟？即其免責額不及該債務人自己之担負部分時，亦得向他債務人求償否歟？從來有積極消極兩說：積極說，主張其免責額非超過其担負部分，不得求償。消極說，主張求償權之發生，不以其免責額超過担負部分為必要。余贊成積極說。〔二二四〕蓋債務人所以得為求償者，乃因其於對內關係，償還他債務人之担負部分之故。若其免責額未超過自己之担負部分，是不外自清償其債務，斷無向他債務人求償之理。且依消極說時，則在諸債務人各清償其担負部分之場合，亦得互相求償，其法律關係不免煩雜，尤非實際之所便也。

〔二二四〕對此問題，有消極積極二說：消極說謂因一債務人之行為而免共同之責時，其免責額雖不超過該債務人自己之担負部分，亦得對於他債務人為求償。此為法國學者之通說，德儒 *Crome, Dernburg* 等，日儒石坂首四郎川名兼四郎乾政彦磯谷幸次郎等，亦主張之。積極說則反對之，謂其免責額非超過該債務人自己之担負部分，則不得對於他債務人為求償。德儒 *Ortmann, Enneccerus* 等，日儒梅謙次郎鳩山秀夫橫田秀雄等，均持此見解。瑞士債務法亦設同一趣旨之規定。（瑞債第一四八條二項參照）我國學者，陳蓮昆李謨兩氏從之。（陳氏債總第三六五頁李氏債總第二五三頁參看）

第三 求償權之義務人

求償權之義務人，即償還義務人，謂對於求償人負償還義務之人也。償還義務人，本為他債務人之全體。但左列之債務人，理論上無償還義務。

(1) 無担負部分者。

(2) 就其自己担負部分，已為清償或其他行為，而免共同之責者。

(3) 因免除或消滅時效完成，就其自己擔負部分，已得共同之免責者。

第四 求償權之範圍

求償權之範圍，法律明定之。(第二八一條一項第二八〇條但書反對解釋) 即左列四項金額之合計是也。

(甲) 共同免責額 即得共同免責之部分也。但其中應扣除求償人自己之擔負部分，固不俟言。然則求償人就此免責額得求償原給付標之一部乎？抑以該部分折算金額乎？例如甲乙連帶對丙負交付米十石之義務，其後甲單獨履行全部，此際甲得對乙請求償還五石之米乎？抑求償五石之米之價額乎？對此問題，法無明文規定，而學者亦鮮有道及之者。然就「償還」二字之語義推之，當然應折算重額而為求償。(二二五)

〔二二五〕第二八一條有請求償還一語。償還與返還不同，「返還」乃還原物，而「償還」則還價額。此我民法之用語也。(第一八一條但書參照) 故求償之標的，非原給付的自體，乃原給付標的之價金。

(乙) 免責日以後之法定利息 即就前項折算之金額，自免責日以後所生之法定利息。既為法定利息，當然依法定利率。

(丙) 必要之費用 即為清償及其他免責行為所必需之費用。如運送費、匯費、執行費用皆是。但要控除因就自己擔負部分為免責行為所支出之費用。

(丁) 其他損害 即因為免責行為不得已而受之損害，如因清償債務，不得已以高利借入金錢是。但亦須扣

除因就自己擔負部分，爲免責行爲所受之損害。

以上各項金額之總計，爲求償人對於他債務人全體得爲求償之總範圍。至於對於各債務人得爲求償之範圍，應以該總金額按各債務人之擔負部分算定之。〔二六〕

〔二六〕例如甲乙丙連帶負丁千元，各人擔負部分，甲百圓，乙三百圓，丙六百圓。嗣甲獨償四百圓，又支出費用八圓。於此場合，除甲對丁應担負一百零二圓外，所餘三百零六圓，得向乙丙求償。因乙丙負擔部分爲三與六之比，故甲對於乙得求償一百零二圓，向丙求償二百零四圓。

第五 求償權之擴張

爲共同免責行爲之債務人，得向他債務人求償，既如前述；若他債務人中有因無資力，不能償還其負擔金額之全部或一部時，其不能償還之部分，求償人及其他有資力之債務人，應各按負擔部分分担之。（第二八二條一項前半）例如甲乙丙連帶負丁千元，其各人負擔部分甲爲三百元，乙爲二百元，丙爲五百元。其後甲獨償債務全部，向乙丙求償，丙無資力不能償還。此際甲乙應按各自負擔部分，分担丙所不能償還之五百元。因甲乙負擔部分爲三與二之比，故甲應分担三百元，乙應分担二百元。於此場合，求償人得請求他之有資力人，分担無資力人所不能償還之部分，其對於他之有資力人之求償權，不免增大，是謂之求償權之擴張。

求償權之擴張，要具備二條件：（一）要償還義務人之一人，因無資力不能償還其負擔金額之全部或一部。若只償還困難時，其求償權不擴張。（二）要求償人無過失。（同條同項但書）因求償人之過失，致不能得其償還時，求償權亦不擴張。例如求償人明知償還義務人之資力不甚充足，而不速爲求償，致不能得其償還是。具備

上述要件時，求償人得請求他之有資力人，與其自身分担損失。他之有資力人者，即指求償人及無資力人以外之一切債務人，不以償還義務人爲限，即已受免除及消滅時效已完成之債務人，亦應按其自己擔負部分，分担此項之損失。（同條二項）

求償人與他之有資力人之分担損失，係以各自之擔負部分爲準；即比例其擔負部分，分担之。故求償人及其他有資力人中，其擔負部分之有無不同時，則無擔負部分者，因計算之結果，當然不分担損失；反之，求償人及其他有資力人均無擔負部分時，則求償人仍得請求他之有資力人，平等分担損失否乎？例如甲乙丙對丁連帶負擔債務九百圓，其內部關係，僅甲一人負全部債務，乙丙均無負擔部分；嗣乙代償九百元，因甲無資力無從求償。於此場合，乙得請求丙分担損失否乎！就於此點，日本大審院有持積極論之判例，而石坂及鳩山兩博士則反對之。謂此場合，求償人及其他有資力人，法律上當然均無須分擔損失，惟求償人因已爲免責行爲，事實上應單獨負擔損失耳。〔二七〕依我民法第二八二條之規定，應從積極說。蓋該條係基於公平之觀念而設，其趣旨可分二點：（一）其損失應由求償人及其他有資力人分担，即無當然不要分担者。（二）其分担之額，以各人之擔負部分爲標準，從均無負擔部分時，亦應平等分担，因其負擔部分均爲零故也。若從反對說時，則求償人及其他有資力人，法律上當然均不要分担損失，既不合第二八二條之趣旨，而事實上由求償人獨担損失，尤欠公平，殊不足採。

〔二七〕日本大審院明治四三年二月二五日及大正三年一月一三日判決。石坂音四郎債權法大綱第一六五頁鳩山秀夫日本債權法

總論第二三八頁參照。

第六 因求償而生之代位

連帶債務之一人，因清償債務或其他事由，對於他之債務人有求償權時，則債權人對於債務人之債權，於求償目的之範圍內，當然移轉於求償人。是亦債權代位之一場合。既就該債權得代位債權人，則該債權及其附屬之權利，均移轉於求償人。但其移轉有害於債權人之利益者，則對於債權人不得主張之，與有利害關係之第三人為給付之場合無異。（第二八一條二項）

求償人既因代位，取得債權人之權利，仍不失其固有之求償權，故同時有二個之權利，但此二個權利，共有一個之目的，依一回之給付同歸消滅。

第六項 不真正連帶債務

數人各基于獨立之原因，對於同一債權人，負擔數個之債務，而此數個債務，有相同之標的，且因一回之給付，均歸於消滅者，謂之不真正連帶債務。此種債務，雖非我民法所明認之制度，然實際上發生此項債務之場合不少。例如（1）受寄物因受寄人之過失被盜，寄託人對於受寄人及加害人，各有損害賠償債權之場合。（2）保險物因第三人之過失而滅失，其所有人對於保險人及第三人，各有損害賠償債權之場合。（3）數人就於同一事務，獨立各受委任之場合。（4）甲乙兩債務人，甲依法律規定負扶養義務，乙依法律行為對於同一之人負扶養義務之場合是。

不真正連帶債務，與連帶債務，有如何之差異乎？學說不一，迄今尚無定論。依余所見，則兩者不同之點有四：
(一) 不真正連帶債務，形式上實質上均為數個之債務，故非多數主體之債。反之，連帶債務，實質上雖為數個之債務，而形式上則為一個之債務，故為多數主體之債。其異點一。

(二) 在不真正連帶債務，其數個債務，祇偶然競合，相互之間，無互相担保之關係。反之，連帶債務中之各個債務，有互相担保之關係；即連帶債務之各債務人，本只負一部給付之義務，因担保他人之擔負部分，遂致負擔全部給付之責。其担保關係，有基於當事人之意思而生者，即各債務人自願互相担保，以法律行為負擔連帶債務是也。有基於法律之規定者，即法律欲使各債務人互相担保，將明定應負連帶債務是也。其異點二。

(三) 在不真正連帶債務，其各債務祇偶然競合，故其債務人相互間，無彼此擔負部分之分割。反之，連帶債務，因互相担保而成立，故其債務人相互間，而彼此擔負部分之分割，其異點三。

(四) 不真正連帶債務，各基于不同之原因而發生。反之，連帶債務有共同基於一個之原因而生者。其異點四。
不真正連帶債務與連帶債務，既不相同，自不得適用或準用連帶債務之規定。其效力不外依理論定之。分述于左：

(甲) 不真正連帶債務之各債務人，負全部給付之義務，故債權人得對於債務人之一人，或同時或依次，對於債務人之全體或其中數人，請求全部或一部之給付。

(乙) 不真正連帶債務，共有一個之目的，故債務人之一人為清償、提存、代物清償、抵銷，使債權人得實質的滿足。

時，他之債務，亦因反射作用而消滅。但基於契約或契約上債務不履行而生之損害賠償債務，與侵權行為上之損害賠償債務競合之場合，雖清償前之債務，然後之債務不因之而消滅。已為賠償之債務人，得請求債權人讓與其權利。（第二二八條參照）如前例受寄人雖對於寄託人，已為賠償，而加害人仍不免其義務是也。

（丙）不真正連帶債務人相互間，無担负部分之分割，故不得為求償。

第二款 連帶債權

第一項 連帶債權之意義

連帶債權者，以可分給付為標的，數債權人各有請求全部給付之權利，依一回之給付，全債權均歸消滅之多數債權人之債權也。（第二八三條）例如甲與乙丙約，共贈乙丙百金，乙丙各得請求全部履行是也。

連帶債權之成立，有四要件：（一）要有多數債權人。若債務人多數，則為連帶債務，而非連帶債權。（二）要以可分給付為標的。以不可分給付為標的時，則為不可分債權，亦非連帶債權。（三）要數債權人各有請求全部給付之權利。故連帶債權，形式上雖為一個之債權，實則按債權人之數，而有數個標的相同債權之存在。（四）要因一回之給付，全債權均歸消滅。即其數個債權，共有一個之目的，因一回之給付，目的到達時，則全數債權當然消滅，此點與連帶債務無異。【二二八】

【二二八】連帶債權，近世各國之法律多規定之。如奧國民法第八九二條，法國民法第一一九七條，德國民法第四二八條以下，瑞士債務法第一五〇條是。日本民法，以此項債務，實際上殊不多見，不特設規定，惟亦無禁止連帶債權發生之明文，故當事人以契約約明發生連帶債權時

其契約有效，是乃日本學者之通說。我民法從德國民法，特以文明規定之。

第二項 連帶債權之原因

連帶債權，純基于法律行為而生，但亦非不得因法律規定而生。其法律行為通常為契約，間有為單獨行為者，如遺囑是也。其法律行為中，要表示連帶享有債權之意思。表示此項意思所用之方法，法無制限，非必須用『連帶債權』之文字。

依法律行為發生連帶債權時，其法律行為不以一個為必要。由債務人與數債權人，各別為數個之法律行為，亦無不可。但其各個行為中，均要表示連帶享有債權之意思。於此場合，其各個債權，不妨異其體樣及担保，與連帶債務同。

第三項 連帶債權之效力

第一目 債權人之權利

連帶債權人對於債務人，各有請求給付之權利。故一債權人已為履行請求之後，他債權人得更為履行之請求。其請求若各依起訴為之時，法院應為數個之給付判決。雖然，其數個債權，本只有一個之目的，倘債務人已對於一債權人為給付，則對於他債權人亦免其義務。是以債務人於他債權人所提起之訴，得以已為給付為抗辯。即已受確定判決之後，而於其判決執行之際，亦得以此為理由，提起執行異議之訴。

各債權人對於債務人，雖各得請求全部之給付，然債務人實際上只要為一回之給付。其給付對於何之債權

人爲之乎？從債務人之選擇，即于債權人之一人提起給付之訴後，債務人仍得任意選定他之債權人而給付之。
(第二八四條)

第二目 就連帶債權人之一人所生事項之效力

連帶債權爲複數債權，故就連帶債權人之一人所生之事項，理論上其效力不及于他債權人。(第二九〇條)
但法律因其目的之共同，及圖實際之便利，有認此等事項發生絕對的效力者。茲列舉于左：

(一) 清償 連帶債權人之一人，受領債務人全部之清償時，則各個債權同時達其目的，故均全部消滅。受領一部清償時，則各債權之一部消滅。(第二八六條)

(二) 提存 提存與清償有同等之效力，故債務人對於連帶物權人之一人爲提存時，則全數債權均歸消滅。(第二八六條)

(三) 代物清償 債務人向連帶債權人之一人爲代物清償時，對於他之債權人亦免其義務。因代物清償之效力與清償同一故也。(第二八六條)

(四) 抵銷 抵銷亦與債權人以實質的滿足，是以債權人向連帶債權人之一人爲抵銷時，對於他債權人亦免其責。(第二八六條)

(五) 履行之請求 連帶債權人之一人，向債務人請求給付時，他債權人亦生效力。(第二八五條) 蓋欲使債權人易于實行權利故也。從債務人因其請求，對於他債權人，任履行遲延之責，或其消滅時效被中斷。

(六)混同 連帶債權人之一人與債務人混同時，則他債權人之債權亦全部消滅。(第二八六條)蓋債務人本得選定一債權人而為給付，于混同之際，若選定與其自己混同之債權人而為履行，則于債務人較為利益，故法律特推定債務人已向自己為給付，而認各債權之全部均歸消滅，以期無反債務人之意思。

(七)免除 連帶債權人之一人，向債務人為免除時，則債務人對於他債權人，就該債權人之享有部分，亦免一部之責。(第二八八條一項)是不外欲免循環給付，基于實際便宜而設之規定也。

(八)時效完成 債務人對於連帶債權人之一人，消滅時效完成時，對於他債權人，就該債權人之享有部分，亦免一部之義務。(第二八八條二項)其理由與前項同。

(九)確定判決 連帶債權人之一人受有確定判決者，其判決利益於他之債權人時，對於他債權人亦生效力。其判決不利益於他之債權人時，以其判決不基於該債權人之個人關係者為限，對於他債權人亦生效力。(第二八七條)

(十)受領遲延 連帶債權人之一人受領給付有遲延時，對於他債權人亦生效力。(第二八九條)蓋該債權人倘無遲延，則債權因履行而消滅，債務人對於他債權人亦免其義務。故一債權人遲延時，他債權人亦任遲延之責。

第四項 連帶債權人相互之關係

連帶債權人對於債務人，雖各得請求給付之全部，而於內部相互關係，則各享一部分之權利。稱其各人所有

之部分，曰享有部分。此享有部分之如何，法律有特別規定，或相互間有特別訂定時從之。無特別規定及訂定時，則以平等比例享有權利。（第二九一條）

各債權人相互間，既有享有部分之分劃，故連帶債權人之一人，因就其自己所生之事項，致債權人全體失其債權之全部或一部者，若其喪失額已超過其自己之享有部分時，應將其超過部分之原給付，對於各債權人，按其享有部分分與之，不以其互相間有委任及其他關係之存在為必要，與連帶債務無異。

第四節 不可分債

多數主體之債中，有以不可分給付為標的，其數債務人各應為總債務人履行全部給付，或數債權人各得為總債權人請求全部之共同給付，因一回之給付，全部之債均歸消滅者，謂之不可分債。不可分債有兩種：一為不可分債務，即有多數債務人之不可分債也。一為不可分債權，即有多數債權人之不可分債也。分款述之：

第一款 不可分債務

第一項 不可分債務之意義

不可分債務者，以不可分給付為標的，數債務人各應為總債務人履行全部給付，因一回之給付，全債務均歸消滅之多數債務人之債務也。例如甲乙與丙約，共贈丙一馬，或為丙共繪一世界地圖是。不可分債務之成立，有四要件：（一）要有多數債務人。債務人單數時，其標的雖不可分，非茲所謂不可分債務。（二）要以不可分給付為標的。給付可分時，則為連合債務或連帶債務，亦非不可分債務。但可分給付，亦有因債務人之數，及其各人担負部分之

不適合其全部或一部不得分割者。如兩人共負給付三馬之義務是。於此場合，其不得分割之部分，（如三馬中之一馬）亦得謂爲不可分給付，而就之成立不可分債務。（三）要各債務人應爲總債務人履行全部給付。即各債務人應代全體債務人，爲全部之給付。蓋各債務人本只負一部給付之義務，因其給付不可分，不得單履行其自己之擔負部分，應一併代履行他債務人之擔負部分，故應爲總債務人履行全部之給付。從不可分債務，亦爲複數債務，其於各負全部給付義務之點，表面上與連帶債務雖屬相同，然連帶債務之各債務人，因互相担保，而負全部給付之義務；反之，不可分債務之各債務人，則因標的不可分，而負爲總債務人履行全部給付之債務。是以嗣後其標的變成可分時，則各債務人祇負履行自己擔負部分之債務。且由對外關係觀察時，各連帶債務人之爲全部履行，乃履行其自己之債務；而各不可分債務人之爲全部履行，乃統括的履行全體債務人之債務。故不可分債務與連帶債務有別。（四）要因一回之給付，其全數債務均歸消滅。即一債務人已爲給付時，他債務人亦免其義務。其所以消滅之理由，則因其全體債務人之共同債務，已被履行之故。蓋不可分債務之各債務人，非單純負擔全部給付之義務，乃負代全體債務人，統括的履行其共同債務之義務。其全體債務人之共同債務，既由一債務人履行，則他債務人之義務，當然亦隨之而消滅。此與共同保證場合，因一保證人已代主債務人履行全部債務，他保證人亦免其義務者，其理由相同。

第二項 不可分債務之原因

不可分債務，亦依法律規定及法律行爲而生。前者，如數繼承人繼承以不可分給付爲標的之債務是。後者，如

數人因契約或單獨行為共同負擔以不可分給付爲標的之債務是。

依法律行爲發生不可分債務之場合，以由總債務人與債權人爲一個之行爲爲通例。然由各債務人與債權人各別爲數個之行爲，亦無不可。例如甲先對丙訂立契約，負擔以不可分給付爲標的之債務，乙承擔其一半是。於此場合，其各個債務不妨異其體樣及担保，與連帶債務同。

第三項 不可分債務之效力

第一目 債權人之權利

在不可分債務，其各債務人均應爲總債務人履行全部之給付，故債權人得向不可分債務人之一人，或同時或依次向總債務人，請求履行。但不可分債務，因其標的不可分，債權人當然不得請求一部之給付，此點與連帶債務不同。（第二九二條第二七三條）從生左之效果：

- （一）債權人從其選擇，得只向不可分債務人之一人，請求全部之給付。
- （二）債權人得同時對於不可分債務人之全體或其中數人，爲全部履行之請求。
- （三）債權人得先後對於不可分債務人之全體或其中數人，爲全部履行之請求。

第二目 就不可分債務人之一人所生事項之效力

在不可分債務，各債務人獨立負擔債務，且其債務以不可分給付爲標的。故就其債務人之一人所生之事項，祇於債權人與該債務人間發生效力，他債務人不受影響。蓋不可分債務人，雖各負爲總債務履行人全部給付之

義務，而於實際，只就其自己之擔負部分負債務。債權人每有與債務人之一人就其擔負部分，爲清償、代物清償、免除、提存、抵銷（此項清償、提存、抵銷、限於已得債權人同意時得爲之）者。或就其擔負部分發生消滅時效完成之事實者。於此場合，該債務人固全免其義務（二二九）然若及其效力於他債務人，則他債務人所應爲之全部給付中，當扣除該債務人之擔負部分，而負爲剩餘部分給付之債務。不免與不可分債務之本質相反也。是乃不可分債務與運帶債務效力不同之一點。雖然，以上係對於只就其擔負部分所爲之行為而言。若債務人之一人與債權人之間，就全部債務，而爲清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行為，或發生混同、受領遲延、及有利益之確定判決等事實時，則其效力及於他債務人，即全體債務人均免其義務。（第二九二條）

〔二二九〕不可分債務之各債務人，本只就其自己部分負債務。因給付不可分，不得不一併履行他人之擔負部分。若既就其自己擔負部分，發生清償、抵銷、免除等免責之事由時，對於自己之擔負部分，固免其責。對於他人之擔負部分，亦當然免責。與運帶債務人就於他人之擔負部分負担保責任者不同，是即其全免義務之理由也。

債權人與不可分債務人之一人，就其擔負部分爲清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行為，或就其擔負部分發生消滅時效完成等事實時，其效力不及於他債務人，既如前。從此等場合，債權人於他債務人，仍得請求全部之給付。然各債務人之應爲全部履行，本係履行全體債務人之債務，即各債務人擔負部分之集合。今一債務人之擔負部分既消滅，而他債務人仍爲全部之給付，債權人仍受全部之清償，則債權人就該債務人擔負部分所受之清償，爲分外之利得，而他債務人就該債務人擔負部分所爲之清償，因無處求償，又屬分外之負擔。故債權人已由

他債務人受領全部清償之後，應將該債務人所擔負部分，折算金額，償還為全部給付之債務人。（舊民律第五〇八條二項參照）由此觀之，則此等場合，其清償、代物清償、提存、抵銷、免除、消滅時效完成等事項，事實上雖無絕對的效力，經濟上實與有絕對的效力生同一之結果。

第四項 不可分債務之變更

不可分債務標的之給付，嗣後有因一定之事由變為可分者，例如因全體債務人共同之過失，致不能給付，全體債務人應負損害賠償之義務是。在此場合，其賠償損害，既為可分，從其債務變為連合債務，各債務人祇就其自己擔負部分對於債權人負債務，不負全部賠償之責。（第二七一條後段）蓋各不可分債務人，本負一部給付之義務，祇因給付不可分，方負全部履行之責。給付既變為可分，則其債務當然分割也。然此只就全體債務人之債務，其標的均變成可分給付之場合而言。在債務人之一人或數人，其債務標的變成可分時，則此等債務人，亦只就其自己擔負部分負義務。例如一債務人因歸責於其自己之事由不能給付，他人給付可能之場合は。

第五項 不可分債務人相互之關係

不可分債務人對於債權人，雖各負全部給付之義務，而其相互之間，則有擔負部分之分割，與連帶債務無異。故一債務人就全部債務，為清償、提存、代物清償、抵銷、或發生混同，而免共同之責時，得向他債務人，就其各自擔負部分，折算金額，請求其償還。其求償權之要件範圍等，一切準用關於連帶債務之規定。至其擔負部分，法律有特別規定，或當事人有特別訂定時從之。否則以平等比例，擔負義務。（第二九二條第二八〇條前段）

第二款 不可分債權

第一項 不可分債權之意義

不可分債權者，以不可分給付爲標的，數債權人各得爲總債權人請求全部之共同給付，因一回之給付，全債權均歸消滅之多數債權人之債權也。（第二九三條一項）例如甲與乙丙約，共贈乙丙一馬，或爲乙丙共繪一圖，是不可分債權之成立，亦有四要件：（一）要有多數債權人。債權人單數時，其標的縱不可分，非茲所謂不可分債權。（二）要以不可分給付爲標的。其標的之給付可分時，則爲連合債權或連帶債權，而非不可分債權。但可分給付，亦有因債權人之數及其享有部分之不適合，其全部或一部不得分割者。如兩人共有以給付三馬爲標的之債權是。於此場合，其不得分割之部分（如三馬中之一馬）亦得謂爲不可分給付，而就之成立不可分債權。（三）要各債權人得爲總債權人請求全部之共同給付；即各債權人得代全體債權人，請求全部共同之給付。蓋各債權人本只享有一部給付之權利，因其給付不可分，不得單請求其自己之享有部分，得一併代請求他債權人之享有部分，故得爲總債權人請求給付之全部。從不可分債權，亦爲複數債權。其於請求全部給付之點，雖與連帶債權相同，然連帶債權人係爲自己請求全部給付，而不可分債權人，則係爲總債權人請求全部給付。且連帶債權人，得請求債務人向自己爲給付，而不可分債權人，祇得請求債務人向債權人全體爲共同給付，故兩者不同。（四）要因一回之給付，全債權均歸消滅。即債務人已向全體債權人爲共同給付時，對於各債權人，均免其義務。蓋不可分債權人，非得單純請求全部之給付，乃得爲全體債權人，請求全部共同給付。債務人既向債權人全體爲共同給付，則各個債權

均達其目的，當然歸於消滅。

第二項 不可分債權之原因

不可分債權，由法律規定及法律行為而生。前者，如數繼承人承繼以不可分給付為標的之債權是。後者，如數人依契約或單獨行為，取得以不可分給付為標的之債權是。

依法律行為發生不可分債權之場合，通例由債務人與總債權人為一個之行為，但亦有由債務人與各債權人各別為數個之行為。例如甲與乙丙各訂立契約，以一馬共贈乙丙是。於此場合，各債權不妨異其體樣及担保。

第三項 不可分債權之效力

第一目 債權人之權利

不可分債權之各債權人，均得為全體債權人，單獨向債務人，請求全部之給付，無須與他債權人共同為請求。（第二九三條一項前段）從各債權人得獨立提起給付之訴，及聲請強制執行。且一債權人已為請求之後，他債權人仍得為請求。惟其全部給付之請求，非單純為其自己為之，乃為全體債權人為之。故應請求債務人對於全體債權人為共同給付。從法院因其起訴所為之給付判決，應命令債務人向全體債權人為共同給付。執行機關因實施執行所得之物品，應交付於總債權人。〔二三〇〕

〔二三〇〕關於不可分債權之給付請求權之規定，近世各國立法例不一。（甲）有規定應由總債權人共同請求履行，但債權人之一人已供担保時，則得單獨請求履行者。如奧國民法是。（奧民第八九〇條）（乙）有規定各債權人得為總債權人請求履行者。如德國民法及瑞士債務法

是（德民第四三二條，瑞債第七〇條一項）（丙）有規定各債權人得單獨請求給付者。如法國民法及日本民法是。（法民一二二四條）日民四二八條）我民法從德、瑞主義。

各債權人雖得單獨請求全部之給付，然無單獨受領全部給付之權利。是以債務人應向全體債權人為共同給付。（第二九三條一項後段）向一債權人為全部給付時，對於他債權人，不生效力。其於一債權人就債權全部，為提存、代物清償、抵銷、免除等行為，或發生混同時亦同。但受領給付，既須全體債權人共同為之，若債權人中有不能受領或拒絕受領時，難保債務人不以此為藉口，永久保持其債務之標的物。於此場合，應許各債權人得為全體債權人請求債務人提存給付標的物。若其物不宜於提存，可請求其交付於法院所選任之保管人，以保護各債權人之利益。（舊民律第五〇九條參照）

第二目 就不可分債權人之一人所生事項之效力

不可分債權人，各得獨立請求全部給付，且其債權之標的為不可分。故就其債權人之一人所生之事項，祇於該債權人與債務人之間有效力，他債權人之權利，不受影響。蓋不可分債權人，雖各得為全體債權人請求全部之給付，而於實際只就其自己享有部分有權利，債務人每有與債權人之一人，就其享有部分，為清償、提存、抵銷。（此三者限於已得該債權人同意時，方得為之）代物清償、免除等行為者。或就其享有部分發生消滅時效完成之事實者。於此場合，該債權人固全失其權利。然若及其效力於他之債權人，則他債權人所得請求之全部給付中，應扣除該債權人之享有部分，而只有請求剩餘部分給付之權利，不免反于不可分債權之本質也。（第二九三條二項）

又債務人與一債權人之間，就全部債務有清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行爲，或發生混同時，其效力亦不及於他債權人，已述於前，茲不復贅。

債務人與不可分債權人之一人，就其擔負部分，或債務全部，爲清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行爲，或發生混同或消滅時效完成等事實時，其效力不及於他債權人，既如前述。從債務人對於他債權人，仍應爲全部共同之給付。然債務人之應爲全部給付，係履行全體債權人之債權，即各債權人享有部分之集合。今一債權人之享有部分既消滅，債務人仍爲全部之給付，他債權人仍共同受領全部之清償，則債務人就該債權人享有部分所爲之清償，爲分外之負擔，而他債權人就該債權人享有部分所受之清償，因不必分與於該債權人，又屬分外之利得，故他債權人已由債務人受領全部共同之給付後，自應將該債權人未失權利時所應分與之利益，（即其享有部分）返還債務人。（舊民律第五一〇條二項參照）

第四項 不可分債權之變更

不可分債權標的之給付，嗣後有因一定之事由變成可分者。例如因債務人之過失，致給付不能，債務人對於全體債權人，負全部損害賠償之義務是。於此場合，賠償損害既爲可分之給付，則其債權亦變爲連合債權。從各債權人只就其自己享有部分，對於債務人有權利，不得獨立請求賠償全部之損害。（第二七一條後段）蓋各不可分債權人，本祇得請求給付之一部，因其給付不可分，遂得爲全部給付之請求，今其給付既變成可分，則其債權當然分割也。

第五項 不可分債權人相互之關係

不可分債權之各債權人，雖得單獨請求全部之給付，然其相互之間，則有享有部分之分割。故全體債權人，由債務人共同受領之給付，各債權人應各按其享有部分享受利益。例如受領之物，應按各人享有部分而為共有是也。惟其給付係由全體債權人共同受領，故無須由一債權人分與於他之債權人，此點與連帶債權不同。至其各人之享有部分，法律有特別規定，或當事人有特約時，從之。否則以平等比例分享權利。（第二九二條第二九一條）

