

法 學 彙 編



債 編 各 論

緒言

債法之研究，原可別爲兩大部：一切債務關係之共通事項，屬於債編總論之範疇，各個債務關係之特殊事項，屬於債編各論之領域。就我民法債編而言，第一章之規定，應於總論中考究之，第二章之規定，應於各論內探討之。故債編各論，乃以各種之債所獨具之本質目的及效力，爲其研究對象。

法律行爲原有典型行爲與非典型行爲之分，我民法債編第二章所定各種之債，特示其典型而已，非謂此外不復認許其他債務關係之成立，斯即債權與物權根本不同之點。物權，除民法或其他法律有規定外，不得創設。（民七五七條）債權則否，雖非法律明定之債。祇須具備債之一般要件，當事人固得任意約定之。於此情形，除應適用債編通則之一般規定外，并可從其性質，分別準用各種典型之債之規定。（參考民三四七條）

我民法所定典型之債，凡二十四類。綜合觀察，有以財產權之移轉爲目的者，如買賣、互易、贈與是。有以物之利益爲目的者，如租賃、借貸是。有以勞務之供給爲目的者，如僱傭、承攬、出版、委任、經理人及代辦商、居間、行紀、運送、承攬運送是。有以物之保管爲目的者，如寄託、倉庫是。更有以信用爲基礎者，如交互計算、合夥、隱名合夥、指示證券、無記名證券、終身定期金、和解

、保證是。海內民法著書，或即從此分類，而爲編別。然未必完全正確，本書故不採從，而就債編第二章所定各種之債，分節敘述之。

債編各論目錄

緒言

第一節 買賣

第一款 買賣之意義及性質

第二款 買賣之效力

第一項 出賣人之義務

第二項 買受人之義務

第三項 其他之效力

第三款 買回

第一項 買回之性質

第二項 買回之期限

第三項 買回權之行使

第四款 特種買賣

債編各論目錄

三七

三三

三三

二九

二九

二五

二一

五

五

一

一

債編各論 目錄

第一項	試驗買賣	三八
第二項	貨樣買賣	四一
第三項	分期付款之買賣	四二
第四項	拍賣	四五
第二節	互易	五一
第三節	交互計算	五五
第四節	贈與	六一
第一款	贈與之意義及性質	六一
第二款	贈與之效力	六四
第一項	贈與人之責任	六五
第二項	贈與之撤銷	六七
第三項	履行之拒絕	七一
第三款	特種贈與	七二
第五節	租賃	

第一款	租賃之意義及性質	七五
第二款	租賃權	七八
第三款	租賃之期限	八〇
第四款	租賃之效力	八四
第一項	出租人之權利義務	八四
第二項	承租人之權利義務	九二
第三項	費用之負擔	一〇六
第五款	租賃之終了	一〇九
第六款	耕作地租賃之特則	一一三
第六節 借貸		
第一款	使用借貸	
第一項	使用借貸之意義及性質	一一九
第二項	使用借貸之效力	一二二
第一目	貸與人之還利義務	一二二

第二目 借用人之權利義務……………一二四

第三項 使用借貸之終了……………一二九

第二款 消費借貸……………一三一

第一項 消費借貸之意義及性質……………一三二

第二項 消費借貸之效力……………一三八

第一目 貸與人之担保責任……………一三八

第二目 借用人之義務……………一四〇

第七節 僱傭

第一款 僱傭之意義及性質……………一四五

第二款 僱傭之效力……………一五〇

第一項 受僱人之義務……………一五〇

第二項 僱用人之義務……………一五一

第三款 僱傭之終了……………一五四

第四款 附論……………一五六

第八節 承攬……………一六一

第一款 承攬之意義及性質……………一六一

第二款 承攬之效力……………一六五

第一項 承攬人之義務……………一六五

第一目 完成工作之義務……………一六五

第二目 交付工作之義務……………一六九

第三目 担保責任……………一七一

第二項 定作人之義務……………一七八

第一目 給付報酬之義務……………一七八

第二目 協助及受領工作之義務……………一八一

第三項 危險負擔……………一八二

第四項 法定抵押權……………一八五

第三款 承攬之終了……………一八六

第四款 特別消滅時效……………一八八

第九節 出版	一九一
第一款 概說	一九一
第二款 出版之意義及性質	一九三
第三款 出版之效力	一九七
第一項 出版權授與人之義務	一九七
第二項 出版人之義務	二〇三
第三項 危險負擔	二〇七
第四款 出版之終了	二〇九
第十節 委任	二一一
第一款 委任之義意及性質	二一一
第二款 委任之效力	二一五
第一項 受任人之義務	二一六
第二項 委任人之義務	二二五
第三款 委任之終了	二三〇

第十一節 經理人及代辦商……………二三五

第一款 總說……………二三五

第二款 經理人……………二三六

第一項 經理人之意義……………二三七

第二項 經理權……………二三九

第三項 經理人之權利義務……………二四二

第三款 代辦商……………二四五

第一項 代辦商之意義……………二四五

第二項 代辦權……………二四七

第三項 代辦商之權利義務……………二四八

第十二節 居間……………二五一

第一款 居間之意義及性質……………二五一

第二款 居間之效力……………二五三

第三款 居間之終了……………二五七

第十三節 行紀……………二五九

第一款 行紀之意義及性質……………二五九

第二款 行紀人之義務……………二六一

第三款 行紀人之權利……………二六五

第四款 行紀人之介入……………二六七

第十四節 寄託……………二七一

第一款 寄託之意義及性質……………二七一

第二款 寄託之效力……………二七四

第一項 受寄人之義務……………二七四

第二項 寄託人之義務……………二八〇

第三項 特別消滅時效……………二八二

第三款 寄託之終了……………二八二

第四款 消費寄託……………二八三

第五款 特種場所主人之保管義務……………二八六

第十五節 倉庫.....二九三

第一款 總說.....二九三

第二款 倉庫營業人之意義.....二九三

第三款 倉單.....二九五

第四款 倉庫契約之效力.....二九八

第十六節 運送營業.....三〇一

第一款 總說.....三〇一

第二款 物品運送.....三〇四

第一項 運送證券.....三〇四

第二項 運送人之義務.....三〇八

第三項 運送人之權利.....三一六

第三款 旅客運送.....三二一

第十七節 承攬運送.....三二五

第一款 總說.....三二五

第二款 承攬運送人之義務……………三二七

第三款 承攬運送人之權利……………三二八

第十八節 合夥……………三三一

第一款 合夥之意義及性質……………三三一

第二款 合夥之效力……………三三二

第一項 對內關係……………三三三

第二項 對外關係……………三三六

第三項 財產關係……………三三七

第三款 退夥及入夥……………三四四

第一項 退夥……………三四四

第二項 入夥……………三四八

第四款 解散及清算……………三四九

第十九節 隱名合夥……………三五三

第一款 隱名合夥之意義及性質……………三五三

第二款	隱名合夥之效力	三五五
第三款	隱名合夥之終止	三五八
第二十節	指示證券	三六一
第一款	總說	三六一
第二款	指示證券之意義	三六二
第三款	指示證券之效力	三六四
第二十一節	無記名證券	三六九
第一款	無記名證券之意義	三六九
第二款	無記名證券之效力	三七〇
第二十二節	終身定期金	三七七
第一款	終身定期金之意義及性質	三七九
第二款	終身定期金契約之效力	三七八
第三款	終身定期金契約之終止	三八〇
第二十三節	和解	三八三

第一款	和解之意義及性質	三八三
第二款	和解之效力	三八五
第三款	和解之撤銷	三八六
第二十四節	保證	三八九
第一款	保證之意義及性質	三八九
第二款	保證之效力	三九一
第三款	保證之終了	三九八

各種之債

第一節 買賣

第一款 買賣之意義及性質

買賣乃經濟交易制度之一種，其發達次於互易，惟自有此制度以來，互易制度乃漸絕跡，故於交易上，實居首要之地位，自羅馬法始，各國民法，對之皆設詳密之規定，（如法民一五八二條以下德民四三三條以下日民一五五條以下瑞債一八四條以下俄民一八零條以下）而於民商二法並立之國家，其商法中，更有商事買賣之特則，（如法商二零九條德商二七三條以下日商二八六條以下）雖在不文法之英國，亦訂有單行之買賣法，我新民法，從瑞俄先例，採民商合一主義，於民法中，亦設有關於買賣之規定，（民三四五條以下）舉凡一切買賣關係，自均有其適用也，

稱買賣(Kauf;emptio;venditio;Vente;Sale)者，謂當事人約定一方轉移財產權於他方，他方支付價金之契約。（民三四五條一項法民一五八二條德民四三三條日民一五五條瑞債一八四條一項俄民一八零條）茲本此定義，闡明買賣之意義及其性質如次

第一 買賣者契約也。

各種之債 第一節 買賣

買賣係契約行爲，已如定義所示。依其契約，出賣人與買受人互負給付義務，雙方之給付立於對價關係之上，故爲雙務契約，且係有償契約之典型。關於買賣之規定，於買賣以外之有償契約，以其性質所許者爲限，皆準用之。（民三四七條德民四九三條日民五五九條）

買賣當事人雙方，於契約當時，勿須現實給付，以就買賣標的物及價金二項有合致之意思爲足，故係諾成契約。（民三四五條二項）因而契約之成立，與債務之履行，恆異其時期，是買賣契約所以又有債權契約之性質。然自實際上觀察，有於契約成立當時即爲給付者，學理上稱曰現時買賣(Realkauf; Handkauf)於此情形，有無債權契約之性質？學說不一：德日學者，多主積極說，但不無反對見解。余則以爲現實買賣亦如通常買賣，應認爲債權契約，所可異者，契約成立期與債務履行期，難爲明確之劃分，但亦無礙於債權之本體，蓋其契約之成立與債務之履行，觀念上並非不能區別也。

第二 買賣者，出賣人約爲轉移財產權於買受人之契約也。

買賣契約，以財產權之轉移爲目的，故如人格親屬等權利，不得爲買賣契約之標的，勿待深論。然雖財產權，而依當事人之意思，權利之性質，或法律之規定，專屬權利人，不許轉移者，亦不得爲買賣契約之標的。至財產權之種類如何？則非所問。故如用權、債權、商標權、特許權、以及其他特殊財產權、皆屬之，且財產權於契約成立當時，不問其已歸屬賣主與否？雖就現屬第三人或尙未存在

之財產權，亦得締結買賣契約。更不以現實確定爲要，於將來可得確定者足矣。惟當事人自始即不以實物之交付爲目的，僅約以一定期間屆至時其物之市價漲落爲標準，交付其差額者，則爲買空賣空，含有賭博性質，非買賣也。（參考最高法院十八年上字八一八號判決）

第三 買賣者，買受人約向出賣人支付價金之契約也

對於財產權之移轉，純以價金之支付爲其待給付，乃買賣契約之特質，而與互易有別。關於價金之支付，有須說明者：(1)價金債務之履行，須以通貨爲之。故對於移轉金錢以外之財產權，約爲支付無法律上強制通用之貨幣者，其契約固非無效，但不能成立民法上所謂買賣契約。(2)價金之數額，於契約成立當時，不必確定，而以日後可得確定爲足。其約爲依市價定之者，究以何時何地之市價爲標準？不無疑問。我民法第三四六條二項，明定爲依標的物清償時清償地之市價。但當事人有反對之意思者，從其意思。(3)價金債權，通常皆爲金額債權，但亦無妨約定金種債權。(4)價金一項，既爲買賣契約成立之要素，故當事人約明一方移轉財產權，他方勿須爲何等給付者，是屬贈與契約。然未約明，而依其締約當時之情形，當事人間有成立買賣契約之意思者，對於價金之支付，雖無具體表示，亦應視爲定價金，但依其情形，無確定價金之可能時，自不能遽斷爲當事人有成立買賣契約之意思，故又以可得而定其價金之情形爲限。（民三四六條一項瑞債一八四條三項）(5)買賣價金非以直接交付於出

賣人爲必要，故其支付方法，當事人得任意約定之。

買賣契約，於原則上，須當事人雙方就買賣標的及價金二者有合致之意思表示，始能成立。但實際上，有不爲明示之合意，而由一方支付定金，他方默然領受之者，於此情形，當事人間有締結契約之意思自無容疑，故其契約亦應視爲成立。惟須注意者，所謂定金，與價金有別，價金之支付，乃買受人之義務，定金之支付，則在確保義務之履行，關於定金之規定，我民法債編，從德例，置於通則章。（德民三三六至三三八條瑞債一五八條俄民一四三條）法日民法，則因其多適用於買賣，故以列入買賣規定中，（法民一五九零條日民五五七條）於實際交易上，定金之目的有種種，依一般分類，可別爲下列數項：(1)成約定金，(2)證約定金，(3)違約定金，(4)解約定金等是，我民法第二四八條規定，有成約定金之性質；第二四九條規定，則含違約定金之作用。其詳應於債編總論述之，茲不贅論。

於此尚有與買賣關連之一問題，即買賣預約，是也。從立法上考之，有設一般預約之規定者：（瑞債二二條與民九三六條）有僅設買賣預約之規定者：（日民五五六條）有不設明文者：德、法、及我民法皆屬之。然則當事人約爲一方或雙方負擔因相對人請求即與締結本契約之義務時，能否解爲有效？不無疑問。依余所信，預約一事，於我國交易上，行之已久，未能否認。惟其效力，因無明文可據，於解釋上，自不可不依我民法第二二七條之規定以決之。（參考民二五六條二六零條）

第二款 買賣之效力

第一項 出賣人之義務

第一目 交付標的物移轉權利之義務

買賣以財產權之移轉與價金之支付爲本體，故出賣人爲履行其契約上當然發生之義務，自不可不移轉財產權於買受人，且使買受人完全獲得權利主體之地位，關於此點，我現行民法特設第三四八條之規定，可別爲兩項言之：

第一 物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得所有權之義務。（民三四八條一項）

所謂物，包括動產與不動產言。依我民法物權編之規定，動產物權之讓與須交付，（七六一條一項）不動產物權之讓與須登記，（七五八條）始生效力，此就物權契約之效力言之，然爲事人依債權契約而爲物之買賣者，既如上述，出賣人依買賣之法律行爲，當然負有移轉財產權於買受人之義務，本於此項義務，應使買受人立於權利主體之地位，爲完成其地位，自不可不爲一切必要行爲，本項所定之義務，即因以發生，而其義務之履行，必須遵行物權篇第七五八條及七六一條並其他有關所有權移轉之規定，方足以使買受人取得完全所有權，故出賣人爲履行其債權契約上之義務，自不能不有賴於此等物權契約之協力也。

第二 權利之出賣人，負使買受人取得其權利之義務，如其權利而得占有一定之物者，並負交付其物之義務。（民三四八條二項）

前項情形，專指物之買賣，而以移轉物之所有權為目的。本項規定，則指權利之買賣，而以移轉所有權以外之權利為目的，所謂權利，如永佃權、地上權、商標權、特許權等皆包含之。凡以此等權利為買賣標的者，基於買賣債權契約，出賣人應使買受人獲得權利主體之地位。而有為一切必要行為之義務。更因其權利而得占有一定之物者，基本權利之移轉以外，同時並負有移轉占有權之義務。占有之移轉，與動產之移轉同，因物之交付而生效力。（參考民九四六條）

於此有應注意者數事：(1)基於買賣契約之雙務性質，出賣人所負本條義務，與買受人之價金支付義務，除法律別有規定，契約另有訂定，或有特別習慣外，應同時履行之，故買受人未履行自己之義務，而請求出賣人為本條義務之履行者，出賣人得為同時履行之抗辯。（民三六九條）(2)第三四八條所稱交付，原不以現實交付為限，如我民法第七六一條一項但書，及同條二三兩項規定之情形，皆包括之。（參考九四六條二項）(3)為物或權利之買賣者，其從物或從權利，除當事人有反對約定外，以同時移轉於買受人為原則；（參考民六八八條二項二九五條）其他足以證明權利之書類亦同（參考民二九六條）(4)出賣人不履行第三四八條所定各義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利，（民三

五三條)此基於買賣契約之有償性，當然發生之結果也。

第二目 擔保責任

出賣人基於買賣契約，有移轉財產權於買受人之義務。故出賣人交付或移轉於買受人之物或權利，有瑕疵時，不問有無過失，基於買賣契約之有償性，出賣人均不能辭其責，而應授買受人以解除契約或請求損害賠償之權，方適合公平之要求，並維持交易之信用。自羅馬法以來，各國法制，皆認出賣人之擔保責任。我邦行民法亦然，綜括以言，可別為三項：(1)對於權利欠缺之擔保，(2)對於物之瑕疵之擔保。

第一 權利欠缺擔保

(Haftung wegen Kviktion, garantie Contre l'eviction, Gewährleistung firmanngal im Rechte)。

於羅馬法，出賣人負有移轉買賣標之物之安全占有於買受人之義務，至權利之完全移轉與否？殊非買賣之直接效果。故買受人一旦受有安全占有之移轉，逮後真正之權利人請求回復其物而追奪之時，出賣人始有防止其追奪或賠償買受人所蒙損害之義務，是其擔保責任之發生，純以第三人之追奪為要件，學者特以追奪擔保稱之。繼受羅馬法之民法亦然。(民法一六二五條以下)德日民法則異是，(德民四二四條以下日民五六一條以下)出賣人就為買賣標的之財產權所負之擔保責任，非概因第三人

之追奪而生，故追奪擔保一語，不足以概之。我民法亦同，此本目所以稱曰權利欠缺之擔保也。且就此項擔保責任，我民法無概括規定，而採德民法之列舉主義，於第三四九條至第三五二條分別定之。

(甲)物之出賣人，應擔保第三人就買賣標之物，對於買受人不得主張任何權利。(民三四九條德民四三四條日民五六一條法民一六二六條瑞債一九二條一項俄民一九二條一九三條)本條規定，有追奪擔保之意義。所謂任何權利，舉凡所有權及其他足以限制所有權之權利，例如地上權，永佃權等，皆包含之。蓋若第三人得對買受人主張此等權利之存在，即足以妨害或限制買受人之權利行使故也。倘或出賣人不履行本條義務時，買受人得請求損害賠償，或解除契約。(三五三條二五六條二六零條)

(乙)債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在。(民三五零條前段德民四三七條一項)是為權利存在之擔保。蓋以權利為買賣標的者，出賣人既負有使買受人取得其權利之義務，若其權利原始即不存在，殊無履行此項義務之可能，買受人亦即無以取得並行使其權利；若權利為買賣標的者，雖非原始的不在，而於義務履行時已歸消滅者亦同；此出賣人所以須擔保其權利於實際上確係存在，反是，買受人亦得請求損害賠償，或解除契約。(法文同前)

(丙)有價證券之出賣人，並應擔保其證券未因公示催告而宣示無效。(民三五零條後段德民四三七條二項)是為證券有效之擔保。蓋有價證券之持有人，乃依其證券而行使權利。此項權利有讓與性，得為買賣之標的，固無疑義。既為買賣標的，則出賣人應擔保其權利確實存在，自與其他權利之出賣人無異。然於有價證券，如有遺失被盜或滅失等情事，其持有人得聲請法院依公示催告程序宣示證券無效，一經宣示無效之後，證券上之權利，因以完全不能行使，(參考民訴法五二二至五三四條)此法律所以復責出賣人擔保其證券未因公示催告而宣示無效，以免買受人遭蒙意外之損失，並保證券之流通。否則，買受人亦有請求損害賠償，或解除契約之權。(法文同前)

(丁)如上所述，出賣人應負第三四九條及三五零條之權利欠缺擔保責任，而不問其過失之有無，是為擔保責任之無過失性。蓋基於公平信義之要求，不得不如此也。然若買受人於契約成立當時，明知其買受之權利有瑕疵，竟不表示異議，公然買受之者，是買受人甘受有瑕疵之權利，實無仍令出賣人負擔上述各項責任之理由，故我民法第三五一條，特以明文免除之，是為擔保責任之免除。但依契約自由之原則，當事人間有特別之約定時，法律亦無偏袒任何一方之必要，此又本條但書之所由設也。(德民四三九條一項)

(戊)債權之出賣人，以擔保其權利之存在為足，至於債務人之支付能力如何，雖有關於債權之價

值，然無固定狀態，故其支付能力之缺乏，與通常所謂權利欠缺未可同日而語，非依特約訂明，殊無根據買賣契約強令出賣人擔保債務人之支付能力之理由。（民三五二條一項）反是，雖有擔保特約，而未明言以何時之支付能力為其對象者，又應如使解決？亦事實上之所必爭。於我民法（民三五二條二項）應推定其擔保債權移轉當時債務之支付能力。蓋於權利既經移轉以後，一切危險皆應歸諸買受人，出賣人自不負何等責任，此與德民法第四三八條之規定同。而日民法第五六九條則稍異，依其第一項，對於上述情形，以契約當時之資力為擔保之對象；更依第二項，就未至清償期之債權，由出賣人擔保債務人將來之資力者，則設明文，而推定為擔保清償期日之資力。我現行民法，就後者別無規定，事實上自仍不能無爭。於此有應注意者，即上述特約之效力，與保證契約根本有別，出賣人應絕對履行特約上之義務，倘或不履行時，買受人得請求損害賠償或解除契約，出賣人自不得援用保證人所享有之一切抗辯權。然若出賣人代債務人清償債務，買受人已領受之時，則債權關係當然隨之而消滅，並應類推適用保證之規定，許出賣人對債務人取得代位權。（四七九條）方得情理之平。

第二 物之瑕疵擔保 (Vewahrleistung Wegen Mangel der Sache garantie Contre Les vices de la chose)。

買賣標的物自瑕疵時，究由出賣人負責？抑歸買受人之損失？立法主義不一。於英美法，其損失

歸買受人；於大陸法，則繼受羅馬法思想，認出賣人有擔保責任。我現行民法，亦從歐洲大陸諸國立法先例，特設物之瑕疵擔保之規定。（民三五四條至三六五條法民一六四一條至一六四九條德民四九九條至四九三條日民五七零條瑞債一九七條以下俄民一九五條至一九九條）

所謂物之瑕疵擔保，即出賣人基於買賣契約應行負擔之一種責任。引申言之，則買賣標的物，因欠缺交易觀念上通常之性質，或依當事人之意思表示其物必具之性質，而生滅失或減少標的物價值或效用之結果，由出賣人負其責任之謂。一般立法，對於物之瑕疵與權利之欠缺，恆設區別。但依純理立論，雖物之瑕疵，亦不外財產權之一部欠缺，故其區別，於學理上，未為正確。然法律之所以分別規定者，特求其便利而已。茲分述我民法關於瑕疵擔保之規定如次：

（甲）瑕疵擔保之意義及其要件。

我民法第三五四條第一項定曰：『物之出賣人，對於買受人，應擔保其物依第三七三條之規定，危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵。』此項規定，與德民法第四五九條第二項同，（瑞債一九七條一項俄民一九五條一項）可稱曰瑕疵擔保之定義的規定。準此以解：（1）瑕疵擔保之責任人為出賣人，相對人為買受人。但以有標物之買賣為限，權利之買賣，則應適用權利欠缺擔保之規

定。惟我民法，對於權利之欠缺所設之擔保規定，極欠完備，有時自應不能不準用物之瑕疵擔保之規定耳。(2)出賣人之瑕疵擔保責任，隨買賣契約之成立而發生，乃一種法定擔保責任，不待特別約定，故為買賣契約之效力。(3)瑕疵於買賣標之物之危險移轉於買受人之前，(即交付前)即以存在者，始有瑕疵擔保責任之發生，故出賣人僅擔保其物於危險移轉時(即標之物交代時)無瑕疵，至若危險移轉以後新生之瑕疵，自不在擔保範圍以內。(4)擔保責任之發生，以其物之瑕疵達於一定程度者為限，故雖有瑕疵，而其物之交易價值及一般效用均無缺損，或縱有缺損，然無關緊要，不及重大影響於買受人之利益者，仍無擔保責任之發生。至其物應具之價值或效用如何，不可不從交易上一般觀念判斷之，此原則也。但非通常必備之效用，而依當事人合意特為約定時，其特約自屬有效。故於危險移轉當時，因有瑕疵，足以影響於其約定之效用者，出賣人自亦不能不負責任。惟在此種情形，仍受本項但書之限制。(5)瑕疵擔保責任之發生，不以具備上述要件為已足，尚須斟酌買受人之意思。蓋是認此種責任，原為保護買受人，倘買受人於契約成立當時明知其物有瑕疵，仍就其物與出賣人締結買賣契約，是甘受瑕疵物之移轉，法律如仍予保護，殊欠均衡。故我民法第三五五條一項，許出賣人免費。(德民四六零條一項瑞俄民債二零零條一項一九五條二項)(6)物之瑕疵，極為顯明，買受人有知悉之可能，而因過失不知者，乃其欠缺必無注意之結果，故若出賣人並未為特

別之保證時，應免法定擔保責任。但出賣人有惡意，故意不告知買受人者，則不問其不告知與買主之不知，有無直接因果關係，因其違反誠信原則，故仍不許免責。（民三五五條二項德民四六零條二項瑞債二零零條一項俄民一九五條二項）(7)上述意義之瑕疵擔保責任，可稱爲物之價值與效用之擔保。至如品質之擔保，則不屬於本項規定之範圍。但出賣人於締約當時，向相對人確保將來爲一定品質之物之交付者，是當事人間有就一定品質之物爲其授受之意思，倘物之交付時無當初所保證之品質，自不免及影響於買受人，故我民法第三五四條二項，爲維持交易上之信義與公平，又特認出賣人並應擔保其物於危險移轉時具有其所保證之品質。無保證之品質，亦應負責。（德民四五四條二項瑞債一九七條一項俄民一九五條一項）

(乙)瑕疵之檢查及通知。

標的物有瑕疵時，既歸出賣人負責，故出賣人所給付之物，究竟有無瑕疵，實有從速檢查之必要，否則當事人之權義永不確定，出賣人之束縛永不解除，殊非立法公允之道，故我民法第三五六條，課買受人以檢查及通知之責。即(1)買受人於受標的物交付之始，須從其標的物之性質，依一般交易上慣行方法，而爲檢查，以明瑕疵之有無。(2)如無瑕疵，或雖有瑕疵而無關重要者，均不得拒絕受領。反之，發見有第三五四條所定應由出賣人負擔保責任之瑕疵時，則不可不即時通知出賣人，以

立請求之基礎。蓋恐時日遷延，瑕疵之程度難保其無變動，故以即時通知爲必要，藉免當事人間紛爭。本項規定，實含有強行性質。(3)如買受人不即時通知，或通知遲緩者，即不得對出賣人爲何等請求。但其通知之時期，是否正當，須斟酌物之性質，及當時之情狀定之。倘僅爲通常之檢查，無發見瑕疵之可能，必須履行繁重程序，則經過之時日雖多，而衡諸常情並不爲過耳，自不得概視爲買賣人承認其所受領之物，而不許向出賣人爲何等請求也。(4)依瑕疵之性質，係隱於物之內部，須經過相當時日，始能表見於外者，則在受領當時，自不能發見其瑕疵，故法律對之特設規定，於買賣人發見時，應即通知出賣人，以立請求之基礎，如意於通知，亦視爲承認其所受領之物。(5)買受人不依上述規定履行其檢查及通知之程序者，出賣人之瑕疵擔保責任，因以免除，法律所以保護出賣人，免受永久之束縛也。但以出賣人之善意爲限，如其意圖隱蔽，故意不告知買受人者，即屬違反誠信原則，故我民法爲貫徹第二一九條之本旨，於第三五七條，特明定爲有此情形時不適用上述之規定。

(丙)瑕疵物之保管及變賣。

買受人依前條規定檢查買賣標的物有瑕疵時，除應將其旨即時通知出賣人外，究向出賣人爲如何之請求，於法律所許範圍以內，保有其自由。但如拒絕受領之時，則應使出賣人取回其物。此於

同地交易，固不難解決。惟於異地交易，出賣人在當地又無代理人時，則出賣人既不能立時取回其物，而因拒絕受領，標的物之危險又未移轉，法律自亦不能置出賣人之利益於度外，此我民法所以設第三五八條之規定。即(1)爲維持標的物之現狀計，至出賣人可以取回爲止，賣買受人暫爲保管，此乃一種法定保管義務，故非無因管理，應準據無償寄託之法理，依與處理自己事務同一之注意保管之。(民五九零條前段)(2)既屬異地交易，出賣人在當地又無代理人，則買受人不能向出賣人即時就實物爲瑕疵之指示，故爲預防將來爭執，買受人除須爲前項保管外，並應依相當方法證明其瑕疵，以立請求之基礎。否則推定其受領時爲無瑕疵之物，以避探證之困難。至於證明方法，以從客觀觀念足證其瑕疵之存在者爲相當。(3)上述二項，就一般標的物言。但標的性質，有易於敗壞，而又屬異地交易時，如仍責買受人以保管義務，未免過酷，故法律特授以變賣瑕疵物之權。但須得官署、商會、或公證人、許可，否則出賣人有異議時，將無以對抗之。(4)依上所述，買受人於法定條件下，有變賣瑕疵物之權。至其變賣與否，法律並不強制。然其物易於敗壞，非變賣之不足維持現存之利益者，則法律爲保護出賣人，不得已而買受人以變賣其物之義務。因違反此項義務，而生損害時，買受人自不能辭其責。(5)買受人依上述規定實行變賣，須立即通知出賣人，此乃一種觀念通知，非求出賣人承諾之要約也。如因怠於通知，致出賣人蒙受損害，買受人亦須任責。

(丁) 瑕疵擔保之效果。

買賣標的物有瑕疵時，買受人對出賣人有如何之擔保權，此瑕疵擔保之效果問題也。依純理論，買賣標的物須無瑕疵，否則違背契約本旨，即屬給付義務之不履行，應生債務不履行之效果。惟在特定物買賣，出賣人於交付特定物後，契約上之義務已盡，買受人即不得以其物有瑕疵而拒絕受領。倘絕對貫徹此旨，實有背於雙務契約之本旨，故法律特設瑕疵擔保規定，以維持交易之公平。依我民法，其效果可別為四項：一曰解除契約，二曰減少價金，三曰損害賠償，四曰另行交付無瑕疵之物。茲分別述之如次：

(一) 解除契約。依我民法第三五九條之規定，買賣標的物有瑕疵，出賣人依以上所述應負擔保責任者，買受人得解除契約，是為買受人之法定解約權。因其行使，復歸於締約前之狀態，其性質與基於債務不履行而生之解約權同，除本款設有特別規定外，應依第二五七條以下各規定之適用。其解約之意思表示，須向出賣人為之。依其表示，即生法律上效果。故契約之解除，乃買受人一方之單獨行為。解除以後，當事人雙方均負回復原狀義務，其詳應於債權通則中論之，茲專就本款特設之規定分述如下：(1) 依我民法第三六一條所定，買受人主張物有瑕疵者，出賣人得約定相當期限，催告買受人於其期限內是否解除契約。蓋買受人之解約權，於原則上，凡在我

民法第三六五條所定期間之內，皆得行使。然自出賣人方面觀察，受契約之解除，固屬不利，而權利關係久懸不決，其不利益之程度，更易擴大，故許爲本項之催告。倘於買受人接受此項催告後，直至催告期限屆滿前，仍無解約通知到達出賣人時，買受人之解約權，即因催告而消滅。至於催告期限之設定，除通知往返所必需之時日外，更不可不予買受人以考慮之餘裕也。(2)依我民法第三六二條所定，因主物有瑕疵而解除契約者，其效力及於從物。如若不然，則買受人僅受領從物，實無以達契約之目的。然其瑕疵存於從物時，則買受人僅得就從物之部分爲解除。立法本旨，蓋爲減少出賣人之不利益。(3)依我民法第三六三條所定，於同一契約，出賣人有交付數物之義務，而其一物有瑕疵時，買受人亦僅得就其一物而爲解除。蓋於此情形，僅受領他物，仍足以達契約目的之一部，並可減少出賣人之不利益，故不問當事人係就各物分別約定其價金，抑就數物約定總價金，均僅得爲契約一部之解除。然若有瑕疵之物與他物分離，顯然不利於當事人之任何一方時，則法律自不得強其僅解除一部，故許解除全約。

(二)減少價金。依我民法第三五九條之規定，買賣標的物有瑕疵，出賣人應負擔擔保責任者，買受人就解除契約與請求減少價金二者，得選擇行使其一。但依其情形，如許買受人解除契約，顯害公平者，則買受人僅得請求減少價金，所以保護出賣人之利益，而維持交易之安全。至所

謂「減少價金之請求，」與解除權之行使同，依買受人一方之意思表示，即生效力，勿須出賣人同意，故有形成權之形式。惟就請求之當否，並應減之數額有爭時，有由法院裁判之必要。經確定後，則所謂價金減額之請求，應適及契約當時發生效力。至其數額，不可不斟酌其物因瑕疵所減少價值或效用等比例定之。惟買受人向出賣人請求減價時，不以具體的指示應減之分量為必要，僅抽象的為請求者，亦無害於請求之效力。

更依我民法第三六三條一項後段規定，依一契約就數物為買賣，並未分別約定各物之價金，而以總價金為數物之總括的對待給付者，如數物中之一物有瑕疵時，買受人得不解除契約，而請求減價。惟應減數額之量定，不可不相當於瑕疵物之價額。至其相當與否，應從瑕疵物之一般交易價格定之。

(二)損害賠償。依契約解除之通則，解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，(民二六零條)故因買賣物有瑕疵，由買受人行使解約權時，如有損害，仍得對出賣人請求賠償。而我民法第三六零條乃特定曰：「買賣之物缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約，或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償。出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同。」自表面上觀之，解除權與損害賠償請求權，既得一併行使，則不解除而單獨請求損害賠償，更非法之所禁，本條規定

，似無必要。然在前者，乃隨解約而行使，後者則其契約依然有效，如無明文，買受人即不得請求不履行之損害賠償，故須明定之。至於特定物買賣，尤易見其實益至本條之適用，以缺少保證之品質，或故意不告知其瑕疵為要件。蓋完全着眼於交易信用，以防當事人之違約也。

(四)另行交付無瑕疵之物。上述各條規定，就我民法言之，不僅於特定物買賣有其適用，雖不特定物買賣，亦得依法請求解約或減價。然其標的物既非特定，自與特定物買賣之情形大異，除此而外，亦非別無救濟之途。故我民法，特設第三六四條之規定曰：『買賣之物僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約，或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。』蓋以同種類之物，自不在此，且未必皆有瑕疵，許其另行交付無瑕疵者，雙方皆可收締約之效，於經濟上最為適當。但以即時請求為要，誠恐時日遷延，陷於給付不能，以致損害擴大也。至出賣人就另交之物，與初次交付者同，仍須負擔擔保責任，倘或再有瑕疵，則買受人求為再次之另行交付，或逕解約，抑或請求減價，仍依買受人之自由。但從交易道德言，自宜擇其損害較輕者而行之。

(戊)特別時效。

瑕疵擔保之效果，略如上述。就中買受人之賠償請求權，與基於其他原因而生者同，在一般時

效期限以內，皆得行使之。至請求另行交付無瑕疵之物，須即時行之，已如第三六四條之所定。惟解除權與請求減少價金之權，應於何時消滅，不得不設特則，否則當事人之權義關係久懸不決，殊非所宜。故我民法，特設第三六五條之規定，於物之交付後六個月間，不行使者，即歸消滅。以期權義關係迅速確定，並免日久難以明其真象也。考本項固有公益規定之性質，而其主旨，實在保護出賣人，免其永受束縛。然若出賣人於給付當時故意不告知瑕疵，冀圖濛混，則買受人之發見瑕疵，或即因以更增一層困難，如仍依此短促之期限而消滅其解除權及請求減價之權，又非法律持平之道，且於此情勢之下，亦無保護出賣人之必要，故本條二項又特設明文，於出賣人故意不告知瑕疵者，不適用前項之規定，而從一般時效以決之。

第三 免除或限制擔保責任之特約。

我民法所定之各種擔保義務，含有補充性質，並非強行法規，故當事人以特約加重或限制之者，於原則上，皆屬有效，惟第三六六條，從各國立法通例，（法民一六二七條一六二八條一六四三條德民四四三條四七六條日民五七二條瑞債一九九條）設有例外。即出賣人明知其權利或物有瑕疵，故意不為告知，而與買受人締結特約，免除或限制其擔保義務者，因隱有詐害之意思，殊與誠信之原則不合，故否認其特約有效，以保護善意買受人。若買受人明知其瑕疵者，即無依出賣人告知之必要矣。

第二項 買受人之義務

依我民法第三六七條所定，買受人基於買賣契約，對出賣人有支付約定價金及受領標的兩項義務，茲分述之：（德民四三三條二項）

第一 支付價金之義務，

買受人支付價金之義務，基於買賣契約而生，故其支付，不可不從契約本旨，此我民法第三六七條，特於價金之上，冠以約定二字，但實際上，對於價金有未具體約定者，如合於第三四六條所定，則因契約之成立，買受人之價金支付義務自亦隨之而生。此項義務，不外金錢債務之一種，故凡關於金錢債務之一般法規，自應有其適用。但我民法，又設有特則。

（甲）同時履行之法則 因契約互負債務者，當事人之一方，以無先為給付之義務為限，於凡他方當事人未為對待給付以前，恆得拒絕自己之給付，是曰同時履行之法則。我現行民法，從德日民法先例，於第二六四條，明揭此旨。（德民三二零條日民五三三條法民一一八四條一六一二條瑞債八二條）買賣契約，從第三四五條之定義，既有雙務契約之性質，則應受此法則之支配，自勿待論。然我民法第三六九條（德民四四零條一項）又特定曰：『買賣標的物與其價金之交付，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，應同時為之。』本條規定，自表面上觀察，似無必要。但

立法精神，實着重『另有習慣』一語。蓋法律有反對規定，或契約有反對訂定時，其不受一般法則之拘束，固屬當然之事。惟在實定法主義下，習慣法之效力，遜於成文法，（民一條）非經法律之特別容許，殊不能捨成法而從習慣也。至本條所以是認習慣優於成法之理由，無非以買賣交易與其他契約不同，從當地習慣，反較便於實際耳。

（乙）交付價金之期限。買賣當事人，於締約當時或其後，原無妨依特約訂定交付價金之期限。如未訂定，則因契約之生效，履行期亦隨之到來，此原則也。然我民法第三七零條又設有思想解釋之規定曰：『標的物交付定有期限者，其限制推定其為價金交付之期限。』故當事人主張交付價金之期限與交付標的物之期限同一者，因有本條規定，乃無舉證之必要。反是，主張其非同一者，則應負反證責任。至交付標的物之期限，不必依明示之意思表示定之，從其情形可以推知者，亦應解為定有期限。

（丙）交付價金之處所。非特定物債務之清償，原則上應就債權人住所地為之，價金債務，自亦不能違此原則。然我民法第三七一條，對之設有特則：即『標的物與價金應同時交付者，其價金應於標的物之交付處所交付之。』蓋當事人就價金之交付既未約定期限，解釋上除有特別習慣外，因契約之成立，其交付義務與相對人之標的物交付義務同時發生，而有依雙務契約之本旨同時交換

履行之意思，故其交付處所，亦不可不與標之物之交付處所一致，如斯而後，既合當事人之真意，且便於實際。此本條之所由設也。但須注意者，本條規定，並非強行法規，若當事人就交付價金之處所有特別之意思表示，自仍從其意思。

(丁)價金之計算。價金數額，當事人間具體約定者，固無問題。其未具體約定，而僅約爲依市價定之者，我民法第三四六條第二項，亦設有解決標準，已如本節第一款所述。惟其計算方法如何，因標之物之性質不同，殊難一致。當事人間苟無特別約定，自應從交易上通行之方法以計算之。如依標之物之重量而計算價金時，自不可不以其純重量爲準，否則不足以保交易之公允。故我民法，特設第三七二條之規定，使除去包皮之重量而計算之。但該規定，僅有補充性質，於事實上，當事人已爲特別約定或有其他交易習慣足資依據者，自無強其適用本條之必要也。

(戊)價金支付拒絕權。價賣價金，屢於前述，乃對出賣人所負債務之反對給付，除法律另有規定，契約另有訂定，或當地另有習慣外，迄相對人提供其履行止，得依同時履行之抗辯拒絕支付，此原則也。我現行民法，除此而外，爲保護買受人之利益，更於第三六八條，認買受人之價金支付拒絕權。即「買受人有正當理由，悉第三人主張權利，致失其因買賣契約所得權利之全部或一部者，得拒絕支付價金之全部或一部。但出賣人已提出相當擔保者，不在此限。」就本條規定之情形

，出賣人對買受人，原負有追奪擔保之責任，不履行時，買受人得解除契約或請求損害賠償。然出賣人之資力，難保其始終一致，尙於買受人行使上述權利，而出賣人實無資力時，亦終不能舉權利保護之實益。故我民法，爲未雨之綢繆，特設本條。但買受人以有正當理由爲限，方得爲此主張，至其理由正當與否，應從當時之情狀定之，要須足以證明危險發生之可能。但第三人是否已爲權利主張，則非所問，此我民法之解釋，與日民法第五七六條，不能強同者也。此項拒絕權，可謂爲出賣人履行追奪擔保責任之擔保。反是，出賣人已另爲其他相當擔保之提出者，則拒絕權之意義根本無着，買受人自無行使該項拒絕權之必要。

買受人之前項拒絕權，僅具有停止的抗辯之性質，非認永久之拒絕。於其危險消滅後，買受人仍有向出賣人履行債務之必要，蓋立法者，原爲保護買受人之利益，免遭不測損害，而設此規定。但自另一方面觀察，買受人之經濟狀況，與其價金義務之履行，有密切關係，而其經濟狀況，亦非必無變動，因此出賣人之利益，亦不能不顧及，此本條第二項所以又認出賣人有請求買受人提存買賣價金之權，以示立法之公允，而免日後出賣人不能受價金之支付也。

第二 受領標的物之義務。

依我民法第三六七條，買受人基於買賣契約，除負擔支付價金之義務外，同時更有受領標的物之

義務，此與德民法之規定無異。（德民四三三條二項）其結果，出賣人就買賣標的物適法之提出時，買受人之受領義務即隨之而到期，倘或怠於受領，不僅生受領遲延之問題，直爲債務之不履行，故出賣人得依債務不履行之規定，請求解除契約，或賠償因此所生之損害。

第三項 其他之效力

買賣契約之效力，可從出賣人及買受人兩方面觀之，已如前二項所述。此外依我民法，尙有其他效力，足資吾人記述者，分舉如次：

第一 危險之移轉。

於雙務契約，因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付不能者，對於他方所負債務，應及如何之效力？是爲危險負擔之問題。於此問題。立法主義不一：有使債權人負擔危險者；（法民一六二四條一一三八條意民一四八零條一一二五條一四四八條一二九八條荷民一四九六條日民五六四條）有使債務人負擔危險者；（奧民一零六四條一零四八條至一零五一條一四四七條德民三二三條瑞債一八九條俄民一四四條日民五三六條）至於英國法例，則採物權人主義；學者更有分擔主義之說，但未見諸立法。我民法與德民法無異，於凡一切雙務契約，皆由債務人負擔危險。（民二六六條）而在買賣契約，亦從德例，（德民四四六條一項）兼認物權人主義之例外。於第三七三條定曰：『買賣標的物之

利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔。」依此規定，出賣人雖係債務人，亦有不負擔危險之時，故可謂爲對於債務人主義所加之限制。蓋買賣標之物之權利，因物之交付而移轉於買受人，買受人自受領時起，既得完全享受標之物上一切利益，則除該標之物因交付時已有瑕疵，應由出賣人負擔保責任外，其非基於瑕疵，而基於偶然之事變，致標之物有滅失或毀損等情事者，自不可不由買受人負擔，故出賣人尙未受對待給付者，仍不失其請求對待給付之權，買受人自不得以標之物之滅失或毀損爲抗辯，而拒絕對待給付之履行。但該規定，僅有補充性質，如買賣契約當事人，對於利益之承受，及危險之負擔，曾爲特別約定者，則應從其約定，而不受本條規定之適用，此專就物之買賣言之，他如權利之買賣，出賣人因其權利而得占有一定之物者，對買受人既負有交付其物之義務，則自交付時起，亦應發生本條所定之效果，此又我民法第三七七條所明認。（德民四五一條）

於此尙須一言者：出賣人交付標之物之義務，亦與一般債務同，應從我民法第三一四條之標準，定其清償地，而無於清償地以外之處所履行債務之責任。但事實上，買受人爲自己之便宜，有須請求買受人將買賣標之物送交清償地以外之處所者，出賣人如應其請求而爲送交，是純以情義爲基礎，非依約負有送交之義務，故理論上。自送交時起，至標物由買受人爲事實上管領止，其間之危險，殊不能責出賣人負擔。此我民法特從德民法之例，（德民四四七條一項）於第三七四條明定曰：『自出賣

人交付其標的物於運送承攬人時起，標的物之危險，由買受人負擔。』蓋自標的物交付運送承攬人後，買受人對之雖尙無事實上之管領，然出賣人之交付義務既已終了，自不得更延長其責任也。但應注意者，如買受人對於標的物之送交，曾指示特別方法，而出賣人並無急迫原因，竟不從其指示送交者，其危險雖依本條規定自交付運送承攬人時起移轉於買受人，然因違其指示所及於買受人之損害仍不得不負賠償責任，蓋非如是，又將無以保全買受人之利益，故我民法亦從德例，明揭此旨。（德民四四七條二項）此等規定，不僅適用於物之買賣，雖於權利之買賣，而出賣人因其權利得占有一定之物者，爲其物之交付時，亦準用之。（民三七七條德民四五一條）

第二 費用之負擔。

買賣契約之締結，有需要種種費用者，其費用應由何方負擔？如當事人未曾約明，且於當地亦無相當習慣足資依據時，法律對之不可不設規準，以免爭議。故我民法，從各國立法通例，（德民四四八條四四九條日民五五八條）特設第三七八條之規定曰：『買賣費用之負擔，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，依左列之規定：（一）買賣契約之費用，由當事人雙方平均負擔。（二）移轉權利之費用，運送標的物至清償地之費用，及交付之費用，由出賣人負擔。（三）受領標的物之費用，登記之費用，及送交清償地以外處所之費用，由買受人負擔。』準此以解，則本條規定，有補充性

質，必於無法律契約或習慣等足資依據時，始有其適用。就第一款言，舉凡不屬二三兩款之費用，而為契約締結上必需支出者，均包含之。各國立法，多定由雙方平均負擔，所以表示公允也。至第二款所定各費用，乃因出賣人為履行自己義務而生，故應由出賣人一方負擔。第三紙所定各費用，則因買受人履行自己之義務，或確保自己之權利，更或基於自己之特別指示而支出，故不可不由買受人一方負擔也。

上述而外，我民法更從德例，（德民四五零條）對於危險移轉後，標的物交付前，出賣人所支出之費用，設有求償之規定。蓋於危險移轉之後，標的物雖尚存於出賣人手中，然其物之利益，既已隨危險而同時移轉於買受人，自無仍由出賣人負擔其費用之理，故事實上，出賣人代為支出者，應對買受人取得償還請求權。惟其費用，如不問必要與否，概令買受人負絕對償還之責，則不免生濫支之弊，亦非立法公允之道，我民法第三七五條分別規定之。如為必要費用，買受人應依關於委任第五四六條第一項規定，負償還責任，並付自支出時起之利息。如非必要費用，則依關於無因管理第一七六條及第一七七條之規定，而以利於買受人，並不違反買受人明示或可得推知之意思，所支出之有益費為限，買受人始償還其支出金額，並自支出時之利息，否則買受人僅就事實上受益之部分負償還責任而已。該條規定，於權利買賣，出賣人因其權利而得占有一定之物者，當其物之危險移轉後，買受人尚

未爲事實上之占有前，在其期間以內，出賣人就該占有物所支出之費用，亦準用之。（民三七七條德民四五一條）

第三款 買回

第一項 買回之性質

第一 買回制度

出賣人爲資金之融通，暫時出賣其物品，期於日後資金充裕時，再謀回復者，乃事實上所常見。爲達此目的，可得援用之方法，固有多端，然因一切方法之效力，皆嫌薄弱，殊難以保出賣人之地位安全，故立法上，特認買回制度。（民三七九至三八二條法民一六五九至一六七三條德民四九七至五零三條日民五七九至五八五條瑞債二一六條以下）

第二 買回之性質。

買回 (*Wiederkauf*、*Sub. Rückkauf*、*Recht*、*Faculte de rachat on de réméré*) 云者，因出賣人返還買賣價金行使買回權，而使買賣標之物復歸於出賣人之謂。關於買回權之保留，其性質若何？學說及立法例未能一致，舉其著者：有解除權保留，解除條件附買賣，再買賣預約，及再買賣契約等說。德民法之解釋，多採再買賣預約說。（德民四九七條）日民法之解釋，則概從解除權保留說。（日民五七

九條)而我民法第三七九條第一項，規定買回之觀念曰：「出賣人於買賣契約保留買回之權利者，得返還其所受領之價金，而買回其標的物。」依此規定：(1)所謂買回，乃以買賣契約所附之特約為基礎，與單純之再買賣，就一度讓與之物，更賣與原所有人，而有全然獨立之二買賣存在者，固不盡同。其與預約，尙待本契約之締結者亦異。至於出賣人行使買回權之效果，乃純依法律上特別規定而生，非逕生回復原狀之效果，是又與解除權行使或解除條件成就迥異其趣。故解釋我民法，應採附停止條件再買賣契約說。所謂買回權之行使，即停止條件之成就也。(2)依我民法，買回之標的物，不以不動產為限，雖就動產買賣，亦無妨附以買回特約。蓋從德民法之例，而與日民法有別。故買回特約，僅有債權效力，不得以之對抗第三人，雖在不動產買回，法律既無明文，自亦不得藉登記使生對抗第三人之效力，否則違反買回之債權性質。故實際上，對於不動產，與其附以買回特約，毋寧約為典權之設定也。(3)買回雖與契約解除異，非逕生回復原狀之效果，然因買回權之行使，買受人既負第三八三條之義務，故為保護買受人利益，並依第三七九條所定「於買賣契約保留買回之權利」一語，買回特約，自不可不與買賣契約之締結同時為之。蓋因契約之成立，財產權既已完全移轉於買受人，如於其後更為買回時，則買受人恆不易履行第三八三條之義務，致影響其經濟上利益，故當事人間，於契約既經成立，效力業已發生後，始成立買回之合意者，則非此之所謂買回，而應解為單純之再買賣契約。

，舉凡當事人雙方之義務，皆得爲獨立之新約定，不受原買賣契約之拘束。爲買回之旨，是否訂於買賣契約內？抑另依從契約爲之？則非所問。且於契約成立後，而爲買回特約內容之變更，以不失契約之同一性爲限，亦無妨礙。(4)買回既依當事人之特約於出賣人方面保留買回之權利，其目的在使財產權復歸於出賣人之手，故爲其對價之價金，亦不可不返還於買受人。其應返還之數額，於原則上，應與當初所受領之額同，否則有失交易之公平。但依當事人之合意，就返還爲特別之約定者，亦爲民法第三七九條第二項所認許，雖超過原價，或較原價低廉，均無不可。(5)買賣契約生效後，出賣人依原價金所生之利息，及買受人就標的物所得之利益，於出賣人行使買回權時，是否互負移轉義務？關於此點，如買回與解除契約之效果一致，則當然包含於回復原狀之義務中，而我民法，既不採解除契約之觀念，觀於此點，自有特設明文之必要，此第三七九條第三項所以定爲：「原價金之利息，與買受人就標的物所得之利益，視爲互相抵銷。」而不依回復原狀之法則，使互負移轉義務，以求便於實際。且此之所謂抵銷，不有就二者之對當額爲抵銷之嚴格的意義，故解釋上，買受人於契約生效後，買回權行使前，就買賣標的物雖未取得任何利益，出賣人返還價金時，亦勿須附以利息。

第三 買回權之讓與。

於此有一問題，即買回權得讓與否？關於此點，學說歧異；或謂買回權乃依當事人一方之意思表示

示逕生買回之效果，勿待相對人之意思表示者也，故非以要求相對人爲一定行爲或不行爲爲其內容之債權，而屬形成權之一種，與通常之債權異，無讓與性。但依余之所信，買回權雖屬形成權，然其性質，與通常之契約解除權有別，解除權從權利也，與主權利有不可分離之關係，故不得歸屬於各別之主體，反是，買回權則異其趣，出賣人爲其行使，非依單純之意思表示，即能完成其目的，依其意思表示，雙方更負有本款各條所定之義務，而其義務，由任何人履行，或對任何人履行，皆不生相異之結果，故買回權之讓與，不影響於買受人之利益，因買回權之讓受，同時取得出賣人之地位，即出賣人之債權債務，當然隨之而移轉，故視爲債權之讓與，並無不合，類推適用債權讓與之法則，而認買回權之讓與性，亦適足以順應交易之需求。

第二項 買回之期限

第一 買回之法定期限。

買回制度，非我國固有之制度，在昔爲資金之融通，於動產恆依質權之設定，於不動產恆依典權之設定以行之。然其程序，異常繁複，終莫若買回之簡而易行。故我民法，從各國立法通例，特設買回之規定。然在買受人，則常居於不安之地位，深足以影響物質之改良，及國民經濟之發展。且恐歲月久長，因標的物價格漲落，有失公平。我民法基於此等公益上理由，於第三八零條，又特設買回期

限之限制：『即買回之期限，不得超過五年。如約定之期限較長者，縮短為五年。』準此以解，則出賣人於買賣契約保留買回之權利，而未約明行使其權利之期限者，應自約定之日起，至五年之期限屆滿止，其買回特約之效力，因以終了，此後即不得更為買回權之行使。反是，雖依契約約定買回權行使之期限者，亦不得超過五年。於事實上，如為五年以上之約定，則其超過部分，應歸無效。

第二 債編施行前之買回與法定期限之適用。

現行民法施行以前，買回之期限，法律上未設限制，倘當事人約有極長之期限，或未為期限之約定時，依法律不遑既往之原則，自不受新法之支配。然若一概從其約定，則又足以發生上述之流弊，故我民法債編施行法，特設第一二條之明文曰：『民法債編施行前所定買回契約，定有期限者，依其期限。但其殘餘期限，自施行日起算，較民法第三八零條所定期限為長者，應自施行日起，適用民法第三八零條之規定。如買回契約未定期限者，自施行日起，不得逾五年。』以求貫徹上述立法意旨，而保經濟流通。

第三項 買回權之行使

第一 買回之當事人。

得行使買回權者，以出賣人及其繼承人並讓受人為限。至於買回之相對人，於原則上為買受人，

蓋因買賣標的物，依其契約，既已移轉於買受人，則其買回權，自亦不得向買受人行使之。然若買受人已將標的物移轉於第三人時，因買回權僅生債權效力，故不得由出賣人直接向轉得人行使買回權，而仍須向買受人行使之。但買受人與轉得人間，有特別之約定者，自爲例外。

第二 買回權之代位行使。

買回權有財產權之性質，而非專屬於出賣人一身之權利，故得繼承或讓與。其行使，自亦不限於買回權人本人，得依其代理人而行使之，固勿待論。所生問題者，於附有買回特約之買賣標的物，其價值超過買賣價金時，出賣人之債權人，能依民法第二四二條之規定，以自己名義行使出賣人之買回權否？此於日本民法，設有明文，（日民五八二條）德民法及我民法無之，依純理論，應非法之所禁，且以債權人之行使買回權，原欲使其物復歸出賣人，而得執行拍賣，以充自己債權之清償。故解釋上，於不害債權人之範圍內，應從日民法之法意，許買受人請求法院選定鑑定人，估計標的物之價值，扣除出賣人應返還之價金，填補其殘額，以供債務之清償，而消滅買回權，俾得保有標的物。如斯而後，三面之利益，均賴以保全矣。

第三 買回權行使之方法。

買回權之行使，應由買回人依意思表示向相對人爲之。凡民法上關於意思表示之通則，均應有其

適用，依其表示，即生買回之效果，不待相對人之承諾也。惟立法上，有認提出自己應返還之價金及契約費用爲行使買回權之法定方法者，（日民五八三條一項）我民法從德例，不採此主義。故價金及其他費用之返還或償還，乃基於買回所生之效果，非行使買回權之方法也。

第四 買回之效力。

因買回權之行使，當事人雙方，均負有法定義務。依我民法第三七九條第一項所定，買回人方面，有返還所受價金之義務；買受人方面，有返還標之物之義務。然於本條以外，尙設有其他各條之規定，茲分述之：

（甲）買回人之義務。買回人因行使買回權，除依第三七九條第一項返還其所受領之價金外，并有返還買賣費用之義務。即其買賣費用，於締約當時，係由買受人支出者，此時買回人既行使買回權，則買受人之此項支出，等於虛擲，故我民法第三八一條，責令買回人將此費用連同價金一併償還於買受人，以謀事理之公平。至於買受人爲改良標之物所支出之費用，及其他有益費用，因而標之物之價值增加者，依第三八二條，亦使買回人負償還之責，但以現存之增價額爲限，故買受人雖有此等支出，而於買回當時其標之物之價值并未增加者，買回人即得以此理由爲抗辯而拒絕償還。

買回權之行使，原爲買回人之利益，因而支出之費用，與因買賣所支出者，未可同日而語。第三七八條規定，於買回無其適用，有特設規定之必要。依我民法第三八一條第二項：「買回之費用，由買回人負擔。」故其費用，凡依買回而生者，不問其性質如何，概不可不由買回人負擔之。

(乙)買受人之義務。依我民法第三八三條第一項規定：「買受人對於買回人，負交付標的物及其附屬物之義務。」所謂標的物，即原買賣契約之標的物，毫無可爭。惟所謂附屬物，其意義若何？不能無疑。自表面上觀之，法文不曰從物，而曰附屬物，似難與從物爲同一解釋。然考本項規定，仿自德民法第四九八條第一項，於德民法，仍稱曰從物 (Zuehör,) 我民法乃改稱附屬物，殊失德民法之原義。但除解爲從物之外，實又無其他方法足資說明，故仍應以從物解之。立法用語之不一致，尙有待於將來之修正。所謂從物，既足以助主物之效用，(民六八條德民九七條)原由出賣人隨主物移轉於買受人者，於買回時，買受人自不可不返還之。但其從物，如非受自出賣人，而係買受人所添置者，於買回時，應否一併交付？不無疑義。於解釋上，從物既隨主物而處分，自亦不得不交付之。惟因從物之添置，足以增加標的物之效用或價值時，則買回人自不得不依第三八二條規定，就現存增加額，負返還其費用之義務。如斯而後，雙方之利益，均可兼顧。

買回人之行使買回權，原爲使既經出賣之物保持其固有狀態而復歸於一己，故買受人履行前項

交付標之物之義務時，不可不保有受領當時之原狀而交付之。因可歸責於己之事由，致不能交付者，依法理言，與特定物債務之不履行同。但買回關係，究難與一般債權關係同日而語，法律若不特設明文，當事人間最易發生爭論，故本條二項又定曰：『買受人因可歸責於己之事由，致不能交付標之物，或標之物顯有變更者，應賠償因此所生之損害。』至於標之物之有無變更，應依出賣人移轉當時之狀態為標準。特就此點，欲為其證明，頗不易也。

於此尚有應注意者二事：即(1)上述當事人雙方之義務，除第三八一條二項外，皆有對待性質，應依雙務契約之法理同時履行。(2)數人共有一物，各共有人得就其應有部分附以買回特約而出賣之，此依我民法第八一九條及八二八條之規定，當為法所許容。至若共有人就共有物共同附以買回特約而出賣之時，其買回權當然由共有人全體共有之。依德民法第五零二條，共有之買回權，僅共有人全體得以行使，就共有權利中之一人買回權消滅，或共有一人不行使權利時，他共有人有行使買回權全部之權利。而我民法無此明文，如有此等情事發生，難免無爭。

第四款 特種買賣

買賣契約之性質及其效力，已如前述。然於實生活上所表現之各種買賣，其形式非必如斯之單純，有對於通常買賣附加種種條件，而依複雜之形式以實現之者。於學理上，為別於通常買賣，而概以

特種買賣稱之。我現行民法，就特種買賣中最主要者，設有明文：一曰試驗買賣；二曰貨樣買賣；三曰分期付款之買賣；四曰拍賣。

特種買賣中，除上舉我民法規定之四種而外，通常所屢見者，尚有所謂繼續供給契約 (*Dulksessiv Lieferungsvertrag*)，即約於一定或不定之期間，一方繼續供給某種類之物，他方依一定標準給付代價之契約。例如：電氣、牛乳、新聞雜誌等供給契約皆屬之。依此契約，所供給之物，恆依種類定之。其供給之量，則或自始確定，或依受供給者隨時之需要而定。至其代價，亦或自始確定，或從供給當時之市價定之，無論如何，其契約皆非單純之買賣預約，亦非就各期供給成立多數買賣契約，乃自始僅有單一之買賣契約存在。蓋其各期之供給，雖有獨立性質，然其契約之目的及條件，則始終如一，且此多次之供給，完全基於單一之合意，故應解為一契約也。因此，(1) 出賣人得以前期價金之不履行為理由，依同時履行之抗辯，拒絕次期之供給。(2) 買受人亦得以一期之供給不履行為理由，主張終止契約。(3) 未定供給期間者，當事人得隨時終止契約。此皆基於繼續供給契約之特質，當然發生之效果。

第一項 試驗買賣

試驗買賣 (*Kauf auf Probe; Kauf auf R. sicht*) 者，以買受人之承認標的物為停止條件，而

訂立之契約也。此我民法第三八四條，從德民法四九五條之例，所設定義的規定。（參考瑞債二二三條）準此以解：(1)此項契約之成立，仍以具備買賣契約之一般要件爲必要。此外，並須具備以買受人之承認標的物爲停止條件之特別要件。易言之，因買受人適意於標的物，而明示或默示承認之旨者，是爲停止條件成就，買賣契約之效力於以發生。反是，買受人不適意於標的物時，則爲停止條件不成就，買賣契約之效力亦不能發生。然於條件成否未定間，其契約則早經成立於締結當時，僅契約之效力發生與否繫於不確定狀態而已，故與單純之買賣預約有別。(2)此項契約，既因買受人之承認標的物而生效力，故出賣人不可不予，買受人以試驗標的物之便利，否則買受人對於標的物適意與否難以自決，而喪失試驗買賣之本質，此我民法所以特設第三八五條之明文，認出賣人有許買受人試驗其標的物之義務。（德民四九五條二項）(3)出賣人爲前條義務之履行，以將標的物置於買受人可得試驗之狀態爲足，而不以交付於買受人爲必要。交付與否？與第三八五條義務之履行無關。依其契約之本旨，買受人無論已受標的物之交付與否？既經試驗之後，即應表示承認或拒絕之意思，以免契約效力久懸不決。(4)試驗買賣，既因買受人之承認而生效，故於買受人尙未表示承認或拒絕以前，契約之效力乃繫於不確定狀態，此等狀態，如使永存，實足以妨害經濟之流通，於出賣人方面，最爲不利，故有預定承認期限之必要，以免買受人肆意拖延。此項期限，不以從當事人雙方之合意爲必要，雖由出賣人一

方之意思。預定相當期限，而通知買受人者，亦屬有效。且不限於與契約之締結同時定之，雖於其後，或出賣人履行第三八五條義務之當時，爲其約定或指定，均非法之所禁。（德民四九六條瑞債二二四條）(5)上述承認期限屆滿後，應生如何之效果？我民法視標的物已交付於買受人否，而設相異之規定，藉免當事人爭執。即「標的物經試驗而未交付者，買受人於約定期限內，未就標的物爲承認之表示，視爲拒絕。其無約定期限，而於出賣人所定相當期限內，未爲承認之表示者亦同。」此我民法第三八六條所定。依此規定，買受人於試驗標的物後，未爲何等之表示者，因期限之經過，停止條件視爲不成就，買賣契約之效力即不發生。反是，「標的物因試驗已交付於買受人，而買受人不交還其物，或於約定期限、或出賣人所定之相當期限，不爲拒絕之表示者，視爲承認。」此我民法第三八七條第一項所定。依此規定，買受人於試驗標的物後，未爲何等表示，並不交還其物者，則因期限之經過，停止條件視爲成就，買賣契約之效力因以發生。（瑞債二二五條一項德民四九六條）(6)前段乃就有承認期限之試驗買賣而言，買受人欲爲承認之意思表示時，須遵守其期限。於解釋上，且應從意思表示之通則，期限屆滿當時，出賣人尙未接受買受人之任何表示者，即應生上述效果。反是，未定承認期限時，則解釋上，以出賣人不爲期限之追加爲限，買受人於何時皆得表示承認或拒絕。但應注意者，如標的物因試驗已交付買受人，而買受人未交還其物者，或買受人已支付價金之全部或一部，又或

就標的物爲非試驗所必要之行爲者，則雖無期限之經過，亦應視爲承認，買賣契約之效力，因以發生。(民三二七條德民四九六條瑞債二二五條)(7)承認或視爲承認之效果，在使買賣契約發生效力。然其效力，究應自承認或拒絕承認之當時起向將來發生？抑或溯及契約訂立之初？此不可不從停止條件之本質上求之。依我民法第九九條規定，除有特約外，應於條件成就時生效，而無溯及力。

第二項 貨樣買賣

貨樣買賣 (Kauf nach Probe; Kauf nach muster; Sale by Sample)者，買賣標的物之品質依貨樣而定之買賣契約也。此類契約，乃一般交易上所通行，蓋依當事人目之所感，即得辨別標的物之品質適合契約與否，庶幾可以避免依言詞或文字以爲形容之困難。故我民法，從德民法之例，特以明文認許之。(民三二八條德民四九四條瑞債二二二條俄民二零一條)

我民法第三八八條定曰：「按照貨樣約定買賣者，視爲出賣人擔保其交付之標的物與貨樣有同一之品質。」準此以解，所謂貨樣買賣，其成立要件，與通常買賣並無稍異，其效力亦與通常買賣相同。所異者，出賣人須擔保其交付之標的物與貨樣有同一品質而已。蓋於通常買賣，出賣人擔保標的物之品質，恆依言詞或文字等方法，此則依實際之貨樣以行之。此項擔保方法，多行於不特定物買賣。然在特定物買賣，亦有行之者，出賣人爲履行契約所交付之物，倘若違反本條規定，即與貨樣不同其

品質時，關於擔保責任之一般規定，皆應有其適用。故於不特定物買賣，買受人得請求另行交付與貨樣有同一品質之物，或請求損害賠償，或解除契約，更或請求減少價金。（民三六四條三六零條三五四條二項三五九條）於特定物買賣，則買受人得請求損害賠償，或解除契約，更或請求減少價金。（民三六零條三五四條二項三五九條）要須視其不適合之程度如何，以定買受人應採用之手段。

於貨樣買賣，已如上述，出賣人所交付之標的物，須與貨樣同其品質。然其物究與貨樣有無同等品質，是不可不從契約之旨及交易慣行以判斷之。故如當事人以絕對適合為必要，與僅以大體相同為足者，自應異其結果。又如不適合之程度，未依特約定明，而從交易慣行，認為無關重要者，出賣人之擔保責任，即不發生。但於常事人間，就標的物適合貨樣與否，發生爭執時，其舉證責任，應如何分配，殊有研究之必要。依余所信，如買受人以標的物不適合貨樣為理由，請求出賣人履行擔保義務時，應證明其不適合之事實。反是，買受人因不適合，拒絕受領，而出賣人為反對主張，向買受人請求對待給付時，則出賣人應證明其適合。

第三項 分期付款之買賣

第一 分期付款買賣之特質。

分期付款之買賣 (Abzahlungsgeschäft, Ventos a Temperament) 者，附有定期支付價金特約之

買賣也。而有下列特質：(1)此項買賣，爲特種買賣之一。但實際上，有採租賃之形式，定爲：『於一定期間內，支付租金時。租賃物之所有權，移轉於承租人』者，於此情形，究應視爲混合契約？抑應視爲單純之買賣？不可不依契約中所謂租金是否含有使用其物之對價之意義而決之。然於通常情形，則當時人恆假租賃之形式，而有買賣之意思，故有疑義時，以解作買賣爲當。(2)此項買賣之標的物，以動產爲常，但就不動產亦得締結之。(3)此項買賣標的物之占有，通常恆因契約之成立直移轉於買受人，但當事人得爲特別約定。(4)買賣價金，恆依當事人之特約，按年按月或按一定期間，分次支付，是爲此種契約最著之特徵。(5)此種買賣，其價金雖分期支付，而標的物則恆因契約之成立直交付於買受人，故交易上，出賣人爲保全自己之債權，而附以種種有利於己之特約，例如：保留所有權特約，喪失期限利益特約，失權特約等是。前者在德民法及瑞士債務法之解釋認許之。(德四五五條瑞二二六條二二七條一項)他國法律，雖無明文，但解釋上，依契約自由之原則，當非所禁。惟後二者，乃出賣人乘買受人之弱點，慣用之手段，故德奧諸國，依保護弱者之目的，制定特別法，以防其流弊。(德分期付價行爲法四條一條奧分期付價行爲法三條二條)我現行民法，從瑞士債務法之例，(瑞債二二六條至二二八條)特設第三八九條及第三九零條之限制。

第二 喪失期限利益特約。

我民法第三八九條定曰：「分期付價之買賣，如約定買受人有遲延時，出賣人得即請求支付全部價金者，除買受人有連續兩期給付之遲延，而其遲延之價額已達全部價金五分之一外，出賣人仍舊不得請求支付全部價金。」蓋於分期付款付價之買賣，附有喪失期限利益之特約者，其特約雖非根本無效，但以買受人連續遲延兩期之給付，且其遲延之給付總額已達全部價金五分之一者為限，方許出賣人依特約而請求買受人為全部價金之支付。至所謂「已達全部價金五分之一」云者，以滿全部價金五分之一為足，而不以超過為必要也。（瑞債二二八條以相當全部價金十分之一並繼續二次怠於支付為要件）

第三 扣留受領價金特約。

我民法第三九零條定曰：「分期付價之買賣，如約定出賣人於解除契約時得扣留其所受領價金者，其扣留之數額，不得超過標的物使用之代價及標的物受有損害時之賠償額。」蓋於分期付款之買賣，附有失權特約者，其特約自非有效，而僅得約由出賣人扣留其所受領之價金。其扣留之數額，並以本條所許之範圍為限度。至所謂「使用之代價及標的物受有損害時之賠償額」云者，於事實上。有非經鑑定即不能得一定確數者。然察本條立法意旨，原為保護買受人之利益，決不及待為繁重之鑑定與精確之勘算以後，始決定其扣留額也。故解釋上，以依交易慣例認為相當之數額可矣。至其真確之數

密、應俟日後之勘算。準此以解，一經出賣人表示解除契約之意思時，買受人即得請求返還其已付之價金，出賣人因其請求，即須將超過額返還於買受人。至爲正確勘算以後，如尚有餘額，出賣人仍不得不返還之。（瑞債二二七條二項認解約時出賣人有返還價金義務雖就使用代價及損害額亦僅許求償而不許扣留所受領之價金）

第四項 拍賣

第一 拍賣之意義。

拍賣云者，就多數應買人中，依競爭之結果，而與出價最高者締結買賣契約之行爲也。此與投標，同屬競爭締約之一種。惟依投標而行契約之締結時，各投標人所提出之條件，當契約尙未成立以前，非其他投標人所能知悉。至於拍賣，則反是，多數應買人，乃以公然提出較高之買價爲競爭手段，此二者之所異也。

拍賣之觀念，自羅馬法以來，爲各國法律所是認。可大別爲強制拍賣與任意拍賣。前者應於強制執行法中論之，本項則專就任意拍賣而言。我民法從瑞士債務法之例，認爲特種買賣之一。（民三九一至三九七條瑞債二二九至二三六條）德民法則規定於總則編契約節中，（德民一五六條）蓋認一般契約亦有所謂競爭締結也。（位於強制與任意之間者尙有所謂法定拍賣如我民法三三二一條之拍賣是）

第二 契約之成立。

依拍賣而爲契約之締結時，必先向一般人以一定範圍之人爲希望締約之表示。此項表示之性質若何？從來見解分爲二派：有謂爲對不特定人之要約者，（索遜民法八一九條）有謂爲要約引誘者。（德民一五六條瑞債二二九條日競賣法一條）我民法即採後說，於第三九一條定曰：『拍賣因拍賣人拍板，或依其他慣用之方法，爲拍定之表示而成立。』準此以解：(1)其契約，既因拍賣人爲賣定之表示而成立，故拍賣人乃居於承諾人之地位，應買人則居於要約人之地位，拍賣人於拍賣開始前所爲希望締約之表示，即其公告，含有要約引誘之性質，自無疑義。(2)表示賣定之方法如何，於法毫無限制。本條所定拍板，僅有例示性質。故於拍賣交易上所慣用之一切方法，拍賣人得自由援用之。(3)依拍賣而爲契約之締結者，如上所述，拍賣人希望締約之表示，即所謂公告，得向一般人或一定範圍之人爲之。然於通常情形，多不限定範圍，故無論何人，皆有應買人之資格，且其應買之表示，不問係基於自己意思之發動，抑或受他人之指使，以我民法總則編所定無效之原因爲限，皆得有效發生要約之拘束力。但我民法第三九二條，對此二點，設有限制。即『拍賣人對於其所經管之拍賣，不得應買，亦不得使他人爲其應買。』此蓋以拍賣標的物非必爲拍賣人自己所有，每有受他人委任而經管拍賣者，故爲保護委任人之利益，特設本條規定，立法趣旨與第一零六條同。準此以解，拍賣人自己所爲之應買

，或受拍賣人指使而爲之應買，皆不能有效。(4)如上所述，拍賣人既有受他人之委任而實施拍賣者，則拍賣人與委任人間之內幕關係，自應依委任契約之規定以決之。其爲拍賣之實施，自不可不從委任人所指示。故委任人對於特定之應買人曾表示不與締約之意思者，雖該應買人出價最高，而拍賣人亦不得違反委任人之意思，對之爲拍定之表示，此就我民法第三九三條之規定可以見之。(5)於通常情形，當拍賣之初，恆由拍賣人爲最低價之請求。此項請求，即含有於前述希望締約之表示中，故無拘束力，特以示其標準而已。迨及拍賣開始之後，各應買人爭相表示高於其額之買價，直至無更高之出價爲止。如拍賣人認爲相當，即就其最高價而爲賣定之表示，契約於以成立。然其賣定與否？拍賣人於第三九三條之範圍內，保有其自由。故對於應買人所出之最高價，仍認爲不足時，雖不爲賣定之表示，而撤回其拍賣標的物，使其契約不能成立，亦我民法第三九四條之所許。(6)如前所述，應買人所爲應買之表示，以無無效之原因爲限，皆有要約拘束力。然基於拍賣之特質，此項要約，恆連續發生，則各個要約之拘束力，究於何時消滅？殊未能依一般規定決之。故我民法第三九五條特明定曰：「應買人所爲應買之表示，自有出價較高之應買，或拍賣物經撤回時，失其拘束力。」蓋所謂拍賣，原屬競爭締約之一種，拍賣人有僅與出價最高者締約之意思，故於有較高之出價時，前之應買倘仍保有拘束力，殊無實益；或雖無更高之出價，而拍賣人對其出價仍認爲不足，撤回其拍賣標的物時，是無異

於對其應買表示拒絕之意思，倘仍使其保有拘束力，亦頗不利於應買人；此本條規定之所由設也。(7) 二人以上對於同一拍賣物同時表示最高價之應買，而無共同應買之意思者，其拍賣物將拍歸何人，不無疑義。於解釋上，在拍賣開始以前，拍賣人曾預定其解決方法者，自應從其預定；否則為賣定之表示與否，拍賣人既有其自由，則於此時，以不反於委任人之意思為限，自得隨心所欲拍賣其中之一人，或竟不為賣定之表示，亦無不可。但事實上，如數人之應買，可以辨其先後者，則以拍歸表示在先之一人，較為允當。

第三 賣定之效果。

拍賣人為賣定之表示時，買賣契約於以成立，受拍定之應買人，乃取得買受人之地位，而得向拍賣人請求拍賣物之權利移轉。然我民法，因買賣契約之基於拍賣而成立者，受拍定者之資力如何，每非拍賣人所得知悉，故為保護拍賣人及委任人之利益，特設第三九六條及第三九七條之規定。即(1)拍賣之買受人，應於拍賣成立當時或拍賣公告內所定之時，以現金支付買價。(2)如不按時支付價金者，拍賣人得解除契約，將其物再行拍賣。(3)再行拍賣所得之利益，如少於原拍賣之價金及費用者，原買受人應負賠償其差額之責任。

以上乃就拍賣之買受人因其賣定所生之義務言之。次更就拍賣人之義務而言，拍賣人既受價金之

支付，即不得不移轉其拍賣物於買受人。此外對於買受人是否與通常之買賣同，應負出賣人之擔保責任，我民法債編未設明文。關於此點，應就權利欠缺擔保與物之瑕疵擔保，分別論之：(1)確定拍賣人有無權利欠缺擔保責任，須先究明因拍賣而取得所有權之性質若何？於學理上，有原始取得與繼承取得之別：依原始取得，拍賣之買受人，因拍賣而絕對取得其標之物之所有權，任何人不得請求回復；反是，依繼承取得，則不生絕對取得所有權之效果。我民法物權編，乃從前之見解，(民九五零條)故解釋上，拍賣人不負權利欠缺擔保責任。(2)至於物之瑕疵擔保責任，從拍賣本質上言，當開始拍賣之初，既經公告，於實際上，其拍賣物又恆先期陳設，以供應買人觀覽，則其物有無瑕疵，不難察知，故亦以解為拍賣人於權利移轉後，其負物之瑕疵擔保責任為宜。日民法五七零條但書，設有明文。

中國債編各論

第二節 互易

第一 互易制度。

互易制度，於古代貨幣經濟尙未發達之時，通行最廣。降及中古，依貨幣以通有無，互易之必要，頓形減少。於今日之社會生活者間，利用互易以爲交易者，寧屬罕見之事例。故各國法律，設較詳規定者，僅奧法民法。（奧民一零四五至一零五二條法民一七零二至一七零七條）他如德日瑞士，則僅設有一二條之規定。（德民五一五條日民五八六條瑞債二二七條及二二八條）我民法亦然。（三九八及三九九條）

第二 互易之性質及其效力。

互易 (Verhänge tausch) 者，當事人雙方約定互相移轉金錢以外之財產權之契約也。其與買賣異者，即在買賣當事人之一方，乃移轉金錢所有權；而在互易，則雙方均以移轉金錢以外之財產權爲目的。除此以外，其性質則與買賣同。非如羅馬法，以有一方之給付，始認互易之成立，（要物契約）而僅依當事人之合意，即可成立，故爲諾成契約。無須具備何等方式，故爲不要式契約。當事人雙方之

債務，互有對價關係，故爲雙務且有價之契約。互易之意思表示與其履行之間，依時間觀念，恆不無若干間隙，故雖時互易，亦與現時買賣同，均不失爲債權契約。由此以觀，二者之性質既無差別，立法上爲免重複，故對互易，恆準用關於買賣之規定。我現行民法第三九八條，亦從此旨，因而互易之法律效果，一依買賣規定以決之。契約當事人雙方，互立於與出賣人相等之地位，關於出賣人之擔保責任及其他規定，皆準用於互易。

互易契約，以當事人雙方互相給付非金錢之財產權爲目的，至其財產權之種類如何？則非所問。故不以所有權爲限。他如地上權、地役權、抵押權等物權，以及一般債權，皆得爲互易之標的。更如無強制通用力之外國貨幣或古錢之交換，亦屬互易之範圍。但當事人如約爲特種通用貨幣之授受者，則非互易，亦非買賣，而爲無名契約。然因其爲有價，故依我民法第三四七條，準用關於買賣之規定。

第三 附有補足金之互易。

附有補足金之互易 (Echtfang, a Vec soultte)，即當事人一方約定移轉財產權，他方除移轉財產權外，並移轉金錢所有權之契約。此於互易標的之價值不相等時，最易見其實益。至其性質若何？學者之主張不一。我民法第三九九條則明定曰：「當事人之一方約定移轉前條所定之財產權並應交付金錢者

，其金錢部分，準用關於買賣債金之規定。』是明認其有互易與買賣相混合之性質，而爲一種混合契約。

中國債編各論

第三節 交互計算

第一款 交互計算之意義及性質

交互計算與票據同，乃信用制度之一種，在商事交易上，爲避現金授受之繁，並免資本之不生產貯藏，當事人每利用此制度。意葡日本商法，對之設有詳密規定。法商法無之，德商法規定簡章。（三五五至三五七條）瑞士債務法僅於債之消滅章中設有一條規定。（一一七條）我現行法，既採民商合一主義，故民法中亦有規定之必要。（民四零零條至四零五條）

我民法第四零零條，對於交互計算，設有定義的規定曰：『稱交互計算者，謂當事人約定以其相互間之交易所生之債權債務，爲定期計算，互相抵銷，而僅支付其差額之契約。』準此以解：(1)交互計算之當事人間，以有繼續的交易關係爲常，蓋非此即無成立交互計算之必要與實益。（日商有二九一條之明文）且以彼此互有債權債務關係之發生爲必要，如僅就其一方發生債務，自不能成立交互計算。關於此點，本條既定曰：『以其相互間之交易所生之債權債務，』解釋上無可疑義。(2)交互計算乃以一定期間內交易所生之債權債務爲其標的，而此債權債務，於事實上當以金錢債務爲限，蓋非

金錢債務，即無以為抵銷。故對於記入交互計算之債務，當事人勿妨約定自記入時起附加利息，此於我民法第四零四條一項設有明文。然得依交互計算而抵銷之金錢債務，其範圍如何？應從各個契約所定。無特別意思表示時，應解為包含交易上通常所生之一切債權債務。(3)交互計算乃定期計算之一種，至其計算期，(即應為抵銷時期)當事人無妨自由約定，未約定時，則每屆六個月，應計算一次，此於我民法第四零二條設有明文。(4)交互計算之目的，在就一定期間內，交易所生一切債權債務之總額、互相抵銷，僅為差額之支付。故依交互計算，可生兩面效果：於消極方面，足以妨礙各債權之分別行使，是為交互計算之不可分性 (*Untheilbarkeit, 1, indivisibilité*;) 於積極方面，得就債權債務之總額而為抵銷。(5)交互計算之性質，有解為單純之交易方法，無契約之意義者；有謂為相互消費借貸者；有謂為雙方委任者；有謂為消費借貸、寄託、委任、及債權讓與之混合者；有謂為信用開始契約者；有謂為猶豫契約者；有謂為抵銷之預約者；亦有謂為抵銷契約者。瑞士債務法，以定於債之消滅章更改節中，係採更改說。就我民法言之，既不附於任何契約，則認其有獨立契約之性質，毫無疑義。(6)交互計算乃諾成契約之一種，依明示或默示之意思表示即可成立，且不要一定方式，故為不要式契約。當事人互負有就彼此之債權債務，定期計算，互相抵銷，而支付其差額之義務，故為雙務且有償之債權契約。(7)從來立法，對於交互計算，皆定於商法，故非商人間雖締結類似交互計算之契約者，

不得稱曰交互計算。但學理上，所謂交互計算，原有三種：純粹商人的交互計算 (Reinkan/männisches Kontokorrent) 及民事交互計算 (Purg-erliches Konto-korrent) 是也。我現行法，既採民商合一主義，則本節規定，自無認此區別之必要，凡合於第四零條所定要件者，皆得以交互計算稱之。

第二款 交互計算之效力

交互計算之效力，已如前款所述，得別爲消極積極兩方面。其消極方面之效力，乃由交互計算契約之自體直接發生。其積極方面之效力，則有待於日後之計算。分述如次：

第一 交互計算之消極效力。

因交互計算契約及於各個債權之效力，乃交互計算之消極的效力。其要點如下：(1) 記入交互計算之債權債務，於計算期前，繫於停止狀態。自債權人方面觀之，得謂爲債權之猶豫，故不得請求給付，因而時效亦不進行。自債務人方面觀之，既不得爲其履行，故亦不負遲延責任。(2) 記入交互計算之債權債務，既須就其總額而爲抵銷，則事實上，自不得各別請求履行。依其性質，並不得讓與，亦即不得爲質權之標的。更不得以與交互計算以外之債權債務相抵銷。(3) 記入交互計算之債權債務，當事人得任意定其範圍。至其變更或除去，則不得任意行之。然我民法第四零一條定曰：「匯票本票支票

及其他流通證券記入交互計算者，如證券之債務人不為清償時，當事人得將關於該債務之項目自交互計算中除去之。』蓋本條之除去，乃基於法定原因而生，當事人一方為其除去時，他方不得抗辯。惟該規定之內容，當指依匯票本票支票及其他流通證券之授受所生之對待給付債務記入交互計算者而言，非謂證券債務之本體。反是，解為證券債務之本體，則失其規定之意義矣。（參考日商二九二條）

第二 交互計算之積極效力。

交互計算之積極效力，乃因計算而有其發生。關於計算，我民法雖無如日商法第二九四條之明文，然自一般容易習慣上觀之，凡記入交互計算之各項目，當事人一方恆於計算期依書面記明其項目及抵銷後之差額，而為提示，他方如有異議，即欲為某項目之除去或更正時，不可不於計算後一年以內請求，經過一年，為確保計算之效力，并免法律關係之紊亂，依我民法第四零五條所定，即不得為其請求矣。故於此情形，當事人雖有第四零一條之理由，亦不得主張除去。但應注意者，本條乃對於除去或更正之請求所設之限制，非謂其計算必經過一年始能確定，故於計算書提示後，他方為明示或默示之承認時，計算之確定力於以發生，差額債務隨之成立，縱或不為現實之支付，仍繼續交互計算契約，然當事人他方，對於支付義務人，得請求就其應付之差額計算利息，此於我民法第四零四條二項，亦設有明文。

第三款 交互計算之終了

交互計算依一般契約終了之原因而消滅，自不待論。然我民法，尙設有特別之終了原因。依第二百零三條所定：「當事人之一方得隨時終止交互計算契約，而爲計算。但契約另有訂定者，不在此限。」蓋以交互計算乃依當事人間互相之信用而成立，故當事人一方對於他方之信用如有疑時，倘不認終止契約之權，即不足以保全其利益，此本條所由設也。但該規定，并無公益性質，當事人預先約定於特定期間內任何一方不得終止契約，以爲本條適用之限制者，自屬無妨，此又本條但書之所明認。德國學說及判例，或主張於有不得已之情形時，雖有特約，亦應認當事人一方之契約終止權者，但屬立法問題，我民法既設有此項但書，則於任何情形下，皆難否認特約之效力，是爲至當。

第四節 贈與

第一款 贈與之意義及性質

依我民法第四零六條所定：贈與者，因當事人一方以自己之財產爲無償給與他方之意思表示，經他方允受，而生效力之契約也。分別闡明其意義如次：

第一 贈與者，契約也。

贈與 (Schenkung, donatio, donation) 之爲契約，抑爲單獨行爲？於學理上，向多爭論。依單獨行爲說，所謂贈與，既僅由當事人一方負義務，他方無須爲何等出捐，則雖不待他方承認，即使發生效力，於理並無不合。然依契約說，則謂受贈人不願無償享受利益時，殊無強其領受之根據。二說各有一面之理由，故不可不視立法主義如何，以爲論定。（德民五一六條日民五四九條瑞債二二九條法民八九四條皆定爲契約）依我民法，除贈與人之意思表示外，更以受贈人表示允受之意思爲要件，是明認贈與有契約之性質，亦即贈與與遺贈根本不同之點。惟契約成立之要件與生效力要件，異其觀念，我民法第四零六條所稱經他方允受而生效力一語，殊嫌混淆。

贈與有契約之性質，已如上述。須更進而考究者，一切贈與契約，是否皆有債權契約之性質是也。夫贈與之成立，同時不爲財產移轉行爲者，即所謂贈與之約束（Schenkungsversprechen），其爲債權契約，固無疑義。惟於現物贈與（Realschenkungs Handschenkung），是否亦有債權契約之性質？學說上不無異論。依余所信，現物贈與與現時買賣即時互易等毫無所異，雖於契約成立以後瞬即給與財產，然從時間觀念上求之，終不無若干間隔，是仍有發生債權之餘地，故從一般通說，亦認其爲債權契約。且考我民法第四零九條之用語，既曰「不履行」，則是認依贈與而生債權關係，更無疑矣。但應注意者，我民法第四零七條定曰：「以非經登記不得移轉之財產爲贈與者，在未爲移轉登記前，其贈與不生效力。」本條規定，乃對前條而設之例外。依前條所定因當事人雙方意思表示合致即生贈與之效力；依本條所定，則以非經登記不得移轉之財產權爲贈與標的物時，雖有合致之意思，其契約仍不能生效，而必有待於移轉之登記，於未爲移轉登記前，絕對否認債權關係之發生。然爲移轉登記後，則又足以逕生物權之效果，故於此種贈與，殊無認爲債權契約之餘地，且亦無其實益也。

第二 贈與者，當事人一方以自己之財產給與他方之契約也。

所謂財產（Vermögen），廣義之言，謂屬於一定主體之財產上權利及義務之總體。但爲贈與標的物之財產，則專指財產上權利而言。其種類如何？殊非所問。故依贈與契約而爲所有權債權之移轉，

或其他物權之新設定者，均無不可。要凡足以減少贈與人之財產，同時增加受贈人之財產，皆得稱曰財產之給與。且不以既存財產權之移轉爲限。就將來可以取得之財產，亦無妨成立贈與契約。然法文既曰：『自己之財產，』依反對解釋，則就現屬第三人之財產約爲給與者，似應無效。但依通說，縱令其財產現屬第三人所有，而贈與人依日後取得其財產給與相對人之意思，以締結贈與契約，基於贈與契約之債權性，與以他人之權利爲買賣標的者無異，故可認其有效。

第三 贈與者，無償契約也。

贈與，以由贈與人將自己之財產無償給與於他方爲要件。故爲充對價而給付財產者，非贈與，此所以異於買賣或互易。因而學者謂贈與爲無償契約之典型，買賣爲有償契約之典型。但應注意者，此所謂無償，乃指贈與之法律上原因而言，即基於無償之原因 (Causationis)，而與贈與之動機或緣由有別。故如贈與人雖依答謝慈善諸動機而給與財產於他人時，仍不失爲贈與契約。反之，於負有法律上給付義務，而爲無償給與行爲者，因自始即居於被強制地位，並非出於無償移轉財產於相對人之單純的意思，故不得以贈與契約解之。至於附有負擔之贈與，受贈人之負擔，與贈與人之財產移轉，並無對價關係，故仍無礙於贈與契約之無償性。

第四 贈與者，以允受之意思表示爲要件之契約也。

各種之債 第四節 贈與

贈與之要件有二：除前二段所述一方以自己財產無償給與他方之意思表示外，更須他方有允受之意思表示。允受者，承諾無償受益之謂。此項允受之意思，自須向贈與人表示之，故於贈與契約，贈與人居要約人地位，受贈人居承諾人地位，因贈與人爲無償給與之要約，受贈人爲無償受益之承諾，而有其成立。然贈與之意思，亦不無發自受贈人者，依近今學說，則應解爲要約引誘。

第五 贈與者，諾成且不許式之契約也。

贈與既係契約，其成立自應適用法律行爲並契約之一般規定。言其特徵，除第四百零七條外，以當事人就左列兩點成立合意爲足。

(甲) 一定財產之給與，

(乙) 其給付爲無償，

當事人雙方對於以上兩點有合致之意思表示時，贈與契約因以成立，故爲諾成契約。其締約之方式如何，法律亦無限制，故有不要式契約之性質。如我民法第四百零八條第二項，雖對於立有字據之贈與設特別規定，但非以訂立字據爲贈與契約成立要件，因字據之有無，僅生效力上差異耳，故與日民法同，而與德瑞等國之法律異（日民五五零條德民五一八條瑞債二四三條法民九三一條九三六條）

第二款 贈與之效力

第一項 贈與人之責任

因贈與之成立，而生贈與人應給與財產於受贈人之債務，其性質與普通債務同，贈與人不依契約本旨而履行時，應負不履行責任。反是，受贈人不領受履行之提供時，亦生領受遲延責任。但我民法，基於贈與之無償性，殊難與買賣互易等有償行為同日而語，故從德瑞立法先例，對於贈與人之債務履行及其擔保責任，均設有特則，茲分釋之如次：

第一 關於履行之責任。

依我民法第四一零條所定：贈與債務履行上之責任，與通常債務不同，『贈與人僅就其故意或重大過失，對於受贈人，負其責任。』此與德瑞二法無異，（德民五一一條瑞債二四八條一項）而為我民法第二二零條之例外。故從反面解釋，贈與人非因故意或重大過失之行為，不依契約本旨履行債務時，對受贈人不負何等責任。其基於自己之故意或重大過失者，則與一般債務人之責任同。蓋因贈與契約之成立，受贈人亦有請求履行之權也。且我民法第四零九條，對於立有字據之贈與，或為履行道德上義務而為之贈與，更明定為受贈人於其字據之訂定或合意之成立以後，得請求贈與人交付贈與物，或其價金，反是，而不履行時，自亦可依我民法第二二七條之規定，聲請法院強制執行，『但不得請求利息，或其他不履行之損害賠償』耳。此之所謂利息，指遲延利息而言，乃探德民法第五二二條之

法意。所謂不履行之損害賠償，則指因不履行債務受贈人所受之損害而言。總之，贈與人僅就標的物之限度，對受贈人負履行責任而已。

第二 關於擔保之責任。

贈與人因贈與契約之成立，有將贈與物或其權利給與受贈人之義務。故若其物或權利有瑕疵，致受贈人不能取得完全之財產權時，依一般法理，贈與人對之應負擔保責任。然贈與既屬無償行為，於贈與人方面，毫無利益之取得，於受贈人方面，則不爲何等出捐，單純享受利益，故贈與人如與出賣人及其他有償行為人負同等責任，未免過苛，我民法第四一一條，爲求事理之公平，並體察贈與人之意思，從各國立法先例，定爲『贈與之物或權利有瑕疵，贈與人不負擔保責任，』此原則也。但當事人得爲反對之約定；且法律上亦認左揭各例外：

(甲)『贈與人故意不告知其瑕疵，或保證其無瑕疵者，對受贈人，因瑕疵所生之損害，負賠償之義務。』此我民法第四一一條但書之所定。蓋法律使贈與人免除擔保責任，原出於保護善意贈與人之精神，故贈與人因過失不知贈與之物或權利有瑕疵，或知其瑕疵而向受贈人告知者，皆不負責任。反是，知其瑕疵而故意不爲告知，(法定負責原因)或依契約對受贈人擔保其無瑕疵(約定負責原因)者，因而相對人受有損害時，毫無保護贈與人之理由，故不能不負賠償責任。且因其爲故意

責任，並不許依特約預先免除。(民二二二條)但有負責之原因時，自應以受贈人之善意爲要件，如受贈人明知其瑕疵而受贈者，縱令贈與人怠於告知，亦不負責。至其責任之範圍，法律雖無明文，解釋上以使受贈人不因有其契約而受損害爲足。故僅就受贈人因信爲無瑕疵所受之損害，(即消極的利益)應賠償之。反是，無瑕疵時所取得之利益，(即履行利益)則不負賠償責任。

(乙)贈與附有負擔者，受贈人亦負有應爲一定給付之債務。於其負擔之限度內，酷似買賣及其他有償行爲，故贈與人亦不可不依其限度而負與出賣人相同之擔保責任。否則，贈與之物或權利有瑕疵時，受贈人非特不能取得或不能完全取得受贈之利益，且須完全履行自己之負擔，是因贈與反蒙不利，而失却贈與之本旨，此我民法所以特設第四一四條之規定曰：『附有負擔之贈與，其贈與之物或權利如有瑕疵，贈與人於受贈人負擔之限度內，負與出賣人同一之擔保責任。』至於負擔限度以外之責任，則仍適用上述第四一一條之規定。(德民五二六條)

第二項 贈與之撤銷

第一 無原因之撤銷。

依我民法第四零八條第一項之規定：『贈與物未交付前，贈與人得撤銷其贈與，其一部已交付者，得就其未交付之部分撤銷之。』準此以解，於凡贈與，縱令相對人已爲允受之表示，贈與契約業經

成立，贈與人仍得隨時撤銷其贈與行爲，而不必具備何等原因。蓋因贈與既屬無償行爲，且贈與人或有基於一時之意氣爲之者，如不認此撤銷權，則對無償行爲人，未免失其保護，故我民法，特設本項規定，認贈與人之撤銷權。此項撤銷權，並無專屬性，惟其適用，有上列二種限制：(1)須非現物贈與，蓋於現物贈與，既已履行，倘仍許撤銷，則相對人將蒙不測之損害，亦失事理之公平，故於一部現物贈與，就其一部不得撤銷，於全部現物贈與，就其全部不得撤銷，而僅就贈與之約束，得行使撤銷權。(日民五五零條授當事人雙方以撤銷權)(2)須非立有字據之贈與，或履行道德上義務而爲之贈與，此蓋以贈與契約雖非要式契約，然贈與人爲確保其效力立有字據者，(此字據以表明贈與意思爲足至於受贈意思則不必亦依書面表示之且字據之作成雖在締約後亦有效)或雖未立字據而係履行道德上義務者，則不許任意撤銷，以免害及相對人之利益，或違背道德，此我民法所以特設第四零八條第二項之規定也。

第二 法定之撤銷原因。

我民法第四零八條所定之撤銷權，其行使雖不必具有何等原因，但其適用範圍，則有上述限制。至如第四一六條及四一七條之撤銷，(法民九五五條德民五二零條瑞債二四九條)以具有各該條所定原爲限，而其適用毫無限制。故雖贈與物交付後，或屬第四零八條第二款之贈與，亦有其適用。茲分

述之：

(甲)依我民法第四一六條第一項之規定，受贈人對於贈與人有左列情事之一者，贈與人得撤銷其贈與。

(一)對於贈與人或其最近親屬有故意侵害行為，依刑法有處罰之明文者。茲應注意者，有下列數點：(1)所謂最近親屬一語，不無語弊，其範圍得依解釋而左右之，抽象以言，要不外斟酌被害人與贈與人間之身分、扶養、等關係以定之。(2)所謂侵害，凡施於被害人之生命身體或財產者，皆包括之，(致贈與人死亡者則應適用次條)但以故意行為，並依刑法有處罰明文者為限。雖屬故意侵害行為，而不構成犯罪，或雖犯罪行為，而非故意者，均不在此限。至是否犯罪行為，以刑法有無處罰明文為斷，而不必已受刑罰之執行。

(二)對於贈與人有扶養義務不履行者。本項規定，以受贈人對贈與人負有扶養義務為前提，有不履行其義務之事實，即生撤銷權，而不問其不履行是否足以斷絕贈與人生活之資源。

合於上述情形之一時，即屬忘惠行為，倘仍使贈與契約有效存在，殊不合乎人情，故授贈與人以撤銷權。惟至贈與人知有撤銷原因之時起一年內不行使，贈或與人已對受贈人為宥恕之表示者，應歸消滅。此於我民法第四一六條第二項，設有明文。

(乙)依我民法第四一七條之規定：「受贈人因故意不法之行為致贈與人死亡，或妨礙其為贈與之撤銷者，贈與人之繼承人，得撤銷其贈與。」此即依故意行為殺害贈與人，或拘束其身體自由，使事實上不能為贈與之撤銷，故許贈與人之繼承人原始的或繼承的取得撤銷權。「但其撤銷權，自繼承人知有撤銷原因之時起六個月間不行使而消滅，」蓋促其及早行使也。

第三 撤銷之方法及其效果。

撤銷贈與之方法，與其他法律行為之撤銷同。應依意思表示為之。為其表示者，不以撤銷權本人為限，其代理人亦得為之。所謂撤銷權人，即贈與人或其繼承人也。至受此表示之人，亦不限於受贈人本人。但此撤銷權，因受贈人死亡而消滅，故於受贈人死亡後，對其繼承人為撤銷者，自不生撤銷之效果，此我民法第四一九條一項及四二零條所明定。各該規定，不限於法定原因之撤銷有其適用，即第四零八條之撤銷，亦適用之。惟依一般撤銷原因所生之撤銷權，則應解為不因受贈人死亡而消滅。

撤銷之效果若何，因其性質不同，殊難一概論定。依第四零八條而為之撤銷，雖有遡及力，使其贈與根本消滅，但其撤銷權既僅於贈與義務履行前得以行使，自無返還義務之可言。至於第四一六條及第四一七條之撤銷，則依第四一九條二項所定：「贈與撤銷後，贈與人得依關於不當得利之規定，

請求返還贈與物。』故解釋上，如第一八一條至一八三條之規定，皆應有其適用。

第三項 履行之拒絕

贈與人因贈與之成立，對受贈人負有給與財產之義務，已如前述。但因贈與之無償性，故雖屬債權契約，於法律上，恆偏護贈與人，而認前項之一方的撤銷權。此外，德民法就贈與人因履行贈與義務而影響自己生計或扶養義務之履行時，尚認具有撤銷權。（德民五二八條瑞債二五零條）我民法則從其法意，而異其保護方法，不認贈與人之撤銷權，而認贈與人有拒絕履行之權。於第四一八條定曰：「贈與人於贈與約定後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與致其生計有重大之影響，或妨礙其扶養義務之履行時，得拒絕贈與之履行。」準此以解，則有本條所定之情事，僅於受履行之請求時，得為拒絕。反是，已履行者，自不得撤銷之。蓋為兼顧受贈人之利益，並免法律關係之紛更，洵屬進步之立法。至此項拒絕權之發生，純繫於贈與人方面之事實，而其事實，乃拒絕權成立之要件，故贈與人拒絕贈與之履行時，不可不證明其事實存在。反是，受贈人能反證其不實者，贈與人自仍不能不為履行。且其拒絕之效果，亦與撤銷異，而與暫緩履行之抗辯同，非絕對免除履行責任，故於將來經濟狀況恢復，即本條所定之事由消滅後，仍須履行之。其證明責任，則屬於請求履行之受贈人。

行使拒絕履行權之效果，既與撤銷異，贈與契約并未因此消滅，但贈與人一面拒絕履行，一面依

第四零八條一項而爲撤銷權之行使，自無不可。

第三款 特種贈與

於我民法，得稱爲特種贈與者有二：一曰附有負擔之贈與，他曰定期給付之贈與。此外，對於贈與附以條件或期限者，稱曰附條契約贈與或附期限贈與，以別於單純贈與，惟我民法，於之未設特別，就其條件或期限，自應適用總則之規定，故雖屬特種贈與，本款不論及之。

第一 附有負擔之贈與 (Schenkungs unter einer Auflage)

(甲) 附有負擔之贈與者，贈與人約爲使受贈人爲一定給付之贈與契約也。茲闡明其觀念如次：
(1) 於附有負擔之贈與契約，受贈人依其契約而負有爲一定給付之債務，此乃附於贈與契約之一種約款，故其負擔與贈與，并無對價性質，自非有償契約，亦非贈與契約與負擔契約之併存，純然一契約也。但關於負擔部分之合意無效時，則不必及影響於贈與。(2) 所謂一定給付，於法律上，毫無限制。不問其爲消極給付或積極給付，亦不問其有無財產價值，凡可爲債務標的者，皆得爲負擔之內容。其給付，有對贈與人爲之者，有對第三人爲之者。因給付而受利益之人，不以贈與人爲限。

(乙) 附有負擔之贈與，其觀念已如上述。茲更進而論其效力：於學理上，此種契約，既非有償契約，自亦不得以雙務契約視之。然因贈與與負擔有牽連關係，故又與雙務契約近似，於凡同時履

行、危險負擔、契約解除、等規定，皆應有其適用。但我民法，就其效力，設有特則：(1)依我民法第四一二條一項之規定：『贈與附有負擔者，如贈與人已爲給付，而受贈人不履行其負擔時，贈與人得請求受贈人履行其負擔，或撤銷與。』(德民五二五條五二七條瑞債二四六條一項)蓋於此種契約，贈與人恆不援用同時履行之法則，而先爲贈與義務之履行，故於贈與義務履行後，贈與人仍不履行其負擔時，贈與人得爲履行之請求，或逕爲贈與之撤銷。如其負擔應向第三人履行者，該第三人對受贈人亦有直接請求給付之權。(民二六九條)但該規定，無強行性質，當事人間，自無妨爲反對約定。且因不可歸責於受贈人之事由，而未爲履行，或不能履行者，亦無本項規定之適用。(參考民二二零條二二五條一項)至若行使此項撤銷權時，則應有第四一九條規定之適用。(2)負擔之利益，非歸屬於贈與人自己，而以公益爲目的者，於贈與人死亡後，主管官署得命受贈人履行其負擔，此我民法第四一二條二項所明定。(德民五二五條二項瑞債二四六條二項)所謂主管官署，指於當地有權監督或管理其公益事業之官廳言。(3)有財產價值之負擔，其價值之多寡，原無一定，但性質上，應低於贈與之價值，如超過贈與，即足以泯滅贈與之無償性，我民法第四一三條特明定曰：『附有負擔之贈與，其贈與不足償其負擔者，受贈人僅於贈與之價值限度內，有履行其負擔之責任。』(瑞債二四六條三項)故其超過部分，贈與人不得請求履行，以維持贈與契約之本旨。但該規定，

僅於負擔得依金錢估計其價值者始有其適用。其價值若何？不可不從交易上之客觀價格定之。至其情形是否存於締約當時？受贈人是否知情？均非所問。如受贈人於締約時不知情者，并得主張撤銷其契約。（民八八條一項）（4）以上乃就受贈人之負擔義務言之。至於贈與人之義務，仍與無負擔之贈與同。惟我民法第四一四條，對於贈與人之擔保責任，設有特別規定，已如前款第一項所述，茲不復贅。

第二 定期給付贈與。

定期給付贈與者，於一定時期內，無償且繼續贈與財產於他人之契約也。例如約定每月或每年之未給付一定金錢或其他財產者，其存續期限之久暫，以依當事人之約定為原則，因存續期限之終了，同時其契約即歸消滅。但民法第四一五條定曰：『定期給付之贈與，因贈與人或受贈人之死亡，失其效力。但贈與人有反對之意思表示者，不在此限。』故解釋上：(1)當事人間有特別約定者，從其約定。(2)無約定時，因當事人一方死亡而終了。(3)雖定有存續期限，然於期限屆滿前當事人一方死亡時，以無反對之特約為限，亦應失其效力。蓋因此種贈與，恆置重特定之當事人，於無反對意思表示時，可推定為無於當事人一方死亡後應由其繼承人繼承其權利或義務之必要。

第五節 租賃

第一款 租賃之意義及性質

『稱租賃 (Locatio-conductio rei; louage des choses, niète U. Pacht) 者，謂當事人約定一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。』此我民法第四二一條第一項所定。所謂當事人一方，即出租人。所謂他方，即承租人。租賃契約，以出租人與承租人，就物之使用收益及價金支付二點，有合致之意思而成立茲就上述定義，分別闡明其要點如次：

第一 租賃者，以物爲標的之契約也。

得爲租賃之標的者，於羅馬法，不限於物，雖就勞力，亦得成立租賃。法民法從之，而分租賃爲物件租賃及人力租賃二種。(法民一零八條)德民法始認勞力供給爲獨立爲約，租賃與僱傭承攬之觀念因以分離。屬於德法系之民法，莫不如是。故就租賃而論，凡有體物，不問其爲動產或不動產，亦不問其爲代替物或不代替物，自皆得爲其標的。惟就無體權利，約爲有償使用收益時，是否成立租賃契約？立法例又不一致，德瑞二法，對租賃分別單純之使用，(德民五三二五條以下瑞債二五三條以下)與

使用及收益，（德民五八一條以下瑞債二七五條以下）各立一款。前者專以有體物爲標的，後者則及於權利。我新舊兩民法草案從之。現行民法，則與日民法同，對於以物之使用收益爲標的之契約，稱曰租賃。（日民六零一條我民四二一條）惟就耕作地租賃，反從德例，別設特則，（民四五七至四六三條）是又賄日民法異。故解釋我民法，於耕作地租賃，因有特別規定，不待深論。一般租賃，則應以有體物爲限。但以無體權利爲標的者，亦非無效，特不能成立租賃，而爲無名契約，應準用租賃之規定。茲就物之意義言之：(1)物之嚴格的意義，以於交易上獨立構成一個體者爲限。物權法上之物，即從此旨。蓋爲避免物權關係之混淆也。於債法上，則無此必要。故就物之一部成立租賃契約，亦無不可。基於同一理由，綜合二以上之物體，成立一租賃關係，并無妨礙。(2)出租人對於租賃物有無所有權或其他權利？原非所問。縱就承租人之所有物而爲租賃，亦屬有效。蓋租賃并非以財產權之移沒爲目的，乃僅以物之使用收益爲目的故也。(3)對於消費物，於表面上，似難成立租賃契約。但當事人，就其物於消費之目的以外，而約爲單純之使用，不滅失或減損物之本體者，亦可成立租賃。(4)租賃物不以特定爲必要，僅指不物之種類，即能成立租賃契約。蓋以租賃，並非要物契約故也。(5)公有物以不違反其性質及目的爲限，亦得爲租賃之標的。蓋雖組成公有物之物，而於一方，仍保有私法上物之效用故也。

第二 租賃者，以物之使用收益爲目的之契約也。

租賃契約。在使當事人一方對於租賃物得以積極的使用收益爲目的。使用云皆，不使其物毀損或滅失而利用之謂。收益云者，取得其物所生之孳息或其他利益之謂。二者皆租賃契約當然之內容，（民四二一條日民六零一條）故與德瑞之使用租賃，專以使用爲目的者不同。（德民五三五條瑞債二五三條）但其使用收益之程度，當事人得自由約定之，如依特約僅許使用不許收益時，其特約自屬有效。反之，而無特約時，則應從契約之主旨，物之性質，交易之習慣，信義之原則各點以決之。

第二 租賃者，以支付租金爲對價之契約也。

於租賃契約，出租人使承租人爲物之使用收益，承租人對之支付租金，二者有對價關係，故爲雙務且有價之契約。不以物之交付爲成立要件，故有諾成契約之性質。極瑞言之：租賃契約一經成立，縱令尙未交付租賃物，而依當事人之合意，使承租人負擔支付租金義務，亦屬無妨。惟關於租金，有應注意者數點：(1)我民法第四二一條一項既稱『租金，』則表面上，似與羅馬法同，應以金錢給付爲限。但同條二項所設解釋之規定曰：『前項租金，以得金錢或租賃物之孳息充之。』是明示不限於金錢，雖租賃物之孳息，亦得以充租金之物禮。所謂孳息，當指我民法第六九條一項所定各種天然孳息而言。惟法文既曰『金錢或孳息，』則事實上，承租人究應支付金錢？抑應給付孳息？不可不從契約

所定。無其約定，並無特別習慣時，以不反於契約主旨並物之性質爲限，承租人得任意選擇給付之，但通常皆以支付金錢爲本則。(2)租金之數額，以不反於公序良俗信義誠實等原則爲限，當事人得自由約定之。且不以自始確定其數額爲必要，故如約爲應支付『相當之租金』者，其契約有效，又當事人對於其額，無何等意思表示時，亦可認爲有支付相當租金之意思。至其相當與否？如有爭執，不外委諸法院之判斷。(3)租金之性質，與消費借貸之利息異，利息固應比例借貸期間定之，租金則非必如此。故不問使用收益期間之久暫，得約爲一定租金之支付，其支付次數，亦無限制。

第二款 租賃權

第一 租賃權之性質。

依租賃契約所生承租人對出租人之一切權利，總稱之曰租賃權。其性質，因立法主義不同，未能一概論定。依羅馬法，有債權性質。依普民法，則爲物權。日舊民法從之。奧民法及日新民法，原則上採羅馬法之例，認爲債權。惟不動產租賃，經登記後，對第三人亦生效力，（奧民一零九五條日民六零五條）是屬例外。德法等多數立法例，均不認租賃權爲物權，我民法亦然。但究係債權？抑係形成權？國內學者之主張，又不一致。依余所信，租賃權既爲依租賃契約所生承租人對出租人一切權利之總稱，故可從其內容，分別觀察。凡與出租人之義務對應若爲債權，例如對出租人之租賃物交付義

務，所生交付請求權；及對出租人之租賃物修繕義務，所生修繕請求權等；皆構成租賃權內容之一部，而有債權性質。反是，直接爲其物之正當使用收益之權，即所謂使用收益權，則係承租人得爲自己利益，代行出租人之物權的使用收益權之法律上地位，而有形成權之性質。蓋因(1)此種權利 非請求出租人許容其使用收益之權利之本體，故非債權；(2)其經濟效果，雖與有支配權者相似，然非如地上權、永佃權等限制物權，不要存於同一物上之所有權介在，而直接有其物上支配權，乃包含於所有權中之使用收益權，依約定範圍承租而代行之，故與支配權異，自不得以物權稱之。

第二 租賃權之對外的效力。

如上所述，承租人之諸權利中，其使用收益權，僅有形成權之性質，此外之權利，亦不過爲債權。故對於與租賃無關之第三人，自不得援用此等租賃權，而主張排他性，或請求租賃契約上任何給付。(參考最高法院十九年上字五九四號判決)惟多數立法，爲保護承租人之利益，對於從來所謂「租賃爲買賣所破」之原則，設有例外。我民法亦然：(1)第四二五條定曰：「出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於讓受人，仍繼續存在。」(德民五七一條)蓋承租人於租賃契約成立後，固得請求出租人向自己交付合於所約定使用收益之租賃物，(民四二三條)然若出租人於未履行交付義務以前，而將租物之所有權讓與第三人時，承租人仍僅得對出租人爲前項請求，而不得以

租賃關係存在爲理由，排斥他人之權利取得，或對他人主張租賃權，此以租賃契約僅有債權效力，自不得對抗契約當事人以外之人也。（如出租人與第三人間之讓與行爲有詐害承租人之惡意則承租人自得依民法二四四條主張撤銷）然若出租人已履行租賃物之交付義務，則承租人因受交付，而得代行所有人之使用收益權，法律爲強固其權利，並保持社會經濟之安全，特設上開法條，縱令出租人將租賃物之所有權讓與第三人，不問該讓與之爲有償或無償，其租賃契約仍對讓受人而存在，是認租賃物交付於承租人後，承租人之租賃權，可得對抗讓受人，而不問讓受人之爲惡意或善意也。(2)出租人於租賃物上設定其他物權時，我民法亦從德例，（德民五七七條五七八條）特設第四二六條規定曰：『出租人就租賃物設定物權，致妨礙承租人之使用收益者，準用前條之規定。』即因物權之設定，足以限制或剝奪租賃權之完全行使者，承租人得以租賃權對抗物權享有人。反是，雖有其他物權之設定，而不妨及租賃權之行使時，實際上承租人仍能滿足其契約上預期，自無濫行干涉出租人處分權利之必要及權能，惟所謂物權之設定，是否僅在交付租賃物於承租人以後者，始有本條規定之適用，法無明文。於解釋上，自與前條無異，即在交付後設定者，起感其必要，在交付前，當事人間僅有債權關係存在，承租人固無妨請求出租人履行交付義務，有無過問其標的物上有無權利負擔之必要也。

第三款 租賃之期限

租賃契約，乃以物之使用收益爲內容，性質上有繼續之觀念。故依租賃，恆生繼續的契約關係，而與買賣贈與等，僅依一次給付行爲，即能終其履行者，迥然不同。然若永久繼續，則其實質，又與所有權之移轉將無以異。故當事人，對之恆爲一定期限之約定。此種約定，依契約自由之原則，不問其方式及內容如何，於法律上，皆屬有效。但基於特殊理由，又不得不認左列各限制：

第一 關於約定方式之限制。

如上所述，租賃契約之存續期限，當事人得依契約定之。爲其訂定時，不問係依言詞或書據，以雙方之意思表示均無瑕疵爲限，即能生效。惟我民法第四二二條，從德民法五六六條之例而規定曰：『不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之。未以字據訂立者，視爲不定期限之租賃。』準此以解：(1)於動產之租賃，約定期限者，不問其期限久暫，僅依言詞表示，即能有效，而不必踐行一定之方式。(2)於不動產租賃，雖約定期限，而其期限在一年以下者亦同。(3)反是，其期限超過一年者，則須踐行一定方式，即不可不以字據訂定之，蓋恐歲月蹉跎，難於證明，而妨及權利之行使也。(4)於不動產租賃，未踐行本條方式，而約定超過一年之期限者，其約定自非有效。但僅關於期限之部分無效，即視同自始未爲期限之訂定。蓋以租賃並非要式契約，雖未立字據，亦不能及影響於其契約之成立故也。

第二 關於約定內容之限制。

租賃契約之存續期限，其久暫若何？當事人得自由約定。一經約定，雙方均有遵守義務。故於期限屆滿前，任何一方不得隨時終止契約。然其存續期限如何？於社會一般經濟上，恒足以及重大之影響，倘若失之過長，將妨害物資之改良，而生不利益之結果。且因社會經濟變動，當事人雙方，長久受其拘束，亦非所宜。故我民法第四四九條一項，從各國立法先例，對於租賃契約，設最長期之限制，即不得超過二十年，（德民五六七條定為三十年日民六零四條一項定為二十年）如約有超過二十年者，即為違反公益，應歸無效。但其無效，並不及於全契約，僅超過期限之部分無效。故其契約，應縮短為二十年而存在。關於本項規定之適用，有應注意者：(1)本項規定，於當事人間無期限之訂定者，固不適用之。然期限之約定，不必以時日為標準，如約有不確定之期限，即以物之朽廢或滅失為期者，則於經過二十年後，縱無朽廢滅失等情事，亦應解為有本項規定之適用。(2)當事人約為永久存續之租賃，雖無本項規定之適用，然因其約定違反租賃之本質，故屬無效，而與未定期限者同，(3)債編施行前訂有期限之租賃，自施行日始算，其殘餘期限尚超過二十年者，應自施行日起，適用本項規定縮短為二十年。（債編施行法十三條二項）

第三 租賃期限之更新。

我民法第四四九條一項，對於租賃期限之約定，設有上述不得逾二十年之限制。然非絕對禁止租賃契約繼續存在至二十年以上，故同條二項，又明定曰：「前項期限，當事人得更新之。」(1)所謂更新，究應視為廢止舊期限訂定新期限，而無害於契約之同一性？抑應視為解除舊契約成立新契約？關於此點，學說歧異，余從通說，認為應解釋當事人之意思定之，如其意思不明，則推定為延長舊契約之存續期限，較為允當。(2)因存續期限之更新，租賃契約仍不失其同一性，故所附之一切擔保，亦不消滅。然其效力，不得及於當事人以外之保證人或物上擔保人。蓋依期限之更新，而加重第三人之責任，未為當也。但經第三人同意時，又當別論。反是，依當事人之合意，不僅延長期限，而為契約之更新者，規舊契約既歸消滅，其擔保自亦隨之而消滅。(3)更新後之期限，本法雖無如日民法第六零四條二項之明文，但解釋上，亦有前項規定之適用，即自更新之時起，仍不得逾二十年，否則其超過部分亦應無效。至當事人為更新之預約者，其預約固屬有效，但亦不能超過本條第一項之限制，否則違反法律規定最長期之精神矣。(4)依債編施行法第一二條二項，應適用上述四四九條一項規定之情形，亦有本項規定之適用。

於此尚須一言者，我民法第四四九條之規定方法，與日民法第六零四條同，而與德民法第五六七條異。依德民法，經過三十年後，許當事人一方為解約要約，反是，不為解約要約時，其契約固仍有

效存續。依我民法及日民法，則既定爲「逾二十年者縮短爲二十年，」於解釋上，因二十年之期限屆滿，不待當事人爲任何表示，其契約依法當然第止。蓋本條規定，有公益性質故也。然若經過二十年，當事人雙方既不爲終止之表示，又不爲更新期限之表示，而承租人仍繼續物之使用收益，出租人并不反對之時，其法律效果若何？若謂第四四九條有公益規定之性質，則於二十年期限屆滿後之繼續，無論如何，概難認其生法律上效果。但按諸實際，倘若絕對貫徹此旨，反失事理之平，并背當事人之真意，故解釋上，得視爲默示之更新期限。

第四款 租賃之效力

第一項 出租人之權利義務

依租賃契約，出租人負擔從其契約本旨，使承租人得爲物人使用或收益之積極義務；故與使用借貸之貸與人，僅負有許容借用人爲物之使用收益，而不妨害之消極義務者；大異其趣。且出租人依此項基本的主要債務，尙有附帶發生之種種附隨義務。茲分述之如次：

第一目 交付租賃物之義務

出租人負有使承租人得爲物之使用收益之債務，履行此債務，自不可不將租賃物交付於承租人。故出租人之交付義務，乃依租賃契約所生之債務，爲其債務之履行，自應適用一般債務履行之法則，

不可不以合於所約定使用收益之租賃物交付於承租人，我民法第423條前段，特明定特旨。反是，若交付之物不合於所約定之使用收益時，承租人自得拒絕領受，並依一般債務不履行之法則，解除契約，或請求損害賠償。且依租賃之本質，有繼續性，於凡租賃關係存續中，出租人使承租人得爲物之使用收益之積極義務，始終存在，故僅交付當時合於所約定之使用收益者，仍爲未足，而不可不於租賃關係存續中永久保持其合於約定使用收益之狀態，否則足以發生債務履行不完全之問題，此又本條後段規定所明示者也。

第二目 擔保責任

出租人既負有上述交付義務，則就其交付之物，依租賃契約之有償性，自不得不負與出賣人同等之擔保責任。故(甲)於租賃關係存續中，有第三人就租賃物主張權利，致承租人不能爲約定之使用收益者，於原則上，出租人不可不講求適當方法，排除其妨害，以保全承租人之使用收益權。倘出租人不履行此項義務，承租人得請求不履行之損害賠償，或終止契約。(民三四九條三五三條)(乙)租賃物有瑕疵，足以妨害承租人之使用收益時，如其瑕疵存於交付當時，依買賣規定，(民三五四條一項三五九條三六零條三六四條)由出租人負擔保責任。又其瑕疵無論存於交付之前後，出租人皆不可不履行修繕義務。此就通常情形言之，但我民法，對於租賃房屋或其他供居住之處所者，因重視居住安全

及人身健康，從德民法五四四條之例，設有第四二四條之特別規定曰：『租賃物爲房屋或其他供居住之處所者，如有瑕疵，危及承租人或其同居人之安全或健康時，承租人雖於訂約時已知其瑕疵，或已拋棄其終止契約之權利，仍得終止契約。』本條規定之適用，須具備下列各要件：(1)該租賃物依其用法有供人類居住之性質，惟所謂居住，不以起臥於其中爲限。(2)租賃物有瑕疵，而足以危及承租人或其同居人安全或健康。但不必已生危害之事實，僅有危害之可能足矣。凡具備此等要件時，縱令(一)承租人於締約當時明知瑕疵之存在，或(二)已拋棄契約終止權，仍得不待修繕逕行終止契約。至其租賃契約有無存續期限之預定，亦非所問。因其有關人類之生命或衛生，於公益上，不得不如此也。

第三目 修繕義務及保存行爲權

第一 出租人之修繕義務。

依我民法第四二三條之規定，出租人負有於租賃關係存續中保持租賃物合於約定使用收益狀態之積極的義務。故雖租賃物交付後，其物因破損而不合於約定之使用收益時，即爲本條義務之違反，依一般法理，應生履行不完全之問題。於立法上，爲謀其補正，所以特認出租人之修繕義務。我現行民法亦然。於第四二九條第一項定曰：『租賃物之修繕，除契約另有訂定，或另有習慣外，由出租人負擔。』蓋即以上述第四二三條爲根據，而設此項法則。但因租賃物之占有既以移歸承租人，故爲事實

上便利計，特約由承租人自爲修繕，或交易上有由承租人修繕之習慣者，爲尊重當事人之自由，並保交易之安全，其契約及習慣，自屬有效，此本項立法上之理由也。但應注意者：所謂『租賃物之修繕』，乃因破壞毀損不足以全其用益，故加以修繕俾得復舊，倘更進一步而與改造或新製需要同等工作，始能回復舊觀者，則應解爲一部或全部之滅失，不屬於本條規定適用之範圍，而應依第四三五條之規定，或履行不能之法則解決之。

租賃物有修繕之必要，而出租人不履行上述修繕義務時，依一般法理，亦生債務不履行之問題。然我民法第四三零條，爲防止損害擴大，於認承租人有契約終止權之外，更許以自行修繕之便宜。即『租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，承租人得定相當期限，催告出租人修繕。如出租人於其期限內不爲修繕者，承租人得終止契約。或自行修繕，而請求出租人償還其費用，或於租金中扣除之。』本條規定，有應注意者數點：(1)所謂『修繕之必要』，即租賃物有破壞毀損已變更其合於約定使用收益之狀態，非經修繕，不能全其用益之謂。(2)所謂『應由出租人負擔者』，指無契約或習慣存在，依第四二九條一項，應由出租人負擔修繕者而言。非謂租賃物之破壞毀損，須依應歸責於出租人之事由，始由出租人負擔修繕義務也。故雖基於天災或其他不可抗力，而致租賃物破壞毀損時，其修繕亦應由出租人負擔。惟依應歸責於承租人之事由，而致租賃物生修繕之必要者，

是否亦由出租人負擔修繕？於學理上，極有論爭。余從積極解釋，蓋修繕義務具有獨立性質，此種情形，承租人雖依保管義務之違反，或侵權行為之法則，有損害賠償責任，而出租人之修繕義務，未能因此脫免，但有特約或習慣者，自不在此限。(3)上述修繕義務之履行，原無確定期限，故有應由出租人負擔修繕之必要情事發生時，承租人須通知其旨於出租人，並為修繕之催告。經過催告期限，（催告期限如何始為相當乃事實問題抽象言之除催告通知到達出租人所需之日時外就出租人履行修繕義務所需之準備日時亦應斟酌之）即生履行遲延之問題，承租人除依本條就終止契約或自行修繕兩項任擇其一而行使外，如因修繕義務之履行遲延，受有損害，自仍得請求出租人賠償。（民二二一條參照）(4)出租人不履行修繕義務，承租人雖得依民法二六四條拒絕給付租金，但於出租人之修繕義務完全履行後，相當於其期間所應付之租金，仍有支付義務。僅達於四三五條一項之程度者，方能請求減租。惟承租人因出租人遲延履行修繕義務所生之損害，得請求賠償，並得與租金抵銷其對當額。

第二 出租人之保存行為

出租人依上述規定負有修繕租賃物之義務，同時又有為修繕或其他保存行為之權利。蓋不僅出租人就租賃物之保存有利害關係，且足以影響及於社會經濟。故我民法第四二九條二項定曰：『出租人為保存租賃物之必要行為，承租人不得拒絕。』然事實上，因出租人為此等行為，每致妨害承租人之

使用收益，故曰民法。於此情形，更授承租人以契約解除權，以資調濟。（日民六零條及六零七條）我民法既無如斯之明文，則解釋上，承租人負有絕對容認出租人行使前項保存行為之義務，除有其他終止契約之事由外，自不得以此為唯一理由，主張契約之終止。立法論上，是否允當？尙待商榷。

第四目 不動產出租人之留置權

各國立法，對於不動產出租人因租賃契約所生之債權，為使其便於行使，恒設有種種保護規定。德民法，認土地出租人就承租人之物上，取得質權。（德民五五九至五六三條）日民法，則認不動產出租人對於承租人之動產，有先取持權。（日民三一一條三款三一一條至三一六條）我現行民法，乃從瑞士債務法之例，（瑞債二七二至二七四條）而認『不動產出租人就租賃契約所生之債權，對於承租人之物，置於該不動產者，有留置權。』此第四四五條一項所明定者也。故(1)不動產出租人對承租人所享有之債權，凡係基於租賃關係而生者，不問其為租金債權或損害賠償債權，皆受本條規定之保護。(2)留置之物體，依物權法，須係屬於債務人之動產，（民九二八條）此留置權之性質使然，本條之留置物，自亦不能獨異。依本條規定，且以置於該租賃標的之不動產上者為限，故非置於該不動產上之物，對之自無留置權發生。依本條但書，更須係可以扣押之物，其依法禁止扣押者，亦無留置權。至於其物是否禁止扣押？應從強制執行法之所定。(3)留置權之最終目的，在就留置物而為取償。惟其取償，

當以滿足已屆清償期之債權爲限度。故我民法第四四五條二項特明定曰：『前項情形，僅於已得請求之損害賠償，及本期與以前未交之租金之限度內，得就留置物取償。』所以保護承租人免受不當之損害。關於取償權之行使方法，本節未設特則，自應準用物權編第九三六條之規定。

關於不動產出租人留置權消滅之事由，得敘述如次：

(甲)不動產承租人，於出租人就留置物取償前，而爲上述債務之履行者，出租人之留置權，應歸消滅。

(乙)出租人留置權之成立及存在，雖非如一般留置權，以留置物之占有爲要件。(民九二八及九三八條)然留置物須係置於租賃不動產上之物，故若其物因承租人取去而自不動產分離時，與一般留置權，喪失留置物之占有同，留置權因以消滅。(民四四六條一項本文)但(1)承租人之取去，係乘出租人之不知，或出租人於其取去之際，曾提出異議以阻止之者，則爲保護出租人，其留置權不因取去而消滅。(民四四六條二項但書)(2)承租人基於執行業務或其他生活關係上之必要，不得不取去其物，或僅取去其一部，就其殘部仍保有擔保租金支付之價值時，則不得提出異議，而聽其取去。(民四四六條二項)故承租人基於此等理由欲爲留置物之取去時，自不可不向出租人說明其理由。(3)於無上述正當理由，而擅行取去其物時，出租人得進行阻止其取出。如承租人離去租賃不動產者

，並得占有其物。(民四四七條一項)(4)承租人乘出租人之不知，取去留置物；或承租人知其取去，曾提出異議；而承租人仍自行取去者，法律爲保護出租人，除認其留置權不消滅外，並認出租人之契約終止權。(民四四七條二項)蓋既有此情形，倘仍使持續其法律關係，則當事人間之糾紛，更將接踵而至矣。

(丙)法律是認出租人有上述留置權，原爲便於債權之有效行使，此與物權法上之一般留置權，並無稍異。如債務人爲供債務之清償，已提出相當擔保者，則留置權即無行使之必要，并失其存在之根據。故本節仍本於物權法上一貫之法理，而設第四四八條之規定曰：『承租人得提出擔保，以免出租人行使留置權。』考其規定意旨，即在防止出租人之留置權成立。故於出租人尙未主張留置以前，應有本項規定之適用。反之，於留置權已合法成立後，承租人倘欲使留置權消滅，則不可不提出與各個留置物價值相當之擔保。』所謂相當，非必同等之義，其擔保之價值超過留置物之價值者，其結果有利於債權人，自能有效消滅留置權。反是，而低於留置物之價值，則應僅依其相等之部分消滅留置權。但爲保持交易之安全，雖擔保之價值稍低，而在通常情形認爲無重大關係者，亦不可不認其有消滅留置權之效力。

我民法債編第二章第五節，對於不動產出租人之留置權所設之特別規定，大略如是。此外，於凡

物權編第九章之規定，以與上述不相抵觸者爲限，皆準用之。（民九三九條）

第二項 承租人之權利義務

第一目 使用收益權

租賃物之使用收益，以無特約爲限，承租人僅有其權利，而無其義務，故得放置之，不爲行使。但縱不爲實際之受益，亦不及何等影響於租金及保管義務。此項收益使用權之行使，除與其他權利同，應遵守法律上一般限制外，我民法對之，更設有第四三八條之明文。即『承租人應依約定方法爲租賃物之使用收益，無約定方法者，應以依租賃物之性質而定之方法爲之。』所謂租賃物之性質，因其物之不同，未能一致。故依其性質所得爲之使用或收益方法，遂亦難爲概括的論定，要應就具體事件分別判斷之。如承租人因故意或過失違反本項限制，而爲租賃物之使用收益時，依一般法理言，應許出租人依侵權行爲之法則，請求損害賠償。承租人因此有所利得，更可依不當得利之法則請求返還。惟在租賃，因係有償之契約關係，若純依一般法理以爲解決，殊欠公允，此所以有本條第二項之特則：即『承租人違反前項之規定，爲租賃物之使用收益，經出租人阻止，而仍繼續爲之者，出租人得終止契約。』故出租人因承租人違反前項規定，而爲使用收益權之行使，雖不得以違反行爲爲理由，逕行終止契約，但得請求承租人停止其違反行爲。此種請求，依言詞或書面爲之，均能有效，但不可不

向承租人表示。承租人於受停止請求後，仍不應其請求者，出租人得以停止義務之不履行爲原因，而終止契約。如有損害，并得請求賠償。惟其賠償，當以就租賃物上所生之滅失毀損爲限。（參考民四三二條二項）此項賠償請求權，自受租賃物返還時起，二年間不行使而消滅。（民四五六條）

第二目 支付租金之義務

租金之支付，乃承租人依契約所負之本然義務，亦即租賃契約成立之一要素。關於租金之性質及其內容，已如第一款所述，本目概就支付租金之時期，及租金增減之請求，分別言之。

第一 支付租金之時期。

依我民法第四三九條，支付租金之時期，於原則上，應從當事人之約定。無約定時，則依習慣。蓋依契約自由之原則，首應尊重當事人之意思，故其約定標準，法律上亦不設限制。於有約定之支付時期者，承租人即不可不依其時期而爲租金義務之履行。必無約定時，始依習慣以定之，至於習慣，恆因地域之異，而不一致。故解釋上，應以支付地之習慣爲標準。然無約定亦無習慣之時，則因租賃契約有繼續性。法律對之不得不設相當規準，此本條後段規定所由設也。依其所定：(1)租金非分期支付者，應於租賃期滿時支付之。蓋因租金乃使用收益之報酬，故於使用收益關係終了時，爲其支付，最爲適合。且我民法，於凡一切繼續的法律關係，以無反對特約爲限，皆以法律關係之終了爲支付報

酬之時期。(參考民四八六條二款五零五條一項五四八條六零一條一項)租賃契約，既有同一性質，自亦不能獨異。(2)租金應分期支付者。於每期屆滿時支付之。蓋若不問租期之久暫，概從上述原則，必待租賃關係終了，始爲租金之支付，則出租人多蒙不利。故如當事人以年月爲計算租金之標準時，應不待租賃關係終了，而於每期屆滿時支付本期之租金。(3)如租賃物之收益有季節者，於收益季節終了時支付之。蓋於此時，使支付相當於本季節之租金，最爲便利。然所謂收益季節，因收穫物之性質及當地氣候，而不能一致。

合於上述第四三九條所定各時期，承租人須履行其租金義務。出租人因其時期之屆至，而得請求承租人支付租金。而租金義務之負擔，則應始於契約成立當時，本條乃定其履行期，然無確定期限之性質。故本法第四四零條一項，仍從一般債務履行之法理，而認催告制度。即因前條期限屆至，承租人尙未支付租金者，出租人得定相當期限，催告其支付。催告期限之相當與否？乃屬事實問題，要須於催告通知到達承租人所需之時日外，更斟酌承租人向來之資力，予以充分準備之餘裕。承租人受催告後，於其期限屆滿前，應速向出租人履行其應付之租金。反是，而不如期支付，即生履行遲延之問題。從本項後段規定，出租人得以給付遲延爲理由，主張終止契約。蓋依租賃之雙務性，若承租人意於支付租金，而出租人仍須嚴守契約之拘束，殊失事理之公平。然就租賃契約當事人雙方之地位，以

及經濟上供求之關係以言，則承租人恆難與出租人對敵。特於房屋租賃爲尤甚。故今世各國，對之恆爲種種立法，以資調濟。我民法第四四零條二項，亦本此旨，而規定曰：『租賃物爲房屋者，遲付租金之總額，非達兩期之租額，不得依前項之規定終止契約。』蓋以房屋乃人生四大需要之一，故依本項以對前項規定加以限制，藉資保護承租人，免其頓受終止契約之不利益。

第二 租金增減之請求。

出租人依租賃契約將租賃物置於適合使用收益之狀態爲足，至於承租人是否就租賃物而爲現實之使用收益，不及影響於出租人之租金支付請求權。故『承租人因自己之事由，致不能爲租賃物全部或一部之使用收益者，不得免其支付租金之義務。』乃我民法第四四一條所明定。反之，縱因不可抗力而妨及使用收益時，於原則上，亦不得以此爲理由，主張租金義務之減免。然若絕對從此原則，對於承租人未免過酷，殊欠公平之趣旨，并違反近世立法保護無產階級之精神。故我民法，特認承租人於有左列情事之一時，得請求減少租金。

(甲)『租賃關係存續中，因不可歸責於承租人之事由，致租賃物之一部滅失者，承租人得按滅失之部分，請求減少租金。』此本法第四三五條一項所定。(1)考此項減租權之發生，繫於租賃物有

一部滅失之事實，且其滅失須非基於承租人之故意或過失而生者。例如：依物之用法爲其物之使用

收益，因日久而自然滅失其一部又如因出租人或第三人之行爲以及天災或其他事變，致生一部滅失者，皆有此項滅租權之發生。(2)租賃物一部滅失時，是否以其物有無修繕之可能爲區別，請求減租與請求修繕之標準，學理上向多爭論。余從消極說，故減租之請求，不以其物之滅失已不堪修繕爲要件，雖仍可依修繕復其舊觀，而承租人就減租請求權與修繕請求權，固得擇一以行使之。(3)所謂滅失，非必物理的不存在，以於交易上有可認爲喪失其爲租賃標之物之情形時足矣。例如：依國家之徵用令，徵收租賃物之一部，致不能爲使用收益時亦屬之。(4)租賃發生一部滅失之事實。固有本項規定之適用。反之，而生全部之滅失時，則因契約標之物喪失，租賃契約當然終了。縱非全部滅失，而承租人因一部滅失後，就其存餘部分，不能達租賃之目的者，亦無適用本項規定之餘地，此同條第二項所以明認承租人之契約終止權故第一項規定，僅於一部滅失，而就其殘部仍有達租賃目的之可能時，始見其適用。

(乙)承租人因第三人就租賃物主張權利，致不能爲約定之使用收益者，倘仍令承租人遵守原約，支付租金，或繼續契約關係，亦違反交易之公平。故本法第四三六條特明定爲：有此情事時，準用前條之規定。其結果：(1)如因第三人之主張權利，僅足以妨害其一部之使用收益時，承租人得依前條第一項請求減租。(2)如因第三人主張權利，而致不能達其租賃之目的時，則承租人得依前條第

一項，行使契約終止權，而無適用減租權之餘地。

依上述二條規定，承租人有請求減租之權。然其減租權之性質如何？學說上向多爭論。依余所見，非請求權，而有形成權之性質。故依承租人一方之意思表示，即能生效，勿待相對人之同意。其理由約有二端：(1)考我民法之用語，於慣例上，常用請求二字，然不必因此即有請求權之意義。(2)依第四三五條而終止契約者，其終止因一方之意思表示即能生效，則於同一原因下所生之減租權，若解為請求權，而否認其有形成權之性質，殊欠公允。余故從一般通說，認減租權為形成權。惟其應減之額，不可不相當於滅失及不能使用收益部分之價值，因此發生爭議時，則有待於法院之裁判。至於減租之效果，應自何時發生？法無明文。於解解上，除當事人另有約定外，應自請求當時起，向將來生效，而無遡及力。且如減租之原因含有時間性者，則依原因之消滅，減租之效力亦隨之而喪失，此又當然之論結。

承租人得請求減租之情形，已如上述。除此而外，我民法對於不動產租賃，因其租賃物之價值，常隨市價而消長，故為求其合於實際，特設第四四二條之規定，以保持當事人間權義關係之均衡。即「租賃物為不動產者，因其價值之升降，當事人得聲請法院增減其租金。但其租賃，定有期限者，不在此限。」(1)本條規定之適用，以不動產租賃為限。蓋因不動產之價值，恒較貴重，故其租額亦較高

，價值變動，自有增減租金之必要。(2)必因經濟上一般之變動，而生市價之升降，致影響其物發生漲價或跌價之結果。(3)漲價之時，出租人得聲請增租，跌價之時，承租人得聲請減租。(4)此項增減之聲請，與上述承租人之減租權，異其性質，非依一方之意思表示即能生效，必向法院聲請裁判之。故法院斟酌不動產所在地經濟狀況，認為無正當理由時，自勿妨駁斥其聲請。又就增減之數額，法院亦有自由裁量之權。(參考最高法院十八年上字二八二二第判決)(5)本條規定，僅於不動產租賃，并未約定租期者，有其適用。反之，如定有租期，則於其期限內，當事人雙方須共同遵守契約內容，而不得為變更之聲請故無本條規定之適用。(6)於有本條情形，如依當事人之合意，約定租金之增減，而不向法院聲請者，其合意自非無效。且縱為反於本條但書規定之合意亦生效力。蓋本條非強行規定，僅有補充性質故也。

第三目 保管租賃物之義務

第一 一般保管責任。

承租人於租賃關係終止後，須返還租賃物於出租人，故於租賃關係存續中，即自受租賃物之交付始，以迄返還止，「承租人應以善良管理人之注意保管租賃物，租賃物有生產力者，並應保持其生產力。」(民四三二二條一項)(1)所謂「善良管理人之注意」，即羅馬法上所稱「良家父之注意」(Diligentia)

ntabonipatis familias), 法民法亦然 (Bon p^oir de famille)。蓋謂誠實勤勉且有經驗之人之注意。德民法則以「交易上必要之注意」(Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)稱之。(德民二七六條)即其注意之程度，不以債務人通常所用之注意及能力為標準，而應以一般交易上之觀念為標準。故該規定，要不外抽象的限定承租人應負責任之程度，如承租人違反此項義務，即欠缺善良管理人之注意，以致租賃物有毀損滅失之情形發生，或致有生產力之租賃物不能保持其生產力者，承租人雖僅有輕過失，亦應負損害賠償責任。(民四三二條二項)(2)就我民法四三二條之適用言之，第一項所定注意之程度，殊無單獨適用之實益，必有第二項之損害發生，始依以決定承租人之責任。但依約定方法，或依物之性質而定之方法，為使用收益，致有變更或毀損者，不在此限。(3)此項違背保管義務之行為，自他方視之，具有侵權行為之要件時，承租人之侵權行為上責任，不因有本條規定而免除，故應發生義務違反責任與侵權行為責任之競合。(4)承租人之此項保管義務，依其契約之性質，應由承租人自為履行。但租賃物之事實上使用收益，有歸於承租人以外之人者，於此情形，應區別其是否承租人之同居人，或因承租人允許為租賃物之使用收益之第三人，而異其結果。蓋此外之人之加害行為，致租賃物毀損滅失者，其人既應自任其責，故不生承租人保管義務違反問題。反是，而為上述之人時，則其人應對承租人負責，而就承租人與出租人言之，自應保管義務之違反。故依第四三三條與第四三二條同，

承租人應負損害賠償責任。

第二失火責任。

關於失火事件，各國立法，多設特則。日本民法無之，而於明治三十二年，有補充之法律頒行。我民法則於第四三四條定曰：「租賃物因承租人之重大過失致失火，而毀損滅失者，承租人對於出租人，負損害賠償責任。」本條規定，可從兩面觀察：自侵權行為上觀之，得解為第一八四條之例外；自保管義務上觀之，得解為第四三二條之例外。日本學者多從前之見解，故與保管義務違反生競合問題，如侵權行為上之賠償責任雖被免除，義務違反之賠償責任並不因此有所消長。然就我民法之解釋，則應採後種見解，而認為上述第四三二條之例外。

第三 通知義務。

物之修繕，原屬保存行為之一種，有保管義務之人，原不可不負修繕之責。然於租賃契約，出租人既負有修繕義務，則承租人雖不為修繕，亦不生保管義務違反問題。惟其物既歸承租人現實占有，則是否需要修繕，承租人最易知之。出租人殊少知悉之機會，此不特必要修繕一事如此，於凡租賃關係存續中其他之事項，凡就租賃物而生者，皆莫不如是。故本法第四三七條，特認承租人之通知義務。即「租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者；或因防止損害，有設備之必要

；或第三人就租賃物主張權利者；承租人應即通知出租人。但爲出租人所已知者，不在此限。」所以須即通知出租人者，以便其講求適當之處置方法也。若出租人已知之事故，則無此必要。故承租人之通知義務，因以免除。於無此種情形時，則「承租人怠於爲前項通知，致出租人不能及時救濟者，應賠償出租人因此所生之損害。」此亦同條二項所明定者也。

第四目 返還租賃物之義務

第一 返還義務之內容。

承租人之使用收益權，限於租賃契約存續中有其存在，故於租賃關係終止後，應負返還租賃物之義務。其應返還之義務，不可不保持借受當時之狀態。如有生產力者，並應保持生產狀態返還於出租人。此本法第四五五條所明定。反是，而不能保持借受當時之狀態，則承租人依第四三二條及第四三三條之規定，本應負損害賠償責任。故承租人之租賃物保管義務，與其返還義務，時或互相連結，而有同一內容。當履行返還義務以前，完全屬於保管義務之圍範。迨及返還義務之履行，則爲保管義務之終了。故承租人履行返還義務，而不能保持租賃物之原狀者，於實際上，應生保管義務違反問題，不生返還義務不履行之問題。反是，租賃物之保管，雖無所欠缺，而承租人因歸責於己之事由不履行其返還義務時，則不能依上舉第四三二條及第四三三條之規定，以爲解決，而生債務不履行之問題，

應適用一般債務不履行之規定。

第二 承租人之工作物取回權。

承租人所應返還之租賃物，業如上述，須保持其借受當時之狀態。但依第四三二條所定，承租人僅負有以善良管理人之注意保管租賃物之義務，倘租賃物雖不能保持借受當時之狀態，而承租人未欠缺此等注意時，則仍不負責任。故依不應歸責於承租人之事由，致標的物於毀損者，承租人儘其毀損狀態而返還於出租人足矣。且依約定方法，或從物之性質所定之方法，而使用收益，致租賃物發生自然之變更或毀損，不能保持借受當時之狀態，以爲返還時，已如第四三二條二項之所定，承租人亦不負責任。反是，租賃物依自然原因發生增加擴大之結果，則應歸於出租人之利益，承租人須就其現狀而爲返還。但非自然之增加擴大，而由承租人就租賃物所增設之工作物，則承租人有取回權。此本法第四三一條二項所明定。蓋承租人以不反於租賃之本旨爲限，得以自己之費用，就租賃物上，而爲種種設施，以遂其使用收益之目的。於此情形，依物權編之規定。應生附合加工等問題。然因當事人間有契約關係存在故法律別於附合加工，而認工作物之所有權概屬於承租人。故承租人於履行返還義務之際，有取回其物之權利。然其取回，每足以及影響於租賃物，致生變更或毀損之結果，此本項但書所以定爲：「應回復租賃物之原狀。」因而此項工作物之取回，固屬承租人之權利，然既行使其權利

、同時不能不履行回復原狀之義務。反是，承租人而不行使取回權時，出租人自不能強其取回，如合於第四三一條一項之情形，承租人并得請求償還有益費。故承租人就租賃物增設工作物，并具備四三一條一項之要件者，或求償有益費，或取回工作物，保有選擇之自由。（高等法院十八年上字二九五七號判決要旨認承租人有取回工作物之義務於現行法之解釋未必允當）。

第五目 轉租

第一 一般之轉租。

我民法第四四三條一項本文定曰：「承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租於他人。」蓋於租賃契約，承租人爲如何人，所及於出租人之利害至大，故出租人恒着重承租人之性行資力職業諸點，從事契約之締結。如承租人未經出租人承諾，擅將租賃物轉租他人，則出租人有蒙不測損害之處，此本條規定之所由設也。依此規定，以出租人之承諾爲轉租之有效要件，（德民五四九條一項日民六一二條一項亦同法民一七七條瑞債二六四條俄民一六八條則原則上認承租人得自由轉租）而不問其轉租行爲之爲有償或無償，亦不問次承租人爲如何人，均有本項規定之適用。然轉租關係之成立，須係由次承租人就租賃物之全部或一部爲獨立的使用收益，故如承租人使其家族或使用人同時從自己而就租賃物爲使用收益者，不生轉租之問題，所謂轉租，原以承租人與次承租人間之轉租契約爲基礎

。惟其法律效果之發生，繫於出租人之承諾。此之所謂承諾，乃以受領為必要之一方的意思表示，而有同意性質。依同意之原則，得向當事人任何一方表示之。（民二一七條）但本項承諾之目的，在使承租人取得轉租其租賃物於他人之權利，故依純理言，以向承租人表示為宜。至於承諾之方法及時期，於法毫無限制，雖在轉租以後，亦得為之。蓋未經出租人承諾以前，所為之轉租，原非當然無效之行為，面可成立事實上之轉租關係。如出租人同意於其轉租，自仍無妨表示承諾之意思，使迨及轉租當時生法律上轉租之效果。反是，而不同意於其轉租，則依本條第二項規定，「出租人得終止契約，」行使第四五五條之租賃物返還請求權。如出租人就租賃物上有物權者，并得逕向次承租人請求返還。考本項所以授出租人以契約終止之權，原為保護出租人之利益，故其行使與否，繫於出租人之自由意思，縱不終止契約，而請求停止次承租人之事實上使用收益，亦無不可。如承租人因轉租受有利益者，并得以不得利為理由，請求返還。因轉租而致租賃物毀損滅失時，承租人有賠償責任。（參考民四三三條）

如上所述，承租人未經出租人承諾，而為轉租時，出租人得終止契約。反是，出租人不承諾轉租時，法律既無明文，解釋上自不得認承租人得據為終止契約之理由。此項立法，偏重出租人利益，而不予承租人以保護，自政策上言，殊不若新民法草案債編五二六條一項規定之公允。（該條認出租人

無正當理由拒絕承諾時承租人得終止契約)

第二 房屋之轉租。

轉租之法律上效果，因出租人之承諾而發生。於原則上，不問轉租關係存於標的物之全部或一部，亦不問其租賃物之種類如何。惟在房屋租賃，本法爲顧全其實際效用，并斟酌一般習慣，對於第四三條本文之原則，特認同條但書之例外。而定爲：「除有反對之約定外，承租人得將其一部分轉租於他人。」從此規定，則於租賃物爲房屋時，承租人得以自由轉租。惟須具備下列二要件：(1)須無反對之特約。如有特約存在，承租人仍須遵守特約。(2)須僅轉租房屋之一部。反之，而就其全部轉租時，殊無容認之必要，故仍適用同條本文之原則。

第三 轉租之效果。

轉租關係，乃由承租人以自己在租賃物上享有之權利爲範圍，與次承租人締結之轉租契約，故其法律關係，僅及於承租人與次承租人間，雖經出租人承諾之轉租，出租人與次承租人間相互間，亦不生何等直接關係。本法即從此旨，而設第四四條一項之規定曰：「承租人依前條之規定將租賃物轉租於他人者，其與出租人間之租賃關係，仍爲繼續。」準此以解，承租人與出租人間之租賃關係，既繼續存在，則凡出租人依租賃契約所生之一切權利或義務，仍應對承租人而行使或履行。故依次承租

人之行爲，以致對租標的物有毀損或滅失之情事時，其責任之有無，雖就次承租人決之，而其責任之負擔，則仍屬於承租人。此第四四四條二項所以定爲：『因次承租人應負責之事由所生之損害，承租人負擔賠償責任。』然承租人對出租人履行本項規定之賠償以後，自得向次承租人求償。蓋次承租人依轉租契約，對承租人，原負有與第四三二條同一之保管義務故也。

第四 租賃權之轉讓。

上述我民法各規定，皆對租賃物之轉租而設。關於租賃權之轉讓，則無明文，是與德民法同，而與日民法異。依日民法六一二條，以租賃權之轉讓與租賃物之轉租並列，均須經出租人承諾。我民法既無如斯之明文，則承租人能否自由移轉其租賃權於他人？不無疑義。於理論上，租賃權無專屬性，自得轉讓。惟從立法政策而言，因租賃權之轉讓，承租人完全脫離固有之租賃關係，其結果，所及於出租人之影響，尤甚於轉租，在轉租尙探限制主義，則租賃權之轉讓，更不容任意爲之。故應從日民法之規定，以爲論定。

第三項 費用之負擔

承租人依租賃契約負有保管租賃物之義務，因履行此項義務，恆須支出種種費用，其費用應由何人負擔？當事人固可任意約定。然無特別約定時，法律有設一般準則之必要。各國法上，多就必要費

與有益費，分別定明。我民法亦從此趣旨，茲分述之：

第一 必要費之負擔。

必要費者，就租賃物保存上必要不可缺少之一切費用也。不爲此項費用之支出，即不足以盡保存之能事，出租人因以不能獲得租金，所關於出租人之利益至大，此德日民法所以定爲承租人就租賃物所支出之必要費用，出租人有返還義務。（德民五四七條一項日民六零八條一項）我民法雖無必要費一語，然僅規定方法之不同，實質上仍不外從此原則。（此種規定方法係從瑞債二六三條一項之例）依第四二七條所定：『就租賃物應納之一切稅捐，由出租人負擔。』所謂一切稅捐，例如土地稅、房捐、及其他公租課，皆屬之。此等費用，於土地房屋及其他享用物體之保存上，依公法規定，乃必要不可缺少之支出，其有必要費用之性質，毫無疑義，此本條所以定由出租人負擔也。故承租人依法墊付此等費用者，自得向出租人爲全部之求償，且無妨由租金中扣除之。此於法律，雖無明文，解釋上亦應如是。反之，於物之使用收益上必要之費用，同時又足以生保存之效果者，則應由何方負擔？不無疑義。考我民法第四二八條所稱『動物之飼養費，』即具有此種性質，同條既從德例，（德民五四七條一項但書）定爲『由承租人負擔，』故可解爲凡屬使用收益上所不可缺少之費用，無論其生保存之效果與否，概由承租人負擔。如承租人爲其費用之支出時，無向出租人求償之權。（參考最高法院十八年上字

一五六號判例）但從契約本旨，屬於出租人所負修繕義務範圍以內之費用，則其費用之支出，雖為使用收益上之必要，然承租人無負擔之義務。故本法第四三零條，明定為承租人如自行修繕時，得請求出租人償還其費用，或於租金中扣除之。其詳已於前述，茲不復贅。

第二 有益費之負擔。

依我民法第四三一條一項之規定：「承租人就租賃物支出有益費用，因而增加該物之價值者，如出租人知其情事，而不為反對之表示，於租賃關係終止時，應償還其費用。但以現存之增價額為限。」此即規定有益費之負擔。(1)所謂有益費，即因其支出足以增加租賃物價值之費用。既生此效果，是利於出租人，故本法從各國立法先例，(德民五四七條二項日民六零八條二項)使出租人負擔。但出租人之負擔此項費用，以知承租人為其支出而未表示反對意思者為限。反是，曾為反對之表示時，則承租人不得請求償還。故與第一七六條之規定，基於同一理由，以防承租人之濫行支付也。(2)承租人的求償之限度，以因其費用之支出而及於租賃物上現存之利益為限，此本條但書所明定。故超過現存增價額之支出部分，承租人無求償權。反是，現存之增價額多於實際支出之費用，或與其相等時，則償還費用之全部。(參考最高法院十九年上字六十號判決)(3)所謂現存，應以求償時為標準，而非以支出時為標準。至得為求償之時期，則因契約之終止而到來，此與必要費用於支出後即得求償者有

別。

第三 費用償還義務之不履行。

上述出租人費用償還義務之履行期，因承租人請求而屆至。故於租賃終止後，經承租人爲費用償還之請求，而出租人仍不履行者，於理論上，即爲債務不履行，出租人應負不履行責任。如租賃物係動產時，承租人並得依物權編第九二八條之規定，就租賃物主張留置權。

第五款 租賃之終了

租賃既爲債權契約，則凡一般債權契約之消滅原因，於租賃契約，自均有其適用，本款勿庸贅述。茲專就關於租賃之特則言之：

第一 定有存續期限之租賃。

『租賃定有期限者，其租賃關係，於期限屆滿時消滅。』此我民法第四五零條一項所明定。即依當事人之合意，以時日或其他標準所定之期限經過後，租賃契約，當然歸於終了，不待當事人爲任何意思表示，此原則也。但有例外：

(甲)更新租賃。『租賃期限經過後，承租人仍爲租賃物之使用收益，而出租人不即表示反對之意思者，視爲以不定期限繼續契約。』此我民法第四五一條所明定。蓋有此種情形，得視爲當事

人有於同一條件下更新租賃之意思。但更新後之存續期限，如亦視爲與前之租賃完全一致，則每違反當事人之真意，且無何等根據，故僅視爲不定期限繼續租賃。因而各當事人於更新後，皆得依次述第四五零條二三兩項之規定，隨時終止契約。凡依上述規定視爲繼續契約者，以無特約爲限，其效力不及於前契約所附之擔保。蓋其擔保，已隨前契約之終了而消滅，此所以與本法第四四九條二項，僅更新租賃之期限者，異其效果。

(乙) 承租人死亡。『承租人死亡者，租賃契約雖定有期限，其繼承人仍得終止契約。但應依第四五零條第三項之規定，先期通知。』此我民法第四五二條之所定。蓋因租賃關係之成立，基於當事人間之必要，承租人死亡後，其繼承人未必亦有同一必要，故得從其便宜而終止契約。惟其終止，須依次述第四五零條三項，先期通知出租人。於終止後始到期之租金，出租人如已預先受領者，有返還義務。此亦本法第四五四條所明定。此項終止權，法律明定爲屬於承租人之繼承人。而在德瑞，並認出租人於承租人死亡時，亦得終止契約。(德民五六九條瑞債二九七條)我民法既無明文，解釋上自不許之。

(丙) 終止權之保留。『定有期限之租賃契約，如約定當事人之一方於期限屆滿前得終止契約者，其終止契約，應依第四五零條第三項之規定，先期通知。』此我民法第四五三條所明定。即依

當事人雙方之合意對其一方爲終止權之設定，於學理上，稱曰終止權之保留。故其契約雖定有存續期限，而保有終止權之一方，得不受其拘束，行使契約終止權。但爲本項終止權之行使，亦與前條同，須遵守次述第四五零條三項之規定，先期通知出租人。於終止後始到期之租金，出租人如已預先受領者，有返還義務，此亦第四五四條所明定。

第二 未定存續期限之租賃。

租賃契約當事人間，未依明示或默示之合意，定其應存續之期限者，各當事人得隨時終止契約。（民四五零條二項）但此乃授各當事人以契約終止之權，若各爲其自己之便宜而行使之，於公益上，未心盡合。故有利於承租人之習慣存在時，仍應儘先遵守習慣，（同項但書）出租人違背習慣而行使此項契約終止權者，承租人得以習慣對抗之，所以保護承租人之利益也。然除此點以外，於租賃契約存續中，當事人任何一方突然行使契約終止權，於他方均足以及不利益之影響，故法律又有猶豫期間之規定，即由主張終止之一方，先期通知他方，以便他方得爲應其終止之準備。此項猶豫期間，於原則上，應從一般習慣定之。惟在不動產租賃，其租金如以星期、半個月、或一個月定有支付之期限，而由出租人行使前項契約終止權時，則須從曆之所定，以星期、半個月、或一個月之末日，爲契約終止之時期。並應在一星期、半個月、或一個月以前，向承租人發送終止之通知。（同條三項）此所以保護承

租人，免受不測之損害。故非強行法規。當事人預爲反對之特約時，自仍從其特約。至由不動產承租人行使前項終止權時，則無限制，僅依習慣先期通知足矣。

第三 租賃終止之效果。

依上述各條終止租賃契約者，其效力與解除契約異，乃僅向將來消滅租賃關係。故當事人雙方，不負回復原狀義務。即自終止之通知經過相當猶豫期間時起，由承租人返還租賃物於出租人足矣。出租人以不負何等義務爲原則。惟依第四五二條及第四五三條之規定，終止契約時，已如上述，其未到期之租金，已預先支付者，出租人不可不返還之，否則將有不當之得利。此乃第四五四條所明定。該條原爲對第四五二條及第四五三條而設，並不包括第四五零條二項之終止。但理論上，於未定期限之租賃，當事人依第四五零條二項而終止之者，亦非絕對不生第四五四條之情形，法文雖漏而不舉，於解釋上，仍應準用之。

第四 特別消滅時效。

租賃契約當事人各方，因租賃關係所生之權利，是否須從一般時效規定而行使？抑應遵守特別期限？因其權利之性質不同，未能一概論定。依我民法第四五六條一項：「出租人就租賃物所受損害，對於承租人之賠償請求權；承租人之償還費用請求權；及工作物取回權；均因二年間不行使而消滅。」

』即(1)出租人依第四三二條、四三三條及四三四條等規定，對承租人取得損害賠償請求權者，其權利，自依第四五五條規定，受租賃物之返還時起算，經過二年，仍不行使之時，即歸消滅。(2)承租人依第四二七條，四二零條，及四三一一條一項，而對出租人取得償還費用請求權；及依第四三一一條二項，而有工作物取回權者；其權利，自租賃關係終止時起算，經過二年，仍不行使之時，即歸消滅。(3)本條所定二年之期限，既以權利人之不行使爲條件，故有特別消滅時效之性質，而與除斥期間 (Anspruch (Prescript)) 有別，如民法總則編關於時效中斷、不完成、或拋棄等規定，均適用之。

第六款 耕作地租賃之特則

租賃之標的物係供耕作作用之土地，依其性質，乃以收益爲主要目的，故與其他有體物之租賃。稍異其趣。德國民法，於用益租賃節中，對之特設規定。我民法從之，於第四五七條至第四六三條，設有種種特則。

第一 承租人之租金減免請求權。

「耕作地之承租人，因不可抗力，致其收益減少或全無者，得請求減少或免除租金。」此我民法第四五七條一項所明定。(1)本項規定，僅於耕作地之租賃，有其適用。即認耕作地承租人之租金減免請求權。然此權利，於有法定情形時，當然發生，非基於當事人間之合意。且依承租人一方之意思爲

其行使，即生租金減免之效果，而不待相對人爲任何之表示，故有形成權之性質。(2)本項規定，必於以收益爲目的之耕作地租賃，始見其適用。然須有收益減少或全無之事實，而此事實之發生，並須由於不可抗力之事故。(3)所謂不可抗力，如凶年、戰爭、或其他非人力所能抗拒之事變皆屬之。基於此類事變，而致耕作地之收益減少者，承租人得請求減付租金之一部。如全無收益時，則得請求免除租金。至於應減之數額多寡，或能否免除，則從當事人間之協議。(4)依本條而爲租金之減免者，僅就減免原因存在之一期發生效力，此外各期之租金，仍不可不按原額支付。(5)法律是認耕作地承租人有租金減免之權，固爲保護承租人之利益，但因與交易之公平有關，故其行使與否，雖屬承租人之自由，然不得預先拋棄其權利，此又本條二項所明定。(6)耕作地承租人，除依本條規定得請求減租外，如有第四三五條或第四三六條之理由，自得依該二條之規定，請求減租。蓋此二條之理由，與第四五七條之理由，各別獨立，并非因認四五七條之減租權，即否認四三五條及四三六條之減租權也。

第二 出租人之契約終止權。

耕作地出租人，得以終止契約之特別原因，本法第四五八條，設有明文。即「耕作地之出租人，如收回自己耕作，得終止契約。」蓋租賃關係，雖屬有償契約，然出租人締結契約之動機，係因自己不能或不願耕作之理由，故租與他人，以全其土地之利用。迨及租賃關係成立後，因情勢變遷，而

有自己耕作之必要者，如仍強其遵守契約，不許隨時收回，殊非所宜，此本條規定之所由設也。且考本條，非僅於無期限之租賃有其適用，雖定有租賃期限，而於期限屆滿前，出租人亦得以自耕爲理由，主張終止契約，收回耕作地，否則仍不足以貫徹立法之本旨也。

耕作地之出租人，因其租賃物之性質，與其他有體物之租賃不同，故我民法，設有前條之契約終止權。除此而外，出租人得主張終止契約之事由，本法第四五九條，更明定之。即(1)承租人遲付租金者，出租人得依第四四零條一項之規定，預定相當期限，催告其支付。如於期限內仍不支付時，出租人得終止契約。(2)承租人怠於第四三二條一項所定善良管理人之注意，保管耕作地，或致耕作地之生產力不能保持原狀者，出租人得終止契約。(3)承租人違反第四四三條一項之規定，未經出租人承諾，而將耕作地之一部或全部轉租於他人者，出租人得終止契約。(4)清單所載之附屬物，因可歸責於承租人之事由而滅失，不依第四六二條二項補充之者，出租人得終止契約。(5)於有上述各種情事之一，不問其契約有無存續期限之約定，出租人皆得行使契約終止權。除此以外，則於任何情形，均不得爲契約之終止。故解釋上，如第四三八條二項，及四四七條二項等規定，於耕作地租賃，不適用之。

耕作地出租人，依上述第四五八條及四五九條規定所享有之契約終止權，乃一種形成權，因其一方表示終止之意思，即能生效，此與一般租賃關係上之終止權，並無稍異。惟耕作地之租賃，既以收

益爲目的，於有上述各種情事之一時，如許出租人得隨時終止契約，則於承租人之保護，不無欠缺，此本法第四六零條特明定曰：『耕作地之出租人終止契約者，應以收益季節後，次期作業開始前之日，爲契約之終止期。』蓋於出租人表示終止契約之意思以前，承租人業已播種，迨其表示終止之意思時，尙未屆至收益季節，則承租人將蒙不利，於經濟上，亦不無影響。故本條定爲：應以本期耕作物收益後，次期作業開始前，爲契約之終止期。雖於本期收益前所爲契約終止之表示，亦必待至收益季節經過後，始向將來發生終止之效果。

第三 耕作地租賃終止後之效果。

耕作地租賃契約終止後，承租人應依第四五五條之規定，返還耕作地於出租人，自不待論。此外，本法對於耕作地租賃終止後應生之附隨效果，設有詳細規定。茲分述之：

(甲)依本法第四六一條之規定：『耕作地之承租人，因租賃關係終止時，未及收穫之孳息，所支出之耕作費用，得請求出租人償還之。但其請求額，不得超過孳息之價額。』本條規定，乃認承租人之耕作費償還請求權。蓋耕作費猶如孳息之原本，即爲收穫孳息而支出之費用於契約終止時，如承租人就其孳息已收穫完畢者，自不得向出租人請求償還。反是，如因租賃關係之終止，承租人不得繼續耕作地之使用收益，而於終止前已支出之耕作費，尙未收穫應得之孳息，或未收穫完竣者

，則出租人不得不償還之。但應償還之數額，因本條規定，非爲填補承租人之損害，而乃以不當得利之法理爲基礎，故僅於出租人就租賃物所得收穫之孳息上有其存在，此本條但書規定之所由設也。惟該規定，僅於定有期限之租賃，因期限屆至而終止者，多見其適用。至因出租人行使終止權而終止者，既有上述第四六零條之限制，則於終止期，承租人就其應得之物，多已完全收穫，自少適用本條之餘地。

(乙)依我民法第四六二條一項之規定：「耕作地之租賃，附有農具牲畜或其他附屬物者，當事人應於訂約時評定其價值，並繕具清單，由雙方簽名，各執一份。」蓋此種租賃，雖以耕作地爲其主要標的物，然此類附屬物，既附隨其契約而租與承租人使用，則其物之種類價值，殊有依書面明爲記載之必要，於租賃關係存續中，承租人應妥爲保管。若其清單所載之附屬物，因可歸責於承租人之事由而滅失者，即爲保管義務之違反。惟不依第四三二條二項規定負損害賠償責任，而應依四六二條二項規定由承租人補充之。但此項補充責任，以附屬物之滅失，係由於承租人應責任之事由爲限。反是，而因非可歸責於承租人之事由者，則不問其基於出租人或第三人之行爲，抑或其他事變，承租人對之概無責任。此又第四六二條三項所明定。至於滅失之事由，究應歸責於承租人否？仍不外依第四三二至四三四條規定以決之。由此觀之，耕作地承租人，自受領依清單所載之附屬物

始，以迄租賃關係終了爲止，承租人有依上述規定而爲保管之義務。迨及租賃關係終止後，則須隨同耕作地而返還於出租人，是爲當然之結果。我民法爲避免爭議，於第四六三條更明定之。然若承租人不能返還其附屬物時，則應賠償其依清單所定之價值。但此項賠償責任之發生，亦與前條同，以因可歸責於承租人之事由，而致不能返還爲要件。反是，因非可歸責於承租人之事由，或因物之使用收益所生之通常折耗，則不由承租人負擔。此第四六三條但書特明定曰：『因使用所生之通常折耗，應扣除之。』故爲附屬物之一部滅失或毀損者，應自其物之現存價值，與清單所定價值之差額中，扣除因使用當然折耗之部分而賠償之。至如爲全部滅失時，亦應自其物依清單所定價值中，扣除因使用所生通常折耗，而定其賠償額。

第六節 借貸

第一款 使用借貸

第一項 使用借貸之意義及性質

『稱使用借貸 (Commodatum; prêt à usage ou commodat; Leihe) 者，謂當事人約定一方以物無償貸與他方使用，他方使用後返還其物之契約。』此我民法第四六四條所明定。(德民五九八條日民五九三條瑞債三零五條) 所謂當事人一方，即貸與人；所謂他方，即借用人。使用借貸，依貸與人與借用人間之契約而成立，是與出租人與承租人間依契約而成立租賃關係者，毫無所異。惟在使用借貸，以無償爲特質；而在租賃，則以有償爲要件。且於使用借貸，因物之交付而生效力；至於租賃則否。此又與租賃有異，而與無償消費借貸相同。茲分釋使用借貸之性質如次：

第一 使用借貸者，無償契約也。

消費借貸，依當事人之意思，得爲有償，亦得爲無償。使用借貸，則從其性質，概爲無償。是乃沿襲羅馬法之觀念，所以別於租賃。我民法從之，以使用借貸爲無償，以租賃爲有償。但於使用借貸

，無妨約定負擔，是又與無償契約之贈與得附有負擔者同。

第二 使用借貸者，以物之使用爲目的之契約也。

消費借貸，以移轉物之所有權於相對人，供有消費爲目的。使用借貸，則僅移轉物之占有於相對人，以供其使用。故貸與人不必有物之所有權，雖原屬借用人所有之物，亦無妨成立使用借貸契約。而所謂使用，即於不毀損滅失之限度內利用其物之謂。至於使用之程度如何，當從契約所定。倘無背於契約，而依物之用法致生自然之毀損者，則不得謂其違反使用之本旨。夫使用借貸，係以物之使用爲目的，乃我民法第四六四條所明定，此與德民法第五九八條及瑞士債務法第三零五條，僅以使用一項爲使用借貸之內容者無異。而在日本民法第五九三條，則以使用與收益並舉，然解釋上，亦不以二者併存爲必要。反是，於我民法，雖僅曰使用，而當事人約定兼以收益爲目的時，自非法之所禁。惟若捨使用而專約定無償之收益，則不能認爲使用借貸契約。但依其性質，亦應有本款規定之適用耳。

第三 使用借貸者，借用人於使用後返還其物之契約也。

於消費借貸，借用人負有以種類品質數量相同之物返還於貸與人之義務，故其標的物，非特定物。反是，使用借貸，於使用後，須返還原物，故其標的物，爲特定物。然以特定爲足，是否物之全部

？及其種類如何？則非所問。縱就消費物，而依使用之意思，成立借貸關係時，亦不失為使用借貸。惟所謂物，當指有體物言，若約為權利之無償使用，自非使用借貸，而為無名契約。

第四 使用借貸者，因借用物之交付而生效力之契約也。

羅馬法認使用借貸為要物契約，日民法從之。德瑞則採諾成契約之觀念。故依日民法第五九三條，使用借貸，因借用物之交付而生效力。依德民法第五九八條，及瑞士債務法第三零五條，則僅以有使用其物之合意為足。就我民法第四六四條觀之，是與上述德瑞二法同其意義，應採諾成契約說，而認使用借貸僅依合意即有其成立。然第四六五條，乃又有「使用借貸因借用物之交付而生效力」之規定，是其效力之發生，復以物之交付為要件。反是，而未為物之交付以前，即不有使用借貸契約上各種義務之發生，似與日民法之規定同，而與德瑞兩法之規定異，應採要物契約說以解之。然契約之成立，與契約之生效，本屬二事，我民法第四六五條，係規定使用借貸契約之生效要件，而非成立要件，故使用借貸，因當事人有第四六四條之約定即為成立，特其效力必待借用物交付後始能發生。故依第四六四條成立合意以後，契約之效力既未發生，則借用人就借用物之交付，並不得向貸與人請求。但更依特約使貸與人負擔交付其物之義務，自無不可。至於貸與人使用其物之義務，以及借用人於使用後返還其物之義務，固非待借用物交付後無從發生，我民法第四六五條所稱效力，蓋即指

此，非謂無借用物之交付，根本無契約之成立也。故解釋我民法，仍以從諾成契約說爲當。

第五 使用借貸者，不純正之單務契約也。

契約有單務雙務之別。雙務契約者，當事人各方同時既爲債權人又爲債務人，互有給付義務，一方之給付，有爲他方給付之報酬之性質。反是，而僅一方負債務者，則爲單務契約。然其中又有純正之單務契約，與不純正之單務契約之別。前者絕對的僅由當事人一方負債務，他方毫無債務之可言；後者則債權人對債務人亦負有債務，特無對價關係而已。於使用借貸契約，貸與人負擔使借用人使用其物之債務，而借用人亦負有返還借用物之義務，已如前述，是則當事人雙方依契約本旨即互有債務之負擔。然此借用人之債務，並非對於貸與人之債務所爲之對待給付，故與雙務契約之性質不同，而爲一種不純正單務契約。

第二項 使用借貸之效力

第一目 貸與人之權利義務

第一 使用許容之義務。

貸與人依使用借貸契約，負有使借用人使用其物之義務。惟其義務，與出租人之義務不同，僅有消極的性質。即於使用借貸期間內，有許容借用人使用借用物不加妨害之義務而已。故於契約生效後

，借用物縱陷於不堪使用之狀態，貸與人亦不負擔爲其修繕使適於使用之義務。且若第三人妨害借用物之使用時，借用人亦惟有依一己之占有訴權以求救濟，貸與人並不負擔排除妨害之義務。但於借貸期間內，因貸與人之奪取，或其他事由，致借用物歸於貸與人之手，而使借用人不能繼續其使用者，借用人依其使用權，自得請求貸與人爲物之交付；如有損害，並得以債務不履行爲理由，請求賠償。

借用人使用借用物之權利，原無物權的效力，自不能對抗第三人。故若貸與人讓與其物於第三人時，借用人不可不從第三人之請求返還借用物。然在貸與人方面，則有使用許容義務之違背，故借用人亦得以債務不履行爲原因，請求貸與人賠償其損害。更若第三人以惡意與貸與人締結讓與契約，致妨害借用人之使用時，是爲第三人之使用權侵害，而生侵權行爲之問題。

第二 擔保責任。

依使用借貸之無償性質，貸與人以不負擔保責任爲原則。故借用物有瑕疵時，貸與人對之不負何等責任。然若貸與人知有瑕疵，而故意不爲告知，以致借用人蒙受損害者，則貸與人不能不負擔賠償之責。（民四六六條）自借用人方面言之，卽因此有損害賠償請求權發生。惟其行使，以迅速爲必要，故我民法，特別於一般消滅時效，而定爲自借貸關係終止時起算，因六個月間不行使而消滅。（民四七

三條)

使用借貸之借用人，依特約而負有負擔義務者，即所謂附有負擔之使用借貸，並無害於使用借貸之本質，而與附有負擔之贈與相當，貸與人就借用人之負擔限度內，不可不負擔保責任。日本民法第五九六條，明定此旨。我民法雖無明文，但解釋上，亦應從第四一四條之法理以論定之。

第二目 借用人之權利義務

第一 使用借用物之權利。

借用人依使用借貸之本旨，有使用借用物之權利。至於使用與否，原屬借用人之自由，而非必須使用。惟法律就其使用，設有左列限制：

(甲)借用人應依約定方法使用借用物，無約定方法者，應以依借用物之性質而定之方法使用之。(民法四六七條一項)故先視其有無特約存在，無特約時，借用人應從其物通常使用之性質以定使用之範圍。例如供居住用之房屋，自不許為工廠之開設。然若當事人約定得為反於其性質之使用時，其約定自屬有效。

(乙)借用人非經貸與人同意，不得允許第三人使用借用物。(民法第四六七條二項)使用借貸，乃置重借用人個人信用而成立之無償契約關係，未經貸與人承諾，而將使用借貸契約上之權利讓與

他人，或將借用物轉貸他人，自非所許。縱或尙未達於權利轉讓或借用物轉貸之程度，而僅由借用人依己意允許第三人就借用物爲事實上之使用者，亦爲法律所明禁。但借用人自爲物之使用，而使第三人爲其輔助時，則無妨礙。

借用人反於上述兩種限制使用借用物時，貸與人除得請求停止違反行爲外，並得終止契約。（我民法四七二條二款）蓋借用人之使用權，既有上述兩種限制，如其違反限制而爲使用，自屬超越權利之範圍，而不可不謂爲侵害貸與人存於物上之權利。但民法第四六七條，僅爲規定使用之範圍而設，並非規定借用人之債務，借用人有上述違反行爲時，自不得解爲債務之不履行，故關於以債務不履行爲原因解除契約之規定，無其適用，而有依明文特認貸與人契約終止權之必要。此項終止權之發生，以有違反上述兩種限制之事實爲足，借用人有無過失，非所問也。至於終止之效果，應向將來發生。如有損害，當視借用人是否基於故意過失，而從侵權行爲或不當得利之規定，分別定其責任。貸與人因此取得損害賠償請求權者，爲減輕舉證之困難，以迅速行使爲必要。此我民法所以別於一般消滅時效，而特定爲自借用物返還時起算，因六個月間不行使即歸消滅。（民四七三條）但因借用人之違反行爲，致借用物滅失不能返還者，則此項期間，既無從起算，即不應有其適用，而依我民法第一九七條之規定決之。

第二 保管借用物之義務。

借用人依使用借貸契約，有於使用後返還借用物之義務。故其返還義務，乃存於特定之借用物上，於返還前，自不可不以善良管理人之注意而為借用物之保管，此我民法第四六八條一項所由設也。考其本旨，與第四三二條一項無異，故若借用人違反此項義務，而致借用物毀損滅失者，貸與人除得終止契約外，並無妨以債務不履行為理由，請求損害賠償。但依契約或物之性質所定之方法，而為使用，仍不免於自然之變更或毀損者，借用人不負責任。（民四六八條二項）

借用人既有保管義務，則借用物之通常保管費用，乃履行其義務之所需，故應由借用人負擔。如借用物為動物時，其飼養費亦同。（民四六九條一項）至如其他費用，由借用人支出者，有無求償權？不無疑義。德民法第六零一條二項明定為：應依無因管理之規定決之。且民法，認借用人於必要及有益之限度內，得請求貸與人償還。（日民五九五條二項）我民法則無明文，解釋上，應採德民法之理論。蓋法律使借用人負擔第四六九條一項各費用，原以保管義務為基礎，此外之費用支出，自不屬於保管義務履行之範圍，而有無因管理之性質，使適用無因管理之規定，以定其求償權之有無，最為公允。

第三 返還借用物之義務。

使用借貸，因約由借用人就借用人使用後返還其物而成立，故借用物返還，乃借用人之重要債務，倘或違反，自係債務不履行，而不可不負損害賠償責任。關於此種債務之履行，固應從債法之一般通則，然有左列特別。

(甲)返還之標的物。借用人應保有借用物在領受當時之原狀，而履行其返還義務。於因應歸責於借用人之事由致借用物毀損滅失者，借用人應負損害賠償責任。反是，因不歸責於借用人之事由，而致毀損者，依其毀損狀態而返還之足矣。如滅失時，並免返還之責。又若合乎民法第四六八條二項但書之規定時，借用人亦不負責任。至若標的物有自然的增加擴大之情形，則應歸貸與人之利益，借用人當就其增加擴大之現狀而為返還。但由借用物所生之孳息，借用人依特約或習慣有收益權者，不必返還之。

借用人為使用之便利，對借用物上增設工作物者，於返還時，得取回之。(民法四六九條二項)此與承租人之工作物取回權無異。然為此等工作物之取回，每足以影響借用物之本體，法律為保全貸與人之利益，而認借用人行使取回權時，有回復借用物之原狀之義務。但此項取回權之行使與否，純屬借用人之自由，倘或不行使之，而依前段所述，逕為有益費之償還請求，亦無不可，貸與人固不能強其取回也。然若不具備無因管理費用求償之要件時，雖不取回工作物，亦不得為有益費之

償還請求，是入自明之事理。至於此項工作物取回權之行使，不適用一般消滅時效之規定，而不可不於借貸關係終止後六個月間爲之。（民四七三條）

（乙）返還之時期。當事人依契約定有返還借用物之期限者，借用人應於其期限屆滿時返還借用物。（民四七零條一項前段）然於無償之使用借貸，其返還期限應解爲爲借用人之利益而設，故借用人拋棄其期限之利益，而於屆滿前返還借用物者，以無反對之特約爲限，自屬無妨。

當事人未定借用物返還之期限者，借用人應依借貸之目的，於使用完畢時返還之。（民四七零條一項本文後段）蓋於此情形，借用人之目的已達，殊無延不返還之理。但借用人於借受後，不即爲其物之使用，致空過時日者，不無妨害貸與人之利益，故不問借用人之現實使用與否，於借用人依相當注意足以盡其使用之能事之期間經過後，即所謂經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人亦得爲返還請求。（民四七零條一項但書）又如借貸未定期限，亦不能依借貸之目的而定其期限者，借用人惟以貸與人之許容爲限，得繼續其物之使用。如貸與人對之請求返還，則無論何時皆不得拒絕，是與一般未定期限之債務，債權人得隨時請求履行者無異。至於借用人方面，得隨時返還，更無論矣。（民四七零條二項）

第四 多數借用人之義務負擔。

借用人非必限於一人，如由數人共同對貸與人借用一物時、既以數人之名義而與他方締結契約，依其契約，對他方負有債務者，即相當於債法上所謂數人負同一債務之情形，依一般通則，應視其有無對債權人各負全部給付責任之明示的意思表示，以定其連帶責任之有無。（參考民二七二條一項）然我民法，對於數人共借一物者，明定為應對貸與人連帶負責，（四七一條）斯即所謂法定連帶債務之情形。（參考二七二條二項）故就上述借用人各種義務，均應從連帶債務之規定以決之。本條規定，原為強固債權之效力，保護無償貸與人而設，多數之借用人，自不容依其相互間之特約，變更此項對外責任。然若借用人與貸與人就此點成立反對之特約者，自非法之所禁。（本條規定係從瑞士債務法三零八條之例德日民法無之）

第三項 使用借貸之終了

使用借貸，除依契約之一般消滅原因而消滅外，更依左列情形歸於終了：

第一 期限屆滿。

當事人依契約明定借用物之返還時期者，因其期限到來，使用借貸即歸終了。或雖未定期限，而依借用之目的，使用完畢時，返還之時期既因之而到來，使用借貸契約亦即隨之終了。（民四七零條）至若借用人拋棄期限利益返還借用物時，其借貸關係，亦歸消滅，固不待論。

第二 貸與人之請求返還。

貸與人於有左列情事之一時，得請求返還借用物。使用借貸契約，即因其請求而終了。

(甲)借用人不速爲物之使用，致其使用尙未完畢，而依客觀觀察，在經過期間內，已足以終其使用者，貸與人得爲借用物返還請求，使用借貸因以終了。(民四七零條一項但書)

(乙)借貸未定期限，並不能依其目的以定期限，而由貸與人請求返還借用物時，使用借貸因以終了。(民四七零條二項)

第三 終止契約

有左列各款情形之一者，貸與人得終止契約，使用借貸即於其終止契約之意思表示生效時而終了。
(民四七二條)

(一)貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者。

(二)借用人違反約定，或依物之性質而定之方法，使用借用物；或未經貸與人同意，允許第三人使用者。

(三)因借用人怠於注意，致借用物毀損，或有毀損之虞者。

(四)借用人死亡者。

以上各款，乃終止契約之法定原因，於有此種原因之一時，貸與人即得對借用人表示終止契約之意思，而使繼續的法律關係從此歸於終了。惟有第四七二條四款之原因，即借用人死亡者，其終止之表示，自不可不同借用人之繼承人爲之。本款規定，乃從德民法第六零五條三款之例，以與其他各種原因併舉，而認貸與人之契約終止權，即得爲契約之終止。反是，如貸與人仍願其契約爲借用人之繼承人而存續時，亦得不爲終止之表示。蓋非謂有此原因時必須生契約終止之結果也。而在瑞士債務法第三一一條，以及日本民法第五九九條，則定爲使用借貸契約因借用人之死亡當然歸於終了，勿待貸與人爲終止契約之表示，故貸與人願借貸關係之繼續存在者，反不可不爲新契約之締結，是不如我民法規定之便利。

借用人之死亡，所以定爲契約終止之原因者，蓋因使用借貸本以借用人之信用及其他個人關係爲基礎，且有恩惠性質，而無令其繼承人亦享有此種特惠之必要。反是，如貸與人死亡時，則不影響於使用借貸之效力。

有我民法第四七二條各款所定原因之一，貸與人即得爲契約終止權之行使。至於原因發生當時，借用期限已否屆滿，殊非所問。故雖定有期限之借貸，亦無妨於本條規定之適用。

第二款 消費借貸

各種之債 第六節 借貸

第一項 消費借貸之意義及性質

「稱消費借貸者，謂當事人約定一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而他方以種類品質數量相同之物返還之契約。」此我民法第四七四條對於消費借貸 (*Autumnus; prêt de consommation* Darlehn) 所設定義的規定。(德民六零七條一項日民五八七條瑞債三二二條俄民二零八條) 所謂當事人一方，即貸與人。所謂他方，即借用人。消費借貸，乃依貸與人與借用人間之契約而成立，是與使用借貸無異。惟其契約標的物為代替物，且須移轉標的物之所有權，并不必概屬無償，是又與使用借貸不同。茲從其定義，以說明消費借貸之性質如次：

第一 消費借貸者，以金錢或其他代替物為標的物之契約也。

消費借貸之標的物，以金錢或其他代替物為限。所謂代替物，即其物之個性不為社會所注重，而得以同種類品質同數量之物以為代替之謂。此種區別，淵源於羅馬，通常與不特定物同其範圍。惟代替物與不代替物之區別，基於交易上之觀念而生；特定物與不特定物之區別，則依當事人之意思而定；二者究難混為一談，其詳應於民法總則中論之，茲不贅述。我民法第四七四條所謂金錢，即代替物之一例；金錢以外，更如米穀之屬，於交易上概有代替物之性質，自得為消費借貸之標的物。惟所謂物，通常皆指有體物而言，無體之權利，不包含之，於消費借貸，法文既明示以代替物為限，則權利

或不動產，均不得爲其標的物，更無待論矣。

第二 消費借貸者，貸與人移轉標的物之所有權於借用人之契約也。

消費借貸契約，因當事人約定一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，他方以種類品質數量相同之物返還而成立。故貸與人方面，基於此種約定，自不可不將借貸標的物之所有權移轉於借用人，而不以移轉占有爲足，此所以別於使用借貸也。蓋於消費借貸，其契約目的，在以物供借用人之消費或處分，而借用人不負原物返還義務，故爲達此目的，則其標的物之所有權，自不得不爲移轉。惟其移轉，固不以基於貸與人與借用人間之直接行爲爲限，無論其移轉之形式如何，以使借用人因此取得標的物之所有權足矣。

如上所述，消費借貸既以移轉標的物之所有權於借用人爲必要，則其標的物不可不爲貸與人原有之物，是爲至明之事理，否則貸與人之移轉所有權，不能生效。然貸與人於約定當時，就自己所無之代替物，與借用人間，成立消費借貸契約，並無礙於債權契約之本質。惟爲標的物之所有權移轉時，於原則上，不可不以屬於貸與人自己之所有者移轉於借用人耳。然借用人如依善意受領標的物之所有權移轉，則其所有權是否原屬於貸與人，亦不及影響於借用人之所有權取得焉。（參考我民法八零一條）

第三 消費借貸者，借用人負擔以種類品質數量相同之物返還於貸與人之契約也。

消費借貸契約，既以移轉代替物之所有權於借用人供其消費或處分爲目的，故借用人不負返還原物於貸與人之義務，此所以與使用借貸有別，而以返還與貸與人所移轉之物有同一種類品質數量者爲足，此借用人依消費借貸契約所負擔之返還義務也。至於貸與人方面，在移轉標的物之所有權於借用人以後，不問借用人就其物爲如何之處分？或能爲處分與否？概與貸與人無關，故於契約生效後，僅借用負擔返還義務，而貸與人并無義務之可言，是屬單務契約之一種。雖在有償之消費借貸，貸與人依我民法第四七六條一項，負有擔保義務。然其義務，與借用人之返還義務，並無對價關係，殊未能因此即謂消費借貸具有雙務契約之性質。

借用人依消費借貸契約負擔返還義務，其返還之標的物，無須爲借用當時之原物，乃就借用物消費或爲其他之處分以後，另以與此具有同一種類品質及數量之物充其返還標的。然借用人受借用物之移轉，即取得標的物之所有權以後，不爲其物之消費或處分，而仍以原物充返還之標的者，於事實上，消費借貸契約，雖等於無用，然法理上，仍無礙於其契約之效力，並不及影響於貸與之，自非法律所能過問。

消費借貸契約上等借用人，雖不負原物返還義務，然不得不以與原物同其種類品質數量之物返還

於貸與人，已如上述。此之所謂種類品質數量相同，嚴格以言，自須與原物完全一致，而不稍有差異。惟當事人有就借用人之返還義務明定為超過或低於原物之數量者，於前者應解為當事人有以其超過部分充消費借貸之報價之意思，於後者則應解為並就其差額發生贈與關係。至若返還義務之內容，依當事人之特約，定為與原物異其種類或品質之物者，依一般通說，則非消費借貸契約。然依當事人之合意，授借用人以得返還他種物品之權能，而成立所謂任意債務時，殊屬無妨。

第四 消費借貸者，有償或無償之契約也。

消費借貸，不必概為無償。如借用人對於標的物之消費或處分，而負有支付利息或其他報價之義務者，是曰有償消費借貸契約。反是，而不負擔此項義務時，則為無償消費借貸契約。於前者，借用人方面，除返好義務外，更負有支付利息或其他報價之義務，故貸與人亦不可不負我民法第四七六條一項所規定之擔保責任，以保護借用人之利益，其詳於後述之。至於消費借貸契約，究為有償？抑為無償？概從當事人之自由約定，法律對之不設限制。（瑞債三二三條一項俄民二零八條）於外國法，就商人間之消費借貸，有認貸與人當然得以請求利息者，我民法則無明文。（日商二七五條瑞債三二三條二項）

第五 消費借貸者，因金錢或其他代替物之交付而生效力之契約也。

羅馬法以來，各國法典，對於消費借貸，多定爲要物契約，故因貸與人將標的物交付於借用人始有其成立。惟在瑞士債務法，則定爲諾成契約，其第三一二條規定曰：『依消費借貸契約，貸與人負移轉一定金額或代替物之所有權於借用人，而借用人負以同一數量品質種類之物返還於貸與人之義務。』我民法第四七四條規定之趣旨，與此相同。而與德民法第六零七條一項，及日民法第五八七條明定爲：『借用人受領標的物，』即以物之交付爲要件者有異。故應從瑞士債務法，解爲消費借貸有諾成契約之性質，而非如德日民法之爲要物契約也。惟我民法第四七五條，又有『消費借貸因金錢或其他代替物之交付而生效力』之規定，則消費借貸之生效，又以物之交付爲要件，而與瑞士債務法，於第三一二條外，別無如斯之規定者，似難爲同一解釋，反不能不採德日民法之要物契約說。然契約之成立，與契約之生效，各爲一事，我民法第四七五條，係以物之交付爲消費借貸之生效要件，至其契約成立，則於有第四七四條之約定足矣。故就消費借貸之成立言，雖採諾成契約說，亦無妨礙。惟從消費借貸之目的觀察，爲其借貸標的之物，以有體動產爲常。而動產所有權之移轉，以交付爲要件，即原則上，非將動產交付不生效力。（參考民七六一條）故貸與人應依約將借貸標的物交付於借用人，以爲所有權之移轉，因有此項交付，始生消費借貸契約上之義務，即借用人之返還義務，乃隨之而生。反是，如未爲金錢或其他代替物之交付以前，借用人之返還義務，亦即無從發生，故第四七五條

之所謂生效，乃指借用人之返還義務而言，非謂消費借貸契約必待物之交付後始有其成立也。

消費借貸，因金錢或其他代替物之交付而生效力，已如上述。然民法上所謂交付，非專限於物之現實授受。易言之，即其標的物之占有移轉，不以現實爲必要。如依當事人之合意，而用簡易交付（參看我民法七六一條一項但書）及對第三人之返還請求權移轉（同條三項）等方法，均得與現實交付發生同等效力。又如其交付雖非依借貸標的物之現實授受，然依經濟上之一般交易觀念，可與現物之交付同視者，其效力亦與現實之交付同。

消費借貸契約之性質，已如上述。此外尚有關聯之問題：即(1)締結消費借貸契約之際，恒隨之而設定抵押權，質權等以供擔保，此等擔保契約，於法律上，有從契約之性質，故擔保權之設定行爲無效時，消費借貸契約，非當然無效。惟依當事人之意思，足以認爲如擔保之設定無效，消費借貸之約束亦即不生效力者，則消費借貸，應同時失其效力。故擔保契約之無效，究及影響於消費借貸之契約與否，仍不外推測當事人之意思以定之。(2)當事人依預約，使其一方或雙方負擔將來締結消費借貸本約之義務者，是曰消費借貸之預約(Pactum de mutando, Targehensver Sprechen)，法律雖未明文認許，但解釋上，自非無效。(3)德日民法，就「基於消費借貸以外之原因，而負擔金錢或其他代替物給付義務之人，與債權人成立合意，以其物爲消費借貸之標的物者，視爲成立消費借貸，」明定爲準用消

費借貸之規定。(德民六零七條二項日民五八八條俄民二零九條)學者以準消費借貸 (Vereinbarungsdarlehen) 稱之。我民法無此明文，但理論上，自可認爲一種無名契約，而準用消費借貸之規定，以定其效力。

第二項 消費借貸之效力

第一目 貸與人之擔保責任

消費借貸契約，依當事人之合意成立以後，其契約之效力，依貸與人向借用人爲金錢或其他代替物之交付而發生。依其交付，借貸標之物之所有權，隨之移轉於借用人，任其自由消費或爲其他處分。故貸與人於交付後，不復有何種義務存在。易言之，即於消費借貸契約，僅借用人之返還義務係其本然效力，於貸與人方面，毫無效力之可指。故貸與人所交付之物有瑕疵時，消費借貸契約，亦就此有瑕疵之物發生效力，借用人之返還義務，即以此爲轉移，貸與人對於其物之瑕疵，並不負擔保責任，此基於消費借貸之單務性質，當然發生之論結也。惟在消費借貸約定有利息或其他報償者，借用人既以利息或其他報償爲對價，而借受金錢或其他代替物，並非無償而受益，則如貸與人交付有瑕疵之物於借用人，致借用人不能爲完全利用，而法律仍不使貸與人負相當責任時，殊欠公允。此我民法第四七六條一項，特認貸與人負有另行交付無瑕疵之物之義務。(日民五九零條一項)學者恆以借用人之

代物請求權稱之。即借用人因貸與人交付之物有瑕疵，得將其物返還於貸與人，而請求其另爲無瑕疵之物之交付。通常其返還行爲，與代物交付行爲，恆同時交換爲之。如借用人因貸與人交付有瑕疵之物，致受損害者，並得爲賠償之請求。但代物之交付，與原有之消費借貸契約，仍不失同一性，非謂以有瑕疵之物爲標的之契約，因此消滅，而代以新契約也。但依當事人之合意，解除從來契約，而就代物更爲新契約之締結，自無不可。

以上所述，乃有償消費借貸其貸與人所負之擔保責任。至於無償消費借貸，依其契約，貸與人既無何等利益，而純係一種恩惠行爲，對借用人殊無特予保護之必要。故我民法第四七六條二項明定曰：『消費借貸爲無償者，如借用人有瑕疵時，借用人得照有瑕疵原物之價值，返還貸與人。』貸與人以不負瑕疵擔保責任爲原則。（日民五九零條二項）然若貸與人明知其物有瑕疵，故意不爲告知，致借用人蒙受不測之損害者，如貸與人仍不負責，殊非法律保護善意之道，故依同條三項，借用人亦得對之請求損害賠償，但無代物請求權。（依日民法第五九零條二項但書併有代物請求權）此項規定之適用，法律雖未明定以借用人之善意爲要件，惟考立法本旨，原爲保護善意借用人而設。反是，貸與人雖未爲瑕疵之告知，而借用人借受當時已明知其有瑕疵者，則其損害，貸與人自不負責，僅有同條二項規定之適用耳。

第二目 借用人之義務

借用人以與借用物之種類品質數量相同之物返還於貸與人，乃消費借貸契約上唯一的效力。故於一般消費借貸，借用人亦僅負有此種義務而已。惟在有償消費借貸，除此以外，借用人尚有支付利息或其他報償之義務。我民法對之，亦設有特別規定。以下就此二點，分別論之。

第一 返還義務。

(甲) 返還之標的物。

借用人所受領之物如何？與其返還義務之履行有密切關係。其返還標的物，以與當初所受領者同其種類品質數量為本則，屢如前述矣。然有下列例外：(一)借用物有瑕疵者，借用人以返還有同一瑕疵之物於貸與人為足，如因其瑕疵，致標的物滅失，全然不能達消費之目的時，是與未受標的物交付者無異，故借用人不有返還義務。又借用人對於有瑕疵之物，既經消費之後，如欲得有同一瑕疵之物以為返還，事實上恆感困難，故法律許其照有瑕疵原物之價值返還之。(我民法四七六條二項)此乃為借用人之便利，而認得以價值代替現物返還之任意債務，故借用人仍得返還有瑕疵之物，以為本來債務之履行也。至於我民法第四七六條二項，所謂價值，於解釋上，並證以第四七九條之規定，自不可不依返還時返還地之市價以算定之。此就無償消費借貸言，如為有償消費借貸，

而其借用物有瑕疵時，借用人既得依同條一項行使代物請求權，則不復有是認此項任意債務之必要。然非謂有償消費借貸之借用人絕無返還價值之權能。故若借用人不行使代物請求權，而類推適用本項之規定，亦無不可。(二)借用人不能以種類品質數量相同之物返還者，依債法之原則，如其不能，非因歸責於債務人(即借用人)之事由時，應免履行義務。然借用人既依物之消費而受益，如使從此原則不為返還，乃有不當得利之問題發生，故我民法，為公平計，而認借用人應以其物在返還時返還地所應有之價值償還之。(四七九條一項)如其返還時或返還地未經約定者，則不可不償還其物在訂約時或訂約地之價值。(同條二項)

以上乃就金錢以外之消費借貸借用人之返還義務言之，如為金錢消費借貸，依我民法，其返還除契約另有訂定外，應依下列特則：即(一)以通用貨幣為借貸者，如於返還時已失其通用效力，應以返還時有通用力之貨幣償還之。故借用人不得以返還標的物須與借用物同其種類為理由，而仍以喪失通用力之貨幣返還。(二)金錢借貸約定折合通用貨幣計算者，不問借用人所受領貨幣價格之增減，均應以返還時有通用效力之貨幣償還之。故借用人不得反於特約，而返還與當初所受領貨幣同其種類之貨幣。(三)金錢借貸約定以特種貨幣為計算者，應以該特種貨幣、或按返還時返還地之市價、以通用貨幣償還之。此蓋以當事人僅約定依特種貨幣為其債權額之計算，而非約定金種債權，

故借用人得以特種貨幣或通用貨幣之任何一種，以爲履行。（參考民二零二條）上述三項，皆我民法第四八零條所明定。但非強行法規，故當事人如有反對特約時，自應從其特約，而不受此等規定之限制。

（乙）返還之時期。

借用人履行返還義務之時期，因當事人間有無返還期限之約定，而不一致。（1）依當事人之合意定有返還期限者，借用人應於其期限屆至時履行返還義務。然此種期限，原爲債務人之利益而設，債務人對於期限之利益，無妨拋棄之。故借用人於期限屆滿前，得爲返還義務之履行。然在有償之消費借貸，貸與人亦有期限之利益，故解釋上，借用人如於期限屆滿前履行返還義務，非將計至期限屆滿時止之利息或其他報償一併給付不可，否則足以妨害貸與人之利益。到民法第四七八條前段，不問消費借貸之爲有償或無償，概定爲：「借用人應於約定期限內，返還與借用物種類品質數量相同之物。」殊欠允當。（2）消費借貸標之物之返還，未定期限者，即爲無期限之債務，依一般法理，自消費借貸生效後，貸與人於任何時皆得請求返還，借用人亦得隨時返還之。若借用人不從貸與人之請求時，自不可不負履行遲延之責。然我民法，對於消費借貸，別於一般原則，而設第四七八條後段之特例。蓋於通常情形，借用人非爲相當準備，恆不能即時履行返還義務。故借用人，雖

得隨時返還，而貸與人欲爲返還之請求時，則不可不於一個月以上之相當期限內，對借用人爲返還之催告，期限經過後，始生履行遲延之問題。而此項猶豫期間，相當與否，固應斟酌債務之性質，及其他情事以定之。然法律既定曰一個月以上，其不得不滿一月，自無疑義。如果不滿一月之時，即不生催告之效力。至於催告之方法，法律未設限制，依文書或言詞皆得爲之。此項催告，原爲借用人便於返還之準備而設，非使借用人利用催告期間以達消費借貸之目的。即爲借用人之利益保護，而付與一種抗辯權，並非貸與人行使返還請求權之絕對要件。故借用人行使此項抗辯權，而拒絕貸與人之請求時，法院固應就貸與人曾定相當期限催告與否，而爲審判。然若借用人不援用此項抗辯權時，法院自不得依職權調查，據以判定返還請求之當否。

第二 支付報償之義務。

消費借貸得依合意約爲有償，已如前述。其報償，於金錢借貸，稱曰利息。此項利息，自應以金錢充之。然當事人亦有約爲以其他之物充報償者，故其他報償，又不限於非金錢借貸，始有其發生。不問其爲金錢或非金錢之消費借貸，如當事人約爲支付利息以外之報償者，充其報償之標的物，亦應從契約所定。如無特別約定時，則不可不爲有金錢價值之有體物，否則不適於計算。至其數額之多寡，亦得由當事人自由約定。但爲利息時，自不許違反禁止高利之規定。（民二零五條）故「以貨幣折算

金錢而爲借貸者，縱有反對之約定，仍應以該貨物按照交付時交付地之市價所應爲其借貸有之價值，金額。』即恐虛折過高，以規避禁止高利之規定也。（我民法四八一條）

關於支付利息或其他報償之時期，我民法第四七七條，亦設有特則，而應視其契約定有支付期限與否，分別言之：

（甲）消費借貸定有支付期限者，利息或其他報償，應於其期限支付之。

（乙）消費借貸未支付定期限者，利息或其他報償，應於借貸關係終了時支付之。但其借貸期限逾一年者，應於每年終支付之。

第七節 僱傭

第一款 僱傭之意義及性質

『稱僱傭者，謂當事人約定於一方一定或不定之期限內，爲他方服勞務，他方給付報酬之契約。』此我民法第四八二條，對於僱傭 (*Locatio-conductis operarum; Ionagede de services' contrat de travail Dienstvertrag*) 所設定義的規定。(德民六一一條一項日民六二二條瑞債三一九條一項)所謂當事人一方，即受僱人。所謂他方，即僱用人。僱傭，因受僱人與僱用人相互間，對於服勞務及給付報酬兩點，有合致之意思，即行成立，故爲諾成契約。並毋庸踐行一定方式，故爲不要式契約。因其以勞務供給爲目的，故與上述以財產權移轉爲目的之買賣贈與等契約，及以物之利益爲目的之租賃借貸等契約，異其性質，而與下述承攬委任等契約，同其類別。茲分釋之：

第一 僱傭者，受僱人於一定或不定之期限內，爲僱用人服勞務之契約也。

僱傭契約，以服勞務爲目的。所謂服務，即供給勞務於他人。受其供給者，爲僱用人。爲其供給者，則必受僱人自身。如不以受僱人自身供給勞務爲目的，而約爲他人之勞務供給時，不得以僱傭稱

之。蓋僱傭係以當事人間之信用爲基礎，僱用人每注目於受僱人一身，而受僱人亦信任僱用人，始有僱傭契約之締結，是純依特殊之人的關係以維繫之，而不得代以第三人。羅馬法及法民法，認勞務與物同爲租賃之標的，僱傭契約無獨立觀念，包括於租賃中，故得爲租賃標的之勞務，應以低級勞務爲限。（法民一七七九條以下）自德民法始，認獨立之僱傭契約，故不問勞務種類如何，皆得爲其標的。（德民六一一條二項）我民法從之。

僱傭與租賃使用借貸同，有繼續性。然其繼續期間之久暫，無關僱傭之本質，要須視其勞務之種類如何，有非長期繼續供給勞務，即不足以達其目的者，有不然者。惟大體上，皆以繼續供給勞務爲內容，故我民法，從瑞士債務法（三一九條一項）之例，明定爲受僱人於一定或不定之期限內，爲僱用人服勞務。至其期限有無一定，以從當事人之自由意思爲原則。

第二 僱傭者，僱用人對於受僱人之供給勞務，約爲支付報酬之契約也。

勞務之供給，與報酬之支付，乃僱傭契約成立之要素。二者互有對價關係，故爲有價且雙務之契約。如當事人約爲無償供給勞務，不得以僱傭稱之。關於報酬之有無，以依當事人間之合意爲原則，有支付報酬之合意時即爲僱傭。但雖無此合意，而應視爲當事人間有此項暗默的約定之存在者，亦事實上所常見，例如：依勞務之種類性質；當事人間之關係；或交易之習慣；而可推定爲非受報酬即不

服務務者，得視為有支付報酬之暗默的合意存在。（民四八三條一項德民六一二條一項瑞債三三零條一項）報酬之物體，不以金錢為限，得約以其他有財產價值之物體充之。因而有金錢給付，實物給付，及混成給付之別。雖屬金錢給付，亦非以現金之支付為限，他如票據及其他流通證券皆可。除此而外，概屬實物給付。如併用金錢與實物時，則為混成給付。極端言之，雖以勞務之供給為報酬，亦屬當事人之自由。惟於此種情形，究認何方為僱用人？應從契約內容，比較當事人負擔義務之輕重，以為判斷。難得明確之判斷時，則雖互為僱用人及受僱人，亦無妨於僱傭契約之本質。關於決定報酬額之標準，亦從當事人之自由約定，通常恆依服務務之時日以定多寡，但亦無妨以勞務之分量為標準。當事人就報酬額無特別之約定時，則按照價目表所定給付之。無價目表者，按照習慣給付。此於我民法第四八三條二項，設有明文。以上乃就一般之報酬言之，此外於僱傭關係上，尚有所謂花紅、提成、津貼、酬金等給付，要須視其有無給付之特約或習慣。如有此等給付時，自亦不失為僱傭之報酬。

第三 附說。

僱傭契約之性質，已如上述。茲有相關聯之數事，附帶說明之：

（甲）僱傭契約與其他契約之區別。僱傭契約，與承攬委任諸契約同，皆以勞務之供給為目的

，故事實上，每易混淆。茲爲明確僱傭之觀念，就僱傭與承攬及委任之重要區別，分述如次：(1) 僱傭與承攬異：前者以受僱人自身供給勞務爲內容，亦即以勞務之自體爲標的；後者則以工作之完成爲標的，而非以給付勞務爲足，乃給付勞務之結果。故承攬人縱已服勞務，而其工作未告完成，即不得謂爲已履行其契約上義務。(2) 僱傭與委任亦異：前者以供給勞務爲目的；後者則爲委任事務之處理於相對人。於前者，係從僱用人之指示，而服勞務；於後者，則因委任人信任受任人，而委以事務之處理；受任人就其規定之事務，應從自己裁量而處理之。反是，無自由裁量之餘地，必依委任人之指示，服機械的勞務，即非委任，而爲僱傭。

(乙) 僱傭契約與團體協約之關係。團體協約，乃近代工業勞動上之產物，初以規定報酬事項爲目的，學者特以貨率契約稱之，嗣漸擴張其範圍，而及於一切勞動條件之上，故改稱勞動協約。我現行法，以團體協約命名。蓋一係着眼於規定事項之性質，他則着眼於其當事人也。依我團體協約法第一條一項之規定：「稱團體協約者，謂僱主或有法人資格之僱主團體，與有法人資格之工人團體，以規定勞動關係爲目的，所締結之書面契約。」從可知團體協約乃依團體的協定。使雙方當事人負擔和平義務，并規律其勞動關係之契約。是與僱傭契約或勞動契約，以規定特定人間之權義關係者，顯有不同。然協約當事人間，如自進而爲僱傭或勞動契約之締結時，則不可不從團體協約

之規範。故『團體協約所定勞動條件，當然爲該團體協約所屬僱主及工人間所訂勞動契約之內容。如勞動契約有異於該團體協約所訂之勞動條件者，其相異之部分無效。無效之部分，以團體協約之規定代之。但異於團體協約之約定，爲該團體協約所許容，或爲工人之利益，變更勞動條件，而該團體協約並無明文禁止者爲有效。』（團體協約法十六條）足徵團體協約關係人間所締結之僱傭或勞動契約，其內容以不得違反協約所定之勞動條件爲原則。所謂團體協約與僱傭契約之關係，可概見矣。

（丙）僱傭契約與身分保證契約之關係。身分保證契約，乃第三人與僱用人間於僱傭之際所締結之契約，日後依受僱人之行爲及損害於僱用人時，即由該第三人負擔保責任。此項契約，事所常見，日本大審院曾屢著有判例。然我民法，對之尙無明文。故其性質及效力，皆不可不從當事人之意思定之。尙有與此相類者，即所謂身分保證金契約，乃於僱傭之際，爲確保將來受僱人因僱傭關係應負擔之損害賠償債務，而交付於僱用人之金錢。爲其交付者，或爲受僱人，或爲第三人。其交付之契約，是曰身分保證金契約。關於此種契約之內容及效力，法律既無規定，自亦不可不從當事人之任意訂定。然此二者，皆附屬隨於僱傭之擔保契約，其與僱傭有主從關係，自無疑義。故解釋上，以當事人間無反對特約爲限，此等從契約無效時，自不及影響於僱傭。但可推定當事人有非成

立此項從契約即不締結僱傭之意思者，則此等從契約之有效成立，反爲締結僱傭契約之意定條件焉。

第二款 僱傭之效力

第一項 受僱人之義務

受僱人依僱傭契約對於僱用人所負擔之本然義務，厥爲勞務供給義務之一種。但有依特約使其其他附屬義務者，（例如不爲競業或不洩漏業務上祕密等）我民法對之未設明文，以不反於公序良俗爲限，概從契約所定。本項亦專就勞務供給義務言之：受僱人爲勞務供給，自不可不從契約本旨。（民法三零九條一項）蓋勞務之內容，以依契約訂定爲通則。然如交易習慣及當時情況，亦可據爲解釋契約之資料。倘若僱用人逾此範圍而爲請求，受僱人自得拒絕之。至受僱人爲此項義務之履行，不可不出之以忠誠，故學者謂受僱人於服勞務外，並負有忠誠義務。且基於僱傭關係之特質，其供給勞務本有從屬性質，故除高級勞務外，於不違反公序良俗之限度內，受僱人又有從僱用人指示之義務焉。

受僱人不依契約本旨忠誠服務，即爲債務不履行，或履行不完全，因而致僱用人受損害者，受僱人應負賠償責任。此就通常情形言之，如受僱人更進而依明示或默示之表示保證其有特種技能者，僱用人自始即憑其技能而僱入，以求專門技術上之勞務供給，逮後受僱人並無保證之技能時，自亦不可

不負債務不履行責任。依我民法，因僱用人於此情形既不能達其僱入之目的，故又許其行使契約終止權。此項終止權之行使，自不以無期限之僱傭爲限。（民四八五條）

僱傭關係，乃以人爲基礎，僱用人恆着重受僱人個人之能力性行，而與締結契約，此不特需要特殊技術之勞務供給爲然，即在通常之勞務供給，亦莫不如是。故受僱人以自身服勞務爲本則，非經僱用人予以明示或默示的同意，不得任意使第三人代爲勞務，是爲勞務之專屬性質。（民四八四條一項後段）反是，未經僱用人同意，而擅使第三人代爲勞務之供給者，即係債務不履行。並有使僱用人蒙受損害之危險，故我民法，授僱用人以終止契約之權。（民四八四條二項）此項終止權，依法律規定之原因存在而發生，與第四八五條之終止權同，不問其契約定有存續期限與否，皆得行使之。

第二項 僱用人之義務

第一 給付報酬之義務。

僱用人對於受僱人有給付報酬之義務。關於報酬之種類及其數額，已如前述。本項應研究者，厥爲給付報酬之時期。依我民法第四八六條規定，首應視其有無特約存在。無特約時，當從習慣。并無習慣時，則以於勞務完畢時給付爲原則。蓋因報酬本爲勞務供給之對價，先服勞務而後給付報酬，乃合於僱傭之性質，並與社會一般交易觀念一致。故受僱人不得同時履行之抗辯權，是爲雙務契約上之

一特例。然若報酬係分期計算者，則有於其期間之屆至而爲給付之意思，甚屬明顯，故其期間經過後，受僱人自得爲給付報酬之請求。於此情形，僱用人如不爲前期報酬之給付，受僱人當然可以拒絕次期勞務之履行。但受僱人爲前期報酬之請求，應以終其前期勞務之供給爲前提，此又至當之論結。我民法第四八六條一二兩款規定，即依報酬之是否分期計算者，而異其給付時期，殊無不當。

第二 關於權利讓與之限制。

債權以得讓與爲原則，然在僱傭，因以人的關係爲基礎，受僱人乃着重僱用人之個人，而爲其服勞務，如僱用人有所變更，實足以及重大影響於受僱人之利害，故僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。（民四八四條）此項同意，不問明示或默示均可；且無妨於締約後爲之。但於締約後所爲之同意，僅於同意後得爲有效之讓與，而無溯及力。

經受僱人同意有效讓與勞務請求權時，其報酬給付義務，亦以隨同移轉爲原則。至未得受僱人同意之讓與，本非有效，若事實上有其讓與時，對於受僱人之法律關係，自不及何等影響。

第三 受領勞務之義務。

僱用人對受僱人有請求供給勞務之權利，而不負擔使受僱人現實服務之義務。蓋從來之僱傭關係，純受債權契約之法理所支配，當然有此歸結。但近世立法及學說，有逐漸承認僱用人之使用義務之

趨勢。即受僱人因服務而得享受特別利益時，僱用人負有使服適當勞務之義務。（參考德新勞動契約法草案六四條）自受僱人方面言之，即因以取得就業請求權。我現行法，尙無此例，固難遽斷爲僱用人有使用義務之負擔。然我民法，認僱用人有受領勞務之義務與否？亦有疑義。夫依勞務之性質，無須僱用人受領者，固無問題。反是，而須受領時，倘僱用人拒絕受領，或不能受領，即生受領遲延之問題。於解釋上，乃係債權人之遲延，故不以過失爲要件，僱用人果依如何之事由而不受領，概非所問。而我民法第四八七條，規定因僱用人受領遲延所生之效果，認『受僱人無補服勞務之義務，仍請求報酬。』但爲防止受僱人有二重之得利，故『受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服務所取得或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬內扣除之。』此從德民法第六一五條及瑞士債務法第三三二條而爲規定者也。日民法無之。此種規定，仍不外認債權人遲延時債務人得以免責，并非積極的認僱用人有受領勞務之義務也。

上述而外，依德民法及瑞士債務法，基於人道及社會政策上之需求，而認僱用人對受僱人，尙負有保護及扶助之義務，以與受僱人之忠誠義務相對應。我民法未設明文，以讓特別法之規定。（參考我工廠法第四一條至四四條）茲就德瑞二法所定，言其要點：

（甲）危險之預防。僱用人於設備及管理勞務處所之器械時，應在可能範圍內，力求受僱人生

命及健康之安全。(德民六一八條一項瑞債三三九條前段我新草案五八一條一項)

(乙)生活之適應。受僱人生活於僱用人之家庭時，就其居室、寢室、食品、工作時間、休息時間、有使適應於受僱人健康、風儀及信仰之必要。(德民六一八條二項瑞債三三九條後段)

(丙)不能服勞務時之報酬。受僱人自己並無過失，因其本身之事由，於比較的短期間內，不能服勞務者，仍得請求報酬。(德民六一六條瑞債三三五條)

(丁)治療及看護。家庭的受僱人，自己并無過失，而罹疾病時，僱用人應供給治療及看護。

但以六星期或僱傭期間內為限。(德民六一七條瑞債三四四條二項)

第三款 僱傭之終了

僱傭契約，除依一般債權契約之消滅原因而消滅外，更依左列原因而終了。

第一 期限屆滿。

僱傭定有期限者，其僱傭關係，於期限屆滿時消滅。(民四八八條)然於期限屆滿後，受僱人繼續服勞務，僱用人並不述異議者，依瑞士債務法及日本民法，(瑞三四六條一項日六二九條一項)皆有視為於同一期限更新契約之規定。我民法與德民法，則無明文，為顧全雙方之利益，應解為無期限之更新契約，於其以後，雙方皆得隨時終止之。(民四八八條二項)

第二 勞務完畢。

僱傭雖未定有期限，而依約定勞務之性質或目的，其勞務完畢時，依我民法第四八八條二項前段之反面解釋，僱傭關係應即隨之而終了。蓋契約之目的已達，自無繼續僱傭關係之必要，此後既無勞務可言，受僱人當然不得請求報酬。

第三 終止契約。

當事人一方爲其契約終止權之行使者，僱傭關係，即自終止之效果發生時消滅。但契約終止權，有專屬於當事人一方者，例如：前述受僱人不經僱用人同意，使第三人代服勞務，（民四八四條）或無保證之技能時，僱用人之契約終止權；（民四八五條）以及僱用人不經受僱人同意，將其勞務請求權讓與第三人時，受僱人之契約終止權（民四八四條）是也。但亦有屬於當事人雙方者，則如我民法第四八八條二項及四八九條一項之規定屬之。分述如次：

（甲）僱傭未定期限，亦不能依勞務之性質或目的定其期限者，各當事人得隨時終止契約。（民四八八條二項本文）蓋於契約締結之初，既未定有期限，又不能依勞務之性質或目的判斷其勞務將於何時完畢，則當事人有不受任何牽制而得隨時斷絕僱傭關係之意思，至爲明顯，此本條規定所由設也。依此規定，各當事人於任何時日皆得爲終止之表示，依其表示，逕生僱傭終了之效力，並

無須經過相當猶豫期間。倘若絕對貫徹此原則，其於勞動階級之保護，殊欠周備，因此每足以釀成失業之恐慌，法律為補偏救弊起見，特設但書之規定曰：「有利於受僱人之習慣者，從其習慣。」如斯而後，本文規定之流弊，或可減少於萬一。

(乙)當事人之一方遇有重大事由，其僱傭契約縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之。(民四八九條一項)本項所謂重大事由，即於有其事由存在而仍繼續僱傭關係時，依社會一般觀念，顯見其不適當不公平之謂。德瑞兩法，定為重要原因；日本民法，則定為不得已之事由；(德民六二六條瑞債三五二條日民六二八條)用語雖異，而意義實同。

第四 當事人死亡。

僱傭關係，純以對人信用為基礎，無論何方死亡，其契約即應終止。然我民法，無此明文，解釋上，如受僱人死亡，徵諸第四八四條一項後段之趣旨，其契約以向將來消滅為原則。但無專屬性之勞務供給，並經僱用人同意者，自無妨由其繼承人繼承債務，而存續原契約。反是，僱用人死亡時，則因報酬給付義務無專屬性，故以不消滅僱傭關係為原則，但當事人得依第四八九條一項規定以終止之。

第四款 附論

於僱傭契約，尚有附帶問題兩項，分述如次：

第一 發明權之歸屬。(Die angestelltefindung)

受僱人有所發明時，其發明權將屬當事人何方？此不僅為僱傭契約上之問題，且與勞動階級之保護，發明事業之獎勵有關。故於立法政策上，頗有重大意義。瑞士債務法第三四三條，設有明文。他國有依勞動法規或特許法定之者。於理論上，因其發明事項與時間不同，須分別觀察：

(甲)自由發明(Freie Erfindungen)。受僱人於勞務時間外所為之發明，應由受僱人取得發明權，當事人間縱有反對特約，因其違反保護弱者之趣旨，亦應無效。日本特許法，即從此旨。(日特許法一四條)瑞士債務法，則認特約有效。(瑞債三四三條一項)立法政策上，殊欠允當。

(乙)事業發明(Betriebserfindungen)。以長歲月間事業上經驗及成績為基礎之發明，有時必依多數人共同行為自當成之，既不能以特定之一人或數人為發明人，故其發明，可謂為依當該事業之自體而成，則其權利，應歸僱用人。

(丙)勤務發明。即受僱人於勞務時間內所為關於其勞務之發明，法律上發明權之歸屬問題，亦以此為中心。學說有二：(1)受僱人於勞務時間內，利用僱用人之設備，有所發明者，因其屬於勞務範圍，故其發明權，應屬僱用人。(2)凡依吾人精力所為之創作，不問利用之材料為誰所有？亦不

問是否勞務時間內？其發明權，皆應歸屬創作人。兩派之主張，適得其反，前說乃依資本主義之立場，後說則依勞動主義之立場。然自公益上言，發明既應獎勵，故以後說為當。日本特許法第一四條從之，且否認反對特約有效。惟勤務發明中之任務發明（Dienstleistungen），則為例外，因其本質屬於業務範圍，且其發明行為，亦為受僱人之本然義務，故當事人得依特約預定發明權歸屬僱用人。（瑞債三四三條對於勞務義務上發明認為當然歸屬僱用人）

第二 勞務證明書 (Arbeitszeugnis) 之請求。

僱傭契約，既依前款所述各事由或一般原因而終了後，僱傭關係，即歸消滅，此後不復有何等效力可指。惟德民法，就一定情形，尚認僱用人負一定義務。即「於繼續僱傭關係終了時，受僱人得請求相對人為僱傭關係及繼續期間之書面證明。」此證明，並應依請求而及於勞務之給付及實行。（德民六三零條）受僱人持有此項證明書，於其後就業上，極為便宜，故社會政策上，認為必要。我新民法草案，從德民法，於第五八九條定曰：「長期之僱傭期滿後，受僱人得向僱主請求證書證明僱傭關係及其期限。」受僱人請求將其服勞務之成績及操行記載於前項證書者，僱主應記載之。」現行民法無之，僅於工廠僱傭關係，依工廠法第三十五條，工人有請求工廠給與工作證明書之請求權。於解釋上，工廠法僅適用於同法第一條所定之工廠，在一般僱傭關係，無其適用。但在社會政策上，民法雖

無明文，而長期僱傭終了後，其終了原因，非基於歸責受僱人之事由者，亦應認受僱人有對僱用人請求付與勞務證明書之權。僱用人非有正當理由，不得拒絕。

第八節 承攬

第一款 承攬之意義及性質

『稱承攬者，謂當事人約定一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成給付報酬之契約。』此我民法第四九零條：對於承攬 (Locatio-conductu; *locoperis*; *louage d, industrie*; *louage d, ouvrage*, *Werkve* *Vertrag*) 所設定義的規定。(德民六三二條一項日民六三三條瑞債三六三條俄民二二零條) 所謂當事人一方，即承攬人。所謂他方，即定作人。承攬因承攬人與定作人相互間，對於完成一定工作及給付報酬兩點，有合致之意思，即行成立，故爲諾成契約。并毋庸踐行一定方式，故爲不要式契約。因其以勞務供給爲目的，故與上述僱傭同，此羅馬法及法民法，所以就二者併認爲勞務租賃之一種。(法民一七七九條又一七二七條以下) 自德民法始，非特脫離租賃之領域，且與僱傭分離，各爲獨立條約。蓋勞務未能與物同視，以爲租賃之標的，不待煩言。即僱傭與承攬，亦異其觀念，一在供給勞務之自體，他在完成一定之工作，此二者所以又有分別規定之必要。我民法即本此旨，而從德民法以來之例，於前節規定僱傭，於本節規定承攬。茲分釋之：

第一 承攬者，承攬人爲定作人完成一定工作之契約也。

依勞務而生之結果 (Arbeitsprodukt, arbeitsfolg.) 是曰工作 (Opno, werk.) 工作之完成，固須勞務，而承攬非以勞務本體爲標的，乃以勞務之結果爲標的，故其勞務之結果如何，不可不從契約所定。我民法所稱『一定之工作』，蓋即指此。反是，承攬人雖已服勞務，不生預期之結果，即不能『完成一定之工作』時，即爲債務不履行。至於工作之種類，法無限制，不問其爲學術的或勞力的，有形的或無形的，皆得爲承攬之標的。勞務之結果有無金錢價值，亦非所問，蓋雖不能依金錢計算者，亦得爲債之標的，此債法上一般原則也。關於工作之範圍，亦依契約所定。

承攬既以依勞務所生之結果爲標的，定作人有受其勞務結果之權利，承攬人有供給勞務之義務，故爲債權契約。但不着重承攬人其人，即不以承攬人自服勞務爲要件。惟依工作之性質，或當事人之合意，必須承攬人自服勞務時，則爲例外，自不得使他人爲之。

第二 承攬者，定作人俟工作完成給付報酬之契約也。

承攬既係一方爲他方完成一定工作，他方俟工作完成給付報酬之契約。是當事人雙方，皆負擔義務，且有對價關係，故爲雙務且有償之契約。反是，約爲不給付報酬，而完成工作者，非承攬契約，而爲無名契約。故報酬之約定，乃承攬之要素。至其約定，無論明示或默示均可。反是，不明示或默

示應給付報酬之旨，而俟工作完成任意給付之者，亦非承攬，乃二個無償行為之並存。但依德民法第六三二條一項，若依其情形，工作之完成，在期待報酬之給付者，視為有給付報酬之默示的合意。我民法第四九一條一項從之明定曰：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬。」所謂情形，指有關契約之一切事情而言。蓋依此等事情，可認定當事人間，對於給付報酬一點，已成立暗默之合意，否則承攬人即不為定作人完成其工作也。

第三 附說。

承攬契約之性質，已如上述。茲有相關聯者數事，附帶說明之：

(甲)承攬與僱傭之區別。承攬與僱傭，最為近似，實際上不易判別。然其性質迥異。僱傭之目的，直接存於勞務，僱用人乃對勞務而支付報酬；反是，承攬之目的，則存於完成之工作，勞務不過其手段耳。定作人對承攬人，雖有請求勞務結果之權利，而勞務供給非承攬之直接目的，定作人乃對勞務之結果給付報酬，非以各個之勞務為對象而給付之。

(乙)承攬與買賣之區別。承攬係以工作之完成為目的，非如買賣，而在財產權之移轉，其區別甚為明顯。但一方以自己之材料製成物品借給他方，即所謂工作物供給契約 (Verh. Lieferungsvertrag)，究係買賣？抑係承攬？學說及立法例均不一致。依羅馬法及德普通法之多數說，由定作人供

給主要之材料者爲承攬，由工人供給主要之材料者爲買賣，而不問工作物是否代替物。法蘭西之學說及判例亦同。奧民法乃先從當事人之意思，其不明時，始以材料之所有權爲標準。（奧民一一五八條）反是，普國法，則純依材料所有權之誰屬以決之。德民法大體從普通法之原則，惟因工作物之爲代替物與不代替物，而設區別，前者適用買賣之規定，後者則就買賣規定有不適用時，代以承攬之規定，（德民六五一條）學者對於後種情形，議論紛歧，通說認爲獨立的工作物供給契約，而有混合契約之性質。日民法無明文，通說謂當事人以工作之完成爲主目的者，是屬承攬；以物之移轉爲主目的者，是屬買賣。但其目的之主從若何？無明確之意思時，則解爲：當事人係約定由承攬人用自己材料完成一定之工作物，交付於定作人，而具有承攬與買賣兩性之混合契約，就工作之完成，適用承攬之規定，物之移轉，適用買賣之規定。故當事人之意思，主在物之製作者，以適用承攬之規定爲主；反是，主在物之移轉者，以適用買賣之規定爲主。然非於前者就買賣之規定，於後者就承攬之規定，全然無其適用，蓋在混合契約，就其效果，亦以併合適用二者之規定，始與當事人締結混合契約之意思相合。我民法與日民法同，亦無明文，余從上述日本學者之通說以決之。

電力供給契約，係承攬抑係類似買賣之無名契約？學說不一：多數學者，皆從前說。就此問題，以首先決定電氣得爲財產權之標的否？爲其前提。依余所信，電氣之本體如何？於現代物理學上

，雖無定論，然電氣得依觸覺作用確認其存在，并得入於一定容器，由甲地輸送至乙地，依人力而自由支配之，與瓦斯同，具有經濟價值，故性質上，非不得爲財產權之標的，亦即得爲買賣之標的。基於電氣非財產之見解所生承攬說，或無名契約說，殊難贊同。然就電力供給契約之性質，又不能爲概括的論定，如約爲一定電量之供給者。乃單純之買賣。反是，當事人之意思不在一定電量之供給，而以依電力之裝置使生一定結果爲目的者，則應解爲承攬。要不外依電力供給契約之內容如何以定之。

(丙)不規則承攬 (*Locatio-conductio operis irregularis*。)定作人供給材料，使承攬人完成一定工作，而又依特約定明承攬人得用他材料以代之者，學者以不規則承攬稱之。於我民法，不僅認承攬人得用自己材料完成一定工作，且於此情形，乃置重工作，更屬顯明，故可解爲通常之承攬。

第二款 承攬之效力

第一項 承攬人之義務

第一目 完成工作之義務

承攬人負有完成依契約所定工作之義務。何謂完成工作？已如前述，本目僅論完成工作之義務。第一 定作人之工作着手請求權。

完成工作之義務，係承攬人依契約所負之債務，故其履行，亦應從一般債務履行之規定，以無特約爲限，因契約成立，承攬人即須着手工作，否則定作人得行使我民法第二二七條之權利。於原則上，承攬人不得以定作人未提出報酬，而依雙務契約同時履行抗辯，拒絕着手工作。

第二 工作完成遲延之責任。

承攬人於契約成立後，有即時着手工作之義務，已如上述。如着手後，并須續行，以迄工作完成爲止。如因可歸責於承攬人之事由，致工作完成不能時，應生給付不能之效果，而依債編通則之一般規定解決之。如非完成不能，而爲完成遲延時，則依次述規定，以定承攬人之遲延責任。

(甲)工作之完成，依契約定有期限者、承攬人應於其期限內完成之。期限之久暫，要不外從工作之繁簡，及當時之情況，由當事人自由約定。其約定方法，法律亦無限制，依同一契約或另依特約爲之，均無不可。既定有期限，而承攬人不能於其期限內完成工作者，應視其不能之原因如何，以定承攬人之責任。倘因可歸責於承攬人之事由，致工作不能於約定期限內完成者，承攬人應負遲延責任。(民五零二條一項前段)

(乙)工作之完成，未約定期限者，承攬人應於何時完成其工作？雖無限制，但從一般觀察，於相當期限內，即能完成，而因可歸責於承攬人之事由，致經過該相當期限，仍不完成者，承攬人亦

應負遲延責任。(民五零二條一項後段)

(丙)依上述二種情形，承攬人應負遲延責任，依一般給付遲延之原則，債權人固得拒絕給付或請求損害賠償。(民二二二條二二一條)然我民法，為減少糾紛，特認定作人之報酬減額請求權。(民五零二條一項)至其應減之數額，自須比例定作人因工作完成遲延所受之不利以定之。

(丁)於一般承攬契約，承攬人完成工作遲延者，定作人依法僅有請求減少報酬之權，而不許解除契約。至於當事人以其工作須於特定期限內完成或交付，定為契約之要素者，倘因歸責於承攬人之事由，致不能於其期限內完成或交付時，契約之目的即不能到達，故許定作人解除契約。(民五零二條二項)如有損害，并無妨請求賠償。(民二六零條)但於此情形，定作人仍不解除契約，而依前項規定請求減價，自無不可。故以確定期限內完成或交付工作為要素之契約，承攬人應負遲延責任時，定作人就減少報酬請求權與損害賠償請求權，得任擇其一行使之。

(戊)以上乃就工作完成期限屆至，承攬人不能完成工作之情形言之。反是，於其期限屆至前定作人自不得依上述第五零二條之規定，主張減少報酬，或解除契約。然以確定期限完成工作為要素之承攬契約，因可歸責於承攬人之事由，致工作進行遲緩，依其進程，顯可預見其不能於期限內完成者，與其待至期滿，始為解約，不如許定作人及早行使解約權，尚可防止損害之擴大，并早日終

絕其承攬關係，故我民法第五零三條，即從此旨，而認定作人於預見當時，即有解除契約之權。

(己)承攬人應負遲延責任時，定作人依上述規定，得爲減少價金或解除契約之請求。但爲此等請求之意思，須從速表示，否則承攬人之契約上義務已盡，而仍受遲延責任之拘束，以致法律關係久懸，自非允當。故我民法第五零四條明定爲：『工作遲延後，定作人受領工作時。不爲保留者，承攬人對於遲延之結果，不負責任。』惟就本條規定之適用，國內民法學者，有解爲應以工作須受領之情形爲限。余則以爲雖依工作之性質無須交付者，依法以工作完成時視爲受領，於此情形，法律既未明定不適用本條，解釋上自不能有所歧視，即於視爲受領時，定作人未保留請求權者，亦應免除承攬人之遲延責任，否則有失均衡。

第三 完成工作之勞務。

完成工作所必要之勞務，原則上毋庸定作人自行供給，此羅馬法以來學說及立法例所一致。我民法對於僱傭，設有『受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務』之限制，(民四八四條一項後段)而就承攬，既無同等規定，故通說均認爲原則上承攬不以個人的勞務爲內容。但有特約者，自屬例外。至依工作之性質，以承攬人自身之勞務爲必要時，承攬人能否使第三人供給勞務？則須視其工作之完成，依第三人之勞務，亦可認爲債務本旨上之給付與否？分論別定。

承攬人使第三人完成工作之情形，又可別爲二種：(1)承攬人仍自居於指揮工作進行之地位，而僅使第三人充其補助人者，就該補助人之行爲，承攬人應對定作人負何等責任？德普通法大有爭論：或謂承攬人僅就補助人之選任監督有過失時，負其責任；或謂承攬人自身雖無過失，亦應負責。我民法則從德民法之例，對於債務履行之補助人，設有一般規定，故無論該補助人係基於代理關係？抑基於其他關係？而補助承攬人完成工作者，倘有故意過失，承攬人應與自己之故意過失負同一責任，(民二二四條德民一七八條)解釋上可無疑義。(2)承攬人更使第三人承攬其工作者，學者以次承攬(*Unter-Vertrag*)稱之。原則上，亦非法之所禁。其責任如何？德普通法，亦有爭論。於我民法，仍從上述論定。蓋次承攬，乃承攬人與次承攬人間之關係，并不影響原有之承攬契約也。惟依特約禁止次承攬者，則承攬人僅得與第三人成立上述補助關係，而不得締結次承攬契約，違反特約時，其次承攬契約亦非無效，僅承攬人有債務不履行之責任而已。

第二目 交付工作之義務

依工作之性質，於完成後，有須交付者，有無須交付者。(民五一零條)於前者，承攬人除完成工作之義務外，并有交付工作之義務，此項義務，亦係承攬契約上本然義務之一種，欲明瞭之，不可不研究工作物所有權之歸屬問題。

第一 工作材料之全部由承攬人供給者。

(甲)工作物係動產時。於此情形，承攬人有將自己材料加以工作，待其完成，交付於定作人之義務，但非因工作完成當然由定作人取得其所有權，故於工作完成後，尚須有所有權移轉行為。而工作之交付，即可解為權利移轉之意思表示。

(乙)工作物係不動產時。工作為建築物或其他土地上工作物，而其全部材料係由承攬人供給者，於工作完成後，無須另有移轉行為，其工作物所有權，視為因工作完成時即歸屬定作人。

第二 工作材料之全部由定作人供給者。

於此情形，承攬人就定作人所有材料而加工，乃為其完成工作義務之履行，不問該工作物係動產或不動產，其所有權概屬於定作人，毫無疑義。且因其加工，係基於契約上義務，並無我民法第八一四條但書之適用。

第三 工作材料由當事人雙方供給者。

工作材料由當事人雙方各供給其一部者，工作物所有權，因其材料之主從而異其歸屬。

(甲)由定作人供給主要材料時，依附台之法則，由定作人取得工作物所有權。(民八一、二、三、二項)

(乙)由承攬人供給主要材料時，依附合之法則，由承攬人取得工作物所有權，(法文同上)更負移轉其所有權於定作人之義務。

第四 工作材料屬於第三人者。

工作材料原屬第三人者，當事人與第三人間，既無承攬之法律關係，故由何人取得工作物所有權，不可不從加工之法則以定之。即原則上，應屬於材料所有人。但因加工所增之價值，顯逾材料之價值者，則應屬於加工人。(民八二四條)至由加工人取得所有權時，究指承攬人而言？抑指定作人而言？當視該第三人之材料，係何人供給者，如係由承攬人供給，應歸屬承攬人，而生工作物所有權移轉義務。反是，由定作人供給，則承攬人係為定作人而加工，其效果自亦就定作人生之，故定作人當然取得其工作物所有權。

第三目 擔保責任

第一 擔保責任之性質及內容。

完成一定工作所需之材料，由承攬人供給者，承攬人有移轉其所有權於定作人之義務。如其權利有所欠缺，或其材料存有瑕疵，因承攬係有償契約，解釋上，似應準用關於買賣之權利欠缺擔保，或標的物理疵擔保等規定。(民三四七條)然承攬人非僅移轉工作物所有權於定作人而已，且有完成一定

工作之義務，如其工作不完全，亦生擔保之問題。故僅依出賣人擔保責任之規定，不足以律之，而有別設特則之必要。我民法從各國立法通例，對承攬人之擔保責任，設有特別規定。並於第四九二條明定其概念曰：『承攬人完成工作，應使其具備約定之品質；及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。』本條規定，與德民法第六三三條一項同，明示承攬人擔保責任發生之要件。即於完成之工作，(1)不具備約定品質，(2)有減少或滅失其價值之瑕疵，(3)不適於通常或約定之使用等情形中，倘有其一，是為瑕疵，承攬人應負責任。然此等情形，非必因工作材料之瑕疵而生，亦有因工作不完全而生者，故我民法第四九二條以下各規定，自非專對出賣人擔保責任規定而設之特則，同時更為對不完全給付之一般規定所設之特別規定。

第二 擔保責任之種類。

工作有瑕疵，承攬人應對定作人負擔如何內容之責任？依我民法所定，可別為左列四種：

(甲)瑕疵之修補。『工作有瑕疵者，定作人得定相當期限請求承攬人修補之。』(民四九三

條一項德民六三三條二項前段日民六三四條一項本文瑞債三六八條二項俄民二二七條二項)此之所謂瑕疵，不問其為關於品質價值或效用者，亦不問其為材料之瑕疵，或工作之瑕疵皆包含之。且不以其瑕疵基於承攬人之過失為要件。惟定作人請求修補，須定相當期限，俾承攬人於其期限內履行

修補義務。至其相當與否，應斟酌瑕疵之程度，依客觀觀察定之。承攬人如不於期限內履行修補義務，定作人並得自行修補，因此支出之費用，而為修補所必要者，得請求承攬人償還。（民四九三條二項德民六三三條三項）反是，定作人請求修補，而未定相當期限者，其請求雖非根本無效，但不生本項自行修補並求償必要費之效果。又如修補需費過鉅者，承攬人得拒絕修補。定作人雖無妨自行修補，但不得以被拒絕為理由，而求償必要費。（民四九三條三項德民六三三條二項後段）至何謂需費過鉅，法無標準，自須斟酌實情以定之。抽象以言，因修補所需之費用，與修補後可增之利益，顯不相稱，而有得不償失之情形者，即得適用本項規定。於此情形，定作人自無妨依第四九四條規定，以求救濟。

（乙）契約之解除或報酬之減少。「承攬人不於前條第一項所定期限內修補瑕疵；或依前條第三項之規定拒絕修補；或其瑕疵不能修補者；定作人得解除契約，或請求減少報酬。」（民四九四條本文德民六三四條一項二項俄民二二七條二項）即於有上述三種情形之一，定作人就解約或減酬兩權利中，得任擇其一而行使。惟所謂「瑕疵不能修補」，非以承攬人之主觀不能為標準，雖主觀不能，而客觀上非不能者，則定作人仍須踐行前條第一項之程序，而不得逕用本條規定。至於其不能，承攬人有無過失，非所問也。

有上述三種情形之一，定作人或解除契約，或請求減少報酬，原則上得任意選擇爲之。但(1)瑕疵非重要者；(2)所承攬之工作爲建築物，或其他土地上工作物者；則定作人，僅得請求減少報酬，而不得解除契約。(民四九四條但書德民六三四條三項)蓋其瑕疵非重要者，契約之目的非即因此不能達到，故許定作人請求減少報酬，卽足以盡其保護。至於工作爲建築物，或其他土地上工作物者，倘許解約，則應生回復原狀之效果，非特不利於承攬人，且有害於國民經濟，故無論其瑕疵達至如何程度，亦不許定作人行使解約權。

(丙)損害之賠償。『因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條規定請求修補，或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。』(民四九五條德民六三五條)上述定作人請求修補，解除契約，或請求減少報酬諸權利，均不以因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵者爲限，是爲擔保責任之無過失性，而與出賣人之擔保責任無異。本條之損害賠償責任，則以其瑕疵係依應歸責於承攬人之事由而生者爲限，即以承攬人與有過失爲要件，是與一般債務不履行、認債務人之過失責任，同其趣旨。惟就本條規定之適用。國內學者之見解，未能一致；或謂本條既從德例，則應爲論理解釋，非認定作人於此情形有賠償請求權與其他權利之並存，乃認定作人得請求賠償以代其他請求。或則謂法文旣曰：『並得請求損害賠償，』是明認此權利與其他權利得以

並存。二說之中，余從後說。蓋工作有瑕疵，即為給付不完全，定作人因此受有損害，除行使上述各權利外，並得請求不履行之損害賠償，適足以貫徹我民法第二二七條規定之趣旨，故解為並存，毫無不當。

第三 擔保責任之減免。

(甲)法定之免除。『工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質，或依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。』(民四九六條本文日民六三六條)於此情形，工作之瑕疵，既基於定作人之行為而生，故承攬人之擔保責任，逕依法律之規定當然免除，是為原因主義之立法。『但承攬人明知其材料之性質，或指示不當，而不告知定作人者，不在此限。』(民四九六條但書日民六三六條但書)蓋誠實信用，乃一般債務人應負之責任，(參考民二一九條)承攬人自亦不能不受其支配，故有此情形，而不告知者，仍不能免擔保責任。然承攬人對於定作人所供給之材料良否？及其指示當否？原無調查義務，故因承攬人之過失，致不知其材料或指示不適當者，則其擔保責任，並不因此有所輕重。由此以觀，本條但書所謂不告知，應以承攬人明知而不告知者為限；反是，雖因過失而不知者，仍依本文規定而免責。

(乙)約定之減免。依德日民法，承攬契約當事人，得依特約免除或減輕擔保責任。蓋關於擔

保責任之規定，原為保護定作人之利益，並非有關於公益之強行法規，故當事人對於法定擔保責任，而有免除或減輕之合意時，其特約自屬有效。但承攬人明知瑕疵之現存，而不告知定作人者，則其擔保責任，仍不得免除。（德民六三三七條日民六四零條）我民法雖無如斯之明文，但解釋上，應準用第三六六條之規定。（參考民三四七條）其結果與德日民法無異。

第四 擔保責任之預防

『工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵，或有其他違反契約之情形者。定作人得定相當期限，請求承攬人改善其工作，或依約履行。』（民四九七條一項）是曰擔保責任之預防。在定作人方面，即有瑕疵預防請求權。蓋上述擔保責任，必待工作完成後始有其發生，然其瑕疵，則不必待工作完成始能發見，如於工作進行中，顯可預見將來工作完成必不免於瑕疵，或承攬人之進行工作，顯與契約本旨不符者，與其待至完成後始問其責，不如及早糾正，藉可減輕損害，並易達契約之目的，此本項特認定作人有請求改善工作，或依約履行之權。但以基於承攬人之過失者為限，否則無本項請求權之發生。至定作人如為此等請求，不可不斟酌具體事情而定相當期限，俾承攬人得於其期限內從事改善或依約履行。既經定有相當期限，向承攬人為請求改善或依約履行之表示，而承攬人不於期限內從其請求者，定作人得依第三人改善或繼續其工作，因此所生之危險及費用，均由承攬人擔負。

。若由定作人墊付之費用，自得向承攬人求償。（民四九七條二項）然定作人僅為改善或依約履行之請求，而未定相當期限者，其請求雖非根本無效，但不能生本條二項之效果，此又當然之論結。

第五 擔保責任之存續期限。

擔保責任之存續期限，我民法就一般承攬，與建築物或其他土地上工作物承攬，分別設有規定。後者較前者為長，茲分述之：

（甲）一般承攬。依我民法第四九八條之規定：「第四九三條至第四九五條所規定定作人之權利，如其瑕疵自工作交付後經過一年始發見者，不得主張。」「工作依其性質無須交付者，前項一年之期間自工作完成時起算。」此一般承攬契約上承攬人擔保責任之存續期限也。故原則上，其瑕疵之發見，須在工作物交付或工作完成後一年以內者，定作人方可為修補、解約、減酬、賠償等請求，蓋恐時日遷延，難於證明；且使承攬人久受束縛，亦非所宜。反是，於一年內未發見者，不問定作人於其不發見有無過失，承攬人之責任，當然因此而免除。但有例外，即承攬人明知瑕疵之存在，而故意不告知定作人者，則本條期限，應延長為五年。（民五零零條）蓋因承攬人既有惡意，自不復許其享受短期規定之保護也。

（乙）建築物或其他土地上工作物承攬。「工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工

作物之重大修繕者，前條所定期限，延為五年。」（民四九九條）蓋於此等工作物。不問其為新造或重大修繕。因其瑕疵通常不易發見，且其危險亦較巨，故對於上述原則，認此例外。於此情形，如承攬人為惡意，並更延長而至十年。（民五零零條）

上述第四零八條及第四零九條之期間，與消滅時效不同，而有除斥期間之性質。除依第五零零條之法定原因延長外，並無妨依當事人之特約而為加長。此項特約，自不可不與承攬契約同時為之。但不得依特約而減短法定除斥期間。蓋加長固足以保護定作人之利益，減短實不足以達法律特認擔保責任之目的。（五零一條）至應依法定原因而延長者，其不得更依特約以加長或減短之，自無待論。

第二項 定作人之義務

第一目 給付報酬之義務

定作人對於工作之完成，有給付報酬之義務。此義務乃承攬契約上之本然的債務，而與承攬人之完成工作債務有對價關係。於承攬契約成立當時，即有此項報酬債務之成立。茲分述其要點如次：

第一 報酬之種類。

承攬契約為有價契約，故定作人對於完成之工作，應為報酬之給付。至其報酬之種類如何，即何等物體始能以充報酬，法律毫無限制。故不必為金錢，雖金錢以外之其他有體物，或物之使用許可，

勞務之供給等，皆得爲報酬，此與僱傭不同。僱傭之報酬，依社會政策上理由，以給付通貨爲原則，所以保護經濟上弱者。至於承攬，其當事人間，並無顯著之經濟的差異，故亦無此必要。

第二 報酬之數額。

報酬之多寡，原則上由當事人自由約定。但我民法，並不以報酬額之預定爲必要。（日舊民法財產取得編二七五條以報酬額之預定爲必要）故其預定與否，不影響於承攬契約之成立。倘有明示或默示給付報酬之合意，即可成立承攬契約。其數額俟諸異日確定，亦無不可。其確定方法，有特約者依特約；無特約時，則按照價目所定給付之；並無價目表者；則從債務履行地之習慣，定其應給付之報酬額；此我民法第四九一條二項所明定，而與關於僱傭之第四八三條二項規定，同其趣旨。

第三 給付報酬之時期。

定作人應爲報酬給付之時期，當事人原可任意約定。無約定時，依我民法第四九零條所稱「他方俟工作完成給付報酬」之趣旨，則其報酬之給付，自以在工作完成後爲原則。但因承攬工作之性質及內容，未必一致，無特約時，亦不能使其完全受此原則之支配，故我民法，又分別明定之：

（甲）工作須交付者，其報酬應於工作交付時給付之。（民五零五條一項前段）蓋於此時，承攬人之債務，不僅在工作之完成，並因工作之交付，始爲終了。工作之交付，與報酬之給付，互相牽連

，而有對價關係，故以工作交付時爲給付報酬之時期。於此情形，當事人各方，均有同時履行之抗辯權。

(乙)工作無須交付者，其報酬應於工作完成時給付之。(民五零五條一項後段)蓋於此時，因工作完成，承攬人之債務即爲終了，故定作人應對之逕爲報酬之給付。

(丙)工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。(民五零五條二項)於此情形，乃以(1)工作係分部交付，(2)報酬係就各部分定者，爲其要件。反是，工作雖係分部交付，而報酬係總括約定者，自仍適用上述第一項前段規定，待至工作各部均已交付，始得爲給付報酬之請求。惟就最後應交付之部分，承攬人自無妨主張與定作人之報酬給付債務同時履行。

第四 報酬超過估計概數之法則。

定作人之給付報酬義務，係對工作之結果而負擔，故定報酬之數額，不必以其所需勞務之多寡，及工作時日之久暫，爲絕對標準，此承攬之所以與僱傭不同。然當事人據此等情事爲其相對標準，預先計算其概數，而不約定確數者，亦非無之。於此情形，雖僅定其概數，然定作人有僅就此概數不向上之範圍內，負擔報酬給付義務之意思，至爲明顯。逮後如應給付之報酬，因非可歸責於定作人

之事由，超過概數甚鉅者，即屬反於定作人之預期，故無論工作進行中或完成後，均授定作人以解除契約之權。（民五零六條一項）此就一般承攬言之，倘若承攬工作為建築物或其他土地上工作物時，無論其為新建或重大修繕，則因工作之完成與否，而異其辦法。如其工作已完成者，定作人僅得請求於相當範圍內減少報酬。反是，尚在續行中，未完成者，則定作人得通知承攬人停止工作，並得解除契約。後種情形，仍聽其續行工作，而依前段，僅為減少報酬之請求，自無不可，定作人得自由選擇為之。（民五零六條二項）

以上乃報酬超過估計概數時，定作人之權利。然因定作人行使解約權，每足以及不利益於承攬人，故定作人應對承攬人賠償相當之損害。蓋為保護定作人，而認解約權，因其行使，亦不能使承攬人受損故也。（民五零六條三項）

第二目 協助及受領工作之義務

第一 協助工作之義務。

工作之完成，乃承攬人之義務，不問由承攬人自身實施勞務，或依第三人供給勞務，而其完成工作之債務，均由承攬人負之，於原則上，立於債權人地位之定作人，可不必過問，並無協助義務。惟依工作之性質，有需定作人之行為始能完成，即其完成更有賴於定作人之協助者，則應認定作人負有

協助義務。違反此義務，而不為完成工作所需之一定協助行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人爲之。經催告後，定作人仍不行爲者，則工作之完成，將陷於不能，故承攬人得以定作人不履行協助義務爲理由，行使契約解除權，（民五零七條）以保護承攬人之利益。

第二 受領工作之義務。

承攬人完成工作後，依其工作之性質，有須向定作人交付者，亦有無須交付者。須交付時，承攬人除完成工作之義務外，並負有交付工作之義務。就定作人方面言之，有請求交付之權利，固無疑義。至是否負有受領工作之義務？立法例不一：依德民法，明定爲定作人有受領義務，（德民六四零一項）故在德民法下，定作人之受領工作，含有權利義務之兩性，如定作人受領遲延，承攬人不僅得依債權人遲延之規定以求免責，並得使定作人負債務履行遲延之責任。我民法則無定作人負受領義務之明文，故解釋上，定作人僅有受領之權利，而不負其義務，縱令受領遲延，亦僅生債權人遲延之效果，而不受債務人遲延規定之適用。

第三項 危險負擔

承攬工作，於進行中或完成後，因不可歸責於承攬人之事由，而毀損滅失者，承攬人是否尙須重行工作？如無須重行工作，其報酬請求權，是否因此喪失？是曰承攬契約上之危險負擔問題。就此問

題·首應論定工作之危險應於何時發生移轉之效果？關於此點，立法例不一。於羅馬法，依定作人承認工作而移轉。德普通法之見解亦同。德民法則明定爲：承攬人至定作人受領工作止，負擔危險。即因工作之受領，而生危險之移轉。（德民六四四條一項）法民法原則上亦然。（法民一七八八條）我民法乃從德例明定曰：『工作毀損滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔。』（民五零八條一項前段）所謂受領，已如前述，承攬人完成工作後，依交付行爲，將工作之所有權移轉於定作人，定作人從而受領其所交付之工作之謂。於其以前，工作或未完成，或尙在承攬人占有中，其危險自不可不由承攬人負擔。反是，因交付而由定作人受領後，工作之權利，既完全歸屬定作人，承攬人已盡其契約上義務之履行，則其危險之負擔，自亦應由承攬人而移轉於定作人。但依工作之性質，無須交付者，則如何？我民法第五一零條既明定爲：『以工作完成時視爲受領，』則其工作之危險，自亦因工作之完成而移歸定作人負擔，此原則也。惟有例外：

第一 定作人受領工作遲延時之危險負擔。

工作完成或交付後，定作人受領遲延者，承攬人之義務已盡，故於遲延中，工作有毀損滅失之危險發生時，不能依上述原則，認工作尙未受領，由承攬人負擔其危險，而應自受領遲延時起，其危險即移轉於定作人。（民五零八條一項後段）自羅馬法以來，法德兩系之民法，皆認此例外。（法民一七

八八條但書德民六四四條一項後段）於此情形，定作人縱尚未為受領，而有危險發生，承攬人自不必更為履行，並得行使報酬請求權。但有我民法二三七條之情形者，承攬人仍須負責。

第二 定作人所供給材料之危險負擔。

定作人所供給之材料，因可歸責於承攬人之事由，而毀損滅失者，其危險應由承攬人負擔，固無疑義。然因不可抗力而毀損滅失時，如仍受上述原則之支配，使承攬人負擔工作受領前之危險，未免過苛。故我民法，仍從德例，明定為承攬人不負其責。（德民六四四條二項我民五零八條二項）惟所謂「不可抗力」，應從廣義解釋，非專指自然之事變而言，即因第三人行為致生毀損滅失之結果者，承攬人如無過失，亦得依本項規定主張免責。又所謂「承攬人不負責任」，乃指就其材料之毀損滅失，承攬人毋庸對定作人負責而言，至其契約上之義務，並不因此而免除。故定作人得重行供給材料，使承攬人續行工作。反是，因其毀損滅失，致不能完成工作時，則生契約終止之效果。（民五二二條）

第三 因歸責於定作人之事由所生危險之負擔。

於定作人受領工作前，因其所供給材料之瑕疵，或其指示不適當，致工作毀損滅失，或不能完成者，承攬人因以免其完成工作之義務。但對定作人請求報酬之權，不因此而喪失。蓋於此時，其危險發生之原因，係基於定作人方面之事由，雖在定作人受領工作前，亦不得執一般原則主張由承攬人負

擔其危險也。惟此外尙以承攬人之善意爲要件，即承攬人須及時將其材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人，倘未通知，即不得請求報酬。至其所得請求之報酬，亦有一定限度，即以相當於其已服勞務之部分爲限，而不得爲報酬全額之請求，藉防不當得利。於此情形，承攬人因工作曾支出墊款者，亦得向定作人求償。如定作人於其材料之瑕疵，或指示之不當，有過失者，並認承攬人有損害賠償請求權，（民五零九條德民六四五條）以保護承攬人之利益。

第四項 法定抵押權

物權法上之抵押權，必待當事人之創設行爲，始有其發生。此之所謂法定抵押權，乃承攬人不待創設之法律行爲，因具備法律所定之要件，而當然取得。其要件，依我民法第五一三條規定：(1)承攬之工作須係建築物，或其他土地上工作物，或爲此等工作物之重大修繕。(2)承攬人須依此種承攬關係，而對定作人有請求報酬，（民五零四條）賠償損害，（民五零六條二項五零九條）或償還墊款（民五零九條）等債權。具備此二要件，對於其工作所附之不動產上，當然取得抵押權。（民五一三條）日後定作人不履行上述各項債務時，承攬人自得依一般抵押權實行之規定，就該不動產，行使其權利。蓋其效力，法律既無特別，自與一般抵押權無異。（參考民八六零條以下之規定）惟在一般抵押權，係依法律行爲而設定，故非經登記，不生效力。（民七五八條）此之所謂承攬人法定抵押權，因非基於法律行

爲之創設，乃基於法定要件之具備，自不受此限制，故毋庸登記，逕生抵押權之效力，是其特點。

第三款 承攬之終了

承攬契約，除依一般債權契約之消滅原因而消滅外，更依左列原因而終了。

第一 契約之解除。

我民法對於承攬契約解除所定之特別原因，可分別定作人有解除權者，與承攬人有解除權者言之：

(甲)定作人有解除權者。

(一)承攬人不於定作人所定期限內修補工作之瑕疵；或因需費過鉅，拒絕修補；又或其瑕疵不能修補時。(民四九四條)

(二)以工作於特定期限內完成或交付爲契約要素，因可歸責於承攬人之事由，致不能如期完成或交付時。(民五零二條二項)

(三)以工作於特定期限內完成爲契約要素，因可歸責於承攬人之事由，遲延工作，顯見其不能如期完成時。(民五零三條)

(四)報酬因可歸責於定作人之事由，超過估計之概數甚鉅時。(五零六條)

(乙)承攬人有解除權者。屬於此者，依我民法，僅設有第五零七條二項之特別規定。即定作人不於催告期限內履行協助義務時，承攬人得解除契約。

第二 契約之終止。

我民法於承攬契約，除認特別之解除原因外，並認工作進行中定作人之任意的契約終止權；及工作不能完成時之當然終止。茲分述之：

(甲)定作人之終止權。『工作未完成前，定作人得隨時終止契約。』(民五一一條本文)是為定作人之任意的契約終止權。蓋因情勢變遷，定作人對於工作之需要，或有隨之而消滅者，如仍強其嚴守契約之拘束，續成無用之工作，不僅無益於定作人，且於社會經濟上亦為不利，故許定作人於工作未完成前，無論工作已進行至如何程度，均得隨時終止契約。既曰終止，則其效果，自不遑及既往，故定作人對於已完成之部分，無論有用無用，自均不可不受領之，而對承攬人給付相當之報酬。此項終止權之行使，依定作人一方之意思表示，即能生效，承攬人無拒否之餘地。但承攬人因此受有損害者，定作人並須賠償之。(民五一一條但書)

(乙)工作不能完成之終止。『承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡，或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。』(民五一二條一項)蓋於此情形

，既着重特殊之人的關係，易以他人代之，即與契約要素不合，如承攬人死亡，或非因其過失致不能完成其約定工作時，既不得由第三人代為繼續完成，故認其契約當然歸於終止，而不待當事人任何一方有終止之表示。此項終止之效果，亦與前項同，非使其契約邇及的不存在，乃僅向將來斷絕其契約關係。然因終止之原因，雖非基於承攬人之過失，而究係存有承攬人方面之事由，故其工作已完成之部分，僅就定作人有用者，認定作人之受領，及給付相當報酬之義務。（民五二二條）反是，如於定作人無用之部分，自不得強其受領，並給付相當該無用部分之報酬。此依法文之反對解釋，當然發生之論結。至此種立法，是否與終止之本然的效力相符？不無疑義。

第四款 特別消滅時效

承攬契約當事人各方，因承攬關係所生一切權利，其行使期間如何？法律如無明文，自應依一般消滅時效之規定。但依其性質，有不能許其於長期間內隨時行使者，故我民法，特別於一般消滅時效，而設特別消滅時效之規定，縮短其期間，以防無益之爭論，並免舉證之困難。而可就關於定作人之權利者，與關於承攬人之權利者，分別言之：

第一 定作人權利之消滅時效。

「定作人之瑕疵修補請求權，修補費用償還請求權，減少報酬請求權，或契約解除權，均因瑕疵

發見後一年間不行使而消滅。』(民五一四條一項)此等權利，皆包含於我民法第四九八條所稱各種權利之中，惟不及於第四九五條之損害賠償請求權，此其稍異之點。國內學者，或因第四九八條既對之定有除斥期間，又於本項規定時效期間，謂為不當者。然此二條，各有其意義，無妨並存。蓋第四九八條，可解為規定上述各權利得有效成立之期限，本項則規定其得有效行使之期限。即於第四九八條規定之期限內，發見瑕疵者，得合法成立上述各權利。逾此期限，即根本不能成立矣。然既合法成立之權利，其行使又不可無限制，故必在本項所定之期限內行使之。逾此期限，雖有合法之權利，亦不許其行使矣。此二規定，乃互相關聯，一則以工作之交付或完成為其起算點，他則以瑕疵之發見為其起算點，毫無重複矛盾之處，故可容其並存。又本項規定，不問其權利係因一般承攬而生；抑係因建築物或其他土地上工作物之新建，或重大修繕等承攬而生；自均有其適用。

第二 承攬人權利之消滅時效。

「承攬人之損害賠償請求權，或契約解除權，因其原因發生後一年間不行使而消滅。」(民五一四條二項)此之所謂損害賠償請求權，指因定作人之過失其所供給之材料有瑕疵，或指示不當，致工作毀損滅失，或不能完成時，承攬人之損害賠償請求權；(民五零九條)及工作未完成前，定作人行使終止權時，承攬人之損害賠償請求權(民五一一條)而言。所謂契約解除權，則指定作人不於催告期限

內履行協助義務時，承攬人之契約解除權（民五零七條二項）而言。其時效期間，皆自成立各該權利之原因發生當時起算，蓋其原因之發生，乃承攬人當然得知之事實，既知其原因事實之存在，即應速向定作人爲權利之主張，倘若久不行使，則就其原因之證明，將陷於困難，此本項所以別於一般消滅時效，而特定爲一年也。

第九節 出版

第一款 概說

第一 本節敘述之範圍。

著作人公表著作物之方法甚多，例如自己出版、委託出版等皆是。今日通行最廣者，即由出版權授與人，依契約，使出版人，從其計算，而當印刷發行之任。依此方法公表著作物者，迄著作物人入於讀者之手為止，其間除出版權授與人與出版人之關係外，更有印刷人、裝訂人、書籍販賣人等、多數人間錯綜複雜之關係存在，依法律的觀察，其間恆經歷種種法律行爲，（例如委任買賣承攬等契約）或事實行爲。本節則專就出版權授與人與出版人相互間之法律關係，即所謂出版契約上之關係論之。

第二 關於出版之私法法制。

著作與出版，有不可分離之關係。研究出版之私法法制，當以歐西各國保護著作人之法制爲基礎。而可分爲數時期：

（甲）羅馬時代。羅馬當時，雖認著作人之權利，但非如今日法制之認著作權有財產權之性質

，著作人就著作物，僅享有任何人不得隨意取而公表之權利。反是，即爲侵害著作人之人格，而依人格保護之規定以保護之。

(乙)中世紀。十三世紀，因意大利法蘭西大學教育之勃興，在其監督下，認享有出版獨占權之書籍工廠之經營。降及十五世紀初期，因活版印刷之發明，製紙方法之輸入，且當文藝復興 (Renaissance) 極盛時代，出版業之競爭劇烈，乃有特許制度之確立。惟其精神，專在保護出版人，極端輕視著作人之地位，故著作人與出版人間之關係，於社會上及法律上，均無重要意義。嗣因人文主義 (Humanism) 之勃興，始隨之而變遷，因出版所得之利益，收歸著作人享有，或有委託他人使爲自己計算從事著作物之印刷發行者，但僅屬有承攬性質之契約，非今日所謂出版契約。

(丙)近世紀。十八世紀，因受法國大革命影響，以保護著作人利益爲目的之著作權制度，於以確立。其見諸立法者，首推一七零九年英國之 Statute of Anne。次如一七八九年法國國民會議，認著作人權利爲所有權 (Forrière) 之議決。德意志則自一七九四年之普國國法，首定著作人與書籍商間之法律關係。(第一部十一章九九六條至二零二六條)

(丁)現代法。現今各國法律，就出版與著作權，雖各設有單行法，而對於出版契約，尙少明文規定。有之，如一九零一年德意志出版權法是。奧國民法，(一一七二及一一七三條)匈牙利商法

，(五一五條)雖有規定，但不詳密，其規定較詳者，當推瑞士債務法，(三八零條至三九二條)及索遜民法。(一二二九條至一二四九條)我國昔日，出版事業，雖發達較早，而關於著作及出版之法律關係若何，則無規準。國民政府成立，始有著作權法之公布。(十七年五月十四日公布)新民法債編，更將出版契約列爲一節，其內容概以瑞士債務法翻譯而成者也。

第二款 出版之意義及性質

「稱出版者，謂當事人約定一方以文藝學術或美術之著作物爲出版而交付於他方，他方擔任印刷及發行之契約。」此我民法第五一六條，對於出版所設定義的規定。(瑞債三八零條德出版權法一條奧民一一七二條)所謂當事人一方，即出版權授與人。所謂他方，即出版人。出版因出版權授與人與出版人相互間，對於一方爲出版而交付著作物，及他方擔任印刷發行兩點，有合致之意思，即行成立，故爲諾成契約。毋庸踐行一定方式，故爲不要式契約。依其契約，出版權授與人負有交付著作物於相對人，並使得爲獨占的利用之義務。出版人則擔任印刷及發行之義務，此二義務，有對待性，故係雙務契約，且互爲因果，故屬有因契約。其效力則僅存於當事人間，故爲債權契約。但不必有償，如約明支付報酬，或有無報酬即不交付著作物之情形者，(民五二二條瑞債三八八條一項)固屬有償契約；然報酬之支付，非出版之要件，無特約并無上述情形時，當然成立無償契約。從來學者，對於此種契

約之性質，見解不一。舉其著者，有買賣、借貸、承攬、委任、合夥諸說。或更謂爲射倖契約之一種。我民法既特稱曰『出版』（Verlags-Vertrag, Contract, edition）而設規定，其爲獨立的有名契約，毫無可疑。茲將上述定義，分釋如次：

第一 出版者，約由出版權授與人將著作物爲出版而交付他方之契約也。

出版契約，以由一方將著作物爲出版而交付他方，爲其要件之一，更分論之：

（甲）出版契約當事人之一方，必爲出版權授與人。所謂『出版權授與人』與『著作人』意義不同。前者指有依契約使他方取得著作物出版權之權利主體，即有出版授與權利之人。（參考民五一六條二項）後者則指實際從事著作物創作之人。依通常情形，出版權授與人固即著作人自身，但著作權之受讓人或其繼承人，雖非著作人本人，而有授與出版權於他人之權利，自亦得立於出版權授與人之地位。故出版契約當事人之一方，以有出版授與之權利爲足，是否著作人自身？非所問也。縱係著作人，而因著作權之轉讓，出版授與之權利亦隨之喪失，此後反不得就自己之著作物與他人締結出版契約矣。

（乙）出版契約，以著作物爲標的。『所謂』著作物，『即依吾人精神所創作之文書圖畫。我民法依其目的而定其類別曰：『文藝、學術、或美術、之著作物。』至其物體如何？并無限制。然

從出版之性質上言，雖非占據一定空間之有體物，（此點與著作權法第一條各款所定之物異其範圍依該條第四款雖占據一定空間之雕刻模型亦得爲著作權之標的但性質上不得爲出版之標的蓋對之不能實施印刷故也）然不可不客觀的有其存在。至是否現實存在？則非所問。（民五二七條一項）

（丙）出版契約，係約爲爲出版而交付著作物於他方。所謂『出版，』即依印刷發行之方法，公表其著作物。出版權授與人，將著作物交付他方，其目的即在『出版，』無此目的，雖有著作物之交付，亦不能成立出版契約。『交付』云者，謂移轉著作物之占有，蓋出版權授與人，依契約負擔許容出版人利用著作物之義務，爲履行此義務，自不可不積極的移轉著作物之占有於出版人。惟此義務之履行，恆在契約成立後，而非以交付著作物爲契約成立之要件。

第二 出版者，約由出版人擔任印刷及發行之契約也。

出版契約，以約由他方擔任印刷及發行爲其另一要件。更分論之：

（甲）出版契約當事人之他方，必爲出版人。所謂『出版人，』即依契約取得出版權之人，不以自然人爲限。『出版權』云者，謂依契約而得獨占的利用著作物之權利，含有形成權之性質，其詳於次款述之。

（乙）出版契約，以擔任印刷及發行爲內容。出版權授與人將著作物交付出版人，既以出版爲

目的，則出版人方面，自不可不擔任著作物之印刷及發行。故出版人不僅有利用著作物之權利，且負其義務。所謂印刷，即依機器或其他印版而為文書圖畫之製作。所謂發行，即有償或無償而為文書圖畫之傳播。其所採之方法，以無特約為限，自屬出版人之自由。

(丙)出版契約，係出版人依自己計算而約為出版。出版人負有印刷及發行著作物之義務，已如上述。然此項出版義務之履行，係出於為自己之計算，即因著作物之印刷發行所生之損益，均由出版人負擔，概與出版權授與人無涉。德出版權法第一條，明揭此旨。我民法於出版之定義的規定中，(即五一五條)雖無出版人為自己計算之語句，然就『擔任』二字及其他各條規定(例如五一七條五一九條二項五二零條一項)觀之，出版人係為自己之計算而印刷發行著作物，至為明顯。基於此點，出版與其他類似之觀念，有區別之必要。

(1)自己出版(*Selb-Verlag*)。著作人對於因出版所得之利益，全部收歸自有，即為自己之計算而將著作物印刷發行，於此情形，別無獨立的擔任印刷及發行之出版人存在，故非民法上所稱之出版。

(二)委託出版(*Kommissionsverlag*)。著作人因欠缺設施上及交易上之能力及經驗，而約由出版業人從事於著作物之印刷發行，依以發生之損益，全歸著作人，僅對出版業人支付一定報

酬時，是曰委託出版。因此所生之法律關係，應從委任承攬等規定，而非民法上所稱之出版。

(11)合夥出版 (Gesellschaftsvertrag)。即因出版而生之損益，由出版人與著作人共同分派，而將著作物交付出版人印刷發行之契約。因出版人非專為其自己之計算，故非民法上所稱出版。但有出版與合夥之混合性質，於解釋上，其法律關係，應分別適用出版或合夥之規定。

第三款 出版之效力

第一項 出版權授與人之義務

第一 使出版人利用著作物而為交付之義務。

出版權授與人，依出版契約，負有使出版人利用著作物，而為交付之義務。此義務，與出租人對承租人所負使為租賃物使用收益之義務同，非僅交付著作物於出版人聽其自為利用而已，並應與出版人以利用之事實上及法律上可能。茲分述之：

(甲)依適合出版之狀態而交付著作物。出版權授與人，依契約，有交付著作物，即移轉著作物之占有於出版人之義務，已如前款所述。而所交付之著作物，又須有適合出版之狀態，即使出版人有出版著作物之事實上可能。其要點如下：(1)所謂適合出版之狀態，原則上專指著作物之外形言

，例如依手繕或打字而成之稿，須使印刷人依通常注意即能辨識，否則不適用於印刷也。(2)著作物之實質的內容如何，無關出版契約之效力，著作人得依誠實信用方法(民二一九條)自由爲之。但當事人特別約定著作物之內容時，則所交付之著作物，自須具備約定內容，反是，即屬違反契約本旨之給付，不生給付之效力，出版人得拒絕受領，并得解除契約或請求賠償損害。(民二五六條二六條二二七條)(3)交付著作物之期限，應從契約所定，且得約爲分期交付，如無特約，則係無確定期限之債務，因契約成立，出版人即得請求交付著作物全部。

(乙)許容出版人爲出版而利用著作物。出版權授與人之義務，非僅依交付著作物即爲完畢，並應使出版人有出版之法律上可能。其要點如下：(1)依契約，出版權授與人有使出版人利用著作物之義務。即以著作物上權利之行使，委諸出版人(Uebertragung der Ausübung)而非將著作權之實體(Substanz)移轉於出版人。故著作權，仍由著作人、或其讓受人、繼承人、保有之。(2)我民法所稱「著作人之權利於契約實行之範圍內移轉於出版人，」(民五一六條一項瑞債三八一條一項)即指著作物上權利之行使權能而言，學者以出版權稱之，且以實行契約爲範圍，故解釋上，此種權能之移轉，亦無絕對性，僅於實行約定出版認爲必要者，依契約之成立，出版權授與人負擔向他方移轉之義務。(3)出版權有形成權之性質，雖依債權契約而生，但以行使著作物上之權利爲內容

，故有排他性，第三人侵害其出版者，出版人得逕以出版權對抗之。德出版法第八條，明定此旨。我民法及瑞士債務法，雖未明定，但依上述『著作人之權利於契約實行之範圍，內移轉於出版人』之規定，解釋上當然有此效力。(4)出版權授與人，依契約所負許容出版人爲出版而利用著作之義務，學者簡稱之曰許容義務 (Duldungsd Gestattungspflicht) 或有解爲消極義務若，但此義務，非以債務人之不作爲爲內容，故仍有積極義務之性質。

於此尚有應注意者二事：(1)出版契約能否讓與？法無明文，於解釋上，出版契約乃以對人關係爲基礎，由何人擔任出版，其影響於著作人者甚巨，故可類推適用轉租之規定，(民四四三條一項前段同條二項)出版人非經出版權授與人承諾，不得將著作物上之出版權轉讓他人，違反之時，出版權授與人得解除契約。(2)依瑞士債務法之規定：『著作人從出版人指示之計劃承擔著作物之創作者，其著作權屬出版人。』(瑞債三二九三條二項)我民法雖無明文，但著作權法第一七條設有：『出資聘人所成之著作物，其著作權歸出資人有之。但當事人間有特約者，從其特約』之規定，惟就著作人與出資人間之關係上言，實非純正之出版契約，而有承攬性質。

第二 不爲不利於出版人處分之義務。

出版權授與人，除負有上述積極內容之義務外，並負有消極的不作爲義務。我民法第五一七條特

明定曰：「出版權授與人，於出版人得印行之出版物未賣完前，不得就其著作物之全部或一部爲不利於出版人之處分。」（瑞債三二二條一項）出版人既係爲自己之計算而出版，自不可不取得著作物之獨占的利用，如出版權授與人，就同一著作物之全部或一部，更或加以改竄割裂，并不失其同一性，而自爲出版，或另授第三人以出版權，及爲其他不利於出版人之處分時，即係不作爲義務之違反，應負債務不履行之責任。第三人爲惡意時，幷成立侵權行爲。但出版權授與人之此項不作爲義務負擔，應至出版人依法定或約定之版數得印行之出版物賣完爲止，蓋於其時，既無不利於出版人之可言，自亦無禁止之必要也。又著作物翻譯之權利，依我民法之規定，除有特約外，仍屬於出版權授與人，（民五二二條瑞債三三七條）故出版權授與人，就原著物，由自己或使他人翻譯後，而出版其譯文者，自不受不作爲義務之拘束。

瑞士債務法，對於出版人之不作爲義務，就特種出版物，認有例外：即（1）新聞之論說，及雜誌揭載之短文，出版權授與人，得隨時另行公表。（瑞債三二二條二項）（2）對於全集之著作物，或對於雜誌之長篇論文，非於其發行終了後經過三個月，出版權授與人不得另行公表。（同條三項）於此二點，我民法皆未從之，解釋上自仍受上述原則之支配。

第三 擔保責任。

出版權授與人，爲使出版人得達印刷及發行之目的，除負上述作爲及不作爲之義務外，并有法定之擔保責任。即「出版權授與人，應擔保於其契約成立時有出版授與之權利。如著作物受法律上之保護者，并應擔保其有著作權。」（民五一六條二項瑞債二八一條二項）蓋於此等情形，如不使出版權授與人負擔保責任，則第三人出而主張權利，侵害出版人權利時，將有不能遂行其出版之虞。所謂「應擔保於其契約成立時有授與之權利，」即謂其出版授與權現存，無第三人出而主張權利之危險，是與出賣人之權利欠缺擔保有同等意義。至所謂「如著作物受法律上之保護者，並應擔保其有著作權，」即指其著作物之重製的利益，已經依法註冊，取得專有之著作權而言，（著作權法一條）就此二點之擔保責任，不俟當事人特約，因出版契約之有效成立，法律上當然認其存在。如所交付之著作物，嗣後有人向出版人主張權利，或其出版受侵害，因未依法註冊，不能受法律之著作權保護時，出版人得依債務不履行之規定，解除契約，或請求損害賠償。（民二五六條二二六條）

第四 告知義務。

出版權授與人，依契約既負有許容出版人爲出版而獨占的利用著作物之義務，如其著作物曾經出版或公表者，雖與事後之不作爲義務違反有別，然亦足以影響出版物之行銷，故「出版權授與人，已將著作物之全部或一部，交付第三人出版，或經第三人公表，爲其所明知者，應於契約成立前，將其

情事告知出版人。』此我民法第五一六條三項所明定。(瑞債二八一條三項)蓋出版人如知有此情事，或不為契約之締結，出版權授與人既明知其情事，自不可不於契約成立前即為告知，以便出版人之考慮。反是，故為隱瞞，而致出版人受有損害者，出版權授與人，不可不負賠償責任。惟本條明以交付第三人出版，或經第三人公表為限，倘曾自行出版或公表者，依文理解釋，自毋庸告知。然其影響，與會由第三人出版或公表者，并無差別，故理論上，亦以準用本條規定為當。

第二項 出版人之義務

第一 於自己計算依約出版之義務。

出版人受著作物之交付，於一方面取得其獨占的利用權，於他方面又實負擔依約出版之義務，已如前款所述。所謂出版，即指著作物之印刷及發行，惟其印刷及發行，皆從自己之計算，亦如前述，茲就我民法對於出版人為此義務之履行所設各特則，分述如次：

(甲)適應著作物之外形而印刷。出版人受著作物交付後，雖於自己計算而印刷之。但其印刷，須依適應著作物外形之方法。即『應依適當之格式而印刷之。』(民五一九條二項瑞債三八四條一項)此外，我民法更明定為：『同一著作人之數著作物，為各別出版而交付於出版人者，出版人不得將其數著作物併合出版。』『著作人以其著作物為併合出版，而交付於出版人者，出版人不得

將其著作物各別出版。』（民五二二條瑞債三八六條）蓋非如此，即反於相對人之意思，并有礙著作人之聲譽。如違反時，出版權授與人，得依債務不履行之規定，解除契約，或請求損害賠償。但在發行以前而發覺，以先向出版人爲更正之請求，較合實際。

（乙）不變更著作物之內容而印刷。出版人就著作物而爲印刷，自不得變更其內容。故我民法明定爲：「出版人對於著作物不得增減或變更。」（民五一九條一項瑞債三八四條一項）反是，即爲著作權之侵害，同時更屬出版契約上債務之不履行。惟民法既有明文，自應從債務不履行之規定，由出版人負責。但在發行前發覺者，以先由著作人爲履行此項義務之催告，較有實益。

（丙）許容著作人訂正或修改。出版權授與人，依契約有交付著作物於出版人之義務，已如前項所述。但所交付之著作物，不必即爲校正完全者，如未校正完全，於交付後，著作人加修正時，倘有許容，實有害於著作人之精神的利益，故我民法，認出版人應許容著作人訂正或修改其著作物。但以「不妨害出版人出版之利益，或增加其責任」爲要件。反是，逾此範圍時，出版人即無許容其訂正或修改之義務。故著作人實施訂正或修改時，應嚴守此拘束。其結果如有爭論，著作人就不逾法定範圍一事，應負證明責任。又雖在此範圍以內，而因其訂正或修改，致出版人生不可預見之費用者，著作人亦應負賠償責任。（民五二零條一項瑞債三八五條一項）蓋出版人既依約爲自己計算

而出版，有此情形，即係因著作人方面之事由，致妨害出版人之計算，故其責任，應由著作人負之。至其費用之有無，則不可不由主張之出版人負證明責任。

(丁)於自己計算而發行。出版人負有出版之義務，而其義務之履行，係於自己之計算。所謂出版，包括印刷及發行之言。關於印刷，前已述之。茲專論發行；(1)出版人爲著作物之發行，既係爲自己之計算，故出版物之賣價，應由出版人定之。但有限制，即不得定價過高，致妨礙出版物之銷行。(民五一九條三項瑞債三二八四條二項)蓋一方授出版人以定價之權，俾得達其自己計算之目的，他方因著作物之銷行，與著作人之聲譽相關，有時且依銷行之多寡以定報酬之數額，(民五二四條二項)是與出版權授與人之財產的利益，亦有關係，故又有不得過高致礙其銷行之限制也。(2)出版物之銷行多寡，既不僅有關出版人一方之利益，故我民法又明認「出版人應爲必要之廣告，及用通常之方法，推銷出版物。」(民五一九條二項後段瑞債三二八四條一項後段)以保護著作人或其他出版權授與人之利益。但該規定，僅有訓示性質，出版人違反之者，出版權授與人固得請求其注意，然不能因此主張出版人應負債務不履行之責任。

(戊)新版之印行。出版權僅於實行約定出版之必要範圍內移轉於出版人，故出版人究得爲一次之出版以數次之出版，亦不可不從契約所定。蓋著作物之出版權，非必因契約完全歸屬於出版人

，如無特別約定時，出版人自僅得出一版。（民五一八條瑞債三三八三條一項）反是，依約得出數版或永遠出版者，出版人不但有續版之權利，並負其義務。如於前版之出版物賣完後，出版人怠於新版之印刷時，因其足以妨害著作人之人格的利益，或出版權授與人之財產的利益，並係債務之不履行，故出版權授與人，得聲請法院，令出版人於一定期限內再出新版。此不外我民法第二二七條之一適用。如出版人經過一定期限，仍不着手於新版之印刷者，即喪失其出版權，而生契約法定終止之效果。（民五一八條二項）惟出版人於印刷新版前，為尊重著作人之人格的利益，不可不予以訂正或修改著作物之機會，（五二零條二項）俾著作人得以從事修正。但著作人修正與否，乃其權利，而不負此義務，故出版人僅予以修正之機會可耳，自不得為修正之請求也。關於新版之印行，既係基於一契約，而不失其同一性，故如報酬及其他條件，均推定與前版相同。（民五二三條二項瑞債三三八條三項）但當事人能為反對之證明者，自不生此推定之效果。

第二 支付報酬之義務。

（甲）報酬之有無。出版契約不以有償為要件，支付報酬與否，概從契約所定。無約定時，以解作無償為原則。但依契約當時之情形，非受報酬即不為著作物之交付者，視為允與報酬。（民五二三條一項瑞債三三八條一項）俾符當事人之真意，並保交易之公允。至其情形之有無，不可不從

出版權授與人之身分、職業、以及交易習慣、定之。

(乙)報酬之物體及數額。得充報酬之物體，應依契約所定。通常皆為金錢，故無特約時，應解為須以金錢給付。但當事人約為給付其他財產利益者，自屬無妨。至有報酬額之多寡，亦從契約所定。通常皆以部數或字數為其計算標準，但無妨以出版物銷行之多寡為標準。當事人如僅抽象的約為報酬之全部或一部依銷行多寡定之，而不約明其確數者，則出版人應依習慣計算支付報酬，並應向出版權授與人提出銷行多寡之證明，以資信憑。(民五二四條二項瑞債三八九條二項)

(丙)報酬給付期。給付報酬之時期，依契約所定。未約定時，亦不依債務履行期之一般規定，而應從我民法之特則：即(1)著作物全部出版者，於其全部印刷完畢時；分部出版者，於其各部分印刷完畢時；應給付報酬。(民五二四條一項瑞債三八九條一項)(2)報酬之全部或一部，依行銷多寡而定者，其給付期從習慣定之。(民五二四條二項瑞債三八九條二項)通常恆於每屆結帳期，依本期銷行之多寡，算定應給付之額而支付之。

(丁)補行出版時無須補給報酬。『印刷完畢之出版物，於發行前，因不可抗力，致全部或一部滅失者，出版人得以自己之費用，就滅失之出版物，補行出版。對於出版權授與人，無須補給報酬。』(民五二六條瑞債三九一條一項)蓋此情形，既因不能歸責於當事人雙方之事由，而致印成之

出版物滅失，即因以不能達其預期之目的，故許出版人得以自費補行出版。而報酬之支付，原爲出版之對價，補行出版，係再度求達當初之目的，與續出新版者有別，故出版人無再向出版權授與人重行給付報酬之義務。又依本條規定，係認出版人之補行出版權，就法文所用『得』之一字，可以見之。然出版人依約出版，原非僅有權利性質，並負其義務。因不可抗力所生之危險，依出版人爲自己計算而出版一點，本屬出版人所應負擔者，自不能因此即免除其契約上義務。故瑞士債務法爲貫徹此旨，並寓兼顧出版人利益之意而明定曰：『不需過鉅之費用時，出版人就滅失部數，負補行出版之義務。』（瑞債三九一條二項）此項規定，可謂至當，而我民法無之，實屬遺憾。

瑞士債務法，除上述而外，關於出版之報酬，尚有兩項特則：即(1)依其情形非受報酬即不爲著作物交付，而視爲允與報酬時，其額從法官鑑定人之意見定之。（瑞債三八八條二項）(2)出版權授與人以無反對特約爲限，得依習慣請求無償給付一定部數之出版物。（瑞債三八九條三項）此二規定，皆我民法之所無。解釋上，於第一種情形，首應依習慣定之，如訟爭時，當然歸諸法院之判斷。至第二種情形，原則上不問出版之爲有償或無償，法律既無明文，出版權授與人自不得有此請求權；但有特別習慣者，當屬例外。

第三項 危險負擔

各種之債 第九節 出版

出版權授與人，依契約負有交付著作物於出版人，並使得為獨占的利用之義務。出版人之給付報酬，亦即與該義務之全部有對價性質，而非僅為交付著作物之對價。故僅有交付行為，出版權授與人之義務，仍未終了。倘於此時，著作物因不可抗力致滅失者，其危險由何人負擔？是為出版契約上危險負擔之問題。關於此點，我民法設有特則：即『著作物交付出版人後，因不可抗力致滅失者，出版人仍負給付報酬之義務。』（民五二五條一項瑞債三九零條一項）故於此情形，出版權授與人雖不能另以稿本交付，盡其使出版人得為著作物利用之義務，然因其著作物已移轉占有，縱非基於歸責出版人之事由而消滅，出版人亦不可不負擔其危險，以保護出版權授與人之利益，而認其報酬請求權不因此消滅，是可解為民法第二六六條所認危險歸債務人負擔之例外。但如出版權授與人，非因此即絕對不能再使出版人獨占的利用著作物，以履行其義務者，法律為兩全計，又特定曰：『滅失之著作物，如著作人另存稿本者，有將該稿本交付於出版人之義務。無稿本時，如著作人不多費勞力即可重作者，應重作之。』（民五二五條二項瑞債三九零條二項）此蓋因出版權授與人並未陷於給付不能之情形，故認其有重為履行之義務。但因此自不免有精神上或物質上之勞費，為公平計，認著作人得請求相當之賠償。（民五二五條三項瑞債三九零條三項）於此情形，出版權授與人得依前項規定請求報酬，更不待論矣。至前項所稱『不可抗力，』應從廣義解釋，非以自然之事變為限，雖第三人行為，亦包含

之。

第四款 出版之終了

出版契約，除依一般債權契約之消滅原因而消滅外，更從法律之特別規定或其性質，依左列原因而終了。

第一 著作物不能完成。

『著作物未完成前，如著作人死亡，或喪失能力，或非因其過失致不能完成其著作，其出版契約關係消滅。』（民五二七條一項瑞債三九二條一項）蓋於此情形，非依應歸責於出版權授與人之事由，而致不能完成著作物，故無債務不履行之問題，出版契約因此消滅。但非絕對生此效果，如著作物已有一部完成，或可由他人繼續完成時，則使繼續出版關係之全部或一部，反較有實益。故我民法又明定為：『前項情形，如出版契約之全部或一部之繼續為可能且公平者，法院得許其繼續，並命為必要之處置。』（民五二七條二項瑞債三九二條二項）

第二 著作物交付後因不可抗力而滅失。

著作物交付出版人後，因不可抗力而滅失，並無另存稿本，重作又需多費勞力者，出版即陷於不能，其契約當然終了。

第三 出版物發行前因不可抗力而滅失。

印刷完畢之出版物，於發行前，因不可抗力而滅失者，如出版人不補行出版時，其契約當然終了。

第四 出版物賣完。

出版物約定版數者，各版之出版物賣完後；未約定版數者，其一版之著作物賣完後；出版契約當然終了。

第五 出版人破產

出版人破產時，是否終了出版契約？法無明文。依瑞士債務法，並非當然終了，僅於破產時，就尙未到期之出版義務履行未供擔保者，出版權授與人有將著作物移轉於他出版人之權利。（瑞債三九二條二項）於解釋上，出版權授與人如爲該權利之行使，與破產人間之出版關係，當然因此終了，所以保護著作人之精神上利益也。我民法既未採從，則出版人破產時，應生如何效果？更有待於破產法之規定。（參考前北京修訂法律館破產法草案七四條德破產法一七條日本新破產法五九條）

第十節 委任

第一款 委任之義意及性質

「稱委任者，謂當事人約定一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」此我民法第五二八條對於委任 (Mandatum, mandate, mandat, Auftrag) 所設定義的規定。(德民六六二條日民六四二條瑞債三九四條一項俄民二五一條一項) 所謂當事人一方，即委任人。所謂他方，即受任人。委任因委任人委託受任人處理事務，受任人允為處理而成立，故係諾成契約。不必依法定方式，故非要式契約。(我民法就處理權授與雖有五三一一條規定但不能據以認委任係要式契約) 羅馬法以無償為其特徵，德民法從之，(德民六六二條) 以與僱傭承攬區別，故概為無償契約。法民法則從德普通法之例，雖以無償為原則，但得約為有償委任 (Mandat salarié)。德民法第一次草案亦然。(德普通法二六九條法民一九八六條德一草五二三條) 近世立法，以後者為通例。(奧民一零零四條索遜民一二九九條日民六四八條一項瑞債三九四條二項俄民二五一條二項) 我民法亦從後例，故以無償為原則；僅有支付報酬之特約，或依交易習慣、事務性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬。(民五四七條) 於此情形，委

任人支付報酬之義務，與受人處理事務之義務，如有對價關係，自屬有償委任，且有雙務契約之性質。反是，不支付報酬，或雖支付，而無以為對價之意思者，則皆無償委任，並有單務契約之性質。茲就上開定義，分釋如次：

第一 委任者，委任人委託受人處理事務之契約也。

委任人約為委託受人處理事務，乃委任契約之一要素。更分述之：

(甲)事務之種類。所謂「事務」，因法律規定不同，其解釋亦異。日民法明定為「法律行為」，(日民六四三條)就「法律行為以外事務之處理」，僅成立準委任，故本然意義之委任，限於法律行為之委託。學者稱曰狹義委任。廣義之委任，始包括準委任契約。瑞士債務法以「行為」與「事務」並舉，(瑞債三九四條一項)蘇俄民法則單稱「行為」，(俄民二五一條一項)解釋上均包括法律行為與事實行為，故無準委任之觀念。德民法泛稱「事務」，其非專指法律行為，不問可知。(德民六六二條)我民法從之，故不問法律行為或事實行為，訴訟行為或辯護行為，均得對之成立委任。

(乙)處理事務。(1)所謂「處理事務」，謂受人得於相當範圍從自己意見而為事務之處分管理。蓋委任之目的，雖由委任人決定，然既以信任關係為基礎，於信任關係存續中，受人為達委任

之目的。自不可無相當之決定權。即於委任之目的範圍內，依自己裁量而處理事務，此其所以別於僱傭。(2)『處理事務』之觀念，與『一定目的』不可分離，此點近似承攬，惟承攬係以工作完成爲目的，僅於完成上以事務之處理爲必要。故其目的，繫於處理事務之結果。反是，委任則止於依一定目的處理事務，而非以工作結果爲目的，例如委託醫師對疾病診察投藥，屬於委任；反是，約俟疾病完全治愈，對之給付報酬，則屬承攬；要不外依當事人是否以一定結果發生爲目的以區別之。

(丙)委任事務之所屬。委任係委託受任人而爲事務處理之契約，其事務以屬於委任人或第三人爲必要，而不得屬於受任人，如委託受任人處理其自身之事務，祇能視爲一種忠告。至其事務處理之效果，究歸委任人之利益？抑屬第三人或受任人之利益？則非所問。

(丁)委託處理事務。受任人處理委任事務，係基於委任人之委託。所謂『委託』，即當事人一方之意思表示，而有要約之性質，須由委任人向受任人爲之，除依要約及一般意思表示之規定外，委託之方法及形式如何，法無限制，此委任所以非要式契約。我民法第五三一條雖定有：『爲委任事務之處理，須爲法律行爲，而該法律行爲依法應以文字爲之者，其處理權之授與，亦應以文字爲之。』但仍無礙於委任非要式契約之本旨，不能因此解爲『委託』須從一定方式。蓋本條非指『委託』，乃指委任契約成立後，爲達委任之目的，委任人對受任人所爲處理權之授與而言。其授與

亦依意思表示爲之，并不限定方式。惟其本質，與代理權之授與異。代理權之授與，係爲成立法律行爲之代理，故其授與與代理關係之發生，不可分離。委任則否，通常所謂處理權之授與，非必包含代理權在內。蓋代理係本人與第三人間之關係，委任則係委任人與受任人間之關係，非如民法（一九八四條）混同二者之觀念。惟委任事務係法律行爲時，則不可不伴以代理權。於此情形，代理權之授與，包括於處理權授與中上述規定，即對此而設。蓋於法律行爲，須從一定方式，即須以文字爲之者，則處理權授與行爲，因包含代理權，足以生委任人與第三人間之關係，爲期法律關係之明確，并保護善意第三人，故亦須以文字爲之，否則不能對抗第三人。

（戊）委任規定之適用。勞務之供給，雖非委任之直接目的，然達其目的，究不能不以勞務供給爲手段。故自契約分類上言，委任終不失爲勞務給付契約之一種。僅因受任人就事務之處理，非專從委任人之指示，并保有相當之決定權，故自羅馬法以來，認其有獨立觀念，而以精神的高級勞務給付爲範圍，儼然垂爲各種勞務給付契約之典型。我民法仍未脫此觀念，於第五二九條明定曰：『關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。』所謂其他契約，即指僱傭，承攬出版、居間、運送等。雖以勞務給付爲內容，而無此等契約應具之要素者，是爲無名契約，以其性質所許者爲限，適用委任之規定。（瑞債二九四條二項）

第二 委任者，受任人允爲處理委任事務之契約也。

委任，以委任人之委託，及受任人之允爲處理爲其要件。前者有要約之性質，後者有承諾之性質。故受任人對於處理事務之委託，表示允爲處理之意思時，委任契約因以成立。其意思表示，以從承諾及一般意思表示之規定爲足，不問何種方法及形式，受任人得任意採用。又對於委託事務允爲處理與否，亦屬受任人之自由，其可得有效而爲意思表示之期限，自應視委託係對話爲之者，或非對話爲之者，分別適用第一五六條至第一五八條之規定。惟我民法爲免爭議，又從德瑞之例，設有特則：即『有承受委託處理一定事務之公然表示者，如對於該事務之委託，不即爲拒絕之通知時，視爲允受委託。』（民五二零條德民六六三二條瑞債三九五條奧民一零零三條）蓋將承受委任處理一定事務之旨，公然表示於前，即有要約引誘之性質。所謂要約引誘，因不生要約之拘束力，因其引誘而爲要約者，要約引誘人對之，仍保有承諾或拒絕之自由。但在本條所定情形，委任人因深信其契約能以成立，故爲委託之意思表示。要約引誘人，如不願承受，自不可不即時向委任人表示拒絕，以免委任人因期待契約成立而受損害，故對於委託未即時拒絕者，應視爲允受委託。所謂『視爲，』其效力強於『推定，』自不得依反證推翻之。

第二款 委任之效力

各種之債 第十節 委任

第一項 受任人之義務

處理事務，乃受任人之主要義務。此外，尚有附隨義務二種：一曰報告處務狀況及顛末之義務；他曰權利移交義務。茲分述之：

第一 處理事務之義務。

(甲)處理權之範圍。受任人依契約負擔處理委任事務之義務，自反面觀之，即有處理權。其範圍如何？立法上有專從當事人之意思解釋者，(日民六四四條前段)有更依明文限定之者。(法民一九八七至一九八九條與民一零零八條一零二九條瑞債三九六條日商三零條三三條二六七條)我民法從後例，受任人之權限，原則上應依委任契約之訂定，未訂定者，則依委任事務之性質定之。(民五三二條一項)惟依契約明定其權限者，有廣狹之不同，故又可別為概括委任與特別委任。

(一)概括委任。即委任人委託受任人爲一切事務之處理，或以一般委任稱之。(民五三二條二項後段)於此情形，受任人依委任人之處理權授與行爲，原得爲委任人而爲一切事實行爲及法律行爲。但就特種法律行爲，足以及過大影響於委任人時，我民法特設限制，除一般授權外，并須有專對其行爲之特別授權，否則受任人仍不得因係概括委任而處理之。此等行爲，即(1)不動產之出賣或設定負擔，(2)不動產之租賃其期限逾二年者，(3)贈與，(4)和解，(5)起訴，(6)提付仲裁

是也。(民五三四條)

(二)特別委任。即委任人委託受任人爲特定一事項或數事項之處理。(民五三二條二項前段)於此情形，處理權之範圍，原則上仍依契約所定。如未訂定，則從其性質定之。故解釋上，可自兩方面觀察。於消極方面，處分權僅及於受任之一事項或數事項上。於積極方面，則凡受任之一事項或數事項上一切必要行爲，(民五三三條)不問是否我民法五三四條所定者，受任人均得爲之。

(乙)處理事務之相對人。受任人處理委任事務之義務，對委任人負之。故得請求履行此義務之相對人爲委任人，委任人之此項請求權，基於委任之債權契約而生，故有債權性質，并非不得讓與。依一般債權讓與之法則，以將讓與之旨通知債務人爲足。然我民法，因委任係以特殊之對人信託關係爲基礎，與僱傭同，故基於與第四八四條一項前段同一之趣旨，而設第五四三條之規定曰：『委任人非經受任人之同意，不得將處理委任事務之請求權讓與第三人。』因而此項請求權之讓與，以經受任人同意爲要件，否則不生讓與之效力，受任人即無對第三人處理委任事務之義務。(德民六六四條四項定曰『處理委任事務之請求權如有疑時讓與不可能』於解釋上亦以受任人有讓與之同意爲限也)

(丙)依委任人之指示。受任人處理委任事務，應依何種方法，本有相當之決定權，已如前述。但委任人如有所指示，自不得違反之。此我民法第五三五條前段所明定。(俄民二五二條一項)然因情事變遷，如仍墨守委任人指示，反不利益於委任人時，則如何？關於此點，立法例不一：德俄瑞士，設有特別規定。(德民六五六條俄民二五二條二項瑞債三九七條)法日民法無之。我民法從前例，於第五三六條明定曰：『受任人非有急迫之情事，並可推定委任人若知有此情事亦允許變更其指示者，不得變更委任人之指示。』準此以解：非有(1)因急迫情事必需變更指示，(2)委任人若知有此情事亦必允許變更之情形，受任人固不得變更委任人之指示。然從反面解釋，倘具備上述二要件時，即得變更之。蓋非如此，反不利於委任人，或妨礙委任事務之處理，并與委受人之真意不合。

(丁)注意之程度。受任人處理委任事務，應依如何程度之注意？立法上，或因委任之有償無償，而異其程度者；(法民一九九二條瑞債三九八條三九九條)有不設此區別者。(日民六四四條)我民法從前例，於無償委任，以與處理自己事務同一之注意為足。於有償委任，則應依善良管理人之注意。(民五二五條後段)所謂與處理自己事務同一之注意 (*Diligentia quam suis*)，即以受任人慣行上就屬於自己利益範圍內一切事務常用之注意為標準；所謂善良管理人之注意 (*Diligentia boniparis familias*)，則以相當之人 (*Ordentlicher mann*) 之誠實勤勉而有經驗者得為之注意為標準。

。前者乃就債務人具體定之；後者則不問債務之主觀如何，而就假設之人抽象定之。故注意之程度，前者較輕，此我民法所以依委任之無償或有償而異其注意程度之輕重。惟本條規定，并非強行法規，當事人就注意之程度如有特約時，仍從其約定。

(戊)自己處理事務。受任人能否委託第三人代自己處理委任事務，即能否為複委任？從來學說及立法例不一：(1)德普通法之見解，約分三派。多數說，謂除委任人特加禁止，或依其事務之性質不許可外，受任人有使第三人代為履行之權。反對說，謂受任人自己處理事務，始能適合委任之本旨，故不得使第三人代為履行，折衷說，則謂應就各個契約分別論定。(2)法民法雖無明文，然第一九九四條既定為：受任人對於代其處理事務之人之行爲，應負責任。故學者多主張受任人有使第三人代為處理之權。(3)近世多數立法，則認受任人原則上須自行處理，僅於特種情形，設有例外。(德民六六四條瑞債三九八條三項俄民二五四條)我民法亦從近世通例，於第五三七條明定曰：『受任人應自己處理委任事務。但經委任人之同意，或另有習慣，或有不得已之事由者，得使第三人代為處理』故原則上，受任人不得使第三人代為處理委任事務，僅於有本條但書規定各種情形之一時，方有使第三人代為處理之權。於此又可分別論之：

(一)受任人有權委託第三人代為處理時。於此情形，更應從兩方面觀察：(1)關於受任人之

責任，依多數立法，以對於第三人選任及所爲之指示爲限，受任人應負其責。（法民一九九四條與民一零一零條德民六六四條二項瑞債三九九條二項）我民法亦然。（民五三八條二項）蓋因此時，受任人之契約上義務已履行終了，而不復有代第三人負其行爲上責任之理由。（2）委任人與第三人間之關係如何？近世立法，爲謀實際上之便宜，認委任人就委任事務之履行，有直接向第三人請求之權。（法民一九九四條瑞債三九九條三項）我民法亦從之。（民五三九條）

（二）受任人無權委託第三人代爲處理時。無上述第五三七條但書之事由時，受任人即不得使第三人代爲處理事務，倘若受任人擅自委託第三人處理之時，應生如何之效果？德日民法，未設明文。我民法仍從瑞士之例，明認：『委任人就第三人之行爲，與就自己之行爲，負同一責任。』（民五三八條一項瑞債三九九條一項）蓋根本否認複委任關係之有效，對於第三人僅認爲受任人之事實上補助人，（參考德民六六四條三項）關於債務履行上之責任，仍由受任人負之，亦即我民法第二二四條（德民二七八條）規定之一適用。

（己）違背處理義務之責任。處理委任事務，乃受任人依契約所負之債務，違背之時，其責任如何？於理論上，應與一般債務無異。但我民法，基於委任之特質，而設特別規定，以杜爭議。

（一）因處理委任事務有過失，致委任人受損害時。受任人違背我民法第五三五條或五三六

條之規定，處理委任事務時，其效果雖仍歸諸本人，（依瑞債三九七條二項受任人任意變更指示處理事務致不利於委任人者僅以受任人引受其不利益爲限方視爲有委任之履行）但受任人就其違背，與有過失，而致委任人受損害者，則應負賠償責任。（參考俄民二五三條四款）惟其過失責任之有無，又不可不注意程度爲轉移。在有償受任人，既以善良管理人之注意爲必要，故與一般債務人同，雖就普通過失行爲，亦應負責。（民五四四條一項二二零條一項）若在無償受任人，則以與處理自己事務同一之注意爲足，故僅有重大過失時。始負責任。（民五四四條二項二二零條二項二二三條）

（二）因逾越處理權限，致委任人受損害時。受任人處理委任事務，應以我民法第五三二條至五三四條規定之權限爲範圍，逾越權限，亦即不能認爲處理義務之正當履行，因此致委任人受損害時，亦不可不賠償之。惟此項賠償責任之論定，祇問損害之有無，而不問其過失之有無，蓋遵守權規而處理委任事務，乃當然之事，受任人自不得藉口不知其越權并無過失，以圖卸責。

第二 報告處務狀況及其顛末之義務。

受任人就處理之事務，有報告義務。而其報告，又可別爲二種：

（甲）委任關係存續中，應將委任事務進行之狀況報告委任人。（民五四零條前段）受任人爲此項

義務之履行，應依誠實信用之原則，將其處務之真實狀況詳細陳述之，自不待論。惟其履行之時期如何？及是否有待於委任人之請求？此因法律規定之不同，而異其解釋。多數立法，皆定爲『依請求而報告，』故委任人於委任關係存續中，得隨時向受任人爲報告之請求，受任人因其請求須即時報告之。（瑞債四零零條前段日民六四五條前段俄民二五三條一款）德民法則認受任人得自動而爲必要之報告；惟委任人請求報告事務之狀況時，受任人應從其請求而報告之。（德民六六六條前段）我民法之規定，雖與德民法不盡相同，然解釋上，受任人隨時得爲報告，委任人亦得隨時請求報告。如有請求，或更指定報告項目者，受任人自不得不即時從其指定之項目而報告之。

（乙）委任關係終止時，應將處理委任事務之顛末報告委任人。（民五四零條後段）此項報告，亦應依誠信原則據實爲之。其時期，在委任終止時，已如法文所明示，故解釋上，無論基於何種原因而終止者，皆不可不於終止時無遲延而爲報告。（參考日民六四五條後段）依蘇俄民法，受任人爲該報告，并須附具證明文件。（俄民二五三條二款）我民法雖無明文，但爲證明報告內容所必要者，當然應隨同提出之。

第三 利權移交之義務。

受任人依委任事務之處理所收取之利益，或取得之權利，應交付或移轉於委任人，乃各國立法之

所同。惟有併合規定者；（如法民一九九三條德民六六七條俄民二五三條三款）有分別規定者。（如日民六四六條一項及二項瑞債四零零條一項後段及四零一條）我民法則從後例，分述如次：

（甲）交付所收取之金錢物品及孳息。（民五四一條一項）受任人因處理委任事務，現實受自委任人（除報酬外）或第三人（以處理行為之相對人為主）之金錢物品，或已收取之孳息，於委任事務處理上，不復有保留之必要時，應即交付於委任人。委任人亦即從其時起，得催告受任人交付，經催告後，不交付者，受任人應自受催告時起，負遲延責任。（民二一九條二項）但有應注意者二事：（1）收取之物，以係為委任人而收取者為足，不問其是否依委任人之名義。如依委任人之名義者，生代理關係，物之所有權當然歸屬委任人，故受任人僅須移轉占有以履行其交付義務。反是，依自己名義而收取者，則其所有權應屬於受任人，故交付時，不可不移轉所有權於委任人也。（2）受任人於處務之際，受第三人之贈與者，事所常見，於此情形，如有害於委任人時，即為義務違反。不然之時，則受任人自得保有其贈與物，而無須交付委任人。

受任人依上述規定應交付委任人之金錢，或應為委任人利益而使用之金錢，於其占有中，如竟為自己利益消費之時，於刑事上，構成背信行為；（刑法三六六條）於民事上，亦屬不法利用他人之物；各國法制，故明定其責任。（法民一九九六條德民六六八條日民四六七條瑞債四零零條二項）我

民法亦然。(五四二條)即委任人能證明受任人有爲自己利益而消費之事實者，受任人應負次述二種責任：(1)自使用日起，按法定利率，支付利息。蓋法定利息，乃金錢存於任何人手中當然可生之利益，故不待證明，即無條件之支付之，自較損害賠償爲確實。(2)委任人如因其消費尙受有他項損害，能證明其損害之存在者，除受前項利息支付外，并得請求受任人爲此項損害之賠償。

(乙)移轉爲委任人取得之權利，(民五四二條二項)受任人因處理委任事務所可取得之權利，當事人對之預爲移轉之特約；或雖無此特約，而受任人係以委任人名義取得之者；其權利均應直接歸屬委任人，不生移轉之問題。反是，於無移轉特約，而又未伴以代理權授與時，受任人如以自己名義爲委任人取得權利者，則必待受任人之移轉行爲，其權利方能歸屬委任人。故各國民法，多明定受任人之權利移轉義務。其移轉方式，依權利之性質而不同，抽象以言，舉凡移轉權利所必要之行爲，皆須爲之。至於移轉時期，法律既未限定，則應解爲無確定期限之債務，而有我民法第二二九條二項之適用。故受任人自第三人取得權利後，尙未向委任人爲移轉之意思表示前，其權利仍屬於受任人，雖處分之，僅生債務不履行之問題，而不構成侵權行爲。(日大審院判例認此種情形不成立侵占罪即係基於同一理由)

於此有一問題，依一契約委託數人處理事務，各受任人之責任如何負擔？各國法律，有設明文者

，有不然者。前者又可別爲二派：(1)以於委託書明記連帶之旨爲限、各受任人相互間始有連帶關係。(法民一九九五條日舊民財產取得編二四二條)(2)各受任人有連帶責任，且須共同行爲時，其行爲之效力始對委任人生之。(瑞債四零三條二項奧民一零一一條)我民法與德日民法同，未設明文，當事人固得任意約定。未約定時，於解釋上，受任人有代理權者，依共同代理之規定。(民一六八條)無代理權者，如其委任之目的可分時，依第二七一條，各受任人平均分擔責任；反是，不可分時，則依第二九二條，準用連帶債務之規定以決之。(民二七二條至二八二條)

第二項 委任人之義務

委任人之義務，有屬一切委任皆有其發生者，有僅有償委任人始，負擔之者，後者即支付報酬之義務是也。

第一 一般義務。

不問委任之有償無償，皆能發生之義務有二：一曰負擔費用及清償債務之義務，他曰賠償義務。此等義務，依法律規定而生，非委任之必然效力，故與受任人處理事務之義務無對償性質。

(甲)負擔費用及清償債務之義務。

(一)費用之預付。受任人既爲委任人而處理事務，自不能使其因處務而受損害，故處務上

必要之費用，應由委任人負擔。如於處理之初或進行中，有所需要時，且無強令受任人墊付之理，此我民法所以從各國通例明定爲：「委任人因受任人之請求，應預付處理委任事務之必要費用。」（民五四五條德民六六九條日民六四九條）依此規定，委任人依受任人之請求，而有預付必要費用之義務。至其必要與否，應依具體情形定之。例如委託受任人赴數千里之外接洽某事，或委爲某物之購入，其旅費及價金，自係必要費用，不問受任人有無墊付之能力，如向委任人請求，而被拒絕時，是爲委任人之義務違反，受任人雖從此停止處理，亦不負債務不履行責任。反是，因受任人欠缺注意，不知其費用之必要，致未向委任人請求，或雖知其必要，而怠於請求者，因而處理不能時，則應歸責於受任人。至受任人請求之方法，無論言詞或書面均可。但得依訴之方法請求否？從來有積極消極兩派之爭。依余所信，受任人僅有處理委任事務之義務，而無強要委任人使其處理之權，況委任人不願預付必要費時，并得援用我民法第五四九條一項隨時終止契約之規定，藉免支付義務，故以認受任人無依訴訟強其履行之權，較合法理。但委任事務之處理，受任人亦與有利害，倘有委任人不得任意終止契約之關係時，又應解爲受任人得主張適用我民法第二七七條之規定，以資保護。

（二）費用之償還。因處理委任事務所生之必要費，未依前條規定請求預付，或被拒絕，而

由受任人墊付者，委任人有償還其費，并付自支出時起之利息之義務。此各國立法所略同。（法民一九九九條二零零一條德民六七零條奧民一零一四條瑞債四零二條日民六五零條一項俄民二五六條二款）我民法第五四六條一項亦明定之，於解釋上，受任人盡其注意義務處理委任事務之當時，認為必要而支出之一切費用，不問於委任人有無實益，及生委任人預期之結果否，均得依本條并一般債權行使之規定，請求委任人償還其費用及法定利息。且此項費用之物體，不限定金錢，凡受任人供委任事務處理而犧牲之一切有財產上價格之物，皆包含之。反是，如非處理當時所必要之費用，縱因其支出有利於委任人，即所謂有益費，則不適用本條，僅得依不當得利或無因管理之規定，請求委任人償還。

(三)債務之清償。有代理權授與之委任，受任人行爲之效果，直接歸屬委任人，故因處理委任事務而負擔必要債務者，與依委任人自身之行爲所負者同，當然應清償之。反是，而未授與代理權時，如受任人以自己名義負擔債務，而其債務爲處理委任事務上所必要者，依委任之性質，自亦不能歸受任人之損失，故我民法從日民法之例，明認委任人有代爲清償之義務。如其債務未至清償期者，則得請求委任人提出相當之擔保。（民五四六條二項日民六五零條二項）至其擔保，以能確保屆期委任人必代其清償爲足，擔保之種類如何，殊非所問。而所謂確保屆期必代其清

債，即無異確保屆期受任人得脫免債務，故其擔保，不可不向受任人提出。

(乙)賠償損害之義務。受任人因處理委任事務而受損害時，自己如有過失，不得向委任人求償，固無問題。反是，自己并無過失，而其損害之發生，又與事務之處理有因果關係，則委任人不得不負賠償義務。且此義務，更不以委任人之過失為要件，故屬無過失責任之一例。關於此點，我民法從法日先例，(民五四六條三項法民二零零條日民六五零條三項)設有明文。德民法無之，多數學者，主張委任人有過失時始負賠償之責。瑞士債務法之規定，與我民法稍異，即以委任人不能證明其無過失為限，應賠償受任人之損害。

第二 特別義務。

委任契約，以無償為原則，有償為例外，於前者，委任人以負上述一般義務為足，於後者，則除一般義務外，尚有其特別義務，即支付報酬之義務。茲述其要點如次：

(甲)報酬之有無。於委任當時或其後有給付報酬之特約者，為有償委任。但無特約時，亦非概屬無償。即(1)於當地有應給與報酬之習慣，或(2)其委任事務具有應給與報酬之性質時，皆可認為當事人有依習慣或性質給付報酬之意思，故受任人亦有請求報酬之權。(民五四七條)

(乙)報酬之物體。得充報酬之物體，以金錢為主，但亦可為其他給付，惟須從契約所定。未

約定時，於解釋上，亦應準照五四七條之法理，依習慣或委任事務之性質定之。其數額未約定者亦同。

(丙)報酬給付期。給付報酬之時期，應從其約定，雖約爲先付，亦無不可。但未約定時，受人非待委任關係終止，并已明確報告顛末後，不得請求。(民五四八條)蓋於其時，委任關係業已終結，使委任人給付報酬，最合當事人之意思。但若以期間定報酬時，每可推定當事人有按期支付之意思，故日民法，認受人得於其期間經過後請求報酬。(日民六四八條二項六二四條二項參考我民法六四八條 欸)我民法無此明文，實屬缺憾。

(丁)委任半途終止與報酬。報酬以於委任終止報告顛末後給付爲原則，然若半途終止時，事務之處理既未完畢，委任人尙有給付報酬之義務否？不無可疑。就此問題，如半途終止因非可歸責於受任人之事由者，委任既與承攬不同，非以達委任之目的爲要件，故受任人得就其已處理之部分請求相當之報酬。(民五四八條二項)但當事人有反對特約時，仍從其特約。反是，係因歸責於受任人之事由而半途中止者，依本項規定反對解釋，自不得請求報酬。於此情形，委任人雖因一部分事務之處理受有利益，依一般通說，並不認受任人有不當得利返還請求權。

於此有一問題，數委任人依一契約委託他人處理事務時，各委任人如何負其責任？此於瑞士債務

法第四零三條一項，有「數委任人對受人連帶負責」之規定。我民法無明文，解釋上，有特約者依特約，無特約時則視委任事務之性質如何，分別適用我民法第二七一條或二九二條（民二七二條至二八二條）之規定，以定委任人之責任。

第三款 委任之終了

第一項 終了之原因

委任契約，除依一般債權契約之消滅原因而消滅外，更依左列原因而終了。

第一 當事人一方之任意終止。

委任以當事人之互相信任為基礎，如已失其信任，而強令委任契約存續，是反於當事人之意思，故委任縱定有存續期限，或其事務縱未處理完畢，當事人任何一方，皆得隨時終止契約。（民五四九條一項）其終止并無須聲明何等理由，完全基於一方之自由意思即能有效。然法律為公平計，亦不能置他方之利益於不顧，故一方終止契約係在不利於他方之時期者，其終止雖仍有效，而他方因此受有損害時，不可不賠償之，（民五四九條二項本文）此所以防肆意終止之弊。但終止之一方能證明其有不得不終止之專由，且就其事由并無過失者，則不負責。（民五四九條二項但書）惟所謂「不得不終止」從受任人方面言，非指委任事務之處理不能，蓋不能履行時，契約當然終了，而無終止之必要。故

本項但書，乃謂出於不得已之事由而終止契約，易言之，當事人一方於其情事之下終止契約，客觀上認為正當斯可矣。

第二 當事人一方死亡破產或喪失行為能力。

委任係基於當事人間之信任關係，屢如前述。故其一方死亡、破產、或喪失行為能力時，均足以使信任關係喪失或變更，故其契約當然歸於終止，而無須任何一方表示終止之意思，此原則也。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，則為例外，（民五五零條）如因受任人方面有此等事由發生，其契約依法歸於終止，而委任事務尚未處理完畢時，委任人有無給付報酬之義務，應依前述第五四八條二項規定以決定之。

第二項 終了時之特別效力

委任終了，與一般契約終了同，終了原因到來後，當事人間契約上之權義關係即歸消滅。但於特殊情形，絕對從此原則，殊非所宜，故有認其特別效力之必要。依我民法所定，可別為二項：

第一 應急處分之義務。

委任關係，因當事人一方死亡、破產、或喪失行為能力，本應當然消滅。然不問此等事由存於何方？以及委任事務進行至如何程度？如逕消滅委任，有害及委任人利益之虞時，受任人，或其繼承人

，或其法定代理人，亦委任人，或其繼承人，或其法定代理人，能接受委任事務前，應繼續處理其事務，（民五五一條）學者稱曰應急處分之義務。蓋委任究與其他契約異，委任人委託受人處理事務，乃全然依賴受人，於此情形，事實上既尙不能接受其事務，而驟然停頓，實有使委任人受不測損害之危險，法律爲保護之，故從各國先例，認委任關係終了後，仍有此項特別效力。（德民六七二條六七三條奧民一零二二條日民六五四條瑞債四零五條二項）即無異於契約效力之延長，故於其期間內，一切權義關係，亦均與委任未消滅以前同。

第二 委任之視爲存續。

委任關係，動輒有終了之原因發生，此其特異之點。故如發生之原因存於一方，於發生後，不問相對人知或不知，逕生終了之效力，則善意相對人有受不測損害之虞。例如：委任人死亡，其繼承人未向受人通知者，受任人多不易知悉，因此仍信爲尙有權限，而照常處理事務時，在純理上，委任既已終了，即係無義務之行爲，縱令本屬委任範圍，亦僅能依無因管理之規定，使委任人之繼承人，於有益限度，負償還義務，是於受人未免不利。又如：受人受破產宣告，而未通知委任人，委任人亦不易知悉，倘認委任關係業已消滅，則受任人之契約上義務，因此免除，委任事務自不免陷於停頓，或其他不利益狀態。故我民法，爲保護相對人之利益，明定爲「委任關係消滅之事由，係由當事

一人方發生者，於他方知其事由或可得而知其事由前，委任關係視爲存續。」（民五五二條）依此定規，不僅一方不得以其消滅之事由對抗他方，乃直阻止其消滅效力之發生，故與日民法異。（日民六五五條）又不問其事由存於何方，均有該規定之適用，是與多數立法專爲保護受任人而設規定者，亦有所不同。（德民六七四條法民二零零八條瑞債四零六條）

第十一節 經理人及代辦商

第一款 總說

商號所有人經營商業，恆賴他人爲其補助。補助人（Hilfepersonen）與商號所有人之關係，有從屬者，有不然者。前者如經理人、學徒等是。後者如代辦商、居間、行紀等是。然依其性質，專爲商號之補助者，則僅經理人（Prokurist）及代辦商（Agent）二種。故我民法，對此二者，亦特併爲一節而定之。

所謂「經理人，」屬於商業使用人（Handlungshelfe）之一種，其與商號所有人間之法律關係，多依僱傭。但不限於此，如以有名契約爲基礎，自應適用各該契約之規定。縱係無名契約，亦可從其性質所近，準用有名契約之規定。惟依其地位，更足以生特殊之權利義務，立法上對之有設明文者，有不然者。(1)不文法之英美，法律上僅有片斷規定，且偏於行政保護，此外概委諸習慣。(2)法法系諸國，如法、比、荷蘭、雖有商法典，但對之不設特則，而概從民法上僱傭及其他規定。意大利西班牙商法，則定於代理章中，亦未能闡明其性質。(意商三四九條以下西商二四四條以下)(3)德舊商法，

有商業使用人之規定。德新商法，沿守其例，於第一編第六章題爲「商業使用人及商業見習人，」對其保護，設有詳密規定。非僅立法上顯著進步，大戰前德國商業之發達，亦利賴之。日本商法，從其形式，於第一編第六章題爲「商業使用人，」而稱經理人曰支配人，惟其實質，究不若德商法完美。(4)奧國則於一九一零年一月十六日，有商業使用人法之頒布。

「代理商」雖亦商業補助人之一種，但與商業使用人異，其與特定商號所有人間，不必有常屬關係，乃依獨立契約所生之代辦關係。立法上明認其有獨立觀念者，首推德新商法。英美法無之。法意商法及德日舊商法，亦無與今日所稱代辦商同其意義之規定。日新商法，則從德例以代理商稱之。

瑞士採民商法合一主義，故於債務法中，特設一章，規定「經理人及代辦商，」與德日雖異其法典上地位，然認二者有設特則之必要則同。我國舊商人通例，從德日之例，於第六章規定「商業使用人及商業學徒，」第七章規定「代理商。」新民法則改採瑞士之例，將「經理人及代辦商」合爲一節，定於債編。蓋一因我國別無商法典，而經理人或代辦商與商號所有人間，有特殊債權關係發生；二因經理人與代辦商雖異其本質，然皆不失爲廣義的商業補助人，且效力有共通者；故併合規定於債編，最爲便宜。以下當就經理人及代辦商分款述之。

第二款 經理人

第一項 經理人之意義

『稱經理人者，謂有為商號管理事務及為其簽名之權利之人。』此我民法第五三條一項，對於經理人所設定義的規定。（瑞債四五八條一項日商二九條二零條一項德商四八條）分釋如次：

第一 經理人者，有為商號管理事務之權利者也。

經理人有為商號管理事務之權利。(1)所謂商號，即商人於商業上用以表示自己之名稱，猶如自然人之姓名，但以附着於自然人或法人之商人為足，而不必始終附着於某特定人一身，此二者之所異。歐洲古代，商號僅限用於商人團體，次漸及於自然人之商人。成文法上，對於商號，設較詳之一般規定者，自德舊商法始。德新商法及葡日商法從之。法商法則僅就公司之商號設有規定，而不及於一般商號。意、荷、西、比、等商法同。英國一九零八年公司法中，亦有商號之規定。我國昔日，商人雖亦用商號表示其自己，代表其商業，於凡商業上行為，皆以商號之名義為之，但未見諸法文。有之，則自舊商商人通例始，對於商號，從德日先例，設有一般規定。（通例第四章一六條至二五條）現行民法，則無明文，而委諸特別法之規定。(2)所謂於商號管理事務，即代商號而為營業上一切事務處理之行為，且不問其為事實行為或法律行為，通常行為或訴訟行為也。(3)經理人得為商號管理事務之權利，即所謂經理權（Prokur。）授與此權者，為商號所有人，或其法定代理人。而經理人不僅對授權者

有爲商號管理事務之權利，即對第三人亦有之。

第二 經理人者，有爲商號簽名之權利者也。

經理人得爲商號管理事務，乃其經理權之一部。且因經理權不僅得以對內行使，並得對外行使，即依法律之規定視爲對第三人有爲商號事務管理上一切必要行爲之權。其對外行爲，既以商號之名義行之，故有時並以代商號簽名爲必要。因而經理權之對外方面，更以爲商號簽名爲其內容之一部，綜合爲商號管理事務及簽名之二者，而構成經理權焉。

第三 經理人者，從屬於商號之商業使用人也。

經理人乃商業使用人之一種，我民法雖非如德日商法以與他種商業使用人合併規定於一章，但既以服商業上勞務爲目的，其有此種性質，毫無疑義。經理人與商號之關係，乃依商業所有人之委託而生。然其委託，非出諸商號所有人一方之意思表示，乃基於契約。通常多屬僱傭關係，故經理人對商號所有人，恆在從屬關係下而服勞務。但其勞務，非爲商號所有人個人而供給，乃因商號所有人有商業主體之地位，故對之供給勞務，因而經理人之從屬關係，與其謂爲對商號所有人而生，毋寧謂爲對商號而生。關於商號所有人一身之事變，自不足以影響經理人與商號間之法律關係也。（參考民五六四條）

第二項 經理權

第一 經理權之本質及內容。

經理權創自德商法，其他德法系諸國之法律從之，明定經理權之內容及範圍。我民法亦然。惟其本質，依德日通說，謂為代理權之一種。我民法則別於一般代理權，而認經理權有獨立觀念。於對外方面，亦僅生代表關係，而不生代理關係。（民五五五條）故與受任人之處理權，同其性質，應解為獨立的形成權之一種，而以為商號管理事務及簽名為其權利之內容。（民五五三條一項）

第二 經理權之授與。

經理權之本質，雖與代理權異，而其權利之發生，亦必基於授權行為。此項授權行為，乃依商號所有人或其法定代理人一方之意思表示為之。（德商四八條日商二一九條）故與所由授與經理權之基本的法律關係，恆基於僱傭委任等契約者有別。授與經理權之意思表示，其方法如何，法無限制。無論明示或默示均可。（民五五三條瑞債四五八條一項）要從授權人之自由採擇。

第三 經理權之範圍。

依客觀觀察，凡可認為有關商號營業之一切行為，並不背於前項所述為商號管理事務之旨者，不問法律行為、事實行為、訴外行為、訴訟行為、經理人皆得為之。但經理權有依授權行為或法律規定

被限制者。而其限制，有得對抗善意第三人者，有不然者。茲分論之：

(甲)不得對抗善意第三人之經理權限制。經理權之限制，除第五三條三項、五五四條二項、五五六條所規定外，不得以之對抗善意第三人。(民五五七條瑞債四六零條日商二零條三項)即不屬於各該條所定之其他限制，除對內生拘束力外，就其外部關係，僅對惡意第三人得以限制對抗之。反是，對於善意第三人，則經理人之行為，雖違反限制，仍視為無限制而對商號生行為上效力，以資保護，並維持交易之安全。故原則上，經理人之一般權限，可及於訴訟外及訴訟上，雖得依授權行為限制之，但其限制不得對抗善意第三人。(德商法則絕採對主義無論第三人是否善意皆不得以經理權限制對抗之參考同法五零條)至其一般權限，則可分述如次：

(一)經理人對於第三人之關係，就商號、或其分號、或其事務之一部、視為有為管理上一切必要行為之權。(民五五四條一項)所謂管理，包括保存、利用、改良、處分等行為言。於凡此等行為，倘係營業所必要者，經理人皆得代表商號對第三人為之。(但就處分行為有同條二項之法定限制)惟其行為，以有商號營業之存在為前提。如經理人對第三人為讓與其營業自體之行為，謂非法律所許。

(二)經理人就所任之事務，視為有代表商號為原告、或被告、或其他一切訴訟上行為之權。

(民五五五條)所謂一切訴訟上行爲。祇須客觀上在經理人所管理之商號事務範圍內，無論民事訴訟行爲或刑事訴訟行爲，經理人均有代表權。

(乙) 得對抗善意第三人之經理權限制。得以對抗善意第三人之經理權限制，依我民法第五七條之反面解釋，以左列三項爲限：

(一) 經理權得限於管理商號事務之一部，或商號之一分號或數分號。(民五五三條三項瑞債四六零條一項) 此種限制之有無，須解釋授權行爲定之。不明時，應認爲有管理商號全部事務之權。如係本號之經理人，雖分號事務，亦應認其有爲統屬關係上一切必要行爲之權。

(二) 經理人除有書面之授權外，對於不動產，不得買賣或設定負擔。(民五五四條二項) 此種限制，乃依法律規定當然發生。蓋經理人雖得代表商號與第三人爲管理上一切必要行爲，然若關係商號所有人之利害過大，則雖屬管理上所必要，依法亦不得爲之。如欲解除此項法定限制，惟有待於依書面而爲之特別授權行爲，以昭慎重，此又五五三條二項之例外也。

(三) 商號得授權於數經理人。但經理人中有二人之簽名者，對於商號，即生效力。(民五五六條) 同一商號，僅設一經理人或設數經理人。是屬商號所有人之自由。如設數經理人，即對數人而爲經理權之授與時，各經理人之經理權如何行使，應依授權行爲之所定。但爲事務管理之便

利，其對外行爲，無論經理人之人數多至若干，祇須有二經理人簽名，即能對商號生效。反是，如僅一人簽名，自得以其行爲不合法定方式爲理由，對抗善意第三人。然此乃指數經理人有共同經理權之情形而言，（參考瑞債四六零條二項）若經理人雖有數人，而其權限依授權行爲本非共同者，則各有獨立之經理權，而得分別行使，自不受此限制。

第四 經理權之消滅。

經理權因其所由授與之法律關係終了而消滅，是爲當然之解釋。但我民法第五六四條，從其反面，設有經理權不消滅之規定。即「經理權不因商號所有人之死亡、破產、或喪失行爲能力而消滅。」蓋如前述，經理人雖爲商號而服從屬的勞務，然其從屬關係，與其謂爲對商號所有人而生，毋寧謂爲對商號生之。故商號所有人雖有死亡、破產、或喪失行爲能力等事由，而商號之業務未必因此即歸終了，使經理權繼續存在，適足以顧全各方之利益。又商號之營業，縱已停閉，而商號所有人、或其繼承人、與經理人間，尙未終止其所由授與之法律關係者，經理權亦非常然歸於消滅。關於此點，前大理院會著有判例，現行民法，雖無明文，亦應從此解釋。

第三項 經理人之權利義務

第一 決定經理人權利義務之根據。

經理人與商號所有人間之內部關係，因所由授與經理權之基本法律關係而異。如係雙務契約，彼此之間，應有對等的權利義務。經理人之權利，即商號所有人之義務；經理人之義務，即商號所有人之權利。專就經理人之權利言之，如基於有償關係時，報酬請求權乃其著者。更就義務言之，基本的法律關係，如為僱傭，經理人有依約服勞務之義務；如為委任，有注意處理事務之義務；如為此外之法律關係，則有分別適用各該法律關係之規定，而履行債務之義務。

第二 經理人之不作爲義務。

經理人除上述作爲義務外，更負有特殊之不作爲義務。蓋爲使經理人盡其全力忠如商號之營業而設，學者稱曰競業禁止之義務。

(甲)不作爲義務之範圍。不作爲義務之範圍，立法上各有廣狹：

(一)絕對主義。不問商行爲或公司營業之種類如何，經理人非得商號允許，概不得爲自己或第三人爲商行爲或公司之無限責任股東。(日商三二條一項我舊商人通例三八條一項)

(二)相對主義。經理人僅就同種事務，負有不得爲自己或第三人之計算而行爲之義務。(瑞債四六四條一項)上述二主義，前者不問其營業種類是否相同，概在禁止之列，未免過苛。故我民法從後例，於第五六二條定曰：『經理人非得其商號之允許，不得爲自己或第三人經營其所

辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任之股東。』(公司法第二八條一項亦同)依此規定，限定同類事業，是與瑞士債務法同，然對於爲同類事業公司之無限責任股東，亦須得商號允許，是又與瑞法異，而與日商法同。此之所謂允許，有同意之性質，惟其意思，通常應對經理人表示之。有此表示後，上述不作爲義務，即被解除。

(乙)不作爲義務之違反。經理人未得商號允許，而有違反上述不作爲義務之行爲時，『商號得請求因其行爲所得之利益，作爲損害賠償。』(民五六三條一項)學者稱曰商號之進入權(Eintrittsrecht)、或奪取權(Aneignungsrecht)。其行使，以經理人因違反不作爲義務之行爲而得有利益爲足，至商號有無實際之損害，非所問也。反是，經理人無所利得，而商號受有損害時，則應依一般規定，請求賠償。至已行使進入權後，法律既明定曰：『作爲損害賠償，』是與德商法所定『以代損害賠償』同，(德商六一條)於解釋上，不應認有一般損害賠償請求權之並存。惟經理人爲第三人經營與其所辦理之同類事業，因而第三人受有利益時，商號自不得行使進入權。關於此點，我民法雖與瑞士債務法同，不及日商法之規定明確，(瑞債四六五條二項日商三二二條二項)但解釋上，毫無可疑。至經理人因爲第三人行爲所得之報酬，商號固無妨對之行使進入權，是又與德商法第六一條之解釋同。

商號進入權之行使期限，我民法設有特則：即『自商號知有違反行爲時起，經過一個月；或自行爲時起，經過一年；不行使而消滅。』（民五六三條二項）該條規定，乃一般請求權消滅時效之例外，而有特別短期時效之性質。

第三款 代辦商

第一項 代辦商之意義

「稱代辦商者，謂非經理人，而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人。」此我民法第五八條一項，對於代辦商所設定義的規定。（瑞債四六二條日商三六條德商八四條一項）分釋如次：

第一 代辦商非經理人。

代辦商雖亦商業補助人之一種，但與商號無從屬關係，而有獨立地位，於商號營業所以外之處所辦理委託事務，因辦理事務所生之費用，無特約或習慣時，自行負擔，且不僅與特定一商號生代辦關係，得爲代辦商者又不限於自然人，是皆與經理人異，故我民法明定曰，代辦商非經理人。

第二 代辦商者，受商號委託之人也。

代辦商與商號之關係，因委託而生。委託之一方係商號。他方係代辦商。委託關係，因雙方之合

意而成立，故爲契約。然其契約之法律上性質如何。尙無定論。德學者之通說，解爲僱傭，但亦不無解爲承攬或委任者。日學者之通說，謂應分別觀察：僅代理商號而爲商行爲時係委任；僅爲某媒介時係準委任；代理而兼媒介時，則屬委任與準委任之併合。近今學者，乃認有獨立觀念之代辦商契約（Agenturvertrag.）而不屬於既成契約之任何種類。但因其委託係在處理一定事務，故與委任之性質近似，應準用委任之規定。解釋我民法，以從此說爲當。

第三 代辦商者，受商號委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之人也。

代辦商與商號之關係，依代辦商契約而生。而其契約，乃以委託代辦商爲商號辦理事務爲內容。但有下例特質：(1) 辦理事務，係用商號之名義，是與經理人同。且其事務，必有關商號之營業。反是，非營業上事務，委託他人處理者，僅屬通常委任或其他契約。不生代辦商之關係。(2) 於一定處所或一定區域內，辦理工號之事務，故與經理人常在商號營業所者不同。於一定處所辦理者，是曰定居代辦商；於一定區域辦理者，是曰旅行代辦商。前者常住於特定地點，後者則巡行於一定區域，要從其契約之訂定以決之。(3) 經理人之權限，原則上及於商號事務之全部；代辦商則否，一依商號之自由，或委託辦理某事務之全部，或僅委託其一部均可。且不生我民法第五五七條之問題。

第二項 代辦權

第一 代辦權之本質及範圍。

代辦商爲商號辦理事務之權，曰代辦權，與經理權同，非代理權而有獨立的形成權之性質。其發生直接基於代辦商契約。其範圍亦依契約所定。但我民法，尙有補充及限制規定：

(甲)代辦商對於第三人之關係，就其所代辦之事務，視爲其有爲一切必要行爲之權。(民五五八條二項)即代辦商之對外關係，依法律視爲就其所代辦之事務範圍內，得爲一切必要行爲，而不問法律行爲或事實行爲，其效力均對商號生之。至其代辦事務之範圍，應依契約所定，不問事務之全部或一部均可。但不明時，應解爲有代辦委託事務全部之權。

(乙)代辦商除有書面之授權外，不得負擔票據上之義務，或爲消費借貸，或爲訴訟。(民五五八條三項)代辦商基於代辦商契約，雖有上述對第三人就代辦事務爲一切必要行爲之權，但依其行爲，對第三人負擔票據上義務，或與第三人締結消費借貸契約，或爲訴訟行爲，因與商號之信用財產等利益，均足以及過大影響，故非由商號依書面而爲特別之授權行爲，代辦商不得爲之。如擅爲之，其效力不及於商號，應自負其責。

第二 代辦權之消滅。

各種之債 第十一節 經理人及代辦商

代辦權，因代辦商契約之終了而消滅。代辦商契約，依一般契約之終了原因而終了，固不待論。但我民法，對於代辦權，得依契約終止而消滅，及代辦權不消滅之情形，分別設有特則：

(甲)代辦權未定期限，即代辦商契約之存續期限未訂定者，當事人任何一方，皆得隨時終止契約。惟其終止之意思，須於三個月前預先通知相對人。即與一般之終止異，非因終止之意思表示到達相對人，或經其了解，而生終止之效力，必須經過三個月後，始有其發生，而消滅代辦權。(民五六一條二項)惟當事人一方，因非可歸責於自己之事由，致不得不終止契約者，則不必先期通知。即代辦權因終止之意思表示到達相對人，或經其了解，逕歸消滅，仍與一般原則無異。(同條二項)

(乙)代辦權，不因商號所有人之死亡、破產、或喪失行為能力而消滅。(民五六四條)其詳已於前款述之矣。

第三項 代辦商之權利義務

代辦商與商號間，有何等權利義務關係，應依代辦商契約之所定。未約定時，應準用委任之規定。但我民法，依其特質，而認代辦商有左列之權利義務。

第一 報酬及費用請求權。

(甲)代辦商得依契約所定請求報酬；無約定者依習慣；并無習慣時，則依其代辦事務之重要程度及多寡定之。(民五六零條)此蓋因代辦商契約以有償爲要件、而與有償委任同，故雖未定報酬，亦不可不依習慣或視事務重要性之如何及其多寡，而計算報酬。

(乙)代辦商得依契約或習慣，請求償還其費用。(民五六零條)故不問必要費或有益費，以有應由商號負擔之特約或習慣爲限，代辦商均有償還請求權。但無特約或習慣時，則應由代辦商自行負擔，蓋其性質，本屬代辦商營業費之一部故也。

第二 報告義務。

代辦商就其代辦之事務，應隨時報告其處所或區域之商業狀況於其商號，並應將其所爲之交易即時報告之。(民五五九條)蓋代辦商係爲商號而代辦事務，故負有此項法定報告義務。惟報告商業狀況之義務，其履行無一定期限，故代辦商得隨時報告之，商號亦得隨時請求其報告。至因辦理事務而與第三人爲交易者，則須即時報告，不得遲延。

第三 不作爲義務。

代辦商有不作爲義務，與經理人同。(民五六二條五六三條)其詳已如前款所述，茲不再贅。

中國債編各論

第十二節 居間

第一款 居間之意義及性質

「稱居間者，謂當事人約定一方爲他方報告訂約之機會，或爲訂約之媒介；他方給付報酬之契約。」此我民法第五六五條對於居間（Maklervert-rag, coursor, courtage）所設定義的規定。故居間爲有名契約，是與德瑞之立法例無異。（德民六五二條以下瑞債四一二條以下）法日商法，雖與德商法同，對於居間營業，設有明文。（法商六四條以下日商三零五條以下德商九三條）然法律上，別無居間契約之規定。故日學者之通說，認居間人與委託人間，有準委任契約之關係。於我民法，既屬有名契約，自不容採此說明。其契約之一方爲居間人。他方爲委託人。因約爲：一方爲他方報告訂約之機會，或爲訂約之媒介；他方給付報酬而成立，故爲諾成契約。不拘方式，故非要式契約。依其契約，居間人負有報告媒介之義務，委託人負有給付報酬之義務，故爲債權契約。雙方之義務，互有對償性質，故爲雙務且有償之契約。且互爲原因，故又屬有因契約。茲分釋其意義如次：

第一 居間者，約由居間人爲委託人報告訂約機會，或爲訂約媒介之契約也。

居間制度，在希臘羅馬當時，即已有之，無論何人，均得爲居間人。歐洲中世，則認爲一種公職。逮後更認居間人有官吏性質。於德國舊商法，仍認居間人爲官吏。因一八六九年之營業法頒布，始

認私居間人之制度。新商法則改採自由營業主義。日新商法從之。他如意比匈諸國之商法亦同，法商法對於有價證券之居間人（Agent de change，）須依大總統任命，而有官吏資格。此外之居間人（Courtier）中，除海事居間人，海上保險居間人，及運送居間人，亦與有價證券居間人有同樣之地位外，對於通常之商品居間人，則採自由營業主義。至如西班牙荷蘭，概採干涉主義。我民法僅規定居間契約，不規定居間營業，於解釋上，除法律有特別規定外，無論何人，均得為居間人。但既以居間為業，其不可無行為能力，是屬當然之論定。

居間人乃居間契約當事人之一方，但非代委託人而與第三人締結契約，故與代理人、代辦商、經紀等，均有所不同。乃僅於委託人無與他人訂約之機會時，由其代為搜尋并指示之。或已有既成機會，而由其代為介紹，從中斡旋，使委託人得與他人從事契約之締結。前者曰指示居間人，後者曰媒介居間人。究屬何種，應依居間契約之所定。但立法上，有僅認媒介居間者。依委託人所欲訂之契約是否商行為，又可別為民事居間與商事居間，我民法上，關於居間之規定，無論就何種契約機會之報告或媒介，均有其適用，故無認此區別之必要。

第二 居間者，約由委託人給付報酬之契約也。

居間契約當事人之他方，為委託人，其對居間人之報告或媒介，約為給付報酬，故報酬之約定，

乃居間契約之要素。但不以委託人明示此旨爲必要。雖未明示，而依其情形，居間人非受報酬即不爲報告訂約機會或媒介者，視爲允與報酬，（民五六六條一項德民六五三條一項）不得概認爲居間契約不成立。然在婚姻居間，爲尊重婚姻自由，並維持社會風紀，反以無報酬爲合法。如有約定報酬者，其約定無效。（民五七三條瑞債四一六條德民六五六條）是與一般居間，適得其反，自難認爲純正之居間契約。

第二款 居間之效力

第一項 居間人之義務

於指示居間，向委託人報告訂約機會；於媒介居間，媒介委託人與第三人訂約；乃居間人依契約所負之本來義務。此等義務之發生，基於當事人之效果意思。而在媒介居間，除此以外，尙有不基於效果意思，逕依法律規定，使居間人負擔之義務。

第一 據實報告訂約事項之義務。

於媒介居間，凡與締結契約有關之一切事項，居間人應就其所知者，據實報告雙方，以供雙方之斟酌。又對於顯無支付能力之人，或知其無訂立某契約之能力者，則居間人根本不得媒介其與委託人訂約。（民五六七條）此種據實報告之義務，不僅對委託人一方負之，即對依其媒介而與委託人訂約

之人，亦應負之。至於不爲媒介之義務，於解釋上，則以僅對委託人一方負擔，較符立法真意。違反此等義務時，居間人應依債務不履行之規定，負其責任。

第二 爲當事人一方履行契約之義務。

於媒介居間，居間人以媒介他人與委託人締結契約爲足，其自身則立於契約以外，既非當事人，又非代理人，因其媒介而契約成立時，委託人與契約相對人間，有權義關係發生，契約上之給付，應由當事人直接爲之或受之，居間人無爲任何一方給付或受領給付之權。（民五七四條）但當事人一方，指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人者，既有不願使他方得知之意思，則無論其是否委託人，居間人均有從其意思不告知之義務。（民五七五條一項日商三一零條）違反此義務，亦爲債務之不履行，於此情形，當事人一方爲誰，既非相對人所知，相對人自無從請求其履行契約上義務，或對之爲履行故不適用上述五七四條之原則，而認居間人之介入（*Zellseintritt*）使對相對人負履行責任，並受領相對人所爲之給付。（民五七五條二項日商三一一條）此種規定，原爲保護相對人，並求便於實際而設，非認居間人立於當事人地位而有其權利也。

第二項 居間人之權利

給付報酬，乃委託人依居間契約所負之本然義務，亦即居間人之權利。但依契約，尙有使委託人

負債還費用之義務者，茲分述之：

第一 報酬請求權

居間人之報酬請求權，既係居間契約上本然的效力之一，自僅對委託人行使之。然在媒介居間，因其媒介而成立契約時，受其惠者，非獨委託人，故「居間人因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔。」（民五七零條日商三二二條二項）學者因此有認相對人亦對居間人負給付報酬之義務者。依余所信，本條乃規定契約當事人之內部關係，謂其報酬應由雙方分擔，非認居間人對相對人有直接的請求權。惟由委託人給付後，得向相對人求償其半額耳。

（甲）報酬之物體及數額。報酬之物體如何，法無限制，應依契約所定。通常多為金錢，但亦無妨約為金錢以外有財產價值之給付。其數額亦應從約定。未約定時，因居間人既以居間為業，故可按其價目表之所定給付之。并無價目表者，則從當地習慣定其數額。（民五六六條二項德民六五三條瑞債四一四條）

（乙）報酬給付期。報酬給付義務，雖於居間成立之始即有其發生，然其給付期，則在因居間人之報告或媒介，而有契約成立之時，此依我民法第五六八條一項所稱：「居間人以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬」之規定，（德民六五二條一項瑞債四一三條日商三二二條一項）

可以見之。故雖有所報告或媒介，而委託人與其相對人間之契約未成立；或雖成立，而非基於居間人之報告或媒介者；居間人皆不得請求報酬。此就一般情形言之也。若委託人與相對人間，依居間人之報告或媒介所成立之契約，尙附有停止條件者，其契約雖成立，而在停止條件未成就前，不生效力。條件之成就，既屬不定，則當事人將來能否享受契約之實益，亦不可知，故於條件成就前，居間人亦不得以契約業已成立爲理由，而請求報酬，所以保護契約當事人雙方，以免虛耗其利益也。（民五六八條二項德民六五二條一項瑞債四二三條二項）

（丙）報酬之數額。報酬之數額，預先約定者，應依其約定。但有例外，即約定之數額過鉅，以與居間人所任勞務之價值相較，於客觀上顯失公平者，法院得因委託人之請求酌減之，以期報酬與勞務相稱，而不失對價之本旨。但已依約定數額給付之後，雖發見其不公平，法律爲避免糾紛，對於契約當事人任何一方，皆不許請求返還過鉅之部分，所以保護法律生活之靜態安全也。（民五七二條德民六五五條瑞債四一七條）

（丁）委託人給付報酬義務之免除。委託人之所以給付報酬，蓋因居間人有義務之履行。反是，居間人違其對於委託人之義務，而爲利於委託人之行爲；或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者；其契約雖已因居間人之報告或媒介而成立，然居間人既圖利他人或自己，其結果

即爲義務違反，未免有害委託人，故委託人得因而免其給付報酬之義務。（民五七一條瑞債四一五條）

第二 費用請求權。

居間人爲報告或媒介支出之費用，乃居間營業上所需要者，有營業費之性質，故非經約定，居間人不得請求委託人償還，又其償還請求權之發生，以因報告或媒介而契約成立爲要件。反是，委託人既不能達到訂約之目的，亦無使其負擔費用之理由。（民五六九條德民六五二條二項）惟有契約不成立亦須返還費用之特約時、自不在此限。（瑞債四一三條三項）

委託人雖依特約負有償還費用之義務，然居間人有違反義務之行爲時，與上述委託人之報酬給付義務同，應一併免除之。（民五七一條瑞債四一五條）其詳已如前述，茲不復贅。

第三款 居間之終了

居間契約之終了，我民法與德瑞二法，均不設明文，自應依契約之一般消滅原因而終了。但從其特質，如委託人與相對人之契約成立，或居間人死亡，其謂終了之原因，毫無疑義。惟依一方之意思能否任意終止居間關係？乃學者之所聚訟。依余所信，仍應從一般法理，以未定存續期限者爲限，許各方隨時終止之。

第十三節 行紀

第一款 行紀之意義及性質

「稱行紀者，謂以自己之名義，爲他人之計算，爲動產之買賣，或其他商業上之交易，而受報酬之營業。」此我民法第五七六條對於行紀 (Kommissionär, Commissionaire, Commission agent, factor) 所謂定義的規定。其有營業之性質，毫無疑義。此種營業，於歐洲十五六世紀間，因國際貿易之勃興而發達。我國昔日，亦通行於交易界，而稱曰牙行。關於盡忠本人及努力交易之擴充二點，雖不如代理制度。然可節省費用，減少危險，且賴其信用資力及業務上知識經驗，能使委託人獲得偉大之利益，此又勝於代理制度。故行紀營業，於商業上，實占重要位置。各國商法，大都設有規定，惟其繁簡及內容不一。我民法乃從瑞士債務法之例，定於債編。茲分釋其意義如次：

第一 行紀者，爲他人之計算而爲交易之營業也。

行紀乃一種營業。所謂「營業」，即依營利之目的，而爲事務之繼續經營。「行紀營業人」，我民法稱曰「行紀人」。爲他人之計算而爲交易，乃行紀營業之特徵。此之所謂「他人」，我民法稱曰

「委託人。」所謂「爲他人之計算而爲交易，」即因行紀人之交易行爲所生之利益及損失，悉以歸諸委託人。但契約之主要旨趣在爲他人之計算，而同時并約爲自己亦受損益之分配者，固無不可。

第二 行紀者，以自己名義爲他人計算，而爲交易之營業也。

行紀人雖爲他人計算所爲之交易，但非以他人之名義，故與代辦商及代理人異。因交易行爲所生之損益，雖歸屬委託人，然對於交易行爲之相對人，乃由行紀人自得權利自負義務，（民五七八條日商三二四條）而有學者所謂間接代理（*Mittelbare Vertretung*）之性質。行爲當時，縱曾表示爲他人之旨，或指明他人之姓名，而自己對相對人仍居於依其行爲所生權利義務之主體地位者，并無礙於所謂「以自己名義」之旨，故行紀人與交易相對人間，有直接關係，委託人與交易相對人間，則無權義之可言。

第三 行紀者，以自己名義爲他人計算，而爲動產之買賣，或其他商業上交易之營業也。

行紀人乃以自己名義爲他人計算而交易，但其交易，以屬於商業上者爲限，即所謂商行爲。至於商行爲之種類如何？立法例有明定其限制者，如德日商法及瑞士債務法，均以物品之販賣或買入爲限。（德商三三三條以下日商三二二條以下瑞債四二五條以下）我民法則從一般通例，不設限制，一切商業上交易，皆得爲行紀營業之標的，法文所謂「動產之買賣，」亦商業上交易之一種，僅有例示性質

，而非限制規定。但凡爲動產買賣或其他商業上交易者，又未能概認爲民法上之行紀，而必以此爲受業，始得以行紀稱之。故行紀人，乃以『依自己名義爲他人計算而從事商業上交易』爲業者也。然此等交易行爲，并非行紀營業之目的行爲之本體，特其履行行爲耳。

第四 行紀者，爲他人爲交易而受報酬之營業也。

行紀既屬一種營業，故行紀人乃基於營利之目的而爲他人爲動產買賣或其他商業上交易，欲達此目的，自不能不受報酬。負有報酬給付義務者乃委託人。報酬義務之負擔，則以行紀人實行交易行爲爲原因，二者同基於一法律關係。其法律關係之性質如何？有委任、僱傭、承攬、獨立契約諸說。我民法既從瑞士之例明定曰：『行紀除本節有規定者外，適用關於委任之規定。』（民五七七條瑞債四二五條二項）則委託人與行紀人之關係，乃基於有償委任契約而生，可以無疑。

第二款 行紀人之義務

行紀人之義務，指行紀人因委託關係對委託人所負之義務而言。其內容應依契約及關於有償委任之規定之。惟我民法，更設特則，而應先於委任規定有其適用。至若行紀人對於交易相對人，依第五七八條所負之義務，則因交易行爲之種類而不同，故應分別適用關於其交易行爲之規定，法律無設特則之必要。且其義務，乃依交易主體之地位而負擔，自與本款所論行紀人之義務有別。茲專就行紀

人依本節規定對委託人所負之義務述之。

第一 自爲履行之義務。

行紀人爲委託人計算訂立之契約，其契約他方不履行債務時，依德、匈、瑞、西、意、諸國之法律，以有特約或習慣爲限，行紀人負直接履行契約之義務，學者以附保證之委託契約（*Delkrederekonmission*）稱之。法國學者所謂附保證行紀，或保證約束（*Commissionnaire ducreire, Convention de ducroire*）亦同，然我民法，則從日商法之例，就此情形，以由行紀人對委託人負直接履行契約之義務爲原則，（民五七九條日民三二五條）無須特約或習慣。行紀人因此雖立於類似保證人之地位，但無如我民法第七四五條之權利。且相對人自始即未立於對委託人直接負債務之地位，其與保證之觀念迥異，更屬顯明。惟相對人之債務不存在時，行紀人之本條義務亦不發生；且本條義務，又以相對人不履行之債務爲範圍；此二點頗近似保證耳。尙須注意者，行紀人之此項義務，雖依法律規定當然負擔，但該規定無強行性質，倘有相異之特約或習慣時，則無其適用，是與日商法同，而與前述諸國以有其約或習慣爲限行紀人始負此義務之規定，適得其反。

第二 不從指定價額之效果。

行紀人不得違反委任本旨而爲委託人爲交易，違反之時，因以發生之結果，委託人固無妨拒絕受

領。但委託爲物之買賣，委託人對其價金定有限制，即有指定價額 (Limite) 而行紀人違反之時，其交易之結果能否及於委託人？我民法特對之設有明文，應視其結果是否利於委託人，而異其效力。

(甲) 不利於委託人時。行紀人以低於委託人所指定之價額賣出，或以高於委託人所指定之價額買入者，其結果不利於委託人，故以由行紀人擔任補償其差額爲限，其賣或出買入，始能對委託人生效。(民五八零條日商三二六條德商三八六條瑞債四二八條一項) 所謂擔任補償其差額，即向委託人表示負擔其不利益之意思，而不以現實補償或提出擔保爲要件。因其意思表示，買賣之效力迥及成立之初而對委託人發生。反是。無此表示時，委託人固得拒絕承受其買賣之結果，但本條并非強行規定，雖不拒絕，而依債務不履行之規定請求損害賠償，亦無不可。至何等情形，始應認爲有價額之指定，概屬事實問題。然委託人僅對於一定價額表示希望，並不以爲契約要素者，則交易之結果縱未能滿足其希望，當無本條之適用，并不得對行紀人以債務不履行相責。

(乙) 利於委託人時。行紀人以高於委託人所指定之價額賣出，或以低於委託人所指定之價額買入者，其結果有利於委託人，自無拒絕承受其買賣效力之理由。而其利益，依行紀人爲委託人計算之本旨，當然應歸屬於委託人。(民五八一條德商三八七條瑞債四二八條三項) 但委託人命令其必就指定價額而買賣，即禁止其爲高於指定價額之賣出，或低於指定價額之買入者，依日學者之主張

，認行紀人有絕對遵守義務，不得違反，倘或違反，委託人得拒絕承受其效力。蓋委託人依此方法以操縱市價，藉遂其投機之目的者，亦非無之，倘因其賣價高於指價，買價低於指價，表面上有利委託人，竟認其不得拒絕承受賣賣之效力，是反於委託人之意思，未為當也。就我民法而解釋第五八一條，既非強行法規，委託人如能證明果有此種意思存在，則日學者之主張，固非不得採用，但若違反其他公益規定時，自又不能從此見解。

第三 占有物保管及適當處置之義務。

「行紀人爲委託人之計算所買入或賣出之物，爲其占有時，適用寄託之規定。」此我民法第五八三條一項所明定。蓋因委託購買，已買入後，委託人受領前；或因委託出賣，已由委託人交付其物後，尙未現實賣與交易相對人前；其物在行紀人占有中，是與寄託相類，故適用寄託之規定。然法文雖泛稱「寄託之規定」，於解釋上，乃指其物之保管，應適用「寄託物保管之規定」，非謂寄託之一切規定均有其適用。故行紀人以依寄託之規定履行其占有物保管義務斯可矣。除委託人另有指示外，行紀人不負付保險之義務，此亦同條二項所明定。但「委託出賣之物，於達到行紀人時有瑕疵，或依二物之性質易於敗壞者，行紀人爲保護委託人之利益，應與保護自己之利益爲同一之處置。」（民八五四條）是曰行紀人之適當處置義務。至是否適當？應就具體情形，視其與行紀人爲保護自己益利慣用

之處置方法是否相同以決之。故與法律上所謂與「處理自己事務同一之注意，」有同等觀念，乃以義務人之主觀的程度為標準，而非依客觀觀察抽象定之也。

第三款 行紀人之權利

行紀人之權利，指行紀人因委託關係對委託人所有之權利而言，其內容應依契約及關於有償委任之規定定之。惟我民法，更設特則，而應先於委任規定有其適用。茲分述之：

第一 報酬及費用請求權。

行紀人與委託人間之關係，乃有償委任關係，故以受報酬為其契約要素。反是，不受報酬而為他人為商業上交易者，即非行紀，僅能成立無償委任或無名契約。故行紀人對委託人，有報酬請求權。其請求應依契約或習慣為之，未約定并無習慣時，則適用關於委任之規定。如因為委託人為交易而有費用之支出時，應視其費用之性質如何，若係寄存費或運送費，於有約定或習慣時，固得向委託人請求。反是，未約定并無習慣時，於解釋上，以認其不得請求為當。蓋通常可解為包含於報酬中也。至於其他費用，如為必要費，當然適用委任規定而請求。如非必要費，則以為委託人之利益而支出者為限，得請求償還，并自支出時起之法定利息。但所謂為委託人之利益而支出，非以委託人因其支出而實際受益為必要，按支出當時之情形，可認為係圖利於委託人者斯可矣。（民五八二條五七七條）

第二 買賣物處分權。

行紀人直接於交易相對人取得因交易而生之權利，并負其義務。然交易係爲委託人而爲者，所有損益，均應歸屬委託人，故其權利義務，除有特別意思表示外，均不可不依債權讓與或債務承擔之規定，而向委託人移轉。如於物之委託買入，行紀人從委託人皆示所買之物，向委託人爲移轉時，委託人不得拒絕受領。倘或拒絕受領，法律爲保護行紀人，并迅速終結委託關係，而認行紀人有下述權利：(1)定相當期限催告委託人受領，是曰行紀人之催告權。(2)經過催告期限委託人仍不受領者，行紀人得拍賣其物，而提存其拍賣所得之價金。如因委託關係對委託人取得債權者，并得自拍賣價金中取償，僅提存餘額，以免其義務。(3)如爲易於敗壞之物，行紀人得不經催告，而逕行拍賣。是爲行紀人對買入物之處分權，乃我民法第五八五條所明定。依日商法三一八條，不僅委託人拒絕受領時行紀人得拍賣其物，即於不能受領時亦同。我民法對於不能受領，既無明文，解釋上行紀人僅得從一般規定，依提存而免責。(民三二六條以下)如欲拍賣，自不可不具備三三一條之要件。於此情形，倘逕認行紀人亦有五八五條規定之適用，不無速斷之譏。

以上乃就委託買入言之，如於委託賣出，而有不能賣出或經委託人撤回委託者，行紀人就其出賣之物，無久爲保管之義務，故委託人應於相當期間內取回或處分其物，怠於取回或處分時，行紀人亦

有上述催告并處分之權。(民五八六條)

第四款 行紀人之介入

行紀人受物品買賣之委託時，應以自己名義，爲委託人計算，而將其物出賣第三人，或向第三人爲買入。但於法定條件下，得自爲買受人或出賣人，學者以行紀人之介入 (Selbstkauftritt) 或自約 (Selbstkaufahrung) 稱之。此種介入，起源於商習慣，德舊商法始明認之，匈、意、瑞、日、等國從而做倣。規定最完善者，當推德新商法。(四零零條至四零五條)我民法亦對之設有明文，茲就其性質要件及效力等分述之。

第一 介入之性質。

行紀人之介入，其法律上性質如何？學說紛歧。舉其著者：(1)行紀人依委託，於委託人之計算，與自己締結買賣契約。然以自己之名義，與自己爲交易，殊非法律所認，故此說不當。(2)行紀人爲委託人之代理人，而與自己締結買賣契約。此說與雙方代理之禁止規定牴觸，(民二零六條)故亦不當。(3)行紀人依委託，負擔爲委託人與第三人締結契約，及自己立於相對人地位之選擇債務。然行紀人與第三人交易，乃其常態，不過有得以介入之權利而已，故非選擇債務。(4)行紀人依委託，負擔任意債務。然行紀人之介入，非以一給付以代他給付，乃創設新法律關係，故與任意債務之觀念異。(5)委託

契約同時含有對行紀人之買賣契約。然行紀人之介入，以不反於委託人之意思爲限，不問其意思如何，皆得爲之，故不能從此擬制的說明。(6)行紀人與委託人間，有附解條件之委託契約，及附停止條件之買賣契約，介入即其條件。然此說不僅反於當事人之意思，且認委託關係因行紀人之介入而完全消滅，亦反於我民法五八七條二項之規定。(7)行紀人乃依法律之規定而有介入權，因其行使，於法律上當然立於買受人或出賣人地位，不問委託人之意思如何，故非因介入而成立純然之買賣契約，僅有買賣規定之適用而已，此項介入權，既依行紀人之單獨行爲而有創設一定法律關係之作用，故有形成權之性質。解釋我民法，以從此說爲當。

第二 介入之要件。

行紀人爲介入之必要條件有三：

(甲)受託出賣或買入之標的物，須係貨幣、股票、或其他市場定有市價之物。易言之，即其物須有市場價格。法律之所以限定此種物體，蓋爲便於買賣價金之訂定也。但其市價，應以依委託人指示而爲出賣爲買入時市場之市價爲標準。

(乙)須無反對之約定。所以遵重委託人之意思也。

(丙)尙未與第三人成立交易。否則不得介入，以免害及第三人之利益。

具備上述三要件，行紀人得行使介入權。（民五八七條一項）此外別無要件。故其介入行爲，雖附加條件或期限，又因介入而爲出賣人時，其物非自己所有，均屬無妨。

第三 介入之效力。

行紀人因介入而自立於買受人或出賣人之地位，故與委託人間，應有買賣規定之適用。但介入亦不失爲履行受託義務之一方法，故一面介入，一面仍有第五八二條之報酬及費用請求權。我民法爲免爭議，特從日商法之例，明定此旨。（民五八七條二項日商二一七條二項）德瑞二法之規定方法雖異，但認行紀人之介入係委託之履行則同。

第四 視爲介入之情形。

行紀人於具備上述法定要件時，得爲介入。但因介入係其權利，故有待於行使之意思表示。然我民法，對於特定情形，從瑞士之例，有直接視爲介入關係之成立，而不待行紀人之意思表示者。即於具備上述介入之一般要件時，行紀人僅將訂立契約之情事通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知者，視爲自己負擔該方當事人之義務。（民五八八條瑞債四三七條）此種規定，原爲保護委託人之利益而設，學者或稱曰介入義務（Selbsteingriffspflicht）但依余見，乃因行紀人究竟有無介入權之行使無明確之意思，故不問其真實之情形如何，法律直接視爲生介入之效果，非於此情形使行紀人負變爲

介入之義務，如以介入義務稱之，未爲當也。

第十四節 寄託

第一款 寄託之意義及性質

關於寄託 (Verwahrung, depositum, dépôt) 規定之法律上之地位，其例不一：(1)除民法規定外，商法上更定商事寄託之通則者，如葡、西、商法，及日舊商法是。(2)商法上僅就一般商人，及以客之來集爲目的之營業主人之責任，設例外規定者，如日新商法是。(3)寄託之通則，及特種場所主人之特別責任，均定於民法者，如法國民法、瑞士債務法是。(法民一九一五條至一九五四條德民六八八條至七零四條瑞債四七二條至四八一條又四八七條至四九一條)我民法乃從最後之例。

『稱寄託者，謂當事人一方，以物交付他方，他方允爲保管之契約。』此我民法第五八九條一項，對於寄託所設定義的規定。所謂當事人一方，即寄託人。所謂他方，即受寄人。茲分論之：

第一 寄託者，以物之保管爲目的之契約也。

寄託之爲契約，已如法文所示。其目的。在於物之保管，更分論之：

(甲)寄託之標的物，以有體物爲限。寄託之標的物，簡稱寄託物。多數立法，沿襲羅馬法之

例，明定爲僅就動產得成立寄託。（法民一九一八條德民六八八條瑞債四七二條）我民法則與日民法（六五七條）同，泛稱曰「物，」別無限制，故不動產亦得爲寄託物，但應以有體物爲限。至其所有權是否屬於寄託人？則非所問，縱係受寄人之所有物亦可。

（乙）寄託以物之保管爲目的。契約之目的，專在物之保管者爲寄託，固無疑義。然同時兼有其他目的者，依通說，應視其主要目的是否存於保管以決之。從純理論，如保管與其他事項同爲契約之目的時，乃屬混合契約。僅以保管爲主要目的時，應儘先類推適用寄託之規定。反是，他種典型契約之內容，當然包含保管義務者，則僅認該典型契約存在，而非與寄託之混合。至如以保管爲內容，而附帶許可物之使用者，則係受寄人附隨於保管義務，而有使用或使第三人使用寄託物之權利，乃我民法第五九一條所明認，故仍不失爲寄託契約。

保管 (Custodia, Aufbewahrung) 二者，寄託物歸自己持有而維持其原狀之謂。非僅供給存置其物之處所，且不以處所之供給爲必要。又在一般寄託，因受寄人負有不損害原狀而返還寄託物之義務，故於保管如有超過維持原狀之積極行爲，不得爲之，因而物之利用改良，即非保管之內容。

第二 寄託者，寄託人以物交付受寄人，受寄人允爲保管之契約也。

（甲）寄託人以物交付受寄人，寄託以物之交付爲成立要件，蓋非交付不能使受寄人負保管及

返還義務，此乃羅馬法以來多數立法所持之理由，而認寄託爲要物契約。我民法亦同。但無庸依一定方式，故非要式契約。至於物之交付，不以現實爲必要，且不必由寄託人直接爲之，要在使受寄人取得持有爲足。僅於消費寄託，更以所有權之移轉爲必要。

寄託雖屬要物契約，而當事人締結諾成之寄託預約者，依契約自由之原則，自能有效。但爲預約之履行，而成立寄託契約時，仍應踐行物的要件，則無所異。

(乙)受寄人允爲保管。寄託既係以物之保管爲目的之契約，故須受寄人有允爲保管寄託物之意思表示。蓋不問債務人之意思，逕使負義務，除基於法律之直接規定外，不認許之。故於寄託，必先有保管之合意，次有物之交付。即須意思要素與物的要素，二者兼備，倘缺一，即不成立。

第三 寄託者，以無償爲原則之契約也。

法民法明認寄託以無償爲要素，(一九一七條)乃繼受羅馬法先例。德普通法亦然。德民法僅以無償爲原則，日民法及瑞士債務法從之。我民法所第五八九條二項明定曰：「受寄人除契約另有訂定，或依情形非受報酬即不爲保管者外，不得請求報酬。」蓋從德瑞之例。(德民六八九條瑞債四七二條二項)原則上爲無償契約，僅受寄人一方負有保管義務，寄託人毫無義務可指，故又屬單務契約。惟當事人有給付報酬之特約，或雖無特約，而有非受報酬即不爲保管之情形(視爲有給付報酬之暗默的

合意)時，則爲例外，而成立有償且雙務之寄託契約。

第二款 寄託之效力

第一項 受寄人之義務

第一 保管義務。

受寄人之主要義務，乃保管寄託物之債務，是爲寄託契約之意思效力。保管之意義，已如前述。茲就其他各要點言之：

(甲)注意程度。受寄人保管寄託物，因其契約之爲無償或有償，而異其注意程度。於無償寄託，以與處理自己事務同一之注意爲足。(法民一九二九條德民六九零條日民六五九條)於有償寄託，則須依善良管理人之注意。(民五九零條)是與受任人之注意義務同，(民五三五條)應參照其說明。

(乙)自爲保管。寄託與委任同。寄託人因信任受寄人其人，而委以物之保管，故「受寄人應自己保管寄託物，」是爲原則。「但經寄託人之同意，或另有習慣，或有不得已之事由者，得使第三人代爲保管，」是爲例外。(民五九二條)故得不自爲保管之情形有三：(1)經寄託人同意。此與德民六九一條所稱「許其寄託於第三人，」日民法第六五八條所稱「寄託人之承諾」同。(2)另有習慣

。蓋我民法，不問民商事，均有其適用，故從商事重習慣之旨，而認此事由，乃德日民法之所無。但以無反對特約爲限，始有習慣之適用。(3)有不得已之事由。即依其情形，非使第三人代爲保管不可，否則有違寄託之目的。但解釋上，并應以不及求得寄託人同意者爲限。受寄人於無此等任何情事之一，擅使第三人代爲保管，即屬義務違反，其責任如何？德日民法均無明文，我民法五六九條一項明定爲：「對於寄託物因此所受之損害，應負賠償責任。但能證明縱不使第三人代爲保管仍不免發生損害者，不在此限。」蓋因第三人之保管，與標的物之損害，有因果關係，故凡就標的物之本身而生之損害，不問受寄人與第三人有無過失，受寄人對寄託人均有賠償責任。反是，無因果關係時，則不負責。此本條但書之情形，法律所以明定爲不受本文規定之適用。有此情形時，受寄人自得據以主張免責。既爲有利於己之主張，故須負證明責任。此就違反上述規定而使第三人代爲保管者言之，反是，有上述三種情形之一時，即得合法使第三人代爲保管，其效果與受任人有權委託第三人代爲處理委託事務同。(民五三八條二項)故受寄人僅就第三人之選任，及其對於第三人所爲之指示，負其責任。(民五九三條一項德民六九一條日民六五八條二項)至於寄託人與該第三人間，依日民法之解釋，生直接關係。我民法既無如五三九條之明文，自應從消極論定。故第三人，僅對受任人負契約上義務。

(丙)保管方法。保管方法未約定時，受寄人須從物之性質，應其注意程度，而選擇適當方法保管之。經約定者，則須從其所約，任意變更之時，應負債務不履行責任。但無絕對性質，如有急迫情事，并可推定寄託人若知有此情事亦允許變更其約定方法時，受寄人爲顧全寄託人之利益，得爲臨機之處置，而變更約定保管方法，此依我民法第五九四條之反面解釋，可以見之。是與德民法第六九二條之法意相同，至於保管處所，我民法雖無明文，但依第六零零條二項之法意，亦應從此論定。

(丁)物之使用。「受寄人非經寄託人之同意，不得自己使用，或使第三人使用寄託物。」(民五九一條一項瑞債四七四條一項日民六五八條一項)故原則上，保管義務不附以使用權，受寄人未經寄託人事先或事後之同意，而擅自使用寄託物，或使第三人爲事實上或法律上之使用者，寄託人均得對受寄人爲下列請求：(1)對於使用給付相當報償，(2)如有損害並其賠償。但以損害與使用有因果關係爲限，故受寄人能證明縱不使用仍不免發生損害者，則不負賠償之責。(民五九一條二項瑞債四七四條二項)至經寄託人同意而自己使用時，應解爲負有適度使用之義務。如使第三人使用時，該第三人與寄託人，不生直接關係，仍由受寄人對寄託人負責。又於寄託之始，即約爲得使用，或依其物之性質，非使用即不能達保管之目的者，則可不經同意而使用之。惟未約明時，以自己

使用爲限。

第二 返還義務。

(甲)返還義務之性質。寄託終了，受託人有返還寄託物之義務。其義務以契約爲基礎，僅對寄託人負之。故第三人雖有權利主張，不問其所主張之權利性質如何，除已對受寄人起訴或扣押其物外，不及影響於對寄託人之契約上返還義務。(民六零四條一項瑞債四七九條一項)但寄託係爲第三人而爲者，則該第三人有直接返還請求權。(民二六九條一項)

返還義務，雖係契約上債務，但不能因以否認寄託物所有人之物上請求權。故如寄託人與所有人爲同一人時，應認契約上返還請求權與物上返還請求權并存。非同一人時，則受寄人得以寄託關係之存在爲抗辯，拒絕所有人之返還請求。

(乙)同時履行抗辯之援用。於有償寄託，報酬乃保管之對價，故與返還義務無雙務關係。然保管與返還，有不可分離之關係，故寄託人不履行報酬義務時，受寄人得拒絕返還。

(丙)返還之標的物。受寄人有返還寄託物本體之義務，是爲一般寄託與消費寄託之所異。不能返還時，即爲給付不能，而應分別適用我民法二二五條二二六條之規定，或免其返還，或賠償損害。反是，寄託物於返還時較當初之狀態有所增益者，自應儘此現狀而返還。由寄託物分離之孳息

，依我民法，亦應隨同寄託物一併返還。(民五九九條)蓋寄託人對寄託物本無權利，故亦無收取其孳息之權，是仍不外總則編第七零條規定之一適用。惟從反面觀之，受寄人附隨保管義務，又有為寄託人收取孳息之義務焉。

(丁)返還期。返還寄託物之時期，應依契約定之。但我民法，對之設有特則。

(一)未定返還期限者。返還寄託物之期限，既未約定，依我民法三一五條之一般規定，寄託人得隨時請求返還，受寄人亦得隨時為返還。然因寄託主在為寄託人之利益由受寄人保管寄託物，法律恐滋疑慮，故於五九八條一項特明定為：『未定返還期限者，受寄人得隨時返還寄託物。』倘若無此規定，則寄託人不免以寄託物返還，與其他債務清償，異其性質，而拒絕之。(瑞債四七五條二項日民六六三條一項)

(二)定有返還期限者。返還寄託物之期限，既有約定，如從一般通則，債權人不得於期前請求清償，債務人得於期前為清償，殊背於寄託之目的，故我民法特設反對規定：即(1)雖有約定期限，而寄託人仍得隨時請求返還寄託物。(民五九七條)(2)受寄人則非有不得已之理由，不得於期前為返還。(民五九八條二項日民六六三條二項瑞債四五五條一項)是為三一六條規定之例外。所謂不得已之理由，指因其事由而不能繼續保管或保管困難言。但其事由之發生，可歸責於受寄

人者，仍應負保管債務不履行之責任。

(戊)返還地。寄託物之返還地，有特約者，從其特約，無特約時，依我民法之補充規定：「於該物應為保管之地行之。」(民六零零條一項德民六九七條日民六六四條本文瑞債四七七條)所謂「應為保管之地」與德日規定同，似較瑞士債務法所稱「為保管之場所」意義稍狹，應解為就保管處所有約定而未定返還處所時，始有其適用。即以依約應為保管之地，為返還地，此原則也。但受寄人依第五九二條或五九四條之規定，將寄託物轉置他處者，則已離其應為保管之地，為便利計，許就物之現在地而為返還，(民六零零條二項日民六六四條瑞債四七七條)是為例外，至若返還地並保管地均未約定時，則應從一般原則，以訂約時其物所在地為返還地。(民三一四條一款)

第三 危險通知之義務。

受寄人除依當事人之效果意思負有上述保管及返還之本然義務外，尚有法定之附隨義務，即第三人就寄託物主張權利，而對受寄人提起訴訟，或扣押寄託物時，受寄人應即通知寄託人。(民六零四條二項瑞債四七九條二項日民六六零條)是曰受寄人之危險通知義務。此項義務，應於知其事由時無遲延而迅速履行，以免延誤寄託人參加訴訟或聲明異議之時機。反是，怠於通知，或通知遲延，致寄託人受損害者，受寄人應負債務不履行之賠償責任，至若第三人非依訴訟或扣押方法而主張權利，

乃依自力而侵害受寄人之寄託物持有或占有時，受寄人對加害人，有排除侵害權。（民九六零條至九六二條）就其對寄託人之關係上言，又實負有排除第三人侵害之義務，乃基於保管當然發生之附隨義務，不待明文規定也。

第二項 寄託人之義務

寄託人之義務，有爲一般寄託所共通者，有僅於有償寄託始發生者。後者即支付報酬之義務是也。

第一 一般義務。

不問寄託之有償無償，皆能發生之義務有二：一曰償還費用之義務，他曰賠償損害之義務。此等義務，依法律規定而生，非寄託之本然效力，故與受寄人之保管及返還義務無對償性質。

（甲）償還費用之義務。『受寄人因保管寄託物而支出之必要費用，寄託人應償還之。』蓋既爲保管所必要，則係爲寄託人而支出，故有求償權。『但契約另有訂定者，依其訂定，』而不受本項之拘束也。（民五九五條瑞債四七三條一項德民六九三條日民六六五條）至因保管而負擔必要債務者，雖無如委任之明文，解釋上亦得請求寄託人代爲清償，此之所謂必要，以受寄人保管當時認爲必要者爲足，不問寄託人是否因此受益。反是，並非必要，而有利於寄託人者，則得依不當得利之規

定主張之。

(乙)賠償損害之義務。「受寄人因寄託物之性質或瑕疵所受之損害，寄託人應負賠償責任。此原則也。」但寄託人於寄託時，非因過失而不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵，或為受寄人所已知者，不在此限。』是為例外。(民五九六條日民六六一條德民六九四條瑞債四七三條二項)故受寄人能證明其損害與寄託物之性質或瑕疵有因果關係時，即得請求賠償，不必證明寄託人有過失。但此項責任，亦非如法法系民法，認純然之結果責任，(法民一九四七條奧民九六七條則採普通過失責任我民法與德瑞日同)如寄託人能證明寄託當時不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵，并非因過失而不知者，即能免責。又雖不能證明自己係善意，而能證明受寄人於損害發生前知情者，亦不負責任。至寄託人之此項責任，既以寄託時之過失為基礎，故係以契約締結之過失(Culpa in contrahendo)為責任之理由，與德民法同。然締約時雖不知，其後知之而不向受寄人告知者，解釋上仍不能免責。惟受寄人，須反證其事實。

第二 特別義務。

寄託以無償為原則，僅約有報酬，或依其情形非受報酬即不為保管時，寄託人始負給付報酬義務。(民五八九條二項)故此義務，有特殊性質。關於報酬之種類數額，應從約定。未約定時，依習慣。

并非習慣時，應解爲依公平觀念定之。此外我民法尙有特則：(1)寄託約定報酬者，應於寄託關係終止時給付之。此不問明示之約定，或依其情形視爲有給付報酬之暗示的合意，均有其適用。但分期定報酬者，則應於每期屆滿時給付，較合當事人之意思。(民六〇一條一項德民六九九條一項)此乃報酬之法定給付期，蓋報酬雖與保管有對價性質，而事實上，不能適用同時履行之原則也。(2)寄託物之保管，因非可歸責於受寄人之事由而終止者，除契約另有訂定外，受寄人得就其已爲保管之部分，請求報酬。(民六零一條二項德民六九九條二項)此項規定，雖依五九八條二項所稱不得已之事由，由受寄人方面終止契約時，祇須其事由發生之原因非可歸責於受寄人者，亦適用之。

第三項 特別消滅時效

「關於寄託契約之報酬請求權，費用償還請求權，或損害賠償請求權，自寄託關係終止時起，一年間不行使而消滅。」此就一般寄託契約上請求權所定之特別消滅時效。(民六零五條)所謂報酬請求權及費用償還請求權，皆屬於受寄人一方之權利。至於損害賠償請求權，則包括雙方而言。故如寄託人依第五九一條二項、五九三條規定，以及受寄人不履行債務時，所生之損害賠償請求權；與受寄人依第五九六條規定所生之損害賠償請求權；均有本條之適用。

第三款 寄託之終了

寄託除依一般債權契約之消滅原因而終了外，從其性質或法律之特別規定，并因左列事由而終了。

第一 寄託物返還期限到來。

第二 寄託物滅失。

第三 寄託人中途請求返還寄託物。(民五九七條)

第四 受寄人中途返還寄託物。(民五九八條)

上述而外，當事人一方死亡、破產、或喪失行為能力時，於寄託既無如關於委任之五五零條規定解釋上自不得認其契約當然終了，僅得依五九七條或五九八條規定而終止之。

第四款 消費寄託

第一 消費寄託之意義。

消費寄託 (Depositum irregulare, dép. t. irrégulier, Hint. rlegungsartlehen) 者，約為寄託物之所有權移轉於受寄人，並由受寄人以種類品質數量相同之物返還之代替物寄託也。(民六零二條前段德民七零零條一項瑞債四八一條日民六六六條前段) 學者或以不規則寄託稱之。瑞士債務法，則逕稱曰代替物寄託。其法律上性質，有解為消費借貸者，有解為混合契約者。我民法既明定於寄託節中，其

爲特種寄託契約，毫無疑義。茲舉其特質如次：

(甲)寄託物須係代替物。消費寄託之標的物，須係代替物。我民法與德瑞同，依法文明示之。日民法雖未明示，但依其性質，應以代替物爲限，殆無異議。此點與消費借貸同，而與一般寄託異。所謂代替物，如金錢及其他社會觀念上不重視個性之有體物皆屬之。故就金錢或其他代替物，均能成立消費寄託。反是，非代替物，既不能供受寄人之消費，自不能成立消費寄託。

(乙)須約爲移轉代替物之所有權，而返還種類品質數量相同之物。消費寄託之成立，以「當事人約明寄託物之所有權移轉於受寄人，并由受寄人以種類品質數量相同之物返還」爲要件。反是，雖以代替物爲標的物，而無此項約定，即僅有依一般寄託使受寄人保管其物之目的，而無於保管外并供受寄人消費之意思，自非消費寄託。故通常之代替物寄託，必須有此約定，始能成立消費寄託。因而不僅爲寄託物占有之移轉，且移轉其所有權。返還時，不必返還原物，而以返還與原物同其種類品質數量之物爲足。至受寄人有無消費之事實，返還之標的物是否果與原物異體，概非所問。惟在金錢之寄託，則不以當事人有移轉所有權并返還同等物之約定爲必要，祇須寄託物係金錢，依法律之規定，逕推定其有消費寄託之成立，受寄人以返還同一數額之金錢爲足，而無返還原物之義務。(民六零三條一項)蓋當事人通常即無必須返還原物之意思也。但此乃法律上之推定效果，如

寄託人能反證其推定不實，而有受原物返還之意思者，自不受推定之拘束。例如寄託物雖係金錢，而由寄託人封固後交付受寄人，并未表示無須返還原物者，即所謂封金之寄託，是仍屬一般寄託，而不得推定其為消費寄託。關於此點，瑞士債務法明定曰：默示的消費寄託之合意，以於未封固而交存之金錢為限，推定其存在。（瑞債四八一條二項）我民法雖無明文，亦應同此論定。

第二 消費寄託之效力。

消費寄託，於我民法，乃特種寄託，而與消費借貸異其性質。當事人之意思，非以金錢或其他代替物之消費為目的，仍以保管為目的。惟非如一般寄託，就原物而保管，乃保管其價格，故寄託物交付受寄人後，其所有權隨之而移轉，受寄人得自由消費之於寄託終了，不必返還原物，僅返還與原物同其種類品質數量之物。此種返還義務之內容，與消費借貸無異，故自受寄人受領寄託物時起，不依一般寄託之規定，而適用消費借貸之規定。（民六零二條）惟在金錢寄託，推定為消費寄託時，我民法對之更設有左列特別：

（甲）寄託物為金錢，推定受寄人無返還原物之義務，僅須返還同一數額，當受寄人返還同一數額時，寄託物之利益及危險，於該物交付時，移轉於受寄人。（民六零三條二項瑞債四八一條一項）蓋於此時，係屬推定，而非約定，則其利益及危險，應自何時移轉，有明定之必要。就常理推測，

寄託物之所有權，至遲於交付其物時隨同移轉，故定為自其時起，寄託物所生之利益，歸受寄人享有，危險歸受寄人負擔。

(乙)金錢消費寄託，如寄託物之返還定有期限者，寄託人非有不得已之事由，不得於期限屆滿前請求返還。(民六零三條三項)蓋於此情形，不僅寄託人有契約上利益，即受寄人亦有之，為便於受寄人安心消費，故對五九七條規定，認此例外。

上述我民法六零三條第二第三兩項規定，既明指同條第一項言，其適用範圍，當僅以同條一項之情形為限，至依六零二條而成立之消費寄託，自不適用之。

第三 消費寄託與混藏寄託之區別。

於學理上，有所謂混藏寄託(Samme Depot)即為數人保管同種同等之數代替物，而以其中任何一物返還於任何一人均可。此種寄託，受寄人不取得寄託物所有權，故不得消費之。且不自擔寄託物之危險，故與消費寄託異，除就返還標的物一點不能適用一般寄託之規定外，其餘均與一般寄託同。

第五款 特種場所主人之保管義務

本款所稱特種場所主人，專指民法第六零六條以下規定之旅店、及其他以供客人住宿為目的之場所主人、飲食店主人、浴室主人而言。此等場所，皆多數客人羣集之處，故對客人之物，有認場所主

人負特別保管義務之必要。自羅馬法以來，各國民法，大都設有明文。但亦不無定於商法中者，如日本是。我民法依瑞士之例，於寄託節中，設有特別規定。德民法則次於寄託，而獨立一節。

第一對於非貴重物品之保管義務。

(甲)「旅店或其他以供客人住宿爲目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損喪失，應負責任。其毀損喪失，縱由第三人所致者亦同。」(民六零六條一項)(1)本項責任，僅旅店，或其他以供客人住宿爲目的之場所主人應負擔之。所謂住宿，不問久暫，無論過往停泊，或有常居之意思，均包含之。(2)本項責任之負擔，不必曾受客人之委託保管，故非契約上義務，乃法定保管義務之一。所謂客人，即投宿之顧客。(3)本項責任之標的物，爲客人所攜帶之物品。所謂物品，雖未加以限制，但對貴重物品，別有規定，故本項所稱物品，當指第六零八條一項所稱貴重物品以外之一切物品，祇須攜入各該場所即可。(4)本項責任之負擔，須就上述物品生毀損或喪失之事實。然此事實之發生，縱基於第三人之行爲，且不問主人於有過失否，主人均應負責。故爲賠償請求者，以證明有此事實爲足。

(乙)「飲食店浴室之主人，對於客人所攜帶通常物品之毀損喪失，負其責任。」(民六零七條本文)(1)本條責任，僅飲食店浴室之主人應負擔之。所謂飲食店，以售賣物品於客人，并招待其就

地飲食者爲限。如僅製造或販賣供人飲食之物品，并不招待其就地飲食者，不包含之。(2)本條責任之負擔，與前條同，亦不必曾受客人之委託保管，故亦法定保管義務之一。所謂客人，即上述就地飲食或入浴之顧客。(3)本條責任之標的物，與前條不同，而以客人所攜帶之通常物品爲限。如非常物品，則非經委託保管，主人不負其責。至於貴重物品，因有次條之明定，更不待論。(4)本項責任之負擔，亦須就上述物品生毀損或喪失之事實，客人能證明其事實，即得請求賠償。然單純基於第三人之行爲所致，既無如前條一項後段之明文，解釋上主人自不負責。但主人據此抗辯時，應證明第三人之行爲與損害有因果關係。

(丙)上述兩項法定賠償責任，固不問主人有無過失，均應負擔。但亦非絕對如此，故其毀損喪失係基於下列情事之一時，主人不負責任。即(1)因不可抗力(2)因其物之性質。(3)因客人自己，或其伴侶，隨從，或來賓之故意或過失行爲。(民六零六條二項、六零七條但書)

第二 對於貴重物品之保管義務。

客人之金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品，無論旅店、及其他以供客人住宿爲目的之場所主人、或飲食店、浴堂主人、對之均不負上述法定保管義務。蓋因此種物品，雖由客人攜來，主人亦不易窺知，非如其他物品，外形上容易得見，倘使主人負同等責任，自非所宜，故必經客人報明其性

質及數量交付主人代爲保管後，有毀損喪失之情事時，主人始負賠償責任。此之所謂報明交付保管，即於主人與客人間有寄託契約之成立，故主人之保管義務，乃依契約而生，非依法律之直接規定而生，是與前二條異。惟(1)其負責之標準，仍與前二條同，故應分別適用六零六條一項後段及同條二項，或六零七條但書之規定。(2)主人之此項義務，雖依契約而生，但主人無正當理由時，不得拒絕爲客人保管，是對於意思自由所加之限制。(3)主人無正當理由拒絕保管時，寄託契約雖不成立，而對其物之毀損喪失，仍應負前二條之責任。(4)雖未報明交付保管，亦無主人無故拒絕保管之情事，而其物毀損喪失者，依上述原則，主人本不應負責，惟其毀損喪失，係基我主人或其受僱人之故意過失所致者，則主人仍應負賠償責任。(民六零八條)

第三 限制或免除責任之特約。

上述第六零六條至六零八條之規定，有強行性質，不容各該場所主人依一方之意思表示而圖減免。故我民法第六零九條特明定曰：「以揭示限制或免除前三條所定主人之責任者，其揭示無效。」此乃就主人依文書公然而爲減免上述責任之一方的意思表示言之，如非公然以文書爲之，僅於客人入場時口頭聲明者，其不能有效，更勿待論。且因上述三條規定，有關公益，縱令主客之間預先成立責任減免之合意，亦應解爲無效。但於責任事實發生後，客人不爲賠償請求權之行使，或僅行使其一部，

則屬客人之自由。

第四 客人之通知義務。

客人之物品生毀損喪失之事故，而有上述第六零六條至六零八條之損害賠償請求權者，應於知其事故時，無延遲通知主人。倘若怠於通知，即喪失其請求權。（民六一零條）

第五 特別消滅時效。

客人因物之毀損喪失受有損害，依法通知主人者，雖有損害賠償請求權，然亦不能長久存續。故我民法，別於一般請求權之消滅時效，而定其特別消滅時效。即「依第六零六條至六零八條之規定所生之損害賠償請求權，自發見喪失或毀損之時起，六個月間不行使而消滅。自客人離去場所後，經過六個月者亦同。」（民六一一條）本條規定，非僅對一般請求權時效有特別短期時效之性質，即對第六零五條規定，亦為例外。

第六 主人之留置權

「主人就住宿飲食或墊款所生之債權，於未受清償前，對於客人所攜帶之行李及其他物品有留置權。」（民六一二條）本條規定，乃從瑞士債務法（四九一條）之例。德民法認旅店主人有法定質權，（德民七零四條）本條則認法定留置權之成立。其行使自應適用物權編九二八條以下各規定。惟須注意

者；(1)所謂主人，包含第六零六條六零七條所定各場之主人。但列舉各債權中，并無因入浴所生之債權，而浴費又不能解爲墊款，考其性質，與因住宿飲食而生者并無差異，自無單獨除外之理由，似屬規定遺漏。(2)所謂未受清償，當然指已屆清償期而未清償言。通常恒在客人離去場所之當時。

第十五節 倉庫

第一款 總說

於歐洲倉庫營業 (Lagergeschäft)，起源上古。降及中世，因國際貿易發達，其經濟上效用，更形確著。初行於英國，次傳播於荷、德。然法制上，設較詳規定者甚少。其規定之地位，亦不一致。大別之可得左列三種：

- 第一 規定於特別法者，如法、比、英、奧等多數國是。
- 第二 規定於商法者，如德新商法、及匈、意、日等國商法是。
- 第三 瑞士規定於債務法寄託契約章中。(瑞債四八二條至四八六條)我民法從之，惟次於寄託，而獨立一節。然倉庫契約，不外特種寄託之一，故除有特別規定外，準用關於寄託之規定，(民六一四條)是與瑞士無異。

第二款 倉庫營業人之意義

「倉庫營業人者，謂以受報酬而爲他人堆藏及保管物品爲營業之人。」此我民法第六一三條，對於倉庫營業人 (Lagerhalter, Warehouseman) 所設定義的規定。分釋如次：

第一 倉庫營業人者，爲他人堆藏及保管物品之人也。

(甲) 倉庫營業人，既「爲他人」堆藏及保管物品，其與他人間，必有寄託關係，而爲特種寄託之一，學者以倉庫契約 (Lagervertrag) 稱之。

(乙) 倉庫契約，以物之堆藏及保管爲內容。(1) 堆藏云者，由倉庫營業人供給場所容納寄託物之謂。其場所，即倉庫 (Lagerhaus, Warehouse, magasins généraux, docks)，而不以建築物爲限，凡足供堆藏用之工作物皆可，且不問是否倉庫營業人自己所有。(2) 倉庫契約與一般寄託不同，於一般寄託，受寄人僅負保管義務，而不負供給場所之義務，倉庫營業人，則有堆藏及保管之義務，故須供給場所。但係爲達保管之主要目的而供給，反是，專以倉庫一部或全部以供給爲目的者，則非倉庫契約。(3) 倉庫營業人之保管義務，與一般受寄人同，而與消費寄託之受寄人異，僅受物之交付(要物契約) 而保管，不取得其所有權。反是，約爲移轉所有權而負返還同等物之義務者，學者稱曰數量倉庫寄託 (Summenlagergeschäft)，雖以此爲業，亦非本法所謂倉庫營業人。

(丙) 一般寄託不以動產爲限，但在倉庫寄託，法文明定爲「物品」，且須「堆藏保管之」，故性質上，應限於有體動產。但動物及貴重物品，能否爲倉庫契約之標的物？向有爭論。余從積極說。

第二 倉庫營業人者，以受報酬而爲他人堆藏及保管物品爲營業之人也。

倉庫營業人，乃以爲他人堆藏及保管物品爲營業，故(1)暫時供給場所爲他人保管物品，而無營利之目的者，則非倉庫營業人。但倉庫營業人，以他種營業爲其副業；或他種營業人，以倉庫營業爲其副業；均無不可。(2)倉庫營業人既以營利爲目的，其爲他堆存及保管物品，自不可不受報酬。故倉庫契約以有償爲要件，而與一般寄託以無償爲原則者不同。反是，雖由倉庫營業人約爲他人無償保管寄託物，亦僅成立一般無償寄託契約。至於報酬之種類數量等，應從其約定，並有六零一條規定之適用。(3)關於倉庫營業，法、奧、探免許主義；荷、意、探法定要件主義；德、瑞、探自由主義；但倉庫證券之發行，須經核準。我國與日本同，採自由主義，並無如德、瑞之限制。

第三款 倉單

倉庫契約係寄託之一種，故爲要物契約。其成立，須依物之交付，但不必作成書據，故非要式契約。然寄託人得請求倉庫營業人就寄託物發行證券，日本稱曰倉庫證券 (Lagerschein, warrant, dook warrant)，我民法稱曰倉庫。

第一 立法主義。

關於倉單之立法主義，可從兩方面觀察。從發行權方面言之，有限制主義與自由主義。我國採自

由主義，已如前述。從券數方面言之，有複券主義 (Zweischainsystem) 與單券主義 (Einschainsystem) 對立。前者須發行倉單二聯，一曰存貨倉單 (Récépis, cédule, fede di deposito, Lagerbesitzschein)，以供寄託物讓與之用；他曰質貨倉單 (Warrant, ou bulletin de gage, warrant, nota di legno, Pfandschein)，以供寄託物出質之用。法、比、意、奧、匈、葡諸國採之。德、荷、瑞士、則採單券主義，僅發行存貨倉單。英國雖須發行兩券，但非純然之複券主義，學者以附條件複券主義 (Bedingtes Zweischainsystem) 稱之。日本則與俄舊商法同，採單複並行主義，當事人得任意請求發行。我商行爲草案亦然。現行民法，則改從從德、瑞之例，採單券主義。

第二 倉單之發行。

『倉庫營業人，因寄託人請求，應由倉庫簿填發倉單。』（民六一五條）依此規定，倉單因寄託人之請求而發行，不必得主管官署許可，故寄託人有此請求權，因其請求，倉庫營業人有發行義務。法文既明定應由倉庫簿填發倉單，則倉單所記載者，自須與倉庫簿之記載一致，如不一致，寄託人得拒絕收受，並請求更正，或另行填發。然不爲此請求而收受時，倉庫營業人就記載失實之倉單，應負何等責任？乃學者之所聚訟。我民法既無明文，更有研究之必要。因倉單記載失實，倉庫營業人責任之根據，學說有二：其一以倉庫營業人之過失爲根據；其二以倉單上債權屬於無因債權爲根據。依前說

，倉單債權係有因債權，倉庫營業人返還寄託物之業務，依契約而生，其範圍以當初受領之物為限，故倉單之記載縱與當初所受領者不符，而依契約未旨，倉庫營業人原無照單履行之責，惟因倉單有流通性，為保護倉單持有人之利益，倉庫營業人就記載不實有過失者，須負損害賠償責任，依後說，倉單為無因證券之一種，倉單持有人不基於任何原因關係而取得倉單上權利，縱其倉單有關於原因之記載，而無實質的效力，故倉單之記載失實，倉單發行人不可不為足以代其履行之損害賠償。二說之中、前說以過失為根據，後說以無因債權為說明，均欠允當。依余所信，倉單持有人之債權，係證券債權 (Shrei-tu-obligation) 雖以倉庫營業人與寄託人間之契約為原因，然僅原因欠缺時方為無效，倘有原因存在，證券債權即能成立，其內容及範圍不得拘守契約，而應依倉單所載，即倉單發行人有依記載而履行之責任。故因記載失實，致事實上不能履行時，不問其就記載不實有無過失；概負債務不履行之損害賠償責任，否則倉單之發行直無意義，善意第三人之利益亦不能保全矣。

第三 倉單之必要記載事項。

倉單應記載下列事項：(1)寄託人之姓名住址，(2)保管處所，(3)受寄物之種類品質數量，及其包皮之種類個數及記號，(4)倉單填發地，及填發之年月日，(5)定有保管期間者其期限，(6)保管費，(7)受寄物已付保險者其保險金額，保險期間，及保險人之名號，此皆倉單之法定記載事項，記載完畢後，并

須由倉庫營業人簽名其上，故爲要式證券。其記載有關雙方之權利義務，故不可不由倉庫營業人將同一事項記載於倉單簿之存根，以備查考。（民六一六條）

第四 倉單分填之請求。

倉單發行後，倉單持有人，不問其爲原寄託人或寄託物轉得人，均得請求倉庫營業人將寄託物分割爲數部分，并就各該部分分別填發倉單。蓋爲便於寄託物之一部讓與也。但原倉單不可不交還於倉庫營業人，否則有受權利二重行使之虞。至分割寄託物及填發新倉單，原係爲倉單持有之便利，故因此所生之費用，亦由持有人負擔。（民六一七條）

第五 倉單之流通。

寄託人因受倉單之交付，其返還寄託物之債權，乃由一般債權而變爲證券債券，爲其權利之讓與其他處分，均應移轉倉單。故出質寄託物，須將倉單交付質權人。出賣寄託物亦同，但爲慎重計，出賣倉單所載之貨物，不以交付倉單爲足，且須由貨物所有人於倉單背書，并經倉庫營業人簽名，否則不生所有權移轉之效力。（民六一八條）

第四款 倉庫契約之效力

倉庫契約係特種寄託，故其效力應準用寄託規定以決之。（民六一四條）惟我民法，依其特質，而

認倉庫營業人有左記之特殊的權利及義務：

第一 倉庫營業人之義務。

倉庫營業人之義務，除準用關於受寄人義務之規定外，并應依左列特則：

(甲)發行倉單之義務。詳如前述，茲不贅。

(乙)倉庫營業人於約定保管期間屆滿前，不得請求移去寄託物。(民六一九條一項)而不問其有無正當理由，故爲五九八條二項之例外。反是，未約定保管期間者，則自爲保管時起，經過六個月，倉庫營業人得隨時請求移去寄託物。但應於一個月前通知。(民六一九條二項)是與五九八條一項，認一般受寄人於未定返還期限之寄託，得隨時直爲寄託物之返還者不同。

(丙)倉庫營業人，因寄託人或倉單持有人之請求，應許其檢點寄託物，或摘取樣本(民六二零條)蓋便於保管之檢查，及寄託物之處分也。

第二 倉庫營業人之權利。

倉庫營業人之權利，除準用關於受寄人權利之規定外，我民法更設有第六二一條之特則：即「倉庫契約終止後，寄託人或倉單持有人拒絕或不能移去寄託物者，倉庫營業人得定相當期限，請求於期限內移去寄託物。逾期不移去者，倉庫營業人得拍賣寄託物。由拍賣代價中，扣去拍賣費用及保管費

用。并應以其餘額交付於應得之人。」是爲倉庫營業人之催告拍賣權，乃對於一般債權人受領遲延時之二三四條及二三七條原則所設之例外。至法文所稱應得之人，即指寄託人或倉單持有人而言。

第十六節 運送營業

第一款 總說

第一 關於運送之法規。

廣義之運送 (Transportgeschäft,) 包含物品運送 (Gütertransport,) 旅客運送 (Personentransport,) 及通信運送 (Nachrichtentransport) 三種。後者多由官營，故不生私法上之債。民法乃專就前二者定之。

各國立法，對於運送之規定，殊不一致。然皆分別陸上與海上，對於海上運送及陸上運送中之物品運送，規定較詳。對於陸上運送中之旅客運送，則多委諸特別法，縱有規定，亦極簡略。

我民法債編，對於因運送營業而生之債，設有規定。其規定是否僅用於陸上運送，法無明文。惟(1)海商法中對於海上運送契約設有特則，於解釋上，自應儘先適用，而有特別法規之性質。故於海上運送，海商法無規定者，始有民法規定之適用。(2)航空運送，現甚發達，於未制定特別法前，亦應適用民法之規定。

第二 運送人之意義。

『稱運送人者，謂以運送物品或旅客爲營業而受運費之人。』此我民法第六二二條對於運送人（*Rechtlicher Irrer, Aoitwrier, common carrier*）所設定義的規定。分釋如次：

（甲）運送人者，運送物品或旅客之人也。

（一）物品。本條所稱物品，指能被運送之一切有體動產。有無財產價格？是否商品？均非所問。至於書信，本係有體物，然因國家有郵務獨占權（*Postregal*），私人不得爲運送書信之營業，故性質上，縱得爲運送之標的物；而法律上不許之。

（二）旅客。本條所稱旅客（*Reisender, Voyagieur, passenger*），指爲運送標的之自然人。通常雖爲運送契約當事人一方，即所謂託運人，但亦無妨爲此外之人。

（三）運送。所謂運送，即將物品或旅客由此處移至彼處，而不問距離之遠近。關於運送之方法，亦無限制。其所用之工具，及運送動力之種類如何？均非所問。惟在物品運送，運送標的物乃置於運送人保管（*Custodia; Obhut*）之下，運送人負保管責任。故船舶曳帶契約（*Schleppad contract*）非純正之物品運送契約。

（乙）運送人者，以運送爲營業而受運費之人也。本法所稱運送人。以營運送業之人爲限。雖爲運送行爲，而不以爲營業者，僅成立一般承攬契約。運送人既以運送爲營業，故依營利之目的，

不可不受報酬，其報酬，民法上稱曰運費 (Fracht; prix de la voiture; port; freight) 由此觀之，僅擔任運送行爲，而不受報酬；或雖受報酬，而無營利之目的者；均非運送人。

第三 運送契約。

運送人爲物品或旅客之運送，乃基於運送人與託運人間之契約。其契約，以一方擔任物品或旅客之運送，他方給付運費爲內容，是曰運送契約。就其法律上性質言，屬於有償雙務且諾成之契約，毫無疑義。當事人間，雖有運送證券或其他文件之交付，但係契約成立後之效力，而非契約成立之要件，故亦非要式契約。

運送契約相當於民法上何種有名契約？乃學者所聚訟。就我民法解釋，應屬承攬之一種。蓋運送乃以工作之完成爲目的，非將物品或旅客移至約定地點，不能終其契約上債務之履行故也。（他國有委任說者如瑞債四四零條二項是亦有解爲承攬與寄託之混合者如法商法草案一零五條是）惟在海上運送，海商法既有運送契約之名稱，則其爲獨立的有名契約，而不得以承攬解之，自不待論。（海商法第四章）

運送契約之一方爲運送人，他方爲託運人 (A sender; expéditeur; con-signor) 於物品運送，託人爲運送契約之締結，以依自己名義爲足，而無妨爲他人之計算，故承攬運送人對運送人亦立於託

運人地位。運送人依契約雖僅對託運人有權利義務，然在法定情形，對受貨人 (*Empfänger; destinatar; consignataire*) 亦生法律關係。(民六四四條) 所謂受貨人，即以其名義而受物品交付之人，非必與託運人爲同一人。且其受貨，亦不以於自己之計算爲必要。至於旅客運送，託運人與旅客，亦不必一致。

第四 特別消滅時效。

「關於物品或旅客之運送，如因喪失損傷或遲延而生之賠償請求權，自運送終了或應終了之時起，二年間不行使而消滅。」(民六二三條) 本條乃就託運人、受貨人或旅客，依運送而生之損害賠償請求權，所設特別消滅時效，而與總則編一二七條二款之規定相對應。其期間，於因物品喪失毀損、或旅客傷害而生者，自運送終了時起算；於因運送遲延而生者，自依約應終了時起算之。

第二款 物品運送

第一項 運送證券

運送證券，包括託運單及提單而言。我民法從德日商法，認此二種證券前者由託運人作成，交由運送人，與運送物品同時交與受貨人，俾受貨人得辨別運送物品之正當與否。後者則由運送人作成，付交託運人，以供處分運送物品之用。茲分述之：

第一 託運單 (Frachtrief)

(甲) 託運單之填給。『託運人因運送人之請求，應填給託運單。』(民六二四條一項) 故託運單之填給，乃基於運送人之請求，非即運送契約書。通常恆於契約成立後作成之。而為關於運送之一種證據方法，并無有價證券之效力。惟其證據力，則為兩當事人，及對兩當事人，平等發生。但有反證，或預先限制其證據力者，自不在此限。

(乙) 託運單之必要記載事項。託運單應記載下列事項：(1) 託運人之姓名及住址，(2) 運送物之種類品質數量，及其包皮之種類個數及記號，(3) 目的地，(4) 受貨人之名號及住址，(5) 託運單之填給地，及填給之年月日。此皆託運單之法定記載事項，記載完畢後，并須由託運人簽名其上，故為要式證券。(民六二四條二項)

第二 提單 (Ladeschein)

(甲) 提單之填發。『運送人因託運人之請求，應填發提單。』(民六二五條一項) 故提單之填發，與託運單同，乃基於相對人之請求。但其性質，比較複雜，非僅供證據之用。其目的，在便利運送中物品之處分。

(乙) 提單之必要記載事項。提單應記載下列事項：(1) 託運人之姓名及住址，(2) 運送物之種類

品質數量，及其包皮之種類個數及記號，(3)目的地，(4)受貨人之名號及住址，(5)運費之數額，及其支付人爲託運人或爲受貨人，(6)提單之填發地，及填發之年月日，此等法定事項，記載完全後，并由運送人簽名，故亦爲要式證券。(民六二五條二項)又依上述，應記載受貨人之名號，故不得爲無記名證券之發行。

(丙)提單之性質。提單乃一種有價證券，於法律上並當然有指示證券之性質，故其讓與應以背書爲之。(民七一六條二項)然如上述，提單應記載受貨人之名號，即依記名式發行，而應爲指名證券。惟我民法爲貫徹指示證券之效用明定曰：「提單縱爲記名式，仍得以背書移轉於他人。」但提單上有禁止背書之記載者，即爲指名證券，固不得依背書移轉。然爲顧全其流通，於解釋上，自無妨適用一般債權讓與之規定以移轉之。(民六二八條)

(丁)提單之債權效力。關於此點，我民法第六二七條明定曰：「提單填發後，運送人與提單持有人間，關於運送事項，依其提單之記載。」蓋提單與倉單同，雖係以運送契約爲原因之有因證券，然僅證券債權之成立，以其契約即原因，有效存在爲必要。至於證券債權之內容及範圍，則不得拘守契約，而應從提單所載。故運送人對提單持有人，有依提單之記載而履行其義務之責。基於同一論定，運送人之請求權，亦應從提單所載，以定其內容及範圍。但如法文所明示，以運送人與

提單持有人間爲限。至運送人與契約當事人他方，即託運人間，則其債權債務，純依契約而生，無論提單之記載如何，仍應從契約本旨以定之。

(戊)提單之物權的效力。提單有物權的有用證券之性質，故學者論其效力，於上述債權的效力外，并認其有物權的效力。提單填發後，關於運送品之處分，不可不依提單爲之。我民法即從此旨，於第六二九條明定曰：「交付提單於受領物品權利之人時，其交付，就物品所有權移轉之關係，與物品之交付，有同一之效力。」故託運人受提單之填發後，而將其交付於受貨人，或由提單持有人依背書交付於他人時，其交付，均與運送物品自體之交付生同一效力。此所以又有交付證券之名稱，但須注意者，依當事人間實體關係，而有受領運送物品之權利者，對之爲提單之交付，始生本條之效力。反是，無此等實體關係者，則雖對之交付提單，亦不能有效發生運送物品所有權之移轉。此就法文所稱「交付提單於受領物品權利之人」一語，可以見之。

(己)提單之交還。『受貨人請求交付運送物時，應將提單交還。』（民六三零條）故受貨人須以提單換取其應受領之運送物，惟所謂受貨人，非專指提單上最初記載之受貨人，其依背書讓受權利之人，即最後之被背書人亦屬之。然若提單遺失被盜或滅失者，不問其爲指示證券或指名證券，均得依公示催告程序宣示證券無效，以求救濟。（民七二八條新民訴五二三條以下）國內學者，或

從日本通說，謂僅指示證券得依公示催告程序，如係指名證券則認受貨人得依其他方法以資證明。此種見解，殊非允當。蓋宣示證券無效之公示催告程序，雖於指名證券，非即不能適用也。（民訴二五五條二項）

上述六三零條規定，原為保護運送人而設，受貨人不交付提單時，運送人得拒絕運送物之交付。反是，不為拒絕，而逕交付運送物時，如有正當之權利人提出提單，主張權利，運送人自不得以其債務已履行為理由而對抗之。故對真正權利人，應負債務不履行責任。蓋於此時，不復有保護運送人而認其交付行為有效之必要也。

第二項 運送人之義務

運送人有依契約本旨受取運送物，而為運送保管，并交付受貨人之義務。此其本然的義務。其內容一依契約所定。但法律對於此等義務之履行，更設有特別規定。分述如次：

第一 填發提單之義務。

因運送契約之成立，託運人有請求運送人填發提單之權。運送人有從其請求而填發之義務。其詳已如前述。（民六二五條一項）

第二 不變更指示之義務。

託運人對於有關運送之一切事項，曾爲指示者，運送人有從其指示之義務。故非有急迫情事，并可推定託運人若知有此情事亦允許變更其指示者，運送人自不得任意變更之。此我民法第六三三條所明定，而與第五三六條同其趣旨，毋庸詳述。

第三 必要注意及處置之義務。

運送人就其運送事項，應爲必要注意，本屬當然之事。然我民法，爲保護運送物所有人之利益，更明定運送人於一定情形負有爲必要注意及處置之義務。如怠於履行，因而致運送物所有人受損害者，應負賠償責任。至運送人應爲運送物所有之利益而爲必要注意及處置之情形，有下列四種：(1)有急迫情事，須變更託運人之指示；并可推定託運人若知有此情事亦允許變更時。(2)受貨人所在不明，或拒絕受領運送物時。(3)對於受領權之歸屬有訴訟，致交付遲延時。(4)其他情形。但無論何種情形，均須足以妨礙或遲延運送，或危害運送物安全時，始有本條之適用，否則仍無本條義務之發生。(民六四一條)

第四 中止運送返還運送物或爲其他處分之義務。

「運送人未將運送物之達到通知受貨人前，或受貨人於運送物達到後尙未請求交付運送物前；託運人對於運送人，如已填發提單者，其持有人對於運送人，得請求中止運送，返還運送物，或爲其他

之處分。』(民六四二條一項)是曰託運人或持有之處分權，學者亦以指示權稱之。茲言其要點如次：

(甲)有此權利者為託運人或持有人。即未填發提單者，託運人有之。已填發提單者，提單持有人有之。因其請求而負義務者，則為運送人。

(乙)必須受貨人尚未對運送人取得因運送而生之權利以前。即運送人未將運送物達到通知受貨人，或受貨於運送物達到後尚未請求交付運送物時，與運送人已生法律關係者，僅託運人或提單持有人，因其請求，無害及受貨人利益之虞，反是，受貨人已取得因運送而生之權利後，則不許之，所以保護受貨人之利益也。

(丙)此種處分權之內容，託運人或提單持有人得自由選定。惟此權利之發生，乃因情事變更，無將運送物交付約定受貨人之必要，或竟有不得交付之情形，故其內容，亦即不能離此趣旨，此我民法所以定曰：得請求中止運送，返還運送物，以例示之。但此外，凡與中止運送或返還運送物類似之處分，均無妨指示運送人為之，亦法文所認許。

(丁)託運人或提單持有人，固得依上述規定請求運送人為必要處分，以保全自己之利益，或謀事實上之便宜。然因其處分權之行使，亦不能害及運送人，故「運送人得按照比例，就其已為運送

之部分，請求運費，及償還因中止、返還、或其他處分、所支出之費用，並得請求相當之損害賠償。』（民六四二條二項），以昭公允。

第五 關於運送之義務。

（甲）按期運送。將運送物運至目的地，乃運送人之主要義務。至應於何時運到，當依契約所定。故有約定期限者，運送人應將運送物於期間內運至目的地。無約定期限者，則依習慣定之。並無習慣時，應斟酌運送物之性質，目的地之遠近，交通之設備等，所謂各該運送之特殊情形，於客觀上，認為相當之期間內到達。（民六三二條）

（乙）運到之通知。運送物依約運到目的地後，運送人並有交付其物於受貨人之義務。附隨此義務，更有運到通知之義務。故於運到目的地後，應即時向受貨人通知運到之旨，以便受領。（民六四三條）

（丙）義務之相對人。運送人本應對其契約相對人即託運人負義務。然「運送物達到目的地，並經受貨人請求交付後，受貨人取得託運人因運送契約所生之權利。」（民六四四條）故受貨人亦有為其義務相對人之時。(1)受貨人之本條權利，係於法定情形下，依法律特別規定，直接發生。所謂法定情形，即法以前段所示達到，並請求交付後。反是，運送物未到達目的地，或雖已到達，而無

受貨人之交付請求時均無此權利發生。(2)本條權利，法文既明定曰：因運送契約所生之權利，故其範圍，與託運人依契約所生之權利一致，而以託運人依契約有其權利之存在為前提。且運送人所得對抗託運人之事由，此時亦得對抗受貨人。(3)本條權利，乃與託運人之權利分離獨立而存在。但因其發生，足以障礙託運人之權利行使，而非使其消滅。故發生後，運送人應對受貨人履行債務，託運人僅得為受貨人而向運送人為其契約上請求。反是，受貨人之權利，因拋棄或其他事由消滅時，託運人權利之行使權能，立即回復舊狀，而得為自己向運送人為契約上之一切請求焉。

第六 損害賠償責任。

(甲)對於普通運送物之責任。『運送人對於運送物之喪失毀損或遲到，應負責任。』(民六三四條本文)本規定之適用，因下述第六三九條特則，故以普通運送物為限，於貴重物品不適用之。

(一)本條以運送物之喪失毀損或遲到為其責任發生原因，故託運人或受貨人僅證明其原因事實，運送人即應負責，而不問其有無過失。縱因運送人之僱用人或所委託為運送之人有過失，而運致送物喪失毀損或遲到者，運送人就其選任監督雖無過失，亦應負責。(民六三六條)由此觀之，運送人之責任，乃以無過失責任主義為根據。但我民法，非絕對從此主義，故如運送人能證明

其喪失毀損或遲到係基於下列原因之一者，亦能免責。即(1)因不可抗力，(2)因運送物之性質，(3)因託運人或受貨人之過失。(民六三四條但書)

(二)『運送物因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損時，運送人如於接收該物時不為保留者，應負責任。』(民第六三五條)蓋運送人接收該物時，對於包皮上易見之瑕疵，一檢視，即能發見，為減輕責任，自須即時向託運人聲明。既不聲明保留，不問其當時曾否發見，事後均不得藉口於包皮本有瑕疵，係託運人方面之事，而主張不負責任。

(三)『運送物由數運送人相繼為運送者，除其中有能證明無前三條所規定之責任者外，對於運送物之喪失毀損或遲到，應連帶負責。』(民六三七條)本條仍規定數運送人相繼為運送時其責任之負擔。於事實上，數人相繼為運送之情形，約有三種：(1)數運送人，各自獨立擔任運送之一部者，是曰部分運送人(Teilfrachtführer)。(2)一運送人擔任運送之全部，但就其全部或一部，不自為執行，而委託他運送人執行時，前之運送人曰主運送人(Hauptfrachtführer)，後之運送人曰次運送人(Unterfrachtführer)。(3)數運送人，依共同託運單(Durchgehende Frachtbrief)、或連帶託運單(Samntfrachtbrief)、而擔任運送，僅於彼此之間，就運送之執行，各任其一部者，是曰連帶運送人，或共同運送人(Samntfrachtführer)。凡此三種，均相當於法文所稱數運送人

相繼爲運送之情形，故不問有無連帶負責之意思，除其中有能證明無前三條規定之責任者外，依本條均有連帶責任。

(四)運送物有喪失毀損或遲到者，運送人應依上述規定而負責任。其責任，以賠償損害爲內容。至其賠償範圍，應分別論定：(1)運送物之喪失毀損或遲到，非因運送人之故意或重大過失所致者，我民法爲保護運送人，對二一六條之原則，設有例外，即其賠償額，以依應交付時目的地之價值計算爲足，並應扣除因運送物喪失毀損而無須支付之運費及其他費用。(民六三八條一項二項)(2)反是，因運送人之故意或重大過失所致者，則其賠償額，不以依其應交付時，目的地之價值計算爲足，如更有其他損害，託運人並得請求賠償。(民六三八條三項)蓋此時對運送人毋庸再事保護，故其賠償範圍，仍不外從二一六條之原則。

上述賠償額計算之規定，不問其損害係因運送物喪失毀損或遲到而生者，均有其適用。惟我民法第六四零條，對於因遲到所生損害之賠償額，更設有限制。即其額不得超過因運送物全部喪失可得請求之賠償額，亦爲求其公允也。

(乙)對於貴重物品之責任。金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品，喪失或毀損時，我民法爲杜爭議，別於運送人對於普通運送物之責任規定，設有特則：即(1)運送人責任之負擔，以託運人

於託運時曾報明其性質及價值爲要件。(民六三九條一項)故託運人請求時，不可不證明報明之事實，是爲六三四條本文之例外。(2)價值經報明者，運送人僅就其所報價額之限度，負賠償責任。(民六三九條二項)故不依六三八條規定而計算其賠償額。

(丙)責任之消滅。上述六三四條至六四零條運送人之賠償責任，除依一般原因而消滅外，我民法第六四八條更設有特則：即(1)受貨人受領運送物，並支付運費及其他費用，不爲保留者，即認受物人有拋棄損害賠償請求權之意思故運送人能證明此事實，其責任因以確定的歸於消滅。(2)前項乃就一般情形言之，倘若運送物內部有喪失或毀損不易發見者，則受貨人雖已受領運送物，並支付運費及其他費用，而未爲保留，然於受領後十日內，曾向運送人爲喪失或毀損之通知者，運送人仍應負責。但曾爲通知之事實，應由受貨人證明之。反是，不能證明者，則雖係運送物內部之喪失或毀損，運送人仍不負責。(3)運送物之喪失或毀損，如運送人以詐術隱蔽，或因其故意或重大過失所致者，是運送人有詐害之意思或惡意，則受貨人雖無上述第一項之保留及第二項之通知，運送人亦不能免責。但就運送人之詐害意思或惡意，須由請求賠償之一造負舉證責任。

(丁)責任免除或限制之記載。上述六三四條至六四零條運送人之責任，乃由法定而生，當事人雖無妨依合意免除或限制之，但以有明示的合意爲必要。反是，依運送人一方之意思，而於交與

託運人之提單或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載，託運人縱於收受文件當時並無異議，亦不能直接推定其有默示的合意之存在，故其記載不生效力。但運送人能證明託運人對於其責任之免除或限制，曾明示同意者，既有明示的當事人合意之存在，則其記載，自屬有效。（民六四九條）

第三項 運送人之權利

第一 填給託運單請求權。

因運送契約之成立，運送人有請求託運人填給託運單之權。其詳已如前述。（民六二四條一項）

第二 文件交付及說明請求權。

「託運人對於運送人，應交付運送上及關於稅捐警察所必要之文件，並應為必要之說明。」（民六二六條）法律認託運人負此義務，蓋為便利運送工作。故運送契約成立後，運送人有對託運人為此請求之權。因其請求，而不交付或說明時，即為債務不履行。

第三 損害賠償請求權。

運送人對託運人，得請求損害賠償之情形有二：

（甲）託運人違反告知義務時。運送物依其性質對於人或財產有致損害之虞者，託運人有於訂

立契約前將其性質告知運送人之義務，以便預防，而免損害。託運人怠於告知時，即爲義務違反，因此直接或間接及損害於運送人時，不問運送人事先知悉其性質與否，託運人均有賠償責任。故運送人以證明其損害係因運送物之性質所生，託運人並未告知爲足，即有損害賠償請求權。（民六三一條）

（乙）中途對運送物爲處分時。運送人依民法六四二條一項，有因託運人或提單持有人之請求，中止運送、返還運送物、或爲其他處分之義務、同時運送人因爲此等處分而受有損害時并得請求相當之賠償，亦同條二項所明定。故於此情形，運送人有損害賠償請求權發生，其權利相對人，即請求爲中止返還等處分之人。故由託運人請求時，運送人應對託運人行使。如由提單持有人請求時，則對該持有人行使。

第四 運費請求權。

運送乃有償且雙務之契約，一方有就物品而爲運送之義務，他方有給付運費之義務，二者有對價性質，運送物於運送中，因不可抗力而喪失者，即爲因不可歸責於雙方之事由而致運送義務履行不能，依危險負擔之原則，他方應免對待給付義務。（民二六六條一項）故我民法六四五條，應用此原則，明定爲運送人不得請求運費。但運費有依契約所定使託運人預付者，如運送物滅失當時已爲運費之全

部或一部履行，運送人就其已受領之數額，不可不返還之。

運費請求權之相對人，通常皆爲託運人。蓋契約上效力，以不及於第三人爲原則。且因民法無如日商法三四三條二項之明文，自不能因受貨人依前述六四四條規定有契約上權利之取得，而類推解爲同時亦有契約上義務之負擔。但當事人約由受貨人給付者，則爲例外，運送人自得對受貨人爲運費之請求。

第五 提單交還請求權。

「受貨人請求交付運送物時，應將提單交還。」（民六三零條）故受貨人不提出提單，而爲交付運送物之請求者，運送人得請求交還提單，其詳已如前述矣。

第六 留置權。

「運送人爲保全其運費及其他費用得受清償之必要，按其比例，對於運送物有留置權。」乃我民法六四七條一項所認運送人之法定留置權。其效力，應適用物權編一般留置權之規定。惟其成立，須基於保全運費或其他費用債權之必要。至其適用，因同條二項有「運費及其他費用之數額有爭執時，受貨人得將爲爭執之數額提存，請求運送物之交付」之規定，對照解釋，似應以受貨人有給付報酬或償還費用之義務時爲限。然受貨人依六四四條取得契約上權利時，運送人可得對抗託運人之事由，亦

得據以對抗受貨人，前已述之。故若運費及其他費用，本應由託運人支給，而於受貨人請求交付已達目的之地之運送物時尚未履行者，運送人自亦得依本條一項規定，就運送物主張留置權，而拒絕交付於受貨人。更如有同條二項之爭執時，受貨人亦得代託運人提存其數額，以消滅運送人之留置權。其由託運人提存爭執之數額者，自生同一效果。

第七 運送物寄存拍賣及費用扣除權。

運送人有交付運送物之義務。然若受貨人所在不明，或拒絕受領時，則如何？依我民法，認運送人有左列各種權利：

(甲)請求指示之權。即運送人一面有通知其事實於託運人之義務，同時并得請求託運人指示運送物之處置。託運人因其請求有指示義務。(民六五零條一項)

(乙)寄存於倉庫之權。『如託運人之指示，事實上不能實行，或運送人不能繼續保管運送物時，運送人得以託運人之費用，寄存運送物於倉庫。』(民六五零條二項)是為運送人寄存運送物於倉庫之權，但同時負有於可能範圍內，通知其寄存事實於託運人及受貨人之義務。(同條四項)於解釋上，受貨人所在不明時，以通知託運人為足。如因受貨人之拒絕受領，則不可不向託運人及受貨人分別通知。

(丙)拍賣權。『運送物如有不能寄存於倉庫之情形，或有腐壞之性質，或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，運送人得拍賣之。』(民六五零對三項)是為運送人拍賣運送物之權。同時更有通知義務，亦與寄存於倉庫時無異。(同條四項)

(丁)受領權歸屬有訴訟時，運送人之權利，關於運送貨之受領權歸屬問題，發生訴訟，致運送人不能於正當時期履行運送物交付義務，即所謂交付遲延者，法律為保護運送人，減輕其責任，認其有上述六五二條各項規定之權利并義務。(六五一條)

(戊)費用扣除權。運送人依上述六五零條三項及六五一條拍賣運送物後，得就因拍賣所得之代價中，扣除拍賣費用、運費、及其他不應由運送人負擔之一切費用，是為運送人之費用扣除權。但於扣除之後，尚有餘額時，則不可不交付於應得之人。所謂應得之人，即就運送物有受領權之人。然其所在不明時，則應為其利益而提存之。(民六五二條)故運送人，一面有費用扣除權，一面又有交付或提存餘額之義務。

第八 後運送人之權利行使權。

運送物由數運送人相繼運送者，不問是否共同運送人，或連帶運送人，而最後之運送人，就運送人全體應行之運費及其他費用，得行使上述六四七條、(留置權)六五零條、(寄存權拍賣權)及六五二

條（費用扣除權）所定之權利。（民六五三條）蓋此等權利，原屬運送人全體之共同利益，法律爲事實上便利，而認最後運送人有其行使權。然既係爲全體之利益而行使，自不得依最後運送人一人之意思不爲行使，致運送人全體於不利益。故最後運送人，一方面有此項法定行使權，他方面又有代全體行使之義務。反是，「運送人於受領運費及其他費用前，交付運送物者，對於所有前運送人應得之運費及其他費用，負其責任。」（民六四六條）以保護各前運送人之利益。

第三款 旅客運送

第一 運送人對於旅客傷害及運送遲延之責任。

「旅客運送人，對於旅客因運送所受之傷害，及運送之遲延，應負責任。」（民六五四條本文）依此規定：(1)旅客運送人責任之發生，須有旅客因運送而受傷害或運送遲延之事實。其事實是否運送人本人之行爲所致，則非所問。（民二二四條）故旅客能證明傷害與運送有因果關係，或證明運送有遲延之事實者，即得請求運送人負責。但本條與物品運送人依第六三四條所負之責任同，法律非絕對採無過失責任主義，如運送人能證明其傷害係因不可抗力，或因旅客之過失所致者，亦能免責，此又本條但書所明定。惟該但書，專就傷害而設，如遲延時，其遲延係因不可抗力，或旅客之過失所致者，運送人有無責任，不能無疑。依余所信，應從二二零條，解爲運送人不負責任。(2)本條之損害賠償額，

民法既無特別規定，自應適用二一六條之原則。(3)依本條規定所生之損害賠償請求權，原則上屬於旅客。但其旅客死亡時，依日本學者通說，及其大審院判例，該旅客之繼承人，亦得請求。於我民法，亦無妨從此論定。

第二 運送人對於旅客行李之責任及其權利。

(甲)交託之行李。旅客將其行李交託旅客運送人，并另給運費者，應解爲：旅客運送之外并成立物品運送契約。關於物品運送部分，有前款規定之適用，毫無疑義。縱未另給運費，然因有交託行爲，亦應認爲物品運送關係附帶成立，僅其運費包括於旅客運送之運費中，未分別約定而已。故運送人對於旅客所交託之行李，除本款另有規定外，亦依物品運送之規定，而有權利義務發生。(民六五七條)但我民法，更設有左列特則：

(一)『行李及時交付運送人者，應於旅客達到時返還之。』(民六五五條)此不問另行收費與否，均有其適用。但本條規定，并不妨及運送人爲保全運費或其他費用債權所得行使之留置權。(民六四七條)

(二)『旅客達到後六個月內，不取回其行李者，運送人得拍賣之。』『行李有易於腐壞之性質者，運送人得於到達後經過四十八小時拍賣之。』是爲旅客運送人之拍賣權。因有此特則，故

不適用第六五零條之規定。但第六五二條扣除費用及交付或提存餘額之規定，則仍準用之。（民六五六條）

（乙）未交託之行李。旅客所攜帶之行李，未交託於運送人者，其行李既未置於運送人保管之下，故不能視為有物品運送關係發生，運送人就其喪失或毀損，自亦不能與物品運送人負同等責任。然因運送人自己或其僱用人之過失，致有喪失或毀損者，則運送人仍須負責。（民六五八條）此項責任，仍依法律之直接規定而生，非以契約為根據。

第三 責任免除或限制之記載。

『運送人交與旅客之票、收據、或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載者，除能證明旅客對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力。』此我民法六五九條所明定。該規定與前述六四九條之規定，有同一旨趣，茲不贅論。

第十七節 承攬運送

第一款 總說

第一 關於承攬運送之立法。

承攬運送營業，初僅附屬於行紀，嗣因運送營業之發達，始有獨立的承攬運送營業之發生，并漸感其必要。

關於承攬運送之立法主義有四：(1)德、匈、日等商法，雖認為獨立一種商人，但有廣義的行紀之性質。(2)法、荷、比等商法，雖亦認為獨立一種商人，然依其規定內容，承攬運送人負關於運送之一切責任，而與運送人近似。(3)瑞士債務法，將承攬運送規定於行紀章中，是明認為行紀之一種。但關於運送之規定，亦有其適用。(4)西、葡、意等商法，將承攬運送規定於運送章中，故對於運送營業與承攬運送營業，不設區別。我民法認承攬運送人為不屬任何種類之獨立的營業人，(民六六零條一項)但有行紀之性質，故除本節有特別規定外，準用關於行紀之規定，(同條二項)蓋從德日之例也。

第二 承攬運送人之意義。

「稱承攬運送人者，謂以自己之名義，為他人之計算，使運送人運送物品，而受報酬為營業之人

。此我民法六六零條一項，對於承攬運送人 (*Spe ditéur; Commissionnaire pour les transport par terre et par eau*) 所設定義的規定。分釋如次：

(甲)承攬運送人，係以自己名義爲他人計算，而爲運送之承攬。因其爲他人計算，似與運送契約之代理或代辦商同。然其爲運送之承攬，非以本人名義，而以自己名義，故非代理人，亦非代辦商，乃與行紀同其性質。惟行紀係爲他人爲動產之買賣或其他商業上交易，而承攬運送人則專爲他人爲物品運送契約之締結，此其異點。故承攬運送營業，可謂爲行紀營業之變態，或廣義的行紀營業之一種。

(乙)承攬運送人，係使運送人運送物品之人。承攬運送人與運送人異，非自行運送，乃爲委託人，而與運送人締結運送契約，使運送人爲運送。(1)就運送關係言，承攬運送人縱表明爲他人之旨，而自己對運送人，仍居於依運送契約所生權利義務之主體地位，運送人與委託人間，不生直接之法律關係。(2)承攬運送，以物品運送之承攬爲限，但不限於陸上運送，雖海上運送或航空運送，亦可爲承攬運送之標的。(3)承攬運送人，雖非自己實施運送，但法律上禁止之，故以運送之承攬爲營業，而就其所承攬之運送自己實施之者，除契約有反對訂定外，乃法律所認許，其權利義務亦與單純之物品運送人同，概從物品運送之規定。(民六六三條)又如自任運送之一部時，亦應負六三

七條之責任。

(丙)承攬運送人，以使運送人運送物品而受報酬爲營業。承攬運送人，須係以物品運送之承攬爲營業，此與行紀以爲他人交易爲營業同。爲達其營利之目的，不可不受報酬。故由委託人給與報酬，實承攬運送契約之一要素，而與承攬運送人所負爲委託人與運送人締結物品運送契約之義務，有對價性質，故承攬運送契約，乃有價且雙務之契約。

第二款 承攬運送人之義務

爲他人之計算與運送人締結契約，使爲物品之運送，乃承攬運送人依承攬運送契約所生之本然義務。此種義務之履行，應準用行紀之規定。(民六六零條二項)但承攬運送人自行運送時，則應與物品運送人負同樣義務。(民六六三條)已如前述。惟此係例外，原則上承攬人并非自行運送。而我民法，就通常情形，除準用行紀規定外，對於承攬運送人之責任，設有特則。

「承攬運送人，對於託運物品之喪失毀損或遲到、應負責任。但能證明其於物品之接收、保管、運送人之選定、在目的地之交付、及其他與運送有關之事項，未怠於注意者，不在此限。」(民六六一條)依此規定：(1)請求權人祇須證明託運物品有喪失毀損或遲到之事實，即得對承攬運送人問責，是與運送人對託運人因運送物喪失毀損或遲到而應負責之規定無異，不問承攬運送人有無過失，或此

等事實是否基於承攬運送人之行為所生。但我民法，亦非絕對採用無過失責任主義，如承攬運送人，能反證其對於本條但書列舉各項，未怠於善良管理人之注意（民六六零條二項五七七條及五三五條後段）者，則不負責。(2)本條之適用，以普通運送物為限，於貴重物品，應依六六五條，準用六三九條之規定。(3)運送物因包皮有易見之瑕疵，而喪失或毀損時，承攬運送人，如於接收該物時不為保留者，亦應依本條規定負責。(民六六五條六三三條)(4)本條責任，與運送人之六三四條責任同，以賠償損害為內容。故其賠償額之計算，亦應準用關於運送人賠償責任之六三八條及六四零條規定。(六六五條)(5)承攬運送人之本條責任雖屬法定，但以有契約存在為前提，故仍不失為契約上債務違反之責任，然同時具備侵權行為之要件，承攬運送人更有侵權行為上責任之發生時，他方究應以何者為請求之基礎，從來有法規競合說與請求權競合說之對立。二說之中，又各別為兩派。余採請求權競合說，并從各請求權獨立不相牽連之見解，而認契約違反請求權與侵權行為請求權併存。(6)受貨人能否居於本條責任之相對人地位，我民法無如日商法之明文，（依日商法三三零條準用三四三條一項其三四三條一項相當於我民法六四四條）不無缺憾。解釋上，以從六四四條之旨為宜。(7)依本條所生之損害賠償請求權，自運送物交付或應交付之時起，二年間不行使而消滅。（民六六六條）

第三款 承攬運送人之權利

承攬運送人之權利，於通常情形，準用關於行紀之規定定之。（民六六零條二項）於承攬運送人自行運送時，則有運送人之權利，適用運送之規定。（民六六三條）均如前述矣。而本節又設有左列各特別：

第一 報酬請求權。

承攬運送契約，以有償爲要件。其報酬之種類數額，均從約定。未約定時，依習慣定之。但於契約當時，已就運送全部約定價額，即約定運送之對價者；或承攬運送人以自己名義填發提單，交付於委託人者；均可認爲承攬運送人有自行運送物品之意思，故我民法六六四條，明定爲視爲承攬運送人自己運送。至關於承攬之報酬，亦視爲包括於約定價額中，承攬運送人不得另行請求，是爲五八七條二項規定之例外。

第二 留置權。

「承攬運送人，爲保全其報酬及墊款得受清償之必要，按其比例，對於運送物有留置權。」（民六六二條）本條規定之趣旨，與六四七條一項所認運送人之留置權同。惟就報酬言，承攬運送人得請求之時期，有依契約定在運送物已交運之後者。至墊款債權，事實上亦不無於交運後始發生者。故本條規定殊少實益。

第三 賠償請求權。

運送物依其性質對於人或財產有致損害之虞者，依我民法第六六五條，準用六三一條之規定，委託人有於訂立承攬運送契約前告知其性質於承攬運送人之義務，怠於告知者，就因其性質所致之損害，委託人應負賠償責任。

第十八節 合夥

第一款 合夥之意義及性質

『稱合夥者，謂二人以上互約出資，以經營共同事業之契約。』此我民法六六七條，對於合夥（Gesellschaft, societas, société partnership）所設定義的規定。其為契約，已如法文所示。此種契約，依二以上當事人而成立，并有共同利害，與一般契約不同。其當事人，稱曰合夥人。其成立，以意思表示之合致為足，不拘方式，故為諾成且不要式之契約。茲分釋之：

第一 合夥者，二人以上約為經營共同事業之契約也。

合夥依二人以上之合夥人而成立。所謂二人以上，應連本數計算，故僅二人亦能締結合夥契約。惟通常恒超過此數。其契約，乃以經營共同事業為目的，故與民法所認之社團法人，公司法所認之公司，同屬團體組織。蓋因法人與公司，不適於小規模及一時性之事業經營，故各國民法所以特認合夥制度之存在。惟無法人格，是其特點。

得為合夥標的之事業，(1)不必有繼續性。(2)不以營利為要件。(3)以共同為必要。即各合夥人就事

業之成就，均有利害。反是，僅合夥人中之一人或一部受利益分配者，即羅馬法所稱獅子合夥（*Societas Leonia*）殊非今日民法上之合夥，僅能成立贈與或無名契約。至其利害，不以金錢的利害爲限，其分配亦不必同等。(4)各合夥人，因有共同之利害，故須共同經營合夥事業。即互負依共力進行其事業之義務。(5)合夥事業之種類，恒依契約定之。除契約另有訂定外，非經合夥人全體同意，不得變更。（民六七零條）

第二 合夥者，二人以上互約出資之契約也。

各合夥人，有依共力達成合夥事業之義務。其事業進行上必要人資本，自須由各合夥人供給。不爲出資專受利益者，非合夥人。故互約出資，乃合夥契約之要素。其出資債務，互有對償性質，故合夥係雙務且有償契約。然(1)出資之種類，不限定金錢，我民法第六六八條二項明定曰：「得爲金錢或其他物，或以勞務代之。」但除勞務因法有明文不生疑問外，所謂「他物」，是否專指金錢以外之其他有體物言？依通說，應從廣義解釋，雖信用權利等，祇須有財產價值，均得爲出資之標的。即勞務出資，亦不可不屬於經濟的勞務，至於單純之不作爲，自不得解爲出資。(2)各合夥人出資之種類價值，不必一致。或爲定期出資，或爲一時出資，均無不可，當事人得任意約定之。

第二款 合夥之效力

第一項 對內關係

內關係，即合夥人相互間之關係。此種關係，依契約定之。故其契約，有如社團之章程，成立後即不許任意變更。欲變更之，非經合夥人全體同意不可。但契約有反對訂定者，則依其訂定，而不受此限制。（民六七零條）由此觀之，合夥人之對內關係，應以契約為根據，欲變更之，亦須經全體同意。惟我民法，又設有補充規定，分述如次：

第一 事務執行權。

合夥事務之執行，與合夥事業之經營，異其觀念。於後者，各合夥人均有參與之權利及義務，且不許第三人參加。於前者，則不必合夥人全體參與，且無妨使第三人參加。故何人有事務執行權，應依契約所定。使合夥人全體執行之，或僅使合夥人中一部分人執行，均無不可。但未約定時，則認全體合夥人均有事務執行權。（民六七一條一項）惟合夥人能否使第三人執行合夥事務，我民法與多數立法同，未設明文。（瑞債六九五條二項明定為得使合夥人以外之人執行事務）通說皆從積極論定。其基本的法律關係，究為僱傭、委任、或其他契約？要從當事人自由約定。以下專就我民法對合夥人之事務執行權所設特則述之。

（甲）事務執行權之行使。我民法對於合夥人之事務執行權行使，有須共同者，有不然者，而

以是否通常事務為其區別標準。

(一) 非通常事務，其執行權屬於全體時，須全體共同行使。約為屬於合夥人之數人時，由該數人共同執行。(民六七一條一項二項)此等規定，乃從德民法先例，即對於事務之執行，以有執行權之合夥人全體一致為必要，(德民七零九條)免生專斷之弊。法瑞反是，認各合夥人得單獨執行，(法民一八五九條瑞債五三五條二項)以便利事務之進展。日民法則折衷二者，定為依過半數之執行權人決定之。(日民六七零條一項二項)立法論上，似以日民法之主義為宜。

(二) 通常事務，得由有執行權之各合夥人單獨執行之。所謂通常事務，指日常輕微事務。因其事務性質上本屬於合夥事務，所及於合夥之影響亦小，故許各合夥人專行。但其他有執行權之合夥人中任何一人，對該合夥人之行為，得述異議。其異議，有停止執行之效力即單獨執行該事務之合夥人，因其異議，有停止執行之義務。故此項異議之提出，恒須在事務執行未完結前，否則毫無實益。(民六七一條三項)

(乙) 辭任或解任。合夥人執行合夥事務、不僅為其權利，且屬其義務。故依契約或法律，應由合夥人全體共同執行合夥事務時，任何人均不得脫免執行之義務。他合夥人、亦不得使任何人喪失其執行權。是為當然之論定。至若執行權不屬於全體，僅由合夥中之一人或數人受委任而執行合

夥事務者、雖不能爲同一論定，但其辭任或解任，亦不得任意行之，而以有正當事由爲限，以免影響合夥事務之進行，及確保執行權人之地位。且其解任，非他合夥員一人或一部分人所能行，更須經全體同意爲之。（民六七四條）

（丙）處理事務之費用。『合夥人因合夥事務所支出之費用，得請求償還。（民六七八條二項）』所謂費用，當以因執行事務所支出者爲主。但法文既未限定，於解釋上，雖無事務執行權之合夥人，因合夥事務而有所支出時，亦包含之。

（丁）執行事務之報酬。合夥人執行合夥事務，原屬契約上義務之履行，故除契約有給與報酬之訂定外，執行事務之合夥人，不得請求報酬。（民六七八條二項）

（戊）委任規定之準用。『第五三七條至第五四六條關於委任之規定，於合夥人之執行合夥事務準用之。』（民六八零條）

第二 注意義務。

一合夥人爲其契約上義務之履行，足以及影響於他合夥人，故其履行上應爲之注意。法律不能不設明文。依我民法第六七二條：『合夥人履行依合夥契約所負擔之義務，應與處理自己事務爲同一注意。』本條之適用，自非僅限於執行事務之合夥人。蓋所謂義務，包括契約上一切義務，而非專指合

夥事務之執行也。

第三 表決權。

關於合夥之事項，如依契約或法律須經合夥人全體同意者，固不生表決權問題。反是，對於一定事務，如約為應由合夥人全體之過半數決定，或由合夥人一部分之過半數決定者，則有表決權之合夥人，其表決權是否平等？未約定時，法律不能不設補充規定。我民法依表決權平等之原則，推定每人有一表決權，不因出資之多寡，而設區別。（民六七三條）是與五二條二項之規定，同其主義。

第四 事業檢查權。

合夥事業，乃合夥人全體之共同事業，合夥財產，為合夥人全體之共同共有，合夥人雖無事務執行權，而仍不失其參與合夥事業之權利。故無執行權之合夥人，亦得隨時檢查合夥之事務，及其財產狀況；並得查閱賬簿；學者以事業檢查權稱之。因其權利之正當行使，有執行權之合夥人，不得無故拒絕。但能否依契約預加限制，我民法為免疑義，特明定為：契約縱有反對訂定，仍得行使。故其反對訂定，不能有效。（民六七五條）

第二項 對外關係

對外關係，指對第三人之關係。即有事務執行權之合夥人，有無對外代表他合夥人之權限？於理

論上，事務執行權與對外代表權，截然兩事。但爲執行合夥事務，而絕對不與第三人發生關係者，究屬罕見之事例。故合夥人被委任執行合夥事務者，於依委任本旨執行合夥事務之範圍內，以有代表他合夥人對第三人爲法律行爲或事實行爲，而使其效果直接及於合夥人全體爲宜。我民法六七九條，即從此旨。故(1)代表權乃依法律規定當然發生，無須於執行合夥事務之委任外，更有明示之代表權授與行爲。(2)執行事務合夥人，於執行權範圍內，對第三人行爲時，他合夥人即應受其拘束。縱於契約有反對訂定，而該合夥人倘係依代表全體之意旨行爲時，他合夥人不得以無代表權對抗善意第三人。(3)對第三人爲訴訟行爲，亦有本條之適用。

第三項 財產關係

第一 合夥人之出資。

合夥人依契約負有出資義務，已如前述。茲就左列各點言之：

(甲)出資請求權。出資義務，係對他合夥人全體負擔，非對各合夥人分別履行。故出資請求權，有不可分債權之性質，於契約別無訂定時，各合夥人爲其全體，得對有出資義務之合夥人請求全部履行。然不必有受領權。故出資人，亦僅得爲全體而對受領權人履行。所謂受領權人，通常指有事務執行權之人。因屬通常事務，故執行權人得單獨請求及受領出資。但契約特定有受領權之合

夥人時，則僅其人得有效受領清償。

(乙)出資義務與同時履行之抗辯。關於同時履行抗辯之規定，(民二六四條)於合夥人之出資義務有無適用？德學者間，大有爭論。或謂全然無其適用，或謂應分別論定。即(1)僅二人之合夥，完全有其適用。(2)超過二人之合夥，甲合夥人已履行，而對乙合夥人請求時，乙合夥人不得以丙合夥人未履行為抗辯，拒絕履行。蓋第二六四條所稱他方當事人，於此情形，應解為現為請求之甲。反是，甲尙未履行自己之出資義務時，則乙得援用二六四條之抗辯。(3)合夥之事務執行權人，請求合夥人履行出資義務時，受請求者，不得以他合夥人尙未履行為抗辯，拒絕自己之給付。又如執行權人係合夥人之一，自己雖未履行出資義務，受請求者亦不得援用二六四條之抗辯。蓋其請求，係以執行權人之地位，而為合夥事務之執行，非以合夥人之地位，而為對待給付之請求也。二說之中，前說背於合夥係雙務契約之旨，故不足採。然亦不能謂為無條件的適用二六四條之規定，蓋合夥雖係雙務契約，同時並有團體契約之性質，亦不能不顧及之，故余從後說。

出資義務與危險負擔。出資義務，因不可歸責於當事人之事由致全部不能履行時，應有民法二六六條一項前段之適用。其結果，於僅二人之合夥，固無問題。如有三人以上時，一合夥人有上述不能履行之情形，究應僅對該合夥人之關係上及影響？抑並影響於他合夥人相互間之關係？乃

德學者之所聚訟。就我民法解釋，以前說爲當。蓋二六六條一項前段所稱：「他方免爲對待給付之義務，」即謂不能履行之一方對他方喪失對待給付請求權，故合夥人中之一人不能履行出資義務時，因本項之適用，他合夥人僅對其人免對待給付義務，不能履行之合夥人當然脫退其合夥，而無及影響於他合夥人相互間，使合夥歸於終了之理由。蓋非如此論定，即反於合夥爲團體契約之性質，及當事人之意思。此就全部不能言，如僅一部不能時，於合夥性質上，未能適用二六六條一項後段規定，僅分配損益之成數，應比例變更耳。（民六七七條參照）

（丁）出資之增加及補充。合夥人之出資義務，僅於約定範圍內，受其拘束，故不負於約定出資外增加其出資，或因損失致資本減少而補充其出資之義務。但契約預有反對訂定時，則從其所定。（民六六九條）又雖無約定，而於必需增加或補充時，經合夥人全體之同意，自亦得增加或補充其出資。（參考民六七零條）

第二 合夥財產。

（甲）合夥財產之性質。『各合夥人之出資，及其他合夥財產，爲合夥人全體之共同共有。』（民六六八條）依此規定，（1）合夥財產，依出資及其他財產而構成。所謂出資，已如前述，即出資請求權，亦應包含之。至於其他財產，乃指依合夥事業所生一切財產，不問現實取得之財產或債權均

屬之。(2)合夥財產爲達經營共同事業之目的而存在。然合夥無獨立人格，故合夥財產應屬合夥人全體共有。又爲便於達其合夥之目的，故法律定爲共同共有。其財產如係現實之物，於無特別規定，並依其性質，應適用物權編共同共有之規定。如係債權，則不問其性質是否可分，均僅事務執行權人有受給付之權。(3)各合夥人對於合夥財產分別行使其權利，固非法律所許。但合夥非法人，除各合夥人外，別無獨立的權利主體，故所謂合夥財產，實不過爲合夥人之共有財產，而非別有所謂團體之特別財產存在。

(乙)決算及損益分配。

(一)就合夥之財產計算盈虧，是曰合夥之決算。因其屬於合夥事務之範圍，故應由事務執行權人爲之。決算時期，應依契約所定。未約定者，我民法第六七六條斟酌習慣，設有補充規定。即「應於每屆事務年度終爲之。」而事務年度之終始，不必與曆定之年始年終一致，當事人固無妨從其事業上便利而爲特別之約定。

(二)因事業經營所生之純利益，是曰合夥之利益。以其分配於各合夥人，是曰合夥利益之分配。反是，因事業經營而致合夥財產減少，即不足以抵償出資總額時，則爲合夥之損失。其損失亦應由各合夥人負擔，故與利益同，分配於各合夥人但利益之分配，當然及於全體，而不問出資

種類如何。損失之分配，則除契約另有訂定外，不及於以勞務爲出資之合夥人。（民六七七條三項）關於損益之分配，尙有兩點應敘述者：(1)分配損益之成數，當事人得自由約定。未約定時，按照各合夥人出資額之多寡比例定之。如僅就利益或損失定有分配成數者，其成數視爲二者之共通成數，均有其適用。（民六七七行一項二項）(2)分配利益之時期，法律明定爲每屆事務年度終，與上述決算時期同。蓋非決算後，不能定其分配。使於同一時期爲之，最爲便利。但當事人無妨爲反對之約定。然既與決算有牽連關係，於解釋上，亦不可不就二者約定同一時期也。（民六七六條）至分配損失切時期，法律未設明文，依其性質，殊難準諸利益分配時期而爲論定。蓋合夥人原則上無增加或補充出資之義務，故非待清算時，不能爲損失分配之實行。（參考德民七二一條）

（丙）分析及抵銷之禁止。

（一）合夥人於清算前，有無分析合夥財產之請求權？立法例不一：羅馬法及德普通法，認分析請求權。德日民法則反是。（德民七一九條一項後段日民六七六條二項）我民法六八二條一項從後例。蓋合夥財產，乃爲經營合夥事業，而屬合夥人全體公同共有，於清算前。公同關係既尙存續，各公同共有人，自不得請求分割公同共有物（民八二九條）但該規定，乃否認一部合夥人之

分析請求權，以期合夥財產之充實保全，而非不許依合夥人全體之合意爲合夥財產之分割。故有此合意時，不受本項規定之拘束。日大寄院判例，即主此見解。

(二)合夥之債權，亦係合夥財產，乃其全體共同共有，非爲任何一合夥人而存在。故合夥之債務人，不得將其債務與對任何合夥人之債權抵銷，以保護合夥人之共同利益。(民六八二條二項德民七一九係二項)若違反該規定實行抵銷時，合夥之債務人，自不得以因抵銷而消滅，對抗他合夥人，是仍有其履行義務。

(丁)股份之轉讓及扣押。各合夥人之出資，及其他合夥財產，爲合夥人之全體共同共有。故合夥人對於此項共有財產，各有其應享受之部分。日民法稱曰持分，我民法債編稱曰股份。各合夥人應有之股份，以無特約爲限，應按各自之出資額定之。(民六七七條一項)各合夥人能否任意處分其股，立法例不一：羅馬法及德普通法，採自由主義。德民法則以合夥財產屬於合夥人之總有(Präsumtion)，故根本否認股份之觀念。日民法則位於二者之間，認股份之觀念及其處分，惟有限制，即不得以其處分對抗合夥及與合夥交易之第三人。(日民六七六條一項)我民法之規定，與上述立法均不盡同。即(1)合夥人將其股份轉讓他合夥人時，法律上不設限制。(2)如轉讓於第三人，則以得他合夥人全體同意爲要件，否則不生轉讓之效力。(民六八三條)所謂轉讓之效力，即使受讓人

取得對於合夥財產之讓與人應有部分，而非移轉其合夥人之地位，故專屬於合夥人一身之其他權利義務，依然爲原合夥人所保有。此就股份之讓與言，至於合夥人對於合夥之各個請求權，例如利益分配請求權，因其爲獨立債權，故無妨自由讓與之。

合夥人之股份能否扣押？多數立法未設明文，我民法爲保護合夥人之債權人，設有許其聲請扣押之規定。但恐他合夥人不知有扣押之事實。致蒙不測之損害，故又明定爲：扣押債權人應於兩個月前通知合夥。（民六八五條一項）

（戊）代位之限制。合夥人依契約對於合夥所有之權利，乃專屬於合夥人一身，故於合夥關係存續中，合夥人雖怠於行使，合夥人之債權人亦不得代位。但利益分配請求權，已如前述，有獨立債權之性質，合夥向何任人履行，均不生差異之結果。故合夥人之債權人，無妨代位行使之。（民六八四條二四二條二四三條）

第三 合夥債務。

合夥於法律上非權利主體，自亦不得爲債務主體。故合夥對外所負之債務，實即合夥人之債務。但與各合夥人之固有債務，不可混同。蓋合夥債務，乃合夥人全體之債務，而非其中某一人之債務，應由各合夥人清償，故合夥財產不足清償合夥債務時，依各合夥人之無限責任，就其不足額，仍有清

債之責。但其責任，如何負擔？立法例不一：日法採分割責任主義。（日民六七五條）德民法採連帶責任主義。（德民七三五條）我民法六八一條從後例。故合夥之債權人，得依連帶債務之規定，行使權利。此就合夥與其債權人間之關係言，至於各合夥人相互間之關係，仍依上述六七七條規定決之。

第三款 退夥及入夥

第一項 退夥

合夥人之退夥（*Ausscheiden*）自合夥方面觀察，乃無害於合夥之同一性，而生合夥人之減少。自退夥人方面觀察，乃脫離合夥關係，喪失其為合夥人之地位。德普通法，為貫徹合夥係單純的契約關係之理論，故退夥時，乃合夥人之變更，舊合夥隨之消滅，代之以新合夥。然此見解，反於合夥之團體的特質，頗不便於實際，德日民法，故不採之，（德民七三六條至七四零條日民六七八條至六八一條）我民法亦然，退夥人與他合夥人間之合夥關係，雖因退夥而消滅，然既存之合夥，依舊存續。故如自始僅有二人之合夥，其一人退夥，因合夥人缺乏，固不能存續；反是，如殘餘合夥人尚有二人以上時，合夥契約即仍存於殘餘之合夥人間。

第一 退夥之原因。

（甲）聲明退夥。退夥基於退夥人之意思者，學者以任意退夥稱之。因其由於退夥人所為退夥

之聲明，故又可稱曰聲明退夥。依我民法：(1)合夥未定有存續期間者，或(2)合夥契約訂明以合夥人中一人之終身為其存續期間者，合夥人皆有聲明退夥之權。但應於兩個月前通知他合夥人。且其退夥之時期，亦有限制，即不得於退夥有不利於合夥事務之時期為之，所以保護他合夥人也。又於合夥縱定有存續期間，如合夥人有非可歸責於自己之重大事由時，倘不許其退夥，亦非所宜，故該合夥人仍得聲明退夥。於此情形，既基於不得已之重大事由，并應解為得即時退夥，無須遵守上述關於通知及時期之限制，否則仍不足以盡保護之能事。(民六八六條)

上述而外，我民法尙定有應生聲明退夥之效力之情形。即合夥人之債權人聲請扣押該合夥人之股份，而遵守民法六八五條一項，於兩個月前通知合夥者，依同條二項，其通知有為該合夥人聲明退夥之效力。即與合夥人自己依六八六條一項所為退夥之通知同，自通知時起算，經過兩個月後，該合夥人與他合夥人間之合夥關係，因以歸於消滅。但此效力，依法律規定而生，究與上述任意退夥有別。

(乙)法定退夥。退夥非基於退夥人之意思，而基於法定原因者，學者以法定退夥稱之。其原因：即(1)合夥人死亡者。但契約訂明其繼承人得繼承者，不在此限。(2)合夥人受破產或禁治產之宣告者。(3)合夥人經開除者。於有此等情事之一時，自其情事發生時起，當然發生退夥之效力，而不

待當事人爲何等表示也。(民六八七條)

開除乃合夥對被開除之合夥人所爲一種處分，足以及重大之有形或無形影響於被開除人，故民法定爲以有正當理由爲限，并應依他合夥人全體同意爲之，且須通知被開除人。(民六八八條)所謂正當理由，即排斥該合夥人於合夥以外，係一般認爲正當之事由。至其正當與否；不可不就其體情形判斷。又其開除既須經他合夥人全體同意，因而有謂同時不得爲二名以上之開除者。然法文所稱他合夥人全體，乃指被開除人以外之他合夥人全體而言，被開除人僅限於一人之主張，於法律上實無根據，余故從反對說。例如同時開除二人，經此二人以外之合夥人全體同意，其開除即爲有效。又如合夥人之意見分爲二派，各欲開除其反對派，相持不下時，自得請求法院裁判，或解爲因合夥人意見分裂致合夥之目的陷於不能完成，而援用六九二條三款，解散其合夥。

第二 退夥之效力。

退夥之效力，即退夥人自退夥時起向將來喪失合夥人之地位，而合夥依然存在。已如上述。我民法爲整理退夥人與合夥間之財產關係，及確域退夥人之對外責任，設有特則：

(甲)對內關係。

(一)退夥人與他合夥人間之結算，應以退夥時合夥財產之狀況爲標準。(民六八九條一項)蓋

清算本應於合夥終了時爲之，而此時退夥人既與合夥脫離關係，自不得不認例外。

(二)退夥人之股份，不問其出資之種類，得由合夥以金錢抵還之。(民六八九條二項)退夥當時，合夥財產超過出資總額者，退夥人并應分受其利益。然此等出資或利益，非金錢時，究應返還金錢？抑逕返還實物？不能無疑。本項爲事實上之便利，不問出資之種類如何，概認合夥得以金錢抵還。然合夥以實物返還之，自亦無妨，故此時可解爲合夥負有任意債務。

退夥當時，合夥財產少於出資總額時，合夥對之僅返還出資之一部，就其返還物體，亦有上述六八九條二項之適用。

(三)合夥事務於退夥時尙未了解者，於了解後，計算并分配其損益。(民六八九條三項)蓋退夥人與合夥之財產關係，絕對以退夥當時之狀況爲其計算標準，殊欠允當，故就尙未了解之事務，認此例外。

(乙)對外關係。退夥人與第三人間之關係，可從兩方面觀察：於退夥生效後，第三人與合夥間所生一切債權債務，均與退夥人無關，固不待論。至於退夥前所生者，就合夥債權言，應有上述六八九條二項之適用；就合夥債務言，我民法六九零條設有明文，即退夥人仍應負責，故合夥之債權人，對退夥人保有第六八一條之履行請求權。

第二項 入夥

入夥，謂合夥成立後新合夥人之加入（*Eintritt*）德日民法，對之未設明文，然因入夥而生合夥人之增加，亦無害於合夥之同一性，故我民法，明認入夥之觀念。

第一 入夥之允許。

入夥之允許，不屬於合夥事務執行之範圍，故僅依入夥人與執行人間之合意，不生入夥之效力，其僅出於入夥人一方之意思者，更不待言。故與退夥有別，而不可不依入夥人與原有合夥人全體之契約。於我民法六九一條一項明定爲：『合夥成立後，非經合夥人全體之同意，不得允許他人加入爲合夥人。』惟基於全體同意允許入夥之意思表示，則不必全體共同或分別爲之，僅由執行權人代表爲之，即能有效。

第二 入夥之效力。

經全體同意允許加入有合夥人者，取得與舊合夥人同等之地位，當然爲合夥財產之共同共有人，而取得其股份。此就對內關係言。至於對外關係，發生於其後者，固不待論。縱發生於其前者，而新合夥人，對原有合夥之債務人，亦與舊合夥人同，立於多數債權人之地位；其對合夥之債權人，我民法第六九一條二項，設有明文，即亦應與他合夥人負同一責任。

第四款 解散及清算

第一項 解散

解散乃合夥消滅之特別原因，與法人之解散相似。惟合夥非權利主體，故不生人格消滅之結果，而僅屬契約終了之原因。其效果不溯既往，僅向將來發生，此二者互有異同之點也。

第一 解散之事由。

依我民法六九二條，合夥因左列事項之一而解散：

(甲)合夥存續期限屆滿者。即依契約或特約，定有存續期限，其期限屆滿時，合夥契約效力，當然消滅，是與一般契約無異。然「合夥所定期限屆滿後，合夥人仍繼續其事務者，視為以不定期限繼續合夥契約。」(民六九三條)俾合乎當事人之意思，并便於實際，是曰合夥契約之更新。

(乙)合夥人全體同意解散者。

(丙)合夥之目的事業已完成或不能完成者。

以上乃法定解散原因，如當事人更依特約定有解散事由者，其事由發生，應生解散之效果，亦屬當然。

第二 解散之效力。

合夥解散之效力，僅向將來發生。即因解散，而使合夥不繼續存在。然依合夥所生對內或對外關係，非即時終絕，必待清算後，始能完結，是與法人之解散同。

第二項 清算

清算者，合夥契約因解散而終了時，爲整理其財產關係必經之程序也，其程序，依清算人實施之。茲就清算人之任免、權限及職務，分述如次：

第一 清算人之任免。

清算人，依其契約所定，或由合夥人全體充之；或依合夥人全體之過半數取決，選任合夥人之一部或第三人充之。（民六九四條）蓋清算乃合夥契約終了後之程序，而不屬於合夥存續中之事務執行範圍，故事務執行人，爲無清算之權限及其義務，非另行選任不可，於實事上，且以選任執行人以外之人充任，較爲公正。

以上乃言清算人之選任。更就其辭任及解任言：如依契約定由合夥人全體充任者，是其全體皆有爲清算人之義務，自不容任意脫免，或使其退出。至若選任合夥人中之一人或數人爲清算人者，則與選任事務執行人之情形同，無論係依契約所選任，或依解散時全體過半數之同意所選任，依我民法第六九六條，使適用關於執行人辭任或解任之第六七四條規定。其詳已如前述。

第二 清算人之權限。

清算人之權限如何？我民法無明文。解釋上，於清算目的範圍內，有爲一切必要行爲之權，而不問事實行爲或法律行爲，訴外行爲或訴訟行爲。至其權限之行使、於僅一人時，固無問題。有數人時，既共負清算之責，故除通常之算算事務外，其特別或重大事務，自須決議行之。然我民法第六九五條，爲事務處理之便宜明定曰：「數人爲清算人時，關於清算之決議，應以過半數行之。」是不必有全體一致之意見。

第三 清算人之職務。

清算人之職務如何？日民法明定爲：準用關於法人清算人職務之規定。（日民六八八條七八條）我民法無此明文，但理論上，亦不外依第四十條一項規定決之。此外更有左列特則：

（甲）清償債務及返還出資。合夥債務，乃以合夥財產爲其共同擔保，解散後清算時，尙未履行之債務，已到期者，應由清算人以合夥財產變爲金錢而清償之。未到期或在訴訟繫屬中者，則清算人不可不自合夥財產中劃出其清償所必需之數額，保留相當其數額之金錢，以備異日清償之用。已爲清償或劃出保留後，尙有賸餘之合夥財產時，則不問各合夥人之出資種類如何，概變爲金錢，而按其出資額分別返還於各合夥人。故合夥債務清償之順序，應先於出資之返還。（民六九七條）

(乙)損益分配。合夥財產變為金錢清償債權，或劃出必需數額後，以其餘額不足返還各合夥人之出資者，即為合夥之損失，應由各合夥人分擔。故我民法定為：按照各合夥人出資額之比例返還之。(民六九八條)是與合夥財產根本不足清償合夥債務，而由各合夥人負擔其不足額之規定，(民六八一條)同其理論。反是，合夥財產於清償債務及返還出資後，尚有賸餘者，則為合夥之利益，亦應按照各合夥人約定或法定應受分配利益之成數，分配於各合夥人。(六九九條)

合夥清算時之損益分配，我民法設有上述六九八條及六九九條之規定，此等規定，與前述六七七條同其內容，於理論上，既屬損益之分配，當然有六七七條規定之適用，似無設此明文之必要。

第十九節 隱名合夥

第一款 隱名合夥之意義及性質

隱名合夥與兩合公司，同其經營之基礎。即由資本家出資，加入他人主持之營業，而受損益分配。自沿革上觀察，當歐洲中世，二者之觀念尙未分化。降及法商法及德舊商法編纂時，始認其各有獨立觀念。但其後各國商法，仍多定於公司編。惟日新商法，因其基於契約關係而生，故改定於商行爲編。我民法則以其近似合夥，故次於合夥，特立一節。

『稱隱名合夥者，謂當事人約定，一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益，及分擔其所生損失之契約。』此我民法第七零零條，對於隱名合夥 (*Stille Gesellschaft, association commerciale en participation*) 所設定義的規定。其基於契約關係，是與合夥同，而與法人及公司異。然與合夥亦有不同者：(1) 合夥之當事人，概稱合夥人。此則出資之一方稱曰隱名合夥人，經營事業之一方稱曰出名營業人。(2) 各合夥人之出資爲全體共有，隱名合夥人之出資則歸屬出名營業人。(3) 合夥之事業由合夥人全體共同經營，隱名合夥之事業則爲出名營業人所獨占。(4) 合夥人全體對第三人關係上立於主體地位，隱名合夥人則以與第三人不生直接關係爲原則。(5) 出名營業人之信用能力爲隱名合

夥人所重視，故有欠缺時，應認契約之終止，是亦與普通合夥不同。上述各點而外，隱名合夥爲諾成不要式雙務且有償之契約，則與普通合夥同其性質。故隱名合夥，除本節依其特徵設有特別規定外，準用關於合夥之規定。（民七零一條）茲分釋其意義如次：

第一 隱名合夥者，當事人一方對於他方所經營之事業出資之契約也。

隱名合夥當事人一方，須對他方出資。出資之當事人，是曰隱名合夥人（*Stiller Gesellschafter*）。其資格，法無限制，故無論能力人或無能力人，自然人或法人，商人或非商人均可。於同一事業經營，有二以上之隱名合夥人時，乃基於各隱名合夥人與出名營業人之數個獨立契約，故各隱名合夥人相互間，無何等關係，此即隱名合夥與兩合公司大異之點。然二以上之隱名合夥人共同而爲當事人之一方，與出名營業人締結隱名合夥時則生多數當事人之債權或債務，亦爲法律所許。

隱名合夥人之出資，乃爲相對人所經營之事業而出資。其相對人，是曰出名營業（*Gesellschaftsleiter* or *Komplimentar*）。出名營業人之資格及其事業之種類，法無限制。且不以締約前即已有其經營爲必要，於契約成立後開始營業，亦無不可。

出資之種類，日商法明定爲金錢或其他財產。（日商三零四條一零八條）德學者有主張得爲勞務出資者。就我民法解釋，第七零二條既稱財產權，則其出資應以有財產價格之物爲限，毫無疑義。

第二 隱名合夥者，出資之一方分受其營業所生之利益，及分擔其所生損失之契約也。

因營業所生之損益，及於隱名合夥人，乃隱名合夥之要素。他國立法，有僅認利益之分受爲其要素，損失之分擔非其要素者。因而不問營業上有無餘利，約由出名營業人支付一定利息於隱名合夥人時，是否隱名合夥，遂生爭論。我民法既定爲分受其營業所生之利益，并以分擔損失爲要素，則約爲雖無餘利，亦須由出名營業人對之爲一定給付者，是與損益分配之觀念不合，未能解爲隱名合夥，僅有消費借貸或無名契約之性質。

第二款 隱名合夥之效力

第一項 對內關係

隱名合夥之對內關係，即隱名合夥人與出名營業人間之關係。依前述七零一條，應準用關於合夥之規定。然我民法，依其性質，又設有特別：

第一 隱名合夥人之出資義務。

隱名合夥人依契約負有爲財產的出資之義務，是爲隱名合夥契約之本然的意思效力。此義務之履行期，應依契約所定。未約定時，應解爲未定期限之債務，而有我民法二二九條二三兩項之適用。請求出資之權，屬於契約相對人，即出名營業人。此項義務履行後，其財產權因履行而當然移轉於出名

營旅人，（民七零二條）不生共有關係，故與普通合夥之出資異其歸屬，而與消費借貸近似。但該規定，非強行法規，當事人爲反對約定，自屬有效。惟其特約，無對抗第三人之效力。

第二 隱名合夥人之分受利益權及分擔損失義務。

此亦隱名合夥契約之意思效力。關於損益分配標準，應依契約所定。未約定時，自有我民法六七條一二兩項之準用。至於損益之計算，亦應於約定時期爲之。但未約定時，本節設有補充規定：即「出名營業人，除契約另有訂定外，應於每屆事務年度終計算營業之損益。」（民七零七條一項前段）此與前述六七六條同。此外關於利益之支付時期，及損失之負擔限度，尙有下列特則：（1）出名營業人於上開時期計算營業之損益後，如有應歸屬隱名合夥人之利益，應即支付之。（民七零七條一項後段）其未支取之利益，亦不得認爲出資之增加。（同條二項）蓋隱名合夥人，僅有依約定數額而出資之義務，除有明示之合意外，不能因其對於應受之利益尙未支取，即推定其有增加出資之默示的合意也。（2）隱名合夥人無增加或補充其出資之義務，與普通合夥人同。故其分擔損失之時期，應在合夥契約消滅時。（參考民七零九條）分擔損失之責任，則以出資爲限度，（民七零二條）而不負無限責任，故與普通合夥人異。縱有後述第七零五條之情形，其責任亦應以出資爲限。

第三 出名營業人之事務執行權。

隱名合夥人乃對於他人之營業而出資，故僅受損益分配，不參加事務執行。其營業主體，係出名營業人。關於營業之事務執行權，亦專屬於出名營業人。（民七零四條一項）自他方面觀察，即出名營業人對隱名合夥人負有執行目的事務之義務，故出資之利用，不能離其事業經營範圍。關於營業之變更廢止或轉讓，皆不得擅自爲之。反是，即生債務不履行之問題。但其事務究屬自己之事務，故於契約範圍內爲其執行權之行使，以準用六七二條之注意爲足。

第四 隱名合夥人之事業檢查權。

隱名合夥人雖不參加事務之執行，然因其與事業經營有直接利害，事業主體雖係出名營業人，而就經營狀況應使其有知悉之機會，故我民法明認隱名合夥人有於每屆事務年度終查閱合夥之賬簿、并檢查其事務及財產狀況之權。此項檢查權，因法律規定而生，并有絕對性。縱令當事人間有反對特約，其特約亦不生效，隱名合夥人仍得於正當時期行使之。此就普通檢查權之行使言，遇有重大事由，爲保全隱名合夥人之利益，并認其得聲請法院許可隨時爲上述檢查權之行使，學者以緊急檢查權稱之。（民七零六條）

第二項 對外關係

隱名合夥之對外關係，即隱名合夥人與第三人間之關係。因其營業主體係出名營業人，事務執行

權亦以出名營業人專有，故與普通合夥不同，而僅出名營業人與第三人間發生直接關係。因營業上行爲所生權利義務，完全由出名營業人直接對第三人取得或負擔。『隱名合夥人就出名營業人所爲之行爲，對於第三人不生權利義務之關係。』（民七零四條二項）此原則也。但（1）隱名合夥人依契約或特別授權行爲，而永久或一時的參與合夥事務全部或一部之執行者；（2）不問其實際參與否，而曾爲參與執行之表示者；（3）他人表示隱名合夥人參與執行之旨，無論是否合乎事實，而爲隱名合夥人所知，并不否認者；有此三種情形之一，皆足以使第三人信其爲出名營業人，故縱令當事人間有何等反對特約存在，然爲保護第三人之利益，隱名合夥人均應負出名營業人之責任，故第三人得以其爲合夥營業之主體，而對之行使權利履行義務，（民七零五條）是爲例外。

第三款 隱名合夥之終止

隱名合夥應依一般債權契約之消滅原因而終了，并得依民法六八六條之規定聲明退夥，因其聲明，發生契約終止之效力。（民七零八條一項前段二六三條）此外我民法更定有應當終止之事由及終止後之特別效力。

第一 終止之事由。（民七零八條各款）

（甲）存續期限屆滿者。

(乙)當事人同意者。

(丙)目的事業已成就或不能成就者。

(丁)出名營業人死亡或受禁治產之宣告者。

(戊)出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告者。

(己)營業之廢止或轉讓者。

第二 終止之效力。

隱名合夥契約，因終止向將來斷其存續。是與其他契約之終止同。惟我民法從其特質，更設有特別規定，而應分別營業之盈虧言之。(民七零九條)

(甲)營業有盈餘時，出名營業人對隱名合夥人，除負返還出資之義務外，並應依一定標準給與應得之利益。其出資如非金錢，自無妨為原物返還。

(乙)營業有虧折時，隱名合夥人應按一定標準負擔損失。故出名營業人返還出資之義務，僅就扣除其所應分擔之損失之殘額而存在。無殘餘時，免其返還義務。但無論損失多至若干，隱名合夥人之分擔，僅以出資為限，此外不負補償義務。

第二十節 指示證券

第一款 總說

第一 證券債權之概念。

證券債權 (Papierforderung) 謂依證券之作成表彰財產權內容及範圍，并以證券之持有爲行使要件之債權。

(甲) 債權之內容及範圍，依證券所記載。證券債權之成立，必作成證券。依其證券所表彰之權利，必爲財產權。至於財產權之內容及範圍如何？當事人得任意定之而記載於證券。

(乙) 債權與證券之關係。於證券債權，其債權與證券有不可分離之關係。即其債權係以證券爲根據，超越證券記載之範圍，原則上不得主張。故債權人行使證券上權利，不可不持有其證券。因而債權讓受人亦應受證據之交付，始有債權之取得。

第二 證券債權之種類及其立法。

因票據及其他流通證券而生之債權，皆曰證券債權。自立法上觀察，關於證券債權，概無總括規

定。多數國對於因票據所生之債權，與票據以外其他流通證券所生之債權，恆異其規定部位。德國就前者特設單行法；就後者則以定於民法為主，無商法中亦有數條規定。日本將前者定於商法，且獨立一編；對於後者，則分定於民法之債權讓與權利質權二節，及商法之商行爲編。惟在瑞士，皆以定於債務法。（同法第二十九節至三十一節）我民法乃從德例，對於票據，別設單行法。對於因票據以外所謂指示證券無記名證券所生之債，則規定於債編。本節專敘述指示證券，至於無記名證券，俟次節述之。

第二款 指示證券之意義

「稱指示證券者，謂指示他人將金錢有價證券或其他代替物給付第三人之證券。」此我民法第七一零條一項，對於指示證券（*Ordrepapier; titrea ordre; order paper*）所設定義的規定。分釋如次：

第一 指示證券者，指示他人對第三人給付之證券也。

指示證券，乃指示他人對第三人爲給付，故生三面關係。爲指示之人，即證券發行人，稱曰指示人。被指示之他人，即證券債務人，稱曰被指示人。受給付之第三人，即證券債權人，稱曰領取人。（民七二零條二項）證券之發行，依指示人一方之書面的意思表示而成立，不待被指示人之合意，故爲單獨行爲，然依證券所生被指示人與領取人間之證券債權，即所謂指示債權（*Orderforderung*，）則

必依指示人之指示與被指示人之承擔，始有其成立。故領取人受證券交付後，提示證券，請求被指示人承擔或給付時，被指示人無必須承擔或給付之義務，（民七二三條一項）而得拒絕之。因其拒絕，不生債務不履行問題，領取人僅得向指示人通知其事實，以保全自己之基本債權，（七一四條七一二條一項）而不得對被指示人爲二二七條之適用。被指示人必就證券上所指示之給付已爲承擔之意思表示後，始負依證券內容而爲給付之義務。所謂指示債權，始能有效發生。余故反於一般通說，而謂指示證券之發行，與指示債權之成立，應分別觀察，前者係單獨行爲，後者則有契約性質。

指示證券之發行，固無一定方式。但證券上要須記明指示人被指示人領取人之姓名或稱號，及給付之內容範圍，學者以指示文句（Orderklausel, clause in ordre）稱之。設例如次：

憑條即付國幣壹萬元交
甲先生收此據
乙先生 台照
中華民國 年 月 日
丙具 (印)

右例所記國幣壹萬圓，即指示給付之種類及範圍。甲，即被指示人。乙，即領取人。丙，即指示人。

第二 指示證券者，指示為代替物給付之證券也。

指示債權之標的物，限於代替物。蓋非此不足以順應指示證券之流通性。凡屬代替物，指示人均得記載券面，指示他人向第三人給付。法文所稱金錢、有價證券，非限制標的物之種類，僅其例示耳。

第三款 指示證券之效力

第一 關於證券本身之效力。

指示證券，因其發行於一方面，指示人負擔許容被指示人對領取人為給付，及由領取人受領給付之義務。於他方面，即被指示人取得向領取人給付，及領取人取得受領給付之權。是為發行行為上之意思效力。至於證券本身之效力，在指示債權之成立。然其成立，非基於單純之發行行為，尙有待於被指示人之承擔，已如前述。此外我民法更有左列特則。

(甲)證券債權之承擔及履行。證券債權之行使，不可不提示證券，此一切證券債權所共通。

於指示證券，領取人提示證券，請求被指示人承擔證券所指示之給付時，被指示人有承擔或拒絕承

擔之自由。其逕爲給付之請求者，被指示人亦有給付或拒絕給付之自由。故被指示人無論對指示人原負有債務與否，均無必須承擔或爲給付之義務。(民七二三條一項)被指示人拒絕承擔或拒絕給付時，領取人因尙無證券債權之取得，故僅得對指示人通知被拒絕之旨。(民七二四條)如其與指示人間有基本債權，指示人交付指示證券，係爲清償其基本債務者，此時領取人既未受被指示人之給付，則其對指示人之基本債權，自仍存在。反是，被指示人因領取人之提示，而承擔其證券所指示之債務者，證券債權於以成立，被指示人立於證券債務人之地位，應依證券內容及一般債務履行之法則，而對領取人即證券債務人爲給付義務之履行。(民七二一條一項)故被指示人既爲承擔之意思表示後，即不得無故拒絕給付，並不得以可得對抗指示人之事由對抗領取人，而僅得以本於指示證券之內容，或其與領取人間之法律關係所得對抗領取人之事由對抗之。(民七二一條二項)

(乙)證券之撤回。指示人發行指示證券後，得更撤回之。其撤回時期方法及相對人，法律設有明文。此外並有應視爲撤回之法定情形。(民七二五條)

(一)撤回之時期。撤回須於下列時期爲之：(1)被指示人未向領取人承擔所指示之給付以前。蓋此時領取人之給付請求權尙未確定發生，自不因撤回而受不利益。(2)被指示人未逕向領取人爲給付前。蓋此時指示債權既未發生，被指示人亦未爲履行，許其撤回，於領取人及被指示人均

無不利益之影響。反是，已承擔或已給付後，則不許撤回矣。

(一) 撤回之相對人及方法。指示證券之撤回，應以意思表示向被指示人爲之。

(二) 視爲撤回之情形。指示人於被指示人未承擔或給付前受破產宣告者，爲保護總債權人之利益，其指示證券視爲撤回。反是，如已承擔者，證券債權既已成立，被指示人對領取人有給付義務之發生，自不能因指示人之破產而受影響。如已給付者，則不能因事後之指示人破產，影響其效力，更無待論。

(丙) 證券之讓與。指示證券有流通證券之性質，故領法人得將指示證券讓與第三人。其讓與，應以背書爲之。即於證券記明讓與之旨。依其背書，即生讓與之效力，受讓人因以取得領取人之證券上權利，而不以通知被指示人爲其生效要件，故爲我民送二九七條一項但書之例外。因其讓與被指示人之承擔及給付，均應向受讓人爲之。如其已對受讓人爲承擔者，準諸上述七一一條之法律，即對受讓人負擔給付義務。此後非特不得以可對抗指示人之事由對抗受讓人并不得以自己與領取人間之法律關係所生之事由與受讓人對抗，而僅得以本於指示證券之內容，或其與受讓人間之法律關係所得對抗受讓人之事由對抗之。(民七二六條)

上述依背書而爲之讓與，乃保證券債權之流通，法律所認之原則。但非強行規定，指示人於發

行當時有反對意思表示，即於證券記載禁止讓與之旨者，其記載有效，證券之流通力因而受其阻止。

第二 關於原債權債務之效力。

(甲)及於指示人原債務之效力。指示人對領取人，原負有債務，即以其債務為原因，而發行指示證券，使領取人取得證券債權，以充債之清償者，如探證券債權因證券發行即有效成立之說，則係以新成立之第三人債務代指示人之原債務，新債務既有效成立，原債務自應即歸消滅。然如前述，不能從此見解，且此時并不生債務更改之問題，乃單純以原債務之清償為原因而發行證券，必於領取人依證券獲得與現實清償同等之利益時，原債權始因以消滅，故其消滅之時期，不可不在被指示人為給付之時也。又債權人不願受領指示證券，債務人固不得強以指示證券交付充償，但債務人應於受交付時立即向債權人通知不願受領之旨，反是，不即時通知，則視為願受領，既經受領之後，原債權雖非即時消滅，然亦不得仍向債務人即指示人就原有債務為給付。蓋於此時，應認領取人同意於原債權之暫緩清償。但於指示證券所定期限內，或未定期限者於相當期限內，領取人不能由被指示人領取給付者，如係基於被指示人之拒絕承擔或拒絕給付，除依七一四條通知其旨於指示人外，其請求指示人就原有債務為給付之權，亦因以復活。(民七一一條)

(乙)及於指示人原債權之效力。被指示人對指示人原負有債務者，如指示人即以自己之債權爲原因發行指示證券，指示債務人向第三人爲給付時，債務人因而向第三人給付者，是與直接對債權人爲清償同，故依其給付之限度，生債務消滅之效力。即被指示人按其對領取人所爲給付之數額，免其對指示人之原有券務，此與上述第七一二條一項同其理論。(民七二三條二項)

第三 效力之消滅。

(甲)證券債權之特別消滅時效。「指示證券之領取人或受讓人，對於被指示人因承擔所生之請求權，自承擔之時起，三年間不行使而消滅。」(民七二七條)此對於證券債權所設之行使期限，而有特別消滅時效之性質。但須注意者，如領取人係爲受債權清償而受領證券時，其對被指示人之證券債權，雖罹於本條時效而消滅，然實際上既未受給付，其對於指示人之原債權，即基本債權，除有其他法律上消滅原因外，自仍存在。

(乙)指示證券之公示催告。「指示證券有遺失被盜或滅失者，法院得因持有人之聲請，依公示催告之程序，宣告無效。」(民七一八條)即依公示催告程序，而爲除權判決，宣示證券無效，使證券上權利與證券分離，以保全持有人之權利，俾得不依證券而爲權利之行使。其程序，屬於民事訴訟法之規定。(民訴法五二三條至五三四條)

第二十一節 無記名證券

第一款 無記名證券之意義

「稱無記名證券者，謂持有人對於發行人，得請求其依所記載之內容爲給付之證券。」此我民法第七一九條，對於無記名證券 (*Inhaberpapier, titre au porteur; bearer paper*) 所設定義的規定。分釋如下：

第一 無記名證券者，持有人對於發行人得請求爲給付之證券也。

依無記名證券之發行，而有證券債權發生，學者以無記名債權 (*Forderung auf den Inhaber, créance au porteur*) 稱之。此種債權，因發行人一方之單獨行爲，即證券發行行爲而成立。故發行行爲與無記名債權，觀念上雖可區別，然其成立，恆依同一要件及時期，是與指示證券異。蓋無記名債權，係由發行人自負債務，當然不生給付承擔之問題。其行使，以證券之持有爲要件，故僅持有人得對發行人請求給付。所謂持有人，即現在持有證券之人，而不必係最初受證券交付之人。因此權利之享有與證券之持有，不可分離。權利與證券，化爲一體，惟依證券乃得表彰其權利之價值，此無記名證券

之所以爲有價證券也。

第二 無記名證券者，發行人依其所記載之內容爲給付之證券也。

無記名債權之行使，既以證券爲根據，其債權之內容如何，亦不可不依證券所記載。故持有人對發行人得請求其依所載內容爲給付。當此乃指一般證券持有人與發行人間之關係。反是，無記名債權係爲清償債務由發行人發行之交付於債權人者，則其間尚有基本的法律關係存在，依證券所生之債權，與其基本債權，內容不一致時，當事人自無妨依基本債權而爲主張。至得爲無記名債權之標的物，當亦不以金錢爲限，但須係有財產價格之物，是與指示證券無異。例如今日通行之商品禮券，自亦不失爲無記名證券之一種。

關於無記名證券之形式，法無明文，但須記載發行人及給付內容，而不記載特定權利人，是其特徵。

第二款 無記名證券之效力

因無記名證券之發行，發行人對持有人負擔依證券所載內容而爲給付之債務，是爲發行行爲上之意思效力。此外，法律爲確保證券之流通力，更設有種種規定。

第一 發行人之給付義務。

給付義務由發行人負之，其內容依證券所載內容，已如前款所述。茲就此外之特別規定言之：

(甲)給付義務之履行。「無記名證券發行人，於持有人提示證券時，有爲給付之義務。」(民七二零條一項本文)是與指示證券人被指示人向領取人承擔給付後，始有爲給付之義務者異。蓋於無記名證券，其債權早經成立於發行當時，故一經持有人向其提示，發行人即應依證券所載內容而給付。是無記名債權之履行期，因證券之提示而到來。反之，無此提示時，發行人不得履行，事實上亦無從履行。因提示而不履行時，自與一般債務不履行同。然如前述，證券債權之行使，與證券不可分離，故持有人請求給付，不僅以提示爲足，且應以證券交換其給付。我民法第七二三條一項所稱應將證券交還發行人，蓋即指此。發行人因提示，即應對持有人爲給付，故除得以本於證券之無效，證券之內容，或其與持有人間人法律關係所得對抗持有人之事由，對抗之外，自不得以自己與原債權人間之事由，對抗持有人。(民七二二條)且若證券於作成後。因遺失被盜或其他非因發行人自己之意思而流通者，即有所謂流通之瑕疵，爲確保證券之流通性，發行人對於善意持有人，仍應負責，而不得以流通之瑕疵爲抗辯，拒絕證券債務之履行。又於此種證查，並不因發行在發行人死亡或喪失能力後，即有所謂發行之瑕疵，而失其效力。於此情形，持有人仍得對發行人之繼承人提示證券，請求給付，(民七二一條)亦所以保其流通也。尙有應注意者，無記名證券發行人，原

僅對證券持有人負給付義務，其持有人是否真正權利人，即對證券有無處分權，初非所問。故發行人於持有人提示證券時，已爲給付義務之履行者，證券債權因以消滅，發行人當然免其債務，而不問持有人就證券有無處分之權利。(民七二零條二項)但以發行人於給付當時係善意爲要件。關於此點，本項雖無明文，然依前項但書解釋，當然得此論定。又發行人對無處分權之持有人爲給付後，依上述七二三條一項，亦有證券之收回，斯時發行人仍因收回而取得證券之所有權，不能因持有人無處分權，遂謂其移轉證券所有權於發行人之物權行爲無效。此於七二三條二項，亦有明文，乃不外物權編第八零一條規定之適用。

(乙)不得爲給付之情形。發行人於持有人提示證券時，其持有人就證券無處分權，非發行人所知者，發行人仍得因給付而免責。至其不知，是否基於自己之過失，初非所問。但明知持有人無此權利，或已受真正權利人所爲證券遺失被盜或滅失之通知者，如仍向無權利人給付，是故意加害真正權利人，殊非正當。故法律就此情形，明認發行人不得爲給付。反是，而給付時，仍不能免責。(民七二零條一項)本項規定，乃爲保護一般無記名證券之權利人而設。此外於特種無記名證券，尙有特則：

(一)利息、年金、及分配利益之無記名證券，其證券債權乃一種定期給付債權，倘有遺失被

盜或滅失之事情，而由權利人通知發行人者，法律設有特則：(1)因此種證券所生定期給付請求權，於法定時效期間屆滿前(即一二六條之時效)未有提示者，如認為通知之持有人(即權利人)之請求權因時效而消滅，殊非公允，故認其有不依證券而請求發行人給付該證券所載利息、年金、或應分配之利益之權。(2)反是，於法定時效期間屆滿前，由第三人提示該證券者，發行人應將不為給付之情事，告知該第三人。惟其不為給付，有一定期間，即至該第三人與為通知之人成立合意，或法院為確定判決止。此不僅對為提示之第三人如此，即對為通知之持有人，亦應在此期間內停止給付，以保護真正權利人。(民七二七條)

(二)無利息見票即付之無記名證券，發行之初，即着重持有人，而認發行人只對持有人給付，故其持有人是否真正權利，更可不問。縱令發行人明知持有人無處分證券之權，或受有遺失被盜或滅失之通知者，仍有對現在之持有人為給付之義務，而不受上述七二零條一項但書之限制，是為例外，所以保持證券之流通也。但真正權利人，自無妨對該持有人，依不當得利或侵權行為之規定，請求返還利益，或賠償損害。至關於利息、年金、及分配利息之證券，則仍有七二零條一項但書之適用，已如前述矣。(民七二八條)

第二 新券之換給及費用之負擔。

無記名證券原為流通而設，故因毀損變形不適於流通者，祇要其重要內容及識別記號尚可辨認，使發行人收回舊券，換給同一內容之新券，事實上並不感何等繁難。故法律認持有人於合乎此種情形時，有換給新券請求權。因換給所生之費用，原則上由持有人負擔。但證券為銀行兌換券或其他金錢兌換券者，則屬例外，而認為應由發行人負擔。（民七二四條）

第三 效力之消滅。

（甲）公示催告。無記名證券遺失被盜或滅失者，持有人因以不能行使證券上權利，法律為保護之，認其有聲請法院實施公示催告程序之權。依其程序，而為除權判決，證券之效力，因以消滅。同時，持有人並附隨此項聲請權，而得請求發行人告知關於實施公示催告之必要事項，及供給其證明所必要之材料。發行人因其請求，有告知及供給義務。（民七二五條）此就一般無記名證券言之，但於無利息見票即付之無記名證券，除利息、年金、及分配利益之證券外，則雖有遺失被盜或滅失等情事，而持有人亦不得為公示催告之聲請。（民七二八條）

（乙）提示期間經過。無記名證券之提示，定有期間者，因其期間經過，持有人即不能行使證券上權利，證券之效力當然消滅。然若公示催告聲請人，並聲請法院對發行人發禁止給付之命令者，是任何人均不得行使證券上權利，如提示期間依然進行，而在公示催告程序終止前，即屆滿者，

待至程序終止權利明確後，因提示期間業已經過，雖真正之持有人，亦不能行使證券上權利，豈屬允當。故我民法七六二條明定爲：自聲請發禁止給付之命令時起，至公示催告程序終止時止，其提示期間，當然停止進行。

(丙)除斥期間經過。依七二七條一項規定，爲通知之持有人所有之給付請求權，法律原爲保護該持有人而認之變通辦法，如聽其久存，亦非所宜。故同項但書，又有除斥期間之規定，即自一二六條所定時效期間屆滿後，經過一年者，其請求權消滅。

第二十二節 終身定期金

第一款 終身定期金之意義及性質

「稱終身定期金契約者，謂當事人約定一方於自己或他方或第三人生存期內，定期以金錢給付他方或第三人之契約。」此我民法第七二九條運於終身定期金契約 (*Leibrentenvertrag; contrat de rente viagère*) 所設定義的規定。依其契約，而有終身定期金之給付義務發生，是其特徵。負給付義務之當事人，曰終身定期金債務人。受給付之相對人及第三人，曰終身定期金債權人。自立法例言，德民法於終身定期金，僅認爲債務給付之特殊形式。(德民七五九條)我民法則從日例，(日民六八九條)定爲特種典型契約之一。其契約因當事人之合意而成立，故爲諾成契約。但應以書面爲之，(民七三零條)故爲要式契約。反是，不依書面而訂立者，則非民法上之終身定期金契約。此與德日民法不以書面訂立爲成立要件者不同。(德民七六一條日民六八九條)茲分釋終身定期金契約之意義如次：

第一 終身定期金契約者，當事人一方，以金錢給付他方或第三人之契約也。

依終身定期金契約，其一方負擔終身定期金債務，他方或第三人取得終身定期金債權，非另有約

定，相對人不負給付對價之債務，故爲無償且單務契約。是不外以定期金給付爲標的之一種贈與，除適用本節規定外，更應適用關於贈與之規定。反是，而爲有償之約定時，如相當於其他有償的典型契約，則亦應適用各該典型契約之規定。以下更就此種契約之給付標的物及受其給付之人言之：

(甲)終身定期金契約，以金錢給付爲標的。終身定期金契約之標的物，是否限於金錢？德民法泛稱「定期金，」而不爲解釋規定，因而是否限於金錢，大有爭論。(德民七五九條)日民法稱曰「金錢或其他之物，」一般通說，除金錢外，其他有體的代替物均得爲終身定期金契約之標的。(日民六八九條六九零條)我民法既定爲金錢，則其範圍，較德日民法明確，不爲解釋所左右。故當事人雖從其形式，而由一方負擔金錢以外之其他有體物，權利或勞務、之定期給付者，自不能成立民法上之終身定期契約。但依其性質，應準用本節規定。

(乙)向他方或第三人爲給付。受終身定期金給付者，不以契約當事人之他方爲限，得依契約使債務人向第三人給付定期金，而相當於民法上「爲第三人之契約，」并應適用二六九條及二七零條之規定。

第二 終身定期金契約者，當事人一方，於自己或他方或第三人生存期內，定期給付之契約也。終身定期金契約上之給付，應定期爲之。即因時之經過，每屆一定時期，應爲一次之給付，而有

所謂回歸的給付之意義。故依一定期金債權，更有各期給付請求權發生。各期給付之額，固不必自始確定，以可得確定爲足。又此種定期給付義務，僅於特定人之生存期內有其存續，該特定人死亡時，當然消滅，其特定人，不問債務人債權人或第三人均可，學者以定期給付之標準人稱之。但非自然人，不得以爲標準人。由此觀之，定期給付義務存續至標準人死亡爲限度，其給付全額初無定量，而純繫於偶然之事情，故又有射倖契約之性質。

上述終身定期金債權，係依契條而生。但有依遺囑而爲無償的定期給付者，我民法稱曰終身定期金之遺贈。關於其發生原因，固應適用遺囑之規定；而就其所生終身定期金債權之效力，則與依契約所生者無異，應同其規範，故我民法第七三五條，明定爲準用本節之規定。

第二款 終身定期金契約之效力

第一 定期金給付債務。

當事人負擔定期金給付債務，乃終身定期金契約之固有的意思效力。給付內容，以金錢爲限，毫無疑義。我民法特就其給付金額及時期，設有補充規定。

(甲)給付之金額。此種債務之全價值如何？因其存續繫於特定人死亡之偶然事情，故未能預測。至依基本的終身定期金債權所生各期給付請求權、其所得請求之金額，則不可不從約定。但雖

有金額之約定，然究指如何期間內所應爲之給付，有疑義時，依我民法七三一條二項，推定其爲每年應給付之金額，以期適合當事人之真意。但一方果能證明其與真意不合時，則推定之效力，自得因反證而推翻。

(乙)給付之時期。給付債務，應定期履行。其期間之久暫，亦應從約定。未約定時，依我民法七二三條一項，應按季預行支付。卽以一季爲一期，每屆一季之始，應爲一次之給付。自他方言，於其時得爲本期給付請求權之行使。

第二 定期金權利之轉移。

「終身定期金之權利，除契約另有訂定外，不得移轉。」(民七三四條)本條係因終身定期金權利雖屬財產權，然係以特定人間之個人關係爲基礎，故限制其移轉。所謂移轉，包含讓與及繼承言。所謂權利，是否專指「終身定期金債權？」抑并包含其所支分之「各期給付請求權？」不無疑義。通說謂不包含後者。

第三款 終身定期金契約之終了

終身定期金契約，既屬債權契約，自應依債權契約之一般消滅原因而終了。惟依其本質，別無原因時，恆因標準人死亡當然終止。關於此點，我民法更設有特則：

第一 標準人爲誰，應從約定。有疑義時，推定其爲於債權人生存期內按期給付。(民七三二條)即以債權人死亡時，爲契約終止期。所謂債權人，解釋上有受益人之意義。故約向相對人給付時，推定其以相對人之生存爲期；約向第三人給付時，則推定其以該第三人之生存爲期，但法文不稱受益人，而稱債權人，究嫌混淆。

第二 終身定期金契約，因標準人死亡，當然終止，債務人此後不復有給付義務。但各期給付，已依上述七三二條一項預行支付者，則依其生存期間而定終身定期金之人，即標準人，如於預付後該期屆滿前死亡時，嚴格以言，受益人有不當得利，應負比例返還之責。而我民法七三二條二項爲便利計，認有例外。即「定期金債權人，取得該期金額之全部。」此之所謂債權人，當然指契約上之受益人言。

第三 「因死亡而終止定期金契約者，如其死亡之事由應歸責於定期金債務人時，法院因債權人或其繼承人之聲請，得宣告其債權在相當期限內仍爲存續。」(民七三三條)是對因標準人死亡而消滅契約效力之原則，所認例外，即依債權人或其繼承人聲請，法院判決，而延長定期給付債務之存續。惟其延長，須以相當於該標準人原應生存之期間爲限。又本條情形，無異於契約存續期之變更，自非契約當事人以外之人所得聲請，故本條所稱債權人，與前二條異，應解爲專指契約當事人之一方，

第二十三節 和解

第一款 和解之意義及性質

「稱和解者，謂當事人約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約。」此我民法七三六條，對於和解 (Vergleich, transactio, transaction) 所設定義的規定。依此規定，所謂和解，乃以當事人之合意為基礎，故為諾成契約。不必拘守何等方式，故非要式契約。因其成立，當事人雙方負擔互相讓步，以終止或防止爭執之義務，故為債權契約中之有償且雙務契約。各國民法，多對之設有規定，故為有名契約。然除法與規定較詳外，他如德日，則法定極簡。(德民七七九條日民六九五條及六九六條)我民法亦僅設有七三六至七三八條之規定。故成立後，就其效力，除有特別規定外，應適用關於雙務及有償契約之一般規定。茲分釋其義意如次：

第一 和解者，當事人約定終止或防止爭執之契約也。

和解契約，以終止或防止爭執為目的，亦即以此為其契約要素。更分論之：

(甲)和解之成立，須已生爭執，或有生爭執之虞。和解以終止爭執或防止爭執之發生為目的

，茲本此旨，分析言之：(1)所謂爭執，指當事人就法律關係之存否，及其範圍、狀態等，各爲反對主張。而不問其繫屬於訴訟與否，且不於訴訟上之爭執或訴訟外之爭執。依我民法，并不以現實之爭執爲限，縱尙無其存在，而僅有發生之虞者，亦得對之成立和解。是與德法民法同，而與日民法僅以現實之爭執爲限者異。(德民七七九條法民二零四四條日民六九五條)(2)爭執所存之法律關係，不問種類如何，於凡當事人得依意思表示處分之一切財產關係，均包含之。至於親屬關係之爭執，因其不許依當事人之合意左右之，故不得爲和解之標的。但婚姻關係，原得依夫妻之協議而解除，故如約爲一方承認離婚，他方承認給付生活費者，自仍不失爲和解。(3)當事人就其法律關係之爭執，得成立和解。如其係爭事實已客觀的確定，當事人雙方或一方，亦已知其確定者，仍無妨以爲和解之標的。故對於依確定判決所確定之法律關係，當事人仍有爲和解之自由。蓋其事項，於審判上雖不許再有爭執，然事實上仍不無爭執，爲圖圓滿解決，對之成立和解，非特無損於審判威信，且爲實際上最穩妥之處置。

(乙)和解以止爭爲目的。和解與判決，同屬決爭之方法，然後者爲戰鬪的，前者爲和平的。於個人及社會兩方面，用和解之方法解決紛爭，均較依判決妥便。歐西學者有言：最惡之和解，尙勝於最良之裁判。此近世立法政策，所以置重調解主義，而認和解有社會的作用也。

和解係當事人自行止爭之契約，故與仲裁契約基於第三人之判斷者不同。所謂止爭。包含現實爭執之終止，與將生爭執之防止而言。即依有效成立之和解，以確定其已有爭執或將有爭執之法律關係，嗣後任何一方均不得再主張其固有的法律關係，而就確定事實有所爭執。否則即為債務違反。但依當事人之合意，解除和解契約，回復其以前之法律狀態，則屬無妨。

第二 和解者，當事人約定互相讓步之契約也。

當事人約定互相讓步，亦為和解之一要素。反是，僅其一方讓步，而為權利之拋棄或義務之承擔者，則非和解。互相讓步云者，當事人雙方，各拋棄其利己主張之全部或一部，而甘受損失之謂。至於讓步之程度如何，則非所問。究其實質，不外權利之拋棄或認諾，故當事人須有處分該權利之權限及其能力。反是，無處分權限或無行為能力之人所為之和解，自不能完全有效成立，因而受有利益者，自屬不當得利，而生返還問題。

和解於其法律關係已繫屬訴訟之前後，均得為之。於訴訟前所為者，乃單純之民法上和解；雖於訴訟繫屬中，然在審判外依當事人之自由意思而為者亦同。惟在審判上，經由推事所為之和解，則有民法上和解訴訟法上和解之兩性。

第三款 和解之效力

各種之債 第二十三節 和解

確定當事人間已生或將生爭執之法律關係，嗣後不許再就同一事項爲相異之主張，卽不問從前之法律關係如何，依當事人之互相讓步確定其關係，以終止爭執或防止爭執之發生，是爲和解契約之意思效力，亦即當事人雙方因和解當然負擔之債務。然和解之結果，究有創設的效力？抑僅生認定的效力？學說不一。法國學者，多主認定說，謂和解非使權利發生得喪變更之效果，而不過確認從來之法律關係，使其持續。反是，德日學者，則多主創設說，謂和解乃不問從來之法律關係若何，而使權利發生得喪之效果。就我民法解釋論第七三七條既定曰：「和解有使當事人所拋棄之權利消滅，及使當事人取得和解契約所訂定權利之效力。」又第七三八條本文更認：「和解不得以錯誤爲理由撤銷之。」其採創設說，毀無疑義。但和解既依契約而成立，如當事人對於依和解所生結果，約爲僅生認定的效力時，固屬無妨。

第三款 和解之撤銷

和解之目的，原爲法律關係之確定。故其契約，無存續期間之可言。然有無效或可得撤銷之一般原因時，固無妨適用關於無效或撤銷之一般規定，使歸消滅。惟就撤銷，我民法因認和解生創設的效力，故於七三八條明定爲：「不得以錯誤爲理由撤銷之。」即雖有我民法第八八條及八九條之情形，亦無各項規定之適用，乃犧牲一方之利益，以維持和解之創設力。「但有左列事項之一者，不在此限

「即仍許其撤銷也。」

第一 和解所依據之文件，事後發見爲偽造或變造，而和解當事人若知其爲偽造或變造即不爲和解者。本款撤銷權之發生，須具備下列要件：(1)和解係以文件爲根據而成立，無此文件即不能成立者。(2)文件係出於偽造或變造，而爲撤銷權人於和解當時所不知者。至其偽造或變造，是否相對人所爲，及有無詐欺之意思，均非所問。(3)撤銷權人於和解當時若知偽造或變造之情事，即不爲和解者。因上述客觀及主觀各要件之具備，即得依僅銷使和解消滅。但行使之撤銷權者，不可不負證明責任。

第二 和解事件，經法院確定判決，而爲當事人雙方或一方於和解當時所不知者。蓋判決確定後，雖仍無効成立和解，然若和解之結果，較判決之結果不利於一方，如知判決確定，自必不爲和解，倘不認其有撤銷權，維持和解之效力，不特使判決之效力動搖，且不合乎當事人本意，故不問相對人於和解當時明知判決確定與否，而認此一方有撤銷權。

第三 當事人之一方，對於他方當事人之資格，或對於重要之爭點有錯誤而爲和解者。蓋和解最重個人關係，一方對於他方之當事人資格，如有錯誤，其資格縱非交易上認爲重要者，亦應許有錯誤之一方行使撤銷權。又和解原爲止爭，其重要爭點何在，乃和解之根本問題，倘認識錯誤，亦應許

其撤銷也。

第二十四節 保證

第一款 保證之意義及性質

「稱保證者，謂當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。」此
我民法第七三九條對於保證（*Bürgschaft, en-cautionnem*）所設定義的規定。其為契約，已如法文所
示。依其契約，有保證債務發生，故為債權契約。負此債務者，稱保證人。其相對人，稱債權人。乃
以擔保他人之債務為標的，即以他人之債務為原因，故為有因契約。其所擔保之債務，稱主債務。其
債務人，稱主債務人。然主債務人，於保證契約上，不立於契約當事人地位，保證契約僅因保證人與
債權人間之合意而成立，并無須踐行何等方式，故為諾成的不要式契約。依其契約，除保證人負保證
人負保證債務外，相對人不負對債的債務，故為無償且單務之契約。關於保證之規定，立法上有着眼
於其發生，而與各種契約並列者，如德民法、瑞債務法、蘇俄民法是。有着眼於其目的，而置於財產
取得編者，如法民法是。有着眼於其效用，而於權利保全之標題下定之者，如普國國法、奧民法是。
更有認為多數當事人之債權關係，而定於連帶債務之次者，如日民法是。我民法則從德瑞之例。然所

以定於編末者，蓋因其主債務如發生於契約時，則保證契約有從契約之性質，故應後於各種契約規定之也。茲分釋保證契約之意義如次：

第一 保證者，保證人與債權人間之契約也。

保證契約當事人之一方，為保證人。他方，為債權人。而與主債務人無關，雖保證人對債權人約為與主債務人負連帶責任，成立所謂連帶保證，然發生主債務之行爲，與保證契約，仍屬二事。又保證人雖有依主債務人之委託而為保證者，然主債務人之委託行爲，亦另屬一事，而非參與保證契約之締結。

第二 保證者，約為主債務人不履行債務時，由保證人代負履行責任之契約也。

保證以發生主債務人不履行債務時，由保證人代負履行責任之保證債務，為其標的。更分論之：

(甲)保證契約，以發生保證債務為標的。保證債務，與應立保證之義務有別。後者，乃主債務人，依契約、法律、或法院之命令，對債權人所負之義務。前者，乃依契約，由保證人對債權人所負之債務。約為保證債務之負擔，必以主債務之存在為前提，而與擔保物權之成立，以被擔保之債權存在為必要者無異。不過一為對人擔保，他為物上擔保耳。就其干與他人債務之點，又與債務之承擔第三人之清償同。綜合觀察，有羅馬法上所謂債務加入 (*Intercessio*) 之趣旨。茲就保證債

務與主債務之關係言之：(1)保證債務乃與主債務有同一內容之個別的債務，故非合二者爲一債務，亦非以保證債務代主債務之存在。(2)得對之成立保證之主債務，其種類如何，法無限制，但解釋上，須以代替物給付之債爲限。反是，就以不作爲或其他專屬給付爲內容之債，則不能成立保證。至於主債務之給付數額，是否確定，則非所問。又於保證當時，主債務雖尙未成立，而係將來有其存在者，亦得約爲保證。(德民七六五條二項)

(乙)保證債務，以主債務人不履行債務時，由保證人代負履行責任爲內容。故保證債務，不僅有從屬性 (Accessorität) 且有補充性 (Subsidiarität) 即不僅因主債務之存在而成立，其成立後，且有補充主債務履行之作用。嚴格之言，主債務人并無不履行其債務之事實者，保證債務上之履行責任，應不發生。然保證債務之發生，非以主債務人不履行爲條件，故債權人基於保證契約，逕對保證人請求履行，亦非絕對不許。且請求時，并不以證明主債務人之不履行爲必要。惟保證人得依後述七四五條之規定，拒絕清償耳。但須注意者，如在連帶保證，則保證債務雖有從屬性，而無補充性，故保證人亦無七四五條之權利。

第二款 保證之效力

第一項 保證契約當事人間之效力

各種之債 第二十四節 保證

債權契約之效力，原則上僅及於當事人。保證亦然，故依保證，亦以生當事人間之效力為本則。其效力，即保證債務。關於保證債務之性質，已如前述。而我民法，就其範圍及保證人之抗辯權，設有特別。

第一 保證債務之範圍。

保證債務，依契約而生，故有意思效力之性質。其內容及範圍，本應從契約所定。然我民法，又設有補充及限制規定。

(甲)契約未定其範圍時。「保證債務，除契約另有訂定外，包含主債務之利息、適約金、損害賠償、及其他從屬於主債務之負擔。」(民七四零條)蓋保證債務，未約定時，應及於主債務本體之全部，此依保證之附從性，當然發生之結果，無待法文明定。故本條僅就從屬於主債務之負擔規定之。所謂從屬於主債務之負擔，即非主債務本體，而為個別之債務，僅與主債務有主從關係。所謂利息、違約金、損害賠償等，皆其例示。此外凡以主債務為基礎而生之一切從債務均屬之。此等從債務，非當然亦為保證債務之內容，故法律有說明文之必要。本條立法例，與法日民法同。(法民二零一六條日民四四七條)德民法規定之範圍則較狹。(德民七六七條)

(乙)契約定有範圍時。保證債務之範圍，依契約明定之者，本應從其所定。然若約定保證人

之負擔，重於主債務人之負擔時，是違反其從屬性。依羅馬法，其保證全部無效。我民法七四一條，則從日民法之例，（四四八條）僅設有限制。即應縮減至主債務之限度，其超過部分，自非有效。

第二 保證人之抗辯權。

保證人除以一般債務人所得爲之抗辯對抗債權人外，我民法從各國通例，更認其有特殊之抗辯權。

（甲）主債務人所有抗辯權之行使。基於保證債務之從屬性，主債務人所得爲之一切抗辯，不問其發生原因及種類如何，保證人皆得主張之，乃德民法所明認。（德民七六八條一項）日民法雖未規定，通說亦肯定之。我民法從德例，設有明文。（民七四二條一項）惟保證人，依本項規定，援用主債務人之抗辯權，其性質非代主債務人行使，乃依法規以自己名義行之，與行使自己之固有的抗辯權無異，故不及影響於主債務人。且就主債務人已拋棄其行使之抗辯權，保證人仍無妨主張之，（德民七六八條二項民七四二條二項）此原則也。我民法更有左列特別規定：

（一）「保證人對於因錯誤或行爲能力之欠缺而無效之債務，如其情事而爲保證者，其保證仍爲有效。」（民七四二條）蓋此等無效原因，雖爲主債人所得主張，然保證當時，保證人已明知其存在，是顯有不着重其事由之意思，故法律不復許其以主債務之無效原因存在爲抗辯，主張保

證債務無效，而屬七四二條之例外。但此等無效原因，已因主債務人之援用，確定主債務無效者，保證債務既失其所託，當然應歸消滅。蓋本條非認保證債務能獨立存在，否則沒却保證為從債務之本旨。

(二)「向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行爲，對於保證人亦生效力。」(民七四七條)本條不外七四二條之應用，而為一三八條之例外。蓋有此等情形，主債務人已不能以時效為抗辯，保證人自亦不得主張之。法文所稱請求履行，即時效中斷之一事由。所謂其他中斷之行爲，指請求以外依一二九條各事由所為之行爲。但既曰「向主債務人……」則解釋上，如主債務人向債權人所為一二九條一項二款之承認，自不包含之。

(乙)保證人自己之抗辯權。本段應說明者，即保證人依法得拒絕清償之情形，分述如次：

(一)「主債務人就其債之發生原因之法律行爲，有撤銷權者，保證人對於債權人得拒絕清償。」(民七四四條)於此情形，非經撤銷權之行使，主債務固自有效，保證債務亦即有其存在，而與單純之抗辯權不同。然法律為保護保證人，雖不許其行使主債務人之撤銷權，而認其得拒絕債權人之履行請求。反是，上述撤銷權已消滅時，則本條之拒絕清償權，亦即歸於消滅。

(二)「保證人未就主債務人財產強制執行而無效果前，對債權人得拒絕清償。」(民七四五

條）蓋依保證債務之補充性，僅於主債務人不履行債務時，保證人始負代為清償之責任。反是，債權人尙未對主債務人之財產實施強制執行，或雖已實施，而是否能受清償？尙未確定者，則主債務人究竟能履行否？尙未判明，即逕使保證人履行其有補充性之保證債務，自非允當。故我民法，從羅馬法以來各國先例，而設本條規定，學者以保證人之檢索抗辯權（*Beneficium excussionis Einrede der Vorausklage*）稱之，具有延期的抗辯權之性質。保證人受債權人請求時，得證明債務人如就主債務人財產強制執行非無效果，而爲此種抗辯權之行使。故其最初之舉證責任，屬於爲抗辯之保證人，是與法、意、德、日等民法之解釋同，而與瑞士債務法認檢索爲債權人對保證人請求清償之要件，須由債權人證明其已對主債務人之財產實施強制執行者異。（法民二零二一條以下意民二零九八條以下德民七七一條以下日民四五三條瑞債四九五條）

立法上除認保證人有檢索抗辯權外，更有認催告抗辯權者，如日民法四五二條是。亦有不認檢索抗辯權，僅認催告抗辯權者，如奧民法一三五五條是。所謂催告抗辯權，又稱先訴抗辯權，亦延期的抗辯權（*Aufschiebende od. dilatorische Einrede*）之一種。自立法論，以僅認檢索抗辯權爲當。

如上所述，我民法認保證人有索辯檢權。然其權利，如已喪失，或雖未喪失，而仍許其行使

，認爲過苛時，則保證人不得主張其權利。我民法七四六條，即從此旨，而明定保證人不得主張檢索抗辯權之事由如次：(1)保證人拋棄檢索抗辯權者。(2)保證契約成立後，主債務人之住所、營業所、或居所、有變更，致向其請求清償，發生困難者。(3)主債務人受破產宣告者。(4)主債務人之財產，不足清償其債務者。

第三 共同保證人之責任。

二以上之保證人，就同一主債務，負擔保證債務者，學者以共同保證稱之。其對外的效力如何？立法例不一：有認各保證人之分別利益 (Beneficiandivisionis) 者，如羅馬法、德普通法、法日民法、瑞債務法是。有因其效力薄弱，而認各保證人負連帶責任者，如德奧民法是。我民法從後例，於第七四八條明定曰：『數人保證同一債務者，除契約另有訂定外，應連帶負擔保證責任，』故以無各保證人有分別利益之特約爲限，不問其依一契約而保證同一債務，或依數契約而保證同一債務，並有無先後及其內部關係如何，均應負連帶保證責任，即有連帶債務之成立。

第二項 保證人與主債務人間之效力

保證人與主債務人保證其對債權人之債務，完全以保證契約以外之另一法律關係爲基礎，故其關係如何，非保證之效力問題。保證係債權契約，其效力應僅及於當事人間，主債務人非保證契約上當

事人，對之自無意思效果之可言。但依保證之從屬性及補充性，自不能謂與主債務人絕對無涉，故我民法，特明定保證契約及於保證人與主債務人間之效力，而有法定效果之性質。

第一 保證人之代位權。

『保證人向債權人爲清償後，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉與保證人。』（民七四九條）本條規定，與三一二條同其趣旨，如無明文，解釋上當然有三一二條之適用，故雖有此明文，而三一二條但書之規定，仍應遵守。法文所稱清償，即消滅主債務之一方法，如依其他與清償同視之行爲消滅主債務者，自亦生本條之效力。又不問其主債務之全部或僅一部消滅，均有本條之適用。此就法文所稱『於其清償之限度』一語，可以見之。

第二 保證人之除去保證責任請求權。

保證人受主債務人之委任，而爲保證者，有下列各款情形之一時，得向主債務人請求除去其保證責任：(1)主債務人之財產顯形減少者；(2)保證契約成立後，主債務人之住所、營業所或居所、有變更，致向其請求清償發生困難者；(3)主債務人履行債務遲延者；(4)債權人依確定判決，得令保證人清償者。（民七五零條一項）蓋於此等情形，或則保證人有須向債權人履行保證債務之虞；或已無檢索抗辯權，而確定的應向債權人履行。然其爲保證，係基於主債務人之委任，故法律許其請求主債務人爲

一定行爲，以消滅自己對債權人所負之保證債務。通常即請求主債務人速向債權人爲清償。然請求當時，主債務之清償期尙未屆至者，自不能強令主債務人拋棄其期限利益，故七五零條二項，又認：「主債務人得提出相當擔保於保證人，以代保證責任之除去。」是則三面之利益，均賴以保全矣。

第三款 保證之終了

保證除依債權契約之一般消滅原因而終了外，更依左列事由而終了。

第一 債務消滅。

主債務因清償或其他事由而消滅時，保證債務當然隨之而消滅，保證契約因以終了。

第二 主債務之承擔。

第三人承擔主債務時，除保證人對其承擔已承認外，保證債務因而消滅，保證契約當然終了。（

民二零四條二項）

第三 債權人拋棄擔保物權

「債權人拋棄爲其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。」（民七五一條）本條規定，於主債務附有物上及對人兩種擔保時，見其適用。於此情形，不問物上擔保係債權人所供，或第三人所供，債權人均應先就物上擔保行使權利。蓋其效力較強，易得債權之滿足。

反是，拋棄其擔保物權時，不問對於對人擔保有無一併免除之意思，保證人依法律規定，按其拋棄之限度免責。如拋棄其全部時，保證契約，即因以消滅。然若擔保物權非基於債權人之拋棄，而基於其故意或過失，以致喪失或減少者，保證人應否免責，我民法無如日民法第五零四條之明文，不無疑義。

第四 債權人不為審判上請求。

(甲) 「約定保證人僅於一定期間內為保證者，如債權人於其期間內，對於保證人不為審判上之請求，保證人免其責任。」(民七五二條)

(乙) 「保證未定期間者，保證人於主債務清償期屆滿後，得定一個月以上之相當期限，催告債權人於其期限內，向主債務人為審判上之請求。」「債權人不於前項期限內向主債務人為審判上之請求者，保證人免其責任。」(民七五三條)

右述二條，依保證定有存續期限與否，而異其處理。法律所以設此規定者，為使保證人得早日卸責也。其免責原因，皆在債權人不為審判上請求，蓋為慎重計。惟一則認保證人為請求之相對人，他則認主債務人為請求之相對人，故一係保證債務之行使，他係主債務之行使。且一則因保證期間屆滿，債權人未為審判上請求，即行免責；他則因主債務清償期屆至，并經過催告期限，債權人仍不為審

判上請求時，始行免責。此其不同之點。但因保證人免責，保證契約終了，則無所異。

第五 保證人行使終止權

主債務係連續發生者，則其所附之保證，亦有繼續性。依一般繼續性契約之法理，如未定存續期間，當事人得隨時終止契約，保證自亦不外此例。故我民法七五四條一項明定曰：「就連續發生之債務為保證，而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人，終止保證契約。」是曰保證人之契約終止權，因其行使，保證契約歸於消滅，故同條二項又明定曰：「前項情形，保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任，」蓋終止既有向將來消滅保證之效力，對於其後新生之主債務人債務，自非保證效力所及。

第六 主債務延期清償之允許。

主債務定有償期者，主債務人應按期清償。債權人雖得允許延期，然不能因其意思而延長保證人之責任。故我民法七五五條明定曰：「保證人除對於其延長已為同意外，不負保證責任，」以保護保證人之利益。又如就繼續供給契約上之債務為保證者，當事人更新其契約時，準此理論，其保證自非當然隨之而更新。

第四款 信用委任

委任他人，以該他人之名義及其計算，供給信用於第三人者，學者以信任委任 (Mandatum qua-
lificatum; Kreditanftrag) 稱之。其性質如何？自羅馬法以來，大有爭論。近世通說。謂爲委任與保
證之混合。德民法即採此說，特設第七七八條之規定。我民法第七五六條從之明定曰：『委任他人，
以該他人之名義及其計算，供給信用於第三人者，就該第三人，因受領信用所負之債務，對於受任人
，負保證責任，』舉例以言，如甲委乙，以乙之名義及其計算，將金錢貸與丙，即成立信用委任。因
而乙丙間有債權關係發生，乙爲債權人，丙爲債務人，然丙之所以能借受金錢，係基於甲之信用委任
，否則乙必不向丙爲金錢之貸與。故甲對乙，應依本條規定，就丙因受領信用所負之金錢債務，負保
證責任，而適用關於保證之規定。然甲乙間，既尚有委任關係存在，故關於委任之規定，亦適用之。

