

大 學 叢 書

中 國 民 國 法 債 篇 總 論

上 冊

胡 長 清 著

商 務 印 書 館 發 行

MG
D929.6
2139
=1

大 學 叢 書

中 國 民 法 債 權 篇 總 論

上 冊

胡 長 清 著

商 務 印 書 館 發 行



3 2168 9227 7

目錄

弁言

緒論

第一章 債法之地位

第二章 債法之命名

第三章 債法之編制

第四章 債法之特色

本論

第一章 概說

第一節 債權之意義

一 債權係特定人對特定人之權利

第二節 債權與物權

目錄

八

六

六

四

三

二

一

一

一

第三節 債權與請求權·····	九
第四節 債務與自然債務·····	一〇
第五節 債務與責任·····	一二
第二章 債之發生·····	一三
第一節 概說·····	一四
第一 債之發生之意義——第二 債之發生之原因·····	一五
一 各國之立法例·····	一六
二 我民法之規定·····	一六
三 債編以外債之發生之原因·····	一六
第二節 契約·····	一六
第一款 契約之概念·····	一六
第一 廣義契約與狹義契約——第二 狹義契約之意義·····	一六
一 契約為法律行為·····	一六
二 債權契約係以發生債權債務為目的·····	一六
三 契約係二以上之當事人相互的意思表示之一致·····	一六
甲 契約之成立須有二以上之當事人·····	一六
乙 二以上之當事人須互為意思表示·····	一六
丙 二以上之當事人互為之意思表示須係一致·····	一六
第二款 契約之分類·····	一〇

第一 雙務契約與單務契約——第二 有價契約與無價契約——第三 諾成契約與要物契約——	
第四 要式契約與非要式契約——第五 有名契約與無名契約——第六 要因契約與非要因契約——第七 主契約與從契約——第八 本約與預約	
第三款 契約之成立	二八
第一項 要約	二八
第一目 要約之概念	二八
第一 要約之性質……一 要約爲意思表示……二 要約之目的在於訂立契約——第二 要約之要件……一 要約須由特定人爲之……二 要約須對於相對人爲之……三 要約須足以決定契約之內容	
第二目 要約之效力	三二
第一 對於相對人之效力——第二 對於要約人之效力……一 要約拘束力之性質及其根據……二 要約拘束力之存續期限……甲 要約定有承諾期限者……乙 要約未定有承諾期限者……(A)對話爲要約時……(B)非對話爲要約時……三 要約拘束力之除外	
第三目 要約之消滅	三八

第一 不為承諾——第二 要約之拒絕——第三 要約之撤回	四一
第二項 承諾	四一
第一目 承諾之概念	四一
第一 承諾之性質……一 承諾為意思表示……二 承諾之目的在與要約人訂立契約——第二	
承諾之要件……一 承諾須由受領要約之相對人為之……二 承諾須對於要約人為之……三	
承諾之內容須與要約之內容完全一致	
第二目 承諾之遲到及遲延	四三
第一 承諾之遲到——第二 承諾之遲延	四三
第三目 承諾之撤回	四六
第三項 合意與不合意	四六
第一 合意——第二 不合意	四六
第四項 契約成立之時期	四九
第一 對話人間契約成立之時期——第二 非對話人間契約成立之時期——第三 因意思實現契	
約成立之時期	四九

第四款 懸賞廣告	五三
第一項 懸賞廣告之性質	五三
第二項 懸賞廣告之要件	五五
一 廣告人須有負擔債務之意思	五五
二 須依廣告之方法而為要約	五五
三 須聲明給與報酬	五五
四 須聲明對於完成一定行為之人給與報酬	五五
第三項 懸賞契約之成立	五七
第四項 懸賞契約之效力	五八
第五項 懸賞廣告之撤銷	六〇
第一 撤銷之認許	六〇
第二 撤銷之要件	六一
一 撤銷須在未完成指定行為前為之	六一
二 撤銷須依以前之廣告同一方法為之	六一
三 須廣告人未拋棄其撤銷權	六一
第三 撤銷之效力	六一
第三節 代理權之授與	六三
第一款 概說	六三
第一 代理之意義	六四
第二 立法之得失	六四
第二款 授權行為	六五

第一 代理權之發生——第二 授權行為之性質——第三 授權行為與其基本法律關係	六七
第三款 共同代理	六七
第四款 無權代理	六八
第一項 概說	六八
第二項 表見代理	六九
第一 概說——第二 表見代理之要件：一 由自己之行為表示以代理權授與他人者：二 知他人表示為其代理人而不為反對之意思表示者——第三 表見代理之效果	七二
第三項 狹義無權代理	七二
第一 概說——第二 本人之承認(追認)：一 立法理由：二 承認之性質及要件：三 承認之方法及效力——第三 相對人之催告：一 立法理由：二 催告之性質及要件：三 催告之效力——	七四
第四 相對人之撤銷：一 立法理由：二 撤銷之性質及要件：三 撤銷之方法及效力	七八
第四節 無因管理	七八
第一款 概說	七八
第一 立法理由——第二 各國立法例	七八

第二款 無因管理之要件·····	七九
第一款 須管理他人之事務·····	一
一 事務·····	二
二 他人之事務·····	三
三 管理事務——第二款 須有爲 他人之意思——第三款 須無法律上之義務	
第三款 無因管理之效力·····	八三
第一項 概說·····	八三
第一款 債之關係之發生——第二款 違法性之阻卻——第三款 無報酬請求權	
第二款 管理人之義務·····	八五
第一目 管理人之主要義務·····	八五
第一款 實行管理之義務·····	一
一 依本人之意思·····	二
二 利於本人之方法——第二款 注意之義務—— 第三款 賠償之義務	
第二款 管理人之從屬義務·····	八九
第一款 通知並俟指示之義務——第二款 計算之義務	
第三款 本人之義務·····	九〇
第一款 概說——第二款 管理事務利於本人並不違反其意思時·····	一
一 償還費用及利息之義務·····	

二 清償債務之義務……三 賠償損害之義務——第三 管理事務不利於本人並違反其意思時

……一 原則……二 例外

第四款 無因管理之承認……………九四

第五節 不當得利……………九五

第一款 概說……………九五

第一 立法理由——第二 各國立法例

第二款 不當得利之積極成立要件……………九六

第一項 一方受利益……………九六

第一 一方曾受利益——第二 一方係由他方受利益

第二項 他方受損害……………九八

第一 他方曾受損害——第二 他方受損害係因一方受利益

第三項 無法律上之原因……………九九

第一 自始無法律上之原因……一 立法例……二 學說……甲 非統一說……(A)受利益由於

受損害人之意思者……(1)自始即無目的者……(2)目的不能達者……(3)目的已消滅者……

(B) 受利益非由於受損害人之意思者……(1) 受利益由於受利益人之行為者……(2) 受利益由於受損害人之行為者……(3) 受利益由於第三人之行為者……(4) 受利益由於法律之規定者……(5) 受利益由於行為以外之事件者……乙 統一說……(A) 公平說……(B) 債權說……(C) 權利說……三 鄙見——第二 嗣後無法律上之原因

第三款 不當得利之消極成立要件……………一〇六

第一項 無償給付……………一〇六

第一 履行道德上義務之給付——第二 清償期前債務之給付——第三 狹義之無償給付

第二項 不法原因之給付……………一〇九

一 原則無返還請求權……甲 立法理由……乙 要件……丙 效果……二 例外仍有返還請求

權

第四款 不當得利之效力……………一一二

第一項 受領人之義務……………一一二

第一 返還之標的……一 原則返還原物……二 例外償還價額——第二 返還義務之範圍……

一 受領人爲善意時……二 受領人爲惡意時……甲 自始爲惡意時……乙 嗣後爲惡意時

第二項 轉得人之義務·····	一一七
第六節 侵權行為·····	一一八
第一款 概說·····	一一八
第一 民事責任與刑事責任——第二 過失責任與結果責任——第三 侵權行為之立法例	
第二款 一般侵權行為之要件·····	一二一
第一項 概說·····	一二一
第二項 客觀要件·····	一二二
第一目 自己之行為·····	一二三
第一 概說——第二 行為——第三 自己之行為	
第二目 權利之侵害·····	一二四
第一 概說——第二 權利·····	
一 權利之意義·····	一二
二 權利之種類·····	一二
甲 各國立法例·····	一二
乙 我民法之解釋·····	一二
(A)財產權·····	一二
(1)支配權·····	一二
(2)請求權·····	一二
(3)形成權·····	一二
(B)人身權·····	一二
(1)人格權·····	一二
(a)生命權·····	一二
(b)身體權·····	一二
(c)健康權·····	一二
(d)名譽權·····	一二
(e)信用權·····	一二
(f)自由權·····	一二
(g)貞操權·····	一二
(h)姓名權·····	一二
(i)肖像權·····	一二
(2)身分權——第三	一二

權利之侵害

第三目 損害之發生……………一三四

第一 概說——第二 損害之意義——第三 損害之種類

第四目 因果關係……………一三六

第一 概說——第二 作爲(積極的行爲)與因果關係……………一 條件說……………二 原因說……………甲 最

有力條件說……………乙 最後條件說……………丙 必要條件說……………丁 直接條件說……………戊 異常條件說

……………己 優勝條件說……………庚 原動力條件說……………三 相當因果關係說……………甲 主觀的相當因果

說……………乙 客觀的相當因果說……………丙 折衷的相當因果說——第三 不作爲(消極行爲)與因果

關係……………一 極積說……………甲 他行爲說……………乙 先行爲說……………丙 他因利用說……………丁 無形因

果說……………二 消極說

第五目 違法……………一四二

第一 概說——第二 實質的違法與形式的違法——第三 阻卻違法之事由……………一 權利之行使

……………二 被害人之承諾……………三 無因管理……………四 正當防衛……………五 緊急避難……………六 自助

第三項 主觀要件……………一四七

- 第一目 意思能力.....一四七
- 第一概說——第二 無意思能力人.....一 行爲時無識別能力之人.....甲 須爲無行爲能力人或限制行爲能力人.....乙 須行爲時無識別能力.....二 行爲時有精神障礙之人——第三 舉證責任
- 第二目 故意或過失.....一五〇
- 第一概說——第二 故意或過失.....一 故意.....二 過失——第三 過失之推定
- 第三款 共同侵權行爲.....一五三
- 第一概說——第二 共同侵權行爲之要件.....一 真實的共同侵權行爲.....甲 須數人均曾不法侵害他人之權利.....乙 須數人共同不法侵害他人之權利.....二 準共同侵權行爲.....甲 須數人共同不法侵害他人之權利.....乙 須不能知共同行爲人中孰爲加害人.....三 造意及幫助.....甲 造意.....乙 幫助——第三 共同侵權行爲之效力
- 第四款 特殊侵權行爲.....一五九
- 第一項 概說.....一五九
- 第二項 由於他人行爲之侵權行爲.....一六〇

第一目 公務員之責任……………一六〇

第一 概說——第二 公務員之責任……………一 違背對於第三人應執行之職務……………甲 職務……………乙

違背職務……………二 因違背職務致第三人之權利受損害——第三 公務員之免責

第二目 法定代理人之責任……………一六四

第一 概說——第二 法定代理人之責任……………一 無能力人或限制能力人有識別能力時……………二

無能力人或限制能力人無識別能力時——第三 法定代理人之免責——第四 無能力人或限制

能力人之結果責任

第三目 僱用人之責任……………一六八

第一 概說——第二 僱用人之任責……………一 行爲人爲僱用人之受僱人……………二 因執行職務不法

侵害他人之權利……………甲 因執行職務……………乙 執行職務之範圍……………丙 不法侵害他人之權利

——第三 僱用人之免責——第四 僱用人之結果責任——第五 僱用人之求償權

第四目 定作人之責任……………一七四

第一 概說——第二 定作人之免責——第三 定作人之責任

第三項 由於行爲以外之事實之侵權行爲……………一七六

第一目 動物占有人之責任……………一七六

第一 概說——第二 占有人之任責……………一 加損害於人者爲其所占有之動物……………二 依其所占

有之動物加損害於人——第三 占有人之免責——第四——占有人之求償權

第二目 工作物所有人之責任……………一七九

第一 概說——第二 所有人之任責……………一 土地上之建築物或其他工作物……………二 工作物之設

置保管有欠缺……………三 因設置或保管有欠缺致損害他人之權利——第三 所有人之免責——第

四 所有人之求償權

第五款 侵權行爲之效力……………一八三

第一項 概說……………一八三

第一 損害賠償債權之發生——第二 損害賠償請求權與不作爲請求權

第二項 損害賠償之當事人……………一八四

第一 損害賠償之債務人——第二 損害賠償之債權人……………一 被害人……………二 被害人以外之人

……………甲 爲被害人支出殯葬費之人……………乙 被害人負有法定扶養義務之第三人……………丙 被害人

之父母子女及配偶

第三項 損害賠償之範圍及方法……………一八七

第一 損害賠償之範圍……………一 於身體健康名譽或自由被侵害時……………二 於身體或健康被侵害時

——第二 損害賠償之方法……………一 於身體或健康被侵害時……………二 於名譽被侵害時……………三

於物被毀損時

第四項 損害賠償請求權之讓與性……………一九〇

第一 財產上之損害賠償請求權——第二 非財產上之損害賠償請求權

第五項 特別消滅時效……………一九二

第一 消滅時效之期間……………一 短期……………二 長期——第二 消滅時效完成後之效果

第三章 債之標的……………一九五

第一節 概說……………一九五

第一 債之標的之意義——第二 債之標的之要件……………一 債之標的須合法可能及確定……………二

債之標的無須有財產上之價格——第三 債之標的之分類……………一 單純給付與合成給付……………二

可分給付與不可分給付……………三 即時給付與繼續給付……………四 積極給付與消極給付

第二節 種類之債……………二〇三

第一款 概說	二〇三
第一 種類之債之性質	二〇二
第二 給付之標的須以某種類之物指定之	二〇二
第三 種類之債係以種類中	二〇二
之某物為其給付之標的	二〇二
第二 種類之債品質之確定	二〇二
第二款 種類之債之特定	二〇六
第一項 特定之方法	二〇六
第一 依債務人行為之特定	二〇六
第二 依	二〇六
當事人合意之特定	二〇六
第二項 特定之效力	二〇九
第一 能否變更給付標的之問題	二〇九
第二 保管義務問題	二〇九
第三 危險負擔問題	二〇九
第三款 限制種類之債	二一一
第三節 貨幣之債	二一一
第一款 概說	二一一
第一 貨幣之性質	二一一
第二 貨幣之種類	二一一
第一 法定貨幣	二一一
第二 自由貨幣	二一一
第三 貨幣之	二一一
價格	二一一
一 類面價格	二一一
二 金屬價格	二一一
三 流通價格	二一一

第二款 內國貨幣之債	二一五
第一款 特定貨幣之債——第二款 金類貨幣之債……一 應以何種貨幣為給付乎……二 應依何種價格為計算乎——第三款 特種貨幣之債……一 絕對的特種貨幣之債……二 相對的特種貨幣之債	
第三款 外國貨幣之債	二一八
第一款 特定貨幣之債——第二款 金類貨幣之債——第三款 特種貨幣之債	
第四節 利息之債	二二〇
第一款 概說	二二〇
第一款 利息之性質……一 利息為所得……二 利息為由流動資本而生之所得……三 利息為以其從屬於原本債務所支付之物——第二款 利息與原本之關係	
第二款 利息之債發生之原因	二二四
第一款 約定利息——第二款 法定利息……一 遲延利息……二 出費利息……三 擬制利息……	
四 可生利息	
第三款 利率	二二七

第一 約定利率……一 最高利率之限制……二 巧取利益之禁止……三 債務人之期前清償權

——第二 法定利率

第四款 複利……二二三一

第一 原則禁止——第二 例外許可……一 遲付利息逾一年時……二 商業上另有習慣時

第五節 選擇之債……二二三

第一款 概說……二二三

第一 選擇之債之性質……一 選擇之債為數個之債說……二 選擇之債雖為一個之債但其給付

立於條件附或不定之關係說……三 選擇之債為一個之債說——第二 選擇之債之標的——第

三 選擇之債與其類似之債之區別……一 選擇之債與條件附之債之區別……二 選擇之債與

種類之債之區別……三 選擇之債與權利競合之區別 四 選擇之債與任意之債之區別

第二款 選擇之債之特定……二二七

第一項 概說……二二七

第二項 給付之選擇……二二七

第一 選擇之性質——第二 選擇權之性質——第三 選擇權人——第四 選擇權之行使……一

選擇權行使之方法……………二	選擇之意思表示無須方式……………三	選擇之意思表示不得附加條件……………四	選擇之意思表示不得變更或撤銷——第五	選擇權之移轉……………一	當事人一方有選擇權時……………甲	選擇權定有行使期間時……………乙	選擇權未定有行使期間時……………二	第三人有選擇權時……………
第三項 給付之不能……………二四四	第一 自始不能給付——第二	嗣後不能給付……………一	因不可歸責於雙方當事人之事由致不能給付時……………二	因可歸責於有選擇權人之事由致不能給付時……………甲	因可歸責於債權人之事由……………乙	因可歸責於債務人之事由時……………三	因可歸責於無選擇權人之事由致不能給付時……………	第四項 特定之效力……………二四六
第三款 任意之債……………二四八	第一 債務人任意之債——第二	債權人任意之債……………	第六節 損害賠償之債……………二五〇	第一款 概說……………二五〇	第一 損害——第二	損害賠償——第三	損害賠償之債……………	

- 第二款 損害賠償之債之要件……………二五三
- 第一 須有發生損害之原因事實——第二 須有損害之發生——第三 須損害與其原因事實有因果關係——第四 須賠償義務人有過失
- 第三款 損害賠償之方法……………二五五
- 第一 概說——第二 我民法所定之賠償方法……………一 原則……………二 例外……………甲 經催告後逾期不為回復原狀時……………乙 不能回復原狀或回復原狀顯有困難時
- 第四款 損害賠償之範圍……………二五八
- 第五款 賠償金額之減免……………二五九
- 第一 被害人與有過失時……………一 過失相抵之性質……………二 過失相抵之要件……………三 過失相抵之效力——第二 義務人之生計有重大影響時
- 第六款 賠償代位與損益相抵……………二六四
- 第一 賠償代位……………一 賠償代位之要件……………二 賠償代位之效力——第二 損益相抵
- 第四章 債之效力……………二六八
- 第一節 概說……………二六八

第二節 給付·····	二六九
第一款 概說·····	二六九
第二款 給付之方法·····	二七〇
第一款 誠實信用之意義——第二 誠實信用原則之適用——第三 誠信與衡平·····	二七二
第三款 債務人之注意義務·····	二七二
第一項 概說·····	二七二
第二項 故意·····	二七三
第一款 故意之意義——第二 對於故意之責任·····	二七三
第一款 債務人對於故意行為應負責任·····	二七三
第二款 故意之禁止·····	二七三
第一款 故意之禁止·····	二七三
第二款 過失·····	二七五
第一款 過失之意義及分類·····	二七五
第一款 抽象的過失·····	二七五
第二款 具體的過失·····	二七五
第三款 重過失——第二 對於過失之責任·····	二七五
第一款 債務人對於過失行為應負責任·····	二七五
第二款 過失責任輕重之酌定·····	二七五
第三款 重過失·····	二七五
第一款 大過失責任豫先免除之禁止·····	二七五
第二款 具體的過失責任之加重·····	二七五
第四項 事變·····	二八〇

第一 事變之意義——第二 對於事變之責任

第五項 故意過失之能力……………二八一

第六項 對於使用人之過失之責任……………二八二

第四款 債務人不給付之責任……………二八四

第一項 概說……………二八四

第二項 不能給付……………二八四

第一 不能給付之意義——第二 不能給付之種類……………一 自始不能與嗣後不能……………二 主觀不

能與客觀不能……………三 全部不能與一部不能……………四 永久不能與暫時不能……………五 可歸責於債

務人事由之不能與不可歸責於債務人事由之不能——第三 不能給付之效力……………一 因不可歸

責於債務人之事由致給付不能時……………甲 債務人免給付義務……………乙 債權人之代價請求權……………

二 因可歸責於債務人之事由致給付不能時……………甲 債務人負損害賠償義務……………乙 債權人之

代價請求權

第三項 不完全給付……………二九三

第一 債權之積極的侵害——第二 不完全給付之意義——第三 不完全給付之要件……………一 須

已爲給付……二 須給付之不完全……三 須因可歸責於債務人之事由——第四 不完全給付之效力……一 債權人得聲請法院強制執行……甲 強制執行之性質……乙 我民法規定之理由……丙 強制執行之內容……丁 強制執行之適用……二 債權人並得請求損害賠償

第四項 不爲付給……二九八

第三節 遲延……二九九

第一款 概說……二九九

第二款 債務人遲延……二九九

第一項 債務人遲延之意義……二九九

第二項 債務人遲延之要件……三〇〇

第一 須有債務存在——第二 須債務已至給付期……一 給付有確定期限者……二 給付無確定期限者……甲 催告之性質……乙 催告人及其相對人……丙 催告之內容……丁 催告之方法……戊 催告得附條件或期限乎……己 催告之撤回——第三 須其遲延因可歸責於債務人之事由

第三項 債務人遲延之效力……三〇六

第一 債務人應賠償因遲延而生之損害——第二 債務人應賠償因不可抗力而生之損害——第三

債務人應賠償因不履行而生之損害——第四 關於金錢之債之特則……一 關於損害賠償要

件之特則……甲 無須債務人有過失……乙 無須發生損害……二 關於賠償數額之特則……

甲 原則依法定利率計算遲延利息……乙 例外

第四項 債務人遲延之消滅……………三一

第一 給付之提出——第二 當事人之契約——第三 債權之消滅

第三款 債權人遲延……………三二

第一項 概說……………三一

第二項 債權人遲延之意義……………三二

第三項 債務人遲延之要件……………三三

第一 須有債權存在——第二 須債務人已提出給付……一 原則須現實提出……二 例外得言

詞提出……甲 債權人表示拒絕受領之意思時……乙 給付兼需債權人之行為時——第三 須

債權人不為協力……一 債權人之拒絕受領……二 債權人之不能受領

第四項 債權人遲延之效力……………三一八

第一 債務人僅就故意或重大過失負其責任——第二 債務人須支付利息——第三 債務人僅就

已收取之孳息負返還責任——第四 債務人得請求賠償提出或保管之必要費用——第五 債務人得拋棄不動產之占有

第五項 債權人遲延之消滅……………三二一

第一 給付之受領——第二 第二三五條但書之情事——第三 當事人之契約——第四 債權之

消滅

第四節 保全……………三二二

第一款 概說……………三二二

第二款 代位權……………三二三

第一項 概說……………三二三

第二項 代位權之性質……………三二四

第一 代位權係實體法上之權利——第二 代位權係以債權人之名義行使債務人權利之權利

第三項 代位權之要件……………三二六

第一 須因保全債權——第二 須債務人怠於行使其權利——第三 原則須於債務人負遲延責任

時

- 第四項 代位權之主體……………三二八
- 第五項 代位權之客體……………三二九
- 第一 須為債務人之權利——第二 須為非專屬於債務人本身之權利：一 非構成債務人之財產之權利：二 雖為財產權構成債務人之財產然債權人不得代位行使之權利：甲 純然基於無形利益之權利：乙 主要的基於無形利益之權利：丙 不得扣押之權利：丁 不得讓與之權利
- 第六項 代位權之行使……………三三二
- 第七項 代位權之效力……………三三三
- 第一 對於第三人之效力——第二 對於債務人之效力——第三 對於債權人之效力
- 第三款 撤銷權……………三三五
- 第一款 概說……………三三五
- 第二款 撤銷權之性質……………三三六
- 第一 撤銷權係實體法上之權利——第二 撤銷權係撤銷債務人之行為之權利
- 第三款 撤銷權之要件……………三三七
- 第一 概說——第二 債務人之行為為無償行為時……一 須債務人曾為以財產為標的行為……

……二 須債務人之行為害及債權人之債權……甲 須債務人之行為致使足供清償之財產減少……
 ……乙 須債務人之財產減少致使債權人有不能受清償之危險……三 須債務人之行為與害及債
 權人之債權有因果關係——第三 債務人之行為為有償行為時……一 須債務人於行為時明知
 有損害於債權人之權利……二 須受益人於受益時明知有損害於債權人之權利——第四 舉證
 責任問題

第四項 撤銷權之主體……………三四二

第五項 撤銷權之客體……………三四四

第一 須為債務人之行為——第二 須為債務人之法律上的行為——第三 須係債務人以財產為標
 的之行為——第四 問題……一 拒絕取得利益之行為得為撤銷權之客體乎……二 不作為得
 為撤銷權之客體乎……三 無效之行為得為撤銷權之客體乎……四 清償得為撤銷權之客體乎

第六項 撤銷權之行使……………三四七

第七項 撤銷權之效力……………三四九

第一 對於債務人及受益人之效力——第二 對於轉得人之效力——第三 對於債權人之效力

第八項 撤銷權之消滅……………三五—

第五節 契約	三五二
第一款 概說	三五二
第二款 契約之標的	三五二
第一 概說——第二 標的之不能——第三 標的不能之效力	一
以不能之給付為契約標的者其契約為無效……甲 不能情形可以除去當事人並豫期於不能情形除去後為給付時……乙 附停止條件或始期之契約於條件成就或期限屆至前不能情形已除去時……二 對於因約契無效而受損害者應負賠償責任	三五二
第三款 契約之確保	三五七
第一項 概說	三五七
第二項 定金	三五八
第一 定金之意義	一
定金之客體	二
交付定金之人	三
交付定金之時期	第二
定金之性質	一
證約定金	二
成約定金	三
違約定金	四
解約定金	第一
第二 定金之效力	一
契約已履行時	二
契約不能履行時	甲 契約因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行時……乙 契約因可歸責於受定金當事人之事由致不能履行時……

丙 契約因不可歸責於雙方當事人之事由致不能履行時

第三項 違約金……………三六四

第一 違約金之意義……………一 違約金之客體……………二 支付違約金之人……………三 支付違約金之時期

……………第二 違約金之性質……………第三 違約金之效力……………一 原則視為損害賠償總額之豫定……………

二 例外認為債務不履行之制裁……………第四 違約金之減少……………一 債務已為一部履行時之減少

……………二 違約金數額過高時之減少

第四款 雙務契約之效力……………三七〇

第一項 概說……………三七〇

第二項 同時履行抗辯……………三七一

第一 同時履行抗辯之性質——第二 同時履行抗辯之要件……………一 須雙方債務係由雙務契約而

生且均屬存在……………二 須雙方債務均已至清償期且他方債務須非應先為給付……………三 須他方未

為對待給付——第三 同時履行抗辯之效力

第三項 給付不能及於雙務契約之效力……………三七八

第一目 概說……………三七八

- 第二目 因不可歸責於債務人之事由致給付不能……………三七九
- 第一 關於危險負擔之主義——第二 因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能……………一 危險負擔之要件……………二 危險負擔之效力……………三 代償利益之償還……………四 舉證責任——第三 因可歸責於債權人之事由致給付不能……………一 危險負擔之要件……………二 危險負擔之效力……………三 利益之扣除……………四 舉證責任
- 第三目 因可歸責於債務人之事由致給付不能……………三七八
- 第一 危險負擔之要件——第二 危險負擔之效力
- 第四目 因可歸責於雙方當事人之事由致給付不能……………三八九
- 第一 危險負擔之要件——第二 危險負擔之效力
- 第五款 涉他契約……………三八九
- 第一項 概說……………三八九
- 第二項 第三人負擔之契約……………三九〇
- 第一 第三人負擔契約之性質——第二 第三人負擔契約之效力
- 第三項 第三人利益之契約……………三九二

第一目 第三人利益契約之根據……………三九二

一 承諾說……………二 代理說……………三 繼受說……………四 直接取得說

第二目 第三人利益契約之性質……………三九五

一 第三人利益契約係要約人對債務人約定向第三人為給付之契約……………二 第三人利益契約係使

第三人直接對債務人取得權利之契約……………三 第三人利益契約係使第三人取得獨立權利之契約

……………四 第三人利益契約係使第三人取得債權之契約……………五 第三人利益契約與其基本契約成

為一個契約

第三目 第三人利益契約之要件……………三九八

第一 須要約人與債務人間有有效契約之成立——第二 須約定使當事人以外之第三人取得債權

——第三 須約定使第三人取得債權——第四 須約定直接使第三人取得債權

第四目 第三人利益契約之效力……………四〇〇

第一 對於第三人之效力……………一 第三人權利之發生……………二 第三人權利之效力……………甲 第三人

對於債務人得直接請求給付……………乙 第三人未為受益之意思表示前要約人得撤銷或變更其契約

……………丙 第三人表示不欲享受其契約之利益視為自始未取得權利——第二 對於要約人之效力

——第三 對於債務人之效力

第五目 補償關係及對價關係……………四〇六

第一 補償關係——第二 對價關係

第六款 契約之解除……………四〇八

第一項 概說……………四〇九

第二項 解除契約之性質……………四〇九

第三項 解除權發生之原因……………四一一

第一目 概說……………四一二

第二目 契約上之解除……………四一二

第三目 法律上之解除……………四一三

第一 概說——第二 因給付遲延之解除……………一 給付期非重要時……………甲 須債務人遲延給付……………

……乙 須債權人定相當期限催告其履行……………丙 須債權人未於期限內履行……………二 給付期重要

時……………甲 須債務人應於一定時期為給付……………乙 須依契約之性質或當事人之意思非於一定時

期為給付不能達其契約之目的……………丙 須債務人未按照時期給付……………丁 須因債務人未按照時

期給付致不能達其契約之目的——第三 因給付不能之解除——第四 因給付不完全之解除

第四項 解除權之行使……………四三二

第一 解除權行使之方法——第二 契約當事人之一方有數人時解除權之行使——第三 解除之意思表示不得撤銷——第四 解除之意思表示得附條件否

第五項 解除之效果……………四二五

第一 回復原狀之義務…………一 由他方所受領之給付物應返還之…………二 受領之給付爲金錢者應附加自受領時起之利息償還之…………三 受領之給付爲勞務或爲物之使用者應照受領時之價額以金錢償還之…………四 受領之給付物生有孳息者應返還之…………五 就返還之物已支出必要或有益之費用得於他方受返還時所得之限度內請求其返還…………六 應返還之物有毀損滅失或因其他事由致不能返還者應償還其價額——第二 解除與損害賠償之併存——第三 雙務契約效力規定之準用

第六項 解除權之消滅……………四三〇

第一 期間之經過——第二 解除權人之過失——第三 給付物之變更

第七項 終止契約……………四三三

第五章 多數債務人及債權人……………四二四

第一節 概說……………四三四

第一 債之主體——第二 債之主體之多數

第二節 可分之債……………四三六

第一 可分之債之性質……………一 須債之主體為多數……………二 須以可分給付為標的——第二 可分

之債之原因——第三 可分之債之效力……………一 就其為獨立的數個債之關係言之……………二 就其

為同一之發生原因言之——第四 各債權人或各債務人間之相互關係

第三節 連帶之債……………四三九

第一款 概說……………四三九

第一 連帶之債之種類——第二 連帶之債之性質……………一 單一說……………二 複數說……………三 折衷

說

第二款 連帶債務……………四四三

第一項 連帶債務之性質……………四四三

一 連帶債務須有數人之債務人……………二 連帶債務係數個之債務……………三 數個債務須係同一之給

付……四	數個債務須有同一之目的……五	數個債務須基於同一之原因
第二項	連帶債務之原因	……四四七
第一	法律行為——第二	法律規定
第三項	連帶債務之效力	……四四九
第一目	債務人之權利	……四四九
第二目	就連帶債務人中一人所生事項之效力	……四五〇
第一	概說——第二	發生絕對效力之事項……一
	清償……二	代物清償……三
	提存……四	
	抵銷……五	混同……六
	判決確定……七	免除……八
	消滅時效完成……九	受領遲延
——第三	發生相對效力之事項……一	履行之請求……二
	債務人之過失……三	債務人之
遲延……四	給付不能……五	消滅時效中斷及不完成……六
	債權之讓與債務之承擔……七	
連帶之免除		
第四項	連帶債務人相互間之關係	……四六一
第一目	相互間之分擔部分	……四六一
第二目	相互間之求償權	……四六二

- 第一 求債權之要件——第二 求債權之範圍——第三 求債權之擴張——第四 代位
- 第三款 連帶債權……………四六七
- 第一項 連帶債權之性質……………四六七
- 一 連帶債權須有數人之債權人……………二 連帶債權係數個之債權……………三 數個債權須係同一之給付……………四 數個債權須有同一之目的……………五 數個債權須基於同一之原因……………四六九
- 第二項 連帶債權之原因……………四六九
- 第一 法律行為——第二 法律規定……………四七〇
- 第三項 連帶債權之效力……………四七〇
- 第一目 債權人之權利……………四七〇
- 第二目 就連帶債權人中一人所生事項之效力……………四七一
- 第一 概說——第二 發生絕對效力之事項……………一 請求給付……………二 受領清償代物清償提存抵銷及混同……………三 判決確定……………四 免除債務及消滅時效完成……………五 受領遲延——第三 發生相對效力之事項……………四七五
- 第四項 連帶債權人相互間之關係……………四七五

第四節 不可分之債……………四七六

第一 不可分之債之性質……………一 須債之主體爲多數……………二 須以不可分給付爲標的……………第二

不可分之債之原因……………第三 不可分之債之效力……………第四 各債權人或各債務人間之相互關係

第六章 債之移轉……………四七九

第一節 概說……………四七九

第一 債之變更……………第二 債之內容之變更……………第三 債之主體之變更

第二節 債權之讓與……………四八一

第一款 概說……………四八一

第一 債權讓與之沿革……………第二 債權讓與之學說……………第三 債權讓與之性質……………第四 債權讓

與之原因

第二款 債權讓與契約……………四八五

第一 債權讓與契約之性質……………第二 債權讓與契約與其原因……………第三 債權讓與契約之成立……………

……………一 債權讓與契約係債權人與第三人之契約……………二 債權讓與契約須其債權得爲讓與……………三

債權讓與契約爲非要式契約

- 第三款 債權讓與之許可……………四八八
- 第一 債權讓與之許可……………一 由一個法律關係而生之數個債權各得獨立讓與……………二 一個債權得僅讓與其一部……………三 由雙方契約而生之一方債權得單為讓與無須同時承擔其債務……………四 附條件或期限之債權得為讓與……………五 將來之債權得為讓與……………六 係爭中之債權得為讓與……………七 物權的請求權得為讓與——第二 不得讓與之債權……………一 依其性質不得讓與之債權……………甲 基於個人關係之債權……………乙 不作為債權……………丙 由預約而生之債權……………丁 從債權……………二 依當事人之特約不得讓與之債權……………三 禁止扣押之債權……………四九四
- 第四款 債權讓與對於債務人之生效要件……………四九四
- 第一款 概說——第二 債權讓與之通知……………一 讓與通知之性質……………二 讓與通知之當事人……………三 讓與通知之方法……………四 讓與通知之效力……………四九七
- 第五款 債權讓與之效力……………四九七
- 第一項 債務人與受讓人間……………四九七
- 第一款 概說——第二 從權利之移轉……………一 擔保權……………二 其他從屬之權利——第三 對於讓與人之抗辯之援用——第四 對於讓與人之抵銷之援用……………四九七

第二項 讓與人與受讓人間.....	五〇一
第三節 債務之承擔.....	五〇二
第一款 概說.....	五〇二
第一款 債務承擔之沿革——第二款 債務承擔之學說——第三款 債務承擔之性質——第四款 債務承擔之原因.....	五〇五
第二款 債務承擔契約.....	五〇五
第一款 債務承擔契約之性質——第二款 債務承擔契約與其原因——第三款 債務承擔契約之成立.....	五〇五
...一 債務承擔契約係債權人或債務人與第三人之契約.....	五〇五
...二 債務承擔契約須其債務得由第三人承擔.....	五〇五
...三 債務承擔契約爲非要式契約.....	五〇五
...甲 第三人與債權人訂立債務承擔契約時.....	五〇五
...乙 第三人與債務人訂立債務承擔契約時.....	五〇五
... (A) 須得債權人承認之根據.....	五〇五
... (B) 承認之意義.....	五〇五
... (C) 承認之催告.....	五〇五
第三款 債務承擔之效力.....	五〇五
第一款 概說——第二款 從債務之移轉.....	五〇五
...一 擔保債務.....	五〇五
...二 其他從屬之債務——第三款 對於債權人之抗辯之援用——第四款 對於債權人之抵銷之禁止.....	五〇五

第四款 特種之債務承擔	五一四			
第一 概說——第二 財產或營業之概括承受——第三 營業之合併	五一七			
第七章 債之消滅	五一七			
第一節 概說	五一七			
第一 債之消滅之意義	一 請求權之消滅	二 訴權之消滅	三 債權效力之停止	
四 債權之變更	第二 債之消滅之原因	一 解除條件之成就	二 終期之屆滿	
三 法律行為之撤銷	四 給付不能	五 契約之解除	六 主體之死亡	七 反對契約
八 無債原因之競合				
第二節 通則	五一二			
第一 從權利之消滅	第二 負債字據之返還及塗銷			
第三節 清償	五一三			
第一款 清償之性質	五一三			
一 法律行為說	二 非法律行為說			
第二款 清償人	五一五			

第一 債務人——第二 債務人之代理人——第三 第三人……一 原則得由第三人清償……二 例外不得由第三人清償……甲 依債之性質不得由第三人清償者……乙 當事人另有訂定不得由第三人清償者……丙 無利害關係之第三人清償債務經債務人聲明異議者……三 第三人與債務人之關係

第三款 受領清償人……五三〇

第一 債權人——第二 債權人之代理人——第三 收據持有人——第四 第三人……一 經債權人承認或受領人嗣後取得其債權者……二 受領人係債權之準占有人者……三 債權人因而受利益者——第五 其他之受領權人

第四款 清償之標的……五三五

第一項 概說……五三六

第二項 一部清償……五三六

第一 原則債務人無為一部清償之權利——第二 例外債務人得分期給付或緩期清償

第三項 代物清償……五三八

第一 代物清償之性質——第二 代物清償之要件……一 須有因代物清償而消滅之債權存在……

……二 須債務人以他種給付代原定給付……三 代物清償之成立須得債權人之承諾——第三
代物清償之效力

第四項 債務更新……………五四一

第五款 清償地清償期及清償費用……………五四二

第一項 清償地……………五四二

第一 清償地之意義——第二 清償地之決定……一 法律有規定者從其規定……二 契約有訂
定者從其訂定……三 有習慣者從其習慣……四 能依債之性質決定者從其性質……五 能依
其他情形決定者從其情形……六 補充規定……甲 特定物之債……乙 其他之債——第三
清償地之效力

第二項 清償期……………五四六

第一 清償期之意義——第二 確定清償期與不確定清償期……一 確定期限……二 不確定期
限——第三 清償期之決定……一 法律有規定者從其規定……二 契約有訂定者從其訂定……
……三 能依債之性質決定者從其性質……四 能依其他情形決定者從其情形……五 補充規定
——第四 清償期之效力——第五 清償期前之清償……一 債務人得於期前爲清償時……二

債權人得於期前請求清償時

第三項 清償費用……………五五一

第六款 清償之抵充……………五五二

第一 清償抵充之要件……………一 須債務人對於同一債權人負擔數宗債務……………二 須數宗債務其給

付之種類相同……………三 須清償人所提出之給付不足清償全部債額——第二 清償抵充之方法……………

一 契約上之抵充……………二 清償人之指定……………三 法律上之抵充……………甲 債務已屆清償期者儘

先抵充……………乙 債務均已屆清償期或均未屆清償期者以債務之擔保最少者儘先抵充……………丙 擔

保相等者以債務人因清償而獲益最多者儘先抵充……………丁 獲益相等者以先到期之債務儘先抵充

……………戊 獲益及清償期均相等者各按比例抵充其一部——第三 原本利息及費用之抵充順位

第七款 清償之效力……………五五七

第一 概說——第二 受領證書之請求……………一 受領證書之性質……………二 受領證書之請求……………三

受領證書之形式及內容……………四 受領證書之費用——第三 他債已清償及全債已消滅之推定

……………一 他債已清償之推定……………甲 關於前期給付者……………乙 關於利息者……………二 全債已消滅

之推定

- 第四節 提存.....五六三
- 第一款 概說.....五六三
- 第一 立法理由——第二 提存之性質.....一 提存爲私法上之行爲.....二 提存含有寄託契約.....五六三
-三 提存含有第三人利益契約.....五六六
- 第二款 提存之原因.....五六六
- 第一 於債權人受領遲延時——第二 於清償人不能確知孰爲債權人時.....五六七
- 第三款 提存之主體及客體.....五六七
- 第一 提存之主體.....一 提存人.....二 提存所或保管人——第二 提存之客體.....五六九
- 第四款 提存之成立.....五六九
- 第五款 提存之效力.....五七〇
- 第一款 債務人與債權人間——第二 提存人與提存所間——第三 債權人與提存所間.....五七三
- 第六款 自助出賣.....五七三
- 第一 自助出賣之性質——第二 自助出賣之要件——第三 自助出賣之程序.....五七五
- 第七款 提存及出賣之費用.....五七五

第五節 抵銷……………五七五

第一款 概說……………五七五

- 第一 抵銷之沿革——第二 抵銷之性質……………一 清償或特種清償說……………二 自己清償之指示說
- ……………三 代物清償說……………四 抵銷與留置權同一制度說……………五 選擇債務說……………六 設定質權說……………七 獨立消滅債務之原因說——第三 抵銷之功用

第二款 抵銷之要件……………五七九

- 第一 須有兩個債權存在……………一 關於自動債權者……………甲 自動債權須有效存在……………乙 自動債權附有抗辯得為抵銷否……………二 關於受動債權者……………甲 受動債權須有效存在……………乙 受動債權附有抗辯得被抵銷否——第二 兩個債權須為相互的……………一 關於自動債權者……………二 關於受動債權者——第三 須雙方債權其給付種類相同……………一 雙方債權皆以特定物之給付為標的時……………二 一方債權以特定物之給付為標的他方債權以同種類不特定物之給付為標的時……………三 雙方皆為種類債權而其種類之範圍有廣狹時……………四 雙方債權給付種類相同而品質不同時……………五 雙方債權或一方債權為選擇債權時……………六 雙方債權皆以作為為標的時……………七 雙方債權皆以不作為為標的時……………八 雙方債權皆以無財產價值之給付為標的時……………九 雙方債權清償

期不同時……十 雙方債權清償地不同時——第四 須雙方債權均屆清償期……一 關於自動債權者……二 關於受動債權者——第五 須非依債之性質不能抵銷

第三款 抵銷之禁止……………五八九

第一 法定抵銷之禁止……一 禁止扣押之債不得抵銷……二 因侵權行為而負擔之債不得抵銷

三 扣押後取得之債權不得抵銷……四 由第三人利益契約而生之債權不得抵銷——第二

約定抵銷之禁止

第四款 抵銷之方法……………五九二

第一 學說及立法例——第二 抵銷之意思表示——第三 抵銷意思表示之效力——第四 未必

抵銷問題

第五款 抵銷之效力……………五九七

第一 抵銷使雙方債權按照抵銷數額而消滅——第二 抵銷使雙方債權溯及得為抵銷時而消滅

第六款 數宗債權之抵銷……………六〇〇

第一 第三二一條之準用——第二 第三二二條之準用——第三 第三二三條之準用

第六節 免除……………六〇二

第一款	免除之性質	六〇二
第二款	免除之方法	六〇三
第三款	免除之效力	六〇四
第七節	混同	六〇五
第一款	概說	六〇五
第二款	混同之性質	六〇五
第三款	混同之成立	六〇七
第四款	混同之效力	六〇七
一	其債權爲他人權利之標的時	二
	法律另有規定時	

附錄

民商法劃一提案審查報告書

附 中央政治會議公函

民法債權編立法原則提案審查報告

附 中央政治會議公函

中國民法債編總論

中央政治會議修正民法債編原則第三條公函
民法債編施行法

弁言

一 關於民法著作，大陸諸國及日本多已由教科書的民法書時代，進於特殊問題研究之時代。我國因民法典頒行未久，即教科書的民法書，求其內容充實能適合於法典精神者，亦不多見。著者因是不揣庸陋，特就歷年在中央政治學校所授之民法講稿編成此書，以爲研究我國民法法典者之參考。

二 本書分緒論及本論兩部分，本論除第一章外，大體以民法法典之編別爲主，俾讀者得以瞭然於我國民法法典之體裁及精神。

三 債法具有世界法之性質，此爲一般學說所公認，故本書徵引各國立法例，特不嫌求詳。又債法總論，爲債法各論物權法論及其他一切財產法之通則，苟無澈底了解，則於理解其他財產法至感困難，故本書臚列各種學說，頗爲詳盡，且不憚反覆辯難，以蘄於是。

四 著者於立法院民法起草委員會起草民法法典時，曾列席參加，以故本書理論方面，多得之委員會之啓示，本書資料方面，亦多得之委員會之供給，用誌一言，藉申謝意。

五 本書援引現行法律各國法例及各家學說，往往參以己意，評其得失，末學淺識，極知僭妄，第以講學辨疑，例固宜然，明達君子，尙乞諒之。

六 本書因篇幅較多，自屬草至於完成，爲時甚久，就中一字一句，雖曾加以相當之斟酌，然因學力有限，謬誤疏漏，仍所不免，海內閱達，幸教正之。

胡長清次威謹識

中國民法債篇總論

緒論

第一章 債法之地位

關於債法之地位若何各國法律頗不一致，要而言之，約有兩種立法例，卽以其爲獨立一編之立法例，與不以其爲獨立一編之立法例。其在後之立法例，又可細分而二，有將債權法與物權法同規定於財產法中者，如普國國法及奧國國法是；有以債權與繼承同爲取得財產之方法，以之規定於財產取得編中者，如法國民法、意大利國民法、葡國民法及其他法國法系之民法是。其在前之立法例，亦可細分而二，有將債權法置於物權法之後者，如索遜（*Sax*）民法及日本民法是；有將債權法置於物權法之前者，如德國民法、暹羅民法及蘇俄民法是。以上各種立法例，自理論言之，應以第一種立法例爲合理。蓋債權物權雖同爲財產權，然債權爲對於特定人之行爲之權利，而物

權利在支配其物，二者之性質殊不相同，以之同隸一法（即財產法），實有未當。又債權關係，自表面觀察，似與繼承同為取得財產之方法，然繼承須以一定身分為前提，而債權關係則否，二者之性質既迥不相同，其不能以之同置一編，實無可疑。故我民法特採第一種立法例，而以債權債務關係為民法典中獨立之一編，並做繼承等國民法，以之位於物權之前。其以之位於物權之前者，蓋債權通常為取得物權之手段故也。

第二章 債法之命名

關於債法之命名，各國法律殊不相同，有稱為債權法者，如日本民法第三編及蘇俄民法第二編是。有稱為債務法者，如瑞士債務法及土耳其債務法是。有稱為債權債務關係法者，如德國民法第二編是。有稱為債法者，如暹羅民法第二編是。我民法第一次草案做日本民法稱民法第二編曰債權編，第二次草案則改稱債編，第三次草案亦然，現行民法仍之。自用語整齊之點言之，固應以債權名編，或債務名編為是，但我民法第二編不稱為債權或債務而稱為債法，亦有其相當之理由，即所謂債（*Obligation*），原包含債權關係及債務關係之二者而言，由權利方面觀察固可稱為債權，由義務方面觀察，亦可稱為債務，是債之為債，有如權之兩面，謂其一面為權，固屬不可，然如謂債權為 *Obligation*，或債務為 *Obligation*，又奚可乎？此我民法第二編以債名編之理由一。矧就我民法債

編之立法精神言之，乃採復本位主義，即債權與債務同為該編立法之基礎，蓋因債務人恆屬經濟上之弱者，於法固應保護，然債權人之利益，亦殊不可忽視，採用復本位主義，即可避免畸輕畸重之弊，我立法主義既易其權，則日本瑞士等法之命名，均難採用，此我民法第二編以債權名編之理由二。由斯以言，我民法第二編之命名，準諸學理似無不當。（法律評論第三七七期拙著新民法債編釋名及司法雜誌第一七、一七八期吳曉峯著讀同學胡君長清近著新民法債編釋名以後參照）

第二章 債法之編制

關於債法之編制，各國法律至不一致。我民法第一次草案做德國民法及日本民法，共分八章：第一章通則，規定債權之標的效力讓與承受消滅及多數當事人之債權；第二章契約；第三章廣告；第四章發行指示證券；第五章發行無記名證券；第六章管理事務；第七章不當利得；第八章侵權行為。第二次草案則分四章：第一章通則，規定債之發生，債之標的，債之效力，債之讓與及承受，債之消滅，多數債權人及債務人之債；第二章契約，拆為雙務契約，利他契約，有償契約以及買賣，互易，贈與等二十餘節；第三章懸賞廣告；第四章無因管理。現行民法債編則做瑞士暹羅等國最新法律，僅分兩章：第一章通則，而以契約，代理權之授與，無因管理，不當利得及侵權行為為債之發生，規定

於第一節，以次各節規定債之標的，債之效力，多數債務人及債權人，債之消滅；第二章各個之債，分設二十四節，自買賣，互易，交互計算，贈與，租賃，借貸，僱傭，承攬，出版，委任，經理人及代辦商，居間，行紀，寄託，倉庫，運送營業，承攬運送，合夥，指示證券，無記名證券，終身定期金，以迄和解，保證，無不各設專節，詳為規定。

第四章 債法之特色

我民法債編之特色，最足紀數者，卽民商兩法之合一。是也。民商兩法應否合一，學者間頗多爭論。各國最先編訂民商合一之法律者，爲一九〇七年之瑞士債務法及一九一一年之改正法；其次爲一九二一年之蘇俄民法及一九二八年之改正法；再其次爲一九二三年之暹羅民法及一九二五年之改正法，與夫一九二六年之土耳其債務法。我國起草新民法之始，立法院院長胡漢民及副院長林森卽首倡民商兩法合一之議，其提案有云：「查民商分編，始於法皇拿破崙法典，維時階級區分，蹟象未泯，商人有特殊之地位，勢不得不另定法典，另設法庭，以適應之。歐洲諸邦靡然相效，以圖新穎。然查商法所訂定者，僅爲具有商業性質之契約，至法律上原則或一般之通則，仍須援用民法；而商法上最重要之買賣契約，且多在民法中規定，是所謂商法者，僅爲補充民法之用而已。其於條例，固已難臻美備。且社會經濟制度遞嬗，信用證券，日益發達，投資商業者風起雲湧，一有有限公司之設立，其股票與債券

類分散於千百非商人之手；而簽發支票匯票等事，昔日所謂之商行爲，亦非復商人之所專有。商行爲與非商行爲之區分，在學說上彰彰明歷者，揆諸事實，已難盡符……吾國商人本無特殊地位，強予劃分，無有是處。此次訂立法典，尤宜考社會實際之狀況，從現代立法之潮流，訂爲民商統一之法典。此項提案，於第一八三次中央政治會議通過，十八年六月五日送交立法院遵照起草。於是我民法債編特將通常屬於商法總則中之經理人及代辦商，通常屬於商行爲之買賣，交互計算，行紀，倉庫，運送營業及承攬運送等，一併訂入（第二章第一節第三節第十一節第十三節第十五節第十六節及第十七節）。其不能訂入債編者，如公司，票據，保險，海商等，則另訂單行法規，俾資適用。

本論

第一章 概說

第一節 債權之意義

我民法之所謂債，指特定人對於特定人之法律關係言之，由債權人方面觀察，謂之債權，由債務人方面觀察，謂之債務。債權與債務既處於對立的狀態，從而吾人祇須說明債權之意義，則債務之意義即可明瞭。至何者謂之債權，外國法律有設明文規定者（德民第二四一條），我民法無之，茲就學理下債權之定義曰：「債權（*Obligatio*，*Forderungsrecht*，*droit personnel*，*right in personam*）者，特定人對特定人，請求一定行為之權利也。」分稱言之，有如左述。

一 債權係特定人對特定人之權利

權利之主體，必為特定，此在一般權利莫不皆然，債權亦不外是。但債權之所以異於其他權利者，則在債務人之

必爲特定。換言之，即債權人祇能依據債權之內容，向特定債務人主張其權利，而對於一般之人則否。學者之稱債權爲相對權者，以此。惟債權既爲相對權，其有無不可侵之性質，則學說上頗有爭論。關於此點，約有三說，一說謂無論何種權利皆有不可侵之性質，債權自不能例外，是爲肯定說。一說謂債權原爲相對權，如亦認其有不可侵之性質，則將與絕對權無殊，爲求相對權與絕對權之區別，不應認債權有不可侵之性質，是爲否定說。一說謂債權原則上無不可侵之性質，但如因侵權行爲而致債權消滅者，則應使其負損害賠償之責，是爲折衷說。依余所信，應以肯定說爲是，即債權縱爲相對權，而無論何人亦負有不可侵害之義務，否則即得依據侵權行爲之規定，請求損害賠償，以資救濟。(註)

二 債權係請求爲一定行爲之權利

債權之標的若何？其說不一，通說謂其爲債務人之行爲，余亦謂然。故曰：「債權，係請求爲一定行爲之權利。」此行爲，自羅馬法以來通稱給付 (Proestatio, Leistung, Prestation)。其屬於作爲者，學者稱爲積極給付；其屬於不作爲者，學者稱爲消極給付。債權之標的，固爲債務人之行爲，然其行爲，須爲一定，若以法律行爲過分拘束債務人之自由，則非所許。(民法第十七條參照)

(註) 主張肯定說者，在日本民法學界，爲富井政章 (民法原論一卷一二六頁)、平沼麟一郎 (民法總論一一二頁)、中島正吉 (民法釋義一卷四八頁三卷二六頁)、磯谷幸次郎 (債權法總論二三頁)、進佐慶夫 (民法原理六四〇頁)、藤山秀夫 (日本債權法總論五

賈)及勝本正晃(債權總論上卷四三頁)諸氏。我國民法學者，陳克庄(民法通義債編總論九頁)、戴君亮(民法債編總論上卷八頁)及吳曉暉(司法雜誌十八期論債權之不可侵性)諸氏亦主張肯定說。主張否定說者，為石坂晉四郎氏(日本民法債權總論上卷一一頁)。主張折衷說者，為川名象四郎氏(債權法要論二二頁)。吾人主張肯定說之理由，有如下述：(一)債權之被侵害者，非不可能，既屬可能，即應加以保護。(二)我民法第一八四條祇云：「不法侵害他人權利者，負損害賠償責任。」債權縱為相對權，亦不失為關係所稱之權利，既屬關係所稱之權利，即當然有不可侵之性質。(三)縱令對於相對權認為有不可侵之性質，亦無礙於相對權之本質。(四)對於相對權認為有不可侵之性質，始足以適合一般交易之需要。

第二節 債權與物權

債權與物權，同為財產權，其觀念如何，最易混淆，實則二者之性質及其效力，均不相同，不可不辨。就二者之性質言之，其不同之點有二：(甲)物權為直接管領其物之權利；債權則為對於特定人要求其為一定行為之權利，而非直接取得其物之支配權。(註)(乙)物權為絕對權，無論何人皆負有不可侵害其權利之義務；債權則為相對權，對於債權人負擔義務者，惟特定之債務人。其次就二者之效力言之，其不同之點有三：(甲)物權有優先權(droit de préférence, vorzugsrecht)，而債權無之。蓋物權有排他性，故先發生之物權，優於後發生之物權。債權則無排他性，故其發生縱有先後，而於效力並無優劣。(乙)物權有追及權(droit de suite, verfolgungsrecht)，而債權無之。蓋物權係直接支配其物之權利，故有追及權(但有異說)。債權則非直接支配其物之權利，故不得

成立物權的請求權。(丙)就同一標的物物權與債權並存時，物權優先於債權，此於義務人破產之時尤見其然，即於此時，所有權人抵押權人質權人等有將其權利標的物自破產財團分離 (Aussonderungsrecht) 及剔除 (Absonderungsrecht) 之權利，債權人則無此權利。

(註)於此有一問題，即債權契約與物權契約有無區別是。關於此點，有兩大主義：其一，區別主義：採此主義者，以債權契約為取得物權之原因，因履行債權契約，而生移轉物權之效果，則更須第二之行爲，即物權契約。其二，無區別主義：採此主義者，惟對於債權予以物權的效力，而不認有所謂債權契約與物權契約之區別。德國民法及日本民法採取前之主義，法國民法及舊國民法則採取後之主義。(法民第七一條第一一三八條第一五八三條，舊法第一部第十章第二五條。)

第三節 債權與請求權

請求權 (Ansprüche Anspruchsrechte) 者，根據基礎權之內容，對於他人，請求為一定行爲之權利也。(德民第一九四條第一項。) 如前所述，特定人對特定人請求為一定行爲之權利，謂之債權，從而債權與請求權，是否同一，則學說頗有爭論，要而言之，約有正相反對之二說。在主張同一說者謂債權與請求權既同為對於他人請求為一定行爲之權利，則二者之範疇完全相同，換言之，即債權除請求權外，別無其他之權能。此說為少數說，德國民法學者 Hellwig, Enneccerus, Kipp Zu Windscheid, Endemann, Biermann 諸氏主張之。反之在主張非同一說者謂債權與請求權就同為對於他人請求為一定行爲之權利言之，固屬相似；然請求權究不過為由債權

而生之權利之一種，二者之範疇實非盡同。換言之，即（一）由債權而生之權利，除請求權外，尚有代位權、撤銷權、抗辯權、抵銷權、解除權等其他之權利，自不能謂債權即請求權。（二）債權雖以請求權為內容，然請求權不必盡為債權，例如由物權而生之回復原狀請求權（例如所有物返還請求權），則為物權的請求權，自不能謂請求權即債權。此說為多數說，德國民法學者 Kegelberger, Langheineken, Kohler, Crome, Klein, Goldmann-Illionthal, Sohn, Ortman, Staudinger-Piezler, Thur 諸氏主張之。日本及我國民法學者亦以此說為通說，依余所信，亦以此說為是。（註）

（註）於此有一問題，即債權於未到清償期以前，是否發生請求權。關以此點，約有兩說，有謂請求權為現實得為請求給付之權利，從而債權於未到清償期以前，尚不發生請求權者，此說為少數說。但在通說則謂請求權與債權之發生同時發生，從而債權於未到清償期以前，不妨發生請求權，依余所信，應以此說為是。若然，則請求權與債權同，可分為清償期到來前之請求權（*meldestilliger Anspruch*）與清償期到來後之請求權（*heiliger Anspruch*）。

第四節 債務與自然債務

自現代之法學觀念言之，債權固與訴權不同，即一為私權，一為公權。（註二）然就一般通念以言，債權未有不伴以訴權者，有之，惟自然債務而已。自然債務（*naturalis obligatio*, *Nat.liche Verbindlichkeiten*）者，債權人雖不能以訴權請求強制履行，然如債務人任意履行，則其履行為有效，即不得援用不當得利之規定，請求返還之

債務也。自然債務自不能以訴權請求強制履行之點言之，亦稱不完全債務（Unvollkommene Verbindlichkeiten）。此種債務，在羅馬法即已認之，法國、德國及日本學者解釋各該國民法亦多是認自然債務之存在，惟在少數說則謂如時效已完成之債務，基於不法原因之給付及超過利息限制之利息之債務等，各基於特別之理由，故如債務人任意履行，即不得請求其給付之返還，並無所謂自然債務之存在。（註二）至就我民法言之，是否有所謂自然債務，學說上頗有爭論？（註三）依余所信，我民法既以德國法為母法，則時效已完成之債務（第一四四條第二項）基於道德上義務之債務（第一八〇條第一款），因不法原因而為之給付（第一八〇條第四款），以及超過利息限制之利息之債務（第二〇五條）等，自不妨從德國學者之通說，以自然債務之觀念說明之。

（註一）債權與訴權，在羅馬法並無區別，然自 *Wahl* 氏力倡二者之區別以來，一般通說均謂債權與訴權不同，即訴權係訴訟法上之權利，乃在請求國家為私權保護之判決，債權則係民法上之權利，乃在請求債務人為一定之行為，前者屬於公權，後者屬於私權，故不相同。

（註二）在羅馬法，對於有訴權之債務，稱為法定債務；對於無訴權之債務，則稱為自然債務。在法國民法，學說及判例根據被國民法第一二二五條第二項，均認自然債務之存在，惟其範圍如何，尙無定論。在德國民法，一般通說均認下列債務為自然債務：即時效已完成之債務（德民第三二二條第二項）、婚姻同居報酬之債務（第六五六條第一項但書）、因賭博所生之債務（第七六二條）、基於道德上或事實上義務之債務（第八一四條）、父母對於子女供給嫁資生計費之債務（第一六二四條）等是也。在日本民法，亦多謂時效已完成之債務（日民第五〇八條）基於不法原因之給付（第七〇八條）、超過利息限制之利息之債務（利息限制法第二條）等，為自然債務。但

有力之學者，則否認自然債務之存在（石坂氏前揭四六頁四七頁）。

（註三）關於此點，羅君亮氏與本書之見解相同（歐氏前揭一六頁），陳克生氏則與本書之見解有異，陳著略謂：「以余所見，仍以否定既為羅馬法認自然債務存在，仍有其特別之原因，嗣後承羅馬法之國家，學說及判例雖亦認自然債務，要亦因沿承之理由者為多。若自純粹理論言之，權利主不能受法律之保護，以向法院正當主張，而仍認其存在，且謂其反面有義務或責任，要屬不可通。故民法上述各條，統以謂其各基於特別之理由為是也。」（陳氏前揭一五頁）

第五節 債務與責任

債務（Schuld）與責任（Haftung）有無區別，因德國固有法與羅馬法之觀念而不同。德國固有法認債務與責任為兩個獨立之觀念，即債務乃應為履行其給付之義務（Leistensollen），而責任則為對於履行之擔保（verbinden），即於債務人不履行債務時，債權人得依強制之方法，以求滿足。但在羅馬法則以為債務觀念當然包含責任在內，不認債務與責任之區別。我國學者亦有不認債務與責任之區別者，余則以為應以認其兩個之觀念為是。茲債務與責任，既屬兩個獨立之觀念，故有有債務而無責任者，例如自然債務是。亦有有責任而無債務者，例如停止條件附債務之保證是。依上所說，責任為對於履行之擔保，固矣。然關於債務之履行，則有無限責任與有限責任之別，即債務人以其全財產為履行之擔保者為無限責任，債務人僅以一定限度內之財產為履行之擔保者，則為有限責任。有限責任，又可分為量的有限責任與物的有限責任。債務人以其財產之一定額數為負擔責任之

限度者，爲量的有限責任 (personliche oder quantitativer beschränkte Haftung)；債務人以特定之財產爲負擔責任之限度者，爲物的有限責任 (Sachliche beschränkte Haftung)。前者例如兩合公司有限責任股東之負責，以額定出資額爲限 (公司法第七〇條第二項)；股分有限公司股東之負責，以所認股數之股銀爲限 (公司法第九五條)。是後者例如限定繼承人惟以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務是 (民法第一一五四條)。債務人履行債務，應以無限責任爲原則 (法國民法設有明文規定，法民第二〇九二條及第二〇九三條) 有限責任爲例外，卽有限責任惟於法律有特別規定或契約有特別訂定時，認其存在。

(註) 關於此點，戴君亮氏與本書之見解相同 (戴氏前揭一七頁)；陳克生氏則與本書之見解有異，陳著略謂：「債務，本卽義務，乃能直接強制者，故嚴格言之，應與責任之意義不同。然在立法例及學說上用語，類多將債務與責任相混，現行民法亦沿之。故所謂回復原狀或賠償損害，本爲債務或義務，有時亦稱曰責任。」(參照二八、三五、二一〇〇、一一〇、一一三、一五〇、一五二、一六五、一七四、一七五、一八二、一八三、一八四以下等) 查在我國民法，亦如德國民法，未有僅有責任而無債務者，故運以責任與債務同視，亦無不可也。」(前揭一六頁) 余以爲我民法債務與責任混用，乃立法者用語之失檢；如卽因此不認債務與責任之區別，殊難贊同。

第二章 債之發生

第一節 概說

第一 債之發生之意義

債之發生(Entstehung der Schuldverhältnisse)云者，謂債權債務之從新發生也。故必客觀的新發生之債權債務，始得謂之債之發生。若夫既存之債權，因讓與而取得(民法第二九四條)或既存之債務，因承擔而負擔(民第三〇〇條第三〇一條)，則祇能稱為既存之債權債務之移轉，而不能謂新的債權債務之發生。此債之發生所以異於債之移轉，不可以不辨者也。

第二 債之發生之原因

一 各國之法例

關於債之發生之原因，各國法律，殊不一致。其以契約，準契約，侵權行為及準侵權行為，為債之發生之原因者，如羅馬法是。以契約，法律之規定，準契約，侵權行為及準侵權行為為債之發生之原因者，如法國民法是。以契約，侵權行為，契約違反，判決，準契約及契約以外之合意為債之發生之原因者，如英國民法是。以契約，廣告，無因管理，不當得利及侵權行為為債之發生之原因者，如德國民法是。以契約，侵權行為及不當得利為債之發生之原因者，如瑞士債務法土耳其債務法及蘇俄民法是。以契約，無因管理，不當得利及侵權行為為債之發生之原因者，如日本民法及暹羅民法是。自理論言之，自以日本及暹羅之立法例為合理，且尤以暹羅民法特設

專節，明定契約，無因管理，不當得利及侵權行為之四者為債之發生之原因者，為最妥洽焉。

二 我民法之規定

我國第一次民法草案，關於債之發生之原因，大體倣德國民法，惟將德國民法分別規定之各種契約綜合於一章，而分為契約、廣告、發行指示證券、發行無記名證券、管理事務、不當得利及侵權行為之七種。在解釋上，即係以此七者為債之發生之原因也。第二次民法草案，從瑞士債務法，以契約、侵權行為及不當得利為債之發生之原因，並於篇首設一總括的標題，以期醒豁。現行民法則既從暹羅民法，而以契約、無因管理、不當得利及侵權行為為債之發生之原因。其以代理權之授與列入債之發生中者，不過便宜的規定，初非以其為債之發生之原因也。

三 債編以外債之發生之原因

債之發生之原因，有獨立發生者，有與他種法律關係相伴始能發生者。我民法債編所定債之發生之原因，不過僅就獨立發生之主要原因為適當之規定，初非債之發生之原因即盡於是。此外債之發生有基於物權關係者，例如因共有而生之費用償還請求權（民法第八二二條第二項）是。有基於親屬關係者，例如因一定親屬關係而生之扶養請求權（民法第一一一四條）是。亦有基於公法上之原因者，例如因土地徵收而生之補償請求權（土地征收法第三十條）是。不過此種債之發生之原因，我國亦從各國立法先例，不以其之規

定於民法債編，而各從其本質便宜上分別規定於物權親屬及土地征收等法而已。

第二節 契約

第一款 契約之概念

第一 廣義契約與狹義契約

在法律術語之所謂契約 (Contractus; Verträge; Contract) 有廣狹二義，狹義契約，專指以發生債權法上之效果爲目的之合意而言。廣義契約，則凡以發生私法上之效果爲目的之合意皆屬之。法國民法，奧國民法，日本民法及瑞士債務法之所謂契約，概從狹義（法民第一一〇〇條以下與民第八六〇條，日民第五二一條以下）瑞債第一條以下。德國學者 Savigny 氏則謂契約之本質，在於意思之合致，意思之合致，不但私法上有之，即國際法，國法上亦有契約之觀念。又在私法上，不但債權法有之，即物權法，親屬法，繼承法上亦有契約之觀念（Savigny, System III § 140）。德國民法即採取此說，規定契約於民法總則編，以爲適用於民法全部之通則（德民第一〇五條以下）。自學理及實際以言，自以德國民法之規定爲是。但在我國民法則從瑞士立法例，不規定契約於總則，而規定契約於債編（民法第一五三條以下）。此因債權契約，適用最廣，故便宜上以之規定於此，初非於債權契約外，排斥其他契約之觀念，從而債權契約以外之契約，在解釋上，自應準用關於債權契約之規定（日本大審院大正三年判決），是不待言。

第二 狹義契約之意義

狹義契約，一稱債權契約 (Schuldvertrag, Obligatorischer Vertrag)。債權契約云者，謂二以上之當事人，依相互的意思表示之一致，而以發生債權債務為目的之法律行為也。茲分析說明其意義如左。

一 契約，為法律行為。

契約係以二個以上之意思表示為其構成要件，故契約為法律行為。(註一) 契約既為法律行為，則民法總則編關於法律行為之規定，對於契約亦有其適用，自不待言。

二 債權契約，係以發生債權債務為目的。

依前所述，契約原有廣狹之別。依當事人之合意，以發生一般私法上之效果為目的者，為廣義契約。以發生債權法上之效果為目的，即以發生債權債務為目的者，則為狹義契約。狹義契約，即債權契約。債權契約與一般契約不同之點，即在於此。

三 契約，係二以上之當事人，相互的意思表示之一致。

甲 契約之成立，須有二以上之當事人。

契約，為二個以上意思表示之合致，故契約，須有二個以上之當事人。惟此所謂二個以上之當事人，乃謂當事人之名義，須為二人以上，非謂契約之意思表示必須盡由二人以上為之。故在雙方代理，亦可成立契約。

(註二)又此所謂二個以上之人格者，即契約之當事人至少須爲二人，如在二人以上，其數類如何，則無限制。合夥契約，其一例也。(民法第六六七條第一項參照)

乙 二以上之當事人，須互爲意思表示。

僅有二以上之當事人，不能成立契約，必也，此二以上之當事人，對立的(entgegengesetzte Willenserklärungen)或交換的互爲意思表示，而後契約始能成立。所謂對立的互爲意思表示，即甲對於乙爲意思表示，乙亦對於甲爲意思表示之謂。此兩個之意思表示，通常有時期之先後，表示在前者是曰要約，表示在後者則曰承諾。各個意思表示，須對立的爲之，乃契約之物質，亦即契約與共同行爲(Gesamtakt)重要不同之點。蓋在共同行爲，各個意思表示非對立的一致，乃平行的(Parallele Willenserklärungen)一致故也。(註三)

丙 二以上之當事人互爲之意思表示，須係一致。

斯即所謂合意(Consensus)。合意之成立：(一)須二個以上之意思表示，其內容爲一致。但以雙方之意思表示實質一致爲已足，其所用之語言文字是否同一，在所不問。(二)須當事人間，有互相協力發生共同結果之意思。此即所謂契約意思，或結約意思(veluntas contrahentium, Vertragwille)如當事人間，無此意思，雖有同一內容之二個以上之意思表示偶然存在，其契約亦不能成立。(註四)契約之成立，固

以合意爲必要，然有於合意以外，尚須其他之要件者。如要物契約，於合意以外，尚須實行給付是也。

(註一) 意思表示與法律行爲之關係如何，屢說不一。有謂意思表示即法律行爲者，此說德國普通法時代多數學者主張之。有謂意思表示不過構成法律行爲之要素者，此說德國最近多數學者主張之。依余所信，應以後說爲是。蓋在法律行爲中，如要物行爲，於意思表示以外，尚以實行給付爲必要，又如要式行爲，於意思表示以外，尚以履行一定方式爲必要，由此可見意思表示不過爲構成法律行爲之要素。

(註二) 民法第一〇六條規定：「代理人，非經本人之承諾，不得爲本人與自己之法律行爲，亦不得既爲三人代理人，而爲本人與第三人之法律行爲。但其法律行爲，係專履行債務者，不在此限。」依此規定，雙方代理，爲我民法原則上禁止之，但例外則不禁止。

(註三) 二個以上之意思表示，平行的，所成立法律行爲，爲共同行爲。共同行爲一語，創始於Kantschke氏，亦稱合同行爲，或協定行爲。共同行爲，如法人之聯立行爲及決議是。就須有二個以上之意思表示及各個意思表示係屬一致之點言之，共同行爲與契約無異。但在契約，當事人間，利害常相反對，故其一致，係對立的的一致，而非平行的的一致。反之，在共同行爲，當事人間，僅有共同之單一目的，而無利害關係之可言，故其一致係平行的一致，而非對立的一致。

(註四) 於此有一問題，即合意之成立，在各個意思表示間，是否須有因果關係是也。余以爲合意之成立，不以各個意思表示間有因果關係爲必要。故在所謂交叉要約(Kreuzverträge)，亦不妨認爲合意之成立。蓋就我民法第一百五三條第一項「當事人互相表示意思一致者，無論其爲明示或默示，契約即爲成立」解釋，祇須當事人，互相表示意思一致，即可成立契約，初不必要約在前，承諾在後。彼法律之所以區別要約承諾兩種觀念者，不過就通常情形立論而已。(法學志林十五卷十二號二九百卅戶(寅氏論文參照))

第二款 契約之分類

第一 雙務契約與單務契約

雙務契約與單務契約，係以雙方當事人是否負擔有對價關係之債務，為其區別之標準。即雙務契約（*wechselseitige Verträge, contrats synallagmatiques*）者，雙方當事人各須負擔有對價（*Entgelt, Äquivalent*）關係之債務之契約也。依此定義，可知雙務契約之為雙務契約，不但契約當事人雙方均須負擔債務，且其所負擔之債務須有對價關係，否則不能謂為雙務契約。（註一）所謂對價關係，以主觀的有報償關係為已足，客觀的價格是否相同，在所不問。反是，則為單務契約，即單務契約（*einseitige Verträge, contrats unilatéraux*）者，雙務契約以外之契約也。單務契約，有純正的與非純正之分。純正的單務契約，指僅由當事人一方負擔債務之契約而言。例如贈與，消費借貸及無償寄託是。非純正的單務契約，則雙方當事人雖皆負擔債務，然無何種對價關係。此其情形有二：有契約成立後，當事人之一方因特別情事負擔債務者；有契約當事人之負擔債務，係由契約當然而生之結果者。前者，例如無償委任，其委任人負擔償還費用之義務是（民法第五四六條參照）；後者，例如使用借貸，貸與人負貸與使用之義務，而借用人亦負返還原物之義務是（民法第四六四條參照）。至雙務契約與單務契約區別之實益，則在由契約而生之效力有重大之差異。即同時履行抗辯（民法第二六四條參照）危險負擔（民法第二六六條以下參照）等問題，惟在雙務契約始能發生。又契約之解除（民法第二五

四條以下參照)亦重在適用於雙務契約。

(註一)雙務契約，通常以給付之交換爲目的，故有標之爲交換契約(Austauschvertrag)者。此說殊難贊同，蓋雙務契約不盡爲交換契約，例如合夥契約，卽其一例。故德日民法學者，多就雙方所負之債務互有對價關係之點，說明雙務契約之本質。本書從之。

第二 有償契約與無償契約

有償契約與無償契約，係以雙方當事人是否因給付取得利益，爲其區別之標準。卽有償契約 (entgeltliche Verträge, Contrats à titre onéreux) 者，雙方當事人各因給付而取得利益之契約也。無償契約 (unentgeltliche Verträge, Contrats de bienfaisance) 者，當事人之一方祇爲給付而不取得利益之契約也。各種契約，有性質上常爲有償者，例如買賣及互易是。有性質上常爲無償者，例如贈與及使用借貸是。有依當事人之意思，有時爲無償，有時爲有償者，例如消費借貸原則上爲無償，定有利息或其他報償，則爲有償是。(註二)至區別有償契約與無償契約之實益，亦有種種：(一)有償契約，準用關於買賣之規定(民法第三四七條參照)無償契約則否。(二)有償契約，債務人注意之程度重，無償契約，則債務人注意之程度輕(民法第五三五條及第五九〇條參照)。(三)限制行爲能力人，未經法定代理人之允許，不得訂立有償契約，純獲法律上利益之無償契約，則無經法定代理人允許之必要(民法第七七條參照)。(註三)

(註二)有償契約中，有所謂利益分配契約及對伴契約。利益分配契約 (Partiarischer Vertrag) 卽因當事人一方所爲之給付，致

相對人獲得經濟上之利益時，則按所獲利益之多寡，而定利益分配標準之契約。例如公司與受僱人約定，按照所獲之純利比例分紅是射
 傳契約 (Geldverträge, Contracts alcaholes) 即當事人之一方或雙方所爲之給付，依偶然之機會 (Chance) 以爲決定之契約。此
 種契約，有其內容純爲射傳契約者，例如賭博是。有原爲通常之契約，不過附加射傳的分子者，例如希望買賣是。關於射傳契約，德國民法第
 一節第十一章第五二七條以下及法國民法第一〇〇四條設有一般規定，我民法無之。此種契約之是否有效，應視其內容之是否違反公
 序良俗決之。

(註三) 學者於雙務契約與單務契約之區別外，復設有價契約與無價契約之區別者，蓋以其區別之理由兩不相同。即前者係從雙方當
 事人是否負擔有對價關係之債務着眼，後者則係從雙方當事人是否因給付取得利益着眼。即一從發生債務之點觀察，一從給付財產之
 點觀察。故兩者之領域，非必盡同。即雙務契約固必爲有價契約，而單務契約則非必爲無價契約，亦有爲有價契約者。例如約定支付利息之
 消費借貸是。

第三 諾成契約與要物契約

諾成契約與要物契約，係以契約之成立，於合意以外，是否尚須實行給付，爲其區別之標準。即諾成契約 (Con-
 sensualverträge, Contracts consensuels) 者，僅因當事人意思表示之一致，即能成立之契約也。要物契約
 (Realverträge, Contracts réels) 者，於意思表示之一致以外，尚須實行給付始能成立之契約也。要物契約之
 觀念，始於羅馬法。(註四) 現行法國民法德國民法及日本民法，亦均以使用借貸，消費借貸及寄託爲要物契約

(法民第一八七五條第一八九二條第一九一五條德民第五九八條第六〇七條第六八八條日民第五八七條第五九三條第六五七條參照。)惟瑞士債務法則完全排斥要物契約之觀念(瑞債第三〇條第三一二條第四七二條參照。)自理論言之，自以瑞士債務法排斥要物契約之觀念為合理。但在我民法，尙認使用借貸，消費借貸，出版，寄託，倉庫等契約為要物契約(民法第四六四條第四七四條第五一五條第五八九條第六一三條參照。)要不外拘守羅馬法以來之沿革耳。(註五)至區別諾成契約與要物契約之實益，則在契約成立之要件及其時期不同，其理至明，毋庸贅述。

(註四)羅馬法，分契約為要式口約(Veralkontrakte)，書面契約(Litalkontrakte)，要物契約(Realkontrakte)及諾成契約(Kontraktalkontrakte)之四種。要物契約，又分為有名與無名之別。使用借貸(Commodatum)，消費借貸(Mutuum)，寄託(Dekostium)及質(Pignus)，即有名之要物契約。

(註五)各國民法之是認要物契約，不外下列兩理由：(一)以物之交付為一預方式；(二)使用借貸，消費借貸及寄託等，皆係以物之返還為目的之契約，故其成立，亦須物之交付。余則以為不然。蓋(一)方式乃表示意思之方法，而物之交付，則屬意思表示以外之事實，自不得以其為契約方式。(二)使用借貸及消費借貸等契約，在於物之使用及消費，物之返還，則屬契約當然之結果，不得以其為使用借貸及消費借貸等契約之本質。故依余所信，自以瑞士債務法排斥要物契約之觀念為合理。

第四 要式契約與非要式契約

要式契約與非要式契約，係以契約之成立是否須依一定之方式，為其區別之標準。即契約之成立，須依一定之方式者，為要式契約（*formliche Verträge*）。反是，契約之成立，不須一定之方式者，為非要式契約（*formlose Verträge*）。古代之契約，多屬要式契約。較近以還，因受契約自由原則（*Freedom of contract*）之影響，無論何種契約，祇以當事人之合意為已足，不以履行一定方式為必要。我民法從之。但有例外，例如不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立是（民法第四二二條參照）。此即所謂法定方式之要式契約。又縱屬非要式契約，當事人約定，須依一定方式為之，亦無不可（民法第一六六條參照）。此即所謂約定方式之要式契約。契約之不須方式者，以當事人之合意為已足。契約之須依法定方式者，如不依法定方式，其契約原則上為無效（民法第七三條參照）。契約之須依約定方式者，在該方式未完成前，則推定其契約為不成立（民法第一六六條參照）。要式契約與非要式契約區別之實益，即在於此。

第五 有名契約與無名契約

有名契約與無名契約，係以契約之內容及名稱是否為法律所明定，為其區別之標準。即有名契約（*benannte Verträge*, *Contrats nommés*）者，法律付與一定之名稱，並設有特別規定之契約也。反是，法律未付與一定之名稱，亦未設有特別規定之契約，則屬無名契約（*unbenannte Verträge*, *Contrats innommes*）。（註六）就我民法債編言之，第二章各種之債，其性質為契約者，皆屬有名契約。無名契約，通常可分為純粹無名契約，混合契

約及準混合契約，(註七)苟非違背契約之原理原則，皆許其自由訂立，何則，蓋日常交易，複雜萬端，法律不過就交易上所常見者，從而規定之，初非絕對限定其範圍也。至有名契約與無名契約區別之實益，則在適用法規之不同。即有名契約，直接適用其特別規定，而無名契約，因無特別規定，僅以性質類似者為限，準用有名契約之規定，並適用一般契約之通則。

(註六)有名契約無名契約之區別，與羅馬法有名契約無名契約之區別不同。蓋在羅馬法，最初採契約限制主義，惟認要式口約，書面契約，要物契約及諾成契約之四種。嗣後因交易上之必要，契約之種類，逐漸增加，於是除使用借貸，消費借貸，寄託及質之四種要物契約而外，凡因合意而為現實之給付者，皆與以契約之效果。顧其種類至繁，難為一適當之名稱，故通稱之為無名契約(Incognitacontracte)，以別於有名的要物契約。由斯以首，羅馬法有名契約無名契約之區別，乃基於契約限制主義之結果，在採契約自由主義之今日，固難認此區別也。

(註七)有名契約，一稱典型契約。無名契約，一稱非典型契約。非典型契約之種類有三：以法律上絕無規定之事項為其內之契約，為純粹的非典型契約。以二以上有名契約之內容事項為其內容之契約，為混合契約。以有名契約之內容事項與絕無規定之事項為其內容之契約，為準混合契約。純粹的非典型契約，以性質類似者為限，準用有名契約之規定，此為一般學說之所同。惟混合契約及準混合契約，則有異論。有主張採吸收主義者，有主張採結合主義者，有主張採類推主義者。依余所信，應以類推主義為是。

第六 要因契約與非要因契約

要因契約與非要因契約，在以給付財產爲標的之契約是否以給付之原因爲成立要件，爲其區別之標準。即要因契約 (Kausale Verträge) 者，其成立必須有原因存在之契約也。非要因契約 (abstrakte Verträge) 者，其成立無須有原因存在之契約也。申言之，即在要因契約，其契約之成立，與原因不可分體，如原因欠缺，則契約即屬無效。反之，非要因契約，其契約之成立，與原因兩相分體，原因之有無，與契約之成立無關。故原因縱有欠缺，而契約亦屬有效成立。不過受益人因無法律上之原因而受利益，應依不當得利之規定負返還之義務而已（民法第一七九條以下參照）。要因契約與非要因契約，在債權契約頗爲重要。即通常之債權契約，皆爲要因契約。當事人不問原因，僅單純負擔債務者，則爲非要因契約。例如德國民法所規定之債務約束及債務承認是（德國民法第七八〇條至第七八二條參照）。我民法，關於債務約束及債務承認，未予明定，解釋上是否有效，尙屬疑問。（註八）

（註八）自立法之沿革考之，在昔多否認非要因契約之有效。故法國民法特證明文規定曰：「契約之成立，以合法之原因存在爲必要。」（無原因之義務，不發生何種之拘束。）（法民第一一八〇條及第一一八一條參照）但德國民法及瑞士債務法則明認非要因之契約存在，我第一次及第二次民法草案做之（德民第七八〇條至第七八二條瑞債第一七條草第八六〇條至第八六二條二草第七一二條至第七一四條參照）。現行民法，雖無明文規定，但依余所信，依照契約自由之原則，當事人如有此等約定，苟非違反契約之原理原則，自應認其爲有效。

第七 主契約與從契約

主契約與從契約，係以契約是否以他種契約存在爲前提，爲其區別之標準。即主契約(Hauptvertrag, Contrats principaux)者，不以他種契約存在爲前提，而能獨立成立之契約也。從契約(Nebanvertrag, Contrats Accessoires)者，必須以他種契約存在爲前提，始能成立之契約也。無論債權契約物權契約，均可爲從契約。前者例如定金契約、違約金契約及保證契約是。(民法第二四八條第二五〇條第七三九條參照。)後者例如抵押權契約及質權契約是。(民法第八六〇條第八八四條參照。)從契約既以主契約之存在爲前提，故主契約消滅，則從契約原則上亦歸消滅。但例外，亦有不因之消滅者。例如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，其保證仍爲有效是。(民法第七四三條參照。)又從契約消滅，主契約原則上並不消滅。但例外，亦有因之而消滅者。例如當事人約定，主契約之成立，以從契約之成立爲條件是。

第八 本約與豫約

豫約(Vorvertrag, Pactum de contrahendo)者，約定將來訂立一定契約之契約也。嗣後履行豫約而訂立之契約，則謂之本約(Hauptvertrag)。凡訂有豫約者，即負有訂立本約之義務。此項義務，有在當事人之雙方者，有在當事人之一方者，前者謂之雙務豫約，後者謂之單務豫約，此兩種豫約，皆可有效成立，是不待言。(註九)本約與豫約之關係如何，學說殊未一致，有謂其係屬一體者，有謂其全無關係者。夫自理論言之，本約與豫約，係

屬二個獨立之契約，必須履行豫約義務，然後本約始能成立，自以無關係說為合理。至關於豫約之規定，各國法律亦不相同，有就一般契約之豫約設規定者，如奧國民法及瑞士債務法是（奧民第九三六條、瑞債第二二條參照）。有僅就買賣契約之豫約設規定者，如法國民法及日本民法是（法民第一五八九條、日民第五五六條參照）。我民法對於一般契約之豫約及買賣契約，均無規定，是否承認豫約，不無疑問。（註十）

（註九）豫約與停止條件附契約，性質不同。即停止條件附契約，即屬本約，非祇發生訂立契約之債權債務，不過由該契約所生之債權債務須待條件成就，始能發生。反是，豫約則祇生訂立本約之債權債務，不但為其內容之債權債務尚未發生，且其本約並未成立。故單務豫約與停止條件附契約，其性質及效力，均不相同。

（註十）我民法雖未規定豫約，然就交易之實際觀察，契約之定有豫約者，實所常見，如認其無效，不但與契約自由之原則不合，即於日常交易亦多窒礙。依余所信，應以認為有效為適當。既認豫約為有效，則因豫約所發生之債權債務，亦與普通之債權債務有同一之效力。即豫約義務人如不為訂立本約，則豫約權利人得請求其履行，並得請求損害賠償（民法第二二七條參照）。

第三款 契約之成立

第一項 要約

第一目 要約之概念

第一 要約之性質

要約(Offer, Offe, Pollicitation, Antrag, Offerte)者，以訂立契約之目的所爲之意思表示也。茲分晰說明如左。

一 要約爲意思表示

關於要約之性質如何，其說不一。有謂其爲單純事實者，此在不認要約有拘束力之立法，即採此見解。不知要約係以發生私法上之效果爲目的，其非單純事實，甚屬顯然。又有謂其爲法律行爲中之單獨行爲者（主此說者 Krüchmann, Köppen, Kipp Zu Windscheid, Goldmann-Lilienthal 諸氏）此說亦難贊同。蓋僅有要約，不能發生私法上之效果，必須更有承諾，始能發生私法上之效果，自非單獨行爲故也。通說則謂要約爲構成法律行爲之意思表示。（主此說者 Leonard, Hölder, Endemann, Enneccerus, Orome, Trmann, Biemann, Staudinger-Riezler, Thur 諸氏）余亦謂然。要約既屬意思表示，民法總則編關於意思表示之規定（民法第八六條以下參照）對於要約有其適用，自不待言。

二 要約之目的在於訂立契約

要約之目的，在於訂立契約。即要約受領人對於要約一爲承諾，則其契約即屬成立。要約與要約引誘（Invitation of Offer, Einladung zu Offerte）區別之點，即在於此。即要約爲組成契約之意思表示，要約引誘乃在引誘他人向其爲要約之意思表示。換言之，要約引誘不過契約之準備行爲，其自身不發生何種法律上

之效果。二者之差異，在理論上固極顯然，但在實際上頗難分辨。（註一）故我民法第一五四條第二項對於貨物標定賣價陳列及價目表之寄送，設有明文規定曰：「貨物標定賣價陳列者，視為要約。但價目表之寄送，不視為要約。」所謂不視為要約，即惟認價目表之寄送為要約之引誘。（德國舊商法第三三七條瑞士債務法第七條第二項第三項參照）

（註一）我國學者有以訂立契約是否注重相對人其人，為要約與要約引誘之區別者。如戴君亮氏所著民法債編總論謂：「契約之締結，不注重相對人其人者，為要約。如貨物標定賣價陳列，自動販賣機之設置，劇場電影館之開設等是。反之斟酌相對人之人物信用實力等，始與締約者，則為要約之勸誘。如出租房屋之招貼，招聘職員之廣告等是。」（戴氏前揭四三頁）此種區別，實非確論。蓋有表意人雖不置重相對人其人，而亦有難解為要約引誘者，例如舟車隨行之告白及拍賣投標之廣告是。余以為何者為要約，何者為要約之引誘，應就各種具體事實，解釋表意人之真意決之。

第二 要約之要件

要約之有效成立，必須具備左列之要件。

一 要約須由特定人為之

申言之，即要約人須於客觀實已確定為何人，始能成立要約。通常固多由契約本身表示要約人為何人，但實際苟經確定，縱不明白表示，亦無不可。例如自動販賣機之設置，亦可認為要約是。

二 要約須對於相對人爲之

要約必待相對人承諾，始能發生要約人所欲發生之效力，故要約必須對於相對人爲之。但以對於相對人爲人爲已足，相對人之爲特定人或非特定人，在所不問。(註三)對於不特定相對人之要約，例如自動販賣機之設置，電車公共汽車之開駛，以及劇場電影院之開設是。

三 要約須足以決定契約之內容

相對人對於要約一經承諾，則其契約卽爲成立，故要約人之要約須足以決定契約之內容。例如買賣之要約，須確定標的物之種類數量及價金之數額是。但所謂決定，不以明示爲必要，且無須決定契約內容之全部，卽以其中之一部委諸相對人之自由決定，亦無不可。例如買賣之要約，以其價金委諸市價，或買受人之決定是。

(註三)對於不特定人(*Un certa persona*)是否得爲要約，有否定及肯定之二說。在否定說者謂：要約須對於特定人爲之，對於不特定人爲之，則屬要約之引誘，而非要約。在肯定說者則謂：要約對於特定人爲之，抑對於不特定人爲之，均無不可。依余所信，應以肯定說爲當。蓋主否定說者，將承諾人與要約受領人混而爲一，承諾人固須爲特定人，而要約受領人則不必爲特定人故也。關於非特定人之意義如何，學說亦不一致。有謂對於非特定人之要約，係對於將來爲承諾之一人而爲要約者。有謂係對於一般衆人或一定範圍內之衆人而爲要約者。依余所信，應以後說爲是。蓋依前說，理論上殊欠妥洽，卽要約係以訂立契約爲目的之意，應表示，不但以有受領人爲必要，且係先有受領人，後有承諾人，如依此說，則是先有承諾人，後有要約受領人，且於無承諾人時，卽無要約受領人，於理不合。

第二目 要約之效力

第一 對於相對人之效力

對於相對人之效力者，即相對人對於要約一爲承諾，則其契約即爲成立之效力也。學者稱之爲承諾能力，或承諾適格（Annahmefähigkeit）。亦稱之爲實質的效力。蓋以其係由要約之性質上當然發生之效力也。惟此效力，僅對於相對人予以得爲承諾之資格，而非使相對人因此負擔必爲承諾之義務。申言之，即相對人之爲承諾與否，概屬自由，即不爲承諾，亦無通知要約人之義務。（註三）又要約人之以現物爲要約者（即所謂規實要約），相對人亦不負受領保存及返還之責任。苟非如此解釋，則是以要約人一方之意思而使相對人即要約受領人負擔一定之義務，殊非事理之平者矣。（註四）

（註三）依照德日民法，相對人即要約受領人承諾與否，固無通知要約人之義務，但在舊日商法則設有例外之規定。如日本商法第二七一條：「商人由平常爲交易之人受領屬於其營業部類的契約之要約時，應無遲滯發達諾否之通知。若怠於爲此通知，即視爲承諾其要約。」

（德國商法第三六二條第一項同）良以商事交易之成否應期迅速，而商人對於顧客且須維持其信用故也。我民法無類此之規定。

（註四）要約受領人對於現物要約，固無受領之義務，然有實際上已爲受領者，應不予以保管，則有正相反對之二說。一說謂現物要約同時有兩個契約存在，一爲買賣契約之要約，一爲寄託契約之要約，要約受領人雖對於買賣契約之要約不爲承諾，然既不拒絕物品之受領，則是默示的表示承諾寄託契約之意思，故要約受領人有保管其物之責（Beer, Deutsche Juristenzeitung 1901 B. 437）。一說謂要

約受領人對於現物要約，縱已受領其物，亦無保管之責，即以之委諸道旁，亦無不可（*Ursel Deutsche Juriskenziehung* 1901 S. 383）。關於此點，德日商法設有解決之規定。如日本商法第二七二條：「商人於受領屬於其營業部類之契約之要約時，而與要約共同受領其物品者，縱拒絕其要約，亦應以要約人之費用保管其物品。但物品之價值不足抵償其費用，或商人因為保管而受損害者，不在此限。」（德國商法第三六二條第二項同）

第二 對於要約人之效力

一 要約拘束力之性質及其根據

對於要約人之效力云者，即要約人爲其要約所拘束，於一定期限內，不得撤銷擴張限制或變更其要約之效力也。（註五）學者稱之爲要約之拘束力（*Gebundtheit, Verbindlichkeit*），亦稱爲要約之形式的效力。要約原非法律行爲，其自身有無拘束力，誠不能無疑，然自現代立法趨勢言之，多認其有拘束力。（註六）我民法從之，於第一五四條規定：「契約之要約人，因要約而受拘束。」良以相對人在要約之期限內，深信一爲承諾則其契約卽爲成立，於是拒絕他人之要約者有之，不另向他人爲要約者有之，或因已受要約而爲一定之準備者亦有之，若要約人得以自由撤回擴張限制或變更其要約，則相對人難免不受意外之損害，明定要約有拘束要約人之效力，蓋所以確保交易之安全。且卽認要約有拘束要約人之效力，而與要約人之意思亦屬相符。蓋要約人原在期待相對人之承諾，以訂立契約爲目的，自有於承諾期限內，或可得期待承諾之到達期限

內，不撤銷擴張限制或變更其要約之意思，否則即失其要約之目的故也。（註七）

（註五）關於要約拘束之範圍，我民法應一如德國民法第一四五條及瑞士債務法第三條從廣義解釋，即不但撤銷其要約，即擴張限制或變更其要約，及有其他違反要約本旨之行為，皆屬之。良以我民法第一五四條係泛指因要約而受拘束，非如日本民法第五二一條等明定其不得撤銷（日民法作撤回實際作撤銷）故也。我國民法學者如陳克生、戴君亮、洪賦林諸氏均與日本民法同一解說，似有未備。（陳氏前揭三四頁，戴氏前揭四八頁，洪賦林氏法官訓練所民事法規及判例債編下四頁）

（註六）古代羅馬法及德國普通法均不認要約之拘束力，近代法國民法亦然。英國法原則上亦不認此效力。其規定認許者，則為德國民法第一四五條，瑞士債務法第三條及第五條，奧民法第八六二條以下，日本民法第五二一條及第五二四條。

（註七）有謂如認其有拘束力，則要約受領人將有利用機會以圖利益者。然此亦屬無妨，蓋要約之要約人，於要約當時，自可豫先聲明不受拘束也。關於此點，我民法第一五四條第一項但書設有規定，俟後述之。又有謂與其認要約之拘束力，不如依損害賠償之法則以為救濟者。此說亦未見其可，蓋損害賠償之請求權多屬有名無實，且實行困難，實不如認要約之有拘束力，切合於實際上之需要。

二 要約拘束力之存續期限

甲 要約定有承諾期限者

要約人定有承諾期限而為要約時，無論其為對於對話人之要約，抑為對於非對話人之要約，在承諾期限內應存續其效力，此各國法律之所同。（註八）我民法從之，於第二五八條規定：「要約定有承諾期限者，非

於期限內爲承諾，失其拘束力。」所謂承諾期限 (Annahmefrist)，即相對人適於爲承諾通知之期限，其爲明示默示，以及是否與要約同時表示，在所不問。承諾期限，固得由要約人自由定之，然如較法定期限即第一五七條可得期待承諾之達到期限爲短者，則定承諾期限之意思表示須與要約同時或先時到達，始生效力。否則與未定承諾期限同，應受第一五七條規定之適用。

乙 要約未定有承諾期限者

(A) 對話爲要約時

對話爲要約，未定承諾期限者，如相對人於要約當時未爲承諾，是否當然喪失其效力，各國法律不同。有解釋上非當然喪失其效力，尙有待於要約人之撤銷者，如日本民法是。有當然喪失其效力，無待於要約人之撤銷者，如德瑞等國法律是。(註九)我民法則從一般立法例，於第一五六條規定：「對話爲要約者，非立時承諾，即失其拘束力。」良以對話而爲要約，如未定有承諾期限，推測要約人之本意，即在求相對人立時表示承諾與否之意思，以定契約之成否，故其要約應依「非立時承諾」而失效。

(B) 非對話爲要約時

非對話爲要約，未定有承諾期限，如相對人於依通常情形可期待承諾之達到時期內，不爲承諾，是否當然喪失其效力，各國法律亦不盡同。有解釋上非當然喪失其效力，尙有待於要約人之撤銷者，如日本民

法是。有當然喪失其效力，無待於要約人之撤銷者，如德瑞等國法律是。(註十)我民法亦從一般立法例，於第一一七條規定：「非對話爲要約者，依通常情形可期待承諾之達到時期內，相對人不爲承諾時，其要約失其拘束力。」所謂依通常情形可期待承諾之達到時期，通常指要約達到於相對人之期間，爲承諾之必要期間(*tempus modicum*)，及承諾達到於要約人之期間而言。如逾期不爲承諾，則要約喪失其拘束力。良以要約人之爲要約，多係斟酌當時之情形爲之，如時過境遷，常不欲再行訂立契約，故其要約應因一定時期之經過而失效。

(註八) 德國民法第一四八條第一四六條，瑞士債務法第三條，日本民法第五二一條，蘇俄民法第一三三條參照。

(註九) 日本民法，對話爲要約者，相對人如非立時承諾，是否喪失其拘束力，經明文規定；但日本商法第二六九條規定：「於對話人間，受契約之要約者，非即爲承諾，要約失其效力。」以故日本學者之解釋德國民法，多謂對話爲要約者，相對人縱未立時承諾，亦非當然失效，而有待於要約人之撤銷。(但亦有反對說石坂氏前揭下卷一八三四頁參照) 德民第一四七條，奧民第八六二條，債法第四條，俄民第一三三條，則與我民法第一五六條之規定同。

(註十) 日本民法第五二四條規定：「未定承諾之期限，隔地人所爲之要約，要約人於受承諾通知之相當期間內，不得撤銷之。」依此解釋，要約之失效，尙有待於要約人之撤銷。但在日本商法第二七〇條第一項則明定：「於隔地人間，未定承諾期間而受要約之要約者，於相當期間內未發承諾通知時，要約失其效力。」德民第一四七條第二項第一四六條，奧民第八六二條，債法第五條，俄民第一三二條，與日商

第二七〇條第一項之規定同，我民法從之。但期限之標準，各不相同。德民爲「於通常情事，得期待承諾到達之期間。」奧民爲「當事人在於同地者，二十四小時；在於異地者，兩次回答所需之期間。」瑞僑爲「於通常且正當之期間。」俄民爲「通常必要之期間。」日商爲「相當之期間。」我民法則與德民之規定同。

三 要約拘束力之除外

契約之要約人，固因要約而受拘束，但能否除外，則各國法律不同。有不設明文規定，而有待於解釋者，如日本民法是。有設明文規定，許其除外者，如德瑞等國法律是。（註十二）我民法則從德瑞立法例，於第一五四條第一項但書規定：「但要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形，或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限。」良以要約人既明示不受拘束，或雖未明示而可推知其不受拘束，縱使於相對人未爲承諾前，撤銷其要約，或擴張限制變更其要約之本旨，相對人亦不至因此受意外之損失故也。（註十二）所謂依其情形可認當事人無受其拘束之意思，例如對於不特定人之要約是。所謂依事件性質可認當事人無受其拘束之意思，例如以懸賞廣告而爲要約是。

（註十二）日本民法不設明文規定，但在學者解釋後，國民法，多認要約拘束力除外之聲明爲有效。德國民法及瑞士債務法則設有明文規定，但其內容不同。德民第一四五條規定：「對於他人要約契約之訂立者，受要約之拘束。但排除拘束者，不在此限。」瑞僑第七條第一項規定：「契約要約人於其要約附加免除拘束之意思，或依行爲之性質及情事明係有是等之保留者，不爲其要約所拘束。」我民法與瑞僑之

規定。

(註十二)要約拘束力除外之效果如何，學說不一。有謂僅要約人不受要約本身之拘束者，有謂相對人爲承諾之意思表示後，要約人尙有決定之餘地者。(如依此說，則拘束力除外之要約與要約引誘無異。)依余所信，應以前說爲是。即拘束力除外之效果，僅要約人不受要約之拘束，而於要約之實質的效力(即承諾之適格)，不生影響。換言之，要約人惟得於相對人承諾以前，撤銷其要約，或擴張限制變更其要約。一經承諾之後，則契約即已成立，要約人不得執拘束力之除外以爲抗辯。

第三目 要約之消滅

第一 不爲承諾

我民法於第一五八條規定：「要約定有承諾期限者，非於其期限內爲承諾，失其拘束力。」又於第一五六條規定：「對話爲要約者，非立時承諾，失其拘束力。」第一五七條規定：「非對話爲要約者，依通常情形可期待承諾之達到時期內不爲承諾，失其拘束力。」綜此三條皆祇云不爲承諾，即失其拘束力，而於要約之實質的效力，是否喪失，無明文規定，適用上頗屬疑問。余則以爲據我民法第一五九條之規定，逾期後遲到之承諾，原則上不能成立契約，又據第一六〇條之規定，凡遲到之承諾，無論要約曾否定有期限，均僅視爲新要約；則逾期後之要約，不但喪失要約之拘束力，即要約之實質的效力亦全行喪失，嗣後縱爲承諾，亦不能成立契約。未定有承諾期限對話爲要約者，解釋上亦同。

第二 要約之拒絕

要約之拒絕云者，即要約受領人對於要約不爲承諾之意思表示也。對於要約既已表示拒絕，則無成立契約之可能，至爲顯然，故我民法第一五五條規定：「要約經拒絕者，失其拘束力。」此係就對於特定人之要約言之，對於不特定人之要約則否，蓋因該要約原係對於不特定人所表示，自不能因特定人之單獨拒絕而失其效力也。我民法第一五五條祇云失其拘束力，實則要約經拒絕者，不但失其拘束力，即要約之實質的效力，解釋上亦全行消滅，嗣後縱再爲承諾，亦不能成立契約。至所謂拒絕，非單指絕對的拒絕而言，依我民法第一六〇條第二項前段規定，即將要約擴張限制或變更而爲承諾者，亦視要約之拒絕。（註一）雖然，如絕對貫徹此旨，亦殊不便，故同項後段特設擬制的規定曰：「視爲拒絕原要約而爲新要約。」如原要約人對之而爲承諾，則契約即因以成立，以免重爲要約之不便。

（註一）要約之擴張限制或變更，不僅就契約之內容而生，亦有以給付之體樣而生者，例如附加條件或期限，附加溢約金約款，提供擔保，及保留解除權是。此又不但契約之內容及給付之體樣爲然，如要約人定有承諾之方法，而承諾人不依其方法而爲承諾，亦應視爲要約之拒絕。（石坂氏前掲下卷一八六四頁參照）

第三 要約之撤回

要約之撤回者，要約人以阻止要約發生效力爲目的之一方的意思表示也。（註二）要約之撤回，惟於非對話爲

要約而要約尚未到達於相對人以前有之。對諾爲要約，固無撤回要約之餘暇；即在拘束力除外之要約，其要約已到達於相對人，亦無撤回其要約之可言。（註三）要約人於要約尚未到達於相對人以前，固得撤回其要約，然須撤回要約之通知與要約同時或先時到達，始能生效（民法第九五條第一項參照）。否則要約之拘束力業已發生，即無許其撤回之餘地。但我民法對於因在途故障而遲到之撤回通知，設有特殊規定。即依第一六二條：「撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，依通常情形應先時或同時到達者，相對人應向要約人即發遲到之通知。相對人怠於爲前項通知者，其要約撤回之通知，視爲未遲到。」仍使要約喪失其效力。本條係爲保護要約人之利益而設，苟非如此，則要約人將因誤信撤回有效，而受不測之損害矣。

（註二）要約之撤回與要約之拒絕，皆爲須受領之意思表示。換言之，即撤回之意思表示與拒絕之意思表示，均須對於相對人爲之，如係對諾爲之，以相對人了解時發生效力，如係非對諾爲之，以通知到達於相對人時發生效力。對諾爲之，固無撤回之餘暇，反之非對諾爲之，得爲撤回，自不待言。但依照民法第九五條第一項但書之規定，須與拒絕要約之通知或撤回要約之通知同時或先時到達而後可。

（註三）陳克生氏及戴君亮氏均謂要約之得撤回者，就我民法解釋，有兩種情形：（一）要約尚未到達於相對人時；（二）要約人除外要約之拘束力時（陳氏前揭三九頁戴氏前揭上卷五四頁）。余蓋亦同此解釋（萬有文庫拙著契約法論），嗣經研究，始知錯誤。故余以爲要約之得撤回者，就我民法解釋，僅要約尚未到達於相對人時之一種。良以撤回係就未發生效力之意思表示而言，撤銷則對於已發生效力之意思表示言之，我民法既明言撤回，自不包含拘束力除外之要約而已到達於相對人之情形在內。（我民法第一六二條，係做日

本法第五二七條之例，但亦曰「爲要約之撤回，而非要約之撤回，解釋上自不相同。」

第二項 承諾

第一目 承諾之概念

第一 承諾之性質

承諾 (Acceptation, Annahme, Acceptance) 者，以與要約人訂立契約爲目的所爲之意思表示也。茲分析說明如左。

一 承諾爲意思表示

受領要約之相對人，對於要約，一爲承諾，則其契約即因以成立，於此可知承諾同屬契約構成分子之意思表示，實無可疑。承諾既屬意思表示，則民法總則編關於意思表示之規定（民法第八六條以下參照），對於承諾有其適用，自不待言。（註一）

二 承諾之目的在與要約人訂立契約

承諾，乃受領要約之相對人同意於其要約所爲之意思表示，而其目的，在與要約人訂立一定之契約，故必受領要約之相對人知有要約，然後始有同意於其要約之可言。如不知有要約而爲意思表示，縱令偶然暗合，亦非此之所謂承諾焉。（註二）

(註一)要約人於要約發出後死亡，喪失行為能力，或行為能力受有限制，依我民法第九五條第二項所定，其要約並不因之失其精力。(舊法第一節第五章第一〇六條德民第二五三條舊日商法第二九七條日民第五二五條均明定要約不失其效力，但奧民第九一八條之規定反是)，受領要約人仍得爲同意於其要約之承諾。惟其承諾解釋上應分別情形向要約人之繼承人或法定代理人爲之。(民法第九六條參照)

(註二)要約受領人之爲承諾與否，保有其自由，固非義務，然有主張其爲權利，並謂此權利具有形成權之性質者。(Thunr, Allgemeiner Foll. S. 68)但在通說則謂其爲一種之責務，即所謂承諾之義務。承諾之非義務，係就原則而言，例外依當事人間之預約或法律之規定(如民法第八三九條第二項)，要約受領人非無負擔承諾之義務者。

第二 承諾之要件

承諾之有效成立，尚須具備左列之要件。

一 承諾須由受領要約之相對人爲之

承諾固須由受領要約之相對人爲之，但因相對人之爲特定人與非特定人而不同。受領要約之相對人爲特定人者，惟此特定人爲其承諾，始能成立契約。受領要約之相對人爲非特定人者，則無論何人一爲承諾，即可成立契約。

二 承諾須對於要約人爲之

承諾之目的，在與要約人訂立契約，故承諾須對於要約人爲之，始能成立契約。要約得以不特定人爲其受領人，而承諾則非對於特定要約人爲之不可，是即要約與承諾不同之點。

三 承諾之內容須與要約之內容完全一致

承諾與要約結合，即可成立契約，故二者之內容不可不完全一致。所謂一致，不但法定要素須屬一致，即要約人所注重的意定要素亦非一致不可。關於此點，俟後述之。承諾之內容與要約之內容，既須完全一致，始能成立契約，故我民法第一六〇條第二項規定：「將要約擴張限制或變更而爲承諾者，視爲拒絕原要約，而爲新要約。」其所以認爲新要約者，蓋以便於契約之成立，而免再爲要約之重複也（前項第三目第二要約之撤回參照）。（註三）至承諾是否擴張限制或變更原要約，應依各個情事決之，殊難一概而定。又所謂「視爲」，通常固爲擬制規定，但於此處解爲解釋規定，亦無不可。

（註三）於此三者以外，承諾須於要約有效之期間內爲之。即所謂同爲承諾之時期是也。依此解釋，在要約之效力未發生以前爲之，則屬又要約問題，雖可成立契約，然非此之所謂承諾。關於此點，已於本書契約之概念註四言之。反之在要約之效力消滅以後爲之，依我民法第一五九條及第一六〇條，或則要約人應向相對人發遲到之通知，或則視爲新要約，亦非當然發生承諾之效力。關於此點，俟次目述之。

第二目 承諾之遲到及遲延

第一 承諾之遲到

承諾之遲到，指承諾之通知，按其傳達方法，依通常情形，在相當時期內原可達到，而因途中障礙以致遲到者而言。承諾，原須於要約有效之期間內為之，故要約定有承諾期限者，其期限經過後，要約未定有承諾期間而係非對話為之者，依通常情形可期待承諾之達到時期屆至後，雖為承諾，契約亦不成立（前款第三目第一參照）。然如承諾係因障礙而遲到，則與出於豫見者不同，故我民法第一五九條第一項規定：「承諾之通知，按其傳達方法，依通常情形在相當時期內可達到而遲到者，要約人應向相對人即發遲到之通知。」（註一）俾承諾人不致因誤信契約成立而受不測之損害。要約人如怠於為此通知，即屬不履行法律上之義務，對於承諾人原應負損害賠償之責，惟損害賠償並非完全之救濟方法，故我民法從一般立法例於同條第二項規定：「要約人怠於為前項通知者，其承諾視為未遲到。」仍使其發生承諾之效力。（註二）

（註一）承諾遲到之通知，乃事實通知之一種，而非意思表示，故以要約人將遲到之事實通知承諾人為已足。且此通知係發送而生效力，無待到達，從而要約人於發送通知後，自不得更行撤回。至所謂即發云云，即依善良管理人之注意於情事所許範圍內迅速發送之意。無過失而遲誤其通知者，自不包含在內。

（註二）關於承諾遲到之問題，其立法主義有二：（一）要約人須即發撤銷要約之通知，否則應負損害賠償責任，如韓國民法第一節第五條第一〇〇條以下之規定是。（二）要約人須即發承諾遲到之通知，否則視為未遲到，其契約仍為成立，如德民第一四九條，日民第五二三條，瑞債第五條第三項，俄民第一三三條後段之規定是。此兩種主義，應以後之主義為是，故我民法採之。

第二 承諾之遲延

我民法第一六〇條第一項規定：「遲到之承諾，視為新要約。」此之所謂遲到之承諾，是否包含第一五九條所謂遲到之承諾。解釋我國民法者，意見尙未一致。有謂第一六〇條第一項所規定，無論何種遲到之承諾，均有適用者。有謂第一六〇條第一項遲到之承諾，即第一五九條遲到之承諾者。有謂第一六〇條第一項遲到之承諾，係指前條所載以外遲到之承諾者。（註三）依余所信，此之所謂遲到之承諾，係指得為承諾之期間經過後所為之承諾而言。與其稱為遲到之承諾，毋寧稱為遲延之承諾。此不但就第一六〇條第一項之母法（德日民法）解釋應屬如此，即與第一五九條對照觀察，亦以解為遲延之承諾為較當。蓋依第一五九條，要約人即發遲到之通知者，不生承諾之效力，未發遲到之通知者，視為未遲到，不生視為新要約之問題故也。至視為新要約者，亦所以適合當事人之意思而期交易之便利，如原要約人對之更為承諾，則其契約即因之而成立。（註四）

（註三）主說第一說者，陳克生氏（陳氏前揭四三頁）。主說第二說者，戴君英氏（戴氏前揭六四頁六五頁）。主說第三說者，洪毓林氏（洪氏前揭下卷八頁九頁）。上列三說，應以最後一說為近似。我民法第一六〇條之母法，為德國民法第一五〇條及日本民法第五二三條。德民第一五〇條第一項及日民第五二三條第一項均為「遲延之承諾」，我民法自應與之取同一之解釋。

（註四）遲延之承諾視為新要約，德日民法亦不盡同。德國民法為法律上當然視為新要約，日本民法則非法律上當然視為新要約，乃由原要約人得視為新要約。我民法係兼德國之立法例。遲延之承諾既視為新要約，其效力存續期間如何，學說不一。有謂其為未定承諾期限

之要約者，有期其僅能與一般要約受法律上同一之待遇者。依余所信，應以後說爲是。

第三目 承諾之撤回

承諾之撤回云者，承諾人以阻止承諾發生效力爲目的之一方的意思表示也。承諾之撤回，惟於非對話爲承諾而承諾尙未到達於要約人以前有之，與要約之撤回同。依我民法第九五條第一項，承諾人於承諾尙未到達於要約人以前，固得自由撤回，然須撤回承諾之通知與承諾同時或先時到達，始能生效。否則契約業已成立，即無許撤回之餘地。但我民法對於因途中故障而遲到之撤回通知，因第一六三條明定準用第一六二條之結果，則「撤回承諾之通知，其到達在承諾到達之後，而按其傳達方法，依通常情形應先時或同時到達者，要約人應同承諾人即發遲到之通知。要約人怠於爲前項之通知者，其承諾撤回之通知，視爲未遲到。」即仍使承諾喪失其效力。立法理由在使承諾人不至因誤信撤回有效，而受不測之損失。

第三項 合意與不合意

第一 合意

契約之成立，須有二個以上之意思表示，且各意思表示須爲一致，已如前述。故我民法第一五三條第一項規定曰：「當事人互相表示意思一致者，無論其爲明示，或默示，契約即爲成立。」互相表示意思一致，斯即所謂合意（Consensus）是也。惟所謂一致，有凡關於契約之內容，不問其爲必要之點或非必要之點皆屬一致者。有惟必

要之點業經一致，而非必要之點未經表示，或已表示而不一致者。關於前者，其契約即為成立，固不待言。關於後者，其契約是否成立，不無疑問。我民法則從瑞士立法例，於第一五三條第二項規定曰：「當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立。關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」（瑞債第二條）何者謂之必隨之點，我民法無明文規定，但在解釋上係指法定要素及意定要素而言，實無可疑。（俄民第一三〇條）法定要素亦稱客觀要素，即某種契約之成立，法律上必須具備之要素。例如買賣以移轉財產權及支付價金為法定要素，贈與以無償給與及允受為法定要素是。意定要素亦稱主觀要素，即雖非法定要素，而由當事人雙方約定或當事人一方表示必須具備之要素。例如關於給付之處所，給付之時期，給付物體之品質等，而由當事人認為主要之內容是。（註一）

（註一）學者常將法律行為之內容，即其効力，分為三種。一曰要素（*essentialia negotii*），即法律行為依其固有性質所必須具備之內容。二曰常素（*Naturalia negotii*），即法律行為依法律規定所必須具備之內容。三曰偶素（*accidentalalia negotii*），即法律行為依當事人特別意思表示所必須具備之內容。而於契約亦然（石坂氏前掲下卷一七七九頁以下）。實則其中常素不過法律依通常情形所規定者，本得由當事人以意思表示除去，自不得謂為契約必要之點。只其分為要素常素及偶素，不如分為法定要素及意定要素，而以要素為法定要素，偶素為意定要素。常素，於當事人有除外之意思表示時，則屬於意定要素之一種（未以嚴太郎債權各論一五頁以下）。

第二 不合意

構成契約之各意思表示不一致者，謂之不合意（*Disens*）。不合意得大別爲二，即顯明之不合意與隱存之不合意。當事人知其不合意者，曰顯明之不合意或有意識之不合意（*Offener Disens*）；當事人一方或雙方誤信（*Misverständnis*）其爲合意者，曰隱存之不合意或無意識之不合意（*Verdeckter Disens*）。隱存之不合意，常因種種之原因而生。有因當事人之一方誤解他方之意思表示而生者，例如甲以出賣鍍金錶之意思而爲要約，乙誤解其爲純金錶而爲承諾是。有因當事人之一方誤解他方之現實要約而生者，例如甲以出賣之意思而爲現實要約，乙誤解其爲贈與而爲受領是。有因同一文字具有兩種意義，雙方當事人各執其相異之意義而生者，例如向戲園預定包廂，顧客以預定舞臺左側之包廂而爲要約，園主則以面於舞臺之左側之包廂而爲承諾是。又隱存之不合意，常因其不合意之事項，可爲種種之分類，有關於契約物體之不合意者，例如購買華英字典，買受人以購買某甲所編之華英字典而爲要約，出賣人則以出賣某乙所編之華英字典而爲承諾是。有關於契約種類之不合意者，例如當事人之一方以買賣之意思而爲要約，他方以受贈之意思而爲承諾是。有關於當事人之不合意者，例如姓張名三者有兩人，由甲張三受領要約，而向乙張三爲承諾是。有關於品質之不合意者，例如上述鍍金錶與純金錶之誤解是。（註二）顯明之不合意，固不能成立契約，隱存之合意亦然，其基於何種之原因，以及屬於如何之種類，在所不問。

（註二）德國學者中，有否認隱存之不合意，而謂隱存之不合意即錯誤者（*Erklär. Pand. B. 230*），其說非是。蓋隱存之不合意與錯誤

雖同爲出於誤解，而實不同，即在錯誤，其雙方之意思表示，客觀上係屬一致，故仍可成立契約，不過得爲撤銷而已（民法第八八條）反之，在隱存之不合意，其雙方之意思表示，客觀上並未一致，故根本上即不能成立契約，隱存之不合意與錯誤，固大有區別在也。

第四項 契約成立之時期

第一 對話人間契約成立之時期

承諾生效之時期，固即契約成立之時期，但在對話爲承諾者，應於何時發生效力，我民法債編無明文規定，各國法律亦然。因是學說上之主張頗不一致，有謂應採了解主義（*Vernehmungstheorie*），以要約人了解承諾之意思表示，爲契約之成立者（主此說者，在德國爲Crome, Planck, Rehbein 諸氏，在日本爲富井、橫田諸氏），有謂應採到達主義（*Empfangstheorie*），以承諾之通知到達於要約人時，爲契約之成立者（主此說者，在德國爲Isay, Hölder, Staudinger-Riezler, Goldmann-Lichtenhal, Endemann, Cosack 諸氏，在日本爲平沼、中島、鳩山諸氏），亦有謂如以文書爲承諾之意思表示，應採到達主義，非以文書爲承諾之意思表示，應採了解主義者（主此說者，在德國爲Breit, Örtmann, Allgemeiner, Titz, Düringer-Hachenburg, Kipp Zu Windscheid, Kapfers, Enneccerus, Biermann 諸氏，在日本則爲石坂音四郎）（註三）余則以爲我民法債編關於此點，既無特別規定，自應依據一般通則採取了解主義（民法第九四條）申言之，即對話爲承諾之意思表示，其意思表示，以要約人了解時，發生效力，爲其目的之契約，亦於此時成立焉。此之所謂了解，以承

諸人置其承諾之意思表示於要約人可能了解狀態之下爲已足，要約人之現實了解與否，在所不問。

(註三)在通常情形，當事人既爲對話，則一方表示承諾之意思，他方立即了解，於時間上固無可爭，然因相對人不能了解表意人之語言，而須覈諸其他方法傳達其意思者，則意思表示與了解之間，恆有時間上之差異，其契約究於何時成立，頗屬疑問。於是學者有俱爲折衷之說，主張如以文書爲承諾之意思表示，應採到達主義，非以文書爲承諾之意思表示，應採了解主義者（石坂氏前揭下卷一八八九頁）。余則以爲不問是否以文書表示承諾之意思，均應以要約人之了解爲準。例如用筆談者，即以要約人談了之時，爲承諾生效之時期是。如此解釋，庶於第九四條之立法本旨可以貫徹。

第二 非對話人間契約成立之時期

非對話爲承諾者，應於何時發生效力，我民法債編無明文規定，各國法律則有設明文規定者，有不然者。以是立法例及學說至爲紛歧，有謂應採表示主義（Äußerungstheorie）以表示承諾之意思時，契約卽爲成立者（主此說者，在德國爲 Bilow und Hagemann, Weniggenheim, Schnehl, Thöl, Dahn, Puchta, Sintenis 諸氏，在法國爲 Marende, Demsombe, Baudry-Lacanthierie et Barde 諸氏）有謂應採發信主義（Absendungstheorie），以發達承諾通知之時，契約卽爲成立者（主此說者，在德國爲 Köppen, Schnehl 諸氏，在法國則爲 Andry et Ran 氏）有謂應採到達主義，以承諾之意思表示，到達於要約人時，契約始爲成立者（主此說者，在德國爲 Karlowa, Schacht, Hasenöhrl, Wendt, Regelsberger, Hohler, Dernburg 諸氏）有

謂應採條件附到達主義，即契約之成立，雖在承諾到達於相對人之時，但在要約有效期間內，發送承諾之通知，則視為溯及發達之時，成立其契約者（主此說者，在日本為梅橫田、石坂諸氏；）有謂應採了解主義，以要約人了解其承諾之意思表示，契約始為成立者（主此說者，在德國為 Baker, Vangerow, Marson, Brinz, Wachter 諸氏，在法國為 Laurent, Hue 諸氏；）有謂應採折衷主義，對於承諾人，以承諾之通知到達於要約人時，契約始為成立，對於要約人，則以發達之時，契約即為成立者（主此說者，在德國為 Windscheid 氏。）我民法債編關於此點，既無特別規定，自應依據一般通則採取到達主義（民法第九五條第一項。）申言之，即非對話為承諾之意思表示者，其意思表示，以通知到達於要約人時，發生效力，為其目的之契約，亦於此時成立焉。

（註四）各國法律，關於非對話為承諾發生效力之時期，即契約成立之時期，設有明文規定者，為日民第五二六條第一項，俄民第一三四條，瑞債第一〇條等。德民無明文規定，解釋上適用一般非對話為意思表示之通則（德民第一三〇條。）日民採發信主義，俄民採到達主義，瑞債採條件附發信主義，印度契約第四條採折衷主義。其餘尚屬一種學說。

第三 因意思實現契約成立之時期

如上所述，非對話人間，以承諾之通知到達於要約人時，契約始為成立。但如絕對貫徹此旨，於實際上往往不便，故我民法特做德日民法先例，於第一六一條規定：『依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期

內，有可認爲承諾之事實時，其契約爲成立。前項規定，於要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者，準用之。」（德民第一五一條、日民第五二六條第一項、瑞債第六條）依此規定，以有可認爲承諾之事實，即意思之實現（Willenssetzung），無須爲承諾之通知，其契約即成立。（註五）至何種情形，始得認爲有可認爲承諾之事實，通常應就下列數點決之。（一）履行因契約成立所負擔之債務，即爲履行行爲（Erfüllungshandlungen），者，得認爲有可認爲承諾之事實。（二）行使因契約成立所得取得之權利，即受領行爲（Anzeignenshandlungen）者，得認爲有可認爲承諾之事實。（三）此外因履行由契約成立所應負擔之債務而爲準備行爲者，亦得認爲有可認爲承諾之事實。雖然，依有可認爲承諾之事實，成立契約，亦非漫無限制，依我民法規定，其適用範圍，以下列三者爲限。（一）依習慣承諾無須通知者，例如向酒店豫定酒席，習慣上即無須爲承諾之通知。如要約人所在地與承諾人所在地之習慣不同，則依要約人所在地之習慣決之。蓋不如此，則要約人將無由知其契約之成立。（二）依其事件之性質，承諾無須通知者，例如懸賞廣告，以行爲人完成一定行爲爲承諾，性質上無須爲承諾之通知是。（三）依要約人之意思表示，承諾無須通知者，我民法以要約當時豫先聲明者爲限，實則於要約後爲之，亦無不可。不過須於要約未失效力以前爲之而已。至所謂相當時期，解釋上係指要約有效期間，即得爲承諾之時期而言，殆無可疑。

（註五）所謂有可認爲承諾之事實，究爲意思表示，抑爲意思實現，學說尙未一致。在主意表示說（Willenserklärung）者，此時仍

須有爲承諾之意思表示，不過對於要約人無須爲承諾之通知而已。反之若主意思實現說（*Willensbetriebe*）者，則謂此時以有自由外部推斷其有承諾意思之客觀事實爲已足，不以承諾人爲承諾之意思表示爲必要。俟余所信，應以後說爲是。蓋如依前說，則與默示之承諾無異，我民法第一五三條第一項既已明定：「當事人互相表示意思一致者，無論明示或默示，契約即爲成立。」已足適用，殊無再設第一六一條之必要故也。

第四款 懸賞廣告

第一項 懸賞廣告之性質

懸賞廣告（*Anzahlung*）者，以廣告之方法，對於完成一定行爲之人給與報酬之行爲也。廣告之種類甚多，懸賞廣告乃就中之一種。（註）此種性質如何，學說及立法例尙未一致。就學說言之，約可分爲契約及單獨行爲之二說。契約說（*Vertragstheorie*）亦稱要約說（*Offertanttheorie*）。在主張契約說者謂：懸賞廣告，乃廣告人對於不特定人所爲之要約，必俟行爲人予以承諾，即完成一定之行爲，其契約始爲成立（主此說者，在德國爲 *Jacoby, Fischer, Kohler* 諸氏）在主張單獨行爲說（*Theorie des Einzeligen Rechtsgeschäfts*）者謂：懸賞廣告之廣告人，乃基於自己之意思表示，對於完成一定行爲之人負擔給與報酬之義務，行爲人亦係基於廣告人之意思表示而生請求給與報酬之權利，惟在一定行爲尙未完成以前，尙難謂其即已發生效力，不過以一定行爲之完成爲廣告人以單獨行爲而負債務之停止條件而已（主此說者，在德國爲 *Motive, Crome, Dernburg*。

Eiser, Goldmann-Lilienthal 諸氏及其他，在日本則爲梅橫田、神戶諸氏。以上兩說，依余所信，應以前說爲是。其理由有三：（一）從廣告人方面觀察：廣告人祇有對於完成指定行爲之人予以報酬之意，而無依懸賞廣告以爲要約與他人訂立契約之意思，故懸賞廣告爲單獨行爲。（二）從行爲人方面觀察：行爲人亦祇有基於廣告人一方的意思表示請求給與報酬之意思，而無基於廣告人之要約與其訂立契約之意思，故懸賞廣告爲單獨行爲。（三）如非認懸賞廣告爲單獨行爲，則究在何種情形始能認爲承諾乎？不知有廣告而完成其行爲者，何故仍得請求給與報酬乎？凡此二點，均難得適當之說明。故余以爲應以單獨行爲說明懸賞廣告爲合理。其次就立法例言之：有認懸賞廣告爲單獨行爲，對之另設一節，以別於契約者，如德國民法是（德民第二編第七章第九節）；有認懸賞廣告爲要約，而即以之規定於契約條文之後者，如日本民法及瑞士民法是（日本第五二九條以下、瑞債第八條以下）；我民法則係從日瑞立法例，於第二編第一章第一節第一款第一六四條以下規定懸賞廣告，解釋上自應以其爲要約焉。

（註）懸賞廣告，乃一般廣告（Öffentliche Bekanntmachung）之一種，考廣告之種類甚多，有足以發生法律上之效果者，有不足以發生法律上之效果者。足以發生法律效果之中，有屬於事實之通知者，有屬於意思表示者。屬於意思表示之廣告，又可大別爲四：（一）要約之引誘，（二）對於特定人之要約，（三）對於不特定人之要約，（四）懸賞廣告。懸賞廣告亦種類不一，有尋求遺失物件或走失家畜者，有尋求走失人口或竊探人犯者，有獎勵學術上技術上之發明發見者，有徵求學術上技術上之著作或製造品者。

第二項 懸賞廣告之要件

懸賞廣告，在我民法既係契約之要約，則應具備一般要約之要件，自不待言。但懸賞廣告究與一般要約不同，除一般要約之要件外，尙有其特殊之要件。茲述如左。

一 廣告人須有負擔債務之意思

在一般要約，要約人非必將來之債務人，故要約人以有與他人訂立契約之意思爲已足，不以有負擔債務之意思爲必要。反之在懸賞廣告，廣告人必係將來之債務人，故不但須有與他人訂立契約之意思，且須有負擔債務之意思。雖然，廣告人以有真實的負擔債務之意思爲已足，其動機如何，在所不問。故懸賞廣告得爲個人之私益爲之，亦得爲國家社會之公益爲之，極言之，即以廣告聲明對於自己爲不利益之行爲而給與報酬，亦屬無礙。（但有反對說 Dernburg, Pandekten §9 Anm, 10 參照）

二 須依廣告之方法而爲要約

懸賞契約之要約，須以廣告之方法爲之。此之所謂廣告，乃使不特定多數人得知其意思表示之方法。其爲廣告之方法不一：或以文書，或以言詞，或登載報章，或張貼通衢，苟係得用以爲廣告之方法，皆屬之。但其所向表示之人，須爲不特定人，如屬特定人，則爲通常廣告，而非懸賞廣告。又所謂不特定人，以屬於多數爲已足，非必爲一般之世人，故雖一定範圍內之人，亦爲此之不特定人。

三 須聲明給與報酬

懸賞廣告中，須聲明給與報酬。報酬，即廣告人以其為完成一定行為之對價，而付與於行為人之利益。所謂聲明給與報酬，即廣告人表示負擔給付報酬之債務。報酬之種類不一，自不以金錢或其他有財產價格之給付為限，凡得為債之標的者，皆屬之。（民法第一九九條。）又報酬之數額，通常固係於聲明給與當時即屬確定，但可得確定為已足，例如表示從優致酬，或給與相當之謝禮是。

四 須聲明對於完成一定行為之人給與報酬

懸賞廣告之內容，須聲明對於完成一定行為之人給與報酬。依此解釋，則懸賞之標的，自以一定行為為限。故如以廣告聲明於發生某種事實上之狀態時，給與報酬，則非懸賞廣告。雖然，懸賞之標的，以為一定行為為已足，其種類如何，則無限制。故不問其為作為，不作為，事實行為，法律行為，皆屬之。（註）

（註）懸賞廣告，具備上述要件，即為成立，固不待言。但懸賞廣告既為要約，自應從一般意思表示之規定，以其內容適法為必要。於是發生懸賞廣告與賭事區別之問題。有謂一方的行為為懸賞廣告，雙方的行為為賭事者（Ortmann B. 773）。余則以為不然。蓋在賭事，亦有雙方的賭事及一方的賭事之分。在雙方的賭事，雙方當事人之給付，均繫於偶然之事實，其不同於懸賞廣告，固極顯然。然在一方的賭事，則與懸賞廣告不易區別。依余所信，二者之區別，應就其指定行為有無獨立之目的決定。申言之，即在一方的賭事，其指定行為乃所以證明其主張正當之用，行為自身並無獨立之目的；反是在懸賞廣告，則其指定行為自身具有獨立之目的，非以其為證明主張正當與否之方法。

第三項 懸賞契約之成立

懸賞廣告僅有要約之效力，故必須受有承諾，則懸賞契約始能成立，是為當然。但究須在何種情形，始可認為已有承諾，則學說紛紜，尙未一致。有謂着手指定行為前所為之意思表示為承諾者（主此說者 Bilow, Trechiner 諸氏）有謂着手指定行為為承諾者（主此說者 Unterholzner 氏）有謂指定行為之完成為承諾者（主此說者 Wachter, Jahrb, Thering, Kohler, Fürster, Vangerow, Wening-Ingenheim, Goldschmidt 諸氏）有謂指定行為完成後所為之意思表示為承諾者（主此說者 Erner, Pernice 諸氏）有謂將指定行為之結果移轉於廣告人為承諾者（主此說者 Schott 氏）有謂為指定行為，或基於指定行為之結果為意思表示為承諾者（主此說者 Windschard, Hunser, Regelberger 諸氏）以上六說，均非適當之見解。即如依第一說及第二說，則與廣告人之意思不合，蓋廣告人之意思，乃在對於將來實際完成其指定行為之人給與報酬故也。第三說亦不能採用，蓋如依此說，則不知有廣告而完成其指定行為之人，即不能請求給與報酬故也。第四說，固足以補第三說之失，然如行為人於完成行為後未為意思表示前一旦死亡，或喪失行為能力，則將不能請求給與報酬，足見此說之不可通。第五說，不但不能與第四說難免於同一之非難，且指定行為之結果有不必移轉於廣告人者，如依此說，則是無從請求給與報酬矣。至第六說，係第三第四兩說之折衷說，即不能適用第三說時，則適用第四說以補充之，其不免於非難，與第三第四兩說同。如上所述，以上六說，均非至善。推原其故，乃係誤解懸賞廣告為契約之要

約，有以救之。雖然，我民法既認懸賞廣告為要約，就第一六四條第一項後段：「對於不知有廣告而完成該行為之人亦同。」反面解釋，自係採上列諸說中之第三說。蓋依第三說，以指定行為之完成為承諾，則自以行為人知有廣告之存在為必要，從而不知有廣告而完成該行為者，即不能謂其為承諾，而有給與報酬之請求權。我民法第一六四條第一項後段之設，即所以補第三說之缺憾也。（註）

（註）戴若亮氏謂，據我民法解釋，宜採第四說，略謂：「蓋數人完成一定行為時，究應如何給付報酬，據我民法之規定，不以完成之先後為依據，而以通知之先後為標準（一六四條二項參照），足見最先為承諾之通知，即因以成立契約矣。且廣告人對於不知有廣告而完成一定行為之人，據我民法之規定，亦負給付報酬之義務（一六四條一項後段），若因僅著手或僅完成而即認為已有承諾，是不知有要約而為承諾，顯與契約意思，何能成立契約。故完成之時，雖不知有廣告，而完成之後，如欲向廣告人請求報酬，必須更為承諾之意思表示也。」（戴氏前揭上卷七九頁）其說殊難贊同，蓋第一六四條第二項所謂如廣告人對於最先通知者已為報酬之給付，其給付報酬之義務即為情事者，乃屬減輕廣告人之責任的便宜規定，不能據此即謂我民法係以指定行為完成後所為之意思表示為承諾也。

第四項 懸賞契約之效力

行為人完成一定行為，懸賞契約即為成立，行為人因之取得請求給與報酬之債權，廣告人亦因之負擔給付報酬之債務（民法第一六四條第一項前段），此種債權債務，與一般債權債務同，應適用關於一般債權債務之規定。（註）雖然，行為人如係一人，固無問題，如係數人，其給付報酬之辦法如何，則屬疑問，關於此點，其情形有二。

(一) 於數人單獨同時或先後完成一定行爲時，我民法於第一六四條第二項規定曰：「如廣告人對於最先通知者已爲報酬之給付，其給付報酬之義務，即爲消滅。」此種規定，係爲使廣告人容易消滅其義務而設，與德日民法之以完成行爲能否辨別先後，爲報酬之給付及分配，迥不相同。(註二) 其規定之適當與否，實屬疑問。至在不當受領報酬者，應依第一七九條關於不當得利之規定，負其責任，則屬當然，無待明定。(二) 於數人共同完成一定行爲時，關於此點，外國法律有設明文解決者，有不然者。前者如德國民法是，後者如日本民法及瑞士債務法是。(註三) 我民法則一如日瑞立法例，不另設明文，解釋上自應先依廣告之所定之，廣告無規定者，則由數人共同取得債權，適用民法第二七一條至第二九二條關於多數債權人之規定。

(註一) 懸賞契約，惟廣告人員給付報酬之義務，而無何程之請求權，其爲單務契約，固無可疑。但有謂其爲有價契約者(陳氏前揭五三頁)，余則以爲是否有價契約，應依具體情形決之，不可一概而論。申言之，即爲自己之利益而爲懸賞廣告者，爲有價契約，爲公共之利益而爲懸賞廣告者，則爲無價契約。前者與承攬契約相似，後者與贈與契約相似。

(註二) 德民第六五九條：「爲給與報酬之一定行爲者有數人時，其報酬屬於最初爲其行爲之人。數人同時完成其行爲時，各人以平等比例取得報酬。報酬性質上分割不便，或依廣告內容，惟由一人受領者，以拍定之。」日民第五三一條之規定與德民同，惟多一第三項。即「前二項之規定，於廣告中表示相異之意思者，不適用之。」

(註三) 德民第六六〇條：「數人共同完成給與報酬之一定行爲時，廣告人以公平意見，按照行爲部分，分配於各人。分配顯不公平者，爲

無效。於此情形，分配以與決定之廣告人之分配，行爲人之一人認爲無效時，廣告人得於行爲人自己之權利決定以前，拒絕履行。於此情形，各行爲人得爲行爲人全體之利益，請求提供報酬。本條之情形，適用第六五九條第二項第二款之規定。』

第五項 懸賞廣告之撤銷

第一 撤銷之認許

懸賞廣告既爲契約之要約，則其效力之消滅原因，即其效力存續期間，自應依一般要約之規定。但我民法設有特別消滅原因之規定，即撤銷是也。（註一）懸賞廣告應否許其撤銷，其說不一。在一般通說以爲：如認懸賞廣告爲契約之要約，則可以撤銷。反是如認爲單獨行爲，則不許撤銷。余則以爲實非確論，蓋縱以懸賞廣告爲契約之要約，亦未始不可以法律規定不許其撤銷，反之縱以懸賞廣告爲單獨行爲，亦未始不可以法律規定不許其得爲撤銷，如德國民法，其明證也。（德民第六五八條。）故依余所信，懸賞廣告之應否許其撤銷，不能依理論決之，應依實際上之有無必要決之。夫在主張不應許其撤銷者，不過以爲如許撤銷，則行爲人將因此發生損害而已。（主此說者 Siegel, Hasenüchtel, Stobbe-Lahmann 諸氏。）不知如行爲人尙未着手完成一定行爲，決不至因此受損，實無不許其撤銷之理由。行爲人即已着手，而廣告人之因情事變遷，無須完成其行爲者有之，行爲人縱因此受損，亦非無補償之道，如絕對不許撤銷，詎非過酷？又有謂如行爲人已着手完成一定行爲，即不許其撤銷者，余亦以爲不然。（主此說者 Puchta, Arndts, Sinlensis, Goldschmidt, Regelsberger, Vangerow 諸

氏。蓋行爲人之已否着手，實不易知；而着手後能否完成其行爲，又屬難。必奚能據此以爲不許撤銷之理由哉？

（註一）陳克生氏謂我民法第一六五條所謂撤銷，係撤回之誤。其說略謂：「惟法律條係用撤銷字樣，應詳爲非一般撤銷之義，而係撤銷之義。至有一般撤銷原因，雖許其適用一般規定，更爲撤銷，自不待言。」（陳氏前揭五五頁）余則以爲並非撤回之誤，其理由有二：（一）應從廣告於未發生效力以前，依據一般通則當然得以撤回，無對於懸賞廣告另爲規定之必要。（二）撤回惟得於懸賞廣告未生效力以前爲之，若然則廣告人縱撤回其廣告，行爲人亦不至因此受損，我民法第一六五條所謂對於行爲人所受之損害應予賠償之責，將屬無謂。

第二 撤銷之要件

懸賞廣告之撤銷，在解釋上須具備左列之要件。

一 撤銷須在未完成指定行爲前爲之

此爲我民法第一六五條所明定，祇須在未完成指定行爲前，均許撤銷。行爲人之已否着手行爲，在所不問。反是在完成指定行爲後，則不許撤銷。蓋於此場合，其契約業已成立，如許其無故撤銷，則行爲人將受莫大之損害也。指定行爲已否完成，應以客觀事實爲準，廣告人之知悉與否，在所不問。

二 撤銷須依以前之廣告同一方法爲之

撤銷須依以前之廣告同一方法爲之，其不能依以前之廣告同一方法爲之者（例如登載懸賞廣告於報紙，而其報紙業已停刊是），則至少應依廣告方法爲之，此在解釋上應屬如此，否則行爲人將無從知悉撤銷之

意思，不足以充分保護其利益矣。雖然，撤銷祇須依以前之廣告同一方法爲之，行爲人之實際知悉與否，則非所問。又撤銷固得以撤銷之通知爲之，但惟對於受領通知者發生效力，自不待言。（德民第六五八條第一項）
〔日民第五三〇條第一項正文及第二項〕

三 須廣告人未拋棄其撤銷權

廣告人爲確保廣告之效力起見，常有於同一廣告內或嗣後另以廣告聲明拋棄其撤銷權者，此時自應受其拘束，不得更爲撤銷。廣告人定有完成行爲之期限者，亦應推定其有拋棄撤銷權之意思，廣告人於期限內不得擅自撤銷。關於此點，德日民法設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。（德民第六五八條第二項日民第五三〇條第一項但書及第三項）

第三 撤銷之效力

懸賞廣告，一經撤銷，即失其效力，廣告人無給付報酬之義務，固屬當然，但廣告人對於行爲人因該廣告所受之損害，是否負賠償之責，則各國法律尙未一致。有不認賠償之責者，如德日民法是。（註二）我民法則從瑞士立法例，於第一六五條明定：「預定報酬之廣告，如於行爲完成前撤銷時，除廣告人證明行爲人不能完成其行爲外，對於行爲人因該廣告善意所受之損害，應負賠償之責。但以不超過預定報酬額爲限。」依此規定，則廣告人如能證明行爲人不能完成其行爲，及行爲人不能證明係善意所受之損害，即不負賠償之責。又於負損害賠償責

任時，其賠償額亦不得超過預定之報酬額。而於保護行為人之中，微寓限制之意，蓋所以期公平也。

（註三）在德日民法，廣告人之不負損害賠償責任，論學者研究，亦有相當之理由。其言略謂：「彼主張廣告人應負損害賠償責任者，不外下述三種理由。一曰：在於廣告人之有惡意。不知廣告人之撤銷其廣告，不必塗有惡意，即有惡意，亦屬純權行為問題，初無另設賠償規定之必要。二曰：在於廣告人之默示擔保責任。此種論旨，反於事實，殊不足取。且也，如認為應負賠償之責，當有一困難問題，即在行為人有數人時，廣告人將對於一切之人負其責任是也。」（石坂氏前揭一九四一頁以下）綜上所述，非不言之成理，但既認廣告人有撤銷權，自不能不使其負賠償之責，以期公平，故我民法特從瑞士立法例，而設損害賠償之規定。但依賠償第八條第二項所定，係對於行為人因該廣告著畫支出之費用負償還之責，初非行為人之積極的消極的損害均須賠償，是又不可以不知耳。

第三節 代理權之授與

第一款 概說

第一 代理之意義

代理 (Stellvertretung, Representation, Agency) 者，代理人於代理權限內，以本人名義，向第三人為意思表示，或由第三人受意思表示，直接對於本人發生效力之行為也（民法第一〇三條）。依此定義，代理之要件有四：其一，代理係本於代理權為之，其二，代理係以本人名義為之，其三，代理須關於意思表示，其四，代理行為須直接對於本人發生效力。其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

第一 立法之得失

關於代理之立法例，各國法律尙未一致。(註二) 我民法則別出心裁，以代理共通適用之法則規定於總則編(民法第一〇三條以下)，復於債編第一章第一節第一款契約之後，另設一款，規定代理權之授與，蓋以代理權之授與爲債權債務發生之原因也。此種立法例，實欠妥洽。良以代理權並非權利(詳見次款註一)，其非債權，固無可疑；且本人雖對於代理人授與代理權，代理人對於本人仍不因此而負爲代理行爲之義務，其負有此義務者，乃委任契約或其他爲代理原因之法律關係之效果，而非代理權授與行爲之效果，代理權之授與，不能發生何種債權債務關係，蓋極顯然也。(註二)

(註一) 關於代理之立法例，各國法律不同。以代理規定於民法總則編者，如德國民法及日本民法是。(德民第一六四條以下日本第九九條以下。) 以代理規定於債權總則債之發生中者，如瑞士債務法及土耳其債務法是。(瑞債第三二條土債第三二條。) 以代理規定於債權分則各個契約中者，如暹羅民法是。(暹民第三編第十五章。) 以代理共通適用之法則規定於總則編，復於債權編設委任代理之規定者，如蘇俄民法是。(俄民第三九條第四〇條及債權編第九章第二節。) 我民法與各國法律均不相同。

(註二) 關於此點，戴君奕氏與本書見解不同。戴著謂：「本人由授權行爲，將代理權授與代理人後，代理人在其代理權限內所爲之代理行爲，即應由本人負其責任，故授權行爲爲新爲債之發生原因矣。」(戴氏前揭上卷八六頁八七頁) 或有謂瑞士債務法債之發生契約條文之後，亦有關於代理之規定，我民法從之，非無先例可援者。不知瑞士債務法類行在前，瑞士民法類行在後。(瑞債類行於一八八一年瑞

民頒行於一九二二年相差約三十年，但究上自不能不將關於代理之規定訂入債務法，或民法則雖編頒行在前，債編頒行在後，實有不能擬以爲例者在也。

第二款 授權行爲

第一 代理權之發生

代理權 (Vollmacht, Vertretungsmacht) 者，足使代理關係有效成立之資格也。(註一)關於代理權之發生，其原因有二：其一，代理權由於本人之意思表示而生者，曰意定代理。其二，代理權非由於本人之意思表示而生者，曰法定代理。(註二)在意定代理，其發生既本於本人之意思表示，自應有授與代理權之法律行爲，學者以授權行爲 (Boollmachtigungsakt) 稱之。我民法債編所謂代理權之授與，即指意定代理之情事言之。

(註一)代理權之性質如何，學說不一，舉其著者，約有三說。(一)代理權否認說：主此說者謂：代理權應包含於委任關係及其他各種關係中，不應認其有獨立之存在。(二)權利說：主此說者謂：委任與代理不同，委任乃對內履行，代理權則爲對外權限，實爲權利之一種，且其性質爲形成權。(三)資格說：主此說者謂：代理權既非義務，亦非權利，乃一種法律上之資格(即能力)。依余所信，應以第三說爲是。其詳已於拙著中國民法論中述之，可資參考。

(註二)意定代理與法定代理之區別如何，學說不一。有謂代理權內於本人之意思表示而生者，曰意定代理；由於法律規定而生者，曰法定代理。有謂代理權由於本人之意思表示而生者，曰意定代理；非由於本人之意思表示而生者，曰法定代理。依余所信，應以後說爲是。其詳

已於前著中國民法總論中述之，可資參考。

第二 授權行為之性質

意定代理之代理權，係由授權行為而生，已如上述。但授權行為之性質如何，則學說不一。有謂其為委任契約者；此說略謂：代理乃委任契約之對外關係，故代理權之成立必本於委任契約。有謂其為無名契約者；此說略謂：代理權雖非由委任而生，然究係由於本人與代理人之一種契約，即無名契約。有謂其為單獨行為者；此說略謂：代理權係由本人一方之意思表示所授與，無待代理人之承諾即可發生，故為單獨行為。依余所信，應以單獨行為說為是，故我民法採之，於第一六七條規定：「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人以意思表示為之。」依此規定，祇須本人向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人為授權行為之意思表示，代理權即為成立。良以代理權非權利，亦非義務，不過為得代本人為有效意思表示之資格，其代理權授與行為，亦不過決定代理人之意思表示應否對於自己發生法律效果，故僅須以自己之意思表示授與之，無得代理人同意之必要。（註三）

（註三）關於此點，吳曉峯氏與本書見解不同，吳者謂：「但依余之所見，二說（按即指契約說及單獨行為說）均非盡善，即我民法第一六七條，亦不過規定授權之意思應向何人表示而已，非謂其意思表示有絕對拘束代理人之效果，故代理人有反對之意思表示時，自無強其承受代理權之理由。因而授權行為之有效，不可不以本人之意思表示與代理人無反對之意思表示為要件。」（吳者同澤新長語才館）

第三 授權行為與其基本法律關係

授權行為爲單獨行為固矣，但代理權之授與，通常必有其授與之原因，此原因，即授權行為之基本法律關係。授權行為與其基本法律關係之關係如何，學說尙未一致。有謂授權行為與其基本法律關係，乃本人與代理人間之內部關係，其關係究屬如何，第三人無從而知，全然獨立，不相關涉者，是爲無因說。有謂授權行為係由基本法律關係而生，故授權行為應全然從屬於其基本法律關係者，是爲有因說。如主前說，則基本法律關係無效或撤銷之時，授權行為亦銷之時，授權行為仍屬存在，如爲代理行為，亦屬有效。如主後說，則基本法律關係無效或撤銷之時，授權行為亦應消滅，如爲代理行為，即屬無權代理。我民法第一〇八條第一項規定：「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」蓋採有因說者也。

第三款 共同代理

共同代理人，於代理人有數人時，應由數代理人共同行使其代理權之代理也。此時之代理權，稱爲共同代理權（Gesamtvollmacht）。關於同一事件，有數代理人時，究係單獨有代理權，抑係共同有代理權，各國法律，尙未一致。有不證明文規定者，如德國民法及日本民法是。有證明文規定，如無特別意思表示，即推定爲單獨代理人，如法國民法及意大利民法是（法民第一八五七條，意民第一七二一條）。亦有如無特別意思表示，即推定爲共同代理

者，如奧大利民法及沙克遜民法是（奧民第一〇一一條沙民第一三三條）在推定爲共同代理人，於保護本人之點，是其所長；但相對人不便與代理人爲法律行爲，是其所短。在推定爲單獨代理人，於保護相對人之點，是其所長；但各代理人有專擅之虞，是其所短。利害參半，未可全非。我民法則斟酌於二者之間，於第一六八條定曰：「代理人有數人者，其代理行爲應共同爲之。但法律另有規定或本人另有意思表示者，不在此限。」蓋原則上爲共同代理（與奧沙民法僅有推定效力者不同），例外爲單獨代理也。所謂共同代理，不必數代理人同時爲之，一人先爲代理行爲，他人日後予以承認，自無不可。惟其代理行爲，既須以數代理人之協力爲之，如一人所爲之代理行爲不能得他人之同意，則其行爲爲無權代理行爲，對於本人是否發生效力，則依本人之承認與否決之（民法第一七〇條）（註）

（註）代理人之意思表示，因其意思欠缺，被詐欺，被脅迫，或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，究應就各代理人決之，抑應就代理人全體決之，頗有爭論。余以爲應就各代理人決之，例如數代理人中之一人被詐欺時，其意思表示即應許其數銷是。

第四款 無權代理

第一項 概說

無權代理（Unberechtigte Stellvertretung, Vertretung OhneVertretungsmacht）者，具備代理行爲其他之

成立要件，而僅欠缺代理權之代理也。考代理行為之成立要件有四，已如前述。所謂無權代理，即指代理人之代理行為具備其他成立要件，僅欠缺代理權者而言，如並其他要件亦復欠缺，則非無權代理矣。無權代理之種類不一，約可分為表見代理與狹義無權代理之二種。前者原無代理權，但表面上足使人信為有代理權，故法律使本人負一定之責任。後者則並此表見的關係而亦無之，故非經本人承認，對於本人即不生何種之效力。我民法特就此二者分別規定之。

第二項 表見代理

第一 概說

表見代理(Scheinvollmacht, Agency by estoppel)者，即代理人雖無代理權，然在表面上足使人信為有代理權，法律遂使本人負一定責任之代理也。代理制度乃圖交易之便利而設，如在表面上足使人信為有代理權，而因事實上無之，本人即不負何種責任，則與法律承認代理制度之本旨不符，故我民法特從日本立法例，設表見代理之規定，蓋所以謀社會生活之動態安全及維持代理制度固有之功用也。(註一)

(註一)德國民法及瑞士債務法均無表見代理之規定，我民法第一六九條係從日本民法之立法例。但日民第一〇九條所定之表見代理，與我民法之要件不同。即(一)須對於第三人表示授與代理權於他人之意；(二)他人與第三人間之法律行為，須在代理權範圍以內；(三)須未對他人為授權行為。至其結果則與我民法相同，惟無如我民法第一〇九條但書之規定，於是學者之主張頗不一致，有謂應

以第三人之善意爲本人任責之積極要件者，亦有謂應以第三人之惡意爲本人免責之要件者。（岡松幸太郎民法理由二四四頁三欄）
三民法總則提要四二八頁權權重述民法總論一三一頁嶋山秀夫日本民法總論四五〇頁中島正吉民法釋義卷一六一四頁）

第二 表見代理之要件

依民法第一六九條，表見代理之成立，須具備左列要件之一。

一 由自己之行爲，表示以代理權授與他人者。

於此情形，必依本人之行爲，足以使第三人信其與代理人間有授權關係，始有本條之適用。但無須有授權之意思表示，如有授權之意思表示，則與第一六七條後段之情形相當，乃有權代理，而非此之所謂表見代理矣。（註二）至表見代理人之行爲，須在本人表示之權限以內，且須以本人名義爲之，自不待言。

二 知他人表示爲其代理人，而不爲反對之意思表示者。

本人知他人表示爲其代理人，而不爲反對之意思表示，亦足以使第三人信其與代理人間有授權關係，故我民法以其爲表見代理之一種。此所謂知，指明知而言，本人可得而知，不包含之。本人是否明知，則應由與表見代理人爲代理行爲之第三人負舉證之責。

（註二）由自己之行爲表示以代理權授與他人云云，所爲表示，乃一種事實之通知，而非有意使其發生法律上之效果，實與意思表示不同。故在我國第一次民法草案第三二二條爲避免「表示」二字起見，特用「以代理權之事實通知於第三人」字樣，實較現行民法第一

第三 表見代理之效果

就表見代理之效果言之，固與狹義無權代理不同（民法第一七條），而與有權代理亦異。蓋依我民法所定，在有權代理行爲，直接對於本人發生效力（民法第一〇九條），而在表見代理行爲，僅本人對於第三人應負授權人之責（民法第一六九條），故在解釋上對於前者，本人得基於代理行爲直接向相對人有所請求，而於後者，則其代理行爲之效果及於本人與否，相對人得依選擇而爲主張。如主張及於本人，本人自不得主張對於自己不生效力；反之在相對人未爲此項主張以前，則本人非經承認，不得逕向相對人有所請求。（註三）雖然，我民法是認表見代理之理由，原在謀社會生活之動態安全及維持代理制度固有之功用，然如絕對貫徹此旨，而於社會生活之靜態安全，亦不無妨害，故第一六九條特設但書規定曰：「第三人明知其無代理權，或可得而知者，不在此限。」以求動態安全與靜態安全之調和。準此以解，則本人就表見代理行爲對第三人所負之責任，得因本條但書之情形而免除。然欲主張免除者，自不可不負舉證之責任焉。（註四）

（註三）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳者謂：「此即民法定爲對於第三人應負授與人之責任。申言之，即應認其代理行爲與本於代理權限所爲者無異，直接對於本人發生效力。」（陳者民法通義總則第三〇七頁。）

（註四）關於此點，陳克生氏與本書見解亦異，即在陳者係以第三人之善意且無過失爲表見代理要件之一，解釋上，其舉證責任自不能

不由第三人負之。陳者民法通義總則第三〇六頁。實則本條規定之本旨，豈不知此。查我民法所以將第三人之善意且無過失定爲負責，而不定爲任意之積極要件者，原在保護善意第三人且爲強固表見代理之效果，自以之認爲本人負責之原因，而由本人負責責任爲合理。

第三項 狹義無權代理

第一 概說

狹義無權代理，乃學理上之用語，所以別於表見代理。但法律上則僅稱爲無權代理。廣義無權代理，包含表見代理在內。狹義無權代理，則指除表見代理以外無代理權所爲之一切代理行爲而言。約言之有四：（一）不具備表見代理要件之代理，（二）授權行爲無效之代理，（三）逾越代理權範圍之代理，（四）代理權消滅後之代理。是等之代理，既無代理權，復無使相對人信其有代理權之正當理由，嚴格言之，應屬無效。但在各國法律，並不以其爲當然無效之行爲，換言之，即對於本人仍有一種不確定之效力，如經本人承認，即對於本人發生效力，未經本人承認者則否。我民法從之，蓋所以圖交易之便利並維持代理制度固有之功效也。（註一）（註二）

（註一）他國民法，關於無權代理之效力，多分別契約與單獨行爲規定之。我國歷次民法草案亦然。（舊民法第一七七條至第一八〇條）
 民第一一三條至第一一八條第一次草案第二三六條至第二四二條第二次草案第一六八條至第一七三條）現行民法則無此區別，解釋上自不同其爲契約行爲單獨行爲，均應一律適用。

(註二)關於無權代理之效力，原可分三方面觀察：(一)本人與代理人之關係。(二)代理人與第三人之關係。(三)第三人與本人之關係。我民法第一七〇條及第一七一條所規定者，僅爲第三人与本人之關係，而以代理人與第三人之關係規定於總則第一一〇條。至本人與代理人之關係，我民法則以其爲內部關係，與代理之外部關係無涉，故不設何種規定。自應依具體情形分別決定之。

第二 本人之承認（追認）

一 立法理由

無權代理人既無代本人爲法律行爲之權限，則不問其爲契約，抑爲單獨行爲，對於本人自應概屬無效；但我民法第一七〇條第一項所定，無權代理人以代理人之名義所爲之法律行爲，得因本人承認，對於本人發生效力。(註三)蓋在無權代理，於代理人方面既有爲本人爲一定法律行爲之意思，相對人方面亦有與本人成立一定法律行爲之意思，所欠缺者惟本人無授權意思之一點，如本人嗣後有使代理人爲自己與相對人成立同一法律行爲之意思而予以追認，則與自始即有授權之意思無異，自不妨使其對於本人發生效力故也。

(註三)我民法第一七〇條第一項「無權代理人以代理人之名義所爲之法律行爲」一語，如與第一〇三條第一項「以本人之名義所爲之意思表示」字樣相對照，則有解爲係代理人以自己名義爲法律行爲之嫌。用語含混，頗欠斟酌。余以爲應解爲係「以本人之代理人名義爲法律行爲」之意。豈不如此，則無成立無權代理之餘地。(因無權代理仍須以本人之名義爲之，而非以代理人自己之名義爲

之，不過無代理權而已。）

二 承認之性質及要件

承認 (Rechtshandlung Nachträgliche Genehmigung) 者，以使無代理權所爲之行爲，與有代理權所爲之行爲發生同一效力爲目的，之法律行爲（單獨行爲）也。依此定義，則所謂承認，有須說明者三：（一）承認爲法律行爲中之單獨行爲。（二）承認係以使無代理權行爲積極的發生效力爲目的，與對於得撤銷行爲之承認不同。此等之點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。（三）其爲承認，須以有無權代理行爲之存在爲前提。換言之，即其行爲，除欠缺代理權一點而外，其他代理行爲之成立要件均須具備。代理權之欠缺，固得依承認補正之，其他要件之欠缺，則不得依承認補正之也。

三 承認之方法及效力

關於承認之方法，我民法債編既無特別規定，解釋上自應適用一般通則，即依第一一六條：「承認，應以意思表示爲之。」如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人爲之。但爲便利計，如向代理人爲之，亦應認其爲有效。無權代理之行爲，一經本人承認，固對於本人發生效力，但此效力應自何時發生，我民法債編則無特別規定，解釋上自應適用一般通則，即依第一一五條：「經承認之法律行爲，如無特別訂定，溯及爲法律行爲時，發生效力。」此等之點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

第三 相對人之催告

一 立法理由

如上所述，無權代理行為，並非當然無效，乃依本人之承認與否確定其效力。但在本人未為承認以前，其權利狀態頗不確定，殊有害於相對人之利益，故我民法特從一般立法通例，予相對人以催告權，而於第一七〇條第二項規定：『前項情形，法律行為之相對人，得定相當期限，催告本人確答是否承認。如本人逾期未為確答者，視為拒絕承認。』（德民第一七七條日民第一一四條瑞債第三八條第二項）

二 催告之性質及要件

催告（Auforderung）者，由相對人定一相當期限，要求本人確答是否承認無權代理行為之觀念表示（即意思通知）也。依此定義，則所謂催告，有須說明者三：（一）催告為觀念表示，而非法律行為，其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。（二）催告須定相當期限為之。期限是否相當，應就具體情形，依客觀標準以為決定，個人方面之情事如何，無顧慮之必要。但如所定期限過於短促，則其催告自始為無效。（三）其為催告，以有無權代理行為之存在為前提。即須該行為僅欠缺代理權，其他代理行為之要件均已具備。關於此點，與前述之承認同。

三 催告之效力

如因催告而本人爲承認或拒絕承認，即生承認或拒絕承認之效力，固不待言。（註四）但催告之實益，則在本人不爲何種意思表示時，尙使發生法律上一定之效果。即所謂「如逾期未爲確答，即視爲拒絕承認」是也。法律不視爲承認，而視爲拒絕承認者，良以無權代理行爲，在本人與相對人間非當然成立法律關係故也。視爲拒絕承認以後，則無權代理行爲，即確定對於本人不生效力，不許更有反對之意思與證據，自不待言。

（註四）如係契約，而本人承認一部，拒絕一部，其效力如何，學說不一。余則以爲此時與對於契約爲限制的承諾類相類，應類推適用第一六〇條第二項之規定，視爲新契約。但如法律行爲之內容本屬可分，相對人亦有使其一部生效之意思，則其一部之承認應解爲有效。

（富井政彥民法原論卷四二四頁，鳩山氏前掲四六六頁，三浦氏前掲四三六頁。）

第四 相對人之撤銷

一 立法理由

相對人如欲與本人成立法律行爲，固可依第一七〇條第二項之規定，定一相當期限，催告本人確答是否承認。如不欲與本人成立法律行爲，我民法則從德日立法例，予相對人以撤銷權（我民法用撤回字樣，實係撤銷之誤。）而於第一七一條規定：「無權代理人所爲之法律行爲，其相對人於本人未承認前，得撤回之。但爲法律行爲時，明知其無代理權者，不在此限。」（德民第一七八條，日民第一一五條）

二 撤銷之性質及要件

撤銷 (Anfechtung) 者，以使已生效力之意思表示自始無效爲目的之意思表示也。依此定義，則所謂撤銷，有須說明者三：(一) 撤銷爲意思表示。(二) 撤銷係以使已生效力之意思表示自始無效爲目的。此等之點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。(三) 撤回須於本人未爲承認前爲之。此爲法律所明定，蓋既經本人承認，則代理行爲已對於本人發生效力，無許其無故撤銷之理由故也。撤銷權 (Anfechtungsrecht) 之行使，依我民法規定，尙有限制，即相對人爲法律行爲時，明知無代理權者，不得撤銷是也。查相對人既明知無代理權，即係自願受不確定的法律行爲所拘束，故除予以催告權外，無更予以撤銷權之必要。至是否明知，應由本人舉證，自不待言。(註五)

三 撤銷之方法及效力

關於撤銷之方法及效力，我民法債編未設特別規定，解釋上自應適用一般通則，即依第一一六條：「撤銷，應以意思表示爲之。如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人爲之。」又依第一一四條第一項：「法律行爲經撤銷者，視爲自始無效。」此等之點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

(註五) 撤回之意思表示，應對本人爲之，抑應對無權代理人爲之，我民法無明文規定。直接受撤回之影響而喪失其承認權者爲本人，對於本人得爲撤回之意思表示，固無可疑；但能否對於無權代理人爲撤回之意思表示，則屬疑問。關於此點，德國民法第一七八條後段明定：「其得對無權代理人爲之，我民法雖無規定，余以爲解釋上應屬相同。」

第四節 無因管理

第一款 概說

第一 立法理由

無法律上之義務，而為他人管理事務者，曰無因管理(Negotiorum Gestio, Auftragslose Gesch. Föhrung)。日本民法稱爲事務管理，德國民法稱爲無委任之事務管理(Geschäftsföhrung)，我民法則稱爲無因管理，用語雖異，而意義則一。夫自個人主義之見地言之，既無法律上之義務，即不應干豫他人之事務，否則常有構成侵權行爲之可能。此所以羅馬法有干涉他人之事爲違法(Culpa est inmiscere se rei ad senam Pertinenti)之格言也。然自社會連帶主義(Solidarition Interdependance Sociale)之見地以言，人類互助，斯爲美德，無義務而爲他人管理事務，不但爲團體道德所贊許，且亦適於共同生活之要求。故各國法律權衡於個人主義與社會連帶主義之間，而認無因管理之制度。我民法從之。即一面認無因管理爲適法行爲，許管理人對於本人取得一定之權利；一面又加無因管理以相當之限制，使管理人對於本人負擔一定之義務。

第二 各國立法例

無因管理之法則，始自羅馬法，大陸各國關於無因管理之規定，則由羅馬法繼承而來。但在羅馬法，解釋上認無因管理爲準契約之一種，法意民法從之。即在德國民法，仍以無因管理規定於委任契約之次。瑞士債務法，亦以

其爲各種契約之一種。日本民法則完全排除準契約之觀念，而於契約之外，與不當得利，侵權行爲並列規定之。（日本舊民法尙以其爲不當得利之一部。）但以無因管理爲債之發生原因，而與契約，不當得利，侵權行爲同隸於債之發生章者，則自暹羅民法始。我民法之規定，蓋又從暹羅民法之立法例者也。（註）

（註）依無因管理之開始，當事人間發生一定之債權債務，此種債權債務，既非基於當事人之效果而生，其非法律行爲，自不待言。一般暹羅均謂：無因管理，乃依管理人之意思活動所生之行爲，法律以其行爲具備一定之要件，故予以承認。依此以釋，無因管理爲法律行爲以外之適法行爲，實無可疑。此種適法行爲，學者多以法律的行爲（Rechtliche Handlung）稱之。

第二款 無因管理之要件

無因管理之成立，須具備左列各種之要件（民法第一七二條前段。）

第一 須管理他人之事務

一 事務

事務（Geschäfte）之範圍甚廣，舉凡得以勞務管理之事項，而適於爲債之標的者，皆屬之。其事項之爲法律的事實的，財產的非財產的，一次的數次的或繼續的，固非所問，但單純的不作爲，則不能成立無因管理。至必須適於爲債之標的者，蓋純粹之宗教的或道德的事項，不能發生債權債務之關係故也。

二 他人之事務

事務，有性質上爲他人之事務者，有性質上爲自己之事務者，有性質上與特定人無關係者。性質上爲他人之事務，即所謂客觀的他人之事務，得成立無因管理，固不待言。例如修繕他人之房屋是。即性質上與特定人無關係之事務，即所謂中心之事務，如管理人以「爲他人」之意思爲之，亦得成立無因管理。例如爲他人購買物品是。但如性質上爲自己之事務，縱令誤信爲他人之事務，且以「爲他人」之意思爲之，亦不能成立無因管理。例如誤信自己之牆垣爲他人之牆垣而加以修繕是。至其事務，一部分爲自己之事務，一部分爲他人之事務，得就他人事務之部分成立無因管理，又不待言。例如以一己之費用修繕共有之牆垣是。

三 管理事務

管理事務云者，即就他人之事務，爲一個或數個之行爲也。此之所謂管理事務，與民法第五二八條所謂委任處理事務意義略同。但其範圍，則有廣狹之差。即在處理事務，係爲達本人所定之一定目的而爲行爲，且僅單純之勞務不能成立；反之在管理事務，則非爲達本人所定之一定目的而爲行爲，且僅單純之勞務亦得成立。（例如將堆積於戶外之瓦移置於戶內是。）成立無因管理之行爲，通常同爲管理行爲，但處分行爲亦包含之（同說末弘嚴太郎債權各論八九四頁鳩山秀夫日本債權法各論七五四頁。）又其行爲之爲法律行爲事實行爲，在所不問。（註一）

（註一）管理行爲有時雖依法律行爲而爲之，然無因管理之自身，並不因此而成爲法律行爲，且以無因管理之性質不難因手段之異而

有變更也。無因管理既非法律行為，則關於法律行為之規定，自不許類推適用。惟關於行為能力之規定，應否類推適用，不無研究之餘地。關於此點，外國民法有明定：「無因管理人為無行為能力人或限制行為能力人時，僅依關於侵權行為及不當得利之規定，負損害賠償及返還利益之責任」者（德民第六二八條）。日本民法亦知我國民法未設此種規定，查國學者如橫田秀雄解釋為完全行為能力之管理人，不負擔無因管理所生之義務，應依不當得利侵權行為之原則定其責任（橫田秀雄日本債權法論七七八頁），但一般通說則以無因管理不以效果意思為要件，解為管理人須有意思能力（鳩山氏前揭七六六頁末末弘氏前揭八九六頁）。依余所信，應以後說為是。

第二 須有為他人之意思

我民法所謂「為他人」，即指有為他人之意思。管理他人之事務，有專為他人之利益者，有專為自己之利益者，有兼為他人之利益及自己之利益者，除專為自己之利益不能成立無因管理外，其餘皆得成立無因管理，自不待言。所謂為他人之意思，即使因其行為所生事實上之利益歸屬於他人之意思。此種意思之內容，有謂宜就客觀的他人之事務，與主觀的他人之事務區別論之者，余則以為依我民法解釋，則不應有區別。（註三）又此所謂他人，不以於為管理行為時，確定其為何人為必要。故如誤認甲之房屋為乙之房屋而加以修繕，對乙亦得成立無因管理焉。關於此點，德國民法及暹羅民法設有明文規定，可供參考（德民第六八六條、暹民第一六八條）。至為他人之意思，其發生動機如何，則非所問，故縱係誤信為有管理義務，或經第三人之勸告，或併圖自己之利益，亦無礙於無因管理之成立。又為他人之意思，無須表示，蓋無因管理之法律效果，非以當事人之意思為基礎，

性質上無必須表示之理由故也。(註三)

(註二)關於此點，有謂宜就客觀的他人之事務與主觀的他人之事務區別論之者。於此又有二說：一說謂主觀的他人之事務，須有爲他人之意思，客觀的他人之事務，則以認識其爲他人之事務爲已足，無須有爲他人之意思（川名繁四郎日本債權法要論六一八頁）。一說謂就客觀的他人之事務，於認識其爲他人之事務外，以有無爲自己之意思之消極的事實爲已足，無須有爲他人之意思（末弘氏前揭八九六頁以下）。就我民法解釋，則不應有此區別（鳩山氏前揭七五八頁）。

(註三)於此有應注意者三事：(一)爲他人之意思亦稱管理意思，管理意思與代理意思不同，即代理意思惟於法律行爲有之，且僅爲效力意思，並必須表示，而管理意思則否。(二)管理他人事務既須以爲他人之意思爲之，故如以他人之事務誤信爲自己之事務，而爲自己管理之時，此時祇能適用不當得利之法則，而非無因管理。又若爲他人之事務，而爲自己管理之時，不但不成立無因管理，且有時構成侵權行爲，應依侵權行爲之規定解決之。

第三 須無法律上之義務

我民法所謂「未受委任，並無義務」，即無法律上義務之意。不過以通常處理他人事務多由於委任，故以未受委任爲其例示而已。(註四)所謂委任，指當事人間之契約關係而言，於此情形，受人既有依契約本旨爲委任人處理事務之義務，自不能成立無因管理。即無契約關係，而依其他原因（如法律之規定），負有處理他人事務之義務者，亦無成立無因管理之餘地。但此所謂無義務，乃就管理人與本人之間言之，縱管理人對於第三人

負有義務，亦不妨成立無因管理。例如連帶債務人負擔清償部分外之債務，亦成立無因管理是（同說未弘氏前掲九〇一頁鳩山氏前掲七五五頁橫田氏前掲七八一頁異說藥師寺氏法學志林二一卷一〇號五一頁）。然亦未可一概而論，如在性質上有足以排除其對於本人成立法律關係者，仍不能成立無因管理。例如甲受乙之委託修理丙之房屋，對於丙不能成立無因管理是。（註五）

（註四）關於此點，各國法律用語不一，德國民法爲無委任或無權利（第六七七條），瑞士債務法爲未委任（第四一九條），日本民法爲無義務（第六九七條），暹羅民法爲無法律上之義務（第一五四條），我前大法院及現最高法院判例則爲未委任或並無權利義務（大判三年上字一四〇號嘉判十七年上字二一六號）。日民爲無義務，彼國學者遂有主張雖有權利而無義務亦成立無因管理者（岡村玄治債權各論五七二頁八三九頁）。但通說皆謂用語雖異，其結果無殊（中村萬吉債權各論六〇六頁）。

（註五）於此有一問題，即公法上之義務是否此之所謂義務是也。通說謂公法上之義務，亦此之所謂義務（別名氏前掲六〇七頁未弘氏前掲九〇一頁，陳氏前掲六二頁洪氏前掲二二頁）。惟鳩山氏之見解則稍有不同。略謂：「余以爲對於國家之義務，非對於本人之義務，非必始礙無因管理之成立。惟於此情形，保護本人（個人）之利益，乃警察義務之內容，如因其行爲而貽費用償還請求權，則與此義務之性質相反，故不成立無因管理。」（鳩山氏前掲七五六頁）

第三款 無因管理之效力

第一項 概說

本論 第二章 債之發生

第一 債之關係之發生

無因管理之效果，在於管理人與本人間發生債權債務之關係。一方之債權，即為他方之債務，故本齊次項以下專就管理人及本人之債務方面說明之。

第二 違法性之阻卻

依我民法所定，無因管理之效果，僅在發生債權債務關係，實則尚有一重大之效果，其效果如何，即違法性之阻卻是也。此項效果，我民法以其事屬當然，不設明文規定。夫自通常情形以言，無故干涉他人之事務，常有侵害他人之權利者，例如因修繕他人房屋侵害其所有權，因救護他人生命毀損其衣服身體是。此種侵害權利之行為，實應負民法上損害賠償之義務，但以其係為本人之利益為之，斯阻卻其違法性。良以法律所以認無因管理為適法行為者，即在兼顧個人及社會雙方之利益，既認其為適法行為，即不應同時認其為侵權行為故也（同說川名氏前揭六二四頁末弘氏前揭九〇四頁鳩山氏前揭七六七頁）。雖然，無因管理亦非全不發生損害賠償之義務，不過此種損害賠償之義務，係由管理人不盡其應盡之義務而生，與無因管理之為適法行為無涉。

第三 無報酬請求權

我民法對於無因管理，並非以其為道德行為從而獎勵之，故在解釋上管理人除費用償還請求權外，無復報酬請求權。關於此點，外國法律有設明文禁止者（暹民第一六三條管理人不得請求報酬），我民法無之，余以為

解釋上應屬相同。第此係就民法而言，特別法上非無明認報酬請求權者，例如海商法第一二五條及第一二六條之規定，即其明證。（日本遺失物法第四條水難救護法第二四條第二項商法第六五二條二款以下參照）

第二項 管理人之義務

第一目 管理人之主要義務

第一 實行管理之義務

一 依本人之意思

管理人為本人管理事務，應依本人之意思為之，此為我民法第一七二條所明定。此所謂本人之意思，不以明示之意思為限，即依當時情形，可得推知之意思，亦是。我民法所以設此規定者，蓋為免除無故干涉他人事務之流弊也。雖然，本人之意思，須不違反強行法規及公序良俗，始有拘束管理人之效力，否則管理人縱違背其意思，亦無礙於無因管理之成立。此就第一七四條第二項以為解釋，實無疑義。（註一）

二 利於本人之方法

管理人為本人管理事務，不但應依本人之意思，且應以利於本人之方法為之。此就我民法第一七二條後段以為解釋，實無可疑。（註二）至是否利於本人，須依客觀標準以為決定。故僅管理人主觀誤信其利於本人，除已盡善良管理人之注意，尚不能發見其誤信外，對於本人因此所受之損害，仍不能免於賠償之責。

(註一)我民法第一七四條第二項係從德國民法第六七九條之規定，但在德民係另為一條，我民法則以其為第一七四條之第二項（其第一項與德民第六七八條相當），適用上反覺狹隘。實不知德民第六七九條：「如無事務管理，則本人公益上之義務或本人法律上之義務，義務不能於正當時期履行者，其事務管理，不妨違反本人之意思。」規定之為當。但在解釋上自不妨與德國民法取同一之見解。關於此點，日本民法亦無明文規定，通說與吾人之見解相同。（末弘氏前揭九〇二頁，鷗山氏前揭七六二頁）

(註二)關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「申言之，即關於管理方法，除須依本人之意思外，次則須尊重本人之利益。如本人別無明示或可得推知之意思，則應按諸該事務性質對於本人有利益之方法管理之。」（陳氏前揭六五頁）余則以為「以利於本人之方法為之」，實非對於本人之意思不明之補充規定。蓋我民法第一七四條係倣德國民法第六七七條：「無委任或權利為他人管理事務者，應依本人之真意或可得推知之意思，以適切於本人利益之方法，管理事務。」而非如日本民法第六九七條：「無義務為他人開始事務之管理者，應依其事務之性質，以適切於本人利益之方法，為其管理。管理人知本人之意思或可得推知其意思時，應從其意思為管理」故也。

第二 注意之義務

管理人為本人管理事務，其注意之義務如何，外國法律有說明文規定者，如瑞士債務法第四二〇條第一項及暹羅民法第一五六條之規定是。我民法關於此點，則從德日立法例未說明文規定，但就第一七五條反面解釋，係以管理人對於輕過失負其責任為原則。蓋依第一七五條之規定：「管理人為免除本人之生命身體或財產

上之急迫危險，對於因其管理所生之損害，除有惡意或重大過失者外，不負賠償之責。」依此規定，則管理人如無急迫情形，應對於輕過失負其責任，實無可疑。但所謂輕過失，有抽象的輕過失與具體的輕過失之別，此之所謂輕過失，依余所信，應指前者而言，蓋非加重管理人之注意義務，不足以保護本人之利益故也（同說諸氏前揭一二三頁）。（註三）至關於第一七五條例外規定之適用，有應注意者二，即（一）管理人須有免除急迫危險之意思，（二）其事實須為急迫危險之事實，故如誤信鄰家失火，破門而入，為之搬移財物，則不能適用本條之規定。（同說末弘氏前揭九一〇頁鳩山氏前揭七七二頁吳說川名氏前揭六三三頁）

（註三）惡意，即動機不善之故意。過失在我民法上則可分為重大過失，抽象過失，具體過失之三種。顯然欠缺注意者，為重大過失。欠缺善良管理人之注意者，為抽象過失。欠缺與自己事務為同一注意者，為具體過失。抽象過失與具體過失，統稱輕過失。就中以具體過失為尤難。其詳俟於債之效力中述之。

第三 賠償之義務

管理人為本人管理事務，應依本人之意思為之，已如上述。如違反此種規定，我民法則從德瑞立法例於第一七四條第一項明定：「管理人違反本人明示或可得推知之意思，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責。」（德民第六七八條賠償第四二〇條第三項）此之所謂違反本人明示或可得推知之意思，指是否違反本人之意思尚未分明者而言。如管理人明知或可得而知本人不欲使其管理，乃竟悍

然爲之，則根本不能成立無因管理，自不受本條規定之適用。（註四）所謂雖無過失亦負賠償責任，乃過失責任主義之例外，蓋非此不足以保護本人之利益也。雖然，本人個人之意思固應尊重，但社會公共之福利亦不能輕視，故同條第二項規定曰：「前項之規定，如其管理係爲本人盡公益上之義務，或爲其履行法定扶養義務者，不適用之。」所謂不適用之，即縱違反本人明示或可得而推知之意思，致使本人發生損害，如無過失，亦不負賠償之責任是。（註五）

（註四）關於此點，陳克生氏與本著見解不同，陳著謂：「俟此規定，如甲，本人不欲其管理而仍爲管理，乙，或雖欲其管理而不依其意思所定之方法以爲管理，竟因此加損害於人，則應認其損害與管理行爲有因果關係，即未另有過失，亦應負賠償之義務。」（陳氏前揭六四頁）
 戴君亮氏之見解與陳氏同（戴氏前揭一〇四頁）。余則以爲不然，蓋管理人明知可得而知本人不欲其管理，乃竟悍然爲之，是其管理之始，即有過失，嗣後之加害行爲縱無過失亦應負賠償之責，詞不待明文規定故也（宗弘氏前揭九〇二頁九一八頁，山氏前揭七六一頁七七六頁）。

（註五）於此有一問題，即管理人是否有繼續管理之義務是也。關於此點，法國民法第一三七條，日本民法第七〇〇條，及德國民法第一五七條，均設有明文規定。德國民法無之。我民法從德國立法例。在解釋德國民法者則有兩說：Oertlin 氏謂管理人僅於中止管理有損害於本人之虞時，負繼續管理之義務。Finnemann 氏謂無論何種情形，管理人均不負繼續管理之義務，但其中止管理，係因故意過失以致本人受損害者，管理人須依侵權行爲之規定，負賠償之責。依余所信，應以後說爲是。

第二目 管理人之從屬義務

第一 通知並俟指示之義務

無因管理，須依本人之意思爲之，如本人不願他人干涉自己之事務，除基於公益上之必要外，殊無強加干涉之理由。故我民法從德國立法例於第一七三條第一項規定：「管理人開始管理時，以能通知爲限，應即通知本人。如無急迫之情事，應俟本人之指示。」（德民第六八一條前段）通知之能否，應依事務之性質及當時之情況定之。如爲可能，管理人即負有勿稍遲滯爲其通知之義務。已爲通知後，倘無急迫情事，更須中止其管理行爲，以待本人之指示。蓋非如此，則其通知爲無實益故也。但此項通知義務與通常債務有別，乃單純義務之一種，縱違反之亦不發生何種積極之效果。（註）

（註）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「依此規定，凡能通知，而於開始管理時未爲通知，又無急迫情形，不俟本人指示繼續爲管理行爲，即爲違反債務，應負損害賠償之責。」（陳氏前編六五頁）余則以爲不然，蓋管理人如因未履行此項義務，以致是否合於本人之意思，尙欠明確，致本人發生損害時，其賠償責任應爲第一七四條第一項之賠償義務所吸收，不生獨立之問題故也。

第二 計算之義務

除上述之義務外，我民法從德日立法例於第一七三條第二項規定：「第五四〇條至第五四二條關於委任之規定，於無因管理準用之。」（德民第六八一條後段）日民第七〇一條（此即所謂計算之義務。析言之，即（一）

管理人應將管理事務進行之狀況，報告本人。管理關係終止時，應明確報告其顛末（民法第五四〇條）。
 一六四條）。（二）管理人因管理事務，所收取之金錢物品及孳息，應交付於本人。管理人以自己之名義，為本人取得之權利，應移轉於管理人（民法第五四一條）。
 選民第一六五條第一六六條）。（三）管理人為自己之利益，使用應交付於本人之金錢，或使用應為本人利益而使用之金錢者，應自使用之日起，支付利息。如有損害，並應賠償（民法第五四二條）。
 選民第一六七條）。

第三項 本人之義務

第一 概說

本人之義務，乃基於無因管理固有之義務。管理人之管理事務，既非由於本人之委任，本人對於管理人不負契約上之債務，固不待言。然如法律別無規定，則本人惟負不當得利返還之義務，是為當然。雖然，無因管理既須利於本人，並不違反本人之意思，如本人僅有不當得利返還之義務，則保護管理人未免過薄，而法律所以認無因管理之本旨，亦將不能貫徹。此我民法所以特從各國立法先例，而設特殊之規定者也。（註一）

（註一）關於此點，各國法律不甚相同。我民法第一七六條第一七七條大體從日瑞之立法例（日本第七〇二條。瑞債法第四二二條第四、二、三條）。但依余所信，似以選民之規定為較佳。選民係分三層規定：（一）管理人為其行為，明知或可得而知其行為違反本人之意思者，本人之義務為最輕（選民第一五八條）。（二）管理人雖依本人之意思為其行為，然意於適當之注意者，本人之義務為較輕（選民第

一六一條。(三) 管理人依本人之意思，且以適當之主意爲其行爲者，本人之義務爲較重（選民第一六二條）。

第二 管理事務利於本人並不違反其意思時

依我民法第一七六條第一項規定，管理事務利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者，應負左列三種之義務。

一 償還費用及利息之義務

此之所謂費用，以必要費用及有益費用爲限。必要費用，通常指保存費用而言。有益費用，則通常指改良費用言之。（註二）費用之必要有益與否，應依支出當時之客觀標準以爲決定，本人之主觀見解如何，則非所問。其償還額，亦應以支出額爲準，故縱嗣後因情事變更或其他理由致利益減少或消滅，亦屬無礙。至其利息，應自支出費用之時起，償還費用之時止，依法定利率以爲計算，是不待言。

二 清償債務之義務

依我民法規定，管理人爲本人負擔債務者，得請求本人清償其所負之債務，通觀法文意旨，係指必要或有益的債務而言，實無可疑。但依民法第五四六條第二項，有債務未至清償期者，得請求提供相當擔保之規定，我民法既未明定其運用於本條，解釋上與日本民法第七〇二條第二項之規定，自不相同（日民保明定其準用第六五〇條第二項之規定）。

三 賠償損害之義務

此亦係我民法所明定，求之德日等國民法，無此先例，惟瑞士債務法對於管理人所受之損害，予審判官以裁量賠償之權（瑞債第四二二條第一項後段）。我民法蓋從瑞士立法例者也。顧所謂損害，通常可分為二：一為積極的有形之損害，一為消極的無形之損害。余以為此之所謂損害，應從狹義解釋，係專指前者而言，以免發生變相的請求報酬之流弊。（註三）

（註二）關於此點，與委任不同。蓋在委任人償還費用之義務僅以必要費用為限，而不及於有益費用故也（民法第五四六條第一項）。日本民法亦惟以有益費用為限（日民第七〇二條第一項）。我民法係從瑞士之立法例。又在日本無償運利息之規定，我民法亦係從瑞士之立法例（瑞債第四二二條第一項前段）。

（註三）關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著略謂：「管理人受損害時，得請求本人賠償，例如因救助溺者污損自己之衣服，或因而受傷時是也。又管理人因管理事務所費之勞力，若用於他處，可得財產上之利益，因管理事務致不能取得時，亦應認為損害，許其請求賠償。」（洪氏書稿二六頁）

第三 管理事務不利於本人並違反其意思時

一 原則

依我民法第一七七條規定：「管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所

負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益爲限。」此爲管理事務不利於本人並違反其意思時，本人應負義務之原則。此之所謂不利於本人並違反其意思，指是否不利於本人及違反本人之意思尙未分明者而言。關於此點，與第一七四條第一項之理論同。於此情形，我民法仍使其成立無因管理，一面規定本人得享有因管理所得之利益，一面則明定其負擔義務之限度，蓋從瑞士之立法例者也（瑞債第四二三條）。（註四）所謂所得利益，指因管理人支出費用負擔債務及受損害之結果，本人實際上所得之利益而言。是否利益，應依客觀標準決定之。且計算利益，應以管理當時之情事爲準。至以其所得之利益爲限云者，即本人所負償還費用及利息，並清償債務，或損害賠償之義務，不得超過其所得利益之範圍也。

二 例外

依上所述，本人所負之義務，固僅以其所得之利益爲限，但有一重大之例外，即我民法第一七六條第二項規定：「第一七四條第一項規定之情形，管理人管理事務違反本人之意思，仍有前項之請求權。」（德民第六八三條後段）申言之，即如其管理係爲本人盡公益上之義務，或爲履行法定扶養義務，縱違反本人之意思，而管理人爲本人支出必要或有益費用，或負擔債務，或受損害時，仍得請求本人償還其費用及自支出時起之利息，或清償其所負擔之債務，或賠償其損害。而本人所負之義務，係以實際之費用類債務類及損害類爲準，非僅以其所得之利益爲負責之限度。其立法旨趣，與第一七四條第二項係屬一貫。

(註四)關於此點，實與法國在瑞士實務法之立法精神，其在日本則爲「管理人違反本人之意願而爲管理時，本人僅受有限之限制，並須負二項之規定。」(見其第七〇二條之三項)至在德國則與我民法及日本民法均不相同。即「於第六八三條之要件時，本人與管理人，雖於不當得利返還之規定，返還由事務管理所生一切之物，本人承認事務管理時，管理人有第六八三條之請求權。」(德民第六八四條)法者謂「本條前半之規定，在立法論上是否正當，非無疑義。」(洪氏前編二七頁)似應要成德國民法之規定。

第四款 無因管理之承認

無因管理所以異於委任者，即一係未受委任無管理他人事務之義務，一係已受委任而有管理他人事務之義務，從而如於開始無因管理後，本人逕爲承認(追認)，則其實際與委任無異。故我民法從瑞士及暹羅之立法例，於第一七八條規定：「管理事務，經本人承認者，適用關於委任之規定。」所謂承認，與無權代理行為之承認同。本人之爲承認，是否應屬自由，但如爲承認，則不可不對於管理人以意思表示爲之。(民法第一一六條)。且一爲承認，則除有特別訂定外，應溯及於無因管理時發生效力。(民法第一一五條)。(註)

(註)關於此點，德日民法均無明文，實與法國在瑞士實務法第四二四條之規定，安全所信，應以暹羅民法第一七〇條之規定爲是。即「本人爲明示或默示之承認時，事務管理應爲代理契約。本人知悉事務管理，且不少於相當期間內聲明放棄時，視爲追認。」(暹羅民法委任與代理不分，故曰事務管理應爲代理契約)。

第五節 不當得利

第一款 概說

第一 立法理由

不當得利 (condictio sine causa; enrichissement sans cause; enrichissement injuste; ungeschichtete Bereicherung) 者，謂無法律上之原因，而受利益，致他人受損害之事實也。不當得利與其他債之發生原因不同者，在於一種自然的事實，即所謂事件是也。至承認不當得利之理由，今昔不同。在十八世紀自然法學者，以為不當得利之基本觀念，在於損害他人而利於自己，違反自然之正義 (aequitas naturalis)。嗣後學者，則嫌其寬泛，於是加以不當 (un recht) 或無法律上之原因 (ohne rechtlichen Grund) 等字樣，以示限制。近世各國法律承認不當得利之理由，即大都如此，我民法從之。惟所謂無法律上之原因，學說紛紜，尙無定論耳。

第二 各國立法例

以不當得利為債之發生原因者，始於羅馬法，但羅馬法僅就各種不當得利認其成立特種訴權，並無一般共通之原則。法國民法及奧大利民法從之。(註) 確立不當得利之統一思想者，則自瑞士債務法始。其優點有三：(一) 奧法將不當得利定入債務消滅中，瑞法則定入債之發生原因中，以明不當得利與清償有別。(二) 法民法將不當得利定入準契約中，瑞法則以之與契約及侵權行為並列，認為獨立的債之發生之原因。(三) 瑞法不僅

規定各種之不當得利，且說一般之規定，而將從來分裂的制度變而為統一的制度。德國民法日本民法及蘇俄民法大體從瑞士債務法之精神，但其編別各有異同。近世民法純採瑞士立法例者，厥為土耳其民法及暹羅民法，我國民法蓋又從暹羅民法之立法例者也。

(註)羅馬法律條就各種不當得利因成立特種訴權，例如無償清償之訴權 (condictio indebiti) 目的不能達到之訴權 (condictio ob causam datorum vel causam data causa non secuta) 目的消滅之訴權 (condictio ob causam finitam) 不法原因之訴權 (condictio ob turpem vel injuriam vel injuriam causa) 注：不屬於上述各種訴權時，是否認為不當得利 (condictio sine causa) 在羅馬法解釋上頗屬疑問。法國民法惟於無償清償 (paiement de l'indusposition de l'indu) 規定 (法民第一三七六條) 暹羅第一三八一條。奧國民法亦惟於無償清償 (Zahlung einer Nichtschuld) 及不法原因給付之不當得利 (condictio ob turpem causam) 之規定 (奧民第一四三一條第一七四條)。

第二款 不當得利之積極成立要件

第一項 一方受利益

第一 一方會受利益

不當得利之成立，以受領人會受利益為必要，此為不當得利與侵權行為不同之點。受利益云者，即因有一定事實，而增加其財產總額之謂也。是否受有利益，則以無此事實時之財產總額與有此事實時之財產總額相較，視

其有無利益存在決之。從而不但財產之積極的增加，爲受有利益；即財產本應減少而未減少亦爲受有利益。屬於財產之積極的增加者，如（一）權利之取得；（二）既存權利範圍之擴張；（三）財產權以外財產的利益之取得是。（註）屬於財產之消極的增加者，如（一）本應負擔之債務而不負擔；（二）本應支出之費用而不支出；（三）本應設定之權利限制而不設定是。

（註）占有權之取得，能否認爲受有利益，（德）日學者頗有爭論（鳩山氏前揭七八五頁）。學者之解釋我國民法有謂：「依我民法占有權既屬物權之一，故因占有權之取得，亦足以生不當得利之問題」者（吳氏前揭一〇〇頁）。余則以爲不然，蓋我民法係以占有爲事實，而非以占有爲權利，故占有之取得，應認爲係財產權以外財產的利益之取得，而非權利之取得（鳩山氏前揭七八六頁）。

第二 一方係由他方受利益

關於此點，各國法律尙未一致。有限於由他人之財產而受利益者，如瑞士債務法第六二條之規定是。有限於由他人之財產或勞務而受利益者，如日本民法第七〇三條之規定是。有限於由他人之給付或其他方法而受利益者，如德國民法第八一二條之規定是。蘇俄民法及暹羅民法則不設何種規定，我民法從之。我民法既未設明文，自應從廣義解釋，即舉凡因一定事實而由他人受利益，皆得成立不當得利，其原因如何，則非所問。又其方法，亦無限制，故究爲事實上之行為，法律上之行為，受害人之行為，受益人之行為，第三人之行為，抑爲行爲以外之事實，皆無不可。

第二項 他方受損害

第一 他方曾受損害

不當得利之成立，以一方受有利益，他方致受損害為必要，故縱一方受有利益，他方並未致受損害，即不生不當得利之問題。（註一）受損害云者，即因有一定之事實，而減少其財產總額之謂也。與受有利益，適成反對。從而不但財產之積極的減少（即現存財產之減少），為受有損害；即財產本應增加而妨害其增加，亦為受有損害。但在後者，以依通常情形，財產之可能增加為已足，不以確可增加為必要。例如甲無法律上之原因耕種乙之土地，因而受有利益，縱令甲不耕種乙或聽其荒廢，而甲所受之利益仍為不當得利。蓋乙若就其土地使用收益，依通常情形可以增加其財產故也。

（註一）例如因某鐵路公司興築鐵路之結果，沿路土地價格較前昂貴，此時沿路土地所有人縱受有利益，然某鐵路公司並不因而致受損害，則沿路土地所有人所受之利益，自非不當得利。

第二 他方受損害係因一方受利益

不當得利之成立，以他方受損害係因一方受利益為必要，此就我民法第一七九條「受利益致他人受損害」一語解之，實無可疑。此即所謂受損害與受利益須有因果關係是也。且此所謂因果關係，須為直接因果關係，亦為一般學說所同認。（註二）惟所謂直接因果關係，其說不一，依余所信，如損害與利益，係由同一事實而生，即可

謂其有直接因果關係，至損害之內容與利益之內容是否同一以及參加第三人之行為與否，在所不同。例如債務人向債權之準占有人清償債務，債權人所損失者為債權，債權之準占有人所取得者為給付，其損害之內容與利益之內容，雖不相同，且已參加第三人之行為，然損害與利益係由同一事實而生，即可謂其有直接因果關係。反是，如損害之原因事實與利益之原因事實非屬同一，縱令兩事實之間有所牽連，或損害之內容與利益之內容同一，亦不能謂其有直接因果關係。例如甲所拋棄之物，乙因先占取得其所有權，蓋甲之受損害出於拋棄，乙之受利益由於先占，二者縱有所牽連，且其內容同一，然係本於各別之事實故也。

（註三）但在我民法，從德國立法例，對於直接因果關係設有例外規定。即第一八三條：「不當得利之受領人，以其所受者無從讓與第三人，而受領人因此免返還義務者，第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任。」（德民第八三二條）他國民法則無此規定。關於此點，俟於不當得利之效力中述之。

第三項 無法律上之原因

第一 自始無法律上之原因

一 立法例

不當得利之成立，以無法律上之原因而受利益為必要，此為我民法第一七九條所明定。關於此點，各國法律不同。有定為無原因（*causa causa*）者，如羅馬法是。有定為無適法之原因（*causa ceteris in iure*）

rechtfertigter Weise)者，如瑞士債務法是(第六二條)有定為無正當之原因者，如日本舊民法是(財產取得編第三六一條)有定為無法律上之原因(ohne rechtlichen Grund)者，如德國民法及日本民法是(德民第八一二條日民第七〇三條)。我民法則從德日立法例，以無法律上之原因而受利益，為不當得利之要件。何者謂之無法律上之原因，德日學者之解釋，彼國民法意見尚未一致。有就一切之不當得利求其共通之觀念者，亦有就各種不當得利求其個別之觀念者。前者謂之統一說，後者謂之非統一說。其在解釋我國民法，因是亦有此兩派之紛歧。

二 學說

甲 非統一說

主張此說者謂：何者謂之無法律上之原因，不可一概而論，應依受利益是否由受損害人之意思，分別論之。(A) 受利益由於受損害人之意思者，此說略謂：吾人本其意思而為給付，必有其給付之目的，未有毫無意義而決定給付之效果意思者，此項目的，由客觀的觀察之，即所謂法律上之原因是已。無目的而為給付，其情形有三。

(1) 自始即無目的者，於此又分為二：有由於合意之不成立者，例如給付人以成立消費借貸之目的讓與金錢之所有權，而受領人則以其為贈與而受領之是。有由於合意之無效者，例如合意之內容

違反強行法規，或有背於公序良俗而為無效是。

(2) 目的不能達者 於此又分為二：有在給付當時不能達其目的已確定者，例如以消滅債務之目的而為給付，實際上其債務業已消滅是。有為達將來一定之目的而為給付，實際不能達其目的者，例如豫期債務之清償先行返還債權證書，或給與受領證書，而債務人到期不為清償是。

(3) 目的已消滅者 例如因消費借貸之成立交付債權證書，其證書之交付雖有法律上之原因，但後因清償或其他之原因債務消滅，其為債權證據之目的既已消滅，關於債權證書即生不當得利返還請求權是。

(B) 受利益非由於受損害人之意思者 此時所謂無法律上之原因，則不能依上述之標準定之。其情形如左。

(1) 受利益由於受利益人之行為者 於此又分為二：有受利益由於受利益人之行為之事實的結果者，例如就他人之物使用收益，或為消費，或奪其占有時是。有受利益由於受利益人之行為之法律的效果者，例如無權利人得對價而讓與他人之動產所有權，受讓人依占有保護之規定取得其所有權是。此等情形，所謂無法律上之原因，則有兩說，一說謂受利益非由於受損害人之意思為無法律上之原因（石坂氏民法研究一卷三七五頁），一說謂受利益人無可受利益之權利為無法律上之原

因（川名氏前揭六八六頁末弘氏前揭九五八頁鳩山氏前揭八一〇頁），第二說爲通說。

(2) 受利益由於受損害人之行爲者，即受損害人本無使他人受利益之意思，而實際則他人已因其行爲而受有利益。例如誤信他人之犬爲自己之犬，而與以食物是。此時所謂無法律上之原因，通說指受利益人無可受利益之權利而言（末弘氏前揭九六一頁鳩山氏前揭八一頁）。

(3) 受利益由於第三人之行爲者，例如債務人善意無過失，向債權之準占有人爲清償，以致債權之準占有人而受利益是。此時所謂無法律上之原因，則有三說，有謂受利益非由於受損害人之意思爲無法律上之原因者（石坂氏前揭三七五頁），有謂第三人無爲此行爲之權利爲無法律上之原因者（川名氏前揭六八七頁），有謂受利益人可無受利益之權利爲無法律上之原因者（末弘氏前揭九六二頁鳩山氏前揭九六二頁），第三說爲通說。

(4) 受利益由於法律之規定者，例如因時效而受利益，或因附合混合或加工而受利益是。（註一）

(5) 受利益由於行爲以外之事件者，例如甲地之果實自然落於乙地是。此時所謂無法律上之原因，通說指可受利益之權利而言。

乙 統一說

主張此說者謂：何者謂之無法律上之原因，應求諸統一之觀念，但其持論之根據則不相同，歸納言之，可得

三說。

(A) 公平說 此說以公平 (Billigkeit) 及正義 (Gerechtigkeit) 爲不當得利之基礎觀念，所謂無法律上之原因，即不外反於正義及公平。(註二)

(B) 債權說 此說以債權爲不當得利之基礎觀念，凡取得財產上之利益而無可以取得之債權關係者，即爲無法律上之原因。(註三)

(C) 權利說 此說以權利爲不當得利之基礎觀念，有權利即有法律上之原因，無權利即無法律上之原因，無法律上之原因，斯成爲不當得利而負返還其利益之義務。

(註一) 於此情形，通說謂應分別論之。即：「此等情形究爲不當得利與否，應視法律所以使法律上變動之理由而決定之。若其理由係在使受利益人保有其財產上之利益，則非不當得利，否則爲不當得利。據此標準而論，因時效而取得權利或免除義務非不當得利。因割合混合或加工而受利益，法律並非欲使其人受此利益，不過以一物歸兩所有權或認共有權至爲不悞，乃本於傾向上之理由使其所有權屬於一人，故第八百十六條特以明文規定因喪失權利而受損害者，得依關於不當得利之規定請求償金。」(洪氏前揭下卷三三頁，兼氏前揭一二〇頁，宋氏前揭九六八頁，鳩山氏前揭八一二頁)。

(註二) 與公平說似異而實同者，爲正法說。此說以正法爲不當得利之基礎觀念，於成法 (Positives Recht) 以外，尚有正法 (Richtiges Recht) 存在，正法與成法相衝突時，即生不當得利。主此說者爲德國學者 Stammler 氏。此說與公平說之根據相同。

與債權爲獨立之一說。

(註三)與債權既似異而實同者，爲相當關係說。此說以受利益人與受損害人間之相當關係爲不當得利之基礎觀念。爾凡取得財產上之利益，即令於絕對關係實有正當原因，如於相當關係無正當原因，即爲無法律上之原因。主此說者爲德國學者 Jhering 氏。所謂相當關係，即債權關係，是此說與債權既無異，尙難稱爲獨立之一說。

三 鄙見

我國學者之解釋我國民法，亦如德日民法學者之意見，頗不一致。其採非統一說者，爲戴君彥氏及洪賦林氏。採統一說中之公平說者，爲陳克生氏。採統一說中之權利說者，爲吳曉峯氏。(註四)依余所信，就我民法解釋，應採統一說。蓋我民法既非如法奧等國民法惟設各種不當得利之規定，且亦非如日本民法除民法上設有一般不當得利之規定外，尙設有特種不當得利之規定，自應捨非統一說而採統一說。至應採統一說中之何說，亦一問題。依余所信，大體上應以權利說爲適當。蓋在公平說，惟能說明民法上承認不當得利制度之理由，欲以公平正義說明無法律上原因之意義，則嫌漠然。至在債權說，固有其相當之真理，然在實際上，有縱無債權關係，而亦非不當得利者，例如利益及損失，依法律規定而生（如時效），或依當事人之行爲而生（如現實贈與現實買賣）是。如採債權說，則不能爲適當之說明。若夫權利說，誠不免於若干之非難，但在大體上則以此說爲適當。蓋不當得利應行先決者，即所謂無法律上之原因，應就當事人何方爲其判斷是也。依我民法

第一七九條之規定，解釋上應就受領人方面決之，毫無可疑。故所謂法律上之原因，應客觀的存在於受領人方面，即所謂權利是也。受領人依其權利而受利益，實無不當得利之可言；反是無權利而受利益，致他人受損者，則有返還其利益之義務。良以無論權利，常具有積極的消極的兩種作用，依權利所取得者，同時更依權利以保持之，其非基於權利而取得之利益，即無保持之可能，此民法上不當得利之所由生者也。

(註四)關於非統一說，參照藤氏前掲一一六頁以下，洪氏前掲下卷二九頁以下。日本學者，如川名兼四郎，石坂首四郎，末弘嚴太郎等，均採非統一說(川名氏前掲六六九頁以下，石坂前掲三四九頁以下，末弘氏前掲九四一頁以下)。關於統一說中之公平說，參照藤氏前掲七五頁。日本學者，如鳩山秀夫，清瀨一郎等，均採公平說(鳩山氏前掲七九九頁，清瀨氏不當得利論五頁以下)。關於統一說中之權利說，參照吳氏前掲一〇二頁。日本學者，中島玉吉主此說(中島氏民法論文集四六頁以下)。末弘鳩山等對於權利說，均有重要之批評。其要點有二：(一)因時效而取得利益，並無所謂權利關係，如依權利說，則屬不當得利。(二)解除條件附法律行為，其條件成就，雖無溯及之效力，但在一般通說，均謂其為原因消滅之不當得利，如依權利說，則因給付當時係基於解除條件附法律行為之權利，縱條件成就，亦非不當得利(末弘氏前掲九三九頁，鳩山氏前掲七九七頁)。余以為此兩種說，均不足以非難權利說。蓋(一)因時效而取得利益，依民法法，係屬原始取得，另有其取得權利之根據，實非不當得利之問題，此在主張非統一說者，亦同此見解(末弘註一參照)。(二)至謂解除條件附法律行為，其條件成就，不能溯及給付當時成立法律行為，亦不足為慮，因在我民法第一七九條後段已明定：「雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」故也。

第二 嗣後無法律上之原因

依上所述，不當得利之成立，既以無法律上之原因，爲其要件之一，自始即無法律上之原因，固無問題，若其原因至後始歸消滅者，則應如何解決，頗屬疑問。我民法則從德瑞立法例於第一七九條後段明定：「雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」以解決之（德民第八一二條第一項後段瑞債第六二條第二項俄民第三九九條後段）。依此規定，則受領人於受利益之當時雖有法律上之原因，但至後其原因已依法律之規定，當事人之意思，或其他情事歸於消滅時，即與自始無原因無異，而生不當得利之問題。於此情形，除依事件之本質，法律設有解決之特則外，概應從不當得利之規定，以爲解決。至所謂原因已不存在，亦即權利已不存在之謂，例如債權人於受清償後，不得繼續占有其質物，即基於占有質物之權利已歸消滅是也。

第三款 不當得利之消極成立要件

第一項 無償給付

第一 履行道德上義務之給付

依我民法第一八〇條第一款規定，給付係履行道德上之義務者，不得請求返還。此係從德瑞民法而設之規定（德民第八一四條後段瑞債第六三條第二項）。道德上之義務，德國學者謂指出生死亡年末歲始等之贈與而言。道德上之義務，屬於自然債務之一種。（註一）自然債務之債權人，在法律上雖無積極的請求給付之權，但

消極的受領給付之作用仍保有之，故依債務人之自由意思已爲此類債務之清償者，則債權人即有受領且保持其給付之權能，而不負返還其給付之義務。（註二）

（註一）我國學者，有不認我民法有自然債務之觀念存在，而仍以自然債務之觀念說明第一八〇條第一款之規定者，如陳克生氏是（陳氏前掲一五頁七六頁）。有不認我民法有自然債務之觀念存在，而以他種理由說明第一八〇條第一款之規定者，如洪毓林氏是。洪氏之說謂：「道德上之義務，德國學者認爲自然債務之一種。我國民法雖不認自然債務之觀念，然因履行此種義務而爲給付者，自始即已甘願犧牲其利益，嗣後起以無法律上之原因爲口實，請求返還其給付，自無許之之理。」（洪氏前掲下卷三四頁）

（註三）瑞債第六三條第二項係以時效完成之債務與道德上之義務並列，我民法關於時效完成之給付已於第一四四條第二項前段規定：「請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還。」其結果與瑞士民法之規定無異（選民第一七四條第二款亦有履行因時效而消滅之債務不得請求返還之規定）。

第二 清償期前債務之給付

依我民法第一八〇條第二款規定，債務人於未到期之債務因清償而爲給付者，不得請求返還（德民第八一條條第二項日民第七〇六條選民第一七四條第一款）。良以縱爲附有始期之債務，然其成立，仍在法律行爲之當時，其積極的作用固得依期限之抗辯以妨礙之，而其消極的正當受償之作用則與無期限之債務無異，此債務人於未到期之債務因清償而爲給付者所以不得請求返還也。至債務之附有利息者，如未扣息清償，能否

請求返還，法無明文，頗屬疑問。依余所信，為避免法律關係之複雜，應解為不得請求返還。（註三）

（註三）關於此點，各國法律規定不同。暹民無明文規定，與我民法同。德民規定不得請求返還履行後之利息（德民第八一四條但書）。日民則以債務人出於錯誤為限，債務人應返還因清償而得之利益，即中間利息（日民第七〇六條但書）。學者之解釋我國民法，意見亦不一致，蓋據陳克生氏之說於次，以供參考。陳者略謂：「未到期之利息亦行給付者，應否包含於本款，余解為不應包含，仍得適用次款，故如債務人於給付時未明知未到期，仍得請求返還。」（陳氏前揭七七頁）

第三 狹義之無償給付

依我民法第一八〇條第三款規定，因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者，不得請求返還。此為各國法律之所同（德民第八一四條前段日民第七〇五條瑞債第六三條第一項暹民第一七三條）。明知無債務而為給付，乃真實意義之無償給付，故學者以狹義無償給付稱之。關於本款之適用，有應注意者三：（一）須無給付之義務。所謂無給付之義務，指給付人並無應為其給付之債務關係而言。例如原無債務而誤信為負有債務，或債務業經消滅而誤信為尚存在，或他人之債務而誤信為自己之債務是。（二）須給付當時明知無給付之義務。所謂明知，指故意為無償給付而言，從而給付人如因錯誤或過失不知無給付義務而為給付，仍得請求返還，是不待言。（三）須因清償而為給付。所謂因清償而為給付，即基於消滅債務之原因（*causa solvendi*）而為給付之謂。但以因消償而為給付為已足，其給付之合於債務本旨與否，則非所問。至因清償以外之

方法而爲給付，是否成立不當得利，則依是否具備不當得利之一般要件決之。具備上述三種要件，即屬義務之無償給付，不得請求返還。良以給付人之使他人受利益自己受損害，乃其所甘願故也。雖然，第一八〇條第三款之適用，以任意給付爲必要，如因避免強制執行或其他事由而給付，雖明知無給付義務，仍得請求返還。又關於無給付義務，是否明知，應由何人負舉證責任，解釋上頗有爭論，但在通說則謂第一八〇條第三款係前條之例外規定，原告祇須證明前條之事實，即得請求返還。被告若欲免其返還義務，則須就本條第三款所規定給付人明知無給付義務之特別事實負舉證之責。

第二項 不法原因之給付

依我民法第一八〇條第四款規定，因不法之原因而爲給付者，不得請求返還；但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限。此係從日本民法而設之規定（日民第七〇八條德民第八一七條瑞債第六六條）。依此規定，不法原因之給付，原則無返還請求權，例外仍有返還請求權。茲分述如左。

一 原則無返還請求權

甲 立法理由

依我民法解釋，不法之原因存在於受領人及受害人之雙方者，受害人無返還請求權。雖然，於此情形，應否許受害人請求返還，立法上頗費斟酌。蓋如不許請求返還，則未免保護因不法原因而受給付之人；反之如許請

求返還，則又未免保護因不法原因而為給付之人，二者均失之偏。我民法則從一般立法例不許請求返還，良以如許請求返還，則不啻容許自為不法行為者得以不法行為為理由而主張權利故也。

乙 要件

此原則之適用，須具備下述之要件。即：(一)須已為給付。所謂給付，以本於受損害人之意思所為之財產上之給付為已足，不問其依事實行為為之，抑依法律行為為之。如依法律行為為之，不以移轉所有權為限，設定或移轉所有權以外之物權，讓與債權，及發行票據皆屬之。(二)須因不法之原因。何謂不法之原因，學說紛歧，尙未一致，依余所信，就我民法解釋，係指其原因違反強制規定或禁止規定，以及背於公共秩序或善良風俗而言（民法第七一條第七二條，實無可疑）。(三)因不法原因而為給付，例如因賭博而給付財物，因殺人而贈與財產，因姦通而給付金錢是。又所謂原因，與給付之目的意義相同，非必以關於過去之事項為必要。（註二）

丙 效果

依我民法規定，具備上述要件，固無返還請求權，但其他之權利，是否受其影響，則屬疑問。依余所信，我民法所限制者惟不當得利之返還請求權，如給付人別有其他之權利，仍得自由行使，例如給付人得基於所有權，行使物上請求權是。（註三）其以侵權行為為理由，行使損害賠償請求權，亦然。但如被害人有主張自己為違法行為之必要時，則依本款之類推適用，不得請求損害賠償。例如甲詐欺乙與之共同偽造貨幣，乙因而支出偽

造之費用時，乙不得以侵權行為爲理由請求損害賠償是。

(註一)何者謂之不法之原因有廣狹兩說：主廣義說者謂：原因，除違反公序良俗而外，違反強行法規者亦包含之。(川名氏前揭六九八頁末弘氏前揭九八二頁三瀨氏前揭九四五頁)。主狹義說者謂：不法之原因，專指違反公序良俗者而言，縱令違反禁止法規，如其禁止非以違反公序良俗爲理由，即不包含之。(清權氏前揭七七頁藤田秀雄氏前揭八三四頁鶴山氏前揭八二九頁)。依余所信，就我民法解釋，應以廣義說爲是。

(註二)原因之不法，與動機之不法不同，故僅動機之不法，不能爲不當得利之原因。但如當事人以之爲法律行為之內容或條件時，則成爲給付之原因(同說末弘氏前揭九八三頁鶴山氏前揭八三〇頁異說石坂氏前揭四〇頁)。至一定之事項僅爲動機與否，應就具體酌各個情事決之(其詳已於拙著《中國民法總論》中述之)。

(註三)舉例以言如：「恩給債權之買入，爲法律之所禁止，故固其買入已交付於債權人之恩給證書，不能以債權人不當得利爲理由請求返還。雖然，恩給證書之交付，同時並未讓與其所有權，故不妨基於其所有權，依物上請求權請求返還。」(末弘氏前揭九八六頁)

二 例外仍有返還請求權

依我民法第一八〇條第四款但書規定，不法之原因僅於受領人一方存在時，給付人仍有返還請求權。不法之原因僅於受領人一方存在者，即謂使該原因成爲不法之理由僅存於受領人，而不存於給付人也。舉例以言，如爲阻止犯罪而對於將爲犯罪之人給與財物，或爲使執行正當之職務而對於公務員給與金錢是。於此情形，

仍許給付人得以請求返還者，蓋非以自己爲不法行爲理由而主張其返還也。(註四)

(註四) 債權人違反高利禁止之規定，而收取高利，是否爲不法之原因僅於受領人一方存在而請求返還，在日本法學界頗有爭執(貴定說)山氏前揭八三四頁橫田氏前揭八三九頁清瀨氏前揭七九頁否定說判例民法九二頁末弘氏評釋岡松氏京解法學論叢一會大審院判例要旨彙編一〇九頁)。我國學者洪賦林氏戴君亮氏均取肯定說。洪氏之說謂：「已付之利息超過第二〇五條之制限時，亦應許債務人請求返還。蓋法律上認此超過部分之約定爲無效者，其理由僅於債權人方面存在也。」(洪氏前揭下卷三六頁)余則以爲我民法第二〇五條係明定：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息無請求權。」既言其無請求權，並非當然爲無效。就法文解釋，債務人應否請求返還，尙難爲肯定之解說也。

第四款 不當得利之效力

第一項 受領人之義務

第一 返還之標的

一 原則返還原物

不當得利受領人，原則上應返還其所受領之原物，此就我民法第一八一條「返還其所受之利益」一語解釋，實無可疑。返還原物云者，即受領人所取得之物或權利，在返還當時現尚存在者，應返還該物或權利之謂也。既應返還該物或權利，故就其取得之物，應爲移轉所有權或占有之行爲；就其取得之債權或其他權利，應

爲權利讓與之契約。惟受領人受領代替物而其物滅失者，究應給付同種之他物，抑應返還價額，解釋上頗有爭論，依余所信，應以返還種類品質數量相同之物爲正當。（註一）

（註一）關於此點，有正相反對之兩說。主張應返還其價額者謂：「此時返還同種之他物雖屬可能，然如返還其所受領之物則不但爲不可能，且於此情形反不如返還價額適合於不當得利返還之本旨。」（鳩山氏前掲八三六頁清瀨氏前掲九〇頁）主張返還同種之他物者謂：「於受領代替物時，其所受領之原物雖不存在，亦不可不以同種同等數量之他物而爲返還。學者於此情形，有主張返還價額者，余以爲回復原狀務須以原物爲之，且款代替物之性質考察，亦不能以此款爲正當。」（末弘氏前掲九九一頁）

二 例外價還價額

不當得利受領人所受領之利益，如依其利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額，此爲我民法第一八一條但書所明定。依其利益之性質不能返還，例如因物之使用或勞務而受利益是。依其他情形不能返還，例如原物業已出賣毀損或滅失是。如返還當時原物已屬不能返還，則應償還其價額，至其不能是否當初即已存在，抑係嗣後始行存在，在所不問。償還價額應以金錢計算，自不待言。

第二 返還義務之範圍

一 受領人爲善意時

返還義務之範圍，因受領人之爲善意惡意而不同。受領人爲善意者，依我民法第一八二條第一項規定：「不

當得利之受領人不知無法律上之原因，而其所受之利益已不存在者，免負返還或償還價額之責任。受領人不知無法律上之原因，即受領人爲善意之謂。其爲不知，是否出於過失，在所不問。(註二)利益之不存在，以受損人請求返還當時其存在爲已足，其不存在之原因如何，以及受領人有無故意過失，均非所問。惟所謂不存在，非僅指所受利益不能保持其原狀而言。故雖利益不能保持原狀，而實際上受領人財產總額之增加尚尚存在者，仍非利益之不存在。例如因消費其所受利益而其他財產得免消費，或因所受利益之毀損滅失而得有代償利益是。至決定利益與否之時期如何，學說上頗有爭論，依余所信，應以請求返還之時爲準決之。(註三)善意受領人對於所受利益，應依上述範圍負返還之義務固矣，但依我民法第一八一條規定，受領人如本於該利益更有所取得，則並應返還(日民未設明文，末弘氏前揭九九四頁鳩山氏前揭八四一頁取肯定說，中島氏前揭九五頁取否定說)。所謂更有所取得，例如本於該利益取得華息或使用收益是。其併應返還者，良以此種收益，原應由受害人取得，乃因受領人之行爲致妨害其取得故也。惟受領人係屬善意，惟應就現存利益之限度負返還之責，自不待言。

(註二)於此有一問題，即現存利益與所受損害如多寡不同，應於何種限度負返還之義務是。一般通說謂：(一)所受損害超過現存利益時，仍以現存之利益爲限，負返還之義務。不當得利之返還與侵權行爲之賠償其不同，即在於此。(二)現存利益超過所受損害時，則應以所受損害爲限度，而不必返還現存全部之利益。良以知返還現存全部之利益，則受損人反爲不當得利故也。余亦謂然。

(註三) 決定利益與否之時期，我民法無明文規定，解釋上究以請求返還之時爲準，抑以提起請求返還之時爲準，不無疑義。按余所見，返還不當得利之債務與不定期限之債務相密，應以請求返還之時爲準，定利益存在之限度。嗣後使受領人負履行遲延之責，亦與第二九九條之本旨相適合。如受領人未受返還請求自行提出給付，應以提出之時爲準，定利益存在之限度，自不待言。(關說鳩山氏前揭八四〇頁清瀨氏前揭九一頁中島氏前揭九二頁岡松氏前揭四四八頁異說川名氏前揭七〇三頁末弘氏前揭九九五頁)。又受領人之返還義務，係依受領人之請求而實現，受領人爲返還之請求時，自應證明受領人受益之範圍。受領人如主張其利益已不存在，則不可不提出相當之反證。(關谷氏債權法論總論八〇九頁)。

二 受領人爲惡意時

甲 自始爲惡意時

受領人自始爲惡意者，其返還之義務爲最重。依我民法第一八二條第二項規定：「受領人於受領時知無法律上之原因者，應將受領時所得之利益，附加利息，一併償還。如有損害，並應賠償。」受領人於受領時知無法律上之原因，即受領人自始爲惡意之謂。此所謂知，指明知而言，可得而知，不包含在內。惡意受領人，其義務最重，即：(一) 返還受領時所得之利益。此與善意受領人返還現存之利益不同，故所得之利益縱因天災地變及其他不應歸責於受領人之事由失其存在，受領人仍須依金錢計算償還其價額。(二) 附加利息，一併償還。此種利息，即法定利息。其利息之計算，應自受領時爲始至現實返還時爲止，依法定利率爲

之。至利益之爲金錢與否，在所不同。(三)如有損害，並應賠償。損害之發生，以與不當得利，有因果關係爲已足，無須具備侵權行爲之要件。且不以積極的損害爲限，即消極的之損害，亦包含之。(註四)不事惟是，依第一八一條之規定，受領人如本於該利益更有所得，並應返還，受領人既爲惡意，解釋上應返還其所得，且不以現存之利益爲限度，是不待言。(註五)

(註四)受領人如有損害，受領人應否賠償，各國法律不同。德國民法日本民法及瑞士債務法均無損害賠償之規定，蓋受領人既爲惡意，即足以構成侵權行爲，無妨依侵權行爲之法則請求賠償故也。(廣谷氏前揭八一〇頁)。我民法則從德國民法及蘇俄民法之立法例，明定其如有損害應賠償(國民第一七七條俄民第四〇〇條)。

(註五)惡意受領人本於該利益更有所得者如孳息之類，既應返還，是否尙須償還利息，不無疑義。俟余所信，孳息之價額超過法定利率者，以返還孳息爲已足，反是則以償還法定利息即可，不必爲二重之返還。(廣谷氏前揭八一頁)。

乙 嗣後爲惡意時

受領人嗣後爲惡意者，其返還之義務爲較輕。依我民法第一八二條第二項規定：「受領人其後知無法律上之原因者，應將知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還。如有損害，並應賠償。」受領人其後之無法律上之原因，即受領人嗣後爲惡意之謂。其義務較自始爲惡意之受領人爲輕，即(一)返還知無法律上之原因時所現存之利益。即返還由善意變爲惡意時現尙留存之利益。(二)附加利息，一併

償還。(三)如有損害，並應賠償。二三兩點，與自始為惡意之受領人無異。此外依第一八一條之規定，如本於該利益更有所得，並應返還。但解釋上應以知無法律上之原因時所現存之利益為限度。(註六)

(註六)我民法第一八一條關於該利益更有所得者，並應返還之規定，頗覺籠統，不知應羅民法規定之情形。德民第一八〇條：「善意受領人，僅返還受返還請求之日以後之孳息。」第一八一條：「善意受領人，應返還受領給付之日以後之孳息。」

第二項 轉得人之義務

依法理言之，負擔不當得利之債務者，原應以依不當得利之事實而受利益之人即受領人為限，如受領人將其利益移轉於第三人，則該第三人之受利益與受領人之受損害並無直接因果關係，第三人對於受領人自不負返其利益之義務。然如絕對貫徹此旨，則受領人依第一八二條第一項之情形而受損害者，將無從補救。故我民法特從德國民法於第一八三條規定曰：「不當得利之受領人，以其所受者無償讓與第三人，而受領人因此免返還義務者，第三人於其所免返還義務之限度內負返還責任。」(德民第八二二條)準此以解，第三人即轉得人之負返還義務，須具備兩種要件：(一)讓與行為，須係無償。如係有償讓與，則無適用本條之餘地。(二)受領人須因此免返還義務。此即第一八二條第一項之情事是。如非該項之情事，亦無適用本條之餘地。至返還之範圍，我民法明定其須在受領人免返還義務之限度內。良以受領人不能向受領人請求返還，始向第三人請求返還，故不能超越受領人免責之範圍。(註七)

〔註〕於此有一問題，即我民法關於不當得利請求返還權，並無特別消滅時效之規定。我民法既無特別規定，依據民法總則編第一二五條之規定，此項請求權惟有因十五年間之不行使而消滅。其時效期間，實覺過長，於實際上甚為不便。關於此點，瑞士債務法之規定可供參考。瑞債第六七條：「不當得利請求權，自受損人知其請求權後經過一年，因時效而消滅。其請求權發生後經過十年者，亦同。其利息無關於受損人成立債權人時，受損人之不當得利請求權雖因時效而消滅，仍得拒絕其履行。」

第六節 侵權行為

第一款 概說

第一 民事責任與刑事責任

往昔公法與私法之觀念混而不分，民事責任與刑事責任遂無劃然之區別。近則公法與私法既已分離獨立，於是學者以為侵害他人之權利者固為刑事上之犯罪應受刑罰之制裁，同時亦常為民事上之侵權行為應負損害賠償之責任，然其目的則不相同，即刑事責任之目的在於維持將來之安寧，而民事責任之目的則在填補過去之損害。二者之根本精神既不相同，則其領域自不一致；有為犯罪行為而不成立侵權行為，祇負刑事責任而不負民事責任者；亦有為侵權行為而不成立犯罪行為，祇負民事責任而不負刑事責任者。前者如放火燒燬自己之所有物致生公共危險是，後者如毀棄損壞他人之所有物或致令不堪用而出於過失是。吾人於研究侵權行為之際，實不可不知民刑責任有其判然之區別焉。（註一）

(註一) 民事責任與刑事責任，其目的迥不相同，但其共助作用亦不可漠視。換言之，即刑罰固在改善犯人及保護社會，然亦非毫無復賠償之觀念；損害賠償固在填補過去之損害，然亦非毫無懲治不正及防衛社會之作用。此就各國刑事訴訟關於自訴（被害人得向刑事法院直接訴追刑事責任之自訴）及附帶民事訴訟（被害人得於刑事訴訟程序一併訴追民事責任之附帶民事訴訟）之規定觀之，甚為顯然（我刑訴法第三三七條以下第五〇六條以下）。但就兩者之根本精神觀察，刑罰之基礎在於防衛社會，損害賠償之基礎在於填補損害，則屬無可否認。

第二 過失責任與結果責任

刑事責任成立之基礎，固以有故意過失為必要，民事責任成立之基礎，是否亦須有故意或過失，則自來有兩種不同之主義：其一，過失責任主義，其二，結果責任主義。過失責任主義，羅馬法採之，在此主義之下，苟無過失，縱有損害，亦不賠償。結果責任主義，日耳曼古法採之，在此主義之下，苟有損害，縱無過失，亦應賠償。各國法律皆從羅馬法，原則上採過失責任主義，我民法亦然。但此主義，因物質文明之發達，危險事業之激增，發生動搖，故近世各國法律已有由過失主義移於結果之傾向。自民刑責任之特質言之，此種趨勢，自屬正當。何則，蓋刑事責任，以改善犯人為目的，故有置重犯人主觀的責任即故意過失之必要，反之民事責任，則在填補過去之損害，苟有損害，即應賠償，初不應問其有無何種之過失。雖然，各國法律所以原則上採過失主義者，亦有其相當之理由，即（一）按諸社會常態，如已為常人所為之注意，即可防止損害之發生，故以有無過失為負責之標準，已足達預防損害

之目的。(二)如不同有無過失，均須負責，則責任心重者畏意不前，足以阻害社會健全份子之活動，反之在責任淡薄者，則因縱使注意，仍應負責，勢將益加放縱，不至釀成損害不止。我民法原則上採過失主義，或亦不外此兩種理由歟？但此係就原則而言，例外採結果主義之處，則不一而足，其詳俟於相當場合說明之。(註二)

(註三)過失責任主義 (Prinzip der Kulpahaltung oder Schuldhaftung, Verschuldungsprinzip) 於羅馬法及日耳曼法，格魯特曰：「使生賠償義務者，非損害，而為過失。Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld.」(Hering, Schuldmoment im römischen Recht 40) 此種格魯特是足以說明過失主義之根據。近世各國法律如羅馬法第八二三條，法民第一六八條第一三三三條，奧民第一二九四條第一二九五條，瑞債第四一條，日民第七〇九條，漢民第一八六條，皆以過失主義為原則。獨蘇俄民法原則上採結果責任主義 (Prinzip der Erfolge oder Kausalhaftung, Verschuldungsprinzip) (俄民第四〇四條以下)。自立法進步以言，自以蘇俄民法為適當(拙著中國民法理論緒論第一章第三)。

第三 侵權行為之立法例

羅馬法分民事責任為二：一為契約上之責任，一為侵權行為上之責任。即以此二者為發生債權債務關係之兩大原因，而稱前者為由於契約之債 (Obligaciones ex Contractu)，後者為由於侵權行為之債 (Obligaciones ex Delicto)。惟在當時，僅於成為犯罪時，始負賠償責任，初非凡立於契約關係以外之人侵害他人權利者，均須賠償也。及至近代，民刑化分，各國法律均以侵權行為為民法上發生債權債務之原因，但有不特設章節者，如法

國民法及奧大利民法是（法民第一三二條以下）有特設章節者，如德國民法、日本民法及蘇俄民法是（德民第二編第七章第二十五節、日民第三編第五章、俄民第三編第十三章）有特設章節並明定其爲債之發生原因者，則自瑞士債務法始，土耳其民法及暹羅民法從之（瑞債第一編第一章第二節、土債與瑞債同、暹民第二編第一部第四章）。我民法蓋又從瑞士土耳其及暹羅之立法例者也。（註三）

（註三）就廣義言之，債務不履行亦可謂爲侵權行爲之一種，換言之，即係債務人因故意或過失違反債務以侵害債權人之權利，且其責任亦係發生損害賠償請求權，與侵權行爲同（民法第二三一條第二二六條第二二〇條）。但我民法既就債務不履行設有特別規定，以其獨立爲損害賠償債權發生之原因，則侵權行爲自應除去債務不履行，侵權行爲之規定，對於債務不履行，無其適用，自不得言。

第二款 一般侵權行爲之要件

第一項 概說

侵權行爲，有一般侵權行爲與特殊侵權行爲之別。以自己之行爲爲侵害權利之要素的侵權行爲，爲一般侵權行爲（Die allgemeinen Delikte）。以自己行爲以外之事實爲侵害權利之要素的侵權行爲，爲特殊侵權行爲（Die besonderen Delikte）。前者，我民法於第一八四條規定之。後者，我民法於第一八六條至第一九一條規定之。茲之所述者，則爲一般侵權行爲之要件。一般侵權行爲之要件，通常分爲客觀要件及主觀要件，客觀要件有五，即（一）自己之行爲，（二）權利之侵害，（三）損害之發生，（四）因果關係，（五）行爲之不法。主觀要件

有二，即（一）意思能力，（二）故意及過失。茲依次說明之。

第二項 客觀要件

第一目 自己之行為

第一 概說

一般侵權行為，是否以自己之行為為成立要件，民法上並未明定；但就第一八四條第一項觀之，應以自己之行為為其成立要件，則無可疑。且非如此解釋，則一般侵權行為與特殊侵權行為無從區別。何則？蓋特殊侵權行為所以異於一般侵權行為者，即在就他人之行為（例如第一八七條至第一八九條），或行為以外之事實（例如第一九〇條第一九一條）而負責任故也。

第二 行為

行為者，發端於人類意思之身體動靜也。析言之：（一）行為為身體之動靜。動指作為（積極的行為）而言，靜指不作為（消極的行為）而言，二者皆為構成行為之內容。至不作為必如何而後成為侵權行為，則學說紛紜，尙未一致。俟於第四目因果關係中說明之，茲不贅。（二）行為為人類身體之動靜。換言之，即行為之主體必為人類，苟非人類身體之動靜，則為單純之事實，而非行為。（三）行為為發端於人類意思之身體動靜。換言之，即行為須本於吾人之意思活動為之，苟非本於吾人之意思活動，不問其為外部的強制（物質的強制）內部的

強制（心理的強制），均非此之所謂真正意義之行爲。（註一）

（註一）人類之腦神經中樞，有二神經：（一）知覺神經，（二）運動神經。由知覺神經，感於腦神經中樞，而達於運動神經，則爲意思活動。故因外部的強制即不可抵抗之事由而發生之身體動靜，固非行爲；即因內部的強制即無意識的狀態所表現之身體動靜，亦非行爲。惟在

無意識或精神錯亂中所謂之行爲，我民法第一八七條第四項雖亦定爲侵權行爲，但係與第七五條後段規定同一用意，先非真正意義之行爲。

第三 自己之行爲

非他人之行爲，即爲自己之行爲，此在解釋上固極顯然；但此之所謂自己之行爲，以基於自己之意思決定而生權利之侵害爲已足，縱有他人之行爲介入其間，仍難免於侵權行爲之責任。良以其對於權利之侵害具有故意或過失故也。基於自己之意思決定而生權利之侵害，依我民法規定，其情形有二：一爲以他人爲機械（Werkzeug），一爲教唆及幫助。關於教唆及幫助，我民法設有專條，俟於共同侵權行爲中述之，茲不贅。至以他人爲機械，而亦爲由於自己行爲之侵權行爲，則有應注意者：（一）須被利用人就該行爲不成立侵權行爲，即其動靜未具備侵權行爲之要件。（二）須利用人就侵害權利有故意或過失。至被利用人有無意思能力在所不問。（註二）舉例以言，如欺罔他人，使其誤信第三人之物爲自己之物，而爲毀損，或利用他人之職務行爲，侵害第三人之權利是。

(註二)於此有應注意者，即僱權行為並非法律行為。夫行為與意思表示之意義原不相同，組成僱權行為之行為固不妨為意思表示，然究無須其為意思表示，縱為意思表示，亦不能謂僱權行為為法律行為。蓋其意思表示，不但非僱權行為之效果，而僱權行為之效果，非舉基於行為者之意思，乃由於法律之所認故也。例如擅自出賣他人之所有物，其僱權行為固包含法律行為，然不能謂僱權行為即為法律行為是。

第二目 權利之侵害

第一 概說

成立侵權行為，須有侵害他人權利之事實，此為我民法第一八四條第一項所明定，故就我民法解釋，一般侵權行為以權利之侵害為其成立要件，實無可疑。惟此之所謂權利，解釋上係專指私權(Privatrechtswertung)而言。公權雖亦為權利之一種，然應依保護公權之法律定之，不在適用本條之列(同說鳩山氏前揭八六一頁末弘氏前揭一〇一五頁橫田氏前揭八四二頁團野氏損害賠償論五七七頁岡松氏京法一卷四號五四頁)。惟因侵害公權同時私權亦被侵害者(例如因妨害選舉權之行使同時侵害選舉人之身體自由是)，關於侵害私權之部分，仍應成立侵權行為，固不待言。

第二 權利

一 權利之意義

權利之意義如何，其說不一。依余所信，權利者，爲使一定之人享受一定利益，法律所付與之保護之力也。準此以解，權利之意義可就兩方面觀察之：（一）權利之目的，爲一定之利益。此之所謂利益，指適於滿足吾人需要之生活貨物所有之關係而言。（二）權利之外廓，即法律所付與之保護之力。蓋法律爲使一定之人得以充分享受其利益，不能不付與一種之力，此種之力，即所謂法律上之力（Rechtliche Macht）是也。通常權利之意義，固係如此，侵權行爲所侵害之權利，其意義亦不外是。（註一）

（註一）關於此點，陳戴洪三氏均與本書見解不同，陳者以侵害法律所保護之利益，即侵害利益，亦爲侵權行爲，其說略謂：「關於權利之意義，學者中有二說：（一）謂仍應爲一般權利，狹義解釋，即須實有權利之內容者始可。（二）謂無須如一般權利，可廣義解釋，僅爲法律所保護之利益者亦可。右述二說，在日本民法學者中乃各持一說，美國大法院判例則取第二說。我國民法第一八四條第二項乃仿德國民法第一二二條第二項注明違反保護他人之法律亦應負責，故應解爲受侵害者法律所保護之利益，即侵害利益（Schadenverletzung），亦應爲侵權行爲。」（陳氏前揭九〇頁九一頁）洪者以背於善良風俗之方法加損害於人，亦爲侵權行爲，其說略謂：「侵害權利，爲一切侵權行爲之要件，苟非侵害權利，雖加損害於他人，亦不成立侵權行爲，惟民法認有例外，即故意，以背於善良風俗之方法加損害於他人時，雖非侵害權利，亦成立侵權行爲。」（洪氏前揭第三九頁）戴者則解釋權利之意義，更爲廣泛，其說略謂：「侵權行爲，常多以侵害權利爲其成立要件，然其所謂侵害權利，應取廣義，凡保護人之法律上所謂之利益被侵害者，亦應包含，傳實救濟。故違反保護他人之法律，侵害其所認利益，以致加損害於他人者，亦成立侵權行爲，使得請求賠償。」又謂：「我民法規定故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，實須

害賠償責任。實言之，即以違背善良風俗之行為加損害於他人者，雖不能害權利，亦成立侵權行為是也。」（戴氏前編一五三頁一五四頁）余則以為爲我民法所謂違背善良風俗云云，乃不法意識之擴張，固無與於權利之意義；即所謂違反保護他人之法律，亦屬舉重責任之問題，而與權利之意義無關。其詳俟後述之。

二 權利之種類

甲 各國立法例

關於侵權行為所侵害之權利，其種類如何，各國法律不同。有採列舉主義者，如羅馬法，德國普通法及蘇俄民法（俄民第四〇三條）是。有採概括主義者，如法國民法，日本民法及瑞士債務法（法民第一三八二條）日民第七〇九條瑞債第四一條）是。有採例示主義者，如德國民法及暹羅民法（德民第八二三條爲生命身體健康自由所有權或其他之權利，暹民第一八六條爲生命身體精神自由名譽財產或權利）是。我民法第一八四條第一項祇泛云權利，其立法主義與法日民法及瑞士債務法同。（註二）

（註二）關於此點，陳貽二氏與本書見解不同。陳者謂：「余謂我國民法第十八條第二項既經定明人格權受侵害時，以法律有特別規定者爲限，始得請求損害賠償或撫卹金，則侵害人格時，於該條第一項之請求外，更欲係侵權行為以成立損害賠償請求權，自須法律另有特別明文。現民法既僅就生命身體健康名譽自由設有侵權行為之規定（一九二至一九五），則人格權之侵害雖成立侵權行為者，自以此各項爲限」（陳氏前編九三頁）。戴著亦同此見解（戴氏前編一四九頁）。余以爲不然，蓋我民法第一九二條至第一九五條所

標定者，乃侵害生命身體健康名譽自由應負非財產上損害賠償之義務，非謂人格權之侵害始成立侵害權行為者，即以生命身體健康名譽自由之五者為限也。

乙 我民法之解釋

我民法既採概括主義，則凡侵害他人之權利者，不問其權利之種類如何，自無可疑。茲惟就吾人日常生活上最易發生問題之各種權利，加以詮釋，以示本條適用之準則。

(A) 財產權 權利就其內容而分類，可分為財產權及人身權（即非財產權），就財產權言之，得為侵權行為之客體與否，學說上頗有爭論，茲就財產權中之次述三種權利，分別說明如左。（註三）

(1) 支配權 支配權者，支配特定客體之權利也。財產權之屬於支配權者，為物權準物權及無體財產權。此等權利，得為侵權行為之客體，學說上殆無異論。惟在占有，能否為侵權行為之客體，則有肯定及否定之二說。就我民法解釋，應以否定說為是。（註四）

(2) 請求權 請求權者，請求他人為一定作為或不作為之權利也。請求權能否為侵權行為之客體，有肯定及否定之二說。依余所信，應以肯定說為是。蓋我民法第一八四條既泛稱「他人之權利」，對於債權及其他之請求權無為除外之理由故也。（註五）

(3) 形成權 形成權者，因權利人一方之行為，使某種權利發生變更或消滅之權利也。形成權能否

爲侵權行爲之客體，學說亦有爭執。有謂形成權無對立之義務，即無被人侵害之可能，故形成權不能侵權行爲之客體者（川名氏前揭七〇八頁中島氏不作爲債權論一七八頁）。余則以爲不然，蓋形成權無對立之義務云者，乃祇依權利人一方之意思表示即可實現其內容之意，此種權利之被人侵害，非不可能，例如爲消滅買回權，故意毀滅其標的物是。故依余所信，應以肯定說爲是（同說末弘氏前揭一〇三七頁鳩山氏前揭八六九頁）。

（註三）學者有承認財產不可侵之一種人格權，凡加以財產上之損害，即爲侵害此種人格權者（日本法學志林一五卷二號松本瀧治氏「因債務人及第三人之共同行爲之損害賠償責任」論文）。此說不但以財產關係與人格關係相混，且法律既就各種財產而認其爲權利，乃謂於財產總體更有人格權，亦與法律之本意不符，故爲吾人所不採用（末弘氏前揭一〇四一頁鳩山氏前揭八六〇頁）。

（註四）關於此點，陳克生氏取肯定說，陳著略謂：「占有亦得被侵害以成侵權行爲，民法雖特就占有另設有第九六〇條至第九六二條之保護規定，但應解爲與侵權行爲之規定不相妨者，如成立侵權行爲，自更得依侵權行爲之規定，以受保護。」（陳氏前揭九二頁）吳曉峯氏之見解亦同（吳氏前揭一一六頁）。余則以爲不然，蓋就我民法解釋，占有乃一種事實，而非權利，與日本民法不同，自不能與日本學者取同一見解故也（日本學者，亦分兩派：取肯定說者，爲鳩山氏前揭八六〇頁中村氏前揭六九三頁富井氏民法原論物權七二三頁石坂氏民法研究一卷一八〇頁。取否定說者，爲末弘氏前揭一〇二一頁中島氏民法講義卷

(註五)於此有一問題，即電話使用權能否爲侵權行爲之客體是。日本私法學界均認電話使用權爲債權之一種。其說略謂電話事業雖屬國家企業之一，而其目的在謀公衆之利益，然一般公衆非當然有利用其設備之權利，必與國家訂立一種契約，始有使用權之發生，此項契約以物之使用及勞務之供給爲內容，實有價的混合契約之一種，故電話使用權之性質與一般之債權無異，有侵害之，即有侵權行爲之成立。(鳩山氏前揭八六八頁末弘氏前揭一〇三六頁)。我國如有此種事例發生，余以爲應取同一之解釋。

(B) 人身權 人身權爲人格權及身分權之總稱，其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。人身權，得爲侵權行爲之客體與否，學說上頗有爭論，茲舉其重要者分別說明如左。

(1) 人格權 人格權之種類，至爲繁賾，茲述其重要者如次。(註六)

(a) 生命權 生命權是否爲獨立之權利，學說及立法例尙未一致，有認生命權爲身體權之一部者，有認生命權爲獨立之權利者，依我民法解釋，應以二說爲是。但於此有問題，即侵害生命是否亦成立損害賠償請求權，而有繼承人繼承，有謂生命權被侵害之瞬間，其權利主體既然消滅，則損害賠償請求權尙未發生，繼承人自屬無由繼承者(陳道文、藝氏判批京法一一卷一八三六頁以下)。有謂侵害生命與喪失生命卽權利主體消滅之間，理論上實不無多少之間隔，自應解爲被害人已

取得損害賠償請求權，繼承人得爲繼承者。依余所信，應以後說爲是（加藤正治氏海法研究二卷四五六頁以下，鳩山氏前揭八七一頁以下，未弘氏前揭一〇二二頁以下）。（註七）

(b) 身體權 身體權得爲侵權行爲之客體，學說上殆屬一致，但其性質如何，則有異論。有關侵害身體，即侵害所有權者（未弘氏前揭一〇二二頁），余則以爲不然。蓋人格權乃以人的利益爲內容之權利，而身體即爲其重大者，自應解爲侵害身體即侵害人格權（同說鳩山氏前揭八七〇頁）。且苟非解爲人格權，則是以自己之身體認爲物界之一部，準諸社會通念，爲不可通者矣。

(c) 健康權 健康權是否爲獨立之權利，學說及立法例尙未一致。有認其爲身體權之一部者，有認其爲獨立之權利者，依我民法解釋，應以第二說爲是。健康權所以別於身體權者，卽一係生理的機能，一係肉體的構造。侵害健康，即使他人生理的機能，成爲不良狀態之謂。

(d) 名譽權 名譽，爲自然人及法人社會上之評價。名譽權得爲侵權行爲之客體，一般學說上均認之。侵害名譽，卽指因他人之侮辱行爲或誹謗行爲，使自然人或法人社會上之評價受不良影響而言。其爲公然行爲與否，以及指摘事實與否，在所不問。至被害人之真價及感情實際上有無損害，更非所問。

(e) 信用權 信用權是否爲獨立之權利，學說及立法例尙未一致，有以其爲名譽權之一種者

(鳩山氏前揭八八一頁末弘氏前揭一〇三九頁)有以其獨立之權利者。依余所信應以第二說爲是。蓋信用雖屬於廣義之名譽，然究係指自然人及法人經濟的信賴而言，故應以其爲獨立之權利(刑法對於名譽及信用，亦係分別加以保護。參照第三二四條第三二五條及第三三〇條)。

(f) 自由權 自由權是否爲獨立之權利，學說及立法例尙未一致。有謂除各個之自由權外，別無抽象的自由權者。有謂除各個之自由權如居住自由權營業自由權信教自由權等而外，更有抽象自由權者，就我民法解釋，應以第二說爲是。自由權，即吾人之活動不受不當拘束之權利。雖然，吾人之活動，有屬身體者，有屬於精神者，民法上所謂自由，是否兼指身體的自由及精神的自由而言，學說上頗有爭論，依余所信，應以肯定說爲是(同說鳩山氏前揭八七四頁末弘氏前揭一〇三八頁，異說暉道氏京法十一卷五號八一頁)。精神的自由之侵害，例如詐欺及脅迫是。

(g) 貞操權 貞操權是否爲獨立之權利，學說及立法例尙未一致。有認貞操權爲自由權之一部者，有認貞操權爲身體權之一部者，有認貞操權爲名譽權之一部者，有認貞操權一面爲身體權一面爲自由權及名譽權者。余則以爲就我民法解釋，貞操權應認爲獨立之權利，且此權利不因男女而有差別。(註八)

(h) 姓名權 姓名權是否爲獨立之權利，學說及立法例尙未一致。有不認姓名權爲獨立之權利，

如因詐稱姓名而名譽受有損害，即以其爲對於名譽權之侵害者。有選認姓名權爲獨立之權利者，就我民法解釋，應以第二說爲是。

(i) 肖像權 肖像權是否爲獨立之權利，學說紛紜，尙無定論，有以其爲身體權之一部者，有以其爲名譽權之一部者，有謂對於他人任意爲照像或寫生屬身體自由及名譽者，亦有認其爲獨立之權利者。依余所信，應認肖像權爲獨立之權利（乾政彥氏法協二九卷六號七號九號十號）。

(2) 身分權 身分權能否爲侵權行爲之客體，學說尙未一致。有謂其不能爲侵權行爲之客體者（陳道氏京法十一卷十二號九一頁），余則以爲不然。蓋我民法第一八四條既採概括主義，汎稱權利，而不限定其種類，則各種身分權自屬包括在內（同說鳩山氏前揭八八三頁）。岡松氏京法十一卷十一號十一頁）和誘略誘未滿二十歲之男女脫離享有親權之人或監護人，同時即侵害他人之親權及監護權是（刑法第二五六條及第二五七條參照）。但如係身分權之義務人違反其義務，則屬債務不履行之問題，與侵權行爲之構成無關，自不待言。（註九）

（註六）人格權一語，有兩種意義。其一，人格權，係以人格之保護爲內容之包括的權利（Recht der Persönlichkeit）。其二，人格權，乃以各個之人的利益爲目的之各個的權利（Persönlichkeitsrecht）。依余所信，應從第二之意義。蓋從第一之意義，人格權不遜於法律上之地位，與所謂權利能力相同，不能以其爲權利故也。

(註七) 侵害他人生命而致被害人以外之人亦受損害者，無論其是否為財產上之損害，亦得請求賠償。為我民法第一九二條及第一九四條所明定，然此係另一損害賠償請求權，與被害人本人之損害賠償請求權無關。又我民法第一九五條第二項規定：「前項請求權，不得讓與或繼承。」所謂前項請求權，指不法侵害他人之身體健康名譽或自由之非財產上之損害賠償請求權而言，亦與生命被侵害之損害賠償請求權無關，不能牽混。關於此點，戴君亮氏與本書見解不同（戴氏前揭一五〇頁）。

(註八) 關於侵害貞操，即侵害權利之問題，日本大審院有一著名之判決，可供參考。大正十五年七月二十日二三三號附帶民事訴訟決定略謂：「於本案和田丙對於其妻和田乙送骨貞操義務而與渡邊丁女發生情交，不但違棄其妻不為扶養，且已無與渡邊丁女斷絕關係回復其家庭生活之意思，是於和田乙女因其夫和田丙之侵權行為致斷絕夫妻關係，和田丙對其結果自應負責。因此所生之損害，當然有向和田乙女賠償之義務。被告因受和田乙女之委託，為和田乙女對和田丙請求支付子女之養育費，於社會觀念上並無不合。其請求額亦非過當，故不得視為不法。……又渡邊丁女明知和田丙有妻，尚與丙通情交，並復之同樣，不能謂非侵害和田乙女之權利。和田乙女……不僅得依民法第七〇九條及第七一〇條請求相當之慰籍費，且依渡邊丁女與和田丙之共同侵害權行為，和田乙女不得已而離婚所生之損害，該共同侵權人亦有共同賠償之義務。」

(註九) 於此有一問題，即社員權是否為獨立之權利。是有謂社員權為財產權與身分權之綜合，而非獨立之權利者，余則以為社員權係獨立之權利，且應以其屬於身分權之範疇。如被侵害，自屬權利之侵害。社員權為我民法所規定者，如社員出席總會之權（第五二條第一項），請求或自行召集總會之權（第五一條第二項第三項），請求宣告總會不當然決議無效之權（第五六

條第一項、參照總會決議之權（第五二條第一項）等。

第三 權利之侵害

權利之侵害云者，即妨害權利之享有或行使之謂也。使權利人喪失其權利之全部或一部，固為權利之侵害；即未達此程度，僅妨害權利人享受為其權利內容之利益，亦為權利之侵害。又權利之侵害，有妨害現時利益之享受者，如物權及其他支配權之侵害屬之。有妨害將來利益之享受者，如債權之侵害屬之。但有謂後者非權利之侵害者（岡松氏第三人之債權侵害京法十一卷十二號五〇頁以下），其說頗失之狹，殊不足取。蓋債權人在債務人未為給付以前，固僅有享受利益之希望，然此希望非僅事實上之希望，乃法律所保護之希望，故如第三人侵害其希望之實現，即不能不謂其為權利之侵害（末弘氏前揭一〇二七頁鳩山氏前揭八八五頁）。至侵害權利之方法如何，或為作為，或為不作為，或為法律行為，或為事實行為，或為單獨行為，或為共同行為，均非所問，是不待言。

第三目 損害之發生

第一 概說

侵權行為之成立，以有損害之發生為必要，此在外國法律有說明文規定者（德民第八二三條第一項日民第七〇九條瑞債第四一條），我民法雖未說明文，余以為解釋上應屬相同，蓋民事責任所以異於刑事責任者，即

以填補被害人所受之損害爲其主要目的，苟無損害發生，則無成立損害賠償債權之必要故也。但在外國法律尙有所謂名義上之損害 (nominal damage)，卽侵害權利終未發生損害，亦名義上予以少額之賠償者（如英國 *Wilkinson v Downton* 1897）。此種制度，爲大陸各國及我國民法所不採用，自難爲同一之解釋。

第二 損害之意義

損害 (damnum, damage, dommage, schaden) 者，謂因某種原因事實之發生，其人之財產或其他之利益所受之不利也。通常所謂損害，多採差額說 (Differenztheorie)，卽謂以其人未受損害前（卽損害原因事實未發生前）之財產與已受損害後之財產兩相比較，所生之差額，卽謂之損害。但此說祇能說明財產上之損害，而於非財產上之損害則屬無從說明，故余以爲我民法上關於侵權行爲之損害，係兼指財產上之損害及非財產上之損害而言（但在法國民法所謂損害，以財產上之損害爲限，與我民法不同）。從而所謂損害，自應由兩方面觀察之，卽不但抽象的差額，謂之損害，卽具體的現實之損害，亦謂之損害（差額說，係從來之通說，Mommson, Windscheid, Fischer 諸氏均主此說，具體的觀察損害之說，則爲近世 Walsmann, Örtmann 兩氏所首倡）。

第三 損害之種類

損害，可分爲財產上之損害與非財產上之損害，已如上述。通常交易上得以金錢估計價格之損害，爲財產上之

損害，亦稱有形的損害（Vermögensschaden）。反是不能以金錢估計價格之損害，則為非財產上之損害，亦稱無形的損害（Ideellschaden）。在私法上，雖以財產上之損害為最顯著，但就生命身體健康名譽自由等所生不利益之狀態，亦得謂為損害，即所謂非財產上之損害是也（民法第一九四條第一九五條）。又在財產上之損害，有積極的損害與消極的損害之別。因損害原因事實之發生致使現存財產之減少者，為積極的損害（damnum emergens, positiver schaden）；因損害原因事實之發生致妨害現存財產之增加者，為消極的損害（damnum cessans, entgangener gewinn）。在私法上，財產上之損害，原則兼指積極的損害及消極的損害而言。

第四目 因果關係

第一 概說

一般侵權行為之成立，以損害與侵權行為之間有因果關係（Kausalzusammenhang, Causalität）為必要。我民法雖無明文規定，但就學理言之，則應如是。何謂因果關係，為公私法上最難解決之問題，而於刑法學界爭論尤烈。由一般概念言之，因果關係者，原因與結果之連絡關係也。換言之，如後事實基於前事實而生，無前事實即無後事實者，則前事實與後事實之間有連絡關係，即因果關係。反是，如後事實非必基於前事實而生，即無前事實亦可發生後事者，則前事實與後事實之間無連絡關係，即無因果關係。推行為有積極消極之分，而因果關

係亦積極的與消極的之別，茲分別說明如次。

第二 作爲（積極的行爲）與因果關係

作爲之因果關係如何，學說紛歧，至不一致，茲略述如左。

一 條件說

條件說 (Bedingtheorie) 以凡屬發生結果之條件，皆爲原因。甲言之，即發生結果之條件，縱有數個，而此數個之條件，即同爲發生結果之原因。如依此說，則原因範圍，過於廣汎，不但與私法之目的不符，即在刑法學上，主張此說者，亦居少數。

二 原因說

原因說 (Kausalitätstheorie) 將結果之前行事實，區分爲單純條件與原因條件，其爲結果之原因者，惟原因條件，而單純條件則非結果之原因。但原因與條件究應如何區別，則所持根據殊不一致，茲略述如左。

甲 最有力條件說 此說以數多條件中，促成結果之最有力的條件爲原因。如依此說，則投人於虎牢而爲虎所咬殺者，將謂最有力的條件爲虎而非人，其爲不當，無待多辯。

乙 最後條件說 此說以數多條件中，發生結果之最後的條件爲原因。如依此說，則甲推乙入河，將瀕於死，適爲丙所見，袖手旁觀，不爲拯救，將謂瀕死之最後條件爲丙而非甲，可乎？

丙 必要條件說 此說以數多條件中，必然發生結果之條件爲原因。此說未見其當，蓋在事實上僅由單一條件必然發生結果者，吾人殊難想像也。

丁 直接條件說 此說以數多條件中，與發生結果有直接關係之條件爲原因。此說亦未盡是，蓋直接關係事實上殊難區別故也。

戊 異常條件說 此說以數多條件中，變更事物常態之異常條件爲原因，此說漠然不可捉摸，蓋一切條件均可使事物之經過發生異常之狀態故也。

己 優勝條件說 此說謂促進發生結果之勢力，與防止發生結果之勢力本相均衡，爲打破其均衡，以致引起結果之條件，斯爲原因。此說亦不能區別原因與條件，蓋惹起結果之一切條件均有勢力故也。

庚 原動力條件說 此說以成爲發生結果之原動力者爲原因，與以可使發生效力之狀態者爲條件。如依此說，則將謂放火之原動力爲房屋，墮胎之原動力爲胎兒，其不當也明矣。

三 相當因果關係說

相當因果關係說，亦稱適當條件說 (Theorie adäquaten Kausalzusammenhangs) 此說略謂某種事實僅於現實情形發生某種結果，尙不能遽認其有因果關係，必須在一般情形亦適於發生同一之結果者，始得認爲有因果關係。民法學者，多主此說，依余所信，亦應以此說爲是。民法上主此說者，爲 Rumpl,

Ennecerus, Crome, Endemann, Kuhlensbeck, Zitelmann, Ortmann 諸氏。刑法上主此說者，爲 Merkel, Hartmann, 勝本，泉二，牧野諸氏。良以侵權行爲人對於相當因果關係範圍內之結果，始負損害賠償之責，與民法尙正義公平之原則恰相符合故也。但所謂相當因果關係，應依何種標準定之，又有三說，茲略述如左。

甲 主觀的相當因果說 此說謂應就侵權行爲人主觀的認識如何，決定有無因果關係。此說顯與因果關係之客觀性相矛盾，殊不足取。

乙 客觀的相當因果說 此說謂應就審判官客觀的立場，綜合行爲當時所存在之一切情事，決定有無因果關係。此說亦不足取，蓋行爲當時之情事，有非通常人或行爲人所能料及者，如依此說，將使行爲人就偶然的意外情事負其責任故也。

丙 折衷的相當因果說 此說謂應以一般人之見解爲基礎，更就行爲當時之情事，決定其有無因果關係。申言之，卽就行爲當時一般人已知或可得而知之情事爲基礎，以觀察其因果關係是。且縱因偶然情事之競合，如爲行爲人通常所可豫見，仍不妨以之爲其行爲之結果。以上三說，以此說較爲合理，余亦從之。（註

1）

（註1）如採相當因果關係說，則人之種種行爲，縱有下列情形，均可認爲有引起結果之原因。（1）積極行爲，與其先發的或後發的

原因相競合者，例如甲殺乙，乙已有重病，竟因被殺而受重傷是。(二)結果雖將發生，而因積極行為致促其時間之早到者，例如病篤之人，遲早必死，而於未死以前，殺之以速其死是。(三)積極行為與其他之原因競合，以致引起結果者，例如推人入水，適其人不能水性，因而溺斃是。(四)積極行為與自然力競合，以致發生結果者，例如乘風放火，或放火後忽遇暴風，致生燬殿之結果是。(五)外界已生變動，而因積極行為增加其容積面積數量或勢力者，例如乘水勢泛濫，破壞堤防，使其水勢愈加泛濫，被災區域愈加擴大是。

第三 不作爲（消極行為）與因果關係

不作爲與結果之間，有無因果關係，其說不一，要而言之，有如左述。

一 積極說

此說謂不作爲與結果間，亦如作爲與結果間，有同一之物質的因果關係。其中又可分爲數說，茲述如左。

甲 他行為說 此說謂不作爲之際，常有他之作爲存在，其作爲即係對於不作爲之結果的原因。如依此說，則是母爲紡績，而不哺乳其子，以致其子死亡，將以紡績爲其死亡之原因，有是理乎？

乙 先行爲說 此說謂不作爲之先，已有作爲存在，其所生之結果，即當以先之行爲爲其原因。此說理論上殊爲矛盾，蓋如依此說，不啻以事後所發生之事故，而使從前之行爲負其責任故也。

丙 他因利用說 此說謂凡其地位足以支配自己以外之原因者，如竟利用此種原因而出於不作爲以致發生結果者，則對於其結果即應負責。如依此說，則是凡知有可使發生其結果之原因而不爲防止者，即應

負損害賠償之責，謂非失之寬泛得乎？

丁 無形因果說 此說謂發生結果之條件，有積極的起果條件與消極的妨果條件，兩者常保持其均衡，如不爲可得妨止結果發生之作爲，而壓抑妨果條件，以致實現起果條件之效果者，則與間接的引起結果無異，故應負責。此說僅能說明侵權行爲人之心理的作用，而不能說明不作爲本體對於結果的因果關係，亦未見其當。

二 消極說

此說謂不作爲與結果間，非如作爲與結果間，有同一之物質的因果關係，不過在理論上有與作爲之因果關係相類似的關係，故由不作爲人負其責任而已。民法學者多主此說，依余所信，亦應以此說爲是。不作爲與結果間既惟理論上有與作爲之因果關係相類似的關係，從而必於何種情形，始得謂爲有不作爲之因果關係乎？依余所信，有下列兩點，應爲注意，即（一）須不作爲爲結果之適當條件，此點與作爲爲結果之適當條件同，其詳已於前述，茲不贅。（二）須不作爲人有妨止結果發生之爲，其應爲作爲之義務，此種義務，有本於法令而生者，有本於契約而生者，有本於自己行爲之結果而生者，如有妨止結果發生之義務，而以故意或過失不爲妨止，致使發生結果，則不作爲與結果之間，即有因果關係存在，而應由不作爲人負損害賠償之責。

（註二）

(註三)於此有一問題，即因果關係能否因他項原因之介入而中斷是也。主張肯定說者謂：因果關係者，行為與結果之連續也。故某種行為正在進行中，因他項原因之介入而發生結果時，則前因後果不相連續，其第一原因與結果之關係，則被第二原因之介入而中斷。反之在主張否定說者，則不認第二原因之介入有中斷第一原因與結果關係之效力。依余所信，以後說為是。良以吾人既探相當因果關係說，苟有相當因果關係，即應負責，縱令有他項事實介入其間，亦無中斷其因果關係之效力。

第五目 違法

第一 概說

一般侵權行為之成立，是否以行為違法為必要，外國法律有說明文規定者，有不然者。夫自學理言之，凡屬權利，均有不可侵性，侵害權利，即屬違法，法律上縱不明定違法為侵權行為成立之要件，解釋上蓋屬當然。但在我民法第一八四條則從德瑞立法例，明定侵權行為之成立以違法為必要，蓋所以期醒豁也。（德民第八二三條第八二六條瑞債第四一條）。

第二 實質的違法與形式的違法

何者謂之違法，學者之解釋尙未一致。（註二）依余所信，此之所謂違法，係指實質違法及形式的違法而言。違反強制或禁止之規定者，形式的違法也。（民法第七一條）。背於公共秩序或良善風俗者，實質的違法也。（民法第七條）。前者即我民法第一八四條前段所謂「不法」是，後者即我民法第一八四條後段所謂「背於善良

風俗」是。至我民法所以不及公共秩序者，蓋關於此點，係從德瑞立法例，於善良風俗一語中解釋上包含公共秩序在內故也。雖然，我民法第七二條既從日本立法例公共秩序與善良風俗並舉，而於第一八四條後段則從德瑞立法例僅用善良風俗四字，立法技術上是否妥當，不無疑問。（註二）至公共秩序與善良風俗之意義如何，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

（註一）關於此點，戴若英氏與本書見解不同，戴著謂：「違法者，違背法律之命令禁止也。民法第一八四條所謂不法，即係此意。」（戴氏前編一五八頁）

（註二）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「此所謂不法，即其侵害他人權利，係違反法律規定或有背公共秩序也。又民法恐因此而於權利人保護不周，又從德奧民法及瑞士債務法，於同項加定以背於善良風俗之方法加損害於人者，亦成侵權行為。」（陳氏前編九八頁）

第三 阻卻違法之事由

違法侵害他人之權利，即屬違反權利不可侵之義務，然有因特殊之事由存在，足以阻卻其違法者。綜考現行民法之規定，此類事由可得而舉者，有左列數端。

一 權利之行使

權利之行使云者，權利人因享受為其權利內容之利益所為之行為也。行使權利之行為，原屬適法，縱因此侵

害他人之權利，亦不成立侵權行為。雖然，行使權利亦有一定之準則，據我民法規定，不得以損害他人為主要目的，其一也（民法第一四八條）。不得違背誠實及信用，其二也（民法第二一九條）。苟違背此種準則，則屬權利之濫用，倘因此侵害他人之權利，即應負損害賠償之責，自不待言。（註三）至此之所謂權利，通說謂公法上之權利與私法上之權利皆是，余亦謂然。

（註三）於此有一問題，即欺騙法院取得不當之確定判決者，本此判決不強制執行時，是否成立侵權行為是也。主否定說者謂：以詐欺手段取得不當之確定判決，並據以為強制執行者，知認為侵權行為，而使其負損害賠償之責，則將因此動搖判決之既判力。主肯定說者謂：以詐欺手段取得不當之確定判決，並據以為強制執行，則以利用法院為其侵權行為無異，縱使其負損害賠償之責，亦無礙於判決之既判力。依余所信，應以肯定說為是（肯定說前大理院四年上字一五八五號判決，陳氏前揭八八九頁，戴氏前揭一六〇頁，末弘氏前揭一〇五二頁，否定說楊山氏前揭八八八頁）。至行政官署之許可是否阻却違法性，亦有肯定否定兩說。依余所信，應以肯定說為是。良以行政官署之許可，對於人民付與權利時，除法令有特別規定特許得為侵害他人之權利外，僅付與一定之權利，並非特許其得侵害他人之權利故也（肯定說前大理院四年上字一〇二三號判決，陳氏前揭八九頁，戴氏前揭一六一頁，洪氏前揭四〇頁，末弘氏前揭一〇五二頁，楊山氏前揭八八九頁，否定說日本大正五年五月十六日大審院判決，民錄二二輯九七三頁）。

二 被害人之承諾

被害人之承諾云者，容許他人侵害權利之一方的意思表示也。被害人之承諾，足為阻卻違法之事由，我民法

雖無明文規定，但在解釋上則無異論。此因權利人原則上得拋棄其權利，容許他人侵害其權利，自無不可故也。惟有應注意者二，即（一）容許他人侵害其權利，必須對於該權利有為處分之能力及權限。（二）容許他人侵害其權利，既屬意思表示之一種，則其內容自應遵守一般意思表示之限制。至付與為侵害權利之意思表示及拋棄損害賠償請求權之意思表示，是否包含於被害人承諾之內，則有肯定及否定之二說。余以為前者在使他人取得一定之權利，後者不過以拋棄其損害賠償請求權為目的，均與容許他人侵害其權利，阻卻侵權行為之違法性不同，自理論言之，應以否定說為是。（註四）又明知或預期其權利之將被侵害，能否謂為已有承諾，亦屬疑問。依余所信，應為否定之解答，即於此場合，不能認為已有承諾。

（註四）關於此點，陳克庄氏與本書見解不同，陳著謂：「所謂承諾，除表示容許侵害權利之表示外，付與為侵害權利之意思表示，及拋棄損害賠償請求權之意思表示，亦可包含，只須不背於公共秩序或善良風俗，均可有效。」（陳氏前掲一〇〇頁）編山秀夫氏與之同說（編山氏前掲八九〇頁）。戴君亮氏及宋弘毅太郎氏與本書見解相同（戴氏前掲一六二頁，宋氏前掲一〇五三頁）。

三 無因管理

管理他人之事務，往往發生侵害他人權利之結果，例如因修繕他人房屋侵害其所有權，因救護他人生命侵害其衣服身體是。此等侵害權利之行為，在通常情形固成為侵權行為，然在無因管理係以其為本人之利益為之，則應認為適法行為，阻卻其違法性。關於此點，已於無因管理之效力中述之，茲不贅。

四 正當防衛

正當防衛者，對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利，所為之反擊行為也。依我民法第一四九條規定：「對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責。」依此規定，正當防衛之行為，得阻卻其違法性，自無可疑。其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅（德民第二二七條、日民第七二〇條第一項、瑞債第五二條第一項、暹民第一九六條）。

五 緊急避難

緊急避難者，因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險，所為之加害行為也。依我民法第一五〇條第一項規定：「因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之行為，不負損害賠償之責。」依此規定，緊急避難之行為，得阻卻其違法性，自無可疑。其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅（德民第二二八條、日民第七二〇條第一項、瑞債第五二條第二項、暹民第一九七條）。

六 自助

自助者，為保護自己權利，對於他人之自由財產，施以拘束押收或毀損之自力救濟也。依我民法第一五條規定：「為保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀損者，不負損害賠償之責。」依此規定，自助之行為，得阻卻其違法性，自無可疑。其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅（德民第二二九條、瑞債

第五二條第三項（民法第一九四條）。

第三項 主觀要件

第一目 意思能力

第一 概說

意思能力者，行爲人足以負擔侵權行爲上之賠償義務之識別能力也（意思能力亦稱侵權行爲能力或責任能力）。一般侵權行爲之成立，以行爲人有意識能力爲必要。我民法雖未明定，但在解釋上則無可疑。蓋依我民法第一八四條第一項規定，一般侵權行爲之成立，須行爲人有故意或過失，而爲此故意或過失之基礎者，即意思能力，行爲人無此意思能力，即無構成故意或過失之可能，此在解釋上，一般侵權行爲之成立所以以行爲人有意識能力爲必要者也。但在特殊侵權行爲，有不問行爲人有無故意或過失，均使其負損害賠償之義務者，於此場合，行爲人縱無意思能力，亦成立侵權行爲，自不待言。

第二 無意思能力人

何種之人有意識能力，我民法並無積極規定，於此問題，與關於行爲能力之規定同，惟於第一八七條第一項及第四項就無意思能力人設有相當之規定。（註二）茲述如左。

一 行爲時無識別能力之人

依我民法第一八七條第一項規定，無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利者，如行為時無識別能力，即不負損害賠償之責，依此規定：

甲 須為無行為能力人或限制行為能力人 無行為能力人有二，即未滿七歲之未成年人與禁治產人。限制行為能力人，則指已滿七歲而未結婚之未成年人（民法第十三條第十五條）其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

乙 須行為時無識別能力 何者謂之識別能力，其說不一，有以認識道德上之責任為識別能力者（橫田氏前揭各論八六八頁），有以認識事實的結果及其社會的意義為識別能力者（岡松氏意思能力論法協三三卷一〇號二八頁以下），有以認識法律上之責任為識別能力者（末弘氏前揭一〇六四頁鳩山氏前揭八九七頁），有以認識損害賠償義務為識別能力者（川名氏前揭七二二頁）。依余所信，應以第三說為是。有無識別能力，應就行為當時決之，我民法已有明文規定，無待深論。惟所謂識別能力，以抽象的對於同一種類之行為有認識法律上責任之知能為已足，對於其他之行為有無識別能力，及具體的有無識別能力，均非所問。

（註一）關於此點，各國法律不同，約可分為下列三種之立法例。（一）以行為時有無行為能力為準者，即行為時有行為能力者，有意識能力，無行為能力者無意識能力，如蘇俄民法是（俄民第四〇五條）。（二）以行為時有無識別能力為準者，即行為時有識別能力者有

意思能力，無識別能力者無意思能力，如日本民法是（日民法第七二條第七一三條）。（三）德國民法則採日俄民法之規定，即行爲時如爲未滿七歲之未成年人，無意思能力，七歲以上十八歲以下之未成年人，其有無意思能力，則依行爲時有無識別能力決之（德民法第八二八條）。我民法則大體從日本之立法例。

二 行爲時有精神障礙之人

依我民法第一八七條第四項規定，其他之人在無意識或精神錯亂中所爲之行爲，致第三人受損害者，法院因被害人之聲請，得斟酌行爲人與被害人之經濟狀況，令行爲人爲全部或一部之損害賠償。依此規定，可知凡在無意識或精神錯亂中所爲之行爲，原不負何種之責任，不過法院得斟酌情形使爲一定之賠償而已。所謂其他之人，自係指無行爲能力人及限制行爲能力人以外之人，即有行爲能力人而言，此在解釋上實無可疑。所謂無意識，即全然欠缺意思能力之謂，至精神錯亂，則指精神作用暫時發生異狀以致喪失意思能力者言之。有精神障礙人所爲之行爲，固不負損害賠償之責，然如精神障礙係由其人之故意或過失所引起者，則仍應負責。關於此點，外國法律多設明文規定（學者稱爲於原因有自由之行爲 *Actio libera in causa*），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同（同說鳩山氏前揭八九九頁岡松氏法協三四卷四四七頁以下三號七七頁以下異說末弘氏前揭一〇六五頁）。（註二）

（註二）關於此點，德日民法及瑞士債務法均設有明文規定。德民法第八二七條後段：「以暴飲或其他類似方法，暫時自陷於此狀者，對

於此狀況中不法所生之損害，與有過失者實同一之責。但無過失而陷於此狀況者，不在此限。日民第七一三條但書：「阻礙故意或過失引起暫時之精神喪失者，不在此限。」即仍負損害賠償之責。賠償第五四條第二項：「暫時喪失職別力，加損害於他人者，不能證明非由於自己之過失時，對於其損害即應負賠償之責。」

第三 舉證責任

我民法關於意思能力，既惟就無意思能力人設有規定，即係承認無論何人原則上皆有意思能力。若然，則關於舉證責任，自與他之要件不同，不應由被害人負之，而應由加害人負之。換言之，即加害人如欲主張其行為時無意思能力，即應就此負舉證之責。關於此點，學說上殆屬一致。

第二目 故意或過失

第一 概說

一般侵權行為之成立，以行為人有故意或過失為必要，此為我民法第一八四條第一項所明定，亦即我民法原則上採用過失責任主義。應有之規定。故意與過失，在民法上所負之責任固無差別（刑事責任則因故意過失而有差別），但法律有以故意為限，始成立侵權行為者，例如以背於善良風俗之方法加損害於他人，惟就故意負其責任是（民法第一八條第一項後段），亦有以重大過失為限，始成立侵權行為者，例如管理人為免除本人之生命身體或財產上之急迫危險而為事務管理，對於因其管理所生之損害，惟就重大過失負其責任是（民

法第一七五條）（註一）

（註一）關於故意或重大過失之責任，據我民法第二二二條規定，不得預先免除，從而抽象的過失及具體的過失，初非曾於公序良俗，得為預先免除，自不待言。關於此點，日本民法無明文規定，解釋上頗有爭點。

第二 故意或過失

一 故意

何者謂之故意，我民法無明文規定，學者之意見亦不一致。但據我刑法規定，所謂故意，其情形有二，一為直接的故意，一為間接的故意。犯人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為直接的故意。犯人對於構成犯罪之事實，豫見其發生，而其發生並不違背犯人本意者，為間接的故意（刑法第二六條）。余意為使民刑兩法用語之解釋一貫起見，民法上之故意，解釋上亦應有直接的故意與間接的故意之區別。茲姑下一統一的定義曰：故意者，行為人明知且容認自己之行為發生一定結果之心理狀態也。

二 過失

何者謂之過失，我民法無明文規定，學者之意見亦不一致，但據我刑法規定，所謂過失，其情形有二，一為無認識的過失，一為有認識的過失。犯人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者，為無認識的過失。犯人對於構成犯罪之事實，雖豫見其能發生，而確信其不發生者，為有認識的過失（刑法第二七條）。（註二）

余意爲使民刑兩法用語之解釋一貫起見，民法上之過失，解釋上亦應有無認識的過失及有認識的過失之區別。茲姑下一統一的定義曰：過失者，因不注意致未豫見行爲之結果，或縱已豫見而不容認其結果之心理狀態也。

(註二)於此有一問題，即間接的故意與有認識的過失之區別是。關於此點，學者之意見頗不一致，依余所信，二者對於結果之發生，於具有認識之點，並無差別。但其所以異者，即一係行爲人對於結果之發生已有認識，縱其發生非所希望，然亦於其本意無背者，謂之間接的故意。反是行爲人對於結果之發生雖已有認識，然確信其結果不致發生而竟發生者，則爲有認識的過失。

第三 過失之推定

依我民事訴訟法第二六五條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」依此規定，則被害人應就加害人之故意或過失負舉證之責，是爲當然。但我民法第一八四條第二項設有例外規定，即：「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」既推定加害人爲有過失，則加害人如主張其無過失，自應負舉證之責，被害人毋庸依一般舉證法則，就加害人之過失先行舉證，此所以爲一般舉證法則之例外也。(註三)所謂違反保護他人之法律，例如違反違警罰法第四一條第二款，於公衆聚集之處及彎曲小巷，馳驟車馬，或爭道競行，不聽阻止，或違反同法第四二條第十一款，車馬夜行，不燃燈火，因而撞傷行人是。

(註三)關於此點，戴君亮氏與本書見解不同，已如前述，但戴氏之說，亦有所本。查我民法第一八四條第二項係大體從德國民法第八二

三條第二項之立法例，顯其措詞不同，即國民爲「違背以保護他人爲目的之法律者，亦負同一之義務。」（即指同條第一項之損害賠償義務而言）我民法第一八四條第二項則爲：「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」措詞既不相同，則解釋自難一致，葉氏之解釋，就德國民法之規定以言，誠屬甚是，但我民法既明定爲推定其有過失，自以解爲係一般舉證法則之例外爲適當。

第三款 共同侵權行爲

第一 概說

侵權行爲者，數人對於同一之損害與以原因之侵權行爲也。民事責任之主要目的，在於填補被害人之損害，其損害由一人所引起者，固應由一人負賠償之責，其損害由數人共同所引起者，應由數人負賠償之責，是爲當然，此我民法所以特設共同侵權行爲之規定也。我民法關於共同侵權行爲之規定，其情形有三：一爲真實的共同侵權行爲，一爲準共同侵權行爲，一爲造意及幫助。茲於次段以下分別說明之。

第二 共同侵權行爲之要件

一 真實的共同侵權行爲

我民法第一八五條第一項前段所規定者，爲真實的共同侵權行爲，即數人共同不法侵害他人之權利是也。其關於侵害他人之權利係屬真實共同之點，與後述二種之共同侵權行爲不同，故謂之真實的共同侵權行爲。茲述其要件如左。

甲 類數人均曾不法侵害他人之權利

申言之，即須數人均曾為侵權行為，且其行為均須各別具備侵權行為成立之要件，始有成立共同侵權行為之可言。否則數人中有為侵權行為者，有不然者，而為侵權行為之數人中有具備侵權行為成立之要件者，有不然者，則惟具備侵權行為成立要件之數人成立共同侵權行為，自不待言。但所謂數人均曾不法侵害他人之權利，祇以數人均曾為侵權行為，且其行為各別具備侵權行為之成立要件為已足，至其行為之體樣如何（例如一為故意一為過失），內容如何（例如一為侵害名譽一為侵害自由），方法如何（例如同一殺人一則用刀一則用槍），以及共同實行與否（例如同一詐財一則投遞詐欺信函一則接收財物），均非所問。

乙 類數人共同不法侵害他人之權利

所謂共同侵害他人之權利，向有二說：一為意思共同說，一為行為共同說。在主張意思共同說者謂：共同侵權行為之成立，不但加害人間須有共同之行為，且須有共同之意思（即通謀），即無共同之意思，亦至少須有共同之認識，如並此認識而亦無之，則加害人間毫無意思連絡，即無成立共同侵權行為之可能。其所持之理由有二：（一）民法所以認共同侵權行為者，即因加害人間有意思連絡，足以擴大損害之範圍，否則即無使其連帶負責之必要。（二）在第一八五條第一項後段所謂不知其中孰為加害人，即指數人共

爲危險行爲，而無意思連絡者而言，兩相參照，則真實的共同侵權行爲自以有意思連絡爲必要。反之，在主張行爲共同說者則謂：共同侵權行爲之成立，以加害人間有共同之行爲爲已足，於此行爲以外，有無共同之認識，在所不問。其所持之理由有二：（一）我民法第一八五條祇云數人共同侵害他人之權利者連帶負損害賠償責任，並未明定此數人間須有意思之連絡，吾人即採行爲共同說，於文理解釋亦屬可通。（二）就實際言之，共同侵害他人之權利者，如無意思連絡，即非共同侵權行爲，則被害人將有難於求償之危險，於理於情，均有未協。以上兩說，固均言之成理，但依余所信，應以後說爲是。（註一）

（註一）於此問題，在民法學上最有爭執。就我國民法著述言之，多採行爲共同說，蓋戴君寒氏採意思共同說（陳氏前揭一〇六頁）洪氏前揭四五頁吳氏前揭一二六頁戴氏前揭二〇八頁。我前大理院判決與戴氏之見解相同，五年上字一〇一二號判決謂：「同一權利，若爲數人所侵害，而各加害人無意思上之聯絡者，應由加害人各就其所加之損害分別負賠償責任。」

二 準共同侵權行爲

數人共同不法侵害他人之權利，而「不能知其中孰爲加害人者」，爲準共同侵權行爲，依我民法第一八五條第一項後段規定，亦應連帶負損害賠償之責。（註二）我民法之設此規定，乃在保護被害人之利益。良以於此場合，與其因被害人不能證明孰爲加害人而使其負擔無枉之損失，毋寧使爲此共同侵權行爲之人共同負擔損失，較爲允洽故也。茲述準共同侵權行爲之要件如左。

甲 須數人共同不法侵害他人之權利

關於此點，與狹義之共同侵權行為略同，但亦有異，即此之所謂數人共同不法侵害他人之權利，指數人均曾共同爲有侵害權利之危險行爲（*Gefährdende Verhalten*）而言，與狹義之共同侵權行爲，數人均曾共同爲有侵害權利之結果行爲者，頗不相同。此學者所以稱準共同侵權行爲爲共同危險行爲者也。（註三）

乙 須不能知共同行爲人中孰爲加害人

於不能知共同行爲人中孰爲加害人時，亦使其連帶負擔損害賠償之責，此亦準共同侵權行爲之特色。此之所謂不知，自係就被害人言之。如被害人能知共同行爲人中孰爲加害人，即無適用本項規定之餘地。但共同行爲人中如能證明他人爲加害人時，應許免責，自不待言。惟應注意者，如僅證明自己無加以損害之事實，而不能證明直接之加害人者，就立法本旨言之，仍難免於連帶賠償之責任。（註四）

（註二）關於第一八五條第一項後段，我國學者有稱爲共同危險行爲者（戴氏前揭二二一頁），有稱爲加害人不明之共同侵權行爲者（陳氏前揭一〇七頁），兩者均能說明其意義之一面，查第一八五條第一項後段之共同侵權行爲，實包含共同危險行爲及加害人不明二者而言，故本書準諸民法學上之理論，稱爲準共同侵權行爲。

（註三）準此以解，吾人可得下列三種結論，即（一）數人均曾共同爲有侵害權利之結果行爲者，爲實質的共同侵權行爲。（二）數

人均曾共同爲有侵害權利之危險行爲者，爲準共同侵權行爲。(三)數人均曾爲共同行爲，而與侵害權利無何種關係者，則無成立共同侵權行爲之餘地。由斯以言，準共同侵權行爲，適位於此(一)(三)兩種情形之中。雖然，就第一八五條第一項後段解說，亦若準共同侵權行爲所以異於真實的共同侵權行爲者，惟在不能確知孰爲加害人之一點。但如此解釋，則有一困難發生，例如甲乙以同樣手段向丙射擊，丙僅中一彈而死，此時爲侵害權利之結果行爲者僅爲一人，如不能證明孰爲加害人，即無使甲乙兩人連帶負責之理由。於此情形，知解爲甲乙兩人係就其均曾共同爲侵害權利之危險行爲負其責任，則無問題。

(註四)數人共殺一人，其人爲匕首所傷，但究係何人所爲不能明瞭，設有能證明自己並未持有匕首者，是否免除責任，學者之意見尙未一致。或謂於此情形，除可認爲幫助殺人者外，即不應負何種之責任(未弘氏前揭一一〇二頁)。余則以爲不然，如不能證明何人爲加害人時，仍不能免於連帶賠償之責，良以我民法之立法本旨重在保護不能證明孰爲直接加害人之被害入故也(鳩山氏前揭九三九頁中村氏前揭七一二頁)。

三 造意及幫助

侵權行爲人之造意人及幫助人，依我民法第一八五條第二項規定「視爲共同行爲人。」造意人及幫助人就其非實行侵權行爲之點言之，與真實的共同侵權行爲不同，但一則係造成侵權行爲之意思，一則係對於侵權行爲與以莫大之助力，論其情節與真實的共同侵權行爲無異，故我民法以之視爲真實的共同侵權行爲人，使其連帶負損害賠償之責。至何謂造意及幫助，我民法無明文解說，茲就一般法理詮釋如左。

甲 造意。

造意，在現行刑法稱曰教唆。我刑法第四三條第一項前段規定曰：「教唆他人使之實施犯罪之行為者，爲教唆犯。」依此規定，則「教唆他人使之實施侵權行為者，爲教唆人。」教唆人之爲共同侵權行為人，須具備下列兩種之要件。（一）須有實施侵權行為之人。此在解釋刑法上教唆犯之性質者，固多主獨立犯說，（註五）但在民法上之所謂教唆，余則以爲應認其有從屬性，即教唆人惟於被教唆人實施侵權行為時，始能視爲共同侵權行為人，此無他，良以刑事責任重在改善犯人之惡性，民事責任則重在填補被害人之損害，其性質殊不相同故也。（二）須有教唆他人實施侵權行為之行為。教唆，即使他人發生實施侵權行為，決意之謂，其手段如何，在所不問。

乙 幫助。

幫助，在現行刑法稱曰從犯。我刑法第四四條第一項規定曰：「幫助正犯者，爲從犯。」依此規定，則「幫助他人實施侵權行為者，爲幫助人。」幫助人之爲共同侵權行為人，須具備下列兩種之要件。（一）須有實施侵權行為之人。如無實施侵權行為之人，即無幫助人，此即所謂幫助人之從屬性。（二）須有幫助他人實施侵權行為之行為。幫助，即使他人得以或容易實施侵權行為之謂，其手段如何，在所不問。又其幫助行為，究係於他人實施侵權行為之前爲之，抑係於實施侵權行為之中爲之，亦非所問。（註六）

(註五) 新派學者多主張教唆犯爲獨立犯，其說略謂教唆人一人有教唆行爲，即獨立成立犯罪，被教唆人之實施犯罪行爲與否，在所不問。舊派學者多主張教唆犯爲從屬犯，其說略謂教唆犯僅有教唆行爲，尙非成立犯罪，必被教唆人實施犯罪行爲，則教唆犯始從屬於正犯而負刑法上之罪責。俟余所信，在民法上以採從屬犯說，較爲適當。

(註六) 從犯對正犯而言，二者之區別標準如何，尙有三說：(一) 意思說，(二) 犯行說，(三) 時間說。我國暫行新刑律採時間說，惟限於事前幫助者爲從犯，此外則爲準正犯。現行刑法反是，不同事前或事中_之幫助，均爲從犯。余以爲民法上之幫助，亦應同解。但在我國民法學者之解釋幫助，多祇云「於他人爲侵權行爲時不屬於侵害權利行爲之補助行爲者，爲幫助人」(陳氏前稿一〇八頁) 兵前稿二一三頁洪氏前稿四五頁。其真義如何，殊欠明瞭。

第三 共同侵權行爲之效力

我民法第一八五條規定，無論何種侵權行爲，對於被害人均應連帶負擔損害賠償之責。依此規定，則共同侵權行爲之損害賠償債務，係法定連帶債務之一種，自應適用我民法第二七三條至第二八二條關於連帶債務之規定。申言之，即共同行爲人與被害人間，應適用第二七三條至第二七九條之規定。若共同行爲人相互間，應適用第二八〇條至第二八二條之規定。其詳俟於連帶債務中述之，茲不贅。

第四款 特殊侵權行爲

第一項 概說

特殊侵權行為者，侵害權利由於自己行為以外之事實之侵權行為也。夫自原則言之，吾人惟應對於自己之行為負其責任，從而權利之侵害如係由自己行為以外之事實而生，自無責任之可言。然如絕對貫徹此種理論，則有時被害人所受之損害即屬無從補償，殊為失當，故於有合理的根據時，縱非自為加害人，亦應使其負損害賠償之責，此我民法所以特設特殊侵權行為之規定者也。(註)關於特殊侵權行為，依我民法規定，得大別為二，一為由於他人行為之侵權行為，一為由於人的行為以外之事實之侵權行為。前者又分為四：(一)公務員對於國家之侵權行為之責任；(二)法定代理人對於無能力人或限制能力人之侵權行為之責任；(三)僱用人對於受僱人之侵權行為之責任；(四)定作人對於承攬人之侵權行為之責任。後者又分為二：(一)動物占有人對於動物加害之責任；(二)工作物所有人對於工作物加害之責任。茲於次項以下分別說明之。

(註)關於特殊侵權行為之立法理由，有謂係過失責任主義之例外者，其說略謂：「本款各項所揭之侵權行為，多屬對於過失主義所認之例外。其加害原因雖存於自身之外，對於加害之行為毫無何等故意或過失，而仍認損害賠償責任之發生。因與前款所述之一般的侵權行為有別，故以特殊之侵權行為稱之。但我民法所定各種特殊之侵權行為，亦非純以過失責任主義為基礎，過失主義之遺影依然殘存於其間，此不可不注意者也。」(吳氏前揭一三七頁)其說可供參考。

第二項 由於他人行為之侵權行為

第一目 公務員之責任

第一 概說

公務員者，依法令從事於公務之人員也。(註一) 國家或其他公共團體之公務員，其職務上之行為，係代表國家或其他公共團體爲之。(註二) 自法理立論，如因此侵害他人之權利，自應由國家或其他公共團體負損害賠償之責，而與公務員自身無關，但在民法則使公務員負損害賠償責任，立法理由，不外使公務員勤慎所事，勿忝於其職務。

(註一) 何者謂之公務員，我民法無明文規定，但現行刑法第十七條有三：「稱公務員者，謂職官吏員及其他依法令從事於公務之職員及職員。」此種定義，頗嫌含混。故學者多從抽象立論，謂凡依法令，經國家機關任命，受俸給之支給，而服務於其機關者，概爲公務員。如依此說，亦有一最大流弊，即未受俸給之支給者，將不能稱之爲公務員。

(註二) 關於公務員之職務上之行為，有謂其爲公務員自身之行為者，其說略謂：「公務員設有職務之作爲，此時公務員並非機關，其行爲不能認爲國家或自治團體之行為，乃爲公務員個人之行為，則責任問題，自僅能就公務員個人發生，民法第一八六條所規定者，即係此種情形。」(陳氏前揭一一〇頁) 如依此說，則公務員自身之行為，由公務員自身負其責任，適用第一八四條一般侵權行爲之規定即可，殊無認其爲特殊侵權行爲之必要。

第二 公務員之責任

依我民法第一八六條第一項規定：「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害

者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時爲限，負其責任。」（德民第八三九條第一項）債編第六一條）依此規定，有應說明者二，茲述如左。

一 違背對於第三人應執行之職務

甲 職務

公務員之行爲，有職務上職務外之別，如係職務外之行爲，則公務員應依一般侵權行爲之規定負賠償責任，而與第一八六條之規定無關。查職務外之行爲，已非國家或其他公共團體之行爲，乃純屬公務員私人之行爲故也。公務員職務上之行爲，又有公法上與私法上之分，如係私法上之行爲，則公務員應依第二八條之規定負賠償責任，亦與第一八六條之規定無關。蓋此時國家或其他公共團體居於私人之地位，依民法第二八條之規定解釋，公務員自應與國家或其他公共團體連帶負賠償責任故也。由此言之，此之所謂職務行爲，自係專指公務員公法上之職務行爲而言，實無可疑。

乙 違背職務

此之所稱違背職務，指下列兩種情形而言，即（一）消極的應執行之職務而不執行，（二）積極的執行其職務而失當，或逾越其職務之範圍。前者例如有新追犯罪職務之公務員，明知爲有罪之人，而無故不使其新追處罰，致他人受損害是。後者例如有新追犯罪職務之公務員，明知爲無罪之人，而使其受新追處罰，

致其人受損害是（刑法第一三三條）。

二 因違背職務致第三人之權利受損害

所謂因違背職務致第三人之權利受損害，即指第三人之權利受損害與其違背職務有相當因果關係而言。此之所謂第三人，包含甚廣，舉凡公務員及其所代表之國家或其他公共團體以外之人皆屬之。至此之所謂權利，有謂包含公私法上之一切權利者，余則以為我民法之規定原為保護私權而設，公權之被侵害，自不包含於此之所謂權利之內。

公務員具備侵權行為之要件時，固應負損害賠償之責，但其賠償責任則因故意過失而有差異，即公務員故意違背職務致第三人受損害者，不問第三人能依他項方法受賠償與否，均應負賠償之責（被害人已依他項方法受賠償時，不得更向公務員請求賠償，自不待言。）反之，公務員因過失違背職務致第三人受損害者，則以被害人不能依他項方法受賠償時為限，始負責任。此因事出過失，情有可原，故其賠償責任為較輕減。所謂不能依他項方法受賠償，例如其賠償別無負責之人，或雖有之而因其人逃匿無蹤，或毫無實力，不能達賠償之目的。是

第三 公務員之免責

我民法第一八六條第二項規定：「前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」（德民第八三九條第三項）是為公務員免責之規定。公務員負責規定之

設，固在保護第三人之權利，然因加害行為與公之職務有關，依法恆予被害人以種種之救濟，如被害人因故意或過失而不講求救濟之法，則將因此沒卻一切救濟制度之效能，此我民法所以特設公務員免責之規定也。所謂不講求救濟之法，例如對於法院裁判而不依法聲明不服，對於行政處分而不提起訴願或行政訴訟是。

第二目 法定代理人之責任

第一 概說

依我民法規定，未滿七歲之未成年人及禁治產人爲無行為能力人，滿七歲以上之未成年人爲限制行為能力人（民法第十三條第十五條），未滿七歲之未成年人及滿七歲以上之未成年人以其父母或監護人爲法定代理人（民法第一〇八六條第一〇九八條），禁治產人以監護人爲法定代理人（民法第一一一三條）。法定代理人對於無行為能力人或限制行為能力人，原有監督其行為之義務，如因怠於其監督，致無能力人或限制能力人不法侵害他人之權利，應由法定代理人負責，蓋屬當然，我民法之明定由法定代理人單獨或連帶負擔賠償責任者，正所以促其對於無能力人或限制能力人之監督爲深切之注意也。

第二 法定代理人之責任

依我民法第一八七條第一項規定：「無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人之權利者，以行為時有識別能力爲限，與其法定代理人連帶負擔損害賠償責任。行為時無識別能力者，由其法定代理人負擔損害賠償責

任。】（日民第七一四條俄民第四〇五條暹民第一八八條）依此規定，法定代理人之賠償責任，因無能力人或限制能力人之有無識別能力而不同。茲述如左。

一 無能力人或限制能力人有識別能力時

於此場合，我民法明定其由法定代理人與無能力人或限制能力人連帶負損害賠償之責。夫自理論以言，無能力人或限制能力人於行為時既有識別能力，自應依一般侵權行為之規定，由其單獨負損害賠償之責，而無使其法定代理人連帶負責之必要。雖然，無能力人或限制能力人之為加害行為，不但往往係因法定代理人之監督疏懈所致，且被害人之辨別行為人有無識別能力極為困難，因不明瞭應向何人請求賠償致受損失，亦非無之。故我民法特從暹羅民法之立法例，使其法定代理人連帶負損害賠償責任，俾被害人對於法定代理人及行為人得任意行使其請求權。（註一）

二 無能力人或限制能力人無識別能力時

於此場合，我民法明定其由法定代理人負損害賠償之責。無行為能力人或限制行為能力人，於行為時既無識別能力，即不應負損害賠償之責，是為當然。然無能力人或限制能力人之為加害行為，通常由其法定代理人監督疏懈所致，且如不予被害人以救濟之途，亦與損害賠償之本旨不合，故我民法特從蘇俄民法之立法例，使其法定代理人負損害賠償責任，以保護被害人之利益。（註二）

(註一) 於此有一問題，即法定代理人履行賠償義務後，能否向無能力人或限制能力人，依連帶債務之規定，請求返還。有謂我國法律第一八七條雖未如第一八八條第三項明定法定代理人有求償權，即不應為肯定之解釋。依余所信，仍以依連帶債務之法理，解為有求償權為適當。(民法第二八〇條第二八一條)

(註二) 於此有應注意者，法定代理人之負損害賠償責任，固祇須無行為能力人或限制行為能力人具備侵權行為之客觀要件為已足。然如法定代理人而有故意或過失，則成立間接侵權行為，應依第一八四條之規定負其責任，而無適用第一八七條之餘地。(末弘氏前說一〇七六頁，鳩山氏前揭九〇六頁，中村氏前揭七四三頁)

第三 法定代理人之免責

我民法第一八七條第二項規定：「前項情形，法定代理人如其監督並未疏懈，或縱加以相當之監督而仍不免發生損害者，不負賠償責任。」(德民第八三二條第一項但書，日民第七一四條第一項但書，暹民第一八八條)是為法定代理人免責之規定。依此規定，則法定代理人如有下列情事之一，即可免責。(一) 就其監督並未疏懈。我民法之所以令法定代理人任責，原在促其對於無能力人或限制能力人之行為為深切之監督，如事前就其監督並未疏懈，其不應負責。蓋屬當然。(二) 縱令加以相當之監督，仍不免發生損害。於此場合，法定代理人亦不負責，蓋足徵其監督義務之履行與結果之發生並無因果關係故也。(註三) 至所謂相當之注意，通說謂其與善良管理人之注意同一意義，余亦謂然。

(註三)關於此點，我民法係從德國民法之立法例。日本民法無明文規定，爰有正相反對之二說。主肯定說者，為末弘大藏氏（末弘氏前編一〇七七頁）。主否定說者，為鳩山秀夫氏及中村萬吉氏（鳩山氏前編九〇七頁，中村氏前編七四四頁）。法定代理人之責任，既得供監督並未疏懈及已為相當之監督而免責，是其責任適位於過失責任及結果責任之間，故學者以中性責任稱之。

第四 無能力人或限制能力人之結果責任

依上所述，如無能力人或限制能力人行為時無識別能力，而法定代理人又已證明其於監督並未疏懈，或已為相當之監督而仍不免發生損害，則被害人自無請求賠償之餘地，但如絕對貫徹此旨，殊於社會政策有所未合，故我民法特從瑞士及蘇俄之立法例，於第一八七條第三項規定：「如不能依前二項規定受損害賠償時，法院因被害人之聲請，得斟酌行為人與被害人之經濟狀況，令行為人為全部或一部之損害賠償。」瑞債第五四條第一項俄民第四〇六條）至雙方之經濟，必至何種狀況始令行為人為全部或一部之損害賠償，應依具體情事公平以為決定，是不待言。（註四）此又不獨無能力人或限制能力人為然，我民法第一八七條第四項且明定：「前項情形，於其他之人在無意識或精神錯亂中所為之行為致第三人受損害時，準用之。」蓋亦所以使精神障礙人就其損害結果而負責任也。（註五）

（註四）舉例以言，如行為人之經濟狀況甚為優渥，被害人之經濟狀況異常窮困，非受賠償，即足以影響其日常生活時，則法院得判令行為人為全部或大部分之賠償。反是，則可令其賠償僅少之一部，或逕免其賠償責任，於法亦無不合。

(註五)凡人在無意識或精神錯亂中所爲之行爲，致第三人受損害者，因其無意思能力，自不負損害賠償之責。如
有準用第一八七條第三項酌經濟狀況令其爲全部或一部賠償之必要。反是，如行爲人雖以利用無意識或精神錯亂而爲加害行爲之
意思，或僅見有至爲加害行爲之虞而飲過量之酒，或爲其他類似行爲致一時在無意識或精神錯亂中者，則可認爲因故遺或過失而爲加
害行爲，應依第一八四條負損害賠償之責，自無適用第一七條第四項之餘地。關於此點，外國法律多設明文規定，我民法無之，余以爲解釋
上應屬相同。(德民第八二七條後段、瑞債第五四條第二項、日民第七一三條但書)

第三目 僱用人之責任

第一 概說

受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，自理論以言，被害人祇能對於受僱人請求損害賠償，但在我民法則
影響及於僱用人，使其與受僱人連帶負損害賠償之責。立法理由，不外下述之三點：(一)受僱人之資力，通常
不如僱用人，如被害人祇能對於受僱人請求賠償，則將有名無實，此其一。(二)僱用人既因一己之需要僱用
他人代服勞務，對於僱用人所爲之侵權行爲自應負其責任，此其二。(三)受僱人原係依僱用人之選任監督
而服勞務，使其連帶負損害賠償責任，正所以促其對於受僱人之選任監督爲深切之注意，此其三。

第二 僱用人之責任

我民法第一八八條第一項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行爲人連帶負損

害賠償責任。」（德民第八三一條第一項、日民第七一五條第一項、瑞債第五五條第一項、暹民第一八九條）依此規定，有應說明者二，茲述如左。

一 行爲人爲僱用人之受僱人

關於此點，各國法律，頗不一致。（註一）其在解釋我國民法者，亦意見紛歧，尙無定論。（註二）余則以爲我民法第一七八條之所謂受僱人，自係指依僱傭契約而服勞務之人，享此服勞務之利益而給付報酬之人，則謂之僱用人。蓋依我民法上之用語，通常係稱基於僱傭契約而服勞務之人爲受僱人，基於僱傭契約而給付報酬之人爲僱用人（民法第四八三條以下），則第一八八條之所謂受僱人及僱用人，自屬不能爲相異之解釋。不過就立法論言之，第一八八條之規定僅限於受僱人及僱用人始有其適用，是否妥當，不無疑問耳。

（註一）瑞士債務法定爲主人之被用人或勞動人（瑞債第五五條第一項前段），德國民法定爲因某事業所使用之人（德民第八三一條第一項前段），日本民法與暹羅民法同（日民第七一五條第一項前段），法國民法定爲使用人之被用人（法民第一三八四條第三項），暹羅民法與法國民法同（暹民第一八九條）。

（註二）我國學者解釋第一八八條之所謂受僱人僱用人，多從廣義。如陳著謂：「所謂受僱人僱用人，不能狹義解釋，祇以僱傭契約之當事人爲限（參照四八二條四八五條四八七條）。應解爲係被使用人使用人之說。」（陳氏前揭一一九頁）又如戴著謂：「由文理解釋言之，係指僱傭契約之受僱人而言（四八二條參照），然適用範圍，不爲過狹，自應擴張解釋，凡使辦理事件而服勞務者，概不問其服勞務

係因何種契約，亦不同其有償無償，或主不同其契約關係是否成立，均應爲茲所謂受僱人。」（陳氏前揭一八九頁）陳繼儒氏之說，均有憲法文之據，殊難贊同。兩氏既從擴張解釋，於是不能不就第一八八條第一項但書推論，謂如被用人係屬於獨立之地位，並無指揮監督之關係，則不能包含（陳氏前揭一二〇頁，陳氏前揭一九〇頁）。余則以爲如受任人等之使用人非因其非純然立於監督關係之下，故委任人不負責任，乃因其非我民法之所謂僱用人，故委任人不負責任。

二 因執行職務不法侵害他人之權利

甲 因執行職務

此之所謂執行職務，指執行職務之本身而言。如不法侵害他人之權利，非因執行職務而生，縱係在執行職務之時爲之，亦不得以執行職務目之。例如受僱人利用執行職務之機會竊取他人之財物是。（註三）

乙 執行職務之範圍

執行職務之範圍如何，其說不一，要而言之，可分三說。（一）以僱用人之意思爲標準說。主此說者謂，執行職務之範圍，應依僱用人所命其辦理之事件決之。（二）以執行職務之外表爲標準說。主此說者謂，執行職務之範圍，固應依僱用人所命其辦理之事件決之，然如外表上係以執行職務之形式爲之者，亦屬於執行職務之範圍。（三）以受僱人之意思爲標準說。主此說者謂，執行職務之範圍，原則上固應依僱用人所命其辦理之事件決之，然如受僱人係爲僱用人之利益而爲之行爲，亦應屬於執行職務之範圍（同說未

馮氏前揭一〇八二頁以下。第一說失之過狹，不足以保護被害人之利益，固不足取。即在第二說，亦未見其當。蓋有時形式上雖屬於執行職務之範圍，如受僱人純爲自己之利益爲之，亦使僱用人負責，未免過苛。故依余所信，應以第三說爲當。（註四）

丙 不法侵害他人之權利

我民法祇云不法侵害他人之權利，至受僱人之應否具備故意或過失之要件，在解釋日本民法及德國民法者，向有肯定及否定之二說。（註五）但在解釋我民法者，則多取肯定說，依余所信，亦以肯定說爲是。至此之所謂他人，解釋上自係指僱用人及受僱以外之人而言。故雖與受僱人同服勞役之其他受僱人亦是。

（註三）法者對於此點，曾有下列之舉例：「例如僱用工匠修理房屋，正在修理之際，工匠故意投磚擊傷行人，不得謂因執行職務之行爲。然如工匠因過失致磚自屋頂落下，擊傷行人，則爲因執行職務之行爲。」（馮氏前揭五〇頁）如依此例，是將以故意過失區別其是否職務行爲矣。

（註四）陳者採第二說，略謂：「所謂因執行職務，（中略）但亦不能狹義解釋，祇以職務行爲爲限，凡與使用事項有關係之行爲，均可包含。故屬於事項之行爲，固不待言，即其附屬之行爲，補助之行爲，並其他相關連之行爲均可。祇須於外形上足認爲與其使用事項有關連之行爲，至是否係爲使用人之利益，並合於使用人之意思，均所不同。」（陳氏前揭一二〇頁）

（註五）主張否定說者謂：法條對於僱用人，既認認爲須有過失，其使僱行爲已具有主觀要件，自無須對於受僱人再認其須有過失。

（德道文藝氏京都法學論叢一二卷六號論文長島毅氏法學新報二七卷一一號論文）主張肯定說者謂：法律對於僱用人所課過失，非僅著權利之過失，乃選任監督之過失，尙難謂爲侵權行爲已具有主觀要件，且自己對於無過失之行爲原不負責，若斷使對於受僱人之無過失行爲負其責任，較諸自己執行，損失均衝（末弘氏前掲一〇八六頁，鳩山氏前掲九一五頁）。

第三 僱用人之免責

依我民法第一八八條第一項但書規定：「但選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」（德民第八三一條第一項但書，日民第七一五條第一項但書，瑞債第五五條第一項但書）是爲僱用人免責之規定。（註六）依此規定，則僱用人如有下列情事之一，即可免責。（一）選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意。我民法之所以令僱用人負責，原在促其對於受僱人之行爲爲深切之注意。如就其選任及監督已爲相當之注意，其不應負責任，蓋屬當然。但應注意者，選任及監督，係二者並重。祇注意選任而不注意監督，或祇注意監督而不注意選任，均難免於賠償之責。（二）縱令加以相當之注意，仍不免發生損害。於此場合，僱用人亦不負責。蓋足徵其注意義務之履行與結果之發生並無因果關係故也。何謂相當之注意，已於前述，茲不贅。

（註六）我民法關於僱用人之責任，蓋仍採中性責任主義。有謂自立法論言之，僱用人對於受僱人僱傭事務，僅負責任，宜採無過失責任主義者。其說略謂：「蓋無產階級或小資產階級，因缺乏經濟能力，不能使用他人，無由藉以免責，故應令僱用人負無過失責任。」

監督無過失，即可免責，兩相比較，未免不平。且僱用人無如過失，即不負責，而受僱人多無實力，其負責又難。故應採無過失責任主義。（歐氏前揭一八八頁）其說可供參考。

第四 僱用人之結果責任

依上所述，僱用人如能證明其選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害，固不負損害賠償之責，然僱用人之實力通常優於受僱人，故我民法特由社會政策立場，於第一八八條第二項規定：「如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。」此種規定，以適用於經營危險事業，而生特殊利益之僱用人為較多。（註七）

（註七）吳曉峯氏擬僱用人係受僱人之誤，略謂：「此項規定，乃德日民法及瑞士債務法之所無，然法文之用語，疑有舛誤。蓋（一）依前項但書之規定，既許僱用人免責，決無再依本項回復其責任之根據。（二）依僱用人引責之本旨，及同條第三項認其有求償權之法意，足見債權行為上之責任人，仍以行為人為主，於此情形，殊無放棄行為人而反令僱用人獨自負責之理由。余故曰，所謂僱用人當係受僱人之誤。蓋以本項規定與第一八七條第二項實基於同一之理由而設，即因引責人有免責之事由，故不可不使行為人負其責也。」（吳氏前揭一四五頁）此說殊難贊同，蓋僱用人有免責之事由時，自應由受僱人單獨負責，殊無待設本條第二項之必要故也。

第五 僱用人之求償權

本論 第二章 債之發生

依我民法第一八八條第三項規定：「僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人有求償權。」（瑞債第五條第二項，暹民第一九〇條）我民法之所以設此規定者，蓋因第一八八條之侵權行為，原則上應以行為人為責任人，雖基於特殊之理由，而使僱用人與受僱人負連帶賠償之責，然於對內關係則無分擔部分之可言，故僱用人賠償損害時，對於受僱人就其賠償之全部而有求償權。反之，受僱人賠償損害時，則無對於僱用人求償之餘地。苟非如此解釋，則僱用人對外既負連帶責任，而對內又依連帶債務辦理，是不啻獎勵受僱人之為侵權行為矣。

第四目 定作人之責任

第一 概說

關於定作人之責任，大陸各國，除日本外（日民第七一六條），無設明文規定者。日本倣自英美（岡松參太郎註釋民法理由下卷四八六頁），我則倣自日本。各國之所以不設明文規定者，蓋在我民法第一八九條所定之事由，應由承攬人負責，是為當然，固無特設明文規定之必要；即在同條但書所定之事由，不啻定作人以承攬人為機械而利用之，華諸間接侵權行為之旨，自應由定作人負責，亦無特設明文規定之必要故也。我民法關於八九條，祇可解為一種注意的規定歟？

第二 定作人之免責

我民法第一八九條規定：「承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任。」依此規定，定作人對於承攬人之侵權行為，原則上不負何種責任。良以依照承攬契約之本旨，承攬人之執行承攬事項，係以獨立之意思為之，無須定作人之指揮及監督，故其侵權行為應由承攬人自行負責，而與定作人無關，本條之設，蓋所以期醒豁也。（註一）

（註一）雖然，余以為日本民法之所以於第七一六條規定定作人之責任者，因日民第七一五條係泛言「因其事業而使用他人」，承攬人之因一定事項而為定作人所使用，就定作人言之，於其因某事業而使用他人之點，則無二致，故日民有於第七一六條特設規定之必要。我則於第一八八條既明限於僱用人與受僱人，則縱對於定作人之責任不設規定，亦不至發生誤解。

第三 定作人之責任

定作人對於承攬人之侵權行為，不負責任，固矣，然如定作人對於定作（即選任之意）或指示而有過失，則當別論，故我民法第一八九條但書明定，仍應由定作人負損害賠償之責。依此規定，有應注意者：（一）承攬人之執行承攬事項，須係依其定作或指示為之，否則他人因承攬人執行承攬事項所受之損害，與定作人之定作或指示並無因果關係，定作人自不負損害賠償之責。（二）本條但書之適用，以定作人對於定作或指示有過失為已足，無須承攬人執行承攬事項亦有故意或過失，如承攬人亦有故意或過失，則成為共同侵權行為，而無適用本條但書之餘地。（註二）

（註二）關於此點，吳騰峯氏與本書之見解不同，吳著謂：「但有應注意者數端：（一）定作人之責任，以於定作或指示有過失為要件。（二）既定作人之過失為要件，則其責任之原因，總繫於自己之行爲，故不以承攬人之故意或過失為要件。（三）承攬人無故意或過失時，僅就定作人成立間接侵權行爲。反之，承攬人亦有故意或過失，具備侵權行爲之要件時，則應由承攬人與定作人負共同侵權行爲之責任。」（吳氏前揭一四七頁）依吳氏之說，則是於間接侵權行爲及共同侵權行爲而外，尚有一應由定作人負責任之直接侵權行爲。余則以爲本條但書即間接侵權行爲之注意的規定，並非獨立之一種侵權行爲。

第三項 由於行爲以外之事實之侵權行爲

第一目 動物占有人之責任

第一 概說

動物富有加害於人之危險性，而占有人又居於適當管束動物之地位，故我民法明定動物占有人之責任，以促其對於動物之管束爲深切之注意。但在我民法所謂占有人，原有直接占有人及幫助占有人及間接占有人及幫助占有人之別（民法第九四〇條至第九四二條），此則係指直接占有人及幫助占有人而言，間接占有人，對於動物既非直接實施管領，自屬無從注意管束，如亦認爲此之所謂占有人，而使其負責，則與立法本旨不符。（註一）

（註一）解釋我民法第一八九條之占有人，其說不一。陳克生氏謂包含直接占有人間接占有人及幫助占有人（陳氏前揭二二四頁）。

戴君亮氏謂專指直接占有人（戴氏前揭一九九頁），洪賦林氏則與本書取同一之見解（洪氏前揭五二二頁）。陳氏之說固屬贊同，戴氏

之說亦未見其當。夫在舊日民法於占有人外，皆明定代占有人保管動物之人亦應負責（德民第八三四條、日民第七一八條第二項），則占有人自不妨特狹義，謂係專指直接占有人。我民法既無代占有人保管動物之人亦應負責之規定，則解釋上自不能不包合幫助占有人在內。至幫助占有人之管領動物，與占有人之手足無異，其行為應由占有人負責，則屬另一問題。

第二 占有人之任責

我民法第一九〇條第一項規定：「動物加損害於人者，由其占有人負損害賠償責任。」（德民第八三三條、日民第七一八條第一項、瑞債第五六條第一項）依此規定，有應說明者二，茲分述如左。

一 加損害於人者為其所占有之動物

此之所謂動物，不問家畜非家畜，凡為其所占有者，皆屬之。關於此點，外國法律有就家畜非家畜而為差別之規定者，我民法則否，自不能為同一之解釋。（註二）惟在此之所謂動物，與動物學上之涵義不盡相同，例如某種之黴菌，在動物學上固不失為動物，然在民法學上則否。蓋黴菌棲於人體，不能謂之占有，與民法占有之條件不合故也。

（註二）關於黴菌，我民法第一九〇條第一項，與日本民法第七一八條同。德國民法第八三三條初係規定占有人對於一切動物之加害，均應絕對負責，嗣於一九〇八年之改正法律，則就家畜與非家畜分別規定之。英美法與德國民法同（鳩山氏前揭九三一頁）。

二 依其所占有之動物加損害於人

此之所謂加損害於人，指依動物之獨立動作加損害於人而言。例如不羈之馬不服馬夫駕御以致撞傷行人。是非動物獨立之動作，或以其為機械而利用之，則應依第一八四條負其責任，自與本條無關。雖然，動物之加損害於人，以由動物獨立之動作為已足，其為直接間接，在所不問。由動物獨立之動作間接加害於人，例如因馬之狂奔，致所駕之車與馬分離，而傷及他人是。

第三 占有人之免責

依我民法第一九〇條第一項但書，占有人如依動物之種類及性質已為相當注意之管束，或縱為相當注意之管束而仍不免發生損害者，不負賠償責任。是為占有人免責之規定（德民第八三三條第二項但書日民第七一八條第一項但書）。依此規定，則占有人如有下列情事之一，即可免責。即（一）依動物之種類及性質，已為相當之管束；（二）縱為相當之管束而仍不免發生損害是。此與第一八八條第二項及第一八九條第一項但書規定之旨趣同，其詳已於前述，茲不贅。（註三）

（註三）我民法一九〇條第一項但書，與日民第七一八條第一項但書同，以其規定為免責之要件。賠償第五六條第一項，則將注意之欠缺定為占有人任責之要件。故在解釋上占有人欠缺注意之事實，應由請求賠償之原告負舉證之責。反之，依我民法及日民法，則應由主張免責之被告負舉證之責。

第四 占有人之求償權

此爲我民法第一九〇條第二項所明定，即：「動物係由第三人或其他動物之挑動，致加損害於他人者，其占有者對於該第三人，或其他動物之占有者，人有求償權。」（瑞債第五六條第二項）依此規定，可知占有者對於被害人並不因動物係被挑動而免其責任，不過對於該第三人或其他動物之占有者，取得其求償權。該第三人或其他動物之占有者，所以負此求償之義務者，蓋又因動物之加損害於人，係由其一已或占有之動物所挑動，自有其應負責之根據也。至求償之範圍，自應以賠償之範圍爲限。如無賠償損害之事實，即無求償權之可言。

第二目 工作物所有人之責任

第一 概說

土地上之工作物，往往因設置或保管有欠缺，最易損害他人之權利，故我民法明定所有人之責任，以促其對於工作物之設置保管爲深切之注意。此即所謂危殆責任（Gefährdungshaftung）是也。（註一）惟此項責任，究應由所有人負之，抑應由占有者負之，各國法律，不盡相同。有採所有人主義者，如法國民法及瑞士債務法是（法民第一三六條瑞債第五八條）。有採占有者主義者，如德國民法是（德民第八三六條）。有採折衷主義，即原則上由占有者負其責任，但占有者因無過失而免責時，則由所有人負其責任者，如日本民法是（日民第七一七條）。我民法則採所有人主義，良以工作物之設置保管勿使欠缺，乃所有人應有之義務故也。

（註一）所有人或占有者之責任如何，學說尙未一致，余以爲係一種危殆責任。關於此點，嚴君濤氏則無採賠償責任之說，其說略謂：「因

土地上工作物加害所生損害者，由其所有人負賠償責任者，其理由有二：(一) 所有人概享有其利益，自應負擔其損失。(下略) (二) 德氏前編二〇一頁) 如依此說，則吾人對於一切事物，苟已享有其利益，均應負擔其損失，奚必限於土地上之工作物乎？日本國債法大原與氏說，則設(一)國債法損害賠償責任論七六八頁)。

第二 所有人之任責

我民法第一九一條第一項規定：「土地上之建築物或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利者，由工作物之所有人負賠償責任。」(德民第八三六條第一項日民第七一七條瑞債第五八條第一項) 依此規定，有應說明者三，茲分述如左。

一 土地之上之建築物或其他工作物

所謂土地之上之工作物(Hanwork)，指因加人工所作成，而與土地有直接關係之物而言，建築物，乃其著者，故我民法舉建築物以為例示。此外如牆壁，樑梁，堤防，水閘，碼頭，埠口，溝渠，水井，電柱，電線，鑛坑，鐵道，牌坊，墓碑，銅像，地窖，水管，氣管，以及安設於地上之遊戲器具等皆屬之。其獨立成爲一物與否，在所不問。至工場內安設之機械器蓋等，應否稱爲土地之上之工作物，學說上頗有爭論，通說以安設於地上者爲限，認爲土地之上之工作物。余亦爾然。(註二)

(註二) 關於此點，日本大審院判決否認(大正元年十二月六日大審院判決)，但在一般學者則與本書之見解相同(末弘氏前

據一〇九二頁鳩山氏前稿九二六頁中村氏前稿七五八頁。又日本民法第七一七條第二項規定：「竹木之栽植或支持有瑕疵時，準用關於工作物之規定。」竹木雖非工作物，然有損害於人之可能，我民法未設準用明文，不無遺憾。

二 工作物之設置保管有欠缺

關於此點，各國法律不同。法民爲房屋之倒塌（法民第一三三六條），德民爲工作物之倒塌或一部剝落（德民第八三六條），瑞債爲不完全之設計或工事，或有瑕疵之支持（瑞債第五八條），日民爲工作物之設置或保管有瑕疵（日民第七一七條），我民法之規定則與日本民法同。設置有欠缺，指設置之初，其設置方法有缺點而言。保管有欠缺，則指設置以後，其保存方法有缺點言。設置或保管之有無欠缺，應就客觀事實以爲決定，所有人之有無故意或過失，在所不問。

三 因設置或保管有欠缺致損害他人之權利

所謂因設置或保管有欠缺致損害他人之權利，即指他人權利之受損害與設置或保管之欠缺有因果關係而言。此項因果關係，亦如前述，以有相當因果關係爲已足，其爲直接間接，則非所問。又雖有自然之事實（如風雨等），第三人之行爲，或被害人之行爲，介入其間，亦無礙於因果關係之成立。不過於自然事實介入時，如縱無欠缺而仍不免發生損害，則無因果關係之可言；又第三人如有故意，或過失時，則應爲共同侵權行爲人（民法第一八八五條）；被害人亦與有過失時，則生過失相抵之問題耳（民法第二一七條）。

第三 所有人之免責

工作物所有人，於具備上述要件時，固應負損害賠償之責，但於防止損害之發生，已盡相當之注意者，則不負責任，此爲我民法第一九一條第一項但書所明定（德民第八三六條第一項但書，日民第七一七條第一項但書）。工作物所有人既得因已爲相當之注意而免責，由此可知我民法固非如瑞士債務法純採無過失責任主義也。（註三）相當之注意，即善良管理人之注意，其詳已如前述，茲不贅。

（註三）歐君亮氏主張應採無過失責任主義，其理由謂：「查原動力發明以來，大規模企業，日益勃興，工作物之危險，較前增多，羣衆之受害，亦較前增廣。且工作物之所有人，多屬資產階級，即使賠償，無關痛痒。而工商企業，其損害負擔，原在營業費預計之中，早經酌定實價，取銷羣衆，尤應賠償。若使所有人得以無過失而免責任，必至資產階級易享樂利，而無產階級無辜受損。故宜不問所有人有無過失，均使賠償，俾受害者易受填補。」（歐氏前稿二頁）其說可供參考。

第四 所有人之求償權

我民法第一九一條第二項規定：「前項損害之發生，如別有應負責任之人時，賠償損害之所有人，對於該應負責者有求償權。」（日民第七一七條第三項，瑞債第五八條第二項）所謂別有應負責任之人，例如工作物設置或保管之欠缺，係應歸責於承攬人，或前所有人，或工作物之占有人是。此等之人既應負責，故所有人對之有求償權。

第五款 侵權行為之效力

第一項 概說

第一 損害賠償債權之發生

侵權行為之效力，在於發生損害賠償債權，此就我民法不問其為一般侵權行為或特殊侵權行為皆明定其應負損害賠償責任，不難知之者也。職此之故，故我民法以其為債之發生原因之一種，即徵諸實際，債之發生原因，除契約而外，亦以侵權行為最為普通焉。侵權行為之效力，既在發生損害賠償債權，故除侵權行為另有規定外，關於損害賠償之債之規定（民法第二一三條至第二一八條），對於侵權行為上之債權亦有其適用，自不待言。

第二 損害賠償請求權與不作為請求權

我民法祇規定權利被侵害者，發生損害賠償請求權，除損害賠償請求權而外，是否尚有不作為請求權，法無明文，頗屬疑問。換言之，即權利之被侵害，尚有返覆或繼續之虞時，能否請求除去或防止？又在未為侵權行為前，僅有權利被侵害之虞時，能否請求豫防？是也。關於此點，學說紛歧，尙未一致。主肯定說者謂：無論何種權利，皆有不侵性，故除損害賠償請求權外，皆有不作為請求權。主消極說者謂：法律對於侵權行為，既惟認其有損害賠償請求權，自不能謂於此之外尙有所謂不作為請求權。主折衷說者謂：惟絕對權，除損害賠償請求權外，尙有不作

爲請求權，相對權則否。依余所信，就我民法解釋，應以折衷說爲是。蓋我民法對於權利之被侵害得請求除去，或於有被侵害之虞時得請求豫防，既惟限於人格權及所有權有之（民法第十八條第十九條第七六七條第七九三條第七九五條），而人格權及所有權又均爲絕對權，則種類推適用，自惟絕對權始有不作爲請求權，相對權則否。（註）

（註）蘇若亮氏深肯定說，其說略謂：「據我民法言之，對於侵害權利，則僅有事後救濟之損害賠償，尚無事前豫防之一般規定，但吾人因法律所保護之權利或利益，必使得實行，且不可侵害，倘有因侵權行爲將受侵害之虞者，即得請求豫防，並認請求爲侵權行爲（不作爲之侵），故有侵權行爲上之損害賠償請求權時，亦必有侵權豫防請求權，此乃當然之一般原則，毋庸起法律之明定。」（歐氏前稿二一十頁）

第二項 損害賠償之當事人

第一 損害賠償之債務人

「損害賠償之債務人，依情形而不同。即在一般侵權行爲，爲行爲人之本人。反之，在特殊侵權行爲，或爲行爲人，或爲行爲人以外之人，則視法條之規定而異。其詳已於各該款述之，茲不贅。」

第二 損害賠償之債權人

一 被害人

損害賠償之債權人，通常為被害人，即因權利被侵害而直接受損害之人。其理甚明，無待深論。

二 被害人以外之人

甲 為被害人支出殯葬費之人

依我民法第一九二條第一項規定：「不法侵害他人致死者，對於支出殯葬費之人，亦應負損害賠償責任。」（德民第八四四條第一項、瑞債第四五條第一項、暹民第二〇二條第二款、俄民第四〇九條後段）是為損害賠償債權人為被害人之例外。所謂致死，指因侵權行為使被害人發生死亡之結果而言，其出於故意或過失，以及是否由殺人而生，在所不問。（註一）支出殯葬費之人，通常為死者之親屬，亦有為死者之親屬以外之人者，該支出人對於死者有無支出殯葬費用之義務，可以不問。惟純因公益關係支出殯葬費時（例如慈善團體），則無認許賠償之必要，解釋上自不包含在內。至損害賠償額，固應以實際之支出額為準，但如數額過高，法院得依情形酌量減少，自不待言。

（註一）致死一語，在刑法上係指傷害致死及過失致死而言。故意斷絕他人之生命者，則謂之殺。此之所謂致死，乃因侵權行為使被害
人發生死亡之結果者皆是。關於此點，德民及瑞債均用「致死」字樣，獨暹民用「因侵權行為致被害人死亡時」以暹民之用語較為妥洽。

乙 被害人負有法定扶養義務之第三人

依我民法第一九二條第二項規定：「被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。」（德民第八四四條第二項、瑞債第四五條第三項、俄民第四〇九條前段）本項之適用，亦以因侵權行為使被害人發生死亡結果為前提，此在解釋上蓋屬當然。惟此之所謂扶養義務，專指法定扶養義務而言（民法第一一四條），約定扶養義務則否。關於此點，係從德國民法之立法例（瑞債俄民則不分法定約定），蓋所以輕減加害人之負擔也。至關於扶養義務之要件程度及其方法如何，我民法別無明文規定，余以為解釋上自應依親屬編之規定解決之（民法第一一七條至第一二二條）。

（註二）

（註二）關於扶養之方法，戴君亮氏謂：「德民規定加害人應就被害人於可以推知之生存期內所應給與扶養費限度內，向第三人支付定期金，賠償損害。並準用終身定期金之規定（德民第八四四條第二項）。我國第一次民軍第九六八條第二項及第九七〇條第二項之特字規定，更足參證。故僅可就被害人可以推知之生存期限，酌定賠償總額而已。」（戴氏前揭二二〇頁）余則以為應依民法第一一〇條之規定，由當事人協議定之，如當事人不能協議，或協議不諧，則請求法院判定。法院就被害人可以推知之生存期，酌定賠償總額時，則應依法定利率，扣除期前之利息，以昭平允，又不待言。

丙 被害人之父母子女及配偶

依我民法第一九四條規定：「不法侵害他人致死者，被害人之父母子女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」（瑞債第四七條日民第七一一條）本條之設，蓋所以慰藉被害人之父母子女及配偶因被害人死亡所受精神上之苦痛也（解釋上自無礙於第一九二條之適用）。惟有此損害賠償請求權者，僅以被害人之父母子女及配偶為限（其範圍較之支出殯葬費之人及法定扶養權利人均狹），故如父母子女及配偶以外之人雖為被害人之遺產繼承人（民法第一一三八條），亦非當然有本條所定之權利。又本條所定之權利，具有獨立的性質，從而被害人之父母子女及配偶於有本條所定權利之外，自屬得為被害人之損害賠償請求權之繼承（民法第一九五條第二項）。至賠償金額之是否相當，余以為不外由法院斟酌被害人之父母子女及配偶等所受苦痛之程度，及加害人之經濟狀況決之。（註三）

（註三）前大理院八年私字第七七號判決：「慰藉費固為廣義賠償之性質，究與賠償物質有形之損害不同。賠償物質有形之損害，例如醫藥費殯葬費扶養費皆是。而慰藉費則係以精神上所受無形之苦痛為標準，若僅就被害人或其家屬精神上所受無形之苦痛判斷慰藉費，自應審核各種情形，例如被害人之地位家況，及與該家屬之關係，並加害人或其承繼人之地位家方，始應加以斟酌。」

第三項 損害賠償之範圍及方法

第一 損害賠償之範圍

關於損害賠償之範圍，除應適用後述損害賠償之債之規定外，我民法尙設有次述之特殊規定。

一 於身體健康名譽或自由被侵害時

依我民法第一九五條第一項前段規定：「不法侵害他人之身體健康名譽或自由者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」（德民第八四七條瑞債第四九條日民第七一〇條暹民第二〇一條）本條與第十八條第二項之規定相呼應，蓋所以慰藉被害人因身體健康名譽或自由被侵害時所受精神上之痛苦也。損害賠償，通常以賠償被害人財產上之積極的及消極的損害爲已足（民法第二一六條），此則並非財產上之損害而亦賠償之，此其所以爲損害賠償範圍之特則也。（註一）

（註一）前大理院三年上字第四四八號判決：「身體上之損害，雖不能如財產之可以金錢計算，惟法既許被害人可以請求金錢之賠償，自得由審判衙門斟酌被害人受害情形，定加害人賠償之責任。」又四年私字第四號判決：「因侵權行爲所生精神上之痛苦，按之條理，固可加害人擔負賠償責任，然爲防止流弊起見，必其痛苦達於不易恢復之程度者而後可。」

二 於身體或健康被侵害時

依我民法第一九三條第一項規定：「不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力，或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。」（德民第八四三條第一項瑞債第四六條第一項暹民第一二〇一條）依此規定，是身體或健康之被侵害者，除依據一般通則請求賠償財產上之損害，及依據第一九

五條第一項前段請求賠償非財產上之損害外，因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要者，亦有損害賠償請求權，是為損害賠償範圍之特則。所謂喪失或減少勞動能力，即其工作能力全部或一部之滅失。所謂增加生活上之需要，例如非服相當之補品不能支持其身體或健康是。（註二）

（註二）戴君亮氏以勞動能力認為人格權之一種。戴君略謂：「至於勞動能力，乃自然人在其職業上工作之能力，在小資產階級及無產階級，尤為甚可寶貴之經濟財產，倘有減少情事，影響生計，實非淺鮮，故我民法於健康外，特予明定，以資保護。」（戴氏前編一五一頁）

第二 損害賠償之方法

我民法關於損害賠償之方法，亦設有次述之特則。

一 於身體或健康被侵害時

身體或健康被侵害，致喪失或減少勞動能力，或增加生活上之需要者，得依第一九三條第一項之規定，請求損害賠償，已如前述，而於賠償之方法，我民法則於同條第二項設有特則。即「前項損害賠償，法院得因當事人之聲請，定為支付定期金。但須命加害人提出擔保。」（德民第八四三條第二項）瑞債第四三條第二項）損害賠償金額，原應以一次支付為原則，本條之設，蓋所以圖雙方當事人事實上之便利也。既定為支付定期金，關於支付之時期，除法院另有判定外，解釋上自應準用民法第七三二條之規定（德民第八四三條第二

項即明定其適用第七六〇之規定。至關於提出擔保之方法，法律上並無限制，舉凡物的擔保及人的擔保，均得有效提出，又不待言。

二 於名譽被侵害時

名譽被侵害者，得依我民法第一九五條第一項前段，請求賠償相當之金額，已如前述。關於賠償之方法，我民法則於同條同項後段設有特則。即：「得請求為回復名譽之適當處分」。是也（日民第七二三條）。所謂回復名譽之適當處分，例如由加害人登報道歉是。

三 於物被毀損時

依我民法第一九六條規定：「不法毀損他人之物者，應向被害人賠償其物因毀損所減少之價額。」依據通則，損害賠償以回復原狀為必要，此則逕許其以金錢賠償，是為賠償方法之特則。所謂毀損，不以有形的毀損為必要，即無形的毀損，例如因事實上或感情上使其物不能供本來之使用因而減少其價額者亦屬之。所謂賠償其物因毀損所減少之價額，如屬一部毀損，固以賠償其毀損部分之價額為已足，有難毀損一部而致喪失其物經濟上之價值者，自應賠償其物原有之交易價值，是不待言。

第四項 損害賠償請求權之讓與性

第一 財產上之損害賠償請求權

財產上之損害賠償請求權，得爲讓與或繼承，學說上殆無異論。良以財產權之本身並非不能讓與，故由此所生之損害賠償請求權自無不許其讓與之理由也。

第二 非財產上之損害賠償請求權

非財產上之損害賠償請求權，能否讓與或繼承，學說上頗有爭論。主肯定說者謂：非財產上之損害，所實以爲賠償之具者，金錢是也。金錢非不可讓與之物，故非財產上之損害賠償，自無不可讓與之理由。反之，主張否定說者謂：非財產權既屬於權利人之本身，不得自由讓與，則因此所生之損害賠償請求權，自無許其讓與之理由。兩說均持之有故，言之成理。但我民法第一九五條第二項則明定非財產上損害賠償請求權不得讓與或繼承，其係採取後說，實無可疑，此即我民法第二九四條第一款所定依債權之性質不得讓與之一例。（註一）但所謂不得讓與或繼承，亦非絕對。即「以金額賠償之請求權，已依契約承諾或已起訴者」仍許其爲讓與或繼承（德民第八四七條第一項後段）。蓋於此時，已成爲單純之金錢債權，自不應問其發生原因如何，而許其得爲讓與或繼承。（註二）

（註一）關於此點，陳克生氏謂：「蓋侵害此等人格權所生之非財產上損害賠償，如前所述，乃係慰藉費，是否請求，既應專本於被害人之感情與意思，餘如請求回復名譽之處分，得決於本人之感情與意思者尤多。」（陳氏前揭一三五頁）其說殊難贊同，即非財產上之損害賠償，是否請求，應專本於被害人之感情與意思，乃損害賠償請求權行使與否之問題，與請求權之能否讓與或繼承無關，自不能據此以爲不得讓與。

與或繼承之理由。

(註二) 我民法第一九四條所定之非財產上損害賠償請求權，能否讓與或繼承，我民法無明文規定，有請解釋上自有移轉性者。如吳著謂：「如第一九四條之賠償請求權，雖同基於非財產上之損害而生，然法律未設禁止讓與或繼承之特則，解釋上自有移轉性。」(吳氏前揭一六〇頁)余以為不然，即同一非財產上損害賠償請求權，決無一許讓與，一不許讓與之理，於此場合，自應依類推法則，適用第一九五條第二項之規定。

第五項 特別消滅時效

第一 消滅時效之期間

一 短期

依我民法第一九七條第一項前段規定：「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。」我民法對於損害賠償請求權所以設此短期消滅時效者，蓋恐歲月遷延，證據湮滅，對於損害賠償，難以證明，且請求權人知有侵權行為後，久不行使權利，亦殊無保護之必要。故也。此二年之短期時效，我民法明定其自請求權人（被害人及其法定代理人）知有損害及賠償義務人（加害人及其他應負責之人）時起算。知有損害及賠償義務人，乃起算時效並重之要件，僅知其一，則時效期間，尚非即時進行。所謂知有損害，非以知有損害之事實為已足，且以知其為侵權行為必要，此就短期時效

之精神解之，實應如是。至損害之數額及範圍如何，則解釋上無須知悉，從而縱嗣後損害之數額及範圍發生變更，亦非從新開始時效之進行（同說鳩山氏前揭九四六頁異說三浦信三氏法協三六卷二二二頁）。又所謂知有賠償義務人，非僅漠然的知其爲何人，即義務人之姓名住所亦非知悉不可。蓋非如此，即無從行使其權利也。義務人有數人時，其時效期間應各別進行，一人之消滅時效已完成時，對於其他義務人之效果應依第二七六條第二項之規定解決之。

二 長期

請求權人自知有損害及賠償義務人起二年間，如不行使損害賠償請求權，固應依上述之短期時效而消滅，然如僅知其一，或知悉較晚，或竟始終不知，則此短期時效將屬無從進行，故我民法第一九七條第一項後段規定，自有侵權行爲時起逾十年者，不問請求權人之知有損害及賠償義務人與否，其請求權亦歸消滅焉。

（註一）

（註一）關於消滅時效之期間，各國法律不同。就短期言之，德國民法第八五三條第一項、日本民法第七二四條均定爲三年，瑞士債務法第六〇條第一項定爲一年，暹羅民法第二〇三條第一項則定爲六個月。就長期言之，德國民法第八五二條第一項定爲三十年，日本民法第七二四條定爲二十年，瑞士債務法第六〇條第一項及暹羅民法第二〇三條第一項均定爲十年。

第二 消滅時效完成後之效果

因侵權行為所生之損害賠償請求權，如依上述規定罹於時效而消滅，請求權人固不得再以權利侵害為理由請求損害賠償，然如賠償義務人會因侵權行為受有利益，則生損害賠償請求權與不當得利返還請求權競合之問題。（註二）我民法為解決此問題起見，特於第一九七條第二項規定：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」（德民第八五二條第二項）依據請求權競合之法理，如有一請求權已因達到目的而消滅，其他之請求固應失其存在，然如一請求權係因達到目的以外之原因而消滅，則於其他請求權之存在，仍屬無礙，法律是認請求權競合之實益，即在於此。本項之說，不外一種解釋的規定。

於此尚有一問題，即損害賠償請求權因罹於時效而消滅者，請求權人固不得再為請求，然如被害人因侵權行為而負有債務，應否再為履行，則屬疑問。我民法特於第一九八條明定：「因侵權行為對於被害人取得債權者，被害人對該債權之廢止請求權雖因時效而消滅，仍得拒絕履行。」（德民第八五三條瑞債第六〇條第三項）所謂債權之廢止請求權因時效消滅，應作廣義解釋，即不但消滅時效之完成有其適用，即其他廢止權利因除斥期間而消滅者亦同（民法第七四條第九二條第九四條）。

（註二）於同一當事人，依同一目的，而有二以上之請求權併存時，謂之請求權之競合（Anspruchskonkurrenz）。請求權之是否競合，應視一事實而有二法規認為請求權之成立原因時，此二法規是否立於普通法與特別法之關係決之。如立於普通法與特別法之關係，則

不生統合之問題。如非立於普通法與特別法之關係，則不能因一法規是認請求權之成立，而妨礙他法規之適用，因是發生請求權之統合。
〔未弘氏前掲一一一五頁，福山氏前掲九五〇頁中島氏民法論一一二頁以下〕

第三章 債之標的

第一節 概說

第一 債之標的之意義

何謂債之標的 (Gegenstand, Objekt, Object) 學說紛紜，殊不一致。有謂債無標的者，如 Hartmann 氏 Biermann 氏是。有謂債務人其人爲債之標的者，如 Regelsberger 氏 Ehnecerus 氏 Ortman 氏是。有謂債務人之意思爲債之標的者，如 Strohal 氏 Kuntze 氏是。有謂債務人之財產爲債之標的者，如 Köppen 氏 Silber 氏是。有謂債務人及其財產爲債之標的者，如 Becker 氏 Ehr 氏是。有爲債務人應爲給付之物爲債之標的者，如 Dernburg 氏是。有謂債務人之行爲爲債之標的者，如 Savigny 氏 Windscheid 氏 Baudry-Lacantinerie 氏是。按說爲現在一般之通說，依余所信，亦應以此說爲是。蓋第一說與現行法制顯不相合，即我民法固明定債有標的者也。第二說將債之客體與債之標的混而爲一，亦不足取。第三說似屬甚具實

則意思不能離意思之主體而存在，單以債務人之意思爲債之標的，頗不可通。第四說亦與現行法制顯不相合，即我民法既明定給付，不以有財產價格者爲限，可知債之標的與債務人之財產並無關係。第五說係第二、第四兩說之折衷，自不能與第二、第四兩說免於同一之非難。第六說將標的與標的物混而爲一，亦不可通。故依余所信，應以第六說爲是。既探第六說，則債之標的者，構成債權內容之債務人之行爲也。債務人之行爲，我民法亦稱給付 (Leistung)，如我民法第一九九條第一項規定：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」其明證也。(註一)

(註一) 債之標的，日本民法稱爲目的，德國民法稱爲內容 (Gehalt)，學者解之爲物體，我國民法及德國民法又稱爲給付 (例如德民第二四一條)，用語雖異，其爲債務人之行爲則一。但應注意者，債之標的與給付之標的不同，前者指債務人行爲之本身而言，後者則就債務人行爲之客體言之。就中有爲民法上之物者，有爲權利者，有單爲行爲而無客體者，其情形不一，頗難一概而論。我民法關於標的、標的物、給付、給付物等用語，頗欠統一，應就各本務所定之事項決之，未可拘執。

第二 債之標的之要件

一 債之標的須合法可能及確定

一般通說均謂債之標的須合法，可能及確定，余亦謂然。蓋債之標的如非合法，則法律無保護之理由，如非可能及確定，則債務人無從爲債務之履行故也。關於合法之點，我民法對於一般法律行爲設有明文規定（民

法第七一條第七二條，其詳已於拙著中國民法總論中述之，不問依法律行為或法律行為以外之原因發生之債，均有其適用，自不待言。關於可能之點，我民法總則無明文規定，但於民法債編就給付不能及契約標的之不能，設有明文（民法第二二五條第二二六條第二四六條第二四七條），其詳俟於給付不能中述之，茲不贅。關於確定之點，外國法律有於民法債編特設詳細規定者（德民第三一五條至第三一九條），我民法除就種類之債（民法第二〇〇條），選擇之債（民法第二〇八條）設有規定外，別無明文，茲依據學理，一言及之。茲之所謂確定（Bestimmtheit），指債之標的於債之發生當時業已確定，或可得確定而言。債之標的之不確定，其情形有三，有對於債務人得為請求之行為，其範圍全無限制，而以債權人之自由意思定之者。有對於債權人得為履行之行為，其範圍全無限制，而以債務人之自由意思定之者。有給付之範圍，業已限定，惟其內容尚未具體確定者。在第一種情形，債務人不受受極端之拘束，第二種情形，則又與債務人不受法律上之拘束無異，其債權債務均屬無由成立，故通常所謂債之標的之不確定，乃專指第三種情形而言。其確定之方法，則可分而為三，有依當事人雙方或一方之意思以為確定者，有依第三人之意思以為決定者，亦有依當事人或第三人之意思表示以外之事實以為確定者。其確定之有效無效，應依具體情形以為決定，自不待言。（註二）

（註二）德國民法對此設有明文，可供參考。德民第三一五條第一項：「給付，係依契約訂立人之一方定之，而有疑義時，推定為應依公平」

之見解定之。」同條第三項：「應以公平之見解決定者，惟其決定適於公平時，拘束相對人，不適於公平時，依判決爲之。決定遲延時亦同。」

第三一七條第一項：「以給付之決定委任於第三人，而有疑義時，推定第三人應依公平之意見決定之。」又第三一九條第一項：「第三人

應依公平之見解指定給付者，其指定顯不公平時，當事人不受指定之拘束。於此情形，給付之決定以判決爲之。又第三人不能爲指定，不欲指定，或遲延時亦同。」

二 債之標的無須有財產上之價格

債之標的，是否須有財產上之價格（即能否以金錢計算），自來學者頗有爭論。主肯定說者謂：如債之標的無須有財產上之價格，則當事人間有無創設債權關係之意思不能明瞭，且將使道德上社交上之關係與法律上之關係混而不分，於適用上更不堪其煩，故債之標的必須有財產上之價格。主否定說者駁之曰：債之標的如必須有財產上之價格，則不足以滿足吾人生活上之需要，蓋在社會進步人事複雜之今日，能供吾人生活上之需要者，不僅金錢等有形之利益，即精神上學問上一切無形之利益，亦屬必要，此就近代法律思潮不以財產上之利益爲權利惟一之標的，即可明瞭，且債之標的必須有財產上之價格，殊欠貫徹；至若法律上之關係與道德上社交上之關係，原無絕對之區別，在昔以其爲道德上社交上之關係者，今則因時勢之變遷多與以法律上之效力，是道德關係與法律關係混淆之說，亦不足爲據。依余所信，亦應以否定說爲是。聞嘗考之，學者之所以主肯定說者，乃受羅馬法之影響，緣羅馬法分訴訟爲二，即物上訴訟與對人訴訟，前者爲請求返

還原物之訴，後者爲請求賠償損害之訴，苟債之標的而無財產上之價格，固不能提起物上訴訟，即對人訴訟亦屬無由提起，以故債之標的必須具有財產上之價格。但在今日訴訟觀念爲之一變，即不能以金錢計算之債務亦得強制其履行，或以損害賠償代替其履行，是債之標的必須有財產價格，已失其成立之理由。故我民法第一九九條第二項明定：「給付，不以有財產價格者爲限。」本條之設，蓋所以避免學說上之爭執也。（註三）雖然，此種規定甚爲廣漠，依余所信，債之標的之範圍，大體應依下列三種標準決之：即（一）須當事人間有創設債之關係之意思；（二）須其約束性質上適於爲債之標的；（三）須不背於公共秩序或善良風俗。苟具此上述三種要件，縱無財產上之價格，亦無礙於其爲債之標的焉。

（註三）德國學者解釋德國民法，約分兩派，有謂債之標的須有財產上之價格者，如 *Dornburg*, *Endemann*, *Helwig*, *Ortmann*，*Köhler*, *Schollmeyer*, *Mathias*, *Landsberg*, *Stammeler* 諸氏是。法國民法規定債權於財產取得，故彼國學者如 *Pothier*, *Baudry-Lacanthérie*, *Crome* 諸氏均謂債之標的須有財產上之價格。英國學者 *Anson* 亦謂英國法上債之標的須有財產上之價格。日本舊民法財產取得編第三二三條則明定債之標的須有財產上之價格。但新民法與之相反，即依第三九九條規定：「債權縱不能以金錢計算，亦得以之爲其目的。」我民法從之。

第三 債之標的之分類

一 單純給付與合成給付

單純給付(einfache Leistung)者，由一個行爲而成之給付也。合成給付(zusammengesetzte Leistung)者，由數個行爲而成之給付也。前者，例如交付特定物之給付及不作爲之給付是。後者，例如財產管理人之給付及合夥人之給付是。單純給付，固爲一個之給付，然非無依當事人之意思以多數之標的物爲一個之給付者，例如湘米百石之給付是。又合成給付與結合給付有別，即合成給付係數個行爲成爲一體，結合給付則不爲數個行爲外表相結合，而於內部仍各別獨立，不相關涉，故二者不同。給付之爲單純給付，抑爲合成給付，不外依當事人之意思決之，當事人之意思不明，則應依給付之性質及其他具體情事以爲決定。至區別單純給付合成給付之實益，則於債之成立及其效力見之。

二 可分給付與不可分給付

可分給付(teilbare Leistung)者，不變更其性質而得分割爲數個給付之給付也。不可分給付(unteilbare Leistung)者，非變更其性質不能分割爲數個給付之給付也。前者，例如金錢之給付是。後者，例如牛馬之給付是。給付是否可分，固應依給付之性質決之，但非無性質上爲可分而依當事人之意思爲不可分者，例如爲建築住宅而購買土地，土地雖屬可分，然依當事人之意思，非給付土地之全部不能達契約之目的。至區別可分給付不可分給付之實益，則於債之關係見之，例如可分給付，得爲可分之債之標的（民法第二七一條）。

不可分給付，祇能爲不可分之債之標的（民法第二九三條）是。（註四）

（註四）於此有一問題，即不作爲之給付是否可分是也。一般通說，均謂不作爲之給付爲不可分之給付，但少數說則否（蓋說爲 *Beacht.*, Lehmann, Staudinger, Schollmeyer 諸氏少數說爲 *Windschied* 氏 *Crome* 氏）。依余所信，不作爲之給付，原則上固不可分割，但因時間及處所之關係，並非絕對不可分割，例如甲與乙訂立十年間營業禁止之契約，雖第一年未爲履行而生給付不能，然於其餘之九年尚更有不作爲之債者是。

三 即時給付與繼續給付

即時給付 (*Vorübergehende oder einmalige Leistung*) 者，依一次行爲即完成債之目的之給付也。繼續給付 (*danernde Leistung*) 者，須長時間之繼續始能完成債之目的之給付也。前者，例如金錢及其他物品之給付是。後者，例如出租人之給付及受僱人之給付是。即時給付，非無相當時間之繼續，但多不甚重視，例如承攬人之給付，即其適例。又繼續給付與循環給付有別，即循環給付 (*wiederkehrende Leistung*) 爲回歸的（如終身定期金之給付），繼續給付爲持續的，故二者雖同爲一定時間之繼續，但不相同。至區別即時給付繼續給付之實益，則在債之履行之時期及其方法之不同。

四 積極給付與消極給付

積極給付 (*positive Leistung*) 者，以作爲 (*Thun*) 爲內容之給付也。消極給付 (*negative Leistung*) 者，以

不作爲 (unterlassen) 爲內容之給付也。(註五) 作爲, 可分爲物之交付之作爲與物之交付以外之作爲, 物之交付以外之作爲, 通常稱爲狹義之作爲。不作爲, 又有單純不作爲與容忍 (Dulden) 之別, 前者例如不爲權利之讓與及不爲營業之競爭是, 後者例如承租人容忍出租人爲保存租賃物所必要之行爲是 (民法第四二九條第二項)。雖然, 不作爲能否爲債之標的, 學說上頗有爭論, 有謂作爲乃作爲權利之拋棄, 即係以拋棄作爲爲債之標的, 而非以不作爲爲債之標的者 (主此說者 Gerber, Kagründe S. 38)。此說殊難贊同, 即如以不作爲爲債權之標的, 爲作爲權利之拋棄, 則作爲債權之標的, 直可謂其爲不作爲權利之拋棄, 是作爲亦不能爲債之標的矣, 其說之不可通, 甚爲顯然。我民法第一九九條第三項所以明定「不作爲亦得爲給付」者, 蓋所以避免學說上之爭執也。不作爲固得單獨爲債之標的, 但通常多與作爲相混合, 是爲混合給付, 例如租用他人之車者, 於租賃當時約定不於夜間使用是。至區別積極給付消極給付之實益, 則在實行債權方法之不同, 即在前者以用強制執行之方法爲原則, 後者以用強制執行之方法爲例外。

(註五) 關於不作爲之性質如何, 學說不一, 有謂不作爲爲意思行爲, 如無何種之意思, 或不知有不作爲債務而不爲作爲, 即非不作爲者。如 Windscheid, Unger, Stephan, Lasser 諸氏是。有謂不作爲, 無須有不作爲之意思, 縱令債務人不知有不作爲債務而不爲作爲, 亦不失其爲不作爲者, 如 Thon, Keeschmar, Lehmann, Böhmner 諸氏是。依余所信, 應以前說爲是。即行爲乃本於人類有意識之動作, 其積極動作, 謂之作爲, 消極動作, 謂之不作爲, 如謂不作爲無須有不作爲之意思, 亦能成立, 不啻以不作爲爲非行爲矣。歐克生氏與本

書見解相同。(陳氏前揭一四七頁)

第二節 種類之債

第一款 概說

第一 種類之債之性質

種類之債(Gattungspflicht, Genusschuld, obligation de genre)者，謂以某種類之物爲其給付標的之債也。如云給付米一百石是。反是以特定之物爲其給付標的之債，則爲特定之債(Speciesobligation)。如云給付此馬是。茲說明種類之債之性質如左。

一 給付之標的須以某種類之物指定之。種類者，就同一屬性之物抽象的表示其全體之名詞也。凡屬於某種類之物，必有其共同之屬性，此屬性與種類之範圍適成反比例，換言之，即屬性少者，種類之範圍大，屬性多者，則種類之範圍狹。某種之債，是否種類之債，有謂應依客觀標準從交易上之見解以爲決定者，余則以應依主觀標準以當事人之意思決之。(註一)雖然，種類之觀念，固無一定之標準，然必至可以確定給付標的之程度而後可，否則種類之債即無由發生，例如泛云動物植物是。又所謂種類之債，其給付標的以物爲限。權利或行爲，雖得以種類指示之(例如向媒行約定僱一手藝熟練之廚役是)，但非此之所謂種類之債，祇能於性質所許之範圍內準用關於種類之債之規定。

二 種類之債係以種類中之某物爲其給付之標的。種類之債，固非以特定物爲給付之標的，亦非以屬於某種類一切之物爲其給付之標的，而其給付標的，則在於其種類中之某物（eine Sache）。學者有謂債之標的爲種類，履行之標的爲特定物者，即謂非以種類全體爲給付之標的，而以種類中之某物爲給付之標的也。

（Derenburg, Pandekten § 25 S. 73）。

（註一）凡物，通常可分爲特定物不特定物，蓋昔學說，多依客觀的標準以爲特定物不特定物之區別，即其物性質上能以同種類之物代替之者，爲不特定物，不能以同種類之物代替之者，爲特定物。前者例如土地房屋是，後者例如南京紅紙廠之土地新街口之房屋是。但此種區別，殊非正確，蓋性質上縱爲不特定物，非無依當事人之意思以其爲特定物，而不能以同種類之物代替者，例如以南京三牌樓未建築房屋之土地十畝爲買賣之標的物是。故在近世學說，均依主觀的標準以區別特定物不特定物。即當事人不著眼於其物之性質，祇以種類爲給付之標的者，爲不特定物，反是則爲特定物。不特定物之債，即種類之債。

第二 種類之債品質之確定

給付物僅以種類指示者，如其品質未能確定，究應給以何種品質之物，依我民法第二〇〇條第一項之規定，應依法律行爲之性質或當事人之意思決定。所謂應依法律行爲之性質，例如按照貨樣約定買賣者，應以與貨樣有同一品質之物交付（民法第三八八條），又如消費借貸，應以與借用物品品質相同之物返還（民法第四七四條）是。所謂應依當事人之意思，即當事人於債之成立時或成立後另有意思表示者，從其意思，其無意思表

示者，則解釋其意思定之。例如給付與價金相當之物，給付與向來所購者同一品質之物是。如不能依以上兩方法定其品質時，則學說及立法例頗不一致。有謂應給以最優品質之物者，此說待遇債務人未免過薄，故各國法律均不採取。有謂應給以最劣品質之物者，此說英美法採取之，但於保護債務人未免過厚。有謂應給以中間品質之物者，此說法國民法及日本舊民法採取之（法民第一二四六條、日舊民財產編第四〇六條第三項）。但是否中間品質之物，殊難免於差別之困難。有謂應給以中等品質以上之物者，此說瑞士債務法採取之（瑞債第八一條），其難免於爭執與前之兩說同。有謂應給以中等品質之物者，此說德國民法日本民法及暹羅民法採取之（德民第二四三條、日民第四〇一條、暹民第三〇一條），此說於能公平保護當事人利益之點，是其所長，故我民法從之（民法第二〇〇條第一項）。（註二）其所給付之物，究為中等品質與否，固應依給付地給付時交易上之一般觀念決之，但如債務人給付上等品質之物，債權人能否拒絕受領，則學說上頗有爭論（Planck, Fischer, Örtmann 諸氏主肯定說，Dernburg 氏主否定說）。依余所信，我民法第二〇〇條第一項之法意，在命債務人至少應給付中等品質之物，縱給付上等品質之物，亦不能謂其不合於債務之本旨，不過債權人有不利益時，例如因債務人給付上等品質之物，致增加價金之數額，由公平保護當事人利益之點立論，自得拒絕受領耳。（註三）

（註二）就純理以言，實以給付最劣品質之物為合理。蓋依此主義，不但可以避免當事人間無謂之爭論，且就債權人之意思言之，亦願如此。

蓋債權人如不欲受領最劣品質之物品，自應於債權成立時成立後為表示，乃既不為表示，故縱給以最劣品質之物，亦與債權人之意思並不相背。

(註三) 據余之講授經驗言之，初學往往往往以為種類之債其物之品質一經確定，即由種類之債成為特定之債。實則不然，即在特定之債，其給付物業已具體確定，不能以同種類之物代替而後可，反之如當事人尚未具體指示其應給付之物，僅其物之種類品質業經確定，仍為種類之債，而非特定之債，如三五角一瓶之三星啤酒百瓶是。

第二款 種類之債之特定

第一項 特定之方法

種類之債，其給付標的僅以種類指示之，故於履行之際，其給付標的必須具體特定而後可，是為種類之債之特定 (Konzentration Spezialisierung, Konkretisierung)。關於特定之方法，我民法第二一〇條第二項設有明文規定，即「前項情形，債務人交付其物之必要行為完結後，或經債權人之同意指定其應交付之物時，其物即為特定給付物。」茲說明如左。

第一 依債務人行為之特定

即我民法所謂債務人交付其物之必要行為完結後，其物即為特定給付物是也。關於此點，學說及立法例頗不一致，有謂應採交付或履行主義 (Lieferungs od. Erfüllungstheorie)，即債務人交付其物之必要行為完結

後，其物爲特定給付物者，此說 Ihering 氏主張之。有爲應採分離主義 (Anscheidungstheorie)，即債務人以應給付之物由種類中分離時，其物爲特定給付物者，此說 Thöl 氏主張之。有謂應採獨立主義 (Individualisierungstheorie)，即其給付之物已與債務人分離，而獨立至於債權人可以受領之地位，其物爲特定給付物者，此說 Bekker 氏主張之。此三種主義，應以交付主義爲是，故我民法從之。(德民第二三四條第二項、民第四〇一條第二項)。(註一)但所謂債務人交付其物之必要行爲完結，依余所信，應依左列三種情形分別論之。

一 送交債務 送交債務 (Bringschuld) 者，即以債權人之住所地爲清償地之債務也。(民法第三一四條第二款)。此種債務，須債務人於清償地依債務本旨實行提出給付，始爲交付其物必要行爲之完結。(民法第二三五條)。但債權人預示拒絕受領之意思者，則以準備給付之情事通知債權人爲已足。(民法第二三五條但書)。

二 往取債務 往取債務 (Holschuld) 者，即以債務人之住所地爲清償地之債務或其他需債權人之行爲始得完成其給付之債務也。此種債務，祇須以準備給付之情事通知債權人，即爲交付其物必要行爲之完結。(民法第二三五條但書)。

三 送付債務 送付債務 (Schickschuld) 者，即依債權人之請求，將標的物送交清償地以外之處所之債務

也。此種債務，其情形有二：即債務人依債權人之請求，好意爲之送付，而無送交之義務者，則以發送其物之時，爲必要之行爲之完結（民法第三七四條）。反是，如有送交之義務，則與送交債務同。

（註一）履行主義分離主義及獨立主義之三者，應以交付主義爲是。蓋如依分離主義，標的物一與其他之物分離，即爲特定，則於送交債務，務爲不可通。蓋送交債務須於債權人之住所地爲現實之給付故也。如依獨立主義，必標的物獨立至於債權人可以受領之地位，始爲特定，則於送交債務，債務人依債權人之請求好意爲之送付時，無從說明，蓋此種債務以發送其物即爲特定，初不必置其標的物於債權人可以受領之地位故也。故三者相較，應以履行主義爲是。

第二 依當事人合意之特定

所謂依當事人合意之特定，其情形有二：有當事人於債權發生後，另以合意直接指定給付之標的，而給付之標的因之特定者（註二）；亦有依當事人之合意，對於當事人之一方或第三人與以指定給付標的之權利，因指定權人行使其指定權，而給付之標的爲之特定者（註三）。我民法第二〇〇條第二項所謂債務人經債權人之同意指定其應交付之物時，其物即爲特定給付物，即依當事人之合意與債務人以指定權，因指定權之行使而生特定之一例。當事人之一方，或第三人之指定權，爲形成權之一種，此種指定權之行使，非以單純之意思表示爲已足，必事實上以其給付物與其他之物分離，或至可以區別之程度而後可。如指定權人不爲指定，則應準用民法第二一〇條關於選擇之債之規定，自不待言。

(註二)學者有謂依當事人之合意指定給付之標的時，乃契約內容之變更，而非給付之特定者。Haver, Erdmann 諸氏。但在通說則謂其為給付之特定，而非契約內容之變更。(主此說者 Windscheid, Schollmeyer, Fischer 諸氏)。依余所信，應以通說為是。我民法無明文規定，故表而出之，以免誤會。

(註三)學者有為種類之債，其指定權惟債務人有之，如債權人或第三人亦有指定權，反於種類之債之性質者。(主此說者 Thering, Bernhart 諸氏)。但在通說則謂種類之債，無係由債務人之給付行為而生特定之理由，且縱使債權人或第三人之指定而為特定，亦無背於種類之債之性質。(主此說者 Windscheid, Schollmeyer, Lütken, Fischer 諸氏)。依余所信，應以通說為是。我民法既規定債務人與債權人之同意指定其應交付之物，其物即為特定給付物，實不免使人發生誤解，故特一言及之。

第二項 特定之效力

種類之債，其給付標的一經特定，即變為特定之債，我民法所謂「其物為特定給付物」即係此意。至其特定，有無溯及既往之效力，我民法無明文規定，依余所信，特定與選擇不同，我民法既未特設規定，解釋上自惟對於將來發生效力。茲就特定效力中二三重大之點，說明如左。

第一 能否變更給付標的之問題

種類之債，其給付標的一經特定，債權人或債務人有無變更之權利 (Invariabilität)，學說紛紜，殊不一致。有謂於債權人未受領給付以前債務人有變更權者，Cosack, Leonhard, Kisch, Stamb 諸氏。主此說。有謂於債

權人受領遲延時債務人有變更權者，Dernburg, Crome, Giber 諸氏主此說，亦有謂原則上債務人無變更權，但例外有之者，Planck, Enneccerus, Hachenburg, Bendorff, Schollmeyer, Kipp 諸氏主此說。余則以為種類之債其給付標的已經確定，無論債權人及債務人均無變更權。蓋如許變更，則不但影響於特定之效力，且與一般交易觀念亦相違背故也。（註）

（註）陳克生氏與本書見解不同。陳著謂：「債務人對於特定物以後有變更權否，德日學者有議論，多數說持否定說，少數說謂原則債務人固亦應僅以該物給付，惟於有特別習慣時，或債權人就其變更則無不利益之時，亦應許債務人得代以同種類之他給付。余以後說為是，蓋以此時亦無背於誠實及信用也。」（陳氏前揭一五九頁）洪著與陳著同一見解（洪氏前揭九九頁）。

第二 保管義務問題

種類之債，其給付標的既已特定，則債務人於其未交付以前，自負有保管之義務。但應以何種注意以為保管，則屬問題。關於此點，外國法律有明定：「債權之標的為特定物之交付時，債務人於其未交付以前，應以善良管理人之注意保管其物」者（日民第四〇〇條），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。至何謂善良管理人之注意，俟於債之效力中述之，茲不贅。

第三 危險負擔問題

關於危險負擔問題，我民法無明文規定，余以為解釋上應依是否雙務契約決之。即如為雙務契約，則當事人之

一方因可歸責於他方之事由致給付不能者，得請求對待給付（民法第二六七條）；因不可歸責於雙方當事人之事由致一方之給付全部或一部不能者，他方免為或減少對待給付之義務（民法第二六六條第一項）。如非雙務契約，則因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求賠償損害（民法第二二六條第一項）；因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免給付義務（民法第二二五條第一項）。其詳俟於債之效力中述之，茲不贅。

第三款 限制種類之債

學說上有所謂限制種類之債（Beschränkte od. begrenzte Gattungsschuld）或混合種類之債（Gemischte Generelle Obligation）。我民法未設規定，茲特一言及之。限制種類之債務者，即於同種類中，人為的限定其範圍，以某不特定部分為其給付標的之債也。限制種類之債，其性質如下：（一）須於同種類中，人為的限定其範圍。（二）須於限定範圍內，給付某不特定之部分（如係給付特定之部分則為特定之債）。限制種類之債，其情形有二：（甲）由特定分量中給付某不特定之分量者，如云給付此罈內之酒一斤及此疋中之布三尺是。（乙）由同種類之個體集合而成之特定範圍內，給付其不特定之個體者，如云給付此倉內之米十石及此羣中之馬一頭是。關於限制種類之債，有謂其為特定之債者，如 *Bechmann*, *Eck*, *Rehboin*, *Ortmann* 諸氏是。此說顯為不當，蓋於限定範圍內，仍有為特定之餘地，初不能謂其為特定之債也。有謂其為選擇之債者，如 *Savigny*, *Hasen-*

ohrl, Goldschmidt, Dernburg 諸氏是。此說亦未見其當，蓋就上述甲種情形言之，既非個體之集合，自非單依選擇之意思表示即屬特定，其非選擇之債，固無可疑；即就乙種情形言之，在當事人着眼於各個之個體，而有選擇其一以爲給付之意思時，誠不失爲選擇之債，然非無當事人着眼於限定範圍之全體，而以其範圍爲供給給付材料之方法者，其非選擇之債，則甚顯然也。亦有謂其爲種類之債者，如 Ihering, Baker, Saundinger-Kuhlenbeck, Endemann, Fischer, Enneccerus, Haver, Bandry-Laentiniario-Barde 諸氏是。此說於甲種情形固無問題，但在乙種情形則不可通，蓋如當事人置重於各個之個體時，以選擇其中之一而爲給付，較合於當事人之意思故也。故在通說則謂應就各種情形，解釋當事人之意思，以定其爲種類之債，抑爲選擇之債。主此說者如 Brinz, Motive, Planck, Grome, Schollmeyer, Matthiass, Borndorf, Litten 諸氏。依余所信，應以此說爲是，即在上述甲種情形，爲種類之債，因種類爲相對的觀念，人爲的限定之範圍，亦不失爲種類故也。乙種情形，則應依當事人之意思決之，即當事人置重於限定範圍之全體者，爲種類之債；當事人置重於各個之個體者，則爲選擇之債。

第三節 貨幣之債

第一款 概說

貨幣之債 (Geldschuld) 者，謂以貨幣爲其給付標的之債也。欲知何者謂之貨幣之債，不可不知何者謂之貨幣。

茲述貨幣之性質種類及其價格如左。

第一 貨幣之性質

貨幣 (Money)，我國民法亦稱金錢（例如民法第二一四條第二一五條第二三三條第一項）。法律學上貨幣之意義，與經濟學貨幣之意義同。即貨幣者，測定貨物價格之尺度，一般交換之媒介及支付之方法也。所謂測定貨物價格之尺度，即貨物之價格，依貨幣以為測量之謂。所謂交換之媒介，則指貨幣立於貨物與貨物之間，媒介其交換而言。至法律上清償債務之方法，固不限於貨幣，但貨幣在清償債務中最關重要，故又為支付之方法。

第二 貨幣之種類

我民法上之所謂貨幣，通常指法定貨幣及自由貨幣而言，茲述如左。

一 法定貨幣

法定貨幣 (Legal Tender)，亦稱通用貨幣。通用貨幣者，法律上以其為測定貨物價格之尺度，交換之媒介，支付之方法，而有強制通用效力之貨幣也。法定貨幣，通常分為本位貨幣及補助貨幣。本位貨幣者，其數額無限制，強制通用之貨幣也。補助貨幣者，僅於一定數額內，強制通用之貨幣也。前者例如我國通用之一元銀幣是，後者例如我國南部諸省通用之兩角銀幣及當十銅幣是。

二 自由貨幣

自由貨幣 (Freies Gold) 亦稱交易上之貨幣 (Verkehrsgeld) 交易上之貨幣者，交易上以其為測定貨物價格之尺度交換之媒介支付之方法，而無強制通用效力之貨幣也。自由貨幣，例如超過法定數額之補助貨幣及在國內使用之外國貨幣是。(註)

(註) 學者有否認自由貨幣之分類，其說略謂：「一般通說所謂自由貨幣，多指超過法定數額之補助貨幣及在國內使用之外國貨幣而言，不知補助貨幣，惟其數額有一定之限制，並非補助貨幣之自身無強制通用力。又在國內使用之外國貨幣，決不能認為貨幣，蓋貨幣必俟法律之力始能實現其存在，而一國法律之效力不能及其國領域以外，故如在其國領域以外，則應與貨物同視，不能以貨幣目之。」(參

谷氏前揭八三頁)

第三 貨幣之價格

貨幣之價格，通常可分為額面價格，金屬價格及流通價格，茲述如左。

一 額面價格

額面價格 (Nennwert) 亦稱銘價。銘價者，法律對於貨幣所付與之價格也。例如一元銀幣之銘價為一元，當十銅幣之銘價為當制錢十文是。

二 金屬價格

金屬價格 (Metallwert) 亦稱質價。質價者，貨幣中所含之金屬之物質的價格也。質價，惟硬幣有之，紙幣及銀

行券則僅有銘價而無質價。硬幣之銘價與質價，常有一定之差額，且其差額因本位貨幣補助貨幣而不同。前者之差額小，後者之差額大。

三 流通價格

流通價格 (Rundwert)，亦稱市價。市價者，貨幣實際交易上所有之價格也。貨幣之流通價格與額面價格非必常相一致，故有因信用之厚薄及需要之多寡，流通價格高於額面價格或低於額面價格者，例如十六年武漢政府現金集中時代中國銀行發行之銀行券，其流通價格僅為三角或四角是。

第二款 內國貨幣之債

以國內貨幣為給付標的之債，為內國貨幣之債，其情形有三，茲述如左。

第一 特定貨幣之債

特定貨幣之債者，即以特定貨幣為給付標的之債也。例如寄託貨幣者約定取回其原封之貨幣是。此種之債，與特定之債無異，自應適用關於特定之債之規定。故在通常所謂貨幣之債，係指次述金額貨幣之債及金額貨幣之債而言，不包含特定貨幣之債。

第二 金額貨幣之債

金額貨幣之債 (Summenschuld) 者，即以一定金額之貨幣為給付標的之債也。此種之債，既非特定貨幣之

給付，亦非某種貨幣之給付，乃完全置重於貨幣之價格。如云給付現洋百元是。因是發生左列之兩問題。

一 應以何種貨幣為給付乎 關於此點，外國法律有明定：「債權之標的物為金錢時，債務人得依其選擇以各種通用貨幣為清償」者（日民第四〇二條第一項瑞債第八四條第一項），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。良以通用貨幣既具有強制通用之效力，則債務人自得任意選擇各種通用貨幣以為清償故也。（註一）至能否以自由貨幣供清償之用，解釋上不無疑義。余則以為債務人如已得債權人之同意，以自由貨幣供清償之用，自無不可。（註二）

二 應依何種價格為計算乎 貨幣之價格，原有銘價價值及市價之分，而其實際又非一致，此時應依何種價格以為計算，頗屬疑問。余以為法律所以規定貨幣之銘價者，正所以避免價值市價之差異，於此場合，應依銘價以為計算。但如當事人間另有約定，依市價以為計算，則應從其特約，是不待言。至依當事人之特約，以自由貨幣為清償時，則原則上應依給付時給付地之市價以為計算，此又自由貨幣僅交易上有通用效力應有之結果，無待深論者也。（註三）

（註一）前大理院七年上字第七三九號判決：「凡依契約對於他人負給付金錢之義務者，如約內未經約定以地方特用貨幣為給付之標的，自應以全國通用貨幣為給付。」

（註二）以自由貨幣為清償時，有無其為代物清償，而非清償者（石我氏前揭二二三頁），余則以為我國民法既非如日本民法明定

非以通用貨幣而爲清償，故縱以自由貨幣供清償之用，仍爲清償，而非代物清償（*Regelungen, Pand. S. 370*）。

（註三）最高法院十七年上字第八三三號判決：「當事人如約定以現金給付爲標的，債務人雖欲以無關係之紙幣或有價證券爲給付，而又不肯按市價折合現金者，則在債權人自得拒絕受領。」

第三 特種貨幣之債

特種貨幣之債（*Geldartenschnid*）者，即以特定種類之貨幣爲其給付標的之債也。此種之債，不但置重於貨幣之金額，且置重於貨幣之種類，如云給付中國銀行五元一張之鈔票千元是。此種之債，有絕對的與相對的之別，茲述如左。

一 絕對的特種貨幣之債 絕對的特種貨幣之債者，即非給付特種貨幣，不能達其債之目的之債也。此種之債，常於蒐集特種貨幣時見之，如此特種貨幣已失其存在，則債務人應依給付不能之法則免爲給付之義務（但因可歸責於債務人之事由致給付不能時，自應負擔損害賠償之責）。顧所謂失其存在，以客觀的失其存在爲必要，如僅喪失通用效力，則債務人仍應給付該種之貨幣。

二 相對的特種貨幣之債 相對的特種貨幣之債者，即當事人原以取得一定金額爲目的，不過從屬的以特種貨幣爲其給付標的之債也。此種之債，債務人固應以特種貨幣以爲給付，但如特種貨幣喪失其通用之效力時，債務人亦非因此免除給付之義務。故我民法第二〇一條規定：「以特種通用貨幣之給付爲債之標的

者，如其貨幣至給付期失通用效力時，應給以他種通用貨幣。」（德民第二四五條日民第四〇二條第二項）
 瑞債第八四條第二項（良以相對的特種貨幣之債，不過從屬的以特種貨幣為其給付之標的，而其目的則仍在取得一定之金額故也。所謂至給付期喪失通用效力，通常指債務人應為給付之時期屆至之時喪失通用效力而言，余以為應為給付之時期經過以後，現為給付之際（即給付時）喪失其通用效力，解釋上亦包含之。又所謂喪失通用效力，通常固與禁止流通及客觀的失其存在有別，余則以為應從廣義解釋，即特種貨幣至給付期禁止流通及客觀的失其存在，亦應適用本條之規定。（註四）又本條所規定者，雖僅為以通用貨幣為給付標的之金種之債，然在解釋上以自由貨幣為給付標的之金種之債，亦可準用。不過自由貨幣無所謂喪失通用效力，祇能於禁止流通及客觀的失其存在時，始得準用耳。

（註四）所謂喪失通用效力，即國家別者其強制通用效力之謂。貨幣喪失通用效力與禁止流通有別。即貨幣喪失通用效力時，雖已無通用貨幣之資格，然仍不失為自由貨幣之一種。反之貨幣流通之禁止，則絕對禁止流通，而以其排斥於交易之外。以喪失通用效力之貨幣為標的之契約，仍為有效成立，而以禁止流通之貨幣為標的之契約，則屬無效。

第三款 外國貨幣之債

以外國貨幣為給付標的之債，為外國貨幣之債，亦可分為特定貨幣之債，金額貨幣之債及特種貨幣之債，茲分述如左。

第一 特定貨幣之債

特定外國貨幣之債，我民法亦無明文規定，其屬特定之債之一種，應依關於特定之債之法則以爲解決，是不待言。

第二 金額貨幣之債

關於金額貨幣之債，而以外國貨幣定其給付類者，其清償辦法，我民法設有明文規定，即「以外國通用貨幣定給付類者，債務人得按給付時給付地之市價，以中華民國通用貨幣給付之。」（德民第二四四條日民第四〇三條暹民第三〇二條第三〇三條）其得以中華民國通用貨幣給付之者，蓋此種之債，當事人重在取得一定之金額，不過以外國貨幣爲其計算金額之標準故也。惟由外國貨幣易爲中國貨幣，常發生換算之問題，故我民法明定，應以給付時給付地之市價爲換算之標準。所謂給付時與給付期不同，即給付時指現爲給付之時而言，如因給付時與給付期之市價不同致不利於債權人，債權人亦祇能請求賠償因給付遲延所生之損害，不能主張按給付期之市價以爲換算（民法第二三一條第一項）。又所謂給付地，應依第三一四條之規定以爲決定，其詳俟後述之，茲不贅。於給付地無市價時，通說謂應依與給付地有交易關係之最近商業地之市價決之，余亦謂然。

第三 特定貨幣之債

以特種外國貨幣爲給付標的之債，亦有絕對的與相對的之別，我民法惟就絕對的特種外國貨幣之債設有規定。即訂明應以外國通用貨幣爲給付者，不得以中國通用貨幣給付之（民法第二〇二條但書，參見民法第二四四條第一項但書）。良以於此場合，債權人重在外國貨幣之種類，非給付特種外國貨幣，不能達其債之目的故也。此種之債，常於對外國支付時見之，如此特種貨幣客觀的失其存在，則債務人應依給付不能之法，以免爲給付之義務，自不待言。

第四節 利息之債

第一款 概說

利息之債（Zinsschuld）者，謂以利息爲其給付標的之債也。欲知何者謂之利息之債，不可不先知何者謂之利息，茲就利息之性質及利息與原本之關係說明如左。

第一 利息之性質

利息（Umsatz, Zinsen, Interests）者，由流動資本所生之所得，以其從屬於原本債務所支付之物也。折言之，利息爲所得。

何者謂之利息，自來學說頗不一致。有從債權人方面觀察，謂利息者，對於原本缺乏之報償也。此說 Windscheid, Cronke, Planck, Oesack, Hasenöhrl 諸氏主張之。有從債務人方面觀察，謂利息者，使用原本之

對價也。此說 Endemann, Saudingcr-Kuhlenbeck, Ormann, Mathias 諸氏主張之。前說不能說明法定利息中之擬制利息，後說不能說明法定利息中之出費利息及遲延利息，均難謂為適當之見解。故余從最新學說下利息之定義曰：利息者，所得也。原本及所得之觀念，須依經濟學上之觀念定之，即在經濟學上，生產他貨物之基本貨物，曰資本，即原本。由資本而生之貨物，曰收入。所得 (Einkommen) 為收入之一種，即所得者，定期而生之收入也。在經濟學上為所得，在民法學上則為孳息，且為法定孳息之一種（民法第六九條第二項）。利息既為定期而生之收入，則其數額，自與利用原本之期間相應而增，但不以利率為必要，且其支付，無須定期，縱一次支付，亦無不可。（註一）

（註一）利息是否以利率為必要，頗有爭論。有謂利息不須比例原本價值之數額及存續期間以為給付者，如 Dernburg, Farnacco, rus, Crome, Fianck, Scholmeyer 諸氏是。有謂無須比例原本價值之數額及存續期間以為給付者，如 Windscheid, Hasser, Ehrh, Palaszycki 諸氏是。余則以為利率不過為算定利息數額通常之方法，並非利息之必要要素。關於此點，陳克生氏與本書之見解不同，陳氏謂：「遲延均謂為利息之要件，少數說則僅屬通常計算利息數額之方法，余從遲說。查利率乃明為民法所規定，且自理論言之，利息應以一定標準計算其數量，乃其性質然也。」（陳氏前揭一六四頁）

二 利息為由流動資本而生之所得

何者為利息之原本，其說不一。有謂利息之原本必為代替物，如為不代替物，則祇生租金而不生利息者

(Windscheid, Hasenöhrl, Orome, Planck, Mathias 諸氏主此說)其說殊難贊同,即有原本為代替物,而不生利息者(例如租賃他人之貨幣以為陳列,支付一定之租金是)亦有原本為不代替物,而生利息者(例如對於需用資本者與以衣服,約定於一年以後返還同種之衣服及支付一定之利息是)。如依此說,則將無從說明矣。有謂利息之原本必為不特定物,如為特定物,則祇生租金而不生利息者 (Coraek, Standinger-Kuhlenbeck 諸氏主此說),此說亦難贊同,蓋原本必為特定物,如為不特定物,則原本債權根本無由發生矣。故余以為原本者,由流動資本而生之所得也。考經濟學上,常因利用資本之方法不同,分資本為固定資本及流動資本,固定資本者,供生產之用,得以數次使用資本也。流動資本者,因一次使用而即消滅之資本也。前者例如機械器具是,後者例如金錢商品是。此種區別,在法律學上亦有重要之意義,即不問其為固定資本流動資本,凡由法律關係而生之所得,概為法定孳息。但法定孳息中之利息,係由流動資本而生,法定孳息之租金,係由固定資本而生。利息所以別於租金者,即在於此。(註二)

(註二)關於此點,陳克生氏與本書之見解不同,陳著略謂:「第二說乃以經濟學觀念與法律觀念相混,自經濟學言之,利息與租金區別之標準,固可謂一為流動資本消費之代價,一為固定資本使用之代價,然在民法上,則二者區別之標準,不盡相符,例如以衣服出租,約定估價計息,將來返還同種類之衣服,並加付一定金額,固亦得謂為利息,然該原本固非代替物,亦非流動資本也。故欲就原本以區別利息與租金,毋寧求其返還之義務,即在前者須返還同種類之物,後者須返還同一之物,此為二者不相同之特徵也。」(陳氏前編一六三頁)余以

爲固定資本與流動資本之區別，非依貨物之客觀的性質定之，乃依使用人與貨物之關係定之，如陳氏所云「以衣服出租約定估價計息」則其衣服固已成爲流動資本矣。

三 利息爲以其從屬於原本債務所支付之物

所謂利息從屬於原本債務，卽利息之發生以原本債權之存在爲前提，蓋既有原本，卽有所得故也。但在利息必其原本爲所有人以外之人利用而後可，如由原本所有人自行利用，雖有所得，亦非利息。是利息惟於原本所有人以外之人負返還原本之債務時，始能發生。至利息祇須爲「物」卽可，究爲何種之物，則非所問。但有謂利息須與原本爲同一種類之物者，如 Windscheid, Hasenöhrl, Schollmeyer 諸氏是。亦有謂利息須爲金錢或其他代替物者，如 Windobehd, Demburg, Hasenöhrl 諸氏是。余則以爲利息無須與原本爲同一種類之物，故如借貸金錢者，約定週年殺利若干，自無不可。又利息無須爲金錢或其他之代替物，故如借貸金錢者，約定以牛馬等不代替物爲其利息，亦屬有效。但有謂利息如非金錢或其他代替物，卽無從計算其利率者（日本明治三十五年四月十二日大審院判決），余則以爲不然，蓋利率並非利息之必要觀念，且縱爲不代替物，理論上比例給付以爲利息，亦屬可能故也。

第二 利息與原本之關係

利息從屬於原本債權而生，已如前述，從可知利息債權與原本債權立於主從關係，卽原本債權爲主債權，利

息債權爲從債權，學者稱其爲利息債權之從屬性。利息債權既有從屬性，於是發生下述兩種之結果，即（一）利息債權之成立，以原本債權之成立爲前提，故原本債權如未發生，則利息債權亦不發生；又原本債權縱已發生，而有無效或撤銷之原因時，利息債權亦受無效或撤銷之影響。（二）利息債權從屬於原本債權而成立，即不啻爲原本債權之擴張，故原本債權之擔保，即爲利息債權之擔保，原本債權有優先權者，利息債權亦有優先權（民法第七四〇條第八六一條第八八七條第九〇一條）。雖然，利息債權雖有從屬性，但究與原本債權爲各別之權利，因是：（一）已發生之利息債權，即已至清償期之利息，應與原本債權分離，獨立存在，除特定爲一併處分者外，原本債權之處分，不及於利息債權。（二）已發生之利息債權既與原本債權分離，獨立存在，自不能再與原本債權同其運命，故應先於原本而受清償（民法第三二三條），原本債權雖已消滅，利息債權亦非當然消滅（民法第一二五條第一二六條），又祇清償已到期之利息，而不清償未到期之原本，債權人亦不得拒絕受領。

第二款 利息之債發生之原因

利息債權固從屬於原本債權而生，但非一切債權皆可發生利息，依我民法規定，債權之能發生利息者，僅以有法律行爲或法律規定者爲限，前者謂之約定利息，後者謂之法定利息，茲述如左。

第一 約定利息

約定利息 (Usurae Conventionales, Vertragsmässige Zinsen, rechtsgeschäftliche Zinsen, interest under a contract) 者，由法律行爲而生之利息也。約定利息，多由契約而生，但非無由單獨行爲而生者，例如遺囑人於遺囑定明遺囑執行終了前遺贈義務人應向受遺贈人支付利息是。惟此種情形，殊不多見耳。以意思表示而定利息者，通常固定有利率，但利率並非利息之必要觀念，故縱未定有利率，亦屬無礙（於此場合，應依法定利率以爲計算利息之標準，自不待言）。但自沿革言之，約定利息，初非法律所許，良以利息乃不勞而獲之尤且往往有乘人窘迫而取暴利者，其反於人道，莫此爲甚，故在古代羅馬法，關於發生利息之條件極嚴，且對於利率設有極嚴之限制。至歐洲中世紀之寺院法，則直以放債生利爲惡事，加以嚴禁。然利息實基於經濟學上需要供給之原則而生，如一味禁止，不但阻害社會經濟之發達，且貪婪之徒不難巧立名目，以圖利息禁止之規避，故自歐洲中世紀以來，各國多撤廢利息禁止之法規，而代以利息限制之辦法。限制利息，似已足以防止高利及適應經濟上之需給矣，實則限制利息與禁止利息同一困難，且因工商業發達之結果，一切企業均有待於資金之活動，故迨至十九世紀以後，各國法律對於利息原則上多主放任，惟例外對於利率設有一定之限制，我國民法亦即本此趨勢以爲立法者也。其詳俟於次款以下分述之。

第二 法定利息

法定利息 (Usurae legales, Gesetzliche Zinsen, legal interests) 者，由法律規定而生之利息也。凡依民法

或其他之法律定明應付利息者皆屬之。依其性質，可分為左列之四種。

一 遲延利息 遲延利息 (Verzugszinsen) 者，因遲延給付所生之利息也。例如我民法第二三三條第一項規定：「遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息」是。

二 出費利息 出費利息 (Verwendungszinsen) 者，為他人支出費用所得請求之利息也。例如民法第一七六條第二八一條第一項及第五四六條第一項之規定是。

三 擬制利息 擬制利息 (Angierete Zinsen) 者，因使用他人之金錢而生之利息也。例如民法第一七三條第二項第五四二條及第六八〇條之規定是。

四 可生利息 可生利息，亦稱受領標的之利息，受領標的之利息者，即依法應返還其所受領之給付時所應附加之利息也。例如民法第一八二條第二項第二五九條第二款第四〇四條第二項及第九五八條之規定是。

法定利息之根據如何，從來學者雖鮮少論列，但非無以損害賠償之觀念說明一切之法定利息者（如 Savigny, Unger, Randa 等）。其說殊難贊同，蓋法定利息非概由履行遲延及侵權行為而生，此就出費利息觀之，甚為顯然，乃以損害賠償說明一切法定利息之根據，殊近武斷，故余以為法定利息亦應從一般觀念決之，即法定利息亦為由原本而生之所得。法定利息之根據即在於此。（註）

(註)學者有謂法定利息之原本須爲金錢者，此說實不爲於下列兩種之誤解：(一)第一種誤解，以爲法定利息皆有害賠償之性質，即債權人因債務人未於適法時期交付金錢，以致不能貸與他人，因而發生損害，故由債務人支付法定利息以賠償之。實則法定利息非必皆有害賠償之性質，此點已如上述，無待深論。(二)第二種誤解，以爲金錢常可附加利息貸與他人，故法定利息之原本必爲金錢。不知法定利息縱於他人未能利用其金錢時，亦應支付，足徵發生法定利息與否，不能依原本之性質以爲斷定焉。

第三款 利率

利率 (onus, Zinsfuß, Zinsfuß, rate of interest) 者，計算利息之標準也。利息常比例原本債權之數額及其存續期間以爲計算，已如前述，此種比例，即謂之利率。利率亦有約定利率與法定利率之別，茲述如左。

第一 約定利率

一 最高利率之限制

約定利率者，由法律行爲而定之利率也。約定利率，我國自來即設有限制，例如舊律所定私放錢債及典當財物，每月取利不得過三分是。此種規定，民國成立以還，仍繼續有效。及十六年七月中國國民黨中央執行委員會各省區代表聯席會議始通過禁止重利盤剝最高利率不得超過百分之二十之決議案，當經中央執行委員會政治會議議決，咨請國民政府公布，於同年八月一日起一律實行，並於同年八月十八日頒行懲治土豪劣紳條例，凡土豪劣紳而有重利盤剝之行爲者，處三等至五等有期徒刑，並得沒收其財產之一部或全部（同

條例第二條第四款。現行民法一本新意，於第二〇五條規定：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」依此法定，我民法蓋以週年百分之二十為約定利息之最高額。此種規定，無論對於何種約定利息均有其適用，與舊律僅限於金錢借貸及典當財物，及日本利息限制法僅限於金錢之消費借貸者，固有別也（日法第一條）。惟我民法祇云債權人對於超過部分之利息無請求權，而不曰超過部分之約定為無效，從可知法律雖不認債權人對於超過部分之利息有積極的請求給付之權能，然尚認其有消極的保持給付之效力，債務人如已為給付，不得請求返還，自不待言。不過此種立法，是否妥當，實屬問題耳。（註一）（註二）

（註一）於此有一問題，即我民法是否仍受舊律「私放錢債，年月雖多，不得過一本一利」之限制。關於此點，我民法債編施行法第五條設有明文規定：「民法債編施行前發生之利息債務，於履行時，尚未履行者，亦依民法債編之規定，定其數額。但履行時未付之利息總額，已超過原本者，仍不過一本一利。」民法債編雖無此規定，但依第二〇五條所定，利率最高者為週年百分之二十，而民法總則中關於消滅時效之規定，對於利息又限定各期給付請求權，因五年間不行使而消滅（民法第一二六條），故利息債權，祇能於五年內行使請求權，依照百分之二十之利率，按五年之期間計算，適為一本一利，此外逾五年以上之利息，即因屬於消滅時效之結果，失其請求權。可知民法債編雖無一本一利之明文，而實際仍與舊律之限制得同一之結果也。

（註二）各國取締高利之辦法有二：一對於利率不設限制，惟乘人急迫而索取暴利者為無效，如德國民法第一三八條之規定是。一對於

利率設有限制，必於限制內始爲有效者，如日本利息限制法第二條之規定是。我民法既於債權日本法律設有利息之規定，復於總則編從德國民法規定：「法律行爲，係乘他人之急迫艱難或無經驗，使其爲財產上之給付或爲給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲或減輕其給付。」（民法第七四條）似覺重要，余則以爲第二〇五條必於第七四條所定之情事時，始有其適用，如乘人急迫艱難約定利息，則應依照第九四條之規定解決之。

二 巧取利益之禁止

我國自來對於違禁取利，限制極嚴，例如舊律違禁條例所載：「放債之徒，用短票折扣，違例巧取重利者，嚴禁治罪」是。現行民法一本此意，於第二〇六條規定：「債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法取巧利益。」所謂折扣，如於借款時約定九五扣實收，借款百元，實則祇收九十五元是。所謂其他方法，則不一而足，茲述歐洲中世紀通常所用之方法如下，藉資參考。（一）三面契約（Contractus trius）此契約由三個契約而成，例如甲與乙訂立合夥契約，由甲出資若干元，乙得隨時返還其出資，並對於甲擔保其最低額之利益是。（二）年金買賣（Rentalkauf）例如甲與乙約，甲對乙與以一定之金額，而甲對之支付一定之年金是。（三）買回契約（Mahnkauf）例如甲以價金百元向乙買受某物，約明六個月內支付價金百元，同時甲以現金五十元將該物賣與於乙是。以上三例，皆爲巧取利益之方法，依我民法第二〇六條規定，其超過週年利率百分之二十部分，債權人無請求權。

三 債務人之期前清償權

債務未定清償期者，債務人得隨時清償固矣，反之定有清償期者，依我民法第三一六條規定，惟於無反對之意思表示時，債務人始有期前清償權。然如於附有利息之債亦絕對貫徹此旨，則對於債務人之保護，殊覺未周，故我民法第二〇四條第一項規定：「約定利率逾週年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本。但須於一個月前預告債權人。」得許隨時清償原本者，蓋所以解除債務人之束縛也。須經過一年並須於一個月前預告者，蓋又所以尊重債權人之利益也。顧本條所謂清償原本，是否仍應適用第三二三條關於抵充次序之規定，不無疑問。余則以為債務人所提出之給付，如僅足抵充費用利息，即不得以之先行抵充原本，而置費用利息於不顧。良以本條在文理上及論理上均無解為係第三二三條例外規定之理由也。（註三）又此種清償之權利，具有強行性質，不得以契約除去或限制之（同條第二項）。所謂以契約除去，例如約定債務人須嚴守期限，雖經一年後，亦不得於期前清償是。所謂以契約限制，例如約定須經二年後，於三個月前預告，始得於期前清償是。

（註三）關於此點，陳克生氏與本書之見解不同。陳著謂：「蓋債務人原則本應先清償利息（民法第三二三條），惟於約定利率逾年利百分之十二即月利一分者，則經一年後，有先清償原本之權利，以便利息得停止發生。」（陳氏前揭一六九頁）

第二 法定利率

法定利率者，由法律規定所定之利率也。我民法對於法定利率設有一般之規定曰：「應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五。」（民法第二〇三條）所謂利率未經約定，單指約定利息之利率而言。即約定利息之利率，已有約定者，從其約定，如無約定，則為週年利率百分之五。所謂利率無法律可據，則兼指約定利息之利率及法定利息之利率而言。約定利息之利率有法律可據者，例如票據法第二五條第一項第九四條第一款第二款之規定是。法定利息之利率有法律可據者，例如民法第二三三條第一項但書之規定是。如別無法律可據，亦為週年利率百分之五。

第四款 複利

複利 (Anatocismus) 亦稱重利。重利者，利息之利息也。債務人未於清償期支付之利息，能否滾入原本，再生利息，各國法律不同。有絕對禁止者，如羅馬法是。有絕對放任者，如日本民法是（日民法四〇五條）。有原則禁止，例外許可者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第二四八條，瑞債第三一四條第三項）。我民法則從德國民法之立法例，茲述如左。

第一 原則禁止

複利，增加原本債務之數額，甚為迅速。即週年百分之五之利息，如每年滾入原本一次，約十四年，即可得原本之
二倍。如法律許可複利，則債權人將每半年每季每月甚至於每週，滾利作本，以圖增殖，其不利於債務人，莫甚於

此，故我民法第二〇七條第一項明定：「利息不得滾入原本，再生利息。」以禁止之。

第二 例外許可

為保護債務人計，複利固應禁止，然有縱使許可複利，而亦無害於債務人者，自無絕對禁止之必要，故我民法特設左列兩種之例外。

一 遲付利息逾一年時

依我民法第二〇七條第一項但書規定：「但當事人以書面約定利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。」此即許可複利之一例。其必須以書面約定者，蓋所以昭鄭重也。其必須利息遲付逾一年者，蓋所以免債權人之急圖增殖也。其必須經催告者，蓋又所以促債務人之注意，俾其早為清償也。至何謂利息遲付逾一年後，學說上頗有爭論，有謂係遲付之利息達一年以上者，例如每月應付之利息十二期不付，或每六個月應付之利息兩期不付是。此種解釋，殊不能貫徹保護債務人之旨趣，故余以為所謂利息遲付逾一年後，應從文理解釋，係指利息自清償期起經過一年者而言。

二 商業上另有習慣時

依我民法第二〇七條第二項規定：「前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之。」所謂商業上另有習慣，例如銀行之活期存款，於利息支付期不為支付時，以之滾入原本是。所謂不適用之，不但利息得滾入原本再生

利息，即前項但書所定之要件亦在除外之列。此外法律有明定其得爲複利者，例如民法第四〇四條規定：「記入交付計算之項目，約定自記入之時起，附加利息，由計算而生之差額，仍得請求自計算時起支付利息」是。於此場合，應從其所定，自不待言。

第五節 選擇之債

第一款 概說

第一 選擇之債之性質

選擇之債 (Wahlschuld, alternative obligation, obligation alternative) 者，於數宗給付中，選定一宗給付，爲其標的之債也。反之，以一宗給付爲其標的之債，則爲單純之債 (einfache obligation)。選擇之債，於日常生活極所常見，例如南京至上海間之旅行，有火車與輪船兩途，聽旅客之選擇，又如商店就各種貨物，定一均一價格，聽顧客之選擇是。選擇之債究爲一個之債，抑爲數個之債，學說紛紜，頗不一致，茲舉其重要學說如左。

一 選擇之債爲數個之債說 此說又可分爲三說，有謂此數個之債相互立於條件的關係者，如 *Andreas* 氏及 *梅謙次郎* 是。有謂此數個之債由於同一原因而生，於行使之時則爲一個之請求權者，如 *Helwig*, *Fyck* 諸氏是。有謂債權人有選擇權時爲數個之債，債務人有選擇權時爲一個之債，第三人有選擇權時爲條件附之債者，如 *Peschore*, *Derselbo*, *Langheincken* 諸氏是。以上三說，均難贊同，即如依一二兩說，謂選擇之

債爲數個之債，則與成文法之規定相抵觸，蓋我民法第二〇八條明定「於數宗給付中得選定其一」，可知選擇之債，顯爲一個之債，而非數個之債故也。至因選擇權人不同而異其性質之說，尤難贊同，即依我民法第二一〇條規定，選擇權於一定情形之下得移轉於他方當事人或債務人，如依此說，則債之性質既不相同，即屬無從移轉，足見其說之不當。

二 選擇之債雖爲一個之債但其給付立於條件附或不定之關係說 此說亦可分爲三說，有謂未爲選擇以前，尙無債之標的，既爲選擇以後，其選擇之給付始爲債之標的者，是謂停止條件說 (suspensive Pendenttheorie) 此說 Fitting, Bernstein, Leonhard 諸氏主張之。有謂數宗給付自始即皆爲債之標的，但一經選擇，則債之標的即存在於其所選擇之給付者，是謂解除條件說 (resolutive Pendenttheorie) 此說 Windscheid, Endemann, Schollmeyer, Rehbain, Crome, Chanutzer, Wahlschuld, Demolombe, Bandy-Laentinerio-Barde 諸氏主張之。有謂債權人有選擇權時爲解除條件附，債務人有選擇權時爲停止條件附者，此說 Litten 氏主張之。以上三說，均難贊成，蓋所謂條件者，其成就與否，殊難確定，而選擇之意思表示，其必到來，則無可疑，是二者之性質根本已不相同。矧依停止條件說，在未爲選擇以前尙無債之標的，則債權人將不能提起給付之訴，殊爲不當。又依解除條件說，數宗給付皆爲債之標的，則選擇之債即非以數宗給付選擇的爲其標的，其爲不當，尤爲顯然。

三 選擇之債爲一個之債說 此說謂選擇之債，仍爲一個之債，不過數宗給付立於選擇狀態，以爲其標的而已。華是以言，則選擇之債，與僅以甲給付，或僅以乙給付，爲其標的之債，固屬有別，即與以甲給付及乙給付皆爲其標的之債，亦不相同，即選擇之債者，乃以甲給付或乙給付，選定其一，以爲其標的之債者也。此說爲德國學者 Dernburg, Ortmann, Enneccerus, Dunoulin, Laurent, 日本學者川名, 石坂, 三浦, 中島, 鳩山諸氏所主張，就我民法解釋，即應以此說爲是，蓋我民法第二〇八條既明定「於數宗給付中得選定其一」，足徵選擇之債爲一個之債，而非數個之債，且此數宗給付自始即爲債之標的，不過應以何宗給付實行履行尙未確定，其非停止條件之債解除條件之債，尤爲顯明也。

第二 選擇之債之標的

選擇之債，以數宗給付選擇的定之爲已足，此數宗給付究係如何組合而成，在所不問。故有爲特定物與特定物者，例如給付此書或彼書是。有爲特定物與不特定物者，例如給付此書或其價金是。有爲不特定物與不特定物者，例如應給付書一本或筆一支是。有爲作爲與作爲者，例如寫字一張或繪畫一幅是。有爲不作爲與作爲者，例如於一年內不爲一定之營業或代銷若干貨物是。有爲不作爲與不作爲者，例如約定不於屋前建房或屋後建房是。有爲給付地者，例如於本店支付或分店支付是。有爲給付時者，例如一月一日給付或二月一日給付是。有爲給付方法者，例如以現金支付或以票據支付是。此外有爲給付之數量者，例如給付現金千元或五百元是。

(註)

(註)關於給付地給付時及給付方法等即給付體樣相異之時，是否成立選擇之債，學說上頗有爭論，有謂其為類似選擇之債者，如 *Dornburg* 氏是有謂其為選擇之債者，如 *Persatoro* 氏是。余則取後說，蓋即依前說，亦得準用關於選擇之債之規定，反不知斷其為選擇之債較為允當也。又關於給付數量相異之時，是否成立選擇之債，學說上亦有爭論，有謂其非選擇之債者，如 *Persatoro* 及石坂曾四郎氏是。有謂其為選擇之債者，如 *漢谷幸次郎* 氏是。余則取後說，因於此場合，無以其為非選擇之債之理由。

第三 選擇之債與其類似之債之區別

一 選擇之債與條件附之債之區別 條件附之債，其債之關係尚未發生，換言之，即債之發生與否，尚不一定。反之選擇之債，其債之關係業已發生，不過其給付尚未特定而已。但如以選擇為債之發生之條件，則係選擇的隨意條件附之債，而非選擇之債，自不待言。

二 選擇之債與種類之債之區別 種類之債與選擇之債，雖皆係以不定給付為其標的之債，但有下列各點之不同。(一)指示其給付之方法不同：即種類之債以種類指示其給付，選擇之債則以數宗給付選擇的指示其給付。換言之，即種類之債注重於給付之種類，選擇之債則注重於各宗給付之個性。(二)特定之方法不同：即種類之債不因選擇之意思表示而生特定，選擇之債則因債權人債務人及第三人選擇之意思表示而生特定。又種類之債不因給付不能而生特定，選擇之債則因給付不能而生特定。(三)特定之效力不同：

即種類之債其特定之效力無溯及力，選擇之債則其特定之效力有溯及力。

三 選擇之債與權利競合之區別 所謂權利競合，指兩種以上之權利，就同一事物，同時並存，選擇行使其一者而言。例如債權人於債務人不履行債務時，得選擇行使其契約解除權與損害賠償請求權是。選擇之債，雖其給付內容應依選擇以為特定，然究為一個之給付，與權利競合殊不相同。

四 選擇之債與任意之債之區別 其詳俟後述之，茲不贅。

第二款 選擇之債之特定

第一項 概說

選擇之債，係得於數宗給付中選定其一宗給付，故於履行債務之際，不可不由選擇之債而變為單純之債，是即所謂選擇之債之特定（Konzentration）。其特定之方法有三，即依契約，選擇及給付不能而生特定是。此外則別無特定之方法，即在履行亦非特定之方法，但履行而含有選擇之意思表示時，得依其選擇之意思表示而生特定，則屬另一問題。關於依契約而生特定，無特為說明之必要，我民法亦祇對於選擇及給付不能設有明文規定，茲於次項以下分別說明之。

第二項 給付之選擇

第一 選擇之性質

給付之選擇者，由數宗給付中選定其應為履行之給付之意思表示也。羅馬法，選擇之債之特定，以契約或實現履行為必要，不認選擇為特定之方法。但在近世各國法律則多明定選擇為特定之方法，我民法從之（民法第二〇八條德民第三六二條日民第四〇六條瑞債第七二條暹民第二一三條）。雖然，特定之方法固不限於選擇，但選擇則為選擇之債必不可少之要件。否則為單純之債，而非選擇之債。

第二 選擇權之性質

選擇權是否權利，學說上頗有爭論，余則以為選擇權，乃依選擇權人一方之行為，使選擇之債變為單純之債，其應認為權利中之形成權，實無可疑。選擇權固為權利，但有謂其同時即為義務者，余則以為除當事人另以契約使選擇權人負擔應為選擇之義務外，無以其為選擇義務之理由。（註一）又選擇權，原則上非專屬權，但第三人有選擇權時則有專屬之性質。良以第三人有選擇權時，當事人多注重第三人之智識道德及其地位故也。

（註一）有謂選擇權非權利，僅為法律上之可能性者，如 Rescatoro。是在選說則謂其為形成權，余從選說。又有謂選擇權固為權利，同時

即為義務者，如 Litten, Chamizor, Endemann 諸氏是。但在選說則謂其為權利，余亦從選說。蓋就債權人言之，債權人祇取得債權，非必行使債權，固不得謂其有選擇之義務，即就債務人言之，債務人雖負有選擇債務，然亦不能謂其有選擇之義務，故所謂選擇義務，殊無根據。

第三 選擇權人

何人為選擇權人，應依情形而不同。大抵選擇之債，由法律規定而生時，多由法律規定其選擇權人。選擇之債，由

法律行為而生時，多由當事人指定其選擇權人。如法律並無規定，契約並無訂定，我民法第二〇八條則明定其選擇權屬於債務人。（註二）良以給付之不定通常屬於債務人之利益故也。但在雙務契約，對立之給付（給付與反對給付）有二宗以上相互立於選擇關係時（例如約定買賣百元之馬或五十元之牛），則上述規定不能適用，蓋於此情形，選定自己之給付，同時相對人之給付亦被選定故也。此時應解釋當事人之意思，以定選擇權人。如不能依當事人之意思定其選擇權人時，則不外以請求給付之人為債權人，而以其選擇權屬於相對人之債務人。

（註二）我民法第二〇八條之性質如何，其說不一。德國學者之解釋，後國民法第二六二條，有謂其為解釋規定者，如 *Palandt* 氏是。有謂其為補充規定者，如 *Stammeler*, *Peschore*, *Ottmann* 諸氏是。余則以為我民法第二〇八條，應解為補充規定，而非解釋規定。良以第二〇八條對於由法律規定而生之選擇之債，如未規定選擇權人時，亦有其適用故也。

第四 選擇權之行使

一 選擇權行使之方法

選擇權之行使，應依選擇權人之意思表示為之，而其意思表示，應對於何人為之，則因選擇權之誰屬而不同。即依我民法第二〇九條規定：『債權人或債務人有選擇權者，應向他方當事人以意思表示為之。由第三人為選擇者，應向債權人及債務人以意思表示為之。』本條前半段之規定，為各國法律之所同（德民第二六

三條第一項日民第四〇七條第一項。後半段之規定，則各國法律殊不一致，有須向雙方為之始能生效者，有祇須向一方為之即能生效者，我民法則從第一種立法例（日民第四〇九條第一項採第二種立法例），蓋所以期確實而昭鄭重也。至選擇既為意思表示，其應適用總則關於意思表示之規定，是不待言。（註三）

（註三）於此有一問題，即債務人不知有選擇權，已為履行，能否請求返還？有謂不同債務人知有選擇權與否，如已為履行，即不得請求返還者，此說 *Resonare*。氏主張之。有謂如係債務人不知有選擇權而為履行，得基於不當得利請求返還，如係債權人不知有選擇權受領給付，得更選擇其他之給付者，此說 *Motive, Planck, Schollmeyer, Ortmann, Kipp, Windscheid* 諸氏主張之。依余所信，應以後說為是。

二 選擇之意思表示無須方式

選擇之意思表示，無須何種之方式，且不問其為明示或默示，故如債務人有選擇權時，如履行其給付，則可認為默示的選擇之意思表示。（註四）又債權人有選擇權時，如受領其給付，則可認為默示的選擇之意思表示。選擇之意思表示固屬無須方式，但我民法第二〇九條第一項係屬補充規定，當事人另以契約訂定選擇之方式，自無不可。

（註四）在選擇之債，選擇與履行，為兩種不同之行爲，故依債務人之履行而生特定，必其選擇之意思表示包含於履行行爲而後可。設債務人已提出給付，且已有選擇之意思表示，而債權人不為受領，其債務固不因之而消滅，然其選擇之意思表示依然有效，即於此時由選擇

之債而變爲單純之債（圖說 *Lidon* 氏與說 *Pescatore* 氏）。

三 選擇之意思表示不得附加條件

選擇之意思表示，不得附加停止條件。此因選擇須爲確定的變更債之關係，如許附加條件，則縱爲選擇，亦不能使選擇之債變爲單純之債，徒使相對人處於不定之狀態。但如選擇權人已得相對人之同意，附加條件，自無不可。關於期限，與條件同。

四 選擇之意思表示不得變更或撤銷

選擇之意思表示，一旦爲之以後，不得變更或撤銷。關於此點，外國法律有設明文規定者（日民第四〇七條第二項，暹民第二一八條），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋選擇有確定的變更債之關係之效力，如許選擇權人隨意可以變更或撤銷，則相對人甚不利，故解釋上選擇之意思表示非有相對人之承諾，不得變更或撤銷之。

第五 選擇權之移轉

選擇權既爲權利而非義務，則選擇權人不爲選擇時，自不得強制其選擇。但如有選擇權之債權人不爲選擇，則債務人無從履行給付，有選擇權之債務人不爲選擇，則債權人無從受領給付，雙方皆處於不利益之地位，故我民法爲免除此種不利益起見，特於第二一〇條設選擇權移轉之規定。

一 當事人一方有選擇權時

甲 選擇權定有行使期間時 我民法第二一〇條第一項規定：「選擇權定有行使期間者，如於該期間內不行使時，其選擇權移屬於他方當事人。」關於此點，其立法例有二：有債權人與債務人受同等之待遇者，如暹羅民法第二一五條之規定是。有特別注重債務人之利益，債務人縱不為選擇，亦不失其選擇權，惟於開始強制執行前不為選擇，債權人得依自己之選擇，選定一宗給付以為強制執行者，如德國民法第二六四條前段之規定是。我民法則從暹羅民法之立法例，此種立法，是否允當，實屬疑問。（註五）

（註五）我民法對於債權人與債務人受同等之待遇，似甚公平，實則不然。蓋在債權人有選擇權時，如不為選擇，則債務人移無由履行給付，以消滅其債務，故其選擇權不可不移轉於債務人。反之債務人有選擇權時，如不為選擇，則債權人不難開始強制執行，以受清償，在未開始強制執行前，仍令債務人保有其選擇權，對於債權人之利益並無妨礙。故理論上應以德國民法之立法例為合理。

乙 選擇權未定有行使期間時 我民法第二一〇條第二項規定：「選擇權未定有行使期間者，債權至清償期時，無選擇權之當事人，得定相當期限催告他方當事人行使其選擇權。如他方當事人不於所定期限內行使選擇權者，其選擇權移屬於為催告之當事人。」依此規定，其選擇權之移轉，須具備下述三種要件：（一）須債權已至清償期。但以已至清償期為已足，債權人或債務人應負過延責任與否，在所不問。（二）須定相當期限以為催告。所謂相當期限，即為選擇所需之期限。期限之相當與否，應依各種情事決之。所謂

催告，即要求行使選擇權之意思之通知。(三)須選擇權人不於所定期限內行使選擇權。選擇爲須受領之意思表示，選擇權人如僅於期限內發送選擇之意思表示，而未於期限內到達，尙不能謂其已於期限內行使選擇權。苟具備上述三種要件，則其選擇權即當然移屬於爲催告之當事人。又關於此點，其立法例亦有二：有債權人與債務人受同等之待遇者，如日本民法及羅馬民法是（日民第四〇八條選民第二一條）。有僅限於債權人不爲選擇時，其選擇權移轉於債務人者，如德國民法是（德民第二六四條後段）。我民法則從日選民法之立法例。

二 第三人選擇權時

依我民法第二一〇條第三項規定：「由第三人爲選擇者，如第三人不能或不欲選擇時，選擇權屬於債務人。」所謂不能選擇，例如第三人因死亡疾病或其他之事故不能自爲選擇是。此在當事人之一方有選擇權時，則無此問題，蓋選擇權原非專屬權，當事人如不能選擇，則不妨使他人代爲或由繼承人爲之故也。至所謂不欲選擇，則指第三人能爲選擇而不願選擇而言。第三人不能選擇或不欲選擇，即以選擇權屬於債務人者，蓋如前所述，給付之不定，通常屬於債務人之利益故也。但如不能選擇之事實業已確定，或不欲選擇之意思業已表示於外，則其選擇權即當然屬於債務人，至債務之已否至清償期，以及已否對於第三人催告其選擇，均非所問。

第三項 給付之不能

給付之不能者，即債務人不能依債務本旨而為給付之謂也。外國法律多以給付不能為選擇之債特定方法之一種，我民法從之，於第二一一條規定：「數宗給付中，有自始不能或嗣後不能給付者，債之關係僅存在於餘存之給付。但其不能之事由，應由無選擇權之當事人負責者，不在此限。」（德民第二六五條日民第四一〇條暹民第二一九條）此之所謂不能給付，非指數宗給付皆屬不能而言，如數宗給付皆屬不能，則無適用本條之餘地。從可知本條之適用，其情形有二，有選擇之債之範圍為之減縮者，例如三宗以上之給付而其一宗給付為不能是。有選擇之債變為單純之債者，例如二宗給付而其一宗給付為不能是。茲再就本條分析說明如左。

第一 自始不能給付

法律行為當時，其給付即屬不能者，謂之自始不能給付。選擇之債之數宗給付，如皆屬自始不能，則債之關係無由發生。數宗給付如僅某宗給付自始不能，則債之關係存在於餘存之給付。從而祇一宗給付為可能時，債之關係即存在於此一宗之給付。不過嚴格言之，此種情形，自始即為單純之債，而不能謂其為選擇之債之特定耳。

第二 嗣後不能給付

選擇之債發生以後，其給付始屬不能者，謂之嗣後不能給付。嗣後不能給付之效果，應分左列三端言之。

- 一 因不可歸責於雙方當事人之事由致不能給付時

於此場合，債之關係存在於餘存之給付（民法第二一一條）。選擇權人之爲債權人，抑爲債務人，在所不同。其債之關係存在於餘存之給付者，蓋選擇之債之數宗給付通常立於補助地位故也。

二 因可歸責於有選擇人之事由致不能給付時

甲 因可歸責於債權人之事由時 於此場合，債之關係亦存在於餘存之給付（民法第二一一條）。例如甲與乙約，將其所有之房屋或土地出賣於乙，而乙有選擇權，乃因可歸責於乙之事由，致房屋燒毀，其債之關係存在於餘存之土地是。此種規定，嚴格言之，實屬不當。蓋就債權人言之，既對於燒毀之房屋，應負損害賠償之責，復對於餘存之土地，應爲選擇支付價金，是原欲買受房屋或土地者，今則並房屋及土地而皆買受之矣，又就債務人言之，是原欲出賣房屋或土地者，今則並房屋及土地而皆出賣之矣。其爲不當，甚爲顯然。雖然，第二一一條可解爲任意規定，當事人自不妨訂立契約，以避免本條之適用（同說 *Litten, Page (antore)*）。

乙 因可歸責於債務人之事由時 於是場合，債之關係亦存在於餘存之給付（民法第二一一條）。此種規定，最合於當事人之意思，且亦無害於債權人之利益。蓋選擇權既屬於債務人，縱無不能給付之事由，債務人亦得選擇餘存之給付以爲履行故也。

三 因可歸責於無選擇權人之事由致不能給付時

依我民法第二一一條但書規定：「但其不能之事由，應由無選擇權之當事人負責者，不在此限。」所謂不在此限者，即選擇權人並不因此喪失其選擇權也。良以不能給付既因可歸責於無選擇權人之事由而生，則選擇權人自無因其行為喪失選擇權之理由，故我民法定爲例外。於此場合，如債務人有選擇權，而選擇其不能給付時，則債務人免爲給付，債權人仍須支付價金。選擇其餘存給付時，則債務人一面請求損害賠償，一面請求支付價金。如債權人有選擇權，而選擇其不能給付時，則債務人應負履行不能之責。選擇其餘存給付時，則債務人應交付餘存給付，債權人應支付價金。

第四項 特定之效力

選擇之債，一經特定，則由選擇之債變爲單純之債，專極顯然，無待深論。（註一）惟於此有問題者，即選擇之債之特定有無溯及效力是也。關於此點，在普羅馬法及德國普通法即有爭論。法國民法未設明文，於是有主張不應認其有溯及力者，如 Laurent 氏是。有主張應認其有溯及力者，如 Baudry Lacantinerie et Barde 氏是。德國民法雖明定其有溯及力（德民第二六三條第二項），然亦有主張絕對不應認其有溯及力者，如 Pasatore 氏是。亦有主張原則上不應認其有溯及力者，如 Leonhard 氏是。其所持理由，不外下列二點：（一）實際上無認其有溯及力之必要，例如由京自瀝輪船火車兩途，聽其選擇，偶然選定火車，無認其於購買旅行票時，即祇有使用火車權利之必要。（二）如認其有溯及力反覺不當，例如債權人有選擇權，債務人先行提出一宗給付，爲所拒絕，嗣

後債權人仍選定該宗給付，如認其有溯及力，則債權人將負受領遲延之責。雖然，我民法則固於第二一二條規定：「選擇之效力，溯及於債之發生時。」考其理由，不外藉以完成第二一一條但書之效用。蓋依該條但書規定，其不能之事由應由無選擇權之當事人負責者，選擇權人亦不喪失其選擇權，即債務人有選擇權，因債權人之事由致不能給付時，債務人得選擇其不能之給付，請求損害賠償，苟非認選擇之效力溯及於債之發生時，則同條但書即屬無由說明故也。（註二）雖然，選擇之效力，僅及於特定債權而止，至因履行該債權所能發生之物權，則尚有待於債務人之履行始能發生（民法第七五八條第七六一條），故我民法未如日本民法第四一一條但書特設不得侵害第三人權利之規定。（註三）準是以言，則債務人於選擇之債發生以後，未為選擇以前，縱將特定物之物權設定或移轉於第三人，自屬有效。至債務人對於債權人應負責任，則屬另一問題，自不待言。

（註一）選擇之債，固因特定而變為單純之債，但單純之債非必為特定之債，故選定之給付債以種類指示者，尚須依第二〇〇條之規定，再為特定，始能履行。

（註二）我民法第二一二條祇云選擇之效力溯及於債之發生時，而不云特定之效力溯及於債之發生時，於是學者，有誤解為本條祇限於給付因選擇而特定者，有其適用，固不能而特定者，則在除外之例。陳克生氏即不負有此誤解，此就所著債總以第二一二條認為選擇權行使之效力，而於選擇權之行使標的之下加以解說，即可推見（陳氏前揭一七七頁一七八頁）。日本法第四一一條之用語與我民法同，後兩者名民法

學者亦多屬於同一之誤釋（石坂氏前掲上卷一八四頁以下，鳩山氏前掲上卷五六頁以下）。

（註三）我國兩次民法草案均仿日本民法設有不得侵害第三人權利之規定（一草第三三九條但書二草三四〇條但書），新民法無之。在日本民法學者，解釋被國民法第四一一條但書曰：選擇之債，一經特定，則其特定物之物權即當然移轉於債權人，選擇既溯及既往發生效力，自不免損害第三人在選擇以前取得其物權時之權利，故特設但書，以避免之（梅氏民法要義卷三，四〇頁，田氏債權總論二一八頁）。此項論理，顯係受法國法主義，即債權契約與物權契約混而不分之影響，我民法既採德國法主義，債權契約與物權契約分而為二，自以不設此但書規定為是。

第三款 任意之債

任意之債（*Obligation mit facultas alternativa*, *Obligation facultative*）者，債務人或債權人得以他種給付代替原定給付之債也。此種代替，係屬一種權利，稱曰代替權或補充權（*facultas alternativa*, *Ersatzungsod, Lösungsbedingnis*）。關於任意之債，我國民法雖無明文規定，但在實際生活上則所常見，就其得以他種給付代替原定給付之點言之，與選擇之債頗相類似，故在事實上任意之債與選擇之債常相混淆。茲分債務人任意之債與債權人任意之債說明如左。

第一 債務人任意之債

債務人任意之債者，即債務人得以他種給付代替原定給付之債也。此種之債，通常固由法律行為而生，但亦有

由法律規定而生者，例如我民法第二〇二條所定之情事是。債務人任意之債，有謂其為債務人得為代物清償之債者，其說非是，蓋代物清償，乃債務人經債權人之同意後，始得以他種給付代替原定給付故也。（註一）債務人任意之債與債務人有選擇權之選擇之債，頗相類似，但究有下列三點之不同。（一）在選擇之債，其數宗給付，皆為債之標的，不過各給付立於得為選擇之關係。反之在任意之債，其債之標的，僅存於一宗之給付，債務人雖得以他種給付以為代替，但債權人祇能對於原定給付以為請求。（二）在選擇之債，得依選擇而生特定。反之在任意之債，其給付於債之發生當時即已特定，債務人縱選擇其給付以為履行，亦無選擇之性質。（三）在選擇之債，其一宗給付雖屬不能，然債之關係尚可存在於其餘存之給付。反之在任意之債，其原定給付如屬不能，苟非因可歸責於債務人之事由而生，則債務人免其責任。

（註一）有謂債務人任意之債，為債務人得為代物清償之債者，如 Hegeborger, Wolff 諸氏是。亦有謂其為代物清償之讓與者，如梅謙次郎氏是。但在通說則謂任意之債與代物清償頗有區別，主此說者為 Windscheid, Langbehnkeon, Resakore 諸氏，余亦從之。蓋在債務人任意之債，債務人有變更其給付之權利，即所謂代替權（為形成權之一種），代物清償則債務人無此權利，自非經債權人之同意，不得以他種給付代替原定給付也。

第二 債權人任意之債

債權人任意之債者，即債權人得以他種給付代替原定給付之債也。此種之債，通常固由法律行為而生，但亦有

由法律規定而生者，例如日本民法第七二三條之規定是（我民法無此規定）。債權人任意之債，亦為一種獨立的債之關係，與債務人任意之債同。（註二）此種之債與債權人有選擇權之選擇之債，頗相類似，但亦有下列三點之不同。（一）在選擇之債，其數宗給付係選擇的存在。反之在任意之債，其債之關係僅存於一宗給付，從而債權人不請求他種給付時，債務人得履行其原定給付。（二）在選擇之債，得依選擇而生特定。反之在任意之債，債權人縱請求其給付，亦無選擇之性質。（三）在選擇之債，如給付不能，應適用第二一一條之規定。反之在任意之債，如其給付不能，非因可歸責於債務人之事由而生，則債務人免其責任。

（註二）有謂債權人任意之債，有二個之請求權，其第二請求權，以第一請求權之滿足為解除條件者，如 *Regeleberger, Langheine-*

cken 諸氏是。有謂第一請求權為解除條件附，第二請求權為停止條件附者，如 *Helwig, Schollmeyer* 諸氏是。亦有謂債權人任意

之債，即債權人有選擇權之選擇之債者，如 *Bascatore* 氏是。但在通說則謂債權人任意之債，仍為一種獨立的債之關係，主此說者為 *Greif-*

schein, Ortman 諸氏，余亦從之。

第六節 損害賠償之債

第一款 概說

第一 損害

損害 (*Dannun, Schaden, damage, domage*) 者，謂因某種原因事實之發生，其人之財產或其他之法益所

受之不利也。損害一語，應由兩方面觀察：自抽象方面觀察，抽象的所失之利益，固謂之損害。自具體方面觀察，具體的所受之損害，亦謂之損害。我民法上之所謂損害，即兼指此兩種之損害而言。（註二）又損害自其種類言之，可分為財產上之損害與非財產上之損害。財產上之損害，又可分為積極的損害與消極的損害。（註二）其詳已於侵權行為中述之，茲不再贅。

（註一）由抽象方面觀察，即所謂差額說（Differenztheorie），此說為從來一般之通說（Kommunen, Windscheid, Fisher 諸氏均主此說）。及至近世，始有人主張損害應從具體方面以為觀察（Waldmann, Ottmann 諸氏主張之），其理由如下：（一）差額說不能說明非財產上之損害。（二）德國法上回復原狀之賠償方法，即基於現實的損害之觀念。（三）如依差額說，則被害人應繼續的計算其損害之數額，甚為不利。雖然，如純依具體的意義，則對於財產上之損害亦無法說明，故現今通說均謂損害之意義應從具體方面及抽象方面合併觀察，余亦謂然。

（註二）於財產上之損害非財產上之損害及積極的損害消極的損害之分類而外，尚有所謂積極的行為上之損害消極的行為上之損害（Positive Geschäftsfahressen, Negative Geschäftsfahressen，此分類為 Ihering 氏所首倡）。積極的行為上之損害，指法律行為有效成立，因債務人不為履行所受之損害。消極的行為上之損害，則指法律行為無效或可得撤銷時，當事人之一方因信為有效成立所受之損害（民法第九一條第二四七條）。此種區別，與積極的損害消極的損害之區別不同，故消極的行為上之損害，有時包含積極的損害與消極的損害。

第二 損害賠償

損害賠償者，謂排除損害，使回復損害發生前之同一狀態也。以例示之，如損害發生前其數爲十，因損害失去其二，所餘之數爲八，如補入他數之二，則其數復爲十，即回復損害發生前同一之狀態是。雖然，一旦發生損害以後，如欲排除損害，使其完全回復損害發生前之同一狀態，有時爲不可能，故另有其他方法，以填補之。此關於損害賠償方法之問題，俟於另款詳述，茲不贅。又通常所謂損害賠償，有廣狹二義，凡關與損害之人，皆應分擔其損害者，爲廣義之損害賠償。例如海商法上之共同海損是（海商法第一三〇條）。受害人爲一人，賠償義務人另爲一人，即專由受害人以外之人（不問其爲加害人與否）賠償其損害者，爲狹義之損害賠償。民法上所謂損害賠償，則專指後者而言。

第三 損害賠償之債

損害賠償之債者，以賠償他人之損害爲其標的之債也。損害賠償之債，從權利方面立論，可稱爲損害賠償債權。從義務方面立論，可稱爲損害賠償債務。前者通常稱爲損害賠償請求權，後者通常稱爲損害賠償之義務或損害賠償之責任。就損害賠償之債之性質言之，有爲原始的債之關係者，例如因侵權行爲，保險契約，公用徵收等所生損害賠償之債是。有爲傳來的債之關係者，例如因債務不履行所生損害賠償之債是。而於因債務不履行所生損害賠償之債，又有代替原債權而生者，例如因給付不能所生損害賠償之債是。亦有與原債權同時發生

者，例如因履行遲延所生損害賠償之債是。至關於損害賠償之債之立法例，各國法律殊不一致，有惟各別規定侵權行為之損害賠償及債務不履行之損害賠償，而不設損害賠償之債之一般規定者，如法國民法、日本民法、瑞士債務法及暹羅民法是。有除規定侵權行為之損害賠償外，特設損害賠償之債之一般規定者，如德國民法是。我民法從之。自立法體裁立論，應以我國民法爲是。良以損害賠償之債，除侵權行為及債務不履行外，其依法律規定而生者，不一而足，苟非就其成立要件，賠償方法，及賠償範圍等特設一般規定，則於適用上將屬無所準據故也。

第二款 損害賠償之債之要件

損害賠償之債之發生，通說均謂須具備下列四種之要件，即（一）須有發生損害之原因事實；（二）須有損害之發生；（三）須損害與原因事實有因果關係；（四）須賠償義務人有過失。茲分別說明如左。

第一 須有發生損害之原因事實

損害賠償之債，有由法律行為而生者，例如由火災保險契約生命保險契約所生損害賠償之債是。有由法律規定而生者，例如由侵權行為，債務不履行或其他法律規定所生損害賠償之債是。故損害賠償之債之發生，自必有其發生損害之原因事實而後可。申言之，即損害賠償之債，基於侵權行為而生者，須有侵權利之行為。基於債務不履行而生者，須有債務不履行之事實。基於其他法律規定而生者，須有法律所定之事實。

第二 須有損害之發生

損害賠償之債，是否以損害之發生爲其成立要件，因立法主義而不同。有以損害之發生爲要件者，如羅馬法主義是。有不以損害之發生爲要件者，如英美法主義是（即所謂賠償名義上之損害 nominal damage）。我民法則從羅馬法主義，良以英美法主義，無損害而亦賠償，不合於損害賠償之目的故也。至何謂損害，已於前述，茲不贅。

第三 須損害與其原因事實有因果關係

損害賠償之債之發生，以損害與其原因事實有因果關係爲必要，爲自來一般之通說，余亦謂然。因果關係（Kausalität）者，依時間及空間，連續的發生之現象間之必然的關係也。因果關係之觀念，依作爲與不作爲而不同。就作爲之因果關係言之，則有條件說（Bedingtheorie），原因說（Kausalitätstheorie）及相當因果關係說（Theorie adäquaten Kausalzusammenhanges）。相當因果關係說，又可分爲主觀客觀及折衷之三種，依余所信，應以相當因果關係說中之折衷說爲是。其次就不作爲之因果關係言之，有謂不作爲與結果間，亦如作爲與結果，有同一之物質的關係者，是爲積極說。有謂不作爲與結果間，非如作爲與結果間，有同一之物質的因果關係，不過在理論上有與作爲之因果關係相類似的關係，故由不作爲人負其責任者，是爲消極說。依余所信，應以消極說爲是。此等之點，已於侵權行爲中述之，茲不贅。

第四 須賠償義務人有過失

損害賠償之債之發生，以損害與原因事實間有因果關係爲已足乎？抑尙須賠償義務人有可歸責之故意或過失乎？（註一）關於此點，自來法律頗不一致。有以有因果關係爲已足者，是謂結果主義（*verursachungsprinzip*）。有尙須行爲與結果之間有主觀的連結，即賠償義務人有故意或過失爲必要者，是謂過失主義（*Verhaltens-dungsprinzip*）。現代各國法律，多以過失主義爲原則，結果主義爲例外，我民法從之。其詳已於侵權行爲中述之，茲不贅。至我民法何者採過失主義，何者採原因主義，應就各本條以爲決定，又不待言。（註二）

（註一）於此有一問題，即因果關係與過失是否同一。是關於此點，學說上頗有爭論，有謂無區別者，如 *Liepmann* 氏是。有謂有區別者，如 *Pohl* 氏是。依余所信，應以後說爲是。蓋因果關係爲行爲與結果之客觀的關係，過失則爲行爲與結果之主觀的關係，故行爲與結果之因果關係雖爲同一，然有爲故意者，有爲過失者，又損害賠償義務之發生，雖以有因果關係及過失爲原則，然有須祇有因果關係，縱無過失，亦應負賠償之責者，可知因果關係與過失係分離存在，不可相混。

（註二）原因主義之根據如何，頗難一概而論。有基於公平上之理由者，有基於便宜上之理由者，有基於損害分配上之理由者，亦有基於社會政策上之理由者，其根據奚如，雖就各種情事具體決之。其詳可參考岡松參太郎氏所著「無過失損害賠償責任論」。

第三款 損害賠償之方法

第一 概說

本論 第三章 債之標的

關於損害賠償之方法有二：一曰回復原狀主義（Prinzip der Naturalrestitution），二曰金錢賠償主義（Prinzip der Geldentschädigung）。回復原狀主義者，即排除損害，使回復損害發生前同一或同種狀態之主義也。金錢賠償主義者，即排除損害，使回復損害發生前經濟上同一價格之狀態之主義也。前者例如毀損他人之物者，以同種之物賠償是，後者例如毀損他人之物者，不以同種之物賠償，而以金錢賠償其價格是。此兩種主義，各有短長，自理論言之，固以回復原狀主義為合理，但自實際言之，則又以金錢賠償主義為較便，以故各國法律多就此兩種主義兼而採之。但其置重之點，則非一致，即有以回復原狀為原則，金錢賠償為例外者，如德國民法是（德民第二四九條第二五一條）。亦有以金錢賠償為原則，回復原狀為例外者，如日本民法是（日民法四一七條第七二三條）。

第二 我民法所定之賠償方法

我民法關於損害賠償之方法，係從德國民法之立法例，以回復原狀為原則，金錢賠償為例外，茲述如左。

一 原則

依我民法第二二三條第一項規定：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生之原狀。」（德民第二四九條）此即明示損害賠償之方法，以回復原狀為原則者也。回復原狀，於填補被害人之損害最為適當，故我民法以之為賠償方法之原則。但法律另有規定或契約另有訂定者，則從其規定。

或訂定。所謂法律另有規定，例如第一九三條第二項第一九五條第一項後段及第一九六條之規定是。又依第二二三條第二項規定：「因回復原狀而應給付金錢者，自損害發生時起，加給利息。」此固與回復損害發生前之原狀無關，然我民法所以特設本項之規定者，蓋金錢通常可生利息，苟非自損害發生時起加給利息，殊不足以充分保護被害人之利益故也。

二 例外

甲 經催告後逾期不為回復原狀時

我民法以回復原狀為賠償方法之原則固矣，但所謂回復損害發生前之原狀，不但係對於賠償義務人限定其賠償之方法，即債權人亦祇能請求回復原狀，不能請求以金錢賠償其損害。但如絕對貫徹此旨，對於被害人亦殊不利，故我民法第二一〇條規定：「應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不為回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。」（德民第二五〇條日民第四一七條瑞債第四三條）良以回復原狀雖屬可能，然如被害人已定相當期限催告後，而義務人仍不為回復，自應另求救濟，以期無損於被損害人之利益。但此不過債權人得請求以金錢賠償其損害，仍得請求回復原狀，自不待言。

乙 不能回復原狀或回復原狀顯有困難時

回復原狀主義，在理論上固屬適當，但有不能回復原狀者，例如毀損古人真筆之字畫是。亦有回復原狀顯

有困難者，例如回復原狀需費過鉅是。此時自應另求救濟，以期無損於被害人之利益。故我民法第二一五條規定：「不能回復原狀或回復原狀顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。」（德民第二五一條）日民第四一七條（瑞債第四三條）回復原狀之困難，是否重大，固應依客觀標準以為決定，但如回復原狀，依客觀見解顯然難得預期之結果或反於權利人之利益者，亦應解為顯有重大之困難。例如庸醫治病，致使病勢增劇，再由該庸醫診治，以求回復原狀是。

第四款 損害賠償之範圍

依我民法第二一六條規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。」（德民第二一五條）日民第四一六條）此即明示損害賠償之範圍，以填補財產上之損害為原則者也。其以填補財產上之損害為原則者，蓋期所以輕減賠償義務人之責任也。但法律另有規定或契約另有訂定，則屬例外。所謂法律另有規定，例如第一九五條第一項前段及第一九三條第一項之規定是。依此規定，則不但財產上之損害，應為賠償，即非財產上之損害，亦應為賠償矣。所謂所受損害，即財產上之積極的損害是。所謂所失利益，即財產上之消極的損害是。此兩種損害，依我民法規定均屬應行賠償之範圍。惟積極的損害，其數額如何，尚易確定，消極的損害，苟無明文規定，則適用上頗感困難，故我民法特於同條第二項明定：「依通常情形，或依已定之計劃設備，或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」依此規定，其取得之利益已絕對的確實者，因為所失

之利益，即非絕對的確實，僅為可得預期之利益，亦為所失之利益。前者例如買受人已將買賣標之物以高價轉賣於人，並已受價金全部之支付，乃因出賣人不克交付標之物，致不能取得其利益是。後者例如買受人雖未與他人訂立轉賣契約，然得自行使用收益，或租與他人使用收益（即依通常情形可得預期之利益），或有於受領標之物後轉賣於人之計劃，或設有轉賣該項物品之商店（即依已定之計劃設備可得預期之利益），或曾與人訂立轉賣契約或違約金契約（即依特別情事可得預期之利益），乃因出賣人不克交付標之物，致取得之利益而不能取得是。（註）

（註）於此有一問題，即賠償額之計算是。關於此點，我民法無明文規定，茲依據學理分三層說明之。（一）價格之分類。學者恆分價格為通常價格特別價格及感情價格之三種。通常價格（*Geneiner Wert*），即一般交易上所謂之價格。特別價格（*Ausserordentlicher Wert*, *Interesse*），即依權利人之特別情事所定之價格。感情價格（*Affektionsinteresse*），即依權利人之感情所定之價格。損害賠償，既以填補權利人所生之損害為目的，自應依特別價格以為計算賠償額之標準。（二）計算之時期。關於此點，通說均謂自損害發生之時起至請求賠償之時止。一切之損害，均應計算，其間價格有變動時，則應依最高價格計算之，余亦謂然（通說 *Windscheid, Mommsen, Dernburg, Ottmann, 吳說 (Fischer)*）。（三）計算之處所。此因情形不同而異，如為債務不履行，其賠償額應依債務履行地之價格計算之。如為侵權行為，則應依侵權行為地之價格計算之。

第五款 賠償金額之減免

第一 被害人與有過失時

我民法第二一七條第一項規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。」（德民第二五四條、日民第四一八條第七二二條、瑞債第四四條第一項、暹民二〇〇條第三四〇條）是謂過失相抵（*Culpa Compensatio*）或共同過失（*Contributory Negligence*）。茲述其性質要件及效力如左。

一 過失相抵之性質

過失相抵之性質如何，其說不一，有謂此時非因被害人與有過失，故減免賠償義務人之責任，乃因被害人之行為亦為發生損害之原因，故減免賠償義務人之責任者，如 *Endemann*, *Coissant* 諸氏是。此說顯與法律之規定不符，蓋我民法已明定因被害人與有過失，故減免賠償義務人之責任故也。有謂凡人對於與他人發生關係之行為，均應負相當注意之義務，被害人如有過失，即屬違反此種注意之義務，故應減免賠償義務人之責任者，如 *Tiesb*, *Gottschalk*, *Weyl* 諸氏是。此說亦屬不當，蓋吾人雖有不得加損害於他人之注意義務，然不能謂其對於自己亦有此種注意之義務故也。有謂法律所以規定因被害人與有過失，減免賠償義務人之責任，係由公平着眼，即無論何人不得以基於自己過失所生之損害轉嫁於他人者（*quod quis ex culpa sua damnatum sentit, non intellegitur damnatum sentire*）。此說為 *Zitelmann*, *Pinnelin*,

Leydon, Othmann 諸氏所主張，余亦從之。

二 過失相抵之要件

過失相抵之適用，須損害之發生或擴大，被害人與有過失。所謂與有過失，有兩種涵義，即（一）須被害人之行爲與賠償義務人之行爲爲損害之共同原因。換言之，賠償義務人之行爲與損害固須有因果關係，即被害人之行爲與損害亦須有因果關係，此就與有過失之「與」字解釋，是爲當然。學者謂被害人之行爲對於損害之發生與以協力者，亦即以此。（註一）（二）須被害人於其行爲亦有過失。申言之，即被害人之行爲雖爲發生損害之共同原因，苟非具有過失，即無減免賠償義務人責任之理由。惟此之所謂過失，非固有意義之過失，蓋固有意義之過失必以義務之存在爲其前提故也。此點俟於債之效力中述之，茲不贅。（註二）至所謂損害之發生被害人與有過失，例如汽車行近之際，漫不注意，致被撞傷是。所謂損害之擴大被害人與有過失，例如債務履行遲延後，債權人遷移住所並未通知債務人，債務人嗣後無從提出給付，致使遲延之損害更加擴大是。又依我民法第二一七條第二項規定：「重大之損害原因，爲債務人不及知而被害人不予促其注意，或怠於避免或減少損害者，爲與有過失。」所謂重大之損害原因爲債務人所不及知而被害人不予促其注意，例如因債務遲延履行，致債權人不能充作某項用途，致失取得重大利益之機會，而未預將某項用途通知債務人促其注意是。所謂怠於避免或減少損害，例如債務人給付有傳染病之家畜，因債權人怠於隔離或消毒，

致其他之家畜亦被傳染是。

(註一)我國學者有是認因果中斷之觀念，並謂過失相抵與因果關係應加區別者，如陳著謂：「於此特應注意者，即過失相抵與因果關係中斷應區別之，此際仍須有因果關係存在，若因被害人行為而致因果關係中斷，則已無過失相抵之問題。例如因貸借人不返還其物，怒而打毀之時是。」(陳氏前揭一九三頁)余則以為既於因果關係採相當因果關係說，殊無是認因果關係中斷觀念之必要。洪著亦與陳著同一見解(洪氏前揭二一九頁)。

(註二)於此有一問題，即被害人是否須有行為能力是有謂其須有行為能力者，如 Cohn 氏是。此說殊無根據，頗難贊同。有謂其須有行為能力或責任能力，即無行為能力人亦應適用過失相抵之規定者，如 Endemann, Crome, Weyl 諸氏是。此說在幾何過失為原則，顯與法文過失之用語不符。蓋說則謂其須有責任能力，Zickmann, Gottschalk, Träger 諸氏主此說，余亦從之。蓋所謂過失雖非固有重義之過失，亦應準用過失之規定故也。

三 過失相抵之效力

過失相抵之效力維何？即我民法第二一七條所定「法院得減輕賠償金額或免除之。」依此規定，法院對於賠償金額究為減輕或免除與否，實有職權裁量之自由。(註三)惟法院於為裁量之際，應何所準據，則有三說：有謂應比較雙方原因力之強弱定之者，如 Crome, Weyl, Endemann, Schollmeyer 諸氏是。有謂應比較雙方過失之重輕定之者，如 *St. 1893* 氏是。有謂應比較雙方原因力之強弱及過失之重輕定之者，如石坂

昔四郎氏是依余所信，應從後說。而於原因力之強弱與過失之重輕不一致時，則應量重過失解決之。例如馬力迅車身大之汽車與馬力慢車身小之汽車相衝突時，如係後者出於故意，則由後者完全負其責任是。

(註三)關於此點，各國法律頗不一致。有不同種損害賠償，凡「賠償義務及賠償範圍」應斟酌當時之情形，尤其損害原因主要在於當事人之何方定之。者，如德民第二五四條第一項之規定是。有因債務不履行與他種行為異其效力，即如為債務不履行，法院於定損害賠償之責任及其金額時，應為斟酌，如為他種行為，法院於定損害賠償金額時，得為斟酌者，如日民第四一八條及第七二二條之規定是。我民法則不因債務不履行及他種行為而生差別，即一般損害賠償皆有其適用，則係從德國民法之立法例，但於不明斟酌標準，完全委諸法院自由裁量之點，則又與日民法之規定同。

第二 義務人之生計有重大影響時

損害賠償，原以填補被害人之損害為目的，故除有第二一七條之情形外，凡第二一六條所定之損害，及其他依法律或契約所定之損害，均應賠償，不應因賠償義務人資力之有無而生差異，是不待言。然如絕對貫徹此旨，亦非社會政策之所宜，故我民法特從瑞士債務法第四四條第二項，於第二一八條規定：「損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償，致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額。」本條之適用，有應具備之要件：(一)損害非因故意或重大過失所致。賠償義務人如僅有輕微過失或全無過失（就結果責任言），其情節大有可原，自不宜責之過苛。(二)如為賠償，則賠償義務人之生計有重大影響。此時如仍令賠償義務

人賠償，則不但非保護經濟弱者之道，且將引起重大之社會問題，此與第一八七條第三項及第一八八條第二項法院得斟酌加害人被害人之經濟狀況，令加害人爲全部或一部之損害賠償，其立法政策，正屬相同。又賠償義務人如能證明上述兩種要件，法院固得減輕其賠償金額，但係得減，與第二一七條之規定同，不能免除，則又與第二一七條之規定異，不可不辨。（註四）

（註四）於此有一問題，即損害賠償之舉證責任是。依舉證法則，凡欲對於他人爲一種之請求，不可不證明維持其請求之一切事實。舉例以言，如欲以債務不履行爲原因請求損害賠償，則債權人自不能不證明因債務不履行致受損害之事實。否則苟非債務人表示不爭，則法院難以裁定駁斥之。反是，債務人如欲主張其不履行非因可歸責於自己之事由而生，則應證明其事實，又不待言。依此，則關於損害賠償之範圍，自應由被害人負舉證之責。第二一七條及第二一八條係屬損害賠償範圍之特別，其舉證責任則應由賠償義務人負之。依同一理由，損害賠償之數額，自應由被害人負查證明，如係非財產上之損害，被害人不能證明其損害數額時，則不外由法院斟酌事物通常之經過及被害之狀況自由定之。關於此點，瑞士債務法第四二條設有規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。

第六款 賠償代位與損益相抵

第一 賠償代位

損害賠償請求權人，就其物或權利所生之損害已受全部之清償時，如仍保有其物或權利，即屬取得二重之利益，此與損害賠償之本旨顯不相合。故我民法特仿羅馬法以來各國法制所認賠償代位（Subrogation）之制

度。即：「關於物或權利之喪失或損害負賠償責任之人，得向損害賠償請求權人請求讓與基於其物之所有權，或基於其權利對於第三人之請求權。」（民法第二二八條、德民第二五五條、日民第四二二條）。茲述其要件及效力如左。

一 賠償代位之要件

賠償代位之適用，須係關於物或權利之喪失或損害，發生損害賠償責任而後可。所謂物之喪失，例如受寄人因過失致其寄託物被盜是。所謂權利之喪失，例如財產管理人因過失致其所保管之無記名證券被盜，且經盜取人讓與於善意占有人是（民法第九五一條）。所謂物之損害，例如甲因故意或過失拆毀乙之房屋是。所謂權利之損害，例如受任人因怠於債權之收取，嗣後債務人成爲無資力人，致該債權無經濟上之價值是。凡因物或權利之喪失或損害發生損害賠償責任者，即可適用關於賠償代位之規定，賠償義務人已爲全部價格之賠償與否，則非所問。關於此點，我民法雖無明文規定，但依余所信，解釋上應屬如此。蓋我民法既探請求代位主義，則其請求權應解爲與損害賠償義務同時發生，無須以已爲賠償爲其請求權發生之要件，甚爲顯然故也。（註一）

（註一）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳者謂：「須由賠償義務人已受全部價格之賠償。此點，他國民法亦有以民法規定者，民法雖無明文，然此爲當然。不過得解爲賠償人就自己賠償義務得援用同時履行抗辯之規定。」（陳氏前揭二一八頁）陳氏之說，以之解釋

日本民法尙無大誤，查日民係採當然代位主義，故以賠償義務人已爲賠償爲移轉權利之法定要件，我民法則從德國民法採請求代位主義，自應爲同一之解釋。

二 賠償代位之效力

關於賠償代位之效力如何，各國法律不同，有損害賠償請求權之權利法律上當然移轉於賠償責任人者，是爲當然代位主義，此主義日本民法及德國第一次民法草案採之（日民第四二二條德一草第二二三條）。有祇認賠償責任人對於損害賠償請求權人有讓與權利之請求權者，是爲請求代位主義，此主義德國民法第二次草案及其現行民法採之（德民第二五五條）。前之主義，於適用上甚爲不便，即不能因此確定權利讓與之事實期日及其被讓與之範圍，故我民法特採後之主義，即賠償責任人得向損害賠償請求權人請求讓與基於其物之所有權或基於其權利對於第三人之請求權（民法第二二八條）。如前示第一例，受寄人得向寄託人請求讓與基於其物之所有權。第二例，財產管理人得向本人請求讓與基於其權利對於盜取人之請求權。第三例，甲得向乙請求讓與其材料之所有權。第四例，受任人得向委任人請求讓與其對於債務人之債權是。

第二 損益相抵

損害賠償之目的，雖在排除損害，回復損害發生前之同一狀態，然非使被害人因此而受不當之利益，故如被害

人因發生損害賠償義務之原因事實，受有損害，同時受有利益時，即應由損害額中扣除利益額，以其餘額為賠償額，是為損益相抵 (compensatio lucri cum damno, Vorteilsrechnung, Vorteilsausgleichung)。此為羅馬法德國普通法以來一般所認之原則，我民法雖無明文規定，但既明認賠償代位，則解釋上自應認損益相抵為有效。(註二)關於損益相抵之適用，應具備下列兩種要件：(一)須損害與利益由於發生損害賠償義務之原因事實而生。關於此點，非無謂須損害與利益由於發生損害之原因事實而生，始能適用損益相抵者 (Windscheid, Endemann, Schollmeyer 諸氏主此說)，其說頗失之狹，蓋如依此說，惟直接利益得為相抵，間接利益，即由第二事實而生之利益則不能相抵故也。故在通說則謂以損害與利益由於發生損害賠償義務之原因事實而生為已足 (Wommensen, Staudinger, Ortmann, 諸氏主此說)，余亦謂然。(註三)(二)須其所得之利益離所受之損害而獨立。故如其物非全部滅失，不過僅有毀損者，即不能以其毀損之部分為損害，贖餘之部分為利益。如動物被殺，其死屍不得謂其為利益是。關於此點，非無持反對之見解者 (如 Ederit 氏)，但在通說則謂於此情形，單為價值之消滅，而非新生之利益，不得適用損益相抵，余亦謂然 (通說 Walmann, Ortmann 諸氏)。

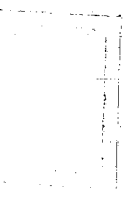
(註二)賠償代位與損益相抵，雖同為避免損害賠償請求權人受不當之利益，然二者之性質究不相同。舉其甚者以言，即在損益相抵，須利益與損害基於同一之原因，而賠償代位，則其被代位之物或權利無須基於發生損害之原因事實。例如犬之保管人，因過失而犬被盜，保管

人處於其搜索時，所有人對於保管人所有之損害賠償請求權基於過失而生，對於第三人之權利則基於竊盜而生，故在賠償地位以二個請求權之權的同一為已足，原因之同一與否，則非所問（同說 Ortmann, Fischer 異說 Schollmeyer）。

（註三）就其適用以言：（一）有由同一行為直接發生一個結果，一部為損害，一部為利益者，例如因交馬過速，一面生遲延之損害，一面生節省飼養費之利益是。（二）有由同一行為直接發生兩個結果，一為損害，一為利益者，例如騎手養馬，鞭馬致死，因而得獎金，一生得獎金之利益，一生死馬之損害是。（三）有以由行為而生之結果為原因，再生一個之結果（間接結果），其損害與利益不能與其結果分離者，例如受出賣有價證券之委託，因出賣遲延，一面因價格之騰貴而得利益，一面因捐稅之增加而受損害是。（四）有由行為而生獨立之兩個結果，再以此兩個結果為原因而生損害與利益者，例如應以貨物由火車運送之水櫃運送人，違反契約，以其貨物交付運費低廉之港運，致貨物因船艙沉沒滅失，一生節省運費之利益，一生貨物滅失之損害是。

58

4762 13



大 學 叢 書

中 國 民 國 法 債 篇 總 論

下 冊

胡 長 清 著

商 務 印 書 館 發 行

MG
D929.6
2139
:2

大 學 叢 書
中 國 民 法 債 權 篇 總 論

下 冊

胡 長 清 著

商 務 印 書 館 發 行



3 2168 9231 9

第四章 債之效力

第一節 概說

債之效力 (Wirkung der Obligation, effects des obligations) 者，基於債權債務關係所生法律上之力也。債之效力，有屬於普通者，有屬於特別者，此之所述，爲債之普通效力，債之特別效力，則於各種之債詳述之。債之普通效力，有屬於主要者，有屬於從屬者，債之主要效力，即債務人之給付義務是。債之從屬效力，即債務人之注意義務，債務人之不給付，債權人之受領遲延及債權人對於債之保全是。又債之效力，有屬於對內者，有屬於對外者，前者即債務人之給付義務，債務人之注意義務，債務人之不給付及債權人之受領遲延是。後者即債權人對於債之保全是。我民法依此理論，以債務人之給付義務，債務人之注意義務及債務人之給付不能不完全給付合併爲一款，題曰「給付」。以債務人之給付遲延及債權人之受領遲延合併爲一款，題曰「遲延」。債權人對於債之保全，則獨立爲一款，題曰「保全」。本書即依此順序述之。但在我民法尚有「契約之效力」之規定，此種規定，係從法國民法之立法例（法民一一三四條以下），依學理以言，契約之效力，即在發生債權債務之關係，與債之效力迥不相同，不過我民法既與債之效力併爲一節，爲明瞭法典之編制計，自以於本章敘述爲適當。

第二節 給付

第一款 概說

給付之意義有二，自靜態觀察，所謂債之給付，與債之標的債之內容相同，自動態觀察，所謂債之給付，則與債之清償之履行相當。此之所謂給付，係指後者而言。即債之給付（*Leistung, prestation*）云者，實現債之內容之債務人之行為也。其別於債之清償者，債之清償係由債權消滅之點以為觀察，債之給付則由債權活動之點以為觀察，與債之履行相同。債務人對於債權人應負給付之義務，係債之主要效力，已於前述，依法理以言，債務人之給付義務（*Leistungspflicht*）自應於債之效力中規定之，但在我民法則以之規定於債之標的中（民法第一九九條第一項），此點已於前述，茲不贅。又關於債務人之給付義務，首應解決者，為給付之內容如何，主體如何，時期如何，以及處所如何，依法理以言，此等之點，均應於債之效力中規定之，但在我民法則以之規定於債之清償中（民法第三〇九條以下），其詳俟後述之，茲從略。

第二款 給付之方法

依我民法第二一九條規定：「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。」是即所謂誠實信用之原則。茲述誠實信用之意義及此原則之適用如左。

第一 誠實信用之意義

誠實信用，在羅馬法為 *bona fides*，在法國民法為 *bonne foi*（法民第一一三四條），在德國民法為

Treu und Glauben (德民第一五七條及第二四二條) 所謂誠實信用，其意義如何，學說紛紜，尙未一致，有從主觀立場，謂已不欲勿施於人爲誠實信用者，如 *Stemmler* 是。有從客觀立場，謂無背於一般交易之道德的基礎爲誠實信用者，如 *Demburs* 是。有折衷於二說之間，謂公平較量當事人雙方之利益爲誠實信用者，如 *Schneider* 是。前兩說皆失之空泛，依余所信，應以後說爲是。即誠實信用云者，斟酌各種特別情事，比較當事人雙方之對立的利益之中道也。

第二 誠實信用原則之適用

債之關係如由法律規定而生，則給付之內容及其方法如何，自應依法律規定決之。又債之關係如由契約而生，則給付之內容及其方法如何，自應依契約之訂定決之。契約之訂定如有不備，則應依法律規定以爲補充，此爲解釋所當然。雖然，社會生活，複雜萬端，法律規定，有時而窮，自不能不有一至當之標準以爲審判官判定之準則，此標準爲何，即所謂誠實信用原則者是已。此原則之適用，其情形有二，有爲給付之內容者，此係一般契約之解釋問題，俟於相當場合述之，茲不贅。有爲給付之方法者，例如給付之時期業已確定，但究應於何時給付，如法律與契約均付闕如，則依誠實信用原則以定其給付之時間是。又如給付之處所爲債權人之住所，地業已確定，但運送方法如何，如法律與契約均付闕如，則依誠實信用原則以定其運送之方法是。

第三 誠信與衡平 (Billigkeit)

一切法規，通常均可分爲衡平法及嚴格法，審判官適用法律之際，得適合各種情事，以爲適用者，曰衡平法（*in aequum*）；反是，審判官適用法律之際，不得斟酌各種情事，必適用同一之標準者，曰嚴格法（*in strictis*）。債權法固原則上爲衡平法，但衡平與誠信，其範疇非必相同，即衡平係判斷某種關係之標準，誠信則爲一般行爲之準則，不可不辨。

依我民法第二一九條規定，不但履行債務應依誠實及信用之方法，即行使債權亦應依誠實信用方法，此就法文觀察，了無可疑，不過行使權利，依我民法第一四八條已有其適用之準則，本條行使債權云云，不能謂非贅文也。

第三款 債務人之注意義務

第一項 概說

債務人之給付義務，爲債之主要效力，已如前述，爲確保此項效力起見，債務人不可不負注意之義務，債務人既負注意之義務，則對於故意過失之行爲即不可不負責任，由此可知此之所謂故意過失，係以注意義務（*Sorge*，*altpflicht*）之存在爲前提。雖然，在我民法非無縱無注意義務存在而亦稱爲過失者，例如民法第二一七條所謂被害人與有過失是。學者通常稱前者之過失爲對於他人之過失（*Verschulden gegen andere*），後者之過失爲對於自己之過失（*Verschulden gegen sich selbst*）或自己之過失（*Eigene Verschulden*）。實則前者之過失係由怠於注意義務而生，後者之過失則係怠於注意而生，而非怠於注意義務而生，不可以不辨也。又債務人

對於故意過失之行為應負責任，係屬原則，在我民法非無縱無故意過失而亦負責任者，然此乃為例外，即所謂對於事變負其責任是已。（註）

（註）注意義務，不但債權法有其適用，他如物權法親屬法繼承法亦無不有其適用，故關於故意過失之問題，自應以之於民法總則中說明為適當。德國民法教科書多數於總則中說明之（如 Zehmann, Cosack, Grone, Bueccerus, Eek, Goldmann-Jilienthal, Landsherg, Mathias 等），少數則於債權法中說明之（如 Dernburg, Endemann, Stammler, Fingelmann, Bendoric 等），但在德國民法註釋書則皆於債權法中說明之，良以德國民法關於故意過失之一般規定，係在債權法中故也。或民法亦然，故本書亦特就債之關係而論故意過失之問題。

第二項 故意

第一 故意之意義

故意 (Dolus Vorsatz, Dol) 者，行為人明知且容認自己之行為應生一定結果之心理狀態也。其詳已於侵權行為中述之，茲不贅。雖然，何謂故意，學說上非無爭論，有以行為人認識其行為之結果為已足者，謂之認識主義或觀念主義 (Vorstellungstheorie)。有不以認識其行為之結果為已足，且以希望其結果之發生為必要者，謂之希望主義或意思主義 (Willentheorie)。此兩種主義各有短長，即如採觀念主義，則在欲得保險金，放火燒燬其保險之建築物者，祇能謂其有詐欺取財之故意，而不能謂其有放火之故意。如採意思主義，則在行為與結果之間有必然的因果關係時（即所謂確定故意 *dolus determinatus*），固屬不成問題，反之在行為與結果之間如僅有可能的因果關係時（即所謂未必的故意 *dolus eventualis*），則將因行為人之注意周到及輕率，有

時應認為故意，有時不應認為故意。我民法對於故意，並未加以解說，究以採何種主義為宜，不無疑問。但依余所信，為使民刑兩法用語之解釋一貫起見，自以採後之主義為適當。其詳已於前述，茲不贅。（註一）至故意之成立，是否須有違法（*Rechtswidrigkeit*）之認識，學說上頗有爭論，依余所信，應以否定說為是。換言之，即故意之成立，以行為人對於法律所定之事實認識為已足，縱不知法律規定該事實為違法，亦無礙於故意之成立。（註二）

（註一）十九世紀以前，刑法學界以故意主義為通說，及 *Baker* 氏出，始創為觀念主義。*Lasz*, *Frank* 諸氏從之，是則為刑法學界一般之通說。我國刑法學者亦大都贊成此說者也。至在民法學界，就德國言之，有探觀念主義者，如 *Zitelmann*, *Endemann*, *Crome*, *Kipp*, *Weyl*, *Emmeceus* 諸氏。是有探故意主義者，如 *Rahbein*, *Ottmann*, *Schollmeyer*, *Kuhlenbeck*, *staudingger* 諸氏。是我國民法學者則大都探意思主義（*陳氏前揭二〇五頁*洪氏前揭二二頁）*洪氏前揭一八〇頁*。

（註二）故意之成立，是否須有違法之認識，在德日民法學界頗有爭論。主肯定說者，在德國為 *Zitelmann*, *Crome*, *Weyl*, *Emmeceus*, *ruf*, *Planck* 諸氏。在日本為 *石坂普四郎氏*。主否定說者，在德國為 *Ottmann*, *Kipp* 諸氏。在日本為 *田名兼四郎*, *中島玉吉*, *山秀夫*, *三浦信三* 諸氏。我國學者則多探否定說（*陳氏前揭二〇五頁*洪氏前揭二二頁）。

第二 對於故意之責任

一 債務人對於故意行為應負責任

依我民法第二二〇條第一項規定，債務人就其故意之行為，應負責任，此為債務性質所當然。何則，蓋債務人既負擔債務，如許其故意為違反債務之行為，則顯然與債務之性質相反故也。

二 故意責任預先免除之禁止

故意責任能否預先免除，各國法律不同，有雖無明文規定，但一般通說及判決認為預先免除之契約背於善良風俗爲無效者，如日本是。（註三）有明定其不得預先免除者，如德國民法第二七六條及瑞士債務法第一〇〇條第一項之規定是。我民法則從德瑞立法例，於第二二二條明定故意之責任不得預先免除。既不許預先免除，則預先免除之行爲自屬無效。此種規定是否合理，非無爭論，但我民法所以明定其不得預先免除者，蓋預先免除之意思表示，殊有背於善良風俗故也。雖然，故意之責任固不許預先免除，但事後拋棄其請求救濟之權利，則其拋棄行爲仍屬有效，是不待言。

（註三）關於此點，日本民法無明文規定，通說及判例與我民法同，即預先免除故意責任之意思表示爲無效（權田氏前掲二五五頁）
（名氏前掲一八七頁）石坂氏前掲四二二頁大正五年一月二十九日大審院判決，惟鶴山氏獨持異說，略謂當事人拋棄可得處分之法益，斷無何種妨礙，則宥恕其對於該法益之故意侵害，自不能不謂其爲適法（鶴山氏前掲一五九頁），其說頗可傾軋。

第三項 過失

第一 過失之意義及分類

何謂過失，我民法無明文解說，但就現行刑法之規定觀之，則有所謂無認識的過失與有認識的過失，故吾人爲使民刑兩法用語之一貫起見，特下一統一的定義曰：過失（*Oulpa im engeren Sinne, Fahrlässigkeit, negligence*）者，因不注意致未預見行爲之結果，或縱已預見而不容認其結果之心理狀態也（侵權行爲章

參照)過失常因其注意(diligence)程度不同,可爲左列之分類。(註1)

一 抽象的過失

抽象的過失(Culpa in abstracto)一稱抽象的輕過失(Culpa levis in abstracto),抽象的輕過失者,欠缺善良管理人之注意之謂也。善良管理人之注意,係從日本民法用語而來(日民第四〇〇條),與羅馬法所謂善良家父之注意(Bonus paterfamilias),德國民法所謂交易上必要之注意(德民第二七六條 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)同一意義。(註2)此種注意,係以交易上一般觀念認爲具有相當知識經驗之人,對於一定事件所用之注意爲標準,客觀的決之。債務人有無盡此注意義務之知識經驗,以及向來對於事物所用之注意程度如何,則非所問。雖然,各個情事之客觀的特質,仍應予以斟酌,例如保管或送交貴重物品所用之注意,應較保管或送交尋常物品爲高是。又債務人之職務,亦應予以斟酌,例如醫生對於衛生事務,律師對於法律事務所用之注意,應較普通人爲高是。

二 具體的過失

具體的過失(Culpa in concreto)一稱具體的輕過失(Culpa levis in concreto),具體的輕過失者,欠缺與處理自己事務爲同一注意(Diligentia quam suis)之謂也。此亦係從日本民法用語而來(日民第六五九條第八〇五條,第八八九條第一〇四〇條),所謂自己之事務,不限於法律上之事務,舉凡經濟上身分

上一切屬於自己利益範圍之事務皆屬之。此種注意，係以債務人其人對於一定事件所用之注意為標準，主觀的決之。雖然，債務人如向來處理自己事務所用之注意程度低，苟已與處理自己事務為同一注意，固無過失之可言，反是如向來處理自己事務所用之注意程度高，倘祇為善良管理人之注意，而未與處理自己事務為同一注意，其有無過失，則屬疑問。依余所信，應認為無過失，何則，蓋債務人對於具體的過失所負之責任，不能較抽象的過失所負之責任為高故也。

三 重過失

重過失(Culpa lata)，我民法一稱重大過失，重大過失者，全然欠缺注意之謂也。故僅須用輕微注意即可預見之情形，而竟怠於注意不為相當準備，即不能不謂其有重大之過失（前大理院四年上字二一一八號判決）。重大過失與故意頗為相近，但一則無容許結果發生之意思，一則有容許結果發生之意思，其性質究不相同，不可不辨。又有無重大過失，應就各種情事抽象的決之，由此可知重大過失與抽象的輕過失不過程度之差，而其性質則無區別，此重大過失所以仍屬於過失之範疇也。

(註一) 在最早之學說，通常分過失為重過失(Culpa lata) 輕過失(Culpa levis) 最輕過失(Culpa levissima) 輕過失又分為抽象的過失(Culpa in abstracto) 具體的過失(Culpa in concreto) 自 Hase 氏出(一八一五年)，則排斥此種分類，分過失為輕

過失與重過失，輕過失又分為抽象的輕過失與具體的輕過失。現代各國民法皆從此分類，我民法亦然。

(註三) 法國民法及意大利民法均用善良家父字樣 (法民第一一三七條 bon père de famille; 意民第一二二四條 bonum pater di famiglia)。德國第一次民法草案亦然 (德民一草第一四四條 ordentlicher Hausvater)。德國民法成爲正式法典時，則改用交易上必要注意之文句，自通商言之，應以德國民法之用語爲是。蓋善良家父云云，家族的意味甚爲濃厚，與現代立法精神頗相離枘。故也。又善良管理人云云，雖適於足以表示債權關係之注意程度，然於債權關係以外之注意程度則不相密；且所謂管理人，祇能認爲委任或無因管理等管理人之意義，而於發生侵權行爲上之責任時，亦用善良管理人之注意，殊不相宜。

第二 對於過失之責任

一 債務人對於過失行爲應負責任

依我民法第二二〇條第一項規定，債務人就其過失之行爲應負責任，此爲債務性質所當然。何則，蓋債務人既負擔債務，如許其漫不注意，而爲違反債務之行爲，則顯然與債務之性質相反故也。

二 過失責任輕重之酌定

關於過失責任之規定，我民法至不一例，有明定其就抽象的過失負責任者，例如第四三二條第一項第四六八條第一項第五三五條後段第八八八條第九三三條是。有明定其就具體的過失負責任者，例如第五三五條前段第五九〇條前段第六七二條第一一〇〇條第二項是。有明定其就重過失負責任者，例如第一七五條第二三七條第四一〇條第五四四條第二項是。如法律無特別規定，當事人亦未以契約訂定，則債務人應

就何種過失負其責任，實屬疑問。故我民法特從瑞士立法例，於第二二〇條第二項設一抽象規定曰：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」（瑞債第九九條第二項）所謂過失之責任就事件特性而有輕重，就我民法立法精神言之，大體兼為或專為自己利益而負債者，過失責任重，專為他人利益而負債務者，過失責任輕（但不盡然，例如無因管理，管理人之注意義務是。其詳見前，茲不贅），為之審判官者，應斟酌各種具體情形，而為決定，以衡於事理之平。至所謂如其事件非予債務人以利益應從輕酌定，即過失責任依事件特性而有輕重之一例，就見諸明文規定者言之，例如因贈與而生之債，即非予債務人以何種利益，故贈與人僅就故意或重大過失，對於受贈人負其責任是（民法第四一〇條）。

三 重大過失責任豫先免除之禁止

重大過失責任能否豫先免除，各國法律不同，有雖無明文規定，但一般通說均謂其得為豫先免除者，如日本是。但在日本尚有反對說。三瀨氏關於醫師免責約款之質疑解答志林一八卷一號。有明定其不得豫先免除者，如瑞士債務法第一〇〇條第一項之規定是。我民法從之，此因重大過失與故意甚為相近，故特說明文以其與故意為同一處置（民法第二二二條）。但我民法所禁止者僅為豫先免除，事後拋棄其請求救濟之權利，自無不可。又在瑞士債務法，以一定情形為限，豫先免除輕過失之特約，亦得依審判官之裁量宣告為無效（瑞債第一〇〇條第二項），我民法未為採用，自難為同一之解釋。

四 具體的過失責任之加重

如前所述，過失既因注意義務之程度不同，分爲抽象的過失及具體的過失及重過失，從而責任之重輕，自亦因之而不同。申言之，即抽象的過失，注意之程度高，故債務人之責任重，具體的過失，注意之程度低，故債務人之責任輕，重過失，注意之程度則最低，故債務人之責任亦最輕。過失與責任，關係顯然，不容牽混。雖然，在具體的過失，債務人之應負責任與否，固應以其對於一定事件所用之注意爲標準，具體的決之，然若債務人向極疏虞，即普通人之注意而亦無之，如亦因其已與處理自己事務爲同一注意，即可不負責任，則不不足以保護債權人之利益，即衡諸交易安全之旨亦有未合，故我民法特從德國立法例，於第二二三條加重其責任曰：「應與處理自己事務爲同一注意者，如有重大過失，仍應負責。」（德民第二七七條）由此可知具體的過失固以債務人所用之注意爲標準決之，然其注意程度要不能低於普通人尋常所爲之注意，否則仍應負責。

第四項 事變

第一 事變之意義

事變(Casus, Zufall, Oas factus)者，非基於債務人之故意過失所生之事實也。此事實，有爲外界之事件者，有爲債權人債務人以外第三人之行爲者，有雖爲債務人之行爲而非基於其過失者，就廣義言之，皆屬事變。又事變可分爲通常事變(gewöhnlicher Zufall)與不可抗力(vis major, höhere Gewalt force

maieure)何謂不可抗力，學說不一，有從主觀說，謂縱盡最大之注意亦不能防止其發生之事件，爲不可抗力者(Goldschmidt, Derburg, Windscheid, 諸氏主此說)。有從客觀說，謂其發生原因不屬於業務執行之範圍，且以超越通常所生事變更大的勢力而生之事件，爲不可抗力者 (Erner, Pernice, Labbe, Bruckir, Ortmann 諸氏主此說)。依余所信，應以客觀說爲是，蓋債務人對於事變而負責任，非以其有故意過失，自不能從主觀以爲決定故也。

第二 對於事變之責任

依我民法第二二〇條規定，債務人固僅就故意過失之行爲負其責任，但例外有應就通常事變負其責任者，例如民法第六〇六條第一項第六〇七條第六三四條第六五四條第八九一條之規定是。亦有應就不可抗力負其責任者，例如民法第二三一條第二項之規定是。不過此種例外規定，尚不多見。但應注意者，債務人對於事變而負責任，非以其主觀的有負責之事由，乃因客觀的發生債務不履行之結果即應負責，從而可知對於事變之責任非違反注意義務之問題。又對於事變之責任，不但債權關係上足以發生，即侵權行爲與其他之場合亦足以發生，其關於侵權行爲之事變責任，已於侵權行爲中述之，茲不贅。

第五項 故意過失之能力

債務人就其故意或過失之行爲應負責任，已於前述，所謂故意或過失，又均係以債務人具有意思能力爲其前

提要件，故如債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時，其責任應由何人負擔，則屬疑問。我民法爲解決此問題，特於第二二一條設下列之規定曰：「債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人者，其責任依第一八七條之規定定之。」其依第一八七條之規定以定責任者，蓋債務不履行之故意過失與一般侵權行爲成立要件之故意過失完全相同，債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時，其責任之歸結自應一致故也。所謂依第一八七條之規定定之，即第一八七條全條之規定對於債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時均應有其適用，此在文理解釋及論理解釋均屬當然。我國學者有謂：「本條祇規定債務人之責任依第一八七條之規定定之，並未規定法定代理人應依同條之規定負其責任」者（洪氏前揭上卷一二四頁），其說近於拘執文義，殊難贊同。至第一八七條之內容，已於侵權行爲中述之，茲不贅。

第六項 對於使用人之過失之責任

所謂債務人就故意過失之行爲應負責任，原指債務人就自己之故意過失負其責任，他人之故意過失，在債務人不過一種事變，原則上無責任之可言。然如絕對貫徹此種法理，有時在交易必要上實非所宜，故我民法從穩妥立法例，於第二二四條規定曰：「債務人之代理人或使用人關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。」（德民第二七八條瑞債第一〇一條）此之所謂代理人，指意定代理人而言，法定代理人則不包含在內。（註二）此之所謂使用人，指基於債務人之意思所使用之人而言，其與債務人間有無繼續的

委任或僱傭關係，在所不問。(註二)此之所謂關於債之履行有故意或過失，則惟限於代理人或使用人關於債之履行有故意或過失，如債務人關於債之履行而有故意或過失，例如債務人對於代理人或使用人之選任或監督有故意或過失，或債務人反於法律規定或契約訂定而使代理人或使用人履行債務，則自應由債務人負其責任，無適用本條之必要。至債務人應與自己之故意或過失負同一責任之理由如何，則其說不一：有從保險說，謂債務人已於其對價中取得保險費，故無論何種損害皆應負責者。有從結果說，謂債務人負有完成一定結果之義務，故應對於代理人或使用人之行為負其責任者。亦有從代理說，謂債務人與代理人或使用人立於代理關係，故應對於代理人或使用人之行為負其責任者。第一說反於事實，殊難贊同。第二說亦難贊同，蓋如依此說，則是債務人對於事變亦應負責，反於債法之原則故也。第三說似屬甚當，實則背於代理之法理，亦不足取，蓋代理僅限於法律行為，違法行為則無所謂代理故也。余則以為債務人應與自己之故意或過失負同一責任之理由，與我民法第一八八條僱用人對於受僱人之侵權行為而負責任之理由同。其詳已於前述，可參照得之，茲不贅。雖然，本條係屬任意規定，此觀本條但書「但當事人另有訂定者不在此限」之規定而自明。依此規定，當事人間豫以契約訂定債務人就代理人或使用人之故意或過失不負責任時，其約定為有效。此與第二二二條故意或重大過失之責任不得豫先免除，殊不相同。

(註一)關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著謂：「所謂代理人，包含法定代理人與法定代理人，無行為能力人或限制行為能力人無適

別權力者，就自己之行為雖依第二二條之規定不負責任，然就法定代理人有故意或過失之行為仍應依本條之規定預其責任」。(洪氏前揭上卷一二六頁)洪氏以為第二二一條僅限於債務人有其適用，謂第二四條所謂代理人包含法定代理人在內，蓋屬當然。

(註二)我民法第一八八條用僱用人與受僱人字樣，故本書取該義解釋，第二四條則用債務人與使用人字樣，故本書從廣義解釋，於此更足以證明吾人對於前者之取該義解釋為不謬。

第四款 債務人不給付之責任

第一項 概說

債務之不給付者，債務人不依債務本旨而為給付之事實也。債務之不給付，從消極方面觀察，可分為不能給付及遲延給付，從積極方面觀察，則有所謂不完全給付，此之所謂不給付，解釋上則係指此三者而言。但在外國法律有僅以不能給付及遲延給付為不給付者，以之解釋我國民法則不可通，蓋我民法第二二七條顯然為關於不完全給付之規定故也。又遲延給付既為不給付之一種，要件及其效力如何，自應與不能給付及不完全給付於同一處所規定之，但在我民法則為便利起見，以之與債權人遲延，即受領遲延規定於一款，故本書本款所說明者僅為不能給付及不完全給付，遲延給付則於次款第二項說明之。

第二項 不能給付

第一 不能給付之意義

何謂不能給付，其說不一，有從狹義解釋，謂論理上必然的不能給付爲不能給付者。有從廣義解釋，謂論理上縱屬可能，然在一般社會通念認爲不能給付即屬不能給付者。（註一）依余所信，應以後說爲是。蓋前說之根據，以爲能與不能應依論理的意義以爲解釋，法律上無復不能之觀念，不知法律上不能與論理上不能無須同一解釋，此與法律上因果關係與論理上因果關係無須同一解釋，正屬相同，故吾人以爲依一般社會通念以定不能之意義，在公平觀念上實爲允洽。準是以言，則不但因爲給付而致債權人所得利益與債務人所受犧牲，決不相稱者，固應認爲不能，即因爲給付而須冒犯生命上或身體上之危險，違背法律上道德上或職業上之義務，亦應認爲不能。雖然，不能給付與給付困難，不可混同，例如應給付貨物之債務，因債之關係發生後關稅增高或交通不便，給付困難則屬有之，苟非一般社會通念認爲困難程度已至於不能給付，債務人仍難免於給付之義務。又不能給付，不但作爲給付可以發生，即不作爲給付亦可發生，不作爲給付之不能給付，例如與人約定不居住南京，然因在國民政府服務不得不居住南京是。

（註一）從狹義解釋者，德國爲 Hartmann, Wendt, Kleinheim, Krickmann, Endemann, Planck, Schollmeyer, Ortmann, Rehbain 諸氏，日本則爲岡松參太郎氏（岡松氏無過失損害賠償責任論三四一頁以下）。從廣義解釋者，德國爲 Hitzo, Kisch, Emmeccorus, Klipp, zu Windscheid, Kuhlenthal, Kuhlenthal, Ortmann 諸氏，日本則爲我妻榮、鳩山秀夫、石坂晉、四郎仁、井田金太郎諸氏。我國陳克生、洪毓林兩氏均從此說（陳氏前揭二〇頁，洪氏前揭二二七頁），與本書同。

第二 不能給付之種類

一 自始不能與嗣後不能

給付之不能，有自始存在者，有嗣後發生者，前者稱為自始不能 (ursprüngliche Unmöglichkeit)，後者稱為嗣後不能 (nachträgliche Unmöglichkeit)。此之所謂不能，係指後者而言，蓋自始不能，乃債權發生效力與否之問題，而非債務不履行之問題故也。自始不能與嗣後不能區別之標準如何，其說不一，有以債權成立之時為標準，即債權成立當時之不能為自始不能，債權成立以後之不能為嗣後不能者。有以法律行為成立之時為標準，即法律行為成立當時之不能為自始不能，法律行為成立以後之不能為嗣後不能者。依余所信，應以移說為是，故在法律行為成立後條件成就前給付不能者，仍為嗣後不能，而非自始不能（同說陳氏前揭二一二頁洪氏前揭一二七頁異說石坂氏前揭五五八頁）。又所謂自始不能，須自始即有不能存在乎，抑祇須自始有不能之原因存在乎？學說紛紜，尙未一致，依余所信，應以後說為是。蓋非從後說，則將發生不當之結果故也。（同說石坂氏前揭五五六頁異說陳氏前揭二一二頁洪氏前揭一二七頁）。但所謂自始不能，乃給付時或債務人可得給付時不能給付，而此不能給付於法律行為成立當時即已確定之。蓋是以言，則給付之不能，不能，仍應依給付時以為決定。此點俟於遲延給付中述之，茲不贅。

二 主觀不能與客觀不能

嗣後不能，通常可分爲主觀不能 (subjektive Unmöglichkeit) 與客觀不能 (objektive Unmöglichkeit)。(註二) 此之所謂不能，係指前者而言，蓋客觀不能，乃債權發生效力與否之問題，而非債務不履行之問題故也。主觀不能與客觀不能區別之標準如何，其說不一，有謂債務人不能爲主觀不能，無論何人皆屬不能爲客觀不能者 (Mommson, Windscheid, Dernburg, Kleineldam, Kisch, Planck, Kuhlenthal, Schollmeyer, Rehbain, Endemann, Farnecerus, Cosack, Landsberg 諸氏主此說) 有謂債務人本身之不能爲主觀不能，給付性質之不能爲客觀不能者 (Riemann, Rimmann, Crome, Rabel, 橫田，川名諸氏主此說)。此兩說均不足採，蓋如依第一說，則不能之範圍甚爲狹隘，即祇須債務人以外有一人可能，即爲主觀不能，對於債務人甚爲不利。如依第二說，則在債務人因交通斷絕不能爲給付時，既非債務人本身不能，亦非給付性質不能，即得陷於無從解決之地步。故余以爲主觀不能，指債務人本身之不能言之，此外之不能則概爲客觀不能。至是否屬於債務人本身之不能，則以通常人處於債務人地位是否不能以爲決定。如此解釋，不但與不能之意義 (社會通念) 相符合，即準諸前述誠實信用之原則，亦無間然。

三 全部不能與一部不能

給付之不能，又可分爲全部不能與一部不能，給付之全部不能者，爲全部不能 (totale Unmöglichkeit)。給付之一部不能者，爲一部不能 (teilweise Unmöglichkeit)。前者如給付之標的物全部歸於消滅是，後者如

給付之標的物一部歸於消滅是。此之所謂不能，則兼指此二者而言。又全部不能與一部不能之區別，惟可分給付有之，如給付爲不可分，則祇有全部不能，而無一部不能。

四 永久不能與暫時不能

德國學者常以不能給付之繼續時間爲標準，分給付之不能爲永久不能 (dauernde Unmöglichkeit) 與暫時不能 (zeitweise Unmöglichkeit)。此種區別，就我民法解釋，殊無實益，何則，蓋祇須給付時或債務人得爲給付時給付不能，即發生不能給付之效果，初不問其爲永久不能或暫時不能故也。但此區別與解說遲延給付有關，故仍涉及之。

五 可歸責於債務人事由之不能與不可歸責於債務人事由之不能

依我民法規定，給付之不能尙可分爲可歸責於債務人事由之不能 (Vom Schuldner zu Verhelfender Unmöglichkeit) 與不可歸責於債務人事由之不能。所謂可歸責於債務人之事由，原則係指債務人有故意過失而言，蓋債務人通常僅就故意或過失之行爲應負責任故也。但例外依法律規定或契約訂定，債務人應對於事變負責任時，如其不能給付係由事變而生，即屬可歸責於債務人事由之不能。反之，債務人僅對於故意負責任時，如其不能給付係由過失或事變而生，則屬不可歸責於債務人事由之不能。故究屬可歸責於債務人之事由與否，應就各個債之關係債務人所負之注意義務決之（前大理院八年上字第八七號判決參照）。（註三）

(註二) 日本民法亦如我民法，無關於主觀不能與客觀不能之規定，故在日本學者常否認此種分類之存在，其所持理由為：(一) 日本民法第四一五條不認此區別；(二) 債務，原係債權人與債務人間之關係，其給付之能與不能，自應就債務人自身決之，與他人能為給付與否，並無關係；(三) 主觀不能與客觀不能區別之標準，皆不精確，殊不足取。(石坂氏前揭五一七頁以下同氏民法研究二卷二〇三頁以下末弘氏變務契約與履行不能法帖三四卷三號及廣谷氏前揭三四六頁)。但一般通說則均認此區別，我國學者解釋我民法亦然。(陳氏前揭二二一頁洪氏前揭二二七頁一二八頁)。

(註三) 此外關於給付不能尚可為種種之分類：(一) 自然不能與法律不能，基於自然法則之不能為自然不能，基於法律規定之不能為法律不能。前者如因鐵道破壞不能運送是，後者如不融通物之買賣是。自然不能與法律不能其效力相同，殊難區別之實益，故本書從略。(二) 絕對不能與相對不能，給付性質之不能為絕對不能，給付之性質雖屬可能，但因某種特定情事存在為不能者為相對不能。前者如使已死之馬復活是，後者如給付已死之馬是。絕對不能與相對不能其效力相同，亦無區別之實益，故本書亦略而不舉。

第三 不能給付之效力

關於不能給付之效力，依我民法規定，因不可歸責於債務人之事由而生與因不可歸責於債務人之事由而生而不同，茲分別說明如左。

一 因不可歸責於債務人之事由致給付不能時

甲 債務人免給付義務 因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免給付義務，此依我民法第

二二五條第一項之規定而自明。何謂因不可歸責於債務人之事由，已於前述，茲不贅。此之所謂不能，指客觀不能而言，如屬主觀不能，則債務人縱無過失，亦不能免於給付之義務。又此所謂不能，因全部不能與一部不能而效力不同，即如屬全部不能，則債務人免全部給付義務。如屬一部不能，則債務人免一部給付義務，但對於可能部分，解釋上債務人仍應為給付，庶無損於債權人之利益。

乙 債權人之代償請求權

因不歸責於債務人之事由致給付不能，債務人免給付義務固矣，然債務人非無因此給付不能之事由對第三人取得利益者，例如給付物為第三人所毀滅，債務人對於第三人而有侵權行為之損害賠償請求權是。如於此場合，不認債權人有代償請求權，則是債務人反因不能給付而得不當之利益，甚為不當，故我民法特於二二五條第二項規定曰：「債務人因前項給付不能之事由對第三人有損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。」（德民第二八一條法民第三一三三〇條）代償請求權（Surrogationsanspruch）之成立，其要件有三：（一）須債務人取得利益（Connodum）。（二）須債務人因給付不能之事由取得利益，換言之，即須利益與不能事由之間有因果關係。（三）須其利益係給付客體之代替，從而基於不能事由所生之利益，則非此之所謂利益。如具備上述三種要件，則債權人基於代償請求權，得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之

賠償物。雖然，所謂代償請求，非當然移轉之意，換言之，如債權人不為請求讓與或交付，則債務人仍保有對於第三人之損害賠償請求權，或已受領之賠償物。又代償請求權，究為原債權之繼續，抑為新發生之權利，學說上頗有爭論，依余所信，應以認為新發生之權利為適當。從而代償請求權之消滅時效應從新開始進行，附隨於原債權之擔保權亦應歸於消滅焉（同說 Schulz 氏，異說 Tize, Kisch 兩氏）。

二 因可歸責於債務人之事由致給付不能時

甲 債務人負損害賠償義務 依我民法第二二六條第一項規定：「因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求賠償損害」。從而債務人自應負損害賠償之義務。此之所謂不能，亦因全部不能與一部不能而效力不同，即如屬全部不能，則債務人應負全部損害賠償之義務。如屬一部不能，則債務人祇負一部損害賠償之義務，對於可能部分，解釋上債務人如為給付，則債權人仍有為受領之義務。雖然，債務人賠償其不能部分，給付其可能部分，而於債權人無何種利益者，往往有之（例如皮鞋一雙，一支給付可能，一支給付不能是）。如亦責令債權人受領，殊為不當，故我民法第二二六條第二項規定：「前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。」（德民第二八〇條第二項）依此規定，可知債權人能否拒絕一部給付，請求全部不給付之損害賠償，則應視其給付對於債權人有無利益決之。給付之對於債權人有無利益，應就具體情形以為決定，是

不待言。至損害賠償請求權，究爲原債權之繼續，抑爲新發生之權利，學說上亦有爭論，依余所信，應以認其爲原債權之繼續爲適當。從而損害賠償請求權之消滅時效，非從新開始進行，附隨於原債權之擔保權亦非歸於消滅焉。

乙 債權人之代價請求權

因可歸責於債務人之事由致給付不能，自理論言之，亦足以發生代價請求權，不過我民法因代價請求權隱而不顯，故不爲規定。因可歸責於債務人之事由致給付不能，解釋上既足以發生代價請求權，則此權利與損害賠償請求權之關係如何，實一問題。依余所信，應解爲請求權之競合。從而債權人已行使損害賠償請求權者，即不得行使代價請求權，已行使代價請求權者，即不得行使損害賠償請求權。蓋債權人行使其一，即可以得同一之滿足故也。（註四）

（註四）於此尙有兩問題，即（一）不能之通知：債務人就不能給付之發生有無通知債權人之義務，學說上頗有爭論，依余所信，應以有通知義務之說爲是。蓋債務人之履行債務，依我民法第一一九條規定，應以誠實及信用方法爲之故也。準此以釋，則債務人雖因不能給付免給付義務，然於可能範圍內，仍有債務關係之存續（石坂氏通知及通知義務民法研究第一卷三九八頁以下）。（二）不能之證明：關於給付之不能，應由何人負舉證之責，學說上亦有爭論，依余所信，應依情形而異，即因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，應由債務人負舉證之責，因可歸責於債務人之事由致給付不能時，則應由債權人負舉證之責。何則，蓋前者係債務人享受利益，後者係

債權人享受利益故也。關於此點，德法法律皆有明文規定，可供參考（德民第二八二條，法債第九七條）。

第三項 不完全給付

第一 債權之積極的侵害

從來之學說祇認債權之消極的侵害，而不認債權之積極的侵害，故各國法律亦祇設不能給付與遲延給付之規定，而無不完全給付之規定。及一九〇二年德國學者 *Sand* 氏創為積極的契約違反（*Die Positive Vertragsverletzungen*）之說，一般學人翕然宗之，於是有所謂債權之積極的侵害 *Positive Forderungsverletzung*。我民法第二二七條即本此理論而為不完全給付之規定。（註一）

（註一）一九〇二年 *Sand* 氏於第二十六次德國法學會紀念論文集發表一文，題曰積極的契約違反及其效果（*Über die Positive Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*），頗惹起學界之注意，及一九〇四年就上述論文加以增補，著為積極的契約違反（*Die Positive Vertragsverletzungen*）一書，而其說大盛。雖然，積極的違反，不限於契約有之，即其他債之關係亦足以發生，故 *Fanecerus* 氏改用積極的債權違反（*Positive Forderungsverletzungen*）字樣，以示概括，本書從之。

第二 不完全給付之意義

不完全給付者，債務人為違反債務本旨之給付之事實也。舉例以言，如債務人負有月終給付馬一匹之義務，而於月之十五日即已給付，但因給付之馬有傳染病，以致債權人所有之馬全部病死是。就其於月之十五日即已

給付之點言之，與不能給付固不相同，即與遲延給付亦屬有異，第以其給付違反債務本旨，即不完全，故我民法第二二七條於不能給付及遲延給付以外，而以不完全給付獨立為一種債務之違反焉。（註二）

（註二）關於此點，洪賦林氏與本書之見解不同，洪著謂：「所謂不為完全之給付，係指僅為一部之給付，而不為其他部分之給付時而言，非據日學者所謂不完全給付也。（中略）給付不能與給付遲延以外，尚有所謂不完全給付之第三種債權侵害，在德日已成通說，惟以據日民法並未就此設有規定，故其法律上之據成說，學說尚未一致，我國民法亦未就此設有規定，本條所謂不為完全之給付，不得解為有此意義。蓋斯意義之不完全給付非不為給付，而聲請強制執行以全然不為全部或不為一部之給付為前提也。」（洪氏前揭一三三頁）

第三 不完全給付之要件

不完全給付，其要件有三，茲述如左。

一 須已為給付

不完全給付所以異於不能給付或遲延給付者，即在於此，故如債務人未為給付，則屬不能給付或遲延給付之問題，而非不完全給付。至債務人於清償期屆至前豫先表示不為給付，是否不完全給付，學說上頗有爭論，余則以為應解為非不完全給付，蓋債務人不為給付之豫告，不能謂其為給付故也（同說 Staub, Lasser, Tenneker, 石坂諸氏，異說 Panck, Lehmann, 岡松諸氏）。

二 須給付之不完全

給付之不完全，即給付違反債務本旨之謂，此之所謂不完全，與我民法通常所稱「瑕疵」之意，甚為相近。給付之不完全，有由給付之內容而生者，有由給付之方法而生者，凡此二者皆屬之。至給付之時期違反債務本旨，則屬遲延給付之問題，而非不完全給付。

三 須因可歸責於債務人之事由

關於此點，我民法無明文規定，余以為事屬當然，其理由有二：（一）我民法原則上探過失責任主義，故如不完全給付非因可歸責於債務人之事由而生，則債務人自不應負責任。（二）關於不能給付及遲延給付，我民法均須因可歸責於債務人之事由而生，債務人始負責任（民法第二二六條第二三〇條），則與不能給付及遲延給付同屬不給付之不完全給付，解釋上自應相同。

第四 不完全給付之效力

我民法第二二七條規定：「債務人……不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」是為關於不完全給付效力之規定，茲述如左。（註三）

一 債權人得聲請法院強制執行

甲 強制執行之性質 我民法第二二七條係由日本民法第四一四條繼承而來，但在日本民法則用強制履行字樣，何謂強制履行，其說不一，有謂係指債權人有向債務人請求給付之權利者，學者非難之曰，此種

請求權固不妨謂其爲債權之效力，然債權之有此效力，乃債權性質上所當然，實無須爲本條之規定也。又有謂係指債權人有向法院提起給付之訴之權利者，學者非難之曰，權利人就其權利而有訴權，亦屬當然，本條實非規定此種當然之事理也。故在一般通說多謂債權人有向法院聲請強制執行之權利，本條即屬關於此種權利之規定，是所謂強制履行，即強制執行之意。我民法立案之始，鑒於日本學者之爭論，故選用強制執行 (Zwangserfüllung) 之字樣。

乙 我民法規定之理由 夫自理論言之，強制執行聲請權，與訴權，係對於國家私權保護請求權之一種，實爲公權，而非私權，乃以之規定於民法債之效力中，得毋紊亂法律之統系乎？曰殆有故焉，蓋自沿革言之，古代羅馬法，於債務人任意不爲給付時，純採對人執行 (Personalexekution) 主義，故於必要時，得監禁債務人，使其實行給付。此種辦法，殊不人道，嗣後則由對人執行主義一變而爲極端的對物執行 (Realerfüllung) 主義，即債權人祇能就債務人之財產請求損害賠償。此外別無救濟之方法，其揭發此旨者，則法國民法是也 (法民第一一四二條)。雖然，實行債權之最後手段，如僅得就債務人之財產請求損害賠償，實不足以應交易上之需要，我民法之從日本民法而設本條之規定者，蓋所以明示不採法國民法之極端的對物執行主義也。

丙 強制執行之內容 我民法所謂強制執行，指何種之強制執行乎？關於此點，學說不一，有謂係專指直接

強制 (Direkter Zwang) 卽無須債務人之行爲，由國家機關直接爲之者 (川名氏主此說) 有謂係專指間接強制或心理強制 (Indirekter oder psychologischer Zwang) 卽壓迫債務人之意思，由債務人自爲其行爲者 (仁井田氏主此說) 有謂係兼指直接強制及間接強制者 (鳩山氏主此說) 亦有謂不但直接強制間接強制，卽所謂代替執行亦包含在內者 (石坂氏主此說) 依余所信，應以第三說爲是，惟依此說，則請求代替執行之範圍，甚爲狹隘，余則以爲是亦無傷，蓋代替執行，實際上之價值與損害賠償無異，縱縮小其範圍，亦不致發生不當之結果故也。

丁 強制執行之適用 關於強制執行之適用，有應注意者三，卽 (一) 此之所謂強制執行，係指債務之性質適於強制執行者而言，如債務之性質不適於強制執行，例如其行爲須特種技能，則縱使強制執行，不能達債權之目的，自無適用強制執行之餘地。 (二) 此之所謂強制執行，祇能於不完全之給付足以補正時有其適用，如不完全之給付不能補正，則縱使強制執行，不能達債權之目的，亦無適用強制執行之餘地。 (三) 此之所謂強制執行，其要件應依強制執行法之所定，我國強制執行法雖未頒行，然聲請強制執行，須有判決裁定和解筆錄等或其他之債務名義卽執行名義，則可斷言。

二 債權人並得請求損害賠償

債務人不爲完全之給付，債權人固得聲請法院強制執行，然並非因此喪失損害賠償請求權，此我民法第二

二七條所以明定債權人並得請求損害賠償者也。債權人之請求損害賠償，其情形有二，有以請求損害賠償代替聲請強制執行者，有於實行強制執行外，尚有損害，並請求其賠償者，就我民法第二三七條文義解釋，似指後之情形而言，實則前之情形亦包含之。又關於此點，係爲防止誤解而設，縱不爲規定，亦屬當然。

(註三) 洪毓林氏論不完全給付之效力曰：「此種債務違反之要件及效果，應類推關於給付不能與給付遲延之規定之。給付不能與給付遲延皆須因可歸責於債務人之事由而致者，債務人始負責任，不完全給付亦然。不完全給付不能補正者，債權人得返還不完全之給付，依給付不能之規定請求損害賠償，其因契約而發生之債，並得解除契約（第二二六條第二五六條）。不完全給付能補正者，債權人得請求補正，並得請求賠償因給付不完全而生之損害（第二三一條一項）。若其補正於債權人無利益者，債權人得返還其不完全之給付，請求賠償因不履行而生之損害（第二三二條）。其因契約而發生之債，債權人得定相當期限催告債務人補正，如於期限內不補正時，得解除其契約」（第二五四條）（洪氏前揭一三二頁）

第四項 不爲給付

依我民法第二二七條規定：「債務人不爲給付……者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償」。此之所謂不爲給付，解釋上係指遲延給付而言。何則，蓋如前述，不給付之情形有三，即不能給付遲延給付不完全給付，不完全給付得聲請強制執行，已爲第二二七條所明定，而不能給付，其給付既屬不能，則縱聲請強制執行，不能達債權之目的，自無適用強制執行之餘地，故由此可知此之所謂不爲給付，即遲延給付。又依本條規定，債務人遲

延給付，債權人不但得聲請強制執行，並得請求損害賠償，此亦法理所當然，不過關於損害賠償之點，我民法第二三一條第一項及第二三二條設有規定，自立法技術言之，不無重複之嫌耳。其詳俟於次節第二款述之，茲不贅。

第三節 遲延

第一款 概說

通常所謂遲延 (*mora, Verzug*)，其情形有三，因可歸責於債務人之事由而生者，謂之債務人遲延。因可歸責於債權人之事由而生，即因債權人之不協力而生者，謂之債權人遲延。因不可歸責於債務人之事由而生者，謂之事變遲延。我民法惟就前之二者設有規定，即所謂給付遲延及受領遲延是也。至事變遲延，則可消極的解之曰，債務人不負遲延責任，此就我民法第二三〇條之規定而自明。茲就債務人遲延及債權人遲延，分款說明如左。

第二款 債務人遲延

第一項 債務人遲延之意義

債務人遲延 (*mora debitoris, Verzug des Schuldners*)，一稱給付遲延或履行遲延 (*mora Solvendi, Leistungverzug*)。何謂給付遲延，其說不一，有謂債務人於給付期不為給付，即謂之給付遲延者 (*Pach, Titz, Lehmann* 諸氏主此說)。有謂債務人於給付期不為遲延，不能謂之給付遲延，必於給付期後仍得為給付，始能謂之給付遲延者 (*Goldo, Rogowski, Clapere* 諸氏主此說)。依余所信，應以前說為是，蓋如依後說，則給付

遲延惟相對的定期行為有之，絕對的定期行為祇發生給付不能之問題，而不發生給付遲延之問題，為不可通故也。（註）

（註）定期行為，有兩種意義，債務人非於給付期為給付不能，違債權之目的者，為絕對的定期行為。有遲不於給付期為給付，而於給付期後仍得為給付者，為相對的定期行為。或民法第二五五條之規定屬於前者，德國民法第三六一條之規定屬於後者。德國民法關於絕對的定期行為之規定，故一般學說均謂絕對的定期行為之不給付，為不能給付，而非遲延給付。

第二項 債務人遲延之要件

第一 須有債務存在

如前所述，債務人遲延，係債務人於給付期不為給付，故其遲延以有債務存在為必要，如無債務存在，即債務尙未發生或已消滅，則無給付遲延之可言。但學者有謂此之所謂債務，係專指作為債務而言，如屬不作為債務，則因一有違反行為，嗣後即不能回復其已經過之期間，不作為狀態，故不作為債務祇有給付不能而無給付遲延者（Tize, Wendt, Planck, Dernburg, Rehbain, Schollmeyer, Endemann, Enneccerus, Kriekmann 諸氏主此說）。余則以為此說仍係必於給付期後仍得為給付始屬給付遲延之誤，殊不足取（同說 Goldo, Kohler, Clapere' de, Langheinecken, Stammeler, Paech, Lesser, Lehmann 諸氏）。又遲延得由物權而生，其由物權而生之債權的請求權，對於債務人遲延固有其適用，即由物權而生之物權的請求權，解釋上亦

應準用債務人遲延之規定焉。

第二 須債務已至給付期

債務人於給付期不爲給付，謂之給付遲延，已於前述，準是，則債務人遲延，自以債務已至給付期爲必要，如債務未至給付期，則無給付遲延之可言。惟所謂給付期，原有確定與不確定之別，故我民法之規定亦因之而異，茲分別說明如左。

一 給付有確定期限者

給付有確定期限者，債務人是否自期限屆滿時起負遲延責任，各國法律不同，有債務人自期限屆滿時起即當然負遲延責任者，如德日等國民法是（德民第二八四條第二項與民第一三三四條日民第四一二條第一項）。有債務人非自期限屆滿時起即當然負遲延責任，必經債權人之催告始負遲延責任者，如法國民法是（法民第一一三九條）。德日民法所持之理由有二，即（一）給付既定有確定期限，則雙方當事人通常即有以期限代人催告之意思。（二）如必須一一催告，則於日常交易甚爲不便。反之法國民法亦有其相當之理由，即（一）如不經債權人之催告債務人即當然負遲延責任，則對於債務人未免過苛。（二）如債權人於給付期不爲催告，即可想見債權人對於遲延與否不甚重視，自無使債務人負遲延責任之必要。但在我民法則從德日立法例，而於第二二九條第一項規定：「給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延

責任。蓋採以期限代人催告(*dis interpellat pro homine*)之原則者也。惟此規定，並無強制性質，當事人得爲明示或默示之反對意思表示，自不待言。

二 給付無確定期限者

所謂給付無確定期，其情形有二，一爲定有期限而其屆至之時期不確定，一爲法律與契約並未定有期限，亦不能依債之性質或其他情形決定期限。於此等場合，債務人應自何時起負遲延責任，各國法律不同。有分別情形，前者以債務人知悉給付期到來之時起負遲延責任，後者以債權人催告之時起負遲延責任者，如日本民法是（日民第四一二條第二項第三項）。有不問何種情形，皆以債權人催告之時起負遲延責任者，如德國民法是（德民第二八四條第一項）。日本民法，於第一種情形，須債務人知悉給付期到來之時起負遲延責任，而債務人之知悉給付期到來與否，應由債權人負舉證之責，故在事實上債權人爲舉證容易起見，未有不爲催告者，是德日民法似異而實同。我民法爲切合實際，特從德國立法例，於第二二九條第二項前段規定：「給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未爲給付，自受催告時起，負遲延責任」。所謂得請求給付時，解釋上應因情形而不同，即在上述第二種情形，債權人固得自債權發生時起隨時請求給付（民法第三一五條），但在第一種情形，則債權人不得於期前請求給付（民法第三一二條），故縱於期前而爲催告，債務人亦不負遲延責任，蓋以其非得請求給付時故也。至所謂催告（*Interpellatio Mahnung*），

其性質內容及方法如何，頗關重要，茲分別說明如左。

甲 催告之性質 催告者，債權人對於債務人請求給付之意思通知（*Willensmitteilung*）也。催告既屬意思通知，自爲準法律行爲，其得準用關於法律行爲之規定，是不待言。此點已於拙著中國民法總論中（三五六頁）述之，茲不贅。

乙 催告人及其相對人 催告須由債權人或其代理人爲之，債權人爲限制行爲能力人時，則須得其法定代理人之允許（*民法第七七條*）。又債權人之債權人，亦得依民法第二四二條之規定而爲催告。催告須對於債務人或其代理人爲之，債務人爲限制行爲能力人時，亦應受民法第七七條規定之限制。催告，雖非意思表示，然因準用第九四條九五條之結果，自應以相對人了解，或達到相對人時，發生效力。

丙 催告之內容 債權人對於債務人僅有一個之債務時，固以表明其債務爲已足，反之如有數個之債務，是否須表明其爲何種之債務，學說上頗有爭論，依余所信，應以表明其爲何種債務爲必要。但債務原因如何，則無須表明。又催告額大於實際債權額或小於實際債權額時，其催告是否有效，學說上亦有爭論，余則以爲應分別情形決之，即在催告額大於實際債權額時，其催告之有效無效，應視債權人有無如小於催告額即不受領之意思決之（同說 *Dernburg, Planck, Raech, Rimmann, Finneceerus, Endemann* 諸氏異說 *Kipp Zu Windscheid, Zusatz* 諸氏）。催告額小於實際債權額時，則惟對於催告部分發生

效力。但如顯係出於錯誤，則應解為係對於實際債權類而為催告。

丁 催告之方法 催告，不以一定方式為必要，或以言詞為之，或以文書為之，均無不可。催告，以債權人顯有對於債務人請求給付之意思為已足，無須用催告之文字。但清單之送交，應否解為已有催告，學說上頗有爭論，余則以如送交清單不祇一次，或附有收據，固得解為已有催告也。又債權人有對待給付之義務時，是否以有催告為已足，抑須提出對待給付，學說上亦有爭論，余則以為就我民法第二六四條解釋，債權人無須提出對待給付，蓋債權人如於為對待給付前請求給付，債務人祇得拒絕自己之給付故也（同說 Planck, (Yennann, Staudinger-Kuhlenbeck 諸氏異說 Reibheim, Dernburg 諸氏）。

戊 催告得附條件或期限乎 催告能否附加條件，學說尙未一致，有謂如許附加條件，則係置催告效力於不確定之狀態，對於債務人甚為不利者，余則以為就我民法解釋，催告，無不許附加條件之理由，自應解為得附加條件，不過條件之成否如全然不定，則可認為債務人無為真實催告之意思，其催告應為無效耳（同說 Örtmann, Chapare'de, Kipp 諸氏異說 Cosack, Kulenbeck, Planck, Paerh 諸氏）。

又催告能否附加期限，學說亦不一致，有謂如許附加期限，則是以債權人一方之行爲定其給付期，殊為不當者，但在我民法則許其附加期限，且於第二二九條第三項規定：「前項催告定有期限者，債務人自期限屆滿時起負遲延責任」為。

己。催告之撤回，催告得爲撤回，何則，蓋催告非法律行爲，不過債權人對於債務人表白請求給付之意思。故也。雖然，催告之撤回，惟對於將來發生效力，已發生之效力，則不因撤回而消滅。

催告，係債權人對於債務人所爲裁判外之請求，債權人對於債務人爲裁判上之請求，即提起訴訟，自無不可，故我民法第二二九條第二項後段規定：「其經債權人起訴，或依督促程序送達支付命令者，與催告有同一之效力。」關於支付命令，應自送達於債務人發生效力，此就法文之用語觀察，固無疑問，但起訴究應自提出訴狀於法院時發生效力，抑應自送達訴狀於債務人時發生效力，學說上頗有爭論，依余所信，就我民事訴訟法第二三五條第一項觀之，自應以前說爲是（同說，洪氏前揭一三六頁，異說，陳氏前揭二二四頁）。

第三 須其遲延因可歸責於債務人之事由

關於此點，外國法律有說明文規定者，如德國民法是（德民第二八五條）。有雖未設明文規定，但在學者解釋則多持肯定說者，如日本民法是。日本學者主張肯定說之理由有三，即（一）日本民法原則上採過失責任主義，故如遲延給付非因可歸責於債務人之事由而生，則債務人自不應負責任。（二）關於不能給付，日本民法須因可歸責於債務人之事由而生，債務人始負責任，其與不能給付同屬不給付之遲延給付，自應爲同一解釋。（三）關於金錢債務之給付遲延，日本民法明定債務人不得以不可抗力爲抗辯（日民第四一九條第二項後段），則非金錢債務之一般債務，自以因可歸責於債務人之事由而生爲必要（鳩山氏前揭一三六頁，石坂

氏前揭四八五頁橫田氏前揭二三六頁中島氏前揭三四一頁磯谷氏前揭三〇六頁三浦氏前揭一二四頁)。我民法爲避免解釋紛歧起見，特從德國立法例，於第二三〇條規定曰：「因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者，債務人不負遲延責任。」(註)

(註)關於給付遲延之適用，尙有應注意者二，即(一)給付須債權人之協力者，如債權人不爲協力，債務人縱未爲給付，亦不負遲延責任。關於此點，學說上殆無爭論。(二)債務人有抗辯權(Ginnede)時，應否負遲延責任，學說頗不一致，有謂債務人既有抗辯權，即不負遲延責任者(Planck, Schollmeyer, Endemann, Ottmann, Goldmann-Illenthal, Siber 諸氏主此說)有謂應分別情形論之，如債務人有永久之抗辯權，固不負遲延責任，反之如僅有延期抗辯權，仍應負遲延責任者(Thur, Paech, Chapare de Hallwag 諸氏主此說)。依余所信，應以後說爲是。

第三項 債務人遲延之效力

第一 債務人應賠償因遲延而生之損害

債務人雖給付遲延，但其債務並不因遲延而消滅，故債務人仍有爲給付之義務，惟給付既已遲延，則債權人難免不受損害，自應許債權人於請求給付之外，請求損害賠償，故我民法從德日立法例，於第二三一條第一項規定：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。」(德民第二八六條第一項日民第四一五條前段)此即所謂遲延賠償(Interets moratoires)者是也。關於賠償之範圍及其方法等，應依民法第二二三

條以下之規定定之。其詳已於損害賠償之債中述之。茲不贅。雖然，因催告而生之費用（民法第二二九條第二項），是否此之所謂損害，則有疑問。通說均謂非此之所謂損害，余亦謂然。蓋催告費用非因債務人之遲延而生故也。（同說 Darnburg, Staudinger-Kuhlenbeck, Planck 諸氏）。

第二 債務人應賠償因不可抗力而生之損害

債務人在原則上固僅就故意或過失之行爲負其責任，然如給付遲延，則其責任自應加重，故我民法從德國立法例，於第二三一條第二項規定：「前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。」（德民第二八七條）良以債務人如能於適當時期爲給付，則債權人不致受此損害故也。雖然，債務人尚非絕對對於事變負其責任，此就同項但書「但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限」觀之而自明。我民法之設此但書者，蓋因縱不遲延給付而仍發生損害，不但足以證明遲延與損害之間並無因果關係，且如亦責令債務人負損害賠償責任，則債權人將因此取得二重之利益也。所謂縱不遲延給付而仍發生損害，例如債務人應移轉沿海之土地於債權人，於其遲延給付後，該項土地因海嘯坍塌，縱不遲延給付，亦必坍塌是。於此場合，債務人如能證明遲延責任發生以後，給付物毀損滅失以前，其給付物必在債權人之手毀損滅失，即可不負責任。至毀損滅失之原因是否同一，則非所問。雖然，債務人之賠償義務，因給付物之毀損滅失，即已確定，從而債務人不得主張嗣後債權人有毀損滅失給付物之事由，免其責任，是不待言。

第三 債務人應賠償因不履行而生之損害

債務人給付遲延後，債權人祇得請求賠償因遲延而生之損害，並因不可抗力而生之損害，不得拒絕給付而請求不履行之損害賠償，然如遲延後之給付，於債權人無利益時，仍不認其有此權利，則保護債權人之利益，未免過薄，故我民法從德國立法例，於第二二三條規定：『遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害。』（德民第二八六條第二項）此即所謂填補賠償（*damages-intéress*, *Compensation*）者是也。依此規定，債權人能拒絕給付而請求不履行之損害賠償，應依遲延後之給付對於債權人有無利益決之。而遲延後之給付對於債權人有無利益，則又應依誠實信用之原則以為決定，其為絕對的定期行為，抑為相對的定期行為，在所不問（同說陳氏前揭二二七頁洪氏前揭一三八頁，但有謂惟絕對的定期行為有其適用者，石坂氏前揭五〇二頁）。至計算賠償額，如給付遲延時與現實給付時，給付物之市價相同，固屬不成問題，如非相同，應依何時之市價以為計算，則學說紛歧，殊不一致，依余所信，給付遲延時給付物之市價高於現實給付時之市價時，應依高價以為計算。低於現實給付時之市價時，原則應依現實給付時之市價以為計算，例外如能證明縱依低價計算債權人亦無損害，則依低價以為計算。又其市價於給付遲延與現實給付之間而有高低時，原則應依高價以為計算，例外如能證明縱依低價計算債權人亦無損害，則依低價以為計算。其計算因遲延而生之損害，亦應依此標準定之。（註一）（註二）

第四 關於金錢之債之特則

金錢之債之不履行，在金錢性質上祇能發生債務人之遲延，而無所謂給付不能，故我民法從一般立法例，於第二三三條就金錢之債設有特殊之規定，茲述如左（德民第二八八條瑞債第一〇四條第一〇六條日民第四一九條法民第一一五三條意民第一二三一條）。（註三）

一 關於損害賠償要件之特則

甲 無須債務人有過失 在一般之債之遲延，以債務人有故意或過失為必要，金錢之債之遲延則否。關於此點，我民法雖未如日本民法設有明文規定（日民第四一九條第二項後段用不可抗力字樣，得以不可抗力為抗辯），但依余所信，是為當然。何則，蓋金錢常生相當於法定利率之利益，縱使無過失之債務人支付遲延利息，亦非過酷故也。

乙 無須發生損害 此亦一般原則之例外，蓋金錢之債之不履行，常生相當於法定利率之損害故也。金錢之債之不履行，既不以實際發生損害為必要，從而債權人無須證明發生損害，得請求損害賠償，又債務人縱能證明實際未生損害，亦不得免其賠償責任。

二 關於賠償數額之特則

甲 原則依法定利率計算遲延利息 依我民法第二三三條第一項規定：「遲延之債務以支付金錢為標

的者，債權人得請求按法定利率計算之遲延利息。此因由於法律之擬制，實則不會以遲延利息代替損害賠償。其以法定利率計算遲延利息（Verzugszinsen）者，蓋如前所述，金錢之債之不履行，在債權人常損失相當於法定利率之利益，在債務人常取得相當於法定利率之利益故也。又依同條第二項規定：「對於利息，無須支付遲延利息。」此因如許請求利息之遲延利息，則與民法第二〇七條禁止複利之精神相反，故禁止之。

乙 例外 其情形有二，即（a）約定利率較高者，仍從其約定利率，此為我民法第二二三條第一項但書所明定，良以如不許從其約定利率，則債務人將因給付遲延取得利益故也。此項利息，亦不許支付遲延利息，其理由與上述同。（b）金錢之債之不履行，債權人固得請求法定利率或約定利率之遲延利息，不得對於利息再請求遲延利率，然此不過請求賠償之最少限度，故我民法第二二三條第三項規定：「前二項情形，債權人證明有其他損害者，並得請求賠償」，以填補之。（註四）不過此種損害，解釋上須債務人有故意或過失，且須債權人負舉證責任，始能賠償耳。

（註一）關於此點，洪賦林氏與本書之見解不同，洪氏謂：「債務人給付遲延以據給付物市價增漲，而於債務人實行給付時市價又低落者，債務人知有於市價最高時處分該物之計劃設備，得以最高市價為標準請求其賠償市價之差額。」（洪氏前稿一三七頁）

（註二）我民法第二二三條與第二五四條及第二六〇條之規定，似覺重複，實則不然，蓋第二五四條及第二六〇條乃對於因契約而

生之債務始有其適用。且依第三五四條之規定，債務人於債權人爲解除之意思表示以前提出給付時，債權人不得拒絕受領故也。

(註三) 我民法第二二三條所稱以支付金錢爲標的之債務，解釋上係指金額之債及金種之債而言，不包括特定金錢之債在內，專指定金錢之債，債務人應交付原物，債務人無從利用之以取得相當於法定利率之利益故也。(詳見洪氏前編一三九頁石坂氏前編五〇八頁)。

(註四) 關於此點，各國法律頗不相同，有不許請求損害賠償者，如奧民第一三三五條法民第一一五五條及日民第四一九條之規定。是有許請求損害賠償者，如德民第二八八條第二項之規定。我民法係從德國立法例。於遲延利息外請求損害賠償，例如甲將價值千元之物以七百元之代價出賣於乙，約定於民國二十二年四月一日買回，同時丙對於甲有七百元之債務，甲僅計以丙償還之遲延買回其物，並已將此項計對先期通知丙，嗣後因丙遲延給付，致甲不能於買回期限內買回其物，甲除請求法定遲延利息外，並得請求其他之損害是。

第四項 債務人遲延之消滅

第一 給付之提出

債務人於給付遲延後，一旦提出給付，則其遲延責任即因提出而消滅。但此之所謂消滅，係對於將來而言，未提出給付以前之遲延責任，仍屬不受影響。從而債務人於提出給付時，應將原給付及損害賠償一併提出，始生提出之效力，否則債權人得拒絕受領。又所謂提出，有事實提出與言詞提出之別，其詳俟於次款述之，茲不贅。

第二 當事人之契約

給付遲延得依當事人之契約而消滅，例如當事人約定履行延期是。惟於此情形，其遲延責任究係對於將來消滅，抑係溯及已往消滅，則應依當事人之意思表示定之。又債權人於第二二九條第二項之場合撤回其催告時，其遲延責任對於將來消滅，是不待言。

第三 債權之消滅

債權因清償提存抵銷或其他之原因消滅時，其遲延責任亦對於將來而消滅。債權之一部消滅時遲延責任亦就該部分消滅之。

第三款 債權人遲延

第一項 概說

債務人之履行債務，有須債權人之協力者，有無須債務人之協力者，前者如往取債務須債權人至債務人之住所而為受領是。後者如不作為債務是。此之所謂債權人遲延，係指前者而言，故如債務人履行債務無須債權人之協力，則不發生債權人遲延之問題。雖然，債權人對於債務人履行債務有無協力之義務，則學說紛紜，尙未一致，依余所信，應取否定說，此與權利人原則上得自由拋棄或處分其權利同。惟如絕對貫徹此種理論，有時對於債務人不免過酷，故各國法律為保護債務人得因給付消滅其債務之正當利益起見，多設減輕或免除債務人義務之規

定。此規定爲何，即債權人遲延是也。由此可見債務人遲延與債權人遲延性質上頗不相同，卽一以給付義務爲前提，故如不爲給付，則加重其責任，一則不以受領義務爲前提，故如不爲受領，祇減輕或免除債務人之責任。若然，則債權人遲延，實非債之效力之問題，與債務人遲延同定於一款，是否妥當，不無疑問？（註）

（註）從來通說多謂債務人遲延與債權人遲延，係一個制度，故應於同一原則之下支配之（Verd, Saley, Hirsch 諸氏主此說）。嗣經研究之結果，漸覺其非，於是學者創爲性質不同之說（Mommson, Kohler 諸氏主此說）。據國民法即本此見解，故以債務人遲延規定於給付義務中，債權人遲延則獨立定爲一章。日本民法反是，以債權人遲延要件之一部規定於債之效力中（日民第四一三條），而提存之要件及效力，則於清償中規定之（日民第四九二條第四九三條）。我民法大體從日本立法例。

第二項 債權人遲延之意義

債權人遲延 (*mora creditoris*, *Verzug des Gläubigers*) 一稱受領遲延 (*mora accipiendi*, *Annahmeverzug*)，何謂受領遲延，其說不一，有謂債權人對於債務人履行債務不爲協力，卽謂之受領遲延者（此係多數說）。有謂債權人對於債務人履行債務不爲協力，不能謂之受領遲延，必於給付期後仍得爲給付，始能謂之受領遲延者（Mommson, Saley 諸氏主此說）。依余所信，應以前說爲是。蓋如依後說，則受領遲延惟相對的定期行爲有之，絕對的定期行爲，祇發生給付不能之問題，而不發生受領遲延之問題，爲不可通故也。

第三項 債務人遲延之要件

第一 須有債權存在

如前所述，債權人遲延係債權人對於債務人履行債務不為協力，故其遲延以有債權存在為必要，如無債權存在，則無受領遲延之可言。又此遲延，以有債權存在為已足，債權之內容如何，原因如何，在所不問。此點與給付遲延同，已於前述，茲不贅。

第二 須債務人已提出給付

債務人履行債務，債權人不為協力，謂之受領遲延，已於前述，雖是，則債權人遲延，自以債務人已提出給付為必要，如未提出給付，則無受領遲延之可言。我民法第二三五條所謂「債權人對於已提出之給付」云云，即明示此意者也。給付之提出，有現實提出與言詞提出之別，依我民法第二三五條規定，債務人原則須為現實提出，但例外得為言詞提出，茲分別說明如左。

一 原則須現實提出

我民法第二三五條規定曰：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力」。此即所謂現實提出 (oblatio realis)。依債務本旨提出給付，有應注意者三，即（一）須提出應為給付之標的物，但如為選擇之債，應注意民法第二〇八條之規定。（二）所提出之標的物須具有依債之關係所定之品質，但如為種類之債，應注意民法第二〇〇條之規定。（三）須提出給付之全部，如僅提出一部，不生提出之效力，但提出之

給付額大於實際債權額時，其提出是否有效，則屬疑問。余以爲應依誠實信用之原則決之。例如爲支付洋車之車費，提出十元之紙幣，即不得謂爲有效之提出是（同說 *Katichmann, Ortmann* 諸氏）。又所謂實行提出給付，指於單依債權人之受領行爲即能完成履行債務之程度，債務人所爲履行債務之必要行爲而言。例如送交債務，債務人須至債權人之住所，置其給付標的物於債權人可得受領之地位是。至現實提出之性質如何，學說上頗有爭論，通說謂其爲法律行爲（*Breit, Rosenberg* 諸氏）此說，余則以爲應依履行之性質決之，不能一概而論。

二 例外得言詞提出

我民法第二三五條但書規定曰：「但債務人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行爲者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。」此即所謂言詞提出（*oblatio verbalis*）。此之所謂通知，即債務人將準備給付之事情告知債權人之意。關於此點，外國法律有尙須催告債權人之受領者（日民第四九三條），有催告債務人受領視爲給付之提出者（德民第二九五條），就我民法言之，殊難爲同一之解釋。準備給付之通知，乃事實之通知，自非債務人事實上已有給付之準備，不生提出之效力。又通知係意思通知，而非意思表示，與催告爲意思通知而非意思表示同。前述催告之理論，對於通知亦有其適用，自不待言。債務人得爲言詞提出，係屬例外，依我民法規定，惟限於左列兩種情形，始能適用。

甲 債權人豫示拒絕受領之意思時 債權人於給付期未到以前，既豫先表示拒絕受領之意思，則債務人即無須現實提出，蓋縱現實提出，不但徒勞無益，且殊不合於公平之觀念故也。至關於拒絕之性質如何，學說上頗有爭論，有謂其意思表示者（Planck, Schollmeyer 諸氏主此說），有謂其為意思通知者（Fitzbacher, Ortmann 諸氏主此說），依余所信，應以後說為是，蓋拒絕之效力，係基於法律規定而生，與債權人之意思無關故也。拒絕既為意思通知，則前述催告之理論亦有其適用，自不待言。

乙 給付兼需債權人之行為時 給付既兼需債權人之行為，如債權人不為其行為，則債務無從現實提出，故我民法許其得以言詞提出代之。兼需債權人之行為，其情形不一，舉其重要者，如（一）債權人應赴債務人之住所收取債務，（二）債權人應供給材料，（三）債權人應為指示，（四）債權人有選擇權，（五）債權人應取必要之容態是。給付兼需債權人之行為，其給付期為確定期限時，債權人須為言詞提出與否，適用上頗屬疑問。關於此點，外國法律有明定其無須言詞提出者（德民第二九六條），依余所信，應為同一之解釋，蓋如須言詞提出，則手續頗複雜，不合於實際交易上之必要故也。（註）

（註）關於此點，陳克生氏與本書之見解不同，陳著謂：「無論為現實提出或言詞提出，均係催告債權人受領，此在給付有確定期限之債亦然，此債生給付遲延，固只須屆期已足，若生受領遲延，則僅屆期尚為不足，更須催告債務人受領也。」（陳氏前稿二二一頁）洪賦

林氏之見解，與陳氏同（洪氏前稿一四一頁）。

第三 須債權人不為協力

一 債權人之拒絕受領

債權人對於已提出之給付拒絕受領者，負遲延責任，此為我民法第二三四條所明定。拒絕受領，對於現實提出及言詞提出均有其適用，此在解釋上實無疑義。惟所謂拒絕受領，是否以債權人有不協力之消極的狀態為已足，抑尚須積極的表示拒絕之意思，學說上頗有爭論，依余所信，以有不協力之消極的狀態為已足，無須積極的表示拒絕之意思。又拒絕受領，是否以債權人有過失為必要，學說上亦有爭論，有謂應以有過失為必要者（Madai, Wolf, Selvey, Windscheid 諸氏主此說），有謂不以有過失為必要者（Mommson, Kohler 諸氏主此說），依余所信，應解為不以有過失為必要。蓋過失之固有觀念，應以義務存在為前提，債權人既無受領給付之義務，即無對於過失負責之理由故也。（註二）

二 債權人之不能受領

債權人對於已提出之給付不能受領者，負遲延責任，此為我民法第二三四條所明定。此之所謂不能受領，指基於債權人主觀的情事不能為協力者而言，例如債權人之失蹤旅行疾病不能受領給付是。反是，如其不能之情形在社會觀念上認為已欠缺給付行為之基本要素者，則屬不能給付，而非不能受領。例如修理房屋之債，其房屋已被燒燬是。不能受領，不以債權人有過失為必要，此點與前述拒絕受領同，茲不贅。債權人不能受

傾，固應負遲延責任，但我民法對此原則設有例外，即依第三二六條規定：「給付無確定期限，或債務人於清償期前得為給付者，債權人就一時不能受領之情事，不負遲延責任。」給付無確定期者，依我民法第三一五條債務人得隨時為給付，給付有確定期者，依我民法第三一六條如無反對之意思表示，債務人得於期前為給付，凡此皆為保護債務人之利益而設，如債務人突然提出給付，債權人一時不能受領，即應負遲延責任，則債權人勢非隨時為受領之準備不可，能勿過苛，故我民法明定債權人就一時不能受領之情事，不負遲延責任。所謂一時不能受領，例如債務人提出給付時債權人因事出外，或尚未設置收藏物品之倉庫是。又我民法就此例外，尚設有例外之例外，即依同條但書規定：「但其提出，由於債權人之催告，或債務人已於相當期間前豫告債權人者，不在此限。」依此規定，債權人雖有一時不能受領之情事，仍應自提出時起，負遲延責任，良以此時既已為催告或豫告，則債權人自當為受領給付之準備故也。

（註二）於此有一問題，即債權人應對於債務人之給付為對待給付時，如債務人已提出給付，而債權人不提出對待給付，是否受領遲延是。關於此點，外國法律有明定其為受領遲延者（德民第二九八條），依余所信，應為同一之解釋，蓋於此場合，與債權人之不為協力甚為相當故也。此不僅於雙務契約有其適用，而於債權人應返還質字據或給與受領證書時亦然（民法第三〇八條第三二四條）。

第四項 債權人遲延之效力

第一 債務人僅就故意或重大過失負其責任

債權人雖受領遲延，然債務人之債務並不因此而消滅，此在法理上實無疑問（前大理院三年上字第六二八號判決）。雖然，依我民法規定，債務人非無消滅債務之方法，其方法為何，即依第三二六條以爲提存，或依第二四一條拋棄其占有是也。惟提存及拋棄，係債務人之權利，而非義務，債務人縱不爲提存或拋棄，亦無不可。又縱爲提存或拋棄，亦常須相當之時間，債務人在未爲提存或拋棄以前，仍難免於注意之義務。故我民法特於第二三七條規定此項注意義務曰：「在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失，負其責任。」在通常情形，債務人原應就輕過失負其責任，在債務人遲延中，債務人則僅就故意或重大過失負其責任，此無他，蓋如債權人爲其協力，則債務人之注意義務歸於消滅，不爲協力，則債務人之注意義務依然存在，苟非予以輕減，則不足以期事理之公平也。此種立法，爲羅馬法以來各國之所同，日本民法及奧大利民法雖無明文規定，但在學說上則均採同一之見解。至債權人遲延，法律仍非全免債務人之注意義務者，蓋又與民法第二二二條故意或重大過失之責任不得豫先免除出於同一之理由也。

第二 債務人須支付利息

在債權人遲延中，債務人固無須支付遲延利息，但應否支付法定利息及約定利息，則學說上頗有爭論，有謂在債權人遲延中，債務人仍得利用原本取得利益，故應支付法定利息及約定利息者。有謂在債權人遲延中，債權人得隨時請求清償原本，債務人一經請求，即須清償，故債務人須常爲清償之準備，因而實際上不能利用原本

取得利益，故無須支付法定利息及約定利息。理論上應以前說爲是，日本民法無明文規定，爭論頗烈（多數從後說鳩山氏前揭一八〇頁中島氏前揭四〇五頁三瀨氏前揭一六八頁），我民法則從德國立法例，於第二三八條規定：「在債權人遲延中，債務人無須支付利息。」（德民第三〇一條）以免爭論。

第三 債務人僅就已收取之孳息負返還責任

債務人依債之關係，應返還由標的物所生之孳息或償還其價金者（例如民法第五四一條第九五八條之類），固有依一定經濟上之方法，爲債權人收取孳息之義務，但如債權人受領遲延，仍使其負收取孳息之義務，則有失公平，故我民法特從德國立法例，於第二三九條規定：「債務人應返還由標的物所生之孳息或償還其價金者，在債權人遲延中，以已收取之孳息爲限，負返還責任。」（德民第三〇二條）依此規定，債務人對於在債權人遲延中所未收取之孳息，自不負返還或償還之責。雖然，依我民法第二三七條，債務人在債權人遲延中，尚應就故意或重大過失負其責任，故如債務人不爲收取孳息，而有故意或重大過失時，仍難免於賠償責任，自不待言。

第四 債務人得請求賠償提出或保管之必要費用

債務人因債權人遲延受有損害，能否請求債權人賠償，學說殊不一致，在主張債權人遲延以有過失爲必要之學者，則基於債權人之過失所生之損害，自應由債權人負賠償之責（*Wolff* 氏主此說），余則以爲不然，蓋如前所述，債權人無受領給付之義務，且受領遲延不以過失爲要件故也。債務人因債權人遲延而生之損害，固不

得請求賠償然因債權人遲延所支出之一定費用則各國法律多認其有償還請求權，我民法從之，於第二四〇條規定：「債權人遲延者，債務人得請求其賠償提出及保管給付物之必要費用。」良以此種費用，係由債權人遲延而生，從公平觀念立論，自以請求債權人償還為允當。至償還之範圍，無論其為提存費用保管費用，均以於客觀所必要者為限，又不待言。

第五 債務人得拋棄不動產之占有

債權人遲延，債務人之債務並不消滅，已累於前述，從而債務人須常為給付之準備，衡諸事理，殊失公平，故在羅馬法，即以債務人拋棄給付物之占有為消滅債務之方法。近世各國法律，則多以提存為消滅債務之方法，我民法亦然（第三二六條以下），此點俟於債之消滅中述之，茲不贅。雖然，各國法律非無拋棄與提存並用者，如德國民法，即其一例（德民第三〇三條），我民法從之，於第二四一條第一項規定：「有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有。」其限於不動產始許拋棄者，蓋以債務人對於不動產之保管責任較重故也。惟是拋棄不動產之占有，對於債權人殊不利益，為兼顧債權人之利益起見，特於同條第二項規定：「前項拋棄，應豫先通知債權人。但不能通知者，不在此限。」其須豫先通知者，蓋所以俾債權人得自為相當處置之準備也。

第五項 債權人遲延之消滅

第一 給付之受領

債權人已爲給付之受領，則其遲延責任，對於將來而消滅，此點與給付之提出理論相同，說明見前，茲不贅。

第二 於第二三五條但書債權人對於債務人已爲受領之意思表示或爲完成履行債務之必要行爲時

於此場合，履行之障礙，既被除去，則受領遲延，自應因之而終了。學者稱此爲遲延之滌除，此種滌除，應解爲係以債權人承認受領遲延之效力爲要件，故惟對於將來消滅遲延責任。

第三 當事人之契約

遲延得依當事人之契約而消滅，例如當事人新定給付期或爲其他整理受領遲延後法律關係之契約是。債務人僅免除受領遲延之效力時，應解爲以債務人之單獨行爲爲已足。

第四 債權之消滅

此點，已於給付遲延中述之，茲不贅。

第四節 保全

第一款 概說

關於債之保全，我民法原設有兩種之制度，一曰保證契約，一曰擔保物權，前者於民法第七三九條以下規定之，後者於民法第八六〇條以下規定之，惟此兩種之保全，原則上均有待於當事人之特約，無此特約，則債權人之債

權勢將無從保障，殊爲不當，故爲保障債權人之債權起見，必有一原則以支配之，此原則爲何，即債務人之財產爲總債權人之共同擔保 (gage commun, gage générale) 是也。此原則，有以之訂爲明文者，如法國法系之民法是 (法民第二〇九三條第二〇九四條意民第一九四八條第一九四九條)。德國法系之民法雖未設明文，然在解釋上未有不承認此原則者，就我民法解釋亦然，彼所謂債權人之代位權及債權人之撤銷權，卽由此原則而生。代位權，乃債權人於債務人怠於行使其權利時，爲保全債權，代位行使債務人之權利之權利，我民法以之規定於第二四二條及第二四三條。撤銷權，則屬債權人於債務人所爲之法律的行爲害及其債權時，爲保全債權，撤銷債務人之行爲之權利，我民法以之規定於第二四四條及第二四五條。所謂債之保全，卽指此兩種情形而言，茲分款說明之。(註)

(註) 債權究爲相對權，抑爲絕對權，學說上頗有爭論，在主張債權爲相對權者，當持民法關於債之保全之規定，爲債權係相對權之反證，蓋以其如債權爲絕對權，則其效力當然及於第三人，不必另設債之保全之規定故也 (石坂氏前揭一三頁)。余固主張債權爲相對權者，但無論何種權利均有不可侵之性質，債權亦然，此點已於本書緒論中述之。關於債之保全之規定，乃法律就債權不可侵性中身具發生之事項而設之解決辦法，此種規定，實與債權之不可侵性相得而益彰，據此以爲債權係相對權之反證，殊難贊同。

第二款 代位權

第一項 概說

據學者研究，代位制度起源於羅馬法之強制執行方法，維時羅馬法關於強制執行，係以債務人之全財產付諸總債權人，由總債權人選一主管人 (magister) 或財產管理人 (curator honorum)，出賣債務人之全財產，以分配其價金於債權人，債務人之財產有屬於債權者，則向第三債務人收取其債權，以充清償。此種辦法，為法國民法所採用，但不設所謂主管人或財產管理人，而由債權人直接行使債務人之權利，或向第三債務人收取其債權，此即代位制度之濫觴。法國之採此制度，其主要目的在補充強制執行之不備，蓋所謂強制執行，原有對於動產請求權之強制執行與對於不動產請求權之強制執行，法國強制執行法對於後者之執行方法獨付闕如，故不能不於民法是認代位制度，以為補充。準是，則在強制執行方法完備之國家，實無是認代位制度之必要，如德國民法即無關於代位制度之規定，即其明證。雖然，各國法律亦不盡然，有強制執行規定甚為完備，而亦是認代位制度者，例如日本民法是。考日本民法之所以認此制度，其理由有二，即（一）強制執行，以有執行名義為必要，而代位權之行使則否，其手續較為便利，此其一。（二）強制執行，惟限於請求權有其適用，而代位權之行使，則可及於請求權以外之權利如撤銷權解除權買回權等，其範圍較為廣大，此其二。我國強制執行法尚未頒行，其內容如何，固難臆測，然縱使執行方法規定周詳，本於上述之兩種理由，亦與民法上之代位制度不相抵觸，則可斷言。

第二項 代位權之性質

代位權 (action subrogatoire) 者，以自己之名義行使債務人之權利之權利也。析言之。

第一 代位權係實體法上之權利

日本著書，通常譯法國民法之 *action subrogatoire* 爲代位訴權，我國著書亦多用此名稱，實則代位權係實體法上之權利，而非訴訟法上之權利，應以稱爲代位權爲適當。此因民法爲實體法，代位權係規定於民法債編債之效力中故也。代位權既爲實體法上之權利，則與訴訟法上之權利如強制執行權性質上自不相同（卽一係以保全債務人之財產爲目的，一係以直接受滿足之清償爲目的）。不過債權人既因代位保全債務人之財產，更進而依強制執行受滿足之清償，自必甚易，謂代位爲強制執行之準備作用，實無不可。

第二 代位權係以債權人之名義行使債務人權利之權利

代位權，係以何人之名義行使債務人之權利，自來學說頗不一致，有謂代位權係債權人以自己之名義行使債務人之權利者（*Tahbé* 氏主此說），有謂係債權人以債務人之名義行使債務人之權利者（*Larombier* 氏主此說），有謂係債權人以債務人之名義爲滿足自己之債權行使債務人之權利者（*Demolombe*, *Aubry et Rau*, *Crome* 諸氏主此說）。以上三說，應以第一說爲是。蓋如依第二說，謂係債權人以債務人之名義行使債務人之權利，則直與代理關係無殊，從而對於債權人之判決，其效力亦應當及於債務人，實則代位權之效果並不如此，故此說爲不足取。又第三說，乃羅馬法避免禁止債權移轉之方法，今則此種理論已成過去，且縱使係爲滿足自己債權行使債務人之權利，然究係以債務人之名義爲之，亦不能免於第二說同一之非難，此說

之不足取，尤為顯然。故比較言之，自以第一說最適於說明代位之效力，我民法於第二四二條規定「債權人：以自己名義行使其權利」，蓋即採取第一說者也。代位權固為債權人以自己名義行使債務人權利之權利，然此權利之性質如何，亦一問題。依余所信，代位權係以發生權利或法律關係之變更為內容，應解為形成權之一種。但究非如形成權僅依債權人一方之意思表示形成法律上之效果，與狹義的形成權殊不相同。

第三項 代位權之要件

第一 須因保全債權

代位，乃保全債權人債權之制度，故必於有保全債權之必要，債權人始得行使代位權。我民法第二四二條所謂「債權人因保全債權」，即明示此意。至必如何而後有保全債權之必要，則其說不一，有謂如債權人行使債務人之權利而有利益，即為必要者，有謂如債權人有不能受清償之危險，始為必要者，前說失之廣漠，殊不足取，依余所信，應以後說為是（前大理院五字上字第五三七號判決）。何謂不能受清償之危險，又有兩說，有謂係指一般債權皆有不能受清償之危險而言者，有謂係指具體債權有不能受清償之危險而言者，依余所信，應以後說為是。故如富豪甲，向乙買受某物，未受交付，以之出賣於丙，如甲怠於向乙行使交付請求權，丙即得代位行使之（同說陳氏前揭二四四頁洪氏前揭一四七頁，異說石坂氏前揭六五三頁）。

第二 須債務人怠於行使其權利

法律之所以認代位權者，正以債務人怠於行使其權利致使債權人之債權有不能受清償之危險，如債務人已行使其權利，則此危險已不存在，自無許其妄行干涉他人權利之理由，此我民法第二四二條所以以「債務人怠於行使其權利」為代位權之要件也。所謂怠於行使其權利，即債務人就其權利得行使而不行使之謂，其不行使之理由如何，以及有無故意過失，在所不問。代位既以債務人怠於行使權利為要件，故如債務人已就其權利提起訴訟時，債權人即不得更行起訴。但如訴訟方法不當，債權人能更行起訴，則有肯定與否定之二說，依余所信，應以否定說為是（肯定說石坂氏前揭六五七頁否定說洪氏前揭一四六頁鳩山氏前揭一八九頁）。

第三 原則須於債務人負遲延責任時

我民法第二四三條規定：「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。但專為保存債務人權利之行為，不在此限。」依此規定，代位權之行使，原則祇能於債務人負遲延責任時為之。（註）至債務人應自何時起負遲延責任，則我民法第二二九條規定頗詳，已於前述，茲不贅。但此係屬原則，如專為保存債務人權利之行為，則雖在債務人負遲延責任以前，債權人亦得為之。保存債務人權利之行為，即保存行為，保存行為（*conservatoires*）者，維持權利之現狀之行為也。例如中斷時效之行為，呈報破產債權之行為是。我民法所以認保存行為為例外者，蓋保存行為不但對於債務人有利無害，且非即時為之則將坐失機會故也。

（註）日本民法以給付期到來為已足，無須於債務人負遲延責任時，債權人始得代位行使債務人之權利（日民第四二三條第二項）。法

「國民法關於此點無明文規定，通說均謂不以債務人遲延爲必要，但須給付期到來，債權人始能代位行使債務人之權利」（Danonombe, Labbé, Laurent, Aubry et Rau, Dandry-Lacantinerie et Barde, Planiol, Hue 諸氏均持此說）。

第四項 代位權之主體

債權人爲代位權之主體，此在解釋上固無可疑，雖然，債權人之債權有有擔保者，有無擔保者，是否兼指二者而言，學說上頗有爭論，依余所信，應以肯定說爲是。蓋縱係有擔保之債權，如擔保物毀損滅失，則債權人仍應就債務人之其他財產而受清償故也。又債權人之債權有成立於債務人取得權利之前者，有成立於債務人取得權利之後者，是否兼指二者而言，學說上亦有爭論，依余所信，應以肯定說爲是。此因債權人得就行使債權時債務人之一切財產而受清償，苟於行使債權時係屬債務人之權利，自不問其取得時期如何，皆得代位行使之。雖然，債權人之債權有無擔保以及成立時期如何，固非所問，但必爲適於保全之債權，始得行使代位權，良以如係不適於保全之債權，縱許代位，亦不能達保全債權之目的故也。所謂不適於保全之債權，例如不作爲債權，及以債務人之特種技能或勞務爲標的之債權是。此等債權，在未變爲損害賠償請求權以前，債權人即不得行使代位權（陳氏前揭二四二頁洪氏前揭一四七頁鳩山氏前揭一九〇頁川名氏前揭二五六頁橫田氏前揭三八八頁）。又債權人不祇一人時，各債權人固得獨立行使代位權，但就中如已有一人着手代位權之行使，則應解爲係爲債權人全體之利益爲之，其效力當然及於其他債權人，從而其他債權人自不得再行使代位權。

第五項 代位權之客體

債權人得代位行使之權利，以非專屬於債務人本身者爲限，此依我民法第二四二條但書之規定解釋而自明。茲述如左。

第一 須爲債務人之權利

債務人所能代位行使者，須爲債務人之權利，如係債務人以外之人之權利，則債權人不得代位行使。又其所代位者，須係權利，如係權能 (fauxthe)，則債權人亦不得代位行使。關於此點，法意民法設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同 (法民第一一六六條意民第一二三四條)。所謂債務人之權能，例如債務人之承諾適格及對於所有物之使用收益是，從而第三人對於債務人爲贈與或其他有利契約之要約時，債權人自不得代爲受贈或爲其他要約之承諾，債務人對於所有物怠於使用收益時，債權人自不得代爲出租或爲其他使用收益之行爲。雖然，債務人之權利得代位行使者，其種類如何，學說上頗有爭論，有謂應以請求權爲限者 (Lainant, Zachariae-Crome, Crome 諸氏主此說)，有謂不但請求權，即形成權 (例如撤銷權解除權) 擔保物權 (例如債務人對於第三債務人之抵押權質權) 等，債權人亦得代位行使者 (Lapombio'ro, Baudry-Lacantherie et Bards, Planol 諸氏主此說)，依余所信，應以後說爲是。即債務人之權利，除後述專屬於債務人本身者外，皆得爲代位權之客體。

第二 須為非專屬於債務人本身之權利

債權人原則上得代位行使債務人一切之權利，但例外專屬於債務人之本身者，則不得代位行使，此種限制係由法日民法規定而來。考法國學者通常分權利為次之三種，即（一）純然基於無形利益之權利，（二）純然基於財產利益之權利，（三）同時基於無形利益及財產利益之權利。在第一種權利，債權人不得代位，第二種權利，如無特別規定，債權人得為代位，第三種權利，債權人能否代位，則視其權利是否置重於財產利益決之。此種理論，頗可採用，準是，所謂專屬於債務人本身之權利，當係指左列各種之權利。

一 非構成債務人之財產之利權

非構成債務人之財產之權利，即無財產的價格之權利，亦即純然基於無形利益之權利，此種權利，債權人不得代位行使。何則，蓋非財產權之權利，不但性質上須權利人自為行使，且代位，原在使債權人得財產上之滿足，故債權人得代位行使之權利，亦須為財產權，從而非構成債務人財產之權利，自不得行使之。屬於此種權利者，通常為親權、非婚生子女否認權、非婚生子女認領請求權、婚姻撤銷權、離婚請求權等親屬法上之權利。

二 雖為財產權構成債務人之財產然債權人不得代位行使之權利 其情形有四：

甲 純然基於無形利益之權利 雖為財產權，而其權利係基於無形利益付與於債務人者，債權人不得代位行使，例如父母對於未成年子女之財產收益權，夫對於妻之財產收益權是（同說 *Dernolombe*，

Baudry-Lacantinerie et Barde, Planol 諸氏 Laurent 氏則持反對說。

乙 主要的基於無形利益之權利 此種權利同時基於無形利益及財產利益，債權人得代位行使與否，則視其權利是否置重於財產利益決之。例如基於詐欺脅迫之撤銷權，基於詐害行為之撤銷權，係置重於財產利益，債權人得代位行使。反之如繼承權之承認及拋棄，遺贈之承認及拋棄，則置重於無形利益，債權人不得代位行使（同說 Baudry-Lacantinerie et Barde 氏異說 Demolombe 氏）。又基於侵害身體健康名譽自由之損害賠償請求權，雖為財產權之權利，然債務人行使其權利與否，應係其自由意思決之，此種權利亦置重於無形利益，債權人不得代位行使（民法第一九五條第一項）。

丙 不得扣押之權利 此因不得扣押之權利，非債權人之共同擔保，故債權人不得代位行使。如許其代位行使，則法律禁止扣押之目的，即不可得而達。不得扣押之權利，例如強制執行律草案第三三二條所規定之各種債權是。

丁 不得讓與之權利 不得讓與之權利與專屬一身之權利，其範圍固不相同，但專就債權言之，則二者殆屬一致。權利之不得讓與，其情形有三，有權利性質上不得讓與者，有法律規定不得讓與者，有依當事人之約定不得讓與者，前二種之權利，債權人不得代位行使，後一種之權利，則債權人不妨代位行使之（石坂氏前揭六七三頁）。

除上述各種權利而外，債務人一切之權利，債權人皆得代位行使，尤其純然基於財產利益之權利，例如基於債務不履行之損害賠償請求權，基於權利侵害之損害賠償請求權，基於瑕疵擔保之損害賠償或價金減少請求權，價金請求權及保險金請求權等，債權人皆得代位行使。

第六項 代位權之行使

債權人於具備法定要件時，得代位行使債務人之權利，已如前述。債權人之行使此權利，無須以債務人之名義爲之，且無須得裁判上之許可，而其行使權利之必要方法，舉凡債務人所能爲者，債權人皆得爲之，即（一）債權人得爲保存債務人之權利之行爲，此就第二四二條但書解釋而自明，何謂保存行爲，已於前述，茲不贅。（二）債權人得爲實行債務人之權利之行爲，此不問裁判外之行爲，裁判上之行爲，債權人皆得爲之，裁判外之行爲，例如催告或請求是。裁判上之行爲，例如提起訴訟參加訴訟反訴或上訴是。（三）債權人得爲實現債務人之權利效力之行爲，例如受領清償，假扣押，假處分，聲請強制執行及實行擔保權是。蓋此等行爲，不外債權之行使故也。雖然，債權人得爲處分行爲與否，則學說尙未一致，依余所信，應分別情形決之，即免除債務拋棄權利等消滅債務人財產之行爲，債權人不得爲之，反是如抵銷讓與等交換利益之行爲，苟於債務人有利，則債權人亦得爲之（同說鳩山氏前揭一九三頁，異說石坂氏前揭六七五頁）。又債務人係因保全債權行使債務人之權利，則其行使自以保全債務之必要範圍爲限，故如債權人行使債務人之一宗債權已足保全其債權時，即不得就債務人之其他債權

更爲行使。但如債務人之一宗債權超過債權人之債權額時，則行使債務人之全部債權，自無不可。

第七項 代位權之效力

第一 對於第三人之效力

債權人代位行使債務人之權利時，第三人之對於債權人，與對於債務人同，故第三人得以對於債務人之一切抗辯對抗債權人。此之所謂抗辯，舉凡權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯，及同時履行之抗辯皆屬之。蓋非如此，則第三人將因債權人行使代位權致受意外之損害也。至第三人於債權人行使權利後對於債務人取得之抗辯，能否與債權人對抗，則學說上頗有爭論，或謂債權人之行使權利，與扣押發生同一效力，債務人即當然喪失其權利之處分權，從而第三人自不得以行使權利後所生之抗辯對抗債權人（Labbé, Demolombe 諸氏主此說）。或謂債權人之行使權利，非與扣押發生同一效力，債務人並不喪其權利之處分權，從而第三人仍得以行使權利後所生之抗辯對抗債權人（Laurent, Larombière, Planiol, Baudry-Lacantinerie et Barde諸氏主此說）。依前所述，代位權係實體法上之權利，自無與扣押發生同一效力之理由，理論上應以後說爲是。又第三人固得以對於債務人之抗辯對抗債權人，但第三人不得以直接對於債權人所有之抗辯對抗債權人。良以債權人乃行使債務人之權利，而非行使自己之權利故也。

第二 對於債務人之效力

債務人是否因債權人行使權利喪失對於其權利之處分權，我民法未設明文，適用上頗屬疑問。依余所信，應解爲債務人並不因債權人行使權利喪失對於其權利之處分權。但在日本學者解釋彼國民法，有因非訟事件程序法第七六條第二項設有明文規定，遂謂債務人應因債權人行使權利喪失對於其權利之處分權者（鳩山氏前揭一九四頁，石坂氏前揭六八〇頁，橫田氏前揭三九六頁）。此種理論，以之解釋我國民法，殊難贊同。至債權人因行使權利提起訴訟，其判決之效力能否及於債務人及其他之債權人，則其說不一，有謂判決之效力祇能及於訴訟當事人者（Labbe', Aubry et Rau, Demolombe, 橫田，石坂諸氏主此說）。有謂判決之效力亦能及於債務人及其他之債權人者（Tarombière, Colmet de Santère, 岡松諸氏主此說）。亦有謂判決之效力能否及於債務人及其他之債權人，應依情形而異，即勝訴判決之效力得及於債務人及其他之債權人，敗訴判決之效力則不得及於債務人及其他之債權人者（Laurent, Baudry-Lacantinerie et Rardé 諸氏主此說）。以上三說，第二說不啻以債權人爲債務人之代理人，其說殊不足取。第三說，舍判決效力問題，而論判決利益之歸屬，其說亦非可通。故理論上應以第一說爲是，此因債權人係以自己名義對第三人提起訴訟，故判決之效力亦祇能及於債權人及第三人，從而債務人及其他之債權人自不受既判力之拘束，得更行起訴。但債務人及其他之債權人參加訴訟時，判決效力應及於債務人及其他之債權人，是不待言。

第三 對於債權人之效力

債權人之行使權利，雖係用自己之名義爲之，但究係行使債務人之權利，故因行使權利所得之結果，自應當然歸屬於債務人，而非歸屬於債權人。從而債權人欲求債權之滿足，非更依強制執行等一般之方法不可。關於此點，學說上殆無異議（法國學者 Larombière, Colmet de Santorre, Laurent, Hue, Baudry-Lacantinerie et Rardé, Planiol 等均主此說）。又債權人之行使權利，係爲全體債權人之利益爲之行使，代位權之債權人應與他之債權人受平等分配，而非優先於他之債權人。

第三款 撤銷權

第一項 概說

債權人之撤銷權，始於羅馬法之 *actio Pauliana*，依 *actio Pauliana*，不問破產外之撤銷與破產上之撤銷，皆適用同一之法規，但區別債務人行爲之有償無償，即無償行爲，以有詐害債權之事實（客觀要件）爲已足，反之如爲有償行爲，則除詐害債權之事實（客觀要件）外，尚須有詐害債權之意思（主觀要件）。日本法律與之正相反對，即日本民法所規定者，爲破產外之撤銷，破產上之撤銷，則以之規定於破產法（日本破產法第七二條以下），而於破產外之撤銷，不區別債務人行爲之有償無償，一律皆以有詐害債權之事實及詐害債權之意思爲必要。德國法律則折衷於二者之間，即一方面區別破產外之撤銷與破產上之撤銷，與日本民法同（德國債權人撤銷法及破產法第二九條以下），一方面區別債務人行爲之有償無償，則與羅馬法又屬一致。自理論言之，應以

德國立法例爲合理，何則，蓋破產上之撤銷與破產外之撤銷，其立法根據雖屬相同，但前者之要件嚴而範圍狹，後者之要件寬而範圍廣，自以分別規定，較爲妥當，此其一。無償行爲，行爲性質上常足以害及債權人之債權，而有償行爲，則行爲性質上通常不致害及債權人之債權，故其構成要件，自難一致，此其二。我民法即從此立法例者也。

第二項 撤銷權之性質

撤銷權 (Anfechtungsrecht, action révocatoire) 者，債權人撤銷債務人之行爲之權利也，析言之。

第一 撤銷權係實體法上之權利

日本著書，通常譯法國民法之 *action révocatoire* 爲廢罷訴權，我國著書亦多用此名稱，實則撤銷權係實體法上之權利，而非訴訟法上之權利，應以稱爲撤銷權爲適當。此因民法爲實體法，撤銷權係規定於民法債編債之效力中故也。雖然，債權人之行使撤銷權，須聲請法院爲之，於是有所謂此之所謂撤銷權係對於國家請求爲撤銷判決之訴權與私權的撤銷權之併合者（石坂氏前揭六九〇頁），余則以爲債權人之行使撤銷權，雖應聲請法院爲之，然此係行使撤銷權之方法，究不能謂撤銷權爲訴訟法上權利與實體法上權利之併合。

第二 撤銷權係撤銷債務人之行爲之權利

撤銷權，係債權人撤銷債務人之行爲之權利，此就我民法第二四四條之規定解釋，固無可疑，惟此權利之性質如何，則學說紛歧，尙未一致。有謂撤銷權係債權，即直接對於依債務人之行爲而受利益之第三人請求其返還

之權利者（德國學者 Cosack, Jacker, Hartmann-Meilke, Jaeger, Senfert, Kohler, Eck, Endemann, Goldmann-Lilienthal, Rehnlein, 英國學者 Menzel, Krusenopolski, 瑞士學者 Brand 均主此說）有謂撤銷權係形成權，即惟使債務人之行為歸於無效之權利者（Hellwig, Kripp Zu Windscheid, Crome, Hellmann, Voss, Fitting, Wolf, Gaze 諸氏主此說）亦有謂依詐害行為之內容，如僅予撤銷即能達回復財產狀態之目的時，其撤銷權為形成權，反是則為請求權者（Baudry-Lacantinerie et Barde, Laurent, Planiol 諸氏主此說）。以上三說，依余所信，應以第二說為是，其理由有三，即（一）我民法凡用撤銷字樣之處皆為形成權，第二四四條所謂撤銷，自屬不能獨異，此其一。（二）債權人行使撤銷權之結果，當然歸屬於債務人，自不能以債權人之撤銷權為債權的請求權，此其二。（三）我民法關於撤銷權之效果，既無明文規定，解釋上自應依第一一四條之規定決之，如解為債權的請求權，則其效果如何將無從解決，此其三。（註）

（註）洪毓林氏採第三說，即折衷說，洪著謂：「依法律認此撤銷之目的，應解為僅依撤銷即可達財產狀態復舊之目的時，債權人斷須訴求撤銷。其非然者，除訴求撤銷外，並得同時訴求財產權之返還及其他財產狀態復舊，方為正當。」（洪氏前揭一五〇頁）實則撤銷權僅及於使債務人之行為歸於無效而止，如非訴求財產權之返還及其他財產狀態之復舊不可，則債權人不妨依代位權為之，二者之效用各別，未可相混。

第三項 撤銷權之要件

第一 概說

關於撤銷權發生之要件，已於前述，我民法係採德國立法例，因債務人行爲之爲有償無償而不同，即在債務人之行爲爲無償行爲時，以有客觀要件爲已足，反之如爲有償行爲，則除客觀要件外，尚以具備主觀要件爲必要，本書即本此規定說明之。至有償行爲與無償行爲，則依雙方當事人是否因給付取得利益爲其區別之標準，即雙方當事人各因給付而取得利益之行爲，爲有償行爲，反是當事人之一方祇爲給付而不取得利益之行爲，則爲無償行爲。無償行爲之以有客觀要件爲已足者，蓋無償行爲，債務人祇爲給付而不取得利益，性質上常足以害及債權人之債權故也。反之有償行爲除客觀要件外，尚以有主觀要件爲必要者，蓋有償行爲，債務人因爲給付而取得利益，通常不致害及債權人之債權，故必債務人及受益人有損害債權人權利之意思，始予債權人以撤銷權。

第二 債務人之行爲爲無償行爲時

如前所述，債務人之行爲爲無償行爲時，以有客觀要件爲已足，債權人即有撤銷權，所謂客觀要件，應注意左列之三點。

一 須債務人曾爲以財產爲標的之行爲

債權人所撤銷者，爲債務人之行爲，故必債務人已爲行爲，債權人始有撤銷權。且此行爲，須係以財產爲標的，

此點爲我民法第二四四條第三項所明定，其詳俟於撤銷權之客體中述之，茲不贅。

二 須債務人之行爲害及債權人之債權

撤銷權，以保護債權人爲目的，故必債權受有損害，債權人始有撤銷權，我民法第二四四條第一項即明示此意。所謂害及債權，須具備左列之要件。

甲 須債務人之行爲致使足供清償之財產減少 故如債務人之行爲不致減少足供清償之財產，則不發生害及債權之問題。所謂財產減少，有因減少債務人之積極財產而生者，例如債務人以其所有物贈與他人或免除債務是。有因增加債務人之消極財產而生者，例如債務人新負債務是。其足使債務人之財產減少，則無二致，通常自係兼指此二者言之。

乙 須債務人之財產減少致使債權人有不能受清償之危險 債務人之財產減少，通常固足以害及債權人之債權，然如未達於債權人有不能受清償危險之程度，則不能謂其害及債權人之債權。何謂不能受清償之危險，外國法律有明定其以支付不能 (Zahlungsunfähigkeit) 爲要件者，如德國法律是 (德撤銷權法第二條) 有明定其以財產不足 (Vermögensunzulänglichkeit) 卽債務超過 (Überschulden) 爲要件者，如瑞士民法是 (瑞民第二八五條)。我民法無明文規定，余以爲應以從德國法律解釋爲合理。但所謂支付不能，與破產開始要件之支付不能意義不同，破產開始要件之支付不能，以一般的支付不能卽

債務人永久的不能支付其債務為必要，此則以對於某債權人不能與以清償為已足，無須債務人永久的不能支付其債務。又此所謂支付不能，以實際強制執行債務人之財產不能得其效果為必要，故縱使顯然不能得強制執行之效果，亦得行使撤銷權，蓋非如此，則行使撤銷權甚為困難故也。

丙 須債務人之行為與害及債權人之債權有因果關係 故如無因果關係，則可見債權之損害非由債務人之行為而生，自無須與債權人以撤銷權。但此之所謂因果關係，以債務人之行為加功於債權之損害為已足，無須兩者之間有直接因果關係。此因就實際情形言之，債務人之財產減少，通常係漸次而生，且其原因常非單一，故苟其行為足為財產減少之原因，縱屬間接，亦不能不予債權人以撤銷權。又行為與害及債權之間有無因果關係，應就何時決定，亦一疑問？余以為解釋上應就債務人之行為時決之，故如債務人行為之財產，尚足以清償債權人之債權，嗣後始無支付能力，即不能謂其行為與害及債權之間有因果關係。

第三 債務人之行為為有償行為時

如前所述，債務人之行為為有償行為時，除客觀要件外，尚須有主觀要件，債權人始有撤銷權，關於客觀要件，已於前述，其全部理論對於有償行為，均可應用，茲惟就主觀要件說明如左。

一 須債務人於行為時明知有損害於債權人之權利

關於此點，各國法律不同，有採認識主義或觀念主義（Vorstellungstheorie），以債務人明知有損害於債

權人之權利爲已足者，如日本民法是（日民第四二四條）。有採意思主義或希望主義（Willentheorie）以債務人明知並有意損害於債權人之權利爲必要，如德國奧大利及瑞士是（德法第三條第一款與法第二九條第一款瑞民第二八八條）。此兩主義，在必然的知其發生損害時，固無區別，反之在可能的知其發生損害時，如採第一主義，即不發生撤銷權。就我民法第二四四條第二項債權人「於行爲時明知有損害於債權人之權利」云云觀之，固採第一主義者也。此之所謂明知，指債務人有損害債權人權利之惡意而言，從而債務人縱因過失而不知，債權人亦無撤銷權。又此之所謂債權人，係泛指一切之債權人，從而債務人知其損害於行使撤銷權之債權人與否，在所不問。至債務人之知與不知，依我民法規定應以行爲時爲標準決之，故如債務人於行爲時不知損害於債權人之權利，則債權人無撤銷權。

二 須受益人於受益時明知有損害於債權人之權利

依我民法第二四四條第二項規定，債務人之行爲爲有債行爲時，不但須債務人明知有損害於債權人之權利，且須受益人亦明知有損害於債權人之權利，債權人始有撤銷權。此之所謂受益人，係泛指基於債務人之行爲取得利益之人，受益人通常固爲法律行爲之相對人，但不以此爲限，例如以契約訂定向第三人爲給付時，其第三人即受益人是。又此之所謂明知，指受益人有損害債權人權利之惡意而言，此點與債務人之明知同，其詳已於前述，茲不贅。至受益人之知與不知，依我民法規定，應以受益時爲標準決之，故如受益人於受益

時不知有損害於債權人之權利，則債權人無撤銷權。

第四 舉證責任問題

如後所述，債權人之行使撤銷權，須聲請法院爲之，從而關於撤銷權要件之有無，應由何人舉證，實屬疑問？於此問題，在德日民法學界有兩種主張，有謂無論客觀要件主觀要件，均應由債權人舉證者（Cosack, Petersen, Kleinfaller, Menzel, Jäger, 橫田，磯谷諸氏主此說），有謂客觀要件應由債權人舉證，主觀要件則應由債務人舉證者（Hartmann-Melkel, Wilnowski, Seuffert, Kohler, 梅，石坂，鳩山，川名諸氏主此說）。解釋日本民法，固應從第二說，何則，蓋關於主觀要件，日民係以但書形式出之，自應解爲惡意的推定故也。反之，解釋我國民法，則應從第一說，何則，蓋主觀要件及客觀要件既同屬撤銷權成立之要件，故依照一般訴訟法舉證責任之原則，自應由債權人負舉證之責。

第四項 撤銷權之主體

債權人爲代位權之主體，此在解釋上固無可疑，雖然，債權人之債權有有擔保者，有無擔保者，是否兼指二者而言，學說上頗有爭論，依余所信，應以肯定說爲是，此其理由，已於前述，茲不贅。又債權人之債權有成立於債務人行爲之前者，有成立於債務人行爲之後者，是否兼指二者而言，學說上亦有爭論，依余所信，應視其情形而異，即債務人行爲當時，如有一人之債權人，則行爲後之債權人亦得撤銷其行爲，否則不得撤銷（同說，石坂氏前揭七七八

頁)。(註一)又給付期未到來以前，債權人有無撤銷權，亦一疑問？外國法律有明定以給付期到來為必要者（德法第二條奧法第三二條），我民法既無何種限制，依余所信，縱給付期尚未到來，債權人亦有撤銷權（同說 Laurent, Baudry-Lacanthierie et Rardie 諸氏異說 Planiol 氏）。雖然，債權人之債權有無擔保，成立時期如何以及給付期到來與否，固非所問，但必係以財產為標的之債權，始得行使撤銷權，良以如債權人之債權非以財產為標的，縱使許其撤銷債務人之行為，亦不能達保全債權之目的故也。所謂非以財產為標的之債權，例如以狹義之作爲或不作爲爲標的之債權是，此等債權，在未變爲損害賠償請求權以前，債權人即不得行使撤銷權。此外，以移轉特定物爲標的之債權，能否適用撤銷權？學說紛歧，殊不一致。有謂縱係以移轉特定物爲標的之債權，亦屬侵害債權之行為，自得適用撤銷權者（Marous, Jaekel, Hartmann-Meikel 諸氏主此說）。余則以爲不然，蓋如依此說，不啻承認債權人直接對於物上取得權利（*Jus ad rem*），顯然與我民法第七五八條及第七六一條以登記或交付爲移轉成立要件之規定有所衝突故也（同說 Korn, Menzel, Kransnopoliski, Jaeger 諸氏主此說）。（註二）至債權人爲多數時，各債權人固得獨立行使撤銷權，但就中如已有一人着手撤銷權之行使，則其他債權人即無行使之必要，此點已於前述，茲不贅。

（註二）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「在詐害行為成立後發生之債權，關於此點，學說上雖尙有爭執，有否定肯定兩說，但以否定說爲是，蓋債權於行為時尙未成立，自無被害之可言也。」（陳氏前揭二六〇頁）

(註二)關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著謂：「蓋所謂矛盾者，對於同一法律事實所定法律上之效果互相排斥之謂也，設使不同甲之實力如何，以甲為二重讓與行為，致乙之特定債權不能直接履行，適認乙有撤銷權，誠屬矛盾；然如以甲之無實力為要件，則已增加一法律事實，雖法律上之效果有所差異，亦不得謂為矛盾；且甲對於乙所負債務如本係金錢債務，而非交付特定物之債務，則甲因讓與特定物於丙，致無償還實力時，乙得撤銷甲丙間之行為，固無疑義；若以乙之債權應為請求該特定物之債權，遂認其效力較之與該特定物毫無關係之金錢債權更為薄弱，法律上無此理也。」（洪氏前稿一五一頁）

第五項 撤銷權之客體

依我民法第二四四條第三項規定：「債務人之行為，非以財產為標的者，不適用前二項之規定。」依此規定，則惟債務人以財產為標的之行為，始得為撤銷權之客體，析言之。

第一 須為債務人之行為

如前所述，撤銷權係撤銷債務人行為之權利，故被撤銷者，自須為債務人之行為。此之所謂行為，固不問其為債務人之單獨行為，抑為債務人與受益人間之契約，但如為受益人之單獨行為，受益人與轉得人間之契約，以及轉得人之行為，則不得撤銷，蓋以其非債務人之行為故也。

第二 須為債務人之法律的行為

關於此點，各國法律殊不一致，有祇定為行為 (actus) 者，如法國民法是。有定為法律行為 (Rechtsgeschäft)

者，如日本民法是。有定爲法律的行爲（Rechtshandlungen）者，如德國民法與意大利民法及瑞士債務法是。此三種立法例，以法國範圍爲最廣，日本範圍爲最狹，德奧瑞介於二者之間。我民法第二四四條第三項，祇泛云「債務人之行爲」，似從法國立法例，余以爲如解爲係從法國立法例，則不可通，何則？蓋通常所謂行爲，兼指合法行爲及違法行爲，債務人之違法行爲，殊無撤銷之可能故也。我民法既非從法國立法例，然則從日本立法例乎？曰是不然。蓋在日本民法雖明定其爲法律行爲，然一般學者常因法律行爲以外之合法行爲（即法律的行爲）應準用法律行爲之規定，從而擴張解釋，謂法律的行爲亦得爲撤銷權之客體（石坂氏前揭七七二頁），究其結果，殆與德奧立法例無異。故依余所信，與其從日本立法例，婉轉解釋法律的行爲因準用法律行爲之規定，亦得撤銷，毋寧從德奧立法例，謂我民法所謂行爲，依指債務人之法律行爲及非法律行爲之法律的行爲，較爲簡捷。（甚且自理論言之，非法律行爲之法律的行爲，於其損害債權之點，與法律行爲並無二致，從而由保護債權人之目的立論，亦以德奧立法例推廣撤銷權之適用爲適當。至何謂法律行爲與法律的行爲，已於拙著「中國民法總論中述之，茲不贅。

（註）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳者謂：「民法第二四四條所謂無價行爲有價行爲，是否單指法律行爲，雖不無疑義，然自民法一般所稱（參照第三四七條）及撤銷僅於法律行爲有適用（參照第一一四條第一項）之點言之，自以解爲係指法律行爲爲是。」（陳

氏前揭二五五頁）

第三 須係債務人以財產為標的之行為

此為我民法第二四四條第三項所明定，其以債務人以財產為標的之行為，為撤銷權之客體者，蓋撤銷權係為保全債權而設，如債務人之行為非以財產為標的，縱使撤銷，亦不能達保全債權之目的故也。所謂債務人以財產為標的之行為，即關於債務人之財產之行為，撤銷權之客體既須為關於債務人之財產之行為，則關於債務人之身分之行為，自屬不得撤銷。又得為撤銷權客體之行為，須為以純粹的財產權為標的之行為，從而關於債務人之身分之行為，縱令其結果影響於債務人之財產，亦屬不得撤銷。他如以債務人之勞務及其他不屬於財產之作為為標的之行為，皆屬不得撤銷。

第四 問題

一 拒絕取得利益之行為得為撤銷權之客體乎

於此問題，有正相反對之二說，依余所信，應以否定說為是，此因撤銷權係以回復債務人已脫離之財產為目的，而取得利益之拒絕，例如遺贈受領之拒絕，則非債務人脫離其財產之一部故也（同說 *Manzel, Brand, Jaeger* 諸氏，異說 *Canaris* 氏）。雖然，取得權利之拋棄，與取得利益之拒絕不可相混，其在前者，得為撤銷權之客體，是不待言。

二 不作為得為撤銷權之客體乎

於此問題，有正相反對之二說，在主張撤銷權爲請求權者，謂不作爲亦屬法律的行爲，故得爲撤銷權之客體，反之在主張撤銷權爲形成權者，則謂不作爲不得爲撤銷權之客體，本書既以撤銷權爲形成權，其應採取後說，自無可疑（同說 Jaeckel, Cosack, Menzel, Brand, Jaeger 諸氏，異說 Motives, Korn 諸氏）。

三 無效之行爲得爲撤銷權之客體乎

於此問題，有正相反對之二說，有謂縱屬無效行爲，亦不失爲法律的行爲，得爲撤銷權之客體者，有謂無效行爲，法律上根本失其存在，不得爲撤銷權之客體者。依余所信，如以撤銷權爲形成權，自應以後說爲是（同說 Petersen-Kleineller, Harmann-Melkel 諸氏，反對說 Cosack, Korn, Menzel, Jaeger 諸氏）。

四 清償得爲撤銷權之客體乎

於此問題，亦有正相反對之二說，少數說謂在清償期之清償，乃債務人履行債務所應爾，縱令因此致使其他債權人有不能受清償之危險，其清償亦屬不得撤銷。通說則謂縱係在清償期之清償，亦不能利於此債權人而害於彼債權人，故在公平觀念上應認其他債權人有撤銷權。依余所信，應以前說爲是，但應注意民法第二一九條履行債務應依誠實及信用方法之規定（同說 Cosack, Förster-Elcous 諸氏，異說 Petersen-Kleineller, Jaeckel, Jaeger 諸氏）。

第六項 撤銷權之行使

撤銷權之行使，其方法有二，有以依一方之意思表示爲之爲已足者（民法第一一六條），有須聲請法院撤銷者，我民法以前者爲原則，後者爲例外。關於詐害行爲，我民法第二四四條明定其須聲請法院撤銷，是即撤銷權行使方法之例外。（註）此之所謂聲請法院撤銷，是否訴訟行爲，學說上頗有爭論，依余所信，與第七四條第一項所定之聲請撤銷意義相同，應解爲非訴訟行爲，既非訴訟行爲，其撤銷程序自應於非訟事件法中規定之。但如非訟事件法別無規定，自以債權人提起撤銷之訴爲適當。雖然，此種訴訟之性質如何，則學說不一，即在主張撤銷權爲請求權者，謂撤銷之訴爲給付之訴。主張撤銷權爲形成權者，謂撤銷之訴爲形成之訴。主張撤銷權爲請求權兼形成權者，則謂撤銷之訴爲給付之訴及形成之訴。本書既以撤銷權爲形成權，則撤銷之訴自爲形成之訴。又撤銷之訴之原告，固爲債權人，其被告應爲何人，學說亦不一致，此亦與撤銷權之性質有關，即在主張撤銷權爲請求權者，謂受益人及轉得人爲被告。主張撤銷權爲形成權者，謂行爲當事人爲被告，即其行爲爲單獨行爲時，以債務人爲被告，其行爲爲雙方行爲時，以債務人及其相對人爲被告。主張撤銷權爲請求權兼形成權者，則謂債務人受益人及轉得人爲共同被告。本書既以撤銷權爲形成權，自應分別以債務人，或債務人及其相對人爲被告。但轉得人無論如何不得爲撤銷之訴之被告，何則，蓋撤銷之訴，以撤銷債務人之行爲爲目的，撤銷權之效果雖及於轉得人，然此不過撤銷債務人之行爲之結果，究非轉得人對於債務人之行爲有所干與也。

（註）撤銷權行使之方法，各國法律規定不同，有明定其以訴訟或抗辯爲之者，如舊德國撤銷法第一一〇條，奧國撤銷法第一一六條，第二項第三五

據第二項之規定是有明定其以詐爲之者，如日本民法第四二四條之規定是。德國撤銷法未設明文，學者間則有兩說，主張撤銷權爲請求權者，則債務人之行爲具備撤銷權之要件時，其行爲當然爲無效，以撤銷權人之意思表示行使撤銷權，殊無意義，反之主張撤銷權爲形成權者，則與一般形成權之撤銷方法同，應依一方之意思表示爲之。

第七項 撤銷權之效力

第一 對於債務人及受益人之效力

依民法第一一四條第一項規定：「法律行爲經撤銷者，視爲自治無效。」依此規定，則債務人之行爲一經撤銷，其已發生之法律關係歸於消滅，已消滅之法律關係因是而復活。故如債務人之行爲爲所有權之移轉或他物權之設定時，一經撤銷，則所有權視爲未移轉，他物權視爲未設定。又如債務人之行爲爲債之發生讓與或免除時，一經撤銷，則債之關係視爲未發生讓與或免除。又其效力，乃係當然回復原狀，而非受益人僅有移轉權利於債務人之義務。故如債務人移轉所有權於受益人時，一經撤銷，則所有權當然復歸於債務人。從而債務人對於受益人得基於所有權請求其物之返還。由此可知撤銷之效力，爲物權的，而非債權的。至受益人對於債務人之給付曾爲反對給付時，債務人之行爲既被撤銷，則受益人之給付爲無法律上之原因，自得基於不當得利請求權，請求其給付之返還（民法第一七九條）。

第二 對於轉得人之效力

外國法律有明定轉得人如爲惡意，亦應受撤銷權規定之適用者（日民第四二四條第一項），我民法無之，余以爲轉得人可解爲廣義之受益人，自應受撤銷權規定之適用。此之所謂轉得人，指由受益人直接或間接取得債務人行爲之標的之物或權利之人而言。換言之，即特定繼承人之意，既爲特定繼承人，則原始取得人及一般繼承人自非轉得人。但祇須爲特定繼承人即可，不問其爲直接之繼承人，抑爲第二以下之繼承人。又轉得人既爲廣義之受益人，則在債務人之行爲爲有償行爲時，自須轉得人知有損害於債權人之權利，始有撤銷權規定之適用。故如受益人爲惡意，轉得人爲善意，或受益人爲善意，轉得人爲惡意，或受益人爲惡意，轉得人有數人，一人爲善意，嗣後之轉得人爲惡意，皆屬不得撤銷。（註）

（註）關於此點，學說上頗有爭論，有謂受益人或轉得人一人爲惡意，即得撤銷者，如依此說，則在受益人爲善意轉得人爲惡意時，受益人反因讓與其權利時而被撤銷，殊爲不當。又有謂受益人或轉得人一人爲善意時，即不得撤銷者，如依此說，則在受益人爲惡意轉得人爲善意時，受益人將因讓與其權利時而不被撤銷，亦未見其可。故依余所信，就實際及法理言之，均須受益人與轉得人皆爲惡意，始得撤銷。至轉得人有數人，一人爲善意，即屬有效取得權利，經嗣後之轉得人爲惡意，亦係由權利人取得權利，故不得撤銷。

第三 對於債權人之效力

債權人行使撤銷權，不過使債務人之行爲爲無效，故其結果，僅能使已與債務人脫離之權利當然復歸於債務人，不能對於受益人或轉得人請求其權利之返還。從而債權人欲求債權之滿足，尙須依強制執行等一般之方

法。至行使撤銷人之債權人有無優先受償之權利，各國法律不同，有明定其得優先受償者，如德法第七條奧法第三七條之規定是。有明定其爲全體債權人之利益而爲撤銷者，如日本民法第四二五條之規定是。我民法無明文規定，依余所信，應與日本民法取同一之解釋（法民無明文規定，Colmet de Sauterre, Laurent 諸氏與本書同說，Demolombe, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Barde 諸氏則持反對說）。

第八項 撤銷權之消滅

撤銷權之行使與否，對於債務人與受益人間之法律關係影響極大，如債權人永不行使此項權利，殊有害於交易之安全，故我民法第二四五條特設規定曰：『前條撤銷權，自債權人知有撤銷原因時起一年間不行使，或自行爲時起經過十年而消滅。』本條所定之期間，究爲時效期間，抑爲除斥期間，學說上頗有爭論，在主張其爲時效期間者謂，我民法總則消滅時效之客體，不限於請求權，即撤銷權亦是，本條與第七四條第二項及第九三條有所不同，故應解爲時效期間。余則以爲不然，蓋我民法總則所定之消滅時效，僅以請求權爲其客體（民法第一二五條以下），關於消滅時效之效力與夫中斷停止，亦僅就請求權設有規定，且民總施行法第十七條，於民法第七四條第二項第九十條及第九三條之撤銷權，定爲準用該施行法第十六條關於消滅時效之規定，既爲準用，則該三條所定之期間，並無消滅時效之性質，而爲一種除斥期間，實無可疑，本條所定之期間，事同一律，不能獨外（同說洪氏前揭一五五頁異說，陳氏前揭二七一頁）。至時效期間與除斥期間之區別如何，已於拙著中國民法總論中述

之，茲不贅。又本條所定之期間有二，一為一年，一為十年，是謂兩重之期間。此兩種期間，其起算點不同，即一自債權人知有撤銷原因時起算，一自債務人為行為時起算。對於前者，債權人有數人時，其一年之期間，應分別自各債權人知有撤銷原因時起算，又不待言。

第五節 契約

第一款 概說

我民法將契約之成立與契約之效力析而為二，而以前者規定於債編第一章（通則）第一節（債之發生）第一款（契約），後者規定於債編第一章（通則）第三節（債之效力）第四款（契約），實則契約之效力與債之效力迥不相同，即自債權契約言之，其效力僅祇發生債權債務關係，而債之效力則為債權債務關係發生以後之問題，以之定於一款，殊非妥洽。但我民法既將契約之效力規定於債之效力中，故本書亦於債之效力中說明之，以期符合民法法典之編制。至我民法關於契約效力之規定，考其內容，約分五端，即（一）契約之標的，（二）契約之確保，（三）雙務契約之效力，（四）涉他契約之效力，（五）契約之解除。以下各款，即依此順序解說之。

第二款 契約之標的

第一 概說

關於契約之標的，依據契約自由之原則（Prinzip der Vertragsfreiheit），原可由當事人自由訂定，但契約既

爲法律行爲之一種，法律行爲之標的須係可能確定及合法，則契約之標的自屬不能獨外。關於可能之點，我民法第二四六條及第二四七條設有明文規定，固屬不成問題。關於確定及合法兩點，則我民法未設明文，適用上不無疑義。依余所信，關於標的合法之點，我民法第七一條至第七四條對於一般法律行爲設有明文規定，契約既爲法律行爲之一種，亦應有其適用，此在解釋上實無可疑。至關於標的確定之點，我民法除選擇之債於第二〇〇條及種類之債於第二〇八條設有解決明文外，不但對於契約未設規定，即對於一般法律行爲亦無明文，自有待於學理之補充。此點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。（註一）

（註一）關於契約標的之確定，德國民法第三一五條至第三一九條規定甚詳，茲擇其重要條文於次，以供適用上之參考。第三一五條：「給付依契約當事人之一方決定而有疑義時，推定其應依公平之見解決定之。前項之決定以對於相對人之意思表示爲之。應依公平之見解以爲決定者，惟其決定適合公平時，拘束相對人。其非適合公平時，依例決定之。決定遲延時，亦同。」第三一七條：「以給付之決定委任第三人而有疑義時，推定其應依公平之見解決定之。數人之第三人爲決定而有疑義時，須全體之一致。但數額依數人之第三人決定而有種種之數額時，依其平均數額。」第三一九條：「第三人應依公平之見解指定給付，其指定顯失公平時，當事人不受拘束。此時給付之決定，以判決爲之。第三人不能決定，不欲決定，或遲延時，亦同。第三人任意決定給付，而不能決定，不欲決定，或遲延時，其契約不生效力。」

第二 標的之不能

標的之不能，對標的之可能而言。何謂不能，原有廣狹二義，此之所謂不能，應解作廣義，即不但論理上不能，謂之

不能，即論理上可能，而在一般社會觀念認為不能，亦謂之不能，與前述不能給付之不能同。雖然，在不能給付之所謂不能，依其種類，可分為自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能，此之所謂不能，究係指何種不能而言，解釋上不無疑義？依余所信，此之所謂不能，當係指自始不能及客觀不能而言。因其為自始不能或客觀不能，故在以此種不能之給付為契約標的者，其契約根本為無效。反之，契約標的之給付如係嗣後不能或主觀不能，則其契約與普通契約發生同一之效力，祇能依因可歸責於債務人與否，或免為給付義務，或負損害賠償責任，而其契約並非根本為無效。又在不能給付有所謂全部不能與一部不能，契約標的之全部係自始不能或客觀不能，其契約固應全部無效，即標的之一部不能，依我民法第一二一條之規定，其契約亦以全部無效為原則，不過依其情事除去無效部分亦可成立契約者，則其他部分仍為有效耳。

第三 標的不能之效力

一 以不能之給付為契約標的者其契約為無效

依我民法第二四六條第一項規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。」我民法之所以定為無效者，蓋在以不能給付為標的之債，理論上不能認其發生故也。但此僅屬原則，我民法對此原則設有左列兩種之例外。

甲 不能情形可以除去當事人並豫期於不能情形除去後為給付時 於此場合，依我民法第二四六條第

一項但書規定，其契約爲有效。舉例以言，如於政府禁止米糧出口之際，訂立販運米糧出口之契約，此項禁令可以解除，當事人並係豫期於解禁後爲給付者，其契約即爲有效。我民法以之爲有效者，良以當事人不啻以不能情形之除去爲契約發生效力與否之停止條件，契約附加條件，既爲我民法之所許，則於此情形自無不認其爲有效之理由故也。但如不能情形不克除去，則與停止條件不成就同，契約之不生效力，自不待言。

乙 附停止條件或始期之契約於條件成就或期限屆至前不能情形已除去時，於此場合，依我民法第二四六條第二項規定，其契約爲有效。舉例以言，如於政府禁止現金出口之際，訂定如至省外貿易則販運現金出口或於明年三月販運現金出口之契約，於未至省外貿易或明年三月以前，此項禁令業已解除，其契約即爲有效。我民法以之爲有效者，良以附有停止條件或始期之法律行爲，原於條件成就或期限屆至時發生效力（民法第九九條第一項第一〇二條第一項），在未發生效力以前，其不能情形既已除去，即無不認其爲有效之理由故也。但如條件成就或期限屆至後，不能情形尙未除去，其契約應爲無效，又不待言。

二 對於因契約無效而受損害者應負賠償責任

契約上之注意義務，當事人不但於契約成立以後有之，即於訂立契約當時亦有之，故契約標的之給付是否

可能，當事人於訂約當時應為相當之注意，否則即不能免於損害賠償之責任。我民法第二四七條第一項規定：「契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。」即明示此意。（註三）契約無效之損害賠償，所以異於一般損害賠償者，即不但須當事人於訂約當時明知或可得而知標的之不能，且須他方當事人於訂約當時非明知或可得而知標的之不能，否則當事人即不負損害賠償責任。至關於損害賠償之範圍，我民法既明定對於他方當事人因信契約為有效所受之損害負賠償責任，則解釋上應以所謂消極的契約利益（*Negative Vertragsinteresse*）為限，實無可疑。所謂消極的契約利益，即自始不訂立該契約所應有之利益，舉凡積極的損害，即既存利益之喪失，與夫消極的損害，即將來可以取得之利益，皆屬之。雖然，因給付一部不能致契約之全部無效者，固應適用第二四七條第一項之規定，然如給付一部不能，其他部分可能，而其可能部分依民法第一一一條但書規定為有效時，其無效部分之責任如何，則屬疑問。故我民法第二四七條第二項明定準用前項之規定，以解決之。又依選擇而定之數宗給付中有一宗給付不能，如當事人之意思以數宗給付完全可能為必要，則其契約無效，應適用第二四七條第一項之規定，固不待言，然如當事人之意思就可能給付為有效，則其不能給付之責任如何，亦一問題。故我民法亦於第二四七條第二項明定其準用前項之規定。

（註三）依我民法第一一三條規定：「無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責。」

任。無效法律行為之當事人既應負損害賠償責任，則似有重複之嫌，實則不然。蓋第一一三條僅規定其於無效行為而為給付時，當事人應負回復原狀之義務，不能回復原狀或回復原狀顯有重大困難，則應以金錢賠償其損害，初非無效法律行為之當事人負有何種特別責任，第二四七條則為關於契約無效而有過失之當事人應負特別責任之規定，故非重複。

第三款 契約之確保

第一項 概說

定金及違約金，在我民法皆為確保契約之履行而設，惟在各國法律，其規定地位頗不相同。就定金言之，日本民法以之規定於買賣之解除中，而以其為解除買賣之一種保留（日民第五五七條第一項），德國民法則以之規定於契約之債務關係中，而以收受定金視為契約之成立（德民第三三六條至第三三八條）。上述兩種立法例，以德國立法例為合理，此因授受定金不但買賣契約有之，其他契約亦不乏授受定金之實例故也。（參其次就違約金言之，日本民法以之規定於一般債權之效力中，而以其確保債務之履行（日民第四二〇條第四二一條），德國民法則以之規定於契約之債務關係中，而以其為確保契約之履行（德民第三三九條至第三四五條）。上述兩種立法例，以日本立法例為合理，此因約定違約金，不但契約有之，單獨行為亦有之，不但法律行為有之，法律規定亦有之故也。但在我民法，則概從德國立法例，以定金及違約金規定於契約之效力中，而以其為契約履行之確保焉（民法第二四八條至第二五三條）。

(註)以定金規定於契約之效力中，實非徹底，何則，蓋定金亦與違約金同，非在確保契約之履行，而在確保債務之履行故也。以故瑞士債務法以定金及違約金規定於特別債務關係中（瑞債第一五八條以下），暹羅民法以定金及違約金規定於債之效力債務之不履行中（暹羅民法三四條以下），大可為立法上之參考。蘇俄民法則與德國民法同，而於契約之債務關係中規定定金及違約金（俄民法第一四一條）。

第二項 定金

第一 定金之意義

定金 (arrha, Draufgabe, arrhes) 者，當事人之一方在契約着手履行前對於他方所交付之金錢或其他之物也。於此定義，有應注意者三：

一 定金之客體

定金之客體通常為金錢，但為金錢以外之物，亦無不可。其為定金客體之物，是否須有財產上之價格，則依定金之種類而異。申言之，即在證約定金或成約定金，不過以定金為契約成立之證據或要件，自無須有財產上之價格。反之在違約定金或解約定金，或則以定金為債務不履行之制裁，或則以定金為保留解除權之對價，自以有財產上之價格為必要。

二 交付定金之人

定金應由何人交付，因定金之種類而不同，即在證約定金或成約定金，係以定金為契約成立之證據或要件，

故不問其係由債權人交付抑由債務人交付。反之在違約定金或解約定金，則係以定金爲對於債務不履行之制裁，或債務人保留解除權之對價，故應由債務人交付。但所謂交付，不以現實交付爲必要，簡易交付改定占有或移轉占有，均無不可（民法第七六一條）。又定金之交付，是否移轉定金所有權於受定金人，學說上頗有爭論，依余所信，應以肯定說爲是。蓋非移轉定金所有權，則付定金人得隨時請求其返還，不足以達定金之目的也。

三 交付定金之時期

定金應於何時交付，亦因定金之種類而不同，即在成約定金，係以定金爲成立契約之要件，自以契約成立之時期，爲定金交付之時期。反之在證約定金或解約定金，則無須於契約成立之時交付，縱於契約成立以後交付，亦無不可。但有一共同要件，即無論何種定金，其交付均須在契約着手履行前爲之，如在契約着手履行以後，則無交付定金之必要。

於此有須說明者，即定金契約是也。定金契約爲從契約，從而定金契約之成立，以主契約之成立爲必要，主契約因無效或被撤銷而不成立，則定金契約亦不成立，主契約因解除或其他原因歸於消滅，則定金契約亦歸消滅。又定金契約爲要物契約及非要式契約，既爲要物契約，則定金契約之成立，以定金之交付爲必要，既爲非要式契約，則定金契約之成立無須何種之方式。至主契約之爲要物契約及非要式契約與否，則與定金契約無關。

第二 定金之性質

定金因其目的，可爲種種之分類，茲述如左。

一 證約定金

證約定金 (*arrha confirmatoria*) 者，爲證明契約之成立所交付之定金也。此種定金，僅在證明契約之成立，與成約定金殊不相同。羅馬法上之定金，通常即爲證約定金，近世多數立法從之（普國國法第一部第五章第二〇五條奧民第九〇八條德民第三三六條瑞債第一五八條第一項匈民草第八二二條）。

二 成約定金

成約定金 (*arrha constitutiva*) 者，以其爲契約成立之要件所交付之定金也。契約，雖因交付定金而成立，然交付定金，在於意思表示以外，而非意思表示之方法，自不得以其爲契約之方式。成約定金，德國固有法認之，近世立法鮮有認此定金者。

三 違約定金

違約定金 (*arrha poenalis*) 者，即於付定金人不履行其債務時，受定金人得沒收其定金之定金也。此種定金，有強制債務人履行債務之效力，與違約金同。通說謂羅馬法上之定金，兼有違約定金之性質 (*quasi poenalis*)。諸氏主此說，近世法律亦有對於定金附以刑罰的效力者（德民第三三八條）。

四 解約定金

解約定金 (arraha poenitentialis) 者，以其爲保留解除權之對價所交付之定金也。即付定金人得拋棄定金解除其契約，受定金人亦得償還定金之倍額 (alterum tantum) 解除其契約。解約定金，自表面觀之，似不足以確保契約之效力，實則在付定金人如爲解約，須拋棄受定，受定金人如爲解約，須償還定金之倍額，正所以確保契約之效力也。各國法律有以解約定金爲定金通常之性質者（法民第一五九〇條，日民第五五七條），有依當事人之意思附以解約定金之效力者（普國國法第一部第五章第二一〇條以下，奧民第九〇九條，德民第三三六條，瑞價第一五八條第三項）。

定金之種類不同如此，我民法所訂定金，具有何種之性質乎？依第二四八條規定：「訂約當事人之一方，由他方受有定金時，其契約視爲成立。」蓋以一切定金皆有契約定金之性質也。我民法所以認證約定金違約定金及解約定金亦有契約定金之性質者，因此等定金，雖無須於契約成立之時交付，然如付定金人爲證明契約成立之時期起見，於契約成立之時交付，自無不可，從而此等定金亦具有契約定金之性質，故不妨以之視爲成約定金。不過我民法用「視爲」字樣，就文義解釋，不許當事人以反證推翻，未免過於武斷耳。但如解「視爲」爲「推定」之意，則較妥洽（同說洪氏前揭一五九頁，異說陳氏前揭二七八頁）。

第三 定金之效力

依我民法第二四九條規定，定金除當事人另有訂定外，適用左列之規定。

一 契約已履行時

依本條第一款規定：「契約履行時，定金應返還，或作為給付之一部。」受定金人於付定金人履行其契約時，應返還定金者，蓋契約上之債務既已履行，則定金之目的業已歸於消滅故也。但定金返還請求權之根據如何，則學說不一，有謂其基於目的消滅之不當得利請求權者（Schollmeyer, Örtmann, Staudinger-Kuhlenbeck, Endemann 諸氏主此說），有謂其基於當初之定金契約者（Planck, Thunecerus 諸氏主此說），依余所信，應以後說為是。契約履行時，定金固應返還，但如定金與給付之性質係屬同一，依當事人之合意，以之算入給付，自無不可，故我民法明令其或作為給付之一部，以期便利。

二 契約不能履行時 其情形有三

甲 契約因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行時 於此場合，依我民法第二四九條第二款規定，定金不得請求返還。既明定其不得請求返還，則其定金具有違約定金之性質，實無可疑。所謂不得請求返還，指付定金人喪失定金返還請求權而言，從而受定金人自願返還，則付定金人仍保有其權利，自無疑義。所謂因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行，即付定金人對於不能履行有故意或過失之謂，其詳已於前述，茲不贅。又我民法僅就不能履行而為規定，其在給付遲延或受領遲延，自屬不能適用。但因給付

遲延或受領遲延致不能履行時，則仍應適用，例如絕對的定期行為，因給付遲延或受領遲延致經過履行時期是，至受定金人能否請求以外之損害賠償，解釋上亦一疑問。依余所信，本款應解為係第二二六條第二二五〇條第二項但書及第二六〇條之特別規定，故除有特別訂定外，受定金人祇得沒收其定金，不得更請求以外之損害賠償。

乙 契約因可歸責於受定金當事人之事由致不能履行時 於此場合，依我民法第二四九條第三項規定，該當事人應加倍返還其所受之定金。既明定應加倍返還其所受之定金，則其定金具有解約定金之性質，實無可疑。所謂加倍返還其所受之定金，換言之，即受定金人除返還其所受之定金外，並應給付與定金同一數額之解約金，不過加倍返還云云，用語上是否妥當，不無疑問耳。本款所以異於前款者，即在前款付定金人之解除契約，以有解除之意思表示為已足，反之在本款收定金人之解除契約，則除解除之意思表示外，尚須加倍返還其所受定金，否則不生解除契約之效力。

丙 契約因不可歸責於雙方當事人之事由致不能履行時 於此場合，依我民法第二四九條第四款規定，定金應返還之。其應返還定金者，蓋於此時，契約所定之給付，乃因不可歸責於雙方當事人之事由而致履行不能，付定金人固應依第二二五條第一項免其責任，即受定金人在雙務契約亦應依第二六六條第一項免其責任，且得依同條第二項請求返還其給付，故付定金人所付之定金，自應許其有返還請求權。

第三項 違約金

第一 違約金之意義

違約金(*poena stipulatio*, *Konventionalstrafe*, *Clause pe' nale*)者，當事人約定債務人不履行債務時，對於債權人或第三人所支付之金錢或其他之給付也。於此定義，有應注意者三。

一 違約金之客體

違約金之客體，通常為金錢，但為金錢以外之給付，亦無不可。學者通常稱前者為違約金或狹義違約金，後者為準違約金或廣義違約金，我民法即採此觀念，故於第二五三條規定：「前三條之規定，於約定違約金時應為金錢以外之給付者，準用之。」余則以為此種區別，殊無必要。惟所謂給付，自違約金之本質言之，須有財產上之價額。此與前述證約定金及成約定金殊不相同。

二 支付違約金之人

違約金，不問其以強制債務之履行為目的，抑以豫定債務不履行之損害賠償額為目的，其支付違約金之人，必為債務人。此與前述證約定金及成約定金亦不相同。至債務人對於何人支付，則依約定而異，通常因係對於債權人支付，但當事人約定對於第三人支付，亦無不可。此在違約金以強制債務之履行為目的者，實所常見。例如當事人約定債務人於不履行債務時，對於某慈善團體支付違約金是。

三 支付違約金之時期

違約金，究應於債務人不履行債務時支付，抑應於違反契約時支付，解釋上不無爭論。按余所信，應解爲應於債務人不履行債務時支付，此就我民法第二五〇條第一項：「當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金」之規定觀之而自明。此點，與定金應於契約着手履行前交付，正相反對。

於此有須說明者，即違約金契約是也。違約金契約爲從契約，與定金契約同。惟違約金契約之主債權，不必由契約而生，卽由單獨行爲（例如遺囑）而生亦可，且不必由法律行爲而生，卽由法律規定（例如侵權行爲）而生亦可。但我民法既以違約金規定於雙務契約中，則解釋上非於雙務契約約定違約金時，祇能準用關於違約金之規定。又違約金爲諾成契約及非要式契約，就其爲諾成契約之點言之，與定金契約異，就其爲非要式契約之點言之，與定金契約同。至主契約之爲諾成契約與否及非要式契約與否，則與違約金契約無關。

第二 違約金之性質

關於違約金，自來立法有兩種意義，有以其爲債務不履行之制裁者，有以其爲豫定債務不履行之損害賠償額者，如爲前者，則債權人於債務人不履行債務時，不但得請求支付違約金，且得請求本來之給付。反之如爲後者，則債權人於債務人不履行債務時，請求支付違約金與請求本來給付，祇得選擇其一。違約金之性質既非一致，於是各國法律亦不相同，有僅認違約金爲損害賠償總額之豫定者，如日本民法（日民第四二〇條第三項）

奧大民法（奧民第一三三六條）及法國民法（法民第一二二九條）是。有兼認其有兩種性質者，如德國民法（德民第三三九條）瑞士債務法（瑞債第一六〇條至第一六三條）及匈牙利民法草案（匈草第八二五條至第八三三條）是。自確保債權之效力言之，違約金自應具有強制債務履行之性質。反之自保護債務人之利益言之，則以違約金具有豫定損害賠償總額之性質為相宜。良以如前者，則不但債務人之負擔過重，且債權人將不免因此貪圖暴利故也。至在我民法，原認違約金為強制債務履行之性質，其根據有二，即（一）依我民法第二五〇條第二項規定：「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。」既屬「視為」，則違約金非損害賠償，可以推見。（二）我民法通常係違約金與損害賠償並舉（例如民法第七四〇條），違約金之非損害賠償，尤為顯然。若然，則於保護債務人之點，不無遺憾，此我民法所以原則以違約金為損害賠償之豫定，例外以其為債務不履行之制裁也。（註一）

（註一）有若干情事，與違約金似基而不同，不可不辨，即（一）失權特約（*Verwirkungsklausel*）：違約金與失權特約不同，即違約金係於某種條件之下負擔新債務，失權特約則係於某種條件之下喪失其既得之權利。（二）違約定金：違約金與違約定金不同，即違約金係以將來不履行債務為條件，違約定金則係依現實交付而生效力之要物契約。（三）保證特約：違約金與保證特約不同，即違約金係以將來不履行債務為條件，保證特約則係確保過去行為而為一定交付之約束。（四）非真正違約金（*Unreine Verbandsstrafe*）：違約金之交付，乃以債務不履行為條件，如自始即無債務存在，則所附之違約金，為非真正之違約金。此種違約金，通常應附以違約金之名稱。

實則欠缺法律上之要件。

第三 違約金之效力

我民法第二五〇條第一項規定：「當事人得約定債務人不履行債務時應支付違約金。」此即表明當事人得約定違約金之根本義，良以違約金，原在確保債權之效力，依法無不許其得為約定之理由也。惟違約金既應於債務人不履行債務時支付，則違約金債權，實一以債務人不履行債務為條件之債權，即停止條件附債權，從而自必條件成就，債權人始得請求支付違約金。但必如何而後謂其條件成就，則有兩說，有謂以客觀的不履行債務為已足者，有謂須基於債務人之過失不履行債務者，依余所信，應以後說為是。蓋依債務不履行之一般原則，皆以債務人有故意或過失為前提也。雖然，同屬違約金，但其效力則因情形而不同，即：

一 原則視為損害賠償總額之豫定

我民法第二五〇條第一項規定：「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。」既以違約金視為損害賠償總額，則債權人於債務人不履行債務時，祇能請求支付違約金，不得請求履行或不履行之損害賠償，是為當然。至是否須債權人實際受有損害，適用上頗有疑問，余以為如前所述，違約金之本質既為債務不履行之制裁，則請求支付違約金，自以債務人有不履行之事實為已足，債權人實際因不履行受有損害與否，應非所問。但違約金視為損害賠償總額，係屬任意規定，故如當事人另有訂定，自應從其訂定，

以辯證合當事人之真意。

二 倘非認爲債務不履行之制裁

我民法第二五〇條第二項但書規定：「但約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行或不履行之損害賠償。」舉例以言，如應造船，當事人約定承攬人不於一定時期完成，即須按遲延日數每日支付百元之違約金時，如債務人不於一定時期完成，則債權人除請求支付每日百元之違約金外，並得請求交付船舶，如係因可歸責於承攬人之事由致給付不能，並得請求不履行之損害賠償是。依我民法但書規定之立法體例言之，係例外認違約金具有強制債務履行之性質，實無可疑。（註二）

（註二）洪賦林氏解釋此點，則謂：「其按遲延日數所應支付之違約金，不外爲因遲延而生損害之賠償額。」（洪氏前編一六一頁）若然，則我民法無特設但書規定之必要，立法原意，固不如此。

第四 違約金之減少

當事人約定之違約金，能否請求減少，應依違約金之性質而不同，申言之，即如以違約金爲損害賠償總額之豫定，自應許其請求減少，以符損害賠償之實際，反之如以違約金爲債務不履行之制裁，則如許請求減少，即不足以達強制債務履行之目的，解釋上自無請求減少之可能。但此係屬理論，各國立法例有概許其請求減少者，如

德國民法是（德民第三四三條第一項）。亦有概不許其請求減少者，如日本民法是（日民第四一〇條第一項）。我民法則從德國立法例，不問違約金之性質如何，皆得請求減少。良以債務人常為經濟上之弱者，因受債權人之壓迫，或為道義心所趨使，而約定過高之違約金，實所常見，從社會政策立論，自不能不有以救濟之也。此其情形，又分為二。

一 債務已為一部履行時之減少

依我民法第二五一條規定：「債務已為一部履行者，法院得按照債權人因一部履行所受之利益減少違約金。」此其意義，甚為明顯，無待多論。惟應注意者，法院之減少違約金，祇能於債務人請求減少時為之，職權干涉，則所不許。債務人之為此請求，以訴為之，以反訴為之，均無不可。減少違約金之判決，為形成判決，而非確認判決，又不待言。

二 違約金數額過高時之減少

依我民法第二五二條規定：「約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額。」法院之減少違約金，須於有債務人之請求時為之，與前段所述同。違約金是否過高，自應由債務人負舉證之責。但債務人如已支付違約金之全部，能否請求減少，頗屬疑問。依余所信，應以肯定說為是，此與民法第七四條第一項對照觀察即可明瞭，自不能謂其已為違約金之給付，即喪失其減額請求權（異說洪氏前揭一六二頁）。又法院之減少違約

金，須於主債務已屆清償時爲之，蓋如前所述，違約金債務係停止條件附債務，在停止條件未成就以前，無事先干涉之必要故也。

第四款 雙務契約之效力

第一項 概說

雙務契約，對單務契約而言，雙務契約者，雙方當事人各須負擔有對價關係之債務之契約也。此其意義，已於契約之分類中述之，茲不贅。惟在雙務契約，常有二個之債權，此二個之債權，其關係如何，則學說不一。有謂由雙務契約而生之二個債權，不過一個債權關係之兩面，既非獨立存在，即不得獨立行使者(Diebe, Savigny, Mommsen 諸氏主此說)。有謂由雙務契約而生之二個債權，各別獨立，不相關涉，從而此二個之債權既係獨立存在，即得獨立行使者(Wächter, Dernburg, Bruns, Madai, Rehbz. 諸氏主此說)。有謂由雙務契約而生之二個債權，雖各別獨立存在，然在雙務契約係以雙方當事人互爲給付之交換爲目的，故雙方之給付互爲條件，非自己已爲給付或提出給付，即不能請求他方之給付者(Keller, Karlowa, Mikin 諸氏主此說)。亦有謂由雙務契約而生之二個債權，雖各別獨立存在，然在公平觀念上認爲有牽連關係，故縱未自爲給付或提出給付，亦能請求他方之給付，不過他方得依抗辯，拒絕其債務之履行者(Windscheid, Arndt, Putschart 諸氏主此說)。上述四說，第一說適於說明由雙務契約而生之二個債權發生時之關係，蓋雙方之債權係由一個契約而生，從而一方之

債權不發生，則他方之債權自無發生之理由。第二第三第四三說則適於說明由雙務契約而生之二個債權發生後之關係，蓋雙方之債權一旦發生以後，則雙方當事人本於契約互負給付之債務，從而債權之存續及行使等，自屬各別獨立，不相關涉。但如依第二說，謂此雙方之債權毫無關係，亦殊未當，何則，蓋在雙務契約，雙方之給付互爲對價，由經濟上言之，一方之所以負擔債務，正因他方之負擔債務故也。雖然，雙方之債務，應於何種程度認爲有牽連關係乎？此又依第三說第四說而異，第三說謂雙方之債務互爲條件，頗近於第一說，其不足取，無待煩言，故在理論上應以第四說爲是。就我民法解釋，即採此說。至所謂雙方債務之牽連，不外下述兩種情形，即一爲行使上之牽連，一爲存續上之牽連，前者即同時履行抗辯之問題（*exceptio non adimpleti contractus*，*Einfrede des nicht ert. Ilken Vertrages*），後者即危險負擔之問題（*Gefahrtragung*，*question des risques*）。茲於以下各項分別說明之。

第二項 同時履行抗辯

第一 同時履行抗辯之性質

關於同時履行抗辯之性質，自來有相異之兩說，一說謂同時履行抗辯非固有之抗辯，乃否認相對人之請求權，從而當事人之一方對於他方請求給付，不以自己已爲給付或提出給付爲必要，如未爲給付或提出給付，則他方得依抗辯否認其請求權（Weber, Glück, Lening, Schenck, Treitschke, Sintenis, Helmolt, Keller 諸

氏主此說。他說則謂同時履行抗辯係真正之抗辯(Anrede)而非否認相對人之請求權。從而當事人之一方對於他方請求給付，不以自己已爲給付或提出給付爲必要，縱使未爲給付或提出給付，他方亦祇得依抗辯拒絕其債務之履行(Heerwart, Behnmann-Hollweg, Volkman, Brandis, Savigny, Mommsen, Dernburg, Puchta, Bekker, Bernhöft, Vangerow, Arnds, Unger, Windscheid, Bechmann, Puntsehart, Andre諸氏主此說)。前說基於上述第三說之見解，以爲由雙務契約而生之二個債權係互爲條件，故非自己已爲給付或提出給付，不能請求他方之給付，此其不當，已於前述，反之如依後說，則縱使當事人之一方未爲給付或提出給付，他方亦祇得依抗辯拒絕其債務之履行，此與上述第四說不過在公平觀念上認此二個債權有牽連關係之見解，正屬相符，故理論上應以後說爲是。我民法即採此說者也。(註一)其詳俟於同時履行抗辯之效力中述之。同時履行抗辯，既爲真正之抗辯，而非否認相對人之請求權，則此所謂抗辯，自具有暫時抗辯或延期抗辯(Dilatatorisch Einrede)之性質。(註二)

- (註一)關於此點，各國法律頗不相同，探前說者，爲普魯國法(舊法第一二五條第五項第二三七條第二七一條)、瑞士債務法(債權第八二條)及奧大利民法(奧民第一〇五、二條)。探後說者，爲德國民法(德民第三三〇條)、日本民法(日民第五三三條)及匈牙利民法草案(匈草第九〇一條)。法國民法無明文規定，通說謂自法民第一六一二條之規定解之，應認其得爲同時履行之抗辯，且由法民第一一八四條之規定解之，應認其有否認請求權之性質，而非真正之抗辯(Planchol, Bascary-Lesanturawie et Barde 諸氏主此說)。

(註二)自廣義言之，同時履行抗辯亦留置權之一種，實則留置權的留置權（民法第九二八條以下）與同時履行抗辯性質及要件有不相同，茲舉其重要者之點言之，如：（一）留置權爲物權，同時履行抗辯權則爲債權。（二）留置權以債權之擔保爲目的，同時履行抗辯以給付之交換爲目的。（三）同時履行抗辯之適用，以由同一雙務契約而生之二個債權爲必要，留置權則以關於動產而生之債權爲已足，其債權究係基於何種原因而生，在所不問。（四）留置權所擔保之債權，須與動產有牽連關係，同時履行抗辯，則無此限制。（五）留置權得因提出相當擔保而消滅，同時履行抗辯則不得以提出相當擔保消滅之。

第二 同時履行抗辯之要件

同時履行抗辯，依民法第二六四條及第二六五條之規定解釋，須具備左列各種要件，始能成立。即：

一 須雙方債務係由雙務契約而生且均屬存在

我民法所謂「因契約互負債務」所謂「對待給付」，即指此意。舉例以言，如雙方當事人因買賣契約互負債務，在出賣人未移轉財物權以前，買受人得援用同時履行抗辯，拒絕其價金之支付是。反是，縱雙方當事人互負債務，且事實上有密切關係，苟非基於同一之雙務契約而生，則無適用同時履行抗辯之餘地。雖然，我民法非無例外規定，許其準用關於同時履行抗辯之規定者（例如民法第二六一條），不過此種例外殊不多見，且係準用，究非當然適用同時履行抗辯耳。又雙方之債務縱係基於同一之雙務契約而生，然如一方爲從屬之給付，與他方之給付並非立於互爲對待給付之關係，亦不得適用同時履行抗辯，例如有債委任，委任人

經不償還因處理委任事務所支出之必要費用（民法第五四六條），受任人亦不得援用同時履行抗辯，拒絕委任事務之處理是。又雙方基於同一雙務契約而生之債務，解釋上應以均屬存在為前提，從而一方之債務如因給付不能或其他事由歸於消滅，則同時履行抗辯權亦應歸於消滅，自不待言。雖然，基於同一雙務契約而生之債務，雖因一定事由變為他之債務，苟未失其同一性，仍不失同時履行抗辯權，例如固有之債務，因可歸責於債務人之事由致給付不能，變為損害賠償債務，或固有之債務，因繼承或承擔等原因致生當事人之變更時是。

二 須雙務債務均已至清償期且他方債務須非應先為給付

關於雙務債務均須已至清償期，我民法雖無明文規定，余則以為解釋上是為當然。何則，蓋如此方之債務未至清償期，他方即不得請求給付，固無適用同時履行抗辯之餘地，即他方之債務未至清償期，此方亦不得請求給付，亦無援用同時履行抗辯之可能故也。但所謂雙方債務均已至清償期，以於援用同時履行抗辯時，雙方債務均已至清償期為已足，清償期之是否同一，則非所問。又當事人之一方如應先為給付，縱令他方債務已至清償期，亦無援用同時履行抗辯之理由，故我民法第二六四條第一項特設但書以明示之。所謂當事人之一方應先為給付，有基於當事人之特約者，有基於法律之規定者（例如民法第四三九條第四八六條第五〇五條第五四八條第六〇一條），其原因如何，在所不同，但此僅屬原則，我民法第二六五條設有例外規

定曰：「當事人之一方，應向他方先為給付者，如他方之財產於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞時，於他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。」本條之適用，有應注意者三：（一）拒絕給付，須他方之財產顯形減少，有難為對待給付之虞。故如他方之財產雖有減少，而所餘財產尚足為對待給付，即不得拒絕給付。至所謂難為對待給付之虞，以依客觀標準，一般觀念上得認為所慮為有理由為已足，無須他方之財產減少已達於破產之程度。（二）拒絕給付，須他方之財產於訂約後顯形減少。故如訂約當時他方之財產已屬難為對待給付，即不得拒絕給付。至此方之知悉其情事與否，在所不問。（三）拒絕給付，須於他方未為對待給付或提出擔保前為之。故如他方已為對待給付或提出擔保，則此方已無難於受償之危險，自不得拒絕給付。（註三）

（註三）他方有先為給付之義務，原則上固不得採用同時履行抗辯，但如他方有先為給付之義務，他方能否採用同時履行抗辯，則屬疑問。於此問題，在德國民法學界有否定肯定之說。Heltwig, Lehrbuch, Kühlenbeck-Staudinger, Düringer-Machenhurg, Ithbert 諸氏主否定說。Schollmeyer, Planck, Orenann, Mathias, Langheicken 諸氏主肯定說。依余所信，應以肯定說為是。

三 須他方未為對待給付

關於此點，我民法亦無明文規定，余以為解釋上是為當然。蓋如他方已為對待給付，即應自為給付，無復援用

同時履行抗辯之餘地故也。所謂未爲對待給付，即他方未依債務本旨爲給付或提出給付之謂。故如他方僅爲一部之給付，即非已爲給付（民法第三一八條），仍得援用同時履行抗辯，自無可疑。但此僅屬原則，我民法第二六四條第二項設有例外，即：「他方當事人已爲部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。」此因行使權利，原應依誠實及信用方法爲之，故抗辯權之行使不能獨外（民法第一二九條）。債務人爲不完全給付時亦然。（註四）但在租賃僱傭等繼續給付之雙務契約，是否僅就各期之對待給付成立同時履行抗辯，抑得以先期給付未履行爲理由拒絕本期之給付，法無明文，解釋上不無疑義。余以爲各期給付，係由一個債務而生，其對待給付應就整個債務以爲觀察，此時自得以先期給付未履行爲理由拒絕本期之給付。又他方給付遲延後，祇提出本來之債務，而未同時提出遲延賠償，能否援用同時履行抗辯，拒絕自己之給付，亦一疑問。余以爲遲延賠償，不外本來給付之擴張，此時自得援用同時履行抗辯，拒絕自己之給付。至債權人受領遲延後，債務人能否援用同時履行抗辯，在德國民法學界，則有肯定及否定之二說，依余所信，應以肯定說爲是。蓋債權人受領遲延，不過債務人之責任因之減輕，其債務並未根本消滅，故如債權人請求給付，債務人不爲給付，仍有援用同時履行抗辯之可能。（註五）此外，於當事人之一方或雙方有數人時，就中一人未爲對待給付，能否援用同時履行抗辯，亦一問題。關於此點，德國民法第三二〇條設有肯定之規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同（同說陳氏前揭三一三頁）。

(註四) 在德國民法學界，有主張不履行之基準（即同時履行抗辯）外，尚有不完全履行之抗辯（*Weder, noch einseitig*）者，有謂不完全履行，即不履行，蓋契約不履行之抗辯，而不應另設不完全履行之抗辯者，就我民法解釋，應以後說為是。
(註五) 關於此點，德國民法學者 *Komm. v. Windscheid* 謂其于否定說，*Ortmann, Saubinger-Kuhlenbeck* 謂其于肯定說。我國民法學者則多主否定說，*陳氏前稿* 三二二頁，*洪氏前稿* 一七四頁參照。

第三 同時履行抗辯之效力

關於同時履行抗辯之效力，我民法第二六四條第一項設有明文規定，即「於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。」於此可知同時履行抗辯祇有暫時防止請求權行使之效力，而非否認相對人之請求權。此項抗辯，亦如一般抗辯，必須行使，始能表現其效用，從而在訴訟上，如此方為原告，請求給付，他方為被告而不為此抗辯，則法院無須以職權調查，應逕為敗訴之判決。但如被告於訴訟上援用此抗辯時，而原告不能證明已為給付或提出給付，法院究應為原告敗訴之判決，抑應為雙方互為給付之判決，適用上頗屬疑問。關於此點，外國法律有明定其應論知雙方互為給付之判決者（*德民第三二二條*），我民法無明文規定，余以為解釋上應屬相同。蓋自理論言之，同時履行抗辯，僅有暫時抗辯之性質，而非否認相對人之請求權，故不得為原告敗訴之判決。且自實際言之，如為原告敗訴之判決，則將發生惡意債務人得以迴避其給付之結果，亦殊不當。至關於同時履行抗辯成立要件之事實，於訴訟上發生爭執，應由何人舉證，在德國民法學界頗有爭論，依余所信，被告以表

示援用同時履行抗辯爲已足，原告欲免抗辯之對抗，則須證明自己已爲給付或提出給付，以及被告有先爲給付之義務（同說 Windscheid, Dernburg, Örtmann, Plank 諸氏）。又關於雙方互爲給付判決之強制執行如何，我強制執行法尙未頒行，固不可知，但在德國民事訴訟法則爲貫徹同時履行抗辯之本旨起見，請求交付執行名義固無須證明債權人之已爲給付或提出給付（德民訴第七二六條第二項），不過於開始強制執行時，則須證明其已爲給付或提出給付耳（德民訴第七五六條第七六五條）。

第三項 給付不能及於雙務契約之效力

第一目 概說

以不能給付爲契約標的者，如屬自始不能，依我民法第二四六條規定，其契約固屬無效，即給付之嗣後不能，我民法亦於第二二五條及第二二六條設有明文解決，即因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免給付義務，反之因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求損害賠償，依此規定，似給付不能及於契約之效力，已有適當之解決。實則此種規定，對於單務契約固無間然，然如爲雙務契約，則因雙方當事人均負債務，苟因不可歸責於債務人之事由致給付不能，或因可歸責於債務人之事由致給付不能，他方之債務是否歸於消滅，實屬疑問。此我民法所以特設給付不能及於雙務契約之效力之規定也。此種規定，始於羅馬法，近代各國法律多設有同樣之規定，顯其立法主義，則不一致。有因契約是否以特定物之讓與爲標的，而異其危險負擔主義者，如日

本民法對於以特定物之讓與爲標的之契約採債權人主義，對於其他之契約則採債務主義。是有不同。契約是否以特定物之讓與爲標的，而採同一之危險負擔主義者，如德國民法概採債務人主義。我民法則從德國民法之立法例。茲於次目以下，分因不可歸責於債務人之事由致給付不能及於雙務契約之效力，及因可歸責於債務人之事由致給付不能及於雙務契約之效力，說明之。（註）

（註）關於危險負擔，羅馬法用因事變（Causa）而生損害應由何人負擔危險之文句，德國普通法及法蘭民法從之，德國民法則避其事變或無過失等字樣，而用因不可歸責於債務人之事由（unstand, den der Schuldner nicht an vorzeln hat）之文句，日本民法從之，我民法亦然。何謂因不可歸責於債務人之事由，通常指債務人無故意或過失而言，其詳已於前述，可參照得之。

第二目 因不可歸責於債務人之事由致給付不能

第一 關於危險負擔之主義

關於危險負擔，原有下列四種之主義，即（一）債權人主義，依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人尙得對於債權人請求對待給付。採此主義者，爲羅馬法、德國普通法、荷蘭民法（荷民第一四九六條）、法國民法（法民第二六二四條第一一三八條）、意大利民法（意民第一四八〇條第一一二五條第一四四八條第一二九八條）及瑞士債務法（瑞債第一八五條）。（二）債務人主義，依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人不得對於債權人請求對待給付。採此主義者，爲普國國法（普法第

一、第十一條第九五條第一〇〇條第一部第五章第三六四條至第三六八條（奧大利民法）（奧民第一〇六四條第一四一八條至第一〇五一條第一四四七條）（德國民法）（德民第三二三條）及（匈牙利民法草案）（匈牙利第九一六條第一一一七條）。（三）分擔主義：依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，其危險由債權人與債務人平均負擔。各國法律無採此主義者。（四）所有人主義：依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，由對於契約標的物上享有物權者負擔其危險。採此主義者，為英國之法律（*Sale of Goods act § 7, § 20, Chalmers, Sale of Goods act, sect. 20*）。債權人主義有兩點之不當，即（一）由雙務契約而生之債務，原有牽連關係。乃一方之債務因不可歸責於債務人之事由致給付不能，尙能對於他方請求對待給付，顯與雙務契約之性質不符。此其一。（二）如危險由債權人負擔，則債務人以一物出賣於數人時，將因此取得不正之利益。此其二。其次，分擔主義亦有兩點之不當，即（一）危險何故應由債權人與債務人平均負擔，殊無法律上之根據。此其一。（二）關於債權人負擔危險之點，不能與債權人主義免於同一之非難。此其二。復次，所有人主義亦有兩點之不當，即（一）物權關係與危險負擔，原屬兩事。此說以之混為一談，殊無是處。此其一。（二）如危險由所有人負擔，則以第三人之物出賣於他人時，第三人將因此受不測之損害。此其二。債務人主義，則無論理論上事實上均無上述各種之不當。此我民法所以採此主義者也。至所謂因不可歸責於債務人之事由致給付不能，其情形不外下列之二種，即（一）因不可歸責於雙方當事人之事由

致給付不能。(二)因可歸責於債權人之事由致給付不能。茲於次段以下分別說明之。

第二 因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能

依我民法第二六六條規定：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。前項情形，已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還。」此係因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能時危險負擔之規定，茲說明其要件及效力如左。

一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即(一)須係雙務契約；如係單務契約，則無本條之適用。但以係雙務契約為已足，究係以特定物之讓與為標的，抑係以特定物讓與以外之給付為標的，則非所問。此我民法之同於德國民法，而異於日本民法者也。(二)須因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能。所謂因不可歸責於雙方當事人之事由，即債權人與債務人皆無故意或過失之謂，從而第二六六條第一項，通常惟於因可歸責於第三人之事由或事變致給付不能時，有其適用，是不待言。

二 危險負擔之效力

具備上述之要件時，依我民法第二六六條第一項規定，「他方免為對待給付之義務，」債權人既免為對待

給付之義務，則其危險係由債務人負擔，甚為顯然。但此係指全部不能而言，如屬一部不能，苟無明文，難免不生疑問。故我民法於同項後段明定：「如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。」以期無損於雙方之利益（德民第三二三條第一項後段設有明文規定，日民無之，但學者多與德民為同一解釋）。又此僅就一般情形立論，如一部不能已達於不能達其契約目的之程度，則應與全部不能同視，自不待言。至所謂免為對待給付之義務或減少對待給付，即債權人喪失其全部或一部之對待給付請求權，故如債務人未為給付，固屬不成問題，然如已為全部或一部之對待給付，則依同條第二項規定，得依關於不當得利之規定，請求其返還。良以此時債權人之權利既已消滅，即已無法律上之原因故也（但應注意民法第一八〇條第三款）。（註一）

（註一）因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，債權關係是否消滅，學者間頗有爭論，有謂債權關係全然消滅者（Krich, Orlin, 諸氏主此說），有謂僅對待給付之債務消滅，而債權關係（或契約）之本體並不消滅者（Tizez, Planck, 諸氏主此說）。依余所信，應以前說為是。我民法所以明定如已為對待給付，得依關於不當得利之規定請求返還，而非基於契約請求返還者，即以此也。

三 代價利益之償還

因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，而債務人因此取得給付之代價利益，實所常見（例如因可歸責於第三人之事由致給付不能，債務人因此對於第三人取得損害賠償請求權是）。於此場合，債權人有無代價請求權，學說上頗有爭論。有謂債權人已免為對待給付之義務，應解為無代價請求權者，余則以為債

務人理論上負有償還給付代價利益之義務，此義務，不因債權人之爲對待給付與否，有所區別，從而債權人縱免爲對待給付，亦應認其有代價請求權。不過解釋上債權人應於代價利益範圍內，爲對待給付，以期無損於債務人之利益耳。

四 舉證責任

因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，債權人欲免爲對待給付，以證明債務人所負擔之給付係屬不能爲已足，無須證明其不能係因不可歸責於雙方當事人之事由而生。此無他，蓋因給付不能時，債權人免爲對待給付，係屬原則故也。且在通常情形，給付不能之原因如何，債權人知之較難，如責令債權人舉證，未免過苛，故在公平觀念上，債權人亦無須就給付不能係因不可歸責於雙方當事人之事由而生，負舉證之責（*同前* Planck, Staudinger-Kuhlenbeck, Cirmann, Kisch, Enneccerus, Dernburg, Schollmayer, Beckh 諸氏）。

第三 因可歸責於債權人之事由致給付不能

依我民法第二六七條規定：「當事人之一方因可歸責於他方之事由，致不能給付者，得請求對待給付。但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。」此係因可歸責於債權人之事由致給付不能時危險負擔之規定，茲說明其要件及效力如左。

一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即（一）須係雙務契約；此點與前述之理論同，茲不贅。（二）須因不歸責於債權人之事由致給付不能；自理論言之，債權人對於債務人，祇有權利，而無義務，從而所謂因可歸責於債權人之事由，與因不歸責於債務人之事由不同，自必有其特殊之根據，其根據為何，有如下述。（一）債權人有基於法律規定，應對於債務人之財產為一定之注意，如怠於為此注意，即應對於其不能負責者，例如監護人基於法律規定，應與處理自己事務為同一之注意管理受監護人之財產是（民法第一〇〇條）。（二）債權人有基於法律行為，應對於債務人之財產為一定之注意，如怠於為此注意，即應對於其不能負責者，例如承租人基於租賃契約，應以善良管理人之注意保管租賃物是（民法第四三二條）。（三）債權人有基於侵權行為致債務人之給付不能，應對於其不能負責者，例如承攬人毀損定作人所供給之材料是。（四）債權人有對於債務人之履行債務應為協助，而不為協助，致債務人之給付不能，即應對於其不能負責者，例如僱用人而不為受僱人供給勞務所需之設備是（同說 Kisch, Enneccerus, Ortmann, Planck-Eiber, Brecht 諸氏，Saundinger-Kuhlenbeck 氏則謂債權人惟於有侵權行為及債務不履行時，負其責任）。（五）債權人有於受領遲延後，因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，即應對於其不能負責者，關於此點，德國民法第三二四條設有明文規定，我民法無之，余以為解釋上應相同，蓋於此場合，可謂債

權人之遲延爲發生給付不能之關係原因也。

二 危險負擔之效力

具備上述之要件時，依我民法第二六七條規定，債務人「得請求對待給付」，債務人既得請求對待給付，則其危險係由債權人負擔，甚爲顯然。我民法之採債權人主義者，蓋因可歸責於債權人之事由致給付不能，債務人無喪失對待給付請求權之理由故也。就其採債權人主義之點以言，是爲第二六六條債務人主義之例外。（註二）但我民法僅就全部不能設有規定，如屬一部不能，其危險負擔如何，則屬疑問。依余所信，不僅全部不能，即一部不能，債務人亦不失其請求全部對待給付之權利，從而在繼續的債權關係（例如租賃僱傭），因可歸責於債權人之事由致某期間內給付不能時，自得請求全部之對待給付。至所謂請求對待給付，其請求權之性質如何，學說上頗有爭論，余則以爲債務人之請求權，係基於本來契約而生之債權，而非損害賠償請求權，從而如前所述，債權人因侵權行爲或債務不履行致給付不能時，債務人除得請求對待給付外，並得請求損害賠償，是爲當然。（註三）又債務人所負擔之給付，因可歸責於債權人之事由致給付不能後，債權人所負擔之對待給付，因不可歸責於債權人之事由致給付不能，其危險應由何人負擔，亦一疑問。有謂於此場合，債務人對於債權人不得請求對待給付者（*Remann, Planck* 諸氏此說），有謂債權人對於債務人尚須賠償其價格者（*Reich* 氏此說），依余所信，應以前說爲是。

(註二) 因可歸責於債權人之事由致給付不能，債務人得請求對待給付，為羅馬法以來各國法律之所同，其故一般之規定者，為德國民法第三二四條，日本民法第五三六條第二項，匈牙利民法草案第九一七條，債權人僅於有侵權行為及債務不履行時，始負責任者，為德國民法第一節第五章第三六一條第十一章第八八八條第八八九條第九〇九條第九一〇條第九一八條，奧大利民法第一一五五條，俄國法律條前之立法例。

(註三) 在解釋德國普通法者，關於債務人此項請求權之性質如何，頗有爭論，有謂其為對待給付請求權者（Windsehild, Hachmeister 諸氏主此說），有謂其為給付不能所生之損害賠償請求權者（Monmsen 氏主此說），但在解釋德國現行民法者，則多據對待給付請求權之見解。

三 利益之扣除

因可歸責於債權人之事由致給付不能，債務人固得請求對待給付，但依我民法二六七條但書規定，「但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。」蓋如不扣除，則債務人將因此取得不正之利益故也。所謂所得之利益，例如債務人因免給付義務所節省之費用是。所謂應得之利益，即債務人因免給付義務所可取得，而實際怠於取得之利益是。關於債務人因免給付義務所得或應得之利益，我民法係從德國民法定為由對待給付中扣除（德民第三二四條第一項）與日本民法定為利益之償還者（日民第五三六條第二項但書），其手續繁簡，自不相同。

四 舉證責任

關於舉證責任，解釋上應因債務人與債權人而不同，即債務人請求對待給付，應就因可歸責於債權人之事由致給付不能而舉證，債權人請求利益之扣除，則應就債務人因免給付義務所得或應得之利益而舉證，且其利益之範圍，亦應由債權人證明之。

第三目 因可歸責於債務人之事由致給付不能

關於因可歸責於債務人之事由致給付不能，我民法無明文規定，茲依據法理，說明其要件及效力如左。

第一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即（一）須為雙務契約。（二）須因可歸責於債務人之事由致給付不能，所謂因可歸責於債務人之事由，即債務人有故意或過失之謂，其理甚明，無待贅述。

第二 危險負擔之效力

具備上述之要件時，其危險應由債權人負擔，抑由債務人負擔，我民法未設明文，依余所信，就我民法第二二六條之類推適用，應解為此項危險應由債務人負擔。即如屬全部給付不能，債權人得請求全部不履行之損害賠償（民法第二二六條第一項），或解除契約（民法第二五六條）。如屬一部給付不能，而其他部分之履行於債權人無利益者，債權人得拒絕該部分之給付，請求全部不履行之損害賠償（民法第二二六條第二項），或

解除契約（民法第二百五六條）。雖然於此場合，其損害賠償請求權之效力如何，則學說不一，有主交換說（Austausch od. Subrogationstheorie），謂此損害賠償係代債務人之本來給付而生，從而債權人對於債務人雖得請求損害賠償，然應為對待給付，故在給付不能發生以後，對待給付請求權與損害賠償請求權，仍立於雙務的關係者。有主差額說（Differenztheorie），謂此損害賠償，非代債務人之本來給付而生，乃代雙務契約而生，故債權人對於債務人得免為對待給付，請求賠償其雙方給付之差額，從而在給付不能發生以後，惟殘留債權人之損害賠償（差額）請求權者。（註一）依余所信，就我民法解釋，應以前說為是，蓋如依後說，在給付不能發生以後，惟殘留債權人之損害賠償（差額）請求權，則債權人之給付，與債權人之對待給付均歸消滅，無復立於雙務的關係之餘地，顯為不當，故也。（註二）

（註一）交換說為 Kisch, Mayr, Örtmann, Thur 諸氏所主張，Titz, Kleinodam, Fischer, Binder, Adler, Crome, Endemann, Schollmeyer, Lehmann-Ring, Planck 諸氏從之。差額說為 Schüller, Klipp, Strohal 諸氏所主張，Stafel, Yttmann, Hainockel, Pörsch, Krahnert, Cosack, Kuhlensbeck-Staudinger, Planck-Sieber, Dernburg, Emmecerus, Geismann-Lilienthal, Düringen-Hechenburg, Staub, Exkern 諸氏從之。

（註二）差額說係因解釋國民法而生，蓋依國民法第三二五條第一項，因可歸責於當事人一方之事由致給付不能時，相對人祇能就損害賠償與解除契約二者，選擇其一，債權人欲保留其對待給付，並得對於債務人請求損害賠償，自非差額說無以說明。依我民法第二六〇條，

解除權之行使，並不妨礙損害賠償之請求，自無主張差額說之必要。

第四目 因可歸責於雙方當事人之事由致給付不能

關於因可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，我民法亦無明文規定，茲依據法理，說明其要件及效力如左。

第一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即（一）須為契約契約。（二）須因可歸責於雙方當事人之事由致給付不能。所謂因可歸責於雙方當事人之事由，即債權人及債務人均有故意或過失之謂，其理甚明，無待贅述。

第二 危險負擔之效力

具備上述要件時，其危險應由債權人負擔，抑應由債務人負擔，我民法未設明文，依余所信，於此場合，因雙方當事人均有故意或過失，自不能適用前述第二六六條之規定，又因債務人有故意或過失，亦不能適用前述第二六七條之規定，無已，惟應依第三目所述法理，債權人得依第二二六條請求損害賠償，並得依第二五、六條解除契約。但債權人就給付不能既與有故意或過失，則解釋上自應適用第二一七條過失相抵之規定。

第五款 涉他契約

第一項 概說

涉他契約者，契約當事人約定，由第三人向他方爲給付，或由他方向第三人爲給付之契約也。在昔羅馬法，原則上惟認契約僅於當事人間發生效力，契約當事人以外之第三人則不受契約之影響（但有例外），故維時有所謂 *alteri stipulari nemo potest* 之格言，近世各國立法，則因實際上之需要，概認涉他契約之存在，但有僅認向第三人爲給付之契約，而不認由第三人爲給付之契約者，如德國民法（德民第三二八條以下）、日本民法（日民第五三七條以下）及蘇俄民法（俄民第一四〇條）是。亦有兼認向第三人爲給付之契約及由第三人爲給付之契約者，如法國民法（法民第一一二條以下）、瑞士債務法（瑞債第一一一條以下）及暹羅民法（暹民第二八五條以下）是。自契約自由之原則及實際上之需用言之，自以第二種立法例爲較優，故我民法從之。本書從瑞士債務法之用語例，稱向第三人爲給付之契約爲第三人利益之契約，由第三人爲給付之契約爲第三人負擔之契約，茲於次項以下分別說明之。

第二項 第三人負擔之契約

我民法第二六八條規定：「契約當事人之一方，約定由第三人對於他方爲給付者，於第三人不爲給付時，應負損害賠償責任。」是爲關於第三人負擔契約之規定。茲述其性質及效力如左。

第一 第三人負擔契約之性質

通常所謂第三人負擔之契約，有廣狹二義，以契約約定，由第三人對於他方負擔一定行爲之債務，而自己並不

負擔何種債務者，爲廣義的第三人負擔之契約，以契約約定，由自己對於他方負擔以第三人之一定行爲爲標的之債務，而非第三人負擔何種債務者，爲狹義的第三人負擔之契約。此之所謂第三人負擔之契約，係指狹義而言。蓋無論何人，如未得他人之承諾，不得使其受不利益故也（前大理院三年上字第四八三號判決）。由此可知所謂第三人負擔之契約，即係以第三人之負擔爲標的之契約（Vortrag zu Laetzer eines Dritten），從而此契約之債權人及債務人，仍爲訂立契約之當事人，而非當事人以外之第三人。縱第三人與該契約之債權人或債務人間，因特種原因負擔與契約同一給付之債務，亦屬另一關係。又此以第三人之負擔爲標的之契約，可細分爲二，有僅約定一方當盡力使第三人對於他方爲一定行爲者，有約定無論如何，一方須辦到第三人對於他方爲一定行爲者，此之所謂以第三人之負擔爲標的之契約，係指第二種契約而言。蓋如屬第一種契約，則債務人苟已以善良管理人之注意，盡力使第三人爲一定行爲，縱第三人不爲一定行爲，亦可謂已履行其債務，無負損害賠償責任之理由故也。至以第三人之負擔爲標的之契約，究係第一種契約，抑係第二種契約，應依當事人之意思決之。當事人之意思不明，有謂應認其爲第一種契約者（Pothmann 氏主此說），有謂應認其爲第二種契約者（Fähnlechner 氏主此說），依余所信，應以後說爲是。

第二 第三人負擔契約之效力

依我民法第二六八條規定，以第三人之負擔爲標的之契約，債務人於第三人不爲給付時，應負損害賠償責任，

此即第三人負擔契約之效力。第三人之不爲給付，是否須因可歸責於債務人之事由而生，學說上頗有爭論，依余所信，應取否定說，即債權人如因第三人不爲給付受有損害，債務人即應負損害賠償責任，第三人之不爲給付，是否因可歸責於債務人之事由而生，在所不問。何則，蓋債務人既經於訂立契約時，定明由第三人爲給付，即顯然有擔保使第三人爲給付之意思，第三人不爲給付，即令其負損害賠償責任，並不違反債務人之意思故也。

第三項 第三人利益之契約

第一目 第三人利益契約之根據

關於第三人利益契約之有效成立，有下列兩種之問題，即（一）要約人能否依第三人利益契約取得債權之問題，（二）第三人能否依第三人利益契約取得債權之問題。關於第一問題，如依羅馬法「無利益即無訴權」之格言，則要約人不能依第三人利益契約取得債權。余則以爲不然，蓋所謂利益，不僅財產的利益，即無形的利益亦是，要約人因債務人向第三人爲給付，不能謂其毫無利益之可言，從而自有請求債務人向第三人爲給付之債權。關於第二問題，如依羅馬法之觀念，則債權關係僅爲拘束債權人及債務人之法鎖，與此法鎖無關之第三人，自無取得債權之餘地。雖然，在事實上第三人常因要約人與債務人之契約取得債權，於是學者於羅馬法觀念之下，倡爲種種學說以說明之。茲舉其重要學說如左。

1 承諾說 (Acceptationstheorie, Befriststheorie) 主此說者謂，第三人利益之契約，固使要約人與債

務人之訂立而成，但第三人之取得權利，尙以有承諾爲必要，從而當事人之契約，不過係對於第三人之契約 (Busch, Partner, Rudorf zu Fuchta, Walter, Basler, Colmet de Santerre, Demolombe, Laurent, Thiry 諸氏主此說)。此說有下述三點之不當：(一)此說與當事人之意思不合，即當事人之意思，在使第三人依其契約直接取得權利，而非因其承諾取得權利。(二)此說與實際情形不合，即在實際情形，第三人利益契約之要約，乃要約人對於債務人爲之，而非對於第三人爲之。(三)此說不啻根本否認第三人利益契約之存在，即如依此說，則第三人亦爲契約之當事人，實爲一通常之契約，而非第三人利益之契約。

二 代理說 (Stellvertretungstheorie) 主此說者謂，第三人利益之契約，乃要約人代理第三人與債務人訂立之契約，且多主張其爲無權代理，第三人一爲追認，則當然取得其權利 (Mühlenbruch, Thibaut, Savigny, Vangerow, Arndts, Sintenis, Planiol 諸氏主此說)。此說亦殊不當，即(一)代理，須代理人以本人之名義爲意思表示或受意思表示，第三人利益之契約，則係要約人以自己之名義爲之，而非以第三人之名義爲之。(二)代理，乃本人與相對人間發生債之關係，第三人利益之契約，則係要約人與債務人間發生債之關係，第三人不過基於其債之關係取得給付請求權。(三)代理，其代理人無須爲有行爲能力人，第三人利益之契約，則要約人須爲有行爲能力人。由是言之，其非代理，至爲顯然。

三 繼受說 (Ableitungstheorie, Zessionstheorie, Ermächtigungstheorie) 主此說者謂，第三人取得權利，係由要約人繼受而來，換言之，即要約人依第三人利益契約取得權利後，更擬制的讓與於第三人 (Hoyer, Strippelmann, Dernburg, Koch, Zann, Bähr 諸氏主此說)。此說亦有下述三點之不當，(一) 此說與當事人之意思不合，即當事人之意思，在使第三人依其契約直接取得權利，而非因其繼受取得權利。(二) 此說與理論不合，即如依此說，則第三人之權利與要約人之權利內容應屬相同，實則第三人之權利在請求給付，要約人之權利在請求向第三人為給付，其內容並不相同。(三) 此說與實際情形不合，即權利之讓與，以訂立契約為必要，而要約人與第三人間，實際並未訂立讓與契約。

四 直接取得說 (Anwachstheorie, Urektionstheorie) 上述三說，皆因狃於羅馬法上之觀念，故不能對於第三人利益契約為合理之說明，迨至十九世紀之末，學說一變，即第三人取得權利，係直接的，而非本於承諾代理或繼受。但第三人何故直接取得權利，其說有三，(一) 契約說：此說謂第三人係基於第三人利益契約，直接取得獨立之權利，既係直接取得權利，則不以承諾為必要，既係取得獨立之權利，則不以繼受為必要。吾人如否認羅馬法上契約效力僅及於契約當事人之觀念，則第三人依第三人利益契約直接取得獨立之權利，蓋屬當然 (Unger, Regelsberger, Windscheid, Gareis, Plücker-Sieber, Örtmann, Schollmeier, Staudinger-Kuhlenbeck, Dernburg, Enneccerus, Endemann, Crome, Matthies 諸氏主此

說)。(二)單獨行為說：此說係就契約說略加變更，即第三人利益契約，在當事人間固為契約，但對於第三人則為單獨行為，第三人即基於單獨行為直接取得權利(Siegel, Hasen Jhrl, Sammler 諸氏主此說)。(三)共同行為說：此說雖與單獨行為同探一方行為之見解，但其一方行為，非依要約人或債務人一方之意思而成立，乃依雙方之合意而成立，故為共同行為(Holzsch. 氏主此說)。單獨行為說與共同行為說，在理論上及實際上均有未當，即(一)如依二三兩說，謂第三人利益之契約，在當事人間為契約，對於第三人為單獨行為或共同行為，則是以一個行為強拆為二，此在理論上為不可通。(二)如依二三兩說，謂要約人之權利基於契約而生，第三人之權利基於一方行為而生，則將發生一方行為無效，他方行為非必無效之結果，此在實際上為不可通。(三)如依二三兩說，謂第三人之權利基於一方行為而生，則債務人即不能以由契約所生之一切抗辯對抗第三人，此又衝諸法律明文為無可解者也(民法第二七〇條)。故依余所信，上述諸說，應以契約說為是，就我民法第二六九條第一項及第二七〇條之規定解釋，亦採此說。

第二目 第三人利益契約之性質

第三人利益契約(Vertrag zu Gunsten Dritter)者，使第三人直接對於當事人之一方取得債權之契約也。從而第三人利益之契約，須當事人之一方對於他方為向第三人為給付之要約，他方承諾其為給付而成立。要約向第三人為給付之一方，我民法稱為要約人，學說上則稱為約束人(Promittent, Versprechend)，承諾其為給

付之他方，我民法得爲債務人，學說上則稱爲受約人 (Promissar, Stipulant, Versprechensem Pfänder)。(註一)茲說明第三人利益契約之意義如左。

一 第三人利益契約係要約人對債務人約定向第三人爲給付之契約。我民法第二六九條第一項所謂以契約訂定向第三人爲給付，即係此意。準是，則第三人利益契約之訂立，仍係要約人與債務人以自己之名義爲之，契約之當事人爲要約人與債務人，而非第三人，且非要約人爲第三人之代理人。

二 第三人利益契約係使第三人直接對債務人取得權利之契約。第三人既係直接對債務人取得權利，則第三人無須參加第三人利益契約，且無須對第三人利益契約而爲承諾。故縱第三人對於當事人之一方表示享受其利益之意思，亦不能謂其係對第三人利益契約之承諾。

三 第三人利益契約係使第三人取得獨立權利之契約。所謂第三人取得獨立之權利，即第三人依第三人利益契約，對於債務人，取得自己固有之權利，我民法第二六九條第一項所謂第三人對於債務人有直接請求給付之權，即明示第三人之權利爲獨立的，而非繼承的。(註二)

四 第三人利益契約係使第三人取得債權之契約。第三人利益契約，是否以使第三人取得債權爲限，學說上頗有爭論，依余所信，應取肯定說。不過在使第三人取得債權以外之權利時，解釋上自應準用第三人利益契約之規定耳。(註三)又第三人利益契約，既在使第三人取得債權，故如僅使債務人對於要約人負擔向第

三人爲給付之債務，則非第三人利益契約，蓋於此場合，第三人不過被反射作用取得利益，而非對於債務人取得權利故也。準是，則其契約，仍爲通常契約，而非第三人利益契約。（註四）

五 第三人利益契約與其基本契約成爲一個契約 第三人利益契約，常與要約人債務人間之基本契約相并（同時或先後均可）而生，例如於買賣契約，當事人間約定買受人以其價金交付於第三人。是於此場合，基本契約與第三人利益契約之關係如何，學說上頗有爭論，有謂基本契約爲主契約，第三人利益契約爲從契約者（*Hellwig, Rappaport* 諸氏主此說），有謂基本契約與第三人利益契約成爲一個契約，不過變更基本契約之內容（例如前例由買賣契約變爲類似買賣之契約是）者（*Staudinger-Kuhlenbeck, Planck-Siber* 諸氏主此說）。依余所信，應以後說爲是。蓋（一）理論上無探前說之必要，即於此場合，不過要約人與第三人基於一個契約，取得內容相異之權利，無須認其爲二個契約之存在。（二）如取前說事實上爲不當，即如認其爲二個契約，則縱使第三人利益契約無效或撤銷，基本契約仍不失其效力，甚爲不當。（註一）我民法稱向第三人爲給付之人爲債務人，此其名稱，頗爲不當，蓋所謂債務人，爲要約人之債務人乎？抑爲第三人之債務人乎？殊欠明瞭故也。故在學說上通常稱爲受約人。又我民法稱約定其向第三人爲給付之人爲要約人，顯所謂要約人，祇能適用於一般契約，而不能適用於第三人利益契約，故在學說上通常稱爲約束人。

（註二）通常所謂直接（*Unmittelbar*），多用爲「無須承諾」之意，但我民法第二六九條第一項係「對於債務人直接」云云，此之所謂

直接，應解為第三人對於債務人，無須媒介取得權利之意。換言之，即第三人取得權利係獨立的，而非繼受的。

(註三)使第三人直接取得債權以外之權利，例如物權準物權等，是否成立第三人利益契約，有肯定及否定兩說。主肯定說者，為 *Jhering*、*Gareis*、*Strohal*、*Emmeccerus* 諸氏。主否定說者，為 *Ehrenzweig*、*Heilwig*、*Wolff*、*Panck-Scheer* 諸氏。

(註四)以契約使第三人免除債務時，是否第三人利益契約，頗有疑問。余以為非第三人利益契約，則，蓋於此場合，第三人雖受免除債務之利益，然非取得債權故也。(吳說陳氏前揭三三一頁)。又抵押權人與抵押權設定人訂立拋棄抵押權之契約時，次順位之抵押權人雖取得升進其順位之利益，然非第三人利益契約。又舊債務人與新債務人訂立承擔債務之契約，亦非第三人利益契約。(吳說陳氏前揭三三三頁)。

第三目 第三人利益契約之要件

第三人利益契約之有效成立，須具備左列各要件。

第一 須要約人與債務人間有有效契約之成立

如前述，第三人利益契約，既係要約人與債務人間之契約，則此契約自須要約人與債務人間有有效契約之成立。從而關於一般契約之成立要件及生效要件，對於第三人利益契約均應有其適用，自不待言。又要約人與債務人間有效契約之成立，為第三人利益契約之絕對成立要件，故縱於此契約依法律規定應屬相對無效之時，例如不得以無效對抗善意第三人之時（民法第八八條第一項第九二條第二項），亦得以之對抗受益之第

三人。關於此點，雖有異說，然就我民法第二七〇條之規定觀之，則固不許爲反對之解釋也。(參)又此契約，以要約人與債務人間有有效契約之成立爲已足，給付之種類如何，則非所問。故縱以不作爲爲標的，例如出租人爲承租人之安息與其隣居約定不得於夜間演奏音樂，亦得成立第三人利益契約是。第三人利益契約，既不同何種給付皆可成立，則無論何種契約自屬皆可附加第三人利益契約，申言之，即不但保險契約(保險法第四條)運送契約(民法第六四四條)終身定期金契約(民法第七二九條)負擔附贈與契約(民法第四一二條)提存契約(民法第三二六條)等得附加第三人利益契約，即其他之契約，亦得附加第三人利益契約。

第二 須約定使當事人以外之第三人取得債權

第三人利益契約，惟於使當事人以外之第三人取得債權而成立，故如使當事人之一人或其繼承人取得債權，則不能成立第三人利益契約。但此契約之成立，以使第三人取得債權爲已足，第三人之爲自然人法人在所不問。又此第三人，通常固於訂立契約當時即已確定，然此非屬必要，即嗣後可得確定，亦屬無礙。關於此點，我民法雖無明文規定，然在債權人客觀的不確定時，我民法第三二六條既許得爲給付之提存，則於此問題自不能不爲肯定之解答。雖然，於此場合，自必第三人確定之時，其契約始能生效，是不待言。至第三人確定之方法，與法律行爲內容之確定同，其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

第三 須約定使第三人取得債權

所謂約定使第三人取得債權，即契約當事人有使第三人對於債務人取得請求給付之權利之意思，此點甚明，無庸贅述。惟如前所述，第三人利益契約，係指使第三人取得債權之契約，僅使債務人對於要約人負擔向第三人為給付之債務之契約，並不包含在內，然如契約當事人訂立為第三人之契約，而意思不明，究應解為何種之契約，不無疑義。關於此點，外國法律有設推定的規定，推定其為第三人利益契約者（甸民草第八〇九條第二項），我民法無之，依余所信，除解釋當事人之意思以為決定外，殊無他道也（同說石坂氏前揭二二〇六頁）。使第三人取得權利之意思，不必明示，依據契約意旨及其他具體情形，推斷當事人有使第三人取得權利之意思亦可。

第四 須約定直接使第三人取得債權

所謂直接使第三人取得債權，即無須第三人承諾，使第三人取得債權之謂，故如約定依第三人之承諾取得債權，則係第三人以契約當事人之資格取得債權，而非直接依當事人之契約取得債權，其非第三人利益契約，自不待言。

（註）關於此點，在德國民法學界頗有爭論，有謂關於此契約依法律規定應屬相對無效之時，亦得以之與第三人對抗者，如 Palm。

Hölder, Örkmann, Kipp, an Windscheid, Thun 諸氏是。有謂不得以之與第三人對抗者，如 Waldwig 氏是。本書取前說。

第四目 第三人利益契約之效力

第一 對於第三人之效力

一 第三人權利之發生

第三人之權利，係基於第三人利益契約直接而生，已如前述，雖然，外國法律非無規定第三人之權利，於第三人對於債務人表示享受契約利益之意思時發生者，例如日本民法第五三七條第二項之規定是。日本學者爲避免日民第五三七條第二項與第一項之矛盾起見，於是唱爲種種之學說，有謂第三人受益之意思表示爲契約成立要件者，有謂第三人受益之意思表示爲契約效力發生要件者，有謂第三人受益之意思表示爲第三人權利發生要件者，學說紛紜，迄無定論。（註二）我民法有鑒於此，故不設日民第五三七條第二項之規定，以示第三人之權利係基於第三人利益契約直接而生，而與有無受益之意思表示並無關涉。從而縱使第三人不知有此契約，或不欲取得權利，亦無礙於其權利之取得。

二 第三人權利之效力 關於第三人權利之效力，我民法規定三點如左。

甲 第三人對於債務人得直接請求給付。此爲我民法第二六九條第一項前段所明定，乃第三人利益契約當然之結果也。第三人請求給付之內容如何，固應依第三人利益契約以爲決定，但能否同時使其負擔義務，則有爭論，依余所信，應取肯定說。蓋當事人雖不得以契約使第三人負擔義務，然以負擔一定義務爲取得權利之條件固無不可者也。（同說鳩山氏前揭一八二頁洪氏前揭一七九頁）。又第三人之債權，與

一般債權無異，舉凡債權人所有之權能，例如債務不履行之損害賠償請求權，債權人之代位權撤銷權，以及讓與債權免除債務提供抵銷等，第三人皆得爲之。雖然，第三人僅有債權人之權能，而無契約當事人之權能，從而撤銷契約，解除契約等，則應由要約人爲之，而不得由第三人爲之。

乙 第三人未爲受益之意思表示前，要約人得撤銷或變更其契約。如前所述，第三人之權利，固係基於第三人利益契約直接而生，無須對於債務人爲受益之意思表示，但依我民法第二六九條第二項規定：「第三人對於前項契約，未表示享受其利益之意思前，當事人得變更其契約或撤銷之。」依此規定，第三人之權利縱於契約成立當時即已發生，然在未爲受益之意思表示以前，尙在於不確定之狀態。不過此種規定，是否妥當，不無疑問耳？（註二）至第三人表示享受其利益之意思以後，當事人不得變更或撤銷其契約者，蓋如許變更或撤銷，則第三人祇取得不確定之權利，殊不合於使第三人取得權利之目的故也。雖然，第三人之權利，本由當事人之契約而生，當事人以契約定其權利之運命，自無不可，故如當事人於契約成立當時即有豫爲保留之約定，縱在第三人表示享受利益之意思以後，仍得變更或撤銷其契約。

丙 第三人表示不欲享受其契約之利益，視為自始未取得權利。第三人之權利，固基於第三人利益之契約直接而生，但如第三人拋棄其已取得之權利，則無不許之理由，故我民法特從德國立法例，於第二六九條第三項規定：「第三人對於當事人之一方，表示不欲享受其契約之利益者，視為自始未取得其權利。」

(德民第三三三條)其視為自始未取得其權利者，此與繼承之拋棄溯及於繼承開始時發生效力之旨趣同。(民法第一一七五條)蓋非認其有溯及效力，即不能適合第三人之意思也。至此表示究竟爲意思表示(鳩山氏前揭一七九頁主此說)，抑爲觀念表示(陳氏前揭三三六頁主此說)，學說上頗有爭論，余則以爲應解爲意思表示。既爲意思表示，自應適用民法總則關於意思表示及法律行爲之規定。(註三)

(註一)主第一說者，如梅氏前揭四三五頁，權田氏前揭一四九頁。主第二說者，如鳩山氏前揭一七七頁。主第三說者，如石塚氏前揭二二〇八頁，末弘氏前揭二〇六頁。我民法既未規定第三人之權利，於第三人對於債務人表示享受其契約利益之意思時發生，故縱第三人對於債務人爲受益之意思表示，亦與遺贈之承認無異，而不能解爲係第三人權利發生之要件，或第三人對於第三人利益契約之事實。

(註二)日本民法既於第五三七條第二項規定，第三人之權利，於第三人對於債務人表示享受其契約利益之意思時發生，故於第五三八條規定，依前條規定第三人之權利發生後，當事人不得變更或消滅之。此因第三人之權利，既依第三人受益之意思表示而生，則當事人於第三人之權利發生以後，即不得變更或消滅其契約，否則第三人之權利處於不確定之狀態。反之，我民法既不以第三人表示享受其利益之意思，爲第三人權利發生之要件，則第三人之權利，於第三人利益契約之成立當時即已發生，自無特設第二六九條第二項之必要。蓋當事人於第三人爲受益之意思表示以前，如得變更或消滅其契約，則第三人已取得之權利，將仍處於不確定之狀態，殊爲不當故也。

(註三)於此有一問題，即第三人之權利，於第三人利益契約成立以後，因得隨時行使，即對於債務人請求給付，但如久不行使，是否因罹於消滅時效而消滅，不無疑義。依余所信，第三人之權利，如前所述，既與一般債權無異，則其請求權自應依一般消滅時效之規定，四十一年間不行使而消滅（民法第一二五條）。其時效期間，則依第一二八條之規定以爲起算。

第二 對於要約人之效力

第三人利益之契約，雖在使債務人向第三人爲給付，然要約人究爲此契約之一方當事人，故我民法第二六九條第一項明定要約人有請求債務人向第三人爲給付之權利（德民第三三五條）。依此規定，則是同一第三人利益契約，不但第三人對於債務人有請求給付之權利，要約人對於債務人亦有請求其向第三人爲給付之權利，要約人之權利與第三人之權利，其關係如何，則屬問題。有謂其爲連帶債權者（*Helwig, Tappaport* 諸氏主此說），有謂其爲非連帶債權者（*Binder, Ortmann, Planck, Windscheid, Schollmeyer, Stammer* 諸氏主此說），依余所信，應以後說爲是。蓋在連帶債權，係以同一給付爲債之標的，第三人利益契約，則係第三人請求向自己爲給付，要約人請求向他人爲給付，非以同一給付爲債之標的故也。要約人之債權與第三人之債權，固非連帶債權，然要約人純在請求債務人向第三人爲給付，故如債務人已向第三人爲給付，則要約人之債權自應歸於消滅，此其效果，與連帶債權頗相類似。要約人固有請求債務人向第三人爲給付之權利，然如因可歸責於債務人之事由致給付不能，而生損害賠償之債權時（民法第二二六條第一項），要約人有無請求

債務人向第三人爲給付之權利，則屬疑問。余以爲損害賠償之債權與固有之債權，其內容係屬同一，於此場合，要約人自有請求債務人向第三人爲給付之權利，又因可歸責於債務人之事，由致給付不能，得解除其契約時（民法第二五六條），要約人有無解除契約之權利，亦有爭論，有謂要約人得解除其契約者（Schollmeyer氏主此說），有謂要約人不得解除其契約者（Ortmann, Planck-Siber, Staudinger-Kuhlenbeck, Enneccerus 諸氏主此說），余以爲要約人原爲契約之當事人，自無不得解除其契約之理由，解釋上應以前說爲是。又依我民法第二六九條第二項所定，第三人表示不欲享受其契約之利益時，視爲自始未取得其權利，於此場合，要約人有無請求債務人對於自己爲給付之權利，適用上亦一問題。依余所信，要約人有無此種權利，應視其有無特定保留之意思表示決之，如無特定保留之意思表示，則應解爲無此權利。何則，蓋如第三人表示不欲享受其契約之利益，則與給付之原始不能無異，其契約應依第二四六條第一項之規定爲無效故也。

第三 對於債務人之效力

依我民法第二七〇條規定：「前條債務人得以由契約所生之一切抗辯，對抗受益之第三人。」我民法所以設此規定者，蓋第三人雖取得獨立之權利，然其權利係基於要約人與債務人間之契約而生，從而由契約所生之抗辯，債務人得以之對抗要約人者，自得以之對抗第三人。此之所謂抗辯，即異議（Einwendungen）之義，舉凡由契約所生足以妨礙第三人行使權利之一切事實皆包含之。從而債務人不但得以實體法上固有之抗辯

(Thirdly) 對抗第三人，且得以免歸第三人權利之抗辯，即權利不發生之抗辯權利消滅之抗辯，對抗第三人。舉其主要者言之，例如當事人間之契約為雙務契約時，第三人如在要約人提出對待給付前向債務人請求給付，債務人得以同時履行抗辯對抗第三人。債務人依第二五四條至第二五六條之規定有契約解除權時，得於向要約人為解除之意思表示以後，以之對抗第三人。契約有無效之事由時，債務人得以無效對抗第三人。契約有可得撤銷之事由時，債務人得於向要約人為撤銷之意思表示以後，以之對抗第三人。又在無效或可得撤銷，依一般原則不得對抗善意第三人者，債務人仍得以之對抗受益之善意第三人。蓋第三人之取得權利，以當事人間契約之有效成立為絕對要件也。雖然，債務人之得以對抗第三人者，僅以由契約所生之抗辯為限，由他種原因所生之抗辯，則不得以之對抗第三人。由他種原因所生之抗辯，例如以對於要約人之債權為原因之抵銷抗辯，以要約人免除債務為理由之債務消滅抗辯是，又債務人固得以由契約所生之抗辯對抗第三人，即債務人對於第三人所有之抗辯，亦得主張之。債務人對於第三人所有之抗辯，例如以第三人已免除其債務，或第三人之請求權已經過消滅時效為抗辯，以對於第三人之債權為抵銷抗辯是。

第五目 補償關係及對價關係

債務人依第三人利益契約，對於第三人負擔債務，其理由果何在？換言之，即債務人何故與要約人約定對於第三人負擔債務乎？要約人何故與債務人約定使其對於第三人負擔債務乎？就前者言之，是為債務人與要約人

間之法律關係，即補償關係，就後者言之，是為要約人與第三人間之法律關係，即對價關係，茲分別說明如左。

第一 補償關係

補償關係 (Deckungsverhältnis) 者，使債務人對於第三人負擔債務之要約人與債務人間之原因關係也。此種原因關係，可分為下列之數種：(一)有附加於債務人與要約人間之雙務契約而訂立第三人利益契約者，例如於買賣契約，當事人間約定，買受人以其價金交付於第三人是。(二)有附加於單務契約而訂立第三人利益契約者，例如於贈與契約，當事人間約定，贈與人以其贈與物交付於第三人是。雖然，債務人與要約人間之補償關係，非必為由契約而生之債權關係，即由他種原因而生之債權關係亦可。所謂由他種原因而生之債權關係，例如基於侵權行為而生之損害賠償，受害人與加害人約定，以其賠償支付於第三人是。

第二 對價關係

對價關係 (Valutaverhältnis) 者，使第三人取得債權之要約人與第三人間之原因關係也。此種原因關係，可分為下列之數種：(一)有要約人為自己之利益，訂立第三人利益契約者，例如要約人為第三人之債務人，為免其債務，使債務人對於第三人負擔債務是。(二)有要約人為第三人之利益，訂立第三人利益契約者，例如要約人以對於第三人為贈與之意思，使第三人取得債權是。要約人與第三人間雖有種種原因存在，然此原因關係之有效成立與否，與第三人利益契約之成立無關，蓋第三人利益契約係要約人與債務人間所訂立，要約人與

第三人間之關係，無受其影響之理由故也。雖然，要約人與第三人間之原因關係如失其存在，則要約人對於第三人得基於不當得利請求權請求其利益之返還，是為當然。

第六款 契約之解除

第一項 概說

契約之解除 (Rücktritt, Resolution) 者，契約當事人之一方，因行使解除權，使其契約自始歸於消滅之法律行為也。在昔羅馬法，以為由雙務契約而生之債權，於其發生之始，固屬互相牽連，然在發生以後，則各別獨立，從而當事人之一方不履行其債務時，他方祇能請求因不履行而生之損害賠償，不能解除契約。此種辦法，於交易上甚為不便，故在繼受羅馬法之普國國法及奧大利民法，雖原則上於當事人之一方不履行其債務時不認契約之解除，然設有種種之例外，以救濟之（普法第一部第五章第三九三條奧民第九一九條）。法國民法則一反普奧之立法例，舉凡雙務契約，於當事人之一方不履行其債務時，皆得解除其契約，不過解除權之行使須聲請法院為之，尚非於債務人不履行債務時，即當然解除其契約耳（法民第一一八四條）。從法國立法例者，為意大利民法（意民第一一六五條）及西班牙民法（西民第一一四條）。德國民法，於認契約解除之點，與法國民法同，但解除權之行使，無須聲請法院為之，則與法國民法異（德民第三四六條以下）。從德國立法例者，為瑞士債務法（瑞債第一〇七條至第一〇九條）日本民法（日民第五四〇條以下）及匈牙利民法草案（匈草第八

三七條至第八四九條第九一八條第九二七條。我民法則大體從日本民法，於第二五四條至第二五六條規定解除權之原因，第二五七條及第二五八條規定解除權之行使，第二五八條至第二六一條規定解除之效果，第二六二條及第二六三條規定解除權之消滅。

(註)羅馬法雖不認法律上之解除，但對於買賣契約，則認 *lex commissoria*，*in diem adiectio* 及 *paetum duplificantis* 三種解除。買受人如不於適法時期支付價金，出賣人得廢棄買賣契約之約款，是為 *lex commissoria*。於一定期間內，如更有有利之契約，出賣人得廢棄買賣契約之約款，是為 *in diem adiectio*。買受人如於一定期間內，不欲履行其買賣契約，得廢棄買賣契約之約款，是為 *paetum duplificantis*。

第二項 解除契約之性質

欲知解除契約之性質，不可不知解除之效力。關於解除之效力，自來學說紛歧，至不一致，要而言之，約可分為下列之三說：(一)直接效力說 (*Theorie der direkten Wirkung*)。如依此說，則契約一旦解除，與未成立契約發生同一之結果，從而當事人之債務未為履行時，則其債務因解除而消滅，當事人之債務已為履行時，則其給付，因解除喪失法律上之原因，得基於目的消滅之不當得利請求權 (*condictio ob causam finitam*)，請求其返還 (*Strohhal, Örtmann, Blätter, Planck-Siber, Schollmeyer, Staendinger-Kuhlenbeck, Ennecerus, Kriech, Goldmann-Lilienthal, Langhehencken* 諸氏皆此說)。(二)間接效力說 (*Theorie der indirekten*

(Wirkung) 如依此說，則契約之解除，並非消滅債權關係之本體，不過阻止基於債權關係而生之效力，從而當事人之債務未為履行時，不過因解除而生不履行之抗辯，當事人之債務已為履行時，不過因解除而新生返還請求權 (Derburg, Stammler, Crome, Endemann 諸氏主此說)。(三)折衷說 (nützliche Theorie) 如依此說，則解除之效力，因解除當時是否履行債務而異，即當事人之債務未為履行時，則其債務固因解除而消滅，但當事人之債務已為履行時，則不過因解除而新生返還請求權 (Seckel, Kipp zu Windscheid, Hellwig, Mathias 諸氏主此說)。以上三說應以第一說為是。蓋第二說有種種之不當，舉其顯著者言之：(一)此說不合於當事人之意思，即在以契約保留解除權時，當事人非僅有依解除權之行使取得抗辯之意思，實有依解除權之行使廢棄契約之意思。(二)如依此說，則在雙務契約，當事人之一方於契約解除權前讓與其債權時，將生不當之結果，即於當事人之一方以讓與其債權通知相對人後，相對人解除契約時，不過因此發生對於受讓人之抗辯，而此抗辯係在讓與通知後發生，自不得依第二九九條第一項之規定，以之對抗受讓人，是當事人常因讓與債權而生得免解除之結果。(三)如依此說，債權既不因解除而消滅，則對於債權提供之擔保亦屬不能消滅，從而擔保設定人自不得於解除契約後請求其擔保之返還，其為不當，甚為顯然。第三說於當事人之債務已為履行時，不過因解除而新生返還請求權，而非溯及於既往發生效力，與第二說同，從而關於此點，第三說與第二說不能免於同一之非難。若夫第一說，則無上述各點之不當，就我民法解釋，亦係採第一說，其根據有二：(一)文理上之根據：我民法用解除契約字樣，所謂

解除契約，即除去契約之意，故謂債權關係因解除而消滅，與法文之意義最為適合，此其一。(二)論理上之根據：依我民法第二五九條規定，解除契約，當事人應負回復原狀之義務，所謂回復原狀，即債權關係因解除而消滅，與未成立契約同，此係就當事人之債務已為履行時言，債務已為履行，尚須回復原狀，則債務之未為履行，自屬無須履行，此其二。準是以言，則我民法上之所謂解除契約，係溯及的消滅契約之效力，契約既已溯及的消滅，則給付失其原因，自生返還之義務。(註)

(註)此外尚有種種情事，與解除之性質根本不同，不可不辨。(一)解除與撤回：其顯著不同之點有二。(甲)撤回，通常以意思表示有瑕疵為原因(民法第八八條第八九條第九二條)，解除則約定解除外，以給付遲延及給付不能為原因(民法第二五四條第二五六條)。(乙)撤回之效果，當事人間之返還義務應依不當得利之辦法(民法第一七九條以下)，解除則依回復原狀之規定(民法第二五九條)。(二)解除與撤回：其顯著不同之點有三。(甲)撤回係消滅未生效力之法律行為，解除則消滅已生效力之法律行為。(乙)撤回之原因存在於該法律行為之本身，解除則通常為給付遲延及給付不能。(丙)撤回無溯及既往之效力，解除則有溯及既往之效力。(三)解除與解除條件：其顯著不同之點有三。(甲)解除條件，以自然事實為內容，不以意思表示為必要(民法第九九條第二項)，解除則非有意思表示不可(民法第二五八條第一項)。(乙)解除條件成就，原則上無溯及既往之效力(民法第九九條第二項第三項)，解除則有溯及既往之效力。(丙)解除條件成就，當事人間之返還義務應依不當得利之規定，解除則依回復原狀之規定。

第三項 解除權發生之原因

第一目 概說

如前所述，契約之解除，係當事人之一方因行使解除權，使其契約自始歸於消滅之法律行為，從而可知契約之解除，以有解除權為必要。此項解除權之性質如何，學說上頗有爭論，依余所信，應解為一種之形成權，即解除權者，得依解除權人一方之意思表示，使債權關係歸於消滅之權利也。又解除權係從屬於債權關係之權利，故解除權祇能與債權關係共同讓與，而不能獨立讓與，如許獨立讓與，則不啻使無利害關係之第三人得左右他人間之法律關係，殊為不當。雖然，解除權固不能獨立讓與，但使他人代為行使，則無不可，從而債權人自得代行使債務人之解除權（民法第二四二條）。此點已於前述，茲不贅。至契約當事人之有此解除權，不外由兩種原因而生，即一由當事人間之契約而生，是為契約上之解除，一由法律規定而生，是為法律上之解除。我民法對於後者，設有明文規定（民法第二五四條至第二五六條），對於前者，雖付闕如，但不能謂係否認約定解除權之存在，故本書仍分此兩者說明之。

第二目 契約上之解除

契約上之解除者，當事人之一方因行使基於契約所保留之解除權，解除其契約之謂也。契約當事人，於訂立契約以後，固應為其契約所拘束，然如依當事人之合意，解除其已訂立之契約，則無不可。此種解除契約之合意，學者通常以反對契約（*Contractus Consensus*）稱之。契約上之解除其目的不一，有預期契約上之利益將來歸於消

誠，保留解除權者。有欲俟某種機會到來，同時脫離契約上之拘束，保留解除權者。當事人保留解除權之目的如何，固非所問，但當事人之一方如欲爲自己利益保留解除權，則不可不得相對人之同意，此約定解除所以異於法定解除者也。又解除權之保留，雙務契約固可，單務契約亦可。當事人之一方固可，當事人之雙方亦可。於契約訂立當時固可，於契約訂立以後亦可。雖然，於契約訂立以後保留解除權時，其解除權之行使，是否溯及於契約訂立當時發生效力，則有爭論。依余所信，應依當事人之意思解釋定之，如當事人之意思不明，則應解爲溯及於契約訂立當時發生效力（同說 Planck, Staudinger-Kuhlenbeck 諸氏異說 Schollmeyer, Planck-Siber 諸氏）。又解除權之保留，通常固以當事人之約定爲已足，然非無因給付一定數額之對價取得解除權者，此一定數額，實爲解約金 (Rangeld, Wandelpön)，抑爲解約定金，應就具體情形以爲決定。此外，解除權之保留，得附加條件或期限，是爲通說，余亦謂然。（註）

（註）當事人於訂立契約之際，約定債務人如不履行債務，則其契約當然喪失效力，或當然解除者，是即所謂失權約款。德國民法曾明定附加此種約款時，債務人如不履行債務，債權人得解除契約（德民第三六〇條），我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同。惟於此場合，其解除契約，是否須債權人爲解除之意思表示，則屬疑問。依余所信，應依各種具體情形以爲決定，如因不履行，其契約即當然喪失效力，則應解爲係以不履行爲解除條件，即一旦條件成就，其契約即當然喪失其效力（民法第九九條第二項）。

第三目 法律上之解除

第一 概說

法律上之解除者，當事人之一方因行使基於法律規定所有之解除權，解除其契約之謂也。法定解除權發生之原因，得大別爲二，一爲一般契約共通之解除原因，即我民法第二五四條至第二五六條所定之解除原因。一爲各種契約特有之解除原因，例如我民法第三五九條第三六三條第四九四條第四九五條第五〇二條第五〇三條第五〇六條及第五〇七條所定之解除原因。是此之所述，則爲一般契約共通之解除原因。關於法律上之解除，外國法律有限於雙務契約適用者（德民第三二五條以下瑞債第一〇七條）草案第九一八條第九二七條），我民法無此限制，解釋上自不因雙務契約單務契約有所區別。不過法律上之解除，適用最多者，仍爲雙務契約，單務契約，則無解除之實益，蓋在單務契約，債權人並不負擔對待給付之債務，僅因解除消滅債務人之債務，而非免自己之債務故也。法律上之解除，我民法所規定者，爲給付遲延及給付不能之二種，實則給付不完全亦應同一論之，故本書就此三者分別說明之。

第二 因給付遲延之解除

債務人給付遲延時，債權人固得請求履行並請求賠償因遲延所生之損害（民法第二二七條第二三一條第一項），且有時得請求代履行之損害賠償（民法第二三二條），但僅此方法，尙難謂其已盡保護債權人之能事，故我民法特從一般立法例設解除契約之規定（德民第三二六條瑞債第一〇七條日民第五四一條）草案第

九一八條），但依給付期之重要與否，而異其解除之要件，茲分述如左。

一 給付期非重要時

我民法第二五四條規定：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。」是為關於給付期非重要時，因遲延給付解除契約之規定，茲述其要件如左。

甲 須債務人遲延給付。關於此點，各國法律不同，有以債務人於給付期不為給付為已足者，如日本民法是（日民第五四一條），有以債務人之遲延給付為必要者，如德國民法瑞士債務法及匈牙利民法草案是（德民第三二六條瑞債第一〇七條匈草第九二七條第三項）。我民法則從後之立法例，以債務人遲延給付為必要。何謂遲延給付，已於前述，即給付有確定期限者，債務人於給付期不為給付，謂之遲延給付。（民法第二二九條第一項），給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告不為給付，謂之遲延給付（同條第二項）。其詳見前，茲不贅。（註一）

乙 須債權人定相當期限催告其履行。催告者，債權人對於債務人請求給付之意思通知也。此之所謂催告，與第二二九條第二項所定之催告同，其詳已於前述，茲不贅。但亦稍有差異，即第二五四條之催告須定相當期限是。定相當期限，係催告之內容，自不得與催告分離，故催告未定期限，或所定期限而不相當，則其催告均屬不生效力。期限是否相當，有謂應依客觀以為決定者，有謂尚應斟酌債務人主觀之情事者，彼余

限期，應以前說爲是。債權人所定之期限，長於相當期限時，其催告固屬有效，然如短於相當期限，其催告是否有效，則學說上頗有爭論，有謂其無效者（Crome, Schollmeyer, Planck 諸氏主此說），有謂補正其期限仍爲有效者（Cosack, Dernburg, Enneccerus, Windscheid, Staudinger-Kuhlenbeck, Cirmann 諸氏主此說）。依余所信，應以前說爲是。（註二）催告期限是否須精確定之，學說上亦有爭論，有謂須精確定之者（Kipp zu Windscheid 諸氏主此說），有謂無須精確定之，縱用相當期限之文字亦屬有效者（Crome, Dernburg, Enneccerus, Staudinger-Kuhlenbeck, Schollmeyer, Cirmann, Planck-Siber 諸氏主此說）。依余所信，應以後說爲是。（註三）又債務人於給付期屆至前已對債權人通知拒絕履行之意思時，是否須於給付期屆至後再爲催告，學者之意見亦不一致，有謂須再爲催告者（Planck-Siber, Cirmann, Kipp zu Windscheid, Rehleim, Erler, Staub, Brocht 諸氏主此說），有謂無須再爲催告者（Staudinger-Kuhlenbeck, Dernburg, Niehner, Romeick, Düringer-Hachenburg, Danz 諸氏主此說）。依余所信，應以前說爲是。至在雙務契約，債務人有同時履行抗辯權時，債權人是否須已爲給付或提出給付始得催告其履行，學說上非無爭論，但就我民法解釋，余以爲固應採否定說者也。（註四）

丙 類債務人未於期限內履行 故如債務人於催告所定相當期限內已爲履行，則無解除契約之餘地。所

謂已爲履行，即債務人依債務本旨已爲給付或提出給付之謂。如債務人未爲給付或提出給付，或其給付非依債務本旨，則與未爲給付同，債權人得解除契約，固不待言。但債務人僅爲一部給付，債權人能否解除契約，則有爭論。依余所信，依我民法第三一八條第一項規定，債務人無爲一部清償之權利，債務人之一部給付，與未爲給付同，債權人自得解除全部之契約。不過債務人已給付之部分足達契約之目的時，當審議信原則，尙難許其解除契約之全部耳。至債務人之不爲履行，是否須有故意或過失，學說上亦有爭論，依余所信，應解爲須有故意或過失始能適用本條，此因我民法對於債務之不履行，係採過失責任主義，第二五四條雖未設明文，解釋上自屬不能獨外。

具備上述要件時，債權人固取得遲延給付之解除權，但債務人如於債權人取得解除權後，履行其債務，債權人能否解除契約，則屬疑問。余以爲此時之解除，係以遲延給付爲理由，債務人既已爲履行，則遲延效果已歸消滅，債權人即無復解除契約之餘地。但債務人於遲延給付後履行其債務，自須依債務本旨爲之，且須該契約尙可達其目的，並須將因履行遲延而用之損害賠償一併提出，始爲有效，否則債權人仍不失其解除權。

（註一）給付無確定期限者，債權人是否須先爲第二二九條之催告，於債務人遲延給付後，再爲第二五四條之催告，債務人於其期限內不爲履行時，始得解除契約，頗屬疑問。依余所信，應取肯定說，蓋必如此解釋，始合於立法保護債務人之本旨故也。但關於此點，沃爾夫及其

陳克生氏之見解頗不相同，洪著謂：「給付無確定期限者，債權人不免爲第二百二十九條第二項之催告，而逕爲本條之催告，亦無不可，蓋依本條之規定解除契約，雖以遲延給付爲前提，而債權人之催告達到時，一面有使債務人負遲延責任之效力，同時於他一方面即具備解除契約之要件也。」（洪氏前揭一六三頁）又陳氏前揭二九〇頁參照。

（註二）關於此點，法誠林氏與本書見解不同，洪著謂：「較客觀的相當期限爲短時，其催告是否有效，學說上頗有爭論，有解爲全然不生效力者，有解爲嗣後經過客觀的相當期限，其解除權成立者，據余所信，以後說爲當。」（洪氏前揭一六四頁）

（註三）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「債權人全不定期限者，其無效固不待言，即僅言明「須於相當期限履行」而爲催告，亦應認爲無效。」（陳氏前揭二九一頁）

（註四）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「在雙務契約，他造有同時履行抗辯權者，債權人爲催告時，更須就自己債務爲履行之提出否，學者中亦有議論，以肯定說爲是，解爲未爲提出者，不在催告之效力。」（陳氏前揭二九一頁）

二 給付期重要時

我民法第二五五條規定，「依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期爲給付，不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期給付者，他方當事人得不爲前條之催告，解除其契約。」是爲關於給付期重要時，因遲延給付解除契約之規定，茲述其要件如左。

甲 須債務人應於一定時期爲給付 所謂一定時期爲給付，其情形有二，有於一定期日爲給付者，如云於

某日某時爲給付是。有於一定期間爲給付者，如云於某日至某日之間爲給付是。

乙 須依契約之性質或當事人之意思非於一定時期爲給付不能達其契約之目的。故不僅以當事人間精確定其給付期爲已足，尙須非於給付期爲給付，不能達其契約之目的。所謂不能達其契約之目的，指給付期後之給付，於債權人毫無利益而言，從而非僅以給付期重要爲已足，尙須給付期後之給付無給付之價值。非於一定時期爲給付不能達其契約之目的，有依契約之性質定之者，例如爲某日宴客預定酒席是。有依當事人之意思定之者，例如定購某物，約明如不於一星期內給付，卽不受領是。前者學者稱爲絕對的定期行爲 (absolute Fixgeschäft)，後者學者稱爲相對的定期行爲 (einfache Fixgeschäft)。(註五)

相對的定期行爲，以精確定其給付期爲已足乎？抑尙須依當事人之意思表示非於一定時期爲給付不能達其契約之目的乎？就我民法第二五五條文字解釋，尙須依當事人之意思表示非於一定時期爲給付不能達其契約之目的，始有本條之適用。又非於一定時期爲給付不能達其契約之目的，以債權人一方之意思表示爲已足乎？抑尙須債務人承諾因達其契約之目的於一定時期爲給付乎？依余所信，尙須債務人之承諾，尙未得債務人之承諾，卽不能謂其當然構成契約之內容。

丙 須債務人未按照時期給付。故如債務人已按照時期給付，則無解除契約之餘地。此點與前述同，可參照得之，茲不贅。惟債務人之未按照時期給付，是否須有故意或過失，學說上頗有爭論，依余所信，應解爲須

有故意或過失，始能適用本條。其理由與前述同。蓋我民法對於債務之不履行，係採過失責任主義，第二五五條雖未設明文，解釋上自屬不能獨外故也。

丁 須因債務人未按照時期給付致不能達其契約之目的。關於此點，我民法雖未設明文，此在解釋上是為當然。所謂須因債務人未按照時期給付致不能達其契約之目的，即債務人未按照時期給付與不能達其契約目的之間，有因果關係之謂。故如債務人縱不按期給付，仍不免發生不能達其契約目的之結果，則無本條之適用。例如為參加某種典禮預定禮服，而某種典禮因故中止舉行是。

具備上述要件時，債權人得不為前述第二五四條之催告，解除其契約。此因給付期既屬重要，縱於給付期後給付，亦不能達其契約之目的，如尚須定相當期限催告其給付，殊無何種之實益，故無須催告得逕解除其契約。（註六）

（註五）絕對的定期行為，一稱真正定期行為或廣義定期行為。相對的定期行為，一稱非真正定期行為或狹義定期行為。在解釋日本民法第五四二條者，是否雙指此二者而言，頗有爭論——石坂氏謂單指絕對的定期行為（石坂氏前掲二二九一頁），浦山氏則謂係雙指此二者而言（浦山氏前掲二二一頁及弘氏前掲二五一頁）。就我民法解釋，應以後說為是（國成氏前掲一六五頁及陳氏前掲二九三頁）。

（註六）有編設第二五條之必要，學者間頗有爭論，有謂非於一定時期為給付不能達其契約之目的，與因給付期之經過給付不能達其

以適用第二五六條給付不能之解除爲已足，無須另設第二五五條之規定者（石坂氏前揭二二九九頁）。此在主張第二五五條僅於絕對定期行爲有其適用，則不難理由，但就我民法解釋，第二五五條既係絕對對的定期行爲與相對的定期行爲而言，則於第二五六條以外自有另設第二五五條之必要。

第三 因給付不能之解除

依我民法第二五六條規定：「債權人於有第二二六條之情形，得解除其契約。」所謂第二二六條之情形，即指因可歸責於債務人之事由致給付全部不能或一部不能而言。夫在因可歸責於債務人之事由致給付全部不能，債權人原得請求損害賠償，又其給付僅一部不能，如其他部分之履行於債權人無利益時，債權人亦得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償，然如爲雙務契約，債權人一方面請求損害賠償，一方面尚須爲自己所負擔之對待給付，於此場合，債權人非無以消滅債之關係，免其對待給付，較爲利便者，故我民法從一般立法通例，予債權人以契約解除權（德民第三二五條日民第五四三條尙草第九一八條）。但在給付一部不能，債權人能否僅就其不能部分，解除契約之一部，我民法無明文規定，不無疑問。余以爲給付一部不能，債權人既得解除契約之全部，此時僅就其不能部分，解除契約之一部，自無不可。惟在契約之一部解除，以給付可分爲必要，徑而在雙務契約，惟雙方之給付皆屬可分，始得一部解除，自不待言。又給付不能，債權人能否不待給付期屆至，即解除其契約，亦有問題。按余所信，給付不能與否，固應以給付期爲標準決之，然如不能給付，在給付期前業已

確定者，自不妨於給付期前解除其契約。

第四 因給付不完全之解除

債務人爲不完全之給付時，債權人能否解除其契約，我民法無明文規定，適用上不無疑義。余以爲如前所述，不完全給付，與遲延給付及不能給付同屬不給付，債權人於債務人遲延給付及不能給付既得解除其契約，則不完全給付自無不許其解除契約之理由。不完全給付，固得解除契約，但其程序如何，亦一問題。依余所信，應視其給付能否補正決之。即不完全給付得以補正者，應依民法第二五四條之規定辦理，即債權人得定相當期限，催告債務人爲完全之給付，如於其期限內，不爲完全之給付，則由債權人解除其契約。蓋給付既可補正，如許債權人逕行解除契約，則不但對於債務人太苛，且非所以盡維持契約之能事故也。反之，如不完全給付不能補正，則依民法第二五五條之規定辦理，即債權人得不定相當期限，催告債務人爲完全之給付，逕行解除其契約。蓋給付既不能補正，如尙須債權人定相當期限催告其給付，殊無何種之實益故也。

第四項 解除權之行使

第一 解除權行使之方法

關於解除契約之方法，如前所述，其立法例有二，有須依裁判上之方法爲之者，如法國民法意大利民法及西班牙民法是（法民第一一八四條、意民第一一六五條、西民第一二四條）。有以依裁判外之方法爲之者，已足

者如德國民法、日本民法及匈牙利民法草案是（德民第三四九條、日民第五四〇條第一項、匈草第八三七條）如依前之立法例，解除契約必須依裁判上之方法爲之，則手續繁重，不適於實際交易上之需要，故我民法特從後之立法例。於第二五八條第一項規定：「解除權之行使，應向他方當事人以意思表示爲之。」依此規定，契約之解除，以解除權人一方之意思表示爲之爲已足，無須得他方當事人之承諾。但應對於他方當事人爲之，且以他方當事人了解或達到於他方當事人時發生效力。解除之意思表示，不問其爲明示或默示均可。無須依一定之方式爲之，且以有溯及的消滅契約效力之意思爲已足，無須用解除之文字。又解除之行使，以裁判上之方法爲之，亦非所禁。例如對於給付之訴，以異議爲解除之意思表示是。

第二 契約當事人之一方有數人時解除權之行使

依我民法第二五八條第二項規定：「契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體爲之。」此爲契約當事人之一方有數人時行使解除權之辦法。如前所述，契約之解除，原得一部爲之，自理論以言，契約當事人之一方有數人時，由各當事人就其契約之一部而爲解除，自無不可。雖然，如解除權人有數人時，各當事人僅就自己之部分獨立行使解除權，或相對人有數人時，僅對於其中之一人行使解除權，則法律關係流於複雜，殊不合於實際，此我民法所以基於實際上之理由，而認解除權爲不可分者也。惟既係基於實際上之理由而認解除權之不可分，則當事人得爲反對約定，自不待言。至所謂契約當事人有數人，指基於一個契約，當事

人有數人而言，其債之關係，究爲可分之債，抑爲連帶之債不可分之債，在所不問。又所謂由其全體或向其全體爲之，與同時爲之有別，故於當事人之一人爲解除之意思表示或受解除之意思表示以後，他之當事人始爲解除之意思表示或受解除意思表示，自無不可。不過須於最後之當事人爲解除之意思表示，或受解除之意思表示時，始生解除之效力耳。

第三 解除之意思表示不得撤銷

按我民法第二五八條第三項規定：「解除契約之意思表示，不得撤銷。」此因如許其自由撤銷，則不但已消滅之債之關係將因一方表示撤銷之意思而復活，且法律關係殊不確定，大有害於交易之安全，故我民法特設明文禁止之。解除之意思表示，雖不許自由撤銷，然如有法定撤銷事由（民法第八八條以下），則無不許其撤銷之理由。但有應說明者，即本條究爲不得撤銷，抑爲不得撤回是。關於此點，學說上頗有爭論，有謂此之所謂撤銷係撤回之意者，（註一）亦有運用撤回之字樣者。（註二）以上兩說，均難贊同，蓋我法文既用撤銷字樣，殊不能謂此之所謂撤銷，即日本民法第五四〇條第二項之所謂撤回也。抑有進者，無論其爲撤銷或撤回，第二五八條第三項皆屬無用之規定，即如解爲撤回，則在解除之意思表示到達於相對人以後自屬不許撤回，未到達於相對人以前，自無不許其撤回之理由。又如解爲撤銷，則在解除之意思表示發生效力以後，自屬不許撤銷，然如有法定撤銷之事由，則縱在解除之意思表示發生效力以後，亦無不許其撤銷之理由，故余以其爲無用之規定。（註三）

(註一) 洪者謂：「本條第三項所謂撤銷、保繳、回之意，故以被詐欺或被脅迫等爲理由而撤銷之，固無不可。」(洪氏前編一六七頁)

(註二) 陳者謂：「解除契約之意思表示，不得撤回。爲我民法第二五八條第三項所定。」(下略) (陳氏前編二九七頁)

(註三) 日本民法第五四〇條第二項，係參照國民法第一次草案第四二六條第一項抄襲而來，但德國民法草案成爲正式法典時已將此項條文刪除，日本民法已不及改正，我且從而沿襲之，此所以不能免爲無用之規定也。

第四 解除之意思表示得附條件否

解除之意思表示，能否附加條件，學說上頗有爭論。通說多謂解除之意思表示，如許附加條件，則不但契約解除與否爲不確定，且其契約將於相對人不知不覺之間因條件之成就而解除，殊爲不當，故解除之意思表示，須無條件爲之。(Fiebach, Kisch, Planck, Staudinger-Kuhlenbeck, Cohn 諸氏主此說) 余則以爲我民法既未明定解除之意思表示不許附加條件，則原則上自得附加條件，不過因附加條件，致使相對人處於不利益之地位，則所不許而已。附加條件不致使相對人處於不利益之地位，例如以相當人之行爲爲條件，爲解除之意思表示。至解除之意思表示，得附加期限，則屬通說，余亦謂然。此因期限必可到來，縱使附加期限，相對人亦非處於不利益之地位故也。

第五項 解除之效果

第一 回復原狀之義務

如前所述，契約之解除，既溯及於既往消滅債之關係，則契約之解除，發生下列兩種之結果：（一）當事人之一方或雙方如未履行其債務，則其債務因契約之解除而消滅，無須履行。（二）當事人之一方或雙方如已履行其債務，則其給付因契約之解除喪失法律上之原因，自得基於不當得利請求權，請求其返還。但關於返還義務之範圍，我民法第二五九條設有特定規定，即依本條，契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，依左列之規定：

一 由他方所受領之給付物，應返還之。此為回復原狀當然之結果。實則不僅所受領之給付為物時，應返還之，即所受領之給付為權利時，亦應返還之。我民法雖祇規定前者，然在適用上應為同一解決，實無疑義。

二 受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。金錢常係可生利息，故受領之給付如為金錢，應附加利息償還之。至實際利用金錢取得利益與否，則非所問。此為法定利息之一種，利息之數額，自應依法定利率週年百分之五計算之（民法第二〇三條）。

三 受領之給付為勞務或為物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。此因勞務或物之使用，不能以原給付返還，故不能不照受領時之價額，以金錢償還之。至所謂價額，應解為客觀的價額，自不待言。

四 受領之給付物生有孳息者，應返還之。但在解釋上，須實際生有孳息且已收取者，始應返還。如實際未生有孳息，或縱生有孳息，然因怠於收取，而未收取，即不應負償還孳息之義務。蓋非如此解釋，不足以別於惡意

占有故也（民法第九五八條）。雖然，已收取之孳息，現尙存在與否，則非所問。換言之，即已消費或毀損滅失，亦應依第六款之規定，償還其價額。

五 就返還之物，已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得之限度內，請求其返還。回復原狀，固在回復其未爲給付之狀態，然非使他方因此取得不正之利益，故就返還之物支出必要或有益之費用者，得向他方請求其償還。但如他方於受返還時所得之利益，少於所支出之費用，倘亦令其償還全部之費用，亦欠公平，故惟能於他方受返還時所得之限度內，請求其返還。所謂必要費用，通常指保存費用而言。所謂有益費用，則通常指改良費用言之。

六 應返還之物，有毀損滅失，或因其他事由致不能返還者，應償還其價額。於此，應分兩層言之，即在解除以後，因可歸責於受領人之事由致受領物不能返還，受領人固應負損害賠償之責；如在解除以前，則因受領人尙未負擔返還受領物之義務，似未可同一論之，但依我民法解釋，解除以前，因可歸責於受領人之事由致受領物不能返還，亦應償還其價額。此無他，良以受領人原應豫期於解除契約時返還其受領物，此與條件成就以前之狀態頗相類似，從而在解除以前，自不能不以相當之注意保存其受領物故也。

以上僅於法律別無規定及契約別無訂定時，有其適用，此爲本條所明定，其理甚明，無待贅論。惟有問題者，即解除究爲債權的效力，抑爲物權的效力是。關於此點，學說上頗有爭論，余以爲我民法第二五九條祇規定契約解

時，當事人雙方負回復原狀之義務，並非當然回復原狀解釋上自應以前說爲是。故如因買賣契約之履行，移轉之物之所有權時，惟因解除，喪失買賣契約之效力，而所有權之移轉契約並非無效，從而其所有權自非當然復歸於原權利人。又解除既不過發生債權之效力，故縱使解除契約，亦不至損害第三人之權利。關於此點，外國法律有明定不得損害第三人之權利者（日民第五四五條第一項但書），此種規定，殊嫌蛇足，故爲我民法所不採用。

第二 解除與損害賠償之併存

契約當事人解除契約時，是否得爲損害賠償之請求，各國立法例不同，有定爲債權人祇能就損害賠償之請求或解除權之行使，選擇其一者，如德國民法及匈牙利民法草案是（德民第三二五條第三二六條匈草第九一八條第九二九條）。有定爲解除契約時，得請求賠償因債務不履行所生之損害者，如法國民法是（法民第一一八四條第二項）。有定爲解除契約時，得請求賠償因契約消滅所生之損害者，如瑞士債務法是（瑞債第一〇九條）。（註）有定爲解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求者，如日本民法是（日民第三四三條第三項）。以上四種立法例，自理論言之，固應以德國民法爲是，即因債務不履行之損害賠償，不過原債務之變形或擴張，原債務既因契約之解除而消滅，自無請求損害賠償之餘地，故解除契約與請求損害賠償，祇能選擇其一。但自實際立論，則又應以法國民法瑞士債務法及日本民法爲適當，蓋因債務不履行所生之損害，乃一種事實，解除

祇能消滅契約之效力，不能並此事實亦消滅之，故必解除契約與請求損害賠償並存，始能充分保護債權人之利益。我民法即從此立法例，於第二六〇條規定：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」所謂不妨礙損害賠償之請求，係指因債務不履行已發生之損害賠償（民法第二二七條），不因解除契約而喪失，並非於已發生之損害賠償而外，尚積極的承認新損害賠償請求之存在。此不但就法文（即不妨礙云云）觀察應屬如此，即就理論言之，亦當如是。蓋非如此解釋，則在非以不履行為原因之解除（即契約上之解除），相對人縱無過失，亦應負責，與我民法損害賠償之原理顯有不符故也。（註二）此之所謂損害賠償，既指因債務不履行所生之損害賠償，則其範圍，自應適用一般之規定，即依第二一六條，凡積極的損害（即所受損害）及消極的損害（即所失利益），皆包含之。至在雙務契約，應扣除因不履行所受之利益，是為當然，又不待言。

（註一）法國民法與瑞士債務法，雖同為解除契約與請求損害賠償並存，但瑞士債務法，非如法國民法請求因債務不履行所生之損害賠償，祇能請求消極的契約上之損害賠償（negative Verhinderung）。自理論言之，應以法國民法為是，蓋依消極的契約上之損害賠償，不過祇能賠償債權人因信任契約有效成立所受之損害，即因準備契約之履行所支出之費用，非因此賠償因不履行所受損害之全部，其係賠償債權人，尚難謂其已盡充分故也。

（註二）在解釋日本民法第三四三條之所謂損害賠償，尚有兩說，有謂即因債務不履行所生之損害賠償者（藤氏前揭四五四頁）因氏前揭二六四頁末弘氏前揭二六七頁藤山氏前揭二四〇頁），有謂此之損害賠償，係因契約解除所受之損害賠償，即債權人因期待契約之

效力存續，所受之損害賠償者（石坂氏前揭二二三〇頁）。本書取前說。

第三 雙務契約效力規定之準用

依我民法第二六一條規定：「當事人因契約解除而生之相互義務，準用第二六四條至第二六七條之規定。」我民法所以明定準用關於雙務契約效力之規定者，蓋於此場合，雙方之債務雖非由雙務契約而生，然非認其有牽連關係，不適於公平之原則也。至所謂準用，其範圍如何，學說上頗有爭論，有解為僅以回復原狀之義務為限者（梅氏前揭四五六頁，橫田氏前揭二〇三頁，石坂氏前揭二三一五頁），有解為損害賠償之義務，亦有其準用者（鳩山氏前揭二四六頁），依余所信，就我民法文字上及理論上解釋，均應以後說為是。

第六項 解除權之消滅

解除權，既為權利之一種，舉凡關於權利消滅之規定，對於解除權之消滅均有其適用，是不待言（註）茲惟述我民法關於解除權消滅之特別規定如左。

第一 期間之經過

契約當事人，定有解除權之存續期間者，如解除權人不於其期限內行使解除權，則其解除權固應俟期間之經過而消滅，然如未定有存續期間，而解除權人又永不行使其解除權，他方當事人則因此處於不安之地位，故我民法第二五七條規定：「解除權之行使，未定有期間者，他方當事人得定相當期限，催告解除權人於期限內履

答是否解除，如逾期未受解除之通知，解除權即消滅。」所謂相當期限，即決定行使解除權與否之必要期限，其詳已於前述，茲不贅。至逾期未受解除之通知，解除權即消滅者，蓋解除權人不於催告期限內行使解除權，可視為拋棄也。雖然，如契約當事人未定有解除權之存續期間，而他方當事人又不為催告，其解除權能否因時效期間之完成而消滅，則屬疑問。余以為就我民法解釋，消滅時效之客體，以請求權為限，解除權係形成權，自不能因時效期間之完成而消滅。

第二 解除權人之過失

解除權人因可歸責於自己之事由致其所受領之給付物不能返還，於解除契約時，固得依據第二五九條第六款之規定償還其價額，但在他方當事人究不能與返還原物得同一之利益，故我民法第二六二條前段規定：「有解除權人因可歸責於自己之事由，致其所受領之給付物有毀損滅失，或其他情形，不能返還者，解除權消滅。」因解除權人之過失，解除權消滅，其要件有三：（一）須其所受領之給付物有毀損滅失，或其他情形，不能返還；所謂所受領之給付物，指基於被解除之契約，當事人之一方所受領，應依解除，返還於相對人之給付物而言，其為契約之標的物，抑為從屬移轉之物，在所不問。所謂毀損滅失，不僅給付物之物理的變更，即以給付物讓與第三人或於給付物上為第三人設定物權亦是。至其為全部一部，則非所問。所謂其他情形，包含蓋廣，舉凡遺失被盜等不能返還之情事皆屬之。（二）須其不能返還，係因可歸責於解除權人之事由所致；所謂因可歸責於解

除權人之事由，即解除人有故意或過失之謂，其詳見前，茲不贅。(三)須在行使解除權以前，致不能返還。故如在行使解除權以後，因可歸責於解除權人之事由，致其所受領之給付物毀損滅失，或其他情形，不能返還，則解除權人祇負損害賠償之責，不發生解除權消滅之問題。

第三 給付物之變更

我民法第二六二條後段規定：「因加工或改造，將所受之給付物變其種類者，亦同。」所謂亦同，即解除權亦歸消滅。加工或改造，指對於其所受領之給付物加以工作，使生一新物而言，雖通常稱單加以工作者為加工 (Bearbeitung)，變更給付物者為改造 (Umbildung)，實則皆屬於民法第八一四條所定加工之範疇。因加工或改造，將給付物變更其種類，其不能以原狀返還，與給付物之毀損滅失致不能返還同，故使其喪失解除權。於此場合，以有加工或改造為已足，解除權人之有無過失，以及加工或改造之價格是否大於給付物之價格，均非所關。雖然，本條之適用，以因加工或改造，變更給付物之種類為必要，如未變更物之種類，則解除權並不消滅。相對人於解除契約時，尚須償還加工或改造之費用。至其種類之有無變更，通說謂應依交易上之觀念決之，余亦謂然。

(註)在解釋上：(一)解除權得因行使而消滅，此因解除權具有形成權之性質，故於解除權人行使解除權時，則解除權消滅。(二)解除

權得因拋棄而消滅，惟在解釋德國民法者，多謂解除權之拋棄，須以契約為之 (Planck-Silber, Staudinger-Kuhlenbeck, Cohn 說)

主此說，Windscheid 氏則主反對說，就我民法解釋則否，蓋在戰民法，無論何種權利，原則上皆得依權利人之單獨行為拋棄之故也。拋棄之意思表示，無須對相對人為之，且無須明示，默示亦可。

第七項 終止契約

終止契約，在英語爲 *Terminata Contract*，即日本民法之所謂預告解約 (*Kündigung*) 是。終止契約，在總東繼續性之債權關係，與解除契約有下列數點之不同。(一)解除權之基於法律規定而生者，以債務不履行爲其惟一之原因，而終止權則不限於此。(二)解除有溯及的消滅債權關係，回復與自始未訂立契約同一狀態之效力，終止則不過有對於將來消滅債權關係之效力，過去之債權關係，不因終止而消滅。(三)契約一旦解除，則其給付無法律上之原因，故生不當得利請求權——第二五九條所定回復原狀之本質，即不外不當得利請求權，終止則惟對於將來發生效力，不發生不當得利之問題。終止契約，有依當事人之契約而生者，有依法律之規定而生者，後者例如我民法第四二四條第四三五條第四四三六條第四四三八條第四四四〇條第四四四三條第四四四七條第四五〇條第四五二條第四五八條第四五九條第四七二條第四八四條第四八五條第四八九條第五〇九條第五六一條之規定是。其依契約而生者，固應依契約之所定，以爲解決，然在依法律之規定而生者，則有以明文指示其適用法規之必要，故我民法第二六二條規定：「第二五八條及第二六〇條之規定，於當事人依法律之規定終止契約者，準用之。」即聲明終止，應向他方以意思表示爲之，一方有數人者，並須由其全體或向其全體爲之，且於其發生

效力後不得撤回，又終止以前已生之損害賠償請求權，不因終止而消滅。

第五章 多數債務人及債權人

第一節 概說

第一 債之主體

如前所述，債權係特定人對於特定人請求行為之權利，從而債之關係，須有特定之二個主體，即債權人及債務人。茲述債之主體之要件如次：（一）債之主體，須為特定：如前所述，債權為相對權，故不但債權人須為特定，即債務人亦須為特定，此亦債權與物權不同之點。雖然，債之主體以須為特定為已足，其特定之方法如何，即債之關係與其主體究係直接結合，抑係間接結合，則非所問。債之關係與其主體直接結合，即債權人或債務人依債之關係直接定之之謂。債之關係與其主體間接結合，則指依某種狀態之媒介，債之關係與其主體結合，僅於狀態繼續之間，其主體之資格存續而言。債權人之間接定之，例如無記名證券之占有人，同時取得債權人之資格是。債務人之間接定之，例如取得供役地所有權之人負擔工作物之設置及維持之費用是。（註一）（二）債之主體，須為各別之人格者：債權人及債務人須為各別之人格者，同屬一人，不得既為債權人，同時又為債務人，蓋無論

何人，不得對於自己行使債權故也。從而債權與債務同歸一人時，則除其債權爲他人權利之標的或法律另有規定外，原則上應因混同而消滅（民法第三四四條）。

（註一）德國學者有謂債權人或債務人之間接定之係主體之不特定（Unbestimmtheit）者（Savigny, Windscheid 諸氏主此說）。余則以爲不然，即縱在債之主體間接定之時，亦與通常情形同，其主體爲特定，第與通常情形異者，即決定主體之方法有所不同而已（Baker, Stammler 諸氏同說）。債權人或債務人之間接定之，學者稱爲物的之債（Realobligation）或狀態之債（Zustand-obligation）。

第二 債之主體之多數

債權人及債務人如爲單數，則債之關係甚爲單純，法律無特爲規定之必要，反之債權人或債務人如爲多數，則債之關係發生特別之效力，此我民法所以特設多數債務人及債權人之規定也。所謂債之主體之多數，即一個債之關係之主體爲多數之謂。債之主體之多數，其形式不外下列之三種：（一）債權債務，依主體之數而分割，即各債權人惟得請求給付之一部，各債務人惟負履行給付一部之義務者，是之謂可分之債（Geteilte Schuld-Verhältnisse）。（二）各債權人得請求全部之給付，各債務人雖應履行全部之給付，然如爲一次全部之給付，則債之關係完全歸於消滅者，是之謂連帶之債（Solidarität, Gesamtschuldverhältnisse）。（三）各債權人惟得共同請求債務之履行，各債務人惟得共同履行債務者，是之謂共同之債（Gemeinschaftliche Schuldverhältnisse）。

上述各種形式，各國法律，非必完全認之。我國民法即無共同之債之規定，其屬於多數主體之債之關係者，如次：

(一)可分之債：我民法以之規定於第二七一條。(二)連帶之債：我民法以之規定於第二七二條至第二九一條。

(三)不可分之債：我民法以之規定於第二九二條及第二九三條。(註一)茲於次節以下分別說明之。

(註一)日本民法以保證之債規定於連帶債務之後，其理由，蓋以主債務與保證債務係以同一給付為標的，如一方履行債務，則他方之債務歸於消滅，與連帶債務頗相類似故也。實則保證債務係為擔保主債務而存在，乃從屬債務，連帶債務之各債債務，則屬平等關係，殊不相同，實不應規定於一處，故我民法從德國立法例，以保證為契約之一種，規定於各個之債中（民法第七三九條以下）。

第二節 可分之債

第一 可分之債之性質

可分之債(Gemeines Schuldverhältnis)者，以可分給付為標的，而其給付被分割於各債權人或各債務人間之多數主體之債之關係也（民法第二七一條）。可分之債，一稱連合之債(obligations conjointes)，此種債權債務之發生，其要件如左。

一 須債之主體為多數。此為法條所明定。即須數人負同一債務，或有同一債權。數人負同一債務者，謂之可分債務。數人有同一債權者，謂之可分債權。

二 須以可分給付為標的。此亦為法條所明定。給付之可分，指依給付之性質及依當事人之意思表示為可

分者而言故如給付之性質上爲不可分，或給付性質上係屬可分，而依當事人之意思表示爲不可分，則不能成立可分之債。又債之標的，如由可分給付與不可分給付合併而成，則惟可分給付成立可分之債，而不可分給付則成立不可分之債。又選擇之債之數宗給付中，有可分給付與不可分給付時，此選擇之債究爲可分之債，抑爲不可分之債，應依選擇權人之選擇定之，於未爲選擇以前，則在於不定之狀態。

第二 可分之債之原因

可分之債，有依法律規定而生者，例如數人繼承以可分給付爲客體之債權或債務是。有依法律行爲（如契約或遺囑）而生者，例如債權之一部讓與或債務之一部承擔是。可分之債之由於契約而生，其爲一個之契約，抑爲數個之契約，在所不問。又於債之成立之始，其給付即屬可分，固爲可分之債，即於債之成立之始，其給付本不可分，嗣後變爲可分，依我民法第二七一條後段規定，亦屬可分之債。其給付本不可分而變爲可分，例如因當事人之意思表示而生之不可分給付，當事人爲反對之意思表示時，性質上不可分之給付變而爲損害賠償請求權時是。雖然，數人爲可分給付之債之主體時，究爲可分之債，抑爲連帶之債，解釋上不無疑義。關於此點，外國法律，多明定除法律另有規定，當事人另有訂定外，當然以其爲可分之債，我民法雖無明文，余以爲解釋上應屬相同。蓋認其爲可分之債，不但爲事理之當然，且必如此始合於當事人通常之意思也。（註二）

（註二）此原則，爲羅馬法以來，德國普通法（Windscheid § 302）奧大利民法（奧民第八八八條）及其他各國法律之所認，但在德國

民法承認連帶債務之範圍，則較廣泛，即依總則第四二七條規定，於數人以契約共同負擔可分給付，而有疑義時，認爲負擔連帶債務是。

第三 可分之債之效力

可分之債之效力，應分兩方面言之。

一 就其爲獨立的數個債之關係言之，可分之債，形式上雖爲一個債之關係，然在實質上實爲依債權人或債務人之數而各自獨立的數個債之關係，既爲獨立的數個債之關係，則各債權人或各債務人係獨立享有權利，獨立負擔義務，從而就一債權人或一債務人所生之事項，對於他債權人或債務人不生效力，是爲當然。此亦可分之債與連帶之債不同之點。

二 就其爲同一之發生原因言之，法條所謂同一債務或同一債權，即指其債權或債務爲同一之發生原因而言，債權或債務之發生原因既屬同一，則此獨立的數個債之關係，不無關聯，故可分之債如由雙務契約而生，於一債務人未爲履行以前，縱他債務人已爲履行，債權人仍有援用同時履行抗辯之權利（民法第二六四條）。（註三）又解除契約，應依民法第二五八條第二項之規定，由其全體或向其全體爲之，是不待言。

（註三）關於此點，據國民法股有明文規定，即依總則第三二〇條第一項中設：「對於數人之給付，於對待給付全部履行前，得對於各人拒絕其應受部分之給付。」我民法未設明文，解釋上應屬相同。

第四 各債權人或各債務人間之相互關係

依我民法第二七一條規定：「除法律另有規定，或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之。」是爲關於各債務人或債權人間之相互關係。其所以定爲平均分擔或分受者，蓋爲事理之當然，且必如此始合於當事人通常之意思也。但此僅屬原則，如法律另有規定，或契約另有訂定，則從其規定或訂定。所謂法律另有規定，例如民律第二八條第一八五條第一八七條第一項第一八八條第一項之規定是。又債務或債權既屬平均分擔或分受，則在債務人及債權人雙方均爲數人時，自應爲二重之分割，即以債務人之人數乘債權人之人數，以其所得之積數除債權額，其所得之商數，始爲各債務人對於各債權人所負之債務額。

第三節 連帶之債

第一款 概說

第一 連帶之債之種類

連帶之債 (Solidarität, Gesamtschuldverhältnis) 者，債權人或債務人爲數人，各債權人得請求全部之給付，各債務人應爲全部之給付，依一次之全部給付，使債之關係全體歸於消滅之債之關係也。債權人爲數人時，可稱爲自動的連帶 (Active Gesamtschuldverhältnis) 或連帶債權 (Gesamtforderung)。債務人爲數人時，可稱爲被動的連帶 (Passive Gesamtschuldverhältnis) 或連帶債務 (Gesamtverpflichtung)。各國法律有認此兩種之連帶者，如德國民法及瑞士債務法是。有祇認連帶債務而不認連帶債權者，如日本民法是。我民

法則從前之立法例，爰認連帶債務及連帶債權。

第二 連帶之債之性質

連帶之債，究爲一個之債，抑爲數個之債，自來學說，頗不一致。就德國普通法言之，據 Keller, Ribbentrop 兩氏之研究，謂德國普通法上所謂連帶之債，係由羅馬法繼承而來，羅馬法上之所謂連帶，則其情形有二，卽一爲共同連帶 (Correalität)，一爲單純連帶 (heesse Solidarität)。在共同連帶，乃債之客觀要件 (Objektive Bestand) 係屬單一，而主觀要件 (Subjektive Beziehungen) 則爲多數，換言之，卽在共同連帶，係具有多數主體之一個債之關係。反之在單純連帶，則係以同一給付或目的 (Zweck) 之數個債之關係。從而在共同連帶，就一債權人或一債務人所生之事項，對於他債權人或他債務人不生效力。反之在單純連帶，就二債權人或一債權人所生之事項，原則上對於他債權人或他債務人固屬不生效力，但例外因此數個債之關係具有同一目的，如一個債之關係依清償或得與清償同視之事項而受滿足，則其他債之關係亦因達其目的而消滅。Keller, Ribbentrop 兩氏之說，自一八二三年以還，在德國民法學界極占勢力，及十九世紀中葉，始發生種種反對之學說，但維時各家學說均捨單純連帶而論共同連帶，於是集中於共同連帶究爲一個之債，抑爲數個之債之問題。舉其重要學說，有如下述。

一 單一說 (Einheitslehre) 主此說者一如 Keller, Ribbentrop 兩氏之所主張，謂共同連帶爲多數

主體之一個債之關係 (Savigny, Samhaber, Puchta, Vangerow, Arndts, Windscheid 諸氏主此說)。此說有下列兩點之不當：(一)此說將債之客觀要件與其主體分離，殊不合於債之觀念。(二)所謂債之客觀要件，當係指給付而言，何故給付單一，祇能成立一個債之關係，殊不可解（反對單一說者為 Fitting, Kunze, Eisele, Dernburg, Guhl, Binder 諸氏）。單一說既屬不能維持，於是學者唱為代理關係說，即各債權人或各債務人係互相代理，同時以自己之名義及他人之名義訂立連帶契約，故債之關係不失其單一性 (Brinz, Lehrb. 兩氏主此說)。此說有下列兩點之不當：(一)各債權人或各債務人於訂立連帶契約時，並無相互代理之意思，此說顯與事實不符。(二)在代理關係，各債權人或各債務人既同時為本人及代理人，是仍認多數主體之存在，從而即不能與前說免於同一之非難（反對代理關係說者為 Fitting, Kunze 兩氏）。代理關係說既屬不能維持，於是學者唱為選擇之債說，即連帶之債，係主體依選擇定之，在未為選擇以前，其主體為不特定，既為選擇以後，則主體始為特定，故債之關係不失其單一性 (Girardot, Fitting, Stintzing, Koch 諸氏主此說)。此說亦有如下兩點之不當：(一)選擇之債，係指給付依選擇定之債權人或債務人之選擇，則非選擇之債。(二)連帶之債，在未為選擇以前，其主體既不特定，則顯然與債之觀念不合。蓋如前所述，債之主體須為特定故也（反對選擇之債說者為 Windscheid, Samhaber, Kunze 諸氏）。

二 複數說 (Mehrfachtheorie) 此說以共同連帶爲按照主體之數之數個債之關係，即債權人各有一個之債權，債務人各負一個之債務，此各個債之關係則係互相關聯。至何故互相關聯，則學說不一，有謂因目的之同一，故互相關聯者，有謂因給付之同一，故互相關聯者，有謂因原因之同一，故互相關聯者，所持之見解雖有不同，然於認共同連帶爲數個債之關係之點，則屬一致。（學者多採複數說，舉其著者，如 Rickert, Kuntze, Helmolt, Czyslarz, Dernburg, Eiseler, Byck, Mitteis, Binder 諸氏是。）如依此說，則共同連帶與單純連帶皆屬數個債之關係，於是學者有本此見地主張羅馬法上無共同連帶與單純連帶之區別者。

三 折衷說 此外學者，嘗有調和單一說與複數說，藉以說明羅馬法上關於共同連帶之規定者，就中學說又不一致，有謂共同連帶，其債權爲單一，訴權爲數個者 (Bekker 氏主此說)，此說將債權與訴權分而爲二，與羅馬法上共同連帶之規定不合，殊難贊同。有謂係數個債之關係相合，形成一個債之關係，即一方爲數個債之關係，他方爲一個債之關係者 (Unger 氏主此說)。數個債之關係無成爲一個債之關係之理由，此說於理論上不免矛盾，亦難贊同。有謂係按照債權人或債務人之數之數個債之關係，同時對於債權人或債務人全體爲一個債之關係者 (Baron, Wamhaber 兩氏主此說)，亦有謂係一人之債務擬制爲他人之債務者 (Holder 氏主此說)，兩說均欠缺理論上之根據，殊不足取。

按上所述，可知在德國普通法上，關於連帶之債之學說，至爲混亂。普國國法與大利民法及法國民法均制定於

Keller, Ribbentrop 兩氏唱道共同連帶與單純連帶區別之前，故祇認一種連帶，而無所謂共同連帶單純連帶。德國民法瑞士債務法及日本民法雖制定於 K. F. 兩氏唱道共同連帶與單純連帶區別之後，然因維時 K. F. 兩氏之說已就衰微，故亦如普奧法等國法律，祇認一種連帶，而無所謂共同連帶與單純連帶。自經濟上之目的言之，連帶之債在以確保債權人權利之效力，且使其容易行使爲目的，爲達此目的，以認一種連帶爲已足，故我民法從一般立法例祇認一種連帶，且係認連帶之債爲數個債之關係，而非一個債之關係。其詳俟於論連帶債務及連帶債權之性質時述之。

第二款 連帶債務

第一項 連帶債務之性質

連帶債務(Gesamtschulden, Obligations Solidaires)者，數人基於同一原因，負擔具有同一目的同一給付之數個債務也。析言之：

一 連帶債務須有數人之債務人 連帶債務係多數主體之債之一種，故須有數人之債務人，苟無數人之債務人，縱具備其他要件，亦非連帶債務。至債權人之爲一人，抑爲數人，則非所問。

二 連帶債務係數個之債務 卽連帶債務，係按照債務人人數之數個之債務。如前所述，在理論上既不認所謂共同連帶，如依單純連帶之觀念，則連帶債務，自係由數個債務而成立。我國民法卽從此理論，其根據有二：

(一)依第二七三條規定：「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人，或其全體，同時或先後，請求全部或一部之給付。連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。」依此規定，我民法係認連帶債務為數個債務，實無可疑，即如非解為數個債務，則債務人無須各別負擔全部之給付，且於連帶債務未全部履行前，全體債務人亦無須負連帶責任矣。(二)又依第二七九條規定：「就連帶債務人中之一人所生之事項，除前五條（即第二七四條至第二七八條）規定或契約另有訂定者外，其利益或不利，對他債務人不生效力。」依此規定，我民法係認連帶債務為數個債務，尤為顯然，即如非解為數個債務，則就連帶債務人中之一人所生之事項，其利益或不利，應當對於他債務人發生效力矣。

三 數個債務須係同一之給付 我民法第二七二條所謂數人負同一債務，即係此意。然若嚴格言之，債務人既屬不同，則其給付自異，所謂同一給付，觀念上殆難認之。雖然，於此場合，無論由任何債務人受領給付，在債權人均屬相同，故不妨謂各債務人之給付為同一耳。連帶債務，各債務人之給付既須同一，故如各債務人負擔不同之給付，即不能成立連帶債務，例如對於同一債權人，甲負擔金錢之給付，乙負擔特定物之給付，丙負擔勞務之給付，不能成立連帶債務是。至各債務人之給付須為同一者，因如後所述，各債務之目的須係同一，給付乃達此目的之手段，自非同一不可故也。但各債務人之給付以同一為已足，其體樣是否同一，則非所問，故附加條件期限之給付與未附加條件期限之給付，結合而成連帶債務，附有擔保之給付與未附有擔保之

給付結合而成連帶債務，均無不可。（註一）又不作爲之給付，能否成立連帶債務，學者間頗有爭論，依余所信，應取肯定說（異說石坂氏前揭八〇六頁）。不作爲之給付之成立連帶債務，例如數人對於同一人約定不爲營業上之競爭是。又不可分給付，能否成立連帶債務，亦一問題。依余所信，應取肯定說，蓋縱屬不可分給付，亦無不許依當事人之明示成立連帶債務之理由故也。惟給付既不可分，則關於就債務一部所生之絕對的效力（民法第二七六條第二七七條），無其適用，自不待言。

四 數個債務須有同一之目的 各債務人所負擔之給付，雖屬同一，如其目的而非同一，仍不能成立連帶債務，此爲一般學說所明認。故如數人分別與其特定人訂立出賣某特定物之契約時，雖屬同一給付之數個債務，然此數個債務各別獨立，縱一債務人已爲履行，而其他債務人之債務並不消滅。反之在連帶債務，各債務人雖負擔全部給付之債務，然如一債務人爲全部之給付，則其他債務人之債務即完全歸於消滅。其他債務人之債務所以完全歸於消滅者，正因數個債務具有同一之目的也。連帶債務之數個債務，須有同一目的固矣，但目的之意義如何，則有兩說，有解爲法律上目的之意義者（Savigny, Unger 兩氏主此說），有解爲經濟上目的之意義者（Eiselo, Rappaport, Laet 諸氏主此說）。前說殊欠明瞭，依余所信，應以後說爲是。即所謂目的，由債權人方面觀察，指債權人基於債權關係所取得之經濟上之利益而言。目的之同一，於連帶債務基於法律行爲而生時，依當事人之意思定之。於連帶債務基於法律規定而生時，則依債務之性質定之。

五 數個債務類基於同一之原因，連帶債務，是否須數個債務基於同一原因而生，學說上頗有爭論，但余固取肯定說者也。(註二)連帶債務之數個債務，既須基於同一原因而生，從而目的雖同，而原因不同，即不能稱為連帶債務。例如保險人與侵權行為人同負損害賠償義務時，兩者之債務，目的雖同，而原因不同，即一基於保險契約而生，一基於侵權行為而生，不能稱為連帶債務。連帶債務之所以異於非真正連帶債務 (Unecht Solidarität) 者，即在於此。(註三)此之所謂原因，係指債務發生之實質的原因，債務發生之形式的原由，故如甲乙丙對於債權人基於同一之消費借貸契約負擔連帶債務時，縱甲乙丙非同一段時間與債權人訂立負擔連帶債務之契約，其實質的原因既屬同一，即屬連帶債務是。

(註一)各債務人所負擔之給付，得異其條件或期限，為一般學說所明認。法國民法第一二〇一條及德國民法第一次草案第三三二條且設有明文規定。但在德國民法草案成為正式法典時，已刪除此項規定，蓋以其事屬當然，無須特設明文也。

(註二)關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳者謂：「連帶債務不必限於由同一原因發生，學者中亦有以連帶債務係由同一原因發生為理由，而說明上述得因一次給付即行消滅之特質者，實為錯誤。無論依法律規定，或當事人法律行為以發生連帶債務，其原因均不限於同一，只須其目的同一，即其原因不同，要亦無妨。例如丙先對甲承諾就乙債負連帶保證責任，丁至後亦承諾與同一連帶保證責任，仍得謂為連帶債務也。」(陳氏前揭三五五頁)

(註三)非真正連帶債務，即數人基於各別獨立之原因，所負擔具有同一目的同一給付之數個債務，非真正連帶債務之說，創始於Fischer。

Ing Hartmann, Mittels, Eisele 諸氏現代學者皆是認爲 (或 Dernburg, Enneccerus, Schollmeyer, Ottmann, Crome, Fuhlenbeck-Staudinger, Planck, Reinb. 諸氏) 非真正連帶債務，雖非基於同一之原因與連帶債務異，然具有同一目的同一給付則與連帶債務同，故於一個債務，依清償或得與清償同視之事項，債權人而受滿足時，則他之債務亦達其目的，自依反對作用而消滅。關於非真正連帶債務之意義及效力，陳先生氏與本書之見解均不相同，陳氏前揭三六六頁至三六八頁參照。

第二項 連帶債務之原因

連帶債務發生之原因，依我民法規定，一爲法律行爲，一爲法律規定，茲分述如左。

第一 法律行爲

我民法第二七二條第一項規定：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，爲連帶債務。」此即規定連帶債務得由法律行爲而生。法律行爲原有單獨行爲與契約之別，連帶債務之由單獨行爲而生者，例如依遺囑，數人之繼承人負擔連帶債務是。連帶債務之由契約而生，則爲日常交易所常見，惟其契約是否限於一個，學說上頗有爭論，(註)余以爲連帶債務之由契約而生，其契約通常個爲一個，但如前所述，連帶債務以實質的原因同一爲已定，其形式的原因是否同一，在所不問，故其契約縱爲數個，亦無不可。又各債務人之與債權人成立連帶債務契約，無須同時爲之，縱異時爲之，亦屬無礙。例如債務人負擔消費借貸上之債務後，他人再獨立對於債權人就同一債務約定其爲連帶，亦得成立連帶債務是。此即重疊的債務承擔 (Cumulative

an *Unterhandlung*) 之所由生。雖然，無論何種情形，數債務人之負擔連帶債務，須係「明示」，苟未「明示」，其給付如可分，則屬前述第二七一條之可分之債，其給付如不可分，則屬前述第二九三條之不可分之債，不能當做連帶債務。應注意債務之成立，以「明示」為已足，其用連帶字樣與否，則非所問。故如雙方當事人約定，各債務人負擔全部給付，但依一次之全部給付，則全體之債務歸於消滅，其為連帶債務，固甚顯然也。

(註)關於連帶法之解釋，有連帶債務之成立，須為一個行為者，如 *Knitze, Esake, Mikala* 諸氏是。有謂無須為一個行為者，如 *Prilling, Amhaber* 諸氏是。在解釋德國民法者，蓋認為連帶債務係數個之行為而成立 (*Dernburg, Schollmeyer, Becht, Zimmermann* 諸氏均主張此)。

第二 法律規定

我民法第二七二條第二項規定：「無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律規定者為限。」此即規定連帶債務得由法律規定而發生。法律所規定之連帶債務，不一而足，就民法言之，如該法第二八條第一八五條第一八七條第一八八條第三〇五條第四七一條第六三七七條第六八一條第七四八條第一一五三條之規定是。就公司法言之，如該法第三三條第三五條第一〇五條第一一三條之規定是。就海商法言之，如該法第一一六條之規定是。法律上之連帶債務，以法律明定其為連帶債務者為限，否則縱係數人依法律規定負擔具有同一目的之債務，亦祇能成立非真正連帶債務，而非連帶債務。

第三項 連帶債務之效力

第一目 債務人之權利

依我民法第二七三條第一項規定：「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人，或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。」是爲關於債權人權利之規定。依此規定，則（一）債權人得依其選擇，對於債務人中之一人請求全部或一部之給付。故如債權人對於債務人一人請求全部之給付時，則受此請求之債務人不得爲分割之抗辯。（二）債權人得同時對於債務人中之數人或其全體請求全部或一部之給付。例如債權人同時以債務人中之數人或其全體爲共同被告，請求全部或一部之給付是。（三）債權人得先後對於債務人中之數人或其全體請求全部或一部之給付。故如債權人對於一債務人起訴後，再對於他債務人起訴，他債務人不得爲權利拘束之抗辯。又如債權人對於一債務人起訴，已受確定判決後，再對於他債務人起訴，他債務人不得爲既判力之抗辯是（但應注意民法第二七五條之規定其詳見後）。不寧惟是，我民法更於同條第二項規定曰：「連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。」此又所以明示債權人就未受清償之債務部分，對於各債務人仍有上述之請求權者也。（註）

（註）於此尚有一問題，我民法未說明文解決，其問題爲何，即於連帶債務人破產時，債權人對於破產財團之分配加入之權利是。於此問題，各國立法主義不同：（一）依德國法主義，連帶債務人中之一人或數人破產開始時，債權人於未受全部清償以前，得對於各破產財團，以破產開

始時之債權額加入分配（破產法第六八條）。此主義爲奧大利破產法（奧法第十九條）匈牙利破產法（匈法第七〇條）荷蘭破產法（荷法第三六條）丹麥破產法（丹法第十八條）所採用。（二）依法國法主義，不但連帶債務人中之一人或數人同時破產開始時，即與時破產開始時，債權人於未受全部清償以前，亦得以債權之全額加入各破產財團之分配，但如債務人中之一人未破產開始，債權人已受一部之清償時，應爲扣除，以其殘額加入破產財團之分配（法商法第五四二條至第五四四條）。此主義爲比利時商法（比法第五三七條以下）意大利商法（意法第七八八條以下）及日本民法（日民第四四一條）舊破產法第一〇三一條第一項）所採用。（三）依瑞士法主義，則較之法國法更進一步，即在破產開始前經已受一部之清償，債權人亦得以債權之全額加入破產財團之分配（瑞破產法第二一六條至第二一八條）。我國民法未設明文，應讓諸破產法中規定之。

第二目 就連帶債務人中一人所生事項之效力

第一 概說

就連帶債務人中一人所生之事項，是否對於他債務人發生效力，應分兩方面觀察之，即如由連帶債務係數個獨立之債務觀察，則債務人中一人所生之事項對於他債務人不生效力。反之如由連帶債務之數個債務具有同一目的觀察，則債務人中一人所生之清償及得與清償同視之事項，對於他債務人亦生效力。此因如前所述，數個債務之目的既屬同一，債務人中一人已爲清償或有得與清償同視之事項，則債權人之目的已達，他債務人之債務即因反射作用而消滅故也。債務人中一人所生之事項對於他債務人亦生效力者，謂之發生絕對效

力之事項，債務人中一人所生之事項對於他債務人不生效力者，則謂之發生相對效力之事項。我民法雖大體從此理論，但基於實際上之理由，不無多少變更耳。本書依此綱目分別說明於左。（註一）

（註一）債務人中一人所生之事項，對於他債務人發生如何之效力，各國法律不同，茲述其重要立法例如次：（一）關於發生絕對效力之事項，其範圍最狹者，為德國民法，德民以清償代物清還債存抵銷及債權人之遲延，為發生絕對效力之事項，皆知遲延過失給付不能時效究成時效中斷及停止混同判決等事項，則除有特別規定外，祇發生相對效力（德民第四二二條至第四二五條）。與德國民法相近者，為瑞士債務法（瑞債法第一三六條第一項第一四六條第一四七條）。（二）範圍較德國民法為廣者，為法國民法，法民舉凡清償（第一二〇〇條）抵銷改更（第一二八一條第二項）宣誓（第一三六五條第四項）時效中斷（第一二〇五條）債務人之遲延（第一二〇五條第一二〇七條）過失（第一二〇五條）免除（第一二八五條）混同（第一二〇九條第一三〇一條第三項）等，皆為發生絕對效力之事項。與法國民法相同者，為葡萄牙民法及智利民法及西班牙民法。（三）介於德國民法及法國民法之間者，為日本民法，即日民雖非如法民以過失遲延及時效中斷等為發生絕對效力之事項（日民第四三四條至第四三九條），但以履行之請求為發生絕對效力，則為各國之所兼（日民第四三四條）。至我民法則大體從德國民法之規定。

第二 發生絕對效力之事項

關於發生絕對效力之事項，依我民法規定，有如左述。

一 清償 此為我民法第二七四條所明定，即連帶債務人中之一人為清償，而債務消滅者，他債務人亦同免

其責任。關於清償，我民法規定於第三〇九條以下，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。我民法之以清償為發生絕對效力之事項者，蓋如前所述，連帶債務之數個債務，其目的同一，如連帶債務人中之一人已為清償，則其目的已達，他之債務無存在之理由故也。雖然，連帶債務，原為數個獨立之債務，債務人中所為之清償，究非他債務人所為之清償，他債務人之所以同免其責任者，僅屬一種反射作用，不可不辨。（註二）

二 代物清償 此亦為我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中之一人為代物清償，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於代物清償，我民法規定於第三一九條，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。代物清償係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法以其為發生絕對效力之事項。

三 提存 此亦為我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中之一人為提存，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於提存，我民法規定於第三二六條以下，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。提存係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法以其為發生絕對效力之事項。

四 抵銷 此亦為我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中之一人為抵銷，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於抵銷，我民法規定於第三三四條以下，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。抵銷係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法以其為發生絕對效力之事項。惟於此有一問題，即連帶債務人中之一人對於債權人有債權時，他債務人能否主張抵銷？於此問題，各國法律之解決不同，有許主

要抵銷者（日民第四三六條第二項）有不許主張抵銷者（德民第四二二條第二項法民第一二九四條）自理論言之，應以後之立法例爲是。蓋如許主張抵銷，則不但反於不得處分他人債權之理論，抑且背於連帶債務之性質，即連帶債務原在確保債權之效力，故債權人得向任何債務人請求全部之給付，如許他債務人主張抵銷，則不啻許其爲一部之消債故也。但如不許主張抵銷，則於他債務人清償債務時，得先由他債務人向有債權之債務人請求償還其應分擔之部分，再由該債務人向債權人請求清償自己之債權，徒生訴訟循環（*circuit d'action*）之繁雜手續，殊屬無謂，故自實際言之，又應以前之立法例爲是。我民法即從此立法例，於第二七七條明定他債務人以該債務人應分擔之部分爲限，得主張抵銷。其得主張抵銷者，既以該債務人應分擔之部分爲限，則在該債務人無應分擔之部分時，自無抵銷之可言。又該債務人應分擔之部分小於債權額時，僅得就其分擔部分之數額主張抵銷，自不待言。

五 混同 此亦爲我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中之一人爲混同，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於混同，我民法規定於第三四四條，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。混同是否爲發生絕對效力之事項，各國法律不同，有以其爲發生絕對的效力之事項者（法民第一三〇一條第三項日民第四三八條），有不然者（德民第四二五條第二項），自理論言之，應以後之立法例爲是。蓋債務之因混同而消滅，係因債權債務同歸一人，欠缺債務之要件，非如消債對於債權人與以實質的滿足故也。但如僅以混同爲發

生相對於刀之專項，則於他債務人清償債務時，尚須對於該債務人請求償還其應分擔之部分，徒生訴訟之繁雜手續，殊屬無謂，故自實際言之，又應以前之立法例爲是，我民法即從此立法例者也。

六 判決確定。連帶債務人中之一人受確定判決，對於他債務人是否亦生效力，各國法律多未說明文規定，惟在解釋德國普通法者，則多謂債權人敗訴時，對於他債務人亦生效力（Binder, Windscheid 兩氏主此說）。自理論言之，應以對於他債務人不生效力爲是。蓋依訴訟法則，判決惟於訴訟當事人間發生效力故也。但自保護債務人立論，則又應以對於他債務人亦生效力爲是。我民法即從此立法例，於第二七五條規定：「連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，爲他債務人之利益，亦生效力。」所謂非基於該債務人之個人關係，例如債權人因該債務人負擔債務之法律行爲有無效或撤銷之原因，致受敗訴之判決是。所謂爲他債務人之利益亦生效力，即他債務人受敗訴判決之債權人請求履行或提起訴訟時，得援用該判決拒絕履行，或爲既判力之抗辯是。

七 免除。債權人向連帶債務人中之一人免除債務，對於他債務人是否亦生效力，自羅馬法以來，各國立法雖不一致，自理論言之，應以對於他債務人不生效力爲是。蓋債務之因免除而消滅，非如清償，對於債權人與以實質的滿足故也。但如對於他債務人不生效力，則於他債務人清償債務時，得向受免除之債務人請求償還其應分擔之部分，而該債務人又對於債權人請求其償還，徒生訴訟循環之繁雜手續，殊屬無謂，故自實際

言之，又應以對於他債務人亦生效力爲是。我民法即從此立法例，於第二七六條第一項規定：「債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。」依此規定，債權人向連帶債務人全體免除債務時，連帶債務全部消滅，向其中一人免除債務，而有消滅全部債務之意思表示時，則他債務人亦同免其責任。不過於無消滅全部債務之意思表示時，他債務人惟專就該債務人應分擔之部分免其責任耳。何謂免除，我民法規定於第三三條，係於債之消滅中述之，茲不贅。（註三）

八 消滅時效完成 連帶債務中之一人消滅時效完成，對於他債務人是否亦生效力，各國法律不同，有對於他債務人亦生效力者（日民第四三九條暹民第二五〇條），有對於他債務人亦不生效力者（德民第四二五條第二項），自理論言之，應以後之立法例爲是，蓋債務之因消滅時效完成而消滅，非如清償，對於債權人與以實質的滿足故也。但如對於他債務人不生效力，則於他債務人清償債務時，尙得對於受消滅時效完成利益之債務人請求償還其應分擔之部分，則該債務人將不克享受消滅時效完成之利益，故自實際言之，又應以前之立法例爲是。我民法即從此立法例，於第二七六條第二項規定：「前項規定，於連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，準用之。」所謂準用者，即就該債務人應分擔之部分，對於他債務人亦同免其責任也。

九 受領遲延 債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時，對於他債務人是否亦生效力，各國法律不同，有

對於他債務人不生效力者，此爲多數圖之所同，有對於他債務人亦生效力者，如德國民法及暹羅民法是。（德民第四二四條暹民第二五二條）。自理論言之，以前之立法例爲是。蓋連帶債務係數個獨立之債務，不能謂連帶債務人中之一人提出給付，卽爲他債務人之提出給付故也。但如對於他債務人不生效力，則債權人對於債務人中一人已提出之給付拒絕受領或不能受領，對於他債務人尙保有其權利，甚爲不當，故自實際言之，又應以後之立法例爲是。我民法卽從此立法例，於第二七八條規定：「債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時，爲他債務人之利益，亦生效力。」

上述九端，皆係發生絕對效力之事項，此等事項之中，有就全部債務，對於他債務人亦同免其責任者，有僅就該債務人之分擔部分，對於他債務人亦同免其責任者。前者如清償代物清償提存抵銷混同判決確定及受領遲延是。後者如免除及時效完成是。有屬強行規定，當事人不得以契約限制其效力者，有非強行規定，當事人得以契約限制其效力者。前者如清償代物清償提存抵銷及混同是。後者如判決確定免除時效完成及受領遲延是。（註二）連帶債務人中之一人因清償致他債務人同免其責任時，依我民法第二八一條規定，該債務人於責債範圍內承受受債權人之權利，從而債權於此範圍內仍屬存續，或準絕對清償。關於代物清償提存抵銷等有債行爲，亦同。其詳俟後述之，茲不贅。

（註三）關於免除，各國民法之用語例，無不相符，約可分爲兩種：其一，明定債權人與連帶債務人中之一人之合意免除，於當事人有清償義務之關係之意思時，爲他債務人之利益亦生效力者，如德國民法第四二三條是。其二，明定對於一債務人所爲之免除，雖該債務人之分

擔保人，爲他債務人之利益亦生效力者，如法國民法第一二八五條，日本民法第四三七條，暹羅民法第二五五條是。我國民法僅德國民法，關於用許制則曰：債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，餘該債務人應分擔之部分，他債務人仍不免其責任（民法第二七六條第一項），殊欠妥洽。

第三 發生相對效力之事項

我民法第二七九條規定：「就連帶債務人中之一人所生之事項，除前五條規定或契約另有訂定外，其利益或不利益，對他債務人不生效力。」本條之規定，甚爲概括，茲舉其重要事項如左，以見一般。

一 履行之請求 債權人對於連帶債務人中一人所爲履行之請求，外國法律有明定其對於他債務人亦生效力者（日民法四三四條），我民法則從一般立法例，以其爲發生相對效力之事項，蓋如其爲發生絕對效力之事項，則他債務人縱未受履行之請求，亦生時效中斷及給付遲延之效果，甚爲不當故也。

二 債務人之過失 連帶債務人中一人之過失，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定因連帶債務人中一人之過失致給付不能，他債務人亦應負損害賠償之責者，如法國民法及暹羅民法是（法民第一二〇五條，暹民第二五六條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法是（德民第四二五條第二項）。就理論言之，連帶債務人中一人之過失，在他債務人與事變無異，無使其對於事變而負責任之理由，故我民法從後之立法例，以其爲發生相對效力之事項。

三 債務人之遲延 連帶債務人中一人之遲延，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定對於他債務人亦生效力者，如法國民法及暹羅民法是（法民第一二〇七條、暹民第二五一條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第四二五條、瑞債第四一六條）。余以為就我民法解釋，則應因情形而異，殊難一概而論，即（一）給付有確定期限，且係同一時期者，如各債務人皆不為履行，則全體債務人皆負遲延責任；如就中有一人已為履行，則全體債務人皆不負遲延責任。（二）給付無確定期限，或雖有確定期限而非同一時期者，則僅由具備遲延要件之債務人負遲延責任，他債務人皆不負遲延責任。（註四）

四 給付不能 連帶債務人中一人之給付不能，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定對於他債務人亦生效力者，如法國民法及暹羅民法是（法民第一二〇七條、暹民第二五一條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第四二五條、瑞債第四一六條）。余以為就我民法解釋，則應因情形而異，殊難一概而論，即（一）全體債務人之給付不能，如因不可歸責於全體債務人之事由而生，則全體債務人皆免其債務；如因可歸責於債務人中一人之事由而生，則惟該債務人負損害賠償責任，他債務人免其債務。（二）債務人一人之給付不能，如因不可歸責於該債務人之事由而生，則惟該債務人負損害賠償責任，他債務人不受影響；如因可歸責於該債務人之事由而生，則惟該債務人負損害賠償責任，他債務人不受影響。

五 消滅時效中斷及不完成 連帶債務人中一人之消滅時效中斷，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定對於他債務人亦生效力者，如法國民法瑞士債務法及暹羅民法是（法民第一〇九九條第一二〇六條第二二四九條瑞債第一三六條第一項暹民第二四九條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法是（德民第四二五條第二項）。就理論言之，應以後之立法例爲是，故我民法從之，以其爲發生相對效力之事項。（註五）消滅時效之不完成時，亦同。

六 債權之讓與債務之承擔 債權人能否以其對於連帶債務人一人之債權讓與第三人，學說上頗有爭論，有謂連帶債務爲單一債務，不得以其對於債務人一人之債權讓與第三人者（Gröth氏主此說），有謂連帶債務係數個獨立之債務，得以其對於債務人一人之債權讓與第三人者（Binder，Reichel，Ortmann氏主此說）。就我民法解釋，應從後說，且應以其爲發生相對效力之事項。第三人承擔連帶債務人一人之債務時，亦同（同說Ortmann，Schollmeyer，Planck諸氏）。

七 連帶之免除 連帶之免除（remise de la solidarité）惟法國法系之民法認之（法民第一二一〇條）。德國法系之民法則否。所謂連帶之免除，即免除全部給付之謂。換言之，即免除連帶債務人分擔部分以外之部分，謂之連帶之免除。連帶之免除，有絕對的連帶之免除與相對的連帶之免除，對於全體債務人免除連帶者，爲絕對的連帶之免除，對於債務人一人免除連帶者，爲相對的連帶之免除。因絕對的連帶之免除，則

各債務人皆僅就其分擔部分負擔債務，於此場合，連帶債務一變而為可分債務。因相對的連帶之免除，則僅債務人一人僅就其分擔部分負擔債務，他債務人仍應負擔債務之全部，從而相對的連帶之免除，自無發生相對的效力。

上述七端，即發生相對效力重要之事項。但應注意者，我民法第二七九條並非強制規定，此就本條除外之規定觀之而自明。故如當事人間另有契約，對於相對的效力之事項，與以絕對的效力，應認為有效，自不待言。但此係就通常情形而言，亦有依事項之性質，不能付與絕對的效力者，如消滅時效之中斷，即其一例。蓋關於消滅時效之中斷，如依當事人之契約與以絕對的效力，則消滅時效之完成甚為困難，將發生違背公益之結果故也。

(註四)日本民法關於給付遲延，因給付有確定期限，有不確定期限，及未定期限而不同。給付有確定期限者，於給付期到來，債務人即負遲延責任，給付有不確定期限者，於債務人知其期限到來之日起負遲延責任，給付未定期限者，則自債務人受履行之請求時起負遲延責任。
(日民法四一二條)，而日民法係以履行之請求為發生絕對的效力之事項(日民法四三四條)，從而日本在解釋日本民法者，於第一節二兩種情形，謂其為發生相對的效力之事項，而於第三種情形，則謂其為發生絕對的效力之事項。

(註五)依我民法第一二九條規定，消滅時效中斷之事由為請求承認及起訴之三種，無論其為何種事由，皆屬發生相對的效力之事項，但在解釋日本民法者，則因日民法四三四條係以履行之請求為發生絕對的效力之事項，故於請求則認為係消滅時效中斷為發生相對的效力事項之例外。

第四項 連帶債務人相互間之關係

第一目 相互間之分擔部分

依我民法第二八〇條規定：「連帶債務人相互間，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應平均分擔義務。」此係關於連帶債務人相互間分擔部分之規定（法民第一二一三條、德民第四二六條、奧民第八九六條、瑞債第四一八條、暹民第二五八條）。依此規定，連帶債務人相互間之分擔部分，原則上係屬平均。我民法之所以定為平均者，蓋着眼於公平觀念，推測債務人間之意思定之也。但此僅屬補充規定，故如（一）法律另有規定，則從其規定；所謂法律另有規定，例如民法第一八八條第三項及第六七七條之規定是。（二）契約另有訂定，則從其訂定；所謂契約另有訂定，例如債務人間約定，由債務人一人實際負擔全部債務，他債務人僅因與以信用，對於債權人負擔全部債務是。以契約另定分擔部分，不僅由契約而生之連帶債務有其適用，即由法律規定而生之連帶債務以契約另定其分擔部分，亦無不可。例如合夥之合夥人，對於合夥之債務，雖依民法第六八一條之規定應負連帶責任，而其內部之分擔部分，不妨自由定之。至債務人一人因清償或其他免責行為致受有損害，或支出費用，他債務人應為分擔，乃事所當然，故我民法不設明文規定。所謂事所當然者，蓋債務人一人如因清償或其他免責行為致受有損害，基於公平之觀念，他債務人不能不為損害之分擔，如因清償或其他免責行為支出費用，基於無因管理之理，他債務人不能不為費用之償還也。（註）但如因連帶債務人一人應單獨負責之事，由所致之損害及支出之

費用，而亦責令他債務人分擔，則殊失當，故我民法第二八〇條特設但書，明定其由該債務人負擔之。所謂損害，例如債務人因為清償，不得已以高利借入金錢，或以廉價出賣其財產，所生之損害是。所謂費用，舉凡匯費、運送費、新舊費用、執行費用等皆屬之。所謂因債務人一人應單獨負責之事，由所致之損害及支出之費用，即該債務人對於所致之損害及支出之費用有故意或過失是。

（註）關於他債務人分擔損害之根據如何，學說上頗有爭論，有謂其基於委任保證者，有謂其基於無因管理者，有謂其基於公平觀念者，俟命所償，應以第三款為是。關於他債務人分擔費用之根據如何，學說上亦有爭論，有謂其基於委任保證者，有謂其基於無因管理者，俟命所償，應以第三款為是。

第二目 相互間之求償權

如上所述，連帶債務人相互間，既各有其分擔部分，而於因債務人一人之清償或其他行為，致他債務人同免責任時，發生求償權之問題。茲述我民法關於連帶債務人相互間求償權之規定如左。

第一 求償權之要件

依我民法第二八一條第一項規定：「連帶債務人中之一人，因清償或其他行為，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還其各自分擔之部分，並自免責時起之利息。」依此規定，求償權之成立，其要件如下：（一）須連帶債務人中之一人已為免責之行為，即必於連帶債務人中之一人已為免責行為後，始得對於他債務人求

債，從而於未爲免責行爲以前，自無求償之可言。(二)須致他債務人同免責任。所謂他債務人同免責任，即不但該債務人之責任因該債務人之行爲減輕或消滅，即他債務人之責任亦因該債務人之行爲減輕或消滅，從而求償權之成立，自惟限於發生絕對效力之事項有之，相對效力之事項則無成立求償權之可能。(三)須因清償或其他行爲致他債務人同免責任。何謂其他行爲，解釋上頗屬疑問。依余所信，我民法既以清償爲其例示，則所謂其他行爲，自應一如日本民法解釋，係指有償行爲而言。(日民第四四二條第一項)從而發生絕對效力之事項中，自惟清償代物清償提存抵銷及混同等，得成立求償權。至如確定判決免除消滅時效完成及受領遲延，雖致他債務人同免責任，亦無成立求償權之餘地。蓋以其爲無償故也。具備上述三種要件，固成立求償權，但同免責任之數額，是否必須超過該債務人自己應分擔之部分，學說上頗有爭論。依余所信，應取肯定說。即如同免責任之數額，少於該債務人應分擔之部分，或僅與其應分擔之部分相等，或則尙未盡自己之義務，或則不過盡自己之債務，即不能成立求償權。(註一)

(註一)在德國民法學界主肯定說者，爲 Ortman, Immeceerus, Reichel 諸氏。主否定說者，爲 Crome, Dernburg, Goldmann, Lilienthal, Kuhlensbeck-Staudinger, Schollmeyer 諸氏。法國通說均採否定說。我國民法學者如陳克生氏、法蘭林氏均採肯定說。但債務法則對於此點，設有明文規定(瑞債第一四八條第二項)。

第二 求償權之範圍

關於求償權之範圍，我民法第二八一條第一項設有明文規定，即（一）該債務人得向他債務人請求償還其各自分擔之部分；此在因清償提存抵銷等致他債務人同免責任時，出資額與其已消滅之債權額係屬相同，其求償之範圍，無論依何項數額均屬同一，固屬不成問題；但如為代物清償，則出資額與已消滅之債權額，非必相同，此時應依何項數額以定求償權之範圍，則屬疑問；依余所信，於此情形，應依出資額以定求償權之範圍，但如出資額大於已消滅之債權額，則依已消滅之債權額以定求償權之範圍。（二）並得向他債務人請求支付自免責時起之利息；連帶債務人中之一人為免責行為時，他債務人既亦因之同免責任，故我民法明定其得向他債務人請求支付利息，以保護為此免責行為之債務人。此利息為法定利息之一種，依我民法規定，以自免責時起，為其起算利息之時期。至其利率，則應依法定利率即週年百分之五以為計算，是不待言。

第三 求償權之擴張

連帶債務人中之一人，不能償還其分擔額時，即由求償權人單獨負責，殊欠公平，故我民法從一般立法例，於第二八二條特設求償權擴張之規定。（註二）求償權之擴張，其要件有二：（一）須連帶債務人中之一人不能償還其分擔額；關於此點，外國法律有以連帶債務人中之一人無資力不能償還為限者（日民第四四四條），我民法無此限制，余以為自以不能償還其分擔額為已足，其原因如何，則非所問。又所謂不能償還，不僅指分擔部分之全部不能償還，即分擔部分之一部不能償還亦是。（二）須其不能償還非由求償權人之過失所致；此為我

民法第二八二條第一項但書所明定，良以求債權之擴張，乃爲維持公平而設之制度，如其不能償還，係由求債權人之過失所致，則無使他債務人負擔損失之理由故也。所謂不能償還係由求債權人之過失所致，例如因求債權人怠於求償致消滅時效完成，或其人行蹤不明是。具備上述要件，依我民法第二八二條第二項規定，其不能償還之部分，由求債權人與他債務人按照比例分擔之。例如連帶債務人五人，以平等比例，負擔二千元之債務時，如其中一人不能償還，則其人分擔部分之四百元，由其他四人平均分擔是。但所謂按照比例分擔，即按照各自應分擔之部分比例分擔之謂，從而無分擔部分之債務人，自無分擔義務之可言。（註三）又依我民法第二八二條第二項規定：「前項情形，他債務人中之一人應分擔之部分已免責者，仍應依前項比例分擔之規定，負其責任。」所謂他債務人中之一人應分擔之部分已免責任，係指何種情形而言，解釋上不無疑義，余以爲當係指連帶之免除時言之，但有謂係指消滅時效完成，或經債權人免除其債務時而言者，如依此說，則是對於無償行為亦得成立求償權，更得爲求償權之擴張矣，詎有當乎？（註四）又關於此點，外國法律有規定其分擔部分應由債權人負擔者（日民第四四五條），此種規定殊不合於債權人之意思，故我民法明定其由債務人負擔之。

（註二）各國民法多設有求償權擴張之規定——德民第八九六條、法民第一二二四條、德民第四二六條第一項、債權第一四八條第三項、日民第四四條、德民第二六〇條。在解釋法民者謂求償權之擴張，係因債務人固有合夥關係之存在，我民法不認合夥關係之存在，故

可解爲係基於公平之理由。

(註三)連帶債務人中之一人不能償還之分擔部分，固應由未償權人與他債務人按照比例分擔之，然該債務人分擔部分之債務，縱然在本，並不因其不能償還而消滅，從而如該債務人他日能為償還，則未償權人及他債務人仍得請求其償還，是不待言。

(註四)關於此點，洪氏與本書見解不同，洪者謂：「第二項所謂他債務人中之一人應分擔之部分已免責者，例如他債務人中之一人消滅時數已完成，或經債權人免除其債務時是也。此際該債務人應分擔之部分，依第二百七十六條之規定，其餘之債務人亦同免其責任，固無更受免責之事，但有不能向未償權人償還分擔部分之債務人時，則其不能償還之部分該債務人仍應分擔之。受連帶免除之債務人，就其應分擔之部分仍未免責，故應適用第一項之規定，不在第二項規定之列。」（洪氏前編一九二頁）

第四 代位

在普羅馬法，連帶債務人中之一人對於他債務人有求償權時，惟能請求讓與債權人之債權，近世各國法律則多認求償權人得當然行使債權人之權利（法民第一二二五條，德民第四二六條，第二項，瑞債第一四九條，日民第五〇〇條，德民第二六一條）。我民法從之，亦於第二八一條第二項規定：「前項情形，求償權人於求償範圍內，承受債權人之權利。」蓋所以確保求償權之效力也。此種規定，於債權人之權利附有擔保時，尤為必要，蓋於此場合，求償權人於固有求償權以外，尚有行使債權人權利之實益也。但依同項但書規定，「不得有害於債權人之利益」，此屬承受債權人權利之限制，我民法所以設此限制者，蓋又在保護債權人之利益也。至關於代位之性質如何，學說上頗有爭論，依余所信，應解為係法律上債權之移轉。即基於法律之規定，債權人之權利移

轉於爲免責行爲之債務人。準此以解，則因債務人中一人之免責行爲，對於他債務人之債權雖亦因達其目的而消滅，然不過相對的消滅，而非絕對的消滅，至爲顯然。又依上所述，爲其免責行爲之債務人，雖有固有之專債權及債權人之權利，然此兩種權利，係爲同一目的而存在，自生請求權之競合，從而求債權人因行使一種權利達其目的時，則他之權利即當然歸於消滅焉。

第三款 連帶債權

第一項 連帶債權之性質

連帶債權(Gesamtforderung, Solidarische active)者，數人基於同一原因，享受具有同一目的之同一給付之數個債權也。(註)析言之：

一 連帶債權須有數人之債權人 此連帶債權爲多數主體之債當然之結果。至債務人之爲一人，抑爲數人，則非所問。

二 連帶債權係數個之債權 卽連帶債權，係按照債權人人數之數個之債權。連帶債權之爲數個債權，其根據有二：(一)依第二八四條規定：「連帶債權之債務人，得向債權人中之一人爲全部之給付。」依此規定，我民法係認連帶債權爲數個債權，實無可疑，卽如非解爲數個債權，則債務人無須向債權人中之一人爲全部之給付矣。(二)又依第二九〇條規定：「就連帶債權人中之一人所生之事項，除前五條規定(卽第二八五

條至第二八九條）或契約另有訂定者外，其利益或不利益，對他債權人，不生效力。依此規定，我民法係屬連帶債權為數個債權，尤為顯然，即如非解為數個債權，則就連帶債權人中一人所生之事項，其利益或不利益，應當對於他債權人發生效力矣。

三 數個債權須係同一之給付 我民法第二八三條所謂數人有同一債權，即係此意。但亦如連帶債務所述，連帶債權以給付同一為已足，其體樣是否同一，則非所問。其詳已於前述，茲不贅。

四 數個債權須有同一之目的 各債權人所享有之債權，雖屬同一，如其目的而非同一，仍不能成立連帶債權。故連帶債權之成立，以數個債權具有同一目的為必要。彼連帶債權之債務人一旦向債權人中之一人為全部之給付，其他債權人之債權即完全歸於消滅者，正因數個債權具有同一之目的也。此與連帶債務所述同，其詳見前，茲不贅。

五 數個債權須基於同一之原因 數個債權雖有同一之目的，如非基於同一原因而生，則不能稱為連帶債權，此與前述連帶債務同。又所謂原因，係指債權發生之實質的原因而言，債權發生之形式的原因如何，則非所問。此點，已於前述，可參照得之。

（註）自羅馬法以來，各國法律多設有連帶債權之規定——維民第四二八條以下與民第八九二條以下法民第一一九七條以下債權第一五〇條連民第二二九條以下。惟日本民法無之，其意蓋以為連帶債權於實際生活殊不多見，且不免予受領給付之債權人以壟斷其利益。

之機會故也。雖然，連帶債權於實際生活固所鮮見，然不能謂其必無，既不能謂其必無，即應得設規定，以爲適用上之準則。且連帶債權對於債權人及債務人亦非毫無利益，就債權人言之，設債務人遠在地方，親往收取，困難不鮮，則以居住其地之友人爲代理人，亦有種種證明之煩，實不知以其人爲連帶債權人，較爲簡便。又就債務人言之，亟須向債權人中之一人爲全額之給付，即可免其債務，其履行債務，亦不難與非債權人也。

第二項 連帶債權之原因

連帶債權發生之原因，依我民法規定，一爲法律行爲，一爲法律規定，茲分述如左。

第一 法律行爲

我民法第二八三條規定：「數人依……法律行爲，有同一債權，而各得向債務人爲全部給付之請求者，爲連帶債權。」此即規定連帶債權得由法律行爲而生。法律行爲爲原有單獨行爲與契約之別，連帶債權之由於單獨行爲而生者則甚少，其由於契約而生者則爲日常交易所常見。連帶債權之由於契約而生，其契約通常固爲一個，但縱爲數個，亦無不可。又各債權人之與債務人成立連帶債權契約，無須同時爲之，縱異時爲之，亦屬無礙。此與前述連帶債務之由於契約而生正復相同，其詳見前，可參照得之。

第二 法律規定

我民法第二八三條規定：「數人依法律……有同一債權，而各得向債務人爲全部給付之請求者，爲連帶債權。」

此即規定連帶債權得由法律規定而生。不過此種規定，就我民法言之，尙未之見耳。

第三項 連帶債權之效力

第一目 債權人之權利

依我民法第二八三條規定，數人依法律或法律行為，有同一債權者，各得向債務人爲全部給付之請求。既各得向債務人爲全部給付之請求，則債權人中之一人向債務人爲全部給付之請求時，自無須他債權人協力之必要。故縱債權人中之一人已爲全部給付之請求，他債權人亦不妨更爲全部給付之請求。依同理，縱債權人中之一人已提起給付之訴，他債權人亦不妨更行提起給付之訴。各債權人既得對於債務人獨立提起訴訟，從而自應就各個訴訟受給付之判決。此因各個訴訟，欠缺當事人之同一，不得爲判決既判力之抗辯故也。雖然，債務人已向債權人中之一人爲全部之給付時，在其與他債權人之訴訟中，自得以債務已因履行而消滅爲抗辯。又債務人受有應向債權人中之一人爲給付之判決後，已向他債權人爲全部之給付時，得於其執行判決之際，提起執行異議之訴，又不待言。依上所述，連帶債權之債權人，既各得獨立向債務人爲全部給付之請求，則連帶債權之債務人，自無不許依其選擇，向債權人中之任何一人爲全部給付之理由。故我民法第二八四條規定：「連帶債權之債務人，得向債權人中之一人，爲全部之給付。」依此規定，連帶債權之債務人縱在債權人中之一人已爲請求或已爲起訴後，亦仍得依其選擇向他債權人爲全部之給付。又債務人於得債權人之承諾時，得爲分割給付，而以其一部向債權

人中之一人爲給付，其他部分，向他債權人給付。不過在未爲未爲全部之給付以前，尚不得免其債務耳。

第二目 就連帶債權人中一人所生事項之效力

第一 概說

就連帶債權人中一人所生之事項，是否對於他債權人發生效力，亦如連帶債務應分兩方面觀察之。即如由連帶債權係數個獨立之債權觀察，則債權人中一人所生之事項對於他債權人不生效力。反之如就連帶債權之數個債權具有同一目的觀察，則債權人中一人所生之清償或得與清償同視之事項，對於他債權人亦生效力。前者謂之發生相對效力之事項，後者謂之發生絕對效力之事項。我民法即大體從此理論以爲規定，與連帶債務同。茲分別說明如左。

第二 發生絕對效力之事項

關於發生絕對效力之事項，依我民法規定，有如左述。（註一）

一 請求給付 此爲我民法第二八五條所明定，即「連帶債權人中之一人爲給付之請求者，爲他債權人之利益，亦生效力。」我民法之以請求給付爲發生絕對效力之事項者，蓋爲使債權易於實行也。此之所謂請求，不同其爲裁判上之請求與裁判外之請求，皆屬之。此之所謂爲他債權人之利益亦生效力，例如因債權人中之一人爲給付之請求，致消滅時效中斷（民法第一二九條），各債權人之消滅時效亦被中斷是。又如因債

權人中之一人爲給付之請求，致債務人負遲延責任（民法第二二九條第二項），各債權人皆得主張遲延責任之效果是。

二 受領清償代物清償提存抵銷及混同 此爲我民法第二八六條所明定，即「因連帶債權人中之一人，已受領清償代物清償或經提存抵銷混同而債權消滅者，他債權人之權利，亦同消滅」。蓋如前所述，連帶債權之數個債權，其目的同一，如連帶債權人中之一人已受領清償，則其目的已達，他之債權無存在之理由，故我民法以受領清償爲發生絕對效力之事項。其次，代物清償提存及抵銷，係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法亦以其爲發生絕對效力之事項。至如混同，雖非使債權人受實質的滿足，然債務人原得依其選擇，向債權人中之一人爲全部之給付，從而債務人選擇有混同之債權人而爲給付，自無不可，此又我民法所以以其爲發生絕對效力之事項也。

三 判決確定 就訴訟法則言之，判決原則上自惟於訴訟當事人間發生效力，但我民法爲保護債權人起見，對此原則，於第二八七條設有例外，即「連帶債權人中之一人，受有利益之確定判決者，爲他債權人之利益，亦生效力。連帶債權人中之一人，受不利益之確定判決者，如其判決非基於該債權人之個人關係時，對於他債權人，亦生效力。」所謂有利益之確定判決，例如確認連帶債權成立，或命債務人爲給付之確定判決是。所謂爲他債權人之利益亦生效力，例如債務人更向他債權人提起確認連帶債權不成立之訴時，他債權人得

爲既判力之抗辯是。所謂不利益之確定判決，例如確認連帶債權不成立，或駁回債權人給付請求之確定判決是。所謂其判決非基於該債權人之個人關係，例如非因該債權人已向債務人免除債務，或對於該債權人之消滅時效業已完成，因而受敗訴之判決是。所謂對於他債權人亦生效力，例如於連帶債權中之一人因消滅時效完成致受敗訴之判決時，他債權人不得更向債務人提起給付之訴是。

四 免除債務及消滅時效完成 免除債務，非如受領清償，對於債權人與以實質的滿足，故自理論言之，連帶債權人中之一人縱向債務人免除債務，亦不發生絕對的效力，但我民法爲實際上之便利起見，於第二八八條第一項規定：「連帶債權人中之一人向債務人免除債務者，除該債權人應享有之部分外，他債權人之權利，仍不消滅。」依此規定，連帶債權人中之一人向債務人免除債務時，就該債權人應享有之部分，固生絕對的效力，不過不能謂連帶債權人中之一人向債務人免除債務，即當然消滅其全部之債務耳。又連帶債權之數個債權，如前所述，得異其條件或期限，且縱使同其期限，然如後所述，消滅時效之中斷及未完成，對於他債權人不生效力，則各個債權消滅時效之完成，自屬不能一致，從而連帶債權中之一人消滅時效已完或時，對於他債權人是否亦生效力，亦一疑問。我民法則爲使債務人受消滅時效完成之利益起見，特於同條第二項規定：「前項規定，連帶債權人中之一人消滅時效已完者，準用之。」所謂準用者，即就該債權人應享有之部分，對於他債權人亦生效力也。（註三）

五 受領遲延 如前所述，連帶債權係數個獨立之債權，從而連帶債權人中之一人縱有遲延，亦不發生絕對的效力。但我民法於第二八九條規定：「連帶債權人中之一人有遲延者，他債權人亦負其責任。」我民法之以受領遲延為發生絕對效力之事項者，蓋如前所述，連帶債權之債務人，原得向債權人中之一人為全部之給付，苟非以受領遲延為發生絕對效力之事項，則前述債務人得選擇債權人而為給付之旨趣，即將不能貫徹故也。

以上各端，皆係發生絕對效力之事項，此等事項之中，亦如連帶債務，有就全部債權，對於他債權人亦生效力者，有惟就該債權人應享有之部分，對於他債權人亦生效力者。前者如請求給付受領清償代物清償提存抵銷混同判決確定及受領遲延是。後者如免除債務及消滅時效完成是。有屬強行規定，當事人不得以契約限制其效力者，有非強行規定，當事人得以契約限制其效力者，前者如受領清償代物清償提存抵銷及混同是。後者如請求給付判決確定免除債務時效完成及受領遲延是。

(註一)關於連帶債權中之一人所生之事項，對於他債權人亦生效力之規定，奧國民法僅區一條(第八九五條)。瑞士實法亦然(瑞士債第一五〇條第二項)。法國民法亦僅以請求給付(第一一九七條第一一九八條第一項)免除債務(第一一九八條第二項)及時效中斷(第一一九九條)為發生絕對效力之事項。德國民法除以受領遲延及混同為發生絕對效力之事項外，其他各點，則準用關於連帶債務之規定(第四二九條)。各國法律規定詳者，厥維羅馬民法(第三三四條至第三四二條)。我民法大體從羅馬民法之規定。

(註二) 我民法第二八八條第一項之措詞，殊欠妥洽，應見何應改為：「連帶債權人中之一人，向債務人免除債務者，就該債權人應享者之部分，對於他債權人，亦生效力。」

第三 發生相對效力之事項

我民法第二九〇條規定：「就連帶債權人中之一人所生之事項，除前五條（即第二八五條至第二八九條）規定或契約另有訂定外，其利益或不利，對他債權人，不生效力。」此係連帶債權係數個獨立債權當然之結果。舉其重要事項言之，例如債務人僅對於連帶債權人中之一人有過失，或給付遲延，或給付不能，連帶債權人中之一人有過失，或讓與債權，或有時效中斷及未完成之事由，或連帶之免除，除是（註三）此等事項，無論其結果對於他債權人是否有利，均惟對於該債權人與債務人間為有效，即僅有相對之效力，而無絕對之效力。但應注意者，我民法第二九〇條並非強制規定，此就本條除外之規定觀之而自明。故如當事人間另有契約，對於相對的效力之事項，與以絕對的效力，苟為事項之性質所許，自應認其為有效。其詳已於連帶債務中述之，茲不贅。

(註三) 但應注意者，我民法第二八五條新規定：「連帶債權人中之一人為給付之請求者，為他債權人之利益，亦生效力。」則關於給付遲延及消滅時效之中斷，自惟因連帶債權人中之一人之債權先屆給付之確定期限，致債務人負擔遲延責任（民法第二二九條第一項），因請求以外之事由，致消滅時效之中斷時，對於他債權人，不生效力。

第四項 連帶債權人相互間之關係

依我民法第二九一條規定：「連帶債權人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分受其利益。」此係關於連帶債權人相互間分受部分之規定。依此規定，連帶債權人相互間之分受部分，原則上係屬平均。此亦不外着眼於公平觀念，推測債權人間之意思而爲之補充規定，故如法律另有規定，或契約另有訂定，則應從其規定或訂定。所謂契約另有訂定，例如債權人間約定，祇於外部各債權人得請求全部之給付，而於內部某債權人不分受其利益是。至所謂法律另有規定，就我民法言之，尙無其例。

第四節 不可分之債

第一 不可分之債之性質

不可分之債 (*Untheilbares Schuldverhältnis, obligations indivisibles*) 者，以不可分之給付爲標的之多數主體之債之關係也（民法第二九二條）。此種債權債務之發生，其要件如左。

一 須債之主體爲多數。此爲法條所明定，即須數人負同一債務，或有同一債權。數人負同一債務者，謂之不可分債務。數人有同一債權者，謂之不可分債權。

二 須以不可分給付爲標的。此亦爲法條所明定。所謂給付之不可分，其情形有二：有依給付之性質爲不可分者，例如以勞務或不作爲爲客體之給付，及以設定地役權爲客體之給付是。有依當事人之意思表示爲不可分者，例如以金錢爲客體之給付，性質上雖爲可分，然依當事人之意思表示爲不可分是。此之所謂不可分，

上述兩種情形，皆包含之。

第二 不可分之債之原因

不可分之債，有依法律規定而生者，例如數人繼承以不可分給付爲客體之債權或債務是。有依法律行爲（如契約或遺贈）而生者，例如數人受讓以不可分給付爲客體之債權，或承擔以不可分給付爲客體之債務是。不可分之債之由於契約而生，其爲一個之契約，抑爲數個之契約，在所不同。又於債之成立之始，其給付爲不可分，因爲不可分之債，但如於債之成立之始，其給付本爲可分，嗣後變爲不可分，是或成爲不可分之債，則屬疑問。依余所信，應取肯定說，蓋非解爲成爲不可分之債，不能達債權債務之目的故也。至給付本不可分，嗣後變爲可分，應成爲可分之債，我民法第二七一條後段設有明文規定，已於前述，茲不贅。

第三 不可分之債之效力

關於不可分之債之效力，各國法律，頗不相同，有須債權人全體共同請求給付者，如普魯士國法是。有本須債權人全體共同請求給付，但如債權人中之一人提供擔保，則得單獨請求給付者，如奧大利民法是（奧民第八九〇條）。有採連帶之債之形式，各債權人得請求債務人向自己爲給付，債務人亦得向債權人中之一人爲給付者，如法國民法、日本民法及暹羅民法是（法民第一一二四條第一二二二條、日民第四二八條、法四三〇條、四三二條、暹民第二六五條）。有無須債權人共同請求給付，但各債權人僅得請求向其全體爲給付，債務人亦

僅得向債權人全體爲給付者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第四三二條瑞債第七〇條第一項）。以上四種立法例，應以第四種立法例爲是。蓋如依第一種立法例，設債權人中之一人不爲協力，則債權人全體即不能受領給付，於實際上甚爲不便。又如依第二種立法例，固足以充分保護他債權人之權利，然債務人則不能因一次給付消滅其債務，殊失之苛。又如依第三種立法例，不但受領給付之債權人得以壟斷其利益，且不可分之債與連帶之債其性質究不相同，以之相提並論，（註一）且有受領給付之債權人壟斷利益之嫌，尤爲失當。故我民法特從第四種立法例，於第二九三條第一項規定：「給付不可分者，各債權人僅得爲債權人全體請求給付。債務人亦僅得向債權人全體爲給付。」依此規定，關於不可分之債，如屬不可分債權，債權人全體固得共同請求給付，債權人中之一人亦得單獨請求給付，不過於債權人中一人單獨請求給付時，須爲其全體爲之耳。反之如屬不可分債務，債務人全體固得共同履行給付，債務人中之一人亦得單獨履行給付，不過於債務人中之一人履行給付時，須向其全體爲之耳。雖然，不可分之債，究與連帶之債不同，故除債權人中之一人請求債務人向債權人全體爲給付時，因請求而生之給付遲延及時效中斷，對他債權人亦生效力，又債務人向債權人全體爲給付時，對債權人全體生消滅之效力外，舉凡債權人中之一人與債務人間或債務人中之一人與債權人間所生之事項，無論其結果對於他債權人或他債務人是否有利，均惟對於該債權人或該債務人間爲有效，即僅有相對之效力，而無絕對之效力。故我民法特設第二九三條第二項，以明示之。（註二）

(註二)連帶之債與不可分之債，形式上雖屬相同，但其性質究屬有異，故在不可分之債，其給付變為可分時，則由不可分之債成為可分之債。反之在連帶之債，其給付雖變為可分，亦仍為連帶之債，而非因此成為不可分之債。

(註三)我民法第二九三條，就其語氣觀之，似專就不可分債權立論，實則不可分之債，不限於不可分債權，即不可分債務亦是，故本書特就不可分債權及不可分債務二者說明之。

第四 各債權人或各債務人間之相互關係

依我民法第二九二條規定：「數人負同一債務，或有同一債權，而其給付不可分者，除第二九三條之規定外，準用關於連帶債務或連帶債權之規定。」依此規定，亦若不可分之債，除第二九三條之規定外，關於連帶之債皆有用準用之可能，實則所可準用者，僅祇第二八〇條及第二九一條關於各債權人或各債務人間相互關係之規定。申言之，即如屬不可分債權，各債權人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均受其利益。如屬不可分債務，各債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔其義務。

第六章 債之移轉

第一節 概說

第一 債之變更

債之變更(Veränderung der Schuldverhältnisse)者，債之關係仍保持其同一，而變更其內容或主體之謂也。債之變更與債之消滅不同，既存之債依然存續，並不消滅者，謂之債之變更。既存之債歸於消滅，新生他種之債者，謂之債之消滅。從而在債之變更，舉凡附着於其債之利益或瑕疵，並不因債之變更而受何種之影響。反之在債之消滅，則舉凡附着於其債之利益或瑕疵，則因債之消滅而消滅。二者之性質及其效力，迥然不同，不可不辨。至債之變更，通常可分為債之內容之變更與債之主體之變更，茲分別說明如次。

第二 債之內容之變更

債之關係仍保持其同一，僅變更債之內容者，謂之債之內容之變更。債之內容之變更，固得依種種之方法而生，但其原因則不外下列之二種：(一)法律規定：債之內容之變更，基於法律規定而生者，例如因可歸責於債務人之事由致給付不能，而生之損害賠償請求權是(民法第二二六條第一項)。(二)契約：當事人得以契約為債之內容之變更，此在解釋上固無疑義，惟債之關係是否保持其同一，則屬疑問。有謂基於契約之債之內容之變更，通常既存之債依然存續，並不消滅者(因氏此說)，余則以為頗難一概而論，即基於契約之債之內容之變更，如既存之債依然存續，並不消滅，是即所謂債之變更。反之如既存之債歸於消滅，新生他種之債，則屬債之更改，而非債之變更。至究為債之變更，抑為債之更改，首應依主觀的標準決之。即當事人間有使債之關係

保持其同一者，爲債之變更，反是則爲債之更改。其次則應依客觀的標準決之，即依一般社會見解，經濟上與既存之債爲別種之債者，爲債之更改，反是則爲債之變更。

第三 債之主體之變更

債之關係仍保持其同一，僅變更債之主體者，謂之債之變更。債之主體之變更，可分爲概括的繼承與特定的繼承，以債權或債務爲財產之一部移轉於他人者，謂之概括的繼承。單以債權或債務獨立移轉於他人者，則謂之特定的繼承。前者即所謂遺產之繼承是，俟於繼承法中詳述之，茲不贅。後者通常又可分爲債權人之變更與債務人之變更，債權人之變更，稱爲債權之讓與或債權之移轉（*Ossion, Übertragung der Forderung*）。債務人之變更，稱爲債務之承擔或債務之移轉（*Schuldübernahme, Schuldübertragung*）。此之所謂債之變更，即指此兩種情形而言，茲於次節以下分別說明之。

第二節 債權之讓與

第一款 概說

第一 債權讓與之沿革

在昔羅馬法，以爲債權債務關係與其主體不得分離，故祇認債權之概括的繼承，而不認債權之特定的繼承，但如欲發生債權讓與經濟上同一之結果，則不妨依債之更改之方法爲之。嗣因交易頻繁，不認債權之特定的繼

受甚爲不便，於是債權人得委任他人爲訴訟代理人，使其收取債權，以達債權讓與之目的。但此代理人，乃爲自己之利益之代理人（*mandatum in rem suam*），而非純然之代理人，蓋其收取之債權，不交付於債權人，得爲自己之利益保有之故也。雖然，訴訟委任與一般委任同，應因委任人之死亡或撤回其委任而消滅，且於債權人直接對於債權人履行其債務時，則委任喪失其效力，從而債權讓與之目的仍不可得而達。故嗣後爲保護受人起見，縱於委任因委任人之死亡或撤回而消滅時，受人仍有獨立之訴權，得以自己之名義對於債務人起訴。更依訴訟委任之通知（*dennuntiatio*），剝奪債權人處分其債權之權利，債務人於受通知以後，即不得對於債權人爲有效之履行。但此等辦法，終嫌周折，故近世立法，一反羅馬法上之觀念，明認債權人得將債權讓與於第三人，我民法從之（民法第二九四條）。（註一）

（註一）普國民法第一節第一章第三七六條以下，奧大利民法第一三二九條以下，法國民法第一六八九條以下，意大利民法第一五三八條以下，德國民法第三九八條以下，瑞士債權法第一六四條以下，日本民法第四六六條以下，暹羅民法第二六六條以下。

第二 債權讓與之學說

債權能否讓與，在德國普通法時代，爲最有爭執之宿論，主張債權不得讓與於他人者，以 Savigny, Buchke, Unger, Mühlenthal, Kuntze 諸氏爲代表，此說於當時德國學界頗占優勢。Dernburg, Windscheid, Brinz, Bruns, Salpius, Seuffert 諸氏則唱爲債權讓與論，多數學說宗之，德國民法即從此理論者也。茲舉

否認債權讓與之重要學說略爲批評如次。(一)有謂在羅馬法上，權利 (iure) 與訴權 (actio) 有別，故祇認訴權之讓與，而不認權利之讓與者。此說殊不足取，蓋時至今日，羅馬法上訴權之觀念，已不認之，從而不得祇認所謂訴權之讓與，故欲認債權之讓與，不能不認債權本身之讓與。(二)有謂如變更債權人，則反於債權之本質，故不認債權之讓與者。此說亦屬不當，蓋債權之存在，固須有債權人，然以有債權人爲已足，非必限於債權發生當時之債權人，故債權人縱有變更，亦無害於債權之本質。(三)有謂如變更債權人，則有害於債權之同一，故不認債權之讓與者。此說亦難贊同，蓋精確言之，變更債權人，固有害於債權之同一，然在法律學上，則無須如此精確，故如祇變更債權人，債權之其他組成部分依然存續，仍可謂其保持債權之同一。(四)有謂如變更債權人，則債權之標的歸於消滅，故不認債權之讓與者。此說亦未盡善，蓋債權之標的 (行爲)，原非現時存在，而係將來存在，此將來存在之行爲，何故歸於消滅，殊難說明？矧債權之標的，係適合於債權內容之一個行爲，而非特定行爲，既非特定行爲，即不得謂其因債權之讓與而消滅乎？(五)有謂債務人有對於特定債權人履行其債務之利益，如變更債權人，則侵害債務人之利益，故不認債權之讓與者。此說亦欠妥洽，蓋在今日，已不置重於債權人之要素，而置重於債權之物的要素，故縱認債權之讓與，亦無害於債權人之利益，矧債務人欲祇對於特定債務人履行其債務時，不妨與債權人訂立契約，禁止債權之讓與乎？依上所述，否認債權讓與之學說，均難成立，甚爲顯然，故在近世立法未有不認債權之讓與者，良以債權之讓與，對於讓與人及受讓人均屬有利，實不失爲極重要之

作用故也。

第三 債權讓與之性質

如前所述，債之關係仍保持其同一，僅變更債權人者，謂之債權之讓與，換言之，即第三人代替從來之債權人置身於債之關係者，謂之債權之讓與，故新債權人所取得之債權，仍為舊債權人所有之債權。被讓與之債權，既仍屬舊有之債權，則附着於其債權之利益或瑕疵，依然存續，並不消滅。反是如為債權之更改，則附着於其債權之利益或瑕疵，自因債權人之變更而消滅。此無他，蓋如前所述，債之更改，係消滅舊債權發生新債權故也。（註二）

（註二）羅馬法以更改（*novatio*）為消滅債務原因之一，近代立法多數從之。——德國國法第一節第十六章第四五〇條至第四七五條。

奧大利民法第一三七五條以下，法國民法第一二七一條至第一二八一一條，意大利民法第一二六七條至第一二七八條，瑞士債務法第一一六條及第一一七條，日本民法第五一三條至第五一八條。德國民法及暹羅民法無關於更改之規定，蓋以其實用甚少故也。我民法采之。但就契約自由原則立論，當事人間為更改之約定，自無不可（德國學者 *Motly, Dernburg, Planck, Staudinger-Köhlenbeck, Örtmann,*

Famocerus 諸氏同說）。

第四 債權讓與之原因

債權讓與之原因，通常可分為二：（一）基於法律規定之債權讓與；此指債權於法律所定一定事實發生之時，即當然移轉者而言。例如連帶債務人清償債務時之代位，第三人清償債務時之代位及保證人清償債務時之代

位是（民法第二八一條第二項第三一二條第七四九條）。反之，其非當然移轉，不過僅有移轉之義務時，例如民法第二二七條關於損害賠償義務人之代位請求，及第二二五條第二項關於債權人之代位請求等，則非此之所謂基於法律規定之債權讓與。蓋於此場合，不過僅有移轉債權之義務，如欲現實移轉債權，尚須訂立債權讓與契約故也。（二）基於契約之債權讓與：此指以契約移轉債權者而言。基於契約之債權讓與，以債權人與第三人間訂立契約為已足，不以債務人之協助為必要。此點俟後述之，茲不贅。又此之所謂債權讓與，必依契約為之，單獨行為則無讓與債權之可能，故在以債權為遺贈之標的時，繼承人不過有移轉債權之義務，如欲移轉債權，尚須繼承人與受遺贈人訂立債權讓與契約（異說陳氏前揭三八〇頁）。此與前述僅有債權移轉請求權之情形，正屬相同。關於法定之債權讓與，法律設有專條，俟於各該處所述之，茲不贅。此之所謂債權讓與，則專指基於契約之債權讓與而言，至何謂債權讓與契約，則於次款說明之。

第二款 債權讓與契約

第一 債權讓與契約之性質

債權讓與契約者，以債權之讓與為標的之契約也。債權之讓與，係讓與債權之本身，故僅使他人行使其債權者，則非債權之讓與。（註二）又債權之讓與，係依債權讓與契約，直接移轉其債權，故僅生移轉其債權之義務者，則非債權之讓與。由此可見債權讓與契約為處分契約。

(註一)債權人以外之第三人，能否以自己之名義行使債權，學說上頗有爭論，依余所信，無權利人既得依權利人之承認處分其權利，則如無權利人之同意行使其權利，自無不可。(民法第一七〇條第一項)。

第二 債權讓與契約與其原因

債權讓與契約與其原因(causa cessionis)之關係如何，因立法主義而不同，在德國法主義，將債權讓與契約與其原因，區別爲二，即不過因原因行爲，發生移轉債權之義務，如欲現實移轉債權，尙須訂立債權讓與契約。反之在法國法主義，則債權讓與契約與其原因混同，即債權依原因行爲而移轉，不認獨立之債權讓與契約。從而法國民法以債權讓與規定於買賣中，即依買賣移轉其債權。(註二)自理論言之，應以前之主義爲是。蓋債權人對於債務人，祇能依原因行爲取得請求給付之權利，例如債權之買賣，買受人祇能取得請求移轉債權之權利，出賣人祇能負擔移轉債權之義務，如欲現實移轉其債權，尙須訂立債權移轉之契約，此與物之買賣，出賣人祇負擔移轉所有權之義務，如欲現實移轉其所有權，尙須訂立所有權移轉之契約，正復相同。(註三)我民法雖祇設債權讓與之一般規定，而於債權讓與契約未設明文，然不將債權讓與規定於買賣，而規定債權讓與，其係明認債權讓與契約與其原因迥屬有別，實無可疑。債權讓與契約與其原因既有區別，則債權讓與契約，自屬無因行爲，從而縱使欠缺原因，讓與人亦祇能對於受讓人，基於不當得利規定，請求債權之返還，債權讓與行爲，並不因此發生何種之影響。從而債務人對於受讓人清償債務，祇以調查債權讓與契約有效無效爲已足，而於原因行

爲之有效成立與否，則無調查之必要。

(註二) 法國學者，如 Laurent, Baudry-Lacantinerie et others 諸氏均謂債權之買賣與債權之讓與，其意義相同，不知債權不但得依買賣以爲讓與，且得依贈與以爲讓與，買賣與讓與意義相同之說，殊非的論。更進一步言之，債權不但得依買賣贈與等契約以爲讓與，且有縱無買賣贈與等契約，即依法律規定當然移轉者，其不能不認獨立之債權讓與契約，實無可疑。

(註三) 債權讓與契約與其原因行爲，有時外觀上混而不分，例如現實贈與是，然不能因此否認債權讓與契約之存在。此與物權契約與其原因行爲之債權契約，其關係正屬相似，其詳已於前述，可參照得之。

第三 債權讓與契約之成立

債權讓與契約，依債權人與第三人之契約而成立，其成立要件，有如左述。

一 債權讓與契約係債權人與第三人之契約。換言之，即債權讓與契約之當事人爲債權人（讓與人）及受讓債權之第三人（即受讓人）。於此有應注意者三：（一）如前所述，讓與契約係處分行爲，從而讓與人以有處分能力爲必要，反是受讓人則係純讓法律上之利益，有無處分能力，則非所問。（二）讓與人於訂立讓與契約當時須有可以移轉之債權，從而讓與他人之債權，其契約爲無效。但如係負擔讓與他人債權之債務，則其契約得有效成立，自不待言。（註四）（三）讓與人須有處分其債權之權限，從而雖有債權而無處分權限（例如破產人），亦無成立債權讓與契約之可能。

二 債權讓與契約須其債權得為讓與。如前所述，無論何種債權，原則上皆得為讓與，然亦有基於債權之性質及當事人間之特約，例外不得讓與者，其不得讓與之債權，則無成立債權讓與契約之可能。至何種債權得為讓與及不得讓與，俟於次款說明之，茲不贅。又債權之讓與，係依債權讓與契約直接移轉其債權，從而讓與之債權，自以特定為必要。但所謂特定，以於得為讓與之程度特定為已足，故如債權之數額及債務人，於讓與當時雖不特定，苟屬可以特定，亦屬無礙。例如損害賠償債權，其賠償額或加害人雖不特定，亦得讓與是。

三 債權讓與契約為非要式契約。債權之讓與，僅依當事人間之合意而成，無須何種方式，此為一般立法之所認，我民法從之。惟依我民法第二九七條第一項規定，如欲債權之讓與對於債務人發生效力，尚須讓與人或受讓人之通知耳。關於此點，俟於第四款說明之，茲不贅。

(註四)空白讓與(Blancocession)，是否有效，學者間頗有爭論，在解釋德國民法者，多謂為有效(Sohn, Stempel, Enneccerus, Dernburg, Ortmann, Kuhlendorp 諸氏主此說)。余以為就我民法解釋則否，蓋依我民法第二九七條第一項規定，債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力，從而受讓人在未通知以前，自不得自以其為債權人讓與債權於第三人。

第三款 債權讓與之許可

第一 債權讓與之許可

我民法係從近世立法例，無論何種債權，原則上皆得讓與，已於前述，茲舉若干問題如左，以資研究。

一 由一個法律關係而生之數個債權各得獨立讓與。例如出賣人由買賣契約而生之請求交付價金之債權，買受人由買賣契約而生之請求移轉財產權之債權，各得獨立讓與。但整個債之關係，則不得讓與。例如出賣人之地位，不得讓與。蓋出賣人同時對於買受人負有移轉財產權之債務，如許讓與其地位，則是出賣人所負之債務，亦被讓與故也。但如債權之讓與與債務之承擔同時爲之，則屬無礙。

二 一個債權得僅讓與其一。此以給付係屬可分者爲限，如給付爲不可分，則祇能爲全部之讓與，不能爲一部之讓與。例如戲票船票車票等，定明對於一人爲給付時，不得讓與其一。

三 由雙方契約而生之一方債權得單爲讓與無須同時承擔其債務。例如出賣人得祇將由買賣契約而生之請求交付價金之債權讓與於他人，無須同時使他人承擔移轉財產權之債務。雖然，雙方之債權究係由一個契約而生，故縱令一方之債權已經讓與，其效力仍屬牽連，從而債務人對於受讓人，仍有同時履行抗辯權。且於受讓人不履行其對待給付時，債務人仍得解除其契約。苟非如此解釋，則是債務人得因債權人之讓與債權，而受不測之損害，殊爲不當。

四 附條件或期限之債權得爲讓與。單純之債權，固得爲讓與，即在附條件或期限之債權，亦得爲讓與。但在讓與停止條件附之債權時，其債權係於條件成就時發生效力，從而自應於此時移轉於受讓人。又在種類債權選擇債權及對於連帶債務人中一人之債權，亦得讓與。事理顯然，無待深論。

五 將來之債權得爲讓與 將來之債權，即將來有發生可能之債權，得爲讓與與否，學說上頗有爭論，有謂女得爲讓與者（Dernburg, Einocerus, Planck, Staudinger, Ortmann, Thur, Schollmeyer, Heuer, Lippmann, Grünbaum 諸氏主此說），有謂其不得讓與者（Eccius, Kipp zu Windscheid, Lan-gheinecken, Rohbein 諸氏主此說）。余以爲債權之存在，係債權讓與契約發生效力之要件，從而債權以於發生效力之時存在爲已足，無須於訂立契約當時即已存在，故在理論上應以前說爲是。至將來之債權既非現時存在，則債權讓與契約自係於其債權發生之時發生效力，又不待言。（註一）

六 係爭中之債權得爲讓與 訴訟繫屬中之債權，在羅馬法上爲防止讓與人達其不正之目的起見，不許讓與，近世立法則否，即縱屬訴訟繫屬中之債權，亦得爲讓與。外國法律且有設明文規定其得爲讓與者（德民訴訟法第二六五條），我國法律無之，余以爲解釋上應屬相同。但爲保全強制執行計，得依法聲請假扣押，是不待言（民訴法第四八八條）。

七 物權的請求權得爲讓與 物權的請求權，與債權同，亦得爲讓與。物權的請求權之讓與，應準用債權讓與之規定。但物權的請求權縱已讓與，而物權之本身並未移轉，仍存於原來之債權人，從而原來權利人所有之物權歸於消滅時，物權的請求權亦應歸於消滅。

（註一）將來之債權，其情形可分爲三，即（一）現時已有爲其基礎之法律關係存在，單依某事實（例如當事人一方之行為或時間之

經過之附加，即發生債權者，例如合夥人之利益分配請求權歸於債權者，(二)現時無爲其基礎之法律關係存在，雖成立法律關係要件之一部，依將來他要件之附加，始發生債權者，例如因將來行使數額權解除權買回權等之結果，而生之返還請求權是。(三)現時欠缺發生債權之根據，不過將來有可得發生之蓋然性者，例如由未訂立之消費借貸契約而生之債權是。

第二 不得讓與之債權

債權亦有例外不得讓與者，依我民法第二九四條但書所定，有如左述。

一 依其性質不得讓與之債權 此爲我民法第二九四條第一款所明定。依其性質不得讓與之債，其種類有四，茲分述如左。

甲 基於個人關係之債權 基於個人關係之債權，例如基於租賃使用借貸及僱傭等契約而生之債權是。此等債權所以不得讓與者，蓋因其債權係基於當事人間之信任而生故也。但不得讓與，係屬原則，如經債務人之同意，則例外自屬得爲讓與（民法第四四三條第一項第四六七條第二項第四八四條第一項前段）。

乙 不作爲債權 不作爲債權，以不得讓與爲原則，但有時得附屬於他之關係而爲讓與。例如於讓與營業時得將不爲營業競爭之債權一併讓與是。

丙 由預約而生之債權 由預約而生之債權，能否讓與，應依本契約之爲單務雙務而不同。即在本契約爲

單務契約時，如由本契約而生之債權得爲讓與，則由預約而生之債權亦得爲讓與，例如由寄託預約而生之債權得爲讓與是。但由消費借貸預約而生之債權，則不得讓與，蓋如許讓與，則是不問債權人之意思如何，而以他人爲債務人故也。(註二)又由贈與預約而生之債權，亦不得讓與，蓋如許讓與，則是不問贈與人之意思如何，而以他人爲受贈人故也。在本契約爲雙務契約時，由其預約而生之債權，則雙方當事人皆不得讓與，即如許讓與，則與前述之結果同，不啻以不相關涉之他人爲自己之債務人，殊爲不當。

丁 從債權 從債權應隨主債權而移轉，固屬當然，但從債權能否獨立讓與，則自來學說，頗有爭論，依余所信，應分別情形以爲決定。(一)保證債權：保證債權係爲擔保主債權而存在，自非廢止其擔保之目的，不得與主債權分離，從而保證債權，自屬不得獨立讓與。(二)違約金債權：違約金債權，在成爲現實債權以後，固得獨立讓與，但在未成爲現實債權以前，能否獨立讓與，則有爭論。依余所信，應取肯定說，蓋精確言之，違約金債權與其謂爲從債權，毋寧謂爲條件附債權故也。(三)利息債權：利息債權，不問其爲法定利息債權，約定利息債權，一旦發生以後，則獨立存在，故縱未到期，亦得與原本債權分離讓與。

二 依當事人之特約不得讓與之債權 此爲我民法第二九四條第一項第二款所明定。關於禁止債權讓與之契約 (*Pactum de non cedendo*)，其效力如何，各國法律不同，有以其爲無效者，如法法系之立法是。有以其爲有效者，如德法系之立法是。(註三)債權之內容原得由當事人自由定之，依當事人之特約禁止債權

之讓與，自無不可，故理論上應以讓法系之立法爲是，我民法從之。債權讓與之禁止，有一般與部分之別，一般之禁止，例如無論對於何人皆不得讓與是。部分之禁止，例如對於特定人或於一定期間內不得讓與是。又債權讓與之禁止，有於債權發生之時約定者，有於債權發生之後約定者，其時期如何，則非所問。又債權讓與禁止之契約，具有物權的效力，申言之，違反其契約所爲之讓與，不但當事人間爲無效，即對於第三人亦無效。但如絕對貫徹此旨，則第三人不免因此發生不測之損害，故我民法第二九四條第二項規定：「前項第二款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人。」此之所謂第三人，不限於受讓債權之第三人，舉凡不知債權讓與禁止契約之第三人皆屬之。

三 禁止扣押之債權 此爲我民法第二九四條第一項第三款所明定。關於此點，外國法律有因未說明文，解釋上遂謂債權之禁止扣押，係爲保護債權人之利益而設，故無禁止債權人讓與其債權之理由者（石坂氏前掲一九四頁）。我民法則從德國立法例，於第二九四條第一項第三款明定其不得讓與（德民第四〇〇條）。其所以禁止讓與者，蓋債權之禁止扣押，不僅在保護債權人之利益，且於公益有關係也。禁止扣押之債權，例如強制執行律草案第三三二條所規定之各種債權是。

（註二）由消費借貸契約而生之債權，不得讓與，此爲現今一般之通說（Windscheid, Örtmann, Schollmeyer 諸氏均主此說），但以消費借貸爲諾成契約，則由其契約而生之債權，無不許讓與之理由。

(註三)德國民法第一次草案第二九五條第二項，明定不得以法律行為禁止債權讓與，此係基於實際上之理由而為之規定。但第二次草案則刪除此項規定，現行民法第三九九條且明定得以債權人債務人之契約禁止債權之讓與。

第四款 債權讓與對於債務人之生效要件

第一 概說

如前所述，債權讓與，固因債權人與第三人訂立債權讓與契約而成立，但必如何而後對於債務人發生效力，則各國法律頗不一致，有債權讓與契約，惟於當事人間發生效力，非經通知債務人或經債務人承認，對於債務人不生效力者。如普國國法第一部第十一章第四一三條法國民法第一六九〇條意大利民法第一五三九條日本民法第四六七條及暹羅民法第二七一條之規定是。有債權讓與契約，不但於當事人間發生效力，即對於債務人亦生效力，申言之，即債務人於讓與後，對於舊債權人所為之清償或其他行為，除債務人為惡意外，對於新債權人亦生效力；又債權係二重讓與時，債務人對於第二受讓人所為之清償或其他行為，除債務人為惡意外，對於第一受讓人亦生效力者，如奧大利民法第一三九五條德國民法第四〇七條第四〇八條瑞士債務法第一六七條及匈牙利民法草案第三九八條以下之規定是。以上兩種立法例，應以第一種立法例為是，查第二種立法例，有下列兩點之不當：(一)依舉證法則，債務人惡意之證明，應由受讓人負之，此種證明，殊感困難，從而對於受讓人不免失之過酷，此其一。(二)於同一債權為二重之讓與時，受讓人中必有一人受不測之損害，即善意

債務人對於第一受讓人爲清償或其他行爲時，則第二受讓人受不測之損害，對於第二受讓人爲清償或其他行爲時，則第一受讓人受不測之損害，此其二。反是，第一種立法例，則無上述兩種之弊害，此我民法所以採第一種立法例者也。

第二 債權讓與之通知

我民法第二九七條第一項規定：「債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。但法律另有規定者，不在此限。」（註一）依此規定，則債權之讓與，欲使其對於債務人發生效力，原則上以讓與通知爲必要，良以非經通知，如當然對於債務人發生效力，則不但不足以保護債務人，且非所以保護債務人以外之第三人故也。但如法律另有規定，則屬例外，所謂法律另有規定，例如民法第七一六條第二項關於指示證券之讓與是。茲就讓與通知之性質當事人方法及其效力說明如左。

一 讓與通知之性質 讓與之通知，係通知債權讓與事實之行爲，其法律上之性質，爲觀念通知，而非意思表示。從而關於意思表示之規定如第八六條至第九三條，自難適用。但關於發生效力之時期能力及代理之規定等，仍應準用，是不待言。

二 讓與通知之當事人 爲讓與通知之人，各國法律不同，有限於讓與人者，如普國國法日本民法及暹羅民法是。蓋如許受讓人爲讓與之通知，則難免不生流弊故也。但在我民法爲使易於通知起見，則以讓與人及受

讓人均爲讓與通知人。至受讓與通知之人，應爲債務人，爲各國法律之所同，我民法亦然。

三 讓與通知之方法 關於讓與通知之方法，我民法未設特別規定，解釋上不問其以言詞爲之，文書爲之，均無不可。又依我民法第二九七條第二項規定：「受讓人將讓與人所立之讓與字據提示於債務人者，與通知有同一之效力。」其認爲與通知有同一之效力者，蓋債務人閱覽讓與字據，即可知悉讓與之事實也。

四 讓與通知之效力 關於讓與通知之效力，有應注意者三：（一）債權之讓與，非經通知債務人，對於債務人不生效力，從而債務人在未受通知以前，對於債權人所爲之清償或其他行爲，完全爲有效。一旦受此通知以後，則應以受讓人爲債權人，從而以同一債權爲二重讓與時，縱債務人先受通知之人爲第二受讓人，且爲債務人所明知，對於該受讓人所爲之清償或其他行爲，亦不因之爲無效。（二）依我民法第二九八條第一項規定：「讓與人已將債權之讓與通知債務人者，縱未爲讓與或讓與無效，債務人仍得以其對抗受讓人之事由，對抗讓與人。」此係保護債務人而設之規定，蓋如前所述，債權讓與之通知，不過在通知讓與之事實，苟實際並無讓與之事實，或其讓與爲無效，則雖爲此通知，亦屬不生效力，但如絕對貫徹此種理論，則債務人不免因此致受不測之損害，故我民法特設仍得對抗之規定以保護之。（註二）（三）又依同條第二項規定：「前項通知，非經受讓人之同意不得撤銷。」此係保護受讓人而設之規定，蓋如許其無故撤銷，殊有害於受讓人之利益故也。

(註一)我民法第二九七條第一項規定：「債權之讓與，非經讓與人通知債務人，對於債務人不生效力。」就此反面解釋，即債權之讓與，一經通知債務人後，對於債務人即生效力。此種立法技術，殊欠妥洽，蓋債權讓與契約，祇關於當事人間發生效力，縱經通知債務人，亦不能對於債務人發生效力故也。以故日本民法及羅馬民法為避免此種非難起見，則定為債權之讓與，非經通知債務人，不得以對抗債務人或第三人。

(註二)我民法第二九八條第一項係做德國民法之立法例，但在德民第四〇九條前段為：「債權人已將債權之讓與通知債務人，縱未為讓與，或讓與無效，債權人對於債務人，亦得主張已為讓與之通知。」與我民法之規定殊不相侔。

第五款 債權讓與之效力

第一項 債務人與受讓人間

第一 概說

如前所述，債權之讓與，僅受讓人依債權讓與契約立於讓與人即債權人之地位，而其債權，仍屬舊有之債權。從而債權之讓與，不但債權內容不生變更，即債權發生之原因亦不生變更。故如原債權為價金債權時，受讓人之債權仍為價金債權，原債權為損害賠償債權時，受讓人之債權仍為損害賠償債權。受讓人之債權，既與當初之原因不能分離，故如原債權為基於侵權行為之損害賠償債權時，縱令移轉於受讓人，民法第一九七條關於短期消滅時效之規定，仍應有其適用，是不待言。雖然，受讓人祇依讓與取得原債權，然非因此為原債權之當事人，

故受讓人雖受讓價金債權，然非出賣人，又雖受讓侵權行為上之損害賠償債權，然非被害人，受讓人既非原債權之當事人，則當事人所有之權利，例如撤銷權解除權等，受讓人自非當然有之。又受讓人係依債權讓與，於讓與當時之狀態受讓其債權，從而附隨於該債權之利益及不利益，皆應移轉於受讓人，茲於次段以下分別說明之。

第二 從權利之移轉

依我民法第二九五條第一項規定：「讓與債權時，該債權之擔保，及其從屬之權利，隨同移轉於受讓人。」此係從德瑞法律而設之規定（德民第四〇一條瑞債第一七〇條）。茲說明如左。

一 擔保權 擔保權，係為擔保債權而存在之權利，故我民法明定，隨同移轉於受讓人。此之所謂擔保，不問契約上之擔保法律上之擔保皆屬之。

二 其他從屬之權利 所謂其他從屬之權利，例如利息債權、違約金債權、損害賠償債權及破產法上之特權是。茲就利息債權及違約金債權說明如次：（甲）利息債權：將來之利息債權，尚未與原本債權分離，固應隨同移轉於受讓人；但遲延之利息債權，已與原本債權分離，成為獨立之債權，是否隨同移轉，則學說紛歧，尙無定論。有以其為意思解釋之問題者（Kuhlenbeck氏主此說），有以其為原本債權之擴張，當然隨同移轉者（Urtmann, Schollmeyer, Planck, Dernburg, Enneccerus 諸氏主此說），亦有以其為獨立之債權，不

應隨同移轉者(Andemann 氏主此說，我民法爲避免爭執起見，特於同條第二項規定：「未支付之利息，推定其隨同原本移轉於受讓人。」惟既屬推定，自許反證以推翻之。至此之所謂利息，不問其爲法定利息約定利息皆屬之。(乙)違約金債權：違約金債權在未成爲現實請求權以前，固應隨同原本債權移轉於受讓人；但在已成爲現實請求權以後，是否隨同移轉，則屬疑問。依余所信，應以其爲意思解釋之問題(同說，Othmann, Kisch, Kuhlbeck, Derburg 諸氏)即惟於有特別意思表示時，隨同移轉於受讓人。

如上所述，讓與債權時，該債權之從屬權利固應隨同移轉於受讓人，但亦有例外，不隨同移轉者，即我民法第二九五條第一項但書所定：「但與讓與人有不可分離之關係者，不在此限」是。所謂與讓與人有不可分離之關係，例如受讓人不得以讓與人爲無行為能力人或限制行為能力人爲理由，主張時效之不完成是(民法第一四一條)。

第三 對於讓與人之抗辯之援用

債權之讓與，固無須債務人之協力，而債務人亦不得拒絕讓與，然不應因此致使債務人受何種之不利。故我民法第二九九條第一項規定：「債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由，皆得以此對抗受讓人。」所謂得對抗讓與人之事由，包含甚廣，舉凡權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯，及同時履行之抗辯皆屬之。但此得對抗讓與人之事由，是否須以受通知時既已發生爲必要，則學說上頗有爭論。在解釋德國民法第四〇四條者，多

謂祇須於受通知時有抗辯之原因存在為已足 (Enneccerus, Othmann 諸氏主此說) 我民法第二九九條第一項與德民第四〇四條之規定相同，依余所信，自應與德國學者取同一之解釋。故如解除條件附債權之讓與，縱於債務人受通知後條件始行成就，又如由雙務契約而生之債權之讓與，縱於債務人受通知後，讓與人對於債務人所負之對待給付之期限，始行屆至，亦皆得予以對抗受讓人。

第四 對於讓與人之抵銷之援用

債務人對於讓與人有債權者，能否對於受讓人主張抵銷，適用上頗屬疑問。自理論言之，抵銷依我民法第三三四條規定，以雙方互負債務為必要，今債務人對於讓與人而有債權，自不能對於受讓人主張抵銷。但自實際言之，債務人對於原債權人之所以負擔債務，非無因其已有債權，或嗣後可以取得債權，預期將來得為抵銷，藉以免其自己之債務者，如不許其對於受讓人主張抵銷，則債務人將因債權讓與，剝奪其為抵銷之權利。故我民法特從一般立法通例，於第二九九條第二項規定：「債務人於受通知時對於讓與人有債權者，如其債權之清償期，先於所讓與之債權，或同時屆至者，債務人得對於受讓人主張抵銷。」(舊法第一部第十六章第三一三條與民第一四四二條法民第一二九五條第二項德民第四〇六條瑞債第一六九條第二項) 此得為抵銷之債權，以於受通知時既已取得為已足，其清償期之屆至與否，則非所問。至其債權之清償期，先於所讓與之債權，或同時屆至云云，則屬主張抵銷，當然應有之要件，殊無深意。(註一)(註二)

(註一) 受讓人所受讓之債權，如因債務人採用對於讓與人之抗辯或抵銷而失其存在，則不妨依其所為讓與債權之原因請求救濟，例如債權本於買賣而讓與時，則受讓人得依權利瑕疵之規定，行使其權利是（民法第三五〇條）。

(註二) 關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著謂：「但以其債權之清償期先於所讓與之債權，或同時屆至者為限，蓋其債權之清償期後於所讓與之債權者，債務人本不遲期有此抵銷之利益也。」（洪氏前掲二〇七頁）

第二項 讓與人與受讓人間

讓與人與受讓人間之關係，固應依讓與之原因關係定之，但讓與人須依其讓與使受讓人完全行使債權之義務，故我民法於第二九六條前段規定：「讓與人應將證明債權之文件，交付受讓人。」此之所謂證明債權之文件，不僅負債字據，舉凡一切足證明債權之文件皆屬之。但如負債字據僅有一紙，而債權之讓與又祇一部，或尙載有其他項權利，債務人有無交付負債字據之義務，則屬疑問。依余所信，於此問題，應依民法第三〇八條之類推適用以為決定。(註) 又依同條後段規定：「並應告知關於主張該債權所必要之情形。」所謂主張該債權所必要之情形，例如對於受讓人告知債務人或保證人之住所、清償時期及清償處所是。

(註) 洪賦林氏謂：「債權一部讓與時，讓與人是否有將證明債權之文件交付受讓人之義務，應視債權讓與部分之大小而定之。如讓與上之債權已讓與大部分，自應交付受讓人，否則無交付之義務。蓋此際讓與人對於該證書之利益大於受讓人也。惟讓與人因受讓人之請求，應許其使用該證書，自不待言。」（洪氏前掲二〇四頁）此不失為解決之一法。

第三節 債務之承擔

第一款 概說

第一 債務承擔之沿革

在昔羅馬法，以為債權債務關係與其主體不得分離，故不認債務之承擔，但如欲發生債務承擔經濟上同一之結果，則不妨依債之更改之方法為之。嗣因交易頻繁，不認債務之承擔甚為不便，於是債務人得依委任他人承擔債務之方法（*Defensio in rem suam*），以達承擔債務之目的。第此方法，仍不能滿足實際交易上之需要，故在繼受羅馬法之各國，除法國意大利及其他法法系之民法外，未有不認債務之承擔者。^(註)但在承認債務承擔之各國，其規定頗不一致，有認債權人與第三人間之承擔及債務人與第三人間之承擔契約者，如德國民法是（德民第四一四條以下），有祇認債務人與第三人間之承擔契約者，如瑞士債務法暹羅民法及匈牙利民法草案是（瑞債第一七五條以下，暹民第二八〇條以下，匈草第一二六七條以下）。此兩種立法例中，以德民法為較詳備，故我民法從之（民法第三〇〇條第三〇一條）。

（註）法國民法無關於債務承擔之規定，債務承擔契約，是否有效，則有兩說，有謂依從來之觀念，應認其為無效者，如 *Lafitte* 氏是。有謂在商業契約自由原則之下，應認其為有效者，如 *Pranhol, Sallies, Gaudemes* 諸氏是。日本民法亦無關於債務承擔之規定，但在學說上，未有不認債務承擔契約為有效者。

第二 債務承擔之學說

債務能否由第三人承擔，與債權讓與同，爲自來最有爭論之問題，主張債務不得由他人承擔者，在德國普通法時代爲 Kuntze, Bahr 諸氏，在近世爲 Sohn, Strohal 諸氏，但在一般通說，如 Dernburg, Windscheid, Gurgens, Rezelberger, Menzel, Unger 等，則皆是認債務之承擔，德國民法即從此理論者也。茲舉否認債務承擔之重要學說略爲批評如次。(一)有謂債權債務關係，不能與其主體分離，故不認債務之承擔者。此說殊不足取，蓋權利義務，固須有主體，然以有主體爲已足，非必限於權利義務發生當時之主體，故縱認債務之承擔，而以承擔人爲債務人，亦非欠缺債權債務之主體。(二)有謂如變更債務人，則有害於債務之同一，故不認債務之承擔者。此說亦屬不當，蓋精確言之，變更債務人，固有害於債務之同一，然在法律學上，則無須如此精確，故如祇變更債務人，債務之其他組成部分依然存續，仍可謂其保持債務之同一。(三)有謂如變更債務人，則債權之標的發生變更，故不認債務之承擔者。此說亦難贊同，蓋債權人固有請求債務人爲一定行爲之權利，然其行爲非必爲特定債務人之行爲，即債務發生當時債務人之行爲，故縱變更債務人，債權之標的亦不發生變更。(四)有謂義務不得處分，故不認義務之承擔者。此說亦未盡善，蓋義務係法律所命之負擔，固不得自由處分，然如已得債權人之承認，或債權人與第三人訂立承擔債務之契約，則屬無礙。(五)有謂債務承擔，須得債權人之同意，故不認債務之承擔者。此說亦欠妥洽，蓋債務承擔係債權之處分，即以新債務人易舊債務人，故須得債權人之同

意，然如因此否認債務之承擔，則屬武斷。係上所述，否認債務承擔之學說，均難成立，甚為顯然，故在近世立法未有不認債務之承擔者，良以債務之承擔，對於債權人及債務人均無不利，實不失為極重要之作用故也。

第三 債務承擔之性質

如上所述，債之關係仍保持其同一，僅變更債務人者，謂之債務之承擔，換言之，即第三人代替從來之債務人置身於債之關係者，謂之債務之承擔，故新債務人所負擔之債務，仍為舊債務人所負擔之債務。被承擔之債務，既仍屬舊有之債務，則附着於其債務之抗辯，依然存續，並不消滅。反是，如為債務人之更改，則附着於其債務之抗辯，自因債務人之變更而消滅。此無他，蓋如前所述，債之更改，係消滅舊債務發生新債務故也。

第四 債務承擔之原因

債務承擔之原因，通常可分為二：（一）基於法律規定之債務承擔：此指債務於法律所定一定事實發生之時，即當然承擔者而言。例如民法第四二五條第一一四八條及公司法第五一條之規定是。（二）基於契約之債務承擔：此指以契約承擔債務者而言。基於契約之債務承擔，有為債權人與第三人之契約者，有為債務人與第三人之契約者，其詳俟後述之，茲不贅。又此所謂債務承擔，必依契約為之，單獨行為則無承擔債務之可能，此與前述債權之讓與同，可參照得之。關於法定之債務承擔，法律設有專條，俟於各該處所述之，茲不贅。此之所謂債務承擔，則專指基於契約之債務承擔而言，至何謂債務承擔契約，則於次款說明之。

第二款 債務承擔契約

第一 債務承擔契約之性質

債務承擔契約者，以債務之承擔爲標的之契約也。債務之承擔，係承擔債務之本身，故僅使他人代爲履行其債務者，則非債務之承擔。又債務之承擔，係依債務承擔契約，直接承擔其債務，故承擔人祇於內部與債務人訂立契約，承擔其債務之履行，換言之，即僅生履行其債務之義務者，則屬履行承擔（Erfüllungsbearbeitung），而非債務承擔。（註一）

（註一）學者從嚴義解釋，適當分債務承擔爲二：一爲真實的債務承擔（privative od. befreiende Schuldübernahme），一爲併存的債務承擔（cumulative od. bestärkende Schuldübernahme）。此之所謂債務承擔，則指前者而言。併存的債務承擔，一稱重疊的債務承擔（Kumulative Schuldübernahme），學者爲避免與單純的債務承擔之混同起見，或稱爲債務加入（Schuldbeitritt），或稱共歸的債務承擔（Schuldmitübernahme）或稱強力的債務承擔（bestärkende Schuldübernahme）。得依重疊的債務承擔，成立連帶債務，是爲德國學者之通說。但亦有謂得依重疊的債務承擔成立保證或連帶保證者。

第二 債務承擔契約與其原因

債務承擔契約與其原因之關係如何，通說與論債權讓與契約與其原因同，即債務承擔契約，係屬無因契約，與其原因全無關係，換言之，即不問債權人與承擔人間，或債務人與承擔人間之法律關係如何，不影響於債務承

擔契約之效力。(註三)余則以爲應分別情形論之，即債務承擔係依債權人與承擔人間之契約而成立者，債務人與承擔人間之原因關係不影響於債權人與承擔人間債務承擔契約之效力，固不妨以債務承擔契約爲無因契約說明之；然在債務承擔係依債務人與承擔人間之契約而成立者，債務人與承擔人間之原因關係不影響於債權人與承擔人間債務承擔契約之效力，則屬債權人立於債務承擔契約以外當然之結果，初不必以無因契約之觀念說明之也。

(註二)陳克生氏即採此見解，陳著謂：「即債務承擔，通常雖有其原因之法律關係，但該法律關係各自獨立，只須其契約，本身有效成立，即令其基本法律關係不存在，亦不受影響。」(陳氏前揭三九〇頁)

第三 債務承擔契約之成立

債務承擔契約之成立要件，有如左述。

- 一 債務承擔契約係債權人或債務人與第三人之契約 依我民法第三〇〇條及第三〇一條規定，債務之承擔，得因第三人與債權人，及第三人與債務人訂立契約而成立，從而債務承擔契約之當事人，爲債權人與承擔債務之第三人(即承擔人)或債務人與承擔債務之第三人(即承擔人)。於此有應注意者：(一)債權人與承擔人以有處分能力爲必要，反之債務人則係純獲法律上之利益，其有無處分能力，在所不同。(二)債務承擔契約之當事人，固爲債權人或債務人與承擔人，然如承擔人與債權人及債務人間成立三面

契約，自無不可。

二 債務承擔契約須其債務得由第三人承擔。如前所述，無論何種債務，原則上皆得由第三人承擔，然亦有例外不得承擔者。關於此點，我民法無明文規定，依余所信，不得由第三人承擔之債務，其情形有二：（一）基於債務之性質不得由第三人承擔者；此與依債權之性質不得讓與同（民法第二九四條第一項第一款）。依債之性質不得由第三人承擔之債務，例如基於僱傭委任及寄託等契約而生之債務是。此等債務所以不得由第三人承擔者，蓋如使債務人以外之第三人而為清償，不足以達債權之目的故也。但不得由第三人承擔，係屬原則，如經債權人同意，則例外自得由第三人承擔（民法第四八四條第一項後段第五三七條第五九二條）。（二）基於債權人及債務人之特約不得由第三人承擔者；此與依當事人之特約債權不得讓與同（民法第二九四條第一項第二款）。債務承擔之禁止，有為一般者，有為部分者，有於債務發生之時約定者，有於債務發生之後約定者，其情形如何，均非所問。至債務承擔之禁止能否對抗善意第三人，我民法未如第二九四條第二項設有明文規定，余以為解釋上無發生問題之餘地，我民法不設規定，是為當然。

三 債務承擔契約為非要式契約。債務之承擔，僅依債權人與第三人間，及債務人與第三人間之合意而成，無須何種方式，此為一般立法之所認，我民法從之，但有應說明者：

甲 第三人與債權人訂立債務承擔契約時，依我民法第三〇〇條規定：「第三人與債權人訂立契約，承

擔債務人之債務者，其債務於契約成立時，移轉於該第三人。」依此規定，可知第三人與債權人間之擔債務契約，祇須有第三人與債權人之合意，無須何種方式，且無須得債務人之同意。就無須得債務人同意之點言之，與債權讓與以通知為對於債務人發生效力之要件，迥不相同，我民法所以無須得債務人之同意者，蓋債權人與第三人訂立債務承擔契約，對於債務人並無不利故也。雖然，第三人能否反於債務人之意思承擔其債務，則法無明文，不無疑問。依余所信，應依民法第三一一條第二項之類推適用，以為決定。從而就債之承擔無利害關係之第三人，如反於債務人之意思承擔其債務，自所不許。（註三）

乙 第三人與債務人訂立債務承擔契約時 依我民法第三〇一條規定：「第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人不生效力。」依此規定，一若第三人與債務人間之債務承擔契約，非以第三人與債務人之合意為已足，且須得債權人之同意即承認，實則不然，蓋須得債權人之同意，係第三人與債務人間之債務承擔契約對於債權人發生效力之要件，而於內部，祇須第三人與債務人之合意，即生移轉債務之效力，故此債務承擔契約之當事人，仍為第三人及債務人，從而債權人縱不為同意，而亦無礙於債務承擔契約之成立。茲就須得債權人承認之根據，承認之意義及承認之催告說明於左。

(A) 須得債權人承認之根據 第三人與債務人間之債務承擔契約，何故須得債權人之承認即同意 (Einzwilligung, Genehmigung, Annahme) 始對於債權人發生效力，約有三說：(一) 第三人利益

契約說：主此說者謂第三人與債務人間之債務承擔契約，係利益於債權人之契約，即第三人利益之契約，故以得債權人之承認爲必要。此說可以批評之點甚多，舉其著者言之：即第三人利益契約，依我民法規定，原無須得第三人之承諾，當然對於第三人發生效力，承擔人與債務人間之債務承擔契約，則須得債權人之承認，始對於債權人發生效力，自不能謂其爲第三人利益之契約。(一)共同契約說：主此說者謂承擔人與債務人間之債務承擔契約，在內部固屬獨立之契約，而於外部則屬對於債權人之契約，故以得債權人之承認爲必要。此說可以批評之點亦多，舉其著者言之：即同一法律關係，既謂其獨立之契約，而又謂其爲共同之契約，其爲不當，甚爲顯然。(二)債權處分說：主此說者謂承擔人與債務人訂立契約，承擔債務人之債務，苟未得債權人之同意，則與處分他人之債權無異，故以得債權人之承認爲必要。(民法第一一八條)。此說雖不無可以批評之點，然在大體上固以此說較爲允洽也。(註四)

(B) 承認之意義 關於承認之意義如何，我民法未設明文，依余所信，應解爲從屬的法律行爲，蓋以其係補充債務承擔之效力故也。既解爲法律行爲，則關於法律行爲及意思表示之規定，亦有其適用，自不待言。此等之點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

(C) 承認之催告 如前所述，第三人與債務人間之債務承擔契約，原須得債權人之承認，始對於債權人發生效力，然如債權人永不表示承認與否之意思，則法律關係永不確定，殊非所宜，故我民法第三〇

二條第一項規定：「前條債務人或承擔人，得定相當期限，催告債權人於該期限內確答是否承認。如逾期不為確答者，視為拒絕承認。」此之所謂催告，與一般催告同，係屬意思通知，其得準用關於法律行為及意思表示之規定，自不待言。又催告須定相當期限，如催告未定期限，或所定期限並非相當，自屬不生催告之效力。債權人於該期限內，如已為承認或拒絕之確答，自屬不成問題，如逾期未為確答，則我民法擬制其拒絕承認，以期適合於債權人之本意。又如前所述，第三人與債務人間之債務承擔契約，係因第三人與債務人之合意而成立，故縱債權人拒絕承認，或擬制的拒絕承認，亦不影響於此契約之效力，然此契約之目的，原在對於債權人亦生變更債務主體之效力，苟其目的不能達到，則此契約殊無繼續維持之必要，故我民法第三〇二條第二項規定：「債權人拒絕承認時，債務人或承擔人得撤銷其承擔之契約。」

（註三）關於此點，陳克生氏與顧見相同，陳者謂：「至第三人得為異議否，亦可與第三人為債價同一論之，即第三人就債之承擔無利害關係者，債務人得為異議，有利害關係者則否。」（陳氏前揭三九一頁）

（註四）主張第一說者，為 Danz, Gierke, Stobbe, Bekker 諸氏。主張第二說者，為 Krenz, Garald, Simon 諸氏。第三說，查德國民法學界則屬蓋說，Windscheid, Gütgens, Regelsberger, Unger, Müntzer, Dernburg, Crome, Endemann, Ortmann, Planck, Schollmeyer 諸氏。上述三說既皆不免於非難，故在德國民法為避免非難起見，則定為債務之移轉，於債權

人未爲同意以前，不得以之對抗債權人或第三人（運民第二八〇條）。

第三款 債務承擔之效力

第一 概說

如前所述，債務之承擔，僅承擔人依債務承擔契約立於債務人之地位，而其債務，仍屬舊有之債務。從而債務之承擔，不但債務內容不生變更，即債務發生之原因亦不生變更。故如原債務爲支付價金之債務時，承擔人之債務仍爲支付價金之債務。原債務爲損害賠償債務時，承擔人之債務仍爲損害賠償債務。承擔人之債務，既與當初之原因不可分離，故如原債務爲基於侵權行爲之損害賠償債務時，縱令移轉於承擔人，民法第一九七條關於短期消滅時效之規定，仍應有其適用，是不待言。雖然，承擔人祇依承擔負擔原債務，然非因此原債務之當事人，故承擔人雖承擔支付價金之債務，然非買受人，又雖承擔侵權行爲上之損害賠償債務，然非加害人。承擔人既非原債務之當事人，則當事人所有之權利，承擔人自非當然有之。又承擔人係依債務承擔，於承擔當時之狀態承擔其債務，從而附隨於該債務之利益及不利益，皆應移轉於承擔人，茲於次段以下分別說明之。

第二 從債務之移轉

此爲我民法第三〇四條所明定，但所謂從屬債務，應依情形而異，殊難一概而論，茲分擔保債務及其從屬債務說明如左。

一 擔保債務 此之所謂擔保，有法律上之擔保與契約上之擔保，關於法律上之擔保，是否因債務之承擔而消滅，解釋上不無疑義。余以為法律上之擔保，係基於法律規定而生，與擔保人之意思無關，於此問題，應取否定說。所謂法律上之擔保，例如物權法上之留置權及其他法定留置權（民法第四四五條第六四七條第六六二條）法定抵押權（民法第五一三條）是。契約上之擔保，有由第三人為之者，有由債務人為之者，關於前者，我民法第三〇四條第二項規定：「由第三人就債權所為之擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。」此係從德瑞民法而設之規定（德民第四一八條瑞債第一七八條第二項），我民法所以原則上定為因債務之承擔而消滅者，蓋推定第三人之就債權設定擔保或為保證，係信任債務人其人，無為其他之人為擔保之意思故也。關於後者，我民法無明文規定，各國立法例雖不一致，（德民第四一八條第一項明定因債務之承擔而消滅，瑞債第一七八條第二項暹民第二八三條第二項則與德國民法相反），但余以為於此場合，應推定債務人雖有就自己之債務為擔保之意思，而無為他人之債務為擔保之意思，從而債務人所為之擔保，除該債務人對於債務之承擔已為承認外，應因債務之承擔而消滅。

二 其他從屬之債務 依我民法第三〇四條第一項規定：「從屬於債權之權利，不因債務之承擔而妨礙其存在。但與債務人有不可分離之關係者，不在此限。」此係就擔保債務以外其他一切從屬債務而設之規定。所謂其他從屬之債務，例如利息債務、違約金債務及損害賠償債務是。茲就利息債務及違約金債務說明如

次(甲)利息債務，將來之利息債務，係從屬於原本債務，固不應因債務之承擔妨礙其存在，但遲延之利息債務，已與原本債務分離，成爲獨立之債務，是否不因債務之承擔而消滅，則屬疑問。有以其爲意思解釋之問題者(Staudinger-Kuhlenbeck 氏主此說)，余亦謂然。(乙)違約金債務：違約金債務在未成爲現實債務以前，固不應因債務之承擔妨礙其存在，但在已成爲現實債務以後，是否因債務之承擔妨礙其存在，則屬疑問。依余所信，應以其爲意思解釋之問題，與遲延之利息債務同。

第三 對於債權人之抗辯之援用

債務之承擔，係承擔人於承擔當時之狀態承擔債務人所負之債務，故各國民法多明定承擔人得援用債務人對於債權人之抗辯(德民第四一七條第一項、瑞債第一七九條第一項、暹民第二八二條)，我民法從之，於第三〇三條第一項規定：「債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由，承擔人亦得以之對抗債權人。」此之所謂得對抗債權人之事由，與第二九九條第一項之規定同，舉凡權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯，及同時履行之抗辯皆屬之。雖然，承擔人之承擔債務，常與債務人間有種種法律關係，能否以其法律關係所得對抗債務人之事由，對抗債權人，適用上不無疑問。我民法則從德瑞民法於同條第二項規定：「承擔人因其承擔債務之法律關係所得對抗債務人之事由，不得以之對抗債權人。」(德民第四一七條第二項、瑞債第一七九條第二項)此因如前所述，承擔人與債權人間之債務承擔契約，係無因契約，其效力固不及於債權人，承擔人與債務

人間之債務承擔契約，則債權人立於契約以外，其效力亦不及於債權人故也。本項之適用，例如承擔人因買受設定抵押權之不動產承擔債務人之債務時，縱買賣契約無效或不成立，或出賣人未為對待給付，亦不得以之對抗債權人是。

第四 對於債權人之抵銷之禁止

如上所述，承擔人得以債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由對抗債權人，固矣；但依我民法第三〇三條第一項但書規定，承擔人以屬於債務人之債權，對於債權人主張抵銷，則所不許，此與債權之讓與規定有異（民法第二九九條第二項）。我民法所以禁止其主張抵銷者，蓋如許抵銷，則生處分他人權利之結果故也。承擔人雖不得以屬於債務人之債權，對於債權人主張抵銷，但如債務人於債務承擔前已為抵銷，則承擔人為債權消滅之抗辯，自無不可。又承擔人如對於債權人而有適於抵銷之債權，其得主張抵銷，又不待言。

第四款 特種之債務承擔

第一 概說

此之所謂特種之債務承擔，即前述之重疊的債務承擔（Kumulative Schulübernahme），重疊的債務承擔所以異於單純的債務承擔者，即一係承擔人與從來之債務人共同負擔同一之債務，一係承擔人代替從來之債務人負擔其所負之債務。關於重疊的債務承擔，有由於契約訂定而生者，有由於法律規定而生者，其於前者，

我民法無明文規定，余以為解釋上自應許之，蓋重疊的債務承擔，通說謂其成立連帶債務，既屬連帶債務，則自得依債權人與各債務人之訂立契約而成立故也。(註一)其於後者，我民法則於第三〇五條及三〇六條對於財產或營業之概括承受及營業之合併設有明文規定，此係從瑞士債務法及德國商法之立法例(連債第一八一條第一八二條德商第二五條第二八條匈民草第一一七四條)茲於次段以下說明之。

(註一)重疊的債務承擔，成立連帶債務，參德國民法學界之通說，主此說者為 Weidenkamp, Reibel, Stammle, Heilwig, Planck, Ortmann, Schollmeyer, Kuhlbeck, Endemann, Crome, Rohlein, Knocerus, Mathias, Salinger 諸氏。但有謂其成立保證債務者，主此說者為 Bluns, Thur 諸氏。此說殊難贊同，其難贊同之理由有二：(一)在重疊的債務承擔，既在債務與債權之原因相同，而在主債務與保證債務則否。(二)在重疊的債務承擔，承擔人所負擔之債務並無從屬性質，而在保證債務之於主債務則有從屬性質。

第二 財產或營業之概括承受

依我民法第三〇五條第一項規定：「就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受之通知，而生承擔債務之效力。」此種規定，係由於交易上之必要而生，即債權雖屬於債務人之權利，然自實質言之，究為對於債務人之財產之權利(即債務人之財產為債權之總擔保)，從而債務與債權人之財產不可分離，故就他人之財產或營業概括承受其資產(財產)者，自應承擔其債務。(註二)其與單純的債務承擔

不同者，即在債務承擔契約，如係第三人與債務人之所訂立，非經債權人承認，對於債權人不生效力。此則祇須對於債權人爲承受之通知或公告，即生承擔之效力。此無他，蓋如後所述，債務人與承擔人係連帶負責責任，縱不經債權人承認，亦無損於債權人之利益故也。又如前所述，重疊的債務承擔，性質上屬於連帶債務，故我民法第三〇五條第二項規定：「前項情形，債務人關於到期之債權，自通知或公告時起，未到期之債權，自到期時起，二年以內與承擔人連帶負責責任。」既係連帶負責責任，則關於連帶債務之規定，於財產或營業之概括承受，亦有其適用，是不待言。

（註二）關於此點，洪賦林氏與鄒見不同，洪者謂：「承受他人之財產或營業者，非當然承擔債務，必於承受其實態外，並承受其負債者，始有本條之適用，若約明祇承受其實態而不承受其負債者，不在本條規定之列。」（洪氏前稿二一四頁）

第三 營業之合併

依我民法第三〇六條前段規定：「一營業與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，與前條之概括承受同。」所謂與前條之概括承受同者，即因對於債權人爲承受之通知或公告而生承擔債務之效力也。雖然，所謂一營業與他營業合併，並非彼此互易其營業，乃合併其營業而成爲新營業，從而自無成立連帶債務之可能，故同條後段規定：「其合併之新營業，對於各營業之債務負責責任。」關於營業之合併，他種法律有明定各營業之債權人得提出異議者（公司法第四八條以下），民法無此規定，自難爲同一之解釋。至因營業之合併，有損於債

權人之權利時，通說謂該營業之債權人得依第二四四條之規定，聲請法院撤銷其合併行為，余亦謂然。

第七章 債之消滅

第一節 概說

第一 債之消滅之意義

債之消滅 (Erlöschen der Schuldverhältnisse, extinction des obligations) 者，債權債務客觀的失其存在之謂也。債權，乃於消滅原因發生時當然消滅，無須債務人之主張，從而債權之消滅，係債權本身之消滅，與左列情形，殊不相同。

一 請求權之消滅 債權之請求權雖因時效之完成而消滅，然債權本身並不因此而消滅，故請求權之消滅與債權之消滅不同。

二 訴權之消滅 訴權係民事訴訟法上之權利，訴權雖常因一定之事由而消滅，然債權本身並不因此而消滅，故訴權之消滅與債權之消滅不同。(註一)

三 債權效力之停止 債權效力之停止，即債務人對於債權人之請求，得依抗辯拒絕其給付之謂。通常所謂

抗辯 (Einrede) 固可分爲永久抗辯 (Peremptorische od. dauernde Einrede) 及延期抗辯 (tilbar-sche od. aufschiebende Einrede) 然均不過暫時的或永久的停止債權之效力，債權本身並不因此而消滅，故抗辯與債權之消滅不同。

四 債權之變更 債權之變更，不過債權之主體（債權人或債務人）發生變動，債權本身並不因此而消滅，故債權之變更與債權之消滅不同。（註二）

依上所述，可知債權之客觀的失其存在，始能謂之債權之消滅。債權通常於其發生當時，即預期其消滅，而非無期限的存在，此無他，良以債權以取得外部之生貨資料爲目的，一旦取得其生活資料之後，則債權之目的已達，無復存在之理由故也。此即債權與物權不同之點，故學者稱物權爲不生產的，債權爲生產的，物權爲靜止的，債權爲活動的，物權爲目的，債權爲方法，洵的論也。至已消滅之債權能否以契約使其復活，學者間頗有爭論，依余所信，應取否定說，故於債權已消滅時，當事人縱得依契約使發生與舊債權同一內容之新債權，然究爲新債權，而非舊債權（同說 Dernburg, Planck, Othmann, Appel 諸氏異說 Kipp zu Windscheid 氏）。

（註一）關於此點，陳克生氏與鄭見不同，陳者謂：「訴權乃民事訴訟法上之權利，其消滅自應與債權之消滅區別之，惟在民法，以不認自然債務之存在，故訴權一經消滅，債權亦同時消滅，故訴權之消滅與債權之消滅，其結果乃相一致。」（陳氏前揭三九六頁）我民法並無反對自然債務存在之明文，此說殊難贊同。

(註二) 債權之變更，就廣義言之，實應屬於債權之消滅之一種，蓋在權利之消滅，通常可分為相對的消滅及絕對的消滅，債權之變更就其消滅之點言之，即屬於相對的消滅故也。以故學者有稱權利之相對的消滅為權利之喪失，權利之絕對的消滅為權利之消滅者，惟是喪失與消滅，殊無異其意義之理由，故本書不採取之。

第二 債之消滅之原因

債之消滅之原因，自學理言之，通常可分為二種，即(一)基於當事人之意思之債權之消滅，舉其著者，例如因免除消滅債權債務是。(二)基於目的消滅(Zweckerlöschung)之債權之消滅，就中又可分為二，即(甲)基於目的到達(Zweckerreichung)之債權之消滅，例如因清償消滅債權債務是。(乙)基於給付不能之債權之消滅，例如因不可歸責於債務人之事由致給付不能是。(註三)此係就學理言之，但在我民法則採列舉規定，而以清償提存抵銷混同及免除之五者，為債權消滅之原因，本書之所說明者，即限於此。實則債權消滅之原因，於此五者以外，不一而足，茲述其重要者如左：

- 一 解除條件之成就(民法第九九條第二項)。
- 二 終期之屆滿(民法第一〇二條第二項)。
- 三 法律行為之撤銷(民法第一一四條第一項)。
- 四 給付不能(民法第二二五條第一項)。

五 契約之解除（民法第二五四條以下）。

六 主體之死亡 債權人債務人一方或雙方之死亡，通常固非債權之一般的消滅原因，但有下列情形之一者則否，（甲）法律有特別規定時（民法第四五二條第四七二條第四款第五〇條），（乙）當事人有特別訂定時，（丙）基於給付之特別性質時，例如負擔教授或畫像之債務是。

七 反對契約 反對契約（*contractus consensus*），即使債權發生原因之契約消滅之契約。此種契約，得有效成立，固不待言，但其性質如何，則學說上頗有爭論。有謂其為免除契約者（Beemann, Prinz 諸氏主此說），有謂其為獨立之契約者（Windscheid, Demburg, Ortman, Demelius 諸氏主此說）。余以為免除契約，係消滅債權之契約，而非消滅債權發生原因之契約，理論上自應以後說為是。

八 無價原因之競合 無價原因之競合（*concurtus duarum Ineritivarum causarum*），即債務人依無價行為應給付之標的，債權人另依其他方法無價取得之謂。例如受贈人更由第三人受贈同一之贈與物是。在昔羅馬法雖認無價原因之競合，為債權消滅之原因，但在近代立法則否，我民法亦然。故如以其為債權消滅之原因，則不可無其特殊之理由，此其理由又因學說而異，有謂其基於目的到達者（Hartmann, Klein, Ortman, Emericerus, Planck, Endemann 諸氏主此說），有謂其基於給付不能者（Mommseu, Siber, Schollmeyer, Lesser 諸氏主此說），有謂其基於有使債務人免其債務之意思者（Windscheid,

Kuhlenboeck 諸氏主此說，依余所信，應以第二說爲是。

此外，債權人由債務人受領清償毫無利益，是否爲債權消滅之原因，學理上亦有爭論，有謂其爲債權消滅之原因者（Denburg, Lehmann 諸氏主此說），有謂不然者（Krückmann, Lesser, Cirmann 諸氏主此說）。依余所信，應以後說爲是。蓋以其欠缺爲債權消滅原因之根據故也。

（註三）目的到達與給付不能，頗難爲絕對之區別，例如買有毀損某建築物之義務者，適因海雷毀壞其建築物，究爲目的到達，抑爲給付不能，殊難決定是。於此問題，有謂其爲給付不能者（Klein 氏主此說），有謂其爲目的到達者（Krückmann, Lehmann 諸氏主此說）。依余所信，其應爲區別，毋寧謂給付不能與目的到達之二者同時存在，較爲允洽。

第二節 通則

第一 從權利之消滅

依我民法第三〇七條規定：「債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利，亦同時消滅。」權利之消滅，當然及於從權利，此在適用上是爲當然（瑞債第一一四條第一項）。所謂擔保，不問其爲法律上之擔保契約上之擔保，亦不問其爲債務人所供之擔保第三人所供之擔保皆屬之。所謂其他從屬之權利，例如利息債權及違約金債權是。但未支付之利息，是否亦因原本債權之消滅而消滅，學說上頗有爭論，依余所信，應取否定說（瑞債第一一四條第二項）。已成爲現實債權之違約金債權亦然。

第二 負債字據之返還及塗銷

依我民法第三〇八條第一項前段規定：「債之全部消滅者，債務人得請求返還或塗銷負債之字據。」此爲各國法律之所同（普法第一部第十六章第一二五條以下與民第一四二八條德民第三七一條瑞債第八八條日民第四八七條）。負債字據者，證明債權成立之文書也。債權之成立，固得依他種方法，以爲證明，然負債字據不失爲最有力之證據方法，故通常於其債務成立，同時由債務人交付負債字據於債權人（註）。關於負債字據返還請求權之根據如何，學說上頗有爭論，有謂其基於不當得利請求權者（Wernann氏主此說），有謂其基於法律之規定者（Hedemann, Reichel 諸氏主此說）。余以爲負債字據，並非有價證券，從而債權人雖有此負債字據，亦無所謂利益，債務人亦無所謂損害，理論上自應以後說爲是。至我民法之所以設此返還規定，乃在避免債權人利用該字據再行請求清償，苟非特設明文，則在契約成立當時，債務人已將負債字據之所有權移於債權人，縱使債權消滅，債務人亦無請求返還其負債字據之權利。雖然，負債字據，與收據不同，自非債之全部消滅，不能請求其返還，故我民法第三〇八條第一項後段規定：「其僅一部消滅，或其負債字據上載有債權人他項權利者，債務人得請求將消滅事由記入字據。」蓋於此時，債權人尙有利用該字據之必要，如亦使其負返還之義務，則有失公平故也。又依我民法第三〇八條第二項規定：「負債字據，如債權人主張有不能返還，或有不能記入之事情者，債務人得請求給與債務消滅之公認證書。」此係負債字據不能返還或記入之救濟辦法。

此之所謂公認證書，依我民法債編施行法第九條規定，即「由債權人作成，聲請債務履行地之法院公證人暨該官署商會或自治機關蓋印簽名」之證書。

(註) 實債字樣，須為獨立之文書，故如因成立清償書契，證明受領金錢或其他物品之文書，如同時足以證明債權之成立，亦當實債字樣。請求送還實債字樣之人，我民法定為債務人，實則不限於債務人，事凡清償債務之人皆有此權。又受此請求之人，不限於債權人，事凡有權受領清償之人，皆為受此請求之人。

第三節 清償

第一款 清償之性質

關於清償 (Solutio, Erfüllung, paiement) 之性質如何，自來學說頗為紛歧，要而言之，可分為左列之二說：

一 法律行為說 此說以清償為法律行為，但究為何種之法律行為，則學說不一。(甲) 契約說：此說以為清償，係依債務人為清償之意思表示與債權人受領清償之意思表示之合致而成立，故清償為契約。(乙) 單獨行為說：此說以為債權人固無須有受領清償之意思表示，但債務人則須有為清償之意思表示，故清償為單獨行為。(丙) 折衷說：此說以為清償，須債權人之受領時為契約，其他之情形，則為單獨行為。

二 非法律行為說 此說將清償之本體，與因清償所為之給付行為，分為二，給付行為為雖或為契約，或為單獨行為，或為事實行為，而清償之本體，則為實現債務內容之行為，即事實行為，而非法律行為。

以上兩說，應以後說爲是。蓋如依前說中之契約說，則有下列數點之不當：(一)清償有以債務人一方之行爲爲之爲已足者，例如受任人處理委任事務是，可見清償之非契約。(二)清償固有依契約爲之者，例如後述之代物清償是，如謂清償爲契約，則將與代物清償無所區別。(三)清償有依債務人之指定及法律之規定定之者，例如後述之清償抵充是，如謂清償爲契約，則將發生不當之結果。(四)清償有無須當事人之有行爲能力者，例如依不作爲及事實行爲所爲之給付是，如謂清償爲契約，則將發生不當之結果。(五)如謂清償爲契約，則債權之消滅以基於當事人之合意爲已足，而法律規定債務人之提出給付，須依債務之本旨爲之，果何故乎？又如依前說中之單獨行爲說，亦有下列數點之不當：(一)清償有無須債務人爲清償之意思表示者，例如不作爲債務之清償是，可見清償之非單獨行爲。(二)清償有不問債務人之意思如何，依法律之規定定之者，例如後述之清償抵充是，如謂清償爲單獨行爲，則清償抵充即無由說明。(三)清償有無須債務人之有行爲能力者，如謂清償爲單獨行爲，則將發生不當之結果。(四)債務人雖有時爲清償之意思，然此清償意思，不過有宣言的效力，而非有欲發生法律上效果之意思表示。(五)債權之消滅，如依契約說，謂係基於當事人之合意爲之，尙能自圓其說，但何故得依債務人之一方意思表示爲之，則殊無理由。至如折衷說，則謂清償有時爲契約，有時爲單獨行爲，其不能免於上述各點之非難，更無待言。故依余所信，欲得清償之正當觀念，須依債權之觀念定之，即債權係使債務人依債務內容爲其行爲之權利，從而清償自係指依債務人之行爲具體的實現債務之內容而言，故如債務人之行爲，客觀的適合債務之內容，

則債權歸於消滅，是爲當然，至債權人有無消滅債權之意思，債務人有無因此消滅債權之意思，自非所問。從而清償之非契約，亦非單獨行爲，實無可疑。此余所以贊成後說，而以清償爲非法律行爲者也。(註)

(註)主張契約者爲 Savigny, Windscheid, Lohmar, Hegelsbarger, Heintzei, Struchmann, Enderann, Klein 諸氏。主張單獨行爲者爲 Rosenbergs, Schollmeyer, Bauer, Alexander, Havenstein Margraf 諸氏。主張折衷說者爲 Haenrich, Manigk, Mathias, Planck, Enneccerus 諸氏。主張非法律行爲說者爲 Kohler, Gruchot, Stammler, Dernburg, Landsberg, r Öttermann, Broth, Kretschmar, Böhmner 諸氏。德國學者，陳克生氏亦採取此說。(陳氏前編四〇三頁)

第二款 清償人

何人爲債務之清償人，依學理解釋及法律規定，有如左述。

第一 債務人

債務人爲負有應爲清償義務之人，其得爲清償人，是爲當然。此之所謂債務人，不僅單一債務人，即不可分債務人連帶債務人亦是。此因不可分債務人及連帶債務人亦爲債務人故也。雖然，債務人之清償債務，是否須有行爲能力，學說上頗有爭論。余以爲於此問題，應依給付行爲之性質決之，即給付行爲爲事實行爲時，無須債務人之有行爲能力，反是給付行爲爲法律行爲時，則須債務人之有行爲能力。(註一)又清償如依權利之移轉爲之，則以債務人有處分權爲必要，如債務人無處分權，自屬不生清償之效力。關於此點，外國法律有數例示規定者，

我民法無之。(註二)

(註一)如係無行為能力人所爲之清償，依我民法解釋，應屬無效，如係限制行為能力人所爲之清償，依我民法解釋，應得爲撤銷，一旦撤銷以後，其已移轉於債權人之權利，依法自應溯及的復歸於債務人，但在外國有爲保護債權人起見，特認法定留置權，即無限制能力之所有人，亦更爲有效清償，不能取回其物者（日民第四七六條），我民法無之，解釋上自難相同。

(註二)關於此點，日本民法設有例外規定，且爲保護債權人起見，特認法定留置權，即交付他人之物之清償人，非更爲有效清償，不得取回其物（日民第四七五條），我民法無明文規定，余以爲應依第一一八條之規定解決之。

第二 債務人之代理人

債務人之代理人，得爲清償人，學說上殆無爭論。且關於債務之清償，依我民法規定，例外許其依自己行爲之代理，從而債權人自得爲債務人之代理人而爲清償，同爲一人亦得爲債權人及債務人之代理人而爲清償（民法第一〇六條但書）。不過嚴格言之，我民法規定「履行債務」，許其依自己行爲之代理，係就給付行爲許其依自己行爲之代理，即給付行爲爲法律行爲時，許其依自己行爲之代理耳。

第三 第三人

一 原則得由第三人清償

依我民法第三一一條第一項規定：「債之清償，得由第三人爲之。」此爲各國法律之所同（舊法第一部第

十六章第四三條第四九條第五一條法民第一二三六條德民第二六七條日民第四七四條暹民第二八九條。清償之得由第三人爲之者，蓋就債權人方面言之，給付苟適合於債務之內容，無論由債務人爲之，第三人爲之，對於債權人並無不利；又就債務人方面言之，債務人縱有時對於第三人負擔償還義務，然非因此加重債務人之負擔，對於債務人亦無不利故也。清償既得由第三人爲之，故如第三人提出給付，債權人拒絕受領或不能受領，則債權人自應負遲延之責。第三人爲清償，究應以自己之名義爲之，抑應以債務人之名義爲之，學說上頗有爭論。余以爲此時之第三人並非債務人之代理人，自應解爲應以自己之名義爲之（同說Ortmann 氏異說 Weiland 氏）。至所謂第三人，係指債權人債務人及其一般或特定繼承人以外之第三人，是不待言。

二 例外不得由第三人清償

債務得由第三人清償，係屬原則，依我民法規定，亦有例外不得由第三人清償者，其情形有三，茲述如左。

甲 依債之性質不得由第三人清償者。此爲我民法第三一一條第一項但書所明定。性質上不得由第三人清償之債務，舉凡置重於債務人之人的要素，如由第三人清償，不能達其目的之債務皆屬之。我民法有明定不許由第三人清償者，例如受僱人受任人及受寄人等，須自行清償其債務是（民法第四八四條第一項第五三七條第五九二條）。

乙 當事人另有訂定不得由第三人清償者 此亦爲我民法第三一一條第一項但書所明定。所謂當事人另有訂定，即當事人另有意思表示之謂。此項訂定，自不限於契約，單獨行爲爲債之發生原因時，其行爲人自得爲不得由第三人清償之表示。又訂立不得由第三人清償之契約，不限於債權發生當時爲之，嗣後爲之亦無不可。且其當事人不得以訂立債權原因之契約者爲限，即債權之讓與人，債務之承擔人及其他之繼承人亦得訂立不得由第三人清償之契約。

丙 無利害關係之第三人清償債務經債務人聲明異議者 第三人之爲清償，固無須得債務人之同意，然如反於債務人之意思爲之，則殊有害於債務人之感情，故我民法第三一一條第二項規定：「第三人之清償，債務人有異議時，債權人得拒絕其清償。」債權人既得拒絕其清償，自不負受領遲延之責。此之所謂異議，應解爲意思通知（Willensmitteilung）之一種，其應準用關於意思表示及法律行爲之規定，是不待言。雖然，此項異議，應向何人爲之，學說上頗有爭論。依余所信，應解爲對於債權人爲之，對於第三人爲之，均屬相同。又其異議，不限於在第三人清償以前爲之，即在第三人清償以後爲之，亦無不可。如在第三人清償以後爲之，則其清償，應溯及於爲清償時失其效力，從而第三人自得基於不當得利之規定，請求返還其利益。第三人之清償，債權人得因債務人聲明異議而爲拒絕，係屬原則，我民法於同項但書尚設有例外規定，即：「但第三人就債之履行有利害關係者，債權人不得拒絕。」良以此時如許債權人拒絕清償，殊非所以

保護第三人之利益故也。利害關係之第三人，專就債之清償，而有財產上利害關係之第三人，例如保證人擔保財產之第三人取得人及以自己財產供債務擔保之第三人是。反是縱與債務人有身分關係，例如債務人之親屬，亦非此之所謂利害關係人。（註三）

三 第三人與債務人之關係

如上所述，債之清償，原則上得由第三人爲之，至第三人與債務人間之關係如何，則應分別情形以爲決定，即在一般之第三人時，其與債務人之關係如何，應依其相互間之法律關係定之，故如相互間爲僱傭關係時，應適用關於僱傭之規定，爲委任無因管理或贈與時，應適用關於委任無因管理或贈與之規定。其次在利害關係之第三人時，我民法則設有代位之規定，即依第三一二條：「就債之履行有利害關係之第三人爲清償者，得按其限度，就債權人之權利，以自己之名義代位行使。但不得有害於債權人之利益。」如前所述，代位係基於法律規定之債權移轉，從而關於代位之效力，自與前述債權之讓與同，凡債權人所有關於債權之效力及擔保等一切之權利，代位人均得行使之。但不得因此有害於債權人之利益，何謂有害於債權人之利益，已於前述，茲不贅。又代位人僅受讓債權而爲債權人，然非因此成爲契約之當事人，故凡關於契約當事人之權利，代位人自屬不得有之，與前述債權之讓與同。又依我民法第三一三條規定：「第二九七條及第二九九條之規定，於前條之代位行使權利準用之。」第二九七條係關於債權讓與通知之規定，第二九九條係關於對於

債權人之抗辯之援用之規定，其詳已於前述，可參照得之。（註四）

（註三）保證人是否此之所謂有利害關係之第三人，學說上頗有爭論，有謂其為此之所謂利害關係人者，如陳克生氏是（陳氏前編四〇五頁），有謂其為債務人，非此之所謂有利害關係之第三人者，如洪賦林氏是（洪氏前編二二二頁）。依余所信，就我民法解釋，應以前說為是。

（註四）關於代位之性質如何，學說不一，大約可分為下列之四說：（一）債權買賣說：此說略謂第三人對於債權人而為清償，非以清償之意思為之，故債權人雖受滿足，然其債權依然存續，從而於此場合，係基於買賣或強制買賣移轉其債權於第三人。（二）擬制讓與說：此說略謂債權因清償而消滅，然法律擬依擬制使其存續，以之移轉於債權人。（三）賠償請求權說：此說略謂代位非真正之債權移轉，乃法律基於實際之理由，對於第三人予以賠償請求權。（四）債權移轉說：此說略謂第三人之清償，僅有使債權與從來之債權人分離之效力，而非絕對的消滅其債權，故第三人得因清償立於從來之債權人之地位，從而所謂代位，不外基於法律之規定移轉其債權於第三人。依余所信，就我民法解釋，應以最後說為是。

第三款 受領清償人

何人為債務之受領清償人，依學理解釋及法律規定，有如左述。（註一）

第一 債權人

債權人得為受領清償人，為我民法第三〇九條第一項所明定，此在理論上亦應如是，蓋債權人為享有權利之

人故也。雖然，債權人之受領清償，是否須有行為能力，學說上頗有爭論。余以為於此問題，與債務之清償同，應依給付行為之性質決之，即給付行為為事實行為時，無須債權人之有行為能力，反是給付行為為法律行為時，則須債權人之有行為能力，但在限制行為能力人受領清償，則屬純獲法律上利益之行為，依我民法第七七條，得不經法定代理人之允許為之，是為例外。債權人固為受領清償人，然亦有例外不得為受領清償人者，例如（一）債權人受破產宣告時，債權人如受破產宣告，則喪失管理其財產之權利，故不得為受領清償人。（二）債權受扣押時，債權如因執行而受扣押，債權人不得為受領清償人，從而第三債務人無為清償之義務，故縱為清償，對於扣押債權人亦不發生何種之效力。（三）債權受假扣押執行時，及（四）債權受禁止處分或停止支付並轉付命令時，債權人均不得為受領清償人，與債權受扣押時同。蓋於此等場合，如債權人得為受領清償人，則不能達假扣押執行及禁止處分等之目的故也。

（註一）此之所謂受領清償，有廣狹二義，就狹義言之，惟債務人之清償債務須債權人之協力者，謂之受領清償。就廣義言之，債務人之清償債務，無須債權人之協力，即凡受其清償之利益者，皆謂之受領清償。關於受領清償之所謂受領，指狹義而言，此則指廣義言之，故清償不問其為法律行為事實行為，亦不問其為須債權人之協力與否，皆有受其清償利益之人，即受領清償人。

第二 債權人之代理人

債權人之法定代理人，得為受領清償人，學說上殆無爭論（民法第七六條第七九條），惟債權人之法定代理

人能否爲受領清償人，則適用上頗有問題。依余所信，應取肯定說。蓋債權人之債權，固因清償而消滅，然債權人實因代理人之受領清償而受保存其財產之利益，由此可知受領清償之行爲，爲保存行爲之一種，保存行爲，法定代理人原有權爲之，故意定代理人亦得爲受領清償人。又此之所謂代理人之受領清償，自指給付行爲爲法律行爲時言之，此點與前述受領清償同。

第三 收據持有人

收據，一稱受領證書 (quitting, quitance)，受領證書者，證明債務清償之文書也。收據固爲證明債務清償之文書，然持有收據之人，非必即爲有權受領清償之人，苟屬無權受領，縱對之已爲清償，理論上亦爲無效，然如絕對貫徹此種理論，則不但債務人將因此致受不測之損害，且非所以保護交易之安全，故我民法特從舊日立法例，於第三〇九條第二項規定：「持有債權人簽名之收據者，視爲有受領權人。但債務人已知或因過失而不知其無權受領者，不在此限。」（德民第三七〇條，日民第四八〇條）依此規定，收據持有人之視爲有權受領人，應具備下列兩種之要件：（一）須係對於收據持有人而爲清償，此在適用上是爲當然，惟應注意者，持有人所持之收據，須屬真實，且須具備民法第三條所定之方式，故如收據出於偽造變造，或未具備上述之方式，則清償人縱屬善意，亦不生清償之效力。雖然，收據持有人之視爲有權受領人，以其人持有真實且適法之收據爲已足，至持有人取得其收據之原因如何，則非所問。（二）須債務人爲善意且無過失，蓋如債務人而有惡意及過失，則無與

以保護之理由故也。所謂惡意，即債務人明知其無權受領是。所謂過失，即債務人因不注意而不知其無權受領是。上述兩種要件，應由何人舉證，適用上頗屬疑問。依余所信，第一種要件，應由清償人舉證，第二種要件，則應由債權人舉證。

第四 第三人

對於無受領權之第三人而為清償，縱經其受領，亦不發生清償之效力，此在解釋上蓋屬當然，但如絕對貫徹此種理論，或則徒增無益之手續，或則致使債務人受不測之損害，殊為失當，故我民法特於第三一〇條設種種之例外，茲分述如左。

一 經債權人承認或受領人嗣後取得其債權者 依我民法第三一〇條第一款規定：「經債權人承認，或受領人於受領後取得其債權者，有清償之效力。」經債權人承認，發生清償之效力，與無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人承認，發生處分之效力（民法第一一八條第一項），正屬相似。蓋既經債權人承認，則與債權人自為受領無異，使其發生清償之效力，不但足以節省債務人重為清償之煩，且債務人亦無須基於不當得利向第三人請求返還其利益，實際上甚為便利故也。至所謂承認，即追認之意，如屬事前允許，則債務人所為之清償當然發生效力，自無適用本款之餘地。其次，受領人於受領後取得其債權，使其發生清償之效力，與無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利，其處分自始為有效（民法第一一八條第二項），亦

復相同。蓋受領人既已取得其債權，則與對於債權人而為清償無異，使其發生清償之效力，即可省去無益之手續故也。至所謂取得其債權，以法律上有移轉債權之效力為已足，其取得之原因如何，則非所問。

二 受領人係債權之準占有人者 債權之準占有人，指以為自己之意思行使債權之人而言（民法第九六六條第一項），債權之準占有人，非必即為有權受領清償之人，苟屬無權受領，縱對之已為清償，理論上亦屬無效，然如絕對貫徹此種理論，則不但債務人將因此致受不測之損害，且非所以保護交易之安全，故我民法特從法日立法例，於第三一〇條第二款規定：「受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力。」法民第一二四〇條（日民第四七八條）依此規定，對於債權之準占有人為清償，其發生效力，須具備下列兩種之要件：（一）須係對於債權之準占有人而為清償；此在適用上是為當然，所謂債權之準占有人，例如非繼承人而自稱為繼承人，行使關於繼承財產之債權是。是否債權之準占有人，應依各種情形決之，不得單因持有負債字據，即謂其為準占有人。（二）須債務人為善意；蓋如債務人而有惡意，即無與以保護之理由故也。所謂惡意，即債務人明知其非債權人是。既須明知，故縱因過失不知其非債權人，亦屬善意，而非惡意。具備上述兩種要件，則其清償為有效，但真正之債權人，如非因對於債權準占有人之清償而受利益，則得基於不當得利，請求債權占有人返還其利益，自不待言。

三 債權人因而受利益者 依我民法第三一〇條第三款規定：「除前二款情形外，於債權人因而受利益之

限度內，有清償之效力。」所謂債權人因而受利益，指該清償之利益實際已由債權人享受者而言，我民法以其為有清償之效力者，蓋所以避免無益之手續也。但發生清償之效力，僅以債權人因而受利益之限度為限，從而債權人未受利益之部分，債務人應更為清償，是不待言。由是可知對於無權受領之第三人而為清償，所以發生債權消滅之效力者，非因其已為清償，不過因第三人受領清償，債權人於受其利益之限度，已達債權之目的耳。

第五 其他之受領權人

受領清償人，除上述各種之人外，尚得依當事人之契約，法律之規定，或訴訟上之裁判使第三人為受領清償人。其依當事人之契約，使第三人為受領清償人，不問其於債權發生時以契約為之，抑於債權發生後以契約為之。（註三）其依法律規定第三人為受領清償人，例如債權人依第二四二條由第三債務人而受清償是。其依裁判第三人為受領清償人，例如債權人依轉付命令而受清償是。

（註二）此種契約，應與第三人利益契約區別，而稱為對於第三人與以權限之契約（*ernstlichende Vertrags auf Leistung an Dritte*）。蓋此種契約，非第三人對於債務人直接取得權利，不過單取得受領給付之權限故也。又此種契約，與代理權授與契約不同，即在代理權授與，得依債權人一方之行為，對於代理人撤回受領清償之權限，此種契約解釋上則否。

第四款 清償之標的

第一項 概說

清償之標的者，債權人應為清償之內容也。何者為清償之標的，固應依各種債之關係分別決之。但在我民法第 三〇九條第一項規定：「依債務本旨……為清償……債之關係消滅。」蓋又所以明示清償之一般準則也。清償既須依債務本旨為之，故在僅為一部之清償，或不以原定之給付為清償，或因清償債務而負新債務，均不得謂係依債務本旨之清償，其不生清償之效力，是為當然，但如絕對貫徹此種理論，殊有未當，故我民法特從一般立法通例，於第三一八條至第三二〇條設一部清償代物清償及債務更新，亦屬有效清償之規定。茲於次項以下分別說明之。

第二項 一部清償

第一 原則債務人無為一部清償之權利

依我民法第三一八條第一項規定：「債務人無為一部清償之權利。」良以其非依債務本旨而為清償故也。惟應注意者，（一）一部清償，惟於給付可分時有之，如給付為不可分，則性質上應為全部清償，不生一部清償之問題。（二）一部清償，係就一個債之標的之一部清償而言，從而不但單純給付不得為一部清償，即合成給付亦不得為一部清償。反之外觀上雖為一個契約，而實際為數個獨立之給付時，則各給付原得獨立為之，不生一部清償之問題。從而依第二七一條之規定，數人負同一債務或有同一債權而其給付為可分者，各債務人所為之清

債，自非一部之清償。(註一)(三)一部清償，僅於全部給付可能時有之，如給付之一部不能，則我民法第二二五條及第二二六條另有解決辦法，即因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人就其不能部分免給付義務，而於可能部分仍有爲清償之權利。又因可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人固應負損害賠償之責，然如可能部分之履行對於債權人並無不利，而於可能部分仍有爲清償之權利。債務人既無爲一部清償之權利，從而債權人於債務人爲一部清償時，從拒絕受領，亦不負受領遲延之責。又債務人雖無爲一部清償之權利，然債權人則不妨請求一部清償，或受領一部清償，是不待言。

(註一)原本債權與利息債權，就廣義言之，雖爲一個債之關係，然兩者係各別獨立，故原本或利息之清償，自非一部清償。預約金亦然。又各期債務例如各期租金之清償，亦非一部清償。

第二 例外債務人得分期給付或緩期清償

債務人固無爲一部清償之權利，然如絕對貫徹此旨，殊非所以保護債務人，故我民法第三一八條第一項但書及同條第一項特設例外規定，即給付爲可分時，債務人得分期清償或緩期清償，給付爲不可分時，債務人亦得緩期清償。分期清償者，劃分期限，而爲一部清償也。緩期清償者，延展期限，而爲全部清償也。此兩種例外之適用，須具備下述三種要件：(一)須債務人之境況難於立時爲全部之清償，此種例外規定，係爲同情於債務人之境遇而設，故必債務人之境況難於立時爲全部清償，始有例外之適用。(二)須無甚害於債權人利益之相當期限

內，分期或緩期，債務人之境況固應加以斟酌，然亦不能因此致使債權人受莫大之損害，故須於無甚害於債權人利之相當期限內，定其分期或緩期之期限。至期限是否相當，則應依具體情形決之，是不待言。(三)應否分期或緩期，須經法院之許可，債務人得為分期清償或緩期清償，原屬例外，故我民法以其許可之權畀諸法院，以期既不至漠視債務人之境遇，亦不至過分損害債權人之利益。此之所謂法院，不僅訴訟法院，即執行法院亦是。從而所謂許可，自不限於以訴訟程序為之，即以執行程序為之，亦無不可。(註二)具備上述各種要件，則債務人即有為分期清償或緩期清償之權利，從而債權人如拒絕受領或不能受領，自應負受領遲延之責。至給付如不可分，祇得為緩期清償者，是又給付性質所當然，無待深論也。

(註二)具備第三一八條第一項但書及同條第二項所定之要件，債務人固得為一部清償，但債權人得為一部清償之情事，並不備也。舉其著者言之，有依給付之性質應為分期清償者，例如與某歌劇團約定演劇一週是。有依法律規定得為一部清償者，例如票據法第七〇條第一項及土地法第一七九條之規定是。有依當事人之意思得為一部清償者，其為債權人一方之允許，或債權人及債務人雙方之同意，均無不可。

第三項 代物清償

第一 代物清償之性質

代物清償 (datio in solutum, Hingabe an Erfüllungszustand) 者，債權人與債務人所為受領他種給付，以代原定給付，使債之關係消滅之契約也。我民法第三一九條所謂：「債權人受領他種給付，以代原定之給付者，

其債之關係消滅。」即屬關於代物清償之規定。代物清償之性質如何，學說紛歧，至不一致，有謂代物清償係清償或清償之變態者（Windscheid 氏主此說），余則以為代物清償，於使債權人受實質的滿足之點，雖與清償相同，但代物清償，非原定給付之履行，謂為清償，殊為失當；且清償係依債務人之行為，實現債務之內容，代物清償則尚須債權人消滅債務之承諾，其非清償，尤為顯然。其次有謂代物清償係買賣或互易與抵銷之混合契約者（Schliemann, Kömer 諸氏主此說），此說亦難贊同，蓋此種見解，不但與當事人之意思不合，且如依此說，徒使法律關係趨於複雜，殊無何種之實益故也。復次有謂代物清償係一種獨立之契約者（Schollmeyer, Berndl, Hartmann 諸氏主此說），此說最能說明代物清償之性質，余亦從之。如依此說，則有應說明之點如下：（一）代物清償為要物契約，代物清償之成立，非以當事人之意思表示為已足，尚以債務人為現實給付為必要，故代物清償為要物契約。（二）代物清償為有償契約，債務人為他種給付，與債權人拋棄債權立於對價關係，故代物清償為有償契約。（三）代物清償以消滅債務為標的，從而債務自因代物清償之成立而消滅，故在代物清償成立以波，債權人不得請求返還其原定之給付。

第二 代物清償之要件

代物清償之成立，須具備左述各種要件。

一 須有因代物清償而消滅之債權存在 代物清償，以消滅債權為標的，自以有可因代物清償而消滅之債

權存在爲必要。如並無債權存在，係基於錯誤以其爲代物清償而爲給付，自得基於不當得利請求其給付之返還。

二 須債務人以他種給付代原定給付。債務人須現實爲給付，始能成立代物清償，此代物清償爲要物契約所當然。如非現實給付，不過債務人有得以他種給付代原定給付之權利時，則屬任意債務，而非代物清償。又現實所爲之給付，須與原定給付異其種類，此爲我民法第三一九條所明定。但以異其種類爲已足，其種類究屬如何，則非所問。故不僅物之給付，即債權移轉物權移轉及勞務等，亦得爲代物清償之標的。又現實所爲之給付，須係用以代原定給付爲之。故如因清償而爲給付 (Leistungserfüllungshalber)，則其給付係清償之方法，自必債權人實際已由該給付得有滿足，其債權始歸消滅，與代物清償，一經債權人受領給付，其債權即歸消滅，自不相同。

三 代物清償之成立須得債權人之承諾。債務人原無以他種給付代原定給付之權利，故債權人於債務人提出與原定給付相異之給付時，縱拒絕受領，亦不負遲延之責。從而以他種給付代原定給付而使債之關係消滅，自以得債權人之承諾爲必要。換言之，即須債權人與債務人之合意，始有成立代物清償之可能。註

(註) 代物清償，是否必須債務人爲之，各國法律不同，有特別債務人之字樣者，如日本民法是 (舊民法四八二條)。有不特別債務人之字樣者，如德國民法是 (德民第三六四條第一項)。我民法係從後之立法例，解釋上自不限於由債務人爲之。即在不特別債務人字樣者，亦

解釋上不限於由債務人爲之。

第三 代物清償之效力

關於代物清償之效力如何，學說不一，有謂債務當然消滅者，有謂債務人依惡意之抗辯始免債務者，近世各國法律皆取前說，我民法從之，於第三一九條明定「其債之關係消滅。」債之關係既當然消滅，從而債權之擔保及其他從屬之權利，亦應同時消滅，是不待言。至代物清償所爲之給付如有瑕疵，其救濟方法如何，學說亦不一致，有謂得請求原定給付者，有謂得請求損害賠償者，有謂得請求原定給付或損害賠償者，通說多取最後之見解。德國民法爲避免解釋起見，特於第三六五條明定債務人與出賣人負同一之擔保義務。我民法關於此點，未說明文，依余所信，應與德民取同一之解釋，蓋如前所述，代物清償係有債契約故也（民法第三四七條）。

第四項 債務更新

因清償債務，對於債權人負擔新債務者，謂之債務更新。例如因清償千元之債務發行同類之票據是。債務更新之性質如何，學說不一，有謂其爲清償之着手者（Salpina 氏主此說），有謂其爲條件附清償者（Schlemann 氏主此說），有謂其爲代物清償者（Fick, Grünhut 諸氏主此說），有謂其爲條件附代物清償者（Schanberg 氏主此說），有謂其爲一種獨立之契約者（Drier, Melcher 氏主此說）。余則以爲債務更新，係因清償債務負擔新債務，而非依債務本旨以爲給付，即爲原定給付，自不能謂爲清償之着手或條件附清償，又債務更新，依當

專人之意思，係因清償而為，非因代償而為，自不能謂為代物清償或條件附代物清償，故理論上難以最後認為是。雖然，因清償債務而對於債權人負擔新債務，究為代物清償，抑為因清償而為給付，頗難分辨，故我民法特從德國立法例，於第三二〇條設推定的規定曰：「因清償債務而對於債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不為履行時，其舊債務仍不消滅。」（德民第三六四條第二項、瑞債第一一六條第一項）依此規定，債務更新係新債務與舊債務並存，債權人得選擇其一行使之。惟債權人究先請求何種債務之履行，自應解釋當事人之意思以為決定。但在當事人通常之意思，則多先請求新債務之履行，於債權人因新債務履行受滿足之範圍內，其舊債務歸於消滅。

第五款 清償地清償期及清償費用

第一項 清償地

第一 清償地之意義

清償地 (Zahlungsort) 者，債務人應為清償之地也。在學術上之用語，通常有清償地與清償處所之區別，清償處所，用作狹義，指應為清償之地點而言，例如債權人之住所是。清償地，則用作廣義，指包含清償地之行政區劃言之，例如債權人住所所在之某縣某市是。但在我民法之所謂清償地，應從狹義解釋，即清償處所之義，不可不辨。清償地既係債務人應為清償之地，從而清償地與債之發生地不同，債之發生地，即債之原因成立地，例如債

之關係因契約而生時，其契約成立地，即債之發生地是。又清償地與目的地 (Bestimmungsort) 亦異，依債權人一方之希望送付標的物於清償地以外之指定地者，其指定地即目的地。債之發生地與目的地，雖亦有時為清償地，但其性質，究屬有別。

第二 清償地之決定

清償地，依我民法規定，應依左列方法以為決定。

一 法律有規定者從其規定 所謂法律另有規定，例如民法第三七一條及第六〇〇條之規定是。

二 契約有訂定者從其訂定 當事人之以契約訂定清償地，不以債之發生當時為限，嗣後亦得為之。又所定之清償地，不限於一處，得於數處中選擇的定之，例如當事人以契約訂定，債務人得於甲乙兩處任擇一處為清償地是。亦得就同一債務而定數個之清償地，例如就分期給付之一宗債務定有各期不同之清償地，或就原本債務與利息債務，本債務與違約金債務，而定各別之清償地是。在雙務契約，得就各債務定各別之清償地。當事人有數人時，例如連帶債務，亦得就各當事人定各別之清償地。

三 有習慣者從其習慣 習慣有補充當事人意思之效力，故有特別習慣可從者，自應從其習慣。例如銀行之交易，概在銀行是。

四 能依債之性質決定者從其性質 例如移轉不動產，修繕建築物之債務，依其性質，應以不動產所在地，建

藥物所在地，爲其清償地是。又如管理財產之債務，依其性質，應以財產所在地，爲其清償地是。

五 能依其他情形決定者從其情形 例如債之關係因單獨行爲而生者，於其單獨行爲定有清償地時是。

六 補充規定 清償地，不能依上述各種方法以爲決定時，我民法第三一四條設有補充規定，茲述如左。

甲 特定物之債 依我民法第三一四條第一款規定：「以給付特定物爲標的者，於訂約時其物所在地爲

之。」此爲羅馬法之所認，德國普通法法國民法及日本民法從之（法民第一二四七條日民第四八四條）。特定物之債，以訂約時其物所在地爲清償地，最適合於當事人之意思，故爲我民法所採用。但此規定，僅於特定動產有其適用，蓋關於不動產，本不待言故也。所謂特定之債，舉凡給付標的已具體的特定之債皆屬之。（註一）所謂訂約時，通常固爲債之發生時，但在停止條件附之契約，其訂約時與債之發生時不同，其清償地如何，則屬疑問，余以爲爲期適合於立法本旨起見，此時仍應以訂約時其物所在地，爲其清償地。（註二）

乙 其他之債 依我民法第三一四條第二款規定：「其他之債，於債權人之住所地爲之。」關於此點，各國法律頗不一致，有以債之發生地爲清償地者，如奧大利民法索遜民法是（奧民第九〇五條索民第七〇五條）。有以債之發生當時債權人之住所地爲清償地者，如普國國法日本民法是（普法第一部第五章第二四八條日民第四八四條）。有以債之發生當時債務人之住所地爲清償地者，如法國民法瑞士債務

法及繼國民法是（法民第一二四七條、瑞債第七四條、德民第二六九條）。通常之債，以債權人之住所地爲其清償地，最適合於債務之本旨，故我民法特從舊日法律之立法例。但所謂住所地，應從狹義解釋，係指債權人之現住所，而非指債權人之住所所在地之行政區域。至所謂債權人之現住所，係指債務人應爲清償時債權人之住所，而非債之發生當時債權人之住所，亦非債務人現爲清償時債權人之住所。蓋債務人不於清償期爲清償時，嗣後債權人變更其住所，債務人應於現爲清償時債權人之住所爲其清償故也。

（註三）何謂住所，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

（註一）關於此點，陳克生氏與本書見解不同。陳者謂：「本款只就以給付特定物爲標的之債有適用，何謂以給付特定物爲標的之債，即須轉移特定物之占有之債務也，乃爲特定之債之一種。蓋凡給付標的具體已特定之債務，均可謂之特定之債，例如以讓與特定著作權爲標的之債是。此則僅限於以特定物之交付爲標的之債，始有適用。」（陳氏前揭四二六頁）

（註二）特定物之債，固以訂定時其物所在地爲清償地，但其物之所在地是否以債務人知悉爲必要，則屬疑問。關於此點，一般通說，均謂如債務人不知其物之所在地，則無本款之適用，余亦謂然。

（註三）關於此點，陳克生氏與本書見解不同。陳者謂：「債之發生原因成立時，與債之發生時，及債之應履行或債之實行履行時，債權人住所地不一致者，果以何地爲清償地，應認爲以債之實行履行時債權人住所爲清償地。蓋如是解釋，始符於立法本旨也。但如圖此致增加費用者，自應由債權人負擔。」（陳氏前揭四二八頁）

第三 清償地之效力

清償地既已決定，則債務人祇得於清償地爲清償，債權人亦祇得於清償地請求清償，從而債務人於清償地以外之地爲清償時，債權人縱拒絕受領，亦不負受領遲延之責，債權人於清償地以外之地請求清償時，債務人縱不爲給付，亦不負給付遲延之責。又依我民法規定，清償地有爲決定給付內容之標準者，例如外國貨幣之換價，應依給付地之市價是（民法第二〇二條）。又依我民事訴訟法規定，清償地有爲決定審判籍之標準者，例如本於契約有所請求而涉訟，得由義務履行地之法院管轄是（民訴法第十四條）。

第二項 清償期

第一 清償期之意義

清償期 (Erfüllungszeit) 者，債務人應爲清償之時期也。（註一）債務人應爲清償之時期，即債權人得現實請求清償之時期，此在解釋上固屬當然，但清償期與下述各種時期殊不相同。（一）債權發生之時期，債權發生時，債權人之給付請求權，固即因以發生，但與債權人得現實請求給付，究屬有別，故債權發生之時期，非清償期。（註二）（二）債務人得爲清償之時期，債務人固無須於清償期前而爲清償，然亦有得於清償期前爲清償者，例如後述爲債務人之利益而定之清償期是。但債務人究無須於清償期前而爲清償，從而債務人得爲清償之時期，自非清償期。（三）債權人得請求清償之時期，債權人固不能於清償期前請求清償，然亦有得於清償期前請

求清償者，例如後述爲債權人之利益而定之清償期是。但債權人究不能於清償期前請求清償，從而債權人得請求清償之時期，自非清償期。(四)債務人實行清償之時期，清償期屆至以後，如債務人不爲清償，固應責給付遲延之責，然於事後再爲清償，自無不可，顧此究非債務人應爲清償之時期，自非清償期。

(註一)據國民法從債權人方面立論，認債權人得請求清償時期之屆至，爲 *in bonis* 年。此種用語，殊非妥洽，蓋債權人得請求清償之時期，與債務人應爲清償之時期，通常範圍一致，然在爲債權人之利益而定清償期時，債權人得拋棄其利益，而於清償期前隨時請求清償，故本書從債務人方面立論，下清償期之定義曰：「清償期者，債務人應爲清償之時期也。」

(註二)債權發生之時期，因其發生之原因而不同，其由法律規定而生者，例如不當得利無因管理及損害賠償等，以法定要件完成之時，爲債權發生之時期，其由法律行爲而生者，例如契約，則以法律行爲發生效力之時，爲債權發生之時期。債權發生之時期，雖非清償期，然亦足以發生遲延之效果，例如以此時期爲標準，而定從物之範圍是。

第二 確定清償期與不確定清償期

清償期，因情形不同得爲種種之分類，茲就其關係重要之確定期限及不確定期限說明如左。

一 確定期限 確定期限 (*dis certus an et quando*) 者，清償期之屆至及其屆至時期皆已確定之期限也。確定期限有以一定期日定之者，如云民國二十二年一月二十六日是。有以一定期間定之者，如云二十二年一月一日至一月二十六日是。在後之情形，須於期間經過後，債務人始任給付遲延之責，債權人亦惟於此

時始得提起請求給付之訴。雖然，期限之以一定期間定之，非無於期間經過後，債務人免其債務者，例如火之定期往返車票是，於此情形，其債權惟於某期間存在，是不待言。

二 不確定期限 不確定期限 (*dies certus an, sed incertus quando*) 者，清償期之屆至雖已確定，而其屆至時期則不確定之期限也。如云某人死亡之日是不確定期限，其屆至時期雖不確定，然其期限之屆至則已確定，其所以異於條件者，即在於此。從而如清償期之屆至及屆至時期皆不確定 (*die incertus an et quando*)，則屬條件，而非期限。但如當事人有以之定清償期之意思，即其事件如已發生，以其發生之日為清償期，如不發生，以其人死亡之日為清償期，則仍屬期限，而非條件。惟於此場合，究為期限，抑為條件，要在就各種情事，解釋當事人之意思以為決定。又當事人於定不確定期限時，如其用語不甚精確（例如適當時期或相當機會之類），其清償期究於何時屆至，不無疑問。依余所信，應由審判官係誠信原則，就各種情形，認定其事實之發生與否，以定清償期。

第三 清償期之決定

清償期，依我民法規定，應依左列方法以為決定。

- 一 法律有規定者從其規定 所謂法律另有規定，例如民法第四五〇條第四七〇條第四七七條及第四七八條之規定是。

二 契約有訂定者從其訂定。當事人之以契約訂定清償期，不以債之發生當時為限，嗣後亦得為之。清償期，得依主債務與從債務而異。且得分割一宗債務，就各部分而定各別之清償期。又清償期，得選擇的定之。此時自應準用關於選擇之債之規定。其在雙務契約，得就各債務而定各別之清償期，但於此場合，不應適用同時履行之原則。

三 能依債之性質決定者從其性質。例如因宴客而定酒席，依其性質，應以其宴客之日為清償期是。

四 能依其他情形決定者從其情形。例如債之關係因單獨行為而生者，於其單獨行為定為有清償期時是。

五 補充規定。清償期，不能依上述各種方法以為決定時，我民法第三一五條設有補充規定，即「債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償。」此種辦法，自羅馬法以來，各國法律即已認之（德民第二七〇條瑞債第七五條），法國民法及日本民法雖無明文規定，但在通說，亦與德瑞法律取同一之解釋。我民法所以從一般立法通例，明定債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償者，蓋債權，原以請求給付為標的，其成立之時，即給付請求權發生之時（*præsumptio obligatio*），清償期既不能依法律規定，契約訂定，債之性質或其他情形以為決定，自應從其本質，以定清償期。雖然，於此場合，債權成立之時，固為給付請求權發生之時，然債務人之為清償，尚須多少之準備，自不可不與以準備期間之猶預，此依誠信原則以為解釋，是為當然。又應給付某結果時，例如承攬契約供給契約等，債務人以即時着手於發生其結果之工作為已足，是不待言。

第四 清償期之效力

清償期一旦屆至，則債權人得請求清償，債務人亦應為清償。從而如清償期係屬重要，即非於一定期限為清償，不能達清償之目的時，債務人不為清償，即生給付不能。反之如清償期非屬重要，則債務人嗣後仍得為清償。此外，依我民法規定，清償期之屆至，有為起算消滅時效期間之標準者，即第一二八條之規定是，有為決定給付遲延之標準者，即第二二九條之規定是，有為決定受領遲延之標準者，即第二三五條之規定是，有為構成同時履行抗辯之要件者，即第二六四條之規定是，有為構成抵銷之要件者，即第三三四條之規定是。

第五 清償期前之清償

債權人固惟於清償期屆至時，始得為清償，債務人固亦惟於清償期屆至時，應為清償，然例外非無於清償期前得為清償或得請求清償者，茲分述如左。

一 債務人得於期前為清償時 依我民法第三一六條規定：「定有清償期者……如無反對之意思表示時，債務人得於期前為清償。」此為羅馬法以來各國法律之所認（法民第一一八七條德民第二七一條第二項日民第一三二八條）。法律上之期限，究係為債權人之利益定之，抑係為債務人之利益定之，固應依當事人之意思以為決定，然如當事人之意思不明，則為保護債務人之利益，應推定其係為債務人之利益定之，從而債務人得拋棄其利益，於清償期前為清償，是為當然。但債務人於清償期前為清償時，能否扣除其中間利

息 (interusurium, Zwischenzinsen) 則屬疑問。關於此點外國法律有明定其不得扣除中間利息者 (德民第二七二條)。我民法雖未設明文，余以爲應與德民取同一之解釋。蓋債務人因拋棄其利益所生之利益，應由債務人受之，不應轉嫁於債權人故也。

二 債權人得於期前請求清償時 依我民法第三一六條規定：「定有清償期者，債權人不得於期前請求清償。」依此規定，似債權人無於清償期前請求清償之餘地，實則此種規定，殊欠妥洽。即清償期，非無爲債權人之利益定之者（例如無償寄託），債權人如拋棄其利益，提前請求清償，對於債務人並無不利，自應許其得於期前請求清償。此外，於債務人受破產宣告時，債務人毀損或減少其擔保時，債務人應供擔保而不供擔保時，一般學說及立法例，爲保護債權人之利益，多許其得於期前請求清償，依余所信，解釋上應屬相同。

第三項 清償費用

清償費用，即爲清償必要之費用，例如運送費、運費之類是。此項費用，應由何人負擔，我民法第三一七條設有明文規定。即「清償債務之費用，除法律另有規定，或契約另有訂定外，由債務人負擔。」其由債務人負擔者，蓋清償債務係債務人之義務故也。但此係屬原則，同條但書尙設有例外規定，即「但因債權變更住所，或其他行爲，致增加清償費用者，其增加之費用，由債權人負擔。」所謂依其他情形致增加清償費用，例如依債權人之要求，將給付物送交清償地以外之處所，或依特別之運送方法而爲運送，致增加運送費用是（法民第一二四八條、德民第二

七〇條第二項曰民第四八五條。(註)

(註)我民法第三七八條第二款規定：「移轉權利之費用，運送標的物至消債地之費用，及交付之費用，由出賣人負擔。」本款所定之各種費用，即清償債務之費用，第三一七條既定明由債務人負擔，實無再設第三七八條第二款之必要。

第六款 清償之抵充

第一 清償抵充之要件

清償抵充(Verechnung von Zahlungen, imputation des paiements)者，債務人對於同一債權人，負為同種類給付之數宗債務時，因清償人所提出之給付，不足清償全部債額，而決定以該給付抵充一部債額之清償也。債務人對於同一債權人，負為同種類給付之數宗債務時，此數宗債務中，關於利息、期限及擔保等往往不同，如清償人所提出之給付不足清償其全部債額，究應清償何部債額，對於當事人頗有重大之關係，故我民法特從一般立法通例，設清償抵充之規定。茲述其要件如左。(註一)

一 須債務人對於同一債權人負擔數宗債務 即同一債權人債務人間，須有基於獨立原因而生之數宗債務存在。其債務，究係自始於債權人與債務人間所發生，抑係嗣後由他人承擔而來，在所不問。由一個包括的債之關係而生之數個之獨立債務，亦得適用關於抵充之規定。又此數宗債務，以債務人得於清償期前為清償為已足，無須皆到清償期。(註二)

二 須數宗債務其給付之種類相同。債務人所負擔之數宗債務，如其給付之種類不同，則清償何宗債務，得依其給付之性質定之，不生抵充之問題。故必數宗債務其給付之種類相同，始有抵充之可言。雖然，所謂種類相同，不以金錢或其他代替物之給付爲限，即不代替物或行爲之給付，如種類相同，亦生抵充之問題。例如債務人以兩個契約，分別負擔一匹馬之給付，或以兩個契約，分別負擔一幅畫之給付是。

三 須清償人所提出之給付不足清償全部債類。清償人所提出之給付，如足清償全部債類，則全部債務因清償而消滅，不生抵充之問題。故必債務人所提出之給付不足清償全部債類，始有抵充之可言。雖然，抵充之適用，須債務人所提出之給付，至少足以清償一宗債務，否則債權人得拒絕其爲一部清償，亦不生抵充之問題。

（註一）關於清償抵充之規定，爲各國法律之所認。如德意志法（Verdracht，§ 313）德國民法第一部第十六條第一五〇條第一五一條，法國民法第一四一五條第一四一六條，法國民法第一二五三條，德國民法第三六六條第三六七條，瑞士債務法第八五條以下，日本民法第四八八條以下，暹羅民法第三一七條以下。

（註二）清償抵充，固須對於一人負擔數宗債務時始能發生，然如對於一人雖僅負擔一宗債務，而係分別一宗債務爲數次清償時，亦可認爲有數宗債務存在，如債務人提出之給付不足清償全部債類，亦得準用關於抵充之規定。

第二 清償抵充之方法

關於清償抵充之方法，可分爲次述之三種。

一 契約上之抵充

清償之抵充，能否以契約定之，我民法無明文規定，依余所信，應取肯定說。蓋我民法關於抵充之規定，並非強制規定故也。雖然，清償人與受領清償人之訂立抵充契約，應於何時爲之，頗屬疑問。依余所信，應至遲於提出給付時爲之，如在提出給付以後，則當然適用後述法定抵充之規定，不得再爲契約上之抵充。至清償人與受領清償人之契約，解釋上係直接發生抵充清償之效力，從而當事人，非僅依契約所定，負擔應爲抵充之義務，乃係清償人之給付，依契約所定，當然發生抵充之效果。故如清償人於爲給付之際，違反清償抵充契約，單獨指定應抵充之債務時，自屬無效。（註三）

二 清償人之指定

我民法第三二一條規定：「對於一人負擔數宗債務，而其給付之種類相同者，如清償人所提出之給付不足清償全部債額時，由清償人於清償時，指定其應抵充之債務。」此即關於指定抵充之規定。指定人是否限於清償人，各國法律不同，有以清償人爲第一順位指定人，受領清償人爲第二順位指定人者（法民第一二五五條、瑞債第八六條、日民第四八八條、暹民第三二八條、第三一九條），有惟限於清償人爲指定人者（德民第三六六條第一項），我民法爲保護清償人起見，特從後之立法例。其以清償人爲指定人者，蓋清償係清償

人之行為，究以清償何種債務爲宜，自由由清償人決定較爲允當也。所謂清償人，不問其爲債務人，抑爲第三人。指定行爲，應解爲一種意思表示，既屬意思表示，自應適用關於意思表示及法律行爲之規定。又清償人之得爲指定，係屬一種權利，通說謂其爲形成權，余亦謂然。指定權既爲形成權，自以清償人一方之意思表示，即生效力，從而受領清償人無主張抵充其他債務之餘地，依同理，清償人於受領清償人受領給付以後，縱令表示抵充其他債務之意思，亦屬無效。又指定抵充之意思表示，我民法明定其須於清償時爲之，良以在未爲清償以前，不生清償抵充之問題，固無爲指定抵充之必要，在已爲清償以後，則當然適用法律抵充之規定，亦不得再爲指定之抵充故也。雖然，我民法第三二一條並非強制規定，清償人於爲清償時，不卽爲指定，依當事人之特約，在一定期限內，保留其指定權，自無不可。

三 法律上之抵充

清償人不爲第三三一條之指定時，依我民法第三二二條，應依左列之規定，定其應抵充之債務，是爲法律上之抵充。

甲 債務已屆清償期者，儘先抵充。此係保護債務人而設之規定，蓋債務已屆清償期，債務人應負遲延責任，使之早歸消滅，對於債務人甚爲有利故也。

乙 債務均已屆清償期，或均未屆清償期者，以債務之擔保最少者，儘先抵充。此係保護債權人而設之規

定，蓋債務之擔保最少者，使之早歸消滅，對於債權人甚為有利故也。

丙 擔保相等者，以債務人因清償而獲益最多者，儘先抵充。此係保護債務人而設之規定，蓋債務人因清

償而獲益最多之債務，使之早歸消滅，對於債務人甚為有利故也。所謂債務人因清償而獲益最多之債務，儘先抵充，即債務人負擔最重之債務儘先抵充之謂，例如票據債務較先於普通債務，單純債務較先於連帶債務，有利息債務較先於無利息債務，高利債務較先於低利債務，附違約金債務較先於未附違約金債務而為抵充是。

丁 獲益相等者，以先到期之債務，儘先抵充。此係保護債務人而設之規定，與前述債務已屆清償者儘先抵充同。

戊 獲益及清償期均相等者，各按比例，抵充其一部。此係為當事人雙方及第三人之利益而設之公平規定，所謂第三人，例如設定擔保之第三人保證是。（註四）

（註三）清償人與受領清償人之契約，究係直接發生抵充清償之效力，抑僅依契約所定負擔應為抵充之義務，學說頗不一致，有主張謂說者，如 *Kraich, Reibeln, Schollmeyer, Dernburg* 諸氏是。有主張後說者，如 *Planck* 氏是。依余所信，應以前說為是。

（註四）關於法律上抵充之順位，各國法律頗不相同，德國普通法為：（一）已屆清償期之債務，（二）債務人負擔較重之債務，（三）先受生之債務，（四）一切要件相同時，各按比例抵充其一部。據中國民法第三六六條與之設同一之規定，但將清償不確實之債務置於第二位。

關於其他各國法律之規定，Berner, Verrechnung von Zahlungen 敘述頗詳，可參照得之。

第三 原本利息及費用之抵充順位

以上所述，係關於原本債務之抵充，如債務人除原本債務外，尚應支付利息及費用，而清償人所提出之給付不足清償其全部時，當事人間苟無特別約定，則不可無一定順位，以定其應抵充之債務。故我民法特於第三二三條前段規定：「清償人所提出之給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本。」其以費用置於第一順位者，蓋費用為一時之支出故也。所謂費用，舉凡買賣費用，訴訟費用，執行費用，清償費用及其他自原本債務所生之費用皆屬之。其以利息置於第二順位者，蓋利息係原本所生之孳息，為債權人通常之收入故也。所謂利息，舉凡約定利息，法定利息皆屬之。債務人僅負一宗債務，而於原本外，應支付利息及費用時，固應依本條之規定，先抵充費用，次充利息，次充原本，如債務人負擔數宗債務，而於原本外，皆應支付利息及費用時，解釋上則應先抵充各債務之費用，次充各債務之利息，然後抵充原本，其數宗債務中僅一二宗應支付利息及費用時，亦應就該一二宗債務之利息及費用先行抵充，然後抵充原本。又依我民法第三二三條後段規定：「其依前二條之規定抵充債務者，亦同。」所謂亦同，即指定抵充及法定抵充亦應依抵充順位依次抵充是。

第七款 清償之效力

第一 概說

清償，保清滅債權債務之主要原因，債之關係因清償而消滅，亦即清償之主要之效力。又債之關係消滅者，依我民法第三〇七條規定，債權之擔保及其他從屬權利，亦同時消滅。又依第三〇八條第一項規定，債務人得請求返還或塗銷負債之字據。此於債之關係因清償而消滅，亦有其適用，是不待言。此外，我民法對於清償，尚於第三二四條設有請求受領證書之規定，又於第三二五條設有推定他債已清償及全債已消滅之規定，茲分別說明如左。

第二 受領證書之請求

一 受領證書之性質

關於受領證書之性質如何，學說甚多，要而言之，不外下列之三說：（一）證據方法說（Beweismitteltheorie），此說以受領證書，為單純之證據方法，從而債權人交付證書之行爲，為觀念表示（Wissenserklaerung），而非意思表示，即不包含處分債權之行爲。受領證書既屬於清償之證據方法，則債權人自得更以其他有力之證據方法，推翻受領證書之效力，審判官亦得依自由裁量，決定受領證書之證據力。（二）承認契約說（Anerkennungsvertragstheorie），此說謂依受領證書之授受，成立承認債務不存在之契約，從而債務非依清償而消滅，乃依因受領證書之授受所成立之契約而消滅。換言之，即依受領證書之授受，成立消滅債務之處分契約，而此處分契約為無因契約，故不問實際清償與否，其債務因處分契約而消滅。（三）證據契約說

(Beweisvertragslehre) 此說謂依受領證書之授受，成立證據契約，即債權人與債務人約定對於債權因清償而消滅之事實付於不爭。從而此說係將關於債權消滅之問題與關於證據之問題，析而為二，惟以後者為契約之內容。以故將來債權人對於債務人請求清償時，債務人無須證明已為清償，即得基於受領證書之授受，主張免其證明之義務。(註一) 以上三說，依余所信，應以證據方法說為是，蓋以受領證書為清償之證據方法，不但與當事人之意思及交易之實際相合，即依第三二四條以為解釋，亦屬允當故也。(註二)

(註一) 第一說為通說，主此說者為 Puchta, Vangerow, Billow, Bechh, Breib, Cosack, Orome, Kipp, zu Windscheid, Dernburg, Ortman, Kuhlendorck, Schollmeyer, Vorschott 諸氏。第二說為 Rühr 氏所首倡，Brinz, Endemann, Collatz, Dillo 諸氏從之。主張第三說者，則為 Bruns, Planck, Larenmann 諸氏。此外，有謂受領證書之性質，應依情形而異，有時為證據方法，有時為免除契約或債務不存在契約者(主此說者 Windscheid, Arndtz 諸氏)，亦有謂受領證書，為免除清償之表示，受領之確證三種性質之一者(主此說者 Isener 氏)。

(註二) 承認契約說有下述三點之不當：(一) 與當事人之意思不合，即當事人，在通常情形，無依受領證書之授受，附與承認債務不存在之效力之意思。(二) 與交易之實際不合，即如依此說，則不同債務人實際已為清償與否，其債務概因虛分契約而消滅，與交易實際大相刺謬。(三) 與第三二四條之規定不合，即如依此說，則對於第三二四條即清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書，不能說明。證據契約說亦有下述兩點之不當：(一) 與當事人之意思不合，即當事人，在通常情形，無依受領證書之授受，對於債權因清償而消滅之事實付於不

等之意思。(二)與證據法則不合，即在訴訟法上，一般通說均謂當事人不能訂立關於證據之契約，是見證據契約之理論為不可通。

二 受領證書之請求

依我民法第三二四條規定：「清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書。」本條之規定，似與第三〇八條第一項之規定重複，實則不然，蓋負擔債務，未必皆立有字據；即使立有字據，亦非債之全部消滅不能請求返還；即使已為返還，亦不過推定其債之關係消滅（民法第三二五條第三項），債權人仍得提出反證以推翻之，故於第三〇八條之規定外，實有許清償人對於受領清償人請求給與受領證書之必要。（註三）受領證書之請求，不僅於全部清償時發生，即於一部清償時亦發生。又不僅於債務人為清償時得為請求，即第三人為清償時亦得為請求，亦不僅對於金錢債務之清償有其適用，即對於一切債務之清償亦有其適用。其在現時為現金之支付時，亦得為受領證書之請求。至清償人何時得為受領證書之請求，我民法未設明文，就理論言之，清償後得為請求與清償前不得為請求，固無問題，但能否請求與清償同時互相交換，則解釋上頗屬疑問。依余所信，應取肯定說，即非與清償同時互相交換，得拒絕清償（民法第二六四條）。蓋非如此解釋，則債權人於清償人為清償後，如再請求清償，而清償人不能證明其已為清償，則須更為清償，殊為不利故也。

（註三）關於請求受領證書，係近世各國之一般立法通例，參閱德國民法第一冊第十六章第六條第一〇一條，奧國民法第一四二六條，法國

民法第一二五〇條第一二五五條第一二五六條，德國民法第三六八條，瑞士實務法第八八條，日本民法第四八六條，暹羅民法第三〇四條

三 受領證書之形式及內容

關於受領證書之形式，我民法無明文規定，惟既屬證書，自須以書而爲之，且須適用民法第三條之規定，由受領清償人簽名或蓋章。又所謂受領證書，自不限於私證書，清償人對於受領清償人請求給與公證書時，受領清償人亦無拒絕給與之理由（異說陳氏前揭四四七頁）。至關於受領證書之內容，我民法亦無明文規定，余以爲凡足以證明受領清償事實所必要之事項，均應記載之。所謂必要之事項，例如受領之金額，債權人債務人之姓名，受領之年月日及處所是。

四 受領證書之費用

關於受領證書作成之費用，應由何人負擔，學說及立法例頗不一致，有謂受領證書之交付，係債權人之義務，故其費用應由債權人負擔者，有謂債務人係爲自己利益，對於債權人請求交付受領證書，故其費用應由債務人負擔者（德民第三六九條、法民第一二四八條）。依余所信，應以前說爲是（同說洪氏前揭二二六頁、異說陳氏前揭四四八頁）。所謂受領證書作成之費用，例如用紙費印花稅及公證費用是。

第二 他債已清償及全債已消滅之推定

一 他債已清償之推定

甲 關於前期給付者 我民法第三二五條第一項規定：「關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留者，推定其以前各期之給付，已爲清償。」是爲關於各期給付已爲清償之推定。我民法所以爲此推定者，其理由有二：（一）關於利息或其他定期給付，通常係按期限之前後而爲清償，如債權人給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留，自以推定以前各期之給付已爲清償爲合理。此其一。（二）清償人既已取得後期給付之受領證書，往往對於前期給付之受領證書，不復予以保留，如推定以前各期之給付已爲清償，則清償人對於前期給付之清償，自屬無須舉證。此其二。但既屬推定，應許反證，是不待言。至所謂其他定期給付，舉凡每經若干時期應給付之紅利租金贍養費退職金等皆屬之。其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

乙 關於利息者 我民法第三二五條第二項規定：「如債權人給與受領原本之證書者，推定其利息亦已受領。」是爲關於利息已爲清償之推定。我民法所以爲此推定者，蓋清償人所提出之給付，不足清償原本與利息之全部償額時，依第三二三條，應先抵充利息，然後抵充原本，債權人既給與原本之受領證書，則通常可推定其利息亦已清償故也。惟既屬推定，應許反證，與前述同。至所謂利息，舉凡約定利息，法定利息皆屬之。

二 全債已消滅之推定

我民法第三二五條第三項規定：「債權證書已返還者，推定其債之關係已消滅。」是爲關於全債已消滅之推定。我民法所以爲此推定者，蓋依第三〇八條，清償人惟於債之全部消滅時，始得請求返還負債字據，債權證書既已返還，則通常債之關係必已全部消滅故也。惟既屬推定，應許反證，又不待言。

第四節 提存

第一款 概說

第一 立法理由

提存 (deposition, Hinterlegung, consignation) 者，清償人以消滅債務之目的，將給付物爲債權人寄託於提存所或保管人之行爲也。提存，在法律上得爲保管之目的爲之，得爲擔保債權之目的爲之，得爲消滅債務之目的爲之，茲之所述，則屬後者，以故學者謂提存爲清償代用 (Erfüllungssurrogat) 之一種。以提存爲清償之代用，係基於公平觀念而生，即債務之履行，有祇須債務人之行爲者，有尙須債權人之協力者，如須債權人之協力，而債權人不爲協力，不能協力，或協力困難，縱使債權人負受領遲延之責，而債務人之債務仍依然存在，債權人一爲請求，即非履行不可，債務人之債務既依然存在，則從屬於債務之擔保及違約金約款等，仍繼續保有其效力，若然，是債務人實處於不利益之地位，殊非公平，此我民法所以從一般立法通例，以提存爲清償之代用，即債務人無須債權人之協力，而能消滅其債務也。(註一)

(註一) 古代羅馬法，債務人於債權人受領遲延時，得拋棄給付物之占有消滅其債務，此種辦法，不但對於債權人個人不利，且非所以維持國家經濟之健全，故嗣後羅馬法，對於動產，特認提存之制度，近世各國法律從之。德國普通法 (Windscheid 317)，法國民法第一節第十六章第二、三條以下，奧國民法第一四二五條，法國民法第一二七五條以下，蘇俄民法第三七二條以下，瑞士債務法第九二條，日本民法第四九四條以下，暹羅民法第三六一條以下。

第二 提存之性質

關於提存之性質，自來學說頗不一致，有謂其為公法上之行為者，有謂其為私法上之行為者，而於後說之中，有謂其為寄託契約者，有謂其為第三人利益契約者，亦有謂其為兼備二種性質之特種契約者。依余所信，提存係兼備寄託契約與第三人利益契約之私法上之行為。析言之。

一 提存為私法上之行為。通說謂提存為私法上之行為，但在少數說則謂其為公法上之行為，依余所信，應以通說為是。(註二) 即提存，係債務人以消滅債務之意思為之，且在發生債務消滅之效力，其屬發生私法上效力之法律事實，甚為顯然，從而提存自為私法上之行為，而非公法上之行為。

二 提存有寄託契約。依我民法第五八九條第一項，稱寄託者，謂當事人一方，以物交付他方，他方允為保管之契約，關於提存，係依清償人以給付物交付提存所或保管人，提存所或保管人允為保管而成立，可知提存含有寄託契約之性質。提存既含有寄託契約，以不違反提存之目的為限，自應適用民法第五八九條以下

關於寄託之規定。

三 提存有第三人利益契約 如前所述，雙方當事人以契約訂定向第三人為給付之契約，謂之第三人利益契約，關於提存，我民法第三二六條明定其係「為債權人提存之」，可知提存有第三人利益契約之性質。雖然，學者有謂第三人利益契約，須係專為第三人利益為之，提存則係兼為債權人利益為之，不得謂為第三人利益契約者，余則以為不然，蓋第三人利益契約，以當事人一方對於第三人負擔給付義務為已足，無須專為第三人之利益為之故也。（註三）提存既含有第三人利益契約，則債權人自依提存取得受取提存物之權利，從而第二六九條第三項之規定，對於提存無其適用，自不待言。

（註二）在主張提存為公法上之行爲者，其所持理由，殊不一致，茲略述如下，並加以簡短之評語。（一）有謂提存所之允受提存，係為公益為之，故提存為公法上之行爲者（主此說者，以呂氏），此說以提存所是否為公益而行動為公法上行爲與私法上行爲之標準，與依公益私益為公法私法之區別，其不合理，正屬相同。（二）有謂提存所之允受提存，係為盡公法上之義務，故提存為公法上之行爲者（主此說者，Indemann氏），提存所之允受提存，固係盡公法上之義務，然提存所與提存人同訂立之提存契約，仍屬私法上之行爲，而非公法上之行爲。（三）有謂提存所之允受提存，帶有強制承諾之性質，故提存為公法上之行爲者（主此說者，以呂氏），不知契約之訂立，縱令帶有強制承諾性質，苟係基於自由意思為之，仍無礙於其為私法上之行爲。（四）有謂提存係公法上之契約，故為公法上之行爲者（主此說者，Lindig氏），此說亦難贊同，即所謂公法上之契約，自應發生公法上之權利義務，而提存所發生之權利義務，則屬於私法上之權利義務。

自不能謂提存爲公法上之行為。

(註三)主張提存有第三人利益契約之性質者爲 Hellwig, Dernburg, Innocentius, Flanck, Scholmeyer, Crome, Ormann, Kuhnbeck, Müller, Rosenber, Beer 諸氏但在 Unger, Ulrich, Czaplar 等則主張反對。此外尚有謂提存爲清償之要約者(主此說者 Bahr, Endemann 兩氏)其說殊難贊同。蓋如依此說則必債權人進而承諾始能取得請求受取提存物之權利未免與民法第三二九條之規定不相符合故也。

第三款 提存之原因

提存，乃救濟債務人緊急狀態之方法，故惟於有特別原因存在時，始得爲之，依我民法第三二六條所定，提存之原因有二，茲述如左。

第一 於債權人受領遲延時

關於此點，各國立法例，頗不相同，有須債權人受領遲延，債務人始得提存者，有債權人拒絕受領或不能受領，債務人即得提存者，前者爲多數國之立法例，後者惟日本民法採之。自適用範圍之廣狹言之，以前者之適用範圍爲較狹，後者之適用範圍爲較廣，我民法則採前之立法例者也。所謂受領遲延，其情形有二，一有受領權人提出給付，債權人不爲受領，始爲受領遲延者，有祇須言詞提出給付即爲受領遲延者，前者係屬原則，後者則屬例外（民法第二三五條），其詳已於前述，茲不贅。

第二 於清償人不能確知孰爲債權人時

所謂不能確知孰爲債權人，指清償人主觀的不知債權人爲何人而言，不但法律上不知債權人爲何人，爲不能確知孰爲債權人，即事實上不知債權人爲何人，亦爲不能確知孰爲債權人。關於前者，例如主張債權者有數人，而孰爲真正債權人，不易分辨是。關於後者，例如債權人已離去向來之住所或居所，生死不明，而難爲給付是。至清償人之不能確知孰爲債權人，是否須有過失，適用上頗有疑問。關於此點，外國法律有明定須非由於清償人之過失者（日民第四九四條），我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同。即清償人已依善良管理人之注意，探求債權人，而猶不能確知孰爲債權人時，始得提存其給付。

第三款 提存之主體及客體

第一 提存之主體

所謂提存之主體，兼指提存人與提存所或保管人而言，茲分述如左。

一 提存人

何人得爲提存人，各國法律不同，有明定債務人得爲提存人者，有明定清償人得爲提存人者，前者如德國民法是，後者如日本民法是。此兩種立法例，應以後之立法例爲合理，故我民法從之。我民法既以清償人爲提存人，則不但債務人得爲提存人，即債務人以外之第三人，亦得爲提存人。蓋第三人，原則上得爲清償人故也。

(註一)

二 提存所或保管人

關於提存所，各國法律多以公之設備充之，此因公之設備，於防止提存物之毀損滅失最為適當故也。但何者為提存所，則各國法律頗不一致，有以法院為提存所者，如德國自來之法律是（但德國民法施行法第一四四條則以之委諸各聯邦法之規定）。有以行政官署為提存所者，如普國國法是。有以倉庫為提存所者，如法國民法是（法民第一二五九條第一項一八一六年六月三日命令）。有以倉庫為提存所者，如瑞士債務法是（瑞債第九二條第二項）。我民法則於第三二七條第一項前段規定：「提存，應於清償地之提存所為之。」此之所謂提存所，固為公之設備無疑，但其組織如何，在提存法尚未頒行以前，殊難臆斷。至提存必於清償地之提存所為之者，因提存係清償之代用方法，清償既須於清償地為之，故提存自非於清償地之提存所為之不可。從而如於清償地以外之提存所而為提存，則其提存，解釋上應屬無效。（註二）清償地無提存所時，我民法於第三二七條第一項後段規定：「無提存所者，該地之初級法院，因清償人之聲請，應指定提存所或選任保管提存物之人。」（選民第三六二條第二項）我國提存法尚未頒行，如欲提存，除依此方法為之，無他道也。

（註一）德國學者，對於法條之用語，多謂債務人得為提存人（*Helwig, Bear, Planck, Schollmeyer, Enneccerus, Othmann*）
（註二）*Meumann* 氏是。雖氏均主此說，但在德國民法草案理由書，則謂第三人得為提存人，故學者亦間有主張第三人亦得為提存人者，如 *Meumann* 氏是。

(註三)關於此點，在德國普通法，主張爲無效，但德國民法第三七四條則認提存爲有效，惟提存人對於債權人應賠償因此而生之損害，我民法未設明文，自應與德國民法取同一之解釋。

第二 提存之客體

何者得爲提存之客體，我民法第三二六條設有規定，即須爲「給付物」，既明定其爲給付物，自惟以物爲給付者，得爲提存之客體，以權利或勞務爲給付者，則不得爲提存之客體。惟通常之所謂物，包含動產不動產而言，動產得爲提存之客體，學說上固無爭論；但不動產能否爲提存之客體，則學說紛歧，尙未一致。關於此點，外國法律有明定提存之客體，惟限於金錢有價證券或其他證券及高價物，而不動產祇能因拋棄占有，免其債務者（德民第三七二條第三〇三條），依余所信，我民法既未限定提存之客體必爲動產，則清償人不依第二四一條，拋棄不動產之占有免其債務，而依第三二六條以爲提存，自無不可。不過關於不動產之提存，如將來提存法別無規定，自不依第三二七條第一項後段，聲請不動產所在地之初級法院選任保管人以爲保管耳。

第四款 提存之成立

提存之有效成立，須具備上述之要件，即須清償人以適於提存之物體提存於適法之提存所。如前所述，提存含有寄託契約，從而提存自爲要物契約，申言之，即提存之成立，以提存人交付提存物於提存所爲必要。又提存含有第三人利益契約，從而提存人自須指定享受其利益之第三人，即債權人，否則其提存爲無效。但依我民法第三二二

七條第二項規定：「提存人，於提存後，應即通知債權人。」一若提存以通知債權人爲其成立要件者，實則提存債權人與提存所間之契約而成立，通知債權人，並非提存之成立要件或生效要件。法律所以課提存人以通知之義務者，蓋爲保護債權人，俾其知有提存之事實，以便於一定期間受取其提存物故也。提存人如怠於通知，致債權人發生損害時，我民法且明定其應負賠償之責任，此爲提存人不履行其通知義務所應爾（德民第三七四條第二項）。提存人固應負通知債權人之義務，然如係客觀的不能確知孰爲債權人，而爲提存，則屬無法通知，故我民法特設但書規定，認爲例外。又提存之通知，係事實之通知，自非實際已爲提存，不生效力。

第五款 提存之效力

關於提存之效力，應分債務人與債權人間，提存人與提存所間，債權人與提存所間三方面言之，茲分述如左。

第一 債務人與債權人間

提存，對於既存債權關係之效力如何，學說及立法例頗不一致，有債之關係依提存而當然消滅者，有債務人不適因提存得拒絕債權人對於提存物之請求，必俟債務人不得取回提存物時，債之關係始歸消滅者。前者德國普通法德國民法第一次草案日本民法及暹羅民法採取之（德民一草第三七二條第二項日民第四九四條暹民第三七〇條），後者德國民法採取之（德民第三七九條）。關於此點，我民法未設明文，就立法體例言之，當係採取第一說，蓋我民法係以提存爲清償之代用方法故也。但我民法於第三二八條設有下述之規定曰：

「提存後，給付物毀損滅失之危險，由債權人負擔，債務人亦無須支付利息或賠償其孳息未收取之損害。」就本條之規定觀之，似又採取第二說，蓋如謂採取第一說，則債之關係既因提存而消滅，給付物之危險，自應由債權人負擔，債務人亦無須支付利息，或賠償其孳息未收取之損害故也。（註一）雖然，自理論言之，應以第一說爲是，無已，則我民法第三二八條，不妨應解爲一種無用之規定。

（註一）我民法第三二八條，係從德國民法第三七九條第二項而設之規定，德國民法原探第二說（德民第三七九條第一項），故不能不於同條第二項特定「提存後，給付物毀損滅失之危險，由債權人負擔……」我民法既探第一說，則第三二八條不無蛇足之嫌。

第二 提存人與提存所間

如前所述，提存含有寄託契約之性質，從而提存人與提存所之關係，於提存性質所許之範圍內，自應適用關於寄託之規定。寄託之規定如何，應於債法各論中述之，茲不贅。惟於此有一問題，即提存人於爲提存後，能否取回其提存物？關於此點，各國法律多明定提存人有取回權（法民第一二六一條，德民第三七六條，瑞債第九四條，日民第四九六條，暹民第三六五條），我民法未設明文，余以爲應爲否定之解答。從而提存人對於提存所自無撤回提存意思表示之撤回權，亦無依通常寄託契約請求返還寄託物之返還請求權。（註二）

（註二）提存人取回提存物之取回權，其性質如何，向有兩說，有謂其爲寄託物之返還請求權者，有謂其爲形成權之一種撤回權者，前說

Windscheid, Stammer, Schollmeyer 諸氏主張之後說，Hollwig, Beer, Kohler, Müller, Planck, Kuhnlenbeck 諸氏主張

之。

第三 債權人與提存所間

如前所述，提存含有第三人利益契約之性質，從而債權人本於該契約，對於提存所自有隨時受取提存物之權利，我民法第三二九條前段所謂「債權人得隨時受取提存物」，即所以明示此旨者也。雖然，提存人之提存提存物於提存所，有使提存所取得提存物之所有權者，有使提存所取得提存物之占有者，前者例如金錢或其他代替物之提存是，後者例如特定物之提存是。其在後者，提存所既不過取得提存物之占有，從而提存物之所有權究於何時移轉於債權人，則屬疑問。我民法對於此點，既未特設明文，余以為自應依物權移轉之法則，以為決定。即動產之移轉，以交付發生效力，不動產之移轉，以登記發生效力（民法第七六一條第一項第七五八條）。此等之點，俟於物權法論中述之，茲不贅。至提存所之移轉提存物所有權於債權人，係以何種性質為之，學說上頗有爭論，有謂提存所為債權人之代理人者，有謂提存所為債權人之傳達機關者，依余所信，應以後說為是。又依上所述，債權人固得隨時受取提存物，然如債務人之清償與債權人之給付立於對待關係時，則有適用同時履行抗辯之必要，故我民法第三二九條後段規定：「如債務人之清償，係對債權人之給付而為之者，在債權人未為對待給付，或提出相當擔保前，得阻止其受取提存物。」此與民法第二六四條之規定，出於同一旨趣，蓋如債權人不自為對待給付而受領給付，顯有背於公平原則故也。但債權人受取提存物之權利，如永不行使，亦殊

失當，故我民法特於第三三〇條設短期消滅時效之規定，即「債權人關於提存物之權利，自提存後十年間不行使而消滅，其提存物屬於國庫。」關於時效期間之起算，各國法律不同，有自受提存通知之時起算者（德民第三八二條），有自提存之時起算者（暹民第三六七條），我民法則從後之立法例。惟此種規定，是否允當，不無疑問耳。債權人受取提存物之權利消滅後，提存物之歸屬如何，各國法律亦不一致，有以之屬於債務人者（多數國法律如此），有以之屬於國庫者（暹民第三六七條），我民法係從後之立法例。債務人既因提存而免債務，自無許提存人取回提存物之必要，由理論言之，應以後之立法例為是，故我民法取之。

第六款 自助出賣

提存，固應提存給付之原物，然如原物不適於提存，則不可無適當方法以救濟之，此我民法所以從一般立法例，特設自助出賣之規定也（普國國法第一部第十一章第二一八條、德民第三八三條以下、瑞債第九三條、日民第四九七條、暹民第三六九條），茲述其性質要件及程序如左。

第一 自助出賣之性質

自助出賣（Selbsthilfeverkauf）者，為使不適於提存之物，適於提存，而由清償人自為出賣之謂也。關於自助出賣之性質，自來學說頗有爭論，有謂因自助出賣，給付之標的發生變更，清償人原來之債務消滅，新生給付其價金之義務者（Hirsch, Haver, Ortmann, Kohler 諸氏主此說）。有謂自助出賣，不過提存之準備，即使不

適於提存之物，因出賣之結果，提存其價金，而非變更給付之標的者（Planck, Rosenberg, Kuhlénbeck 諸氏主此說）。就我民法解釋，余以為應以後說為是。蓋依我民法第三三一條第三三二條，或由法院拍賣，或照市價出賣，皆係明定提存其價金故也。自助出賣既未變更給付之標的，從而債權人惟得請求原來之給付，清償人亦祇能因提存價金，消滅其債務，而不得以之直接交付於債權人，或因抵銷消滅其債務。

第二 自助出賣之要件

如上所述，自助出賣既不過提存之準備行為，自惟於有提存之原因時（民法第三二六條），始生自助出賣之問題，是不待言。又依我民法第三三一條，給付物之得自助出賣，尚須有下列三種情形之一，始得為之。（一）給付物不適於提存：例如給付物容積甚大，數量甚多，無適當處所可以提存是。（二）給付物有毀損滅失之虞：例如給付物為水菓魚肉或磁器玻璃等易於腐敗或破碎之物是。（三）給付物之提存需費過鉅：例如給付物為糠灰柴草等極賤之物是。

第三 自助出賣之程序

具備上述之要件時，依我民法第三三一條規定：「清償人得聲請清償地之初級法院拍賣。」其須以拍賣方法為之者，蓋欲得相當之價金以期公平，並期明確其價金以杜爭議也。至拍賣程序，自應依拍賣法之所定，但在拍賣法未公布施行前，依民法債編施行法第十四條：「得照市價變賣，但應經法院公證人警察官署商會或自治

機關之證明。『拍賣固足以得價金之公平而杜爭議，然如給付物，在市場上有一般之交易價格，則無由法院拍賣之必要，故我民法第三三二條規定：『前條給付物，有市價者，該管法院得許可清償人照市價出賣，』以期簡便。所謂該管法院，即清償地之初級法院。至法院須調查給付物確有市價，而後許可。又出賣所得之價金，不得在市價以下，皆屬當然。

第七款 提存及出賣之費用

依我民法第三一七條規定，清償債務之費用，原應由債務人負擔，然如因債權人受領遲延或不能確知孰為債權人而為給付物之提存，或因為提存之準備而出賣，其所需之費用，如亦由債務人負擔，則有失公平，故我民法第三三三條規定：『提存拍賣及出賣之費用，由債權人負擔之。』（法民第一二六〇條，德民第三八六條，暹民第三三八條）

第五節 抵銷

第一款 概說

第一 抵銷之沿革

抵銷 (Compensatio, Aufrechnung) 者，債務人於對債權人有給付種類相同之債權時，使其債權與債務均歸消滅之單獨行為也。抵銷之制度，自羅馬法以來即已認之，考 *Gaius* 氏之 *Institutiones*，有所謂公平訴

歐(bona fide iudicium)與嚴格訴訟(stricti juris iudicium)於公平訴訟，審判官得依職權抵銷由同一原因而生之雙方債權，於嚴格訴訟，則惟於銀行業及破產債務人與破產財團間是認雙方債權之抵銷。嗣後屢經變遷，不但於一切訴訟皆許抵銷，且以其為當事人之權利。繼受羅馬法之各國，亦莫不是認抵銷之制度，顯其規定，則非一致，有雙方債權，如在適於抵銷之狀態，即當然抵銷者，如法國民法、普魯國法及奧國民法是。有抵銷須以意思表示向他方為之者，如德國民法、瑞士債務法、日本民法及暹羅民法是。我民法則從後之立法例。又抵銷，得分為法律上之抵銷與契約上之抵銷，於具備法律所定之要件時，依當事人一方之意思表示以為抵銷者，謂之法律上之抵銷。依當事人之合意以為抵銷者，謂之契約上之抵銷。我民法第三三四條以下所定之抵銷，屬於前者，茲之所述，亦惟限於法律上之抵銷。(舊法第一部第十六章第三〇〇條以下法民第一二八九條以下奧民第一四三八條以下德民第三八七條以下瑞債第一二〇條以下日民第五〇五條以下暹民第四一七條以下)

第二 抵銷之性質

關於抵銷之性質，學說上頗有爭論，茲舉其重要學說加以批評如左。

一 清償或特種清償說 此說又可細分為下述之諸說：(一)有謂抵銷為清償者，其說殊難贊同，蓋清償係現實為適合於債之內容之給付，而抵銷則否故也。(二)有因抵銷足以發生與清償同一之經濟的結果，故謂抵

銷爲製制的清償 (imaginaris solutio, Anglerte Erfüllung) 者，此說亦難贊同，蓋此說祇能說明抵銷之結果，而不能說明抵銷之性質故也。(三)有以抵銷爲自己清償 (Selbstzahlung)，即債權人以其對於債務人之負擔類清償自己之債權者，顧所謂自己清償，並非現實爲適合於債之內容之給付，謂爲清償，實有未合。(四)有謂抵銷係債務人拋棄自己之債權而爲清償者，實則拋棄自己之債權與清償自己之債務，迥不相同，以之混爲一談，未見其當。

二 自己清償之指示說 此說係以抵銷爲自己清償之指示，即謂抵銷，係債權人指示 (Anweisung) 債務人，使其將自己之債務，清償自己之債權。此說與上述自己清償說，不能免於同一之非難，蓋債務人對於自己清償云云，殊無理由故也。

三 代物清償說 此說係以抵銷爲代物清償，即謂抵銷，係債務人免除債權人所負擔之債務，以代原定之給付。不知所謂代物清償，以債權人之承諾爲必要，而抵銷則爲單獨行爲，無須相對人之承諾，二者之性質殊不相同，足見此說之不當。

四 抵銷與留置權同一制度說 此說係以抵銷與留置權同視，即謂抵銷係因自己不行使權利，亦使他方不行使權利，與留置權基於公平之觀念同。實則留置權在間接強制相對人之清償，而抵銷則在避免無益清償之重複，又留置權僅爲一時的阻止請求權之行使，抵銷則在永久的消滅反對之債權，二者之性質及其效力

均不相同，自不能謂抵銷與留置權爲同一之制度。

五 選擇債務說 此說係以抵銷爲一種選擇債務，即謂抵銷係於具備抵銷要件時，於原來之債務外，發生拋棄自己債權之債務，或爲原定給付，或拋棄自己債權，得選擇爲之。顯所謂抵銷，係權利而非義務，自不能謂於具備抵銷要件時，即發生拋棄自己債權之義務，足見此說之不足取。

六 設定質權說 此說係以抵銷爲設定質權，即謂抵銷係於具備抵銷要件時，債權人於自己之債務（即相對人之債權）上取得質權，故得依一方之意思表示，受債權之滿足。雖然，法定質權，惟於法律有規定時，始能發生，雙方之債權在於對立狀態，固不能謂其當然發生質權也。

七 獨立消滅債務之原因說 以上諸說，既不能說明抵銷之性質，於是學者謂抵銷爲獨立消滅債務之原因，此說爲近世一般之通說，余亦從之。從而所謂抵銷，如由自動債權方面觀察，實不失爲債權人之自動（*voluntate*）或自己滿足（*Selbstbefriedigung*）之方法，即債權人爲滿足自己之債權，而依抵銷，處分他人之債權。至所謂抵銷權，自屬強制的以他人之財產供自己之用之權利。（註一）（註二）

（註一）首倡第一說中之（一）說者爲 Donellus 氏，後之和之者，頗不乏人。首倡第一說中之（二）說者爲 Bartolus, Zasius 等。Hartter, Vangerow 等從和之。主張第一說中之（三）說者爲 Krug, Unterholzner, Tolkampff 等。主張第一說中之（四）說者爲 Fulur, Fritst 等。主張第二說者爲 Kohler, Stalzel 等。主張第三說者爲 Windscheid, Liebkrantz, Siber 等。主張第四說

者爲 Schenck, Richter, Hartmann 等主張第五說者爲 Liehnrecht, Lippmann 等主張第六說者爲 Weigelin, Leonhard, Hirsch 等主張第七說者爲 Göthe, Ohnorge, Leonhard, Feder, Ortmann 等此外尙有以抵銷爲自動 (Selbsthilfe) 者。有以抵銷權爲他人債權之處分權者亦有以抵銷權爲強制的利用權 (Zwangsvollstreckungsrecht) 者。

(註三) 抵銷權係基於法律規定由債權效力而生之權利依其行使而債權歸於消滅則抵銷權自爲消滅債權之權利。又抵銷權得依當事人一方之意思表示行使之無須相對人之協力則抵銷權自具有形成權之性質。凡此皆屬通說余亦謂然 (Seckel, Weigelin, Staudinger-Kuhlenbeck, Lams 諸氏主此說)。抵銷權既屬消滅債權之權利與抗辯 (Einrede) 之機能阻止請求權之行使自不相同。但在已爲抵銷以後得以其爲異議 (Einwendung) 援用之自不待言。

第三 抵銷之功用

抵銷在經濟上有種種之功用舉其犖犖大者言之約有二端：(一) 抵銷足以節省給付之交換即於雙方當事人互負債務時如須彼此互爲給付始能消滅其債務則於時間勞力及費用均不經濟抵銷則無此弊此其一。(二) 抵銷足以確保債權之效力即於雙方當事人互負債務時如當事人之一方祇行使自己之債權而不履行自己之債務則他方當事人難免不受損害抵銷則無此弊此其二。抵銷之功用如此此自羅馬法以來各國法律所以皆認此項制度者也。

第二款 抵銷之要件

我民法第三三四條規定：「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互相抵銷。但依債務之性質，不能抵銷者，不在此限。」依此規定，抵銷權之發生，須具備左列之要件。

第一 須有兩個債權存在

所謂兩個債權，即為抵銷之債權，與被抵銷之債權，前者通常稱為自動債權 (Aktivforderung, Aufrechnungsforderung)，後者通常稱為受動債權 (Passivforderung, Hauptforderung)。自動債權與受動債權，其要件頗不相同，茲分別說明如左。(註一)

一 關於自動債權者

甲 自動債權須有效存在 此點，可分下列數點說明之：(一)自動債權既須有效存在，則債權原因的法律行為為無效時，不生得為抵銷之問題。(二)債權原因的法律行為可得撤銷時，在未撤銷前，由該法律行為所生之債權，仍得為抵銷。但撤銷有溯及效 (民法第一一四條)，故如法律行為一經撤銷，則其抵銷為無效。(三)解除條件附之債權，在條件成就前，亦得為抵銷。如嗣後條件成就，而當事人無使條件成就效果溯及既往之特約 (民法第九四條)，則其抵銷自仍保持其效力。但相對人得依不當得利之規定，請求債權之回復。(四)於此有疑義者，即請求權已經時效消滅之債權，得為抵銷與否是。於此問題，如我民法採實質主義，祇須雙方債權在適於抵銷之狀態，即當然消滅，自應為肯定之解答。但我民法採形式主義，即抵

銷須以意思表示向他方爲之，從而請求權已經時效消滅之債權，縱在時效未完成前，適於抵銷，亦無得爲抵銷之理由。雖然，雙方之債權，如已在適於抵銷之狀態，當事人以爲隨時得爲抵銷，因而怠於爲抵銷之意思表示者，實所常見，如因怠於爲抵銷之意思表示，即竟至不得抵銷，則實際上殊失公平，故我民法特從一般立法例，於第三三七條設一例外規定曰：「債之請求權雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得爲抵銷。」

乙 自動債權附有抗辯得爲抵銷否 於此問題，應分別情形以爲決定，即在債權附有永久抗辯，即附有權利不發生之抗辯權利消滅之抗辯時，自不得爲抵銷。蓋以其無得爲抵銷之債權存在故也。但在債權附有暫時抗辯，例如附有同時履行抗辯時，得爲抵銷與否，則學說上頗有爭論，有謂如得爲抵銷，則爲抵銷之一方，其債權固因抵銷而滿足，然在被抵銷之他方，則喪失不能援用抗辯之權利，故不得爲抵銷者（洪氏前揭二四四頁）。有謂債權附有抗辯，亦不過債務人得依抗辯之援用，一時拒絕其履行，並不影響於債權之效力，故仍得爲抵銷者（陳氏前揭四六四頁）。依余所信，應以後說爲是（但法民第一二九一條據民第三九〇條第一項則取前說）。

二 關於受動債權者

甲 受動債權須有效存在 此點，亦分下列數點說明之：（一）債權原因的法律行爲爲無效時，其債權得被

抵銷與否，學說上頗有爭論，有謂受動債權須有效存在，從而債權原因的法律行為爲無效時，不生得被抵銷之問題者。有謂抵銷爲處分行爲，故受動債權縱不存在，亦屬有效，但抵銷人不知受動債權之不存在，而爲抵銷時，得依不當得利之規定請求債權之回復，反之如明知受動債權之不存在，而爲抵銷時，則屬無償清償，不得請求債權之回復者。依余所信，應以前說爲是，蓋依我民法規定，抵銷之成立，以雙方債權存在爲必要，受動債權如不存在，則抵銷無由成立故也。(一)債權原因的法律行為可得撤銷時，在未撤銷前，由該法律行爲所生之債權，仍得被抵銷，但撤銷有溯及效，故如法律行爲一經撤銷，則其抵銷爲無效。不過於抵銷人明知受動債權可得撤銷而爲抵銷時，通常可認其爲有承認（即拋棄撤銷權）之意思耳。(二)解除條件附之債權，在條件成就前，亦得被抵銷。但於抵銷人明知受動債權附有解除條件，而爲抵銷時，通常可認爲有拋棄因條件成就而受利益之意思，反之不知附有解除條件而爲抵銷時，則於嗣後條件成就時，得依不當得利之規定，請求其利益之償還。(四)請求權已經時效消滅之債權，通說謂其亦得被抵銷，余亦謂然，蓋於此時，通常可認抵銷人有拋棄時效利益之意思故也。

乙 受動債權附有抗辯得被抵銷否 債權附有抗辯時，不問其爲永久抗辯，暫時抗辯，皆得以其爲受動債權而被抵銷。蓋於抵銷人明知受動債權附有抗辯，而爲抵銷時，通常可認爲有拋棄抗辯之意思，即於不知受動債權附有抗辯，而爲抵銷時，然受動債權原屬有效存在，亦係適於抵銷故也。但在抵銷人不知受動債

權附有永久抗辯，而爲抵銷時，得依不當得利之規定，請求其利益之償還，自不待言。

（註一）此之所稱抵銷，指債權之抵銷而言，實則不但債權，即物權之請求權，亦得爲抵銷，此自羅馬法以來，德國普通法即已認之。解釋權
國民法者，亦從此見解。良以物權之請求權，其本質與債權之請求權相同，無不許其抵銷之理由故也。雖然，於物權之請求權以特定物之取
回（例如基於所有權之占有復回請求權），或適於物權內容之狀態之回復（例如所有權妨害排除請求權）爲標的時，則因其非屬於
種類相同之給付，其不適於抵銷，又不待言。

第二 兩個債權須爲相互的

茲就自動債權與受動債權分別說明如左。

一 關於自動債權者

自動債權，須爲抵銷人自己之債權。蓋惟債權人得依抵銷滿足自己之債權故也。且抵銷係債權之處分，解釋
上以抵銷人有處分自己債權之權能爲必要。從而債權被扣押，或爲質權之客體時，自不得以其債權爲抵銷。
自動債權，既須係抵銷人自己之債權，故如以他人之債權，爲抵銷時，則所不許。此無他，蓋如前所述，抵銷係債
權人一方的得其債權滿足之方法，抵銷權不得與債權本身分離故也。（註二）以他人之債權，對自己之債務
而爲抵銷，固所不許，然如以他人之債權，對他人之債務而爲抵銷，則不過行使他人之抵銷權，自屬無礙。以他
人之債權，對他人之債務而爲抵銷，例如民法第二七七條之規定是。

二 關於受動債權者

受動債權，須係抵銷人對被抵銷人之債權，從而以對於他人所有之債權而為抵銷，則所不許。所謂不得以對於他人所有之債權而為抵銷，例如民法第六八二條第二項所定：「對於合夥負有債務者，不得以其對於任何合夥人之債權與其所負之債務抵銷」是。但此僅屬原則，亦有得以對於他人所有之債權而為抵銷者，例如民法第二九九條第二項所定：「債務人於受通知時，對於讓與人有債權者，如其債權之清償期先於所讓與之債權，或同時屆至者，債務人得對於受讓主張抵銷」是。（註三）

（註二）自動債權，須係抵銷人之債權，如係他人之債權，縱得其同意，亦不得為抵銷，此因為一般學說之所認，但在債權買賣權人對第三債務人所負擔之債務，雖否以買入債權為抵銷，則有爭論，有謂買權人得以買入債權為抵銷者（*Rahmann, Weigelin, Derburg*）。

Eunecerus, Gierke, Endemann, Cronq, Planck 諸氏主此說），有謂買權人不得以買入債權為抵銷者（*Biermann, Turnau-Foster, Siben, Kohler* 諸氏主此說），依余所信，應以前說為是。此屬不得以他人之債權，對自己之債權而為抵銷之例外。

（註三）此外，第三人不得以對於債權人所有之債權，為債務人而為抵銷，此為我民法第三〇三條第一項但書所明定。從可知第三人為債務人清償債務，固無不可，然如以對於債權人所有之債權，為債務人而為抵銷，則所不許。

第三 須雙方債權其給付種類相同

此為我民法第三三四條所明定，蓋雙方債權，其給付種類如不相同，則雙方債權人不能依抵銷而受滿足故也。

所謂給付種類相同，即得以一方之給付清償他方債權之謂。雙方給付既須種類相同，從而抵銷，多於種類債權有其適用，而尤以金錢債權適用為最多。但亦有金錢債權不得為抵銷者，例如絕對的金錢債權，即以特定種類金錢之給付為標的之債權，即不得為抵銷是。茲為闡明種類相同之意旨起見，就左列各問題說明如左。

一 雙方債權皆以特定物之給付為標的時 於此場合，縱令其物屬於同一種類，亦不能謂雙方給付種類相同，自屬不得抵銷。但在雙方債權以同一物之給付為標的時，仍屬同一種類之給付，其得為抵銷，自不待言。

二 一方債權以特定物之給付為標的，他方債權以同種類不特定物之給付為標的時 於此場合，自非同一種類之給付，從而不得以種類債權，對特定債權為抵銷。但以特定債權，對種類債權為抵銷，則無不可。蓋特定債權之債權人，得依民法第二〇〇條第二項之規定，指定特定債權以為給付故也。

三 雙方皆為種類債權而其種類之範圍有廣狹時 於此場合，範圍狹之種類債權，對於範圍廣之種類債權，得為抵銷；範圍廣之種類債權，對於範圍狹之種類債權則不得抵銷。蓋在後者，其給付之種類非屬同一故也。

四 雙方債權給付種類相同而品質不同時 於此場合，優等品質之債權，對於劣等品質之債權，得為抵銷；劣等品質之債權，對於優等品質之債權，則不得抵銷。蓋在後者，不能謂優等品質之債權人，當然請求劣等品質之給付故也。

五 雙方債權或一方債權為選擇債權時 於此場合，如依選擇之結果，其給付種類相同，亦得為抵銷。且選擇

與抵銷，得以同一之意思表示爲之。但債權人不得以債務人有補充權之任意債權爲抵銷，否則債務人將不得以他種給付免其債務，殊爲失當。

六 雙方債權皆以作爲爲標的時 於此場合，固非不得爲抵銷，不過所謂作爲，通常爲不可分，於適當範圍內以爲抵銷，殊不可能而已。

七 雙方債權皆以不作爲爲標的時 於此場合，性質上不得爲抵銷，蓋如依抵銷消滅雙方之債權，不足以達不作爲債權之目的故也。

八 雙方債權皆以無財產價值之給付爲標的時 於此場合，理論上非不得抵銷，但實際上給付之種類不同，且無許爲抵銷之理由，自不得爲抵銷耳。

九 雙方債權清償期不同時 於此場合，無礙於給付之種類相同，故縱令因未屆清償期，不得爲抵銷，亦不失爲種類相同之給付。又給付之種類相同，以於爲抵銷之意思表示時存在爲已定，無須於債權發生時即已存在，從而於債權發生當時不許抵銷之債權，如於爲抵銷之意思表示時，已因債務不履行變爲金錢損害賠償之債權，亦得爲抵銷。

十 雙方債權清償地不同時 關於此點，我民法第三三六條設有規定，即：「清償地不同之債務，亦得爲抵銷。但爲抵銷之人，應賠償他方因抵銷而生之損害。」在給付觀念，含有處所的關係時，如雙方債權清償地不同，

其給付之種類固不得謂爲相同，然處所的關係，通常並不屬於給付之觀念，且自實際交易言之，清償地不同之債權，亦有許爲抵銷之必要，故我民法明定其得爲抵銷，並本於公平觀念，明定爲抵銷之人應賠償他方因抵銷而生之損害。所謂因抵銷而生之損害，不僅指因抵銷不得於清償地受清償所生之損害，即因抵銷不得於清償地爲清償所生之損害，亦包含之。但抵銷人之損害賠償義務，非基於侵權行爲或債務不履行而生，乃基於第三三六條但書而生之特別義務，是不可以不辨耳（舊法第一部第十六章第三四六條第三五〇條第三五一條民法第一二九六條德民第三九一條日民第五〇七條暹民第四二二條）。

第四 須雙方債權均屆清償期

此爲我民法第三三四條所明定，實則應就自動債權受動債權分別觀察，殊難一概而論。

一 關於自動債權者

自動債權，須已屆清償期，始得爲抵銷，此爲我民法第三三四條所明定。蓋債權人通常惟於清償期屆至時，始得現實請求清償，如未屆清償期前，亦許其得爲抵銷，即不啻於期前強制債務人以爲清償故也（民法第三一六條）。但此指自動債權定有清償期而言，如未定有清償期，債權人原得隨時請求清償（民法第三一五條），自得隨時主張抵銷，是不待言。至在債務人受破產宣告時，如未屆清償期，是否得爲抵銷，學說上頗有爭論？通說均謂因債務人之破產，而清償期到來，債權人自屬得爲抵銷，余亦謂然。

二 關於受動債權者

如上所述，自動債權固須已屆清償期，始得爲抵銷，但受動債權，則無須已屆清償期，始得被抵銷。蓋債務之定有清償期者，如無反對之意思表示，債務人得拋棄期限之利益，於期前爲清償故也（民法第三一六條）。雖然，我民法則固明定受動債權亦須屆清償期（民法第三三四條），此於雙方債務，如在適於抵銷之狀態，即當然抵銷時，固須雙方債權均屆清償期，但在我民法則抵銷係以意思表示向他方爲之，從而受動債權自屬無須已屆清償期。故就理論言之，應以德國民法第三八七條，「於受動債權之債務人得履行其所負擔之給付時，即得爲抵銷」爲合理。

第五 須非依債之性質不能抵銷

雙方債權，立於相互關係，而其給付種類相同，並均屆清償期者，固得互相抵銷，然如依債之性質不能抵銷，則仍不得抵銷，此爲我民法第三三四條但書所明定。所謂依債之性質不能抵銷，指依給付之性質，如許抵銷，即不能達債權之目的而言。例如前述雙方債權，以不作爲之給付爲標的時，如許抵銷，即不能達不作爲債權之目的。又依通說，對於由消費借貸預約而生之請求交付借貸金錢之債權，不得以其他之金錢債權爲抵銷，余亦謂然。此無他，蓋一係因契約成立而爲給付，一係因清償而爲給付，其給付種類不同故也。（註四）

（註四）抵銷權之發生，以具備上述要件爲已足，此外無須何種之要件，從而（一）雙方債權，無須由於同一原因而生。（二）雙方債權，無須

牽連 (Conditio) 關於此點，要領更權不同。(三)雙方債權，無須明確 (Liquidity)，即債權額依清算或估計可得確定時，亦得爲抵銷。(但在我國國法第一部第十六章第三五九條德國民法第一二九一條則明定其須爲明確)。(四)雙方債權額，無須同一，數額如非相同，惟得就其相當額抵銷之。(五)訴訟繫屬中之債權，亦得爲抵銷，蓋不能謂提起訴訟，即有拋棄抵銷權之意思故也。又抵銷權之發生，則以其爲法定要件爲已足，但如當事人另以契約附加其他之要件，自無不可。

第三款 抵銷之禁止

雙方債權，如具備上述要件，固得互相抵銷，但在禁止抵銷時，仍不得爲抵銷。抵銷之禁止，有爲法律所規定者，有爲當事人所約定者，茲分別述之如左。

第一 法定抵銷之禁止

一 禁止扣押之債不得抵銷

我民法第三三八條規定：「禁止扣押之債，其債務人不得主張抵銷。」此係從德日立法例而設之規定。(註一)所謂禁止扣押之債權，舉凡民事執行法或其他法令有明文規定不許扣押之債權皆屬之。禁止扣押之債權，所以不許抵銷者，蓋債權之禁止扣押，係本於公益上之要求，自必實行清償，始足以達禁止扣押之目的故也。雖然，禁止扣押之債，固不得以其爲受動債權而被抵銷，然如其爲自動債權而爲抵銷，則無不可。關於此點，非無主張不得以其爲自動債權而爲抵銷者 (Tarnitz 氏主此說)，然我民法既未如債權讓與之禁止說

有禁止明文（第二九四條第一項第三款），自難爲否定之主張。又本條係於社會政策上以保護特種債權爲目的，自屬強行規定，從而當事人間如有違反本條之約定，應屬無效，是不待言。

二 因侵權行爲而負擔之債不得抵銷

我民法第三三九條規定：「因故意侵權行爲而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。」此係從一般立法通例而設之規定（法民第一二九三條、德民第三九三條、奧民第一四四〇條、日民第五〇九條）。因侵權行爲而負之債，所以不許抵銷者，蓋如許抵銷，則於加害人對被害人有債權時，難保其不以抵銷之意思，而爲侵權行爲，其結果與誘致侵權行爲無異故也。但因侵權行爲負擔之債之不得抵銷，以其侵權行爲由於故意者爲限，如由於過失，則加害人並非以抵銷之意思而爲侵權行爲，縱許其抵銷，亦不致發生誘致侵權行爲之流弊，於此場合，自應認爲例外。因故意侵權行爲而負擔之債，固不得以其爲受動債權而被抵銷，然如以其自動債權而爲抵銷，則無不可。又本條係屬強行規定，當事人間違反本條之約定，應爲無效，與前段所述同。

三 扣押後取得之債權不得抵銷

我民法第三四〇條規定：「受債權扣押命令之第三債務人，於扣押後始對其債權人取得債權者，不得以其所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷。」此係從一般立法例而設之規定（法民第一二九八條、德民第三九二條、日民第五一一條）。依民事執行法理，債權人因其債權之強制執行或保全強制執行，得就債務人之

財產爲扣押或假扣押，債務人之財產爲債權時，得由法院對於第三債務人發禁止支付之命令，以爲扣押或假扣押，嗣後該第三債務人即不得向自己之債權人爲清償，我民法禁止其以扣押後對其債權人所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷，即所以保持扣押或假扣押之效力也。雖然，第三債務人於扣押後對其債權人取得債權，固不得以其所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷，然如於扣押前已對其債權人取得債權，則第三債務人之地位，與債權讓與後之債務人相類似，自屬得爲抵銷。又扣押後取得之債權，不過不得以其抵銷向扣押債權人主張，如扣押債權人已爲承認，其得爲抵銷，自不待言。

四 由第三人利益契約而生之債權不得抵銷

我民法第三四一條規定：「約定應向第三人爲給付之債務人，不得以其債務與他方當事人對於自己之債務爲抵銷。」此係從瑞士債務法而設之規定（瑞債第一二二條）。由第三人利益契約而生之債，所以不得抵銷者，蓋如許抵銷，則不能達第三人利益契約之目的故也。但此不過債務人不得以其抵銷向第三人主張，如第三人已爲承認，其得爲抵銷，自不待言。至債務人對第三人有債權時，第三人得以該債權爲自動債權，主張抵銷，亦無不可，此點已於前述，茲不贅。

（註一）關於此點，有兩種立法例，有惟受扶養之權利，不得抵銷者，如德國國法第一節第十六章第三六六條、法國國法第一二九三條之規定。有舉凡禁止扣押之債權，皆不得抵銷者，如德國國法第三九四條、日本民法第五一〇條之規定。我民法係採德國立法例。

第二 約定抵銷之禁止

雙方債權，具備法律所定之抵銷要件時，固得爲抵銷，但當事人間能否以契約禁止抵銷，則屬疑問。關於此點，外國法律有明定其得以契約禁止抵銷者（日民第五〇五條第二項），我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同。蓋債權債務，本爲當事人間之特定關係，當事人間既有禁止抵銷之約定，自無否認其效力之理由故也。禁止抵銷契約，固依債權人與債務人之契約而成立，然並不限於取得債權之債權人及債務人，成立禁止抵銷契約，即嗣後受讓債權之受讓人及承擔債務之承擔人，亦得成立禁止抵銷契約。禁止抵銷契約，非僅使負擔不爲抵銷之義務，而有不使發生抵銷權之效力，從而違反禁止契約所爲之抵銷意思表示，自應爲無效。又當事人間固得成立禁止抵銷契約，然此契約能否以之對抗善意第三人，亦一疑問。關於此點，外國法律有明定其不得以之對抗善意第三人者（日民第五〇五條第二項但書），我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同，苟非如此解釋，即不足以保護善意第三人（民法第二九四條第二項）。（註二）

（註二）關於此點，陳克生氏與廖見不同，陳著謂：「當事人間所爲此項禁止意思表示，是否僅有相對之效力，即不得以之對抗善意第三人，他國亦有以明文規定此旨者，我國民法既無明文規定，不能爲同一解釋。此時發生問題者，自爲債有移轉之時，仍應依債之移轉之原則處理，故仍應適用民法第二百九十九條第一項及第三百〇三條第一項之規定。」（陳氏前揭四七一頁）

第四款 抵銷之方法

第一 學說及立法例

關於抵銷之方法，其學說及立法例頗不一致，有謂雙方債權，如在適於抵銷之狀態，即當然抵銷，無須人之行為者，是謂實質主義 (materielle Aufrechnung)，採此主義者，為普國法國及奧大利（普國國法第一部第十六章第三〇一條法民第一二九〇條與民第一四三八條）。此主義，自理論言之，殊難贊同，蓋雙方債權，即在適於抵銷之狀態，亦屬獨立存在，債權人不妨依抵銷以外之方法處分其債權，非必當然抵銷故也。有謂雙方債權，縱在適於抵銷之狀態，亦非當然消滅，須依人之行為，始歸消滅者，是謂形式主義 (formelle Aufrechnung)。此主義又分爲二，有謂須以訴訟爲之，始生抵銷之效力者，是謂訴訟主義，有謂祇須以意思表示爲之，即生抵銷之效力者，是爲單獨主義。訴訟主義，僅爲一種之學說，此種學說，亦未見其當，蓋抵銷如必以訴訟爲之，不但不合於實際，且事實上亦無此必要故也。（註一）單獨行爲主義，爲德日立法例所採用，自理論及事實言之，均應以此主義爲是，故我民法從之（民法第三三五條第一項前項德民第三八八條瑞債第一二〇條日民第五〇六條）。

（註一）此說爲 Donellus 氏所主張，Baldus，Magnus，Zasius，Brinz，Ubbelohde，Schwabert 等從之。此說係基於羅馬法之「消滅而生，非抵銷之性質」，必須以訴訟爲之，故不足取。

第二 抵銷之意思表示

我民法第三三五條第一項前段規定：「抵銷，應以意思表示，向他方爲之。」依此規定，則我民法上之抵銷，自爲

單獨行爲。抵銷，既爲單獨行爲，自應適用關於法律行爲及意思表示之規定。且抵銷，係處分債權之行爲，其爲抵銷，自以有處分能力爲必要，並須對於其債權有處分權。又抵銷，得由代理人爲之，無代理權而爲抵銷之意思表示時，則應適用第一七〇條之規定。惟訴訟上之代理權，是否當然包含爲抵銷之權限，學說上頗有爭論。依余所信，應以否定說爲是，即非有特別委任，無抵銷權（民訴法第六八條）。又我民法明定，抵銷之意思表示，須向他方爲之，從而抵銷之意思表示，自爲須相對人之意思表示，且以相對人了解或通知達到相對人時發生效力。所謂相對人，即受動債權之債權人。受領意思表示之相對人，如爲無行爲能力人或限制行爲能力人，應適用第九六條之規定，以其通知達到法定代理人時發生效力，自不待言。抵銷之意思表示，解釋上無須以方式爲之，且不以用抵銷字樣爲必要，苟有依抵銷消滅雙方債權之意思，即足以發生抵銷之效力。凡此，皆屬通說，余亦謂然。但抵銷之意思表示，能否附加條件或期限，學說上尙有爭論。我民法則從德日立法例，於第三三五條第二項明定：「前項意思表示，附有條件或期限者，無效。」（德民第三八八條但書日民第五〇六條第一項但書）蓋如許附加條件或期限，則抵銷之效力爲不確定，不但有背於抵銷之本旨，且亦有害於他方之利益故也。（註二）但此應解爲係就法律上之抵銷言之，契約上之抵銷，則無不許當事人間附加條件或期限之理由。

（註二）抵銷之意思表示，絕對不許附加條件或期限，是否妥當，不無疑問。即於當事人之一方附加條件或期限而爲抵銷之意思表示時，他方當事人不難依自爲抵銷之意思表示，免其不確定之地位。則在期限之到來，係屬確定，抵銷之意思表示縱附加期限，對於他方當事人並無

不利者乎？

第三 抵銷意思表示之效力

關於抵銷意思之效力如何，自來學說頗為紛歧，要而言之，約有三說：(一)溯及說 (Rückwirkungstheorie)，此說略謂，抵銷，須依當事人一方之意思表示，始生效力，縱雙方債權，在適於抵銷之狀態，亦無何種效力之可言，從而抵銷之有溯及力，不外基於法律之擬制。(二)條件說 (Bedingungsstheorie)，此說略謂，債權消滅之原因，在於適於抵銷之狀態，即債權因抵銷適狀而消滅，抵銷之意思表示，不過法定之條件。(三)影響說 (Affektionsstheorie)，此說略謂，債權雖依抵銷之意思表示，始歸消滅，然因抵銷適狀，即已發生某種之效力，但此效力之性質如何，則學說不一，有稱爲抵銷適狀 (Anrechnungsbareit) 者，有稱爲抵銷關係 (Anrechnungsverhältnis) 者，有稱爲抵銷 (Anrechnungsgerecht) 者，亦有稱爲抵銷狀態 (Anrechnungslage) 者。以上三說，雖皆以抵銷適狀與抵銷意思表示爲要件，但其置重之點則不相同，即溯及說係以抵銷意思表示爲原因，抵銷適狀爲條件，條件說係以抵銷適狀爲原因，抵銷意思表示爲條件，影響說則以抵銷適狀與抵銷意思表示具有同一價值，而以其爲債權消滅之共同原因。上述諸說，依余所信，應以第一說爲是，蓋第二及第三兩說，皆以抵銷適狀爲債權消滅之原因，恰與債權原因之行爲得撤銷或解除時，不以撤銷或解除爲債權消滅之原因，而以得撤銷或解除之行爲爲債權消滅之原因同，殊不合於條理故也。如依第一說，則雙方債權在適於抵銷之狀態時，僅發生抵銷

權，債權消滅之效力，則必於為抵銷之意思表示時，始能發生，至其效力溯及得為抵銷時發生者，則係法律為貫徹允許抵銷之本旨，推測一般當事人之意思所設之擬制規定。我民法第三三五條第一項後段：「其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時……而消滅。」蓋即採取此說者也。（註三）

（註三）溯及既，實有其實際上之理由，蓋債權在適於抵銷之狀態時，當事人因隨時得為抵銷，然債權雖在適於抵銷之狀態，而不即為抵銷者，實所常見，如惟於為抵銷意思表示之時起，向將來發生效力，則對於不即為抵銷之當事人甚為不利，此於一方債權所有利益，或雙方債權均附有利息，而其利率有大小時，尤見其然，故為保持公平起見，不能不認抵銷之意思表示有溯及力。

第四 未必抵銷問題

如上所述，抵銷之意思表示，固不得附加條件，但得為未必之抵銷（Eventualaufrechnung）與否，則屬疑問。所謂未必之抵銷，其情形有二，有以受動債權有效存在為條件而為抵銷者，有以受動債權未附有抗辯即抗辯（Einrede）為條件而為抵銷者，其效力如何，余以為應分別情形以為決定。即在前者，經附加此項條件，亦無礙於抵銷意思表示之效力，蓋「受動債權有效存在」，不過法定條件（conditio juris）故也。後者，則所附加「未附有抗辯」之條件為無效，蓋受動債權附有抗辯與否，乃客觀方面已確定，不過主觀方面不知其是否附有抗辯，未附有抗辯云云，並非真正條件故也。又未必之債權，如於訴訟上主張之時，即一面爭執原告之債權，而一面以自己債權主張抵銷之時應如何判決，學說上頗有爭論，有採舉證主義（Beweislasttheorie），

理審判官應命原告舉證，如認定其成立，應依抵銷而消滅，駁回原告之請求，如認定其不成立，則不發生抵銷之問題，從而應以債權不成立為理由，駁回原告之請求者（Basse, Eccius, Enneccerus, Hellwig, Planck, Liebknecht, Schollmeyer, Rahbein, Örtmann 諸氏主此說）。有採駁回主義（Klageabweisungstheorie）謂祇得認定被告之債權成立，雖原告債權成立與否不能確定，即得逕以此為理由，駁回原告之請求者（Stölzel, Endemann, Kripp zu Windscheid 諸氏主此說）。余以為如前所述，抵銷須以意思表示為之，於被告為未必之抵銷時，如不證明原告之債權成立與否，即駁回其請求，不啻無理由駁回原告之請求，殊為不當，故理論上應以前說為是。

第五款 抵銷之效力

所謂抵銷之效力，與適於抵銷之效力不同，即債權在適於抵銷時，不過發生抵銷權，對於債權並無何種影響，從而遲延責任，損害賠償及違約金等問題，仍可發生。反之抵銷，則因抵銷權之行使，發生債權消滅之效果。此之所謂抵銷之效力，即指此而言，茲述如左。

第一 抵銷使雙方債權按照抵銷數額而消滅

此為我民法第三三五條第一項後段所明定，亦各國法律之所同（法民第一二九〇條，德民第三九九條，瑞債第一二四條，第二項，日民第五〇五條第一項，暹民第四一七條）。抵銷之使雙方債權按照抵銷數額而消滅者，

蓋自自動債權言之，不能超過自己之債權額而受滿足，自自動債權言之，亦惟於得受滿足之範圍，即惟就自動債權額消滅其債權也。雙方債權，既惟按照抵銷數額而消滅，從而一方之債權額大於他方之債權額時，尚有剩餘，故如受動債權額大於自動債權額時，則發生被抵銷人因受抵銷強制其消滅一部債權之結果。關於此點，自屬不許一部消償之例外。（註一）至數額較大之債權，究係某部分，對於數額較小之債權而為抵銷，則非所問。從而數額較大之債權人，就其一部為訴訟上之請求時，被告即數額較小之債權人，自得以自己之債權額，對於被請求之部分，以抵銷對抗之，原告則不得以抵銷之反對抗辯（*replica Compensationis*）就其未請求之部分，主張抵銷。此因原告請求部分之債權，已因被告之抵銷意思表示歸於消滅故也。從而原告之請求，自應依被告之抵銷對抗而駁回。（註二）

（註一）就債權之一部，得為抵銷與否，學說上頗有爭論，有謂不妨為一部之抵銷者（*Waldohrn* 氏主此說），有謂不得為一部之抵銷者（*Kohler, Lippmann* 等主此說），余以為我民法第三三五條第一項後段既規定抵銷按照抵銷數額而消滅，自無不許其為一部抵銷之理由，故理論上應以後說為是（同說陳氏前揭四七五頁）。

（註二）關於此點，德國民法學界頗有爭論，有謂原告得為抵銷之反對抗辯者（*Staudinger-Kuhlenbeck, Planck, Schollmeyer, Ortmann, Dernburg, Rehbem* 諸氏主此說），有謂應駁回原告之請求者（*Emmeccerus* 氏主此說），德國最高法院判決則謂依債權人請求債權額之一部，分別為數個獨立之債權，關於請求部分與未請求部分，應受第三九六條之適用（我民法無此相當條文），但在學

者間始無贊成此說者。

第二 抵銷使雙方債權溯及得爲抵銷時而消滅

此爲我民法第三三五條第一項後段所明定，亦各國法律之所同（法民第一二九〇條德民第三九八條瑞債第一二四條第二項日民第五〇六條第二項）。關於抵銷之效力，我民法所以採溯及說者，蓋爲貫徹允許抵銷之本旨，其詳已於前述，茲不贅。所謂得爲抵銷時（法文冠以最初二字初無深意），係指抵銷權發生之時而言，如雙方債權之抵銷權發生之時不同，則應以爲抵銷人之抵銷權發生之時爲標準。被抵銷人嗣後縱爲抵銷之意思表示，亦不得溯及其抵銷權發生時發生抵銷之效力。蓋其抵銷權已依他方之抵銷意思表示歸於消滅故也。至溯及力之內容，則有如下述：（一）雙方債權之擔保及其他從屬權利，均自得爲抵銷時消滅（民法第三〇七條）。（二）雙方債權之利息債權，均自得爲抵銷時消滅。其利息之爲法定約定，在所不問。又在雙方債權均附有利息時，其利率是否相同，亦非所問。利息既自得爲抵銷時消滅，則於得爲抵銷後，自屬無須支付利息，其已支付之利息，自得基於不當得利之規定，請求其返還。（三）給付遲延受領遲延以及損害賠償違約金等，亦均自得爲抵銷時消滅。（註三）

（註三）債務人不知得爲抵銷，而爲清償時，嗣後能否再爲抵銷，甚於不當得利（非債清償）之規定，請求返還其給付，學說上頗有爭論，有

肯定說者，例如 Ortmann, Staudinger-Kuhlenbeck, Emmeccerus, Hellwig, Krippe zu Wundschöld, Wasmann, Kohler

諸民是有主否定說者，例如 *Dernhöft, Bekker, Leonard, Franck, Schollmeyer, Cronm, Langhnecken, Eiber* 諸民是依
余所信，應以否定說爲是。蓋，依債務人之權債，其債務即歸於消滅，嗣後自不得再爲抵銷，從而無基於不當得利之規定，請求返還其給付之餘
地。

第六款 數宗債權之抵銷

雙方當事人皆有數宗債權，或僅一方有數宗債權，而其給付之種類相同，如一方之債權不足消滅全部債務，即
生抵充之問題。故我民法特從一般立法通例，於第三四二條規定：「第三二一條至第三二三條之規定，於抵銷準
用之。」（法民第一二九七條、德民第三九六條、日民第五一條、暹民第四二三條）茲分析說明如左。

第一 第三二一條之準用

依第三二一條之準用，抵銷人有指定權。抵銷人不但得指定爲抵銷之債權，即自動債權，且得指定被抵銷之債
權即受動債權，此因債權人既得因爲抵銷滿足自己之債權，自無不許指定債務人之債權（即受動債權），對
於自己債權（自己債權）之某部分而爲抵銷之理由故也。此項指定之意思表示，應與抵銷之意思表示同時
爲之，此就第三二一條之立法精神解釋，是爲當然。又指定之意思表示，係抵銷意思表示之一部，而非獨立之意
思表示，從而抵銷之意思表示爲無效時，指定意思表示亦屬無效。雖然，指定並非抵銷意思表示之要素，故雖欠
缺指定，其抵銷之意思表示，亦不因之爲無效。（註一）

(註一) 查日本民法第四百八條第一項，債權人亦有指定權，因數宗債權之抵銷準用該條之結果，從而被抵銷人亦有指定權。若然，則是被抵銷人得使指定發生與自己行使抵銷權同一之結果，此種規定，殊非妥當。

第二 第三二二條之準用

依第三二二條之準用，抵銷人不為前條之指定時，則準用該條之規定抵充之。所謂抵銷人不為指定，有祇指定受動債權，而不指定自動債權者，有祇指定自動債權，而不指定受動債權者，有自動債權與受動債權皆不為指定者。其在後之二者，得準用第三二二條之規定，固無問題；但在不為自動債權之指定時，應否準用同條之規定，則學說上頗有爭論。有謂同條係於債務人負擔數宗債務時，規定其應抵充之債務，故惟被抵銷人有數宗債權時，始得準用，抵銷人有數宗債權時，不得準用者。余則以為抵銷人不指定自動債權而為抵銷之意思表示時，可認其有以自己之任何債權為抵銷之意思，準用同條規定以定其為抵銷之自動債權，自無不可。(註二)至抵充之順位，已於前述，茲不贅。

(註二) 關於此點，德國民法通說則本善之見解同 (Ortmann, Fennecerus, Goldmann-Lilienthal, Scholteneyer, Kisch 諸氏主此說，但有異說，謂其不得準用同條之規定者) (Weigelin, Dernburg, Crome 諸氏主此說)。此因德國民法第三九六條第一項設有特別規定，故為此說，我民法既未特設明文，自應為同一之解釋。

第三 第三二三條之準用

自動債權或受動債權，於原本債權外，尚有費用債權及利息債權時，依第三二三條之準用，應先抵充費用，次充利息，次充原本。（註三）惟依同條所定之順位以爲抵銷時，須其費用債權及利息債權未因原本債權抵銷之溯及力而消滅（同說 Kipp zu Windscheid, Weigel, Deichmann 諸氏，異說 Lippmann 氏）又在費用債權相互間，利息債權相互間，原本債權相互間，應依第三二二條之規定，定其順位，自不待言。

（註三）關於此點，外國法律有惟抵銷人負擔費用及利息之債務時，始準用第三二三條之規定者（德民第三九六條第二項），我國法律無此限制，自不但自動債權有費用及利息債權時，得準用第三二三條之規定，即受動債權有費用及利息債權時，亦得準用第三二三條之規定。

第六節 免除

第一款 免除之性質

免除（Erlaß, remissio）者，債權人消滅債權之行爲也。換言之，即債權之拋棄謂之免除。關於免除之性質，學說上頗有爭論，有以免除爲契約者，有以免除爲單獨行爲者，前者多數國法律從之（普國國法第一部第十六章第三七九條第三八〇條第三八八條法民第一二八五條第一二八七條德民第三九七條瑞債第一一五條），後者惟日本及暹羅法律從之（日民第五一九條暹民第四一六條）。自理論言之，應以後之立法例爲是。蓋在主張免除爲契約者，不外下列兩種論據：一說謂債務爲相對的義務，債務人不欲受債務之免除時，如以債權人一方之行為強爲免除，甚爲不當，故須得債務人之承諾，從而免除爲契約。此說似有理由，實則不然，即債務人之免除債務，不

過債權人拋棄債權間接之結果，債務人縱因此而受利益，亦無得其承諾之必要，且如須得債務人之承諾，則在債務人不為承諾時，將發生債權人不得拋棄其債權之結果，豈得謂為允當乎？一說謂債權關係，係債權人債務人間之法鎖 (Juris vinculum)，故如欲斷絕此項法鎖，則性質上須債權人債務人間之契約。此說亦難贊同，即所謂法鎖云者，不過藉以形容債務人因債權人之權利而受拘束，初無不許以債權人之一方行為斷絕此項法鎖之理由。契約說既不足取，故我民法特從日暹立法例，於第三四三條規定：「債權向債務人表示免除其債務之意思者，債權之關係消滅。」蓋即採單獨行為說者也。免除既為單獨行為，從而免除祇須債權人一方之意思表示為之，即生效力，無須債務人之承諾。又免除，係直接消滅債權之行為，故免除具有處分行為之性質，從而免除自為無因行為。即免除依債權人表示免除債務之意思，即生效力，其為免除之原因如何，則非所問。故在免除，雖常因贈與等原因為之，然贈與等原因為之存在與否，則與免除之成立無關，此與債權讓與，以贈與等原因為之時，其贈與等契約與債權讓與契約，各別獨立，正屬相同。

第二款 免除之方法

依我民法第三四三條規定，免除，依債權人向債務人表示免除其債務之意思為之，從而（一）免除，須表示免除債務之意思。但以有表示免除之意思為已足，無須何種之方式，且不問其為明示默示。默示之免除，例如返還債權證書，或交付受領證書是。（二）債權人之為免除，須有處分能力，但債務人則不以有處分能力為必要。（三）免除不

但爲須受之意思表示，且爲須受之意思表示，從而免除之意思表示，自以達到債務人時發生效力。(四)免除，祇能對於各個債務爲之，不能就整個債之關係(例如由買賣而生之債權債務)而爲免除。免除，不但得就債務之全部爲之，且得就債務之一部爲之。連帶債務之免除，即不外一部之免除。又免除，亦得對於期限附債務條件附債務爲之。但以有被免除之債務存在爲必要，對於將來債務，則不生免除之問題。查對於將來債務之免除，不外禁止將來債務之發生，依第七二條之規定，應爲無效故也(同說 Plank, Sandinger-Kuhlonbeck, Walsmann 諸氏異說 Schollmeyer, Enneccerus 諸氏)。

第三款 免除之效力

免除之效力，即在使債之關係消滅，此爲我民法第三四三條所明定，從而免除亦爲債之關係消滅之原因。故在債權人就其債權爲全部免除者，則全部消滅，爲一部免除者，則一部消滅。關於連帶之債不可分之債，其債權人中一人爲免除，或對於債務人中之一人爲免除時，則其效力，應依第二七六條第二八八條第二九二條第二九三條之規定決之。又免除，既在使債之關係消滅，則固非僅對於債務人與以拒絕履行之抗辯，然依當事人之契約，使債權人負擔不行使其債權之義務，則屬無礙。(註)

(註)德國民法第三九七條第二項，就消極的債務承認契約 (obligatio Schuldenbekenntnisses)，因債權人與債務人訂立承認之關係不成立之契約，而債務消滅。消極的債務承認契約，有創設的效力，即債務單純依當事人承認其不存在而消滅，實際上有所無債權存在，則非所問。從而消極的債務承認契約，自係具有無因行爲之性質。我民法雖無消極的債務承認之規定，然積極的債務承認契約，既得有成立。

則債務之位置承認契約亦得有成立，是不特贅。

第七節 混同

第一款 概說

混同 (Confusion) 自廣義言之，凡不能並立之兩種法律關係同歸於一人，均謂之混同。考其情形，則可分而為三：(一) 債權與其債務同歸一人時 (民法第三四四條)；(二) 所有權與他物權同歸一人時 (民法第七六三條)；(三) 主債務與保證債務同歸一人時。此三者之關係如何，向有兩說：有謂第一第二兩種情形，頗相類似，即在第一種情形，係債權與其債務同歸一人，第二種情形，亦係他物權與其義務同歸一人，其性質相同，應稱為真正混同，第三種情形則應稱為非真正混同 (unechte confusion) 者。亦有謂第二第三兩種情形，頗相類似，即第二種情形，係一權利為他之強大權利所吸收，第三種情形，係一義務為他之強大義務所吸收，其形式相同，應以其為一類，第一種情形則應獨立為一類者。余則以為此三種之混同，各有其特殊性質，不能以一共同原則支配之，故茲之所論，僅為債權與其債務之混同，第二第三兩種混同，則俟於債編各論及物權編中述之，茲不贅。

第二款 混同之性質

混同者，債權與其債務同歸一人之謂也。混同，為消滅債之關係之原因，雖為各國法律之所認 (普國法第一部第十六章第四七六條，法民第一三〇〇條，第一三〇一條，奧民第一四四五條，瑞債第一一八條，日民第五二〇條)

遷民第四二四條），然其性質如何，則學說紛紜，尙未一致。（一）有謂混同無消滅債權之效力，即無論何人不能向自己爲給付，故於債權債務同歸一人時，縱屬給付不能，然無客觀的消滅債權之效力者。實則債權人或債務人如欠缺其一，已難認其債權之存在，給付不能之說，殊無根據。（二）有謂債務人不能由債權人繼承債權，債權人亦不能由債務人繼承債務，故不應認混同之成立者。雖然，何故債務人不能由債權人繼承債務，債權人不能由債務人繼承債務，殊難爲適當之說明。（三）有謂混同有清償之性質，即於債權人繼承債務人時，則債權人由債務人遺產受清償，債務人繼承債權人時，則債務人以債權人之遺產爲清償者。若然，則於遺產不足清償債務時，即將不能以清償說明之。（四）有謂債權因混同而消滅，係因債權之目的已達，即債權人已受實質的滿足者。實則債權人並未因混同而受實際的滿足，足見此說之不當。（五）有謂債權因混同而消滅，係基於債權之觀念，即債權之存在，須有二個之主體，從而同係一人，而同時爲債權人及債務人，則反於債權之觀念，故債權因混同而消滅者，此說係以混同爲消滅債權之關係之獨立原因，爲現今一般之通說，余亦從之。（註）但混同之成立，以債權債務同歸一人爲已足，無須何種之意思表示，故混同自非行爲，而爲一種事由事件（Rechtsereignis）。

（註一）主張第一說者爲 Savigny, Vangerow, Böhnel 第二說者爲 Baron 第三說者爲 Ribbentrop, Gittaner, Kuntze 第四說者爲 Klein, Ortmann 第五說者爲 Lauterbach, Fitting, Windscheid, Dernburg, Friedmann, Schwedler, Staudinger-Kuhlenbeck。此外尙有謂混同係抵銷之一種者（Kreischmar 氏主此說），亦有謂債權非因混同客觀的消滅，不過債權人與債務人前之

主觀的關係分離者 (Keller, Samhaber 兩氏主此說)，其說殊不足取。

第三款 混同之成立

如前所述，混同，因債權債務同歸一人而成立，而債權債務之同歸一人，則由債權或債務之繼承而生。通常所謂繼承，其情形有二：(一)概括繼承：此為發生混同之主要原因，概括繼承，即我民法繼承編之所謂繼承是，舉凡債權人繼承債務人，債務人繼承債權人，以及第三人繼承債權人及債務人皆屬之。(二)特定繼承：此於債務人受讓債權人之債權，或債權人承擔債務人之債務時見之，其與通常之債權讓與債務承擔不同者，即惟受讓人非第三人，而為債權人或債務人。但在學者有不認債權或債務之特定繼承，而謂其祇成立免除或贈與者，余則以為不然，蓋既認債權或債務之概括繼承，而無否認特定繼承之理由故也。(同說 Dernburg, Windscheid, Schwelger 諸氏異說 Baron, Förster 兩氏)。

第四款 混同之效力

免除之效力，即在使債之關係消滅，此為我民法第三四四條所明定。免除既在使債之關係消滅，從而自非僅對於債務人與以拒絕履行之抗辯，是不待言。債權固因混同而消滅，然亦有例外不因混同而消滅者，依我民法第三四四條但書所定，其情形有二，茲述如左。

一 其債權為他人權利之標的時 債權為他人權利之標的，不因混同而消滅，例如甲以對於乙之債權為丙

設定質權時（民法第九〇條），雖乙繼承甲，或甲繼承乙，然其債權並不消滅，丙仍得然行使其質權是。立法理由，與第七六二條但書後段同，蓋如不認此例外，則丙之質權將因此而被犧牲故也。

二 法律另有規定時 法律另有規定，其債權不因混同而消滅，例如票據債務人由背書取得票據時，其債權與債務雖同歸一人，然依票據法第三一條第二項之規定，得更以背書轉讓，其票據上之債權，不因混同而消滅是。又指示證券（民法第七一〇條以下）無記名證券（民法第七一九條以下），其性質雖有流通性，但通說謂如因流通復歸於原債務人，依其性質，應使其不因混同而消滅，方合於交易上之需要者，余亦謂然。（同說 Kuntze, Jhering, Stobbe-Lehmann, Grünhut Kreischnar, Schwedler 諸氏）

附錄

民商法劃一提案審查報告書(中央政治會議第一八三次會議議決十八年六月五日送立法院)

考各國立法例有於民法法典外另訂商法法典者有不然者我國今將從事法典之編訂原提案主張民商法統一詳加研究亦隨其議茲將理由分述於左

一 因歷史關係認爲應訂民商統一法典也 商法之於民法以外成爲特別法典者實始於法皇路易十四繼時承階級制度之後商人鑒於他種階級各有其身分法亦遂組織團體成爲商人階級而商法法典漸亦相因而成此商法法典別訂於民法法典之外者乃因於歷史上商人之特殊階級也我國自漢初種商賈之律後國民同受治於一法買賣錢債並無民商之分清末雖有分訂民法法典及商法法典之議民國成立以來亦沿其說而實則商人本無特殊之階級亦何可故爲歧視耶

二 因社會進步認爲應訂民商統一法典也 反對民商法典統一者之言曰商法所定重在進步民法所定多屬固定此在昔日之陳述容或有之不知凡法典應修改者皆應取進步主義立法者認爲應修改即修改與民商合一與否無關例如英國民商合一而公司法施行後亦有數次之修改而德國爲民商分立之圖乃商法之改變適

不如英國於此可見進步與否並不在民商之合一與否也是以各國學者盛倡民商合一之論其最著者如韋圖之維德提氏 (Vynton) 法國之他賴氏 (Thaller) 德國之奧爾伯氏 (Oenbourg) 皆有相當之理由

三 因世界交通認爲應訂民商統一法典也 反對民商法典統一者之言曰商法具有國際性民法則否此亦礙於舊見之說也民商合一對於商事法規應趨於大同與否立法者儘可酌量規定並不因合一而失立法之運用且民商畫分之國其法典關於本國之特別規定者亦不一而足也

四 因各國立法趨勢認爲應訂民商統一法典也 意大利爲商業發達最早之國而其國之學者主張民商合一爲最力英美商業今實稱雄於世界而兩國均無特別商法法典瑞士亦無之俄國一千八百九十三年民法第一章案一千八百九十六年民法第二章案一千九百零六年民法第三章案一千九百零七年民法第四章案均包商法在內似此潮流再加以學者之鼓吹提倡民商合一已成爲世界立法之新趨勢我國何可獨與相反

五 因人民平等認爲應訂民商統一法典也 人民在法律上本應平等若因職業之異或行爲之不同即與普通民法之外特訂法典不特職業之種類繁多不能遍及且於平等之原則不合

六 因編訂標準認爲應訂民商統一法典也 昔時各國之商法以人爲標準即凡商人所爲者均入於商法德國於一千八百九十七年所訂之商法亦然法國自大革命之後以爲不應爲一部分之人專訂法典故其商法以行爲爲標準即凡商行爲均入於商法典然何種行爲係商行爲在事實上有時頗不易分我國如亦編訂商法法典

則標準亦殊難定

七 因編訂體例認爲應訂民商統一法典也 各國商法之內容極不一致日本商法分爲總則社會商行爲手形
海商五編德國商法無手形（稟據）法國則以破產法及商事裁判所組織法訂入商法法典體例紛歧可知商
法應規定之事項原無一定範圍而劃爲獨立之法典亦止自取煩擾再法典應訂有總則亦取其綱舉目張足以
貫串全體也而關於商法則不能以總則貫串其全體

八 因商法與民法之關係認爲應訂民商統一法典也 在有商法法典之國其商法僅係民法之特別法而最重
要之買賣契約仍多規定於民法而民法上之營利社團法人仍須準用商法則除有特別情形如銀行交易所之
類外民法商法牽合之處甚多亦何取乎兩法併立耶且民商劃分如一方爲商人一方非商人適用上亦感困難
因民商法相關聯之處甚多而非一般人所能意料者

要之各國民商法典近時趨勢凡民商劃一之國鮮有主張由合而分者其他民商劃分之國其事者主張由分而合
者則甚多其所以至今尙未實行者蓋因舊制歷年已久而理論實力一時之間尙未能推翻之耳而趨向則已大定
也且在無特別商法法典之國如英美等不過無歐洲大陸所謂之商法法典而實則關於商人之各種法規雖然具
體是民商合一與否與商業之發達並無關係當茲百度革新之時發揚 總理全民之旨應訂民商合一法典殆無
疑義也

附 中央政治會議公函

逕啓者本會議第一百八十次會議准胡委員漢民林委員森提議此次訂立法典請將民商訂爲統一法典其不能合併者則分別訂立單行法規（如公司法、票據法、海商法、保險法等是）以免法典條文瑣雜而符本黨全民精神等由當經決議交胡委員漢民戴委員傳賢王委員寵惠審查在案茲准胡委員漢民等復稱認爲應訂民商統一法典，建議理由八項請公決等由復經提出本會議第一百八十三次會議討論並經決議照審查意見由立法院編訂立法院

中央執行委員會政治會議 十八年六月五日

民法債權編立法原則提案審查報告（中央政治會議第一八三次會議議決十八年六月五日

送立法院）

- 一 基於債務關係債權人有向債務人要求給付之權利（照原文）
- 給付不以有財產價格者爲限（增加）
- 不作爲亦得爲給付之標的（增加）

修正說明

第二項第三項均甚重要原案於說明上經已言之但似宜加入於原則內較為明顯

二 在中國境內支付之金錢債務雖以外國通用貨幣定給付類者債務人仍得按給付時給付地之市價以中國通用貨幣給付之但依其情形或當事人之意思不得不以外國通用貨幣給付者不在此限

修正說明

債務人仍得下加「按給付時給付地之市價」十字蓋給付之方法亦宜規定

三 最高限之利率定為週年百分之二十（照原文）

法定利率定為週年百分之五（照原文）

預約以至清償期之利息估本再生利息者其預約無效但債務人為銀錢業或儲蓄機關者不在此限（照原文）
利息遲付逾六個月經債權人之催告而不償還者其遲付之利息得再生利息（加入）

修正說明

第二項之情形亦應規定故加入

四 損害之賠償以行為時當事人所預見或可得預見者為限（照原文）

五 除因故意或重大過失所加之傷害外如所應負之損害賠償對於加害人之生計有重大之影響時法院得減

輕其賠償金額（稍改字句似較明顯）

六 債權人行使權利及債務人履行義務應依誠實及信用方法行之

七 債務人因拒絕或怠於行使其權利時債權人因保存債權得以自己之名義代使其請求權但專屬於債務人者不在此限

修正說明

加入「債務人因拒絕或怠於行使其權利時」似較明顯

八 債務人之行為意圖有害於債權人之權利者債權人得訴請撤銷之（照原文加「意圖」二字）

九 合法占有他人之物而就該物有債權者於該債務未履行前得留置該物（照原文）

十 債務如可分割者法院得斟酌債務人之境況准其於相當期限內分期給付（照原文）

十一 因契約互負債務者於他方未為給付前得拒絕給付（照原文但各種情形起草條文時分別詳為規定）

十二 當事人之一方如不履行其債務時相對人於特定情形有要求強制執行或解除契約之權

修正說明

當事人之一方不履行契約時相對人得請求損害賠償各國規定均屬相同但於特定情形得要求強制執行或解除契約亦應規定故加入「於特定情形」并刪去「或損害賠償」

十三 因故意或過失不法侵害他人之權利者負損害賠償責任（照原文）

十四 受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者由僱主連帶負損害賠償責任（照原文但其中例外應專時應注意詳細規定）

被保護人不法侵害他人之權利者其保護人應連帶負賠償責任（照原文加「連帶」二字）
修正說明

第二項與第一項情形相同故加連帶二字

十五 因物所生之損害該物之占有人應負賠償責任（照原文）

附 中央政治會議公函

逕啓者准王委員寵惠等復稱奉函飭審查民法債權編立法原則經即會商僉以原提案各條大致妥善但債權編情形與總則編略異各原則每有重要之例外起草條文時似宜注意茲將審查報告意見列呈十五項請公決等由查本會議前於第一百八十二次會議准委員兼立法院院長胡漢民提議民法債權編立法原則十五項請公決一案業經決議交王寵惠胡漢民戴傳賢趙戴文陳果夫孔祥熙六委員審查在案茲准王委員等審查報告前來當經提出本會議第一百八十三次會議討論並經決議民法債權編立法原則照審查報告通過相應錄案並檢附審查報告書函請

貴院查照辦理此致

立法院

中央執行委員會政治會議 十八年六月五日

中央政治會議修正民法債編原則第三條公函（中央政治會議第二百〇二次會議議決十

八年十月三十日送立法院）

逕啓者查民法債編原則十五條前經本會議第一八三次會議決定並函請

貴院查照辦理在案茲復准胡委員漢民提議稱民法債編立法原則第三條第三項「預約以至清償期之利息估
本再生利息者其預約爲無效」而第四項則言「利息遲付逾六個月經債權人之催告而不償還者其遲付之利
息得再生利息」兩項似相抵觸又第三項但書專以銀錢業或儲蓄機關者爲例外則第四項之適用是否亦限銀
錢業或儲蓄機關合併請求解釋等由復經提出本會議第二〇二次會議決議民法債編立法原則第三條三四兩
項修正如下「利息不得再生利息但當事人以書面約定利息遲付於一年後經催告而不償還時債權人得將遲
付之利息算入原本者可依其約定」「前項規定商業上別有習慣者不適用之」等語相應再行錄案函達仰希
查照辦理此致

立法院

中央執行委員會政治會議 十八年十月三十日

民法債編施行法(十九年二月一日立法院第七十四次會議通過十九年二月十日國民政府公布)

第一條 民法債編施行前發生之債除本法施行法有特別規定外不適用民法債編之規定

第二條 民法債編施行前依民法債編之規定消滅時效業已完成或其時效期間尚有殘餘不足一年者得於施行之日起一年內行使請求權但其時效完成後至民法債編施行時已逾民法債編所定時效期間二分之一者不在此限依民法債編之規定消滅時效不滿一年者如在施行時尚未完成其時效自施行日起算

第三條 前條之規定於民法債編所定無時效性質之法定期間準用之

第四條 民法第二百零四條之規定於民法債編施行前所約定之利率逾週年百分之十二者亦適用之

第五條 民法債編施行前發生之利息債務於施行時尚未履行者亦依民法債編之規定定其數額但施行時未付之利息總額已超過原本者仍不得過一本一利

第六條 民法第二百一十七條及第二百一十八條之規定於民法債編施行前負損害賠償義務者亦適用之

第七條 民法債編施行前發生之債務至施行後不履行時依民法債編之規定負不履行之責任

前項規定於債權人拒絕受領或不能受領時準用之

第八條 民法第二百五十條至第二百五十三條之規定於民法債編施行前約定之違約金亦適用之

第九條 民法第三百〇八條之公認證書由債權人作成聲請債務履行地之法院公證人警察官署商會或自治

機關蓋印簽名

第十條 民法第三百一十八條之規定於民法債編施行前所負債務亦適用之

第十一條 民法債編施行前發生之債務亦得依民法債編之規定爲抵銷

第十二條 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三百

八十條所定期限爲長者應自施行日起適用民法第三百八十條之規定如買回契約未定期限者自施行日起

不得逾五年

第十三條 民法債編施行前所定之租賃契約於施行後其效力依民法債編之規定

第十四條 買賣契約訂有期限者依其期限但其殘餘期限自施行日起算較民法第四百四十九條所規定之期限爲長者

應自施行日起適用民法第四百四十九條之規定

第十四條 民法債編所定之拍賣在拍賣法未公布施行前得照市價變賣但應經法院公證人警察官署商會或

自治機關之證明

第十五條 本施行法自民法債編施行之日施行

中華民國二十四年一月初版
中華民國三十七年八月八版

◆ (3567.55平)

大學叢書
(教本)

中國民法債篇總論二冊

平裝 每部定價國幣拾捌元

印刷地點外另加運費

著者 胡長清

發行人 朱經農

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

版權所有
印刷必究

476-157

