

周新民著

債編總論  
上冊

上海法學書局出版

584-3  
818-7  
2:1



# 債編總論目次 上冊

## 緒論

第一節 債法之發達及其特質	一
第二節 債法之範圍及其編制	五

## 總論

第一章 債之本質	八
第一節 債之意義	八
第二節 債權之絕對性如何	〇
第三節 債權與物權並親屬權之區別	一
第四節 自然債務	四
第五節 債務與責任	五

目

次

一

第二章 債之發生	一六
第一節 總說	一六
第二節 契約	一九
第一項 契約之概念	一九
第二項 契約之種類	二三
第三項 契約之成立	三〇
第一款 意思表示一致	三〇
第二款 要約	三四
第三款 承諾	四七
第四款 契約成立之時期	五三
第四項 懸賞廣告	五五
第一款 懸賞廣告之性質	五五
第二款 懸賞廣告之撤銷	五九

第三款	依懸賞廣告而成立之契約	六一
第三節	代理權之授與	六三
第一項	代理權之性質及發生	六三
第二項	共同代理	六七
第三項	無權代理	六八
第四節	無因管理	七七
第一項	無因管理之性質	七七
第二項	無因管理之效力	八三
第五節	不當得利	九一
第一項	不當得利之性質	九一
第二項	不當得利之効力	一〇一
第六節	侵權行爲	一一〇
第一項	侵權行爲之性質	一一〇

第二項	共同侵權行爲	一二二
第三項	特種侵權行爲	一二九
第一款	公務員之侵權行爲	一二九
第二款	無能力人之侵權行爲	一三三
第三款	受僱人之侵權行爲	一三九
第四款	承攬人之侵權行爲	一四八
第五款	動物占有人之侵權行爲	一五〇
第六款	工作物所有人之侵權行爲	一五四
第四項	侵權行爲之効力	一五九

# 債編總論 上册

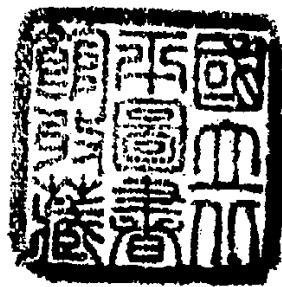
周新民著

## 緒論

### 第一節 債法之發達及其特質

#### 第一 債法之發達

(甲) 原始社會與債法 債法者，是規定人與人間相交易時應為特定行為之法律也。在原始社會，人類專依血緣關係，結合而成為一種氏族團體，一方即以該團體為各個人之生活單位，而共同勞動，共同分配，一方與自己團體以外之人，視同仇敵，絕不往來。惟其在團體以內係各個人共同勞動並共同分配，而團體所屬之人與人間，即無交易之可言。惟其對於團體以外係視同仇敵，而此團體及彼團體之人與人間，亦無交易之可言。且彼時每人一日勞動之所獲，僅足供自己一日之消費，有時甚且不足，在事實上亦實無可以供交易之標的者。既然如此，則以維持交易使人類為一



定行爲爲目的之法律，在當時即無必要，因之即無所謂債法。

(乙) 古代及封建社會與債法 由原始社會遞嬗至古代社會後，一面因生產上之進步，而社會逐漸發生交易關係，一面因國家形態之形成，而統制社會之法律必須逐漸制定，於是債法亦即應時而生。惟彼時之社會經濟，係自然自足之經濟，在買賣方面，尚不少物物交易之形式，其人與人間之債的關係，甚形簡單。而且古代社會，乃係一種奴隸制度社會，所有在工作上使用人類之關係，祇是以奴隸當作自己之所有物而使用，並非雇傭契約之債的關係。因此，在當時雖有債法之發生，而於人類之社會生活，尚無特別之重要性。

迨至封建社會，商業上之交易，逐漸發展，而債的關係，遂較頻繁，債法之於此時，亦即較以前之作用爲大，所有人類之社會生活，其恃此以爲維護之具者，當亦不少。不過當時之社會，是一種等級主義社會（即主從關係社會），雖然在商業交易上，須有債法之保護，而在其他交易方面

，如耕種地租賃方面，則農民承佃封建領地，祇是農奴對於主人（即下級對於上級）之忠勤關係，而非租賃契約之債的關係。因之債法之在封建社會，其作用仍不能普及於各種交易方面。

（丙）市民社會與債法 市民社會者，即近代以來之資本主義社會也。在資本主義社會，一面因生產技術之長足的發展，足以增多人類彼此交易之機會，一面因平等自由爲此時法律之根本精神，復足以排斥人類彼此交易之障礙。由是人類之社會生活，不問在生產方面，或消費方面，其債的關係，即不得不日趨於複雜，而債法至此，遂亦在法律中占着優越之地位。固然，現代人類在社會中之經濟生活，雖係依賴兩種財產關係，即債的關係與物權關係。但就現代社會情形觀之，人類爲形成債的關係而動作者實較增多，如買賣，借貸，租賃，運送，僱傭及其他勞動等等契約之締結皆是，而依所有權及其他物權關係以生活者，未免不及遠甚，故債法實占着優越之地位。而且在現代資本主義之下，一方面是享有債權之人，不



僅可以對於債務人要求爲一定行爲，並能使債權成爲財產化，而以之爲買賣交易之標的財產。同時享有財產之人，不僅是持有如不動產等之一切財產，並多將財產成爲債權化，而變爲股票，公債，存款等債權。因此，則關於債權之買賣交易，以及投資並寄託等法規，更爲現代人類之迫切要求，而債法之尤爲重要，已屬顯然。

## 第二 債法之特質

債法之主要特質，即原則上爲任意法規。債法與物權法，本均爲財產法之一種，但兩者之特質，却各不相同。蓋物權法所規定之權利，原有一種排他性，於一般第三人之利害關係太大，故不認契約自由之原則（參照七五七條），而爲強行法規。若債法，則爲規定當事人間之個人的相對關係者，其與一般第三人之關係甚少，故應爲契約自由之原則所支配，而爲任意法規。所謂任意法規者，即法律所規定之事項，不過於契約當事人意思不明時適用之，如當事人已有與法律相反之特約，仍應從其特約者是

也。

不過上述原則，隨着資本主義之發展，已漸漸加以相當之限制，如不動產之租賃關係，勞動者之僱傭關係，以及獨占企業之買賣關係等，已另有土地法，勞動法，或統制價格法規等之制定，而成爲強行法規，亦即所謂私法公法化是也。

## 第二節 債法之範圍及其編制

### 第一 債法之範圍

債法從實質上言之，則範圍甚廣，不僅民法債編所規定者，謂之債法，即民法中之物權編，親族編，繼承編，以及民法以外之公司法，保險法，票據法，海商法等等，凡屬關於債之關係之規定，亦莫不可謂之債法。但從形式上言之，則債法也者，應僅以民法債編之具有債法法典形式者爲限。後者屬於普通法，前者屬於特別法。本書專就普通法之民法債編所規定者研究之，餘當讓之於各特別法。

## 第二 債法之編制

(甲) 標題 編制債法之先決問題，即為債法之標題。關於此項標題如何，各國原不一致，有標題為『債務關係』者，如德國民法是，有標題為『債務』者，如瑞士債務法是，有標題為『債權』者，如日本民法及民國十五年前之舊民律草案是。民國十五年之修正民律草案，改稱為『債』，十八年頒行之民法債編，其標題仍舊。此蓋以稱為『債權』，則有側重於債權人利益之嫌，稱為『債務』，復有側重於債務人利益之嫌，不如以『債』命名，則可表示不偏不倚之平等精神也。但法律專在注重內容，如容果屬平等，而名義如何，原無關係。且權利義務關係，乃係一種對待關係，舉債權，當然足以兼括債務，舉債務，亦當然足以兼括債權，余意任以『債權』或『債務』或單以『債』標題，均無不可。

(乙) 地位 各國民法，有不就債法專設一編，而與物權同列於財產法中（奧民法）或認為財產取得方法而定入於財產取得編中（法民法及其

他屬於法國法系諸民法者。有專設一編，而列在物權法之前（德民法），或列在物權法之後（日民法及匈民法）者。我國民法，於總則之後，即列債編，債編之後，再列物權編，乃係仿德國之例也。就兩者之性質言之，物權法爲規定財產基礎之法律，未有物權，即無所謂債權，則債法似應在物權之後。然就兩者之適用言之，債法在今日實居優越地位，且債權復爲物權取得之方法，以之置於物權之前，亦無何種不當，

（丙）內容 我民法債編，共分兩章，第一章爲通則（一五三條至三四四條），第二章爲各種之債（三四五條至七五六條）。在講學上稱爲債編總論者，即係就通則章所規定者而爲研究也，稱爲債編各論者，即係就各種之債章所規定者而爲研究也。通則中所規定者，爲一般債之關係，如債之發生，標的，効力，移轉，消滅等等。各種之債中所規定者，爲各個債之關係，如買賣，贈與，租賃，借貸，僱傭，承攬等之成立要件，効力以及其消滅事由等等。又我國民法，採民商合一之理論，所有在他國係規定在

商法中者，如交互計算，經理人，代辦商，行紀，倉庫，運送，隱名合夥等，亦均規定於債編第二章各種之債中。

## 第一章 債之本質

### 第一節 債之意義

債者，即特定人間一方要求特定行爲，一方應爲特定行爲之權利義務關係也。其特定人一方所享有之要求特定行爲之權利，謂之債權，而享有權利者，即爲債權人。一方所負擔之應爲特定行爲之義務，謂之債務，而負擔義務者，即爲債務人。此兩方之權利義務關係，可稱爲債權債務關係，亦可單稱債權關係，或債務關係。茲就此意義分述於下。

(甲) 債爲特定人間之關係。債的關係之存在，須雙方當事人，均爲特定人。其負擔債務之債務人，固只以特定人爲限，而享有債權之債權人，亦應爲特定人。因之債權人之債權，祇能對於特定債務人行使之，債務

人之債務，亦祇須對於特定債權人履行之。其債權祇能對於特定債務人行使之情事，即所謂債權之相對性。

(乙) 債爲一方要求特定行爲之權利關係。此可分爲兩點言之。

A 行爲 行爲即是給付。行爲有積極行爲（作爲）與消極行爲（不作爲）之分。給付不以積極行爲爲限，消極行爲亦得爲給付（一九九條三項）。例如與鄰人約定不作音樂以妨自己安眠，不爲某種建築以妨自己瞭望，以及與他人約定不與自己爲某種商業競爭等，皆係消極行爲之給付。

又給付不以有財產價格者爲限，其無財產價格者亦得爲給付。例如約定寫字一張，其字雖毫無財產價格，債權人亦有請求給付之權利是。

B 要求特定行爲 債權原爲要求債務人爲特定行爲之權利，債務人不任意履行其特定行爲時，債權人即不能對於債務人本身而直接支

配之，或強令爲特定行爲以外之給付。故債權祇是一種請求權，而非支配權。

(丙) 債爲一方應爲特定行爲之義務關係 債權人對於債務人，固不能於特定行爲外行使其權利，而債務人之於債權人，亦不能於特定行爲外履行其義務。不問其所履行者，較之特定行爲如何？債權人苟不願受領時，仍不能免除債務不履行之責任。惟例外亦有承認可於特定行爲外而履行之者，如借用人不能以種類品質數量相同之物返還時，得按照其價值償還（四七九條）之類是。

### 第二節 債權之絕對性如何？

債權爲對於特定人之權利，祇有一種相對性，已述於前。然債權在相當範圍以內，究竟有無絕對性？換言之，卽債權被第三人侵害時，是否成立侵權行爲？則學者主張不一。或者謂債權之權利，係對於債務人之無形關係，與有體物及生命，身體等不同，性質上不能受第三人之侵害。或者

謂債權原屬於相對性，縱令第三人加以侵害，亦不謂違反義務，而法律無須加以保護。然債權雖僅有對於特定人發生效力之相對性，但其為權利也，則與物權及其他權利無異。權利不許他人侵害，原為一切權利所共通，而侵害債權，何得獨不加以法律上之保護。且債權之被第三人侵害，事實上亦常有可能，如甲影片公司所雇用之明星，被乙影片公司於雇傭期間未滿時，中途以不法之方法雇為己用，即是侵害甲影片公司僱傭契約上之債權。因此，其債權之有絕對性（亦即不可侵性），並須依據侵權行為之規定以保護之，遂已成為現在之通說矣。

### 第三節 債權與物權並親屬權之區別

#### 第一 債權與物權

（甲） 債權為請求權且為相對權物權為支配權且為絕對權 債權以人之行為為標的，乃為請求人之行為之權利。而物權則以物為標的，則係直接支配物之權利。且債權人之行使請求權，祇限於特定人，故債權又為相



對權。而享有物權之人，則就其標的物可以對抗一般人，故物權又爲絕對權（相對權亦稱對人權，絕對權亦稱對世權）。此係兩者性質上之根本差異，因之又有下述幾種之不同。

（乙）物權有排他性債權則否 物權既以直接支配物爲其權利之內容，則在一個標的物之上，已有一個物權後，即不許另有同一種類之物權並存。例如一物之上，同時有兩個所有權並存，一塊土地之上，同時有兩個地上權或永佃權並存，均係不可能之事。雖然擔保物權，例如抵押權，可以在一物之上同時成立二個以上，但有先後之順位，僅能於先成立之抵押權行使權利外，始就其殘額有抵押權之效力，而一個物之擔保價值，仍不能同時作爲兩個以上抵押權之標的，此即所謂物權之排他性，亦即物權在物權相互間之優先性。至於債權，則對於同一之債務人，可以同時成立同一種類之無數債權。此不僅金錢債權爲然，即交付特定物之債權，亦得有效成立。不過特定物原爲一個，交付於一債權人後，對於他債權人則負履

行不能之責耳。

(丙) 物權有追及權債權則否 物權既有絕對權即對世權，其物權之標的物，不問輾轉歸於何人之手，而享有物權之人，得追隨其物而主張其權利，此即物權之追及權。而債權則僅能對於相對人之債務人主張其權利，不得有此項追及權。

(丁) 物權優先於債權 在同一物之上，物權與債權並存時，而物權有優先於債權之效力，此即物權在物權與債權間之優先性。故在債務人破產時。就其財產有抵押權或質權者，得行使其別除權，先於一般破產債權人而受清償（破產法草案四四條及四七條）。

## 第二 債權與親屬權

債權與親屬權，本均爲人與人間之權利，就此點言之，彼此原屬相似。但其不同之點，却爲不少。(一)親屬權爲支配權，如親權家長權之類是，而債權則爲請求權。(二)親屬權是基於倫理的身分關係而發生，其

權利者與義務者之間，不是平等的，而債權是基於財產的交易關係而發生，其權利者與義務者之間，係平等的。(三)親屬權，其義務者之履行義務，惟限於義務者本人爲之，而債權，則可由第三人代爲履行債務(三一條)。

#### 第四節 自然債務

自然債務者，即一方不失其債權債務關係之存在，一方又不能爲強制履行之債務也，就債權方面言，又可稱爲自然債權。此項債務，既爲一方不失其債權債務關係存在之債務，則債務人已爲任意償還之後，即不能再請求返還。既爲一方不能強制履行之債務，則債權人於債務人不爲履行時，即不能得到訴訟上之救濟。

至於何種債務，始爲自然債務？則可分爲下列三種。

(一) 不法之債務 如賭博債務，賣淫價金之債務，以及其他由法律禁止或違背公序良俗事項而生之債務是。

(二) 喪失法律保護請求權之債務 如罹於時效之債務是。

(三) 拋棄法律保護請求權之債務 如特約不爲訴訟或不爲強制執行之債務是。

自然債務，自羅馬法以來，爲歐洲各國法律所公認（法民一二三三條，德民二二二二條，六五六條，七六二條等）。我國民法，雖未直接明認自然債務，然罹於時效之債務（一四四條二項），以及由不法原因而生之債務（一八〇條四款），則顯然係以自然債務視之。

#### 第五節 債務與責任

債務，係在法律上應爲特定行爲之義務，責任，係履行債務之財產的擔保。雖然債務常借責任而在，但債務與責任，亦有不同時存在者。故關於債務之履行，其責任約有下列幾種情形。

(一) 無限責任 債務人以其全部財產負履行之責，而債權人可就其全部財產爲強制執行者，謂之無限責任，此爲一般債務之原則。

(二) 有限責任 債務人僅以其一部財產負履行之責，而債權人僅可就一部財產爲強制執行者，謂之有限責任，如繼承人就繼承財產爲限定承認，僅以繼承財產償還被繼承人之債務是。

(三) 全無責任 債務人雖負有債務，而債務人之財產，毫不擔保債務之履行，此乃僅有債務而全無責任之存在也，如債權人特約拋棄強制執行權之債務是。是項債務，亦即屬於自然債務，已如前述。

(四) 有責任而無債務 雖以財產擔保債務之履行，但並未負有債務者亦有之，如甲爲擔保乙之債務，而提供某物爲抵押品，是債務屬於乙，而甲僅負有財產擔保之責任也。

## 第二章 債之發生

### 第一節 總說

## 第一 債之發生之意義

債之發生者，即債權債務關係從新成立之謂。非新成立之債權債務關係，不得爲債之發生。故取得債權係由讓與而來者（一九四條），負擔債務係由承擔而來者（三〇〇條），以及承受債權債務係由繼承而來者（一四八條），雖在取得債權者及負擔債務者或承受債權債務者之本人，其主觀上不能謂非新生之債權債務。但在客觀上，其債權債務，實是早已存在，祇能謂之債之移轉或債之繼承，均不能謂之債之發生。

## 第二 債之發生之原因

所謂債之發生原因者，即發生債權債務關係之法律事實之總稱也，簡言之，即爲債之原因。債之發生原因，其事實至爲繁多，除債編中所規定之事實外，而物權法，親屬法，以及其他特別民法並公法等，亦有多少規定。本章所論述者，專以債編通則所規定之契約，代理權授與，無因管理，不當得利，侵權行爲五者爲限。茲特先就其原因，大別爲行爲及事件而

略述於下。

(甲) 行爲 因有特定之行爲，而法律即基於其事實而使發生債之關係時，其行爲即爲債之發生原因。又可分爲下列二種。

A 適法行爲 適法行爲，更可分爲法律行爲與法律行爲外之適法行爲。

(1) 法律行爲 法律行爲，爲契約，單獨行爲，共同行爲三種。

(二) 契約 法律行爲之爲債之發生原因者，以契約爲主要。故民法既於通則中述其共同之原則，復在各種之債中，就各種契約爲詳細之規定。

(三) 單獨行爲 單獨行爲，不能如契約可爲一般債之發生原因，不過法律有特別規定時，可認爲特種之債之發生原因。在債編通則中所規定者，爲代理權之授與。而各種之債中所規定之指示證券債權及無記名證券債權，亦是由於單獨行爲而發

生。此外如遺囑及捐助行爲等，均爲單獨行爲。

(三) 共同行爲 如法人可由總會決議而取得社員出資之請求權，是共同行爲，爲債之發生原因。但此不在本書研究之範圍以內。

(2) 法律行爲外之適法行爲 債編通則所規定之無因管理，卽是此項行爲之一種。

(B) 違法行爲 債編通則所規定之侵權行爲，卽爲違法行爲之例。

(乙) 事件 事件者，卽非由人之行爲之一種法律事實也。事件之爲債之發生原因者，亦屬不少。但在債編通則中所規定者，僅爲不當得利一項。

## 第二節 契約

### 第一項 契約之概念

## 第一 契約之範圍



契約有廣狹兩義。就狹義言，僅以成立債之關係之契約爲限。就廣義言，則凡一切法律行爲之合意，如成立物權關係，親屬關係，繼承關係等之合意，均可稱爲契約。自羅馬法以來，歐洲諸國民法（如英國法國等），每多以契約爲債之發生之特有原因，惟有德國民法，始於民法總則中規定一般契約之通則，而承認一切法律行爲之合意，均爲契約。依法律化之原理言之，現代法律，如英國梅因所云，是由身分法而進到契約法，今日之一切法律行爲之合意，均應以認爲契約爲宜，德國民法，實較近理。

我國民法，以契約之一般原則，規定於債編通則之內，其立法上固係以契約指債權契約而言，然理論上則須與德國民法同其解釋。換言之，卽契約雖僅規定於債編之中，而其他一切法律行爲之合意，亦當解爲契約，而準用關於債權契約之一般規定。

## 第二 契約之意義

契約者，乃二人以上之雙方當事人間，互相表示意思一致，而以發生

私法上效果爲標的之法律行爲也，茲分述於下。

(甲) 契約須有二人以上之雙方當事人。契約之成立，至少須有兩個之當事人各爲一方。例如買賣契約，至少須有一人爲買受人，一人爲出賣人，否則卽不能成立買賣契約。惟各方人數之最多數，則無限制，不問爲數十人或數百人均可。

(乙) 契約須有二個以上之意思表示。二人以上之當事人，而無二個以上之意思表示者，不能成立契約。故契約非有二個以上之意思表示不可。換言之，卽至少非有一人要約及一人承諾不可。

(丙) 契約須雙方當事人意思表示爲一致。意思表示一致，卽是所謂『合意』。契約須當事人表示意思一致，始得成立，民法已經明定（一五三）。茲所表示意思一致者，不僅主觀上須爲一致，並須客觀上亦爲一致。試述於下。

A 須主觀一致。主觀一致者，卽各當事人之意思表示，各欲與相對

人之意思表示相合而發生私法上效果之謂也。如非雙方各欲其意思表示相合，而祇是偶然一致，其間並無連絡者，不能謂之意思表示一致。如甲表示買馬之意思，適乙亦表示賣馬之意思，而甲並非欲向乙買，乙並非欲賣於甲，此即謂之偶然一致，而不能以買賣之意思表示一致視之。

B 須客觀一致 客觀一致者，即當事人之意思表示，各在客觀上同其內容之謂也。如買賣契約，出賣人之意思表示，在以某財產權移轉於買受人而自己取得價金，買受人之意思表示，在取得某財產權而以價金支付於出賣人，此即客觀上同其內容也。

(丁) 契約須雙方當事人間互相表示意思 所謂『互相』者，即彼此對立之意。契約必須當事人間之意思表示，彼此對立，始得成立，此即與共同行為不同之點。在共同行為，雖亦為當事人間之二個以上之意思表示一致，但其意思之方向，則為同一的，而非對立的，如甲乙丙設立社團法

人，皆以慈善事業爲目的，是其設立行爲之意思，完全同其方向也。若契約當事人間之意思表示一致，則必須異其方向而爲對立的，如買賣契約，出賣人在移轉財產權而取得價金，買受人正與此相反，在取得財產權而支付價金是。

(戊) 契約須以發生私法上效果爲目的。二人以上相互間之合意，僅在道德上（如約定服從長輩意旨），或社交上（如約友人散步）之範圍內，而不以發生私法上效果爲目的者，自不能認爲契約。茲所謂發生私法上效果者，乃指一切私法上之效果而言。故如前面所述，不僅成立債之關係之合意爲契約，即成立物權關係，親屬關係等之合意，亦爲契約。

(己) 契約係法律行爲。契約爲法律行爲，已述於前，唯契約既爲法律行爲，除適用民法債編關於契約之特別規定外，而民法總則關於法律行爲之一般規定，自亦適用之。

## 第二項 契約之種類

## 第一 雙務契約與片務契約

雙務契約與片務契約之區別，乃以雙方當事人是否各負有對待給付之債務爲標準也。雙方當事人均負有對待給付之債務者，謂之雙務契約，僅一方負有債務者，謂之片務契約。前者如買賣，互易，租賃，僱傭，承攬等是。後者如贈與，使用借貸等是。此外尙有一種契約，原則爲片務契約，而因當事人間特別約定爲對待給付者，又爲雙務契約，如有償委任，有償寄託等是。

至於此兩者區別之實益，則有以下種種。

(甲) 關於同時履行抗辯者。雙務契約，在當事人一方，於相對人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付（二六四條）。而片務契約不能如此。

(乙) 關於危險負擔者。在雙務契約，其契約之標的物，因不可歸責於雙方當事人之事由而致給付不能者，則生危險負擔之問題（二六六條）而片務契約，則無此問題發生。

(丙) 關於行爲能力者。在雙務契約，因當事人雙方均須負擔債務，而當事人雙方均以有完全行爲能力爲必要，而片務契約，如贈與及使用借貸等，其贈與人或貸與人，雖應有完全能力，然受贈人或借用人，則僅有限制行爲能力亦可（七七條）。

## 第二 有償契約與無償契約

有償契約與無償契約之區別，乃以雙方當事人是否各在對價的關係之下而爲給付爲標準也。雙方當事人各在對價的關係之下而互爲給付者，爲有償契約，僅一方爲給付者，爲無償契約。前者如買賣，互易，租賃，附利息之消費借貸，有償委任及有償寄託等是。前者如贈與，使用借貸，不附利息之消費借貸，無償委任及無償寄託等是。在贈與及使用借貸，性質上必須爲無償，而消費借貸，委任，寄託，則可依當事人特約，或爲有償，或爲無償。

至於此兩者區別之實益，除關於行爲能力問題，與上述雙務契約及片

務契約區別之實益相同外，而關於法律規定之準用，則買賣以外之有償契約，可以準用買賣之規定，而無償契約不能也。

有償契約與無償契約之區別，不可與前述雙務契約與片務契約之區別混同。契約之區別為雙務片務，係以債務本身為主，而區別為有償無償，則以債務內容之給付為主。其契約成立後，雙方互負債務，互為給付者，自係雙務並有償契約，如買賣，租賃等是。若給付與契約成立同時為之，而作為契約成立之要件，其契約雖為有償，然却為片務契約，如附利息之消費借貸是。因此項消費借貸契約，係要物契約，其貸與人之交付借用物，須於契約成立時為之，而以後僅借用人負有返還借用物及支付利息之債務，貸與人已不負何等債務也。

### 第三 要式契約與不要式契約

要式契約與不要式契約之區別，乃以成立契約之意思表示，是否須依一定方式為標準也。須依一定方式者為要式契約，否則為不要式契約。近

代法律，如買賣及其他契約等，原則上均爲不要式，惟結婚及終身定期金契約等，則例外的須具備一定方式，而爲要式契約。

至於此兩者區別之實益，在要式契約，不依法定方式時，其契約卽爲無效（七三條及一六六條），而不要式契約，則不生此問題。

#### 第四 要物契約與諾成契約

要物契約與諾成契約之區別，乃以契約是否於當事人之意思一致外，尙須交付標的物始得成立爲標準也。其於當事人之意思一致外，尙須交付標的者，爲要物契約（亦可稱實踐契約或踐成契約），僅依當事人意思一致而成立者，爲諾成契約。多數契約，大概多爲諾成契約。惟借貸，寄託，以及物權契約（七六一條），則屬於要物契約。

至於此兩者區別之實益，僅在契約成立之時期一點，故有人認爲契約不必須爲如此之區別者。而瑞士債務法，且於借貸，寄託等，已不認要物契約之存在。



### 第五 有名契約與無名契約

有名契約與無名契約之區別，乃以法律是否付與以一定名稱而設有特別規定爲標準也。付與以一定名稱而設有特別規定者爲有名契約（亦稱典型契約），否則爲無名契約。

至於此兩者區別之實益，則在於法律之適用。在有名契約，既於法律中有特別之規定，自能直接適用。在無名契約，既於法律無特別之規定，除適用一般契約之通則外，則須準用與之最相類似之有名契約之規定。又無名契約，其所以得準用有名契約之規定者，即因私法與刑法不同，不能以其事項在法律上無明文之故而拒絕受理。故其契約雖不屬於有名契約之範圍內，然內容若非爲不適法，即當類推適用而爲解決之。

### 第六 有因契約與無因契約

有因契約與無因契約之區別，即以契約成立是否須有給付原因存在爲標準也。契約須有給付原因存在始得成立者爲有因契約（亦稱要因契約）

，否則爲無因契約（亦稱不要因契約）。在債權契約，通常均爲有因契約。惟債務約束及債務承認，有主張爲無因契約者。所請債務約束，卽不定明原因而特約負擔債務之契約也。債務承認，卽承認原有債務關係存在之契約也。

### 第七 主契約與從契約

主契約與從契約之區別，乃以契約本身是否得獨立存在爲標準也。其本身得以獨立存在者爲主契約，不能獨立存在，而以他契約之存在爲前提者爲從契約。前者如買賣，借貸等多數契約皆是，後者如保證契約，支付利息或違約金契約，均係以借貸及其他契約之存在爲前提是。

從契約是從屬於主契約者，主契約無效或撤銷或解除，而從契約亦同時歸於消滅。然從契約無效或撤銷或解除時，而主契約却不受何等之影響。不過有特約時，則主契約得因從契約之消滅而消滅之。

### 第八 本契約與預約

〔本契約與預約之區別，乃以契約之標的是否爲其最終標的爲標準也。僅以締結某契約爲內容，而非契約當事人之最終標的者爲預約，依照預約本旨，而以達到最終標的爲內容之契約爲本契約。預約非本契約之一部，而爲兩個獨立之約契，預約僅在發生締結本契約之效力，而本契約則在發生最終標的之效力。例如買賣預約，僅發生締結買賣契約之債務，而買賣契約（本契約），則發生移轉財產權及支付價金（最終標的）之債務是也。〕

#### 第九 生前契約與死後契約

（生前契約與死後契約之區別，乃以契約效力，在生存中或死亡後發生爲標準也。在當事人生存中發生效力之契約，爲生前契約。須當事人死亡後始生效力之契約，爲死後契約（亦稱死因契約）。前者如買賣，借貸等一般契約皆是，後者如贈與契約，約定贈與人死亡後始生效力者是。）

#### 第三項 契約之成立

#### 第一款 意思表示一致

當事人互相表示意思一致者，其契約即爲成立（一五三條一項）。關於此項互相表示意思一致之解說，已在本節第一項契約之概念中分析言之，已毋庸贅及。茲僅就左列各點述明之。

（甲）表示意思之方法 表示意思之方法，有用明示者，有用默示者。其明示之意思表示，固可成立契約，即默示之意思表示，亦得成立契約（一五三條後段）。不過默示者，乃爲可由其一定之舉動，而間接推知其意思也。若僅爲不作爲之狀態，則其意思如何，即無從間接推知，此祇能謂之沉默，不能謂之默示。

（乙）意思一致之範圍 關於契約中之事項，有屬於必要者，亦有屬於非必要者。其契約之成立，當事人對於此項必要與非必要之點，是否均須意思一致？民法已就此點，設有明文規定，其第一百五十三條第二項云，『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，推定其契約爲成立』。又云『關於非必要之點，當事人意思不一致時，

法院應依其事件之性質定之』。據此規定，則非必要之點，已不必絕對的要意思一致。如果當事人之意思，已就必要之點一致，其於非必要之點並無爭執而未經表示意思時，固然毫不影響於契約之成立。縱令已表示意思而意思顯不一致時，而契約亦非當然不得成立，法院仍應依其事件之性質而判定其契約之應成立與否。所謂必要之點者，例如買賣契約之移轉財產權及支付價金是。所謂非必要之點者。例如買賣契約之交付標的物處所及支付價金時期是。惟非必要之點，當事人已有特約者，如缺其意思一致時，自亦不能認為契約之成立。

(丙) 意思一致之態樣 意思一致之態樣不一，約可別為四種，(一) 要約與承諾(二) 交錯要約，(三) 同時表示，(四) 意思實現。

A 要約與承諾 此即當事人一方先為要約，一方後為承諾，而成為意思一致也。在一般契約之成立，其意思表示之一致，大概多屬於此種態樣。民法就此要約與承諾，亦規定甚詳，以後當另款說明

之。

B 交錯要約 當事人雙方彼此互相要約，其內容完全相同者，德國學者稱之爲交錯要約。例如甲以一萬圓出賣其房屋對乙要約，其通知未達到乙以前，而乙亦以一萬圓擬買其房屋對甲要約，此甲乙二人之要約，是彼此交錯而爲之，故謂之交錯要約。

此項交錯要約，是否可以成立契約，學者間之主張原不一致。有以僅有要約而無承諾，不能成立契約者，有謂雙方所爲之兩個要約，彼此並未互相了解，難認爲意思一致，而不能成立契約者。然現在一般通說，大概多認交錯要約，可以成立契約。蓋以交錯要約，雙方既有結約之意思，而意思表示之內容復爲一致，認爲可以成立契約，不僅實際上合乎當事人之意思，而理論上亦不背乎契約之精神也。

C 同時表示 同時表示者，雙方同時爲要約，而成爲意思一致也。

其與交錯要約不同者，在交錯要約，係先後交錯爲之，此則係未有先後而同時爲之也。交錯要約，既應認爲可以成立契約，而同時表示，自亦可以成立契約。

D 意思實現 意思實現者，即承諾人未爲承諾之意思表示，僅因其有可認爲承諾之事實，而表現其有此意思也。關於此點，民法已有明文（一六一條），當在以後說明之。

據上所述，當事人表示意思如果一致，即可成立契約固矣。但應依法定方式之契約，其未具備方式者，自難認爲有效成立（七三條）。即不依法定方式之契約，如契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，亦應推定其契約不成立（一六六條）。蓋以當事人既經約定方式，其方式之完成，已爲契約成立之要件，要件欠缺，契約當然不能成立也。

第二款 要約

## 第一 要約之意義

要約者，乃當事人之一方，以得有相對人承諾即行成立契約爲目的，而對於相對人所爲之確定的意思表示也，茲說明於下。

(甲) 要約爲意思表示 要約究爲法律行爲？抑係意思表示？學者主張原不一致。在主張爲法律行爲者，以爲要約亦可發生要約之法律的效果，當然可認爲法律行爲（單獨行爲）。然要約人之要約，並非僅在發生要約之效果，而實以成立契約之法律行爲爲目的。但此項法律行爲之目的，必須更經承諾，始能達到。在未有承諾以前，尙不能成立契約之法律行爲。因此，則要約祇能認爲意思表示，而不能謂之法律行爲。要約既爲意思表示，則關於意思表示之一般規定，自亦應適用之（八六條至九八條）。

(乙) 要約爲當事人一方對於相對人之意思表示 要約之目的，既在成立契約，則要約人自須爲契約當事人之一方，而受要約之人，亦自須爲契約之相對人。惟雙方是否須爲特定人？分述於左。



A 要約人須爲特定人 此所謂特定者，並不須於要約時，特別表示要約人爲何人，祇須客觀上實已確定爲何人已足。例如依自動販賣機之設置而招致買受人，雖未特別表示何人爲要約人，仍不失其爲要約。

B 受要約之人之人不必爲特定人 受要約之人，固多爲特定人，但亦可爲不特定人，例如依懸賞廣告及自動販賣機所爲之要約，均係對於不特定人而爲之者，自亦不失其爲要約。

(丙) 要約爲以得有承諾卽行成立契約爲目的之確定的意思表示 旣然如此，則要約必須(一)爲得有承諾卽行成立契約，(二)爲確定的意思表示，分述於左。

A 須爲得有承認卽行成立契約 所謂得有承諾卽行成立契約者，卽一經相對人承諾，而要約人再無須爲何等之意思表示，卽可依其承諾而成立契約也。若再須要約人爲意思表示者，則非此所謂要約，

而祇是要約之勸誘。在要約之勸誘，原不過爲引起他人對於自己爲要約，須得有他方要約後，再由自己爲承諾，方可成立契約。要約爲應受拘束之意思表示，而此則爲不受拘束之事實行爲也。

惟要約與要約之勸誘，雖理論顯有不同，而實際上頗難區別。如前所述，要約原得對於不特定人爲之。在此種情形之下，究爲要約？抑爲要約之勸誘？關於此點，應就各具體情形而判斷之，有可認爲要約者，亦有應認爲要約之勸誘者。其對於不特定人所爲之要約，意在由承諾而直接成立契約，以及並不選擇相對人者，則可謂之要約，如運動中之電車，懸賞廣告等皆是。而貨物標定賣價陳列者，亦應視爲要約，在民法中已有明文矣（一五四條二項）。若僅爲通知結約之準備事實，以及尙須選擇相對人者，則祇能認爲要約之勸誘，如商品目錄之寄送，房屋招租貼等皆是。而價目表之寄送，不視爲要約，民法中亦已訂有明文（一五四條二項但書）。

B 須爲確定的意思表示 所謂確定的意思表示者，卽所爲要約，須就契約之內容而確定之也。例如買賣之要約，須確定其標定物及價金是。蓋以不如此，則相對人無從而爲承諾以成立其契約也。其不確定內容之表示，仍無非爲一種要約之勸誘。

惟確定云者，並不必要於要約中一一具體的確定之，祇須得以確定已足。如要約言明現有自米一百石，任相對人承賣若干，此係以數量之選擇權給與於相對人，其契約內容，僅在得以確定之情形下，仍不失其爲要約。

## 第二 要約之效力

(甲) 要約效力之內容 要約之效力有二，(一)爲實質的效力，(二)爲形式的效力，分述於左。

A 實質的效力 實質的效力，乃由要約性質上當然發生之效力，卽相對人得依其承諾，而使契約成立之效力也。此項適於依其承諾以

成立契約之要約狀態，學者稱之爲承諾適格，或承諾能力。如要約不能依其承諾以成立契約者，則非係自始即非要約（如要約之勸誘），即係已經失效之要約（如要約經過承諾期限之類）矣。

惟此項效力，既係相對人得依承諾以成立契約之效力，則相對人自然僅有得爲承諾之權利，而不負有應爲承諾之義務（當事人有必須承諾預約或法律上有承諾義務者，又當別論）因之不爲承諾時，即不必爲不承諾之回答，而隨同要約附送物品或直以發送物品爲要約（默示之要約）者，亦不負接收保存及返還之義務。惟有不當得利或侵權行爲之事實時，自應負責。

B 形式的效力 形式的效力，非由要約性質上當然發生，乃係法律所特別規定之效力，即要約人於要約之後，須受其拘束而不可撤回之效力也。故學者稱之爲要約之拘束力，或要約之不可撤回性。要約應否具有此項效力，立法例多不一致。昔時羅馬法，德國普通法

以及近代法國民法，均不承認此項效力，而英國則對於用署名之書面所爲要約，不得任意撤回，餘則可撤回之。此外如德國民法，與國民法，瑞士債務法，日本民法，均以認有形式的效力爲原則。我國民法第一百五十四條，『契約之要約人，因要約而受拘束』，乃係仿後者之例而立法也。從實際上言之，要約頗與承諾人之利益有關，若許任意撤回，殊不足以保護承諾人之利益。

惟要約雖應受其利拘束，但亦應以要約人之意思爲準。故民法又以明文規定有下列情形時，仍可不受拘束（一五四條但書）。

（1）要約人於要約當時預先聲明不受拘束者 要約人既有反對之意思，自應從其意思。

（2）依其情形或事件性質可認爲無受拘束意思者 要約人雖未明白預先聲明不受拘束，但依要約情形或事件性質既可認定無此意思，自亦應以不違背其初衷爲宜。

又要約雖有不得撤回之拘束力，但無禁止更向他人爲要約之效力。故要約人對於一人爲要約後，又可對於他人爲同一之要約。不過此二個相對人均經承諾時，即應成立兩個契約。其標的物如果爲特定物，要約人必須對於其中之一人，與負債務不履行之責（二二六條）。

(乙) 要約效力之發生時期 要約之效力，應於何時發生？須就要約相對人之爲特定人與爲不特定人而分別言之。

A 相對人爲產定人時 要約之相對人爲特定人者，則依意思表示之通例，以特定人是否爲對話人而有不同。要約係向對話人爲之者，則以相對人了解其要約時發生效力（九四條），要約係向非對話人爲之者，則以要約之通知到達相對人時發生效力（九五條）。

B 相對人爲不特定人時 對於不特定人爲要約者，其功效發生時期如何？在民法本無特別之明文。惟從第九十五條之規定觀之，仍應

解爲適用到發達主義。所謂到達主義者，卽於通常得以了解時而發生効力之主義也，而果真了解其事實與否，則可置之不問。相對人既爲不特定人，而於通常得以了解時而使之發生効力，實較適宜。

### 第三 要約效力之消滅

要約効力發生後，在未發生喪失其効力之事由時，其効力自然繼續存在，而相對人可以由承諾而成立契約。若効力消滅後，則相對人之承諾，已無何等之效果。關於要約効力之消滅，除意思表示之一般効力消滅事由外，茲特就左列幾種消滅事由分述之。

(甲) 要約之拒絕 拒絕者，卽相對人不應其要約之積極的表示也。相對人拒絕其要約而不予承諾者，其要約卽失其拘束力（一五五條）。此處所謂拘束力，應作効力解釋（以下同），因之拒絕以後，雖相對人再爲承諾，已無依其承諾而成立契約之効力矣。

拒絕不僅以直接表示拒絕者爲限，卽未直接表示拒絕，而祇是將要約

擴張，限制，或變更而爲承諾者，亦視爲要約之拒絕（二六條二項前段）。

至此項拒絕效力之發生，自應從要約人了解其拒絕，或拒絕到達於要約人之時起，因拒絕亦係一種意思表示也（參照一九四條及九五條）。

以上係就對於特定人之要約而言。至對於不特定人之要約，自不因一人之單獨拒絕而失其拘束力。

（乙）經過承諾期限 要約之效力，自難使其永久存續，其應當承諾之期限一旦經過，即應喪失其效力。茲就未定承諾期限之要約與定有承諾期限之要約分別言之。

A 未定承諾期限者 此項要約，又須視其相對人爲對話人與否，而情形各異。

（1）相對人爲對話人時 對話爲要約者，如未定承諾期限時，即以立時爲其承諾期限。相對人非立時承諾，即失其拘束力（一五六條）。蓋以對話人間所爲要約，相對人既不立時承諾，即係顯不接



受其要約，長使其效力存續，則無益於相對人，而有損於要約人。

(2) 相對人爲非對話人時 非對話爲要約者，如未定承諾期限時，即以依通常情形可以期待承諾達到之時期，爲其承諾期限。相對人不於此期限內爲承諾時，其要約失其拘束力(一五七條)此項可以期待承諾達到之時期，換言之，卽是相當時期。究竟如何時期。始爲相當，應就其交通方法，距離遠近，以及希望成立之契約內容等考察而決定之。

B 定有承諾期限者 要約定有承諾期限者，非於其期限內爲承諾，失其拘束力(一五八條)。此項規定，不問相對人爲對話人，或係非對話人，均適用之。茲以要約既定有承諾期限，自然僅在其期限內有拘束力。一旦所定之期限經過，其拘束力應當歸於消滅也。

(丙) 要約之撤回 要約之撤回，並非對於任何要約均得行使之也。在已發生效力之要約，則要約人應受其拘束，原不得任意撤回。在已喪失

效力之要約，則要約之效力已經消滅，復不生撤回之問題。因此，則要約之可以撤回者，僅爲上列兩種。

A 要約人不受要約拘束者 此卽如前所述，要約人於要約當時，預先聲明不受拘束，或依其情形或事件性質可認當事人無受其拘束之意思者是也（一四五條）。蓋以此項要約，僅有實質的效力，而無形式的效力。一面雖可由相對人之承諾以成立其契約，一面又可由要約人之撤回而使喪失此項實質效力之承諾能力也。

B 要約在未達到前者 要約未達到相對人以前，尙未發生其效力，此時要約人當然可以撤回其要約，使其效力不再發生。惟撤回之通知，務須先於要約或與要約同時達到，方可使相對人不致受意外之損害。如果通知遲到，則爲保護相對人計，應使不生撤回之效力。不過撤回之通知，其傳達方法，依通常情形，本應先於要約或與要約同時到達，但因通信機關之故障，以及其他事由而遲到時，相對

人應向要約人即發遲到之通知（一六二條一項）。蓋以本不應遲到而竟遲到之撤回通知，在要約人自仍深信其撤回為有效。若不使相對人負通知之義務，則要約人亦有受意外損害之虞也。因此，如相對人怠於為此項通知者，其要約撤回之通知，視為未遲到，而仍使其有撤回之效力，（一六二條二項）。

（丁）相對人之承諾 要約一經相對人承諾，而契約即行成立，因之片面的行為之要約，即失其存在。

（戊）當事人死亡或能力欠缺 此因當事人之為要約人或為相對人而有不同。

A 要約人死亡或能力欠缺 要約人為要約後，而死亡或喪失行為能力或行為能力受限制者，當適用意思表示之通例，其要約不因之失其效力（九五條二項）。惟要約人顯有反對之意思（如為個人需要所為之要約），或依契約性質須以特定人為要件（如委任雇傭等契

約者，其要約仍不能有效。此在我民法雖無明文，而解釋上當然應如此也。

B 相對人死亡或能力欠缺 相對人死亡或能力欠缺時，其要約是否有效？當以要約已否到達爲斷。要約未到達前而相對人死亡或能力欠缺者，則相對人與要約人間尙未發生法律關係，要約應不發生效力。如已到達而死亡或能力欠缺時，則相對人已發承諾通知者，按照意思表示不失效力之通例（九五條二項），固應有效，即未發承諾通知，亦應按照意思表示到達生效之通例（九五條一項），而使之發生效力。惟顯有反對意思或以特定人爲要件者，自應仍解爲不能有效。

### 第三款 承諾

#### 第一 承諾之意義

承諾者，乃被要約人以與要約一致而成立契約爲目的，對於要約人所

爲之確定的意思表示也，茲說明於下。

(甲) 承諾爲意思表示 承諾乃與要約合一而成立契約之法律行爲者，其爲意思表示，自無庸多述。既爲意思表示，自亦應適用意思表示之一般規定。

(乙) 承諾爲被要約人對於要約人之意思表示 承諾乃係對於要約之同意，故承諾者當爲接受要約之被要約人，而向之爲承諾者，當爲要約人，此時承諾與要約人兩方，均屬特定。在對於不特定人所爲之要約，其被要約人雖爲不特定人，而承諾之被要約人。則必爲特定人。又一經承諾，契約卽行成立，其向之爲承諾者，僅爲要約人之特定人，非如要約可對於不特定人而爲之也。

(丙) 承諾爲以與要約一致而成立契約爲目的之確定的意思表示 關於此點，特再爲分述之。

A 須以與要約一致而成立契約爲目的 所謂與要約一致者，卽承諾

與要約同其內容也。在要約人之要約，原在本其內容以締結契約，承諾之內容，如不與之相同，自不認爲有效之承諾。故將要約擴張，限制或變更而爲承諾者，則視爲拒絕原要約而爲新要約，不能發生承諾之效力（一六條二項）。

又承諾之內容雖與要約相同，然非以成立契約爲目的。而向之爲表示者，自亦不生承諾之效力。

B 須爲確定的意思表示 承諾既係與要約一致而成立要約爲目的，則關於契約之內容，如不爲確定的意思表示，而契約即無從成立。惟對於選擇之要約而爲承諾，亦無妨暫不具體的指定之。如自米之買賣契約，在承諾時，僅云至多買一百石，至少買五十石，則此項承諾，自應仍爲有效。

## 第二 承諾之時期

被要約人何時得爲有效力之承諾？必須在要約尙未喪失效力以前而後可。因之要約尙未失效之時期，即是承諾之時期。關於要約喪失效力之時

期，在前面要約款內已經述明，茲再就承諾方面略述之。

A 未定承諾期限之承諾時期 此因被要約人是否為對話人而不同。

(1) 對話為要約者，應立時承諾（一五六條）。

(2) 非對話人為要約者，應於通常可以期待承諾達到之時期內為承諾（一五七條）

B 定有承諾期限之承諾時期 要約人已定承諾期限者，應於其所定期限內而為承諾。（一五八條）。

### 第三 承諾之效力

(甲) 承諾效力之內容 被要約人一有承諾，其契約即行成立，此即承諾之效力也。諾因之承諾之效力，與契約之效力截然不同。契約之效力，在契約內容之履行，而承諾之效力，僅在使契約成立而已。

(乙) 遲到之承諾 所謂遲到之承諾者，不僅指經過要約人或法律所定之承諾期限而發送其承諾者而言，即發送雖在承諾期限內，其通知本可

按期達到，而未能於其期限內達到者亦包含之。茲就民法關於此項遲到之規定述之於左。

A 在承諾期限內可達到而遲到者 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（一五九條一項）。此項承諾，即是發送尙在承諾期限以內，且可按期達到者。惟因通信機關之故障或其他偶然之事由，致未能按期達到，此在相對人方面，當然仍深信其契約可以成立。要約人如以遲到之故而不認承諾爲有效，自應即發遲到之通知，以使相對人有所準備。

若要約人怠於前項通知者，自不能使相對人因不知承諾無效而蒙不測之損害，而此項承諾，則視爲未遲到（一五九條二項）而使其可以成立契約。

B 遲到之承諾視爲新要約 承諾既已遲到，除上述視爲未遲到者外



，應不認爲有承諾之效力。惟承諾雖然遲到，而相對人有成立契約之意思則一。若完全認其意思表示爲無效，殊非顧全交易上便宜之道，故視爲一種新要約（一六〇條一項）。若原要約人再爲承諾，仍可成立契約。

（丙）無須通知之承諾 承諾在原則上，本以通知達到於要約後，始能發生效力。但亦有承諾無須通知，僅於有可認爲承諾之事實時，仍使其有承認之效力，而成立契約者。此項可認爲承諾之事實，即前面所謂意思實現是也。例如應買受人之要約而送交定買之物品，應僱船人之要約而準備船隻，以及消費出賣要約人送來之物品等皆是。惟無須通知之承諾，在法律上亦有一定限制，試舉如左。

A 須依習慣或事件之性質無須通知者（一六一條一項）。

B 須要約人要約當時預先聲明無須通知者（一六一條二項）

（丁）承諾之撤回 承諾之通知發送以後，承諾人若不欲使承諾發生

效力，亦可撤回之。惟亦非任何承諾均可撤回者，必須承諾之通知未達到要約人以前，方可撤回之。故關於第一六二條要約撤回之規定，於承諾之撤回亦準用之（一六三條）。既然如此，則承諾撤回之通知，應先於承諾或與承諾同時到達而竟遲到者，要約人應向相對人即發遲到之通知，其意於爲此項通知者，即視爲未遲到。

#### 第四款 契約成立之時期

如前所述。契約乃由當事人互相表示意思一致而成者，因之意思表示一致之時期，應即爲契約成立之時期。惟意思一致之態樣，原有種種，究竟何時爲其一致之時期？換言之，其依各態樣而成立之契約，究竟何時爲其成立之時期？試分別說明於下。

（甲）依要約與承諾而成立之契約。依此項意思一致態樣而成立之契約，其承諾發生效力之時期，即係其意思一致之時期，而契約成立之時期，即係隨着此項有效承諾之時期而開始也。惟因雙方是否爲對話人，而情

形各有不同。

A 對話人間契約成立之時期 對話人間之契約，於承諾人所表示之承諾意思，而為要約人所了解時，其承諾發生效力（參照九四條），而契約即由此時而成立。若要約人未了解以前，其承諾尙未生效，而契約亦即未能成立。

B 非對話人間契約成立之時期 非對話人間之契約，以承諾之通知到達要約人時，為其承諾生效時期（參照九五條一項），因之契約即由此時而成立。若僅發送其承諾而通知尙未到達，則承諾尙未生效，而契約亦即未能成立。

(乙) 依交錯要約或同時表示而成立之契約 交錯要約，原係雙方彼此先後交錯而為要約者。其意思一致之時期，必須為後者之要約到達於相對人之時期（參照九五條一項），因之契約即成立於此時。

同時表示，既係雙方之二個要約，未有先後，則契約成立之時期，當

然卽在其同時表示意思之時，毋庸多述。

(丙) 依意思實現而成立之契約意思實現，原係依其客觀的所表現之事實，而推斷爲承諾之意思表示，並非主觀的實有此項意思表示也。因之在相當期內，有可認爲承諾之事實時，其契約卽爲成立（一六一條）。

#### 第四項 懸賞廣告

##### 第一款 懸賞廣告之性質

懸賞廣告者，乃以廣告聲明對完成一定行爲之人給與報酬之謂也（一六四條一項前段）。其爲此廣告者，民法上稱爲廣告人，而完成一定行爲之人，則稱爲行爲人。茲就其性質分述於下。

##### 第一 懸賞廣告須聲明給與報酬

報酬，乃廣告人對於行爲人之一種給付，其種類如何，法律上雖無限制，但須以不反乎公序良俗爲限。故報酬爲金錢或其他財產也可。爲不有財產價格之給付也亦可（如勒名碑亭或賞給獎照之類）。惟以人身或其他

違反公序良俗者爲給付，則不可。又報酬之種類，通常固多確定之。然現在雖未確定，而履行時得以確定者，亦無不可。例如以兩種給付爲懸賞之標的，由完成行爲之人任擇其一，是也。

### 第二 懸賞廣告須以完成一定行爲爲限

所謂一定行爲，即廣告中所指定之某種行爲。懸賞廣告，必須以完成一定行爲爲限。若聲明對於具有某事實之人而給與報酬者，則不能謂之懸賞廣告。例如對於災民給與金錢之廣告，祇能謂係對於不特定人之贈與要約，而非此所謂懸賞廣告也。

惟所謂行爲，其種類則無限制，祇須不反乎公序良俗已足。故行爲之爲公益事項（如法院懸賞緝盜）與私益事項（如某人懸賞尋犬），或爲體力勞務（如懸賞捕猛獸）與精神勞務（如懸賞徵求醫術上或學術上著作），抑爲積極行爲與消極行爲（如懸賞獎勵定期戒酒），均非所問也。

### 第三 懸賞廣告須以廣告方法聲明之

所請廣告方法者，即多數人得以知悉其事之方法也。其方法之形式如何，則可不問。無論登載於新聞雜誌，或揭示於道路及其他公共場所，抑或言詞在公共場所宣傳之，均屬可行。

惟聲明雖係以廣告方法爲之，但受其聲明之約束者，祇是特定人，而不是多數人者，則非此之所謂廣告。不過多數人之範圍，則無限制，僅限於一個學校或工廠內之人者，亦不失其爲懸賞廣告。

#### 第四 懸賞廣告爲契約之要約

懸賞廣告，其本質爲何？大概有單獨行爲說與契約說兩種主張。主張單獨行爲說者，謂懸賞廣告，係由廣告人一方之意思表示，而直接負擔債務，並不須經行爲人之承諾。德國民法，即採此說（德民六五七條）。然因其廣告當時，尙未發生特定之債權人，遂又有主張爲附停止條件之單獨行爲者，換言之，即爲以完成一定行爲爲停止條件之單獨行爲也。

主張契約說者，謂懸賞廣告，係以廣告爲契約之要約，俟行爲人依完

成一定行爲而爲承諾後，始能成立契約。日本民法即採此說。

我國民法，既此懸賞廣告規定在契約一款之內，自係採取契約說，而以其認爲成立契約之要約。惟依完成一定行爲而爲承諾之人，必須先知其廣告之要約內容，然後依其內容而完成之，始可謂之承諾。若不知有廣告，而完成該行爲時，其不能以承諾論也無疑。民法一面以懸賞廣告置於契約款內，而採契約說，一面又承認對於不知有廣告而完成該行爲之人，亦同負給付報酬之義務（一六四條一項未段），似乎又係採取單獨行爲說矣。故學者之間，卽有認爲民法此項規定。於理論上不甚貫徹者。然不知有廣告而完成其行爲，雖不能認爲承諾，究可認爲與廣告同其內容之要約。此兩種先後爲之之要約，卽是前述之交錯要約。在交錯要約，原爲意思一致之一態樣，而可成立契約者。民法此項規定，祇可謂係承認交錯要約，可以成立契約，而非以懸賞廣告認爲單獨行爲也。故懸賞廣告，其廣告人對於行爲人所負給付酬報之義務，不問行爲人知有廣告與否，均是契約上

之義務。而非單獨行爲之義務。因之民法上之規定，於理論上尙無不貫徹之嫌。

### 第二款 懸賞廣告之撤銷

此處所謂撤銷，應解釋爲撤回之意。懸賞廣告既爲要約，則據前述要約之應有形式的效力言之，似不得由廣告人任意予以撤回。惟懸賞廣告，原以完成廣告人所指定之行爲爲目的，如廣告人不欲使此項行爲完成，而撤回其廣告，自無何種不可。民法第一百六十三條，『預定報酬之廣告，如於行爲完成前撤銷時』云云，顯係承認廣告人可以任意撤回。茲述其撤回之要件及效力如下。

(甲) 撤回之要件 撤回懸賞廣告之唯一要件，卽爲須在行爲完成前。所謂行爲完成前者，卽是尙未完成其行爲之謂。行爲如未完成，卽可撤回，而着手與否，可以不問也。至撤回須依如何方法，我民法並無規定，而他國民法，則有規定須與懸賞廣告爲同一之方法（日民五三〇條），而



以之作爲撤回之要件者。按懸賞廣告之撤回，原在使之完全失其效力，爲保護已知有廣告之多數人起見，自以與廣告之同一方法行之，以便周知爲宜，民法雖無規定，其解釋上應當如是也。若非以同一之方法行之時，應祇能對於知其撤回之人發生效力，以免不知之人受不測之損失。

(乙) 撤回之效力 廣告一經撤回，本與自始即無廣告無異。惟已有着手於一定行爲之人時，必將因其撤回而受損害者有之。此時行爲人可否對於廣告人請求損害賠償，各國立法例殊不一致。在瑞士債務法，則承認於一定條件下，可以請求償還其費用（瑞債八條），而日本民法則無賠償損害之規定。我民法係仿瑞士之例，而承認廣告人於一定條件下應負賠償損害之責者。所謂一定條件者，即（一）須廣告人不能證明行爲人不能完成其行爲。能證明者不負其責。（二）須行爲人因廣告善意所受之損害。善意云云，即信賴懸賞廣告而爲正當的着手之謂。（三）賠償額須不超過預定報酬額。此即無論受有何種鉅大損害，均不得使賠償額較多於完成行

爲之報酬額也（一六五條）。

第三款 依懸賞廣告而成立之契約

依懸賞廣告而成立之契約，一般學者即稱爲懸賞契約，茲就其性質，成立時期並效力說明於下。

第一 懸賞契約之性質

（甲） 懸賞契約爲片務契約有償契約 懸賞契約依行爲之完成而成立後，僅廣告人負給付報酬之債務，而行爲人毫無義務，故爲片務契約。

又廣告人以報酬爲給付，行爲人以一定行爲爲給付，此雙方之給付。實係立於對價關係之下，故又爲有償契約。

（乙） 懸賞契約爲要物契約要式契約 懸賞契約，不是因單純之意思表示而成立，必須完成一定行爲始得成立，故爲要物契約。

又懸賞契約，其要約必須以廣告之形式爲之，故又爲要式契約。

單就懸賞契約之完成行爲一點言之，彷彿與完成工作之承攬契約相似

。但承攬係諾成契約，其完成工作，係契約之履行，而非契約成立之要件。若懸賞契約，則爲要物契約，而行爲之完成，爲成立契約之要件，此兩者根本不同之點也。

## 第二 懸賞契約成立之時期

懸賞契約之成立，以完成一定行爲着限，已如前述。因之其契約成立之時期，卽在完成一定行爲之時。故於行爲完成前，雖以意思表示而爲承諾，或僅對一定行爲而爲爲手時，均不得認爲契約之成立。

至於不知有廣告而完成其行爲者，既認爲係依交錯要約而成立其契約，則契約成立之時期，卽不能以完成行爲時爲標準，應與前述依交錯要約而成立之契約時期相同。此項時期，卽後者之要約達到於相對人之時期。就懸賞契約言，乃行爲人以完成行爲通知於廣告人之時期也。在此時期，懸賞契約卽行成立。

## 第三 懸賞契約之效力

懸賞契約成立後（即行爲人完成一定行爲後），其唯一效力，即是發生給付報酬之債權債務關係，一方行爲人取得請求報酬之權利，同時廣告人負擔給付報酬之義務。惟數人同時或先後完成前項行爲時，雖應成立數個契約，但於最先通知廣告人者，則有優先之效力，因之廣告人須先對於最先通知者負給付報酬之義務。如廣告人就最先通知者已爲給付時，而對於其他完成行爲之人，其給付之義務即爲消滅（一六四條二項）。假使最先通知者拋棄其報酬請求權，則廣告人既未爲給付，則對於第二之通知者，自仍不能免除其給付之義務。

至數人共同完成一定行爲時，則請求報酬之債權，即爲多數人之共同債權，自通適用共同債權之一般規定（二七一條二九二條）解決之。

### 第三節 代理權之授與

#### 第一項 代理權之性質及發生

#### 第一 代理權之性質

代理權在法律上之性質如何？學說紛歧，有以代理權認爲一種權利者，有以代理權認爲一種資格者。前說謂代理權，乃代理人得依自己之行爲而令法律效果歸屬本人之權利，並以其具有創設性，而認爲形成權之一種。後說謂代理權，乃與權利能力行爲能力相類似之一種資格，詳言之，即代理人得代本人爲意思表示或受意思表示而令法律效果歸屬本人之法律上資格也。

據余見解，代理人得依自己行爲而令法律效果歸屬於本人一點，不過爲代理權所具有之內容，實不能以之認爲一種權利。特別在受動代理（即受意思表示之代理，又稱消極代理），其認爲權利，尤不適當。因之代理權爲資格一說，頗合理論，現在一般學者，大概多從此說。

## 第二 代理權發生之原因

代理權發生之原因，因代理之爲法定代理與意定代理而有不同。在法定代理，其代理權發生原因，乃係基於法律上之規定。而意定代理，則係

以本人之意思表示爲其代理權發生之原因。關於法定代理權發生之原因，應在民法總則中詳論之。其債編中所規定者，祇屬於意定代理，故僅就意定代理權之發生原因加以論述。

如上所述，意定代理權乃係基於本人之意思表示而發生者，其基於此項意思表示而授與代理人以代理權之本人行爲，學者稱授權行爲，茲就授權行爲之性質，方式及效力說明於下。

A 授權行爲之性質 授權行爲之性質如何？議論不一，有主張爲契約者，有主張爲單獨行爲者，而契約說之中，又有委任契約與無名契約之兩種主張。在法國及奧國民法（法民一九八四條，奧民一〇〇一條），則採委任契約說。日本民法雖未定爲委任契約，然就其委任代理字樣之點觀之（日民一〇四條一一條），實有採用委任契約說之形跡。不過彼國學者之間，則以委任關係與代理不能混同，復有主張係以代理權授與爲目的之特別的無名契約者。在德國民

法（德民一六七條），則採單獨行爲說，我民法亦仿其例。故代理權之授與，不僅毋須得代理人之承諾，而且向代理人對之爲代理行爲之第三人爲之，亦得有效（一六七條後段）。

至授權行爲，是否爲要因行爲？換言之，是否與授與代理權之基本法律關係（如委任，承攬，合夥等關係），不可分離？議論亦不一致。惟據我民法第一百〇八條之規定解釋之，則應認爲要因行爲。

B 授權行爲之方式 授權行爲，不必用何種特別方式，祇須向代理人，或向代理人對之爲代理行爲之第三人，以口頭爲意思表示，即可發生代理權。雖然習慣上亦有對於代理人而給予委託書者，然此並非授權行爲之一定要件。

C 授權行爲之效力 授權行爲成立後，其唯一效力，祇在使代理人取得代本人與相對人爲法律行爲，而以其法律效果歸屬於本人之資格，並不發生何種權利義務之關係。其關於本款之編制，應以之併

入民法總則之代理節中爲宜。茲乃列之於債編之債之發生節中，似欠允當。蓋以代理權授與，並不能認爲債之發生原因。雖然從表面上言之，在授與行爲成立以後，本人與代理人以及本人與相對人間，似有種種債之關係發生。但此等債之關係，並非直接由授權行爲而發生，乃係另依其他法律關係而來。先就本人與代理人間之債之關係言，在代理人對於本人所負處理一定事務之義務，以及所應享受報酬之權利（指約定報酬者而言），原是由於其他基本法律關係而生。再就本人與相對人間之債之關係言，在本人對於相對人有依代理人代理行爲所生之權利義務，又是由於代理人代本人與相對人另行成立之法律關係（如買賣，贈與等皆是）而生。既然如此，故代理權之授與，實不能成爲債之發生原因。

## 第二項 共同代理

（甲）共同代理之意義 共同代理者，即數個代理人共同而爲代理行



爲也。此時就各代理人言之，其代理權已各受有限制，而某一代理人，已無處理其代理事務之權限。如果擅自處理之，卽爲踰越權限之行爲，而本人除事後予以承認外，自不受其拘束（參照一七〇條一項）。

(乙) 共同代理與單獨代理 代理人有數人時，其共同爲代理行爲者，固爲共同代理。但有時代理人雖爲數人，亦有得以各自獨立行使其代理權者，此卽所謂單獨代理。然則本人授權於數個代理人時，究竟如何始認爲共同代理？如何始認爲單獨代理？則各國立法例頗不一致。如奧國及薩遜民法，則以本人無特別意表示時，推定爲共同代理，法國意國民法，則以本人無特別意思表示時，推定爲單獨代理。我國民法規定，代理人有數人者，其代理行爲應共同爲之，則係以共同代理，定爲原則，惟法律另有規定，或本人另有意思表示者，則不在此限（一六八條）。

### 第三項 無權代理

#### 第一 無權代理之意義

無權代理者，即本無代理權而稱爲代理人以爲其代理行爲之謂，換言之，即成立代理行爲之他種要件已經具備，僅缺乏其代理權之情形是也。所謂他種要件，乃指爲代理行爲時，須用本人名義而言。在代理行爲之生效要件，原有兩種，（一）須有代理權，即實質的要件，（二）須以本人名義爲之，即形式的要件。若兩要件俱缺時，則是行爲人本身之行爲，自無所謂無權代理，而無權代理者，即是具有形式的要件而缺乏實質的要件也。

無權代理，即未完全具有代理行爲之生效要件，其不能對於本人發生法律上之效果，自不待言。惟有時代理人雖無代理權，而因本人與代理人間有一種特別關聯，在表面上實有足令第三人信其有代理權者，此時若不令本人負其責任，則與代理人爲交易之第三人，必將蒙不測之損害，而有背近代法律保障交易安全之旨。故民法特就無權代理，分爲二種，其本人與代理人間有一種特別關聯，足以令人信其有代理權者，則使本人負授權

人之責任，非然者，則非經本人承認，不生效力。學者對於前一種無權代理，稱爲表見代理，對於後一種無權代理，稱爲狹義無權代理。

## 第二 表見代理

表見代理，即從『法』面上『見』之，與有代理權相似之無權代理也。而學者之間，亦有稱爲準有權代理者。表見代理，其所以應使本人負授權人之責任者，即是如前面所述，因本人與代理人間有一種特別關聯，足以令人信其有代理權之故。若無特別關聯，無論自稱代理人者如何足以令人信其有代理權，而本人均無負責之理。此即一面保障社會交易之動的安全，一面復顧及個人之靜的安全也。惟究應有何種特別關聯，始可認爲表見代理，而使本人負責？據我民法規定有二，（一）爲由自己之行爲表示以代理權授與他人者，（二）爲知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者（一六九條），試述於下。

（甲）由自己之行爲表示以代理權授與他人者 所謂表示以代理權授

與他人者，即事實上本未對於他人爲代理權之授與，而僅有此項表示是也。所謂由自己之行爲表示者，即表示係出於本人之某種行爲，而非由本人以外之人所爲是也。既有此項表示，其本人與代理人間，即已顯露一種特別關聯，足以令人信其有代理權，故本人非負授權人之責不可。至於所爲表示，不問爲言詞或書面，抑不問係對於一人爲之，或對於一般人爲之，均無問題。但向代理人對之爲代理行爲之第三人所爲表示，却不包括在內。因本人向此項第三人之表示，已不僅爲本人與代理人間之一種特別關聯之顯露，而直是授與代理權法定方式之一，當然應適用第一百六十八條，認爲真正代理，已不能認爲表見代理矣。

不過依上項行爲可認爲表見代理者，僅以第三人之善意爲限，若第三人爲惡意，即明知其無代理權或可得而知者，則不能認爲表見代理，而使本人負授權人之責任（一六九條但書）。關於此項惡意之舉證責任，應解爲屬於本人。蓋以此係例外規定，主張適用例外者，當然應舉證也。

(乙) 知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者 就此項情形觀之，第一須知他人表示爲其代理人。在他人爲表示時本人不知者，自不能認爲表見代理。此處所謂表示者，卽自稱代理人之意，其表示是否對於特定人或一般人爲之，抑係用言詞或書面爲之，均可不問。至於本人是否知之，應由相對人負舉證責任，因此係表見代理之要件規定，非相對人舉證不可也，第二須不爲反對之表示。若本人已經對於他人自稱代理人之事實，加以否認，而第三人已不能再信其有代理權，自無可認爲表見代理之理。

不過依此項情形而可認爲表見代理者，亦與(甲)項相同，僅以第三人之善意爲限，否則不能認爲表見代理，而使本人負授權人之責任(一六九條但書)。至於惡意之舉證責任，應解爲屬於本人，其理由亦與甲項同。

### 第三 狹義無權代理

狹義無權代理者，表見代理以外之無權代理也。如逾越代理權限範圍

之代理，代理權消滅後之代理，以及其他非表見代理之無權代理均屬之，狹義無權代理，其效力如何？試說明於下。

(甲) 對於本人之效力 狹義無權代理，其無權代理人所爲之法律行爲，即與本人無特別關聯，自不能對於本人有何等之效力。惟法律一方面雖不認其對於本人發生何等效力，同時却又賦予本人以承認權，而使之有發生效力之可能（一七〇條一項）。此蓋以是項無權代理，不必皆與本人爲不利益者，其本人認爲有利益時（如乙知甲欲賣馬，適遇欲買馬之丙，即自稱爲甲之代理人，而以甲所欲之價金以上，與丙訂立買賣契約之類），自不妨許其就該代理行爲而爲承認，以使本人與相對人以及無權代理人，均獲得相當之便利，若不如是，則本人喪失利益，固不待言，而相對人亦無從達到目的，無權代理人又須對於相對人負損害賠償之責任（一一〇條），未免於三方面均不便利矣，故法律允許本人有一種承認權。茲將承認之方法與效力及承認之拒絕述之於左。

A 承認之方法 承認係本人之單獨行爲，原無須無權代理人或相對人之同意。惟此項承認之意思表示，究竟應向何人爲之？民法並未明白規定。余意承認與事後補行授權行爲相似，自可準用授權之意思表示之規定（一六七條），或向無權代理人爲之，或向相對人爲之，均得有效。不過向相對人承認時，固可發生完全之承認效力，然向無權代理人承認時，則僅本人與無權代理人間發生效力，而相對人在不知有承認以前，仍得行使下述第一百七十一條之撤回權。

B 承認之效力 無代理權人以他人之代理人名義所爲之法律行爲，非經本人承認，固然對於本人不能生效（一七〇條一項），但一經承認，却與最初有代理權所爲者有同一之效力，換言之，即承認之效力，不僅自承認時起而對於將來發生，並應溯及其法律行爲時而發生其效力也。關於此點，民法固無特別規定，然第一百一十五條之規定，當然可以適用。

C 承認之拒絕 無權代理行爲，本人一方可以行使承認權，一方又可拒絕承認。其拒絕之方法，則與承認無異。惟此項代理行爲，本人如始終置之不問，原不能對於本人有何等效力，其拒絕承認一事，本少何等實益，不過在未拒絕以前：無權代理行爲之效力，尙在不確定之狀態。一經拒絕，卽已確定對於本人不生效力，不僅以後本人不能再爲承認，而相對人亦無須再爲撤回，其法律關係，可由拒絕而確定之。故拒絕承認一事，亦不能謂爲毫無實益也。

(乙) 對於相對人之效力 無權代理行爲，其效力發生與否，既以本人承認與否爲轉移，而相對人處於此項效力不確定狀態之下，自爲一種大不利益之事。法律爲免除相對人此種不利益起見，特對於相對人賦與以催告權及撤回權。

A 催告權 催告者，乃催促本人確答是否承認無權代理行爲之行爲也。催告須定確答之相當期限，並須標明望爲是否承認之確答之旨



，而向本人爲之。本人如依照催告而爲承認或拒絕之確答時，固可依其答覆內容而確定其效力。如果逾期未爲確答，亦應視爲拒絕承認，而使其效力確定（一七〇條二項），以後本人縱欲承認，已不能爲之矣。

B 撤回權 撤回者，使無權代理人所爲之法律行爲，而爲確定的無效力之行爲也。相對人一經撤回，而本人即不得再行承認。前項催告權，乃爲相對人希望其無權代理行爲發生效力而設，此則爲相對人不欲其效力發生而設，有此兩種規定，而相對人即可不至久處於效力不確定狀態之下矣，惟此項撤回權之行使，第一須在本人未承認前，如已承認，其效力即已發生，自不得再爲撤回，第二須爲法律行爲時，不知其爲無代理權，若係明知，即爲惡意，自不許其有撤回權（一七一條）。至於撤回應向何人爲之？民法並無特別規定，應解爲對於本人或無權代理人均得爲之。

#### 第四節 無因管理

##### 第一項 無因管理之性質

無因管理者，乃未受委任，並無義務，而爲他人管理事務之行爲也（一七二條前段）。從前民法草案，沿用日本名稱，稱爲事務管理，現行民法，始改稱無因管理。其管理事務之人，民法稱爲管理人，而被管理事務之他人，則稱爲本人。

無因管理制度，從個人自由主義之見地言之，則有嫌輕視個人權利。蓋以各個人之權利，惟有自己可以自由處理之，萬不容許他人無因而加以干涉。如他人干涉之，卽爲一種侵權行爲。茲承認無因可管理他人事務，卽係獎勵侵權行爲，而有輕視個人權利之嫌也。然從社會共同主義之見地言之，則無因管理制度，實爲社會共同生活所必要。蓋以人類經營共同生活，必須彼此互助，始能獲得圓滿之結果。若於他人之事，完全棄置不顧，則個人與社會，均將受其影響。無因管理制度，卽所以獎勵此項互助之

美德，而維持人類之共同生活也。故自羅馬法以來，各國多斟酌於個人自由與共同生活之間，設立無因管理制度，一面認無因管理爲適法行爲，以維持共同生活，一面又就無因管理加以相當限制，以尊重個人自由。因此，則無因管理開始以後，而管理人與本人之間，即發生一定之權利義務，故無因管理，亦爲債之發生原因之一。茲就無因管理之性質分述於下。

#### 第一 無因管理係管理他人事務之行爲

條文所謂『爲他人管理事務』，有兩種意義，（一）係管理他人事務，（二）係以爲他人之意思而管理，此兩種各爲無因管理要件之一，茲先說明前者，後者再另款說明之。

（甲）事務 事務者，凡指人類生活上必要的一切事項而言。不問其事項爲法律行爲或事實行爲，抑不問爲繼續的事項或一時的事項，並不問爲財產的事項或非財產的事項（參照一七五條），凡法律承認可爲債之標的者均包含之。其僅有道德上或友誼上意義之事項，而不得爲債之標的者

，如爲友人祈禱疾病痊癒之類，則不屬於無因管理之事務。

(乙) 管理事務 管理者，即處理之謂，不僅保存或改良行爲謂之管理，即處分行爲，亦包括在管理之內。例如爲他人保管其遺失物，或修理其物品，或出賣其物品等等，均得成立無因管理。

又此項管理行爲，雖可發生債權債務之關係，但是等關係，並非基於當事人之效果意思而來，而祇是依法律之規定而當然發生。故無因管理，即不是法律行爲，而爲法律行爲外之一種適法行爲。雖然法國民法，以無因管理與不當得利二者，統稱之爲準契約，但該國學者，却多認爲不正當。又德國民法，雖以『無委任之事務管理』，規定於委任之次，而德國學者亦以其性質並非契約。可見無因管理之非法律行爲也無疑。並且有時所管理之事務，雖爲法律行爲（如出賣本人物品），而無因管理本身，仍然不能成爲法律行爲。

(丙) 管理他人事務 就事務之歸屬言之，可分爲三種，(一)他人

事務，如修繕他人房屋，客觀的屬於他人者是。(二)中性事務，如購買物品，客觀的不屬何人，由購買人主觀的決定，可屬於他人，亦可屬於自己者是。(三)自己事務，如修繕自己房屋，客觀的屬於自己者是。無因管理，既以管理他人事務為要件之一，自應以第一種之客觀的屬於他人，以及第二種之主觀的屬於他人者為限。若第三種之客觀的屬於自己者，縱令誤信為他人事務，亦無成立無因管理之理。惟就自己與他人之共同事務，如修繕共同牆垣，尙得成立無因管理。

第二 無因管理係以為他人之意思而管理之行爲

所謂為他人之意思者，即使因管理行為所生之利益歸屬於他人之意思也，換言之，即是為他人利益之意思。若事務雖屬他人之事務，然係為自己利益而處理者，則不能成立無因管理。如具備其他要件時，且可成為侵權行為。

不過於他人利益云者，不是指專為他人而言。如一面為他人，同時又

爲管理人自己者，亦不妨於無因管理之成立。又所謂他人者，不必於開始管理時，其他人已經確定爲何人，例如以甲之事務，而誤爲乙之事務而管理之，以及不知遺失物屬於何人而爲保存之類，均得成立無因管理。

至此項意思，僅以有其意思已足，不必如效果意思，須向外部表示。並且其動機如何（或基於名譽心，或基於勸誘，或基於好意），亦非所問。

### 第三 無因管理係未受委任並無義務之行爲

無因管理之所謂無因，即指『未受委任並無義務』而言。此項未受委任並無義務之事，亦爲無因管理要件之一，缺此要件，即不能成立無因管理。

所謂未受委任並無義務者，即無委任或無其他義務之意，詳言之，乃係未因委任契約負有義務，以及未因其他契約或法律規定負有義務之意也。其專舉未受委任者，因通常處理他人事務，由於委任而來者居多，故以

未受委任爲例示之規定耳。其他契約云者，如承攬契約，運送契約等皆是。法律規定云者，不僅以財產法規定者爲限，而親屬法（如扶養義務）；繼承法（如繼承人之義務）上之義務亦包含之。又不僅以私法規定者爲限，而公法上之義務（如警察救護他人之危難等）亦包含之。凡因一切契約或法律規定負有義務而處理他人事務者，均非無因管理。

至於當初有義務而以後無義務時，其以後之管理行爲，是否屬於無因管理，此項情形，仍當以無因管理論。例如運送契約之運送人，僅負有運送至某地之義務，然至某地時，因有特殊情形，復爲托運人利益而運送至他處。此運送至他處之行爲，即可認爲無因管理。

又對於本人雖負有義務，而爲超過所定範圍之事務者，其超過範圍之部分，亦得成爲無因管理。例如受任人受購買商品之委託，而爲委任人將商品保險，其爲委任人保險之行爲，卽是無因管理，

又無義務者，專就管理人與本人之間言之。祇須對於本人無其義務，

而對於第三人縱有義務，亦得成立無因管理，例如連帶債務人清償連帶債務時，其所爲爲超過自己應行負擔部分之清償，即可認爲無因管理。惟亦有對於第三人負有義務，而於本人不能認爲無因管理者，如受人因第三人之委任而爲本人管理事務，此時管理本人事務，乃委任契約之目的，自不能認爲無因管理。

此外管理他人事務，當初無義務，而以後經本人承認者，是否仍爲無因管理？關於此點，民法曾有明文，此時已非無因管理，應適用關於委任之規定（一七八條）。

## 第二項 無因管理之效力

### 第一 總說

無因管理之效力，第一爲阻却行爲之違法性，第二爲發生債權債務之關係。所謂阻却違法性者，即以無因而干涉他人之事，原則上本得構成侵權行爲，但具備適法要件而爲無因管理時，則行爲之違法性即已喪失，故



無因管理有阻却違法性之效力。

至於發生債權債務之關係，即以無因管理，爲債之發生原因之一，而乃當然有此效力也。以下特就此項債權債務之關係分爲管理人之義務與本人之義務另款說明之。

## 第二 管理人之義務

(甲) 繼續管理之義務 管理人開始管理以後，是否負有繼續管理之義務？換言之，管理人是否可以隨時停止管理？此在法國及日本民法，則已明定管理人須繼續管理至本人或其繼承人或法定代理人得爲管理時爲止，在德國民法，則未設明文。我民法係仿德民之例而無規定者，似乎管理人應不負繼續管理之義務。但許其中途隨時停止管理，則有時足以損及個人或社會之利益，殊失法律設立無因管理制度之本旨，仍以解爲管理人有繼續管理義務，較爲允當。

(乙) 遵依一定管理方法之義務 管理人管理他人事務，應依本人明

示或可得推知之意思，以有利於本人之方法爲之（一七二條後段）。據此規定，則管理人管理之方法，第一須以本人意思爲標準，第二須以本人利益爲標準。惟此兩項標準，是否必須同時一一適合？抑或僅合乎其一即可爲之？則依條文句法觀之，其語氣本屬一貫，所有管理方法，似應適合兩項標準，即一面依據本人意思，一面又須有利於本人而後可。然本人原爲本人利益最良之裁判官，既有本人意思可爲依據，則依其意思所示之方法而爲管理之已足，又何必再須管理人覓求有利於本人之方法？又本人意思不明且不得推知者，亦所常有，若必須適合兩項標準，則此時管理人雖依其事務性質，而以最有利於本人之方法管理之，亦必認爲違反其義務矣，此豈事理之平乎？余意本條規定，應解爲僅適合一項標準即可。詳言之，即管理方法，有本人意思可爲依據時，則從其意思，意思不明且不得推知時，則以有利於本人之方法爲之。本條文句，余以爲如在『以有利於本人之方法』一句上加一『或』字，其疑問即消失矣。

至於有本人意思可爲依據時，除其意思有背強行法規或公序良俗者外，管理人即須尊重本人之意思。若違反本人明示或可得推知之意思而爲事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責（一七四條一項）。蓋以管理人既反乎本人之意思而爲管理，則其所生損害，即係出乎本人意料之外，不問有無過失，自應由管理人負責。

管理人不能違反本人意思而爲事務之管理固矣。但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，雖違反本人意思，若爲無過失時，仍不負損害賠償之責（一七四條二項）。

（丙）管理時注意之義務 管理人管理事務時，原則上應依一般債之效力之規定，而負善良管理人注意之義務（參照二二〇條一項）。惟管理人爲免除本人之生命身體或財產上之急迫危險，而爲事務之管理者，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（一七五條）。蓋以急迫危險之時，若仍須爲善良管理人之注意，而對於輕過失亦當

負責，則不惟有影響於急速之救助行爲，而且恐亦無人甘願負此重責以管理其事務。故法律僅使對於故意或重大過失，負其責任。

(丁) 通知本人之義務 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（一七三條一項）。蓋以管理人既應尊重本人之意思，其在能通知範圍內，自應速即通知本人，以俟其指示。若情事急迫，其不必俟其指示，又不待言。惟法律所以定爲必須通知者，原以本人尙未知悉，或事務須繼續管理之故。如本人已經知悉，或事務不須繼續者，則可不必通知，僅如後面所述，於管理終止時而爲報告可耳（一七三條二項五四〇條）。

(戊) 準用委任規定受任人之義務 第五百四十條至五百四十二條關於委任之規定，於無因管理準用之（一七三條二項）。本條所舉各條，乃關於委任契約內受任人義務之規定也。蓋以無因管理，其在管理他人事務一點，與委任同其旨趣，所不同者，僅在一則基於契約，一則不基於契約

。故關於受任人此等義務，在管理人亦應負擔之，其義務爲下列數種。

A 報告本人之義務 管理人應將管理事務進行之狀況，報告本人，管理終止時，應明確報告其顛末（五四〇條）。

B 交付及移轉之義務 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。其以自己之名義，爲本人取得之權利，應移轉於本人（五四一條一項二項）。

C 支付利息及賠償損害之義務 管理人爲自己之利益，使用應交付於本人金錢，或使用應爲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（五四二條）。

### 第三 本人之義務

(甲) 管理事務利於本人並不違反其意思時之本人義務 無因管理之成立，乃係本於管理人一方之事實行爲而來，並非基於本人之委託。就理論上言之，管理人因管理事務而與本人以利益時，而本人祇能按照不當得

利之原則，對於管理人負返還之責任，此外應無何等之義務。但法律既認無因管理爲適法行爲，其在管理事務利於本人並不違反本人意思時，若不特別對於管理人予以相當之保護，則未免喪失無因管理制度之實效。故本人於管理事務利於本人並不違反其意思時，應負下列之義務（一七六條一項）。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，管理人雖違反本人之意思，而本人所負之義務亦同（一七六條二項）。

A 償還費用之義務 管理人爲本人支出之必要或有益之費用，得請求本人償還，並得請求償還自支出時之利息。所謂必要，指管理上所必需者，所謂有益，指於本人有利益者而言。至於是否必要或有益，應依支出當時之客觀的標準決定之，不能以當事人之主觀的意見爲標準。又償還之額，應以支出之額爲限，不能因以後情事之變正而有增減。

B 清償債務之義務 管理人因管理事務負擔債務者，得請求本人清

償，此項債務，自亦以必要或有益者爲限。法律雖未如支出費用特予明定，然解釋上應當如是，

○ 賠償損害之義務 管理人所管理事務而受損害者，得請求本人賠償。此項損害，應以非可歸責於自己之事由所致者所限。此在法律雖未明定，然亦可依委任人賠償責任之規定（五四六條三項）而類推解釋之。

（乙） 管理事務違反本人意思時之本人義務 管理事務違反本人意思時，本人除一面仍得享有因管理所得之利益外，一面對於管理人所負償還費用清償債務賠償損害之義務，抵以其所得之利益爲限（一七七條），而管理人不得超過此項利益範圍而行使其請求權。按本條規定，其管理所得請求之限度，雖與不當得利之情形相似，而請求之目的，則或爲償還費用，或爲清償債務，或爲損害賠償，其與不當得利之以返還利益爲目的者，却大不相同。

## 第五節 不當得利

### 第一項 不當得利之性質

不當得利者，乃無法律上之原因而受利益，致他人受損害之事實也（一七九條前段）。此受利益之人，民法稱爲受領人（日民稱爲受益人），其受損害之他人，民法上無名稱，學者稱爲損害人或受害人。

不當得利制度，乃係法律爲貫徹保護私有財產權之精神而來。在法律承認私有權制度之下，原如羅馬法之格言所云：『無論何人，均不許損他人而利自己』者，其因侵權行爲以侵害他人私有權者，固須有侵權行爲之規定，而使加害人負損害賠償之責任，若因侵權行爲以外之得利，而致他人受損害時，亦不得不使受領人負返還之義務。故自羅馬法以來，各國民法，均有關於不當得利之規定，以保護個人私有權因侵權行爲外之得利而受損害者。惟羅馬法僅就各種不當得利，各別的認爲成立特種訴權，未設一般的統一之規定，例如因非債清償，目的不達到，目的消滅，不法原因



等之不當得利，各認為有特別訴權是也。現在法國民法，尚係完全繼承羅馬法之個別主義。其首先設置一般的統一之規定者，則為瑞士債務法（一八八一年瑞士舊債務法即已如是，現行債務法仍之），以後德國，日本民法，亦先後採此統一主義，我民法亦然。茲就不當得利之性質分述於下。

### 第一 不當得利係一種事實

事實云者，即是所謂事件。不當得利，其受領人所負返還利益之債務，乃係因得利之『不當』，而當然發生，故祇能認為係一種事件。在不當得利之『得利』方法，雖然亦有由於法律行為者，如基於無效之契約而交付標的物，基於無債務之清償而給付金錢，此種交付行為與給付行為，自係一種法律行為。但其『得利』所以須返還者，則係由於『不當』之事實，並非由於其法律行為之效力，當然不能以此項不當得利，謂係法律行為。

況且不當得利之發生，在受領人與損害人之間，並無何等法律行為者

，亦屬不少。如受領人耕作損害人之土地而得利，受領人之牛馬因損害人之誤飼而得利等皆是。此外更有因自然之事實而得利者，如受領人因損害人池中之魚，自然逃入自己之池中而得利等是。由此觀之，則不當得利之爲一種事實，而非法律行爲，更臻明顯。雖然法國民法，以不當得利稱爲準契約，但該國學者却多認爲不正當。

## 第二 不當得利係受領人受利益之事實

(甲) 受利益爲不當得利之要件。受領人受利益一事，爲不當得利之主要要件。若無受領人受領利益，縱他人蒙有損害，自不生不當得利之問題。例如建築高屋，妨礙鄰戶光線，致令其房屋之價值減少，則無所謂不當得利也。

(乙) 受利益之範圍。所謂受利益者，指受領人現存之財產總額，因某事實而增加或得免減少之一切情形而言也。其財產因之而增加者，可稱爲財產之積極的增加，如所有權限制物權，債權等權利之取得，以及權利

範圍之擴張（如就抵押權取得優先順位），權利限制之除去（如消滅抵押權而除去所有權限制）等是。其財產因之而免減少者，可稱為財產之消極的增加，如節省應支出之費用，免除應負擔之債務等是。

（丙）受利益之原因及方法。受利益之原因如何？在日本民法，則定為須因他人之財產或勞務而受利益者，始為不當得利。我民法既別無關於此項原因之規定，自應解為不以他人之財產或勞務為限，此外因他人之其他事項而得利者，亦可認為不當得利之受利益，惟通常因他人之財產或勞務而得利者則居多數耳。至於受利益之方法，亦無限制，其為受益人之行為可，為損害人或第三人之行為亦可。又為法律行為可，為事實行為或自然事實亦可。

第三 不當得利係受領人受利益而致他人受損害之事實

（甲）他人受損害為不當得利之要件。他人受損害，亦為不當得利要件之一。故不當得利，不僅須受領人受利益已也，並須因受利益之結果而

致他人受有損害而後可。若受領人雖受利益，而他人並不受損害者，則不能成立不當得利。如藉隣家門燈之燈光而工作，其工作人雖受利益，而隣人並未受有損失，即不能成立不當得利是也。

(乙) 他人受損害之範圍 所謂受損害者，指損害人現存之財產減少或得以增加而未能增加之一切情形而言也。其現存財產減少者，可稱為財產之積極的損害，例如受領他人對於自己未負金錢債務之金錢給付是。其得增加而未能增加者，可稱為財產之消極的損害，例如耕種他人荒地而得利益是。

(丙) 受損害與受利益之因果關係 條文所謂「受利益致他人受損害」云云，即是受損害與受利益之間須有直接因果關係之意，換言之，即一方受損害之結果，必須由於他方受利益之原因而來，始得成立不當得利。惟所謂直接之因果關係者，若依直接之意義而為狹義的解釋，固然祇可限於一方以其財產直接移轉於他方之手，或一方所受損害與他方所受利益為

同一物體。但此處所謂直接，却不能作如是之狹義的解釋，祇須其損害與利益，係由同一之事實而生，縱令中間會有第三人之行為介入，或兩者並非同一物體，仍得謂之有直接因果關係。例如損害人無義務而為受領人對於第三人清償其債務，其中雖介入有第三人之受領行為，仍可認為有直接因果關係，而成立不當得利。又如受領人使用他人汽車而得租金。雖損害與利益異其物體，亦可認為有直接因果關係，而成立不當得利。如果損害與利益，係由相異之事實而生時，雖其間不無牽連關係，却應解為無直接因果關係。例如第一次不當得利之受領人，再以其利益移轉於第三人時，則損害人之損害與第三人之利益，其間不能認為有直接因果關係，因之對於第三人，又不能有不當得利之利益返還請求權。惟我民法却設有一種例外（一八三條），俟在後面述之。

第四 不當得利係無法律上之原因而受利益之事實

（甲）無法律上原因為不當得利之要件 得利既曰『不當』則僅具有

一方受利益及一方受損害之二要件，尙不能成立不當得利也。故無法律上之原因，亦應爲不當得利要件之一。所謂『不當』者，卽以其無法律上原因之故。惟無法律上之原因，並不以自始卽已存在者爲限，雖自始有法律上之原因，而其後已不存在者，亦可成立不當得利，而受領人有返還其利益之義務（一七九條後段）。

（乙） 無法律上原因之觀念 如何謂之無法律上之原因，自來學者議論紛歧。有謂各種不當得利，係從同一之原理出發，而說明其統一的觀念者。有謂各種不當得利，原非基於同一之原理出發，祇能各別的究明其觀念者。前者爲統一說，後者爲非統一說。

A 統一說 此說謂不當得利制度，在近世已多趨於統一之規定，當然具有統一之觀念。惟統一的觀念若何？則又有公平說，債權說，以及權利說等等。

（1） 公平說 此說係基於自然法學說之理論而來，以不當得利，

有違背公平或正義之觀念，反公平，反正義，即為無法律上之原因。

(2) 債權說 此說以一切財產之移轉，應基於債權關係而來，無債權關係，而於他人受損害下之而得利者，乃為不當得利。所謂無法律上之原因，即與無債權關係同一意義。

(3) 權利說 此說以債權說失之於狹，應以無法律上之原因，與無權利同一意義。無權利而受利益者，即為無法律上之原因而受利益。

B 非統一說 此說謂無法律上之原因，實不能究明其統一的觀念，此在羅馬法以及依據羅馬法而分別規定各種不當得利者，尤見其然。因其各種不當得利，不能謂係基於同一之原理而出發也。故祇有就各種不當得利分別究明其觀念，始能適合無法律上原因之真正意義。德國及日本學者多有從此說者，吾國學者亦頗不少。

上述統一說與非統一說之中，余以統一說較爲允當。蓋無論任何制度，均係具有同一之基本原理，而未有不能究明統一之觀念者，不當得利制度亦何獨不然。若謂各種不當得利，其無法律上原因一事，而觀念各別不同，未免不合理論。不過余雖贊成統一說，但前述統一說中之各種主張，如公平說，債權說，權利說等，均不能認爲無法律上原因之統一的基本觀念。余以爲從法律保護私有權之精神言之，則不當得利，實與法律保護私有權之精神相違反，而反乎法律保護私有權之精神，卽是無法律上之原因。

在主張非統一說者，爲證實各種不當得利之無法律上原因，不能有統一的觀念起見，曾有就各種不當得利，而各別說明無法律上原因之觀念者。但余以爲無論何種不當得利，其無法律上之原因，均可以反乎法律保護私有權之精神解答之。茲例示於下而敘述之。

A 受利益基於損害人之意思時 在此項情形之下，其損害人之給付



，若缺乏其給付原因時（如爲清償債務而支付金錢，爲贈與而移轉標的物之所有權，則清償債務及贈與，均爲其給付原因），卽生不當得利之問題。在主張非統一說者，以爲此種不當得利，既係由於缺乏其給付原因之故，則缺乏其給付原因，卽爲無法律上之原因。然給付既缺乏原因，其損害人之私有財產權，卽係無故而受損害，法律所以認爲不當得利者，正因其反乎保護私有權之精神也。其違反保護私有權之精神，仍可認爲此種不當得利之無法律上原因。

至於缺乏給付原因之情形，原有種種，如自始缺乏原因（如非債清償，不法原因之給付等），以及目的不達到（如預付價金而買賣未成立之類）或目的消滅（如已付價金而買賣契約解除之類）等是也。

B 受利益非基於損害人之意思時 此種受利益之情形，有由於受領人自身之行爲者，如受領人使用他人所有物而得利（事實行爲），或出賣他人所有物而得利（法律行爲）之類是。有由於第三人之行

爲者，如第三人以損害人之草料而喂養受領人牛馬之類是。有由於損害人之行爲而非出於意思者，如以他人之物誤爲自己之物而修繕之類是有由於法律規定者，如因時效而受利益，或因附合，混合，加工而受利益之類是。在受領人之此等得利，必須有其權利而後可。若無受利益之權利時，卽成爲不當得利。其主張非統一說者，以爲此種不當得利，既係由於無權利之故，則無權利卽爲無法律上之原因。然無權利而受利益，原與法律保護私有權之精神相乖戾者，因之此等不當得利之無法律上原因，結果仍不外反乎保護私有權之精神。

## 第二項 不當得利之效力

### 第一 返還利益之義務

(甲) 返還之義務人 不當得利成立以後，其受領人與損害人之間，卽發生返還其所得利益之債權債務關係，因之返還利益之義務人，原則上

僅限於不得得利之受領人（一七九條）。惟不當得利之受領人，以其所受利益讓與第三人者，而第三人有時亦應負返還責任，但僅以下列情形為限。（一八三條）。

A 受領人之讓與須為無償者 讓與既係無償，則使第三人負返還責任尚不為苛。若為有償移轉，即不能負此責也。惟我民法此項規定，係仿自德國民法而來（德民八二二條），而日本民法，則無此明文，縱令為無償讓與，而第三人亦不負返還之責。

B 受領人須因讓與而免返還義務者 據民法第一百八十二條規定，受領人不知無法律上之原因，而所受利益不存在者，應免返還義務。茲既無償讓與於第三人，而利益已不存在，此時受領人依法已無返還之義務矣。若不使第三人負責，則損害人之所失者，即已無從請求返還。故在此情形之下，可以由第三人負返還之責，否則無此責任也。

C 第三人返還責任僅以所免返還義務爲限。第三人所負返還責任，當然祇能在受領人所免返還義務之限度以內。因受領人所免返還義務之限度，卽是損害人對於受領人得以請求返還之限度，其於受領人有如何限度之請求權者，而於第三人卽不能逾越此限度也。

(乙) 返還之客體 不當得利之受領人，除返還其所受之利益外，如本於該利益更有所取得者，並應返還。但依其利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額（一八一條）。據此規定，則返還之客體如下。

A 返還原物 所謂原物者，卽其所受之利益也。其原物有返還可能時，非返還其原物不可。如所受領之物或權利，須再移轉於損害人，所免除之債務，須再負擔之之類皆是。

B 返還因原物所生之利益 此卽受領人本於所受利益更有所取得之利益也（如孳息之類）。有此別益時，卽應一併返還，否則不生此

項返還之問題。

○ 償還價額 返還本以原物爲原則。若有不能返還原物之情形時，即可以價額之償還，而代替原物之返還。所謂不能之情形，據條文所載，有依其利益之性質而不能者，有依其他情形而不能者。前者如因損害人之勞務而受之利益，或因使用損害人之物而受之利益等是。後者如所受領之物或權利已經滅失或毀損之類是。

第二 返還義務之例外

不當得利之受領人，須負返還其利益之義務固矣。但損害人之給付，有左列情形之一者，則不得請求返還（一八〇條）。因之受領人雖爲不當得利，亦可不負返還之義務。

（甲）履行道德上義務之給付 道德上之義務，與法律上之義務不同，原不能強制其履行者，換言之，即可以履行，可以不履行之義務也。惟既由給付人任意履行以後，却亦不得依不當得利之規定而請求返還（一八

○條二款）。

(乙) 債務未屆清償期之給付 債務人於未到期之債務，因清償而爲給付者，不得請求返還（一八〇條二款）。蓋以附期限之債務，僅爲債權人不能於期前而有償還請求權，其債權之存在，則與已到期者並無二致。茲債務人既願拋棄其期限利益，而於期前清償之，自不能以不當得利爲理由而請求返還。惟關於此點，尙有應成爲問題者，即債務人因錯誤（即不知其期限未到）而爲給付時，既不能認爲有意拋棄期限利益，其清償時起至清償期止之中間利息（此爲債權人因錯誤給付所受之利益），是否可以請求返還？此在日本民法，已明白規定可以請求返還（日民七〇六條但書）。我民法對於此項給付，既未區別是否出於債務人之錯誤，而一律定爲不得請求返還，則因錯誤給付之中間利息，自以解爲不得請求返還爲宜。

(丙) 非債清償 非債清償者，即本無給付義務，而因清償債務以爲給付之謂也。此項非債清償，其損害人得援不當得利之規定而請求返還者

，以給付時不知無給付之義務（即出於錯誤）者爲限。若給付時明知無給付之義務者，則不得請求返還（一八〇條三款）。蓋以無論無人，對於自己財產，均有處分之自由，既已明知無其義務而仍爲給付，自無再加以法律上保護之理。

據上所述，關於本款之適用，應具備下列情形。

A 須無給付義務者 因有義務付義務而爲給付，當然不生可以請求返還與否之問題。惟所謂無給付義務者，僅以給付時無其義務已足。其無給付義務之原因，是否當初即已存在（如因行爲無效等而無給付義務），抑或爲以後消滅（如因已償清，或免除等而無義務），又或因停止條件尙未成就，均非所問。至期限未到之債務，以及時效消滅之債務，本亦屬於無給付義務者。但民法已另有特別規定（一八〇條二款，一四四條二項），不包括本款之內。

B 須因清償債務而爲給付者 非因清償債務而爲給付，其給付另有

其他目的者（如贈與之類），即不能謂之非債清償，自亦與本款無關。

○ 須給付時明知無給付之義務者 不知者當然可以請求返還，已如前述。惟此項明知無義務一點，為受領清償人對於請求返還者之抗辯理由，應由受領人負舉證責任。

（丁） 不法原因給付 因不法之原因而為給付者，不得請求返還（一八〇條四款前段）。不法原因給付者，包括以違反公序良俗及強行法規之事項為給付原因之一切情形而言，例如因賭博而為給付，因賄賂公務員而為給付，因報酬犯罪人而為給付等皆是。此項原因，祇須屬於不法，即可適用本款，而原因為過去之事實，抑或屬於將來之目的，均非不問。法律所以對於不法原因之給付，而不承認有返還請求權者，即以受領人雖為不當得利，而給付者之行為亦屬不法，若許其以自己不法行為為理由，而仰賴法律之保護，未免太不合乎事理矣。



不法原因之給付，損害人不得請求返還固矣。但不法之原因，僅於受領人一方存在時，又得請求返還（一八〇條四款但書）。蓋以不法之原因，雖常依當事人間之合意，而存在於雙方，然僅存在於受領人一方者亦屬不少，如爲阻止犯罪而給與利益，反乎高利限制而收取厚利之類皆是。此時損害人既無不法情事，自應予以法律上之保護，而使其得以請求返還，方爲平允。又本條但書之適用，既以不法原因存在於受領人一方爲限，則僅損害人一方有不法原因，而受領人並無不法者，當然又不得請求返還，如詐欺取財人爲誘騙被詐欺人多金計，而先行給與若干財產，則被詐欺人之受領，即非不法，自不能允許詐欺人有返還請求權。

### 第三 返還義務之範圍

（甲）善意受領人之返還範圍 善意受領人者，即條文所謂『不知無法律上之原因』之人也。此項不知之情形，應以受領時起至請求返還時止，始終不知者爲限，其僅受領時不知，而以後知之者，仍爲惡意。惟不知

係爲過失者，亦應以善意論。

善意之受領人，其返還之義務，僅以所受之利益，於損害人請求返還時尙存者爲限，若已不存在者，則免負返還或償還價額之責任（一八二條一項）。蓋以受領既爲善意，即無責令必須保存之理，利益一旦消失，自可免除其責任。此項責任之免除，祇須其利益已不存在已足，而不存在之原因，是否由於故意或過失，均非所問。例如因贈與，浪費，飲食之消費，以及不可抗力等而消失者，均屬於利益之不存在。

又利益之存在，不是專指所受利益之原物存在而言。其原物雖不存在，而受領人之財產總額尙留存其有利狀態者，亦可認爲利益之存在。例如所受之金錢已購買他物或所受之財產已換得金錢等皆是。惟受領人因受領利益或保存其利益而支出費用者，又須扣除其費用後，而以其餘額作爲存在之利益。

(乙) 惡意受領人之返還範圍 惡意受領人者，即條文所謂「於受領

時知無法律上之原因或其後知之』之人也。據此，則所謂惡意，並不僅以受領時知之者爲限，而在受領以後，請求返還以前，知無法律上原因者，亦應謂之惡意。

惡意之受領人，其返還之義務，較之善意受領人之範圍爲廣，第一，須將受領時所得之全部利益，或知無法律上原因時所現存之全部利益，如數返還。其已否消失，均所不問。第二，須於利益之外，並附加利息一併償還。其利息之額數，當然依法定利率計算，若利益非金錢時，應折算爲金錢而附加其利息。第三，如有損害，並應任賠償之責（一八二條二項）。

## 第六節 侵權行爲

### 第一項 侵權行爲之性質

侵權行爲者，乃因故意或過失，不法侵害他人之權利，致他人發生損害之行爲也（一八四條）。此項行爲，在德日民法，則稱爲不法行爲。雖

用語各不相同，而性質却無二致。其侵害他人權利之人，民法稱爲加害人，被侵害之人，稱爲被害人。

侵權行爲制度，爲保護私有權利最有效之方法。人類經營社會生活，因各國人之權利界限，彼此劃分綦嚴，其活動逾越界限，以致侵害他人權利者，自爲事所常有。法律所認之侵權行爲制度，乃使侵害他人權利之人，不得不負損害賠償之責任者。如此，則各個人爲避免自己之賠償責任計，自非重視他人之權利不可。故侵權行爲制度，實是保護私有權利最有效之方法。惟羅馬法以侵權行爲與犯罪行爲，混而爲一，被害人可以請求賠償損害者，僅以有可以處刑之犯罪事實爲限。其行爲不能成立犯罪者，國家不能科以刑罰，而私人亦卽不能請求賠償損害。近代各國民法，已以侵權行爲爲離犯罪行爲而獨立矣。雖兩者之事實，有時不無相通之處，但侵害行爲，不必皆爲犯罪行爲，而犯罪行爲，不必皆爲侵權行爲。此卽因犯罪行爲，在使國家發生公訴權，其科刑之目的，是爲保護社會之公益，侵權

行爲，在使被害人發生債權，其賠償損害之目的，是爲保護被害人之權益。兩者之目的既異，故法律上即不得明白予以分別之。茲就侵權行爲之性質分述於下。

### 第一 侵權行爲係違法行爲

(甲) 違法所侵權行爲之要件 條文所謂「不法侵害他人之權利」云云，不法者，即是違法之意，可見侵權行爲，須亦違法爲要件，已爲民法所明定。如果行爲並非違法，雖有侵害他人權利之事實，仍不得成爲侵權行爲。故對於他人權利侵害時，如能證明有阻却違法之事由者，即可免除賠償責任。所謂阻却違法事由者，大概如下。

一 權利之行使 行使權利，其行爲原爲適法，縱令侵害他人權利，亦非侵權行爲。如行親權人懲戒子女，警察逮捕犯人等是。但濫用其權利時，仍爲侵權行爲。

二 正當防衛行爲 正當防衛行爲，即對於現時不法之侵害，爲防衛

自己或他人之權利所爲之行爲也（一四九條）。此種行爲，雖於他人權利有所侵害，不負賠償責任。但逾越程度者仍應負責。

三 緊急避難行爲 緊急避難行爲，即因避免自己或他人生命，身體，自由或財產上急迫之危險所爲之行爲也（一五〇條）。此種行爲，雖於他人權利有所侵害，亦不負賠償責任。但非避免危險所必要之行爲，仍應負責。

四 被害人之承諾 私人權利，各個人原可自由處分。被害人既經允諾他人侵害，自不成立侵權行爲。惟承諾之事項，其內容反手公序良俗者（如承諾傷害身體之類）則承諾爲無效。

五 無因管理 無因管理，不能認爲侵權行爲，已如前述。

（乙）違法行爲之範圍 侵權行爲之所謂違法，通常本指侵害他人私權之違法者而言，條文『不法侵害他人之權利』一語，即是此意。但僅爲違反保護他人法律，或僅爲違反善良風俗，而未侵害他人權利者，是否亦

可屬於侵權行爲之所謂違法，而認爲成立侵權行爲？則立法例殊不一致。在德國民法，則以違反保護他人法律或善良風俗加損害於他人者，雖未侵害他人權利，亦爲侵權行爲（德民八二三條二項八二六條）。日本民法，則以侵權行爲之成立，限於侵害他人權利之違法行爲（日民七〇九條）。我國民法，於不法侵害他人權利者認爲成立侵權行爲外，復曰「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同」（一八四條一項後段），又曰「違反保護他人之法律者推定其有過失」（一八四條二項），顯係仿德國之例而立法。所謂以背於善良風俗之方法加損害於他人者，卽其行爲違背社會道德觀念，並未侵害他人權利，而使他人受有損害者之謂，如故意爲不當之破產聲請，以及不當之停閉工場等是。在此等情形之下而加損害於他人，與不法侵害他人權利而使人受損害者無異，故非使之負賠償之責不可。所謂違反保護他人之法律者，卽其行爲雖非侵害他人權利，却係違反保護他人利益之法律之謂。如違反警察法規致損害他人之類是。在此等情形

之下而加損害於他人，亦與不法侵害他人權利者無異，故推定其有侵權行為之過失，而使之負賠償之責。

據上所述，侵權行為之成立，不以違法侵害權利為限固矣。然民法所以必須如此擴充其範圍者，蓋以各個人利益之受損害，不由於他人侵害權利，而由於他人違反保護法規或善良風俗而來者原所常有。如僅以由侵害權利所致之損害，始責令加害人賠償，而其餘則歸被害人負擔，則法律保護人民利益，未免尙嫌不周。故日本民法對於侵權行為之成立，雖祇規定以侵害權利為限，然該國學者之解釋，則多認為違反保護法規及善良風俗之行爲，亦可成立侵權行為。

又民事上之違法行為，雖係侵害權利，亦有不適用侵權行為之規定者，如債務不履行是。債務不履行，本為侵害債權之違法行為，亦可謂為侵權行為之一種。但因民法已另有債務不履行之特別規定，故侵權行為之規定，於債務不履行即不適用之。



## 第二 侵權行爲係侵害他人權利之行爲

如前所述，侵害他人權利，雖不是侵權行爲之絕對的要件，但侵權行爲之成立，其由於不法侵害他人權利而來者實居多數，故民法仍以侵害權利，定爲侵權行爲之相對的要件。茲就侵害權利分析言之。

(甲) 權利 可爲侵權行爲客體之權利，應解爲祇以私權爲限。至於公權，雖亦可以受人侵害，但應依特別規定保護之。

私權既爲侵權行爲之客體，因之凡屬私權，祇須得適於侵害者，不問其種類如何，均應不受限制。試略舉如下。

A 財產權 財產權，不問爲所有權，限制物權，準物權（礦業權，漁業權等），無體財產權（著作權，商標權等）等，均得爲侵權行爲之客體。至於債權之被第三人侵害，雖有主張不得成立侵權行爲者，但一般通說，均認爲可以成立侵權行爲，已述於前矣（參照第一章第二節債權之絕對性如何？）。

B 人格權 人格權者，即生命權，身體權，健康權，自由權，名譽權，姓名權等之謂。關於是等權利，其得為侵權行為之客體，民法已有明文（一九條，一九二條至一九五條）。至於婦女之貞操，一面屬於身體權，一面又屬於名譽權，民法雖未就貞操權特別明定，但有侵害之者，自不妨認為身體權或名譽權之受其侵害。又信用權，亦屬於民譽權之一種。此外肖像權，亦有認為應屬於民譽權者。

C 親屬權 親屬權可為侵權行為之客體，在民法雖未明定，但第一百八十四條既泛稱權利，則親屬權自亦包括在內。因之和誘略誘未滿二十歲之男女者，一面係侵害該男女之自由權，同時又係侵害享有親權者之親權（參照刑法二五七條）。

(乙) 權利之侵害 權利之侵害者，妨害權利之享有或行使也。消滅或喪失其權利之一部或全部，使之不能享有者，固謂之侵害，而不涉其權利本身，僅妨害其權利一部或全部之行使者，亦得謂之侵害。又侵害不

以妨害現存之利益爲限，卽對於將來可以取得之利益而妨害其取得者亦屬之。

至侵害之方法，通常是依事實行爲爲之，如以破壞拋棄等方法，而侵害他人家宅物品之類是。但依法律行爲而侵害之者，亦屬不少，如受寄人無故出賣他人寄託物之類是。不過侵害之行爲，通常雖爲積極的行爲（作爲），但消極行爲（不作爲），如有作爲義務之範圍內，亦得成立侵權行爲。又通常侵權行爲，雖其侵害應以自己之行爲爲限。但特種侵權行爲，却於他人之行爲以外之事實，亦應負責（一八七條至一九一條）。

第三 侵權行爲係因故意或過失而侵害他人權利之行爲

（甲） 故意過失之意義 故意者，明知且有意使之發生一定結果之謂，過失者，應注意並能注意而不注意，以致發生一定結果之謂。侵權行爲之成立，必須有加害人之故意或過失，否者不能成立侵權行爲。惟以背於善良風俗之方法而加損害於他人時，則條文已定明僅以故意爲限，其爲過

失者，自不負何種責任。蓋以善良風俗之觀念，每因各個人主觀信念之不同，而常有不加注意者（如刻待僱工，有認為違反人道者，亦有認為主人之分所應然者之類）。若於此項不注意之過失，亦令其負侵權行為之責，未免失之於苛，故定為非有故意不可。

又關於過失一項，亦有僅限於重大過失，始負賠償損害之責任者，如承租人因失火而致租賃物毀損滅失者是（四三四條）。

（乙）故意過失之舉證責任 侵權行為之成立，既以故意或過失為必要，則被害人請求賠償損害時，即應就加害人之故意或過失，負舉證之責任。惟違反保護他人之法律，加損害於他人者，則不須被害人舉證，而推定其有過失（一八四條二項）。所謂推定有過失者，即不問加害人之有過失與否，而假定為有過失也。加害人如欲推翻此種假定，即須舉出反證，以證明其無過失而後可。蓋以法律既經施行，人人均當知曉並遵守。茲竟違反之，縱非故意，亦難免其不有過失，故民法特設此推定之規定，以加

重加害人之責任。

(丙) 過失責任與結果責任 過失(廣義之過失，包括故意及過失在內)責任者，即如前述，須行爲人有故意或過失，始負賠償損害責任之謂。結果責任者，不須行爲人有故意或過失，祇須因其行爲之結果而發生損害。即負賠償責任之謂。自羅馬法以來，各國民法，大概均係採用過失責任主義，我國民法亦然，已如前述。然近代產業發達，所有一切大動力之設施，其事業本身，已附着極大之危險，縱令事業之所有主毫無故意或過失，而加損害於他人之事，亦必勢所難免。故各國於過失責任主義之原則外。又兼採結果責任主義。而有許多例外之特別規定。其最著者，如工廠法對於廠主，責令無過失而負擔工人所受損害之賠償責任是。我國工廠法亦有此規定，(參照修正工廠法四五條四六條)。此種結果責任主義，表面上雖於事業所有主，有待遇過苛之嫌，然一按其實，則此項所有主，第一既藉其事業以獲厚利，令其負擔損失，並不失其公平，第二既願經營有危

險性之事業，令其負擔損失，又非出於意料之外。由此言之，其不失之於苛，已屬顯然。

#### 第四 侵權行爲係使他人發生損害之行爲

(甲) 發生損害爲侵權行爲之要件 侵權行爲之效力，原在使被害人發生損害賠償之請求權，因之損害之發生，卽爲侵權行爲成立之要件。關於此點，亦爲刑法上之犯罪，與民法上侵權行爲不同之處，因犯罪之成立，不以發生損害爲必要（如未遂犯亦罰之是），而侵權行爲之成立，則非有損害發生不可也。

(乙) 損害之範圍 所請損害，通常雖多指財產上之損害而言，但精神上之損害亦包含之。財產上之損害，有消失現存之利益者，有妨害未來利益之獲得者。精神上之損害，卽是被害人精神上所感之痛苦，此項痛苦，雖常基於人格權之侵害而來，然財產權之侵害，亦足以使被害人精神上受着痛苦（如損壞他人祖遺珍貴物品，被害人精神上所受痛苦必大是）。不

過得請求賠償損害者。應祇以由侵害人格權而發生者爲限（參照一九五條一項），其由侵害財產權而發生者，除得就財產上之損害請求賠償外，不得另就精神上損害請求賠償。

（丙）損害與違法行爲間之因果關係 此即謂損害之發生，必須本於違法行爲而來是也。換言之，即損害之『果』，必須爲違法之『因』，始得認爲侵權行爲之損害。否則不問被害人所受損害如何，均不得請求賠償。惟損害與違法行爲之間，須有如何關係，始得認爲因果關係，則學者主張不一。據一般通說，大概多採相當因果關係說。所謂相當因果關係者，即其行爲，就通常情形觀之，實可發生某種損害之謂。如散發傳單，揭發他人之醜事惡行，其人因名譽受損，羞忿自殺，就通常情形言，則名譽上之損害，固與散發傳單之行爲有因果關係，而生命上之損害，則不能認爲有果關係。

## 第二項 共同侵權行爲

## 第一 共同侵權行爲之態樣

共同侵權行爲者，即數人共同而爲侵權行爲之謂。民法第一百八十五條第一項云，『數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任』，『不能知其中孰爲加害人者亦同』。又第二項云，『造意人及幫助人，視爲共同行爲人』。均係關於共同侵權行爲之規定也。惟就此等規定觀之，其共同侵權行爲之態樣，可以分爲三種，（一）爲共同加害之共同侵權行爲，（二）爲加害不明之共同侵權行爲，（三）爲造意及幫助之共同侵權行爲，試分述於下。

（甲）共同加害之共同侵權行爲 此項共同侵權行爲，即第一百八十五條第一項前段所規定者是也，學者又稱之爲狹義之共同侵害行爲。惟所謂『共同加害』之意，條文本未明言，但依同條第一項後段『不知其中孰爲加害人』之規定觀之，則前段係指『共同加害』者而言，自無可疑。因之此項共同侵權行爲，除共同行爲人，必須各個具備前述單獨侵權行爲之『



不法侵害權利或其他違法』，以及『故意或過失』等要件外，尚須其共同行爲，各個發生損害者而後可，否則即不能成立共同侵權行爲。惟關於此項侵權行爲，尙有應加說明者如下。

A 關於各共同行爲人之違法者 單獨侵權行爲，原不僅限於侵害權利之違法，而違反保護法規或善良風俗者，亦得成立侵權行爲，已如前述。此項共同侵權行爲，僅有『共同不法侵害權利』之規定，而違反保護法規或善良風俗之行爲，是否可以成立共同侵權行爲？則無明文。然在單獨侵權行爲，既已明定違反保護法規或善良風俗者可以成立侵權行爲，則共同侵權行爲，自然亦可類推適用。故共同行爲人除共同不法侵害他人權利外，而有其他共同違法行爲，致加損害於他人者，亦應負責。

B 關於共同行爲人之故意過失者 各共同行爲人並不必同爲故意或同爲過失。其中某人爲故意，某人爲過失者，仍不妨成立共同侵權

行爲。在刑法上之犯罪，雖然此點嚴加區別，不以為故意或為過失者為共犯，而民法上之侵權行爲則不如此。蓋以犯罪之故意與過失，其責任之輕重有無（過失犯甚輕，且處罰以有特別明文者為限），相隔懸殊，而侵權行爲，則不分故意與過失，均須負同一責任，故關於共同侵權行爲之成立，即不必就此加以區別。

c 關於各共同行爲人之共同加害者 共同侵權行爲，各共同行爲人固須有共同之加害，但所謂共同者，究應為主觀的共同。抑僅須客觀的共同？各人主張不一。主觀的共同云者，即各共同行爲人之間，有聯絡意思（通謀），或有共同認識之謂。客觀的共同云者，即各共同行爲人事實上有共同加害行爲之謂。據一般通說，大概多以僅有客觀的共同已足，余亦從之，蓋以各共同行爲人，既事實上已有共同加害行爲，雖無主觀上之意思聯絡，或共同認識，而其行爲與損害之間，却已具有相當因果關係，故應成立共同侵權行爲。例

如甲以未爲防濕設備之生石灰，因過失而置於丙物之傍，或因過失不知有生石灰而潑以水，致生石灰着水失火，焚燒其物，此時甲乙二人雖無意思聯絡，或共同認識，仍應連帶負賠償責任是。

(乙) 加害不明之共同侵權行爲 此項共同侵權行爲，即第一百八十五條第一項後段所規定者是也。其與甲款所述狹義共同侵權行爲不同者，即彼爲共同行爲人共同加害，此則不是共同加害，而是加害人不明耳。所謂加害人不明者，即數人共同有加害之危險行爲（即有加害之虞之行爲），而其中僅一人或二人實施加害，不能斷定孰爲加害人之謂。法律於此情形，其所以使各人負共同侵權行爲之責者，蓋以被害人既已遭受損害屬實，即應予以相當之賠償，若於加害人不明之時，必須責令證明爲誰後，始允許其賠償之請求，則必將因證明困難，不能達到其目的。故特別設此規定，以保護被害人之利益。

惟此項共同侵權行爲，原須一方同有加害之危險行爲，同時復不能斷

定孰爲加害人時，始得成立，因之並無共同危險行爲，僅有知情之事實者（如兩人同居一室，一人失火焚燒房屋，一人知之不及灌救而與之同逃是），不能成立此項共同侵權行爲。縱有共同危險行爲，而其中加害人已證明者，亦不能成立此項共同侵權行爲。不過共同行爲人中之某一人，如未能證明加害人爲誰，僅證明自己非加害人者，仍應解爲不能免除責任。

（丙）造意及幫助之共同侵權行爲 此項共同侵權行爲，即第一百八十五條第二項所規定者是也。造意，刑法稱爲教唆，即教唆他人使之生犯罪之決意也，幫助者，即就他人侵權行爲之實施而予以補助之行爲也。造意及幫助，本均非參加侵權行爲之實施，然其加功於加害他人之點，則與實施侵權行爲人之實施行爲，同爲發生損害之原因，故民法以造意人及幫助人視爲共同行爲人，而使之負同一之連帶責任。又在刑法上之教唆及幫助，兩者責任原各不同（教唆與正犯同科，幫助除實施時爲直接重要幫助外，則爲從犯），而民法上則無區別，此即因刑法偏重犯性，其教唆人之

犯性較幫助人爲強，民法則偏重發生損害之事實，其於加功於損害者，實無區別之必要故也。

## 第二 共同侵權行爲之效力

共同侵權行爲之效力，即爲各共同行爲人，應就全部損害連帶負賠償之責，此不問何種共同侵權行爲皆然，查閱前面所述，即已明瞭。各共同行爲人既應連帶負損害賠償之責，則此項賠償損害之債務，即係一種連帶債務。因之各共同行爲人之對外關係，固應適用民法關於連帶債務之規定（二七三條至二七九條），即對內關係，亦應就連帶債務之規定適用之（二八〇條至二八二條）。故關於各人相互間之分擔部分，按照第二百零八條規定，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分担之，而各人實際上所加害之程度如何，則可不問。

各共同行人既應平均分擔其賠償之債務，則已消滅債務之某共同行爲人，自可按照第二百零八十一條規定，向其他共同行爲人，請求償還其各自

分担之部分。然亦有類推民法第一百八十四條第四款之規定，而否認其共同行爲人有求償權者，未免誤解。在侵權行爲本身，固然係如該條第四款所述，可認爲不法，但於既爲侵權行爲之後，而賠償其損害所生之債務，則完全爲適法，當然不能認爲係因不法之原因而爲給付者，實無適用該條第四款之餘地。

### 第三項 特種侵權行爲

#### 第一款 公務員之侵權行爲

#### 第一 公務員侵權行爲之概說

公務員侵權行爲者，即公務員因故意或過失，違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害之行爲也（一八六條前段）。在中世封建時代，公務員祇是國王之臣僕，苟能效忠國王，其職已盡，而對於人民所執行之職務，乃是公務員之一種恩惠處分，無所謂盡職與不盡職。因之公務員如有違背職務之處，僅對國王負責，而人民不能認爲侵害自己之權利

，而要求負何種責任。然至近世資本主義時代，一面法律上已重視人民之權利，同時公務員與人民在法律上之地位已一律平等，公務員苟有違背職務侵害人民權利者，已不得不對於人民負相當之責任。如是，則公務員對於人民得成立侵權行為者，可云祇是資本主義社會之產物。

## 第二 公務員侵權行為之要件

(甲) 須違背對於第三人應執行之職務 公務員係受國家或地方團體之委任而執行職務者，其國家或地方團體以外之人，對於公務員即屬於第三人。公務員執行之職務，有係單純對於國家或地方團體而執行者，有係對於第三人應執行者。前者與第三人無關，即違背其職務，亦無成立對於第三人侵權行為之問題。惟對於第三人應執行之職務有違背時，始得成立其侵權行為。所謂違背對於第三人應執行之職務者，即凡依法令應對第三人執行之職務，或怠忽而不為，或為之而失當，或濫用職權以及逾越職權而為之是也。至於與執行職務無關而係以私人資格損害他人權利者，則應

適用一般侵權行爲之規定，自不能適用本條。

(乙) 須第三人之權利受損害 第三人之權利未受損害，即無賠償責任之可言，自不能成立公務員之侵權行爲，此與一般侵權行爲之必須具備發生損害要件者相同也。惟第三人之權利未受損害，固不成立侵權行爲，而使公務員負私法上之責任，但如果違背職務屬實，有時自仍不能不負公法上之責任（即行政法上之懲戒處分）。

(丙) 須有故意或過失 此亦與一般侵權行爲相同，公務員非因故意或過失而違背職務者，雖使第三人之權利受有損害，仍不負賠償之責任。惟因過失違背職務時，却與因故意者有別。其因過失者，則以被害人不能依他項方法受賠償時爲限，始負其責任（一八六條一項後段），而因故意者，則不問可依他項方法受賠償與否，均應負責也。所謂不能依他項方法受賠償者，如別無負賠償責任之人，或雖有此人而無資力賠償之類是。

(丁) 須被害人不得依法律上救濟方法除去其損害 公務員因故意或



過失違背職務使第三人所受之損害，必須被害人不能依法律上之救濟方法，以除去其損害者，方負賠償之責。如得依法律上之救濟方法除去其損害，而被害人因故意或過失不爲之者，公務員不負賠償責任（一八六條二項）。所謂法律上救濟方法者，如提起上訴以及提起訴願或行政訴訟等是。蓋以公務員違背職務所加之損害，既另有法律上之救濟方法，而被害人竟因故意或過失而不爲之，自無再予保護之必要也。

### 第三 賠償責任之歸屬

公務員爲國家或地方團體所委任，其所爲之行爲，本係代表國家機關或地方團體機關而爲之者，就此點言之，其以公務員資格所加於第三人之損害，似應由國家機關或地方團體機關負賠償之責。但公務員所加於第三人之損害，既係因故意或過失違背職務而來，則其行爲，即應認爲非國家機關或地方團體機關之行爲，而爲公務員個人之行爲，故民法第一百八十六條，仍以賠償責任，課之於公務員。惟特別法亦有定爲由公務員所屬之

機關負責者，如土地法規定『因登記錯誤，遺漏，或虛偽致受損害者，由地政機關負賠償責任』（土地法三九條）是也。不過登記人員有重大過失時，仍應於地政機關賠償後，再由該人員按照賠償額償還於地政機關，（土地法四一條）。

## 第二款 無能力人之侵權行爲

### 第一 無能力人侵權行爲之概說

無能力人侵權行爲者，即無行爲能力人或限制行爲能力人不法侵害他人權利之行爲也，（一八七條一項前段）。無能力之知識尙未發達，其所爲法律行爲，在法律上原不能有效，惟關於違法行爲之侵權行爲，則視其識別能力如何，或使之與法定代理人連帶負責，或使本人無責任而由法定代理人代爲負責（一八七條一項後段），甚且在法定代理人不能賠償時，尙可由法院酌令無能力人賠償（一八七條二項）。此蓋以侵權行爲，與法律行爲不同，乃係直接加損害於他人者，縱令加害人爲無能力人時，亦當

有一公平補償之方法，以保護被害人之利益故也。

## 第二 無能力人侵權行爲之責任要件

無能力人之侵權行爲，除應具備一般侵權行爲之要件外，尙因責任或歸屬於無能力人或歸屬法定代理人之不同，而另應各具有特別之責任要件。

(甲) 連帶負責時之特別要件 無行爲能力人或限制行爲能力人之侵權行爲，應由無能力人本身與法定代理人連帶負擔損害賠償責任者，須以行爲時有識別能力爲限（一八七條一項中段）。若無識別能力，則如下面所述，應由法定代理人單獨負責，而無能力人全無責任。所謂有識別能力者，不是指無能力人對於自己之一般行爲，有能辨識其責任之知能而言，祇須對於現在之侵權行爲，能辨識在法律上有何等責任已足。因之決定識別能力之有無，卽應以此項具體情形爲標準。

(乙) 單獨負責時之特別要件 無行爲能力人或限制行爲能力人之侵

權行爲，應由法定代理人單獨負賠償責任者，其特別之責任要件如下。

A 須行爲時無識別能力 有識別能力者，無能力人本身應負連帶責任，已如前述。其應由法定代理人單獨負責者，必須行爲時無識別能力而後可（一八七條一項後段）。至無識別能力之舉證責任，則應屬於被害人。

B 須疏於監督 法定代理人對於無能力人之侵權行爲，其所以使之代負責任者，即因其負有監督之義務也，故必須疏於監督時，始有責任。如監督並未疏懈，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，則不負賠償之責（一八七條二項）。所謂監督並未疏懈者，即已盡一般所要求之監督義務也，所謂縱加相當監督仍生損害者，即監督之疏懈與無能力人之侵權行爲，其間無何等之因果關係也。關於本項之舉證責任，應由法定代理人證明監督並未疏懈等事由，而被害人不必爲疏於監督等事由之舉證，此觀條文係就免責方面而爲規定

自明。

惟昔時日耳曼法之原則，則以家長對於家屬之違法行爲，應負絕對責任，並不以疏於監督爲負責之要件。以後德國民法（八三二條），認此原則與近世個人主義之過失賠償理論兩不相容，遂援用羅馬法理論，對於此點加以修正，定爲僅有疏於監督之過失時，始負責任。我國民法此項規定，殆仿德國之例也。

### 第三 賠償責任之歸屬

（甲）有識別能力者之責任 無能力人有識別能力時，其損害賠償責任，由無能力人與法定代理人連帶負擔。關於此點，在他國立法例，本有於無能力人已有識別能力時之侵權行爲，完全由無能力人單獨負責，並無連帶責任之規定者（參照日民七一二條至七一一四條）。惟無能力人識別能力之有無，每每不甚明瞭，此時被害人究應向何人而爲賠償之請求，必將難於決定。且無能力人縱已顯然有識別能力，但無賠償之資力，而不能應其

請求者，亦所常有。若不規定連帶責任，未免於被害人太不利益，民法此項立法，較爲合理。

(乙) 無識別能力者之責任 無能力人無識別能力時，其損害賠償責任，由法定代理人負擔。法定代理人者，如未成年人之父母或監護人，禁治產人之監護人等是。法定代理人之此項賠償責任，本係就他人之行爲而自己爲負責之人者，但因其負有監督之義務，且於疏懈其監督時，始令負責，自亦不能謂爲毫無理由。此項責任，學者稱之爲折衷責任。因法定代理人對於無能力人之加害行爲，既無故意或過失，不能屬於過失責任，而能證明無疏於監督之過失時，復可免責，又不屬於結果責任也。

惟對於無能力人之有監督義務者，尙不祇法定代理人爲然。此外如幼稚國主任，學校校長，病院院長等，則係基於與法定代理人之契約，而有代爲監督之義務者，其應就無能力人之侵權行爲負責，在他國立法例已有明文（參照日民七一四條二項），而我國民法則無此規定。因之遇有此項

情事，被害人仍祇能向法定代理人請求賠償。不過法定代理人却可以代負監督義務人違背契約上之義務為理由，再向代負監督義務人請求賠償其損害，

(丙) 法定代理人不能賠償時之損害賠償 所謂法定代理人不能賠償者，即無能力人尙無識別能力，其本身不負責任，而法定代理人又未疏懈監督，依法亦不能負責，且即應負責，然無賠償之資力是也。此時若不另有補償之法，則被害人即無從獲得保護，未免有失公平。故民法特規定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（一八七條三項）。此項損害賠償之規定，不是以行為人之責任為根據，而是以行為人與被害人之經濟狀況如何為標準，亦可謂係排斥個人本位而適合社會本位之一種立法。所謂斟酌經濟狀況者，如被害人經濟狀況窘迫，而行為人經濟狀況極為充裕，則令其為全部之損害賠償，其不甚充裕時，則令其為一部之損害賠償，又或行為人經濟狀況窘迫，

被害人經濟狀況充裕，則全不令其賠償等是也。

第四 在無意識或精神錯亂中加害他人之行爲

凡在無意識或精神錯亂中所爲之行爲，致第三人受有損害者，因其已缺乏意思能力，原不能成立侵權行爲。惟亦可準用第一百八十七條第三項之規定，得由法院因其聲請，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（一八七條四項）。無意識者，卽一時意思失其作用之謂，如夢中動作及泥醉狀態之類是。精神錯亂者，卽一時精神發生異狀之謂，如一時發狂之類是。惟此種意思失其作用或精神發生異狀之情形，如係行爲人因故意或過失招致而生（如故意飲酒大醉等），以利用之而加害他人者，則須負一般侵權行爲之責。此在他國民法已有明文（參照日民七一三條但書），我民法雖無規定，解釋上亦應如是。

第三款 受僱人之侵權行爲

第一 受僱人侵權行爲之概說



受僱人侵權行爲者，即受僱人因執行職務不法侵害他人權利之行爲也。受僱人之侵權行爲，非由受僱人專任其責，係由受僱人與僱用人連帶負其責任（一八八條一項前段），有時並於被害人不能受賠償時，尙可由法院酌令僱用人賠償（一八八條二項）。此項立法理由，即以受僱人每多處境較困，缺乏賠償之資力，若僅由受僱人負責，則將賠償無出，殊不足以保護一般被害人之利益，此其一。又以僱用人，既使用他人以收穫利益，按之報償責任之理論，自應負擔損害，此其二。而且僱用人對於受僱人之侵權行爲，既令其負擔責任，則對於受僱人之選任與監督，必將時爲充分之注意，因之而損害他人之事，即可預防，殊足以維持社會一般人之利益，此其三。

惟昔時日耳曼法，其所課於僱用人責任，範圍比較廣泛，不因僱用人就選任與監督之無過失而免除其責任。而德國民法（八三二條），則以此原則與近代個人主義之過失賠償理論不合，遂援用羅馬法理論，而使僱用人

就選任監督無過失時得以免責，瑞士債務法（五五條）及日本民法（七一五條）均同此旨。我國民法，原則上亦係仿此。惟被害人不能受賠償時，僱用人雖無選任監督之過失，仍得如前所述，由法院酌令僱用人賠償耳。

第二 受僱人侵權行爲之責任要件

受僱人之侵權行爲，須具備一般侵權行爲之要件，如不法侵害權利及爲他違法（違反保護法規及善良風俗），發生損害，故意或過失等，原爲多數學者所主張。惟亦有謂故意或過失之一要件，不須具備者。其主要理由，則以對於僱用人，既承認須有選任監督之過失，始有責任，而於受僱人之侵權行爲，如不再採過失責任主義，其對待僱用人已不爲苛，而社會一般人之利益，則可獲得較大之保障。不知僱用人選任監督之過失，與受僱人侵權行爲之過失，兩者原各不同。前者祇是僱用人不能免責之事由，後者則爲受僱人侵權行爲成立之要件。若僅有選任監督之過失，自不能謂受僱人侵權行爲之此項成立要件，已經具備。且據我民法規定，受僱人之侵

權行爲，原應由受僱人與僱用人連帶負責。在受僱人無過失時，其本身按照民法過失責任主義之原則，顯然不能負何種責任，今使僱用人對於受僱人之無過失行爲負責，勢必僅有僱用人單獨責任，而所謂連帶責任之規定，已是無從適用。此就我民法規定連帶責任一點推斷之，其受僱人之侵權行爲，必須具備故意過失要件。亦可無疑。

受僱人之侵權行爲，須具備一般侵權行爲之要件固矣。然除一般要件外，尚應具有下列，特別之責任要件。

(甲) 行爲人須爲僱用人之受僱人 僱用人之受僱人者，即僱用人所僱用，而令其服勞務之人也。如非僱用人所僱用之人，縱令爲本人之利益而服勞務，亦非本處之所謂受僱人，因之遇有侵權行爲，本人即可不負責任。例如無因管理之管理人，因非本人所僱用，雖爲本人管理事務，但有侵權行爲時，却不能認爲本處之受僱人，而使本人負責是也。

惟條文既曰受僱人，則就其性質言之，自以基於僱傭契約者爲限。不

過吾國學者，多以本條適用範圍，應爲擴張解釋，其所謂受僱人，不僅限於僱傭契約之受僱人，凡爲他人所使用而服勞務之人，不問係基於何種契約（如例任，合夥等），抑不問爲有償或無償，復不問契約之爲有效或無效，均應包含之。關於此點，在他國立法例，因其係用被用人名詞（瑞債五五條，德民八一三條，法民一三八四條，日民七一五條），其不以僱傭契約之受僱人爲限，自無疑義。茲以我國民法所定之受僱人，亦解爲包含一切所使用之人在內，本似有嫌牽強。但在事業上非作如是之擴張解釋，則於僱傭契約以外之被用人，即將不能適用本條，又於社會一般人之利益，保護欠周。故余亦姑從我國多數學者之見解，認條文所定之受僱人應爲擴張解釋。

受僱人有選任及監督之關係而後可，此就第一百八十八條第一項但書規定之，已可無疑者也。故如臨時向車行僱用之汽車馬車，其車夫因與僱用人無選任監督之關係，所有侵權行爲，僱用人卽不負責。惟車夫基於僱

用人之指示而加害他人時，僱用人却應依一般原則而負責任。不過此乃對於自己之行爲（即指示之行爲）負責，而非對於受僱人之行爲負責耳。

（乙）須受僱人因執行職務而生之侵權行爲。所謂執行職務者，即受僱人在其職責上就僱用人之事務而執行之是也。如所執行者，非僱用人之事務，而爲受僱人自己或第三人之事務者，其有侵權行爲時，自不能使僱用人負何等責任。茲就執行職務之範圍述之於下。

A 職務 職務，汎指屬於僱用人之一切事務而言。不問爲事實行爲或法律行爲，抑不問是否爲營利的事務，更不問是否爲繼續的事務，均包含之。至於此等職務，並不以主觀上屬於僱用人者爲限，祇須客觀上認爲可屬於僱用人者已足。例汽車公司因某車損壞，已禁止駛行，而該公司之車夫，仍以之載客而致傷害，此在主觀上雖非公司所命辦之職務，然客觀上尙應以之認爲公司之職務，而由公司連帶負責。

B 職務之執行 條文既曰『因執行職務』，則所謂執行，自係指就職務之執行而言，而非所謂當執行之時也。因之受僱人非就職務之執行而爲侵權行爲，而祇是當執行職務時乘機爲侵權行爲者，卽應由受僱人自己單獨負責。例如電燈公司工匠，於他人家中修理電燈時，乘機竊取物件，電燈公司不能負連帶責任是也。

不過如前所述，所謂職務，原祇以主觀上屬於僱用人者爲限，因之所謂就職務之執行云云，亦祇須在客觀上，其行爲之外表屬於執行職務，或與執行職務有適當之牽連關係（如受僱人以自己單獨意思，圖利僱用人所爲之不正當行爲等），均可謂之職務之執行。

(丙) 僱用人須未盡選任監督之相當注意 此項要件，條文係從反面規定（與一八七條二項同），而定爲僱用人之免責要件。如僱用人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，不負賠償責任（一八八條但書）。既然如此，則僱用人對

於受僱人侵權行爲之應當負責者，以未盡選任監督之相當注意時爲限。惟條文既定爲免責要件，即應由主張免責之僱用人就此負舉證責任，而被害人請求損害賠償時，祇以證明受僱人因執行職務而加損害之事實已足。又選任及監督兩者，僅有一未盡相當之注意即可，不必二者均未盡相當之注意，始不免責。

### 第三 賠償責任之歸屬

(甲) 僱用人已注意選任監督時之責任 僱用人已就選任及監督盡相當之注意時，則損害賠償之責，則專屬之於受僱人，此由第一百八十八條第一項但書之規定觀之，已無可疑。此係基於近代個人主義之過失賠償理論而來，在前面已述明矣。

(乙) 僱用人未注意選任監督時之責任 僱用人未就選任及監督盡相當之注意時，則僱用人不能免除責任，應與受僱人連帶負損害賠償之責。關於此點，在他國立法例本亦有規定僅由使用者單獨負責者（參照日民七

一五條一項）。然學者之間，在解釋上仍多以被用人本身係侵權行爲之人，萬不能免去責任，應與僱用人連帶負其責任。我民法此項連帶責任之規定，不僅可以減少解釋上之疑問，而理論上亦覺允當。蓋以既有此項規定，則被害人即可依其便利，任意向雙方而爲請求，而賠償之目的易於達到故也。

(丙) 依法不能受損害賠償時之損害賠償 所謂依法不能受損害賠償者，即僱用人因有第一百八十八條第一項但書規定之情形，不負賠償責任，而受僱人復絕對無賠償之資力，致被害人依該項但書之規定，不能受損害賠償是也。此時被害人即依法不能受得賠償，法律自當另謀補賠之法，以資救濟。故許法院因被害人之聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人爲全部或一部之損害賠償（一八八條二項）。此項情形之賠償，就僱用人之無過失而言，可免係一種無過失賠償。惟既云斟酌經濟狀況，則僱用人處境困難，財產不足，或僱用人雖富於財產，而被害人亦係富



有時，自不得令其賠償之。因之此項無過失賠償，又係相對的，而非絕對的。故我民法之此項立法，可云深合乎現代社會本位法律之精神矣。

(丁) 僱用人之求償權 僱用人賠償損害時，對於爲侵權行爲之受僱人有求償權（一八八條三項），此處所謂僱用人之損害賠償，自不僅指本條第二項之無過失賠償而言，而第一項連帶負責之賠償，亦包括在內。蓋以損害之發生，既由受僱人自己之侵權行爲所致，雖法律爲保護被害人計，而使僱用人就其行爲負責，然就內部關係言，仍應全由受僱人負擔，縱爲連帶負責之賠償，僱用人亦無分担之義務（二八〇條），故不問關於本條之何項賠償，均得在其所履行之範圍內，有全部之求償權。

#### 第四款 承攬人之侵權行爲

承攬人侵權行爲者，即承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人權利之行爲也。定作人對於承攬人之關係，與一般僱用關係不同，而承攬人之於定作人，復具有獨立之地位，不受定作人之指揮監督，因之承攬人之侵權

行爲，應由承攬人自己單獨負責，而定作人不負損害賠償之責任（一八九條前段）。

惟定作人之不負責任者，應以定作人於定作或指示無過失者爲限。若定作或指示有過失時，仍應負損害賠償責任（一八九條但書）。所謂定作有過失者，如以有瑕疵之材料交付承攬人而爲工作之類是，所謂指示有過失者，如誤以他人之物爲己物而令承攬人施以工作之類是。定作人之定作或指示既有過失，其承攬人之侵權行爲，即係定作人已以自己之過失行爲介入於其中，故應由定作人負其責任。不過適用本條時，尙應注意下列幾點。

（甲）不須承攬人有故意或過失。定作人按照本條但書，對於承攬人侵權行爲負責時，其承攬人有無故意或過失，可以不問。承攬人無故意過失時，則係定作人機械的利用承攬人，應依第一百八十四條一般侵權行爲之規定，由定作人單獨負責。若承攬人有故意過失時，則爲定作人與承攬

人之共同侵權行爲，應依第一百八十五條共同侵權行爲之規定，由雙方連帶負責。

(乙) 損害須由於定作或指示而發生。定作人之定作或指示雖有過失，若承攬人所加於他人之損害，並非直接由於定作或指示而發生者，則承攬人之侵權行爲，尙不能認爲定作人自己之過失行爲，而定作人應不負損害賠償之責。

(丙) 舉證責任。關於定作人定作或指示之過失，應由被害人負舉證責任。蓋以此項過失，係定作人之負責要件，其主張適用此項要件而請求賠償損害之被害人，自非就此予以證明不可也。

#### 第五款 動物占有人之侵權行爲

#### 第一 動物占有人侵權行爲之概說

動物占有人侵權行爲者，卽就其所占有之動物加損害於他人時而成立之侵權行爲也。動物加損害於他人者，由其占有人負擔賠償責任，此爲羅

馬法以來之各國民法所公認，因動物富有加害於人之危險，從危險責任之理論言之，其占其此項危險性較大之動物者。實有不得不令其負擔相當之責任也。

惟其責任之輕重，則立法例殊不一致，在羅馬法以及近代法國民法（一三八五條），均採結果責任主義，占有人雖無怠於管束之過失，亦當負責任。德國民法（八三三條），本亦採結果主義，但以後於民法第八百三十三條增加後段之規定，其所認負責範圍，已較狹小，而為職業，營利或生活需要所占有家畜，雖加損害於他人，則可免除責任。至於瑞士債務法（五六條），及日本民法（七一八條），則廣認無過失之免責事由，凡一切動物加害他人者，如已為相當注意之管束時，可以免除責任，我國民法第一百九十條之規定，殆與瑞士債務法及日本民法相彷彿者也。

第二 動物占有人侵權行為之責任要件

（甲）須動物加損害於他人 此為積極負責要件，必須動物加損害于

他人時，始有本條之適用，茲再分述於下。

A 動物 在德國民法，本分動物爲家畜與否，而定責任之有無。我國民法，既汎言動物，則動物之種類，自無限制，祇須從動物學之意義，可稱爲動物者，均包含之。惟德日學者多以黴菌不能認爲本條之動物。如因培養黴菌而致傳染疾病於他人者，自應適用第一百八十四條一般侵權行爲之規定。

B 加損害於他人 所謂加損害於他人者，指動物由獨立之動作而加害他人者而言。若非動物獨立動作，而係由人嗾加害者，則嗾使之入，卽成立間接侵權行爲，應依第一百八十四條一般侵權行爲之規定，負賠償之責惟所謂動物獨立動作者，並不以動物本身直接加害者爲限，祇須因其獨立動作而發生者，亦可認爲動物所加之損害。如馬曳貨車狂奔，其車與馬脫離後，而車體撞壞他人物品者，仍應認爲馬所加之損害是也。

(乙) 須未爲相當注意之管束 此項要件，在條文亦係從反而規定，而定爲動物占有人之免責要件。動物占有人依動物之種類及性質，已爲相當注意之管束，或縱爲相當注意之管束而仍不免發生損害者，不負賠償責任（一九〇條一項但書）。此項免責要件，自亦應由動物占有人舉證，如動物占有人不能證明時，即應負責，而被害人不必就未爲管束之事實而爲舉證也。

### 第三 賠償責任之歸屬

(甲) 由動物占有人負賠償責任 動物加損害於他人，由其占有人負賠償責任，已如前述。惟於此項負責任者，何以僅以占有人爲限，而不言及所有人？因動物較之他項動產，富於自動性，其所有人爲誰，每每不易探明，且動物之管束，亦祇有此項有事實上支配關係之占有人，得爲充分之注意故也。若占有人與所有人同爲一人時，則所謂占有人負責者，自然同時即爲所有人負責。

又動物占有人者，並不以本身直接占有動物者爲限。其以他人爲占有補助人時（如僱用他人使用牛馬之類），而自己仍係本條之占有人，應負損害賠償之責任。

（乙）動物占有人之求償權。動物係由第三人或他動物之挑動致加損害於他人者，其占有人對於該第三人或該他動物之占有人有求償權（一九〇條二項）。蓋以動物之加損害於他人，既爲第三人或他動物所挑動，在對外關係，雖第三人或他動物占有人不直接對於被害人負賠償責任，而在對內關係，其動物占有人所已負擔之賠償，自可於其範圍內請求第三人或他動物占有人償還。惟挑動與前述嗾使不同，如第三人嗾使動物加害者，應自己成立間接侵權行爲，而直對被害人負責。

#### 第六款 工作物所有人之侵權行爲

##### 第一 工作物所有人侵權行爲之概說

工作物所有人侵權行爲者，卽就其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時而成立之侵權行爲也。土地上之工作物，一方面爲所有人所利用而享受其利益，一方面因危險性較大而易生損害，按之報償責任與危險責任理論，均非由所有人負侵害賠償責任不可。

惟各國立法例，關於物之範圍及責任之歸屬並較重，其規定却不一致。在日耳曼法，則以由一切無生物所生之損害，均由占有人負責，且認其責任爲無過失責任。法國民法（一三八四條一項及一三八六條），則以由動產所生之損害，由占有人負責，建築物所生之損害，由所有人負責，而於兩者之責任，均認爲無過失責任。德國民法（八三六條），則以由建築物及其他工作物所生之損害，由占有人負責，其能證明防止損害已爲相當注意者，可以免責。日本民法（七一七條），則以由土地上工作物與竹木所生之損害，首由占有人負責，其占有人能證明防止損害已爲相當注意時，則再由所有人負責，而於所有人責任，則定爲無過失責任，不如占有人認有免責事由。



我國民法第一百九十一條之規定，關於物之範圍及責任之輕重，則與德國民法相同，以土地上建築物或其他工作物爲限，並認防止損害之免責事由，惟其責任之歸屬，則爲所有人而非占有人。

第二 工作物所有人侵權行爲之責任要件

(甲) 須爲土地上建築物或其他工作物損害他人者，須爲建築物或其他工作物，若爲其他動物，則應適用第一百八十四條一般侵權行爲之規定。建築物者，指可蔽風雨者而言，其他工作物者，爲橋梁，堤防，牆壁，隧道，埠頭，溝渠，井池，以及電柱，電線，水管，銅像。並安設地上之遊戲器具（如秋千架之類）等，均包含之。惟安設地上之機械，是否爲本條之工作物，學者間主張不一，余意機械既係安設地上，即無他項動產有別，應以認爲本條之工作物爲宜（安設地上之機械有在屋外者，如埠頭上之起重機等是，有在屋內者，如工場內之機器等是）。

(乙) 須因設置或保管有欠缺 工作物損害他人者，須因其設置或保

管有欠缺所致時，所有人始負責任，否則不任其責。例如建築物並無何等瑕疵，而因雷電擊毀以致傷害人畜者，則不能負責是也。所謂設置有欠缺者，指建設當時，其設置方法有瑕疵而言，如築造不固材料不佳之類是，保管有欠缺者，指設置以後工作物發生之瑕疵而言，如風雨剝蝕，怠修繕之類是。此項欠缺，其所有人主觀上有無過失，可以不問，祇須客觀上實有欠缺已足。且不必須所有人知其有欠缺，並不必有害他人之故意或過失。

(丙) 損害須因其欠缺而生 損害須因其欠缺而生者，即欠缺與損害之間，須有因果關係也。惟此項因果關係，無須為直接之因果關係，換言之，即其所受損害，並無須直接基於工作物之欠缺。例如因起重機繩索不固，致他人因繩斷先落於地上，後由地上落於水中溺死者，亦可認為有因果關係。又工作物之欠缺，不必為損害之唯一原因，其有自然力或第三人及被害人之行為介入而與工作物欠缺為共同原因時，亦不妨適用本條。但第三人行為為共同原因時，其可成立共同侵權行為者，第三人應負第一百

八十五條共同侵權行爲之責，被害人行爲爲共同原因時，其有過失者，應適用過失相抵之理論，減免所有人之責任（參照二一七條）。

（丁）須於防止損害發生未盡相當注意 此項要件，條文亦係從反面規定，而定爲工作物所有人之免責要件。如工作物所有人於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不負賠償責任（一九一條一項但書）。條文既定爲免責要件，自亦應由工作物所有人舉證，不能證明時，即當負責，而被害人既證明其損害之事實已足。

所謂相當之注意者，乃指現實足以防止其損害發生之注意而言，如於工作物危險處所施以柵欄或其他障礙物，以隔絕行人往來之類是。若僅對第三人發警告者（如標示此處危險，行人遠避之類），尙不能認爲已盡相當之注意。

### 第三 賠償責任之歸屬

（甲）由工作物所有人負賠償責任 因工作物而損害他人者，應由工

作物所有人負賠償責任，已述於前。在他國立法例，本有以工作物占有人於工作物較爲接近，而定爲由占有人負責者（參照本款前述之概說）。然我國民法，則以所有人對於工作物，是享受利益之人，而經濟復較充裕，賠償亦易，且其設置或保管之欠缺事由，又多屬於所有人之責任，故定爲由所有人負賠償之責。

（乙）工作物所有人之求償權 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（一九一條二項）。所謂別有應負責任之人者，即所有人以外之人，就工作物之欠缺而有過失者之謂。例如承攬人，占有人等皆是。此等應負責任之人，雖於被害人之對外關係，不直接負擔賠償責任，而在對內關係，其所有人所已負擔之賠償，自應使之移轉其責任於直接有過失者，而享有其求償權。

#### 第四項 侵權行爲之效力

#### 第一 損害賠償之債之發生

侵權行爲之主要效力，即在使當事人間，發生以賠償損害爲目的之債之關係。換言之，即被害人取得損害賠償之債權，行爲人負擔損害賠償之債務。其關於損害賠償之法則，除侵權行爲有特別規定外，自應適用損害賠償之一般規定（二一三條至二一八條）。

如上所述，發生損害賠償之債，雖屬於侵權行爲之主要效力，但並非侵權行爲之唯一效力，其在損害名譽時，尙得發生請求回復名譽之權利，此在民法已有明文（一九五條一項後段）。此外權利繼續被侵害，或有被侵害之虞時，復有排除或預防請求權，即不作爲請求權。惟因此項請求權，在民法中並無規定，而學者間之見解尙難一致。有謂民法既僅認侵權行爲之損害賠償責任，不能另認有不作爲請求權之存在者，有謂凡可成立侵權行爲之權利或利益，均得行使不作爲請求權者，有謂民法僅就絕對權設有不作爲請求權之特例（一八條一九條七九三條七九五條九六二條），而於其他一切絕對權可以類推適用外，如相對權之債權，即不能承認不作爲

請求權者。

據余意見，凡屬不可侵害之權利或利益，既可因其侵權行為而有損害賠償請求權，則在繼續被侵害或有被侵害之虞時，又必須許其有排除或預防請求權，方可與侵權行為制度保護私人利益之精神相適合。故余以第二說爲允當，而以一切權利或利益，均可就前述絕對權之規定類推適用，承認其有排除或預防請求權。

## 第二 損害賠償之當事人

(甲) 損害賠償債務人 損害賠償債務人，在一般侵權行為，則爲行爲人，在共同侵權行為，則爲共同行爲人，在特種侵權行為，有爲行爲人者，亦有係就他人行爲或行爲以外事實之加害而負責任者，此均在前面分別述之，勿庸再贅。

(乙) 損害賠償債權人 損害賠償債權人，本係凡因侵權行為而本身權利被侵害之受損害人，均包括在內，但法律爲免除適用上發生疑義起見

，於生命權被侵害時，則設有左列之特別規定。

A 支出殯葬費者之損害賠償請求權 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（一九二條一項）。此項支出殯葬費之人，其與被害人關係如何，可以不問。其為負有支出費用義務之人（如有法定扶養義務人），固得請求賠償，即無義務之人，如朋友，同行，同居者等，其支出此項費用者，亦得請求之。至費用係由遺產支出時，則遺產繼承人，當然可以請求賠償。

B 法定扶養人之損害賠償請求權 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（一九二條二項）。此處所謂被害人，即同條第一項被不法侵害致死之人。第三人即法定扶養人既因其死亡而不能受領扶養義務之履行，則以後之扶養費即歸無着。就此點言，則法定扶養人，實為扶養權利之財產權被侵害之人，故加害人亦應負賠償責任。

C 父母子女及配偶之非財產上損害賠償請求權 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（一九四條）。在父母子女及配偶，因被害人之死亡而受財產上損害者，如支出殯葬費，喪失扶養權利，以及其他財產上損失等，自可依第一百九十二條以及一般損害賠償之規定，請求賠償。但親子夫婦之間，原有至厚之恩情存在，一旦因死亡永別，其精神上之痛苦（即非財產上之損害），比之財產上之損害，猶有過之，自亦應使之得以請求相當之賠償金額，以資慰藉，此即第十八條之所謂慰撫金。然則所謂相當者，究以如何之金額始得謂之相當？則由法院斟酌具體情形（如被害人並加害人之地位，財產，以及所受痛苦之程度等等），自由裁量定之。

此項非財產上損害之賠償金額，既是對於父母子女及配偶之慰撫金。因之此項請求權，即是父母子女及配偶，因法律之規定，而獨立



取得之損害賠償請求權，並非視為被害人之繼承人，而繼承其請求權也。

### 第三 損害賠償之方法

(甲) 一般損害賠償方法規定之適用 民法關於損害賠償，原設有一般規定。其因侵權行為所生之損害賠償，所有一般規定之損害賠償方法（二二三條至二一五條），自亦應適用之。此項一般規定之賠償方法，原則上為回復原狀，其不能回復原狀或回復顯有重大困難者，則有金錢賠償之例外。俟下章論債之標的時再詳述之。

(乙) 侵權行為損害賠償方法之特別規定 因侵權行為所生。損害之賠償方法，應適用一般規定固矣。但民法尙就侵權行為之損害賠償方法設有幾種特別規定如下。

A 喪失減少勞動能力或增加需要時之賠償方法 不法侵害他人之身體或健康者，其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，已爲民法第一百九十三條所明定。關於此項損害，原係不能回復原狀者，依照一般規定，自應以金錢賠償其損害。惟於法就支付賠償金之方法，另設有一種特別規定，卽此項損害賠償，法院得因當事人之聲請，定爲支付定期金是也（一九三條二項）。蓋以此項賠償金額，乃係作爲被害人之一種生活資料，原可陸續支付，且其金額每每爲數甚鉅，一時全數支付或不甚易者有之，故於課加害人以賠償責任之中，復使得爲定期支付以示體恤之意。惟既定爲定期金之支付，則以後被害人若無資力如期履行，而被害人又必蒙受不利。故法院於定爲支付定期金後，必須命加害人提出担保（一九三條二項但書）。

B 侵害名譽之賠償方法 名譽被侵害者，除得請求賠償相當之金額外，並得請求爲回復名譽之適當處分（一九五條一項後段）。所謂適當處分，如登報道歉，或將法院關於本案判詞登報（參照刑法三

三二條）之類是。

#### 第四 損害賠償之範圍

（甲）一般損害賠償範圍規定之適用 損害賠償之範圍，民法亦設有一般規定（二一六條至二一八條），其因侵權行為所生損害之賠償範圍，自亦應適用之。一般規定之賠償範圍，第一，是就有相當因果關係之全部損害而為賠償，即是以填補債權人所受損害及所失利益為限，第二，是過失相抵，即是損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。亦俟在下章詳論之。

（乙）侵權行為損害賠償範圍之特別規定 因侵權行為所生之損害，其賠償範圍，固應適用一般規定，但民法為免適用上發生疑義起見，尚設有幾種特別規定如下。

A 生命權受侵害時賠償範圍 不法侵害他人致死者，加害人對於支出殯葬費之人以及被害人負有法定扶養義務之人，應賠償其損害。

而被害人之父母子女配偶，並得就非財產上之損害請求賠償（一九二條及一九四條）。此在前述損害賠償債權人時已並言之。

B 生命權以外之人格權受侵害時賠償範圍 不法侵害他人之身體或健康者，加害人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者，應賠償其損害（一九三條一項），此在前述損害賠償方法時，亦已並言之。本條賠償，可謂屬於財產上損害之賠償範圍，因喪失或減少勞動能力，即不能從事於職業上之工作而獲得收入，增加生命上之需要，而費用之支出又須增多故也。不過身體或健康受侵害時，其財產上之損害，尙不止此，如醫藥費，治療期中曠棄職業之損害等皆是，此等損害，自應適用一般損害賠償之規定，無須另有明文。

又不法侵害他人之身體，健康以及名譽或自由者，被害人除得適用一般損害賠償規定，而身體健康受侵害者，並得適用第一百九十三

條規定，而為財產上損害之賠償請求外，其他財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額（一九五條前段）。蓋以此等人格權受他人之侵害後，其被害人精神上所受痛苦，有時自亦不小，故亦應使之得請求相當之賠償金額，以資慰撫。此項慰撫金之算定，當由法院斟酌加害人與被害人之地位，財產，以及所受痛苦程度，並侵害行為之狀況等，自由裁量之。

C 物受侵害時賠償範圍 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（一九六條）。毀損他人之物時，本可依一般損害賠償方法之原則，由修繕（一部毀損時）或給以同種之物而回復原狀。但物既受有毀損，雖加修繕或給以同種之物，恐仍難與原狀完全相合，而有同一之效能。故特定為應賠償減少之價額。

#### 第五 損害賠償請求權之移轉性

損害賠償請求權，原有財產上損害賠償請求權與非財產上損害賠償請

求權之別。其財產上損害賠償請求權，得以讓與或繼承，學者間尙無何種爭論。惟非財產上損害賠償請求權，能否讓與或繼承；則主張殊不一致。據我民法規定，其因侵權行爲所生之非財產上損害賠償請求權，原則上不得讓與或繼承，而例外得讓與或繼承之，試述於下。

(甲) 原則 不法侵害他人之身體，健康，名譽或自由者，其非財產上之損害，所有金額賠償請求權，以及回復名譽之適當處分請求權，均不得讓與或繼承（一九五條二項前段）。蓋以非財產上損害之金額賠償，原所以慰撫被害人本人者，是否請求，應專依本人之感情與意思以爲斷。至關於回復名譽之適當處分，其請求尤當以本人之感情與意思爲主。故此等請求權，均定爲原則上不得讓與或繼承。

(乙) 例外 非財產上之損害，其金額賠償請求權，已依契約承諾或已起訴者，則得讓與或繼承（一九五條二項但書）。蓋以既已依契約承諾或已起訴，則被害人已顯有請求撫慰金之意思表示。此時許其讓與或繼

承，已與本人之感情及意思，不相違背矣。惟條文但書之例外，既祇限於金錢賠償請求權，則回復名譽之適當處分請求權，縱令已依契約承諾或已起訴，自仍不得讓與或繼承之。此即以是項請求權，在其性質上缺乏其移轉性也。

## 第六 消滅時效

(甲) 消滅時效之期間 因侵權行為所生之損害賠償請求權，本係民法第一百二十五條所謂請求權之一。但因此項損害賠償之法律關係，若不及早確定，則事實之證明以及賠償額之算定，必將發生困難。且請求權人既已怠於行使，其不就其請求權為長時期之保護，亦不為刻。故民法第一百九十七條第一項，特規定短期消滅時效如下。

A 自知有損害及賠償義務人時起算之期間 自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使其請求權者，即歸消滅。所謂知有損害者，不僅以知有某種損害事實已足，並須知其損害係由於某違

法行爲之結果而生，至於損害之數額或程度，則無須詳細知之，故以後損害數額或程度縱有變更，其時効消滅期間，仍從最初知悉時起算。所謂知有賠償義務人者，即知有依法應負賠償責任之人也，其在未知之時，既無從行使其請求權，自亦不得起算，不行使之二年時効。至於共同侵權行爲，其賠償義務人有數人時，若僅知其中一人者，即應就該一人開始進行時効，該一人之消滅時効如已完成，其對於他共同侵權行爲人之效力如何，應適用第二百七十六條第二項之規定。

上述知有損害及知有賠償義務人兩事，必須一一兼備時，方可起算時効。若知其一而不知其二，則尙不能起算也。

B 自有侵權行爲時起算之時間 自有侵權行爲時起，逾十年者，其損害賠償請求權，亦歸消滅。此項十年時効期間，乃係與前述二年之時効期間相輔而行者。在請求權人知有損害及賠償義務人者，固



可從其知悉時起算不行使之二年時效。但在未知之時，則非另設救濟規定不可。故定為自侵權行為時起，其時間為十年。此即以請求權人既不知之，而事實上即無從行使權利，自應設較長之時效時間，以使之多有可以主張其請求權之機會也。

(乙) 消滅時效對於不當得利請求權之效力 損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於損害賠償請求權之消滅時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人（一九七條二項）。在因侵權行為受利益，致被害人受損害時（例如無故對於他人之物而使用收益致加害他人時），則一面成立侵權行為，一面又可成立不當得利。此時被害人對於損害賠償義務人，除應有侵權行為之損害賠償請求權外，復應有不當得利之返還請求權。此項因一個行為而有兩個請求權之情形，學者稱之為請求權之競合，亦曰請求權之併存。在此項請求權併存之下，其各請求權之消滅時效，原係各別的進行者，其侵權行為之損害賠

償請求權因時效完成而消滅時，其他不當得利之返還請求權，則不因之而消滅。故損害賠償之義務人，於損害賠償請求之消滅時效完成後，仍應不當得利之規定，返還其利益於被害人。

以上你僅就侵權行爲。損害賠償請求權與不當得利返還請求權併存者而言。然請求權併存之情形，原不止此。而此外尚有侵權行爲損害賠償請求權與債務不履行之損害賠償請求權併存者，例如租人因故意或過失致租賃物毀損或滅失時，一方發生不履行保管義務之損害賠償請求權，一方又發生侵權行爲。損害賠償請求權是。又有侵權行爲損害賠償請求權與物上請求權併存者，例如某人因故意或過失奪取他人所有物時，一方發生回復所有物上請求權，一方又發生侵權行爲損害賠償請求權是。

在此等請求權併存時，其效力原有種種。除前述時效各別進行完成之效力外，尚有（一）各請求權不能同時滿足其目的，一個已得滿足，其他即歸消滅，（二）各請求權具有獨立的發生原因，一個縱不成立，其他非必亦不成

立，（三）各請求權均得獨立在審判上行使之，一個縱已敗訴，又可就他個再為訴訟，或於訴訟中途，棄此就彼，而變更訴之原因。茲因論述之便，特為附述於此。

（丙）消滅時效對於債權廢止請求權之效力 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（一九八條）所謂因侵權行為取得債權者，如依脅迫或詐欺手段而使被害人書立負擔債務字據之類是。此項債權，既係不法取得，而被害人自有請求廢止之權。惟此項廢止請求權已因時效而消滅者，如法律不明定仍得拒絕履行，則被害人因廢止請求權之消滅，已喪失其抗辯理由，如加害人請求履行，勢非應其請求不可。如此，則於被害人之保護，未免欠周，故許其仍得拒絕履行。



民國二十三年九月出版



著者 周新民

印刷者 上海法學書局

發行者 上海法學書局

債編總論 上冊

定價大洋玖角

總發行所 上海法學書局

雲上海路東首

