

柯凌漢著

中華債法論綱

下

商務印書館發行

柯凌漢著

中
華
債
法
論
綱
下

商務印書館發行

第二部 各論

第一章 因契約而生之債

第一節 總說

第一款 契約之意義

契約一語，本有廣狹二義。廣義之契約，泛指發生私法上效果之一切合意；不但發生債權關係之合意，得稱契約，即發生物權關係，親屬關係及其他私法上法律關係之合意，亦莫非契約。反之，狹義之契約，則祇指發生債權關係之合意；即所謂債權契約是也。德國民法上契約之用語，從廣義。法日兩國民法則從狹義。〔一三一〕我民法規定契約于債編，甚似亦從狹義解釋，但同時于第七十九條至第八十二條、第八二〇條、第八二三條、第八六一條、第一〇〇四條、第一一六四條，又廣用契約之名稱。且契約一語，亦無專指債權契約之理由，以從廣義解釋為適當。故我民法上所謂契約者，乃以二個以上，相互的意思表示之合致，為成立要件之法律行為也。（第一五三條一項）析言之：

〔一三一〕德國民法，規定契約于總則編；（德民第一四五條以下）法國民法，則規定之于財產取得編；（法民第一一〇〇條以下）日本民法，規定之于債權編；（日民第五二一條以下）我舊民法從德制；（司律第二〇一條以下）新民法則改從日本立法例。由理論言以德國民法之編

制爲宜。

(一) 契約者法律行爲也。契約爲發生私法上效果之行爲，且以意思表示爲成立要件，故爲法律行爲。惟其所生之私法上效果，不以債權關係爲限，卽發生物權法親屬法及繼承法上之效果，亦得謂之契約。

(二) 契約以二個以上相互的意思表示之合致爲成立要件。契約以二個以上意思表示之合致爲要件，故與單獨行爲有別。且其多數意思表示之合致，爲相互的而非平行的，故與合同行爲又不相同。「一三二」合致云者，二個以上之意思表示，其內容相一致，且其各表示人均有相互訂立契約之意思之謂。其表示方法及外形相同與否，可不問之。故甲以言詞表示其意思，乙以書件爲表示，或甲用明示，乙用默示時，均不失爲意思表示之合致。又甲表示願買之意思，乙表示願賣之意思時，亦不妨爲意思表示之合致。至其二個之意思表示，其內容一致與否，要不外依各場合之事實定之。

【一三二】契約與合同行爲之區別，除其兩者意思表示之方向，彼此不同外，尙有二個之異點：其一，在契約，其二個以上之意思表示，有相異之意義。如在買賣契約，一方表示願買，一方表示願賣是。反之，在合同行爲，則各個意思表示，有相同之意義。如多數人共同訂立法人之章程是。其二，在契約，其各當事人有相異之目的。反之，在合同行爲，則其多數當事人有共同之目的。

契約之意義，應從廣義解釋，固如上述。但民法債編中，關於契約之規定，除關於契約之成立者外，其餘無不以債權契約爲對象。故其規定之得適用於物權契約及其他契約者，僅關於契約成立之規定（卽第一五三條至第一六六條）而已。

第二款 契約之成立

契約因二個以上意思表示之合致而成立；其意思表示，通常多異時爲之。其先之意思表示曰要約，後之意思表示曰承諾，茲分述之：

第一項 要約

第一目 要約之意義。

要約者，當事人之一方，以得相對人承諾即時完成契約爲目的，請求相對人訂立契約之意思表示也。故要約要具備左之條件：

(一) 爲要約之當事人要有得相對人承諾即時完成契約之意思。易言之，即要約人之意思，在經相對人承諾後，不必再有新意思表示，其契約即可成立。此即要約與要約之誘引相異之處。所謂要約之誘引者，引誘他人，使其對於自己爲要約之行爲也。如火車輪船之廣告，房屋之租標皆是。要約之誘引，於誘引人及相對人合意後，尚須一方要約，一方承諾，其契約方成立，故與要約有別。其爲要約抑爲要約之誘引，應就各場合，細察其意思表示之內容，及表示人之意思定之。但就於此點，民法尙設有特別規定：即貨物標定賣價陳列者，視爲要約。價目表之寄送，則不視爲要約。(第一五四條二項)而視爲要約之誘引。

(二) 要約要包含契約主要之內容。要約經相對人承諾時，即成爲契約，故要約之內容，不可不包含契約成立所必要之條件。蓋不如是，即得相對人之承諾，其契約仍不能即時成立也。例如買賣之要約，其要約中，必須指定

標的物及價金；租賃之要約，其要約中，必須指定標的物及租金；不然則不能成爲買賣租賃之要約。但要約中祇以具備契約成立必要之條件爲足；至其附屬之條件（如買賣價金支付之時期）雖讓之當事人將來之協議，亦無不可。因其附屬條件，當事人縱未經表示意思，仍推定其契約業已成立故也。（第一五三條二項）

（三）要約須對於相對人爲之。要約乃當事人之一方，對於相對人請求其訂約而爲之者，則其意思表示，當然應對相對人爲之；對於第三人爲之者無效。故相對人從第三人探知其要約表示，而爲承諾時，其契約仍不成立。但其相對人，不以特定人爲限，固不待言。（一三三）

【一三三】如後述之懸賞廣告，（本款第五項參照）在我民法上，應認爲要約之一種。然懸賞廣告，係對於不特定多數人爲之，故爲對不特定人之要約。

第二目 要約之效力

要約乃一意思表示，故關於一般意思表示效力發生時期之規定，于要約當然有其適用。即對話之要約，于相對人了解其要約時，發生效力；非對話之要約，于其通知達到相對人時，發生效力。（第九四條第九五條參照）至其所生之效力，得由要約人及其相對人兩方面觀察之。

（一）對於要約人之效力。要約人有得相對人承諾，即時完成契約之意思，當然應受其要約之拘束。故要約人不得任意撤回其要約。學者稱之曰要約之拘束力。但在（甲）要約人于要約當時，曾預先聲明不受拘束之場合，（乙）依當時情形，或事件性質，可認當事人無受其拘束之意思之場合，不生拘束力。（第一五四條一項）

【一三四】依當時情形，可認當事人無受其拘束之意思者，如對於不特定人爲要約是。依事件性質，可認爲當事人無受其拘束之意思者，如講求贈與之要約是。

要約之拘束力，僅于一定期限內存續。即（甲）其要約定有承諾期限者，非于其期限內爲承諾，即失其拘束力。（第一五八條）（乙）其要約未有承諾期限者，若爲非對話之要約，非于要約人通常可受承諾之相當期限內爲承諾，亦失其拘束力。（第一五七條）若爲對話之要約，非立時承諾，即失其拘束力。（第一五六條）此種法律所定得爲承諾之期限，可稱法定承諾期限。上述要約人所定之承諾期限，可稱意定承諾期限。

（二）對於相對人之效力 要約之相對人，得對於要約人爲承諾，使其要約成爲契約。學者稱之曰要約之承諾能力，或稱承諾適格。相對人只有承諾之自由（一三五）無須對於要約人爲承諾與否之確答。若要約人同時將物品送交相對人，得拒受絕領。倘因一定事由不及拒絕而受領之時，亦不負保管之義務。故相對人除因故意過失毀損其物外，不負損害賠償之責任。（一三六）

【一三五】此項自由，學者有稱之爲權利者（戴修瓚氏債總第四七頁）有稱之爲權能者（陳蓮昆氏債總第三四頁）均屬未當。蓋要約在未取得承諾前，其契約尙未成立，其權利即無從發生；又權能不外權利之成分，權利既未發生，更無權能之可言。再承諾自由，祇就一般場合而言。在特種情形之下，相對人亦有負承諾之義務者。即（一）要約人與相對人，就于其要約之事項，前已訂立預約之場合。（二）依法律特別規定，相對人不得拒絕承諾之場合。（如修正醫師暫行條例第十七條有關業醫不得拒絕診治之規定）是也。

【一三六】然則此際相對人負返還其物之義務否乎？我國學者，有積極消極兩說。陳瑾昆氏（債總第三四頁）主積極說，戴修瓚氏（債總第四七頁）主消極說。余謂相對人既受領其物，即係不當得利，自應負返還之義務，且不得拋棄其物之占有。

依上所述，知要約自體可生一定之效力，然不得因此而生『要約爲單獨行爲』之誤解。蓋要約自體所生之效力，非其意思表示內容所欲生之私法上效果；【三七】倘欲發生此效果，不可不待乎契約之成立，而單獨行爲則非否。故要約乃意思表示，示而單獨行爲。

【三七】學者有以要約自體可生拘束力，謂要約乃單獨行爲之一種，如德儒Kunemann，日儒橫田秀雄是。然單獨行爲能獨立發生當事人所欲生之效果，而要約不過契約之成分，非與承諾結合，不能發生當事人所欲生之效果，故非單獨行爲。至要約所生之拘束力，乃法律規定之效果，而非要約人所欲生之效果。蓋未有因欲受拘束而爲要約故也。

第三目 要約之失效

要約之效力，因左列原因而消滅。

（一）要約之撤回 要約之撤回者，要約人以一方的意思表示，收回要約，使失其效力，或使其不生效力之謂也。此種撤回，應于相對人未爲承諾前，向相對人爲之；否則無效。

要約有拘束力時，要約人本不得撤回。又拘束力消滅後，其要約業已失效，（後詳）亦無須再行撤回。故要約之撤回，只於左列二種情形見之。

（甲）其要約本無拘束力者 要約有因要約人之特別聲明，與其他事故，本不生拘束力等，已如前述，此種

要約，尙有承諾能力，其要約人得撤回之，使其全然失效。

(乙) 其要約尙未達于相對人者，要約之通知，未達于相對人時，其要約尙未發生效力，要約人自得撤回之，使其永不發生效力。此種撤回，依第九十五條規定，其通知須較要約先時達到或同時達到。否則其要約已生拘束力，自不得再許撤回。但其撤回之通知，其達到雖在要約達到之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時達到者，相對人應向要約人發即遲到之通知。若相對人怠于通知，其撤回要約之通知，視爲未遲到，其要約自始不生效力。(第一六二條)

(二) 要約之拒絕 要約之拒絕者，相對人對於要約人，表示不承諾之意思之謂也。要約一經拒絕，則失其要約之效力，故當事人欲再爲契約時，非一方從新爲要約不可。民法第一百五十五條規定：「要約經拒絕者，失其拘束力。」甚似尙有承諾能力者。然此與當事人之意思相反，應解爲全然失效爲正當。又將要約擴張、限制、或變更，而爲承諾者，視爲拒絕原要約，而爲新要約。蓋對於要約之承諾，非單純承諾不可，若承諾而附加條件，或變更其內容，是其承諾與要約，已不一致，自無成立契約之理。但此等意思表示，究其真正拒絕要約可比，若直視之爲無効，不特于當事人之意思有所不協，事實上亦多不便。故法律于此情形，特認其承諾爲拒絕原要約，而爲新要約。俾原要約人得對之再爲承諾，使其契約即時成立。(第一六〇條二項)

(三) 承諾期限之經過 對於要約之承諾，本有一定之期限，已如前述，倘已逾此期限，不特要約人不受要約之拘束，其相對人亦不得爲承諾，即其要約完全失其效力。(一三八) 故承諾期限經過後達到之承諾，不能成立契

約。(第一五六條至第一五八條)

〔一三八〕承諾期限經過後，依第一五六至第一五八條規定，其要約只失其拘束力，甚似尙有承諾能力，而非全然失效。然理論上應解爲全然失效，其理由與(二)所述者同。

(四)相對人之承諾 要約經相對人承諾後，即成立契約，則要約與承諾，同時變爲契約之成分，自失其獨立存在。故承諾亦爲要約失效之原因。

第二項 承諾

承諾者，要約相對人，以與要約人訂立契約之目的，所爲贊成要約之意思表示也。承諾之有效成立，須具備左之要件：

(一)承諾之內容須與要約全然一致 承諾爲贊成要約之意思表示，故其內容非與要約全然同一不可。承諾內容與要約內容相異時，則當事人間即失其意思表示之合致，其契約不能成立。故擴張、限制、或變更要約內容之承諾，法律特視其爲新要約，而不認其爲承諾。(第一六〇條二項)

(二)承諾須于要約有效之時爲之 承諾與要約並存，始能成立契約，故承諾發生成立契約之效力，非于要約有效之時爲之不可。若其要約業已失效，即不得對之爲承諾。是以遲到之承諾，祇可視爲新要約，而非承諾。(第一六〇條一項)遲到之承諾者，即其承諾之通知，于承諾期限經過後，方達到于要約人之謂也。遲到之承諾，雖無承諾之效力，但按其傳達方法，依通常情形，其承諾之通知，在相當時期內可達到而遲到者，要約人須向相對

人發遲到之通知。若怠于爲此通知時，即視其承諾通知爲不遲到，其契約仍能成立。（第一五九條）

（三）承諾須由要約相對人爲之。故除要約相對人外，不得以自己名義，對於要約人爲承諾。至于要約相對人死亡後，其繼承人得爲承諾否乎？應于各場合，解釋要約人之意思定之。

（四）承諾須向要約人爲通知。承諾以與要約人訂立契約爲目的，當然應向要約人發承諾之通知。但依習慣或事件之性質，或要約人之預先聲明，其承諾不必通知者，則不必對於要約人爲承諾之通知，祇須有承諾意思之表現足矣。（第一六一條）此際由嚴格言，非有真正承諾之存在，于後當詳言之。（本款第三項之（二）參照）

承諾不外一意思表示，其效力發生之時期，依第九十四條及第九十五條前段之規定。且在其效力未發生以前，亦得依第九十五條但書之規定撤回之。但其撤回承諾之通知，其達到在承諾達到之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時達到者，要約人應向承諾人，即發遲到之通知。若怠于爲此通知，其撤回承諾之通知，視爲未遲到，其承諾仍不生效力。（第一六三條）

第三項 其他之訂約方法

契約通常依要約與承諾之合致而成立。但特殊場合，亦有以其他方法，以訂立契約者。茲舉於左：

（一）要約之交錯。當事人之一方向相對人爲要約，其相對人亦對要約人爲內容一致之要約時，謂之要約之交錯。

要約之交錯，得成立契約否乎？從來學者有積極消極兩說，余從積極說。蓋依我民法第一百五十三條一項之規定，當事人互相表示意思一致者，其契約即時成立，本非必須採用要約與承諾之方法。要約之交錯，其兩個相互的意思表示之內容，客觀的既相一致；而在主觀方面，雙方當事人，復均有互相訂約之意思；理論上其契約自可因之成立。且實際上亦以使其成立契約，較為便宜。消極說謂契約須有要約與承諾，方可成立。在我民法上，毫無根據，殊不足採。

(二) 承諾意思之表現 通常訂立契約，須由要約相對人，向要約人，發承諾之通知，契約即其承諾通知達到而成立。而在依習慣或依其事件之性質，或要約人之預先聲明，其承諾無須通知者，則無須發承諾之通知，其契約于相當期間內，有可認為承諾之事實時成立。(第一六一條) 因有此可認為承諾之事實，雖由外部得以推知，要約相對人有承諾之意思，然此非要約相對人所為承諾之意思表示。學者特稱之曰承諾意思之表現。例如受領要約人隨同要約所送之物品並消費之，(買賣契約) 或為要約人所委託之行爲(委任契約是也)。

承諾意思之表現，須與約相對人，確有承諾之意思，且其意思已依一定事實間接表現於外部。此點與默示的承諾相同。以故從來學者，多解為默示之意思表示。然默示承諾，仍須有表示意識，而承諾意思之表現則否，且承諾意思之表現，若與默示承諾無別，則第一百五十三條一項，已有默示承諾之規定，即無再設第一百六十一條之必要。故兩者宜區別之。

第四項 契約成立之時期

契約以相互的意思表示之一致爲成立要件；故其意思表示一致時，契約即可成立，固不俟言。惟契約內所包含之事項，常甚複雜，應就如何之事項，有意思表示之一致，其契約方爲成立乎？此應于各場合解釋當事人之意思表示定之。當事人意思表示不明時，若其契約上必要之點，當事人之意思表示業已一致，縱其非必要之點，尙未經表示意思，仍推定其契約爲成立。此際其非必要之點，當事人應于契約成立後協定之。當事人協議不諧時，法院因當事人之請求應依其事件之性質定之。（第一五三條）所謂必要之點者，即客觀的要素之義。例如買賣契約上之標的物及價金是也。（二三九）

【一三九】非必要之點，經當事人表示意思時，亦可構成契約之要素，此可稱爲主觀的要素。此際就其主觀的要素，當事人之意思表示不一致時，其契約不成立。又其非必要之點，當事人認爲要素，而未表示意思時，若就必要之點，其意思表示業已一致，雖推定其契約爲成立，但當事人不妨提出反證，以推翻其推定，使其契約不成立。

契約于其意思表示一致時成立，已如上述。今將此原則適用之：即（一）依要約承諾訂立之契約，于其承諾發生效力之時成立。（二）依要約之交錯成立之契約，于其後之要約發生效力之時成立。（三）依三個以上意思表示之一致成立之契約（如合夥契約）于其最後之意思表示發生效力之時成立。但對此原則，又有例外。

（甲）依承諾意思之表示成立之契約，無所謂意思表示之一致，於有可認爲承諾之事實時成立。（第一六一條）
（乙）以交付物體爲成立要件之契約（要物契約）其交付物體于意思表示一致後爲之者，於交付物體時成

立（第五八九條參照）

（丙）契約當事人約定其契約須用一定方式者，除當事人另有訂定外，其契約於其方式完成時成立。（第一六六條）

（丁）契約當事人有交付定金者，其契約于交付定金時成立。（第二四八條）

第五項 懸賞廣告

第一目 懸賞廣告之性質

懸賞廣告者，以廣告聲明，應對完成一定行為之人，給與一定報酬之意思表示也。如懸賞尋人是習慣上稱之曰賞格，亦稱賞榜。

關於懸賞廣告之性質，從來有契約說與單獨行為說之爭。主張契約說者，謂懸賞廣告，乃對於不特定人之要約；須經行為人（即完成行為之人）之承諾，方能成立懸賞契約，而發生債務。主張單獨行為說者，謂懸賞廣告，乃單獨行為；廣告人基於廣告自體，對於行為人，即負給與報酬之義務，毋須再經行為人之承諾。惟初為廣告之時，倘未有行為人，不得謂即發生單純之債務。故主張單獨行為說者，多以指定行為之完成，為廣告人負擔債務之停止條件。即在其所指定之行為為未完成以前，廣告人只負附停止條件之債務。日本民法，及瑞士債務法採前說；德國民法採後說。〔二四〇〕由當事人之意思，及實際之適用而言，均以後說為正當。但我民法採契約說，故將懸賞廣告規定於契約通則中，即認懸賞廣告為對於不特定人之要約。

【一四〇】日本民法第五二九條以下，瑞士債務法第八條，德國民法第六五七條以下參照。我國舊民律從德制，規定于第八七九條以下。

第二目 懸賞廣告之要件

懸賞廣告之成立要件有三，列左：

(一) 須以廣告爲意思表示。廣告者，可使不特定多數人週知之表示方法也。其表示方法，或以言詞，或用文字，均無不可。其所向表示之人，雖須爲不特定多數人；但不必爲一般人，故其範圍不妨加以抽象的制限。如限定本國人之類。

(二) 須表示徵求完成一定行爲之人。此爲懸賞廣告之目的。其所徵求之行爲，即指定行爲，法律不限定其種類，祇須不違公之秩序及善良風俗足矣。但既限於行爲，故聲明對於具有一定狀態之人（如狀貌奇異者）應給付一定報酬者，非茲所謂懸賞廣告。

(三) 須聲明應對行爲人給與一定之報酬。若不爲給與報酬之聲明，即無所謂懸賞。但其報酬，不以有財產的價值者爲限；凡人類生活上需要之事項，而無違法性者，均得以之充報酬。例如給與獎狀是。

廣告之要件，僅如上述。此外學者有以廣告人有負擔債務之意思，爲廣告成立之要件者。（戴修瓚氏債總第七八頁周新民氏債總第九五頁）余不贊成其說。蓋廣告人倘無負擔債務之意思，而爲懸賞廣告時，其懸賞廣告，仍得成立；惟此際其所表示之意思，與廣告人真意不合，其效力應依第八十六條解決之耳。（二四二）

【二四一】戴周二氏之說，殆從日儒鳩山秀夫之主張。鳩山氏日本債權法各論第九一頁，有「客觀的不可認爲真意表示誇大廣告，非法律上

所謂之懸賞廣告」云云。然此種非真意之廣告，即我民法第八六條所定之中心保留。其效力雖較遜于真意表示，但其意思表示尙非不成立。故廣告人有負擔債務之意思，祇其有效要件，而非其成立要件。

第三目 懸賞契約

第一則 懸賞契約之成立

懸賞廣告，乃一契約，須俟成立懸賞契約後，方能發生債務。既如前述。然則其懸賞廣告，于何時變為懸賞契約乎？即懸賞契約，于何時成立乎？就此問題，學說紛紜。有謂指定行為之完成，應認為承諾，懸賞契約即因之成立者。有謂須于指定行為完成後，行為人再對廣告人，發完成之通知，其契約方成立者。日本學者多採前說。我民法之解釋，應從後說。蓋我民法第一百六十四條一項雖規定：「廣告人對於完成該行為之人，負給付報酬之義務。」甚似其契約已于行為完成之時成立；然其二項又定：「數人各完成指定行為時，廣告人祇應對於最先通知者，給付報酬。」不外認廣告人與先為通知之行為人，先訂立契約，即以通知之時，為契約成立之時。且依同條一項後段之規定，廣告人對於不知其廣告而完成該行為之人，亦負給付報酬之義務。若如前說，以指定行為之完成，即認其為承諾，則行為人尙不知有要約，而已有承諾，未免反於承諾之本質。故應解為於指定行為完成後，有完成之通知時，方有承諾，其契約即於此時成立。（四二）

〔四二〕同說戴修瓚氏債總第七八頁周新民氏債總第九六頁參照。陳瑾昆氏債總第五三頁，則從日本學者之通說，以指定行為之完成，認為承諾而以第一六四條一項之規定，作為例外，不免自相矛盾。蓋既有例外情形，足見其說不能適用於一切之懸賞廣告，其不足採也明矣。

第二則 懸賞契約之效力

懸賞契約成立後，廣告人對於行爲人，負給與報酬之義務（第一六四條一項）行爲人有請求給與報酬之權利。至指定行爲，已于契約成立前完成，從行爲人不負完成行爲之義務。此即懸賞契約與承攬契約之異點。〔四三〕

〔四三〕懸賞廣告之行爲人，須于完成指定行爲後，方得請求報酬，與承攬人須俟完成工作後，方得請求報酬（本章第九節參看）其情形相似。然承攬人負完成工作之義務，而懸賞廣告之行爲人，則不負完成指定行爲之義務。是其異點。

行爲人只有一人時，固得單獨請求報酬；若有數人同時或先後各別完成指定行爲時，廣告人應對何人給與報酬乎？德、日民法，均以完成行爲之先後爲標準；祇最初之行爲人，得請求報酬。〔四四〕我民法反之，以完成行爲通知之先後爲標準；廣告人對於最先通知之行爲人，已給與報酬時，其給付報酬之義務，即全歸消滅，對於次通知之行爲人，不必再給報酬。（第一六四條二項）但最先通知之行爲人，已拋棄其權利時，廣告人仍應對於次通知之行爲人，給與報酬。因此際廣告人尙未對最先通知之行爲人，給與報酬，仍不能免其義務故也。

〔四四〕德國民法第六五九條一項，日本民法第五三一條二項。我舊民律，從德、日立法例。（同律第八八〇條參看）

第四目 懸賞廣告之消滅

懸賞廣告，因左之事由發生而消滅。

（一）撤回 懸賞廣告，除其廣告中有特別聲明，及已定完成指定行爲之期限者外，廣告人于行爲完成前，得任意撤回之。蓋廣告人之爲懸賞廣告，每基于特殊之情形，若其後性形業已變更，自不應使其永受拘束，故許其撤回。

(第一六五條稱此種撤回爲「撤銷」用語殊嫌失當)

懸賞廣告之撤回，亦應依廣告之方法，蓋非如是，不能使不特定多數人週知也。既經撤回，其懸賞廣告即失其效力，從撤回前已著手于指定行爲者，不問其後能否完成其行爲，本均不得請求報酬。惟已着手于指定行爲者，既耗相當之財產與勞力，一旦廣告撤回，難免蒙意外之損失，亦應設法救濟，方昭公允。故民法第一百六十五條特明定：「除廣告人能證明已着手指定行爲之人，將來不能完成其行爲外，對於行爲人因信賴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。」此乃消極行爲上之損害，而非契約不履行之損害。因其懸賞契約尙未成立故也。

(二) 期限屆滿 廣告人于廣告已明定完成指定行爲之期限時，則其廣告之效力，僅在其所定期限內存續，若其期限業已屆滿，尙無完成指定行爲之人，則廣告不待撤回，當然消滅。

(三) 指定行爲不可能 指定行爲因一定事由而不能完成時，則廣告亦失其效力。

(四) 懸賞契約成立 懸賞廣告，因行爲人之通知，已成立爲懸賞契約時，則廣告已經變成契約之成分，當然消滅。

第三款 契約之分類

契約得大別之爲債權契約、物權契約，其他契約三種。惟債法上之契約，限於債權契約。茲只就債權契約之分類述之。

第一 雙務契約及片務契約

雙務契約者，因契約之效果，各當事人負擔互爲對價之債務之契約也。雙務契約，要具備二要件：第一，其契約各當事人，要負擔債務；第二，各當事人負擔之債務，要互爲對價；即各當事人因互相報價，而互負債務。故如贈與，祇贈與人一方，負擔債務；又如負擔附贈與，當事人雙方雖互負債務，然其債務，非互爲對價，均不得謂之雙務契約。雙務契約之重要者，如買賣、互易、租賃、僱傭、承攬、居間、出版、合夥、有償委任、有償寄託，等是。

債權契約中，除雙務契約外，其餘皆片務契約。此等契約，通常只當事人之一方，負擔債務。然亦有雙方互負債務者。惟其所負擔之債務，非互爲對價，故與雙務契約有別。如前述之負擔附贈與，即其一例。片務契約之重要者，如贈與、使用借貸、消費借貸、無償委任、無償寄託、保證，等是。

第二 有償契約及無償契約

有償契約者，因契約成立之效果，或其有效要件，當事人雙方應爲互爲對價之給付之契約也。其雙方之給付，均應于契約發生效力後爲之時，則當事人雙方，因契約之效果，負擔互爲對價之債務，其契約爲有償契約，同時爲雙務契約；反之，其一方之給付，爲契約之有效要件，應於契約發生效力前爲之時，其給付乃該當事人之任意行爲，而非履行債務之行爲，其契約雖爲有償契約，而非雙務契約。如有報價之消費借貸是也。故有償契約與雙務契約，其範圍不同。〔一四五〕

〔一四五〕雙務契約與有償契約，兩者之範圍不同。其相互之關係，可以二語表示之，即雙務契約，皆爲有償契約；而有償契約，則未必均爲雙務契約。

契約。又片務契約與無償契約之關係，亦然。即無償契約，均爲片務契約；而片務契約，則未必均爲無償契約。如有報償消費借貸，雖爲有償契約，然乃片務契約，即其明證。

在有償契約，其各個之給付，要互爲對價。互爲對價云者，即當事人之一方，因相對人之給付受利益，自己亦爲一定之給付，使相對人受利益之謂。故當事人雙方雖互爲給付，若其一方所爲之給付，僅將相對人所交付之物，交還相對人者，則相對人不受利益，即不得謂互爲對價，其契約非有償契約，如無利息消費借貸是。有償契約之重要者，如買賣、互易、租賃、出版、僱傭、居間、承攬、有報償消費借貸、有償委任、有償寄託、合夥等是。

契約中除有償契約外，其他皆無償契約。其重要者，如贈與、使用借貸、無報償消費借貸、無償委任、無償寄託、保證等是。

第三 要物契約及諾成契約

要物契約，又稱實踐契約。即于意思表示合致之外，尙以物之交付爲成立要件之契約。如寄託是。（一四六）諾成契約者，單以合意爲成立要件之契約也。如買賣、贈與、租賃、委任、居間、承攬等是。

〔一四六〕羅馬法以使用借貸、消費借貸、寄託三者，爲要物契約。各國立法例多從之。獨瑞士以之爲諾成契約。（瑞債第三〇五條，第三一二條，第四七二條參照）我民法第五八九條，以交付寄託物爲寄託之成立要件，雖認其爲要物契約，但對於使用借貸及消費借貸二者，則不以交付借用物爲其成立要件，僅以之爲其有效要件。（第四六五條，第四七五條參照）是使用借貸及消費借貸，在我民法上不能謂爲要物契約，至爲明顯。戴修瓚周新民二氏仍以之爲要物契約，殊嫌無據。（戴氏債總第三〇頁債各第一三五頁第一四二頁，周氏債總第五四頁參照）

第四 要式契約及不要式契約

契約之成立，以具備一定方式爲必要者，其契約謂之要式契約。反之，不以具備一定方式爲必要者，謂之不要式契約。近世私法上一般之原則，契約無須具備一定之方式，祇例外場合，以具備一定方式爲必要，如終身定期金契約是。（第七三〇條）

第五 有因契約及無因契約

在債權契約，其契約成立之效果，當事人之一方或雙方，常負擔債務。明定其負擔債務之實質的原因（二四七）于契約者，謂之有因契約。不明定其實質的原因于契約者，謂之無因契約。例如使用借貸之借用人，因使用借貸契約，負返還借用物之義務。其所以負此債務者，因已由貸與人受領借用物。其原因（即實質的原因）明載于契約，故使用借貸爲有因契約。反之，如單純之債務約束，只約明負擔債務，不詳其債之原因，故其契約爲無因契約。無因契約祇不詳其原因于契約而已。其所以負擔債務，固有實質的原因在也。（二四八）

〔二四七〕契約上之債務，其發生原因，有形式的及實質的之別；形式的原因，即其契約之自體；而實質的原因，則指債務人自願訂立契約，以負擔債務之理由。例如買受人因欲得買賣標的物而負債，贈與人因欲施恩惠而負債是。故實質的原因，在各種契約，均不相同，不能概論。

〔二四八〕無因契約，實際上亦有其實質的原因。缺此原因時，其契約雖屬有效；當事人之一方，因之負擔債務，但其相對人之取得債權，即係不當得利，應依第一七九條，返還其所受之利益。

第六 主契約及從契約

主契約者，無關於他之法律關係之存否，得單獨發生效力之契約也。如買賣、贈與、互易等是。從契約者，以他之法

律關係之存在，爲有效要件之契約也。如利息契約，違約金契約，保證契約等是。〔一四九〕

〔一四九〕外國學者多謂，從契約者，以他契約之存在爲成立要件之契約。戴修瓚氏債總第三六頁，及蔡天錫麟氏債總第一九頁，周新民氏債總第五八頁均從之。依斯說，則（一）有從契約時，必有他契約存在；（二）他契約不存在時，從契約即不成立；未免有背法理。蓋有從契約時，只必有他之法律關係存在，非必有他契約存在。如因担保由侵權行爲而生之債務，所訂立之保證契約是。又他之法律關係不存在時，從契約祇不能有效，非不能成立。如因担保已消滅之債務，而訂立保證契約是。故余擴張從契約之意義，凡以他之法律關係之存在爲有效要件之契約，均得謂爲從契約。

第七 本契約及預約

當事人有以契約訂明，異日應爲某種契約者，則異日應爲之契約，卽本契約。現在所爲之契約，卽預約。此種預約，多於要物契約見之。預約成立時，當事人之一方或雙方，因他方之請求，負協力訂立本契約之債務，故爲債權契約。其只當事人之一方負協力訂立契約義務之場合，則爲片務預約。反之，雙方互負協力訂立契約義務之場合，則爲雙務預約。

第八 有名契約及無名契約

民法債編規定：買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、出版、委任、居間、寄託、合夥、隱名合夥、終身定期金、和解、保證等十七種之契約，而附以名稱。此等契約，謂之有名契約。又稱典型契約。此外當事人依民法總則及債編契約通則之規定，所訂立之契約，謂之無名契約。又稱非典型契約。蓋債編雖僅規定十七種之契約，然不過因此

等契約，實際上較爲多見，特加詳細之規定而已。非限定債權契約于此十七種。舍此之外，當事人自得依據契約自由之原則，訂立種種之契約。苟其契約內容，不違反公之秩序，及善良風俗，在法律上均有效力。此即無名契約之所由來也。〔一五〇〕

〔一五〇〕無名契約，可大分爲三類：（一）純粹無名契約。即其契約之內容，全然不含典型契約內容之事項。如預約及勞動協約是。（二）混合契約。即其契約，以二個以上典型契約內容事項之混合爲內容。如甲與乙約以家屋之一部貸乙居住，乙爲甲看守第宅是。（三）準混合契約。即其契約之內容，一部分包含典型契約內容之事項，一部分不包含典型契約內容之事項。如甲與乙約，許乙使用其肖像，乙應給以若干之金錢是。此等契約，法律既未特設規定，不外適用關於契約之一般的規定，並類推適用與之相類似之典型契約之特殊規定而已。

第四款 契約之標的

第一項 契約自由之原則

契約之標的者，即契約內容之給付也。夫社會情形，本甚複雜，人類共同生活上所需要之契約，自非法律所能詳密規定，不稍遺漏。故民法特許當事人，于上述十七種之有名契約外，得訂立其所需要之各種無名契約，又上述十七種之有名契約，民法雖抽象的分別規定其成立要件，但其具體的內容，仍由當事人任意訂定之。即原則上當事人得自由創造新種類之契約，並得自由訂定契約之內容。學者稱此原則，曰契約自由之原則。

契約自由之原則，發生于十八世紀後半期，盛行于十九世紀。當時因受自由主義之影響，公私兩法，均以尊重個人意思爲立法原則。因此原則之確定，人民得免國家不正之干涉，發揮其自由之本能，厥功甚偉。但降至近時，資

本主義日益發達，個人因貧富不均，在經濟上之地位，亦無從平等。強者遂利用此原則，以壓迫弱者，名爲契約自由，實則不平等之服從關係。此種弊害，多于僱傭契約及租賃契約等見之。邇來法律思想漸趨社會化，多數國家，先後制定勞動法、住宅法、佃農法等所謂社會的立法（即社會法）以保護經濟的弱者。對於特種契約之內容，大加制限。即民法法典中，亦置有多數強行的規定。然亦非一般的否認個人訂約之自由。故契約自由，于現代法制上，仍不失爲基礎的原則，但其範圍不及從前之廣泛耳。（二五二）

【二五二】戴修瓚氏債總第三八頁謂：「契約自由，已不足爲原則。」未免矯枉過正。蓋私法上之事項，極爲複雜。若不認契約自由之原則，則一切法律關係，均應由法典詳密規定，不但爲事勢不可能，且亦非所以尊重當事人之意思也。

第二項 契約標的之要件

契約之內容，除特種契約應受社會法之特別制限外，其餘悉依當事人之意思，既如上述。故當事人不問以何之給付爲契約之標的，均無不可。但在民法上亦要具備四條件：即（一）標的之適法，（二）標的之正當，（三）標的之確定，（四）標的之可能是也。前三者爲一般法律行爲共通之要件，應詳于民法總則，毋庸贅贅，後者可謂爲債權契約特有之事項，故債編特設詳細之規定。茲詳述之：

標的之可能，爲契約之有效要件。以不能給付爲標的者，其契約無效。（第二四六條一項前段）給付不能，本有種種，已詳于第一部總論。然則我民法第二四十六條所謂給付不能，係指何種之不能乎？是一問題。按該條規定，與德國民法第三百〇六條相當。依德國學者之通說，茲所謂給付不能者，其意義如下：（一）單指客觀的不能，

不包含主觀的不能。蓋客觀的不能，其不能基於外界之事情，無論何人均不得爲之；以此種給付爲標的之契約，到底無履行之希望，故應使之無效。反之，主觀的不能，其原因僅存于當事人之一身，結約當時，其給付雖不可能。然除專屬給付外，債務人得依種種之方法，使成爲可能。例如非畫家約繪畫之場合，債務人得僱畫家代爲之；故此種契約不妨有效。（樓桐孫氏民法債編釋義第六五頁，洪文瀾氏民法債編通則釋義第二七八頁，及舊民律第五一條所附之理由參看）（二）其給付若爲客觀的不能，不問其爲絕對的不能，抑爲相對的不能，均包含之。蓋不能之屬於客觀的者，其給付既含有不能性，究無問其爲絕對的不能，抑爲相對的不能之必要也。（三）指從始不能，不含嗣後不能。蓋茲所謂之給付不能，足爲契約無效之原因，故應單指從始不能而言。至於嗣後不能，則其給付成爲不能時，其契約早已成立。契約之內容，雖因給付不能之故，不能實現；其於契約之成立，毫無影響。依此說，則第二百四十六條所謂給付不能者，係指訂約當時，給付客觀之不能而言。其給付於訂約當時，客觀的可能者，卽爲給付之可能。

契約以不能給付爲標的時，其契約無效。無效云者，永不發生效力之謂。不問其不能是否基于歸責債務人之事由，均不發生損害賠償之問題。惟當事人之一方，于訂約之際，明知給付之不能，或因過失而不知之時，于相對人非因過失，誤信其契約爲有效所受之損害，應任賠償之負。（第二四七條一項）但其賠償額，亦有限度。卽不得逾契約有效時，相對人所受之利益是已。此節民法上雖無明文規定，理論上應以如此解釋爲正當。（德民第三〇七條一項，及舊民律第五一五條一項參照）

契約以不能之給付爲標的時，則其契約全部無效，既如前述。然有二三場合，雖以不能給付爲標的，其契約有不因之而無效者。或其無效非涉於全部者。茲舉其場合于左：

(甲) 給付之一部不能，而于可能之部分，因其情形，亦可成立契約時，則其可能之部分有效。(第一一一條) 例如甲以某馬及某牛贈乙，訂約時該馬已死，然贈牛之部分，其契約不妨有效。

(乙) 選擇給付中，一給付不能時，則以他之可能給付爲標的，其契約不妨有效。(第二一一條)

(丙) 給付不能之情形可以除去者，若當事人訂約時，預期于除去後爲給付者，其契約有效。(第二四六條一項但書) 例如甲與乙約，于夏間贈乙荔枝百斤是。

(丁) 以附停止條件或附始期之契約，爲不能給付之約定者，若于條件成就前，或期限屆至前，其不能情形已除去時，其契約有效。(同條二項) 如以不能情形之除去爲條件之契約是。例如甲病時與乙約，俟病愈時，爲乙教授英語是。

在前甲乙兩場合，一則因給付之一部不能，致契約之一部無效；一則因數給付中之一給付不能，致該給付不成爲契約之標的。際此兩場合，若其訂約當時，當事人之一方，明知給付不能，或因過失而不知者，則對於相對人非因過失誤信契約有效而受之損害，應任賠償之責。(第二四七條二項)

第五款 契約之效力

契約之效力，依契約之種類而異。其詳應於第二節以下述之。惟民法基于立法上之便宜，有就于特種契約，揭

其一般的規定于契約總則中者，即（一）雙務契約，（二）利他契約是也。至有債契約，其範圍甚廣，本亦可定其一般的效力，惟我民法以此種契約，準用買賣契約之規定，較爲便宜，故不規定於契約通則中。（第三四七條參照）以下分項說明之。

第一項 雙務契約

雙務契約成立時，當事人雙方均負擔債務。然則其雙方所負之債務，其間有如何之關係乎？應分別言之：就其債務發生之點觀之，則其兩個債務之發生，互爲條件；故一方之債務，因某事情不發生時，他之債務亦不發生。又其當事人之一方，撤銷其意思表示時，則其契約自始無效，其雙方之債務，因之均不發生。是在債務發生之點，兩債務間有絕對牽聯之關係，此節法律上雖無特別規定，然依第一百十一條之法律，得推知之。其債務發生之後，則不然。雙方債務，非互爲條件。蓋雙方債務發生之後，當事人一方之爲給付，非因相對人爲對待給付之故，乃履行契約上之義務也。惟雙方債務，既由同一契約而生，且互爲對價，則在其債務發生之後，兩債務亦非絕對的獨立，仍有互相關聯之處，因此關聯，雙務契約遂生特別之效力，茲分述之。

第一目 雙務契約之履行

雙務契約成立之效果，當事人雙方均負擔債務。其雙方之債務，應由何人先爲履行乎？不外依當事人之契約定之，其契約無特別訂定時，當事人之雙方，均得向相對人請求履行。惟就于此點，從來立法例，有二主義：第一主義，謂雙務契約之當事人，各取得債權。此等債權，非以單純請求相對人之給付爲內容，係以請求相對人，對於自己所

應爲之給付，履行其所負擔之對待給付爲內容。從欲對於相對人請求對待給付，除特定場合（卽有請求相對人先爲給付權利之場合）外，要先履行或提出自己所負擔之給付。瑞士債務法、奧國民法均採此主義。（瑞債第八二條、奧民第一〇五二條參照）第二主義，謂雙務契約上各當事人之債權，本單以請求相對人之給付爲其內容。惟除有特別訂定及法律特別規定外，苟不爲自己所負擔之給付，卽許其對於相對人請求對待給付，則與公平觀念相反，故當事人之一方，不自爲履行，或提出給付，卽對相對人請求履行時，相對人得依抗辯拒絕之。德國民法及日本民法，均採此主義。（德民第三二〇條、日本民法第五三三條參照）我民法做德國民法，採第二主義。于第二百六十四條一項前段規定云：『因契約互負債務者，于他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付。』當事人既拒絕給付，則相對人之請求，卽失其效力。學者稱此拒絕給付之抗辯，爲同時履行之抗辯，又曰契約不履行之抗辯。（二五二）

【二五二】民法第二六四條一項，所謂「未爲對待給付」者，乃未提出對待給付之義。故在其待對給付，需債權人受領之場合，若其相對人已提出給付時，債權人卽不得以未受領對待給付爲理由，拒絕自己負擔之給付。此節與舊民律第五三一條之有「至受對待給付時止」之文句者，其解釋當然不同。

同時履行之抗辯，不特于未受對待給付之時，得提出之；卽已受對待給付，然未全部受之者，尙得提出之。其所負擔之給付可分與否，其相對人爲一人與否，均可不問，故在其所負擔給付爲可分給付，相對人有數人場合，當事人仍不負爲一部給付之義務。

同時履行之抗辯，不特于審判外得提出之；于審判上亦得提出之。惟提出此種抗辯時，非否認相對人請求權之存在，只生一時的妨止請求權行使之效力；即至相對人之履行，得拒自己債務之履行。故法院於被告提出此抗辯時，不得為駁回原告請求之判決，應為令被告與原告互為清償之判決。判決之後，若原告已對被告提出給付，被告遲延受領時，則原告雖未為自己之給付，得即依強制執行，行使權利。（舊民律第五三三條一項三項參照）

雙務契約之當事人，得提出同時履行之抗辯，既如前述。然此特原則耳，例外場合，亦有不得提出此抗辯者。茲分述之：

（一）當事人之一方負有先向相對人為給付之義務之場合。此際，該當事人受相對人之請求時，不得提出同時履行之抗辯。（第二六四條一項但書）如在租賃契約明，先付租後住屋是。惟在契約成立後，相對人之財產顯形減少，有難為對待給付之虞時，則該當事人不拘負有先為給付之義務，于相對人未為對待給付或提出擔保前，仍得拒絕自己之給付。（第二六五條）

負先為給付義務之當事人不但不得提出同時履行之抗辯；在未為自己給付之前，且不得向相對人請求履行。故該當事人若欲向相對人請求給付，不可不先向相對人為給付。苟相對人受領給付有遲延時，得向相對人提起于受領後應為給付之訴；法院依其情形，得以判決令相對人于受令後應為給付。判決之後，若該當事人已對於相對人提出給付，相對人仍遲延受領時，則該當事人雖尚未為其自己之給付，即得依強制執行，行使權利。（舊民律第五三三條二項三項參照）

(二)相對人已爲一部之給付而自己之拒絕給付違背誠實及信用之場合。即相對人已爲一部之給付，且其所殘餘之部分，爲數極微時，當事人之一方，如仍藉口相對人未爲全部履行，而拒絕其自己給付之履行，則與交易上之誠實及信用相反。故此際該當事人不得提出同時履行之抗辯。(第二六四條二項)

第二目 雙務契約之給付不能

由雙務契約所生之債務，其給付從始不能時，則其契約係以不能之給付爲標的，其契約無效。(第二四六條參照)于前款已述之矣。至其一方所負之債務，于契約成立後，給付不能時，則此一方所負之債務，固應依第二百二十五條及第二百二十六條之規定，而決其應否消滅；惟他一方所負之債務，果因之受影響否乎？是屬一大問題。蓋依第二百二十五條及第二百二十六條之規定，給付不能時，只以其給付爲標的之債權受影響，其效力不及於他之債權，然由雙務契約而生之兩個債務，其性質上有互相牽聯之關係，不能單純適用上述之規定，以資解決。此民法所以就于雙務契約上債務之給付不能，另設特別之規定也。

雙務契約上債務之給付不能，有因不應歸責于當事人之事由者，有因應歸責于相對人之事由者，有因應歸責于債務人之事由者。依其原因之不同，其效力亦異。今分述于左：

第一 給付之不能因不應歸責于當事人之事由時 雙務契約成立後，當事人一方所負擔之債務，因不應歸責于當事人雙方之事由，致給付不能時，則該當事人之債務，當然因之而消滅。(第二二五條)惟相對人之對待給付義務，亦因是而消滅否歟？是所謂危險負擔之問題。學者頗多議論(二五三)而各國立法例，亦不一致。日本民

法，從羅馬法以來之沿革，依契約標的之如何，適用相異之原則；即在以特定物物權之設定或移轉爲標的之契約，採債權人主義。契約成立後，其標的物因不可歸責於當事人之事由滅失時，債務人固因是免其義務，而債權人不得免爲對待給付之義務；其在毀損之場合，債權人亦不得請求對待給付之減額；其損失一歸諸債權人負擔。在與其他之給付爲標的之契約，則採債務人主義。其給付不能因不應歸責於當事人之事由而生時，債務人免其義務，其債權人亦免爲對待給付之義務，其損失一歸諸債務人之負擔。（日民第五三四條至第五五六條參照）德國民法，單純採債務人主義，不問其契約之標的若何，債務人所負擔之給付全部，因不應歸責於當事人之事由而不能時，該債務人不得向相對人請求對待給付；其在一部不能之場合，按其不能之部分，喪失請求一部對待給付之權利。（德民第三二三條一項參照）我民法做德國民法，亦以債務人主義爲基本。凡雙務契約當事人之一方所負擔給付，非因應歸責於當事人之事由全部不能者，相對人免爲對待給付之義務；其給付一部不能者，應按其比例，減少對待給付之額，不得請求對待給付之全部。（第二六六條一項）

【一五三】關於雙務契約危險負擔之問題，從來學說有四主義：（一）所有人主義。謂其因給付不能所生之損失，應由債權標的物之所有人負擔。然有三缺點：（甲）所有人對於所有物之關係，爲物權關係；雙務契約危險之負擔，乃債權關係。以物權關係爲決定債權關係之標準，殊屬未當。（乙）由雙務契約而生之債務，未必均有標的物，從亦未必所有人，故此主義不能適用於一切之雙務契約。（丙）由雙務契約而生之債務，縱有標的物，未必盡屬契約當事人所有，間有屬於第三人所有者。此際若依所有人主義，則其危險應由第三人負擔，既不合理；且此場合，債權人尙應爲對待給付否？依所有人主義，亦無從斷定。故不足採。（二）債權人主義。主張由雙務契約所生之危險，應由債權人負擔。故債權人不

得免爲對待給付之義務。此說亦有三誤點：(甲)倡債權人主義之學者，均謂由雙務契約所生之兩債務，各各獨立，不相關聯。故一方之契約，給付嗣後不能時，相對人之債務，不受影響。然由雙務契約所生之債務，非絕對獨立，亦有互相牽聯之處。法律就其履行，既認同時履行之抗辯，而就其給付不能，獨認兩債務各各獨立，殊無理由。(乙)在交付第三人所有物爲債權之標的時，若依債權人主義，則債務人一面既因此免其給付義務，一面仍有請求對待給付之權利，是因給付不能，反得意外之利益，尤欠公允。(丙)在債務人就一個所有物，訂立數個雙務契約之場合，(如重複買賣)其物因不可歸責于當事人之事由滅失時，若依債權人主義，則債務人只蒙一個之損失，而受領數個之對待給付，亦因之反得利益，至爲不當，故此主義不足採取。(三)雙方分担主義。主張其損失應由債權人與債務人平均負擔。即債權人應負擔一半之損失，與債權人主義有同一之缺點，亦雖全部採取。(四)債務人主義。謂其損失應由債務人負擔，債權人無須爲對待給付，較爲正當。故我民法採之。

給付因不應歸責於當事人之事由而不能者，則債務消滅；債務人之相對人，以不受何等之利益，故法律特免其爲對待給付之義務。苟就於給付之不能，第三人應負損害賠償之責任，相對人已依第二百五條二項之規定，向債務人請求，交付其所已受領之賠償物，或讓與其損害賠償請求權時，則相對人已受利益，自不得免爲對待給付之義務。但其賠償物或請求權之價額，少於債務標的之價額者，相對人無須履行對待給付之全部，應按其受益之比例，減少對待給付之額。(舊民律第五三四條二項參照)

在雙務契約給付不能時，相對人有應減少對待給付之額者，有應完全免其義務者，既如前述。苟相對人已爲對待給付之後，債務人之給付方不能時，則相對人所爲之給付，已超過其所負擔之外，此際其所超過之部分，自得依不當得利之規定，請求其返還。(第二六六條二項)

第二 給付之不能因應歸責於相對人之事由時 雙務債約當事人一方所負擔之給付因應歸責于相對人之事由而不能時，則該當事人固免其責，而相對人不能免為對待給付之義務。（第二六七條前段）何謂應歸責于相對人之事由，民法並無明文，不外準用第二百零二十條至第二百零二十四條之規定而已。在當事人一方所負之債務，因歸責于相對人之事由給付不能時，其相對人對於該當事人，依侵權行為之規定，往往應負損害賠償之責。而又不免為對待給付之義務，雖有因一個行為，負二重責任之嫌，然相對人為對待給付之義務者，乃其契約上固有之義務，非損害賠償之義務。且相對人因不得免為對待給付之故，其損害賠償之義務，依損益相抵之原則，亦有從而減輕或消滅者。則使相對人仍負為對待給付者，實非課之以分外之負擔也。

當事人之一方所負擔之給付，因歸責于相對人之事由而不能時，則該當事人固應免其義務，且不失對待給付之請求權。惟因免債務而得之利益，或因故意于取得之利益，應由對待給付中扣除之。蓋債務人雖不應因相對人之行為受損失，然因之反得利益者，亦欠公平也。（第二六七條但書）例如甲約以某馬賣乙百金，嗣該馬為乙所殺，則甲雖仍得請求百金之價，然應扣除因售其死馬于丙所得之利益是也。

以上係就其給付不能，直接因應歸責於相對人之事由而生者而言。倘當事人一方所負擔之給付，于相對人受領遲延後，因不可歸責于當事人之事由致不能時，該當事人亦不失其請求對待給付之權利。蓋相對人苟不遲延受領，則其債務早已履行，無生給付不能之餘地，是其遲延受領，即給付不能之間接原因，故不能免其對待給付之義務。惟債務人因免其債務所得之利益，及其怠于取得者，與前所述，同應于對待給付中扣除之。（舊

民律第五三五條二項參照)

第三 給付之不能因應歸責于債務人之事由時，雙務契約當事人之一方所負擔之給付，因應歸責于其自己之事由而不能時，其相對人雖得請求賠償損害，與解除契約（第二二六條及第二五六條參照）但不得因此避免其對待給付之義務。惟其後相對人若解除契約，則其契約自始無效，相對人自不負對待給付之義務，此點與一般契約無異。故民法不特設規定，祇使之適用關於一般契約之規定而已。

第二項 利他契約

利他契約，亦稱因第三人利益所爲之契約，卽以使第三人取得給付請求權爲目的，當事人之一方向相對人要約，使向第三人爲給付，相對人承諾之，依之而成立之契約也。例如死亡保險契約，及因提存所爲之寄託契約皆是，〔二五四〕其向相對人要約者，謂之要約人；其相對人謂之允約人，亦稱債務人。此種契約成立之結果，祇第三人受利益，或第三人與允約人受利益，要約人則不沾絲毫之利益。因是之故，羅馬法特否認其效力；然現今各國之民法，以此等契約，亦爲實際上所需要，又不背公之秩序與善良風俗，多明認其有效。茲分述之。

〔二五四〕死亡保險及提存，其性質當然爲利他契約。此可稱爲「基于契約性質之利他契約」。此外有其契約性質上，本非利他契約，當事人合意以之爲利他契約者。如出賣人與買受人約明，其價金買受人逕交第三人。是此可稱爲「基于當事人意慮之利他契約」。

第一目 利他契約之性質

（一）利他契約爲要約人與允約人之間所成立之契約。在利他契約，第三人雖因契約之效果，取得利益，然第

三人非爲契約之當事人，參加契約之訂立。其契約之當事人，乃要約人與允約人。要約人係以自己之名而結約，非代理第三人。以第三人之名而結約。是卽其與代理人所爲契約之異點。

(二) 利他契約係要約人因使允約人向第三人爲給付而訂立之。利他契約，係以使允約人向第三人爲給付爲其內容；第三人卽因其給付而受利益。若其契約非以使允約人向第三人爲給付爲內容，第三人縱因其契約而受利益，非利他契約。例如甲向乙承擔丙對乙所負擔之債務是。

(三) 利他契約係以使第三人直接取得給付請求權爲目的。卽其結約之目的，在使第三人對於允約人直接取得給付請求權，允約人對於第三人負擔給付之義務。苟不以此爲目的，徒約明允約人應對第三人爲給付者，則允約人只對要約人負擔『應向第三人爲給付』之義務，其與第三人之間，毫無法律關係之存在，此種契約，亦非利他契約。

第二目 利他契約之效力

(一) 對於第三人之效力 利他契約成立後，第三人對於允約人，卽直接取得請求給付之權利，不以第三人對於允約人表示享受其利益之意思爲必要。(第二六九條一項後段)但其後第三人對於當事人之一方，表示不欲享受其利益之意思時，視爲自始未取得其權利。(同條三項)蓋以當事人之契約，使第三人負義務，固爲理法所不許；而以當事人之契約，反於第三人之意思，使其取得權利，亦屬無視其自由。故第三人已表示不欲享受利益之意思時，應視爲其自始未取得權利。〔五五〕

〔一五五〕舊民律第三九條二項，從日本民法第五三七條二項，規定第三人之給付請求權，自第三人對於允約人表示享受利益之意思時發生。是其權利之發生，亦基於第三人自身之意思表示，非單純基於要約人與允約人所訂定之契約，未免反於利他契約之本質。故新民法改從德國立法例，規定利他契約成立時，第三人之權利，即時發生。但其後第三人表示不願享受利益之意思時，視為自始未取得權利，實屬正當。

（德民第三二八條，第三三三條參照）

在第三人未表示意思之前，其欲否享受利益，尙未明瞭，從其所有之給付請求權，亦不確定。當事人不妨另以契約變更或撤廢其契約。（同條二項）而在第三人表示享受利益意思之後，則無此權利；因此際第三人已確定的取得給付請求權，如仍許當事人變更或撤廢其契約，則不免侵害第三人之權利，非所以保護第三人之道也。第三人享受利益之意思表示，於契約成立後，無論何時，均得爲之。但當事人已廢止契約者，則不在此限。又其意思表示，得向當事人之一方爲之。此乃類推適用第二百六十九條三項而生之結果也。

（二）對於要約人之效力 利他契約之要約人，於契約成立後，得請求允約人向第三人爲給付，第三人已否表示享受利益之意思，可不問之。蓋第三人雖因契約之效果，取得給付請求權，然要約人爲契約之當事人，當然得請求允約人向第三人爲給付。（第二六九條一項前段）要約人之給付請求權，與第三人之給付請求權，同其目的，因一回之給付，兩權利同歸於消滅，與連帶債權，極爲類似；然連帶債權人，得請求債務人向自己爲給付，而要約人不得請求允約人向自己爲給付，只得請求其向第三人爲給付，故與連帶債權又有區別。

要約人之給付請求權，應於第三人未表示不欲享受利益之意思以前行使之。若第三人已表示不欲享受利

益之意思，則要約人之請求權，因履行不能而消滅。惟此際要約人得請求允約人向自己為給付，或以他人代第三人否歟？是不外於各場合，解釋契約之趣旨定之。〔一五六〕

〔一五六〕由通常情形言。因訂立買賣或其他有償契約，而為利他之約束時，若第三人表示不願享受利益之意思，要約人自得改由自己或他人受領給付。反之，因訂立贈與或其他無償契約，而為利他之約束時，若第三人表示不願享受利益之意思，則要約人不得請求允約人向其自己或他人為給付。

(三) 對於允約人之效力允約人因契約成立之結果，負向第三人為給付之義務，第三人已表示享受利益之意思與否，於其義務之成立，毫無影響。從第三人尙未表示此意思，允約人亦須負此義務。蓋此時第三人對於允約人請求給付之權利，雖尙未確定而不可動，然要約人對於允約人請求向第三人為給付之權利，早已完全發生也。惟允約人之義務，係由契約之效果而生，自得以契約之抗辯對抗第三人。(第二七〇條)所謂契約之抗辯者，即基於契約自體而生之對抗事由之謂，如契約無效，或被撤銷，及同時履行之抗辯等均屬之。

第三目 補償關係與對價關係

(一) 補償關係 允約人願與要約人訂立利他契約，其與要約人之間，必有一定之原因關係，學者稱之曰補償關係。此關係有種種：(甲) 有因使要約人同時負擔對待給付之債務者，此際其所結之契約，同時為雙務契約。(如甲乙訂立買賣約明以其價金交付第三人) 允約人對於第三人所負之債務，與要約人對於允約人所負之債務，互為對價，應適用第二百六十四條以下之規定。(乙) 有出於無償給與之目的者，其契約同時為贈與

契約。(丙)有因使允約人對於要約人已負之債務歸於消滅者，其契約同時爲更改契約。此等原因關係，通常構成契約內容之一部。故利他契約，常爲有因契約。

(二)對價關係 要約人特與允約人訂立契約，使第三人直接取得請求權，其與第三人之間，亦不可無一定之原因關係。學者稱之曰對價關係。此關係有三種：(甲)有因使要約人對於第三人所負之債務歸於消滅者；(乙)又因使第三人對於要約人負擔債務者；(丙)有要約人對於第三人立於間接代理之關係者。(如甲以自己名義代丙向乙締結契約是)此等關係，乃要約人與第三人間之內部關係，非利他契約內容之一部。故其關係之存否，與契約之效力無涉。但其關係不存時，要約人得依不當得利之規定，請求第三人返還利益而已。

第四目 賴他契約

賴他契約，亦稱以第三人之行爲爲標的之契約，即當事人之一方與相對人約明，應使第三人爲一定行爲之契約也。夫契約之效力，原則不及於第三人。以契約使第三人負擔債務，雖爲理論所不許；然當事人之一方，因之自對於相對人，負使第三人爲一定行爲之債務，則無反於契約之本質。故我民法特明認其有效。(第二六八條)

當事人訂立賴他契約時，其意思有只在由當事人之一方，勉力設法使第三人爲一定行爲者。有在由當事人之一方，負責担保第三人必爲一定行爲者。前之場合，該當事人若已竭其能力，縱第三人不爲一定之行爲，其債務即因給付不能而消滅。(二五七)該當事人完全免其責任。後之場合，則不然。該當事人縱已盡其能事，若第三人不爲一定之行爲，仍屬債務之不履行，應任不履行損害賠償之責。究竟當事人之真意何在，應於各場合具體的就契約

之內容決定之。當事人意思不明時，應認當事人之一方，負有担保第三人必為給付之義務，故第三人不為給付時，該當事人不問有無過失，均不得免其損害賠償之責任。（第二六八條）因通常訂立賴他契約時，當事人之意思，多在此而不在彼，故民法特設此推定的規定也。

〔一五七〕日儒石坂音四郎謂：此際債務人固已為履行，故免其義務，（同氏日本民法債權總論第二二四八頁參看）洪文瀾氏債權總義第三一四頁從之。余不贊成其說，因斯時債權人向未達其目的，不得謂其債權業已履行，只得謂為給付不能，其債務實因給付不能而消滅故也。

第六款 契約之確保

債權契約雖可發生種種之債務，然其後債務人願意履行其契約上之債務與否，則為不可知之事。故契約當事人常預行設法，以確保其契約之履行。如設定担保物權，訂立保證契約，交付定金，及約定違約金等皆是。担保物權，應於物權法述之；保證契約，應另詳於後，茲只就定金之支付，及契約金之約定分述之。

第一項 定金之支付

定金之支付，俗稱付定。即契約當事人於訂約之時，由其一方支付金錢（定金）於他方之謂也。契約之有付定者，其契約因付定而成立；故付定為其契約成立之要件。學者稱其所支付之金錢，曰成約定金；以與證約定金、契約定金、解約定金對立。然單純之證約定金、契約定金、解約定金，為我民法所不認。此由第二百四十八條之「其契約視為成立」一語得推知之。但成約定金，性質上當然兼有證約定金之效用。又當事人不妨以合意，使成約定金兼有契約定金或解約定金之性質。證約定金者，謂因證明契約之成立所支付之定金。違約定金者，謂付定人不履

行其債務時，其受定人得沒收之之定金。解約定金者，謂爲保留解除權之對價所支付之定金。詳言之：卽付定人得拋棄其定金，以解除契約；其受定人得償還定金之倍額，以解除契約之謂也。

契約之有付定者，其契約視爲於付定時成立。（第二四八條）此係擬制的規定，故付定前其契約雖已具備必要之條件，其契約仍未成立。又其契約若已具備必要之條件，且已付定，縱當事人以契約內容非必要之點，尙待協議，或須用一定方式，其契約仍認爲已成立。但未具備必要條件之契約，不因付定而成立。〔一五八〕

〔一五八〕陳瑾昆氏債總第二七八頁，謂：契約當事人已授受定金時，則其主契約不問已否具備成立要件，均應視爲成立。若依斯說，則契約之成立，只以支付定金爲足，無須具備一切必要之條件，未免與事實相反。茲姑以買賣爲例，其當事人尙未約明標之物或價金，只支付定金時，而謂其契約業已成立，有是理乎？

付定除使當事人間之契約卽時成立外，尙生如何之效力乎？例如其定金將來應償還付定人否乎？當事人有特別訂定時從之。當事人爲棄定、賠定、沒收定金等約定，均無不可。倘無特別訂定，則付定尙生左列之效果：（第二四九條）

（一）付定人已履行契約時，若其定金與付定人所負債務之標的物，爲異種類之物，則受定人應償還其定金。若爲同種類之物，則以其定金抵作給付之一部。

（二）契約因可歸責於付定人之事由，致不能履行時，付定人不得請求受定人償還其定金。

（三）契約因可歸責於受定人之事由，致不能履行時，受定人對於付定人，應加倍償還其定金。

(四) 契約因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行時，付定人得請求受定人償還其定金。

依上述規定觀之，我民法上之成約定金，實兼有契約定金之性質，而無解約定金之效用。然查我國各地，素有棄定賠定以解除契約之習慣。此項規定，是否適合於國情，殊不能令人無疑也。

第二項 違約金之約定

違約金之約定者，乃債務人向債權人約明，將來違反債務時，應對債權人支付一定金額之謂也。(第二五〇條一項) 稱此約束，曰違約金契約。稱其所支付之金額，曰違約金。故違約金為違反債務之制裁，與違反債務之預定賠償額不同。但在通常情形，當事人雖訂立債務不履行之違約金契約，其意多在預先約定債務不履行之損害賠償額，其違約金實有約定賠償額之性質。故民法於當事人另有訂定外，特視債務不履行之違約金為債務不履行之賠償總額。(第二五〇條二項前段) 此點已詳於第一部總論，茲不多及。

違約金有預定賠償額性質之場合，其效力若何？已於第一部總論詳述之。茲所欲言者，有債務違反制裁性質之違約金，其效力若何？是也。違約金有為債務不履行之制裁而約定之者，有為履行不適當之制裁而約定之者。所謂履行不適當者，即不完全履行之義。如不於適當時期，或不依適當方法履行債務等皆是。前之場合，債務人不履行債務時，債權人得請求支付違約金，及債務不履行之損害賠償。但其約定違約金之額過高者，法院得減至相當之數額。(第二五二條) 又債務人已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。(第二五一條) 後之場合，債務人履行不適當時，債權人即得請求支付違約金，及履行不適當之損害賠償。若並未為

不適當之履行，（如遲延後尙未履行之時）則並得請求其履行。（第二五〇條二項但書）但其違約金之額過高時，法院得減至相當之額。又債務人已爲一部適當之履行時，法院得比照債權人因一部適當履行所受之利益，減少違約金，與債務不履行之違約金同。（第二五一條第二五二條）

違約金本限於金錢，但以金錢以外之給付，爲違反債務之制裁時，亦爲法所不禁。此種制裁，準用關於違約金之規定。（第二五三條）故可稱爲準違約金。

第七款 契約之解除

契約成立之後，當事人得以契約解除之。蓋解除契約，使復於契約成立以前之原狀者，其利害只及於當事人，於公益毫無關係，故應從契約自由之原則，使生解除之效力。此卽所謂『反對契約』，可單純適用一般契約之通則，法律無特別規定之必要。此外尙有特別場合，當事人之一方，得以其一方的意思表示解除契約。本款所述之契約解除，卽屬此種。茲分項說明之。

第一項 契約解除之意義

契約解除者，當事人之一方，基於契約成立後所發生之事由，以使其契約自始無效爲目的，所爲之單獨行爲也。分析言之：

（一）契約解除者單獨行爲也。就於契約之解除，各國立法例亦不一致。在法國民法，契約之解除，以相對人之同意，或可代之之判決爲必要。意、西民法從之。德國民法，規定契約之解除，單以一方的意思表示爲足。日本民法

從之。【一五九】我民法探德制。契約之解除，不要相對人之承諾，以單獨行爲爲之。故與法律行爲之撤銷同其性質。【一五九】法民第一一八四條，意民第一一六五條，西民第一一六四條，德民第三四九條，日民第五四條參照。

(二) 契約解除以使其契約自始無效爲目的。契約被解除時，其契約自始無效。所謂自始無效者，即溯及契約成立之當時，不生效力之義。故其契約尙未履行時，則當事人雙方均免其義務；已履行時，則當事人就其已受領之給付，負返還於相對人之義務。

(三) 契約之解除基於契約成立後發生之事由爲之。契約之解除，影響於當事人者甚大，故當事人之一方，欲以單獨行爲解除其契約，不可無其原因。其原因不外兩種：即契約成立後所發生之約定事由，及法定事由是也。前者係契約成立當時當事人所約定者。後者爲法律所規定者。（本款第二項參看）此兩種事由有一發生時，當事人均得解除契約，稱此解除契約之權利曰解除權。

基於法定事由之契約解除，與契約之撤銷，極爲相似。蓋契約之撤銷，亦生契約自始無效之效力，且基於法定事由故也。雖然在契約之解除，其原因之法定事由（如不履行）係於契約成立後發生；在契約之撤銷，其原因之法定事由（如錯誤）係於契約成立之際存在。二者絕不相同。【一六〇】

【一六〇】解除與撤銷，除其原因不同外，尙有兩大異點：（一）範圍不同。即解除僅得就于契約爲之；反之，撤銷得就于一切法律行爲爲之，不以契約爲限。（二）效力不同。即契約解除後，各當事人互負回復原狀之義務，（本款第四項參照）反之，法律行爲撤銷後，其各當事人祇依不當得利之規定，負返還利益之義務。

第二項 契約解除之原因

第一目 約定事由

契約當事人，得以契約約明，於何事由發生時，得解除契約。是即解除權之保留。此種約款，無害公益，自有效力。嗣後其事由發生時，當事人之一方，即得以之為理由，向相對人解除契約。例如甲向乙定購印章一顆，約於某日交付，並聲明如有逾期，得解除契約。其逾期即解除原因之約定事由。

解除權之保留，不問就於雙務契約，抑片務契約，均得為之。且得約定，當事人之一方或雙方，有解除權。又其解除權之保留，不必於訂立原契約之當時為之；即其後另以特約保留之，亦無不可。

解除權之保留，通常雖均以一定事由之發生為條件，但不妨許當事人之一方或雙方任意為解除。又得約定任意解除契約時，應支付一定之金額，是即所謂解約金。

第二目 法定事由

契約解除原因之事由，法律所規定者，得大別為二：一為一般契約共通之解除原因。一為各個契約特有之解除原因。後者應於各種契約中述之；茲只就前者，言其大要。法律上所規定一般契約解除原因之事由，得分為二：即給付不能，及履行遲延是也。分述於左。

第一 基於給付不能之契約解除

(甲) 契約當事人之一方所負擔給付，因歸責於己之事由，全部不能時，相對人得解除契約。(第二五六條及

第二二六條一項)

(乙) 契約當事人之一方所負擔給付，因歸責於己之事由一部不能，其他部分之履行無益於相對人時，相對人得解除契約。(第二五六條及第二二六條二項)

第二 基於履行遲延之契約解除

(甲) 契約當事人之一方所負擔給付，履行遲延，經相對人定相當期限催告，債務人仍不履行時，相對人得解除契約。(第二五四條) 債務人於此期限內履行一部，然其一部之履行，於相對人無利益時亦同。

(乙) 依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期為給付，不能達其契約之目的者，當事人之一方不於該時期為履行時，相對人得不為催告，即時解除契約。(第二五五條)

第三項 契約解除之方法

契約解除，應以一方的意思表示，向相對人為之。既解除後，當事人不得撤回，蓋防其法律關係久不確定，致害交易之安全也。(第二五八條一項三項)【二六一】

【二六一】第二五八條三項，本定「不得撤銷」，而非「不得撤回」。然宜改為不得撤回為合理。蓋撤回得任意為之，而撤銷則限于有一定原因時，方得為之。解除之意思表示，雖不應許其任意撤回，而基于法定原因所為之撤銷，則不宜加以禁止。例如被脅迫為解除之表示時，自應許其撤銷是也。

當事人之一方有數人時，其契約解除，只得由其全體或向其全體為之。(第二五八條二項) 但其全體所為

之意思表示，或向其全體所爲之意思表示，不要同時爲之。即異時爲之亦可。異時爲之時，則其解除行爲之效力，自爲最後之意思表示時發生。

解除之意思表示，得附條件或期限否歟？民法上無特別規定，似應適用法律行爲通則之規定而許之者。然許之時，則法律關係難免不能確定，依第三百三十五條二項之規定推之，自以不許之爲當。

第四項 契約解除之效果

第一目 回復原狀之義務

契約解除時，則其契約自始無效。故其契約尙未履行時，依契約之解除，各當事人均免其契約上之義務；因擔保契約履行所供之担保亦消滅，違約金契約亦歸無效。在當事人之一方或雙方，已依契約趣旨向相對人爲給付時，則各當事人負有使相對人回復契約前原狀之義務。因生左之效果：（第二五九條）

（甲）各當事人已受領之給付要返還於相對人。其給付以物爲標的時，應將原物返還；以權利爲標的時，應將其已移轉之權利再移轉於原權利人；因給付性質無可返還時，應償還其價額；如勞務之供給，物之使用等皆是。應返還之物已毀損滅失，或因其他事由（如已賣出之類）不能返還時，則應償還其價額。其不能返還，是否因應歸責於返還義務人之事由而生，可以不問。但關於此點，外國立法例，非無反對之規定。（德國民法第三四七條參照）

（乙）各當事人應返還給付標的物之孳息於相對人。其標的物爲金錢時，須自受領時起附加利息償還之。若

爲其他之物時，則應返還其所收取之孳息。若其孳息業已消費，或因毀損滅失而不能返還時，應償還其原價額。

(丙) 各當事人得向相對人請求償還費用。應返還給付標的物之當事人，就其給付標的物已支出必要費或有益費時，得於相對人受返還時所得利益之限度內，向相對人請求償還。

當事人已因履行契約互爲給付後，其契約方解除時，則其雙方均負使相對人回復原狀之義務。其義務之履行，應交互爲之，並使各當事人得提出同時履行之抗辯。其他關聯於履行之事項，一切準用關於雙務契約履行之規定。(第二六一條) 因雙方既互負回復原狀之義務，與雙務契約同其性質，故以準用其規定爲宜。

第二目 損害賠償之義務

契約當事人之一方所負擔債務，履行遲延，或因歸責於己之事由給付不能時，其相對人依第二百三十一條一項及第二百二十六條一項，得向債務人請求賠償損害；同時依第二百五十四條及第二百五十六條，亦得解除契約。然則此損害賠償請求權，及契約解除權，得一併行使之否乎？詳言之，即解除契約後，債務人仍負賠償損害之義務否乎？就此問題，各國立法例，不能一致：(一) 德國民法規定，此兩種權利，只得擇一行使，故已解除契約時，即不得請求賠償損害。(同法第三二五條) (二) 法國民法規定，債務人不履行債務時，債權人得解除契約，併得請求不履行之損害賠償。(同法第一一八四條二項) (三) 瑞士債務法規定，因歸責於債務人之事由，解除契約時，得請求賠償因其契約消滅所生之損害。(同法第一〇九條) (四) 日本民法規定，解除權之行使，不妨損害賠償之請求。(同法第五四五條三項) 其損害賠償一語，究係何指，雖規定不明，然其國學者之通說，則謂係與

法國民法採同一之主義，亦指債務不履行之損害賠償。

我民法第二百六十條云：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」係直接採用日本之法例，不外亦許債權人於解除契約之後，仍得行使其固有之不履行損害賠償請求權。夫不履行損害賠償請求權，本為契約之效力，今其契約既因解除而自始無效，仍使債權人得為不履行損害賠償之請求，雖非不與理論相反；但因債務人之不履行，而解除契約之場合，僅以債權人已解除契約之故，即使其所已受之損害，無可取償，實際上亦欠公允。民法於理論與實際之間，權其輕重，故特設上述之規定。

第二百六十條所謂損害賠償，既係指不履行之損害賠償而言；則因其不履行（指給付不能與履行遲延）所生之一切損害，債權人自得請求債務人賠償。惟債權人因契約解除所得之利益，亦應依損益相抵之原則，由損害額中扣除之。例如因債務人給付不能而解除契約時，若係雙務契約，其債權人因解除結果，已免其為對待給付之義務，得有益。則此利益額應由損害額中扣除之是也。

第五項 契約解除權之消滅

契約解除權為財產權，且為形成權；故為一般財產權及形成權之消滅原因者，亦為解除權消滅之原因。如解除權之拋棄，當事人之混同，及權利之行使皆是。此外契約解除權，尚有固有之消滅原因。茲列舉於左：

(一) 給付標的物因歸責於解除權人之事由毀損滅失或其他情形不能返還者 解除權人因歸責於己之事由，致已受之標的物毀損滅失，或其他情形，不能返還時，則解除權人不能履行回復原狀之義務，故解除權消滅。

(第二六二條前段)

(二) 給付標的物因加工或改造已變爲他種類之物者，解除權人因加工或改造，將其所受領之標的物，變爲他種類之物時，則解除權人亦因之不能履行回復原狀之義務，其解除權消滅。(第二六二條後段)

(三) 解除權逾期不行使者，當事人以契約定解除權行使之期間時，解除權人應於此期間內行使解除權；否則失其權利。當事人未定解除權行使之期間時，則相對人得定相當期限，催告解除權人，令其於此期限內，爲是否解除之確答；若解除權人逾期不爲解除時，則解除權消滅(第二五七條)

以上所述，皆契約解除權之消滅原因。於茲有應注意者，即當事人之一方有數人之場合，解除權於當事人之一人消滅者，於他人亦消滅是也。(舊民律第五五六條二項參照)蓋一當事人解除權已消滅後，若他之當事人尙得行使解除權，其結果與許各當事人單獨行使解除權無異，將生複雜之法律關係，大背第二百五十八條二項規定之趣旨也。其解除權於當事人之一人消滅時亦同。至當事人雙方均有解除權時，則其兩解除權各各獨立，不相關涉；故一方之解除權雖消滅，他方之解除權不受影響。

第六項 終止契約

終止契約者，以使繼續的契約中途失效爲目的，所爲之單獨行爲也。終止契約爲單獨行爲，且能使已生效力之契約，喪失其效力，此與解除契約同。所異者，解除可使契約自始無效，而終止則祇使契約中途失效耳。(一六二)

〔一六二〕終止契約一語，淵源於德語之 *Kündigung*。德國民法，認解除契約與終止契約之區別。其稱解除契約爲 *Rücktritt*，以與 *Kun-*

相對立。日本民法，則將此二者混而爲一。其關於終止契約之規定，或稱「解除」，或稱「解約」，或稱「解約申入」，用語不有一致，其國學者多非難之。我新民法特創終止契約之名稱，實屬至當。

終止契約，有應基於一定之事由爲之者，有得任意爲之者，此皆依法律之所定。如第四二四條、第四三〇條、第四三五條二項、第四三六條、第四四〇條、第四四三條二項、第四四七條二項、第四八四條二項、第四八五條、第四八九條一項等，屬於前者。如第四〇三條、第四五〇條二項、第四五二條、第四八八條二項、第五一一條、第五四九條等，屬於後者。稱當事人終止契約之權利曰終止權，與解除權同爲形成權之一種。

終止契約爲單獨行爲，故應向他方當事人以意思表示爲之。其契約當事人之一方，如有數人，其終止之意思表示，應由其全體或向其全體爲之；且其意思表示不得撤回，與解除無異。（第二六三條及第二五八條）

終止契約，只使其契約向將來失其效力，不遑及既往。故其契約雙方當事人，不負回復原狀之義務；此即其與解除不同之點。但其終止權之行使，亦不妨損害賠償之請求。故契約當事人之一方依法律規定，同時有終止權及損害賠償請求權之場合，（第四三二條二項、第四三八條二項、及第四六八條二項、第四七二條二款參照）該當事人於終止契約之後，仍得請求賠償損害。（第二六三條、第二六〇條）

第二節 因買賣而生之債

第一款 買賣之意義及性質

買賣者，當事人約定，一方移轉財產權於他方，他方支付其價金，依之而成立之契約也。（第三四五條）故買

賣要具備二條件

(一)當事人之一方允移轉財產權於他方。爲此約束之當事人，謂之出賣人；其他方即買受人。財產權云者，謂有財產的價值之一切權利；物權債權固無論矣，即商標權、著作權等亦包含之。若非財產權，縱有財產的價值，亦不得就之成立買賣。如義務上之秘密，及營業上之顧客皆是。但此種財產權，不以現屬於出賣人者爲必要，即他人所有之權利，亦可爲買賣之標的。蓋買賣契約，乃債權契約，契約成立後，出賣人祇移轉財產權於買受人之義務，非其財產權因契約之成立，直歸於買受人故也。(一六三)

〔一六三〕將來可生之權利，現尙無從移轉。以移轉未發生之權利爲標的之買賣，即以不能之給付爲標的，其契約無效。但有第二四六條一項，但書及二項之情形者，則不在此限。在此例外情形，出賣人于其後權利發生時，固應移轉之于買受人，然不實使其權利發生之義務。是即買賣與承攬之異點。因承攬人有製作物品(即完成工作之一種)之義務故也。

(二)他方允支付其價金。此即買賣與他之契約相異之點。蓋當事人之一方，既允移轉財產權，若其他方不爲何等之約束時，則其契約乃贈與而非買賣。又雖爲一定之約束，然其所約束者，若不在支付價金，而在移轉他之財產權時，則其契約乃互易亦非買賣。價金云者，爲買賣標的物之代價，所支付之金錢也。金錢者，乃由代表價格方面，觀察貨幣所與之名稱；不限於通用貨幣，即自由貨幣亦包含之。又價金之數額，無須自初具體的約定，依其情形可得而定者，亦無不可。例如約定照市價計算是。約定依市價計算價金時，如已約定依何時何地之市價者，從之。否則應依標的物清償時清償地之市價。(第三四六條)

具右列要件時，買賣即時成立。此外不要交付現物，作成書據，故爲諾成且不要式契約。又買賣成立後，各當事人負擔互爲對價之債務，故爲雙務且有償契約。

買賣契約，在有償契約中，最屬重要；故法律對之特設詳密之規定。且於其契約性質上所許者爲限，準用此等規定於其他之有償契約。蓋就於有償契約，既不如雙務契約有總則之規定，苟非如是，則規定上必多繁複也。（第三四七條）

第二欸 買賣之效力

第一項 出賣人之義務

第一目 移轉權利及交付標的物之義務

出賣人於買賣契約成立後，負移轉財產權之義務。惟財產權之種類不一，有爲所有權者，有爲其他之權利者。在以所有權爲標的之賣賣（一六四）出賣人若只移轉所有權，而不交付標的物，買受人尙不得行使其權利；故出賣人於移轉財產權之外，更負交付標的物之義務。其在以其他權利爲標的之買賣，買受人本只以取得其權利爲足，故出賣人亦不負交付標的物之義務；但因其權利得占有一定之物時，出賣人亦應將標的物交付買受人。如地上權、永佃權之買賣，卽其例也。（第三四八條）

〔一六四〕第三四八條，分出賣人爲物之出賣人與權利之出賣人兩種。其用語至爲不當。蓋一切之買賣，無不以權利爲標的。其所謂物之出賣人者，實卽所有權之出賣人，權利之出賣人者，實卽其他權利之出賣人故也。

第二目 瑕疵担保義務

出賣人負移轉財產權及交付標的物之義務，既如前述。若其財產權於契約成立之際，只指定種類，而未具體的確定，則出賣人固應移轉其所指定種類之完全財產權，及交付其完全標的物於買受人。苟其財產權於契約成立之際，已具體的確定，則出賣人只負以契約成立時之狀態，移轉該財產權及交付其標的物之義務，其財產權自體及其標的物有無瑕疵，可不問之。故其財產權自體或其標的物，於契約成立之際，已存有瑕疵時，出賣人本得以瑕疵之財產權及其標的物，移轉於買受人，買受人不得有拒絕。然如此辦理，不特足使買受人蒙不測之損害，且其結果將使出賣人故意隱秘其權利或其標的物之瑕疵，以欺罔買受人，圖得不法之利益。法律爲防此流弊，特課出賣人以瑕疵担保之義務。瑕疵担保者，即出賣人担保買賣成立之際，其財產權自體及其標的物無瑕疵之謂。由斯而言，則瑕疵担保義務，祇於買賣特定物權及特定權利之場合存在。若在不特定物物權買賣之場合，不生何等之担保義務。^{〔一六五〕}而我民法做德國民法，對於不特定物之買賣，亦設瑕疵担保之規定，實屬未當。（參照第三六四條及德國民法第四九一條）蓋在不特定物物權買賣之場合，買賣標的物於契約成立當時，尙未確定，即使出賣人担保其無瑕疵，既爲理論所不許。且其後出賣人以有瑕疵之物爲履行時，買受人本得以違約之理由而拒絕之，不必主張其有担保之責。因不特定物之出賣人，已約明交付某物，則其所謂某物者，當然無瑕疵之物而言。若出賣人以有瑕疵之物爲給付，即屬不完全履行；買受人已可依此行使權利，何必論及担保義務之有無哉？茲姑依我民法之規定分述之。

【一六五】日儒鳩山秀夫，（同氏日本債權法各論第三五〇頁）末弘敏太郎，（同氏債權各論第四一七頁）均主張不特定物之出賣人，理論上不負瑕疵担保義務。其理由與本書所述者，大體相同。但其國學者之通說，則與之相反。

第一 關於財產權自體瑕疵之担保義務

（一）担保義務之內容 關於財產權自體瑕疵之担保，亦稱追奪担保；即担保契約成立之際，其財產權確係存在，又無瑕疵是也。惟其內容依財產權之種類而異：（甲）買賣所有權時，不問為動產所有權，抑為不動產所有權，出賣人應担保契約成立時，第三人就於標之物，無對買受人得主張之權利。（第三四九條）（乙）買賣債權或其他權利時，則出賣人應担保訂立契約時，其權利確係存在。如其權利未發生，或已消滅，或其存在不確實時，出賣人應任其責。但在買賣有價證券上之權利時，出賣人除担保訂立契約時，其權利確係存在外，尚應担保訂立契約時，證券未因公示催告而宣示無效。（第三五〇條）蓋不如是，則買受人所購得者，仍不外一廢紙耳。至債權之出賣人，對於債務人之支付能力，以有特約為限，亦負擔担保責任。此際出賣人應担保債務人於債權移轉時有支付能力乎？抑担保於清償期屆至時有支付能力乎？均依其契約之所定。若當事人之意思不明，則推定其担保債權移轉時債務人之支付能力。（第三五二條）

上述之担保義務，限於買受人於買賣成立之際，不知其權利有瑕疵之場合發生。苟買受人明知其情，而願與訂立買賣契約，則出賣人就其瑕疵自不負責。但當事人另有訂定者，仍從其訂定。（第三五一條）

（二）義務違反之制裁 出賣人就於財產權之瑕疵，既負擔担保義務，然則違反其義務時則如何？依民法第三百

五十三條之規定，則出賣人不履行担保義務時，買受人得依關於債務不履行之規定行使權利，所謂「依關於債務不履行之規定行使權利」一語，其意旨雖不甚明顯，然不外依第二三一條、第二三二條、第二六四條及第二五四條、第二五五條、第二六〇條之規定，行使權利而已。詳言之：買賣財產權有瑕疵時，不問其瑕疵是否因歸責於出賣人之事由而生，若其債權已屆清償期，買受人得請求出賣人先除去瑕疵，而後移轉其財產權。若出賣人不為除去及履行，則買受人得依第二三一條、第二五四條及第二六〇條行使權利。如在移轉權利後方發見瑕疵時，買受人得請求出賣人除去其瑕疵。在出賣人尚未除去瑕疵之間，買受人得依第二六四條規定，拒絕自己所負擔之給付。（即價金之支付）出賣人除去瑕疵若有遲延，買受人得定相當期限而為催告。若出賣人於此期限內不除去其瑕疵時，買受人亦得依第二三一條、第二五四條及第二六〇條行使權利。以上係就遲延後其瑕疵除去於買受人尚有益時而言。倘其除去瑕疵，因遲延而無利益於買受人時，買受人得依第二三二條、第二五五條及第二六〇條行使權利。

（三）關於担保義務之特約 法律所以課出賣人以瑕疵担保之義務者，不外保護買受人之利益，故出賣人不妨與買受人為免除或限制之特約。〔一六六〕但其免除或限制，法律上亦有一定之限度，即不得免除出賣人故意不告知瑕疵之責任是也。為此特約時無效。（第三六六條）

〔一六六〕瑕疵担保義務，單純基于法律之規定而生，非基于當事人之意思表示而生。蓋法律為維持交易上之安全，特設此規定。學者有以担保義務，基于出賣人之默示的意思表示者。（德儒 Planch）殊嫌無據。惟此項規定，非絕對強行法規，故于一定限度之內，許當事人訂立特

約以免除或制限其責任。

第二 關於標的物瑕疵之擔保義務

買賣契約以財產權爲標的，財產權之種類頗多，有有標的物者，有無標的物者。買賣有標的物之財產權時，其出賣人對於標的物之瑕疵，亦負擔保義務。但其擔保義務，因標的物之爲特定物抑爲不特定物而有不同。茲分述之。

(甲) 買賣特定物時

(一) 擔保義務之內容 在特定物之買賣，出賣人對於買受人，負二種之擔保義務：(一) 擔保於買賣標的物之危險移轉於買受人時，其物之價值，無滅失或減少之瑕疵。(二) 擔保同時其物之通常效用及約定效用，無滅失或減少之瑕疵是也。〔一六七〕但其減少之程度，無關重要者，不得視爲瑕疵。(第三五四條一項) 所謂賣買標的物之危險移轉於買受人時者，即其標的物交付於買受人之時。但契約另有訂定者，仍從其訂定。(第三七三條) 此節當另詳於後，茲不多及。

〔一六七〕物之瑕疵，有就其價值而存在者。如金戒只含有銅質，價值因之減少是。有就其效用而存在者。如水缸因有小漏，不足盛水，只可改以盛米是。至物之效用如何，本應依通常情形定之；但當事人另有特約者，從其特約。前者謂之通常效用，如馬以載重或挽車是。後者謂之約定效用，如約馬以耕田是。

如右所述，係通常場合出賣人就於標的物瑕疵所負之擔保義務。尚有例外：

(1) 訂立契約時買受人已知標的物有瑕疵之場合。此際出賣人就於買受人已知之瑕疵當然不負責任。因其瑕疵有甚輕微，買受人以之為無關緊要者。或買受人以廉價購得其標的物，不因之蒙損害者。故法律特免除出賣人担保之責任。(第三五五條一項)

(2) 訂立契約時買受人因重大過失不知標的物有瑕疵之場合。買賣標的物之瑕疵，於訂立契約之際業已存在，而買受人因重大過失不知之時，與已知之者究無大異，故出賣人就其瑕疵亦不負責。但在(一)出賣人故意不告知瑕疵時，(二)出賣人以特約保證其無瑕疵時，出賣人仍負担保義務。(第三五五條二項)

(二) 關於担保義務之特約。前述關於標的物瑕疵之担保義務之規定，純為保護當事人之利益而設，限於當事人間無特別訂定之場合，方有適用。當事人就此瑕疵担保義務，已有特約時，不問其為加重法定担保義務者，抑為減輕担保義務者，均有效力。故當事人於法定担保義務外，尚以特約保證其標的物確有特種品質者(如約此馬每日能行三百里以上之路程)則出賣人應担保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質。(第三五四條二項)又以特約免除或限制出賣人就於買賣標的物之瑕疵担保義務者，亦無不可。但亦不得免除出賣人故意不告知瑕疵之責任。為此特約時，無效。(第三六六條)

(三) 義務違反之制裁。出賣人違反關於標的物瑕疵之担保義務時(即其特定物有瑕疵時)不問其担保義務基於法律規定者，抑基於特別訂定者，買受人得解除契約，或按其瑕疵之程度，請求相當價金之減少。但依情形其解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。(第三五九條)又在(一)出賣人故意不告知瑕

疵之場合，(二)其標的物缺少出賣人所保證品質之場合，買受人得請求不履行之損害賠償，以代解除契約與減少價金之請求。(第三六〇條)綜上述各場合觀之，出賣人違反標的物瑕疵擔保義務時，買受人不外取得三種之權利：即解除契約，請求價金之減額，及請求不履行之損害賠償是也。分述之。

(子)解除契約 因標的物有瑕疵而解除契約者，除適用一般契約解除之規定外，尚有左列特則。(二六八)

(A)賣出數宗標的物中有一宗有瑕疵者，買受人僅得就一宗物解除契約。在以一個契約同時賣出數宗標的物之場合，其標的物中一宗有瑕疵時，買受人不得依一般規定，就契約之全部為解除，僅得就其一宗標的物解除契約。其以總價金將數宗物同時賣出者，買受人已為一部解除時，其買賣價金亦應減少與瑕疵物相當之價額。(第三六三條一項)但在各當事人非顯受損害，不能將有瑕疵之物與他物分離時，則買受人應就一切標的物解除契約，不能只就其一宗物解除契約。(同條二項)

(B)因主物有瑕疵解除契約者，其從物之買賣亦生解除效力。主物之買賣，因其標的物有瑕疵被解除時，於同一當事人間所成立之從物買賣，已失其效用，故亦生解除之效力。但從物有瑕疵時，買受人雖解除從物之買賣，然主物之買賣，依然有效。(第三六二條)

〔二六八〕關於因標的物有瑕疵之買賣解除，民法除設有第三六二條第三六三條之特別規定外，其于第三六一條，尚設有解除權消滅之規定。然該條規定，與第二五七條完全重複，實屬毫無必要，應刪。

(丑)價金減額之請求 價金減額之請求者，即買受人對於出賣人，以買賣標的物有瑕疵為理由，請求按其瑕

疵程度，減少買賣價金之謂也。由買受人方面觀察，不外一種請求權。其在當事人之一方有數人之場合，得由各人或向各人爲請求，非如契約解除權之行使，應由全體對於全體爲之。（參照第二五八條二項）但在一人爲減額之請求，他人不爲請求時，則只就其所負擔之價金爲減額，其效力不及於他人。其祇向一人爲請求，不向他人爲請求時亦同。

出買人既受請求後，即負減少價金之義務。其應減之額，當事人協議已諧時，從其協議。否則由法院酌量情形定其應減之額。

（寅）不履行損害賠償之請求 此種損害賠償，係以填補買受人，因買賣標之物有瑕疵所受之損害爲目的。故其所謂不履行者，係指不履行標之物瑕疵之担保義務而言，與債務全不履行者不同。蓋即履行不完全之一場合也。

不履行損害賠償之請求，亦對於出賣人爲之。其在當事人一方有數人時，得由各人或向各人爲請求，與價金減額之請求無異。

上述買受人所得行使之三種權利，有共同之消滅原因。茲舉於左：

（1）買受人發見其所受領之標之物有瑕疵而不通知出賣人者 買受人受領買賣標之物之時，應按物之性質，依通常程序從速檢查之。如發見有瑕疵，應即通知出賣人。若其瑕疵非通常檢查所能發見，至日後始發見者，亦應即時通知出賣人。怠于通知時，視爲承認其所受領之物，故買受人不得再行使前述三種之權利。（第三五

六條)但出賣人故意不告知瑕疵于買受人時,買受人不失其權利。(第三五七條)

買受人發見標之物之瑕疵時,不但得通知出賣人,以保留其應有之權利,且得拒絕有瑕疵物之受領。但由遠地送到之物,出賣人於受領地無代理人者,買受人有暫為保管之責。此際買受人應即依相當方法證明其瑕疵之存在;否則推定于受領時為無瑕疵。又其送到之物,易于敗壞者,買受人經物之所在地官署、商會、或公證人之許有,得變賣之。且其變賣於出賣人有利益時,並應變賣之。變賣時應即通知出賣人。若怠于通知,應負損害賠償之責。(第三五八條)

(2) 出賣人交付有瑕疵之物于買受人已逾六個月者,買受人受領有瑕疵之物,已逾六個月,而不行使前述三種之權利者,不問其已否發見瑕疵,其權利即歸消滅。蓋非如是,則當事人間之法律關係永不確定,交易上甚感不便也。但出賣人故意不告知瑕疵時,不適用此規定。(第三六五條)〔一六九〕

〔一六九〕第三六五條只規定,契約解除權與減少價金請求權,因六個月間不行使而消滅,而不及不履行損害賠償請求權。然解除權及減少價金請求權,既已消滅,則不履行損害賠償請求權,斷無獨存之理,故應類推及之。(舊民律第五八五條,德民第四七七條,日民第五七〇條,第五六六條三項參照)

五六六條三項參照)

3) 買受人就前述三種權利中已行使其一者,買賣標之物有瑕疵時,買受人固得行使前述三種之權利;然此三種之權利,本基於一個原因而生,買受人不得同時行使之,祇得擇一的行使其一權利而已。故買受人已行使其一權利時,他之權利當然歸於消滅。此點法律雖無明文,然依第三五九條及第三六〇條之規定得推知之。

【一七〇】但在當事人之一方有數人之場合，其一人（指多數買受人中之一買受人）已爲價金減少之請求時，又對其一人（即多數出賣人中之一出賣人）已爲價金減額之請求時，其他人或對其他人亦失契約解除權，然不失不履行損害賠償請求權。蓋解除權有不可分之性質，其一人或對其一人已消滅時，其他人或對其他人亦應消滅。（第二五八條二項參照）然不履行損害賠償請求權，則反是。其一人或對其一人雖消滅，然其他人或對其他人不妨存在也。其一人或對其一人，已爲不履行損害賠償之請求時亦同。

【一七〇】第三五九條規定，得解除其契約，或請求減少其價金。由「或」之一字而觀，足見其僅得擇一的行使上述兩權利中之一權利。又第三六〇條有「得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償」云云。可見其請求賠償時，即不得解除契約與請求減少價金，不適用第二六條「解除權之行使不妨礙損害賠償之請求」之一般規定。

（乙）買賣不特定物時

不特定物之買賣與特定物之買賣同，出賣人就於標的物之瑕疵，亦負擔保義務。其担保義務之內容，與特定物買賣之場合無異。已詳於前，茲不復贅。惟就其担保義務之違反，法律有特別規定，有說明之必要。

不特定物之出賣人，違反標的物瑕疵担保義務時，（即其標的物有瑕疵時）買受人除依第三五九條及第三六〇條規定，得解除契約，請求價金之減額，或不履行之損害賠償外，且得請求另行交付無瑕疵之物。（第三六四條一項）以代契約解除，價金減額，及不履行損害賠償之請求。此可稱更換請求權。茲就更換請求權析述之。

(一) 更換請求權之行使 此請求權之行使，亦對於出賣人爲之。在其當事人之一方有數人之場合，其請求得由各人或向各人爲之。但其標的物爲不可分物時，應由其全體或對於其全體爲請求。

在以一契約同時賣出數宗標的物之場合，其一宗標的物有瑕疵時，買受人僅得就其一宗物請求更換。但當事人若非顯受損害，不能將有瑕疵之物與他物分離者，買受人應就一切之物請求更換。

(二) 更換請求權之效果 買受人請求更換時，則與之不兩立之他權利，(如契約解除權)因之歸於消滅。但在當事人之一方有數人之場合，其一人或對其一人，已爲交付無瑕疵物之請求時，其他人或對其他人，雖喪失契約解除權，然他之兩權利，不因之而消滅。

出賣人已受買受人更換之請求時，負交付無瑕疵物于買受人之義務。且對於新交付之物，仍負擔保責任。(同條二項)買受人亦負使出賣人回復標的物(即有瑕疵者)交付前原狀之義務，與解除契約之場合無異。其回復原狀義務之內容，不外準用第二百五十九條定之。但因交付無瑕疵物遲延所生之損害，買受人自不妨以履行遲延爲理由，向出賣人請求賠償。

在同一當事人間，同時有主物及從物買賣成立之場合，因主物有瑕疵買受人已請求更換時，其從物之買賣，亦生請求更換之效力。蓋從物本隨主物以爲用，其間有不可離之關係也。但從物有瑕疵時，買受人祇得請求從物之更換，不得請求主物之更換。

(三) 更換請求權之消滅 更換請求權，與買賣契約之解除權，其性質極爲相似。故第二百六十二條關於解除

權消滅之規定，理論上可準用於更換請求權。又此種請求權，與上述之契約解除權、價金減額請求權、及不履行損害賠償請求權，同為基于担保義務違反所生之權利。故為上述三種權利之共通消滅原因者，亦為更換請求權消滅之原因。但依第三百六十四條一項之規定，此請求權應于發見瑕疵後即時行使之，否則立歸消滅，不以受領後經過六個月為必要。（第三六五條參照）

第二項 買受人之義務

第一目 支付價金之義務

買受人負支付價金之義務。（第三六七條）此義務為金錢債務之一，故債編通則中，關於金錢債務之規定，于茲當然有其適用。惟此種債務，係由買賣契約而生，其與出賣人交付標之物之義務，有牽連之關係，依其性質有不能全然適用債編通則之規定者，故各國民法，就於此點，多設特別規定，我民法亦然。茲就其規定內容分述之。

（一）價金之額 在通常場合，買賣價金之額，多於契約上以確定數目明示之，從可依其契約以定其額，雖然，買賣契約只以買受人約明支付價金為要件，不以約明支付確定數目之價金為要件。故於契約約明依市場價格而定價金者，其契約當然有效。惟此場合，其價金應依何時何地市場之價格而定之乎？當事人有特約時從之。否則應依標之物清償期及清償地之市場價格，定其價金之額。（第三四六條二項）又當事人得約明，其價金之額，依標之物之重量計算之。此際應除去其包皮之重量。但契約另有訂定，或另有習慣者，從其訂定或習慣。（第

三七二條）

(二) 價金支付之時期 價金支付之時期，當事人已約定時，從之。否則似應依第三百十五條之規定，定其清償期；其買賣標之物之交付，附有期限與否，可以不問。雖然，買受人支付價金之義務，與出賣人交付標之物之義務，原由一個契約而生，且有牽聯之關係。故除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，其支付價金與交付標之物，應同時為之。(第三六九條)〔二七〕又當事人已就標之物之交付約定期限，而于價金之支付，不附期限時，則其價金之交付，應推定為附同一之期限。(第三七〇條)因買賣以交付標之物同時支付價金為通例故也。〔二七〕但此規定乃推定的規定，故當事人得舉反證排除其適用。

〔二七一〕此係就支付價金與交付標之物，均未附有期限者而言。其支付價金既應與交付標之物同時為之，故在其標之物未現實交付以前，價金支付之時期，即未屆至，出賣人根本不得請求履行，非但買受人得提出同時履行之抗辯而已。

〔二七二〕反之，當事人已就價金之支付約定期限，而于標之物之交付，不推定為附同一之期限。因通常情形，買賣之價金，亦多于標之物交付後方行支付故也。

(三) 價金支付之處所 買賣價金支付之處所，當事人已約定時從之。未約定之場合，若其買賣價金之支付，應與標之物之交付同時為之時，則須于交付標之物之處所支付之。(第三七一條)如是，則可在同一處所，一面交物，一面付款，于勞力費用，諸多節省。

(四) 價金支付之拒絕 價金之支付已屆清償期時，買受人本應對於出賣人如數支付。但在有正當理由，恐第三人就買賣標之物主張權利，致失其所買受權利之全部或一部時，買受人得視其危險之程度，拒絕價金全部或

一部之支付。蓋不如是，則買受人應將其價金支付于出賣人，只得請求不履行損害賠償，或解除契約，難保將來出賣人不因無資力之故，不能履行其義務（即賠償損害或回復原狀之義務）而害及買受人之利益也。但在出賣人已提出相當担保之場合，則買受人不得行使此權利。又出賣人不妨對於買受人請求價金之提存。（第三六八條）

第二目 受領標之物之義務

買受人不獨負支付價金之義務，且負受領標之物之義務。（第三六七條）出賣人既依契約本旨提出標之物，買受人無故不受領之時，不但爲受領遲延，且爲履行遲延。對於出賣人應賠償因之而生之損害。

第三項 買賣危險之負擔

買賣標之物于履行前，因不可歸責于當事人之事由滅失或毀損時，其損失應歸何人負擔乎？易言之：此際出賣人對於買受人，尙得請求價金全額之支付否乎？此即危險負擔之問題，依第二百六十六條一項之規定，雙務契約當事人之一方所負擔給付，因不可歸責于當事人兩方之事由而不能者，無請求對待給付之權利。買賣亦雙務契約之一，既可適用上述規定，似無再設特別規定之必要。然第二百六十六條中所謂給付不能者，乃指當事人之一方，不能履行一切之義務者而言。倘已履行其一義務後，不能履行他義務時，則不包含之。故如買賣之出賣人，本負數個之義務，若在移轉權利後，交付標之物前，其標之物因不可抗力歸於滅失時，出賣人得請求支付價金否？歟？此問題究非依第二百六十六條之所能解決。故民法就於買賣，除適用第二百六十六條外，所以特設危險負擔之

規定。茲就其規定內容分說之。

第一 出賣人未移轉權利且未交付標的物時 在出賣人尙未移轉權利及交付標的物之間，買賣之標的物，因不可抗力滅失或毀損者，因之而生之損失，出賣人應負擔之，此即基于第二百六十六條之規定者也。其標的物已全部滅失時，則出賣人所負擔給付已屬全部不能，故依同條一項前段之規定，失請求價金支付之權利。其標的物只一部滅失或毀損時，則出賣人所負擔給付祇一部不能，故不失請求價金之權利，不過應依同條一項後段之規定，減少價金之額耳。

第二 出賣人已交付標的物于買受人時 出賣人已交付標的物于買受人，則買受人就其標的物得爲使用收益，故於其間買賣標的物因不可抗力滅失或毀損時，買受人亦應負擔其損失，對於出賣人，不得拒絕價金之支付，或請求價金之減額。（第三七三條前段第三七七條）

第三百七十三條前段所謂交付標的物者，本指出賣人已將標的物交付買受人接受者而言。但出賣人因買受人之講求，將標的物送交清償地以外之處所者，若出賣人已交付標的物于運送承攬人（二七三）其危險即歸買受人負擔。（第三七四條第三七七條）否則將因買受人之意思，加重出賣人之義務，於理殊未當也。此際買受人關於標的物之送付方法，有特別指示者，出賣人如無緊急之原因，應遵從之。倘違其指示，對於買受人因此而生之損害，應負賠償之責。（第三七六條第三七七條）

（一七三）運送承攬人一語，應從廣義解釋，即指一切從事運送事務之人。（舊民律第五九九條一項及德民第四四七條一項參照）與第六六

○條中之「承攬運送人」不可混同。

以上係就當事人關於標的物之危險負擔無特別訂定者而言。若有特別訂定時，從其訂定。（第三七三條但書第三七七條）故當事人不妨約明，其標的物之危險于交付前，即歸買受人負擔。但此時出賣人尙占有其標的物，就于其物難免支出種種之費用，此費用亦應由買受人負擔之。蓋其物之危險既歸買受人負擔，若此種費用仍使出賣人負擔，則出賣人將目覩其物之毀損滅失，而不爲必要之處置，其結果買受人必蒙損害也。惟其費用應分爲必要費及有益費兩種。其屬於必要費者，買受人應依委任規定償還之；其屬於有益費者，應依無因管理規定償還之。（第三七五條、第三七七條）又此際買受人關於標的物之送交方法，有特別指示者，出賣人非有緊急原因，不得違其指示。否則對於買受人應賠償因之而生之損害。（第三七六條、第三七七條）

第四項 買賣費用之負擔

訂立買賣契約，與履行買賣契約，常需種種之費用。此等費用應歸何人負擔乎？我民法第三百七十八條設有特別規定，析述于左。

- (一) 當事人有特別訂定時，從其訂定。
- (二) 當事人無特別訂定而有特別習慣時，從其習慣。
- (三) 無特別習慣而法律另有規定時，從其規定。（第五七〇條參照）
- (四) 法律無特別規定時，則依費用之種類，定其負擔之人。即（甲）訂立買賣契約之費用，如印花費鑑定費等，

由當事人雙方平均負擔。(乙)移轉權利之費用，運送標的物至清償地之費用，及其交付之費用，由出賣人負擔。(丙)受領標的物之費用，登記之費用，及送交清償地以外處所之費用，由買受人負擔。

第三款 買回

第一項 買回之意義

買回云者，出賣人依據訂立買賣契約時與買受人所爲之特約，返還其已受領之價金，及契約之費用于買受人，而解除買賣之謂也。(第三七九條一項，第三八一條一項)其所依據之特約，謂之買回特約。依此特約出賣人所得行使之契約解除權，謂之買回權。依此定義，則買回之性質，可分述於左。

(一)買回乃契約解除。就於買回之性質，學說及立法例未能一致。有以之爲基于買賣預約之再買賣者。有以之爲買賣之解除條件者。有以之爲附停止條件之再買賣者。有以之爲基于買回特約之契約解除者。就我國習慣而論，應以最後說爲適當。何則？我國習慣，當買賣不動產時，多于其買賣契約中，載明「得備原價取贖」等語，所謂取贖者，不外解除契約之意也。(二七四)

【二七四】契約解除說，爲我國之通說。陳蓮昆氏債各第三九頁，蔡天錫麟氏債各第三三頁，周新民氏債各第四八頁，李讓氏債各第四八頁，參照。獨戴修瓚氏以之爲附停止條件之再買賣，即以買回特約爲再買賣契約，而以買回人之買回表示，爲其再買賣契約之停止條件。吳振源氏從之。(戴氏債各第五二頁以下，吳氏債各第四八頁參照)此說不但不合于當事人之意思，而就我民法之規定而解釋，尤不可通。茲姑舉數點以證之。(一)第三七九條明認「買回之權利」，卽所謂買回權，此亦爲戴氏所承認。(見其債各第五五頁)若以買回特約爲附停止條件

之再買賣，則于其未爲買回表示以前，其再買賣契約，因其所附之停止條件尙未成就，亦不發生效力，其買回權究從何發生乎？此不可解者一。

(二) 第三七九條第三八一條及第三八二條，「有返還價金」及「償還費用」之文句，均屬關於回復原狀之規定。如果確係新買賣契約，而非原契約之解除，則當事人何以亦負此義務？此不可解者二。

(三) 買回表示，若係再買賣之停止條件，則其條件成就之期間，理論上即不能加以制限。何以第三八〇條，有不得超過五年之規定？此不可解者三。余故從通說。

(二) 買回要依據買回特約爲之。買回雖爲契約解除之一種，然其解除要依據特約爲之，故於契約成立後，因買受人不履行義務，或其他事由，依法律之規定，解除契約者，祇單純之契約解除，而非買回。

買回特約要與買賣契約同時訂立之。故出賣人于買賣成立後，與買受人訂立保留解除權之特約，依其特約解除契約者，亦非買回。但買回特約與買賣契約，本爲別個之契約。(即有主從關係之兩個契約)故嗣後以當事人之合意，解除其買回特約時，然買賣契約不因之而受影響。

(三) 買回要依返還價金及償還費用之方法爲之。通常之契約解除，依意思表示爲之，一經表示意思，即生效力。而買回則不然，不祇以意思表示爲足，且要現實返還其價金及費用於買受人，否則其解除無效。此爲我國學者之通說。(陳瑾昆氏債各第四三頁，周新民氏債各第五二頁，蔡天錫麟氏債各第三六頁，韋維清氏債各第四九頁參看)戴修瓚氏主張買回僅以意思表示爲足，不以同時返還價金及費用爲必要。戴氏債各第五六頁)吳振源氏從之。(吳氏債各第五六頁)

依上所述，則買回之性質可略明矣。瑞、奧、日民法，祇就不動產之買賣認買回，而對於動產則不認之。然買回既

不外契約解除之一種，獨對於不動產認之者，殊無理由。故我民法特倣德、法民法之規定，不問動產不動產，均許其訂立買回之特約。〔一七五〕

〔一七五〕瑞士民法第二一六條，奧民第一〇七〇條，日民第五七九條，德民第四九七條，法民第一六五九條參照。

第二項 買回之方法

買回乃一種之契約解除，似可祇向買受人表示意思爲之，不以現實提出價金爲必要；然如此辦理，深恐出賣人有不顧有無返還價金及費用之資力，濫爲買回之意思表示，而害及買受人之利益者。故法律特以現實返還價金及費用，爲買回之要件。（第三七九條一項及第三八一條一項）其價金之額以出賣人所受領者爲準，但有特約者，仍從其特約。（第三七九條二項）又在契約當事人之一方有數人之場合，其買回之意思表示及價金費用之提出，應由其全體或對其全體爲之。因買回不外契約之解除，應適用第二百五十八條二項之規定故也。

買回權之行使，當事人定有期限時，從其訂定。但其約定期限，不得逾五年，否則縮短之爲五年。若未定有期限，則買回權人應于買賣後五年內爲買回。逾期不爲買回時，其買回權消滅。（第三八〇條）因買回權可生重大之效果，苟許其永久存續而不加制限，則買受人之權利，常在不確定之狀態；且近來物價，有漸次騰貴之傾向，自買賣時起經長久期間後，其買賣標之物之時價，每有爲前此買賣價金之數倍者；于此場合，出賣人倘得以原價買回原物，則其當事人間，將發生資力之變動，一般經濟上亦不免因之受影響也。〔一七六〕

〔一七六〕民法債編施行前所訂立之買回契約，定有期限者，依其期限。但其殘餘期限，自施行日起算，超過五年者，縮短爲五年。如買回契約未

定期限者，自施行日起，不得逾五年。（民法債編施行法第一二條參照）

買回權非專屬於出賣人本身之權利，故得為繼承之標的。且得與其因買回所生之請求權，一併讓與於他人。既經繼承或讓與之後，其繼承人或受讓人，當然得對買受人行使權利。故得為買回者，不限於出賣人，又買回因買回人之利益為之，故其費用應歸買回人負擔。（第三八一條二項）

第三項 買回之效力

買回之效力，得分為二方面觀察之。即（一）當事人間之效力，（二）對於第三人之效力是也。分述之：

第一 當事人間之效力

買回生效力時，買受人負交付標的物及其附屬物于買回人並移轉其所有權之義務。〔七七〕其物因歸責於買受人之事由，致不能交付，或已變更其原狀者，因之而生之損害，買受人負賠償之責。（第三八三條）但其就標的物所收取之孳息，視為與原價金之利息，互相抵銷，故買受人無須返還。（第三七九條三項）又買受人若已就標的物，設定抵押權或其他第三人之權利，（如質權地上權等）時，須除去之。否則亦負賠償損害之責。

〔一七七〕第三八三條只規定，買受人負交還標的物之義務，而不及移轉所有權，尙嫌遺漏，蓋標的物之所有權，前已由出賣人移轉于買受人，若非使買受人再移轉于買回人，則其物仍屬于買受人所有，其買回人尙不能達買回之目的也。此點與典權之回贖異。因典物之所有權，始終屬于出典人，故回贖之後，典權人只須將典物交還出典人，不必再為權利之移轉。

次就買回人方面言之。買回人當為買回時，已提出買賣價金及契約費用，故買回生效力後，買回人不再負返

還價金及費用之義務。關於此點，周新民氏主張買回人有此義務；然一面又以返還價金，與償還費用，為買回權行使之要件，不無自相矛盾。（同氏債各第五一頁以下參看）又價金之利息視為與標之物之孳息相抵銷，故買回人亦無須支付。買回人對於買受人所應支付者，只買受人就標之物所已支出之費用而已。但其費用應分為必要費與有益費兩種。前者為保存標之物而支出者，應由買受人負擔，買回人不負返還之義務，後者為改良標之物而支出者，以因此增加之價額，于買回時現存者為限，買回人負償還其增加額之義務。（第三八二條）

第二 對於第三人之效力

買回特約不外一契約，依之所為之買回，當然對於第三人不生效力。故買回前買受人已將標之物讓與第三人時，買回人為買回後，不得請求第三人返還其標之物；買回人亦不得逕向第三人為買回。日本民法第五百八十一條規定，買回特約已登記時，其買回權之行使，對於第三人亦生效力。我民法無此明文，自不能為同一之解釋。

第四款 特種之買賣

第一項 貨樣買賣

貨樣買賣者，出賣人對於買受人約明，以符合貨樣之物品為給付之買賣也。貨樣買賣亦買賣之一種，應具備買賣一般之要件。惟其標之物之狀態品質，特以貨樣指定，是其特徵耳。

貨樣買賣成立後，與一般買賣同；出賣人負交付與貨樣相同之物於買受人之義務。此外尚應担保其物與貨

樣有同一之品質。(第三八八條)蓋標的物既以貨樣指定，則買受人之意思，不但注重其外形，且注重其性質。倘可以性質相異之物爲給付，則大違買受人之本意也。

第二項 試驗買賣

試驗買賣者，以買受人就于買賣標的物表示承認，爲停止條件之買賣也。例如甲欲以其所有之牛售乙，並將其牛交乙，許其試用，而後決定買否是也。此種契約，爲習慣上所常見。惟其性質如何，尙無定說。〔二七八〕我民法做德國民法，規定以無特別意思表示爲限，認爲附停止條件之買賣，使適用屬於停止條件之規定。(第三八四條)蓋此種買賣，于當事人合意時，業已成立，祇其效力之發生，以買受人就其標的物表示承認爲始，其買受人之承認，不外一停止條件耳。

〔二七八〕有以之爲買賣之預約者，有以之爲賦與買受人以承認權之買賣者。

試驗買賣，雖以買受人就于標的物表示承認爲停止條件，然買受人並不因之負表示承認之義務。故表示承認使其買賣生效力乎？抑拒絕承認使其買賣因條件不成就歸於無效乎？皆買受人之自由。惟買受人因決定宜爲承認與否，自有試驗其標的物之必要。故法律特使出賣人負許買受人試驗其標的物之義務。(第三八五條)

在當事人已約定承認期限時，買受人應於其期限內向賣人爲承認或拒絕承認。若逾期不表示意思，視爲拒絕承認。當事人未定承認期限時，出賣人對於買受人，得定相當期限催告之。若逾期不爲何等之意思表示，亦視爲拒絕承認。(第三八六條)然此祇就出賣人不因試驗交付標的物於買受人之場合言之耳。在出賣人因試驗

已交付標的物於買受人之場合，倘買受人不交還其物，或於約定期限或出賣人所定之相當期限內，不爲何等之意思表示時，即可認其有承認之意思，應視爲已經承認。又買受人已支付價金之全部或一部，或就標的物爲非試驗所必要之行爲者亦同。（第三八七條）

第三項 分期付款之買賣

分期付款之買賣，即附有分期陸續支付價金之約款之買賣也。此種買賣，因其價金不必一次付清，於無充分資力之買受人，固甚覺便利，而在出賣人方面，則不無將來不能完全受領價金之虞。故出賣人爲預防損失計，往往索取高價，並附加各種苛刻約款；其買受人多係經濟的弱者，祇得悉數贊同，弗敢與抗，揆之情理，豈得謂平以故意，德、奧、瑞士各國，就於此種買賣，均設有保護買受人之規定。〔二七九〕我民法亦然。茲分述其保護規定於左。

〔二七九〕瑞士規定于債務法第二二六條以下，德、奧兩國，則以特別法規定之。

（一）喪失期限利益約款之制限 喪失期限利益之約款者，當事人約定，分期給付之債務人，一次遲延給付時，債權人即得請求全部給付之謂也。分期付款之買賣，雖非不得附此約款，但其效力則大受制限。即此際必須買受人，有連續兩期給付之遲延，且其遲付之價金，已達全部價金五分之一，出賣人方得請求其即時支付全部價金。（第三八九條）此屬強制規定，不得以特約排除之。

（二）沒收已付價金約款之制限 沒收已付價金之約款，或稱失權約款。即分期付款買賣之當事人約定，因買受人遲延給付，而解除契約時，出賣人得沒收其所受領價金之謂也。此種約款，雖非全無效力，但其所得沒收價

金之數額，則有制限；即不得超過標的物使用之代價及標的物受有損害時之賠償額。（第三九〇條）若有超過，則應以其餘額返還買受人。但出賣人於沒收價金外，仍不失其第二百五十九條之回復原狀請求權，及第二百六十條之不履行損害賠償請求權。

第四項 拍賣

第一 拍賣之意義

拍賣云者，謂以競爭出價之方法，而定其價金之買賣。詳言之：即出賣人先向不特定多數人爲拍賣之表示，使其彼此競爭，各出高價，而後選定其出價最高之應買人，與之訂立契約之謂也。因其選定應買人多用拍板之方法爲之，故稱拍賣。

第二 拍賣之種類

拍賣有二種：（一）任意拍賣，即個人任意所爲之拍賣。如甲以其所有之家屋，用拍賣之方法賣出之是。（二）強制拍賣，即國家機關依拍賣法，或強制執行法，強制所爲之拍賣。如法院強制拍賣抵押物是。（第八七三條參照）強制拍賣，皆基于特定人之聲請爲之。其得爲聲請之人，即由法律明定之。如民法第三三一條、第五八五條、第六二一條、第六五〇條三項、第八九二條，及強制執行法上關於聲請拍賣之規定皆是。既經合法聲請，不問其拍賣物所有人之意思如何，均得實行拍賣。故與任意拍賣，由拍賣物之所有人自動拍賣者不同。（一八〇）

【一八〇】陳運昆氏債各第五五頁，分拍賣爲任意拍賣，法定拍賣，及強制拍賣三種。然法定拍賣，亦由國家機關強制爲之，已包含于強制拍賣

之內，無強爲分別之必要。戴修瓚氏債各第六七頁，周新民氏債各第六七頁，則分爲任意拍賣與強制拍賣二種，與本書同。

拍賣雖有任意拍賣、強制拍賣之別，然我民法第三百九十一條以下之規定，對於上述兩種拍賣，均有適用。此細釋第三九二條、第三九三條之法意自明。（一八一）但民法之規定，僅係實體規定。其關於強制拍賣之程序，則另有特別法以規定之。如拍賣法及強制執行法是也。（民法債編施行法第一四條參照）

【一八一】戴修瓚氏債各第六七頁謂：強制拍賣，適用強制執行法及其他特別法之規定。任意拍賣，始適用民法中拍賣之規定。周新民氏債各第六七頁從之。余以爲強制執行法及其他之特別法，僅規定拍賣之程序，而民法則規定其實體，兩者效用不同。故強制拍賣並不適用民法之規定。

第三 拍賣之成立

拍賣不外買賣之一種，亦因當事人之合意而成立。但其意思表示，必依左列之次序。

- （一）拍賣人之拍賣表示 稱實施拍賣之人曰拍賣人。在任意拍賣，則拍賣物之所有人爲拍賣人；在強制拍賣，則實施拍賣之公務員爲拍賣人。其聲請拍賣之人，乃拍賣之委任人，而非拍賣人。凡拍賣必先由拍賣人爲拍賣之表示。此項表示，其性質乃要約之誘引，通常詳敘拍賣標的物、拍賣日時、處所、及最低價格等，而公告之。
- （二）應買人之應買表示 應買人謂應于拍賣表示，向拍賣人表示願以一定價金買受其物之人。其所爲之意思表示，即應買表示。此項表示，乃買賣之要約，應買人不得撤回。須俟有出價較高之應買，或拍賣人撤回其拍賣物時，方失其效力。（第三九五條）

拍賣表示係對於不特定多數人爲之，故無論何人，均得應買。但拍賣人對於其經營之拍賣，不得應買，亦不得使他人爲其應買。（第三九二條）因恐其從中舞弊，加損害于拍賣之委任人也。違此規定時，其買賣無效。（第七一條）

（三）拍賣人之賣定表示 拍賣人于有應買表示後，得爲賣定表示，使其拍賣成立。其賣定表示，依拍板或其他慣用之方法爲之。（第三九一條）

拍賣人于如何場合得爲賣定表示乎？其拍賣之委任人，有特別指示時從之。否則得將拍賣物拍歸出價最高之應買人。（第三九三條）但其賣定表示與承諾表示同，拍賣人得自由爲之，不負賣定表示之義務。故拍賣人對於應買人所出最高之價，認爲不足時，得不爲賣定之表示，而撤回其物。（第三九四條）

第四 拍賣之效力

拍賣乃買賣之一種，故其效力可從關於買賣之規定定之。此外民法就于拍賣價金之支付，尙設有特殊之規定。即拍賣之買受人，〔一八二〕應于拍賣成立時，或拍賣公告內所定之時，以現金支付買價。（第三九六條）否則其拍賣人得解除契約，將其物再行拍賣。其再行拍賣所得之利益，若較少于原拍賣之價金及費用，原買受人應負賠償其差額之責任。（第三九七條）

〔一八二〕第三九七條之「拍賣之買受人」，即第八七六條二項之「拍定人」，此亦其用語前後不一律之一點。

第三節 因互易而生之債

第一款 互易之意義及效力

互易者，當事人雙方約定，互相移轉金錢所有權以外之財產權于相對人，依之而成立之契約也。（第三九八條）例如甲與乙約，以其所有之牛，易乙之馬是。互易以當事人雙方互約移轉金錢所有權以外之財產權爲要件，此即其與買賣相異之點。所謂金錢所有權者，係指不特定金錢之所有權而言，不包含特定金錢所有權在內，故當事人雙方約定互相移轉特定金錢所有權，或其一方約定移轉特定金錢所有權，他方約定移轉他之財產權者，其契約仍不失爲互易。

互易契約成立之結果，當事人雙方互負移轉財產權之義務。且其債務互爲對價，故爲雙務且有償契約。從關於買賣之規定，以其性質所許者爲限。當然準用之于互易。（第三九八條）詳言之：即當事人雙方互負移轉財產權，交付標的物，及瑕疵擔保等義務。其他如費用及危險之負擔等，一切準用買賣之規定。已詳于前，茲不復贅。

第二款 特種之互易

第一 支付補足金之互易

支付補足金之互易者，當事人約定，一方移轉金錢所有權以外之財產權，及金錢所有權，相對人約定移轉金錢所有權以外之財產權之契約也。其所約定應支付之金錢，謂之補足金。此種契約，當事人既互約移轉金錢以外之財產權，可謂已具備互易之要件；惟于約定支付補足金之點，與普通之互易不同。

支付補足金之互易，亦不外互易之一種，當然發生普通互易之效力。此外其約定支付補足金之當事人，尙

負支付補足金之義務。補足金之支付，與買賣價金之支付，極爲相似，故法律特使準用關於買賣金之規定。（第三九九條）

第二 金錢兌換

金錢兌換者，即以不特定之金錢，易不特定金錢之契約也。此種契約之標的，祇在移轉金錢所有權，實非互易。惟其與互易相似，故附述于此。

金錢兌換契約，爲習慣上所頻行，且其內容亦無違法，依契約自由之原則，當然有效。契約生效力後，當事人雙方互負支付金錢之義務。其債務履行處所、時期、費用等，一切適用關於金錢債務之規定，及關於雙務契約之規定。

第四節 因贈與而生之債

第一款 贈與之意義及性質

贈與者，當事人之一方，表示無償給與自己財產于他方，他方允受之，依之而成立之契約也。（第四〇六條）依此定義，則贈與應具備左之要件。

（一）當事人之一方表示無償給與自己財產。爲此約束之當事人，請之贈與人；其他方謂之受贈人。茲所謂財產者，不限于所有權，即其他之權利，不專屬於贈與人之本身者，均得爲贈與之標的。無償給與云者，即不索報酬，將其財產給與他人之謂。詳言之：即贈與人不受對待給付，因欲利益他人，而爲減少自己財產之給付是也。故

不以移轉財產權于他人爲限；凡代償或承擔他人所負之債務，及免除對於他人所有之債權，均包含之。至供給勞務，則非給與財產，故不得爲贈與之標的。

得爲贈與標的之財產，不以現屬於贈與人者爲限；即將來取得之財產，亦得爲贈與之標的。第四〇六條中，雖有「自己之財產」一語，然其所謂自己財產者，亦非限定於贈與成立當時現屬於贈與人者，此當然之解釋也。

(二) 相對人之允受 贈與乃契約；單當事人之一方表示無償讓與財產之意思時，其契約尙未成立，且以他方表示允受意思爲必要。此卽其與遺贈之異點也。

具備右列兩要件時，贈與卽時成立，不以履踐一定之方式爲必要。故爲不要式契約。〔二八三〕雖不用字據之贈與，其贈與人得隨時撤銷；（第四〇八條）又以非經登記不得移轉之財產爲贈與者，在未爲移轉登記前，其贈與不生效力；（第四〇七條）〔二八四〕然其作成字據與登記，祇與贈與之效力有關，而非其成立要件。又贈與成立後，單贈與人負給付義務，受贈人不負何等之義務，故爲無償且片務契約。

〔二八三〕外國法律，有以作成字據爲贈與之要件者。如德民第五一八條，法民第九三一條，第九三二條，瑞債第二四三條。蓋贈與契約，于贈與人有損無益，欲使其以慎重出之，俾免後日反悔也。反之，日民第五五〇條，則定未立字據之贈與，其贈與人得任意撤銷，與我民法第四〇八條之規定略同。

〔二八四〕第四〇七條係淵源于瑞債第二四二條二項「土地所有權及存于土地之物上權利，其贈與因記入登記簿而成立」之規定。考瑞債分贈與，爲現物贈與及贈與約束二種。其第二四二條二項，僅屬關於現物贈與之規定，而非關於一切贈與之規定，雖無不當，但我民法既

未另設現物贈與之規定，竟亦增設上開條文，立法理由，殊欠一貫，似以刪去爲妥。

第二款 贈與之效力

贈與爲純正片務契約，契約成立後，單贈與人負義務。故說明贈與之效力，可只就贈與人之義務言之。贈與人
之義務有三：即給付義務，注意義務，及擔保義務是也。分言之：

(甲) 給付義務 給付義務者，即從契約之趣旨爲給付之義務也。贈與人任意不爲給付時，受贈人除得請求交付贈與物外，亦得請求贈與物之價金，但不得請求遲延利息，或其他不履行之損害賠償。(第四〇九條) 因贈與爲恩惠行爲，贈與人之責任應減輕也。又贈與人於贈與後，其經濟狀況顯有變更，倘仍履行贈與，于其生計有重大之影響，或妨礙其扶養義務之履行者，得拒絕贈與之履行。(第四一八條) 其在贈與人已爲數個之贈與，因經濟狀況變更，而無履行全數契約之能力時，贈與人應依契約成立之先後，爲履行或拒絕履行。(舊民律第六二四條二項、德民第五一九條二項參照) 詳言之：贈與人應依契約成立先後之順序，履行契約。苟履行先訂立之贈與契約，不能履行後訂立之契約時，則對於其後訂立之贈與，得拒絕履行。

贈與人既拒絕履行後，雖不履行義務，不任遲延之責。又拒絕履行之權利，不外抗辯權之一種，與同時履行抗辯權相似，祇生暫時不必履行之效力，其義務非因之而免除。故拒絕履行原因終止後，贈與人仍負履行之義務。此點法律雖無明文規定，然應以如此解釋爲適當。

(乙) 注意義務 債務人于負擔給付義務外，就其債務之履行，尙應加一定之注意。是即注意義務。其應加注意

之程度，依債務之性質而不同。有應加善良管理人之注意者，即一般債務人所應爲之注意也。有應加與自己事務同一之注意者，如無報酬之受寄人所應爲之注意也。（第五九〇條）負加善良管理人注意之義務者，就於故意或過失所生之事項應任其責。（第二二〇條）負加與自己事務同一注意之義務者，就於故意或過失所生之事項應任其責。（第二二三條）贈與人對於贈與義務之履行，祇負加與自己事務同一注意之義務，故祇就故意或重過失所生之事項任其責，因其爲無償契約故也。（第四一〇條）

（丙）擔保義務 贈與之目的，在無償給與財產。契約成立之結果，贈與人通常應負移轉財產權及交付標之物之義務。故就理論上言，贈與人對於贈與權利及標之物之瑕疵，亦應負擔保之責。否則贈與人可任意以有瑕疵之物爲給付，受贈人之權利，不免有名無實也。雖然，贈與爲無償契約，究非買賣可比，故贈與人所負之擔保義務，與出賣人所負者，大異其範圍。簡言之：即贈與人以不負擔保義務爲原則，祇例外場合任擔保之責。（第四一一條）茲舉其場合於左：

（一）贈與人故意不告知瑕疵時 贈與人於訂立契約或履行之際，明知有瑕疵而不告知受贈人時，則可認爲其有加害受贈人之惡意。不問其瑕疵關於權利自體者，抑關於標之物者，對於受贈人因瑕疵所生之損害，負擔賠償之義務。

（二）贈與人擔保其無瑕疵時 贈與人以特約擔保贈與標之物無瑕疵時，受贈人每因信賴贈與人之故，對於瑕疵之有無，不加注意，其因之所生之損害，贈與人自應負擔賠償之義務。

上述關於贈與人擔保義務之規定，非強行法規，當事人不妨以特約排除其適用。其特約內容得擴張或減縮法定擔保義務之內容；但不免除贈與人故意不告知瑕疵之責任耳。

第三款 贈與之撤銷

贈與乃契約之一種，故民法總則編中關於法律行為撤銷之規定，於茲當然有其適用。此外因贈與有特殊之性質，故法律對之又認特種之撤銷。即贈與物未交付前，贈與人得撤銷其贈與；其一部已交付者，得就其未交付之部分撤銷之。（第四〇八條一項）蓋贈與人之為贈與，多基於一時之感情作用，未及熟加考慮；或因與受贈人有相當之關係，未便遞予拒絕。如強使履行贈與，未免失之苛酷。故特許其任意撤銷，但其贈與立有字據者，或為履行道德上之義務而為贈與者，則其情形不同，非有法定事由，不得撤銷。（同條二項）

第四款 贈與之廢止

贈與之廢止云者，贈與人以受贈人之忘惠行為為原因，撤廢其贈與之謂也。茲就其原因、方法、效力及廢止權利之消滅等分言之。（一八五）

【一八五】茲所謂廢止，在民法第四一六條亦稱為「撤銷」，與第四〇八條同。此種用語，實屬未當。蓋廢止基于法定之原因，以一方的意思表示為之，雖與撤銷無異，然撤銷之原因事由，存于意思表示之上，如被詐欺所為之表示；且在法律行為成立當時發生，反之，廢止之法定原因事由，則與其意思表示自體無涉（如毆傷贈與人）且在贈與成立之後發生。二者未可混而為一。故余從舊民律之用語（同律第六三二條以下）改稱之為廢止，信較切當。

(甲)廢止之原因 廢止之原因，第四百十六條一項規定之。即(一)受贈人對於贈與人或其最近親屬，有故意侵害之行爲，依刑法有處罰之明文者。(二)受贈人對於贈與人，有扶養義務而不履行者是也。夫贈與乃贈與人之恩惠行爲，受贈人雖不必結草啣環，以圖報答。然揆之情理，亦不可不懷感激之心。倘反對於贈與人或其近親，有故意侵害行爲。或不履行其法定扶養義務，是不啻將恩仇報，殊屬大背人情。故於此場合，自應使贈與人得廢止其贈與。所謂最近親屬者，法律雖不明示其範圍，然不外指贈與人之直系親屬及其配偶而已。

廢止原因發生時，得爲廢止者，以贈與人爲原則。但在贈與人已因受贈人故意不法之行爲致死，或因其妨礙而不能爲廢止時，贈與人之繼承人，亦得爲贈與之廢止。(第四一七條前段)

(乙)廢止之方法及其效果 廢止爲單獨行爲，依對於受贈人表示意思爲之，即生效力，無得其承諾之必要。(第四九條一項)

贈與被廢止時，則其契約自始無效。未履行之部分，贈與人免其義務；已履行之部分，失其給付之原因，贈與人得依不當得利之規定，請求返還贈與物。(同條二項)

(丙)廢止權之消滅 廢止權依左之事由而消滅。

(一)贈與人已拋棄其廢止權者 廢止權爲私權之一種，故亦因拋棄而歸於消滅。惟其拋棄須贈與人於已知受贈人有忘惠行爲後爲之。苟不知受贈人有此等行爲，於贈與成立時，或其成立後，預行拋棄者無效。蓋不知受贈人將因贈與人已爲拋棄之故，爲種種之忘惠行爲，而無所忌憚也。又拋棄之意思表示，無須明示；

贈與人對於受贈人，已爲宥恕之表示者，亦認爲拋棄其廢止權。（第四一六條二項後段）

（二）廢止權逾期不行使者 贈與人自知有廢止原因之日起，已逾一年不行使其權利時，則其權利歸於消滅。（第四一六條二項前段）其在贈與人之繼承人，有廢止權之場合，自有廢止原因之時起，六個月間不行使其權利時亦同。（第四一七條但書）蓋防其法律關係久不確定故也。

（三）受贈人已死亡者 法律所以賦與贈與人以廢止權者，乃對於受贈人忘惠行爲之制裁，使受贈人感苦痛也。苟受贈人業已死亡，則其廢止權自歸消滅。（第四二〇條）

第五款 特種之贈與

第一項 負擔附贈與

第一目 負擔附贈與之意義

負擔附贈與者，以使受贈人於一定之債務爲附款之贈與也。受贈人所負擔之債務，有關於贈與標之物之用途者。有不然者。前者如甲與乙千金，並與乙約，當以此項金錢充留學巴黎之用是。後者如甲以價值三千金之家屋贈乙，並與乙約，應以五百金轉贈丙是。茲分說其意義於左。

（一）負擔附贈與爲贈與之一種 負擔附贈與成立之結果，當事人雙方均負給付之義務。以故少數學者，有主張負擔附贈與爲非贈與者；是不然。贈與人與受贈人所負之債務，雖同由贈與契約而生，然其間並無對價之關係。且當事人爲負擔附贈與，並無有償授受財產之意思。受贈人所爲之給付，祇以減殺贈與財產之價額，或制限

其用途而已。故負擔附贈與，仍不外贈與之一種，此乃學者之通說。

(二) 負擔附贈與係以使受贈人負擔一定債務為附款。負擔附贈與，以使受贈人負擔一定債務為附款，是即其與普通贈與之異點。受贈人所負之債務，稱為負擔。附款者，乃附加於契約內容之條款，而成契約之一部，並非別個之契約。

負擔附贈與之附款，係以使受贈人負擔一定債務為內容。苟當事人間無負擔債務之合意，祇以一希望的事實為附款，則其贈與乃單純之贈與，而非負擔附贈與。至其負擔之內容，法無制限。故以金錢之給付為標的。成以其他之給付為標的，均無不可。但其負擔之價額，要較贈與財產價額為少。苟其價額相等或超過之時，其契約乃有價契約，而非贈與。因此際不得謂當事人有差額贈與之意思故也。

第二目 負擔附贈與之效力

負擔附贈與，亦為贈與之一；故為普通贈與之效力者，亦為負擔附贈與之效力。惟此種贈與，係以使受贈人負擔一定債務為附款，契約成立後，受贈人亦負一定之債務。從其契約除發生普通贈與效力外，尚生種種之特別效力。茲分說之。

(一) 履行負擔之義務。負擔附贈與之受贈人，負履行負擔之義務。贈與人對之當然得為履行之請求。但此請求，非贈與人已為給付後不得為之。何則？在負擔附贈與，其當事人有以差額為贈與之意思，則其負擔之履行，當然應在贈與人已為給付之後。且事實上有非贈與人已為給付，受贈人不能履行負擔者，例如甲以使充留學費

爲附款，贈乙千金是也。（第四一二條一項）負擔履行之請求，應由贈與人爲之。因贈與人爲契約之當事人故也。贈與人已死亡時，應由其繼承人爲請求。但對此原則，有二例外：

（甲）其契約爲利他契約時，第三人亦得爲履行負擔之請求。（第二六九條一項後段）

（乙）負擔以公益爲目的之場合，贈與人已死亡時，主管官署得命受贈人實行其負擔。（第四一二條二項）

贈與人已爲給付後，受贈人不履行負擔時，贈與人除得請求其履行負擔外，尙得撤銷其贈與。（二八六）依不當得利之規定，請求返還其贈與標的物。（第四一二條一項）但其贈與不足償其負擔者，受贈人僅于贈與價值限度內，有履行其負擔之責任。（第四一三條）贈與人不得仍請求履行負擔之全部，或因此撤銷其贈與。

【二八六】此種撤銷，乃解除之義。因其係以受贈人事後不履行負擔爲原因，與第二五四條之情形無異。至于撤銷，係基于契約成立時所存之事由爲之。原有一定之意義，不許擴張解釋也。

（二）瑕疵担保之義務 在普通贈與，贈與人原則不負瑕疵担保之義務。而負擔附贈與則不然。因負擔附贈與，其受贈人負有履行負擔之義務，與普通受贈人單得利益者情形不同。故法律特使贈與人於受贈人負擔之限度內，負與出賣人同一之担保責任。（第四一四條）

第二項 定期贈與

定期贈與者，以定期給付爲標的之贈與也。例如甲與乙約，君赴美留學時，余每月當以百元奉贈是。此種贈與，多單純基於人的關係而成立，當事人無使其繼承人承繼權利義務之意思。故以無特別意思表示爲限，因贈與人

或受贈人之死亡，而失其效力。（第四一五條）茲所謂失其效力者，即自其死亡之日起，其贈與向將來失效之謂；從前所已爲之給付，不因之受何等之影響。

第五節 因租賃而生之債

第一款 租賃之意義及性質

租賃者，當事人約定一方以某物租賃他方使用收益，他方支付租金，依之而成立之契約也。（第四二一條一項）故租賃要具備左之條件：

（一）當事人之一方允以某物租與他方使用收益。此爲租賃之第一要件。爲此約定之當事人，謂之出租人；他方即承租人。所謂某物者，即租賃物，其義甚廣。不問動產、不動產、特定物、不特定物，均包含之。但以有體物爲限；若租賃權利時，非茲所謂租賃。惟其性質與租賃類似，得準用關於租賃之規定已耳。又租賃不只以物之使用爲目的，並及於收益行爲。舊民律分借貸借爲使用借貸借與用益借貸借兩種。新民法則合而爲一。但當事人訂立租賃時，不妨限定只以使用爲目的。

（二）他方允支付租金。租金爲租賃之第二要件。不約支付租金而使用他人所有物者，乃使用借貸而非租賃。租金通常雖多以金錢支付，然非必限於金錢；當事人合意以租賃物之孳息或其他之物充之，均無不可。（第四二二條二項）如約明穀若干斤或米若干斗等，皆實際上所習見者也。

具備上列兩要件時，租賃契約即時成立，此外不以交付現物，作成書據爲必要。故租賃爲諾成契約，且爲不要

式契約，但不動產租賃其契約之存續期限逾一年時，其契約之訂立，應以字據爲之；（第四二二條）甚似此種契約，亦爲要式契約。是不然，在其存續期限逾一年之租賃，雖須作成字據，然其字據之作成，非契約成立之要件。縱不成字據，其契約仍可成立，祇視爲未定有存續期限而已。又此種契約成立後，當事人雙方均負債務；且其債務互爲對價，故爲雙務且有價契約。

第二款 租賃之效力

第一項 當事人間之效力

第一目 出租人之義務

出租人於租賃契約成立後所租之義務，不一而足。列舉於左：

（甲）交付租賃物並保持現狀之義務 出租人於契約成立後，須以合於約定使用收益之租賃物，交付於承租人；並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用收益之狀態。（第四二三條）以供承租人之使用收益。

（乙）瑕疵擔保義務 租賃爲有價契約，故出租人亦負瑕疵担保義務，其担保義務，係準用關於買賣之規定，與賣人相同。（第三四七條）但租賃物爲房屋或其他供居住之處所者，如有足以危及承租人或其同居人之安全或健康時，承租人雖於訂約時已知其瑕疵，或已拋棄其終止契約之權利，仍得終止契約。（第四二四條）又因第三人就租賃物主張權利，致承租人不能爲約定之使用收益者，承租人得請求減少租金。若因之全不能達租賃之目的，得終止契約。（第四三六條）是皆關於租賃特別之規定。

(丙) 修繕義務 租賃物損壞，致承租人不能依契約上所定之目的為使用收益時，除契約另有訂定，或另有習慣外，出租人負修繕之義務。(第四二九條一項)(二八七)其損壞之原因，不以應歸責於出租人之事由為必要；因天災、地變及其他不可歸責於出租人之事由時，出租人仍不得免其義務。惟其損壞應歸責於承租人之事由而生時，出租人有修繕義務否乎？解釋上頗有議論。然第四百二十九條就於損壞之原因不加制限，此際出租人亦不得免其義務。至出租人得以違反保管義務，或侵權行為為原因，向承租人請求損害賠償者，固無待言。

〔二八七〕修繕義務之發生，以修繕可能為前提。其租賃物不能修繕時，則租賃消滅。(本節第五項參照) 修繕所需之費用，與新造相等時，即
可認為不能修繕。不以絕對不堪修繕為必要。

租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，承租人得定相當期限催告出租人修繕。如出租人於其期限內不為修繕，承租人得終止契約，或自行修繕，而請求出租人償還其費用，或於租金中扣除之。(第四三〇條) 出租人既負修繕義務，故凡關於保存租賃物所必要之行為，可不問承租人之意思如何，均得自由為之，承租人不得拒絕。(第四二九條二項)(二八八)

〔二八八〕修繕乃出租人之義務，同時亦為其權利。從承租人負容忍修繕之義務。不得以自拋棄修繕請求權為藉口。

(丁) 納稅義務 出租人雖以租賃物交付承租人，然其所有權仍屬諸出租人，故關於租賃物之一切稅捐，應由出租人負擔。(第四二七條)(二八九)

〔二八九〕此係就法律無特別規定，及當事人無特別訂定者而言。有特別規定或訂定時從之。但此種特約，僅于當事人間發生效力，不能以之

對抗公署。故徵收機關，不受其特約之拘束。

(戊)償還費用之義務 承租人有保管租賃物之義務。(應述於後)因履行其義務，難免支出種種之費用。其費用應歸何人負擔，不外依當事人之契約定之。無契約時，應歸出租人負擔，承租人得向出租人請求償還。但其償還之範圍，依費用之種類而異。茲分別言之。

(一)必要費 必要費者，乃保存租賃物所必要之費用。(一九〇)不問其爲通常者，抑爲臨時者，出租人負全部償還之義務。但動物之承租人，須負擔其飼養費，出租人不必償還。(第四二八條)

〔一九〇〕茲所謂必要費，以保存租賃物所必需者爲限，至爲用益行爲所必需之費用。(如駕駛汽車時所用之汽油)則單純爲承租人而支出，應由承租人負擔，出租人不必償還。

(二)有益費 有益費爲有利益於租賃物所支出之費用，而非保存該物所必需者。其因之增加租賃物之價值時，若出租人於支出當時知其事情，而不爲反對之表示者，以契約終止時現存之增加價額爲限，負償還其費用之義務。但承租人不欲請求此項費用之償還，使租賃物回復原狀，收回附屬該物之工作物，亦無不可。(第四三一條)

第二目 承租人之義務

承租人之義務，亦有種種。列舉於左：

(甲)支付租金之義務 租金者，爲使用收益租賃物之對價，由承租人所支付之金錢或其他物品之謂也。支付

租金，爲承租人最重要之義務。租金之額，法無制限，純依當事人之契約定之。〔一九二〕比例於租賃之期間，定期交付一定之額可；不比例於租賃之期間，爲使用之對價，一回支付一定之額亦可。但租賃物爲不動產者，除其租賃定有期限外，當事人得因其價值之昇降，聲請法院增減其租金。（第四四二條）支付之時期，亦依當事人特約。無特約時，依習慣。無習慣者，應於租賃期滿時支付之；如租金分期支付者，於每期屆滿時支付之；但租賃物之收益有季節者，於收益季節終了時支付之。（第四三九條）承租人支付租金有遲延者，出租人得定相當期限催告承租人支付。如承租人於其期限內仍不支付時，出租人得終止契約。但租賃物爲房屋者，遲付租金之總額，非達兩期之租額，不得終止契約。（第四四〇條）因房屋租賃期限較長，且無收穫故也。

〔一九一〕租金與利息，同爲法定孳息之一種。我民法對於利息，雖設有制限（第二〇五條參照）而對於租金則無明文，殊不足以收節制資本之實效。但佃農保護法第二條規定：佃農所納地租，不得超過收穫量百分之四十。又土地法第一七七條第一項規定：地租不得超過耕地正產物收穫總額千分之三百七十五，以補其缺陷。（司法院院字第五一七號解釋參看）

支付租金之義務，直接基於租賃契約而生，非因租賃物之使用收益而後發生。故承租人因病疾及其他一身上之事由，致不能使用租賃物者，不得拒絕租金之支付。（第四四一條）〔一九二〕

〔一九二〕其因外界之事由不能爲用益時，亦不得減免其支付租金之義務。但有第四三三條及第四五七條之例外規定。

（乙）關於使用收益之義務 承租人雖有使用收益租賃物之權利，然其使用收益之方法，要依契約之所定。若無特約，應依租賃物之性質。否則出租人得阻止之；既經阻止，承租人仍繼續使用收益時，出租人得終止契約。

(第四三八條)

(丙) 保管租賃物之義務 承租人得用益租賃物，同時應以善良管理人之注意保管其物。租賃物有生產力者，並應保持其生產力。苟怠於注意，致租賃物毀損滅失者，承租人負損害賠償之責任。其因承租人之同居人，或因承租人允許為租賃物之使用收益之第三人應負責之事由，致租賃物毀損滅失者亦同。但有兩例外：(一) 承租人依約定之方法或依物之性質而定之方法為使用收益，致租賃物有變更或毀損者，不負損害賠償之責。(二) 租賃物因失火致毀損滅失者，承租人非因重大過失，不負損害賠償責任。(第四三二條至第四三四條)

租賃物之一部，于租賃關係存續中，因不可歸責於承租人之事由致滅失者，承租人不但不負賠償之責，且得按滅失之部分請求減少租金。若承租人就於存餘部分不能達租賃之目的者，得終止契約。(第四三五條)

(丁) 通知之義務 承租人占有租賃物，租賃物之狀態，承租人知之最詳，故法律特課以通知之義務。茲舉其應通知之場合於左：(第四三七條)

(一) 於租賃關係存續中，發見租賃物之瑕疵，應由出租人加以修繕，或第三人就租賃物主張權利之場合，此際除出租人已知之外，承租人須以其情形從速通知；否則應賠償出租人因此而生之損害。

(二) 於租賃關係存續中，租賃物有意外之危害，應為防止設備之場合。此際承租人亦應通知其情於出租人。但出租人已知之時，不在此限。遠此義務時，負損害賠償之責。

(戊) 返還租賃物之義務 租賃關係終止後，承租人須以租賃物歸還出租人，其租賃物有生產力者，並應保持

其生產狀態返還出租人。(第四五五條)

第二項 對於第三人之效力

租賃契約乃債權契約；承租人基於租賃契約所有之權利（即租賃權）當然亦為債權。蓋即請求出租人許容並協助其為使用收益租賃物之權利也。至承租人事實上雖得使用收益租賃物，然此不外對人關係而生之結果，租賃權非因之變為用益物權之一種。故由純理言，租賃權對於嗣後取得該租賃物之第三人，原則上本無對抗之效力。從而出租人讓與其租賃物於第三人時，第三人得向承租人請求物之交付，承租人不得以曾與出租人訂立租賃為理由而拒絕之，只得對於出租人有債務不履行之損害賠償請求權而已。然貫徹此理論時，則保護租賃權過於薄弱，實際上殊感不便。是以各國民法，對於租賃權，多予以物權的保護。(一九三)我新民法亦然。依同法第四百二十五條及第四百二十六條之規定，出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，或就租賃物對第三人設定足以妨礙承租人使用收益之物權（如地上權）其租賃契約對於受讓人或物權人，仍繼續存在。其對於承租人之保護，可謂周而且至；但不問其租賃物之為不動產或動產，予以一律之待遇，且不以登記為不動產租賃對抗第三人之要件，不無礙及交易之安全耳。(一九三)

〔一九三〕羅馬法以租賃權為單純之債權；當時，有所謂「買賣打破租賃」之原則，即租賃物所有人有變更時，其租賃關係當然消滅。其後普國民法，認租賃權為物權。奧國民法，原則以租賃權為債權，既經登記時，則認之為物權。其餘德、日、瑞士各國，無不以之為債權，但均設有保護承租人之規定。即日民第六〇五條規定：不動產之租賃權已登記時，對於第三人亦有效力。瑞債第二六〇條二項之規定亦同。德民第五七一

條規定：出租人已交付租賃地于承租人時，其租賃對於將來之土地所有人，亦有效力。

〔一九四〕動產之租賃，亦予以物權的保護，殊無必要。又不以登記不動產租賃對抗第三人之要件時，則善意受讓人，每因之蒙意外之損失，尤非所以維持交易之安全，不得謂非立法上之一缺點。又此種規定，原為保護承租人之利益而設，故承租人不妨拋棄利益，而主張其租賃關係，不繼續存在。

第三款 租賃物之轉租

(一) 轉租之意義 轉租云者，承租人將租賃物之全部或一部，轉行租與他人使用收益之謂也。有轉租時，出租人與承租人間之租賃關係，依然存續，同時承租人與轉租人（即次承租人）之間，成立別個之租賃關係。其別個租賃之期限及租金，不以與原租賃契約同一為必要。與轉租類似者，即轉借是也。轉借以租賃物無償交付他人使用為要件；故家屋之承租人，以其家屋供賓客之居住者，不得謂為轉借，何則？主人之於客，在禮義上本有以其家屋供其居住之義務，故主人之以家屋供賓客之用者，不外自使用其家屋而已，不得謂貸借，從亦不得認轉借之成立。〔一九五〕

〔一九五〕轉租與轉借其間雖有有償無償之差異，然均係以租賃物轉貸第三人，由出租人方面觀察，其關係並無不同。故關於轉租之規定，非不適用於轉借。舊民律第六五八條設有轉貸之規定，實屬至當。惜新民法不仍其舊。

(二) 轉租之制限 轉租行為，可分兩階級：即轉租契約，及轉租之實行行為是也。轉租契約亦不外債權契約之一，除應具一般債權契約之要件外，並無何等之制限。而其實行行為則否。非經出租人承諾不得為之。〔一九六〕但

房屋之承租人，除有反對特約外，得將所租房屋之一部轉租他人。（第四四三條一項）法律所以設此限制者，無他，租賃契約多着眼於當事人之信用而訂立，且使用之方法及程度，因人而異，苟不要出租人之承諾，許承租人自由轉租，則出租人將因之蒙損害也。惟承租人以居住餘剩之房屋，轉租他人居住，則為實際所頻行，故除有特約外，不必再經出租人之承諾。出租人之承諾，對於承租人以意思表示為之，其意思表示，不要明示，即默示亦可。又承諾之時期，法律上無何等之制限，不要與租賃契約同時為之。若在轉租之後，出租人方為承諾時，其承諾應遡及于轉租時生效力。

〔一九六〕第四四三條一項「承諾」二字，宜改為「同意」。（第四六七條二項參照）蓋用「承諾」時，將使人發生「出租人與承租人另訂得為轉租之契約」之誤解也。

（三）轉租之效力 轉租之效力，依其轉租合法與否而異。合法之轉租者，即經出租人之承諾所為之轉租也。不合法轉租者，不經出租人承諾所為之轉租也。轉租合法時，則出租人與承租人間，及承租人與轉租人間，各有租賃關係之存在。其權利義務，各依其相互之契約而定。出租人直接對於轉租人無何等之權利義務。轉租人使用租賃物有過失時，與承租人自己有過失之場合無異，應由承租人任其責。（第四四四條）其轉租人合法時，則其轉租契約非常然無效，惟承租人不得以租賃物交付轉租人使用而已。若承租人不得出租人之承諾，強將租賃物交第三人使用時，則出租人得終止契約。（第四四三條二項）契約既經終止，則出租人得依第七六七條逕向第三人請求返還租賃物。

第四款 因租賃而生之留置權

不動產出租人對於承租人，有請求租金及其他權利，既如上述。爲使出租人僅依債編通則之規定，行使權利，則其效力尙嫌薄弱，不足以保護其利益。以是之故，各國民法，有許出租人於承租人動產上有留置權者，如瑞士是。（參照瑞債第二七二條至第二七四條）有認其有先取特權者，如日本是。（參照日民第三一一條以下）有認其有質權者，如德意志是。（參照德民第五五九條以下）我民法採瑞士主義，亦以明文認不動產之出租人對於承租人之動產有留置權。〔一九七〕茲分述之。

〔一九七〕此種留置權，我民法第九三九條稱之曰法定留置權，以與普通留置權區別。余謂應改稱之爲特種留置權，或準留置權。蓋普通留置權，亦基于法律之規定而生；法定留置權之名稱，殊嫌廣泛也。此種留置權，其留置權人未必占有留置物，且其債權未必基于留置物之關係而生，故與普通留置權有別。

（一）留置權之標的物 出租人得留置者，限於承租人置於該不動產之物。但禁止扣押之物，則不得留置之。（第四四五條一項）因其不爲債權之担保故也。

（二）留置權之範圍 不動產出租人雖有留置權，然依其留置權所担保之債權，其範圍亦有限制，即（1）本
期與以前未交之租金，（2）已得請求之損害賠償。其他則不及之。（同條二項）

（三）留置權之消滅 留置權因左之原因而消滅。

（甲）不動產之承租人，取去留置物時，該物上之留置權消滅。但有例外（第四四六條）

(1) 其取去出租人不知之時，承租人乘出租人不知之際，私行取去其物，跡近竊取，其留置權當然不因而消滅。

(2) 出租人就其取去曾提出異議時，承租人將取去留置物，出租人曾對之提出異議，承租人強行取去，跡近掠奪，故其留置權亦不消滅。但承租人若因執行業務取去其物，或其取去適於通常之生活關係，或其所留之物足供担保租金之支付者，出租人不得提出異議。

有異議權之出租人，於承租人將取去留置物時，得不聲請法律之保護，逕行阻止其取去。若承租人不取去其物，自離去租賃之不動產時，出租人並得占有其物。(第四四七條一項) 又承租人乘出租人不知之際取去其物，或不顧出租人之異議強行取去其物時，出租人得終止契約。(同條二項)

(乙) 承租人就其所負擔債務已提出相當之担保時，則出租人之留置權全歸消滅。又承租人提出與各留置物價值相當之担保時，關於其物之留置權消滅。(第四四八條)

第五款 租賃之消滅

租賃關係，因左列原因而消滅。

(甲) 存續期限之屆滿 在當事人已定租賃契約之存續期限之場合，期限屆滿時，其租賃關係當然消滅。(第四五〇條一項) 其所定之期限，不過逾二十年。逾二十年者，縮短為二十年。(一九八) 但當事人不妨為期限之更新。(第四四九條) 更新有二種：一為明示之更新，即當事人以契約延長存續期限之謂也。有此更新

時，其契約至延長期限屆滿時終止，惟其更新期限仍不得過二十年。一爲默示之更新，即承租人於租賃期限屆滿後，仍爲租賃物之使用收益，出租人不卽表示反對意思之謂也。此際視爲以不定期限繼續租賃。（第四五一條）

〔一九八〕民法債編施行前所訂立之租賃契約，定有期限者，依其期限。但其殘餘期限自施行日起算，超過二十年者，應自施行之日起，縮短之爲二十年。（民法債編施行法第十三條參照）

（乙）終止契約 租賃之終止有二種：卽任意終止及因特定事由之終止是也。分言之。

（一）任意終止 卽當事人不要何種之原因，以自由意思向相對人聲明終止契約之謂也。當事人得任意終止契約之場合如左：

（1）租賃未定存續期限時，除有利於承租人之習慣外，各當事人得隨時終止契約。（第四五〇條二項）在有利於承租人之習慣時，出租人雖不得隨時終止契約，但其存續期限，仍不得逾二十年。（司法院院字第五三六號解釋參看）

（2）當事人雖定租賃期限，若其一方將期限前終止契約之權利保留者，其保留權利之當事人，不問何時，得終止契約。（第四五三條）

（3）租賃期限屆滿前承租人死亡者，其繼承人不問何時，得終止契約。（第四五二條）

以上所述爲得任意終止契約之各場合，當事人聲明終止契約時，其租賃關係，本當卽時消滅，然如此辦理，

則其相對人必蒙損害。蓋就承租人方面言，因出租人之終止契約，不得不向他處租賃物件，及收回租賃物上之動產，需時頗多，非倉卒之間所能竣事。即出租人方面，亦有同一困難之情形。以是之故，民法對於任意終止契約，特明定應依習慣先期通知，與相對人以猶預之機會。其在不動產之租賃，以星期、半個月、或一個月為支付租金之期限者，出租人如欲終止契約，至少應於一星期、半個月、或一個月前通知之；並應以歷定星期、半個月、或一個月之末日，為契約終止期。（第四五〇條三項及第四五二條、第四五三條）又終止後始到期之租金，出租人已預先受領者，應返還之。（第四五四條）

（二）因法定事由之終止 租賃契約各當事人除得任意終止契約外，尙得基於法定之事由終止契約。所謂法定事由者，即法律明定之事由，如第四二四條、第四三〇條、第四三五條、第四三六條、第四四〇條、第四四三條及第四四七條所規定者皆是。此種終止，法律既無特別規定，自不以預行通知為必要。

（丙）租賃物之滅失或毀損 租賃物滅失，或毀損至不堪修繕時，租賃關係當然消滅。惟其滅失或毀損，出於應歸責於當事人一方之事由時，則當事人應別生損害賠償問題，固無俟論。以上係就租賃物全部滅失時而言。若僅一部滅失，則承租人得依第四三五條行使權利，其租賃關係，非當然歸於消滅。

第六款 租賃之短期時效

因租賃所生之債權，應適用民法總則編關於消滅時效之規定。惟法律就其特種債權，有特設短期時效者，茲列舉於左。

第一 因出租人就租賃物所受損失，對於承租人之損害賠償請求權，自受租賃物返還之時起，因二年之時效而消滅。

承租人違反義務，致租賃物滅失或毀損時，出租人得請求賠償損害，既如前述，（第四三二條至第四三四條）此項請求權，應自受標的物返還之時起，二年內行使，否則因時效而消滅。（第四五六條）蓋此種請求權之有無及範圍之如何，係以返還標的物時其物之狀態為標準。苟返還標的物後已逾二年之期間，則其物之狀態，常有變動，如尚許其請求賠償，實際上必多爭議也。

第二 承租人之費用償還請求權，及工作物收回權，自租賃關係終止時起，因二年之時效而消滅。

承租人就租賃物支出必要費或有益費，得請求出租人償還，或收回附屬該物之工作物。（第四三一條）此項請求權，要於租賃關係終止後二年內行使，否則亦因時效而消滅。其理由與前項略同。（第四五六條）

第七款 耕作地之租賃

以耕作地為租賃物所成立之租賃，謂之耕作地之租賃，法律對之設特別之規定，分述于左。

第一 租金 耕作地之承租人，亦負支付租金之義務。關於租金之支付，一切適用一般之規定。但有特別，即耕作地之承租人，因不可抗力致其收益減少或全無者，得請求減少或免除租金。蓋耕作地承租人，多係小農，一旦因不可抗力收穫銳減或全無時，則其所投之資本已歸烏有，若猶令其支付租金之全部，其不公平孰甚？況在短期租賃，損益尤未易相償，許其請求減免租金，不但與習慣相合，抑亦農業國立法政策所應爾也。此種減免租金請

求權，有關公益，不許預先拋棄。（第四五七條）

第二 終止契約 關於耕作地租賃之終止，法律爲保護佃農，亦設一二特則。茲舉于左。

（一）耕作地之出租人，如欲將該地收回自耕，不問其租賃有無定期限，均得隨時終止契約。（第四五八條）是蓋所以獎勵自作農，以符「耕者有其田」之原則也。司法院院字第八五二號解釋，謂第四五八條規定，於租賃定有期限者，不適用之。無非出於保護佃農之理由。不知民法于佃農與地主之關係，雖側重佃農之保護，而於佃農與自作農之關係，則又側重自作農之保護。且果如上述解釋，則將謂第四五九條所定因延付租金，違反保管義務，違法轉租租賃物，及因應歸責於承租人之事由致耕作物之附屬物滅失等事由之終止契約，亦限於未定期限之租賃，有其適用，有是理乎？（參看法律評論第四九四期拙作對於院字第八五二號解釋之商榷）

（二）耕作地之出租人終止契約時，應以收益季節後，次期作業開始前之時日，爲契約之終止期。第（四六〇條）否則足以妨害承租人之耕作，故法律特禁止之。但承租人之終止契約，則無此終止期之制限。此際承租人因租賃關係終止時未及收穫之孳息所支出之費用，以不超過孳息之價額爲限，得請求出租人償還。（第四六一條）

（三）耕作地之出租人，除收回自耕外，祇於承租人延付租金，違反保管義務，違法轉租租賃物，及因應歸責於承租人之事由致耕作地之附屬物滅失時，方得終止契約。（第四五九條）故未定期限之租賃，出租人仍無隨

時終止契約之權利。是不外藉以保護佃農之利益也。

第三 耕作地之附屬物 耕作地之出租人，每有將農具、牲畜及其他附屬物，與耕作地一併租賃他人者。此際耕作地之附屬物與耕作地，同為一個租賃之標的物，非有兩個契約之存在。故與普通動產租賃不同。以耕作地與其附屬物為一體之租賃，當事人應於訂約時，評定其各附屬物之價值，並繕具清單，由雙方簽名，各執一份，以免日久散失，難於估計。若其物在租賃關係存續中滅失，除因歸責於承租人之事由，應由承租人自行補充外，出租人負補充責任。（第四六二條）租賃關係終止時，承租人應將其所受領之附屬物返還出租人。倘因歸責承租人之事由不能返還，應賠償依清單所定之價值。但因使用所生之通常折耗，應扣除之。（第四六三條）反之，因不可歸責於承租人之事由不能返還時，則承租人無須賠償其價值。

第六節 因使用借貸而生之債

第一款 使用借貸之意義及性質

使用借貸者，當事人約定，一方以物無償貸與他方使用，他方於使用後返還其物，依之而成立之契約也。（第四六四條）故使用借貸，要具備左之條件。

（一）當事人之一方允以物無償貸與他方使用 其當事人之一方，謂之貸與人；他方謂之借用人。其所貸與之物，謂之借用物。使用借貸，雖亦係以自己之物供他人之利用，然只以使用為目的，非如租賃並以收益為目的。若以物無償貸與他人收益時，固非法律之所禁，惟非茲所謂使用借貸，祇得準用關於使用借貸之規定而已。（一

九九〕又使用借貸以無償貸與爲要件。無償貸與云者，即借用人對於物之使用不支付租金之謂。若不允付租金，縱其契約附有其他擔負，亦不妨謂爲無償。例如就於物之用法加以制限是也。借用物之種類，法無制限，貸與物之一部，亦爲法律所許。但權利之無償貸與，只得稱爲準使用借貸，而非真正之使用借貸。

〔一九九〕關於此點，各國立法例不一。德國民法（第五九八條）及瑞士債務法（第三〇五條），均以使用借用物爲使用借貸之唯一內容。日本民法（第五九三條）則兼及收益。我民法從總制，然租賃既以使用收益爲內容，使用借貸斷無獨限于使用之理，立法論以日本民法之規定爲當。

（二）他方允於使用後返還其物 即借用人於使用後，應以原物返還貸與人是也。尙可以同種之物返還，則爲消費借貸，而非使用借貸。〔二〇〇〕

〔二〇〇〕此點與租賃同。因借用物雖在借用人占有之下，其所有權仍屬于借貸與人故也。後借用人對於貸與人所負返還借用物之義務，爲特定債務。

具備上列兩要件時，使用借貸成立，此外無須交付現物，作成書據。故爲諾成且不要式契約。（註一四六參照）但在未交付借用物以前，其契約尙未發生效力耳。（第四六五條）又使用借貸成立後，借用人對於借用物之使用，不爲何等有對價性質之給付，故爲無償且片務契約。

第二款 使用借貸之效力

第一項 貸與人之義務

使用借貸爲無償契約，貸與人所負之義務，亦甚輕微。茲舉如左。

(一) 許容物之使用之義務 使用借貸貸與人之義務，與出租人異；不負使借用人得爲使用之義務，只負不妨害借用人使用之義務。從而出租人雖負修繕義務，而貸與人則否。〔二〇一〕

〔二〇一〕出租人負交付租賃物之義務，而貸與人則不負交付借用物之義務。何則？使用借貸，依借用物之交付，而生效力。（第四六五條）當其契約發生效力之時，借用物業已交付也。

(二) 瑕疵担保義務 使用借貸亦以物之利用爲目的，就理論言，貸與人對於借用物自體及其權利之瑕疵，亦應負擔担保之責。惟使用借貸爲無償契約，究非租賃可比，故貸與人所負之担保義務，與出租人不得不異其範圍。卽限於故意不告知瑕疵之場合，對於借用人方負賠償其損害之義務。（第四六六條）

(三) 償還費用之義務 借用人就借用物支出必要費，或支出有益費，使該物之價格增加者，自得依無因管理及不當得利之規定（第一七二條至第一八三條）請求貸與人償還。但借用人不妨使借用物回復原狀，取回附屬該物之工作物。又借用物之通常保管費，及動物之飼養費，由借用人負擔，不得請求貸與人償還。（第四六九條）

第二項 借用人之義務

借用人之義務有三，如左：

(一) 保管借用物之義務 使用借貸終止後，借用人要以原物返還貸與人；故於未返還前，借用人要以善良管

理人之注意保管其物。違此義務致借用物毀損滅失者，負損害賠償之義務。但依約定之方法，或依物之性質而定之方法，使用借用物，致有變更或毀損者，不負責任。（第四六八條）

（二）關於使用之義務 借用人雖得使用借用物，然其使用要依契約所定之方法為之。無約定方法者，應以依借用物之性質而定之方法使用之。（第四六七條一項）

借用人自己雖得使用借用物，然非得貸與人之同意，不得允許第三人使用借用物。（同條二項）蓋使用借貸亦基於當事人之信用而成立，與租賃無異。從而借用物之轉貸，及借用權之讓與，均要有貸與人之同意。但不妨以第三人為補助人而為使用。例如甲以其汽車假乙使用，乙僱丙司機是也。

（三）返還借用物之義務 當事人已定有借貸期限者，則于其期限屆滿後，借用人須以借用物返還貸與人，若未定借貸期限，則依下開方法，定返還之時期。（1）契約上已有借貸之目的者，則借用人依借貸之目的使用完畢後，應即返還借用物。但雖未完畢，而已經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人得請求返還。（2）契約上未定有借貸之目的者，則貸與人得隨時請求返還借用物。（第四七〇條）〔二〇二〕

〔二〇二〕此種「請求返還」，其一半含有終止契約之性質。蓋其使用借貸，若未經終止，則借用人即不負返還借用物之義務也。又此項終止契約，法律既無預告期間之規定，自不以預行通知為必要。

上述借用人所負之義務，若在數人共借一物之場合，其借用人對於貸與人連帶負責。（第四七一條）應適用第二七二條以下之規定。

第三款 使用借貸之消滅

使用借貸關係消滅之原因有三，分述於左。

(甲) 借貸期限之屆滿 在當事人已定使用借貸期限之場合，其期限屆滿時，使用借貸關係當然消滅。但當事人不妨以契約爲期限之更新；此與租賃無異。在當事人未定借貸期限之場合，借用人已達借貸之目的，或貸與人已依第四百七十條一項但書及二項之規定，請求返還借用物時，使用借貸關係亦消滅。

(乙) 終止契約 當事人之一方終止契約時，則使用借貸關係，亦告消滅。依第四百七十二條規定，左列各場合，貸與人得終止契約。

(1) 貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物時。

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

(3) 借用人怠於注意，致借用物毀損或有毀損之虞時。

(4) 借用人死亡時。

(丙) 借用物之滅失或毀損 借用物全部滅失，或毀損至於不堪修繕時，使用借貸關係消滅。但其一方有故意或過失時，別生損害賠償之問題，與租賃同。

第四款 使用借貸之短期時效

因使用借貸所生之債權，法律對之有特設短期時效者，列舉於左。（第四七三條）〔二〇三〕

第一 貸與人就借用物所受損害對於借用人所有之損害賠償請求權，自返還借用物之時起，因六個月之時效而消滅。

第二 借用人因借用物有瑕疵對於貸與人所有之賠償請求權，及工作物取回權，自使用借貸關係終止時起，因六個月之時效而消滅。

〔二〇三〕德日兩國民法，就于租賃及使用借貸，均設有短期時效之規定。德民規定，租賃及使用借貸之時效，同為六個月。（德民第五五八條及第六〇六條）日民則同定為一年。（日民第六二二條及第六〇〇條）我民法第四五六條定租賃之短期時效為二年，而第四七三條則定使用借貸之短期時效為六個月，長短懸殊，至不可解。

第七節 因消費借貸而用之債

第一款 消費借貸之意義及性質

消費借貸者，當事人約定，一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，他方其後應以種類、品質、數量相同之物返還，依之而成立之契約也。（第四七四條）依此定義，則消費借貸，要備左之條件。

（一）當事人之一方允移轉金錢或其他代替物之所有權于他方，其當事人之一方，即貸與人；他方即借用人。消費借貸之標的物，限于金錢及其他代替物，故不代替物不得就之為消費借貸。但不必為消費物，雖不消費物若可以同種之物代替者，仍得為消費借貸之標的物。〔二〇四〕又消費借貸之貸與人，要允移轉金錢或其他代替

物之所有權于借用人。若僅允將其物交付借用人使用，祇爲使用借貸，而非消費借貸。

〔二〇四〕權利不得爲消費借貸之標的，故債權之貸與，不成立消費借貸。但銀行券與已到期有價證券，視爲金錢，例外得爲消費借貸之標的。

(二) 他方允其後應以種類品質數量相同之物返還之。消費借貸之借用人，雖受金錢或其他代替物所有權之移轉，然其後仍須返還。否則其契約乃贈與，而非消費借貸。惟其所應返還者，祇以種類品質數量相同之物爲足。〔二〇五〕無須爲貸與之原物，故與租賃及使用借貸不同。

〔二〇五〕若其所返還者爲異種類或異品質之物時，則爲互易。爲異數量之物時，若其數量多于其所受領者，則爲有報償之消費借貸。若少于其所受領者，則爲贈與與消費借貸之混合契約。又當事人于約定應返還同種類同品質同數量之物時，不妨爲任意債務之約束，即許借用人以其他之物代之。

具備上述要件時，消費借貸成立；此外不必作成書據，交付現物。雖第四百七十五條有「消費借貸因金錢或其他代替物之交付而生效力」之規定，然亦僅以交付代替物爲消費借貸發生效力之要件，而非其成立之要件，故爲不要式且諾成契約。又消費借貸成立後，當事人雙方負非互爲對價之債務，故爲片務契約。然則爲無償契約否乎？應分別論之。即約付利息或其他報償之消費借貸，爲有償契約；不約付利息或其他報償之消費借貸，則爲無償契約。

第二款 消費借貸之效力

第一項 貸與人之義務

消費借貸，於貸與人交付金錢或其他代替物于借用人後，方生效力（第四七五條）故貸與人不負交付金錢或其他代替物之義務。又消費借貸發生效力後，借用人已取得其標的物之所有權，借用人即基於其所取得之所有權為物之利用，非基於對於貸與人所有之債權。故消費借貸之貸與人，非如使用借貸之貸與人負許容借用人使用借用物之義務。是蓋基於消費借貸之本質當然所生之結論也。

貸與人雖不負許容物之使用之義務，應負瑕疵之担保義務。其義務之內容，依場合而異：（一）在約付利息或其他報價為消費借貸之場合，貸與人應担保交付時其借用物不存有瑕疵。若違背此義務時，借用人得請求更易無瑕疵之物；如有損害，得一併請求賠償。（第四七六條一項）（二）其在不約付利息或其他報價之場合，本以不負擔担保義務為原則。借用物有瑕疵時，借用人僅得照有瑕疵原物之價值返還貸與人，並無其他之權利。但貸與人明知有瑕疵而不告知借用人者，借用人得請求損害賠償。（同條二項三項）又上述之担保義務，係但就標的物自體有瑕疵而言。標的物權利有瑕疵時，自可準用其規定。

第二項 借用人之義務

消費借貸之借用人，只負返還借用物之義務。但在約付利息或其他報價之場合，尚負支付利息或其他報價之義務。茲分述之：

（一）返還借用物之義務 消費借貸契約上，已定還物之期限時，期限屆至後，借用人應以與從前所受領者種類、品質、數量、相同之物，返還貸與人。其未定返還期限時，借用人得不待貸與人之催告，隨時返還；貸與人亦得定

一個月以上之相當期限，催告返還。（第四七八條）其借貸約付利息與否，可不問之。其應返還之物，以與其已受領者同種、同數、同質爲足，不以返還原物爲必要。惟借用人不妨以原物返還貸與人。

借用人應以同種、同質、同數之物返還貸與人，是原則也。然例外場合，亦有得以或應以其他之物返還者。茲舉其場合於左。

（甲）借用物有瑕疵時，借用人得照有瑕疵原物之價值，返還貸與人。（第四七六條二項）

借用人負返還同種、同質、同數之物之義務，故若其已受領之借用物有瑕疵時，本得依第四百七十八條，返還有同一瑕疵之物。然有同一瑕疵之物，每難于覓得，其結果借用人有不得不以無瑕疵之物返還貸與人等，其損失實大。法律爲保護借用人起見，特許其返還有瑕疵原物之價值，以免其義務。有瑕疵原物之價值，應依返還時返還地之時價定之。其返還時或返還地未約定者，依訂約時或訂約地之時價定之。（第四七九條類推）但此規定，只對無報償之消費借貸而設。在約付利息或其他報償之消費借貸，借用人得依第四七六條第一項之規定，請求另易無瑕疵之物，不生返還其價值之必要，故法律特不規定之。然借用人若當初不請求更易無瑕返之物，就理論而言，嗣後自亦得返還其物之價值，以免其義務。故本項之規定，於約付報償之消費借貸，自可類推適用。

（乙）借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還之場合，應以返還時返還地其物之價值，償還貸與人。（第四七九條一項）

借用人不能以同種、同質、同數之物返還之場合，是亦債務之履行不能，似得依第二百五十五條規定免其

義務。然借用人因受領借用物，已受利益，若得因此免其義務，殊欠公允。故法律特使借用人，負償還其價值之義務。其價值依其物在返還時返還地所應有之價值定之。若返還時或返還地未約定者，則依其物在訂約時或訂約地之價值。（同條二項）但其消費借貸之標的物爲通用貨幣，於返還時已失強制通用效力時，借用人應以返還時有適用效力之貨幣償還之，不得償還失效貨幣之價值，以免其義務。（第四八〇條一款）

（丙）其借用物爲金錢時，若以通用貨幣計算，不問借用人所受領貨幣價格之增減，均應以返還時有通用效力貨幣償還之，不得償還同種之貨幣。（第四八〇條二款）〔二〇六〕若以特種貨幣計算，借用人固得以該特種貨幣償還之，亦得按返還時返還地之市價，以通用貨幣償還之，非必須償還該特種之貨幣。（同條三款）倘其借貸金額，係以貨物折算，當事人縱有反對之特約，仍應以該貨物按照交付時交付地之市價所應有之價值，爲其借貸金額。不得按照返還時返還地之市價，以免當事人有意外之損益也。（第四八一條）

〔二〇六〕若該種類之貨幣，在返還時尚有強制通用之效力，則借用人自得以同種之貨幣償還之，但同時不負以同種貨幣償還之義務。

（二）支付報償之義務 在約付利息或其他報償之消費借貸，借用人負支付利息或其他報償之義務。利息不
限於金錢，即其他代替物，亦可約定以充利息之支付。其他之報償，則指利息以外其他之給付而言。利息與其他
報償之額，及其支付期限，依其契約定之。當事人未約定支付期限時，則應於借貸關係終止時支付；但其借貸期
限逾一年者，應于每年終止支付之。（第四七七條）

第八節 因僱傭而生之債

第一款 僱傭之意義及性質

僱傭者，當事人約定，一方爲他方服勞務，他方給付報酬，依之而成立之契約也。（第四八二條）故僱傭要具備左之要件。

（一）當事人之一方允爲他方服勞務 此一方當事人，謂之受僱人；他方即僱用人。服勞務云者，對於僱用人供給勞力之謂。勞務之種類，法律上無何等之制限；不問其爲物質的，抑爲精神的，均包含之。古代法律，多限定僱傭之勞務，爲下級之勞務；至上級之勞務，則以之爲委任之標的，然在近世因工業之發達，及社會經濟之發展，勞務無上下級之分，均爲社會上所需要，對於勞務之區別，遂爲一般所否認。（二〇七）故我民法特做多數立法例，對於僱傭之勞務，不加制限。

〔二〇七〕羅馬法以醫師、律師、教授等所謂高級勞務，不爲僱傭之標的，而爲委任之標的。稱其所得之報酬，不曰工資，而曰謝金。法國民法從其例。德國民法第六一一條二項，則明定各種之勞務，均得爲僱傭之標的，以示不加制限之意。

（二）他方允給付報酬 僱傭以勞務與報酬相對待爲特質。若一方服勞務，一方不給報酬者，乃僱傭贈與之混合契約，非真正之僱傭。其報酬係對於勞務而給付，非對於勞務之結果而給付；故服勞務後，雖無何等之結果，僱用人仍負給付報酬之義務。是即僱傭無承攬之異點。（二〇八）

〔二〇八〕僱傭與承攬，最易混合，然有異點。舉其要者：（一）僱傭以單純供給勞務爲目的；反之，承攬則以完成工作爲目的。其異一。（二）在僱傭契約，其受僱人服勞務後，雖不發生結果，亦得請求報酬，故其危險由僱用人負擔；反之，在承攬契約，其承攬人非俟工作發生結果後，不得請求

報酬，其危險由承攬人負擔。其異二、(三)受僱人受僱用人之指揮；反之，承攬人通常不受定作人之指揮。其異三。

關於報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。如依情形，有非受報酬即不服勞務者，當事人雖無何等明示之意思表示，亦視為允與報酬。於此場合，其報酬額按照價目表給付之。無價目表者，按照習慣給付。(第四八三條)

具右列要件時，其契約成立。此外不以交付現物及作成書據為必要；故為諾成契約，又為不要式契約。又契約成立後，僱用人負給付報酬之義務，受僱人負服勞務之義務，且其義務互為對價，故為雙務且有價契約。

第二款 僱傭之效力

第一項 僱用人之義務

僱用人負給付報酬之義務。(二〇九)報酬以金錢充之為通例，然其他有價物，經當事人合意時，亦得以之充報酬。但以移轉所有權為限；故如貨與物品，或供給勞務，非茲所謂報酬之給付。報酬之額，當事人已約定時，從其約定。否則依價目表或習慣定之。報酬給付之時期，當事人有特約時從之。若無特約依習慣；若亦無習慣，則應視計算報酬之方法，定給付之時期。即其報酬分期計算者，應於每期屆滿時給付之；報酬非分期計算者，應於勞務完畢時給付之。(第四八六條)

(二〇九)德國民法第六六一條至六一九條及第六三〇條規定，僱用人對於受僱人，尙負供給膳費、預防危險、及證明等義務，我舊民法從之。(同律第七一九條以下)新民法以此等事項，應規定于勞動法規之中，故不及之。

給付報酬，為服勞務之對價；故受僱人苟因某事由未服勞務之全部或一部，非補服勞務後，不得請求報酬。然

有例外，即受僱人依約提出給付，因僱用人受領遲延，致不得服其勞務之全部或一部者，受僱人不必補服勞務，得請求報酬之全部。但受僱人因不服勞務所節省之費用，或轉向他處服勞務所已取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得從報酬額內扣除之。（第四八七條）

第二項 受僱人之義務

僱傭契約成立後，受僱人負依契約之本旨供給勞務之義務。但此種債務，與他之債務異，有專屬的性質，故生左之效果。

第一 僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人（第四八四條一項前段）

僱傭契約，以對於特定人供給勞務爲目的。多基於當事人之信用而成立。苟僱用人不經受僱人之同意，得任意讓與其權利於第三人，則受僱人難保不蒙損害，故法律明定以經受僱人之同意爲必要。非經受僱人同意而爲讓與時，不但其讓與契約不能有效，受僱人且得終止契約。（同條二項）從而受僱人無對受讓人供給勞務之義務。若其讓與已得受僱人同意，則對於受僱人亦有效力。但給與報酬之義務，非隨同勞務請求權而移轉。如欲移轉，要依第三百條以下之規定，另訂債務承擔之契約。

僱用人不讓與其權利，單事實上使受僱人對於第三人供給勞務時，要得受僱人之同意否歟？法律上無何等規定，要不外依當事人之契約定之。但受勞務供給者之爲何人，對於受僱人有重大之利害關係，故在當事人無特約之場合，以斷定要經其同意爲正當。

第二 受僱人非得僱用人同意不得使第三人代服勞務（同條一項後段）

僱用人締結僱傭契約，多着眼於受僱人之智識、技能、智識、技能、依人而異；故受僱人非得僱用人同意，當然不得使第三人代服勞務。違背此規定時，即為契約之不履行，僱用人得終止契約。（同條二項）但受僱人當服勞務，不妨以第三人為補助人。又勞務之性質，許使他人代服，其結果無異之場合，及當事人以特約許使他人代服之場合，不要得僱用人之同意，得使第三人代服勞務。

第三款 僱傭之消滅

僱傭關係，因左列原因而消滅。

（一）存續期限之屆滿 當事人已定存續期限者，其期限屆滿時，僱傭關係當然消滅。（第四八八條一項）但當事人不妨為期限之更新。〔二一〇〕

〔二一〇〕德、日、兩國民法，（德民第六二五條，日民第六二九條一項）均設有默示更新之規定。即存續期限屆滿後，受僱人繼續服勞務，僱用人知之而不述異議時，視為不定期限繼續僱傭。舊民律第七三一條亦有此項規定，新民法無此明文，殊嫌遺漏。

僱傭契約未定期限時，應依其勞務之性質或目的，定其期限；因其期限之屆滿，僱傭關係消滅。例如延醫治病，病愈則僱傭關係消滅是也。

（二）終止契約 終止有兩種：即任意終止，及因法定事由之終止是也。分述之：

（甲）任意終止 左列場合，當事人得任意終止契約。

(1) 僱傭契約已定僱傭期限時當事人之一方若遇有重大事由仍得隨時終止契約。但其事由因當事人一方之過失而生者，對於相對人任損害賠償之責。(第四八九條)

當事人未定僱傭期限，然得依其勞務之性質或目的定其期限時，亦已以定期限論。於此場合，當事人有重大事由時，亦得隨時終止契約。

(2) 未定僱傭期限，又不能依勞務之性質或目的定期限時，各當事人無論何時，得終止契約。但有利於受僱人之習慣者，仍從其習慣。(第四八八條二項)(三二一)

[三二一] 德民第六三二條及日民第六二七條，對於此項終止，均有預告期間之規定。我舊民律第七二九條亦定，須于二星期前預行通知。新民法無此規定，不得謂非一缺點。

(乙) 因法定事由之終止 僱傭契約之各當事人，除得任意終止契約外，尚得基於法定之事由，終止契約。其情形有二：(一) 當事人之一方，未經相對人同意，將其勞務請求權讓與第三人，或使第三人代服勞務時，相對人得終止契約。(第四八四條)(二) 受僱人明示或默示保證其有特種技能者，如無此種技能時，僱用人得終止契約。(第四八五條)

(三) 當事人死亡 受僱人要親自供給勞務；受僱人死亡時，僱傭關係當然消滅。但受僱人已得僱用人之同意，可使他人代服勞務之場合，及勞務之性質，許使他人代服，其結果無異之場合，僱傭不因受僱人死亡而消滅。反之，僱用人死亡時，原則上僱傭不消滅。然其勞務之供給以僱用人生存為必要時，(如教讀醫病之類) 僱用人

死亡，其契約亦因之而消滅。

第九節 因承攬而生之債

第一款 承攬之意義及性質

承攬者，當事人約定，一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成後給付報酬，依之而成立之契約也。（第四九〇條）故承攬要具備左列要件。

（一）當事人之一方允爲他方完成一定之工作 爲此約定之當事人，謂之承攬人；其相對人謂之定作人。茲所謂工作者，即依勞力所得處理之事件也。工作之種類，法無制限；不問其爲有形的與否，及有財產的價值與否，均包含之，如建築家屋，製作工藝品，研究一定之學術等皆是也。完成工作云者，即依勞務生出一定結果之謂。（二）承攬以依勞務生出一定結果爲目的，非只以供給勞務爲目的，此即其與僱傭之異點。但實際上兩者難於區別之場合不少。（三）

【二二】承攬單純以完成工作爲目的，故承攬人不負供給材料之義務。若當事人約定承攬人亦須供給材料時，則其契約爲承攬與買賣之混合，而非真正之承攬。例如定製物供給契約是也，但附屬材料依習慣應由承攬人供給時，（如成衣所需之線）仍不失爲承攬契約。

【二三】例如僱工搬運貨物，按件計酬，其爲承攬抑爲僱傭，往往不能遽予斷定，不外依當事人之意思決之。

（二）他方俟其工作完成後給付報酬 報酬通常以金錢充之，然不以金錢爲限，其他有價物，當事人合意時，亦得之以充報酬。但其報酬係對於其勞務之結果而給與，非對於其勞務而給與，故承攬人雖已供給相當之勞務，

尙未生出一定之結果時，不得請求報酬。

關於報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。如依情形，非受報酬即不完成其工作者，當事人雖無何等之意思表示，視爲允與報酬。於此場合，其報酬按照價目表所定給付之無價目表者，按照習慣定之。（第四九一條）具右列要件時，承攬成立，此外不要交付現物，作成書據。故爲諾成契約，又爲不要式契約。又其契約成立後，承攬人負完成工作之義務，定作人負給與報酬之義務，且其義務互爲對價，故爲雙務且有價契約。

第二款 承攬之效力

第一項 承攬人之義務

（甲）完成工作之義務 工作之完成，爲承攬人所負擔之主要義務。其工作之完成，當事人定有期限者，應於約定期限內完成之。若未定有期限，應於相當期限內完成之。其工作因可歸責於承攬人之事由，逾期未完成時，定作人得請求減少報酬；倘其工作於特定期限內完成或交付，爲契約之要素者，定作人尙得解除契約。（第五〇二條）又承攬人因應歸責於己之事由，遲延工作，顯可預見其不能於期限內完成者，若其工作於特定期限內完成爲契約之要素，定作人雖於期限未屆滿以前，亦得解除契約。（第五〇三條）但此項因工作遲延而生之減少報酬請求權與契約解除權，若其後定作人受領工作時不爲保留者，定作人即失其權利。（第五〇四條）承攬以完成工作爲目的，非以勞務之供給爲目的，承攬人不妨使第三人代完成其工作。（二四）故承攬人死亡，或非因其過失致不能自完成其約定之工作時，應由其繼承人或應使他人代完成其工作。但其承攬之工

作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，其承攬人死亡，或非因其過失致不能自完成其約定之工作時，其契約終止。此際其工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務。（第五一二條）

【二一四】使第三人代完成工作，其情形有二：（一）以使第三人為補助人，供承攬人之指揮時，則第三人不外承攬人之使用人。此際承攬人就于第三人之故意過失，應任其責。（第二二四條參照）（二）承攬人轉使第三人承攬其工作時，是乃再承攬。承攬人原則得為再承攬，但就于次承攬人之故意過失，亦應負責。

（乙）瑕疵担保之義務 承攬為有價契約，故關於買賣担保義務之規定，當然準用於承攬。（第三四七條）但承攬與買賣有相異之性質，故法律對其担保義務，特設數多之規定。茲分述之。

（一）担保義務之內容 承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，並担保其無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。（第四九二條）但其工作之瑕疵，因定作人所供材料之性質，或依定作人之指示而生者，承攬人若非明知其材料之性質或其指示不適當而不告知定作人，則不負擔担保之責任。（第四九六條）

（二）義務違反之效果 承攬之工作有瑕疵時，以其瑕疵可得修補者為限，定作人得定相當期限請求承攬人修補。若承攬人逾期不為修補，定作人得自行修補，並請求承攬人償還所需之費用。但修補所需之費用過鉅時，承攬人得拒絕修補。（第四九三條）

承攬人既受定作人請求，不如期修補，或因其需費過鉅拒絕修補，或其瑕疵不能修補時，定作人得自行選擇，或解除契約，或請求減少報酬。但對此原則，尚有二例外：（一）其瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地之工作物者，定作人只得請求減少報酬，不得解除契約。（二）工作之瑕疵，因應歸責於承攬人之事由而生者，定作人除得請求修補或解除契約或減少報酬外，并得請求損害賠償。（第四九四條及四九五條）

工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵，或有其他違反契約之情事者，定作人得定相當期限請求承攬人改善其工作，或依約履行。承攬人逾期不改善或履行者，定作人得使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用均由承攬人負擔。（第四九七條）

（三）擔保責任之存續期間 擔保責任發生之後，非永久存續；定作人非於一定期限內，發見工作之瑕疵，則不得對於承攬人主張權利。其期限之長短，因工作之種類而不同。其工作為建築物或其他土地之工作物，或為此等物之重大修繕時，其期限為五年。（第四九九條）若係其他之工作，則為一年。此期限自承攬人將工作物交付定作人時起算。但其工作性質上無須交付者，自工作完成時起算。（第四九八條）此項期限，不妨以特約伸長之，但不得減短。（第五〇一條）又在承攬人故意不告知瑕疵之場合，若其工作為建築物或其他土地之工作物或為此等物之重大修繕時，則其期限為十年。若係其他之工作，其期限為五年。（第五〇〇條）

第二項 定作人之義務

(甲) 給與報酬之義務 定作人對於承攬人負給與報酬之義務。其給與時期，依其契約之性質定之。即(一)承攬工作應交付者，工作交付時須給付報酬。(二)承攬工作無須交付者，工作全部完成時，須給付報酬。但其工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，須於每部之交付時，給付該部分之報酬。(第五〇五條)

(乙) 行爲之義務 需定作人之行爲，承攬人始能完成其工作者，定作人負行爲之義務，例如成衣契約，定作人必供給材料，建築家屋，定作人必指示土地是也。定作人不爲其行爲時，承攬人得定相當期限催告定作人爲之。若定作人於此期限內不追完其行爲者，承攬人得解除契約。(第五〇七條)(二一五)

(二一五) 定作人負行爲之義務，若逾期不爲該行爲，承攬人自得訴強制其履行，並請求定作人賠償損害。(第二二七條及第二三一條)又此種行爲，若由承攬人完成工作義務方面觀察，不外債權人之協力，故定作人不爲此行爲時，應任受領遲延之責。(第二三四條)

定作人供給有瑕疵之材料，或爲不適當之指示，致工作於交付或完成前滅失毀損，或不能完成者，若承攬人即將其情形通知定作人，得請求其已服勞務之相當報酬，及墊款之償還。定作人如有過失，承攬人並得請求損害賠償。(第五〇九條及第五一〇條)

第三項 承攬之危險負擔

在承攬工作要交付之場合，於受領前，其工作因天災及其他不可抵抗力而滅失或毀損時，其危險應歸何人負擔乎？我民法依債務人主義，明示其危險應由承攬人負擔。故承攬人不問已完成其工作與否，不得向定作人請

求報酬。(第五〇八條一項前段)但對此原則有二例外：

(一)定作人受領遲延時其物之危險由定作人負擔。承攬人已依契約之本旨提出給付，定作人受領遲延時，則此後其工作之危險，應歸定作人負擔。非如是，將因定作人之遲延，而增重承攬人之責任，非公平之道也。(同條同項後段)

(二)定作人所供材料之危險承攬人不任其責。定作人供給材料，使承攬人完成工作時，若其材料因天災或其他不可抗力而滅失毀損，就理論言，承攬人既應負擔其工作之危險，則對其材料之滅失毀損，似應負擔賠償之責。雖然，債法上所謂負擔危險者，非負擔其所生之一切損失之義，乃因之不得請求對待給付之義。且承攬材料雖已交付於承攬人，其所有權仍屬諸定作人，故其材料因天災或其他不可抗力而滅失毀損者，承攬人當然不負責任。(同條二項)

以上祇就其工作要受領時言之。其工作無須受領時，則以工作完成之時，視為受領之時，照前述理論定其危險之負擔。(第五一〇條)

第三款 因承攬而生之抵押權

承攬人對於定作人，有種種債權，既如前述。法律為使其債權易於實行，特認其有抵押權。其理由與由租賃所生之留置權無異。依我民法第五百十三條之規定，「承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人不動產有抵押權。」此抵押權之

標的物，要爲不動產，且以承攬人工作所附者爲限。如爲動產，承攬人只得依第九百二十八條之規定，取得留置權，固不得爲抵押權之標的物，又其不動產如不爲承攬人之工作所附者，則與承攬契約無何等之關係，對之亦無抵押權，此抵押權所担保之債權，要係承攬人就承攬關係所取得者。故因其他之原因所取得之債權，當然不得依此抵押權而受担保。

上述之抵押權，基於法律之規定而生，故學者稱之爲法定抵押權，然其性質究與普通抵押權無異，故其效力及消滅等，當然適用關於普通抵押權之規定。

第四款 承攬之解除

承攬乃一契約，固得適用契約通則中關於解除之規定。惟承攬自體，尙有特別之解除原因。茲舉於左。

(一) 工作有瑕疵，承攬人不爲修補時，定作人得解除契約。但瑕疵非重要，非所承攬之工作爲建築物或其他土地之工作物者，不在此限。(第四九四條) 此節已詳於前，茲不復贅。

(二) 承攬人未完成工作前，定作人得隨時終止(解除之義)契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害，(第五一一條)

(三) 訂立契約時僅估計報酬之概數者，如嗣後其報酬超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約。但其所承攬之工作爲建築物或其他土地上之工作物，或爲此等工作物之重大修繕者，限於工作未完成前，方得解除契約。此種契約解除，非因應歸責於承攬人之事由，故定作人應對承攬人賠償相當之損害。(第

第五款 承攬之短期時效及除斥期間

因承攬而生之債權，法律對之有特設短期時效者。其所生之解除權，民法亦有除斥期間之規定。茲舉於左。
(第五一四條)

(一) 定作人之瑕疵修補請求權，修補費用償還請求權，減少報酬請求權，或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅。

(二) 承攬人之損害賠償請求權，或契約解除權，均因其原因發生後一年間不行使而消滅。

第十節 因出版而生之債

第一款 出版之意義及性質

出版者，當事人約定，一方以文藝學術或美術之著作物，為出版而交付于他方，他方担任印刷及發行，依之而成立之契約也。(第五一五條)〔二六〕〔二七〕故出版之要件有二：

〔二六〕出版一語有二義：一指出版行為。即複製著作物，分配之于多數人之謂。二指出版契約。即本節所述者是也。著作人欲公表其著作物，可用三種之方法：(一)以自己費用自為出版，是乃自行出版。(二)委託他人，以自己計算，代為出版，是乃委託出版。(三)與他人訂立契約，由他人備費出版，是即出版契約。

〔二七〕出版既有二義，關於出版之法律，亦有二種：一為規律出版行為之法律。即出版法。一為規定出版契約之法律。此可稱出版契約法。此

種出版契約法，瑞士規定于債務法中（第三八〇條以下），奧國規定于民法中（第一二七二條以下），德國另以單行法（出版權法一九〇一年公布）規定之。英、法、日各國均無此規定。我民法關於出版之規定，純倣瑞士債務法。

（一）當事人之一方允以文藝學術美術之著作物爲出版交付于他方，此一方之當事人，謂之出版權授與人；他方卽出版人。出版權授與人雖以著作人爲常，但著作人之承繼人，亦不妨與出版人締給出版契約。著作物云者，乃智能上之產出物之義。其範圍甚廣，舉凡書籍、圖畫、樂譜、劇本、字帖、照片、雕刻、模型等皆屬之。但以關於文藝學術、美術者爲限；否則不得爲出版契約之標的。此項著作物，著作人或其承繼人本得自出版之；但著作人或其承繼人，往往缺乏出版必需之設備及其經驗，不得不允將其著作物交付他人代爲出版。是卽出版契約之所由來也。

（二）他方允担任該著作物之印刷及發行，印刷一語，應從廣義解釋，卽複製之謂。不問其依何形體，用何方法，凡能將一著作物，化爲多數同樣之著作物者，皆是。發行者，卽將其複製之著作物（卽出版物）分配於多數人之謂。亦不問其爲有償抑爲無償。總稱此印刷及發行等行爲曰出版。出版人卽允担任著作物之出版者；契約成立後，出版人非單純有出版之權利，同時亦爲其義務。故出版所需之費用，應由出版人自支出之；因出版所生之損益，應由出版人自承受之。外國法律，就于此點有特設規定者。（德國出版法第一條）我民法上雖無明文，然亦以如此解釋爲正當。（二一八）

【二一八】德國出版權法第一條規定：關於文學或音樂之出版契約，著作人爲使出版人，於其計算，爲複製及發行，負交付著作物之義務。出版

人負複製及發行著作物之義務云云。『於其計算』一語即表示因出版而生之損益均歸出版人之意。

具備上列兩要件時，出版契約成立。此外不必交付物品，作成書據，故為諾成且不要式契約。又出版契約成立後，出版權授與人負交付著作物之義務，出版人負出版著作物之義務，此兩個義務互為對價，故為雙務且有償契約。至出版人應否對於出版權授與人給付報酬？又出版人發行出版物有無收取價金？此與出版契約之本質均無影響，但其效力不同耳。

第二款 出版之效力

第一項 出版權之移轉

出版契約為債權契約；由純理言，出版契約成立後，出版權授與人，只負交付著作物于出版人供其出版之債務。出版權授與人之權利，非因之當然移轉于出版人。但最近立法例，多以出版人應加特別之保護。規定出版人基於出版契約，直接取得出版權。（德國出版權法第八條、瑞士債務法第三八一條參照）〔三一九〕我民法第五百十六條第一項規定，著作人之權利，於契約實行之必要範圍內移轉於出版人，亦基於此理由。以故出版契約，不但發生債權，且生權利之移轉，一面帶有準物權契約之性質。此種『于契約實行之必要範圍內移轉于出版人之權利』，是否著作權自體？抑基于著作權所生之出版權？第五百十六條一項雖無明文規定；然由同條二項『出版權授與人』一語而觀，則其所移轉者僅為出版權，而非著作權自體，毫無疑義。即出版契約成立後，出版人只取得出版權，出版權授與人，仍保有著作權。出版權不外對於著作權之一種物權的担負，與存于所有權上之各種制限物權同。

其性質。〔二二〇〕故出版人于契約成立後，得以其出版權向第三人主張。

〔二一九〕德出版權法第八條規定：無特別訂定時，出版人取得複製及發行之排他的權利。瑞債務法第三八一條規定，著作人之權利，于契約實行必要之範圍內，移轉于出版人，與我民法同。

〔二二〇〕日儒末川博氏民法之特殊研究下卷出版契約論參看。戴修瓚氏債各第一九八頁，主張出版權為形成權。周新民氏債各二三八頁吳振瀛氏債各第三一〇頁從之。

出版權授與人，於契約成立後，仍保有著作權，故除契約另有訂定外，其著作物翻譯之權利，仍屬於出版權授與人。蓋翻譯認為著作權中之一權能故也。（第五二二條）

第二項 出版權授與人之義務

（甲）交付著作物之義務 出版權授與人，應以有約定內容之著作物，交付出版人，供其出版。但不負作成著作物之義務。著作物不要為著作人親筆之稿本，由他人照原稿抄錄者亦可。若著作物交付後，因不可抗力致滅失者，如出版權授與人另有稿本，應將該稿本交出版人。無稿本時，如著作人（限于出版權授與人）不多費勞力，即可重作者，應重作之。但著作人得向出版人請求相當賠償。（第五二五條）

（乙）瑕疵担保之義務 出版權授與人，應担保其于出版契約成立時，有出版權授與之權利。其著作物受法律上之保護者，並應担保其有著作權。（第五一六條二項）故其著作物單純為他人之著作，自己對之無處分之權者，或雖為自己之著作，而其著作權已消滅者，出版權授與人應任其責。然則此際出版人有如何之權利乎？法

無特別規定，不外得依關於債務不履行之規定，行使權利。（第三四七條第三五三條）

（丙）不妨害出版之義務 出版爲出版人之義務，亦爲其權利，故出版權授與人，不得妨害出版人之出版。卽出版權授與人，於出版人得印行之出版物未賣完時，不得就其著作物之全部或一部，爲不利於出版人之處分。如自行出版，或使第三人出版等行爲，均不得爲之。（第五一七條）

出版權授與人，於出版人得印行之出版物賣完時，自不妨將此著作物與他人再訂出版契約。惟此項著作物既曾經公表，則將來出版物之銷路，不免因之減少，此與後之出版人，有重大利害關係。故法律特使出版權授與人，應於契約成立前，將其情事告知後之出版人。又出版權授與人，前雖未與他人結出版契約，然其著作物事實上業經他人公表，爲出版權授與人所明知者，亦應告知後之出版人。（第五一六條三項）否則應許出版人解除契約，或請求賠償因之而生之損害。但其情事於契約訂立前爲出版人所已知者，不在此限。

第三項 出版人之義務

（甲）出版之義務 出版人雖依出版契約取得出版權，然發表著作，於出版權授與人，亦有重大之利益。故出版人對於出版權授與人，又負出版之義務。〔三三〕茲分述之。

（1）出版之數量 出版之次數及每版之本數，依當事人之特約；無特約時，出版人僅得出一版。（第五一八條一項）其本數不外依習慣定之。〔三三〕但已印刷完畢之出版物，於發行前因不可抗力致全部或一部滅失者，出版人得以自己之費用，就滅失之出版物，補行出版，對於出版權授與人，無須補給報酬。（第五二六條）

【二二二】出版人負出版之義務，此即出版契約與著作權讓與契約之異點。因著作權讓與時，則其著作權完全移轉于受讓人。受讓人願將該著作物出版與否，均聽其自由故也。

【二二三】德出版權法第五條規定，無特約時，以一版一千冊為限，許其複製。

(2) 出版之方法 出版方法，亦依當事人契約之所定；無約定時，出版人應以適當之格式印刷著作物，不得自行增減變更，並應為必要之廣告，及用通常之方法，推銷其出版物。出版物之賣價，雖由出版人定之，但亦不得過高，致礙出版物之銷行。(第五一九條) 又同一著作人之數著作物為各別出版而交付于出版人者，出版人不得將其數著作物併合出版。反之，著作人以其數著作物為併合出版，而交付于出版人者，出版人亦不得將其著作物各別出版。(第五二一條)

(3) 出版之時期 當事人已於出版契約，特定出版之時期時，從之。否則第一次應於受領著作物後相當期間內出版，第二次以下應於前版出版物賣完後相當期間內出版。倘出版人於前版之出版物賣完後，怠於新版之印刷時，出版權授與人除得以訴請求履行外，並得聲請法院，令出版人于一定期限內再出新版；逾期不遵行者，喪失其出版權。(第五一八條二項) 此際出版權授與人，得自行再版，或交第三人再版。

(乙) 關於修改或訂正出版物之義務 著作物之出版權，雖因出版契約移轉於出版人，然其著作權仍屬諸著作人。故著作人于不妨害出版人之利益，或增加其責任之範圍內，得訂正或修改其著作物；不問其著作物已否印刷發行，出版人均應許容其訂正修改，不得拒絕之。但出版人因著作人之訂正修改，所生不可預見之費用，得

請求著作人賠償。又出版人於印刷新版前，應予著作人以訂正或修改之機會，故應先徵詢著作人應否訂正修改。（第五二〇條）

（丙）給付報酬之義務 出版契約之成立，雖不以約付報酬為要件；然通常之出版契約，多約付報酬。此際出版之尚負給付報酬之義務。關於報酬之約定，不要明示，即默示亦可。如依情形，非受報酬即不為著作物之交付者，視為允與報酬。（第五二三條一項）報酬之額，及其支付之方法，應由當事人約定之。當事人約明一次付清一定數額可；約明按出版之次數，及銷行之本數，分次給付報酬亦可。在出版人有出數版之權利時，若其次版以下之報酬，未經約定，推定與前版相同。（同條二項）報酬不限于金錢，亦得以其他之物充之。報酬給付之時期，有特約時從其特約。無特約時，其著作全部一次出版者，應于全部印刷完畢時，給付報酬。分部出版者，應于其各部分印刷完畢時，給付報酬。其報酬之全部或一部依銷行之多寡而定者，出版人應依習慣計算支付報酬，并應提出銷行之證明。（第五二四條）其著作物交付出版人後，因不可抗力致滅失者，雖未印刷完畢，出版人仍負給付報酬之義務。（第五二五條一項）因出版權授與人既履行其義務之全部，其危險自應由出版人負擔故也。

第三款 出版之消滅

出版關係，因左之原因而消滅。

（一）出版完畢 出版人已依契約出版完畢時，則出版契約達其存立之目的，當然歸于消滅。但出版權授與人，不妨以契約使出版人繼續出版。

(二) 出版人喪失出版權 出版人怠于新版之印刷，依第五百十八條二項之規定，喪失其出版權時，自不再負給付報酬之義務，其出版關係亦消滅。

(三) 著作人不能完成著作 著作人于其著作物未完成前死亡，或喪失能力，或非因其過失致不能完成其著作，其出版關係消滅。但依其情形其出版關係之全部或一部之繼續為可能且公平者，法院得許其繼續，並命為必要之處置。(第五二七條)

第十一節 因委任而生之債

第一款 委任之意義及性質

委任者，當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理，依之而成立之契約也。(第五二八條)故委任要具備左之要件。

(一) 當事人之一方表示委託他方處理某事務 該當事人謂之委任人，其相對人即受任人。事務云者，即有一定目的之事件，依勞務之供給得達其目的者之謂。其目的如何為達其目的所需之勞務如何？其事件為法律行為與否均可不問之。(二)(三)故如締結契約，管理財產，清算賬目，訴訟行為等，一切得為委任之標的。處理云者，從委託之本旨，處分管理其事務之謂。委任人信任受任人使其處理一定之事務，並與以多少獨立裁量範圍者，是謂委託。故只指定一定事件使其供給勞務，毫不許其獨立裁量者，非委託；從其契約乃僱傭，非委任契約。但關於勞務給付之契約，若不屬於其他有名契約時，(二)(三)與委任極為類似，應使之適用關於委任之規定。(第五二

九條

【二二三】羅馬法以委任契約之事務，不以法律行為爲限。德民第六六二條從之。反之，日民第六四三條規定：委任限于法律行為，其第六五六條又定：非法律行為之委託，則爲準委任。理論上以德民爲當。

【二三四】例如無報酬供給勞務之契約。

(二) 他方要允爲處理 委任契約，當然以他方允受委託爲要件。其允受委託之意思表示，不要對於委任人明確爲之。有承受委託處理一定事務之公然表示者，如對於該事務之委託，不卽爲拒絕之通知時，視爲允受委託。

(第五三〇條) 又其允受委託，有無約付報酬，可以不問。【二二五】

【二二五】德民第六六二條規定，委任以無償爲要件。而法民第一九八六條規定，無特約時，委任爲無償。日民第六四八條之規定亦同。

具上列要件時，委任成立。此外不要交付物品，作成書據，故爲諾成且不要式契約。但爲委任事務之處理，須爲法律行為，而該法律行為依法應以文字爲之者，其處理權之授與，亦應以文字爲之。(第五三一條) 是其例外。又委任約付報酬時，則雙方均負互爲對價之債務，其契約爲雙務且有償契約；反之之場合，雙方不爲互爲對價之給付，故爲無償且片務契約。

第二款 委任之效力

第一項 受任人之義務

(一) 處理委任事務之義務 委任契約成立後，受任人負處理委任事務之義務。其處理要與處理自己事務爲

同一之注意；其受有報酬者，應以善良管理人之注意爲之。又關於事務之處理，委任人已爲相當之指示時，受任人要從其指示。但因有急迫之情事，不能從其指示，並委任人若知有此情事亦表同意者，受任人亦得變更其指示。（第五三五條第五三六條）

處理事務，一面爲受任人之義務，一面亦爲受任人之權限。〔三三六〕其權限依委任契約之訂定；契約未訂定者，依其委任事務之性質定之。其以契約定受任人之權限時，委任人得指定一項或數項事務爲特別委任，或就一切事務爲概括委任。（第五三二條）受任人受特別委任者，就委任事務之處理，得爲委任人爲一切必要之行爲。（第五三三條）受概括委任者，亦得爲委任人爲一切法律行爲。但（1）不動產之出賣或設定擔負，（2）期限二年以上之不動產租賃，（3）贈與，（4）和解，（5）起訴，（6）提付仲裁等行爲，非經委任人特別之授權，〔三三七〕不得爲之。（第五三四條）

〔三三六〕此種權限即第五三一條所謂處理權。處理權係受任人于內部關係（即委任人與受任人相互之關係）得爲委任人處理事務之權限，與對外關係所有之代理權不同。受任人雖有處理權，然未必有代理權，故其對外爲委任人所爲之法律行爲，未必均能直接對於委任人發生效力。

〔三三七〕此種授權，爲委任契約上之一條款，或以追加契約爲之。與代理權之授與，由本人以單獨行爲爲之者不同。

委任契約係以當事人互相信任爲基礎，故由委任契約所生之處理委任事務之義務，與僱傭同，亦有專屬的性質。從生左之效果。

(甲) 受任人非經委任人同意，或另有習慣，或有不得已事由，不得使第三人代其處理委任事務。(第五三七條) 違此規定，使第三人代為處理委任事務者，受任人就該第三人之行為，與就自己之行為負同一之責任。反之，受任人已得委任人同意，或依習慣，或有不得已事由，使第三人代其處理事務者，僅就第三人之選任，及其對於第三人所為之指示負其責任。(第五三八條) 又受任人使第三人代為處理委任事務者，委任人對於該第三人關於委任事務之履行，有直接請求權。(第五三九條)

(乙) 委任人非經受任人同意，不得將處理委任事務之請求權讓與第三人。(第五四三條) 違此規定時，其讓與契約不能有效。(三二八)

〔三二八〕但亦非無效，其後經受任人承認時，則自始有效。反之，受任人拒絕承認時，則無效。蓋即繫于同意之法律行為也。(第一一七條參照)

(二) 報告之義務 受任人須將委任事務進行之狀，況報告委任人。委任關係終止時，須明確報告其顛末。(第五四〇條)

(三) 交付物品及移轉權利之義務 受任人因處理事務所收取之物，須交付委任人。其就之已收取之孳息亦同。(第五四一條一項) 收取之物云者，為供處理事務之用，由委任人收取之物；及因處理事務，由第三人所收受之物之謂。收取之孳息云者，由其已收取之物所收取之孳息之謂。但此等物品，已依委任之本旨消費者，則受任人無交付之義務。是屬當然之事也。交付之時期，從當事人之特約；無特約時，則由委任人收取之物，應於委任終止從速交付。由第三人收取之物，及收取之孳息，應於收取後從速交付。

受任人以自己名義爲委任人取得之權利，須移轉於委任人。（同條二項）反之，受任人以委任人之名，由代理行爲所取得之權利，直接歸屬委任人，無爲移轉之必要。但其權利有標的物或證書時，應依同條一項之規定，交付於委任人者，固無論也。

（四）支付利息及賠償損害之義務 受任人將應支付於委任人之金錢，或爲委任人之利益應使用之金錢，自行消費者，須自消費時起，支付利息，若有損害，並任賠償之責。此義務之發生，祇以有消費之事實爲足，其消費出於受任人之過失與否，受任人依之得利益與否，均非所問。（第五四二條）又受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行爲，所生之損害，對於委任人應負賠償之責。但無償之受任人，僅就重大過失負其責。（第五四四條）

第二項 委任人之義務

（一）支付費用之義務 處理委任事務以費用爲必要時，委任人須因受任人之請求預付之。（第五四五條）否則受任人得以此爲理由，拒絕事務之處理。若受任人已爲代墊時，委任人須償還之，且要支付其代墊後之利息。（第五四六條一項）

（二）代償債務之義務 受任人因處理事務，以自己之名，負擔必要之債務時，得使委任人代爲清償。若其債務未至清償期，得使委任人提出相當之担保。蓋不如是，嗣後委任人苟因無資力之故，不能代償時，受任人難免蒙損失也。（第五四六條二項）

(三) 賠償損害之義務 受任人因處理委任事務，因非可歸責於己之事由致受損害者，得向委任人請求賠償。(第五四六條三項) 故此義務之發生，要具備三條件：(1) 受任人受損害。(2) 其損害要因處理事務而生。(3) 要因非可歸責於受任人之事由是也。然則委任人要有過失否歟？學者頗多議論，各國立法例亦不一致。我民法與法國民法同，(參照法國民法第二千條)採結果責任主義，故不以委任人有過失為要件。〔三二九〕

〔三二九〕奧民第一〇一四條第一〇一五條，及日民第六五〇條三項之規定，與法民同。其在德國，則學說紛紜，近時以結果責任說，較占勢力。此種結果責任，民法純為保持當事人間之公平而設，非對於委任人加以制裁之意。故與侵權行為及債務不履行所生之責任不同。

(四) 給付報酬之義務 委任契約雖不以約付報酬為要件，但當事人以契約約明支付報酬時，亦非法律之所禁。此際委任人負給付報酬之義務。又契約雖無此項訂定，然依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，委任人亦應給付報酬。(第五四七條) 報酬不限於金錢，亦得以其他之物充之。報酬給付之時期，有特約者從其特約。無特約時，受任人非於委任關於終止及為明確報告顛末後，不得請求給付。倘委任關係因非可歸責於受任人之事由，於事務處理未完畢前已終止者，受任人得就其已處理之部分請求報酬。(第五四八條)

第三款 委任之消滅

委任因左之特別原因而消滅。

(一) 終止契約 委任以當事人相互間信用關係為基礎。此信用關係，未必永久存續，故當事人於契約成立後，得隨時終止契約。當事人之一方，於不利於他方之時期，終止契約者，應賠償他方所受之損害。但因非可歸責於

該當事人之事由致不得不終止契約者，不在此限。（第五四九條）

（二）當事人之死亡破產或喪失行為能力，委任關係，為當事人間人的信用關係。若其當事人之一方死亡，破產或因精神病喪失行為能力，其繼承人或其法定代理人，未必亦信任相對人。故於此場合，其委任關係當然消滅。惟當事人有特別之意思表示，或其委任事務之性質不能消滅者，則不在此限。（第五五〇條）

委任因當事人之死亡、破產、或喪失行為能力消滅時，若有急迫情事，受任人或其繼承人或其法定代理人，須於委任人或其繼承人或其法定代理人，能接受委任事務前，繼續處理其事務。（第五五一條）

（三）委任事務處理完畢，委任以處理事務為目的，其事務已完全處理，則已達其目的，其契約當然消滅。以上所列者，為委任消滅之原因；委任應於消滅原因發生時，即時消滅。是為原則，惟有例外。即其原因係由當事人之一方發生者，於他方已知之前或得知之前，其委任關係視為存續。（第五五二條）故其間當事人之一方以善意所為之行為，對於他方均有效力。此不外出於保護善意當事人之意也。

第四款 特種之委任

特種之委任者，性質上當然伴有代理權之委任也。夫委任與代理，本屬兩事。委任他人處理事務者，原不必授以代理權。但有數種委任契約，其性質當然應授與受任人以代理權者，故稱之為特種之委任，以示與普通委任有別。其重要者，即商業經理及商業代辦是也。茲分述之。

第一項 商業經理

商業經理云者，依委任契約，爲某商號管理全部或一部之事務，及爲其簽名之謂也。稱當此經理之任者，曰經理人。（第五五三條一項）商號乃指用一定牌號經營一種或數種之商業者而言；不以個人單獨經營爲限，即合夥與公司亦包含之。爲商號管理全部或一部之事務者，謂爲商號處理該商號一切之事務，或某種類之事務，若僅處理特定之事務，不得謂之經理。爲其簽名云者，乃對外代理商號之謂。詳言之，即用商號名義對外爲法律行爲，而由經理人代行簽名之謂。經理人爲商號管理事務，並代其簽名，係基於委任契約。故如無能力人之法定代理人，基於法律之規定，爲無能力經營商業者，與商號主人立於同一之地位，非茲所謂經理人。

商業經理，既基於商號主人與經理人間所訂立之委任契約，則經理人之權利義務，當然適用關於委任之規定。然經理人有統括的處理權及代理權，與普通受任人又微有不同，故法律設有特別之規定。茲舉于左。

第一 經理人之經理權

經理人有爲商號管理事務及爲其簽名之權限。稱此統括的權限，曰經理權。此經理權固由商號主人依委任契約授與經理人；惟其授與之意思表示，不要明示，即默示亦可。（第五五三條二項）經理權之範圍，原則及于商號一切之事務；但不妨以契約限定管理商號事務之一部，或管理商號之一分號或數分號之事務。（同條三項）

經理人就于其所經理之事務，不但于內部關係，得爲商號照約處理；其于對外關係，且得代理商號。不問訴訟上之行爲及訴訟外之行爲，以管理上所必要者爲限，經理人均得以商號名義爲之，對於商號直接發生效力。

其經理人有數人時，若經理人中有二人之簽名，對於商號亦生效力。但不動產之買賣及設定負擔，非經商號主人書面之授權，不得爲之。（第五五四條第五五條第五六條）又此種廣大之代理權，商號主人得以契約限制之，惟其制限不得以之對抗善意第三人。因欲確保交易之安全故也。（第五五七條）（二三〇）

【二三〇】第五五四條一項及第五五五條均有「視爲」二字。依此規定，則不問經理人與商號之內部關係如何，經理人對外均有概括的代理權。卽其對外關係，不因對內關係而受影響。故其內部雖有制限代理權之特約，然其制限對於一切第三人均不生效力。但第五五七條又有「經理權之制限不得對抗善意第三人」之規定，足見其對於惡意第三人，仍得對抗之，未免前後矛盾。余意此「視爲」二字應刪。

第二 經理人之競業禁止義務

經理人非得商號主人之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任股東。（第五六二條）學者稱此經理人所負之義務，曰競業禁止之義務。蓋經理人經理本人之營業，對於本人營業上之狀況，自能詳知底蘊，若許其爲自己或第三人經營與本人同類之營業，或爲同類事業公司無限責任之股東，以與本人競爭，勢不免害及本人營業上之利益，故法律特禁止之。經理人有違此禁止規定之行爲時，其商號主人得請求因其行爲所得之利益，作爲損害賠償。（三三二）但此項請求權，須於知有違反行爲起一個月內行使之，否則歸于消滅。其自行爲時起經過一年時亦同。（第五六三條）

【三三二】此際本人無須證明其已受損害，及其所受損害之數額。但其實際所受之損害，較之經理人因其競業行爲所得之利益爲多時，本人自得提出證據，以行使其固有之不履行損害賠償請求權，不請求經理人所得之利益。

第三 經理關係之消滅

商業經理既不外一特種之委任，故經理關係則消滅，原係應用關於委任關係消滅之規定。但商號主人死亡、破產、或喪失行為能力時，經理關係不消滅。（第五六四條）〔三三三〕蓋經理人必須有相當之學識與經驗者，方能勝任。若因商號主人之死亡、破產、或喪失能力，違使經理人卸其職務，未必即能覓得適當之替人，於商號主人（或其繼承人）實屬無利而反有害也。

〔三三三〕此為對於第五五〇條之例外。

第二項 商業代辦

商業代辦云者。商號受他商號之委託，於一定地域內，以該他商號名義，辦理其全部或一部事務之謂也。稱當此代辦之任者，曰代辦商。（第五五八條一項）代辦商亦受他商號之委託，以他商號名義辦理其全部或一部之事務，此與經理人同。然經理人乃商號之補助人，而代辦商則為獨立之商人。又經理人為商號經理全部或一部之事務，無地域之制限，而代辦商為他商號代辦全部或一部之事務，則限於一定地域之內。此即二者重要之異點。商業代辦，既係受他商號之委託，不外委任關係之一種。則代辦商之權利義務，當然適用關於委任之規定。惟代辦商有廣大之代辦權，與普通受任人又微有不同，故法律對之亦設特別之規定。茲舉於左：

第一 代辦商之義務

代辦契約成立後，代辦商應於一定地域內繼續辦理其所受託之事務。此為代辦商之義務，同時亦為其權

限。因其辦理事務得以他商號之名義爲之，故總稱其權限曰代辦權。此代辦權係由他商號依代辦契約授與代辦商，其範圍純依契約之所定；或及于全部之事務，或只及于一部之事務。又其代辦之內容，亦不妨以契約限制之。然此制限僅于內部關係有其效力，其于對外關係，代辦商號就其所代辦之事務，視爲其有爲一切必要行爲之權，不因其制限而受影響。但負票據上之義務，或爲消費借貸，或爲訴訟，除有書面之授權外，不得爲之。（第五八條二項三項）

代辦商有廣大之代辦權，故與經理人同負競業禁止之義務。即代辦商非得委託商號之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任之股東。違此義務時，委託商號得向代辦商請求因其行爲所得之利益，作爲損害賠償。但此項請求權，須自知有違反行爲時起一個月內行使之，否則歸于消滅，其自行爲時起經過一年時亦同。（第五六三條）

代辦商係繼續爲他商號代辦事務者，故就其代辦之事務，應隨時報告其地域之商業狀況于其該商號，並應將其所爲之交易，即時報告之，不適用第五百四十條之規定。（第五五九條）

第二 代辦商之權利

代辦商對於委託商號得請求支付代辦事務之報酬。如因辦理事務，爲委託商號代墊費用，亦得向其請求償還。其報酬之種類及數額，依其特約。無特約時，依習慣。無習慣時，則依其代辦事務之重要程度及多寡定之。（第五六〇條）

第三 代辦關係之消滅

代辦契約已定有期限者，其期限屆滿時，代辦關係當然消滅。其未定期限者，當事人之任何一方，均得隨時終止契約，代辦關係因其終止而消滅。其終止之意思表示，應于三個月前通知他方，但當事人之一方，因非可歸責于自己之事由，致不得不終止契約者，毋庸預行通知。（第五六一條）（二三三）又代辦關係，不因委託商號主人之死亡、破產或喪失行為能力而消滅，與商業經理同。（第五六四條）

【二三三】此為對於第五四九條之例外。

第十二節 因居間而生之債

第一款 居間之意義及性質

居間者，當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為其媒介，他方俟其契約成立時與以報酬，依之而成立之契約也。（第五六五條第五六八條）（二三四）故居間要具備左之要件。

【二三四】居間契約與居間營業不同。德國規定居間契約于民法，（第六五二條至六五六條）規定居間業于商法。（第九三條至第一〇四條）日本民法，無居間契約之規定；只于商法上有仲立營業（即居間業）之規定。（第三〇五條至第三一二條）瑞士債務法，（第四一二條至第四一八條）只設居間契約之規定，而無居間營業之規定。我民法從瑞士立法例。

（一）當事人之一方允為他方報告訂約之機會或為其媒介。此當事人謂之居間人，其他方即委託人。報告訂立某契約之機會云者，即將可得訂立契約之情形報告于委託人之謂。媒介云者，即立于當事人雙方之中間為

之介紹之謂。茲所謂訂約者，其義頗廣，包含一切適法之契約；但婚姻契約不在此內，此點於後應詳述之。

(二) 他方允俟其契約成立時與以報酬。居間契約與僱傭承攬同，亦以給付報酬為成立要件；故與無償委任有別。且其報酬於其契約成立時，方行給付；非報告或媒介後即行給付。(第五六八條一項) 易言之：其報酬係對其勞務之結果而給付，非對其勞務而給付，故至僱傭亦有差異。但其報酬雖應俟契約成立後給與，然居間人不負使其契約成立之義務，故與承攬又有不同。

報酬通常多以金錢充之；然非必限於金錢。當事人合意時，得以其他之物充報酬。又關於其報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。如有非受報酬即不為報告訂約之機會，或不為其媒介之情形者，視為允與報酬。此際其報酬額按照價目表定之；無價目表者，按照習慣定之。(第五六六條)

具右列要件時，居間成立；不以作成書據，及交付物品為必要。故為不要式且諾成契約。又居間成立後，居間人負報告及媒介之義務，委託人負給付報酬之義務。且雙方債務，互為對價，故為雙務且有償契約。

第二款 居間之效力

第一項 居間人之義務

(一) 報告或媒介之義務。居間契約成立後，居間人應依契約本旨，向委託人報告訂立契約之機會，或為其媒介。關於訂約事項，居間人如有所知，應據實報告委託人；對於顯無支付能力之人，或無訂立該約能力之人，尤不得為其媒介，以免委託人受意外之損害。(第五六七項) (三三五)

【二三五】第五六七條有『各當事人』云云，足見居間人對於委託人之相對人，亦負同一之義務。然此乃單純基于法律規定而生之義務，而非居間契約之效力。因委託人之相對人，非居間契約之當事人故也。

(二) 忠實之義務 居間人不特應為報告或媒介，且有以忠實為之之義務。故不得為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，由該相對人收受利益。苟違此義務，其契約雖成立，然不得向委託人請求報酬及償還費用。(第五七一條)

(三) 給付或受領給付之義務 居間人就其媒介所立之契約只居第三人之地位，而非該契約之當事人，故無代契約當事人為給付，或受領給付之權利與義務。(第五七四條)但當事人之一方，指定居間人不得以姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務。此際居間人就隱名當事人由契約所生之義務，自己負履行之責，並有受領給付之權利義務。(第五七五條)

第二項 委託人之義務

(一) 給付報酬之義務 居間人已依契約本旨為報告或媒介，委託人與其相對人間之契約，依其報告或媒介成立時，委託人應以約定報酬給付居間人。但其契約附有停止條件時，其報酬須俟條件成就後給付。因附停止條件之契約，于其契約成立後，條件成就前，其效力尚未發生故也。(第五六八條)

給付報酬，以契約已成立且已發生效力為前提。故當事人已着手締結契約，因一定事由其契約無效時，居間人不得請求報酬。但其契約一旦有效成立後，雖被撤銷或解除，委託人不得免給付報酬之義務。

報酬之額，依當事人之特約；無特約時，依價目表；無價目表時，依習慣。然在其所約定之報酬，較居間人所任勞務之價值，為數過鉅，失其公平時，法院得因委託人之請求酌減之。蓋居間之委託人，未必均有智識經驗，其居間人每乘契約取不當高額之報酬，故法律特與以請求減額之權利。但已支付者，既出委託人任意交付，且為居間人已得之權利，不得使之返還。（第五七二條）居間之報酬，應由委託人對於居間人給付之；與委託人之相對人無涉。此徵諸第五百六十五條有「他方給付報酬」之規定，至為明顯。惟委託人與其相對人所訂立之契約，因居間人之媒介而成立時，委託人之相對人，非不因居間人之行為而受利益。故法律特規定居間人因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔以昭公允。（第五七〇條）然此只屬關於委託人與其相對人內部關係之規定，其對於居間人之關係，仍由委託人單獨負責。（三三六）

【三三六】陳蓮昆氏債各第二四三頁，持反對之見解。謂居間人直接對於委託人之相對人，亦有請求權，即其相對人對於居間人，直接亦負給付報酬之義務。周新民氏債各下卷第五三頁，亦謂其報酬由契約當事人雙方平均負擔，不得請求委託人一方給付之。余不贊同其說。茲述其理由：（一）居間契約，原係委託人與居間人所訂立；委託人之相對人，並無參與。今以委託人與居間人所約定之報酬，使其平均負擔，未免反于「契約不拘束第三人」之原則。（二）若謂相對人對於居間人所負給付報酬之義務，乃單純基于法律之規定，而非居間契約之效力，則此項規定，無非為維持公平而設。此由委託人與其相對人相互之關係觀之，雖無不當；然就居間人觀察，則法律不問其意思如何，遽以相對人代委託人對於居間人負給與一部報酬之義務，使居間人不得對於委託人請求報酬之全額，揆之法理，豈得謂平？（三）且依第五七〇條前段規定，關於報酬之負擔，當事人（指委託人與其相對人）得以特約定之。尤足證其為內部相互之關係。不然，得以其契約向居間人主張，則居間人之

權利。不免被委託人與其相對人間之契約所左右更違反「契約不拘束第三人」之原則。

(二) 償還費用之義務。在有特約之場合，契約因居間人之報告或媒介而成立時，委託人不但應給付報酬，尙負償還費用之義務。茲所謂費用者，乃居間人因爲報告或媒介行爲，所已支出之必要費用也。此種費用之償還，亦以其所報告或媒介之契約已成立爲前提。故雖已爲報告或媒介，然其契約不成立時，委託人無償還之義務。但此只就當事人無特約之場合而言。苟當事人以特約約明，契約縱不成立委託人仍應償還者，從其特約。(第五六九條)

第三款 居間之消滅

居間關係，因左列原因而消滅。

(一) 契約成立。居間以使其報告或媒介之契約成立爲目的。苟其契約因居間人之報告或媒介已成立時，則居間關係，已達其目的，當然消滅。

(二) 終止契約。居間契約成立後，各當事人均得隨時終止契約。但當事人之一方，非有不得已事由，于不利于他方之時期終止契約者，應負損害賠償之責任。(第五四九條類推)

(三) 居間人死亡。居間契約因委託人信任居間人有特別之學識經驗而訂立，若居間人死亡，則其契約關係自應消滅。(舊民律第七六二條參照) 至委託人死亡時，居間依然存續，其繼承人應承繼其契約上之權利義務。

第四款 婚姻居間

婚姻居間者，爲委託人報告結婚之機會或爲其媒介之謂也。此種居間，不得約明支付報酬，否則其約定不生效力。蓋此等約定，若認其有效，必有以婚姻居間爲業者出。夫婚姻爲人倫之始，風化之原，倘以此爲業者周旋其間，勢必貪得報酬，誘惑男女，使人喪失其選擇配偶之自由，推其弊害，實有壞風紀之虞。法律爲維持公益起見，特明定此種約定爲無效。（第五七三條）〔三三七〕

〔三三七〕此種約定無效時，則依第一一一條之規定，其契約全部無效，雙方均免其義務。德民第六五六條一項及舊民律第七六四條規定，已給付之報酬，不得請求返還，是仍生自然債務。我新民法無此明文，當然不能採同一之解釋。

第十三節 因寄託而生之債

第一款 寄託之意義及性質

寄託者，當事人一方交付某物於他方，託其保管，他方承諾之，因之而成立之契約也。（第五八九條一項）其當事人之一方謂之寄託人，其相對人謂之受寄人，某物即寄託物。（又稱受寄物）依此定義，則寄託要具備左列要件，

（一）其契約以寄託物之保管爲目的。寄託之目的，在物之保管。苟其契約非以物之保管爲目的，祇因契約之從屬的效力，當事人之一方，負保管某物之義務者，非寄託。如使用借貸之借用人，負保管借用物之義務是也。寄託物應爲有體物，固不待言。就於其物之種類，民法上不設何等之限制，故不問動產不動產，均得寄託。〔三三八〕又

其物不以屬於寄託人之所有者爲必要；即第三人或受寄人自身之所有物，亦屬無妨。保管云者，置寄託物於自己管領之下，施一定之注意，計其安全之謂也。〔三三九〕保管之方法，應依寄託物之種類價格如何而定，不能概論。

〔三三八〕德民第六八八條及瑞債第四七二條均明定：寄託之標的，限于動產。日民第六五七條，則不設此制限。我民法亦然。

〔三三九〕若只供給保管之場所，乃租賃或使用借貸，而非保管。反之，雖不供給場所，亦有得爲保管者。如不動產寄託之場合は也。

（二）寄託人爲使保管交付寄託物於受寄人，寄託爲要物契約，其成立以寄託物之交付爲必要。其結果受寄人取得寄託物之占有，對於第三人得主張占有訴權。寄託物通常多由寄託人直接交付於受寄人，然亦得由第三人轉行交付。且不要現實交付寄託物，依第九四六條二項及第七六一條一項但書之規定，使受寄人繼續占有寄託物，亦無不可。惟不移轉所有權，是即其與消費寄託相異之點也。

（三）受寄人承諾之，受寄人受領寄託物後，表示允爲保管之意思時，寄託成立。其保管以不受報酬爲原則，有特約時，要給報酬。又關於其報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。有非受報酬即不爲保管之情形者，視爲允與報酬。（第五八九條二項）此際其報酬額依價目表定之；無價目表時，依習慣定之。（第四八三條二項及第四九一條二項類推）

具備右列要件時，寄託成立。此外不以作成書據爲必要。故爲不要式契約。其契約約給報酬時，當事人雙方均負互爲對價之債務，故爲雙務且有價契約。反之，不給報酬時，當事人雙方不爲互爲對價之給付，故爲無價且片務契約。

第二款 寄託之效力

第一項 受寄人之義務

(一) 保管寄託物之義務 寄託成立後，受寄人應從契約之本旨，保管寄託物。保管之意義，已述於前。茲只就保管應用之注意，保管方法，保管場所等述之。

(甲) 保管應用之注意 受寄人對於保管行為應用之注意，因有償與否異其程度。在有償寄託，受寄人要加善良管理人之注意；反之，在無償寄託，只要與處理自己事務為同一之注意。(第五九〇條)

(乙) 保管之方法 當事人無特約時，應視寄託物之種類價格，依通常之方法為之。有特約時，宜依其約定之方法為保管。但因有急迫之情事，必須變更其方法，並推想寄託人若知有此情事亦表同意者，亦得變更之。(第五九四條)

寄託亦基於信用關係而成立，故依之而生之保管義務，亦有專屬的性質。受寄人非經寄託人同意，或另有習慣，或有不得已事由，不得使第三人代其保管。(第五九二條) 但不妨以第三人為補助人。此際就於第三人之故意過失，除另有訂定外，受寄人應任其責。(第二二四條) 又受寄人依法使第三人代為保管時，只對於第三人之選任，及其所為之指示，應加相當之注意。否則因之而生之損害，應負賠償之責。反之，不依法律規定使第三人代為保管時，就於寄託物因此所生之一切損害，應負賠償責任。但能證明縱不使第三人代為保管，仍不免發生損害者，不在此限。(第五九三條) [二四〇]

【二四〇】此但書規定，乃受寄人之免責條件，而非其負責條件；其舉證責任在受寄人。故寄託人無須證明無但書所定之情事，即得請求賠償損害。

受寄人只負擔為保管行為之義務，非經寄託人同意，當然不得自行使用或使第三人使用受寄物。否則受寄人對於寄託人應給付相當報償。如有損害，並應賠償。但能證明縱不使用寄託物，仍不免發生損害者，不在此限。（第五九一條）

（丙）保管之場所 就於保管之場所，當事人未約定時，應視寄託物之種類價格，保管之於適當之場所。若當事人已有特約時，則從其特約。但有正當之事由時，不妨轉置之於其他之場所。例如充保管場所之家屋，罹於火災是也。

（二）返還寄託物之義務 寄託物之所有權，屬諸寄託人。故寄託終止後，應將其物返還寄託人。其應返還之物，要為原物。原物因不歸責於受寄人之事由毀損時，得將其毀損之物返還之。又寄託物生有孳息時，須一併返還。（第五九九條）

當事人未定返還時期時，寄託人得隨時請求返還。受寄人亦得隨時返還。（第五九八條一項）當事人已定返還時期時，寄託人仍得隨時請求返還。（第五九七條）【三四一】受寄人非有不得已事由，不得於期限前逕行返還。（第五九八條二項）蓋寄託純為寄託人之利益而設故也。就於返還場所，在當事人已約定之場合，從其約定。無特約之場合，當事人已約定保管場所時，應於其地為返還；若受寄人因正當事由，將寄託物轉置他處

者，得於其物現在之地返還之。（第六〇〇條）反之，當事人未約定保管場所時，應於寄託當時其物存在之處所爲返還。（第三一四條一款）

【二四一】此種請求返還，亦帶有終止契約之性質，與就於使用借貸所述者同。（註二〇二參看）

第三人就寄託物主張權利時，除第三人已對受寄人提起訴訟或爲扣押外，受寄人仍有返還寄託物於寄託人之義務。又第三人已對受寄人提起訴訟或爲扣押時，受寄人應即通知寄託人。（第六〇四條）使其得參加訴訟。

第二項 寄託人之義務

（一）支付報酬之義務 寄託以無償爲原則，故以有特約爲限，受寄人方得向寄託人請求報酬。報酬通常以金錢充之；然當事人合意時，亦得以其他之物及報酬。報酬支付之時期，依當事人之特約；無特約時，須於寄託關係終止時給付之。但以期間定報酬者，於每期屆滿時給付之。（第六〇一條一項）

寄託之報酬，係對於保管勞務而給與，非對於保管之結果而給與。故在當事人已定保管期間之場合，若受寄人因不能歸責於己之事由，半途中止保管者，得就其已爲保管之部分請求報酬。但寄託契約另有訂定者，仍從其訂定。（同條二項）

關於由寄託契約所生之報酬請求權，受寄人須於寄託關係終止後一年內行使之。否則歸於消滅。（第六〇五條）

(二) 支付費用之義務 受寄人因保管寄託物支出必要之費用時，寄託人應如數償還之。其為通常必要費，抑為臨時必要費，均可不問。但契約另有訂定者，仍從其訂定。(第五九五條) 此費用請求權，受寄人須於寄託關係終止後一年內行使之，否則歸於消滅。(第六〇五條)

(三) 賠償損害之義務 受寄人因寄託物性質或瑕疵所受之損害，寄託人須賠償之。因寄託物性質所受損害者，如因寄託之火藥自然爆發，致燃燒屋宇是。因寄託物瑕疵所受之損害者，如因寄託病牛，致傳染於他之家畜是。此際不問寄託人有無過失，原則上應負損害賠償之責。但寄託人已以證據證明寄託時非因過失不知其有發生危險之性質或瑕疵，或受寄人已知之時，則得免其責。(第五九六條) 此損害賠償請求權，受寄人須於寄託關係終止後一年內行使之，否則歸於消滅。(第六〇五條)

第三款 消費寄託

寄託物為代替物時，當事人約定寄託物之所有權移轉於受寄人，並由受寄人以種類、品質、數量、相同之物返還者，謂之消費寄託。又名不規則寄託。(第六〇二條) 其與普通寄託異者有三點：(一) 其寄託物要為代替物。(二) 寄託物之所有權移轉於受寄人。(三) 受寄人應以種類、品質、數量、相同之物返還是也。此等特點，本應於契約上明確訂定之，但法律亦設有推定的規定。即在寄託金錢之場合，若當事人之意思不明時，推定受寄人無返還原物之義務，應返還同一之數額。其寄託物之利益及危險，於該物交付時移轉於受寄人。(第六〇三條二項) 蓋即推定當事人有為消費寄託之意思者。

消費寄託，就其移轉物之所有權，及返還同種同質同量之物兩點觀之，極似消費借貸。且單從法律的觀察，二者殆難區別。然從經濟的觀察，則兩者之間，又有不同之處。即消費借貸，以金錢或其他代替物之借貸為目的，多為借用人之利益，依其要約而訂立，其利率常高。反之，消費寄託，以保管寄託物為目的，多為寄託人之利益，依其要約而訂立，其利率常低。是二者之異點也。

消費寄託與消費借貸，雖有經濟的差異，然同其法律的構成。故民法特使之適用關於消費借貸之規定。（第六〇二條）故在當事人已約定寄託物返還期限之場合，寄託人非有不得已事由，不得於期限屆滿前請求償還。（第六〇三條三項）不適用第五百九十七條得隨時請求返還之規定。

第四款 法定之保管義務

物之保管義務，除基於寄託契約而生者外，尚有基於法律之規定而生者，是謂之法定之保管義務。如（一）承租人負保管租賃物之義務，（第四三二條）（二）借用人負保管借用物之義務，（第四六八條）（三）質權人負保管質物之義務，（第八八八條）（四）旅店、飲食店、浴室主人負保管客人攜帶物品之義務是也。前三者或已詳於前，或應詳於物權法。茲只就最後者分述之。

（一）旅店主人之保管義務

旅店及其他以供客人住宿為目的之場所，（可稱準旅店如寄宿舍、妓館等是）其主人對於客人所攜帶之物品，無論其已否特受交付，應負保管之義務。如有毀損喪失，不問其主人有無故意過失，亦不問其毀損喪失

基於主人自身之行爲，抑基第三人之行爲；主人對於客人均應任賠償損害之責。（第六〇六條一項）但左列場合，主人不負此責任。

（甲）其毀損喪失，因不可抗力而生時。（同條二項）

（乙）其毀損喪失，因其物之性質而生時。（同條同項）

（丙）其毀損喪失，因客人自己或其伴侶、隨從、或來賓之故意或過失而生時。（同條同項）

（丁）其毀損喪失之物品爲金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品時。惟此等貴重物品，（甲）業經客人報明其性質及數量，交付主人保管時，（乙）雖未交付保管，然主人無正當理由，已於事前拒絕保管時，（丙）其毀損喪失，因主人或其使用人之故意或過失而生時，主人仍負賠償損害之責任。（第六〇八條）第六〇八條二項，本定『僱用人』而非『使用人』。然僱用人係指僱用他人者，今用以指稱被僱之人，極爲不當。宜改爲使用人，較爲妥適。（第二二四條參看）

（二）飲食店浴室主人之保管義務

飲食店浴室之主人，對於客人所攜帶之物品，亦負保管之責。（二四三）與旅店之主人大體相同。所異者：（一）其所應保管之物品，以通常物品爲限；其他之物品，非特受交付，不負保管義務。（二）其物品單純因第三人之行爲而毀損喪失時，不任賠償之責已耳。（第六〇七條第六〇八條）（二四三）

【二四二】德民第七〇一條以下，瑞債第四八七條以下，均只規定旅店主人有特別保管義務，而不及飲食店主人。反之，日商第三五四條以下，

則規定旅店及飲食店主人均有此義務。我民法大體採日本立法例，但其規定內容與日商間多不同而已。

【二四三】第六〇七條非如第六〇六條一項後段，有「其毀損喪失縱由第三人所致者亦同」之規定。因兩相對照之結果，應解為其通常攜帶品，單純因第三人之行為致毀損或喪失時，飲食店浴室主人不負責任為正當。

(三) 關於保管義務之特約

旅店、準旅店、飲食店、浴室主人之保管義務，雖得預與客人訂立特約，加以制限或免除之，但不得以一方的揭示為責任之制限或免除。為此揭示時無效。（第六〇九條）

(四) 賠償責任之消滅

旅店、準旅店、飲食店、浴室主人對於客人，因攜帶物品毀損喪失而生之損害，應負賠償之責，已如前述。此賠償責任，非永久存續，除因一般權利消滅之原因而消滅外，尚有特別消滅之原因。即（一）客人知其毀損喪失後，應即通知主人。怠于通知時，喪失其損害賠償請求權。（第六一〇條）（二）客人已發見其喪失或毀損，並已為通知者，自其發見之時起，不于六個月內行使損害賠償請求權時，其權利消滅。其未發見喪失或毀損，而離去場所後，已逾六個月時亦同。（第六一一條）

(五) 場所主人之留置權

旅店、準旅店、飲食店、浴室主人，對於客人所攜帶之物品，既負保管之義務，同時亦應有相當之權利，方足以昭公允。故法律特賦與此等場所主人以留置權。即主人就住宿、飲食、或墊款所生之債權，于未受清償前，對於客

人所攜帶之行李及其他物品有留置權。(第六一二條)

第十四節 因合夥而生之債

第一款 合夥之意義及性質

合夥者，各當事人互約，共同出資，以經營共同之事業，依之而成立之契約也。(第六六七條一項) 其各當事人謂之合夥人。依此定義，則合夥應具備左之要素。

(一) 各合夥人互約共同出資。在合夥關係，各合夥人要共同出資。單一合夥人出資，其他之合夥人不出資者，非合夥。其出資義務之內容，不要全然同一。故甲合夥人之出資應一次繳納，乙之出資分期繳納；或甲之出資為支付金錢，乙之出資為供給物品，均無不可。出資通常以給付金錢或其他財產權為之。當事人合意時，亦得以勞務為出資之標的。(同條二項)(二四四)而信用則否。(二四五)

【二四四】出資得以勞務為之，故一切合夥人，均為勞務之出資時，亦得成立合夥。但出資為協力之一種，其性質要為作為；至于不作為，(例如勸業禁止) 則不得以之為出資之標的。

【二四五】關於此點，從來本有議論。我國學者，多數採積極說。(陳瑾昆氏債各第三三〇頁，章維清氏債各第二三〇頁，周新民氏債各下卷第一四八頁，吳振源氏債各第五二二頁，蔡天錫麟氏債各第二八一頁) 余以第六六七條二項，未有明文，故左袒消極說。

各合夥人既互負出資之義務，自有請求出資之權利。在合夥人有三人以上之場合，對於一合夥人之出資請求權，為他之合夥人所共有。出資為經營共同之事業而給付，其性質常為不可分，故此種共有請求權，為不

可分債權，應適用第二百九十二條以下之規定。例如其給付應對其他合夥人之全體爲之是也。

(二) 各合夥人爲經營公同之事業而出資，合夥之目的，在經營一定之事業；各合夥人卽爲經營此事業而負出資義務。其事業不限于營利之事業，卽非營利之事業，苟不背公序良俗，亦得以之爲合夥之目的。(二四六) 又其目的不要爲繼續的，卽一時的亦可。

【二四六】法民第一八三二條，以營利爲合夥之要件，德民第七〇五條及日民第六六七條，均無此制限。

合夥不但要有一定之事業，且其事業要爲合夥人全體所公同者。詳言之：卽對其事業之成功與否，合夥人全體要有利害關係是也。故單以某合夥人之利益爲目的者，非合夥。又某合夥人不關於合夥事業之如何，受定額之報酬者，亦非合夥。但茲所謂利害者，不以財產的利害爲限，卽理想的利害亦包含之。例如公同設立俱樂部，以備暇時消遣，亦合夥也。【二四七】【二四八】

【二四七】合夥雖以全體合夥人均有利害關係爲必要，但各合夥人之利害關係，不必相等。故一合夥人有財產的利害關係，他合夥人有精神的利害關係；又一合夥人只分配利益，不分担損失，均無不可。

【二四八】經營公同之事業，于合夥外，本可以設立法人或公司之方法爲之。然設立法人或公司，程序紛繁，不如合夥之較爲簡捷，故規模較小之事業，類多以合夥行之。

具右列要件時，合夥成立。此外不要交付物品，作成書據，故爲諾成且不要式契約。又各合夥人互負爲出資之義務，其義務互爲對價，故爲雙務且有價契約。【二四九】惟有應注意者，合夥成立後，只發生合夥人團體關係。【二五〇】

非如社團法人之有人格；故爲合夥之主體者，乃各合夥人，非合夥自體也。

【二四九】合夥爲變務契約之一，此在現行民法之解釋，固無庸疑。然就其性質觀察，則合夥人以經營共同事業爲目的，故各合夥人有同一之目的。且其各人之意思表示，有相同之意義。理論上應以認爲合同行爲爲正當（註一三二參看）

【二五〇】合夥雖爲變務契約，然因其有團體性，故不能全然適用關於變務契約之規定。即（一）已爲出資之合夥人或業務執行人，對於他合夥人爲出資之請求時，該他合夥人不得以第三合夥人未爲出資爲理由，提出二六四條之抗辯。（二）合夥人之一人出資義務給付不能時，只該合夥人脫退合夥，其他合夥人之關係，依然存續，不適用第二六六條之規定。（三）合夥有退夥及開除之規定，故不適用變務契約中關於契約解除之規定。（註二五七參看）

第二款 合夥之財產關係

第一項 合夥之財產

合夥之成立，不以財產爲要件；然通常之合夥，大都有多少之財產，是謂之合夥財產。茲就其財產之組成、性質等分言之。

第一 合夥財產之組成

組成合夥財產之財產，其大部分爲各合夥人之出資。此外因執行合夥業務取得之財產，及就合夥財產所屬權利取得之財產，亦爲合夥財產之來源。

合夥成立後，各合夥人均負出資之義務。其出資之種類及成數，依契約而定；無特約時，其出資須平等分攤。

合夥契約，有只定各合夥人出資之成數者，有定各合夥人出資之額者。在後之場合，各合夥人已爲約定之出資時，無增加之義務。其出資因損失而減少者，無補充之義務。但有特別訂定者不在此限。（第六六九條）又各合夥人因出資所給付之財產，固屬於合夥財產。其對於各合夥人之出資請求權，亦組成合夥財產否乎？是一問題。然出資請求權，係負擔出資義務者以外之合夥人，對於該合夥人所有不可分債權，非總合夥人公有之權利，故爲各合夥人之私有財產，不組成合夥財產。

第二 合夥財產之性質

合夥無人格，合夥財產，屬於合夥人共同共有。（第六六八條）各合夥人對於合夥財產所有之股份，當事人未約定時，則依其出資額之成數而定。蓋出資爲合夥財產之基礎，依出資額，定各合夥人之股份。最爲公允。

合夥財產爲合夥人共同共有，與分別共有自屬不同，故生左之效果。

（1）各合夥人不得就合夥財產，任意轉讓其股份。（第六八三條）

合夥以當事人之信用爲基礎，倘各合夥人得任意轉讓其股份，其結果必使素不相識之第三人，干與合夥業務，大反于當事人之意思，故法律特以明文禁止之，茲所謂轉讓者，係指以物權行爲及準物權行爲，移轉其股份于第三人而言。至於以債權行爲允應移轉其股份，則不在內。蓋債權行爲僅生應移轉其股份之債務，其股份非即因之而移轉，雖認其有效，他之合夥人究不受何等影響也。但此規定原爲保護他合夥人而設，若經他合夥人全體同意時，自得轉讓其股份。又轉讓股份于他合夥人時，則無使第三人干與合夥事業之流弊，當然得任

意爲之。(同條但書)

各合夥人只不得任意轉讓合夥財產之股份；各合夥人因合夥關係彼此互有之請求權，(如出資請求權)係不屬合夥財產之權利，似得任意轉讓之。然此等請求權，多以同事業之成功爲唯一目的，有專屬的性質。倘可任意轉讓，則第三人將因之得干涉合夥之內部關係，與轉讓合夥財產之股份時，生同一之結果，自亦非法律之所許。但合夥人因執行合夥業務所生之報酬請求權，關於已分配之利益之請求權，及關於清算時合夥人所應受領之出資或賸餘財產之請求權等，純爲財產上請求權，例外得轉讓之。

(2) 各合夥人于清算前，不得請求分析合夥財產。(第六八二條一項)

合夥財產，爲經營同事業所必需者。故各合夥人於清算前，不得請求分析。蓋非如是，則分析之後，共同之業事，將因之不能成功，大反當事人之本意也。(二五二)其所以必限于清算前者，蓋合夥因解散爲清算時，應將其賸餘財產分與各合夥人。(第六九九條)此際各合夥人不妨請求分析。

【二五一】合夥財產，各合夥人固不得請求分析，但經全體合夥人同意時，則不妨分析。

(3) 合夥財產所屬債權之債務人，不得以其對於各合夥人之債權，與所負債務抵銷。(第六八二條二項)

合夥財產，爲各合夥人所共有，其所屬債權，自亦爲各合夥人所公有。其債務人不得以其所負債務之全部，與對於各合夥人之債權抵銷者，固無論矣。即以其所負債務各合夥人之應有部分，與對於各合夥人之債權爲抵銷，亦屬不可。蓋合夥財產雖爲各合夥人所共有，然與各合夥人之私有財產分離獨立，以供經營同事業之

用。如許其任意抵銷，則合夥財產必日形減少，其合夥終至不能存立，故法律特限制之。（二五二）

〔二五二〕各合夥人更不得以合夥對於第三人所有之債權，與其自己對於第三人所負之債務抵銷。否則即單獨處分其股分，與合夥財產之性質不相容故也。

（4）合夥人之債權人，於合夥存續期間內，就該合夥人對於合夥之權利，不得代位行使。（第六八四條前段）

合夥人對於合夥所有之權利，多以共同事業之成功為唯一目的，有專屬的性質。故其債權人於合夥存續期間內，不得代位行使。否則將使第三人干與合夥之事業，非實際之所便也。但利益分配請求權，純然為財產上請求權，不妨由債權人代位行使之。（同條但書）此外執行業務之報酬請求權，亦與利益分配請求權有同一之性質，亦得代位行使。

合夥人之債權人，雖不得代位行使合夥人對於合夥之權利，然不妨就該合夥人之股分聲請扣押。但應於兩個月前通知合夥，既經通知，有為該合夥人聲明退夥之效力。（第六八五條）債權人得就該合夥人因退夥所受領之物，聲請法院實施拍賣及其他之程序，以充債務之償還。

第二項 合夥之債務

合夥因經營事業，不免負擔多少之債務。此種債務，謂之合夥債務。其債務之發生，有基於法律行為者，有基於其他之事實者。如因合夥與他人之契約所生之債務，屬於前者；如因他人無因管理合夥事務所生之債務，屬於後者。茲就其債務之主體，各合夥人之責任，及債務之履行分述之。

第一 合夥債務之主體

合夥無人格，合夥財產既為各合夥人所公有，則其債務自亦由各合夥人共同負擔。故為合夥債務之主體者，非合夥自體，乃合夥人也。〔二五三〕此即合夥與法人相異之處。

〔二五三〕合夥債務，雖由全體合夥人共同負擔，但與各夥人固有之債務有別。因第六八二條二項明認，第三人對於各合夥人之債權故也。

第二 就于合夥債務各合夥人之責任

(一) 對內之責任 合夥債務，既由各合夥人共同負擔，則於內部關係，(即各合夥人相互之關係)各合夥人對此債務，必有一定之擔負部分；其責任即依此擔負部分而定。其擔負部分各當事人已約定時從之。未約定時，則依就於合夥財產各合夥人所持之股份而定。蓋廣義之財產，本包含債務在內也。

(二) 對外之責任 各合夥人於內部關係，既依其擔負部分而定；然則其對外責任如何乎？對此問題，各國立法例不能一致。〔二五四〕我民法第六百八十一條規定：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。」故合夥人不得只按其股份之數，對於債權人負履行之責。其他一切適用關於連帶債務之規定。(司法院院字第三五三號解釋參看)

〔二五四〕日民無合夥人連帶負責之規定。彼國學說判例，均謂各合夥人應按其分擔損失之成數。對外負連合債務人之責任。但債權人不知其分擔損失之成數時，則對於各合夥人，得以平等比例，行使權利。(日民第六七五條參照)反之，德民規定，合夥財產不足償還債務時，應由各合夥人分擔。若合夥人中有無資力者時，則由他有資力人分擔之。(德民第七三五條參照)此所謂連合分擔之制，亦非連帶負責，我舊民律

(第八二八條)及大理院判例(三年上字第二九二號及四年上字第二〇四一號)均採此主義。

第三 合夥債務之履行

合夥人就于合夥債務，對外雖應負連帶責任，然此種債務，係由合夥關係而生，究與合夥人之私有債務不同。且合夥人對於合夥財產，既不得任意處分或請求分析，則對於合夥債務，在合夥存續間，自不必脫離合夥而獨立負擔。因是之故，遂生左之效果。

(一) 合夥債務，應先由執行合夥業務之合夥人，以合夥財產履行之。

(二) 合夥債權人，僅得對執行業務之合夥人請求履行。

(三) 合夥債權人已就合夥財產強制執行而無效果者，得對合夥人之私有財產為執行。

(四) 合夥關係消滅後所遺之合夥債務，各合夥人對之負與普通連帶債務同一之責任。(第六八一條)

第三項 損益分配

合夥有一定之業務，因其業務之執行，難免發生得利益或蒙損失之事實。利益損失，均依合夥財產與出資額之比較而定。合夥財產除償還債務外，多於出資總額者，其超過額即利益。反之，少於出資總額者，其不足額即損失。於損失及利益，當然分配於各合夥人。法律上稱為損益分配。茲就分配之成數及時期分述之。

第一 分配之成數

分配損益之成數，當事人已約定時從之。未約定時，按照各合夥人出資額之比例定之。(第六七七條一項)

但以勞務爲出資之合夥人，除契約另有訂定外，不受損失之分配。（同條三項）當事人約定分配成數時，就利益及損失，不妨定相異之成數。但僅就利益或損失定分配之成數者，其成數視爲損失及利益共通之成數。（同條二項）蓋分配損益，通常多依相同之成數，故法律特設此擬制的規定也。

第二 分配之時期

當事人已約定分配時期時從之。未約定時，須于每屆事務年度終分配利益。（第六七六條）其事務年度依當事人之契約而定。無特約時，依習慣而定。

爲損益分配時，必先辦理合夥財產之決算。決算者，即計算其爲利益或損失，及其範圍之如何者也。單分配利益時亦然。（同條）

第三款 合夥之事務執行

就於合夥之事務執行，要區別對內關係與對外關係二者而觀察之。前者即關於事務執行合夥人相互之關係，後者即關於事務執行對於第三人之代理關係。分說於左。

第一 對內關係

（甲）事務執行人及執行方法

合夥之事務，原則應由合夥人全體共同執行之。但合夥契約內訂明以執行事務之權利專屬合夥人中之一人或數人者，則合夥事務，應由其一一人或數人之合夥人執行之。（第六七一條）故合夥事務執行人，有爲

合夥人全體者，有爲一人或數人之合夥人者。茲分述各場合之執行方法于左。

(一) 全體合夥人爲執行人之場合

於此場合，其各事務之可否執行，及如何之執行等，應經全體合夥人同意決定之。既經決定，應由合夥人全體共同執行之。(第六七一條一項)〔二五五〕蓋合夥爲達共同之目的而設，合夥之事務，即合夥人共同之事務，使全體合夥人一致決定，共同執行，方爲公允。但共同執行，事實上殊多不便，且簡單之事務，有無須共同處理者。故一合夥人不妨委任他之合夥人代其執行，或由全體合夥人共同委任一合夥人單獨執行。

〔二五五〕關於此節，各國立法例不同。德民第七〇九條一項規定，應全體共同執行，法民第一八六九條及瑞債第五三五條二項，則定各合夥人得單獨執行；日民第六七〇條一項規定，其業務執行以過半數決之。我民法原則從德制。

合夥事務原則上雖應由全體合夥人一致決定，共同執行之，然有二例外。

(1) 合夥契約內訂明合夥某事務得以過半數決定時，此際合夥某事務之決定，只以過半數之同意爲足，無得全體合夥人同意之必要。但既經決定之後，仍應由全體合夥人共同執行之。茲所謂過半數者，於合夥契約已明定其意義時從之。未明定時，則以合夥人全體人數定過半數，其各合夥人之出資額如何，不要問之。

(第六七三條)

(2) 其所執行之事務爲合夥通常事務時，合夥之通常事務，關係較輕，得由各合夥人單獨執行，無須得他合夥人之同意。然合夥事務本屬合夥人共同之事務，苟一任各合夥人之絕對的專行，不免置他合夥人于不

利之地位，故法律特許他之合夥人以聲明異議之權利。即各合夥人得與他合夥人執行事務完成前，聲明異議是也。有異議時，其合夥人就於該事務失其專行權，應停止其執行。否則其所爲之行爲，非合夥事務之執行，因之而生之損害，應負賠償之責。（第六七一條三項）（三五六）

【三五六】此種異議，應於業務執行未完畢前爲之，且應就各個之業務爲之，不得就一切業務爲概括的異議。又執行人不必將業務執行之事通知他合夥人，詢其有無異議。

（二）合夥人中之一人或數人爲執行人之場合

合夥契約內，訂明合夥人中之一人有執行事務之權利時，則該合夥人得以一己之意思，單獨執行合夥之一切事務。合夥契約內訂明，合夥人中之數人有執行事務之權利時，此數人即合夥事務執行人。合夥各事務，須全體執行人之同意決定之。既決定之後，應由各執行人共同執行之。（第六七一條二項）但對此全體執行人同意之原則，亦有例外。

- （1）合夥契約內訂明，合夥某事務，得以執行人過半數決定時，以過半數之同意爲足，不要得全體執行人之同意。此過半數之意義，已明定于合夥契約時從之。未明定時，則以執行人全體人數定過半數。（第六七三條）
- （2）合夥之通常事務，各執行人無須得他執行人之同意，得單獨執行。但他執行人得於執行事務完成前聲明異議。有異議時，應中止其執行。（第六七一條三項）

合夥契約內訂明，合夥人中之一人或數人，有執行事務之權利時，則他之合夥人自無執行合夥事務之

權利。然是等不有事務執行權之合夥人，就於事務成績之如何，仍有利害之關係，故法律特使之得檢查事務及合夥財產之狀況，並得查閱賬簿。此種檢查權，不得以特約除去或限制之。（第六七五條）

合夥人中之一人或數人，依合夥契約有執行合夥事務之權利時，其各人之權利，非永久存在。有正當之事由，他合夥人全體一致時，得將其解任。又有事務執行權之合夥人，以有正當事由爲限，亦得聲明辭任。（第六七四條）

（乙）業務執行人與他之合夥人之關係

合夥事務，有由數執行人共同執行者，有由各執行人單獨執行者，前已詳述之矣。于此場合，其事務執行人與他合夥人全體間之關係如何？是一問題。學者有謂其爲委任關係者；然事務執行人所有執行事務之權利義務，直接基於合夥契約，非基於委任契約，以之爲單純之委任關係，殊屬未當。惟其關係與委任關係，極爲類似。故其各業務執行人與他之合夥人全體相互間之權利義務，法律除設特別規定外，均使之準用關於委任契約之規定。分述之。（第六八〇條）

（一）各事務執行人之業務

（1）執行合夥事務之義務 執行人執行合夥之事務，應與處理自己事務爲同一之注意。（第六七二條）其餘準用第五三七條至第五三九條及第五四三條之規定。

（2）報告之義務（第五四〇條準用）

(3) 交付物品及移轉權利之義務（第五四一條準用）

(4) 支付利息及賠償損害之義務（第五四二條第五四四條準用）

(二) 他合夥人全體之義務

(1) 支付費用之義務 執行人因執行合夥事務所支出之費用，得請求償還。（第六七八條一項）其餘準用第五四五條、第五四六條一項之規定。

(2) 代價債務之義務（第五四六條二項準用）

(3) 賠償損害之義務（第五四六條三項準用）

(4) 給與報酬之義務 執行人於契約有特別訂定時，得請求報酬。（第六七八條二項）

第二 對外關係

在全體合夥人共同執行合夥事務之場合，其各合夥人各執行其自己之事務，對於外部，固不生代理之關係。然在合夥人之一人或數人，依合夥契約，單獨執行或共同執行合夥事務之場合，其執行事務之合夥人，對於外部得代理其他之合夥人否乎？詳言之：其合夥人得以合夥之名，與第三人為法律行為否乎？就此問題，於契約有特別訂定時從之。無特別訂定時，則於依委任本旨執行合夥事務之範圍內，有代理他合夥人之權利。（第六七九條）蓋合夥之事務執行，多對於第三人為之。苟不與事務執行人以代理權，則各執行人當為法律行為，必用自己之名義，其結果又須依第五百四十一條二項之規定，移轉權利；及依第五百四十六條二項之規定，使代

債債務；其不便孰甚。法律爲免此不便起見，特設第六百七十九條之規定。

以上祇就合夥人爲事務執行人，且其執行權係基於法律或合夥契約取得之場合而言。此外在（一）合夥契約內不特定事務執行人，（二）合夥契約內雖明定事務執行人，然已依法使其喪失執行權等場合，則合夥人全體不妨另以委任契約，以事務之執行，委任特定合夥人或第三人。此際其合夥人或第三人與他合夥人（或全體合夥人）之關係，純爲委任關係，一切應依關於委任之規定。又其代理權之有無，亦依民法總則編之規定，不適用第六百七十九條之規定。

第四款 合夥之解散

合夥有成立當然有解散。解散云者，即合夥關係根本的消滅之謂也。茲分言其原因及效果。

第一項 合夥解散之原因

合夥爲契約，有一般契約之消滅原因時，則合夥關係消滅，合夥當然因之而解散。例如合夥契約附解除條件時，因其條件之成就，而合夥解散是也。此外尙有特殊之解散原因如左〔二五七〕

〔二五七〕合夥雖常爲繼續的契約，然法律上就之無任意終止契約之規定。因合夥人有不得已事由時，不妨依第六八六條聲明退夥，無終止契約之必要。又合夥不適用第二五四條以下關於解除之規定。因合夥人之一人違反契約時，他合夥人得依第六八八條將該合夥人開除，亦不必解除合夥。是皆基於合夥之團體性所生之效果也。

第一 存續期限屆滿

合夥契約定有存續期限時，則因其期限屆滿，合夥解散。（第六九二條一款）但當事人不妨以契約更新之。其更新之意思表示，不要明示，即默示亦可。合夥存續期限屆滿後，合夥人仍繼續其事務者，視為以不定期限繼續合夥契約。（第六九三條）

第二 合夥人全體同意

合夥因合夥人全體之同意而成立，當然因其全體之同意而解散。只以全體之同意為要件，其契約定有存續期限與否，可不問之。（第六九二條二款）

第三 合夥事業已成功或不能成功

合夥以其事業之成功為目的，其事業果成功時，則合夥已達其目的，合夥解散。又其事業不能成功時，則永無達其目的之希望，合夥亦解散。如因開採某金礦為目的之合夥，其鑛苗已盡數採掘（成功）或未有鑛苗無從採掘（不成功）時，則合夥解散。即其一例也。（第六九二條三款）

第二項 合夥解散之效果

合夥既經解散，其從前所生之法律關係，不可不設法了結之。如收回債權及清償債務等皆是。此種程序，謂之清算；當清算之任者，謂之清算人。

關於清算應述之事項有四，如左。

（一）清算人之選任 合夥解散後，其清算事務，由清算人辦理，故其事務執行人，于解散後，失其執行權；其所為

之行爲，不生效力。

清算人以全體合夥人充之，或以全體合夥人所選任之人充之。其選任方法，以合夥人全體過半數決之。（第六九四條）無須得全體之同意。然此只就合夥契約內無特別訂定者而言。若契約內已明定以合夥人之一人或數人爲清算人時，自應從其所定。此際其被選任之清算人，非有正當事由，不得辭任。其他合夥人，亦不得將其解任。（第六九六條）〔二五八〕

〔二五八〕由合夥人全體所選任之清算人，不以合夥人爲限，且其人數不加制限。又合夥契約內所定之清算人，如有缺額，應由合夥人全體選任補充之。

（二）清算人之職務 清算人之職務，在了結未了之法律關係；故應完結現務，收回債權，變換財產，清算債務，及分配賸餘財產。因履行此等職務，得爲必要之行爲。其清算人若有數人，則其清算事務之決議，應以過半數行之。（第六九五條）

（三）清算之順序 清算有一定之次序：（1）彙集合夥財產。（2）以合夥財產償還合夥債務。其債務有未屆清償期或在爭訟中者，須于合夥財產中，將清償所必需者劃出保留之。（第六九七條一項）（3）以合夥財產返還各合夥人之出資。其出資以支付金錢爲標的者，應償還金錢；不以支付金錢爲標的者，則依出資當時之價格，以金錢償還之。（同條二項）爲清償債務及返還合夥之出資，應于必要限度內，將合夥財產變爲金錢。（同條三項）（4）返還出資後，尚有剩餘財產時，是即合夥之利益，應依分配利益之成數，分與各合夥人。

(第六九九條) (5) 若其合夥財產不足返還各合夥人之出資，則按照各合夥人出資額之比例返還之。
(第六九八條) (二五九)

〔二五九〕合夥財產不足返還各合夥人之出資時，即合夥之損失，理論上應由各合夥人照損失分担之成數，分担其不足額。德民第七三五條，有此明文。我民法第六九八條，從日民第六八八條二項之規定，使各合夥人按其出資數額，分担損失，實屬欠當。(舊民律第八二八條一項參照)

第五款 合夥之變更

合夥之變更者，合夥不失同一性，僅變更其主體或內容之謂也。夫合夥乃一種之契約，由合夥所生之關係，不外特定當事人間之特定法律關係。若其法律關係之主體或內容變更時，則舊合夥消滅，新合夥代之而成立。此乃合夥契約性質上當然發生之結果，為德國普通法時代之通說。然貫徹此理論時，全然否認合夥之團體性，不適用於現代一般之交易觀念。故近來各國民法，就於此點，概設多少之例外，而明認或默認合夥之變更。

合夥之變更更有二態樣：一為客觀的變更，即變更合夥契約之內容。次為主觀的變更，即變更合夥契約之當事人。其中又分兩種，即合夥人之脫退，及合夥人之加入是也。茲分述之。

第一 合夥內容之變更

合夥契約之內容，如各合夥人之出資，合夥所經營之事業，及合夥事務之執行等，往往因外界事情之變遷，而有變更之必要。其變更之之方法，合夥契約已有訂定時從之。否則非經全體合夥人之同意，不得變更。(第六

七〇條）蓋合夥契約，原係全體合夥人所訂立，自應仍由全體合夥人變更之也。

第二 合夥人之脫退

合夥人之脫退，又稱退夥。即合夥關係依然存續，祇特定合夥人，因一定事由，脫退合夥之謂也。其退夥原因之事由，依我民法所定者，共有五種：（第六八六條第六八七條）即（一）聲明退夥，（二）合夥人死亡，（限於無反對特約者）（三）合夥人破產，（四）合夥人被宣告禁治產，（五）開除是也。合夥契約未定有存續期限，或經訂明以某合夥人之終身為其存續期限者，各合夥人得於兩個月前通知合夥人，聲明退夥。但不得於不利於合夥事務之時期為之。〔二六〇〕合夥契約已定有存續期限者，倘合夥人有非可歸責於己之重大事由，仍得聲明退夥。且無上述之制限。（第六八六條）合夥人之開除，以有正當理由為限，由他合夥人全體同意，以意思表示向被開除之合夥人為之。（第六八八條）

〔二六〇〕聲明退夥，為單獨行為，應對於他合夥人為之，不得對於業務執行人為之。又在不利於合夥事務之時期，絕對不得退夥。即其退夥之聲明無效。非如委任契約，只使終止契約之當事人，負賠償損害之責任。（第五四九條參照）

合夥人退夥後，謂之退夥人，即時脫離合夥關係。其所有之股份，歸其餘合夥人。但他合夥人應對於退夥人，返還其出資，或以金錢抵還之。（第六八九條二項）並應設法免其因合夥關係對於第三人擔負之債務。如現實清償債務，或與債務人訂立債務承擔契約皆是。此外退夥人與其餘合夥人之間，尚應就合夥財產而為結算。尚結算結果，發見合夥財產足以清償債務及返還出資，且有賸餘時，應依分配利益之成數，分與退夥人，若其合

夥財產不足清償債務及返還出資，退夥人對於其餘合夥人，亦應依分配損失之成數，支付其不足額。合夥財產之價額，以必要情形爲限，用評價法定之。至損益之計算，本以退夥當時合夥財產之狀況爲標準。（同條一項）惟退夥時尙未了結之事務，於將來事務了結之時，退夥人亦須分配其損益。（同條三項）然此只就退夥人與其餘合夥人之相互關係而言。至對外關係，退夥人就於其退夥前所負之債務，仍應負責；非俟其餘合夥人代其清償或承擔之後，其責任不消滅。（第六九〇條）

第三 合夥人之加入

合夥人之加入者，第三人中途加入於合夥關係之謂也。合夥人之加入，由加入人與全體合夥人訂立契約爲之，故其加入應經全體合夥人之同意。（第六九一條一項）加入之後，新合夥人與舊合夥人相互間權利義務之如何，純依其加入契約之所定。但對外關係，則不問其契約內容之如何，新合夥人就於加入前合夥對於第三人所負之債務，應與舊合夥人負同一之責任。（第六九一條二項）此外將來合夥對外所生之關係，應以新舊合夥人爲共同主體，固不俟論。

第十五節 因隱名合夥而生之債

第一款 隱名合夥之意義及性質

隱名合夥者，當事人約定，一方爲他方之營業而出資，他方分配其營業上之損益，依之而成立之契約也。（第七〇〇條）故隱名合夥之成立，要具備二條件。

(一)當事人之一方允爲他方之營業而出資。該當事人謂之隱名合夥人，其相對人謂之出名營業人。^{二六二}隱名合夥之成立，以隱名合夥人約明出資爲要件，隱名合夥人不爲出資之約束時，則爲附條件之贈與，而非隱名合夥。又其出資要對於出名營業人之營業爲之；對於自己與出名營業人之共同營業而爲出資時，則爲合夥，而非隱名合夥。所謂出名營業人之營業者，即對外只以出名營業人名義而爲之營業之謂；非其營業上之損益，祇及於出名營業人者之謂。蓋在隱名合夥，其出名營業人，只用其自己名義而爲營業故也。

【二六一】隱名合夥之當事人，只有二人，非如合夥無人數之制限。若數資力人信任一營業人時，原則應分別訂立數個隱名合夥契約。縱共同訂立一契約，然同時其數資力人相互間，亦必另有契約（如合夥）之存在。反之，一資力人信任數營業人時亦同。

隱名合夥以只隱名合夥人出資爲足；出名營業人非必須亦爲出資。且在通常情形，出名營業人多不爲出資，祇須執行合夥之業務。因隱名合夥之多係有資本而缺乏技能及信用者，而出名營業人則係有技能信用而缺乏資本者，故多由一方出資，一方執行業務，互相補助而爲營業。

(二)相對人允分配其營業上之損益。若出名營業人不爲分配損益之約束時，則營業之盈虧，與出資人無涉，其契約爲無利息消費借貸，而非隱名合夥。又若只約明分配利益，不約明分擔損失時，則爲配當契約之一種，亦非隱名合夥。但就於此點，各國立法例非無反對之規定，如日本商法第二九七條，及德國商法第三三六條二項是也。

具上述條件時，隱名合夥成立。此外不要交付物品，作成書據；故爲諾成且不要式契約。又其契約成立之效果，

當事人雙方應爲互爲對價之給付，故爲雙務且有價契約。

隱名合夥之營業，由外部觀察，雖爲出名營業人個人之營業；然隱名合夥人應分配其營業上之損益，由實際觀察，不外隱名合夥人與出名營業人共同之營業，與合夥同其性質。故法律以無特別規定爲限，使之準用關於合夥之規定。（第七〇一條）〔二六二〕

〔二六二〕隱名合夥，乃單純之契約，而無團體性。故不準用關於退夥及開除之規定。

第二款 隱名合夥之效力

隱名合夥之效力，可就隱名合夥人之義務及權利分述之。隱名合夥人之義務權利，反面即出名營業人之權利義務。

第一 隱名合夥人之義務

（甲）出資之義務 隱名合夥人應對於出名營業人出資，供其營業。出資之數額及方法均依其契約之所定。但以支付金錢或其他財產爲限，不得以給付勞務或信用爲出資之標的。（第七〇二條）因隱名合夥人不顯其名於營業之上，且原則不執行合夥之業務，（第七〇四條一項）無從給付勞務或信用故也。

隱名合夥之營業，爲出名營業人之營業；故隱名合夥人因出資而交付於出名營業人之財產，屬於營業人之所有，隱名合夥人不得主張共有權。（第七〇二條）從其就於出名營業人所爲營業上之行爲，對於第三人亦無權利義務。（第七〇四條二項）但隱名合夥人如參與合夥事務之執行，或爲參與執行之表示，或

知他人表示其參與執行而不否認者，縱有反對之約定，對於第三人，仍應負出名營業人之責任。（第七〇五條）

（乙）分担損失之義務 隱名合夥人應與出名營業人分担營業上之損失。其分担損失之成數，有特約時，從其特約。無特約時，按其出資之數額酌定之。（第六七七條一項準用）惟其分担損失之責任，以出資之額為限度，且無補足出資之義務。（第七〇三條）故其出資已損失淨盡時，即免其責。此節與兩合公司有限責任股東所負之責任無異。

第二 隱名合夥人之權利

（甲）分配利益之權利 隱名合夥人得請求分配營業上之利益。其分配利益之成數，有特約時，從其特約。無特約時，則依其出資之數額酌定之。（第六七七條一項準用）其分配之時期，如無特別訂定，應於各業務年度之終，計算損益後支付之。隱名合夥人未領得之利益，非有特約，營業人不得以之作爲增加出資。（第七〇七條）

應分配之利益，原則於各業務年度終計算損益後支付之；但在前業務年度有損失之場合，未年度隱名合夥人所應分配之利益，應先以之補足其出資因前年度損失而減少之額。倘有剩餘，再行支付。然此只就現在未領得之利益而言。至從前已領得之利益，則不得因補足合夥之損失，使之再行歸還。

（乙）檢查業務之權利 隱名合夥之業務，由出名營業人執行之，難保不從中舞弊，加害隱名合夥人，故法律

特賦予以檢查業務之權利。即隱名合夥人於每業務年度之終，得查閱合夥之賬簿，並檢查其業務及財產之狀況，若有重大事由，得經法院之允許，隨時查閱或檢查之。（第七〇六條）

第三款 隱名合夥之終止

隱名合夥之終止，其原因有二：一為普通原因，即一般契約終止之原因，散見於法典各處，茲不贅。一為特別原因，即隱名合夥特有之終止原因，計有七種：（一）存續期限屆滿，（二）當事人同意，（三）合夥事業成功或不能成功，（四）出名營業人死亡或受禁治產之宣告，（五）出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告，（六）營業之轉讓或廢止，（七）聲明退夥是也。聲明退夥，限於其契約未定存續期限，或定明以當事人之一人終身為期之場合，各當事人於業務年度終得為之；但須於兩個月前預行通知，且不得於不利於合夥事務之時期為之。其在有不得已事由之場合，則不論已定存續期限與否，各當事人得隨時聲明退夥。（第七〇八條及第六八六條）

〔二六三〕

〔二六三〕第七〇八條所謂「聲明退夥」者，實即終止契約之意，非真正之退夥。蓋此際隱名合夥人，既自行脫退，則其契約即根本消滅，非如合夥人之脫退，其他合夥人之關係尚繼續存在也。日商法第三〇一條用「解除契約」之文句，實屬正當。

隱名合夥契約終止時，合夥關係消滅，出名營業人對於隱名合夥人，須返還其出資，及給與其應得之利益。但出資因損失而減少者，祇返還其餘額足矣。（第七〇九條）其他清算人之選任，剩餘財產之分配等，一切準用關於合夥之規定。

第十六節 因終身定期金契約而生之債

第一款 終身定期金契約之意義及性質

終身定期金契約者，當事人約定，一方於其自己或他方或第三人生存期內，每經一定之期間，應給付一定之金錢於他方或第三人之契約也。（第七二九條）其應給付之金錢，謂之終身定期金，以給付終身定期金為標的之債權，謂之定期金債權。此項契約，有特別之性質，故法律設特別之規定。

終身定期金契約，有當事人之一方，約明應給付終身定期金於相對人者。有約明應給付於第三人者。故其契約有為普通之契約，有為利他契約。又此項契約，除當事人之一方約明應給付終身定期金外，其相對人有亦約明應為某種之對待給付者。有不然者，故其契約有為雙務契約，有為片務契約，但其契約之訂立，應以書面為之，故為要式契約。（第七三〇條）

第二款 終身定期金契約之效力

終身定期金契約成立後，發生終身定期金債權，是乃其唯一之效力。終身定期金債權，未必均由契約而生，亦有因遺贈而生者。然第七二九條以下所規定者，限於因契約而生之終身定期金債權；因遺贈而生之終身定期金債權，祇以其性質所許者為限，準用其規定而已。（第七三五條）茲就終身定期金債權分述之。

第一 終身定期金債權之性質 終身定期金債權，其債務人應按其所經過之期間，反復為數個之給付；是不外因時之經過，漸次發生數個之債權，故終身定期金債權，乃多數附停止條件債權之集合，非一個包括的債權。就

於此點，學者雖有異說，〔二六四〕然由其各定期給付請求權得各別罹於消滅時效之點觀之，則我民法係採複數債權說也無疑。（第一二六條參照）

〔二六四〕日儒鳩山秀夫日本債權法各論第七二六頁，未弘殿太郎債權各論第八六三頁主張：終身定期金債權，爲一個包括的債權，其各期給付請求權，乃其支分債權。川名兼四郎日本民法總論第三〇九頁，中島玉吉民法釋義第一卷第九〇二頁，亦主張爲一個債權。而謂其各期給付請求權，乃其基本債權之效力。周新民氏債各下卷第二二三頁，吳振源氏債各第六〇一頁均從前說。

終身定期金債權，既爲複數債權，從一個債權之分割履行，非定期金債權，例如甲貸乙百金，約明每月應償還二十金，五月償清是。蓋此場合，其每回所應還之款目，乃由一個債權分割而來，非因時之經過而後漸次發生，且其數回之償還行爲，互相結合，僅成一個之給付（合成給付）非有數個之給付存在故也。

終身定期金債權，多因債權人與債務人有特別關係而後發生。故有專屬的性質。除契約另有訂定外，不得移轉於第三人（對七三四條）但已到期之各給付請求權，則許其移轉。

第二 終身定期金債權之數額 終身定期金債權，以定期給付一定數量之金錢爲標的。其各期所應給付之數額，及以多少期間爲一期，均依其契約之所定。當事人約定每月給付若干，或每年給付若干，均無不可。若但約定數額而不約定期間時，則推定爲以一年爲一期。（第七三一條二項）

第三 終身定期金債權之履行期 終身定期金債權，其各期給付之金額，應於各期之始預付，或於各期之終履行，純依其契約之所定。若無特別契約，應於各期之始預付。但在以一年爲一期之場合，則須按每季（即三個月）

預付之。(第七三二條一項、德民法第七六〇條參照)〔二六五〕詳言之：即全年定期金應分四次預付，於每季之始各預付四分之一。

〔二六五〕第七三二條一項規定：「終身定期金除契約另有訂定外，應按季預行支付。」其以多少期間為一期，則不加制限，似不以年金為必要。然苟非年金，則無分季預付之理由。因其為一年始可分為四季也。德民第七六〇條二項有「以金錢為年金之標的時須每三個月預付」云云，即明示此旨。

第四 終身定期金債權之消滅 終身定期金債權，因特定人死亡而消滅。其特定人有為債務人者，有為債務人之相對人者，有為第三人者，均依其契約之所定。無特別規定時，則債務人於債權人生存期內，應給付定期金。即其債權因債權人死亡而消滅。(第七三一條一項)蓋此項債權，多為維持債權人之生活而發生故也。但於上述原則，有一例外。即其特定人之死亡，因應歸責於債務人之事由時，則債權人或其繼承人(指債權人死亡時)得以訴請求法院宣告，其債權於相當之期間內仍為存續。(第七三三條)〔二六六〕

〔二六六〕此相當之期間，應推測該特定人之壽命定之，非以其死亡基于債務人之故意或過失為標準。

特定人死亡時，定期金債權本應即消滅，惟其特定人於應預付定期金之期間屆滿前死亡時，以無特約為限，其債權於預付之期間屆滿時方歸消滅。故債務人對於此預付期間內之終身定期金，仍任清償之責。若已預付，則債權人不必返還債務人。(第七三二條二項)

第十七節 因和解而生之債

第一款 和解之意義及性質

和解者，當事人約定，就彼此間之輾轉，互相讓步，以終止爭執，或防止爭執之契約也。（第七三六條）例甲主張乙負彼百金，乙主張僅負十金，嗣互相讓步，約明應返五十金了事。和解之成立，要具備二條件：第一當事人間要有輾轉。無輾轉時，則無須乎和解。輾轉者，彼此間難於自行解決之法律關係也。計有二種：（一）有爭執之法律關係。即當事人雙方，就其法律關係彼此主張不一者，如前例是。（二）不明確之法律關係，即其法律關係之內容，不能明瞭，當事人間現尙未發生爭執，將來有發生爭執之虞者。如甲負乙債務，因賬簿遺失，其數額不能確定是也。【二六七】但此等法律關係，須爲當事人所得任意處分者，否則雖發生輾轉，然不得爲和解之標的。故就一定親屬關係之存否所爲之和解，不生效力，此爲學者之通證。【二六八】第二當事人要允互相讓步，以終止爭執或防止爭執。【二六九】若不爲讓步之約束，雖就于彼此間之輾轉所爲之契約，（如公斷契約）非和解。又其讓步之約束，要爲相互的；祇一方允爲讓步時，則爲權利之拋棄及認諾，亦非和解。但以約定將來應互相讓步爲足，不以卽行讓步爲必要。（卽行讓步當然不失爲和解）故和解成立後，當事人常互負讓步之債務；從和解爲債權契約。

【二六七】旧民第六九五條規定，限于有爭執之法律關係，得爲和解。德民第七七九條，則並及于不明確之法律關係。我民法從德制。

【二六八】舊修正民事訴訟律第七七九條，有離婚和解之規定，未免失當。蓋此際只可認爲夫妻和譜，而不得謂爲和解。（新民事訴訟法第五

四三條參照）

【二六九】讓步者，不外爲不利益于自己之行爲之義，其範圍甚廣。舉其要者：如（一）拋棄自己所主張權利之一部，而受一部之承認。（二）使他

方爲全部之承認，同時與以一定之報酬。(三)使他方爲全部之承認，與以期間之猶豫或減輕其利率皆是。

和解契約，依當事人之合意即時成立，故爲不要式契約。又成立後，當事人雙方互負讓步之債務，故爲雙務且有價契約。

第二款 和解之效力

和解成立後，當事人應互相讓步。讓步之內容，法無制限，一依其契約之所定。如主張之認諾、拋棄、(拋棄即認諾自己主張不成立，可謂消極的認諾。)權利之移轉，及債務之免除等，皆通常所習見者也。

和解契約，當事人於約定就有爭執或不明確之法律關係，應爲如何之讓步時，必先假定一律法關係。例如甲主張乙負百金，乙主張十金，嗣約定應償五十金時，則必先假定乙負甲五十金，此種假定之法律關係，未必與實際法律關係相符。然和解契約，不只有認定的效力，且有創設的效力；縱其假定之法律關係，確與實際之法律關係不符，當事人亦因和解直接喪失其所拋棄主張之權利，或取得其被認諾主張之權利。(第七三七條)因和解而受不利益之當事人，不得以錯誤爲理由而撤銷其契約。但對此原則，又有例外。(第七三八條)

(一)和解所依據之文件事後發見爲偽造或變造，而和解當事人，若知其事情，即不爲和解時。

(二)和解之法律關係，前經法院確定判決，當事人雙方或一方，因不知其事情而爲和解時。

(三)當事人之一方，對於相對人之資格或重要之爭點有錯誤，而爲和解時。

以上三場合，其錯誤較爲重要，故特許其撤銷。由第七三八條之文字解釋，此種撤銷，似應以錯誤爲理由；然右

列情形，非盡與第八十八條之規定相符。〔二七〇〕若必依該條規定方得撤銷，則與不許其撤銷無異，故應解為得逕依第七百三十八條而為撤銷為當。

〔二七〇〕第八八條之撤銷，原為一定之條件。第七三八條第一第二兩款之情形，均與第八八條不合。若依該條規定，即不得撤銷。故應使其得依第七三八條之規定而撤銷之。此即第七三八條之所由設也。

第十八節 因保證而生之債

第一款 保證之意義及性質

保證者，當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約也。（第七三九條）〔二七二〕為此約束之當事人即保證人；其相對人謂之債權人；其相對人之債務人，謂之主債務人；主債務人對於債權人所負之債務，謂之主債務。依第七百三十九條規定，則保證之成立，要具備左之二條件。

〔二七一〕關於保證在民法法典中之地位，各國立法例不一，德國民法，以保證契約為債之發生原因，規定之于債權編分則。（德民第七六五條以下）日本民法，則以保證債務為多數主體之債務，規定之于債權編通則。（日民第四四六條以下）我民法從德制。

（一）保證之主體為保證人與債權人。即保證為保證人與債權人所訂立之契約，僅依保證人與債權人之合意而成立，不以主債務人之參與為必要。雖於實際，保證契約常附加於債權人與主債務人間之契約而訂立。然此不過兩個獨立契約形式上之併合，不得謂保證為保證人債權人及主債務人三面之契約。

（二）保證之內容在約定主債務人不履行債務時保證人代為履行。即當事人之意思，在於主債務外，另生

補充的代償主債務之債務。故向債權人約定負擔與主債務無關之債務者，固非保證，即向債權人約定與主債務人連帶負履行之責者，亦非保證。

保證雖係關於主債務而訂立之契約，然不以主債務之存在為成立要件。〔二七二〕保證未發生或已消滅之債務，其契約仍不妨其成立；但其效力，較之現存債務之保證間有不同而已。

〔二七二〕主債務之存在，乃保證契約之有效要件，而非其成立要件。故主債務不存在時，其保證契約，雖不能發生效力，然不得謂其契約不成立。且依第七四三條規定，主債務不存在時，例外其保證契約亦有效力。足見主債務之存在，且非保證契約之絕對有效要件。其非成立要件也，更屬無疑。

具備上列要件時，保證成立。此外無須履踐一定之方式。其意思表示，或用言辭，或用文字，或明示或默示，均無不可。且不必用『保證』之詞語，通常每用『担保』『保認』『担認』等文字，亦不失為保證。故保證為不要式契約。次保證成立後，只保證人為代償債務之給付，債權人不為何等對待之給付，故為無償且片務契約。又保證債務為從債務，故保證契約亦為從契約。

第二款 保證債務

保證成立後，主債務人不履行其債務（主債務）時，保證人負代為履行之義務；此即保證債務。分述之。

第一項 保證債務之特質

（一）保證債務與主債務，雖為別個之債務，然保證債務係以代償主債務為標的，無固有之內容；故保證人直接

履行保證債務時，間接即所以履行主債務，其主債務亦因之歸於消滅。此為保證債務之第一特質，稱之為保證債務之代位性。

(二) 保證人只於主債務人不履行主債務時，方應代為履行，非無條件負代償之義務，故可謂為候補的債務人。此為保證債務之第二特質，稱之為保證債務之補充性。

(三) 保證債務之發生，乃以担保主債務為目的，附屬於主債務而存在，與主債務同其運命。此為保證債務之第三特質，稱之為保證債務之附屬性。

第二項 保證債務之內容

(一) 保證債務係以代償主債務為標的，其代償之方法，不外為主債務人所應為之給付。故實際上保證人與主債務人，負為同一給付之義務。從其主債務要以代替給付為標的，若以專屬給付為標的時，則不生保證債務。因此際保證人不能為與主債務人同一性質之給付故也。(二七三)

【二七三】關於保證債務之本質，從來有二個之見解：(一) 以保證債務為代償主債務之債務。法民第二〇二條及日民第四四六條從此見解。(二) 以保證債務為担保主債務之履行之債務，即保證人就債權人因主債務不履行所生之損害，應任防止及填補之責。德民第七六五條、瑞債第四九二條，從此見解。以上兩見解，于保證專屬的債務（即以專屬的給付為標的之債務）之場合，可生相異之結果。蓋從(一)之見解時，則專屬的債務，不得保證。反之，從(二)之見解時，則得就之訂立保證契約。我民法從(一)之見解，故保證人不得負為與主債務人相異給付之義務。但保證人不妨與債權人附帶約明，得以他之給付代之，即使之發生任意債務。

(二) 保證債務之範圍，在保證契約有特別訂定者從之。其如何訂定，本屬當事人之自由。但保證債務為從債務，故其範圍不得超過主債務之範圍。超過之時，應減縮至主債務之限度。(第七四一條) 若在保證契約無特別訂定時，則保證債務包含主債務之元本、利息、違約金、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔。(如費用)(第七四〇條)

(三) 保證債務之體樣，當事人得自由定之。然不得較重於主債務之體樣；否則減縮之至主債務之限度。(第七四一條) 在當事人無特別訂定時，保證債務之體樣，從主債務之體樣。例如主債務為附條件債務時，保證債務亦附同一之條件是也。(七四四)

【七四四】保證債務之體樣，雖不宜較重於主債務之體樣，但不妨較輕。如只就保證債務附以停止條件是。又就於保證債務，得另約定違約金，預定損害賠償額，並供担保。因此非債務之體樣故也。

第三項 保證債務之效力

(一) 保證債務之債權人，於主債務人不履行其債務時，得請求保證人代為履行；否則不得遽向保證人請求履行。故保證債權不外附條件債權之一種。(三七五) 茲所謂不履行者，係指履行遲延而言。主債務人履行遲延時，不問債權人曾否就主債務人之財產為強制執行，均得請求保證人代為履行。不過在債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，保證人得拒絕履行而已。學者稱此保證人拒絕履行之抗辯，曰檢索之抗辯。(第七四五條) 但在(1) 保證人已拋棄此權利時，(2) 主債務人之住所營業所或居所所有變更，致向其請求清償

發生困難時，(3) 主債務人受破產之宣告時，(4) 主債務人之財產不足清償其債務時則保證人不得拒絕履行。(第七四六條)(二七六)

〔二七五〕陳瑾昆氏債各第四二二頁謂：保證債務之成立，非以主債務之不履行為條件，債權人得逕向保證人請求履行，無須先證明主債務人之不履行，不過保證人有拒絕權而已。周新氏氏債各下卷第二四一頁，吳振源氏債各第六一九頁之所說，大略相同，此種主張，在兼認先訴抗辯之日本民法，(同法第四五二條)固甚合理，而在只認檢索抗辯之我民法，似不應採同一之解釋。蓋依第七三九條規定，債權人非于主債務人不履行債務時，即不得請求保證人代為履行。若債權人不俟主債務人不履行債務，遽向保證人為請求，則保證人已可根本否認其請求，所以無再賦與以先訴抗辯權之必要。故由我民法不認先訴抗辯權之點而觀，即可斷定保證債務係以主債務不履行為停止條件之債務。

〔二七六〕檢索抗辯權，係基于保證債務之補充性當然所生之結果。日本民法第四五八條，有連帶保證之規定，即認無補充性之保證債務。然此實係連帶與保證之混合，而非單純之保證債務，故我民法不特設此規定。

(二) 保證人對於債權人，除有檢索之抗辯權外，尚有兩種之抗辯：即(1) 保證債務固有之抗辯。即保證債務不發生，或已消滅，或有其他之情形時，保證人得以此為理由對抗債權人是也。(2) 基於主債務所有之抗辯。即主債務不發生，或已消滅，或有其他之情形時，保證人亦得以此之對抗債權人是也。但保證人對於因錯誤或行為能力之欠缺而無效之債務，如知其情而為保證者，其保證仍為有效，保證人負代償之義務。(第七四三條)

〔二七七〕

〔二七七〕依第八八條規定，錯誤之意思表示，只得撤銷，而非當然無效。第七四三條有「因錯誤而無效之債務」云云，殆指已被撤銷後之情

形而言。又意思表示之得撤銷者，除錯誤外，尚有被詐欺與被脅迫等等。第七四三條只舉錯誤，仍嫌遺漏。

保證人只得利用主債務人所有之抗辯，不得行使主債務人所有之契約解除權與撤銷權。因此等權利，非法律行為之當事人，則不得行使之故也。但主債務人就其債之發生原因之法律行為有撤銷權者，保證人於主債務人未為撤銷之前，亦得拒絕履行。（第七四四條）〔二七八〕

〔二七八〕日民第四五七條及法民第一二九四條規定，保證人得以主債務人對於債權人所有之債權，向債權人主張抵銷。我民法雖無明文，理論上應取同一之解釋。因抵銷乃廣義之抗辯故也。（反對說陳蓮昆氏債各第四二七頁）

第四項 保證債務與主債務之關係

主債務與保證債務，雖為別個之債務，然兩者之間，有主從與代位之關係。故就一債務所生之事項，常及影響於他之債務。茲分兩方面觀察之。

（一）就於主債務所生之事項

就於主債務所生之事項，對於保證債務生如何之效力乎？原則依保證債務之從屬性定之。

（甲）主債務消滅時，不問其消滅之原因如何，保證債務亦消滅。但主債務因歸責於保證人之事由而不能時，主債務雖消滅，保證人仍應任損害賠償之責，不得免其義務。

（乙）向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力。（第七四七條）

（丙）債權人讓與其債權於他人時，對於保證人之債權，亦隨之而移轉。（第二九五條一項）反之，第三人承

担主債務時，保證債務歸於消滅。（第三〇四條二項）

（丁）對於主債務人所爲之判決，其效力不及於保證人。

（二）就於保證債務所生之事項

就於保證債務所生之事項，對於主債務生如何之效力乎？應依保證債務之代位性定之。即保證人履行保證債務時，間接即代主債務人履行其債務，故主債務亦因已達其目的而消滅。其他保證人就於保證債務已爲與履行同一之事項（如提存、代物清償、抵銷）與債權人以實質的滿足時亦同。反之，保證債務因免除、混同、消滅時效而消滅時，則債權人仍未達其目的，故主債務不消滅。【二七九】

【二七九】保證人與主債務人混同時，原則其保證債務消滅。但其保證債務存續，于債權人有益時，則不消滅。例如其保證債務另供有物上担保是也。

第五項 保證債務之消滅

保證債務不外一種之債務，故有一般債務消滅之原因時，則保證債務消滅。又此項債務，有從屬性，主債務消滅時，保證債務亦消滅。此外尚有特別消滅之原因，茲舉於左。

（一）債權人拋棄爲其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。（第七五一條）其拋棄對於共同保證人之權利時亦同。（舊民律第八七七條參照）

（二）保證人約定，僅於一定期間內爲保證者，如債權人於其期間內，對於保證人不爲審判上之請求時，保證人

免其責任。(第七五二條)又未定期間之保證，保證人於主債務清償期屆滿後，得定一個月以上之相當期限，催告債權人，於其期限內向主債務人爲審判上之請求，債權人逾期不爲請求時，保證人免其責任。(第七五三條)

(三) 就定有期限之債務爲保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對其延期已表同意外，免其責任。(第七五五條)

(四) 就連續發生之債務爲保證，而未定期間者，保證人得隨時通知債權人，終止保證契約。既經終止，則保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任。(第七五四條)

第三款 保證人與主債務人之關係

保證雖爲保證人與債權人所訂立之契約，然以担保主債務之履行爲目的，故保證人與主債務人，亦有一定法律關係之存在。但此法律關係，祇爲保證之原因，而非保證之內容，故保證自體，絕不因此種法律關係之成立與否，而受影響。

保證人與主債務人間之關係，不外兩種：(一) 在保證人因受主債務人之委託而爲保證之場合，則其關係爲一種之委任，其相互間之權利義務，純依關於委任之規定。(二) 在保證人不受主債務人之委託而爲保證之場合，則其關係爲無因管理，其相互間之權利義務，純依關於無因管理之規定。此外法律爲保護保證人，尙賦與以兩種特別之權利，即：

(甲) 保證人向債權人爲清償後，不問其保證是否基於主債務人之委託，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉於保證人，稱之曰保證人之代位權。(第七四九條)

(乙) 保證人受主債務人之委任而爲保證人之場合，有左列各款情形之一時，得請求主債務人，設法除去其保證責任，稱之爲保證人免責請求權。(第七五〇條一項)

(1) 主債務人之財產顯形減少者。

(2) 保證成立後，主債務人之住所、營業所、或居所有變更，致向其請求清償發生困難者。

(3) 主債務人履行債務遲延者。

(4) 債權人依確定判決得令保證人清償者。

所謂除去其保證責任者，即使保證人免責之謂；其方法法無制限，如對債權人清償債務，或爲抵銷，或對債權人設定其他担保，使之免除保證人之債務，均無不可。但主債務未屆清償期者，主債務人不妨提出相當担保於保證人，以代保證責任之除去。(同條二項)

第四款 共同保證

共同保證者，數人保證一個債務之謂也。關於共同保證之效力，各國立法例不一，或認分別之利益，共同保證人得分担責任，或不認分別之利益，共同保證人應連帶負責。(二八〇)我民法從第二主義，規定各共同保證人，無特別訂定時，應連帶負保證責任(第七四八條)。(二八一)

【二八〇】羅馬法、法民（第二〇二五條至第二〇二七條）日民（第四五六條）瑞債（第四九七條）採分擔責任主義。德民（第七六九條）奧民（第一三五九條）採連帶負責主義。

【二八一】連帶負責保證責任時，其各保證人仍有檢索抗辯權。故與連帶保證不同。（法二七六參照）

共同保證之成立，祇以數人保證一個債務爲足，非必須各保證人均就於債務之全部爲保證。若僅保證其一部時，於其一致之範圍，亦生連帶責任。又其數人非必須以同一之法律行爲爲保證，卽異時異地以別異之行爲保證時，亦共同保證。

共同保證人，不但對於債權人應連帶負責，其數人相互間之關係，亦適用關於連帶債務之規定。故一人代償債務之全部時，對於他之保證人，就其負擔之部分有求償權。

第五款 信用委任

信用委任者，當事人之一方，委任他方，以該他方之名義及其計算，供給信用於第三人之契約也。例如甲委任乙，以乙之名及乙之計算，交付貸金於丙是。信用委任係委任他人，以該他人之計算供給信用於第三人。因其供給信用所生之損益，均歸受任人，與委任人無涉；故與普通委任之以委託他人處理委任人之事務，其損益歸諸委任人者，有別。

信用委任成立後，受任人因履行契約，供給信用於第三人之結果，第三人對於受任人，常負擔債務。由純理言，信用委任，乃特種委任，而非保證。故委任人就於此項債務，除另有特約外，不負保證之責任。雖然，信用委任之受任

人所以願供給信用於第三人者，常因信用委任人之故。若委任人可以置身事外，則受任人未免蒙意外之損失。我民法爲保護受任人起見，特做德國民法，規定委任人就該第三人因受領信用所負之債務，對於受任人負保證責任。（第七五六條）此保證責任，乃單純基於法律之規定而生，非基於當事人之意思，故不得因此謂信用委任乃委任與保證之混合契約。

第十九節 因交互計算而生之債

第一款 交互計算之意義及性質

交互計算者，當事人約定，就其相互間之交易所生之債權債務，爲定期計算，互相抵銷，而僅支付其差額之契約也。（第四〇〇條）蓋在現代信用發達之社會，彼此交易，鮮用現金。在交易頻繁之當事人，其相互間每生多數之債權債務。若此項債權，將來均以現金清償，不但生無益之手續、費用，與危險，且有阻滯資本之虞。當事人爲雙方利益起見，往往預先約明，將來所生之債權債務，不必一一交付現金，定期結算，互相抵銷，而支付其差額，藉以省手續費用，防止危險。活動資金，是即交互計算制度之所由來也。（二八二）

【二八二】德、日、意、西、葡等國，均規定交互計算于商法，限于商人，或就于商事，方得訂此契約。瑞士則規定之于債務法，不如此等之制限。我民法從之。

交互計算之內容，須約定兩事項：即（一）其相互間之債權債務，定期結算。即在結算期未屆至前，停止雙方債權之行使。（二）結算時彼此所生之債權債務，互相抵銷，而支付其差額。即結算後之雙方債權債務，不必再爲

抵銷之表示，當然互抵。〔二八三〕至其債權債務之種類，法律不加制限，純依其契約之所定；其為金錢債權，抑為其他債權，均無不可。但雙方債權須有同種之標的，否則不適於抵銷。（第三三四條參照）亦無從為交互計算也。

〔二八三〕交互計算，雖可生抵銷之效果，然與抵銷不同：（一）抵銷為單獨行為，而交互計算則為契約。此其一。（二）抵銷對於現有債權為之，而交互計算則就於將來發生之債權為之。此其二。（三）抵銷就於各個之債權分別為之，而交互計算則就一切之債權概括的為之。此其三。

交互計算之成立，以當事人合意為足，無須作成書據，故為不要式契約。又契約成立後，雙方均負定期結算互為抵銷之義務，故為雙務且有債契約。

第二款 交互計算之效力

交互計算成立後，雙方當事人均負左列之義務。

第一 定期會算債額之義務 即當事人雙方互負之債務，應於一定期間屆滿時，由雙方會同計算其總額。〔二八

四〕此種期間，即計算期，依當事人之訂定。如無特別訂定，則每六個月計算一次。（第四〇二條）又其應記入交互計算之債權，其種類雖依契約之所定，但未到期之債權，不適用於抵銷，當然不得算入。又匯票本票支票及其他流通證券，已記入交互計算者，如說券之債務人（指第三人）不為清償時，當事人亦得將該記入之項目除去之。（第四〇一條）其記入計算之各債權，原則不生利息；但當事人約定自記入之時起附加利息，亦無不可。（第四〇四條一項）

記入交互計算之債權，如有錯誤，自可隨時請求除去或更正。但自計算後若已逾一年，則無此權利。因為時

既久，則證明困難，不得不加以制限也。（第四〇五條）

【二八四】此項會算，非單純計算債額，且帶有承認他方當事人債權存在之性質。蓋即債務之認諾，故為法律行為。

交互計算之各當事人，既負定期計算債額之義務，在計算期未屆至前，債權人當然不得分別行使或處分其各個之債權。從不得請求債務人履行債務，或讓與其債權，或以之為質權之標的。其消滅時效，亦不進行。又債務人亦無須履行債務，故不負履行遲延之責。

第二 支付抵銷差額之義務 雙方債額定期計算後，基於交互計算自體，當然發生互相抵銷之效果。若雙方債額適相一致，則一切債權債務全歸消滅，固不生問題。倘雙方債額不同，則負債較多之當事人，對於相對人，負支付其差額之義務。且其相對人尙得對於該當事人，請求自計算時起，就此差額支付利息。（第四〇四條二項）此為法定利息之一種，其額依法定利率計算之。

第三款 交互計算之終止

交互計算成立後，各當事人無論何時，得終止契約。因交互計算，係以當事人彼此互相信用而成立；若一旦信用消滅，自應使之得自由解約，但此非公益規定，故當事人不妨為反對之訂定。（第四〇三條）

當事人終止契約後，與計算期已屆至無異。雙方應即會同計算債額，並支付差額，使其關係速歸終結。

第二章 因有價證券而生之債

第一節 總說

有價證券一語，淵源於德國舊商法之 *Wertpapier*。其意義若何？學者之所說，不能一致。〔二八五〕依余所信：有價證券者，表彰財產權之證券，且其財產權之移轉，以其證券之交付為要件者也。有價證券為表彰財產權之證券，即其證券上記載一定之財產權，其權利之內容，純依其記載之文句而定。故表彰財產權以外事項之證券，非有價證券。又有價證券上財產權之移轉，以交付證券為要件；即非交付證券，則不得移轉其權利。故只供證明權利之證書，非有價證券。但以移轉權利與交付證券有分離之關係為足；其權利之取得與行使，是否亦以證券之占有為必要，可以不問。從公司之股票，雖非股東權之發生或行使所必要之證券，然不妨為有價證券。多數學者稱之曰不完全有價證券，以與完全有價證券（如票據）區別；〔二八六〕余以為不完全有價證券之名稱，極易使人誤為非有價證券，故不從其說。

〔二八五〕關於有價證券之本質，從來有重要之兩學說：（一）權現說。亦稱私權化體說。謂有價證券，乃代表私權之證券，簡言之：即權利化為證券是也。此說為德儒薩比尼（*Savigny*）所倡。在德國普通法時代，勢力極盛。（二）權行說。亦稱私權行使說。謂有價證券，乃其證券上權利之行使，以占有證券為必要者。此說為德儒柏倫那（*Brunner*）所倡。德、日學者多和之。然以上兩說，均不能說明一切有價證券之共通性質，不足完全採用。

〔二八六〕日儒松本燕治商行為第八五頁，田中耕太郎商行為法講義第四〇頁參照。

有價證券依其所表彰之財產權，得大別為三類：（一）物權的有價證券。謂表彰純然物權之證券。為我國法

上之所無。但倉單、提單、及載貨證券，依民法第六一八條、第六二九條及海商法第八九條之規定，其證券之交付，與證券上所記載物品之交付，有同一之效力。由寬格解釋，亦可稱之曰物權的有價證券。（二）社員權的有價證券。謂表彰社員權之證券，如股票是。（三）債權的有價證券。謂表彰債權之證券，如票據、債券、船票、劇券等皆是。此種有價證券之作成，為債之發生原因。其證券上所表彰之債權，即本章所述之「因有價證券而生之債。」

債權的有價證券，依其記載之內容，又可分為指示證券、無記名證券、及有記名證券三種。我民法雖僅對前兩種加以規定；然有記名證券，既有特殊之性質，自亦應加以研究，茲併及之。

第二節 指示證券

第一款 指示證券之意義及性質

指示證券者，指示他人將金錢、有價證券、或其他代替物，給付第三人之證券也。稱其為指示之人曰指示人，被指示之他人曰被指示人，受給付之第三人曰領取人。（第七一〇條）如交易上所用之向單、撥單、匯票，皆是。但匯票在票據法上另有特別規定，故不適用民法上關於指示證券之規定。

指示證券，係由指示人指示被指示人向領取人為給付；故其負給付義務者，乃被指示人而非指示人。此項債務，依第七一一條之規定，須經被指示人之承擔而後發生。非因證券之作成或交付即時發生。然則此項債務之原因行為，為指示人之單獨行為乎？抑為指示人與被指示人間之契約乎？此為德國學者間之所爭，我國學者，雖多從單獨行為說（二八七）然均不說明其理由。余信以契約說為較當。蓋以單獨行為使他人負債務，既為理論所不許；且

第七一一條明定，被指示人於承擔所指示之給付後，方負給付義務；又第七一五條規定，指示人於被指示人未為承擔且未為給付以前，得撤回其證券，非採契約說，更無可說明。此即余反對單獨行為說之簡單理由也。故指示證券，不外指示人與被指示人所訂立之利他契約。指示人之發行證券，乃依領取人之媒介向被指示人為要約；被指示人之為承擔或給付，乃依領取人之媒介，向指示人為明示或默示之承諾。惟此項利他契約，因民法特設規定，不適用契約通則之規定。（即第二六九條以下）

【二八七】陳瑾昆氏債各第三八三頁，樓桐孫氏債編釋義第三四五頁，章維清氏債各第二六五頁，周新民氏債各下卷第二〇〇頁參照。吳振源氏債各第五七一頁，主張指示證券之發行，為單獨行為；指示債權之成立，則有契約性質。然指示債權之成立，乃法律現象，而非法律行為；何以竟有契約性質？殊不可解。

第二款 指示證券之要件

指示證券，如上所述，不外指示人與被指示人所訂立之利他契約。故應具備左之二要件：

- (一) 指示人發行證券 即指示人作成指示證券，交付之於領取人。其證券之形式，法無規定。但必須記載(1) 被指示人及領取人之姓名，(2) 金額或其他代替物之數額，(3) 指示給付之文句。(4) 指示人之簽名或蓋章，(5) 作成證券之年月日。此為必要事項。餘如履行期、履行地、及禁止讓與等，(第七一六條一項但書參照) 亦得於證券上記載之。此為任意事項。

發行指示證券，乃一種之要約；故在被指示人未向領取人承擔其指示之給付，且未現實為給付以前，其

契約尙未成立，指示人自得撤回其證券。其撤回應向被指示人以意思表示爲之。又指示人於被指示人未爲承擔且未給付前，受破產宣言者，其證券視爲撤回。（第七一五條）因指示人既自失信用，則被指示人必不願承擔其所指示之給付，不如逕視爲撤回較爲妥便也。第七一五條有「或爲給付前」云云，由「或」字之文義解釋，甚似被指示人未爲承擔以前，不問其已爲給付與否；及被指示人未爲給付以前，不問其已爲承擔與否；指示人均得撤回其證券。然被指示人已爲承擔或爲給付時，即其承諾之表示，其契約業已成立，無再許指示人單獨撤回之理。故以解爲，未爲承擔且未爲給付前，方得撤回，較爲正當。

（二）被指示人爲承擔或給付 即被指示之向領取人承擔其證券上之給付，或逕向領取人現實給付。其承擔給付，乃明示承諾；其現實給付，乃默示承諾；契約即因此等承諾而成立。其承擔給付及現實給付與否，均屬被指示人之自由；被指示人雖對於指示人負有債務，仍無承擔其指示給付或爲給付之義務。（第七一三條一項）被指示人拒絕承擔，或拒絕給付時，領取人應即通知指示人。（第七一四條）又其承擔行爲，民法雖不明确规定其方式，然理論上應記載其旨於證券，並由被指示人簽名蓋章，方有效力。（德國民法第七八四條二項參照）

第三款 指示證券之效力

指示證券，經被指示人承擔時，其被指示人對於領取人負給付之義務。此給付義務之內容，純依證券上之記載而定。故被指示人僅得以本於證券，自體而生之抗辯，及其與領取人間之法律關係所得對抗領取人之事由，對抗領取人。（第七一一條）不得以其與指示人間之法律關係所得對抗指示人之事由，轉向領取人主張。例如被

指示人因對指示人負有債務，而承擔證券上之給付時，不得以其債務前已清償，向領取人主張其承擔行為之無效是也。至指示人與領取人間之法律關係，更非被指示人所得過問，當然不得以本於其法律關係所生之抗辯，與領取人對抗。

指示證券之領取人，對於已為承擔之被指示人，自得請求給付。但請求給付時，須提示證券；在受領給付之時，須交付其證券於被指示人，與之互易。（舊民律第八九一條、德民第七八五條參照）此皆證券債權性質上當然所生之結果。又此項請求權，自承擔之時起，因三年間不行使而消滅。（第七一七條）不適用總則編長期時效之規定。

指示證券上請求權之行使，以占有證券為必要，既如上述。其證券若有遺失、被盜、或滅失，則權利人即無從行使其權利，不可不設法救濟。即此際權利人得聲請法院，依公示催告之程序宣告其證券為無效。（第七一八條）而後再對被指示人請求給付。

第四款 指示證券之讓與

指示證券乃債權的有價證券，非專屬領取人之本身，故除指示人於證券上有禁止讓與之記載者外，領取人不妨將其證券讓與第三人。其讓與應以背書為之。（第七一六條一項二項）且非交付證券，不生效力。（舊民律第八九七條參照）背書者，謂記載讓與證券之旨於證券之背面，由領取人簽名蓋章。既經讓與，則被指示人直接對於受讓人負債務；其效力與通常債權之讓與無異，可適用債編總則中關於讓與之規定。（即第二九五條至

第二九九條)但被指示人直接對於受讓人已爲承擔者，則不得以自已與領取人間之法律關係所生之事由與受讓人對抗。(第七一六條三項)

第五款 指示證券之原因關係

指示證券係指示他人向第三人爲給付之證券，由其證券自體之法律關係而言，乃單純領取人與被指示人間之債權關係。然指示人之自願發行證券，及被指示人之自願承擔給付，當然均有其證券外之原因。是即指示證券之原因關係。其中可分爲二，茲析述之。

(一) 補償關係 被指示人願向領取人承擔給付或現實給付，其與指示人間，必有一定之原因關係，此謂之補償關係。其關係雖有種種：或因自己對於指示人負有債務，或因欲對指示人取得債權，然以前之情形爲較多。此際若被指示人已向領取人爲給付，不問其曾承擔給付與否，就其給付之數額，對於指示人免其債務。(第七一三條二項)

(二) 對價關係 指示人願交付證券於領取人，其與領取人間，亦必有一定之原因關係，是即對價關係。其關係亦非一種，但通常多因清償其對於領人之債務而發行證券。此際領取人受領證券與否，本屬其自由。若不願受領，應即通知指示人。若已爲受領，應專向被指示人請求給付，不得請求指示人就原有債務爲給付。指示人對於領取人所負之債務，即於被指示人爲給付時消滅。但領取人於指示證券所定期限內，其未定期限者，於相當期限內，不能由被指示人領取給付時，得再請求指示人就原有債務爲給付，而退還其所交付之指示證券。(第

七二二條)

第三節 無記名證券

第一款 無記名證券之意義及性質

無記名證券者，證券之發行人表示，應向證券持有人，給付一定金錢或其他代替物之證券也。（第七一九條）如銀行兌換券、火車票、劇券、及無記名債券皆是。因其不載債權人之姓名，而以證券之持有人為債權人，故有此名。無記名證券為契約抑為單獨行為，此亦從來學者之所爭。我民法從德國民法，採單獨行為為說。（二八八）發行人既作成無記名證券時，即其負擔債務之一方意思表示，遂負擔債務，不必再經何人之承諾。但其證券在發行人持有中時，尚無持有人，不得謂即發生單純之債務。故余以他人取得證券所有權，為發行人負擔債務之停止條件。即在他入未取得該證券所有權以前，發行人只負附停止條件之債務。

【二八八】同說樓桐蔭氏債編釋義三四九頁，章維清氏債各第二七四頁，陳運昆氏債各第三九〇頁，周新民氏債各下卷第二一〇頁，吳振源氏債各第五八四頁。

無記名證券上之債務，係基於作成證券而發生，非基於發行證券（即交付證券於他人）而發生。故其證券業經作成，且其所有權已被他人取得時，不問該持有人取得證券，是否出於發行人之交付，均取得證券上之債權。是以發行人，於其證券因遺失、被盜、或其他與此相類之事由，而流通時，對於善意持有人，仍應負責。又其證券不因發行在發行人死亡或喪失能力後失其效力。（第七二一條）蓋其債權之原因行為，已於證券作成時完全成立。

故也。

第二款 無記名證券之要件

無記名證券乃單獨行爲，故僅因發行人一方的意思表示而成立，不必經持有之承諾。但其意思表示，要作成證券，不得用言辭。其證券上應記載（1）金額或其他代替物之數額，（2）應向持有人爲給付之表示，（3）發行人之簽名或蓋章，（4）作成證券之年月日。此爲必要事項。餘如履行期、履行地、及提示期間，（第七二六條一項參照）亦得記載于證券，此爲任意事項。

第三款 無記名證券之效力

無記名證券已歸他人持有時，〔二八九〕除持有人因盜取、拾得、及其他侵權行爲取必證券者外，發行人對於持有人負給付之義務。（第七二〇條一項前段）其給付義務之內容，純依證券上之記載而定。（第七一九條）故發行人僅得以本于證券之無效，證券之內容，或其與現持有人間之法律關係所得對抗持有之事由，對抗持有人。（第七二二條）不得以其與前持有人間之法律關係所生之抗辯，對抗現持有人。

〔二八九〕無記名證券歸于他人持有之原因，不外兩種：即（一）基于發行人之交付，（二）基于其他之事由（如遺失被竊之類）是也。在（一）之情形，其持有人固取得證券上之權利。而在（二）之情形，其持有人如具備第九四八條所定之條件時，亦有證券上之權利。（第八〇一條第九五一條參照）是卽物權法上所謂之「即時取得」。

發行人既負給付義務，持有人自得請求給付。其請求給付時，須提示證券；其受領給付時，應將證券交還發行

人（第七二三條一項）又發行人于爲給付之際，不妨審查該持有人之取得證券，是否基于適法之原因。若已知持有人就該證券無處分之權利，或受有遺失、被盜、或滅失之通知者，則應拒給給付。（第七二〇條一項但書）但發行人若不知其情事，已向持有人爲給付，而收回其證券時，縱持有人就該證券無處分之權利，發行人仍取得其證券之所有權，對於證券上真正之權利人，亦免其義務。（第七二〇條二項第七二三條二項）又在利息、年金、及分配利益等券證以外之無利息見票即付之證券，其發行人不得拒絕給付。（第七二八條）蓋此種證券，如銀行兌換券之類，以流通無礙爲貴，非禁止拒絕給付，即無以保交易安全也。

無記名證券持有人之行使權利，須提示或交還證券于發行人，既如前述。若其證券因毀損、滅失、遺失、被盜等事由，而不適于流通或不能提示時，則法律不可不設法救濟。今分述我民法上所定之救濟方法於左：

（一）無記名證券因毀損或變形，不適于流通，而其重要內容及識別記號仍可辨認者，持有人得請求發行人換給新證券。其換給證券之費用，由持有人負擔。但其證券爲銀行券或其他金錢兌換券者，其費用應由發行人負擔。（第七二四條）

（二）無利息見票即付證券以外之證券（如無記名債券）及利息、年金、分配利益等無利息見票即付之證券，遺失、被盜、或滅失時，持有人得聲請法院，依公示催告之程序，宣告其證券爲無效。（第七二五條一項第七二八條）其任宣告無效前，法院並得因持有人之聲請，對於發行人爲禁止給付之命令。（民事訴訟法第五三三條參照）此際若其證券定有提示期間，自聲請發禁止給付命令時起，至公示催告程序終止時止，停止其提示期

間之進行。(第七二六條)所謂提示期間者，即證券之有效期間也。

持有人聲請公示催告時，發行人應告以關於實施公示催告之必要事項，並供給其證明所必要之材料。(第七二五條二項)既經宣告無效，其持有人得請求發行人補發證券或為給付。(德國民法第八〇〇條參照)

(三)無利息見票即付證券以外之證券，及利息、年金、分配利益等之無利息見票即付之證券，遺失、被盜、或滅失時，持有人並得通知發行人，囑其暫停給付。俗稱叮失。(第七二〇條一項但書、第七二八條)其後如由第三人提示證券，發行人應將叮失之事由，告知該第三人；並于該第三人與叮失人合意前，或法院判決確定前，不得向第三人及叮失人為給付。(第七二七條二項)第七二七條二項，雖係專就利息、年金、及分配利益等無利息見票即付之證券而設之規定，不及于無利息見票即付證券以外之證券，然此種證券，既非不適用第七二〇條一項但書之叮失規定，則其暫停給付之期間，自應加以限定，故應擴張解釋之。

叮失之後，現持有證券之第三人，若欲向發行人請求給付，非商得叮失人同意，即須得法院之確定判決，既如前述。故該第三人不能得叮失人同意時，惟有提起訴訟，以求判決。此際其證券定有提示期間者，自起訴時起至其訴訟程序終結時止，亦應停止提示期間之進行。(第七二六條類推)叮失人之欲向發行人請求給付者亦然。但利息、年金、及分配利益之證券，叮失後若於法定關於定期給付之時效期間(第一二六條參照)屆滿前，未有提示，則叮失人得向發行人給付該證券所記載之利息、年金、或應分配之利益。惟此種請求權，須自時效

期間屆滿後一年內行使之，逾期即失其權利。（第七二七條一項）

第四節 有記名證券

有記名證券者，證券之發行人表示，應向特定人給付一定金錢或其他代替物之證券也。如有記名債券、期票等是。其受給付之特定人，乃領取人，亦可稱債權人。其證券發行人，亦可稱債務人。此種證券，明載債權人之姓名，既與無記名證券不同，而由發行人自負給付之義務，又與指示證券有別。

有記名證券亦為單獨行為之一種，故發行人既作成證券時，即已具備其成立之要件，不必再經其領取人之承諾。但其證券上之債權，須俟其領取人取得證券所有權時發生，與無記名證券同。

有記名證券應記載，（一）金額或其他代替物之數額。（二）領取人之姓名。（三）應向領取人為給付之表示。（四）發行人之簽名或蓋章。（五）作成證券之年月日。此為必要事項。此外履行期、履行地等，亦得記載之。此為任意事項。

領取人既取得證券之所有權時，得提示證券，請求其發行人為給付。其受領給付之際，應將證券交還發行人。發行人之給付義務，基于證券而生，故其內容純依證券上之記載而定。又領取人之證券，若有遺失、被盜、或滅失，得聲請法院，依公示催告之程序，宣告其證券為無效，而後再對發行人請求給付。

領取人在證券上之給付請求權，不外財產權之一種，故除證券有禁止讓與之記載外，得將其證券讓與第三人。其讓與應以背書為之，且非交付，不生效力，與指示證券同。

第三章 因營業而生之債

第一節 總說

營業云者，以營利爲目的，經營損益不定之事業之謂也。依此定義，則營業之要件有三：（一）要經營一定之事業。詳言之，即須連續反復爲一定之行爲。若僅偶然爲之，則非營業。（二）要以營利爲目的。營利云者，圖財產的利益之義。倘以公益爲目的，經營一定之事業，亦非營業。（三）要經營損益不定之事業。即其所營之事業，一方有獲利之希望，一方亦有虧折之危險。若單得報酬，爲他人製造物品或服勞務者，則毫無損失之虞，乃職業而非營業。營業以營利爲目的，故營業上之交易，均重報償。即營業上之法律行爲，常爲有償行爲。又其交易係連續反復爲之，常甚頻繁，尤貴簡易迅速。故因營業而生之債，自有其特殊之性質，法律應設特別之規定。此項規定，在有商法典之國家，常置于商法法典之內，我國因無商法法典，故于民法債編中規定之。但民法債編以外之法律，亦非絕無關於營業上債權之規定。例如保險營業，規定于保險法；海上運送營業，規定于海商法皆是也。茲將我民法債編所規定者，分節述之。

第二節 因行紀而生之債

第一款 行紀之意義

行紀俗稱牙行，謂以自己之名義，爲他人之計算，爲動產之買賣或其他商業上之交易，而受報酬之營業也。

(第五七六條)稱其營業人曰行紀人，該他人曰委託人。故行紀須具備左之條件。

(一)須其營業人(即行紀人)自爲動產之買賣或其他商業上之交易。即自參與動產買賣，或其他商業上契約之訂立；故與居間人僅爲他人訂約之媒介者不同。所謂動產之買賣，係指動產之買入與賣出兩者。其他商業上之交易，係廣指與買賣性質相類之一切營利的行爲而言。德日兩國商法及瑞士債務法規定，行紀之標的，限于物品與有價證券之買入與賣出。^{〔二九〇〕}我民法做多數立法例，不設此制限。

〔二九〇〕德商法第三八三條以下，日商法第三一三條以下，瑞債務法第四二五條以下參照。

(二)須以他人(委託人)之計算爲商業上之交易而受報酬。即行紀人所爲商業上之交易，其損益均歸委託人，與自己無涉。惟其爲委託人爲商業上之交易，即係對於委託人供給勞務，得以此向委託人請求報酬而已。此種報酬，乃行紀人營業之唯一目的，亦即行紀所以爲營業之原因。至行紀人所以願爲他人爲交易，純出於他人之委託，此委託人名稱之所由來也。

(三)須以自己之名義爲委託人爲商業上之交易。即行紀人雖以委託人之計算，爲商業上之交易，然對外不用委託人之名義，而用自己之名義，故與代辦商之以本人名義爲交易者有別。行紀人因用自己名義爲交易，故於外部關係，自對於交易之相對人享有權利負擔義務。惟于內部關係，則其損益均歸委託人，故可謂爲間接代理。

第二款 行紀之法律關係

行紀人之任務，在受委託人之委託，與第三人為商業上之交易。故行紀之法律關係，得分為三方面，分述之。

第一 行紀人與委託人之關係 此可稱內部關係。此種關係，其性質若何？此為德國學者之所爭。或以之為僱傭契約，或以之為承攬契約，或以之為委任契約，或以之為無名契約。〔二九一〕我民法採委任契約說，以行紀人與委託人之關係，不外營業上之委任，故使之適用關於委任之規定。（第五七七條）

〔二九一〕行紀人與委託人間之契約關係，在德國民法上，應認為僱傭契約，而非委任。在日本民法上，則可認為委任。因德民之委任，限于無償，與上述契約之本質不合故也。

第二 行紀人與第三人之關係 此可稱外部關係。此種關係之性質，應依其所為交易之種類而定，不能概論。其所為之交易，通常為買賣。但亦有為互易或租賃者。故行紀人與第三人（即其交易之相對人）之關係，可分別適用關於買賣互易或租賃等規定。

第三 委託人與第三人之關係 行紀人代委託人與第三人為交易，係用自己之名義，故委託人直接對於第三人。無法律關係之可言。縱第三人已知行紀人之行為係為委託人為之，委託人亦不得逕向第三人主張權利。

第三款 行紀之效力

行紀之效力，本可由兩方面觀察之：第一為行紀人與交易之相對人之關係。其相互間之權利義務如何，應依其所為交易之種類而定，不能概論。所應注意者，即行紀人為委託人計算所為之交易，對於交易之相對人，自得權利並自負義務是也。（第五七八條）第二為行紀人與委託人之關係。此種關係不外營業上之委任，已如上述。故

民法除依其性質，設少數之特別規定外，餘均使之適用關於委任之規定。（第五七七條）茲就其特別規定，分述行紀人之義務與權利。

第一項 行紀人之義務

（一）代為交易之義務 行紀人應以自己名義，代委託人為商業上之交易。且須遵從委託人之指示。故委託人已指定其賣出或買入之價額時，行紀人應以之為賣出之最低價額，或買入之最高價額。若以低于其指定價額賣出，或以高于其指定之價額買入，行紀人非担任補償其差額，則其賣出或買入，對於委託人不生效力。即委託人得否認其賣出或買入。（第五八〇條）但若以高于委託人所指定之價額賣出，或以低于其所指定之價額買入，其利益仍屬於委託人。（第五八一條）因行紀人本以委託人之計算而為交易故也。

（二）保管物品之義務 行紀人占有為委託人之計算已買入或應賣出之物時，應依關於寄託之規定保管之。（第五八三條一項）保管云者，乃防止物之滅失毀損之謂；故非受有特別指示，不必將該物付保險。（同條二項）又委託出賣之物，若于達到行紀人之時，已有瑕疵，或因其性質易于敗壞者，行紀人為保護委託人之利益，應與保護自己之利益，為同一之處置。（第五八四條）例如將該物廉價發售是。

（三）自為履行之義務 行紀人為委託人所為之交易，實質上係委託人與第三人（即交易之相對人）所訂立之契約。故立於委託人之對方，負擔契約上之債務者，乃第三人而非行紀人。雖行紀人在已由第三人受領給付之場合，應依第五四一條負交付物品及移轉權利于委託人之義務，然亦非自負履行契約之責任。雖然，第三

三人不履行契約上之債務時，以無特別訂定及特別習慣者爲限，行紀人對於委託人應負直接履行契約之義務。（第五七九條）（二九三）蓋委託人既不能逕向第三人請求履行，自應使其得對行紀人請求履行，以免因行紀人之懈怠而受損失故也。此種義務，法國學者稱之爲保證責任，不外因其與第三人之義務，有從屬關係之故。然第三人非直接對於委託人負義務，而行紀人則對於委託人負義務，與保證人及主債務人同對債權人負義務者不同，謂爲保證，自屬失當。但于其從屬關係之點，非無準用關於保證規定之餘地耳。

〔二九二〕第五七九條係仿日本商法第三一五條之規定。而德、瑞、意、西等國立法例，則限于有特別訂定或有特別習慣之場合，行紀人方負自爲履行之義務，完全與我民法相反。

第二項 行紀人之權利

（一）報酬及費用之請求權 行紀人得請求委託人支付代爲交易之報酬，及物品之寄存運送等費。其額依契約約定之。無特別訂定者，依習慣定之。又行紀人爲委託人利益而支出之費用，自得請求委託人如數償還，並支付其利息。（第五八二條）

（二）拍賣物品之權利 行紀人爲委託人買入之物，應依第五四一條交付並移轉其所有權于委託人。若委託人拒絕受領，行紀人得定相當期限催告之。逾期仍不受領時，行紀人得拍賣之，而以其因委託關係對於委託人所生之債權之數額，就拍賣價金中取償。如尚有賸餘，並得提存之。倘其物易于敗壞，行紀人得不爲催告，逕行拍賣之。（第五八五條）又由委託人委託賣出之物，不能賣出，或委託人已撤回其出賣之委託時，委託人應取回

其物。若委託人不於行紀人之所定之相當期限內取回或處分其物，行紀人亦有上述拍賣提存等權利。（第五八六條）

（三）介入權 行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者，除有反對約定外，行紀人得自爲買受人或出賣人。學者稱此自買自賣之情形，曰介入。稱其介入之權利，曰介入權。（五八七條一項前段）

介入之性質若何？學者之所說不一：（一）有解爲行紀人以委託之人計算，與自己訂立買賣契約者；（二）有解爲行紀人與委託人直接訂立買賣契約者；（三）有解爲行紀人之單獨行爲者。然與自己爲買賣，既反于買賣契約之本質；而謂行紀人與委託人直接爲買賣，則其買賣須經委託人之承諾，亦與五八七條立法之精神不合。故前兩說均不足採。最有理由者，爲第三說。依斯說，介入乃行紀人之一方行爲，非與何人訂立契約。惟介入之結果，行紀人依之取得與買受人或出賣人同一之權利，並負擔與之同一之義務而已。是以介入權乃形成權，而非訂約請求權。（二九三）

〔二九三〕單獨行爲說爲德備韓繼（Hahn）所倡，德、日學者多從之。

介入既爲單獨行爲，自應以意思表示向委託人爲之，否則其介入不成立。但在行紀人得爲介入之場合，如僅將訂立契約之情事通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知者，視爲業經介入；行紀人應負擔他方當事人之義務，並享有其權利。（第五八八條）

行紀人已爲介入時，若爲買受之介入，則有與買受人同一之權利義務。若爲出賣之介入，則有與出賣人同一

一之權利義務。其價金以依委託人指示應爲出賣或買入時市場之市價定之；（第五八七條一項後段）不以介入當時之市價爲準。（二九四）但行紀人已爲介入時，其與委託人間之委託關係，不因之而消滅；故行紀人仍有請求支付報酬償還費用等權利。（第五八七條二項）

〔二九四〕關於此點，各國立法例不同。德商法第四〇〇第二項及日商法第三一七條一項，均規定以發介入通知時之市價爲準。而瑞士債務法第四三六條二項，則明定以委託人指示應爲執行當時之市價爲準。我民法從瑞士之例。

第三節 因倉庫營業而生之債

第一款 倉庫營業之意義

倉庫營業者，以倉庫爲他人堆藏及保管物品，而受報酬之營業也。爲此營業之人，謂之倉庫營業人。該他人謂之寄託人；其營業人與寄託人所訂立之堆藏保管之契約，謂之倉庫契約。（第六一三條）故倉庫營業，要具備左之條件：

（一）要爲他人堆藏及保管物品 卽倉庫營業人，以堆藏及保管他人之物品爲其業務。保管之意義，已于寄託契約中詳述之。堆藏云者，由他人受領多量之寄託物，貯藏于一定處所之謂。（二九五）至其堆藏及保管之物品，法律雖不明定其種類，然理論上應以動產爲限。因不動產之性質，不宜于堆藏故也。

〔二九五〕堆藏一語，由德商法第四一六條而來。日商法第三五七條，則無此規定。由立法論言，倉庫營業之任務，專在保管；至于堆藏，祇爲保管之態樣，似無特加規定之必要。

倉庫營業人因爲堆藏及保管，自應占有寄託物。但其寄託物之所有權，仍屬寄託人。將來應以原物返還之，倘倉庫營業人已取得寄託物之所有權，而返還同種類之物，則另成立消費寄託，不屬倉庫營業範圍之內，不適用關於倉庫營業之規定。〔二九六〕

〔二九六〕德商法第四一九條，有混合寄託之規定。即倉庫營業人，經寄託人同意時，得將數人寄託同種之物，混合貯藏一處，不加識別，將來即以該混合物，分別返還各寄託人。此際其混合物之所有權，非移轉于倉庫營業人，乃屬全體寄託人所共有，與普通倉庫契約無甚差異。故在民法上亦得認其存在，使之適用關於倉庫之規定。

(二) 要以倉庫爲堆藏及保管 即要有倉庫之設備，以供堆藏及保管之用。倉庫者，謂貯藏物品之工作物，其構造若何，及是否倉庫營業人所有之物，抑由他人租賃而來，均不可問。但倉庫之寄託物，數量常較多，寄託之時間亦較久，故倉庫之容積通常較大，其建築亦較堅固耳。

(三) 其堆藏及保管要受有報酬 普通之寄託，有有償無償兩種，非均受有報酬。而倉庫契約則不然。蓋倉庫營業，以營利爲目的，自以有償爲必要。若不受報酬而爲堆藏及保管，於契約雖非無效，然不得認爲倉庫營業上之事項，不適用關於倉庫營業之規定。

第二款 倉庫營業之效力

倉庫營業之效力，應就倉庫營業人與其寄託人相互之關係觀察之。此種關係，純由倉庫契約而生，故倉庫營業之效力，實即倉庫契約之效力。倉庫契約，其性質不外寄託契約之一種，以適用關於寄託之規定爲原則。(第六

一四條)此外僅設少數之特別規定。茲只依其特別規定，分述倉庫營業人對於寄託人之義務與權利。

第一 倉庫營業人之義務

(一) 填發倉單之義務 倉庫營業人因寄託人之請求，應由倉庫簿填發倉單。(第六一五條)既填發之後，倉單持有人，交還原倉單，請求將寄託物分割為數部分，並填發各該部分之倉單時，倉庫營業人應填發之。其分割寄託物及填發新倉單之費用，由持有人負擔。(第六一七條)倉單之性質、效用等，應詳于後。茲不及。

(二) 許容檢點及取樣之義務 倉庫營業人因寄託人或倉單持有人之請求，應許其檢點寄託物，並摘取樣本。(第六二〇條)蓋倉庫之寄託物，其所有人往往有出賣、抵押、及為其他處分之必要。非詳知寄託物之現狀，即無從向外接洽。法律為計所有人之便利，特課倉庫營業人以此種許容之義務。

第二 倉庫營業人之權利

(一) 請求移去寄託物之權利 倉庫營業人依關於寄託之規定，雖有保管及返還之義務，然一面亦有請求移去寄託物之權利。即其倉庫契約定有保管期間者，于其期間屆滿後，得請求寄託人或倉單持有人移去寄託物。(第六一九條一項反對解釋)其未定有保管期間者，自保管之時起，已逾六個月，亦得隨時請求移去寄託物。但應于一個月前通知寄託人或倉單持有人。(第六一九條二項)因有此特別規定，故第五九八條不適用於倉庫契約。

(二) 拍賣寄託物之權利 倉庫契約終止後，寄託人或倉單持有人，拒絕或不能移去寄託物者，倉庫營業人

得定相當期限，催告寄託人或倉單持有人，請其移去。逾期不移去時，倉庫營業人得拍賣寄託物，由拍賣價金（第六二一條原文誤爲代價）中扣去拍賣費用及保管費用，將其餘額交付于應得之人，以代寄託物之返還。（第六二一條）

第三款 倉單

倉單者，倉庫營業人，因收受寄託物，對於寄託人發行之有價證券也。夫倉庫契約與普通寄託同，乃要物契約，而非要式契約。其成立只須交付寄託物，不必作成書件；然爲使寄託人便于處分其寄託物起見，特設倉單之制度。

【二九七】

【二九七】關於倉庫，各國之法制，有二主義。（一）單券主義。僅發行一種之倉單。德、荷、西等國，及美國各州多採之。（二）複券主義。即發行兩種之倉庫。一曰寄存倉單，一曰質入倉單。前者以供讓與之用，後者以供質入之用。法、比、意、葡、奧、諸國採之。我民法以我國倉庫業，尙未發達，無發行兩種倉庫之必要，故採單券主義。

倉單限于寄託人有請求時，方填發之。此徵諸第六一五條，至爲明顯。其應記載之事項有八：（一）寄託人之姓名住所，（第六一六條原文誤爲住址與第二〇條用語不符，應改爲住所）（二）保管之場所；（三）受寄物之種類、品質、數量，並其包皮之種類、個數、及記號。（四）倉單填發地及填發年月日。（五）定有保管期間者，其期間。（六）保管費。（七）受寄物已付保險者，其保險金額、保險期間、及保險人之名號。（八）倉庫營業人之簽名。倉庫營業人填發倉單時，並應將上述事項，記載于倉單簿之存根，但不必簽名。（第六一六條）

倉單係表彰寄託物返還之請求權，乃債權的有價證券。倉單記載寄託人之姓名，又爲有記名證券。故倉單之債權人，欲請求倉庫營業人返還寄託物時，應提示其倉單；其受返還之際，應將倉庫交還倉庫營業人；欲讓與其債權時，應爲背書，且交付其倉單于受讓人；又其債權人與倉庫營業人之關係，純依倉單之記載而定；此均與一般有記名證券同。但其倉單之讓與，若經倉庫營業人之簽名，不特生寄託物返還請求權之移轉，且生寄託物所有權之移轉。（第六一八條）然此際不過倉單發生物權的效力，其倉單自體，非因之變爲物權的有價證券。

第四節 因運送營業而生之債

第一款 總說

第一項 運送營業之意義

運送營業者，爲他人運送物品或旅客，而受運費之營業也。稱爲此營業之人曰運送人，稱託其運送之他人曰託運人。（第六二二條）故運送營業，要具備左之條件。

（一）要爲他人運送物品或旅客 即運送人以運送他人之物品或旅客爲其業務。物品指一切之動產；其有無財產的價值，在非所問。但信函之運送，屬于國家之專業，故不爲私人營業之標的。旅客指生存之人類；若夫屍體之運送，乃物品運送，而非旅客運送。運送云者，謂將在某處所之物品或旅客，移送于其他之處所，不問其距離之遠近，與其移送方法之如何。惟其被運送之物品，須在運送人保管之下；是以船舶之拖帶，（海商法第一一一條參照）非船舶之運送，即因其被拖船不在拖船所有人保管之下故也。

(二) 其運送要受有運費。運送營業以營利爲目的，故運送人之爲他人運送物品或旅客，必須受有運費。若不
受運費而爲運送，其契約雖非無效，然不得認爲運送營業上之事項，不適用關於運送營業之規定。

第二項 運送營業之分類

運送營業，以其運送經過之路程爲標準，得分爲陸上運送、海上運送、空中運送三種。又以其運送之標的爲標準，可分爲物品運送、旅客運送兩種。我國從多數立法例，規定海上運送于海商法（同法第七〇條以下參照）而空中運送，現尙未見特殊之法規，故我民法上關於運送營業之規定，可適用於陸上運送及空中運送。又陸上運送，各國立法例，多對於物品運送，規定特詳；而旅客運送，除鐵路運送外，鮮有規定之者。我民法則做日本商法，對於物品運送及旅客運送均設一般的規定。

陸上運送、海上運送、及空中運送，其適用之法規，既有不同，殊有嚴格區別之必要。空中運送，謂以飛機或其他器具在空中所爲之運送，其意義至爲明顯，固不生問題。而陸上運送與海上運送之界限，各國法律之所定，非必一致。依我國現行法之解釋，則海上運送者，係指以得適用海商法規定之船舶所爲之運送。陸上運送者，係指空中運送及海上運送以外之運送。然則如何之船舶，得受海商法之適用乎？依海商法第一條及第二條之規定，要具備兩條件：（一）須在海上航行，及在與海相通能供海船行駛之水上航行之船舶。此爲積極條件。（二）須非總噸數不及二十噸或容量不及二百担之船舶，專用於公務之船舶，及以櫓槳爲主要運轉方法之船舶。此爲消極條件。

第三項 運送契約

運送人因其營業與託運人所訂立之以運送物品或旅客爲標的之契約，謂之運送契約。此種契約之性質若何？學者之所說，不能一致。有謂爲委任者，有謂爲承攬者，有謂爲承攬與委任之混合者。然運送契約，不外以完成一定之工作（即物品或旅客達到目的地）爲目的，且均爲有償，故應解爲單純之承攬。從運送契約爲雙務且有償契約，又爲諾成或且不要式契約。

運送契約爲運送人與託運人訂立之契約，故其當事人爲運送人與託運人。此外在物品運送，尙有受領運送品之人，即民法上所謂受貨人。在旅客運送，亦有享受運送利益之旅客，可稱受運人或被運人。然受貨人與受運人，乃運送契約之關係人，而非其當事人。又託運人與受貨人，不妨以一人兼充之。託運人之與受運人亦然。且在通常情形，受運人多爲託運人之自身，其爲兩人者，特例外耳。

第二款 物品運送

第一項 運送證券

運送證券，我民法所認者，有二：即託運單及提單是也。茲分述之。

第一 託運單

託運單者，謂由託運人填給運送人之證券，用以證明運送契約之內容者也。託運單限于運送人有請求時，方填給之；（第六二四條一項）而非運送契約之成立要件，故非運送契約。又託運單純用以證明運送關係之用，而非表彰何種財產權，亦非有價證券。

託運單應記載之事項有六：(一)託運人之姓名住所，(二)運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、號數、記號，(三)目的地，(四)受貨人之名號住所，(五)託運單之填給地及填給之年月日，(六)託運人之簽名是也。(第六二四條二項)已記載於託運單之事項，託運人及運送人雙方均得援用之；但許提出反證。當事人亦不妨預以契約制限其證據力。(第六二四條二項一款四款誤住所為住址)

第二 提單

提單者，運送人因受領運送物，填給託運人之有價證券也。提單係以表彰運送物交付之請求權，使託運人便于處分其權利，與託運單專供證明之用者，完全不同，故為有價證券之一種。

提單限于託運人有請求時方填給之。其應登載之事項有七：(一)託運人之姓名住所，(二)運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、號數、記號，(三)目的地，(四)受貨人之名號住所，(五)運費之數額，及其支付人為託運人，或為受貨人，(六)提單之填發地及填發之年月日，(七)運送人之簽名。此為必要事項。其他當事人特約之事項，亦不妨記載之于提單。(第六二五條)

提單為有記名債權的有價證券，其性質與倉單相同。故運送人與提單持有人關於運送之事項，純依其提單之記載而定。(第六二七條)又託運人或受貨人欲請求運送人交付運送物時，應提示其提單；其由運送人受交付之際，應將提單返還之。(第六三〇條)且託運人或受貨人，得以背書將其提單讓與于第三人，但以提單上無禁止背書之記載者為限。(第六二八條)既為讓與時，不特生運送物交付請求權之移轉，且生運送物所

有權之移轉。其由託運人將提單交付受貨人時亦同。（第六二九條）

第二項 運送人之義務

第一 運送義務

運送人應依契約之趣旨，運送其運送物。此為運送人最重要之義務。分述之。

（一）運送之時期 託運物品應於約定期間內運送之。無約定期間者，依習慣；無約定亦無習慣者，應於相當期間內運送之。此相當期間，依各該運送之特殊情形決定之。（第六三二條）

（二）運送之方法 運送方法，從運送人之選擇。但在託運人于訂立契約之際，有特別指示時，運送人非有急迫情事，並可推定託運人若知有此情事亦允變更其指示者，不得變更託運人之指示。（第六三三條）運送契約為承攬契約，以運送物之達到為目的；故其運送行為，運送人不必親自為之。

（三）運送上應施之注意 運送人應以善良管理人之注意為運送。倘因不注意致其運送物喪失、毀損、或遲到時，應負責任。關於此點，民法規定頗詳，茲再分述於左。

（1）責任之發生 運送物于交付運送人後喪失、毀損、或遲延達到時，不問運送人有無過失，均應負責。（第六三四條前段）因推定其有過失故也。但對此原則，有左之例外：

（甲）運送人能證明其喪失、毀損、或遲到，基于不可抗力而生時，不負責任。但其喪失、毀損、或遲到，因運送人之使用人或其所委託為運送之人之過失而生者，運送人仍應負責。（第六三四條但書第六三六條）

(第六三六條誤使用人爲僱用人)

(乙) 運送人能證明其喪失、毀損、或遲到，基于運送物性質而生時，不負責任。但因運送物之包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損者，若運送人于接收該物時，未爲保留，仍應負責。(第六三四條但書第六三五條)

(丙) 運送人能證明其喪失、毀損、或遲到，基于託運人或受貨人之過失而生時，不負責任。(第六三四條但書)

(丁) 已喪失或毀損之運送物爲金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品，託運人不能證明於託運當時已報明其性質及價值者，運送人不負責任。(第六三九條一項)

(2) 責任之範圍 運送人應負責任時，不外應賠償託運人所受之損害。其賠償之範圍，民法設有特別規定，即原則上只須賠償運送物因喪失、毀損、或遲到而減少或滅失之價額。其在運送人有故意或重大過失時，方應賠償託運人所受其他之損害。至其減少或滅失之價額，依運送物應交付時目的地之市價計算之。但因運送物滅失、毀損無須支付之運費。(第六四五條參照)及其他費用，依損益相抵之原則，應於其價額中扣除之。(第六三八條)

運送人有故意或重大過失時，應賠償一切之損害，已如前述。惟又有兩種制限：即(甲)金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品喪失或毀損者，其賠償額以託運人所已報明之價額爲限。(第六三九條二項)

(乙) 因遲到之損害賠償額，不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額。(第六四〇條)是也。

(3) 責任之消滅及減免 運送人因運送物喪失、毀損、或遲到所生之責任，非永久存續；其權利人自運送終了或應終了之時起二年內，不請求賠償時，其責任即歸消滅。(第六二三條) 又受貨人受領運送物並支付運費及其他費用不為保留者，運送人之責任亦消滅。但其運送物之喪失或毀損，運送人以詐術隱蔽之，或因其故意或重大過失所致者，受貨人雖不為保留，運送人之責任仍不消滅。其喪失、毀損存于運送物之內部，不易發見，受貨人於受領運送物後十日內，將其喪失或毀損通知運送人者，亦同。(第六四八條)

運送人之責任，除基于故意或重大過失而生者外，得預以特約免除或制限之。(第二二二條參照)

但運送人交與託運人之提單或其他文件，有免除或制限運送人責任之記載者，除能證明託運人對於其責任之免除或制限明示同意外，不生效力。(第六四九條)

第二 通知及交付之義務

運送人於運送物達到目的地時，應即通知受貨人。(第六四三條) 並將運送物交付之。若受貨人所在不明，或拒絕受領運送物，運送人應即通知託運人，並請求其指示。(第六五〇條一項) 其因運送物受領權之歸屬有訴訟致，交付遲延者亦同。(第六五一條)

第三 緊急處置之義務

運送人因有急迫情事，不能從託運人于訂立契約時所為之指示為運送時，受貨人所在不明或拒絕受領運送物時，因運送物受領權之歸屬發生訴訟致交付遲延時，及因其他情形足以妨礙或遲延運送或危害運送

物之安全時，運送人爲保護運送物所有人之利益，應爲必要之注意及處置；否則對於因此所生之損害，應負責任。（第六四一條）

第四 遵從處分之義務

在未發提單之運送，其運送人尙未通知運送物之達到於受貨人時，或雖已通知而受貨人尙未請求交付運送物時，託運人對於運送人，得請求中止運送，反還運送物，或爲其他之處分。其在已發提單之運送，其提單持有人對於運送人，亦得爲此等之處分。運送人均應遵從之，不得以違反運送契約爲抗辯。（第六四二條一項）

〔二九八〕

〔二九八〕第六四二條一項，有「運送人未將運送物之達到通知受貨人前，或受貨人於運送物達到後尙未請求交付運送物前」云云。由「或」字之文義加以解釋，則於運送人未爲達到之通知以前，不問受貨人已否請求交付，及受貨人未請求交付以前，不問運送人已否爲達到之通知，託運人或提單持有人，均得中止運送，或爲其他處分，實屬無疑。蔡天錫麟氏債各第二六二頁謂：「於受貨人請求後，或運送人通知後，則託運人或提單持有人，即不能行使處分權。」未免忽視「或」之語體。又陳瑾昆氏債各第三〇一頁謂：「在受貨人對運送人已取得因運送所生之權利之後，（即運送物達到目的地，並經受貨人請求交付之後。第六四四條參照。）不許託運人或倉單持有人，再爲中止運送之請求。」若如斯說，是託運人或倉單持有人，只於受貨人請求交付運送物以前，有中止運送之權利，則第六四二條一項中之「運送人未將運送物之達到通知受貨人前」一語，豈非贅設？故余解爲：在運送人未爲通知之時，或受貨人未爲請求之時，均得中止運送，及爲其他處分。

上述各種之義務，運送人本對於託運人負擔之，其反面即爲託運人之權利。但運送物達到目的地，并經受貨

人請求交付後，受貨人取得託運人因運送契約而生之權利。（第六四四條）故此際運送人對於受貨人，亦負同一之義務。然則託運人仍保有其因運送契約而生之權利否乎？在昔多數學者謂：託運人之權利，因已移轉于受貨人，當然不能併存。〔二九九〕余以爲就我民法而解釋，實難贊同此說。蓋依第六四二條一項之規定，則運送物達到目的地，並經受貨人請求後，若運送人尙未將運送物之達到，通知受貨人，則受貨人雖已取得第六四四條之權利，而託運人仍有運送物之處分權。足見受貨人所取得之權利，乃新發生之權利，而非託運人之權利移轉于受貨人。此種權利，係基於運送契約上當事人之意思表示而生，非單純基于法律規定而生，故運送契約帶有他契約之性質。不過此種契約，民法設有特別規定，故無第二百六十九條適用之餘地耳。

〔二九九〕如Hahn, Endemann, Courtois-Vidal 等

託運人與受貨人，同時對於運送人，各有其權利，既如上述。然則其兩個權利孰爲優劣乎？應分別言之。在託運人之處分權未消滅以前，託運人之權利，優于受貨人之權利，運送人應聽託運人依第六四二條所爲之指揮；反之，在其處分權消滅之後則不然，運送人祇須對於受貨人履行其義務，託運人僅得請運送人向受貨人交付運送物，或爲損害賠償，而不得爲其他之處分。

第三項 運送人之權利

第一 請求支付運費及其他費用之權利

運送人得請求託運人支付約定之運費及其他之費用。（如代託運人墊付之關稅及保管費）其運費請

求權之發生，以運送物已達到目的地爲必要。故運送物於運送中，因不可抗力而喪失者，運送人不得請求運費。其因運送而已受領之數額，應返還之。（第六四五條）但在託運人成提單之持有人，對於運送人請求中止運送，返還運送物，或爲其他之處分時，運送人雖中途停止運送，仍得按照比例，就其已爲運送之部分，請求運費。此外尙得請求償還因其處分所支出之費用，及賠償因之而生之損害。（第六四二條二項）

第二 留置運送物之權利

運送人因保全其運費及其他費用得受清償之必要，按其所未支付之費用與其費用全額之比，對於運送物有留置權。此種權利爲物權，運送人對於受貨人亦得主張之。雖受貨人於運送物達到目的地，並向運送人請求交付後，直接對於運送人取得請求交付運送物之權利，然此請求權係基於運送契約而生，運送人依第二七〇條之規定，本得以對於託運人所有之抗辯對抗受貨人；故運送人以託運人未支付運費及其他費用爲理由，不將運送物交付受貨人，自爲法律之所許。受貨人如欲免其留置，祇有代託運人支付其費用。但在運費及其他費用之數額有爭執時，受貨人得將有爭執之數額提存，請求運送物之交付。（第六四七條）

第三 寄存及拍賣運送物之權利

受貨人所在不明，或拒絕受領運送物，或就其受領權之歸屬已發生訴訟時，運送人應請求託運人之指示，已如上述。倘託運人之指示不能實行，或運送人不能繼續保管運送物時，運送人得以託運人之費用，寄存運送物於倉庫。如有不能寄存于倉庫之情形，或有腐敗之性質，或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，得拍賣

之，惟于可能範圍內，應將寄存倉庫或拍賣之事情通知託運人及受貨人。（第六五〇條二項至四項第六五一條）已爲拍賣時，運送人得就拍賣價金中（第六五二條誤爲代價）扣除拍賣費用運費及其他費用，並應以其餘額交付於應得之人。如應得之人所在不明，應爲其利益提存之。（第六五二條）

第四 請求交付文件及爲必要說明之權利

運送人得請求託運人，交付運送上及關於稅捐警察所必要之文件（如託運單、發票、護照等）及爲必要之說明，以期運送之利便。（第六二六條）

第五 請求賠償損害之權利

運送物依其性質對於人或財產有致損害之虞者，託運人於訂立契約前，應將其性質告知運送人。若怠於告知，致運送人受有損害時，運送人得請求託運人賠償之。（第六三一條）

第四項 相繼運送

相繼運送者，託運人與數運送人共同或各別訂立運送契約，使其運送同一物品之謂也。相繼運送有共同運送與各別運送兩種。前者係託運人與多數運送人共訂一個契約，使其共同爲全部之運送。後者係託運人與多數運送人分訂數個契約，使其先後連續各爲一部之運送。若夫運送人轉託第三人，爲全部或一部之運送時，則其後運送人對於託運人，無直接之關係，非相繼運送。（三〇〇）

【三〇〇】陳耀昆氏債各第二九七頁謂：運送人轉託第三人爲運送時，亦得稱爲相繼運送。蔡天錫麟氏債各第二五九頁從之。然此場合，其第

三人不外立于運送人之使用人之地位，由託運人方面觀察，不能認為有多數運送人之存在。故民法特設第六三六條之規定，而不使之適用。第六三七條之規定，其不以之為相繼運送也明矣。

在相繼運送，其數運送人因運送同一之物品，彼此之間，遂生一種特別之關係。故民法設有特殊之規定。茲舉于左：

(一) 相繼運送之各運送人，除能證明其自己有免責理由外，對於運送物之喪失、毀損、或遲到，應與他之運送人，連帶負責。(第六三七條)

(二) 相繼運送之最後運送人，就全體運送人應得之運費及其他費用，得行使第六四七條之留置權，及第六五二條之扣除權。(第六五三條) 第六五三條中，本尚有『第六百五十條』等字。然第六五〇條之權利，乃最後運送人所固有，無特別規定之必要。

(三) 相繼運送之最後運送人，於受領運費及其他費用前，交付運送物者，對於其所有前運送人應得之運費或其他費用，負其責任。(第六四六條) 故最後運送人如欲免此責任，必須為前運送人行使留置權，其結果不外使最後運送人，負為前運送人行使留置權之義務。

第三款 旅客運送

由旅客運送所生之法律關係，不如物品運送之複雜，大部分可適用關於承攬之規定。故民法僅就其運送人之責任，設數個之特則。茲分述之。

(一) 關於旅客之責任 旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害，及運送之遲延，均應負責。不以其傷害或遲延，基於運送人之過失所生者為必要。但運送人如能證明其傷害或遲延，(三〇二)係因不可抗力，或因旅客之過失所致者，免其責任。(第六五四條)即以負責為原則，以免責為例外，與第六三四條關於物品運送之規定無異。

【三〇一】第六五四條但書「其傷害」之下，漏「或遲延」三字。同說蔡天錫麟氏債各第二七一頁，吳振源氏債各第五〇六頁。

(二) 關於行李之責任 行李謂旅客所攜帶之一切物品，不以旅行上所必需者為限。旅客運送人關於行李之責任，依其行李已否交託於運送人而不同。(甲)已由旅客交託之行李，運送人縱不另受運費，仍與物品運送人負同一之義務，同時亦有同一之權利。蓋視為於旅客運送外，另成立物品運送，其物品之運費，包含於旅客運費之中。【三〇二】故民法就此部分，特使之適用關於物品運送之規定。(第六五七條)此種行李如及時交付運送人，則應於旅客達到時返還之。(第六五五條)行李達到後，六個月內，旅客不取回之者，運送人得拍賣之。若其行李有易於腐敗之性質，於其達到後四十八小時內，旅客不取回之者亦同。【三〇三】既拍賣後，運送人得就拍賣價金中，扣除拍賣費用運費及其他費用，並應以其餘額交付于其應得之人。如其應得之人所在不明，應為其利益提存之。(第六五六條)(乙)未由旅客交託之行李，運送人對之不負責任。但旅客能證明，該行李因運送人自己或其使用人(第六五八條誤為僱用人)之過失，致有喪失或毀損者，運送人仍應負責。(第六五八條)即以免責為原則，負責為例外，與第六三四條之規定完全相反。

【三〇二】此爲英、德學者之通說，日儒松木燕治從之。但少數學者謂：無認兩個契約存在之必要，不過關於物品運送之規定，於某程度適用於行李而已。

【三〇三】日商法第三五一條二項規定：行李由達到到達地之日起，一星期內，旅客不請求交付時，則……云云。其所謂達到，係以行李爲標準，不以旅客爲標準，實屬毫無疑義。我民法第六五六條一項，有「旅客達到後」一語，顯係指旅客之達到，而同條二項，有「行李……運送人得于達到（原文誤爲到達）後」云云，則又指行李之達到；前後不無抵牾。余意：本條係關於行李之規定，自應以行李爲標準，故不拘泥于文字，而以論理的解釋之。

（三）責任之消滅及減免 運送人因旅客傷害，或運送遲延所生之責任，及因行李喪失、毀損或遲到所生之責任，非永久存續。其權利人不予運送終了之時起二年內，向運送人請求賠償損害時，即歸消滅。（第六二三條）又此種責任，除基于故意或重大過失而生者外，得預以特約免除或制限之。（第二二二條參照）但運送人交與旅客之票收據或其他文件上，有免除或制限運送人責任之記載者，除能證明旅客對於其責任之免除或制限明示同意外，不生效力。（第六五九條）

第五節 因承攬運送而生之債

第一款 承攬運送之意義

承攬運送者，以自己之名義，爲他人之計算使第三人運送物品而受報酬之營業也。（第六六〇條一項）稱其營業人曰承攬運送人，該他人曰委託人，該第三人曰運送人，承攬運送人因欲使運送人爲委託人運送物品，當

然應與運送人訂立契約。且其訂立契約係以自己之名義，並爲委託人之計算爲之，此與行紀同。所異者，行紀人係爲委託人爲買賣其他商業上之交易，而承攬運送人則爲委託人訂立物品運送契約耳。

承攬運送人爲委託人之訂立契約，以物品運送爲限，不含旅客運送。但茲所謂物品運送，係包括陸上運送、海上運送、及空中運送三者而言，與前述之物品運送異其範圍，此爲學者之通說。

第二款 承攬運送之法律關係

承攬運送與行紀同，有三面之法律關係：（一）承攬運送人與委託人之關係，乃委任關係，而非承攬關係，故承攬運送之名稱不甚適當。（二）承攬運送人與運送人之關係，爲物品運送關係。（三）委託人與運送人之關係，僅屬間接之關係，即委託人依承攬運送人之媒介，爲運送契約上之實際之權利人與義務人而已。

第三款 承攬運送之效力

承攬運送之性質，與行紀極爲類似，故其效力，大部分可準用關於行紀之規定。（第六六〇條二項）民法對之僅設少數之特則，茲分承攬運送人之義務與權利述之。

第一項 承攬運送人之義務

承攬運送人應依委託人之指示，並以善良管理人之注意，代委託人處理運送事務。倘因不注意致其託運物品喪失、毀損，或遲到時，應負責任。關於此點，民法設有詳細之規定，分述之。

（一）責任之發生 託運物品交付承攬運送人後，喪失、毀損，或遲延達到時，不問承攬運送人有無過失，均應負

責。因推定其有過失故也。但（甲）承攬運送人能證明其於物品人接收、保管、運送人之選定，在目的地之交付，及其他與運送有關係之事項，未怠於注意者；及（乙）其喪失或毀損之物，為金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，委託人不能證明於委託當時已報明其性質及其價值者；承攬運送人均不負責任。（第六六一條第六六五條第六三九條一項）又託運物品因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損者，承攬運送人於接收該物時，不為保留者，仍應負責，不得以未怠於注意為藉口。（第六六五條第六三五條）

（二）責任之範圍 承攬運送人應負責任時，亦不外賠償委託人所受之損害。其賠償之範圍，民法使之準用關於運送人責任之規定。即原則上只須賠償託運物品因喪失、毀損、或遲到而減少或滅失之價額。其在承攬運送人有故意或重大過失時，方應賠償委託人所受其他之損害。至其減少或滅失之價額，依託送物品應交付時目的地之市價計算之。但因其物品滅失毀損，無須支付之運費及其他費用，應依損益相抵之原則，於其價額中扣除之。（第六六五條第六三八條）

承攬運送人有故意或重大過失時，應賠償一切之損害，固如前述。但亦有兩種制限：即（甲）金錢、有價證券、珠寶及其他貴重物品喪失或毀損者，其賠償額以委託人所已報明之價額為限。（第六六五條第六三九條二項）（乙）因遲到之損害賠償額，不得超過因其託運物品全部喪失可得請求之賠償額。（第六六五條第六四〇條）是也。

（三）責任之消滅 承攬運送人因託運物品喪失、毀滅、或遲到所生之責任，非永久存續。其委託人自其物已交

付或應交付之時起，二年內不請求賠償時，其責任即歸消滅。（第六六六條）

第二項 承攬運送人之權利

（一）報酬及墊款之請求權 承攬運送人得向委託人，請求支付處理運送事務之報酬。其額依契約定之；無特別訂定者，依習慣定之。又承攬運送人爲委託人利益所墊付之款項，亦得請求其如數償還，並支付利息。（第六六〇條二項第五八二條）

（二）託運物品之留置權 承攬運送人爲保全其報酬及墊款得受清償之必要，按其比例，對於託運物品有留置權。（第六六二條）其物若已交付於運送人，得先依第六四二條規定，使運送人返還運送物，而後留置之。

（三）介入權 承攬運送人乃爲委託人處理運送事務，非自爲物品之運送。然除契約另有訂定外，承攬運送人不妨自行運送其託運之物品。是即承攬運送人之介入權。（第六六三條前段）

此介入權之行使，與行紀人之介入權同，應以意思表示向委託人爲之；否則其介入不成立。但委託契約內已就運送全部約定運費之數額，或承攬運送人已填給提單於委託人時，視爲承攬運送人業經介入。因此際承攬運送人，已自居運送人之地位故也。（第六六四條段）

承攬運送人已爲介入時，與運送人有同一之權利義務。（第六六三條後段）其運費不外依習慣定之。此際乃承攬運送人以單獨行爲行使介入權，非其委託契約因介入而變爲運送契約。故承攬運送人對於委託人，雖有運費請求權，亦不失其請求報酬之權利。但在上述視爲介入之時，則不得另行請求報酬。（第六六四條後段）

因認其應得之報酬，已包括於約定運費之內故也。

(四) 損害賠償請求權 託運物品依其性質對於人或財產有致損害之虞者，委託人於訂立契約前，應將其性質告知承攬運送人。若怠於告知，致承攬運送人受有損害時，承攬運送人得請求委託人賠償之。(第六六五條 第六三一條)

第四章 因無因管理而生之債

第一節 無因管理之意義

無因管理者，無權利義務，而為他人管理事務之謂也。(第一七二條) 我民法稱此管理事務之人曰管理人，稱其事務所屬之他人曰本人。因有此管理行為，遂於管理人與本人之間，發生債之關係。故無因管理，亦為債之發生原因。

夫無權利義務而干與他人之事務，乃不正之干涉，本為法律所禁止。但其管理行為若純出於好意，則事屬互助，不特為人類之美德，且亦社會所需求。此即民法所以認無因管理為適法之行為，對於管理人予以相當之保護也。(三〇四)

【三〇四】無因管理制度，淵源於羅馬法，當時以之為準契約之一種。其後經種種之變遷，至德國普通法時代，始以之為獨立之法律事實。近世各國民法，多從此見解。

第二節 無因管理之要件

無因管理之成立，要具備左之條件。

(一) 要管理他人之事務。即其管理人要現實管理事務，非如委任之成立，祇以受人表示允為他人處理事務為足。事務云者，廣指有一定目的之事件；不以關於財產者為限。管理云者，乃就有一定目的之事件，供給勞務，使達其目的之謂。較之委任契約上之「處理」，其義尤廣，故不以有獨立裁量範圍為必要。〔三〇五〕其管理之法，亦有須為一定之法律行為者；〔三〇六〕但此時其所為之法律行為，只為無因管理之一成分，無因管理自體仍為事實行為，非因之變為法律行為。

〔三〇五〕例如由門外搬運物品至室內，乃單純供給勞務，毫無裁量之權，雖不得就之成立委任，（第二部第一章第十一節第一款參看）然得成立無因管理。

〔三〇六〕例如未受他人之委託，而代之購買物品，則其訂立買賣契約，即無因管理所用之方法。

又無因管理之標的，要為他人之事務，故誤以自己之事務，認為他人之事務，而以為他人之意思管理之者，不成立無因管理。所謂他人之事務者，即其管理之利益，實際歸於他人之事務也。有客觀的及主觀的二種。前者依其事務之性質，當然屬於他人者。如修繕他人之房屋是。後者其事務性質上非必屬於他人，因其管理人以為他人之意思而為之，故屬於他人者。如代友人購買書籍是。

(二) 要為他人為管理。故以為自己之意思，管理他人之事務，非無因管理。如竊盜修繕贓物是也。〔三〇七〕為他

人云者，即其管理之動機，在圖利他人之謂。但以有此動機爲足，無須表示其意思于外部，又此所謂他人者，實際上當然爲特定人，惟究係何人，無須于管理當時已爲管理人所確知。故在黑夜中援救溺者，雖不知溺者爲何人，亦不失爲無因管理。

〔三〇七〕又以他人之事務誤爲自己之事務，而管理之時，因其無爲他人之意思，亦不成立無因管理。若他人因此受利益，則成立不當得利。

(三) 要無管理之權利與義務 此爲無因管理之特徵，其所以異于委任僱傭者，即在乎此。若因負管理之義務，或有管理之權利，致有此管理行爲，則非無因管理。前者如受人爲委任人處理事務；後者如運送人爲託運人寄存或拍賣運送物（第六五〇條參照）是也。我民法第一七二條之「未受委任並無義務」一語，僅明示管理人須無管理義務，而不一併限定其須無管理權利，殊嫌疏漏。〔三〇八〕但此所謂無權利與義務，係就管理人與本人之關係而言。其管理人與第三人之關係，有此權利義務與否，則非所問。故保證人未受主債務人委託，而向債權人代償主債務之場合，其對於主債務人之關係，仍爲無因管理。

〔三〇八〕關於此點，各國立法例，亦多只就無管理義務方面，加以規定。如瑞債第四一九條之「不受委任」，日民第六九七條之「無義務」，德民第六七七條之「無委任或義務」，皆是。獨我舊民律第九一八條，有「無委任並無權利義務」云云，始併及於無管理權利，立法論以此爲當。蔡天錫麟氏債總第四九頁之所述，與本書大致相同。

無因管理之成立要件，盡于上述。學者間有主張尙要管理人不知其管理行爲，違反本人明示或默示之意思者。〔三〇九〕余謂：就我國民法而解釋，不能贊同斯說。蓋依第一七四條之規定，管理人違反本人明示或默示之意思，

而爲事務之管理者，不過原則上應負無過失之責任，仍無妨害其無因管理之成立故也。

【三〇九】戴修瓚氏債總第九九頁，蔡天錫麟氏債總第四九頁，日儒末弘敏太郎債權各論第九〇二頁，鳩山秀夫日本債權各論第七六一頁參照。陳瑾昆氏債總第六二頁，與本書持同一之見解。

第三節 無因管理之效力

第一款 管理人之義務

第一 管理事務之義務

無因管理，非義務行爲；管理人于未爲管理以前，雖無管理之義務。但一經開始管理，即負繼續管理之責任，是乃管理人主要之義務。茲分述之。

- (一) 管理之方法 管理他人事務所用之方法，固應有管理人自行選擇，惟須遵守左之原則。(第一七二條)
- (甲) 尊重本人之意思 即其管理方法，首應依照本人明示或可得推知之意思。依本人意思所定之方法，是否最有利于本人，可以不問。但本人意思違反強行法規或公序良俗者，則不必遵從之。
- (乙) 最有利于本人 本人未明示其意思，且由外部不得推知之時，則應以最有利于本人之方法，以管理其事務。至其方法是否最有利于本人，應就各事務之性質具體的定之。

管理人因故意或過失，不依上述原則定其管理之方法時，即爲管理義務之不履行，本人因之而生之損害，管理人應依一般之規定，負賠償之義務。

(二) 注意之程度 管理人應以善良管理人之注意管理人之事務，故對於經過失即應負責。惟對此原則，有兩例外：

(甲) 管理人為免除本人之生命、身體、或財產上之急迫危險，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，非有惡意或重大過失，不負賠償之責。(第一七五條) 因情形既屬急迫，又係救人危難，當然不能為充分之注意，故法律特減輕其責任。

(乙) 管理人違反本人明示或可推知之意思，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦負賠償之責。即就于事變亦負責任。但其管理係為本人盡公益上之義務，或為其履行法定扶養義務者，則仍限於有故意或過失之場合，方負賠償損害之義務。(第一七四條) 茲所謂違反本人意思而為事務之管理者，其範圍若何？學者之解釋，不能一致。有謂專指其管理方法違反本人之意思，而不包含其管理行為自體違反本人意思者。(三一〇) 有謂兼指上述兩種情形者。(三一) 余以為應專指其管理行為自體違反本人意思之場合，詳言之：即指管理人明知本人不欲其管理，而故為管理之場合。蓋僅管理方法違反本人意思時，乃債務之不履行，管理人應依一般規定，即(第二二七條) 負其責任，不必特設規定。至于其管理行為自體違反本人意思時，則非債務之不履行，不得依一般之規定，令其負賠償損害之義務，故有特設本條之必要也。是以本條法意係謂：管理行為自體違反本人意思時，就其管理方法，管理人雖無欠缺注意，亦應賠償本人因之所受之損害。

【三一〇】戴修瓚氏債總第一〇四頁參照。

【三一—】陳蓮昆氏債總第六四頁，蔡天錫麟氏債總第五三頁，周新民氏債總第一三〇頁參照。

(三) 管理之終期，管理人應繼續管理本人之事務，非至無因管理關係消滅之時，不得任意中輟。無因管理關係之消滅，應詳於後，茲不及。

第二 通知及請示之義務

管理人開始管理時，以能通知為限，應即通知本人。如無急迫情事，應俟本人之指示。(第一七三條一項) 此際本人得指示管理人以管理之方法，或請求其停止管理。

第三 報告之義務

管理人須將管理事務進行之狀況，報告本人。無因管理關係終止時，須明確報告其顛末。(第一七三條二項第五四〇條)

第四 交付物品及移轉權利之義務

管理人因管理事務所收取之物，應交付本人。其就之已收取之孳息亦不同。又管理人以自己名義為本人取得之權利，應移轉于本人。(第一七三條二項第五四一條)

第五 支付利息及賠償損害之義務

管理人將應交付於本人之金錢，或為本人之利益使用之金錢自行消費者，應自使用之日起，支付利息。如

有損害，並應賠償。（第一七三條二項第五四二條）

第二款 本人之義務

本人對於管理人所負之義務，視其管理行為合於本人意思與否，而有差異。得分為二場合述之：

（一）其管理利於本人並合於本人意思時

管理之結果，利於本人，且其管理行為，不違反本人明示或可得推知之意思時，本人對於管理人，負左列義務。（第一七六條一項）

（甲）應償還管理人為本人支出必要或有益之費用，並支付自其費用支出時起之利息。

（乙）應清償管理人為本人所負擔之債務。

（丙）應賠償管理人因管理事務非因可歸責于己之事由而受之損害。（三一二）

【三一二】第五四六條三項準用。

（二）其管理雖利于本人而違反本人意思時

此際本人仍得享有因管理所得之利益，負上述三種之義務。惟其責任以其所得之利益為限；即以其所得利益之價額，返還管理人，而免其全部之義務。（第一七七條）但其管理事務係為本人盡公益上之義務，或為其履行扶養義務者，雖違反本人意思，本人仍應負無限之責任，不以其所得之利益為限度。（第一七六條二項）茲所謂其管理違反本人之意思者，純以客觀之事實為標準，不問管理人主觀方面，有無違反本人意思之

認識。故與第一七四條所謂管理人違反本人意思者不同。

以上均就其管理結果，利于本人之情形而言。若管理結果不利本人時，不問其管理行為，是否合于本人之意，思本人均不負何種之義務。學者有謂：其管理不利本人並違反本人意思時，本人應依第一七七條負其義務者。【三一三】實有誤解。蓋依第一七七條規定，本人所負之義務，係以其所得之利益為限。倘其管理根本不利本人，即本人未得利益，自無該條適用之餘地。況果如其所主張，其管理不利本人並違反本人意思時，管理人既有第一七七條之權利，則其管理結果雖不利本人，而其管理行為不違反本人意思時，其情形更為可原，何以管理人反無第一七七條之權利乎？故斯說不足採。

【三一三】戴修瓚氏債總第一〇七頁，蔡天錫麟氏債總第五五頁，周新民氏債總第一三五頁參照。

第四節 無因管理之消滅

無因管理之關係，因左列事由發生而消滅。

(一) 事務管理完畢 無因管理，以管理一定之事務為目的。若其事務業經管理完畢，則無因管理關係，自因其目的達到而消滅。

(二) 當事人聲明終止 即本人或管理人表示不欲繼續管理之謂。本人對於管理人之管理事務，依第一七三條一項本有為一切指示之權，故得隨時向管理人表示不欲繼續管理，使其關係歸於消滅。至於管理人之管理本人事務，本出於自動，故亦得隨時向本人聲明不欲繼續管理，以終止其關係。但非有不可歸責於己之不得已

事由，於不利本人之時期聲明終止者，應賠償本人因之所受之損害。（第五四九條類推）

（三）本人之承認 事務開始管理後，經本人承認者，則于本人與管理人間，發生委任關係，應適用關於委任之規定。（第一七八條）其原有之無因管理，當然不能併存，故歸於消滅。

第五章 因不當得利而生之債

第一節 不當得利之意義

不當得利者，無法律上之原因，而受利益，致他人受損害之謂也。（第一七九條）我民法稱此受利益之人曰受領人；其受損害之他人，可稱受害人。由純理言：因自己之受益，致他人之受害，不可無法律上之原因；否則其結果即欠公平，應使受領人對於受害人，返還其所受之利益。因是于受領人與受害人間，遂生債權債務之關係。故不當得利，亦為債之發生原因。（三一四）

【三一四】不當得利之制度，亦發源于羅馬法；但當時只就各個情形，認不當得利，而無一般的規定。至十八世紀經自然法學者之苦心研究，始發見不當得利之基本原理。其後幾經變遷，乃成今日之制度。

不當得利，係指受領人與受害人間所存之不平狀態，其性質乃事件而非行為，與上述之契約、營業及無因管理不同。然此只就不當得利之本體而言。至其發生此種狀態之原因事實，非無為人之行為者，如誤認負他人債務，而為清償是也。

第二節 不當得利之要件

不當得利之成立，要具備左之條件。

(一) 要受領人已由他人受利益。受領人未受利益時，根本不生不當得利之問題。茲所謂利益者，專指財產上之利益，但其受益之態樣，則法無制限，故積極的增加受領人之收入，或消極的節省其應支出之費用，均無不可。又其利益必受自他人；即其受益原因，要與他人有關。通常多基于他人之交付財產與供給勞務，然不以此為限。舉凡受領人之行為，受害人之行為，第三人之行為，及自然界之事實，足使受領人受利益者，無不包含之。〔三一五〕其因受領人自己之行為而受利益之場合，若受領人因故意或過失，侵害他人之權利時，一面為不當得利，一面亦侵權行為，可生請求權之競合。

〔三一五〕其受益(一)有基于受領人之行為者，如甲誤以乙所有之酒，為自己之酒，而飲之是。二)有基于受害人之行為者，如甲誤認乙所有之馬，為自己之馬，而喂之是。(三)基于第三人之行為者，如甲以乙之肥料，下于丙之田地是。(四)有基于自然界之事實者，如甲池中之魚種，因大雨流入乙之池中是。

(二) 要受領人受利益致他人受損害。故受領人雖由他人受利益，然他人不因之受損害時，亦不成立不當得利。茲所謂損害者，亦限於財產的損害，其為積極的損害，抑為消極的損害，均非所問。但他人之受害，與受領人之受益，須有因果關係。其損害與利益之間，是否有因果關係之存在，祇須視其損害與利益，是否基于同一事實而生以決定之。至二者之內容是否同一，並是否有第三人行為介入其間，與其因果關係之存在，毫無影響。〔三一

六

〔三一六〕例如甲以食料喂乙之馬，則乙節省飼養費用，甲喪失食料二者之內容不同。又如甲誤以乙寄養之馬爲自己之物，賣于善意之丙，則甲所得之價金，有丙之行爲之介入，然均不失爲不當得利。反之，甲拋棄之動產，乙先占之時，其損益非基于同一事實而生，則非不當得利。

（三）要其受益無法律上之原因。若其受益基于法律上之原因，則爲正當得利而非不當得利。故無法律上之原因，實爲不當得利之最重要條件。惟何謂法律上之原因？學者之主張不一，可大分爲二說：卽統一說與非統一說是也。分述之。

（甲）統一說。此說謂法律上之原因，有一定之意義，非于各種之不當得利，異其觀念。其中又可分數說，舉其重要者：（1）公平說。以公平或正義爲法律上之原因。所謂無法律上原因者，乃指其受益違反公平或正義者而言。（2）債權說。以債權爲法律上之原因。故無債權而由他人受利益者，卽屬無法律上之原因。（3）權利說。謂一切權利均爲法律上之原因，不限于債權。所謂無法律上原因者，不外指無權利而由他人受利益者。

（乙）非統一說。此說謂「法律上原因」一語，非有統一之意義，依其受益之原因事實之不同，而有差異。卽（1）其受益基于他人之給付時，則他人所以爲給付之目的，卽其法律上之原因。如因清償債務而爲給付是。（2）其受益基于法律之規定時，倘其立法理由，係使受益人無償享受利益者，卽其法律上之原因。如因取得時效完成，而取得所有權是。（三一七）（3）其受益基于他之事實時，〔三一八〕若受益人有享受利益之權

利，即其法律上之原因，如因行使地上權，而使用他人之土地是。

【三一七】反之，因添附而取得所有權者，（第八一一條至第八一四條參照）其法律規定，純基于經濟的理由，非有使人無償享受利益之意，故生不當得利。（第八一六條參照）

【三一八】其他之事實，包含（1）受領人之行爲，（2）第三人之行爲，（3）受害人給付以外之行爲，（4）自然界之事實，在內。

夫法律設不當得利制度之根本理由，在糾正不公平之現象，使其趨于公平。故所謂法律上原因者，當然專指公平或正義而言。故以上述統一說中之公平說，較爲正當。但公平之觀念，極爲廣漠，不能統一的定其意義，應就各場合分別研究之；則非統一說，自亦有採取之價值。總之，法律上之原因，即公平；其受益是否公平，則應就各場合，依上述非統一說所定之標準判斷之。

法律上之原因，既指公平或正義，則無法律上之原因，即指其受益違反公平或正義。惟此法律上之原因，無須自始即不存在。其受益之始，雖有法律上之原因，其後業已消滅者，亦成立不當得利。（第一七九條後段）例如因訂立或履行契約，而爲給付，嗣後其契約被撤銷或解除，致自始無效是也。

第三節 不當得利之效力

不當得利成立時，受領人應返還其利益于受害人；（第一七九條前段）此爲不當得利唯一之效力。茲就其反還利益之義務分述之。

第一 返還義務之範圍

不當得利之受領人，應將其所受利益之全部，返還受害人。如本該利益更有所取得者，應一併返還之。（第一八一條前段）例如已就其所受領之物收取孳息，或為使用收益是也。但對此原則，有兩例外：

（一）受領人始終不知無法律上之原因，而其所受之利益，已不存在者，免其返還之責任。（第一八二條一項）簡言之：即善意受領人，僅於現存利益之限度，負返還之義務。現存利益云者，乃其所受之經濟上利益，於受害人請求返還之時，尚屬存續之謂。但其利益，當時是否尚保持其原有之狀態，則非所問。故如因消費其所受利益，而節省其應支出之費用，及因讓與其所受利益于他人，而取得價金，仍得謂為現存之利益。至其利益是否現存，應由受領人負舉證之責。故受領人不能證明其所受利益已不存在時，即不得免其返還之責任。

（二）受領人於受領當時，已知無法律上之原因者，應將受領時所得利益之全部，附加利息，一併返還。倘受害人尚受有損害，受領人亦應賠償。又受領人於受領之後，始知無法律上之原因者，應將知無原因之時所現存之利益，附加利息，一併返還。且應賠償受害人所受之損害。（第一八二條二項）此即惡意受領人返還義務之範圍。其應返還之利益，係以受領當時及知無原因之時存在者為準；故其利益縱於請求返還之時，已不存在，不問其不能存在之理由如何，受領人均不得免其義務。（三一九）又其所謂增加利息者，不以其所返還之利益為金錢者為限。即非金錢，亦應估計其價值，附加利息。

【三一九】故其利益雖因不可歸責于受領人之事由而不存在時，受領人仍不得依第二二五條一項免其義務。（日備鳩山秀夫日本債權法

以上係就受領人純得利益之場合而言。若受領人因保存其所受之利益已支出必要費用時自應依損益相抵之原則，由其利益額中扣除之。

第二 返還義務之標的物

受領人所受之利益，於受害人請求返還當時，尙保持其原有之狀態時，應以該利益自體返還受害人，是謂之原物返還。若其利益因其性質或其他情形，不能保持其原有之狀態時，則應償還其價額（三三〇）是謂之價額償還。（第一八一條但書）例如其受領之利益爲勞務，或其受領之物現已消費是。

【三三〇】其估價標準，法無規定，不外以受益當時受益地之價格計算之。

第三 返還義務之代位

善意受領人已將其所受之利益無償與第三人時，則其利益已不存在，依第一八二條一項規定，固得免其返還義務。但第三人應於其所免返還義務之限度內，代替受領人，負償還利益之責任。又於受領後始知無法律上原因之惡意受領人，於不知無法律上原因前，已將其利益無償讓與第三人，依第一八二條二項免其返還義務者，第三人亦負代還之義務，余稱之爲返還義務之代位。（第一八三條）蓋此際第三人純得利益，非使之代負返還責任，殊欠公允也。

第四節 特種之不當得利

不當得利之受領人，應負返還之責任，既如前述。但在特種之不當得利，有其受領人完全不負返還責任，或僅

於例外情形負返還責任者。茲列舉於左。

第一 因履行道德上義務之給付

道德上義務，非有法律上之拘束力，與法律上義務根本不同。故因履行道德上義務而為給付者，〔三二〕即屬無法律上之原因，當然成立不當得利。但其給付既出於義務人之任意，又為道德上所要求，民法為兼顧道德起見，特使給付人不得請求返還給付。（第一八〇條一款）

〔三二〕例如履行依破產法上協諧契約而得免除之債務是。

第二 因清償未到期債務之給付

附有履行期之債務，本應於履行期屆至時清償。倘債務人於履行期未到前，即清償其債務，則債權人因提前受領給付，而得分外之利益，亦可謂為不當得利。惟此項利益，為額無多，如使債務人仍得請求返還，無大實益，反增煩擾，故民法亦不許其請求返還。（第一八〇條二款）

第三 無償清償之給付

本無債務而為清償者，謂之無償清償，因此清償所為之給付，欠缺目的，其為不當得利也無疑。惟債務人明知不負債務而故為給付時，則其所受損失，咎由自取，法律無加以保護之必要。故不許其請求返還給付。（第一八〇條三款）反之，其清償出於錯誤者，則否。至其清償人是否明知不負債務，應由受領人負舉證責任。故受領人不能證明其為明知時，不得免其返還利益之義務。

第四 因不法原因之給付

因不法原因之給付者，謂其給付目的係法律所禁止之事項。如因賭博而給付金錢，因行賄而交付財物是也。夫不法原因，既爲法之所禁，故因不法原因所爲之給付，即屬無法律上之原因，亦爲不當得利。然給付人因爲違法行爲，致受損失，咎由自取，法律亦不予以保護，故使其不得請求返還利益。但此只就其不法原因存於受領人與受害人雙方者而言。若其不法原因僅存於受領人之一方，則與受害人無涉，仍應加以保護，故不失其請求返還利益之權利。例如因令他人勿再犯罪而給與金錢是也。（第一八〇條四款）

第六章 因侵權行爲而生之債

第一節 侵權行爲之意義

侵權行爲者，因故意或過失，不法侵害他人之權利，致他人受損害之謂也。（第一八四條一項）例如傷害他人之身體，毀損他人之物品皆是。侵權行爲成立時，其加害人對於被害人，負賠償損害之義務。故侵權行爲，亦爲債之發生原因。

侵權行爲乃民法上之違法行爲，與犯罪行爲爲之爲刑法上違法行爲者相當。刑法使犯罪人受刑罰之制裁，以防止犯罪行爲之發生，與民法之使侵權行爲人負賠償之義務，以防止侵權行爲之發生者，亦極相類。學術上有刑事責任與民事責任之名稱，即所以表明兩者有同等之性質。雖然，刑事責任專以方止未來之違法行爲（即鎮壓

不正)爲目的;反之,民事責任,則以排除過去之害惡(即填補損害)爲第一之目的,而防止未來之違法行爲,祇其第二之目的。故刑事責任之有無重輕,首視犯罪人主觀的情況,次及其行爲之結果。如(一)以故意過失爲犯罪之絕對的要件,(二)故意與過失兩者之責任重輕不同,(三)處罰犯罪之豫備陰謀及未遂,皆其明證。反之,民事責任之有無重輕,首視其行爲之結果,次及其行爲人主觀的情況。如(一)以損害之發生爲侵權行爲之絕對的要件,(二)故意與過失兩者之責任相同,(三)認無過失之侵權行爲,皆其明證。

侵權行爲雖與犯罪行爲不同,然兩者非絕對互相排斥。在實際上常有同一行爲,兼具侵權行爲與犯罪行爲之要件者。如竊取他人之所有物,傷害他人之身體,略誘他人之子女皆是。至例外場合,則有爲侵權行爲,而非犯罪行爲者;如過失毀損他人之衣服是。亦有爲犯罪行爲,而非侵權行爲者;如竊盜未遂是。

侵權行爲與債務違反(即廣義之不履行)同爲民法上之違法行爲。然侵權行爲,係侵害他人之權利;而債務違反,則係違反於他人所負之義務;二者之本質不同,故法律分別定規之。一派學者,有謂絕對權利有不可侵性,故其權利人有請求一般人不侵害其權利之權利,一般人對之應負不侵害之義務者。倘如斯說所主張,則侵權行爲之表面,爲侵害權利,其裏面即違反其不侵害之義務,而爲債務違反之一種;民法儘可規定之於債之效力之內,何必特設專章哉?其不足採也明矣。

第二節 侵權行爲之要件

侵權行爲,我民法上所規定者,計有四種:即(一)普通侵權行爲,(二)例外侵權行爲,(三)消極侵權行

爲及(四)共同侵權行爲。其成立要件，非盡相同。茲只說明其普通侵權行爲之要件，餘於第三節以下述之。普通侵權行爲之要件。可大分爲客觀的要件與主觀的要件二者。分說於左(第一八四條一項前段)

(甲)客觀的要件 可分爲二：

(一)要不法侵害他人權利 析述之：

(1)要他人之權利存在 侵權行爲，以他人之權利爲標的，故非他人之權利，現實存在，則不能成立。茲所謂他人之權利者，民法雖不限定其種類；然民法以保護私權爲目的，應解爲限於私權，而不包含公權。若爲私權，則不問其爲財產權、親屬權、或人格權，均可爲侵權行爲之標的。〔三三三〕但由我民法第二二五條二項之規定而解釋，應認債權爲相對權，而不得就之成立侵權行爲。蓋同項規定之意旨，係謂：債務人因給付不能之事由，對第三人有損害賠償請求權者，債權人得請求讓與其損害賠償請求權。則債權人自身對於第三人，不得以債權被侵害爲理由，直接請求賠償損害者，不難依此斷定。關於此點，從來本有積極消極兩說，尙未定論。我國判例，夙採積極說，學者亦一致贊同。〔三三三〕惟其對於第二二五條二項之規定，於認定債權有不可侵性之下，何以尙有必要，則不加說明，仍留疑義。故余不採其說。(第一部總論第二章第一節註七)

參看)

〔三三二〕反於他人之意思而描繪其肖像時，亦爲權利之侵害否歟？簡言之：法律上認肖像權之存在否歟？此爲從來學說之所爭。我國現行法上，尙乏承認肖像權之根據，但反於他人之意思，而描繪其肖像時，即屬蔑視他人之自由，應認爲自由權之侵害。

【三二三】大理院三年上字第八二九號判決，書高法院十八年上字第二六三三號判決，戴修瓚氏債總第八頁，陳瑾昆氏債總第一一頁李讓債總第七頁，蔡天錫麟氏債總第一一頁，周新民氏債總第二九頁參照。但陳瑾昆氏于其債總第三頁，又謂債權為相對權，戴修瓚氏債總第二頁，周新民氏債總第四頁，亦謂債權關係為相對關係，未免自相抵觸。

(2) 要侵害他人之權利 侵害權利云者，使權利內容之利益，不能實現之義，不以其權利之全部或一部已歸消滅為必要。故僅一時的妨害其權利之實現者，亦不妨謂為侵害權利。

為侵權行為者，不限於自然人，依我民法第二八條之規定，法人對於董事或職員因執行職務所加於他人之損害，法人應與行為人連帶負責。不外認法人機關之侵權行為，即法人自身之侵權行為，故法人亦得為侵權行為之主體。然第二八條係就私法人所設之規定。若國家或地方團體之公務員，因職務上行為加損害於他人時，亦應認為國家或地方團體之侵權行為否乎？則應分別情形論斷之。

(A) 其行為係執行職務之行為時 此際應視其行為為私法上行為，仰為公法上行為，而異其效果。若為私法上行為（如因建築公署而佔用民地）則國家或地方團體，與私人立於同等之地位，自應適用民法第二八條之規定。若為公法上行為（如因與外國戰爭而砲毀民居）則公務員係代表國家或地方團體，行使權力，與私法人之機關有別，故不得認為國家或地方團體之侵權行為，當然無民法第二八條之適用；除其他法令別有規定外，國家或地方團體及其公務員，均不負賠償責任。

(B) 其行為用違背職務之行為時 此際視其行為出於故意抑出於過失而異。即公務員因故意違背

對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害時（如警察官吏濫用職權，逮捕良民），公務員均應負賠償責任。反之，其行爲出於過失時，則以被害人不能依他項方法受賠償者爲限，負其責任。例如甲家遭匪患時，已以電話報告警署，因署長疎忽，不爲急速處分，致被洗劫，後又不知犯人爲誰，無從向其追贓是也。但以上均就被害人不得依法律上之救濟方法，除去其損害者而言。若被害人本得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不爲之者，公務員不負賠償責任。如無罪之被告，被推事因過失誤判有罪後，故意不依法提起上訴，遂至永受損害，卽其一例。（第一八六條）

（3）要係不法之侵害 故適法侵害他人之權利時，非侵權行爲。不法侵害云者，乃非適法之侵害之義。是以欲知何者爲不法侵害，應先研究何者爲適法侵害，茲只列舉適法侵害之事由（卽阻却違法之事由）於左。凡無此等事由存在之侵害權利，皆不法之侵害。

（A）權利之行使 行使權利，爲法律所許容，縱因此侵害他人之權利，亦不構成侵權行爲。其所行使之權利之爲私權抑爲公權，均可不問。但權利之濫用，非單純之行使，仍應負侵權行爲之責任。

（B）被害人之允許 侵害權利，預得被害人之允許時，不構成侵權行爲。因此際不啻被害人自侵害其權利故也。其允許應由被害人以一方的意思表示，向加害人爲之，乃單獨行爲之一種。〔三二四〕故其內容不得違反公序良俗，否則無效。（第七二條參照）如允許他人傷害自己之身體是。又爲此允許者，須有行爲能力。

【三二四】此種行爲，學者多稱之爲承諾。（陳運昆氏債總第九九頁，戴蔭瓊氏債總第一六一頁，蔡天錫麟氏債總第九三頁，周新民氏債總第一八一頁參照。）然此項意思表示，非必對於加害人之要約爲之，亦有自動爲之，宜改稱允許，方能包括無遺。

(C) 自衛行爲 即對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利，而侵害他人之權利時，非侵權行爲。但已逾越必要程度者，仍應負責。（第一四九條參照）

(D) 緊急行爲 因避免自己或他人生命、身體、自由、或財產上急迫之危險，致侵害他人之權利時，以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者爲限，不構成侵權行爲。但其危險之發生，行爲人應負責者，仍成侵權行爲。（第一五〇條參照）

(E) 自助行爲 爲保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束、押收、或毀損者，以其不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者爲限，不構成侵權行爲。（第一五一條參照）

(F) 無因管理 無因管理行爲，係爲本人之利益而爲之，爲法律所不禁。縱因此侵害他人之權利，亦不構成侵權行爲。但管理人因怠於管理上應施之注意，致侵害本人之權利，仍應任債務違反之責任。如救助人命時，因重大過失，而傷害其人之身體是也。（第一七五條）

(二) 要致他人受損害 析述於左：

(1) 要他人已受損害 民事責任，不制裁未遂，故侵害他人權利，他人不受損害時，不成侵權行爲。茲所謂

損害者，包含財產的損害與非財產之損害而言。故破壞他人之名譽者，雖多不影響於其財產，仍為侵權行為。

(2) 要其損害因侵害行為而生。即被害人所受之損害，與侵害權利之行為，要有因果關係。否則非侵權行為。因果關係之意義，已詳於第一部總論。茲不再贅。

(乙) 主觀的要件 亦可分為二：

(一) 須有責任能力 責任能力者，負擔民事責任所必需之能力也。責任能力，亦為侵權行為之要件。若無責任能力，縱客觀的不法侵害他人之權利，仍非侵權行為。

依我民法第一八七條之規定，責任能力之有無，純以意思能力之有無為標準。我國學者，有因此謂責任能力即意思能力者。^{〔三二五〕}然意思能力，乃辨別是非利害之能力，與責任能力之為負擔民事責任之能力者，觀念上非無差異，第在實際則尚無出入耳。

^{〔三二五〕}戴修瓚氏債總第一七五頁謂：侵權行為能力者，堪使負擔侵權行為上賠償義務之意思能力也。蔡天錫麟氏債總第七八頁謂：責任能力與意思能力同義。

我民法以意思能力之有無，為判定責任能力有無之標準。即有意思能力者，有責任能力；反之則否。凡自人通常有意思能力，故原則均有責任能力。其無意思能力因而無責任能力者，則屬於例外。是以民法不積極的規定，何者為有責任能力。只消極的規定，何者為無責任能力。行為人欲主張其無責任能力，應負舉證之

責。茲將我民法所認之無責任能力人列舉於左。舍此以外，皆有責任能力人。

(1) 無識別力之無行為能力人或限制能力人。即無行為能力人或限制能力人，於行為時無識別力者，無責任能力，其自己不負損害賠償之責任。(第一八七條一項後段)所謂無識別力者，乃無意思能力之義，即缺乏辨別是非利害之能力。倘行為當時，對於其行為已能為是非利害之判斷者，即為有識別力；是否能知其行為可生法律上之責任，則非所問。關於此點，非無反對之學說，三二六然我民法既非如日本民法第七一二條之有『辨識其行為之責任』之文句，自不能與日本民法取同一之解釋。反對說純從日儒鳩山秀夫及末弘嚴太郎之主張，實屬未當。三二七又能為是非利害之判斷，與已為此判斷不同。故行為人若能判斷，雖對其行為實際上未加判斷，仍不失為有識別力。

【三二六】戴修瓚氏債總第一七七頁謂：所謂識別力者，必須得辨別法律上應負何等責任。蔡天錫麟氏債總第七九頁，陳瑾昆氏債總第一〇三頁，亦為同一之主張。

【三二七】日本民法第七一二條規定：『未成年入加損害于他人之場合，不具足以辨識其行為之責任之知能時，就其行為不任賠償之責。』其國學者鳩山秀夫，(同氏日本債權法各論第八九七頁)末弘嚴太郎，(同氏債權各論第一〇六三頁)送解為須能辨識其行為之法律上責任。但橫田秀雄暉道文藝岡松參太郎川名兼四郎等，則不贊成其說。

(2) 無意識或精神錯亂之有行為能力人。有行為能力人，精神之發育雖已健全，但亦有一時陷於無意識或錯亂之狀態者。此際因其無意思能力，故亦無責任能力。(第一八七條四項)不負損害賠償之責任。

惟所謂無意識者，乃指全無意思作用之精神狀態，非止無意思能力。故由嚴格而言，無意識中之動作，因欠缺意思，並不成爲行爲，祇可謂爲事件；既不具備侵權行爲之客觀的要件，即無規定其無責任能力之必要。第一八七條四項中之「無意識」一語，未免贅設。

上列無責任能力人，雖不法侵害他人之權利，而非侵權行爲；其自己已不負民事責任，已如前述。但我民法爲圖當事人間經濟上公平起見，於被害人不得依法律規定向第三人請求賠償損害之時，許其聲請法院，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。（第一八七條三項四項）此種規定，單純基於社會政策上之理由，非欲藉此以防止侵權行爲之發生，故不得認爲對於侵權行爲所加之制裁。即其侵權行爲，仍不成立；其行爲人不過因侵害權利之事實，而負損害賠償之義務而已。

（二）須有故意或過失 我民法就於侵權行爲，探過失主義；非行爲人有侵害權利之故意或過失，則侵權行爲不成立。故意及過失之意義，與就於第一部總論債之效力中所述者相同。惟債之效力中之所謂過失，係指注意義務之違反。而茲所謂過失，則指單純之不注意；即因不注意而不預見其行爲可生某結果之義，至其是否不注意，則應就其行爲時之情況，以社會一般的觀念判斷之。又故意係結果之認識，而非違法之認識。故不知其行爲之爲違法，不得謂非故意。

第三節 例外侵權行爲

普通侵權行爲之成立，以侵害他人特定權利爲要件，已如前述。但我民法從德國民法，以他人之特定法益

與一般財產，亦得爲侵權行爲之標的。惟此種行爲，既非侵害權利，即與普通侵權行爲不同。故余特稱之曰例外侵權行爲，以示區別。

例外侵權行爲，我民法所規定者，共有兩種。即侵害法益行爲與侵害財產行爲是也。分述之：

第一 侵害法益行爲

侵害法益行爲者，因故意或過失，不法侵害他人之特定法益，而使他人受損害之謂也。特定法益云者，由保護個人之法律所生之特定利益之義。蓋法律常有保護個人使其享受利益，而不賦與以權利者。如刑法第二六八條對於未註冊商標與商號之保護，第三一九條對於安全之保護，第三三三條對於秘密之保護皆是。此等法益，亦爲人類生活上所必需，不亞於權利。故其被人侵害時，法律亦應予以救濟，此即我民法所以認特定法益得爲侵權行爲之標的也。（第一八四條二項）

侵害法益行爲之標的，固爲法律所保護之特定利益，但此特定利益，限於由保護個人之法律而生者。若僅由保護社會之法律之反射作用而受之利益，則不包含在內。例如刑法第一九七條至第一九九條，設有保護公眾交通之規定，個人因此獲得交通便利之實益是也，至何者爲保護個人之法律？何者爲保護社會之法律？應就各個法條具體的研究之。

侵害法益行爲，除其標的爲特定法益外，餘與普通侵權行爲無異，故亦應具備客觀及主觀兩要件。從行爲人非有侵害法益之故意或過失，即不負損害賠償之責任。但違反保護個人之法律者，通常均已預見或能預見

其可生侵害法益之結果；即常有侵害法益之故意或過失。且此種故意或過失之存在，極難證明，故我民法特明定違反保護他人之法律者，推定爲有過失。以免除被害人舉證之責任。（第一八四條二項）〔三二八〕

【三二八】德民第八二三條二項規定：「違反以保護他人爲目的之法律者，亦負同一之責任。從法律之內容，無過失得違反之之場合，只于有過失時，負賠償之責任。」不外減輕行爲人之責任。而我民法第一八四條二項，則定「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」反加重行爲人之責任。其立法理由何在？學者之著書，尙無論及之者。本文所述，僅屬作者個人之臆斷，不敢自信爲正當之見解。姑以此作爲研究本問題之提議而已。

第二 侵害財產行爲

侵害財產行爲者，故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人之一般財產之謂也。（第一八四條一項後段）一般財產云者，對於特定財產而言；即指財產之全部。加損害於特定財產時，則爲特定財產權之侵害，乃普通侵權行爲。反之，加損害於一般財產時，則不得謂侵害特定權利。故爲例外侵權行爲。例如有人於獵戶以槍射擊樹上野鳥之際，故作狂叫，使鳥驚飛，致不命中；及指示迷途者，以迂遠之路徑，使其多費川資皆是。此等場合，被害人財產上所受之損害，與其權利被人侵害者，情形相同，故法律亦予以同一之保護。

侵害財產行爲，既係侵權行爲之一，當然亦須具備客觀主觀兩要件。但有特別之點三：（一）其所侵害者，爲一般財產，而非特定權利。（二）其侵害行爲，只須違背善良風俗，不必違反法律。但其違背善良風俗之行爲，同時違反法律時，自亦包含在內。如誣告他人使受訟累是。（三）行爲人須有侵害財產之故意，若僅有過失，則

不負責任。

第四節 消極侵權行爲

普通侵權行爲，常係以一定作爲，侵害他人之權利。但我民法對於因一定不作爲，致侵害他人之權利者，亦設多數特殊規定，使行爲人負損害賠償之責任。總稱之曰消極侵權行爲。此種侵權行爲，學者有稱之曰特種侵權行爲者。^{【三二九】}然特種二字，義極廣泛，不足以表明此種侵權行爲之特徵。且依其所下之定義：特種侵權行爲者，乃侵害權利出於自己行爲以外事實之侵權行爲。^{【三三〇】}既云侵害權利出於自己行爲以外之事實，足見其自己並無侵害權利之行爲，純係就於其他事實而負責任，即不得仍謂侵爲權行爲。則其說之不可採也明矣。余以爲此種侵權行爲之特質，在因自己之不作爲而侵害他人之權利。^{【三三一】}故稱之曰消極侵權行爲。

【三二九】特種侵權行爲之名稱，爲日儒鳩山秀夫所創。（同氏日本債權法各論第八五一頁參照）我國學者多從之。戴修瓚氏債總第一八二頁，陳瑾昆氏債總第一〇九頁，蔡天錫麟氏債總第一〇一頁，周新民氏債總第一八八頁，李謨氏債總第七一頁參照。

【三三〇】戴修瓚氏債總第一八二頁參照。蔡天錫麟氏債總第一〇一頁，周新民氏債總第一八八頁，所下之定義，亦大同小異。

【三三一】日儒川名兼四郎債權要論第七一三頁，持同一之見解。

消極侵權行爲，我民法所規定者，計有四種：即（一）法定代理人之消極侵權行爲，（二）僱用人之消極侵權行爲，（三）動物占有人之消極侵權行爲，（四）工作物所有人之消極侵權行爲是也。分述之。

第一 法定代理人之消極侵權行爲

法定代理人之消極侵權行為者，無行為能力人或限制行為能力人之法定代理人因對於無行為能力人或限制行為能力人，疏于監督，致其無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利，使他人受損害之謂也。在此情形，其無行為能力人或限制行為能力人，若無責任能力，應由法定代理人獨負損害賠償之責。若有責任能力，則其行為同時為無行為能力人或限制行為能力人之普通侵權行為，故應由法定代理人，與無行為能力人或限制行為能力人，連帶負損害賠償之責任。（第一八七條一項）

法定代理人消極侵權行為之成立，有四要件：即（一）須其無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人之權利，致使他人受損害。但以客觀不法侵害為足，其主觀有無責任能力與過失，可以不問。又其不法侵害不要為積極侵害，即消極侵害亦可。如對於其所占有之動物，不為相當之管束，致加損害于他人是。（第一九〇條一項參照）（二）無行為能力人或限制行為能力人之不法侵害，須因其法定代理人疏于監督而生；即其疏于監督，與不法侵害，要有因果關係。（三）其疏于監督，須基于故意或過失。（即疏懈）（四）其法定代理人于不法侵害當時，要有責任能力是也。但上述（二）（三）兩要件，法律推定其存在，被害人不負舉證責任；其法定代理人必須提出反證，證明其監督並未疏懈，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，方能免其損害賠償之責任。（第一八七條二項）

第二 僱用人之消極侵權行為

僱用人之消極侵權行為者，僱用人對於受僱人不為適當之選任或監督，致受僱人因執行職務，不法侵害

他人之權利，使他人受損害之謂也。在此情形，其僱用人應與其受僱人連帶負擔損害賠償之責。（第一八八條一項前段）所謂僱用人受僱人云者，由其文義言，似專指僱傭關係之當事人；但依此解釋，則本條適用範圍，未免過狹，殊失立法之本意，故應解為，凡受他人選任監督為其辦理事務者，皆得謂之受僱人；他人即僱用人。其相互間之關係，為僱傭抑為委任，或為其他之關係，均非所問。但承攬人不受定作人之監督，故無本條之適用；承攬人因執行承攬事務，不法侵害他人之權利時，定作人以于定作或指示有過失者為限，方負擔損害賠償之責任。（第一八九條）此際其賠償責任，既基于定作或指示行為而生，即非消極侵權行為。

僱用人消極侵權行為之成立，須具備五要件：即（一）須其受僱人已為侵權行為，即受僱人之行為，須具備普通侵權行為之要件。（二）受僱人之侵權行為，須因執行職務而為之。執行職務云者，辦理僱用人所交辦之事件，及為辦理上所必要之一切行為之謂。如汽車夫之駕駛汽車是。（三）受僱人之侵權行為，須因僱用人不為適當之選任及監督而生。（四）其不為適當之選任及監督，要基于故意或過失。（五）僱用人于受僱人為侵權行為之當時，有責任能力是也。但上述（三）（四）兩要件，法律推定其存在，被害人負舉證之責任；僱用人必須提出反證，證明其于選任受僱人及監督其執行職務，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，方得免損害賠償之責任。（第一八八條一項但書）

僱用人具備上舉五要件時，應與受僱人連帶負責，已如前述。但此係就對外關係而言。由其內部相互關係而觀，則僱用人純受受僱人之牽累，故僱用人於已為賠償之後，得向受僱人行使求償權。（同條三項）又僱用

人已能提出反證，證明其已爲適當之選任與監督或其損害之發生，與其不爲適當之選任與監督無因果關係時，其消極侵權行爲，雖不成立，但民法爲圖當事人經濟上公平起見，仍許被害人聲請法院，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。（同條二項）蓋非如是，則被害人只得專向受僱人請求賠償損害，而受僱人又多乏資力，無可清償，被害人之權利，不免有名無實故也。

第三 動物占有人之消極侵權行爲

動物占有人之消極侵權行爲者，動物占有人，對於動物不爲適當之管束，致其動物加損害于他人之謂也。此際其動物占有人對於被害人，應負損害賠償之責。（第一九〇條一項前段）茲所謂動物者，法律不限定其種類；凡鳥獸、蟲類，無不包含在內。其加害之方法，不問其爲直接間接；但必須出于動物獨立之行動。若故意利用動物加損害于他人（如嗾犬噬人）則爲普通侵權行爲，而非本條之消極侵權行爲。若爲動物之獨立行動，縱由于人類或他動物之挑動（如以石投犬，犬怒而噬人）亦無不可。

動物占有人消極侵權行爲之成立，須具備四要件：即（一）須其所占有之動物，加損害于他人。（二）其動物之加害他人，須因占有人不依動物之種類及性質爲適當之管束而生。（三）其不爲適當之管束，須基于故意或過失。（四）須其占有人于動物加害他人之當時，有責任能力是也。但（二）（三）兩要件，法律推定其存在，被害人負舉證之責；占有人必須提出反證，證明已依動物之種類及性質，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，方得免其損害賠償之責任。（第一九〇條一項但書）

動物占有人具備上述要件時，固應賠償被害人之損害；但其動物係由第三人或他動物之挑動，致加損害于他人時，其占有人對於該第三人或該他動物之占有人有求償權。（第一九〇條二項）

第四 工作物所有人之消極侵權行爲

工作物所有人之消極侵權行爲者，土地之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，其所有人事前不加防止之謂也。在此情形，其工作物所有人對於被害人，應負損害賠償之責。（第一九一條一項前段）土地之上之工作物者，謂以土地爲基礎，施以工作所成之物，如房屋、工場、溝渠、堤防、水井、電桿、地窖等皆是。設置或保管有欠缺云者，其工作物於設置之始，存有瑕疵，或其後發生瑕疵之謂。前者如材料不良，後者如久未修繕是。

工作物所有人之消極侵權行爲之成立，須具備四要件：即（一）須其土地上之工作物，因設置或保管欠缺，致損害他人之權利。倘其設置及保管並無欠缺，純因天災地變或其他類似之事由，致損害他人之權利，或縱無欠缺仍不免發生損害時，其侵權行爲不成立。但其設置或保管之欠缺，只要爲損害發生之共同原因，無須爲其唯一之原因。（三三二）（二）其所有人事前不防止其損害之發生。（三）其不防止損害之發生，須基于故意或過失。（四）須其所有人，于工作物損害他人權利之當時，有責任能力是也。但（二）（三）兩要件法律推定其存在，被害人負舉證之責；其所有人必須舉出反證，證明其於防止損害之發生，已盡相當之注意，方得免其損害賠償之責任。（第一九一條一項但書）

【五三二】例如甲之家屋，建築先不堅固，旋遇颶風倒塌，壓傷乙之足部。則建築不堅固，亦為乙受傷原因之一，故甲不得免其賠償責任。

工作物所有人，具備上述要件時，固應賠償被害人之損害，但其損害之發生，如別有應負責任之人（如建築承攬人）則其所有人對於該應負責者有求償權。（第一九一條二項）。

第五節 共同侵權行為

第一款 共同侵權行為之意義

共同侵權行為者，數人共同不法侵害他人權利之謂也。（第一八五條一項前段）例如數人共同毆傷一人，或共同毀損一物是。

共同侵權行為之成立，須其行為人，主觀方面，有責任能力及故意或過失；客觀方面，不法侵害他人之權利，致他人受損害；此與普通侵權行為同。所異者，有多數行為人，對於同一之權利，均加不法之侵害而已。若數人因故意或過失，對於同一之權利，均加不法之侵害，且其各個之侵害行為，與被害人所受之損害，均有因果關係時，不問其各個行為之態樣，是否相同，均成立共同侵權行為。故一人之行為出于故意，他人之行為出于過失，又其各人之分担部分不同者（如甲對丙施脅迫乙取其財物）仍不失為共同侵權行為。

共同侵權行為之成立，除數人對於同一之權利，均加不法侵害外，其數人相互間，是否尚須有意思之聯絡？從來有積極消極兩說。主張積極說者，謂共同侵權行為之成立，須其行為人有共同之意思。因在有共同意思時，各行為人均利用他行為人之行為，以達其自己之目的，不啻已單獨為其全部之行為，故應負全部之責任。所謂共同意

思者，乃數行爲人就于侵害權利之結果有共同之認識之義，不以通謀爲必要。主張消極說者，謂數人同時侵害一個權利時，其各人之行爲，既與損害均有因果關係，即應對其結果負全部之責任，無須有共同之意思。我國學者戴修瓚、蔡天錫、麟周新民諸氏從積極說，陳瑾昆氏從消極說。〔三三三〕余謂我民法第一八五條之解釋，應採消極說。蓋依積極說時，則同條一項後段所規定之「不能知孰爲加害人」之情形，主觀既有共同之意思，即屬共同侵權行爲，已被包含于同項前段之內。無再設後段規定之必要。若如戴氏所主張，同項後段之情形，係指無共同意思者而言，（見戴氏債總第二一一頁）則無共同意思者，在不知其孰爲加害人時，既因其有特別規定，應負共同侵權行爲之責任。而在已知其全體均爲加害人之時，（如甲乙各放槍均中丙要害）斷無反不構成共同侵權行爲之理。（戴氏主張此非共同侵權行爲見其債總第二一一頁）此即余贊同消極說之重要理由也。但消極說只主張共同侵權行爲人無須有共同意思，非謂不可有共同意思。若有共同意思時，其成立侵權行爲，更無待論。且在有共同意思時，應認各行爲人已爲其全部之行爲，故一行爲人之侵爲行爲雖屬未遂，若他人既遂時，該行爲人亦應認爲既遂，不得免其責任。如甲乙通謀各別放槍射丙，甲中而乙不中是也。〔三三四〕

〔三三三〕戴氏債總第二〇八頁，蔡氏債總第九八頁，周氏債總第二一六頁，陳氏債總第一〇六頁參照。大理院判決五年上字第一〇一二號謂：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，分別負擔賠償責任。其採積極說也無疑。

〔三三四〕在各行爲人有共同意思時，可稱「主觀的共同侵權行爲」。無共同意思時，可稱「客觀的共同侵權行爲」。在客觀的共同，須其各人之行爲，與損害之發生，均有因果關係，故一人之行爲未遂時，該行爲人即不負責任。反之，在主觀的共同，視爲各行爲人均已爲其全部之行

爲，故一人之行爲雖未遂，亦應對於他人之行爲負其責任。

第二款 共同侵權行爲之效力

共同侵權行爲之各行爲人，連帶負損害賠償之責任，（第一八五條一項前段）應適用關於連帶債務之規定。除對於被害人負全部責任外，其在內部相互之關係，則以平等之比例，分担義務。故其一行爲人已爲其負擔部分以外之賠償時，依第二百八十一條之規定，對於他之行爲人有求償權。

第三款 準共同侵權行爲

準共同侵權行爲者，數人無共同之意思，同時對於一個之權利，加不法之侵害，而不知其侵害行爲孰爲既遂者之謂也。例如甲乙同時放槍殺丙，不知其彈孰中是。此種行爲有二特徵：（一）其各行爲人須無共同之意思。否則應認其全體之行爲均屬既遂，乃真正共同侵權行爲，而非準共同侵權行爲。（二）其各行爲人之行爲，須不知孰爲既遂者，即不知孰爲加害人。倘已知孰爲加害人，則應由加害人單獨負責，他之行爲人不負責任，亦非準共同侵權行爲。

準共同侵權行爲，我國學者有稱之曰共同危險行爲者。^{〔三三五〕}然其侵害行爲中，有已生實害者，統稱之爲危險行爲，未免名不符實。余以其各行爲人之侵害行爲，與損害之間，非均有因果關係，實非共同侵權行爲，僅其性質與之類似，故稱之曰準共同侵權行爲。

〔三三五〕戴修瓚氏債總第二一一頁，蔡天錫麟氏債總第九九頁，周新民氏債總第二一七頁參照。

準共同侵權行爲之各行人，亦連帶負損害賠償之責。（第一八五條一項後段）蓋各行人爲人既已實施侵害行爲，被害人又已受實害，在其加害人不明之時，自應推定其損害基於其一切侵害行爲而生，使其全體連帶負責。

第四款 擬制的共同侵權行爲

共同侵權行爲之成立，須其各行人均實施侵害行爲。若僅教唆他人使之實施侵權行爲，或幫助其實施侵權行爲時，本非共同侵害權利。但民法視爲共同侵害權利，此即擬制的共同侵權行爲。（第一八五條二項）

教唆與幫助不同。教唆者，謂使他人人生侵權行爲之決意之行爲，民法稱其行爲爲人曰造意人。幫助者，謂爲侵權行爲以外之補助行爲，民法稱其行爲爲人曰幫助人。教唆及幫助之成立，以他人已爲侵權行爲爲必要。若他人未爲侵權行爲，或其所爲之行爲不構成侵權行爲時，無所謂教唆或幫助，即不得視爲共同侵權行爲。但其教唆或幫助自體，已具備侵權行爲之要件時，仍成立普通侵權行爲。如教唆無責任能力人爲侵權行爲之場合，即其一例。【三三六】

【三三六】此可稱間接侵權行爲，相當于刑法上之間接正犯。

造意人及幫助人，視爲共同行爲人，應與侵權行爲人連帶負責。蓋二者對於損害之發生，均與以助力，較之共同實施侵權行爲者，究無大異故也。

第六節 侵權行爲之效力

侵權行爲成立時，其加害人應負損害賠償之責任，是乃其唯一之效力。此種損害賠償，固應適用通則之規定。（第二一三條至第二一八條）但民法尙設少數特則，茲分述于左。

第一 損害賠償之權利人

損害賠償權利人，原則爲被害人自身。但在不法侵害他人致死之場合，第三人例外有請求賠償損害之權利。蓋此際其被害人既已死亡，不能請求賠償，其繼承人復不得繼承其請求損害賠償之權利。（第一九五條二項參照）應使其間接被害之第三人，得獨立請求賠償，以昭公允。茲所謂第三人，法律上亦有制限，計有三種：即（一）支出死者殯葬費用之人，（二）對於死者有法定扶養權利之人，（三）死者之父母子女及配偶是也。（第一九二條第一九四條）

第二 損害賠償之範圍

損害賠償之範圍，依其權利人之不同而有差異。即（一）第三人爲權利人之場合；（甲）對於支出殯葬費者，應賠償其已支出之費用。（乙）對於法定扶養權利人，應支付扶養費。（丙）對於死者之父母子女配偶，應賠償其所受非財產上之損害。（第一九二條第一九四條）若（一）第三人兼有上述三項之身分，得同時請求上述三種之損害賠償。（二）被害人爲權利人之場合；（甲）在不法侵害其身體、健康、名譽、或自由之時，應賠償其所受財產上與非財產上一切之損害。（第一九三條第一九五條一項）（乙）在不法侵害其財產權及其他權利之時，只須賠償其財產上之損害，不必賠償非財產上之損害。此點民法雖無明文規定，然依第一

九五條一項之反面解釋，得推知之。(三三七)

〔三三七〕日民第七一〇條規定：「不問侵害他人之身體、自由、或名譽之場合，抑侵害財產權之場合，依前條之規定，任損害賠償之責者，對於財產以外之損害，亦要為賠償。」故其國判例學說，均謂因財產權被侵害之結果，受財產以外之損害時。(例如因家寶被人毀損，精神上感覺苦痛)亦得請求賠償。日本大審院明治四三年六月七日判決，末弘嚴太郎債權各論第一一〇七頁參照。)我民法第一九五條一項規定不同，不得取同一之解釋。

第三 損害賠償之方法

損害賠償之方法，除適用第二一三條至第二一五條之一般規定外，尚有左之特殊規定。

(一) 因不法侵害生命、身體、健康、名譽、自由、所生非財產上之損害，不問受此損害者之為被害人抑為第三人，均應以相當金額賠償之。此種金額，即第十八條二項所謂之慰撫金。其在不法侵害名譽時，其被害人除請求慰撫金外，並得請求為回復名譽之適當處分。如登報道歉之類。(第一九四條第一九五條一項)

(二) 不法侵害身體或健康，致被害人喪失或減少勞動能力，或增加生活上之需要(如因傷足出必乘車)者，法院得因當事人之聲請，使加害人支付定期金，並命其提出担保，以代一次賠償其總額。(第一九三條)

(三) 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。(第一九六條)

(四) 因不法侵害他人之自由(如脅迫詐欺之類)而取得債權者，應向被害人廢止其債權。如銷燬被害人所發行之票據之類是。(第一九八條)故其被害人有廢止請求權。此種權利，學者有解為第九二條之撤銷

權者〔三三八〕然撤銷權乃形成權而非請求權；且第九三條所定撤銷權消滅之期間，乃除斥期間，而非消滅時效；二者不能混而爲一，應嚴格區別之。但此兩種權利，不妨併存耳。

〔三三八〕戴修瓚氏債總第二二九頁謂：第一九八條之廢止請求權，即第九二條之撤銷權；第一九八條之消滅時效，即第九三條所定之撤銷權行使期間。

第四 損害賠償請求權之移轉性

因侵權行爲所生之損害賠償請求權，不外債權之一種，原則均有移轉性，得爲繼承及讓與之標的。但因不法侵害身體、健康、名譽、自由所生非財產上損害賠償請求權，以慰藉被害人自身之精神爲目的，應由被害人自行行使之。故非其慰撫金請求權已依契約承諾或已起訴者，不得讓與或繼承。（第一九五條二項）

第五 損害賠償請求權之消滅時效

因侵權行爲所生之損害賠償請求權，民法爲使其法律關係速歸終結起見，特設短期時效。即（一）其權利人已知其有損害及賠償義務人時，自知之時起二年間不行使而消滅。（二）其權利人不知其有損害，或雖知有損害，而不知賠償義務人時，自行爲之時起十年間不行使而消滅。（第一九七條一項）

損害賠償請求權之消滅時效完成時，其被害人固不得請求加害人賠償損害；但其加害人已因侵權行爲受有利益，致被害人受損害時，被害人於時效完成後，仍得依不當得利之規定，請求加害人返還其所受之利益。（第一九七條二項）又加害人因侵權行爲對於被害人取得債權者，被害人廢止該債權之請求權，雖因時效

而消滅，仍得對於加害人拒絕履行。（第一九八條）蓋非如是，則明知被害人因他人侵權行為而負債務，仍強制其為給付，未免違反正義也。

附錄

一 民法債編施行法

十九年二月二十日公佈
十九年五月五日施行

第一條 民法債編施行前發生之債，除本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。但自其時效完成後，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。

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，逾百分之二十者，亦應適用之。

第五條 民法債編施行前發生之利息債務，於施行時尙未履行者，亦依民法債編之規定，定其數額。但施行時，未付利息之總額，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，至施行後不履行者，依民法債編之規定，負不履行之責任。

前項規定，於債權人拒絕受領及不能受領時，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 民法第二百零八條之公認證書，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，簽名蓋章。

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為抵銷。

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為長者，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。

前項契約訂有期限者，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為長者，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。但應有法院、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。

二 民法債編立法原則

十八年六月五日中央政治會議議決

第一 基於債務關係，債權人有向債務人要求給付之權利。

給付不以有財產價格者爲限。

不作爲亦得爲給付之標的。

第二 在中國境內支付之金錢債務，雖以外國通用貨幣定給付額者，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，或當事人意思，不得不以外國通用貨幣給付者，不在此限。

第三 最高限之利率，定爲週年百分之二十。

法定利率，定爲週年百分之五。

預約以至清償期之利息，估本再生利息者，其預約無效。但債務人營銀錢業或儲蓄機關者，不在此限。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。

第四 損害之賠償，以行爲時當事人所預見者爲限。

第五 除因故意或重大過失所加之損害外，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。

第六 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。

第七 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，代行使其請求權。但專屬於債務人者，不在此限。

第八 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。

第九 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。

第十 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。

第十一 因契約互負債務者，於他方未為給付前，得拒絕給付。

第十二 當事之一方，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。

第十三 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。

第十四 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。

被保護人不法侵害他人權利者，其保護人應連帶負賠償責任。

第十五 因物所生之損害，該物之占有人，應負賠償責任。

