

書叢學法界世

論總編債法民國中

著編源振吳

版出社學政法界世

行印局書界世

中國民法債編總論

日本明治大學法學士
中央政治學校教授

吳振源著

中華民國二十三年三月出版

中國民法債編總論（全一冊）

定價大洋三元八角

（外埠酌加運費匯費）

編著者 吳振源

出版者 世界法政學社

印刷者 世界書局

發行所 上海及各省 世界書局



發行所

本書負責校對者 徐之俊 何衡孫

例言

一、債法爲經濟生活之樞紐，著者對於債權法理之研究，興趣獨濃，歷在各校教學，亦主講是編。本書即係就著者歷年講學各院校之講稿，增刪彙集而成。

二、本書雖題名『中國民法債編總論』，但對於立法例及學說，莫不擇其要者，詳加引證或批評，期於實用及學理研究，兩有裨益。

三、本書對於中外重要判例，間亦採用，以爲現行法解釋之助。

四、本書對於國內各家所主張之反對見解，亦略予舉述，但不指明姓氏，免生誤會。

五、本書引用法文，多用略語。如我國現行民法，稱『我民法』，或僅用一『民』字。我國新舊兩民律草案，稱『新草』或『舊草』。德意志民法，稱『德民』。法蘭西民法，稱『法民』。日本民法，稱『日民』。意大利民法，稱『意民』。奧地利民法，稱『奧民』。西班牙民法，稱『西民』。瑞士債務法，稱『瑞債』。蘇俄民法，稱『俄民』。餘如此例。與一般用語例，無大出入。

六、債之發生一節，乃債法中最難明澈之一部。著者素常研究，即特別注意。故本書於此節，敘述亦獨詳。

七、本書對於法律名詞，如爲現行法典固有者概從之。如現行法尙無專門術語，則採法學界慣用者，以

便閱讀。

八、本書於各法律名詞之下，均用括弧，添註西文，以便讀者參考。

九、本書編著中，適有日本新興學者我妻榮氏近著『中華民國民法債編通則』一書出版，於我民法之解釋，深得其助。

十、本書編著當時，雖經反覆推敲，但債權法理，日新月異，著者學淺，舛訛遺漏，定所難免，幸乞讀者見教，以便再版時訂正。

目次

緒言.....一

第一節 債法.....一

第一款 債法之意義.....一

第二款 債法之地位.....一

第三款 債法之命名.....二

第四款 債法之性質.....四

第五款 債法之新趨勢.....六

第二節 債.....一

第一款 債之本質.....一

第二款 債權與請求權.....一五

第三款 債務與責任.....一六

第四款 自然債務.....一七

債編通則……………一九

第一節 債之發生……………一九

第一款 契約……………二二

第一項 契約之意義及其性質……………二三

第二項 契約之類別……………二五

第三項 契約之成立……………三一

第一目 總說……………三一

第二目 要約……………三三

第三目 承諾……………四一

第四項 懸賞廣告……………四七

第一目 懸賞廣告之性質……………四七

第二目 懸賞廣告之要件……………四八

第三目 懸賞契約之成立……………五〇

第四目	懸賞契約之效力	五一
第五目	懸賞廣告之撤銷	五二
第六目	擇優給獎廣告	五四
第二款	代理權之授與	五七
第一項	代理權與授權行爲	五七
第二項	共同代理權	五九
第三項	無權代理	六〇
第三款	無因管理	六四
第一項	總說	六四
第二項	無因管理之要件	六五
第三項	無因管理之效力	六九
第四款	不當得利	七四
第一項	總說	七四
第二項	不當得利之成立要件	七五

第三項 不當得利之效果	七八
第五款 侵權行爲	八三
第一項 總說	八三
第二項 侵權行爲之成立要件	八五
第一目 總說	八五
第二目 客觀要件	八六
第三目 主觀要件	九二
第三項 特殊之侵權行爲	九七
第一目 總說	九七
第二目 公務員之侵權行爲	九八
第三目 無責任能力人之侵權行爲	九九
第四目 受僱人之侵權行爲	一〇二
第五目 承攬人之侵權行爲	一〇五
第六目 動物占有人之賠償責任	一〇六

第七目	工作物所有人之賠償責任	一〇八
第四項	侵權行爲之效果	一一〇
第二節	債之標的	一一七
第一款	總說	一一七
第一項	債之標的之意義	一一八
第二項	債之標的之要件	一二一
第三項	債之標的之種類	一二三
第二款	特定之債	一二八
第三款	種類之債	一二八
第一項	種類之債之意義	一二九
第二項	給付品質之確定	一二九
第三項	種類之債之特定	一三一
第四項	限定種類之債	一三五
第四款	貨幣之債	一三六

第一項 貨幣之債之意義	一三六
第二項 內國貨幣之債	一三七
第三項 外國貨幣之債	一三九
第五款 利息之債	一四〇
第一項 利息之意義	一四〇
第二項 利息之債之特質	一四二
第三項 利息之種類	一四三
第四項 利率	一四五
第五項 複利	一四七
第六款 選擇之債	一四九
第一項 選擇之債之意義	一四九
第二項 選擇	一五三
第一目 選擇權	一五三
第二目 選擇權人	一五三

第三目	選擇權之行使	一五四
第四目	選擇權之移轉	一五五
第五目	選擇之效力	一五七
第三項	選擇之債與給付不能	一五八
第七款	損害賠償之債	一六〇
第一項	損害賠償之債之意義	一六〇
第二項	損害賠償之債之要件	一六三
第三項	損害賠償之方法	一六六
第四項	損害賠償之範圍	一六九
第五項	損害賠償之計算	一七〇
第六項	過失抵銷	一七二
第七項	損益抵銷	一七三
第三節	債之效力	一七五
第一款	給付	一七六

第一項	給付之意義及方法	一七六
第二項	故意過失及事變	一七七
第一目	故意	一七八
第二目	過失	一七九
第三目	事變	一八一
第四目	故意過失之責任	一八二
第三項	給付不能	一八六
第一目	給付不能之意義	一八六
第二目	給付不能之種類	一八七
第三目	給付不能之效力	一八八
第四項	不給付及不完全給付	一九一
第五項	賠償責任人之代位	一九二
第二款	遲延	一九四
第一項	總說	一九四

第二項	債務人遲延	一九五
第一目	債務人遲延之意義	一九五
第二目	債務人遲延之要件	一九五
第三目	債務人遲延之效力	一九九
第三項	債權人遲延	二〇二
第一目	債權人遲延之意義	二〇二
第二目	債權人遲延之要件	二〇三
第三目	債權人遲延之效力	二〇七
第三款	保全	二一〇
第一項	總說	二一〇
第二項	債權人代位權	二一〇
第一目	代位權之意義	二一〇
第二目	代位權行使之要件	二一二
第三目	代位權之標的	二一三

第四目 代位權之行使及其效力	二一五
第三項 債權人撤銷權	二一六
第一目 撤銷權之意義	二一六
第二目 撤銷權行使之要件	二一八
第三目 撤銷權之行使及其效力	二二三
第四目 撤銷權之消滅	二二五
第四款 契約	二二五
第一項 總說	二二五
第二項 契約標的之原始不能	二二六
第三項 契約之確保	二二九
第一目 定金	二二九
第二目 違約金	二三四
第四項 契約之解除及終止	二三九
第一目 契約解除之立法沿革	二三九

第二目	契約解除及終止之意義	二四〇
第三目	解除權之發生原因	二四三
第四目	解除權之行使	二四八
第五目	解除之效力	二四九
第六目	解除權之消滅	二五二
第五項	雙務契約之效力	二五三
第一目	雙務契約之性質	二五四
第二目	同時履行之抗辯	二五五
第三目	危險負擔（雙務契約之後發不能）	二六〇
第六項	關於第三人之契約	二六四
第一目	總說	二六四
第二目	由第三人爲給付之契約	二六五
第三目	向第三人爲給付之契約	二六六
第四節	多數債務人及債權人	二七三

第一款 總說	二七四
第二款 可分之債	二七五
第三款 連帶之債	二七七
第一項 總說	二七七
第二項 連帶債務	二七七
第一目 連帶債務之意義及種類	二七八
第二目 連帶債務之效力	二八一
第三項 連帶債權	二八九
第一目 連帶債權之意義及種類	二八九
第二目 連帶債權之效力	二九〇
第四款 不可分之債	二九三
第五節 債之移轉	二九六
第一款 總說	二九六
第二款 債權讓與	二九七

第一項	債權讓與之意義	二九七
第二項	債權之讓與性	三〇〇
第三項	債權讓與之效力	三〇二
第一目	讓與人受讓人間之效力	三〇二
第二目	對債務人之效力	三〇三
第三款	債務承擔	三〇六
第一項	債務承擔之意義	三〇六
第二項	債務承擔之效力	三一〇
第三項	特種債務承擔	三一二
第六節	債之消滅	三一三
第一款	通則	三一三
第二款	清償	三一六
第一項	清償之意義	三一六
第二項	清償人與受領權人	三一八

第三項	清償地	三二二
第四項	清償期	三二四
第五項	清償費用	三二四
第六項	清償之方法	三二五
第七項	清償之抵充	三三〇
第八項	清償之證明	三三一
第三款	提存	三三四
第一項	提存之意義	三三五
第二項	提存之原因	三三六
第三項	提存之要件	三三七
第四項	提存之效力	三三八
第四款	抵銷	三四一
第一項	抵銷之意義	三四一
第二項	抵銷之要件	三四二

第三項	抵銷之方法	三四六
第四項	抵銷之效力	三四七
第五款	免除	三四八
第一項	免除之意義	三四八
第二項	免除之方法	三四九
第三項	免除之效力	三四九
第六款	混同	三五〇
第一項	混同之意義	三五〇
第二項	混同之效力	三五一

緒論

第一節 債法

第一款 債法之意義

何謂債，應於次節敘述。債法者，以債之關係爲其規定對象，即規定債權債務之法律關係之法也。形式的債法，專指民法債編。實質的債法，則并民法其他各編，及公司、保險、票據、海商、等民事特別法，土地、礦業、漁業、等行政法中，關於債之規定，皆屬之。學者或稱前者曰狹義的債法，後者曰廣義的債法。就民法債編與此外關於債之規定之關係上言，一爲普通法，他爲特別法。惟通常稱債法者，多指形式的債法言。

第二款 債法之地位

於法典上，債法所居之地位如何？立法例不一：大別之，有規定於民法法典中者，有別設單行法者。前之立法，又有以債法定爲民法法典中獨立一編者，與不然者。其不獨立一編者，更或以與物權法合定於財產

關於債法之地位
立法例

何謂債法
形式的債法
實質的債法
狹義的債法
廣義的債法

編，如普魯士國法、奧地利民法，是或以債權爲財產取得之方法，而定於財產取得編中，如法蘭西、意大利、葡萄牙等，及其他法法系諸國之民法，屬之。至於民法法典中獨立一編之立法，亦有羅馬式編纂與德意志式編纂之不同。依羅馬式編纂，將其置於物權編之後。依德意志式編纂，則將其置於物權編之前。蓋一以物權關係重於債之關係爲理由，他以債之發生先於物權（即認債之關係係取得物權之方法）爲原因，故異其位置。前者如日本、索遜等民法，匈牙利民法草案，及蘇俄新民法是。後者如德意志、暹羅、民法，屬之。至如瑞士債務法，因先於其國民法而頒行，故形式上，竟垂爲單行法，而與上述諸國之立法異。惟自實質上考之，以解爲民法法典之一編，亦無不可。

我國古無民法專典，關於民事之規定，僅散見於歷代例律。然其不備，勿待煩言。遞嬗因襲，垂數千年，迄於清季，始有民律草案之編訂。該案共分五編，債權位於物權之前，蓋純探德意志式之編纂方法。民國肇興，變亂未已，立法事業，幾經挫磨。十五年冬，雖有民律案第一第二兩編之刊布，然終未能垂爲正式法典。其編纂式，與前案同。至於民法全典之正式公布，則始自近今。仍從德意志式之編纂，將債法列爲第二編。已於十八年十一月二十二日公布，翌年五月五日施行，是爲現行法。

於我法
與債法
之地位
及其立
法沿革

第三款 債法之命名

「債」法以
「債」名
因編之起

以「債」
名編之
理由

以「債」
名編之
當否

現行民法第二編定名曰『債』，是否允當？不無疑義。考我國舊民律草案第二編，定名曰『債權』。及朱學曾吳柄樞兩先生先後手訂該法，皆以瑞士債務法爲藍本，故其編名，亦改稱『債務』。然均未能蕪事。民國十五年前，北京司法部，呈奉大總統指令，准予參酌採用之民律草案第二編，則以『債』名之。當時學者，多所訾議。現行民法從之。其理由，無非謂：債之關係，乃兩相對立之特定人格者間之法律關係，規定此等關係之法規，如單稱債權法或債務法，均不足以概雙方，且在現行法，乃探複本位主義，權利與義務，同爲立法之基礎，故尤宜以『債』之一語名編，庶可表現立法精神。但依余見，我民法其他各編之命名，皆用二字，如第一編『總則』，第三編『物權』，第四編『親屬』，第五編『繼承』，而第二編，獨用『債』之一字，實欠整齊。此點縱屬渺乎小者，然既用『債』之一字爲我國法律之命名，則不問其究係譯自德語 *Schuldverhältnisse*，抑係譯自英語 *Obligation*，而應探求我國文字上之固有的意義。說文曰：『債，負也。』（見徐鉉校定許慎說文解字，八卷上，人部，新附文第十一）故凡對於他人負有作爲或不作爲之責任者，皆可稱之曰『債』。是其原義，與法律術語所謂『債務』相當。『今俗負財曰債』（見康熙字典，子集中，人部，債字集註）其義尤狹，專指因借貸關係負有給付財貨之責任而言。大清律例錢債門所稱放債、負債、欠債等，皆從此義。準此以解，我民法第二編命名曰『債』，其與逕稱債務者，復何以異。所謂探複本位主義之立法精神，仍未能賴以表現也。職司立法者，豈未深究『債』字之原義耶？况『債權』或『債務』等用語，任

舉其一，卽足以概其他，雖係由日本輸入之名詞，然在吾國，習用已久，似不必徒事紛更。立法者果不憚煩，且不嫌各編用語之參差，何若逕定該編曰『債權債務之關係』，豈不更爲明顯而切當歟？（德民法第二編定名曰 *Recht der Schuldverhältnisse*，日人譯曰『債務關係法』）平情論之，表現立法精神，不在法典編名，而在規定內容，雖採債務人本位主義，而以債權法命名，或採債權人本位主義，而以債務法命名，均無不可。然則採複本位主義之法律，而以債權或債務名之，又何見其不當耶？故我民法第二編之命名，余未敢信爲允當。

第四款 債法之性質

債法之意義，已如第一款所述。茲言其性質如次：

第一 債法爲財產法

債法爲
財產法

債法爲財產法之一部，此與物權法同。債之標的，固不限定有財產價格之給付。（民一九九條二項）

然雖以無財產價格之給付爲標的之債，債務人不履行時，則變爲損害賠償債權，（民二二七條）故仍無害於債法爲財產法之性質。且債權之財產的價值，因貨幣經濟制度之發生，逐漸增加，所謂財產之債權化，實近世財產法之一特色。

債法爲
交易法

第二 債法爲交易法

債法有財產法中交易法 (Verkehrsrecht) 之性質。物權法雖亦不無關於交易之規定，但其主要部分，爲關於財產享有之法規，此與債法有別。故物權法，主在規定靜態的財產關係，債法則主在規定動態的法律關係。

債法爲
任意法

第三 債法爲任意法

物權法多屬強行規定，債法則多屬任意規定。蓋吾人不得濫依契約形成任意的物權關係，債法則以受契約自由原則之支配爲主。契約締結與否？及其內容如何？原則上一依當事人之任意協定。債法之大部分，皆屬當事人意思不明時爲其補充之規定，契約內容縱令違反法律之補充的豫備的規定，法院亦不可不從其約定而裁判之。

債法之
規定以
自由主義
爲基礎

債法之規定，原則上雖屬任意的補充的，然此決非債法之本質，乃不外現代法律以自由主義爲基礎之結果。惟物權法，有與契約自由原則不相容之特質，雖於自由主義之法制下，亦不得不爲強行規定。故法律於可能限度內，以任意規定爲其內容，實現代自由主義之根本要求。

債法亦
有強行
規定

債法依公益上理由，設強行規定以限制契約之自由，亦無害於其本質。故從來之立法，於債法中，嘗設強行規定。迄於近今，更有擴張強行法範圍之趨勢。蓋於一方面因極端的自由放任主義之弊害，漸爲一般

人所認識，強制統制之社會思想，起而代之。於他方面，現代社會上分業協動之關係日漸緊張，乃不復有個人自由意思存在之餘地，故一切交易之內容，皆有強制決定之傾向。債法既有交易法之性質，於立法上，自亦不得不變更昔日之態度，而多設強行規定也。

第四 債法有普遍性

民法中物權親屬繼承各編，乃依本國固有之國情習慣爲其立法基礎，故屬固有性之法規。債法則不然，因其以交易爲對象，而交易之內容，則隨國際通商之發達，有促其統一之趨勢，且事實上其內容亦恆不因國別而有異，故債法本具有普遍性。此近世學者所以盛唱債法之國際的統一論。於其一部，尤感必要。此國際聯盟委員會，所以有統一票據法及統一支票法之議定，謂爲一般債法統一運動之先聲，亦無不可。

第五 債法之重要性

債法之發達，以文化之進步爲前提。故自沿革上觀察，其發達較遲。蓋以人類共同生活爲基礎之債的關係，非達至人類互相信任之文化時代，不感其重要。迄於近世，因人類文化之發達，交通交易之繁複，債法之重要性，於以顯著，而形成優越的地位。

第五款 債法之新趨勢

債法有
普遍性

債法之
國際統
一的趨
勢

債法之
重要性

立法思想之變遷

債法之地位，因社會演進，日趨重要。支配債法之原則，亦因社會經濟組織變更，而不能無所改廢。蓋因債法，於財產法中，具有交易法之性質。其立法思想，非隨時勢而變遷，實不足以全其社會政治經濟道德諸方面之使命。故昔日擁護個人利益之立法原則，將不見容於今日保護團體利益之思想下，而有逐漸改廢之趨勢，其已形成者，約有次述數端。

第一 契約自由原則之限制

從來之債法，以保護契約利益之規律爲其重要內容。蓋依社會進化之過程，恆由身分利益趨重契約利益，所謂契約自由之原則（*Prinzip der Vertragsfreiheit*），即保護契約利益之重要手段。夫契約乃法律行爲之典型，其成立基於當事人雙方之意思合致，而意思合致恆以當事人之自由的意思活動爲必要，此個人主義之立法，所以認個人意思之自由，所謂契約自由之原則，即其表徵。此種原則，於羅馬法，即有其存在，而與所有權絕對性之理論，同垂爲歐洲中世以來之立法基礎。至其所謂自由，原可包含兩點：締結契約之自由，及訂定契約內容事項之自由，是也。然於個人主義之立法，乃以形式的自由爲其根本原理，而與真實之自由分立。姑以雇傭爲例，受雇人因立於經濟上弱者之地位，每受資產階級之雇主所挾制，而不能獲得真自由。試觀今日歐美各國，社會上之富力甚相懸殊，契約自由原則之立法，實其重大原因，此學者所以主張契約自由原則應大加限制，而成爲債法上一大問題。至應加限制之普遍妥當的理由，不外左列數

限制契約自由

原則之
理由

端：

(甲) 不法 不法之契約，應歸無效。蓋因其與法律根本不能相容，故也。然依此種理由，而限制契約之自由，從羅馬法以來，久為立法上所採認，故非今日新生之見解。(參考民七一條)

(乙) 公共經濟上之必要 依國家或其他公共經濟上之必要，亦不可不限制個人之契約自由。蓋為顧全國家社會之一般福利，而不得不犧牲個人之利益也。例如行政法上關於公用徵收之規定，即以此為理由。就債法言，如第四四九條一項，亦有此種精神。

(丙) 目的事項之性質 某種事項，有不許依契約而加以拘束之性質者，倘以其事項為契約之標的，應歸無效。例如宗教信仰，兒童養育方法，不得依契約限制之。又如我民法債編第二二二條之規定，亦有此種精神。

(丁) 公平之要求 為期適合公平之要求，有時亦不能不限制契約自由之原則。蓋因不公平之處理，即屬違反正義，故也。例如我民法債編第二二零條二項，三四六條一項等規定，皆以公平之原則為基礎者也。

(戊) 弱者之保護 契約自由之原則，於當事人雙方有同等立場時，固能各自擁護一己利益，而為適宜之運用。反是，若其一方立於弱者地位，則事實上每至締結不平衡之契約。故於此種情形，對於契

限制
自由
之
方法

自己
責任
過失
責任
之
原則

約自由原則，有加以限制之必要，以爲弱者之保護。其最著者，如利息制度（民二零五條至二零七條）團體協約（我國團體協約法十六條）等，屬之。

（己）緊急情事 於有緊急情事時，對於契約自由原則，亦應加以限制。蓋在非常之特殊情形下，不能仍遵從個人之自由意思。否則，於一方瀕於危急，他方仍保持其利己態度，殊屬違反共同生活之精神，而不利於國家社會。故行政法上，認非常徵收處分。而債法依此理由，亦有明認緊急買受權，緊急租賃權，緊急借用權之必要。惟立法上，尙乏其例。

依上舉各種理由，於立法上，對於契約自由之原則，皆應限制之。故債法，昔多任意規定，今爲達此目的，而有增設種種強制規定之必要。然其限制方法，又不限於立法。縱令法律尙乏明文，而司法上，依法律之解釋及適用，亦可以補充其不足。例如：日本大審院大正四年十月二十八日，關於身元保證契約解除之判例；及同院大正九年二月十八日，關於買回權行使之判例；皆以裁判方法限制契約自由之原則也。

第二 無過失損害賠償責任制度之確立

從來債法中，關於侵權行爲及債務不履行，皆依自己責任之原則支配之。卽個人僅對於因自己意思活動所生之結果，負責任。學者亦稱之曰過失責任。故其負責之要件有二：第一，須基於自己之行爲；第二，其行爲須係由於自己之故意或過失。反是，雖自己之行爲，而無故意過失；或非自己之行爲時；均無責任發生。

無過失
責任主義

我民法
上之主義

事情變
更原則
之沿革

事情變
更原則
之意義

此原則，與上述契約自由之原則同，皆近世資本主義經濟組織所以發達之重大原因。然同時，有影響交易安全，違反正義，促成權利濫用等流弊。總之，實有害於社會利益，此學者所以有無過失損害賠償責任主義之倡導。然立法上，大都仍以過失責任主義為原則。僅蘇俄新民法，已確立無過失損害賠償責任之制度。（俄民四零三條四零四條）實為立法界所創見。我民法，原則上仍從過失責任主義，（民一八四條二二零條一項）但有例外，如第一八七條三項，一八八條二項，四三三條，四四四條二項等規定是。

第三 事情變更原則之確立

事情變更原則之確立，近今德日學者極力主張之。於沿革上，當歐洲中世，已就所謂 *Clausula rebus sic stantibus* 名稱之下，認此觀念。惟其本質不明。大戰以後，因經濟界之變動，此原則乃為學者所注意。言其意義，即法律行為成立當時，為其環境之事情，於法律行為效力終了前，發生變動，使及一定影響於其效力之規範也。蓋於法律行為有效成立後，本應嚴格維持之，以免妨害法律生活之安全，然若絕對貫徹此旨，反有害於信義及公平，而生所謂『最嚴正之法為最不正之法』之批難。故於法律規範尚未充分發達之時，法律觀念固以嚴正為必要，迨其發達以後，社會進化不已，自不免有例外之要求。此羅馬法，一面維持『約束不可不嚴守』（*Pacta sunt servanda*）之原則，一面又認種種例外。降及中世，隨經濟組織之發達，此等例外，益趨普遍，所以有 *Clausula rebus sic stantibus* 之發生。夫此原則，於債法上，尤為重要。然

我債編
事情變
更原則
之探認

從來之立法者，皆高唱法律生活之安全，致各國民法，對此原則，迄今尙無一般規定，僅於例外情形認之。我民法債編亦然，例如第二六五條，四三五條，四四二條，四五七條一項，四七二條一款及四款，四八九條一項，五一一條，五一二條一項，五九七條，六八七條等規定，是惟依學者倡導之結果，將來立法上，或有一般原則之確立。

第二節 債

第一款 債之本質

第一 債之概念

債者，兩相對立之特定人格者間之法律關係也。我民法亦稱曰債之關係。依其關係，一方有請求他方爲一定行爲之權利，他方有依其請求而爲一定行爲之義務。其權利，是曰債權 (Forderung, Forderungsrecht; Droit de Creance)。其義務，是曰債務 (Obligation, Schuld; Obligation, dette; debt, Obligation)。

權利人，稱債權人 (Gläubiger; créancier; creditor)。義務人，稱債務人 (Schuldner; débiteur; debtor)。

故所謂債，或債之關係 (Schuldverhältnis; Obligation)，即兩當事人間之債權債務的法律關係。自一

債之關
係之義
債權與
債務
債權人
與債務
人

方觀察，是曰債權。自他方觀察，是曰債務。通常僅稱其一面，即足以想像他面關係之存在。故僅稱債權關係，或債務關係，亦即可得想像兩相對立之特定人格者間所存在之債的法律關係。

第二 債權之意義

所謂債或債之關係，自權利方面觀之，稱曰債權。自義務方面觀之，稱曰債務。故僅說明其一面，即能明其他面之意義。茲從一般通例，說明債權之意義。

德民法
上債權
之定義

債權之意義如何？各國民法，多未明定。惟日舊民法（二九三條）及德國民法，設有明文。德民法第二四一條規定曰：『依債務關係，債權人有請求債務人爲某給付之權。』學者即以解爲債權之定義的規定。就我民法言，第一九九條所稱：『債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。』乃不外從德民法第二四一條而設之規定。其意旨，雖係從債權人方面規定債之標的之意義，而何謂債權，於此亦可決之。故『債權者，債權人基於債之關係，得向債務人請求給付之權利也。』茲爲避免說明之重複，俟於敘述債之標的時，再詳論之。

於我民
法債權
之意義

第三 債權之性質

債權之
不可侵
之性質

（甲）債權之不可侵的性質 社會上一定之利益，法律特認其爲權利，予以保護，非以其利益有他人之侵害爲前提。蓋理論上，權利與侵害，非必然關係。然因豫想其可得被侵害，而是認權利，則爲理論

債務人之債權
不履債務
之債權
侵害債權

第三人
之債權
侵害債權

所承認。就債權言，其豫想上之侵害，一為債務人之侵害，二為第三人之侵害。更分論之：

(一) 債務人對債權之侵害，即債務不履行。蓋如上述，債權係向債務人請求給付之權利，若債務人依債務本旨履行其所請求之給付時，固無法律保護之必要。反是，債務人不依債務本旨履行其所請求之給付，則債權人必向國家求為一定之保護，國家因而予以保護，即債權之效力問題也。

物權乃得直接支配其物之權利，故物權人於必要時，得逕對其物而為法律所認許之行爲。反是，債權乃得使債務人爲一定行爲（即給付）之權利，爲其相對人之債務人，亦屬人格者，倘若任意不履行構成債務內容之行爲時，債務人不得直接強制其人爲相當之行爲。法律僅於不害債務人人格之限度內，爲實現債權之內容，而予以種種公力的援助，斯即債權之效力。而債權，又即使生此等效力之泉源。

(二) 債權除債務人外，亦得依第三人而侵害之。蓋自債法發達之沿革上言，古之法律，就債權之保護，專着眼於對債務人之關係，故債權之概念及效力，亦僅依對債務人之內部關係定之，而謂債權係僅對債務人存在之相對權，非得對抗第三人之絕對權。因此種獨斷的學說之確立，乃有主張債權於性質上不能依第三人侵害之者；亦有主張債權縱受第三人侵害而法律不予保護者。然實際上，不無依第三人侵害債權之事實。且於今日社會，既認債權係個人財產之主要部分，則其與物權的財

產同，得為第三人侵害行為之標的，更難否認。法律對之，自亦不能歧視，而應予以保護。故今世通說，僉認債權亦有不可侵性，第三人侵害債權，構成侵權行為，應負損害賠償責任，并認債權人得請求侵權行為人中止或除去其侵害行為，及為侵害預防上必要之行為。因以固執相對權絕對權區別之學者所認此等妨害除去或豫防請求權，僅依物權及其他絕對權之效力而發生，并總稱之曰物權的請求權（Dingliche Ansprüche）等主張；殊難贊同。蓋此等請求權，決非僅依權利之物權性或絕對性始有其發生也。

債權之
財產性

（乙）債權之財產的性質 向他人請求為一定行為之權利中，因為其請求標的之行為，或有財產價格，或無財產價格，故可別為財產的請求權與非財產的請求權。前者，如請求給付金錢，或他物之權利。後者，如夫妻請求同居之權利是。至於債權，依我民法第一九九條二項所稱：『給付不以有財產價格者為限』之規定，則堪充債權標的之行為，（即給付）不必有財產的性質。然債務人不為給付或不為完全之給付，則其債權標的，雖非財產上給付，債權人亦無妨依我民法第二二七條，而為金錢的損害賠償之請求。故凡一切債權，直接的雖或不以有財產價格之給付為標的，而間接的仍得為財產上請求，謂其有財產的性質，毫無不當。至於親屬法上之請求權，亦非全無財產的性質。例如：扶養請求權，於一方面，依親屬法的理由是認之，同時又有財產權之性質，故其權利，自不失為債權之一種，以不背於為其基

礎之親屬法的精神爲限；在一定範圍內，亦應適用債法之規定。

第二款 債權與請求權

何謂請
求權

請求權之觀念，乃 Windscheid 所倡導。德民法確認之，於第一百九十四條一項明定其概念。故請求權 (Anspruch) 者，對特定人請求作爲或不作爲之權利也。而與羅馬法上所謂 Actio 異。Actio 者，可得訴追之公法上權利。日學者以訴權稱之，亦卽所謂權利保護請求權 (Rechtsschutzanspruch)。其存在，又以請求權爲前提。

請求權
與債權

請求權雖爲債權所不可缺乏內容，然二者異其觀念。債權乃生活力 (Lebenskraft)，請求權乃生活作用 (Lebensäußerung)。而請求權又不僅於債權有其存在，卽依物權親屬權等亦有其發生。例如：依占有權而生之占有回復請求權，依親屬權而生之夫妻同居請求權等，既非物權或親屬權之本體，亦非債權，乃有獨立觀念之請求權也。

債權的
請求權

從來學者，論請求權之本質，恆分請求權爲債權的請求權與物權的請求權。後者姑不具論，專言債權的請求權。卽給付請求權，以由債務人財產中給付爲其目的。其依債權而生者，可謂爲債權之效力。然債權之效力，不限於請求權，他如代位權、撤銷權、解除權、抗辯權等皆是。又在同一債權關係，亦不僅有惟一的請

求權存在。例如：雇傭委任等繼續法律關係，雖各為單一的債權關係，其中恆包含多數之請求權焉。更進而考之，所謂債權的請求權，且不僅依債權而生，其依物權或親屬權而生之請求權，例如：因所有權受侵害所生之損害賠償請求權，因法定扶養義務所生之扶養請求權等，其所有權及受扶養之權利，雖一為物權，一為親屬權，而此等請求權，則不失為債權的請求權。

第三款 債務與責任

對於債權之義務，謂之債務。故二者同其性質，而異其範圍。對於債權以外權利之義務，不得以債務稱之。

債務與
責任之
關係

義務與
債務

債務 (Schuld) 與責任 (Haftung) 異。債務者，應為給付之狀態 (Leisten sollen) 也。責任者，對於其狀態之負擔 (Einstehen) 也。債務人任意不為給付時，債權人有依法律所擔保之方法強制其給付之力。債權既有此種強制力伴之，則債務亦應有責任伴之。故責任即對於債權的強制力之服從。關於債權之強制方法，如係金錢給付，完全得為直接強制。如係勞務給付，則僅得為間接強制。然既有強制力，其反面皆有責任存在，是無可疑。

債務與

債務與責任，既異其觀念，二者自不必同時存在，故無債務而僅有責任，或無責任而僅有債務之情形，

責任不
必同時
存在

對於債
權人扣
押財產
之服從
無責任
與有限
責任有

自然債
務無任
之債務

自然債
務之立

亦非無之。前者如擔保將來債權之抵押或質，後者如自然債務，即其例也。惟我民法，對於二者，用語上每相混淆。

責任之種類及範圍，今昔法制上，不一其軌。於昔日，債務人以其身體及財產任債務履行之責。於今日，債務人之責任，僅以財產為限。故所謂責任，亦可稱曰對於債權人扣押權（Zugriffrecht）之財產的服從。責任可別為無限責任與有限責任。債務人之全部財產服從債權人之扣押權時，是曰無限責任。反之，債務人之一部財產服從債權人之扣押權時，是曰有限責任。債務人之責任，原則上為無限，例外為有限。而有限責任中，又有二種：其一，以一定數額為限度之有限責任；其二，以特定財產為限度之有限責任。要應視法律規定或當事人約定之如何以決之。

第四款 自然債務

自然債務（*Natürliche Verbindlichkeiten*），即無責任之債務。因其無責任，故債務人任意不履行時，債權人對之不得提起訴訟，而為強制執行。但債務人任意為其給付時，則為有效的債務履行，自不得基於不當得利請求返還。例如請求權罹於時效之債權，雖無強制力，亦得為抵銷之標的。（民三三七條）

自然債務之觀念，能否認其存在學說及立法例，向不一致。自沿革上考之，實濫觴於羅馬法。法民法明

法

定爲於自然債務 (Obligations naturelles) 任意履行後，不得取回。(法民一二三五條二項) 意荷等民法，從之。(意民一二三七條，荷民一四一八條) 德民法及瑞士債務法，雖未明定此旨，然依通說，如因賭博而生之債務，(德民七六二條，瑞債五一三條一項，法民一九六五條一九六七條) 因買空賣空而生之債務，(德民七六四條，瑞債五一三條二項) 因抽籤而生之債務，(德民七六三條，瑞債五一五條) 婚姻介紹費債務，(德民六五六條，瑞債四一六條) 罹於時效之債務，(德民二二二條，瑞債六三條二項，法民二二三條二二六二條) 道德上之債務 (Sittliche Pflicht) (德民八一四條，瑞債六三條二項二二九條三項) 等，皆有自然債務之性質。日本民法亦如德、瑞，未明定自然債務之觀念。至於所謂時效完成之債務，(五零八條) 基於不法原因之債務，(七零八條) 超過利息制限之債務 (利息制限法二條) 等，雖或解爲法律係基於特別理由所設之規定，而非認自然債務之存在者，但通說僉謂爲有自然債務之觀念。此外，如暹羅、蘇俄之民法，一則謂時效完成後之債務爲自然債務，(暹民一七四條) 他則謂已罹時效之債務履行不得請求返還，(俄民四七條) 是皆認自然債務之存在也。就我民法言之，例如第一四四條二項，第一八零條一款，第二零五條，及第三三七條等，亦無非以自然債務之觀念爲其規定之基礎。

債編通則

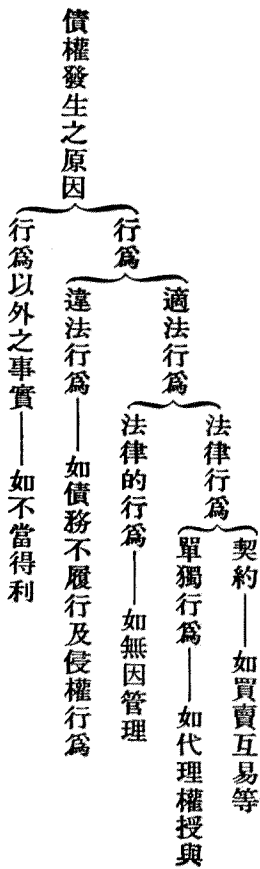
第一節 債之發生

何謂債之發生

債之發生 (Entstehung der Schuldverhältnisse) 者，謂債權關係新發生，而以其客觀的新生為必要。故對於既存債權之讓與，或債務之承擔，非債之發生。

債之發生原因

債之發生之原因，可大別為二：一曰行為，他曰行為以外之事實。所謂行為，蓄義至廣，茲為說明之便利，表解如次：



債之發生原因

債之發生原因

關於債權發生之原因，自沿革上觀察，時有變遷。昔之社會，其原因甚為單純。今之社會，則有逐漸增加之趨勢。蓋於社會生活簡單之時代，法律雖設簡單之規則，已足以適應其需求。迨及人文漸進，社會生活日益繁複，法律上遂亦有詳設條規之必要。

自各國立法上觀之，關於債權發生之原因，其規定殊非一致。舉其著者，表解如次：

(a) 羅馬法

契約 (Kontrakte)

準契約 (Quasikontrakte) —— 即無因管理不當得利

不法行為 (Delikte) —— 即故意侵權行為

準不法行為 (Quasidelikte) —— 即過失侵權行為

契約

(b) 法國法

契約以外之原因

法律之規定 (例如監護人管理人間之義務相鄰人間之義務)

準契約

債務人一方之行為

不法行為

準不法行為

契約

(c) 英國法

不法行爲

契約違反

判決

準契約

契約以外之合意

(例如依婚姻信託行爲而生之債務)

契約

廣告

(d) 德國法

無因管理

不當得利

侵權行爲

契約

(e) 瑞士法

侵權行爲

不當得利

契約

(f) 日本法

事務管理

不當得利

不法行為

於我國
債法之
發生原
因及其
沿革

各國立法例中，其重要者，大略如右。更就我國言之，關於債權發生原因之規定，舊民律草案，大體仿德民法。惟其體例稍異，於第二章至第八章，以(1)契約，(2)廣告，(3)發行指示證券，(4)發行無記名證券，(5)管理事務，(6)不當得利，(7)侵權行為，併列。新民律草案，則仿瑞士債務法之例，就債之發生，於第一章通則之首，特立一節，計分契約、侵權行為、不當得利三款，而以懸賞廣告及無因管理，另訂於第三、第四兩章。現行民法第二篇，亦於第一章第一節，題曰債之發生，而分款規定債之發生原因，即(1)契約，(2)代理權之授與，(3)無因管理，(4)不當得利，(5)侵權行為；而將懸賞廣告，納入契約節中。準此以論，我民法上債之發生，其重要原因，不外上述五種。至於第二章各種之債，則其特殊原因也。

債法以
外之
債發生
原因

上所論列，俱屬債法所定債之發生原因。但因遺贈捐助及其他親屬關係而生之債，亦非法律所否認。惟依各國立法先例，不以定於債編，而從其本質，分定於親屬繼承各編。此外，債之發生，尚有基於公法上之原因者，如依土地徵收法所行土地之徵收，因而發生補償金請求權，即其例也。

第一款 契約

「約」字
本義

「契」字
本義

狹義之
廣義之
契約與
契約

廣義之
契約之
範圍

我民法
上之契

第一項 契約之意義及其性質

說文曰：約者，纏束也。即言物受束縛，不得自由。若以約字適用於人事，蓋即雙方相合意，因而其自由受束縛之謂。是與法律術語之所謂契約，其義相當。惟察約字之原義，未必含有發生法律上效果之意思耳。前清律例之所謂約，概指合意所訂之字據以言。而契字之原義，又為書契。故契約二字，於民俗上，概用以名合意訂立之契據，是又與法律術語之所謂契約，大相逕庭矣。

法律術語之所謂契約 (Contractus, Vertrag, Contrat)，原有廣狹二義。狹義之契約，專指以發生債之關係為內容之合意而言。廣義之契約，則凡以發生法律上效果為目的之合意，皆得稱之。英、法、奧、瑞等國之法律，概從前例。德國民法，則從後例。於總則中，設契約 (Vertrag) 之共通規定。(德民一四五至一五七條) 日本民法，關於契約之通則，雖非如德民法定於總則編，然依學者之解釋，所謂契約，不僅以發生債權之合意為限，他如物權之設定移轉，以及債權之移轉等，亦莫不依當事人之合意行之，故實質上，關於債權契約之規定，應類推適用於此外之契約。日本大審院判例，亦採此見解。

自學理上言，所謂契約，原可別為債權契約，物權契約，親屬法上之契約，繼承法上之契約。其構成與成立，毫無差異，僅效果不同，故認契約之廣義的概念，并無不當。

我民法與日民法同，關於契約之通則，定於債編。然考契約一語，於物權編，屢見不鮮。况如物權之設定

約

移轉，皆莫不依契約行之。即親屬編，亦有所謂婚約、夫婦財產契約等。是所謂契約，於民法上，不以專用於發生債之關係之合意為限。解釋我民法，故應從日學者之通說。

契約之
意義
契約之
特質

基於上述，契約云者，二以上之人格間，依交換的意思表示之合致，而使發生私法上效果之法律行為也。故契約，乃法律行為之一種。何謂法律行為，應於總則編論之。茲專言契約之特質。

(甲) 二個以上意思表示之合致 斯即所謂合意 (Consensus) 其成立，以意思表示之內容一致，及當事人間有互相協力，使生共同結果之意欲為必要。此就一般契約言之。至如要物契約，除合意外，更以物之移轉為必要。

(乙) 各意思表示有交換性 二以上之意思表示，非僅以合致為足，且須有交換性質。即於契約當事人間，相互的為其各自之意思表示。故其表示，於原則上，恆異其先後。表示在前者，是曰要約。表示在後者，則曰承諾。然為承諾之意思表示者，恆不能不領悉要約人之意思，否則無以應之。故意思表示之對立，乃契約之特質，亦即契約與合同行為之所以有別。

(丙) 二以上之人格者 契約既依二以上之意思表示而成立，故以有二以上之人格者存在為必要。此二以上之人格者，是曰契約當事人之雙方。

(丁) 以發生私法上效果為目的 於各個契約，其目的不一：有在發生債之關係者，有在變更或

學理之契約
分類之
單務契約
與雙務契約
純正契約
與不純正契約
正契約
與不純正契約

雙務契約

消滅債之關係者，有用爲物權之設定或移轉者，亦有依以發生親屬關係者。概括以言，要無非爲發生私法上效果。專就債權契約（Obligatorischer Vertrag）言之，其性質與他種契約無異，特以債之發生爲締結契約之目的，故其效力與他種契約不同。

第二項 契約之類別

就債權契約言，於一般交易間可得發生者，其形態至爲複雜。然學理上，則得依左列標準而爲分類：

第一 單務契約與雙務契約

依契約僅一方負債務者，是曰單務契約（Einseitiger Vertrag）。而單務契約中，又有純正單務契約（Der Streng Einseitiger Vertrag）與不純正單務契約（Der Nicht Streng Einseitiger Vertrag）之別。前者，謂絕對的僅當事人一方負債務，他方毫無債務可言。後者，則謂債權人對債務人亦負有債務，惟其債務無對價的意義。此等無對價關係之債務，有基於締約後特殊情事而生者，亦有基於契約之本質自始即由債權人負擔者，因其非債務人所負債務之對待給付，自與雙務契約有別，而仍不失爲單務契約之一種。故依其契約，當事人雙方所負之債務，互有對價的意義者，方爲雙務契約（Zweiseitiger Vertrag）。是於雙務契約，當事人之各方，同時，既爲債權人，又爲債務人，一方之給付，有爲他方給付之報酬之性質。然二者之價值，是否相等？則非所問。且在雙務契約，通常皆以給付之交換爲目的，因而學者或謂雙務契約即交換契約。

約與交換契約
單務雙務區別
之非特
定主義
單務雙
務區別
之實益
有價契
約與無
價契約

(Austauschvertrag) 然二者之領域不盡相同。

單務雙務之別，僅為學理上之抽象標準，殊難概括論定。蓋如委任寄託等，以無價約之，固為單務契約；若以有價約之，則為雙務契約。是與羅馬法採特定主義者不同。至其區別之實益，乃存於債之效力，如同時履行，危險負擔諸問題，僅於雙務契約生之。即契約之解除，亦以適用於雙務契約為主。

第二 有價契約與無價契約

依契約之內容，(1)有僅以當事人一方給付為足者，(2)有須當事人雙方共為給付者。後者之中，又(a)有立於對價關係之上者，與(b)不然者。所謂對價關係，蓋言當事人一方之給付與他方之給付係基於同一之法律上原因，且依當事人之意思，立於為反對價物之經濟的關係之上。至其雙方之給付，是否具有客觀的或主觀的同等價值，均無考究之必要。依此標準，而為契約之分類，則屬於(1)及(2)之(b)者，是曰無價契約 (Unentgeltlicher Vertrag)。屬於(2)之(a)者，是曰有價契約 (Entgeltlicher Vertrag)。惟在有價無價之區別，從來學者之說明，未能一致。或謂：應依當事人雙方是否皆有出捐行為以定之；或謂：應依當事人雙方之給付是否有反對價物之經濟關係以決之；更或逕依單務契約雙務契約之標準以為其區別。然皆未可認為完善之說明。

利得分

有價契約中應特別注意者，有所謂利得分配契約 (Partiarischer Vertrag)。此種契約，乃當事人一

配契約

方向相對人爲一定給付，而相對人基於此給付所獲之利益，須依一定比例分配於給付當事人之契約。如給付一定之資本或勞務於相對人，而分潤相對人因此所獲利益之一部，即其例也。於此情形，當事人一方應受給付之額，雖非確定，但仍不失爲有價契約之一種。

有價無
償區別
之實益

契約以有價無償別之，其實益亦有種種。此於各節契約規定中，概可見之。其最著者，則爲當事人能力及法規適用二問題。前者，如限制行爲能力人不得獨立與他人締結有價契約；（民七七條）後者，如一切有價契約以其性質所許者爲限，準用關於買賣之規定。（民三四七條）

諾成契
約與要
物契約

第三 諾成契約與要物契約

諾成契約與要物契約之區別，始於羅馬法。所謂諾成契約（*Konsensualvertrag*），僅以當事人意思表示之合致爲其成立要件。所謂要物契約（*Realvertrag*），則除合意外，更以標的物之交付爲其成立要件。

要物契
約之存
在

今日之契約，固以僅依合意而成立者居多。但要物契約之觀念，立法上，除瑞士債務法外，多襲羅馬舊例。我民法對於使用借貸，（民四六四條）消費借貸（民四七四條）雖定爲諾成契約。但對於寄託，（民五八九條一項）則定爲要物契約。於理論上，是認要物契約之觀念，殊乏適當之根據。

要式契
約與不

第四 要式契約與不要式契約

要式契約

構成契約之意思表示，有須依法定方式為之始能成立者，與不然者。前者，曰要式契約（Formliche Vertrag）。後者，曰不要式契約（Formlose Vertrag）。近世立法，一切契約，概以不要式為原則。我民法亦然。惟依契約自由之原則，當事人如以特約定其契約須用一定方式者，殊非法律所能禁止。在約定方式未成前，推定其契約不成立。此我民法從瑞債務法第一六條一項之例，設有第一六六條之明文者也。

第五 有因契約與無因契約

有因契約與無因契約

契約之成立，以原因之存在為必要者，是曰有因契約（Kausaler Vertrag）。反之，其成立不以原因為必要者，則曰無因契約（Abstrakter Vertrag）。於沿革上，昔多否認無因契約，故法民法，明定為契約之有效成立，以合法之原因存在為必要。無因之義務，不生何等之拘束。（法民一一三一條）德民法則反是，認無因之債務約束（Schuldversprechen）與債務認諾（Schuldanerkenntnis）。我舊民律草案仿之。（德民七八零至七八二條，舊草八六零至八六二條）現行民法，未設明文，依契約自由之原則，當事人如有此等約定，自非所禁。

第六 實定契約與射倖契約

實定契約與射倖契約

實定契約（Contrat commutatif）者，當事人應為給付之有無，及其給付之範圍，於締約當時，即能確定之契約也。射倖契約（Glücksvertrag）者，當事人之一方或雙方，應為給付之有無，及其給付之範圍，純

射倖契
約之效
力

繫於偶然事實之契約也。但依契約本旨，當事人應為給付之有無及範圍，原已確定，惟因爾後之事變，致與當時之豫期不一致者，則非射倖契約。且在射倖契約，其效力發生於締約當時，故又與附停止條件之契約有異。於凡各種契約，依其性質，有恆為實定者，如使用借貸是。有恆為射倖者，如終身定期金是。亦有依當事人之意思，或為實定，或為射倖者，如買賣是。

關於射倖契約，非因其有射倖之性質，即當然無法律上效力。惟其契約內容，違反公序良俗，或強行法規時，自不能有效。例如博戲及賭事（Spiel, Wette），乃法之所禁，故含有此等性質之契約，即不能有效發生債之關係。我舊民律草案，從德民法之例，設有明文。（德民七六二至七六四條，舊草八五五至八五七條）現行民法刪除之，蓋認為無其必要也。

第七 主契約與從契約

契約之存在，有獨立目的，而無關於其他契約之成立與否者，是曰主契約（Hauptverträge, Contrats principaux）。反之，其無獨立目的，完全繫於其他契約之存否者，則曰從契約（Nebenverträge, Contrats accessoires）。主從契約之關係，得別為種種，應就契約之本質及當事人之意思定之。於原則上，從契約之成立，以主契約之成立為前提。故主契約因無效撤銷解除等事由歸於消滅時，從契約自亦隨之而失其存在。但主契約雖消滅，而有其他代替主契約之標的時，抑或從契約有獨立存在之法定原因者，（如民法七

主契約
與從契
約

四三條）皆屬例外。反之，於從契約而有消滅之事由，其效力則不及於主契約。但從契約與主契約，依當事人之意思，認有不可分離之關係時，因從契約無效，主契約自亦不能不歸於消滅。

第八 有名契約與無名契約

有名契約與無名契約之區別，實濫觴於羅馬。有名契約（Benannte Vertrag）者，於法律上有一定名稱，並對之設有特別規定之契約也。無名契約（Unbenannte Vertrag）者，於法律上無一定名稱，並對之未設特別規定之契約也。我民法債編第二章分節規定之買賣贈與等各種契約，是曰有名契約。不屬於此之契約，是為無名契約。但本編以外，如依其他法規，定有名稱，設有規定者，仍不失為有名契約。例如依保險法所定各種保險契約，依海商法所定之運送契約，海上保險契約等是。

依契約自由之原則，法律規定以外之契約，既不違反法令之所命禁，並無背於公序良俗者，當事人自得任意締結之。（民七一及七二條）故立法上，對於無名契約之締結，不採限制主義。法律僅就日常生活最易發生之契約，特設規定，學者因此又稱之曰典型契約，而稱無名契約曰不典型契約。

所謂不典型契約，依其內容事項，更可約為三類：(1)純粹之不典型契約，即以法律上絕無規定之事項為內容之契約。(2)混合契約，即混合二或二以上有名契約之內容事項為內容之契約。(3)準混合契約，即混合有名契約之內容事項與法無規定之事項為內容之契約。凡此三者，皆得有效成立，惟應準據之法條，則

有名契約
無名契約

契約自由
締結之由

典型契約
不典型契約
不典型契約
內容之分類

不能不依其情形分別論定。

上所舉述，乃債權契約中重要之分類。此外，更可依條件之有無，而別為附條件契約與無條件契約；依效力發生之時期，而別為生前契約與死後契約。此等區別，至為簡明，勿待詳述。他如為自己之契約，與為第三人之契約；當事人自身負義務之契約，與依第三人負義務為目的之契約；以及本約、豫約等，亦皆契約分類上不可不道及者。惟前二者，關乎債之效力，容後述之。後者則我民法上無如法民法及瑞債務法之規定，而所謂豫約，亦不外契約之一種，茲故從略。

第三項 契約之成立

第一目 總說

『當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。』（民一五三條一項，瑞債一條）故契約之成立，須具備左列要件：

（甲）當事人互相表示意思 契約當事人雙方，應各為契約上意思表示。此等意思表示，即契約之構成分子，且須互相表示之，即交換的為其表示。而各意思表示，又不可不有效成立。即分別觀察之，應各具備意思表示之一般有效要件。（民八六至九八條）至其表示，依明示方法或默示方法為之均可。

（乙）各意思表示須一致 即當事人雙方互相表示之意思，其內容不可不一致。依各意思表示

全部合
意與一
部合意

之一致，而生合意 (Consensus)。反之，不一致時，則曰不合意 (Dissensus)，契約因以不能成立。

所謂合意，有全部與一部之別。當事人雙方就其契約內容之各部分意思一致者，是曰全部合意。其契約因以成立。反之，僅於其一部成立合意時，則生契約成立與否之問題。依一般通說，應視其合意之點是否契約之主要內容以為斷。如就契約之主要內容已成立合意，所不一致者，僅契約之從點，則其契約，仍無妨有效成立。關於此點，瑞士債務法第二條，設有明文。惟與一般通說稍異。我民法從之，於第一五三條二項定曰：『當事人對於必要之點意思一致，而對於非必要之點未經表示意思者，推定其契約為成立。關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。』故當事人對於契約之主要的內容事項，已有合意成立，而對於契約之附從的內容事項，迄未為何等表示者，與雖有表示，而未臻於一致者，其處理上不能一律。前之情形，因無明確表示，故推定為默示之合意。後之情形，則有反對表示存在，必將誘起訟爭。故由法院考察各該事件之性質，以定契約之成否。關於前段規定，與一般通說尚無所異。惟對於後種情形，竟授法官以干涉契約內容之權，可稱為私法上之特例。

契約之
法定要
素與意
定要素

所謂契約之主要內容，有為法律所規定者，有為當事人所認定者。前者曰契約之法定要素，後者曰契約之任意要素。契約當事人對於法定要素有一致之意思表示時，契約因以成立。然依當事人之意思解釋，對於法定要素雖已成立合意，而契約仍不能有效成立者，亦非無之。蓋雖不屬於法定要素之事項，依當事

人之豫約，或一方之意思，認其爲契約之主要內容時，就該事項，亦不能不有合意，否則契約仍不成立，斯即契約之定要素也。故契約成立上必要之意思表示，就法律所規定之客觀要素（即法定要素）與當事人所注重之主觀要素（即意定要素）皆須一致。

當事人對於必要之點不合意時，不問其爲全部或一部，契約皆不成立；是爲當然之解釋。（依德民法一五五條，當事人有使其合意之部分發生效力之意思時，契約得成立於該部分之上）而所謂合意，乃當事人雙方意思表示之結果，蓋於一方表示一定之意思，以喚起他方同意，他方表示同意之旨，合意即爲成立。前之表示，是曰要約。後之表示，是曰承諾。

第二目 要約

第一 要約之性質

要約 (Antrag; Offerte, offre; Pollicitation, Offer) 者，以締結一定內容之契約爲目的，因相對人之承諾，契約即爲成立之意思表示也。分析言之：

(甲) 要約者，意思表示也。要約之性質如何？學者向多爭論。或謂爲事實行爲，或謂爲法律行爲，更或謂爲意思表示。但依一般通說，要約之本質，在表示契約之內容，而以契約之成立爲其目的，故爲以發生法律上效果爲目的之意思表示。其表示方法，法律上不設限制，不問明示或默示，抑依言詞或書據，

合意之
內容

何謂要
約

要約爲
意思表
示

要約因
承諾而
成立

概由要約人任意採擇之。且由本人自行表示者，與依代理人表示者，亦不異其效果。但依法律所定，其要約須依一定方式者，則要約人自有遵行之必要。

(乙)要約，須因相對人承諾，契約即為成立。要約人為要約後，因相對人之承諾，契約於以成立，不待要約人更為何等表示。故要約之內容，不可不確定。但其確定，不以由要約人依要約而確定之為必要。故要約人將其內容之全部或一部聽憑相對人自由決定，或保留其全部或一部以待異日商決，或使繫於將來發生之事情，均無不可。要之，其契約之主要內容，依契約而確定，或可得確定為足。故於要約當時，雖不確定，然在將來可得確定者，仍無礙於要約之效力。且其確定，又不以要約本身所示者為限，依四周情事可得推知時，亦為有確定的內容。

要約為
特定人
之表示

(丙)要約雖係特定人之意思表示，而相對人不必特定。自要約之本質上言，為要約者，須屬特定之人，故要約必係特定人所為之意思表示。但要約人僅以事實上特定為足，至要約之意思表示，果係何人所為，不必明示之，且無使相對人知其為誰之必要。其相對人，則不必特定。故對不特定之多數人為要約，而僅一人對其要約表示承諾之意思者，契約自屬有效成立。於此情形，如其要約之內容，以僅締結唯一之契約為目的時，經此承諾，契約成立，同時，要約之效力，即歸消滅。反是，如以締結多數之契約為目的時，則迄要約之撤銷止，凡對之表示承諾者，皆有契約之成立。

要約對
相對人
爲之

要約之
拘束力

何謂要
約之拘
束力

要約之
拘束力
與要約
之實質
效力

要約
束力之
立法例

我民法
之規定

(丁) 要約須對相對人爲之。要約以因相對人承諾而成立契約爲目的，是其意思表示，在喚起相對人之承諾。故不問相對人爲特定人或不特定人，要不可對相對人爲之。即欲得特定人之承諾時，其要約對該特定人爲之可矣。欲於不特定之多數人中求其承諾之人時，則不可不依新聞廣告或其他適當方法，對多數人而爲要約。

第二 要約之拘束力

(甲) 拘束力之本質及其根據。要約者，因相對人承諾即成立契約之意思表示也。故於一方，要約人一旦有效而爲此項意思表示之後，即不可不受其拘束。於他方，因其意思表示之有效，而形成適於受承諾之狀態，即生承諾之適格 (Annahmefähigkeit)。自學理上區別之，前者是曰要約之拘束力 (Gebundtheit, Verbindlichkeit)，後者則爲要約之實質的效力。總括以言，皆要約之效力。惟一自要約人方面言之，他自被要約人方面言之耳。

要約非即法律行爲，其自身有無拘束力不能無疑。羅馬法及德普通法之通說，否認要約之拘束力。迄於近世，因交易之必要，乃是認之。(普國法一部五章一零三條，德民一四五條，瑞債三條至五條，奧民八六二條，日民五二一條五二四條，皆認要約之拘束力。法民法則反是。英國法例，要約以不生拘束力爲原則，但依書面而爲之要約，是屬例外。) 我民法從現代立法通例，特於第一五四條明定曰：「契約之要

約人，因要約而受拘束。』蓋謂要約人就其所爲之要約，一旦發生效力以後，即應受其拘束，而不許任意反悔，是與德民法第一四五條之趣旨相同，而與日民法第五二一條及五二四條之規定略異。依日民法，僅生不得撤回要約之拘束。而我法及德法，既泛稱拘束，則解釋上，除不得撤回要約外，雖不逕爲撤回，而對原有之要約內容加以擴張限制或變更，及有其他違反要約本旨之行爲時，亦非所許。蓋既違反要約本旨，即足以致相對人有無益之犧牲，而害交易之安全，其與全部撤回之者，毫無所異，比諸日本民法，可謂更進一籌。

拘束力之作用
 拘束力之作用，可分爲兩項：(1)此項拘束力，固無間於物權契約之要約與債權契約之要約，同有其附着。然雖物權契約之要約，亦僅對被要約人而有拘束要約人之效力。故要約之拘束力，以債權作用爲原則。(2)依拘束力之本質，要約人因此負擔不得任意撤回或違反其要約之單純義務。此項義務之違反，不生債務不履行之問題，僅屬事實上之違反行爲。蓋其自身，徒具有『倘違反時不生法律上效果』之消極作用故也。

拘束力
 發生之
 時期

(丙)拘束力之發生 要約人就其所爲之要約，一旦發生效力以後，即應受其拘束。所謂效力，當指要約之實質的效力。故欲明拘束力發生之時期，不可不察要約之實質的效力究於何時發生。債編既無特則，自應依總則編中關於意思表示之一般規定決之。即對話爲要約者，自相對人了解時，發生效力。

拘束力
之消滅
原因

要約之
拒絕

非對話爲要約者，自要約到達相對人時，發生效力。（民九四條九五條）同時，要約人即受要約之拘束。故要約之拘束力，與要約之實質的效力，其發生時期，當屬一致。且就我民法第一六二條之規定觀之，撤回之通知，先於要約而到達者，原非無效。即因其時要約之拘束力尙未發生，故許要約人任意撤回其要約也。

（丁）拘束力之消滅 要約之拘束力，乃法律爲保護被要約人之利益而設，若不加限制，殊欠公允，且有害社會經濟之發展。我民法所以特設第一五五條至一五八條之規定，俾要約人屆至一定時期，得以免其拘束。

（一）要約之拒絕 要約之拒絕者，被要約人對於要約不予承諾之積極的意思表示也。此項意思表示到達要約人，即生拒絕之效果。契約之締結，因以絕望。故雖在承諾期間內，要約之拘束力，亦當然歸於消滅。縱令要約人於其後更接受被要約人所爲之反對的意思表示，（即承諾）亦不生承諾之效力。蓋依拒絕，非僅解除要約之拘束力，且因此喪失承諾之適格。我民法第一五五條，從德民法第一四六條之例，特明定曰：『要約經拒絕者，失其拘束力。』立法意旨，在求避免爭端。余則以爲事屬當然，有此明文，反致發生承諾之適格是否同歸消滅之問題。

（二）承諾期間之經過 我民法就要約之定有承諾期限與否，分別規定之。

承諾期
間之經

通

(A) 未定承諾期限者 於此情形，(1)『對話爲要約者，非立時承諾，卽失其拘束力。』此我民法第一五六條之規定。(德民一四七條，奧民八六二條，日商二六九條) 法文雖未指明其要約未定承諾期限，但自一八五條之規定推之，應解爲無其豫定。(2)『非對話爲要約者，依通常情形可期待承諾之到達時期內，相對人不爲承諾時，其要約失其拘束力。』此我民法第一五七條之規定，與前條同，亦應解爲無承諾期限之豫定。就此問題，立法例不一。奧民法八六二條定爲：當事人居住同地者，二十四小時內；異地者，爲兩次回答所需之期間內。瑞債務法五條定爲：能得承諾通知之通常且相當期間內。日民法五二四條定爲：受承諾之相當期間內。我民法之規定，則與德民法一四七條二項同。

(B) 定有承諾期限者 『要約定有承諾期限者，非於其期限爲承諾，失其拘束力。』此我民法第一五八條之規定。不問對話人間或非對話人間，均有其適用。承諾期限 (Annahmefrist) 者，要約適於受承諾之期限也。卽要約有承諾適格之期限，既豫定之，則於期限內，要約人自不得撤回要約，或有其他違反要約本旨之行爲。反是，期限經過，承諾之適格因以喪失，則要約人之前項拘束，當然隨之消滅。至其期限之久暫，以由要約人自由訂定爲原則。

(C) 拘束力之除外 如上所述，一切要約，依法律之規定當然發生拘束力。但有例外，卽依要約

除外之
情形

人一方之意思，得控除拘束力。此於德民法及瑞債務法，皆有明文。（德民一四五條但書，瑞債七條一項）我民法債編從之。於第一五四條一項但書，定曰：『要約當時豫先聲明不受拘束，或依其情形，或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限。』故拘束力之除外，以要約人有除外之意思為前提。惟不以明示（即豫先聲明）為限，雖依四周情形或事件性質可得推知者，其要約亦自始不生拘束力。但須注意者，即其聲明，雖不必與要約同時為之，但不得後於要約而到達相對人。反之，如未聲明，然實有控除拘束力之意思時，則其意思，亦應以相對人於接受要約之當時所可推知者為限。

第三 要約之撤回

要約之
撤回

要約之撤回者，以阻止要約發生效力為目的之要約人一方的意思表示也。其意思表示，應在要約之效力未發生前，向被要約人為之。然於對話為要約者，要約人一經表示要約之意思，其效力即隨之而生，實無撤回之餘暇。故就對話要約之撤回，法律殊無特設規定之必要。此我民法第一六二條，所以專就非對話人間要約之撤回而規定也。依本條一項：『撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時到達者，相對人應向要約人即發遲到之通知。』良以我民法上關於意思表示之生效，通常皆採受信主義，撤回要約之意思表示，自亦不許獨異，故僅於要約生效以前為之，猶為未足，且不可不先於要約或與其同時到達相對人，否則其撤回不生效力。但實際上，撤回之通知到達雖後，而依要約

人之豫想，應先於要約或與其同時到達者，被要約人如不速將遲到之旨通知要約人，則要約人必信爲未遲到，於此情形，契約能否有效成立？自屬當事人間所必爭。故法律特責被要約人以速行通知其旨於要約人之義務。被要約人倘不履行其義務，或雖履行而故爲遲延時，則撤回之通知，於實際上雖屬遲到，仍應視爲未遲到，使生撤回之效果。（民一六二條二項）

第四 要約引誘

要約引誘 (Einladung zu Offerte, Invitation of offer) 與要約異。所謂要約，以依相對人承諾即成立契約爲目的，故爲締結契約之意思表示，相對人對之表示承諾意思時，契約逕直成立，要約人無復參加意見之餘地。反是，要約引誘，則僅爲對他人表白其締結契約之希望。易辭以言，即表示希望他人向自己爲要約之意思。故要約之意思表示，對要約人生一定之拘束；而要約引誘，則爲要約之準備行爲，不生拘束力。被引誘人雖應其引誘而爲要約，表意人承諾與否？仍保有其自由。

要約引誘與要約雖異其本質，然實際上，不易區別，應就具體事實，推測當事人真意之所在，以爲判斷。即表意人就契約成立上必要之事項未爲何等保留，而將一己之欲盡行表示之者，是爲要約。反之，則爲要約引誘。故就一般情形言，其意思表示對特定人而爲者，多屬於要約；對不特定人而爲者，多屬於要約引誘。蓋在後者，表意人之真意，須先視相對人爲何如人，然後始爲締約與否之決定，使依相對之意思表示，逕成

要約與
引誘之本
質之差
異

要約與
引誘之具
體區別

立契約，殊與表意人之真意不合，故以要約引誘解之，最爲允當。例如：房屋之租貼，雇傭之廣告等是。反之，表意人雖不置重相對人之人物信用資力各點，亦有應解爲要約引誘者，例如：舟車開行之告白，拍賣投標之公告等屬之。

關於要約與要約引誘之區別，德日民法無其明文，一以委諸學者之解釋。德舊商法雖設規定，但不足資一般之準據。瑞士債務法亦然。（德舊商三三七條，瑞債七條）我民法即從其例，於第一五四條二項定曰：『貨物標定賣價陳列者，視爲要約。但價目表之寄送，不視爲要約。』先就本文言之：出賣人就買賣契約之法定要素既有確實之表示並陳列之，其有對不特定人爲要約之意思，毫無疑義。故因買受人表示照價購買之意思，契約即可成立。但於此種情形，標的物之品質雖已確定，而其數量則未確定，倘因商品缺乏不足以應買主之需求時，如使賣主負擔契約違反之責任，殊不合於交易通念，故應補充解釋曰：賣主僅有就標價之個體受其拘束之意思，於其個體以外，對數量之決定，有所保留。至爲價目表之寄送者，則有廣告之性質，表意人之本意，在引誘他人向自己爲要約，故屬要約引誘之一種。

第三目 承諾

第一 承諾之性質

承諾 (Annahme, Akzept; Acceptation, Acceptance) 者，以同意於要約，而與要約人締結契約爲

目的之意思表示也。

承諾爲
締約之
意思表
示

(甲) 承諾者，以與要約人締結契約爲目的之意思表示也。承諾以同意於要約之內容爲其內容，因與要約結合，契約卽爲成立。故與要約同屬構成契約之分子，有意思表示之性質。其意思表示，應向要約人爲之。至於表示方法，不問明示或默示均可。但依要約人之意思，或當事人之豫約，特別限定時，則爲例外。

承諾之
內容

(乙) 承諾之內容，須與要約之內容一致。承諾與要約，其內容須全然一致。卽承諾人對於契約之法定要素及意定要素，須完全與要約人同其意欲而表示之。反之，如『將要約擴張限制或變更，而爲承諾者』，我民法第一六零條二項，從德民法一五零條二項之例，特明定曰：『視爲拒絕原要約，而爲新要約。』卽與公然之拒絕同，契約不成立。但爲交易之便利，得使原要約人與承諾人互易其位置，對於此項不生承諾效力之意思表示，視爲新要約。原要約人如對之表示同意，契約因以成立，可免重爲要約之繁。

爲承諾
之人

(丙) 承諾須被要約人爲之。要約之本旨，在求被要約人之同意。故要約對特定人而爲者，應由受其要約之特定人予以承諾，此外之承諾，不能成立契約。其對不特定人而爲者，因以一般人爲被要約人，故任何人予以承諾，皆有契約之成立。被要約人之爲承諾，須依成立契約之意思爲之，故以了解要約

交叉要約

之內容爲前提。而在非對話爲要約者，依法以到達代了解，要約之效力，即於其時發生。因此，有謂被要約人非於要約生效後不得爲承諾者。但依通說，被要約人於要約到達前，已知要約人之意思，逕自表示承諾，而與要約完全合致者，自無妨成立契約，而不以表示於要約生效以後爲必要。但就其過程言，仍須遵守關於承諾之規定，反是則爲交叉要約（Kreuzofferte），非承諾也。

承諾義務

被要約人承諾與否，固保有其自由，既非義務，亦非權利，特有爲承諾之法律上的可能而已。但依豫約或法律之規定，被要約人負擔承諾義務者，亦非無之。究其性質，或爲通常之債務，或爲單純之義務，故其效果不能一概論定。

承諾之時期

（丁）承諾須於要約之效力存續中爲之。承諾因與要約結合而成立契約，故須於要約效力存續中爲之。後此之承諾，自不生效力。又如要約因欠缺意思表示之一般要件（民八六條以下）根本無效，或因撤回而阻止其效力發生者，則雖有承諾，契約亦不成立。然要約人於要約後死亡，或喪失行爲能力，或行爲能力受限制者，其意思表示既不因之失效，（民九五條二項）則被要約人仍無妨向其繼承人或法定代理人爲承諾。

第二 承諾之效力

（甲）承諾生效之時期

對諾承
之時期

要約人
妨害了
解時承
諾之效
力

非對諾
承諾生
效之時
期

承諾遲
到之效
力

(一) 對話為承諾者 與要約人對話而為之承諾，應適用第九四條之規定，於要約人了解承諾之意思表示時生效。為其目的之契約，亦於其時成立。然要約人依故意或過失妨害其了解時，則承諾是否生效？或有拘守了解主義之形式，主張承諾無效者。但衡諸信義公平，未為允當，故應解為承諾之意思表示在要約人可能了解之狀態下為之足矣，而不以要約人之現實了解為必要。

(二) 非對話為承諾者 非與要約人對話而為之承諾，應適用第九五條一項之規定，「於承諾通知到達相對人時發生效力。」其契約亦於同時成立，而向將來生效。

(乙) 遲到之承諾 要約因承諾期限經過而消滅，承諾通知於其以後始到達者，即為遲到之承諾，無適於成立契約之可能性，是為原則。但其遲到，有可得豫見者，與不然者。在後者，承諾人恆確信其通知於期限內可得到達，要約人如不將遲到之旨速行通知，則承諾人將蒙重大損害，此我民法所以有第一五九條之規定，使要約人負擔向相對人即發遲到通知之義務。此項通知義務，含有強行性質，要約人不得任意違反。故要約人不為履行，或遲延履行時，應受法律上不利利益，即視相對人之承諾并未遲到，契約仍然有效成立。然要約人負擔此項義務，自以承諾通知依其傳達方法，原可於期限內到達，而因中途之障礙以致遲到者為限。故承諾人發送承諾通知之時期，要約人有注意察知之必要。

遲到之承諾，不生承諾之效力。但要約人如拋棄期限利益，仍有與承諾人締結契約之意思，則法律

遲到之
承諾視
為新要
約

一六零
條適用
之範圍

無須通
知之承
諾

爲尊重當事人本意，並謀交易之便宜，應授當事人以成立契約之機會，此我民法所以從德日民法先例，（德民一五零條一項，日民五二三條）於第一六零條一項，明定曰：『遲到之承諾，視爲新要約。』惟該規定之適用，自應以要約人是否尚有締約之意思爲前提，有其意思時，始就遲到之承諾，遡及表意當時，視爲有要約之效力。於其效力存續中，舊要約人對之表示承諾意思時，契約因以成立。

於此尙有不能無疑者，即第一六零條一項所謂遲到之承諾，其意義若何？本項規定，是否於一切遲到之承諾皆有其適用？依余所見，遲到一語，應解爲遲延之意，包括下述兩種情形：(1)使要約人負擔第一五九條一項通知義務之承諾，(2)欠缺第一五九條一項所定要件，要約人勿須負擔通知義務之承諾。後者應受第一六零條一項規定之適用，固不待言。於前者，要約人既依第一五九條一項負通知義務，因其通知，契約不能成立，是無異於對承諾人通知契約不能成立之事實，自無更視爲新要約而予以承諾之理。否則承諾人將蒙不測之損害，故無適用第一六零條一項之餘地。反是，要約人怠於通知，則依同條二項，逕生契約成立之效果，是尤無待第一六零條一項之適用矣。

（丙）無須通知之承諾 非對話人間之契約，依承諾通知到達要約人而成立。但契約之成立，有無須爲承諾之通知者。我民法從各國立法先例，（德民一五一條，日民五二六一項，瑞債六條）於第一六一條明定曰：『依習慣或依其事件之性質承諾無須通知者，在相當時期內，有可認爲承諾之事實時，

其契約爲成立。』於此情形，其承諾雖無須通知，但以有可認爲承諾之事實爲要件。而其事實，非僅以客觀的存在爲足，即承諾人主觀方面，亦不可不有承諾之意思，且表現之。惟其表現，不必具有使要約人知悉之目的，故非意思表示，僅有意思實現（Willensbetätigung, Willensausserung）之性質。因意思之實現，即生承諾之效力。而其實現，不可不在『相當時期內。』所謂『相當時期，』於要約人無特別之意思表示時，自應從第一五八條及第一五九條一項之規定以決之。

關於第一六一條規定之適用，就法文言，可別爲下述三種情形：(1)有無須通知之習慣者，(2)依其事件之性質無須通知者，(3)要約人豫先聲明無須通知者。所謂習慣，因地而異。解釋上，當以要約地之習慣爲標準。所謂事件之性質，應就各個具體事實分別判斷，依通說，如現實要約及有繼續關係之交易屬之。至要約人豫先爲其聲明者，其聲明可使相對人了解勿須通知之旨足矣，而不以明示爲要，且無妨先於要約或後於要約表示之。

適用本條規定之結果，依承諾人之履行行爲（Erfüllungshandlungen）或占有行爲（Aneignungshandlungen），契約即可成立，於交易上，至爲便捷。惟其契約成立之時期，法文雖明定曰：『有可認爲承諾之事實時，』但於如何情形方爲有其事實之存在，殊難一概論定，而不可不就具體事件分別判斷之。

一六一條
之範圍

依一六一條
規定其契約
成立之時期

(丁) 承諾之撤回 承諾之通知發出後生效前，承諾人爲自己之便宜而撤回之，既無害於相對人之利益，自非法律所禁。反是，撤回承諾之通知，於承諾之效力既經發生契約業已成立後，始到達相對人者，則不生撤回之效果，契約依然成立。但此項撤回通知，實際上雖到達在後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時到達者，要約人爲主張契約成立，不可不負速將遲到之旨通知承諾人之義務。怠於此項義務之履行，其撤回應視爲有效。依我民法第一六三條，既準用第一六二條之規定，當然生此結論。

第四項 懸賞廣告

第一目 懸賞廣告之性質

何謂懸賞廣告
關於懸賞廣告之性質既

懸賞廣告 (Auslobung) 者，依廣告方法，而表示對於完成一定行爲之人給與報酬之謂。此項表示，其法律上性質如何？學說不一：有契約說，與單獨行爲說。於理論上，後說較前說爲優。蓋其契約說者，以懸賞廣告有要約之性質，應其廣告而完成一定之行爲，是爲承諾，契約於以成立。然廣告人與完成一定行爲之人，均無締結契約之意思，故二者間之權義關係，并非因意思表示之合致而生。即其一方（廣告人）乃基於自己之意思表示，而對完成一定行爲之人，負擔給付報酬之義務。他方（完成一定行爲者）亦基於廣告人之意思表示，而生請求報酬之權利，惟其權利之發生，以一定行爲之完成爲條件耳。且完成一定行爲之人，不必豫知廣告存在，雖未知有廣告而完成之，廣告人亦須給付報酬。於此情形，主張契約說者，實無以解

懸賞廣告
爲單行爲

關於懸賞廣告
之立法例

於我民法
懸賞廣告
之性質
要約性

懸賞廣告
之特殊
要件

廣告人
有負擔
債務之
意思

之，故以單獨行爲說明懸賞廣告之性質，較爲合理。於立法上，羅馬法及德普通法，皆無明文。普國國法一部十一章第九八八至九九五條，對之始有規定，但極簡陋。索遜民法，亦然。法奧等民法無之。至德民法，規定較詳。（六五七至六六一條）瑞債務法及日民法，皆有規定。（瑞債八條，日民五二九至五三一條）我國兩民律草案，均與德民法同，將其別於契約，另設專章，其採單獨行爲說，自勿容疑。而現行民法，改從日瑞之例，以定於契約成立節中，因此，不能不依契約說以爲說明。則所謂懸賞廣告，與一般廣告，異其性質，而乃對特定人所爲之要約，僅廣告人爲其廣告，不生何等債務，必待他人應其廣告而爲一定行爲時，始有契約之成立，廣告人給付報酬之義務，亦於其時發生。

第二目 懸賞廣告之要件

懸賞廣告既有要約之性質，自應具備要約之必要條件。但與通常之要約，究屬不同，故又有其特殊之要件：

第一 廣告人須有負擔債務之意思

爲懸賞廣告之人，須有依其契約而負擔債務之意思。蓋通常之要約人，非必將來之債務人，而懸賞契約之廣告人（即要約人）則必係將來之債務人，故應依對他人（即完成一定行爲之人）負擔債務之意思，而爲廣告。但其意思，以真實爲足，至於動機如何，則非所問。且其指定行爲與報酬之間，在經濟上，亦不

必有同等價格。

第二 須依廣告之方法而爲要約

懸賞契約之要約，是否必依廣告（Öffentliche Bekanntmachung）方法爲之？德普通法時代，大有爭論。德民法之解釋，多主積極說。我民法應從之。所謂廣告，乃一種表意方式，廣告人之意思，因而確定的表現於外部，故爲要式契約。至其表示，依文書言詞或其他方法爲之，於法律上，原無限制。且得知其廣告者之範圍若何？亦非所問。

第三 須對一般人或一定範圍之人而爲要約

懸賞契約之要約，須以不特定人爲被要約人。故依廣告之方法，而對特定人爲要約者，非懸賞廣告。惟其廣告，不限定對一般人爲之，雖對一定範圍之人而爲者，仍不失爲懸賞廣告。

第四 須表示給與一定之報酬

懸賞契約，依一定行爲之完成而成立，債之關係亦即因此發生。故爲其標的之給付，須於廣告當時，依廣告表示之。但不必現實確定，以可得確定爲足。且其給付，有無金錢價格，亦非所問。

第五 須表示對於完成一定行爲之人給與報酬

懸賞廣告中所指定之行爲，其種類若何？毫無限制。且其行爲，不以發生一定結果者爲限。但依廣告方

懸賞要約爲要式行爲

懸賞要約對不特定人爲之

給與報酬之表示

表示對完成行爲之人給與報酬

法，而表示發生某種事實狀態時，即給與報酬之旨，則非懸賞廣告。

第三目 懸賞契約之成立

懸賞廣告，僅有要約之性質，必更加以他人之承諾，始有契約成立，債之關係，亦於其時發生。但於如何情形可謂有承諾之表示？學者之主張不一：

何謂懸賞契約之承諾

學說

(甲) 着手指定行為前所為之意思表示，是為承諾。

(乙) 着手於指定行為，是為承諾。

(丙) 指定行為之完成，是為承諾。

(丁) 指定行為完成後所為之意思表示，是為承諾。

(戊) 將指定行為之結果移轉於廣告人，是為承諾。

(己) 為指定行為，或基於指定行為之結果所為之意思表示，是為承諾。

批評

上述各種見解，學者多所批難，概謂一二兩說與廣告之真意相違，第三說缺點甚多，最顯者，即依此說，則完成指定行為之人，不可不知有廣告存在，并須依承諾之意思而為之，然於不知有廣告而完成該行為者，倘否認其契約成立，是不僅違背表意人之意思，且未能適應交易需求。依第四說，於完成指定行為之外，更以承諾之意思表示為要件，然行為人，依報酬之請求，而表示承諾之意思，殊與行為人之本意不合，蓋行

爲人之對廣告人請求報酬，乃行使其既得權，而無因此取得權利之意思，且如行爲人於行爲完成後請求報酬前，有死亡或喪失行爲能力之情事時，遂生不得請求報酬之結果，故亦不當。至第五說，與第四說同其批難，且其指定行爲之結果，有不必移轉於廣告人者，是更難爲一般之說明。第六說則折衷三四兩說，於難以適用第三說時，而執第四說以補充之，故與三四兩說同屬不當。

由此以觀，上舉諸說，均非至善。惟就我民法之規定解釋之，則以第三說較爲適切。依第三說，視指定行爲之完成有承諾之意思。易辭以言，即行爲人必依承諾之意思而完成廣告人指定之行爲。故行爲人，以知廣告之存在爲要。至不知有廣告而完成其行爲者，依法理言，懸賞契約即難成立。但立法者，爲應交易之需求，故設第一六四條後段之規定，以避無益之訟爭。反之，不從此說，而謂行爲人無須依承諾之意思完成一定行爲，則如本條後段之情形，當然包括於前段規定中，反不待特設明文矣。

第四目 懸賞契約之效力

以廣告聲明，對完成一定行爲之行爲，給與報酬者，對於完成該行爲之人，負給付報酬之義務。（民一六四條前段，德民六五七條前段，日民五二九條，瑞債八條一項）蓋懸賞契約，因完成廣告所定之行爲而成立，自行爲人方面觀之，因契約成立，取得請求報酬之權利，而不負何等義務。自廣告人方面觀之，因契約成立，負擔給付報酬之義務，而無何項請求權。故所謂懸賞契約，乃單務契約之一種。然報酬之給付，與行爲

之完成，互有對價關係，是又屬於有價契約。依其性質之所許者為限，關於買賣之規定，應準用之。

數人共同完成
行為時
其報酬之
歸屬權

懸賞廣告中所指定之行爲，由一人獨自完成之者，其人得向廣告人請求全部之報酬。如由數人共同完成之者，應從廣告所定以決之。未訂定時，則此數人，共同取得一債權，故可依我民法債編第二七一條或第二九二條之規定，以爲解決。

數人分別完成
行為時
其報酬之
歸屬權

完成行爲者有數人，而此數人并非共同協力於一行爲，乃分別完成數個之行爲時，將由何人取得報酬請求權？乃事實上所必爭。故我民法一六四條二項特明定曰：『數人同時或先後完成一定行爲時，如廣告人對於最先通知者已爲報酬之給付，其給付報酬之義務，即歸消滅。』故廣告人僅與最先通知者間，成立懸賞契約，其報酬應向最先通知之人給付。立法本旨，信如是也。惟其語意，殊欠明確。且於同時有二以上之通知，更莫辨其行爲完成之先後者，將何以解決？亦不能無疑。是不若德日民法規定之完善。（德民六五九條，日民五三一條。）

第五目 懸賞廣告之撤銷

第一 撤銷之許容

廣告人有無撤銷廣告之權？立法例及學說不一。依契約說之理論，以得撤銷爲原則。依單獨行爲說之理論，則爲例外。但採單獨行爲說，無妨依法律規定許其撤銷。（如德民六五八條）採契約說，亦無妨依法

廣告人
撤銷之
無權

完成之
標準

撤銷懸
賞廣告
之方法

律規定限制其撤銷。(如瑞債八條二項，日民五三零條)故懸賞廣告能否撤銷，要應從實際需要以決之。我民法從近世立法通例，兼顧雙方利益，對於豫定報酬之廣告，在一定行爲完成前，許廣告人撤銷之。(民一六五條)此項撤銷權行使與否？一任廣告人之自由。故廣告人爲確保廣告之效力，於廣告內，豫先表示不撤銷之意思者，亦自無妨。(此於德民六五八條二項，日民五三零條但書，設有明文)至廣告內定有完結行爲之期限時，廣告人即有於期限內維持要約之意思，故與拋棄撤銷權者同，不得更爲撤銷之意思表示。(此於德民六五八條三項後段，日民五三零條三項，亦有明文)因期限經過，廣告之效力，當然歸於消滅，是又勿待煩言。

第二 撤銷之方法

懸賞廣告，僅於無指定行爲之完成時，得撤銷之。蓋其指定行爲一旦完成，契約於以成立，自無撤銷之餘地。但所謂完成，應以客觀觀念爲準，僅廣告人之主觀方面知其完成，未爲足也。

撤銷之方法如何？德日民法，設有明文。(德民六五八條一項，日民五三零條一項)須與爲要約之廣告同其方法。不能依其方法時，亦得用他種方法爲之。即其撤銷，亦須依廣告，并與要約之廣告用同一方法。事實上雖或不能用同一方法，但終不可不依廣告行之，所以保護一般人之利益也。我民法雖無明文，解釋上亦應如是。且依通說，廣告人不依廣告方法撤銷之者，僅對受有通知之人生撤銷之效力。

懸賞廣告因撤銷而失效
行爲人因撤銷受損害時之賠償請求權

賠償請求之限制

第三 撤銷之效力

懸賞廣告，因撤銷而失其效力，行爲人就一定行爲，雖着手於撤銷前，而完成於撤銷後者，亦不得請求報酬。但行爲人因其撤銷所受之損害，廣告人有無賠償責任？如有賠償責任，其根據若何？學者之主張不一。我民法第一六五條，從瑞士之例，（瑞債八條二項）明認廣告人對行爲人負損害賠償責任。（德日民法不認此項賠償責任）惟其責任之發生，須具備左列要件：

（甲）行爲人因信賴廣告着手於一定行爲，實際受有損害。

（乙）其損害非基於行爲人之故意或過失所致者。

（丙）既經着手之一定行爲，有完成之可能。

具備上述要件，得向廣告人請求損害賠償。但法律爲顧全廣告人之利益，又特設相當限制。（1）廣告人應負擔之損害賠償責任，以廣告中預定之報酬額爲限度。故實際之損害額超過預定之報酬額者，其超過部分，廣告人無賠償之責。（2）廣告人能證明行爲人不能（主觀的不能）完成其行爲者，得免除此項賠償責任。蓋於此等情形，縱令廣告人不撤回廣告，亦終不能達廣告之目的也。

第六目 擇優給獎廣告

何謂擇

擇優給獎廣告（Preisanschreibung）者，依廣告表示完成一定行爲之人有數人時，僅對其最優者

優給獎廣告

於我民法
給獎廣告
是否有效

優給獎廣告
之要件

給與報酬之謂。此種廣告，與前述懸賞廣告，是否同其性質？有積極消極兩說。德日民法之解釋，（德民六六一條，日民五三二條）採積極說。故日學者，恆以優等懸賞廣告稱之。

我民法與瑞債務法同，對於擇優給獎廣告，未設特別規定。新舊兩草案，則從德日之例，明定擇優給獎廣告之效力。（舊案八八五條，新案七三四條）但於近世，為解決學理上或技術上諸問題，此項方法之利用，屢見不鮮。以無背於公安良俗及強行法規為限，法律自乏禁止之理由。且為法律關係之明確，實有倣德日民法特設明文之必要。現行民法雖無明文，然就此等事項，要難謂為違法，而不可不依懸賞廣告之一般規定以解決之。但此種廣告，究含若干之特質，依上述一般規定，或有難為適當解決者。茲為實際之參考，特就德日民法及兩草案之規定，闡明如次：

第一 要件

擇優給獎廣告，於具備懸賞廣告之一般要件外，尚有左列要件：

（甲）須表示僅對優等者給與報酬。此乃擇優給獎廣告中最著之特質。但所謂優等者，自不以一人為限。

（乙）須定應募期間。應募期間，毫無限制。則其優劣，永無判定可能。故未定期間之擇優給獎廣告，即屬要件欠缺。既定有期間，則不得任意撤銷，是又勿待煩言。

擇優給
獎契約
之成立

第二 契約之成立

(甲) 有應募之意思表示 擇優給獎契約，因優劣之判定而成立。一定行為之外，更不可不表示應募之意思。其表示方法，從廣告人之豫定。無其豫定時，須將一定行為之結果報告於廣告人。

(乙) 對於一定行為之結果，有優劣之判定 應募人完成一定行為，表示應募之意思後，其契約附條件的成立。依優劣之判定，條件成就，契約始確定成立，應募人因而取得報酬請求權。此項請求權，僅因判定而取得，不必知有判定也。且其判定，應由廣告內所定之人行之。無其預定時，則由廣告人自行判定。無論其判定是否公平，應募人對之不得主張異議。

第三 契約之效力

依優劣之判定，應募人與廣告人間，成立契約。優等之應募人，取得報酬請求權。於僅一人時，固無問題。如為數人，則其報酬，不可不平均分配。

第四 製作品之權利移轉

依擇優給獎廣告所生之製作品，其權利應歸屬何人？德民法及我兩草案，均有明文。即廣告內定明應將關於事項之權利讓與者；廣告人始得請求讓與。日民法無之，日學者之通說，與德民法同。但依余見，以廣告內無特別意思表示為限，其權利當然移屬於廣告人，較為允當。

擇優給
獎契約
之效力

製作品
權利之
當然移
轉

第二款 代理權之授與

第一項 代理權與授權行為

第一 代理權之性質

代理權 (Vollmacht, Vertretungsmacht) 之法律上性質若何？有否認、許容、權力、資格四說。依否認說，混同代理與委任兩觀念，於我民法之解釋，自不足採。至後三說，受近世立法之影響，區別委任與代理，認代理權有獨立觀念，固無不當。然依許容說，僅足以示本人與代理人間之關係。依權力說，亦僅能說明代理權之效果。惟資格說，較為切近，乃近世通說。依其說曰：代理權者，法律上之一種資格（即能力）也。即認代理權為類似行為能力之法律上地位。基於此種地位，得為法律行為。惟依其行為所生之法律效果，一以歸諸本人，故與行為能力稍異。

第二 授權行為之性質

意定代理權之發生，以授權行為之存在為前提。所謂授權行為 (Bevollmächtigungssakt)，乃一種建設行為，而無讓與行為之性質。於其行為，有主張以本人之意思表示為足者，有主張須參以代理人之意思表示者。前者是曰單獨行為說，後者是曰契約說。契約說中，又有委任契約說與無名契約說之別。依委任契

關於代理權之性質說

代理權為法律上之資格

關於授權行為之性質說

授權行
爲係法
律行爲

約說，混同委任與代理，否認授權行爲有獨立觀念，未足據以說明近世之代理制度。（羅馬法委任與代理之觀念不分明，故此說甚發達。法民法一九八四條，奧民法一零零二條，亦然。德法系民法則反是，此說乃漸失其勢力）依無名契約說，固爲授權行爲係一種無名的雙務契約，依本人與代理人間之合意，互相負擔視代理行爲一如本人行爲之義務。解釋日本民法，多採此說。而我民法，從德民法之例，（德民一六七條一項）於第一六七條定曰：『代理權係以法律行爲授與者，其授與，應向代理人，或向代理人對之爲代理行爲之第三人，以意思表示爲之。』所謂代理權係以法律行爲授與者，即所以別於法定代理，而專指意定代理言。此項代理權之授與，乃法律行爲之一種，非單純之意思表示，亦屬至明之理。惟其法律行爲，僅依本人一方之意思表示即可完成，勿待代理人之同意，故非契約，而應從德學者之通說，以單獨行爲解之。但依余之所見，二說均非盡善。即我民法第一六七條，亦不過規定授權之意思應向何人表示而已，非謂其意思表示有絕對拘束代理人之效果，故代理人有反對之意思表示時，自無強其承受代理權之理由，因而授權行爲之有效，不可不以『本人之意思表示』與『代理人無反對之意思表示』爲要件焉。

第三 授權行爲與其基本的法律關係

授權行爲與其基本的法律關係，是否不可分離？乃學者所聚訟。依無因說，以其關係純爲本人與代理人間之內部關係，且無須告知第三人，故其消滅，亦不及影響於代理權，因而授權行爲不以有因爲必要。惟

授權行
爲係相
對的有
因爲

何謂共
同代理
權

關於代
理之立
法例

我民法
上之共
同代理

我民法之解釋，與德民法同，（德民一六八條）應採有因說。蓋第一零八條，曾明定曰：『代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。』準此以解，則其為基本之法律關係消滅時，代理權遂亦失其存在。但本條規定，無強行性質，於實際上，代理權之授與行為，有獨立存在之必要者，亦非無之。故所謂授權行為，原則上固為有因行為，然依當事人之意思，使為無因，亦非法之所禁，是採相對的有因說，最為允當。

第二項 共同代理權

共同代理權者，代理人有數人時，僅依數人之共同，有為代理行為之權也。故其代理權之行使，受有限制。若非全體共同為之，即屬踰越權限之無權代理行為。夫就同一事項，授與代理權於數人者，其數人能否各別行使代理權？立法例不一：民法法推定為各自代理權。但於證書證明共同之旨，是為例外。（法民一九九五條）奧民法反是，於無特別意思表示時，推定為共同代理權。（奧民一零一一條）德日民法及瑞債務法，則全然不設推定的規定，一以委諸授權行為之解釋。我民法乃從奧民法之例，於第一六八條定曰：『代理人有數人者，其代理行為應共同為之。但法律另有規定，或本人另有意思表示者，不在此限。』故就同一事項，對二以上代理人授與代理權時，不問其是否各別授與，原則上均推定數代理人僅有共同代理權，而應共同行使之。但本人認為無其必要，而表示反對之意思，或於特殊情形，為事實上之便宜，法律有應許容代理人獨立行使其代理權之必要，而為反對之規定者，自為例外。（學者對於本條本文之情形，稱曰

共同代理
連理與合

共同代理 *Rollektivvollmacht*。對於但書之情形，稱曰連合代理 *Solidarvollmacht*。以示區別。

第三項 無權代理

何謂無
權代理

無權代理 (*Unberufene Stellvertretung, Vertretung ohne Vertretungsmacht*) 者，具備代理關係之其他成立要件，而僅缺乏代理權之代理也。其中有表見代理與狹義的無權代理之別。

第一 表見代理

表見代
理之無
權代理
之一種

表見代理 (*Schein Vollmacht, Agency by estoppel*)，乃廣義的無權代理之一種。因具有可信為有代理權之正當事由，故與狹義之無權代理不同。於我民法，應解作表見代理者，有二種：(甲)依本人之行為，表示以代理權授與他人者。(乙)知他人表示為其代理人，而不為反對之表示者。於凡此等情形，本人與代理人間，雖無授權行為介在，而依第一六九條規定，本人對第三人，應負授權人之責。其負責要件，當分論之。

(甲)依本人之行為，表示以代理權授與他人者。於此情形，必依本人行為之所示，足以使第三人信其與代理人間有授權關係。但無授權之意思表示。至其行為，如係對特定之第三人而為者，僅與該特定人間，有本條規定之適用，而不及於其他第三人。

(乙)知他人表示為其代理人，而不為反對之表示者。即無權代理人向第三人自稱為本人之

表見代理
之效力

代理者，必須具備下列要件，方能對本人生效。(1)有自稱代理人之事實，且爲本人所明知。(2)本人明知其事實，而不爲反對之意思表示。但該代理人，如曾分向數人表示同一意思，而本人祇知其一時，則本人僅就其所知之限度，負授權人責任。

依我民法，有權代理行爲，『直接對於本人發生效力。』（一零三條）表見代理行爲，僅『本人對第三人應負授權人之責任。』（一六九條）故解釋上，於前者，本人得基於代理行爲，直接向相對人有所請求。於後者，則其代理行爲之效果，及於本人與否？相對人得依選擇而爲主張。如主張及於本人時，本人不得以無權對抗。反之，相對人未爲此項主張以前，則本人非經追認，不得逕向相對人有所請求。

表見代理
責任之
免除

立法上是認表見代理之理由，無非爲謀社會生活之動態安全，並賴以維繫代理制度之固有功效。然若絕對貫徹此旨，又深足以妨害本人之靜態安全，亦非持平之道。故我民法，依調劑雙方之目的，於第一六九條，特設但書之規定曰：『第三人明知其無代理權，或可得而知者，不在此限。』是則本人就表見代理行爲應對第三人負擔之責任，得因本條但書之情形而免除。然欲主張免除者，自不可不負舉證之責。蓋本條規定之本旨，原在保護善意第三人，又爲強固表見代理之效果，故不將第三人之善意定爲本人任責之積極要件。但第三人果非善意，倘仍使本人負授權人責任，殊失立法之平，因而以證明第三人之惡意，爲本人免除之條件。

第二 狹義之無權代理

關於無權代理之立法例

(甲) 無權代理之立法 所謂狹義之無權代理，乃學理上之用語，以別於表見代理而言。於法律上，則僅稱曰無權代理。基於此種代理行為所生之法律效果若何？德日民法，因契約與單獨行為，而異其規定。(德民一七七及一八零條，日民一一三及一一八條) 我民法無此區別，使生同一效果。(瑞債三八條，僅就契約行為之無權代理定之)

無權代理之承認

(乙) 無權代理之承認 無權代理人，既無代本人為法律行為之權，故不問其為契約或單獨行為，原則上概屬無效。惟依我民法第一七零條，無代理權人以代理名義所為之法律行為，得因本人承認，使對本人生效。蓋於無權代理行為，代理人有為本人之意思，相對人亦有與本人成立一定法律關係之意思，所欠缺者，僅本人無授權意思一點，其後本人如亦有使代理人為自己與相對人成立同一法律行為之意思，而予以承認，則與自始即有授權之意思表示者無異。故因本人之承認，遡及行為當時，對本人生效。

無權代理承認之催告

(丙) 承認之催告 無權代理行為，非經本人承認，其效力永不確定。故我民法，從近世立法通例，(民一七零條二項，德民一七七條二項，日民一一四條，瑞債三八條二項) 予相對人以催告權 (Auf-forderungsgrecht)，即相對人得定相當期限，催告本人確答是否承認。此項催告 (Auforderung)，依要求

本人行爲之意思而爲之，故爲意思通知之一種。而以豫定相當之期限爲要件。定其期限之標準，因法律行爲之性質，及本人距離之遠近，自難一致。倘或失之過短，客觀上認爲不相當時，則其催告，殊非有效。既定有相期限，本人即應於期限內向相對人表示承認或拒絕之旨。反之，如本人逾期未爲確答，則生一定效果，即視爲承認之拒絕。

(丁) 相對人之撤回權 無權代理行爲，有相對人時，其相對人除得依前條行使催告權外，法律爲貫徹保護之旨，更授以撤回權。(民一七一條，德民一七八條，日民一一五條)但撤回權，僅存於本人未爲承認表示以前。其行使應依意思表示爲之。受其意思表示者，以本人及無權代理人爲限。但解釋上，僅對其一人爲之，即生撤回之效力。更依我民法，相對人於法律行爲當時明知代理人無代理權者，則無此項撤回權。蓋因其自始即有受不確定的法律行爲所拘束之豫期，唯待本人之承認，以促法律行爲之生效。故僅授與催告權，已足盡保護之能事，不必有此二重權能。惟相對人是否明知，本人應負舉證責任。於此有一問題，即越權代理與權限消滅後之代理，其效果如何？日民法認二者具有表見代理之性質，故雖越權代理，仍使本人負責。(日民一一零條)即權限消滅後之代理，前代理人，亦不得以代理權消滅對抗善意且無過失之相對人。(日民一一二條)我新民法之解釋，則與此異。原則上，二者皆包括於狹義的無權代理中，而有第一七零條及一七一條規定之適用。最高法院及前大理院判例，亦同此旨。(最高法

院一七年一月二八日上字二八號，及同年三月一五日上字二五二號判決。大理院三年上字五六四號判決。但有例外，即代理行為超越代理權限，或其代理權依撤回已歸消滅，而生無權之問題者，本人不得以限制或撤回為理由，主張不生代理之效果，而與善意第三人抗爭。此於學理上，仍不外表見代理之一種。

第三款 無因管理

第一項 總說

無因管理 (Negotiorum gestio, gestion d' affaires, Geschäftsführung ohne auftrag, auf raglose Geschäftsführung) 我舊民律草案從日民法之用語，稱曰事務管理。即未受委任並無義務而為他人管理事務之謂。(民一七二條前段) 依原則言，無論何人，既無一定原因，即不有為他人管理事務之義務，亦無其權利。然基於道義觀念，而有管理他人事務之事實者，依法律所定，管理人 (Gestor Geschäftsführer) 與本人 (Dominus negotii, Geschäftsherr) 間，應生一定權義關係。故所謂無因管理，亦發生債權之法定原因。

何謂無
因管理

關於無
因管理
之立法

無因管理之法則，始自羅馬法。惟羅馬法，僅認為準契約之一種，而無獨立觀念。法意民法從之。至德民法，始確認無因管理為獨立的債權原因。屬於德法系諸國之民法，以及瑞士債務法皆從之。惟規定之部位，

無因管
理之今
昔觀

未能一致。(德民六七七至六八七條,奧民一零三五至一零三九條,日民六九七至七零二條,瑞債四一九至四二九條)我民法以列入債之發生節中,編別上不能謂無進步。(英美法因非繼受羅馬法,故無關於無因管理之法則)

於立法政策上,所謂無因管理,究應禁止抑應獎勵?殊乏定論。惟依個人主義,各個人所享有之權利,不許他人干涉。羅馬法以來,皆默守此旨。然依社會共同主義,則認私人之互助,為文明社會之美德,如因於己無關而不之顧,殊有害於社會經濟之發達。今世法律觀念,即受此種思想所支配,而以社會利益為中心。故依時代之傾向,所謂無因管理,寧有獎勵之必要。此德民法,於尊重本人意思外,所以兼顧公益,而設詳密規定。我民法從之。

無因管
理為法
律的行
為

依無因管理之開始,當事人間發生一定債之關係。此項債之關係,非基於效果意思,且無何等表示,故非法律行為,亦無意思表示規定之準用。而乃依管理人之意思活動所生之行為,法律因其具備一重要件,遂予以許容。其為法律行為以外之適法行為,毫無疑義。學者稱曰法律的行為(Rechtliche Handlung)。

無因管
理之社
會性

無因管理,雖屬適法行為之一,然法律是認無因管理之理由,未必一致。故其效果,自亦有異。我民法從德例,不僅置重管理人之道德意思,並闡發無因管理之社會性,故認第一七四條及第一七六條等效果。

第二項 無因管理之要件

無因管理之要件有三

無因管理須係未經委託人並無義務

無因管理之成立，須具備法定要件。依我民法第一七二條，約有三點：須未受委任並無義務，一也。須係爲他人，二也。須有事務之管理，三也。於學理上，一三兩點，是曰客觀要件，第二點則曰主觀要件。

第一 客觀要件

(甲) 未受委任並無義務 基於契約或法律規定，負有爲他人處理事務之義務者，就其處理，固應依契約或法律規定以決之。然非基於契約或法律規定，而竟爲他人處理事務者，則管理人與本人間，應生如何之關係？必有待於法律之特別規定。所謂無因管理，蓋即指此。

我民法從德例，(德民六七七條)以未受委任並無義務，爲無因管理之要件。所謂委任，指當事人間之契約關係。於此情形，管理人既爲當事人一方，從其契約本旨，負有爲他方處理事務之義務，自不得謂爲無因管理。雖無契約關係，而依其他原因，(如法律之規定)負有爲本人處理事務之義務者，亦無適用本款之餘地。

於此有應注意者：(1) 管理人原有管理義務，至後始歸消滅，就其消滅後之管理行爲，原則上應成立無因管理。但有例外。(例如民五五一條)(2) 超越管理義務之固有範圍，而爲事務之管理者，對本人仍不失爲無因管理。(3) 管理人雖對第三人負有義務，而對本人無義務者，仍不失爲無因管理。惟其義務之內容，有排除對本人成立法律關係之性質時，則管理人與本人間，不生無因管理之問題。(4) 義務之有無，

應依客觀觀念定之。管理人實無義務，而因錯誤信為負有義務者，仍不妨及無因管理之成立。反是，實有義務，而誤信為無義務時，則不生無因管理之問題。

(乙) 事務之管理 無因管理之成立，以有事務之管理為要件。此要件，可分別事務與管理言之。所謂事務(Geschäfte)，其觀念至為廣汎，舉凡足以影響人類生活之事項，而得為債之標的者，皆包括之。故不問其生法律上影響及經濟上之變動與否。惟應注意者：(1) 所謂事務，須屬適於為債之標的者，故純粹之宗教的道德的事項，以及違反法令公安良俗之事項，則不得為無因管理之標的。(2) 所謂事務，包括客觀的及主觀的他人之事務而言。前者，謂依客觀觀念，由其事務所生之事實上效果，將歸屬他人者是。後者，謂依客觀觀念，不能定其歸屬，(學者所稱中性事務) 而依管理人之主觀意思，使歸屬於他人者是。然其意思，因非效果意思，故勿須表示。

所謂管理，非僅指保存利用改良等管理行為而言，雖處分行為，以不違反本人意思為限，管理人亦得為之。至於管理之目的及方法，我民法從近世立法通例，於第一七二條以下，示以一定之要件。關於管理之手段，應從事務之種類及管理之目的定之，而不問其為法律行為或事實行為。但雖以法律行為為手段，而為事務之管理時，其無因管理之本身，仍未能以法律行為視之。蓋其性質，不因手段之異，而有所軒輊。

無因管理
須不
反於
本人
且人
有意
於本
人利
思

無因管
理須有
管理
意思

(丙) 須不反於本人之意思，且有利於本人。於客觀上，無因管理之成立，除具備上述要件外，依我民法第一七二條，尚須具備下述適法要件。即「其管理，應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之。」故凡違反本人之意思而為管理，或其管理方法顯然不利於本人者，均足以影響於無因管理之適法性。但非無因管理成立上之絕對要件。蓋觀本款規定之全趣旨，雖違反本人意思，或以不利於本人之方法，而為管理者，仍有成立無因管理之可能。惟其效果，比較薄弱。因此，及損害於本人時，管理人須負賠償責任耳。(民一七四條) 於此有應注意者：(1) 本人之意思，不反於強行法規與公安良俗者，有拘束管理人之效力。否則，管理人雖不從本人之意思而為管理，亦有無因管理之成立。此依我民法第一七六條二項，當然發生之結論。(德民六七九條同，日民無此規定，學者多主此說)(2) 管理人就管理方法，須擇其最利於本人者。但同時應顧及社會之公益。故所謂本人之利益，當以法律上有保護價值者為限，否則管理人雖採用利於公共而不利於本人之方法為其管理，亦生無因管理之關係。

第二 主觀要件

無因管理之成立，於具備上述客觀要件外，管理人之主觀方面，尚須有為他人而管理事務之意思。於學理上，稱曰管理意思。無其意思時，無因管理絕對不能成立。同時倘更具備其他要素，反足以構成侵權行為。茲撮其要點如下：(1) 所謂為他人之意思，不以單純為他人者為限，雖兼有為自己之意思，亦無妨礙。(2) 所

管理人之義務

依本人意思以有利於管理之義務

謂爲他人之意思，即因其行爲所生事實上效果使歸屬他人之意思，而與代理意思有別。故管理意思與代理意思，恆異其範圍，而不必同時存在。(3)管理意思發生之動機如何？在所不問。且勿須表示之。(4)所謂他人，不必確定，故以爲甲之意思而事實上爲乙管理事務者，仍無妨對乙成立無因管理。且在管理當時，不必有現存之權利主體。故如對於尙未設立之法人，亦不妨爲其管理事務。

第三項 無因管理之效力

第一 管理人之義務

無因管理開始前，管理人原不負何項義務，故與依委任或其他原因而爲他人管理事務者有別。但既開始管理後，則與委任近似，故關於委任契約之規範，有應準用者。(民一七三條二項)然二者之本質，究難混淆，法律因此不得不設特則。

(甲)注意義務 無因管理開始後，管理人『應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法』而爲管理。此我民法第一七二條所定。其趣旨，在使管理人負擔依此種方法而管理事務之義務。故爲決定管理方法之第一標準。茲將其要點分述如下：(1)所謂本人之意思，如前所述，以法律上有保護價值者爲限。反之，殊無顧慮之必要。(2)本人明示其意思者，固勿待論。雖未明示，而於可得推知時，管理人亦有依善良管理人之注意爲其推知之義務。(3)已盡相當之注意，仍無從推知者，則應從事務之性質，

並社會之通念，擇其最利於本人之方法，而為管理。如於客觀觀念，其方法顯不利於本人，而管理人竟採用之者，即屬義務違反。

違反本人意思無過失賠償責任

依公益而生之例外

為免除本人急迫危險僅重大過失責任

管理人

(乙)賠償義務 關於管理人之賠償義務，我民法設有下例特則：(1)依第一七四條一項規定，不僅認管理人之抽象過失，且更進而採用無過失責任主義。即「管理人違反本人明示或可得推知之意思而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責。」是為過失責任主義之例外，所以重視本人之意思也。然於他方，為闡發無因管理之社會性，又不得不對本人之意思稍設限制。故第一七四條，更設第二項規定，即管理人「係為本人盡公益上之義務，或為其履行法定扶養義務者」，則雖違反本人明示或可得推知之意思，而及損害於本人時，仍不負損害賠償責任。蓋依現代立法思想，當事人之意思，固應尊重，而社會公共福利，尤難輕視。(2)依我民法第一七五條：「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，除有惡意或重大過失外，不負賠償之責。」本條任責之標準，與前條第一項，顯分輕重。蓋所以獎勵此類事務之管理也。依前條，雖無過失，亦負任責。而依本條，僅就故意或重大過失，負其責任。但應以免除本人之急迫危險為目的，倘非有此目的，則依反對解釋，當從損害賠償之一般原則，或前條規定決之。

(丙)通知義務 無因管理，以依本人之意思管理事務為其適法要件。故本人不願他人干涉自

己事務時，除基於公益上必要外，殊無強加干涉之理由。縱令不然，而就事務之管理，具有特別希望時，管理人亦不可不從本人之希望，為其管理。倘或違反之，因而發生第一七四條之情事者，管理人不能不負責任。故法律為顧全雙方利益計，特設第一七三條一項規定，藉促管理人注意。即「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。」而通知之能否，應依事務之性質，及當時之情狀定之。如為可能，管理人即負有勿稍遲滯為其通知之義務。其通知，乃觀念通知，不生意思表示之效力。既通知後，除有急迫情事外，更須中止其管理行為，以待本人指示方法，否則其通知殊無實益。但此項通知義務，與通常債務有別，乃單純義務之一種。雖違反之，亦不生何等積極效果。蓋管理人因未履行此項義務，以致不得推知本人之意思，而及損害於本人時，其責任將為前款所述賠償義務所吸收，故不生獨立問題。

(丁) 其他義務 於我民法，管理人除負有上述各種義務外，更依第一七三條二項，準用第五四零條至五四二條規定之結果，而負擔下列各種義務。即(1)報告管理事務之狀況及其顛末。(2)依管理收取之金錢物品及孳息交付於本人。(3)移轉為本人取得之權利。(4)為自己利益，曾使用應交付於本人或為本人利益而使用之金錢者，應付利息償還本人。如有損害，並應賠償。

管理人之義務，略如上述。依英國法，管理人於開始管理後，一定情形下，尚負有繼續管理之義務。日民

報告義務
收取物
交付義務
權利移
轉義務
支付利
息及賠
償損失
繼續管
理義務

理義務

法第七百條，亦設有明文。我民法則依德例，未設專條。於解釋上，或謂依第一七八條，既有第五零條之適用，故無特設明文之必要。但第一七八條，以管理事務經本人承認者，定為適用委任規定之條件，然則未經本人承認之無因管理，其管理人於開始管理後，究竟有無繼續管理之義務？不能無疑。關於此點，深足影響無因管理制度之功效，法律不設明文，殊屬缺憾。

第二 本人之義務

無因管理之本人，僅於有不當得利時，對管理人負返還義務。此外，別無負擔義務之理由。但法律既認無因管理為適法行為，則其管理，倘不反於本人意思，且有利於本人之事實時，殊不能不予管理人以相當保護。故我民法，從德日先例，（德民六八三及六八四條，日民七零二條）設第一七六條及一七七條之特則，以規定本人之固有義務。

不違反
本人意
思時本
人之義
務

費用償
還義務

（甲）管理事務不違反本人之意思時 管理人應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法，管理事務，是為無因管理之適法要件。故於此項要件具備時，其管理既非違法，本人因而享受事實上之利益，即應對管理人負相當義務。依我民法第一七六條一項，其義務，可別為下列三項：(1)「管理人為本人支出必要或有益費用者，本人應對之負債還義務，並自支出時起支付利息。」此點，即與委任有異，而不以必要費用為限，更及於有益費用。至其費用，是否為本人，以及必要或有益與否，應依支出

清償債務之義務
損害賠償義務

違反本人意思之義務
管理公益有關費用之償還
賠償債務之義務
管理本人利益之義務
賠償債務之義務

當時之客觀標準決之。故本人之主觀見解，以及支出後之情形如何，均非所問。其償還額，亦以支出額為限，不得依嗣後之情事有所增減，是為費用償還與損害賠償根本相異之點。至其利息，應自必要或有益費用支出時起，至為利息償還之日止，依法定利率計算之。(2)『管理人為本人負擔債務者，本人應負清償之義務。』通觀法文意旨，亦非以必要債務為限，其他有益債務均包括之。(3)『管理人為本人而受損害者，本人應負賠償之義務。』此項義務，於解釋上，除上述費用外，其他之積極的有形損害，皆包括之。德日民法，無此明文。我現行民法，為擴張無因管理制度之實效，故明揭之。

(乙)管理事務違反本人之意思時 管理事務違反本人意思時，即無上述一七六條一項之適用。但有下列例外：(1)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時，依第一七四條之趣旨，既無妨違反本人意思而管理之，則因此支出費用，負擔債務，或受有損害者，亦無妨對本人成立請求權。否則無因管理之社會的目的，仍難達到。此第一七六條二項之所定。(德民六八三條二項)(2)管理事務違反本人意思時，固不應有上述義務發生。然我民法，為謀立法之公允，並貫徹無因管理制度之本旨，又從德日先例，(德民六八四條，日民七零二條三項)依不當得利之法理，特設第一七七條之規定。即其管理，雖不合於本人意思，而本人因此仍得享有依管理所得之利益者，則不可不以其所得之利益為限，負擔第一七六條一項所定償還或賠償義務。至其管理果違本人之意思與否，應以事實上本人

委任規定之用

不當得利規定於我國民位

關於不當得利之法律沿革

意思之如何為標準，而不問其意思曾經表示與否。但法律無保護價值者，自無參酌之必要。管理人與本人間，因無因管理之合法成立，依其本質，而生上述權義關係。此種權義關係，與基於當事人間之委任契約而發生者，無異同。但經本人承認，則其實益，無異於委任。故我民法第一七八條，定為適用關於委任之規定。所謂承認，實含追認之意義。承認與否，本人保有其自由。如欲承認，則不可不意思表示為之。因其表示，而溯及管理行為之當時，發生效力。

第四款 不當得利

第一項 總說

民法第二編，於債之發生節中，以不當得利 (Conditio sine Cause; enrichment same cause, enrichment injuste; ungerechtfertigte Bereicherung) 與契約、代理權之授與、無因管理、侵權行為、併列，認為發生債務關係之一種獨立原因。考此制度，起源於羅馬法之 Conditio。其基礎觀念若何學說不一。自立法目的上觀察，無非為調和形式的秩序與實質的公平。更就近世立法例言，對於不當得利有規定者，首推普國法。法民法次之。但均未脫舊思想之羈絆。於奧民法，亦乏統一思想。立法上有充分表現者，自瑞債務法始。(普國法一部十六章一六六條以下及十三章第三節，法民一三七六條至一三八一條，奧民

一四三一條以下及一一七四條以下，瑞債六二條至六七條）依瑞法所定，就下列各點，有極著之進步。(1) 普奧等法，將不當得利納入債務消滅規定中，瑞法則定於債務發生原因中，以明不當得利與清償有別。(2) 法民法將不當得利納入準契約規定中，瑞法則以與契約及侵權行為併列，認為獨立的債務發生原因之一。(3) 瑞法不僅規定各種不當得利，且設有通則，將從來之分裂的制度整理為統一的制度。德日民法，大體上與瑞士立法之精神同；（德民八一二條至八二二條，日民七零三條至七零八條）惟其編別各異。我舊民律草案，從德例。新民律草案則，改依瑞士之編別。現行民法亦然。

第二項 不當得利之成立要件

何謂不當得利？
不當得利之要件
『我民法第一七九條，規定不當得利之一般觀念曰：『無法律上之原因，而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。』故不當得利之成立，必須具備左列要件：

第一 有受益之事實

所謂受益，指有利於受領人之一切狀態，而以財產之增加為通常。至於財產之增加，又可別為積極消極兩方面。

積極受
益

(甲) 受領人之財產狀態積極增加者，是曰積極受益。其最著者，約有左列數端：
(一) 權利之取得 所謂權利，包含所有權、他物權、占有權、債權、財產的期待權、無體財產權等。

凡有此等權利之取得者，皆足以積極的生財產之增加。

(二) 權利之擴充 此指權利之擴張及充實而言。前者，如就抵押權取得優先行使之順位是。後者，如物上負擔之消滅是。

(三) 權利以外法律上有益地位之取得 例如：無登記原因，而受不動產物權取得之登記是。消極受益。即其財產有應減少之理由，而竟免其減少之謂。例如：因支出他人之金錢，得節省自己之金錢；因他人負擔債務，得免自己負擔應負之債務等屬之。受益之觀念如右，其方法，法律上無限制。故依法律行為或事實行為，皆足以生受益之結果。且其行為之主體，亦無一定限制。

第二 致他人受損害

受益之方法，雖無限制，但須足以致他人受損害者，方有不當得利之發生。故受益與損害，適立於反對地位，而有因果關係。至何者為因，何者為果，則非所問。

受領人是否依他人財產而受益，無關於不當得利之成立。故雖依他人之勞務而得利，以他人因此受有損害為限，亦足以生不當得利之問題。日民法明揭此旨，我民法與德民法同，雖未明示，但應從此解釋。(日民七零三條，我民一七九條，德民八一二條。惟瑞債六二條一項，則標明「他人財產上」)

不當得利
受領人以
他人財產
為限

須致他人
受損害

消極受益

受益與損害之關係

須無法律上原因

無法律上原因之領受人

無法律上原因之領受人

原因之存在不成立亦不當得利

受益與損害之關係，有應注意者：(1)雖尚未現實歸屬於受領人之利益，而通常可得收取者，亦得為不當得利之標的。(2)受益與損害，不限於同一物體。(3)受益額與損害額，不必一致。(4)受益與損害之間，不必有直接因果關係。故因介入第三人而得利者，仍不失為不當得利之一種。(參考民一八三條)

第三 無法律上之原因

何謂無法律上之原因 (Ohne rechtlichen Grund) 有就一切不當得利求其共通之觀念者，有就各種不當得利求其個別觀念者。前者曰統一說，後者曰非統一說。我民法既僅設一般原則，故應採統一說。惟統一說者之論據，又各不同。依余所信，須先決者，即所謂無法律上之原因，應就當事人何方為其判斷是也。依民法第一七九條之解釋，應就受領人判之。但非指受領人之主觀狀態，乃指存於當事人意思以外之客觀狀態。此種狀態，以受領人之權利為基礎。依權利而受益，自非不當得利。反是，無權利享受利益，致他人受損害者，則有返還其利益之義務。故『無法律上之原因』即『無權利』之謂。

不當得利之成立，以無法律上原因為其要件之一。自始即無法律上正當原因者，固無問題。若其原因至後始歸消滅者，則應如何解決？我民法為避免爭議，於第一七九條後段特明定曰：『雖有法律上之原因，而其後已不存在者亦同。』故受領人於得利當時，雖依法律上之正當原因為其基礎，而日後，其基礎原因，已依法律之規定，當事人之意思，或其他事變，歸於消滅時，與自始即無原因者同，有不當得利問題之發生。

於此情形，除依事項之本質，法律設有解決特則外，概應依不當得利之規定。但不當得利之範圍，依原因消滅之效力是否溯及既往，而不一致。如其效力溯及既往，則其受益，亦溯及既往，為無原因。反是，僅對將來生消滅之效力者，則既往之受益，非無原因。又所謂原因，已不存在，亦即權利已不存在之謂。例如：債權人於受清償後，不得繼續占有其質物者，即基於占有質物之權利已歸消滅之故也。

第三項 不當得利之效果

不當得利受益人與受損人間，應生利益返還債務。如不能依契約解除，或法律行為撤銷等特別規定，為其解決者，法律對之不可不設一般規定。茲以我民法為中心，而分論之。

第一 當事人

利益返還債務
受領人
受損害人
及受領人
債務人
第三受讓
償受讓
還人之返
責任

利益返還債務，與一般債務同，以雙方當事人存在為前提。其債權人，以依不當得利蒙受損害之人為限。其債務人，以依當該不當得利之事實受利益者為限。我民法上，特稱之曰受領人。但受領人，如將其利益移轉於第三人時，該第三人之受益，與受損人之損害，其間無直接因果關係，故第三人對受損人，以不負返還義務為原則。然依我民法第一八三條：「不當得利之受領人，以其所受者無償讓與第三人，而受領人因此免返還義務者，第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任。」故不當得利之返還義務人，不以直接之受益人為限，雖轉得人，亦負有返還義務。惟其義務之負擔：(1)須係無償受讓，如為有償，仍由原受領人

對本人任責。(2)此項無償受讓，更須有免除原受領人所負返還義務之力。故受損人依然有向原受領人請求返還之可能者，則仍不得逕向第三人請求返還。惟其免除，不以全部為限。至第三人所負返還義務之範圍，法文上亦明予限定，即不使超過原受領人之免責部分。我民法設此規定，認第三人亦得為返還義務之當事人，蓋為保全受損人之利益，而對第一八二條一項所認之救濟方法。與德民法第八二二條同，日本民法無之。自立法上言，有此規定，可以貫徹不當得利返還制度之本旨。

第二 返還之標的

不當得利之返還者，由受領人將其受領之利益返還於受損人之謂。而以回復受損人固有之利益狀態為目的。故於無法律上之原因取得利益，其利益仍保持原有狀態而存在者，受領人應即以此為返還標的。如其所受之利益係代替物，並已歸消滅者，則應以同種同量之物返還。然如依受損人之勞務，或物之使用，及其他同類情形而得利者，事實上既無返還原物之可能，法律為便宜計，不得不許其以金錢估計而為價還。(民一八一條但書)

第三 返還之範圍

不當得利返還義務之範圍，一般立法，皆視受領人意思之善惡，而有廣狹。我民法亦然。

善意受
(甲)受領人依善意而受益時 我民法第一八二條一項規定曰：「不當得利之受領人，不知無

領人返還義務之範圍

法律上之原因，而其所受之利益已不存在者，免負返還或償還價額之責任。』(1)所謂『不知無法律上之原因，』即依善意而受領利益。因係善意，殊不能豫見其有返還義務，故法律為維持日常生活安寧，特減輕其責任，而以現存之利益為限度，使負返還或償還價額之義務。如其利益絕然無存，則其義務全部免除。(2)判斷利益之存否，應以請求返還時之狀態為標準，而不問其為訴訟上之請求或訴訟外之請求也。(3)受損人之損害雖超過善意受領人之利得，解釋上仍以現存利益為限。此與損害賠償根本不同。反是，現存利益超過所受損害，則應以損害為限度，而不必返還利益之全部。(4)所謂利益之不存在，非專指利益不能保持原狀而存在，故如受領人將利益有償讓與第三人，而取得其價金者，仍非利益之不存在，尚有償還其價額之義務。(5)利益之現存，不以積極的為限。雖積極的不存在，而消極的有受益之事實者，仍不能免返還或償還之義務。(6)受領人之返還義務，依受損人之請求而實現。受損人為返還之請求時，須證明受領人受益之範圍。倘受領人主張其利益已不存在而求免責，則不可不提出相當反證。

善意之受領人，於上述範圍內，負返還義務。但依我民法第一八一條，尚不僅此。即非當初所得之利益，而本於該利益更有所取得者，(例如孳息)亦不可不返還於受損人。但亦以現存者為限。至受領人為利益之保存曾支出費用者，其費用亦無妨自利益中扣除之。故所謂現存利益，又應以扣除後之殘存利益為範圍。

本於利益所得者扣除返還之

(乙)受領人依惡意而受益時 我民法第一八二條二項規定曰：「受領人於受領時知無法律上之原因，或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還。如有損害，並應賠償。」考該規定，包含兩種情形：即受領人自始即知其受益無法律上之原因者，一也。受領人於受益以後始知其受益無法律上之原因者，二也。先就前者言之：(1)所謂「於受領時知其無法律上之原因」，乃自始即爲惡意，故不問其利益現存與否，使負擔返還全部利益之義務。(2)受領人既屬惡意，故又足以構成侵權行爲，但在不當得利，以損失與受益之間有因關係爲必要，故有侵權行爲之成立者，不必即有不當得利之發生。(3)惡意受領人之返還義務，不因爾後之天災事變或其他不應歸責於受領人之事由而免除。故雖標的物已歸消滅，亦須依金錢計算其價額，以爲償還。(4)上述利益之返還，並須依法定利率附加利息。其利息之計算，應自受領當時開始，至請求返還時止。(5)本於利益更有所取得者，應一併返還之。如於返還當時已消滅者，亦應償還其價額。(6)既爲孳息之返還，是否尙須償還利息？依余所見，孳息之價額超過法定利息者，以返還孳息爲足。反是，則僅附算法定利息。(7)惡意受領人，於受領人有其他損害時，尙須賠償之。惟其損害之發生，須與不當得利有因果關係。且不以積極的有形損害爲限，雖消極的無形損害亦同。(8)惡意受領人爲所得利益之保全，而支出之費用，亦應許其扣除。但專爲自己享有其利益而支出者，自不得扣除之。

受領人
至後始
爲惡意
還者其
責任

以上乃受領人自始卽爲惡意所應負擔之義務。反是，至後始爲惡意者，則其範圍，又不能無異。依我民法，應以變更當時之現存利益爲返還標的，並附加利息。如有損害，亦須賠償。故於變更以後，因不應歸責於己之事由而致返還標的不存在者，受領人仍不能免其償還價額之責。

第四 返還義務之不發生

上述返還請求權，非於一切不當得利皆有其發生。於特殊情形下，雖合乎第一七九條之要件，亦不生返還請求權。我民法第一八零條，明文列舉之。

不生返
還義務
之情形

(甲) 給付係履行道德上之義務者 所謂道德上之義務，德國學者，謂屬於自然債務之一種，其債權人，於法律上，雖無積極的請求給付之權，而有消極的受領給付之作用。在契約之成立，以原因爲必要之法制，率皆否認自然債務之適法性。我民法既不以約因爲契約要素，雖認其有消極作用，於法並無抵觸。故依債務人之自由意思，已爲此類債務之清償時，則債權人應有受領且保持之權能。

(乙) 債務人於未到期之債務，因清償而爲給付者 羅馬法以來，對於期限前之清償，不問是否出於錯誤，皆不以非償清償解之。故於期限屆滿前，債權人雖不得請求履行，而債務人無妨任意履行。(民三一六條) 本款基於同一精神，乃否認給付人之返還請求權。

(丙) 因清償債務而爲給付，於給付時明知無給付義務者 所謂『無給付義務』之給付，學理

上稱曰非債清償。既無債務之存在，即屬欠缺法律上原因，自不能謂非不當得利。然爲公益計，必須給付人於給付當時不知無給付義務者，方許其請求返還。日本民法，即就此積極方面，設有規定。（日民七零五條）本款則從德瑞之例，（德民八一四條前段，瑞債六三條一項）自消極方面規定之。故所謂非債清償，適由本款規定之反面立言。

（丁）因不法之原因而爲給付者 所謂『不法之原因』指以違反強行法規或公安良俗之事項爲目的者而言。惟其原因，有存於受領人方面者，有存於給付人方面者，亦有併存於雙方者。羅馬學者，久已認此分類。然雖目的之一部，或對當事人之一方，係屬不法，而其行爲之全部，應歸無效。基於此所爲之給付，即爲無法律上原因之給付。但我民法，依公益上理由，並保護受領人之利益，倘非不法之原因獨存於受領人一方之時，概不許其請求返還。

第五款 侵權行爲

第一項 總說

侵權行爲者，因故意或過失，不法侵害他人權利之行爲也。（民一八四條）此等行爲，既非法律行爲，亦非適法行爲，乃違反法令之事實行爲。依其行爲，有私法上之損害賠償義務發生。故爲法定債權原因之

何謂侵
權行爲

一。然欲明其觀念，首須注意左列各點。

第一 民事責任與刑事責任

公私法觀念未分化之時代，刑事責任與民事責任難得劃然區別。凡為科刑之對象者，皆足以生損害賠償義務。於法制上，公益之保護，與私權之救濟，同時並舉。迄於近代，公私法分立，公權私權之觀念，亦從而劃分。依社會防衛之目的，認犯罪人之刑事責任。依損害填補之目的，認侵權行為人之民事責任。其根本精神既異，故二者各有獨特之領域。於刑事上構成犯罪者，於民事上不必即有損害賠償責任。反是，民事上之侵權行為，亦不必即為犯罪。且其一種責任之輕重，不影響於他種責任之範圍，二者恆依個別之標準以判斷之。

第二 侵權行為與債務不履行

違法行為中，包含侵權行為與債務不履行二者。但民法上，就債務不履行，設有特別規定，其不屬於侵權行為，自屬無疑。然欲明侵權行為之觀念，須先求其區別。於債務不履行，以有既存之債務關係為前提。於侵權行為，則無此必要。而既存債權之侵害，如加害人係債務人時，固屬債務之不履行，若債務人以外之第三人侵害債權，則應成立侵權行為。

第三 過失責任主義與無過失責任主義

侵權行為與債務不履行之區別

民法上責任之分類

侵權行為之成立，以有故意或過失爲必要。此蓋基於從來之過失責任主義。於無過失時，即無責任之負擔，否則失之苛酷。且在通常情形，加以相當注意者，恆有防止損害發生之可能。雖有無過失而生損害之情形，究屬少數。故以過失之存在，爲任責之條件，無不當也。但因物質文明發達，危險事業激增，立法上倘若絕對貫徹此主義，反與共同生活之本旨及正義之觀念相背戾，此德學者所以高唱無過失責任論。其國立法，亦逐漸採用之。他如奧瑞蘇俄之法制，皆莫不有此傾向。依此主義，加害人雖無過失，然具備其他要件時，仍應就其結果任責，學者因以結果責任主義稱之。

以純理言，刑罰之目的，在處罰犯罪人之反社會性的行爲，而其反社會性，恆表現於故意或過失的行爲之上，故犯罪之成立，以犯罪人之有故意或過失爲要件。反是，依侵權行爲所生之民事責任，則其主要目的，既在補償他人之損害，並不以故意或過失之存在爲任責之基礎，故雖無過失，亦使負損害賠償責任，毫無不當。所謂無過失責任主義，實依現代社會之需求而生，立法政策上，頗有採用之必要。蘇俄民法，因而不以過失之存在爲侵權行爲成立之要件，洵屬進步之立法。我現行民法，仍株守過失責任主義之原則，不無後時代之譏。

第二項 侵權行爲之成立要件

第一目 總說

侵權行為之種類

一般侵權行為之要件

侵權行為以權利侵害為要件

得為侵權行為之標的私權

所謂侵

侵權行為，有一般的與特殊的。一般的侵權行為（Die allgemeinen Delikte），其成立要件，於第一八四條及第一八五條定之。特殊的侵權行為（Die besonderen Delikte），其成立要件，於第一八六條至第一九一條定之。本項專論前者，而別為主觀要件與客觀要件。

第二目 客觀要件

第一 權利之侵害

我民法第一八四條規定曰：『因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。』故侵權行為之成立，以有權利之侵害為必要。

（甲）權利 權利之本質，應於民法總論中研究之。為侵權行為標的之權利，應以私權為限。至如何之私權得為侵權行為之標的？立法主義有三：(1)羅馬法及德普通法，採列舉主義。(2)法民法，(一三八二條)瑞債務法，(四一條)日民法，(七零九條七一零條)採統一主義。(3)德民法，(八二三條八三六條)採折衷主義。我民法從德瑞之例。蓋民事責任之目的，在填補損害。被害標的之種類如何？非所當問，而與刑事責任不同。於刑事責任，雖以罪刑法定主義為貴，而民事責任，則以概括規定為宜。故不問財產權或非財產權，皆得為侵權行為之標的。

（乙）侵害 權利侵害者，使權利之目的不到達之謂，而非必致權利之全部或一部消滅，妨害權

利之行使者，亦屬之。但(1)權利之侵害，不以作爲爲必要，雖不作爲亦有足以發生權利侵害之事實者。(2)權利之侵害，或依事實行爲，或依法律行爲，而以前者爲通常。至依法律行爲侵害他人權利時，侵權行爲之本身，仍非法律行爲，而乃以法律行爲爲手段之事實行爲。(3)依法律行爲之權利侵害，以其行爲足以發生『有害他人權利』之效果者爲限。雖有侵害之目的，而其效果不發生者，仍無侵權行爲之成立。至於權利侵害之有無，應就各該權利之內容具體判斷之。(4)權利之侵害，不以使他人喪失現存法益爲限，即妨害將來可以取得之法益者，亦不失爲侵權行爲。

第二 行爲之不法

(甲) 侵害行爲之不法 一般侵權行爲之成立，依我民法第一八四條一項，以行爲之不法爲要件。行爲之不法，即其行爲具有違法之性質。違法者，違背法律命令或禁止之謂。但雖違法，而無害於他人私權時，於刑事上固足以構成犯罪，民事上仍無侵權行爲之成立。然所謂違法，通常恆包括形式的違法及實質的違法。前者，指規範之違反；後者，指善良風俗之違背。我民法第一八四條一項所稱不法，專指形式的違法言。至如實質的違法，於同項後段，更設有特則。(德民八二六條，瑞債四一條二項)但背於善良風俗之行爲，自亦與前述之違法行爲同，須害及他人之私權時，始有侵權行爲之成立。

(乙) 排除違法性之事由 侵害行爲不法與否，應依客觀通念判斷之。不法侵害他人之權利，即

於我民
法排除
違法性
之理由

屬違反權利不可侵之義務。然因特殊之事由存在，有足以排除其違法性者。綜考現行民法之規定，此類事由，可得而舉者，有左列數端：

(一) 權利行使 行使權利之行爲，原屬適法。縱因此侵害他人之權利，仍無侵權行爲成立。但依我民法第一四八條：『權利之行使，不得以損害他人爲主要目的。』故違反本條規定時，排除違法性之事由，即不存在。倘更具備其他要件，自應對他人負侵權行爲責任。

(二) 自衛行爲 屬於此類者，又有二種：一曰緊急防衛行爲，(民一四九條) 二曰緊急避難行爲。(民一五零條) 侵害行爲，如屬其中之一，行爲之違法性，因而被排除，行爲人不負侵權行爲之責任。其詳應於民法總則編論之。

(三) 自助行爲 依我民法第一五一條：『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，不負損害賠償之責。』此亦不外自力救濟之一途。故足以排除行爲之違法性。但『以不及受官署援助，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。』

(四) 無因管理 無因管理行爲，依其本質，原非適法。惟具備法定要件時，得法律之許容，有排除違法性之作用。

(五) 被害許諾 一切私權，皆爲權利人而存在。故經權利人許諾而侵害之者，應無侵權行爲

成立。此於瑞債務法第四條設有特別。我民法雖無明文，亦不能否認許諾之效果。但應注意者：(1)所謂許諾，如權利之拋棄，權利行使之拋棄或限制，侵害權限之付與，責任免除之許容等，皆屬之。而應以許諾人之意思表示為基礎。故其效果，應依意思表示之通則決之。(2)許諾人就被害權利之本體或其利用，須有處分之能力及權限。(3)許諾須非以反於公安良俗之事項為目的，故如自殺之幫助，雖出於自殺者之委託，而幫助者仍不能免責。但財產權之侵害，以依許諾而排除其違法性為本則。(4)既經付與侵害之權限或許其免責以後，於原則上，即不得任意撤回。但僅容認侵害之時，則與此異，任何時皆得終止之。然被害人之意思，究竟若何？是不可不從具體事實定之。雖被害人爭之事實，亦非必有容認。(5)被害之許諾，以被害人之意思表示為必要。故依被害人之行為，可得豫見其足以發生被害之事實者，不得解為被害人之許諾。

(丙) 侵權行為人

(一) 間接侵權行為人 侵害行為，不必由侵權行為人自身為之，雖利用他人或他物以為侵害之手段，亦有侵權行為成立，學者稱之曰間接侵權行為，適相當於刑法上間接正犯之觀念。惟其侵害行為，就供侵害手段之人論之，須欠缺侵權行為之成立要件。反是，則構成共同侵權行為。此項間接侵權行為，又可別為意識的與無意識的。但民法上，既以故意過失為侵權行為之心素，故於二者，恆為

間接侵
權行為

共同侵
權行為

同一處理，殊無區別之實益。

(二) 共同侵權行為人 侵害行為，不限於一人為之，於數人共同為侵害行為時，倘皆具備侵權行為之其他要件，有共同侵權行為成立。其責任若何？我民法從各國立法先例，（德民八三零條，瑞債五十條，日民七一九條）於第一八五條一項定曰：『數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。』茲就其重要各點述之：(1) 侵權行為之共同，不問其加害原因是否同一。故因數人之共同，始生侵害之事實者；與單獨為之亦有損害發生者；法律上同其處理。但須係單一之侵權行為由數人共同為之，故由數人而為數個侵權行為，對於各該行為有個別之請求權，自無認連帶責任之必要。(2) 就共同侵權行為為其中之一人欠缺侵權行為之要件時，於其一人，自無共同關係存在。(3) 所謂共同，不以相互間意識之共同或有意思之聯絡（即通謀）為必要。(4) 共同之要件，應自客觀方面求之。通說以事實上共同為足。然所謂事實上共同，似應從加害之過程上求之。其過程有異，即非共同侵權行為。但依余見，自行為過程上考之，其與損害有相當因果關係者，共同之要件於以具備。至如行為之時期場所是否同一？各個人間有無同種類或同程度之行為？皆非所問。

依上述意義，有共同侵權行為成立，各侵權行為人應依連帶債務之法理負損害賠償責任。但為此項主張時，就其共同關係有證明之必要。我民法更為減少證明之困難，特於本項後段定曰：『不能

侵權行為之造
助及幫

侵權行為之發
生為要件

何謂損害

知其中孰為加害人者亦同。』考該規定，原為保護被害人而設。但被害人就其損害係依共同行為人之行為而生，仍須證明之。反是，共同行為人中能舉相當反證以證明加害人係何人時，當可免責。

(丁) 造意人及幫助人 依我民法第一八五條二項，侵害行為之造意人及幫助人，亦視為共同行為人，使與實施侵害行為之人連帶負責。立法根據，與刑法上是認造意犯及幫助犯之責任同。造意者，依故意之行為，使他人實施侵害行為之決意，他人因而實施者是也。幫助者，對他人提供實施侵害行為之可能條件，而無關於行為之決意者是也。刑法上為注重犯罪人之犯性，故於造意犯與幫助犯，不為同一之處理。而民法上，則無區別之必要與實益，故概視為共同行為人。

第三 損害之發生（因果關係）

侵權行為之成立，以依不法之侵害行為有損害他人之事實發生為要件。故與犯罪之成立異。但以及損害於他人為足，行為人無須有受益之事實，故又與不當得利有別。惟其損害與不法侵害行為之間，不可無因果關係。

(甲) 損害 損害者，依某事實一定之法益蒙受不利益之謂。易言之，無權利侵害時所應有之想像上狀態，與權利侵害後所生現實狀態之差異，即損害也。通常恆指財產上之不利益言。然人格權上之不利益，殊亦不能謂非損害。但應注意者：(1) 財產上之損害，有關於現存利益者，與關於未收取之利益者，

彼侵權行為而生之損害，亦包括兩項。(2)損害與利益對立。但利益因人而異，故有特殊利益與一般利益之別。所謂損害賠償，於原則上，以賠償被害人自身所蒙之不利為目的，故不可不依其人之特殊利益以為損害額之決定。

侵權行為與損害因果關係

(乙)因果關係 侵權行為與損害之間，須有相當之因果關係。所謂相當之因果關係，即依行為當時之客觀的事情，無其行為則不生其結果之謂。至侵權行為人，應於如何範圍內對其結果負責於後述之。茲所欲言者，即不作為之因果關係如何？所謂不作為，固無物理上之原因力存在。但對於物理上之當然動態，而不加以防止者，亦即發生結果之一原因。故於法律上，不作為與作為同，倘非不作為，即無其結果時，亦有責任問題發生。欲判斷其責任之有無？應先決其違法性之有無。關於不作為之違法性，可就下列三點論定之：(1)於法律上，其人有防止或除去加害原因之義務。(2)於客觀上，其時有防止或除去加害原因之可能。(3)依其人之故意或過失，而怠於加害原因之防止或除去。具備此等要件時，其不作為有違法性，故應負損害賠償責任。反是，不作為與損害間雖有因果關係，然因不作為欠缺違法性，仍無侵權行為之成立。

第三目 主觀要件

第一 責任能力

一般侵權行為
人不必為
有責任
能力

行為不能
力之不完
全須
行為時
有別
責任
力始負

無意識
或精神
錯亂中
之行為
其責任
範圍

一般侵權行為為上之責任，我民法採過失主義，行為人之負擔損害賠償，以有故意或過失為限。故行為人應有識別其責任之能力，學理上稱曰責任能力。依我民法，一般侵權行為之成立，雖不以責任能力之具備為其必要條件。但於第一八七條，就無責任能力人之侵權行為，設有特則。

(甲) 無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人權利者，以行為時有識別能力為限，始負損害賠償責任。(民一八七條一項，德民八二八條，瑞債五四條一項，日民七一二條) 蓋以侵權行為既非法律行為，故行為人雖無行為能力，或其行為能力受有限制，就其行為亦應負責。惟其責任之負擔，以有故意或過失為要件。而故意過失之發生，以有識別之能力為前提。所謂識別能力，即對其行為之責任，具有足以辨識之知能。無此能力，即無故意過失之可言。然在行為當時有之，足矣。故於行為之前後，有無識別能力，則非所問。而行為人欲求免責，自不可不證明行為當時無識別能力也。

(乙) 雖非無行為能力人或限制行為能力人，而在無意識或精神錯亂中所為之行為，致第三人受損害時，得斟酌雙方之經濟狀況，以定其責任之範圍。(民一八七條四項，德民八二七條，瑞債五四條二項，日民七一三條) 於此情形，行為人雖不能免責，然有輕重責任之可能，故與健全意識者之行為有別。所謂無意識與精神錯亂，皆欠缺意思能力之謂。因意思能力之欠缺，即不能預見或識別其行為之責任。然不必有如斯之常態，故於侵權行為當時，係在無意識或精神錯亂之狀態中者，即有此項規定之適

用。而行爲人對其事由，不可不證明之。

第二 故意或過失

侵權行爲以故意或過失爲要件

一 處理。

何謂故意

(甲) 故意者，明知且容認自己之行爲應生一定結果之心理狀態也。其成立於認識結果而外，是否尙有其他要件？乃觀念主義 (Vorstellungstheorie) 與意思主義 (Willenstheorie) 者間重大之爭點。意思主義論者，以發生結果之欲爲必要。觀念主義 (又稱預見主義) 論者，則反是。但事實上無大差別，而皆有容認結果發生之實質，故以明知且容認結果之發生爲故意之要件，信爲至當，是曰容認說。

(乙) 過失者，因怠於必要且可能之注意，致不預見其行爲應生一定之結果；或不容認其結果之心理狀態也。故非專指不預見其結果之發生；(純正過失) 雖預見其結果，而因欠缺注意以致不容認之者；(意識的過失) 亦包含之。

何謂過失

所謂過失，原可別爲若干等級。說明侵權行爲上之過失，則無此必要。

侵權行爲

侵權行爲人依故意侵害他人權利者，與依過失侵害他人權利者，皆有侵權行爲成立。其責任，亦無軒輊。然我民法，對此原則，設有例外。即第一八四條一項後段，曾明定曰：『故意以背於善良風俗之方法

善良風俗之加害他人者，負故意責任。

意思責任之範圍。

加害於他人者，負損害賠償責任。』故非依違法手段侵害他人權利，而依違背善良風俗之方法加害他人者，僅以故意爲限，負賠償之責。倘係基於過失，使用此種方法，雖加損害於他人，仍不負賠償責任。（德民八二六條，瑞債四一條二項）至其方法，是否違背善良風俗，應依客觀觀念判斷之。

（丙）意思責任之範圍 侵權行爲之成立，以有故意或過失爲要件。所謂故意或過失，乃對權利之侵害而言，非指損害之發生。故如知係他人所有物而毀損之者，卽有意思責任。縱係無價值之物信其無何等損害發生者，仍不失爲侵權行爲。

所謂侵害行爲之認識，指知侵權行爲之發生，卽所謂一定結果之豫見是也。但以直接結果爲限，而不及於間接結果。至於結果之豫見與違法之認識，不必同其範疇。故依通說，雖無違法之認識，亦有侵權行爲之成立。蓋侵權行爲之成立，以其行爲有客觀的違法性爲足。然我民法，於第一八四條二項，特規定曰：『違反保護他人之法律者，推定其有過失。』則違反保護他人之法律時，其行爲倘具備侵權行爲上其他要件，不問是否怠於必要且可能之注意，致不知其行爲違反保護他人之法律者，概推定其有過失，使負損害賠償責任。就其反面觀之，與侵權行爲之成立，以必有違法之認識之說，殊有未合。蓋依法理言，既曰推定，則行爲人得依反證使其推定歸於無效，卽行爲人能證明其知違反保護他人之法律並無過失時，仍無侵權行爲之成立。

意思責任之證明

(丁)意思責任之證明 一般侵權行為之成立，以故意或過失之存在為要件。無特別規定時，應由主張其存在之一方負舉證責任。然所謂故意或過失，乃一種心理作用，不外依間接事實以證明之。故依一方所提出之間接事實，及四周之情事，可為故意或過失存在之推測時，以他方不提出足證其不實之反對的間接事實為限，法院得依一方之主張，是認故意過失之存在。反是，一方所提出之證據方法不足以生上述推測，致其主張之當否未能明確；或雖能生相當之推測，而因他方提出反證致使有疑者；均應駁斥一方之請求。

第三 法人之責任能力

法人有無侵權行為能力應分別公法人與私法人論之。

(甲)私法人 私法人之侵權行為責任，我民法第二八條設有明文。即「法人對於其董事或職員執行職務所加於他人之損害，與該行為人，連帶負賠償之責。」故不問其依董事或職員之行為加損害於他人者，倘合於本條所定，法人應連帶負責。是則民法上之法人，即所謂私法人，亦有侵權行為責任。

(乙)公法人 國家及其他公法人，於職權內得為種種公私法上之行為。其依公法行為侵害人民權利者，被害人得依公法以求救濟。(如行政訴訟或訴願)至依私法行為而生權利之侵害時，如其行為並不違反職務本旨，依一般通說，除法律設有特別規定外，國家或其他公法人，須負民法上侵權行

公法人亦負侵權行為責任

無過失
亦有應
負責者

特殊侵
權行為
以無過
失責任
為原則

為之責。蓋其加害行為，既依機關之資格，從職務之本旨而為之。行為人與被害人間，毫無關係可言。惟其責任之發生，以加害行為具備侵權行為之要件為限。至於論責之標準，學說不一：(1)有主張依一般侵權行為之規定者，(2)有主張依受僱人為侵害行為時之規定者，(3)有主張依私法人之董事或職員為侵權行為時之規定者。余從第三說，使與行為人連帶負責。但行為人違背應執行之職務加害他人者，則構成我民法第一百八十六條所定特殊之侵權行為，無使國家或其他公法人負責之理由。他如職務外之行為，或職權之濫用，以法律無特別規定為限，則應由其人依一般的侵權行為規定而負責任。

第三項 特殊之侵權行為

第一目 總說

我民法對於侵權行為之成立，原則上採過失主義。故損害賠償責任之根據，應自行為人意思上求之。但因現代文明之需要，絕對貫徹過失主義之理論，殊難得救濟被害人之實益。故雖毫無過失，而有相當之引責理由時，亦應課以侵權行為上損害賠償之責。

本項所揭各種侵權行為，多屬於過失主義所認之例外。其加害原因雖存於自身之外，對於加害之行為毫無何等故意或過失，而仍認損害賠償責任。因與前款所述一般侵權行為有別。故以特殊侵權行為稱之。但我民法所定各種特殊侵權行為，亦非純以無過失責任主義為基礎，過失主義之遺影，依然殘存於

其間，此與德日民法同。

第二目 公務員之侵權行為

公務員之責任
主探過失
義任

公務員因違背應執行之職務，致第三人之權利受損害者，依我民法，其賠償責任，仍以故意或過失為要件。是與一般侵權行為同。然就故意責任與過失責任，設有差別，並明定其免責要件，故又與一般侵權行為異。

第一 責任人

公務員之侵權
行為由
其本身
負責

此項侵權行為，負賠償責任者，係公務員自身，故與一般侵權行為之由行為人自行負責者無異。而與其他特殊侵權行為，由行為人以外之人引責者不同。

何謂公
務員

何謂公務員，民法上無規定。惟查刑法第十七條有云：『稱公務員者，謂職官、吏員及其他依法令從事於公務之議員、及職員。』抽象言之，凡依法令，經國家機關任命，受俸給之支給，而服務於其機關者，皆為公務員。

第二 任責之要件

公務員
侵權行
為之要
件

此項侵權行為之成立，依我民法第一八六條一項，（德民八三九條一項，瑞債六一條）應具備下列要件：(1)行為人須係有特殊身分者，(2)須因違背對於第三人應執行之職務，故其加害行為須係職務違反

行爲。至於違反之方法如何，則非所問。但無關職務執行之加害行爲，則仍依第一八四條決之。(3)須致第三人之權利受有損害。此之所謂權利，立法論上，有主張包括公私法上一切權利者。然民法規定，原爲保護私權而設，故此問題，關係立法精神，既無明文可據，則公權能否包括在內，尙待立法上之補充。(4)違背職務致第三人受損害之行爲，須係基於公務員之故意或過失爲之者。惟其過失責任之發生，尙須具備特殊之要件，卽以被害人不能依他項方法受賠償時爲限。

第三 免責之要件

具備上述要件之加害行爲，既與職務相關，依法律，恆予被害人以種種救濟之權。倘被害人就其損害原得講求他種救濟方法，而竟不求救濟；或因欠缺注意，致未謀救濟者，此怠忽救濟權之行使，就其損害之發生，殊不能謂無責任。故我民法，特設第一八六條二項之規定，(德民八三九條三項)卽「被害人得依法律上之救濟方法除去其損害，而因故意或過失不爲之者，公務員不負賠償責任。」蓋非如此，則因有賠償之規定存在，反致滅卻其他救濟制度之效能，於社會經濟上，未爲得也。

第三目 無責任能力人之侵權行爲

依無責任能力人之侵權行爲，及損害於他人者，其賠償責任，應如何負擔？我民法從近世立法通例，(德民八二七條八二八條八三二條，瑞債五四條，日民七一二至七一四條，俄民四零五至四零六條)設

無責任
之能力人
種類

有特則。然無侵權行為上責任能力之人，包括下述二種：(1)無行為能力人或限制行為能力人之無識別能力者，(2)完全行為能力人而一時的陷於無意識或精神錯亂者。我民法第一八七條，以規定第一種情形為主。

第一 法定代理人之引責

無行為能力人或限制行為能力人，雖不法侵害他人權利，因無責任能力，故不負侵權行為上損害賠償之責。然其責任能力之有無，應視行為當時有無識別能力。有之，則不能謂為無責任能力，故仍不能免責。但以其無行為能力或行為能力受有限制，故亦不使獨自負責，而應與其法定代理人連帶負責。反是，於行為當時無識別能力者，則因欠缺責任能力，殊無使其負責之理由。但立法上，一方為保護被害人之利益，他方為促法定代理人之注意，故使法定代理人引受其責任。

第二 法定代理人之免責

法定代理人之引責，不以自己有故意過失為要件。然我民法，與德日民法同，亦非絕對採用無過失責任主義。即「法定代理人如就其監督並未疏懈，或縱加以相當之監督而仍不免發生損害者，不負賠償責任。」故法定代理人，有下列事由之一時，可得免責：(1)就其監督並未疏懈者。蓋法律使其引責，無非促其注意於無能力人之監督，俾不致對他人濫加侵害。事前就其監督既未疏懈，即喪失引責之理由。(2)縱令加以

法定代理人
之免責

法定代理人
之引責

相當之監督，而仍不免損害之發生者。蓋於此情形，足徵其監督義務之履行，與結果之發生，毫無關係，故亦不能強其引責。但無論根據何種事由主張免責者，要須負舉證責任。

第三 損害賠償之聲請

上述而外，我民法第一八七條三項，（瑞債五四條一項，俄民四零六條）又規定曰：『如不能依前二項規定受損害賠償時，法院因被害人之聲請，得斟酌行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。』蓋於一方，無行爲能力人或限制行爲能力人因欠缺責任能力，依法免其賠償責任；而於他方，法定代理人又因具有免責之事由，亦不引受其責時；法律爲謀事理之公平，並調和經濟之安全，而設此規定。但(1)須基於被害人之聲請，(2)法院依其聲請應進而調查雙方之經濟狀況，(3)依其狀況以定賠償責任之負擔或免除，並應賠償之數額。故如行爲人之經濟狀況甚爲優裕，而被害人之經濟狀況異常窮促者，法院得判令行爲人履行全部或大部分之賠償。反是，則可令其賠償僅少之一部。究極言之，或逕免其賠償責任，亦無不可。

本項規定，雖有完全行爲能力之人，而在無意識或精神錯亂中，有損害他人之行爲者，亦準用之。（民一八七條四項，德民八二七條，瑞債五四條二項）蓋因其行爲當時無健全之意思能力，於原則上即與無行爲能力人或限制行爲能力人同，而不有侵權行爲上責任能力，故應免其賠償責任。但法律基於上述同

一趣旨，故明定爲準用本項規定。惟其加害行爲，除不必具備任何主觀要件外，於凡一般侵權行爲上之客觀要件，皆須具備。

第四目 受僱人之侵權行爲

我民法依各國立法先例，（德民八三一條，瑞債五五條，日民七一五條）於第一八八條，就受僱人因執行職務不法侵害他人權利者，設有負擔損害賠償責任之特則，以由僱用人與行爲人連帶負責爲原則，故與一般侵權行爲專由行爲人自任其責者異，而爲特殊侵權行爲之一種。考其立法理由，不外下列兩點：受僱人乃依僱用人之選任及監督而爲其處理事務，故若受僱人因執行職務侵害他人權利時，僱用人當然應負責任，一也。受僱人之資力較弱，如不令僱用人負責，則被害人之救濟等於有名無實，二也。

第一 僱用人之引責

依我民法第一八八條一項本文：「受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，由僱用人與行爲人連帶負擔損害賠償責任。」故僱用人引受賠償責任之要件有二：

（甲）受僱人與僱用人間有契約上或事實上之僱傭關係 此於我民法第一八八條一項，雖未揭明，但自法文之語意上考之，當以此爲要件。應注意者：(1)所謂僱傭關係，原則上指依僱傭契約所生之使用關係。此與瑞債務法之解釋同，而與德日民法之解釋包括一切使用關係者異。(2)所謂僱傭關係，以

受僱人
侵權行
爲由僱
用人引
責之理
由

受僱人
之侵權
行爲之
責任

僱用人
引責以
有僱傭
關係爲
要件

加害當時有其存在者爲足，不問其繼續存在與否。(3)因事實上之使用，其被用人侵害他人權利者，依通說，亦有本項之適用。但須依使用人之發動，並爲自身之利益而使用他人，故如無因管理，不包括之。(4)僱用人對受僱人，須有得爲選任或監督之事實關係。故如公共交通機關之司機人，有侵害他人權利之行為時，利用該交通機關者，不負連帶賠償責任，而應由業主任責。

(乙)受僱人因執行職務而侵害他人之權利 於此有應注意者：(1)僱用人與受僱人間雖有僱傭關係存在，然受僱人非因執行僱用人之事務，即非基於職務之執行，而加害他人者，自無使僱用人負責之理。然是否職務之執行，原則上應依客觀觀念定之。客觀的雖或難於判別，但其執行，如係從交易之便宜，爲僱用人而生者，亦應解爲執行僱用人之事務。反是，受僱人因爲自己，乃利用執行職務之機會，而爲侵權行爲者，自無本項之適用。(2)須因執行職務而侵害他人之權利。所謂他人，指僱用人及行爲人以外之第三人。至第三人與僱用人，雖有同等之僱傭關係，而僱用人對之仍不能免責。(3)第三人須因此受有損害。其損害與執行職務之行爲，須有因果關係。(4)此項加害行爲，應依有侵權行爲能力人爲之，且以行爲人之故意或過失爲其主觀要件。

具備上述要件，僱用人對於受僱人加害他人之行爲，須與受僱人連帶負損害賠償責任，此我民法所定。而與德日民法及瑞士債務法僅定爲僱用人應負責任者有別。(德民八三一條，日民七一五條，瑞債五

五條，各第一項）

第二 僱用人之免責

僱用人
免責之
要件

依我民法第一八八條一項但書：『選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意；或縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者；僱用人不負賠償責任。』此乃規定僱用人之免責要件。與日民法第七一五條一項但書同，而與德民法及瑞債務法定為僱用人之引責要件者異。故僱用人倘欲免除本項連帶責任，須證明其有下列情形之一：(1) 選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意者。(2) 縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者。蓋我民法，依無過失責任主義，認僱用人之連帶責任。然若絕對貫徹此旨，又失立法之平，故兼採過失主義，而設此但書，學者以折衷主義稱之。

第三 損害賠償之聲請

損害
賠償
之聲
請

依上述我民法第一八八條一項，僱用人以負連帶責任為原則，免責為例外。如其免責，自應由受僱人單獨負責。然受僱人每為經濟上弱者，因僱用人之免連帶責任，被害人恆即不能得法律保護之實益。故同條二項，又設補充規定，以保護被害人。即『如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。』此項規定，乃德日民法及瑞債務法之所無，我民法基於社會政策上之必要而創設之。其趣旨，與第一八七條三項同，故不贅論。

第四 僱用人之求償權

『僱用人賠償損害時，對於爲侵權行爲之受僱人，有求償權。』此於我民法第一八八條三項，從瑞償務法五五條二項之例，設有明文。德日民法無之，學者多主消極說，而與我民法之規定異。至我民法之立法理由，蓋如本條之侵權行爲，本應以行爲人爲責任人。惟基於特殊理由，而令僱用人引責。故僱用人對行爲人，應有求償權。但其範圍，解釋上應以僱用人向被害人所支出之損害賠償額爲限。至僱用人就其加害行爲之發生，亦與有責時，則應成立共同侵權行爲，故無本項規定之適用。

第五目 承攬人之侵權行爲

承攬人之侵權行爲，以定作人爲責任人，不以定作人爲原責。

定作人於定作時，有過失者，須負其責。

我民法第一八九條本文定曰：『承攬人因執行承攬事項不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任。』本條規定，係從日民法七一六條之例，德瑞無之。蓋依承攬契約之本旨，承攬人有獨立地位，原則上無須服從定作人之監督。故因執行承攬事項不法侵害他人權利者，與受僱人因執行職務加害他人，而與一般侵權行爲同。倘具備主觀客觀各要件，應由行爲人直接負責，無使定作人引責之理。『但定作人於定作或指示有過失者，不在此限。』此則因承攬人於法律上雖有獨立地位，然究係依定作人之選任（即定作）而執行承攬事項，既經選任之後，定作人對其事項之執行，更有所指示時，承攬人爲免除自己責任，自不得不從其指示。於此情形，承攬人之行爲，猶如機械之運轉，故定作人於其定作或指示有過失者，

是與間接侵權行為之性質相類，而不能不負責任。但應注意者：(1)定作人之責任，以於定作或指示有過失為要件。(2)既以定作人之過失為要件，則其負責之原因，純繫於自己之行爲，故不以承攬人之故意或過失為要件。(3)承攬人無故意或過失時，僅就定作人成立間接侵權行為。反之，承攬人亦有故意或過失，具備侵權行為之要件時，則應由承攬人與定作人負共同侵權行為責任。(4)雖定作人於其定作或指示有過失，然行為人非從其定作或指示而加害他人者，既無因果關係，定作人自不負責。(5)定作人於其定作或指示有過失一事，應由主張之原告負舉證責任。

第六目 動物占有人之賠償責任

動物有加損害於他人之危險性，故我民法，從各國通例，嚴定占有人之責任。其責任，雖非基於單純之無過失責任主義，然就權利之侵害，不必要有過失，故屬特殊侵權行為之一。

第一 占有人之任責

我民法第一九零條一項本文定曰：『動物加損害於他人者，由其占有負損害賠償責任。』（日民七一八條，瑞債五六條一項，德民八三三條）(1)所謂占有者，指對動物有事實上管領力之人，與物權法上所稱之占有者同。故不必係所有人，凡依代理或其他法律關係占有他人所有物者，皆屬之。(2)動物加損害於他人，乃占有者任責之積極要件。至於動物之種類及其加害方法如何均非所問。

動物加
害時占
有人之
責任

動物之
占
免責

第二 占有人之免責

法律使占有人就動物之加害負責，無非爲促占有人注意管束其占有物。故雖未將欠缺注意一事積極的定爲任責要件，而就反面，設有許其免責之規定。即『動物加損害於他人者，如占有人依動物之種類及性質已爲相當注意之管束，或縱爲相當注意之管束而仍不免發生損害者，不負損害賠償責任。』（民一九零條一項但書）蓋於此等情形，倘仍使占有人負責，殊嫌苛酷，故與第一八八條二項及第一八九條一項但書之規定，依同一趣旨，而許占有人免責。但占有人欲求免責，就其事由，自須證明之。

第三 占有人之求償權

我民法第一九零條二項，更從瑞債務法第五六條二項之例，認占有人之求償權。即『動物係由第三人或其他動物挑動，致加損害於他人者，其占有人對於該第三人，或該他動物之占有人，有求償權。』（1）本項求償權之發生，須具備二要件：該動物係依第三人之唆使，或其他動物之挑動，始生加害之動作，一也。依該動物之動作及損害於他人，因而占有人曾從前項規定對被害人爲損害之賠償者，二也。（2）若係由第三人之唆使者，則以該第三人爲求償義務人。如基於其他動物之挑動者，則以該他動物之占有人爲求償義務人。（3）本項立法理由，因各該求償義務人本有應負責任之事由，而事實上已由占有人負責，故認占有人之求償權。

動物占
有人之
求償權

工作物
所有人
之
責任
由

工作物
所有人
之
責任
之
要件
或
之
設置
或
保管
有
欠缺

第七目 工作物所有人之賠償責任

我民法第一九一條一項本文定曰：『土地之上建築物或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利者，由工作物之所有人負賠償責任。』蓋凡土地之工作物如有倒塌陷沒等情事，恆足以及危害於人畜，故就其設置與保管，應促所有人為相當注意。但其損害之發生，因基於行為以外之事實，故對所有人課以無過失責任，藉舉救濟被害人之實。此與一般侵權行為之成立異，而屬特殊侵權行為之一。各國民法，皆設有類似規定。（德民八三六條一項，日民七一七條一項，瑞債五八條一項）乃一種危殆責任（Gefährdungshaftung）。但學者中，亦有解為報償責任者，殊無理由。

第一 所有人之責任

此種特殊侵權行為之成立，須具備左列要件：

（甲）土地上建築物或其他工作物之設置或保管有欠缺。(1)所謂建築物，乃附着土地之一種工作物。法文以與工作物並舉，非別於工作物言，乃以建築物為工作物之主要事例。他如堤防、軌道、橋梁、牆垣、溝渠、船埠、電桿、電線等一切與土地相接觸之設置皆屬之。且不問其為獨立物體，抑構成不動產之一部。惟機械是否包括之？則應從其性質分別論定。(2)設置有欠缺者，即於創設伊始，設置方法未能盡善。保管有欠缺者，即於設置以後，保存方法有所欠缺。至其欠缺與否應從客觀觀念定之。即不適於通常應

損害他人之權利

工作物所有人之免責

有之狀態。所有人對之不必有過失，且不以知其欠缺爲必要。

(乙) 因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利，即其欠缺與損害之間，須有因果關係。但不以直接之因果關係爲限。且於欠缺之外，雖尙有其他原因存在，亦不足以影響於其因果關係。惟其損害，雖發生於工作物，而非由於設置或保管之欠缺者，則不屬之。

第二 所有人之免責

工作物之所有人，於具備上述要件時，以負損害賠償責任爲原則。『但於防止損害之發生已盡相當之注意者，則應免其責任。』(民一九一條一項但書)所謂相當之注意，指依通常之交易觀念，爲防止損害發生，所必需之注意。此乃事實問題。但依通說，應從善良管理人之注意定之。此項免責事由之存在，依舉證法則，當然由主張免責之所有人證明。

第三 所有人之求償權

我民法第一九一條二項定曰：『前項損害之發生，如別有應負責任之人時，賠償損害之所有人，對於該應負責者，有求償權。』(日民七一七條三項，瑞債五八條二項)此項求償權之發生，須具備下列要件：(1) 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，其所有人依同條一項所定，已向被害人爲損害之賠償者。(2) 所有人以外之人，就其設置或保管之欠缺有過失，而應負責者。至於第三人任責之

原因及程度如何均非所問。

第四項 侵權行為之效果

損害賠償債權之發生，乃侵權行為之主要效果。茲本此旨而論列之：

第一 損害賠償之當事人

損害賠償債務，由侵權行為人或其引責人負之。因其行為蒙受損害者，則有損害賠償請求權，但不以直接之被害人為限。

侵害者致
死者對
文出殯
葬費人
贖賠償
責任

或引為
人受償
務人受
害人為
權利人

（甲）依我民法第一九二條一項：『不法侵害他人致死者，對於支出殯葬費之人，亦應負損害賠償責任。』（德民八四四條一項，瑞債四五條一項，俄民四零九條）（1）本項所定損害賠償責任之發生，須不法侵害與死亡之間有相當之因果關係。（2）此項賠償請求權，依法文所定，屬於支出殯葬費之人。於事實上，以被害人之父母、子女、配偶及其他有繼承權利或親屬關係者為常。（3）此項賠償請求權之發生，以事實上曾支出殯葬費者為限。（4）雖屬事實上支出殯葬費之人，而其支出係基於公益上義務之履行者，無賠償請求權。（5）此項損害賠償之範圍，以實際之支出額為限度。然若支出額過高，認為不必要時，應由法院依客觀觀念公平判定。但須顧及被害人原有之社會上地位。

被害人

（乙）依我民法第一九二條二項：『被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第

之法
定有
扶養
權利
損害
賠償
請求
權

侵害
死者
父母
子女
配偶
財產
之非
遺產
賠償
請求
權

三人，亦應負損害賠償責任。」（德民八四四條二項，瑞債四五條三項，俄民四零九條）(1)此項賠償責任之發生，以不法侵害他人致死為前提。而因死者對第三人本負有扶養義務，故為維持第三人之生計，乃授以賠償請求權。然扶養義務之有無，應依法律規定決之。至第三人，除受被害人扶養外，尚有其他生活資力者，亦無礙於本項請求權之行使。(2)此項損害賠償之範圍，解釋上應以扶養義務之固有範圍為標準，更斟酌被害人之年齡，扶養權利人之年齡，及其他生活資力，並加害人之經濟狀況等定之。(3)被害人對數人負有法定扶養義務者，該數人得分別向加害人為損害賠償之請求。

(丙)依我民法第一九四條：「不法侵害他人致死者，被害人之父母子女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」（日民七一一條，瑞債四七條）(1)本條損害賠償請求權，以被害人之父母子女及配偶為限，乃以親子或夫婦間之道義感情為其立法基礎。(2)被害人之父母子女及配偶，因被害人之死亡，而受財產上損害者，如合於第一二九條所定，除依該條請求損害賠償外，更得依本條請求加害人賠償相當之金額。(3)此項損害賠償，在撫慰其因被害人死亡所受之精神上痛苦，雖無可以金錢計算之有形損害，而法院依其請求，亦應斟酌恆情，以金錢定其賠償數額。(4)有本條所定賠償請求權者，不必即為被害人之繼承人。且雖被害人之繼承人，而無上述身分關係者，仍不能有此項請求權。(5)依法文解釋，被害人之父母子女配偶，各別取得此項請求權，而非連帶取得惟一之請求權，故得分別向

加害人行使之。

第二 損害賠償之範圍

一般侵
權行為
之賠償
範圍

侵權行為上之損害賠償，既為填補被害人所受之不利，故其範圍，不可不依損害程度之輕重定之。（瑞債四三條一項）即損害額與賠償額，須有客觀的對等價值。惟其損害與加害行為之間，無相當因果關係者，則不在賠償範圍以內。易言之，即賠償依其行為通常所生之損害足矣。但有下列疑問：(1) 依侵權行為，被害人雖蒙受損害，而亦有所利得時，能否援用損益抵銷之原則，僅賠償其差額？此於解釋上，應積極論定。(2) 被害人亦有過失時，能否援用過失抵銷之原則，定賠償之範圍？此於立法上，有說明文者。（瑞債四四條一項，日民七二二條二項）我民法無之，但為謀事理之公平，於定賠償額時，自不可不加以斟酌。(3) 賠償額之算定，以何時之損害狀態為標準？於解釋上，應以行使賠償請求權之當時為標準。如為審判上請求，則至第二審辯論終結止，一切之損害，皆得計及之。

侵權行為上損害賠償之範圍，依上述理論，概可認定。惟我民法，又設有左列特則：

侵害身
體健康
之賠償
範圍

(甲) 我民法第一九三條一項，對於不法侵害他人之身體健康者，設有賠償之特則。（德民八四三條一項，瑞債四六條）蓋依此等加害行為而生現實之損害者，例如醫藥治療諸費，其應由加害人賠償，固不待論。然非現實損害，而被害人因此喪失或減少勞動能力，又或增加生活上必需費用者，亦皆足

以影響其人物質上利益，加害人對之不能不負賠償責任。其賠償範圍，應從本條所定。如勞動能力無喪失或減少情事時所可取得之利益，或實際上所增之必要生活費用，皆包含之。

(乙) 我民法第一九六條，對於不法毀損他人之物者，亦設有賠償之特則。即有此項侵害時，應以被害物體依其加害行為所減少之價額，為被害人之損害額。但應注意者：(1) 其毀損與價額減少之間，須有相當因果關係。(2) 所謂價額，依客觀之交易價格計算之。(3) 因毀損其物一部，致生一部之減少者，以賠償該減少部分為足。(4) 雖毀損其物一部，而致喪失經濟價值，並無恢復之可能者，則應賠償其物原有之交易價值。

第三 損害賠償之方法

侵權行為上損害賠償之方法，我民法未設一般規定。依純理言，法律為謀事後之救濟，而認此制度，其方法自以回復損害未發生時之狀態，最為合理。但事實上，多不可能，故不得不認金錢賠償之特則。

(甲) 不法侵害他人身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力，或增加生活上之需要時，應賠償之。至為此項賠償之方法，我民法第一九三條二項，又設有明文：即「法院得因當事人之聲請，定為支付定期金。但須命加害人提出擔保。」(德民八四三條，瑞債四三條二項)(1) 賠償此項損害之方法，原應以金錢算定。其損害總額，命加害人支付之。但為事實上便利，當事人得聲請法院定為支付

定期金。(2)因定為支付定期金，則加害人之經濟狀況，免受急劇之影響，固屬有利。而被害人之資源，賴以不絕，亦非絕無利益。但加害人之經濟狀況，難保必無變動，故本項又設但書規定，命加害人提出相當擔保，以防意外之損失。其擔保物，凡有財產價值者皆可。

(乙)我民法第一九五條一項，對於不法侵害他人身體健康名譽或自由者，明定其賠償方法。(瑞債四四條，日民七二三條)蓋凡此等加害行為，皆人格權之侵害，且以生無形之精神上損害為常。法律為保護被害人之人格權，故對於非財產上之損害，亦認加害人之賠償責任。惟其賠償方法，有難為原狀之回復者。因而許被害人向加害人請求賠償相當之金額，是與第一九四條同其趣旨。但單純之名譽侵害，通常皆有回復之可能，故又定為被害人於請求金額賠償外，並得向加害人請求為回復名譽之適當處分。至何謂適當處分，應從事實上之需要定之。

第四 賠償請求權之讓與性

依侵權行為所生損害賠償請求權，可得讓與或繼承否？通說謂因財產上侵害所生之損害賠償請求權，可得讓與或繼承。反是，則以不得移轉為原則。然於我民法，一切債權，原則上皆有讓與性。(民二九四條)侵權行為上損害賠償請求權，縱非基於財產上損害而生者，依法既得請求賠償金額，而金額債權，無論存於何人手中，其價值不變，故原則上，亦不能謂無讓與性。惟第一九五條二項，設有特別規定：即依同條

侵害人身
健康名譽
自由之賠償
方法

賠償請求
權之讓與
性

一項所定，因非財產上損害所生之金額賠償請求權，及名譽回復請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權，已依契約承諾或已起訴者，不在此限。立法理由，因(1)上述各種人格權，乃專屬於被害人一身，本質上無讓與性，故基於其權利而生之請求權，亦以不得移轉為原則。(2)前項金額賠償請求權，既已依契約而確定之，是與單純之金錢債權無異，故不問其原因如何，許其讓與或繼承。(3)前項金額請求權，因基於專屬權被害而生，權利人行使與否，固從其所便。但經提起訴訟後，足見其有行使之意思，則由他人讓受或繼承，而繼續其行使，亦無背於權利人之意思。

第五 賠償請求權之特別消滅時效

我民法第一九七條一項，對於侵權行為上損害賠償請求權，設有特別消滅時效。即「自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾十年者亦同。」(1)對於侵權行為上損害賠償請求權，使依二年之短期時效消滅者，蓋恐歲月遷延，證據湮沒，以致請求當事人之地位難以確實。(德民八五二條一項，日民七二四條，定為三年。瑞債六零條一項，定為一年)(2)此項短期時效之援用，以請求權人可能行使請求權而怠於行使者為限。同項後段，更定有十年之長期時效，則無關於請求權之可能行使與否，直認時效之進行。蓋非如此，則前段規定之本質，難以貫徹。(德民定為三十年，日民定為二十年，瑞債定為十年，條文同前)(3)上述短期時效，自知有損害及賠償義務人時起算。所謂知有損害，以

知有損害之事實，且係依某項加害行為而生者為足，不必確知其損害之程度如何，亦不問損害是否尚在繼續中。所謂賠償義務人，廣義解釋，非專指加害人本人，雖其他引責者，亦包含之。但於時效之進行，不無困難。（我民法係從德瑞之例，日民法定為加害人，則無此困難）（4）此項時效之進行，以請求權人對於損害之事實及賠償義務人兩事均有所知為要件。僅其一者，時效不進行。惟所謂請求權人，應解為包括被害人及其法定代理人言。日民法第七二四條，即明定之。（5）共同侵權行為人，依法應負連帶責任。故其賠償義務，有連帶債務之性質。然就本項所定短期時效，如何進行？法律既無明文，應從連帶債務之法理決之。故僅知賠償義務人中之一人時，消滅時效對其一人進行，而與他賠償義務人無涉。嗣後時效完成時，除該賠償義務人應分擔之部分外，他賠償義務人仍不能免責。（6）損害賠償請求權發生，於民法債編施行前者，應依民法債編施行法第二條第一項之規定，計其時效。

第六 消滅時效完成後之效果

因侵權行為所生之損害賠償請求權，依上述規定罹於時效而消滅者，不問賠償義務人曾否受益，請求權人皆不得再以權利被害為理由請求損害賠償。然若賠償義務人受有利益時，一方成立侵權行為，他方成立不當得利，被害人原可任意主張，而生請求權競合之問題。惟因行使其一已得滿足者，他請求權亦隨之消滅。然若依侵權行為上請求權不能達其目的者，則無礙於不當得利請求權之行使。至侵權行為上

因侵權
行為取
得之債
權其廢
止完成
後仍得
拒絕履
行

請求權罹於時效而消滅時亦同。故我民法第一九七條二項，特明定曰：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」

依我民法第一九八條之規定：「因侵權行為，對於被害人取得債權者，被害人對該債權之廢止請求權，雖因時效而消滅，仍得拒絕履行。」本條係從德例。（德民八五三條）瑞債務法亦有類似規定。（六零條三項）所謂「因侵權行為對於被害人取得債權者」，例如乘被害人之急迫輕率無經驗，或依詐欺脅迫而為債權之取得是。於此情形，被害人對其所負債務，依法原得請求廢止。（民七四條一項九二條一項）然如廢止請求權已因時之經過淪於喪失者，（民七四條二項九三條）債權之效力，亦不因以確立。蓋其取得係基於侵權行為，故被害人以侵權行為為根據，仍應保有履行拒絕權。但須注意者，本條所稱「因時效而消滅」，解釋上不以時效為限，雖其廢止請求權因法定除斥期間而消滅者，亦有本條規定之適用，否則無以貫徹立法意旨。

第二節 債之標的

第一款 總說

債之成立要素

成立債之關係所不可缺者，一曰當事人，二曰債之標的。前者指債權人及債務人，已如本書緒論所述。茲專論債之標的。

第一項 債之標的之意義

第一 債之標的與標的物（給付與給付物）

債之標的（Gegenstand, Objekt, Objekt）日民法稱債權之目的，德民法稱債務關係之內容（Inhalt der Schuldverhältnisse），學者或以債之物體稱之，而與民法上所謂給付（Leistung）同其意義，即構成債權內容之債務人行爲。自債權人方面言，謂債權人基於債之關係所得向債務人請求者。反是，自債務人方面言，謂債務人基於債之關係所應向債權人履行者。德民法第二四一條，自債權人方面規定其意義曰：『依債務關係，債權人有向債務人請求某給付之權。』我民法從之，於第一九九條一項明定爲：『債權人基於債之關係得向債務人請求給付。』

債之標的與債之標的物，應區別之。前者謂債權人得向債務人請求之行爲，即債務人之給付。後者則指債務人所應給付之物體，例如買賣，其債之標的，謂出賣人移轉買賣標的物於買受人之行爲；其標的物，則謂供其買賣之物。然民法上所謂物，指有體物，故因債之種類不同，亦有無標的物者。例如僱傭，僅以供給勞務爲標的，別無有形之標的物焉。由此以觀，債之標的即給付，債之標的物即給付物，殊難混淆。但民法各

何謂債之標的物

條之用語，未盡能嚴守此例，不無遺憾。

第二 債之標的與財產價格

給付無財產價格者，能否爲債之標的？乃近世立法上一大問題。自羅馬法始，歐洲大陸多數法典，僉認債之標的須有經濟價格，必得依金錢計算者。所謂債之關係上之債務，與道德上或社交上之義務，其區別即存於此。

羅馬法以來，各國法律所以認財產上利益之存在爲債權標的之要素者，其理由有三：(1) 債之標的不得依金錢計算其價格者，當事人有無創設債之關係而受法律羈絆之意思，頗不明確。(2) 對於無財產價格之一切合意，概使發生債之關係，則吾人之一言一行，皆有法律關係成立，而與道德上或社交上之義務混淆，社會生活不堪其累。(3) 羅馬法分訴訟爲物上訴訟及對人訴訟，前者依以請求物之返還，後者依以請求損害賠償，一切訴訟，必屬二者之一，方能有效提起。至不得依金錢計算之義務，既非對物請求，故無從提起物上訴訟；又無財產價格，故亦不得請求損害賠償，而提起對人訴訟；縱認其爲債之標的，有何實益？

上舉一二兩理由，雖包含片面真理。然於人事複雜之今日，爲充滿吾人生活上需要，殊不限於財產利益，他如精神上學問上種種無形利益，其與有形之財產利益毫無軒輊，故不僅認財產利益爲權利之唯一標的，乃今日進化的法律思想所一致。例如生命、身體、名譽、親權等，皆無金錢價值，而概認其得爲權利之標

債之標的須有經濟價格

認財產利益爲債權標的之要素

近世立法思想之變遷

的，使受法律保護。然則債之標的，如仍維持羅馬法上以有金錢價格為要件之主義，豈非有失權衡。至如反對說，所謂混淆法律與道德之區別，其理由殊嫌薄弱。蓋道德上或社交上之義務，與法律上之義務，其性質本無劃然的區別，縱屬道德上或社交義務，因時勢變遷，基於公益上必要，付以法律上義務之效力，亦無不可。更如反對說所主張，當事人有無創設法律關係之意思不明一點，則純係事實問題，應依具體事情而為判斷，尤難據為理由。再就第三理由論之，近世訴訟法上，不得依金錢計算之債務，雖未能直接強制履行，然有代其履行之損害賠償等方法，則其理由，於今日難以維持，蓋待煩言。故日民法第三九九條，明文廢除羅馬法之限制，而特定為：『債權雖不得依金錢計算者，亦得以之為其標的。』我民法第一九九條二項從之，亦明定曰：『給付，不以有財產價格者為限。』

第三 債之標的與不作為

關於於不
作為債之
權之立
法例

於我民
法之債
標的之
必有財
產價格

為債之標的之給付，是否以作為 (Thun) 為限？此亦研究債之標的之意義時所應論及者。自立法例言，羅馬法學者，對於債權之一般定義，雖僅以 Dare 與 Facere 并舉，而不及於 Nonfacere (不作為) 然依 Savigny 氏之說明，并非否認不作為債權。民法於第一一零一條，規定契約之內容，而列舉 à donner, à faire ou, à ne pas faire quelque chose (與某物或為某事或不為之義務) 三者，故對於不作為債權之構造及其性質如何學說雖不一致，然以不作為為標的之債，得有效成立，則無疑義。奧民法亦於第

於我民
法不作
爲亦得
爲給付

債之標
的 | 給付 |
之 | 要 |
件 |

債之標
的須確
定或可
得確定
債之不
確之標
形有三

八六一條規定不作爲之要約，對其要約與以承諾，則以不作爲爲內容之契約因以成立，而生所謂不作爲債權，乃論理上之所當然。他如普國國法第一部第二章第八九零條，亦依明文是認不作爲債權之成立。更考近世立法，德民法於第二四一條二項明定爲：『給付依不作爲亦得成立。』日民法於第四一四條三項，亦對於以不作爲爲標的之債務，特定其效力，是皆承認不作爲債權之有效成立。我民法第一九九條三項，從德民法之例，規定曰：『不作爲亦得爲給付，』其與古今東西之立法及學說一致，而認不作爲 (Unterlassen) 得爲債之標的，可以無疑。故爲債之標的之給付，有作爲與不作爲之別。學者稱前者曰積極給付 (Positive Leistung)，稱後者曰消極給付 (Negative Leistung)。二者之本質，俟於本款第三項述之。

第二項 債之標的之要件

債之標的，與物權之內容異，(民七五七條)當事人得任意定之，此原則也。然一切債權，欲受法律保護，則不可不具備左列各要件，是爲債之標的之要件，或稱給付之要件。

第一 債之標的須確定或可得確定者

債之關係，乃於特定範圍內拘束債務人之關係。故債之標的，須自始確定。或雖非自始確定，而亦須有可得確定之性質。反是，無確定性者，自不能拘束債務人。債之標的不確定之情形，約有三種：

(甲) 得向債務人請求之行爲，其範圍全然無所限定，一依債權人意思自由定之者 於此情形，

違反權利保護之精神，自不能有效發生債權。

(乙) 向債權人應履行之行為，其範圍全然無所限定，一依債務人意思自由定之者。於此情形，是否受法律上一定拘束，完全繫於債務人之自由意思，亦不能有效發生債權。

(丙) 給付之範圍雖已限定，而其內容未具體確定者。於此情形，債務人所應給付之物，雖未具體確定，然若具有使其確定之方法，則債之標的，於日後尚可得確定，故能有效發生債之關係。而其確定之方法有三：(1) 依當事人雙方或一方之意思以確定之。(2) 依第三人之意思以確定之。(3) 依其他事實之發生以確定之。關於(1)及(2)，德民法第三一五至三一九條，詳設一般規定。我民法與日民法同，除就種類之債（民二零零條）及選擇之債（民二零八至二一二條）設有規定外，無如德民法之一般規定。然當事人或第三人此項確定權，與選擇之債其選擇權同，有形成權性質，於其行使，自無妨類推適用我民法第二百零九條規定。更就(3)之情形言之，所謂其他事實，即當事人及第三人意思表示以外之事實，而為日後所發生者。例如約為以甲所有地上本年秋季可得收穫之一切農產物出賣於乙，即依秋收之事實確定其給付，而不繫於任何一方或第三人之意思。

第二 債之標的須可能

債之標

為債之標的之給付不能時，債權人依以無何等利益，債務人依以不受何等拘束，故法律亦不認此種

的之給
付須能

債之關係存在。而所謂不能，得依種種標準，別爲論理的不能與法律的不能，主觀的不能與客觀的不能，原始的不能與後發的不能，全部不能與一部不能，其詳應於民法總則編法律行爲章論之。關於債之標的之不能，及契約標的之不能，我債編通則，於債之效力節中，從各國立法先例，設有明文。茲爲說明之便利，亦以讓諸次節。

第三 債之標的須適法

的之給
付須能

債之關係雖得依當事人之意思自由創設，然其標的違反法律之目的時，自非有效。故債之標的，又以適法爲要件。所謂適法，卽不違反法律之強制或禁止規定，並無背於公共秩序或善良風俗之謂。（民七一條七二條）其詳亦應參照民法總則編法律行爲章之說明。

第四 債之標的須係予債權人或第三人以利益之給付

的之給
付須能

債之關係，乃使債務人立於一定拘束狀態，而有利益於債權人或第三人之關係。故無益之給付，不能爲債之標的。然其利益，爲有形的或無形的，財產的或非財產的，則非所問。至利益之有無，非僅依受益人主觀觀察，而應從客觀標準。其受益人，不限於債權人自身，雖第三人亦可，此又近世立法與羅馬法不同之點。

第三項 債之標的之種類

第一 積極給付與消極給付

積極給付

積極給付 (Positive Leistung) 亦稱作爲 (Thun) 其中或爲設定、變更、消滅、權利之行為。或爲事實上行為，即精神的或有形的勞務。而後者之中，又有以勞務本體爲標的者，與以勞務之結果爲標的者。

消極給付

消極給付 (Negative Leistung) 亦稱不作爲 (Unterlassen) 以不作爲爲標的之債，係以債務人不作爲之本體爲其標的，而非以因債務人有違反行爲所生之損害賠償爲其標的。自羅馬法以來，立法例及學說，皆認不作爲亦得爲債之標的，已如前述。惟其性質如何？學說異致。大別之，約分二派：其一，謂不作爲亦意思行爲之一種，故以不爲某行爲之意思存在爲必要。反是，無其意思，或不知有不作爲債務，而不作爲者，則非不作爲。故雖不作爲，於心理上，有與作爲同一之作用存在。其二，謂不作爲不必有不爲某行爲之意思，債務人雖不知有不作爲債務，而竟不作爲時，亦不失其爲不作爲。依第一說，債務人須常有不作爲之意思，倘一時欠缺其意思，即生債務違反之問題。然無間斷的保有不作爲意思，乃心理上之所不能，法律亦無從強制之。故二說中，以後說爲可採。

單純之
不作爲
與容忍

消極給付，更可別爲單純之不作爲與容忍 (Dulden)。前者謂不爲一定行爲，例如不爲權利之移轉，不爲營業之競爭等是。後者謂許容債權人爲一定行爲，即對於容忍權人之行爲不述異議，不加拒絕，例如出租人爲保存租賃物所爲之必要行爲，承租人不得拒絕。(民四二九條二項) 即因其負有容忍之義務。於此情形，亦係債務人不爲一定之作爲，故屬消極給付之一種。

不作爲
請求權

依不作爲債權，有不作爲請求權發生。然於無違反行爲以前，此項請求權，自無從行使。又其不作爲債權，僅以一次之不作爲爲標的者，則不作爲請求權，始終無行使之餘地。故僅於繼續的不作爲債權，有違反行爲時，就將來部分之不作爲，得爲不作爲請求權之行使，債務人違反不作爲債務者，債權人自得依民法第二二七條後段，請求損害賠償。

獨立不
作爲債
務與混
合不爲
債務

消極給付，有獨立存在者，亦有與積極給付混合而成債之標的者。前者是曰獨立不作爲債務，後者是曰混合不作爲債務（Kombinierte Unterlassungspflichten）。例如：約爲房屋之租賃，而不許承租人於其房屋爲某種營業。又如：合夥員不得爲其他合夥之合夥員等，皆混合不作爲債務也。學者亦以混合給付稱之。而混合給付中，其消極給付，或與積極給付有同等價值，例如：經理人爲商號管理事務之作爲債務，與其不爲競業之不作爲債務是。又或僅附從於積極給付，而爲債之內容，例如：每小時不得駛至三十里以上，而爲馬之借貸是。

第二 繼續給付與不繼續給付

繼續給
付

繼續給付（*Dauernde Leistung*）者，依繼續行爲而爲之給付也。卽爲其給付，恆需要較長時日之經過。例如：出租人之給付，受寄人之給付是。不作爲給付，多含繼續性。其繼續之終點，或依契約預定，或使繫於將來發生之事故。依繼續給付，恆有各個請求權發生，例如承租人之修繕請求權是。

不繼續
給付

不繼續給付，又稱一時給付，或一次給付（Vorübergehende oder einmalige Leistung）。謂其給付，依一次行為即得爲之。雖或需要若干時間，但不置重。例如買賣價金之支付，物之交付等是。又於一定時日不爲某行為之不作爲債務，其給付雖係不作爲，亦不失爲一時給付之一種，例如約於某跳舞會不起舞是。

第三 回歸給付與非回歸給付

回歸給
付與非
回歸給
付

回歸給
付之各
次給付
請求權

定期反
復給付

回歸給付（Wiederkehrende Leistung），謂其給付須依數次之反復行為而爲之。例如租金債務，多

屬此類。反是，則非回歸給付。而與繼續不繼續之區別稍異。又雖不作爲，亦無妨定爲回歸的。依回歸給付之基本的債之關係，而有各次給付請求權發生，斯即回歸給付債權之特點。

回歸給付，通常恆按一定時期反復爲之，學者特稱之曰定期反復給付。例如終身定期金給付（民七二九條）是。

第四 單純給付與合成給付

單純給
付

單純給付（Einfache Leistung），謂依單一行為而成之給付。例如特定物買賣，交付其物之行為是。但其給付物爲複數，則無妨礙。例如買米百石是。

合成給
付

合成給付（Zusammengesetzte Leistung）者，爲達其目的效果，需要異其結果之數行為之給付也。即依當事人之意思，併合數個給付而組成債之標的，使此數個給付分離，仍不失爲數個之單純給付。故其

債之成立及效力，皆應合此數個給付爲一團而觀察之。

有與合成給付類似者，即所謂結合給付。謂依數個給付組成數個債務，其法律關係各別獨立，惟其給付，一時結合，因而有成爲一債務之外形。例如：依一契約書負擔各別之數債務，其外形上雖似一債務，而實質上不過獨立的數債務之聚合耳。

第五 可分給付不可分給付

可分給付 (Teilbare Leistung)，謂不害其給付之性質效用而得分爲數個給付之給付。分割後之各給付與全給付不異，其性質效用不過分量不同而已，例如：米百石之給付是。反之，不可分給付 (Unteilbare Leistung) 者，不害其性質效用而不得分割之給付也，例如：馬一匹之給付是。依給付之可分，不可分而生所謂可分之債與不可分之債，其效力大有不同，容後述之。

第六 特定給付與不特定給付

特定給付 (Speciesleistung)，謂其給付之內容已具體的特定。反是，則爲不特定給付 (Unspeciesleistung)。依給付之特定與否，而生所謂特定之債與非特定之債。然所謂給付之特定 (Spezialisierung, Individualisierung)，與前述給付之確定 (Bestimmtheit)，不可混同。給付之特定，謂具體的定其應爲之給付。反是，給付之確定，則不僅指具體的定其應爲之給付，即定其數量品質，亦包含之。故給付之特定，不外

特定給付與
特定給付之
特定給付之
特定給付之
特定給付之
特定給付之
特定給付之
特定給付之

給付之
確定

確定之一種。

第二款 特定之債

何謂特
定之債

特定給
付與特
定給付
物

特定物
之債與
特定之
債

關於特
定之債
之法規

給付依當事人之意思或法律之規定具體的特定，即以特定給付為債的標的時，是曰特定之債（Speziesschuld）。日學者以特定債務稱之。此種債之關係，不限於以特定給付物為標的，例如以特定著作權之讓與為標的時，亦有其成立。蓋特定著作權之讓與，即不失為特定給付故也。因而特定給付與特定給付物，義有廣狹。前者不必為物，雖無形的權利及不作為，亦包含之。後者則以有體物為限。故以特定給付物為債之標的者，雖屬於特定之債。但不能謂特定之債必須以特定給付物為標的，雖非物之給付，祇須其給付係已特定者，仍不失為特定之債。因此，學者為求其區別，恆稱以特定給付物為標的之債曰特定物之債，以特定給付為標的之債曰特定之債。前者之意義，較後者為狹，而包含於後者之中。

他國民法，對於特定之債之效力，設有特別規定。惟其規定，多以特定物之債為中心，特定物以外其他特定給付之債，不過有其準用而已。我民法，則僅就特定物債務之清償地，設有明文。此外別無規定。故其效力，仍不外依一般規定以決之。（民三一四條一款）

第三款 種類之債

何謂種類之債

特定與不特定之代替代替區別

種類之債不僅就物生之類之債關於種類之法規

種類之債得就

第一項 種類之債之意義

為債之標的之給付，不必自始確定，以有可得確定之性質為足。故給付不特定，僅依種類特徵定有一定之數量時，亦生債之關係，是曰不特定之債，亦稱種類之債（Gattungsschuld, Genusobligation; obligation d'une chose indéterminée, obligation de genre; obbligazione della cosa determinata nella specie, obbligazione in genere）。而不問定其種類特徵之廣狹如何。例如：西貢米百石，或西貢產中等米百石等是。

特定不特定之別，與代替不代替之別，不可混同。前者依交易之際當事人之意思而生，後者從交易上性質而定。例如：牛馬房屋，由交易上性質觀之，雖非代替物，通常亦恆為特定物。但依當事人之指定方法，而為不特定時，亦有種類之債發生。

於理論上，種類之債，不僅就物生之。例如：約為供給有一定手藝之庖丁若干名，其給付雖非物，但不失為種類之債。惟民法對於種類之債，專就物之給付直接規定之，如非以物之給付為標的之種類之債，於解釋上，僅有其準用耳。

第二項 給付品質之確定

瑞士債務法第七十一條一項明定曰：種類之債，債務人就同種物中，得任意選擇給付之。我民法雖無

同種物
選擇給
付民法
確定給
我民法
付品質
之標準

此明文，而事屬當然。但同種類之物中，其品質又有高下之別時，則如何依我民法第二百零一條，有二重之標準：

第一 給付物僅以種類指示，而同種物中，其品質有數等時，依法律行為之性質或當事人之意思，以定債務人應給付之品質。

第二 給付物僅以種類指示者，依法律行為之性質或當事人之意思，不能定其品質時，立法例不一：

(甲) 給付下等品質之物，即能免其債務之主義。羅馬法及英美法之原則屬之。

(乙) 位於最良品質與最劣品質間任何品質之物，均得以為給付之主義。法法系民法屬之。(法
民一二四六條，意民一二四八條，荷民一四二八條)

(丙) 中等品質以下之物，不得以為給付之主義。瑞士債務法(七一條二項)屬之。

(丁) 應給付中等品質之物之主義。普國普通法(一部五章二七五條)德日民法(德民二四三條一項，日民四零一條一項)屬之。我民法第二百零一條，亦採此主義。至何謂中等品質，要無非依一般觀念以決之。但須注意者，本條乃着眼於債務人之義務而為規定，即謂其最低限度須給付中等品質之物。故除債權人以受領上等品質之物為不便不利外，債務人以超過中等品質之物給付，自可認為依債務本旨所為之履行。

種類之債轉變之爲特定債

種類之債依契約或債務人之行爲而特

第三項 種類之債之特定

第一 特定之方法

種類之債，其標的物非經特定後不能爲給付。故欲現實給付，必先由種類之債轉變爲特定之債，是曰種類之債之特定（Konzentration, Konkretisierung, Spezialisierung）。其特定方法，或依契約，或依債務人行爲。至於事變，非發生特定之原因。蓋種類之債，因事變而給付不能者甚稀。且縱因事變，致僅不適於給付之物體殘存，然理論上，亦不生特定，因其殘存者依然爲種類之債之標的，仍須依契約或債務人行爲始有其特定。此種類之債與選擇之債所以不同。於選擇之債，因事變而生特定，故關於殘存之最後物體，由債權人負擔危險。而在種類之債，則債權人不負擔關於最後物體之危險。（民二一一條）

種類之債，依契約或債務人之行爲而特定。茲分述之：

（甲）依契約而特定 更可別爲二種：

（一）當事人於債之關係發生後，更依契約定給付之物體時，給付物因以特定。

（二）依契約授當事人一方或第三人以指定給付物體之權者，因指定權人之指定，給付物於以特定。我民法第二百條二項後段所稱：『經債權人之同意，指定其應交付之物時，其物即爲特定給付物。』是屬此類。

(乙) 依債務人之行為而特定 種類之債，依債務人行爲而特定者，其特定之時期如何立法主義不一：

(一) 分離主義 (Ausscheidungstheorie) 依此主義，債務人將其應給付之物，自同種物中分離時，生給付物之特定。然依 Thöl 之倡導，不以分離其物爲足，且須通知其分離之旨於債權人，是曰通知主義 (Anzeigetheorie)，而屬分離主義之一種。依分離主義，其物分離後，事實上債務人仍得自由處分之，而債權人反須負擔危險，故債權人之地位，得由債務人左右之。此瑞士債務法，原則上雖採單純分離主義，而對於送付買賣，所以特設例外也。(瑞債一八五條二項)

(二) 獨立主義 (Individualisierungstheorie) 此主義，不以債務人之履行上必要行爲完畢爲足，并須給付物已獨立。在送交債務及取領債務，其結果，與依次送交主義，并無所異。僅在送付債務，必其物到達債權人始爲特定，故與交付主義不同，而不利於債務人。

(三) 交付主義 (Lieferungstheorie) 依此主義，債務人交付其物之必要行爲完結時，生給付物之特定。因其最合於實際，故德普通法以來之學說，皆採之。德日民法，均從此主義。(德民二四三條二項，日民四零一條二項) 我民法第二百零二條二項亦然。惟所謂「債務人交付其物之必要行爲完結」，因債務履行地不同，而異其論定。

(1) 送交債務 (Bringschuld) 即債務人依債務本旨，應於債權人住所或其他清償地而給付之債務。債務人原負有於清償地爲清償之義務，故所謂交付其物之必要行爲，以於清償地現實提出給付物方爲完結（民二三五條本文。）亦即於其時生給付物之特定。但債權人豫示拒絕受領之意思者，則債務人不必現實提出，而以通知準備給付之旨於債權人，即爲完結。（民二三五條但書）

(2) 取領債務 (Holschuld) 即債權人應就債務人住所地受領清償，或其給付需要債權人其他行爲之債務。債務人交付其物之必要行爲，以已準備給付，并通知其旨於債權人時爲完結。亦即於其時生給付物之特定。（民二三五條但書）

(3) 送付債務 (Schickschuld) 債務人從債權人之希望送付標的物於清償地以外之處所，即債權人所希望之目的地 (Bestimmungsort) 者，因其與送交債務異，債務人原無送至該目的地之義務，故交付其物之必要行爲，於發送時即爲完結，亦即於其時生給付物之特定。此乃德普通法之通說。德民法就送付買賣 (Versendungskauf)，從此見解，設有規定。我民法亦然。（德民四四七條一項，我民三七四條）

於上述情形，債務人所選定之給付物，如其種類品質數量不適合債務本旨，或法律規定時，自不

得謂爲債務人交付其物之必要行爲完結，故仍不生給付物之特定。

第二 特定之效力

種類之債，因給付物特定，而轉變爲特定之債。惟此效力，僅向將來發生，即從特定時起，其物爲特定給付物。故與選擇之債，選擇之效力溯及於債之發生時者不同。（民二一二條）因其轉變爲特定之債，有須特別注意者：

（甲）特定後，債權人僅得就所特定之物請求給付，債務人亦僅得以此爲給付，而不得代以他物。然對於債務人方面，有持異說者。

（一）於債權人未受領前，債務人有變更權（*Jus variandi*）。此說以實生活上之必要，并不背於誠實信用之原則爲理由。

（二）債務人原則上無變更權，但債權人如取得最初特定之物體，并無何等特別利益，而拒絕他物之受領時，應認爲權利之濫用者。債務人得以他物代替最初特定之給付，此乃德國學者之通說，無非以其國民法第二二六條之規定爲根據。

（三）債務人原則上無變更權。然若債權人返還債務人所提出之給付，或受領遲延時，則債務人有變更權。

特
定
之
效
力
於
特
定
時
向
將
來
發
生
特
定
後
所
生
之
效
力

上述諸說，與所謂「特定」之性質，有難以相容者。故解釋我民法，均不足採。但法律有特別規定，或有特別習慣存在時，又當別論。

(乙) 特定後給付不能者，債務人不必給付同種類之物。而依我民法第二二五及二二六條處理。如為雙務契約，則適用第二六六及二六七條之規定。

第四項 限定種類之債

何謂
限定
種類
之債

限定種類之債 (Beschränkte od. begrenzte Gattungsschuld)，謂以同種類中，特定範圍內，某不特定物體之給付為標的之債。學者或稱曰混合種類之債 (Gemischte generelle Obligation)。其存在，(1) 須於同種類中人為的限定特定範圍，而非單以種類指示，即或依形體，或依處所，為一定範圍之限定。(2) 須以限定範圍內某不特定部分為給付。反是，縱屬於限定之範圍，而係應給付其特定部分時，則為特定之債。

限定
種類
之債
有二

屬於限定之債者，有二：

第一 應由特定分量中，給付某不特定之分量者 於此情形，或為流動體，或為固體。前者如謂給付此罈中之酒一斤，後者如謂給付此一匹布中之三尺是。

第二 應由同種類個體集合所成特定範圍內，給付其某不特定之個體者 例如：謂給付此倉庫之米十石，或此廐之馬一匹是。其與第一種情形不同者，即於第一種情形，不能由特定範圍中個別的分離其

物體，此則可得個別的分離。

上述第一種情形，乃種類之債。然有因其所限定之範圍非種類之指示，故謂其非種類之債者。但種類之觀念，乃相對的，得依當事人之意思定之。故雖某範圍之限定，亦不失為種類。反對說所持僅於不能認識物體存在之範圍時，始得認種類觀念之主張，自非正當。至於第二種情形，究係限定種類之債？抑係選擇之債？頗有疑義。例如：約由繫有馬五匹之特定馬廐中給付其一匹時，如債權人有選擇權，其為選擇之債，固無疑義。反是，債務人有選擇權時，倘為選擇之債，則債務人得給付其五匹中最劣之一馬；倘為種類之債，則不可不給付中等之馬；實際上大有差別。於此情形，要須解釋當事人意思定之。若當事人僅着重其範圍，而不着重其範圍中之各個體者，是為限定種類之債。反是，置重其各個體，即因給付範圍內之甲物與給付範圍內之乙物異其利害時，則為選擇之債。

第四款 貨幣之債

第一項 貨幣之債之意義

貨幣之債 (Geldschuld) 者，以給付貨幣為標的之債也。日學者以金錢債權稱之。所謂貨幣，即金錢，謂何謂貨幣之債
通用貨
算定貨物價格之標準，且為其交換之媒介。而可別為二種：一曰通用貨幣，即法定貨幣 (Staatsgeld) 二曰

幣與交
易貨幣

交易貨幣 (Verkehrsgeld) 卽自由貨幣 (Freies Geld)。通用貨幣者，謂法律上認爲算定價格之一般標準，而附以強制通用力之貨幣。所謂強制通用，卽債務人用以爲債之清償，債權人不能拒絕受領之謂。其中又有本位貨幣與輔助貨幣之別。前者其使用額無限制；後者僅就法定限制額有強制通用力。交易貨幣者，謂交易上認爲算定價格之標準，交換之媒介，而無法律上強制通用力之貨幣。故僅事實上通用之，如超過法定限制額之輔助貨幣，及使用於國內之外國貨幣等是。

貨幣之
價格

貨幣之價格有三：一曰額面價格 (Nennwert)，又稱名價，卽貨幣表面所示之價格。二曰金屬價格 (Metallwert)，又稱實價，卽貨幣依金屬鑄成者其金屬固有之價格。額面價格與金屬價格一致，乃最健全之貨幣政策。但事實上，金屬價格恆低於額面價格。三曰流通貨幣 (Kurswert)，又稱市價，卽貨幣於交易上所之價格。於有強制通用力之貨幣，依額面價格而流通，故其流通價格與額面價格一致。反是，無強制通用力之貨幣，則依其於交易市場上所具之價格而流通，故其流通價格與額面價格恆不一致。

關於貨
幣之價
之法規

以給付貨幣爲標的之債，性質上與種類之債同。然其品質價格等，均依法律而有一定。我民法第二百零二條之規定，無從適用。故從各國立法通例，對之設有特則。

第二項 內國貨幣之債

內國貨幣之債，又可別爲金額之債，金種之債，特定貨幣之債。

金額之債

第一 金額之債

以貨幣之定量給付爲標的之債，是曰金額之債（Summenschuld）。應給付何種貨幣未經特定，即當事人僅置重其金額，而不置重其金種，故以無特約爲限，債務人得自由選擇各種通用貨幣而給付之。此於日民法及瑞債務法，設有明文。（日民四零二條一項本文，瑞債八四條一項）我民法與德民法同，無類似之規定。但理論上，應如是也。

第二 金種之債

以給付特定種類之貨幣爲標的之債，是曰金種之債（Geldsortenschuld）。即當事人不僅置重金額，且以屬於特定種類之金錢爲債之內容。日舊民法，禁止此種債之成立。（日舊民財產編四六三條三項）殊無理由。他國立法，亦無其例。故我民法，從一般通例，不禁止之。而金種之債中，又可別爲二種：

絕對金種之債

（甲）絕對金種之債 即絕對的須爲某種貨幣之給付，否則不能達其目的。故債務人爲給付時，該某種貨幣雖已失強制通用力，仍無妨以爲給付。然若客觀的不存在時，則適用給付不能之原則，債務人免其給付義務。（民二二五條）

相對金種之債

（乙）相對金種之債 即以某種貨幣之給付爲債之標的，而當事人之意思尙在取得金額，故與絕對金種之債不同。原則上，債務人雖應爲該某種貨幣之給付，然如其貨幣至給付期已喪失強制通用

特定貨
幣之債

外國貨
幣與內
國貨幣
之債
以外國
貨幣定
給付額
之債

力時，則應給付他種通用貨幣。（民二零一條）

第三 特定貨幣之債

以特定貨幣之給付爲債之標的者，是曰特定貨幣之債。性質上，屬於特定物給付之一種。例如：封金之寄託是。於法律上，應適用一般特定之債之規定，而無別設特則之必要。故與上述金額之債及金種之債不同。固有意義之貨幣之債，乃專指金額之債與金種之債而言。

第三項 外國貨幣之債

外國貨幣之債，與內國貨幣之債同，可依前項分類，而別爲金額之債、金種之債、與特定貨幣之債三種。其效力，亦與內國貨幣之債無異，不待贅論。惟非以外國貨幣爲債之標的，而僅以外國通用貨幣定給付額者，當事人之意思，置重給付之數額，不置重給付之種類，故係以外國貨幣爲標準之金額之債，債務人得卽以該外國通用貨幣爲清償，固無問題。依德民法第二四四條，并得以內國之通用貨幣給付之。關於內外貨幣之折算，則從清償地法（*Lex loci solutionis*）之原則，以其清償當時清償地之市價爲標準。（日民四零三條，瑞債八四條）我民法第二零二條本文，亦從此旨而明定曰：「以外國通用貨幣定給付額者，債務人得按給付時給付地之市價，以中華民國通用貨幣給付之。」然若給付時，其給付地，對於該外國通用貨幣，無市價時，於解釋上，則應以距離給付地最近鄰地之市價爲折算標準，此日學者之通說也。但該規定，惟

限於以外國通用貨幣定給付額之金額之債，始其適用。反是，當事人訂明應以外國通用貨幣爲給付者，即其給付物以該外國通用貨幣爲限而成立所謂金種之債時，則債務人僅得給付約定種類之外國通用貨幣，而不得折合本國通用貨幣給付之。此本條所以仍從德例，而明設但書之規定。

第五款 利息之債

第一項 利息之意義

何謂利息？法律上無一定介說。學者之說明，亦不一致。而其法律上之意義，與經濟上之意義，又不盡同。茲姑從多數見解，定其意義曰：利息（*Usurae, foenus, Zinsen, interest, intérêt, interessi*）者，以原本債權之數額及存續期間爲比例，從屬於原本債權而生之孳息也。更分釋之：

第一 利息從屬於原本債權

（甲）原本之意義 於民法上，何謂原本（*Caput, sors, Kapital, capital, capitale*）其觀念亦不明確。通說謂：原本須爲代替物。他派學者，乃謂不必代替物，而須係流動資本。今日最新之學說，則謂原本債權，須其債權非以給付債權人所有原物爲標的，而以給付債務人自己之物爲標的。故如負擔給付債權人所有物，即返還原物之債務者，其從屬的給付，是曰租金。反是，負擔給付自己之物，即返還同種物

利息從
屬於原
本債權
何謂原
本

何謂利
息

利息之
從屬性

品之債務者，其從屬的給付，始稱曰利息。余從此說。

(乙) 利息有從屬性質。此之所謂從屬，非謂一切原本債權必伴之以利息。蓋利息僅依法律行為或法律規定而生。故民法上，雖有所謂法定利率，然僅當事人約定或法律規定應付利息，而未定有利率時，始見其適用。

第二 利息以原本債權之數額及存續期間為比例

利息之
標準
利息與
利率

(甲) 利息與利率。利息應以原本債權之數額及存續期間為比例，如謂照原本若干分之幾按年付息是。故與租金不同。其標準，是曰利率，而為利息之要件。但須注意者，利息雖以時間為比例定期發生，但不以定期現實支付為限，故如約為預付或與原本債務之清償同時支付，均屬有效。

利息不
必與原
本為同
種物

(乙) 利息不必與原本為同種之物。利息既比例原本而生，故通說謂其必與原本為同種之物。但解釋我民法，殊難謂一切情形皆以同種物之給付為要件。(例如：一八二條二項之利息，即不能謂其必以同種物給付)但依特約定為須給付與原本同種之物者，自屬無妨。

利息不
必為代
替物

(丙) 利息不必為代替物。通說恆謂利息須係金錢或其他代替物，此仍不外基於原本以代替物為限之觀念，余故不採之。寧從少數說，而認利息不以代替物為要件。但須有比例原本額而為計算之可能性耳。

利息爲
原本之
孳息

第三 利息爲從屬於原本債權而生之孳息

利息從屬於原本債權而生，已如前述。從來學者所主張：使用原本之代價，及妨害債權人使用原本之損害賠償等見解，因其不容於法定利息，固難採信。但利息終不失爲依原本債權所生之收益，經濟學上稱曰所得，亦即法律上所謂孳息。此不特學理上可以論定，我民法第六九條二項，并明示利息爲法定孳息之一種，更無疑矣。

第二項 利息之債之特質

利息之
債之特
質

利息之債 (Zinsschuld) 者，以利息之給付爲標的之債也。與通常之債，并不異其性質。惟利息債權，因係從屬於原本債權，故不無特異之點。

以原本
債權存
在爲前
提

第一 利息債權有從屬性，故其發生，以原本債權之存在爲前提。原本債權不發生，或發生後被撤銷者，利息債權皆自始不發生。原本債權消滅時，利息債權自其時起，向將來不發生。

以於原
本債權
存續中
發生爲
原則

第二 利息債權，以於原本債權存續中發生爲原則。但有例外：即債務人遲延時，原本債權雖未消滅，而利息債權應歸停止。此後所謂遲延利息，代之而生。(民二三三條一項)

原本債
權之效
力及於
利息債

第三 原本債權與利息債權，乃廣義的一債權，故生左列結果：

(甲) 原本債權有優先的效力者，當然及於利息債權。

- (乙) 原本債權之保證，包含利息債權。(民七四零條)
- (丙) 債務人破產時，利息債權與原本債權同其順位，而受分配。(破產法草案二八條一款)
- (丁) 讓與原本債權時，將來發生之利息債權隨同移轉於受讓人。至於已發生之利息債權，則以未支付者為限，推定其隨同原本債權而移轉。(民二九五條)

第四 原本債權與利息債權雖屬廣義的一債權，然究各為一事，故生左列結果：

利息債權
之獨立
效力

(甲) 利息債權得獨立移轉。

(乙) 得僅就利息債權生獨立訴權。

(丙) 利息債權得單獨罹於時效。

(丁) 債務人得先於或後於原本債權而獨為利息債權之清償。(民三二一條)

(戊) 給付不足清償原本及利息時，依法先抵充利息。(民三二三條)

第五 原本債權為主債權，利息債權為從債權，故依一訴附帶請求利息時，其訴訟標的之價額，僅依原本定之，而不算入利息債權額。(新民訴法七八條二項)

利息債權
與訴訟
標的

第三項 利息之種類

利息因發生原因之不同，而有約定利息與法定利息之別。

何謂約
定利息

第一 約定利息

約定利息 (Usurae conventionales; vertragsmäßige Zinsen, rechtsgeschäftliche Zinsen; interest under a contract; intérêts conventionnels; interessi patuiti, interessi convenzionali) 謂依法律行為而生之利息。雖有依法律行為中之單獨行為而生者，但以依契約而生者居多，故以約定利息稱之。羅馬共和國時代，因債權人往往利用債務人之窘迫而約定利息，殊屬有乖人道，故禁止之。然債權人每用其他方法以規避之，仍不能達禁止之目的。故至優帝，僅就重利設有限制。歐洲中世寺院法，又復禁止利息之約定，并科以重刑，此亦不過基於宗教上之理由。降及十六七世紀，基於經濟上必要，對於利息禁止法，概歸廢止，以迄於今，法律上皆許當事人自由而為利息之約定。

第二 法定利息

法定利息 (Usurae legales; gesetzliche Zinsen; legal interest; intérêts légaux; interessi legali) 謂依法律規定而生之利息。又可別為四種：

返還標
的之利
息

(甲) 返還標的之利息 依法律有返還其所受利益或給付之義務者，就其返還標的，有須附加利息一併償還之時，例如：不當得利惡意受領人利益之返還，(民一八二條二項) 因解除契約而所受金錢給付之返還(民二五九條二款)等，均須附加利息償還之也。

遲延利息 (Verzugszinsen; intérêts de retard; interets moratoires; interessi dimora)

即金錢債務遲延履行時，債權人依法得請求對其原本所生之利息。(民二三三條)

出費利息 (Verwendungszinsen) 即爲他人有財產上之支出時，依法所得請求之利息。

如：無因管理人依第一七六條，連帶債務人依第二八一條一項，受任人依第五四六條一項，所得請求之利息，皆屬此類。

擬制利息 (Fingierte Zinsen) 亦稱假定利息，即對於他人財產爲自己而消費之者，法律

視爲已收取利息，而不問實際上取得與否，使其爲利息之給付。例如：無因管理人依第一七三條二項，受任人依第五四二條，所應支付之利息是。

訴訟利息 (Prozesszinsen) 即金錢債務之

法定利息，除上述數種外，依德民法第二九一條，尚有所謂訴訟利息。即金錢債務之訴，自權利拘束發生時起，不問債務人有無遲延，均應支付利息。我民法與日民法同，無此明文，自難爲積極論定。

第四項 利率

利率 (Fenus; Zinsfuß, Zinssatz; rate of interest; taux d' intérêts; tasso d' interesse) 者，比例原

本債權之數額與存續期間，而計算利息債權額之標準也。其依法律行爲而定者，曰約定利率。依法律規定

而定者，曰法定利率。

第一 約定利率

何謂約定利率

約定利率，謂依法律行為而定之利率。其標準期間，一依當事人所定。通常多以年定之。但約為按月按週或按日計算，均無不可。其期間之計算，則應適用我民法第一一九條以下之規定。至於支付利息之時期，除有特約或特別習慣外，因其為法定孳息之一種，故又有我民法第七十條二項之適用。

關於利息之立法沿革

我民法對於利率之限制

古代法制，禁止約定利息。降及十六七世紀，雖廢止之，然代以利息之限制。近世各國，又多撤廢利息限制法，僅於法律上設一定標準，超過之者，不得為審判上請求而已。我民法則有下述特別規定：(1)『約定利率超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。』(民二零五條)故以年息與原本額比較，如不及原本額百分之二十，自屬完全有效，當事人應互相遵守。反是，縱超過百分之二十，其約定亦非無效，僅其超過部分不認債權人之請求權。如請求之，不問審判上或審判外，債務人均得拒絕給付，而僅按限定之利息給付之。然若債務人就其超過部分任意給付之者，則為自然債務之履行，不得以不當得利為理由請求返還。(2)『債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法巧取利益。』(民二零六條)蓋恐債權人為規避上述第二百零五條之限制，而於債之發生當時，即預先扣除一部，或用禮金、謝儀等名目，約由債務人對債權人為巨額之給付。則上述第二百零五條之立法本旨，仍無以貫徹，此所以又有本條之禁

何謂法
定利率
我民法
之法定
利率

止規定。(3)『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。』即於此時亦有上述第二百零五條之適用。『但施行時未付之利息總額，已超過原本者，仍不得過一本一利。』即其約定利率雖在第二百零五條之限定範圍內，至多僅爲一本一利之給付，債權人對於超過部分，亦無請求權。(民法施行法五條)(4)『約定利率逾週年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本。但須於一個月前預告債權人。』『此項清償之權利，不得以契約除去或限制之。』(民二零四條)是爲我民法三二三條之例外。蓋爲保護債務人，而認其得先清償原本，以停止利息債務之繼續發生。且不問其原本債務之清償有無期限。雖於期前，而自償之發生當時起算，已經過一年者，債務人亦得依法預告，清償原本，債權人不得主張附利息債務之期限爲當事人雙方之利益，而拒絕受領也。又本條規定，於民法債編施行前所約定之利率，逾週年百分之十二者，亦適用之。(民法施行法四條)

第二 法定利率

法定利率，謂依法律規定而定之利率。即當事人對於利率未爲何等約定，亦無其他法律規定足資依據者，均依我民法第二百零四條所定週年百分之五之標準，而計算利息。但該規定，無強行性質，故當地有特別習慣者，則從其習慣。

第五項 複利

何謂複利
關於複利之立法例

複利 (Anatocismus, usurae usurarum; zinseszins; compound interest; intérêt composé; interesse composto) 亦稱重利，謂對於利息重生之利息。於羅馬法，不僅禁止豫依法律行為約定重利，且就已滿期之利息，依合意滾入原本者，并禁止之。又雖非複利，而既生之利息，已等於原本額時 (Ultra alterum tantum)，爾後亦即免其利息，所以防止債務額之擴大也。近世立法，除銀行存款等一定情形外，多禁止複利之預約。惟於滿期時約為將利息滾入原本者，則認許之。(德民二四八條，瑞債三一四條三項，法民一一五四條，意民一二三二條) 日本民法，未設明文，學者解為概屬有效。大審院判例亦然。且若利息遲付逾一年時，依債權人一方之意思，對債務人催告後，債務人仍不支付者，得將其滾入原本，使生利息，學者以法定複利稱之。(日民四零五條)

我民法
關於複利之規定

我民法第二百零七條一項明定曰：利息不得滾入原本再生利息，乃明禁複利，此原則也。但有例外，即當事人以書面約定利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。故複利之發生，以有特約為前提。而其特約，又須利息遲付逾一年後，經催告而債務人仍不償還為條件。既有如斯之特約，又有此種條件成就，始得將債務人怠於支付之利息滾入原本，一併計算利息，是與上述立法例均有不同。惟該規定，僅於一般債務應強制適用之，在商業上，則因商事應重習慣，故如有反對之商習慣存在時，則不受本項之拘束，而依其習慣定之。(民二零七條二項)

第六款 選擇之債

第一項 選擇之債之意義

何謂選擇之債 (Obligatio alternativa; Wahlschuld, alternative Obligation; alternative performance; obligation alternative; obbligazione alternativa) 謂由數宗給付中，依選擇以定其給付物之債。更分論之：

第一 選擇之債，乃以複數給付爲內容之一個債之關係

選擇之債，究屬一個債之關係，抑爲複數之債，學說不一：

關於選擇之債之學說

(甲) 複數說 此說認選擇之債係數個債之關係。其說明方法，又不一致：(1) 停止條件說。謂複數之債務，互繫於停止條件。例如有甲乙兩宗給付，以甲爲內容之債務，繫於以乙爲內容之債務不履行。反是，以乙爲內容之債務，繫於以甲爲內容之債務不履行，故互爲停止條件也。(2) 解除條件說。謂數個債務，因履行其一，其他即歸消滅，故互爲解除條件也。(3) 一個請求權說。謂債務關係雖屬複數，然係依同一原因而生，故因此所生之數個請求權，其行使時，視爲一個請求權。

(乙) 單一說 此說認選擇之債係一個債之關係，其說明方法，亦不一致：(1) 停止條件說，謂債務

之數雖屬單一，然複數之給付，互繫於選擇之停止條件。(2)解除條件說，則謂複數之給付互繫於解除條件，因其一被選擇，其餘即被解除。

(丙)折衷說 此說謂應分別情形，或認爲一債務，或認爲數債務。即債務人有選擇權者，係一債務。債權人或第三人有選擇權者，係數債務。且於第三人有選擇權時，更依條件說以說明之。

我民法之解釋，應採單一說，此徵諸第二百零八條所稱：『於數宗給付中，得選定其一者』一語，可以無疑。其他多數立法例（德民二六二條，法民一一八九條，意民一一七七條，瑞債七二條，日民四六零條）亦同。

第二 選擇之債，其給付物依選擇而確定

選擇之債，其給付物，依選擇而確定。於未選擇前，應以何者給付？既未確定，故不能爲債務之履行。然債權人於其時提起選擇的給付之訴，則屬無妨。至應由何人如何而爲選擇？容於次項論之。

第三 選擇之債，其給付物雖不確定，然皆個別的而爲債之內容

此點乃選擇之債所以別於任意之債。任意之債（*Obligatio facultativa*; *obligation mit facultas alternativa*, *schulverhältnis mit Ersetzungs- od. Lösungsbefugnis*; *obligation facultative*; *obligatione facultativa*）者，以確定給付爲內容之債，而債務人或債權人，得以他給付代其給付之謂。日舊民法，

我民法
採單一
說

選擇之
債給付
物依選
擇而定

選擇之
債以數
宗給付
爲內容

何謂任
意之債

任意權

對之設有直接規定。(日舊民財產取得編四三六條)他國則無其例。自德普通法以來，學說頗不一致。我民法對之，亦無明文，然非絕對否認其存在。因其以確定的一給付爲標的，故與選擇之債以選擇的數宗給付爲標的者不同。然或債務人得不經債權人同意，而用他給付代原給付，以免其債務；或則債權人得不經債務人之同意，而請求債務人以他給付代原給付；此種權利，是曰任意權 (Tacitas alternativa)，亦稱補充權 (Ersatzungsbezugnis)，而有形成權之性質。於有任意權之一方，有變更給付之權利，而不必受拘束於原有債之關係之內容，故於實生活上，最爲便利。

(甲) 債務人有任意權之債 任意之債，其任意權屬於債務人者，債務人有以他給付代原給付而免其債務之權利，是與選擇之債，其選擇權屬於債務人者相似。然有左列異點：

(一) 選擇之債，數宗給付皆屬債之標的，惟存於選擇的關係之上。反是，任意之債，則債之標的僅存於一給付，他給付非債之標的，不過債務人得用以代其爲債之標的之給付耳。故於任意之債，債權人僅得請求原給付。

(二) 選擇之債，依選擇而特定。任意之債，則債務人僅表示選擇他給付之意思，亦不生何等拘束，必待現實履行其給付，始得除斥爲其債之標的之給付。

(三) 選擇之債，數宗給付中，有不能者，其債之關係，存於餘存之給付。任意之債則反是，爲其標

債務人
有任意
權時與
選擇權
屬於債
務人時
之異同

債權人有任意權與選擇權
屬於債權人時
之權與他人時

選擇之債與種類之債
之異同

的之給付，不能時，債之關係應歸消滅。

(乙) 債權人有任意權之債。任意之債，其任意權屬於債權人者，其債之標的，雖自始特定，而債權人依法律規定，或法律行為，有請求代以他給付之權利，故債權人於二給付中，得選擇其一而請求。外形上，類似選擇權屬債權人之選擇之債。但有左列異點：

(一) 於選擇之債，數宗給付選擇的存在。於任意之債，則僅有一個債之標的存在，故債權人不請求他給付時，債務人僅得履行為其債之標的之給付。

(二) 選擇之債，因選擇而生特定。於任意之債，則債權人請求原給付時，無所謂選擇。反是，雖選擇他給付，其選擇之意思表示，亦不生拘束力，僅因債權人為他給付之請求，而除斥原給付。

(三) 關於給付不能，於選擇之債，適用第二一一條之規定；於任意之債，則適用第二二五條以下之規定。

選擇之債與種類之債亦不同。約言之：其給付自始不確定，而僅有可得確定之性質，乃二者之所同。惟其不確定之意義則異。於選擇之債，其給付雖非依選擇不能確定，然數宗給付皆各個獨立的豫定。至於種類之債，其給付之數雖屬單一的，然此單一給付之範圍，無個別的豫定，而僅依種類數量定之。且於種類之債，其集中方法，非選擇權之行使。

第二項 選擇

第一目 選擇權

何謂選擇？選擇之債者，數宗給付中，依選擇以定其給付物之債也。選擇云者，依選擇權之行使，於數宗給付中，定其應爲債之履行之給付。故選擇之債，常伴以選擇權。給付因選擇權之行使而定，是曰選擇之債之特定 (Konzeption)。依特定選擇之債，轉變爲單純之債 (Einfache Schuld)。其債之標的，因而具體的確定。

選擇權，爲變更選擇之債，形成單純之債之權利。依其行使，而生權利之變更。故有形成權之性質。學者或謂：除選擇權屬於債權人，及有依債務人選擇而生給付特定之特約外，所謂給付之特定，僅依債務人之履行而生，非依選擇而生。此見解，爲羅馬法所採，殊反乎選擇之債之本質，故爲近世法律所否認。

第二目 選擇權人

選擇權原則上屬於債務人。『於數宗給付中，得選定其一者，其選擇權屬於債務人。』(民二零八條本文)故我民法上，選擇之債，其選擇權人爲債務人。但該規定，僅有補充性質，依其他法律規定，或當事人契約，得使此項選擇權屬於債權人或第三人。(同條但書)惟此種特別規定或特約之存在，利於債權人，故如債務人依本文行使選擇權，而債權人主張但書之適用時，債權人應負證明責任。

選擇權得屬於債權人或第三人

多數債務人與債權人選擇之定
 第三人清償與選擇之特

雙務契約與選擇權

當事人之選擇權行使

選擇權屬於債務人，而債務人爲多數人時，各債務人得爲給付，同時亦得爲給付之選擇。然其選擇之效力，不及於他債務人，他債務人仍負選擇債務，必依爲選擇之債務人履行，始免其債務。至如數債務人須共同而爲給付時，則其選擇權之行使，亦須共同爲之。又於債務人有選擇權，第三人欲爲債務人而清償時，該第三人亦得選擇之履行。然僅依第三人之選擇，亦不生選擇之債之特定。反是，若認爲生特定之效力，將有害債權人之權利。

雙務契約，其選擇權屬於何人，因僅一方之債務爲選擇之債，與雙方之債務皆選擇之債，而異其論定。(1)僅其一方負選擇債務時，仍依上舉第二百零八條之原則。(2)雙方債務皆爲選擇之債時，則如約爲以千元購黑馬，或以千二百元購白馬時，當事人雙方，同立於債權人并債務人之地位，自不能依第二百零八條本文，以爲解決，而應從具體事情，依誠實信用之原則，并探求當事人意思，以定選擇權之歸屬。通常於買賣，其選擇權恆屬買受人；於租賃，其選擇權恆屬承租人。

第三目 選擇權之行使

第一 當事人有選擇權時

「債權人或債務人有選擇權者，應向他方當事人以意思表示爲之。」（民二零九條一項，德民二六三條一項，日民四零七條一項）故選擇權之行使，應依意思表示，而以他方當事人爲受意思表示之人，故

爲有相對人之意思表示。然不必得相對人承諾，故爲選擇權人之單獨行爲。其意思表示，應適用我民法第九四條至九六條，并不要一定方式，無論明示或默示均可。因其爲確定給付之方法，通說故謂不得附加條件或期限，更使選擇之效力不確定。依余所信，原則上固應如此，但若不及何等不利益於相對人時，雖附加條件或期限，亦所無妨。至行使選擇權之時期，法律雖無直接規定，然以無反對訂定爲限，應解爲至遲須在清償期爲之。如數宗給付異其清償期時，則至遲須在最後之清償期爲之。此依第二二零條二項規定，可以推知。又如選擇權人有數人，或其相對人有數人時，應解爲原則上須由其全體或向其全體爲之。

第二 第三人有選擇權時

選擇權屬於當事人以外之人，卽由第三人爲選擇者，其選擇權亦依意思表示而行使。其行使方法及時期，均與上述無異。惟其意思表示之相對人，則爲債權人及債務人（民二零九條二項）是與日民法認其得向債權人或債務人之一方表示者不同。（日民四零九條一項）

第四目 選擇權之移轉

第一 當事人有選擇權時

有選擇權之當事人一方，就其選擇權，遲不行使，或足以使他方不能受給付，或足以使他方無從履行，殊非所宜。故法律應設救濟方法。然因選擇權之行使，本定有期間與否，又不一致。

(甲) 選擇權定有行使期間者，如於該期間不行使時，其選擇權移屬於他方當事人。(民二二零條一項)

(乙) 選擇權未定有行使期間者，如具備左列要件，其選擇權移屬他方當事人。(民二二零條二項)

(一) 債權已至清償期。

(二) 他方當事人已定相當期限，而為行使選擇權之催告。

(三) 選擇權人不於催告期限內行使選擇權。

我民法二二零條二項規定，與日民法四零八條同。依德民法，如債權人有選擇權時，債務人得依催告而受選擇權之移轉。其要件，與上述規定無異。(德民二六四條二項) 惟債務人有選擇權時，如其於強制執行開始前不為選擇，則認債權人有選定一給付實施強制執行之權，而不必因催告始生選擇權之移轉。(德民二六四條一項) 故與我民法及日民法不同。

第二 第三人選擇權時

由第三人為選擇者，如第三人不能或不欲選擇時，選擇權屬於債務人。(民二二零條三項，日民四零九條二項) 蓋依第二零八條，選擇權本以屬於債務人為原則，故第三人既不能或不欲選擇時，仍使其歸

第三人
有選擇
權時其
移轉

自始有單純債權存在而已，非擬制爲自始卽有物權之設定移轉也。如債務人於選擇前已使第三人就某物取得物權者，此後其物雖被選定，而第三人之物權并不受影響，僅應由債務人對債權人負其責任。故此項但書，殊無意義。二說之中，以後說爲當，就我民法言，既採德法系之主義，認債權行爲與物權行爲之區別，則選擇之遡及力，乃債權行爲之效力，當然不生物權之變動，故不設如日民法第四一一條但書之無用規定，可稱至當。

第三項 選擇之債與給付不能

第一 原始不能

(甲) 數宗給付之全體，皆自始不能給付者，不生債之關係。

(乙) 數宗給付中之某宗給付，自始不能者，債之關係存在於餘存之給付。(民二一一條本文，德民二六五條前段，法民一一九二條，意民一一七九條，日民四一零條一項) 惟該規定，無強行性質，當事人有明確之反對意思時，自不適用。

第二 後發不能

(甲) 數宗給付之全體，嗣後同歸於不能給付者。

(一) 其不能基於不可歸責債務人之事由者，債務人完全免其給付義務。(民二二五條)

選擇之
債與原
始不能

選擇之
債與後
發不能

(二) 其不能基於可歸責債務人之事由者，債權人得請求賠償損害。(民二二六條一項) 惟其損害賠償，僅就選擇權人所選擇之給付爲之。

(乙) 數宗給付中之某宗給付，嗣後不能者，其不能，非基於應由無選擇權之當事人負責之時，債之關係僅存在於餘存之給付。(民二一一條) 然僅餘存一宗給付時，與依選擇而生給付之特定同，其選擇之債，因以變爲單純之債。惟依後發不能所生給付確定之效力，與依選擇所生給付確定之效力不同。即無遡及力。蓋選擇之遡及力，乃法律所擬制，於此既無同樣規定，自不得類推適用，而應解爲自不能時起生給付確定之效力焉。此外尚有待於說明者如次：

(一) 不能非應歸責當事人雙方者，債之關係存於餘存之給付。

(二) 不能應歸責於債務人者，若選擇權屬於債權人時，債權人得選擇可能之給付；亦得選擇不能之給付，而代之以損害賠償之請求。反是，選擇權屬於債務人時，則其債之關係，僅存於餘存之給付。

(三) 不能應歸責於債權人者，若選擇權屬於債務人時，債務人得選擇不能之給付，而免其給付義務；亦得選擇可能之給付，使生選擇之債之特定。反是，選擇權屬於債權人時，則其債之關係，僅存於餘存之給付。

(丙) 數宗給付中之某宗給付，嗣後一部不能者，能否準用上述全部不能之規定，向有爭論。或謂：各給付有互相補充之作用，乃選擇之債之特質，故雖某宗給付之一部不能，亦應準用全部不能之規定。反對說謂：除有特約外，寧從一般原則，以其他部分之履行於債權人有益與否以決之。余從後說，故於數宗給付中之某宗給付，僅其一部不能時，如以其餘部分履行，非於債權人無利益時，則并此一部不能之給付，亦得為選擇標的。反是，則準用二一一條之規定。（民二二六條參照）

第七款 損害賠償之債

第一項 損害賠償之債之意義

何謂損害賠償之債
損害賠償之債
之類別

損害賠償之債者，以損害賠償之給付為標的之債也。有為原始的債之關係者，有為傳來的債之關係者。其自始即以損害賠償之給付為標的而有債之成立時，是為原始的。例如：基於侵權行為，保險契約，公用徵收等，所生損害賠償之債屬之。反是，依其他既存之債而生者，則為傳來的。例如：基於債務不履行所生損害賠償之債是。其中又有代替既存之債者，及與既存之債併存者。且在傳來的損害賠償之債，非使既存之債消滅，而有損害賠償之債新發生。乃不外對於既存之債變更或擴張其內容，故與既存之債仍為同一債之關係，固有之擔保，依然為損害賠償之債而存續。茲為明確其債之標的，分別闡明損害與損害賠償之觀

念如次：

第一 損害

何謂損害

損害 (Dammum, damage, domage, Schaden) 者，人之法益所受之不利利益也。法益之滅亡或減少，是爲不利利益。其法益，不限於財產，雖生命、身體、自由、健康、名譽、信用等，亦包含之。故損害又可稱爲權利主體之生活條件之減少 (Verminderung der Lebensbedingungen)。而所謂生活條件，與生存條件異，非獨生存所必要，乃指法律所保護之一切利益而言。

損害之類別

損害之分類，其主要者如次：

(甲) 財產上損害與非財產上損害 財產所受之不利利益，是曰財產上損害，亦稱有形損害 (Vermögensschaden, materieller Schaden; dommage patrimonial; danno patrimoniale)。其他法益所受之不利利益，是曰非財產上損害，亦稱無形損害 (Ideeller Schaden; dommage moral; danno morale)。

(乙) 積極損害與消極損害 對於既存利益所加之損害，是曰積極損害 (Dammum emergens; wirklicher Schaden, positiver Schaden; perteéprouvée; danno effettivo)。可得之利益而未取得，是曰消極損害 (Lucrum cessans; entgangener Gewinn; gain manqué; guadagno di cui l'ha privato)。例如伶人不依約登臺，致不能開演時，戲院主人因劇場佈置及廣告所支出之費用，屬於前者。其因開演

所可取得之純益，屬於後者。惟此區別，僅於財產上損害有之，至於非財產上損害，則無所謂消極損害。

(丙) 積極行為為上損害與消極行為為上損害。法律行為有效，而因債務人不履行，債權人所受之損害，是曰積極行為為上損害 (Erfüllungsinteresse, positives Geschäftsinteresse)。并無過失，信賴無效的法律行為有效，所受之損害，是曰消極行為為上損害 (Vertrauensinteresse, negatives Geschäftsinteresse)。後者之中，亦有積極損害與消極損害之別。例如因信賴契約有效而為履行準備所支出之費用，積極損害也。因信賴契約有效而拒絕他要約，致受損害者，則屬消極損害。

第二 損害賠償

損害賠償 (Danni praestatio; Schadensersatz; damages; dommages — intérêts; risarcimento di danno) 者，謂使發生無損害時應有之狀態也。然損害既已發生，必欲其回復未發生前之狀態，或不可能。故所謂損害賠償，概括言之，乃填補被害人所受之不利利益。分析言之，則或使生與無損害時同一同種之狀態，是曰自然的回復原狀 (Natural Herstellungs); 亦或使生與無損害時同價值之狀態，是曰金錢賠償 (Geldersatz)。

關於損害賠償之規定，立法例不一：(1) 法法系民法，不設一般規定，僅就債務不履行與侵權行為分別規定。(2) 德法系民法，對於損害賠償，設有一般通則，如德民法，即於給付義務 (Verpflichtung zur Leistung)。

損害賠償
之成立要件

生損害賠償之
原因事實
法律行為

過失行為

節中，第二四九條至第二五九條，設有損害賠償之共通規定。我民法從之，故第二一三條至第二一八條之規定，不問基於何等原因所生之損害賠償，均應有其適用。

第二項 損害賠償之債之要件

損害賠償之債，其成立要件有三：一曰原因事實，二曰損害，三曰原因事實與損害間之因果關係。茲分論之：

第一 原因事實

損害賠償之債，其發生之原因事實如左：

(甲) 法律行為 即依契約，得使一方對他方，負擔賠償其所受損害之義務，故因契約而有損害賠償之債發生。例如保險契約，擔保契約等是。

(乙) 過失行為 侵權行為及債務不履行，乃發生損害賠償之債之兩大原因。於侵權行為，須行為人因故意或過失不法侵害他人權利而生損害。(民一八四條一項) 於債務不履行，須債務人因故意或過失，不從債務本旨，而為履行。(民二二零條一項二二六條) 無故意或過失時，以不生侵權行為或債務不履行之責任為原則，是曰過失主義 (Verschuldungsprinzip)。蓋使行為人就無故意或過失之行為負其責任，非特不合正義之要求，且足以阻害個人之活動力。此羅馬法以來，各國法律，原則上所以

無過失
行為

採過失主義也。

(丙) 無過失行為 行為與損害之間，苟有因果關係，不問過失之有無，行為人皆不可不負賠償責任者，是曰原因主義 (Salutatis — oder Veranlassungsprinzip)。如上所述，原則上雖依過失主義，然有時縱無過失，亦使行為人負損害賠償責任，反合於社會之要求。此於機械工業發達，大規模企業盛行之日，益見其必要。蓋原因主義，實社會連帶 (Solidarité sociale) 之一表現。而所謂社會連帶，乃正義 (Justice) 之基礎。故法律之目的，在以最最小之犧牲獲得人生要求之最大滿足，法律之職分，在調和人生要求之滿足，非在保護個人自由意思之主張，此各國立法基礎，所以漸趨於社會連帶也。

第二 損害

損害賠償之債，其成立須有損害之發生。所謂名義上損害賠償 (Nominal damages)，乃英美法特有之制度，為大陸法所不採。如瑞士債務法第四二條一項，并定明曰：「請求損害賠償者，須證明其損害。」我民法及德日民法，雖無明文，然無損害不生賠償問題，乃當然之解釋。(參考民二一六條)

第三 因果關係

損害賠償之債之成立，須原因事實與損害間有因果關係。所謂因果關係，學說不一：

(甲) 條件說 (Bedingungstheorie) 此說謂足致發生結果之一切條件，不問價值之輕重，皆為

損害賠償
之債
須原因
事實與
損害有

損害賠償
之債
以發生
損害為
要件

結果之原因。或以哲學的因果關係說稱之。例如：甲因過失焚燬乙之房屋，乙憂慮過度而病，故甲之行爲，卽乙死亡之原因，甲須負賠償之責。此說對於因果關係，無一定界限，而有使行爲人不堪其累之結果，殊不適於社會生活之實際，故私法上多不採之。

(乙)重要條件說 此說因條件說失之過廣，故加以限制，僅以重要者爲原因。然何等條件爲重要條件，學說不一。Berk-meyer 謂：以足致結果發生之各條件中最有力者爲原因。Binding 謂：助長結果發生之積極條件爲原因。Kohler 則謂：決定結果之種類及範圍之主要元素，是爲原因。故依此說，決定重要條件，無明確標準，自不足採。

(丙)適當條件說 此說僅認依一般觀察適於誘致當該結果之條件爲原因。例如：約由成衣匠承做旅行服裝，因其完成遲延，致旅客展期出發，中途因火車脫軌，而受傷時，成衣匠之履行遲延，雖偶然的構成傷害之條件，然依一般觀察，不適於爲其條件，故成衣匠就其傷害，不負損害賠償責任。反是，因司機人之過失，致汽車顛覆，旅客受傷時，其顛覆乃傷害之原因。此說爲私法上之通說，然又可別爲數派：

(一)主觀的適當條件說 此說 Kries 採之。以行爲人行爲當時主觀的可知悉之條件中，依一般觀察適於誘致當該結果者爲原因。然有混同因果關係與過失問題之弊。

(二)客觀的適當條件說 此說以人類全體之知識經驗爲標準，於客觀的得知之條件中，一

般適於誘致當該結果者，斯為原因。然又分為二派：(1) Rümelin 謂：其條件祇須行為當時存在，雖事後始發見者，亦得為原因。(2) Träger 謂：行為當時客觀的，可得知悉者，固為原因。反是，至後始發見者，則不得認為原因。此說頗能適應社會生活之實際，可稱正當。故因果關係之存否，應依適當條件說中之此說以判斷之。

關於因果關係，尙有待於說明者：(1) 行為與損害間之有因果關係，不必其損害直接依當該行為而生，雖間接的損害，亦包含之。(2) 行為與損害間之有因果關係，不必其損害係依當該行為通常應發生者，雖非通常損害亦包含之。(3) 行為與損害間之有因果關係，其行為不必為損害之唯一條件，而不妨參加其他條件，或依多數條件之協力 (Zusammenwirken)，以生損害。其各條件與損害間，皆有因果關係之存在。又雖參加其他條件，亦非一概發生因果關係之中斷。

不作為有無因果關係？見解不一。以無而生有，終不可能，故不作為與結果之間，難認其有真正之因果關係。然法律上固無妨認其發生準因果關係。

第三項 損害賠償之方法

第一 立法主義

關於損害賠償之方法，立法主義有三：

關於賠償方法

不作為因果關係
與結果發生準
因果關係

關於因果關係
諸問題

之立法主義

(甲) 回復原狀主義 (Prinzip der Naturalrestitution) 即以回復債權人未受損害前之原有狀態爲原則。此主義，爲德國固有法所採。普通法一部六章七十九條，索遜民法六八七條，德民法二四九條至二五一條，奧民法一三二三條皆屬之。

(乙) 金錢賠償主義 (Prinzip der Geldentschädigung) 即以依金錢評定債權人損害之價值而賠償之爲原則。此主義，爲羅馬法所採。德普通法，英國法，法法系民法皆屬之。日民法第四一七條及七二二條一項亦然。

(丙) 自由裁量主義 卽其損害賠償之方法，由法官斟酌判定。瑞士債務法第四三條一項採之。

第二 我民法之規定

上述三主義中，回復原狀主義，合於理論，但不利於事實。金錢賠償主義，適得其反。自由裁量主義，雖能矯正前二主義之弊，但法定之權，完全委諸法官，法律不設相當標準，於司法落後之國家，亦非所宜。故我民法，乃折衷一二兩主義，而以回復原狀爲原則，金錢賠償爲例外。

(甲) 回復原狀 我民法第二一三條一項，從德民法第二四九條前段之例，於凡損害賠償之債，不問其依法規而生，或依契約而生者，祇須法規或契約未明定賠償方法，概以由債務人回復他方損害發生前之原狀爲原則。而所謂『回復損害發生前之原狀』，非謂回復與原狀同一之物理的狀態，乃指

以回復原狀爲原則

我民法之方法

與原狀相等之經濟的狀態言。其具體的給付，應從各個情形定之，故亦不無應為金錢之給付者。例如：依侵權行為詐取他方之金錢時，負損害賠償責任者，即應給付相當之金錢，以回復侵權行為前他方之財產狀態。但非以賠償其所詐取之金額為足，並應自損害發生時起，加給利息，乃我民法第二一三條二項所明定，而為其他立法例之所無。蓋此種利息，亦即損害之一部，故應賠償之。其計算，自有我民法第二零三條之適用。

(乙) 金錢賠償 依回復原狀之方法以為損害賠償，其不便於實際，已如前述，故我民法，認有金錢賠償之例外如左：

以金錢
賠償為
例外

(一) 經過催告期限不為回復者 我民法第二一四條明定曰：『應回復原狀者，如經債權人定有相當期限催告後，逾期不為回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。』此從德民法第二五零條之例，但亦不盡相同。(1) 依德民法，債權人之催告通知，須明示逾期拒絕回復原狀之旨。依本法，則不必明示此旨，祇須經過催告期限，當然得為金錢賠償之請求。(2) 依德民法，經過催告期限，不僅債務人喪失回復原狀之權利，債權人亦不得為回復原狀之請求。依我民法，則債權人因催告更取得金錢賠償之請求權，其回復原狀之請求權並不喪失，故無妨選擇行使。至若債務人於催告期限經過後，債權人未為金錢賠償之請求前，而為原狀之回復，債權人並不拒絕者，解釋上，其回復原狀，亦非無效。

(二)不能回復原狀或回復顯有重大困難者 於此情形，依我民法第二一五條，應以金錢賠償其損害，而與德民法第二五一條同其趣旨，惟規定方法稍異。

第四項 損害賠償之範圍

第一 立法主義

(甲)分損害為直接損害與間接損害，僅直接損害有賠償之責。法民法第一一五一條，即採此說，英法亦同。

(乙)依故意行為與過失行為，而異其損害賠償之範圍。法民法第一一五零條，即採此說。關於債務不履行，基於債務人之故意者，就其不豫見之損害，亦負賠償責任。如係出於過失，則僅就豫見或可得豫見之損害，須賠償之。

(丙)損害賠償之範圍，一任法官判定。瑞士債務法第四三條一項及第四四條，即從此見解。

第二 我民法之規定

我民法與德日民法同，關於損害賠償之範圍，一依因果關係定之。而因果關係之論定，應採客觀的適當條件說，已如前述。故以人類全體之知識經驗為標準，於行為當時，客觀的得知之條件中，依一般觀察，適當於誘致當該結果者，即為其結果之原因。祇須有此因果關係，不問其為直接損害或間接損害，通常損害或

特別損害，皆應賠償之。且不以債權人既存利益上現實所受之損害，即所謂積極損害爲限。縱屬債權人可取得而未取得之利益，即所謂消極損害，亦包含之。此我民法第二一六條一項，從德民法二五二條前段之例，設有明文者也。但該規定，無強行性，僅於法律別無規定，或契約別無訂定時，始用爲決定損害賠償範圍之補充標準耳。又所謂『所失利益』，即消極損害之有無，其決定甚屬困難。我民法第二一六條二項，爲免爭議，亦從德民法二五二條後段之例，而明定曰：『依通常情形，或依已定之計劃設備，或其他特別情事，可得豫期之利益，視爲所失利益。』（參考日民四一六條，瑞債四三條一項）

第五項 損害賠償之計算

損害賠償之範圍，依上述標準，而爲論定。至其具體的賠償額之計算，尙有應注意者。

第一 關於數額之標準

損害賠償額之計算，學說不一：有謂應以一般客觀的交易價格爲標準者；有謂應以債權人主觀的特別價格爲標準者。前者是曰客觀原則說；後者是曰主觀原則說。於沿革上，客觀說發達在先。反對者以賠償乃爲填補債權人之損害，故倡主觀說。我民法之解釋，應以依債權人之主觀的價格爲原則。

第二 關於處所之標準

關於損害賠償額之計算，既應以債權人之主觀的價格爲原則，似不生應以何處之價格爲標準之間

賠償額
之計算

於我民
法計算
賠償額
應採主
觀原則
說

關於處

所之標
準

題。但依法律或契約，亦不無認客觀價格之例外。於此情形，因我民法未設明文，依通說，如係債務不履行之損害，當以履行地之價格為標準。如係侵權行為上損害，則以行為地之價格為標準。

第三 關於時期之標準

關於時
期之標
準

債權人至賠償請求權行使時止，所受之損害，均得請求賠償，固無問題。然為訴訟上之請求時，則學說紛歧：約有起訴說，第二審言詞辯論終結說及判決說。德日學者，多採判決說。蓋既為訴訟上之請求，則必待判決當時，請求權之存否，始臻明確，故以此時為標準，最為妥善。余亦從此說。

至何時止之損害應為賠償，已如上述。至應依何時之價格而為計算？學說亦不一致：約有請求或判決時價格說，原因發生時價格說，賠償時價格說，及原因發生後賠償前最高價格說。我國學者，多採最後說。

第四 賠償額之酌減

賠償額
之酌減

損害賠償額之計算，略如上述。但我民法第二一八條，從瑞士債務法第四四條二項，認有法院得以酌量減輕其賠償金額之例外。而其減輕之要件有二：(1)損害非因故意或重大過失所致，(2)如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時。此二要件之有無，自應由賠償義務人負舉證責任。蓋本條規定，雖適合公平分擔損害之理想，然其適用，如專憑賠償義務人之哀求，而不洞察事實之真象，其結果，反利於狡黠之債務人，而破壞正當的權利關係，殊有害於法律生活之安全也。（本條規定，於債編施行前負賠償義務者，依債

編施行法第六條，亦適用之）

第六項 過失抵銷

第一 過失抵銷之觀念

何謂過失抵銷及其立法例

因自己之過失而受損害者，不能轉嫁其責任於他方，此羅馬法以來，德普通法，普普通法，一致承認之原則（*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*）。今日學者稱曰過失抵銷（*Kulpa-kompensation*）之原則。英法認被害人之助勢過失（*Contributory negligence*）為加害人之免責事由，亦同此理。我民法從多數立法例，特明認之。

第二 過失抵銷之要件

過失抵銷之要件

（甲）具備損害賠償之債之一般要件 即如因果關係之存在。最為必要，故應認為因果關係中斷時，雖係出於被害人行為，而不生過失抵銷之問題。

（乙）須被害人有助成損害發生或擴大之行為，且其行為係出於過失 此之所謂被害人行為，不問其行為之種類如何，凡對於損害發生與有助力，或致其損害程度擴大者皆屬之。但須係過失行為，如基於被害人之無過失行為，雖協助其損害發生或致擴大，而其責任仍由債務人獨自負擔，不生過失抵銷問題。惟被害人之助成行為，不以積極行為為限，如「重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害

害人不豫促其注意，或怠於避免，或減少損害者，」皆可認為依被害人之消極行為助成損害，故我民法第二一七條二項，從德民法二五四條二項之例，定為：「被害人與有過失，」而許其適用同條一項之規定。（參考債編施行法六條）

第三 過失抵銷之效力

「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」是為過失抵銷之效力，乃我民法第二一七條一項所明定。與瑞債務法四四條一項，日民法四一八條及七二二條二項，同其趣旨。故應否減輕或免除，一依法院之自由裁量。而與德民法第二五四條一項，更定為須斟酌當事人何方之情為其損害之主因者，又有寬嚴之不同。

第七項 損益抵銷

第一 損益抵銷之觀念

損害賠償，以回復賠償權利人損害未發生前之狀態為目的，非為使其獲得利益。故如賠償權利人基於發生損害之同一原因事實，獲得利益者，應由損害額中扣除利益額，而就其餘額請求賠償。此於金錢賠償，不生問題。如依回復原狀以為賠償時，則不可不依利益之現實返還或請求權之讓與，而為利益之扣除。學者稱曰損益抵銷（*Compensatio lucri cum damno; Verteilung, Vorteilsrechnung*）乃

何謂損
益抵銷

過失抵
銷之效
力

羅馬法及德普通法以來所共認。我民法雖無明文，亦應許之。惟此之所謂損益抵銷，非當事人雙方互有債權，使依抵銷而消滅其對當額，故與我民法第三三四條以下之抵銷異。

第二 損益抵銷之要件

損害與利益之得以抵銷者，須其利益係依發生損害賠償義務之原因事實而生者。蓋損害賠償，須賠償基於適當條件而生之損害，故亦須以基於適當條件所生之利益供其抵銷。但非僅以直接由其發生損害之原因事實所生之利益為限，雖間接而生者，亦得以供抵銷。茲分論其適用之法則如次：

(甲) 依同一行為直接發生之一結果，其一部為利益，一部為損害時，得以抵銷。

(乙) 依同一行為直接發生相異之二結果，其一為損害，其他為利益時，得以抵銷。

(丙) 由一行為所生之直接結果，更為原因，發生一個結果，(間接結果) 依其結果而生不得分離之利益與損害時，得以抵銷。

(丁) 由一行為生獨立的二結果，各結果更為原因，而生損害與利益時，得以抵銷。

第三 損益抵銷與債務人代位之區別

與損益抵銷之觀念近似者，有所謂債務人代位，其間殊有差別。於代位，乃賠償義務人請求賠償權利人為基於其物之所有權或基於其權利對第三人之請求權利移轉。至於損益抵銷，則係由損害額中扣除

損益抵銷之要件

損益抵銷與債務人代位之區別

利益額，僅爲其差額之賠償。我民法對於債務人代位從各國通例，設有明文，（見民二二八條）俟於次節論之。

第三節 債之效力

何謂債
之效力
及其立
法例

債之效力（*Wirkung der Obligation, Effects des Obligations*）者，基於債之關係所生法律上之力量也。從債權人觀察，乃依債之關係所生之權能。從債務人觀察，乃依債之關係所負之義務。我民法一三三條以下，日民法四一二條以下，瑞債務法六八條以下，皆題曰債之效力。但法民法，混同債之效力與契約之效力，其觀念自不正確。德民法無此標題，而將屬於此類之規定，散置於第二編一二兩章中。

我民法
關於債
之效力
之規定

我民法債編第一章第三節題曰債之效力，舉其內容，可別爲對內與對外兩方面。如第一款給付，第二款遲延，第四款契約，皆爲對內效力。第三款保全，則規定對外效力。其第一款給付，第二款遲延，形式上與瑞債務法債之效力（*Die Wirkung der Obligation*）章，第一節債務之履行（*Die Erfüllung der Obligation*），第二節不履行之效果（*Die Folgen der Nichterfüllung*）相類。然其內容，反與德民法第二七五條至三零四條近似。至於本法第三款關於債權保全之規定，以收於民法中，是與日民法第四二三條至四二五條相同，而與德瑞兩法迥異。更就本法第四款言之，於債之效力節中，規定契約之效力，立法體裁上，殊

欠允當，是仍未能脫離民法之窠臼。綜合以言，我民法債編之構成，大體從瑞債務法。而其細目，又間採德日先例。立法體裁及法律理論之構成，殊失一貫。

第一款 給付

第一項 給付之意義及方法

第一 給付之意義

債權，乃債權人基於債之關係得向債務人請求給付之權利。（民一九九條）故給付乃實現債之內容之債務人行爲。債之效力，亦即存於給付（*Leistung, prestation*）。然給付一語，可從動靜兩方觀察：於靜態方面，蓋指債之標的。而本節之用例，則與履行同，乃指實現債之內容之行爲，故與前節所稱債之標的異，而與後述清償同。惟給付或履行，係從債之效力立言，清償則從債之消滅着眼。

第二 給付之方法

關於債之給付，通常所應遵守之原則有二：

（甲）債務人應依債務本旨而給付。所謂債務本旨，指依法律行爲，法律規定，或其他所定債之內容。不適合其內容之債務人行爲，非債務之履行，不生給付之效力。（民二三五條本文，三零九條一項，

何謂給付

給付之方法

依債務本旨而給付

德民二九四條，日民四一五條前段，四九三條本文）

（乙）債務人應依誠實信用而給付 我民法第二一九條曰：『行使債權，履行債務，應依誠實信用方法。』是與民法法一一三四條三項，德民法二四二條，瑞民法第二條一項等規定，同其趣旨。日民法雖無明文，而學者僉認債務人應依信義誠實以爲債務之履行。更就立法例比較觀察：此原則，於我民法，不僅支配債務之履行，且支配債權之行使，是與瑞士同，而與法德異。惟瑞士非僅認其爲債法上之客觀的合理的標準，逕認其爲一切私法關係之共通原理。蓋基於法律思想演進之結果。而我民法，未能採從，仍襲法德之舊，僅認爲債法上一大原則，不無遺憾。

法律是認誠實及信用之原則，原所以補充法規之不備，及當事人意思之不明。於羅馬法，卽已發達。其非從法官之主觀的意見，而乃依客觀的標準，固無可疑。惟其意義如何？學說紛歧。Stemmler 氏謂爲人類最高的理想。Demburg 氏謂爲各個人可得期待之交易上道德的基礎。其他多數學者，則謂爲與羅馬法上一般的惡意抗辯（*Exceptio doli generalis*）同其意義，所異者，僅不認其爲抗辯耳。Schneider 氏乃謂誠實信用，卽對雙方利益予以公平較量之義。日學者多採此見解。余亦從之。

第二項 故意過失及事變

故意過失及事變，乃認定債務人責任之基礎。其與債之效力問題，所關最大。故瑞士債務法，於債之效

意過失
及事變
之規定

力量中德民法，於給付義務節內，均對之設有通則。我民法亦然，於本款特設一般規定。但其適用，非僅限於給付，雖其他違法行為，亦應有其適用。茲分述之。

第一目 故意

何謂故
意

何謂故意 (Dolus; Vorsatz; Willfulness; dol; dolo) 從來學者，有觀念主義 (Vorstellungstheorie)，意思主義 (Willenstheorie) 及容認主義 (Billigungstheorie) 之爭。略如本書侵權行為中所述。此三主義，於未必的故意 (Dolus eventualis) 見其區別。然此不過行為人之心理過程不同，而故意之成立，以意識其動作將到達一定結果為要件，則為各派所不爭。故寧從容認主義，而謂明知且容認結果之發生為故意。惟所謂結果之容認，以對於直接結果有其容認為足。例如明知足以傷人而投石，即為故意。至因此所生之損害額多寡，並將及何等影響於被害人之職務地位財產或家屬，則不必認識之。

故意不
以違法
之認識
為要件

故意之成立，是否以違法之認識為要件？從來有積極消極兩派之爭。余從消極說。蓋對於事實，固以認識為必要，而法律之不知及誤解，無關於故意之成立。例如誤認他人所有物為自己所有物而毀滅之，自非故意。反是，就自己所有物約為賣出後，在交付買受人前而毀滅之，雖自信其不違法而行為，然對買受人亦不能免故意責任。又如誤解履行時期處所方法等，雖非故意，而信為依其他時期處所方法履行無害於債權而為之者，則為不履行之故意。

故意以
有責任
能力為
必要

廣義過
失與狹
義過失

何謂過
失

何謂抽
象的輕
過失

故意之成立，以有責任能力為必要，此於我民法第二二一條，從德民法二七六條一項，瑞債務法九九條三項之例，特明認之。蓋行為人無識別力者，即不能充分認識其行為，故以有責任能力為前提，始有故意之成立。

第二目 過失

過失一語，有廣狹二義。廣義之過失（*Verschulden*），包含故意言。我民法各條，多以故意與過失并舉，故所稱過失，當指狹義的過失。本目亦專就狹義的過失言之。

何謂過失（*Culpa im Engeren Sinne; Fahrlässigkeit; Negligence; Faute; Colpa, Negligentia*）？亦如侵權行為中所述。其成立，亦須有責任能力，與故意無異。（民二二一條）因其為注意之欠缺，故按注意（*Diligentia; Sorgfalt; Diligence; Diligenza*）之程度，而可別為輕過失與重過失。輕過失中，又有抽象的輕過失與具體的輕過失之分。

第一 抽象的輕過失

抽象的輕過失（*Culpa Levis in Abstracto*）者，欠缺善良管理人之注意之謂。債務人負過失責任時，以欠缺如何程度之注意為有過失。我民法雖無如德民法二七六條一項中段之原則。然證以二二三條及第二章各節之規定，其應以欠缺善良管理人之注意與否決定抽象的輕過失之有無，毫無疑義。

何謂善
良管理
人之注
意

決定善
良管理
人之注
意

我民法以『善良管理人之注意』與『與處理自己事務同一之注意』對立，於法文上，屢見不鮮。就前者言，乃沿襲日民法之用語，（日民四百條）而與羅馬法上之 *Diligentia boni Patris familias*（良家父注意）德民法上之 *Im Verkehr erforderliche Sorgfalt*（交易上必要之注意）相當。蓋指對於事物有一般經驗之人（*Ordentlicher mann, erfahrener mann, prudent and reasonable man*），從交易通念，依誠意所加之注意。如此程度之注意，乃善良家父管理自己或家屬事務時所用，或為交易安全之所必要，故羅馬法及德民法，有如上之命名。由此以觀，善良管理人之注意，乃依抽象標準而定，行為人之智愚，專門知識之有無，身體之強弱等，個人的事情，均與無關。決定此種注意程度之典型的事例（*Typisches Verhalten*）如次：

（甲）須依其情形，而考慮客觀的性質，例如有價證券或其他貴重物品之保管，於通衢而為汽車之運轉等，其需要重大之注意，至為明顯。

（乙）須考慮關係人之典型的階級，例如為商行為須用相當商人之注意，從事建築須用相當之建築技師之注意，施手術須用相當之外科醫師之注意。他如年齡、男女、健康等，亦皆區別典型的階級之標準也。

第二 具體的輕過失

何謂具體的輕過失

何謂與己事務之同一注意

何謂重過失

具體的輕過失 (Culpa levis in concreto) 者，欠缺與處理自己事務同一之注意之謂。與德民法所稱 In Eigene Angelegenheiten Anzuwenden pflegt (就自己事務通常所用之注意，見德民二七七條) 日民法所稱『與為自己同一之注意』或『與於自己財產同一之注意』(日民八零五條六五九條) 同其趣旨。夫所謂自己之事務，包括屬於自己利害範圍 (Interessensphäre) 內一切事務，而非專指法律上事務。其標準，為主觀的具體的，即行為人怠於與對自己事務慣用之注意同其程度之注意時，斯有過失責任。故其責任輕於第一種，債務人祇要用此程度之注意者，法律多明定之。例如：我民法第五三五條前段，及五九零條前段等是。

第三 重過失

重過失 (Culpa lata) 者，欠缺普通人之注意之謂。我民法稱曰重大過失。即德民法之所謂 Grober Fahrlässigkeit (見德民二七七條) 法律未明示其標準，不外由法官斟酌一切事情，視其欠缺注意顯著與否以判斷之。通常此項過失責任，更輕於上述二種，故法律僅對債務人須特別保護時始認之。(民一七五條) 且往往與故意併舉，使受同一之處理。(二二二條)

第三目 事變

何謂事變 (Casus, Zufall, Event, Cas Fortuit, Caso) 者，謂非基於行為人故意過失之事實。例如：天災、

地變、戰爭、交通斷絕、流行病、法令改廢等，固不待論。他如：第三人之行爲，而非行爲人所誘致者亦屬之。

通常事變與不可抗力
 變與不
 可抗力
 關於不
 可抗力
 之學說

事變可別爲通常事變與不可抗力 (Vis maior; Höhere Gewalt; act of God; force majeure; forza maggiore)。後者亦稱不可避之事變。言其意義，有客觀主觀二說：客觀說，又稱絕對說，謂不屬於業務執行範圍之外部的事變，是爲不可抗力。易言之：即非事業上危險 (Betriebsgefahr) 之事變，且依其性質，爲人力所不能避免者。故如於石油公司發生石油之爆發，非不可抗力。反是，主觀說，又稱相對說，謂於當該情形，某特定人，雖爲最大之注意設施，仍不能防止之事變，是爲不可抗力。依余所信，於凡可能不可能，相當不相當，以及其他類似之法律上問題，以無特別理由爲限，原則上皆從客觀標準。不可抗力之觀念，法律既不明示之，理論上，自亦應探客觀說。

我民法稱『可歸責於債務人之事由，』即指基於債務人之故意或過失之事由。反是，『不可歸責於債務人之事由，』則指事變。故債務人對於事變，以不負責任爲原則。然爲謀法律生活之安全，亦有應使其負責者，但必有待於明文。例如：我民法第二三一條二項是。

第四目 故意過失之責任

第一 債務人負責任之要件

故意或
 我民法原則上探過失責任主義。故債務人，就其行爲負責任，以有故意或過失爲要件。此於我民法第

過失爲
債務人
負責之
要件

關於故
意過失
之舉證
責任

二二零條一項，從德民法二七六條一項前段之例，設有明文。瑞債務法第九九條一項所稱一切過失，係指廣義的過失，解釋上，亦包含故意及狹義的過失兩項而言。日民法雖無如斯之一般規定，而債務人就故意或過失行爲應負責任，亦爲學者所不爭。

關於故意過失之舉證責任，屬於當事人何方？民法未設明文。於侵權行爲，已如前述。茲就債務不履行言之，學說不一：通說謂故意或重大過失，雖應由債權人立證；其他過失，則推定其存在，債權人不必證明之。債務人欲求免責，反須證明無過失。其理由，謂故意或重大過失，無由推定。然其他過失，何以推定之？殊無根據。因而反對說，謂不履行之事實，既存於債務人，其不履行，如基於不可歸責自己之事由，自須自行證明，故因事變而免責時，立證責任歸債務人，徵諸瑞債務法第九七條所稱：『不履行非出於故意或過失者，債務人應證明之。』及德民法二八二條所稱：『給付不能是否基於應歸責債務人之事由有爭時，其立證責任在債務人』等規定，亦可無疑。解釋我民法，從二二五條之立言法觀之，應採後說。

第二 過失責任之酌定

債務人應爲如何程度之注意？德民法第二七六條一項，設有一般原則。即『怠於一般交易所要求之注意時，當然爲有過失。』債務人應負責任。我民法雖無如斯之原則，然從瑞士債務法九九條二項之例，於第二二零條二項，設有酌定過失責任之標準。即『過失之責任，依事件之特性，而有輕重。如其事件非予債

過失責

債之酌定

務人以利益者，應從輕酌定。』故當審判之任者，首應考慮其事件是否予債務人以利益，以定債務人應盡之注意，而後判定其過失之有無。如非予債務人以利益者，僅須為較輕之注意，使負具體的輕過失責任足矣。但本項規定之適用，以過失責任為限，已如法文所明示。故於故意責任，雖在債務人無利益之行爲，亦無減輕之餘地，以視瑞士債務法九九條二項不明揭過失責任者，較為允當。

債務人已盡必要之注意，仍不免結果之發生者，即為無過失，應不負責。故應與處理自己事務為同一之注意者，其注意程度，既依債務人之主觀的具體的標準而定，則特定債務人，其平日處理自己事務向極疏忽，於債之履行，雖有同一疏忽，亦不負責。然若該債務人之主觀的注意能力，較諸一般人異常低弱，并所謂普通人之注意程度亦有所不及，如其行爲，從主觀觀察，雖已與處理自己事務為同一注意，而從客觀觀察，實已構成重大過失者，倘以未怠於與處理自己事務同一之注意為理由，使其不負責任，殊有害於交易之安全。故我民法第二二三條，特從德民法二七七條之例，而明定曰：『應與處理自己事務為同一注意者，如有重大過失，仍應負責。』蓋認債務人最低限度，須盡普通人之注意。倘有欠缺，縱無具體的輕過失成立，亦不能免重大過失之責任也。此就特定債務人之主觀的注意能力異常低弱者言之。反是，其能力特高，較諸所謂善良管理人之注意尤為縝密者，倘於應與處理自己事務為同一注意之時，雖怠於此種注意，而并不失為已盡善良管理人之注意者，究竟有無責任？法無明文。通說亦應認為無過失。蓋善良管理人之注意，

應與處理自己事務為同一注意者，其注意程度，如有重大過失，仍應負責。

乃法律所認注意之最高標準，特定債務人之注意本能雖超過此標準，而法律亦以使其盡善良管理人之注意爲足。此雖未見諸明文，而揆諸第五三五條五九零條等法意，自應從此論定，否則有失權衡。

第三 責任之減免

故意及重大過失之責任，能否免除，依法律及學說。

於我國民法，故意或重大過失之責任，不得免除。

第三人過失之債務人，有無責任，依法律。

因注意程度之不同，而可別爲故意、重大過失、輕過失、三種責任。此等責任，得豫依特約加重或限制，乃學說所一致。惟故意及重大過失之責任，能否免除？立法例不一。瑞債務法第一百條一項，明定爲免除。此二種責任之合意無效。德民法第二七六條二項，僅定爲：故意責任不得豫先免除。對於重大過失之責任，則多數說，僉謂豫爲免除之特約者，未必一概違反公序良俗，故無妨豫依特約免除之。日民法概無明文，對於故意責任，有謂不得豫爲免除之特約者；有謂在不違反公序良俗之範圍內，得以免除者。至於重大過失責任，則從德國通說。我民法第二二二條，從瑞例明定爲：『故意或重大過失之責任，不得豫先免除。』此乃意大利註釋法學派以來之通說。蓋認重大過失應與故意同其處理。但既曰『不得豫先免除』，反是，於責任負擔後，始依當事人之合意，或債權人一方之意思而免除之，自屬無妨。

第四 代理人或使用人之過失與債務人之責任

債務人依第三人而爲債之履行者，該第三人如有故意或過失，債務人有無責任？德普通法之通說，以無責任爲原則。德瑞二法，則定爲原則上須負責任。（德民二七八條，瑞債一零一條一二兩項）英法之主

法例於我民
法債務人
應就
第三人
之過失
負責

義亦然。日大審院判例，採德民法之理論。關於此點，我民法第二二四條規定曰：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」立法主義，大體從德瑞先例。惟其內容，互有異同。(1)本條所稱代理人，當然包含法定代理人及意定代理人。所稱使用人，自係指為履行債務所使用之人，而非專限於受僱人。就後者言，其於債之履行，猶如債務人手足之動作，應由債務人負責，理所當然。至於代理人，則係依自己之獨立意思而行為，本法竟以與使用人並舉，不無可議。瑞債務法不及之，德民法僅舉法定代理人，均與我民法不同。(2)德瑞二法，明定為債務人之此項責任，得豫依合意免除，不受前述故意或重大過失責任不得免除之限制。我民法本條但書，雖未直接定為不受第二二二條之限制，但解釋上，亦應從德瑞二法以論定之。

第三項 給付不能

第一目 給付不能之意義

何謂給
付不能

給付不能，即債務人實現債之內容為不可能。從來學者，說明其意義，分廣狹二派。狹義說，專從論理的 (Logisch) 意義以解之。廣義說，則謂法律上所稱給付不能，有特別意義，即論理上縱令可能，而使債務人實現其債之內容需要過大犧牲，於社會觀念上認為不相當者，亦為給付不能，是曰法律的 (Juristisch) 不能。例如：對於需要絕對安靜之病人，使履行遷居義務是。余從後說。

給付不能
由之

關於客觀不能
與主觀不能
之標準
說

絕對不能
及相對不能
對別類
為別類

給付不能，有基於自然的事由者。例如：標的物滅失，不代替作為之債務人死亡等是。亦有基於法律的事由者，例如：標的物為不融通物，或禁止輸出之物等是。不問其基於何種事由，均生給付不能之效力。且因債之內容係作為或不作為而有差異。例如：約為不於某處引水，而因緊急行為不得不於該處引水，亦所謂給付不能也。

第二目 給付不能之種類

第一 客觀不能與主觀不能

德國自普通法以來，即認此區別。德民法第二七五條，僅稱客觀不能曰 *Unmöglichkeit*。於主觀不能，則稱曰 *Unvermögen des Schuldners*。日學者，於日民法之解釋，有不認此區別者。但通說仍是認之。惟其區別標準，德日學說，均欠一致。第一說：謂應以人為標準，任何人所不能之給付，為客觀不能；僅債務人不能之給付，為主觀不能；此乃德普通法以來之多數說。第二說：則以不能之原因為標準，其存於給付，即法律行為之內容者，為客觀不能；僅存於債務人一身者，為主觀不能；德日現行法之解釋，多採此說。余亦從之。

絕對不能（抽象的不能）及相對不能（具體的不能）之區別，與客觀不能及主觀不能之分類，嚴格言之，并非同一。絕對不能，謂基於給付性質之不能。相對不能，則指特別情形為不能之給付。普通普通法，（一部五章五一條以下）認此區別。但無大實益，故有用為客觀不能及主觀不能之別名者。

第二 原始不能與後發不能

關於原
始不能
與後發
不能區
別標準
之學說

給付不能，有存於當初者，有至後發生者。前者曰原始不能（*Ursprünglich Ummöglich-keit*）。後者曰後發不能，又稱嗣後不能（*Nachträgliche Ummöglichkeit*）。前者足以影響債之成立。所謂給付不能之問題，僅就後者生之。惟所謂『當初』及『至後』，究以何時為標準？不無疑義。有主張應以債權成立時為標準者，有主張應以法律行為成立時為標準者。我國通說，謂依法律行為而生之債，以其法律行為成立時為標準。反是，依法律行為以外之法律事實而生之債，其事實之發生，與債之成立，同其時期，故無妨以債權成立時為標準，以區別給付不能之為原始與後發。余亦從此說。又所謂原始不能，或主張須自始即有不能之事實存在，或則謂自始有不能之原因存在足矣。余從前說。但非謂法律行為成立當時直不能履行，乃謂清償期或債務履行之正當時期而不能給付，惟其不能，於法律行為成立當時，業已確定，即原始不能也。

第三 全部不能與一部不能

給付內容之全部皆為不能者，曰全部不能（*Totale Ummöglichkeit*）。反是，僅其一部不能者，則曰一部不能（*Teilweise Ummöglichkeit*）。此區別，為我民法所明認。（參考二二六條二項）

第三目 給付不能之效力

全部不
能與一
部不能

不歸責
債務人
之不能
效力
債務人
免給付
義務

債權人
有代償
請求權

給付不能所及於債之效力，依其不能是否基於可歸責於債務人之事由，而不一致。

第一 因不可歸責於債務人之事由致給付不能者其效力可別為兩項言之

(甲) 債務人免給付義務 此於我民法第二二五條一項，從瑞債務法一一九條一項，德民法二七五條之例，設有明文。日民法雖無直接規定，但依其第四一五條之反對解釋，自亦同此理論。就我民法之解釋論，本項效力之發生，應以客觀不能為限。但不問其為全部或一部。故如全部不能時，債務人免給付義務之全部。如一部不能時，則免其給付義務之一部。其他可能給付之部分，仍有債之存在。

(乙) 債權人有代償請求權 『債務人因前項給付不能之事由對第三人有害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。』此我民法第二二五條二項所明定，學者以代償請求權稱之。蓋從羅馬法以來多數立法先例。(如德民二八一條一項，法民一三三零條，意民一二九九條)日民法雖無直接規定，而理論上亦是認之。債權人之此項權利，以代償主義 (Subrogationsprinzip) 為基礎。反是，而否認其存在，則債務人一方面免給付義務，他方面又可以自第三人取得利益，殊欠公允。但其發生，須具備下列要件：(1) 債務人自第三人取得利益，(2) 給付不能之原因事實與取得利益有因果關係，(3) 其利益係不能的給付之代償。具備此等要件，代償請求權因以成立，債權人得對債務人請求讓與其對第三人之損害賠償請求權，或交付其受自第三人之賠償物，是為

代償請求權之效力。但債權人僅有此等請求權，而非當然將其代償移轉於債權人。至其請求權究爲本來債權之繼續，抑爲新請求權之發生，不無爭論。余從後說，故附隨於原債權之擔保權，因以消滅，並有新時效開始。

第二 因可歸責於債務人之事由致給付不能者其效力可別爲全部不能與一部不能言之

(甲) 全部不能時 於此情形，債權人得請求債務人賠償因給付全部不能所生之損害，而有我民法第二二六條一項之適用。(德民二八零條一項，日民四一五條後段)至於損害賠償之範圍方法等，則應適用第二一三條以下各規定。

因給付不能所生損害賠償債權，不過就原債權而變更其標的，非有新債權發生，故原債權所附之擔保權優先權等，依然存續。其時效，亦由原債權之履行期而進行。惟依羅馬法，則認債之標的不變更，債務人仍負給付原標的物之義務。德民法之解釋，亦不一致。

一部不能
之效力

因債務人
之不能
全部不能
之效力

(乙) 一部不能時 於此情形，亦有我民法第二二六條一項之適用。惟債權人之損害賠償請求權，僅存於不能部分，對於債務人可能給付部分之履行，仍應受領，是爲原則。蓋債務人僅對於因可歸責於己之事由所生之結果負其責任，此外不復有任責之理由。但有例外，即其給付雖係一部不能，而其他部之履行於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。此同條二項，從

德民法二八零條二項之例，設有明文。既以其他部分之履行於債權人無利益為要件，認債權人得拒絕該部給付，而請求全部不履行之損害賠償，則其要件之存在，依舉證法則，自須債權人證明之。

第四項 不給付及不完全給付

債權人
債權侵
害之立
法上變
遷
不給付
及不完
全給付
之法律
規定
不為給
付之要
件
不為完
全給付
之要件
不給付
及不完
全給付
之效力

從來立法及學說，對於債務人之債權侵害，僅認給付不及及給付遲延二者。至一九零二年，依 *Staub* 之倡導，始認所謂不完全給付，而為積極的債權侵害（Positive Forderungsverletzung）之一種。我民法從瑞債務法九七條之例，對於債務人不為給付或不為完全給付之效力，於第二二七條，合併規定曰：「債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」（參考日民法四一四條一項四項，德民法無明文）須待說明者：(1)所謂不為給付，其要件有三：已至清償期，一也。非不能給付，二也。因債務人之故意或過失意於給付，三也。故與次款所論給付遲延無異，而為消極的債權侵害之一種。(2)所謂不為完全之給付，其要件亦有三：債務人曾為給付，一也。其所為之給付不合債務本旨，二也。因債務人之故意或過失所致，三也。故與給付不能及給付遲延不同，而為積極的債權侵害之一種。(3)無論其不為給付或不為完全之給付，均生同一效力。即債權人，得請求法院強制執行，使債務人為給付或為完全之給付。如因此受有損害，并得請求賠償。惟請求強制執行，自應從強制執行法之規定。如其給付之性質為不許強制執行者，自無本條之適用。（參考日民法四一四條二項）(4)所謂不為給付，既與次款所論給付遲延同，故本條實係規定給付遲延時債

關於二
七條

規定位
置之商
權
拒絕給
付之效
力

之原則的效力，以位置言，移於次款，較為允當。

於此有一問題，即所謂拒絕給付，嚴格以言，與不給付有別。惟我民法及德日等多數立法，均未明定其效力。考其意義，并非給付不能，債務人亦無拒絕履行之權利，而豫為不給付之表示。德學者謂為積極的債權侵害之一種。然其效力，殊難與其他不履行同論。蓋債務人於為拒絕給付之表示後，至清償期，變更其意思，而為正當履行，亦非絕對不許，故不能謂為當然拋棄期限利益，逕視同不為給付，直認債權人於清償期前即有第二二七條之適用。但至清償期，債權人對於拒絕後之給付，應解為有受領權利，而無其義務。故一面受領，一面請求賠償因拒絕所生之損害；或竟拒絕受領此後之給付，而請求全部不履行之損害賠償；均無不可。要從債權人之選擇。

第五項 賠償責任人之代位

第一 代位之性質

雖債權人，亦不許有二重之利得。故自羅馬法以來，即有調和之法則。惟法法系民法，對之無直接規定。德法系民法，乃明認基於損害賠償之責任人代位。（德民二五五條，奧民九八零條，日民四二二條）我民法從之。（二二八條）其根據，與損益抵銷同。而其性質則異。即(1)於代位，乃賠償責任人代位權利人而受物或權利之讓與，非如損益抵銷以利益(Lucrum)而代損害(Surrogat)。(2)於代位，債權人對第三人之

關於賠
償責任
人之代
位立法

代位與
損益抵
銷之異

代位規
定之適
用範圍

代位之
要件

權利尙不確實，不得逕視爲利益。(3)於損益抵銷，利益與損害，須基於同一原因。於代位，則可得代位之物或權利，不必基於發生損害之原因事實，祇要二請求權之標的同一斯可矣。

賠償責任人代位之規定，法典非專對基於債務不履行之損害賠償而設。一般損害賠償，均應認之。蓋代位乃基於損害賠償之觀念，以不使賠償請求權人得不當利益爲目的故也。

第二 代位之要件

(甲)須有關於物或權利之喪失或損害。所謂物之喪失，不必爲物理的滅失，雖僅其物脫離權利人占有，亦包含之。權利之喪失，則指權利之消滅。但均以物或權利之全部爲對象。反是，僅生於一部之上者，本條則以物或權之損害稱之。

(乙)因物或權利之喪失或損害，而有損害賠償責任之負擔。所謂賠償責任，不以基於債務不履行者爲限，雖基於侵權行爲亦屬之。

(丙)賠償責任人，已賠償其物或權利價額之全部。此要件，日民法第四二二條明定之。我民法第二二八條，與德民法第二五五條同，未設明文，不無疑義。於德民法，學說及判例，謂有同法第二七三條留置權 (Zurückbehaltungsrecht) 之適用。其結果，須交換的 (Zug um Zug) 履行。於我民法，對於留置權，以占有爲要件，立法主義與日同而與德異。(九二八條以下)自難與德民法爲同一解釋。此外又

無須履行賠償義務後始得代位之根據。一若賠償責任人於履行賠償義務之先，即得為代位之請求。但立法真意，未必如此，故以準用二六四條同時履行抗辯之規定，以為本問題之解決，最為得當。

第三 代位之效力

代位之效力

具備上述要件後，發生何等效力？立法例有二：一曰請求移轉主義，二曰當然轉移主義。德民法第一草案，採第二主義。現行法改採第一主義。日民法則仍從德民法第一草案之例。依第一主義，應為權利移轉行為，故尚須踐行登記、交付及其他權利移轉所必要之形式。程序較繁，故學者僉認第二主義為優。而我民法第二二八條規定曰：「關於物或權利之喪失或損害，負賠償責任之人，得向損害賠償請求權人，請求讓與基於其物之所有權，或基於其權利對於第三人之請求權。」蓋從德民法之例，僅生移轉請求權，而無當然移轉之效力。

第二款 遲延

第一項 總說

本款所稱遲延，包括債務人遲延及債權人遲延而言。前者亦稱給付遲延，如第二二九條至二三三條之規定是。後者亦稱受領遲延，如第二三四條至二四一條之規定是。此乃我民法之特例。德民法將債務人

關於遲延之立法

遲延規定於債法第一章第一節（給付義務）中（二八四條至二九二條）對於債務人遲延則於其次特立一節。（二九三條至三零四條）日民法就債務人遲延雖規定於債之效力節內，就債權人遲延則散見於債之效力及清償兩節。是均與我民法之編別不同。我民法雖合二者為一款，然所謂遲延，殊難得總括的定義，應分論之。

第二項 債務人遲延

第一目 債務人遲延之意義

給付可能，而債務人不於一定時期實現之，是曰債務人遲延。亦稱給付遲延，或履行遲延（Mora debitoris, mora solvendi, Verzug des Schuldners, Leistungsverzug; demeure du débiteur; mora del debitore）。債務人原負給付義務，給付遲延，即為債權侵害，故債務人對之應負責任。

債務人遲延與給付不能，同為債務不履行，然異其原因。給付不能，謂債務內容之不能實現。債務人遲延，則為可能實現而不使其實現，乃以給付可能為前提。故二者互相排斥，給付不能，即不生遲延問題。

第二目 債務人遲延之要件

第一 須有債權存在

債務人遲延，既為債權侵害，自須有被其侵害之債權存在。故於附停止條件債權，其條件成就前，附解

何謂債
務人遲
延

債務人
遲延與
給付不
能

債務人
遲延以
債權現
存為要
件

除條件債權，其條件成就後，均不生遲延問題。祇要債權現實存在，其原因、標的、如何，概非所問。惟不作爲債權，有無遲延問題？學說紛歧。余謂不作爲債務一經違反，即生給付不能。蓋不作爲狀態，殊無以使其再實現之，故不作爲債務，以不生遲延問題爲原則。但於繼續的不作爲，縱有違反行爲，而存於其後之不作爲部分，尙屬可能，故亦生遲延問題。

第二 須可能給付

債務人
遲延以
給付可
能爲要
件

債務內容須非給付不能，乃債務人遲延之主要條件。然所謂可能給付，其時期如何？大有爭論。或謂須給付期之前後均爲可能者，始生遲延問題。故如絕對的定期行爲，因以履行期爲其給付之一要件，債務人不按期履行，即爲給付不能，自不生給付遲延之問題。通說則反是，乃謂可能不可能，應以履行期爲標準，祇須於履行期可能，而不給付時，即爲給付遲延。余從通說。

第三 須給付期屆至

債務人
遲延以
給付期
屆至爲
要件

債務非於給付期屆至後，不生遲延之問題。所謂給付期，亦稱履行期或清償期。然有於履行期一經屆至，債務人不爲給付，即生債務人之遲延者；亦有於履行期屆至後，再加以其他條件，始生債務人之遲延者。

債權於
抗辯存
在時是

對於債權有延期抗辯 (Verzögerliche Einrede) 存在時，其債權得謂爲在給付期與否？大有爭論。或謂債務人有延期抗辯權時，雖不爲給付，因其無故意過失，不生遲延問題。此乃認債務人縱有抗辯權，亦得

否在給付期

不援用之，而不爲給付，殊欠允當。余謂應從延期抗辯之種類，異其論定。例如附有檢索抗辯權（民七四五條）時，其債權視爲不在給付期。反是，附有同時履行之抗辯（民二六四條一項）時，則其債權，視爲在給付期。

給付有定期者，延遲責任發生時發

（甲）給付有確定期限者 於此情形，債務人是否於期限屆滿逕負遲延責任？立法例有二：（1）期限縱已屆滿，如債務人未受催告，原則上仍不負遲延責任；僅於有不待催告之特約，及非於一定時期履行即不足以予債權人以何等利益，并不作爲債務之不履行等情形，認有例外。（法民一一三九條一四五條一四六條，日舊民財三三六條三八四條）（2）德普通法以來，原則上認期限之屆滿當然生債務人遲延。各國多採此例。（德民二七一條二八四條二九一條，瑞債七五條二零二條，意民一二二一條一二三條，奧民一三三四條，日民四一二條一項）

我民法第二二九條一項規定曰：『給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。』乃從第二主義。期限一經屆滿，不必催告，債務人當然負遲延責任。蓋如以催告爲要件，非特引起債務人之怠慢心，而生輕視義務之弊，且不適於交易發達之今日。

（乙）給付無確定期限者 所謂給付無確定期限，包含兩種情形：其給付本有期限，但其期限何時屆滿，豫先不能確定，即附有不確定之期限者，一也。其給付應於何時爲之，自始即未約定，即根本未定

給付無定期者，延遲責任發生時發

債因生
債務人
延責
任
何謂催
告

催告能
否附條
件
催告能
否附期
限

催告之

給付期者，二也。兩種情形，適用同一規定，乃我民法之所以與日民法異。依日民法，在第一情形，債務人自知其期限到來時起，負遲延責任。（四一二條二項）在第二情形，則債務人受履行請求時起，負遲延責任。（四一二條三項）反是，依我民法，無論何種情形，皆從第二二九條二項，債務人於債權人得請求給付時，經其催告，而未為給付者，即為遲延，原則上，自受催告時起，負遲延責任。（參考德民二八四條一項，瑞債一零二條一項）所應注意者：(1)所謂催告（*Intergellatio Mahnung*），有單純的意思通知（*Willensmitteilung*）之性質。即無效力意思，而生法律上效力，故非意思表示或法律行為，學者恆稱曰準法律行為，應有法律行為規定之準用。(2)催告能否附條件？學說不一：或謂得附條件；或謂依其有害公益否而定附條件催告之效力。但通說則因催告乃對於履行之確定意思通知，故不得更附以不確定之條件。(3)催告能否附期限？學說亦異。或謂催告為限定即時履行之請求，如附以期限，則應解為履行之豫告，而非請求，故不得附期限。通說則認催告無妨附以期限。解釋我民法，應從後說，毫無疑義。惟於催告定有期限者，則不適用上述二二九條二項自催告時起負遲延責任之規定，而應依同條三項，自催告期限屆滿時起負遲延責任。（參考德民二八四條二項後段，瑞債一零二條二項）此於催告期限為確定期限時，固無問題。反是，附有不確定期限之催告，是否亦依期限之屆滿陷於遲延？不無疑義。德瑞二法之解釋，皆限於有確定期限之催告。故我民法二二九條三項，亦應為同一論定。(4)所謂催告，其方法本無限制。惟在

催告內
容與債
權不一
致之效
力

不歸責
債務人
致未給
付者不
生遲延
問題

債權人
得聲請
強制執
行

我民法，嚴格以言，係專指審判外之催告而言。蓋如債權人起訴，或依督促程序送達支付命令時，依二二九條二項後段，雖與催告有同一效力。但法律既明定之，自不能解為即係催告也。債權人為審判外之催告者，其催告自到達債務人，或債務人了解時生效。亦即自其時起，發生遲延問題。反是，如起訴或送達支付命令者，則於訴狀或支付命令到達債務人時，負遲延責任。(5)催告內容與債權不一致時，應依當事人意思解釋以定其效力。已生效力之催告，并無妨撤回之。

具備上述要件，即生債務人遲延問題。但我民法第二三零條，更從德民法第二八五條之例，規定曰：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」國內學者，因而解為：債務人遲延，尚以故意過失為要件。此種見解，是否有符立法真意？所關舉證責任之分配甚大。余謂本條乃明認無故意過失為債務人之免責要件。即具備上述之要件時，債務人本應負責。惟因其遲延非基於可歸責債務人之事由者，故認為例外，使免遲延責任。因此，債務人欲求免責，自須證明其不給付係因不可歸責於己之事由也。

第三目 債務人遲延之效力

第一 債權人得聲請強制執行

債務人不為給付者，債權人得聲請法院強制執行。(民二二七條)其詳已如前述。

債權人
得請求
賠償

債務人
於遲延
中對抗
力之責

第二 債權人得請求遲延賠償

「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。」（民二三一一條一項，德民二八六條一項，瑞債一零三條一項，日民四一六條）債權人之此項賠償請求，專以賠償其因債務人給付遲延所受之損害為基礎，故非以代原給付之請求，而無妨與原給付之請求權一併行使，學者稱曰遲延賠償（*Interes* *moratoires*）。其範圍，自應以因給付遲延所生損害為限，而非請求賠償全部不履行之損害，是與二二七條後段異其趣旨。

債務人應負上述遲延賠償責任者，與一般債務人不同。一般債務人雖僅負故意或過失責任，此則不以故意或過失為限。故不問其遲延前之責任如何，於遲延後，概從下述特別。即「在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。」（民二三一一條二項前段，德民二八七條前段，瑞債一零三條一項）所謂不可抗力，前述事變之一種。此種事由，在通常情形，本不可歸責於債務人，故債務人不負責任。反是，於債務人遲延後，其損害雖因不可抗力而生，亦與遲延有因果關係，蓋如不遲延，則債權人不致因不可抗力而受損害。故債務人於遲延後，雖對於因不可抗力而生之損害，亦屬於遲延賠償之範圍，由債務人負其責任。但此種責任，有無絕對性？於注釋學派當時，即大有爭論。德普通法之通說，根本否認債務人負不可抗力之責任。德民法採相對說。我民法從之。即債務人證明縱不遲延給付而仍不免發生損害者，不負責任。（民二三一一條

債權人
受領並
請求填
補賠償
債

金錢之
債權人
得請求
利息

二項但書，德民二八七條但書，瑞債一零三條二項，蓋縱於正當時期給付，仍不免有基於不可抗力之損害發生者，則損害與遲延間，無因果關係，故債務人既能證明之，即無使其負責之理由。是仍不外原因主義之立法。

第三 債權人得拒絕受領並請求填補賠償

『遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得拒絕其給付，并得請求賠償因不履行而生之損害。』此我民法第二三二條，從德民法二八六條二項前段之例，設有明文，是為前條一項之例外。蓋依前條一項，於債務人遲延後，債權人本得一面請求給付，一面主張遲延賠償，而不得無故拒絕債務人之給付。故得拒絕者，以遲延後之給付於債權人無利益時為限。既經拒絕，根本不有履行利益，即為債權人之損害，故又許債權人請求代履行之損害賠償，學者稱曰填補賠償 (Dommages-intérêts compensatoires)。債權人欲為此項請求，對於遲延後之給付於自己無利益一事，須證明之。但有無利益，須從客觀觀察以為判斷。日民法對於此點，未設明文，學者大有爭議。大審院判例所採之見解，與德民法及我民法同。蓋例如絕對的定期行為之類，期限後之給付，根本無履行之意義，自有認此例外之必要。

第四 於金錢之債，債權人得請求遲延利息

金錢之債，依其性質，恆生債務人遲延，而不生給付不能。惟其遲延之效力，與一般債務之給付遲延不

同，即事實上不問是否因遲延而生損害，債權人概得請求遲延利息（Verzugszinsen）。其數額，依法定利率計算之。蓋因金錢恆推定其有相當於法定利率之利益。但於金錢之債，本有約定利率，而其利率高於法定利率者，則雖遲延利息，亦依約定利率計算之。（民二二三三條一項，德民二八八條一項，瑞債一零四條，日民四一九條一項）至於利息之債，給付遲延時，則無須支付遲延利息。（民二二三三條二項，德民二八九條前段，瑞債一零五條三項）否則違反二零七條一項本文之趣旨。

上述第二三三條一二兩項之規定，無強行性質。故如當事人能證明有不依遲延利息而應賠償實際損害之特約者，則從其約定。反是，無特別約定時，債權人除依上述兩項請求遲延利息之外，尙有其他損害時，更得請求賠償否？立法例不一：法奧民法，為避免舉證之煩，採否定說。（法民一一五五條，奧民一三三五條）德瑞則為求事理之公平，採肯定說。（德民二八八條二項二八九條後段，瑞債一零六條一項）日民法無明文，通說從法民法之見解。我民法第二三三條三項曰：『前二項情形，債權人證明有其他損害者，並得請求賠償。』蓋從德例。

第三項 債權人遲延

第一目 債權人遲延之意義

債權人未受領債務人之給付，是曰債權人遲延。亦稱受領遲延（Mora creditoris, mora accipiendi；何謂債

債權人
延

Verzug des Gläubigers, Annahmeverzug; demeure du créancier; mora del creditore) 給付之受領，

使債權人
延因責任
非因責任
受領人有
義務

原屬債權人權利，不負其義務，故債權人遲延，可謂為權利之不行使，債務人固不得強制其受領。然若債務人因此仍不脫免拘束，未免過酷，故債權人遲延時，有減輕債務人義務而使債權人負責之必要。因遲延所生不利益，使歸債權人。其不利益，與權利罹於時效而消滅時同，不外基於權利之不行使而生，殊未能因此解為債權人負有受領義務 (Annahmepflicht)。然亦有依法律行為使債權人負此義務者。他國立法，更或於特種之債，明認受領義務。例如德民法四三三條，瑞債務法二一一條，英買賣法二七條，皆明定買受人有受領標的物義務，如不受領，即生債務人遲延問題。

關於債權
延之立
法

如上所述，債權人僅有受領權利，而無其義務。故債權人遲延，與債務人遲延異，乃權利之不行使，非債務之不履行。正確以言，并非債之效力。惟羅馬法上見解，認二者為同一制度，依同一原則支配之。Mommesen 及 Kohler 二氏，則認其為各異之制度。德民法上見解，分為兩派。然二者在法典上，異其位置，故通說認為非一制度。瑞、奧、日本等多數立法例，均與德同。法法系立法，對於債權人遲延，則無規定。我民法，一方既不認債權人遲延有義務違反之性質，他方又將其與債務人遲延合併規定，殊欠一貫。

第二目 債權人遲延之要件

第一 須有債權存在

債權人
遲延以

債權客
在爲要
件
債權人
遲延以
提出給
付爲要
件

債權人遲延，以債之存在爲前提。至於債之原因及標的如何概非所問。

第二 須有給付之提出

債權人遲延，須有以可能給付爲標的之債，且債務人已提出給付。（民二三四條，德民二九三條，瑞債九一條，皆明定此旨。日民法四一三條，雖無之，其解釋亦同）而提出給付，以事實上之提出（*Realblat-*

ion, Thatsächliches Angebot）爲原則，言詞上之提出（*Verbalblatton Wortliches Angebot*）爲例外。

事實上
之提出

（甲）事實上之提出 卽債務人現實而爲給付之提出。於凡債務履行所必要之一切行爲，均須完足之。故其提出，不可不從債務本旨，否則不生提出之效力。（民二三五條本文，德民二九四條，日民四九三條本文）而債務本旨一語，含義至廣，大體以言，卽其提出：(1)須適合債之內容，且就全額爲之。(2)須於合法處所爲之。(3)須由債務人，其代理人，或使用人爲之。(4)須對債權人或其他有受領權之人爲之。(5)給付行爲本體，以行爲能力爲要件者，其給付之提出，亦須於有行爲能力之當事人間爲之。

言詞上
之提出

（乙）言詞上之提出 卽債務人完成給付之準備，并通知其旨於債權人。因其不必現實對他方提出，故與事實上之提出異。然其準備，亦不可不依債務本旨，則爲二者之所同。其通知雖有觀念通知之性質，然此種提出之效力，則應視通知方法之如何，分別準用民法總則第九四條及九五條之規定。至得爲言詞上提出者，以有次述二種情形之一爲限。（民二三五條但書，德民二九五條，日民四九三條但

得爲言
詞上提

(一) 債權人豫示拒絕受領之意思者 於此情形，雖現實提出，亦無實益，故以言詞上之提出爲足。

(二) 給付兼須債權人之行爲者 債權之履行，或須先有債權人之一定行爲，或與債務人行爲同時須有債權人行爲者。反是，無債權人行爲，即無以履行。於此情形，債務人欲爲債務之履行，亦以先向債權人爲言詞上之提出爲足。例如：取領債務，債權人有選擇權之債務，由定作人供給材料之承攬人完成工作債務等是。

第三 須債權人未受領

債權人
遲延以
未受領
爲要件

債務之履行，不以債權人之受領爲必要者，不生債權人遲延之問題。如不作爲債務，即其一例。反是，須受領者，若債權人未受領債務人所提出之給付，即爲受領遲延。而所謂未受領，包含拒絕受領及不能受領言。(民二三四條，德民二九三條，瑞債九一條，日民四一三條)

拒絕受領

(甲) 拒絕受領 關於此點，我民法之規定方法，與瑞日同，而與德民法僅定爲「不受領所提供之給付」者異。日本多數學者，僉以法律既曰拒絕受領，自不可無拒絕之意思通知，僅有不協力之消極狀態，未能認爲拒絕受領。少數說，則認拒絕受領指債權人對於給付之不協力，至其不協力之原因如何？

是否出於債權人意思均非所問。故解釋上，不得拘泥。雖未表白拒絕之意思，而有不協力之消極狀態者，即生受領遲延之問題。余從後說。

不能受領

(乙)不能受領 不能受領之意義如何學說不一。通說謂除給付不能之情形而言。余亦從之。故債權人遲延，以給付之客觀的可能為前提，乃基於債權人之主觀的事情，而不能協力於債務之履行，例如無行為能力之債權人，其法定代理人尙未就職；以及債權人適已他去或患病等是。又其不能受領，係永久的或一時的，原則上可以不問。但有例外，即「給付無確定期限，或債務人於清償期前得為給付者，債權人就一時不能受領之情事，不負遲延責任。」(民二二六條本文，德民二九九條本文)蓋於此情形，如仍使債權人負遲延責任，未免過苛。故債權人得證明本條法定要件之具備，而求免責。然若債務人之提出給付，係由於債權人之催告，或債務人已於相當期間前預告債權人者，則雖係一時不能受領，亦不復有特予保護之必要，故債權人仍應負遲延責任。(民二二六條但書，德民二九九條但書)惟其舉證責任，自應屬於債務人。

債權人遲延不以過失為要件

債權人遲延責任之發生，是否須有過失，乃學者所聚訟。德普通法之通說，從積極論定。多數民法之解釋，均持消極見解。(德民二九三條，瑞債九一條，奧民一四一九條，日民四一三條)解釋我民法，應採後說。(民二三四條)故債權人遲延，不問其基於拒絕受領或不能受領，均不以過失為要件。

債權人
遲延之發
任之責
生延內
債權人
任之責
容延內

減輕債
務人之
注意之
義務

停止利
息之發
生

第三目 債權人遲延之效力

「債權人對於已提出之給付拒絕受領，或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。」（民二三四條，德民二九三條，瑞債九一條，日民四一三條）是債權人應負遲延責任，及其發生之時期，已如所示。其內容有如下述。

第一 注意義務之減輕

自羅馬法以來，多數立法例，均認債務人之注意義務，因債權人遲延而減輕。我民法從德例明定曰：「在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失，負其責任。」（民二三七條，德民三百條一項）與日民法，雖無規定，通說亦然。故不問債務人原應為何種注意，而於債權人遲延後，概以盡與處理自己事務同一之注意為足。

第二 利息之停止

因債權人遲延，債務人免其不履行之責任，故不必支付遲延利息。至於法定或約定利息則如何？從來有積極消極二說。羅馬法通說，認利息不因債權人遲延逕行停止。德民法第三零一條，則明定為：債權人遲延，同時停止利息之發生。日民法雖無明文，通說採德民法之理論。我民法第二三八條，從德例明定曰：「在債權人遲延中，債務人無須支付利息。」

債務人
祇須返
還已取
之孳息

第三 祇須返還已收取之孳息

債務人應返還由標的物所生之孳息，或償還其價金者，於債權人遲延後，其義務有無變動。日民法無明文，學說判例，亦不及之。最近，我妻榮氏，謂因受領遲延，足以減輕債務人注意義務之結果，對於非現實已收取之孳息，多免其責任。然就依債務人故意或重大過失致未收取者，則仍須負責。我民法乃從德例，明定爲：『在債權人遲延中，以已收取之孳息爲限，負其責任。』（民二二九條，德民三零二條）於解釋上，受領遲延後，債務人爲債權人收取孳息之義務，因以消滅。故僅就實際已收取者，負返還責任。反是，未收取者，縱令基於債務人之故意或重大過失所致，亦不負責。是與我妻榮氏對於日民法之解釋異。國內學者，對於本條，有與日民法爲同一論定者，殊欠允當。

第四 必要費之負擔

債務人
有增加
費用請
求權

受領遲延者，債務人提出給付所需之費用，即清償費用，等於虛擲，爾後更爲再次給付時，須再度爲其支出。且於遲延中，債務人有須繼續保管給付物者，是亦債務人之損失。倘令債務人負擔，實違反信義公平。故我民法，從德例明定曰：『債權人遲延者，債務人得請求賠償提出及保管給付物之必要費用。』（民二四零條，德民三零四條）俾符因受領遲延所生不利益歸債權人負擔之旨，是曰債務人之增加費用請求權。日民法雖無明文，學說亦同。至其費用必要與否，應從客觀判斷。

增加以外
之損害
債務人
無賠償
請求權

債務人
不得拋棄
不動產
之占有

拋棄占
有之物
知

拋棄占
有規定
之適用
及效力

債務人因受領遲延，除上述之增加費用外，更有其他損害時，有無賠償請求權？法無明文。學說分爲二派：於認受領義務之學者，雖採積極見解。然若否認受領義務，且不以過失爲受領遲延之要件時，則亦無認此損害賠償義務之根據。余從後說。

第五 不動產占有之拋棄

有交付動產義務之債務人，於債權人遲延後，固得依我民法第三二六條提存之。反是，有交付不動產義務之債務人，依德民法，則認其得拋棄不動產之占有。我民法從之。（民二四一條一項，德民三零三條前段）此不外羅馬法上 *Derehktio* 制度之復活。蓋因不動產，非如動產之易於滅失，或爲第三人占據，故認債務人有此權利，以免保管義務。日民法因無明文，學者解爲無論動產或不動產，皆有提存規定之適用。

於我民法，有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，拋棄不動產之占有時，應豫先通知債權人。反是，而未豫先通知，自不得依占有之拋棄，免其義務。但有不能通知之情形時，則不必豫先通知，得逕拋棄其占有。（民二四一條二項德民三零三條後段）

上述拋棄占有之規定，已如法文所示，於以不動產爲標的之債務受領遲延時有其適用。反是，於動產自不認此權利。且雖附屬於不動產之動產，亦應同其解釋。又依本條已拋棄占有者，債務人之移轉占有義務，固應免除。而就所有權，仍不能免其債務。故關於所有權移轉之債務，依然存續。

第三款 保全

第一項 總說

債權之
對外的
效力之
兩面

債權保
全之類
別

狹義的
債權保
全

債權於性質上雖為相對權，但無妨生絕對作用。第三人侵害債權時，依侵權行為規定，有損害賠償請求權發生，已如本書侵權行為一款之所述。斯即債權對外的效力之一面。其他一面，是曰債權保全。而債權保全之中，有須特別約定者，有當然附隨於一般債權者。前者即物上擔保或對人擔保之設定，後者則不待此等設定，當然以債務人之總財產為總債權人之共同擔保（*Gagecommun, gage general*）。此觀念於立法上雖無如法系民法之明文，（法民二零九二條二零九三條，意民一九四八條一九四九條，日舊民法一條，）亦是認之。我民法為防債務人清償資力之減退，所認一般的保全方法有二：一曰債權人代位權，二曰債權人撤銷權。狹義的債權保全，專指此二者。故本款所稱保全，係就狹義的債權保全規定之，斯亦債權對外的效力之一部。惟係基於法律之特別附與，而非債之固有的效力。因債權之讓與繼承或消滅，亦隨之而讓與繼承或消滅焉。

第二項 債權人代位權

第一目 代位權之意義

關於債權人代位之立法
何謂債權人代位

債權人之性質

關於債權人代位之學說

羅馬法不認債權人代位權。德法系民法從之。法法系設有明文。(法民一一六六條，意民一二三四條，西民一一一一條) 日民法四二三條，則做法法系之例，規定債權人代位。我民法二四二條二四三條從之。債務人怠於權利行使，債權人因保全債權，得以自己名義，為其行使之權利，是曰債權人代位權 (Action subrogatoire) 亦稱間接訴權 (Action indirecte, action oblique)。分析言之：

第一 債權人代位權乃行使債務人權利之權利

代位權非以依債務人財產直接得債權滿足為目的，不過將債務人財產置於可得債權滿足之狀態。其行使非強制執行，乃強制執行之準備。故屬實體法上權利。然非以行使債務人權利之力為內容。其性質與支配權或請求權不同。亦非純然之形成權。乃以自己名義而行為。其行為，於他人權利範圍內，發生效力。故頗類似形成權。

第二 債權人代位權乃債權人以自己名義而行使之權利

債權人是否依自己固有的權利行使代位權，約有三說：(1) 自己權利說。即認代位權之行使，係債權人以自己名義行使債務人之權利。(2) 代理說。即認代位權之行使，係債權人以債務人名義行使債務人之權利。(3) 為自己之代理或委任說。即認代位權之行使，係債權人以債務人名義，行債務人權利，惟其自己，因而受債權之滿足，故非純然之代理，而乃為自己利益之代理或委任 (Mandatum in rem suam)。解釋我民

於我國民
使自已
固有之
權利
代位權
為保全
債權而

法第二四二條，自應採第一說，債權人行使代位權，乃自己固有的權利之行使。

第三 債權人代位權乃債權人為保全債權而行使之權利

債權人行使代位權，既以保全債權為目的，故如債權之性質不適於因行使債務人權利而被保全者，則債權人無代位權。究竟有無適應性，應就債權內容具體論定之。

第二目 代位權行使之要件

第一 須因保全債權

代位權
行使以
保全債
權為要
件

債權人現有財產顯無不足清償債務之危險時，無行使代位權之必要。故代位權，僅於保全債權有其必要時，始得行使之。（民二四二條，日民四二三條一項）

第二 原則須債務人負遲延責任時

我民法上代位權之行使，有原則與例外。

（甲）原則 非於債務人負遲延責任時，債權人不得行使代位權。（民二四三條本文）故代位權之行使，原則上，以給付遲延為要件。關於此點，與日民法異。依日民法，因清償期屆至，得為一般代位行為。（日民四二三條）其結果，於二法在有確定期限之債權，（民二二九條一項，日民四一二條一項）與未定期限之債權，（民二二九條二項，日民四一二條三項）不生差別。惟在不確定期限之債權，則因

代位權
行使原
則上以
給付遲
延為要
件

保存以行
爲不以行
給付遲
延爲要
件

代位權
行使以
債務人
怠於行
爲要件

可代位
之權利

二法所定遲延責任之發生異其時期，結果自亦不同。（民二二九條二項，日民四一二條二項）

（乙）例外 專爲保存債務人權利之行爲，雖無給付遲延之事實，債權人亦得行使代位權，而不上述原則之支配，是爲例外。（民二四三條但書）蓋保存行爲，乃防止權利變更消滅之行爲，非特於債務人并無不利，且以迅速爲必要。例如：保存登記、中斷時效等行爲是。本項但書規定，與日民法四二三條二項但書所定：保存行爲無須清償期屆至即得代位之趣旨同。惟在日民法，於清償期前，固不得爲一般代位，然指審判外之代位言，至於審判上之代位，則不必清償期屆至，且不問其是否保存行爲也。（日民四二三條二項本文）此點則非我民法所是認。

第三 須債務人怠於行使權利

債務人未怠於權利之行使者，債權人即無權利保全之必要，故代位權之行使，以債務人怠於行使其權利爲要件。（民二四二條一項）日民法雖無明文，解釋亦同。所謂怠於行使，指其權利可能行使，不問債權人有無過失，而不行使言。如債務人雖有權利存在，而無行使權能者，則債權人不得代位行使之。又雖債務人行使權利之方法不當，既非單純之不行使，自亦不生代位問題。

第三目 代位權之標的

債權人可得代位之權利，以債務人之權利爲限。然其權利，專屬於債務人本身者，亦不得代位行使，此

以債
人權利
爲限一
身之權
專屬利
代位不
得權

乃法律所明定。(民二四二條但書,法民一一六六條但書,日民四二三條一項但書)

所謂專屬於一身之權利 (*Höchstpersönliche Rechte; droits exclusivement attachés à la personne; diritti esclusivamente inerenti alla persona*)有二意義:或指不許讓與繼承之權利言。本條則異是,乃謂性質上應依權利人自身之意思決定其行使之權利,而與不得移轉不得代行使有別。故如左揭各權利,均不得代位行使之。

第一 非財產權

一切非財產的權利,均爲專屬一身之權利,不得爲債權人代位權之標的。

第二 財產權中亦有不得代位者

(甲) 不得扣押之權利。

(乙) 爲無形的利益 (*Interés ideales*) 而存在之權利。因其權利之行使與否,一依債務人之意思。例如:夫妻財產收益權,生命,身體,名譽,自由,受侵害之賠償請求權等是。

非專屬債務人本身之權利,皆得爲代位權之標的。故不問其爲請求權抑或形成權,債權人均得代位行使之。例如:財產上給付請求權,侵權行爲或債務不履行之損害賠償請求權,保險金額請求權,契約解除權,買回權,選擇權等,皆可代位也。

非專屬
權利皆
得代位

代位權
之行使

代位權
行使之
效力及
於債
務人之
效力

第四目 代位權之行使及其效力

代位權行使要件具備後，債權人欲爲其行使，以用自己之名義爲足。其行使行爲，無論出於債權人本人或其代理人，概非所問。并不以審判上行使爲必要。故間接訴權之名稱，殊嫌未當。其行使時，於凡債務人行使權利所必要之一切行爲，皆得爲之。但其範圍，不得超過保全自己債權所必要之限度。且以行使債務人之權利爲限，而不得涉及債務人權利之處分行爲。依其行使，生次述效力。

第一 對債務人之效力

(甲) 債務人失其權利之處分權 債權人行使代位權後，債務人不復得處分其權利。例如：不得受第三債務人之清償以消滅其權利是。關於此點，法民法下，多反對說。日本於審判上代位，因有非訟事件程序法第七六條二項之明文，自無可爭。於審判外代位，亦以此爲通說。於我國，雖無明文可據，亦應從此論定。否則代位權之行使，殊無意義。但保存行爲之代位，則應採反對說，債務人不因以喪失其權利之處分權。例如：債權人代位中斷其時效之權利，債務人仍得處分之也。由此以觀，債務人因一般代位權之行使，既失其權利之處分權，自有知悉行使事實之必要，故除債務人明知者外，債權人須通知之。

(乙) 代位權行使之結果歸屬債務人 代位權，乃依法律特別付與於債權人之固有的權利，其行使之結果，似應屬於代位債權人。然債務人財產，乃總債權人之擔保，代位債權人雖以自己名義行使

代位權，因以發生之結果，亦不得獨占之。故為總債權人之利益，因行使代位權所生之結果，仍以歸屬債務人。故如債權人受第三債務人交付之物，除依其他理由而得占有或提存之外，以須移轉於債務人為原則。其因行使代位權所支出之必要費用，自得向債務人求償。

(丙) 判決之效力 債權人因行使代位權，而對第三債務人起訴時，債務人固得參加。若未參加，代位判決之效力，不及於債務人。蓋因債權人非以債務人代理人之資格而行使代位權，且依訴訟法上之原則，既判力不及於當事人以外也。但採代理說者，則持反對見解。

及於第
三人之
效力

第二 對第三人之效力

債權人行使代位權，乃不外行使債務人之權利。故第三債務人，不得以其與代位債權人間其他法律關係，對抗代位權之行使。然因代位權之行使，亦不能使第三債務人陷於較前更不利益之地位，故其可得對抗債務人之事由，亦得對抗代位債權人。然其對抗事由，係依代位權着手實行後債務人之處分而生者，殊不得據以對抗債權人。惟在保存行為之代位，則為例外。

第三項 債權人撤銷權

第一目 撤銷權之意義

債權人

債權人撤銷權，起源於羅馬學者 Paulus 所創 Actio Pauliana。亦稱詐害行為撤銷權。日舊民法

撤銷權
之語源

債權人
撤銷權
之立法
例

破產上
撤銷權
與破產
外撤銷
權

何謂債
權人撤
銷權

譯曰廢罷訴權 (Actio Pauliana; Paulianische Klage, Gläubigeranfechtungsrecht; action paulienne, action révoicatoire; azione pauliana, azione revocataia)。

羅馬法上，此種訴權，別爲二種：即以債務人有害債權人之意思爲要件者，與不然者 (Actio in factum)。至優帝時，乃僅認前者。然既以債務人有詐害意思爲其主觀要件，立證極爲困難，於債權人保護，殊嫌不足。故中世紀，法、意立法，皆不以此爲要件。德固有法則反是。英法夙亦是認債權人撤銷權之觀念。

近世法制，所認撤銷權有二：即破產上之撤銷權，與破產外之撤銷權。(德債權人撤銷權法，德破產法二九條以下。法民一一六七條，及商四四二條以下。意民一二三五條，及商七零七條以下。瑞士一八八九年聯邦法。奧民九五三條，奧破產法二七條以下，奧破產外撤銷權法。英詐害行爲法，及破產法。日民四二四條，及破產法七二條以下)我國尙無破產法，姑不論之。於民法上，大體從日例，設有二四四條及二四五條之規定。

債權人撤銷權者，債權人得聲請撤銷債務人所爲有害債權之法律行爲之權利也。其爲實體法上權利，與代位權同。惟其性質如何？向多爭論。大別之，有債權說與物權說。依債權說，謂撤銷權爲對特定人之請求權，(債權的請求權)即對於依債務人行爲受利益之人直接請求其返還之權利。此乃德普通法通說，今日德奧學者仍多主張之。反是，依物權說，則謂撤銷權爲撤銷債務人行爲使其無效之權利，而有形成權

之性質。此於德普通法，亦或主張之。降及後世，因 Helwig 之倡導，其說益盛。我民法上之債權人撤銷權，既以撤銷債務人所為法律行為之效力為目的，是與後說相符。故與一般撤銷權無異，乃以法律行為之撤銷為目的之形成權。法律基於實際交易之必要，依公平觀念，特別付與債權人以保護之。

第二目 撤銷權行使之要件

第一 客觀要件

債權人行使撤銷權，須具備客觀要件。所謂客觀要件，指有害債權之法律行為存在。茲分論之：

(甲) 須係債務人之法律行為。債權人撤銷權之標的，不問其是否契約，要須債務人或其代理人所為之法律行為。關於此點，法法系民法，僅定為行為 (Acte)。德法系民法及特別法，均定為法律行為 (Rechtshandlung)。日民法則明定為法律行為。我民法雖未限定法律行為，但解釋上，應從日民法之理論。蓋撤銷僅適用於法律行為，(民一一四條) 債權人撤銷權自亦與一般撤銷權無以異也。故其結果：(1) 不作為非債權人撤銷權之標的，如不中斷時效，即其一例。(2) 觀念表示、感情表示、請求的表示等，非表示發生私法效果之意欲之行為，亦有主張無債權人撤銷權之適用者。然此等所謂準法律行為，既準用關於法律行為之規定，則以關於財產權者為限，自亦得為債權人撤銷權之標的。(3) 訴訟行為，有主張得為債權人撤銷權之標的者。余從反對說。(4) 依法當然無效之行為，自不待撤銷。反是，可得撤銷之

撤銷權
行使之
客觀要
件

撤銷權
之標的
須係債
務人之
法律行
為

撤銷權
之標的
須係有
害債權
人之債
務爲

行爲，則無妨適用債權人撤銷權之規定。(5)未成立之法律行爲，不得爲債權人撤銷權之標的。(6)於凡法律行爲，無論以權利之處分爲內容，或以權利之創設爲內容，皆得撤銷。其爲有價或無價，亦非所問。(民二四四條一項二項)

(乙)須係有害債權之債務人行爲。所謂有害債權之行爲，即足致履行不能或履行困難之行爲。但非如羅馬法，以特定債權人就其債權有此危險爲必要。故如甲債權人之債權被害，對於同一債務人之乙債權人，亦無妨行使撤銷權。蓋債務人之總財產，乃總債權人之共同擔保故也。所生問題者：(1)所謂有害債權，究指如何狀態？德國債權人撤銷權法，定爲支付不能 (Zahlungsunfähigkeit)。一八八九年瑞士聯邦法，則定爲負債超過 (Ueberschuldung)。日民法未明定之，其大審院有行爲當時之資產不足清償債務之判例。(大正五年五月一日判決)蓋從瑞法理論。依余所信，如一時的負債超過，未可逕解爲有履行不能或履行困難之虞，而應考慮債務人之信用勞力等總合的清償力，故以從德法理論爲當。(2)財產之減少或債務之增大，皆爲資力之減少，而生給付不能。至僅財產之變形，未可概認爲生此結果。且除行爲當時之資產狀態外，并應從債務人之信用勞力等一切狀態而判斷之。(3)債務人爲既存債務之清償，能否解爲有害其他債權人？從來有積極消極之爭。積極說，謂因對一債權人清償，亦足以生有害他債權人之不公平的結果。然清償行爲，祇須在正當時期，原屬債務人應盡之義務，殊不能視爲有害

他債權人，故欠缺客觀要件，自以消極說為當。然就既存債務而供特別擔保，或拋棄期限利益時，又當別論。

撤銷權
之標的
須係財
產行為

(丙)須係以財產權為標的之法律行為。「債務人之行為，非以財產為標的者，不適用前二項之規定。」我民法從日例，設有明文。(民二四四條三項，日民四二四條二項)蓋債權人撤銷權，以防債務人財產減少，維持其清償力為目的。故非直接以財產權為標的之法律行為，縱令間接的足致債務人之財產減少，債權人亦不得撤銷之。又如債務人之法律行為，係以不得扣押之物或債權為標的者，亦非撤銷權之標的。

第二 主觀要件

撤銷權
行使之
主觀要
件

債權人行使撤銷權，除須具備上述客觀要件外，是否更須具備主觀要件？立法例不一。日民法不問行為之種類如何，概須具備主觀要件。(日民四二四條一項)羅馬法以來之多數學說及立法例，則依行為之有價無價，而異其主義：於有價行為，雖須具備主觀要件；無價行為則否。我民法從之，無價行為之撤銷，以具備客觀要件為足。(民二四四條一項)有價行為之撤銷，則須債務人行為時，明知有損害於債權人之權利，及受益人於受益時，亦知其情事。(民二四四條二項)是為主觀要件。學者稱曰詐害之認識即惡意。依法不僅債務人如此，并受益人亦須如此。

有價行
為之撤
銷須具
備主觀
要件

意欲主義
義與觀念主義

有償行為之要件
銷以償為要件
詐認詐為要件

無償行為之要件
銷以受為要件
益人惡意為要件

債權人對轉得人
人行使
撤銷權
以轉得人惡意為要件

(甲) 債務人之惡意 關於主觀要件之內容，立法例又不一致。依羅馬法，須債務人有加害債權人之意思 (Concilium fraudendi; Benachteiligungsabsicht)，是曰意欲主義。德債權人撤銷權法第三條第一款，及瑞士聯邦法二八八條屬之。反是，依法法系多數學說，則以債務人明知有害債權人為足，是曰觀念主義。日民法四二四條一項本文屬之。我民法從後例。(民二四四條二項)

我民法既以債務人認識詐害而行為為有償行為之撤銷要件，故其不認識，雖基於過失，或至後始認識者，債權人均無撤銷權。然若債務人依其代理人而為有償行為時，是否明知有害債權人一事，自應就其代理人決之。

(乙) 受益人之惡意 法律認撤銷權，固足以保全債權人之利益。然因其行使，致及不當損害於第三人，亦非所宜。故我民法二四四條二項，又以受益人之惡意為要件。所謂受益人，謂因債務人行為而受利益之人。通常雖即行為相對人，但非以相對人為限。然若受益人因過失而不知其有害債權人，或於行為後始知之者，自皆不得撤銷。

(丙) 轉得人之惡意 由受益人而受利益之轉讓者，是曰轉得人。如已發生轉得關係，債權人能對轉得人行使撤銷權否？如詐行使，是否亦以轉得人於轉得當時明知有害債權人之情事為要件？立法上有說明文者，如日民法四二四條一項但書是。我民法雖無明文，亦應同其論定。即以轉得人於轉得當

銷要件
之舉證
責任

撤銷權
人爲債
權人債
權是
否須成
立於債
務以前
爲以前
不能行
使撤銷
權之債
權
附有保
或保
證之債
權亦有
撤銷權

撤銷權

即該條一二兩項所規定者，其立證責任，屬債權人。至於該條第三項所規定者，則債權人行使當時，毋庸證明。受其行使者，如主張債務人行爲非以財產爲標的時，反須證明之。

第三目 撤銷權之行使及其效力

第一 撤銷權之主體及其債權

有撤銷權者爲債權人，固無問題。但無妨由其代理人，以債權人之名義，而爲行使行爲。然撤銷乃債權保全方法之一，其債權是否必須成立於債務人行爲之前？學說不一。法法學者之通說，以此爲絕對條件。德法學者之通說則反是，而不以爲條件。日本學者，或採後說；而大審院，則採前說。解釋我民法，亦以前說爲是。債權人撤銷權，乃保全總債權人利益之手段，故對不作爲債權，及以勞務爲標的之債權，非變爲損害賠償請求權後，不能行使之。又於附停止條件債權，其條件成就前；或附解除條件債權，其條件成就後亦同。附有特別擔保之債權，其債權人有無撤銷權？有積極消極之爭。以積極說爲通說。蓋擔保物之價值，既有高下，且不無發生更爲優先之債權之虞，故應從積極論定。於附保證時亦同。

第二 撤銷權之行使方法及訴訟當事人

上述而外，對於債權，別無限制。故如執行名義之有無，清償期之如何，債權發生原因之種類，均非所問。債權人撤銷權，與代位權異，必須爲審判上之行使。其方法爲聲請。（民二四四條一項二項）此之所

之行使
方法
撤銷之
當之
人

謂聲請，如將來非訟事件法中別無規定，自應由債權人向法院提起撤銷之訴，而有形成之訴之性質。訴之原告為債權人，毫無疑義。至其被告為誰，與撤銷權之性質問題有關，學說不一：(1)以債務人受益人及轉得人為共同被告。(2)僅以受益人為被告。(3)以受益人或轉得人為被告。(4)單獨行為之撤銷，以債務人為被告。契約之撤銷，以債務人及受益人為被告。余從最後說。

第三 撤銷權之效力

撤銷權
之行使
為總債
權人之
利益而
生效力

(甲)為總債權人之利益而生效。撤銷權行使之結果，不特利於聲請之債權人，乃為保全總債權人之共同擔保，故日民法四二五條明定曰：撤銷為總債權人而生效力。德撤銷權法第七條，則認聲請之債權人有優先權。我民法無明文，依其性質，應從日民法之理論。反是，因撤銷所生不利益的結果，則不及於他債權人。例如：敗訴判決之拘束力，不及於聲請人以外之債權人也。

撤銷之
效力及
於行為
之全部

(乙)撤銷之效力，及於行為之全部。撤銷權之性質，採物權主義時，撤銷應對法律行為之全部為之，故無妨超過債權保全之必要部分。反對說，謂行為之標的可分時，殊不必撤銷其行為之全部，而以救濟債權人損害所必要者為限。惟有債權保全之必要時，亦得超過債權額。

撤銷生
物權效
力

(丙)撤銷生物權效力。撤銷之效力如何？應依其性質論定。本書既採物權說，則其效力，亦為物權的。既經撤銷，對任何人皆為無法律行為。即已移轉之債權或物權，當然復歸於債務人。如已有物之給

付，債務人得行使不當得利返還請求權，或基於所有權占有權之請求權。

第四目 撤銷權之消滅

撤銷權
之特別
消滅時
效

債權人撤銷權，除依拋棄債權消滅等一般原因而消滅外，法律更設有特別時效。即自債權人知有撤銷原因時起，一年間不行使；或自行爲時起，經過十年而消滅。（民二四五條）日本民法，亦有同一趣旨之規定，惟其期間則倍之。（日民四二六條）

所謂知有撤銷原因時，指債權人知悉債務人爲有害債權之行爲之事實時而言。至如轉得之事實，則不必亦知之。又有多數債權人時，本條時效，應就各債權人分別進行。

第四款 契約

第一項 總說

本款爲
關於契
約效力
之規定

我民法於債之發生節中，規定契約之成立，大體與瑞債務法同。而對於契約之效力，又不從瑞債務法分定於適當地位，反於債之效力節中獨立一款。立法體例不一貫，已如本節首段所述。姑無論其當否？本款應以民法第二四六條至第二七零條之規定爲範圍，分別敘述之。

契約爲
力一語

契約之效力一語，義有廣狹。廣義言之，謂依契約所生一切法律上效力。狹義言之，則謂當事人所欲發

有廣狹
二義

生之效力，乃基於當事人之效力意思而生，故可謂為真正意義之契約效力。惟通常多從廣義。本款所稱契約之效力亦然。

契約效力之發生

契約之效力，與一般法律行為之效力同，以與其成立同時發生為原則。但有停止其發生之情事時，則為例外。例如附停止條件或始期之契約，雖成立於當事人意思表示合致當時，而其效力，則必待條件成就或期限屆滿始有其發生。

契約效力有一般與特殊之別

契約之效力，有一般的與特別的。前者為各種契約所一致，後者則依契約之種別而不同。本款所定契約之效力，乃一般的。至於各種契約之特別效力，在有名契約，乃分定於債編第二章各節，或其他特別法中；亦有依當事人之特約者。至於無名契約，則從當事人之特別訂定，亦或準用有名契約之規定。但以法律或契約無特別規定或訂定為限，無論有名契約或無名契約，皆有本款關於契約一般效力規定之適用。然本款所定契約之一般效力，分析言之，包括下列各點：(1) 契約標的之原始不能。(二四六條二四七條) (2) 契約之確保。(定金及違約金，二四八條至二五三條) (3) 契約之解除及終止。(二五四條至二六三條) (4) 雙務契約之效力。(同時履行之抗辯及危險負擔，二六四條至二六七條) (5) 關於第三人之契約。(二六八條至二七零條)

本款所定契約之一般效力

第二項 契約標的之原始不能

契約標
之要件

契約標
之後發
不能

契約標
之始
不能
效力

契約標
之始
不能
無效
原

契約標
之締
結上
過失

契約爲法律行爲之一種，其標的即內容，與法律行爲之內容同，須具備下列要件：(1)須適法，(2)須確定，(3)須可能。其詳應參照民法總則編關於法律行爲內容之說明。茲專就第三要件言之：所謂可能，乃不能之對稱。而不能，又有原始不能與後發不能之別。以後發不能之給付爲標的者，雖於契約，亦與一般之債同，應依前述給付不能之一般規定以定其效力。本款乃專就契約標的之原始不能，設有特別規定，而可別爲原則與例外。

第一 原則

『以不能之給付爲契約標的者，其契約爲無效。』我民法第二四六條一項本文，從德瑞先例明定之。(德民三零六條，瑞債二零條一項)蓋契約之標的，必須成立當時即爲可能，否則其契約雖成立，亦無認其有效之實益，故以無效爲原則。日民法雖無明文，通說及判例，亦從此見解。

此之所謂無效，乃當事人意思效力之不發生。然若一方對於不能有惡意，他方純屬善意時，契約既因原始的給付不能而無效，如認其并不生意思效力以外之效力，實反於債法上誠信之原則。故我民法第二四七條，又從德民法三零七條之例，明認契約締結上之過失 (*Culpa in contrahendo*) 責任。即使於訂約時知其不能或可得而知之一方當事人，對於非因過失而不知之他方當事人，負損害賠償責任。此項賠償責任，以他方當事人信其契約有效所受之損害爲範圍，即所謂信賴利益之賠償。(例如準備受領而支出

之必要費，及因拒絕第三人要約所生之損害等是）而非履行利益之賠償（例如標的物之價值，或轉售利益等是）亦法律之所明示。

給付一部不能者，其契約以全部無效為原則，僅就可能部分發生效力為例外。（民一一一條）全部無效時，應適用上述規定，毫無疑義。如僅一部無效時則如何？必有待於法律之明定。依我民法二四七條二項（德民三零七條二項）使準用前項規定，其賠償責任之範圍，自應比例定之。又於選擇之債，數宗給付中原始不能者，不問其不能原因如何，其債之關係恆特定於殘存給付之上。（民二一一條）然其不能事由，有如前項規定可歸責於債務人時，則債權人不僅得請求該特定給付，即對於信賴為可能給付之選擇應得之利益，并得請求債務人賠償。（民二四七條二項，德民三零七條二項）

第二 例外

（甲）『其不能情形可以除去，而當事人訂約時并豫期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。』（民二四六條一項但書，德民三零八條一項）蓋契約標的雖以成立當時即須可能為原則，然給付之可能與否，終須依清償期之狀態決之。故如契約成立當時給付不能，而其不能非永久且確定的，當事人豫期於除去不能之情形後為其給付者，則其契約仍應視為於清償期可能給付之契約，認其有效，非特合乎當事人真意，且易見其實益，此所以有本項但書之例外也。

契約標的
不能始
時除而去

選擇之
債一宗
給付不
能之效

給付一
部不能
之效力

附條件或期限之契約，其條件或期限已能成就，或已能除去。

定金制度之沿革

定金規定之位置

(乙)『附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約爲有效。』(民二四六條二項，德民三零八條二項)本項規定，可分爲兩點言之：(1)附始期之契約，於期限屆至時給付可能者，其以前雖不能，而其契約仍係以可能給付爲標的，故應有效。(2)附停止條件契約，決定其原始不能之時期，學說歧異。或謂締約時如不能，直爲原始不能；或謂條件成就時不能，始爲原始不能。本項從德例，採後說。故締約時雖不能，而條件成就時可能者，其契約有效。

第三項 契約之確保

第一目 定金

第一 定金制度之沿革及其規定之位置

於我東亞，定金制度，自古有之。惟其法律觀念不明。羅馬法明認此制度。考其沿革，乃自希臘輸入。惟其效力，因時而異。最主要者，或用爲契約成立之證據方法，或用爲契約不履行之制裁。自羅馬法以還，各國立法，無不明定之。然其性質及效力，仍不一致。規定之位置及詳略，亦各不同。如德民法，於債編第二章，與違約金合定於第四節。(三三六條至三三八條)瑞債務法，亦於特別債務關係章中，與違約金及損害賠償豫定合爲一節。(第一編第四章第三節一五八條)至日民法，則以實際上多見用於買賣爲理由，附於買賣契約節中。(第三編第二章第三節)且規定極簡。(五五七條)我民法因定金之適用，不以買賣契約爲

限，故從德瑞先例，規定於本款違約金之前。（二四八條二四九條）

第二 定金之性質

定金 (Arha, Draufgabe, arrhes)，因其交付之目的不同，而性質及效力亦異。故欲定統一的觀念，殊屬難能。然交付定金之主要目的，在確保契約之效力。其重要類別如次：

定金之主要目的在確保契約之效力。定金之種類約定

(甲) 證約定金 (Arha confirmatoria) 為證明契約成立所交付之定金，是曰證約定金。此種定金，非契約成立要件，僅以證明契約之成立為目的。於此目的之外，自無妨兼具違約定金或解約定金之目的。要須解釋當事人之意思定之。於羅馬法，定金恆有證約性質。獨普通法從之。普國國法一部五章二零五條，奧民法九零八條，德民法三三六條，瑞債務法一五八條一項亦同。

成約定金

(乙) 成約定金 (Arha constitutive) 以交付定金為契約成立要件者，是曰成約定金。因其交付，始有契約之成立，而生拘束力。然其交付，非意思表示之方法，乃存於意思表示以外，故非契約之方式，恰與要物契約標之物之交付有同一作用。此種定金，乃德固有法所認，今日立法上，殊不多見。

違約定金

(丙) 違約定金 (Arha poenalis) 付定金人不履行債務時，受定金人不必為其返還之定金，是曰違約定金。故與違約金同，有間接的強制債務履行之效力。一派學者，謂羅馬法上定金，兼有此性質。德民法第三三八條，亦對定金附以制裁的效力。

(丁) 解約定金 (Arrha poenitentialis) 爲解除權保留之對價而交付之定金，是曰解約定金。亦稱悔返定金。即付定金人，得拋棄定金，解除契約。受定金人，得償還定金之倍額 (Alerum tantum)，解除契約。所謂解除權，亦稱悔返權 (Reurecht)。付定金人，因交付定金，而取得解除權。故與違約定金異，反足致契約效力薄弱。然自他面觀之，付定金人，因解約而喪定金。受定金人，因解約須賠償定金。故此因此不輕爲契約之解除，是仍足以確保契約之效力。於羅馬法，定金非當然有解除權保留之效力，僅於有特約時認之。他如普國國法一部五章二一零條以下，奧民法九零九條，德民法三三六條，瑞債務法一五八條三項，亦僅於當事人有特約時，認定金有解除權保留之性質。反是，法民法一五九零條，日民法五五七條一項，則認解約定金爲定金之一般性。

第三 定金之成立

定金之成立，以定金契約 (Pactum arrale) 爲必要。其成立，除依契約之一般規定外，并須具備次述特別要件：

(甲) 當事人間須有交付定金之合意。其合意，以表明定金之目的爲足。明示或默示，書面或言詞均可。然雖有物體之授受，而以充定金之意思不明時，則無定金之成立。

(乙) 須有定金之交付。故定金契約有要物性質。但不以現實交付爲必要，依其他與交付生同

一效力之方法亦可。其交付時期，如係證約定金，須與契約之成立同其時期。如係成約定金，則因其交付始有契約成立。如係違約或解約定金，則在契約成立時或其以後，均無不可。

(丙) 通常僅由一方交付，但不以此為限。

(丁) 定金之標的物，通常為金錢。但無妨約為交付其他有財產價值之代替物。因其為代替物之交付，故其所有權，依交付而移轉於受定金人。惟解釋我民法，顧名思義，有以金錢為限之趣旨。如為其他代替物之交付時，不過可以準用關於定金之規定耳，非純正之定金契約。

(戊) 定金之交付，以證明契約成立，並確保其履行為目的。故為從契約。因而以主契約存在為前提。主契約無效或被撤銷，定金契約亦共其運命。主契約因解除或其他原因而消滅，定金契約亦消滅。惟成約定金，乃契約成立要件，故非與主契約分離存在之定金契約。

第四 定金之效力

定金之效力，依其種類而異。

力金體約定
二四八
我民法

(甲) 證約定金 此種定金，僅有證明契約成立之效力。即僅宣示契約成立之事實。故依其交付，積極方面，視為已經過契約締結之準備時期，當事人意思完全合致，并已生拘束力。消極方面，則視為無定金之交付時，契約尚未成立。我民法第二四八條規定曰：「訂約當事人之一方，由他方受有定金時，其

條規定
之體約
定金

成約定
金之數
力

違約定
金之數
力
我民法
二四九
條所規
定之違
約定金

契約視爲成立。』乃所以示我民法上定金之根本效力。或有解爲採成約定金主義者。余初亦從此說。〔拙著中國債編各論買賣節中，尙採此說，亟待修正〕細釋立法趣旨，并非認定金爲契約成立要件，不過認其爲證明契約成立之法定的證據方法，故改採證約定金說，以爲本條之解釋。但當事人，有以定金之交付爲契約成立要件之意思，自應生成約定金之效力，非有其交付，絕對否認契約之成立也。

(乙) 成約定金 此種定金，依其交付，契約始能成立，故有創設的效力。我民法對之，雖無明文，而當事人得約定之，已如前述。

(丙) 違約定金 此種定金，乃依制裁之目的而交付，故其不履行時，有違約金豫付之性質。履行債務時，則失其目的，應返還之；或作爲給付之一部。我民法第二四九條二項所稱：『契約履行時，定金應返還，或作爲給付之一部。』即所以示定金於當事人間別無訂定時，（民二四九條一項）生違約定金之效力。反是，不能履行，則依原因之不同，而異其效力。即(1)因可歸責於付定金當事人之事由者，定金不得請求返還，即爲受定金人所保有。（同條三項）(2)因可歸責於受定金當事人之事由者，該當事人應加倍返還其所受之定金。（同條四項）(3)因不可歸責於雙方當事人之事由者，定金應返還之。（同條五項）蓋從德民法三三八條之例，於當事人無特別訂定時，（民二四九條一項，德民三三七條一項）使生制裁的效力。故因不可歸責雙方之事由，致不能履行時，即失其制裁之目的，而使定金復歸於付定

金人。

我二條三九
民四項四九
法三效九

因歸責當事人一方之事由，致其契約不能履行時，除生上述第二四九條三項或四項之效力外，更得為損害賠償之請求否？如得請求，是否應由損害額中扣除定金數額？德民法採積極見解，已如第三三八條之所示。我民法之解釋，應與德民法同。蓋上述各項，雖規定違約定金之效力。然定金為契約成立之證據，乃我民法之根本主義。反是，而認其為純粹之違約金，殊與此根本主義不相容，故應解為：當事人不得證明，即得依法保留其定金，或請求加倍返還。如有超過此等數額之損害，而向他方請求賠償時，則須證明之。

解約定
金之效
力

(丁) 解約定金 此種定金，乃以為解除權保留之對價而交付。故付定金人，得就履行契約，或拋棄定金解除契約之中，選擇其一。反是，受定金人，亦得就履行契約，或倍償定金解除契約，二者擇一行之。我民法上之定金，非當然生此效力。但當事人，無妨約定。(民二四九條一項) 如無特約，則純依上述二四九條二項至五項之規定，以定其效力。故為契約之解除時，其定金應返還之。此於德民法三三七條二項，設有明文。於我民法，亦應從其理論。

第二目 違約金

第一 違約金之性質

何謂違約金
違約金有二種意義

關於違約金之立法

我民法上之違約金

違約金以契約為主債務為要件

違約金之負擔

違約金 (Poenae stipulatio, Konventionalstrafe, clause pénale) 者，約為債務人不履行債務時

應對債權人而為之給付也。(民二五零條一項)於立法上，意義有二：或以為債務不履行之制裁；或以為損害賠償之豫定。前者乃對不履行所施之罰則，而以確保債之效力為目的，故債權人得一面請求固有之給付，一面請求違約金。反是，後者則有因不履行所生損害賠償之性質，而以避免賠償額計算之困難，豫先確定其額為目的，故債權人對於固有給付及違約金，須擇一請求之。自羅馬法始，即認二種意義之違約金。近世多數立法，與羅馬法同。普國國法，認違約金為損害賠償之豫定。但學說上，認有罰則性質之違約金。與民法與普國國法同。(普國法一部五章二九二條，奧民一三三六條) 法民法以違約金代不履行之損害賠償。日民法亦同。(法民一二二九條，日民四二零條) 德、瑞，則就二種意義之違約金，皆設有規定。(德民三三九條至三四五條，瑞債一六零條至一六三條) 我民法從之。(民二五零條)

第二 違約金契約之要件

(甲) 須有主債務存在 違約金契約，係約為債務人不履行債務時支付違約金，(民二五零條一項) 無債務存在時，違約金契約不成立，故有從契約之性質。然主債務不必依契約而生，其發生原因及種類如何，概非所問。且不必於主債務發生當時即已約定。

(乙) 須有當事人之合意 違約金之負擔，既基於契約，故須有當事人之合意。然其合意，不拘方

須基於
合意

違約金
之客體
以金錢
為限

違約金
之債權
發生以
債務人
不履約
為條件

違約金
之債權
的實質
效力為
損害賠
償的定
的效力

式。負支付義務者，且無妨約為第三人。

(丙)須為金錢給付。違約金之客體，應以金錢為限。顧名思義，即可論定。然當事人約定違約時應為金錢以外之給付者，依我民法，亦準用關於違約金之規定。(民二五三條)既曰「準用」，其非純正之違約金契約，更可想見。是與日民法四二一條同，而與德民法三四二條前段定為「適用」者異。於德民法，雖不以金錢為標的，亦不失為純正之違約金契約。學者專稱以金錢為標的者曰狹義違約金契約，總括二者曰廣義違約金契約。

第三 違約金契約之效力

依違約金契約，而有違約金債權發生。其債權，以債務人不履行債務為條件。(民二五零條一項，德民三三九條，瑞債一六零條，日民四二零條)故為附停止條件債權，因條件成就，契約效力發生，債權人始得請求支付違約金。而所謂「不履行債務」，是否基於可歸責債務人之事由？以及債權人有無現實損害？概非所問。此與德民法明定為違約金於債務人遲延時得請求者不同。

違約金債權發生後，其實質的效力如何？依我民法，有原則與例外：

(甲)原則 違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。(民二五零條二項本文，德民三四零條，瑞債一六一條，日民四二零條三項)故原則上，違約金乃債務不履行時損害

賠償之豫定，其結果，應生如次之效力。

(一) 債權人雖能證明其實際損害額超過違約金，亦不得更行請求賠償。

(二) 債務人雖能證明債權人實際所受之損害額低於違約金，亦不得請求違約金之減額。

(三) 債權人既請求支付違約金，即不許并行請求固有之給付。

(乙) 例外 當事人約定債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行或不履行之損害賠償。(民二五零條二項但書，德民三四一條，瑞債一六零條二項，日民四二零條二項) 蓋違約金之約定，原則上視為填補賠償，但當事人無妨為遲延賠償之約定。其約定，且不以明示為必要。有此約定時，則違約金非不履行之損害賠償豫定，而有義務違反之制裁的性質。其結果，應生如次之效力：

(一) 不因受此制裁而免其固有給付之義務，故債權人，除請求違約金外，並得請求履行。

(二) 債權人亦得不請求履行，而併行請求不履行之損害賠償。故雖有遲延賠償之請求，仍不妨其填補賠償請求權之行使。

第四 違約金之減額

(甲) 一部履行時之減額 『債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利

遲延賠償的效力

一部履行時之

違約金
減額

益，減少違約金。』(民二五一條，法民一二三一條)本條規定，德日民法無之。德學者見解歧異。日學者之通說，則不認此理論，蓋一部履行，并非不履行，既有履行，則違約金之發生條件不成就，債權人根本不能請求支付違約金，僅得為一部不履行之損害賠償請求故也。然在我民法，本條之適用，亦應分別情形觀察之。

(一)當事人約為於一定時期不履行得請求違約金者，如有一部之履行時，則(1)一部履行於債權人無何等利益者，債權人得證明之，仍為全部違約金之請求，故法院不得減少違約金。(2)一部履行於債權人有益者，始有本條之適用。

(二)當事人約為不於適當時期為完全之履行，債權人逕得請求違約金者，則雖有一部之履行，亦得為全部違約金之請求。

違約金
酌減

(乙)違約金額過高之酌減 『約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。』(民二五二條，德民三四三條一項前段，瑞債一六三條三項)於此問題，學說不一。日民法採反對見解，認法院不得增減損害賠償之豫定額。(日民四二零條一項)就社會政策言，以德瑞及我民法之規定為宜。惟依德民法，法院為其減額，係從債務人請求。瑞債務法則否。我民法做瑞例，與前條同，無須債務人之請求。立法上，自較德民法更進一步。但欲實現立法真意，發揮其公平作用，殊有待於法官之慎重將事也。

第四項 契約之解除及終止

第一目 契約解除之立法沿革

羅馬法無契約解除之一般規定，故有一般性質之法律上解除，亦不認之。惟在買賣，出賣人所得價金不及標的物價值之半額時，認依判決廢棄買賣之權利。且對於標的物瑕疵之救濟方法，認回復訴權 (Actio redhibitoria)。但非純然之解除權。反是，於無名契約，當事人一方已給付，他方不為對待給付時，得依不當得利請求權，請求返還，是與解除權之行使，生同一效果，故學者謂有法律上解除之性質。

羅馬法雖不認一般的法律上解除，然於買賣，有所謂 *Lex commissoria, in diem additio, pactum displicentiae*，三種解除約款，而與今之所謂契約解除生同等效力。德意志繼羅馬法之後，亦僅於雙務契約當事人一方履行遲延時，認解除權。然不適於交易，故依判例，逐漸是認債務人遲延時債權人有解除權。普國國法，原則上雖不認此觀念，但有例外。奧民法九一九條亦然，於一方不履行時，僅認他方之履行及損害賠償請求權。

民法法一一八四條反是，於雙務契約，以一方不履行為解除條件，但非當然解除，他方就請求履行、損害賠償、及解除契約，得擇一以行之，且解除以向法院請求為必要。意大利民法一一六五條，西班牙民法一一二四條從之。

羅馬法
不認一
般解除

羅馬法
上關於
買賣之
三種解
除約款
其他立
法例

德舊商法，以羅馬法之見解失之過狹，民法法之規定又嫌過廣，故定為買賣當事人一方履行遲延時，相對人就請求履行、損害賠償、及解除契約三者之中，得行使其一。（三五四及三五五條）德民法於三四六條以下，認有契約上解除之規定。關於法律上解除，則大體從舊商法，而適用於一般雙務契約。（三二五條至三二七條）瑞債務法，日民法從之。（瑞債一零七至一零九條，日民五四一至五四八條）

第二目 契約解除及終止之意義

第一 解除之意義

何謂契約之解除

解除為意思表示

解除係一方之意思表示

解除意思表示

契約之解除（Rücktritt, Résolution）者，當事人一方因行使依契約或法律規定付與之權利，（解除權）而使生與契約自始不存在同其效力之一方的意思表示也。分析言之：

（甲）解除者，意思表示也。解除為意思表示，依以發生當事人所欲之解除效力，故又為法律行為。關於意思表示及法律行為之一般規定，皆適用之。

（乙）解除者，一方的意思表示也。解除，係依當事人一方之意思表示，使契約消滅，故不以得相對人同意為必要。且不問相對人是否亦有解除權。倘依合意始生與解除同一之效力者，乃不外別種之契約消滅方法，而非雙方之解除權行使。

解除之意思表示，乃由有解除權之一方對他方為之。於法律上，無須遵守一定方式，其不得附解除

之方法

解除以
除去債
權契約
爲目的

契約解
除後與
自始不
存在同

關於解
除效力
之學說

於我民
法及
生遯及
效

條件或終期，固無待論。然得附停止條件或始期否？大有爭議。余謂：依條件或期限之性質觀察，將來條件成就或期限屆滿時，爲相對人可得知悉者，則附停止條件或始期之解除，亦能有效。

(丙) 解除者，以除去債權契約爲目的之意思表示也。可得解除之契約，種類如何？法無限制。解釋上，應以債權契約爲限。然物權契約或準物權契約，當事人爲解除權保留之約定者，亦非無效。又於單務契約，雖無妨解除，但少見其適用。

(丁) 解除者，除去契約，使生與自始不存在同其效力之意思表示也。既已存在之法律事實，固無由使其消滅。然法律於一定條件下，無妨視爲與自始無其契約全然同一。解除即以發生此種效力爲目的，故依契約所生之債權，因解除而遯及既往歸於消滅。

解除之性質如何？因其效力而異。關於解除之效力，學說有三：(1) 直接效力說 (Theorie der direkten Wirkung)，謂依解除債之關係，全歸消滅，與自始未成立者同。(2) 間接效力說 (Theorie der indirekten Wirkung)，謂解除非使債之關係消滅，不過阻止其效力發生而已。(3) 折衷說 (Mittlere Theorie)，謂依解除當時債務履行與否，而異其效力。未履行前，債之關係因解除而消滅。既履行後，則生新返還請求權。其請求權，非基於不當得利之觀念，而基於法律之規定，是與第一說異。故解除無遯及效，僅對將來發生效力。解釋我民法，應從第一說，故解除生遯及效，即使其契約與自始不存在者，生同一效力。

解除不
得對契
約之一
部爲之

解除依
解除權
之行使
而爲之

何謂契
約之終
止與終
止之契
約點

解除既以發生與契約自始不存在同其效力爲目的。故必對全契約爲之，而不得爲一部之解除。蓋契約本身係統一體，而不得認其有一部消滅之結果也。

(戊)解除者，解除權之行使也。契約當事人，無何等理由，不得解除契約。必依基於一定原因所生解除權之行使，始得爲之。然解除之意思表示，無明示其原因之必要。解除權爲形成權，非請求權，從屬於債之關係，故不得單獨移轉。但無妨依代理人或由解除權人之債權人，代位行使之。

第二 終止之意義

契約之終止 (Kündigung) 者，使依契約所生債之關係，向將來而消滅之意思表示也。終止權有形成權之性質，於消滅債之關係一點，與解除同。然不生遡及效，則與解除異。故二者究異其性質。詳言之，有左列不同之點：

(甲) 法律上之解除權，以基於債務不履行爲主。反是，法律上之終止，則依種種理由而生。

(乙) 解除生遡及效，故有回復與契約自始不存在之同一狀態之效力。終止則否，過去之債權，不受其影響，故適於繼續給付之債。

(丙) 解除既遡及的消滅債之關係，故同時不得更爲不履行損害賠償之請求。終止則反是，一面終止，一面對於因過去之債務不履行所生之損害，無妨請求賠償。又因解除，違約金契約失其效力，終止

則否。

(丁)因解除，其已爲之給付，致失其法律上原因，故生以不當得利爲基礎之回復原狀請求權。終止，因僅向將來生效，故無不當得利之問題。

解除與終止，既異其性質及效力。故關於解除之一般規定，不能完全適用於終止。而僅第二五八條及第二六零條之規定，於法律上終止準用之，乃我民法第二六三條所明定。德日民法無之，通說，除對於第二五八條二項之準用採反對見解外，其他各規定，依終止之性質，無妨準用，故與我民法之規定同其論定。

關於終止，除準用上述第二五八及二六零條之規定外，法律上別無一般規定。其發生原因，行使期限，效力，及消滅等，均散見於認終止方法之各種契約中。例如租賃、僱傭等繼續給付契約各款，均各別設有明文，容於債編各論再爲詳述。

第三目 解除權之發生原因

解除權之發生原因，或爲契約，或爲法律規定。因契約上原因事實發生，而行使其所保留之解除權，以解除契約者，是曰約定解除。其被解除之契約，無論種類如何，縱依法適用終止者，亦無妨附以約定解除權。其解除權存於當事人一方或雙方，依當初之契約保留之，或依嗣後之特約追加之，均無不可。行使方法及效力等，亦依契約所定。未約定時，則適用二五七至二六二條之規定。蓋我民法，雖與德日民法異，（德民三

關於終止
之法律規定

解除權
之發生原因
約定解除

四六至三六一條，日民五四零條）對於約定解除，未明定其觀念，然非絕對否認之。故關於解除之一般規定，對之仍有補充法規之作用。

法定解除

當事人一方行使依法律規定而生之解除權解除契約者，是曰法定解除，即謂其解除權依法律規定而生。蓋法律於一定事實存在時，認當事人一方有解除契約之權利發生。解除權之法定原因，可大別為二：或為一般契約之共通解除原因，或為各種契約所獨具之特別解除原因。後者應於債編各論述之，茲專論一般解除原因。我民法對於因給付遲延之解除，及因給付不能之解除，設有明文。此等規定，不僅於雙務契約有其適用，即在單務契約，如有法定原因存在，亦得行使解除權。

一般解除原因與特別解除原因

第一 因給付遲延之解除

因給付遲延之解除

契約當事人一方給付遲延者，除去一般債務人遲延之效力外，法律又認債權人有解除權。惟依定期給付與否，而異其解除要件。

非定期給付契約之解除

（甲）非定期給付契約 即未定給付期限，或雖定有期限，而其期限於契約內容上非重要者，債務人雖於期限後給付，仍得達其目的，不失為債之履行。故債權人解除契約，須具備次述要件：（民二五四條，法民一一八四條，德民三二六條，瑞債一零七條，日民五四一條）

（一）須契約當事人之一方給付遲延 當事人一方給付遲延，他方始有催告解除之權，已知

民法第二五四條所明示。然其遲延，是否須因可歸責於債務人之事由，我民法與一般立法例同，未設明文，學說殊欠一致。依余所信，法律既無明文，自非本條解除權之成立要件。惟解除契約，於債務人極其不利，為求事理之公允，并貫徹債務人僅負過失責任之一般原則，（民二二零條）如債務人能證明其遲延，非因可歸責於己之事由時，解除之效力，因以不能發生。

（二）須他方當事人曾定相當期限催告其履行（1）催告為審判外之履行請求，乃將履行請求之意思依文書或言詞通知債務人，而無意思表示之性質。（2）催告期限，由為催告之債權人依客觀標準酌量定之。不外催告之內容，而非與催告分離獨立之法律事實，其必客觀上認為相當，如不相當，解除權根本不能成立。（3）催告於清償期屆滿後任何時皆得為之。然在清償期前，能否為催告？余從積極說。惟其催告，乃以債務人屆期不給付為條件。其催告期限，則自清償期屆滿時起算，而非自為催告當時起算。（4）債務人豫先表示拒絕給付之意思者，債權人欲為契約之解除，是否仍以經過催告為要件？余從積極說。然其拒絕之表示，可認為有解約要約之意思，而債權人默示的承諾之者，得解為依合意之契約解除。

（三）須債務人於債權人所定期限內不履行。故債務人欲免解除，不可不於催告期限內現實給付，或提出給付。反是，而不履行，則債權人得以解除契約。至於期限內之不履行，是否基於債務人

之故意過失，殊非所問。

具備上述三要件，債權人有解除權。然其行使與否，尙有待於意思表示。如不行使，而仍請求履行或不履行之損害賠償，概屬債權人之自由。蓋第二五四條，乃任意規定故也。又於債權人取得解除權後，始爲給付或提出給付者，債權人是否仍有解除權？余謂其給付或提出縱不違反契約本旨，債權人無妨拒絕受領，其解除權仍得有效行使。

定期給
付契約
之解除

(乙)定期給付契約 以一定時期爲清償期，且其時期於契約內容上極爲重要者，是曰定期給付契約。其中又有絕對與相對之別。相對定期給付契約，應有第二五四條之適用。本段專指絕對定期給付契約言。其解除，不依上述規定，而須具備左列要件：(民二五五條，德民三六一條，瑞債二零八條三款，日民五四二條)

(一)須依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期爲給付，不能達其契約之目的。此不僅定有精確之清償期，且須於其時期不給付，不能達契約之目的。易言之，即清償期後之給付，於債權人全無利益，故僅認清償期爲重要，尙爲未足，必須清償期後之給付無履行價值者，始合於此要件。而所謂非於一定時期爲給付不能達其契約之目的，有基於契約之性質者，有基於當事人之意思者。即或依契約之性質，或依當事人之意思，以絕對定期給付爲契約內容之謂。

(二) 須當事人一方不按照時期給付。絕對的定期給付契約，而債務人不按期履行者，債權人有解除權。至其不履行，有無過失，原非所問。但債務人能證明其非基於可歸責自己之事由者，債權人自不得有效行使解除權，此與前條之解釋同。

(三) 須因債務人不按照時期給付，致不能達其契約之目的。即因不履行而生此結果，法律雖未明言，解釋上應如是也。

具備上述三要件時，債權人得不為前條之催告，逕行解除契約。蓋於履行期後，縱令履行，亦不能達契約之目的，是不復有催告之實益。故因一定時期經過，當然有解除權之發生也。

第二 因給付不能之解除

因可歸責於債務人之事由，致其給付全部或一部不能者，債權人得解除契約。(民二五六條，德民三二五條一項，日民五四三條)

(甲) 全部不能時 因可歸責於債務人之事由致其給付全部不能者，債權人締結契約之目的，因以不達，故認其有解除權。於此情形，債權人本有損害賠償請求權，如不解除契約，而請求損害賠償，自非法之所禁。

(乙) 一部不能時 因可歸責於債務人之事由致給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權

因給付不能之解除

全部不能之解除

一部不能之解除

除

人無利益時，債權人得拒絕該部分之給付，而為全契約之解除。然若不行使解除權，而為第二二六條二項之損害賠償請求，亦無不可。反是，可能部分之履行，於債權人有益時，自無此項解除權之發生，僅得為一部不履行之損害賠償請求。

第四目 解除權之行使

第一 行使解除權之方法

解除契約之方法，立法主義有三：(1) 審判上方法。法民法，於法定解除，即採此主義。意、西、民法從之。(法民一一八四條，意民一一六五條，西民一一二四條)(2) 以當事人一方之意思表示為解除之方法。德、日民法屬之。(德民三四九條，日民五四零條一項)(3) 當然解除主義。意、日、商法屬之。(意商六九條，日商二八七條)

我民法第二五八條一項定曰：『解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之。』蓋採第二主義，故無須得他方之承諾。其意思表示，不問明示或默示均可，不拘方式，且不必用解除字樣，而以表明遡及的消滅契約之意思為足。然解除權人，依審判方法而行使之，自非法之所禁。

第二 多數當事人間之解除

多數當事人之間，契約當事人之一方有數人者，解除契約之意思表示，應由其全體，或向其全體為之。(民二五八條二

關於解除
之立法
例

我民法
之解除
應向他
方以意
思表示

多數
當事人
之解除

解除之
意思表
示不得
撤回

當事人
當然因
解除而
負回復
義務

項，德民三五六條前段，日民五四四條一項）蓋因解除權有不可分之性質。然若契約當事人之一方或雙方有數人，其中之一人解除權消滅者，是否足以影響他當事人之解除權？德日民法，明定為應隨同消滅。（德民三五六條後段，日民五四四條二項）我民法既無明文，解釋上，解除權自應為其餘之當事人而存在。

第三 解除之意思表示不得撤回

契約因解除而溯及既往歸於消滅，故既經表示解除之意思後，不得更撤回之。（民二五八條三項，日民五四零條二項）否則有害法律關係之確定，妨及交易之安全。

第五目 解除之效力

第一 回復原狀

契約解除後，溯及既往而消滅債之關係，已如前述。故於未履行之債務，因解除而當然消滅，不生何等問題。反是，已履行者，則其履行，因解除而喪失法律上原因，故當事人雙方，均負回復原狀之義務。此種義務，原以不當得利之法理為基礎。然我民法，不使適用不當得利之一般原則，而明定為：除法律另有規定，或契約另有訂定外，使依左列之規定。（民二五九條）

（甲）由他方所受領之給付，應返還之。（民二五九條一款，德民三四六條前段，日民五四五條一

項)

(乙) 受領之給付爲金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。(民二五九條二款，德民三四七條三段，日民五四五條二項)

(丙) 受領之給付爲勞務，或爲物之使用者，應照受領時之價額以金錢償還之。(民二五九條三款，德民三四六條後段)

(丁) 受領之給付物生有孳息者，應返還之。(民二五九條四款，德民三四七條二段及九八七條九八八條)

(戊) 就返還之物已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內，請求其返還。(民二五九條五款，德民三四七條二段九九四條二項九九六條)

(己) 應返還之物有毀損滅失，或因其他事由致不能返還者，應償還其價額。(民二五九條六款，德民三四七條一段九八九條)

契約當事人間，因解除所生之回復原狀義務，概如上述，是爲解除效力之一面。其效力，是否得及影響於第三人？不無疑義。日民法第五四五條一項但書明定爲：解除之效力，不得害及第三人之權利。我民法無之。然此問題，首應論定解除係生債權效力抑生物權效力。我民法係從德例，採債權主義，故生上述第二五

關於解除
除與賠償
係之關係
法例之立

於我民
法解除
時并得
請求損
害賠償

雙務契
約規定
準用於
解除時
之當事
義務互

九條各款之返還請求權。則其效力，不得影響第三人之權利，是為當然之解釋，不待法文明定也。

第二 損害賠償

解除契約與損害賠償之關係，立法例異：(1)債務不履行時，債權人就損害賠償請求權與契約解除權，得擇一行使。德民法三二五及三二六條屬之。(2)債務不履行時，債權人解除契約，同時得請求不履行之損害賠償。法民法一八一四條二項屬之。(3)債權人解除契約，同時得請求因契約消滅所生之損害賠償。(即消極的契約上損害 Negative Vertragsinteresse) 瑞債務法一零九條屬之。

我民法第二六零條規定曰：『解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。』與日民法第五四五條三項，完全相同。其不能從德民法解釋，固不待論。即於二三兩例中，亦不能從第三例，而應從第二例，解為：債權人於解除契約之外，更得請求賠償因不履行所生之一切損害，信為至當。

第三 雙務契約規定之準用

『當事人因契約解除而生之相互義務，準用第二百六十四條至第二百六十七條之規定。』(民二六一條)此蓋因契約之解除，當事人雙方皆不免有上述義務發生，其與依雙務契約而生者，雖異其原因。然認其相互間有牽連關係，最為公允。故使準用雙務契約之規定。然所謂相互義務，國內學者，或解為專指回復原狀義務言。然從法文規定之方法及其位置觀之，則雖損害賠償義務，亦包括在內。更從立法例考之，

關於同時履行抗辯之第二六四條之準用，係從德日先例，（德民三四八條三二零條三二二條，日民五四六條五三三條）無可訾議。至於二六五條，乃同時履行抗辯之特則；二六六及二六七條，乃危險負擔之規定；本條亦定為有其準用，殊無立法上根據，理論上亦無意義。

第六目 解除權之消滅

解除權之消滅原因，可得而舉者，如次：

第一 解除權之拋棄

此與一般權利同，因權人明示或默示的拋棄而消滅，無待深論。

第二 解除權之行使

解除權有形成權性質，因解除權人之行使而消滅，發生回復原狀義務，故其後不復有行使餘地。

第三 期間經過

解除權之行使，有約定期間者，解除權人於其期間內，不行使時，因期間經過，解除權當然消滅，自不待論。反是，而無約定期間者，我民法從德日先例，認催告制度。即他方當事人，得定相當期限，催告解除權人於期限內確答是否解除？如逾期未受解除之通知，解除權即消滅。（民二五七條，德民三五五條，日民五四七條）

解除權
之消滅
原因

解除權
之拋棄

解除權
之行使

期間經
過

第四 解除權人之行爲

『有解除權人，因可歸責於自己之事由，致其所受領之給付物有毀損滅失或其他情形，不能返還者，解除權消滅。』（民二六二條前段，德民三五一條，日民五四八條一項前段）蓋於此情形，因解除權人之行爲，足致不能回復原狀，故應失其解除權。其要件如次：

（甲）解除權人一方所受領之給付物，有毀損滅失或其他情形，不能返還者。

（乙）不能返還之結果，係基於可歸責解除權人之事由而生者。

（丙）給付物毀損滅失或其他不能返還之情事，須在行使解除權以前。如已行使之後，則其行使爲有效，僅生損害賠償義務，不生解除權之消滅。

第五 標之物之變更

因解除權人之加工或改造，致將其所受領之給付物變其種類者，解除權亦消滅。（民二六二條後段，德民三五二條，日民五四八條一項後段）所謂加工（Bearbeitung）或改造（Umbildung），即將原物加以工作，使爲新物之行爲。解除權人，就其當初受領之給付物而加工或改造，致其物之種類變更者，即不能回復原狀，是與給付物之滅失同，故爲消滅解除權之原因。

第五項 雙務契約之效力

債權與
反對債
權之關
係

何謂雙務契約，已如本書第一節之所述。依其契約，有債權與反對債權發生。二者之關係如何學說歧異。舉其著者：

第一 一債權說

一債權
說

依雙務契約所生之債權及反對債權，不過為一債權關係之兩面，不得分離，互為對方之債權而存在。一方之債權不發生時，他方之債權亦不發生，且不許獨立行使。

第二 二個獨立債權說

二獨立
債權說

依雙務契約所生各方之債權，各別獨立，全無關係，故得分別行使。一方之債權消滅，他方之債權無妨存在。

第三 相互條件說

相互條
件說

依雙務契約發生二個獨立債權，然各當事人互以交換給付為目的，故雙方之給付，互為條件，各當事人非單純負擔給付義務，乃對其對待給付而給付，因此，一方非自為給付或提出給付，不得請求他方之給付，是以給付或給付之提出為請求要件。

第四 牽連關係說

牽連關係

解釋我民法第四條
深法應我
雙務契約
問題上二

何謂同時履行抗辯

關於同時履行抗辯之性質
與說

依雙務契約發生二個獨立債權，各當事人本得獨立行使自己之債權，然基於公平觀念，認雙方債權有牽連關係，一方不給付或不提出給付，而請求相對人給付時，相對人得依抗辯拒絕自己之給付。

上述一二兩說，各趨極端。三四兩說，頗相類似，惟所認牽連之程度不同。我民法之解釋，應從第四說。

依雙務契約所生雙方之債權關係，有二問題：其一，債務尚未履行間之效力，即所謂同時履行之抗辯。其二，一方之債務給付不能及於他方債務之效力，即所謂危險負擔之問題。分論如次：

第二目 同時履行之抗辯

第一 同時履行抗辯之性質

依雙務契約所生雙方之債權雖獨立存在，然自經濟上觀察，雙方之給付，互有對價關係，故自羅馬法以來，各國立法，皆認當事人一方於他方未為對待給付前，得拒絕自己之給付，是曰同時履行之抗辯，亦稱契約不履行之抗辯 (*Exceptio non adimpleti Contractus, Einrede des nicht erfüllten Vertrages*)。我民法從之。究其性質，從來見解有二：

(甲) 請求權否定說 同時履行之抗辯，非固有抗辯，乃否定相對人之請求權，即主張相對人請求權之不存在。故當事人一方請求他方履行債務時，須先給付或提出給付。反是，而不能證明自己已給付或提出給付者，其請求必被駁斥。蓋認自己給付或提出給付為對他方請求之要件，法官應依職權調

查之。

(乙)真正抗辯說 同時履行之抗辯。乃真正之抗辯 (Einrede)。當事人一方，雖不給付或不提出給付，亦得對他方請求。故不以已給付或提出給付為請求他方給付之要件。然他方得以一方之尚未給付為抗辯，拒絕自己債務之履行耳。

就雙務契約之性質及實際之適用上論之，上述二說，以第二說為當。羅馬法之解釋，向有爭論。德普通法，以後說為通說。近世立法，多從前說。(普國國法一部五章二三七條二七一條，奧民一零五二條，瑞債八二條) 日民法雖無直接規定，通說亦採前說。惟德民法改採後說。日民法從之。(德民三二零條，日民五三三條)

我民法第二六四條一項本文定曰：『因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。』乃明認給付拒絕權，而非依以否定他方請求權之存在，其採第二說，與德日民法同，故有一時抗辯或延期抗辯 (Dilatorische Einrede) 之性質。如當事人一方未為自己之給付以前，訴求他方給付時，他方得援用之，以為抗辯。反是，而不援用，法院亦不得依職權調查原告會否履行。

第二 同時履行抗辯之要件

同時履行抗辯之要件

我民法所認之同時履行抗辯

關於同時履行抗辯之立法例

雙務契約當事人一方，對於他方之給付請求，得援用同時履行抗辯，拒絕自己之給付者，須具備左列

要件（民二六四條）

（甲）須因契約互負債務。同時履行之抗辯權，以雙務契約上之反對債權為基礎。故其成立，以當事人依同一契約雙方皆有債權，而其內容互有對待給付之性質，為其第一要件。此於我民法第二六四條，雖未表明其為關於雙務契約（*Gegenseitiger od. Zweiseitiger Vertrag*），然一則曰『因契約互負債務』，再則曰『對待給付』，必依雙務契約互有債權者，始有同時履行抗辯之援用，毫無可疑，是與德民法明言 *Gegenseitiger Vertrag*（三三二零條以下）瑞債務法明言 *Zweiseitiger Vertrag*（八二條）者無異。其結果，應注意左列各點：

（一）兩當事人雖互負債務，但非基於同一之雙務契約者，縱令彼此之間有事實上之密接關係，亦不生同時履行抗辯權。

（二）雙方債務縱依同一雙務契約而生，然其一方之給付有從屬性質，非立於對待給付關係之上者，亦不生同時履行抗辯權。但雖從給付，而依特約使與他方之給付立於對待地位者，則無妨據為同時履行抗辯之理由。

（三）一方之債務，因不可歸責於債務人之事由，給付不能，或已依清償等其他方法消滅者，同時履行抗辯權，亦隨之而消滅。

須雙方
債務均
屆清償
期

須他人
當事人
未為對
待給付
前

(四) 因可歸責於債務人之事由給付不能，致變為損害賠償債務者，其債務仍不喪失同一性，故與相對人之對待給付之間，仍有同時履行抗辯權存續。

(乙) 須雙方債務均屆清償期。雙方之債務，依特約或法律規定異其清償期者，例如甲方已屆清償期，乙方尚不得為何等請求時，則乙方對於甲方所為之請求，無同時履行抗辯權之存在。

(丙) 須他方當事人未為對待給付前。即他方當事人尚未依契約本旨而為對待給付時，得拒絕自己之給付。所謂『未為對待給付』，包含有對待性質之現實給付及其提出言。故(1)全未給付時，有同時履行抗辯權之存在。(2)他方縱已為部分之給付，亦得拒絕受領，而就自己給付之全部主張同時履行。(3)他方為部分給付而受領之者，按其部分，同時履行抗辯權消滅，僅就與殘部相對待之部分，得主張同時履行。(4)他方所為部分給付縱已受領，然其給付不能認為依債務本旨之履行者，則仍就其全部，有同時履行抗辯權存在。(5)他方已為部分給付，依其情形，如拒絕自己給付，有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。(民二六四條二項，德民三二零條二項)

具備上述要件，得主張同時履行抗辯。除第三要件外，其存否須由主張者負證明責任。當事人既能證明雙方互負債務，且均屆清償期，無論其期限到來之遲早，推定其概須同時履行，而有我民法二六四條一項本文規定之適用。反是，任何一方之債務尚未至期者，自不得援用之。又雖均已至期，而依契約或法律規

我民法
二六四
條一項
但書之
解釋

定，一方負有先爲現實給付或提出給付之義務者，則他方尙未爲對待給付而向其請求時，一方能否援用同時履行抗辯權拒絕給付？國內學者，有謂主張同時履行，除上述要件外，并應以『自己無先爲給付之義務』爲要件者。惟依我民法二六四條一項但書之立法言，此點殊非主張同時履行之要件，故援用抗辯權時，不必證明『自己無先爲給付之義務。』反是，因其抗辯，他方當事人得證明其有此義務，以反證抗辯權不存在耳。然就此例外，即當事人一方雖應先向他方爲給付，已如上述，原可阻止同時履行抗辯權之成立。但具備下列要件時，則同時履行之抗辯，仍無妨有效主張之。即(1)他方財產於訂約後顯形減少，有難爲對待給付之虞。(2)他方尙未爲對待給付或提出擔保前。具備此二要件，得不受二六四條一項但書之拘束，而拒絕自己之給付，所以求其公允也。(民二六五條，德民三二一條，瑞債八三條)

第三 同時履行抗辯之效力

同時履行抗辯權，以相對人爲對待給付時止，得拒絕自己之給付，爲其內容。因而發生次述效力：

(甲) 因抗辯權行使而生之效力

(一) 審判外之行使 同時履行抗辯權人，得行使抗辯權，拒絕相對人之履行請求。然其拒絕，以至相對人爲對待給付止，故非否認相對人之請求權，不過妨止其請求權之行使，而有停止或延期抗辯之性質。一旦有效行使之後，相對人提出對待給付重行請求時，自不得更行拒絕自己之給付。

因抗辯
權行使
而生之
效力

同時履
行之效
力

(二) 審判上之行使 同時履行抗辯權，乃真正之抗辯權，而非否認請求原因。於訴訟上，被告倘不援用，法院縱知其存在，亦不得依職權據為審判基礎，而應為無條件的原告勝訴之判決。反是，被告援用之時，則應在『被告應與原告對待給付之提出交換履行』之限制下，而為原告勝訴之判決。非因被告之同時履行抗辯權援用，即應判定原告敗訴也。

因抗辯
權存在
而生之
效力

(乙) 因抗辯權存在而生之效力 同時履行抗辯權，因權利人行使始生上述效力。然就其內容及本質上考之，有至相對人為對待給付時止得拒絕履行請求，即不為自己給付并非不當之意義。故債務人如有此抗辯權存在，雖未援用，亦不陷於給付遲延。蓋於此時，債務人之不給付，實有正當事由故也。

雙務契
約之後
發不能

第三目 危險負擔（雙務契約之後發不能）

第一 總說

給付因後發的不能及於債之效力，於單務契約，分別適用第二二五條二二六條及二五六條等規定，即足以資解決。反是，於雙務契約，則不以此為足。蓋因其雙方均負有債務，一方之給付後發不能，對於他方之給付義務，應及何等效力？不無問題。而其效力，因後發不能之發生原因不同，未能一致。即給付不能因可歸責債務人之事由而生者，與不可歸責債務人之事由而生者，所及於他方債務之效力異。因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，對債權人之債務，應及何等效力？學者以危險負擔問題稱之。所謂危險

危險負
擔及其
間之主
題及法
義

(Periculum) 即雙務契約標之物因毀損滅失發生損害之可能決定其應歸何方負擔即為危險負擔之問題。從來主法，異其主義。有對於以讓與特定物為標的之雙務契約與其他雙務契約，分別規定之者；有就一切契約，使依同一處理者。羅馬法屬第一主義。近世多數立法從之。德法系立法，則採第二主義。我民法大體從德民法之規定。

第二 關於危險負擔之立法主義

(甲) 債權人主義 即雙務契約上之危險，歸債權人負擔。詳言之因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免其給付義務，而相對人仍須為對待給付。羅馬法屬之。德普通法，法法系各國民法，日民法之一部，均採此主義。(法民一六二四及一一三八條，荷民一四九六條，意民一四八零條一二五條一四四八條一二九八條，日民五三四條一項)

(乙) 債務人主義 即雙務契約上之危險，歸債務人負擔。詳言之因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免其給付義務，相對人亦不必為對待給付。德固有法屬之。普國國法，德、奧、民法，日民法之一部，瑞債務法，均採此主義。(普國法一部十一章九五條一百條一部五章三六四至三六八條，德民三二三條，奧民一零六四條一零四八至一零五一條一四四七條，日民五三六條，瑞債一一九條一項)

(丙) 分擔主義 即雙務契約上之危險，由雙方平均分擔。惟立法上，尙未見之。

(丁) 所有人主義 又曰物權人主義。即由就標的物有物權之人負擔危險。詳言之：債務人仍保有標的物之所有權者，其物毀損滅失之損失，歸債務人，而不得向相對人請求對待給付。反是，標的物之所有權已移屬相對人者，則其物毀損滅失之損失，歸相對人，而得向相對人請求對待給付。此主義，乃英國法所認。德普通法，及法民法學者，亦或採此主義，以爲債權人主義之說明。

第三 不可歸責雙方之給付不能

不一方
歸責
雙方
不致
給付
不能
免除
他方
減少
或對
待給
付

因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付不能者，其危險歸何方負擔？我民法第二六六條一項，從德民法三二三條一項之例，採債務人主義，設有明文。其適用，以『因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付不能』爲要件。即其給付不能，非基於債務人或債權人任何一方之故意過失所生，而以第三人行爲或自然力爲原因。其效力，則因給付不能之爲全部或一部，而不一致。全部不能時，債務人固得免其給付義務，而他方之對待給付義務，亦因以免除，是其危險由債務人負擔。反之，於一部不能時亦然，債務人僅按其不能之範圍，得免給付義務，故債權人之對待給付義務，亦非全然免除，而應按其比例減少之。此皆我民法從德民法先例所明定。日民法雖僅就全部不能定之，然學者對於一部不能，亦依德民法之理論，而爲論定。（民二六六條一項，德民三二三條一項，日民五三六條一項）

免除或
減少對
待給付
之利
返還
當得利

證明責
任

可歸責
於他方
給付不
能時之
效力

因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部或一部不能時，他方完全免除或比例減少對待給付，已如上述。於此情形，雙方債務應全部或一部的歸於消滅，故債權人尙未爲對待給付時，或則不必爲之，或則僅爲其一部。反是，已爲對待給付後，則債權人之給付，或就其全部，或就其一部，欠缺法律上原因，故得依不當得利請求權（*Condictio ob causam finitam*），請求債務人爲其全部或一部之返還。此於我民法第二六六條二項，仍從德例，設有明文。（德民三二三條三項，瑞債一一九條二項）日民法雖未規定，通說亦然。

債權人爲免除或減少對待給付，以證明債務人之給付不能爲足。其不能係因不可歸責雙方當事人之事由而生，無須證明之。蓋給付不能時，債權人以免其對待給付爲原則。如債務人依次述第二六七條請求債權人爲對待給付時，反須由債務人證明該條所定之要件故也。

第四 可歸責於他方之給付不能

當事人之一方，因可歸責於他方之事由，致不能給付者，其損失歸何方負擔？我民法第二六七條，從德民法三二四條一項之例，採債權人主義，設有明文。日民法第五三六條二項之趣旨亦同。其適用，以『因可歸責於債權人之事由致債務人給付不能』爲要件。此項要件之存在，須由債務人負舉證責任。至其效力，即債務人雖免其給付義務，而對債權人之對待給付請求權，并不因以消滅，是由債權人負擔危險。蓋因可

歸責債權人之事由致給付不能時，如使債務人喪失請求對待給付之權，殊無理由。然債務人因免給付義務，現實取得之利益，或本應取得而依惡意致未取得之利益，基於公平觀念，均應由債務人所得請求之對待給付中扣除之。但以給付義務之免除與利益間有因果關係為必要。

我民法二六七條之規定，從文字上言，係對於債務人給付之全部不能而設。然全部不能，既不影響於對待給付請求權，反是，如為一部不能，更無待論。故雖一部不能，於理論上，亦應適用本條，即以依一部不能而減縮之給付義務與對待給付義務之全部，仍立於雙務契約關係之上。

第六項 關於第三人之契約

第一目 總說

羅馬法，依“*Alteri stipulari nemo potest*”之格言，以不認『為第三人之契約』為原則。至十八世紀前半期，Grocius 倡共同要約說（*Theorie der Collectivoferte*）以來，對於為第三人之契約，漸為學說上研究。普國國法，始明揭第三人利益亦得為契約標的之旨。（一部五章七四條七五條）法民法對於契約，以僅就當事人間生效為原則，（一一六五條）但以利於第三人為條件，得締結為第三人之契約。（一一二一條）奧民法之解釋，認為第三人契約得有效成立。（八八一條）至德民法，始絕對排斥羅馬法之原則，對於為第三人契約，設一般規定。（三二八條以下）瑞士債務法及日民法亦然。（瑞債一一

可歸責
他方致
給付不
能一
部不能
之適用
規能用

關於第
三人之
契約之
沿革

關於第
三人之
契約有
二種

何謂由
第三人
爲給付
之契約

由第三
人爲給

二條一一三條，日民五三七條至五三九條）

如上所述，否認爲第三人契約之羅馬法原則，近世已廢棄之。蓋以極端個人主義之立法，殊不宜於現代。然多數立法，僅認爲第三人利益之契約，而不認使第三人爲給付之契約。僅法瑞二法，兼認第二種觀念。（法民一一二零條，瑞債一一一條）我民法從瑞債務法之例，於第二六八條規定由第三人爲給付之契約，於第二六九條及二七零條規定向第三人爲給付之契約。所謂關於第三人之契約，乃概括二者而言。

第二目 由第三人爲給付之契約

契約當事人之一方，約由第三人對於他方爲給付者，是曰由第三人爲給付之契約。屬於以第三人負擔爲標的之契約（*Vertrag zu Lasten eines Dritten*）之一種。此等契約，與爲第三人之契約相反，任何人未經第三人承諾，不得使第三人受不利益，多數立法，故不認之。然以第三人負擔爲標的之契約，非使第三人其人負擔債務，乃由當事人一方自己對他方負擔應使第三人爲一定行爲之債務。而所謂使第三人爲一定行爲，有約爲當事人一方僅以盡力使第三人行爲爲足者，亦有須擔保第三人行爲者。前者，當事人一方如已依善良管理人之注意，盡力使第三人行爲，雖不能得其結果，亦免債務。後者，則當事人一方既擔保第三人行爲，如不能得其結果，自不得免契約上債務。於此情形，一方當事人對於他方究應負何種責任？我民法從法瑞先例，明定曰：「契約當事人之一方，約定由第三人對於他方爲給付者，於第三人不爲給付

力約之契
之效

時，應負損害賠償責任。』(民二六八條，法民一一二零條，瑞債一一一條)蓋即爲此而設。其適用，有應注意：(1)當事人一方，不問第三人未履行之理由如何，絕對負損害賠償責任。(2)本條非強行法規，如當事人一方約爲：僅就第三人之不給付係基於可歸責自己之事由始負責任者，則其責任，無絕對性。蓋以無特約爲限，當事人一方始負絕對責任，乃本條之實質的意義。(3)本條所定當事人一方之責任，非契約上之固有的給付義務。然第三人之給付，無專屬性質。依契約本旨，無妨由當事人一方代爲履行者。如已代爲履行，本條損害賠償責任因以爲免除。縱無特約，而他方依一方代爲之給付，亦能滿足其債權。故於給付無專屬性質者，他方不得拒絕之而請求損害賠償。

第三目 向第三人爲給付之契約

第一 向第三人爲給付之契約之根據

此種契約，有二問題：

(甲) 依此契約，要約人之債權，能否成立。依羅馬法上，無利益則無訴權之格言，要約人自不能取得債權。然債務人非對要約人爲給付，而對第三人爲給付，要約人雖無直接之財產利益，而恆有間接之無形利益，故要約人對債務人，取得請求向第三人爲給付之債權。

(乙) 依此契約，第三人能否取得債權。依羅馬法，債之關係乃拘束債權人債務人之法鎖，與其

對債權人
之債權
爲給付
第三人之
債權
人取得
對債權人
之債權
對債權人
之債權
對債權人
之債權

無關之第三人，使取得債權，爲理論上所不容。學者對於爲第三人之契約，求其與此觀念不相矛盾，而有種種之說明。舉其著者，約有承諾說（Acceptationstheorie, Beitrittstheorie），代理說（Stellvertretungstheorie），傳來說（Ableitungstheorie, Zessionstheorie, Ermächtigungstheorie），及直接取得說（Anwachstungstheorie, Creationstheorie）而直接取得說中，又有契約說，片約說，及合同行爲說。解釋我民法第二六九條一項，以採契約說爲宜。

第二 向第三人爲給付之契約之性質

向第三人爲給付之契約，亦稱爲第三人之契約（Pacta in favorem tertii）。謂使第三人直接對當事人一方取得債權之契約。故因當事人一方約爲使相對人向第三人給付，相對人承諾，而生效力。於我民法，稱其一方曰要約人，相對人曰債務人，第三人即契約上之受益人。茲分論此種契約之意義如次：

（甲）爲第三人之契約者，要約人與債務人約爲使向第三人給付之契約也。要約人及債務人，乃契約當事人雙方，第三人不参加契約之締結，而要約人亦非代理第三人締結契約。

（乙）爲第三人之契約者，要約人自己依以取得請求權之契約也。於爲第三人契約，債務人雖應向第三人給付，然要約人自身，并非因此即無給付請求權之取得。惟其請求權，係以請求債務人向第三人給付爲內容，而非請求其向自己給付。

(丙) 爲第三人之契約者，使第三人直接對債務人獨立的取得債權之契約也。故(1)第三人雖未直接參加契約之締結，而依其契約有權利之取得。(2)第三人之權利，非由要約人之權利所傳來，乃依契約直接對債務人而有固有權利之取得。(3)須使第三人取得債權，不得爲其他權利之取得。

(丁) 爲第三人之契約者，與其基本契約共成一契約也。爲第三人之契約，常伴於要約人與債務人間之基本契約而締結。然或與基本契約同時爲之，或於其後爲之。此基本契約，與爲第三人之契約，有何等關係？議論紛歧。有謂合二者成爲一契約，有謂生主契約與從契約之關係。理論上，以前說爲當。故依一契約，要約人與第三人，取得內容各別之權利。如其一部不存在，全契約均歸消滅。

第三 向第三人爲給付之契約之要件

向第三人爲給付之契約，其有效成立，須具備左列要件：

(甲) 須於要約人與債務人間有效之契約成立。其契約，除須具備契約成立之一般要件外，并須具備債權契約之要件。既以使第三人取得債權爲標的，則向第三人之給付，必須合法、確定、且可能。其給付之種類如何？殊非所問，雖不作爲亦得爲其標的。

(乙) 須約爲使第三人取得債權。僅依當事人之契約約爲使當事人以外之第三人取得債權，即給付請求權者，始有爲第三人契約之成立。受益之第三人，無論自然人或法人均可。通常，於締約當時，

向第三
人爲給
付之契
約之要
件

受益之第三人，即已確定。但雖至後可得確定者，亦屬無妨。然於後種情形，必待其確定之後，爲第三人之契約，始生效力。其確定方法，或依當事人一方之意思，或依一定之事實。

(丙) 須當事人有依約使第三人取得債權之意思。廣義之爲第三人契約，包含使第三人取得權利之契約，及僅使債務人對要約人負擔向第三人爲給付之債務之契約。究屬何種？依當事人之意思決之。關於此點，立法例及學說不一：或設推定規定，於有疑時，推定爲第三人取得權利。或不設推定規定，完全委諸當事人之意思解釋。我民法與德、瑞、日等立法例，均從後例。然使第三人取得權利之意思，不必明示，故應從各該情形，契約之標的以定之。

(丁) 須約爲直接使第三人取得債權。故如因第三人之承諾，方使第三人取得債權者，則第三人或居於當事人地位，或有與當事人一方間之契約存在，而非直接依其以外之當事人契約取得債權，故非爲第三人之契約。

第四 向第三人爲給付之契約之效力

(甲) 對於第三人之效力。如上所述，基於向第三人爲給付之契約，其第三人，直接取得給付請求權。故第三人雖不知契約成立，亦當然取得權利。然法律對於第三人受益之意思表示，又設有規定。其與第三人權利發生如何關係？立法例不一：(1) 以受益之意思表示爲權利發生條件，故於其意思表示以

前，不影響第三人之權利，當事人有變更或撤銷其契約之權利。若第三人表示不享受利益之意思，自無付以特別效力之必要。日民法即採此例。（五三七條二項，五三八條）②無須第三人受益之意思表示，依契約當然發生第三人之權利，故當事人原則上無撤銷或變更契約之權利。然第三人表示不欲享受利益之意思時，基於其意思表示，不應強制其享受權利，故應認該意思表示生遯及效。德民法即採此例。（三二八條二項三三一條三三三條）就我民法第二六九條各項論之：於第一項，定為：『依契約第三人對於債務人有直接請求給付之權；』於第三項定為：『第三人對於當事人一方表示不欲享受其契約之利益者，視為自始未取得其權利；』是與德民法同。然第二項，又從日民法，定為：『第三人未表示享受利益之意思前，當事人得變更其契約，或撤銷之。』此三項規定，欲期其不矛盾，應為如次之解釋：

（一）第三人之給付請求權，依契約當然發生。惟其權利，僅生得由契約當事人任意變更或撤銷之效力。（民二六九條一項）

（二）第三人表示享受其利益之意思時，其權利始生確定的效力，契約當事人乃不得任意變更或撤銷之。（同條二項）

（三）第三人不為享受利益之意思表示，反表示不欲享受契約上利益者，其已依契約直接發生之權利，又因以遯及的歸於消滅。（同條三項）

於此尚須注意者，上述二六九條三項所稱『不欲受益之意思表示，』法律明認第三人向當事人任何一方爲之均屬有效。然同條二項所稱『受益之意思表示，』則未明定其應向何方爲之。解釋上，兩項意思表示，對於第三人依第一項當然取得之權利效力上，皆有予以確定力之作用，不過一爲積極的，一爲消極的，其意思表示之相對人應爲何人，自應從同一論定。故法律對於第二項之意思表示，雖未明定，而無妨準照第三項解爲得由第三人對當事人任何一方表示之。

(乙)對於要約人之效力 我民法第二六九條一項前段明定曰：『以契約訂定向第三人爲給付者，要約人得請求債務人向第三人爲給付。』故依爲第三人之契約，要約人有對債務人請求爲給付之權利。然該規定，無強行性質，依當事人之意思，無妨否認要約人對債務人有此權利。蓋第三人之對債務人取得權利，非債務人對要約人負有向第三人爲給付之債務之結果。易言之：債務人對要約人所負向第三人爲給付之債務，與對第三人所負之給付義務，非不可分離也。然在爲第三人之契約，既係要約人與債務人間以契約訂定向第三人爲給付，故以無反對特約爲限，認要約人對債務人有請求其向第三人給付之權利，並不違反當事人之本意，此我民法所以有上述明文。要約人之此項權利，乃因契約成立當然發生之債權，故依爲第三人之契約，而有兩面的債權發生，一爲第三人之債權，一爲要約人之債權。此二債權，異其內容。即第三人得請求債務人向自己爲給付，要約人則僅得請求債務人向自己以外

之第三人爲給付，是與次節所述不可分債權連帶債權不同。然就第三人債權所生之事項，應及何等效力於要約人之債權？須分析說明之。

(一) 給付不能 債權人所負擔之給付，後發的不能時，(1)因可歸責於債務人之事由而生者，債務人對要約人及第三人，均應負不履行責任。在雙務契約，要約人免其待對給付義務。然要約人得解除契約否？學說有爭，余從消極說。(2)因不可歸責於債務人之事由而生者，債務人對要約人及第三人，均免其債務。然對要約人，仍得請求對待給付否？應依二六六及二六七條決之。

(二) 受領遲延 第三人拒絕受領或不能受領時，應負遲延責任，而要約人不負其責。

(三) 債權消滅 (1)債務人之履行行爲，雖逕向第三人爲之，然其效力，不僅消滅第三人之債權，即要約人之債權，亦因以消滅。(2)二債務中免除其一，以不影響他債務爲原則。故要約人免除債務者，第三人之債權不受影響。反是，第三人免除債務時亦同。然對第三人所負之債務，因免除而要約人之債權目的亦依以達到，故通常應解爲要約人之債權亦歸消滅。又第三人之債權及要約人之債權，因時效而消滅時，亦與免除同其論定。(3)第三人之債權與債務混同時，第三人之債權消滅。要約人之債權目的因以到達，亦以從而消滅爲常。反是，要約人之債權與債務混同時，則不能影響第三人之債權。

(丙)對於債務人之效力 以契約訂定向第三人爲給付者，債務人不僅對要約人負擔向第三人爲給付之債務，并對第三人直接負擔應爲給付之債務。(民二六九條一項)屢如前述。然債務人由其契約所生之一切抗辯，亦得據以對抗受益之第三人。(民二七零條，德民三三四條，日民五三九條)蓋第三人雖取得獨立的權利，然其權利係基於要約人與債務人間之契約而生，故依其契約所生之瑕疵，亦不能脫免也。關於債務人對第三人可得主張之抗辯，其範圍大略如次：

(一)此種抗辯，與異議 (Einwendungen) 同其意義，包含足以防止第三人權利行使之一切事實上主張。故不僅債務人之實體法上固有抗辯 (Einreden) 屬之，即否定第三人權利本體之抗辯，(例如權利不發生或已消滅之抗辯) 亦得對抗第三人。

(二)其抗辯，須基於契約者。但不以直接由契約所生爲限，縱屬基於當事人以爲契約內容所附加之事實所生，或係依適用於基本契約之法規所生，均不失爲由契約所生之抗辯。反是，如係(1)基於其他原因僅可對抗要約人其人之抗辯，(2)基於第三人權利發生後之事實所生可得對抗要約人之抗辯，(3)要約人與第三人間之抗辯等，則均不得由債務人據以對抗第三人。

第四節 多數債務人及債權人

第一款 總說

債之主體

債之關係，須有兩相對立之特定的二主體，即債務人及債權人，亦稱當事人雙方。於單一債之關係，其各方通常各為單數，但亦無妨有多數之債務人或債權人，是曰多數主體之債。此種債之關係，應生特別效力，故有待於法律之特別規定。

債之主體多數時，可別為左列三種形式：

第一 分割債之關係 (Geteilte Schuldverhältnis)

債之關係，得應其主體之人數而為分割者，是曰分割債之關係。即各債權人，僅得請求給付之一部。各債務人，僅就給付之一部負履行義務。於此情形，債之關係，既應主體之數而分割，故實質上，有數個獨立之債存在。

第二 連帶債之關係 (Solidarität, Gesamtschuldverhältnis)

各債權人得請求給付之全部，各債務人應履行給付之全部，因一回之全部給付，得使全部之債消滅者，是曰連帶債之關係。又如非真正連帶債務 (Unechte Solidarität) 亦同。

第三 共同債之關係 (Schuldverhältnis zur gesamten Hand, Gemeinschaftliche Schuldver-

連帶債之關係

分割債之關係

多數主體之債之形式

共同債
之關係

數債權人僅共同得請求給付，或數債務人須共同而為給付者，是曰共同債之關係，亦稱總有債權關係。

我民法
所定多
數主體
之債

以上各種形式，各國立法上，非完全是認之。即如第三形式，雖為德固有法及英國法所明認，然德民法，則僅於合夥及共同繼承等，須從此觀念以為說明。我民法之解釋亦同。本節未明定其概念，故所謂多數主體之債，屬於本節規定者，有下述數種：即(1)可分之債，(2)連帶之債，(3)不可分之債。其內容，與日民法第三編第一章第三節（多數當事人之債權）第一款至第三款相當。但日民法，更將保證債務列於同節第四款，我民法則因保證乃基於各別之法律行為而生，并非同一法律行為當事人之一方為多數，故與上舉各種多數主體之債不同，而不得置於本節也。

第二款 可分之債

第一 可分之債之意義及多數當事人之債之原則

數人負同一債務，或有同一債權，而其給付可分者，是曰可分之債。各當事人，於其債務或債權，以平均分擔或分受為原則（*Nomina sunt ipso iure divisaa*）。法律另有規定，或契約另有訂定，則為例外。蓋從

何謂可
分之債

多數主體之債，以分割主義為原則。

羅馬法以來一般通例，對於多數主體之債，以分割主義為原則。（民二七一條，德民四二零條，奧民八八八條八八九條，日民四二七條）

第二 可分之債之要件

（甲）須其債務人或債權人為數人。債務人有數人時，曰可分債務。債權人有數人時，曰可分債權。

可分之債，以多數債權人或債務人為要件。債權人給付之要件，為可分之債。

（乙）須其給付可分。給付之性質不可分者，不能適用分割主義，故無可分之債成立。然其可分性，不以原始的為限，雖其給付本不可分，而後變為可分者，則亦由不可分之債變為可分之債。（民二七一條後段，日民四三一條）例如：以不可分性之給付為標的之債，變為金錢賠償之債是。又選擇之債，數宗給付中，有可分與不可分兩種給付時，究為可分之債，抑為不可分之債，於選擇權行使前，繫於不確定狀態，必依選擇始能確定。

第三 可分之債之效力

可分之債，就其發生，對他人不生效力。

（甲）可分之債，形式上雖為一個債之關係，然實質上，按債務人或債權人之數，而有各個獨立之債存在。故各獨立負義務或享權利。就一債務人或債權人所生之事項，對他債務人或債權人，不生效力。（乙）可分之債，原則上由各債務人或各債權人平均分擔其給付義務，或分受其給付利益，故當

債原則
上平均
分擔或
受利益
可分之
債之舉
力連的
效

連帶之
類價之
分

關於連
帶之債
之立法

事人雙方均爲多數人時，則生二重分割之結果。但有例外，即法律別有規定，或契約別有訂定時，應從其所定，而不適用此原則。（民二七一條）

（丙）可分之債，實質上雖有數債務或數債權存在，然基於同一發生原因，且以同一給付爲標的，故各個之債間，應有連絡。如可分債務由雙務契約所生，債務人一人不給付時，他債務人縱爲給付，債權人仍得援用同時履行之抗辯。又於解除契約，應由債權人全體，或對債務人全體爲之。

第三款 連帶之債

第一項 總說

連帶之債，可別爲連帶債務（Gesamtverpflichtung）與連帶債權（Gesamtforderung）。前者，指債務人連帶，即受方連帶（Passives Gesamtschuldverhältnis）。後者，指債權人連帶，即動方連帶（Aktives Gesamtschuldverhältnis）。羅馬法以來，德、瑞、法、奧等多數立法，對於二者，皆設有規定。日民法，對於連帶債權不規定之，解釋上，應準用關於連帶債務之規定。我民法大體從德民法之例，於第二七二至二八二條規定連帶債務，更於第二八三至二九一條規定連帶債權。

第二項 連帶債務

何謂連帶債務

數人負同一債務，依其明示或法律規定，對於債權人各負全部給付之責任者，是曰連帶債務。此於我民法第二七二條，從瑞債務法一四三條之例，設有明文。德、日、民法，無類似之一般規定，而連帶債務之成立，亦不外具有此種內容。茲分述其意義及種類如次：

第一 連帶債務之意義

連帶債務係以同一給付為內容

(甲) 連帶債務者，以同一給付為內容之多數主體之債務也。連帶債務，其債務人一方有數人，故為多數主體之債務。其內容，固不以有體物給付為限。然必須同一。反是，雖由數債務人依一契約對同一債權人負擔數債務，然各債務人應為之給付異其種類者，例如：債務人甲負金錢債務，乙負特定物債務，丙負服勞務債務，於形式上，縱依同一契約，亦不生連帶債務。

連帶債務有同一經濟上之目的

(乙) 連帶債務者，有同一經濟上目的之多數主體之債務也。故雖有以同一給付為內容之多數債務人，仍未必有連帶債務成立。蓋須債權人依其債務所欲達之經濟上目的同一。而與目的各異之數債務形式上連合，即所謂連合債務有別。故於連帶債務，各債務人負全部給付責任，一人為全部之給付，各個債務之目的因以達到，完全歸於消滅。

(丙) 連帶債務者，複數之債務也。連帶債務，究為複數債務抑係單一債務？沿革上大有議論。茲

關於連帶債務之數是否獨立之例

於我民法連帶債務之數係基於同一原因

先述立法例之梗概如次：

於羅馬法，連帶債務，有依債務人一人之行為，或就一人所生之事項，使其影響於其債務人者；與不然者。德普通法，大有爭論，或認連帶有共同連帶 (Korrealobligation) 與單純連帶 (Blosse Solidarität) 之別，前者為單一債務，後者為複數債務；或認連帶債務恆為複數，而否認共同連帶與單純連帶之別；惟一債務人之行為，或就一人所生之事項，能否對他債務人生效？依其種類而不一致。近世立法，多從後說，認連帶債務為複數債務。(德民四二一條以下，瑞債一四三條以下，奧民八九一條以下，日民四三二條以下) 惟法法系立法例，仍設共同連帶與單純連帶之別，關於債務之數，不無爭論。然認連帶債務人間互有代理關係，就其所生之事項，以及影響於他債務人為原則。(法民一二零零條以下，意民一一八六條以下)

依我民法第二七二條，各債務人，皆對債權人各負全部給付責任。且依第二七九條之規定，除特別情形外，就連帶債務人一人所生之事項，恆不及效力於他債務人，故可解為有數債務之存在。

(丁) 連帶債務者基於同一原因之數債務也。連帶債務之數債務，不僅須有同一目的，且須基於同一原因而生。故與德學者所稱非真正連帶 (Unechte Solidarität)，各債務異其發生原因者有別。然此之所謂原因，指債務發生之實質的原因言，而非指其形式的原因行為。故如數債務人對同一債權

人，雖於異時與其締結負擔連帶債務之契約，祇要實質上係基於同一原因，卽有連帶債務成立。

第二 連帶債務之種類

連帶債務，依其發生原因之不同，而可別爲左列二種：

(甲) 意定連帶債務 連帶債務，以法律行爲爲其發生原因者，是曰意定的連帶債務。其法律行爲，或爲單獨行爲，或爲契約。但以後者爲常。發生連帶債務之契約，成立於債權人與複數債務人間。然以共通之一契約爲限。

依德民法，數人共同負擔可分給付之債務，有疑義時，推定其爲連帶責任。(德民四二七條) 法系民法反是，明揭不爲此種推定之旨。(法民一二零二條，意民一一八八條) 瑞債務法，以當事人表示負連帶責任之旨爲必要，始認連帶債務之成立。(瑞債一四三條一項) 日民法無明文，大審院判例採瑞債務法之理論，連帶責任，依明示或默示之意思表示而生。(大正四年九月二十一日判決) 我民法第二七二條，係從瑞例，但以明示爲限。依文理解釋，雖默示各負全部給付責任之旨，仍無連帶債務之成立，是與瑞債務法又有寬嚴之不同。是否允當不能無疑。

何謂法
定連帶
債務及
其成立

我民法
上意定
連帶債
務之成
立

意定連
帶債務
之立法
例

何謂意
定連帶
債務

(乙) 法定連帶債務 連帶債務，依法律規定之原因而生者，是曰法定連帶債務。於我民法，連帶債務之發生，除當事人明示連帶之旨而外，僅於法律明定爲使負連帶責任時，始有其成立而不得爲成

債權人
請求給付
之權

前項權
利因受
全部給
付而消
滅

就連帶
債務人
所生事
項則上

立之推定，是與瑞士債務法同。（民二七二條二項，瑞債一四三條二項）所謂『法律有規定，』例如：我
民法第二八條，一八五條一項，一八七條，一八八條一項，七四八條等是。

第二目 連帶債務之效力

第一 債權人債務人間之效力

（甲）債權人之權利 『連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或
先後，請求全部或一部之給付。』（民二七三條一項，德民四二一條前段，瑞債一四四條一項，日民四三
二條，奧民八九一條，法民一二零零條一二零三條一二零四條，意民一一八六條一一八九條一一九零
條）故債權人（1）對債務人中之一人得為全部或一部之請求，（2）對債務人中之數人或全體得同時為
全部或一部之請求，（3）對債務人中之數人或全體得異時為全部或一部之請求。

此項債權人權利，因受全部給付而消滅。故於全部履行完畢前，乃依上述規定而存續。全體債務人，
仍須就未履行之部分，負連帶責任。債務人中之一人或數人雖已為一部之給付者，仍不能免責。（民二
七三條二項，德民四二一條後段，瑞債一四四條二項）

（乙）就連帶債務人中一人所生事項之效力 連帶債務，乃按債務人之人數，而有複數之債務
存在。僅依其給付及經濟上目的之同一，而互相結合。故實質上，各債務人，皆各有一獨立債務。因而就連

僅生相對效力
對效力
例外有
效力者

清償代
物清償
提存抵
銷混同
生絕對
效力者

帶債務人中一人所生之事項，其效力如何？不無疑義。依我民法，有原則與例外。原則上，以無反對訂定為限，僅生相對效力。即不問於他債務人利益或不利益，對之概不生效，而其效力僅存於此一債務人與債權人間。（民二七九條，德民四二五條一項，瑞債一四六條，日民四四零條，法民一二零八條二項一二二零條，意民一一九一條一一九三條二項一一九五條，奧民八九四條）其例外如次：

（一）清償、代物清償、提存、抵銷、或混同。因連帶債務人中之一人為清償、代物清償、提存、抵銷、或混同、而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。（民二七四條）蓋因此等行為或事實，債權人雖未必受有現實之給付，然既足以消滅債權，則連帶之目的已達，故債務人全體均應免責，使生絕對效力。分析言之：關於清償、代物清償、及提存、生絕對效力，乃從德瑞之例。（德民四二二條一項，瑞債一四七條一項）日民法無明文，通說亦然。關於抵銷，為多數立法之所同，無待深論。（德民四二二條一項，瑞債一四七條一項，日民四三六條一項）惟就混同，立法主義不一。依德普通法及其民法，（四二五條二項）生相對效力。法法系立法，則僅就該債務人之負擔部分，他債務人亦免其責。（法民一二零九條一三零一條三項，意民一一九四條一二九七條三項）瑞債務法一四七條二項規定，頗近似之。然日民法四三八條，乃採絕對主義，我民法即從其例。

確定判

（二）確定判決。就連帶債務人中之一人所為之判決，其效力如何？立法例不一。德普通法之

通說，認有利於債務人之判決，生絕對效力。後之立法，多認相對效力。如索遜民法一零三二條，德民法四二五條二項是。法民法無明文，雖有否認判決既判力之學說，但多數說及判例，則認絕對效力。瑞債務法及日民法，亦未規定，而以僅認其相對的效力爲通說。惟日舊民法財產擔保編五七條至五九條，於一定範圍內，使生絕對效。

我民法二七五條定曰：『連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，爲他債務人之利益，亦生效力。』蓋從法國判例及多數說之理論。其解釋適用，有應注意者：(1) 連帶債務人中之一人受確定判決，非爲他債務人之利益者，判決之效力，不及於他債務人。(2) 其判決爲他債務人之利益者，應分別論之：判決理由基於該債務人個人之事情時，其效力不及於他債務人。反是，基於其他事情時，其效力及於他債務人。

(三) 免除 債權人對連帶債務人中之一人免除債務者，其效力如何？立法例不一：羅馬法認免除契約 (Acceptilatio) 生絕對效力。法法系民法從之，以生絕對效爲原則。(法民一二八五條，意民一二八一條，日舊民財五零六條二項，擔五七條二項) 德民法反是，原則上生相對效力。瑞債務法及日民法雖亦採此原則，但不無異同。(德民四二三條，瑞債一四七條二項，日民四三七條)

我民法二七六條一項定曰：『債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之

免除之
效力

意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。』蓋與日民法之規定，文異而實同。其解釋適用，有應注意者：(1)債權人向連帶債務人中之一人免除債務者，以僅對該債務人應負擔之部分生效為原則。即其部分之債務，因免除而消滅。不僅受免除之債務人得以免除對抗，其他債務人亦得以該債務人之負擔部分已消滅對抗債權人。(2)向債務人中之一人免除者，欲使債務人全體之債務均歸消滅，亦非不可能。但以債權人表示消滅全部債務之意思為條件。此依本條之反對解釋，當然發生之結果。(3)無消滅全部債務之意思表示時，除受免除之債務人應分擔之部分外，其餘之部分，仍存續如故，而不能免其連帶責任。

(四)時效完成 於連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，其效力如何？羅馬法之解釋，通說，僅生相對效力。德民法從之。(四二五條二項)法法系立法，不設明文，學說紛歧。日民法就該債務人之負擔部分生絕對效力，他債務人亦免其義務。(一三九條)我民法第二七六條二項之規定，應與日民法同其解釋，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。

(五)抵銷之主張 連帶債務人中之一人對債權人有債權，而未援用之以主張抵銷者，他債務人能否主張抵銷？立法例異。依德普通法，債務人一人之反對債權，原則上於他債務人不得以供抵銷，但有例外。其例外情形如何？學說紛歧。有主張僅就該債務人負擔部分之範圍得以援用者。法、德、等

時效完
成之效
力

抵銷之
主張

債權人
遲延之
效力

民法均採消極見解。(法民一二九四條三項，德民四二二條二項)意、日等民法則反是，認他債務人就該債務人之負擔部分亦得主張抵銷。(意民一二九零條二項，日民四三六條二項)我民法第二七七條從之。

(六)債權人遲延 債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時，其效力如何？羅馬法以來一般立法，均採相對效力說。德民法反是，認其有絕對效力。(四二四條)瑞債務法無明文，通說主張絕對效力。日民法亦未規定，多數學者採相對說。惟現今著名學者，乃改採絕對說。我民法第二七八條從德例，明定曰：『債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時，爲他債務人之利益，亦生效力。』

第二 債務人相互間之關係

連帶債
務人相
互間原
則上平
均分擔
義務

(甲)債務之分擔 連帶債務人相互間，應如何負擔其義務？是屬於連帶債務人之內部關係，而與債權人無涉。就此問題，立法上有明定之者，有不然者。於理論上，除有反對事實外，連帶債務人相互間，以平均分擔其義務爲宜。故我民法，從德瑞之例，明定爲：『連帶債務人相互間，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應平均分擔義務。』(民二八零條本文，德民四二六條一項前段，瑞債一四八條一項)蓋以平均分擔爲原則。然非強行法規，故又得依法律及契約，爲反對之訂定。反對訂定之存在，須由主張其負擔部分非平等者證明之。本條所稱義務，包含連帶債務人對債權人所負之一切義務而言。但有例外：

即因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害，及支付之費用，乃因該債務人一人之事由而生，自不能依以增加他債務人之負擔，故我民法二八零條但書，又明定為應由該債務人一人負擔。（參考日民四四二條）至是否基於該債務人應單獨負責之事由而生，應由主張者負證明責任。

（乙）求償權 羅馬法，僅於債務人相互間，有合夥、委任、無因管理、等特別關係存在時，始認求償權。近世立法例，則廣認之。（普國普通法一部五章四四三條以下，德民四二六條，瑞債一四八條，奧民八九五條，法民一二一三條以下，意民一一九八條以下，日民四四二條以下）其根據如何？法法系立法例及學說，以合夥或代理關係之存在為根據。德法系立法例及學說，則以連帶之本質與公平之觀念為基礎。我民法介於德日二法之間，對於連帶債務人相互間之求償權，設有一般規定。

求償權
之要件

連帶債務人相互間
求償權之要件

（一）求償權之要件 連帶債務人中之一人，因清償或其他行為，致他債務人同免責任者，得向他債務人求償。（民二八一條一項前段，德民四二六條一項，日民四四二條一項前段）故求償權之發生要件，有二：（1）須連帶債務人之一人有清償或其他得免責之行為，（2）須有共同免責之行為。除此而外，是否須他債務人之負擔部分，已依該債務人之清償或其他行為而免責？瑞債務法一四八條，明定為：須該債務人為超過自己負擔部分之支出而共同免責者，始得就其超過部分，成立求償權。法、德、日本等民法，無此明文，學說不一。我民法亦然，或有解為：『他債務人就其負擔部分已經免責，』亦

屬求償權成立要件之一者。余謂：法律既僅以共同免責為要件，而不問其免責部分如何，故雖依該債務人行為共同免責之部分，僅相當於其自己之負擔部分者，求償權亦無妨成立。

(二) 求償之範圍 為免責行為之債務人，得向他債務人求償之範圍如下：(1) 他債務人各自分擔之部分，(2) 關於其部分自免責時起之利息。(民二八一條一項後段，又二零三條) 除此而外，關於必要費之支出，及其他損害賠償，有無求償權？日民法四四二條，以與上述兩項并舉。他國立法，多無明文，學說有爭。我民法亦然。依余所信，因為免責行為所支出之必要費，固得求償，其他則否。

(三) 求償權人之代位權 為共同免責行為之債務人，因上述要件具備，取得求償權者，於求償範圍內，承受債權人之權利，是為求償權人之代位權。我民法從多數立法例，特明定之。(民二八一條二項，德民四二六條二項，瑞債一四九條，法民一二五一條，意民一二五三條) 日民法無直接規定，雖不無反對見解，但通說及判例，謂應適用五百條以下關於代位之一般規定，其結果與我民法之理論適同。更就我民法之解釋論之：(1) 代位權之成立要件及範圍，與求償權同。(2) 既僅於求償權之範圍內有代位權，故債權人之權利非必完全消滅。(3) 代位權乃因求償要件之具備而當然發生，債權人之權利儘其可得求償之範圍移轉於求償權人，應行移者并不以原債權為限，其他從屬權利一併移轉之。(4) 此項代位，法律為保護為免責行為之債務人，并便於事實而設。債權人之權利，并非因此絕對消

滅，故因其代位，不得有害債權人之利益。

債務人
一人不
能償還
時分擔
額

(四)他債務人中有不能償還分擔額者，及於求償權之影響。連帶債務人中之一人不能償還其分擔額者，如使歸求償權人之損失，甚不公平。故立法上，多認其餘各債務人之分擔義務。(德民四二六條一項後段，瑞債一四八條二項三項，奧民八九六條，法民一二一四條二項，意民一一九九條二項，日民四四四條)我民法亦同，於第二八二條一項明定曰：『連帶債務人中之一人不能償還其分擔額者，其不能償還之部分，由求償權人與他債務人按照比例分擔之。但其不能償還，係由求償權人之過失所致者，不得對於他債務人請求其分擔。』同條二項曰：『前項情形，他債務人中之一人應分擔之部分，已免責者，仍應依前項比例分擔之規定，負其責任。』故(1)本條立法本旨，在保護求償權人，使他債務人共同分擔損失。(2)本條規定之適用，須連帶債務人中之一人有不能償還其分擔額之事實。至其不能之原因如何？殊非所問。又一部不能時亦同。(3)所謂求償權人與他債務人，易言之，即除不能償還之一人外，所有其餘之債務人，均包括在內。(4)所謂按照比例分擔，即以各債務人自己應負擔之部分為比例而分擔之。(5)某一債務人就其自己原有之負擔部分雖已免責者，而對於本項之分擔義務，依然存在。(6)連帶債務人中一人之不能償還，係基於求償權人之過失而生者，他債務人不負分擔義務。如為此項主張，自須證明求償權人之過失與不能償還有因果關係。

何謂連帶債權

連帶債權係以給付為內容

連帶債權有同一目的

連帶債權係複數債權連帶債權基於同一原因

法定連帶債權

第三項 連帶債權

第一目 連帶債權之意義及種類

數人依法律或法律行為有同一債權，而各得向債務人為全部給付之請求者，是曰連帶債權。（民二八三條，德民四二八條前段，瑞債一五零條一項）茲分述其意義及種類如次：

第一 連帶債權之意義

（甲）連帶債權者，以同一給付為內容之多數主體之債權也。即債權人一方有數人，債務人一方係一人或數人，則非所問。其對多數之債權人，負擔同一給付義務。

（乙）連帶債權者，有同一目的之多數主體之債權也。即雖以同一給付為內容，不必有連帶債權之成立。於連帶債權，債務人對任一債權人為一次之全部給付，全債權因而消滅。蓋與連帶債務同，此數債權有同一目的，一債權受實質的滿足，他債權之目的隨之而到達故也。

（丙）連帶債權者，複數之債權也。即按債權人之人數，有數個債權存在。其理由，與連帶債務同。（丁）連帶債權者，基於同一原因之數債權也。即與連帶債務同，數債權須同其實質的原因。

第二 連帶債權之種類

我民法第二八三條首段既明定曰：『數人依法律或法律行為有同一債權，』故連帶債權之發生原

與意定
連帶債
權

因，有依法律規定者，有依法律行為者。因而與連帶債務同，依其發生原因，可別為法定連帶債權與意定連帶債權。惟於意定連帶債權，各得向債務人請求全部給付之旨，不以明示為限，是與意定連帶債務之成立稍異。

第二目 連帶債權之效力

第一 債權人債務人間之效力

(甲) 債權人之權利 連帶債權人中之一人，各得向債務人為全部給付之請求。(民二八三條，德民四二八條前段) 其債務人，亦得向債權人中之一人為全部給付。(民二八四條，德民四二八條前段，瑞債一五零條二項三項) 故(1) 債權人一人為給付全部或一部之請求，屬其自由。如其請求不生效力，他債權人仍無妨請求之。必待債務人為全部之給付後，他債權人之權利始因而消滅。(2) 債務人得依其選擇，對任一債權人為全部給付，並不問其曾受該債權人或他債權人之請求與否。反是，有無分別向各債權人為一部給付之權。應依其法律行為之本旨，及給付之性質，如當事人有不許分割之意思，給付有不可分之性質，則無論對任何債權人為一部給付，均得拒絕受領。

(乙) 就連帶債權人中一人所生事項之效力 連帶債權之性質，與連帶債務同。複數之債權，雖依同一目的而結合，然各債權人皆各有一獨立債權。故就連帶債權人中之一人所生之事項，原則上以

債權人
之給付
請求權

就債權
人一人
所生事
項原則

上生相
對效絕
對外生
對效絕
給付請
求之效
力

受領清
償代物
清償或
經提存
抵銷混
同之效
力

確定判
決之效
力

無反對訂定爲限，僅生相對效力。即不問於他債權人利益或不利益，對之概不生效。（民二九零條，德民四二九條三項四二五條）但有左列之例外：

（一）給付之請求 『連帶債權人中之一人爲給付之請求者，爲他債權人之利益，亦生效力。』（民二八五條）故爲他債權人之利益者爲限，有絕對效。德民法則反是，僅認其生相對效力（德民四二九條三項四二五條）日民法之解釋，大有爭論。

（二）受領清償、代物清償、或經提存、抵銷、混同 『因連帶債權人中之一人已受領清償、代物清償、或經提存、抵銷、混同，而債權消滅者，他債權人之權利，亦同消滅。』（民二八六條，德民四二九條三項，四二二條一項，四二九條二項）蓋於連帶債權，各債權雖獨立，然有同一目的，故因對債權人中一人之清償，他債權亦以達其目的，故應消滅。至於代物清償、提存、抵銷、與清償同，足與債權人以實質的滿足，故亦生絕對效力。惟連帶債權人中一人與債務人間混同者，債權人不能得實質的滿足，與清償異，然債務人仍不失其選擇該債權人之權利，其結果，仍足以生絕對效力，并無不利於他債權人，故本條亦以與清償等併舉。

（三）確定判決 連帶債務人中之一人受確定判決者，有無絕對效力，與關於連帶債務者同，學說及立法例異。德民法因準用關於連帶債務之規定，（四二九條三項四二五條二項）故僅生相

對效力。民法之判例及多數說，則主張生絕對效力。我民法之規定，大體從後之理論。但因債權人所受判決是否於有利益，異其發生絕對效力之條件。(1)『連帶債權人之一人受有利益之確定判決者，為他債權人之利益，亦生效力。』(民二八七條一項)故不問其判決理由是否基於該債權人或債務人個人之事情，概生絕對效力。(2)『連帶債權人之一人受不利益之確定判決者，如其判決非基於該債權人之個人關係時，對於他債權人，亦生效力。』(民二八七條二項)故其判決理由，以基於該債權人個人之事情為條件，始生絕對效力，否則僅對該債務人生效。

免除之
效力

(四)免除 連帶債權人之一人向債務人免除債務者，其效力如何？依德民法，準用關於連帶債務之規定，僅生相對效力。(四二九條三項四二三條)日民法無明文，通說亦不認絕對效。我民法第二八八條一項定曰：『連帶債權人之一人向債務人免除債務者，除該債權人應享有之部分外，他債權人之權利，仍不消滅。』故(1)連帶債權人之一人向債務人免除債務者，以僅就該債權人應享有之部分生效為原則。即其部分之債權，因免除而消滅，債務人不僅得以對抗該債權人，並得以該債權人應有之部分已消滅對抗他債權人。(2)反是，他債權人應享有之部分，則仍連帶的存續。如故。

(五)時效完成 於連帶債權人之一人消滅時效已完成者，其效力如何？德民法之規定，(四二九條三項四二五條二項)及日學者之主張，與關於免除者同。我民法亦使準用關於免除之

時效完
成之效
力

債權人
遲延之
效力

債權人
相互間
平均受
利益

何謂不
可分之
債
不可分
債務與

規定，故除該債權人應享有之部分外，他債權人之權利，仍不消滅。（民二八八條二項）

（六）債權人遲延 連帶債權人中的一人有遲延者，其效力如何？與民法之解釋，採相對說。德民法則明定爲生絕對效力。（四二九條一項）日學者亦從絕對說。我民法第二八九條定曰：『連帶債權人中的一人有遲延者，他債權人亦負其責任。』蓋仿德例。

第二 債權人相互間之關係

連帶債權人相互間，應如何分受其利益？是屬連帶債權人之內部關係，而與債務人無涉。然各債權人，雖各有獨立債權，而究含牽連性質，故其內部關係，除法律或契約有特別訂定外，我民法對之特設補充規定，即於連帶債權人相互間，應平均分受其利益，蓋從德民法之例也。（民二九一條，德民四三零條）

第四款 不可分之債

第一 不可分之債之意義

數人負同一債務，或有同一債權，而其給付不可分者，是曰不可分之債（*Unteilbares Schuldverhältnis, obligations indivisibles*）。故不可分之債，乃以不可分給付爲標的之多數主體之債。因其給付不可分，故不得分割給付，是其特色。所謂多數主體，或爲債務人多數，或爲債權人多數。前者曰不可分債務，後者

不可分債權

曰不可分債權。立法上對之，多分別規定。我民法則綜合定之，故就其要件及效力，亦應綜合說明。

第二 不可分之債之要件

不可分之債以給付不為要件

(甲) 須其給付不可分。給付有可分給付與不可分給付之別，已如本書第二節第一款第三項之所述。不可分之債，乃以不可分給付為標的。而所謂不可分，有基於給付之性質者，有基於當事人之意思者。後者，即性質上可分之給付，依當事人意思使為不可分。反是，性質不可分之給付，則不能依當事人意思使為可分也。無論其不可分係基於給付之性質或當事人之意思，均得為不可分之債之標的。而其債之發生，則又有依法律規定或法律行為之別。

不可分之債以複數主體為要件

(乙) 須有複數之主體。以不可分給付為標的之債，其債務人及債權人各為單一時，不生何等問題。所生問題者，即其當事人一方或雙方為複數時，將如何以負義務，或享權利？故成立本款不可分之債，不以給付標的不可分為足，并須有複數之債務人或債權人，否則法律無設特別規定之必要。

第三 不可分之債之性質

不可分之債效力獨立

不可分之債之性質如何應依其效力而定。關於其效力，立法例不一：(1) 債務人多數時，須對其全體請求給付。債權人多數時，須共同請求給付。如普國國法是。(2) 債務人多數時，為連帶債務。債權人多數時，債務人僅得向其全體給付，各債權人亦僅得為總債權人請求給付。如德民法瑞債務法是。(3) 債務人多數時，與

我上不可分
之債與帶
有連帶之
共同債之
性質混合

債權人
與債務人
之請求給
付之效力

就債權
人中一

連帶債務採同一形式，而加以多少之變更。債權人多數時，與連帶債權同，各債權人得對債務人請求對一債權人給付，全債權因而消滅。如法、日、民法是。

依上述三種立法，所謂不可分之債，於第一立法，有共同之債之形式。於第三立法，有連帶之債之形式。至第二立法，則有混合二者之形式。我民法第二九二條定曰：『數人負同一債務，或有同一債權，而其給付不可分者，除第二百九十三條之規定外，準用關於連帶債務或連帶債權之規定。』更就第二九三條一項觀之，大體從第二種形式，故所謂不可分之債，有連帶之債與共同之債相混合之形式。

第四 不可分之債之效力

於我民法，不可分之債，既準用連帶之債之規定，（二九二條）故其效力，與連帶之債同。然究非單純的採連帶形式，故又設有左列特別規定：

（甲）請求與給付 『給付不可分者，各債權人，僅得為債權人全體請求給付，債務人亦僅得向債權人全體給付。』（民二九三條一項）是與連帶債權，各債權人得請求債務人對自己為全部給付，債務人得向債權人中一人為全部給付者有別。（民二八三條二八四條）此即兼採共同形式之結果，而與德民法四三二條一項，及瑞債務法七零條一項，同其趣旨。

（乙）就債權人中一人所生之事項 『除前項規定外，債權人中之一人與債務人間所生之事

人所生
事項之
效力

項，其利益或不利利益，對他債權人無效力。（民二九三條二項）蓋因其債之標的既為不可分給付，故債權人中之一人與債務人間所生之事項，其效力不能及於他債權人，而與連帶債權於特定情形認絕對效者有別。

我民法
二九二
條規定
之商權

上述二九二條規定曰：『除第二百九十三條之規定外，準用關於連帶債務或連帶債權之規定。』故該條係對不可分債務及不可分債權之二者而設，一若二九三條亦為二者之共通的特別規定。然觀二九三條一二兩項之立言法，乃僅對不可分債權所設之特則，而不適用於不可分債務，是與立法當時豫計於二九三條規定不可分債務及不可分債權二者共通的特則之意向相反。此不外我民法對於二者欲為概括規定所生不合理結果，而不若多數立法分別規定之為宜也。（德民四三一條，瑞債七零條二項，法民一二二二條，日民四三零條）

第五節 債之移轉

第一款 總說

何謂債

債之移轉者，債之關係不喪失同一性，而生主體之變更。即以新債權人代原債權人，或以新債務人代

之移轉
債之分
類
債權讓
與及債
務承擔

關於債
權讓與
之立法

原債務人。其情形有二：有以債權或債務爲財產之一部移轉於他人者，所謂包括繼承是。有僅以特定債權或債務移轉於他人者，所謂特定繼承是。包括繼承之主要者，如繼承及包括遺贈。特定繼承之主要者，如債權人變更或債務人變更。前者曰債權讓與，後者曰債務承擔。本節所謂債之移轉，包含此二者，蓋從德法系先例。反是，法法系立法，則僅規定債權讓與，而不及與債務承擔。

第二款 債權讓與

第一項 債權讓與之意義

於羅馬法，債權與其主體，不得分離，故否認債權之特定繼承，而依需要債務人協力之更改，以求與債權讓與生同一經濟上結果。洎後，英民法廣行於世，乃依無須債務人協力之爲自己代理 (Mandatum in rem suam) 以達債權移轉之目的。英國普通法，行 Chose in action is not assignable 之原則。德國固
有法與羅馬法異，原則上認債權讓與，但得債務人同意爲條件。近世立法從之，且不以債務人同意爲絕對條件。非獨德法系如此，即法法系亦認債權之讓與。(普國普通法一部一一章三七六條以下，德民三九八條以下，瑞債一六四條以下，奧民一三二九條以下，日民四六六條以下，法民一六八九條以下，意民一五三八條以下)

我民法
上債權
讓與之
規定

我民法第二九四條至二九九條，規定債權讓與要件及效力，頗近似日民法之規定。然日民法，於債權讓與節中，規定指示債權及無記名債權之讓與。（日民四六九至四七三條）我民法則以定於債編第二章第二十節及第二十一節，立法技術，優於日民法，而與德民法同。故我民法，關於債權讓與之規定，實從德民法之例，與日民法規定略有異同。本項先就其意義及性質言之。

何謂債
權讓與

債權讓與（Cession, Übertragung der Forderung）者，依契約使債權保持同一性，而由原債權人移轉於第三人之謂。分述如次：

債權讓
與基於
契約

第一 債權之讓與基於契約

債權移轉之原因，有依法律之直接規定者，有依法院之命令者，有依當事人之意思者。債權讓與，即以當事人意思為基礎。然又不能出之於單獨行為，故所謂讓與，以基於契約者為限。

債權讓
與契約
以債權
之移轉
為標的

第二 債權讓與契約以債權之移轉為標的

債權讓與契約，以直接發生債權移轉之效力為標的。易言之：因其成立，而遡及債權發生之始，逕生移轉之效力。雖因條件成就或期限屆滿而生之債權，及其他將來發生之債權，均無妨依此契約而讓與之。

債權讓
與乃保
持同一
性而移
轉

第三 債權讓與乃保持其同一性而移轉

債權之讓與，乃債權主體即債權人之變更，已如前述。而變更後之債權，仍即存於原主體之債權，不過

債權讓與契約之受讓與人間之契約

以第三人代原債權人。我民法稱此第三人曰受讓人，原債權人曰讓與人。受讓人所取得之債權，與原存於讓與人之債權，不僅同其內容，且同其原因。

第四 債權讓與契約係讓與人與受讓人間之契約

債權讓與契約，當事人一方為讓與人，即原債權人；他方為受讓人，即新債權人。今日法制，雖不必有如德民法三九八條前段之規定，但恆不以債務人之協力為要件。然讓與人須有處分能力及權利，則不待論。但讓與人依書面為讓與，而未特定受讓人者，即所謂空白讓與（Blankcession），能否有效通說以受讓人為誰，不必自始特定，故持積極見解。

第五 債權讓與契約係無因行為

債權讓與契約，與為其原因之契約，有無不可分離之關係。德法兩法之見解不同。依我民法之見解為不可分，故讓與契約乃有因行為。反是，依德民法之見解，則為無因行為。讓與契約與為其原因之債權契約，非不可分。為其原因之契約縱令無效，讓與亦非當然無效。解釋我民法，以從德民法之見解為當。

第六 債權讓與契約非要式行為

依德民法第四零三條，讓與人依受讓人之請求，應交付有公證力之讓與證書。我民法無此明文，故債權讓與契約之成立，無須具備何等方式，而非要式行為。以具備債權契約之一般成立要件為足。關於此點，

債權讓與契約係無因行為

債權讓與契約非要式行為

與日民法之理論同，日大審院且著有判例。（明治三十八年十月七日大審院判決）

第二項 債權之讓與性

債權原則上得讓與

近世立法，認債權之讓與，已如前述。我民法亦然，債權以有讓與性為原則。故『債權人得將債權讓與於第三人。』（民二九四條一項本文，德民三九八條前段，瑞債一六四條一項，日民四六六條一項本文）但有例外，左列各債權，不得讓與之。

債權於例外不得讓與

第一 依債權之性質不得讓與者

依債權之性質不得讓與

依債權之性質，不得讓與者，債權人自不得將其債權讓與於第三人。（民二九四條一項一款，德民三九九條前段，瑞債一六四條一項，日民四六六條一項但書）所謂『性質上不得讓與』與德民法所稱『債權非變更其內容不得給付於原債權人以外之人』同其意義。至何種債權，性質上不得讓與，應就具體情形，分別論定。其主要例示如次：

（甲）以不代替給付為內容之債權，原則上無讓與性。但無妨依社會通念，或當事人意思，認其可得讓與。

（乙）不作為債權，原則上無讓與性。但有例外。

（丙）依預約所生之權利是否債權？本有疑問。但關於讓與問題，則與一般債權同，或有讓與性，或

無讓與性。

(丁) 從權利無獨立讓與性，僅得隨主權利之讓與而讓與。

第二 依當事人之特約不得讓與者

依當事人之特約不得讓與者，債權人自應遵守特約，而不得將其債權讓與第三人。(民二九四條一項二款，德民三九九條後段，瑞債一六四條一項，日民四六六條二項本文) 此項禁止讓與之特約，雖須出於債權人與債務人之合意，但不以契約發生當時之債權人與債務人為限，且不必與債權契約同其發生時期，並不必為一般之禁止，雖加以特定限制亦可。

於法法系，當事人能否為禁止債權讓與之特約，未設明文。通說認為無效。德法系反是，且從德普通法之理論，認特約之效力不僅存於當事人間。然若絕對貫徹此旨，又有害及善意第三人影響交易安全之虞，故立法上，對於讓與禁止特約之對世的效力特加限制。(德民四零五條，瑞債一六四條二項，日民四六六條二項但書) 我民法從之，於第二九四條二項明定曰：『前項第二款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人。』

第三 債權禁止扣押者

債權禁止扣押者，不得讓與。我民法基於公益上理由，從德民法之例，設有明文。(民二九四條一項三禁止扣

依當事
人之特
約不得
讓與

押之債
權不得
讓與

款，德民四百條）瑞債務法第一六四條一項，亦有同一趣旨。日民法無明文，通說解爲屬於性質上不許讓與之範圍，結果實同。

我民法
二九四
條之一
項規定
適用之

於我民法之解釋，除上述三種情形外，其他各債權，皆得依二九四條一項本文之規定而讓與。但該規定，有一般法規之性質，法律有就各個情形分別明定不許讓與或設限制者，如第四八四條一項前段及第七三四條，卽其例也。

第三項 債權讓與之效力

第一目 讓與人受讓人間之效力

讓與人受讓人間之效力，主依讓與之原因關係而定。然依讓與，讓與人負有使受讓人得以完全行使債權之義務。我民法基於受讓人行使債權之必要，設有左列規定。

第一 讓與人對受讓人應交付證明文件并告以主張債權之必要情形

『讓與人應將證明債權之文件交付受讓人，並應告以關於主張該債權所必要之一切情形。』此於我民法第二九六條，從德民法四零二條，瑞債務法一七零條二項之例，設有明文。日民法則無明文，通說亦從此論定。

讓與人
交付文
件及告
知義務

第二 讓與人應將從權利隨同移轉於受讓人

讓與人
轉讓保
及他保
從權利
之義務

未支付
之利息
推定其
轉讓

讓與債權時，該債權之擔保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人。（民二九五條一項本文，德民四零一條，瑞債一七零條一項）蓋基於從權利隨主權利而處分之原則，應如是也。所謂『擔保』包含一切物上擔保及對人擔保言。所謂『其他從屬之權利』例如利息債權、違約金債權等是，皆以隨同移轉為原則。但有例外，即其從權利與讓與人有不可分離之關係者，當事人間雖無除外之意思表示，而依讓與人之證明，亦不受上述原則之支配，應仍就讓與人而存在。（民二九五條一項但書，瑞債一七零條一項）

『未支付之利息，推定其隨同移轉於受讓人。』此於我民法第二九五條二項，亦設有明文。所以推定其隨同移轉者，蓋以其非當然包含於前項原則中，為避免證明之煩，特依法律之力而推定之。倘若當事人能證明該推定與真意不符，自不生本項推定之效力。至所謂未支付之利息，於解釋上，指於債權讓與當時已屆支付期而債務人尙未向原債權人支付之約定或法定利息而言。學者或有解為係指遲延利息者。余竊以為本項規定仍不外與前項基於同一法理，所謂遲延利息，性質上并不附屬於主債權，而有獨立之存在。讓與主債權時，不必亦有遲延利息債權之讓與。且遲延利息，非當然構成主債權之經濟的價值之一部。本項既非如瑞債務法第一七零條三項明揭遲延利息，則理論上，遲延利息，以有特約為限，始隨同移轉，而與德日民法同其論定，非本項規定之對象。

第二目 對債務人之效力

債權讓與契約，乃讓與人與受讓人所締結，債務人不參與之。如使其無條件的對債務人生效，殊非所宜。故我民法第二九七條以下，特設對債務人生效之要件，及債務人所得主張之對抗事由，以保護之，并維持交易之安全。

第一 讓與之通知

債權讓與之通知

『債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。』（民二九七條一項本文，法民一六九零條一項，瑞債一六七條）(1)本項認通知為對債務人發生讓與效力之要件，是與法、瑞同，而與德民法認讓與契約逕對讓與人及受讓人以外之人生效者異。（德民四零七條四零八條）(2)本項認通知為對債務人發生效力之要件，故與日民法認通知為對抗要件不同。（日民四六七條一項）依日民法之解釋，雖無通知，而債務人向受讓人履行者，其履行有效。反是，依本項，則不生履行之效力。然考立法上之以通知為必要者，不外保護債務人，於此情形，殊失此必要，而嚴格的認其讓與不生效力，殊非正當，故仍以從日民法之解釋為宜。(3)為通知者，讓與人或受讓人均可。受通知者，必係債務人。通知方法如何，法無限制。(4)本項規定，雖有強行性質，不得依讓與人受讓人間之合意而為反對之約定。但法律另有規定者，不在此限，此亦本項但書所明定。(5)『受讓人將讓與人所立之讓與字據提示於債務人者，與通知有同一之效力。』此乃本條二項所明定。立法上未見其例，德民法四零九條一項後段，文字上雖極類似，但其實質不同。

債務人
對讓與人
得爲
對抗

債權人
對讓與人
得爲
對抗

我民法之設此規定者，蓋於此情形，債務人既得知讓與事實，自不復有通知之必要。(6)『通知由讓與人所爲者，非經受讓人之同意，不得撤銷之。』乃所以尊重受讓人之意思也。(民二九八條二項，德民四零九條二項)

第二 債務人得主張之對抗事由

(甲) 對受讓人得爲之對抗

(一) 一般對抗事由 受讓人既承受讓與人之債權，其債權於讓與後，并不喪失同一性，故債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由，亦應許其得以對抗受讓人，始能貫徹此旨，并保護債務人之利益。(民二九九條，德民四零四條，瑞債一六九條一項，日民四六八條二項)

(二) 抵銷之主張 『債務人於受通知時對於讓與人有債權者，如其債權之清償期先於所讓與之債權或同時屆至者，債務人得對於受讓人主張抵銷。』(民二九九條二項，瑞債一六九條二項，德民四零六條末段) 蓋因債權之讓與，不能及不利益於債務人。日民法無明文，通說及判例，採反對見解。但亦有從本條規定之理論者。

(乙) 對讓與人得爲之對抗 讓與人己將債權之讓與通知債務人者，債務人自受通知時起，將其對讓與人所負之債務移向受讓人負擔。若讓與人於通知後實際上尙未爲讓與行爲，或讓與行爲無

效者，其與受讓人間讓與關係，雖未成立或發生效力，然自外形上觀之，與已有效讓與者無異，債務人自將以通知為根據，而向受讓人為免責行為。倘認其免責行為不生效力，殊非所宜。故於此時，認債務人得以其對抗受讓人之事由對抗讓與人，以免債務人有為二重免責行為之損害。（民二九八條一項，德民四零九條一項）是與法律認表見代理行為有效，同其理論。但是否以債務人之善意為限，法無明文。解釋上，自不問善意惡意，均有本項之適用。其結果，殊失權衡。日民法根本無所規定，通說雖從德民法四零九條一項之法理，但以善意債務人為限，可謂至當。

上述二九八條一項所認債務人得向讓與人而為之對抗，純以債權讓與之通知為根據。反是，讓與人雖曾為通知，其後撤銷之者，則該通知之效力，應歸消滅。債務人之此項對抗權，亦即失其存在。但其撤銷讓與通知之意思表示，須經受讓人同意，并向債務人表示撤銷之意思，否則債務人仍不失上述之對抗的權利。（民二九八條二項）

第三款 債務承擔

第一項 債務承擔之意義

關於債

債務承擔與債權讓與同，羅馬法不認之。普國普通法，於其一部十四章三九九條以下，題為 *Expromi-*

務承擔
之立法

我民法
不設更
改之規
定

何謂債
務承擔

債務承
擔以契
約為基
礎

第三
人與債
權人承
擔契約

son, 設有不完全之規定。與民法一四零零條以下亦然。德民法始設詳細規定，所認債務承擔之方法有二：一依債權人與第三人之契約，他依債務人與第三人之契約。（德民四一四至四一九條）瑞債務法，從羅馬法，僅認更改；嗣經一九一一年之修正，仿德民法，而認第三人之債務承擔。（瑞債一七五至一八三條）反是，法意及其他法法系立法，則概從羅馬法，僅認更改，不認債務承擔。日民法亦同。

我民法從德民法，不規定更改。然依契約自由之原則，當事人之更改契約，亦非無效。對於債務承擔，則設有規定，而認第三人與債權人之承擔契約，及第三人與債務人之承擔契約。蓋亦從德民法之例。本項先就其意義及性質言之。

債務承擔 (Schuldübernahme)，亦稱債務讓與，或債務移轉 (Schuldübertragung)，謂依契約使債務保持同一性，而由原債務人移轉於第三人。分述如次：

第一 債務之承擔基於契約

債務之承擔，以契約為基礎。而其契約，有由第三人與債權人締結者，有由第三人與債務人締結者。無論何人，非依自己意思不能負擔債務，故其契約當事人之一方，必為第三人。民法亦稱曰承擔人。

(甲) 第三人與債權人之承擔契約 此種債務承擔之性質如何？學說不一。舉其著者，如為第三人契約說，同意或處分說，三面行為說，及單純契約說。解釋我民法，以從最後之說為宜。蓋依第三百條，因

第三人
與債務
人之承
擔契約

第三人與債務人間債務承擔契約之成立，其債務逕移轉於第三人，債權人逕對第三人取得權利，而不問債務人意思之如何也。德瑞二法之解釋亦同。（德民四一四條，瑞債一七六條）

（乙）第三人與債務人之承擔契約 第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，因債權人之承認而生效力。乃德普通法以來之通說。德民法第四一五條，設有明文。瑞債務法，亦有類似規定。（一七五條）我民法從德例，於第三零一條定曰：『第三人與債權人訂立契約，承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人不生效力。』但須注意者：(1) 第三人與債務人間之承擔契約，為對債權人生效，以債權人之承認為要件。(2) 就債務人與第三人之關係，雖無債權人之承認，亦生效力。故承擔人於債權人未承認間，亦負有依清償或其他方法使債權人滿足債務人免責之債務。(3) 此項承認，既有確定承擔契約對債權人生效之效力，其承認與否，自以迅速為必要。故我民法，又從德例，定為：債務人或承擔人，得定相當期限，催告債權人於該期限內確答是否承認。如逾期不為確答者，視為拒絕承認。拒絕承認者，承擔契約之效力，即不能對債權人發生，聽其存續，殊少實益，故債務人或承擔人，得撤銷之。（民三零二條，德民四一五條二項）但未撤銷前，債權人雖拒絕承認，其承擔契約，亦非當然消滅，而應於第三人與債務人間繼續有效。

債務承

第二 債務承擔契約以債務不失其同一性而移轉為標的

債務不
失其性
而轉移

債務承擔契約，非僅使承擔人負擔依清償或其他方法使債權人滿足債務人免責之債務而已，乃以生債務移轉之效力為標的。且其債務，并不因移轉而喪失同一性。即債務移轉於承擔人後，仍與原存於債務人者，同其內容及原因。故債務之承擔，與左列各觀念異。

債務更
改與承
擔

(甲) 債務承擔與更改 因債務人交替之更改，乃消滅舊債務成立新債務。反是，於債務承擔，則不過承擔債務人原有之債務。故無移轉性之債務，不得為承擔之標的。然一切債務，以有移轉性為原則。其例外，得依債務之性質，當事人之意思，或法律之規定，而不許移轉。

債務承
擔與履
行

(乙) 債務承擔與履行承擔 履行承擔，亦稱清償承擔 (Erfüllungübernahme)，乃承擔人與債務人約為代債務人履行債務。即承擔人立於債之關係以外，而承擔債務之履行。故與債務承擔，其承擔人立入既存債務關係，自為債務人，而負清償義務者不同。

債務重
疊與承
擔

(丙) 債務承擔與重疊的債務承擔 重疊的債務承擔 (Kumulative oder bestärkende Schuldtübernahme, Schuldtübernahme, Schuldbetritt)，謂原債務人之債務依然存在，承擔人加入，與之共負債務。是與單純的債務承擔，原債務人因第三人之承擔而免責者不同。故學者對之，而稱單純的債務承擔，曰免責的債務承擔 (Privative oder befreiende Schuldübernahme)。

債務承
擔契約

第三 債務承擔契約係無因行為并非要式行為

係無因
并非要
式行

此與債權讓與同，雖常有為其原因之法律關係，但非不可分離。為其原因之法律關係縱令無效，承擔契約亦非相當無效，故為無因行為。其成立，以具備契約之一般成立要件為足，無須何等方式，故非要式行為。

第二項 債務承擔之效力

因債權
承擔債
務由原
承擔債
務人
移於第
三人

因債務承擔，債務由原債務人移轉於第三人。即承擔人乃代原債務人而立於債務人地位。承擔人所負擔之債務，即本來之債務。其內容及原因均如舊，僅生債務主體之變更而已。然關於原債務之抗辯，從債務及其擔保等，是否因承擔而受影響？不能無疑。故我民法特明定之。

第一 承擔人對債權人得為之對抗

對債權
人得為
之對抗

債務不因承擔而失其同一性。故『債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由，承擔人亦得以之對抗債權人。』（民三零三條一項本文，德民四一七條一項本文，瑞債一七九條一項）然承擔人究非概括的繼承債務人之地位，故屬於債務人之債權，承擔人不得據以主張抵銷。（民三零三條一項但書，德民四一七條一項但書）是為上述本文規定之例外。

第二 承擔人不得對抗債權人之事由

不得對
承擔人
之債權
人專

債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由，承擔人固得以之對抗債權人。反是，其對抗事由非基

由

於其所承擔之法律關係，而基於承擔契約，且係存於承擔人與債務人之間者，以其契約已合法存在并發生效力為限，即不能使債權人受影響，故我民法第三零三條二項，又從德民法四一七條二項，瑞債務法一七九條三項之例明定曰：『承擔人因其承擔債務之法律關係所得對抗債務人之事由，不得以之對抗債權人。』但承擔契約之本體有瑕疵，而被撤銷者，承擔之效力，因以不發生，即根本無債務之移轉，則承擔人自無妨以其事由對抗債權人。

第三 承擔及於從權利之效力

讓與債權時，從屬於其債權之權利，應隨同移轉於受讓人，已如前述。基於同一理由，承擔債務時，如有從屬於其債權之權利，亦不得因承擔而妨礙其存在。即承擔人應連同對於債權人之從權利所負之義務一併承擔之。但其存在，與原債務人之人格，有不可分離之關係者，即無移轉性，則承擔人自得證明此種關係，而主張不負責任。（民三零四條一項，瑞債一七八條一項）

第四 承擔及於第三人擔保之效力

債權有擔保權者，其擔保權即有前述從權利之性質，自不因債務之承擔而受影響。然承擔之效力，不能及於第三人，故如擔保係由債務人自己所供者，固有上述第三零四條一項規定之適用。反是，而由第三人所供者，該供擔保之第三人，僅有擔保原債務人債務之意思，而不必有擔保由承擔人承擔以後之債務

於承擔及
從權利之
效力

於第三及
擔保人
之效力

之意思，故不問其爲對人擔保或物上擔保，除該第三人對於債務之承擔已爲承認外，其擔保因債務承擔而消滅，不爲承擔人之債務繼續存在，以保護與承擔無關之第三人利益。（民三零四條二項，瑞債一七八條二項）然第三人於供擔保後，又承擔其債務者，則所謂供擔保之第三人，與承擔人係同一體，雖仍屬於本項規定之範圍，但通常恆視爲有默示的承認，蓋無認其擔保責任消滅之理由。

第三項 特種債務承擔

第一 資產及負債之概括承受

就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者，發生債權債務概括的移轉之問題。關於債權部分，除當事人有反對特約外，當然包含於財產或營業之概括的讓與中，不生何等問題。關於債務部分，亦依概括承受之契約，而移轉於新主。惟通常情形，第三人與債務人訂立契約，承擔債務者，以債權人之承認爲生效要件。此則不然，無待債權人之承認，僅因對於債權人爲承受之通知或公告，即生承擔債務之效力。惟其效力，與通常之承擔，究屬有別。承擔人雖因承擔而立於債務人地位，原債務人亦仍不離其法律關係。即就已到期之債權，自通知或公告時起；未到期之債權，自到期時起；二年以內，與承擔人連帶負其責任。（民三零五條，瑞債一八一條，德民四一九條）

『營業與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，與前條之概括承受同，其合併之新營業，對於各營業之債務，負其責任。』（民三零六條，瑞債一八二條）此乃因數營業之合併，而有新營業發生。故與前條因營業之讓與，讓與人於讓與後失其營業人之地位者不同。於本條原有各營業仍併合的繼續存在，其效力自亦不能與前條完全一致。依本條所定，可別為左列二項：

（甲）對於原有各營業之債權人之關係，適用前條規定。自通知或公告時起，生債務承擔之效力。蓋本條有所謂『與前條之概括承受同』一語，故生此論定。

（乙）新營業對於合併前各營業之債權人，負擔與合併前各營業人同一之責任。任何人皆不得依前條規定因二年經過而免責。此本條後段之趣旨也。

第六節 債之消滅

第一款 通則

我民法於債之消滅節中，除分款規定清償、提存、抵銷、免除、混同外，并於第一款規定通則，立法上未見其例，但其實質的理論，則為各國所共認。考其規定內容，有關債之消滅之共通的效力。（第三零七及三零

我民法
關於債
之消滅
之規定

八條)茲於說明各該規定以前,分述債之消滅之意義及原因如次:

第一 債之消滅之意義

何謂債之消滅

債之消滅 (Erlöschen der Schuldverhältnisse, extinction des obligations) 謂債之關係客觀的失其存在。自消滅原因發生時,債之關係當然消滅,不以債務人之主張為必要。而與訴權之消滅,債權效力之停止,債之變更,均有所不同。

債之消滅與新發生之債

債之消滅,乃當事人之終極目的,於其發生之始,即有此豫期,一旦消滅,即不得再依契約使其復活。故當事人雖得使生有同一內容之新債,然究非舊債之續存,故舊債所附之擔保,亦不復存在。

債之消滅原因

第二 債之消滅原因

(甲) 目的消滅 (Zweckerledigung) 更可別為二:

(一) 目的達到 (Zweckerreichung) 此乃消滅債之關係最正當之原因。所謂清償,乃其代表的方法。

(二) 給付不能 (Umnöglichkeit) 此指因不可歸責於債務人之事由而致給付不能者言。

(乙) 當事人之意思 債權乃為債權人而存在,如債權人認為無其必要時,得從其意思使債之關係消滅。例如免除,其主要者也。

債之消滅之效力

從權利消滅

證書之返還或塗銷

(丙) 其他事由 例如當事人死亡，終期屆至，消滅時效完成，混同等是。又債之關係，依發生原因之除去，而間接的消滅。如解除條件成就，契約解除，契約終止，法規行為撤銷等，即其例也。

本節關於債之消滅事由，僅就清償、提存、抵銷、免除、混同等，設有規定。但非以示其僅限於此，他如上述給付不能，當事人死亡，終期屆至，消滅時效完成，解除條件成就，契約解除，契約終止，法律行為撤銷等，何莫非非債之消滅事由，惟須依其他法律規定或一般法理以定之，而不屬於本節規定之範圍。

第三 債之消滅之效力

我民法於債之消滅節中，通則一款，對於債之消滅之效力，設有共通規定。茲分述之：

(甲) 從權利之消滅 『債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利，亦同時消滅。』
(民三零七條，瑞債一一四條一項) 蓋其主權利既因債之消滅客觀的失其存在，則此等從權利自亦無存續之根據矣。

(乙) 證書之返還或塗銷 當事人爲證明債之關係，曾由債務人作成負債字據，即學者所謂債權證書，交付於債權人者，債之關係消滅，不能使其仍存於債權人之手，故我民法，對之設有左列規定。

(一) 債之全部消滅者，債務人得請求返還或塗銷負債之字據。(民三零八條一項前段，瑞債八八條一項，德民三七一一條前段，日民四八七條)

(二) 債之一部消滅，或負債字據上載有債權人他項權利者，債務人得請求將消滅事由記入字據。(民三零八條一項後段，瑞債八八條二項)

(三) 負債字據，如債權人主張有不能返還或有不能記入之事情者，債務人得請求給與債務消滅之公認證書。(民三零八條二項，瑞債九零條一項，德民三七一條後段) 此項公認證書，由債權人作成，聲請債務履行地之法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關，蓋印簽名。(民債施行法九條) 債務人受此證書之交付，與受負債字據之返還塗銷或記入，有同一效力，足以證明債之關係已消滅。

第二款 清償

第一項 清償之意義

何謂清償 (Solutio; Erfüllung; Zahlung; performance; paiement; pagamento) 者，依債務本旨，實現債之內容，而消滅債之關係 (民三零九條一項) 之行爲也。所謂依債務本旨實現債之內容，是爲清償行爲之要素。所謂消滅債之關係，是爲清償行爲之效力。其法律上性質如何？學說不一。

第一 法律行爲說

此說謂：清償人恆有清償意思 (Animus solvendi)，清償卽以此爲效力意思之法律行爲也。其中又有

爲說

三說：

契約說

(甲) 契約說 此說謂：清償，乃依債務人之清償意思，與債權人之受領意思之合致，而成立之清償契約 (Erfüllungsvertrag) 是爲德普通法之通說。

單獨行爲說

(乙) 單獨行爲說 此說謂：清償，以基於債務人之清償意思爲足，而不以債權人之受領意思爲必要，故爲單獨行爲。

契約或單獨行爲說

(丙) 契約或單獨行爲說 此說謂：清償，需要受領者爲契約，反是則爲單獨行爲。例如物之交付債務，屬於前者。不作爲債務，屬於後者。

第二 非法律行爲說

非法律行爲說

此說謂：清償，恆非法律行爲。蓋給付行爲與清償，應區別之。給付行爲中，雖有種種法律行爲存在，而清償乃實現債之內容之行爲，不以清償意思爲必要，縱有此意思，亦不可稱曰效果意思。

第三 折衷說

折衷說

此說謂：清償，或爲法律行爲；或非法律行爲。概括言之，給付行爲如係法律行爲，則清償亦爲法律行爲。反是，給付行爲如係事實行爲，則清償亦係事實行爲。

學說之批評

上述諸說中，法律行爲說須有清償意思之存在，於不作爲債務無以說明之。且雖有清償意思，然其意

思亦不過係爲清償而給付之意思，不可稱曰法律行爲所必要之效力意思。又認爲法律行爲時，則爲清償之人須有行爲能力，此於給付係不作爲或事實行爲時，亦不可通。除此等共通之缺點外，更就契約說及單獨行爲說分別論之：契約說恆須債權人之協力，殊違反事實，且與清償之充當不以債權人意思爲基礎之規定矛盾。依單獨行爲說，如不作爲債務人無清償意思時，亦不足以說明之。至於折衷說，除與法律行爲說得爲同一之批評外，且就其區別標準，有混同給付行爲與清償行爲之憾。

上述一三兩說，既不足採。故於清償，應依非法律行爲說，以說明之。蓋清償乃實現債之內容之行爲，其行爲如適合債務本旨，當然發生債之消滅之效力，而不問清償意思之有無。又需要債權人受領與否雖依給付之種類而異，然受領之意思表示，亦非清償之必要條件，故清償非法律行爲也。

第二項 清償人與受領權人

清償，由清償人對受領權人爲之。故清償行爲，乃清償人與受領權人間之行爲。何謂清償人及受領權人，應分論之。

第一 清償人

清償人，可別爲應爲清償之人，與得爲清償之人。前者，指債務人及其繼承人言。後者，則不以此爲限，他如債務人之代理人，亦得爲清償。至於其他第三人，得爲清償與否？立法例不一。從沿革上觀之，於羅馬法，大

本書採
非法律
行爲說

清償人

關於第

三人清
債之立
法例

我民法
上之第
三人清
債

原則上
第三人
得爲清
債

例外第
三人清
債之無
效

有爭論，以積極說爲通說。德普通法從之。法、意、民法，分別其是否有害關係之第三人，設較詳之規定。（法民一二三六條以下，意民一二三八條以下）普國普通法，稍異其趣，當事人雙方皆有反對第三人清償之意思時，不能強要債權人受領。（一部十六章五一條）依瑞士舊債務法及德民法，債務人有異議時，債權人得拒絕受領。（瑞舊債七七條，德民二六七條）瑞士新債務法之規定，稍欠明瞭，然學說從羅馬法，雖於債務人不知或反於其意思時，亦認第三人之清償。奧民法從之。（一四二二及一四二三條）日民法大體從德例，但有異同。（四七七條）我民法之規定，實兼採德日二例，而可分爲原則與例外。

（甲）原則 『債之清償，得由第三人爲之。』（民三一一條一項本文，日民四七四條一項本文，德民二六七條一項，又瑞債六八條之反對解釋）蓋債之內容，依任何人皆得實現，故原則上，第三人清償時，債權人亦不得拒絕。如拒絕之，即生受領遲延之問題。

（乙）例外

（一）當事人另有訂定時 依當事人之訂定，不得由第三人清償者，如第三人清償時，應屬無效。（民三一一條一項但書前段，日民四七四條一項但書後段）蓋上述原則，非強行法規，如當事人有反對訂定，自應從其訂定。惟此之所謂訂定，非必爲當事人雙方之特約。如其債之發生原因係單獨行爲時，則其行爲人有反對意思，自亦屬之。且其反對意思，不以表示於債權發生當時爲限。

(二) 債之性質不許時 依債之性質，不得由第三人清償者，如第三人清償時，應屬無效。(民三一一條一項但書後段，日民四七四條一項但書前段) 所謂依債之性質不得由第三人清償者，即債務人其人成爲給付之要素，第三人爲之者，不能認爲正當之履行故也。

(三) 第三人之清償，債務人有異議時 第三人之清償，債務人有異議時，是反於債務人之意思，故債權人得拒絕受領。然若該第三人就債之履行有利害關係者，則債權人不得拒絕。(民三一一條二項，日民七四七條二項，德民二七六條二項) 所謂第三人就債之履行有利害關係，解釋上，以有財產的利害爲限。例如：物上擔保人，第三取得人，第三債務人等是。此種利害關係之有無，於債權人拒絕受領時，其證明責任，屬於爲清償之第三人。

清償人
之代位

第三人爲清償後，其與債務人之關係，應依彼此間之基本法律關係(例如委任、贈與、無因管理等)以定。但該第三人，就債之清償有利害關係者，則生代位問題，是曰清償人之代位，乃羅馬法以來立法上所共認。我民法從法日先例，(法民一二四九至一二五六條，日民四九九至五零四條) 設有一般規定。德瑞則僅就保證、連帶債務、物上保證等，分別定之。然我民法，僅設三一二及三一一三兩條，其內容甚簡，且僅認利害關係第三人清償之代位，即所謂法定代位，是與日民法并認任意代位者不同。依我民法：『就債之履行有利害關係之第三人爲清償者，得按其限度，就債權人之權利，以自己名義，代位行使。』即規定法定代位

受領權人

債權人
有受領權

債權人
之代理

之範圍及方法。但因其代位，『不得有害於債權人之利益。』蓋因其清償，較債務人自己之清償，未能更不利於債權人也。（民三一二條，法民一二五一及一二五二條，日民四九九至五零一條，德民二六八條三項四二六條二項七七四條一項一一四三條一項一一五零條一一七三條二項，瑞債一四九及五零五條）至第三人行使此項代位權時，應準用關於債權讓與之二九七條及二九九條規定。（民三一三條，日民四九九條五百條，德民條文同前）

第二 受領權人

『依債務本旨，向債務人或其他有受領權人爲清償，經其受領者，債之關係消滅。』（民三零九條一項，法民一二三九條一項）故債權人有受領清償之權，固無論矣。除債權人外，他人亦或有之。

（甲）債權人 受領權人，原則上爲債權人。凡債權人，原則上皆有受領權。但亦不無例外。如債權人破產，或債權被扣押、假扣押，有禁止處分、停止支付、等命令時，雖債權人，亦不得受領清償。至如無完全行爲能力之債權人，能否受領清償？因對於清償之性質所採之見解不同，而異其論定。余從非法律行爲說，故此問題，無關於清償之受領，而爲給付行爲之問題。

（乙）其他受領權人 非債權人，而有受領權者如次：

（一）債權人之代理人 無論給付行爲係法律行爲或非法律行爲，債權人之代理人，皆有受

人有受領權

持有債權人簽名之收據者有受領權

其他有受領權之人第三

領清償之權。惟前者生代理問題，後者則非真正之代理。

(二) 持有債權人簽名之收據者 『持有債權人簽名之收據者，視為有受領權人。』所謂收據，有受領證書之性質，而以債權人曾簽名其上為形式要件，乃我民法所明定。德、日、雖無明文，解釋上亦須具有此種形式。蓋於持有具備此種形式之收據，表面上一若有受領權，故為保護債務人，并謀交易安全，依法律之力，視為有受領權，其清償有效，而不問實質之如何。然債務人已知或因過失而不知其無權受領者，則不復有保護之必要，故其清償，不生債之消滅之效力。但債務人是否已知或因過失而不知，應由債權人負證明責任。(民三零九條二項，德民三七零條，日民四八零條)

(三) 其他之第三人 上述而外，債權人對其他第三人清償時，如法律有特別規定，或當事人有特別訂定，固應從其所定。不然之時，債權人向第三人為清償，經其受領者，其效力如何？依我民法三零條，除下列各種情形外，均不生清償之效力。(1) 經債權人承認，或受領人於受領後取得其債權者，有清償之效力。(德民三六二條二項一八五條，法民一二三九條二項)(2) 受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力。(日民四七八條，法民一二四零條)(3) 除前二款情形外，於債權人因而受利益之限度內，有清償之效力。(日民四七九條，法民一二三九條二項)

第三項 清償地

何謂清
償地

清償地 (Leistungsort)，亦稱清償處所，履行處所，或給付處所。謂債務人應為給付之地。反是，債務人不於其地而於他地給付，即非依債務本旨之履行。而與所謂送交處所 (Bestimmungsort, Versendungsort) 有別。(民三三四條參照)

定清償
地之標
準

定清償地之標準有種種：(1) 法律之特別規定，(2) 契約之特別訂定，(3) 特別習慣，(4) 債之性質，(5) 其他具體情形。如不能依此種種以定之時，則如何？羅馬法未設特別原則。奧民法第九零五條，定為不動產於其所在地，動產於債之發生地。普國普通法一部五章二四八條，定為債之發生時債權人住所。法法系民法，僅定為債務人住所。(法民一二四七條，意民一二四九條) 反是，德法系立法例，與德普通法通說同，以債之發生時債務人住所為原則。(德民二六九條，瑞債七四條) 日民法第四八四條，則以債權人現在之住所為原則，蓋清償雖屬債務人行為，而清償期究以予債權人以滿足為目的，故從債權人住所地主義。

我民法
關於定
清償地
之規定

依我民法第三一四條，不能從上述標準以定清償地時，視給付是否特定物而異：(1) 以給付特定物為標的者，於訂約時其物所在地為清償。是與瑞債務法同，以訂約時物之所在地為標準。而與日民法定為債之發生時其物所在地者，異其文字，但實際上，無大差別。(民三一四條一款，瑞債七四條二項二款，日民四八四條前段) (2) 其他之債，於債權人住所地為清償。蓋債權人住所地，與日民法同。惟債權人之住所，自訂約至履行，未必一致。究應以何時之債權人住所地為清償地，我民法未明示之，解釋上應以清償當時債權

人之住所地爲標準，以期合乎實際。（民三一四條，日民四八四條後段）

第四項 清償期

何謂清償期

清償期 (Leistungszeit) 亦稱履行期，或給付期。謂債務人應爲給付之時期。其時期，與債之發生時期，不僅異其觀念，事實上亦不一致，且與債務人得爲履行之時期亦異。蓋期限恆推定其爲債務人之利益而設，故雖定有清償期，而債務人於清償期前無妨拋棄期限利益履行債務。然其期限利益，亦不無屬於債權人或當事人雙方者，則債務人自不能依個人便宜而破壞之。故債務人之得於清償期前爲清償者，應以當事人無反對意思表示爲限也。至於債權人於定有清償期者，則應絕對遵守，非期限屆至，不得請求清償，以免害及債務人之利益。（民三一六條，德民二七一條二項，瑞債八一一條一項）

期限利益之拋棄

定清償期之方法

定清償期之方法有種種：(1) 法律，(2) 契約，(3) 債之性質，(4) 其他具體情形。如不能依此種種以定之時，則爲未定清償期之債務，債務人應於何時清償，債權人得於何時請求，立法上又有明定之者，與不然者。我民法從德瑞先例，明定曰：『債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時爲清償。』（民三一五條，德民二七一條一項，瑞債七五條）以期適合當事人真意。故債之成立後，債權人於任何時皆得依第二二九條二項規定催告履行，債務人亦得於任何時向受領權人爲履行。倘被拒絕，即足以生二三四條之債權人遲延問題。

第五項 清償費用

何謂清償費用
清償費用之負擔

債務人應從債務
井依誠實信用
方法而清償

何謂一部清償
原則上債務人
無爲一部清償
之權利

清償費用，即清償債務所需之費用。應由何人負擔不可不從法律之特別規定，或契約之特別訂定以決之。然無此等規定或訂定時，則如何於我民法，以由債務人負擔爲原則。蓋清償費用之支付，乃給付行爲之一部。但因債權人變更住所或其他行爲，致其清償費用增加者，則應使債權人負擔。蓋無因債權人方面之事由，而增加債務人負擔之理，此乃德法兩系之所同。（民三一七條，德民二七零條三項，日民四八五條，法民一二四八條，意民一二五零條）

第六項 清償之方法

債務人應從債務本旨，井依誠實及信用方法而爲清償。（民二三五條本文，三零九條一項，二一九條）此與給付所述者同，所謂依債務本旨，應就具體情形定之。然如一部清償，代物清償，債務更新等，皆不能謂爲適合債務本旨。我民法對之，設有特別。

第一 一部清償

一部清償者，於單一的債之關係，以可分給付爲標的，其給付全部可能，而債務人僅就其一部爲清償之謂。原則上，『債務人無爲一部清償之權利，』我民法從多數先例，設有明文。（民三一八條一項本文，德民二六六條，法民一二四四條一項，瑞債六九條一項）日民法雖未規定，解釋上亦同。故債務人如爲一部清償時，即非依債務本旨之清償，債權人如受領之，固足以使債之一部歸於消滅。反是，而拒絕受領，亦不生

例外人得
分期或
緩期清
償

債權人遲延之問題，應由債務人負其責任。但有例外，即「法院得斟酌債務人之境況，許其於無甚害於債權人利益之相當期限內，分期清償，或緩期清償。」（民三一八條一項但書，法民一二四四條二項）所謂「分期清償」，即劃期的一部清償。所謂「緩期清償」，即延期的全部清償。於前者，乃認一部清償之有效。於後者，雖不認一部清償，而停止給付遲延之效力發生，許債務人不遵守原期限，而得依新期限為清償。但本項規定之適用，應以給付可分者為限，反是給付不可分者，則祇許緩期清償，而不許分期清償。蓋於給付不可分時，根本無認其一部清償有效之可能也。（民三一八條二項，法民一二四四條二項）

法律認
上述之
權利

上述三一八條一項但書，及同條二項，認債務人得分期清償或緩期清償，乃依債編立法原則第十條，而求民生主義之實現，亦可謂為社會政策的立法。大體上，係採法民法之理論，而與日本昭和七年法律第二十六號頒行之金錢債務臨時調停法，同其趣旨。其根本思想，固不得加以非難。但其適用，不待債務人之主張，完全委諸法官之職權，其結果，影響於債權人者至巨，故務求其不背於正義與公平，否則為害殊深，職司審判者，幸加之意焉。

第二 代物清償

何謂代
物清償

（甲）代物清償之意義 代物清償 (Datio in solutum; Hingabe an Zahlungstat oder Erfüllungstat; datio in solutum; dazione in pagamento) 者，以債權人受領他給付代替原給付

代物清償以債
務存在
爲要件
代物清償
須爲
與原定
給付相
異之現
實給付
代物清償
須代
原定給
付而爲
他種給
付物清

爲內容，而生債務消滅效力之契約也。（民三一九條，德民三六四條一項，日民四八二條，法民一二四三條二零三八條，意民一二四五條一九二八條）蓋非依當事人之合意，不得變更原定之給付義務，故必基於契約。而其契約之一方，又必爲債權人。至於他人，因法律既認第三人之清償，故不以債務人爲限，雖第三人亦得與債權人成立代物清償契約。因其必須由清償人以他給付代原給付，並經債權人受領，故爲要物契約。因爲他給付，即不必更爲原給付，二者間有對價關係，故爲有價契約。法學者對於代物清償之性質，有主張更改或買賣說者，殊與當事人真意及事實不合，故不足採。

（乙）代物清償之要件

（一）須有債務存在 不問其債務內容如何，以有其存在爲足，并不以有體物爲限。

（二）須爲與原定給付相異之現實給付 代物清償，既有要物契約之性質，故必現實而爲與原給付相異之給付。如僅有爲與原給付相異之給付之合意，尙無代物清償契約之成立，而有代物清償豫約之性質。

（三）須代原定給付而爲他種給付 清償人現實而爲之給付，須係以代原定之給付者。雖不以有體物給付爲限，然因清償舊債務而負擔新債務者，則屬於次述債務更新之範圍。

（四）須債權人受領他種給付 代物清償，不以清償人給付或提出給付爲足，尙須債權人受

領之。

(五)須基於清償人與債權人之合意 反是，非依合意，僅依清償人一方之意思為他種給付者，自不能消滅債之關係。

(丙)代物清償之效力 依我民法第三一九條：『債權人受領他種給付以代原定之給付者，其債之關係消滅。』故代物清償之效力，與為原定給付之效力同，債權因以消滅，從權利亦隨之而消滅。

依代物清償所給付之物或權利有瑕疵時，其擔保責任如何？德普通法以來，大有爭議。德民法第三六五條，使清償人與出賣人負同一擔保責任。日民法無明文，通說因代物清償係有價契約，故亦準用關於出賣人擔保責任之規定。解釋我民法，亦應從此說。(民三四七條)

第三 債務更新

(甲)債務更新之意義 因清償債務而負擔新債務者，是曰債務更新。我民法對之，從德民法之例，設有明文。(民三二零條，德民三六四條二項)而認為特種契約。瑞債務法，則認為更改。(一一六條一項)日民法無規定，學者解為屬於代物清償之一種。

(乙)債務更新之要件

(一)須有舊債務存在 債務更新，必於更新當時有現存有效之債務，而不問其內容之如何，

債須有他種給付之受領物清償須基於合意
代物清償有消滅債之效力
債之消滅與債權之關係
從權利亦消滅
代物清償之擔保
問題

何謂債務更新

債務更新以舊

債務在為要件
債務更新
債務發生為要件
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新

債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新

債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新
債務更新

此與代物清償同。

(二) 須有新債務發生。債務更新，以發生新債務為標的。新生之債務，恆與舊債務異其內容，且為無因債務。例如負擔票據債務是。

(三) 須因清償舊債務而負擔新債務。債務更新，非與債權人以現實滿足，乃為與以滿足而負擔新債務。故所謂『因清償』即『為清償』(Zahlungshalber)之意。然非以新債務之負擔代替舊債務，故非所謂『代清償』(An Erfüllungstatt)。僅有其負擔，舊債務並不因以逕歸消滅，是與代物清償異。

(四) 須基於清償人與債權人之合意。債務人或第三人為清償舊債務，而對債權人負擔新債務者，均生債務之更新。但不能因其一方之意思，致債權人不能受現實之滿足，而必基於債權人之合意，故為契約。其契約，不以約為負擔新債務為足，并須實行負擔新債務，故為要物契約。因其成立，舊債務并不逕歸消滅，故為單務且無償契約。

(丙) 債務更新之效力。『因清償債務，而對於債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅。』(民三二零條)故債務更新之效力，應依當事人之意思定之。無特別意思表示時，始依本條之補充法規。即(1)於債務更新後，新舊兩債務併存，非以新債務代舊

債務之存在，故與代物清償及更改異。(2)因新債務之履行，兩債務同時消滅，關於舊債務之從債務亦同。但僅履行新債務之一部者，則對舊債務，亦僅生一部消滅之效力。(3)債務更新後，債權人對於舊債務，不復有請求履行之權。惟新債務履行不能時，舊債務之請求權，因以回復。(4)新債務履行遲延或履行不能時，皆對舊債務生遲延之效力。

第七項 清償之抵充

第一 抵充之意義

債務人對於同一債權人負擔同種給付之數宗債務，而清償人所提出之給付不足清償債務全額時，發生清償抵充 (Imputatis; Anrechnung, imputation, imputazione) 之問題。此問題，於債務人有重大關係，故立法上，對之多設明文，我民法亦然。(民三二一條至三二三條，普國普通法一部一六章一五零條以下，德民三六六條以下，瑞債八五條以下，奧民一四一五條以下，法民一二五三條以下，意民一二五五條以下)

第二 抵充之要件

(甲)債務人對同一債權人負擔數宗債務 即於同一當事人間，有依獨立原因所生數個債權存在，其債權有自始即存於該當事人之間者，有至後受讓者，且不以由於一個包括的債之關係為限。

清償之問題

以一人債務對一人債權之數宗債務為要件

抵充以數宗債之給付種類相同爲要件以提出之給付不足清償全部債額爲要件
清償一債務應爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時
爲數宗債之給付時

(乙) 數宗債務之給付種類相同 反是，不同種類之數宗債務，清償人爲某種給付之提出，視其適於某宗債務之標的，即爲對於某宗債務所爲之清償，而不生抵充問題。

(丙) 清償人所提出之給付，不足清償全部債額 所謂清償人，不以債務人爲限，第三人亦包含之。其所提出之給付，如相當於全部債額，則全債務均因以消滅，不生抵充問題，故以不足清償全部債額爲要件，且不必超過一宗債務之額。

一債務之清償，應爲數宗給付者，如所提出之給付不足清償債務全部時，日民法明定爲準用清償充當之規定。(四九零條) 我民法無之，解釋上，亦同其趣旨。

第三 抵充之方法

關於清償之抵充，清償人與受領人間，有合意者，依其合意所定之方法定之，自無疑義。無此合意時，依我民法，授清償人以指定抵充之權。即由清償人，於清償時，指定其提出之給付所應抵充之債務。(民三二一條，德民三六六條一項，瑞債八六條一項，日民四八八條一項三項) 清償人不爲抵充之指定時，則如何？立法上有認債權人爲第二位抵充權人者。(法民一二五五條，瑞債八六條二項，日民四八八條二項) 我民法則反是，於無清償人之指定時，使逕從法定抵充。蓋從德民法之例也。即依左列標準定其應抵充之債務。(民三二二條，德民三六六條二項，日民四八九條)

(甲) 債務已屆清償期者，儘先抵充。

(乙) 債務均已屆清償期，或均未屆清償期者，以債務之擔保最少者儘先抵充。擔保相等者，以債務人因清償而獲益最多者儘先抵充。獲益相等者，以先到期之債務儘先抵充。

(丙) 獲益及清償期均相等者，各按比例抵充其一部。

第四 抵充之順位

抵充之方法，有依契約約定之者，清償人所提出之給付，不足消滅原本利息及費用之全部時，其抵充之順位，亦得依契約約定之。反是，無約定之抵充順位時，則從法定順位，即應先抵充費用，次充利息，再次充原本。不問債務人對同一債權人僅負一宗債務，或數宗債務，且於負數宗債務時，不問其係由清償人指定抵充，抑依法定抵充，祇須清償人所提出之給付不足以充費用利息原本全額之清償，皆有此項法定順位之適用也。(民三二三條，德民三六七條，日民四九一條)

第八項 清償之證明

清償，生消滅債之關係之效力，且為債之消滅之主要的正當方法。如為全部清償，消滅債之全部；如為一部清償，而係法律所許者，亦生債之一部消滅。除適用債之消滅之通則(民三零七條三零八條)外，法律對於清償效力之證明，設有特別：即『清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書。』(民三二四條，

清償抵
充之順
位

清償效
力之證
明

德民三六八條，瑞債八八條一項，日民四八六條）

第一 受領證書之性質

受領證書 (Quittung) 之法律上性質如何？學說不一。舉其著者，如債務消滅承認契約說 (Theorie des Anerkennungsvortrages)，債務消滅不抗爭契約說 (Beweisvortragstheorie)，單純證據方法說 (Beweismitteltheorie) 是。夫當事人出於何種意思而為受領證書之授受，固難一概論斷。然我民法三二四條之所謂受領證書，以解作依以證明有清償事實之單純證據方法，信為允當。

第二 受領證書之授受

受領證書之給與，係依清償人之請求。所謂清償人，當包含債務人及為清償之第三人而言。受其請求，即發給者，亦不以債權人為限，其他受領人亦包含之。其請求時期，自須在清償時或清償後。其授受，且得準用雙務契約同時履行之法理，主張與給付交換為之。其內容及形式如何？法無明文，要須足以證明清償之事實。作成證書之費用，我民法既無如德民法第三六九條應由債務人負擔之規定，於解釋上，自應由受領清償人負擔，蓋其給與本屬受領清償人之義務也。

第三 受領證書之證明力

受領證書之證明力如何？即能否證明債務全部之消滅，應依書面之記載定之。但有疑義時，法律為免

關於受領證書之性質學說

受領證書之授受

受領證書之證明力

舉證之煩，設有利於債務人之推定的規定。即

(甲) 關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未為他期之保留者，推定其以前各期之給付為已清償。(民三二五條一項，瑞債八九條一項)

(乙) 如債權人給付受領原本之證書者，推定其利息亦已受領。(民三二五條二項，瑞債八九條二項，法民一九零八條)

第四 債權證書之返還

債權證書之返還

受領證書，依清償人之請求而給與，非清償後之必然的結果。故清償人不為其請求，而依他種方法，亦足以證明債之消滅。且如前述，債務人於債之消滅後，有請求返還負債字據之權利，因其返還，即可證明債之全部消滅。(民三零八條一項前段) 此種通則，於債之關係，依清償而消滅時，當然適用。然我民法，於第三二五條，又設有『債權證書已返還者，推定其債之關係消滅』之規定。所謂債權證書，與第三零八條所稱『負債字據』同其意義。因其返還，依三零八條一項規定，當然推定債之全部已歸消滅，故適用三零八條一項，即足以生三二五條三項之結果，是則此項規定，不無重複之譏。

第三款 提存

第一項 提存之意義

何謂提存

提存 (Depositio, Hinterlegung; consignation; consegna, deposito) 者，基於一定原因，清償人爲債權人，而將給付物寄託於提存所或保管人之謂。(民三二六條以下，普國普通法一部一六章二一三條以下，德民三七二條以下，瑞債九二條以下，日民四九四條以下，法民一二五七條以下，意民一二五九條以下，奧民一四二五條以下) 於法律上，以擔保債權爲目的，而認提存者，其例甚夥。惟本款之提存，則以消滅債權爲目的，而具有左列特質：

第一 提存乃私法上契約

關於提存之性質，學說不一。根本上，卽有公法關係與私法關係之爭。前者，又有謂爲公法上契約者，有謂爲國家所行之非訟事件者。通說，則主張其爲私法關係，謂有契約性質，余亦從之。

第二 提存乃寄託契約

提存應向提存所或保管人爲之。(民三二七條一項) 該提存所或保管人，因而負擔保管提存物之義務，故爲寄託契約。

第三 提存乃關於第三人之契約

提存非提存人與提存所或保管人間之單純契約，提存人乃爲債權人而提存，(民三二六條) 債權

私法上
提存乃
契約

提存乃
寄託契
約

提存乃
關於第
三人之
契約

人得隨時受取提存物，（民三二九條）故係關於第三人之契約。

第二項 提存之原因

提存之
原因

提存，乃清償代用（Erfüllungs-surrogat）之一種，故須具有一定原因。其原因，立法上多明定之。我民法亦然。（民三二六條，德民三七二條，瑞債九二條，日民四九四條，法民一二五七條，意民一二五九條）而可別爲二種：

第一 債權人方面之原因

債權人
方面之
原因

提存原因之存於債權人方面者，依我民法，即『債權人受領遲延。』此之所謂受領遲延，指『債權人對於已提出之給付拒絕受領或不能受領』而言，（民二三四條）與德瑞二法同，而與日民法僅定爲『拒絕受領』者異。故於日民法，不以清償人已現實提出給付爲必要。其適用範圍，自較我民法略廣。

第二 債務人方面之原因

債務人
方面之
原因

提存原因之存於債務人方面者，依我民法，即『債務人不能確知孰爲債權人，而難爲給付之時。』其不確知，是否須非基於債務人之過失，法無明文。瑞債務法，否認此項提存原因。德日民法，則以債務人無過失爲要件。我民法既無如德日之明文，解釋上不能無疑。然從信義之原則，及提存之目的言之，自以解爲須非基於債務人過失而生者，比較允當。

提存以
有提存
原因爲
要件

提存以
爲債權
人爲要
件

提存人
以清償
人爲限

受提存
者以擔
存所爲
原則但
有例外

第三項 提存之要件

第一 須有提存原因

提存須有法定原因，已如前述，不再贅。

第二 須係爲債權人

提存係爲債權人而爲之。（民三二六條後段）債權人對於提存物，有受取權。爲便其行使，故提存人於提存後，應通知債權人，是曰提存通知。如怠於通知，致債權人受損害者，提存人須負賠償責任。但於提存後，難免無不能通知之情形。例如因不能確知孰爲債權人而提存者，事實上既不能通知，債務人之此項通知義務，自應免除，故通知非提存之要件。（民三二七條二項，德民三七四條二項，日民四九五條三項）

第三 提存人

得爲提存者，以清償人爲限。（民三二六條後段）清償人，當然包括債務人及其他得爲清償之第三人而言。

第四 受提存者

得受提存者，以清償地之提存所爲原則。但有例外，即於清償地無提存所時，清償人得聲請當地初級法院指定受提存者。法院因其聲請，應指定提存所，或選任保管提存物之人。（民三二七條一項，日民四九

五條一項二項，德民三七四條一項，瑞債九二條二項）

第五 提存物

提存之標的物，即給付物。（民三二六條後段）何種給付，可得提存？法律固無積極限制。但如給付物不適於提存，或有毀損滅失之虞，或提存需費過鉅者，依我民法第三三一條，既定為清償人得聲請清償地之初級法院拍賣，而提存其價金。（德民三八三條一項，瑞債九三條一項，日民四九七條）更依第三三二條，如其物有市價者，該管法院且得許可清償人照市價出賣，而提存其價金。（瑞債九三條二項，德民三八五條，又參照我民法債編施行法一四條）則從反面解釋，於此等情形，自不許提存原給付物。惟就其價金之提存，與原給付物之提存，生同一效力。

第六 須交付提存物

提存為要物契約，提存人須將給付物交付提存所或保管人，始有提存關係之發生。

第四項 提存之效力

第一 及於債之關係之效力

提存應及何等效力於債之關係？立法例不一：(1)德普通法之通說，認債之關係因提存逕歸消滅。瑞債務法九二條，及日民法四九四條，採此主義。(2)德民法則異是，依提存，債務人應對債權人取得應就提存物

提存物
須係何
種給付

提存以
交付提
存物為
要件

提存效
力之立
法例

於我民
法提存
及於債
之關係
之效力

提存物
之所有
權移轉

給付物
之危險
移轉及
債務人
之責任
免除

受償之抗辯權。(三七九條一項) 迨債務人喪失提存物之取回權時。(三七六條) 債之關係始歸消滅。
(三七八條)

我民法就此未設明文，解釋上，應從第一主義。其理由有二：(1) 於提存後，提存物之危險，歸債權人負擔，債務人免其支付利息之義務。(三二八條) (2) 因提存，債權人逕取得受取提存物之權利。(三二九條) 債務人此後喪失對提存物之支配權。(三三零條參考) 此等效力，必因提存使債務人免其債務，始能發生也。

第二 提存物之所有權移轉

提存關係，有寄託契約之性質，已如前述。故提存物如為金錢，應成立消費寄託，提存所或保管人，依以取得提存物之所有權。其後，債權人受取提存物時，此項所有權，因而由提存所或保管人移轉於債權人。反是，提存物如為特定物，則成立一般寄託，提存物之所有權，仍為提存人保有，故於債權人受取提存物時，其所有權始由提存人移轉於債權人。

第三 給付物之危險移轉及債務人之責任免除

提存物之所有權，雖非依提存逕歸債權人取得。然債務人於提存後，其債權契約上義務，因以終了。即其債之關係，因以消滅。故(1) 此後關於給付物毀損滅失之危險，債務人不負擔之，而歸債權人之損失。(2) 關

於利息債務，不繼續發生。即至提存止，此後不再支付利息。(3)關於將來之孳息，債務人亦無繼續代為收取之義務。故雖未收取者，債務人亦不負賠償責任。此於我民法第三二八條，均從德民法三七九條二項之例，設有明文。瑞債務法第九二條一項，則僅就危險之轉移定之。日民法雖無明文，通說亦從此理論。

第四 債權人之提存物受取權

依提存契約，立於第三人地位之債權人，直接取得請求并受取提存物之權。其權利，於提存後任何時皆得行使之。提存所或保管人，因其請求，有交付義務。(民三二九條前段)然若債務人之清償，係對債權人之給付而為之者，在債權人未為對待給付或提出相當擔保前，是否亦同受此原則之支配，依同條後段明定為：『得阻止其受取提存物。』然何謂『得阻止其受取』，語意殊欠顯豁，而不及德民法第三七三條所謂『不得受取』明瞭。於解釋上，債權人向提存所或保管人請求交付時，該提存所或保管人，應拒絕交付，以保護債權人之利益。

第五 債權人關於提存物權利之消滅時效

債權人關於提存物之權利，自提存後十年間不行使而消滅。(民三三零條前段，德民三八二條後段)蓋債權人於提存物提存後，非逕取得所有權，不過取得債權之權利。其權利之行使，不能無期間之限制，否則提存所或保管人有永為保管之煩，此所以特定其消滅時效也。然其權利消滅後，提存物將歸屬何人？於

債權人之提存物受取權

債權人權利之消滅時效

我民法，既不認債務人之取回權，故更明定爲其提存物屬於國庫。（民三三零條後段）而與德民法認債務人得取回之者，異其歸屬。（德民三八二條後段，認債務人雖曾拋棄取回權，亦得取回之）

第六 費用之負擔

提存無論其基於何種原因，皆係爲債權人而爲之。故因提存，或爲我民法三三一條三三二條之拍賣，或出賣所生之費用，均應由債權人負擔也。（民三三三條，德民三八一條三八六條，瑞債九二條）

第四款 抵銷

第一項 抵銷之意義

抵銷 (Kompensatio; Aufrechnung, Verrechnung, gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten, Kompensation; Compensation; Compensazione) 者，債務人對債權人有同種債權，而使其與自己所負債務，按其數額，交換的歸於消滅之單獨行爲也。

古代羅馬法，不認抵銷制度。其後，認法官得依職權而爲抵銷。至優帝時，始認一般的當然抵銷 (Ipso iure compensatur D. 16, 2, 4.) 近世立法，固無不認抵銷制度者，但可別爲二派：法法系立法，於凡雙方債權均屆清償期，不問當事人之知與不知，而當然生抵銷之效力，但亦不無以援用爲條件之見解。（普國

費用之
負擔

何謂抵
銷

抵銷制
度之立
法沿革

普通法一部一六章三百條以下，法民一二八九條以下，意民一二八五條以下，奧民一四三八條以下，德法系立法，則認依當事人一方的意思表示之抵銷。（德民三八七條以下，瑞債一二零條以下，日民五零五條以下）

法律上
抵銷與
契約上
抵銷

我民法上之抵銷，以當事人之意思表示為必要，乃法文所明示。（民三三五條）然第三三四條以下之抵銷，屬於所謂法律上抵銷，即於具備法定條件時，依當事人一方之意思表示行之。但當事人不拘守法定條件，而依契約約為抵銷者，即所謂契約上抵銷，亦非法之所禁。

抵銷之
性質

抵銷之法律上性質如何？學說歧異。舉其著者：如清償說，準清償說，留置權說，抗辯權說等是。今日通說，則謂抵銷所以謀交易上便捷，而為消滅債權之一種獨立原因。

第二項 抵銷之要件

第一 須二人互負債務

抵銷以
二人互
負債務
為要件

抵銷，以二人互為債權人互為債務人為其第一要件。（民三三四條本文）為抵銷之人所有供抵銷用之債權，是曰抵銷債權（Aufrechnungsgorderung），亦稱動方債權（Aktivforderung）。被抵銷之相對人債權，是曰主債權（Hauptforderung），亦稱受方債權（Passivforderung）。此二債權之對立，乃得抵銷。但須注意者：(1) 第三人所有之債權，或對第三人之債權，不得以供抵銷。惟有例外。（如連帶之債）其

抵銷以
雙方給
付種類
相同爲
要件

抵銷以
雙方債
務均屆
清償期
爲要件

受方債權，亦須係抵銷之相對人對抵銷人所有者。(2) 抵銷，以有效之債權存在爲必要。如動方債權係依可得撤銷之行爲而生者，因撤銷，債權自始失其存在，故於撤銷前所爲之撤銷，亦失其效力。反是，受方債權係依可得撤銷之行爲所生，債務人明知可得撤銷而抵銷時，其抵銷有效。(3) 附停止條件之債權，條件成就前不適用於抵銷。反是，附解除條件者，則得供抵銷。縱令條件成就，以當事人無反對意思爲限，抵銷仍屬有效。但相對人得依不當得利求爲債權之回復。(4) 消滅時效，乃權利得喪之原因。如債之請求權已罹於時效而消滅者，其債權自不復能以供抵銷。然在時效未完成前，其債權已適於抵銷者，則仍得爲抵銷，以求公允。(民三三七條，日民五零八條，德民三九零條後段，瑞債一二零條三項) 此就動方債權言之。反是，受方債權已罹時效後，債務人拋棄時效利益，而主張抵銷者，自非法之所禁。

第二 須雙方之給付種類相同

二人互負債務，而爲其標的之給付種類不同者，不能就其對當額 (Quod summam concurrentem; deckende Beträge) 而抵銷。(民三三四條本文) 自不待論。故抵銷必爲種類之債，尤以金錢債務多見其適用。

第三 須雙方債務均屆清償期

雙方債務均屆清償期者，始適於抵銷。(民三三四條本文) 蓋抵銷與清償同，生債務消滅之效力。於

清償期前，自不能強使其消滅也。然如受方債權，即為抵銷人所負債務，未屆清償期，而債務人自願拋棄期限利益，主張抵銷者。其抵銷是否有效，從本條規定嚴格解釋，應採否定論。但期限恆推定為債務人之利益，無妨拋棄之，故以採肯定論為宜。惟其期限，非專為債務人之利益者，則屬例外，不能依債務人一方之意思廢棄之也。

第四 須依債務之性質不能抵銷者

依債務之性質不能抵銷者，不得援用三三四條本文規定，主張抵銷。（民三三四條但書）易言之，即許其抵銷時，於給付性質上即不能達債權之目的者，例如雙方債權雖為同種給付，然皆以不作為或需要特種技藝之行為為標的時屬之。但互為債務之免除，則屬無妨。

動方債權附有抗辯權時，則如何？若為權利消滅或不發生之抗辯權，自不適於抵銷。反是，而為其他之抗辯權，例如附有雙務契約同時履行抗辯權時，則有爭論。德民法第三九零條一項，採消極說。日民法無明文，通說從德民法之見解。蓋相對人無因抵銷而當然失其抗辯權之根據，故不許抵銷也。余亦信其允當。

第五 清償地不必相同但為抵銷人須賠償他方損害

雙方之債務異其清償地者，性質上非不許抵銷，故亦得為抵銷。但為抵銷之人，對於他方，負有賠償其因抵銷所生損害之責任，此乃一般立法例之所同。（民三三六條，日民五零七條，德民三九一條一項）然

抵銷不以清償地相同為要件

抵銷以債務性質為要件

依當事人意思，以一定地域之清償爲債之要素者，則須絕對從其所定，否則不生清償之效力，自不得以爲抵銷。

抵銷以
無禁止
者爲要
件

第六 須無抵銷之禁止

抵銷有依法律之規定而禁止者，有依當事人意思而禁止者，分述如次：

(甲) 依法律規定之禁止

(一) 禁止扣押之債，其債務人不得主張抵銷。(民三三八條，日民五一零條，德民三九四條前段，瑞債一二五條二款)

(二) 因故意侵權行爲而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。(民三三九條，德民三九三條，日民五零九條，瑞債一二五條一款)

(三) 受債權扣押命令之第三債務人，於扣押後，始對其債權人取得債權者，不得以其所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷。(民三四零條，德民三九二條，日民五一一條，法民一二九八條，意民一二九四條) 本條立法意旨，原爲保護扣押債權人，故解釋上，應從日民法之規定，及德學者之理論。如該第三債務人竟違反本條禁止規定而爲抵銷者，其抵銷，於對扣押債權人之關係上無效。然在抵銷當事人間，依然有效。

(四)約定應向第三人爲給付之債務人，不得以其債務與他方當事人對於自己之債務爲抵銷。(民三四一條，瑞債一二二條)本條規定，於理論上，包含次述兩種情形：(1)第三人主張債權時，其債權爲獨立債權，債務人不得以其對相對人所有之自己債權主張抵銷。(2)債權人請求債務人向第三人爲給付時，其請求內容，非主張給付於自己，乃主張給付於第三人，該第三人之債權，既獨立存在，故債務人不得以其對相對人所有之債權爲抵銷。

(乙)依當事人意思之禁止 當事人得依契約禁止抵銷。如其債權係依單獨行爲而生者，并得依單獨行爲禁止之。乃多數立法之所認。其根據，與債權之禁止讓與同。我民法雖無明文，理論上亦應認此種抵銷之禁止。違反禁止而爲之抵銷無效。但其禁止，不能對抗善意第三人，自無待論。

第三項 抵銷之方法

抵銷用
意思表
示之方
法

關於抵銷之方法，立法例不一，已如本款第一項所述。我民法從德法系立法例，定爲：『抵銷應以意思表示向他方爲之。』(民三三五條一項前段，德民三八八條本文，瑞債一二四條一項，日民五零六條一項本文)故抵銷之效力，依爲抵銷者一方之意思表示而生。反是，雖有適於抵銷之二債權對立，而任何一方均未表示抵銷之意思者，亦不生抵銷之效力。又抵銷之意思表示，不得附以條件或期限，否則無效。(民三三五條二項，德民三八八條但書，日民五零六條一項但書)所以保護相對人利益，免受不確定的拘束。然

抵銷不
得附條
件或期
限

未必的
抵銷條件
附條件
抵銷

於『未必的抵銷』(Eventualaufrechnung) 是否附條件抵銷？不無疑義。依余所信，以受方債權之存在為抵銷條件者，即所謂未必的抵銷。其『受方債權，須有其存在，』本為法定要件之一。故非真正之條件，自無妨認為有效。反是，以受方債權未附有抗辯權為條件而為之抵銷，則因其條件非法定條件，故不認其有效。

第四項 抵銷之效力

第一 相互間之債按照抵銷數額遡及的消滅

相互之
債依對
當額而
消滅

雙方互負債務，其一方依意思表示而為抵銷者，相互間之債，按照抵銷數額，即日學者所謂對當額而消滅。故雙方債務，以其標的係同種給付為足，不必有同一數額。惟其數額相同時，雙方債務應全部消滅。反是，不相同時，則抵銷之效力，僅及於對當額上。故於債額較高之一方的債務，僅有一部因抵銷而消滅，超過部分，依然殘存。其結果，如受方債權大於動方債權者，實無異強制債權人受領一部之清償也。又抵銷之意思表示，生遡及效力。即雙方債務遡及其適於互相抵銷之當時，按照抵銷數額而消滅。(民三三五條一項，瑞債一二四條二項，德民三八九條，日民五零五條一項，本文五零六條二項)故自其時起，雙方債權所附之利息或違約金債權，均行停止，債務遲延之問題，亦不發生。

第二 清償補充規定之準用

抵銷準
抵充之
規定

雙方或一方之債權，為同種之數宗債權，或雖一宗債權，而除原本債權外，尚有利息費用等債權時，抵銷既僅能按彼此間之對當額而消滅，然於此等情形，雙方之債權總額未必相當，究應就某一部分使生抵銷之效力，不無疑問。我民法為免爭議，特明定為：準用關於清償抵充之第三二一條至三二三條各規定。（民三四二條，日民五一二條，德民三九六條，法民一二九七條，意民一二九三條）其詳已如前款第七項之所述，茲不復贅。

第五款 免除

第一項 免除之意義

何謂免
除
關於免
除之立
法沿革

免除 (Remissio, Erlass; remise de la dette; remissione) 者，使債之關係消滅之債權人行為也。免除之行為，究係契約抑係單獨行為？立法例不一。自沿革上考之，羅馬法無如今日立法上所認免除之觀念，惟相當於免除之債務消滅方法有二：即 *Acceptilatio* (免責確認契約) *Pactum de non petendo* (債權不行使契約) 及 *Contrarius consensus* (反對契約) 是。後之立法，多認免除為契約，如德普通法 (*Windscheid § 357 Anm. 4*) 普國國法 (一部一六章三七九條三八零條三八八條) 法民法 (一二八五條一二八七條) 德民法 (三九七條) 瑞債務法 (一一五條) 等屬之。然其根據，殊嫌薄弱，故學

於我
法免
除
爲單
獨
行爲

免除
用
意思
表示
之方
法

者多倡單獨行爲說，日民法採之（五一九條）蓋債之免除，與一般之權利拋棄同，依債權人一方之單獨行爲，即能有效也。我民法第三四三條明定曰：『債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。』是與日民法同，其採單獨行爲說無疑。

如上所述，於我民法，免除行爲單獨行爲。債之關係，因免除而直接歸於消滅，故有處分行爲之性質。且不要何等原因，故爲無因行爲。

第二項 免除之方法

免除，由債權人對債務人表示免除其債務之意思而爲之。（民三四三條）故

第一 爲免除，須表示免除債務之意思。然其意思表示，不拘方式，明示或默示均可。

第二 債權人爲免除，須有處分能力。然債務人不必爲能力人。

第三 免除之意思表示，應適用關於意思表示之規定。但以受領爲必要。

第四 被免除之債務，須係各個債務，而不得對於全債權關係（例如因買賣而生之一切債權債務）爲免除。且於一債務，并無妨就其一部免除之。如連帶債務，乃不外一部免除。又於附條件或期限之債務，亦得免除。然爲免除，以被免除之債務存在爲前提，故無所謂將來債務之免除。

第三項 免除之效力

免除有
消滅債
之關係
之效力

免除有使債之關係消滅之效力，舉凡主債權及從屬於債權之一切權利，如利息債權擔保權等，均隨之而消滅。因其以消滅債權為目的，故僅與債務人以拒絕履行之抗辯權者非免除。然依當事人之契約，無妨使債權人負擔不行使其債權之義務（*Pactum de non petendo*）。

消極的
債務承
認契約

德民法第三九七條二項，認消極的債務承認契約（*Negativer Schuld anerkennungsvertrag*），即債權人與債務人，締結承認債權關係不成立之契約，因其契約，債務消滅。此種契約，有創設效力，不問實際上債權存否，單純的依當事人意思，確定其債權不存在，故有無因行為之性質。我民法對之雖無明文，然積極的債務承擔契約，既得有效成立，則當事人締結此項消極的債務承認契約時，自非無效。

第六款 混同

第一項 混同之意義

何謂混
同

混同（*Confusio*; *Konfusion Vereinigung*; *confusion*, *confusione*）者，債權與債務同歸於一人之謂。任何人不得為自己之債權人，或為自己之債務人，故債權人及債務人為同一人時，依其本質，債之關係應歸消滅。除羅馬法外，各國立法多，認混同為債之消滅原因之一。如德普通法（*Windscheid § 352*）普國國法，（一部一六章四七六條）奧民法，（一四四五條以下）法民法，（一三零零條一三零一條）意

關於法
同之立
法

與混同
相似之
觀念

民法（一二九六條一二九七條）瑞債務法（一一八條）日民法（五二零條）等是。德民法草案，亦於第二九一條，認此觀念，其一讀會時，認爲債之關係因混同而消滅，乃當然之事，不待明定，故刪除之。

債權債務之混同，與就同一物體所有權及他物權同歸一人之物權法上混同（Konsolidation），頗相類似。此外，尚有所謂非真正混同（Unechte Fusions），即主債務與保證債務同歸於一人時，與本款所稱混同有別。

混同之
性質

混同爲債之消滅原因，已如上述。其性質如何約有三說：(1)混同，與債權人受清償，債務人爲清償，生同一關係，故爲清償之一種，是曰清償說。(2)以自己所取得之債權，對自己所負擔之債務相抵銷，故歸於消滅，是曰抵銷說。(3)因目的到達（Zweckerreichung），而生債之消滅，是曰目的到達說。一二兩說之不當，毋庸贅論。第三說雖爲有力學者所主張，然混同之時，債權人未必受有債權之滿足，故亦不足採。因而法律上認混同之觀念，仍無非以任何人既爲債權人不能同時又爲債務人爲其基礎。

混同乃一種事實，而非行爲，故與免除異。其事實，主依包括繼承而生，例如債權人繼承債務人，或債務人繼承債權人，更或第三人同時爲債權人及債務人雙方之繼承是。亦有依特定繼承而生者，例如債權人讓與其債權於債務人，或債權人爲債務之承擔是也。

發生混
同之事
實

第二項 混同之效力

混同有
消滅債
之關係
之效力
不因混
同而消
滅之債

債權與債務，同歸一人時，債之關係消滅。（民三四四條本文）故混同非僅使債務人取得抗辯權，足以消滅債之本身。因其債之關係消滅，從權利亦隨之而消滅。

債之關係，因混同而消滅，是為原則。但近法認有種種例外。蓋債權乃交易標的故也。我民法所認不因混同而消滅之情形如次：

第一 債權為他人權利之標的時

債權為他人權利之標的時，其債權，不因混同而消滅。（民三四四條但書，日民五二零條但書）例如：債權為質權之標的時，債權人與債務人間雖有混同，而質權人對於為其質權標的之債權，仍得為質權之行使，所以保護第三人之利益也。

第二 法律另有規定時

法律另有規定時，其債權不因混同而消滅。（民三四四條但書）此之所謂法律，不以成文法為限，依一般交易習慣或債之性質，不應使其消滅者，亦有本項但書之適用。日民法以其事屬當然，故僅定前之例外，對於此種例外，未設明文。



中國民法債編總論 價洋三元八角