

書 叢 法 政

論則總編債法民國中

著 榮 妻 我
譯 恆 錫 洪

行發館書印務商

上海图书馆藏书



A541 212 0001 7620B

我妻
錫恆
榮譯著

政法叢書
中國民法債編總則論

商務印書館發行

上海圖書館
藏書

~~1661453~~

目錄

譯者弁言

序

凡例

序論

第一章 通則(第一五三條至第三四四條)

第一節 債之發生(第一五三條至第一九八條)

第一款 契約(第一五三條至第一六六條)

契約之成立(第一五三條至第一六三條)

懸賞廣告(第一六四條第一六五條)

第二款 代理權之授與(第一六七條至第一七一條)

目錄

第三款 無因管理(第一七二條至第一七八條).....二八

第四款 不當得利(第一七九條至第一八三條).....三六

第五款 侵權行爲(第一八四條至第一九八條).....四二

賠償損害之方法及範圍(第一九二條至第一九六條).....六〇

第二節 債之標的(第一九九條至第二一八條).....六九

種類債權及金錢債權(第二〇〇條至第二〇二條).....七一

利息債權(第二〇三條至第二〇七條).....七四

選擇債權(第二〇八條至第二一二條).....八一

損害賠償債權(第二一三條至第二一八條).....八六

第三節 債之效力(第二一九條至第二七〇條).....九五

第一款 給付(第二一九條至第二二八條).....九八

第二款 遲延(第二二九條至第二四一條).....一〇〇

債務人遲延(第二二九條至第二三三條).....一一〇

債權人遲延(第二三四條至第二四一條).....一一八

第三款 保全(第二四二條至第二四五條).....一二四

債權人代位權(第二四二條第二四三條).....一二四

詐害行爲撤銷權(第二四四條第二四五條).....一二五

第四款	契約(第二四六條至第二七〇條).....	一二七
	定金(第二四八條第二四九條).....	一三一
	違約金(第二五〇條至第二五三條).....	一三五
	解除(第二五四條至第二六三條).....	一四二
	同時履行之抗辯權(第二六四條第二六五條).....	一五七
	危險負擔(第二六六條第二六七條).....	一六一
	爲第三人之契約(第二六八條至第二七〇條).....	一六五
第四節	多數之債務人及債權人(第二七一條至第二九三條).....	一七〇
	連帶債務(第二七二條至第二八二條).....	一七一
	連帶債務之效力(第二七三條).....	一七三
	連帶債務人中一人所生事由及於其他債務人之效果(第二七四條至第二七九條).....	一七四
	求償權關係(第二八〇條至第二八二條).....	一八〇
	連帶債權(第二八三條至第二九一條).....	一八四
	不可分債權債務關係(第二九二條第二九三條).....	一九一
第五節	債之移轉(第二九四條至第三〇六條).....	一九九
	債權讓與(第二九四條至第二九九條).....	一九九
	債務承擔(第三〇〇條至第三〇六條).....	二二一

第六節 債之消滅(第三〇七條至第三四四條).....	二二二
第一款 通則(第三〇七條第三〇八條).....	二二六
第二款 清償(第三〇九條至第三二五條).....	二二八
清償者之代位(第三一二條第三一二三條).....	二三六
清償抵充(第三二一條至第三二三條).....	二四八
第三款 提存(第三二六條至第三三三條).....	二五二
第四款 抵銷(第三三四條至第三四二條).....	二六〇
第五款 免除(第三四三條).....	二六八
第六款 混同(第三四四條).....	二六九
(附)民法債編施行法(民國十九年二月十日公布).....	二七一
中國日本兩民法條文索引.....	二七三

譯者弁言

本書出版於民國二十二年三月十五日，同年四月間，譯者在京得見原本，當爲研究之便，曾將解釋最爲精審之條，陸續摘譯，藉與他著比較。硯友見之，頗有慙恚，全譯付刊者，人事匆匆，未暇顧及。零稿隨行篋而奔走，瞬已數年。近悉本書原著在國內之銷數頗多，而譯本則未見售，爰草草以竟是稿。

本書內容，在原序凡例中，已有忠實之介紹，毋待再贅。可注意者，在比較各國法文之下，闡明本法精義，高處着筆，誠有可佩。所論條文未妥之處，吾人雖不敢絕對贊同，但在追遡急就立法之沿革，實宜引爲今後實務上之參考。本書譯文，頗欲保存本來面目，於是以我人章句結構之體例言，容有不然之處。顧此本係逐譯中難免之事，所幸閱讀此等專著，當不較及文彩，譯者本亦無求信達雅兼備之奢望也。至於原著所稱「我民法」爲行文之便，均改爲「日民法」，其他語意，一仍其舊。惟第二百四十九條係屬誤刊，經予改正，并附說明數語。附錄部分，本有用語對照及其凡例中說明之一段，以與譯本之閱讀無關，均未予以保留。條文索引，爲我人稽查之便利，已爲倒置地位。其他內容，未敢徑爲重要增減。

日籍法律著作之華譯多矣。硬譯作品，本爲二十年前之物，迄今仍有銷售。年來我國各種法律陸續頒行，著作更如雨後春筍，頗屬大有進步。以譯者讀書未多，似曾見及若干國內學者著作徵引日人關於日本法律專著，間有

未盡加以斟酌。又因兩國條文規定及其解釋有難混同之處，遂成遼東白頭，我亦白頭之解。如與本書內容有可對照之點，不難成爲本書應用上之意外收穫。既可悟著作之難言，抑以述而不作之義，復足爲本人淺薄之解嘲。

譯者到滬以來，因職務繁劇，精力有限，頗已大違往日讀書習慣。是稿係將舊稿聯綴成書，晨夕中與管城子緣，倉卒蒞事，容或謬誤失察，環境關係，審訂潤色，已屬不遑，尙祈大雅有以正之。

中華民國二十四年三月十五日譯者識於上海地方法院民庭

序

本書爲民國二十年（昭和六年）十一月本會所刊中華民國民法總則之續編，關於本會之宗旨與組織，在前總則序文中，已述及之，茲不復贅。

本編及施行法之遼譯，與關係條文上應加說明之實際的慣例等，以本會會員村上貞吉所刊中華民國民法債編爲基本。而各該條外國法立例之詮索，日本民法及判例之比對、批評、註釋、及用語對照、索引等，則由本會會員東京帝國大學教授我妻榮及該大學院學生廣瀨武文任之，與總則編同。且較該書更爲精密周詳，以是知著者努力之不易，而本書價值之彌珍，亦可信而不疑矣。對於中國所採民商統一主義之理論的批評，則由擔任商法之本會會員東京帝國大學教授法學博士田中耕太郎及助教鈴木竹雄着筆，作爲本書之序論。

本書之完成，有如上述，不憚可稱爲日本學界近來惟一之精審著作，並希望爲中國學界所歡迎之寶貴參考。意者國府之立法當局，亦宜加以閱覽，藉覘己所創製之新法，在鄰國之學界，有如何之評解。尤其各該條之註釋與批評，不僅示中國法官以適用本法之注意，且予立法當局將來修正本法之指南，在中國之立法與司法上，竊自誇有絕大之貢獻，抑亦惟日學界方能爲之。

日華相鄰，縱不免有一時政治利害之衝突，而兩國文化之相互提攜，乃必然之命運，毋可諱言。方今中國刷新

制度改良司法之際，在承襲漢唐以來中華文化，且折衷於近代西洋文化已達進化之日本，恰屬適當之模範。讀總理孫文「我們要使中國強盛，日本就是最好的榜樣」之語，思過半矣。

本會由上述之見地，將來當繼續爲中國新法之研究，以其所得，刊行著作，今觀本書之內容，益感本會設立意義之重大，是爲序。

中華民國法制研究會會長
帝國學士院會員法學博士 松本丞治

凡例

- 一 本書爲民國十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行中華民國民法債編通則之註釋，係已刊中華國民民法總則之續編。翻譯以村上貞吉之力爲多，而材料之蒐集與整理，則由廣瀨武文力成之，便宜上稱爲我妻榮一人之著作，實則爲村上我妻廣瀨三人之合著。而序論全文則由田中耕太郎鈴木竹雄兩氏筆成之。
- 一 各條之立法例，以日民法爲主。故與日民法最近似者，僅列日民法條文，而省略其他立法例者亦非無之。立法例中所揭『日民』係日本民法，『德民』係德國民法（*Bürgerliches Gesetzbuch*），『瑞民』係瑞士民法（*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*），『瑞債』係瑞士債務法（*Schweizerisches Obligationenrecht*），『法民』係法國民法（*Code civil*）之略稱。又各國法條之上記載（類似）或（同旨趣）者，爲法條有類似或同旨趣之內容或有類似或同旨趣之目的之義。而法條上無何等記載者，則爲內容相同。至外國法條之翻譯，則採東季彥譯『全譯德意志民法』，辰巳重範譯『瑞士民法』，及水口吉藏譯『日本民法商法對比瑞士債務法』者爲多。記之以表謝意。

一 各條所述『與日本民法之比較』係採日本通說及判例所確定之理論，故忽略少數反對說之情形，亦非絕無。又對重要制度，加以『前註』在本法上闡明其制度之本質，必要時更以之與日民法及德瑞民法之相當制

度比較，而以『對照表』示之。故欲了解本法內容之概略者，先於前註及對照表中得其概念，然後細讀此前註及表中所指各條之說明，方感便利。

一 各條之『註釋』以認為有必要者為限。蓋本書之目的，不僅與日民法之比較，使其明顯，並且指出立法例上日德瑞法各法相當條文之註釋，則本條相當條文之內容，自可臻於明確。

一 各條之『批評』僅在指摘本法理論的結構之不備。以本法蒐集日德瑞法各法之精髓，往往欠缺本身之統一而陷於矛盾。本書批評，即努力指摘於此。至討論本法果能適合於中國之現狀與否，在本書之批評中，實屬尤關必要。但立論及此，不得不一面審察中國之向來習慣，及一般社會人士之法律思想，一面明了中國之戶籍、登記、公證及其他一切司法制度之運用實狀，與法官之實質。故在本書中我人僅對二三重要之點，表示希望與感想，與在總則編者相同。其他悉予保留，以待中國司法制度今後稍為完備之日。

一 在引用日德瑞法各國之學說時，以二三代代表的學說為限，蓋此僅以指示研究之方針為已足。

一 卷末之『條文索引』為欲知本法之規定與日民法規定相當者而作成。至本書本文之說明，則專以本法之規定為基礎，且闡明與此相應之日民法規定。反之如欲知日民法之制度或規定，在本法有若何之規定者，應依卷末條文索引之所示，以閱讀本書。

- 鳩山總論……………鳩山秀夫博士著增訂改版日本債權法總論
- 鳩山各論……………鳩山季夫博士著增訂日本債權法各論
- 末弘各論……………末弘博士著債權各論
- 末弘全集……………末弘博士著債權總論（載現代法學全集）
- 我妻全集……………我妻榮著債權法（載現代法學全集）
- 總 則……………中華民國法制研究會編中華民國民法總則
- Oertmann, Komm.…….Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen,
II Recht der Schuldverhältnisse.
- Staudinger, Komm.…….Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, II Recht der Schuldverhältnisse.
- Enneccerus, Lehrb.…….Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II Recht der Schuldverhältnisse.
- Dernburg, Pand.…….Pandekten.

- MotiveMotive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II, Recht der Schuldverhältnisse.
- Protokolle.....Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II.
- Oser, Komm.Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V, Das Obligationenrecht.

序論

民法債編制定之沿革及其民商統一主義

(一) 中華民國十八年三四月間，民法總則既經立法院審查竣事，立法院長胡漢民等，即着手起草債編，仿總則編制定之例，先定立法原則。惟其時關於編纂民法典之全局，有一先決問題，即於民法典之外，另訂商法典，抑採民商統一主義是也。於是胡氏與特別委員林森氏等，爲種種檢討協議後，於同年三月提出第一百八十次中央政治會議，主張一典主義，立論要旨，以爲除公司、保險、票據及海商等法規有特殊之性質，不能併合於民法典外，其他均可規定於民法典，既免法典條文之蕪雜，亦符國民黨體念人民權利之至意。該會遂於胡氏等外，加推戴傳賢、王寵惠二氏爲特別委員，以作審查，同年六月第一百八十三次會議中，將渠等所作成之「民商劃一提案審查報告書」議決通過。茲譯其報告書如次。

考各國立法例，有於民法法典外，另訂商法法典者，有不然者，我國今將從事法典之編訂，原提案主張民商法統一，詳加研究，亦隄其議，茲將理由分述如左。

(一) 因歷史關係，認爲應訂民商統一法典也。商法之於民法之外，成爲特別法典者，實始於法皇路易十四。維時承階級制度之後，商人鑒於他種階級，各有其身分法，亦遂組織團體，成爲商人階級，而商法法典漸亦相

因而成。此商法法典別訂於民法之外者，乃因於歷史上商人之特殊階級也。我國自漢初弛商賈之律後，四民同受治於一法，買賣錢債，並無民商之分。清末雖分訂有民法法典及商法法典之議，民國成立以來，亦沿其說。實則商人本無特殊之階級，亦何可故為歧視耶。

(二) 因社會進步，認為應訂民商統一法典也。反對民商法典統一者之言曰，商法所定，重在進步，民法所定，多屬固定，故民商不便合併，此在昔日之陳迹，容或有之。不知凡法典應修改者，皆應取進步主義，立法者認為應修改即修改，與民商合一與否無關。例如英國民商合一，而公司法施行後，亦有數次之修改，而德國為民商分立之國，乃商法之改變，遠不如英國。於此可見不當以法典之進步與否，而斷定民商之應合一與否也。考之學說，盛倡民商合一之論者甚多，如意國之維域提氏 (Viyonte)，法國之他賴氏 (Thaller)，德國之典爾伯氏 (Dernburg)，其著者也。

(三) 因世界交通，認為應訂民商統一法典也。反對民商法典統一者之言曰，商法具有國際性，民法則否，此亦狃於舊見之說也。民商合一，對於商事法規，應趨於大同與否，立法者儘可酌量規定，並不因合一而失立法之運用。且民商劃分之國，其法典關於本國之特別規定者，亦不一而足也。

(四) 因各國立法趨勢，認為應訂民商統一法典也。意大利為商業發達最早之國，而其國之學者，主張民商合一為最力，英美商業，今實稱雄於世界，而兩國均無特別商法法典，瑞士亦無之，俄國一八九三年民法第一草案，一八九六年民法第二次草案，一九〇六年民法第三草案，一九〇七年民法第四次草案，均包商法在內。

似此潮流，再加以學者之鼓吹提倡，則民商合一，已成爲世界立法之新趨勢，我國何可獨與相反。

(五) 因人民平等，認爲應訂民商統一法典也。人民在法律上本應平等，若因職業之異，或行爲之不同，卽於普通民法之外，特訂法典，不特職業之種類繁多，不能普及，且與平等之原則不合。

(六) 因編訂標準，認爲應訂民商統一法典也。昔時各國之商法，以人爲標準，卽凡商人所爲者，均入商法，德國於一八九七年所訂之商法亦然。法國自大革命之後，以爲不應爲一部分之人，專訂法典，故其商法，以行爲爲標準，卽凡商行爲均入於商法典。然何種行爲，係商行爲，在事實上有時頗不易分，我國如亦編訂商法法典，則標準亦殊難定。

(七) 因編訂體例，認爲應訂民商統一法典也。各國商法之內容，極不一致，日本商法分爲總則、會社、商行爲、手形、海商五編，德國商法無手形（票據）法國則以破產及商事裁判所組織法訂入商法法典，體例紛歧。可知商法規定之事項，原無一定範圍，卽劃爲獨立之法典，亦止自取煩擾。再法典應訂有總則，亦取其綱舉目張，足以貫串全體也，而關於商法，則不能以總則貫串其全體。

(八) 因商法與民法之關係，認爲應訂民商統一法典也。在有商法法典之國，其商法僅係民法之特別法，而最重要之買賣契約，仍多規定於民法，而民法上之營利社團法人，仍須準用商法，則除有特別之情形如銀行交易所之類外，民法商法牽合之處甚多，亦何取乎兩法併立耶。且民商劃分，如一方爲商人，一方非商人，適用上亦感困難，因民商法相關聯之處甚多，而非一般人所能意料者。

要之各國民商法典，近時趨勢，凡民商劃一之國，鮮有主張由合而分者，其他民商劃分之國，其學者主張由分而合者則甚多，其所以至今尚未實行者，蓋因舊制歷年已久，而理論實力，一時之間，尙未能推翻之耳。而趨勢則已大定也。且在無特別商法法典之國，如英美等，不過無歐洲大陸之所謂商法法典，而實則關於商人之各種法規，燦然具備。是民商合一與否，與商業之發達，並無關係。茲當百度革新之時，發揚總理全民之旨，應訂民商合一法典，殆無疑義也。

此項審查報告書送交立法院。胡漢民等先後擬定民法債編立法原則十五項，提出中央政治會議，於第一百八十二次會議中，推定胡漢民、王寵惠、戴傳賢、趙戴文、陳果夫及孔祥熙等六人爲特別委員，從事審查。經各特別委員修正後，提出於同年六月五日第一百八十三次中央政治會議，決議通過。即時送交立法院，由該院特設委員會，根據此項原則，起草債編各條。同年十月第二百零二次中央政治會議，又將債編立法原則第三項中「利息滾入原本」一項，加以修正（本法第二〇七條）送交立法院採擇。由此特別委員等僅於四五個月，起草債編條文六百零四條完竣後，提出立法院，於同年十一月五日經該院第五十八次會議通過。於同年十一月二十二日，由國民政府以命令公布之。

（二）本編規定，有六百零四條之多，而日民法債權編規定，僅三百二十餘條，實遠較日民法爲廣。是不外採用上述民商法統一主義之結果，茲在本論之前，先將此統一主義，稍加批評。

法國自一六七三年之商事勅令以來，對傳統的民商二法典之分離，已有激烈之爭論，在前世紀之末葉，一時

主張統一論之學者不少，頗佔優勢。一八八一年瑞士債務法成立，尤可謂統一論勝利之表徵。最近如一九二三年俄國民法，亦採統一主義。是故前述審查報告書所稱民商二法統一主義，為世界立法及學說之最新趨向，雖過於誇張，在回遡最近之過去，猶未必誤。惟時至今日，決難謂統一主義，猶屬有力，不過尙能克服舊學說而已。例如意國學者維域提氏，嘗為統一論之健將，自一九二五年以來，則已改為劃分論之說。是審查報告書以統一主義，係不爭之新趨勢，中國不能獨後云者，不得不謂為反乎最新之事實。新學說之趨勢，要在趨於探求商法特性之方面。因之承認在商法之範圍，有異於一般私法之原理，民商二法典分離主義，遂得確立其理論的基礎。

審查報告書中羅列民商統一主義之理由甚多，已如上述，茲順序作下述簡單之檢討。

第一：基於沿革之理由。各國商法之劃分，與其謂非沿革之遺物，毋寧以商法之特性為沿革之後盾。中國往昔，縱有舊習，但在近代商業勃興之際，對於新興之商業，須與一般私法為特異之處置，因為事實上所需者，殊不能徒以沿革之理由排斥之也。換言之，向來商法法規，所以不與一般私法區別者，祇以商業範圍狹小簡單，無為特殊處置之必要，若謂近代商業亦適用之，則斷非所許。

第二：主張商法之進步性質，與立法修正之難易無涉。然民商法在其對象之社會狀態與進展之程度上，自屬不同，故要求修正之程度亦相異，民法典中有商法之規定者，商法之修正自有遲延之虞，但在事實上，終難否認。畢竟第二點理由，並不充分，未免抹煞事實。尤其徵引英國事例，甚有未妥，以英國僅以公司法為特別法，故易於修正，且此正為維持商法特別法主義之一事例。

第三：亦與上述同，各國民法，固各有其特色，商法則因商事有世界性，有趨於國際化之勢，此項傾向，更不得不以條約等為參考，故欲適應國際的進展，仍有以商法為特別法之必要。例如維域提氏，亦曾堅持此論調。

第四：關於立法之趨勢，已如前述矣。惟如統一論者所援引之瑞士債務法，實非其成功之事例，不若謂為失敗之事例。且今立法事業之趨勢，決非趨向統一也。

第五：基於平等之理由，實止為表面之觀察，如另訂商法，決無害於法律上之平等。此項關係，祇在適應商事之必要而為妥當之處置，並非與商人以特殊之地位。是故勞動法之制定，並不反乎平等者，正與斯旨相同。

第六：因民商兩法難於區別之理由。此點當為劃分主義之有力非難。然事物之界限不明，比比皆然，不得僅以此故而否認商法範圍之存在。祇有對此界限之確定努力為之耳。

第七：主張編制有系統之商法典，頗有困難。但商法既不如民法之有系統，當然不能做民法之為特別法。然亦不能以此即謂商法不能成為有系統之商法典，實有其保留之餘地。

第八：堅持商法為民法之特別法，若行分離，則適用困難。然既已為適應商事之需要，而制定為特別法矣，則其規定於同一法典與否，毫無關係。今欲避免此項困難，壓抑商事之需要，或強納商事原理於民法中，無論如何，均係實質上之不當。

民商二法統一論之主張，缺乏根據，已如上述。惟最後一言，應行注意者，即中國所實現之民法法統一主義，其範圍實遠不如瑞士債務法之廣汎。蓋關於倉庫、運送、承攬運送、居間、行紀、經理人、隱名合夥、及交易計算等規定，固

已包羅於民法中，而以公司、保險、票據、及海商之一大部分，各成特別法，獨立於民法之外。此外關於商業登記、商號、商業帳簿等項，未有規定。（最後一種未有新法，前於民國三年之商人通例中曾有規定，但依民國十六年八月十二日國民政府命令，准暫時繼續援用。）換言之，已移入民法典中者，僅保險法以外之商行爲，及商法總則之一部，其他廣大之部分，並未形成合一之法典，仍對民法處於特別法之地位。然則關於編訂此項特別法之領域，實際上所收效果，竟與以商法爲民法以外之一法典者無異，或且更甚。故以上對統一論之批評，不適用於不合一之部分。要不過對於合一部分及其基礎理論而言。

中國民法債編總則論

第一章 通則

本章爲債編通則，次章爲各種契約，及特殊之債（指示證券與無記名證券）之規定，合成債編。本章內容，分爲債之發生，債之標的，債之效力，多數債務人及債權人，債之移轉，及債之消滅六節。其內容之排列，首先規定債之發生，與瑞士債務法相類，其餘各點，則與日民法近似。即本章於日民法債權編第一章總則五節之前，設債之發生一節，此外則有日民法債權編第二章中契約之成立一款，第三章事務管理，第四章不當利得，及第五章不法行爲，另又加入代理權之授與。但本章各節內容，與日民法該當各節之內容，相異者，亦復不少，此於以下各節述之。

第一節 債之發生

本節以債之發生爲題，包含契約，代理權之授與，無因管理，不當得利，及侵權行爲五款。債編首先規定債之發生，係做瑞士債務法之例，已如前述。但瑞士債務法，僅分契約侵權行爲不當得利三款。本法認無因管理有與契約不當得利及侵權行爲之同一地位，寧與日民法之態度同。理論上確屬妥當。蓋德瑞兩民法，認無因管理有準委任

之性質，僅為各種債權關係中之一項。（德民六七七條以下瑞債四一九條以下）而無因管理性質上非契約，應認為債權發生之法律要件，與契約不當得利及侵權行為三者對立故也。然本節於上四者之外，設代理權之授與一款，不獨理論失據，實際上亦甚不便。蓋本法總則編第四章法律行為之第五節，已有代理之規定權也。此已詳論於前。（總則一七三頁以上）

第一款 契約

本款以契約為題，規定要約承諾及懸賞廣告。即與日民法債權編第二章契約第一節通則之第一款「契約之成立」同。

前註 契約之成立（要約與承諾）（第一五三條至第一六三條）

本法規定，與日民瑞債比較，似與後者近似，然與日民法亦無絕大之差異，茲將兩民法之規定比較之。

一 要約之效力

（日民法）

（本法）

（1）形式的拘束力（撤回權之有無）

（A）定有承諾期間之要約

無撤回權（五二一條一項）

隔地者間

相當之期間後生撤回權（五二四條）
撤回應於承諾發信前但有特則（五二七條）

（B）未定承諾期間之要約

對話者間

無規定

不認撤回權但附有承認要約到達前或同時得為撤回之特則（一六二條）

(2) 實質的拘束力(承諾適格)

(A) 定有承諾期間之要約..... 在期間存續中期間後當然消滅..... 同(一五八條一五九條)
但有特殊的遲到承諾之特則(五二一條二項五二二條)

(B) 未定承諾期間之要約..... 隔地者間..... 相當期間內不發承諾即屬消滅..... 領受承諾之相當期間後當然消滅(一五七條)
(商二七〇條) 但有特則(一五九條)

(C) 一般的規定..... 對話者間..... 非立時承認即屬消滅(商二六九條)..... 同(一五六條)

無規定..... 排除拘束力之可能與要約引誘之區別(一五四條)拘束力依拒絕而消滅(一五五條)

(3) 要約發信後到達前之當事人死亡或喪失能力..... 到達主義有例外..... 無規定

二 承諾之效力

(1) 形式的效力(撤回權之有無)..... 承諾發信後無撤回權..... 承諾到達前有撤回權亦有遲延之特則(一六三條)

(2) 實質的效力(使契約成立之效力)

(A) 對於定有期間之要約..... 承諾之到達應於期間內(五二二條二項)..... 同(一五八條一五九條)
但有特則(五二二條)

隔地者間..... 承諾之發信應於撤回要約到達前但有特則(五二七條)..... 領受承諾應於相當期間內到達但有特則(一五七條一五九條)

(B) 對於未定期間之要約..... 對話者間..... 應立時承諾..... 同(一五六條)

(3) 延遲承諾之效力..... 要約人有視為新要約之權利(五二三條)..... 當然視為新要約(一六〇條一項)

(4) 變更承諾之效力..... 視為拒絕原要約而為新要約(五二八條)..... 同(一六〇條二項)

三 契約之成立

(1) 一般的要件……………無規定……………明示或默示之意思表示相一致(一五三條)

(2) 時期(隔地者間之時)……………承諾發信之時(五二六條一項)……………無直接之規定應解為承諾到達之時(參照一六三條)

(3) 契約成立之特殊狀態……………
 (甲) 依意思實現而契約成立……………同(一六一條)
 (五二六條二項)

(乙) 商人依視為承諾而契約成立……………無規定
(商法二七一條)

(4) 所用方式有特約時……………無規定……………在該方式未完成前推定其契約不成立(一六六條)

(譯者按)民法分意思表示之形態為對話與隔地，我民法分為對話與非對話，非對話與隔地之含義，解釋上應屬不同，為此表所未及，宜注意)

統觀上表，與日民商法之差異所應注意者，有如後述。

(1) 日民法對契約之成立，改民法總則之主義，為承諾發信之時，而本法官解為承諾到達之時。(三之2)

(2) 日民法對未定承諾期間之要約，認有撤回權，但本法欲於到達主義之原則下，稍加補充，而不認撤回

權。(一之1)

(3) 本法無日民法第五二五條相當之規定。因之在要約發送後到達前行為人死亡或喪失能力時，應適

用總則第九五條第二項。(參照總則一六一頁)

(4) 日商法對商人日常交易屬於其營業範圍領受契約之要約時，以未發延遲諾否之通知為限，視為已經承諾。(第二七一條)本法則無相當之規定。故除當事人間預為特約外，不得認為有此結果。又日商法於商人

領受屬於營業範圍契約之要約，同時收領其物，縱拒絕其要約，原則上亦應以要約人之費用保管其物品。（第二七二條）本法亦無相當之規定。從而商事交易雖依習慣信義可得類似之意義，卻不能達到完全同一之結果。第五十三條 當事人互相表示意思一致者，無論其爲明示或默示，契約即爲成立。

當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約爲成立。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。

一 立法例

（1）第一項 瑞債第一條，「契約之締結，以雙方當事人意思表示合致爲必要。意思表示之合致，得以明示或默示爲之。」

（2）第二項 瑞債第二條，「當事人對契約重要之點意思已形一致，而保留其從屬之點者，不妨推定其契約有拘束力。對於保留之從屬之點，意思不一致時，法院可依行爲之性質裁決之。前二項規定，關於契約方式之規定，則不適用。」

二 與日本民法之比較

（1）第一項 日民法中，雖無同一之規定，但解釋上有屬相同者。蓋契約之本質，依意思表示之合致而成立，固不問其意思表示之爲明示或默示也。

（2）第二項 日民法缺同一之規定。無非依據解釋契約之一般原則解決之。然其結果，當與本法無大差

異。蓋

(A) 對於必要之點，成立合意，而對非必要之點，未有意思表示時，亦推定其契約為成立，此可適用於一般之情形。

(B) 但非必要之點，無現實之意思合致時，不外由法官依契約之解釋而補充之，但解釋之標準，應以任意法規習慣法理等為據，固不待論。

三 註釋

(1) 第二項前段 例如當事人於買賣之目的物及價格，已行合意，而保留其履行期及履行地之決定者，不能使已經成立之契約變更。即不得以履行期履行地之意思不一致，而認其契約為不成立是也。因此，

(A) 何謂「必要之點」，應依契約之種類及其具體之情事決之。即如買賣之目的物價格等，一般稱謂契約之要素 (essentialia) 者，為必要之點。但如履行地履行期瑕疵擔保，則稱謂契約之常素 (naturalia) 或偶素 (accidentalita)，惟於當事人特別注重時，始為本項之「必要之點」。

(B) 「未表示意思者」應與瑞士債務法「從點之保留」解作同義。即非必要之點，係包括無何種之協議，或有協議，而顯然可一致，與不一致，及保留至他日解決之一切情形而言。

(C) 契約之成立，僅係推定，故當事人如證明「對非必要之點，若無合意之成立時，即應認契約為不成立者」，自得使契約不成立，固無待論。

(2) 第二項後段 前段推定契約成立後，當事人所保留非必要之點，仍須成立合意。然此點不能成立合意時，縱認契約已成立，實際上亦不能履行。因之由法院判斷定之。故

(A) 「非必要之點，」與瑞士債務法「被保留之點」相同，係指前段未爲意思表示之非必要之點而言。
(B) 法院衡情裁判時，須以任意法規、習慣、法理等爲標準。

四 批評

德民法第一五四條第一項規定，適與本條之旨趣相反。其條文爲：「當事人對一切之點未經合意，假令合意之成立，僅須一方當事人之表示而不予合意時，推定其契約不成立。此時對各點之合意，即令以書面爲之，亦不生效力。」此由絕對尊重個人意思之觀點言，必須當事人合意。否則不問如何，不能使契約成立，更不許法院妄加干涉，自屬正當。然依近代契約思想，法院之干涉，務使契約成立，以完成當事人正當之經濟目的，實不得謂非適合理想。瑞士債務法有新思想之表見，本法從之，誠屬妥當。予於日本民法亦欲從此種思想，而達到同一結果。惟爲實現其思想，法院必須慎重將事，務使不致偏頗也。

第一百五十四條 契約之要約人，因要約而受拘束。但要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限。

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。

一 立法例

(1) 第一項 (同旨趣) 瑞債第七條第一項：「契約之要約人，聲明不受其要約之拘束，或依其情形或行為之性質，而顯係為此等之保留者，不受其要約之拘束。」德民一四五條：「對他人要約締結契約者，因其要約而受拘束，但預先聲明不受拘束時，不在此限。」

(2) 第二項 (同旨趣) 瑞債第七條第二項第三項：「定價表一類之寄送，不視為契約之要約。但商品標定賣價陳列者，通常視為要約。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條乃規定外觀上有要約價值之意思表示之效力，日民法無同一規定。日民法上某種意思表示，或生要約之效力，或僅係要約引誘，專視意思表示之解釋而定。此種標準，當與本條無大差異。

(2) 尤以第二項規定，在日民法上，應認為有同一之結果。

三 註釋

(1) 本條所謂「拘束力」與瑞債第三條至第七條之拘束力 (Verbindlichkeit) 相同，有承諾適格之意義。不得解如德民法第一四五條之拘束力 (Gebundenheit)，有不許撤回之效力。蓋因次條以下，在本法之體例上所用拘束力字樣，既已顯有承諾適格之意，而本條第二項，更專規定要約之實質的效力，若將第一項解作規定不許撤回要約之效力，則本條之第一項與第二項，將成絕不相關之規定矣。

然則，本條第一項之意義，原則上以意思表示之外觀，苟具有要約之形式，僅待對方之承諾而成立契約者，要

約人因要約而受拘束。例外則規定要約人於要約當時（即要約前或要約時）預先聲明，單依承諾不能成立契約，或依其情形或事件之性質，可認要約人有不依承諾而成立契約之意思時，雖有承諾，亦不成立契約也。

（2）第二項演繹第一項之意義，認貨物標定賣價陳列者，有要約之拘束力，而價目表之寄送，無要約之拘束力。因之前者依承諾而成立買賣，後者除非價目表之寄送人，更爲承諾，則不成立買賣。

（3）要約人在對方承諾以前，可否撤回要約，稱爲要約之拘束力，已如前述。對於要約之此種效力，可參照本法第一六二條。

第一百五十五條 要約經拒絕者，失其拘束力。

一 立法例

（同旨趣）德民第一四六條前段：「要約經對要約人拒絕（或不依第一四七條至第一四九條規定於適當期間內承諾）而失其效力。」

二 與日本民法之比較

日本民法無同一之規定。惟要約如定有承諾期間時，一經拒絕，即爲消滅，以後雖重行承諾，亦難成立契約，在契約之性質上，本屬明顯，故在民法之解釋，亦有與本條同一之結果。

三 註釋

本法所謂拘束力，有承諾適格之意，已於第一五四條之註釋述之，故本條之意義，與德民法第一四六條要約

失其效力之規定同。

第一百五十六條 對話爲要約者，非立時承諾，卽失其拘束力。

一 立法例

日商第二六九條：德民第一四七條第一項前段，「向對話人要約，應立時承諾。」瑞債第四條第一項：「未定期間向對話之他方爲契約之要約，而不立時領受其承諾者，要約人不受其要約之拘束。」

二 與日本民法之比較

日商法第二六九條，與本條完全相同。日民法僅對隔地人爲要約，設限制撤回之規定，（第五二四條）向對話人爲要約，初無若何特別規定。因之學說上尙有爭論，在對話人爲要約之他方，不立時承諾者，實際上應認爲拒絕承諾或撤回要約者爲多。但向對話人爲要約，表示不妨於嗣後承諾者，其要約之效力，自應繼續。此種理論，卽在本法之下，亦屬明顯。（參照註釋之2）故實際上日民法之解釋當與本法無異。

三 註釋

（1）本條乃關於未定承諾期間之要約的規定。定有承諾期間之要約，則不問對話與否，均依第一五八條。
（2）雖依對話爲要約，但當事人亦可於對話中，不卽終結磋商，待乎後會或應用書面而爲承諾。惟此情形，每應視爲定有承諾期間之要約。不能視爲定有承諾期間之要約者，應按其情事解爲適當期間之內，其效力爲存續，此在要約之性質上，固屬無疑也。

第五百七十七條 非對話爲要約者，依通常情形，可期待承諾之達到時期內，相對人不爲承諾時，其要約失其拘束力。

一 立法例

德民第一四七條第二項：「向隔地人爲要約者，依通常情形，於要約人受得承諾通知之相當期間內，應爲承諾。」瑞債第五條第一項：「未定期間，向隔地人爲契約之要約者，要約人在回答可達到之通常正當時期後，不受其要約之拘束。」——（同旨趣）日商第二七〇條第一項。

二 與日本民法之比較

日商法第二七〇條，殆與本條有同一之旨趣。但本條承諾之達到，須在相當期間之內。反之，日商法以發送承諾之通知爲已足。

日民法第五四二條僅規定要約人「於領受承諾通知之相當期間」不得撤回要約，此期間經過後，而要約人尙未撤回，非當然喪失承諾之適格。然若此效力無限存續，則顯致要約人受不當之結果，故學者由一般交易之常情著眼，解爲經過相當期間，不待撤回，當然喪失效力。是則日民法與本條之區別，在對隔地人爲未定承諾期間之要約，依照本條，於經過領受承諾通知之相當期間者，當然喪失效力，反之，日民法認要約人未撤回要約以前，在若干期間內，其效力仍爲存續。

第五百五十八條 要約定有承諾期間者，非於其期間內爲承諾，失其拘束力。

一 立法例

日民第五二二條第二項，德民第一四八條：「要約人定有承諾期間者，應於其期間內爲承諾。」瑞債第三條第一項：「對他人爲締結契約之要約，且其承諾定有期間者，其期間經過後，不受其要約之拘束。」

二 與日本民法之比較

本條與日民法完全相同。

第一百五十九條 承諾之通知，按其傳達方法，依通常情形，在相當時期內可達到而遲到者，要約人應向相對人即發遲到之通知。

要約人怠於前項通知者，其承諾視爲未遲到。

一 立法例

德民第一四九條：「承諾之通知，依通常遞送之情形，應於相當期間達到而遲到，且爲要約人所明知者，要約人於接受通知後，應向該相對人發遲到之通知。但已預發遲延之通知者，不在此限。要約人延遲此項通知者，承諾視爲未遲到。」——（類似）日民第五二二條。（關於定有承諾期間之要約）瑞債第五條第三項。（關於未定承諾期間之要約）

二 與日本民法之比較

（1）日民法第五二二條，對於定有承諾期間之要約，與本條有同旨趣之規定。故定有承諾期間之要約，與

本條完全相同。

(2) 本條對未定承諾期間之要約，應解爲亦有適用，可如後述，此項範圍，在日民法無何等之規定。然在日民法在未定期間之要約，已如前條所述，於經過接受承諾通知之相當期間後，非當然喪失其效力，故認爲承諾之通知雖有遲到，而要約之承諾適格，仍屬存續，祇須於其時到達，卽有效成立契約，所有本條要約人發承諾遲到之通知與否，完全不發生問題。惟在承諾適格之存續中，可達到之承諾，遲至此期間以後達到，理想上亦屬有之。此時當類推適用第五二二條。

又日商法第二七〇條之旨趣雖與本法第一五七條同，而以承諾之發信爲已足，故不生本條之問題。(參照第一五七條之二)

三 註釋

(1) 本條應解作關於定，有期間之要約，與未定期間之要約之規定。蓋本條所謂「相當期間內」，在條文之排列上，不獨可解爲承接第一五七條：「依通常情形可期待承諾之達到時期內」及第一五八條：「其期間內」兩者之後，卽由實際上觀察，亦不應使兩者有何區別也。

前揭德民法之規定，對兩者均可適用，學者間並無爭論(Oertmann, Komm. 2 a zu § 149)。又前揭瑞債務法之規定，僅係對未定期間之要約，但學者之立法論主張對定有期間之要約，亦可同樣辦理(Oser, Komm.

§ zu a Art. 3)。

(2) 日德瑞三法對承諾於相當期間內可達到而遲到者，明定以得知其情形為限，始生本條之效果。本條於此固未明定。然在事件之性質上，本條之解釋，亦應以同一之要件為必要。

第六十條 遲到之承諾，視為新要約。

將要約擴張、限制、或變更、而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約。

一 立法例

(1) 第一項 德民第一五〇條第一項：「遲到之承諾，視為新要約。」——（類似）日民第五二三條。

(2) 第二項 日民第五二八條，德民第一五〇條第二項：「將要約擴張限制或加以其他之變更而為承諾者，視為拒絕其要約，而為新要約。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項之情形，日民法當然不視為新要約，在要約人得視為新要約。然要約人對遲到之承諾，更為承諾時，當然應解作遲到承諾為新要約。故實際上之結果，當與本條無異。

(2) 第二項與日民法雖有用語之差異，而意義則全同。

三 註釋

(1) 遲到承諾，可適用前條者，不適用本條之規定。

(2) 遲到承諾，視為新要約，對之為承諾者，有第一五七條一般之適用。此在依本條第二項視為新要約者

亦同。

第六百六十一條 依習慣，或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。

前項規定，於要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者，準用之。

一 立法例

（同旨趣）日民第五二六條第二項，德民第一五一條：「依交易之習慣，無須承諾通知，或要約人不必受通知者，契約僅因承諾而成立，無須向要約人為承諾之表示。此時要約之消滅時效，應依要約或情事推知。隨要約人之意思而定。」瑞債第六條：「依行為之特殊性質，或情事，無須期待明示之承諾者，在相當之期間內，不拒絕要約時，視為已締結契約。」

二 與日本民法之比較

本條與日民法第五二六條規定之旨趣同。惟日民未定「相當期間內」之要件，與本條異。日民法認為依當事人之意思，或交易習慣，可為有效承諾之事實，應有時期限制，故與本條無異。

第六百六十二條 撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時到達者，相對人應向要約人即發遲到之通知。

相對人怠於為前項之通知者，其要約撤回之通知視為未遲到。

一 立法例

(類似) 日民第五二七條, 瑞債第九條第一項: 「撤回要約, 在要約前或同時達到於相對人, 或相對人知有要約以前, 知有撤回者, 視為未要約。」德民第一三〇條第一項: 「對隔地人之意思表示, 在其通知達到於相對人時, 發生效力, 撤回通知與意思表示同時或先時達到於相對人者, 意思表示, 不生效力。」

二 與日本民法之比較

日民法與本條異依要約之定有承諾期間與否, 使要約人之撤回權有伸縮。即:

(A) 定有承諾期間之要約, 於此期間內無撤回權。(第五二二條第一項之情形, 顯無第五二七條之適用。) 不論撤回之通知, 先於要約達到, 或同時達到於相對人, 在達到主義之原則上, 均不生要約之效力, 與本法同。惟撤回之通知, 本可先於要約或同時達到, 苟因某種情事而遲到於相對人者, 則與本條異, 無非解為絕對不生撤回要約之效力。

(B) 未定承諾期間之要約, 在接受承諾通知之相當期間內, 絕對不許撤回, (第五二四條) 故此期間內, 應與前段 (A) 作同一解釋。

(C) 第五二七條乃對未定承諾期間之要約, 於上述之相當期間經過後為撤回之規定, 此撤回應於承諾發信前達到為原則, 但在一定之情形, 於承諾發信後達到者, 亦生撤回要約之效力。此點在本法之下, 不生問題。蓋本法以未定承諾期間之要約, 經過接受承諾通知之相當期間後, 規定當然失其效力也。(第一五七條)

三 註釋

本條乃關於撤回要約之規定，其內容與日德瑞三法無何特殊之點。本法對撤回要約之態度如下。

(A) 以要約人於要約生效後，即要約達到後，無撤回權為原則。於要約發信後，不問以電報撤回，此時如電報先於要約或同時達到於相對人，即生撤回之效力。此不特為達到主義原則上當然之結果，且為本法第九五條第一項但書所明定。(參照總則一六〇頁)

(B) 本條對於右之原則，未設例外，撤回要約之通知於要約達到後達到而具本條之要件者，亦得使其要約撤回。

第六十三條 前條之規定，於承諾之撤回準用之。

一 立法例

(類似) 瑞債第九條第二項，「承諾之撤回，亦與前項同。」

二 與日本民法之比較

日民法關於承諾，係採發信主義，契約成立於承諾發信之時。(第五二六條第一項) 惟對定有期間之要約，承諾應於其期間內達到，(第五二一條) 故此時承諾不達到或遲到，即妨礙契約之成立。因此與本法相較，發生下列之差異。

(1) 要約定有期間時，承諾不於其期間內達到，契約便不成立，與本法同。至於要約未定期間時，則學說分

歧。多數學說認為與定有期間者同，在某種意義上，應待到達，但多數有力之學者認為承諾不必達到。（參照鳩山各論五〇頁）

（2）契約成立之時期，概為承諾通知發信之時，（第五二六條第一項）故與本法異。

（3）承諾通知發信後，達到前可否撤回，學說分歧，以採否定說為多。因而此點與本法異。

三 註釋

依本條之規定，生下列之結果。

（1）契約通常依承諾之達到而成立。

（2）契約成立時期，為承諾達到之時。

（3）撤回承諾之原則：為發承諾之通知者，僅依意思表示先於承諾，或同時達到者為限，惟於具有前條同一要件時遲到之承諾撤回始生效力。

前註 懸賞廣告（第一六四條第一六五條）

本法僅規定懸賞廣告，未設優等懸賞廣告之規定。

關於懸賞廣告，本法規定與日民法之異點如下。

（日民法）

（1）撤回懸賞廣告，有方法之限制。（五三〇條一項二項）……

（本法）
撤回方法無限制，有賠償損害之義務（一六五條）

(2) 定有期間時，推定爲撤回權之拋棄。(五三〇條三項)……………無規定。
(3) 數人完成行爲時，以最先行爲人有請求權爲原則。(五三一條)……………最先通知者。(一六四條二項)
(4) 不知有廣告而爲行爲者有否請求權無規定。……………有規定。(一六四條一項後段)
關於優等懸賞廣告，依日民法第五三二條規定，通常以當事人之意思爲基礎，故本法之下，解釋上得認有同樣之結果。

(1) 應認優等懸賞廣告爲有效，固毋待論。關於此點，日民法第五三二條第一項，以定有應徵期間爲絕對的要件。論其性質，本法之解釋，亦應相同。蓋優等懸賞廣告，係賞與應徵人中之相對的優等者，如應徵期間無限制，將陷於不能判斷故也。

(2) 關於判斷者，日民法第五三二條第二項第三項，當與本法之解釋相同。

(3) 同等行爲之給酬方法，除廣告別有明定外，應如日民法第五三二條第四項之規定解釋。

第六十四條 以廣告聲明對完成一定行爲之人，給與報酬者，對於完成該行爲之人，負給付報酬之義務。對於不知有廣告而完成該行爲之人亦同。

數人同時或先後完成前項行爲時，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，即爲消滅。

一 立法例

(1) 第一項 德民第六五七條：「以廣告聲明對爲某行爲或完成某結果之人給與一定報酬者，對其行爲人，負給付報酬之義務。行爲人不知有廣告而爲該行爲時亦同。」——日民第五二九條，瑞債第八條第一項，與本項前段同義。

(2) 第二項 (類似) 日民第五三一條，德民第六五九條：「爲廣告所定行爲有數人時，僅最初爲其行爲之人，有受報酬之權利。數人同時爲該行爲時，各平等比例取得報酬。但報酬之性質上不能分割，或依廣告之內容，僅許一人取得者，以抽籤定之。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法無第一項後段之規定。日本學者，大多解爲應知有廣告之存在，與本條異。然若廣告人曾於廣告聲明，對一切完成行爲之人，給與報酬時，自應遵守。

(2) 本條第二項與日民法之主義異。德民法與日民法同，僅最先完成行爲之人，有領受報酬之權利。(第五三一條第一項) 數人同時完成時，平等分配或依抽籤定之。(第五三一條第二項) 但當事人有相異之意思表示者，自應從之。(第五三一條第三項)

三 註釋

本條第二項之意義，稍欠明瞭。廣告人對於最先通知者，給與報酬時，其給與報酬之義務，規定即行消滅。由此觀之，或係廣告人之免責規定。可作最先完成行爲之人，取得報酬請求權解釋。然由不以廣告人善意給付爲條件

之點觀之，非單純之免責規定，似可解爲僅完成行爲而最先通知者，有受報酬之權利。

第六十五條 預定報酬之廣告，如於行爲完成前撤銷時，除廣告人證明行爲人不能完成其行爲外，對於行爲人因該廣告善意所受之損害，負賠償之責。但以不超過預定報酬額爲限。

一 立法例

瑞債第八條第二項：「於給付完成前撤回時，除證明其給付不能外，對於因該廣告善意支出之費用，在廣告所定報酬之限度內，應償還之。」

二 與日本民法之比較

日民法與德民法，對懸賞廣告有得撤回之情形，及限制其撤回方法之同一規定，爲保護一般人而設。（第五三〇條）故無如本法賠償損害義務之規定。本法做瑞債務法，對於撤回廣告之方法，似有加以若干限制之必要。第六十六條 契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。

一 立法例

瑞債第一六條：「關於法律上無須方式之契約而必要方式者，如當事人不履行其方式，即推定其無負擔義務之意思。前項合意僅定應用書面，未及其詳時，對其書面之作成，從法律所定書面之要件。」

二 與日本民法之比較

日民法之解釋，亦可爲同一之推定。蓋如此解釋，方適應當事人之普通情形也。

三 批評

本條係推定契約成立之規定，故與第一五三條之作用相同。今置於本款之末，似有未妥。立法者或係仿照瑞債務法之體例。但該法與本法不同，設有「契約之形式」一款，關於契約之一般形式，有詳細規定，決非祇契約成立之推定也。

第二款 代理權之授與

本法一部分代理之規定，已於總則編第四章第五節（第一〇三條至第一一〇條）中規定之，故關於中日兩民法代理制度的比較，應於總則編中說明之。（總則一七三頁以下）

第一百六十七條 代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人，或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。

一 立法例

德民第一六七條第一項：「代理權之授與，向代理人，或向行為相對者之第三人，以意思表示為之。」——而瑞債第三三條第二項、第三項，亦有類似之旨趣：「權限以法律行為授與者，其範圍依該法律行為之內容定之。授權人向第三人通知授與權限者，其範圍依對該第三人之通知定之。」

二 與日本民法之比較

本條係仿德民法規定。該法於代理權之授與係採授權人單獨行為之主義。本條所定代理權之授與，得向代

理行爲之相對人以意思表示爲之者，卽此主義之結果。反之，在日民法雖亦有反對說，但多數學者則認授權行爲爲授權人與代理人間之契約。以是授權行爲，必須爲授權人與代理人間之法律行爲，不許授權人與代理行爲之相對人成立契約。不獨此也，在授權人與代理人間，不以本條授權人之單獨行爲爲已足，更須有代理人之承諾。惟本法上之授權行爲，非要式行爲，故本人與代理人間之授權行爲，在實際上當不生多大差異。（參照次段）但日民法不認可向相對人爲授權意思表示，則實際上顯有區別。

三 註釋

本條授權行爲之性質，應解爲有相對人之單獨行爲，與德民法同。但授權行爲，爲不要式之行爲，故有與其他意思表示混合存在之可能。例如本人代理人間締結委任契約，同時爲授權行爲時，一個意思表示，一方有授與代理權之效力，他方有委任契約之要約或承諾之效力，理論上固屬無妨。且實際上認爲應如此解釋者亦甚多（Staudinger, Komm. 2 zu § 167）。

第六十八條 代理人有數人者，其代理行爲應共同爲之。但法律另有規定，或本人另有意思表示者，不在此限。

一 立法例

關於法人之董事商號之經理人等，設有共同代理之規定，立法例固有之，但如本條關於一般代理人以共同代理爲原則之立法例，衡之日德瑞三法中，均未之見。法民法第一八五條，更與本條相反，設有單獨代理之原則。

二 與日本民法之比較

日民法於一般代理中有數代理人時，未設認爲共同代理或單獨代理之原則，專依授權契約之內容定之。惟一班之解釋，則以單獨代理爲原則，卽有共同代理之必要時，亦對代理權之範圍，加以限制，如第一一〇條規定可認爲保護相對人而設。

三 註釋及批評

(1) 本條所謂「法律另有規定」時，在民法上應注意之點有二。

(A) 法人之董事，有數人時，依第二七條第二項規定，董事在原則上各得單獨代理。因之必須共同代理，對董事之代理權加以限制者，應行登記。(第四八條第一項第八款第六一條第一項第七款)且此項限制，應解爲不得對抗善意的第三者。(第二七條第三項)(參照總則六五頁)

(B) 商號使用數位經理時，不以全體經理之共同代理爲必要，以二人以上之經理，共同代理爲已足。(第五五六條)

(2) 除上列法律有特別規定外，在一般之情形，如代理人反乎本條規定，使一部之人向隅，而單獨爲代理行爲者，其代理行爲，不得拘束本人，有第一七〇條以下無權代理規定之適用，在此立法例之下，本人雖可免去代理人之專擅，而善意第三人之能否得受保護，固屬疑問也。

(A) 總則第一〇七條之規定，顯不適用。因本條以共同代理爲原則，故當然不得稱爲第一〇七條「代理權之限制」。

(B) 惟對代理行為之相對人，表示授與數代理人中之一人以代理權時，相對人可受第一六九條之保護。
(C) 證明授與代理權之委任書或授權證中，僅記數代理人中一人之姓名時，應認為同樣有第一六九條之適用。

統觀上述結果，不得不謂本條共同代理之原則，徒置重本人之利益，而有害及善意第三人之虞。似須設法仿
日民法第一一〇條之例，修正第一〇七條為「代理人為其權限外之行為時，」或於本條增加保護善意第三人
之規定。

第六十九條 由自己之行為，表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人，而不為反對之表示者，對於
第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權，或可得而知者，不在此限。

一 立法例

日民第一〇九條，（但無本條「或」字以下）——（類似）德民第一七一條：「對第三人為特別之通知，
或公告，表示以代理權授與某人者，其人得對該第三人或一切之第三人，行使代理權。前項情形，代理權在與通知
同一方法表示撤回以前，仍為存續。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條與日民法第一〇九條，係基於同一意義立法，本條「或」字以下，為日民法所無，在此情形，日民
法上不生本人之責任。

(2) 本條但書，爲日民法第一〇九條所無，但解釋上則同。

三 註釋

(1) 以自己之行爲，表示以代理權授與他人者，日民法第一〇九條有同一規定，毋須特予說明。

(2) 條文「或」字以下「知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者」，含義甚晦。由本條立法之理由論，應指下列之情形而言。

(A) 若乙自稱爲甲之代理人時，甲知此情事而不表示乙非其自己之代理人，嗣後丙以乙爲甲之代理人而與之爲交易行爲者，甲應負本人即授權人之責任。蓋此時乙之行爲，已使第三人誤信乙爲甲之真正代理人，在甲知而否認，自應有其責任故也。

(B) 反之，如乙未自稱爲甲之代理人，乙即以甲之代理人而與丙交易時，假令甲於此後知之而不即否認，猶不受本條之適用。蓋此時不得謂甲對第三人丙之誤信，負有責任也。但本人甲知乙之無權代理行爲，而放任之，則實際上應認爲有無權代理行爲之默認者，亦有之。惟本法與日民法（第一一三條）德民法（第一八二條第一項）異，無權代理行爲之承認，規定應向相對人爲之（第一一六條第二項）則上述甲有放任態度時，認甲有默認之效果。殊較德日民法更爲困難耳。

第七十條 無代理人以代理人之名義所爲之法律行爲，非經本人承認，對於本人不生效力。

前項情形，法律行爲之相對人，得定相當期限，催告本人確答是否承認，如本人逾期未爲確答者，視爲拒絕承認。

一 立法例

(1) 第一項 | 日民第一一三條第一項 | (同旨趣) | 瑞債第三八條第一項:「無代理權人以代理人名義,而締結契約時,本人追認則爲債權人或債務人。」| 德民第一七七條第一項:「無代理權人以他人名義締結契約,依本人之追認,始爲本人或對本人發生效力。」(但三法均係關於契約)

(2) 第二項 | 日民法第一一四條 | (同旨趣) | 瑞債第三八條第二項:「相對人得對本人催告於一定期間內爲追認之意思表示,在其催告之期間內,本人不爲追認者,免其義務。」| 德民第一一七條第二項:「相對人對本人催告爲追認之意思表示者,僅得向相對人爲追認之意思表示,在此催告前,向代理人爲追認或拒絕者無效。追認僅得於受催告後二週內爲之,在此期間內不爲追認,認爲拒絕。」(但三法均係關於契約)

二 與日本民法之比較

(1) | 日民法對無權代理行爲分契約或單獨行爲而異其辦法,本法則不採此種主義,與日民法之契約同一處置。因是對無權代理人爲單獨行爲時,本法與日民法(第一一八條)稍異。惟日民法之規定,理論上雖認契約與單獨行爲不同,而此理論有廣汎的例外,事實上頗多同一之辦法,故此項差異,實際上無大問題也。

(2) 追認之方法,依日民法得向無權代理人或其相對人爲之,(第一一三條第二項)本法則必須向相對人爲之。(第一一六條第二項)

(3) 追認之效果,依日民法遡及爲無權代理行爲之時,有不得害及第三人權利之限制。(第一一六條)

反之，本法之遡及效力，則無何等之限制。（第一一五條）

三 註釋

本條之承認方法，適用第一一六條。而其效果，則適用第一一五條，是宜注意者。（參照總則二〇一頁以下）
第一百七十一條 無代理權人所爲之法律行爲，其相對人於本人未承認前，得撤回之。但爲法律行爲時，明知其無代理權者，不在此限。

一 立法例

日民第一一五條——（同旨趣）德民第一七八條：「契約在本人之追認前，相對人得撤回之，但締結契約之時，相對人明知無代理權者，不在此限。撤回亦得向代理人表示之。」

二 與日本民法之比較

此與日民法相同，但日民法有關於契約之規定，對於準用單獨行爲，受有一定之限制。（第一一八條）本條則不問契約與單獨行爲，一律適用。（參照前條二之1）

第三款 無因管理

本法無因管理之規定，多仿瑞債務法，而與日民法亦近似，實則兩法間並無顯著的差異。

日民法

本法

一 無因管理人之義務

- (1) 管理方法……………〔從本人之利益及意思(六九七條)……………同(一七二條)〕
〔應俟本人之指示與否無規定……………應俟指示(一七三條一項)〕
 - (2) 開始管理之通知義務……………應通知(六九九條)……………同但應俟指示(一七三條一項)
 - (3) 注意義務……………急迫情形時減輕(六九八條)……………同(一七五條)
 - (4) 繼續管理義務……………至本人能夠管理時止(七〇〇條)……………無規定
 - (5) 終了時之計算義務……………準用委任之規定(七〇一條)……………同(一七三條二項)
 - (6) 違反本人意思時管理人之責任：無特別……………無過失責任(一七四條)
- ## 二 無因管理人之權利

費用償還……………原則……………有益費及有益債務(七〇二條一項二項)……………損害之其他賠償(一七六條)
……………例外……………違反本人意思時減縮(七〇二條三項)……………略同(一七七條)

三 無因管理之追認

……………無規定……………適用委任之規定(一七八條)

本法無日民法第七〇〇條繼續管理事務之規定。惟該條以無因管理人本有為本人利益之意思而從事於管理之義務，故使此理論成為具體化。實則本法之解釋，亦應大略相同。

第七七十二條 未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，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。

一 立法例

德民第六七七條：「未受委任並未被與以管理其他事務之權利，而為他人處理事務者，負有依本人之真意或可得推知之意思，以適合於本人利益之方法而為管理之義務。」——（同旨趣）日民六九七條。

二 與日本民法之比較

日民法規定，與本條文字雖異，而意義則同。

第一百七十三條 管理人開始管理時，以能通知為限，應即通知本人，如無急迫之情事，應俟本人之指示。

第五百四十條至五百四十二條關於委任之規定，於無因管理準用之。

一 立法例

德民第六八一條：「管理人管理事務，應不遲延通知本人，且無因遲延而生損害之虞者，應俟本人之決定。管理人其他之義務，準用第五百四十條至五百四十二條關於受任人之規定。」——（類似）日民第六九九條，第七〇一條。

二 與日本民法之比較

（1）本條第一項後段之規定，日民法無之。然管理人應適合本人之意思及本人之利益而管理事務，故開始管理，通知本人後，待其指示而不生困難者，寧俟其決定而繼續管理為妥。因此，日民法之解釋，亦當與本條無大差異。

(2) 日民法第六九九條但書爲本條所無惟本條之解釋可得同一之結果。

(3) 本條第二項準用第五四〇條至第五四二條關於受任人之計算義務，此三條在日民法有第七〇一條之準用，即第六四五條至第六四七條之準用，故管理人之計算義務與日民法全同。

三 註釋並批評

(1) 有利於本人之事務管理，固爲一般所許，惟期無抹煞本人意思起見，本條使管理人負開始管理之通知義務，如無急迫之情事，並應俟本人之指示。因之管理人無論如何應即速爲開始管理之通知。本條第一項：「以能通知爲限，應即通知本人……」不獨含義太晦，即認爲前列德民法第六八一條“sobald es tunlich ist”（不遲延）之譯語，亦屬未當。惟就本條之立法真意觀之，似可作如此解釋。

(2) 有急迫情事，不及俟本人之指示者，不僅免除等待義務，且有依自由裁量而爲繼續適當管理之義務，固不待言。

第一百七十四條 管理人違反本人明示，或可推知之意思，而爲事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責。

前項之規定，如其管理係爲本人盡公益上之義務，或爲其履行法定扶養義務者，不適用之。

一 立法例

(1) 第一項 德民第六七八條：「管理事務，違反本人真意或可得推知之意思，且爲管理人所明知者，雖

有不可歸責之事由，管理人應賠償因其管理所生之損害」——（同旨趣）瑞債第四二〇條第三項：「管理人違反本人明示或可得推知之意思，而為管理者，如不為管理不反善良風俗或法律時，除證明無自己之參與，亦可發生者外，對於事故亦負責任。」

（2）第二項 德民第六七九條：「不管理事務，則不能於適當時期履行公益上義務，或本人法律上之扶養義務者，不須斟酌反乎事務管理之本人意思。」

二 與日本民法之比較

日民法無本條相當之規定，解釋上則甚近似。即——

（1）在日民事務管理人有依已知或可得而知之本人意思而為管理事務之義務，（第六九七條第二項）故若反乎已知或可得而知之意思而為管理事務時，即屬故意或過失違反義務。從而因管理所生各種之損害，雖無故意或過失，仍應歸責於債務人，成為債務不履行之事情者甚多。故縱未如本條特定無過失責任，而其結果當無大異。德民法學者亦不認德民法第六七八條係無過失責任之規定（Oertmann, Komm. 2 zu § 678; Staudinger, Komm. 1 zu § 678.）

（2）又本條第二項之情形，事務之管理，可以違反本人之現實意思者，以此意思，乃不履行自身公益上義務或法定扶養義務之意思。法律上固不得認其效果。故不顧此項意思之事務管理人之行為不違反義務也。即本條第二項，在日民法第六九七條第二項之解釋上，當然認為有此限制。

第七百七十五條 管理人爲免除本人之生命身體或財產上之急迫危險，而爲事務之管理者，對於因其管理所生之損害，除有惡意或重大過失者外，不負賠償之責。

一 立法例

日民第六九八條，德民第六八〇條：「管理事務以防止本人之急迫危險爲目的者，僅對惡意或重大過失負其責。」——（類似）瑞債第四二〇條第二項：「但管理人之責任義務，爲避免本人之急迫危害而爲管理者，得減輕之。」

二 與日本民法之比較

此與日本民法完全相同。

第七百七十六條 管理事務利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者，管理人爲本人支出必要或有益之費用或負擔債務或受損害時，得請求本人償還其費用，及自支出時起之利息，或清償其所負擔之債券，或賠償其損害。

第一百七十四條第二項規定之情形，管理人管理事務雖違反本人之意思，仍有前項之請求權。

一 立法例

（1）第一項（同旨趣）日民第七〇二條第一項第二項，瑞債第四二二條第一項：「管理事務如認爲保護本人之利益所必要者，本人應償還管理人支出必要或有益而且適應其情事之費用及利息，在同一情形，免

除管理人所負擔之義務及其他之損害，依法院之裁量，有賠償之義務。」德民第六八三條前段：「管理事務有利於本人，且適合本人之真意，或可推知之意思時，有與受人同一之償還費用請求權。」

(2) 第二項 德民第六八三條後段：「第六百七十三條之情形，管理人雖違反本人意思承擔管理事務，亦有前段之請求權。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條第一項中之必要費及損害，爲日民法規定所無。關於必要費，應與本條作同一解釋，固毋待言。關於損害，則不能解爲相同。(關於委任，日民法第六五〇條第三項有規定)本條加入「損害」，亦係仿瑞債務法。德民法與日民法同，僅對費用爲規定。——德民法學者以爲不得不否認損害之賠償義務，但世上普通所稱之損害，可
以費用 (Aufwendung) 之觀念解釋者，得使其償還，例如爲救護火中幼童而受火傷之治療費是也 (Oertmann, Komm. 3 a zu § 683; Staudinger, Komm. 2 e zu § 683)。

(2) 本條第二項，日民法亦無規定，已如前述 (關於第一七四條第二項) 法律上之效果，非違反本人意思之事務管理，故日民法之解釋當然有本條第二項之同一結果。

第一百七十七條 管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益爲限。

一 立法例

瑞債第四二三條，「管理雖非圖謀本人之利益，但本人仍有取得由其管理事務所生利益之權利。本人對管理人償還及免除其債務之義務，僅於得利之限度內負之。」——（同旨趣）日民第七〇二條第三項，——（類似）德民第六八四條：「無第六百八十三條之要件時，本人應依不當得利之返還規定，將由管理事務所之所得者，返還於管理人，本人追認事務管理時，管理人有第六百八十三條所定之請求權。」

二 與日本民法之比較

本條係仿瑞債務法之規定。而與德民法之理論異。在彼事務管理原則上，本人由事務管理所得利益，依不當得利之規定，負有全部返還之義務，至於本人追認事務管理時，依普通事務管理之同一辦法。在日民法對彼事務管理之利益，究如本條及瑞債務法認本人當然得享有，抑如德民法非經追認不得享有，均無明文。惟對此時之償還費用義務，有使其減縮範圍之規定，（第七〇二條第三項）由此推論，應認以本人得享有事務管理之利益為前提，因此，日民法之解釋，亦當與本條同。

（2）本條適用範圍，為不合於前條規定之無因管理。故包含違反本人意思及違反利益。（前列德民法條文亦然）惟日民法第七〇二條第三項，僅關違反本人意思。（前列瑞債務法條文僅關違反利益）在日民法之解釋，於違反利益時，亦應同樣辦理。蓋違反本人利益，管理事務，結果亦屬違反本人意思，應作同一處置故也。第一百七十八條 管理事務經本人承認者，適用關於委任之規定。

一 立法例

瑞債第四二四條：「本人追認管理事務時，適用委任之規定。」
二 與日本民法之比較

日民法無本條相當之規定。事務管理之承認，使與管理人間成立委任關係，具備契約之實質時，當然自此時起，事務管理之關係消滅，而成爲委任關係。惟單純之承認，僅生不違反本人意思之效果。至如本條適及的發生委任關係，則非日民法解釋所可能矣。（參照鳩山各論七七六頁末弘各論九二二頁等）

第四款 不當得利

本法不當得利之規定，全部與日民法之規定近似。然其中有一二重要規定，則爲日民法所無。

日民法

本法

一 發生不當得利之情形

(1) 原則：……無法律上之原因獲利益損失及於他人（七〇三條）……略同（一七九條）

(2) 特則

甲 非債清償……惡意時無返還請求權（七〇五條）……同（一八〇條第三款）

乙 期限前清償……錯誤時僅得請求中間利息（七〇六條）……不得請求中間利息（一八〇條第二款）

丙 非債務者之清償……爲保護債權人消滅其返還請求權（七〇七條）……無規定

丁 不法原因之給付……無返還請求權（七〇八條）……同（一八〇條第四款）

戊 履行道德上之義務……無規定……無返還請求權（一八〇條第一款）

二 返還之標的物及範圍

(1) 標的物……………無規定與下同解……………

以原物及本此所取得或代償物爲原則
以價格爲例外(一八一條)

(2) 範圍 { 善意……………現存利益(七〇三條)……………

略同(一八二條一項)

{ 惡意……………利害及損害賠償(七〇四條)……………

略同(一八二條二項)

三 無償取得標的物之第三人

無規定……………受領人無返還義務而認有義務(一八三條)

日民法規定中之第七〇七條，爲本法所無。此爲保護債權人之極重要規定，本法既乏明文，解釋上容難相同。第一百七十九條 無法律上之原因，而受利益致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者亦同。

一 立法例

(同旨趣) 日民第七〇三條、德民第八一二條第一項：「無法律上之原因，受他人之給付，或因其他之方法，以他人之費用而受利益者，負返還之義務。雖有法律上之原因，而其後已消滅，或依法律行爲之內容不能發生給付目的之結果者，亦同。」瑞債第六二條：「因非法律所認之方法，由他人之財產得利者，應返還其得利。有效之原因不存在不實現或其後消滅而得對價者發生前項之責任。」

二 與日本民法之比較

日民法無本條後段之規定，解釋上則完全相同。

第一百八十條 給付有左列情形之一者，不得請求返還。

一、給付係履行道德上之義務者。

二、債務人於未到期之債務，因清償而為給付者。

三、因清償債務，而為給付，於給付時明知無給付之義務者。

四、因不法之原因而為給付者，但不法之原因，僅於受領人一方存在時，不在此限。

一 立法例

(1) 第一款 (同旨趣) 德民第八一四條：「以履行債務之目的為給付……或給付係適應道德上之義務或善良風俗者，不得請求返還。」瑞債第六三條第二項：「為已罹時效之債務，或履行道德上之義務而為給付者，不得請求返還。」

(2) 第二款 德民第八一三條第二項：「對附期限之債務，於期限前履行者，不得請求返還並不得請求償還中間利息。」——(類似) 日民第七〇六條。

(3) 第三款 日民第七〇五條，瑞債第六三條第一項：「任意為非債之清償者，以能證明其係出於誤解者為限，得請求返還其給付物。」德民第八一四條：「以履行債務之目的而為給付，給付人明知無給付之義務……者，不得請求返還。」

(4) 第四款 日民第七〇八條——(同旨趣)德民第八一七條「給付目的如法律所禁止，或違反善良風俗者，領受人有返還責任。給付人對右之違反，亦應負責者，給付人無返還請求權。但以負擔某債務為給付之目的者不在此限。為此債務之履行，不得請求返還給付物。」瑞債第六六條「以發生不法或違反道德之效果為目的，而交付其物者，不得請求返還。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一款 日民法無同一之規定。本條，例如：法律上無扶養義務之親屬，誤信為有扶養義務，而予以扶養時，不得以無法律上原因為理由，請求返還扶養之給付。在調和道德與法律之觀點上，誠屬妥當之立法，在日民法之解釋，欲認有同一之結果，殊感困難也。

(2) 第二款 依日民第七〇六條但書，基於錯誤清償未到期之債務者，得向債權人請求返還其期限前受清償之利益，在本條以無此項規定，不能得同一之解釋。即本條應解為亦不得請求返還此項利益（所謂中間利息）——基於錯誤清償未到期之債務時，依意思表示錯誤之規定（本法第八八條）似可解為得撤銷此項清償行為。果如是，則本條之規定，毫無實益，故應解為本條可排除上述錯誤規定之適用。

(3) 第三款及第四款 此與日民法完全相同。

第八十一條 不當得利之受領人，除返還其所受之利益外，如本於該利益更有所取得者，並應返還。但依其利益之性質，或其他情形，不能返還者，應償還其價額。

一 立法例

(同旨趣) 瑞民第八一八條第一項第二項：「返還義務及於所收取之收益並基於領受人所得之權利而取得之標的物之破壞毀損及侵奪之賠償而取得者。所得之物性質上不能返還，或領受人本於其他理由不能返還者，應賠償其價額。」

二 與日本民法之比較

日民法無與本條相當之規定，由不當得利之理論與第七〇三條解釋之，應認有本條同一之結果。

三 註釋

本條乃因次條區別受益人之善意惡意，具體規定返還之範圍。故對不當得利返還之標的物，設抽象的原則。

即

(甲) 以返還領受之原物為原則。如其物係屬現存，常不得免其返還義務。

(乙) 由所受之物生有滋息得有代價或利益，(因滅失毀損之損害賠償，因收用之補償等。) 應一併返還。如係現存，不得免其返還義務，與前段同。

(丙) 對右二者之原物，已經消費或遭滅失毀損，不能返還時，應返還其價額。但此項情形，有次條之限制，應予注意。

(丁) 受益之標的物，如係他人之勞力，不能返還其原物時，應返還其價格。但此項情形，亦有次條限制，應予

注意。

第八十二條 不當得利之受領人，不知無法律上之原因，而其所受之利益，已不存在者，免負返還或償還價額之責任。

受領人於受領時，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。

一 立法例

(1) 第一項 | 日民第七〇三條，德民第八一八條第三項：「受領人之返還或賠償價格之義務，於受領人之利益現不存在之限度內消滅。」——瑞債第六四條亦與本文同旨趣。

(2) 第二項 | 日民第七〇四條，德民第八一九條第一項：「受領人於受領時知缺法律上之原因，或其後知之者，應依受領時或知無原因時起訴之返還請求權，負返還之義務。」——瑞債第六四條但書亦屬同旨趣。

二 與日本民法之比較

(1) 第一項之日文，與日民法第七〇三條稍異，而解釋則全同。

(2) 第二項雖與日民法第七〇四條同義，但本條於受領後成爲惡意之情形，未有規定，據學者之解釋，則認日民法與本條同。

第八十三條 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。

一 立法例

德民第八二二條：「受領人以其所得者無償讓與第三人時，而受領人因此免返還義務者，第三人於此限度內，負返還義務。與無法律上之原因而得利者同。」

二 與日本民法之比較

日民法無同一之規定，依一般學者之解釋，不認有同一之結果。

三 註釋

(1) 本條例如：買主依無效之買賣，將取得之標的物，贈與第三人之情形是。買主不知買賣之無效者，乃善意之受益人，得依前條第一項，免返還之義務。但受贈人則以贈與為法律上原因而取得之人，自非不當得利人。然此結果，酷待賣主，係反公平之原則。故待受贈人以不當得利人之辦法規定，由其直接對賣主負返還義務。

(2) 第三人返還義務之範圍，準用受領人返還義務之範圍及於原物，原物之擴張及代物（第一八一條。）其問題，在受領人將處分其受領標的物之所得贈與於第三人時，例如：因無效之買賣，買主以賣卻標的物之價金，贈與於第三人時。此價金存在，於領受人時，有返還義務，故第三人亦有返還義務，惟德民法學者間尚有爭論（Staudinger, Komm. 2 a zu § 822 und dort Zitierte.）

第五款 侵權行為

本法以日民法所謂不法行為，題爲「侵權行爲」，德瑞兩法則稱爲「不許行爲」(underlaubte Handlungen) 雖係立法技術上之便宜問題，但本法既不以侵害權利爲要件，(參照第一八四條) 則不得謂此名稱爲適當。

本款內容，與日民法大同小異。且一般侵權行爲與特殊侵權行爲之要件上，亦無重大差異。惟一般侵權行爲與日民法之一貫的以侵害權利爲要件者相反，本法係仿德民法，揭有侵害權利，違反保護法規，及違反良俗之具體標準。特殊侵權行爲中，亦仿德民法，定有公務員之侵權行爲，與日民法異。

本法更仿瑞債務法，對各種侵害法益賠償損害之範圍，有詳細規定。(第一九二條至第一九六條) 此係日本民法所無，當於第一九二條之前註述之。

本款最後二條侵權行爲之賠償損害請求權，在時效消滅後，因侵權行爲發生不當得利者，其得利有返還義務。依侵權行爲而負擔債務者，定爲無履行義務。均係仿德民法，爲日本民法所無。

日民法之規定爲本法所無者，亦有二三，然均非關重要，當於各該情形說明之。

日民法

本法

一 一般侵權行爲之成立要件

- (1) 原則的要件……故意過失與侵害權利(七〇九條)……故意過失與侵害權利違反良俗或違反保護法規(一八四條)
- (2) 精神的損害……特定爲侵權行爲(七一〇條)……同(一九五條一項前段)

(3) 侵害生命……規定對其近親者而為侵權行為(七一一條)……同(一九四條)

自身……無責任(七二二條)……同(一八七條一項)

無責任能力
之未成年入
監督義務人……補充的(七一四條一項)……於無能力人無責任時有責任於有責任時則
代行監督義務之人……同前(七一四條二項)……連帶負責(一八七條一項二項)……無規定

(4) 責任能力

監督義務人之衡平責任……無規定……認之(一八七條三項)

行為人自身……原則上無責任(七二三條)……無直接規定

心神喪失中之行為
監督義務人……補充的(七一四條一項)……僅設有衡平責任之規定(一八四條四項)
代行監督義務人……同前(七一四條二項)……無規定

(5) 共同侵權行為……連帶(七一九條)……同(一八五條)

(6) 正當防衛與緊急避難……規定阻止違法性之理由(七二〇條)……規定於總則編內(一四九條一五〇條)

二 特殊侵權行為之成立要件

(1) 無責任能力人之監督義務人(見前)
有免責事由(七一一條一項)……同(一八八條一項)
代行僱用人亦有責任(七一一條二項)……無規定

(2) 僱用人之責任
對受僱人之求償權(七一一條三項)……同(一八八條三項)
關於承攬人之注意規定(七一六條)……同(一八九條)

無僱用人衡平責任之規定……認之(一八八條二項)

(3) 對土地上工作物之責任
第一位為占有人第二位為所有人後者係……僅定所有人之責任但有免責事由(一九一條一項)
無過失責任(七一七條一項)
對造因者之求償權(七一七條三項)……略同(一九一條二項)

竹木之準用(七一七條三項)……無規定

〔占有人負責任但有免責事由（七一八條一項）……稍異（一九〇條一項）〕

（4）關於動物之責任 代行占有之人亦有責任（七一八條二項）……無規定

〔挑動物所致之情形無規定……有規定（一九〇條二項）〕

（5）公務員之侵權行為……無規定……設有類於德民法之規定（一八六條）

三 損害賠償之方法與範圍（參照二二三條前註）

（1）方法 A 原則……金錢賠償（七二二條一項）……以回復原狀為原則（二二三條至二二五條）
B 例外……認有毀損名譽（七二三條）……同（一九五條一項後段）
但物之毀損為例外（一九六條）

（2）範圍

A 賠償精神的損害……一切法益被侵害時認之（七一〇條七一一條）……僅於侵害一定的精神利益時認之（一九四條一九五條一項前段）

葬殮費用……無規定……應行賠償（一九二條一項）

B 生命被侵害 對被害人扶養請求權之人……無規定……應行賠償（一九二條二項）

近親者之賠償請求權……有規定（七一一條）……同（一九四條）

C 身體及健康被侵害……無規定……有詳細規定（一九三條）

D 物之毀損……無規定……金額賠償（一九六條）

E 過失相抵……與債務不履行稍異（七二二條二項）……與債務不履行係共同規定（二二七條）

四 關於損害賠償請求權之特則

（1）關於胎兒之規定……定有特則（七二二條）……依總則之一般規定（七條）

(2) 精神的損害賠償請求權之特則：……無規定……設有繼承讓與之限制（一九五條二項）

(3) 消滅時效
A 時效期間……短期三年長期十年（七二四條）……短期二年長期十年（一九七條一項）
B 侵權行為且生不當得利時……賠償請求權之時效消滅後亦應以不當得利返還（一九七條二項）
C 因侵權行為負擔債務時……無規定……賠償請求權之時效消滅後規定無清償債務之責任（一九八條）

第八十四條 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。

違反保護他人之法律者，推定其有過失。

一 立法例

(1) 第一項前段 | 日民第七〇九條，德民第八二三條第一項：「因故意或過失，不法侵害他人之生命身體健康自由所有權及其他之權利者，負賠償因此所生損害之義務。」

(2) 同項後段 | 瑞債第四一條第二項：「違反善良風俗加損害於他人者，亦負同一責任。」德民第八二六條：「以違反善良風俗之方法，加損害於他人者，對之負損害賠償之義務。」

(3) 第二項（類似）德民法第八二三條第二項：「違反以保護他人為目的之法律者，亦負同一義務，依其法律之內容，無過失得違反者，僅於有過失時生賠償義務。」

二 與日本民法之比較

(1) 本法仿德民法之主義，揭舉一般侵權行爲，爲成立要件者，計有侵害權利，違反法規，及違反良俗三者，故與日民法之以侵害權利爲絕對要件者大異其趣。惟日本近時之學說及判例，亦廣義解釋此權利之觀念，由法律理想上觀察，凡侵害違反值得保護之利益者，縱在原有法律觀念上，不成爲侵害權利，亦仍可成立侵權行爲，故其結果與本法並無大異。同時，本法第一項前段揭出「不法」要件，在日民法之解釋，亦屬相同。（參照我妻全集三七卷四一五頁以下四四七頁以下）

(2) 在本條第一項後段，對侵權行爲之要件，不求之於被侵害利益之容態，而求之於侵權行爲之容態，顯示特點，在日民法之解釋，於此情形，尙係違法之加害行爲，得認爲成立一般侵權行爲。（參照我妻同上四七八頁以下）

(3) 本條第二項對違反保護法規之行爲，推定爲有過失，其意有不可捉摸之處，若其意如德民法第八二三條第二項，以違反保護法規，爲違法性之要件，則與日本之學說判例，亦得同一之結果。（參照我妻同上四七七頁）

三 註釋

(1) 本法標本款爲侵權行爲，定其一般之要件於本條，未定應有損害之發生，一似不必有損害之發生者。然侵權行爲之效果，着重於損害之賠償，則應以損害發生爲要件，毋寧爲當然之解釋。

(2) 德民法第八二三條第一項規定：「生命身體健康自由所有權及其他權利，」茲所謂「權利，」一般

學說，乃以絕對之權利爲限，不包債權之類（Oertmann, Komm. 3d zu § 823）。但侵害債權，必伴有違反保護法規，或違反公序良俗之條件，方屬侵權行爲，此解釋在判斷侵權行爲之違法性上，極爲適當，即依日本之解釋，實際上亦與此理論相近。本法解釋應以從德民法之解釋爲妥。又本法在第一九二條以下，有侵害生命身體健康名譽自由所有權等之規定，爲直接規定損害賠償之範圍與方法，間接例示本條之權利種類。

（3）因違反公序良俗，而認爲加害行爲時，須注意下列各點。

（甲）加害行爲侵害被害人之權利，或違反保護他人之法律時，無須審查其爲違反善良風俗與否，應認爲侵權行爲之成立。以是依此標準，則（一）行爲本身爲許可行爲，即非法律上權利，又非違法行爲，乃放任一般自由之行爲。（二）行爲本身爲行使權利之行爲。

（乙）行使權利，在本法總則第一四八條規定禁止「以給與他人損害爲主要目的。」然依本條違反善良風俗行使權利，致生損害賠償義務者，決非「以給與他人損害爲主要目的。」換言之，本條之適用，不應受第一四八條之限制。在德民法之解釋，往時學者之見解，頗多與上相反，近時則同一之見解漸多（參照 Oertmann, Komm. 2c zu § 826）。

（丙）何爲違反公序良俗之手段，不外由法官就個事例適當考慮社會之道德心，按照支配社會大多數之思想而下判斷。今無暇一一論列，惟依此標準而成爲具體判例法之德民法學說，實爲本法之最善藍本，宜予注意。尤其以同盟罷工，同盟不買等最近的經濟戰術爲許可行爲，其方法目的等違反善良風俗，則爲侵權行爲，此項

判例理論深望中國之法官能加精細研究（Oertmann, Komm. 4 zu § 826 und dort Zitierte.）

（4）關於保護他人法律之意義，德民法學者尚有相當爭論，應解爲不僅保護個人及一階級利益之法規，（例如保護名譽營業等之刑法法規，保護勞動階級之勞動法規等）即直接以維持公共秩序爲目的，間接爲保護個人利益之法規，（例如命於某處點燈之警察法規）亦包含之（Oertmann, Komm. 4 zu § 823）。

四 批評

本條第二項以違反保護法規，推定爲其過失，含義殊屬費解。例如利用詐術妨害他人之業務者，係違反日本刑法第二三三條，此時依德國民法之主義，則係違反刑法之保護法規，徑可認爲成立侵權行爲，反之，依日本民法之主義，——前述日本最近之學說判例，暫置勿論，祇就民法之條文，作忠實之解釋，——根據刑法規定，可認民法上業務或營業乃一種權利，因其行爲侵害權利，不得不構成法律上侵權行爲。（參照鳩山各論八八二頁）此固爲德民法優於日民法之點。本法採取德民法之優點，而爲過失之推定，竟忘卻法規違反爲侵權行爲之客觀條件，遂致毫無意義。由實際上論，右述行爲，雖決定爲過失，仍以是否侵害權利，是否違反公序良俗爲問題之中心，故實質上侵權行爲之要件，不因第二項而有所增也。宜改本條第二項如德民法，違反保護法規時，雖未侵害權利，亦構成侵權行爲。

第百八十五條 數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負賠償責任。不能知其中孰爲加害人者，亦同。造意人及幫助人，視爲共同行爲人。

一 立法例

日民第七一九條——（同旨趣）德民第八三〇條：「數人因共同之侵權行為，加以損害者，各自對其損害負責，不能知其中孰為加害人亦同。造意人及幫助人，視為共同行為人。」——（類似）瑞債第五十條「數人共同生有損害者，不問造意人主動人幫助人，應對被害人負連帶責任。幫助人以依其所受利益之分配，或其協助所生之損害為限，負賠償責任。」

二 與日本民法之比較

此與日本民法完全相同。

第八十六條 公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。

前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。

一 立法例

德民第八三九條第一項第三項：「公務員因故意或過失，違背對於第三人應為之職務，致第三人發生損害者，應行賠償。僅因公務員之過失，以被害人不能依其他方法受賠償時為限，對之負賠償責任。……被害人因故意或過失怠於行使法律上之方法，除去損害者，不生賠償義務。」——（參照）瑞債第六一條：「官吏或公吏，因其職務之執行，致發生損害，應行賠償，或給付撫慰金。此項義務，聯邦及各州，得以法律而異其規定。官吏或公吏對其

業務上之執行，各州不得以法律變更本節。」

二 與日本民法之比較及註釋

(1) 日本民法無本條之相當規定。日本在民法以外之法律，有認定官吏責任之明文者，應先於民法一般理論適用之，固不待言。此項規定，應加注意者，為不動產登記法第三條，及戶籍法第四條。兩者均以故意或重大過失為要件。因之此等情形，在普通之過失，不生責任，其範圍與本條異。舊刑訴法第十四條，推事檢察官法院書記官執達員司法警察官及巡查憲兵卒，有故意犯罪行為或刑法所定犯罪行為而被害人受無罪之判決者，雖認為有賠償義務，而在新刑訴法，則已刪除此項規定。

(2) 在日本民法以外之法律無規定，則民法之一般理論，究應如何解釋？原來官吏之民事上責任，自與羅馬法相關聯之德普通法時代，已有爭執，近代法欲以立法解決之（*Motive Bd. II. S. 819 ff.*）。惟日民法對之無何種規定，故至今仍為民法行政法學者所爭論。（參照鳩山各論八五九頁註七美濃部行政法撮要上二五九頁以下小野刑訴法講義五二六頁以下）今欲對此問題詳加論列，固屬不能，僅以各種學說與本條之規定，略作比較如左：

(甲) 官吏有故意或重過失時，應負賠償責任，在現代之學說上，殆無疑義。惟判例尚無明瞭之說明，大體上係採否認說。

(乙) 對輕過失之見解，殊不一致。依民法之原則，應認為有責任說，（小野同上新刑訴法主張之）亦有否

認說。美濃部同上認此時官吏爲無過失鳩山同上認此時仍爲職務行爲。予則大體贊從前說。官吏職務上之一定行爲，出於某程度之自由裁量，判斷其有無過失時，應對此特殊之情事，加以考量，其結果在普通人可認爲有過失者，對官吏亦可認爲無過失。惟此亦不外以一切之情形爲判斷過失之標準，以是對官吏一般輕過失，即認爲無責任，顯非正當之論也。

(丙) 日民法雖認官吏之過失，亦有責任，但無本條第一項後段之補充規定，將過失責任與故意責任區別，故其結果當與本條異。

(丁) 本條第二項規定，與日民法之解釋，當無鉅大差異。蓋此規定，由損害賠償中過失相抵之理論推之，本屬當然也。(本法第二一七條日民法第七二二條二項)

(戊) 本法係仿德民法規定，但該法第八三九條第二項之規定，則未採取。德民法此項規定，係對司法官定一例外，司法官僅依刑法上之犯罪行爲，加損害於人時，有其責任，本法既予刪除，則司法官之責任，自應認爲與一般之公務員同。

(己) 解釋本條，尙應注意者，即一般官吏違反其服務規則，加人損害時，並非均有責任，僅於違反其職務上對一般私人應負之義務時，始負責任。蓋惟此始屬對私人之違法行爲故也。不僅理論上當然，即在本法第一項「因故意違背對於第三人應執行之職務」之條文，亦可得此理解。而前列德民法條文，亦以「Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig diehm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, ...」明文定之。

第八十七條 無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利者，以行為時有識別能力為限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任。行為時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。

前項情形，法定代理人如其監督並未疏忽，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，不負賠償責任。

如不能依前二項規定，受損害賠償時，法院因被害人之聲請，得斟酌行為人與被害人之經濟狀況，令行為人為全部或一部之損害賠償。

前項規定，以其他之人，在無意識或精神錯亂中所為之行為，致第三人受損害時，準用之。

一 立法例

(1) 第一項前段 法律行為能力不完全之人，其侵權行為能力，亦受特別之處置，日民第七一二條，德民第八二八條，均有類似規定。此種情形，與其法定代理人連帶負責，雖為日本民法規定所無，而在德民法第八三二條及第八四〇條，則有同一之結果。

(2) 第一項後段及第二項 (同旨趣) 日民第七一四條第一項，德民第八三二條：「未成年或因精神上肉體上之狀況，須加監督者，應負法律上監督義務之人，對於被監督人不法加害於第三人之損害，負賠償義務。監督義務人如未懈怠其義務，或縱為相當之監督，而仍不免發生損害者，不在此限。基於契約代監督義務人而為監督者，亦負同一責任。」

(3) 第三項 德民法第八二九條：「第八百二十三條至第八百二十六條所揭情形中之一，加害於他人

之損害，因第八百二十七條第八百二十八條之理由而無責任者，以有監督義務之第三人，不能賠償損害為限，賠償損害依其時之情形及當事人之關係，適於公平，應其身分，以無礙其維持生計，及履行法律上扶養義務為必要之資力為限，而負賠償之責。」——（類似）瑞債第五四條第一項：「審判官為求公平，對已生損害而無辨別能力之人，亦得課以全部或一部之損害賠償。」

（4）第四項 德民第八二九條——（類似）瑞債第五四條第二項：「在一時喪失辨別能力中，加損害於人者，非證明其狀態不由自己之過失而生時，對其損害，負賠償之義務。」

二 與日本民法之比較

（1）本法無行為能力人，即七歲未滿及禁治產人，限制行為能力人，即七歲以上之未成年人。（參照總則一二八頁以下）本條第一項之解釋，僅於被害人證明其有識別能力時，始負責任。反是日民法之解釋，加害人能證明係無識別能力，免其責任，是即兩法舉證責任之異點。

（2）前述之人負責任時，在本法更使其法定代理人負責連帶責任，而日民法於本人負責時，其法定代理人不負責任。

（3）無能力人及限制行為能力人，不負責任時，由法定代理人負責任，及證明其監督並未疏懈得免責任，此與日民法相同。惟日民證明加以相當之監督而仍發生損害時，得免責任與否，未有明文。予以日民法亦應解與本條相同。但亦有反對說。（參照我妻全集三八卷四四六頁）

(4) 第三項在德民法稱之爲「衡平責任」 Billigkeitshaftung。瑞債務法更從此擴大其理論。損害賠償之理想，在求當事人間能得妥當的分配損害，誠屬合乎理論之適當規定。日民法之下，既無明文，則欲同一解釋之，殊感困難。

(5) 第四項係準用第三項，故與日民法之比較，亦與前段同。

(6) 關於代監督義務人而爲監督者之責任，本法無日民法第七百十四條第二項之規定，殊難認爲有同一之結果。

(7) 關於無行爲能力人及限制行爲能力人以外之人，在精神錯亂中所爲侵權行爲，對行爲人本身之責任，本法無何等之規定。由本條第四項觀之，或係豫定行爲人本身常無責任，亦未可知。惟加害人自身招致一時心神喪失時，實屬不應免除責任，(日民法第七一三條但書) 欲在本法之解釋上求之，似感困難。以增設如日民法第七一三條(德民法第八二七條)之規定爲妥。

第八十八條 受僱人應執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行爲人，連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。

如被害人依前項之規定，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，令僱用人爲全部或一部之損害賠償。

僱用人賠償損害時，對於爲侵權行爲之受僱人，有求償權。

一 立法例

(1) 第一項 | 日民第七一五條第一項，德民第八三一條第一項：「爲某事業僱用他人者，對他人爲其事業之執行，不法加損害於第三人時，負賠償損害之義務。僱用人對受僱人之選任，及僱用人裝置機械或器具及指揮爲其事業之執行時，如其裝置或指揮，已盡交易上必要之注意，或縱加相當注意，仍不免發生損害者，不在此限。」——對僱用人與受僱人之連帶責任，見德民第八四〇條。（日民無規定）

(2) 第二項 無相當立法例。

(3) 第三項 | 日民第七一五條第三項，德民第八四〇條第二項：「依第八百三十三條至第八百三十八條負損害賠償義務之人，於第三人亦負損害之責時，其相互間之關係，僅由第三人負其義務。」瑞債第五五條第二項：「僱用人對於加害之人，於其人有損害賠償之義務時，得求償還。」

二 與日本民法之比較

(1) 在日民法於僱用人與受僱人均有責任時，其間不生連帶關係。

(2) 對僱用人不得認爲有本法第二項之責任。

(3) 第一項之「因執行職務」較諸日民法之「對事務之執行」其範圍似覺縮小。惟解釋上可認爲相同。

(4) 日民法第七一五條第二項之結果，本法中不得認定之。(參照前條二之6)

三 批評

第二項將前條第三項之意義，更加擴張，當在圖企結果平衡。受僱人本身以缺乏財力之情形爲多，故其賠償損害，有名無實，且因此在認僱用人有免責事由時，實際上即有不能充分保護被害人利益之憾。本條第二項，於此適用特別規定，誠極妥當也。但在日本，以僱用人證明免責事由之不易，此項責任，事實上有類絕對責任，故由此事實以觀，或可認日民法與本條第二項無大異致。惟審判官於實行本條第二項廣汎之自由裁量時，應採十分慎重態度，固不待言也。

第一百八十九條 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。但定作人於定作或指示有過失者，不在此限。

一 立法例

日民第七一六條。

二 與日本民法之比較

此與日民法完全相同。

第一百九十條 動物加損害於他人者，由其占有人負損害賠償責任。但依動物之種類及性質，已爲相當之管束，或縱爲相當注意之管束，而仍不免發生損害者，不在此限。

動物係由第三人或他動物之挑動，致加損害於他人者，其占有人對於該第三人或該他動物之占有人，有求償權。

一 立法例

(1) 第一項 瑞債第五六條第一項：「動物占有人，對其動物所加損害，於不能證明已盡相當保管及監督之注意，或縱加相當注意，而仍不免發生損害時，負其責任。」（但以家畜爲限）日民第七一八條第一項（但無本條第一項但書或字以下之規定）——（類似）德民第八三三條：「動物殺人或害其身體健康或毀損其物者，動物占有人，應賠償因此所生之損害。損害爲因動物占有人之職業營業或供生計所用之家畜，且動物占有人對動物之監督已盡交易上必要之注意，或縱加此注意，仍舊發生者，不負賠償義務。」

(2) 第二項 瑞債第五六條第二項：「動物係由第三人或第三人之動物所挑動者，對該第三人，有求償權。」

二 與日本民法之比較

(1) 動物占有人已盡相當之注意，仍不免損害，可否舉證免責一層，日民法對之無明文。不外依解釋定之。日本學者中，殊鮮明確之意見，宜與本法作同一見解。（參照第一八七條二之3）

(2) 日民法無本條第二項之規定，但解釋或能有同一之結果。蓋此時挑動人與被挑動動物之占有人，依第七〇九條與第七一八條，均須直接對被害人負責，若爲直接加害之動物占有人，已行賠償損害，則對他人之內

部關係，當與本條第二項之結果相同矣。

(3) 日民法第七一八條第二項規定，雖為本法所無，但「代占有人而為保管動物者」在普通情形中，應由占有人負責任，故與日民法亦無大異。

三 註釋

(1) 第一八七條第一八八條及第一九一條等，為侵害他人權利，或致損害於他人權利之規定，本條單規定加損害於他人，而無權利字樣，解釋上則不應區別之。

(2) 本條第二項情形，挑動人與被挑動動物之占有人，依本條第一項規定，均應解為直接對被害人負責，毋乃當然。（參照前段之2）

第九十一條 土地之上之建築物，或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利者，由工作物之所有人負賠償責任。但於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。

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，對於應負責者，有求償權。

一 立法例

(1) 第一項 瑞債第五八條第一項：「建築物或其他工作物之所有人，因設備建造或保管有瑕疵，負賠償所生損害之責任。」——（類似）日民第七一七條第一項，德民第八三六條第一項。

(2) 第二項 瑞債第五八條第二項：「所有人對應負損害發生責任之他人，不妨行使求償權。」——

(類似) 日民第七一七條第三項。

二 與日本民法之比較

- (1) 日民法以占有人為第一位之責任人，以所有人為第二位之責任人，此點與本法責任之構成異。
- (2) 關於所有人之責任，本法認有免責事由，反之，日民法則為絕對的無過失責任。
- (3) 本條第二項與日民法第七一七條第三項趣意相同，惟對占有人與所有人之關係，有上述之差異。
- (4) 日民法工作物之規定，於竹木準用之。(第七一七條第二項) 本法無此種規定，故不容作同一之解釋。

前註 賠償損害之方法及範圍

第一九二條至第一九六條，乃詳細規定賠償損害之方法與範圍。此等規定之內容，在日民法之解釋，理論上亦可得同一之結果，故不能稱為特色，要不失為立法技術上妥當之處置。

惟有不應忽視者，即本法下節「債之標的」中第二一三條至第二一八條，關於一般損害賠償債權所揭出通則。此項通則，為侵權行為及債務不履行之共同原則。故本款關於侵權行為賠償損害之方法及範圍之規定，乃該通則下之特則。先定特則，後及通則，非徒立法技術，不合體裁，即實際上亦甚不便。此因本法以瑞債務法定侵權行為之損害賠償，以德民法定損害賠償債權之通則，各別抄襲，致有如是結果。在瑞債務法，本以債權發生之原因，規定於債權編之首篇，故先列侵權行為一章，(第四一條至第六一條) 後列債權標的一節。(第六九條至第七

四條）因而該法僅規定損害賠償之內容，於侵權行為，而在債權標的一節內，不設損害賠償債權之通則。反是，德民法本以關於債權內容之規定，（第二四一條至第二九二條）置諸債權編之首篇，關於侵權行為之規定，（第八二三條至第八五三條）置於債權編之末篇。因而先揭損害賠償債權一般通則之規定，後於侵權行為章，設具體的規定以補充之。不論何法，其主義均屬一貫。本法債權編之編制，係仿瑞債務法，先置侵權行為之規定，並於斯加入瑞債務法損害賠償方法及範圍之規定，此後關於債權標的之規定，又加入德民法損害賠償債權通則之大部分。在此兩部分規定之間，理論雖無矛盾，解釋則不便。吾信本法以澈底的仿採瑞債務法為妥。

上述理論，姑且不談，為實際上之便利，對下列數條規定，應與在後損害賠償債權之通則，合併說明，故此僅對下列各條意義作個別的說明，次節乃說及損害賠償方法及範圍之整體的觀念。（參照本書一七六頁以下）

第九十二條 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。

被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人，亦應負損害賠償責任。

一 立法例

（1）第一項 瑞債第四五條第一項：「致人於死時，對於費用尤其是埋葬費，應行賠償。」德民第八四四條第一項：「殺害他人時，賠償義務人，對負擔其埋葬費之人，應行賠償。」

（2）第二項 瑞債第四五條第三項：「因殺害相對人，致喪失扶養義務者，對其損害，應行賠償。」德民第八四四條第二項：「被害人依殺害當時之法律規定，對第三人負扶養義務或有應負之關係，因殺害之結果，使第

三人喪失扶養請求權者，賠償義務人於推定被害人生存期間，應負義務之限度內，向第三人支付定期金，賠償損害。此項情形，準用第八百四十三條第二項至第四項之規定。」

二 與日本民法之比較

(1) 損害賠償費用中，包含殯葬費用，日本之學說判例，均承認之。（參照我妻全集三八卷四九七頁五一頁註一七）

(2) 日民法無相當本條第二項之規定，解釋上則趨一致。由第七一一條可以窺測此種旨趣之存在。（我妻同上四九七頁五〇〇頁註一六）

三 註釋

本條第一項對支出殯葬費用之人，應為如何範圍之賠償損害，未有明定。條文上不無多少疑問，應解為本條係有前述德民法法條同一賠償殯葬費用之規定。

第九十三條 不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力，或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。

前項損害賠償，法院得因當事人之聲請，定為支付定期金。但須命加害人提出擔保。

一 立法例

(1) 第一項 德民第八四三條第一項。「因侵害身體或健康，致被害人因此喪失或減少生業能力，或增

加需要時，應對被害人支付定期金，賠償其損害。」——（類似）瑞債第四六條第一項：「傷害身體，對被害人費用之賠償，應斟酌其生計之困難情形，與以請求賠償全部或一部不能勞動所生損害之權利。」

（2）第二項 德民第八四三條第二項第三項：「關於定期金，適用第七百六十條之規定。此項情形，賠償義務人，應供擔保與否，及其擔保之種類與數額，依其情事定之。有重大之情節者，被害人得請求一次給付，以代定期金。」瑞債第四三條第一項第二項：「所生損害之賠償方法及範圍，由法院斟酌責任之情況及程度定之。課以年金之形式賠償損害者，債務人有同時提供擔保之義務。」

二 與日本民法之比較

（1）第一項損害賠償之範圍，自應規定，故與日民法完全相同。（參照我妻前揭五〇一頁）

（2）以年金為損害賠償之方法，日判例亦承認之。（參照我妻同上五〇〇頁）但對於擔保，能否有本條同一之結果，尙成疑問。

第百九十四條 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。

一 立法例

日民法第七一一條——（類似）瑞債第四七條：「對於致死或傷害，法院得斟酌特殊情事，許給被害人或死者之遺族，以相當金額之撫慰金。」

二 與日本民法之比較

(1) 此與日本民法完全相同。

(2) 惟關於本條有應注意者，即本法與日本民法異，對精神損害 (dommage moral) 之賠償，以有特別規定時為限。在日本民法第七一〇條，一切侵權行為，不僅有財產損害之賠償，且得請求精神損害之賠償，即撫慰金。本法僅於本條及下條特行明定對財產以外損害之賠償，亦得請求。則在一般之情形，當非所許矣。本條無德民法第二五三條：「非財產的損害得請求以金錢賠償者，以法律有規定者為限」之明白規定，但採回復原狀主義，(第二一三條) 又有本條及下條規定，故本法亦從德民法之主義者也。

第九十五條 不法侵害他人之身體、健康、名譽或自由者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分。

前項請求權，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。

一 立法例

(1) 第一項前段 日本民法第七一〇條，德民法第八四七條第一項前段：「侵害身體健康或自由者，被害人雖對財產以外之損害，亦得請求賠償相當之金額。」——(類似) 瑞債第四七條：「致死或傷害，法院得斟酌特別情事，許給被害人或死者之遺族以相當金額之撫慰金。」

(2) 第一項後段 日本民法第七二三條。

(3) 第二項 德民第八四七條第一項後段：「此項請求權，不得讓與或繼承，但已依契約承認或已起訴者，不在此限。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條第一項前段特定精神的損害賠償。日民法則於一切之情形，均承認之。故結果與日民法完全同。
(參照前條之2)

(2) 本條第一項後段，與日民法同。

(3) 本條第二項日民法無規定，判例上對日民法之解釋，略有與本條淵源之德民法同一見解，學說上對不許讓與或繼承之原則，尚有反對論調。(參照我妻全集三八卷五一三頁)

第九十六條 不法毀損他人之物者，應向被害人賠償其物因毀損所減少之價額。

一 立法例

(參考) 德民第二四九條後段：「對身體之傷害，或物之毀損，應為損害賠償者，債權人得請求代替回復原狀之必要金額。」日民第七二二條第一項。

二 與日本民法之比較

本法對損害賠償，不採日民法金錢賠償之原則，係仿德民法探回復原狀主義。(第二一三條第一項) 本條乃例外的承認金錢賠償主義。從而與日民對一切情形，均採金錢賠償主義比較，本條實認有日民法之同一結果。

三 註釋及批評

本條之反對解釋，則在物之滅失時還到回復原狀主義之本則。是宜注意。在物之毀損時，與其貫徹回復原狀原則，不如使被害人請求修理費用或減少價格較為便利。以是德民法上述條文所定被害人此時有請求修理費用以代修理之權利，在本法大體上既踏襲德民法之主義，本條卻定為應賠償減少價格，何不與被害人以選擇之自由，似以德民法主義為優。

第九十七條 因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾十年者亦同。

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。

一 立法例

(1) 第一項 (類似) 日民第七二四條，(三年或二十年) 德民第八五二條第一項，(三年或三十年) 瑞債第六〇條第一項。(一年或十年)

(2) 第二項 德民第八五二條第二項：「賠償義務人因侵權行為由被害人支出而受利益者，雖前項之消滅時效完成後，仍依不當得利之返還規定，負返還之義務。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項時效期間，與民法異，而旨趣則同。——第一項之爲時效，以第二項有明定故也。

(2) 第二項，例如用詐欺手段，騙取金錢者，此種侵權行爲，請求損害賠償之權利，縱罹本條之短期時效，使加害人返還其不當得利之債權，毫不受此影響，定爲迄普通時效期間之完成止，仍可存續。民法無相當此項之規定。惟一行爲兼備侵權行爲與不當得利之條件時，一般認爲發生請求權之競爭，學說判例均承認之，且關於侵權行爲之損害賠償請求權，雖有特定之短期時效，要無必須排除不當得利請求權之根據，故一方已消滅，他方未消滅，應解爲在其目的未達以前，仍係存續，比較妥當。是民法亦有本條第二項之同一結果。

第九十八條 因侵權行爲對於被害人取得債權者，被害人對於該債權之廢止請求權，雖因時效而消滅，仍得拒絕履行。

一 立法例

德民第八五三條：「某人因侵權行爲對被害人取得債權者，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。」瑞債第六〇條第三項：「因侵權行爲對被害人已生債權者，被害人因該侵權行爲發生之自己請求權雖已罹時效，仍得拒絕履行。」

二 與日本民法之比較

日民法無規定，本條之內容，依下段註釋之說明，與日民法比較解釋如後。

(1) 日民法之損害賠償，非如本法及德民法之回復原狀主義，乃金錢賠償主義，故本法及德民法以拒絕

履行，因侵權行為所負擔之債務，為損害賠償之手段者，為日民法所不認。日民法與本法及德民法相反，在詐欺脅迫之撤銷權，其消滅時效期間，較侵權行為損害賠償請求權之消滅時間為長，故此不致十分不便。

(2) 日民法對詐欺脅迫具備侵權行為之條件者，得以之為理由，請求賠償損害，與本法及德民法同。惟侵權行為之損害賠償請求權，因時效消滅後，不得如本條之以侵權行為為理由，拒絕履行。從而在總則之撤銷權，亦因時效消滅後，(第一二六條) 被害人即無何等之保護，此點與本法之結果大異。惟詐欺脅迫之撤銷權，在日民法為五年，是實際上發生不便者，當甚少也。

三 註釋

本條係仿德民法第八五三條，故亦以從其解釋為當。德民法學者解釋之要點有如左。

(1) 本條侵權行為之被害人，(例如因詐欺或脅迫而負擔債務者) 在侵權行為之損害賠償請求權雖因時效消滅後，以其由侵權行為所負擔之債務，無履行之必要為理由，而行規定。是即一般的惡意抗辯(*exceptio doli generalis*)之¹。

(2) 侵權行為之被害人，以損害賠償請求權之作用，本有拒絕履行因侵權行為所負擔債務之權利。蓋德民法及本法對損害賠償之方法，與日民法異，以回復原狀為原則，(本法第二二三條第一項，德民法第二四九條前段) 則上述情形，拒絕履行，實回復原狀最適當之方法故也 (Staudinger, Komm. 1 zu §853 Oertmann, Komm. 2 g zu §249)。惟此拒絕履行權，係依損害賠償請求權之短期消滅時效而消滅，即此後不得再行免除

履行義務，本條則規定在此情形，亦得拒絕履行。

(3) 卽詐欺或脅迫負有債務者，不僅依上述侵權行爲之規定，可受保護，依民法總則之規定，且得撤銷該法律行爲。(本法第九二條，德民法第一二三條。)此撤銷權，係因短期除斥期間而消滅。(本法第九三條，德民法第一二四條。)(參照總則一三五頁以下)然此與詐欺或脅迫因另具有侵權行爲之條件，得受上述保護者，自屬各別之問題。卽依總則規定不得撤銷該法律行爲者，仍不妨依侵權行爲之規定以拒絕履行，爲損害賠償之手段。(詐欺脅迫撤銷權之除斥期間，本法德民法均係一年，侵權行爲損害賠償請求權之消滅時效，本法爲二年，德民法爲三年。)而此損害賠償請求權，雖經時效消滅，仍得依本條拒絕履行。(對民法總則之關係作如是解釋，爲德民法學者之通說，近時判例亦從之。Oertmann, Komm. 4 zu §124)

第二節 債之標的

在債編通則中，設債之標的一節，係仿德日民之例。瑞債務法，僅於總則第二節債權之效力第一款通則第二項規定債權之標的。本法債編全部之編制雖仿瑞債務法已如前述，而通則中各節之排列，卻與德日民法相近。

本節之內容：(甲)關於給付內容之通則，(第一九九條)(乙)種類債權及金錢債權，(第二〇〇條至第二〇二條)(丙)利息債權，(第二〇三條至第二〇七條)(丁)選擇債權，(第二〇八條至第二一二條)(戊)損害賠償債權，(第二一三條至二一八條)是也。故與日民法債權編第一章總則第一節債權之標的近

似。但本法無日民法第四〇〇條以給付特定物爲目的之債權之規定，而損害賠償債權之通則，則爲日民法規定所無。後者容下文詳述，茲先就前者一言，日民法第四〇〇條，本仿法民法第一一三六條，乃對由契約以外之原因，依債權之買賣、贈與、交換、使用借貸、消費借貸、寄託等之契約，發生以交付一切特定物爲目的之債務之一大原則。惟各種契約雖不能不有特則存在，而因無相當契約以定特則之時，毋寧應作當然理解者爲多。又基於契約以外原因之債務，亦不得不認爲應受債權法上誠實信用原則之支配，固屬當然，以是第四〇〇條必須獨立存在，未可刪削。姑勿論揭出此大原則，其實際上利益有不能否認者在也。顧本法既乏此項規定，不徒解釋上與日民之結果異，而解釋上之將感困難，亦容不免矣。惟關於各個之適用，俟各論中及之。

第一百九十九條 債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。

給付不以有財產價格者爲限。

不作爲亦得爲給付。

一 立法例

(1) 第一項 德民法第二四一條前段：「因債務關係，債權人得對債務人請求給付。」

(2) 第二項 日民法第三九九條：（德民法瑞債務法所無，日民法據日舊民法。）

(3) 第三項 德民法第二四一條後段：「給付得不作爲。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項及第三項，日民無此規定，但解釋上則相同。第一項規定：「債之關係」係仿德民法第二四一條之 *Schuldverhältnisse*，該法本條規定，列於債權編之首，即所以示債權之意義，而其 *Schuldverhältnisse* 之用語，無非表示全債權之法律關係，即包含請求權及對此義務之法律關係 (*Motive* Bd. I. S. I.)。故此項規定，與日民法比較，不能認有發生特別之結果。

(2) 第二項與日民法同，此問題自羅馬法以來，原時起爭執者，德法兩民法均避免以明文解決之。惟法民法學者近時之通說，則與日民法及本法同，不以有金錢的價值為必要 (*Planiol et Ripert Traité Pratique de droit civil français*, t. VI, No. 221)。然在德民法學者間，仍有爭執，雖大多數傾向於不必要，但亦有認為須有多少經濟的要素以限制之之說 (*Oertmann, Komm. I b zu §241 und dort Zitierte*)。

前註 種類債權及金錢債權 (第二〇〇條至第二〇二條)

關於此點，本法之規定，殆與日民法無異。

一 種類債權

日民法 本法

- (1) 規定應給付中等品質……………四〇一條一項……………同(二〇〇條一項)
 (2) 特別規定……………四〇一條二項……………同(二〇〇條二項)

二 金錢債權

- (1) 一般通貨……………四〇二條一項……………無規定
 (2) 規定以特種通貨為標的者失其強制通用力……………四〇二條二項……………同(二〇一條)

三 外國貨幣金錢債權

(1) 金額指定以外國貨幣時可用本國通貨……………四〇三條……………同(二〇二條)

(2) 應給付外國通貨時之辦法……………四〇二條三項……………無規定

就以上日民法所有，而本法未規定者，當於各該當之處說明之。

且本法於消費借貸節內第四八〇條，對金錢借貸之返還期，稍有詳細規定，其內容似與通則中金錢債權之規定重複，俟各論中述之。

第二百零二條 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，債務人應給以中等品質之物。

前項情形，債務人交付其物之必要行為完結後，或經債權人之同意指定其應交付之物時，其物即為特定給付物。

一 立法例

(1) 第一項 | 日民法第四〇一條第一項，——(同旨趣) | 德民第二四三條第一項(缺依法律行為之性質一點) | 「應給付之物，僅以種類指示者，債務人應給付中等種類及品質之物。」——(類似) | 瑞債第七一條。

(2) 第二項 | 日民第四〇一條第二項，——(同旨趣) | 德民第二四三條第二項(無或字以下) | 「債

務人給付其物之行爲完了後，債務關係，僅存於其物。」

二 與日本民法之比較

此與日民法完全同。

第二百一條 以特種通用貨幣之給付爲債之標的者，如其貨幣至給付期失通用效力時，應給以他種通用貨幣。

一 立法例

日民第四〇二條第二項，——（同旨趣）德民第二四五條：「以特種貨幣爲金錢債務之支付時，其貨幣於清償期已失流通者，債務人應定通貨之種類而支付之。」

二 與日本民法之比較

（1）本法無日民法第四〇二條第一項相當之規定，該規定在金錢債權之性質上，寧屬當然，故此點在本法之下，與日民法不生差異。

（2）本法無日民法第四〇二條第三項相當之規定，惟依本法本條之規定，不妨解爲以外國特定貨幣爲給付標的時，亦可適用。若是，則與日民法同矣。

第二百二條 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。但訂明應以外國通用貨幣爲給付者，不在此限。

一 立法例

日民第四〇三條，德民第二四四條：「約定以外國貨幣在本國清償金錢債務時，得以本國之貨幣給付之，但特約定明以外國貨幣支付者，不在此限。外國貨幣之折兌，依履行地支付時之市價。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法非如本條規定，應以清償期為標準。學說上或解為履行期，或解為履行之時，尚屬分歧。（參照鳩山總編三七頁）

(2) 日民法雖無本條但書之規定，但在解釋上，乃事屬當然，且日民法第四〇二條第三項，已預為規定矣。前註 利息債權（第二〇三條至第二〇七條）

日本民法債權標的一節中，對利息債權，僅設兩條。本法則有五條。內容不少差異。

一 利率

本法

法定利率……………民事五釐（民四〇四條）
……………商事六釐（商二七六條）……………五釐（二〇三條）

二 複利

(1) 許否……………一般許其特約……………僅於商業上有習慣時許之（二〇七條）
(2) 滾入……………縱無重利之特約亦有滾入權（四〇五條）……………僅於有書面之特約時有之但商業上另有習慣者則許之（二〇七條）

三 重利之禁止

(1) 利率之限制……………據利息限制法
百元未滿一分二釐
千元未滿一分二釐
千元以上一分二釐……………二分（二〇五條）

(2) 限制外之利息……不許以任何名義巧取利益（利息限制法四條）……同（二〇六條）

(3) 金錢借貸上之違約金……對民事承認法院有減額權對商事則不許之……均許法院有減額權（二五二條）
（利息限制法五條商施一七條）

(4) 高利情形中債務人期……無規定……利率一分二釐以上時認一年後期限前之清償權（二〇四條）
限前之清償權

第二百三條 應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五。

一 立法例

(1) 日民第四〇四條，定年率五釐，與本法同，但因商行為所生之債務，則定年率六釐。（日商第二七六條）
瑞債第七三條第一項：「應支付利息之債務，其利率未經約定，且無法律習慣可據者，應支付週年百分之六之利息。」

(2) 德民第二四六條為年率四釐。

二 與日本民法之比較

法定利率，週年五釐，與日民法同，但日商法定週年六釐時，在本法——民商法統一之立場——通常亦為週年五釐，此點應注意者。

三 註釋及批評

(1) 在上海及其他中國之金融市場，長期借貸之利息，普通為年率百分之十上下，甚至有特殊之高利貸，故一般情形，當事人殆均有高率之約定，受本條之適用者，預計甚尠。

(2) 其問題在當事人未爲特約之規定。在今日一般金融界，雖無特約，逕認爲有支付上述市場普通利率之習慣，本無可議。本法施行後此等習慣將如之何？祇得認當事人有依此習慣之意思者，在特殊之情形中，亦可認此習慣之效力。(參照總則二一頁) 否則惟有不認此項習慣。如對此項情形，加以考慮，則本法與現行習俗相去甚遠，當否尙可疑也。

(3) 本條乃關於依契約或法律規定，應生利息之債務，而未定年率時之規定。當然非一切債務可生本條利率五釐之利息，此與日民法第四〇四條及日商法第二七六條同。惟日商法第二七五條規定，商人間消費借貸及商人於其營業範圍內爲金錢之墊付者，當然發生利息。本法無此規定。是應注意。

第二百四條 約定利率逾百分之十二者，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。前項清償之權利，不得以契約除去或限制之。

一 立法例

德民法第二四七條第一項：「約定年利六釐以上之債務人，經六個月後，得定六個月之告知期間，預告清償原本。此預告權不得以契約除去或限制之。」

二 與日本民法之比較

日民法無本條相當之句，此爲保護債務人之特別規定，既無明文，殊不能作同一解釋。

三 註釋

(1) 本來債務人得於期限前清償，原則上惟於有特約時始得爲之。(第三一六條) 本條在年利百分之十二以上時，雖有特約，仍得於期限前清償，是以防止債務人苦受高率爲目的。

(2) 本條第一項但書之意義，殊不明瞭，債務人行使本條之權利，在經過一年後，對債權人償還原本，應以意思表示爲之，自有此意思表示後，經過一個月，其清償期始屆至。故債務人於此清償期屆至時，應清償原本，如怠於清償，應自此時起，支付遲延利息。——此項解釋，在德民法之規定，本屬明瞭，本法亦應作如是解釋，方與立法義意相符。

(3) 關於經過一年後之一年起算點，在德民法學者間有(一)自訂立契約之時，(二)自發生利息之時，(三)自交付金之時三說。通說採第一說，本條之解釋，亦應從之(Oertmann, Komm. 3 zu § 247)。

(4) 按年償還，如定期金之類，解釋本條之適用，亦當從德民法之學說，採肯定說(Oertmann, Komm. 1 zu § 247)。

(5) 在中國之借款，多有存置年限之約定。有此約定時，最初數年間，債務人僅支付利息，而不償原本。故債務人在存置年限中，無清償原本之權利，若強欲清償，則債權人得請求全期間內之利息總額。本條規定，於此情形，亦有適用，債務人於存置期間內，亦有清償原本之權利。但定有存置年限之借款，常爲鉅額之借款，利息在年率百分之十二以下者，亦非絕無。尤其在各省之地方借款等爲然。

第二百五條 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。

一 立法例

日本利息限制法第一條第二條。

二 與日本民法之比較

日民法之限制利息，遠較本法爲低。（參照前註三之一）

三 註釋

（1）「無請求權」之意義，僅裁判上不得請求，抑在任意之給付後，亦可以不當得利返還，本條文義，殊不明瞭。然爲貫徹本條旨趣，應解爲不僅債權人在裁判上無請求權，即債務人任意給付之超過利息，亦得以不當得利而請求返還。（參照第一八〇條但書）予對日利息限制法，雖信如是解釋，日本判例則以僅債權人無裁判上之請求權，債務人爲任意給付後，無不當得利之返還請求權。是日判例理論，與本條上述解釋之結果異矣。

（2）惟民國十八年二月國民政府司法院指令山東高等法院，以基於隸屬國民政府以前之借貸契約，已對百分之二十以上利率爲給付者，仍應認其有效，僅以未給付及此後之利息，規定債權人之請求一律以百分之二十爲最高限度。

四 批評

目下在中國市場所通行之短期借貸，每定按日或按月計算之利率，以之折算年率，殆均超過百分之二十。故本條對此慣行方法，已加重大限制。惟本條依債編立法原則第三項之說明，乃本法社會政策之一顯著表現，果能

實現其理想與否，姑刮目以待之。

第二百六條 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。

一 立法例

日本利息限制法第四條。

二 與日本民法之比較

(1) 此與日利息限制法第四條雖屬同義，惟日判例對利息限制法之效果，與關於本條下述解釋之效果異。(參照第二〇五條之1)顧予深信應與本條作同一解也。

(2) 日利息限制法第五條，對金錢消費借貸，於屆清償期而不清償時，應給付之一切違約金，法院有相當之減額權。此約定為日民法第四二〇條所定法院不得對一般違約金予以增減之例外。惟日商法施行法第一一七條規定，利息限制法第五條，不適用於商事，則商事借貸，法院不得減額違約金。本法與日第四二〇條相當之第二五二條，其規定與日民法相反，認法院對過高之違約金，有減額之權利，是關於商事，法院亦有減額權之點，已與日法律異。(參照第二五二條之2)

三 註釋

(1) 「不得巧取」云者，在債務人任意交付時，當然解為得以不當得利請求返還，第二〇五條既用「無請求權」之字樣，實有若干疑問，故不論裁判上或裁判外，所謂「不得巧取」其意均晦。

(2) 在中國普通之大量借款，每定手續費，在借款之初，常有一定折扣。此項折扣，換算利息，如不超過百分之二十，固可有效，而其超過之範圍，應受本條之適用，是應注意者。

第二百七條 利息不得滾入原本，再生利息。但當事人以書面約定利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。

前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之。

一 立法例

(參照) 日民第四〇五條，德民第二四八條：「預約到達清償期之利息，再加息者，其約定為無效。銀行及其他貯金代辦所金融機關及銀行家得預約以存款放款之未付利息，再生利息，視為存款或放款。金融機關對其放出金額發行附利息之無記名證券者，得預約附加利息於遲延利息。」瑞債第三一四條第三項：「預以利息加入原本再生利息之約定，除交互計算及相類之貯金代辦所行利息加算利息之方法，在業務上得算入商人之利息外，不生效力。」

二 與日本民法之比較及註釋

日民法除抵觸利息限制法外，未禁止複利之特約。且在一定條件之下，規定債權人得單獨以利息滾入原本。德瑞兩法原則上禁有複利之特約，僅於特殊之情形下許之。本法更異，在一定條件之下，承認為複利之特約。惟有第二項之例外，結果與日民法之差異如下。

(1) 以無特約時，無滾入權為原則。但有第二項例外之習慣時，雖無特約，亦認其有滾入權。

(2) 特約——以無第二項之適用為限，——須受一定之限制，與日民法異。

(3) 本條關於複利規定，與日民法規定比較如下。

本法 日民法

(A) 複利……僅於商業上有特別之習慣時許之……………無限制

(B) 滾入……
(甲) 商業上另有習慣者則依其習慣
(乙) 無上述之習慣時須有滾入權之特約其特約應以書面為之
母須滾入之特約

前註 選擇債權(第二〇八條至第二一二條)

本法關於選擇債權之規定，與日民法無大差。

一 選擇權人 日民法 本法

(1) 無特約時……………屬債務人(四〇六條)……………同(二〇八條)

(2) 選擇權之移轉

(A) 當事人一方有選擇權時……依催告而移轉於相對人(四〇八條)……………同(二一〇條二項) 但定有選擇期間則於期間後當然移轉(同條一項)

(B) 第三人有選擇權時……………移轉於債務人(四〇九條二項)……………同(二一〇條三項)

二 選擇權之行使

(1) 債務人……………向相對人爲意思表示(四〇七條一項)……………同(二〇九條一項)
 不得撤回(四〇七條二項)……………無規定

(2) 債權人……………同前……………同前

(3) 第三人……………向債權人或債務人爲意思表示(四〇九條一項)……………對債權人及債務人爲意思表示(二〇九條二項)

三 選擇債權之特定

(1) 原因……………因選擇或不能(四一〇條)……………同(二二一條)

(2) 效果……………適及的(四一一條)……………略同(二二二條)

第二百八條 於數宗給付中，得選定其一者，其選擇權屬於債務人。但法律另有規定，或契約另有訂定者，不在此限。

一 立法例

日民法第四〇六條，(無但書)——德民第二六二條，瑞債第七二條亦同旨趣。

二 與日本民法之比較

日民法第四〇六條雖無本條但書，但該條非強制法規，故其結果與本條同。

第二百九條 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。

由第三人爲選擇者，應向債權人及債務人以意思表示爲之。

一 立法例

(1) 第一項 | 日民第四〇七條第一項，德民第二六三條第一項：「選擇權依對相對人以意思表示爲之。」
(2) 第二項 (類似) | 日民第四〇九條第一項。

二 與日本民法之比較

(1) | 日民第四〇九條第一項規定：「債權人或債務人，」故對債權人或債務人之任何一人，均可爲之，本條第二項規定：「債權人及債務人，」故應對兩人爲之。

(2) | 日民第四〇七條條文，無如本條第一項之明瞭，惟該條爲關於債權人或債務人之一方有選擇權，毫無可疑，故結果與本法之內容全同。

(3) | 日民第四〇七條第二項規定，行使選擇以後，無撤回權，本條無相當規定，惟此規定爲事理之當然，故本法之解釋，亦應相同。

第二百十條 選擇權定有行使期間者，如於該期間內不行使時，其選擇權移屬於他方當事人。選擇權未定有行使期間者，債權至清償期時，無選擇權之當事人，得定相當期限，催告他方當事人行使其選擇權。如他方當事人不於所定期限內行使選擇權者，其選擇權移屬於爲催告之當事人。
由第三人爲選擇者，如第三人不能或不欲選擇時，選擇權屬於債務人。

一 立法例

(1) 第一項 立法例所無。

(2) 第二項 (同旨趣) 日民第四〇八條、德民第二六四條第二項：「有選擇權之債權人遲延時，債務人得定相當期間，催告行使選擇權，債權人不於適當之時期為選擇時，經過其期間後，選擇權屬於債務人。」

(3) 第三項 日民第四〇九條第二項。

二 與日本民法之比較

日民法對定有期間行使選擇權之情形，無何等之規定，故於未定期間之情形下，亦不能如本法因徒費期間而發生選擇權之當然移轉。但對定有期間選擇權之行使，在無選擇權之相對人將拱手以待給付期之屆至乎？抑於此期間之徒費時，不待給付之屆至，逕定相當期間催告行使選擇權，得發生選擇權之移轉與否，解釋上不無疑問。學說判例，亦未論及，若擴張第四〇八條之意義，容亦可採後之見解。——在前述德民法之文理，似當然應作如是解也。

(2) 第二項第三項，與日民法同。

第二百一十一條 數宗給付中，有自始不能或嗣後不能給付者，債之關係，僅存在於餘存之給付。但其不能之事由，應由無選擇權之當事人負責者，不在此限。

一 立法例

德民第二六五條：「給付中有自始不能或嗣後不能時，債務關係，存在於其餘存之給付。但其給付因歸責於無選擇權人而不能時，不在此限。」日民法第四一〇條。

二 與日本民法之比較

本條文字與德民法同，日民法以本條之但書爲第二項，且將本條「債之關係」單規定爲「債權」實質上無何等之差異。

三 註釋

但書規定「不能之事由」——與日民法及德民法前述之條文異——是認自始的不能，亦有適用。詳言之，甲乙二個給付中，甲因無選擇權當事人之過失，致成不能後，而以甲乙兩給付爲標的，成立選擇債權時——在日德兩民法僅對乙成立債權，反之——在本法認爲仍可成立選擇債權。惟自始的不能時，假令此不能之原因，雖基於債務人之過失，債權僅存在於餘存之給付。而債務人對此過失，應否負損害賠償責任，應另依第二四七條第二項解決之。蓋第二四七條規定，乃對以不能爲標的之契約，認作絕對無效爲前提故也。本條及第二四七條，係仿德民法第二六五條及第三〇七條而來，關於此等規定，德民法學者之解釋，本法亦可從同。(Oertmann, Komm. 2 zu § 65 參照本書第二四七條註釋)

第二百十二條 選擇之效力，溯求於債之發生時。

一 立法例

德民第二六三條第二項：「某給付已爲選擇時，視爲債務自始僅存在於其給付。」日民第四一一條，（但書定爲溯及效力，不得害及第三人之權利。）

二 與日本民法之比較

日民法對選擇之溯及效，規定為不得害及第三人之權利。惟在日民法之下，溯及效與第三人之關係，應待公
告方法決定之，故第四一一條但書，不過解作一種注意之規定，是可信本條之結果，與日民法亦無差異。（參照鳩
山總論五七頁以下）

前註 損害賠償債權（第二一三條至第二一八條）

本法此後六條，係仿德民法規定損害賠償債權之通則。惟本法既於侵權行為章規定因侵權行為損害賠償
之內容，故以下規定，為對此之通則。（參照本書一二八頁）又本法於後之遲延款內，設關於因債務不履行損害
賠償之內容，此規定應為以下通則之特別。日民法關於損害賠償，不設通則，對侵權行為，與債務不履行作各別之
規定。以其內容與本法較，甚屬簡單。茲將本法內容表解，以之與日民法對照。

（本法）

（日民法）

甲 侵權行為

一 因侵權行為損害賠償之方法

（1）原則的方法……………回復原狀（二二三條一項）……………金錢賠償（七二二條一項）

（A）回復原狀為金錢時附加利息（二二三條二項）……………無規定

特別

（B）侵害名譽（一九五條一項後段）……………同（七二三條）

（2）例外的方法……………金錢賠償

（A）不能回復原狀或顯有困難時（二二五條）

類似(七二一條)

細則

- (A) 侵害生命(一九二條一九四條)
- (B) 身體健康之侵害(一九三條)
- (C) 名譽自由之侵害(一九五條一項前段)

(B) 物之毀損(一九六條)

(C) 由被害人為回復原狀之催告後(二二四條)

二 因侵權行為損害賠償之範圍

(1) 原則……………所受損害與所失利益(二二六條一項) 依

通常或特別之情事可預期之利益(同條二項)

……………無規定(解釋上略同)

(A) 殯葬費用(一九二條一項)

(B) 死者所負擔之扶養義務(一九二條二項)

(C) 喪失減少勞動能力或增加生活之需要(一九三條)

(D) 毀損物之價格(一九六條)

……………無規定(解釋上略同)

(2) 精神的損害

原則……………不承認

例外……………

(A) 對死者之父母子女及配偶(一九四條)

(B) 侵害身體健康名譽或自由(一九五條一項)

……………原則上承認(七二〇條)

(3) 過失相抵……………

責任之減輕或免除(二二七條)

……………責任之減輕(七三二條)

(4) 其他……………

依賠償義務人之財產狀態而減輕(二二八條)

……………無規定

(本法)

(日民法)

乙 債務不履行

一 因債務不履行損害賠償之方法

- (1) 原則的方法：回復原狀(二二三條一項)……………金錢賠償(四一七條)
- 特則……………回復原狀為金錢時附加利息(二二三條二項)……………無規定
- (2) 例外的方法：金錢賠償

(A) 不能回復原狀或顯有困難時(二二五條)

(B) 由被害人為回復原狀之催告後(二二四條)

二 因債務不履行損害賠償之範圍

- (1) 原則……………(A) 所受損害及所失利益(二二六條一項)……………無規定
- (B) 依通常或特別之情事可預期之利益(同條二項)……………略同(四一六條)
- (C) 遲延中對不可抗力亦有責任(二三一條二項)……………無規定
- (2) 特則……………(D) 在一部不能或一部遲延得請求全部賠償之特則(二二六條二項三三二條)……………無規定
- (E) 關於金錢債權遲延之特則(二三三條)……………類似(四一九條)
- (F) 過失相抵 責任之減輕或免除(二二七條)……………同(四一八條)
- (3) 其他……………(G) 債權人之代償請求權(二二五條)……………無規定
- (H) 賠償人之代位(二二八條)……………類似(四二三條)
- (I) 因債務人財產狀況而減輕(二二八條)……………無規定

第二百十三條 負損害賠償責任者，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。

因回復原狀而應給付金錢者，自損害發生時，加給利息。

一 立法例

(1) 第一項 德民第二四九條前段：「負損害賠償之義務者，應負回復其損害未發生時所存在狀態之義務。」

(2) 第二項 無相當立法例。

二 與日本民法之比較

(1) 民法與本法異，以金錢賠償為原則。(第四一七條第七二條第一項)故本法除例外情形承認金錢賠償外，兩法之間，有鉅大之差異。

(2) 本條第二項對以金錢回復原狀，規定自損害發生之時，應附加利息。日民法上損害賠償債務，應自何時附加利息，未行規定，解釋上有爭執，判例則認為應自損害發生時附加利息。(我妻全集三八卷五〇四頁以下)故在本條規定之範圍，有與日民法同一之結果。

三 註釋

(1) 回復損害發生前之原狀，固非物理的回復同一之狀態，乃指回復經濟的可認為均等之狀態而言。此項具體的內容，應按各種情形決定，不能揭出一般的原則。關於本法之母法，可參考德民法之學說判例。惟該法規定應回復「在假定損害發生原因未成事實下之現有狀態。」故與本法規定應回復「損害發生前之原狀」者，稍異，是應注意也。

(2) 以金錢賠償爲例外，乃本法之重要規定，參照前註之表中甲一(2)。

(3) 第二項規定，例如因侵權行爲詐取他人之金錢，此時不僅可依第一項回復原狀，或請求賠償所詐取之金額，且可使賠償自被詐取時以後之利息。故依次條以下之規定，以金錢賠償代替回復原狀之情形，本條無可適用。

第二百十四條 應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不爲回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。

一 立法例

德民第二五〇條：「債權人對回復原狀義務人，規定相當期間催告，其期間經過後，而拒絕回復原狀。自其期間經過後，債權人得以不於適當時期回復原狀之故，請求賠償金錢。但此時不得行使回復原狀之請求權。」

二 與日本民法之比較

日民法以金錢賠償爲原則，已如前述。

三 註釋

德民法上述條文，使賠償請求權人所爲之催告，須明示於一定期間經過後，拒絕回復原狀之意，而此期間經過後，不僅賠償義務人喪失回復原狀之權利，且規定賠償權利人亦不得請求回復原狀。本條規定則異是，催告不
以明示拒絕回復原狀爲必要，且賠償權利人僅因催告而取得請求金錢賠償之權利，並不喪失回復原狀請求權。

是應注意者也。

第二百五十五條 不能回復原狀，或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。

一 立法例

德民第二五一條：「不能回復原狀，或不能對債權人充分賠償者，賠償義務人，應以金錢為賠償。回復原狀，須費過鉅者，賠償義務人得以金錢為賠償。」

二 與日本民法之比較

在日民法通常僅得請求金錢賠償，已如前述。

三 註釋

德民法上述條文第一項，定為不能回復原狀，或不能對債權人充分補償者，（例如回復須時日之情形）則應以金錢賠償，第二項定為回復原狀，須費過鉅者，得為金錢賠償。與本條文字相較，或嫌粗雜，顧其意義自相同也。第二百十六條 損害賠償，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害，及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計劃，或其他特別情事，可得預期之利益，視為其所失利益。

一 立法例

（1）第一項 德民第二五二條前段：「應賠償之損害中，包含所失利益。」——（參照）日民第四一六條第一項，瑞債第四三條第一項。

(2) 第二項 德民第二五二條後段：「依通常慣行情事，或特別情事，依已定之設施或準備，可得預期之利益，視為所失利益。」——（參照）日民第四一六條第二項，瑞債第四三條第十項。

二 與日本民法之比較

(1) 第一項在日民法之解釋，亦可認係本於同一之理論。

(2) 第二項在日民法第四一六條第二項之解釋，基於特別情事，可得利益（例如高價轉賣可得之利益）此特別情事，僅於相對人所預知或可得而知時，始得命其賠償。是此理論，與對侵權行為相同。（參照我妻全集三八卷四八九頁以下，鳩山博士總論七六頁以下八一頁以下）而本法則因一切特別情事，預期可得之利益，均使賠償。惟不論日民法相對人可得預知，或本法依特別情事，可得預期，皆應以公平觀念解決之，故兩法對應行賠償損害之計算範圍，當無差異。惟文字之規定上，則本法較日民法所揭之標準為廣耳。

第二百十七條 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。

重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不予促其注意，或怠於避免或減少損害者，為與有過失。

一 立法例

(1) 第一項 德民第二五四條第一項：「損害之發生，被害人與有過失時，賠償之義務及範圍，斟酌損害之發生，由何當事人為主，及當時之情事定之。」——（參照）瑞債第四四條第一項，日民第四一八條，第七二二條第二項。

(2) 第二項 德民第二五四條第二項：「被害人之過失，對債務人所不知或不可得而知之重大損害危險，不促其注意，或怠於防止或減輕損害者，亦如前項之規定。於此情形，準用第二百七十八條之規定。」

二 與日本民法之比較及註釋

(1) 本條即所謂過失相抵之規定。日民法對債務不履行，規定於第四一八條，對侵權行為，規定於第七二二條第二項，兩者之間，稍有差異。本條與之相較，則第四一八條與本條第一項意義相同，第七二二條第二項僅認減輕損害賠償之額，無如本條免除其責任。惟本條明定損害之「發生或擴大」，反之日民法則無此詳細明文，此在日民法之解釋，應與本條同。

(2) 本條第二項，例如以有價證券封入信中寄出，而不告以貴重之物在內，又如因給付不能，蒙受損失之買主，不謀適當方法另買，以作減少損害之手段時，法院當決定損害賠償之責任及範圍，應行顧及責任之免除或減輕是也。關於德民法上述條文解釋如是（參照 Oertmann, Komm. 4 zu § 254 引用之事例）。果若此，則日民法之解釋，亦當相同。本來德民法學者理論上對損害賠償之發生原因的法律要件（債務不履行或侵權行為）之成立，被害人有過失之情形，與對此結果的損害之發生或擴大，被害人有過失之情形相區別。認前者僅係過失相抵，後者則為因果關係之中斷，方屬正當。故前述德民法第二五四條所有理論，殊有含混之譏（Oertmann, Komm. 1 zu § 254）。顧余以損害賠償額，宜由具體的衡平之理想，適應各種情事之量定，以加害人及被害人過失之有無或大小為此重要資料，寧屬恰當。否則關於責任原因之發生，被害人有過失時，祇認為過失相抵，對賠

價額之大小爲適當之考慮，而關於損害之擴大有過失時，則認爲因果關係之中斷，界截損害賠償額之範圍，稍有穿鑿之憾耳。毋寧合兩者之情形，由法院自由裁量其標準之爲當也。此項論調，不如瑞債務法第四四條規定爲優，即責任條件之發生，損害之發生或擴大等，苟使賠償義務人發生困難，而被害人有牽連時，應依法院適當之自由裁量，定減少賠償或免除賠償之責任。不獨予以日民法之解釋，應從此說，即判例實際上之標準亦已從之。

(3) 第二項後段條文，似僅對重大之損害，被害人怠於避免或減少時，有其適用。若是，則有未妥。蓋第二項之意義，已如前述，在應發生鉅額損害，不爲預告之特別情形，或不問大小，苟已受有損害，不努力避免或防止擴大之情形，當決定賠償責任與數額，均宜考慮，故第二項前段「重大之損害原因」與後段條文無關。是不若德民法上述條文之明暢，毋待言矣。

第二百十八條 損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額。

一 立法例

瑞債第四四條第二項：「非故意或重大過失所生損害，賠償義務人因給付賠償而陷於窮迫時，法院得因之減輕其賠償義務。」

二 與日本民法之比較

本條爲使損害賠償適合損害之公平分擔的理想，仿瑞債務法之特別規定，在日民法之下，無此特別規定，自

不能有同一之結果。但對精神的損害，如撫慰金之算定，應斟酌賠償義務人之經濟狀況，則爲日民法所不否認，而一般上因無特別規定，卽不能有本條理論之結果。

三 批評

本條含義，理論上甚屬正當，固無疑問。惟適用此理論時，法院應慎察事實之真相，以求恰當，毋爲被告之哀求苦告所惑，不然，則狡猾的債務人利用之使正當的權利關係受損，將招致妨害法治安全之重大流弊矣。（參照本書十六頁以下）

第三節 債之效力

本節計分四款。第一款給付，第二款遲延，第三款保全，第四款契約。第一款包含債務之給付原則，及給付不能之規定；第二款規定債務人之遲延與債權人之遲延；第三款規定債務人一般財產之保全，所謂債權人代位權及詐害行爲之撤銷權；第四款包括原始的不能、定金、違約金、解除，同時履行抗辯、危險負擔、爲第三人契約等契約總則之規定。此立法體裁之特異，未見他例，尤其納第四款契約於本節，更覺可怪，茲先對前列二款之內容，作一檢討。

第一款給付，第二款遲延，與瑞債務法第二章債權之效力（*Die Wirkung der Obligation*）中第一款債務之履行（*Die Erfüllung der Obligation*）第1款不履行之效果（*Die Folgen der Nichterfüllung*）形式相似，惟內容則大異。該法第一款中包括本法所仿德日民法獨立成節關於債權標的之規定，及包含本法本節第

二款關於債權人遲延之規定。然本法本節第一款中關於給付不能之規定，則為該法此處所無。故本節第一款及第二款之內容，不如謂為近似德民法第二七五條至第三〇四條。但德民法此項前半條文（第二七五條至第二九二條）包括第一章債權關係之內容（Inhalt der Schuldverhältnisse），第一節給付義務（Verpflichtung zur Leistung）之末段；後半（第二九三條至第三〇四條）則載入同章第二節債權人之遲延（Verzug der Gläubigers）。然本法以德民法第一章第一節之前部列入前節「債之標的」；更以後半分之為二，前者納於本節第一款，後者則與德民法第二節合成本節第二款。要之，在本節前二款對債務不履行兩容態之給付不能與給付遲延，各別成款，而使後者與債權人遲延同成一款，誠屬特色。此項編制，關係立法技術，不能僅以理論斷其適當與否也。惟債務人之給付不能與給付遲延，受同一理論支配，反之，債務人之遲延，與債權人之遲延，應依相異之理論而支配也。由此觀之，則此項編制，決非妥當。立法之當否，姑且不論，我人應注意本節第一款後半給付不能之規定，與第二款前半給付遲延之規定，有密切之關聯存在。

本節第三款保全之規定，與日民法第四二三條至第四二五條近似，但納此制度於民法之中，與德瑞兩法異。統觀上文，本節前三款規定，與日民債權編第二節：「債權之效力」所規定之事項範圍相同。惟日民法規定甚簡，僅十五條，與本節三款有二十七條者稍異。茲依日民法規定，表列本法本節前三款之內容如左。（尚須參照第二一三條至第二一八條前註中之表）

債務不履行

- (1) 給付遲延之時期……………四一二條……………類似(二二九條)
- (2) 債權之強制履行的效力……………四一四條……………略同(二二七條)
- (3) 因債務不履行之損害賠償

(A) 通則……………四一五條……………

- (A) 債務不履行之原則(二一九條至二二四條)
- (B) 關於給付不能(二二五條至二二六條)
- (C) 關於給付遲延(二三〇條至二三三條)

(B) 範圍……………四一六條……………

- 通則……………
- 特則……………

- (A) 過失相抵……………四一八條……………本節無規定依二一七條之通則
- (B) 金錢債權……………四一九條……………類似(二三三條)
- (C) 賠償額之預定……………四二〇條四二二條……………二五〇條至二五三條

(C) 方法……………四一七條(金錢賠償)……………本節無規定依二一二條至二一五條之通則

(D) 賠償人之代位……………四二二條……………類似(二二八條)

二 債權人之遲延……………四一三條……………二三四條至二四一條

三 債務人一般財產之保全

(1) 債權人代位權……………四二三條……………同(二四二條二四三條)

(2) 詐害行為撤銷權……………四二四條至四二六條……………類似(二四四條二四五條)

本節第四款之規定與日民法契約之效力(第五三三條至第五三九條)及契約之解除相當。日民法將本

節前三款列入別章，即日民法以債權編第一章總則第二章契約，與本節前三款相當者為債權通則，列入第一章中，本節第四款之契約通則收入第二章。此與德民法之主義大體亦屬類似。蓋相當本節前三款者，收載債權編第一章債權關係之內容（*Inhalt der Schuldverhältnisse*）中，而以該當本節第四款，基於債權關係之通則規定，列入第二章契約的債權關係（*Schuldverhältnisse aus Verträgen*）。惟本法債編全部組織，係仿瑞債務法，以第一節為「債之發生」，故於第一款契約中揭出契約成立之一般要件。更於第二節定「債之效力」時，仿德日民法，一括而成契約效力之通則。因此，本法債編中第一節第二節皆有「契約」一款，而於第二節「債之效力」標題下，定契約效力之通則，立法體例，殊欠整飭。瑞債務法將本節第四款列入債編第一章之契約節，其他則插入於該適當之處所，如第二章債權之效力中，有債務之履行（同時包括履行之抗辯）遲延之效力（包括解除）對第三人之關係，（包括為第三人之契約）第三章債權之消滅，（包括危險負擔）第四章債權之特殊關係中有第三節違約罰及其他。（包括定金及違約金）要之，在瑞債務法之構成中，以契約為債權發生之原因，故該法契約節中包含德日民法契約成立之規定。而德日民法契約之一般效力，在瑞債務法則認為依各種契約而生債權之效力，故不總括契約之債權效力，而分列於各該適當之處所。在彼固示一貫之理論。姑不論本法在大體係仿瑞債務法，在各點則仿德日民法，實有全體缺乏統一之憾。立法之章節區分，不僅體裁問題，往往影響及於法律全體之理論結構，致生解釋運用之差異。本法如在各點上能更徹底的仿瑞債務法，當屬高明多矣。

如前所述，本款規定債務給付之原則，及給付不能，茲示其內容於左，俾與日民法之規定相對照。

本法 日民法

(1) 履行債務應依誠實及信用之原則	二一九條	無規定
(2) 債務人責任要件之通則		
(A) 惟對故意過失有責任	二二〇條	無如是之一般規定
(B) 對責任能力準用侵權行為之規定	二二一條	無規定
(C) 故意或重過失之責任特約免除者無效	二二二條	無規定
(D) 與處理自己事務為同一之注意義務者僅重過失有責任	二二三條	無規定
(E) 對代理人或使用人為履行之責任	二二四條	無規定
(3) 給付不能		
(A) 不應歸責於債務人時		
(甲) 免其債務	二二五條一項	無直接規定
(乙) 債權人有代價請求權	二二五條二項	無規定
(B) 應歸責於債務人時		
(甲) 有賠償責任	二二六條一項	四一五條後段
(乙) 一部不能之規定	二二六條二項	無規定

(C) 代價請求權……………二二八條……………四二二條

(4) 債權之強制履行之效力……………二二七條……………四一四條

第二百十九條 行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。

一 立法例

德民第二四二條：「債務人遵守誠實及交易上之習慣負給付義務。」——（同旨趣）瑞民第二條：「各人不拘行使權利，或履行義務，應遵守誠實信義之原則。顯然濫用權利者，不受法律之保護。」

二 與日本民法之比較

日民法無本法之相當規定。德民法上述條文，與其第一五七條（在契約之解釋中揭出同一標準）相呼應，於向來一任當事人自由意思之債權法中，加入客觀的合理標準，大堪注意者也。惟此理論，自後漸漸發展，在瑞民法上述條文，不僅為債權之原則，且為全私法關係之根本原理，揭之於民法之首。即在日民法，此種理論，亦成為確定之理論，在判例中，一再藉此聲明，試行重要之判決矣。在此為避免明示具體事例之煩，（參照鳩山民法研究第三卷所載「債權法上信義誠實之原則」）惟斷言本條之規定，即在日民法中，亦可發生同一結果也。

第二百二十條 債務人就其故意或過失之行爲，應負責任。

過失之責任，依事件之特性而有輕重；如其事件，非予債務人以利益者，應從輕酌定。

一 立法例

(1) 第一項 瑞債第九九條第一項：「債務人通常對一切之過失應負責任。」德民第二七六條第一項前段：「債務人除另有規定外，對故意或過失負其責。」

(2) 第二項 瑞債第九九條第二項：「責任之程度，依行爲之特別性質而定；且其行爲非與債務人以利益者，得從輕。」

二 與日本民法之比較及註釋

(1) 日民法中無如本條第一項之一般規定。第四一五條對給付不能，雖以「因可歸責於債務人之事由」爲要件，對給付遲延則未明定。因之，學說判例，尙有爭論。惟於今日，對給付不能及給付遲延，均以債務人有故意或過失爲必要，惟此項舉證責任，普通屬於債務人。換言之，在給付遲延或給付不能，同以債務人舉證無故意或過失，始免責，已見於判例者不少，（參照判例民事法大正十四年一五事件所揭大審院民二庭判決及其評釋）在學說上大體贊同。（參照鳩山總論一三六頁以下）故與本條第一項比較，在債務人僅於有故意或過失時負責，乃中日民法所同。然此舉證責任，本法不能無疑，如後所述，對於債務不給付（參照第二三〇條註釋）及給付不能，（參照第二二六條註釋）基於不可歸於債務人之事由時，應俱解作不能舉證者，不得免責。故舉證責任，中日亦屬無異。

(2) 第二項當計算賠償額時，應考慮交易之特質爲定，尤其是交易，非與債務人以利益時，例如贈與無償寄託等，似有應行減輕之意。瑞債務法上述條文，固作如是解釋（Oser, Komm. I zu Art. 99）。果然，則認日民

之解釋相同，似覺困難。蓋贈與無償寄託等，減輕債務人之責任條件，於無故意或過失時，不負責任，雖為日民法所承認，（第五五一條第六五九條）然苟在重過失以上所生損害之賠償額則不許減輕也。

（3）本條第二項瑞債務法未設「過失的」責任之限制。其意以故意責任，縱令非予債務人以利益，亦屬無減輕之餘地。堪稱為妥當之立法。惟瑞債務法之結果，或與本法異。蓋瑞債務法一般損害賠償額之計算，以考慮加害人故意過失之大小為要件，依照法院之自由裁量而為決定。（該法第四三條第九九條第三項）——反之，瑞債務法對損害賠償額之算定所採大原，係顧慮各種情事，依法院自由裁量而決，在侵權行為略行規定具體的標準。（該法第四一條以下）對債務不給付，係全部準用此規定。（同第九九條第三項）惟上述考慮交易之性質，尤其是無利於債務人之交易行為時，規定應行減輕，而居特則之地位。然而本法於損害賠償額之決定，及於所生損害與可得利益之全部，乃仿德民法主義（參照第二一六條）關於侵權行為，則不許法院自由裁量。然在債務不給付，唐突採用瑞債務法上對侵權行為所設債務不給付之特則，則於立法之根本主義，殊有不能一貫之感。

第二百二十一條 債務人為無行為能力人或限制行為能力人者，其責任依第一百八十七條之規定定之。

一 立法例

（同旨趣）德民法第二七六條第一項：「債務人除另有規定外，對故意或過失負責。怠於交易上必要之注意而為有過失時，適用第八百二十七條第八百二十八條之規定。」瑞債第九九條第三項（侵權行為之規定，一般準用之）「其他關於侵權行為責任程度之規定，準用違背契約之行為。」

二 與日本民法之比較

日本民法無本條相當之明文。惟債務不給付之責任，係因債務人之故意或過失而生者，則債務人之有責任能力，自屬當然。蓋所謂故意或過失，以行為人有識別行為結果之能力，即以責任能力為前提故也。日本法學者對一般債務不給付之責任發生，亦認為須有侵權行為責任之同一責任能力，類推適用第七一二條及第七一三條。（參照勝本日本債權法總論上卷三三七頁）是與本條之理論同。但日本民法關於侵權行為之條文，與本法第一七八條稍異，則其範圍與本條不同，自毋待言。（參照第一八七條之二）

第二百二十二條 故意或重大過失之責任，不得預先免除。

一 立法例

瑞債第一〇〇條第一項：「故意或重大過失之責任，預為免除之合意者，無效。」德民第二七六條第二項（但僅關於故意）：「債務人故意之責任，不得預先免除。」

二 與日本民法之比較

日本民法無如本條之規定。

（1）對於故意，多數學說及判例，以預先免除故意責任之契約，違反公序良俗，認為無效。但其約款，卻未必反於公序良俗，故學說亦認為有效。（參照鳩山總論一五九頁引用之學說判例勝本總論三三九頁亦同）

（2）對於重大過失，未特為論列。然此在德民法中，亦無明文，學者尚因此爭論。多數學說認為預先免除

重大過失責任之契約，未必反於公序良俗，此為承認說（Oertmann, Komm. 2 a zu § 276; Staudinger, Komm. Vorb. IV zu den § 275-282 II zu § 256）。日民法當從德之多數說。

第二百二十三條 應與處理自己事務為同一注意者，如有重大過失，仍應負責。

一 立法例

德民第二七七條：「應與處理自己事務為同一注意者，基於重大過失亦不得免責。」

二 與日本民法之比較

日民法無本條規定。學者謂民法：「與為自己同一之注意。」（第八〇五條第八八九條）或「與自己財產同一之注意」（第六五九條第一〇四〇條）時，以行為人主觀的注意能力為標準，未達此標準時，為有過失。換言之，此時如有具體的輕過失，則有責任。（參照鳩山總論二四頁）故以之與本條僅對重大過失有責任比較，理論上自較日民法規定之標準為高。

第二百二十四條 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。

一 立法例

德民第二七八條：「債務人對其法定代理人及為履行債務之使用人之過失，應與自己過失負同一範圍之責。於此情形，對第二百七十六條第二項之規定，不適用之。」瑞債第一〇一條第一項第二項，「合法家屬僱傭人

或視為家人之使用人，履行債務，或實行由於債務關係所生之權利者，此等人於其事務之執行上加損害於相對人時，有賠償之義務。但此責任得預先約定限制或廢棄之。」

二 與日本民法之比較

日民法無同一規定。解釋上關於侵權行為，準用第七一五條，債務人惟於履行補助人之選任監督有過失時，有其責任，已成通說。（參照鳩山總論一六〇頁）近時判例，則採德民法同一之理論，學說亦多贊成之。（參照判例民事法昭和三年度三三事件及六三事件所揭之判例及評釋）

第二百二十五條 因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。

債務人因前項給付不能之事由，對第三人有損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所領受之賠償物。

一 立法例

（1）第一項 德民第二七五條：「債務關係發生後，因不可歸於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。債務關係發生後，在債務人視為不能者，亦同。」——（同旨趣）瑞債第一一九條第一項：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，視為債權消滅。」

（2）第二項 德民第二八一條第一項：「債務人基於給付不能之事由，對債權標的得有賠償或取得賠償請求權者，債權人得向之請求交付其賠償，或讓與其賠償請求權。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項之理論，在日民法當然不能作反對之解釋。

(2) 第二項亦基於公平原則之結果，一般解釋上承認之。學者稱爲債權人之代償請求權。(參照鳩山總論一六三頁)

三 註釋

給付不能，關於是否應歸責於債務人之舉證責任，參照次條註釋。

第二百二十六條 因可歸責於債務人之事由，給付不能者，債權人得請求賠償損害。

前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。

一 立法例

(1) 第一項 日民第四一五條後段，德民第二八〇條第一項：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人應對債權人賠償因不履行所生之損害。」

(2) 第二項 德民第二八〇條第二項：「在一部不能，而一部之給付，於債權人無利益時，債權人得拒絕可能部分之給付，請求因全部不履行之損害賠償。關於契約上之解除權，此時準用第三百四十六條至第三百五十六條之規定。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項與日民法同。

(2) 第二項日民法無相當規定。惟由債權之本質上認為有本條第二項之結果。(參照鳩山總論一六二頁)

(3) 給付不能之原因，可否歸責於債務人之事由，其舉證責任，如下段所述，應解在債務人方面，故與日民法同。(參照第二二〇條之二1)

三 註釋

本法給付不能，可否歸責於債務人之事由，其舉證責任，究屬債權人，抑在債務人，不無疑問。德民法除與本條相當規定之外，特於第二八二條明定此舉證責任，屬於債務人，本法不設此相當規定。蓋因：

(1) 債權人請求給付，債務人對之抗辯主張給付不能，請免除債務，此給付之不能，應舉證歸責於自己之事由，由訴訟法之原則觀之，或由前條之規定觀之，均屬無疑。

(2) 反之，給付顯屬不能，債權人在請求給付不能所生損害賠償時，此給付不能，顯係債權人之舉證事項，但可否歸責於債務人之事由，應否由債權人舉證，不無疑問。由訴訟法之原則觀之，縱可認為債權人應舉證之事項，願債務人本負擔實踐履行債務之責任，(不問為本來之債務與損害賠償)僅於有特別情事時，得免其責，乃債務法之大原則，由此以觀，上述情形，對特別情事「可否歸責於自己之事由」以解作自行舉證責任為當，德民

法學者對上述第二八二條規定之闡發，認為理論上之當然事，是則如上之解釋，信有徵矣(Staudinger, Komm. Vorb. VI zu den §§ 275-282 I zu § 282)。

第二百二十七條 債務人不為給付，或不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。

一 立法例

(參照)日民第四一四條，瑞債第九七條：「怠於義務之履行，或其履行不適法時，債務人非證明自己無過失之責任，即負賠償因此所生損害之義務。強制執行之方法，依債務催付法破產法及聯邦與各邦法之規定。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條係債務人給付可能，但不遵守債務本旨履行時之債權的效力，表示得對給付請求強制執行，與因遲延賠償損害之大原則。日民法第四一四條從舊民法財產編第三八一條之沿革，不獨表明上述之債權效力，且對執行方法，亦為規定。惟該條意思，顯為本條所可包含，故本條範圍，兩民法無何差異。

(2) 日民法第四一四條規定強制履行之方法，可與本民法民事訴訟法之規定比對，茲不贅述。

三 註釋及批評

本條應解為祇揭出遲延時債權效力之大原則。因之，為欲請求損害賠償者更須依其他條文為一定之要件，是宜注意。同時，對於強制執行，究許何種之強制執行，應按給付之種類，從民事訴訟法之規定。

本條可認為有前述之意思，殆無疑問。是則本條之地位，似甚失當。蓋前條及下條均為給付不能規定，而本條

則表明遲延時債權原則的效力，顯應列入下款第二二九條之下。如強欲置於本款之中，亦宜居第二一九條之後，方較妥當。

第二百二十八條 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。

一 立法例

(同旨趣) 德民第二五五條：「對物或權利之喪失，應為損害賠償者，僅於受賠償權利人基於其物之所有權，或基於其權利對第三人之請求權之讓與時，負損害賠償之義務。」——(參照) 日民第四二二條。

二 與日本民法之比較

日民法第四二二條規定之意義，與本條同，但日民法因與本條立法主義不同，故結果發生以下兩異點。

(1) 其要件，在日民法應先賠償全部之損害，在本條則無必要。

(2) 其效果，日民法所謂代償，係當然移轉於賠償人，反之，本條以有讓與行為為必要。

但所謂代償之範圍，在兩民法則無異。

三 批評

本條係仿德民法第二五五條。德民法第一草案，定為依損害之賠償，當然發生代位後，發生賠償人之請求權。日民法係仿第一草案，本法則仿確定法。依據本條，應為權利移轉之行為，須履行登記交付及其他移轉權利之必

要程式，故在立法之觀點，自較當然移轉者為優。

惟本條尙有其他不可忽視之缺點。即賠償義務之履行，與請求物或權利之移轉，去有關聯之規定是已。依本條規定，賠償義務人，得先於賠償義務之履行，請求物或權利之移轉，是恐非立法者之本意。但否認此項結果之條文，本法中似未可得而見。在日民法，則無此種不便。蓋日民法係規定已為全損害之賠償時，發生物或權利當然移轉之效果故也。德民法上述條文定明，「僅於受……請求權之讓與時負損害賠償之義務」，「…… ist zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet,」即表示以移轉為履行賠償義務之條件，而學說判例，則認此時賠償權利人及賠償義務人，均有同法第二七三條之留置權（Zurückbehaltungsrecht），即解作應為交換的（Zug um Zug）履行。（Oertmann, Komm. 3 zu § 255; Staudinger, Komm. 4 zu § 255）此固正當之立法，正當之解釋也。乃本條既無如德民法第二五五條表示關聯之文字，而本法關於留置權，又採占有他人之物關聯所生物權之主義，（第九二八條以下）與日民法同，對德民法關於上述留置權之條文，未行承襲，是此問題，亦不能以本法之留置權解決之。然則惟有準用本法第二六四條同時履行抗辯，對本問題作一解決，當屬最高明之方策矣。深望本條增設第二項：「前項情形，準用第二六四條之規定」之明文。

第二款 遲延

本款係規定債權人遲延與債務人遲延，已如前述。（參照本節開端之說明）

前註 債務人遲延（第二二九條第二三三條）

本法債務人遲延之規定，多仿德民法。但日民法之解釋，與本法亦無大異。茲將德日民法規定，與本法比較之。
 (參照第二一三條至第二一八條前註中之表)

本法 德民法 日民法

一 要件

- (1) 生遲延之時期
- (A) 有確定期限時依期限屆滿……二一九條一項……同(二八四條二項前段)……同(四一二條一項)
- (B) 有催告期限時依催告……二一九條二項……同(二八四條一項二項後段)……略同(四一二條三項)但不確定期限時則異(四一二條二項)
- (2) 不可歸責於債務人時則無責任……二二〇條……同(二八五條)……無直接規定(參照四一五條四一九條第二項)

二 損害賠償之範圍

- (1) 通則……二二三條一項……同(二八六條一項)但該法第二九〇條至第二九二條更有損害賠償範圍之具體的規定……類似(四一六條)
- (2) 遲延中雖不可抗力亦有責任……二二三條二項……略同(二八七條)……無規定
- (3) 對遲延之給付無利益時則填補賠償……二二三條……同(二八六條二項前段)……無規定
- (4) 金錢債權之特則……二二三條……同(二八八條二八九條)……類似(四一九條)

第二百二十九條 給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。

給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債

權人起訴或依督促程序送達支付命令者，與催告有同一之效力。前項催告，定有期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。

一 立法例

(1) 第一項 日民第四一二條第一項，德民第二八四條第二項前段：「依曆定給付之時期時，債務人不於其時期給付者，不須催告，負遲延責任。」瑞債第一〇二條第二項：「給付定有一定期日者，或保留適法之行使，因告知而確定一定期日者，債務人以其期日經過而負遲延之責。」

(2) 第二項 德民第二八四條第一項：「債務人於清償期屆至後，經債權人之催告，而不為給付者，負遲延責任。其提起給付之訴或依督促程序送達支付命令者，與催告有同一之效力。」——（同旨趣）瑞債第一〇二條第一項。（但無後段）

(3) 第三項（類似）德民第二八四條第二項後段：「給付前須行催告，而給付之時期，定為催告後依曆計算者，亦同。」瑞債第一〇二條第二項。（見前）

二 與日本民法之比較

(1) 對有確定期限之債務，兩民法無異。

(2) 無確定期限之債務如下。

(甲) 對不確定期之債務，（例如以特定人死亡為履行期之債務）日民法於債務人知其期限屆至（特

定人死亡)時,不須催告,自其時陷於遲延。(第四一二條第二項)本條於此仍須催告。

(乙)未定期限之債務,兩民法均依催告而任遲延,此點無差異。蓋

- (A)日民法未明定履行期屆至後之催告,(第四一二條第三項)應解與本條第二項同,殊無疑問。又
(B)本條第二項後段起訴,或送達支付命令與催告有同一之效力,日民法無規定,解釋上自可從同。且
(C)上述催告定有確定期限時,依日民法自其期限屆至而陷於遲延,應解與本條第三項同。

三 註釋

本條第三項之「催告定有期限者」當有疑問,例如貸與人得隨時請求返還借用物,(第四七〇條第二項)貸與人爲有確定期限之催告時,(例如十日以內返還)其期限屆至,當然發生遲延,固勿待論,若爲不確定期間之催告時,是否因其期限屆至,當然陷於遲延。上述德瑞兩法,均以有確定期限之催告爲限。對於本條第二項對一切無確定期限之債務,由催告一點觀之,應解作與德瑞兩法相同。予在前段謂此點與日民法無異者,卽以此爲前提。

日本普通以某月底爲期限者,常用「某月中」之文句。若在中國,則認「某月中」有「某月中旬」之意,如欲表示上述意義,則須稱爲「某月內」,因此發生爭論者頗多,是應注意者也。

第二百三十條 因不可歸責於債務人之事由,致未爲給付者,債務人不負遲延責任。

一 立法例

德民第二八五條：「因不可歸責於債務人之事由，而未為給付時，債務人不負遲延責任。」

二 與日本民法之比較

(1) 由日民法第四一五條前段解釋之，有同一結果。

(2) 可否歸責事由之舉證責任，亦與日民法之解釋同，可參照第二二〇條及下段。

(3) 日民法對金錢債務之遲延，不以可歸責於債務人之事由為必要。(第四一九條第二項) 本法則反是，對金錢債務之遲延，亦適用本條之原則。(參照第二三三條之二4)

三 註釋

本條文字，一有遲延，原則上應負損害賠償之責。惟遲延因不可歸責於債務人之事由，定為債務人免其責任者，不過例外之情形，故非可歸責之事由，債務人顯應舉證。(參照第二二〇條第二二六條) 與本條文字相同之德民法學者之解釋，均承認之(Staudinger, Komm. 2 zu § 285)。

第二百三十一條 債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。

前項債務人在遲延中對於因不可抗力之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。

一 立法例

(1) 第一項 德民第二八六條第一項：「債務人應賠償因遲延所生之損害。」瑞債第一〇三條第一項：

「債務人遲延者，應賠償由其遲延給付所生之損害。縱爲不可抗力，亦應負責。」參照日民第四一六條。

(2) 第二項 德民第二八七條：「債務人在遲延中，對於一切過失，負其責任。在遲延中雖因事變而給付不能者，亦應負責。但縱於適當時期爲給付，仍須發生損害者，不在此限。」瑞債第一〇三條第一項第二項：「債務人遲延者，應賠償因其遲延給付所生之損害。縱爲不可抗力，亦應負責。債務人因不可歸責於自己而發生遲延，或證明於正當時期履行之給付物，因不可抗力而使債權人損害者，得免前項之責任。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項與日民法同。

(2) 日民法無本條第二項之規定，解釋上則全同。蓋

(A) 遲延因可歸責於債務人時，在遲延中雖因不可抗力而生損害，亦應認爲可歸責於債務人事由之損害。故與第二項本文有同一之結果。

(B) 但未遲延而因不可抗力發生損害時，則此損害與遲延之間，無因果關係，故應免債務人由此損害之賠償責任，已如第二項但書所定。

第二百三十二條 遲延後之給付，於債務人無利益者，債權人得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害。

一 立法例

德民第二八六條第二項前段：「給付因遲延之結果，於債權人無利益者，債權人得拒絕給付，而請求因不履行之損害賠償。」

二 與日本民法之比較

本條在日民法之解釋，學說紛歧，係仿德民法立法上之解釋而來。日民法之解釋有三說。第一說未經解除，不得請求填補賠償。（代替給付之損害賠償）第二說，遲延之情形，——以反於信義之原則為限，——原則上得請求填補賠償。第三說，如本條遲延後之給付，限於債權人無利益時，得請求填補賠償。第二說及第三說，可謂近代之多數說，判例採第三說。以予觀之，兩說理論之出發點雖異，而具體的內容則極近似。故本條在日民法之解釋上大體上可認為略有同一之結果。（參照鳩山總論一三九條以下判例民事法昭和二年度三八事件杉之原氏評釋）

第二百三十三條 遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。

對於利息無須支付遲延利息。

前二項情形，債權人證明有其他損害者，並得請求賠償。

一 立法例

（1）第一項 日民法第四一九條第一項，德民第二八八條第一項：「金錢債務在遲延中，計算週年四釐

之利息。債權人基於其他法律上之原因，得請求較高利息者，債務人應繼續支付之。」瑞債第一〇四條第一項第二項：「債務人對金錢債權遲延時，雖約定利息較少，亦應支付週年百分之五之遲延利息。無論依直接之合意，與關於銀行逐日之合意，約定百分之五以上之利息時，雖在遲延之期間，亦得按其利率請求。」

(2) 第二項 德民第二八九條前段：「對於利息，無須支付遲延利息。」(因遲延所生債權人之損害賠償請求權，不因此而受影響。)
瑞債第一〇五條第三項：「遲延利息之遲延利息，不得算入。」

(3) 第三項 德民第二八八條第二項：「前項規定，不妨礙其以外損害之主張。」同第二八九條後段：「因遲延所生債權人之損害賠償請求權，不因此而受影響。」瑞債第一〇六條第一項：「債權人受有遲延利息以上之損害者，債務人非證明無可歸責於己之過失，對此損害，亦有賠償責任。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項與日民法同。

(2) 對利息無須支付遲延利息，(第二項)日民法雖無直接之規定，惟由第四〇五條之規定解之，顯屬同一。

(3) 日民法第四一九條無本條第三項得請求利息以上損害之旨，故日民法之解釋，以無特約為限，縱證明有利息以上之損害，亦不能請求賠償。(鳩山總論一〇〇頁)

(4) 日民法對金錢債務之遲延，雖限制損害賠償額減輕其條件，惟不僅債權人無須證明債務人之故意

過失，即在債務人證明遲延係因不可抗力，亦定為不得免其責任。（第四一九條第二項）本法對此未設特則，故此時依第二三〇條之原則，應解為債務人證明遲延係基於不可歸責之事由，得免其責任。是兩民法間之異點，應加注意也。

前註 債權人遲延（第二三四條至第二四一條）

本法債權人遲延之規定，亦大體仿諸德民法。日民法於此僅有直接規定一條，間接規定二條。惟日民法學者近時之解釋，則與本法之規定無大異。茲表列本法之內容，與德民法及日民法規定對照。至日民法之解釋論，則詳述於各條。

本法 德民法 日民法

一 要件

(1) 債權人之不受領或不能受領

(A) 通則……………二三四條……………略同(二九三條)但該法更有詳細規定(二九七條二九八條)……………同本法(四一三條)

(B) 對一時受領不能之特則……………二二六條……………同(二九九條)……………無規定

(2) 債務人之提出……………二三五條……………略同(二九四條至二九四條)……………同本法(四九三條)但較詳細

二 效果

(1) 注意義務之減輕……………二三七條……………同(三〇〇條)

(2) 利息支付義務之發生……………二三八條……………同(三〇一條)

- (3) 孳息返還範圍之縮少……………二三九條……………同(三〇二條)
 - (4) 債權人負擔保管費用……………二四〇條……………同(三〇四條)
 - (5) 不動產占有之拋棄權……………二四一條……………同(三〇三條)
- } ……僅有四一三條及四九一條之規定

第二百三十四條 債權人對已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。

一 立法例

日民法第四一三條，德民第二九三條：「債權人對已提出之給付，自己不行受領者任遲延。」瑞債第九一條：「債權人拒絕受領適法提出之給付，或逕不行負擔準備，致債務人不能給付，於拒絕其準備時，已成遲延。」

二 與日本民法之比較

日民法無「對於已行提出之給付」之文句，解釋上應屬相同，殆無疑問。

第二百三十五條 債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行爲者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。

一 立法例

日民法第四九三條，德民法第二九四條：「給付應依其本旨，對債權人爲現實之提出。」同第二九五條：「債權人對債務人表示不爲受領給付，或給付須債權人之行爲，或須債權人收受債務之標的物者，則債務人以言詞提出爲已足。對債權人催告應爲必要之行爲者，與已提出給付同。」

二 與日本民法之比較

日民法第四九三條與本法異，不規定受領遲延之個體，且文字亦稍異，惟旨趣則全同。

第二百三十六條 給付無確定期限，或債務人於清償期前，得為給付者，債權就一時不能受領之情事，不負遲延責任。但其提出給付，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，不在此限。

一 立法例

德民法第二九九條：「給付之時期未定，或有於所定期限以前給付之權利時，債權人對已提出之給付，因一時不能受領，不負遲延責任。但債務人在相當時期以前，已向債權人為給付之通知者，不在此限。」

二 與日本民法之比較

日民法無與本條相當之規定，解釋上認為

(1) 無確定期限時

(A) 依債權人之催告，已行提出而不為受領，則在有不確定期限時，及全未定期限時，均與本法同，債權人自提出之時而陷遲延。

(B) 債務人於預告後提出而不為受領，則自提出之時，而陷遲延，固不待言。

(C) 未行催告或預告，已提出而不為受領，則依日民法學者之通說（參照鳩山總論一七七頁）債權人之受領遲延，不以債權人之過失為必要。此種情形與本條異，以發生遲延為原則，惟債務人之提出，甚嫌唐突，對之

不爲受領，即屬受領遲延，有違信義之原則者，應解爲不生受領遲延。

(2) 債務人得爲期限前之清償時

債務人得爲期限前之清償者，期限前清償之提出，本亦適於債務本旨之提出。故債權人受領不能時，應負受領遲延之責，其關係與(1)同。

第二百三十七條 在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失負其責任。

一 立法例

德民法第三〇〇條：「債務人在債權人遲延中，僅就故意或重大過失負其責任。對祇以種類決定之物，負有債務時，因債權人不受領已行提出之物之危險，自遲延之時，移轉於債權人。」

二 與日本民法之比較

日民法無明文，解釋上有爭論。今日之多數說，與本條之解釋同。(參照鳩山總論一八〇頁註七末弘全集一〇卷二二四頁)

第二百三十八條 在債權人遲延中，債務人無須支付利息。

一 立法例

德民第三〇一條，「關於附利息之金錢債務，債務人於債權人之遲延中，無須支付利息。」

二 與日本民法之比較

關於此點，日民法亦無明文，雖有少數之反對說，但多數學說及判例，則與本法作同一解釋。（參照鳩山總論一八〇頁註八末弘同上二四四頁）

第二百三十九條 債務人應返還由標的物所生之孳息，或償還其價金者，在債權人遲延中，以已收取之孳息爲限，負返還責任。

一 立法例

德民第三〇二條：「債務人應返還標的物之收益，或其賠償時，在債權人遲延中，債務人之義務，僅以其已行收取之收益爲限。」

二 與日本民法之比較

日民法無與本條相當之規定。對此之學說及判例，亦未見及。惟減輕債務人注意義務之結果，對孳息不爲現實之收取，當以免其責任之情形爲多。但基於故意或重大過失而不爲收取孳息者，應解爲仍須負責，與本條異。第二百四十條 債權人遲延者，債務人得請求其賠償提出及保管給付物之必要費用。

一 立法例

德民第三〇四條：「債務人於債權人遲延時，得請求賠償其所生提出及保管與保存債務標的物必要增加之費用。」

二 與日本民法之比較

日民法無與本條相當之規定。此點在一般學說，與本條同。（參照鳩山總論一七八頁）

第二百四十一條 有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有。

前項拋棄，應預先通知債權人。但不能通知者，不在此限。

一 立法例

德民第三〇三條：「債務人負有交付土地之義務時，於債權人遲延後，得拋棄其占有。此項拋棄，應預告債權人。但不能預告者，不在此限。」

二 與日本民法之比較

日民法無與本條相當之規定。關於此點之學說判例，亦未見及。本條原係羅馬法 *derelictio* 制度之復活。羅馬法之此項制度，本以後世提存及自助買賣制度之發達而廢止，自德民法第二章案特使之對不動產而復活。其理由以不動產與動產異，不易滅失，亦不致被第三人取去，故認債務人有此權利，而予以妥當之保護。惟日民法不認有此制度，故對不動產僅可以提存而免債務，應解為不能有本條之權能。

三 註釋

(1) 對於動產，不得認為有本條拋棄之權利，固不待言。對於附屬於不動產之動產（例如農地之附屬物）亦應作同一之解釋。蓋動產雖附屬於不動產，但因不動產之承認此項制度之理由，究屬未有故也。

(2) 基於本條而行拋棄時，債務人應移轉占有，以免債務，固不待言。但對所有權並不免其債務，故關於移

轉所有權之債務，仍屬存在，是應注意。

第三款 保全

本款爲保全債務人一般財產之二制度，即規定債權人代位權，及詐害行爲撤銷權，已如前述。與日民法第四二三條至第四二六條之內容同。

前註 債權人代位權（第二四二條第二四三條）

此制度，爲德瑞兩法所無，係日民法仿法民法特有之制度。本法與此規定之文字雖異，而意義則與日民法相同。惟日民法認有給付期前之裁判上代位，反之，本法不認裁判上代位之制度，是其重要之差異。

第二百四十二條 債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。

一 立法例

日民法四二三條第一項，法民第一一六六條：「雖屬債務人之權利及訴權，債權人亦得行使。但專屬於債務人本身者，不在此限。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法不揭出「以自己之名義」之文句，但在解釋上則相同。

(2) 「怠於行使其權利時」之文句，亦爲日民法所無。總之在債務人已行使其權利時，債權人顯屬不得

再予代位行使，故其意思可與本條同。

第二百四十三條 前條債權人之權利，非於債務人負遲延時，不得行使。但專為保存債務人權利之行為，不在此限。

一 立法例

日民第四二三條。

二 與日本民法之比較

(1) 日民法在期限屆至前，亦認為依裁判上之代位，可行使保存行為以外之權利，本條則不承認。

(2) 裁判外之代位，在期限屆至前，僅得為保存行為，乃兩民法之所同。

(3) 日民法依期限屆至之事實，即得為一切之代位行為，本法則更以債務人已行遲延為要件。故對有確定期限債權及未定期限債權，兩民法雖屬無異，若對不確定期限債權，則生差異。（參照本書第二二九條之二）

前註 詐害行為撤銷權（第二四四條第二四五條）

(1) 本法分詐害行為之客體，債務人之詐害行為為無償行為及有償行為。關於前者，以條件而減輕，此點係仿德瑞兩國之立法例（Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners

ausserhalb des Konkursverfahrens 1879, § 3; Bundesgesetz über Schubdbetreibung und Ronhurs 1889, § 268 ff.）。惟於民法中設此制度者，係仿日民法。且其他之條件，與日民法亦無異。

(2) 本法規定撤銷之效果，其利益歸於總債權人，乃日民法第四二五條所無。惟由此制度之性質上言，應屬相同。

(3) 明瞭中國商人之實情者，均大聲疾呼曰：中國商人營業上之損害，不易發表，運用一切手段，以維信用，尙屬不及，大部分財產，以虛名無實之行爲，而爲隱匿，所謂委託律師清理營業，或自行隱匿，而坐享財產者，常有稱此手段爲最妙之蓄財手段，已成公開的祕密，適用本條之時，欲證明受益人之惡意，實際上甚屬困難，故此種弊害，果能防止與否，尙屬大有疑問。經濟情事之進展，有如今日，不道德之商人，日漸加多，固不獨中國商人爲然，然以中國爲尤甚，容屬洞中肯綮之論也。雖然如將本條之理論中刪去相對人惡意之條件，爲一般交易之安全計，無論何人，亦不認爲妥當。要在本條運用之如何耳。法院固宜洞察事實之真相，維持商業道德，不使因一二不德之人，在國際貿易關係間，墮落中國之信用。

第二百四十四條 債務人所爲之無償行爲，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。

債務人所爲之有償行爲，於行爲時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者爲限，債權人得聲請法院撤銷之。

債務人之行爲，非以財產爲標的者，不適用前二項之規定。

一 立法例

日民第四二四條法民第一一六七條第一項：「債權人對債務人侵害其權利所爲之契約得以自己之名義

撤銷之「

二 與日本民法之比較

(1) 無償行為，害及債權人時，依照本條得無條件撤銷之，反是，在日民法，仍須債務人及受益人之爲惡意。

(2) 關於有償行為，兩民法間無異。

(3) 非以財產爲標的之行為，不得爲撤銷權之客體，亦兩民法之所同。

第二百四十五條 前條撤銷權，自債權人知有撤銷原因時起一年間不行使，或自行爲時起經過十年而消滅。

一 立法例

日民第四二六條。

二 與日本民法之比較

(1) 撤銷權之存續期間，日民法爲本法之二倍。

(2) 日民法雖明稱「因時效」，而本條則未明言，故應解爲除斥期間。

第四款 契約

本款中所規定者，包含日民法第二章契約第一節總則中第二款契約之效力，及第三款契約之解除。（參照本節冒頭之說明）即如下：

本法

日民法

- (1) 原始不能的契約效力……………二四六條、二四七條……………無規定
- (2) 定金……………二四八條、二四九條……………五五七條、五五九條
- (3) 違約金……………二五〇條至二五三條……………四二〇條、四二一條
- (4) 契約之解除……………二五四條至二六三條……………五四〇條至五四八條
- (5) 同時履行之抗辯……………二六四條、二六五條……………五三三條
- (6) 危險負擔……………二六六條、二六七條……………五三四條至五三六條
- (7) 爲第三人而契約……………二六八條至二七〇條……………五三四條至五三九條

第二百四十六條 以不能之給付爲契約者，其契約無效。但其不能情事可以除去，而當事人訂約時，並預期於不能之情形除去後爲給付者，其契約仍爲有效。

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。

一 立法例

(1) 第一項本文 德民第三〇六條：「以不能之給付爲標的之契約，無效。」瑞債第二〇條第一項：「有不能或不法之內容，或違反善良風俗之契約，無效。」

(2) 第一項但書 德民第三〇八條第一項：「給付不能，可以除去，而契約係對給付可能時訂立者，給付之不能，無礙於契約之效力。」

(3) 第三項 德民第三〇八條第二項：「給付之不能，在訂明附停止條件或附始期時，其不能於條件成

就或期限屆至前已行除去者，其契約爲有效。」

二 與日本民法之比較

日民法雖無本條相當之規定，解釋上應屬一致。即：

(1) 第一項本文 在日本之通說及判例上，均無疑問。

(2) 第一項但書 契約履行之不能與否，應依給付期之狀態決之。故縱令締約時給付不能，其不能並非確定的與永久的，而當事人預期於除去後給付者，此契約在給付期仍應視爲可能之契約。故但書之情形，日民法上仍認爲可能之契約。

(3) 第二項 (甲) 附始期之契約，於期限屆至時，給付可能者，縱在前係給付不能，其契約仍屬以可能給付爲標的，顯應如上所述。(乙) 附停止條件之契約，對原始不能，應行決定之時期，學說不一。一說以訂立契約給付不能者，即屬原始不能，他說以停止條件成就時，成爲不能者，始爲原始不能。(參照鳩山總論一四五頁) 若從後說，則與本法同，予亦認爲正當。

第二百四十七條 契約因以不能之給付爲標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約爲有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。

給付一部不能，而契約就其他部分仍爲有效者，或依選擇而定之數宗給付中，有一宗給付不能者，準用前項之規定。

一 立法例

德民第三〇七條：「訂立以不能給付爲標的之契約時，一方當事人知給付之不能或可得而知者，對相對人信契約爲有效所受之損害，負賠償之義務。但相對人不得超過契約有效時所獲之利益。相對人知給付之不能或可得而知者，不生賠償之義務。前項規定，給付僅屬一部不能，而契約就其他部分仍爲有效者，或依選擇而定之數宗給付中，有一宗不能者，準用之。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條乃討論訂立契約上過失 (*culpa in contrahendo*) 責任之問題。日民法上無同樣規定，故向來一般學者，予以否認，但近時有力學者，亦有予以首肯者。此等學者，依債權法上信義誠實之原則，及關於買主對原始不能的擔保責任之規定而推論，以訂立契約之際，各人對於相對人，有注意不能相應其信賴之義務，縱因原始不能，未加注意，訂立無效之契約，若相對人誤信爲有效，因而蒙不測之損害時，由此信賴之相應所生損害，解爲應有賠償義務。(參照鳩山各論七二頁同人民法研究第三卷第八九頁以下)

(2) 本條第二項，在肯定上述之理論以後，顯有同一結果。

三 註釋

(1) 本條就損害賠償之範圍，並無何等規定。惟制度之本質上與德民法之規定同。無非解爲信賴利益(因信契約爲有效之損害，例如準備受領所須費用，或因拒絕其他有利要約之損害等)之賠償，與給付利益

(由不爲給付所生損害，例如其標的物之價格，或轉賣利益等)之賠償是已。

(2) 一部給付，成爲不能時，原則上全部契約無效，祇例外的情形，認契約對其餘部分有效成立。(參照第一一一條)全部無效之情形，有本條第一項之適用，固毋待論。本條第二項，乃對此例外情形而爲規定，從而損害賠償之範圍，即因信賴契約全部爲有效，實則僅受一部給付，所生之損害是也。

(3) 選擇債權之數宗給付中，有原始不能時，不問不能之原因如何，債權就餘存給付而特定。(參照本書第二一一條註釋)惟此原始不能之事由，如第一項規定，可歸責於債務人時，債權人不特得請求特定之給付，仍得請求因信賴可行選擇不能之給付所蒙損害之賠償。

前註 定金(第二四八條，第二四九條)

本法係採德民法主義，認定金有證約定金之性質。從而與日本民法主義認爲有解約定金之性質者，根本不同。

日民法

本法

- (1) 定金之性質……………解除權之保留(五五七條)……………契約之成立(二四八條)
- (2) 契約之履行與定金之關係……………無規定……………返還或作爲給付之一部(二四九條一款)
- (3) 債務不履行與定金之關係……………無規定……………喪失返還請求權或取得倍額請求權(二四九條二款至四款)

第二百四十八條 訂約當事人之一方，由他方受有定金時，其契約視爲成立。

一 立法例

德民法第三三六條：「訂立契約時，以某物爲定金者，視之爲訂立契約之證據。定金未定者，視爲解約金。」

——（參照）日民第五五七條瑞債第一五八條：「訂立契約時交付定金或證據金，視爲責任金或違約金。除契約或習慣另有相反之決定外，定金自其請求權中扣算，爲其受領人所有。有違約金之約定時，交付人得拋棄所支付額，受領人得支付其倍額，以解除契約。」

二 與日本民法之比較

（1）日民法對定金係採解約定金主義，與本法所探證約定金主義，根本不同。惟於日民法之下，交付定金，亦應解爲如本法有確保契約成立之效力。蓋解約定金，當然預定契約成立故也。

（2）在日民法之下，有定金之交付者，兩當事人在相對人著手履行以前，毋須給付遲延或不能之特別事由，單以拋棄定金，或加倍返還，得行解除契約。在本法之下，交付定金，不生此項效果。諒此爲中國習慣所承認，民律草案第五五九條，係仿日民法，本法則改採德民法主義，但當事人依特約付與解約定金之效力者，固可生效。

（3）日民法將定金之規定，列入買賣節，無非準用於其他之有價契約，（第五五九條）本法定爲一般契約之規定，故無償契約，亦有適用，更毋待言。

三 註釋

本法稱爲「定金」，果限於金錢之給付與否？日德瑞各法，均不限定。若本法「定金」之文義，限於金錢，則金

錢以外之物爲定金時，當然準用本法之規定。

第二百四十九條 定金除當事人另有訂定外，適用左列之規定。

一 契約履行時，定金應返還或作爲給付之一部。

二 契約因可歸責於付定金當事人之事由，致不能履行時，定金不得請求返還。

三 契約可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金。

四 契約因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行時，定金應返還之。

一 立法例

(1) 第一款 德民第三三七條第一項：「定金未定者，算入交付人所負擔之給付中。若不能算入時，於契約履行時返還之。」

(2) 第二款 德民第三三八條前段：「定金交付人所負擔之給付，因可歸責之事由，致不能時，或定金交付人有毀棄契約之責任時，定金受領人有保留定金之權利。定金受領人，因不履行得請求損害賠償時，於定金未定時應行算入。若不能算入，應於給付損害賠償時返還之。」

(3) 第三款第四款 (參照) 日民第五五七條。

二 與日本民法之比較

日民法關於定金之主義，與本法異，已如前述，故本條之效果，不外由契約一般之理論解釋之。然則——

(1) 第一款及第四款之情形，自有本條同一之效果。

(2) 第二款及第三款之情形，相對人依一般之規定，雖得解除及請求損害賠償。惟返還定金之返還請求權，與損害賠償請求權，祇可抵銷。

三 註釋

(1) 第一款：「返還或作為給付之一部」與德民法同，在給付與定金性質相同時（例如買主交付定金時）應算入給付中。性質相異時（例如賣主交付定金時）應作返還之意解釋。

(2) 第二款及第三款之情形，相對人僅能沒收定金，或請求定金倍數，或依一般原則，得更行請求損害賠償，在得請求時，應由損害額扣算定金額與否。在上述德民法雖明採最後之理論，而本法之解釋上，尙有疑問。惟應認本法與德民法無異。蓋此項解釋，以定金之本質，不過為成立契約之證據，在本法之主義，最為適當。若定金之外，不得請求損害賠償，則應認定金為損害賠償額之預定，又定金之外，得行請求全損害之賠償，則應認定金為單純之違約罰。斯二者，在證約定金之本則，均與本法之主義相反。若以如此解釋為正當，則當事人不須證明損害額，得沒收定金，或請求定金之倍數，惟請求此外之損害，方須舉證。

（譯者按本條公布時，將條文「一」「二」「三」「四」脫漏，於是認本條為五項。實則本條僅一項，內分四款。國內坊間刊本，固一律將錯就錯，致本書亦有同一錯誤。茲將條文脫漏之四字補入，並對原著中所稱項款，一律予以更正。）

前註 違約金（第二五〇條至第二五三條）

本法關於違約金之規定，顯較日民法之規定爲詳，惟其內容與日民法之解釋亦無大異。但對一般約定賠償額認法院有減額權，此點值得注意。

（日民法）

（本法）

一 通則

（1）推定違約金爲賠償額之預定（四二〇條三項）……………違約金之規定（二五〇條一項）

（2）約定賠償額法院不得增減（四二〇條一項）……………得減額（二五二條）

（3）金錢以外之物亦作同一處置（四二二條）……………同（二五三條）

（4）與一部履行之關係無規定……………法院得爲相當之減額（二五一條）

二 違約金與本來給付請求權損害賠償請求權及解除權之關係

（1）與給付請求權之關係僅規定不妨礙請求履行（四二〇條二項）……………在填補賠償不得請求在遲延賠償得行請求（二五〇條二項）

（2）與解除權之關係規定不妨礙解除（四二〇條二項）……………無規定

（3）與損害賠償請求權之關係無規定……………遲延賠償得行請求（二五〇條二項）

第二百五十條 當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金。

違約金除當事人另有訂定外，視爲因不履行而生之賠償總額。但約定如債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，即須支付預約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，得請求履行或不履行之損害賠償。

一 立法例

(1) 第一項 (參照) 德民第三三九條：「債務人對債權人約定不履行債務，或不為適當之履行時，支付某金額之處罰者，於債務人遲延時，違約金發生效力。負擔不作爲之給付時，與爲違反之行爲時，同時發生其效力。」瑞債第一六〇條：「對契約不履行，或不爲適當之履行，預約賠償者，債權人除另有訂定外，得請求履行或預定賠償金額。對給付期或給付地不確守時預約賠償者，非債權人明示拋棄或未爲保留而受領其給付，仍得請求契約其他之履行。但債務人可支付預定賠償而解除者，得以立證爲之。」日民第四二〇條。

(2) 第二項本文 (參照) 德民第三四〇條：「債務人不履行債務而約定違約金者，得請求代替履行之違約金。債權人已對債務人表示請求違約金之意旨時，不得爲履行之請求。債權人有因不履行之損害賠償權時，其債權人得請求所課違約金爲損害賠償最低額，於此情形，不妨主張其他損害。」瑞債第一六一條：「預定賠償，於債務人不生何等損害時，亦有效力。所受損害，超過預定額時，以債權人已證明過失爲限，得請求其差額。」日民第四二〇條第三項。

(3) 第二項但書 (參照) 德民第三四一條：「債務人對其債務有不以適當方法，或不於一定時期履行，而約定違約金者，債權人得請求履行及違約金。債權人於不適當之履行，有損害賠償請求權者，適用第三百四十條第二項之規定。債權人已受領履行時，以受領時保留違約金請求權者爲限，始得請求。」瑞債第一六〇條第二項，日民第四二〇條第二項。

二 與日本民法之比較

本條有日民法與德瑞兩法中間之內容，其解釋尙有疑問，如以下段所述者爲正當，則與日民法解釋之結果略同。

(1) 第一項有違約金之特約時，苟債務人不履行，則不問過失之有無，解爲債權人得行請求，則與日本之多數學說同。(參照鳩山總論八九頁)

(2) 第二項本文，如解爲違約金原則上爲填補賠償之約定，且不依實際上損害之大小而增減，則亦與日民法學者之解釋略同。惟日民法上違約金或爲填補賠償，或係遲延賠償，應按各種情形而定，不能如本法推定爲前者。但實際上之結果，兩法間當無大異。

(3) 第二項但書，違約金爲遲延賠償時，請求本來之給付，固不妨爲填補賠償之請求，雖日民法之解釋，亦可得同一結論。且日民法第四二〇條規定之理論中，亦可見及。

(4) 日民法第四二〇條第二項，定爲不妨請求解除，固屬當然規定。因可歸責於債務人之事由，致履行不能或遲延者，假令有違約金之約定，自並得行使解除權，本不待言。在本法雖無此項規定，亦可得同一結果。

(5) 日民法第四二〇條，對賠償額之預定，在第三項設有推定違約金爲「賠償額之預定」之規定。本法恰有日民法相當之規定，但亦不禁止對違約金之內容有與民法相異之特約，故上述之點，兩民法間不生差異。

三 註釋

(1) 本條第一項有違約金之特約時，債務人既不履行，則其不履行，不問是否係可歸責於債務人之事由，

亦不問依不履行是否致債權人發生損害與否，應解為即得請求違約金。蓋上述德民法第三三九條明定違約金於債務人遲延之情形，得行請求，故須債務人有過失，本法於此無規定，苟解為既不履行，即得請求違約金，既與本
法文義相合，且適應當事人一般之意思。

(2) 上述德民法及瑞債務人之規定，以債務不履行時，規定違約金為代替履行之賠償，（填補賠償）或為履行遲延之賠償（遲延賠償）之兩前提。本法第二項之文字，於此殊不明瞭。然此項意義，仍以違約金有上述二種為前提，在一般之情形，應依第二項本文之所定，推定為填補賠償，在特別之情形應依第二項但書之所定，成為遲延賠償。然則第二項但書之適用，應不以條文所定明示的約定「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」之情形為限。即在默示的約定為遲延賠償之情形亦然。但違約金隨遲延之日數而定，或定其最低額時，一般應視為有默示的特約。

(3) 違約金因不履行而視為損害賠償之總額時，發生下列之效果。

甲、債權人雖證明有更多之損害發生，亦不得請求賠償。（此點與德民法第三四〇條第二項，瑞債務法第一六一條第二項異）

乙、債務人雖證明實際之損害較少，亦不得請求減額。

丙、債權人請求此額時，不得請求本來之給付。

(4) 第二項但書之規定中，得請求履行，本無疑問。惟得請求損害賠償之點，尚有問題。但此時損害賠償，顯

係代替履行之損害賠償，故其成立要件，應依一般原則（第二二五條以下第二三二條參照）且當此損害額之算定，不但不能以遲延賠償所約定之違約金爲直接標準，即在請求全部填補賠償時，對其以外遲延賠償之違約金，亦宜解爲不得請求。

第二百五十一條 債務已爲一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。

一 立法例

民法第一二三一條：「主債務已一部履行者，法院得減少違約金。」日舊民法第三八九條。

二 與日本民法之比較

民法無本條相當之規定。解釋上如本條規定之情形，即對債務全部不履行時，定爲得請求違約金，在債務之一部既已履行，不發生違約金請求權，債權人僅得另依一般原則，請求基於一部不履行所算定之損害額。此時違約金之數額，固可爲算定其損害額之參考，但非直接之標準。（鳩山總論八六頁以下同旨趣。但無本條相當規定之德民法，對此解釋，亦屬紛歧，惟 Oertmann, Komm. 4 zu § 340 則與本書旨趣同。）本條對此以違約金爲基礎，而加以相對之減額。兩民法之構成理論固異，然實際上之結果，當無鉅大之差別。

三 註釋

本條之適用，應區別如下。

（1）苟不於適當之時期，爲完全之履行，明白約定即得請求違約金者，（前條第二項但書後段之情形）

雖有一部之履行，債權人得請求違約金之全部。本條對此雖認法院可予減額，但亦不得與當事人之意思明顯相反，故應解爲此時無本條之適用。

(2) 反之，僅約定不於一定之時期履行得請求違約金者，有一部之履行，雖其餘部分不履行，(甲)若其一部履行於債權人無利益者，債權人固仍得請求全部之違約金。參照第二三二條法院不得減少違約金。此在本條文義上亦屬明顯。(乙)否則其一部履行，可予債權人以若干之利益者，始可適用本條。

第二百五十二條 約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。

一 立法例

(同旨趣) 德民第三四三條第一項前段：「所課違約金至不相當之鉅額時，得因債務人之聲請，判決減至相當之數額。」瑞債第一六三條第三項：「預定賠償，至不相當之鉅額時，法院得酌量減少。」——參照日利息限制法第五條，日商法施行法第一一七條。

二 與日本民法之比較

(1) 日民法不獨無本條相當之規定，且第四二〇條第一項，規定法院不得增減損害賠償之預定額。故不能認與本條有同一結果。

(2) 日利息限制法第五條，對於金錢之消費借貸定有過高之違約金，法官得行相當減額，故在適用此規定之範圍，有本條同一之結果。但利息限制法第五條，關於「商事」不能適用，是應注意。(商法施行法第一一七

條) (參照本書第二〇六條之二)

(3) 違約金之約束，係乘相對人之輕率、窘迫，而貪得不當利益，所謂暴利行爲 (Wucher) 者，在民法之下，對此違約金契約，得不問上述規定，仍屬無效。(第九〇條)

三 批評

(1) 德商法第三四八條，對民法第三四三條，「商人於其營業範圍所定之違約金」定爲不適用。中國法中則無此限制，本條規定，自亦可適用於商事。本條之社會政策的價值，固所承認，但事關商業，不許法院濫行干涉，一任當事人之自由競爭，時至今日，猶認爲當然。

(2) 上述德民法法院依債務人之請求，始得減額，前記瑞債務法，則不以債務人之請求爲必要。本法係仿瑞債務法，在貫徹社會政策的意義，當以此項主義爲優。但真欲發揮此主義之作用，以求公平，自須有優良之審判官。按諸中國情狀，果無憾耶。總之，上兩段所述關於本條之問題，似仍有須考慮之點在。

第二百五十三條 前三條之規定，於約定違約時，應爲金錢以外之給付者，準用之。

一 立法例

日民第四二一條，德民第三四二條前段：「約定違約金爲金錢以外之給付者，適用第三百三十九條至第三百四十一條之規定。」

二 與日本民法之比較

違約金之規定，在以金錢以外之物為違約罰之標的，亦準用之，與日民法完全同一。

三 註釋

準用第二五一條及第二五二條，應行減少違約罰時，若其違約罰之標的，為不可分之物（例如馬一匹）則如何。在德民法解釋，依法院之命令，使債權人與債務人基於減少之一定比例，成立共有關係，然後按共有之一般規定，得行請求分割，是為一說，一般均承認之（*Staudinger, Komm. 7 zu § 343; Oertmann, Komm. 8 zu § 343*）。此種解釋，在論理上，固屬正確，但實際則甚屬迂遠。不如使債權人得請求違約罰之全部，而償還一定之金額於債務人，但在損害較少之時，僅可賠償一定金額，二者究何所取，在視法院考慮違約罰之種類價格及其他一切情事而決定耳。果如是，方與本條以公平為目的之旨趣相符合。

前註 解除（第二五四條至第二六三條）

本法之解除與日本民法之規定最相近似。但對解除效果回復原狀之義務，內容與德民法設詳細之規定者異。顧此點與日民法學者之通說略同。茲列日本民法之規定與本法比照。

（日民法） 本法

一 解除權發生之情形

（1）契約……………五四〇條一項…無規定

（2）債務不履行

（A）給付遲延……………五四一條……………同（二五四條）

- (B) 定期行為之不履行……………五四二條……………同(二五五條)
- (C) 給付不能……………五四三條……………同(二五六條)

二 解除之方法

- (1) 對相對人為意思表示……………五四〇條一項……………同(二五八條一項)
- (2) 此意思表示不得撤回……………五四〇條二項……………同(二五八條三項)
- (3) 有多數之當事人時為不可分……………五四四條一項……………同(二五八條二項)

三 解除之效果

- (1) 回復原狀義務……………五四五條一項……………
 - (A) 返還原物(二五九條一款)
 - (B) 對勞務或物之使用償還價格(二五九條三款)
 - (C) 所生孳息之返還(二五九條四款)
 - (D) 必要費用及有益費之償還(二五九條五款)
 - (E) 不能返還原物時償還價格(二五九條六款)

- (2) 金錢附加利息……………五四五條二項……………同(二五九條二款)
- (3) 回復原狀義務同時立於履行之關係中……………五四六條……………規定此外之危險負擔亦準用之(二六一條)
- (4) 解除不妨礙損害賠償之請求……………五四五條二項……………同(二六〇條)

四 解除權之消滅

- (1) 有多數當事人時對一人之消滅……………五四四條二項……………無規定

(2) 因相對人之催告而消滅……………五四七條……………同(二五七條)

(3) 因可歸責於解除權人之事由而返還不能……………五四八條……………同(二六二條)

五 對於終止準用解除權之規定

無規定……………

- (A) 以意思表示向相對人爲之(由二六三條準用二五八條一項)
- (B) 有多數當事人時乃不可分(由二六三條準用二五八條二項)
- (C) 終止之意思表示不得撤回(由二六三條準用二五八條三項)
- (D) 終止不妨礙損害賠償之請求(由二六三條準用二六〇條)

上開所應注意者，本法無約定解除之規定。德民法對約定解除設詳細之規定，(第三四六條至第三六一條)對債務不履行之解除，係採準用此主義。日本民法對上列二種解除，不設區別。縱而日民法第五四〇條第五四四條至第五四八條係屬兩者之共同規定。惟本法對解除之發生，僅舉債務不履行之三情形，並未指出以契約保留之解除權。顧本法之下，當事人間得以契約保留解除權，在契約自由之原則上，自應承認。關於此項約定解除權之行使，以當事人間未經另有訂定爲限，應行適用本款之規定。蓋契約之解約，係使法律上之契約，不發生一定之法律關係，故解除權發生之原因，雖有契約的與債務不履行的之差異，而解除之方法效果等，仍須作同一之處置故也。由本款規定之內容觀之，第二五七條第二六二條等，在約定解上，顯係有益之規定，立法者或認爲以契約訂定解除權之行使，當然有本款規定之適用。若在立法上言，本款宜設如日民第五四〇條第一項之規定，明示法定解除與約定解除兩者均可適用，方臻妥當。

第二百五十四條 契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。

一 立法例

日民第五四一條——（參照）法民第一一八四條：「雙務契約當事人之一方不對他方依債務本旨履行時，視為已有默示成立解除契約的條件之合意。此時契約並非當然解除。未受履行之當事人，得隨其選擇請求可能之給付，或解除契約，請求損害賠償。解除應向法院請求，由法院予被告以相當猶豫期限。」——（類似）德民第三二六條：「雙務契約當事人之一方，遲延其所負之給付時，相對人得定一定期間，表示使之給付，在其期間經過後，將拒絕受領，在此期間經過後，不於適當時期給付者，得請求不履行之損害賠償，或解除契約。此時不得請求履行。期間經過前為一部之履行者，準用第三百二十五條第一項第二段之規定。契約之履行，因遲延而相對人無利益者，相對人無須指定期間，有前項之權利。」瑞債第一〇七條：「雙務契約債務人遲延時，債權人應對債務人定完竣履行之適當期間，或由管轄官署定之。其期間經過後而未履行者，債權人得請求履行及遲延所生之損害賠償。又曾為不受領遲誤期限之給付之表示時，得請求因不履行所生之損害賠償以代履行，或解除契約。」

二 與日本民法之比較

解釋日民第五四一條之給付遲延，對於應否基於可歸責於債務人之事由一點，學說紛歧。惟判例及多數學說，認與給付遲延之損害賠償同（參照本書第二二〇條之二）以有可歸責於債務人之事由為必要，此種舉

證責任，存於債務人。（參照鳩山各論二一五頁判例民法大正十年度七八號我妻評釋）本條之解釋，如以下文所述之見解為正當，則此點與日民法同。

三 註釋

（1）本條文字對給付之遲延，應否有可歸責於債務人之事由，並未明言。惟契約之解除，在債務人甚屬不利者，債務人僅負故意或過失之責任，如由債權法之原則（第二二〇條）立論，應解為僅以由可歸責於債務人之事由給付遲延之情形，始可解除。但應否歸責事由之舉證責任，與基於遲延之損害賠償同，存於債務人方面，方為正當。（參照本書第二三〇條之註釋）此項解釋，以因給付遲延之解除，與因給付不能之解除，在債務人之主觀要件上固相同也。

第二百五十五條 依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期為給付，不能達其給付之目的，而契約當事人之一方，不按照時期給付者，他方當事人得不為前條之催告，解除其契約。

一 立法例

日民第五四二條——（類似）德民第三六一條：「雙務契約當事人之一方，於約定應於一定之時期或一定之期間內為給付而未明定如何者，相對人不於其時期或其期間內給付時，視為得解除契約。」瑞債第一〇八條第三款：「左列情形，無須定完竣履行之期間……3. 依照契約，當事人之目的，顯以其給付應於一定正確之時期或一定之時期前為之者。」

二 與日本民法之比較

此與日民法全同，至應否有歸責於債務人事由一點，與前條所述有同一之理由，可肯定與日民法無異。惟此舉證責任，應由債務人負之。

第二百五十六條 債權人於有第二百二十六條之情形時，得解除其契約。

一 立法例

日民第五四三條——（類似）德民第三二五條第一項：「基於雙務契約當事人一方所負給付，因可歸責於己之事由而不能者，相對人得請求因不履行之損害賠償，或解除契約。一部不能時，相對人以契約一部之履行為無利益者，得依第二百八十條第二項之規定，請求因全債務不履行之損害賠償，或解除全部契約。相對人為行使損害賠償請求權或解除權，得實行第三百二十三條規定之權利。」

二 與日本民法之比較

（1）第二二六條第一項（全部不能）與日民法第五四三條所揭要件同，故以此為限，本條與日民法第五四三條無異。

（2）第二二六條第二項（一部不能）日民法稍有文字差異，在一部不能，以其餘部分於債權人無利者為要件。惟日民法因一部不能得為全部之解除者，應解為以可能之其餘部分，於債權人無利益之情形為限，是乃義信原則上所當然者。（參照鳩山各論二二三頁）此點為兩民法之所同。

三 註釋

在一部不能，其餘部分於債權人有利者，無本條之適用。債權人其毫無解除權乎。日本民法，一般解為得解除契約之一部。（參照鳩山各論及其所揭判例）本法之解釋，亦應認為相同。

第二百五十七條 解除權之行使，未定期間者，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。

一 立法例

日民第五四七條，德民第三五五條：「解除權之行使，未定期間者，相對人得對權利人定應行使權利之相當期間，如在其期間之屆滿前，不為解除之通知時，解除權消滅。」

二 與日本民法之比較

本條與日民法第五四七條完全相同。

第二百五十八條 解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之。

契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體為之。

解除契約之意思表示，不得撤銷。

一 立法例

（1）第一項 日民第五四〇條第一項，德民第三四九條：「解除以意思表示向相對人為之。」

(2) 第二項 日民第五四四條第一項，德民第三五六條前段：「契約當事人之一方或雙方有數人時，解除得由其全體或向其全體爲之。」

(3) 第三項 日民第五四〇條第二項。

二 與日本民法之比較

(1) 本條規定，與日民法無異。

(2) 日民法第五四四條第二項（德民法第三五六條後段）之規定，乃本法所無。故本法之解釋，契約當事人之一方或雙方有數人時，解除權僅對其中一人消滅者，與日民法對其他當事人之解除權不生何等影響者不同。

第二百五十九條 契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務。除法律另有規定或契約另有訂定外，依左列之規定。

- 一 由他方所受領之給付物，應返還之。
- 二 受領之給付爲金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。
- 三 受領之給付爲勞務或爲物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。
- 四 受領之給付物生有孳息者，應返還之。
- 五 就返還之物已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內，請求其返還。

六 應返還之物有毀損滅失，或因其他事由致不能返還者，應償還其價額。

一 立法例

(1) 第一款 德民第三四六條前段：「契約當事人之一方，保留解除權者，於解除契約時，各當事人互負返還其受領給付之義務。」——(參照)日民第五四五條第一項。

(2) 第二款 德民第三四七條第三段：「金錢應自其受領時附加利息。」日民第五四五條第二項。

(3) 第三款 德民第三四六條後段：「對已給付之勞務，及已利用之物，應補償其價格。又契約中定有以金錢爲對待給付時，應支付之。」

(4) 第四款 (類似) 德民第三四七條第二段：「返還收益，或請求償還之請求權，及償還費用請求權，亦同。」同上第九八七條：「占有人對訴訟繫屬發生後所收取之收益，應返還於所有人。占有人於訴訟繫屬發生後，依普通之經營方法所可收取之利益，不行收取者，對所有人負賠償之義務。但無過失時，不在此限。」同上第九八八條：「爲自己占有其物，或實際上以行使不屬於自己之物之收益權爲目的而占有其物之人，在無償取得占有時，對訴訟繫屬發生後取得之收益，依不當利得之規定，負返還於所有人之義務。」

(5) 第五款 (類似) 德民第三四七條第二段。(見前) 同上第九九四條第二項，「占有人於訴訟繫屬發生後，或在第九百九十條所定責任開始後，所支付必要費用之償還義務，依無因管理之規定。」同上第九九六條：「對非必要之費用，占有人於訴訟繫屬發生前，或第九百九十條所定責任發生前之支出，且因其費用增加

所有人回復其物當時之價格者，僅得於現存之限度內，請求償還。」

(6) 第六款 (類似) 德民第三四七條第一段：「因毀損滅失或其他之原因所生返還不能之損害賠償請求權，於受領給付後解除者，對訴訟繫屬發生後之所有人及占有人之關係，依其所適用之規定。」同上第九八九條：「占有人自訴訟繫屬發生時，因物之毀損滅失及其他基於自己過失之事由，致不能返還其物所生之損害，對所有人負其責任。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條大體係仿德民法。日民法無具體的相當規定。惟日本之通說解釋，殆與本條之規定無異。

甲、第一款 給付物存在時，解除之效果，以應行返還，為「回復原狀」最普通之方法。(日民法第五四五條第一項) 故日民法之解釋，與本款同，殆屬無疑。

乙、第二款 與日民法之明文(第五四五條)同。

丙、第三款 係回復原狀本質上當然之規定，故日民法亦應作同一解釋。(參照鳩山各論二二三頁)

丁、第四款 依日本通說，亦認為有同一結果。其理由以回復原狀，應回復受領人自始未為受領之狀態，由此理論而來。(鳩山各論二三四頁)——德民法對事實上未經取得孳息之返還義務，設有若干限制。(第九八七條第二項)

戊、第五款 依日本通說，亦認與本法同，乃本於上述第四款之同一理論。(鳩山各論二三七頁)——德民

法費用償還請求權之範圍，限於必要費用（第九九六條）故一面較本法為狹。惟此必要費用，以適合解除權人之意思支付者為限，得請求支出額（第九九四條第二項）故一面又較本法為廣。

己、第六款 日民法之解釋紛歧。多數學說卻與本法異。因可歸責於返還人之事由滅失或毀損時，應償還其價格，是與德民法（第九八九條）同。惟少數學說則反對之，與本法有同一之解釋。（參照鳩山各論二三五頁以下）

（2）日民法第五四五條第一項但書解除之效果，有不得害及第三人權利之規定，此為本法所無。對日民法此項規定之解釋，學說紛歧。多數學者以在日民法下之解除，與德民法同，祇發生債權的效力，故上述但書，解為不必要之規定。（鳩山各論二三八頁）反之，判例及少數說，以解除之結果，當然遯及的歸復物權，故如充作給付之物，在解除以前，移轉於第三人者，為防此第三人依解除的遯及效而蒙不測之禍，故設但書以防之。惟據此說，為使第三人可受上述之保護，應具備物權的對抗要件。換言之，第三人在解除前取得給付物而未經登記或未受交付者，解為不得對抗解除之遯及效力。（參照大審院判決大正十年五月十七日宣示民事判決錄第二七輯九二九頁及對此之末弘判例民法大正十年度七五事件評釋）因此，兩說在實際上之結果，並無區別。本法之解除，亦如德民法，僅生債權的效力與否，或解如日本判例，發生物權的效力與否，均無明文。惟本法關於以變動物權為目的之意思表示之效力，係排斥法系主義，乃明探德系主義（參照第七五八條第七六一條）故關於解除之效力，當亦與德民法相同。（此點詳物權編）果然，則本法之解除理論，與日判例之立場全異。但日判例理論，與探德系

主義之日本多數說間，其實際上結果無異。已如上述，則中日兩民法之基本理論雖不同，實際之應用，則無異也。

顧予猶有言者。如日本判例解爲解除之效果，當然發生物權之溯及的歸復以後，關於回復原狀之內容，對返還孳息、毀損、滅失之責任及費用償還，有日民法第一八九條至第一九一條及第一九六條之適用。則與上述之結果稍有差異。徵之學說及判例，尙未見及，故僅行揭述通說於此。

第二百六十條 解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。

一 立法例

日民第五四五條第三項、法民第一一八四條第二項（參照本書第二五四條之一）瑞債第一〇九條第二項：「且以債務人不能證明無可歸責於己之過失爲限，得請求自其契約消滅所生之損害賠償。」（因被解除之損害，即以消極的契約利益（以信賴利益——參照總則第九一條之註釋）爲限。）

二 與日本民法之比較及註釋

關於解除與請求損害賠償之關係，立法例不一。德民法由債權人選擇，僅得行使其一，反之日法瑞三法，則認兩者均可並存。（但瑞債務法損害賠償之範圍異，已如前述。）本法不獨從後之主義，且其立言與日本民法全同。故在解除之情形，對損害賠償之性質及範圍，當亦相同。約言之，此損害賠償請求權，係由債務不履行而生，本條規定之結果，不因解除而失其效力，仍可存續。從而此範圍與瑞債務法異，應及於契約不履行之全部損害。但因解除而解除人自身亦免給付義務者，依損害相抵之理論，對所免之利益，應自損害中扣除之，固毋待言。（參照鳩山各

論二四〇頁以下及其所引之判例)

第二百六十一條 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。

一 立法例

(1) 第二六四條之準用——日民第五四六條，第五三三條。德民第三二七條，第三四八條，第三二〇條，第三二二條。

(2) 第二六五條至第二六七條之準用——未見有相當立法例。

二 與日本民法之比較

(1) 關於因解除而回復原狀之義務，準用雙務契約同時履行抗辯之規定，與日民法完全相同。

(2) 本條準用第二六五條至第二六七條，毫無意義，可如後述，故在日民法雖無相當規定，要亦不生相異之結果。

三 註釋及批評

本條對因解除而回復原狀之義務，準用第二六五條同時履行抗辯之特則，及準用第二六六條及第二六七條危險負擔，全無意義可言。本條祇準用第二六四條即可。

(1) 第二六五條對先有履行義務之當事人，特加保護，予以同時類似履行抗辯權之權利。但發生解除之結果，兩當事人之回復原狀義務，均因解除而即須履行，一方回復原狀義務，應先於他方回復原狀義務而履行者，

絕鮮。故雖令解除準用第二六五條，而可準用之情形亦絕無。本法第二六五條係德民法第三二一條，可如下述，但德民法於解除準用同時履行權之規定時，特將第三二一條除外。（參照德民法第三四八條）此可爲上文批評本條之注脚。

（2）關於危險負擔，準用第二六六條及第二六七條，更無意義。蓋解除結果之發生，顧慮兩當事人回復原狀之義務內容。

甲、因債務不履行而解除，兩回復原狀之義務，決不立於等價關係。一方履行不完全，則成解除。故解除之結果，回復原狀義務，生於兩當事人之間者，其回復義務之內容，當然非等價。此時必欲準用以等價關係爲理由之危險負擔規定，殊屬大謬不然。若回復原狀義務，係因不可歸責於義務人之事由而給付不能時，則依本條及一般給付不能之規定爲已足，更無準用危險負擔規定之必要。

乙、在約定解除，固與上述稍異。卽此時既互負給付等價物，因而解除之結果，成立互負返還等價物之關係者，亦絕鮮。但此時亦以依本條及一般給付不能之規定爲已足，無特行準用危險負擔規定之根據。

危險負擔及基於解除之回復原狀義務，在本法所仿之德民法，並未有以前者之規定準用於後者之不合理。本法之立法者，果以如何之情形爲應行準用之根據，實屬費解。

第二百六十二條 有解除權人，因可歸責於自己之事由，致其所受領之給付物有毀損滅失，或其他情形，不能返還者，解除權消滅。因加工或改造，將所受領之給付物變其種類者，亦同。

一 立法例

日民第五四八條第一項、德民第三五一條：「解除權人對所受領標的物本質的毀損滅失，或其他之不能返還，應負其責者，不得行使解除權。對標的物重要部分之滅失，與其本質的毀損同。又依第二百七十八條應歸責於權利人之他人過失，與權利人本身之過失同。」同上第三五二條：「解除權人因加工或改造，將所受領之物變其種類者，不得行使解除權。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法係用解除權人之「行為或過失」其意義與「應歸責之事由」同，故與本條無異。(鳩山各論二五〇頁)

(2) 日民法第五四八條第二項，無本條相當之規定。惟其第二項規定，乃第一項反對解釋之當然，故與本法之下，有同一之結果。

第二百六十三條 第二百五十八條及第二百六十條之規定，於當事人依法律之規定終止契約者，準用之。

一 立法例

未見有相當本條之立法例。

二 與日本民法之比較及註釋

本條所謂「終止」，例如租賃中第四四〇條，第四五〇條第二項，係指終止將來繼續契約之關係而言。故與

德民法之 *Kündigung* 相當（參照例如德民法第五四二條以下）日民法稱此行為爲解除，一般學者則以「告知」稱之，以與解除區別。

日德兩民法關於告知或 *Kündigung*，無如本條之一般的規定。故解釋紛歧，茲與本法之規定，比對如下。

(1) 第二五八條第一項之準用 關於此點，日德兩民法學者之解釋，殆與本條相同（鳩山各論二〇五頁石坂民法一三六七頁 *Staudinger*, Komm. II 1 zu § 564; *Oertmann*, Komm. 2 a zu § 564）。

(2) 第二五八條第二項之準用 「告知」不生遡及效力，故多數當事人之契約關係，由其一部或對其一部爲「告知」者，亦不致契約關係發生糾紛。故以解與本法異者爲多（鳩山各論二〇五頁石坂民法二三六八頁 *Oertmann*, Komm. 2 g zu § 564）但少數學者則採與本法同一之解釋（*Staudinger*, Komm. II 2 e zu § 564）。

(3) 第二五八條第三項之準用 此點解釋上應屬同一。蓋依單獨行爲確定法律關係時，行爲人有最早之自由，不得對之撤回，毋寧謂屬當然。（石坂民法二三六一頁）

(4) 第二六〇條之準用 已行「告知」時，仍得請求損害賠償與否，應按各種情形之規定決之。「告知」不妨礙損害賠償之請求，固亦當然。蓋「告知」未有遡及效力故也。（鳩山各論二〇五頁石坂民法二三六九頁）
前註 同時履行之抗辯權（第二六四條第二六五條）

本條乃關於同時履行抗辯權之規定，大體仿諸德民法，與日民法亦無異。惟第二六五條：一方當事人有應先

爲履行之特約時，締結契約後，相對人之財產狀態有惡化者，認爲在相對人給付或提供擔保以前，有拒絕自己給付之權利，此點乃日本民法所無。

第二百六十四條 因契約互負債務者，於他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先爲給付之義務者，不在此限。

他方當事人已爲部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付，有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。

一 立法例

(1) 第一項 德民第三二〇條第一項前段：「因雙務契約負債務者，直至實行對待給付前，得拒絕自己之給付。但應向相對人先爲給付者，不在此限。」日民第五三三條，瑞債第八二條：「在雙務契約請求相對人給付者，應自先行給付，或爲給付之提供。但契約之內容或性質上，應後行給付者，不在此限。」

(2) 第二項 德民第三二〇條第二項：「相對人已爲一部之給付時，依其情形尤其是遲延部分較少，而拒絕對待給付，有違誠實信義者，不得拒絕其一部之給付。」

二 與日本民法之比較

(1) 第一項與日民法第五三三條相同。兩法但書之文字雖異，而意義則同。

(2) 日民法無第二項相當之規定。惟解釋上則全同。蓋本條規定雙務契約之同時履行抗辯權，係基於契

約法上根本理論誠實信義之原則，與雙務契約衡平之原則。故一方當事人於已爲一部之給付，可認其餘部分係甚少，或由契約之目的觀之，乃非重要之部分時，（參照上述德民法之規定）如認爲對相對人有拒絕給付之抗辯權，則爲信義衡平之原則所不許故也。日本學說及判例亦承認之。（參照鳩山各論一一七頁及其所引之判決）

三 批評

本條並未明示係關於雙務契約（*Gegenseitiger od. Zweiseitiger Vertrag*）之規定，但其所謂「因契約互負債務者」及「對待給付」有基於雙務契約而爲對待給付之意義，此在制度之性質上，固甚明顯。由本法第一項但書，亦可推知有此含義。顧自立法理論言，應以明定爲妥。德民法明定 *Gegenseitiger Vertrag*（參照第三二〇條以下）瑞債務法明定 *Zweiseitiger Vertrag*（第八二條參照）日民法亦明定雙務契約。（參照第五三三條）

第二百六十五條 當事人之一方，應向他方先爲給付者，如他方之財產於訂約後顯形減少，有難爲對待給付之虞時，如他方未爲對待給付，或提出擔保前，得拒絕自己之給付。

一 立法例

德民第三二一條：「因雙務契約負有先向相對人爲給付之義務者，如他方之財產狀態，於訂立契約後顯生減損，有不能受對待給付之虞時，在相對人爲對待給付，或對對待給付提出擔保前，得拒絕自己之給付。」瑞債第八三條：「雙務契約當事人之一方，如無力支付，或破產，或對之扣押無效，致相對人之請求有虞時，相對人於他方

對對待給付提出擔保前，得拒絕其給付。要求於相當期間內提供擔保而不提供者，相對人得解除契約。」

二 與日本民法之比較

本條在日民法無規定。惟雙務契約可以信義衡平之原則決之，方為適當，故日民法之解釋，亦有同一之結果。蓋雙務契約之滿足，原以兩當事人給付之互換為本質，如僅一方履行，他方不履行，其結果當事人間之平衡已失，而雙務契約之基礎亦失故也。以是縱當事人間有一方須先履行之約定，而兩當事人原係預期因兩給付之交換而達滿足，亦必如是實現，始可適合雙務契約之本質。故此時負在後履行義務當事人之財產狀態惡化，如到期難望其履行時，對他方當事人仍先要求履行，則反乎當事人預期之結果，破壞雙務契約之本質，應使負在後履行義務之當事人，喪失請求先履行之權利，兩當事人間祇有保留同時履行之抗辯權。惟如負在後履行義務之當事人，已提出履行之擔保，則相對人欲免除先履行之義務，已無何等根據，固毋待言。於是先履行義務者，如本條所定於「相對人已為對待給付，或提供擔保前」，得拒絕其給付。日本學者對此加以詳論者尙鮮，而有上述之同一見解者，則非絕無。（參照勝本事情變更之原則八六三頁以下）判例於此尙未明及。然同時履行之抗辯權，應受信義衡平原則之限制，判例既已詳細闡發，由此理論以演繹之，則上述之旨趣，當非不可能也。（參照勝本同上，鳩山民法研究第三卷四一頁以下，判例民法對大正十年度一五九事件我妻評釋等）

顧日本法律上後履行義務者受破產之宣告時，（參照上述瑞債務法之規定）適用破產法第五九條，結果喪失請求先履行之權利。又依日民法第一三七條之適用，喪失期限之利益者，同時喪失請求先履行之權利。上述

理論，係指無此等規定適用之情形而言，更毋待論。

前註 危險負擔（第二六六條第二六七條）

本法關於雙務契約之危險負擔，係仿德民法之採用債務人主義。惟日本民法原則上，雖亦同採債務人主義，但關於特定物，則仿民法，而採債權人主義，結果與本法之範圍，發生重大差異。茲依日民法規定與本法規定比對如下。

（1）以「關於特定物之物權設定或移轉」爲目的之契約。

甲、其物因不可歸責於雙方之事由而滅失或毀損，致以給付其物爲目的之債務全部或一部不能時，——依日民法，則應爲對待給付之義務，不受何等影響。（日民法第五三四條第一項）反之，若依本法，則此義務按不能之部分消滅全部或一部。（第二六六條第二項）

乙、上述之滅失或毀損，因可歸責於債權人之事由時，——在日本民法與前段之處置無異。（日民法第五三四條第一項）至在本法，則對待給付之義務，並不消滅。（第二六七條）因此，此時兩民法間無差異。

（2）（1）之雙務契約附有停止條件時。

甲、標的物在停止條件之成否未定前滅失時，——日本民法還入債務人主義之原則，（第五三五條第一項第五三六條）故此時與本法同。

乙、標的物在停止條件之成否未定前毀損時，——日本民法與（1）之解決同。（第五三六條第二項）故

毀損因不可歸責於兩當事人之事由時，在日本民法對應為對待給付之義務，不受影響。反之，在本法則按毀損之比例而減少。（第二六六條第一項後段）反之，毀損因可歸責於債權人之事由時，則應為對待給付之義務，兩民法上均無影響。（日民法第五三六條第二項）（可參照本書第二六七條之註釋及批評 2）

（3）除前述二情形外，即以特定物之物權設定或移轉為目的之雙務契約，因標的物之滅失毀損或其他之事由給付不能時，及以特定物之物權設定或移轉以外之給付為目的之雙務契約，日本民法亦係採債務人主義，故此在兩民法上不生差異。

（4）一切雙務契約，因可歸責於債務人之事由，致給付之全部或一部給付不能時，債權人以債務不履行為理由，得為損害賠償或解除契約，固屬當然，所謂危險負擔者，不成問題。日民法第五三五條第三項，對附停止條件之雙務契約，雖已特設規定，就上述之理論觀，在無相當規定之本法，亦有同一結果。

（5）危險負擔，乃關於雙務契約之制度，日本民法（參照第五三四條以下）德民法（所云 *Gegenseitiger Vertrag* —— 第三二三條以下）瑞債務法（所云 *Zweiseitiger Vertrag* —— 第一一九條）均有明定。本法於此未行明定，容係認為當然故耳。即對同時履行之抗辯權，本法亦未明定，予已加以非難（參照本書第二六四條之批評）對危險負擔之非難亦同，應明示係關於雙務契約之規定。但本書則認此為當然之事，故與日民法比較論述。

第二百六十六條 因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。如

僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。

前項情形，已爲全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還。

一 立法例

(1) 第一項 德民第三二三條第一項：「雙務契約當事人之一方，所負擔之給付，因不可歸責於雙方當事人之事由而不能時，則失對待給付之請求權。一部不能者，按第四百七十二條，第四百七十三條之規定，減少對待給付。」瑞債第一一九條第二項：「雙務契約免債務之債務人，對其所受領之對待給付，負不當利得之責任，且喪失尙未履行之對待債權。」日民第五三六條第一項。

(2) 第二項 德民第三二三條第三項：「因前項之規定，不負擔對待給付時，得依不當利得之返還規定，請求返還已經給付之物。」瑞債已見上。

二 與日本民法之比較

(1) 本條雖適用一切之雙務契約，但日民法則設有重要之例外，可參照前註。

(2) 第一項後段規定，乃日民法所無。惟爲雙務契約適合信義衡平原則之規定，故日民法之解釋，當亦從同。（參照鳩山各論一三三頁）

(3) 第二項亦爲日民法所無。惟理論上應於對待給付之義務消滅後，對已經給付之物，自可發生不當得利，故日民法亦與本法同。（參照鳩山各論一三二頁）

第二百六十七條 當事人之一方，因可歸責於他方之事由，致不能給付者，得請求對待給付。但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。

一 立法例

德民第三二四條第一項：「雙務契約當事人之一方所負給付，因可歸責於他方之事由而不能者，不失對待給付之請求權。但因免為給付之節省，或依自己勞力為其他使用之取得，或故意怠於取得之利益者，則應扣除之。」日民第五三六條第二項。

二 與日本民法之比較

(1) 本條與日民法第五三六條第二項之旨趣相同。惟於應扣除之利益中，除因免去債務所得利益外，更加入其他所得利益，此其異點。

(2) 本條應「扣除」因免債務所得之利益。而日民法則係應「償還」之利益。用語異而實際同。

三 註釋及批評

(1) 本條因免債務，應行扣除所得之利益者，例如勞務人因歸責於債權之事由，不能給付勞務者，不問從事其他勞務可得工資，或不從事其他勞務時，此可得之工資，應行扣除之。惟由文字上解之，對債務人以善良管理人之注意，始可取得之全部利益，盡行扣除，則其範圍顯屬失之太廣，有不公平之結果。與本條相當之前述德民法規定，「以惡意不行取得」(zu erwerben böswillig unterlässt) 學者解為須有予債權人以損害之意思

(Schadungszweck) (Oertmann, Komm. 4 zu § 324) 由公平之原則觀之，理論適當，如本法之解釋亦從此種意義，僅以可得利益不行取得，係反於信義之原則者始應扣除，方屬正當。

(2) 本條條文乃關於全部之不能。惟縱為全部不能，而對待給付之請求權，亦不受影響，故一部不能時，未
有本條同一之結果。即因一部不能而縮減給付義務，與全額之對待給付義務，仍成立雙務契約關係 (Oertmann
Komm. 2 a zu § 324)

前註 為第三人之契約 (第二六八條至第二七〇條)

本法關於使第三人取得債權之契約，略與日本民法之規定同，其他所定由第三人為給付之契約效力，則仿
瑞債務法，此與日本民法異。

(日民法) (本法)

一 使第三人為給付之契約

無規定……………二六八條

二 使第三人取得債權之契約

(1) 以第三人受益之意思表示為權利發生之要件 (五三七條)……………依契約當然發生利益依不享受之意思表示為消滅
(二六九條一項三項)

(2) 在受益之意思表示後當事人無變更權 (五三八條)……………略同 (二六九條二項)

(3) 債務人得以基於契約之事由對抗第三人 (五三九條)……………同 (二七〇條)

第二六十八條 契約當事人之一方，約定由第三人對於他方為給付者，於第三人為給付時，應負損害賠償

責任。

一 立法例

瑞債第一一一條：「對他方約定由第三人給付者，其不為給付時，有賠償因此所生損害之義務。」

二 與日本民法之比較

日民法無本條相當之規定，解釋上當可略同。蓋現代法下不基於第三人之意思，使其負擔債務之契約，任何人亦不得訂定。故某者若約定使第三人為給付時，而第三人不為給付，即不問其理由如何，應推定有自為給付或負損害賠償責任之意思。（所謂 *Garantievertrag* 之趣旨）（參照石坂日本民法二二四八頁）果若是，則與本條所定之結果略同。——德民法亦無本條相當之規定，成為學者之解釋問題。其意義略與本稿同。但應否推定債務人（諾約者）負無過失之責任，學說尙未一致（*Oertmann, Komm. 7 zu § 297; Staudinger, Komm. V zu § 297 und dort Zitierte 參照*）。

三 註釋

（1）第三人直接負擔債務與否，本條並未明定，依前段所述，應加否認，自毋待言。（參照 *Oser, Komm. IV zu Art. 111* 對瑞債務法上述條文之解釋）

（2）契約當事人不問第三人不為給付之理由如何，應絕對負擔損害賠償之責，乃本條所明定。但本條並非強制法規，故債務人（諾約者）約定盡力使第三人給付，而不為給付時，僅以可歸於己之情形為限，負其責任者，

固無不可，惟無是項特約時，始負絕對的責任，實爲本條意義之所在。

(3) 債務人（諾約者）之責任，在賠償損害而不在本來之給付。惟約定之給付，非專屬於一身時，則實際上由債務人代爲給付，或較實行約定賠償損害之情形爲多，於斯既爲本來之給付，得免損害賠償之義務，可毋待論。且在有此項特約時，以不專屬於一身之給付爲限，債權人（要約者）亦可以債務人之給付而得滿足，故應解爲在債務人已爲給付，債權人無拒此而請求損害賠償之權利。是由一般第三人清償債務認爲有效之點觀之，容屬當然。（參照第三一一條）

第二百六十九條 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，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。

第三人對於前項契約，未表示享受其利益之意思前，當事人得變更契約或撤銷之。

第三人對於當事人之一方，表示不欲享受其契約之利益者，視爲自始未取得其權利。

一 立法例

(1) 第一項 日民第五三七條第一項，德民第三二八條第一項：「依契約約定第三人取得直接請求給付之權利，其效力得對第三人爲給付。」同第三三五條：「要約人雖約定第三人有給付請求權，得對相對人請求向第三人爲給付。但契約當事人認爲有特異之意思者，不在此限。」

(2) 第二項 日民第五三八條。

(3) 德民第三三三條：「第三人對依契約取得之權利，返還於諾約人（債務人）時，視為未取得其權利。」
二 與日本民法之比較

(1) 日民法第五三七條第一項，無如本條第一項債權人自身亦取得請求權之規定。惟為第三人之契約，實際上常有發生此權利之意思，應認為有此效力，毋乃當然，故在日民法上解釋亦無區別。（參照學說判例皆承認之鳩山各論一八八頁及其所引之學說判例）

(2) 日民法第五三七條第二項，以第三人之受益意思為此權利之發生條件，第五三八條規定當事人在此權利發生後，不得變更消滅。是依此規定反面解釋，可與本條第二項同。

(3) 關於受益意思表示之相對人，本條第二項並未明言。苟如後段註釋，對任何一方當事人均可為之，則與日民法所定應債務人為之者，當有區別。

(4) 本條第三項規定，乃日民法所無。在日民法以第三人之受益意思表示，始取得其權利，故不為此意思表示，亦屬不享受利益之意思表示，此意思表示僅有對受益之意思表示，為拋棄權利之意義。故與本條第三項之理論基礎異。惟實際上之結果亦無差別。

三 註釋

(1) 為第三人之契約中，關於第三人權利之發生與其受益意思表示之關係，立法例不一。日民法以受益之意思表示而發生權利。在此意思表示以前，於第三人之權利無何影響，故契約當事人有變更或撤銷契約之權

能。（日民法第五三八條）且對第三人不享受利益之意思表示，亦無付與何種特別效力之必要。反是，德民法不待第三人受益之意思表示，以契約而當然發生第三人之權利。當事人原則上無變更撤銷契約之權能。（參照德民法第三二八條第二項，第三三一條）又第三人為不欲享受利益之意思表示時，——非無此意思，即應強制其享受利益，——故不得不認此意思表示有遡及的效力。（參照第三三三條）若在本法，一面如日民法規定在有受益之意思前，契約當事人得變更或撤銷契約，（第二項）一面又如德民法為不享受利益之意思表示者，則規定發生遡及的權利消滅。（第三項）欲此兩規定不相矛盾，可作如下解釋。

甲、以契約雖當然發生第三人之權利，但此權利，契約當事人有得任意變更或撤銷之效力。

乙、第三人為受益之意思表示時，對其權利取得確定之效力，契約當事人不得更行變更或撤銷。

丙、第三人為不為受益之意思表示，卻為不享受之意思表示時，對已經當然發生之第三人微弱權利，遡及的消滅之。

（2）第二項意思表示之相對人為誰，未有規定，僅第三項有規定。惟第二項與第三項之意思表示，均依第一項而當然發生，有積極的或消極的確定第三人權利效力之作用。故其相對人以解為相同者為妥。

四 批評

本條用「要約人」字樣，頗覺不妥。與契約上之要約承諾無關，而稱取得債權者為要約人，稱負擔債務者為諾約人者，雖亦不無其例，然既用要約人與承諾人對稱，（參照第一五四條以下）則此處應稱之為「債權人」。

第二百七十條 前條債務人得以由契約所生之一切抗辯，對抗受益之第三人。

一 立法例

日民第五三九條，德民第三三四條：「基於契約之抗辯，債務人（諾約人）亦得以之對抗第三人。」

二 與日本民法之比較

本條與日民法完全同。

第四節 多數之債務人及債權人

本節內容，可分為四。

(本法)

(日民法)

- (1) 可分債權債務關係……………二七一條……………四二七條
- (2) 連帶債務關係……………二七二條至二八二條……………四三二條至四四五條
- (3) 連帶債權關係……………二八三條至二九一條……………無規定
- (4) 不可分債權債務關係……………二九二條至二九三條……………四二八條至四三一條

故本節內容，與日本民法債權編第一章第三節「多數當事人之債權」第一款至第三款相當。而日本民法第四款保證債務，在本法則為各種契約之一，列於債編之末。

第二百七十一條 數人負同一債務，或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之。其給付本不可分而變爲可分者亦同。

一 立法例

(1) 前段 | 日民第四二七條，德民第四二〇條，「數人負擔可分給付，或數人得請求可分給付者，於未定時各債務人以平均之比例負擔義務，各債權人以平均之比例有其權利。」

(2) 後段 | 日民第四三一條。

二 與日本民法之比較

多數當事人之債權債務，以可分債權債務爲原則，此點與日民法相同。

前註 連帶債務（第二七二條至第二八二條）

本法連帶債務之規定，與日本民法近似。其排列上連帶債務之成立，連帶債務之效力，對連帶債務人中一人所生事由之效力，求償關係等，亦與日本民法略同。故與日本民法之比較，各以前註揭出之。

第二百七十二條 數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，爲連帶債務。

無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者爲限。

一 立法例

瑞債第一四三條：「數債務人之連帶，以數人對債權人表示各自對全債務之給付負擔責任者而成立。無此

「意思表示時，以法律有規定者為限，發生連帶。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法與德民法同，不設如本條第一項以意思表示之內容，成立連帶債務之一般規定。惟如本條情形之應成立連帶債務，本屬明顯。

(2) 本條第二項亦為日民法所無。日民法第四二七條在多數當事人之債務關係，定為以可分債務為原則，故連帶債務之成立，當然以法律規定或當事人之意思表示為必要。因此與本條第二項所生結果亦無異。

(3) 實際上之重要者，在兩民法規定於如何之情形，成立連帶債務。此等情形，不以此間所明指者為限，尤其日商法關於商事連帶債務之承認，應予注意，即在本法亦非不承認之。其主要者如下。

(日商法)

(中國法)

(1) 第六三條 (無限制公司股東之對外責任) 同 (公司法三五條)

(2) 第一三六條 (股份公司發行人之認股或繳納責任) 同 (公司法一〇五條)

(3) 第一四二條之三 (股份公司不成立時之責任) 無規定

(4) 第一四二條之四 (股份公司關於監督檢查及發行人之設立公司因懈怠業務之責任) 無規定

(5) 第一四六條二項 (共有股份者之繳納義務) 同 (公司法一一三條)

(6) 第一七七條 (股份公司因監督懈怠業務之責任) 不成連帶 (公司法一四八條二項)

- (7) 第一八六條 (股份公司因檢查及監督懈怠業務之責任) 無規定
- (8) 第二一六條 (股份公司對監督認股及繳納之責任) 無規定
- (9) 第二七三條 (因商行爲之債務) 同 (票據法施行法五條)
- (10) 第二九九條 (隱名合夥員承認以姓名爲商業上之使用時之責任) 不成連帶 (民法七〇五條)
- (11) 第三三九條 (相繼運送時各運送人之責任) 同 (民法六三七條)

前註 連帶債務之效力 (第二七三條)

本法第二七三條規定連帶債務之效力，與民法第四三二條同義。惟本法對連帶債務人之全體或其中數人破產時，無日民法第四四一條之相當規定。日本民法此條之解釋，學說紛歧。即債權人得以本來之債權額，加入各破產財團分配，抑以對各個債務人爲破產宣告時所有之債權額加入其破產財團分配，尙有爭論。但依日破產法第二四條解決，則已規定債權人得「以破產宣告時所有債權全額」加入分配。本條之解釋，如中國破產法不設特別之規定，亦可生日本民法上同一之疑問。

第二百七十三條 連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。

連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。

一 立法例

(1) 第一項 日民第四三二條，德民第四二一條前段：「數人負一個給付之債務時，各人應對全部給付

負義務，而債權人僅得請求一次給付者，（連帶債務人）債權人得任意對各債務人請求全部或一部之給付。」
瑞債第一四四條第一項：「債權人得向各連帶債務人請求一部或全部。」

（2）第二項 德民第四二一條後段：「於此情形，總債務人之債務，直至全部給付止。」瑞債第一四四條第二項：「總債務人之負擔義務，迄至全債權消滅為止。」

二 與日本民法之比較

日民法無本條第二項相當之規定，惟解釋上係屬同一，殆無可疑。（參照前註）

前註 連帶債務人中一人所生事由及於他債務人之效果（第二七四條至第二七九條）

本法規定，位於德日兩民法之間，大體上與日本民法近似，內容如左。

（日民法）

（德民法）

（本法）

（1）以相對的效力為原則：四四〇條……………同（四二五條）……………同（二七九條）

（2）清償……………無規定……………絕對的效力（四二三條一項）……………同（二七四條）

（3）代物清償……………無規定……………絕對的效力（四二三條一項）……………同（二七四條）

（4）提存……………無規定……………絕對的效力（四二三條一項）……………同（四七四條）

（5）請求給付……………絕對的效力（四三四條）……………相對的效力（四二五條二項）……………與德民法同（二七九條）

（6）更改……………絕對的效力（四三五條）……………無規定……………無規定

（7）抵銷……………絕對的效力（四三六條一項）……………同（四二二條一項）……………同（二七四條）

（8）免除……………對負擔部分有絕對的效力……………相對的效力（四二三條）……………與日民法同（二七六條一項）

- (9) 混同……………絕對的效力(四三八條)……………相對的效力(四二五條二項)……………與日民法同(二七四條)
- (10) 時效之完成……………對負擔部分有絕對的效力……………相對的效力(四二五條二項)……………與日民法同(二七六條二項)
(四三九條)
- (11) 債權人遲延……………無規定……………絕對的效力(四二四條)……………同(二七八條)
- (12) 判決……………無規定……………相對的效力(四二五條二項)……………一定之情形有絕對的效力
(二七五條)
- (13) 以他債務人之債……………限於該債務人負擔部分者可能……………不能(四二二條二項)……………與日民法同(二七七條)
權為抵銷之權利……………(四三六條二項)

日本民法所定而本法規定所無者為更改。日民法仿法民法認為有絕對的效力，惟在本法之解釋上，與此相反，得認為有相對的效力。蓋更改無與債權人以滿足故也。德民法對更改亦無規定，學者亦僅認有相對的效力 (Oertmann, Komm. 5 a zu § 423)。

第二百七十四條 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。

一 立法例

(1) 清償、代物清償、提存 德民法第四二二條第一項：「連帶債務人中之一人為清償，為其他債務人生其效力，代物清償、提存及抵銷亦同。」瑞債第一四條第一項：「連帶債務人中一人依清償或抵銷，使債權人滿足者，其他債務人免其義務。」

(2) 抵銷 日民法第四三六條第一項，德民第四二二條第一項，(見前)瑞債第一四七條第一項。(見

前)

(3) 混同 日民第四三八條——(反對)德民第四二五條第二項：「前項規定，尤其適用連帶債務人中之一人催告、遲延、過失所生給付不能、消滅時效，與其中斷、停止、債權債務之混同，及確定判決。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法對清償、代物清償及提存發生絕對的效力，未有規定。惟在前二情形，債權人得有滿足，在後一情形，亦應作同視，故日民法之解釋，應認為有絕對的效力，與本法相同，殆屬無疑。(參照鳩山總論二六二頁)

(2) 對抵銷認有絕對的效力，德日兩民法均與本法同。對混同，日民法雖認有絕對的效力，但德民法則僅認相對的效力。(第四二五條第二項)本條係仿日民法，應予注意。

第二百七十五條 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，為他債務人之利益，亦生效力。

一 立法例

(反對)德民第四二五條第二項，——(參照)日舊民財擔編第五八條第五九條。

二 與日本民法之比較

日民法對判決之效力，無何等規定。一般學說解為一切判決，僅有相對的效力。(參照鳩山總論二六九頁石

坂日本民法八五六頁)

三 註釋

(1) 判決有絕對的效力與否，在德普通法已成爭執問題，當時通說，認有利於債務人之判決，有絕對的效力 (Windscheid, Pandekten, Bd. II, Anm. 8 zu § 295 und dort Zitierte)。惟此後立法例多認爲相對的效力 (Alr. I. 5 § 437; 薩克森民法第一〇三二條等) 德民法 (第四二五條第二項) 亦以明文仿之。瑞債務法雖未特爲規定，學說上僅認有相對的效力，與日本民法學者同 (Oser, Komm. 4 f a zu Art. 147)。民法無明文，判例大體上以認絕對的效力爲多數說，而反對說亦不少。祇日本舊民法財產擔保編第五七條至第五九條，僅於一定之範圍，認有絕對的效力。本條規定，或係從民法之判例及多數說之理論，想當然耳 (參照民法判例學說之大概 Dalloz Nouveau Code civil annoté, Art. 1351 No. 1435-1456)。

(2) 解釋本條時，應注意下列各點。

(A) 連帶債務人中之一人受確定判決，不利於債務人者 (例如債權人提起請求給付之訴原告勝訴時) 判決之效力，不及於其他債務人。

(B) 反之，其判決有利於債務人者 (例如前訴訟被告勝訴時) 更可分爲二種情形。

子、其判決理由，基於該債務人個人之事由者 (例如以無能力得行撤銷爲理由時，或以對該債務人一人已經和解爲理由時) 判決之效力，不及於其他債務人。

丑、反之，其判決理由，基於其他之事由者 (例如以業已清償爲理由時) 判決效力，及於其他債務人。

(C) 但「基於個人關係」之概念，甚不明瞭，凡為確定判決之基礎，兩造具體的及形式的攻擊防禦之方法，一一考量，定其果係基於個人關係與否，疑問殊多。在民法之判例與理論，關於具體之點，學者間之爭論，不知所止，誠有其故。今欲對此詳加探訂，是非所許，可參照法民法之學說，以作仔細研究也。

第二百七十六條 債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。

前項規定，於連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，準用之。

一 立法例

(1) 免除 | 日民第四三七條——(參照) 德民第四二三條：「債權人與連帶債務人中之一人約定免除者，契約當事人有消滅全債務關係之意思時，對其他債務人亦有效力。」

(2) 時效 | 日民第四三九條——(反對) 德民第四二五條第二項(見前)

二 與日本民法之比較

(1) 本條第一項，與日民法第四三七條之立言方法雖異，卻本於同一理論而來。

(A) 債權人若對連帶債務人中之一人表示消滅全部債務之意思時，如德民法第四二三條，債務人全體應免債務，此由本條反對解釋所生之結果，日民法之解釋，亦屬相同。第四三七條並無否認之意，殆無可疑。(參照

(B) 債權人未表示消滅全部債務之意思時，雖對該債務人之分擔部分，免其債務，對其餘之部分，仍負連帶債務，在中日兩民法之條文上，本屬明瞭。

(C) 最後受免除意思表示之債務人，本身可免全部債務，在兩民法之條文上，亦可推測得之。

(2) 對時效與前段所述同一之理由，兩民法有完全相同之內容。

第二百七十七條 連帶債務人中之一人，對於債權人有債權者，他債務人以該債務人應分擔之部分為限，得主張抵銷。

一 立法例

日民第四三六條第二項，——(反對)德民第四二二條第二項：「連帶債務人中之一人有債權者，他債務人不得援用抵銷。」

二 與日本民法之比較

日民法完全相同。日本民法，雖以有對待債權之債務人自身未抵銷為要件，此固屬當然者也。

第二百七十八條 債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時，為他債務人之利益，亦生效力。

一 立法例

德民第四二四條：「債權人對連帶債務人中之一人遲延者，對他債務人亦有其效力。」

二 與日本民法之比較

關於債權人之遲延，生絕對的效力與否，日民法無規定。予以爲連帶債務人中之一人爲清償，可認爲依債務本旨爲清償時，債權人對之不行受領，所生債權人之遲延，可生絕對的效力。（鳩山總論二六六頁末弘全集九卷五五頁同說）採反對見解之學說者，亦屬不少。（鳩山總論引同諸說）因瑞債務法亦無規定，學說上多認爲有絕對的效力（Oser, *Komm.* 4 f § zu Art. 147）。

第二百七十九條 就連帶債務人中之一人所生之事項，除前五條規定或契約另有訂定者外，其利益或不利益，對他債務人不生效力。

一 立法例

德民第四二五條第一項：「第四百二十二條至第四百二十四條所揭以外事項，以債務關係不生差異之結果者爲限，僅對發生該事項之債務人有其效力。」日民第四四〇條。

二 與日本民法之比較

日民法第四〇條，雖未明定得以契約排除之，但解釋上應予肯定，殆屬無疑。

前註 求償權關係（第二八〇條至第二八二條）

本法對連帶債務人間求償權之規定，亦位於德日兩民法之間，而尤與日本民法近似。內容如左。

（日民法）

（德民法）

（本法）

（1）分擔部分……………無規定……………平均（四二六條一項前段）……………同（二八〇條本文）

(2) 求償權之要件	四四二條一項	無規定	與日民法略同(二八一條一項)
(3) 求償權之範圍	四四二條二項	無規定	與日民法略同(二八〇條但書二 八一條一項)
(4) 清償應通知之義務與求償權之關係	四四三條	無規定	無規定
(5) 有無資力人時	他人之分擔 部分增加	四四四條	同(四二六條一項後段)
	免除連帶時之 債權人負擔	四四五條	無規定 無規定(有免除時亦債務人負擔 二八二條二項)
(6) 求償權人之代位權	無規定	四二六條二項	同(二八一條二項)

日民法第四四三條，連帶債務人中之一人為清償時，或為清償後，有通知其他連帶債務人之義務，如違反者，規定為喪失其求償權，本法無是等規定。本來日民法規定係將普魯士民法及法民法上保證人與主債務人間所認通知義務，應用於連帶債務人間。（參照第四四三條第四六三條第一項）惟本法對保證人亦無此項規定。由一般之理論觀之，認連帶債務人間有此義務，容有困難。故惟連帶債務人間可認為有生此義務之特約而違反之者，始可解為應負損害賠償之責任。

第二百八十條 連帶債務人之相互間，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應平均分擔義務。但因債務人中之一人，應單獨負責之事由所致之損害，及支付之費用，由該債務人負擔。

一 立法例

(1) 本文 德民第四二六條第一項前段：「連帶債務人相互間以無訂定為限，按平等之比例，負擔債務。」
瑞債第一四八條第一項：「依連帶債務人間之法律關係，不生差異之結果為限，各債務人對債權人所給付之清

償，按平等之比例負擔之。」

(2) 但書 (參照) 日民第四四二條第二項。

二 與日本民法之比較

(1) 日民法無本條相當之規定，解釋上則完全相同。

(2) 本條但書規定之反對解釋，債務人中一人，因不可歸責之事由，受有損害或支出費用，應行平均分擔，故應解為包含於求償權範圍以內。是與日民法第四四二條第二項有同一趣旨。

第二百八十一條 連帶債務人中之一人，因清償或其他行為，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還其各自分擔之部分，並自免責時起之利息。

前項情形，求償權人於求償範圍內，承受債權人之權利。但不得有害於債權人之利益。

一 立法例

(1) 第一項 (同旨趣) 日民第四四二條，德民第四二六條第一項：「連帶債務人相互間以無訂定為限，按平等之比例，負擔債務。連帶債務人中之一人不能支付其分擔部分時，他債務人應負擔其不足額之補償義務。」

(2) 第二項 德民第四二六條第二項：「連帶債務人中之一人清償債務，且對他債務人有求償權時，對他債務人之債權，移轉於清償人。此項移轉，有害於債權人時，不得主張之。」——(同旨趣) 瑞債第一四九條：「債權人所有權利，在債權人滿足之範圍內，移轉於有償還請求權之連帶債務人。債權人負責對連帶債務人中一人

之法律上地位不良，不得有害於他連帶債務人。」法民第一二五一條第三款：「代位法律上所生左述情形……」
3. 與他人或爲他人負責償債務之義務者，盡其義務時。」

二 與日本民法之比較

(1) 與本條第一項相當之日民法第四四二條規定，利息以外不可避免之費用，亦包含於其他損害賠償求償權之範圍以內，已如前述，(參照二之2) 在本法亦屬同一，故此點與日民法不生差異。

(2) 關於連帶債務人中之一人，基於其求償權，可否爲債權人之代位，日民法無明文。故爲第五〇〇條解釋上應解決之問題。而日民法學者亦有消極說，多數學者及判例，則認與本條有同一之結果。(參照鳩山總論二八〇頁及其所引之判例與末弘全集一〇卷第三〇六頁勝本債總概說二〇二頁等) 但第二項但書，例如未清償債務之全額，對債權人有擔保權，雖於此部分，亦不得代位之意，在日民法之解釋，亦屬相同，可無疑問。

第二百八十二條 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。

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。

一 立法例

(1) 第一項 日民第四四四條、德民第四二六條第一項後段：「連帶債務人中之一人，不能支付其分擔部分者，他債務人有負擔補償其不足額之義務。」瑞債第一四八條第二項第三項：「連帶債務人中之一人支付，

較多於其分擔部分者，得向共同債務人請求償還其餘額，共同債務人之一人未償還部分，由其他之人平均負擔之。」

(2) 第二項 (參照) 法民第一二一五條：「債權人對連帶債務人中之一人雖免除債務之連帶，但在他債務人中無資力清償時，受免除連帶之人及其他之債務人，仍按其分擔部分負擔之。」日民第四四五條。

二 與日本民法之比較及註釋

(1) 第一項與日民法相同。

(2) 第二項日民法無規定，惟對免除連帶及求償權之關係，日民法第四四五條有特別規定，為本法所無。例如甲乙丙丁四人，連帶負擔一千二百元之債務，丁受連帶之免除，甲則清償全部，對乙丙丁各求償四分之一時，丙為無資力，於是丁應負擔餘額部分百元，債權人應負擔之。此項規定，解為應類推及於本條所定之免除債務，則與本條第二項之結果異。惟日民法學者一般所持理由，以第四四五條規定，反乎理論，於免除債務，不得類推。(參照反坂日民法中卷八九二頁鳩山總論二八五頁等) 故解釋與本條第二項同。但日民法第四四五條規定之情形，本法上之解釋則屬相反，丁受連帶之免除，對求償權關係，應有影響。德民法之解釋亦屬相同 (Oertmann, Komm. 4 zu § 423; Motive, II, S. 165)。

前註 連帶債權 (第二八三條至第二九一條)

本法對連帶債權，設詳細規定，其內容大體與德民法相似。至本法與德民法之比較，當於各條指及。在此先將

本法中連帶債務與連帶債權之規定比較。蓋此兩制制度，大體係本於同一之觀念，德民法對於後者，僅設特別之規定，其他則準用前者規定。在日民法連帶債權所未規定者，解為論理上類推適用連帶債務之規定。然本法對連帶債權設與連帶債務同樣之規定，不出以準用之手段，僅由條文觀之，兩者之關係，殊不明瞭。茲列表闡明之如左：

(連帶債務) (連帶債權)

一 效力 二七三條……………二八三條二八四條

二 對一人所生事項之效力

(1) 清償、代物清償、提存、抵銷、混同……………絕對的效力(二七四條)……………同(二八六條)

(2) 確定判決……………非基於個人關係者有為他債務人利益之效力(二七五條)……………利益之確定判決，有絕對的效力，不利益之確定判決，僅非基於個人關係時有絕對的效力(二八七條)

(3) 免除、時效……………對分擔部分有絕對的效力(二七六條)……………同(二八八條)

(4) 抵銷權……………以分擔部分為限他債務人亦有抵銷權(二七七條)……………不成問題

(5) 債權人遲延……………絕對的效力(二七八條)……………同(二八九條)

(6) 請求……………無規定，故有相對的效力……………絕對的效力(二八五條)

(7) 原則……………相對的效力(二七九條)……………同(二九〇條)

三 求償權

(1) 分擔部分……………平均(二八〇條)……………利益平均(二九一條)

(2) 求償之要件與範圍……………二八〇條二八一條……………無規定

(3) 有無資力者時……………二八二條……………無規定

第二百八十三條 數人依法律或法律行為，有同一債權，而各得向債務人爲全部給付之請求者，爲連帶債權。

一 立法例

德民第四二八條前段：「數人得請求同一給付，而各人得請求全部給付，債務人僅負一次給付之義務者，（連帶債權者）債務人得任意向各債權人爲給付。」瑞債第一五〇條第一項：「數債權人間之連帶，以對債務人表示各人有全債權之意思，或依法律規定之情形而發生。」

二 與日本民法之比較

日民法雖無關於連帶債權之規定，但學者間則認爲有此債權之存在，應基其性質類推適用連帶債務之規定而解決之。故與本條有同一之結果。（參照日民法上連帶債權之性質及效力詳見石坂民法第九二六頁至九三二頁）

第二百八十四條 連帶債權之債務人，得向債權人中之一人爲全部之給付。

一 立法例

德民第四二八條前段，（見前）——（同旨趣）瑞債第一五〇條第二項第三項：「對連帶債權人中之一人爲給付，而債務人得免對全體債權人之義務，債務人因其中一人法律上不得請求時，有向任何人爲支付之選擇權。」

二 與日本民法之比較

本條顯然如德瑞兩法之明定債務人得由連帶債權人中任意選擇一人對之爲全部之清償。即在日民法亦應有此結果。

第二百八十五條 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。

一 立法例

德民第四二九條第三項，第四二五條，僅認有相對的效力。

二 與日本民法之比較及批評

在日民法之解釋準用第四三四條，應認有絕對的效力，與本條同，但該條乃對連帶債務，使其債權效力特別強大之特別規定，係罕觀之立法例，（參照本書第二七四條前註之表）在連帶債權，寧屬不能準用，僅生相對之效力，方屬正當。前述德民法規定，認連帶債權僅有相對的效力，與連帶債務同。然本法於連帶債務既仿德民法，不過認有相對的效力，（第二七九條）乃對連帶債權，認爲有絕對的效力，究有何種理由，殊屬費解。

第二百八十六條 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。

一 立法例

德民第四二九條第三項，第四二二條第一項，（清償、代物清償、提存、抵銷）第四二九條，（混同）

二 與日本民法之比較

清償、代物清償、提存及抵銷，有絕對的效力，在日民法之解釋，固無疑問。惟混同則反是，以認定與本條相同，有絕對的效力為當。蓋債務人與連帶債權人中之一人混同，亦不失其選擇該債權人為清償之權利，故此時視為已經清償，生絕對的效力，他連帶債權人不得為此而特蒙不利故也。此項意義，在日民法之解釋，可認為準用第四三八條。惟德民法在連帶債務之混同，僅有相對的效力，而連帶債權上則認有絕對的效力。本法於連帶債務，認有絕對的效力，（第二七四條）與日民法同，在連帶債權亦本於同一之態度。

第二百八十七條 連帶債權人中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。
連帶債權人中之一人，受不利益之確定判決者，如其判決非基於該債務人之個人關係時，對於他債權人，亦生效力。

一 立法例

（反對）德民第四二九條第三項，（準用關於連帶債務之第四二五條第二項）參照本書第二七五條之記述。

二 與日本民法之比較

日民法之解釋，對一切之判決，應認有相對的效力，與在連帶債務者同。（參照石坂日本民法第九三〇頁）

三 註釋

(1) 在連帶債務之判決，有絕對的效力與否，與連帶債務上同一問題有關，學說及立法例不一。本法於此似採法民法之判例及多數說。（參照第二七五條之三，按法民法理論之大略，參照 Dalloz, Nouveau Code civil annoté, Act. 1351 No. 1457, 1458）

(2) 本法解釋，除第二七五條註釋所述外，應注意下列各點。

(A) 連帶債權人中之一人受有利益於債權人之判決，不問理由如何，生絕對的效力。此判決理由究依債權人或債務人之個人的情事與否，固可勿問。蓋債權人之利益判決，雖基於任何方當事人之個人的情事，亦屬不成問題故也。

(B) 反是，連帶債權人中之一人，受不利於債權人之判決，此判決之理由，因是否基於債權人個人的情事而異其效力，恰與連帶債務中有利益於債務人之判決同。

第二百八十八條 連帶債務人中之一人，向債務人免除債務者，除該債權人應享有之部分外，他債權人之權利，仍不消滅。

前項情形，於連帶債權人中之一人，消滅時效已完成者，準用之。

一 立法例

依德民第四二九條第三項，準用第四二三條（免除）及第四二五條第二項（時效）之結果，有相對的效力，與本條相反。

二 與日本民法之比較

日民法解釋，如準用第四三七條及第四三九條，應有本條之同一結果。然認免除有絕對的效力，在連帶債權依一人之免除致有關之他債權人失權利，與在連帶債務僅使有關之他債務人受利益者，其實質的意義異。故在連帶債權，僅認有相對的效力，與本條相反者，殆屬適當，即對時效，亦甚類似。（參照石坂日本民法九二九頁）

德民法對免除及時效，在連帶債務與連帶債權均祇認有相對的效力。本法卻與之相反，對兩者均認有絕對的效力。

第二百八十九條 連帶債權人中之一人有遲延者，他債權人亦負其責任。

一 立法例

德民第四二九條第一項：「連帶債權人中之一人遲延，對他債權人亦有其效力。」

二 與日本民法之比較

日民法關於債權人對連帶債務人中之一人受領遲延，有否絕對的效力，未曾規定。予以爲解釋上與本法第二七八條同，應認有絕對的效力。（參照本書第二七八條之二）在連帶債權亦可本於同一理論，應認有絕對的效力，與本條同。

第二百九十條 就連帶債權人中之一人所生之事項，除前五條規定或契約另有訂定外，其利益或不利益，對他債權人，不生效力。

一 立法例

德民第四二九條第三項，第四二五條。

二 與日本民法之比較

本條理論，在日民法之下，完全同一，固勿待論。惟具體的適用而成問題者，爲更改。在本法可生相對的效力，由本條之規定，已屬明顯，日民法對連帶債務予改更以絕對的效力，與本法異。（參照第四三五條及本書第二七四條之前註）故若以此規定準用於連帶債權，則已與本法不同，然依予觀察，改更並非生債權之滿足，故在連帶債務認有絕對的效力，殊鮮理論上之根據，僅可推測當事人之意思，方屬適當，是對連帶債務不能準用此項規定，與本法相同，僅認有相當的效力爲當。（石坂日民法第九二八頁與上述見解相反）

第二百九十一條 連帶債權人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分受其利益。

一 立法例

德民第四三〇條：「連帶債權人相互間以平等之比例有其權利，但另有規定者，不在此限。」

二 與日本民法之比較

此亦與日民法之解釋同。

前註 不可分債權債務關係（第二九二條第二九三條）

第一 本法第二九二條及第二九三條，係關於不可分債權及不可分債務之規定，惟其內容尙有重大疑問，茲分

述之。

(1) 不可分債權人爲甲乙丙，債務人爲丁時，甲乙丙之請求，及丁之清償，究應如何，本法對此根本的大問題，殊不明顯。本來此項問題，近世立法例不一，第一立法例：不外由甲乙丙共同對丁請求，（普魯士普通法）第二立法例：以甲乙丙不行共同受領爲限，在各債權人提供擔保前，丁有拒絕給付之權義，並得請求法院保管其標的物，（奧民法）第三立法例：甲乙丙各債權人，雖得單獨請求，但不能請求單獨向自己爲給付，僅可請求向甲乙丙全體債權人爲共同之給付（*gemeinschaftlich*），債務人丁亦僅得向甲乙丙共同給付。此項結果，以各債權人未行共同受領爲限，各債權人僅得爲全體債權人請求應予提存，債務人亦得爲全體債權人而爲提存，以免債務。（德民第四三二條瑞債七〇條一項）第四立法例：與連帶債權同一辦理，甲乙丙得單獨請求，得單獨受領，債務人得因對任何一債權人清償而對全體債權人免其債務。（法民一二二四條，日民四二八條）（參照石坂日民法九三四頁以下及其所引諸書）本法第二九三條文字，恐以解爲仿諸上述第三立法例，即德瑞兩法主義爲最當。然爲表明此項意義，則「各債權人僅得爲債權人全體請求給付」之條文，當非圓滿。「爲債權人全體」其意頗似一債權人受領之利益，歸於總債權人之利益，易生誤解有與日民法主義相同之虞。德民法定爲“so kom, ..., der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern.”瑞債務法定爲“....., so hat der Schuldner an alle gemeinsam zu leisten, und jeder Gläubiger kann die Leistung an alle gemeinsam fordern.”不論何者均有 *gemeinsam, gemeins-*

charflich 字樣以表示其關係，本條當亦須相當之字義以表明之，方臻妥當。

(2) 本法第二九二條，以除第二九三條所定外，對不可分債權及不可分債務，準用連帶債權及連帶債務之規定。然第二九三條第一項，乃僅適用於不可分債權，不能適用於不可分債務之規定。故第二九三條所定不可分債務之特則，即該條第二項對不可分債務債務人中一人所生之事項，於他債務人無影響之規定爲限。換言之，除不可分債務及債務人中一人所生事項，於他債務人無影響外，可準用全部連帶債務之規定。對此理論，固未異議。惟條文之體裁，其果妥當否乎。抑尤有言者，自第二九三條觀之，其第一項僅對不可分債權立言，已如上述。而其第二項之關係，亦祇可認爲不可分債權之規定，毋乃當然之事。故第二九二條以第二九三條爲對不可分債權及不可分債務兩者之特則而預定之，實屬毫無意義者也。立法者對此關係，其果有何意識耶。抑立法者其或認定第二九三條第一項亦可適用於不可分債務乎。吾人實不得而知之矣。(參照後段第三之1)務須將第二九二條對不可分債務之規定，予以刪除，另設「不可分債務，準用連帶債務之規定，但債務人中一人所生之事項，對他債務無影響」之規定。不論日民法，(第四三〇條) 德民法，(第四三一條) 瑞債務法，(第七〇條第二項) 法民法，(第一二二二條) 其內容雖異，而對不可分債務與不可分債權均屬分別規定。本法竟對兩者作概括之規定，似有無理之暗示在焉。

第二 不可分債權

茲將本法不可分債權之內容，與連帶債權比對，且與日本民法之規定對照之。

(本)

法)

(日民法)

連帶債權

不可分債權

不可分債權

一 效力

各債權人中之一人有請求或受領全部之可能(二八三條二八四條)	各債權人得請求向全體債權人共同為給付(二九三條一項)	與連帶債權同(四二八條)
-------------------------------	----------------------------	--------------

二 債權人中一人所生事項之效力

- (1) 清償提存……絕對的效力(二八六條)……僅全體債權人共同時有絕對的效力(二九三條一項)
- (2) 請求……絕對的效力(二八五條)……請求向全體債權人共同給付者有絕對的效力(二九〇條第一項)
- (3) 原則……相對的效力(二九〇條)……相對的效力(二九三條二項)
- (4) 例外……以代物清償、抵銷、混同、確定判決、免除時效、受領遲延等為例外(二八六條至二八九條)……無上開規定之準用……對更改免除有特別規定不成為例外(四二九條一項)

三 求償權

平均受益(二九一條)	準用(二九二條)	無規定
------------	----------	-----

基於上表，以日本民法與本法比較，其重要之點如左。

(1) 關於不可分債權之本質的效力，兩民法之主義異，已如前述。即在本法各債權人僅得請求應向全體共同為給付，及債務人僅於對全體共同為給付時，始免其全債務。反之，在日本民法各債權人得單獨請求或受領給付，債務人因向一人清償而免其全債務。(參照前段第一之1) 本法主義顯屬適合於不可分債權之性質，而

日本民法有便利之優點，均難否認。惟債權人中如有不協力受領之人時，本法解釋，應與德民法同，各債權人得請求為全體債權人而提存。此雖在未經明定之瑞債務法，一般學者之解釋，亦承認之（Oser, Komm. 3 a zu § 70）。更如對甲乙丙共有之房屋，有修理之義務，其性質為對甲乙丙三人之不可分債務，此修理為對甲乙丙全體債權人之滿足，故不生共同受領問題（Oertmann, Komm. zu I b § 432）。

（2）日本民法第四二九條第一項規定不可分債權人中之一人與債務人間有免除或更改時，他債權人雖得請求給付全部債務，但對更改或免除債權人所得取得之利益，應償還於債務人。本法於此無相當規定。惟日本民法此項規定，毋寧由於不可分債權之本質，及不當得利之原理上之當然理論。故本法之解釋，可認有同一之結果。

（3）本法上使第二九二條關於連帶債權所定各債權人以平均受益為原則，準用於不可分債權。（第二九二條）日本民法，無此相當規定。惟解釋上可認為完全相同。

（4）日本民法定為給付之不可分者，依其性質或當事人之意思表示而發生。本法於此無相當規定。惟在契約自由之原則上，依當事人之意思，固不妨使給付為不可分也。

（5）不可分給付，如變為金錢賠償之可分給付時，債權關係，亦變為可分債權乎。日民法第四三一條，本以明文肯定。本法無之。惟不可分債權，本屬各債權人在實質上有按其比例之獨立債權，僅於其給付不可分之範圍內，成立共同結合之關係。故若其不可分性已行除去，應變為可分之債權關係，可謂其性質上所當然。德民法對此

亦無明文，一般學者均肯定之（Oertmann, Komm. 2 zu § 432）。

三 不可分債務

茲將本法不可分債務之內容，與連帶債務比對，且與日本民法之規定對照之。

（本

法）

（日民法）

連帶債務

不可分債務

不可分債務

一 效力

二七三條……………準用（二九二條）……………準用連帶債務之規定（四三〇條）

二 債務人中一人所生事由之效力

（1）清償提存……………絕對的效力（二七四條）……………絕對的效力（解釋上）……………絕對的效力（解釋上）

（2）原則……………相對的效力（二七九條）……………相對的效力（二九三條二項）……………相對的效力（四二九條二項四三〇條）

（3）例外……………對代物清償、抵銷、混同、確定判決、免除時效、受領遲延等有絕對的效力（二七四條至二七八條）……………無上開之準用……………不許準用連帶債務之規定（四三〇條）

三 求償權

二八〇條至二八二條……………準用（二九二條）……………排斥準用連帶債務之規定（四三〇條）

基於上表，以日本民法與本法比較，其重要之點如左。

（1）在不可分債務，各債務人單獨為清償，得使債務人全體免責，固不待言。此在日本民法依準用連帶債務第四三二條之點，（但請求清償一部之文句，自無準用，）可得說明。在本法亦屬相同。可由準用連帶債務第二

七三條之點觀之——第二九三條第一項之意義應認爲專對不可分債權之規定，並非不可分債務之規定，已如前述。（參照前段第一之2）

（2）對不可分債務人中之一人所生事項——除清償及其他可生債權滿足者外——悉祇有相對的效力，爲中日兩法所同。——德民法則完全準用連帶債務之規定。（四三一條）本法於此有與日本民法同一之主義。

（3）求償關係，兩法均從連帶債務之規定。故對連帶債務所有兩法之差異，於不可分債務亦有之。

（4）日本民法以第四二九條第一項準用於不可分債務，給付之不可分性，得依意思表示而發生，及不可分給付變爲可分給付時，卽成爲可分債務之三點。本法均無規定。惟解釋上不問何者，均應認爲相同。此由對不可分債權所述之點觀之，已可明瞭，毋待贅述。（參照前段第二之2、4、5）

第二百九十二條 數人負同一債務，或有同一債權，而其給付不可分者，除第二九三條之規定外，準用關於連帶債務或連帶債權之規定。

一 立法例

（1）關於不可分債權（參照）日民第四二八條，第四二九條，德民第三四二條：「數人請求不可分給付者，以非連帶債權人爲限，債務人僅得對全體債權人共同給付，各債權人僅得爲對全體之請求。各債權人得請求債務人爲全體債權人而提存債務之標的物，或於其標的物不適於提存時，交付於法院選任之保管人。其他對

不可分債權人中一人所生之事項，對其他債權人，不生有利或不利之效力。」瑞債第七〇條第一項：「對數債權人應為不可分給付者，債務人應對全體共同給付。各債權人得為對全體共同給付之請求。」法民第一二二四條第一項：「債權人之各繼承人，得請求給付不可分債務之全部。」

(2) 關於不可分債務 (參照) 日民第四三〇條，第四三一條，德民第四三一條：「數人負擔不可分給付者全體負連帶債務人之責任。」瑞債第七〇條第二項第三項：「數債務人清償不可分給付時，各債務人負為全部給付之義務，已與債權人以滿足之債務人，限非另定者外，得按比例對他債務人請求償還。於此情形，已得滿足之債權人所有權利，移轉於該債務人。」

二 與日本民法之比較

已詳見前註中。

第二百九十三條 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為給付。除前項規定外，債權人中之一人與債務人間所生之事項，其利益或不利益，對他債權人，不生效力。

一 立法例

參照前條之所記。

二 與日本民法之比較

已詳見前註中。

第五節 債之移轉

本節以「債之移轉」為題，包含債權讓與（第二九四條至第二九九條）及債務承擔（第三〇〇條至第三〇六條）前者與日民法債權編第一章第四節（第四六六條以下）之規定相當，後者為日民法規定所無之制度。

前註 債權讓與（第二九四條至第二九九條）

本法債權讓與，揭有日本民法指名債權讓與之規定，但其要件及效果，寧近於德民法，與日本民法較，尙有二三要點之差異。但德民法規定甚詳，反之，本法規定，卻屬簡單，且兩者亦有重要之異點。故欲以德民法之理論，逕作本法之規矩，殆不可能。左列將本法之內容，與日本民法比對，而本法與德民法之關係，則俟各條說明之。

(日民法)

(本法)

一 債權之讓與性

- (1) 原則……………有讓與性（四六六條一項本文）……………同（二九四條一項本文）
- (2) 例外
 - (A) 依債權之性質……………四六六條一項但書……………同（二九四條一項一款）
 - (B) 禁止讓與之意思表示……………四六六條二項……………同（二九四條一項二款二項）
 - (C) 禁止扣押之債權……………無規定……………二九四條一項三款

二 效力

(1) 讓與效力之發生

(A) 通則：……依意思表示但以通知或承諾為對第三人之對抗要件(四六七條一項)……依意思表示但通知或提示讓與證書為對債務人發生效力之要件(二九七條)

(B) 對債務人之關係：……自通知時付與一切之抗辯權(四六八條二項)……二九九條一項
自承諾時以債務人不保留異議為限失其抗辯權……無規定(四六八條一項)

(C) 對債務人以外第三人之關係：……應特行附有確定日之通知或承認(四六七條二項)……無規定

(2) 與讓受人之關係：……無規定……應交付債權證書及其他(二九六條)

(3) 與從屬權利之關係：……無規定……以隨同為原則(二九五條)

(4) 表見的讓與之效力：……無規定……讓與人為讓與通知者縱未讓與亦發生類似讓與之效力(二九八條)

統觀上表，應行注意之點如左。

(1) 日本民法以債務人之承諾為特殊之對抗要件，有此對抗要件時，債務人失其抗辯權。故一有此對抗要件，第三人即可安心受債權之讓與。本法不採此項制度。德民法亦同。就增進債權之流通性言，當優於日本民法之制度。

(2) 日本民法，以債權讓與對抗債務人以外之第三人，應附以確定期日之通知或承諾。其目的在使有此正當的讓與以後，可防債權人與債務人通謀為虛偽之通知或承諾，謂在此讓與以前，業已讓與該債權於其他之第三人，致有害及真正讓受人之流弊。本法與德民法同，不徒毋須此項要件，即如為二次之債權讓與等，亦專保護

債務人對債務人以外之第三人，殆非所慮。在保護一般的債權讓受人，以增進債權之流通性，當較日本民法爲優。

(3) 本法仿德民法，苟債權人未真正讓與，而已爲讓與之通知者，即可生未真正授與代理權而僅爲授與代理權之通知時相似之效果。可稱爲保護債務人之妥當立法。日本民法上，殊無相當規定。

(4) 日本民法關於讓與指示債權及無記名債權之規定，(第四六九條至第四七三條) 本法則已納之於債編各論第二十節指示證券及第二十一節無記名證券中。應認本法之立法技術爲優。

第二百九十四條 債權人得將債權讓與於第三人。但左列債權，不在此限。

一 依債權之性質，不得讓與者。

二 依當事人之特約，不得讓與者。

三 債權禁止扣押者。

前項第二款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人。

一 立法例

(1) 第一項本文 日民第四六六條第一項本文，德民第三九八條前段：「債權得因債權人與某人之契約移讓(讓與)於其人。」瑞債第一六四條第一項：「債權人以不違反法律特約或其法律關係之性質爲限，得毋須債務人之承諾，以其所有債權，讓與於第三人。」

(2) 第一項但書(A)第一款 日民第四六六條第一項但書，德民第三九九條前段：「非變更債權內

容，不得向舊債權人以外之人爲給付者……不得以之讓與。」瑞債第一六四條第一項（見前）

（B）第二款 日民第四六六條第二項本文，德民第三九九條後段：「債權……與債務人依特約禁止者，不得以之讓與。」瑞債第一六四條第一項（見前）

（C）第三款 德民第四〇〇條：「禁止扣押之債權，不得以之讓與。」——（同旨趣）瑞債第一四六條第一項（見前）

（3）第二項 日民第四六六條第二項但書，瑞債第一六四條第二項：「債務人不得以禁止讓與之特約，對信任未記禁止讓與之債務承認書而取得債權之第三人抗辯。」德民第四〇五條：「債務人在債務之證書，已行交付之情形中，於提示其證書，使讓與債權時，債務人不得以債務關係之訂定或承認，係本於虛偽或由與舊債權人特約禁止讓與，對新債權人主張。但讓與時係新債權人所明示，或可得而知者，不在此限。」

二 與日本民法之比較

（1）本條與日民法第四六六條近似，但本條第一項第三款規定，爲日民法所無，解釋上稍有差異。即日民法不以債權之禁止扣押爲禁止讓與之理由。由理論上言，則禁止扣押，乃反於債權人之意思，禁止喪失債權。禁止讓與，乃基於債權人之意思，禁止喪失債權。有前之理由者，未必亦有後之理由在。故應按各個禁止扣押債權，考究其性質，以決定禁止讓與與否。若是，例如官吏薪金之請求權，雖禁止扣押，（日民事訴訟法六一八條第五款）亦應解爲無妨讓與。即與日民法相同，而缺本法第一項第三款規定之瑞債務法，其學者之解釋，亦有同一理論

(Oser, Komm. 4 f zu Art. 164)

(2) 日民法如瑞債務法第一六四條，對禁止讓與債權之無讓與性，雖未特設規定，解釋上則屬當然。(即本條之解釋亦屬相同) 而日本法律上禁止扣押債權，同時亦屬禁止讓與者，固甚多。(例如恩給法第一一條) 是上述兩法之差異，顯已緩和，是應注意。

第二百九十五條 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。但與讓與人有不可分離之關係者，不在此限。

未支付之利息，推定其隨同原本移轉於受讓人。

一 立法例

(1) 第一項 德民第四〇一條(無但書)「爲債權存在之抵押權或質權，及爲債權設定保證所生之權利，均隨債權之讓與而移轉於新債權人。」瑞債第一七〇條第一項：「除與讓與人本身不可分離外，其優先權及從屬權利，均隨債權而移轉。」

(2) 第二項 瑞債第一七〇條第三項：「遲延利息，亦推定隨主債權而移轉。」

二 與日本民法之比較及註釋

日民無與本條相當之規定，解釋上與第一項同，與第二項異。

(1) 與第一項可認有同一之結果，學說判例，殆屬一致。蓋由讓與債權之經濟作用言，讓與主債權之當事

人對所謂利息債權、擔保物權、保證債權等一般從屬權利，以推定其亦有移轉之意思為當故也。即日民法第八七條第二項關於物之規定，亦可認為有此理論存在。

本條第一項縱不用第二項之推定字樣，固非強制規定。在讓與當事人間不妨為不移轉從屬權利之特約，即日民法亦應解為相同。在有此特約時，不使移轉之從屬權利，許讓與人與債權分離而存續，或不得獨立存在而消滅，均應依從屬權利之性質定之，自不待言。是為日民法學者之所認定，亦本法解釋所宜同。

(2) 第二項係關於已屆清償期之利息，(遲延利息)與第一項無關。惟遲延利息，既非從屬於主債權，而已獨立存在，則原本債權雖經讓與，亦得與之分離而繼續存在。不特此也，當估量原本債權之經濟價值，以無特約為限，通常並不包含遲延利息。故理論上以無特別之意思表示為限，解為遲延利息，不隨同原本債權移轉為當。日民法之多數說及判例均採之。(石坂民法第一二四五頁末弘全集一二卷三八〇頁註二二鳩山總論三四八頁註二所列判例但鳩山本人採反對說)本法第二項，仿瑞債務法，採相異之理論。以是無本法第二項相當規定之德民法，其解釋亦與日民法之多數說略同(Oertmann, *Komm.* 2 zu § 401)。

第二百九十六條 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。

一 立法例

德民第四〇二條：舊債權人應對新債權人實行債權之必要報告。對於足供證明債權之證書，在自己之占有者，並應交付之。瑞債第一七〇條第二項：「讓與人有交付全部債權證書及現存證據物件於讓受人，及負有說

明主張債權所不可缺之義務。」

二 與日本民法之比較

日民法雖無本條之相當規定，惟爲讓與債權原因之債權契約，例如買賣贈與等，其效果應與本條所定者同，殆屬當然。

第二百九十七條 債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。但法律另有規定者，不在此限。

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。

一 立法例

(1) 第一項 (參照) 日民第四六七條第一項，法民第一六九〇條第一項：「受讓人非備具形式，對債務人通知，不得以債權之讓與，對抗第三人。」——但與德民法(第四〇七條第一項，第四〇八條第一項)，立法主義異，讓與無特別之要件，亦生效力，惟不得以之對抗善意之債務人。瑞債務法(第一六七條)雖從此主義，於已有讓與之通知者，常得對抗債務人。

(2) 第二項 無相當之立法例。德民第四〇九條第一項後段文字，雖與本項相似，其意義則如下條所述，與本項全異。

二 與日本民法之比較

本條規定，雖與日民法採同一主義，但其詳細內容則互異。且本條解釋，不無多少疑問，故下文就本條之解釋與日民法比對。

(1) 日民法與本條異，僅認讓與人之通知為有效，因之上述法民法及瑞債務法，均與本法同。

(2) 日民法以通知為對抗要件，反之，本條以通知為對債務人生效要件。故不論未經通知，債務人自行承認，向受讓人給付者，在日民法其給付為有效，固勿待言，在本法無非認為不生效力。惟通知專為保護債務人者，於此情形，並無否認發生讓與效力之必要。故解釋本條：「對債務人不生效力」之意義，應係不得對抗債務人之意，與日民法無異。即上述法民法規定，亦與日民法同，瑞債務法德民法規定之內容雖異，結果仍不二致，均甚明顯。

(3) 本條第一項但書未見有其他相似之立法例，日民法亦無此相當規定。然則有不認為對抗要件之法律規定時，應承認其效力，縱未如本條以明文及之，殆亦無疑。

(4) 本條第二項亦無其他類似之規定。惟實際上讓與人已行債權讓與，作成相當之讓與證書者，雖不由其人為讓與證書之提示，亦應認有第一項讓與人通知之效力，固屬明顯。且此項提示，不由受讓人為之，而可認為有受讓人通知讓與之意義者，亦屬不鮮。故第二項對此特設規定，殆無意義存焉。即無此規定之日民法，亦應認為相同。本無待論。

本條第二項文字，頗似德民法第四〇九條第一項後段之規定。惟德民法係指實際上未行債權讓與之情形而立言。即德民法第四〇九條第一項前段，恰與本法下條第一項規定相當，實際上雖未為債權讓與，而讓與人為

讓與之通知者，認其通知有表見的效力，以保護債務人。而該項後段，即認由受讓人提示讓與人所作成之讓與證書者，視與此項通知同，有同一之表見的效力。本法立法者既在本條規定讓與人所作成讓與證書之提示，認與一般讓與通知同。在下條則未設明文，似可認此讓與證書之提示，有與下條通知同一之表見的效力，解釋上亦非必不通之論也。但如本條實際上已爲債權讓與，爲使其通知有效，受讓人實無特將讓與人所作成證書提示之必要。反之，欲與下條表見效力之通知有同一效力，則以受讓人提示讓與人所作證書爲絕對的要件。故由立法言之，本條第二項之增設，不特毫無意義，且遠不如德民法之規定於下條，使其事態能正確而明顯也。

(5) 日民法定爲未有通知，不特對債務人，即對其他之第三人，亦屬不得對抗，法民法亦然。反是，本條僅對債務人不生效力。故債權爲二重之讓與時，兩法間當有區別。即第一次之讓與，未通知前債權人，更爲第二次之讓與者，債務人向第二次之受讓人給付。則

(A) 在對債務人之關係，應認其清償爲有效。蓋第一次之讓與，對債務人不生效力，故對債務人之關係，縱爲第一次讓與後之讓與人，亦仍爲債權人，因而認其第二次之讓與爲有效故也。此項解釋，如屬適當，則此點與日民法同。——此外德民法於二重讓與時，不問通知之有無，債務人僅得向第一受讓人給付，惟對善意向第二受讓人給付時，特加債務人以保護。(參照第四〇八條)

(B) 在第一受讓人與第二受讓人之關係，依本法之規定，常僅以第一受讓人爲真正受讓人。故債務人對第一受讓人爲清償時，可無何等問題。若債務人對第二受讓人爲清償時，在與債務人之關係，認其清償爲有效。而

第一受讓人對第二受讓人，無妨爲不當得利之請求返還。反是，依日民法規定，則第一次讓與未經通知前，第一受讓人不得對第二受讓人主張受讓。故對第一受讓人債務人之清償爲有效時，第二受讓人亦得對第一受讓人請求不當得利之返還。外此德瑞兩法，可認與本法有同一結果。

第二百九十八條 讓與人已將債權之讓與通知債務人者，縱未爲讓與或讓與無效，債務人仍得以其對抗受讓人之事由，對抗讓與人。

前項通知，非經受讓人之同意，不得撤銷。

一 立法例

(1) 第一項 德民第四〇九條第一項前段：「債權人爲讓與債權之通知後，雖未爲讓與或讓與無效，但對於債務人應以其通知讓與，而使其得對抗自己。」

(2) 第二項 德民第四〇九條第二項：「通知以經所指名之新債權人同意爲限，得行撤回。」

二 與日本民法之比較及註釋

(1) 本條與本法第一六九條及日民法第一〇九條等，與表見代理有同一之見地。曾爲表見的行爲者，須負其責任，由交易之安全着想，誠屬適當規定。在無此相當規定之日民法解釋，能否有同一理論，尙屬疑問。因債權人有本條所定之行爲，對外觀上可認爲受讓人，以可認爲債權之準占有人爲限，對之爲清償之善意債務人，顯可受日民法第四七八條之保護。其他應解爲不得有本條同一之結果。然則除上述受讓人須認爲債權之準占有人

外，可生左列二點之區別。

(A) 在日民法債務人應善意而爲清償。反是，本法之解釋，債務人似不妨爲惡意。——與本條相當之德民法第四〇九條，改正其第一草案，不須債務人之善意，此項變更，即在該法第一七一條關於表見代理者，得不問善意惡意而權衡之，亦爲一般學者所是認 (Oertmann, Komm. 409; Protokolle, Bd. S. 395)。但本法與德民法上述表見代理相當之一六九條規定，卻採日民法之解釋，以第三人之善意爲要件。(參照本書第一六九條之二 2) 故在本條如解爲非不問善意惡意，亦屬失其權衡。然則在本條第二項之關係上，應與德民法作同解，無須債務人之善意，方屬正當。

(B) 本條第二項與日民法亦有同樣之差別。日民法解釋讓與人得任意撤回通知，惟其結果雖經通知撤回，而債務人已善意清償者，仍可受第四七八條之保護。——與本條第二項相當之德民法第四〇九條第二項之立法理由，其學者說明，本不一致，一派學者，以受讓人依通知而取得一種有利之地位。故以非經同意不得撤回說明之。另一學派則認爲係專保護債務人之規定。即如在真實讓與債權時，讓與人雖撤回讓與通知，亦無何等效力，即受讓人之地位，顯無何等影響。故撤回通知生效，使受讓人失領受之權能 (Legitimation) 者，以非真正讓與之情形爲限。由此理論觀之，則債務人因不知真正讓與時，其撤回讓與之通知固屬毫無意義。因不知非真正之讓與時，其撤回可生上述之效力者，無蒙損害之虞。故對此撤回，悉以經受讓人之同意爲必要。(後說爲 Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. III, S. 219 b 所倡 Oertmann, Komm. 3 zu § 409 贊同之後說見 Staudinger,

Komm. 4 zu § 409 usw.) 本法說明，當以後之理由爲當。

(2) 依前條第二項所述，受讓人以讓與人所作之讓與證書，向債務人提示時，應解爲可生本條通知之同樣效力。(參照前條之二4)

第二百九十九條 債務人於受通知時，所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。

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。

一 立法例

(1) 第一項 日民第四六八條第二項——(同旨趣) 德民第四〇四條(讓與之時)「債務人得以債權讓與當時所得對抗舊債權人之抗辯，對抗新債權人。」瑞債第一六九條第一項(債務人知其讓與時)「債務人知其讓與時，得以對抗讓與人之抗辯，對抗受讓人。」

(2) 第二項 瑞債第一六九條第二項：「債務人有反對債權，尙未到期而爲讓與者於讓與債權到期前期限屆至時，債務人得以之抵銷。」——(同旨趣) 德民第四〇六條末段：「債務人得以對舊債權人所有債權，對新債權人爲抵銷。但……其債權係在知其讓與後，且後於所讓與債權而到期者，不在此限。」

二 與日本民法之比較

(1) 本條第一項，完全與日民法同。

(2) 本條第二項，日民法雖無規定，但解釋上應屬相同。蓋所謂債權讓與，不能與債務人以不利。債權讓與通知時，債務人有得對抗讓與人之原因存在，(例如如債務人有內容適於抵銷，而其清償期不後於自己債務之反對債權，而其清償期，未屆至時)應許其以之對抗受讓人也。日本判例與此相反，對讓與通知時所得對抗之事由，須係現在發生。(上例在讓與通知時不應不行抵銷)顧學者多反對之。(石坂民法第一二五五頁末弘全集一二卷二一頁鳩山總論三五七頁參照)

前註 債務承擔 (第三〇〇條至第三〇六條)

本法仿德瑞兩法，設債務承擔之規定。日民法於此無之。顧在日民法之下，以契約之效力，亦認債務承擔，其種內容，與本法相同。茲將本法規定，與德瑞兩法規定比對，為研究本法之一助，而以日本民法之解釋論詳述於各條。

一 債務承擔之姿態

(本法) (德民法) (瑞債務法)

(1) 承擔人與債權人間之契約……三〇〇條……同(四一四條)……同(一七六條一項)

(2) 承擔人與債務人間之契約……三〇一條……同(四一五條一項一段)

(A) 債務人與承擔人有對債權人催告承認之權利……三〇二條一項……同(四一五條二項二段)

(B) 債權人不承認時債務人或承擔人得撤銷承擔契約……三〇二條二項……迄至債權人之承認止得任意撤銷之(四一五條一項三段)

理論上債務承擔常依承擔人與債權人間之契約而發生惟債權人之承認即默示亦可略與德民法有同一之結果(一七六條一七七條)

二 債務承擔之效力

(1) 承擔人之抗辯權

(A) 債務人之抗辯權移轉於承擔人……三〇三條一項……同(四一七條一項)……略同(一七九條一項二項)

(B) 不得以基於承擔契約之事由對抗債權人……三〇三條二項……同(四一七條二項)……同(一七九條三項)

(2) 債權人之權利

(A) 從屬於債權之權利原則上存續……三〇四條一項……破產之優先債權在承擔人之下不得行使(四一八條二項)……與本法同(一七八條一項)

(B) 第三人所供擔保原則上消滅……三〇四條二項……一切擔保原則上消滅(四一八條一項)……與本法同(一七八條二項)

三 包括的債務承擔

(1) 財產或營業及其從屬債務之包括的承擔

(A) 以對債權人通知或公告為已足……三〇五條一項

(B) 本來之債務人與承擔人二年間負連帶責任……三〇五條二項

(2) 因合併營業債務之包括的承擔

(A) 以對債權人通知或公告為已足……三〇六條前段

(B) 在新營業對一切債權人負完全責任……三〇六條後段

稍類似的規定(四一九條)

與本法同(一八一條一項)

與本法同(一八一條二項)

無規定

與本法同(一八二條一項)

日民法無債務承擔之規定，代以替換債務人之更改制度。(第五一三條以下)本法仿德民法，對更改制度，

民法中未爲規定。但本法之下，依契約自由之原則，可有更改契約，固不待言。在本法下所認之更改，與日民法規定之異同，俟下節述之。茲僅就債務承擔與依替換債務人之更改之關係言之。債務承擔與替換債務人之更改，在變更債務人之點，固屬同一，惟前者維持債務之同一性，反是，後者則失其同一性，故其經濟的作用，兩者決不相同也。於是在具體的情形，決其爲何，應考慮當事人企圖之經濟目的，及其他而爲判斷，要非可謂在日本民法原則上解爲更改，在本法原則上解爲債務承擔，而作如是形式判斷之也。

第三百條 第三人與債權人訂立契約，承擔債務人之債務者，其債務於契約成立時，移轉於該第三人。

一 立法例

瑞債第一七六條：「債務承擔人代舊債務人，且爲免其拘束，介入於債務關係者，依承擔人與債權人之特約爲之。承擔人之要約，得由承擔人或代理舊債務人，向債權人通知承擔債務之方法爲之。債權人之承諾，並不明顯，或依當時情事，得行認定，且債權人未爲何種之保留，受領承擔人之支付，或對其他基於債務人之資格之行爲，表示同意者，推定已爲承諾。」德民第四一四條：「債務依第三人與債權人之契約，得以代替舊債務人而爲債務人之方法承擔之。」

二 與日本民法之比較

日本判例亦認依承擔人與債權人間之契約，發生債務承擔之效力，此項契約，且以不違反債務人之意思爲要件。（大審院大正十年五月九日民二庭宣告判決錄八九九頁）多數學者，亦從之。（參照鳩山總論三八四頁

判例民法大正十年七二事件平野氏對上述判決之詳釋等）但與本法相同，解為不問債務人之意思如何，可生債務承擔之效力者，亦有之。（石坂民法一三四〇頁末弘全集一〇卷二一一頁）

第三百一條 第三人與債務人訂立契約，承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人無效力。

一 立法例

德民第四一五條前段：「第三人與債務人約定承擔債務，因債權人之追認而生效力。」——（類似）瑞債第一七五條第一項：「對債務人約定承擔其債務者，有使債權人滿足，或得債權人之同意，依代該債務人而為債務人之方法，免除債務人所負債務之義務。」

二 與日本民法之比較

日民法解釋之多數說，與本條異。即第三人與債務人間之債務承擔契約，非由債權人加入成爲三面契約後，不生效力。（鳩山總論三八三頁石坂民法一三二九頁以下）但近時與本條相同之有力學說亦有之。（末弘全集一〇卷二一一頁）

三 註釋

債務承擔，欲對債權人發生效力，雖以債權人之承認爲必要，而債務人與承擔人間之關係，本毋待債權人之承認，仍可發生效力，此爲本條之意義。故承擔人此時有依清償或其他方法，有對債務人使債權人滿足，以免債務人所負債務之義務，自無待言。換言之，承擔人與債務人之承擔契約，非經債權人承認，不生承擔給付之效力，亦不

待言。此項結果，常適合於當事人之普通意思，德民法第四一五條第三項，瑞債務法第一七五條規定，亦有類似意義。即日本民法解釋，亦可認有同一之結果。

第三百二條 前條債務人或承擔人，得定相當期限，催告債權人於該期限內，確答是否承認，如逾期不為確答者，視爲拒絕承認。

債權人拒絕承認時，債務人或承擔人得撤銷其承擔之契約。

一 立法例

德民法第四一五條第二項：「拒絕追認者，視爲未爲債務承擔。債務人或第三人定期間對債權人催告爲追認之意思表示者，僅得於其期間內爲之，不爲追認之意思表示者，視爲拒絕追認。」

二 與日本民法之比較

前段所述，日民法不認第三人與債務人間承擔契約之效力，而本條則無問題。反是，日民法解爲得承認之承擔契約，當類推適用民法第一一四條，亦有本條所定之效果。

第三百三條 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。但不得以屬於債務人之債權爲抵銷。

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。

一 立法例

(1) 第一項 德民法四一七條第一項：「承擔人得以基於債權人與舊債務間法律關係所生之抗辯，對抗債權人，承擔人不得以屬於舊債務人之債權為抵銷。」——（同旨趣）瑞債第一七九條第一項第二項：「依債務關係所生抗辯權，與舊債務人同樣屬於新債務人，……舊債務人由身分上之關係所有之抗辯，新債務人以與債權人之契約無反對約定為限，不得對抗債權人。」

(2) 第二項 德民第四一七條第二項：「承擔人以債務承擔之基礎，因於承擔人與舊債務人間法律關係，不得對債權人為抗辯之主張。」

二 與日本民法之比較及註釋

(1) 第一項本文，乃因債務承擔不失信權同一性所生之當然結果，故日民法之解釋亦屬相同。

(2) 第一項但書，亦理論之當然。蓋債務承擔，非繼承舊債務人之地位，且舊債務人所有抵銷權，不應視為附著所承擔之債務抗辯權故也。日民法有同一結果，固無待論。——第一項但書以不得抵銷，理論上殊不正確。蓋不得抵銷，並非本文之例外，祇可視為注意規定故耳。上述德民法並不以之為但書。

(3) 第二項亦理論上當然之規定。例如承擔人債務人間之承擔契約，係有對價者，承擔人對債務人不行支付對價，不得以之對抗債權人，固可勿論。蓋債務承擔契約，其效果專以於債權人與承擔人間移轉債務為內容，苟其契約發生效力後，關於與債務人間所謂原因關係之抗辯事由，不應有何影響故也。但承擔契約例如由債務人之詐欺，致被撤銷時，承擔契約之效力，即債務之移轉不發生，故在承擔人得對債權人主張債務未移轉，更毋待

論矣(Dernburg, Pand, II § 59, Nr. 12; Oertmann, Komm. 3 a zu § 417; Ennecerus, Lehrb. Bd. II, I, zu § 86)

第三百四條 從屬於債權之權利，不因債務之承擔而妨礙其存在，但與其債務人有不可分離之關係者，不在此限。

由第三人就債權所爲之擔保，除該第三人對於債務之承擔已爲承認外，因債務承擔而消滅。

一 立法例

瑞債第一七八條：「從屬權利，以非與舊債務人之身分有不可分離者爲限，無妨礙爲債務人之更迭。第三人所設定之質權保證，以其設定人同意債務承擔者爲限，對債權人繼續負其責任。」——（類似）德民第四一八條第一項。（規定之形式雖異，結果則相似。）

二 與日本民法之比較及註釋

（1）第一項本文，爲債務承擔之當然結果，日民法之解釋亦無異。

（2）第一項但書，由純理論言之，固可認爲當然。但實際情形如何，則屬疑問。德民法第四一八條第二項規定：「在破產之情形，其債權所存之優先權，不得於承擔人之破產程序中，對其財產實行。」而本條第一項之母法，即上述瑞債務法第一七八條之解釋，其學者之見解，多與上述德民法有同一之意義。但如受僱人之酬金債權，若由新僱用人承擔，於新僱用人破產時，受僱人不得主張優先權，自本條之文理觀之，未見切當。蓋此時債權人之優

先權，乃基於債權之特質，並非「與債務人有不可分離之關係」之權利故也。從而本條解釋，應不從前述德民法之內容，純以與債務人之人格有不可分關係者為限，但究如何而後可，殊無具體的事例可舉。（Oser, Komm. 3 zu 3 zu § 178 與債務法之通說相反略與本文有同樣之見解）

（3）第二項亦理論上之當然。蓋第三人有擔保原來債務人債務之意意，故不應抹煞其人之意思，使擔保他債務人之債務故也。——承擔人本人曾為擔保時，固亦屬第二項之範圍。但此時關於擔保之移轉，一般亦可視為有默示之同意（Oertmann, Komm. 3 zu § 418）。——即德民法規定債務人本人所供之擔保，以消滅為原則，而學者亦以依債務人與承擔人間之契約，發生承擔時，對一般擔保之移轉，解為默示之同意。

第三百五條 就他人之財產或營業，概括承受其資產或負債者，因對於債權人為承受之通知或公告而生承擔債務之效力。

前項情形，債務人關於到期之債權，自通知或公告時起，未到期之債權，自到期時起，二年以內，與承擔人連帶負其責任。

一 立法例

瑞債第一八一條：「就財產或營業承受其資產及負債者，由承受人以其承受之旨，依通知或公告於債權人，而對債務負當然責任，舊債務人對期限已屆至之債權，自通知或公告之時起，對期限未屆至之債權，自期限屆至時起，二年以內與新債務人連帶負其責任。對其他之點，發生與個別債務承受同一之效力。」——（參照）德民

第四一九條：「以契約承受他人之財產者，其人之債權人，於無礙舊債務人責任之繼續，得對其承受人實行自訂立契約時起業已成立之請求權。承受人之責任，以所承受財產之現狀，及依契約所生請求權爲限者，於承受人主張其責任之限制時，準用第九百九十條第九百九十一條關於繼承人責任之規定。承受人之責任，不得依舊承受人與舊債務人之約定除斥或限制之。」

二 與日本民法之比較

日民法關於債權債務之包括的移轉，未設何等規定。即日商法中關於營業讓與之若干規定（第二二條第二三條）亦屬無涉於本法規定之問題。解釋上如認有本條同一結果，似屬困難。（參照田中耕商法總論概要二〇一頁以下）

（1）日民法上認依債務人與承擔人之契約，有債務承擔之效力者（參照本書第三〇一條之二）雖於特定財產或營業之債務爲概括的承受，在依其契約得確定所承擔債務之範圍後，始生承受之效力，而對此受各該債權人之承認者，債務承擔，方完全發生其效力。然如本條第一項未得此項承認，僅以通知或公告代之者，則無其效力。故日民法中，實際上不能發揮本條之實益。

（2）日民法之真意，債務承擔發生效力時，舊債務人可脫離債務關係。惟祇重疊的債務承擔，新舊兩債務人始負連帶責任。在此兩種情形，欲如本條於二年以內認定舊債務人均負連帶責任，在日民法之解釋，殆不可能。

日商法改正綱要第十點，關於營業讓與，新設詳細規定。此項內容，非俟商法改正完了後，尙難明確，茲僅就綱

要所列，與本條比對其大略如左。

(A) 日商法改正綱要，於營業之讓與，不認有移轉債權債務之效果，僅移轉清償債務之責任，及受領債權清償之權能。故與本條之根本理論異。但本條第二項既使舊債務人（營業讓與人）於一定期間內，負連帶責任，日商法改正綱要對原來債務人之責任，亦依短期時效而消滅，故兩法在實際上可得類似之結果。

(B) 日商法改正綱要對營業讓受人是否續用本來之商號，加以區別，如係續用，當然發生上述清償之責任，且對當事人以意思表示免除之者，設有一定限制。如係不行續用，則僅於營業受讓人對第三人表示負責清償債務之意思時，始負其責，以此點與本條比較，則續用本來商號，恰與本條公告承擔債務之效力相當。顧在本條解釋，營業受讓人祇續用從來之商號，是否得認為有債務承擔之公告，尙成疑問，是此點在兩法之結果，當屬不同也。

(C) 其次，日商法改正綱要，苟有營業讓與時，即有發生清償債務責任之效果，且於續用商號時在一定之條件，不得免其責任，已如上述。本條則僅於營業讓與時，特行債務之承擔者，始可適用。但在本法解釋，對營業讓與，以另無意思表示為限，或可認為同時承擔債務。惟當事人有排除債務承擔之特約時，應對其效力為無條件之承認，此亦兩民法上所生重要之差異也。

(D) 最後，日商法改正綱要營業受讓人延用從來之商號者，舊營業之債務人，亦不妨對受讓人為清償，此效果以當事人間特約排斥之者，有上述同樣之限制。此點與本法比較，亦可發生與(C)大略相同之差異。蓋本法債權讓與之解釋，以營業讓與，原則上亦可包含債權之讓與，當事人特約不為債權讓與者，固可無條件承認其

效力，然舊營業人之債務人誤於商號之延用，亦向新營業人爲清償時，其救濟尙屬困難故也。（依第一六九條或第三一〇條第二款等救濟未必常屬可能）

第三百六條 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。

一 立法例

瑞債第一八二條：「營業依資產及債務之相互承受，與他人之營業合併者，對各營業之債權人，有與財產承受同一之效力，且其已合併之營業，對全債務負其責任。無限或兩合公司之設立時，對從來單獨所有人經營營業之負債，亦有同一之效力。」

二 與日本民法之比較

日民法對營業合併，未設何等規定，與前條之情形同。故其法律要件，應適用各個財產之移轉及各個債務之承擔。欲認有本條同一之結果，殊屬困難。

三 註釋

本條係合併數個營業發生新營業而規定者。前條規定營業之讓與，讓與人（債務人）喪失嗣後營業人之地位，反是本條各營業，以新營業之承繼而繼續。故本條對於前條有左列二點之規定（Vgl. Oser, Komm. § 182）。

（A）對各營業債權人之關係，依前條規定，自通知或公告時起，發生債務承擔之效力。即本條所謂「與前

條之概括承受同」之意義也。

(B) 新營業人對合併前各營業之債權人，負與合併前營業人之同樣責任，對任何債權人非如前條依二年間之經過，不得免其債務，此為本條後段之旨趣。

第六節 債之消滅

本節分六款。第一款通則，第二款清償，第三款提存，第四款抵銷，第五款免除，第六款混同。此種款別，大體與德民法債權編第三章債權關係之消滅 (dritter Abschnitt Erlöschen der Schuldverhältnisse) 的分類相似。但本法第一款通則，第六款混同，為彼所無。然以本節規定，與日民法之款別比較，亦無大異。即日本民法無本法第一款通則，將第二款提存置入第一款清償中，而以本法所無之更改為第三款，其他則屬相同。

本節內容，與日本民法最相近似，「通則」及「更改」之有無，為兩民法實質的差異，又與第二款清償中規定之範圍異，其餘制度，以本法規定，與德瑞兩立法較，尚與日民法近似。

各款之差異，留待各該部分說明，茲對日本民法更改之規定，在本法之解釋上，考察其宜作如何處置。

本來更改 (novatio) 在羅馬法上已有重要之作用。蓋在不承認債權讓與與債務承擔之羅馬法中，不外以債權人或債務人之變換，認為更改故也。然近世法律，則認此為主體變更，不失債權之同一性，以至更改漸失其作用。此項理由，以當事人於變更債權關係之主體時，使新舊兩債務失其同一性者為更改，使保持其同一性者則常

爲債權讓與或債務承擔。在近代初期之立法，本設更改規定，迨德民法出，遂廢止此項規定。本法當亦仿此態度。惟時至今日，更改亦非完全失其作用，對不能爲債權讓與之債權，仍有保存更改之必要。當事人顯欲更改者，依契約自由之原則，應認爲有效。卽如前述民法上不設更改之德民法，在一般學者之解釋，亦承認之（*Enneccerus, Lehrb. Bd. II § 75 und dort Zitierte*）。茲就本法解釋與日本民法規定可成爲問題者論述之。

（1）更改契約，應有消滅舊債權之意思，依更改而消滅舊債權，成立新債權，故附隨於舊債權之擔保權抗辯權，原則上悉歸消滅，有如後述，從而當事人不敢爲此不利益爲意思表示者，則不能認爲更改成立，此應與日本民法之解釋同。

（2）日本民法認更改有三種，本法之解釋，亦爲三種，惟其要件，稍有差異。

甲、日本民法因債權人變換之更改，解爲依新舊兩債權人與債務人之三面契約而成立，學者並無異議。本法之解釋，自應從同。惟日本民法定爲更改之成立，爲對抗第三人，應作成有確定日期之證書。（第五一五條）此點在本法不得爲同一之解釋。蓋日本民法此項規定，乃債權讓與時爲保護債務人以外之第三人而設，與第四六七條第二項同一意義，本法對於債權讓與，本無此項規定。（參照本書第二九七條）

乙、因債務人變換之更改，以債權人與新債務人之契約爲已足，除不違反舊債務人意思之外，毋須舊債務人加入，此爲日本民法所明定。（第五一四條）此種更改，不須舊債務人加入之理由，以認債務本可因第三人之清償而消滅，在因債務人變換之更改，亦可同一辦理。從而新債務人因債務人之變換而有益時，——與對於清償

有利害關係之第三人，得反於債務人之意思而為清償（第四七四條）同。——定為得反於舊債務人之意思而為變換，可稱首尾一貫。惟日本民法在反於舊債務人意思之情形，定為任何第三人，亦不得為更改，是屬首尾不能一貫。（石坂日本民法一六七二頁）如認上述理論為正當，則在本法解釋因債務人變換之更改，對舊債務人之意思問題，以類推適用第三人為清償時債務人之意思規定（第三一一條第二項）為當。若是，則應解為新債務人常可不問舊債務之意思，而為債務人變換之更改矣。

丙、同一債權人債務人間為變更債權標的之更改，在日本民法之一般解釋，亦承認之。但此時應有變更債務之要素成立非同一性債務之合意。（鳩山總論四六四頁）此點在本法，亦應解為相同。但日本民法對附條件債務成為無條件債務，於無條件債務附以條件或變更條件，亦視為債務要素之變更。（第五一三條第二項前段）對此規定意義，日民法學者之間，尚有爭論。（參照鳩山總論四六五頁及其所引學說）顧附條件債務，雖非純粹債務，如為上述之變更者，使依更改之理論，視為更改之一種，其意義容屬適當。然則本法之解釋，亦可認為大略相同。蓋可否稱上述情形為更改契約，雖屬另一問題，而應依更改同一之理論，固屬無疑者也。

日本民法更有發行匯票，以代債務履行之一種更改規定（第五一三條第二項後段）此項規定，反乎理論，學者已非難之。蓋更改舊債務消滅與新債務成立之間，有因果關係，可如後述。舊債務不存在者，新債務亦不能成立，在發行匯票以代舊債務之履行時，為舊債務而使匯票無效，斷非票據理論所許。故本法解釋上對既存債務，發行匯票者，意義上並非更改，在與既存債務之關係，祇可解為其匯票僅有為代替履行而發行，或為履行而發行之

問題。(第三二〇條參照)但日本民法學者對於上述明文,今日之解釋上,已加適當限制,故謂日本民法有此明文,可與本法所述解釋發生不同結果者,殆亦絕無矣。(參照鳩山總論四六七頁以下)

(3)一切更改,應以舊債務存在為要件。舊債務不存在時,新債務不成立。德民法學者認變更舊債務而為新債務之契約有二種,對新債務係無因的成立時,即不問舊債務存否,在新債務成立時(例如發送票據以代債務履行時)及新債務係有因的成立時,即舊債務之不存在,則新債務亦以不成立而區別之,有主張僅前者為真正之更改,而後者為「債務變更契約」(Schuldumwandlungsvertrag)者(Enneccerus, Lehrb. III zu § 75)。此主張之根據,在羅馬法之更改,即使舊債務消滅,負擔無因之新債務(Enneccerus, Lehrb. III zu § 75),然對此羅馬法之理論,不僅尚有爭論,即此後普通法時代之理論,立法上解釋,亦有爭執。(參照石坂民法一六四〇頁以下)惟此議論之當否,固不以爭論為限。又主張祇無因債務之負擔謂更改,固亦用語自由,未見有爭執之必要。但日本民法上所稱之更改,應於舊債務消滅與新債務成立之間,有因果關係,殆無可疑。(石坂民法一六四一頁鳩山總論四五七頁)於是即以此項意義為更改之基礎,對本法之解釋與日本民法比較之。

(4)新債務如不成立,則舊債務不消滅。日本民法縱對特定之情形,設有規定(第五一七條)即就前述更改之本質上觀之,原係當然規定,故本法之解釋,亦屬無別。但日本民法此項規定之反對解釋,當事人雖知悉新債務不成立,或有撤銷原因,而仍為更改者,解為舊債務——更改之無效,亦所不問——亦消滅。(參照鳩山總論四七一頁)此寧解釋當事人之意思所應然,在本法略有同一之結果。

(5) 更改失新舊兩債務間之同一性，從而附屬於前者之抗辯權擔保權等，悉屬消滅，但日本民法，對此理論，認有相當限制。

甲、因債權人替換之更改，準用第四六八條第二項，其結果

(A) 債務人停止異議，得保留抗辯權，本法亦可解為相同。

(B) 債務人異議不止，亦不得以舊債務之已消滅為抗辯。此與更改之本質相反。(參照鳩山總論四七一頁) 本法不得解為相同。在本法雖喪失一切抗辯權，若僅舊債權消滅，而更改無效，新債權亦不能成立，故應解為債務人每可以其事由對債權人抗辯。

乙、當事人得以特約於一定限制之下，以舊債務之擔保，移轉於新債務。(第五一八條) 本法之解釋，不妨視為相同。

第一款 通則

本節第一款以債權消滅之通則為題，列有二條規定，債權關係消滅，從屬權利隨同消滅。(第三〇七條) 及債權消滅時，得請求證書之返還或塗銷。(第三〇八條) 以是二條為通則，雖未見於其他立法例，但理論上，卻屬適當。惟任何法律，均有此同一理論，實質上觀之，不能謂為本法之特色。

第三百七條 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。

一 立法例

瑞債第一一四條第一項：「債權依履行及其他之方法消滅者，保證及質權之從屬權利，亦同消滅。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法固無與本條相當之規定，但擔保物權保證債務及其他從屬於債權之權利，係當然依債權消滅而消滅。

(2) 本條規定「債之關係」使與本法第一九九條之條文照應。較諸瑞債務法 *Geht eine Forderung infolge……unter* 之規定，當無別異之意義。（參照本書第一九九條之二）

第三百八條 債之全部消滅者，債務人得請求返還或塗銷負債之字據，其僅一部消滅，或負債字據上載有債權人他項權利者，債務人得請求將銷滅事由，記入字據。

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。

一 立法例

(1) 第一項 瑞債第八八條：「已經清付之債務人，得請求受領證書，或債務全部消滅時，得請求返還債務證書或塗銷之。未為完全清付，或其債務證書載有債權人其他權利者，得請求債權人記入其旨於受領證書以外之債務證書。」——（參照）日民第四八七條，德民第三七一條前段，「惟全部清償時，得請求返還證書。」

(2) 第二項 瑞債第九〇條第一項：「債權人主張證書已遺失時，債務人於清付之際，得請求債權人以公正證書或認證文書證明其證書之無效，及債務之消滅。」德民第三七一條後段：「債權人主張不能返還證書

者，債務人得請求認證債務消滅之承認證書。」——（參照）日民第四八六條。

二 與日本民法之比較

（1）日民法定為清償全部時，得請求返還債務證書，上述德瑞兩法亦然。本條並不限於清償，即債權因其他之事由消滅者，常有返還證書之請求權，不入於清償之款而揭為通則。顧日民法之解釋，債權依清償以外之事由（實際上常生如免除之例）消滅者，債務人得以不當得利為理由，請求返還證書，為學說判例所承認，故本條特為一般消滅之規定，與日民法不生差別。

（2）一部之清償，或債務證書有其他記載時，得記載消滅事由與否，日民法上無明文。此項情形，得請求向清償人交付債務證書，解釋上固無疑問，更得請求如本條之記入負債證書與否，未有爭論之見解。但由全部清償時，得請求返還證書之規定（第四八七條）予以類推，或可解與本條相同。

（3）該當本條第二項情形者，日民法上僅得請求普通之受領證書（第四八六條）

三 註釋

對本條之公認證書，可參照債編施行法第九條。

第二款 清償

本款所規定之內容，較日本民法清償一款（第四七四條至第五〇四條）為簡單。即本法將日本民法同款中之一部刪除，一部規定於其他處所。

茲就日本民法之內容與本法之規定比對如左。

(日民法)

(本法)

一 第三人之清償

四七四條……………類似(三二一條)

二 關於無所有權或讓與權限者清償行為之特則

(1) 將他人之物而為交付者(四七五條)

(2) 無讓與能力人之交付(四七六條)

(3) 保護債權人之特則(四七七條)

無規定

三 向債權人以外之人清償

(1) 向無受領權限者清償之效力(四七九條)……………同(三二〇條三款)

(2) 向債權準占有人清償之保護(四七八條)……………同(三一〇條二款)

(3) 向持有受領證書者清償之保護(四八〇條)……………同(三〇九條二項)

(4) 無規定……………因債權人之承認或清償受領人取付債權其清償為有效(三二〇條一款)

四 扣押債權之清償

四八一條……………無規定

五 代物清償

四八二條……………同(三一九條)推定「為清償」而負擔新債務(三二〇條)

六 清償之方法

- (1) 特定物之交付按清償期之現狀(四八三條)……………無規定
- (2) 清償之處所(四八四條商二七八條)……………同民法(三一四條)
- (3) 清償之費用(四八五條)……………同(三一七條)
- (4) 清償之時期(四一二條)……………類似(三一五條三二六條)法院為保護債務人得定猶豫期限或分期給付(三一八條)

七 清償之證據

- (1) 受領證書請求權(四八六條)……………同(三三四條)認證書之交付有清償之推定力(三三五條)
- (2) 證書返還請求權(四八七條)……………類似但列入遲則款(三〇八條)

八 清償之抵充

四八八條至四九一條……………類似(三二一條至三二三條)

九 清償之提出

- (1) 方法(四九三條)……………同但列入遲延款(三三五條)
- (2) 效果(四九二條)……………遲延款有詳細規定(二三七條至二四一條)

一〇 提存

四九四條至四九八條……………類似但規定於次款(三二六條至三三三條)

一一 清償者之代位

四九九條至五〇四條……………規定甚簡單(三一二條三二三條)

日本民法規定，而本法無規定者，可分析如下。

一 日本民法第四七五條至第四七七條

日本民法此項規定，係仿法民法。（第一二三八條）在本法之解釋，可有下列結果。

（1）清償人交付他人之所有物時

（A）所交付之特定物，為他人之物時，不適用日民法第四七五條債務人應取得他人物之所有權，移轉於債權人。（參照日民法第五六〇條）如係不可能時，應負給付不能之責任。但債權人依即時取得之規定（日民法第一九二條本法第九四八條）取得標的物之所有權者，債權以達其目的而消滅。此等問題，解釋本法，亦屬相同。

（B）所交付之不特定物，為他人之物時，若債權人依即時取得之規定，取得其所有權者，則與上述同。祇債權人不取得所有權者，在日本民法則適用第四七五條。此種結果，非清償人更為有效之清償，不得取回其物。其他所為清償，常得取回。反是本法清償人請求返還所交付之物，僅於有何等之權利（例如占有之不當得利返還請求權）時，始得請求返還，應解為無須日本民法所定之條件。

（2）清償人為無讓與能力之所有人時

清償人得撤銷其清償行為，然既撤銷以後，在日民法非更為有效之清償，不得請求返還。（日民法第四七六條）本法於此不加限制，常得請求返還。

(3) 債權人以善意消費或讓與時之特則

(A) 在此二情形中，清償之效力，雖不發生，若債權人以善意消費或讓與標的物者，日本民法上以其清償為有效。(日民法第四七七條本文) 然本法清償人仍有取回權，及基於不當得利之返還請求權，債權人更得對債權請求清償。

(B) 若此二情形，標的物為第三人所有時，第三人對債權人有賠償請求權，第三人已行使者，債權人不得問清償之有效，向債務人請求清償，此為日民法第四七七條但書所定。本法於此情形，債權仍為存續，故第三人之賠償請求權，債權人之債權，及債務人之返還請求權三者，均不妨視為存續。

二 扣押債權之清償

債權曾經扣押者，第三債務人，不得為清償，若已為清償，不得以之對抗扣押債權人。故扣押債權人請求清償時，應為重複之清償。但已為二次之清償者，得對自己之債權人，請求返還不當得利。日民法第四八一條係基此理論之規定。本法於此雖無相當明文，但由上述扣押之理論，已可認有同樣之結果，此亦可由本法第三四〇條關於抵銷之規定推測之。

三 特定物債權

以交付特定物為目的之債務，債務人應以善良管理人之注意，保管標的物。(日民法第四〇〇條) 按給付期之現狀交付之。(第四八三條) 故給付期以前由標的物所生之孳息，無交付義務，反之給付以後所生者，應行

交付。本法於此雖無相當明文，但債務人對債權人之債務，原應於給付期履行而與以利益爲本則，故亦可解與日本民法相同。但對本條最有實益之特定物買賣，日本民法，定有特則。（第五七三條第五七五條參照）本法亦於買賣設有相當規定，是宜注意。（參照第三六九條以下）兩民法關於買賣之差異，俟買賣中及之。

第三百九條 依債務本旨，向債權人或其他有受領權人爲清償，經其受領者，債之關係消滅。

持有債權人簽名之收據者，視爲有受領權人，但債務人已知或因過失而不知其無權受領者，不在此限。

一 立法例

（1）第一項（同旨趣）德民第三六二條第一項：「對債權人爲債務本旨之給付者，債務關係消滅。」（參照）法民法第一二三九條第一項：「清償應對債權人或其代理人及依判決或法律有代債權人受領標的物權利之人爲之。」

（2）第二項 德民第三七〇條：「受領證書之持有人，視爲有受領清償之權限，但清償人知其無權限之情事者，不在此限。」日民第四八〇條。

二 與日本民法之比較

（1）日民法雖無第一項之相當規定，解釋上則相同。

（2）日民法不以「有債權人之簽名」爲要件，然實際上與本條之結果無異。蓋本條之解釋，亦不必須債權人自簽，應以記名捺印爲已足。（本法第三條第二項）日本實用上之受領證書，常由債權人自簽捺印或記名

捺印也。

第三百十條 向第三人爲清償，經其受領者，其效力依左列各款之規定。

- 一 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。
- 二 受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者爲限，有清償之效力。
- 三 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。

一 立法例

(1) 第一款 德民法第三六二條第二項：「以清償之目的，已給付於第三人者，準用第一百八十五條之規定。」同第一八五條：「非權利人得權利人之同意，對標的物爲處分者有效。非權利人所爲處分，經權利人追認，或曾爲處分之人取得標的物，或繼承權利人對遺產債務負無限責任者有效。在後之二情形，若對標的加以數個互不相容之處分時，僅最初之處分爲有效。」法民第一二三九條第二項：「雖向無代債權人受領標的物之權利之人爲清償，如經債權人之承諾……時，清償有其效力。」

(2) 第二款 日民第四七八條，法民第一二四〇條：「對債權之占有人爲善意的清償，雖占有人在事後其債權被追奪時，仍屬有效。」

(3) 第三款 日民第四七九條，法民第二三九條第二項：「雖向無代債權人受領標的物之權利人爲清償，如依債權人之……而取得權利時，清償有其效力。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法無第一款之相當規定。惟

(A) 債權人追認無權利人之受領者，其清償爲有效，在日民法之解釋，殆無疑點。蓋認此追認關係，對當事人並無何等之不利益故也。卽由承認無權代理之追認類推，亦屬當然。

(B) 在第三人於受領清償後，取得債權之情形，所謂清償結局成爲本條第三款歸屬於債權人之利益，可生清償之效力。而與第三款之相當規定，日民法亦有之。

(2) 第二款及第三款，與日民法同。

第三百十一條 債之清償，得由第三人爲之。但當事人另有訂定，或依債之性質，不得由第三人清償者，不在此限。第三人清償，債務人有異議時，債權人得拒絕其清償。但第三人就債之履行有利害關係者，債權人不得拒絕。

一 立法例

(1) 第一項 日民第四七四條一項，德民第二六七條一項：「不必債務人自爲給付者，第三人得爲之，於此情形，不須債權人之同意。」——(同旨趣) 瑞債第六八條：「給付以專屬於債務人一身者爲限，有親爲履行之義務。」

(2) 第二項 德民第二六七條第二項：「債務人有異議時，債權人得拒絕第三人之給付。」——(參照) 日民第四七四條第二項。

二 與日本民法之比較及註釋

(1) 第一項 與日民法同。

(2) 第二項 與日民法異。關於第三人有清償之可能者，比較各國之立法例如左。

(日民法) (本法) (德民法) (瑞債務法)

(1) 有利害關係之第三人		僅反於債務人之意思時……………可		可	可	可	可
債務人拒絕時		債權人不拒絕時……………可	可	可	可	可	可
債權人拒絕時……………可		債權人拒絕時……………不能	不能	不能	不能	不能	可
僅反於債務人之意思時……………不能		債權人不拒絕時……………不能	不能	可	可	可	可
債務人拒絕時		債權人拒絕時……………不能	不能	不能	不能	不能	可
(2) 無利害關係之第三人		僅反於債務人之意思時……………不能		可	可	可	可
債務人拒絕時		債權人不拒絕時……………不能	不能	可	可	可	可
債權人拒絕時……………不能		債權人拒絕時……………不能	不能	不能	不能	不能	可

如上表所示，本法對無利害關係之第三人，在日本民法所不許之二情形，仍得為有效之清償，此其異點。

前註 清償者之代位 (第三一二條第三一三條)

本法對清償者之代位，設有一般的規定，其態度與日本民法（第四九九條至第五〇四條）及法民法（第一二四九條至第一二五六條）同。德瑞兩法，僅對保證連帶債務物上擔保等為規定。（條文見後）但本法之規定，祇有兩條，且內容極為簡單，與日本民法比對，所應注意者如左。

(1) 日本民法有所謂任意代位，及法定代位兩種，本法祇認法定代位。（參照第三二二條之二2）

(2) 本法關於有數代位人時，則無相互關係之規定。(日民法第五〇一條但書) 結果得爲代位清償有數人時，祇先爲清償之人，享受代位之利益。例如：有保證人與抵押不動產之第三取得人時，在日本民法，假令第三取得人爲清償，不得代位，保證人預爲代位之附屬登記於抵押權時，得代位第三取得人。(第五〇一條第一款第二款) 在本法對第三取得人代位保證人先爲清償者，予以禁止，似屬無據。本法於此，可謂不無缺點。(無第五〇一條之不便，參照石坂民法第一三〇〇頁以下。)

(3) 日本民法對一部之清償，承認一部之代位。(第五〇二條) 但對本法第三一二條但書之解釋，可如後述。(參照第三一二條之二1) 是本法上一部清償，不得認有代位。

(4) 於有代位清償時，債權人對債務人有將關於債權證書及自己占有之擔保物交付於代位人之義務，是爲日本民法之規定。(第五〇三條) 本法無之。惟可信本法應作同解。蓋代位爲債權之法律上的移轉，故在擔保物權之移轉，應爲擔保物之交付，不特係屬當然，即在證書債權人，亦早已無保留之權利，成爲實質上之不當得利，可解爲應移轉於清償人故也。——但立法上第二九六條，似可準用於代位清償。乃第三一二條係準用第二九七條及第二九九條，不準用第二九六條，有何理由，頗難索解。德民法以債權讓與之大部分規定，準用於債權之法律上移轉。(第四一二條) 其中既包含本法第二九九條之相當規定。(第四〇四條) 亦有第二九六條之相當規定。(第四〇二條) (相當於本法第二七九條規定爲德民法所無)

(5) 日民法第五〇四條之規定，亦爲本法所無。日本民法此項特別規定，本法既無明文，自難得同一之解

釋。但債權人侵害應為代位人之利益者，仍可認為應負侵權行為之責任。

第三百十二條 就債之履行有利害關係之第三人為清償者，得按其限度，就債權人之權利，以自己之名義，代位行使。但不得有害於債權人之利益。

一 立法例

日民第四九九條，第五〇〇條，第五〇一條，（無但書）法民第一二五一條：「對下列之人，當然發生代位效力。一、為有先取特權，或抵押權，對優先於自己之他債權人為清償之債權人。二、以價格取得不動產，向該不動產上有抵押權之債權人清償之不動產取得人。三、與第三人或為第三人負擔履行債務之義務，於其債務之履行，有利害關係者。四、對繼承財產之債務，以自己之財產清付之限定繼承人。」同第一二五二條：「依前數條之規定，代位者對保證人及債務人發生效力。債權人僅受一部之清償者，不得害其人之權利，於此情形，債權人對債權之其他部分，得優先於曾為一部清償之人，行使其權利。」——德瑞兩法，祇對保證連帶債務物上保證等，設各別之代位規定。（參照德民法第二六八條第三項，第四二六條第二項，第七七四條第一項，第一一四三條第一項，第一一五〇條，第一一七三條第二項，瑞債第一四九條，第五〇五條等。）

二 與日本民法之比較及註釋

（1）日民法無本條但書之相當規定。本條但書，雖仿德民法，而德民法之規定，則淵源於上述法民法。關於此項解釋，德民法學者頗有紛爭。但大體解釋，以債權人不應比由債務人本身所受清償為不利。而一部之清償，不

生擔保物權之代位，又代位以後，債權人關於債之存在，及清償能力，不負擔保責任，於此成爲重要事例（Oertmann, Komm. 7 zu § 268）。本法之解釋，亦可認爲相同，然則與日民法之解釋，稍異其結果。蓋右之事例中，後者雖屬相同，前者依一部之清償，可生擔保物權之準共有故也。（參照第五〇二條）立法上觀之，當以本法規定爲優，因代位僅依清償而使債務人所受利益，歸於清償人之制度故耳。如因此而使債權人較由債務人本人清償更陷於不利益之結果，則不能認爲適當。

（2）在日本民法，於無利害關係之第三人爲清償時，得債權人之同意，得行代位。（第四四九條）在本法僅規定有利害關係之第三人之代位，即日民法之法定代位，不認無利害關係之第三人之代位，對相當於債權額之對價，爲債權之移轉，在本法亦屬可能。此時發生與日民法規定之類似關係。蓋依上述日民法第四四九條無利害關係之第三人之代位，以得債權人之同意，且規定爲讓與債權之對抗要件。（第四六七條）是受債權之移轉，殆近於以債權額爲對價而受債權讓與之關係。

（3）代位之範圍，即清償之範圍，代位之方法，即以代位人自己之名義行使權利，日民法雖均無明文，解釋則屬相同。

第三百十三條 第二百九十七條及第二百九十九條之規定，於前條之代位行使權利準用之。

一 立法例

（參照）日民第四九九條，第五〇〇條，德民之條文已見前條。

二 與日本民法之比較

本法之代位，以日民法所謂法定代位者爲限，不認所謂任意代位。（參照前條之二二）日民法之法定代位，依清償而當然發生債權之移轉，不以對抗要件爲必要。反之，本法則以是爲必要。即無論債權人或清償人，必須由一方通知債務人。（本法第二九七條）在保護債務人之立場上，或可稱爲妥當之立法。惟本條之準用第二九九條，即在日民法，亦有同一理論。

第三百十四條 清償地，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣，或不能依債之性質，或其他情形決定者外，應依左列各款之規定。

一 以給付特定物爲標的者，於訂約時，其物所在地爲之。

二 其他之債，於債權人之住所地爲之。

一 立法例

（1）第一款 日民第四八四條前段，日商第二七八條第一項第三項，瑞債第七四條第二項第二款。

（2）第二款 日民第四八四條後段，——瑞債第七四條第二項（對金錢債權亦相同，對其他債權則相反）。

「以無相反之訂定爲限，依左列之原則，1、金錢債務，於履行之時期債權人之住所地爲之。2、特定物之債務，應於訂約時其物之所在地爲之。3、其他債務，應於債務成立時，債務人之住所所在地爲之。」——（反對）德民第二六九條第一項：「未定應爲給付之處所時，或依具體的情形尤其債務之性質不能推知者，應於債務關係發

生時債務人之住所所在地行給付。」同第二七〇條第一項：「以金錢爲給付標的而未定者債務人應以自己之危險及費用，送達於債權人之住所。」

二 與日本民法之比較

(1) 日民法亦規定「另無意思表示者」若依法律習慣可決定給付地之情形，應依其決定，固勿待論，故此點與本條無異。

(2) 對特定物之交付，日民法定爲於「債權發生時」物之所在地。本條第一款定爲「訂約時」其物之所在地。本條條文，與上列瑞債務法之規定同。日民法條文近於德民法，「債權關係發生時」之規定。理論上本法與日民法之間，當稍差異，實際上可無重要區別。日商法第二七八條第一項，關於此點之規定，與本法同。

(3) 本條第二款，係爲清償時債權人之住所，並非清償期之住所。雖本條第二款之文字不甚明瞭，若與第一款比較解釋，殆無疑問。日民法定爲「債權人現時之住所」，瑞債務人更明爲“zur Zeit der Erfüllung”。

(4) 本條上最成問題者，即本條適用上對於「營業所」*Geschäftliche Niederlassung*，宜受如何之限制。日商法第二七八條第一項，及德民法第二七〇條第二項，對任何營業所生債務，明定得以其營業所代其住所。瑞債務法第七四條，雖未定及，而瑞民法第二三條第三項定爲「營業所應受此規定（決定住所之規定）之支配」。此項意義，以關於營業之營業所有住所作用故耳（*Egger, Komm. 4 zu Art. 23; Curti-Forrer*）。惟本法總則第二〇條至第二三條，對住所之規定，無關於營業所。關於一般營業所欲適用本法第二三條規定，以解上

項問題，殆不可能。其立法上之一缺點乎。宜於本條增入如日商法第二七八條第一項關於營業所之規定，或於總則設如瑞民法第二三條之規定。

第三百十五條 清償期，除法律另有規定，或契約另有訂定，或不能依債之性質，或其他情形決定者外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償。

一 立法例

德民第二七一條第一項：「應當給付之時期未定或依其情形不能推知者，債權人得即時請求給付，債務人亦得立即給付。」瑞債第七五條：「契約或法律關係之性質上未定給付之時期者，得即時給付，及請求給付。」

二 與日本民法之比較

日民法雖無本條之相當規定，解釋上完全相同。蓋未定期限之債權，隨時均得請求清償，可由日民法第四一二條第三項推測之。又債務人定有期限時，原則上隨時得行清償，如日民法第一三六條之規定，未定期限者，固可解為隨時得行清償。

三 註釋

對本條之原則，第四七八條（日民法第五九一條相當）關於消費借貸有重要特則，宜加注意。

第三百十六條 定有清償期者，債權人不得於期前請求清償，如無反對之意思表示時，債務人得於期前為清償。

一 立法例

德民第二七一條第二項：「定有給付之時期者，債權人不得於其期限前請求給付，債務人得於其期限前爲給付。」瑞債第八一條第一項：「依契約之內容或性質或其他情形，當事人顯無反對之意思者，債務人縱於期限前，亦得履行。」

二 與日本民法之比較

(1) 債權人不得於期限前請求，日民法之解釋，亦屬相同。

(2) 日民法上期限之利益，推定爲債務人而定，願債務人得拋棄其期限之利益，(第一三六條)故實際上與本條之結果略同。其詳細各點之差異如下。

(A) 期限之利益，僅爲債務人而存在時。

兩民法無異，日民法之解釋，債權人於此時受損害者，應予賠償，此爲少數說。果如此說，則與本條異。但日本之判例，不採此項見解。(參照我妻民法總則五七七頁)

(B) 期限之利益，爲債權人債務人雙方而存在時。

日民法於債務人拋棄期限之利益，應賠償相對人所蒙之損害。但日民法之解釋，此項情形，有絕對不許拋棄期限利益之說，判例不採之。(參照我妻同上)在本法期限之利益，假令爲債權人存在時，以無反對之意思表示爲限，債務人仍無條件得爲期限前之清償。但本條之反對意思表示，不必以明示爲限，固無疑問，故期限之利益爲債權人存在時，可認爲有本條之反對意思表示者甚多。在前列瑞債務法之解釋，學者以附利息之有期消費借貸，

由其契約之性質，當可推知有反對意思之情形，又契約訂立時，在債權人收受標的物之困難，為債務人所知者，（例如買煤而無保管所處時）依其情形，係可推知有反對之意思（Oser, Komm. 2 zu Art. 81）本條之解釋，亦應認為略同。然則此項情形，即依本法，債務人亦非絕對得為期限前清償，日民法——此等情形，債務人亦有期限之利益者，——債務人仍可賠償損害為期限前之清償，結果當互異。

（C）期限之利益，僅為債權人存在時。

在日民法期限前之清償，係不可能。本法以無反對之意思表示為限，仍得為期限前之清償。但期限之利益，既僅為債權人而存在，則伴以本條之反對意思表示者當甚多，已如前述，故在兩民法之間，殆無差異。

第三百十七條 清償債務之費用，除法律另有規定，或契約另有訂定外，由債務人負擔。但因債權人變更住所，或其他行為，致增加清償費用者，其增加之費用，由債權人負擔。

一 立法例

日民法第四八五條，——（參照）德民第二七〇條第三項：「前二項情形，在債務關係發生後，因債權人變更住所或營業所，增加送達費用，或增加危險者，債權人應負擔第一情形費用之增加額，第二情形之危險。」

二 與日本民法之比較

本條與日民法之內容雖異，但此規定費用之負擔人，解釋上則無異。

第三百十八條 債務人無為一部清償之權利。但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，分期給付或緩期清償。

給付不可分者，法院得比照前項但書之規定，許其緩期清償。

一 立法例

(1) 第一項本文 德民法第二六六條：「債務人無爲一部清償之權利。」法民法第一二四四條第一項：「債務縱係可分，債務人無強使債權人受領一部給付之權利。」瑞債第六九條第一項：「債權人於確定期限屆至時，毋須允許一部給付。」

(2) 第一項但書 法民法第一二四四條第二項：「縱然法院得斟酌債務人之境況，對清償許以若干猶豫期限，或在一般情形，使其維持現狀，得命訴訟程序之延緩。但法院行使此項權限，應極慎重。」

(3) 第二項 (參照) 法民法第一二四四條第二項 (見上)

二 與日本民法之比較

(1) 債務人無一部清償之權能，日民法上之解釋，亦屬相異。

(2) 第一項但書及第二項規定，在日民法無明文，不能認有同一之結果。

三 批評

(甲) 本條第一項但書及第二項，係基於債編立法原則第十，乃民生主義之表現，應加注意。此項社會政策的立法，因審判官之品性如何，可生善惡之結果，已於本書之開端詳論，茲不再贅。(參照第十八頁以下) 但與本法

最近似者，爲前列法民法之規定，蓋法民法之理論，與本條之旨趣頗相近似，日本則於金錢債務暫行調解法（昭和七年法律第二十六號）中一言及之，此項立法，其運用之際，應如何慎重，實宜注意。

（乙）對上述法民法恩惠的猶豫期間（terme de grace）之規定，應注意下列各點。

（1）條文雖定猶豫期間，但宜有節度不可過久（délais modérés），且明定審判官行使此項權限時，應特別慎重（en usant de ce pouvoir avec une grande réserve）。立法者之用意，已可見矣。

（2）民法此項規定之適用，更應注意不少限制之規定。其重要者，如（A）票據及其他證券債權（商法一三五條一三七條）（B）債務人敗訴判決（民訴一二二條）（C）買回訴訟（民法一六六一條）（D）不動產金融公司之債務支付期限（一八五二年二月二八日法律第二六條）等是。法民法學者中，更擴張（A）之理論，主張對一切商事債務之恩惠的猶豫期間，應加否認（Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil Français 1932 i 2 p. 381）。

（丙）日本金錢債務臨時調解法，其目的在「使誠實的債務人更生」爲要件，（第一條）使調解程序，盡可能的慎重。（參照第四條至第一〇條）且該法之適法，以一千以下之債務爲限，「對銀行及其他受官廳監督處理金融業務機關之債務，有害其業務組織之虞者」定爲不得強制調解。（參照第七條第二項）金錢債務調解法，係於非常時之經濟界制定，有效期間，以三年爲限。從而以此項之限制爲非常時之立法，其果妥當與否，固有討論餘地。惟在今日之經濟界，一人之債權，與他人債權之基礎相互牽連，成爲密切之金錢債權網，故對一人之債權認

有猶豫者，經可影響為該債權基礎之他人債權，遂不得不生全經濟界之波瀾。故所謂非常時之立法，設有一定限制，須為慎重之處置者，在根本思想上，或伴有不應否認之真理。金錢債務臨時調解法之當否，固當別論，而持以慎重之態度，實足為他山之石也。

(丁) 中國立法當局，對於本條應特別喚起注意者如下。

(1) 立法者在民法本條所加之限制，應指特殊之債務，為其注意之所在。

(2) 立法者付與審判官之自由裁量，並不害及中國國際信用交易組織，此項用意，或可確信。

更有言者，余對社會政策的立法之根本思想，甚為贊同。所可慮者，此項社會政策的立法界限，應劃出商事交易制度，而不得忽略。更可憂者，對社會政策之實現，而委諸中國今日各個審判官之自由裁量，其果無違於正義公平之原理乎？

第三百十九條 債權人受領他種給付，以代原定之給付者，其債之關係消滅。

一 立法例

日民第四八二條，德民第三六四條第一項：「債權人受領他種給付，為債務標的給付之代物清償者，債務關係消滅。」

二 與日本民法之比較

本條關於代物清償之規定，日民法與本條文字異，定為債務人應得債權人之承諾。然代物清償，係債權人與

清償人之契約，故結果兩民法之解釋相同。

第三百二十條 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。

一 立法例

德民第三六四條第二項：「債務人以清償之目的，對債權人負擔新債務者，視為負擔新債務以代清償。」

二 與日本民法之比較

日民法無與本條相當之規定。本條於債務人代物清償時，如未予債權人以滿足，僅為新債務之負擔者，例如為舊債務而簽發本票或負擔其他無因債務，此時並非「以代清償」(an Erfüllungsgstatt) 可推定係「為清償」(zahlungshalber) 故債權人先以新債權之負擔義務，可受清償，如其清償不能滿足，則舊債權不消滅。此項理論，極適合於當事人間實在之意思，故在日民法之解釋，學說判例，均承認之。(參照民事法判例大正十一年二七事件我妻評釋)

前註 清償抵充(第三二一條至第三二三條)

本法清償抵充之規定，以債務人為第一位之抵充權人，此點與日民法同。但日民法以債權人為第二位之抵充權人，(第四八八條第二項) 認法定抵充為第三位，反是，本法不認債權人之抵充權，而以法定抵充為第二位，此為區別。本法與德民法主義同，(德民法第三六六條) 日本民法則與瑞債務法民法同義。

惟本法無日民法第四九〇條之相當規定，解釋上則應認為相同。

第三百二十一條 對於一人負擔數宗債務，而其給付之種類相同者，如清償人所提出之給付，不足清償全部債額時，由清償人於清償時指定其應抵充之債務。

一 立法例

日民第四八八條第一項第三項，德民第三六六條第一項：「債務人對債權人基於數個之債務關係，負擔為同種給付之義務時，債務人所為之給付，不足消滅全數債務者，債務人於給付時所指定之債務消滅。」瑞債第八六條第一項：「債務人對一債權人應清償數個債務者，債務人得於清償時，指定其應行消滅之債務。」

二 與日本民法之比較

清償人得居第一位指定應抵充之債務，此點與日民法同。（參照本條之前註）日民法第四八八條第三項規定抵充之方法，本法於此未有明文，而文理上可解為同一，固無待論。

第三百二十二條 債務人不為前條之指定者，依左列之規定，定其應抵充之債務。

一 債務已屆清償期者，儘先抵充。

二 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。

三 獲益及清償期均相等者，各按比例抵充其一部。

一 立法例

日民第四八九條，德民第三六六條第二項：「債務人不為前項之指定者，第一已屆清償期之債務。若數個債務已屆清償期者，為債權人所擔保最少之債務。若擔保相等者，為債務人所負擔最重之債務。負擔相等者，日期較早之債務。日期相同者，按債權數額消滅債務。」

二 與日本民法之比較

本條乃法定抵充之規定，其內容與日民法完全同一。惟此法定抵充規定，在本法則於不由債務人抵充時，即可適用，反之，在日民法，適用於由債權人抵充之次，成為第三位之抵充方法，此其異點。（參照第三二二條之前註）第三百二十三條 清償人所提出之給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本。其依前二條之規定抵充債務者，亦同。

一 立法例

日民第四九一條，——（同旨趣）德民第三六七條：「債務人於原本之外，應付利息及費用者，其所為給付不足消滅全部債務時，應按次抵充費用利息及原本。債務人為異於此之抵充者，債權人得拒絕給付之領受。」

二 與日本民法之比較

本條與日民法第四九一條之文字異，而內容則無別。

第三百二十四條 清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書。

一 立法例

日民第四八六條，德民第三六八條：「債權人對給付之受領，應依請求而交給書面之承認受領（受領證書）債務人對異此形式之受領證書之交付，有法律上之利益者，債務人得請求其形式之受領證書之交付。」瑞債第八八條第一項：「已行給付之債務人，得請求受領證書，及債務全部消滅時之返還債務證書或塗銷。」

二 與日本民法之比較

此與日民法同。

第三百二十五條 關於利息，或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留者，推定其以前各期之給付，已爲清償。

如債權人給與受領原本之證書者，推定其利息亦已受領。

債權證書已返還者，推定其債之關係消滅。

一 立法例

瑞債第八九條，「負擔利息及其他定期給付，如未行保留而交付其在後支付之受領證書者，推定已先經到期之給付，已行清償。對原本給予受領證書者，推定利息亦已清償。」法民第一九〇八條，第一二八二條，與本條第二項第三項旨趣同。

二 與日本民法之比較

日民法無與本條相當之規定，在實用法則上如本條之推定，當然亦可認之。

第三款 提存

本法提存之規定，與日民法近似。茲先將兩民法之內容比對，以覘一二重要之點。

(日民法)

(本法)

一 提存之原因

(1) 原則……………債權人不能受領或拒絕受領(四九四條前段)……………受領遲延(三二六條)

(2) 特則……………清償人無過失不得確知債權人時(四九四條後段)……………不以無過失為要件(三二六條)

二 提存之方法

(1) 提存之處所
原則……………債務履行地之提存所(四九五條一項)……………同(三二七條一項前段)
特則……………無提存時時法院之裁定(四九五條二項)……………同(三二七條一項後段)

(2) 提存之標的物……………有提存拍賣標的物之價金者(四九七條)……………同(三三一條) 有市價者仍得照市價出賣(三三三條)

(3) 提存者之通知義務……………四九五條三項……………同(三二七條二項)

(4) 提存費用……………無規定……………債權人負擔(三三三條)

三 提存之效果

(1) 主要效果……………消滅債務(四九四條)……………未明定消滅，但定為債權人負擔提存物之危險，債務人無給付利息之義務(三二八條)

(2) 提存者之取回權

(A) 要件……………在債權人之受諾或爲提存有有效之確定判決前，但因提存而擔保權消滅時，無取回權（四九六條一項前段二項）

(B) 效果……………視爲未提存（四九六條一項後段）

(3) 債權人之提存受領權

(A) 要件……………債權人應爲對待給付者，僅於給付後得行受領（四九八條）

(B) 消滅……………無規定

統觀上表，所應注意者，本法關於提存及於債權之效果，與提存者之取回權，均無何等規定。茲就此二點考察如下。

(1) 在日民法因提存而債權即行消滅。（第四九四條）瑞債、務法亦有同一主義。（第九二條）德民法則異是，債務人因提存而取得對債權人已受提存物之清償之抗辯權。（參照第三七九條第一項）惟債務人喪失提存物之取回權時，債務始行消滅。（第三七八條）本法之解釋，應與日本民法及瑞債務法相同。蓋本法在提存後，債權人負擔提存物之危險，債務人免支付利息之義務。（第三二八條）又依提存而債權人即取得領受提存物之權利。（第三二九條）嗣後債務人已喪失對提存物之支配。（參照第三三〇條）此等效果，非以債務人依提存而免債務爲前提，不能解釋之。

(2) 日本民法在一定期限時，許提存者有取回提存物之權利，一經取回，提存之效力，即邇及的消滅，其結果依提存而曾經消滅之債權，重行復活。（第四九六條）雖認提存有消滅債權之效力，但在債權人對提存物取

得確定的利害關係以前，仍認提存者有取回權，是爲調和雙方利害之立法。瑞債務法亦採同一主義。（第九四條）在德民法因提存而債務尙不消滅，故提存者有取回權，固屬當然。（第三七六條）待此取回權消滅，其債權方始消滅，已如前述。（第三七八條）本法對取回權無何等規定，惟由上述債務人因提存而全失提存物支配之各點規定以觀，則本法之解釋，理論上以提存者無取回權爲當。果若是，則立法之當否，不無疑問矣。

第三百二十六條 債權人受領遲延，或不能確知孰爲債權人，而難爲給付者，清償人得將其給付物，爲債權人提存之。

一 立法例

日民第四九四條，德民第三七二條：「債權人對金錢有價證券及其他證券及貴重物品之受領遲延者，債務人得爲債權人提存於公共提存所。其他因債權人本身上之事由，且非因債務人之過失，而不能確知債權人致難履行債務者，亦同。」瑞債第九二條第一項：「債權人遲延時，債務人得以提存使債權人負債務標之物之危險及費用，而免其債務。」

二 與日本民法之比較及註釋

（1）本條依債權人方面之事由，得爲提存時，應爲債權人之遲延。（第二三四條德瑞兩法亦同）惟日民法僅爲拒絕受領，故在日民法不必爲清償之提出，可知得行提存之情形，較本法爲廣。（鳩山總論四三九頁）但日本判例以前對日民法之解釋，須屬受領遲延者，近時已稍改變，例如顯然不能受領之情形，無須具備受領遲延

之要件。即得實行提存。（參照民事法判例大正十一年九二事件我妻評釋末弘博士全集一卷三五〇頁）本法之解釋，亦可與日本現時之判例相同。蓋提存於債權人有顯然不能受領之情形，即已陷於債權人之遲延，即得視為提存，實適合於債權法上信義平衡之原則也。

（2）依債務人方面之事由，日民法以非因債務人之過失不能確知孰為債權人。德民法亦然。（第三六二條後段）在本法則不以債務人之過失為要件，惟由債權法上信義原則與提存制度之目的考之，本法亦有以此為要件之必要，本毋待論。希望立法上增入「非債務人之過失」之文句。但瑞債務法固不認不能確知債權人為提存之原因。

第三百二十七條 提存應於清償地之提存所為之。無提存所者，該地之初級法院，因清償人之聲請，應指定提存所，或選任保管提存物之人。

提存人於提存後，應即通知債權人。如怠於通知，致生損害時，負賠償之責任。但不能通知者，不在此限。

一 立法例

（1）第一項 日民第四九五條第一項第二項——（同旨趣）德民第三七四條第一項：「提存應於債務履行地之提存所為之。債務人於其他之處所提存者，應賠償債權人因此所生之損害。」瑞債第九二條第二項：「提存之處所，由清償地之法院定之。但商品得不待法院之指定，而提存於倉庫營業人。」

（2）第二項 德民第三七四條第二項：「債務人應對遲延之債權人為提存之通知。怠於此項通知者，負

損害賠償之責。但不能通知時，不必通知。」——（同旨趣）日民第四九五條第三項。

二 與日本民法之比較

（1）本條第一項與日民法同。

（2）與本條第二項相當之日民法第四九五條第三項，對怠於通知義務之情形，未有規定。學說判例，則與本條作同一之解釋。即怠於通知，不生提存之無效，僅生債務人之損害賠償責任。

（3）但如因不能確知債權人，致不能為提存之通知時，在日民法之解釋，顯應認債務人無賠償責任。故本條第二項但書之規定，亦與日民法無異。

第三百二十八條 提存後，給付物毀損滅失之危險，由債權人負擔。債務人亦無須支付利息，或賠償其孳息未收取之損害。

一 立法例

德民第三七九條第二項：「已行提存之物，債權人負擔危險。且債務人不負支付利息或賠償其未收取孳息之義務。」瑞債第九二條第一項：「債權人遲延者，債務人對其所負債務之標的物，得以債權人之危險及費用，依提存而免其義務。」

二 與日本民法之比較

日民法雖無本條之相當規定，解釋上則歸一致。蓋

(1) 債務人依提存而免債務，(第四九四條) 故此後無支付利息之義務，殆屬無疑。

(2) 提存特定物時，對其物之所有權，何時移轉於債權人，日本學說有爭論。一說認為債權人受諾提存之時，他說認為交付提存物於債權人之時。(參照鳩山總論四四〇頁末弘全集一一卷三五二頁) 此種解釋，不問採用何說，在債務人依提存而免債務以後，因標的物之滅失毀損，若不收取孳息之損害，當以由債權人負擔為妥。第三百二十九條 債權人得隨時受取提存物。如債務人之清償，係對債權人之給付而為之者，在債權人未為對待給付或提出相當擔保前，得阻止其受取提存物。

一 立法例

(1) 本文 未見有相當之立法例。

(2) 但書 德民第三七三條：「債務人僅係對債權之給付而為給付時，非債權人履行對待給付後，債務人得使其不得受取提存物。」——(類似) 日民第四九八條。

二 與日本民法之比較

(1) 本條本文之規定，日民法無之，解釋上則相同。

(2) 本條但書情形，日民法不須如本條之債務人另有意思表示，(參照後段之註釋) 定為當然祇為對待給付者，始得受領提存物。(第四八九條提存法第一〇條)

(3) 本條對債權人不為對待給付，僅行提供相當之擔保，亦得受領提存物。日民法則不承認之。

三 註釋

(1) 本條但書「債務人……得阻止其受領提存物」之文義稍晦。恐其母法德民法第三七三條：「非債權人履行對待給付後，債務人得使其不得受取提存物」之意義相同。

第三百三十條 債權人關於提存物之權利，自提存後十年間不行使而消滅，其提存物屬於國庫。

一 立法例

(參照) 德民第三八二條：「存於提存額上之債權人權利，自債權人受已提出於提存所之提存通知後，經三十年而消滅。於此情形，債務人縱已拋棄取回權，仍得取回之。」

二 與日本民法之比較

日民法無本條之相當規定，可解決如下。

(1) 提存物為金錢或其他之代替物時，其所有權依提存而移轉於提存所，提存人及債權人，僅取得債權的權利。故此時依一般之規定，此請求權依十年之時效期間而消滅。此時效之起算點，當認為提存之時。

(2) 提存之標的物為特定物時，其物之所有權，不歸屬於提存所，由提存人直接移轉於債權人。而關於此項移轉之時期，日民法學者之說紛歧，已如前述。(本書第三二八條之二) 然此點不論如何解釋，提存物之所有權，歸屬於提存人或債權人之任何一人，對提存所常有基於所有權之返還請求權。惟基於所有權之返還請求權，不因時效而消滅，從而放置任何年數，提存物之所有權，不能歸屬於國庫。本條於斯情形，亦將歸屬於國庫乎？則

與日民法有鉅大之差別矣。

第三百三十一條 給付物不適於提存，或有毀損滅失之虞，或提存需費過鉅者，清償人得聲請清償地之初級法院拍賣，而提存其價金。

一 立法例

日民第四九七條，德民第三八三條第一項：「清償標之物之動產，不適於提存者，債務人於債權人受領遲延時，得於清償地拍賣之，而提存其價金。依第三百七十條第二段之情形，其物有腐敗之虞，或其保存需費過鉅者，亦同。」瑞債第九三條第一項，「依物之性質，或企業之種類，不能提存，或物有腐敗之虞，及顯欲保管費用或飼養費用者，債務人得預向法院聲明，得其許可，拍賣其物，而提存其價金。」

二 與日本民法之比較

此與日民法相同。

第三百三十二條 前條給付物，有市價者，該法院得許可清償人照市價出賣，而提存其價金。

一 立法例

瑞債第九三條第二項：「物有交易所之市價，或市場之市價，或須鉅大之費用者，得不為拍賣，由法院發預告許其出賣。」德民第三八五條：「物有交易所或市場之市價者，債務人對於此種買賣，得公開委任居間人，或有公開拍賣之權限者，依其當時價格，任意出賣之。」

二 與日本民法之比較

日民法未承認此項之便利方法。

第三百三十三條 提存拍賣及出賣之費用，由債權人負擔。

一 立法例

德民第三八一條：「債務人以不取回提存物爲限，提存費用，由債權人負擔。」同第三八六條：「拍賣或依第三百八十五條出賣之費用，以債務人不取回所提存之價金爲限，由債權人負擔。」瑞債第九二條：「債權人遲延時，債務人對其負擔債務之標的物，得以債權人之危險及費用，依提存而免其義務。（提存之處所，由清償地之法院定之，但可不待法院之指定，而提存於倉庫營業人。）」

二 與日本民法之比較

日民法無本條之相當規定。惟因債權人遲延而提存者，債權人有遲延責任，當然應負擔費用。非債權人之遲延，亦得爲提存時，雖不能作同一解決，若此時有債權人拒絕受領，或受領不能，或非債務人之過失，不能確知債權人等事由存在，（日民法第四九四條）則爲提存而須過量之費用，恰與日民法第四八五條但書所定清償費用之增加額相當。從而類推此規定之意義，對於上述情形，亦可解與本條相同。

第四款 抵銷

本法關於抵銷規定，其條文之次序，雖稍有差異，但其內容則與日本民法相同。惟對禁止抵銷意思表示之效

力，應加注意。

(日民法)

(本法)

一 抵銷之要件

- (1) 有同種標的債權之對立(五〇五條一項本文)……………同(三三四條本文)
- (2) 兩債權均屆清償期(五〇五條一項本文)……………同(三三四條本文)
- (3) 給付地點之不同，固屬不妨，但抵銷人有損害賠償之責(五〇七條)……………同(三三六條)
- (4) 雖因時效消滅之債權亦得抵銷(五〇八條)……………同(三三七條)

二 抵銷之禁止

- (1) 債之性質不許抵銷者(五〇五條一項但書)……………同(三三四條但書)
- (2) 禁止抵銷之特約而不得對抗善意第三人(五〇五條二項)……………無規定
- (3) 因侵權行為所生之債權(五〇九條)……………以故意侵權行為之債權為限(三三九條)
- (4) 禁止扣押之債權(五一〇條)……………同(三三八條)
- (5) 接受扣押命令之債權(五一一條)……………同(三四〇條)
- (6) 關於因為第三人契約之債務(無規定)……………三四一條

三 抵銷之方法

- (1) 對相對人為意思表示(五〇六條一項本文)……………同(三三五條一項前段)

(2) 不得附條件或期限(五〇六條一項但書)……………同(三三五條二項)

四 抵銷之效果

(1) 債務至相當數額而消滅(五〇五條一項)……………同(三三五條一項後段)

(2) 適及適於抵銷之時(五〇六條二項)……………同(三三五條一項後段)

(3) 準用清償抵充之規定(五一二條)……………同(三四二條)

第三百三十四條 二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務與他方之債務互相抵銷。但依債之性質不能抵銷者，不在此限。

一 立法例

日民第五〇五條第一項，德民第三八七條：「二人互負同種標的之給付時，各當事人且得請求其應受之給付，爲其負擔之給付者，均得以自己之債權與相對人之債權抵銷。」瑞債第一二〇條第一項：「二人有互負金額或其標的物可爲同種其他給付之義務時，其債權已到期者，各得以自己之債務與其債權抵銷。」

二 與日本民法之比較註釋及批評

(1) 本條規定所及，與日民法相同。

(2) 日民法第五〇五條第二項，關於拋棄撤銷權意思表示效力之規定，爲本法所無。德民法雖亦與本法相同，不設何等規定，但學者以此項意思表示，有絕對的效力，不如日民法有對善意第三人之限制(Oertmann,

Komm. Vorperm. 4 zu Titel 3; Staudinger, Komm. 4 zu S 391)。瑞債務法(第一二六條)雖認拋棄

抵銷權意思表示之效力，卻未定對善意第三人之限制，而學者則認為有絕對的效力（Oser, Komm. S. 126）。

由上述德民法之解釋及瑞債務法之規定推論，債權之內容，得由當事人之自由決定，故當事人若訂定應為現實之清償，不得抵銷時，成立此項內容之債權，即對不知其內情而承擔債務之第三人，亦得主張其效力。以此理論為立足點，其立法見地，實優於日民法之主義，殆無可疑。蓋債權讓與債務承擔之自由，在日本法制之下，強使債權與當事人間之意思分離而有獨立財產權之性質。從而，不問債權之強制執行力，抵銷可能性，讓與性，債務承擔可能性等，在債權之一般性質，均宜劃一處置，依當事人間之特約排除之，僅對當事人及惡意之繼承人發生效力者，並非適合於現代債權之性質。

顧自本條之解釋考之，對拋棄抵銷權意思表示之效力，不區別第三人之為善意惡意，似已非當，故對其效力予以絕對承認，抑加以否認，均屬不妥。惟以解釋與上述德民法之解釋相同，認為絕對有效為當。如果以此解釋為然，則對善意第三人之關係，與日民法發生鉅大之差異矣。

第三百三十五條 抵銷應以意思表示向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按抵銷數額而消滅。

前項意思表示，附有條件或期限者，無效。

一 立法例

（1）第一項 瑞債第一二四條第一項第二項：「抵銷以債務人對債權人通知行使抵銷權時為限，發生

其效力。已行通知者，視為債權及反對債權，於得為抵銷時，按抵銷數額而消滅。」德民第三八八條本文「抵銷向相對人以意思表示為之。」同第三八九條：「抵銷有使雙方債務溯及於得為抵銷時，按抵銷數額，有消滅債務之效力。」日民第五〇五條，第五〇六條第一項本文及第二項。

(2) 第二項 德民第三八八條但書：「但附條件或期限之意思表示為無效。」日民第五〇六條第一項但書。

二 與日本民法之比較

本條與日民法之規定，其內容之次序雖異，在實質上則無區別。

第三百三十六條 清償地不同之債務，亦得為抵銷。但為抵銷之人，應賠償他方因抵銷而生之損害。

一 立法例

日民第五〇七條，德民第三九一條第一項：「雙方債權，雖異其清償地，或交付地，亦得抵銷。但抵銷當事人應賠償相對人因抵銷結果所定處所受領給付或不能受領所生之損害。」

二 與日本民法之比較

此與日民法相同。

第三百三十七條 債之請求權，雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得為抵銷。

一 立法例

日民第五〇八條，德民第三九〇條，「因時效消滅之債權，在其消滅前，已適於抵銷者，得行抵銷。」瑞債第一二〇條第三項：「已罹時效之債權，如得爲抵銷時，時效未完成者，得以之抵銷。」

二 與日本民法之比較

此與日民法相同。

三 註釋

本條雖規定「債之請求權，雖經時效而消滅，」但其意義不外解爲債權已罹消滅時效，故可簡譯爲債權。立法者或以本條消滅時效，僅消滅債之請求權，基此理論，而作如是語句，亦未可知。若然，則以關於債權本質之重大問題，於抵銷中一條表之，決難謂其態度爲妥當。且縱採此項理論，在本條之適用，亦不生何等差異。立法者又或以在本法總則第六章消滅時效，不稱爲債權之消滅時效，而規定爲請求權之消滅時效，因之，在本條亦規定爲債之請求權已罹消滅時效乎？若然，則甚屬誤解。蓋總則編所爲請求權，乃包含債權之廣泛概念，不僅債權作用之請求權之意義故也。徵之德民法亦甚明顯，在其消滅時效，固與本法相同，規定爲請求權 (Anspruch)，而與本條相當之規定，(第三九〇條) 則規定爲債權 (Forderung) 罹時效。姑不論本條之解釋孰是，無妨認作債權罹於消滅時效，實無特別認爲債之請求權之必要。

第三百三十八條 禁止扣押之債，其債務人不得主張抵銷。

一 立法例

日民第五一〇條、德民第三九四條前段：「債權係禁止扣押者，不得以之爲抵銷。」——（同旨趣）瑞債第一二五條第二款：「左列債務，不得反於債權人之意思，使因抵銷而消滅。……2、扶養之請求權，或債權人及其家屬所不可缺之扶養，如工資之類，其性質上對債權人應爲現實給付之債務。」

二 與日本民法之比較

此與日本民法相同。

第三百三十九條 因故意侵權行爲而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。

一 立法例

德民第三九三條：「因故意侵權行爲所生債權，不許對之抵銷。」——（類似）日民第五〇九條——（參照）瑞債第一二五條第一款：「左列債務，不得反於債權人之意思，使因抵銷而消滅。1、提存物或不法奪取與惡意取得其物之返還或賠償義務。」

二 與日本民法之比較

日民法僅規定侵權行爲，不以故意爲必要。從而基於過失侵權行爲所生損害賠償，債務亦不得抵銷，與本法異。

第三百四十條 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，與受扣押之債權抵銷。

一 立法例

德民第三九二條：「債務人受債權人之扣押後，對其債權人取得債權者，或其債權於扣押債權後，始屆清償期者，債務人不得以其債權對扣押債權抵銷。」日民第五一一條。

二 與日本民法之比較及註釋

日民法以此項抵銷爲有效，但不得以之對抗扣押債權人，反是，本條定爲「不得抵銷」，故縱經抵銷，在當事人間亦屬無效。然果如是解之，在違反本條而爲抵銷後，如扣押有被撤銷之情形，可生不便利之結果。至由本條立法之本意以觀，則如日民法以此抵銷，僅扣押債權人無效爲已足。從而本條之解釋，抵銷對扣押債權人之關係雖係無效，而當事人間應仍有效。即與本條文句相同之德民法學者，亦採同一之解釋（Staudinger, Komm. 3 zu § 292）。如以此項解釋爲正當，則與日民法之結果無異。

第三百四十一條 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。

一 立法例

瑞債第一二二條：「爲第三人負債務之人，不得以其債務與自己對相對人之債權爲抵銷。」

二 與日本民法之比較及註釋

日民法雖無本條相當之規定，解釋上則屬相同。蓋本條可包括左列二情形，殆理論上所當然。

(A) 第三人主張此債權時，債務人不得以自己對相對人之債權爲抵銷，因爲第三人之契約中，第三人之

債權，當然亦屬獨立之債權也。

(B) 債權人請求向第三人為給付時，(參照本法第二六九條第一項前段及本書該條下之二1)亦非主張此給付之標的，應向自己給付，乃主張向第三人給付，而第三人之債權，亦如上述獨立存在，故債務人當然不得以對相對人之債權使之抵銷。

本條係仿瑞債務法，瑞債務法學者有認該條係由為第三人之契約及抵銷本質上當然之規定者 (Ogert, Komm. I zu Art. 122)。

第三百四十二條 第三百二十一條至第三百二十三條之規定，於抵銷準用之。

一 立法例

日民第五一二條，德民第三九六條：「當事人之一方，有適於抵銷之數債權時，為抵銷之當事人，得指定應抵銷之債權。未為此項指定而為抵銷，或對方異議遲延者，準用第三百六十六條第二項之規定。為抵銷之當事人，於原本外，應向對方支付利息及費用者，準用第三百六十七條之規定。」

二 與日本民法之比較

關於抵銷，準用清償抵充之規定，兩民法無異。但抵充規定，兩民法尚有區別，可毋待言。(參照本書第三二一條之前註)

本法以免除爲債權人之單獨行爲，與日本民法同。德瑞兩法，則以免除爲債權人與債務人間之契約。
第三百四十三條 債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。

一 立法例

日民第五一九條——（參照）德民第三九七條：「債權人以契約對債務人免除債務者，債務關係消滅。債權人以與債務人之契約承認不使債務關係成立者，亦同。」瑞債第一一五條：「負擔債務之契約，雖契約當事人以方式爲必要者，亦得不須何等方式，以合意免除債權之全部或一部。」

二 與日本民法之比較

此與日民法同。

第六款 混同

本法以混同爲債權消滅之一般的事由，與日本民法同。

第三百四十四條 債權與其債務同歸一人時，債之關係消滅。但其債權爲他人權利之標的或法律另有規定者，不在此限。

一 立法例

日民第五二〇條，瑞債第一一八條第一項：「債權人及債務人之資格，同歸一人時，債權視爲因混同而消滅。」
二 與日本民法之比較

日民法雖未如本條明定法律另有規定之情形，亦有此例外存在，當毋待論。又本條定明「他人」而日民法定爲第三人，以混同乃當事人卽債權人與債務人同歸一人之情形，故他人與第三人之範圍，亦可完全無異。

(附)民法債編施行法(民國十九年二月十日公布)

第一條 民法債編施行前發生之債，除本施行法有特別規定外，不適用民法債編之規定。

第二條 民法債編施行前，依民法債編之規定，消滅時效業已完成，或其時效期間尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起，一年內行使請求權。但自其時效完成後，至民法債編施行時，已逾民法債編所定時效期間二分之一者，不在此限。

依民法債編之規定，消滅時效不滿一年者，如在施行時尙未完成，其時效自施行日起算。

第三條 前條之規定，於民法債編所定無時效性質之法定期間，準用之。

第四條 民法第二百零四條之規定，於民法債編施行前所約定之利率逾週年百分之十二者，亦適用之。

第五條 民法債編施行前發生之利息債務，於施行時尙未履行者，亦依民法債編之規定，定其數額。但施行時未付之利息總額已超過原本者，仍不得過一本一利。

第六條 民法第二百一十七條及第二百一十八條之規定，於民法債編施行前負損害賠償義務者，亦適用之。

第七條 民法債編施行前發生之債務，至施行後不履行時，依民法債編之規定，負不履行之責任。前項規定於債權人拒絕受領或不能受領時，準用之。

第八條 民法第二百五十條至第二百五十三條之規定，於民法債編施行前約定之違約金，亦適用之。

第九條 民法第三百零八條之公認證書，由債權人作成，聲請債務履行地之法院公證人警察官署商會或自治

機關蓋印簽名。

第十條 民法第三百十八條之規定，於民法債編施行前所負債務，亦適用之。

第十一條 民法債編施行前發生之債務，亦得依民法債編之規定為抵銷。

第十二條 民法債編施行前所定買回契約，定有期限者，依其期限，但其殘餘期限自施行日起算，較民法第三百

八十條所定期限為長者，應自施行日起適用民法第三百八十條之規定，如買回契約未定期限者，自施行日起

不得逾五年。

第十三條 民法債編施行前所定之租賃契約，於施行後，其效力依民法債編之規定。

前項契約訂有期限者，依其期限，但其殘餘期限自施行日起算，較民法第四百四十九條所規定之期限為長者，

應自施行日起，適用民法第四百四十九條之規定。

第十四條 民法債編所定之拍賣，在拍賣法未公布施行前，得照市價變賣。但應經法院公證人警察官署商會或

自治機關之證明。

第十五條 本施行法自民法債編施行之日施行。



中國日本兩民法條文索引

凡表中虛線上端之數字爲中國民法條文，其下端爲日本條文，惟日本民法條文不另標出，如爲日本其他法律條文則標明其名稱，並以「一」代項，「1」代款，「前」指條文前段，「後」指條文後段，「本」爲條文之本文，「但」爲條文之但書。

一六九.....	一〇九	無.....	四〇二	二二二.....	四一一
無.....	一一〇	二〇一.....	二	二二九.....	二二九
一七〇.....	一一三	無.....	三	三三五.....	四二一
一一六.....	一一三	二〇二.....	四〇三	三三六.....	二二九
一七〇.....	一一四	二〇三.....	四〇四	二二九.....	二
一七一.....	一一五	二〇七.....	四〇五	二二九.....	二
一一五.....	一一六	二〇八.....	四〇六	二二九.....	三
無.....	一一八	二〇九.....	四〇七	二二九.....	三
無.....	一二六	無.....	二	二二九.....	三
一九九.....	三九九	二一〇.....	四〇八	二二九.....	三
無.....	四〇〇	二〇九.....	四〇九	二二九.....	三
二〇〇.....	四〇一	二一〇.....	四一〇	二二九.....	三
二.....	二	二一一.....	四一一	二二九.....	三

二八〇但……………二

無……………四四三

二八二一……………四四四

二……………四四五

二九四一本……………二六六一本

1……………但

2……………二本

但……………二

二九七一……………四六七一

無……………二

無……………四六八一

二九九一……………二

三一一……………四七四

無……………四七五—四七七

三一〇二……………四七八

三一〇三……………四七九

三〇九二……………四八〇

無……………四八一

三一九……………四八一

三二〇……………四八二

無……………四八三

三一四……………四八四

三一七……………四八五

三三三……………但

三〇八二……………四八六

三三四……………四八七

三〇八一……………四八八

三三一……………一

無……………二

三三一……………三

三三二……………四八九

無……………四九〇

四二二一……………四九一

二四一……………四九二

一三五……………四九三

三二八……………四九四

三二九……………四九四

三二七前……………四九五

後……………二

二……………三

無……………四九六

三三一……………四九七

三二九但……………四九八

三三二……………四九九

三三三……………四九九

二八一……………二

三二二……………五〇〇

三三三……………五〇〇

三三二……………五〇一

無……………五〇二—五〇四

三三四……………五〇五

三三五後……………五〇五

無……………二

三三五一本……………五〇六一本

二……………但

三三六……………五〇七

三三七……………五〇八

三三九……………五〇九

三三八	五二〇	二六四	五三三	二五九 ²	二
三四〇	五一一	二六一	五三三	二六〇	三
三四二	五一二	二六六	五三四	二六一	四
無	五一三—五二八	二六七	五三四	二六二	五
三四三	五一九	二六六	五三五、二	二六三	六
三四四	五二〇	無	三	二六四	七
一六二	五二一	二六六	五三六	二六五	八
一五八	五二二	二六七	五三七	二六六	九
一五九	五二三	二六九	五三七	二六七	一〇
一六〇	五二三	二	五三八	二六八	一一
一六二	五二四、五二七	二七〇	五三九	二六八	一二
無	五二五	二六八	五四〇	二六八	一三
一六三	五二六	三	三	二六八	一四
一六一	二	二五四	五四一	二六八	一五
一六〇	二	二五五	五四二	二六八	一六
一六四	五二八	二五六	五四三	二六八	一七
一六五	五二九	二五八	五四四	二六八	一八
無	五三〇—二	二五九	五四四	二六八	一九
一六四	三	二五九	五四五	二六八	二〇
無	五三一	二五九	五四五	二六八	二一
無	五三二	無	但	二六八	二二

一八四	前	七〇九
一九五	前	七一〇
一九四		七一一
一八七		七一二
無		七二三
一八七	後、二	七四一
無		無
一八八		七一五
無		無
一八八	三	三
一八九		七一九
一九一		七二一
無		無
一九一	二	三
一九〇		七二八
無		無

一八五		七一九
一四九		七二〇
一五〇		七二〇
七		七二二
一九六		七二二
二一七		二
一九五	後	七二三
一九七		七二四
二〇五	利息限制法	一、二
二〇六	(以下均同)	四
二〇六		五
二五二		五
三三九		一〇
三〇五	商法(以下均同)	二、三
三五	(公司法)	六三
一〇五	(公司法)	一三六
無		一四二之3及4

一一三	(公司法)	一四六
一四八		一七七
無		一八六、二一六
一五六		二六九
一五七		二七〇
一五九		二七一
無		二七一
五	(票據法施行法)	二七三
二〇三		二七五、二七六
三一	1	二七八、三
七〇五		二九九
六三七		三三九
二〇六		三三九
二五二	商法施行法	一一七
三〇五	商法改正綱要	一〇

上海图书馆藏书



A541 212 0001 7620B



~~1661483~~