

一之書叢學法

論新則分編債法民

著民新周

冊上

版出社譯編學法海上
行發局書記新堂文會

民法債編分則新論

周新民著

緒論

債法的研究，通常分爲總論與各論兩部：總論係研究各種之債的共通法則；各論係研究各種之債的特殊法則。詳言之，總論係說明債編第一章通則的規定（第一五三條至第三四四條），即說明債的本質，發生，標的，效力，移轉，消滅，及多數債務人債權人相互間的關係；各論係說明債編第二章各種之債的規定，（第三四五條至第七五六條）即說明買賣，互易，交互計算，贈與，租賃，僱傭，承攬，出版，委任，及其他各種之債的成立要件，發生效力，及消滅事由。此種分部研究法是否適當？學者間不無議論；惟爲講學便利計，仍宜按照債編規定的次序，分爲總論各論研究之。債編第一章所規定者。總論已詳論之，茲所講述的內容，當以債編第二章所規定者爲限。

關於債編各論的講述，其方法有二：（一）以各種之債的目的為標準；（二）以各種之債的規定為標準。採用前者，即依契約的目的，將各種之債分為：（1）關於財產移轉之債（如買賣，互易，贈與等）；（2）關於財產用益之債（如租賃，借貸等）；（3）關於勞務之債（如僱傭，承攬，出版，委任，經理人及代辦商，居間，行紀，寄託，倉庫，運送營業，承攬運送等）；（4）關於信用之債（如交互計算，合夥，隱名合夥，指示證券，無記名證券，終身定期金，和解，保證等）講述之。採用後者，即不問契約的目的如何，按照債編第二章規定的順序，分為二十四章講述之。本書為謀讀者的便利起見，特採第二方法編述之。

本書的內容，以民法債編及關係重要法規為根據，并引用外國立法例，及學說，判例，以期理論與事實雙方兼顧，而免蹈用非所學，與學非所用之弊。

第一章 買賣 (民三四五條以下，德民四三三條以下，瑞債一八五條以下，法民一五八條以下，日民五五五條以下，俄民一八〇條以下，)

第一節 買賣的意義

買賣的定義

買賣乃當事人約定一方(出賣人)移轉財產權於他方，他方(買受人)支付其價金的契約 (三四五條一項) 茲分析其性質如左：

(一) 買賣為契約

買賣為諾成契約，且為不要式契約

(1) 買賣為諾成契約，且為不要式契約 買賣只須雙方當事人就標的物及其價金，互相表示意思一致，即為成立 (三四五條二項) 不必以現實給付為其成立要件，是為『諾成契約』。買賣當事人的意思表示，不須具備一定方式，即可成立，是為『不要式契約』。

買賣為雙務契約，

(2) 買賣為雙務契約，且為有償契約 出賣人負移轉財產權的債務，與買受人

第一章 買賣

且爲有價
契約

買賣爲價
統的有價
契約
買賣爲價
契約

民法債編分則新論

四

負支付價金的債務，乃有對價的關係，是爲「雙務契約」。出賣人須爲移轉財產權的給付，始得受領價金，買受人須爲支付價金的給付，始得受領買賣標的物，是爲「有價契約」。買賣的規定，除契約性質所不許者外，準用於買賣以外的有價契約，故又爲「模範的有價契約」(三四)。

(3) 買賣爲債權契約 買賣契約的直接效力，只發生債務關係，即一方面使出賣人負移轉財產權的債務，他方面使買受人負支付價金的債務，其履行時始爲移轉財產權及支付價金的物權契約。徵之民法第三四五條第一項所謂約定，亦明示非逕行移轉及支付之意，乃謂將來須移轉及支付之意；申信之，買賣契約，乃雙方當事人以約定使發生各移轉其權利之債務關係爲目的的行爲。況民法第三四五條第二項明定，當事人就標的物及其價金，如已互相同意者，買賣契約即爲成立，而不以移轉財產權及交付價金爲其成立要件，則買賣契約係創設債務關係，益可證明。

現實買賣

買賣通常爲債權契約，雖無疑義；但所謂現實買賣（現買賣），是否爲債權契約？學說上尚有爭執：（A）債權契約說，謂現實買賣的成立與其履行，其間仍存有極短時間，非無發生財產權移轉之債務的餘地，故謂其爲債權契約。（B）非債權契約說，謂現實買賣的當事人，非先有負擔財產權移轉的債務，復有履行其債務的意思。且謂債務成立，同時卽爲債務履行，亦反乎債務的性質，故謂其爲非債權契約。德日兩國學者贊成前說者爲多數，主張後說者爲少數。余從前說，仍解現實買賣先有債權的合意，後有物權的合意，而與一般買賣同。

（二）買賣爲當事人一方約定移轉財產權的契約

買賣的標的物限於財產權

（1）買賣的標的物 買賣的特徵，係當事人一方對於他方負移轉財產權的債務，其標的物自限於財產權，則非財產權的人格權（如身體權，自由權，名譽權等），及身分權（如親權，夫權，家長權等），均不得爲買賣的標的物。他如業

第一章 買賣

務上的祕密，營業上的顧客，及信用等，雖均有財產的價值，得就其為有價移轉的契約，然以其非財產權，則不得為買賣的標的，只可成立類似買賣的無名契約，類推適用關於買賣的規定而已。茲更就買賣的標的物說明其觀念如左：

(A) 財產權非均得為買賣的標的物，常有因當事人的特約（例如當事人約定不許讓與的債權），權利性質的限制（例如扶養請求權，及地役權，）法律規定的禁止（例如屍體所有權），而不得為買賣的標的物。其得為買賣的標的物，不以所有權為限，限制物權，準物權（如漁業權，鑛業權等），無體財產權（如著作權，專賣特許權等），及債權，固得為買賣的標的物；即電話使用權，亦有認為買賣的標的物【註】。

(B) 財產權不必在買賣成立時屬於出賣人所有，即他人之物或權利，亦得為買賣的標的物。

(C) 財產權不必於買賣成立時即行存在，即將來可以收穫的孳息，將來可以

何謂財產
權的移轉

製成的物品，及將得允許的漁業權，亦不妨爲買賣的標的物。

(D) 財產權不必於買賣成立時卽已特定，卽不特定物或不特定權利，如依法律或當事人的意思，得確定其給付的內容，亦得爲買賣的標的物。

(2) 財產權的移轉 買賣契約，爲出賣人移轉財產權於買受人的契約。出賣人對於買受人，自應負移轉財產權的債務。此所謂財產權移轉，係指一方使他方繼承取得其財產權之義，當較一般所謂權利移轉之義爲廣；換言之，乃與繼承同義，非專指移轉繼承而言，卽創設繼承（例如約定限制物權），亦包括在內。

(三) 買賣爲當事人一方約支付價金的契約

買賣與贈
與，互易
，僱傭承
攬，備承
合契約的
差異點

買賣契約，必須當事人一方支付一定數額的價金，以爲移轉財產權的對價，是與『贈與』不同。買賣的價金，限於金錢，不得以金錢以外的財產或勞力充之，是與『互易』『僱傭』或『承攬』不同。買受人既於價金以外，不須更爲其他給付，是又與『混合契約』不同。至買賣的價金，果係法定貨幣，抑係自由貨幣？貨

幣的價格，果以銘價爲標準，抑以通價爲標準？價金債權，果爲金額債權，抑爲金種債權，或特定金錢債權？均非所問。價金的數額，不必限於具體約定，其依情形可得而定者，視爲定有價金。價金約定依市價者，除契約另有規定外，視爲清償地清償時的市價（三四六條）。

【註】日本大審院判例，明認電話使用權得爲買賣標的。

第二節 買賣的成立

買賣既爲當事人一方約移轉財產權於他方，他方約支付價金以爲反對給付的諾成契約，則買賣契約，自以有當事人意思表示的合致，即爲成立；換言之，即當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即爲成立（三四五條二項）。至其他從屬事項，如契約的費用，履行的時期，處所，及擔保責任等，均非買賣契約的要素，當事人如不以之爲買賣的成立要件，雖意思表示不合致，亦不妨契約的成立。

買賣的成立，大都適用一般關於法律行爲及契約通則的規定，自無特別敘述的必要。茲應敘述者，即買賣的預約，及買賣契約的費用。

(一) 買賣的預約

一般預約
的性質

(1) 一般預約的性質 預約係對於本契約而稱，即以發生締結本契約之債務爲標的的契約。預約與附停止條件的契約不同：附停止條件的契約，即爲本契約，不過其效力須待條件成就時始能發生；預約則僅生締結本契約之債的關係，本契約並未成立。

(A) 預約爲債權契約 預約雖就物權契約（例如創設抵押權的預約），或其他的契約（例如訂立婚姻的預約），亦得成立。然此所謂預約，乃當事人於相對人爲本契約的要約時，有對其要約而爲承諾之意思表示的債務，係指債權契約而言。在當事人雙方均負此債務者，是爲雙務預約，亦稱當事人雙方的預約；其僅一方負此債務者，是爲片務預約，亦稱當事人一方的預約。茲將

本契約與
預約的關

第一章 買賣

本契約與預約的關係分析如左：

(甲) 從本契約方式上觀察其與預約的關係 本契約爲要式行爲，預約應否依同一方式，須視本契約定爲要式，其理由是否出於慎重以爲決。本契約定爲要式，如在期於慎重，預約亦須依同一方式。反之，預約則可任意締結。

(乙) 從本契約種類上觀察其與預約的關係 預約雖不問本契約爲諾成契約，或要物契約，均得成立；但通常爲預約的實際必要，則多於要物契約見之。

(丙) 從本契約解除或終了上觀察其與預約的關係 預約乃以締結本契約爲目的而爲的準備行爲。若就將來應締結的本契約，發生法律上解除或終了原因時，預約亦當然共其命運。例如委任人或受人死亡，破產，或喪失行爲能力爲委任契約的終了原因（五五〇條），則在預約成立後本契約締結前

，其間如有此等事由發生，委任的預約亦應終了。

(B) 預約的成立及生效要件，應從一般債權契約的通則。預約既以締結本契約為標的，則本契約的內容，須可能，適法，且須確定，或可得確定，已無疑義。

(C) 由預約所生的債權，其效力與一般債權同。預約義務人若任意不為承諾的意思表示時，預約權利人即得請求其履行，并聲請法院強制執行，而以判決，代其為意思表示。其受有損害者，亦得請求損害賠償（二七條，二三一條，二二六條，參照）。

買賣預約 的性質

(2) 買賣預約的性質。買賣的預約，亦可成立雙務預約與片務預約：前者即當事人雙方的預約，例如甲乙二人互對於相對人為出賣或買受房屋的預約；後者即當事人一方的預約，例如甲對於相對人乙為出賣房屋的預約；或乙對於相對人甲為買受房屋的預約。雙務的買賣預約，可分為二種：(A) 更須為本契約

第一章 買賣

的要約或承諾，本契約始得成立；（B）只須他方表示完結買賣的意思，本契約即得成立。究竟此雙務預約屬於何種，唯有解釋當事人的意思決定之。片務的買賣預約，亦可分爲二種：（A）更須雙方爲本契約的要約及承諾，本契約始得成立；（B）只須權利人爲完結買賣的意思表示（即承諾），本契約即得成立。義務人既有締結本契約的義務，通常自可解爲第二情形。

（二）買賣契約的費用

所謂買賣契約的費用，非謂清償契約上之債務所需的費用，乃指締結契約時所需的費用而言。例如買賣標的物估價費，證書作成費，及印花費。此等費用，依法意民法的規定，應由買受人負擔之（法民一四五六三條）；依日本民法的規定，應由雙方平均負擔之（日民五八條）。我民法明定；買賣契約的費用，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，由當事人平均負擔（三七八條），其大旨殆與日民的規定同。

第三節 買賣的種類

(一) 公賣 私賣

此分類係以買賣的程序爲標準。凡依公的程序所爲的買賣，是爲公賣；其不依公的程序所爲的買賣，是爲私賣。前者即經官署所爲的買賣，例如依執行法所爲的拍賣；後者即由私人所爲的買賣，例如依民法所爲的買賣。

(二) 通常買賣 競爭買賣

此分類係以買賣的方法爲標準。凡依通常方法而成立的買賣，即由當事人任意定明價金，并選擇特定相對人而爲的買賣，是爲通常買賣；其依競爭方法而成立的買賣，即向公衆爲要約勸誘，而以若干限度的價額者爲相對人的買賣，是爲競爭買賣。前者例如隨意買賣，後者例如投標拍賣。

(三) 現金買賣 信用買賣 前付買賣

此分類係以支付價金的時期爲標準。現金買賣，即出賣人移轉財產權，買受人須同時支付價金的買賣。信用買賣，即出賣人須先移轉財產權，嗣後方受領價金的買賣。前付買賣，即買受人於出賣人移轉財產權以前，須支付價金的買賣。同時履行的抗辯，唯適用於現金買賣，信用買賣與前付買賣均不能適用之。

(四) 定期買賣 即時買賣

此分類係以移轉財產權或支付價金的時期爲標準。定期買賣，即不須與買賣契約成立同時移轉財產權或支付價金的買賣，例如交易所的買賣；即時買賣，即須與買賣契約的成立同時移轉財產權或支付價金的買賣，例如小商店的現物買賣。

(五) 特定物買賣 不特定物買賣

此分類係以買賣標的物爲標準。特定物買賣，即出賣標的物爲特定物；不特定買賣，即出賣標的物爲不特定物。

(六) 貨樣買賣 試驗買賣 分期付款買賣

此分類均爲特種買賣，民法另有規定，俟於本章第六節詳論之。

第四節 買賣的效力

第一款 出賣人的義務

第一項 總說

出賣人於訂立契約後，對於買受人須負完全移轉財產權的義務，而使其在法律上事實上完全取得其權利，得爲財產權的主體。詳言之，卽出賣人在積極方面，負有財產權移轉的義務，在消極方面，負有瑕疵擔保的責任。前者乃本於效力意思而生，卽爲買賣法律行爲之效果的義務；後者乃本於法律規定而生，卽爲買賣非法律行爲之效果的義務。

第二項 財產權移轉的義務

第一章 買賣

何謂買有
移轉財產
權的債務

買賣乃以財產權的移轉與價金的支付相交換爲其本體。故普通買賣，非與買賣契約成立同時移轉財產權，出賣人自應負擔財產權移轉的債務。反之，現實買賣，則與買賣契約成立同時移轉財產權，主張非債權契約說者，遂謂其無發生移轉財產權之債務的餘地。要之，買賣通常爲債權契約，亦可解爲買賣常發生財產權移轉的債務。出賣人負有移轉財產權的債務，即負有移轉權利或交付標的物的義務；詳言之，即物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得所有權的義務；權利之出賣人，負使買受人取得其權利的義務，如因其權利而得占有一定之物者，並負交付其物的義務（三四八條）。此種義務爲出賣人的主要義務，亦即買賣的主要效力。茲分述之如左：

（一）權利移轉的義務

買賣不問以物權，準物權，無體財產權，或債權爲標的，出賣人均應依關於移轉權利的方法，實行移轉，使買受人完全取得其財產權。茲將權利移轉的方法分述

物權移轉
的方法

於次：

(1) 物權移轉的方法 關於物權移轉的方法，更因買賣是否以不動產物權為標的而異：

(A) 不動產物權的移轉 以不動產物權為買賣標的，於買賣契約成立後，更須以書面再訂履行移轉的物權契約，并經登記，始生移轉的效力（七五八條，七六〇條）。

(B) 動產物權的移轉 以動產物權為買賣標的，於買賣契約成立後，更須再訂履行移轉的物權契約，并經交付，始生移轉的效力（七六條）。

準物權與
無體財產
權移轉的
方法

(2) 準物權與無體財產權移轉的方法 以準物權或無體財產權為買賣標的，於買賣契約成立後，不僅須履行其移轉的必要行為，并須履行其附隨義務（例如移交證明文件，或為必要說明），方得發生完全移轉財產權的效果（續業法一七條一項，漁業法五條六條，著作法一五條，商標法一八條）。

第一章 買賣

債權移轉
的方法

(3) 債權移轉的方法 以債權為買賣標的，其債權雖可與契約成立同時移轉於買受人；但對於債務人及其他第三人得發生效力，出賣人須先通知債務人。故出賣人為使債權買賣發生效力起見，不僅應交付證明債權的文件，並負有通知債務人的義務（二九六條，二九七條）。

(二) 交付標的物的義務

物之買賣，不問其為特定物，抑為不特定物，為自己之物，抑為他人之物，出賣人均負有交付其物於買受人的義務。若不交付其物，即不能完全其物所有權的功用。何謂交付其物？即移轉其物的占有。動產物權的移轉，固必須交付其物，方生效力（一七六條）；即不動產物權及債權的移轉，亦有時須交付其物。何則，不動產物權及債權的移轉，雖不以交付為成立要件（七五八條，二九七條）；但物權中的所有權，地上權，永佃權，及債權中的租賃權，均以物之占有為其內容，如以之為買賣標的，出賣人亦須負移轉占有的義務，方使買受人得行使其所移轉的權利。

特交付前未
 出賣人即
 負保管義務
 ；不特
 定物自確
 定時，出
 賣人始負
 保管義務
 。

交付前，原
 危險由出
 賣人負擔
 ；交付後
 ；原危險
 由買受人
 負擔。

如前所述，出賣人既須交付標的物，不僅應交付適合買賣標的的物體，并應負左列的重要責任：

(1) 保管義務 買賣的標的物，無論其為特定物，或不特定物，出賣人均負有保管的義務；但其保管的時期，則因其是否為特定物而異；特定物的出賣人，在未交付前，須以善良管理人的注意，保管其標的物（法民一〇〇二七條，；日民四〇〇條參照）；不特定物的出賣人，則從標的物確定時，始負保管的責任（條二〇〇）。

(2) 危險負擔 出賣人應否負擔買賣標的物的危險，原則上須視其曾否交付其標的物於買受人以為決：在標的物交付前，因不可歸責於雙方當事人的事由，而致其標的物有滅失或毀損，其危險應由出賣人負擔。在標的物交付後，其危險則應由買受人負擔（三七條）。此項規定，係仿德國立法例（德民四四條參照），即所謂所有人主義，（物權人主義）。在標的物交付後所生的危險，既應由買受人負擔，其所生的利益，亦應由買受人承受，方為公允。茲將其應注意的事項

分述於左：

(A) 標的物的危險，在交付前已應由買受人負擔。買受人對於標的物的危險，雖應自交付時負擔；但在交付前，危險已經移轉，即應由買受人負擔。例如不動產買賣，買受人在交付前已為登記，則應自登記時起，由買受人負擔。凡出賣人於危險移轉後，標的物交付前，所支出的必要費用，買受人應依關於委任的規定，負擔還責任。如非必要的費用，買受人亦應依關於無因管理的規定，負擔還責任（三七五條）。

(B) 標的物的危險，發生於送交交付地以外的處所。出賣人只有交付標的物於交付地的義務，當無交付標的物於交付地以外處所的義務。通常送付中（即未交付前）的危險，雖由出賣人負擔，然出賣人苟依買受人的請求，將標的物送交交付地以外的處所，自出賣人交付其標的物於運送承攬人時起，標的物的危險，即由買受人負擔（三七四條）若買受人關於送交標的物的方法，曾

有特別指示，而出賣人無緊急原因，竟違其指示，而致買受人因之受損，出賣人即應負賠償責任（三七六條）。例如由杭運貨至滬，買受人曾指示由火車運送，出賣人并無正當理由，竟改由輪船運滬，適值輪船遇險沉沒，出賣人即應賠償其損害。

（三）費用負擔的義務

出賣人既有移轉權利或交付標的物的義務，則關於移轉及交付的費用，均應由其負擔；但法律另有規定，或契約另有訂定，或當地另有習慣者，不在此限（三七八條）。

第三項 擔保責任

第一目 總說

（一）擔保責任的根據

買賣既為有償契約，在出賣人不得移轉其應移轉的財產權之全部或一部，或其移

轉財產權的標的物有瑕疵，卽有欠缺時，自應使其負擔擔保責任，方適合有價契約的性質，且爲維持交易信用的必要。故自羅馬法以來，各國法制大都設此規定。

我民法亦仿之（三五二條，
三六四條）。

關於擔保責任的根據。從前學說有謂其爲默示的擔保契約，然買賣當事人既非預想權利或標的物有瑕疵，而就此爲意思表示，法律亦非以此意思表示爲前提，始規定擔保責任。究之，法律乃爲保護交易上的信用，并補充當事人的意思表示，始認擔保責任的效果。故擔保契約說，近世學者多不採用之。

（二）擔保責任的性質

擔保責任與債務不履行的性質不同。凡權利或物的瑕疵，於契約締結當時卽已存在，始發生擔保責任的問題。若契約締結當時尙屬完全，嗣後始有欠缺卽後發不能，則僅發生債務不履行或危險負擔的問題。故特定物的買賣，在契約締結當時，既有瑕疵，乃爲一部的原始不能，而非後發不能，自不可視爲債務不履行。況

擔保責任
的根據

擔保責任
與債務不
履行及危
險負擔的
差異點

擔保責任
非爲債務
不履行的
效果

擔保責任
爲無過失
責任

擔保責任，亦非基於財產權移轉的債務而發生。若以財產權移轉的債務爲擔保責任的原因，則基於無償行爲而生財產權移轉的債務，亦有可認擔保責任的理由。然民法就贈與以不認擔保責任爲原則（四一條），而就買賣則認之。如此，擔保責任不可解爲債務不履行的效果，尤可想見。

凡以主觀的不能事項爲標的的契約，只於因可歸責於債務人的事由，而致履行遲延，或履行不能時，始生賠償責任。若以原始的客觀的不能給付爲標的的契約，則不問其爲一部不能，或全部不能，如未具備不法行爲的成立要件，或訂有擔保契約，則以不生賠償責任爲原則。買賣的擔保責任，乃爲對此原則的例外。特定物的買賣，其標的物有瑕疵，或約定數量之物的買賣，其數量有不足時，雖爲一部原始的不能，仍使出賣人負擔保責任。故其標的物有瑕疵或數量有不足，只須於契約當時即已存在，不以出賣人有過失爲要件。如此，學者謂出賣人的擔保責任，爲屬於無過失責任的一種，實爲正確。

第一章 買賣

(三) 擔保責任的特約

民法關於擔保責任的規定，既為補充的規定，自非強行法規。故當事人不妨訂立特約，以免除或制限其法定責任。雖然，出賣人如明知權利或物有瑕疵，故意不告知買受人，實違反交易上的誠實及信用，其特約仍為無效（三六六條）。

第二目 權利瑕疵擔保的責任

(一) 權利瑕疵擔保的意義

何謂權利
瑕疵擔保

權利瑕疵擔保，即出賣人於為買賣標的的財產權之全部或一部不能移轉（不存在），或其所移轉仍有欠缺（不完全）時，對於買受人所受危險或受損害，應負防衛或賠償的責任，亦稱權利欠缺的擔保，或瑕疵擔保。何謂瑕疵擔保？即買賣標的的權利，由出賣人移轉於買受人後，如被第三人追奪時，出賣人應負擔保責任。此種立法，始於羅馬法，後為德國普通法，法國民法，及日本舊民法所繼承。惟徵諸實際，出賣人對於所移轉的權利，應負擔保責任，並不以追奪為限。例如

一般買賣
的擔保責任

買賣標的的權利，其未經有效成立者，則不生追奪的問題。故我民法的規定，不用追奪字樣，亦即明認權利瑕疵的擔保，不以追奪爲要件。茲將民法所規定者分述於左：

(1) 出賣人就一般買賣應負的擔保責任 買賣的標的，不問其爲物或權利，出賣人對於買受人如無特別意思表示，應擔保第三人就買賣的標的物不得主張任何權利（二四九條）。若因有第三人就其標的物主張權利，以致不能移轉，或竟被追奪者，出賣人應負其權利瑕疵的擔保責任。

債權或其
他權利買
賣的擔保
責任

(2) 出賣人就債權或其他權利買賣應負的擔保責任 買賣的標的爲債權或其他權利（例如商標專用權，專賣特許權，著作權等）時，出賣人對於買受人應擔保其權利確係存在（三五〇條前段）。若債權或其他權利，未經有效成立，或已經消滅者，出賣人應負其權利瑕疵的擔保責任。

債權的出賣人，通常對於債務人的支付能力，不負擔保責任；但契約另有訂定

第一章 買賣

時，出賣人亦不妨就債務人的支付能力負擔擔保責任（三五二條前段）。此時出賣人的擔保責任，究應擔保至何時為止？亦一問題。依民法的規定，債權出賣人的擔保責任，推定其擔保債權移轉時債務人的支付能力（三五二條後段）。

有價證券
買賣的擔
保責任

（3）出賣人就有價證券買賣應負的擔保責任，買賣的標的為有價證券時，出賣人應擔保其未因公示催告而宣示為無效（三五〇條後段）。若有價證券已依公示催告的程序，而宣告為無效者，出賣人應負其權利瑕疵的擔保責任。

（二）權利瑕疵擔保的要件

出賣人對於買受人雖應負權利瑕疵擔保的義務，亦須具備左列的要件：

（1）買賣標的須於買賣契約成立時已有瑕疵。權利的瑕疵，在買賣契約成立時，即已存在，出賣人始應負擔擔保責任。若於契約成立後，始有瑕疵，則僅生債務不履行的問題。

（2）買受人須於買賣契約成立時不知權利已有瑕疵。買受人如於契約成立時，

權利瑕疵擔保的內容

知有權利的瑕疵，而仍與之訂定契約者，原則上應認其已拋棄權利瑕疵擔保權，出賣人自不負擔保之責（三五條）。

（3）買賣當事人須未訂特約。買賣當事人如訂有特約，以免除或限制關於權利瑕疵擔保的義務，原則上應為有效（三六條）。

（三）權利瑕疵擔保的效力

出賣人不履行權利瑕疵擔保的義務，買受人得依關於債務不履行的規定，行使權利瑕疵擔保權（三五條）。茲將其內容分述於左：

（1）買受人於出賣人未完全移轉權利前，得依同時履行的抗辯，拒絕支付價金（二四條）。

（2）權利若全部有瑕疵，或雖一部有瑕疵，而其他部分的履行，於買受人無利益者，買受人對於出賣人得選擇行使下列權利之一：（a）請求全部不履行的損害賠償（二二條）；（b）解除契約，並請求損害賠償（二五六條）；（c）

第一章 買賣 第四節 買賣的效力

() 免除全部價金 (二六六條) 。

(3) 權利若一部有瑕疵，而其他部分的履行，於買受人尚有益者，買受人對於出賣人得選擇行使下列權利之一：(a) 請求一部不履行的損害賠償 (二六二條的反面)；(b) 免付一部價金 (二六六條一項) 。

第三目 物的瑕疵擔保的責任

(一) 物的瑕疵擔保的意義

物的瑕疵擔保，即物之出賣人。關於買賣標的物的瑕疵，對於買受人應負擔擔保責任，亦稱瑕疵擔保。瑕疵擔保的制度，始於羅馬法，近世諸國的法制，莫不認之。惟依大陸諸國的規定，買賣標的物有瑕疵時，其責任應由出賣人負擔，損失自不歸於買受人，是與英美法不同。我民法明定出賣人須負擔擔保責任 (三五條)，殆仿大陸諸國法制。

何謂物的
瑕疵擔保

物的瑕疵
擔保的性

物的瑕疵擔保，在法律上的性質如何？學者主張有三：(a) 謂瑕疵擔保，為給

付義務的一部，即出賣人履行債務，須依契約的本旨，如給付有瑕疵的物體，即為未盡給付義務。(b)謂瑕疵擔保，為告知義務的違反，即出賣人對於買受人，須告知其物的瑕疵，其未告知者，即為違反告知義務。(c)謂瑕疵擔保，為法律特予規定的責任，即法律為顧全交易上的信用，並保護買受人的利益，特使出賣人負一種特別責任，並非以違反義務為前提。本書係採第三說，即應解瑕疵擔保為法律認出賣人對於買受人就原始不能所負的一種特別責任。

民法第三五四條所謂物，是否專指有體物？學說上有爭執：(a)謂專指有體物，即物的瑕疵擔保的規定，唯適用於有體物的買賣；(b)謂并指權利，即物的瑕疵擔保的規定，並適用於權利的買賣；(c)謂法條係專指有體物，亦可準用於權利的買賣。民法關於擔保責任，雖就第三四九條至第三五三條規定權利買賣的瑕疵擔保，第三五四條至第三六五條規定物的買賣的瑕疵擔保，顯有區別；但民法關於前者的規定，甚為簡單，如權利的價值，效用，及其所保證的品質，實

物的瑕疵
擔保的規
定，得準
用於權利
的買賣。

有瑕疵，自應準用關於後者的規定，故余從第三說解釋之。

(二) 物的瑕疵擔保的要件

出賣人對於買受人須具左列的要件，始負物的瑕疵擔保之責：

物之有無
瑕疵的決
定標準

(1) 買賣標的物須有瑕疵 所謂瑕疵，即存於物的缺點。物之有無缺點？須依交易上的普通觀念，或當事人的意思表示決之。依交易上的普通觀念，或當事

人的意思表示，認為該物應具有某種價值，效用，及其所保證的品質者，出賣人於危險移轉當時，即應擔保其無缺點。若因有缺點，而致其價值及效用減滅

，或其所保證的品質不符者，是皆謂之瑕疵（三五條）。何謂價值的減滅？即買

何謂價值
及效用的
減滅

賣標的物因有瑕疵，而致滅失或減少其應有的價值，例如果品的買賣，出賣人應擔保其為新鮮，若全部或一部已腐壞，即為價值的減滅。何謂效用的減滅？

即買賣標的物因有瑕疵，而致滅失或減少其應有的通常效用或契約豫定效用。

前者例如馬之買賣，出賣人應擔保其為健全，若馬全不能乘人，或效能不及通

何謂品質
的不符

常之馬，是即通常效用的減減。後者例如馬之買賣，出賣人會約定能供軍用，若馬全不堪軍用，或效能不及普通軍用之馬，是即約定效用的減減。何謂品質的不符？即買賣標的物未具有出賣人所保證的品質，例如書畫的買賣，出賣人曾保證其為某名家的遺跡，後經證實其為贗品，是即品質的不符。

(2) 瑕疵須於危險移轉當時存在 出賣人雖應擔保物的瑕疵，然其瑕疵必以危險移轉以前，或移轉當時存在者為限(三五四條一項)。何則？買賣標的物的危險，既應自標的物交付時起由買受人負擔(三七條)，則出賣人應擔保的瑕疵，亦應至危險移轉於買受人時為止，其發生於危險移轉以後，自不負擔保責任。出賣人只須瑕疵於危險移轉時存在，即應負擔保責任，至其瑕疵能否除去，並能否補充，均所不問。

(3) 買受人須於契約成立時不知其有瑕疵，並無重大過失 買受人須於契約成立時不知其有瑕疵，並非因重大過失而不知者，始得行使物之瑕疵擔保權。若

買受人有左列情形之一者，出賣人得免瑕疵擔保之責：

(a) 買受人於契約成立時，已知標的物有瑕疵，買受人於契約成立時已知該物有第三五四條第一項的瑕疵，仍與出賣人訂立契約，即可推測其有拋棄瑕疵擔保權的意思，出賣人自不負擔保之責（三五四條一項）。例如商店廉價出售殘貨，買受人於訂約時，已明知該物有瑕疵，而仍締結契約，自無須更使商店任擔保責任。惟此項免責規定的適用，只以第三五四條第一項的情形為限，若係同條第二項的情形，則不得適用之。何則？出賣人既就該物的品質，特加保證，則其品質有不符，雖於買賣契約時已為買受人所明知，出賣人仍不能免責。

(b) 買受人因重大過失而不知有瑕疵，買受人不知有第三五四條第一項的瑕疵，既因重大過失，自有疏忽之咎，除出賣人已保證其無瑕疵外，應使出賣人免擔保責任。雖然，出賣人如隱蔽瑕疵，故意不告知買受人，則不問買受

人有無重大過失，出賣人仍須負擔保責任（三五四條二項）。買受人有無重大過失，應以買賣成立時為標準而決定。關於因重大過失而不知有瑕疵的事實，應由出賣人舉證；關於保證無瑕疵，及故意不告知其瑕疵的事實，則由買受人舉證。

檢查通知

(4) 買受人須為檢查通知 檢查通知，在德日兩國，唯於商法中設此規定（德商三七七條，日商二八八條），在瑞俄兩國則於民法中設此規定（瑞債二〇一條，俄民一九六條）。

故德日民事的買賣，買受人無須有檢查通知的條件，而得行使瑕疵擔保權，商人間的買賣，必須有檢查通知的條件，始得行使瑕疵擔保權。反之，瑞俄則無論民商，買受人行使瑕疵擔保權，均須踐行檢查通知的條件。我民法既採民商統一主義，自應仿瑞俄的法制規定之（三五六條至三五八條）。茲就我民法的規定，分述如左：

(a) 瑕疵得即時發見 買受人對於所受領的標的物，應按物的性質，依通常

程序，從速檢查其有無瑕疵（例如煙酒的嘗味，機械的運轉）。如發見有應由出賣人負擔保責任的瑕疵時，應即通知出賣人，使其得為適當的處置（三六條一項）。若買受人怠為此項通知，除依通常的檢查不能發見外，視為承認其所受領之物，不得再行使瑕疵擔保權（三五六條二項）。

(b) 瑕疵至日後發見 買受人對於所受領的標的物：雖不能依通常的檢查，即時發見其瑕疵，至日後始得發見者，應即通知出賣人，使其得為適當的處置。若買受人怠為此項通知，則視為承認其所受領之物，不得復行使瑕疵擔保權（三五六條三項）。

(c) 瑕疵因出賣人隱蔽而未發見 買受人行使瑕疵擔保權，原則上須踐行檢查通知的條件；但出賣人如隱蔽其瑕疵，故意不告知買受人，即應保護買受人的利益，仍使出賣人負擔保責任（三五七條）。

(d) 瑕疵由他地送來之物發見 買受人對於由他地送來的標的物，經檢查的

賣的義務

保管義務
提出證明
義務

結果，而認為有瑕疵，不願受領者，不僅須負通知的義務，並負有下列兩種義務：（甲）保管義務，即出賣人如於受領地無代理人，買受人仍應暫負保管之責（三五八條）；（乙）提出證明義務，即買受人主張送來之物有瑕疵，應即依相當方法，以證明其瑕疵之存在。否則推定於受領時為無瑕疵，在買受人未舉出反證以前，出賣人不負擔保責任（三五八條二項）。

變賣義務

在異地買賣，買受人對於由他地送到之物，原則上應暫負保管責任；但送來之物如易於腐敗，買受人經物之所在地官署，商會，或公證人的許可，得變更之。如為出賣人的利益有必要時，並有變賣的義務，買受人既經變賣，不問其原因如何，均應即通知出賣人。如怠於通知，而使出賣人受有損害者，買受人即應負賠償責任（三五八條三項四項）。

（5）當事人間須無特約。物的瑕疵擔保的規定，既與權利瑕疵擔保同為準則的規定，則當事人間自不妨訂立排除責任的特約。故出賣人對於買受人應負擔保

責任，必須當事人間無免除或限制的特約。

(三) 物的瑕疵擔保的效力

出賣人關於物的瑕疵擔保責任時，買受人究得行使如何權利？茲就民法的規定，分爲通例特例說明如左：

(1) 通例 即買受人於物有瑕疵時，原則上得選擇行使契約解除權，或價金減少請求權(三五九條)茲分述之於次：

(A) 買受人得解除契約 即買賣標的物有三五四條的瑕疵時，買受人得解除契約；惟其行使解除契約權，尚須注意左列事項：

(甲) 解除契約的催告 買賣標的物有瑕疵時，法律爲保護買受人的利益，雖應許以契約解除權；但顧到出賣人的利益，又不可不授以催告權，何則，買受人的契約解除權，如得長期存續，勢必於出賣人不利。故民法明定：買受人主張物有瑕疵者，出賣人得定相當期限，催告買受人於其期限

買受人於
一般情形
時得行使
的權利
契約解除
權

內是否解除。買受人如於催告期限內不爲解除，即喪失其解除權（三一六條）。

（乙）解除效力及於從物 主物的處分，既應及於從物（二六八條），則因主物有瑕疵而解除契約者，其效力亦應及於從物。反之，若僅從物有瑕疵，買受人唯得就從物的部分爲解除（三六二條），其效力則不得及於主物，以推翻買賣契約的全部。雖然，本條規定，既非強制規定，當事人自不妨爲反對的意思表示。

（丙）解除與併同出賣的關係 凡以數物爲買賣的標的，其中一物有瑕疵者，買受人究應解除一部契約，抑應解除全部契約？民法曾分別規定之。併同出賣的數物中一物有瑕疵者，買受人原則上僅得就有瑕疵之物爲解除。買受人既爲解除其價金如何支付，須視其是否就各物約定支付價金以爲決：併同出賣，當事人若就各物約定支付價金者，買受人既就有瑕疵之物爲解除，則就該物約自無須支付價金（三六三條一項前段）；反之，當事人如就買賣

標的物約定支付價金者，買受人並得請求減少與瑕疵相當的價額（三六三條一項）

（後段）。雖然，此為原則，唯適用於一般情形，尚有例外的規定。買受人就

有瑕疵之物為解除時，當事人之任何一方，如不因該物與他物分離，致受損害者，買受人得依本條第一項前段規定或後段規定，行使其權利。若因有瑕疵之物，與他物分離，而致顯受損害者，當事人之任何一方，則均得解除全部契約（三六三條二項）。何則，凡因有瑕疵之物與他物分離的結果，而致顯受損害，即與原約不符，自不能強其受此損害。故此時不僅買受人得解除全部契約，即出賣人除已明知其有瑕疵外，亦得解除全部契約。

價金減少
請求權

（B）買受人得請求減少價金。買受人於發見瑕疵後，亦有不欲解約，仍願買受其物者，此時買受人自可不解除契約，得行使價金減少請求權，以比例瑕疵的程度，而減少自己應支付的金額。

買受人於
特別情形

（2）特別 即買受人於特別情形時，得行使不履行的損害賠償請求權，或另交

時得行使
的權利
不履行的
損害賠償
請求權

無瑕疵之物請求權。茲分述之於次：

(A) 買受人得請求不履行的損害賠償 此項權利唯限於左列情形，始得行使之：

(甲) 買賣之物，缺少出賣人所保證的品質，出賣人對於買賣標的物的品質既已保證，其有瑕疵時，買受人自得依第三五九條的規定，選擇行使契約解除權，或價金減少請求權；惟買受人有時不欲解除契約，亦不願減少價金即得行使不履行的損害賠償請求權(三六〇條前段)。何謂不履行的損害賠償請求權？即買受人得拒絕其給付，而請求因不履行而生的損害(二三二條參照)

(乙) 出賣人故意不告物之瑕疵 出賣人未保證買賣標的物的品質，雖僅應負第三五四條第一項的責任；但出賣人若係故意不告知物之瑕疵，即有詐偽情形，其責任自應加重。故買受人除得選擇行使契約解除權，及價金減

民法債編分則新論

四〇

少請求權外，亦得選擇行使不履行的損害賠償請求權（三六〇條後段）。

另交無瑕
疵之物請
求權

（B）買受人得請求交付無瑕疵之物，買賣之物，僅以種類指示者，其特定給付物如有瑕疵，買受人得不解除契約，或請求減少價金，而行使代物請求權，使出賣人另交付無瑕疵之物（三六四條一項）。出賣人受此請求時，不但要交付同種無瑕疵之物，且就此另行交付之物，仍應負擔保責任（三六四條二項）。

（四）物的瑕疵擔保的消滅

物的瑕疵
擔保權的
消滅時效

買賣標的物有瑕疵時，法律為保護買受人的利益，固應予以契約解除權，或價金減少請求權；但顧及出賣人的利益，又不可使其解除權或請求權長期存續。故民法明定：買受人因物有瑕疵，而得解除契約，或請求減少價金者，其解除權或請求權，於物之交付後六個月間，不行使而消滅。雖然，民法所以設此規定，其理由不外交易的安全，并保護出賣人的利益。若出賣人隱蔽瑕疵，故意不告知者，其解除權或請求權的行使期間，即應依一般規定（二五七條，一，二五五條參照），不得適用

本條（三五）
（六條）。

第二款 買受人的義務

第一項 總說

買賣契約成立後，買受人既有取得財產權的權利，同時即負有交付價金的義務，與受領標的物的義務。前者乃本於效力意思而生，即為賣賣固有的效力，法律雖無明文，其義務亦應發生。後者乃本於法律規定而生，即非買賣固有的效力，當事人如有反對特約，其義務即得除去。

第二項 交付價金的義務

買賣既為當事人一方約支付價金的契約，則買受人對於出賣人移轉財產權，自應交付價金，以為反對給付。交付價金的義務，本屬『金錢債務』，應適用債的通則，及雙務契約效力的規定；惟民法就買賣關係，尚設有特則（三六八條至三七二條），分述於

第一章 買賣

左：

價金交付
的時期

(1) 價金交付的時期 關於價金交付的時期，須依下左三點決之：(A) 法律另有規定，或契約另有訂定，或交付地另有習慣者，自應從其規定，或訂定，或習慣交付之（三六九條中段）。(B) 若無特別規定，或訂定，或習慣者，依雙務契約的性質，交付金價，則應與交付標的物同時為之（三六九條）。如當事人間僅定交付標的物的期限，而未定交付價金的期限者，其期限推定其為價金交付的期限，庶適合當事人通常的意思（三七〇條）。(C) 當事人關於未定交付價金的期限，並未定交付標的物的期限，又無其他規定或習慣可依據者，買受人則得即時交付，或應出賣人的請求而交付（三一五條）。

價金交付
的處所

(2) 價金交付的處所 關於價金交付的處所，又因交物與交價是否應同時為之而異：(A) 標的物與價金應同時交付者，其價金須於交付標的物的處所支付之（三七一條）。(B) 標的物與價金不應同時交付者，其價金除法律另有規定，或契約

價金的計
算與利息
的支付

另有訂定，或交付地另有習慣外，須於債權人住所地爲之（三一）。

（3）價金的計算與利息 關於價金的計算，如以物之重量爲標準，應除去其包皮的重量；但契約另有訂定，或交付地另有習慣者，則爲例外（三七）。至價金的利息，買受人非均負有支付的義務，唯限於有下列情形之一者，始須支付之：（A）當事人間訂有特約；（B）買受人遲付價金。買受人遲付價金，即發生所謂「遲延利息」，出賣人自得請求支付之。

支付價金
拒絕權

（4）支付價金拒絕權與提存價金請求權 買賣既爲雙務契約，買受人除得行使「同時履行抗辯權」外，尙得行使「支付價金拒絕權」。何謂支付價金拒絕權，即買受人有正當理由，恐第三人主張權利，致失其因買賣契約所得權利的全部或一部者，得視危險程度，拒絕支付價金的全部或一部（三六）（三八），簡言之，即所謂追奪迫害的抗辯。追奪迫害的抗辯，不問物權債權，均得發生。前者例如甲有土地，原值五千元，曾爲丙設定地上權，僅值四千元，乙因誤信爲無地上權，約以五

提存價金
請求權

千元買受之，則可祇給四千元，後者例如甲有房屋，原值一千元，曾與丙訂立租賃契約，僅值九百元，乙因誤信爲未出租，逕以一千元買受之，則可僅給九百元。在此情形，買受人固得以『恐第三人主張其地上權或租賃權』爲理由，拒絕支付價金；但出賣人已提出相當擔保者，買受人即不得行使價金支付拒絕權（三六條一）。法律爲保護買受人的利益，於其所買受之權利有不確實之虞時，固應許以價金支付拒絕權；但於買受人有將陷於無資力之虞時，亦應許以提存價金請求權。故民法明定：買受人拒絕支付價金時，出賣人如恐買受人將陷於無資力，亦得請求買受人提存價金，以謀交易上的公平（二同條）。

第二項 受領標的物的義務

買受人有無受領標的物的義務？立法例及學說尚不一致。我民法仿德國民法（德民四三條三），明定買受人有受領標的物的義務（七三六條）。買受人既有受領標的物的義務，則經出賣人依契約本旨爲履行，即應受領之。應受領而不受領，即爲受領遲延，其

責任須由買受人負之。買受人受領標之物，除應適用一般債務，及受領遲延的規定外，尚負有保管及費用負擔等義務。茲分述之如左：

(一) 保管標的物的義務

買受人對於有瑕疵的標的物，固得拒絕受領；但對於由他地送到之物，主張有瑕疵，不願受領者，則不得拒絕受領，仍有暫爲保存之責（三五八條一項二項）。惟此項保管義務的規定，不僅只適用於異地買賣，並須出賣人於受領地無代理人，始得適用之。

出賣人送到之物，如易於敗壞，不宜保管，買受人經物之所有地官署，商會，或公證人的許可，得變賣之。若爲出賣人的利益有必要時，并有變賣的義務。惟既爲變賣後，應即從速通知出賣人。如怠於通知，應負損害賠償之責（三五八條三項四項）。至變賣所得價金，則應由買受人保管之。

(二) 費用擔負的義務

買賣契約，除法律另有規定，或契約另有訂定，或履行地另有習慣外，買受須依準則規定，擔負左列各種費用（三七條）：

- （1）受領標的物的費用。
- （2）不動產登記的費用。
- （3）出賣人送交清償地以外處所的费用。

第五節 買回

第一款 買回的性質

何謂買回的制度

買回的制度，即出賣人保留在一定期限內，有再買回其出賣標的物的權利之制度。物之所有人，雖因一時急需，不得不出賣其所有物，然亦有非出於本願，仍有俟經濟稍裕，再備價收回的意思。故各國的民法類皆認買回的制度（德民四九七條，法民一六五九條以下）

買回性的性質

，與民一〇六八條以下，禮債二一六條以下，日民五七九條以下參照），使出賣人得達收回原物於目的。關於買回的性質，學說上頗不一致，約可分爲左列數說：

- (1) 買回爲解除權的保留，即出賣人於買賣當時，隨同訂立保留解除權的契約。
- (2) 買回爲再買賣的預約，即買賣當事人於買賣當時或其後，另定再買賣的預約。
- (3) 買回爲保留再買賣的權利，即出賣人於買賣當時或其後，保留得以一方的意思表示，而成立再買賣的權利。
- (4) 買回爲附停止條件的再買賣契約，即買賣當事人於買賣當時，訂立再買賣的契約，而以出賣人的買回表意爲停止條件。
- (5) 買回爲附解除條件的買賣契約，即買賣當事人於買賣契約，附以買回的解除條件。
- (6) 買回爲留存准予買回的要約，即使買受人於買賣當時，另爲有拘束力的要約

我民法既明定出賣人於買賣契約保留買回的權利者，得返還其所受領之價金，而買回其標的物（三七九條一項），則買回不外保留買賣契約解除權的特約，其效力即解除已成立的原買賣契約，非若真正買回必有兩度的買賣行為，即第一次買賣的買受人，復作第二次買賣的出賣人，第一次買賣的出賣人，復作第二次買賣的買受人。出賣人於買賣契約保留買回的權利，稱爲買回權亦爲一種約定解除權。附於買賣契約而發生此權利的契約，稱爲買回的特約，或買回權的保留。

買回權爲
約定解除
權

由買回特約而成立的買回權，果爲何種權利？應視該特約有如何性質以爲決。如解爲該特約係僅使出賣人對於買受人有成立的一種買賣的權利，自應解買回權爲債權，出賣人則得依一般債權讓與的原則而爲讓與。反之，若解爲該特約係一種特殊契約解除權的保留，則應解買回權爲形成權，不得與出賣人的地位分離而爲移轉。依我民法所規定，既應稱爲買回權的保留，則買回權自應從後者的解釋，而謂其爲

買回權爲
形成權

與出賣人之地位不可分離的形成權。買回權既不得與出賣人的地位分離，而獨立移轉，則不問繼承或讓與，均須與出賣人的地位一同移轉。故出賣人尙未履行其買賣契約上所負擔的債務，固不得僅依出賣人的意見，將買回權移轉於他人；即使出賣人已履行契約上所負擔的債務，如欲移轉買回權，亦非將出賣人的地位移轉不可。

第二款 買回的要件

買回既爲保留買賣契約解除權的特約，則買回權的成立及其行使，均須具備一定的要件：

(一) 買回權成立的要件

買賣特約
須與買賣
契約同時
成立

(1) 買回的特約，須與買賣契約同時成立。買回權既因特約而成立，則其契約除具備一般契約的要件外，更須與買賣契約同時成立。所謂與買賣契約同時成立，即謂須於買賣當時爲保留（三七九條一項）若出賣人未於買賣當時爲保留，而於

買賣成立後，始欲再保持或收回其標的物的所有權，則不得依買回的方法爲之。買回的特約，雖應與買賣契約同時成立；但其內容，在不失契約之同一性的範圍內，份得於買賣契約成立後變更之。例如於法定返還或償還義務外。增加其義務。或增加其數額，或延長買回的法定期限，固所不許。若減免返還價金或償還費用的數額，或展緩返還或償還的時期，或縮短買回的法定期限，則應解爲可許。

(2) 買回的特約，須與買賣契約爲另一契約。買回的特約，無論於買賣契約內爲之或各別爲之，均須與買賣契約爲另一契約。買回的特約，雖爲附屬於主買賣契約的從契約，然究非有不可分離的關係。主買賣契約如無效或撤銷時，買回的特約，雖應因之消滅；反之，僅買回的特約爲無效或撤銷時，主買賣契約，則不受其影響。

(3) 買回的特約，須僅就買賣標的爲物時始得成立。民法第三七九第一項，既

買回特約
須與買賣
契約爲另
一契約

買回特約
須僅就買

賣標的爲
物時始得
成立

買回標的
不限於不
動產

明定出賣人得返還其所受領的價金，而買回其標的物，則買回的特約，只能僅就買賣標的爲物時始得成立，已無疑義。買賣標的，雖須爲物，究不必限於不動產。依日奧民法及瑞債務法所規定，買回僅限於不動產（日民五七九條，五七四條，瑞二一六條）；依德法民法所規定，買回則不限於不動產（德民四九七條，債二一六條）。我民法仿德民規定，不論動產不動產買賣，均得訂立買回特約。惟就理論言之，不動產買回特約，得藉登記方法對抗第三人，其效力較爲強固。若動產及其他財產權的買賣，則因交付或移轉而取得之，買受人如一旦賣與第三人，其權利即得由第三人即時取得。縱使其訂立買回特約，既無適當公示的方法，自不能與第三人對抗，終必成爲有名無實，與訂立再買賣的豫約無異。故立法論多主張買回特約，應以不動產爲限。

（二）買回權行使的要件

（1）買回須於所定期限內爲之 法律爲保護出賣人的利益，固應許其保留買回

買回須於
所定期限

第一章 買賣

內爲之

權；但買回權如可長期行使，不僅使買受人的權利，常立於不確定的地位，卽社會經濟的發展，亦必大受影響。故民法爲縮小弊害的範圍起見，特限定其存續期限。依民法第三八〇條規定，買回的期限，不得超過五年，如約定的期限較長者，縮短爲五年。此項現定，乃爲公益規定，當事人不得違反之。

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，較民法第三八〇條所定期限爲長者，應自施行日起，適用民法第三八〇條所規定，縮短爲五年。如買回契約未定期限者，自施行日起，不得逾五年（民法債編施行）。

買回須返
還價金及
償還費用

(2) 買回須返還價金及償還費用 買回權既爲約定解除權，自應適用第二五八條一項及三項的規定，卽出賣人應於買回期限內爲買回的意思表示；惟一般契約的解除，僅須爲意思表示，不須提出何等價金，卽生效力。買回權的行使，則不得依單純的意思表示爲之，尙須提出買回金。所謂提 買回金，卽指返還

買回須由
買回權人
爲之

價金及償還費用而言。何謂返還價金？即返還出賣人所受領的價金。何謂償還費用？即償還買受人所支出的買賣費用，改良費用，及有益費用。

(3) 買回須由買回權人爲之。締結原買賣契約的出賣人（買回人），固爲買回權的主體；即其一般繼承人及特定繼承人，亦得繼承出賣人的地位，而行使其買回權。至出賣人的債權人，雖非其繼承人，亦可解爲得依第二四二條規定，代位行使出賣人的買回權。

買回須向
他方當事
人爲之

(4) 買回須向他方當事人爲之。買回人行使買回權，固以締結原買賣契約的買受人及其一般繼承人爲相對人；但買回人則不得向特定繼承人及其他第三人，爲買回的意思表示。何則，買受人如已將其標的物的所有權讓與於第三人，復使其負返還所有權及移轉占有的義務，勢必成爲履行不能，故買回只得向買受人爲買回表意。

第三款 買回的效力

所謂買回的效力。即買回權行使的效力。買回權行使的效力，與一般解除權行使的效力無異，即僅於當事人間發生回復原狀的債務（債權的效力），並非當然回復原狀，而得由出賣人就標的對於一般人均得主張所有權或請求返還占有（物權的效力）。

茲就其效力分述於左：

（一）當事人間的效力

買回權行使的結果，在當事人間各負回復原狀的義務。茲將買回人與買受人的義務，分述於左：

買回人的義務

（1）買回人的義務 買回人行使買回權，應負左列四種義務：

（A）支付買回價金 買回人行使買回權的結果，既得收回原標的物，則對於買受人自應支付買回價金。買回的價金，民法雖明定以出賣人所受領的價金

充之；但當事人另有特約者，從其特約（三七九條二項）。當事人約定買回價金較買賣價金爲少者，固應從其約定。若約定買回價金較買賣價金爲多者，在不過約定期限的限制，亦仍爲有效。至原價金的利息，與買受人就標的物所得的利益，視爲互相抵銷，不須返還（三七九條三項）。故在實際上出賣人會否得有利息，買受人會否得有利益，均非所問。

（B）償還買賣費用 關於買賣契約的費用。本應由買受人所負擔；惟買回人既行使買回權，即應與買回價金連同償還之（三八一條一項）。

（C）負擔買回費用 買回權行使的結果，買回人既得享受利益，則其所須的費用，亦應由買回人負擔，已無疑義（三八一條二項）。

（D）償還改良費及有益費 買受人爲改良標的物所支出的費用，及其他有益費用，而增加價值者，買回人應於現存增加額的限度內償還之（三八一條二項）。至買受人就標的物所支出的必要費用，則不應由買回人負擔還之責。

買受人的義務

(2) 買受人的義務 買受人既適法行使買回權，買受人即應負左列兩種義務：

(A) 交付標的物及其附屬物 買回人行使買回權，既負支付買回金的義務，則買受人亦應交付標的物及其附屬物，以爲反對給付（三八三條一項）。

(B) 不履行的損害賠償 買受既有交付標的物的義務，則因可歸責於己的事由，致不能交付標的物或標的物顯有變更者，固應賠償其所生的損害（三八三條二項）。即買受人就買賣標的物，設有第三人的權利（例如設有抵押出典，出質等限制物權），或其他可與買受人之處分同視的民事執行，或破產管財人之處分所生第三人的權利，買受人均應除去之。其有不能除去者，買受人亦應負賠償責任。

(二) 對於第三人的效力

買回的特約，既爲債的關係，自以只生債權的效力，不得對抗第三人。依日本民法所規定，不動產的買回特約，如與該買賣契約同時登記，即得對抗第三人（日

買回特約
不得對抗
第三人

五八一)。(五八一條一項)。我民法既無此明文，自不可爲同一解釋。此所謂第三人，即向買受人更取該買賣標的物的權利人，如買受人，受贈人，地上權人，求佃權人，抵押權人，質權人，及典權人等皆是。此等第三人，如因買賣，贈與，及其他設權行爲，而由買受人取得其標的物，自不負返還的義務。故買回人行使買回權，僅得向買受人請求，不得向第三人主張權利。買受人經買回人爲買回表意後，在事實上如有取回的可能，應向第三人取回原標的物，再以移轉於買回人。否則，買回人所受的損害，買受人應負賠償責任。

第六節 特種買賣

第一款 試驗買賣

(一) 試驗買賣的意義

第一章 買賣

何謂試驗
買賣

試驗買賣，即以買受人之承認標的物爲停止條件而訂立的買賣契約；換言之，即買賣標的物須經買受人試驗，而爲承認的表意，始能發生效力的買賣契約。此種契約的性質，與當事人一方的預約不同：前者即買賣契約於訂立當時業已成立，唯以買受人適意爲停止條件，而限制其效力的發生；後者尙僅一方有請求締結買賣的權利，買賣並未成立。何謂買受人的適意？即買受人經一度試驗，而有承認標的物的表意。試驗買賣的價金及其標的物，於訂立當時，即已確定，雙方均應受其拘束，不得變更，不過恐買受人就標的物有不適意，特附有試驗適意的停止條件，使其效力於買受人爲適意的表示時，始能發生。雖然，此非強制規定，當事人訂立契約，如附以買受人之拒絕爲解除條件，亦可認爲有效。

(二) 試驗買賣的效力

(1) 試驗容許的義務 試驗買賣的效力發生，既以買受人的承認爲條件，而買受人是否承認，又以其試驗是否適意爲先決。故出賣人於契約成立後，負有容

試驗容許
的義務

承認表意
的時期

許買受人試驗其標的物的義務，方可貫徹試驗買賣的本旨（三五八條）。出賣人既有容許試驗的義務，買受人即有請求試驗的權利。若買受人請求試驗，而出賣人不容許之，則買受人除得依債務不履行的規定主張權利外，並得依第一〇一條以爲主張。雖然，買受人只有請求試驗的權利，却無請求其依買賣以爲給付的權利。

(2) 承認表意的時期，試驗買賣既以買受人的承認爲停止條件，自應適用條件的一般規定；惟其條件之成就或不成就，乃係於買受人之承認或拒絕。若買受人長期試驗，不速爲承認或拒絕的表示，即不速使條件成就或不成就，而令出賣人常受其拘束，實於出賣人利益。故民法特設左列的規定，以爲解決的標準：

(A) 標的物曾經試驗而未交付於買受人時，標的物經試驗而未交付者，買受人於約定期限內，未就標的物爲承認的表示者，視爲拒絕。其無約定期限，

而買受人於出賣人所定的相當期限內，未爲承認的表示者，亦視爲拒絕（三八條六）。試驗買賣，既以買受人的承認爲停止條件，則買受人未於應爲承認的期限內，就標的物爲承認的表示，通常自係有拒絕的意思，故法律視爲拒絕。何謂視爲拒絕？即應視爲條件不成就，而使買賣確定自始不生效力。申言之，即不生交價交物的義務。

民法第三八六條的規定，唯就承認原有約定期限，或出賣人所定的相當期限者，始得適用。若當事人無約定期限，或出賣人所定期限不適當，則不得視爲拒絕。

（B）標的物因試驗而已交買受人時，標的物因試驗已交付於買受人，而買受人不交還其物，或於約定期限，或出賣人所定的相當期限內，不爲拒絕的表示者，視爲承認（三八條一項）。標的物既因試驗而交付，買受人如無承認的意思，即應交還其物，或於應爲承認的期限內爲拒絕的表示。若買受人不交還

其物，或不於應為承認的期限內為拒絕的表示，通常自係有承認的意思，故法律視為承認。何謂視為承認？即應視為條件成就，而使買賣確定自始發生效力。申言之，即仍生交價交物的義務。

(C) 買受人已支付價金或為非試驗所必要的行為時，買受人於試驗後，已支付價金的全部或一部。或就標的物為非試驗所必要的行為者，視為承認（三八七條二項）。試驗買賣，原以買受人的意思為基礎。若於試驗後，已有交價行為，或為試驗外的行為，即顯有承認的意思。故法律視為承認。此所謂視為承認，亦即視條件成就，而使買賣自為交價行為，或為試驗外的行為起發生效力。

第二款 貨樣買賣

(一) 貨樣買賣的意義

第一章 買賣

何謂貨樣
買賣

貨樣買賣，即依貨樣以定買賣標的物的買賣契約；詳言之，即出賣人擔保其交付的標的物與貨樣有同一品質的買賣契約。此項契約，通常雖多為不特定物的給付；但以特定物為給付的標的，亦有以貨樣定之。

(二) 貨樣買賣的效力

擔保責任

按照貨樣約定買賣，出賣人既須擔保其交付的標的物與貨樣有同一的品質，則其所負的擔保責任，亦與第三五四條第三項的擔保責任同。故出賣人所交付標的物的品質，如與貨樣有不符時，買受人得依一般擔保責任的規定（第三五九條至第三六六條），行使其權利。

出賣人所交付的物體，是否與貨樣相符？固應以契約的本旨，與交易的習慣為決定標準。但該給付標的物的性質，如與貨樣的性質相差甚微，則應解為買受人無契約解除權，只能行使其他的權利，較為允當。

第三款 分期付款買賣

(一) 分期付款買賣的意義

何謂分期
付價買賣

分期付款買賣，即附有交付價金之特約的買賣契約；詳言之，即當事人約定一方交付買賣的標的物，他方按年或月支付其價金的買賣契約。

(二) 分期付款買賣的約款

分期付款買賣，與通常買賣所不同者，唯在其價金債務的清償方法，法律自應認其為有效。惟在分期付款的買賣，出賣人多為資產階級，或富有專門經驗，買受人多為無產階級，或缺乏專門經驗。出賣人往往為圖謀本身的利益，遂利用買受人經濟上或智識上的弱點，而訂立苛刻的約款，使買受人陷於不利。歐洲大陸諸國，為保護經濟上弱者的買受人，有以特別法規定之（德一八九四年的法律，與一八九六年的法律，法一九〇〇年的法律），有於債務法規定之（瑞債二二六條至二二八條）

()。我民法仿後者，對於期限利益喪失約款，及失權約款，均加以限制（三八九條及三九〇條）。茲分述之於左：

期限利益
喪失約款
的限制

(1) 期限利益喪失約款的限制 何謂期限利益喪失約款？即當事人約定買受人支付價金，如有一期遲延，出賣人即得行使支付全部價金請求權。分期付款的買賣，原為買受人的便宜而設。如當事人約定買受人稍有遲延，出賣人即得請求支付全部價金，殊不足以顯分期付款買賣的效用。故民法規定；除買受人有連續兩期給付之遲延，而其遲延的價額，已達全部價金五分之一外，出賣人仍不得請求支付全部價金（三八九條）。

期限利益喪失的特約，雖非根本無效；但出賣人行使支付全部價金請求權，必須具備下列三要件：(A) 價金支付須已遲延兩期，如僅遲延一期，則不許其請求支付全部；(B) 支付遲延，須已連續兩期，若未連續兩期，則不許其請求支付全部；(C) 遲付價額。須達總價額五分之一，若未達此數額，亦不許

其請求支付全部。總之，分期付款，乃為買受人的利益，凡未具備上述的要件，則不宜加以剝奪。

失權約款的限制

(2) 失權約款的限制 何謂失權約款？即當事人約定買受人支付價金，如有一期遲延，即得解除契約，使買受人返還所受領的標的物，而喪失已付價金返還請求權。分期付款的買賣，當事人雖得約定出賣人有扣留權；但其扣留的額數，不得超過標的物使用的代價，及標的物受有損害時的賠償額（三九條）。若超過此範圍，出賣人則不得扣留，自應許買受人行使返還請求權。

第四款 拍賣

(一) 拍賣的意義

何謂拍賣

拍賣即因拍賣人拍板或因其他慣用的方法，為賣定表示而成立的買賣契約；詳言之，即由拍賣人先就買賣標的物為拍賣表示（即要約的勸誘），使應買人競為應

買表示（即要約），而後由拍賣人對於出價最高的應買人復爲賣定表示（即承諾），以締結買賣契約。拍賣的當事人，一方在拍賣未成立前，稱爲應買人，或拍賣人，在拍賣成立後，稱爲買受人，或拍定人；他方則稱拍賣人。惟在任意拍賣，出賣人仍爲拍賣的委任人，拍賣的受任人，不過爲其代理人。在強制拍賣，拍賣人則爲拍賣的執行機關，不可謂其爲債務人或債權人。

拍賣與投標，雖同爲競爭買賣，然仍有左列四點不同：

（1）拍賣僅可成立買賣契約，投標則不以買賣契約爲限，即訂立其他有償契約（例如承攬）亦可。

（2）拍賣應買人所提出的條件，彼此均知，得更提出較利的條件；投標投標人所提出的條件，彼此不知，則無由更提出較利的條件。

（3）拍賣應買人所爲應買人的表示，自有出價較高的應買時，即失其拘束力；投標投標人所爲投標的表示，雖有條件較利的投標，其拘束力仍可存續。

拍賣與投標
的差異
點

拍賣的性質

(4) 拍賣在原則上應拍歸出價較高的應買人；投標則應斟酌投標人的信用資力，非專限於與最利條件的投標人訂約。

關於拍賣的性質，學說上尚不一致：(A) 拍賣為買賣的一種，應適用買賣的規定；(B) 拍賣為類似買賣的行為，應適用買賣的規定；(C) 拍賣為公法處分的一種，不應適用或準用買賣的規定。我民法既認拍賣人為特種買賣的一種，規定於買賣節中，自應從第一說解之。

(二) 拍賣的種類

強制拍賣
與任意拍賣

拍賣可分為二種：(1) 強制拍賣，即由法律規定而依拍賣程序所為的買賣；(2) 任意拍賣，即由私人意思而依拍賣程序所為的買賣。前者適用民事執行法或其他特別法中的買賣規定。後者適用民法中的拍賣規定。

(三) 拍賣的限制

拍賣人對於其所經營的拍賣，如得自己應買，或得使他人為其應買，勢必發生操

拍賣人不得應買

縱競爭的流弊。故民法爲防止此流弊起見，特設第三九二條的限制規定。

(四) 拍賣的效力

應買表示
的拘束力

(1) 應買表示 應買人的應買表示，既爲一種要約，自應受其拘束；惟自有出價較高的應買或經撤回拍賣物時，即失其拘束力（二九條）。

賣定表示
的效力

(2) 賣定的表示 應買人如爲應買表示後，拍賣人即應就其選擇出價最高的應買人爲賣定表示（即拍定），使買賣契約成立。惟拍賣的委任人，如有反對的意思表示者，拍賣人則不得爲賣定表示。

拍賣的撤
回

(3) 拍賣的撤回 拍賣人爲拍賣表示，既未預示價格，而使應買人競出最高價格，以爲應買表示，則應買人所出的最高價格，尙未達拍賣人所欲的價格者，自得不得爲賣定的表示，而撤回其標的物。

買價的支
付

(4) 買價的支付 拍賣的買受人，應於拍賣成立時，或拍賣公告內所定之時，以現金支付其買價，方可保護出賣人的利益（三九條）。

差額的賠償

(5) 差額的賠償 拍賣的買受人，如不按時支付價金者，拍賣人得解除契約，將其物再行拍賣。再行拍賣所得的利益，如少於原拍賣的價金及費用者，原買受人應負賠償差額的責任(三九七條)。

第二章 互易

(民三九八條，三九九條，德民五一五條，瑞債二三七條，二三八條，法民一七〇二條，一七〇七條，日民五八六條，俄民二〇六條，七條)

互易的定義

(一) 互易的意義

互易即雙方當事人互約移轉金錢以外之財產權的契約(三八九條)。茲分析其性質如左：

(1) 互易為契約 就此點分析，互易則與買賣同為左列各種契約：

互易為諾成契約且為不要式契約

(A) 互易為諾成契約，且為不要式契約 在羅馬法雖認互易為要物契約，近世立法例，則認互易只須當事人雙方意思表示合致，即為成立；且其意思表

互易爲雙
務契約且
爲有價契
約

示，不須履行一定方式。故互易爲『諾成契約』，且爲『不要式契約』。

(B) 互易爲雙務契約，且爲有價契約。互易契約之雙方當事人，各對其相對人負擔一定債務；其雙方所負擔的債務，又係各以其相對人對於自己所負擔債務，互爲對價。故互易爲『雙務契約』，且爲『有價契約』。

互易爲債
權契約

(C) 互易爲債權契約。互易依雙方當事人以移轉金錢以外之財產權爲目的的意思表示相合致，即爲成立，非直接發生物權之得喪變更，僅發生債權關係，故互易爲『債權契約』。

(2) 互易爲雙方當事人互約移轉金錢以外之財產權的契約。就此點分析，互易則與買賣，兌換，及準互易不同，分述於次：

互易與買
賣的差異
點

(A) 互易與買賣不同。互易與買賣雖同爲廣義的互易，然買賣係以金錢所有權與金錢以外的財產權相交換；互易則以金錢以外的財產權與金錢以外的財產相交換：是二者截然不同。

互易與交換的差異點

互易與準互易的差異點

互易得準用關於買賣的規定

(B) 互易與兌換不同 互易與兌換雖同為廣義的交換，然互易為有名的有價契約，係互約移轉金錢以外的財產權，兌換為無名的有價契約，係互約移轉金錢所有權；是二者顯然有異。

(C) 互易與準互易不同 互易係當事人約定一方移轉金錢以外的財產權，以與他方移轉金錢以外的財產權相交換；準互易係當事人約定一方給付非財產權之事實上利益或地位，以與他方給付財產權相交換；是二者有區別，尤為明顯。

(二) 互易的效力

互易的效力如何？民法雖未另為規定；惟互易既為雙務契約，且為有價契約，自可準用關於買賣的規定（三九八條）。詳言之，互易契約的雙方當事人，在法律上均與買賣契約中之出賣人立於同等的地位，凡關於擔保責任，以及出賣人所應負的義務諸規定，互易均得應用之。

(三) 附補足金的互易

何謂附補
足金的互
易

附補足金的互易，即當事人的一方約定移轉金錢以外的財產權，並應交付金錢的契約；詳言之，即交易之際，當事人一方所移轉金錢以外的財產權，其價值多與他方所給付者不相等，更須由一方交付金錢，以補足其差額。學者稱此補足差額的金錢為「補足金」。此種契約，究為何種契約，學說上尚不一致；有主張應認為買賣契約；有主張應認為互易契約；有主張應認為混合契約。就其性質論之，雖應認為混合契約，但我民法已設明文規定，自應認其為互易，不過其金錢部分，應準用關於買賣價金的規定而已（三九九條）。

第三章 交互計算（三九八條至四〇五條，德商三五五條至三五七條，日商二九一條至二九六條，瑞債一一七條）

第一節 總說

(一) 交互計算的必要

在信用發達的社會中，交易頻繁，源源不絕，其多數的債權債務關係，每至清償期，若兩造須一一爲現金授受，不徒手續複雜，費用繁多，並有發生盜難遺失等危險的可能；卽固定資本，亦有不能生產之嫌。故近世商業社會，雙方之債權債務關係，不必一一分別交付現金，乃於一定期限內，停止其計算，至其期間的終末，則就其計算總額，以爲抵銷，僅支付其差額而已。此種制度，在實際上可以省手續，節費用，預防危險，活動資金，民法實有採用的必要。

(二) 交互計算的沿革

交互計算雖發生於中世意大利。然法律設有規定者，當以德國商法爲嚆矢。德國舊商法僅設一條規定，該國新商法亦僅於商行爲通則中設三條規定（三五五條至三五七條），均未特置專章。商法中規定較詳，特別成章者，當推意葡日等國商法。若法國商法則全無規定。我商行爲草案取法德商法，規定交互計算於通則中。然其所

規定的內容，又大抵與日商法同。民法仿最新立法例，乃以交互計算爲債權關係的一種，特規入於債編中（第二章第三節），此亦民商法統一所應有的結果。

（三）交互計算的立法主義

一般主義

商事主義

商人主義

交互計算的立法主義有三：（1）一般主義，即不問當事人的資格，及交互計算的種類如何，均得適用交互計算的規定；（2）商事主義，即不問當事人的資格如何，其交易苟爲商事，均得爲交互計算；（3）商人主義，即不問交易的種類如何，當事人中至少須有一方爲商人，始得爲交互計算。我商行爲草案採第三主義，交互計算不過爲商人間或商人與非商人間的契約，凡非商人間類似交互的契約（民事交互計算），則應適用契約法，不可謂爲交互計算。民法係仿瑞士債務法，採用第一主義，則交互計算自非專適用於商人間或商人與非商人間，而排除民事交互計算的適用。雖然，交互計算制度，乃爲交易上的便利而設，自以商人中受其利益者爲最多，尤以銀行間及錢業界獲得莫大功用，爲不可掩的事實。

第二節 交互計算的意義

交互計算
的定義

交互計算，即當事人約定以其相互間之交易所生的債權債務為定期計算，互相抵銷，而僅支付其差額的契約（四〇條）。茲分析其性質如左：

（一）交互計算為契約

交互計算之法律上的性質如何，學說甚為分歧，撮其要者，約有八種：

（1）計算方法說 此說謂交互計算為一種計算方法，而不承認其為契約。然此為法國一八六二年判決的見解，今日已無從之。

（2）消費貸借說 此說謂交互計算為相互的消費貸借的契約。然當事人約定交互計算，並無貸借的意思。

（3）雙方委任說 此說謂交互計算為相互的委任。在銀行與主顧問，其交互計算，雖恆似委任，然當事人約定交互計算，亦無委任的意思。

(4) 混合契約說 此說謂交互計算爲借貸，委任，寄託，及債權讓與的混合契約。然此僅明示編入計算的債權債務之原因，尙未闡明契約的性質。

(5) 信用開始契約說 此說謂交互計算爲雙方信用開始契約，或一方信用開始契約。然信用開始，雖與交互計算相伴併行，然僅此尙不足說明交互計算的性質。

(6) 猶預契約說 此說謂交互計算爲停止債權債務之履行的猶預契約。然此說僅足說明交互計算之消極的效力而已。

(7) 抵銷契約說 此說謂交互計算爲抵銷預約，或總括抵銷契約。然此說僅足說明交互計算之積極的效力而已。

(8) 獨立契約說 此說謂交互計算爲一種獨立契約。依我民法所規定，不僅交互計算應從此說解決，并可謂其爲諾成契約，不要式契約，雙務契約，有債契約，債權契約。

交互計算
爲獨立契
約

(二) 交互計算爲本於互爲交易而生的契約

交互計算既本於互爲交易而生，則當事人間不僅須有繼續交易關係，並須可生債權債務。若僅偶爾交易，固無締結交互計算的必要，即僅當事人一方可生債務，亦不得成立交互計算。雖然，交互計算的締結，只須將來有繼續交易關係，其過去時期，則不必繼續爲交易。又交互計算的成立，雖須當事人間互負債務，有互債權；但其債權債務，則不須於契約的成立時即存已在。

(三) 交互計算乃以債權債務編入定期計算的契約

編入定期計算的債權債務，即爲交互計算的標的。自事實上言之，須皆爲金錢債務，若非金錢債務，即不適於交互抵銷。至於編入計算的範圍，固須從當事人的訂定。若無特別訂定，則在一定期間內，凡由交易上所生的債權債務，皆應在抵銷之列。

(四) 交互計算乃於一定時期算定差額的契約

實行決算的期間，德商法定為一年，日商法定為六個月。我商行為草案仿德商法，定為每年一次（第二六條）；民法則仿日商法，定為每六個月一次（二四〇條）。交互計算的計算期，當事人固得自由訂定之。若無特別訂定，即應從民法的規定。

（五）交互計算乃互相抵銷而僅支付其差額的契約

交互計算，既以使雙方各債權債務相互抵銷，而僅支付其差額為目的，即應發生左列兩種效力：

（1）消極方面，即在使各個債權債務停止行使。

（2）積極方面，即在使就各方之債權債務的總額互相抵銷。

第三節 交互計算的效力

第一款 消極的效力

消極的效力，即以各債權債務記入計算中，一時停止其作用，不得分別實行或任意變更；簡言之，即記入計算中的效力。茲將其效力分述於次：

(一) 在交互計算期間內停止各債權債務的作用

記入交互計算的債權債務，在交互計算期間內，債權人不得請求履行，時效自應停止（一二八條參照）；債務人不得爲其履行，遲延亦不發生（二二九條二、三〇條參照）。故自債

權人之方面觀之，稱爲『債權之猶豫』。

(二) 記入交互計算之各債權債務有不可分性

記入交互計算之各債權債務，既有不可分性，自不得分別實行，或獨立處分。故各債權債務，不得各別抵銷，或與交互計算外的債權債務相抵銷；且不得轉讓他人，因亦不得爲質權的標的（九〇〇條參照）。

(三) 交互計算的項目不得任意除去

記入交互計算的項目，固由當事人任意定之；但一旦訂定後，即不得任意由交互

計算中除去之。雖然，以匯票，本票，支票，及其他流通證券，記入交互計算者，如證券的債務人不為清償時，則為保護當事人的利益計，應使該記入的項目除去之（四〇）（一四〇條）。凡以票據及其他流通證券記入交互計算，均附有證券債務人將為清償的條件，若該債務人不為清償，自應許他方有除去權，方可救濟（意商三四條末項參照）。例如甲向乙購入匯票一紙，並未支付其對價，僅作為債務之一項目，而記入交互計算中，若付款人拒絕付款，甲即得塗消該項目。

（四）交互計算的項目得附加利息

記入交互計算的各債權，原已付利息者，固應仍支利息，即原未附利息者，亦得約定利息。故民法第四〇四條第一項明定：記入交互計算的項目，得約定自記入的時期起，附加利息。

第一款 積極的效力

計算行爲
的效力

積極的效力，卽至交互計算期間的終末，各當事人均各截止記入，將各債權債務分別總結，就其總額互相抵銷，并算定差額而支付之；簡言之，卽計算行爲的效力。茲將其效力分述於次：

(一) 差額的承認

何謂差額的承認？卽交互計算當事人，於其期間終末時，各得以己方債權總額與他方債權總額相抵銷，而算定其差額，並互送計算書，要求他方承認之。計算書的承認，卽以雙方的債務承認爲目的之一種契約，可稱爲『差額契約』。計算書承認的方法，通常由當事人一方，送出記載債權債務的各項目及其算定差額的書面，要求他方承認之。爲此承認者，不須有明示的意思表示，卽不爲答復，而仍繼續交易，通常亦得認有默示的承認。

差額承認
的效果

計算差額經承認後，卽爲確定，應發生下列的效果：在差額債務人爲承認時，卽對於他方承認其債權之存在；在差額債權人爲承認時，卽對於他方承認其債權之

第三章 交互計算

限度。至差額的承認，各項目的債權是否完全消滅，發生新差額債權？換言之，即計算行為是否有更改的效力？學說上有更改說與非更改說兩派：依前者的主張，差額承認後，舊債均完全消滅，另成立新差額債權，其原有物的擔保或人的保證之從權利，除當事人有特別意思表示外，應與舊權利同時消滅。依後者的主張，差額承認後，舊債非完全消滅，仍使原有之債於其差額存在，其原有物的擔保或人的保證之從權利，即應於算定差額及該債權的範圍內存在。依我民法的規定，仍以從非更改說為宜（三二○三條）。

（二）承認後的限制

計算成立前，對於記入交互計算的項目，固得陳述異議。若計算書一經承認，即不得就記入各項目再述異議。惟承認既為意思的表示一種，其本身如有意思欠缺及瑕疵，亦得於計算後一年內主張無效或撤銷，而請求除去或改正之（四〇○五條）。

故交互計算當事人一方按期向他方提出計算書，如他方在一年以內，未就記入各

承認後再
述異議的
限制

項目陳述異議，其計算即為確定。

(三) 差額利息的支付

支付差額
利息為禁
止復利的
例外

記入交互計算項目的債權，不問當事人曾否約定附有利息，差額債權人得就算定差額，請求自計算時起支付利息（四〇四條二項）。惟此項規定，是否為禁止復利規定的例外？學說上尚有爭議：依積極說的主張，各債權既可附加利息，則差額中已含有利息，若更附以利息，是即許為複利。依消極說的主張，此項利息，乃於差額的新債務附以利息，並非於利息上復附利息，故非許為複利。計算行為既無更改的效力，自應從前說解釋之。

第四節 交互計算的終止

交互計算
契約得隨

交互計算既為契約，其終了原因，亦與一般契約同。然民法尚有特別終了原因的規定，即當事人之一方得隨時終止交互計算契約，而算定其差額。惟此種規定，既非

時終止

公益規定，當事人自不妨約定於特定期間不為終止（四〇三條前段及但書）。總之，交互計算之成立，乃以當事人信用為前提，若一旦失此根本信用，則維持交互計算的基礎，亦已消滅，當事人之一方，自可隨時解約，以保交易的安全。

第四章

贈與

（民四〇六條以下，德民五一六條以下，瑞二三九條以下，法民八九三條以下，日民五四九條以下）

第一節 贈與的意義

贈與的定義

贈與乃當事人一方（贈與人）約以自己的財產無償給與他方，經他方（受贈人）允受而成立的契約（四〇六條）。茲分析其性質如左：

（一）贈與為契約

贈與是否應為契約，立法上固不無問題，然依我民法第四〇六條解釋，贈與僅有贈與人一方為贈與的意思表示，不生效力，必須受贈人對之為允受的意思表示，

贈與為契約行為

贈與與遺贈的差異

始可成立，則贈與應為契約，已無疑義。贈與既為契約，當與遺贈不同：遺贈僅有遺贈人為無償給與財產的意思表示，即可成立，不須受遺人為允受的意思表示。反之，贈與不僅贈與人須為無償給與財產的意思表示，受贈人亦須對之為允受的意思表示，始可成立。故贈與與遺贈雖同為無償行為，然一為單獨行為，一為契約。

贈與契約既須有二個意思表示，始可成立，其二個意思表示，通常依要約與承諾的形式為之。贈與通常雖以贈與人為要約人；但贈與人亦未必為要約人。由受贈人為受贈與的要約，而由贈與人為贈與的承諾，亦可成立。是贈與契約的成立，孰為要約人，孰為承諾人，則非所問。

贈與究為屬於何種性質的契約？就左列各點可以判定之：

(1) 贈與為諾成契約且為不要式契約

贈與契約因當事人雙方的合意而成立，不以移轉贈與物或其權利為必要，是為

贈與為諾成契約且為不要式契約

第四章 贈與

「諾成契約」。贈與契約的締結，不以作成書據或其他方式為成立要件，是又為「不要式契約」。外國立法例，雖有以作成書據為成立要件（德民五一八條，法民九三一條，九三二條，瑞債二四三條），我國民法則無此明文，自應依一般契約的規定，不問其為明示或默示均可。惟未立有書據的贈與，其效力較立有書據的贈與為弱，有被贈與人撤銷之虞而已（第四〇八條）。

贈與為片
務契約且
為無償契
約

(2) 贈與為片務契約且為無償契約
贈與契約乃與買賣契約相反，即買賣為雙務並有償契約的模範，贈與為片務且為無償契約的模範。此所謂片務，即雙方當事人不擔負為對待給付的債務。此所謂無償，即贈與人不在得對價而為給付。縱令相對人亦負擔幾許義務，而與贈與的財產。不成代價關係者，猶不失為贈與。故附有負擔的贈與，亦為贈與的一種。惟相對人所擔負的給付，有無代價的性質，非依客觀的標準定之，應由當事人的意思決之。故買賣的代價，雖客觀的難保其與標的物的價格相均衡

贈與爲無
因契約

，亦非贈與。

(3) 贈與爲無因契約 贈與雖常有一定的動機。然其動機究非贈與的內容，故贈與爲無因契約。何謂贈與的動機，即贈與人何故無償給與財產。通常贈與的動機，或爲謝恩。或爲還禮，或爲好意，或爲慈善。動機之存否，與贈與契約的成立全無關係。即缺乏動機，在受贈人亦不生不當得利的問題。

贈與爲債
權契約

(4) 贈與爲債權契約 不特定物的贈與，既不與契約成立同時爲給付行爲，即學者所謂『贈與約束』（例如未指定現金，唯謂贈金千元的契約），其爲債權契約，固無疑義。惟即時給與特定物的贈與，須與契約成立同時爲給付行爲，即學者所謂『現物贈與』，是否爲債權契約？學說上仍有爭論：依積極說的主張，現物贈與仍爲債權契約；依消極說的主張，現物贈與則爲物權契約。余以現物贈與，在觀念上仍宜認爲先成立契約，後爲履行行爲。

(二) 贈與係當事人一方以自己財產無償給與他方的契約

第四章 贈與

贈與的作用，即贈與人須將贈與物或其權利給與受贈人，使其取得之。茲將財產，給與財產，及財產給付行為等意義分述於左：

何謂財產

(1) 財產 財產有指財產上的權利及義務的全體而言，有專指財產上的權利而言，此所謂財產，係指後者而言，不包括義務在內。

何謂給與財產

(2) 給與財產 所謂給與財產，非專指移轉既存的財產權而言，乃謂因一方財產減少，而致他方財產增加。例如約定讓與所有權，債權，及設定擔保物權，或其他限制物權，固得為贈與。即無償供給勞務，亦可成立贈與。至單純遺產繼承權的拋棄，則應解為不得為贈與（德民五一七條參照）。

贈與契約成立後，贈與人雖須以自己產財無償給與受贈人；但其應給付的財產，亦不以在贈與當時即已歸屬於贈與人為要件，即現時雖為不屬於己的財產，而豫期將來可以取得者，亦可預先以之為贈與的標的。如此，贈與亦如買賣，得就屬於第三人的財產權為之，已無疑義。

何謂財產
給付行爲

(3) 財產給付行爲 何謂財產給付行爲？即移轉財產的實行行爲，亦稱履行行爲。履行行爲與贈與行爲不同。贈與行爲乃因贈與當事人意思表示的合致而成立，履行行爲則不然。故前者爲法律行爲，後者爲事實行爲。

第二節 贈與的成立

贈與既爲諾成契約，則自雙方當事人就下列兩點有合意時，即爲成立：(1) 給與一定財產；(2) 無償給與財產。惟不動產物權依法律行爲而取得，設定，喪失，及變更者，須經登記，始生效力（第七五條），則不動產的贈與，亦必須於合意外，更爲移轉登記，方生效力。苟未經過登記，縱使一方有贈與的意思表示，他方亦有允受的意思表示，在法律上仍不得有效成立（第七四條）。故不動產的贈與，尙以登記爲其要件。

第三節 贈與的種類

(一) 單純贈與

單純贈與，即贈與未附有如何條件，期限，或負擔，亦稱通常的贈與。

(二) 附條件的贈與

附條件的贈與，即贈與附有一定的條件。此種贈與，有以贈與效力之發生繫於條件成就；有以贈與效力之消滅繫於條件成就。前者為附停止條件的贈與；後者為解除條件的贈與。

(三) 附期限的贈與

附期限的贈與，即贈與附有一定的期限。此種贈與，有以贈與效力之發生繫於期限屆至；有以贈與效力之消滅，繫於期限屆滿。前者為附始期的贈與，後者為附終期的贈與。

附有負擔
贈與的性質

(四) 定期給付的贈與

定有期限的贈與，即約定於一定的期限內，繼續無償給與一定額的財產。例如贈與人約定每年或每月給與一定額的金錢或食物。

(五) 附有負擔的贈與

附有負擔的贈與，即附有一定約款，而使受贈人亦負擔某種給付的義務。茲分析其性質如左：

(1) 附有負擔的贈與與贈與爲一個契約 附有負擔贈與約定後，贈與人負有給與財產的義務；受贈人亦負有履行負擔的義務。此雙方的義務，係由純然一個契約而生，非贈與與負擔由二個併存的契約而生。故關於負擔的合意爲無效時，贈與契約亦歸於無效。

(2) 附有負擔贈與仍爲無償契約 附有負擔贈與的結果，雖使贈與人與受贈人均負有給付的義務，似與雙務契約及有償契約相類。然受贈人所負的給付義務

，與贈與人所負的給付義務，既無對價關係，不過對於受贈人應享受的利益加以限制。當事人在由後者控除前者的範圍內，有無償的增加受贈人之財產的意思。故附有負擔的贈與，不可不謂為基於無償原因而生。

(3) 附有負擔贈與與單純贈與不同 附有負擔贈與與單純贈與，雖同為無償契約，然單純贈與的受贈人，不負擔如何給付的義務；附有負擔贈與的受贈人，則負擔一定給付的義務。

(4) 附有負擔贈與與附停止條件的贈與不同 附停止條件的贈與，乃停止贈與效力之發生，必俟約定條件成就時，贈與始發生效力；附有負擔的贈與，則非停止贈與效力之發生，贈與人在受贈人未履行負擔前，即應給與其財產。

(5) 附有負擔贈與與混合贈與的實質無異 混合贈與，即當事人締結以財產交換為目的的契約，其一方的給付，僅對於他方給付的一部有對價關係，而對於其餘部分則無對價的合意，學說上稱此契約為混合贈與（例如廉價買賣，並

贈與一部分的貨物），其實質即為附有負擔的贈與。

(六) 死因贈與

死因贈與即因贈與人之死亡而生效力的贈與契約。此種契約的特點，即在贈與人生存中不移轉財產，至死後始移轉之。死因贈與與遺贈尚有異同，分述於左：

死因贈與
與遺贈的
異同

(1) 同點 (A) 死因贈與與遺贈均以處分死後的財產為目的，是其經濟上的目的相同；(B) 死因贈與乃以贈與人死亡當時，受贈人尚生存為要件，遺贈亦以遺贈人死亡當時，受遺人尚生存為要件，是其法定要件相同；(C) 死因贈與在於贈與人生存中不須移轉財產權，遺贈在遺贈人生存中亦不須移轉財產權，是其效力發生的時期相同。

(2) 異點 遺贈為單獨行為，死因贈與則為契約，是其法律上的手段不同。故贈與人死亡後，受贈人始為允受的意思表示，則不得為死因贈與，必於贈與人生存中，受贈人已為承諾，契約始可成立。

第四節 贈與的效力

第一款 贈與人的履行義務

贈與通常爲債權契約，贈與人自有使受贈人在事實上及法律上爲其財產主體的義務；換言之，即贈與人在贈與約定後，應負移轉財產權於受贈人的債務。日本民法明認贈與人因贈與契約所負的債務，與普通的債務無異。故贈與人履行債務，苟有違反債務本旨，固應負損害賠償的義務。反之，贈與人履行債務，受贈人如不受領，亦應負受領遲延的責任。我民法則以贈與爲無償行爲，受贈人雖爲債權人，既不得與其他債權人同視；贈與人所負的責任，亦應較一般債務人爲輕。故因可歸責於贈與人的事由，而致履行不能者，贈與人僅就故意或重大過失，對於受贈人負其責任

贈與人僅
就故意或
重大過失
負責

(第四一)
○條。

第二款 贈與人的擔保責任

贈與人的
擔保責任
與出賣人
的擔保責任
不同

依理論言，贈與人既負使受贈人爲財產權主體的義務，則其地位殆與買賣契約之出賣人相等。苟因贈與之物或權利有瑕疵，而致受贈人不能完全享受財產利益者，亦宜按照出賣人擔保義務諸規定，使贈與人負擔保責任。惟贈與人究係無償給與財產於受贈人，其擔保義務，自不應與出賣人的擔保義務同律，故民法設有特別規定。茲就其原則與例外分述於左：

贈與人以
不負擔保
責任爲原
則

(1) 原則 依一般情形言之，贈與既爲無償契約，則贈與之物或權利如有瑕疵，贈與人即不應負擔保的責任(第四一段 條前段)。所謂物的瑕疵，即因贈與標的物有瑕疵，而致其價值，效用，或品質有減減，或不符。例如贈與的鷄卵，已全部或一部腐敗，贈與的飲料，已全部或一部爲水，贈與的金錶，已證實其爲銀錶。所謂權利的瑕疵，即贈與標的的權利不能移轉或其所移轉者仍不完全。例如贈與人以

不能由第三人取得的土地爲贈與的標的，或贈與人以設有地上權，或抵押權的土地爲贈與的標的。贈與人對於贈與之物或權利，既未取得對價，不若出賣人對於出賣之物或權利得有代價，自可不負擔保責任。

贈與人以
負擔保
責任爲
例外

(2) 例外 贈與之物或權利有瑕疵時，贈與人在原則上雖不負擔責任；但有左列情形之一者則爲例外：

(A) 贈與人故意不告知其瑕疵，贈與人於贈與當時，已知該物或權利有瑕疵，仍故意隱蔽，不告知受贈人，則對於受贈人因瑕疵而生的損害，自應負損害賠償的責任（第四一一條但書）。

(B) 贈與人曾保證其無瑕疵 贈與人於贈與當時，已保證該物或權利無瑕疵，後仍發見該物或權利有瑕疵，則對於受贈人因瑕疵而生的損害，亦應負損害賠償的責任（第四一一條）。

第三款 贈與的撤銷

(一) 撤銷的限制

未立字據
的贈與，立
撤銷，立
有字據的
贈與不得
撤銷

贈與契約，係因當事人間意思表示的合致而成立，自可從一般意思表示的通例及其特別規定而撤銷之。故贈與契約，不僅得以贈與人的能力欠缺，或相對人的詐欺強迫為理由而撤銷之，即在贈與物未交付前，或已交付一部者，贈與人亦得撤銷其贈與，或就其未交付的部分撤銷之（四〇八條二項）。惟贈與人對於立有書據的贈與或履行道德上之義務而為的贈與，須負交付贈與物或其價金的義務，則不得撤銷之（四〇八條二項）。贈與人不履行前條第二項所定的贈與時，固應使受贈人得請求交付其贈與物或其價金；但贈與既係無償契約，受贈人亦不得逾限請求，而使贈與人支付利息或擔負其他不履行的損害賠償（四〇九條）。

(二) 撤銷的原因

第四章 贈與

(1) 贈與人行使撤銷權的原因 受贈人對於贈與人有左列事情之一者，贈與人得撤銷其贈與（四一六條一項）：

(A) 受贈人對於贈與人或其最近親屬，有故意侵害的行為，依刑法有處分的明文者。

(B) 受贈人對於贈與人有扶養義務而不履行者。

(2) 贈與人的繼承人行使撤銷權的原因 受贈人對於贈與人有左列情事之一者，贈與人的繼承人得撤銷其贈與（第四一七條前段）：

(A) 受贈人因故意不法的行為，致贈與人死亡；

(B) 受贈人因故意不法的行為，妨礙贈與人為撤銷贈與的行為者。

(三) 撤銷的期間

(1) 受贈人有四一六條一項所定的情形者，贈與人自知有撤銷原因之時起，須於一年內行使其撤銷權（四一六條二項）。

覆行前，僅消
銷，僅消
減，僅消
覆行後，僅
生不當得利
請求權，並
求返還，並
權，並得請

(2) 受贈人有四一七條前段所定的情形者，贈與人的繼承人自知有撤銷原因之時起，須於六個月間行使其撤銷權（四一七條但書）。

(四) 撤銷的方法

贈與既有撤銷原因，贈與人或其繼承人在法定期間內，得行使撤銷權；惟應採用如何方法，法律須有明定，方免爭執。依民法四一九條一項的規定，贈與的撤銷，應向受贈人以意思表示為之。

(五) 撤銷的效力

贈與人撤銷贈與，究應發生如何效力？須視其撤銷係在履行前，抑在履行後而異，贈與人在履行前即為撤銷者，僅使受贈人給付請求權歸於消滅，固不發生其他問題。若在履行後始為撤銷者，受贈人所處的地位，適與第一七九條後段的情形相合。故法律明定得依關於不當得利的規定，請求返還贈與物（四一九條二項）。

(六) 撤銷權的消滅

第四章 贈與

贈與的撤銷權，因有左列原因之一而消滅：

- (1) 贈與人或其繼承人在得撤銷的期間內未行使撤銷權者（四一六條二項，及四一七條但書）。
- (2) 贈與人對於受贈人已爲宥恕的表示者（四一六條二項）；
- (3) 贈與人已死亡者（四二〇條）。

第四款 贈與的拒絕

贈與契約成立後，贈與人既負有給與財產的義務，受贈人亦有請求給與財產的權利，則贈與人對於贈與之履行，自不能任意拒絕之；惟贈與的動機，雖多出於示惠、贈與人亦必因其經濟可以擔負，始向他方表示贈與的意思。如贈與人於約定後，其經濟狀況顯有變更，而與贈與約定時截然不同，若仍請求依約履行，勢必影響贈與人的生計，或妨礙第三人的權利，實與事理不合。故民法特設拒絕履行的規定以保

贈與拒絕
行使的
要件

護之（四一條）。惟行使此項拒絕權，須具備左列要件：

- （一）須贈與人的經濟狀況，於贈與約定後顯有變更；
- （二）須因贈與而致贈與人生計有重大影響，或妨礙其扶養義務之履行。

第五節 特種贈與

第一款 附有負擔贈與

（一）負擔履行的請求

附有負擔贈與成立後，雖當事人均應履行其贈與或負擔，然其贈與或負擔，僅有主從牽屬的關係，而無兩相對換的性質。故贈與人不得依第二六四條一項的規定，行使同時履行抗辯權。贈與人既不得行使同時履行抗辯權，則在未為給付前，自不得請求受贈人履行其負擔，必於贈與人已為給付，而受贈人仍不履行其負擔

時，贈與人始得行使負擔履行請求權（四一二條一項）。若贈與人未為給付，即先向受贈人請求履行，受贈人則得拒絕之。

按負擔的約定，有以贈與人自己或第三人的利益為目的，有以公益為目的，其目的既有不同，則得請求履行負擔之人，亦因而有異：前者於贈與人死亡後，其繼承人尚得請求受贈人履行其負擔；後者於贈與人死亡後，主管官署則得令受贈人履行其負擔（四一二條二項）。

（二）贈與的撤銷

按通常贈與，贈與物已經交付，贈與人則不得行使撤銷權（四〇八條一項）。附有負擔贈與則不然，贈與人已為給付，如受贈人仍不履行其負擔者，贈與人即得撤銷之

（四一二條一項）。

（三）擔保責任的限度

附有負擔的贈與，其贈與之物或權利如有瑕疵，贈與人固應負擔擔保的責任；但此

種贈與爲無償行爲，贈與人的責任，究不得與其他債務人同等。故民法明定：贈與入於受贈人負擔的限度內，負與出賣人同一的擔保責任（四一）。

（四）負擔履行的限度

負擔的價值不得超過贈與的價值

附有負擔贈與的受贈人，固應履行其負擔；惟受贈人的負擔，決不能超過其贈與的價值。何則，贈與的本旨，原在使受贈人受利益，其負擔的價值，如超過贈與的價值，不僅受贈人未受利益，反令其蒙有損失。故民法明定：贈與不足償其負擔者，受贈人僅於贈與的價值限度內，有履行其負擔的責任（三條）。

第二款 定期給付贈與

定期給付贈與不得移轉

當事人闕定有存續期間者，固應從其約定。若當事人無特別的意思表示，則以當事人一方的終身期間爲期間，即因贈與人或受贈人死亡而失其效力（四一）（五條）。定期給付的贈與，乃爲專屬於當事人一身的法律關係，自不得移轉於其繼承人。故此種契

約，雖爲贈與契約，同時含有終身定期金契約的性質。

第五章

租賃

(民四二一條以下，德氏五三五條以下，瑞債二五三條以下，法民一七〇九條以下，日民六〇一條以下。)

第一節 租賃的意義

租
任
的
定
義

租賃即當事人約定一方(出租人)以物租與他方(承租人)使用收益，他方支付租金的契約(一四二條)。德日民法及瑞士債務法的規定，雖均不沿襲羅馬法的觀念(註)，改稱勞務租賃爲雇傭，工作租賃爲承攬，然德瑞兩國規定，不僅明認物爲租賃的標的，即權利亦得爲租賃的標的(德民五一八條以下，瑞債二七五條以下)，日本民法則只認物爲租賃的標的。我新舊民草係仿前者，民法則仿後者。故民法第四二一條所謂物，即明示權利不得組成租賃的內容。雖然，在法律無禁止或限制的範圍內，亦不妨以權利之使用收益爲標的，而締結一種類似租賃的無名契約，并類推適用關於租賃的規定

。茲就民法所規定的定義，分析其性質如左：

(一) 租賃爲契約

租賃爲諾
成契約且
爲不要式
契約

(1) 租賃爲諾成契約，且爲不要式契約。租賃爲諾成契約，抑爲要物契約？徵諸民法第四二一條的規定，其理自明。租賃乃因當事人一方約定以動產或不動產租與他方使用收益，他方約定支付金錢或租賃物的孳息而成立，並不以租賃物的交付爲成立要件，自爲『諾成契約』。故租賃契約一旦成立，即使出租人未爲租賃物的交付，亦不妨因當事人的合意，使承租人負支付租金的義務，是與使用借貸及消費借貸截然不同。租賃契約，只須當事人就租賃物及租金已爲同意，即爲成立，不須履行一定方式，其爲『不要式契約』，已無疑義。即在不動產的租賃契約，其期限逾一年者，雖應以字據訂立之，然未以字據訂立者，亦僅視爲不定期限的租賃，當事人得隨時終止其契約（三四二條），其契約則非根本無效。

第五章 租賃

租賃爲雙務契約且有償契約

(2) 租賃爲雙務契約，且爲有償契約。租賃契約的結果，出租人負使承租人得就租賃物爲使用收益的債務，承租人負支付租金的債務，其雙方所負的債務，顯有對價關係，自爲『雙務契約』。又其雙方所爲的給付，均能取得一定的代價，其爲『有償契約』，亦不待言。租賃既爲雙務契約，及有償契約，不僅能適用於(A)同時履行(二六四條)，(B)危險擔負(二六六條)，及(C)契約解除(二五六條)諸規定；即在其性質可許的範圍內，亦可準用買賣的規定(三四七條)。

租賃爲債權契約

(3) 租賃爲債權契約。租賃契約成立後，出租人的租金請求權，固爲債權；即承租人的租賃權，雖有時得對抗第三人(第四二五條)，然亦原爲對於出租人的請求權，故租賃仍應解爲『債權契約』。

(二) 租賃係出租人約使承租人得爲物之使用收益的契約

租賃的標的物唯限

(1) 租賃的標的物，唯限於物。租賃契約唯就物始得成立，我民法已有明文(

於物

第四二一)。此所謂物，依原則言，本無何等的限制，即不問其爲動產與不動產，公有物與私有物，特定物與不特定物，代替物與不代替物，及消費物與不消費物，均得爲租賃的標的；惟承租人於租賃關係終止時，須負返還同一物的義務，故就代替物與消費物成立租賃，僅以許承租人於依消費以外的方法爲使用者（例如陳列）爲限。

物之一部，雖原則上不得成立物權；但租賃權非爲物權，出租人自不妨得就物之一部成立租賃（例如房屋分租）。又出租人就租賃物亦不必有所有權，即就第三人或承租人所有之物，亦可成立租賃。

租賃的目的，在於使用收益 何謂使用？即不毀滅其物而利用之。何謂收益？即取得其物的孳息，或其他收益。租賃雖以使用收益爲目的，然亦非必以二者爲內容，租賃始得成立。在當事人無特約時，固應解爲係以二者爲目的。若訂有特約，只以物之使用爲目的，而禁止其收益，亦可認爲有效。

租賃的目的
在於使用
收益

租賃既僅以物之使用收益爲目的，而非移轉其所有權，則出租人及其他所有人，自應有物上請求權。故承租人受破產宣告時，出租人及其他所有人即得據以收回租賃物。

租賃的目的，既在於使用收益，則出租人自有使承租人爲物之使用收益的義務。惟其義務與使用借貸之貸與人應負的義務不同，非僅負不妨礙承租人就租賃物爲使用收益的消極義務，并負有努力使承租人得就租賃物爲完全使用收益的積極義務（參照第三節第一款出租人的義務）。

（三）租賃係承租人約定就物之使用收益而支付租金的契約
承租人就租賃物爲使用收益，既須支付租金以爲其對價，其應負的義務，當較使用借貸之借用人爲重。關於租金的性質，物體，數額，支付日期，及支付遲延，俟於第三節第二款詳述之（參照承租人的義務）。

【註】 羅馬法分租賃爲通常租賃，及用益租賃，勞務租賃，工作租賃，德國普通法從之。

第二節 租賃的期限

(一) 租賃期限的限制

租賃期限
限制的必
要

租賃契約本以物之使用收益爲目的，并非出租人移轉其所有權。承租人的租賃權，如永久存續，固有反乎租賃契約的本旨；即承租人的租賃權，雖非永久存續，其期限如失之過長，亦足影響經濟的利用，并束縛個人的自由。況長期租用他人之物，大多爲不動產，而長期利用他人的不動產，已可適用永佃權及地上權的制度，則租賃期限如再約定過長，實際上亦無何等裨益。故日俄民法對於租賃期限均有最長期的規定。依日本民法規定：借貸借的期限，不得超過二十年後（六〇條一）；依蘇俄民法的規定：借貸借的期限，不得超過十二年（四條五）。我民法係仿前者，明定租賃契約的期限，不得逾二十年，逾二十年者，縮短爲二十年（四九條）。

(二) 租賃期限的更新

租賃契約的期限，無論為最長的期限，或較短的期限，當事人如欲繼續其契約，均得更新之。何謂期限更新？即就原存的租賃契約，而僅改定其期限。當事人終止原契約，而另成立一新契約，固無不可；但不終止原契約，而僅延長其期限，則較為便利。租賃期限雖經更新，仍不失原契約的同一性，則原契約附有的擔保，自不因更新而消滅。關於更新的次數，雖無限制；但一經更新，即與新締結租賃契約無異，故自更新之時起，仍不得超過二十年。

(三) 期限更新的默示

承租人於期限屆滿後，仍為租賃物之使用收益，而出租人亦不即為反對的意思表示者，通常當事人自均有繼續契約的意思，故法律視為繼續契約。惟其期限若視為與原契約相同，則又失宜，故僅定為以不定期限繼續，較為適當（四條）。

租賃期限
更新的實
益

視為以不
定期限繼
續契約

第三節 租賃的效力

第一款 出租人的權利義務

(一) 出租人的權利

支付租金請求權及返還租賃物請求權

租金增額請求權

(1) 支付租金請求權及返還租賃物請求權 支付租金請求權，非因物之交付而始發生；租賃物返還請求權，則發生於物之交付後。出租人有此等權利，適與「承租人有『支付租金的義務』，及『返還租賃物的義務』相對待，俟於次款說明之（參照承租人的義務）。

(2) 租金增額請求權 不動產的價值，恆易變更，在社會經濟不定的今日，尤所在皆是。依民法的規定，除其租賃定有期限外，不動產的價值有增漲時，出租人得聲請法院增加之（四四二條）。反之，不動產的價值有低減時，承租人亦得

聲請法院減少之。

損害賠償
請求權

(3) 損害賠償請求權 出租人就租賃物所受損害，對於承租人得請求賠償。此項賠償請求權的時效，自受租賃物返還時起算，如在二年間不行使，即歸消滅

(四五)
(六條)。

法定留置
權

(4) 不動產出租人的法定留置權 按各國立法例，為保護不動產出租人由租賃關係所生的債權計，有許其於承租人動產上有先取特權者（日民三一）；有許

其於承租人動產上有法定質權者（德民五五）；有許其於承租人動產上有留置

權者（瑞債二七）（二條以下）。我民法關於不動產出租人的債權，亦設有擔保物權，即出

租人對於承租人置於該不動產之物有留置權（四四）（五條）。此留置權並非依當事人

間的法律行為而生，乃由法律的直接規定而生，故稱爲『法定留置權』。法定

留置權與留置權的性質相同，除法律另有規定外，得準用民法第三編第九章的

規定（九三）（九條）。試分述之於左：

留置權的
標的物

(A) 留置權的標的物 債權人所得享有的留置權，雖以占有債務人的動產爲要件；出租人所得行使的留置權，則不以占有承租人的動產爲要件，只須爲承租人置於該不動產上之物即足。故承租人置於該不動產上之物，皆得充留置權的標的物（四四五條一項）。例如甲承租乙之土地十畝，延欠地租或賠償金未付，乙得就甲所附設於該土地上的動產行使留置權。雖然，承租人的動產，如爲禁止扣押之物，出租人則不得行使之。所謂禁止扣押之物，即指承租人及其家屬一個月間生活的必需品而言。

留置權的
範圍

(B) 留置權的範圍 不動產出租人就租賃契約所生的債權，雖得對於承租人置於該不動產上的動產行使留置權，然其擔保的債權，亦有一定的限制，即以(1)本期的租金，(2)以前未交的租金，(3)已得請求的損害賠償爲限（四四五條二項）。

留置權的
消滅

(C) 留置權的消滅 留置權因有左列原因之一而消滅：

第五章 租賃

(甲) 承租人取去留置物時，留置權的行使，既以留置物置於租賃的不動產爲要件，則承租人取去留置物，如爲出租人所明知，或未提出異議者，其留置權自應歸於消滅（四四六條一項前段）。若承租人取去留置物，係乘出租人之不知，或出租人曾提出異議者，則承租人卽有背於誠實信用，法律上自有否認其取去留置物的必要。故留置權不但不因消滅（四四六條一項但書），出租人并得終止契約。

出租人得主張『異議權』者，雖可行使民法第四四七條所規定的權利；但非漫無限制，如承租人因執行業務取去其物，或其取去適於生活關係，或所留之物足以擔保租金之支付者，出租人則不得提出異議（四四六條二項）。卽使其提出異議，亦爲無效，殆所以顧全承租人的利益。

(乙) 承租人提出擔保時，法律一方面爲保護出租人的利益，特許其就承租人置於該不動產的動產行使留置權；他方面爲顧全承租人的利益，復許其

出租人
交付租賃物
的義務

交付租賃物
並保持
約定狀態
的義務

修繕租賃
物的義務
的要件

提出相當擔保，以免留置權的行使（四四八條前段）。故出租人將承租人之物留置後，不僅承租人得提出相當擔保，以免出租人行使留置權；並得提出與各個留置物價值相當的擔保，以消滅對於該物的留置權（四四四條）。

（二）出租人的義務

（1）交付租賃物並保持約定狀態的義務 租賃雖非要物契約；但因契約的結果，出租人應使承租人得就租賃物為使用收益的義務；換言之，即出租人須移轉其占有，而使承租人得就租賃物為使用收益。出租人既有此種義務，不僅於交付租賃物時，應作成合於約定使用收益的狀態；即在租賃關係存續中，亦負有保持其合於約定狀態的義務（三四二條）。

（2）修繕租賃物的義務 出租人既於租賃關係存續中，負有保持其租賃物合於約定狀態的義務，則租賃物交付後，如有修繕的必要和可能，除契約另有訂定，或另有習慣外，出租人自應負修繕的義務（四二九條一項）。何謂修繕的必要？即

租賃物已有毀損，而使承租人不能為約定使用收益的狀態。此狀態不必均出於可歸責於出租人的事由（例如年久失修），即由於不可歸責於雙方當事人的事由（例如自然事變，或第三人行為）而發生，亦負有修繕義務。至由於可歸責於承租人的事由（例如因其故意過失加以毀損）而發生者，出租人應否負有修繕義務，不無疑義。依第四二九條第一項的規定，修繕原因的發生，既無何等限制，則解為出租人仍有此義務亦可。惟在承租人違反保管義務（第四三二條四），或涉及侵權行為時，其對於出租人則應負損害賠償的責任。何謂修繕的可能？即租賃物雖有毀損，而非陷於修繕不能的狀態。租賃物的毀損，修繕尚為可能，出租人固應負修繕義務。若事實上不能修繕，或修繕不能回復原狀，則發生契約終止，履行不能，或擔保責任等問題。

出租人既負修繕義務，若任意違反之，即為債務不履行，其效果如左：

（A）出租人在租賃物交付前，不履行修繕的義務者，依債務不履行的一般規

定，承租人得解除契約（四二條），或聲請執行，並得請求損害賠償（七二條）。

（B）出租人在租賃關係存續中，不履行修繕的義務者，承租人得定相當期限，催告出租人修繕之。如出租人於其期限內不為修繕者，承租人得選擇行使終止契約權，或代行修繕權，并費用求償權（四三條）。至費用求償權行使的方法，不外請求出租人償還或由租金內扣除之。又出租人未為修繕前，承租人亦得依二六四條的規定，行使支付租金拒絕權。

如上所述，出租人既有修繕的義務，則為保存租賃物的必要行為，承租人自不得拒絕之（四二九條二項）。故從此點觀之，亦可謂出租人有修繕的權利，承租人有容忍修繕義務。

負擔稅捐
的義務

（3）負擔稅捐的義務 租賃物出租後，出租人既有租金的收益，且多享有其所有，則就租賃物應納的一切稅捐（例如房租），自應使出租人負擔（四二七條）。

償還費用
的義務

(4) 償還費用的義務 出租人應負償還費用的義務，得分兩點說明於次：

(A) 必要費 承租人就租賃物支出所不可缺的費用，自得向出租人請求償還之（例如地租房捐之類）；但租賃物若係動物，其飼養費雖為必要費用，已為承租人所預期，即應歸承租人負擔之（四二八條）。

(B) 有益費 承租人就租賃物支出有益費用，因而使該物的價值增加者，如出租人知其情事，而不為反對的表示，於租賃關係終止時，應本於不當得利的法則，依照現在的增額償還之，但承租人亦得收回所增設的工作物，而使其回復租賃時的原狀。例如房屋承租人，將舊有紙窗裝置玻璃，至契約終止時，自可收回玻璃，使之回復原狀（四二一條）。

承租人之償還費用請求權，及工作物收回權的時效，均定為二年。此種時效，自租賃關係終止時起算，凡在二年間不行使其權利，即因時效而消滅（四五六條）。

擔保瑕疵
及除去妨
害的義務

出租人責
任加重

返還擔保
物的義務

(5) 擔保瑕疵及除去妨害的義務 租賃既為有償契約，出租人對於租賃物的瑕疵，原則上應負與出賣人同一的瑕疵擔保責任（三四條）；但租賃物為房屋或其他供居住的處所者，法律特加重出租人的瑕疵擔保責任。故其租賃物如有瑕疵，危及承租人或在同居人的安全或健康時，承租人雖於訂約時已知其瑕疵，或已拋棄其終止契約的權利，仍得終止契約（四二條）。租賃的標的物，本以供承租人之使用收益為目的，如有第三人妨害其使用收益，出租人應負除去其妨害的義務（四三七條）。

(6) 返還擔保物的義務 承租人所支出的押金，不外確保義務的履行，至契約終止時，出租人自應返還之，毋待多言。

第二款 承租人的權利義務

(一) 承租人的權利

第五章 租賃

租賃權

(1) 租賃權 所謂租賃權，即承租人得直接對於租賃物為使用收益的權利。承租人對於租賃物，雖有使用收益的權利；但其使用收益的方法，亦有一定的限制。當事人如有約定方法，固應依其約定方法為租賃物之使用收益。若無約定方法，亦應依租賃物之性質而定的方法為之，不得有所違反（四三八）。茲將其性質及範圍說明於左：

租賃權的性質

(A) 租賃權的性質 關於租賃權的性質，立法例頗不一致：在普國民法及日本舊民法，明定租賃權為物權；在奧國民法，明定不動產租賃權得登記為物權（奧民一〇）；在馬羅法以來多數立法例，則明認租賃權為債權。惟羅馬法與德日民法仍略有不同：依羅馬法的規定，租賃物的所有權有變更時，承租人不得以租賃權與所有人相對抗，是即學說上所謂「買賣足以破壞租賃的原則」；在德日民法，雖仍以租賃權為債權，則多設例外的規定（德民五〇，日民六），是即學說上所謂「買賣不破壞租賃的主張」。依我民法所規定

（七一）

租賃契約
的對外效
力

，出租人縱讓與其所有權，或設定物權，租賃契約仍可繼續存在（即有對外的效力）。茲分兩點說明於次：

（甲）出租人讓與租賃物的所有權時，出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍可繼續存在，是即明認『買賣不能破壞租賃』，可謂為第三四九條的例外規定（五四二）。依此規定，則受讓人於承租人之租賃權存續中，應享有由租賃所生的權利，並負擔由租賃所生的義務，自不得主張收回租賃物，以妨害承租人的權利。

（乙）出租人就租賃物設定物權時，出租人在不妨礙租賃權的範圍內，固得就租賃物設定物權（如抵押權）。如出租人設定物權，致有妨礙承租人之使用收益時，承租人即可準用民法第四二五條的規定，以貫徹保護承租人的利益的本旨（四二六條）。

（B）租賃權的範圍 租賃權的範圍如何？應依當事人間的契約所訂者決之。

租賃權的
範圍

第五章 租賃

承租人依約定的方法，或租賃物的性質而定的方法為使用收益，以致租賃物變更或毀損者，承租人固不負損害賠償的責任（四三二條）（二項但書）。反之，承租人若違反義務，而致租賃物毀損滅失者，或經出租人阻止而仍繼續為之者，出租人則得行使下列的權利：（1）損害賠償請求權（四三二條）（二項前段）；（2）終止契約權（四三八條）（二項）。

租金減少
請求權及
終止契約
權

（2）租金減少請求權及終止契約權 承租人因自己的事由，致不能為租賃物全部或一部之使用收益者，固不得免其支付租金的義務（四四一條）；但在租賃契約存續中，如因不可歸責於承租人的事由，致租賃物之一部滅失者，承租人得按滅失的部分，請求減少租金。承租人若就其殘餘部分，不能達租賃目的的者，亦得終止契約（四三五條）（五條）。此外如有第三人就租賃物主張其權利，使承租人約定使用收益的目的不能達到者，承租人亦可準用第四三五條的規定，請求減少租金，或終止契約（四三六條）（六條）。

工作物取
回權

(3) 工作物取回權 承租人就租賃物所增設的工作物，既有所有權，法律自應保護其權利。故承租人於租賃關係終止時，不僅對於增加價值有求償權，並對於工作物有取回權（四五一條二項）。惟承租人取回工作物，亦不可有害出租人的利益，故法律復使其負回復原狀的義務。

(二) 承租人的義務

支付租金
的義務

(1) 支付租金的義務 關於此種義務，得就租金的性質，物體，數額，支付日期，及支付遲延五點說明於次：

(A) 租金的性質 租金的性質，不外為承租人使用租賃物的對價。租金之發生，常與承租人使用租賃物所經時間之久暫成為正比例，而與利息的性質同。但承租人僅為一次給付，亦不失為租金。

(B) 租金的物體 在通常情形，租金雖多為金錢的給付，然以租賃物的孳息或其他物充之，亦無不可（四二一條二項）。至以勞務代租金的支付，雖可認為有

第五章 租賃

效，則非此所謂租金，只可認為租賃與雇傭的混合契約。

(C) 租金的數額 租金的數額，通常依當事人間的契約定之，其未依契約定其數額者，承租人仍有以金錢支付租金的義務。承租人支付租金的義務，由於出租人負有使承租人得就租賃物為完全使用的義務而生，兩點之間，殊有牽連關係之存在。故承租人因出租人使第三人使用租賃物而不能使用該物者，即無支付租金的義務。

(D) 支付租金的日期 支付租金的日期，當事人如有特別約定者，自應依約定日期支付之，若無特別約定者，則依習慣。如無約定，亦無習慣者，即應依法定日期支付之（四三九條）。茲將法定支付日期分為原則與例外分述於左：

(甲) 原則 即支付日期無定約，亦無習慣者，應於租賃期滿時支付之；

(乙) 例外 即租金分期支付者，應於每期屆滿時支付之；其收益有季節者，應於收益季節終了時支付之。

(E) 支付租金的遲延 承租人支付租金有遲延時，出租人得定相當期限，催告承租人支付租金。如經催告後，承租人於其期限內仍不支付租金者，出租人得終止契約（四四〇條一項）；但賃屋居住者，多居於經濟弱者地位，法律非特予保護不可。故民法明定租賃物為房屋者，遲付租金的總額，非達兩期的租額，不得適用前項的規定（四四〇條二項）。

(2) 保管租賃物的義務 承租人於租賃關係終止後，既負有租賃物返還的義務，則在租賃物返還前，自應以善良管理人的注意，保管其租賃物。如租賃物有生產力者，並應保持其生產力（四三二條一項）。承租人違反保管義務，致租賃物毀損滅失者，固應負損害賠償的責任（四三二條二項）。即因承租人的同居人，或因承租人允許為租賃物之使用收益的第三人，應負責之事由，致租賃物毀損滅失者，承租人亦應負損害賠償的責任（四三三條）。

租賃物之全部或一部，因失火而毀損滅失者，承租人雖應負賠償責任；但失火

損失，爲額既鉅，賠償責任，自應減輕，故民法明定承租人須有重大過失，始負損害賠償責任（四三）。

通知的義務

（3）通知的義務 承租人既負有保管租賃物的義務，即應負通知的義務。在租賃關係存續中，租賃物如有修繕的必要，應由出租人負擔者，或因防止危害有設備的必要，或第三人就租賃物主張權利者，承租人應即通知出租人，使其修繕租賃物，或設法防止危害，或排除第三人的權利，以達其使用收益的目的。若承租人怠於通知，致出租人不能及時救濟者，應賠償出租人因此所生的損害；但爲出租人所明知者，承租人則不負通知的義務（四三）。

容忍修繕的義務

（4）容忍修繕的義務 出租人既有不得承租人的同意，得爲保存行爲的權利，則承租人自不得不負容忍修繕的義務。例如因防止房屋坍塌，而重築牆壁，或防止洪水侵入，而增高基地，承租人皆負有不得拒絕的義務（四二）。

若出租人爲保存租賃物的必要行爲，承租人竟爲拒絕，不僅出租人不能修繕租賃物，

不得任意
轉租的義務

且使國家經濟陷於不利。

(5) 不得任意轉租的義務 租賃權能否轉讓，及租賃物能否轉租，各國立法例頗不一致：(A) 限制主義，即規定承租人非經出租人的承諾，不得轉讓租賃權，並不得轉租租賃物，德日民法採之（德民五四九條，日民六一二條）；(B) 自由主義，即規定承租人得轉讓租賃權，並得轉租租賃物，法奧民法（法民一七一七條，奧民一〇九條）及瑞士債務法（二六四條）採之。我民法雖未明定租賃權能否轉讓；但關於租賃物的轉租，尚設有限制的規定，則轉讓當更在禁止之列。茲專就轉租的意義，限制，及合法轉租的效力分述於左：

(A) 轉租的意義 所謂轉租，即承租人更以租賃物租與第三人（即次承租人），使其為使用收益的契約。轉租與租賃權的讓與不同：後者係承租人使受人繼承其地位，自己則脫離原租賃關係；前者係另成立一租賃契約，出租人與承租人間仍保存原租賃關係。轉租與使第三人（如同居人）為事實上的

第五章 租賃

使用收益亦有不同：後者乃為租賃權應有的權能，當不發生新法律關係；前者則使第三人得為獨立的使用收益，自應發生新法律關係。

(B) 轉租的限制 關於租賃物的轉租，我民法仿德日民法規定，即承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租於他人；但租賃物為房屋時，若僅將其一部分轉租，亦須經出租人承諾，則不合於實際。故民法為謀承租人的便利起見，特設例外規定，即租賃物為房屋者，除當事人間有反對的約定外，出租人得將其一部分轉租（三四條）。

(C) 合法轉租的效力 轉租是否合法？須視承租人的轉租，是否經出租人承諾，或其租賃物是否為房屋一部分以為決。承租人未經出租人承諾。擅將租賃物轉租於他人，即為『非法轉租』，出租人得終止契約。若轉租已經出租人承諾，或租賃物為房屋一部分，即為『合法轉租』，其效力如左：

(甲) 承租人與出租人間的效力 即承租人與出租人間的租賃關係，依然存

續，其由次承租人應負責之事由所生的損害，由承租人負賠償責任（四四條）

（乙）承租人與次承租人間的效力 即承租人與次承租人的權利義務，當依次租賃契約的內容定之。

返還租賃物的義務

（6）返還租賃物的義務 承租人的租賃關係終止後，應返還租賃物，租賃物有生產力者，並須保持其生產狀態，返還於出租人（四五條）。茲就此種義務分爲性質，時期，物體，及處所四點說明於次：

（A）返還的性質 承租人負返還租賃物的義務，與借用人負返還借用物的義務仍有不同：借用人之返還義務，乃爲使用借貸契約的當然結果；承租人之返還義務，則因出租人基於租賃契約交付租賃物而生。

（B）返還的時期 當事人如定有返還時期，固應於其時期返還之，若未定有返還時期，則應於租賃契約終止後返還之。

第五章 租賃

- (C) 返還的客體 承租人應返還的客體，即出租人所交付的物體。該物如有自然增加的場合，固須依其增加的現狀返還之；但承租人增設的工作物，則非自然增加的部分，自有取回的權利及義務（一四三）。
- (D) 返還的處所 返還的物體，如為不動產，固無問題，若為動產，則應適用第三一四條的規定。

第四節 租賃契約的終了

租賃契約
終了的原因

租賃契約，除因有一般法律行為共通的消滅原因而終了外（例如撤銷，解除條件成就，契約解除等），尚有左列的特別消滅原因：

(一) 期限屆滿

租賃定有期限者，其租賃關係，於期限屆滿時消滅（四五〇）（四一項）。惟其期限不必均以日時定之，即以其他事實之發生定之亦可。例如由他人承租土地，建築住宅，

默示更新
的要件與
效力

約以房屋朽廢爲期，則自承租土地時起至房屋朽廢時止，可認爲存續期限。租賃期限屆滿後，除當事人得明示更新外（四四九條一項），承租人并得默示更新，以繼續其租賃（一四五條）。茲將默示更新的要件與效力分述於次：

（A）默示更新的要件 默示更新須具備下列二要件：（1）須承租人於租賃期限屆滿後，仍爲租賃物之使用收益；（2）須出租人未向相對人表示反對的意
。 （B）默示更新的效力 承租人默示更新，租賃契約固可視爲繼續；惟其存續期限，若視爲與前租賃契約同，恐未適合當事人的意思。故民法視爲未定期限的租賃，使當事人得隨時終止契約。

期限屆滿
前的終了

租賃契約，原則上因期限屆滿而終了；但有左列的例外：

（1）承租人破產 承租人既受破產宣告，已無支付租金的資力，如仍使租賃契約繼續存在，實無以保護出租人的利益。況承租人因破產的結果，已無利用租

貨物的必要，若仍負支付租金的債務，實亦徒增破產財團的負擔。爲顧全雙方的利益起見，無論何時，應使出租人或破產管財人得終止契約。

(2) 終止契約權的保留 定有期限的租賃契約，如約定當事人之一方，得於期限屆滿前終止契約，則有終止契約權的當事人，自得行使其權利，不受約定期限的拘束。惟當事人在期限屆滿前終止契約者，須依第四五〇條三項的規定，先期通知(三四五條)。又租賃契約終止時，如出租人曾預先受領終止後始到期的租金，應返還之(四四五條)。

(3) 承租人的繼承人行使終止契約權 承租人死亡，其繼承人有無須繼續租賃契約者，雖定有期限，仍得終止契約；惟須依第四五〇條三項的規定，先行通知(三四五條)。又繼承人終止契約時，如出租人曾先受領終止後始到期的租金，應返還之(四四五條)。

(二) 終止契約

出租人得
終止契約
的原因

終止契約爲一種權利，即終止契約權，舊稱爲解約權。茲將終止契約的原因，時期，方法，及效力分述於左：

(1) 終止契約的原因 終止契約的原因，又因出租人與承租人而異，分述於左：

(A) 出租人得終止契約的原因 出租人除得依約定原因終止契約外，其法定原因如左：

(甲) 承租人不依約定方法，或租賃物的性質而爲使用收益時 承租人違反第四三八條一項的規定，而爲租賃物之使用收益，并經出租人加以阻止，仍繼續其行爲者，出租人得終止契約（四三八條二項）。

(乙) 承租人不支付租金，或遲付已達兩期的租額時 承租人經出租人催告後，仍不於期限內支付租金，或房屋租金遲付的總額，已達兩期的租額者，出租人得終止契約（四四〇條一項）。

(丙) 承租人未經出租人承諾，將租賃物轉租於他人時，租賃物的轉租，既以經出租人的承諾為要件，則承租人擅將租賃物轉租於他人者，出租人自得終止契約（四四三條二項）。

(丁) 不動產承租人取去留置物時，承租人乘出租人之不知，或不願出租人提出異議，而取去留置物者，出租人亦得終止契約（四四四條）。

承租人得
終止契約
的原因

(B) 承租人得終止契約的原因，承租人除得依約定原因終止契約外，其法定原因如左：

(甲) 出租人經承租人催告，而不為修繕時，承租人定相當期限，催告出租人修繕，如出租人在其期限內不為修繕者，承租人得終止契約（四三〇條一項）。

(乙) 承租人因租賃物之一部滅失，而不能達租賃的目的時，租賃物因不可歸責於承租人的事由，而致一部滅失時，承租人如就其殘餘部分不能達租

賃的目的者，承租人得終止契約（四三五條二項）。

（丙）第三人就租賃物主張權利時，承租人因第三人就租賃物主張權利，致不能為約定使用收益者，承租人亦得終止契約（四三六條）。

（丁）租賃物因有瑕疵，危及承租人或其同居人的安全或健康時，凡房屋或其他供居住的處所，對於承租人或其同居人的安全健康，關係甚大，故如有瑕疵，承租人雖定約時明知之，或已拋棄其終止契約權，仍得終止契約（四四二條）。

終止契約
的時期

（2）終止契約的時期 租賃契約未定期限者，原則上各當事人得隨時終止契約，但當地有相反的習慣，且於承租人有利益者（如商店鋪底之類），自應從其習慣，藉以保護承租人的利益（四五〇條二項）。

終止契約的意思表示，如適用一般意思表示生效時期的規定（九五條），自難保護相對人的利益，必須先時向相對人為意思表示，再經過一定期間（即猶

第五章 租賃

豫期間)，始可使租賃關係消滅。故習慣所須的猶豫期間較法定期間爲長者，自應從其習慣，否則應依第四五〇條三項的規定，即不動產的租金，以星期，半個月，或一個月定其支付的期限者，出租人應以歷定星期，半個月，或一個月之末日爲契約終止期，並應至少於一星期，半個月，或一個月前通知之。

終止契約的方法

(3) 終止契約的方法 終止契約的原因，既有法定與約定之區別，其終止方法亦即因而有異：依約定原因終止契約者，不僅須向他方當事人爲意思表示（六二條參照），并須先期通知（三四五條）；其依法定原因終止契約者，則僅須向他方當事人爲意思表示，毋庸先期通知。

終止契約的效力

(4) 終止契約的效力 終止契約，僅使租賃契約自終止時消滅，而不溯及既往，是顯與解除契約（二五四條以下）及解除條件成就（九九條）不同。又終止契約權的行使，仍應適用第二六三條的規定，不妨礙損害賠償的請求。

(三) 租賃物滅失

租賃物滅失的責任

租賃物全部滅失時，則出租人的債務，已成爲履行不能，租賃關係自應消滅。租賃物的滅失，如因不可歸責於雙方當事人的事由者，其雙方的債務，固應消滅。

若其滅失因可歸責於當事人一方的事由者，其相對人應取得損害賠償請求權。故

租賃物因可歸責於出租人的事由而滅失者，應由出租人負債務不履行之責（第二六

條一）；其因可歸責於承租人的事由而滅失者，應由承租人負債務不履行之責（第三二

條二項至第四三四條），或侵權行爲之責。

租賃物一部滅失時，承租人若因就其存餘部分不能達租賃的目的，而終止契約者，租賃關係亦應消滅（四三五條二項）。

第五節 耕作地租賃

第一款 耕作物租賃的意義

第五章 租賃

耕作地租賃的定義

耕作地租賃，即當事人一方（承租人）以自爲耕作爲目的，約定支付租金，而使用他方（出租人）農地的契約（土地法一七一）。依我民法的規定，耕作地租賃既專以耕作爲目的，則其意義，當較日民法所謂以收益爲目的者爲狹（日民六〇九條）不能包括牧畜在內；惟依土地法的規定，耕作地租賃仍非專指耕作而言，可以包括牧畜在內（土地法一七）。

耕作地的承租人，大都爲貧弱農民，當不若出租人經濟優裕，多處於地主地位。法律爲防止地主壓迫租戶起見，不僅民法上設有特別規定，土地法上亦設有限制規定，及禁止規定。前者例如租金最高額，不得超過耕作地生產物收穫總額千分之三百七十五（土地法一七）；後者例如出租人對於承租人不得預收租金，並不得收取押租（土地法一七）。惟土地法對於民法既爲特別法，則依特別法優於普通法的原則，土地法應先受適用，已不待言。

禁止押租

土地法先於民法而受適用

第二款 耕作地租賃的效力

(一) 出租人的權利

收回自耕
權

(1) 收回自耕權 耕作地的出租人，如欲收回土地，自己耕作，固得終止契約；但承租人苟因終止契約，受有損害，亦得請求損害賠償（二六三條參照）。

法定留置
權

(2) 法定留置權 耕作地的出租人，就租賃的契約所生債權，固得對於承租人置於該耕作地上的動產行使留置權；但留置權的標的物，如無一定限置，實難保護農民的生產力。故土地法第一八五條規定：出租人對於承租人耕作上必需的農具，牧畜，肥料，及其農產物，不得行使民法第四四五條規定的留置權。

終止契約
權

(3) 終止契約權 未定期限的租賃契約，雖不問為普通租賃，抑為耕作地租賃，各當事人均得終止契約。惟前者得隨時終止契約（四五〇條二項參照），後者則仍有一定限制：(A) 須具備法定原因始得終止契約；(B) 須於法定時期為終止

表示。茲將其原因及時期分述於左：

(A) 終止的原因 關於耕作地租賃的終止原因，民法唯就出租人終止契約設有規定(四五條)，而未規定承租人得終止契約的原因。依土地法的規定，除

明定出租人得終止契約的原因外，并認承租人得由拋棄耕作權，自由終止契約(土地法一八〇條)，其保護農民較爲明顯。土地法所規定的終止原因，不外下

列七種：(甲) 承租人死亡而無繼承人時；(乙) 承租人拋棄其耕作權時；(丙) 出租人收回自耕時；(丁) 耕地依法變更其使用時；(戊) 承租人違反保管義務或附屬物的補充責任時；(己) 承租人將耕作地轉租於他人時；(庚) 租金積欠達於二年的總額時。

(B) 終止的時期 關於耕作地租賃的終止時期，除土地法另有規定(第一八

第一八條)外，出租人無論因何原因終止契約，均應於收益季節後，次期作業

開始前的時日中爲之(四六條)。例如種稻田應於稻收穫後終止契約，種麥田

應於麥收割後終止契約。若無此項限制，出租人往往於作業開始時終止契約，不僅使承租人的利益易受影響，亦易使耕地荒蕪，阻礙社會經濟的發展（

○四六）
條）。

（二）承租人的權利

租金減免
請求權

（1）租金減免請求權 耕作地的承租人，多為貧苦農民，其經濟地位恆不及出租人。故法律為保護經濟上的弱者，特許其於不可避之事變發生時，得行使租金減免請求權（四五七條一項）。茲就其性質，發生原因，行使時期，及預先拋棄的限制說明於左：

（A）性質 此所謂請求權，乃為形成權的一種，只須承租人為減免的表示，出租人即應減免，無須得其同意。又承租人於正當範圍內，即得主張減免租金，更毋須於訴訟上為之。

（B）發生原因 承租人因不可抗力，致其收益減少或全無者，即得請求減少

或免除租金。所謂不可抗力，即指客觀的不可避的事變而言。此種事變，只須由外部發生，而非通常預防方法所可避免者即足，至其為自然的事實（如天災地震），抑為人的行為（如出租人或第三人的行為），固非所問，即使其事由係就承租人本身發生者（如承租人被匪綁票）亦可。若為主觀的不可避的事變（如承租人患病），則不得包含之。

（C）行使時期 關於請求的時期，法律上既無限制，則承租人於收益減少或全無的事實發生後，自可隨時主張，不必於支付租金的時期為之。即使租金已經支付，至事變發生時，承租人亦得請求返還之。

（D）預先拋棄的限制 租金減免請求權，承租人若可預先拋棄，則出租人往往乘承租人為經濟的弱者，提出苛刻要求，而承租人被經濟壓迫，不得不預先表示拋棄之。故法律為預防地主壓迫租戶起見，特設第四五七條二項的規定，藉以保護承租人的利益（四七）。

租金一部
支付權

(2) 租金一部支付權 承租人雖有支付租金的義務，亦不必一次支付租金的全部。如承租人不能按期支付應交租金的全部，而先以一部支付時，出租人不得拒絕收受；惟出租人收受一部租金，承租人亦不得因其收受，而推定為減租的承諾（土地法一七九條）。

孳息及費用償還請求權

(3) 孳息及費用償還請求權 耕作地的承租人，於租賃關係終止時，不僅對於未及收穫的孳息，得請求出租人償還之，其所支出的耕作費用，亦得請求償還之；惟其請求額須以孳息的價額為限，不得超過其價額而請求之（第四六一條）。

先買權

(4) 先買權及再承租權 耕作地的承租人，對於耕作地有左列兩種優先權：

(A) 先買權 出租人出賣耕作地時，承租人依同樣條件，有優先承買之權（

土地法一七三條）。

再承租權

(B) 再承租權 收回自耕的耕地再出租時，不僅原承租人有優先承租之權，

其自收回自耕之日起，未滿一年而再出租者，原承租人并得以原租用條件承

第五章 租賃

租之（土地法一八四條）。

第三款 耕作地的附屬物

耕作地的租賃，如附有農其、牲畜，或其他附屬物者，當事人應於訂約時，評定其價值，並繕具清單，由雙方簽名，各執一份，以資證明（四六二條一項）。茲將附屬物的補充責任，及返還義務分述於左：

（一）附屬物的補充責任

清單所載的附屬物，如有滅失，究應由何人負補充責任？法律須明白規定，以杜無益的爭執。依民法所規定：清單所載的附屬物，如因可歸責於承租人的事由而滅失者，由承租人負補充的責任。若因不可歸責於承租人的事由而滅失者，則由出租人負補充的責任（四六六條二項及三項）。

（二）附屬物的返還義務

承租人依清單所受領的附屬物，應於租賃關係終止時，返還於出租人，如有不能返還者，則應賠償其依清單所定的價值；但因使用所生的通常折耗，亦須扣除之（^{四六}三四條）。例如甲承租乙之耕地，曾附有農具，當終止契約時，曾失鐵耙一具。鐵耙每具值洋七十元，現因使用五年，應消耗二十五元，則甲僅須賠償四十五元，不須賠償七十元。

第六章 借貸

第一節 使用借貸

（民四六四條以下，德民五九五條以下，瑞債三〇五條以下，法民一八七四條以下，日民五九三條以下，）

第一款 使用借貸的意義

使用借貸
的定義

使用借貸即當事人約定一方（貸與人）以物無償貸與他方（借用人）使用，他方約

於使用後，返還其物的契約（四六〇條）。茲分析其性質如左：

（一）使用借貸爲契約

使用借貸
爲要物契
約

（1）使用借貸爲要物契約，抑爲諾成契約？各國立法例尚不一致：羅馬法及德日民法，均明認使用借貸爲要物契約（德民五九八條，日民五九三條）；瑞士債務法，則明認使用借貸爲諾成契約（瑞債三〇五條）。依我民法的規定：使用借貸不僅須經貸與人與借用人的合意，并須由貸與人交付借用物。始生效力（四六四條），殆仿德日的立法例。使用借貸既以貸與人交付借用物爲生效要件，是顯與消費借貸無異，而與租賃不同。

諾成的使
用借貸

按要物契約與諾成契約相對待，如有訂立『諾成的使用借貸』，其效力究爲如何？依通說，均認爲無名契約的一種，使貸與人負交付借用物的債務，借用人於領受借用物後，始負返還其物的債務。例如甲乙約定，甲以其所有房屋貸與乙居住三個月，乙於借貸期限屆滿後返還之。此種契約，在甲未交付房屋前，

使用借貸
爲不要式
契約

使用借貸
爲片務契
約

使用借貸
爲無償契
約

好意的使
用許可

乙有請求交付的權利，故可認爲一種諾成的使用借貸契約。

(2) 使用借貸爲不要式契約 使用借貸契約，只須於合意外，更交付借用物，即可生效，其成立則不須履行一定方式，當爲不要式契約。

(3) 使用借貸爲片務契約 學說上雖有謂使用借貸爲不純正的雙務契約，然貸與人負容許使用的義務，與借用人負返還其物的義務，並非立於對價的交換的關係，當爲片務契約，故不得適用關於雙務契約的規定。

(4) 使用借貸爲無償契約 就此點言之，使用借貸契約，不僅與租賃不同，亦與消費借貸有異。消費借貸有有償與無償兩種；在無償的消費借貸，借用人不須給與報酬；在有償的消費借貸，借用人則須給與報酬。若使用借貸則均爲無償，借用人自不負給與報酬的義務。此所謂無償，乃與贈與同，雖附有負擔，亦不妨謂爲無償。

使用借貸與好意的使用許可（亦稱好意的契約）不同。何謂好意的使用許可？

第六章 借貸

即僅以社交的意思，聽許他人使用，而非成立法律關係，自與使用借貸有異。例如觀劇者貸與眼鏡於鄰座人，或投考者貸與鉛筆於鄰座人，皆為好意的使用許可。

使用借貸
為債權契約

(5) 使用借貸為債權契約。使用借貸契約成立後，借用人對於借用物，一面有使用的權利，即為對於貸與人的債權，一面有返還的義務，即為對於貸與人的債務，則使用借貸為債權契約，已無疑義。又貸與人必須給付特定物，借用人必須返還原物，則由契約所生之債，均為特定債權，當與租賃之得成立種類債權，亦有不同。

(二) 使用借貸係貸與人約使借用人無償的為物之使用的契約

使用借貸
的標的物
唯限於特
定物

(1) 使用借貸的標的物，唯限於特定物。使用借貸的標的物，既以特定物為限，則以權利之無償使用為標的者，祇可認為類似使用借貸的無名契約，準用使用借貸的規定而已。此所謂物，其種類既無何等限制，自不問其為動產與不動

使用借貸
的目的在
於使用

產，公有物與私有物，代替物與不代替物，及消費物與不消費物，均得爲使用借貸的標的。惟借用人既負返還同一物的義務，則就代替物與消費物成立使用借貸，必須依消費以外的方法使用之。例如酒店開業，爲裝飾門面，一時借用他人之酒，約以原物返還。

就物之一部，固得成立使用借貸；即就非貸與人自己所有之物，亦不妨成立使用借貸。

使用借貸的標的物，既以特定物爲限，則於契約成立時，縱使尙未特定，至少亦須於契約生效時特定，貸與人方可交付。

(2) 使用借貸的目的，在於使用 關於使用借貸的目的，各國立法例尙不一致：日民法規定以物之使用及收益爲目的（日民法五九三條）；德民法及瑞士債務法規定唯以物之使用爲目的（德民法五九八條，瑞債法三〇六條）。我民草係仿前者（七〇條）；民法則仿後者（四六條）。

第六章 借貸

使用借貸
有唯移轉占

使用借貸的目的，既僅在借用人得爲物之使用，自非以借用物所有權移轉於借用人，不過將自己所有物的占有移轉於借用人，約定他日收回而已。故關於借用物的權利，無論法律上的處分，與事實上的處分，仍屬於貸與人，借用人僅得行使原屬於所有者的使用權。如此，貸與人及其他所有人，對於借用物仍有物上請求權，則借用人受破產宣告時，貸與人得行使取回權，已無疑義。

(三) 使用借貸係借用人約於使用後返還其物的契約

返還原物

貸與人既非以借用物所有權移轉於借用人，而僅移轉所占，則借用人於使用借用物後，自應負返還原物的義務，而與消費借貸之借用人所應負的返還義務不同。故由此義務反面觀之，貸與人對於所交付之物，卽有返還請求權，及損害賠償請求權。

第二款 使用借貸的效力

第一項 貸與人的義務

(一) 容許使用的義務

使用物交付後，貸與人雖仍負容許使用的義務，然對於借用人之使用，亦只負不為妨害的消極義務，非若出租人須負使承租人得為合於約定使用收益的積極義務，故使用借貸契約成立後，借用物因自然的事實，而致不堪使用時，貸與人負修繕的義務；借用物因第三人的行為，而致妨害使用時，貸與人亦不負排除的義務。

貸與人僅負容許使用的消極義務

貸與人既負不妨害借用人使用的義務，則在借貸期間中，貸與人如無故奪取其物，或因其他可歸責的事由，而致借用人不能繼續使用者，借用人自得請求貸與人返還其物。其因而受損害者，亦得以債務不履行為原因，請求損害賠償。

借用人不得對抗第三人

借用人使用借用物的權利，乃為一債權，自不得對抗第三人。若貸與人讓與其物於第三人，借用人雖不得不應第三人的請求，而返還其借用物；但貸與人對於借

用人有違背容許使用的義務，借用人亦得以債務不履行爲原因，而請求損害賠償。雖然，第三人若以惡意締結讓與契約，以妨害借用人之使用者，亦應負侵權行爲的責任。

(二) 瑕疵擔保的義務

使用借貸爲無償契約，其動機多出於示惠，是與買賣及租賃不同，而與贈與無異。故民法既使贈與人的擔保責任減輕，亦應使貸與人的擔保責任減輕。貸與人對於借用物的瑕疵，原則上不負擔保責任；惟因貸與人故意不告知借用物的瑕疵，而致借用人受損害者，始負賠償責任（四六六條）。例如甲向乙借用鐵耙一具，乙知其破舊不能使用，仍貸與於甲，而未以實告之，甲使用未久，該鐵耙即壞，而致其耕牛受傷，乙對於其損害即應負賠償的責任。

貸與人
以
不負擔保
責任爲原
則

第二項 借用人的義務

(一) 使用範圍的限制

使用方法的限制

使用人對於使用物，雖有使用權；但其使用的範圍，亦設有一定的限制：

(1) 借用人使用借用物，須依契約或借用物的性質而定的使用方法。使用借貸有約定方法者，借用人應依約定方法使用之。若無約定方法者，應以依借用物的性質而定的方法使用之（四六七條一項）。

讓與或轉貸的限制

(2) 借用人允許第三人使用借用物，須經貸與人的同意。使用借貸係注重借用人的個人信用，而為無償的貸與，故未經貸與人的同意，自不許以使用權讓與於他人，或轉貸其借用物；但借用人自為使用，而以第三人為其補助人者，亦無不可。

借用人如違反上述二限制，貸與人除得行使停止違反行為請求權，或返還不當得利請求權，或損害賠償請求權外，尚得依民法第四七二條第二款的規定，行使終止契約權。

(二) 保管借用物的義務

借用人須
以善良管
理人注意
保管借用
物

按借用人負返還借用物的義務，其性質既與負返還特定物的義務同，則借用人自受領交付時起至返還時止，自應以善良管理人的注意保管借用物（四六八條一項）。借用人如違反此項義務，而致借用物毀損或滅失時，依債務不履行的原則，即應負損害賠償責任（四六八條二項上段）。但依約定的方法，或依借用物的性質而定的方法，使用借用物，而因自然的結果，致有變更或毀損者，借用人則不負責任（四六八條三項）。

但書）。

貸與人返還借用物請求權，雖不受消滅時效的的拘束，其對於借用人應有的賠償請求權，則須於六個月內行使之。如貸與人自受借用物返還時起算，在六個月內不行使，即歸消滅（四七條三條）。

借用人須
負擔通常
保管費或
飼養費

借用人既應負擔保管義務，對於借用物的通常保管費用，亦應負擔之（例如房屋借用人須負擔通常的修繕費）。借用物為動物時，借用人須負擔其飼養費（四六九條一項）。反之，因借用物的管理或保存而支出非常的必要費及有益費，而於貸與人有

利益時，借用人得請求貸與人償還之。

(三) 返還借用物的義務

借用物返還的義務，乃爲借用人的重要債務，如有違反時，依債務不履行的原則，即應負損害賠償責任。茲將其應返還的客體與時期分述於左：

返還的客體

(A) 返還的客體 借用人應返還的客體，當爲借用物，原則上應以借用當時的狀態返還之。若其借用物因可歸責於借用人的事由，而致毀損或滅失時，借用人亦負損害賠償責任。反之，借用物因不可歸責於借用人的事由，而致毀損或滅失時，借用人於滅失場合，得免返還的責任，於毀損場合，得就毀損的狀態返還之。至借用物自然增加，其利益如應歸於貸與人者，借用人須就其增加的現狀返還之。

借用人在不違反使用借貸本旨的範圍內，得以自己的費用，就借用物增設工作物。其借用物無論爲不動產或動產時，借用人對於增設的工作物，均保有其所

有權，自有取回的權利。雖然，借用人取回工作物，多少要毀損借用物，或變更其狀態，故借用人行使取回權，須回復借用物的原狀而返還之（四六九條二項）。借用人工作物取回權，及賠償請求權，均自借貸關係終止時起算，於六個月間不行使而消滅（四七三條）。

返還的時期

(B) 返還的時期 (1) 借貸定有期限者，借用人須於期限屆滿時返還借用物。(2) 借貸未定期限，而可依其使用的目的以定期限者，借用人須於使用完畢時返還借用物；但經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人亦得請求返還。(3) 借貸未定期限，亦不能依其目的而定期限者，貸與人得隨時請求返還借用物（四七〇條）。

第三款 使用借貸契約的終了

使用借貸契約終了

使用借貸契約，除因有一般法律行為共通的消滅原因而終了外（例如撤銷，解除條

的原因

件成就等），尚有左列的特別消滅原因：

(一) 期限屆滿

當事人定有期限者，其借貸關係因期限屆滿而終了。若未定期限，而定有使用的目的者，其借貸關係則因使用完畢而終了（四七〇條參照）。

(二) 終止契約

依民法第四七二條所規定，凡有左列各款情形之一者，貸與人得終止契約：

貸與人終止契約的原因

(1) 貸與人因不可預知的情事，自己需用借用物者；

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

(3) 因借用人怠於注意，而致借用物毀損或有毀損之虞者；

(4) 借用人死亡者。

復按貸與人依第四七〇條所規定，而行使返還借用物請求權時，應解為此請求權

實含有聲請終止契約的性質在內。又借用人拋棄期限利益，而返還其借用者亦同。

第二節

消費借貸

(以下，法民一八九二條以下，日民五八七條以下。)

第一款 消費借貸的意義

消費借貸
的定義

消費借貸即當事人約定一方(貸與人)移轉金錢或其他代替物的所有權於他方(借用人)而他方以種類，品質，數量相同之物返還的契約(四七)。茲分析其性質如左。

(一) 消費借貸為契約

(1) 消費借貸為要物契約 消費借貸為要物契約，抑為諾成契約？各國立法例

亦不一致；羅馬法及德奧法日諸國民法，均明認消費借貸為要物契約(德六〇

消費借貸
為要物契
約

七條，

奧九八三條，法一八）；瑞士債務法，則明認消費借貸爲諾成契約（瑞債三九二條，日五八七條）

。依我民法的規定，消費借貸契約，不僅須經當事人雙方意思表示的合致，並須由貸與人實行交付，始生效力，是顯與使用借貸無異，而與租賃不同。

諾成的消費借貸

消費借貸雖爲要物契約，學說上亦有主張『諾成的消費借貸』得以成立。例如甲乙約定，甲於本年十一月十日，貸金千元於乙，乙於由受領金錢時起三個月內返還之。甲於合意當時尚未交付金錢，雖不可成立消費借貸；但此種合意，既不違反在標的物交付前，不認返還義務之要物契約的趣旨，亦不違反公序良俗的規定，自不妨成立類似消費借貸的無名契約。

消費借貸爲不要式契約

（2）消費借貸爲不要式契約 消費借貸契約的締結，通常雖多訂立文件（如金錢借貸），然此非消費借貸的成立要件，自不可謂其爲要式行爲。

消費借貸爲片務契約

（3）消費借貸爲片務契約 消費借貸契約成立後，唯借用人負返還借用物的義務，貸與人則不負與此相償的義務，當爲片務契約。況消費借貸與使用借貸仍

有不同：使用借貸的貸與人，唯移轉使用物的占有，而未移轉其所有權；消費借貸的貸與人，不但移轉借用物的占有，并移轉其所有權。故前者不僅負瑕疵擔保的義務，并負有容許使用的義務，可謂不完全爲片務契約。後者除有時負擔保責任外，則不負其他債務，可謂完全爲片務契約。

消費借貸
爲有償契約
或無償契約

(4) 消費借貸爲有償契約或無償契約。消費借貸契約，非若使用借貸完全爲無償契約。有附有利息與未附利息兩種：附有利息的消費借貸，爲有償契約；未附利息的消費借貸，則爲無償契約。

消費借貸的借用人，與使用借貸的借用人，雖均負返還借用物的義務；但使用借貸的借用人，須負擔以借用物之原物返還於貸與人的債務。消費借貸的借用人，只負擔以同種同等量之物返還於貸與人的債務。假使應返還之物的數量。比貸與人所交付之物爲多時，可解爲附有利息的消費借貸；反之，即可解爲消費借貸與贈與契約之併存。

消費借貸
爲債權契約

(5) 消費借貸爲債權契約。消費借貸的貸與人，雖須交付借用物，并移轉其所
有權，始生效力，然其標的則在使借用人負返還的債務，當仍爲債權契約，不
可謂其成立物權契約。

(二) 消費借貸係貸與人約定交付金錢或其他代替物於借用人，并移轉其所有權的
契約

消費借貸
的標的物
唯限於代
替物

(1) 消費借貸的標的物，唯限於代替物。消費借貸的借用人，既負有以種類，
品質，數量相同之物返還於貸與人的義務，則其標的物自應以同種同等同量的
代替物爲限。若特定的土地及房屋，均非代替物，自不得爲消費借貸的標的物

標的物的
交付

(2) 標的物的交付。消費借貸，僅有當事人的合意，不能成立，必須交付標的
物而後可。關於標的物的交付，既非限於現實交付，自得使第三人間接交付，
或簡易交付（七六一條一項但書），或讓與返還請求權以代交付（七六一條三項）均無不可

第六章 借貸

。此外如銀行之撥劃，及郵局匯票之交付，在交易上均視同交付的事實。

標的物所
有權的移
轉

(3) 標的物所有權的移轉 消費借貸的成立，不但貸與人須交付標的物，并須移轉其所有權。消費借貸與使用借貸及租賃不同的要件，即在其以使借用人得為物之消費或處分為目的。消費借貸既以使借用人得為物之消費或處分為目的，則貸與人必先讓與借用人所有權，借用人_{在法律上}事實上始可達其消費或處分的目的。如貸與人僅為物之交付，未將其所有權移轉於借用人。則其要件尙未具備，不能認為成立。雖然，所有權之移轉，不必由貸與人直接為之，即由第三人代為移轉亦可。又消費借貸亦可依即時取得的法則，使借用人取得其所有權。例如貸與人交付之物，如屬於他人所有，借用人如不知其物非貸與人之所有而受取之，自不妨即時取得其所有權（第八〇條），使成立消費借貸。反之，借用人若知其物非貸與人之所有而受取之。則對於該物所有人，須負返還義務，自不得取得其所有權，消費借貸亦即不得成立。

返還同種
同等同量
之物

(三) 消費借貸係借用人約以種類，品質，數量相同之物而為返還的契約

消費借貸的借用人，與使用借貸的借用人，及租賃契約的承租人，雖均負返還的義務，然後者所返還的物體，均為原物；前者所返還的物體，則非原物，得以種類，品質，數量相同之物返還之。借用人雖返還與借用物相同之物，其效力則與返還同一之物相等，故仍不失為借貸。又當事人約定於返還同一物以外，并得返還不相同之物者，雖有時得以為代物清償的豫約。若約定返還完全不相同之物，則非此所謂消費借貸。

消費借貸
的豫約

如上所述，消費借貸與消費借貸的豫約顯有不同。何謂消費借貸的豫約？即當事人的雙方或一方負擔日後締結消費借貸（本契約）之義務的契約。當事人的雙方負擔其義務者，是為雙方的豫約；其一方負擔其義務者，是為一方的豫約。貸與人負擔其義務者，是為貸與豫約；借用人負擔其義務者，是為借用豫約。至豫約的成立及效力如何，應依普通契約的原則決之。消費借貸的豫約成立後，相對人的財產如顯

形減少，貸與人恐標的物不能歸還之虞時，得撤回其豫約（民草七一（六條參照））。又當事人的一方受破產宣告時，其豫約亦即失其效力。要之，消費借貸的豫約，乃以締結消費借貸爲目的的準備行爲，故前者爲諾成契約；後者爲要物契約。

第二款 特種消費借貸

（一）依更改以成立消費借貸

何謂依更改以成立消費借貸

此即債務人因消費借貸以外的原因（例如買賣，委任，寄託等），而對於債權人負擔給付金錢或其他替代物的債務，後由當事人約定更改爲消費借貸，即學說上所謂準消費借貸。依理論言之，須先由債務人實行給付，再由債權人交付該物於債務人，始得成立消費借貸。果爾，在同一當事人間，勢必爲兩重授受，方可達到其目的。故德日民法，爲節省當事人間的勞力，費用，及時間計，特設明文規定。凡遇有上述情形，不必爲二重的現實交付（可謂既無直接交付，亦無間接交

準消費借貸的必要

準消費借貸
的成立
原因

消費借貸
與準消費
借貸的差
異點

新債務與
舊債務的
關係

付），僅以意思表示的合致，即得依更改為消費借貸（德民六〇七條，日
民五八八條參照）。我
民法對於此點，雖無明文，亦得認為有效。例如買賣契約成立，買受人本負有交
付價金的債務，後因當事人的合意，乃約以其價金為消費借貸的標的，則當事人
間得表示不為價金的授受，而以之為消費借貸的標的的意思，即可成立消費借貸
。惟此契約，既未由貸與人交付借用物，并移轉其所有權，當非真正消費借貸，
只可準用消費借貸的規定而已。關於準消費借貸的成立原因，既無何等的限制，
當不僅由法律行為可以發生，即以不當得利或侵權行為為原因，亦可成立。要之
，準消費借貸與消費借貸不同的要點，即消費借貸須以物之交付為要素，準消費
借貸非以物之交付為要素。

準消費借貸係使既存的債務消滅，而以其給付為標的，發生與新消費借貸同一效
果。故新債務之發生，同時使舊債務消滅，附隨的擔保權或同時履行抗辯權亦歸
消滅。雖然，舊債務之消滅，以有有效的新債務之成立為前提，新債務若為無效

第六章 借貸

或被撤銷時，舊債務仍不消滅；反之，新債務之發生，亦以有有效的舊債務之存在為前提，舊債務若為無效或被撤銷時，新債務亦當然失其效力。

(二) 依物之價金以成立消費借貸

此即當事人約定一方以物交付他方，使之出賣於第三人，而以其價金為消費借貸的標的，以成立消費借貸契約。現時學說，雖認此契約為有效。究竟消費借貸的成立，係在價金債權成立時，抑在價金領取時？尚有爭議。余謂在價金債權成立時，消費借貸尚未成立，至借用人由買受人領取價金時，消費借貸始得成立。

(三) 依物之評價以成立消費借貸

此即當事人約定一方以物交付他方，并評定其價金而為出賣，乃以價金為消費借貸的標的，以成立消費借貸契約。此契約，即係變更價金債務為消費借貸的返還債務，可謂為買賣與準消費借貸的混合契約。至其成立時期，可解為在物之所有權移轉時，即告成立。

何謂依物
之價金以
成立消費
借貸

何謂依物
之評價以
成立消費
借貸

何謂依票
據以成立
消費借貸

(四) 依票據以成立消費借貸

此即當事人約定以不消費物爲標的，以成立消費借貸契約。消費借貸的標的物，只須爲代替物即可，不須爲因一度使用即歸消耗的消費物。故當事人約以票據爲消費借貸的標的，不但應認爲有效，并可適用消費借貸的規定。例如當事人約定一方以無記名公債證書的所有權移轉於他方，將來由他方以同一種類的無記名公債證書返還之。

(五) 就不動產成立消費借貸

此即當事人約定以不動產爲標的，以成立消費借貸契約。消費借貸雖不得以特定物爲標的物，如當事人約定不須返還特定物的自身，得以他之同種同等同量之物返還之，亦可成立特種消費借貸。例如當事人約定一方以荒地百畝的所有權移轉於他方，將來由他方以有同一價格之同一面積的荒地返還之。

何謂就不
動產以成
立消費借
貸

第三款 消費借貸的效力

第一項 貸與人的義務

消費借貸爲片務契約，貸與人當不負何等義務；惟法律爲顧全交易信用，特使貸與人負擔保責任（四七六條）。貸與人負擔保責任，又因消費借貸契約附利息與否而異：附利息的消費借貸，貸與人原則上須負擔保責任；無利息的消費借貸，貸與人原則上不負擔保責任。茲分述之於左：

（一）附利息消費借貸的擔保責任

此種消費借貸，乃爲有償契約，借用物如有瑕疵時，貸與人以應負瑕疵擔保責任爲原則。何則？在此情形，貸與人既受取利息或其他報償，自應比照有償契約的通則，不問其知有瑕疵與否及得知瑕疵與否，苟標的物有瑕疵時，貸與人在原則上應負擔保責任。故借用人除知有瑕疵或其不知而由於過失外，得行使左列兩種

附利息消
費借貸，
貸與人原
則上負擔

保責任

權利：

(1) 代物請求權 借用物有瑕疵時，貸與人既應另易以無瑕疵之物(四七六條一項前段)，則在借用人方面，即得行使代物請求權。此種請求權行使的結果，借用人得受領無瑕疵之物，而使消費借貸仍舊存續，非前消費借貸歸於消滅，另成立新消費借貸。

(2) 損害賠償請求權 借用人因有瑕疵而受損害時，除得行使代物請求權外，并得請求損害賠償(四七六條一項但書)。此種請求權與買賣的場合合同，亦為無過失的損害賠償。

(二) 無利息消費借貸的擔保責任

無利息消
費借貸，
貸與人原
則上不負
擔保責任

此種消費借貸，乃為無償契約，借用物如有瑕疵時，貸與人以不負瑕疵擔保責任為原則。何則？在此情形，貸與人既未受取報償，自應比照無償契約的通則，使貸與人的擔保責任減輕，即借用人無前述的代物請求權，唯有請求照有瑕疵原物

第六章 借貸

之價值返還的權利（四七六條二項）。又此項規定，雖不問借用人知有瑕疵與否，均受適用；反之，貸與人則因其知在瑕疵與否而異。貸與人如因不知其有瑕疵而為貸與者，借用人唯得照有瑕疵原物的價值返還貸與人，不得請求損害賠償。若貸與人故意不告知其瑕疵而為貸與者，借用人不但得照有瑕疵原物的價值返還貸與人，并得請求損害賠償（四七六條三項）。

第二項 借用人的義務

（一）返還的義務

此為借用人的主要義務，亦即消費借貸的主要效力。茲就返還的客體，期限，及處所分述於左：

返還的客體

（1）返還的客體 借用人對於貸與人，既不負返還同一物的義務，亦不須為中等品質的給付，只須以與借用物同種同等量之物返還之。但對此原則尚有左列的例外：

借用物有
借時，
借人得，
按有瑕
疵，
原物的
價值
返還

借用物返
還不能時
，借用錢
，得代償

(A) 借用物有瑕疵時 借用人既受領有瑕疵之物，似可以有同等瑕疵之物返還貸與人；但以同等瑕疵之物返還，事實上不易達到。故民法為謀事實上的便利起見，特許借用人得按有瑕疵原物的價值返還之（四六）（七條）。至有瑕疵之物的價值，可解為應以返還期返還地為標準而決定之。又此項規定，雖為無償消費借貸而設，有償消費借貸的標的物有瑕疵時，借用人如未行使代物請求權，仍受領有瑕疵之物者，亦得照有瑕疵原物的價值返還之。

(B) 借用物返還不能時 借用人的返還債務，既為種類債務，固罕見履行不能。如借用人有不能以種類，品質，數量相同之物返還時，雖不得依一般債務的原則，免其返還債務（二二五條）（一項參照）；但以金錢計算其價值而代償之，亦無不可。至返還價值的算定，應從如何標準，須視其返還時返還地有無約定以為決；其返還時返還地有約定者，固應依其物在返還時返還地所應有的價值返還之；若無約定者，則應以其物在訂約時或訂約地的價值償還之（四七）（九條）

金錢返還
的特則

。

(C) 金錢返還的特則 金錢借貸的返還，除契約另有訂定外，應依左列的規定(四八)：

(甲) 以通用幣為借貸者，如於返還時已失其通用效力，應以返還時有通行效力的貨幣償還之。

(乙) 金錢借貸，約定折合通用貨幣計算者，不問借用人所受領貨幣的增減，均應以返還時有通用效力的貨幣償還之。

(丙) 金錢借貸，約定以特種貨幣為計算者，應以該特種貨幣，或按返還時返還地的市價，以通用貨幣償還之。

返還的時
期

(2) 返還的時期 借用人應於何時返還其標的物，又因消費借貸定有返還期限與否而異：

(A) 定有返還期限 消費借貸定有返還期限者，借用人應於約定期限內返還

之。

(B) 未定有返還期限 消費借貸未定有返還期限者，在借用人得隨時返還，在貸與人亦得定一個月以上的相當期限催告其返還（四七八條）。

返還的處所

(3) 返還的處所 關於返還的處所，民法既無特別規定，自應適用第三一四條的規定，即借用人返還標的物，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，應於貸與人的住所地爲之。

(二) 支付利息的義務

在有償消費借貸，借用人不僅負返還借用物的義務，并負有支付利息或其報酬的義務。茲將利息的數額，及其支付的時期分述於左：

利息的數額

(1) 利息的數額 關於利息的數額，如不得違反利息限制的規定（二〇五條參照），當事人固得自由約定之；惟虛折高價，以規避禁止高利的規定者，亦爲事實上所常見。故民法明定：以貨物折算金錢而爲借貸者，縱有反對的約定，仍應以

利息支付的時期

該貨物按照交付時交付地之市價所應有的價值，爲其借貸金額（四八）。

（2）支付的時期 消費借貸定有限者，其利息或報酬應於其期限內支付之。若未定期限者，應於借貸關係終止後支付之；但其借貸期限逾一年者，應於每年終支付之（四七）。

第七章

僱傭

（民四八三條以下，德民六一一條以下，瑞債三一九條以下，法民一七〇八條，一七七九條以下，日民六二三條以下。）

第一節 僱傭的意義

僱傭的定義

僱傭即當事人約定一方（受僱人）於一定或不定的期限內爲他方（僱用人）服勞務，他方給與報酬的契約（四八）。

茲分析其性質如左：

（一）僱傭爲契約

僱傭爲諾成契約，

（1）僱傭爲諾成契約，且爲不要式契約 僱傭契約，只須雙方當事人對於僱傭

且爲不要
式契約

的要點表示合意，即得成立，並不以完成其他給付爲成立要件，自爲「諾成契約」。又其成立，不須何等方式，其爲「不要式契約」，亦不待言；惟特別法（例如船員法，鑛業法，工場法）爲保護勞動者的利益，對於僱傭契約，多設有種種限制的規定。例如關於受僱人的性別，年齡，及其勞動時間，勞務種類的限制。

僱傭爲雙
務契約，
且爲有償
契約

(2) 僱傭契約爲雙務契約，且爲有償契約。僱傭契約成立後，受僱人負有供給勞務的債務，僱用人負有給付報酬的債務，其雙方所負的債務，乃爲對待給付，自爲「雙務契約」。又其雙方所爲的給付，均能取得一定的代價，其爲「有償契約」，亦不待言。

僱傭爲要
因契約

(3) 僱傭契約爲要因契約。僱傭契約，雙方當事人所爲的給付，乃互爲原因，自爲要因契約。

僱傭爲債
權契約

(4) 僱傭契約爲債權契約。僱用人的供給勞務請求權，與受僱人的支付報酬請

第七章 僱傭

求權，既皆為債權，其為債權契約，已無疑義。

(二) 僱傭為當事人一方約服勞務的契約

僱傭的要件

(1) 僱傭的要件 僱傭契約的成立，乃以一方願為他方服勞務為要件，是與以財產上的給付為目的的契約不同。買賣，互易，贈與，租賃，借貸等契約，既以財產上的給付為目的，是純為財產上的關係。僱傭契約係基於當事人相互的信用而生，專以勞務的供給為目的，可謂為特殊的人的關係。

僱傭的標的

(2) 僱傭的標的 僱傭與承攬及委任雖均為廣義的勞務供給契約，其標的實有不同。茲分述之於左：

僱傭與承攬的差異點

(A) 僱傭與承攬不同：承攬非以供給勞務為標的，乃以完成工作為標的；僱傭非以完成工作為標的，乃單以供給勞務為標的。故承攬人雖供給勞務，如未發生定作人所預期的結果，即不得受領報酬；反之，受僱人既供給勞務，雖不發生僱用人所預期的結果，仍得受領報酬。是前者的危險，由承攬人負

擔之，後者的危險，由僱用人負擔之。況承攬人不受定作人的指揮，受僱人預受僱用人的指揮，是又二者不同的要點。雖然，當事人訂約的目的，果在勞務的本體，抑在勞務的結果？在實際上最易混同，須探索當事人的意思及契約的內容決定之。例如醫生以出診次數計酬者，為僱傭契約；若約定包治全愈者，則為承攬契約。又例如律師以出庭次數計酬者，為僱傭契約；若約定辦理終結，并獲勝利者，則為承攬契約。

(B) 僱傭與委任不同：委任係以處理事務為標的；僱傭係以供給勞務為標的。前者係委任人信賴受任人，委以事務的處理，使其於指定事務的範圍內得依自由裁量處理之；後者係受僱人依照僱用人的指示，而為機械的勞務，毫無自由裁量的餘地。

(3) 勞務的種類 關於勞務的種類，羅馬法，德國普通法，法國民法，及日本舊民法，僅以低級的勞務為僱傭的標的，高級的勞務（如醫師，律師，學藝教

勞務的種類無限制

師等），則為委任的標的。然依勞務的種類如何，而異其法律關係，實屬毫無理由。我民法既仿德日民法（德民六二七條，日民六二三條），不設此等的限制，自不問肉體上的勞務，與精神上的勞務，或事實上的勞務，與法律上的勞務，苟無背於公共秩序，或善良風俗，皆得為僱傭的標的。故僱農，工人，學徒，固可與其主人訂立僱傭契約；即醫生，律師，及學藝教師的勞務，亦可包含在內。惟目一般言之，律師及學藝教師多為委任，醫士則多為僱傭。

（三）僱傭為當事人他方約給付報酬的契約

報酬的約定

（1）報酬的約定 報酬的給付，既為僱傭契約成立的要素。而與供給勞務立於對價的關係，則當事人對於給付報酬，已有明示者，固應依其約定，即無明示者，如依情形非受報酬，即不服勞務者，亦視為允給報酬（四八三條一項）。無報酬供給勞務的契約，乃為一種無償契約，可稱為贈與或好意的勞務給付。此種契約雖為有效。却非僱傭契約。

有償的視為

報酬的種類無限制

(2) 報酬的種類 報酬的種類，既無何等的限制，自不以金錢為限。依當事人的合意，不僅得以物之給付為報酬；即以物之使用或勞務之供給為報酬，亦無不可。惟特別法有基於社會政策的理由，明定特種企業的僱傭，須以通貨為報酬。

報酬數額的決定標準

(3) 報酬的數額 報酬的數額，固由當事人自由約定；但有勞動協約時〔註〕，則該協約所定額為最低工資額。又契約若未明定報酬時，則解為有應事務的難易而支付相當報酬的意思。僱傭契約普通多以時間（例如日給，月給）為定報酬的標準，不若承攬的報酬依工作定之；但工場亦不妨以勞務者之製作品的多寡而定其報酬的數額。

僱傭未定報酬額者，按照價目表（例如醫生的診金表）所定給付之。無價目表者，按照習慣給付之（四八三條二項）。此所謂習慣，即以同種或類似的職業勞務為標準而給付之。

【註】勞動協約，即僱用人或僱用人團體與受僱人或受僱人團體訂立將來締結勞務契約之內容（如工價及其他勞動條件）的契約，亦稱工價協約，或共同勞務契約。在特認此協約有強制力的國家，凡訂有此項協約者，將來締結僱傭契約，必須受其拘束。若其內容有所牴觸時，不但該牴觸部分無效，亦仍須以協約的條項補充之。故訂有勞動協定時，各個當事人只有決定締結勞務契約與否的自由，如締結勞務契約，則無變更勞動協約所定內容的自由。

第二節 僱傭的效力

第一款 僱用人的義務

（一）支付報酬的義務

支付報酬的義務，乃為僱用人的主要義務。究應於何時給付報酬？全視當事人間有無特約而異，分述於左：

支付報酬
的時期

受僱人無
同時履行
抗辯權

- (1) 有特約者，應依約定期限給付之；
 - (2) 無特約而有習慣者，應依習慣給付之；
 - (3) 無約定，亦無習慣者，則依下列的規定；(A) 報酬分期計算者，應於每期屆滿時給付之；(B) 報酬非分期計算者，應於勞務完畢時支付之。(四八六條)
- 僱傭契約的報酬，既為勞務的對價，自應先服勞務後給報酬，方適合僱傭的性質，及社會的交易。受僱人既應先服勞務，性質上自不得行使同時履行抗辯權；惟於前期報酬給付遲延，或僱用人有先為的義務給付時，亦得行使第二六四條第一項所規定的權利。

(二) 保衛受僱人健康及供給療養的義務

有產階級與無產階級立於對立的地位，已為不可避免的現象。然考究其原因之所在，實由個人主義的法律有以促成之。近世各國鑑於階級鬥爭，日益激烈，大都

根據社會政策的見地，制定連帶主義的民法，藉圖有以調和之。德國民法及瑞士債務法，對於僱傭關係，已依保護勞動者的政策而為左列規定：

生命健康的保護

(1) 僱用人就勞務供給的場所為裝置或供給器具，應於勞務性質所許的範圍內，妥為設備，預防受僱人的生命健康發生危險（德民六一八條一項，六一九條，瑞債三三九條前段）。

家庭生活的設備

(2) 受僱人與僱用人同居時，僱用人所定居室，寢室，食物，勞動及休息時間，須適合受僱人的健康，風紀，及信仰（德民六一八條二項，六一九條，瑞債三三九條前段）。

不能服務時的報酬

(3) 受僱人自己並無過失，而因本身事由於不甚長時間內，雖有妨礙勞務供給，仍有報酬請求權（德民六一六條，瑞債三三五條）。

疾病療養時的費用

(4) 家庭的受僱人罹疾病時，僱用人須於六星期或僱傭期間內供給必要的療養費（德民六一七條，瑞債三三五條）。

受領遲延時的報酬

(5) 僱用人於受領遲延時，受僱人雖不補服勞務，於因遲延而為不能給付的勞務，仍得請求合意上的報酬（德民六一五條）。

我民草仿德國立法政策，明定僱用人對於受僱人的疾病及其他危險，須負法定的義務，且不許當事人豫以契約免除或限制之（七一九條至七二一條），藉以保護受僱人的利益。民法對於僱用人受領勞務遲延者，亦明認受僱人無補服勞務的義務，仍得請求給付報酬（四八七條）。

第二款 受僱人的義務

（一）勞務供給的義務

僱傭契約成立後，受僱人在約訂範圍內，負有供給勞務的義務。供給勞務，為受僱人的主要債務，如不履行或不完全履行，僱用人得依第二二七條行使權利。茲將應注意者說明於左：

（一）債務的內容，及供給勞務的方法。關於勞務的內容，及供給勞務的方法，均從契約之所定。交易上的習慣，及訂約時的情況，亦得為解釋契約意旨的資

債務的內容
及供給勞務的方法

料。

注意程度

(2) 注意程度 受僱人供給勞務，究應爲如何程度的注意？當事人有特約時，應從其特約，苟無特約時，則應爲善良管理人的注意。故受僱人有抽象的輕過失時，對於僱用人即應負責。

服從義務

(3) 服從義務 服從義務，乃爲勞動義務的一部。故在不違反公序良俗的範圍內，受僱人常有服從義務。惟低級的勞務，雖多服從僱用人的指揮；高級的勞務，則不必服從僱用人的指揮。故受僱人如明知指揮有誤或失當，而因故意或過失不告知，竟令僱用人發生損害者，受僱人仍負損害賠償的責任。

忠實義務

(4) 忠實義務 忠實義務，即受僱人從事勞務時，負有顧慮僱用人之利益的義務。此種義務，與服從義務不同：服從義務，乃爲僱傭契約一般上應有的義務；忠實義務乃限於特別場合始有的義務。例如受僱人有保守僱用人營業上的秘密，或不洩漏僱用人營業上的損害情形。受僱人如有違反其保守秘密的義務，

受僱人原
則上不負
技能保證
義務

或有收賄的事實時，僱用人亦得處罰之（德不正競業法一七條，一二條參照）。惟此種義務，

非由僱傭契約當然發生，乃由當事人的特約而生，凡由當事人訂立契約，在違反僱傭契約的本旨，強行法規的規定，或公序良俗的範圍，均可認為有效。

（二）技能保證的義務

僱傭契約的標的，通常既在勞務的本體，不在勞務的結果，則關於勞務供給，自不注重特種技能。惟僱用人因需要特種技能，始行僱用，受僱人亦曾明示或默示保證其有特種技能者，受僱人自應供給該特種技能。如無此種技能，即受僱人違反擔保責任，應負債務不履行之責，僱用人並得終止契約。

（三）不為競業的義務

僱用人在不違反公序良俗的範圍內，雖可使受僱人於僱傭契約存續中或其終了後，負有不為競業的義務。惟關於契約存續中的競業禁止，立法例曾設有規定（日商法三二條參照），若在契約終了後，則無競業禁止的規定。當事人對於禁止的年限，及

場所，雖得任意約定之；但對於受僱人的職業自由，如加以極端的限制，是又違反民法第七二條的規定，自應認為無效。

(四) 勞務義務的專屬性

僱傭契約既為特殊的人的關係，自以當事人間互有信用為前提。若許當事人任意讓與或代行，勢難保持其原有的關係。民法第四八四條的規定，即明認勞務義務有專屬性。茲分述之如左：

(1) 僱用人讓與其勞務請求權 受僱人既對僱用人負供給勞務的義務，自不能由僱用人一方的意思，讓與權利於第三人，而使給付的內容發生差異，或蒙一定的損害。故民法規定：僱用人非經受僱人的同意，不得將勞務請求權讓與第三人（四八四條一項）。僱用人讓與權利，既以經受僱人的同意為條件，是經其同意而為讓與者，方為有效，未經其同意而為讓與者，則為無效。讓與無效時，固無影響原來的僱傭關係；即讓與有效時，受讓人雖承繼僱用人的權利，亦非常

僱用人讓
與勞務請
求權，須
經受僱人
同意。

受僱人使
第三人代
服勞務，
須經僱用
人同意

然承受其債務。在未經有效的債務承受以前，讓與人仍負擔給付報酬的義務。

(2) 受僱人使第三人代服勞務，受僱人的給付，在原則上既為專屬的給付，自不得任意使第三人代服勞務，必經僱用人同意而後可（四八四條一項）。此種同意，不須與僱傭契約同時為之，其後亦可另為意思表示。勞務的性質，如不限於受僱人本人為之，即由他人代為，亦無何等的差異，可解為默示的同意。即有不得解為默示的同意，僱用人如非為本身的利益，徒以使受僱人受其拘束或苦痛為目的，而要求受僱人本人為給付，是即『權利的濫用』。

受僱人未得僱用人的同意，而使第三人代服勞務，是即不從債務的本旨為給付，僱用人，僅取得損害賠償請求權，并得以不完全給付為原因，行使終止契約權（四八四條二項）。

(五) 發明權的歸屬

受僱人在供給勞務中有發明時，對於僱用人有無通知或讓與其權利的義務？應視

其爲企業上的發明，抑爲職務上的發明，或爲職務外的發明以爲決。茲特分述之於左：

企業上的發明

(1) 企業上的發明 卽受僱人因利用僱用人之企業而得的發明。此種發明，既非專依受僱人的智能，而因僱用人的企業設備，始得發明，故學說上有主張其發明權應歸屬於僱用人。

職業上的發明

(2) 職業上的發明 卽受僱人因執行職務而得的發明。僱用人原爲期待發明，始僱用他人，使之供給勞務，則受僱人在執行職務中有發明時，其發明權自應歸屬於事業主(日本特許法一四條，實
用新案法二六條參照)。故執行職務的公務員，或履行契約的受僱人，如在職務上或契約上有發明時，對於僱用人自有通知或讓與的義務。

職務外的發明

(3) 職務外的發明 卽受僱人自動研究而得的發明。此種發明，應歸屬於受僱人，已無疑義。故在發明前，當事人如預先約定，或以服務規則規定，讓與可

受特許的權利，或特許權者，均應認為無效。

第三節 僱傭契約的終了

僱傭契約
終了的原
因

僱傭契約除因有一般法律行為共通的消滅原因而終了外，尚有左列的特別消滅原因

(一) 期限屆滿

僱傭定有期限時，其僱傭關係即於期限屆滿而消滅。約定期限的合意，不必與僱傭契約同時為之，即於僱傭契約成立後為之亦可。又其合意亦不問為明示或默示均可。

僱傭契約
的更新

僱傭期限屆滿後，其契約仍得『更新』。依日本民法規定：僱傭期間滿了後，勞務者繼續服其勞務，使用人知之而不發異議者，推定為以與前僱傭同一的條件更為僱傭（六二九條一項）。依我舊民草規定：僱傭期間屆滿後，受僱人仍服勞務，僱用

人明知不即聲明異議者，視為不定期限繼續僱傭（七三條）。民法對於此點，雖無明文規定，亦得依第四五一條的規定類推解釋之。

僱傭契約更新後，前僱傭所供出的擔保，是否繼續存在？民法未設規定。依日民法規定：僱傭契約更新後，除當事人供出身分保證金外〔註〕，所有其他擔保，均因期間滿了而消滅（日民六二條二項）。

〔註〕 身分保證金，即於訂立僱傭契約時，為確保將來受僱人因僱傭關係應負擔的損害賠償債務，而交付於僱用人的金錢。其交付人，通常雖為受僱人，亦有時為第三人。其交付的契約，即所謂身分保證金契約。至其內容及效力如何，均由該契約定之。又身分保證金契約，與身分保證契約不同，即後者如係第三人（如保證人薦頭）與僱用人間於僱傭時所締結的契約，約定將來僱用人因受僱人的行為而受損害，即由該第三人負擔擔保之責。

（二）終止契約

僱傭當事人之雙方或一方，得依法律規定而終止契約。終止契約乃為形成權的一

未定期限
僱傭的終
止原因

種，即依單獨行爲以消滅從來的法律關係，不須經相對人的承認，即得發生效力。茲將民法規定終止契約的原因分述如左：

(1) 未定期限僱傭的終止原因 僱傭未定期限者，應依勞務的性質或目的定之（例如學校聘請教員）。如有不能依勞務的性質或目的定其期限者，各當事人即得隨時終止契約。所謂隨時，即不須有特別的原因，當事人得自由表示脫離僱傭關係的意思；惟有利於受僱人的習慣者，則應從其習慣，方可保護受僱人的利益（四八八條二項）。例如商店辭退店員，或主人辭歇傭僕，均須預先通知（民六二七條參照）。

定期期限
僱傭的終
止原因

(2) 定期期限僱傭的終止原因 僱傭定期限者，雙方當事人均受期限的拘束，原則上不得終止契約，必於期限屆滿時始消滅其僱傭關係（四八八條一項）。但依民法規定，尚有左列的例外：

因當事人

(A) 當事人之一方遇有重大事由時 當事人之一方，遇有重大事由，其僱傭

之一方遇
有重大事
由而終止
契約

何謂重大
事由

契約縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之（四八九條一項）。重大事由的意義如何？雖為法律問題，然決定如何事由始為重大事由，乃為事實問題。就各案件具體的決定其事由之發生，純為事實認定的問題，雖屬於事實審的專權；但其被決定的事由，是否與民法第四八九條第一項所謂重大事由相適合，則純然為法律問題，應受上告法院的判斷。要之，所謂重大事由，即當事人已有一事故發生，如仍繼續僱傭契約，從社會一般的見解上，可認為不當，或不公平的事實。例如受僱人已生疾病，不堪繼續服務，或僱用人事業失敗，不能繼續經營，均可行使終止契約權。當事人之一方，如已發生重大事由，若仍強使之繼續僱傭關係，勢必妨害當事人的利益，及社會上的公序。故有重大事由發生時，不問其定有僱傭期限與否，亦不問因當事人有過失與否，各當事人均得終止契約。

重大事由非因可歸責於當事人而生，若相對人雖因終止契約，受了損害，亦

因當事人一方違
反僱傭契約而
終止本旨而約

不負賠償的責任。反之，其事由若因當事人一方的過失而生，他方則得請求損害賠償（四八九條二項）。

民法第四八九條的規定，可解為強行法規。故當事人預先約定，雖有重大事由，不可終止契約，或終止契約時，須支付違約金者，均應認為無效。但當事人預先約定因過失而生重大事由的損害賠償額者，則非違反強行法的規定，仍可認為有效。

（B）當事人之一方違反僱傭契約本旨時 僱傭契約，既為專屬關係，自非契約上的特定人不得為之。故僱用人請求供給勞務的權利，及受僱人應負供給勞務的義務，均有專屬性，不得自由讓與第三人，或使第三人代服勞務。若僱用人未經受僱人同意，而將勞務請求權讓與第三人，受僱人即得終止契約。反之，受僱人未經僱用人同意，而使第三人代服勞務，僱用人亦得終止契約（四八四條二項）。

因受僱人
無特種技
能而終止
契約

(C) 受僱人無特種技能時，受僱人於僱傭契約訂立時，曾明示或默示保證其有特種技能者，其後如無此種技能，僱用人即得終止契約（四八）（五條）。例如甲僱用乙為農場技師，乙曾明示其有專門技能，及開始服務後，甲始知其毫無特長，不堪繼續服務，自可終止契約。

(三) 勞務完畢

受僱人已完畢約定勞務，即已清償其債務，其僱傭關係自應歸於消滅。僱用人於受僱人勞務完畢時，即應對之給付報酬，使僱傭關係完全終了。

(四) 當事人死亡

僱傭契約既因僱用人注重受僱人的一身，受僱人信賴僱用人的個人而締結，其為特殊的人的關係，已無疑義。故僱傭契約的當事人間，限於無反對的意思表示，不問僱用人或受僱人死亡，僱傭關係即當然終了，其繼承人不得對相對人主張僱傭契約上的權利。雖然，僱用人得受僱人同意，而以其權利讓與第三人，或受僱

僱傭契約
原則上因
受僱人死
亡而終了
僱傭契約
原則上不
因僱用人
死亡而終
了

人得僱用人同意，而使第三人代服勞務，是明認當事人不以本人為限。在此情形，當事人之一方死亡，非使僱傭契約當然終了。惟僱用人死亡與受僱人死亡的效力仍有不同，分述於次：

(1) 受僱人死亡時 受僱人的供給勞務的義務，原則上為專屬的債務，其僱傭自應因其死亡而終了，若非專屬的債務，則得由繼承人繼承之。

(2) 僱用人死亡時 僱用人的給與報酬的義務，及勞務請求權，原則上非專屬的債務，其僱傭關係自不因其死亡而終了。但勞務有專屬於僱用人一身的性質，則不得由繼承人繼承之。例如教授僱用人的外國文，或看護僱用人的疾病，其勞務請求權均為一身專屬權，不得繼承之。

第八章

承攬

(民四九〇條以下，德民六三一條以下，瑞債三六三條以下，法民一七七九條，一七八二條以下，日民六三二條以下，俄民二二〇條以下。)

第一節 承攬的意義

承攬的定義

承攬即當事人約定一方（承攬人）爲他方（定作人）完成一定工作，他方俟工作完成，給與報酬的契約（四九〇條）。茲分析其性質如左：

（一）承攬爲契約

承攬關係須有定作人與承攬人雙方意思表示的合致，始得成立，是爲契約，非爲單獨行爲可知。

承攬爲諾成契約，且爲不要式契約

（1）承攬爲諾成契約，且爲不要式契約。承攬契約僅須有當事人的合意，即可成立，是爲『諾成契約』。又雙方當事人的意思表示，不須遵依一定的方式，是爲『不要式契約』。

承攬爲雙務契約，且爲有價契約

（2）承攬爲雙務契約，且爲有價契約。承攬契約成立後，承攬人負擔完成一定工作的債務，定作人負擔給與報酬的債務，其雙方所負的債務，均爲對待給付，當爲『雙務契約』。又其雙方所爲的給付，均以得對價爲目的，其爲『有價契約』，亦甚顯然。

工作的意義
工作的種類

(二) 承攬係當事人一方約為完成一定工作的契約。

(1) 工作 所謂工作，即為一定的勞動。工作的種類，德日民法及我民法均無何等的限制（德六三一條，日六三二條），不問其為勞力的，學術的；亦不問其為有形的，無形的；更不問其有財產價值的，無財產價值的。凡依人之勞務可得的結果，雖有不得以金錢計算之，皆得為承攬契約的標的。故如建築房屋，製造器具，運送物品，固得充承攬契約的標的。即著作，繪畫，演劇，奏樂，及偵探犯人，報告消息，診治疾病，辦理訴訟，亦得為承攬契約的標的。

何謂完成
工作

(2) 完成工作 承攬契約乃以完成一定的工作為其特質。所謂完成一定工作，即依一定的勞務，而使發生定作人所需要的結果。就此點言之，承攬與僱傭，買賣，租賃，委任，合夥，均有差異：

(A) 承攬與僱傭不同 僱傭以供給勞務為目的，承攬以完成一定工作為目的，其差異前已詳述（本書第七章第一節參照）。

承攬與僱傭
的差異點

第八章 承攬

(B) 承攬與買賣不同。買賣以移轉財產權爲目的，承攬以完成一定工作爲目的，其差異亦甚顯然。惟完成某種工作，有時不需材料的，有時必需材料的。其必需材料者，有由定作人供給之，亦有由承攬人供給之。如由承攬人以自己材料製成物品，而移轉於定作人，卽所謂「工作物供給契約」，亦稱承攬買賣契約，或承攬供給契約。此種契約，究爲承攬契約，抑爲買賣契約？依羅馬法德意志普通法的多數說，及法國學說判例，均以由何人供給材料爲區別的標準，卽由定作人供給主要材料者，應認爲承攬契約；反之，由承攬人供給主要材料者，則認爲買賣契約。其工作物爲代替物與否，則非所問。依奧國民法規定，先依當事人的意思決定之。若意思有不明時，始以材料所有權爲標準（一一五條）。反之，普國法則以材料所有權爲標準。德國民法原則上雖依德意志普通法，然將工作物分爲代替物與不代替物而爲規定。工作物爲代替物時，應適用買賣的規定，其爲不代替物時，主要的則適行承攬的

規定（六五）（一條）。日本民法未設特別規定，通說均以當事人的意思為標準，即以完成工作物為主要目的者，應依承攬的規定，以移轉工作物所有權為主要目的者，則依買賣的規定。此種主張，大體雖為正當，惟依當事人的意思，既非以完成工作物為主要目的，亦非以移轉工作物所有權為主要目的，究應適用何種的規定？依余主張，此為混合契約的一種，即併有承攬與買賣的兩個性質。其關於工作物的完成者，應類推適用承攬的規定；其關於工作物所有權的移轉者，應類推適用買賣的規定，方為妥當。

（C）承攬與租賃不同 租賃以物之使用及收益為目的；承攬以一定工作之完成為目的，本有明顯的區別；惟出租人有時交付租賃物，并由自己或其使用人為物之使用收益而為必要行為（例如貸舟與船夫），則承攬與租賃不易區別。若以物之使用收益為契約的主要目的，仍可認為租賃契約。他如電話局與私人間訂立的契約，則為承攬與租賃的混合契約。

承攬與委任的差異點

(A) 承攬與委任不同 委任以處理事務為目的，原則上為無償契約；反之，承攬以完成一定工作為目的，且必為有償契約。

承攬與合夥的差異點

(B) 承攬與合夥不同 合夥係為當事人的共同目的而結合；反之，承攬人則為定作人的目的而勞作。故承攬人雖可分配利潤，其工作乃為定作人而完成，不過以分配利潤為取得報酬的方法，不可謂為合夥。

(三) 承攬係當事人他方約俟工作完成給與報酬的契約

報酬的約定

(1) 報酬的約定 承攬契約雖以約給報酬為要素，其約給則不限於明示，即以默示亦可。當事人有約定者，固應依其約定給付之。即未經約定，如依情形，非受報酬，即不為完成其工作者，仍視為允與報酬（四九一條一項）。

報酬的種類

(2) 報酬的種類 報酬的種類。並無何等的限制，凡以金錢，或金錢以外之物，或物之使用，或勞務的供給，均無不可。依社會政策言之，雖有報酬限於通貨的特則；但對於承攬則無此限制。何則？在承攬契約，定作人與承攬人之經

濟上的地位，常無顯著的差異。

報酬的數額

(3) 報酬的數額 關於報酬的數額，當事人多按工作的多寡約定之。若未約定報酬額者，按照價目表所定給付之；其無價目表者，則按照習慣給付之（四九一條）

項二)

報酬支付的時期

(4) 報酬支付的時期 承攬雖為勞務的供給，必俟有完成工作的結果，始得享有報酬請求權，此即承攬與僱傭區別的要點。承攬以發生無形的結果為目的，俟有結果時，即得請求報酬，其結果雖嗣後有毀損滅失的危險，仍無影響報酬請求權。反之，承攬以發生有形的結果為目的，承攬人在完了其勞務後，尚須以其標的物交付於定作人。若在未交付前，標的物即有毀損滅失的危險，則發生有如何影響於報酬請求權的問題（參看後述的危險負擔）。

第二節 承攬的效力

第八章 承攬

第一款 承攬人的義務

(一) 完成工作的義務

承攬人完成工作的義務，乃為債務的一種。承攬人如不履行，應適用債務不履行的規定，已不待言。茲專就其效力說明如左：

工作的着手

(1) 工作的着手 承攬契約成立後，承攬人如不着手工作，不僅定作人得行使着手工作請求權（即開始請求權），若有強制履行的必要，並得行使第二二七條所定的權利，至承攬人應於何時着手工作？承攬契約有特別訂定者，應從其訂定，若無特別訂定，則應從速着手。

工作完成的遲延

(2) 工作完成的遲延 完成工作定有期限者，自應於期限屆滿時完成之；未定期限者，應於相當期限內完成之。倘因可歸責於承攬人的事由，致工作不能於約定期限完成，或未定期限，經過相當期限而未完成者，定作人得請求減少報

確定期承攬契約的
遲延

期前遲延
的預防

酬（五〇二條一項）。按債務人遲延後的給付，債權人依民法第二三二條及第二五〇條的規定，本可拒絕給付，並得請求賠償因不履行而生的損害，或解除契約。承攬人完成工作遲延，定作人僅得請求減少報酬，不得解除契約，殆以承攬人已費勞力時間及金錢，若仍許定作人行使解除權，勢必使其受害甚大，故特設此例外規定以保護之。在一般承攬契約，承攬人完成工作遲延，定作人雖僅得請求減少報酬，在確定期承攬契約，即以工作於特定期限完成或交付為契約的要素者，如因可歸責於承攬人的事由，致工作不能於特定期限完成或交付，定作人亦得解除契約（五〇二條二項）。倘定作人因此致受損害者，不僅得解除契約，更得請求損害賠償（二六〇條）。

承攬人本自完成期限屆滿時起，始負工作完成的遲延責任（二二九條參照）。然因可歸責於承攬人的事由，遲延工作，顯可預見其不能於期限內完成者，定作人雖在完成期限未屆滿前，亦得解除契約（五〇三條本文）。承攬人遲延工作，定作人

既可於事後解除契約，自亦可於事前行使解除權，使雙方均獲便利。惟定作人於完成期限未屆滿前，即行使解除權，不僅其遲延須因可歸責於承攬人的事由而生，顯可預見其不能於期限內完成工作，并須其遲延可為工作完成後解除契約的原因（五〇三條但書）。所謂其遲延可為工作完成後解除契約的原因者，即指以工作於特定期限完成或交付為契約的要素者而言（五〇二條二項）。

遲延異議
的保留

承攬人完成工作遲延，雖應負遲延之責，但定作人受領工作時，未為主張權利的保留者，承攬人對於遲延的結果，則不負責任。何則，定作人對於遲延，如有主張權利的意思，則應於受領工作時表示異議，定作人若不為保留，則可視為承認工作的完成，承攬人自可免除所應負的遲延責任。

工作完成
的不能

（3）工作完成的不能 工作因可歸責於承攬人的事由，致全部不能完成者，定作人得請求不履行的損害賠償，或解除契約，并請求損害賠償。其僅一部不能完成者，若其他完成部分，於定作人無利益時，定作人亦得請求全部不履行的

損害賠償，或解除全部契約，并請求損害賠償（二二六條，二五六條，二六〇條參照）。

工作材料
及器具的
供給

(4) 工作材料及器具的供給，承攬人雖負有完成工作的義務，對於工作的材料，則不負必為供給的義務。承攬人應否負擔供給材料的義務，不外依承攬契約的內容決定之。惟關於從材料，在一般習慣上，承攬人往往有負擔供給的義務。例如承包縫衣，常由成衣匠供給絲線。

在承攬人不負供給材料的義務時，其材料縱使因事變而消滅毀損，承攬人亦當然不負供給新材料的義務；惟定作人供給新材料時，承攬人須負完成其工作的義務。

完成工作的材料，與為工作的必要器具不同：前者雖不屬承攬人的當然負擔；後者則為完成義務的當然內容，除當事人有特約外，承攬人不可不負擔之。

工作完成
的勞務

(5) 工作完成的勞務，完成工作的必要勞務，原則上不須由承攬人自身供給之，我民法雖無明文，羅馬法以來的學說及立法例，殆屬一致。我民法關於僱傭

工作非必
須由承攬
人自身爲
之

承攬人使
第三人代
爲工作

，設有第四八四條一項後說的規定，關於承攬，則未設同樣的規定。故依通說，應解爲承攬原則上不以個人的勞務爲內容，唯以完成精神上的事務爲目的者，其工作始須由承攬人自身爲之。要之，承攬人得使第三人爲勞務的供給與否？須視由第三人所完成的工作，是否得認爲從承攬契約的債務本旨而爲給付以爲決。

承攬人除因工作的性質，或當事人的合意，須由自己完成工作外，其他工作則不妨使他人代爲之。所謂使他人代爲之，即承攬人自任其指揮監督，而使第三人爲補助人，或締結次承攬契約，而使第三人爲次承攬人。承攬人使補助人代爲工作，不問其爲代理人或使用者，對於定作人固應與自己行爲負同一責任（二二條）；即次承攬人亦不失爲承攬人的代理人，其對於次承攬人的行爲，亦應與自己行爲負同一責任。若因第三人的行爲，有不得依契約本旨以完成其工作時，承攬人應負擔全然與自己未爲債務履行的同一責任，不能以關於使用第三

次承攬
契約
爲別個
承攬契約

承攬人
原則上
無抗辯
權

人的選任及監督未怠爲相當注意爲理由而主張免責。何則，承攬人對於定作人所應負完成工作的債務，不得以使第三人爲其補助人或次承攬人，而爲減輕責任的理由。故被用人若因執行其事項，不法侵害他人的權利者，其被害人不得爲定作人或其他第三人，仍可適用第一八九條的規定，請求損害賠償。

承攬人與次承攬人間的承攬契約，乃爲內部關係，當與承攬人與定作人間的承攬契約全然不同，而爲別個的承攬契約，即承攬人更有定作人的資格，次承攬人又居承攬人的地位，其關係得依關於承攬的法則而支配，無須另設關於次承攬的規定。如此，承攬與次承攬全然爲別個契約，契約的效力，亦不可及於當事人以外。故承攬人設視次承攬禁止的特約，而使第三人爲次承攬人，其次承攬契約非當然無效，不過承攬人對於定作人負契約違反的責任而已。

(6) 承攬人原則上無同時履行抗辯權 承攬人完成工作的債務，與定作人支付報酬的債務，雖互有對價的關係，然報酬的債務，乃爲後付債務，承攬人自不

得行使同時履行抗辯權。故承攬人於工作完成後，始得請求給與報酬，自不許以定作人未豫先提供報酬為理由，而拒絕工作的着手，或工作的續行。雖然，承攬人有下列情形之一者，亦得行使同時履行抗辯權：（A）當事人訂有報酬前付的特約時，其報酬債務如已逾清償期，定作人尚未履行，承攬人即得行使同時履行抗辯權。（B）承攬人須為完成物的交付時，其完成物交付的債務，與報酬給與的債務，有同時履行的關係，即可解為各當事人有同時履行抗辯權。

（二）交付完成物及移轉其所有權的義務

承攬人的工作，如屬於無形的結果者，原則上多無須交付，其屬於有形的結果者（例如物之工作或修繕），承攬人除依契約本旨完成其物外，尚負有交付該完成物於定作人的義務。欲說明其交付義務的內容，須先決定其完成物的所有權應屬於何人？茲分為四項說明於左：

(1) 由承攬人供給全部材料時，承攬人供給完成物的全部材料，並加以工作時，其完成物的所有權，應屬於定作人，抑應屬於承攬人？須區別其完成物為動產與不動產，方可說明之。

(A) 完成物為動產時 在此情形，承攬人於工作完成後，雖負有交付完成物的義務，却非因終了其工作，即可逕使定作人取得其所有權。在無特別的合意時，仍由承攬人取得其所有權，必俟當事人間為所有權移轉的行為，定作人始取得其所有權。關於動產所有權的移轉行為，通常係因物之交付而表示權利移轉的意思，故無其他特別事情時，得以承攬人交付完成物於定作人時，認為所有權移轉的行為。

(B) 完成物為不動產時 關於建築物的承攬，究應於如何時期取得其建築物的所有權。學說上有謂應依不動產附合的法則（八一條），即定作人於承攬人將其材料搬入建築廠，而使之附合於土地時，即當然取得其材料所有權。然

附合的法則，應適用於二物合爲一物的場合，建築物既有獨立的存在，而非與土地合爲一物，故主張以附合的法則解決此種問題，實違反法律認此原則規定的趣旨。要之，完成物爲不動產時，除豫先約定使完成物的所有權屬於定作人外，應解爲承攬人於完成工作後，一旦取得建築屋的所有權，更須有移轉行爲，其所有權始歸屬於定作人。

定作人供
給全部材
料

(2) 由定作人供給全部材料時，定作人供給全部材料，僅由承攬人加以工作時，不問其完成物爲動產或不動產，定作人均取得其完成物的所有權，已無疑義。關於此種情形，學說上有謂應援用加工的規定（八一—八四條），即因加工所生的價額，顯逾材料的價額時，承攬人先取得其所有權，更由其移轉於定作人。雖然，承攬人應爲定作人而爲工作，乃基於法律上的義務，故解爲因其工作而即取得所有權，全與法律設加工規定的趣旨相反。

承攬人與

(3) 由承攬人與定作人各供給一部材料時，雙方當事人各供給材料的一部，其

完成物的所有權應屬於何人？須視「其主要的材料」由何人供給以爲決：

(A) 定作人供給主要的材料時 此卽定作人供給主要的材料，而由承攬人加以工作。在此情形，縱使當承攬人爲其工作，雖以自己的一部材料供給之，定作人依附的法則，應取得完成物的所有權。例如定作人供給木材，而使承攬人造成器具，承攬人雖以自己所有之釘製作之，其器具所有權，則應歸屬於定作人。

(B) 承攬人供給主要的材料時 此卽承攬人供給主要的材料，并加以一定的工作。在此情形，縱使當承攬人爲其工作，定作人雖亦供給一部的材料，承攬人依附的法則，應先取得完成物的所有權，更負移轉於定作人的義務。例如當承攬人以自己的材料，而建築家屋，定作人亦供給可爲椽柱的材料，其家屋所有權，則先歸屬於承攬人。

要之，定作人與承攬人各供給一部材料，應判定由何人供給其主要材料，并

依附的法則（八一二條參照），方可決定其所有權的歸屬者，不可適用第八一四條的加工規定。

承攬人或
定作人供
給以第三
人材料

（4）工作的材料屬於第三人時，在此情形，定作人或承攬人與第三人間，既無應為工作的法律關係，與全無法律上的原因，而加工作於他人的動產無異。故何人應取得完成物的所有權，不可不依加工的法則以決定之（八一四條參照）。

凡承攬人以屬於第三人所有的材料而供給之，其因加工所增的價值顯逾材料的價值時，承攬人應取得其所有權；反之，應歸屬第三人所有。定作人以屬於第三人所有的材料而供給之，其因加工所增的價值顯逾材料的價值時，承攬人既為定作人而加工，則其加工的效果，應就定作人而發生，故定作人應取得其所有權；反之，應歸屬第三人所有。完成物所有權如應歸屬第三人時，承攬人的責任如何，唯有依具體情形解決之。

（三）瑕疵擔保的義務

瑕疵擔保
的性質

(1) 瑕疵擔保的性質 承攬既為有償契約，即可準用模範的有償契約之買賣擔保的法則（三四七條，及三四九條以下參照），而使承攬人負擔擔保責任。故從來的通說，均謂其擔保責任之法律上的性質，與出賣人的擔保責任無異。雖然，依民法第四九二條以下的規定，承攬人的擔保責任，不限於材料有瑕疵的場合，即工作有瑕疵時，亦應負擔擔保責任。承攬人對於工作的瑕疵，仍負擔擔保責任，可解為對於債務不履行之一種不完全給付的特別規定。如此，民法第四九二條以下的規定，對於一般擔保責任的規定，固為特別規定，同時對於債務不履行尤其不完全給付（二六七條參照），亦為特別規定。

瑕疵的內容
瑕疵修補

(2) 瑕疵擔保的內容 工作有瑕疵時，承攬人對於定作人應負的責任如左：

(A) 瑕疵修補 工作如有瑕疵，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之（四九三條一項）。若定作人已為請求，承攬人未於其所定期限為修補，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要的費用（四九三條二項）。

第八章 承攬

何謂工作的瑕疵？即存於工作的欠缺。此種欠缺的發生，不問其是否因承攬人的過失。何則，承攬人對於定作人既負有完成工作的債務，非可以其工作之不完全，不基於承攬人的過失為理由，而可免脫其擔保責任。

表見的瑕
疵與修補
義務

買賣的瑕疵擔保，乃以其標的物有隱匿瑕疵為必要，若為表見的瑕疵，則不使出賣人負擔保的責任。承攬則不問其瑕疵為隱匿的，抑為表見的，承攬人均負有修補的義務。何則，買賣標的物如有表見的瑕疵，無論何人，均可容易發見。買受人對於有瑕疵的標的物，若無異議而買受之，當事人即得視為以其為買賣的標的物。縱使買受人不知其有瑕疵而買受之，亦因其未為普通的注意，不可不負擔其損害。承攬則不然，定作人因信賴承攬人的技術，始與之締結契約，則承攬人自應從契約的本旨，而負完成其工作的責任。故承攬的工作有表見的瑕疵時，若仍以其視為承攬的標的，事實上頗為失當。況建築物即使有表見的瑕疵，當物之授受時定作人亦不易發見，通常多於交付

不重要的
瑕疵與修
補義務

後始發見之。故定作人雖有受領標的物的交付，或支付報酬的事實，亦不可即認其拋棄修補請求權。

定作人雖不問瑕疵的重要與輕微，均得行使修補請求權。若其瑕疵不為重要，修補且需費過鉅時，定作人則不得為補修的請求。此時定作人縱有請求，承攬人亦得拒絕之（四九三條三項）。例如家屋建築的承攬，雖偶有一個柱子不合於約定的品質，若定作人即請求修補，不僅需費過鉅，對於承攬人亦為過酷，勢將空費勞力，得不償失，足以妨害社會的經濟。瑕疵為重要與否，乃比較承攬契約的內容，與其瑕疵的程度而判定之，換言之，即以其是否因有瑕疵即不能達承攬契約的目的為標準。

瑕疵修補
與報酬支
付

承攬人履行其完成工作的債務，定作人始可支付其報酬，則工作有瑕疵時承攬人必已了其修補，其工作完成的債務始為履行。故在承攬人未履行其修補的債前務以，定作人得拒絕報酬的支付；即有報酬前付的特約，其承攬人未

履行其修補的債務，定作人亦得依同時履行的抗辯，以拒絕報酬的支付。

(B) 契約解除及報酬減少 依第四九四條的規定，定作人因有左列情形之一，而不能達其契約的目的者，得行使契約解除權，或報酬減少請求權：

(甲) 承攬人不於定作人所定相當期限內修補其瑕疵。

(乙) 承攬人因修補所需費用過鉅而拒絕修補。

(丙) 因工作的性質，而不能修補其瑕疵。

定作人遇有上述情形之一者，原則上得權衡其利害，而就契約解除權，或減少報酬請求權選擇行之；但有左列情形，則為例外，僅可請求減少報酬，不得解除契約（四九四條但書）：

(甲) 非重要的瑕疵 所謂非重要的瑕疵，即工作僅有輕微的瑕疵。工作有瑕疵時，承攬人不應定作人的請求而為修補，定作人雖得解除契約；但以有重大瑕疵者為限。若為輕微的瑕疵，定作人仍得解除契約，不免保護定

及契約解除
少報酬減

定作人原
則上得就
契約解除
權或減少
報酬請求
之選擇行

作人過厚，而使承攬人受重大損失。故在此情形，定作人只可請求減少報酬，以彌補其損失而已。

(乙)建築物或其他土地上的工作物 工作的標的物，若為建築物或其他土地上的工作物，雖有重要的瑕疵，定作人亦不得解除契約。何則，此等建築，既需很多的時間勞力及材料，若許定作人仍得解除契約，而使承攬人拆去其建築，以回復訂約前的原狀，是不僅承攬人因受莫大損失，亦足妨害社會的經濟，故民法特有否認其解除權的規定。此種規定，係基於公益上的理由，可解為強行法規，不許當事人訂立反對的特約以變更之。

損害賠償

(C)損害賠償 工作有瑕疵時，定作人固得請求損害賠償；但此項請求權，是否以其瑕疵由承攬人的過失而生為必要？立法例尚不一致：依日民法解釋，其瑕疵不以因承攬人的過失而生為必要（日民六三四條二項參照）；依德民法規定，其瑕疵則以因承攬人的過失而生為必要（德民六三條參照）。我民法仿德民，明定

損害賠償
須其瑕疵
因承攬人
的過失而
發生

因可歸責於承攬人的事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依第四九三條及第四九四條的規定，請求修補，或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償（四九）。

依第四五九條的文義解釋之，損害賠償請求權，固得與請求修補，或解除契約，或請求減少報酬。同時行使之；但同時並得請求損害賠償，在債編通則中已有規定（二二七條，二六〇條參照），承攬契約中似無再定的必要。故學說上有解為得請求不履行的損害賠償，以代請求修補，或解除契約，或請求減少報酬。

定作人行使損害賠償請求權，不問其瑕疵為重要與否？亦不問其修補所需費用過鉅與否？更不問承攬人修補與否？即使承攬人雖修補其瑕疵，如有修補遲延或其他原因，而使定作人受損害者，亦仍得請求損害賠償。

擔保責任

（3）擔保責任的排除減輕 承攬人有左列情形之一者，得排除或減輕其擔保責

輕的排除減

任：

(A) 當事人訂有特約 關於擔保責任的規定，原則上為補充的規定，故除第五〇一條但書外，當事人得以特約免除或減輕其擔保責任；但承攬人已知工作的瑕疵，而故意不告知其瑕疵者，準用第三六六條的規定，其特約為無效。

(B) 定作人的材料或指示不適當 工作的瑕疵，因可歸責於承攬人的事由而生者，定作人固得行使第四九三條，第四九四條，及第四九五條所規定的權利；但工作的瑕疵，若因定作人所供給材料的性質，或依定作人的指示而生者，定作人則不得行使其權利（四九六條本文）。雖然，承攬人明知定作人所供給材料的性質，或指示不適當，亦負有告知的義務。如承攬人故意不告知定作人，即有違反其誠信，仍應負擔保責任（四九六條但書）。

擔保責任

(4) 擔保責任的存續期限 工作有瑕疵時，定作人雖得主張或行使第四九三條

第八章 承攬

的存續期

至第九五條所規定的權利，亦非有一定期限的限制，使其權利不致陷於不確定狀態。茲就民法所規定者分述於左：

主張權利的期限

(A) 主張權利的期限 所謂主張權利的期限，即定作人得向承攬人主張其瑕疵擔保權的期限；換言之，定作人須於法定期限內發見瑕疵，方得主張其權利，否則，不得主張之。此項期限亦稱非難期限，可分為左列兩種：

一般主張權利的期限

(甲) 一般主張權利的期限 一般工作有瑕疵時，其主張權利的期限，定為一年。若經過一年，始發見其瑕疵，定作人則不得主張之。至其期限的起算，因工作須交付與否而異：工作須交付者，自工作交付時起算；工作不須交付者，則自工作完成時起算（四九八條）。

特別主張權利的期限

(乙) 特別主張權利的期限 一般工作的瑕疵，較易發見，其期限固可縮短。若工作為建築物，或其他土地上的工作物，或為此等工作物之重大的修繕者，其期限即有延長的必要，故民法定為五年（四九九條）。

如上所述，定作人發見瑕疵，雖應於第四九八條及第四九九條所規定的期內主張之；但承攬人有惡意，或當事人有特約時，亦可延長之。茲分述之如左：

(甲) 因承攬人惡意而延長 承攬人明知工作有瑕疵，而故意不告知定作人者，實有違反誠實及信用，其期限自應特予延長。故民法明定：一般主張權利的期限延為五年；特別主張權利的期間延為十年（五〇條）。

(乙) 因當事人特約而延長 定作人主張權利的期限，雖不得由當事人任意減縮；但另訂延長期限的特約，則為法所許（五一條）。

消滅時效
的期限

(B) 消滅時效的期限 工作有瑕疵時，定作人雖得行使瑕疵修補請求權，修補費用償還請求權，減少報酬請求權，或契約解除權；但須於發見瑕疵後一年間行使之。若定作人於發見瑕疵後一年間尙不行使，其權利即歸消滅（五一條四）。

(四) 定作人的瑕疵預防請求權

定作人於工作有瑕疵時，雖得行使第四九三條至第四九五條所規定的權利，然均爲事後救濟的手段。事後救濟，雖可保護定作人的權利，仍不若事前預防之爲愈，故民法明認定作人有瑕疵預防請求權。在承攬工作進行中，因承攬人的過失，顯可預見工作有瑕疵，或有其他違反契約的情事者，定作人得定相當期限，請求承攬人改善其工作，或依約履行。若承攬人不於此相當期限內，依照改善或履行者，定作人得使第三人改善，或繼續其工作。凡因此所生的危險，及所需的費用，均由承攬人負擔（四九七條）。

第二款 定作人的義務

(一) 報酬支付的義務

承攬爲有償契約，且爲雙務契約，定作人對於承攬人應負報酬支付的義務，前已

報酬支付
的時期

略述之。茲將其支付時期及估計概數說明於左：

(1) 報酬支付的時期 報酬支付的時期，當事人若未訂有特約，自應依民法第五〇五條的規定支付之。其支付的時期，又因工作須交付與否而異：工作須交付者，應於工作交付時給付之；工作不須交付者，則於工作完成時給付之。雖然，當事人亦有約定工作分部交付，而報酬係就各部分定之者，定作人自應於每部分交付時，給付該部分的報酬，不得俟全部交付時始給付之。

報酬估計
的概數

(2) 報酬估計的概數 關於報酬的數額，有依工作的性質能精確算定者，有依工作的性質不能精確算定者。其不能精確算定者，當事人在訂立契約時，僅估計報酬的概數，自不能負擔意外的損失。故其報酬因非可歸責於定作人的事由，而致超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約（五〇六條一項）。

。惟工作如為建築物，或其他土地上的工作物，或為此等工作物的重大修繕，並已完成者，定作人僅得請求相當減少報酬，不得解除契約。若其工作尚未

報酬超過
估計概數
甚鉅則
得解除
契約

完成者，定作人不僅得通知承攬人停止工作，並得解除契約（五〇六條二項）。

定作人依上述情形，雖得解除契約，亦不能令承攬人受有損害。故定作人解除契約時，承攬人得向定作人請求賠償相當損害（五〇六條三項），以彌補其損失。此項權利，若承攬人於定作人解除契約後一年間不行使，即歸消滅（五一四條二項）。

（二）工作協助的義務

定作人原
則上無協
助義務

承攬人完成工作，原則上雖不需定作人有所協助；但有時必需定作人的行為，始能完成其工作者，定作人即負有協助的義務。例如甲為乙製造木器，約定由乙供給材料，或由其指示。若定作人違反其義務，而未為協助行為，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。定作人如經其催告，在相當期限內，仍不為協助行為，承攬人即得於其期限屆滿後一年內，行使解除契約權（五〇七條，五〇四條二項，五）。

（三）工作受領的義務

依工作性質不須交付者，既以工作完成時視為受領（五一〇條），定作人自無受領的

定作人原
則上無受
領義務

義務。其工作若須交付，并須定作人予以協助，究竟定作人負有受領的義務與否

？依德國民法規定，定作人不僅有受領的權利，並負有受領的義務（德民六四〇條參照）

。我民法既無明文，可解爲定作人在原則上僅有受領的權利，並無受領的義務。

故定作人受領遲延時，承攬人只可依債權人遲延的規定，以免交付義務，及請求

費用償還（二三四條至二四一條，三二六條至三三三條參照），不得依債務人遲延的規定，請求損害賠

償，或解除契約（二三一條，二三二條，二五四條參照）。

（四）危險負擔

承攬契約的危險負擔問題，即因不可歸責於承攬人的事由，而致其工作物在工作進行中或工作完成後，發生毀損滅失時，其危險究由何人負擔之？換言之，即在

此情形，承攬人應否重行工作？如承攬人不須重行工作，定作人應否免除報酬給

付的債務？我民法仿普德奧瑞士等國法例（普國國法一部第十一章九六〇條，法

四四條，瑞三四條，德民六七六條），明定承攬契約的危險負擔，乃以工作受領之時爲標準。工作毀損

承攬人負
擔受領前

第八章 承攬

的危險定
作人負擔
受領後的
危險

滅失的危險，在受領前發生者，由承攬人負擔，在受領後發生者，由定作人負擔。如定作人受領遲延者，其危險亦由定作人負擔（五〇八條一項）。茲就此規定分析說明於次：

因事變履
行不能的
危險由承
攬人負擔

（1）危險因不可歸責於雙方當事人的事由而生 所謂因不可歸責於雙方當事人的事由，即指天災，地震，海嘯，及其他不可抗力的事實而言。承攬人在工作進行中，或在工作完成後受領前，其作料或工作，如因事變毀損滅失，而致履行不能時，其材料不問供自何方，承攬人均不負重行工作的義務（二二五條參照）；但承攬人既無重行工作的義務，則依對待給付的規定，定作人自亦免報酬給付的債務（二六六條參照）。

因事變履
行困難的

如上所述，承攬人因事變而致履行不能者，始無重行工作的義務。若因事變發生，僅致工作完成困難，而非履行不能時，承攬人應否負有重行工作的義務？受領前的危險，既應由承攬人負擔，則因事變而致履行困難者，承攬人仍應重

危險由承攬人負擔

行工作。惟定作人所供給的材料，因不可抗力而致毀損滅失時，承攬人自不負責，應由定作人重行供給之（五〇八條二項）。此時定作人不僅應重行供給材料，俟承攬人重行工作完成後，亦負有給付報酬的義務。

（2）危險因可歸責於定作人的事由而生 所謂因可歸責於定作人的事由，即指定作人受領遲延，或其所供給材料有瑕疵，或其指示不適當而言。凡因可歸責於定作人的事由而生危險時，其危險究應如何負擔之？可分為兩點說明於次：

因受領遲延的危險由定作人負擔

（A）因定作人受領遲延而生危險時 承攬人對於受領前的危險，固須負擔；但其工作如已完成，并提出交付，而因定作人受領遲延，發生毀損滅失的危險者，定作人則不得不負擔之。何則，此項危險，純由定作人受領遲延而生，其危險即應自受領遲延時移轉於定作人（二三四條，及五〇八條一項後段）。定作人既應負擔其危險，則承攬人自無重行工作的義務，并有請求報酬的權利。

（B）因定作人供給材料有瑕疵或其指示不適當而生危險時 在定作人受領工

第八章 承攬

因材料有瑕
疵或不適當
指或不適當
示危險由承
攬人負擔
攬定作人負

作前，其工作毀損滅失，或不能完成者，非因可歸責於承攬人的事由，乃由於定作人所供給材料有瑕疵，或其指示不適當之所致，此時定作人自應負擔其危險，不能使承攬人蒙其損害。故承攬人不僅對於已服勞務的報酬，及墊款，得請求給付或償還；定作人如有過失，並得請求損害賠償。惟承攬人須及時將材料有瑕疵，或指示不適當的情事，通知定作人，始得行使上述的權利（五〇）。

（五）承攬人的法定抵押權

承攬人的報酬，原則上既俟工作有結果，始得請求給付之，則為保護承攬人的利益，自應認其有法定抵押權的必要。故承攬的工作為建築物，或其他土地上的工作物，或為此等工作物的重大修繕時，承攬人就承攬關係所生的債權，對於其工作所附之定作人的不動產有抵押權（五一）。

第三節 承攬契約的終了

承攬契約
終了的原
因

承攬契約除因有一般法律行爲共通的消滅原因而終了外，尚有左列的特別消滅原因

(一) 解除契約

定作人解
除契約的
原因

工作如有重要的瑕疵，或所承攬的工作非爲建築物，或其他土地上的工作物者，承攬人若不修補，或拒絕修補，或修補不能，定作人固得解除契約（四九條）。即可歸責於承攬人的事由，而致工作不能於一定期限完成，或遲延工作，顯可預見其不能於期限內完成，或報酬因非可歸責於定作人的事由，超過概數甚鉅者，定作人亦得解除契約（五〇二條二項，五〇三條）。此外承攬人催告定作人爲工作協助，若定作人不於催告期限內爲其行爲者，承攬人亦得解除契約（五〇七條二項）。

(二) 終止契約

承攬人解
除契約的
原因

在工作未完成前，定作人如不欲完成工作，法律自毋須予以強制，故定作人得隨時終止契約，而賠償其因契約終止所生的損害（五一條）。茲將其要件，方法及效果分述於左：

終止契約
的要件

（1）終止的要件 定作人終止契約，只須承攬人有尚未完成工作之消極的事實即足，不以承攬人有過失為要件，亦不問承攬人着手工作與否。苟承攬人尚未完成工作，雖無何等理由，定作人亦得終止之。定作人終止契約，既以工作未完成為要件，則承攬人已完成工作，定作人自不得行使之。惟承攬人已完成其工作物，尚未交付時，究應解為已完成工作與否？依民法設此規定的立法理由觀之，自以解為已完成工作為正當。

終止契約
的方法

（2）終止的方法 關於終止的方法。學說上有謂僅為單純的意思表示即足；有謂須為損害賠償額的提出，前說較為正當。故定作人為終止契約的表示時，不須提出損害賠償額，唯於終止後應賠償其損害而已。

終止契約
的效果

(3) 終止的效果 定作人終止契約，不問其有無過失，均應負損害賠償的義務。至其損害賠償的範圍，法律雖未明定，不僅應償還已支出的費用，即將來可取得的利益，亦得請求賠償之（二一六條參照）。惟承攬人因免除工作完成的義務，而減免費用的支出，不可不依損得相抵的原則以控除之。

(三) 當事人死亡

承攬契約
因履行不
能而終止

承攬契約，有時因承攬人死亡而終止；亦有時因定作人死亡而終止。承攬的工作，以承攬人個人的技能為契約要素者，如承攬人死亡，或非因其過失致不能完成其約定的工作時，其契約即當然終止（五一二條一項）。惟工作已完成的部分，若於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬的義務（五一二條二項）。承攬的工作，以滿足定作人本身的需要（例如定作人的假足義齒等）為契約要素者，如定作人死亡時，其契約亦為終止。

(四) 定作人破產

第八章 承攬

定作人受破產宣告時，承攬人或破產管財人能否解除契約？我民法未設明文。依日民法六四二條規定：定作人受破產宣告時，承攬人或破產管財人得為契約的解除。惟在此情形，各當事人不得請求損害賠償，唯承攬人關於其已為工作的報酬，及不包含於報酬中的費用，得加入破產財團的分配。

第九章

出版

(民五一五條以下，瑞僅三八〇條以下，奧民一一七二條，一一七三條，德一九〇一年特別法)

第一節 出版的意義

出版的意義

出版即當事人約定一方(出版權授與人)以文藝學術或美術的著作物，為出版而交付於他方(出版人)，他方擔任印刷及發行的契約(五一條)。茲分析其性質如左：

(一) 出版為契約

出版為有名契約

(1) 出版為有名契約 從來各國立法例及學說，多不認出版為有名契約，而使

出版爲諾
成契約且
爲雙務契
約

出版爲有
償契約或
無償契約

出版權授
與人與著

其附合於民法中的有名契約，或主張其爲特別契約。我民法仿瑞士債務法，特於債編中明定其爲出版契約，是爲獨立的『有名契約』，已無疑義（瑞債三八九三條參照）。

（2）出版爲諾成契約且爲雙務契約 出版契約僅須當事人意思表示的合致，即可成立，而非以實行給付爲其要件，是爲『諾成契約』。出版契約成立後，出版權授與人負有交付著作物於出版人，而使其取得重製利益的債務，出版人負有印刷及發行的債務，其雙方債務均有對價關係，是爲『雙務契約』。

（3）出版爲有償契約或無償契約 出版人對於出版權授與人，雖多約付報酬，然約付報酬，非爲出版契約的成立要件。故出版契約有爲『有償契約』，亦有爲『無償契約』。

（二）出版係出版權授與人約使出版，而以著作物交付於出版人的契約

何謂出版權授與人？卽約以自己著作物交付於出版人，使得據以取得其出版權之

作人

人。出版權授與人通常雖多爲著作人；但著作人係指著述或製作文書圖畫之人而言（出版法第四條）；出版權授與人係包括著作人及其繼承人或著作權的受讓人而言（著作權法第三條第四條）；其意義仍有不同。

著作物與
著作權

何謂著作物？即屬於文藝上或學術上或美術上的創作。著作物依著作權法的規定，而經註冊的程序，取得其專有重製的利益，是爲『著作權』（著作權法第一條）。故著作物雖已完成，在未依法註冊以前，仍不得受法律上的保護，而有禁止他人使用其著作物的權利。

何謂約使
出版

何謂約使出版？即出版權授與人與出版人締結出版契約，將著作物交付於出版人，使其擔任印刷及發行。就此點言之，出版契約與自己出版，委任出版，合夥出版，雖相類似，而仍有不同，可知。

（三）出版係出版人約定擔任印刷及發行的契約

出版人的
意義

何謂出版人？即約依自己的計算，而擔任出版他人所交付著作物之人。出版契約

印刷的意義

出版品與出版權

發行的意義

出售與散布

成立後，出版人即負擔印刷及發行的債務，無論利益與損失，均須由其完全享受或負擔，而與出版權授與人無涉。

何謂印刷？即用機械或印版及其他化學材料，而模製同一的文書圖畫。凡用鉛印，石印，木印，銅版，及騰寫版所印成的文書圖畫，均為『印刷物』。印刷物具備出版的條件，即稱為『出版品』（出版法第一條第二條）。出版人本諸出版契約，而取得著作人對於著作物所專有的重製利益，是即為『出版權』。

何謂發行？即用出售或散布的方法，而分配某種出版物於多數人的手中。此所謂多數人，非必不以不特定人為要素，即對於多數的特定人而出售或發布，亦可謂為發行。出售與散布不同：前者乃有價的出賣文書圖畫；後者乃無價的散發文書圖畫。

第二節 出版的效力

第九章 出版

第一款 出版權授與人的義務

出版契約成立後，出版權授與人不僅負有積極的義務，并負有消極的義務，茲分述之於左：

(一) 交付著作物的義務

著作物的
內容

(1) 著作物的內容 關於著作物的內容，出版契約如有約定，著作人自應依約履行之。若未訂定，固可由著作人自行決定，出版人不得任意干預；但著作人亦須依誠實及信用的程度決定之。

著作物的
狀態

(2) 著作物的狀態 出版權授與人雖負交付著作物的債務，究應以如何狀態而交付之？出版權授與人交付的原稿，不問其為手抄或打字，要皆以適合印刷的狀態而交付之。至出版權授與人交付的原稿是否適合印刷？非依其個人主觀定之，應以客觀情形為標準。

著作物的交付，雖須按適合印刷的狀態；但非以完全校正者爲限。即在交稿以後，著作人於不妨害出版的利益，或增加其責任的範圍內，仍得訂正或修正其著作物。至因此所生的費用，如逾過通常程度，而爲出版人所不可預見者，著作物應負賠償責任（五二〇）。

（3）著作物交付的期限 出版契約的締結時，著作物如已完全脫稿，固須即時交付，若待將來著作人，則應依著作物的需要，或著作人的精力，約定其交付期限。交付期限，既經約定，著作人於其期限內，即負有完成著作的義務。

（二）權利移轉的義務

著作物重製的權利，本爲著作人所專有，如因契約實行的必要，亦得移轉其權利；惟其權利的移轉，既以契約實行爲目的，即應於實行約定出版的必要範圍內移轉之（五一六）。

著作人的權利，既非絕對的移轉於出版人，是仍保有其重製的權利，不過出版人於實行約定出版的範圍內，得享有著作人專有重製權利的權能

出版權的發生與性質

出版權得對抗第三人

(此權能即謂之出版權)而已。出版權的取得，雖本於出版契約；但其權能則為法律所特別賦與，而為當然發生的。至其性質乃為形成權的一種。

出版權發生後，出版人因行使著作人專有重製的權利，不僅對抗契約當事人，並得對抗一般的第三人。故出版權受第三人侵害時，出版人得主張出版權而直接對抗之。

(三) 瑕疵擔保的義務

權利瑕疵擔保的責任

出版人所以締結出版契約，其目的在行使專有重製的權利。若出版權授與人的自身，尚無專有重製的權利，則出版人又何由達其目的。故出版權授與人對於出版人應負權利瑕疵擔保的責任。所謂權利瑕疵擔保的責任，即出版權授與人應擔保其於契約成立時，有出版授與的權利；如著作物已受法律上的保護，並應擔保其有著作權(五一條二項六)。出版權授與人如違反此項擔保義務，出版人即得依債務不履行的規定，以行使其權利(二二六條，二五六條參照)。

出版權授與人既負瑕疵擔保的義務，即連帶的負有「告知的義務」。何謂告知的義務？即出版權授與人已將著作物的全部或一部交付第三人出版，或經第三人公表，爲其所明見者，應於契約成立前告知之（五一六條三項）。出版人的目的，在獨占的利用其著作物，若出版權授與人已經出版或公表，實足影響將來出版物的銷行。法律爲保護出版人的利益起見，不得不使出版權授與人負擔告知的義務。如出版權授與人違反此項義務，即應負損害賠償的責任。

出版契約成立後，出版人既得獨占的利用其著作物，究竟其利用的範圍如何？關於利用的範圍，通常多依發行的版數及部數以限制之。當事人如未約定版數，出版人僅得出版一次（五一八條一項）。至其部數未約定者，出版人應依誠實信用的原則決定之。

（四）不爲競爭的義務。

出版人的目的，既在獨占的利用其著作物，則出版權授與人於出版關係存續中，

即負有不為競爭行為的消極義務。故出版權授與人於出版人得印行的出版物未賣完時。不得就其著作物的全部或一部為不利於出版人的處分（五一條）。所謂不利於出版人的處分，即在出版契約終了前，出版權授與人自行出版，或委託他人出版，或將原著作物改竄割裂，於同一性的程度，而重行出版。若出版權授與人違反此項義務，出版人即得依債務不履行的規定，以行使其權利。雖然，著作物翻譯的權利，除契約另有訂定外，仍屬於出版權授與人（五二條）。故出版權授與人將原著作物譯成他種文字，另行出版，不得謂為不利的處分。

第二款 出版人的義務

出版契約既為雙務契約，出版人不僅有獨占的利用著作物的權利，并負有出版的義務。茲將其義務分述於左：

（一）印刷發行的義務

印刷發行的
損益均歸
於出版人

出版契約成立後，出版人對於出版權授與人既擔任出版的義務，即應以自己的計算，印刷其著作物，并發行之。故關於印刷及發行的損益，均歸屬於出版人。出版的格式，及推銷的方法，與賣價，雖均由出版人定之；但亦不得違反誠實信用的原則。關於印刷的格式，出版人固應按適當程度定之（五一九條二項）；即關於推銷的方法及賣價，亦應顧及出版權授與人之財產上或人格上的利益而定之。依民法規定：推銷應為必要的廣告，及用通常的方法（五一九條二項）；賣價不得過高，致礙出版物的銷行（五一九條三項）。

（二）支付報酬的義務

出版契約雖非以約給報酬為成立要件，苟當事人約定報酬，出版人對於出版權授與人，固負支付報酬的義務；即當事人間雖未約定報酬，而依出版權授與人的身分，職業，及交易上的習慣等情形，非受報酬，即不為著作物的交付者，亦視為允與報酬（五二三條一項）。茲將報酬的種類，數額，及支付時期分述於左：

有價的視為

報酬的種類

(1) 報酬的種類 報酬的種類，既無何等的限制，自非限於金錢給付，即以金錢以外有財產價值之物給付之，亦可。

報酬的數額

(2) 報酬的數額 報酬的數額，雖由當事人自由約定，其約定的數額，通常則以部數，頁數，或字數為決定標準。

報酬支付的時期

(3) 報酬支付的時期 關於報酬支付的時期，當事人訂有特約者，應依其特約。若無特約者，則應依左列的規定（五二四條一項）：

(A) 全部支付 著作物全部出版者，其報酬於全部印刷完畢時支付之。

(B) 分部支付 著作物分部出版者，其報酬於各部分印刷完畢時支付之。

前述的準則規定，係適用於非抽版稅的著作物。若當事人約定報酬的全部或一部，依銷行的多寡而定者（即版稅），出版人應依習慣計算，支付報酬，並應提出銷行的證明（五二四條二項）。所謂依習慣計算，即出版人應於習慣上每屆結賬時，依約定比例，結算本屆應得報酬而支付之。

出版人須
尊重著作
人的利益
人格

(三) 尊重著作人之精神利益的義務

著作人對於著作物，不僅享有財產的利益（即專有重製的權利）并享有精神的利益。何謂精神的利益？即著作人因著作物出版，而享得聲譽的利益。此項利益，亦為人格的專屬利益，其性質與吾人的自由名譽同。即使著作權已經讓與，或消滅，其人格的利益仍專屬於著作人，不得由他人將其著作物任意改竄割裂，以侵害其利益（著作權法第二四條），如此，出版人須負尊重著作人之人格利益的義務，已無疑義。出版人既有此義務，不僅須照原稿排印，并不得將著作物任意離合。就前者言之，出版人對於著作物的內容，不得增減或變更（五一項）。就後者言之，出版人不得將著作人所交付之數著作物併合出版或將著作人所交付之一著作物各別出版（五一條）。

(四) 續出新版的義務

出版契約僅約定一版，或未約定版數者，出版人固無續行出版的義務。若約定數

版，或永遠出版者，出版人即有續出新版的義務。

續行出版的聲請

(1) 續行出版的聲請 凡出版人負有續版的義務，應於前版的出版物賣完後，即為新版的印刷。若出版人怠為新版的印刷，出版權授與人得聲請法院令出版人於一定期限內，再行出版，其逾期不遵行者，即喪失其出版權（五一八條二項）。

著作物的訂正或修改

(2) 著作物的訂正或修改 出版人為使著作物得增印或改進起見，在印刷新版前，自應予著作人以訂正或修改著作物的機會（五二〇條二項）。惟著作物的訂正或修改，乃為著作人應有的權利，而非其應負的義務，故出版人對於著作人不得行使著作物訂正或修改請求權。

續出新版的報酬

(3) 續出新版的報酬 出版人續出新版，對於著作人仍應支付報酬，其報酬的數額，當事人如有特約者，應依其特約。若無特約者，其次版的報酬，及其他出版的條件，推定與前版同（五二三條二項）。

第二節 出版契約的終了

出版契約除因有一般法律行為共通的消滅原因而終了外，尚有左列的特別消滅原因：

(一) 著作物完成不能

著作物未完成前，如著作人死亡，或喪失能力，或非因其過失致不能完成其著作者，其出版契約關係當然終了（五二七條一項）。但著作物的完成，非必須著作人自爲之，即由他人續成，亦可達其同一目的者，其出版契約的全部或一部，即有繼續的可能，并以繼續爲公平。故法院得許其繼續，并命爲必要的處分（五二七條二項）。

(二) 原稿滅失

著作物交付出版人後，因不可抗力而滅失，以致出版不能時，其出版契約關係當然終了。著作物交付後，其毀損滅失的危險，應由出版人負擔（三七三條三、四七條參照），

出版契約
原則上因
著作物完
成不能而
終了

出版人負
擔著作物

交付後的
危險契約
出版上因
原稿滅失
而終了

出版契約
原則上因
出版物滅
失而終了

故出版人對著作人仍負給付報酬的義務（五二五條一項）。但有左列情形之一者，其契

約依然存續，著作人并得請求相當賠償（五二五條二項三項）：

（1）著作物另存有稿本時，著作物雖已滅失，如著作人另存有稿本者，對於出版人仍負交付該稿本的義務。

（2）著作物有重作可能時，著作物因事實滅失，如無稿本，并無重作可能時，其出版契約關係自應終了。若著作人不多費勞力，即可重作者，仍負重作的義務。

（三）出版物滅失

印刷完畢的出版物，於發行前，因不可抗力而滅失，以致全部或一部發行不能者，其契約關係當然終了。此時危險應由出版人負擔，故負有給付報酬的義務。雖然，出版人就滅失的出版時，如得以自己的費用補行出版，其契約則依然存續。

出版人對於出版權授與人，除原所應付報酬外，無須另行補給報酬（五二六條）。

出版契約
因出版物
賣完而終
了

(四) 出版物賣完

出版物的約定或法定版數，如已賣完者，其出版契約關係應否終了？我民法雖無明文，然就第五一七條的反面解釋之，其契約當然終了，已無疑義。

民法債編分則新論