

法學叢書之一

民法債編分則新論

周新民著

下冊

上海法學編譯出版社

會文堂新記書記局總發行

中華民國二十六年一月再版

有 著
作 權

總發行所
分發行所

上海
北三馬路
漢口平
琉璃廠
長沙
永南
廣州
永南
廣州

著 作 人
發 行 人
印 刷 所

民法債編分則新論

全書
二册

實價國幣一元八角

外埠
加郵費

上海法學編譯社
周 新 民

上海河南路三二五號
徐 寶 魯

上海河南路三二五號
會文堂新記書局

會文堂新記書局

會文堂新記書局

民法債編分則新論目錄

第十章 委任	一
--------	---

第一節 委任的意義	一
-----------	---

第二節 委任的效力	七
-----------	---

第一款 受任人的義務	七
------------	---

第二款 委任人的義務	一五
------------	----

第三節 委任的終了	一九
-----------	----

第十一章 經理人及代辦商	二四
--------------	----

第一節 經理人	二四
---------	----

第一款 經理人的意義	二四
第二款 經理權	二七
第三款 經理人的權利義務	三二
第二節 代辦商	三五
第一款 代辦商的意義	三六
第二款 代辦商的代辦權	三九
第三款 代辦商的權利義務	四二
第十二章 居間	四五
第一節 居間的意義	四五
第二節 居間的效力	五〇
第一款 居間人的義務	五〇

第二款	委託人的義務	五一
第三款	居間契約的終了	五四

第十三章 行紀……………五五

第一節	行紀的意義	五五
第二節	行紀人的義務	六〇
第三節	行紀人的權利	六六

第十四章 寄託……………七一

第一節	寄託的意義	七一
第二節	寄託的效力	七七
第一款	受寄人的義務	七七

第二款 寄託人的義務……………八七

第三款 主人對於客人的責任及權利……………九〇

第三節 寄託契約的終了……………九三

第四節 消費寄託……………九五

第十五章 倉庫……………九七

第一節 倉庫營業人的意義……………九七

第二節 倉單……………九九

第三節 倉庫營業人的權利義務……………一〇四

第十六章 運送營業……………一〇五

第一節 總說……………一〇五

第二節 物品運送……………一〇〇

第一款 運送證券……………一一〇

第二款 運送人的義務……………一一五

第三款 運送人的權利……………一二五

第三節 旅客運送……………一二九

第十七章 承攬運送……………一三二

第一節 承攬運送人的意義……………一三一

第二節 承攬運送人的權利義務……………一三五

第十八章 合夥……………一四一

第一節 合夥的意義……………一四二

第二節 合夥的效力……………一四九

第一款 合夥的對內關係……………一四九

第二款 合夥的對外關係……………一五八

第二款 合夥的財產關係……………一五九

第二節 合夥人的退夥及加入……………一六七

第一款 退夥……………一六七

第二款 加入……………一七五

第四節 合夥的解散及清算……………一七八

第一款 解散……………一七八

第二款 清算……………一八〇

第十九章 隱名合夥……………一八四

第一節	隱名合夥的意義	一八四
第二節	隱名合夥的效力	一九〇
第一款	隱名合夥的對內關係	一九〇
第二款	隱名合夥的對外關係	一九六
第三節	隱名合夥的終止	一九六
第二十章	指示證券	一九九
第一節	指示證券的意義	一九九
第二節	指示證券的效力	二〇二
第三節	指示證券效力的消滅	二〇八
第二十一章	無記名證券	二〇九

第一節 無記名證券的意義……………二〇九

第二節 無記名證券的效力……………二一一

第三節 無記名證券效力的消滅……………二一五

第二十二章 終身定期金……………二一九

第一節 終身定期金契約的意義……………二一九

第二節 終身定期金契約的效力……………二二三

第三節 終身定期金契約的消滅……………二二六

第二十三章 和解……………二二七

第一節 和解的意義……………二二七

第二節 和解的效力……………二三一

第三節 和解的消滅……………二三三

第二十四章 保證……………二三五

第一節 保證的意義……………二三五

第二節 保證的效力……………二四一

第一款 保證人與債權人間的效力……………二四一

第一項 債權人的權利……………二四二

第二項 保證人的抗辯……………二四三

第三項 連帶保證……………二四九

第四項 共同保證……………二五〇

第二款 保證人與主債務人間的效力……………二五一

第二節 保證責任的消滅……………二五三

第四節 信用委任……………二五六

民法債編分則新論

周新民著

第十章

委任

(民五二八條以下，德民六六二條以下，瑞債三九四條；法民一九八四條以下，日民六四三條以下，俄民二五一條以下。)

第一節 委任的意義

委任的定義

委任即當事人約定一方(委任人)委託他方(受任人)處理事務，他方允為處理的契約(八條)。(五二)。

茲分析其性質如左：

(一) 委任為契約

委任為諾成契約

(1) 委任為諾成契約 委任契約僅須有當事人意思表示的合致，即可成立，故自羅馬法以來，均認其為諾成契約。

委任為不要式契約

(2) 委任為不要式契約 委任契約的意思表示，既不須有何等方式，則其為不

第十章 委任

要式契約，亦無疑義。委任契約，通常雖多用委任狀，然此非委任契約成立的要件，亦非委任契約成立之完全的證據方法。何則？普通所用的委任狀，固只表示授與處理事務的權限，而未表示其有處理事務的義務。即就第五三一條的規定觀之，凡處理委任事務的法律行為，如依法應以文字為之者，其處理權的授與，亦應以文字為之（例如關於不動產買賣，租賃，或設定負擔的委任，委任人均須有書面授權）。然本條規定，亦應解為授與處理權與訂立委任契約為兩事，處理權的授與，雖應從該法律行為而為要式行為，委任契約本身則無為要式行為的必要。

委任為有
價契約或
無價契約

(3) 委任為有價契約，或無價契約。在羅馬法，明認委任以無價為特徵。近世立法例，除德國民法（六六條）繼承其規定外，大都認委任以有價為原則，或以無價為原則。前者如普國國法（一部一三章），法奧薩諸國民法（法民一九九條，奧民一〇〇四條，薩），及瑞士債務法（三九條）；後者如日本民法（六四條）。依我

國民法規定，當事人約給報酬，或依習慣，或依委任事務的性質，應給報酬者，其委任爲有償契約（五四七條，五四八條），否則爲無償契約，是亦可解爲以無償爲原則，有償爲例外。

在有償委任，當事人如有將受任人處理事務與委任人支付報酬爲對待給付的效力意思，則爲雙務的有償契約。若當事人無此效力意思，縱使委任人自始即約給報酬，或曾於處理後給與報酬，仍應認爲片務的無償契約。又委任人雖於支付報酬以外，常負有實費償還及損害賠償等義務，然此非與受任人的義務相對應。故委任人於實費償還及損害賠償等義務外，不負何等給付的債務，則爲無償契約。

（二）委任係委任人委託受任人處理事務的契約

處理事務
的意義

（一）處理事務的意義 所謂處理事務，即受任人得依自己的裁量，而處分其被委託的事務或管理之。委任的目的，雖爲委任所決定，然爲達其目的而處理事

務，受任人自應有相當的決定權。若受任人處理其被委託的事務，完全不能依自己的意見，而服機械式的勞務，則與僱傭契約又有何異。

委任與僱傭
的差異
點

(A) 委任與僱傭 受任人與受僱人雖均須供給勞務，然受僱人以供給勞務為目的，受任人以供給勞務為手段，是有截然不同（本書第七章第一節參照）

委任與承
攬的差異
點

(B) 委任與承攬 委任與承攬雖均為達到一定目的而締結，其性質甚屬類似，然承攬以完成工作為目的，非僅以處理事務為目的，完成一定的工作，雖以處理事務為必要，仍須其得有完成結果；反之，委任唯從一定的目的，而為委任事務的處理，則非以事務得有結果為目的。例如醫師約定包治全愈始給報酬，是為承攬契約；反之，僅委託醫師診斷病況，投以藥劑，則為委任契約。要之，委任與承攬的區別，須視當事人締結契約的意思是否以完成工作為目的以為決。

委任事務
的種類

(2) 委任事務的種類 關於委任事務的種類，自非限於法律行為，即非法律行為亦可為其對象。凡關於權利得喪移轉的法律行為（例如買賣，借貸，及債務的保證等），及關於財政整理的事實行為，不問其有無經濟的價值，苟依一定的目的，得將其事務委託他人處理之，均可成立委任。例如甲使乙親往醫院，慰問病人，或參加開學典禮，代讀祝辭，雖為單純的事實，均得成立委任。又如委託律師辦理訟案，延請醫師診治疾病，敦聘教師教讀子女，亦均得成立委任。

委任與信
用關係

(3) 委任與信用關係 委任契約的成立及存續，均以當事人間有信用關係為前提。若委任人對於受任人毫無信用，決不委託其處理事務。故委任契約既因信用而產生，一旦信用關係有不可存續的事實發生，即告終了。

委任與代
理權的授
與

(4) 委任與代理權的授與 委任與代理的觀念不同：代理係授與代理人與第三人為法律行為的權限；委任不過發生當事人間的權利義務關係。委任契約附

有代理權
委任與無
代理權委
任的區別

代理關係
與委任關
係的區別

有代理權的授與，雖應發生代理關係，若未附代理權的授與，則不發生代理關係。況代理關係，雖多由委任契約而生，亦有不因委任契約而生，例如法定代理權。依普國國法（一三條以下），奧國民法（一〇〇二條以下），法國民法（一八四條），及日本舊民法財產取得篇（九條）規定，委任與代理全無區別；依德日民法及瑞士債務法規定，委任與代理則有區別。要之，代理關係發生於本人與第三人之間，委任關係則存於委任人與受任人之間。即受任人爲委任人的代理人，而以委任人的名義處理事務時，委任人與第三人間雖應發生代理關係；反之，委任人對於受任人未爲代理權的授與，而以受任人的名義處理事務時，則不生何等代理關係。我民法將代理權的授與規定於債編通則中，委任規定於各種之債中，其認二者有不同，亦已彰然。

（三）委任係受任人處理委任人或第三人之事務的契約

受任人須

委任契約既以處理他人的事務爲目的，則其所處理的事務，自應爲委任人或第三

人的事務，不得爲受任人的事務。若其性質上爲受任人的事務，例如受任人自整理其財產，則不得爲委任契約的對象。

受任人所處理的事務，只須性質上爲委任人（或第三人）的事務，其事實上的利益究竟歸屬於何人，則非所問。故其事實上的效果歸屬於委任人或第三人，固爲委任契約；即其事實上的效果歸屬於受任人，亦得爲委任的對象。例如甲承租乙的房屋，復由乙委託其修繕，此時所修繕的結果，其法律上的效果，自不得不對委任人而發生。

第二節 委任的效力

第一款 受任人的義務

（一）處理事務義務

處理事務，既爲受任人的主要義務，究應如何處理之？日民法明定：受任人須從委任的本旨，而爲善良管理人的注意（日民六四六條）；瑞士債務法明定，受任人須與受僱人爲同樣的注意義務（瑞債三九八條）：是均不問其契約爲有償或無償。我民法則仿法民法（二一九九條），明定受任人處理事務的義務，因有償與無償而異（五三條）。茲將其處理的權限，方法，及注意程度，複委任的限制分述如左：

處理的權限

（1）處理的權限 受任人處理事務，自應於其權限內爲之。其權限如何，又應依委任契約的訂定，或其委任事務的性質定之（五三二條一項）。茲就概括委任與特別委任說明其權限於左：

概括委任

（A）概括委任 何謂概括委任？即委任人就一切事務而委託受任人處理之（五三二條二項）。受任人受概括委任者，除特別授權的行爲外，得爲委任人爲一切法律行爲。所謂特別授權的行爲，即（一）不動產的出賣，或設定負擔，（二）不動產的租賃，其期限逾二年，（三）贈與，（四）和解，（五）起訴

，(六)提付仲裁等行爲(四五三)。此等行爲的結果，或使委任人負單純的義務，或使委任人的權利易受影響，故有設此限制的必要。

特別委任

(B)特別委任 何謂特別委任？即委任人就指定一項或數項事務而委託受任人處理之(五三二條二項)。受任人受特別委任者，就委任事務的處理，得爲委任人爲一切必要的行爲(五三三條)。

處理的方法

(2)處理的方法 受任人處理事務，本應尊重委任人的意思，若關於處理事務的方法，委任人有所指示時，受任人即應依其指示而處理之。委任人的指示，如因社會情事變化，而有不能適用者，受任人即不可墨守其指示，以致委任人蒙其損害；但受任人非有急迫的情事，並可推定委任人若知有此情事，亦允許變更其指示者，不得變更委任人的指示(五三三條六條)。

注意的程度

(3)注意的程度 注意的義務，因有償委任與無償委任而有不同。無償委任，受任人處理事務，祇須與處理自己事務爲同一的注意爲已足。如因處理委任事

務的過失，致生損害者，受任人僅就重大過失，負賠償責任。若為有償委任，受任人處理事務，則應以善良管理人的注意為之，雖有輕過失，亦應負其責任（五四條）。雖然，關於受任人注意義務的規定，非為強行法規，當事人亦不妨另訂特約，以減免其法定的責任。

複委任的限制

（4）複委任的限制 委任關係既基於信用關係而成立，則受任人對於委任事務，自不得為複委任。各國民法，關於複委任，均設限制的規定（德民六六四條，瑞債三九九條，法民一九九四條，奧民一〇一〇條）。我民法亦明定受任人應自己處理委任事務，必須經委任人的同意，或另有習慣，或有不得已的情由者，受任人始得為複委任（五三條）。

受任人對於委任事務，如有使第三人代為處理的權限，僅就第三人的選任，及其對於第三人所為的指示，負其責任（五三八條二項）。若受任人不法的委託第三人代為處理者，則不問第三人的責任如何，受任人應就第三人的行為，與就自己

的行爲負同一責任（五三八條一項）。

複委任關係成立後，第三人所代爲處理的事務，卽爲委任事務。法律爲保護委任人的利益，自應使其對於該第三人關於委任事務的履行有直接請求權（五三九條）。

（二）報告義務

受任人既爲委任人處理事務，自應使委任人得隨時知其處理事務的狀況。故民法明定：受任人在委任事務進行中，應報告其進行狀況；在委任關係終止時，應明確報告其顛末（五四〇條）。此項規定，非爲強行法則，不僅當事人得約定報告時期，使受任人負擔應爲報告的債務，亦得另訂特約，以減免其法定的報告義務。

（三）交付義務

圖 交付的範圍
（一）交付的範圍 受任人交付的範圍，以因處理委任事務所收取的金錢，物品，及孳息爲限（五四一條一項）。此所謂金錢物品，非專指因事務處理的結果，而由

第三人所收取者而言；即其因處理事務，而由委任人所收取者亦屬之。例如由委任人收領的旅費，費用，及委任狀等，均應返還於委任人。此所謂孳息，不問其為天然孳息與法定孳息，凡由受任人所收取者，均須交付之。孳息的收取，既屬委任事務的範圍，則受任人如怠為孳息收取，委任人亦得依債務不履行的規定，行使損害賠償請求權。

交付的時期

(2) 交付的時期 關於交付的時期，法律既無特別規定，當事人如有約定者，自應依其約定。若無約定時，除有特別情事或特別規定外，受任人應依無確定期限的債務，自經委任人催告時起負遲延責任（二二九條二項參照）。

(四) 移轉義務

受任人因處理事務而取得的權利，應否移轉於委任人？須視其有無代理權而定：受任人有代理權時，乃以本人的名義，而與第三人為法律行為，自直接對本人發生效力，不發生權利移轉的問題。若無代理權時，受任人以自己的名義，為委任

有代理權的受任人，不負移轉義務，

無代理權
的受任人
，應負移
轉義務

人取得的權利，自應負移轉的義務（條二項）。雖然，受任人無代理權時，其所取得的權利，亦非必有移轉行為的義務。苟當事人預定權利移轉的契約，受任人所取得權利，即當然歸屬於委任人。

移轉義務
與履行不
能

受任人對委任人雖負移轉的義務，其標的物或權利如因不可歸責於受任人的事由，而致滅失毀損，陷於履行不能時，受任人自得免其義務。若為一部不能時，受任人在履行可能的狀態中，仍負移轉的義務；惟受任人為免除其義務，不得不負舉證責任。

受任人對於委任人如有已至清償期的債權（五四條），即得依民法第九二八條的規定，行使留置權，以保護其利益。

（五）利息支付及損害賠償義務

受任人如為委任人的利益，而使用應交付於委任人的金錢，或使用應為委任人利益而使用的金錢，固無不可。若為自己的利益而使用之，不僅自使用之日起應支

受任人擅
用金錢的
責任

付利息，並應賠償其損害（五四條）。此所謂金錢，不問由委任所收取，抑由第三人所收取，凡受任人爲自己的利益，擅將應交付於委任人的金錢，或應爲委任人利益而使用的金錢而消費之，均爲違反契約的行爲。此等行爲，依一般規定，自應負損害賠償的義務；但爲避免舉證的困難起見，民法特設本條的規定。故委任人因受任人使用其金錢，不問受任人有無故意或過失，亦不問受任人在實際上獲取利益與否，均應支付自使用之日以後的法定利息，委任人於請求法定利息以外，如尚有損害時，並得請求賠償之。惟委任人請求支付法定利息，雖不須爲損害的證明，若請求賠償法定利息以上的損害，委任人則負舉證責任。

受任人返
還金錢的
範圍

受任人因使用委任人的金錢，而取得特別的利益（例如經營投機事業，或購買彩票）者，受任人唯負第五四二條的責任，其所取得的特別利益，則不須交付於委任人。

第二款 委任人的義務

(一) 費用預付義務

費用預付
請求權

受任人對於處理委任事務的必要費用，既無代墊的義務，自得請求委任人預付之（五條）。惟受任人行使預付請求權，委任人如不為預付時，受任人能否訴請預付？學說上頗有爭論：有謂受任人得訴請預付，并在受其支付以前，得拒絕事務的處理；有謂受任人不得訴請預付，唯在受其支付以前，得拒絕事務的處理。余從前說。依前說解釋的結果，受任人得以委任人未預付費用為理由，而拒絕事務的處理，不負履行遲延的責任；反之，委任人不得以受任人未着手事務的處理為理由，而拒絕費用的支付，唯在受任人有不為事務處理之虞時，始得解除契約而已。

(二) 費用償還義務

費用償還
請求權

受任人因處理委任事務，而支出的必要費用，委任人不僅應負償還的義務，并應負支付利息的義務（五四六條一項）。委任事務，常為委任人的利益而處理，苟無特別或特別情事時，受任人均有費用償還及支付利息請求權。此所謂償還費用，非限於事實上須為處理委任事務的必要費用，或有益於委任人的費用，即受任人於支付當時，曾以善良管理人的注意，而認為必需支付者為已足。

（三）債務清償義務

債務清償
請求權

受任人因處理委任事務，而負擔必要債務者，不問其已至清償期與否，委任人均負清償的義務。該項債務已至清償期者，受任人固得請求委任人代其清償；其未至清償期者，亦得請求委任人提出相當擔保（五四六條二項）。所謂提出相當擔保，即對受任人自身而提出擔保；詳言之，即對受任人應有的費用償還請求權而提出擔保。

（四）損害賠償義務

損害賠償
請求權

受人處理委任事務，因非可歸責於自己的事由，致受損害者，得向委任人請求賠償（五四六條三項）。此項請求權須具備左列的成立要件：

（1）積極的要件 即損害須因處理委任事務而生。若僅在處理委任事務時所生的損害，則不包含之。雖然，其應發生的損害，非以在委任契約時即被預見或得預見者為必要，僅受人就其事務因為適當的處理而受損害者為已足。例如因處理委任事務而旅行，忽於途中遇盜，財物全被強奪。

（2）消極的要件 即損害須非因受任人的過失而生。若受任人因執行事務處理的方法有過失而受損害，或其受損害有過失者，均無賠償請求權。

如前所述，損害賠償責任的發生，既不以委任人就事務處理的指示或其他情事有何等過失為要件，則法國民法明認結果責任（法二〇條），實為正當。德國在普通法時代，對此雖有爭議，近世學說，主張在某範圍內應認結果責任，已占勢力。至認結果責任的根據，不外以委任事務為委任人的事務而已。

(五) 報酬支付義務

報酬支付
請求權

前述四種義務，乃爲有償委任與無償委任之委任人的共通義務；報酬支付義務，則爲有償委任之委任人的特殊義務。故前者非與受任人的義務立於對價的關係，後者，則恆與受任人的義務立於對價的關係。

報酬的內
容

(1) 報酬的內容 關於報酬的內容，民法既無何等的限制，自不問其爲金錢給付與其他給付；惟以勞務給付爲對價，而屬於僱傭契約，或其他有名契約者，則不得爲委任（五二九條）。

報酬支付
的形式及
時期

(2) 報酬支付的形式及時期 民法對於此點，亦無何等的限制，自不問其爲一時支付與定期支付；惟當事人有特約時，應依其特約，若無特約時，須於委任關係終止及爲明確報告顛末後，始得請求給付之（五四八條一項）。

委任關係於事務處理未完畢前已終止者，受任人得否就其已處理的部分請求報酬？須視其是否因可歸責於受任人的事由而終止以爲決；委任關係因可歸責於

受任人的事由而終止者，受任人自無報酬請求權。例如委任人因受任人不履行債務而解除契約。委任關係若因非可歸責於受任人的事由而終止者，受任人仍得就其已處理的部分行使報酬請求權（五四八條二項）。何則？委任乃以事務的處理爲目的，非如承攬契約以結果的發生爲目的，此時若不許受任人請求報酬，實不免失之過酷。

第三節 委任的終了

委任契約
終了的原因

委任契約除因一般契約的共通消滅原因（例如委任事務的終止，或履行不能，期限的到來，解除條件的成就，及合意，或解除等）而終了外，尚有因左列的事由而終了：

（一）當事人死亡

委任契約，在性質上本以信用關係爲基礎，則當事人之一方死亡，其委任關係，

委任關係
原則上因
當事人死
亡而消滅

自應消滅（五五〇條前段）。惟當事人訂有反對的特約，或因委任事務的性質不能消滅者，其委任關係仍可繼續（五五〇條但書）。當事人對於委任關係，雖可另訂特約，然就其性質言之，亦須有一定的限制：（1）此項特約不可與拋棄終止權的特約，同時訂定之；（2）此項特約不可約使其繼承人的子孫永久繼續之。當事人的特約，如有違反上述的限制者，其特約應解為無效。

（二）當事人喪失行為能力

委任關係
因當事人
喪失行為
能力而消
滅

所謂當事人喪失行為能力，即指當事人因心神喪失或精神耗弱致不能處理其事務，而受禁治產的宣告而言。委任關係，不問委任人或受任人喪失行為能力，均當然消滅（五五〇條前段）。惟委任人或受任人雖喪失行為能力，而委任事務的性質，仍繼續的必要者，其委任關係固不因之消滅；即當事人之一方喪失行為能力，其委任關係仍有繼續的可能者，亦不妨預訂契約，使其繼續有效（五五〇條但書）。

（三）當事人破產

委任關係
原則上因
當事人破
產而消滅

當事人之一方，已受破產宣告時，其信用即為欠缺，委任關係自應當然消滅（五九條）。然委任事務的性質，如仍有繼續的必要者，其委任關係固可繼續；即當事人訂有反此規定的契約，而使委任關係不因破產宣告而消滅者，其契約亦為有效（五五九條但書）。何則？當事人之一方破產，如足影響信用關係，其委任關係自應消滅，若於信用關係毫無妨礙，其委任關係亦即無消滅的必要。

（四）終止契約

委任契約，本為對人的信用關係，若有信用欠缺的情事發生，當事人自得隨時解任或辭任，故民法明定當事人之任何一方，得隨時終止契約（五四九條一項）。所謂得隨時終止契約，即當事人不須有不得已的事由或相對人有債務不履行的特別事由之存在，而得任意解任或辭職。

當事人之任何一方，雖得隨時終止契約，亦須於適當的時期內為之。若當事人之一方於不利於他方的時期終止契約，而使其受有損害者，亦應負賠償責任（五四九條）

第十章 委任

與損害賠

前段)。但因非可歸責於該當事人的事由，致不得不終止契約者，則不在此限（五四九條二項但書）。

所謂不利於他方的時期，即當事人之一方，非於適當時期內終止契約，而致他方受損害。例如受任人因處理事務而旅行，委任人忽於其途中解任，而使其糜費旅費。又例如委任人因事他往，受任人乃乘其不在中辭任，而使其事務陷於停頓。所謂非可歸責於當事人的事由，即指有不得已的事由而言。此項事由，應就各種情形決定之。例如委任人因天災而不能繼續其事業，或受任人因疾病而不能處理其事務。

拋棄終止
權的約定

當事人違反五四九條的規定，而訂立拋棄終止權的契約者，其契約是否有效？依通說，此項特約本違反委任的性質，原則上應為無效，唯其契約以受任人的利益為目的而締結者，始為有效。余謂此項規定非為強行法規，當事人訂有反對的特約，除有違反公序良俗的情形外，原則上應為有效。例如以債權擔保的目的，

而爲債權受領的委任，或因記名股票的讓與，而爲名義更換的委任，是均爲受人的利益而委任，若無特別的情形，委任人自可訂定拋棄終止權的特約。

委任關係雖因前述的原因發生，應歸消滅；但有左列情形之一者，其委任關係仍非即時消滅：

(一) 繼續處分的義務

委任關係消滅的事由發生時，受任人若即廢止事務的處理，實使委任人易受損害。在此情形，德國民法明認有繼續處理的義務（六七二條）；日本民法明認有應急處理的義務（四六五條）。我國民法係仿德民，明定委任關係如因當事人一方死亡，破產，或喪失行爲能力而消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人，或其繼承人，或其法定代理人，於委任人，或其繼承人，或其法定代理人，能接受委任事務前，應繼續處理其事務（一五五條）。繼續處理事務的結果，在有償委任，不僅有費用償還請求權，并有報酬支付請求權。

(二)消滅事由的對抗力

委任關係消滅的事由，不問其由委任人而發生，抑由受任人而發生，若在他方知其事由，或可得知其事由前，其委任關係即歸消滅，實欠公平。民法爲保護善意相對人的利益起見，特明定委任關係消滅的事由，係由當事人之一方發生者，於他方知其事由，或可得知其事由前，委任關係視爲存續（五五）（二條）。故委任關係消滅的事由，雖已發生，他方在未知或未得知以前，仍可對抗之。

第十一章 經理人及代辦商

第一節 經理人（民五五三條以下，德商四八條以下，瑞 商四五九條以下，日商二九條以下。）

第一款 經理人的意義

經理人的
定義

經理人即有爲商號管理事務，及代其簽名的權利之人（五五三條一項）。茲分析其性質如

左：

（一）經理人乃爲商號所有人所選任之人

所謂商號所有人，即舊商人通例所稱商業主人，裁判上所稱號東。凡由商號所有人所選任者，始可稱爲經理人。舊商人通例仿日本商法，明認經理人爲商業使用人的一種，以外尚有夥友及勞務者，民法則仿瑞士債務法，以經理人與代辦商合爲一節規定之。從廣義言之。經理人與代辦商雖均爲商業補助人，然代辦商有其獨立的地位，與居間人，行紀人，運送人，及承攬運送人，同爲獨立補助人；經理人則居於從屬的地位，與夥友，及勞務人，同爲從屬補助人（本書本章第二節參照）。

經理人爲
從屬補助
人

（二）經理人乃有爲商號管理事務及代其簽名的權利之人

所謂管理商號事務，即指爲關於該商號之營業上的行爲而言。經理人被選任後，

既以爲商號管理事務爲任務，則就其所受任的事務，自應有處理的權限。此項權限，乃經理權的一部，不僅對於商號所有人有之，即對於第三人亦有之。

經理人不僅有爲商號管理事務的權利，并有代商號簽名的權利。經理人得代商號簽名，雖亦爲經理權的一部，然此與前者稍異，僅有對外關係，即商號對於第三人簽名的必要時，經理人得代表爲之。

經理人與夥友及勞務人，雖均負處理商業事務的義務，然夥友及勞務人與商號所有人間，常僅有內部關係；經理人與商號所有人間，則并有外部關係。故前者無法定的一般代理權，而後者則有之。經理人的名稱，雖因地方習慣而異（例如鋪業，執事，掌櫃），然要皆有法定的一般代理權。何謂法定的一般代理權？即經理人就管理商號事務有法定的代理權限。

經理人的權限，既因授權行爲而生，是即所謂委任代理人，非可謂爲法定代理人。經理人既非法定代理人，其經理權的範圍，自與法定代理不同。商人的法定代

經理人的
法律關係
及勞務人
的區別

經理人的

權限與法定代理不同

理人，或公司代表社員及董事的代理權，雖可影響廣泛的營業上的一切行爲，且不得以其限制對抗善意第三人，是與經理權相類似，然其代理權爲法定代理權，非基於授權行爲而生，仍與經理權不同。

第二款 經理權

(一) 經理權的發生

委任行爲效力與授權行爲效力之區別

經理權係因選任行爲而發生。所謂選任行爲，乃由委任行爲（亦有爲僱傭，合夥，承攬等關係）與授權行爲之併合而成。委任行爲，雖爲商號與經理人間的內部關係，授權行爲，則爲商號與經理人間的外部關係，故前者的效力僅及於當事人，後者的效力則及於第三人。法律爲保護交易關係起見，自有使商號所有人向該營業所的主管官署呈報註冊的必要。

經理人的選任，乃爲商業上的重要事項，故公司法明定無限公司選任經理人，須

得全體股東過半數的同意（公司法第二〇條），兩合公司選任經理人，須得無限責任股東過半數的同意（公司法第七四條）。

授權行爲的方式

關於授權行爲的方式，各國立法例尚不一致：德商法規定須以明示爲之（德商四八條）；瑞債務法規定，得以明示或默示爲之（瑞債四五九條一項）。我民法仿瑞債，授權行爲不限於明示，卽爲默示的意思表示亦可（五五三條二項）。

（二）經理權的範圍

關於經理權的範圍，法律須有明定，方可使第三人知某種行爲是否屬於經理人的權限內，而後始可安心與之交易。茲說明其範圍如左：

代理營業上的行爲

（一）代理商號所有人營業上的行爲 所謂營業上的行爲，卽指關於商號所有人營業上所應爲的行爲，如社交上的行爲，及身分上的行爲，經理雖不得代理之。然其行爲係就抽象方面觀察，其具體的行爲是否真正的爲營業而爲之，則非所問。苟經理人有代理其行爲的權限，其效果均直接及於商號所有人。例如經

代理營業
上的特定
行爲

理人有借貸金錢的權限，雖以商號所有人的名義，而借私用金錢，商號所有人仍應負其責任。反之，經理人無讓與營業的權限，若以商號所有人的名義，而訂讓與契約，商號所有人則不負其責任。

(2) 代理商號所有人營業上的特定行爲 同一商號如經營數種營業，或設立數個分號，此時經理人的權限如何？自應依授權行爲定之。授權行爲如限於管理商號事務的一部，經理人自不得管理其全部事務。若限於管理商號的一分號或數分號，經理人亦不得管理其數分號或一分號的事務（五五三條三項）。

代理營業
上的一切
行爲

(3) 代理商號所有人營業上的一切行爲 經理人對於營業上的一切行爲，除不動產買賣，或設定負擔外，均有代理的權限。至其性質不問爲法律行爲，抑爲其他適法行爲，亦不問其爲基本的行爲，抑爲附屬的行爲，更不問其交易金額的多寡，或其對價的有無。例如僱用夥友或勞務人，設立分店，發行期票，借貸金錢，均爲營業上的行爲，經理人自得爲之。故民法明定經理人對於第三人

的關係，就商號或其分號，或其事務的一部分，視為其有為管理上一切必要行為之權（五五四）。

代理訴訟
上的行為

（4）代理商號所有人訴訟上的行為，經理人的行為，不限於營業上的行為，即對於裁判上的行為，亦有代表的權限，得代商號為各種訴訟行為。故民法明定：經理人就所任的事務，視為有代表商號為原告或被告或其他一切訴訟上行為之權（五五）。

（三）經理權的限制

所謂經理權的限制，即認經理人唯限於某種或某特定事務有代理的權限，或唯在特定的場所，時期，或特定的狀態得行使代理的權限（德商法五〇條參照）。此種限制，在商號與經理人間，雖生效力，經理人如有違反行為，商號即得對經理人請求損害賠償或其他救濟。究竟其限制能否對抗第三人，以否認經理人之行為的效力？依我民法規定經理權的限制，除第五五三條第三項，第五五四條第二項，及第五

經理權的
限制原則

上不得對
抗善意第
三人

共同經理
的制

共同經理
原則上應
由全體為
意思表示

五六條所規定外，不得以之對抗善意第三人（五五條）。

經理人的限制，既甚廣泛，商號所有人因防止經理權的濫用，固得選任數個經理人協同管理，俾能互相牽制。然共同經理，在客觀方面，雖得認為以一個完全經理權授與數人，在主觀方面，則應認為各人權限的行使大受限制。共同經理的制度，德瑞諸國法均有規定（德商四八條二項，瑞債四六〇條二項），日本新商法則無明文，我商人通例係從日商，民法則仿德瑞制（五五六條前段）。

共同經理人唯得共同為代理行為，其向相對人為意思表示，原則上應由全體為之（一六條）。但共同經理人的對外行為，如必須由全體為之，實足阻礙交易的發展。故民法為保護相對人的利益，不得不設例外規定，凡經理人中有二人的簽名者，對於商號即生效力（五五六條但書）。

（四）經理權的消滅

經理權因

（1）因終止契約而消滅 經理人的選任行為，本以信用關係為基礎，商號所有

終止契約
而消滅

人或經理人對於相對人，自得隨時終止契約，而使委任關係歸於消滅（五四條）。

委任關係的消滅，雖為經理人與商號所有人的內部關係，然經理權的消滅，實足影響第三人的利益者甚大，故法律有使商號所有人向該營業所的主管官署呈報註冊的必要。

經理權因
經理人死
亡破產或
喪失行為
能力而消
滅

（2）因經理人死亡，破產，或喪失行為能力而消滅（五五條）委任關係，原則上因當事人一方死亡，破產，或喪失行為能力而消滅（五五條），然商號所有人選任經理人的行為，乃為商行為，若因此所生的代理權，亦因商號所有人的死亡，破產，或喪失行為能力而消滅，實足阻礙營業的進行，故民法所以對於第五〇條的原則規定，而設有五六四條的例外規定。

第三款 經理人的權利義務

（一）經理人的權利

經理人的
權利及
義務
友及勞
務
人不同

經理人與商號所有人的法律關係，既非完全基於僱傭契約，有本於委任契約而發生，則其與夥友及勞務人與商號所有人或經理人的法律關係，全本於僱傭契約而發生者不同：僱傭契約既有償為要素，夥友及勞務人自有請給報酬的權利；委任契約不以有償為特徵，經理人有無請給報酬的權利，又須視其為有償契約與無償契約以為決。有償委任的經理人，不僅對於商號所有人得行使報酬給付請求權，即受任人所應有的權利，如費用預付，費用償還，債務清償，損害賠償等請求權，在適當情形之下，亦得行使之（五四五條，五）。

（二）經理人的義務

經理人除依委任契約規定，應負受任人所應有的義務（五五三條一項，及五三六條，五四一條一項，五四二條，五四四條參照）外，尚負有不為競業的義務。茲將競業禁止的理由，範圍，及其違反義務的效果分述於左：

（1）競業禁止的理由 經理人競業禁止的理由有二：（a）經理人熟知商業上

的競業禁止
理由

的祕密，若聽其任意爲競爭行爲，必有害商號所有人的利益；(b) 經理人既爲商號管理事務，即應悉心盡力爲之，若可爲別種的經營，即有廢弛事業的危險。自第一點言之，凡屬商號所有人所辦理的同類事業，皆應禁止；自第二點言之，不問其所辦理事務的種類如何，亦應禁止。我民法本諸(a)項理由，明認經理人唯負不爲同類事業的競業義務(五六條)，其大旨殆與瑞債所定者相同(瑞債四條)，而與德商所規定者截然有異(德商六〇條及六一條)。

競業禁止的範圍

(2) 競業禁止的範圍 經理人既負競業禁止的義務，究應在如何範圍禁止之？舊商人通例明定經理人不得爲自己或他人經營商業，并不得爲公司的無限責任股東(三八條)；民法明定經理人不得爲自己或第三人經營與其所辦理的同類事業，亦不得爲同類事業無限公司的股東(五六條)：是民法所禁止的範圍，較舊商人通例所禁止的範圍爲狹。依民法所規定，經理人非絕對不得爲自己或第三人經營商業，唯未得其商號的允許，不得經營與其所辦理的同類事業，或爲同

違反義務
的效果

類事業無限公司的股東。若爲自己或第三人經營與其所辦理的非同類事業，或爲非同類事業無限公司的股東。仍不須得其商號的允許，而可自由爲之。

(3) 違反義務的效果 經理人違反競業禁止的義務時，其商號得請求因其行爲所得的利益，作爲損害賠償（五六三條一項）。商號因經理人爲自己或第三人經營同類事業而受損害，固得解除其契約，請求損害賠償，然損害既不易證明，商號亦須謀維持主顧之法，此民法所以有此規定的必要。

商號既得請求因其行爲所得的利益，則經理人因經營同類事業所取得的經濟上效果即應移轉之。例如經理人所取得的物品，應交付於商號，所取得的債權，應移轉於商號。此項請求權，須於自商號知有違反行爲時起一個月內或自行爲時起一年內行使之。若逾此期限而未行使者，其請求權即歸消滅（五六三條二項）。

第二節

代辦商

（民五五八條以下，德商八四條以下，日商三六條以下。）

第一款 代辦商的意義

代辦商的
定義

代辦商即非經理人，而受商號的委託，於一定處所或一定區域內，以該商號的名義，辦理其事務的全部或一部之人（五五）（八條）。茲分析其性質如左：

（一）代辦商係受商號的委託代辦事務

廣義的代
辦商與狹
義的代辦
商

從廣義言之，代辦商非專指商事代辦商而言，即民事代辦商亦包括在內。從狹義言之，代辦商即專指商事代辦商而言，凡非受商號的委託者（例如相互保險公司，及關於農業，漁業，鑛業的補助人），縱有時亦用代辦商的名稱，則非真正的代辦商。

代辦商的
委託為委

代辦商與本商號間的法律關係如何？純依代辦商契約而決定。關於代辦商契約之法律上的性質，從來學說上；有四說，（A）委任說；（B）承攬說；（C）僱傭說；（D）獨立契約說。代辦商的委託，即為法律行為的委託，自可解為委任

任契約

契約。代辦商契約，既爲委任契約的一種，則代辦商與本人間的法律關係，即應適用委任的規定。

代辦商與
行紀及承
攬運送的
區別
代辦商與
居間的區
別

代辦事務的種類，依舊商人通例規定：代辦商係常時爲特定商人代理或介紹其營業範圍內的商行爲（○第六條）。民法雖未明定，代辦商在本商號的營業範圍內，自得以本商號的名義代爲交易，或專爲媒介。就前者言之，代辦商與行紀及承攬運送雖均爲他人辦理事務；但行紀及承攬運送係以自己的名義，而爲他人辦理事務。就後者言之，代辦商與居間雖均以介紹爲任務；但居間係爲一般人爲訂約的媒介，代辦商則爲特定商人爲商行爲的媒介，亦仍有差異。

（二）代辦商係於一定處所或一定區域內代辦事務
代辦商受任後，雖得以該商號的名義，代爲辦理其事務的全部或一部，然其代辦事務的場所，亦應有一定的限制，方適合締結代辦商契約的本旨。故民法明定代辦商僅於某一定處所或某一定區域內辦理事務（五五八條一項）。

(三) 代辦商非為經理人

代辦商與
經理人的
區別

代辦商與經理人雖同為商業補助人，然經理人為從屬的補助人，代辦商為獨立的補助人，其區別標準如左：

(1) 經理人管理事務，恆從商號所有人的指揮；代辦商代辦事務，常有自由裁量的餘地。

(2) 經理人通常為單一的商號管理事務；代辦商則有時為數個的商號辦理事務。

(3) 經理人恆服務於商號的營業所；代辦商則另有獨立的營業所。

(4) 經理人營業的費用，雖常由商號所負擔；代辦商營業的費用，則恆由自己負擔之。

(5) 經理人恆受領一定的報酬；代辦商常就其代辦事務而定其報酬（例如佣金）。

(6) 經理人應以自然人爲限，代辦商則無此限制，即委託法人亦可。

第二款 代辦商的代辦權

(一) 代辦權的發生

無代辦權
與有代辦
權的區別

代辦權非由委任契約所創設，乃因代辦商與本商號間的授權行爲而發生。故代辦商有無代辦權，須視其有無授權行爲而定。凡無代辦權的代辦商，固僅有委任契約，而無授權行爲；若有代辦權的代辦商，必於委任契約以外，尙有授權行爲。

(二) 代辦權的範圍

代辦權既由授權行爲而發生，則其代辦事務的範圍如何，自應視其授權行爲的內容而定。本商號委任全部事務時，代辦商即就該全部有代辦權，若僅委任一部事務時，代辦商則僅就該一部事務有代辦權。

代辦權與

代辦商雖有代辦權，其範圍則較經理權爲狹。經理人無書面的授權，雖不得爲不

經理權的區別

動產買賣，或設定負擔，其因營業上的必要，則可簽發票據，借貸金錢，代表訴訟。代辦商不僅不得為不動產買賣，或設定負擔，即簽發票據，消費借貸，及訴訟行為，亦須有書面的授權（五五八條三項）。故代辦商對於第三人的關係，唯就其所代辦的事務，視為其有為一切必要行為而已（五五八條二項）。

（三）代辦權的消滅

代辦權因有一般的原因而消滅

（1）因有一般契約的消滅原因而消滅 代辦商除適用特別規定外，自可適用一般規定。故代辦商因有一般契約的消滅原因發生，其代辦權即應歸於消滅。例如代辦事務終了，履行不能，期限到來，解除條件成就，及合意，解除等，均為代辦的消滅原因。

代辦權因代辦商死亡破產或喪失行為能力而消滅

（2）因代辦商死亡破產或喪失行為能力而消滅 委任契約，本不問當事人任何一方死亡，破產，或喪失行為能力，委任關係原則上均歸消滅（五五〇條參照）。然在代辦商則不然，代辦商乃以代辦商業上的事務為任務，其本身既已死亡，破

代辦權因
終止契約
而消滅

產，或喪失行為能力，代辦權自應消滅。若商號所有人的死亡，破產，或喪失行為能力，亦使代辦權歸於消滅，實無以維持商業交易上的敏活與安全。故民法有對委任規定，特設例外規定的必要（四五六）。

（3）因終止契約而消滅 代辦權定有期限者，其與本商號間的關係，自應因期限屆滿而終止。若代辦權未定期限者，當事人之任何一方，即得隨時終止契約（五六一條一項前段）。所謂得隨時終止契約，即當事人不須有不得已的原因，或債務不履行的事由，而可任意終止契約。惟任意終止契約的結果，他方易蒙損害，故民法為保護他方的利益起見，特限定當事人之任何一方終止契約者，均負有於三個月前通知他方的義務（五六一條一項但書）。雖然，當事人之一方，因非可歸責於自己的事由，致不得不終止契約者，如仍須於三個月前通知他方，事實上實又不免困難，故當事人在此情形之下，得不先期通知而終止之（五六一條二項）。

代辦商與本商號的法律關係，雖因前述原因發生而消滅；但有下列情形之一者，

繼續處理
的義務消
滅事由的
對抗力

其代辦權仍不即時消滅：(A)代辦權即時消滅，有害於本商號利益之虞時，代辦商或其繼承人，或其法定代理人，仍有繼續處理的義務(五五一條參照)。(B)代辦權消滅的事由，係由當事人之一方發生者，於他方知其事由，或可得而知其事由前，代辦權視為存續(五五二條參照)。

第三款 代辦商的權利義務

(一) 代辦商的權利

報酬支付
請求權

(1) 報酬支付請求權 凡為他人處理事務，或為營業上的行為，原則上均得請求報酬。代辦商既為本商號辦理事務，自亦得請求相當報酬。茲將報酬的數額及支付時期分述如左：

報酬的數
額

(A) 報酬的數額 代辦商契約有訂定者，應依約定；無約定者，應依習慣；無約定，亦無習慣者，則依其代辦事務的重要程度及多寡定之(五六條)。

報酬支付的時期

於報酬的算定，通常多以代辦事務的多寡為標準。例如甲委託乙丙二人代銷行書籍，如乙銷行一千部，丙僅銷行五百部，其報酬按照銷行成數計算，乙所得報酬，自應比丙多一倍。故遇有報酬爭議時，應俟貨價交代後，照已交銀數比例計算（舊商人通例）。

(B) 報酬支付的時期 報酬應於何時支付，自應依契約所訂定。如無約定者，通常以每季結算一次照數給付（舊商人通例）。

費用償還請求權

(2) 費用償還請求權 關於營業上的必要費用，原則上須由代辦商負擔，不僅對於本商號不得請求預付費用，亦不得行使費用償還請求權，或債務清償請求權；但當事人訂有特約或另有習慣者，代辦商仍得請求償還之（五六條）。

(二) 代辦商的義務

代辦事務義務

(1) 代辦事務義務 代辦事務，乃為代辦商的主要義務。依舊商人通例規定，代辦商於其所代理或介紹的事務，應妥慎保護本商人的利益（六一條）。民法雖

無此項明文，依有償契約的規定觀之，代辦商對於所代辦的事務，亦應以善良管理人的注意爲之，如有輕過失時，仍應負其責任（五四四條參照）。

報告義務

（2）報告義務 代辦商受委託後，既應使本商號得以知其代辦事務的實際狀況，即應負報告的義務。故代辦商在代辦事務進行中，或委任關係終止時，不得本商號的請求，即應報告其進行狀況，或其顛末（五四〇條參照）。

不爲競業義務

（3）不爲競業義務 代辦商對於本商號，不僅負有前述的積極義務，并負有不爲競業的消極義務。何謂不爲競業的義務？即代辦商非得其商號的允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理的同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任的股東（五六二條）。此規定的立法主旨，乃在避免代辦商與本商號的利益有所衝突，是與經理人禁止營業的理由同。

競業禁止的理由

代辦商競業禁止的規定，乃爲任意法規，苟本商號認爲無絕對禁止的必要，即可允許代辦商爲自己或第三人爲營業行爲。何則？代辦商亦有同時爲數個同種

營業的商號代辦事務，反使其業務易於進行。

違反義務
的效果

代辦商違反前述的義務時，本商號即得請求因其行為所得的利益，作為損害賠償（五六三條一項）。惟法律關係既重在早日確定，則此項請求權的行使，自有一定限制的必要。故民法明定自本商號知有違反行為時起，經過一個月，或自行為時起，經過一年，不行使而消滅（五六三條二項）。

第十二章

居間

（民五六五條以下，德民六五二條以下，瑞債四一二條以下，德商九三條，法商七一條，日商三〇五條以下。）

第一節 居間的意義

居間的定
義

居間即當事人約定一方（居間人）為他方（委任人）報告訂約的機會，或為訂約的媒介，他方酌給報酬的契約（五六條）。

居間營業，由來已久。在希臘羅馬時代，無論何人，均有為居間營業的自由。降至

居間的沿革

中世，始有一定的限制，凡非居間人團體的分子，則不得爲其營業，而帶有一種公職的性質。爾後居間人有官吏的性質，日益加強，凡私爲居間人者，均加以嚴罰而禁制之。法西荷等國法制，及德日舊商法，對於居間營業，均採干涉主義；反之，意白匈英等國商法及德日新商法，則採自由營業主義。我民法係從後者規定之。

居間營業與居間契約

商事居間與民事居間

按居間的立法例，有僅規定居間營業，而無居間契約的規定；有規定商業居間人，并有居間契約的規定。前者如日本商法；後者如德國民法。在民商分立的國家，商法上所謂居間，乃專指商事居間而言。何謂商事居間？卽爲商行爲的媒介。凡爲非商行爲的媒介，卽所謂民事居間，則不認爲居間。例如通常以不動產買賣，或金錢借貸的媒介爲業者，則非居間人，而不得適用居間人的規定（德商九三條二項參照）。我民法既採民商統一主義，則所謂居間契約，自不問其所媒介的行爲爲商行爲，抑爲非商行爲，凡以報告訂約的機會，或爲訂約的媒介爲目的者，均爲居間契約。茲就其定義分析說明於左：

(一) 居間爲契約

居間關係，乃因居間人與委託人雙方意思表示的合致而成立，其爲契約無疑。

居間爲諾成契約，且爲不要式契約

(1) 居間爲諾成契約，且爲不要式契約。居間僅須有當事人意思表示的合致，即可成立，是爲『諾成契約』。居間當事人的意思表示，不須遵依如何方式，是爲『不要式契約』。

居間爲雙務契約，且爲有償契約

(2) 居間爲雙務契約，且爲有償契約。居間人對於委託人擔負報告訂約的機會，或爲其媒介的債務，委託人對於居間人擔負給付報酬的債務，是爲『雙務契約』。居間契約，雙方當事人所爲的給付，乃互有對價的關係，是又爲『有償契約』。

居間爲有因契約

(3) 居間爲有因契約。居間契約，雙方當事人所爲的給付，乃互相爲原因，是爲有因契約。

居間爲債權契約

(4) 居間爲債權契約。居間契約成立後，雙方當事人所有的權利，均爲債權，

是其爲債權契約，已無疑義。

(二) 居間係居間人約爲委託人報告訂約機會或爲其媒介的契約

報告機會
的意義

何謂報告機會？卽向委託人報告其所知的訂約機會。居間人既僅負報告機會的義務，是與德國學者所謂指示居間人不同。指示居間人乃受他人的委託，而爲搜索可爲交易相對人，或爲其指示。

媒介的意
義

居間與行
紀及代辦
商的差異
點

居間契約
的限制

何謂媒介？即使委託人與第三人締結某契約的行爲。(一) 居間人僅可爲訂約的媒介，不得爲契約的締結，是與行紀及締約代辦商不同。(二) 居間人非爲特定商人爲商行爲的媒介，乃爲一般人爲訂約的媒介，是又與媒介代辦商不同。

居間人所爲報告或媒介，乃以委託人與第三人間訂立契約的行爲爲限，故非法律行爲的無因管理或侵權行爲，則不得發生居間關係。他如婚姻行爲，事實上雖亦有媒介人；但法律爲維持公序良俗，仍須加以一定的限制(五七)。

(三) 居間係委託人約明於其契約成立後，給與居間人報酬的契約

爲有價的說

報酬的數額

報酬給與的時期

居間與委任僱傭及別承攬的區別

居間既爲雙務的有價契約，委託人即須給與一定的報酬。關於報酬的約定，多出於當事人間明示的或默示的之合意。若當事人間無報酬的合意，而依居間人的身分，職業，以及交易上習慣等情形，非受報酬，即不爲報告訂約機會或媒介者，亦視爲允給報酬（五六六條一項）。

關於報酬的數額，固由當事人自由約訂之；但未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付之（五六六條二項）。

關於報酬給與的時期，依民法第五六八條所規定，居間人須俟因其報告或媒介而成立契約後，始得對委託人請求報酬。其契約如附停止條件者，於該條件成就前，居間人亦不得請求報酬。

如前所述，居間契約的委託人，須對居間人負給與報酬的債務，是即與委任契約的差異。居間契約的居間人，須俟契約成立後，始得請求給與報酬，是即與僱傭契約的差異。居間契約的居間人，於契約成立後，僅有權利，不負如何義務，是

居間爲獨立契約

即與承攬契約的差異。故民法不認居間爲其他契約的一部分，而認爲一種特別契約。

第二節 居間的效力

第一款 居間人的義務

居間人除依委任契約的一般規定，應對委託人負擔義務外，尚負有左列的義務；

(一) 據實報告的義務

居間人受委託後，其最重要的義務，即報告機會，或媒介訂約。關於報告或媒介，居間人須依誠實及信用方法爲之。故居間人關於訂約事項，不僅應就其所知據實報告於各當事人；即對於無支付能力之人，或知其無訂立該約能力之人，亦不得爲其媒介（五六七條）。如居間人違背此義務，以致委託人受損害者，即應負損害

賠償的責任。

(二) 自爲履行的義務

居間人原
則上無自
爲履行義
務

居間人無
自己加入
權

居間人既僅媒介他人間的訂約，自非立於當事人的地位，則就其媒介所成立的契約，即無爲當事人給付，或受領給付之權（四條）。雖然，當事人的一方，指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人時，居間人不僅負有不告知的義務，並負有自爲履行的義務。居間人既不以當事人一方的姓名或商號告知相對人，法律爲保護相對人的利益起見，即應使居間人就該方當事人由契約所生的義務，自己負履行的責任，並得爲其受領給付（五條）。惟在此情形，居間人雖負自爲履行的義務，仍與行紀有自立於當事人地位的權利不同（五條參照）；換言之，即居間人僅有自己加入的義務，而無自己加入的權利。

第二款 委託人的義務

委託人的最重要義務，爲報酬給付的義務，其次則爲費用償還的義務。茲分述之於左：

(一) 報酬給付的義務

委託人既因居間人的報告或媒介而成立契約，即應給付一定的報酬以爲其對價。關於報酬的約定，數額，及支付時期，前已述及，茲專就左列數端說明之。

報酬請求
的限制

(1) 報酬請求的限制 委託人雖負報酬給與的義務，如有左列情形之一者，居間人即不得請求報酬：

(A) 契約的成立，非基於居間人的報告或媒介者（五六八條一項）；

(B) 契約附有停止條件，其條件尚未成就者（五六八條二項）；

(C) 居間人違反其對於委託人的義務，而爲利於委託人之相對人的行爲者（五七一條前段）。

(D) 居間人違反誠實及信用方法，而由相對人收受利益者（五七一條後段）。

報酬負擔
的標準

報酬數額
的減少

(2) 報酬負擔的標準。居間人因媒介應得的報酬，除契約另有訂定，或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔，不得請求委託人一方給付之（五七條）。

(3) 報酬數額的減少。委託人因居間人的報告或媒介，得與第三人成立契約後，即應依其約定數額給付之；惟居間人乘委託人無智識或經驗，而約取不當高額の報酬，乃為事實上所常有（例如僱傭居間）。法律為保護弱者的利益，自應予委託人的特定權利，故民法明定，約定的報酬，如較居間人所任勞務的價值，為數過鉅，失其公平者，委託人除已給付不得請求返還外，委託人得請求法院酌減之（五七條）。

報酬約定
的無效

(4) 報酬約定的無效。居間契約的當事人，本可自由約定報酬，惟法律為維持善良風俗，并杜免弊端起見，凡居間人約為委託人報告結婚機會，或為其媒介，不得受領報酬。如因婚姻居間而約定報酬者，其約定為無效（五七條）。

(二) 費用償還的義務

第十二章 居間

委託人原
則上無費
用償還義
務

此所謂費用，即居間人因報告或媒介所支出的費用。委託人償還費用的義務，並非由居間契約當然發生的義務，乃以當事人訂有特約者為限。當事人如訂有特約時，不問其契約係因居間人報告或媒介而成立與否，委託人即應支付，使居間人有所取償（五六九條）。若當事人無約定者，居間人固不得請求償還其費用，即訂有特約，居間人如違反其對於委託人的義務，而為利於委託人的相對人的行為，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，亦不得請求償還之（五七一條）。

第三款 居間契約的終了

居間契約
終了的原
因

居間契約終了的原因，民法雖未特設規定；但就其性質言之，居間契約，除因有一般契約的共通消滅原因而終了外，尚因有左列的事由而終了：

（一）委託人解除委託

委託人於委託居間後。本無必須利用居間人的報告或媒介而與他人訂立契約的義

務，故無論何時，均得解除居間契約。惟其解除以後，各當事人須負回復原狀的義務，居間人雖不得請求報酬，其因報告或媒介而已支出費用者，委託人仍須償還之。

(二) 居間人死亡

委託人既因信用居間人，始訂立契約，則居間人一旦死亡，居間契約自應終了。至委託人死亡，居間契約應否終止，乃為事實問題，應依各項事情而定，不得一概論之。

第十三章

行紀

(民五七六條以下，德商三八三條以下，瑞
債四二五條以下，日商三一三條以下。)

第一節 行紀的意義

行紀的定
義

行紀即以自己的名義為他人(委託人)的計算，為動產的買賣，或其他商業上的交

易，而受報酬的營業（五七條）。茲分析其性質如左：

（一）行紀係爲他人的計算而擔任爲某行爲

所謂爲他人的計算，卽由行爲所生的利益損失歸諸他人之謂。然此所謂利益損失，乃自擔任行爲的履行行爲言之，至其營業的目的，仍在自己與委託人間的擔任行爲。

（二）行紀係以自己的名義而擔任爲某行爲

就此點言之，行紀不僅與代理人不同，亦與居間人有異，分述於左：

行紀與代
理人的區
別

（1）行紀與代理人 代理人係以他人的名義而代他人爲法律行爲；行紀則以自己的名義而代他人爲法律行爲。故代理人非自得權利並自負義務，行紀則自得權利並自負義務。

行紀與居
間人的區
別

（2）行紀與居間人 居間人係爲他人報告訂約的機會，或爲訂約的媒介。行紀則以自己的名義代他人爲動產的買賣，或其他商業上的交易。故居間人非自爲

權利義務的主體；行紀則自爲權利義務的主體。

(三) 行紀係以自己的名義代他人爲動產的買賣，或其他商業上的交易

行紀營業，在交易上最爲重要，各國商法莫不規定之；惟其規定的內容，仍有不同。依從前立法例，行紀代他人所爲的法律行爲，概認爲商行爲，唯德國新商法

及瑞士債務法，明定行紀係以擔任買賣商品或有價證券爲常業（德商三八三條，瑞債四二五條，

）。日本新商法仿之，規定行紀係以代他人販賣物品或買入物品爲業（日商三一）

。我商行爲草案亦從德瑞制，明定行紀以爲動產或有價證券的買賣爲限（商草五

照）。民法則明定行紀係爲動產的買賣，或其他商業上的交易，是其所規定的範

圍，較商草爲廣。

(四) 行紀係以代他人爲動產的買賣，或其他商業上的交易爲營業

凡以自己名義代他人買賣，而非以之爲營業者，即不可謂爲行紀。雖然，以此爲營業者，亦不妨兼營他業。徵諸實際，行紀除代他人爲動產的買賣，或其他商業

行紀限於
動產的買
賣或其他
商業上的
交易

行紀得兼
營他業

上的交易外，兼爲自己爲買賣者，亦所常見。

(五) 行紀與買賣相對人及委託人的法律關係

行紀營業的目的，不在代爲買賣的行爲，而在擔任買賣的行爲，買賣行爲不過擔任行爲的履行行爲而已。茲將其法律關係分述於左：

行紀與買賣相對人的關係

(1) 行紀與買賣相對人的關係 行紀人既以自己名義，爲委託人的計算所爲的交易，則其與買賣契約之相對人間的關係，自與通常買賣當事人無異，應由其自得權利並自負義務（五七八條）。故委託人直接對於行紀的相對人不負何等的義務，同時亦無何等的權利；其相對人是否明知行紀的行爲係爲特定委託人而爲之，亦非所問。是以委託人非由行紀履行權利受讓的手續，則不得直接向相對人主張其權利。又委託人雖有錯誤詐欺脅迫等事由，亦不爲撤銷買賣行爲的原因。

行紀與委託人

(2) 行紀與委託人的關係 行紀與委託人間的法律關係，除本章有規定者外，

託人的關係

適用關於委任的規定（五七條）。故行紀所取得的權利，須移轉於委託人（一五四條二項），是與代理關係直接就本人生效者不可同論。

債權亦為權利之一，凡因行紀擔任行為而生者，非至移轉後，不得由委託人對於債務人主張之（商草六七條一項參照），乃為當然的結論。惟商草更設有特別規定，即債權在移轉前，於委託人與行紀之間，或行紀與債權人之間，均認為委託人的債權（同條二項參照），殆所以保護委託人，使其債權不致因行紀破產或其他事由而生損害。

（六）行紀與委託人間的契約

行紀與委託人間的契約，從來學者解釋其性質不一：有謂其為委任；有謂其為承攬；有謂其為僱傭；有謂其為一種獨立契約。要之，行紀與委託人間的契約，可稱之為『擔任契約』。擔任契約又以委託他人為法律行為的目的，自可認為委任契約的一種。況民法明定行紀與委託人間的法律關係，除特別規定者外，悉關於

擔任契約
為委任契約
的一種

委任的規定，則其屬於委任契約，益無疑義。

第二節 行紀人的義務

(一) 注意義務

行紀人受委託後，就其所擔任的行為，自應負注意的義務。按商行為草案規定；行紀須以商人的注意，為其所擔任的行為（商草第五三條參照）。民法既無特別規定，依有債委任的規定，行紀人就其所擔任的行為，即應以善良管理人的注意為之，雖有輕過失，亦應負損害賠償的責任（五四四條參照）。

注意的程度

(二) 保管義務

行紀人為委託人經營買入或賣出而占有其物時，其關於占有部分，既適用寄託的規定，則對於其標的物應負保管的義務，已無疑義（五八三條一項）。茲就此義務分析

說明於左：

通知瑕疵義務

(1) 通知瑕疵義務 行紀人由委託人或第三人受領其標的物時，如就其外觀上可知有毀損或不足，對於委託人須負從速通知的義務。若怠於通知，即應由行紀人負損害賠償的責任。

適當處置義務

(2) 適當處置義務 行紀人對於委託出賣之物，既負有保管的義務，若其標的物於達到行紀人時有瑕疵，或依其物的性質易敗壞者，行紀人爲保護委託人的利益，即應與保護自己的利益爲同一的處置（四五條）。

付保險的義務

(3) 付保險的義務 行紀人對於所保管的標的物，應否負付保險的義務？須視委託人有無指示以爲決。委託人無指示時，行紀人固不負付保險的義務；其有指示時，行紀人即應負付保險的義務（五八三條二項）。如行紀人負付保險義務，而不付保險者，其保管中的標的物，如因事變而致喪失或毀損，即有賠償其損害的義務。

(三) 移交義務

第十三章 行紀

依委任契約規定；受任人因處理事務所收取的金錢，物品，及孳息，須交付委託人；其以自己的名義為委任人取得的權利，須移轉於委任人（五四條）。行紀與委託人間的契約，既為委任契約的一種，其所擔任的行為，又以自己的名義為之，則就其所擔任的行為而取得權利，應負移轉於委託人的義務，已無疑義。

（四）服從指示義務

服從指示
的必要

（一）服從指示的必要 受任人處理事務，既應依委任人的指示，則行紀人為其所擔任的行為，亦應從委託人的指示。委託人的指示，如因社會情事的變遷，而有不能適用者，行紀人固不必墨守其指示；但行紀人非有急迫的情事，並可推定委託人若知有此情事亦允許變更其指示者，不得變更委託人的指示（五三條）。

（參照）。

違背指示
的效果

（二）違背指示的效果 行紀人服從委託人的指示，如因其指示不當，而致發生損害者，其損害固由委託人負擔之。若因行紀人違背其指示，而使委託人受有

違背指值的特則

損害者，其損害則應由行紀人負擔之。

(3) 違背指值的特則 何謂指值？即委託人得指示賣出或買入價額的限制。委託人在如何情形，始可為指值，乃為事實問題。若委託人只表示希望的價額，則不可認為指值。委託人既有指值，行紀人即應依從之。若行紀人無特別情事，而不從指示者，其結果如左：

行紀人以上指示之價額為買實效力

(A) 行紀人以指示以上的價額為擔任行為時 所謂以指示以上的價額為擔任行為者，即行紀人以高於委託人所指定的價額賣出，或低於委託人所指定的價額買入。行紀人為其擔任行為，本應以較利價額為之，以謀委託人的利益。故委託人雖有指值，行紀人如以較其指值為高價賣出或廉價買入者，其利益均歸屬於委託人（一五八條）。

(B) 行紀人以指示以下的價額為擔任行為時 所謂以指示以下的價額為擔任行為者，即行紀人以低於委託人所指定的價額賣出，或以高於委託人所指定

行紀人以
指示以下
價額爲買
賣的效力

的價額買入。委託人既指示一定價額，以限制其賣出或買入，行紀人即須按其限制以爲買賣。如其指示以下的價額爲買賣者，行紀人除擔任補償其差額外，其賣出或買入，均對委託人不發生效力（五八）。

（五）擔保履行義務

法律爲保護委任人的利益，并維持交易的安全起見，特使行紀人就左列情形，須對於買賣相對人的履行負擔保責任：

（1）行紀人僅通知訂立契約的情事，而不告知他方當事人的姓名時 行紀人既得自爲買受人或出賣人，則其訂立契約，未以他方當事人的姓名告知委託人，固無不可；惟在此情形，委託人既不知買賣相對人之爲誰，即無從請求其履行債務，自應使行紀人自己負擔該方當事人的義務（五八）。

（2）行紀人爲委託人訂立契約，其他方當事人不履行債務時 行紀人與相對人的關係，既與普通買受人與出賣人的關係相同，則行紀人爲委託人所訂立的契

負擔該方
當事人的
義務

買賣直接
履行的義
務

擔保責任
的立法例

行紀人擔
保責任與
保證債務
的異同點

約，其契約的他方當事人如不履行債務，除契約另有訂定，或另有習慣外，對於委託人應負直接履行的義務（五七九條）。

關於行紀人的擔保責任，立法主義有二：

（A）行紀人原則上無擔保責任，限於有特別訂定（即所謂附保證擔任契約）或習慣時，始負履行義務。德匈瑞西意諸國法從之。

（B）行紀人原則上有擔保責任，限於有特別訂定或習慣時，始免除履行義務。日商法及我民法從之。

依我民法規定，行紀人對於買賣相對人債務的履行，雖負擔保責任，頗與保證人的地位相類似，然就其性質論之，則與保證人仍有兩點不同：（一）買賣相對人不履行債務時，行紀人即應代為履行，而無檢索的權利；（二）買賣相對人對於委託人非直接立於債務人的地位，乃由行紀人代其履行的責任。故其法律上的性質，與從屬於主債務的保證債務不同。雖然，行紀人擔

保履行的義務，既因相對人債務之存在而存在，其義務的範圍，亦與相對人的債務完全相同，就此點言之，是又全與保證無異。

(六) 關於前支賒賣的義務

買賣相對人不履行債務時，行紀人對於委託人既應負擔保履行的義務，則其未得委任人的同意，而對於相對人擅為前支或賒賣者，其應負擔保其危險，尤無疑義。

第三節 行紀人的權利

(一) 報酬支付請求權

凡代他人為一定行為者，原則上均有請求報酬的權利。行紀人既為委託人為擔任行為，自亦得依約定或習慣請求報酬（五八二條前段）。惟行紀人報酬請求權，通常須於其擔任行為完結時行使之。行紀人對於委託人，不僅得依約定或習慣請求報酬

的時期

，其關於寄存費，及運送費，如依約定或習慣，應由委託人負擔之者，行紀人亦得請求給付之（五八二條前段）。

（二）費用償還請求權

行紀人爲委託人爲擔任行爲，不僅有報酬，寄存費，及運送費請求權，並有費用償還請求權及利息支付請求權（五八二條後段）。行紀人能否行使費用償還請求權，須視其所支出的費用是否爲委託人的利益而支出以爲決。如爲委託人的利益而支出費用者，委託人不僅應償還其費用，並應自支付之日起，支付法定利息，方爲公允。否則委託人因行紀人支出費用而獲利益者，其利益卽爲不當得利。

費用償還
的限制

（三）存寄拍賣權

行紀人遇有左列情形，得就委託出賣之物，或委託買入之物，行使處置權，或拍賣權，或提存權：

處置權的
行使

（一）處置權的行使 委託出賣之物，如於達到行紀人時有瑕疵，或依其物的性

第十三章 行紀

質易於敗壞者，行紀人得爲適當的處置，以保護委託人的利益（四五八）。

拍賣權的
行使

（2）拍賣權的行使 行紀人須有左列情形之一者，方得行使拍賣權：

（A）委託人對於委託買入之物拒絕受領時 關於委託買入之物，行紀人如未依委託人的指示，委託人固可拒絕受領。若依其指示而買入者，委託人仍拒絕受領，行紀人得定相當期限，催告委託人受領之。如逾期仍不受領者，行紀人即得拍賣其物，並得就其對於委託人因委託關係所生債權的數額，於拍賣價金取償之（五八五）。

買入之物如易於腐敗者，行紀人得不爲催告而拍賣之（五八五）。

（B）委託人對於不能賣出或撤回賣出之物不爲取回或處分時 凡委託出賣之物，不能賣出，或委託人撤回其出賣的委託者，委託人應於相當期間內，取回其物或處分之。如委託人不於相當期間，取回或處分其物時，行紀人得依民法第五八五條的規定行使其權利（五八）。

提存權的行使

(3) 提存權的行使 行紀人如就委託買入之物或委託出賣之物行使拍賣權時，其對於委託人因委託關係所生債權的數額，固得於拍賣價金中取償之；但拍賣價金如有賸餘時，行紀人亦得行使價金提存權，以保護委託人的利益（五八五條，五五）。

八六條）。

(四) 自己加入權

自己加入權的意義

(1) 自己加入權的意義 何謂自己加入權？即行紀人受託出賣或買入貨幣，股票，或其他市場定有市價之物，除有反對特約外，行紀人有得自爲買受人或出賣人的權利（五八七條）。此種權利，日商法稱爲『介入權』（日商三一七條一項）。考其沿革，本由商習慣而生，德國舊商法始有明定，爾後匈意瑞西諸國法均明認行紀有自己加入權，然其規定最爲完備者，當推德新商法（德商四〇〇條至四〇五條）。

自己加入權的性質

(2) 自己加入權的性質 自己加入權在法律上的性質如何？學說頗不一致：多數學者謂爲行紀與委託人間成立買賣契約，然買賣契約何以成立？解釋之者又

自己加入
權爲形成
權的一種

自己加入
權的要件

復紛歧：有謂行紀因擔任契約而負擔一種選擇債務，自己加入亦爲給付之一；有謂行紀之自己加入，乃爲委託人與買賣相對人的雙方代理；此等解釋，均不足以闡明自己加入權的本質。故吾人以爲自己加入權者，乃法律所賦予之一種形成權。行紀人行使此形成權時，即當然取得買受人或出賣人的權利。

(3) 自己加入權的要件 行紀人行使自己加入權，須具備左列的要件：

(A) 須當事人間無反對的特約 民法第五八七條，既非強行規定，委託人與行紀人間自可訂立反對的特約。故行紀人得自爲買受人或出賣人，乃以當事人間無反對特約爲要件。

(B) 須以依委託人指示而爲買賣時之市場的市價定其價值 此所謂市價，乃就行紀營業所所在地的市場而定之。若營業所所在地無市場者，則以支配該地之市場的市價爲衡。法律所以設此要件者，其目的不外使買賣的價金得以確定。

自己加入
權的效力

(4) 自己加入權的效力 行紀人行使自己加入權，其效果如左：

(A) 行紀人因行使自己加入權，即自立於買受人或出賣人的地位，其與委託人間的關係，應從買賣契約的規定。

(B) 自己加入的行為，即為實行擔任行為之一方法。故其對委託人仍得請求報酬，寄存費，及運送費，并得請求其為委託人之利益而支的費用及其利息。

第十四章

寄託

(民五八九條以下，德民六八八條以下，瑞債四七二條以下，法民一九一五條以下，日民六五七條以下)

第一節 寄託的意義

寄託的定
義

寄託即當事人一方(寄託人)以物交付他方(受寄人)，他方允為保管的契約(五八條九)。茲分析其性質如左：

第十四章 寄託

(一) 寄託爲契約

寄託爲要物契約

(1) 寄託爲要物契約 羅馬法以寄託爲典型的要物契約，德法日奧諸國民法亦然。惟以寄託爲要物契約，不僅理論上的理由有欠缺，即實際上的結果亦不便。故要物契約否認者，謂寄託不妨締結諾成的無名契約。我國民法仍仿多數立法例，是沿襲羅馬法的傳統思想。

寄託爲不要式契約

(2) 寄託爲不要式契約 寄託契約，只須寄託人以物交付受寄人，受寄人允爲保管，即可成立，自爲不要式契約。

寄託原則上爲片務契約，并無因契約

(3) 寄託原則上爲片務契約，無償契約，并無因契約 羅馬法及法國民法（九一條一七），雖均以無償爲寄託的要素，然德日民法及瑞士債務法，則僅以無償爲

原則。依我國民法第五八九條第二項所規定，係仿德日規定。寄託人原則上既不負給付報酬的債務，而受寄人仍負保管寄託物的債務，則寄託以爲片務契約，無償契約，及無因契約爲原則，已無疑義。

寄託的標
的物

(二) 寄託係寄託人以物交付受寄人託爲保管的契約

(1) 寄託的標的物 寄託的標的物，究應限於動產，抑不限於動產？各國立法例，尚不一致：依羅馬法及德國民法規定：寄託須限於動產，非動產則不得爲寄託的標的物（德民六八八條）；依日本民法規定：寄託則不限於動產，即不動產亦得爲寄託的標的物（日民六五七條）。我民法既無如何限制，殆仿後者的規定（五八九條）。寄託的標的物，既以物（即有體物）爲限，不僅人不得爲寄託的標的物（例如託兒契約，非可認爲寄託契約），即權利亦不得爲寄託的標的物。寄託的目的，唯在使受寄人保管其標的物，而非以關於物之使用收益的權利付與於受寄人。故物的占有人，亦得使寄託契約成立，其效力不因寄託人無所有權而受影響。寄託物雖有時爲寄託人的所有物，亦有時爲第三人的所有物，或將來爲受寄人的所有物均非所問。要之，凡爲寄託人而保管寄託物者，均可成立寄託契約。

標的物的
交付

(2) 標的物的交付 寄託雖與使用借貸及消費借貸同為要物契約，然其係以物之交付為成立要件，不若後二者僅以物之交付為生效要件。此所謂交付只須得使受寄人取得物的管領為已足，非必須由寄託人自己為之，即由第三人為之亦可。寄託契約得否依簡易交付而成立？學說上雖不一致。依通說的解釋得依簡易交付而成立寄託契約（七六一條一項參照）。寄託契約得否依占有改定而成立？學說上雖有議論，依積極論者的主張，得依占有改定而成立寄託契約（七六一條二項參照）。

(三) 寄託係受寄人允為保管的契約

保管的
意義

受寄人
不
利
用
或
改
良
行
為
的
義

何謂保管？即受寄人以寄託標的物置於自己管領的範圍內，以維持其原狀。保管非僅供給可為物之存置的場所；亦非必須供給物之存置的場所。例如租賃及使用借貸，均僅供給一定的場所；不動產的寄託，則不須供給一定的場所。寄託契約，乃以受寄人就無損害的狀態而負返還標的物為其目的，故物之利用或改良行為

均爲超過維持原狀之目的積極行爲，不可認爲保管的內容。

寄託契約，既專以物之保管爲目的，則在同一契約中，如以物之保管爲目的，同時又以其他事項爲目的者，究竟能否成爲寄託契約？在此情形，從來通說，均謂其能否成爲寄託契約，須視該契約是否以保管爲主要目的以爲決。然就理論上言之，凡以物之保管與保管以外的事實合併而爲契約的目的者，常爲混合契約。惟對此問題，可解爲在混合契約中以保管爲主要目的者，其第一位應類推適用關於寄託的規定，非以保管爲主要目的者，其第二位應類推適用關於寄託的規定（五）
（三條一項參照），較爲正當。雖然，典型契約，固有以保管義務爲其內容，亦有以保管義務爲其附隨的義務，就前者言之，保管義務，乃爲典型契約的效果，非可解爲該典型契約與寄託合併而爲混合契約。例如在租賃或使用借貸契約，承租人或使用人，對於租賃物或借用物，雖負當然保管的義務，然其義務乃爲租賃或使用借貸契約的內容，非可認爲混合契約。就後者言之，保管義務，乃附隨典型契約而

第十四章 寄託

第一種的
寄託與第
二種的寄
託

保護行爲
的範圍

發生，非使其成爲別個的寄託契約。例如在僱傭或承攬契約，受僱人或承攬人，對於其占有中的物品，雖負有保管義務，然其義務乃爲附隨的義務，非該契約中所包含的當然義務。要之，受僱人或承攬人的保管義務，非爲契約的主要內容，應認爲第二種的寄託。反之，受寄人的保管義務，如僅爲契約的主要內容，尙有附隨於保管義務的使用權利（五九一條一項），則應認爲第一種的寄託。

受寄人應爲如何保護行爲，須依標的物的種類，性質，保管的目的，及場所等情形而決定。關於保護行爲，雖不能概括論定，但以防止標的物的滅失或毀損，以維持其原狀爲目的者，則不問其爲消極的行爲，抑爲積極的行爲，均可認爲保護行爲。例如牛馬保管的寄託，不僅因防止牛馬的走失，而爲相當設備者，應認爲保護行爲；卽因飼養牛馬，而給與一定養料者，亦爲保護行爲。要之，保護行爲的範圍，應以信義誠實的法則爲標準，并審察各寄託契約的性質，而以常識判定之。

第二節 寄託的效力

第一款 受寄人的義務

(一) 寄託物保管義務

寄託物的保管義務，乃爲寄託契約的主要效力，亦即受寄人的主要債務。關於保管的意義，前已詳述，茲將注意的程度，保管的方法，自己保管的義務，保管的場所，及寄託物的使用，逐一說明於左：

注意的程度

(1) 注意的程度 受寄人保管寄託物，其注意程度乃因有償寄託與無償寄託而

異：在無償寄託，受寄人保管寄託物，僅應與處理自己事務爲同一的注意（九五

○條前段）；在有償寄託，受寄人保管寄託物，則應以善良管理人的注意爲之（九五

○條後段）。

無償受寄人減輕責任的理由

無償受寄人所以應減輕責任，實以其保管寄託物，既未受領何等報酬，全出於自己的好意。若要求受寄人的注意程度，須在與對於自己事務的注意以上，不僅事實上甚為苛酷，亦非寄託人所期望。何則？無償寄託人，通常深悉受寄人的性格，及其平素對於事物的注意程度如何，始委託其保管。故民法明定無償受寄人只須與自己事務為同一的注意。所謂只須與自己事務為同一的注意，即受寄人保管寄託物，只須與通常保管自己的同種財產為同一的注意。

保管的方法

(2) 保管的方法 關於保管的方法，當事人間訂有特約時，固應從其特約；若無特約時，則應依寄託的目的，寄託物的種類，性質，及注意義務的程度，以決定其適當保管的方法。惟當事人間雖約定保管方法，若因社會情事變更，或偶然事故發生，而不能依特約為之者，或依特約為之，却有違反寄託的本旨，而使寄託人蒙其不利益者，在此情形，受寄人有無變更約定方法的權利及義務？依我民法所規定，受寄人雖得變更其約定方法；但非有急迫的情事，並可推

變更約定

方法的限制

定寄託人若知有此情事，亦允許變更其約定方法時，受寄人不得變更之（五九條）。

自己保管的義務
受寄人原則上不得使第三人代為保管

受寄人違法的使第三人代為保管

(3) 自己保管的義務 寄託契約，既以信用關係為基礎，則受寄人應自己保管寄託物，不得任意使第三人代為保管。受寄人自為保管，僅以第三人為其補助人，雖屬無妨。若使第三人代為保管，民法則設有第五九二條的限制規定。第三人代為保管是否適法？須視受寄人會否經寄託人的同意，或有無習慣，或無不得已的事由以為決：受寄人未經寄託人的同意，又無習慣或不得已的事由，而使第三人代為保管者，是為違法；否則為適法。違法的使第三人代為保管與適法的使第三人代為保管，其效果不同。茲分述之於左：

(A) 受寄人違法的使第三人代為保管 此即受寄人違反第五九二條的規定，而使第三人代為保管。在此情形，受寄人對於寄託物所受的損害，應負賠償責任。即使其對於損害的直接原因雖無過失，亦應認為義務違反。但能證明

縱不使第三人代為保管，仍不免發生損害者，不在此限（五九三條一項）。

受寄人適
法的使第
三人代為
保管

（B）受寄人適法的使第三人代為保管。此即受寄人依照第五九二條的規定，而使第三人代為保管。在此情形，受寄人對於寄託物所受的損害，僅就第三人的選任及其對於第三人所為的指示負賠償責任（五九三條二項）。若受寄人依寄託人所指名而選任保管人時，其責任應否減輕？民法未設明文。依日民法第六五八條二項，及一〇五條的規定，其責任則應減輕。

適法的選任第三人為保管人時，受寄人與保管人間，更成立別個的寄託契約，則寄託人與保管人間，自不發生何等直接關係。然寄託物係為寄託人而保管，則受寄人在保管上又無直接的利害關係。法律為謀實際上的便宜，自有明定其關係的必要。依日民法六五八條第二項及一〇七條第二項的規定；保管人對於寄託人及第三人，有與受寄人同一的權利義務。我民法對於此點，雖無特別規定，然依委任契約規定解釋之，寄託人對於保管人關於保管事務

寄託人對

於保管人
的權利

保管人對
於寄託人
的權利

保管人請
求報酬的
限制

保管人對
於第三人
的關係

保管的場
所

的履行有直接請求權（五三九條參照）。此所謂直接請求權，即寄託人對於保管人

有直接請求保管及返還的債權。寄託人對於保管人既有直接請求權，則自反面觀之，可解為保管人不僅直接的對於寄託人有費用償還請求權，及損害賠償請求權，如受寄人與保管人間訂有報酬特約者，亦得直接的對於寄託人行使報酬支付請求權。惟保管人對於寄託人行使報酬支付請求權，須有下列的限制：（A）寄託人與受寄人間，須有報酬的約定；（B）保管人所請求的報酬額，須不超過寄託人與受寄人間的約定範圍。

保管人對於第三人的關係，是否與受寄人立於同一的法律上地位？就理論言之，可解為保管人在適當情形之下，亦得對於第三人行使權利。例如第三人侵害寄託物的占有，保管人得依第九六二條的規定，提起占有訴權。

（4）保管的場所 關於保管的場所，當事人間訂有特約時，固應從其特約；若無特約時，則應依寄託物的種類，性質，及其他情事，而擇定適當場所保管之

第十四章 寄託

。保管的場所雖經約定，如有正當的事由時，受寄人亦得轉置於他處。例如指定的倉庫，已被焚燬，其寄存的寄託物自得轉置之。

寄託物的
使用

(5) 寄託物的使用 寄託契約，乃以使受寄人保管寄託物為唯一目的，原則上自無使用寄託物的權利；但有左列情形之一者，則得使用寄託物：

(A) 因經寄託人的同意，而為寄託物的使用者（五九一條一項）。

(B) 因保存寄託物的必要，而在適當範圍內使用者。

(二) 附隨於保管義務的義務

受寄人既負有保管義務，其結果即與受任人的義務同，應負左列的附隨義務。

危險通知
的義務

(1) 危險通知的義務 何謂危險通知的義務？即就寄託物主張權利的第三人，

已提起訴訟或為扣押時，受寄人負有通知寄託人的義務（六〇條四條）。第三人就寄

託物主張所有權或其權利，而提起訴訟或為扣押時，受寄人固應無遲滯的通知其事實於寄託人，使其從速參加訴訟，而主張自己的權利，或對於扣押提出異

交付及移轉的義務

議之訴，以保全自己的權利；即第三人對於寄託人，為金錢債權的執行而為扣押時，受寄人亦應無遲滯的通知寄託人，使其不失對於扣押提出異議的機會。若受寄人不為前述的通知，而使寄託人受有損失時，寄託人即得以債務不履行為理由，請求受寄人賠償其損害。

(2) 交付及移轉的義務 受寄人因保管寄託物，而由第三人或寄託人收取金錢，物品，及孳息，須交付於寄託人。若受寄人以自己的名義，而為寄託人取得的權利，須移轉於寄託人（五四一）。

利息支付及損害賠償的義務

(3) 利息支付及損害賠償的義務 受寄人為自己的利益，而使用應交付於寄託人的金錢，或使用應為寄託人利益而使用的金錢者，均於債務不履行無異。故受寄人不僅應自使用之日起支付利息；其有損害時，並應賠償之（五四二）。

(三) 寄託物返還義務

受寄人在寄託契約終了時，應負返還寄託物的債務。茲將應注意的事項分述於左

第十四章 寄託

返還義務
的性質

(1) 返還義務的性質 寄託物返還的義務，即由寄託所生契約上的債務。寄託人就寄託物所有權或為其他占有的本權時，雖得本諸此等權利，行使物上請求權，然不可因其有物上請求權，而否認契約上的請求權之存在；亦不可因其有契約上的請求權之存在，而否認物上請求權之存在。要之，契約上的請求權與物上請求權發生競合時，其契約上的請求權，即使雖因時效而消滅，仍不妨基於其物所有權而請求返還之。

返還義務
的相對人

(2) 返還義務的相對人 受寄人雖負返還的債務，原則上唯以寄託人為其相對人，對於第三人則不負契約上的返還義務。例如共有人之一人為寄託時，受寄人唯對於該一人須履行返還義務，對於他之共有人，則不負返還義務。雖然，寄託苟以為第三人為目的時，受寄人即應從其契約的本旨，而對第三人負返還義務。

返還的客體

(3) 返還的客體 就此點言之，普通寄託與消費寄託不同；消費寄託，受寄人只負擔返還與寄託物的種類，品質，數量相同之物；普通寄託，受寄人則應返還寄託人所交付之物的自體。寄託物因可歸責於受寄人的事由，而致滅失或毀損時，受寄人雖應負擔賠償的義務；反之，寄託物因不可歸責於受寄人的事由，而致滅失或毀損時，受寄人則應全然免除返還義務，或返還其毀損之物。若消費寄託則不可以此法則律之。

受寄人對於寄託物，既無使用收益權，則寄託物發生孳息時，應將其孳息與寄託物一併返還之（五九條）。

返還的場所

(4) 返還的場所 寄託物的返還，固須於該物應為保管之地行之；但受寄人依第五九二條或依第五九四條的規定，已將寄託物轉置他處時，即得於物之現在地返還之（六〇條）。惟此項規定，在當事人間無約定的返還場所時始適用之。

關於返還的場所，當事人訂有特約時，應從其特約；無特約時，應於保管場所

返還之。若無返還場所的特約，亦未定有保管場所時，則依一般原則，應於訂約時其物所在地返還之（三一四條參照）。

返還的期限

（5）返還的期限 關於寄託物返還的期限，當事人如有約定，其期限屆至時，不僅寄託人得請求返還該物，即受寄人亦得返還該物。雖然，寄託乃為寄託人的利益而設，苟寄託人已無使其保管該物的必要，自可隨時請求返還，受寄人則不得強為保管之。故民法明定：寄託物返還的期限，雖經約定，寄託人仍得隨時終止寄託關係，請求返還，當不問其有約定報酬與否（五九條）（七條）。惟有約定報酬時，受寄人得依五四八條二項的規定，而就其已保管的部分請求報酬。民法雖明認寄託人無論何時，得請求返還寄託物。然此非強行規定，亦可發生反對的情形。何則，寄託雖通常為寄託人的利益而為之，亦非必須為寄託人的利益而為之。苟寄託人（債務人）以供擔保於受寄人（債權人）為目的而締結寄託契約，是以受寄人的利益為其附隨目的。在此情形，寄託人於其約定期限內

寄託人得隨時請求返還

受寄人不得於期限屆滿前返還

則不得任意請求返還寄託物，或附有條件而使其為返還的請求。

如上所述，當事人雖約定寄託物返還的期限，寄託人仍得隨時請求返還之。反之，受寄人於約定返還的期限內，則負擔保管寄託物的義務，非有不得已的事由，不得於期限屆滿前返還之（五九八條二項）。此所謂不得已的事由，即指受寄人有保管不能或顯著困難的事由而言。此等事由，乃為事實問題，本無一定的標準，應就各事件決定之。例如保管寄託物的倉庫，已被火災毀滅，即可認為不得已的事由。

第二款 寄託人的義務

（一）費用預付的義務

寄託既為寄託人的利益，則關於保管寄託物的必要費用，自應由寄託人負擔之。故受寄人請求預付時，寄託人即有預付其費用，而使受寄人為保管行為的義務（

五四五條參照)。此義務的性質及效力，與前述的委任契約同（本書第十章第二節第二款參照）。

(二) 費用償還的義務

關於保管寄託物的必要費用，既應由寄託人負擔，則受寄人因保管而支出的必要費用，寄託人應負償還的義務。但契約另有訂定者，則應依其約定（五九條）。

(三) 債務清償的義務

受寄人因保管寄託物而負擔必要債務時，不問其已至清償期與否，均應由寄託人清償之。此項債務已至清償期者，受寄人固得請求寄託人代其清償；其未至清償期者，亦得請求寄託人提出相當擔保（五四六條參照）。

(四) 損害賠償的義務

受寄人既受寄託人的委託，而為其利益保管寄託物，則因其保管所生的損害，苟非出於受寄人的過失，寄託人即應負賠償義務。故民法明定：受寄人因寄託物的性質或瑕疵所受的損害，寄託人應負賠償責任（五九六條前段）。例如甲之牛已罹疾病

，復委託乙爲保管，而未以實告之，乙不知該牛已病，乃使之與其家畜同屋飼養，因而傳染，即得請求甲賠償其損害。

受寄人因寄託物的性質或瑕疵而受損害時，雖未證明寄託人有過失，即得爲損害賠償的請求；但寄託人的責任，非純粹結果責任，苟寄託人證明其於寄託時非因過失而不知寄託物有發生危險的性質或瑕疵，或爲受寄人所已知者，亦得免其賠償責任（五九）（六條）。

（五）報酬支付的義務

前述四種義務，乃爲無償寄託與有償寄託之受寄人的共通義務；報酬支付義務，則爲有償寄託之受寄人的特殊義務。故前者與受寄人的義務無對價關係，後者與受寄人的義務有對價關係。茲將應注意的事項分述於左：

報酬的種類

（一）報酬的種類 關於報酬的種類，如無特別的限制，自不須爲金錢的給付，即爲其他給付亦可。

報酬支付
的時期

(2) 報酬支付的時期 寄託約定報酬者，應於寄託關係終止時給付之。分期定報酬者，應於每期屆滿給付之（六〇一條一項）。

寄託半途
終止的報
酬

(3) 寄託半途終止的報酬 寄託物的保管，因非可歸責於受寄人的事由而於半途終止履行者，除契約另有訂定外，受寄人得就其已為保管的部分，請求報酬（六〇一條二項）；反之，因可歸責於受寄人的事由，而於半途終止履行者，受寄人則無報酬請求權。

報酬請求
權的消滅
時效

(4) 報酬請求權的消滅時效 關於寄託契約的報酬請求權，民法設有特別消滅時效的規定，即報酬請求權，與費用償還請求權，及損害賠償請求權，均自寄託關係終止時起，一年間不行使而消滅（六〇五條）。

第三款 主人對於客人的責任及權利

法律為保護行旅的安全，特明認旅店，飲食店，及浴室的主人，一面須對於客人所

攜帶物品的毀損喪失負擔其責任；一面得對於客人所攜帶行李及其他物品行使其權利，茲分述之於左：

(一) 主人的責任

責任的範圍

(I) 責任的範圍 主人對於客人的物品，既應負保管義務，則其物品有毀損喪失時。自應負賠償責任。其賠償責任的範圍如左：

(A) 旅店或其他以供客人住宿爲目的的場所主人，對於客人所攜帶物品的毀損喪失，應負責任（六〇六條一項）。

(B) 飲食店或浴室的主人，對於客人所攜帶通常物品的毀損喪失，應負責任（六〇七條前段）。

(C) 主人因無正當理由，拒絕爲客人保管金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品，而致發生毀損喪失者，應負責任（六〇八條二項前段）。

(D) 主人或僱用人因故意或過失，而致客人的金錢，有價證券，珠寶，或其

他重要物品發生毀損滅失者，應負責任（六〇八條二項後段）。

責任的免除

（2）責任的免除 民法第六〇六條至第六〇八條的規定，乃以保護公益為目的，自不許主人任意限制或免除其責任（六〇九條）；但主人有左列情形之一者，即可不負賠償責任：

（A）客人所攜帶的物品或通常物品的毀損滅失，如因不可抗力，或因其物的性質，或因客人自己或其伴侶隨來或來賓的故意或過失所致者（六〇六條二項，六〇七條但書）。

（B）客人攜帶金錢，有價證券，珠寶，或其貴重物品，而未報明其物的性質及數量交付保管者（六〇八條一項）。

（C）客人知其物品毀損喪失後，而怠為即時通知的義務者（六〇一條）。

消滅時效

（3）損害賠償請求權的消滅時效 客人依第六〇六條至第六〇八條的規定，雖得對主人請求損害賠償；但須於一定期間內行使之。若客人自發見喪失或毀損

之時起，或自其離去場所後，經過六個月未請求損害賠償，其請求權即歸消滅

(六一) 一條。

(二) 主人的權利

民法爲保護客人的利益，既應使主人負擔賠償責任，則法律爲主人的利益，亦應許其對於客人得行使一定的權利。主人就住宿飲食或墊款所生的債權，於未受清償前，如對於客人所攜帶的行李，及其他物品無留置權，則其食宿費用將無所取償。故民法爲主人的利益，特明認其有留置權(六一) 二條)。

主人得行使留置權

第三節 寄託契約的終了

寄託契約因終了的原因

寄託契約除因契約的共通終了原因(例如寄託期間完滿，解除條件成就，寄託物滅失，契約解除)而終了外，尚有因特殊終了原因而終了。此所謂特殊終了原因，即指終止契約而言。茲將終止契約的性質，及寄託人的終止契約權，與受託人的終止

契約權分述於左：

(一) 終止契約的性質

法文中雖未明認終止契約，僅使用返還或請求返還的文字（五九七條，五九八條）。然所謂返還或請求返還，即與終止契約的意義相等。寄託契約當事人若無使契約終了的意思，即無返還或請求返還的必要；換言之，即非於返還或請求返還以外，須先為終止契約的表示。

(二) 寄託人的終止契約權

寄託人不問定有寄託期間與否，均有終止契約權；詳言之，即寄託人不須有不得已的事由，或受寄人有債務不履行的事由，而得隨時請求返還（五九條）。雖然，寄託人如反於信義的原則，而於不適當的時期內為返還請求時，受寄人即不返還，亦應解為不發生履行遲延的責任。

(三) 受寄人的終止契約權

受寄人能否行使終止契約權？須視寄託契約定有返還期限與否以爲決：寄託未定返還期限時，受寄人雖得隨時返還寄託物（五九八條一項）。若未定返還期限時，受寄人非有不得已的事由，則不得於期限屆滿前返還寄託物（五九八條二項）。

第四節 消費寄託

消費寄託
的定義

消費寄託，即寄託人寄託代替物，而使受寄人取得其所有權，負擔返還與寄託物的種類品質數量相同之物的寄託，亦稱不規則寄託（六〇條）。

消費寄託
與普通寄
託的區別

消費寄託與普通寄託，雖均以物之保管爲目的，然普通寄託以保管特定物爲目的，消費寄託則以保管代替物爲目的。故普通寄託的受寄人，須負擔返還寄託物之原物的債務；消費寄託的受寄人，僅負擔返還與寄託物同種同等量之物的債務（例如金錢寄託或穀米寄託）。消費寄託的返還義務，既以負擔返還同種同等量之物的義務爲內容，則其標的物不僅須限於代替物，並須移轉其所有權。寄託物的所有權

消費寄託
與消費借
貸的同點

既經移轉，其危險即與契約締結同時移轉於受寄人，如標的物有滅失的危險，即應由受寄人負擔之。就此點言之，消費寄託與普通寄託不同，而與消費借貸無異。故民法明定消費寄託適用消費借貸的規定（六〇二條後段）。

消費寄託
與消費借
貸的異點

消費寄託，與消費借貸雖均移轉物之所有權，然其經濟上的目的則有不同：消費借貸，乃以金錢或其代替物之使用為目的；消費寄託，則以物之保管為目的。故前者多謀借用人的利益而成立；後者常謀寄託人的利益而成立。

消費寄託
與混藏寄
託的區別

消費寄託與混藏寄託不同。何謂混藏寄託？即受寄人將數人所寄託各個的代替物（例如穀米油類）混同而為保管的契約。混藏寄託的各寄託人，唯對於全體寄託物享有應有分部，故受寄人對於各寄託人，亦僅就其應有部分負擔保管或返還的義務。要之，消費寄託的受寄人，得取得寄託物的所有權；混藏寄託的受寄人，則未取得寄託物的所有權。故前者得消費寄託物，其危險應由受寄人負擔；後者不得消費寄託物，其危險應由寄託人負擔。

第十五章

倉庫

(或六一三條以下，德商四一六條以下，日商三五七條以下。)

第一節 倉庫營業人的意義

倉庫營業人的定義

倉庫營業人，即以受報酬而為他人（寄託人）堆藏及保管物品為營業之人（六一三條）。倉庫營業人用以堆藏及保管物品的工作物，稱為倉庫。其與他人約為堆藏及保管物品，稱為倉庫契約。倉庫契約為債權契約的一種。茲將倉庫營業人的性質分析說明於左：

（一）倉庫營業人，係以倉庫為營業之人

倉庫營業人須有倉庫的設備

就此點言之，倉庫營業人不僅須有倉庫的設備，并須以為營業。所謂須有倉庫的設備，即倉庫營業人須有供堆藏及保管物品的工作物。此種工作物，只須足以供堆藏及保管之用即可，至其是否特為作為倉庫而建造，及其是否為倉庫營業人自

倉庫營業人須以爲營業

己所有（例如租借亦可），均非所問。所謂須以爲營業，即倉庫營業人須以獲得收入的目的而繼續爲堆藏保管的行爲。若偶以己有倉庫一時供他人堆藏及保管物品，則非以爲營業。雖然，此所謂營業，雖須爲常業；則不必爲專業，即以爲副業而兼營之，亦無不可。

（二）倉庫營業人係爲他人堆藏及保管物品之人

倉庫契約，乃爲擔任寄託，倉庫營業人自應爲寄託人保管物品，并堆藏於其所設備的倉庫內。此種契約，不僅與數量倉庫寄託不同（即前述消費寄託的一種），亦與一般寄託有異，分述於左：

倉庫與數量倉庫寄託的區別

（1）倉庫與數量倉庫寄託的區別：在數量倉庫寄託，倉庫營業人已取得其所有權，唯負擔返還同數量之物；在倉庫契約，倉庫營業人僅取得其占有或持有，保管後仍須返還其物。

倉庫與一

（2）倉庫與一般寄託的區別：（A）一般寄託唯以保管爲目的，倉庫則以保管

般寄託的區別

而兼堆藏爲目的；(B)一般寄託得以不動產爲標的物，倉庫則唯以動產爲限。

(三)倉庫營業人係爲他人堆藏及保管物品而受報酬之人

倉庫營業人，雖與受寄人均爲他人保管物品，然其爲營業，則有獲得收入的目的，是不若寄託以無償爲原則(九五條)。倉庫契約成立後，寄託人須負給付報酬的債務，倉庫營業人須負爲堆藏及保管物品的債務，其雙方所負的債務，不僅爲對待給付，並且互爲原因，則倉庫契約爲『雙務契約』，『有償契約』，且爲『要因契約』，已無疑義。又倉庫契約，須由寄託人以物交付倉庫營業人，方可成立，則其應爲『要物契約』，亦不待言(六一四條，五八條，九條一項參照)。

倉庫契約
爲雙務契約，有償契約，要物契約，要

第二節 倉單

(一)倉單的意義

倉單即倉庫營業人對於寄託物發行的證券。此項證券的作用，乃與運送關係的提

倉庫的作
用

單相類似，即原為寄託物的收據，俟變為有價證券時，雖寄託物在倉庫營業人保管中，寄託人亦得用以處分寄託物。

(二) 倉單發行的立法例

關於倉單的發行，立法例有三主義：

複券主義

(1) 複券主義 即同時發行兩張倉單，一為提取倉單（即存證券），以供寄託物所有權移轉之用，一為作證倉單（即質證券），以供寄託物擔保之用。此主義亦稱複數證券主義，或二券主義，法比意奧葡諸國採之。

單券主義

(2) 單券主義 即僅發行一張倉單，以供寄託物處分之用。此主義亦稱單一證券主義，或一券主義，德和西及美國多數州採之。

單復並行
主義

(3) 單復並行主義 即單券及複券由寄託人擇一以請求之。日本新商法採之。我民法以倉庫營業幼稚，尚未臻利用複券之境，故採單複主義。

(三) 倉單的性質

倉單爲要式證券

(1) 倉單爲要式證券，倉單的作成，須記載法定事項，并由倉庫營業人簽名，始生效力，故爲要式證券。

倉單爲文義證券

(2) 倉單爲文義證券，倉單作成後，倉庫營業人與倉單所持人間，關於寄託事項，均依其證券之所定，故爲文義證券。

倉單爲物權證券

(3) 倉單爲物權證券，倉單原爲債權證券，而法律特與物權的效力。故交付倉單於他人，與交付寄託物有同一的效力。

倉單爲贖回證券

(4) 倉單爲贖回證券，寄託人或倉單持有人，非交還原倉單，不得請求寄託物的交付或分割（六一七條一項）。

倉單的背書性

(5) 倉單的背書性，倉單爲有價證券，且爲指示證券，苟無禁止讓與的記載，仍得以背書讓與第三人（六一八條，七一〇條，七一六條一項二項）。若有禁止讓與的記載，則爲指名證券，學說上稱爲『禁背書的倉庫』。此種證券的讓與，須依一般債權讓與的法則，亦僅生債權讓與的效力。至無記名的倉單，乃爲民法所不許，就第

六一六條觀之，可以判然。

(四)倉單發行的請求

倉單填發
請求權

倉庫契約，雖只須當事人的合意，及物的交付，即得成立，不須作成書面；惟爲寄託人的便利計，法律應許其有倉單填發請求權。寄託人既有請發倉單的權利，倉庫營業人卽有填發倉單的義務。依民法第六一五條規定，倉庫營業人不僅應因寄託人的請求，填發倉單，并須由倉庫簿填發，以防記載的錯誤。

(五)倉單的形式

依民法第六一六條的規定，倉單須記明下列事項，並由倉庫營業人簽名：(1)寄託人的姓名及住址；(2)保管的場所；(3)受寄物的種類，品質，數量，及其包皮的種類，個數，及記號；(4)倉單填發地，及填發的年月日；(5)定有保管期間者，其期間；(6)保管費；(7)受寄物已付保險者，其保險金額，保險時間，及保險的名號。

(六) 倉單的效力

倉單的效力有二：

物權的效力 (1) 物權的效力 所謂物權的效力，即倉單所記載的物品，得依倉單的背書，以讓與其所有權。倉單發行後，關於物品的處分，必依該證券爲之。

債權的效力

(2) 債權的效力 所謂債權的效力，即關於寄託的事項，自發倉單後，於倉單持有人與倉庫營業之間，均依倉單之所定。惟倉單非若票據係設定不要因的權利，或證券的權利，如倉庫契約實未成立，或其所約定的債權，實與其記載不符，則倉庫營業人要不能單因該證券即負擔義務。

(七) 倉單的流通

倉單既有物權的效力，則其所載貨物的權利移轉設定，除須依一般物權法則外，並須依該證券的背書定之。何則，動產物權的讓與，本應因交付動產始生效力，則倉單所載的貨物，原爲倉庫營業人所占有，如欲移轉其所有權，自應由貨物所

有人於倉單背書讓與意旨，并經倉庫營業人簽名，方可生效（六一條）。

第三節 倉庫營業人的權利義務

（一）倉庫營業人的權利

寄託物移
去請求權

（1）寄託物移去請求權 倉庫營業人於倉庫契約終止前，雖須負保管義務，其契約一旦終止後，則不負保管義務。故倉庫契約終止後，寄託人或倉單持有人，拒絕或不能移去寄託物者，倉庫營業人得定相當期限，請求於期限內移去寄託物（六二一條前段）。

寄託物拍
賣權

（2）寄託物拍賣權 寄託人或倉單持有人，拒絕或不能移去寄託物，如經倉庫營業人催告後，仍不於期限內移去之。倉庫營業人不僅得拍賣其寄託物，並得由拍賣代價中拍賣費用，及保管費用（六二一條中段）。惟拍賣的代價，除扣去其應負擔的費用外，應以其餘額交付於應得之人（六二一條後段）。

(二) 倉庫營業人的義務

保管義務

(1) 保管義務 倉庫契約成立後，倉庫營業人自應履行其保管義務。故定有保管期間者，倉庫營業人於約定保管期間屆滿前，固不得請求移去寄託物（六條一項）；即未約定保管期間者，倉庫營業人請求移去寄託物，亦有一定的限制：

(A) 須自為保管時起經過六個月，倉庫營業人始得隨時請求移去寄託物；
(B) 倉庫營業人請求移去寄託物，須於一個月前通知（六條一項）。

容許檢點義務

(3) 容許檢點義務 倉庫營業人不僅有保管的義務，其因寄託人或倉單持有人的請求，並應許其檢點寄託物，或摘取樣本（六條）。

第十六章

運送營業

（民六二二條以下，德商四二五條以下，
債四四〇條以下，日商三三一條以下。）

第一節 總說

第十六章 運送營業

(一) 運送營業的意義

廣義的運送

運送營業，即以各種搬運爲營業。就廣義言之，運送可分爲物品運送，旅客運送，及書信運送三種。書信運送，現時各國多以爲官業，不許私人經營之，其許私人經營者，唯限於物品運送與旅客運送兩種。故我民法亦仿各國民法，僅將前兩種規定於各種之債中。

(二) 運送營業的立法例

關於運送的立法，各國雖有不同，然將陸上運送與海上運送分別規定，則爲一致。海上運送的規定，各國大抵完密（奧匈二國商法未設規定），若陸上運送則不然。關於陸上運送，唯就物品運送設規定，旅客運送，除於鐵路運送規定外，常不設特別規定。法國規定運送於民法，而於商法中亦列特別規定，關於鐵路運送，則又有多數特別法令釐定之。德國商法規定物品運送爲一章，另設專章規定鐵路運送。英法所謂運送人，則專指物品運送而言，故判例法中不認旅客運送業者

爲運送人，鐵路運送亦另有專法。日本商法獨將物品運送與旅客運送並列於一章中，是又立法上的特例。

(三) 運送人的意義

運送人的
定義

運送人即以運送物品或旅客爲營業而受運送費之人（六二條）。茲將運送人的性質分析說明於左：

運送人以
營業
運送爲營

(一) 運送人係以運送爲營業之人 何謂運送？即將物品或旅客由此處移轉於他處之謂。兩處之間，雖必有相當距離，然其距離的遠近，乃非所問，卽在同一地段內亦可。

運送爲承
攬的一
種

運送係以完成運送（卽勞力的結果）爲標的，而非以供給勞力爲標的，則運送爲承攬的一種，已無疑義。

運送的方法，既無限制，則運送的工具及其動力如何，更非所問。故運送以舟，車，架，擔均可，以人力；畜力，水力，電力，汽力亦均可。又實行運送，

不必親自爲之，得由使用人爲之；亦不必由託運人委託之，得由他運送人委託之；更不必爲運送全部，卽爲一部亦可。

所謂係以運送爲營業，卽以運送物品或旅客爲常業。偶爲運送行爲而獲得報酬者，固不得謂爲運送人；卽常爲運送行爲，而以獲得租金或工資爲目的，非獨立以爲自己營業者（例如僱用人受僱人），亦不得謂爲運送人。運送人雖不限於自然人，然必限於以獲得收入爲目的，而爲關於運送行爲者始可。

運送人以
運送物品
或旅客爲
營業

（2）運送人係以運送物品或旅客爲營業之人 所謂物品，係指被運送的一切動產而言，其有無財產價格及是否商品（例如獸類，屍體，軍用品，有價證券），均非所問。傳送有體物的書信，雖得謂爲物品運送；惟利用無體物的通信（例如電報電話），則不得謂爲運送的標的。

所謂旅客，係指被運送的自然人而言。通常旅客多爲運送人的相對人，而與之訂立運送契約；但託運人爲第三人，旅客反爲運送的標的（例如小兒亦不失爲

旅客)，亦屬無妨。

運送人係因運送而受運費，
受運費而運送，
運送契約，
為雙務契約，
契約，有償，
成契約，諾
不要式契約，

運送契約
為承攬契約

(3) 運送人係因運送而受運費之人 所謂運費，即運送人因承受運送而得的報酬。託運人對於運送人，既須給與一定的報酬，則運送契約為『雙務契約』，且為『有償契約』，已不待言。又運送契約，只須有當事人的合意，即得成立，不以完成其他給付，或填給託運單為其成立要件，則應解為『諾成契約』，及『不要式契約』，亦無疑義。

運送契約的性質如何？學說上尚有爭論：(A) 承攬說，即謂其為承攬契約；

(B) 委任說，即謂其為委任契約（瑞債四四〇條參照）；(C) 承攬與寄託併合說，

即謂其為承攬與寄託的混合契約（法商法草案一〇五條參照）。余謂運送既與處理委託

事務有異，又非以保管為其主要目的，自以從第一說為宜。

(四) 損害賠償請求權的消滅時效

關於物品或旅客的運送，如因喪失，損害，或遲延而生的賠償請求權，託運人或

第十六章 運送營業

受貨人自得於一定期間內行使之。故民法明定：物品或旅客因運送所生損害賠償請求權，自運送終了或應終了之時起，二年間不行使而消滅（六二條）。至運送費及所墊之款的請求權，運送人亦因二年間不行使而消滅，總則編中已設規定（二七條二項）。

第二節 物品運送

第一款 運送證券

關於運送證券的規定，我國仿德日商法，分爲託運單與提單兩種：前者即由託運人填給運送人，使其與運送物一同交付於受貨人，以證明運送契約的內容，亦可稱爲「運送狀」；後者即由運送人填給託運人，俾託運人得用以處分運送物，亦可稱爲「貨物交換證券」。茲分述之於左：

(一) 託運單

託運單的性質

(1) 託運單的性質 運送契約，雖為諾成契約，且為不要式契約，運送人如有書面證明的必要，在契約成立後，亦可為填給託運單的請求。惟託運單為『因求證券』，必因託運人的請求，託運人始有填給的義務。故民法明定：託運人因運送人的請求，應填給託運單（六二四條一項）。託運人如拒絕運送人的請求，而不填給託運單時，可解為運送人得解除契約。又運送人如記載不正確，以致運送人受有損害時，亦可解為運送人得請求損害賠償。

託運單的形式

(2) 託運單的形式 依民法第六二四條第二項規定，託運單應記載下列事項，並由託運人簽名：(A) 託運人的姓名，及住址；(B) 託運物的種類，品質，數量，及其包皮的種類，個數，及記號；(C) 目的地（亦稱達到地）；(D) 受貨人的名號（即記明姓名或商號），及住址；(E) 託運單的填給地，及填給的年月日。依此規定，託運單為『要式證券』，已無疑義，又託運單須

託運單為

要式證券
及指名證
券

記明受貨人的名號，則其必爲『指名證券』，非指示證券，亦非無記名證券，又不待言。

託運單的
效力

(3) 託運單的效力 託運單只爲一種證據方法，學說上已無異義；惟託運單雖由託運人所作成，是證據力不僅及於雙方當事人，亦可及於受貨人，故不問託運人運送人受貨人均得援用之。

(二) 提單

提單的性
質

(1) 提單的性質 託運人爲使運送人占有中的運送物得以售賣質押，而不失其利用，必須有填發提單請求權。惟提單亦如託運單爲『因求證券』，運送人乃其因託運人的請求，始有填發的義務(六二五條一項)。

提單爲因
求證券

提單的形
式

(2) 提單的形式 依民法第六二五條第二項規定，提單應記載下列事項，並由運送人簽名：(A) 前條第二項所列第一款至第四款事項；(B) 運費的數額，及其支付人爲託運人或爲受貨人；(C) 提單的填發地及填發的年月日。依

提單爲要
式證券

提單爲指
名證券，
及指示證
券

提單的效
力
債權的效
力

此規定，提單亦如託運單爲『要式證券』。惟其應行記載的事項，如有欠缺時，是否全部無效，抑僅其所欠缺的一項不生效力？須視契約的要素有無欠缺或瑕疵以爲決：契約的要素如有欠缺或瑕疵（例如運送物的種類，品質，數量之記載有欠缺或瑕疵），固爲無效，其他事項，則應分別論之。又法條定明應將受貨人的名號記明，是亦如託運單爲『指名證券』；但提單縱爲記名式，原則上仍得以背書移轉於他人（六二條），是又不若託運單不得爲『指示證券』。託運單既不許指示式，更不許無記名式，然提單卽爲無記名式，解爲亦可有效。

（3）提單的效力，可分爲左列兩種：

（A）債權的效力 此卽提單填發後，運送人與提單持有人（受貨人或背書讓受人）間，關於運送事項，依其提單的記載（六二條）。七條。運送契約，雖爲諾成契約，且爲不要式契約；但提單填發以後，運送契約的內容，卽應以提單的記載爲準，而非以固有的運送契約爲準。例如關於運費的數額，如提單所載

與原約所定有不符者，即應依據提單，不得就原約舉反證以推翻之。雖然，此種效力，唯限於運送人與提單持有人之間，至於運送人與託運人間，則仍依運送契約所定。又此種效力，雖重在使運送人對於提單持有人負擔交付運送物的義務，可稱提單為『負債證券』；但其效力並非如票據，而使提單為無因行為，即并不因以設定證券的權利。故運送人交付運送物的義務，仍因運送物的受領而生，非因提單的發行而生。若運送人受領運送物的種類，品質，數量，與提單記載運送物有不符者，運送人只須依實際受領者交付之。

物權的效力

(B) 物權的效力 此即交付提單於有受領物品權利之人時，其交付就物品所有權移轉的關係，與交付物品有同一效力（六二條）。就此點言之，提單不僅為『物權的有價證券』，亦可稱為『交付證券』，及『處分證券』。動產物權的讓與，既非交付不生效力（七六一條一項），則運送物於運送人或占有中，實難實行交付，勢必不能達其移轉所有權的目的。故法律為避免運送物

流通的困難起見，特對於提單，付以物權的效力，即許其就物品所有權移轉的關係，而交付提單，乃與交付物品有同一效力。惟本條規定，須提單交付於有受領權利之人，始可適用。若非依提單或其他實體關係有受所有權移轉的權利之人，縱使已受領提單，亦不生所有權移轉的效力。

第二款 運送人的義務

運送人的義務，可分為受取義務，運送義務，保管義務，及交付義務四種。此各義務，均為運送契約的要素，自應依運送契約定之；惟法律就此義務，尚設有補充規定。又後述的法定義務，並無強制的必要，仍得由當事人以特約限制或免除之。茲就其規定分述於左：

(一) 填給提單的義務

託運人既有填給提單請求權，運送人自有填給的義務（六二五條一項）。故運送人不填

給提單，或其記載不正確，而致託運人或受貨人受損害，均爲違反義務，託運人得解除契約或請求賠償。

(二) 按期運送的義務

運送本爲一種承攬，且較諸一般承攬，尤重在按期將運送物運至目的地，則託運物品自應於約定期間內運送之。如無約定者，應依習慣以定其期間。若無約定，亦無習慣者，則應顧及各該運送的特殊情形，以決定其相當期間（二六三）。運送人如不於所定期間內運送完畢，卽爲債務不履行，託運人或受貨人自可依一般債之效力的規定行使權利。

(三) 依從指示或處分的義務

關於託運物品的運送，保管，或交付方法，託運人如有指示，并經運送人允與運送者，固應依其指示，而有不得變更的義務。若運送人具備下列二要件，則應許其有變更權：(A) 須有緊迫的情事；(B) 須託運人若知此情事亦允許變更（

運送人行
使變更權
的條件

六三三條)。在此情形，運送人不但有變更的權利，並有爲必要注意及處置的義務。

在運送人已將運送物的達到通知受貨人，或受貨人已請求交付運送物時，託運人或提單持有人，對於運送人固不得請求中止運送，返還運送物，或爲其他的處分。若在運送人未將運送物的達到通知受貨人前，或受貨人於運送達到後尙未請求交付運送物前，仍僅有託運人與運送人的關係，受貨人對於運送人，既未取得因運送契約所生的權利，亦未爲受領的準備，法律自應許其有請求中止運送，返還運送物，或爲其他處分的權利（六四二條一項）。此項權利，學者稱之爲『處分權』，亦稱『指示權』。託運人或提單持有人欲使運送人爲處分，雖須爲一定的請求；但不必特爲解除契約的意思表示。運送人對於託運人或提單持有人的請求，雖有依從的義務，然其請求亦必屬於原契約的給付內容。故託運人或提單持有人請求運送人爲變更原契約給付內容的行爲（例如變更運送物，或運送路線），運送人則無依從的義務。

託運人及
提單持有
人的處分
權

(四) 應為必要注意及處置的義務

運送人既須盡運送及保管并交付義務所附加的義務，則有足以妨礙或遲延運送或危害運送物安全的情形時，自應為必要的注意及處置，使運送物所有人不致受害。故民法明定：如有第六三三條第六五〇條第六五一條的情形，或其他情形，足以妨礙或遲延運送，或危害運送物的安全者，運送人為保護運送物所有人的利益，應有必要的注意及處置。運送人怠於前項的注意及處置者，對於因此所致的損害，應負賠償責任（六四一條）。

(五) 通知及請求指示的義務

運送人於運送物達到目的地時，負有通告受貨人的義務（六四三條），於受貨人所在不明，或拒絕受領運送物時，負有通知託運人并請求其指示的義務（六五〇條一項）。又運送人已將運送物寄存於倉庫或拍賣時，應於可能的範圍內，將寄存倉庫或拍賣的事情，通知託運人及受貨人（六五〇條四項）。

(六) 賠償責任

運送人對於運送物的喪失，毀損，或遲到，固應負責任；但其責任仍因發生原因之不同而異，分述於左：

就一般喪失毀損或遲到而生的責任

(1) 就一般喪失毀損或遲到而生的責任 運送物有喪失，毀損，或遲到時，只須託運人或受貨人能證明其事實，運送人即應負依契約或法律所定的責任（三四條）。至其原因事實是否為可歸責於運送人的事由，既可問，則託運人自

不須證明運送人有故意或過失。惟此亦非完全原因責任主義，法律仍有免責要件的規定。故運送人能證明其喪失毀損或遲到係因不可抗力，或因運送物的性質，或因託運人或受貨人的過失而致者，則可不負責任（六三四條但書）。

因包皮瑕疵而生
的責任

(2) 因包皮瑕疵而生喪失或毀損的責任 運送人接收運送物，本應為相當的檢查，其包皮如有易於發見的瑕疵，而致運送物有喪失或毀損之虞者，運送人理應發見，而為免責的保留。若運送人於接收該物時，不為保留，自應負責任（

六三
五條）。

因僱用人
過失而生
的責任

(3) 因僱用人或其所委託為運送之人過失而生喪失毀損或遲到的責任。依一般債之效力的規定，債務人對於代理人或使用人的過失，既應與自己過失負同一責任（二二四條參照），則運送人對於僱用人或其所委託為運送之人的過失，更應負責任。故運送物因運送人的僱用人或其所委託為運送之人有過失，而致喪失毀損或遲到者，運送人除證明其非出於此等人的過失外，雖就其選任或監督無過失，亦應負責任（六三條）。

因轉運送
人相繼運
送而生的
責任

(4) 因轉運送人相繼運送而生喪失毀損或遲到的責任。就轉運送人相繼運送的情形分析於次：

(A) 轉運送人為部分運送人時。此種情形，復可分為三種：(甲) 數運送人獨立受同一託運人的委託，而各為特定區劃內的運送；(乙) 一運送人完畢特定區劃內的運送後，更代理託運人委託他運送人為次段區域內的運送；(

丙) 一運送人完畢特定區域內的運送後，更爲承攬運送人，以委託他運送人爲次段區域內的運送。上述三種，均爲部分運送人，自一般論，各運送人自不應就他運送人的運送，對於託運人負連帶責任。

(B) 數運送人爲擔承運送人時 此卽一運送人(主運送人)承受全部運送後，自己全不實行，或僅施行一部，更委託他人(次運送人)實行全部或一部。在此情形，應由主運送人對於託運人負責任(第六三六條參照)，而次運送人則不應對於託運人負責。

(C) 數運送人爲共同運送人或連帶運送人 此卽數運送人依同一運送單(亦稱共同運送單或連帶運送單)而承受運送，其各實行的部分，只爲全運送的一部。在此情形，即使有數個運送契約，各運送人仍得視爲依同一條款承受全部運送，對於託運人須負連帶責任。

相繼運送，既有前述三種，民法又無特別明文，第六三七條究應如何適用之？

各運送人
原則上負
連帶責任

損害賠償
數額的計
算

余謂此爲對於連帶責任的特別規定，乃與第六五三條的規定相呼應，只須數人有共同爲運送行爲卽足，其對於託運人有共同承受的意思，則非所問。故各運送人除其中有能證明無前三條所規定的責任外，就運送物的喪失毀損或遲到，應負連帶責任。

(5) 損害賠償數額的計算 關於損害賠償額的計算，法律既定有一定標準，卽不得溢出其範圍。茲分述之於左：

(A) 運送物有喪失毀損或遲到者，其損害賠償額應以應交付時目的地的價值爲準（六三八條一項）。運費及其他費用，因運送物的喪失毀損無須支付者，應由前項賠償額中扣除之（六三八條二項）。

(B) 運送物的喪失毀損或遲到係因運送人的故意或過失所致者，如有其他損害，託運人並得請求賠償（六三八條三項）。

(C) 因遲到的損害賠償，不得超過因其運送物全部喪失可得請求的賠償額（

〇六四）。

就貴重物品而生的責任

(6) 就貴重物品之喪失或毀損而生的責任 金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品有喪失或毀損時，運送人如與就一般物品之喪失或毀損負同一責任，實屬過酷。故法律為減輕運送人的責任，不使其適用第六三四條至第六三八條的一般規定，特設有第六三九條的例外規定，即運送人對於貴重物品的喪失或毀損，唯以託運人於託運時報明其性質及價值者為限，始應負責任。否則，運送人對於其喪失毀損，則不負責任。又其應負責任的範圍，只以所報價額為限，託運人不得溢出範圍而請求之。

(七) 運送人責任的免除限制消滅

運送人責任的免除或限制

(1) 關於運送人責任的免除或限制 運送人因運送契約所生的責任，既為法律所規定，自不得由片面為免除或限制的記載。關於運送人的責任，雖許當事人為免除或限制的合意，然必須由託運人為明示的同意，方生效力。若運送人交

與託運人的文件上，僅有免除或限制的記載，不推定他方曾默示同意，必須運送人能證明託運人有明示的同意，始得免責，否則不生效力（六四九條）。

運送人責任的消滅

(2) 關於運送人責任的消滅 受貨人僅受領貨物，而未支付運費及其他費用者，運送人的責任固不消滅；即支付運費及其他費用，而已為保留者，運送人的責任亦不消滅，必須受貨人受領運送物，并支付運費及其他費用，而不為保留者，運送人的責任，始得消滅（六四八條一項）。惟此為原則，尚有左列的例外規定

(A) 運送物內部有喪失或毀損不易發見者，受貨人如於受領運送物後十日內，已將其喪失毀損通知於運送人，運送人的責任，仍不應消滅（六四八條二項）。

(B) 運送物的喪失或毀損，如運送人以詐術隱蔽，或因其故意或重大過失所致者，運送人則不得依本條第一項及第二項的規定，而主張其責任歸於消滅

（六四八條三項）。

第三款 運送人的權利

(一) 託運單填給請求權

運送人於契約成立後，如有需書面證明的必要，得向託運人請求填給託運單（六

四條），前已詳述。

(二) 交付文件及爲說明請求權

託運人對於運送人，既有交付運送上及關於稅捐警察所必要的文件，及爲必要說明的義務（六二條），則從其反面言之，運送人卽有請求的權利。若託運人不履行其義務時，卽爲違反債務。

(三) 提單交還請求權

法律爲使運送物在運送人占有中仍得便於流通，既使運送人負填給提單的義務，則受貨人請求交還運送物時，運送人自亦有請求交還提單的權利（六三條）。如請

求交付人不為交還，運送人則得拒絕交付。

(四) 運費給付請求權及費用償還請求權

託運人對於運送人之為運送，既應給付運費以為其對待給付，則運送人自應有運費給付請求權。惟運送契約本為雙務契約，運送人對於託運人，不僅得請求給付運費，其因運送而為託運人墊出費用者，亦應有償還請求權。茲將民法的規定分述如左：

託運人得
免對待給
付

(1) 運送人於運送物因不可抗力而喪失時，不得請求運費或應返還運費。運送契約既為雙務契約，則運送人對於運送物的喪失，如不應負責者（六三四條參照），亦應許託運人免為對待給付。故民法第六四五條規定：運送物於運送中，因不可抗力而喪失者，運送人不得請求運費，其因運送而已受領的數額應返還之（

二六六條參照）。

運送人得

(2) 運送人為保全運費及其他費用，得對於運送物行使留置權。運送人為保全

行使留置權

運費及其他費用得受清償的必要，固得按其比例，對於運送物行使留置權（六一七條）。惟法律為保護雙方的利益，不僅應許運送人對於運送物有留置權，同

時應許受貨人於就費用數額有爭執時，得將該數額提存，請求運送物的交付（

六四七條二項）。

後運送人的責任與權利

（三）後運送人對於前運送人的責任與權利 在數運送人相繼運送時，法律為保

護前運送人的利益，自應使後運送人對於前運送人所得請求的權利有代為請求的義務。故後運送人就前運送人應得的運費及其他費用得行使第六四七條第六

五〇條及第六五二條所定的權利（六四五條）時，如不行使，而竟交付運送物者，

其對於前運送人應得的運費及其他費用，應負其責任（六六四條）。

（五）損害賠償請求權

提單持有人請求中止運送，返還運送物，或為其他的處分時，運送人不僅得按照比例，就其已為運送的部分，請求運費，及償還因中止返還或其他處分所支出的

費用，並得請求相當的損害賠償（六四二條二項）。又運送物依其性質對於人或財產有致損害之虞者，託運人於訂立契約前，應將其性質告知運送人。怠於告知者，對於因此所致的損害，應負賠償之責（六三一條）。

（六）運送物寄存權及拍賣權

在運送人因受貨人所在不明，或拒絕受領運送物，而請求託運人指示時，如託運人的指示，事實上不能實行，或運送人不能繼續保管運送物者，運送人得以託運人的費用寄存運送物於倉庫（六五〇條二項）。又運送物如有不能寄存於倉庫的情形，或有腐壞的性質，或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，運送人得拍賣之（六五〇條三項）。

運送人不僅於受貨人受領遲延時，得行使寄存權及拍賣權；其因有其他障礙，而致不能及時交付者，亦得行使之。故運送物受領權的歸屬，已發生訴訟，而致交付遲延者，應適用前條的規定（六五一條）。

(七) 扣除費用

運送人依法行使拍賣權時，不僅有得就拍賣代價中扣除拍賣費用，運費，及其他費用的權利，并應將其餘額交付於應得之人。如應得之人所在不明者，應爲其利益提存之（六五二條）。

第三節 旅客運送

關於陸上的旅客運送，各國商法除鐵道運送外，多未設特別規定；惟日本商法於一般運送中，更有關於旅客運送的特別規定，我國民法仿之。茲述其規定如左：

(一) 旅客運送人的責任

物品運送人對於運送物的喪失，毀損，或遲到，既應負責（六三四條），則旅客運送人對於旅客因運送所受的傷害，及運送的遲延，自亦應負責（六五四條）。旅客運送人就旅客所受的傷害或其遲延，雖不問有無故意或過失；但運送人欲行免責，

運送人的
免責

則須證明其傷害係因不可抗力或因旅客的過失所致（六五四條但書）。又旅客運送人的責任，非僅以本身為限，其使用人關於運送有故意或過失時，亦應負同一責任（

二二四條參照）。

關於旅客所受損害的賠償額，法律既未明定由法院斟酌被害人及其家屬的情況定之，則依一般規定，應填補被害人所受損害及所失利益（二一六條參照）。已無疑義。又旅客死亡時，其請求權得由繼承人繼承之。

（二）關於旅客行李的責任

旅客運送人對於旅客的行李，究應負如何責任？須視其已交託於運送人與否以為決。運送人就已交託的行李所負責任，較就未交託的行李所負責任為重，分述於左：

（1）關於已交託的行李的責任 旅客既將其行李交託於運送人，自得認為於旅客運送契約外，另成立物品運送契約。運送人就其行李已另收運費，固應發生

運送人就
已交託的
行李的
責任

物品運送人應有的權利義務；即縱不另收運費，其權利義務，亦應適用關於物品運送的規定（六五七條）。

旅客的行李，如及時交付運送人者，運送人不僅有返還的義務，并應於旅客達到時返還之（六五五條）。

旅客達到後，六個月內不取回其行李者，運送人得拍賣之（六五六條一項）。行李有

易於腐壞的性質者，運送人得於達到後經過四十八小時拍賣之（六五六條二項）。運

送人就旅客的行李，既得於適當時期行使拍賣權，則就其拍賣代價，自得扣除

拍賣費用運費及其他費用，并負交付或提存餘額的義務（六五六條三項，參照六五二條）。

（2）關於未交託的行李的責任 旅客未將其行李交託於運送人，如有喪失或毀

損者，必須因運送人或其僱用人的過失所致，始負責任（六五八條）。若其喪失或

毀損非因運送人或其僱用人的過失，則不負責任，是其責任較前條所規定的責

任為輕。

運送人就
未交託的
行李所負的
責任

(三) 關於責任的免除或限制

運送人交付旅客之票，收據，或其他文件上，有免除或限制運送人責任的記載者，除能證明旅客對於其責任的免除或限制明示同意外，不生效力（六五）。

第十七章

承攬運送

（民六六〇條以下，德商四〇七條以下，法商九六條以下，日商三二一條以下。）

第一節 承攬運送人的意義

承攬運送人的定義

承攬運送人，即以自己的名義，為他人（委託運送人）的計算，使運送人運送物品而受報酬為營業之人（六六）〇條。茲分析其性質如左：

(一) 承攬運送人，係以自己的名義，為他人的計算，而承攬運送之人

(1) 承攬運送人係以自己名義訂立運送契約 依法國商法規定，承攬運送人訂約，雖無須以自己的名義為之；依德日商法規定，承攬運送人訂約，則須以自

須以自己名義訂立運送契約

承攬運送
人與代理
人及居間
人的區別

須爲他人
計算訂立
運送契約

承攬運送
人與行紀
區別的區別

己的名義爲之。我民法第六六〇條第一項的規定，係從後者，則其與代理人

一〇三條）及代辦商（五五八條），均有不同。又承攬運送人係自訂運送契約

，則與媒介締結契約的居間人亦有不同。

（2）承攬運送人係爲他人計算訂立運送契約 就此點言之，訂定運送契約的結
果，不問其利益或損害，均須歸屬於委託運送人。故承攬運送人與委託運送人
間，必有委託運送契約成立。

（二）承攬運送人係擔任使運送人運送物品之人

承攬運送人既以擔任使運送人運送物品爲目的，則與行紀以擔任買賣行爲爲目的
，準行紀以擔任買賣以外的法律行爲爲目的，均有不同。又承攬運送人只訂運送
契約，並非自己實行運送，則與運送人亦有不同。故承攬運送人對於委託人不得
適用運送人的規定（六六三條，六）。

承攬運送人與運送人訂立運送契約，雖只以運送物品爲限，然非限於陸上運送，

亦包括海上運送。故關於陸上的物品運送，應適用本法物品運送的規定，關於海上的物品運送，則應適用海商法的規定。

(三) 承攬運送人，係以承攬物品運送為營業之人

須以承攬
物品運送
為營業

凡非承攬物品運送者，固非此所謂承攬運送人；即係承攬物品運送，而非以之為營業者，亦僅為通常的承攬，而非此所謂承攬運送人。故承攬運送人，應適用承攬運送的規定，不得適用承攬的規定。此所謂以為營業，即指承攬運送人以獲得收入的目的，而繼續為承攬運送的一團行為而言。承攬運送人，雖須以承攬運送為常業，然不必為專業，即以副業而兼營之（例如兼為運送人，或倉庫營業人），亦無不可。

(四) 承攬運送人，係因承攬物品運送而受報酬之人

委託承攬契約成立後，承攬運送人負有與運送人訂立運送契約的債務，委託人負有給付報酬的債務，其雙方所負的債務，乃為對價關係，自為『雙務契約』又其委託承攬

契約爲雙
務契約及
有價契約

雙方所爲的給付，均能取得一定的代價，其爲『有價契約』，亦不待言。關於報酬的數額，通常須均約定；但亦有視爲運費包含報酬（六六條）。

承攬運送
準用行紀
的規定

如上所述，承攬運送人，係擔任締結物品運送契約，其營業行爲的性質，完全與行紀人相同，可謂爲廣義行紀營業的一種，或行紀營業的變態，不過擔任契約的實行行爲，乃使他人運送物品而已。故民法第六六〇條第二項規定；承攬運送，除本節規定外，準用關於行紀的規定。

第二節 承攬運送人的權利義務

承攬運送人的權利義務，除準用關於行紀的規定外，民法另設有特別規定；惟此特別規定，只適用承攬運送人與委託人之間。委託人與運送人之間，既無契約上何種權利義務，自不得適用物品運送的規定；即承攬運送人與運送人之間，雖有契約上的權利義務，亦只可適用運送人通則及物品運送的規定。又承攬運送人，除契約另

有訂定外，得自行運送物品。如自行運送，其權利義務與運送人同（六六三條）。茲說
明承攬運送人的權利義務如左：

（一）承攬運送人的義務

注意義務

（1）注意義務 承攬運送人受委託後，就其所擔任的行為，自應負注意的義務。故承攬運送人關於運送人的選任，及使爲運送等行為，均須與行紀人負同一的義務。即承攬運送人就其所擔任的行為，應以善良管理人爲之，雖有輕過失，亦應負損害賠償的責任（六六〇條二項，五四四條參照）。

服從指示義務

（2）服從指示義務 行紀人爲其所擔任的行為，既須服從委託人的指示，則承攬運送人爲其所擔任的行為，亦應服從委託人的指示（五三六條參照），已無疑義。

損害賠償義務

（3）損害賠償義務 依民法第六六一條的規定，承攬運送人，對於託運物品的喪失，毀損，或遲到，非證明其於物品的接收保管，運送人的選定，在目的地的交付，及其與他運送有關的事項，未怠於注意者，不得免損害賠償的責任。

。茲就此規定分析說明於左：

(A) 損害賠償義務，以運送物品的喪失，毀損，或遲到爲限。此所謂喪失，非專指運送物品之物質上的滅失而言，即不能交付於受領人的狀態，亦包含在內。至於毀損，則專指託運物品之物質上的損壞而言，遲到則指已逾正當時間始交付託運物品而言。

(B) 損害賠償義務，不以承攬人有故意或過失爲要件。託運物品有喪失，或遲到時，只須委託人能證明有此情事已足，不須更證明承攬運送人就此有故意或過失，亦不問該情事是否因於承攬運送人的行爲而生。

(C) 承攬運送人能證明自己未怠於注意即可免責。承攬運送人的賠償責任，雖不以其有故意過失爲要件，然亦非完全原因責任主義，而仍取相當過失責任主義。故承攬運送人能證明其於物品的接收保管，運送人的選定，在目的物的交付，及其他與運送有關事項，未怠於注意者，亦可免責。此所謂未怠

相對過失
責任主義

於注意，即就各項已盡善良管理人的注意，而仍不免有喪失，毀損，或遲到。

(D) 承攬運送人的賠償義務，乃為債務不履行的責任。承攬運送人對於委託人，既負有使運送人為物品運送的債務，則運送物品有喪失，毀損，或遲到的情事時，即應依債務不履行的損害賠償規定負擔債務（二一六條參照）。

委託人對於承攬運送人，雖得行使損害賠償請求權，然為承攬運送的便利計，亦有設短期消滅時效的必要。故民法明定：對於承攬運送物的喪失，毀損，或遲到所生的損害賠償請求權，自運送物交付或應交付之時起，二年間不_{行使而消滅}（六六條）。所謂運送物交付時，即謂運送人交付運送物於受貨人之時。所謂運送物應交付之時，即謂運送人應交付運送物於受貨人之時。前者在運送物一部喪失，毀損，或遲到時，均可適用；後者唯於運送物全部喪失時，始可適用。

(二) 承攬運送人的權利

報酬支付
請求權

(1) 報酬支付請求權 承攬運送契約，既為雙務的有償契約，承攬運送人自得依約定或習慣請求報酬（五八二條）；惟承攬運送人請求報酬，通常須於擔任行為完結時為之，方適合委託契約的本旨。

費用償還
請求權

(2) 費用償還請求權 承攬運送人為委託人為擔任行為，不僅有報酬支付請求權，并有費用償還請求權。故承攬運送人為委託人的利益而墊付費用時，委託人不僅應償還其費用，并應自墊付之日起支付法定利息，方為公平（五八二條）。

自己運送
的視為

承攬運送人於擔任行為完結時，固得請求報酬。如已就運送全部約定價額，或承攬運送人填發提單於委託人者，視為承攬人自己運送，不得另行請求報酬（六六四條）。何則，在此情形，不僅可認承攬運送人有自己運送的意思，并可認此時的報酬已包含於運費中。故法律逕視為承攬人自己運送，并不許其更請求報酬。此項規定，乃以保護委託人為目的，可謂為對於第五八七條第二項為特別

規定。

承攬運送人就貴重物品之喪失或毀損而生的責任，及因包皮有瑕疵而生喪失或毀損的責任，乃與運送人所應負的責任同，自應準用第六三五條及六三九條的規定（五六條）。又關於損害賠償數額的計算，亦與物品運送無異，應準用第六三八條及第六四〇條的規定（五六條）。

損害賠償
請求權

(3) 損害賠償請求權 運送物依其性質對於人或物有致損害之虞者，委託人於訂立契約前，即應將其性質告知承攬運送人。如委託人怠於告知，則對於因此所致的損害，應負損害賠償之責（五六五條，六）。

法定留置
權

(4) 法定留置權 承攬運送人對於委託人，既得請求支付報酬，及償還墊款，則為保全其報酬及墊款，自得對於運送物行使留置權。故民法規定：承攬運送人為保全其報酬及墊款得受清償的必要，按其比例，對於運送物有留置權（六六條二）。

自己加入
權

行紀人加
入權與承
攬運送人
加入權的
區別

(5) 自己加入權 行紀人於無反對約定時，既自爲買受人或出賣人（五八七條參照）

，承攬運送人於無特別約定時，自亦得自爲運送人。故民法明認承攬運送人，除契約另有訂定外，得自行運送物品（六六三條前段）。惟就其意義，性質，及效力

言之，承攬運送人的自己加入權，與行紀人的自己加入權，雖無二致，然就其要件言之，則仍有不同，即行紀人行使自己加入權，必須以依委託人指示而爲買賣時之市場的市價定其價值，而承攬運送人行使自己加入權，則不須具備如何特殊要件（本書第十三章第三節參照）。

承攬運送人自行運送，即自立於運送人的地位，其權利義務，當與運送人同（六六二條後段）。故其對於委託人，不僅負有運送人所應負的義務，并且享有運送人所應享的權利，即得請求報酬，運費，及其他營業上普通所生的費用。

第十八章

合夥

（民六六七條以下，德民七〇五條以下，瑞債五三〇條以下，法民一八三條，日民六六七條以下，俄民二七六條以下。）

第一節 合夥的意義

合夥的定義

合夥即二人以上互約出資，以經營共同事業的契約（六六七條一項）。合夥雖亦為團體關係，而與社團及公司相類似，然其性質，目的，及使命則仍有不同：（一）社團及公司均為權利義務的主體，合夥則非法人；（二）社團及公司的設立，須受一定的限制，合夥則得自由設立；（三）社團及公司宜於經營大規模，而且永續的事業，合夥則不易為之。要之，法律所以認合夥制度，不外為特殊的社會作用。茲分析其性質如左：

（一）合夥為契約

合夥乃因各合夥人互約出資，經營共同事業之意思表示的合致而成立，其為契約無疑。更分述之於次：

合夥為諾

（1）合夥為諾成契約 合夥的成立，僅須各合夥人意思表示的合致，入夥時不

成契約

合夥為不
要式契約

合夥為有
價契約雙
務契約

合夥得準
用擔保責
任規定

合夥得準
用關於雙
務契約規
定

須實交股金，是為『諾成契約』。

(2) 合夥為不要式契約 合夥雖多訂立合同，但不以作成書面或其他方式為成立要件，是為『不要式契約』。

(3) 合夥為有價契約且為雙務契約 各合夥人均負出資的債務，其債務又互有對價的關係，是為『有價契約』且為『雙務契約』（通說）。

合夥既為有價契約，即得準用關於買賣的規定（三四七條）。例如合夥人的出資義務，須準用關於出賣人擔保責任的規定（三四九條至三六六條）。

合夥既為雙務契約，即得準用關於同時履行（二六四條），及危險負擔（二六六條，二六七條）的規定。惟合夥適用此等規定，有無一定的限制？學說上尚有爭議。茲分述之於左：

(A) 同時履行的問題 關於同時履行的規定，能否適用於合夥？德國學者間，雖有議論，然解為全然不能適用，則不正當。未履行出資義務的合夥人，

三人以上
的合夥與
同時履行
抗辯權

對於他之未履行出資義務的合夥人而爲出資的請求時，該合夥人固得依同時履行的規定，以拒絕自己的出資。若在三人以上的合夥，已履行出資義務的合夥人，或合夥的業務執行人，對於未履行出資義務的合夥人而爲出資的請求時，該合夥人得否以其他合夥人尙未出資爲理由，而拒絕自己的出資？在此情形，學說上雖有解爲得行使抗辯權（肯定說），余則否認之。民法第二六四條，本基於公平原則而規定，請求人已自爲給付，卽不可認被請求人有抗辯權。至事務執行人請求給付，更不可認被請求人有抗辯權。何則？出資請求權，本爲構成合夥財產的一部。事務執行人行使其屬於合夥財產的債權時，其債務人對於其他合夥人，雖有出資請求權，亦不可據爲理由，而行使同時履行的抗辯權。若多數合夥人中偶有一人不履行出資的義務，他之合夥人卽有同時履行抗辯權，勢必使合夥陷於不能達其目的的結果。故此等法規的適用，在合夥契約的性質上，實不能不受一定的限制。

三人以上
的合夥與
危險負擔

(B) 危險負擔的問題 在僅有二人的合夥，如有一合夥人的出資義務，因不可歸責於雙方當事人的事由致給付不能時，固可適用危險負擔的規定，使該合夥人與他合夥人的關係受影響（即合夥消滅）。若在三人以上的合夥，僅有一合夥人的出資義務給付不能時，究竟只該合夥人的債務受影響（即僅該合夥人退夥，合夥仍舊存續），抑並使他合夥人相互間的債務同時受影響（即合夥完全消滅）？學說上有解為後者亦得適用危險負擔的規定（肯定說），余否認之。何則？民法第二六六條第一項的規定，僅使債務人無受對待給付的權利。如因一合夥人的出資不能，即使合夥終了，不僅違反合夥的團體性質，亦違反合夥契約當事人的意思。

合夥契約
與設立社
團共同行
爲的區別

要之，合夥契約雖有團體的效力，而與他之契約有異，然其契約的性質，則無不同。凡由合夥所設定的共同關係，僅為合夥人間的法律關係，而與設立社團的共同行為不同；設定社團的共同行為，乃創設獨立的人格者，各社員僅為其構成員

；設立合夥的合夥契約，則非創設獨立的人格者，唯各合夥人有權利能力。故關於社團法及公司法的規定，合夥不得準用之。

(二) 合夥以經營共同事業爲目的的契約

須各合夥
人有共同
目的

(1) 共同目的 合夥契約與其他契約的區別，即在其乃以共同目的爲核心。何謂共同目的？即各合夥人乃以將達成同一的目的及其目的達成的方法爲契約的對象。例如甲乙丙因學習英語，約定共同負擔，敦聘一英國人爲教師，甲乙丙間的契約，即爲合夥契約，反之，甲中國人與乙英國人爲交換語學教授，雖均以增進語學爲目的，其方法仍有不同，故不可謂爲合夥契約（即相互締結的僱傭契約）。合夥契約，雖須有共同的目的，然其事業的種類及期間，則無一定的限制，分述於左：

事業的種
類

(甲) 事業的種類 關於事業的種類，法律上本無一定的限制，凡在不違反公序良俗的範圍內，不問其以營利爲目的，或以公益爲目的，或以親睦娛樂爲

事業的期
間

目的，要皆得成立合夥。

(乙)事業的期間 合夥的事業，不須有繼續性，即以一時或一次的事項爲目的，亦可成立合夥。例如數人約定互爲出資，唯以一次買入廉價的某物爲目的。

須各合夥
人有共同
利害

(2)共同利害 何謂共同利害？即各合夥人對於該事業的成否均有利害關係。若僅合夥人之一人或一部受利益的分配，如羅馬法所謂獅子合夥，則非此所謂合夥。雖然，所謂非此合夥，亦非謂其爲當然無效，其目的如不違反公序良俗，仍得成爲贈與契約，或一種無名契約。

此所謂利害關係，不須均有金錢的利害關係，即一合夥人有金錢的利害關係，他合夥人有精神的利害關係，固無不可。又各合夥人雖均有金錢的利害關係，亦不須完全平等，即約定僅由一合夥人負擔損失，而由全體合夥人享受利益，亦屬無妨。

須各合夥人共同經營

(3) 共同經營 何謂共同經營？即各合夥人共同經營其合夥事業。共同經營，乃為合夥契約的主要效力，亦即各合夥人應負義務。各合夥人因有此義務，始負出資義務，故僅負出資義務，而不經營其事業，如後述的隱名合夥，則非此所謂合夥。然共同經營，雖為各合夥人的義務，亦同時為其權利，即各合夥人對於合夥事業，均有參與的權利。

(三) 合夥係各合夥人互約出資的契約

出資的種類

(1) 出資的種類 何謂出資？即供給一定的資本。關於資本的種類，法律上既無何等限制，自不以金錢為限。不僅金錢以外物的所有權，地上權，永佃權，無體財產權，及債權，得為出資的標的，即以勞務及信用代為出資，亦無不可。勞務得為出資，民法既已明認（第六六七條二項），則各合夥人不為何等物質上的出資，均以勞務代為出資，仍得成為合夥。信用能否代為出資，學說上雖有肯定否定兩說。然信用亦有財產的價值，毫與勞務無異，則謂其不能用以出資，

出資的內
容及程度

實無理由。反之，單純的不作為（例如不為競業，或停止競業），是否得為出資？學說上亦有肯定否定兩說。然各合夥人對於合夥事業，須積極的有所協力，則單純的不作為，不過不妨害共同事業的經營，自不得謂為出資。

(2) 出資 各合夥人雖均負擔出資的義務，然其內容，及程度，則不須同一或平等。例如一出金錢，一出勞務或信用；一出金錢獨多，一出金錢較少；一為一時出資，一為定期出資，均無不可。惟以勞務代為出資，須以經濟的勞務為限，其非經濟的勞務，既不得謂為資本的供給，自不可認為出資。

第二節 合夥的效力

第一款 合夥的對內關係

(一) 出資義務

關於出資的種類，及內容程度，前已詳述。茲專就左列各點說明之：

出資請求
權的歸屬

(1) 出資請求權的歸屬 各合夥人既須負擔出資義務，究竟其請求權應歸屬於何人？學說上尚有爭議：有謂出資請求權為出資義務人以外的合夥人所共有（即不可分債權）；有謂出資請求權為全體合夥人所共有。依我民法第六六八條所規定，係採後說。

出資義務
的履行

(2) 出資義務的履行 合夥人的出資義務，既為債務的一種，究應於何時清償，并由何人受領？尚有研究的必要。

(A) 清償的時期 關於清償的時期，合夥契約有訂定時，固應依其訂定。若無何等訂定時，應解為與同種同額的出資同時清償之。

(B) 清償的受領 出資義務，雖為對他合夥人的義務；但受領清償，究屬於執行的範圍，自應向有執行權人為之（三〇九條參照）。故無執行權的合夥人，僅得為全體合夥人而請求其向有執行權人為清償。至有執行權人，既得單獨執

行其通常事務，則得請求其向自己清償，并受領之，已無疑義（六七一條三項）。

合夥人如不履行出資義務或給付遲延，依一般債的規定，應生損害賠償請求權及契約解除權，已無疑義（二二六條，二二七條，二三一條，二五四條至二五六條參照）。

出資義務
的增加及
補充

(3) 出資義務的增加及補充 關於出資的數額，既經合夥契約所訂定，固不得擅自變更，以增加其出資義務；即原有資本，因損失而致減少，合夥人亦無補充的義務（六六九條）。雖然，此項規定，本無強制性質，當事人自不妨訂有反對特約。

(二) 競業禁止

合夥人有無不為競業的義務？民法雖無明文，然依合夥契約的目的，及信義的原則論之，當事人如無反對的特約，自不得為有損害於合夥的行爲。至如何行爲應在禁止之列？須依各合夥的目的及交易上的觀念決定之。

(三) 執行事務

第十八章 合夥

執行事務的方法

(I) 執行事務的方法 關於合夥事務的執行方法，合夥契約有訂定時，固應依其訂定。若無訂定時，則應依第六七一條的規定執行之。茲分析說明之於左：

未訂定由合夥人全體執行

(A) 合夥契約未訂定合夥事務應由合夥人全體執行時 在此情形，合夥人究應如何執行？各國立法例尚不一致：

(甲) 許各合夥人得單獨執行 法國民法及瑞士債務法採用之（法民一八九條，瑞債五三條）。

(乙) 許以全體合夥人的過半數決定執行 日民法採用之（日民六七〇條）。

(丙) 須由合夥人全體共同執行 德民法採用之（德民七〇九條）。

我民法採第三主義

我民法明定：合夥的事務，除契約另有訂定外，由各合夥人共同執行，係採第三主義（六七一條一項）。

訂定由合夥人中數人執行

(B) 合夥契約自始訂定或嗣後訂定由合夥人中數人執行時 在此情形，唯被委任的合夥人有事務執行的權利及義務，其他合夥人雖對於通常事務，亦無

通常事務
得單獨執
行
異議權的
表示

執行的權利及義務。故合夥的事務，應由該數人共同執行，方符合當事人的

意思（六七一條二項）。

前述兩點，均爲原則規定，尙設有例外規定。合夥的通常事務，如均須共同執行，事實上必有障礙。故民法明定：通常事務得由有執行權的各合夥人單獨執行之（六七一條三項前段）。雖然，有執行權的各合夥人單獨執行其通常事務時，其他有執行權的合夥人中任何一人，對於該合夥人的行爲有異議時，亦應停止執行，以待有執行權人全體共同執行，或由他有執行權人單獨執行。如已表示異議，而仍繼續執行，以致合夥受損害者，該合夥人即應負賠償的義務。

所謂通常事務，即日常的輕微事務。有執行權的各合夥人，雖得單獨執行通常事務，然其事務不僅性質上須屬於合夥事務，其及於合夥的利害關係，亦必須輕微。故有時重大事務雖與通常事務的性質無異，仍不可謂爲通常事務。例如以物品販賣爲目的的合夥，其物品的販賣，原則上雖屬於通常事務，但巨額的

交易，則不許單獨執行之。

有執行權的合夥人單獨執行通常事務時，其他有執行權的合夥人，雖得為異議，然必須於事務完了以前表示之。若於事務完了後始為異議，則不生何等的效果。又異議須就各個的事務執行為之，方生效力。若得為一般的異議，其結果即與剝奪各合夥人的業務執行權無異。

執行事務
的範圍

(2) 執行事務的範圍 關於執行的行為，雖不須有法律上的性質，即有事實上的性質，亦可。然其所執行的事務，要必屬於事務執行的範圍。例如合夥目的的變更，合夥人的加入，除名，及合夥的解散，則不得以合夥契約委任事務執行人為之。

履行義務
的注意程
度

(3) 履行義務的注意程度 合夥人履行依合夥契約所負擔的義務，究應以如何程度的注意？依第六七二條的規定，合夥人履行其義務，須與處理自己事務為同一注意。合夥人既僅須與處理自己事務為同一注意，則其只須負具體輕過失

的責任，已無疑義。

合夥事務
的表決

(4) 合夥事務的表決 合夥的事務，應如何決定？合夥乃為達到合夥人共同的目的而設，其事務固可約定由合夥人全體的過半數決定之，即約定由合夥人一部的過半數決定，亦無不可（六七三條前段）。惟此所謂過半數，乃以合夥人的人數為標準，不問其出資之多寡，推定每人均有一表決權（六七三條後段）。

所謂由過半數決定，即對於全體合夥人與以參與決議的機會，而依其過半數的同意，以決定事務執行的方法。此項表決，雖不須各合夥人發表贊否的意見，必須對於全體合夥人與以發表贊否意見的機會。

參與事務
與執行事

合夥的事務，本為分為參與事務與執行事務兩種：執行事務的權利，雖不妨自始訂定或事後訂定由合夥人中數人或一人執行並代表；參與事務的權利（如表決權及檢查權），則應認各合夥人平等，方可避免大資本壓迫小資本的流弊。雖然，此項規定，既為推定，當事人亦可舉出反證以推翻之。

第十八章 合夥

合夥事務
的檢查

(5) 合夥事務的檢查 合夥的事務，既由事務執行人執行，他合夥人雖不得任意干與，然合夥事務，乃為全體合夥人的事務，合夥財產，亦為全體合夥人的共有財產，則合夥事業之成敗，與各合夥人均有利害關係。況各合夥人既有參與合夥事業的權利，則對於合夥的事務及其財產狀況，尤應認其有檢查權。故民法明定：無執行合夥事務權利的合夥人，縱契約有反對的訂定，仍得隨時檢查合夥的事務及其財產狀況，並得查閱賬簿（六七五條）。依舊民草規定，合夥人的檢查權，不得契約除去或限制之。民法雖無明文，亦可為同一解釋。

事務執行
人的辭任
及解任

(6) 事務執行人的辭任及解任 合夥人中之一人或數人，既依合夥契約，自始或嗣後特別被委任執行合夥事務，固應顧全合夥的利益，不得自行辭任；即其他合夥人亦不得將其解任。故辭任及解任，均須有正當的事由，且解任尤須經其他合夥人的同意（六七四條）。所謂正當的事由，即自一般上應認其辭任或解任有不得已的事由。

費用償還
的請求

(7) 費用償還的請求 合夥人不問因執行事務或臨時處理，而支出的費用，要皆由合夥償還之。故民法明定：合夥人因合夥事務所支出的費用得請求償還（

六七八
條一項）。

報酬給付
的請求

(8) 報酬給付的請求 執行事務，既為合夥人的應有義務，原則上自不得請求報酬。故民法明定：合夥人執行合夥事務，除契約另有訂定外，不得請求報酬

（六七八
條二項）。

委任規定
的準用

(9) 委任規定的準用 合夥的事務，有由合夥人執行；有由合夥人以外的第三人執行。其委任第三人執行事務時，合夥與第三人間，乃發生純然的委任關係，其權利義務，固應依委任的一切規定決定之；即合夥人執行事務時，除其注意義務應依第六七二條的規定外，亦應準用第五三七條至第五四六條關於委任的規定（〇六八條）。

第二款 合夥的對外關係

何謂合夥
的對外關
係

代表與執
行事務的
區別

所謂合夥的對外關係，即被委任執行合夥事務的合夥人，於執行事務的範圍內，對於第三人得爲他合夥人的代表（六七）（九條）。代表與執行事務不同：執行事務乃爲合夥人相互間的內部關係，即其執行事務的行爲，得對於他合夥人發生效力；代表則爲對於第三人的外部關係，即其執行事務的行爲，得對於第三人發生效力，故前者有執行權，後者有代表權。

德國民法（七一）（四條）及瑞士債務法（五四三）（三項），僅認事務執行人有代理權，我民法則認執行事務人有代表權。代理行爲的內容，唯限於意思表示或法律行爲；代表行爲的內容，則不問其爲法律行爲或事實行爲：是二者有截然不同。

代表權與代理權雖有不同，其與執行權的範圍，則無何等差異。故代表權的發生，恆由他合夥人（即委任人）與執行權一併授與，至少亦可認爲於委任時同時有默示

代表行爲
與代理行
爲的區別

的授權行爲。惟法律爲謀實際上的便宜及交易上的安全，則不問其內部有無授權行爲，凡在委任事務的範圍內，均認其有代表權。

事務執行人的代表權，是否包含訴訟行爲的代表？依一般原則解釋之，此所謂代表權，不僅得代表訴訟外的行爲，并得代表訴訟上的行爲，合夥既與法人有異，不得爲私法上的權利主體，自應解爲無訴訟當事人的能力，唯全體合夥人有訴訟當事人的能力。故事務執行人爲原告或被告時，只可謂爲他合夥人的代表，不得認爲合夥的代表。

第三款 合夥的財產關係

(一) 合夥財產的性質

合夥既不能爲財產權的主體，則合夥財產自應屬於合夥人全體所共有。惟合夥乃以經營共同事業爲目的之一種的團體，其財產卽爲達此目的而存在，自應具有團

合夥財產
具有團體

財產的性質
合夥財產
屬於合夥
人全體公
同共有

體財產的性質。故民法明定：合夥財產屬於合夥人全體的共同共有（六六條）。合夥財產，既為合夥人全體的共同共有，不僅民法應設第六八二條至第六八五條等限制規定；其在性質所許的範圍內，亦得適用民法第八二七條二項以下的規定。

（二）合夥財產的構成

依民法第六六八條的規定，合夥財產乃由各合夥人的出資及其他合夥財產所構成。各合夥人的出資，固為合夥財產；其僅負出資義務，學說上尚有否認其為合夥財產。然出資義務，既為合夥的債權，即可解為合夥財產。所謂其他合夥財產，即指因執行事務所生的財產及基於合夥財產所生的財產而言。前者例如因執行事務而取得的物權，債權，及因有執行權的合夥人違背職務，或無執行權的合夥人妨害執行職務而生的損害賠償請求權。後者例如基於合夥財產而取得的天然孳息。法定孳息，及因第三人違反債務，或侵權行為而生的損害賠償請求權。

（三）合夥財產分析及抵銷的禁止

合夥財產
分析之禁
止

合夥財產，既為達到共同目的而集合，必須禁止合夥人自由分析或抵銷，方可達到其目的。茲分述之於左：

(1) 分析禁止 合夥人對於合夥財產得否請求分析，立法例有二：(A) 羅馬法及德國普通法，明認其有分析請求權；(B) 德國民法(九七一條)及日本民法

(六七六條二項)，則不認其有分析請求權。我民法係仿後者，明定合夥人於合夥清

算前，不得請求合夥財產的分析(六八二條一項)。合夥契約終了時，合夥人因得請

求合夥財產的分析。若合夥契約尚在繼續中，合夥人即得隨時請求分析，則合夥事業將永無完成之一日，故民法有設此禁止規定之必要。雖然，本條既非強制規定，合夥人如於合夥存續中，以全體的合意，而劃出一部財產分析之，亦應解為有效。

合夥財產
抵銷之禁
止

(2) 抵銷禁止 對於合夥負有債務，同時對於合夥人享有債權者，能否以其對於合夥人的債權與其所負的債務相抵銷？依民法第六八二條第二項的規定，則

探禁止主義，不許該債務人自行抵銷。在此情形，若許該債務人自行抵銷，則合夥所經營的公共事業，將無由達其目的，自有加以禁止的必要。雖然，依法文所規定，亦僅禁止以其對於合夥人的債權與其所負的債務相抵銷。若對於合夥負有債務，同時對於合夥亦享有債權，則不妨主張抵銷之。

(四) 合夥股分讓與的限制

依普通共有的規定，共有人雖得自由讓與其應有部分，然合夥契約，本基於合夥人相互間的信用，互約出資，而以經營共同事業為目的。若各合夥人得自由讓與其股分於第三人，其結果不僅使合夥財產有所減少，影響共同事業的經營。即與合夥為交易的第三人，亦不免因合夥財產的減少，而蒙不測的損害。故民法明定：

合夥人非經他合夥人全體的同意，不得將自己的股分轉讓於第三人（六八三條前段）

合夥人得否處分其股分？立法例有三：（A）羅馬法及德國普通法採有效主義；

合夥股分
唯不得轉
讓於第三
人

合夥債務
的意義

清償責任
的規定

(B) 德國民法採無效主義；(C) 日本民法採不得對抗主義。我民法唯就讓與設有規定，禁止轉讓於第三人。若轉讓於他合夥人，則無影響於合夥財產，或妨害其共同事業，自不在禁止之列（六八三條但書）。

此所謂股分，非專指出資的數額而言，乃指各合夥人對於合夥財產的應有部分。

(五) 合夥債務的清償責任

(1) 合夥債務的意義 何謂合夥的債務？即合夥對外所負的債務。此乃法律上本為各合夥人的債務，即一種多數債務人的債。然對於合夥的債務，與對於合夥人的債權，民法既已明認其有區別（六八二條二項），則合夥債務與合夥人固有的債務，觀念上亦仍有不同。

(2) 清償責任的規定 合夥財產不足清償合夥的債務時，各合夥人對於不足之額，究應負如何責任？立法例有三：(A) 德民法採連帶主義（四二七條），(B) 日本民法採分擔主義（六七條）；(C) 瑞士債務法則分別規定（五四條）。

我民法採
連帶主義

各合夥人
對外應負
連帶責任
對內仍按
成數分擔

代位行使
的限嗣

）。我前大理院判例，係採折衷主義，即首由合夥人各自分擔，合夥人中如有無力清償者，始由他合夥人按股分擔。民法係採連帶主義，即明定合夥人須連帶負責，而以合夥財產不足清償債務為要件（一六八條）。惟合夥財產是否足清償合夥的債務？究應認為內部問題。況合夥人對於合夥的債務，既應負無限責任，則合夥的債權人，自得依第二七二條及第二七三條的規定，逕向各合夥人請求清償。即使其內部訂有反對特約，應認為有效，對於債權人亦不得主張之。各合夥人對於合夥的債權人，雖應連帶負責，然就其內部關係言之，仍應按分配損失的成數分擔，逾此成數，亦得行使求償權。

（六）債權人代位行使及聲請扣押

（一）代位行使 合夥人的債權人，就該合夥人對於合夥的權利，固非不許行使代位權；惟為貫徹維持合夥財產的本旨，合夥人的債權人，須於該合夥人已退夥，或開除，或合夥解散後，始得行使代位。若合夥人的債權人，於該合夥人

聲請扣押
的限制

的合夥存續期間內，雖使其具備代位行使的要件，亦不得就其對於合夥的權利行使代位權（六八四條前段）。雖然，合夥人的利益分配請求權，已成爲獨立的權利，而與合夥關係無礙，自得許其代位行使之（六八四條但書）。

（2）聲請扣押 合夥的債權人，就該合夥人的股分，固得聲請扣押；但對於合夥關係，亦應顧到。若聽債權人隨時聲請扣押，則不免因執行的結果，而致讓與其股分於第三人。故民法一面爲保護該債權人的利益，特認其有聲請扣押的權利：一面又顧到合夥方面的利益，而使債權人於兩個月前負通知合夥的義務，並定該項通知有爲該合夥人聲請退夥的效力（六八五條）。惟於此尚有應注意者，即本條唯就合夥人的債權人規定之，若合夥的債權人，則得就合夥財產聲請扣押，使其發生解散的效力，自不生退夥的問題。

（六）合夥的決算及損益分配

決算及損

（1）決算及損益分配的意義 何謂決算？即將合夥的財產狀況列表明確開載以

益分配的
意義

計算其盈虧。何謂損益？卽合夥財產總額少於出資總數，或多於出資總數。何謂損益分配？卽將由合夥事業所生的損失或利益，使各合夥人按成數分擔或分受；詳分之，卽將財產總額扣除出資總額尚有餘裕時，使各合夥人按成數分受，其有不足時，使各合夥人按成數攤負。

決算及損
益分配的
權限

(2) 決算及損益分配的權限 決算既屬於執行事務的範圍，事務執行人自有執行的權限。分配利益，是否屬於執行事務的範圍，應視合夥的性質以爲決：合夥如有營利的性質，執行人固有此權限；若有非營利的性質，執行人則無此權限。至分配損害，則不得由執行人實施，使各合夥人補充之（六六九條）。

決算及分
配利益的
時期

(3) 決算及分配利益的時期 關於合夥的決算及分配利益，合夥契約或委任契約另有訂定時，固應依其訂定；若無訂定時，則應於每屆事務年度終爲之（六七六條）。至事務年度如何，應依契約或習慣之所定，如別無所定，可解爲每一年爲一年度。

分配損益
的成數

(4) 分配損益的成數 分配損益的成數，未經約定者，按照各合夥人出資額的比例定之（六七七條一項）。若僅就利益或僅就損失所定的分配成數，視為損益共通的分配成數（六七七條二項）。至勞務出資的合夥人，須契約另有訂定者，方受損失的分配，否則，只可分配利益（六七七條三項）。

第三節 合夥人的退夥及加入

第一款 退夥

(一) 退夥的意義

退夥即自合夥脫退而喪失其合夥人的地位。合夥關係有依退夥人的意思而終止是為任意退夥，亦稱聲請退夥；有非依退夥人的意思而終止，是為法定退夥，亦稱非任意退夥。

(二) 退夥的原因

退夥既有任意退夥與法定退夥之分，其原因亦即因之而異。茲分述之於左：

任意退夥
的原因

(1) 任意退夥的原因 任意退夥，既為終止契約的一種，其意思表示，即應向他合夥人全體為之，不得向他合夥人一部或事務執行人為之（二五八條）。依民法所規定，合夥人得就左列情形聲明退夥：

(A) 合夥未定有存續期間，或經訂明以合夥人中一人的終身為其存續期間時在此情形，各合夥人不須有何等特別理由，即得聲明退夥。何則，合夥本為繼續的契約，既未定有存續期間，則推測當事人的意思，自得隨時終止契約。又合夥既由當事人自由結合，即應許其自由退夥。若訂明以合夥人中一人的終身為其存續期間，是即剝奪各合夥人的退夥權，而使其永受拘束，故法律仍有許其聲明退夥的必要（六八六條一項）。雖然，此項退夥，民法仍設有一定的限制：（一）須於兩個月前通知他合夥人（六八六條一項但書）；（二）不得於

聲請退夥
的限制

有不利於合夥事業的時期退夥（六八六條二項）。就前者言之，此項終止，仍與一般終止不同，非於通知達到他合夥人時即生效力，尚須通知達到兩個月後始生效力。就後者言之，退夥人仍須選擇不致使合夥事業受不利利益的時期爲之，否則亦不能認其退夥爲有效。

（B）合夥縱定有存續期間，如合夥人有非可歸責於自己的重大事由，合夥既定有存續期間，各合夥人原則上已無退夥權，自不得任意聲明退夥；惟合夥人有非可歸責於自己的重大事由，若仍使其受拘束，實亦近於苛刻，故民法特明認其得聲明退夥（六八六條三項）。

法定退夥
的原因

（2）法定退夥的原因 依民法第六八五條及第六八七條的規定，法定退夥的原因如左：

（A）合夥人的債權人聲請扣押 合夥人的債權人，就該合夥人的股分，聲請扣押，如於兩個月前通知合夥，其通知有爲該合夥人聲明退夥的效力。

(B) 合夥人死亡。合夥本以個人信用為基礎，合夥人如有死亡，即應使其退夥；惟合夥訂有反對契約，其合夥關係亦不妨由其繼承人繼承之。

(C) 合夥人受破產或禁治產的宣告。在此情形，合夥人既已喪失經濟信用或行為能力，如仍使其繼續合夥關係，事實上不無困難，故民法明定其為退夥的原因。

(D) 合夥人經開除。合夥人既經開除，即使其與他合夥人終止合夥關係，自應認其為退夥的原因。惟合夥人一旦被開除，其有形及無形方面，均受有重大的影響，故民法特設一定要件以限制之（六八條）。茲分述之於左：

(甲) 須有正當理由。何謂正當理由？即合夥開除其合夥人，在一般上均認為有正當的事由。究竟正當的理由是否存在？須就各個場合決定之。例如出資義務的懈怠，勞務出資的不能，或與他合夥人全體有顯著的不和，均可認為正當理由。

開除的要件

同時不得
開除二人

(乙) 須經他合夥人全體之同意 此即他合夥人全體對於開除均有一致的意思。合夥得否開除二人以上的合夥人？學說上雖有爭執，余謂開除既須他合夥人全體之同意，即應解為同時不得開除二人，若合夥人僅有二人，則不能適用開除之規定。

(丙) 須通知被開除的合夥人 開除既須通知被開除的合夥人，究竟其通知有如何效力？依德國民法規定，乃以通知為成立要件（七三條）；依日本民法規定，則以通知為對抗要件（六八〇條但書），我民法雖未明定，依前大理院判例解釋，則應認為生效要件（六年上字九一〇號）。

(三) 退夥的效力

合夥人的退夥，其合夥關係應否發生終了的結果？依德國普通法時代的通說，應注重各合夥人的個性，不認合夥人的退夥，合夥如有變更，合夥關係即歸消滅。依日本民法的規定，則注意合夥的團體性，合夥人縱有退夥，合夥關係仍可存續。

。我民法亦然。合夥雖無獨立的人格，而為一個統一的團體，故合夥人的退夥或加入，仍保有其團體性，不可不認其團體依然存續。凡在二人的合夥，或減至二人的合夥，如有一人退夥，合夥關係雖應因之消滅；反之，在三人以上的合夥，縱有一人退夥，合夥關係則仍可存續，決不因一人退夥而失其同一性。

一人退夥，合夥關係既可依然存續，則退夥的效力，不外使退夥人自退夥時唯對於將來喪失其合夥人的地位。此項效力，不問其為任意退夥或法定退夥，要皆當然發生，其不同者，唯任意退夥的效力，本於效果意思而發生，法定退夥的效力，本於法律規定而發生。茲就退夥人與他合夥人及第三人的關係，說明退夥的效力於左：

退夥人與
他合夥人
的關係

(I) 退夥人與他合夥人的關係 此即退夥的對內關係。退夥的結果，既應就退夥人與他合夥人的財產關係，加以整理，故民法特設次述的規定：

結算標準

(A) 結算應準據退夥時合夥財產的狀況 合夥的清算，原則上應於合夥終了

據退夥時
合夥財產
的狀況

合夥得以
金錢抵還
退夥人的
股分

時爲之；但合夥人既有退夥，退夥人與他合夥人間的權利義務，即應於退夥時告一結束。至清算的標準，應依據退夥時合夥財產的狀況方爲公允（六八條）。

(B) 合夥得以金錢抵還退夥人的股分 前述結算的結果，其合夥財產如超過出資總額，他合夥人即應對合夥人返還出資，并給付盈利。此等出資或盈利，如爲金錢時，既得逕以金錢返還自無問題。若爲金錢以外之物時，則發生應爲金錢支付，抑應爲現物給付的問題。民法爲圖殘存合夥的便利，使合夥事業仍得繼續經營起見，特明定合夥有不問出資的種類如何，得以金錢抵還的權利（六八條二項）。惟以金錢抵還，既爲合夥的權利，則合夥亦僅負擔任意債務，自不妨以原物返還之。

所謂得以金錢抵還，即謂得就其因出資或其他原因而併入合夥財產的股份，以折算其價額而爲償還。故退夥人的固有財產，既非合夥財產，自不生折價

抵償的問題。例如退夥人唯以其所有物的單純使用權爲出資時，合夥雖得就其使用權折償金錢，則不得取得該物所有權。

未了結的事務
於結算後
其分配
損益

(C) 未了結的事務，於了結後計算，并分配其損益。合夥人既有退夥，原則上即應依據退夥時的財產狀況而爲結算；但合夥事務，如於退夥時尚未了結者，即無依據的標準以計算之。故民法明定：合夥事務，於退夥時尚未了結者，於了結後計算，并分配其損益（六八九條三項）。雖然，未了結的部分，雖應延期計算，其已了結的部分，仍應於退夥時計算。又退夥人原有的資格，應於退夥時喪失，非延至未了結的事務結算時始喪失其資格。

退夥人與
第三人的
關係

(2) 退夥人與第三人的關係 此即退夥的對外關係；詳言之，即第三人對於合夥有債務或債權時，合夥人退夥後應生如何影響的問題。茲分述之於左：

(A) 合夥對於第三人享有債權時 在此情形，依第六八九條二項的規定，退夥人的股分，自應移轉於他合夥人。

退夥人對
於退夥前
債務連帶
負責

退夥人對
於退夥後
債務無須
負擔

(B) 合夥對於第三人負有債務時 退夥人對於合夥的債務，應否負責？須視其為退夥前的債務，抑為退夥後的債務以為決：

(甲) 退夥前的債務 退夥人既自退夥時起始喪失合夥人的資格，則對於退夥前合夥所負的債務，仍應與他合夥人負連帶責任（六八條）。故民法明定：合夥人退夥後，對於其退夥前所負的債務，仍應負責（六九條）。

(乙) 退夥後的債務 退夥人對於退夥後所生的權利，既不能享有，則對於退夥後所負的債務，亦無須負擔。民法關於此點，雖未明定，亦應為如此解釋，方為公允。

第二款 加入

(一) 加入的意義

加入即第三人參加現已存在的合夥，而取得其合夥人的地位。關於第三人的加入

。德日民法均無明文，我民法特以明文規定之（六九條）。

（二）加入的要件

合夥契約的變更，既須經合夥人全體之同意（六七條），則第三人加入合夥，亦爲合夥契約變更的一種，自應以經合夥人全體之同意爲要件。故民法明定：合夥成立後，非經合夥人全體之同意，不得允許他人加入爲合夥人（六九條一項）。

加入合夥
與加入社
團的區別

合夥本與法人不同，加入合夥與加入社團（入社）自亦有異：加入社團乃爲新社員與法人間的行爲；加入合夥爲加入人與舊合夥人間的行爲。故前者常經社員多數的同意，後者須經合夥人全體的同意。加入既須合夥人全體的同意，則僅有加入人一方的意思表示，或僅向事務執行人或合夥人一部爲意思表示，均不能成立。雖然，此所謂須經合夥人全體之同意，其意思表示亦非必由各合夥人全體共同爲之，即分別爲之亦可。又加入究由加入人爲要約，抑由合夥人爲要約，固不可不問；即其加入究爲要式行爲，抑爲不要式行爲，亦非所問。

(三) 加入的效力

加入唯使加入人對於現存的合夥取得合夥人的地位，並非舊合夥喪失其同一性。茲就其內外關係說明於左：

加入人與舊合夥人間的關係

(1) 加入人與舊合夥人間的關係 此即加入的內部關係。第三人自經加入，即當然為合夥財產的公同共有人，其對於合夥財產，非須有何等讓與行為，始取得其應得的股份。故加入人對於合夥及他合夥人的權利義務，亦應全與舊合夥人同。

加入人與第三人間的關係

(2) 加入人與第三人間的關係 此即加入的對外關係。加入行為，既為加入人與舊合夥人間的行為，除有債的移轉外，似與第三人不生如何關係；但依民法所規定，加入人與合夥的債權人及債務人間仍可發生左列的關係：

加入人對於加入前

(A) 加入前的債務 加入人既不須何種行為，即與舊合夥人就合夥財產為公同共有，則對於加入前合夥所負的債務，亦應負連帶責任（六八條）。故民法

債務仍須
負責

明定：加入為合夥人者，對於加入前合夥所負的債務，與他合夥人負同一的責任（六九一條二項）。

加入人對
於加入前
債權亦得
享有

(B) 加入前的債權 加入人對於加入前合夥所有的債權，能否與舊合夥人公同共有？民法雖未明定，然合夥的債權，既為前合夥財產的一部，加入人又為合夥財產的公同共有人，則該項債權應認為加入人與舊合夥人所共有，已無疑義。

第四節 合夥的解散及清算

第一款 解散

(一) 解散的意義

合夥的解散，即合夥終了原因的法律事實。合夥的解散，雖與法人的解散相類似

合夥解散
與法人解
除的區別

；但法人的解散，乃為權利能力的終了原因，合夥的解散，則為契約關係的終了原因，是二者仍有不同。

(二) 解散的事由

關於合夥解散的事由，民法已有明定（二六九）。茲分述之於左：

存續期限
屆滿

(1) 存續期限屆滿 合夥契約，無論於當時或嗣後定有存續期限，一旦其期限屆滿，即應發生消滅效力。若合夥人於存續期限屆滿後，仍繼續進行其目的事業的事務，固不妨視為廢續；但廢續的合夥契約，只可視為不定期期限，方適合

合夥人的意思（三六九）。

合夥人全
體同意

(2) 合夥人全體同意 合夥關係，既本於合夥人的意思而成立，則合夥人全體已同意解散，自亦應發生消滅效力。

目的事業
已完成或
不能完成

(3) 目的事業已完成或不能完成 合夥的目的事業，如已完成，固無存續的必要；即不能完成，亦無存續的可能。故合夥的目的事業已完成或不能完成，均

發生消滅效力。

（三）解散的效力

合夥的解散事由，一旦發生，其所經營的事業，即不再繼續；但當事人間的關係，或對於第三人的關係，均非因之完全消滅，必待清算終結後，合夥關係始完全終了。

第二款 清算

（一）清算的意義

合夥的清算，即以整理合夥財產為標的的程序。合夥解散，亦如法人解散，必須整理其財產關係。惟清算事務，非屬於事務執行人的權限，應由清算人執行之。故清算人在清算目的範圍內，應對內有執行權，對外有代表權。

（二）清算人的任免

清算人的
充任

(1) 清算人的充任 依民法所規定，清算人的充任方法，不外左列兩種：

(A) 由合夥人全體為清算人 就此點言之，合夥與法人不同：法人解散，必須另設清算人；合夥解散，不必另設清算人。各合夥人平時對於合夥事務及其財產狀況，既有檢查的權限（六七條），則當其解散時，自應有清算的權限

（六九四條一項）。故合夥解散，可解為清算人應以合夥人全體充任為原則。

(B) 由被選任的合夥人或第三人為清算人 合夥解散後，如不由合夥人全體充任清算人，即可選任合夥人中的一部，或第三人為之（六九四條一項）。惟清算

人的選任，須以合夥人全體的過半數決定之（六九四條二項）。雖然，此項規定，

亦非強行法規，合夥契約不妨另有特別訂定。例如約定得以事務執行人為清算人，或得由事務執行人選任清算人。

清算人的
解免

(2) 清算人的解免 關於清算人的選任，雖無何等的限制，不問其選任合夥人與否；惟以合夥契約選任合夥人中一人或數人為清算人時，其辭任及解任，即

得適用第六七四條的規定（六條九）。合夥人中一人或數人，被選任執行清算事務時，其清算人非有正當事由，固不得擅行辭任，其他合夥人亦不得將其解任。且清算人的解任，非經其他合夥人全體的同意，亦不得擅行解任。

（三）清算人的權限

清算人僅一人時，其執行清算事務，固不生如何問題。若清算人有數人時，關於清算的決議，究應如何爲之？依第六九五條所規定：數人爲清算人時，關於清算的決議，應以過半數行之。雖然，合夥的通常事務，既屬於清算範圍內，自不須決議，得由各清算人單獨執行之（六七一條三項）。

（四）清算人的職務

清算人的職務，原則上與法人清算人的職務相同（四〇條一項），不外（1）了結現務，（2）收回債權，（3）清償債務，（4）移交賸餘財產。惟合夥財產處分的性質，既與公益法人賸餘財產的處分不同，民法自有明定其方法及次序的必要

清償各夥
的債務

。茲分述之如左：

(1) 清償合夥的債務 合夥財產，本為合夥債務的共同擔保，其債權人應有優先受領清償的權利。故民法明定：合夥財產，應先清償合夥的債務，其債務未至清償期或在訴訟中者，應將其清償所必需的數額，由合夥財產中劃出保留之(六九七條一項)。又合夥債務，多為金錢，如合夥財產有非金錢時，清算人應於必要限度內，將合夥財產變價為金錢，以便清償(六九七條三項)。

返還各合
夥人的出
資

(2) 返還各合夥人的出資 清算人各就合夥財產清償債務，或劃出必需的數額，仍有賸餘時，即應將其賸餘財產返還各合夥人的出資(六九七條二項)。惟清算人

返還出資，得為變價處分，或減額返還。何謂變價處分？即清算人應於必要限度內，將合夥財產變為金錢，以返還合夥人的出資(六九七條三項)。何謂減額返還？即清算人於合夥財產不足返還各合夥人的出資時，得按照各合夥人出資額的比例返還之(六九八條)。

分配合夥
的賸餘財
產

(3) 分配合夥的賸餘財產，合夥有利益，既應分配各合夥人，則合夥財產，於清償合夥債務及返還各合夥人出資後，尚有賸餘時，清算人即應按各合夥人原定分配利益的成數分配之（六九）（九條）。

第十九章

隱名合夥

（民七〇〇條以下，德商三三五條以下，日商二九七條以下。）

第一節 隱名合夥的意義

隱名合夥
的定義

隱名合夥，即當事人約定一方（隱名合夥人）對於他方（出名營業人）所經營的事業出資，而分受其營業所生的利益，及分擔其所生損失的契約（七〇）（七條）。茲分析其性質如左。

(一) 隱名合夥為契約

隱名合夥，乃因隱名合夥人與出名營業人之雙方意思的合致而成立，其為契約無

隱名合夥
爲諾成契
約

隱名合夥
爲不要式
契約

隱名合夥
爲有償契
約，且爲
雙務契約

隱名合夥
人的資格
無限制

疑。更分述之於次：

(1) 隱名合夥爲諾成契約 隱名合夥的成立，僅須當事人有明示或默示之意思表示的合致，入夥時不須爲現實的出資，是爲『諾成契約』。

(2) 隱名合夥爲不要式契約 隱名合夥的成立，雖常有訂立書面，然非如兩合公司必須訂立章程或其他契約書，是爲『不要式契約』。

(3) 隱名合夥爲有償契約，且爲雙務契約 隱名合夥人與出名營業人各負有一定的債務，其債務又互有對價關係，是爲『有償契約』且爲『雙務契約』。

(二) 隱名契約爲隱名合夥人約爲出資的契約

此所謂出資人，即爲隱名合夥人。隱名合夥人的資格，既無一定限制，自不問其爲商人，或非商人，亦不問其爲自然人，或法人。隱名合夥契約的當事人，通常雖僅有一出名營業人與一隱名合夥人，亦有時對於一出名營業人有數名的隱名合夥人。惟在此情形，各隱名合夥人與出名營業人間，亦必成立數個獨立的隱名合

夥契約，其各隱名合夥人相互間，則不生何等關係。故學者多謂此爲隱名合夥與兩合公司區別的要點。雖然，數人共同與一出名營業人締結隱名合夥契約，而爲共同的隱名合夥人，亦無不可。

(三) 隱名合夥爲隱名合夥人約爲相對人所經營的事業出資，並分擔其所生損失的契約。

出名營業
人的資格
無限制

此所謂相對人，卽爲出名營業人。出名營業人，不必爲商人，或普通私人，卽非商人，或法人，亦可。又出資亦不限對於一人，卽對於合夥，亦可訂立隱名合夥。出名營業人所經營的事業，其種類既無限制，自不必限於商業，卽其他事業亦可。且其事業不必於訂立隱名合夥契約時已存在，卽於訂立契約後，始行存在，亦可。

隱名合夥人既負出資義務，究竟其出資是否以財產的出資爲限？依德國多數學者的主張，隱名合夥人的出資，不限於財產的出資，亦得以勞務代爲出資；依日本

出資須以
財產的出
資爲限

損失須於
出資的限
度內負擔

學者的主張，隱名合夥人的出資，須限於金錢或其他財產，不得以勞務或信用代爲出資。我國民法明定：隱名合夥人的出資，其財產權移屬於出名營業人（二七〇），則應從後說解釋之。

隱名合夥人對於出名營業人不僅應負出資的義務，並應負分擔其所生損失的義務。惟隱名合夥人雖應分擔損失，僅於其出資的限度內，負分擔損失的責任（三七〇）。

（四）隱名合夥爲出名營業人約使隱名合夥人分受其營業所生利益的契約。隱名合夥人既應分擔營業所生的損失，亦即應分受營業所生的利益，故利益的分配，乃爲隱名合夥的要素。惟隱名合夥人雖有分受利益的權利，亦必以營業獲有利益爲前提。若約定不問營業獲有利益與否，均須分配一定利益，是即對於出資額支付確定利息，實與隱名合夥的性質相反。當事人約定於分配利益外，仍支付一定利息，雖不妨成立隱名合夥。若單純的約定支付利息，只可認爲消費借貸或

其他無名契約，則不可認爲隱名合夥。

隱名合夥
與兩合公
司的異點

如上所述，隱名合夥，在經濟上本與兩合公司立於同一基礎，即均由資本家供出資本，加入他人所主宰的營業，以參與損益的分配。從沿革上觀之，各國立法例，雖多以隱名合夥規定於商法中，且以之與公司相並規定。然就性質上言之，隱名合夥與兩合公司則有下列的差異：（一）兩合公司爲法人，本具有獨立人格；隱名合夥爲契約，則僅有內部關係。（二）兩合公司的營業，商號，及財產，乃爲全體股東所共有，而非專屬於無限責任股東；隱名合夥的營業，商號，及財產，則專屬於出名營業人，而非與隱名合夥人所共有。我民法特將隱名合夥與合夥並列規定於各種之債中，其認爲契約的一種，已無疑義。

隱名合夥
與普通合
夥的差異
點

隱名合夥，雖亦名爲合夥，其性質實與普通合夥不同：（一）在普通合夥，合夥人各爲自己而出資，其財產乃爲合夥人全體的公同共有；若隱名合夥，隱名合夥人則爲出名營業人而出資，其財產應視爲僅屬於出名營業人。（二）在普通合夥的事業

，由合夥人全體共同經營，各合夥人均有參與權利；若隱名合夥的營業，則爲出名營業人所獨占，隱名合夥人則不協同營業。（三）在普通合夥，不僅各合夥人同爲權利義務的主體，且有團體的性質；若隱名合夥，唯出名營業人爲權利義務的主體，隱名合夥人則立於單純契約關係。

隱名合夥，既與普通合夥有顯著的差異，則德國多數學者解釋隱名合夥的性質，而認爲合夥的一種，自有錯誤。然如法意學者解釋隱名合夥爲非合夥的一種，亦不正確。要之，隱名合夥人對於他方的營業及財產，既無共同關係，實與合夥的要素相反；但隱名合夥，亦係對於一定營業而出資，以參與損益的分配，且有一部參與權，并得退夥及終止契約，又與合夥有相似之點。故隱名合夥契約，可解爲與合夥的内部關係相類似之一種獨立契約。隱名合夥既可認爲獨立契約，即得準用關於合夥的規定。故民法第七一〇條明定：隱名合夥，除本節有規定者外，準用關於合夥的規定（六六九條，六七〇條，六七一條，六七二條，六七三條，六七四條，六七五條，六七六條，六七七條，六七八條，六七九條，七〇〇條，七〇一條，七〇二條，七〇三條，七〇四條，七〇五條，七〇六條，七〇七條，七〇八條，七〇九條，七一〇條，七一一條，七一二條，七一三條，七一四條，七一五條，七一六條，七一七條，七一八條，七一九條，七二〇條，七二一條，七二二條，七二三條，七二四條，七二五條，七二六條，七二七條，七二八條，七二九條，七三〇條，七三一條，七三二條，七三三條，七三四條，七三五條，七三六條，七三七條，七三八條，七三九條，七四〇條，七四一條，七四二條，七四三條，七四四條，七四五條，七四六條，七四七條，七四八條，七四九條，七五〇條，七五一條，七五二條，七五三條，七五四條，七五五條，七五六條，七五七條，七五八條，七五九條，七六〇條，七六一條，七六二條，七六三條，七六四條，七六五條，七六六條，七六七條，七六八條，七六九條，七七〇條，七七一條，七七二條，七七三條，七七四條，七七五條，七七六條，七七七條，七七八條，七七九條，七八〇條，七八一條，七八二條，七八三條，七八四條，七八五條，七八六條，七八七條，七八八條，七八九條，七九〇條，七九一條，七九二條，七九三條，七九四條，七九五條，七九六條，七九七條，七九八條，七九九條，八〇〇條，八〇一條，八〇二條，八〇三條，八〇四條，八〇五條，八〇六條，八〇七條，八〇八條，八〇九條，八一〇條，八一一條，八一二條，八一三條，八一四條，八一五條，八一六條，八一七條，八一八條，八一九條，八二〇條，八二一條，八二二條，八二三條，八二四條，八二五條，八二六條，八二七條，八二八條，八二九條，八三〇條，八三一條，八三二條，八三三條，八三四條，八三五條，八三六條，八三七條，八三八條，八三九條，八四〇條，八四一條，八四二條，八四三條，八四四條，八四五條，八四六條，八四七條，八四八條，八四九條，八五〇條，八五一條，八五二條，八五三條，八五四條，八五五條，八五六條，八五七條，八五八條，八五九條，八六〇條，八六一條，八六二條，八六三條，八六四條，八六五條，八六六條，八六七條，八六八條，八六九條，八七〇條，八七一條，八七二條，八七三條，八七四條，八七五條，八七六條，八七七條，八七八條，八七九條，八八〇條，八八一條，八八二條，八八三條，八八四條，八八五條，八八六條，八八七條，八八八條，八八九條，九〇〇條）。

隱名合夥
爲獨立契
約準用
定移的規

第十九章 隱名合夥

第二節 隱名合夥的效力

第一款 隱名合夥的對內關係

(一) 出資義務

隱名合夥，既為雙務的有價契約，隱名合夥人對於出名營業人，自應負出資義務。

出資的擔保責任

(1) 出資的擔保責任 隱名合夥為有價契約的結果，關於追奪擔保及瑕疵擔保的責任，得準用第四九條的規定。又隱名合夥為雙務契約的結果，關於危險負擔，得準用第二六六條的規定。

出資財產的移屬

(2) 出資財產的移屬 出資的財產權，仍應歸屬於隱名合夥人，抑應移屬於出名合夥人？依民法所規定，隱名合夥人出資的財產權，須移屬於出名營業人（條七二）。出資的財產權，既應移屬於出名營業人，隱名合夥人即應履行其移轉

財產的債務。

出資財產，既應認為出名營業人的獨有財產，則因營業損失而致該出資減少時，出名營業人如超過減少部分以分配利益或返還出資，而使債權人受有損害，該債權人只得對之行使撤銷權（二四四條），不得直接對於隱名合夥人主張任何權利。

（二）分擔損失

隱名合夥人，不僅對於出名營業人應負出資的義務，並應負分擔損失的責任。惟隱名合夥人雖應分擔損失，亦非負無限制的責任，唯就出資的限度內負其責任（七〇三條）。故隱名合夥人，縱有時應對第三人負出名營業人的責任（七〇五條），其責任亦應以出資的限度為準。雖然，此項規定，僅有補充效力，若當事人訂有特約時，自應從其約定（前大理院一一年上字八五五號判例）。

（三）執行事務

第十九章 隱名合夥

隱名合夥人無執行權及異議

執行事務的注意程度

使用出資財產的限

隱名合夥人，既應對於出名營業人所經營的事業而出資，則營業事務，自應由出名營業人（主體）負責執行。隱名合夥人不但無執行權，亦無異議權。故執行事務，乃為出名營業人的權利及義務。

出名營業人既負執行事務的義務，究應為如何程度的注意？關於此點，雖非當然適用關於合夥的規定（六七條），然隱名合夥的內部關係，既與合夥契約相類似，則在當事人未訂有特約時，即應準用關於合夥的規定，出名營業人執行事務，必須與處理自己事務為同一注意。

出名營業人雖得使用出資財產，亦須依約定目的而使用。在約定目的的範圍，出名營業人雖得單獨為之。若超過約定目的的範圍，則須先得隱名合夥人的同意，始得為之。前者例如變更商號，移轉營業所，關閉支店，增加資本等行為；後者例如變更目的事業，廢止營業，或讓與營業等行為。凡在應得隱名合夥人同意的場合，若未經其同意，即單獨為某行為時，其行為對於外部雖發生完全的效力，

不爲競業
的義務

隱名合夥人則得對於出名營業人行使損害賠償請求權。至何種行爲，應得隱名合夥人的同意？則屬於當事人之意思解釋的問題，應就各實際情形決定之。

出名營業人對於目的事業，既應忠實執行，即可解爲負有不爲競業的消極義務。依德國多數學者所主張，出名營業人非得隱名合夥人的同意，不得另爲自己或第三人經營與隱名合夥同一目的的營業，亦不得爲同類營業公司的無限責任股東。雖然，出名營業人須負此項義務。亦非一般問題，應認爲屬於各情形的事實問題，較爲正當。

(四) 分配利益

出名營業人，除契約另有訂定外，應於每屆年度終，計算營業的損益，其應歸隱名合夥人的利益，應即支付之（七〇七條一項）。應歸隱名合夥人的利益而未支取者，除另有約定外，不得認爲出資的增加（七〇七條二項）。至分配的成數，契約有訂定時，應依其訂定，若無訂定時，類推合夥的規定，即可解爲應按照對於營業資本之

分配利益
的成數

出資額的比例定之（六七七條一項）。

（五）檢查業務

隱名合夥人，雖無參與出名營業人的營業，以執行其業務的權利與義務，其對於營業的結果，則有痛切的利害關係。故法律為保護其利益起見，應與隱名合夥人以檢查權（七〇條）。即使當事人以反對特約剝奪其檢查權，隱名合夥人亦仍得行使之。隱名合夥人，在原則上只得於每屆年度終查閱合夥的賬簿，并檢查其事務及財產狀況；但有重大事由時，法院因隱名合夥人的聲請，亦得許其隨時查閱合夥的賬簿，并檢查其事務及財產狀況。

檢查權不
得剝奪

第二款 隱名合夥的對外關係

（一）隱名合夥人對於第三人的責任

隱名合夥，既係一方約定對於他方所經營的事業而為出資的契約，則事業的主體

隱名合夥
人對第三人
原則上不負
責任

，不外爲出名營業人。出名營業人因執行營業事務，而發生權利或義務時，亦應由其自行取得或負擔，而於隱名合夥人無涉。故民法明定：隱名合夥的事務，專由出名營業人負責執行，隱名合夥人，就出名營業人所爲的行爲，對於第三人不生權利義務的關係（七〇四條）。隱名合夥人對於第三人的責任，原則上雖與兩合公司的有限責任社員不同；但隱名合夥人有左列情形之一者，縱有反對的約定，對於第三人仍應負出名營業人的責任（七〇五條）：

（1）曾爲參與合夥事業的執行 此僅須隱名合夥人執行一部或特定的事務即足，其因何種原因而參與，及有無參與的權限，均非所問。

（2）曾爲參與執行的表示 此僅須隱名合夥人爲參與執行的表示即足，究竟實際上是否參與，則非所問。

（3）曾知他人表示其參與執行而不否認 此僅須隱名合夥人知有此項表示而不否認即足，其曾否參與執行，亦非所問。

(二) 隱名合夥人無代表權

隱名合夥契約，既於出名營業人的營業以外無合夥的營業，則隱名合夥人對於出名營業人的營業，未有何等的代表權，已無疑義。雖然，隱名合夥人，亦不妨立於別個關係，以代表出名營業人。例如隱名合夥人爲出名營業人的經理人或其他代理人。

第三節 隱名合夥的終止

(一) 終止的原因

隱名合夥契約，除因契約的一般消滅原因而終了外，法律尚認左列的特殊消滅原因（七〇八條）：

聲明退夥

(1) 聲明退夥 隱名合夥未定有存續期間，或經訂明以合夥人中一人的終身爲其存續期間者，各當事人固得聲明退夥；即合夥縱定有存續期間，各當事人如

有非可歸責於自己的重大事由，亦仍得聲明退夥（六八）。

存續期間屆滿

(2) 存續期間屆滿 隱名合夥契約，無論於當時或嗣後定有存續期間，各當事人唯於該期間內受拘束。若存續期間一旦屆滿，其契約關係即應終止。

當事人同意

(3) 當事人同意 隱名合夥契約，既本諸當事人的意思而締結，則當事人已有終止的同意，其契約關係即應發生消滅效力。

目的事業已完成或不能完成

(4) 目的事業已完成或不能完成 隱名合夥的目的事業，如已完成，固無存續的必要；即不能完成，亦無存續的可能。故目的事業已完成或不能完成，均為隱名合夥的終止原因。

死亡或受禁治產宣告

(5) 出名營業人死亡，或受禁治產的宣告 隱名合夥契約，本基於出名營業人的個人資格而成立，則出名營業人一旦死亡，或受禁治產的宣告，自應發生終止效力。至隱名合夥人所以不以此等事實為終止原因，殆以其個人資格非為契約的要件，通常當事人的意思，唯注重其出資而已。

第十九章 隱名合夥

破產宣告

(6) 出名營業人或隱名合夥人受破產的宣告 隱名合夥契約，本注重雙方當事人的經濟信用，如出名營業人或隱名合夥人受破產的宣告，即應使其契約終止。

營業廢止
或轉讓

(7) 營業的廢止或轉讓 出名營業人對於隱名合夥人，雖負不為營業的廢止或讓與的義務，若一旦違反其義務，隱名合夥人亦只得請求損害賠償，而無由強制其不為廢業或讓與。故營業的廢止或轉讓，均為隱名合夥的終止原因。

前述各種原因，除聲明退夥應由當事人為終止的意思表示，並應適用第二六三條的規定外，其餘各原因事實發生時，契約關係即當然終止。

(二) 終止的效力

終止的效力，即使隱名合夥契約的效力歸於消滅。隱名合夥契約的效力，既已歸於消滅，出名營業人於契約終止時，即應返還隱名合夥人的出資。隱名合夥契約終止時，其營業如有盈餘，出名營業人返還隱名合夥人的出資，並應給與其應得

的利益。若其營業有虧累時，出名營業人得扣除隱名合夥人所應負擔的損失，而

返還其存餘額（七〇）。

第二十章

指示證券

（民七〇條以下，德民七八三條以下，日民四六九條以下，日商二七八條，二七九條。）

第一節 指示證券的意義

指示證券
的定義

指示證券，即指示他人將金錢，有價證券，或其他代替物給付第三人的證券（七一〇條一項）。此所謂為指示之人，即稱為指示人；被指示的他人，即稱為被指示人；受給

付的第三人，即稱為領取人（七一〇條二項）。因指示證券而成立的債權，可稱為指示債

指示債權
與指名債
權的差異
點

權。指示債權與指名債權不同：（1）指名債權的行使，唯限於證券所指定的特定人；指示債權的行使，則不限於證券所指定的特定人，即其特定人所指示的指定人，亦得行使其權利。（2）指名債權，不以證書之作成及持有為其成立或存續的要

指示證券
的性質

件；指示債權，則以證書之作成及持有為其成立及存續的要件。(3)指名債權的內容及範圍，非僅依證書上所記載的文句而確定，當事人仍得就未記載的事項主張之；指示債權的內容及範圍，只應依證書所記載的文句而確定，若該債權已移轉於善意第三人，則不得就未記載的事項主張之。茲說明指示證券的性質如左：

(一) 指示證券，係指示他人向第三人為給付

關於指示債權的成立，學說上有謂其因指示人的發行而成立，即認其為單獨行為；有謂其因被指示人的承擔而成立，即認其為契約。依通說，指示債權的成立，乃本於指示人一方的意思表示，不待被指示人為承擔的意思表示，始能成立，是認其為『單獨行為』，已無疑義。吾人發行指示證券，通常雖以清償債務，或取得債權，或給與利得於領取人為原因；但此種行為，非與其原因不得分離，即其原因不存在，亦無影響於效力。如此，發行指示證券，乃為『無因行為』，亦無疑義。

發行指示
證券為單
獨行為及
無因行為

指示證券
的給付標

指示證券
的方式

(二) 指示證券，係指示給付金錢，有價證券，或其他代替物

指示證券，既具有流通性質，其所指示的給付，即須以金錢，有價證券，或其他代替物為標的。若非以代替物為給付的標的，在實際上即不易流通。指示證券，原則上雖由當事人的意思，亦有由於法律規定而發生。例如前述的倉單及提單，均於法律上當然有指示證券的性質。關於指示證券的方式，法律既無特別規定，自不須有指示文句的表明，只須於書面上記載指示人，被指示人，領取人，及給付的標的即足。通常指示證券的文 如左：

憑(條) 即付(或定期或分期) (洋若干元) 交
(票) (米若干石)

某先生(領取人)(或某先生的指定人) 收此據

某先生(被指示人) 台照

年 月 日 某(指示人)

第二節 指示證券的效力

發行指示證券，雖不問其原因如何，而基於指示人一方的意思表示，然其發行的結果，指示人與被指示人及領取人間，亦互生法律關係。其最顯著者，即指示人一面以權利付與領取人，使其得以自己名義向被指示人索取證券上所記載的給付；一面以權利付與被指示人，使其得向受取人爲給付，而後與指示人計算之。此兩種權利的反面，即在指示人有容許爲該各行爲的債務。按此項債務，乃基於當事人的效果意思而發生，即爲法律行爲的效果的債務。其以外民法尚有各種債務的規定，即爲非法律行爲的效果的債務。茲分述之於左：

(一) 指示債務的承擔

給付義務

(1) 給付義務 指示證券的發行，雖付與被指示人以得向領取人爲給付的權利；但被指示人如向領取人承擔所指示的給付，亦與第三人向債權人承擔債務人

的債務無異（三〇〇條），其對於領取人，即負有依證券內容而為給付的義務

（七一一條）。

對抗事由

（二）對抗事由 指示債權，本為無因債權，被指示人固非不得對抗領取人；惟其對抗須有一定的限制，即被指示人僅得以本於指示證券的內容，或其與領取人間的法律關係所得對抗領取人的事由對抗領取人（七一一條）。被指示人所得對抗領取人，既以一定事由為限，則指示人雖另有得對抗領取人的事由，如未經證券表明，被指示人即不得據以對抗之。

（二）指示證券的拒絕

被指示人有承擔或給付的義務，雖不得對於指示證券為拒絕的表示；反之，指示人無承擔或給付的義務，則不妨對於指示證券拒絕承擔或拒絕給付。惟被指示人對於領取人表示拒絕時，領取人須即通知指示人，方可免其意外損失（七一一條）。

（三）原有債務的消滅

債務消滅
的時期

(1) 債務消滅的時期 指示人雖為清償其對於領取人的債務，而交付指示證券，其債務究應於何時消滅？依第七一二條第一項所規定，其債務於被指示人為給付時消滅。交付指示證券，僅可為指示人移轉其財產於領取人的證明方法，非即時移轉其財產，必待被指示人已為給付，始生移轉財產的效力。故原有債務非於交付指示證券時消滅，乃於被指示人按照指示證券而為給付時，始為消滅。

請求清償
的延緩

(2) 請求清償的延緩 債權人既已受領指示證券，即有就原有債務暫緩請求清償的意思，自非被指示人於指示證券所定期限內未為給付時，領取人不得更向指示人請求清償；但在定有期限的指示證券，被指示人逾期未為給付；其未定期限的指示證券，被指示人於相當期限內未為給付者，領取人則得向指示人請求給付（七一二條二項）。

不願受領

(3) 不願受領的表示 指示人發行指示證券，債權人亦非必須向被指示人受領

的表示

給付；惟不願由其債務人受領指示證券者，應即通知債務人（即指示人），以免其意外損失（七一二條三項）。如不即為通知，即視為受領，須到期向被指示人請求履行。

（四）原有債務的免除

被指示人對於指示人負有債務，并有承擔其所指示給付或為給付的義務，如已向領取人為給付者，固應免除其原有債務；惟被指示人雖對於指示人負有債務，無承擔其所指示給付或為給付的義務，若已向領取人為給付者，其原有債務應否免除？依第七一三條的規定：被指示人雖無向領取人為給付的義務，如已向之為給付者，亦得就其給付的數額，對於指示人免其債務。

（五）指示證券的撤回

指示證券發行後，指示人能否更行使撤回權？依第七一四條所規定，指示人雖得撤回指示證券，尚有一定的限制。茲分述之於左：

撤回的時期

(1) 撤回的時期 被指示人已爲承擔或給付，指示人卽不得再行撤回。其撤回必須於被指示人未向領取人承擔所指示的給付或爲給付前爲之。

撤回的方法

(2) 撤回的方法 指示證券的撤回，非若一般撤回只爲觀念表示，應向被指示人以意思表示爲之。

撤回的效力

(3) 撤回的效力 撤回在法律上所生的效力，不過使指示證券喪失其效力，而致被指示人不得再向領取人爲給付。

撤回的視爲

(4) 撤回的視爲 指示人於被指示人未爲承擔或給付前，卽受破產宣告者，其指示證券，視爲撤回。

(六) 指示證券的讓與

讓與的允許與禁止

(1) 讓與的允許與禁止 作成指示證券的目的，不外使證券上的債權易於移轉，而具有流通性，故民法明認領取人得將指示證券讓與第三人。惟發行指示證券既爲指示人一方的意思表示，亦卽得由其一方爲禁止讓與的意思表示。故指

讓與的方
法

示人於指示證券有禁止讓與的記載時，即不得自由讓與（七一六條但書）。

(2) 讓與的方法 指示證券的讓與，非如通常債權的讓與及動產所有權的移轉，得因契約及交付而生效力，必須以背書爲之（七一六條二項）。何謂背書？即將債權讓與的意思表示記載券面。關於裏書的方式，法律雖無特別規定，通常的文
例如左：

券載（洋）
（米） 祈交

某先生（讓受人）（或某先生的指定人）是荷此據

年 月 日

某（領取人或受讓人）

讓與的效
力

(3) 讓與的效力 指示債權的讓與，非若一般債權的讓與，必須經讓與人或受讓人通知債務人（二九條），其證券讓與時，即發生債權移轉的效力。至被指示

人是否得以自己與領取人間的法律關係所生的事由與受讓人對抗？須視其對於指示證券的受讓人已爲承擔與否以爲決。被指示人未向領取人爲承擔，固得以該事由與受讓人對抗，若其已向領取人爲承擔，則不得以該事由對抗之（七一六條項二）。

第三節 指示證券效力的消滅

所謂指示證券效力的消滅，即指指示債權效力的消滅而言。指示債權，除因一般債的消滅原因而消滅外，尚有因特別的消滅原因而消滅。依民法所規定，其特別消滅原因有三：

撤回
（1）撤回 撤回既得使指示證券喪失效力，是卽爲其效力的消滅原因，前已詳述。

消滅時效
（2）消滅時效完成 指示債權，既不宜長期存續，法律自有規定短期消滅時效

完成

的必要。故民法明定：指示證券領取人或受讓人，對於被指示人因承擔所生的請求權，自承擔之時起，三年間不行使而消滅（七條）。

指示證券
遺失被盜
或滅失

(3) 指示證券遺失，被盜，或滅失 指示債權與指示證券本有密切不可分離的關係，則持有人一旦喪失其占有，自應許其請求證券與權利分離的救濟手段。故民法明定：指示證券喪失，被盜，或滅失者，法院得因持有人的聲請，依公示催告的程序，宣告無效（八條）。

第二十一章

無記名證券

（民七一九條以下，德民七九三條以下，日民四七三條，日商二七八條，二七九條）

第一節 無記名證券的意義

無記名證券
的定義

無記名證券，即持有人對於發行人得請求其依所記載的內容為給付的證券（七條）。因無記名證券而成立的債權，可稱為『無記名債權』。此種債權，不僅與指名債

無記名證券與指示證券的異同

無記名證券的性質

權不同，亦與指示債權有異。按無記名證券與指示證券區別的要點：（1）無記名，凡持有證券者均可領取證券上的權利；（2）無被指示人，即由當事人負直接給付的義務。至無記名債權的發生，乃完全基於無記名證券的發行，與指示債權本於指示人一方的意思表示而發生無異，自應認其為單獨行為。茲說明無記名證券的性質如左：

（一）無記名證券乃持有人對於發行人得請求為給付的證券

無記名證券的發行，本基於發行人的單獨意思表示，其證券一旦作成後，發行人即負有就證券所記載的內容為給付的義務，持有人亦即有依證券所記載的內容請求為給付的權利。況無記名證券所以為有價證券，乃因證券上的權利與由證券所生的權利合為一體，則享有證券上的權利，自應以占有其證券為要件。故無記名證券的持有人，即得對於發行人請求為給付。

無記名債權以占有其證券為要件

（二）無記名證券，乃持有人得請求依其所記載的內容為給付的證券

持有人的權利以證券所記載的內容爲限

無記名證券成立後。在持有人與發行人間，雖發生一定債權，然其債權標的的給付，亦不外證券所記載的內容。故持有人對於發行人所得請求的範圍，只得以證券所記載的內容爲限。雖然，在設定債權當事人間，則應從其內部的具體關係，不可以此爲準。故發行人（即債務人）對其最初的相對人（債權人），仍得爲反對的立證，以推證券所記載的內容。

第二節 無記名證券的效力

由無記名證券所發生的債務，雖因發行人有使債務發生的單獨意思表示而生，然其主要效力則仍爲法律所付與。茲將其效力分述於左：

（一）給付的義務

無記名證券的本身，既有足以代表其所表現之權利的價格，而與權利化爲一體，其發行人對於持有人，自應有就證券所記載的內容爲給付的義務。此種義務的發

無記名證券與權利化爲一體

無記名證券的流通性

生，雖以本諸發行人的意思而作成爲要件，然其流通是否出於發行人自己的意思，及其發行是否於發行人死亡或喪失能力以前，均非所問。故無記名證券如出於發行人自己的意思而流通，其對於持有人固應負責；即因遺失被盜或其他非因自己的意思而流通，其對於善意持有人亦應負責（七二一條一項）。又無記名證券發行於發行人死亡或喪失能力以前，固爲有效；即使該證券已經作成，而發行於發行人死亡或喪失能力以後，亦不失其效力（七二一條一項）。要之，法律所以特設此等規定者，其目的不外確保無記名證券的流通性。茲將給付時期，債務免除，及對抗事由分述於左：

給付的時期

（1）給付的時期 無記名證券發行人，雖負有就證券所記載的內容爲給付的義務，究應於何時爲之？依第七二〇條第一項的規定：發行人於持有人提示證券時，有爲給付的義務。

債務的免

（2）債務的免除 發行人對於就證券有處分權的持有人爲給付時，其依證券應

除

負擔的債務，固應因之消滅；即對於證券無處分權的持有人（例如竊取證券之人）為給付，如實出於不知者，亦得免其依證券應負擔的債務（七二〇條）。然此為原則，尚有例外，即有左列情形之一，發行人則不得為給付（七二〇條）

：

（A）發行人已知持有人就證券無處分的權利；

（B）發行人已由他人受有遺失被盜或滅失的通知。

發行人明知持有人無處分權，而仍為給付者，則不得免其依證券應負擔的義務，對於其真正權利人仍有為給付的義務。

對抗的事由
（3）對抗的事由 無記名證券發行人，雖非不得對抗持有人；但其所得對抗的事由，則僅以左列三者為限：

（A）本於證券的無效 此即證券的本身應為無效。

（B）本於證券的內容 此即證券上所記載的內容。

(C) 本於發行人與持有人間的法律關係，此唯指發行人與持有人的關係而言，若原有當事人間，則得以原來得對抗的事由對抗之。

(二) 證券的交還

無記名證券發行人，雖有爲給付的義務，持有人亦有交還證券的義務，即持有人請求給付時，須以無記名證券與給付之物互易(七二三條一項)。如持有人請求給付時，未將證券交還發行人，發行人即得拒絕給付(七二三條一項)。又發行人如因已爲給付而收回證券者，即使持有人實無受領給付，以移轉該證券所有權的權利，發行人仍得因其交付而取得該證券的所有權(七二三條二項)。究之，法律所以特設此規定者，不外認無記名證券有『物權的效力』。

受領給付
須交還證
券

(三) 新券的換給

無記名證券既爲流通而設，其有不適於流通的情形時，持有人自得行使證券換給請求權。依第七二四條第一項規定：無記名證券因毀損或變形不適於流通，而其

證券換給

請求權

重要內容及識別記號仍可識別者，持有人得請求發行人換給新無記名證券。至換給證券的費用，原則上應由持有人負擔；但證券為銀行兌換券，或其他金錢兌換券者，其費用應由發行人負擔（七二四條二項）。

第三節 無記名證券效力的消滅

無記名證券效力的消滅，本應適用一般法律行為及意思表示並債之效力消滅的規定；惟民法就次述情形，尚設有特別規定。茲分述之於左：

（一）關於一般無記名證券的規定

宣告無效 無記名證券所生的權利，既與證券占有有不可分離的關係，則其持有人如有證券遺失被盜或滅失等情形，自不得行使其權利。惟法律為保護持有人的利益起見，應設救濟規定，使其權利得與證券分離。即無記名證券如遭遺失，被盜，或滅失等事，除無利息見票即付的無記名證券外，持有人一面

得通知發行人不為給付（七二〇條一項但書）；一面得聲請法院依公示催告的程序宣告無效（七二五條一項）。在此情形，不僅持有人得為宣告無效的聲請；發行人對於持有人，亦應告知關於實施公示催告的必要事項，并供給其證明所必要的材料（七二五條二項）。

告知義務

禁止給付

（2）禁止給付 無記名證券有遺失，被盜，或滅失等情形，持有人固得依第七

二五條第一項的規定，聲請法院依公示催告的程序宣告無效；其證券如定有提示期間，公示催告聲請人更得聲請為禁止給付的命令。法院對於發行人一旦為禁止給付的命令，其原定的提存期間，即當然停止進行，不問法院有無為此宣示（七二六條一項）。惟此項停止，亦有一定的限制，即其期間只自聲請發禁止給付命令起，至公示催告程序終止時止（七二六條二項）。民法所以設此規定者，殆期保護持有人及發行人雙方的利益。

停止提存
期間

（二）關於利息年金及分配利益的無記名證券的規定

關於一般無記名證券的遺失被盜或滅失，民法雖設有一般救濟規定（七二五條，七二六條），然利息，年金，及分配利益的無記名證券，如有遺失，被盜，或滅失等事，仍不得適用之。何則？此等證券上的權利，均為定期給付債權，各期給付請求權的消滅時效期間甚短（一二六條參照），如僅使依一般無記名證券的救濟規定，尚不周至。故關於利息，年金，及分配利益的無記名證券有遺失，被盜，或滅失而通知於發行人者，得依左列的特別救濟規定（七二條）。

（1）第三人未於法定關於定期給付的時效期間屆滿前為提示 在時效期間屆滿前，既無第三人提示該項證券，請求給付，即可認為該證券已另無持有人將出而主張權利。故許為通知的持有人，得向發行人請求給付該證券所記載的利息，年金，或應分配利益；惟此項請求權若可長期存續，亦必使雙方均受不利益。故民法復設除斥期間，明定自時效期間屆滿後，經過一年者，其請求權消滅。

(2) 第三人於法定關於定期給付的時效期間屆滿前爲提示，在時效期間屆滿前，由第三人提示該項證券，發行人不僅應將不爲給付的事情告知該第三人；并於該第三人與爲通知之人合意前，或於法院爲確定判決前，應不爲給付。惟此項規定，乃爲前項的例外規定，其目的不外保護真正權利人的利益，故此所謂應不爲給付，不僅對於該第三人爲然，即對於爲通知的持有人亦然。

(三) 關於無利息見票即付的無記名證券的規定
發行無利息見票即付的無記名證券（例如銀行兌換券），其性質既與現金無異，發行人的真意，亦着重持有人，自不得適用第七二〇條第一項但書及第七二五條的規定。故縱使發行人實知持有人就該證券無處分的權利，或受有遺失，被盜，或滅失的通知，亦仍有爲給付的義務。又縱使該證券實有遺失被盜或滅失，持有人亦不得聲請法院依公示催告程序宣告無效。雖然，該證券如係關於利息年金及分配利益所發行者，即應尊重真正權利人的利益，不得適用第七二八條的規定，

仍應適用第七二〇條第一項但書及第七二五條的規定以救濟之。

第二十二章

終身定期金

（民七二九條以下，德民七五九條以下，瑞債五一六條以下，法民一一二二條，一九六九條，日民六八九條以下）

第一節 終身定期金契約的意義

終身定期金契約的定義

終身定期金契約，即當事人約定一方（終身定期金債務人）於自己或他方或第三人生存期內，定期以金錢給付他方或第三人（終身定期金債權人）的契約（九條）。

茲分析其性質如左：

（一）終身定期金契約乃為典型契約

終身定期金契約，既以發生終身定期金債權為特徵，則其當為典型契約之一。至其屬於何種契約？就左列各點觀之自明：

（1）終身定期金契約為諾成契約 終身定期金契約，只須當事人雙方有合致的

諾成契約

意思表示，即可成立，是爲『諾成契約』。

要式契約

(2) 終身定期金契約爲要式契約 依德日民法所規定，終身定期金契約，雖非

必須以書面訂立（德民七六一條，日民六八九條參照）。然依我民法的規定，終身定期金契約

的訂立，則應以書面爲之（七三〇條）。是其爲『要式契約』，已無疑義。

有償契約
或無償契約

(3) 終身定期金契約有償契約，或無償契約 終身定期金契約，究爲有償契約，抑爲無償契約？須視其對於債務人所負定期金給付的債務，是否約有對待給付的債務以爲決：凡對其約有對待給付的債務，是爲『有償契約』，且爲『雙務契約』；若對其未約有對待給付的債務，則爲『無償契約』，且爲『片務契約』。前者若合於他之典型契約，應一併適用該典型契約的規定；後者爲贈與的一種，除適用本節規定外，并應適用贈與的規定。

射倖契約

(4) 終身定期金契約爲射倖契約 定期給付的義務，既以特定人的生存爲其存續期限，則其給付的數額，乃繫於偶然事實的死亡。故學者謂其與保險，競技

，賭博，彩票等同爲『射倖契約』。惟保險契約的給付期及基礎，均決之於將來不確定的事實之發生；終身定期金契約的給付，現在即已決定，其不確定者唯其給付的終止時期。

(二) 終身定期金契約，乃向他方或第三人爲給付金錢的契約

給付的標的

(1) 給付的標的 終身定期金契約，既係約定一方向他方或第三人爲給付，究竟以何者爲給付的標的？法條自有明定的必要。民法明定以金錢爲給付標的，雖較日本民法明定以金錢及其他之物爲給付標的爲狹，然約以金錢以外的代替物爲給付的標的，如有得分期給付的性質，固得成立終身定期金契約。即約以權利或行爲（如勞務）爲給付的標的，如不違反公序良俗，亦不能認爲無效。惟於此尚有應注意者，即以金錢以外之物，權利，或行爲爲給付的標的，只可準用本節的規定。

終身定期金債權人

(2) 終身定期金債權人 終身定期金契約，雖不論以相對人爲債權人，抑以第

三人爲債權人，均爲法所明認，然前者爲通常債權，應適用通則規定，後者爲第三人的契約，則應適用特別規定（二六九條，二七〇條參照）。

（三）終身定金契約，乃於自己或他方或第三人生存期內爲定期給付的契約

定期給付

定期給付
債權

支分權

（一）定期給付 終身定期金契約，乃以發生定期給付債權爲標的。何謂定期給付？即須經一定時期始應返覆爲給付。何謂定期給付債權？即只有一個基本債權，而包含多數的定期給付請求權；詳言之，即每期的給付時期尙未到來，定期金債權只成立一個包括的債權，必俟每期的給付時期到來時，始得由此包括的債權發生支分權。每期的給付數額，通常須自始即已確定或得確定，方得成爲定期給付債權。反之，給付數額的方法，如未自始確定，而只約定由當事人一方爲確定（例如以債權人的需要程度定其給付）或以其他條件爲確定，則不能謂爲定期給付債權（參照拙著債編通則新論第二章第一節）

存續期間

（二）存續期間 終身定期金契約，既係當事人約定一方於自己或他方或第三人

終身定期
契約須以
約爲終身
爲要件

終身定期
金遺贈

生存期而爲定期給付，則其給付義務，自應存續至債務人或債權人或第三人死亡時爲止。若僅定爲定期給付，而未約爲終身，則不適合終身定期金契約的性質。例如甲向乙約，至其成年或完婚時爲止，定期給付金錢，仍不能謂爲終身定期金契約。

訂立終身定期金，通常因依前述的契約；惟於契約以外，亦得以遺贈爲之。故民法明定：本節的規定，於終身定期金的遺贈準用之（五七三）。終身定期金遺贈的成立及效力，除應適用遺贈的規定外，其效力亦得準用終身定期金契約的規定。

第二節 終身定期金契約的效力

主要效力
與非主要
效力

終身定期金契約的主要效力，唯在發生『定期金債權』。此外當事人間雖亦發生從的效力（例如擔保提供請求權），然此非終身定期金契約之必要的效力。

關於定期給付債權的存續期間，各期給付請求權的發生時期，及給付數額等問題，

自應依該契約所訂定。若無訂定或有疑義者，則應依民法的補充規定。茲分述之如左：

(一) 存續的期間

終身定期債權，雖不問以債務人或債權人的終身（死亡）為期均可，然關於期間，如自始無明白訂定，而發生疑義者，則推定為債權人的生存期。何則，定期金債權，既應向債權人為給付，則權利的存續期間，通常自應以債權人的生存期為標準。故民法明定：終身定期金契約，關於期間有疑義時，推定其為於債權人生存期內按期給付（一七三）。

(二) 給付的數額

每年應給付金額的推定
每期應給付的金額，契約有訂定者，因應從其訂定。如有疑義時，則推定契約所定的金額，為每年應給付的金額（一七三），方適合一般當事人的真意。

(三) 給付的預付

按季預付

定期金債權的給付期，應從當事人的訂定。若無訂定時，究竟應否預付？日本民法未設特別規定，學者多解為應於期間經過後支付；德國民法及瑞士債務法則均設特別規定，許其按期預付（德民七六〇條，瑞債五一八條）。我國民法為保護債權人的利益，特仿德民瑞債，明定終身定期金，除契約另有訂定外，應按委預行支付（七三條）。

存續期間 滿前的預付

（一）故凡未特別訂明給付期，並至期始交付者，即應按季預付。

定期金債權，如約以特定人的終身為存續期間，并係按期預付，其人在該期未屆滿前，即已死亡者，勢必發生應否按日扣還的問題。依民法的規定：依其生存期間而定終身定期金之人，如在定期預付後，該期屆滿前死亡者，定期金債權人取得該期金額的全部（七三二條二項）。依此規定，顯與日本民法第六九〇條的規定不同，即預付金期的給付，雖其人在該期屆滿前死亡，亦不生不當得利的返還請求權。

（四）權利的移轉

終身定期金債權，既着重債權人的個人關係，原則上自不得移轉。故民法明定：

第二十二章 終身定期金

基本債權
原則上不得
移轉

終身定期金的權利，除契約另有訂定外，不得移轉（七三條）。此所謂不得移轉，不僅指不得讓與而言，即特定繼承或包括繼承，亦所不許。又此所謂權利，係指其基本債權而言，若各期給付請求權，則與基本債權有別，自應許其移轉，毋庸適用本條的規定。

第三節 終身定期金契約的消滅

終身定期
金契約終
止的例外

終身定期金契約，除得依一般法律行為及契約並債之規定而消滅外，尚應因其標準人的死亡而終止。惟定期金契約因死亡而終止，乃為原則，民法對此尚設有例外規定，即其死亡的事由，如應歸責於定期金債務人時，法院因債權人或其繼承人的聲請，得宣告其債權在相當期限內仍為存續（七三條）。依此規定，得對法院為聲請，唯限於債權人或其繼承人。究竟何時應由何人聲請？須視其標準人為何人以為決：在標準人為債務人或第三人時，債權人有請求權；在標準人為債權人時，其繼承人

有請求權。所謂聲請，即依起訴以請求判決。所謂法院得宣告，即法得依職權而爲宣告。至相當期間的長短，須推測標準人的生命而決定之。

第二十三章

和解

（民七三六條以下，德民七七九條，瑞私三一九條，四二一條八號，法民二〇四四條以下，奧民一三八〇條。）

第一節 和解的意義

和解的定義 和解即當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生的契約（七三六條）。茲分析其性質如左：

（一）和解爲契約

和解爲諾成契約

（1）和解爲諾成契約，且爲不要式契約。和解只須當事人雙方意思表示的合致，即可成立，是爲『諾成契約』。訴訟上和解，雖須作成和解筆錄，或記載於言詞辯論筆錄（民事訴訟法例四四八條，新），然在訴訟外和解，則不問於起

訴前起訴後或執行中所爲，概無須作成書面，則其爲『不要式契約』，已無疑義。

和解爲有
價債務契
約

(2) 和解爲有價契約，且爲雙務契約。和解契約成立後，當事人雙方各負有互相讓步，以終止爭執或防止其發生的債務，且爲對待給付，是爲『雙務的有價契約』，和解既爲雙務的有價契約，即應適用雙務契約的規定（二六四條至二六七條參照），並可準用關於擔保責任的規定（三四七條參照）。

和解爲要
因契約

(3) 和解爲要因契約。和解當事人雙方所負的債務，乃互爲原因，是爲『要因契約』。

和解爲債
權契約

(4) 和解爲債權契約。和解既爲債權發生原因之一，則其爲『債權契約』，更無疑義。

(二) 和解爲終止爭執或防止爭執發生的契約

當事人間

(1) 當事人間須有爭執。何謂爭執？即當事人就一定法律關係之存否，性質，

須有爭執

及其範圍，爲反對的主張。當事人間已發生爭執，固得成立和解。若僅有發生爭執之虞，是否亦得成立和解？依日本民法規定，和解只在終止爭執，可解爲不得就未發生的爭執成立和解；依德國民法規定，和解不僅終止爭執，即就法律關係不明確，或防止爭執發生，亦得成立和解（德民七七九條，法民二〇四四條參照）。我國民法既仿法民，明定得就防止爭執發生成立和解，則和解非以當事人間已有爭執爲限，已無疑義。

爭執須限於法律行爲

(2) 爭執須限於法律關係 事實上的爭執，或感情上的爭執，均不得爲和解的對象，其得爲和解的對象者，唯限於法律關係。此所謂法律關係，不限於債權關係，即物權法上，親屬法上，及繼承法上的關係，亦得爲和解的標的。惟和解乃含有處分能力，且須法律上許其爲處分。例如關於親屬關係存否的爭執，及關於婚姻效力成立等爭執，均不得成立和解。

爭執既限於法律關係，究竟確定判決的結果，能否再爲和解的標的？學說上有

謂其只得以互讓契約，以變動確定的事項，不得更爲和解的標的。然確定判決的事項，亦僅不得於訴訟上爭執，若實際上仍有爭執，亦不妨更成立和解。

須因爭執
而成立和
解

(3) 須爲終止爭執或防止爭執發生而成立和解 此即當事人情願互相讓步，而謀終止現有爭執，或停止將有爭執，以確定其法律關係。該法律關係一經確定，以後一方如有相異的主張，則爲違反債務，他方得依一般法則主張之。惟此僅可拘束當事人，第三人則仍得爲反對主張。

(三) 和解爲當事人約定互相讓步的契約

當事人須
爲讓步而
成立和解

(1) 當事人須爲讓步而成立和解 就此點言之，當事人間須有意思表示的合致，方可成立和解。凡因判決，公斷，仲裁，而終止爭執，或防止爭執發生，固不可謂爲和解；即僅爲權利的拋棄，認諾，或義務的承擔，減免，亦不可認爲和解。

當事人須

(2) 當事人須因讓步而承認受其損失 就此點言之，當事人間必須各自拋棄已

因讓步而
承認其損
失

方一部分的主張，而使其受一定的損失，當事人雙方雖各須受有損失，然其損失的程度，在客觀上既不須相等，即其損失的內容，在法律上亦無何等限制。故拋棄一部的權利，而承認他方的一部主張，或另取得一定的報酬，而承認他方的全部主張，均無不可。

第二節 和解的效力

(一) 和解固有的效力

何謂和解
固有的效
力

所謂和解固有的效力，即因和解成立能使法律關係確定及債務發生的效力。和解既係當事人約就某項法律關係，終止爭執或防止爭執發生，使其歸於確定，則該法律關係一經確定，自不許再就同一事項為反對的主張。爭執一經和解，當事人即不得再為反對主張，是即因和解而負一種債務，已無疑義。又終止爭執或防止爭執發生，雖為和解的主要效力；但當事人各因讓步而負擔一定給付的債務，亦

爲事實上所常見。例如已爲權利的拋棄者，須負擔不行使其權利的債務，約爲義務的承擔者，須負擔履行其義務的債務。

(二) 和解有創設的效力或認定的效力

創設效力
與認定的效力
的區別

所謂有創設的效力，即不問從來的法律關係如何，而因和解以發生權利得喪。所謂有認定的效力，即僅確認從來的法律關係，而非因和解以發生權利得喪。此二種效力，於有反對證據時，即生不同的結果：前者不許因錯誤而得撤銷的問題；後者則許發生因錯誤而得撤銷的問題。和解的效力，究爲創設的，抑爲認定的？學說上尚有爭議：有謂以創設的爲原則；有謂以認定的爲原則；有謂唯俟從前法律關係至後日明確時解決；有謂應以當事人的意思爲標準。余從第四說。和解的效力，究爲創設的，抑爲認定的？既應視當事人的意思如何以爲決，如當事人的意思有不明時，究應如何決定之？余謂以有創設的效力爲常態。何則，和解既以確定當事人的權利關係；而終止爭執或防止爭執發生爲本旨，則其效力自應難向

和解效力
以當事人
意思爲決
定標準

將來發生，而無溯及的效力。

(三) 和解有權利消滅的效力及權利取得的效力

和解既有創設的效力，則依和解的內容，係使當事人拋棄一定權利，或取得一定權利者，該權利即應確定消滅或取得，自不問其於和解未成立前是否應行消滅或取得。故民法第七三七條規定：「和解有使當事人所拋棄的權利消滅，及使當事人取得和解契約所訂明權利的效力。」

第三節 和解的消滅

(一) 和解因有一般的消滅原因而消滅

和解既為債權契約，自應適用一般法律行為，及契約的效力消滅，並債的效力消滅等規定。凡和解有一般無效或撤銷的原因（唯錯誤設後述的特別規定），固得因主張無效或撤銷而消滅；即因和解所生之債，亦得因清償，抵銷，免除，混同

等原因而消滅。

(二) 和解因有特別的法定原因而消滅

一般法律行為，本可因錯誤而主張撤銷；惟和解契約，如亦許適用一般規定（八八條，八九條），勢必使其確定力大受影響，而與法律認許和解制度的本旨相反。故民法特設例外規定，不許和解以錯誤為理由而主張撤銷（八七條）。

錯誤的例
外規定

雖然，如有左列事項之一，仍應許錯誤人有撤銷權：

(1) 和解所依據的文件，事後發見為偽造或變造，而和解當事人若知其為偽造或變造，即不為和解者；

(2) 和解事件，經法院確定判決，而為當事人雙方或一方於和解當時所不知者；

(3) 當事人的一方，對於他方當事人的資格，或對於重要的爭點有錯誤而為和解者。

第二十四章

保證

(民七三九條以下，德民七六六條以下，瑞債四九三條以下，法民二〇一一條以下，日民四四六條以下。)

第一節 保證的意義

保證的定義

保證即當事人約定，一方（保證人）於他方（債權人）的債務人（主債務人）不履行債務時，由其代負履行責任的契約（九七三條）。

保證的立法例

保證乃以確保債權的效力為目的。自羅馬法以來，一般立法例雖均認此制度，然其規定的位置，則仍有不同：有以保證為債權契約，而規定於債編分則中（德國法系民法）；有着眼於保證的目的，而規定於財產取得編中（法國民法及日本舊民法）；有認保證為多數當事人的債權，而規定於連帶債務之次（日本現行民法）。我國民法仿第一立法例，特規定於債編各種之債內。

擔保債權的種類

債權擔保，分為物的擔保與人的擔保兩種：前者即供出一定的擔保物，以確保債權

人的滿足，亦稱『物上擔保』，例如抵押權及質權的制度；後者即使第三人為隨同的債務人，而期其債權得以安固，亦稱『對人擔保』，例如保證的制度。茲專就後者的性質說明於左：

(一) 保證為契約

保證為諾成，不要式契約

(1) 保證為諾成契約，且為不要式契約。保證只須保證人與債權人就其所擔保債權有合致的意思表示，即可成立，是為『諾成契約』。通常保證，雖未有不訂立書面，然其成立則不以作成書面為必要，是為『不要式契約』。

保證為片務，無償契約

(2) 保證為片務契約，且為無償契約。保證契約成立後，只使保證人對於債權人負代償主債務的債務，債權人則不須為何種給付，是為『無償的片務契約』。即有時債權人對於保證人亦須為一定給付（例如債權人約定減少利息，或展緩期限），然此種給付，如與保證債務未有對價關係，亦應認為無償的片務契約。

保證爲有
因契約

(3) 保證爲有因契約 保證是否爲有因行爲？學說上雖有爭議。然保證人所以約爲財產上的給付，既以主債務的擔保爲原因，則保證債務與主債務之存在當有不可分離的關係。故一般主張保證爲『有因契約』，實爲妥當。

保證常爲
從契約

(4) 保證常爲從契約 保證契約的成立及其存在，既以主債務契約之成立及其存在爲前提，則其爲『從契約』已無疑義。故主債務契約不成立，或無效，撤銷，解除時，保證契約應受其影響；反之，保證契約不成立，或無效，撤銷，解除時，主債務契約則不受其影響。惟有特別情形時，則不可同論（拙著債編通則新論

第一章第二節
第二款參照）

(二) 保證爲保證人約於主債務人不履行債務時代負履行責任的契約

保證與債
務承擔的
區別

此爲保證契約的內容，亦即保證契約與債務承擔契約的區別：債務的承擔，係使債務人脫離債務關係，逕由承擔人負擔清償的義務；債務的保證，係因債務人不履行債務，始由保證人代負履行的義務。茲將保證債務與主債務的關係，說明於

左：

保證債務
乃與主債
務爲別個
契約

(1) 保證債務乃與主債務爲別個債務。保證債務雖與主債務有主從關係，然二者爲二個債務，而非合併爲一個債務。又保證債務既與主債務爲二個債務，則主債務亦必不因保證債務成立，而使其效力減少或喪失。至就如何主債務，始可成立保證？須就左列各點定之：

主債務的
發生原因

(A) 主債務的發生原因。主債務的發生，法律上既無限制，自不以因於契約爲限，即因於法律規定亦可。

主債務的
種類

(B) 主債務的種類。主債務只須爲以代替給付爲標的之債，即可成立保證，自不問其爲金錢債務，抑非金錢債務（例如就僱傭契約亦得成立保證）。

主債務的
數額

(C) 主債務的數額。關於主債務的數額，不須於保證時即已確定，只須爲得確定者即可。

未來的債
務

(D) 未來的債務。訂立保證契約，固須主債務存在，然亦非須於訂約時即已

存在，即就未來的債務，亦得爲保證（德民七六五條二項參照）。

保證債務
乃與主債
務爲同一
給付

(2) 保證債務乃與主債務爲同一給付 此爲保證債務與連帶債務及其他多數主體的債務所共通的性質。例如甲與乙約，丙若不履行馬一頭的給付義務，甲則給付牛一頭或金千元，不得謂爲保證債務。

保證債務
乃以有從
屬性爲特
質

(3) 保證債務乃以有從屬性爲特質 保證債務，既非有獨立的目的，唯爲擔保債務而存在，則該債務之存在及內容，自應以主債務爲準。茲分述之於左：

(A) 保證債務之存在，乃以主債務之存在爲前提 就此點言之，主債務不成立，保證債務亦不得成立；主債務消滅，保證債務亦當然消滅。

(B) 保證債務之內容，乃爲二個的原則所支配 即(一)保證債務本有從屬性，其內容自應從主債務的內容；(二)保證債務係因保證契約而成立，其內容即應從當事人的意思表示。

(甲) 保證債務的物件，須與主債務的物體爲同一 關於此點，民法雖未特

保證債務
的物件

設明文，然就第七三九條的規定觀之自明。在以不代替給付爲標的之債，雖不得成立保證，但就由該債所生的損害賠償請求權，則不妨成立保證。又主債務的物體有變更時，保證債務亦應受其影響。

保證債務
的範圍

(乙)保證債務的範圍，須依主債務的範圍而決定。關於此點，須就下列原則決定之：(一)在保證債務成立時，當事人約定保證債務的範圍，如較主債務的範圍爲更大，雖僅得於主債務的範圍內成立保證。若其範圍約定較小，則屬無妨。(二)在保證債務成立後，如擴張主債務的範圍，是否影響於保證債務？須依下列標準定之：凡原債務因主債務人與債權人的法律行爲，而擴張其範圍(例如無利息債務改爲附利息債務)時，保證債務的範圍，當不因而擴張。反之，若原債務因債務人遲延，或因可歸責於債務人的給付不能，以致自然擴張時，保證債務則須因而擴張。(三)在保證債務成立後，如縮小主債務的範圍(例如一部清償，或一部免除)時，

保證債務
的體樣

保證債務應因而縮小。

(丙) 保證債務的體樣，原則上須與主債務的體樣相同。依從屬性的原則言之，保證債務與主債務，乃以有同一的條件，期限，及清償處所為原則。即有時得依當事人的意思加以變更，亦不得違反其從屬性，即不得使其態樣較主債務的態樣為重。

保證債務
乃以有補
充性為原
則

(4) 保證債務乃以有補充性為原則。在主債務未履行時，保證人固須履行其補充的債務。然保證的成立，亦非以主債務不履行為條件。故當債權人對於保證人為請求時，亦不須證明主債務人有不履行的事實。惟因有補充性的結果，保證人得為檢索的抗辯而已。

第二節 保證的效力

第一款 保證人與債權人間的效力

第一項 債權人的權利

保證契約成立後，保證人對於債權人既負有履行保證債務的義務，債權人自有請求履行債務的權利。至保證人應如何履行其保證債務？須視其曾否定有一定的範圍以爲決：

(一) 定有範圍的保證債務

保證債務，已經當事人訂定範圍時，保證人自應於其範圍內履行之；惟保證債務如較主債務的範圍爲大時，保證人究應如何履行其義務？關於此點，依羅馬法，保證債務應爲全部無效；依法日民法，則僅超過部分無效（法民二〇一三條三項，日民四四八條）

保證債務
大於主債
務僅超過
部分無效

。我國民法係從後者，特設一定限制，即其所訂定的範圍，如較主債務範圍爲小者，固應從其所定；若較主債務爲大者，則僅超過部分無效（七四一條）。

(二) 未定範圍的保證債務

保證債務，未經當事人訂定範圍時，保證人究應於如何範圍內履行之？立法例尙

未定範圍
保證債務
的履行範
圍

不一致：依德國民法規定，保證債務，只以主債務所生者為限，若為其他的獨立債務，縱使從屬於主債務，亦不須擔保（德民七
六七條）；依法日民法規定，保證債務，則不以主債務所生者為限，縱使為別個債務，只須其從屬於主債務，則仍須保證（法民二〇一六條
日民四四七條）。前者係限定保證的從屬性，後者則擴充保證的從屬性。我國民法明定保證債務，除契約另有訂定外，包含主債務的利息，違約金，損害賠償，及其他從屬於主債務的負擔（七四
條），則其係仿法日民法，已無疑義。

第二項 保證人的抗辯

關於保證人的抗辯，有基於有己地位而為的抗辯，即保證人所有的抗辯權；有基於主債務人的抗辯權而為的抗辯，即保證人行使主債務人的抗辯權。茲分述之如左：

（一）保證人所有的抗辯權

此即民法所規定的給付拒絕權。何謂給付拒絕權？即保證人對於債權人有得拒絕清償的權利。保證人拒絕清償，亦須有一定事由，分述於左：

拒絕清償
的事由

(1) 主債務人就其債務發生原因的法律行為有撤銷權者，保證人對於債權人得拒絕清償。此項撤銷權，既非單純的抗辯權，自不依第七四二條第一項的規定，由保證人代為撤銷。惟主債務人就其原因行為既有撤銷權，則主債務即有因其撤銷而致不存在之虞。故法律為保護保證人的利益，應許其有給付拒絕權（七四七條）。

(2) 保證人於債權人未就主債務人的財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償。此所謂拒絕清償，即學者所謂「檢索的抗辯」。茲就其立法例，性質，要件，及效力說明於左：

檢索抗辯
的立法例

(A) 檢索抗辯的立法例 自羅馬法以來，多數立法例雖均認檢索的利益，然其規定則仍有不同：有以檢索為對於證保人請求的要件，即須債權人證明其已就主債務人財產執行，方得請求給付（瑞債四九五條，普法一部一四章二八三條以下）；有不以檢索為對於保證人請求的要件，不過債權人未就主債務人的財產強制執行，

檢索抗辯
的性質

保證人得爲檢索的抗辯，而拒絕清償（法民二〇二一條以下，意民一〇九八條以下，德民七七）。

我國民法第七四五條係從後者的規定。

（B）檢索抗辯的性質 檢索抗辯，非否認債權人權利，乃爲延期抗辯權的一種。債權人未就主債務人財產強制執行，仍得爲請求，保證人亦仍可爲履行，不過保證人一旦提出抗辯，卽生拒絕清償的效力而已。

檢索抗辯
的要件

（C）檢索抗辯的要件 保證人行使檢索的抗辯權，須具備左列二要件：

（甲）須債權人未就主債務人的財產聲明強制執行 如債權人已就主債務人的財產聲明強制執行，保證人卽不得爲抗辯。

（乙）須經強制執行而無效果 所謂經強制執行而無效果，卽已由法院強制執行而未得清償的結果。如債權人聲請強制執行，已得清償的結果，保證人亦不得爲抗辯。

檢索抗辯
的效力

（D）檢索抗辯的效力 債權人請求履行，如保證人不爲抗辯，卽應負遲延責

任。若已爲抗辯，則不問其於訴訟上或訴訟外爲之，均不負給付遲延的責任。

如上所述，保證人得依第七四五條的規定，行使檢索的抗辯權；但保證人如已拋棄其權利，或雖未拋棄，而行使有於債權人利益，則不應許其行使之。故民法第七四六條規定，凡有左列各款情形之一者，保證人即不得主張之：

(1) 保證人拋棄前條的權利 例如保證人於借券內載明立時代償，不能推諉字樣，即已表示拋棄，不得再行主張。

(2) 保證契約成立後，主債務人的住所或居所所有變更，致向其請求清償發生困難 例如主債務人踪跡不明，或因其住所變更，須變更審判籍，保證人均不得主張先訴抗辯。

(3) 主債務人受破產宣告 主債務人既經破產，自應許債權人逕向保證人請求清償。

(4) 主債務人的財產不足清償其債務，主債務人已無資力，即應許債權人逕行請求清償。

(二) 保證人行使主債務人的抗辯權

凡主債務人就主債務所有的抗辯權，不問其係由法定事由而生，抑由約定事由而生，亦不問其爲給付拒絕的抗辯（例如主債務有同時履行的抗辯）抑爲權利不發生的抗辯（例如主債務因有不法的理由而無效），或權利消滅的抗辯（例如主債務因清償，代物清償，更改等理由而消滅），保證人均得行使之。故民法明認主債務人所有的抗辯，保證人得主張之（七四七條一項）。此時保證人行使抗辯權，既以自己名義爲之，而非代理主債務人，則其權限根本與主債務人無涉，當不能因主債務人表示拋棄而受影響。故民法明定：主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之（七四二條二項）。

保證人得
主張債務
人所有的
抗辯
保證人得
利不因債
權人拋棄
而受影響

關於主債務人的時效或無效事由，雖爲主債務人所有的抗辯；但有左列情形之一

第二十四章 保證

者，保證人則不得主張之：

(1) 債權人向主債務人請求履行及其他中斷的時效的行爲，保證債務既有從屬性：則向主債務人請求履行及爲其中斷時效的行爲，自不僅對於主債務人應生效力，即對於保證人亦應生效力（七四條）。依民法第一三八條規定，時效中斷，雖以當事人繼承人受讓人之間爲限，始有效力，然此爲原則，不得適用於保證債務，仍須設有第七四七條的例外規定。依此例外，債權人雖僅向主債務人爲中斷時效的行爲，其效力則不僅在債權人與主債務人間發生，即於債權人與保證人間亦應發生。此項行爲，既應對於保證人生效，則保證人亦應因中斷而不得爲抗辯。

保證人不得於債權人中斷時爲抗辯

(2) 保證人知有錯誤或行爲能力欠缺等無效事由而仍爲保證，主債務人對於因錯誤或行爲能力欠缺而無效的債務，固得爲抗辯，即保證人亦得爲抗辯。惟保證人已知其情事，而仍爲保證者，其保證則仍爲有效（七四條）。何則？保證人

保
證
人
不
得
就
知
有
無
效
事
由
爲
抗
辯

於訂立保證契約時，既明知有無效事由，而仍爲保證，是顯係不注重該項無效事由，自應認爲有效。況保證債務既與主債務爲獨立債務，則成立此債務的保證契約，自亦可獨立有效。此所謂仍爲有效，即保證人於事後不得再以無效事由爲抗辯。雖然，本條亦非沒却保證債務的從屬性，如主債務確定無效，保證債務亦應消滅。

第三項 連帶保證

(一) 連帶保證的意義

連帶保證，即保證人對債權人與主債務人連帶保證其債務。此種保證，民法雖無規定，然亦爲事實上所常見。連帶保證，雖無補充性，尚有從屬性，當仍爲保證債務的一種。若謂其爲連帶債務與保證債務的結合，則爲謬誤。

(二) 連帶保證的效力

連帶保證，既有特別效力，則其『對外效力』，當與普通的保證不同，即連帶保

連帶保證人無檢索抗辯權

證人，對於債權人的請求，不得行使第七四五條的權利，即其無檢索抗辯權。

連帶保證的對內效力與普通保證同

保證債務雖無補充性，然有一般保證債務的從屬性。故就債務人之一人所生的事項，可解為得準用第七四一條至第七四四條的規定（日民四五）。至其「對內效力」，則與普通的保證無異（次款）。

第四項 共同保證

（一）共同保證的意義

共同保證，即數人就同一主債務負擔保證債務，即學說上所謂共同保證的責任。

此種保證，立法例有採一部責任主義，即許各保證人各就主債務一部負保證責任。

（法民二〇二五條至二〇二七條，日）；有採連帶責任主義，即使各保證人各就

主債務全部負保證責任（德民七六九條，奧）。我國民法採用後者，（明定數人保

證同一債務者，除契約另有訂定外，應連帶負保證責任（七四）。

（二）共同保證的效力

民法採連帶責任主義

共同保證
適用連帶
債務規定

共同保證人對於債權人，既應負連帶責任，是即成立一種連帶債務，故關於其對外關係與對內關係，應適用第二七二條至第二八二條的規定（拙著民法債編通則新論第四章第三節參照）。

第二款 保證人與主債務人間的效力

保證人與主債務人的內部關係（契約或無因管理），究應生如何效力。自應依當事人意思，或法律規定決定之。惟民法亦就保證人與主債務人間的效力，設有規定，分述於左：

（一）保證人的代位權

代位權與
求償權的
區別

何謂保證人的代位權？即保證人已向債權人爲清償，原債權即於其清償限度內移轉於保證人，而由其代位行使的權利（七四）。九條。代位權與求償權有別：保證人如已代償債務，除得求償債權外，尚得代位債權人而繼承其擔保權；反之，保證人

若未代償債務，則只可於必要情形時預行求償，不得代位債權人而行使其擔保權。日本民法另就保證人的求償權，設有規定（四五九條以下）。我國民法則無之。第七四九條雖僅以清償爲限，如保證人已向債權人爲提存，抵銷，或更改，亦得準用本條規定，行使代位權。

（二）保證責任的除去

保證人之向債權人爲保證，既係受主債務人的委任，則有次逃情形，自應許其有保證責任除去的請求：

（1）主債務人的財產顯形減少；

（2）保證契約成立後，主債務人的住所營業所或居所有變更，致向其請求清償發生困難；

（3）主債務人履行債務遲延；

（4）債權人依確定判決得令保證人清償。

主債務人
得提出擔
保以代保
證責任的
除去

保證人於有上述情形時，固得要求主債務人爲一定行爲，而使其保證債務消滅；惟主債務未屆清償期者，主債務人亦得提出相當擔保於保證人，以代保證責任的除去（七五〇條二項）。

第三節 保證責任的消滅

保證責任的消滅，除應適用一般法律行爲及契約並債之效力消滅的規定外，民法尙有特別規定，分述如左：

（一）債權人拋棄擔保物權

此所謂擔保物權，卽爲其債權擔保的物權。債權人對於擔保物權，雖有拋棄的自由，然擔保物權，既較人的擔保爲確實易行，自不許捨物而訴人。保證債務與擔保物權並存時，原則上應先儘擔保物受清償，其不足部分由保證人負責。如債權人已將該擔保物權拋棄，仍許其追問人的擔保責任，實欠公允。故民法明定：債

保證人因
債權人拋
棄擔保物
權而免責

權人拋棄爲其債權擔保的物權者，保證人就債權人所拋棄權利的限度內免其責任
(七五)
一條。

(二) 債權人未於保證期間內行使權利

保證人因
債權人未
於保證期
間行使權
利而免責

此所謂未行使權利，即債權人對於保證人未爲審判上的請求。凡約定保證人只於一定期間內爲保證者，債權人自僅得於其期間內行使權利。如債權人於其期間內，對於保證人不爲審判上的請求，保證人即免其責任（七五）三條。惟於此尙有注意者即只須債權人於其期間內爲審判上的請求，縱使判決雖逾期間，保證人亦仍應負責。

(三) 債權人未於催告期間行使權利

保證人因
債權人未

保證契約定有期間者，債權人固應於其期間內行使權利；其未定有期間者，保證人於主債務清償期屆滿後，亦得定一個月以上的相當期間，催告債權人於其期間內，向主債務人爲審判上的請求（七五三）一條一項。債權人經保證人催告後，即應於其

於催告期
間行使權
利而免責

保證人得
隨時就未
定期間的
連續保證
爲終止

保證人原
則上不因
債權人延
期清償而

期間內向主債務請求清償。若債權人未於催告期間內爲其請求，即應許保證人免其責任（七五三條二項）。

（四）保證人爲終止保證契約的通知

連續發生的債務，既與一般繼續的契約無異，則就該債務爲保證，而未定有期間者，自應許保證人有無原因的終止權。故民法明定：就連續發生的債務爲保證，而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約（七五四條一項）。又保證人爲終止的通知，如已達到債權人，保證契約的效力即應自此時消滅，對於以後所發生主債務人的債務，則不負保證責任（七五四條二項，二六三條參照）。

（五）債權人延期清償的允許

債權人對於定有期限的債務，雖有允許主債務人延期清償的自由，然因其片面行爲，而使保證人的責任延長，實非所宜。故就定有期限的債務爲保證者，如債權人允許主債務人延期清償，保證人的責任，應否於該時消滅？須視保證人對於其

延長責任

延期已爲同意與否以爲決：保證人未爲同意者，固可不負保證責任，若已爲同意者則否（七五五條）。

第四節 信用委任

（一）信用委任的意義

信用委任，即委任他人以該他人的名義及其計算供給信用於第三人，而就該第三人因受領信用所負的債務，對於受任人負保證責任（七五六條，德民）。此時供給信用，既係受任人以自己名義及其計算爲之，而非以委任人的名義及其計算爲之，是與代理關係及通常委任關係顯有不同。信用委任的性質如何？學說上尙有爭議：有謂其爲保證人；有謂其爲擔保契約；有謂其爲委任契約；有謂其爲委任與保證的混合契約。依我民法所規定，宜從最後說解釋之。

（二）信用委任的效力

信用委任，既應解爲委任與保證的混合契約，則其效力不僅應適用保證的規定，並應適用委任的規定（本書第十章第二節及本章第二節參照）。

民法債編分則新論

二五八

民法債編分則新論完

