

民法通義續編

總論

日本東京帝國大學法學士
前大理院庭長
北平大學法學院教授
北平大學法學院講師
朝陽學院

陳瑾昆著

北平朝陽學院出版

045261

民法通義債編目錄

緒論

第一章 債權法概論

第二章 債權概論

總論

第一編 債之發生

第一章 總論

第二章 契約

第一節 契約之觀念

第二節 契約之種類

第三節 契約之成立

第一款 概說

第二款 要約

目錄

上海圖書館藏書



A541 212 0022 9370B



三〇 三〇 三〇 二四 二〇 二〇 一七 一七 一七 六 一 一

第一項 要約之意義

三〇

第二項 要約之要件

三一

第三項 要約之效力

三三

第三款 承諾

四〇

第一項 承諾之意義

四〇

第二項 承諾之要件

四一

第三項 承諾之時期

四二

第四項 承諾之效力

四四

第四款 合意及不合意

四四

第五款 承諾無須通知之情形

四六

第六款 契約成立之時期

四八

第四節 懸賞契約

五〇

第一款 懸賞契約之性質

五〇

第二款 懸賞契約之效力

五三

第三款	懸賞廣告之撤回	五四
第四款	優等懸賞廣告	五六
第三章	無因管理	五六
第一節	無因管理之觀念	五六
第二節	無因管理之要件	五八
第三節	無因管理之效力	六二
第一款	概說	六二
第二款	管理人之義務	六三
第三款	本人之義務	六七
第四節	委任之適用	七〇
第四章	不當得利	七〇
第一節	不當得利之觀念	七〇
第二節	不當得利之要件	七一
第三節	不當得利之效力	七八

第五章 侵權行爲

第一節 侵權行爲之觀念

八一

第二節 侵權行爲之要件

八六

第三節 共同侵權行爲

一〇四

第四節 特殊侵權行爲

一〇九

第五節 侵權行爲之效力

一二九

第二編 債之標的

第一章 總論

一三九

第二章 特定之債

一四九

第三章 種類之債

一五一

第四章 貨幣之債

一五九

第五章 利息之債

一六二

第六章 選擇之債

一七二

第七章 損害賠償之債

一八一

第三編 債之效力

第一章 總論

第二章 債之對內效力

第一節 債之給付

第一款 給付之意義

第二款 給付之方法

第三款 故意及過失

第一項 概說

第二項 故意之意義

第三項 過失之意義

第四項 事變及不可抗力之意義

第五項 故意或過失之責任

第四款 給付不能

第五款 不給付及不完全給付

一九八

一九八

二〇一

二〇一

二〇一

二〇二

二〇三

二〇三

二〇四

二〇六

二〇七

二〇七

二〇九

二一五

第六款 債務人之代位

二二七

第二節 債之遲延

二二八

第一款 概說

二一八

第二款 債務人遲延

二一九

第三款 債權人遲延

二二九

第三章 債之對外效力(債之保全)

一三七

第一節 概說

一三七

第二節 債權人代位權

一三九

第三節 債權人撤銷權

二四九

第四章 契約之效力

二七二

第一節 概說

二七三

第二節 契約之標的

二七四

第三節 契約之確保

二七五

第一款 定金

二七五

第二款	違約金	二七九
第四節	契約之解除	二八二
第一款	解除之性質	二八二
第二款	解除權之原因	二八六
第一項	當事人契約	二八六
第二項	法律規定	二八七
第三款	解除權之行使	二九六
第四款	解除之效力	二九九
第五款	解除權之消滅	三〇二
第六款	終止契約	三〇四
第五節	雙務契約	三〇五
第一款	概說	三〇五
第二款	同時履行之抗辯	三〇七
第三款	給付不能及於雙務契約之效力	三一六

第六節 關於第三人之契約

三二五

第一款 概說

三二五

第二款 由第三人爲給付之契約

三二五

第三款 向第三人爲給付之契約

三二七

第四編 債之主體

三四二

第一章 總論

三四二

第二章 多數主體

三四四

第一節 概說

三四四

第二節 可分之債

三四七

第三節 連帶之債

三五一

第一款 連帶債務

三五一

第二款 連帶債權

三六八

第四節 不可分之債

三七五

第五編 債之變更

三七八

第一章 總論

第二章 債之移轉

第一節 債權之讓與

第一欸 債權讓與之意義

第二欸 債權讓與之許可

第三欸 債權讓與之效力

第一項 概說

第二項 對於當事人之效力(對內效力)

第三項 對於第三人之效力(對外效力)

第二節 債務之承擔

第一欸 債務承擔之意義

第二欸 債務承擔之要件

第三欸 債務承擔之效力

第四欸 特種債務承擔

三七八

三七九

三七九

三七九

三八一

三八五

三八五

三八六

三八七

三八八

三八八

三九一

三九三

三九五

第六編 債之消滅

第一章 總論

三九五

第二章 清償

三九六

第一節 清償之觀念

四〇〇

第二節 清償人

四〇〇

第三節 受領權人

四〇四

第四節 清償之標的

四〇七

第一款 概說

四一三

第二款 一部清償

四一四

第三款 代物清償

四一七

第四款 債務更新

四二一

第五節 清償之處所(清償地)

四二四

第六節 清償之時期(清償期)

四二八

第七節 清償之費用

四三七

第八節	清償之抵充	四三七
第九節	清償之提出	四四二
第十節	清償之效力	四四五
第三章	提存	四四八
第一節	提存之觀念	四四八
第二節	提存之要件	四五〇
第三節	提存之效力	四五三
第四章	抵銷	四五八
第一節	抵銷之觀念	四五八
第二節	抵銷之要件	四六二
第三節	抵銷之禁止	四六八
第四節	抵銷之方法	四七一
第五節	抵銷之效力	四七四
第五章	免除	四七七

第一節	免除之觀念	四七七
第二節	免除之方法	四七九
第三節	免除之效力	四八一
第六章	混同	四八一
第一節	混同之觀念	四八一
第二節	混同之成立	四八三
第三節	混同之效力	四八三
第七章	更改	四八五

民法通義債編

緒論

第一章 債權法概論

第一 債權法之性質

債權法 (Obligationsrecht, Recht der Schuldverhältnisse) 如瑞士乃以獨立法典規定之。稱曰債務法。其條文計有八百七十九條之多。其他各國雖僅規定之於民法法典之內。然亦甚詳。如德國民法。除於總則就契約設有十三條 (德民一四五至一五七) 外。更於第二編設有六百十三條之規定。法國民法自一百零一條至二千零七十條。亦多為債權法之規定。僅日本民法。規定較少。只於第三編設有三百二十六條。以外各國關於債權之特別法。亦甚豐富。即此足徵債權法之重要矣。茲分說債權法之性質如次。

(一) 債權法為財產法之一部。

私權可分為財產權與非財產權。民法亦可分為財產法與非財產法。財產權中之最重要者。為債權與物權。財產法中之最重要者。亦為債權法與物權法。民法雖將債權、物權、親屬、繼承共列為四編。相並規定。但後二者乃係規定人格權與身分權。即非財產權。乃為非財產法。與債權法、物權法之為財產法者。



各劃爲兩部。其性質實大有區別也。

爲債權標的之給付。固不以有財產價格者爲限。(一九九〇)但此種債權。如不履行時。仍可變爲金錢賠償之債權。(參照二二五)故債權法中雖認此種債權之存在。亦不害其爲財產法之性質。

債權之財產價格。乃隨貨幣經濟之發達而愈爲顯著。故債權之價值。至近代而更形增長。財產債權化。乃爲近代財產法之一特色。即現代經濟組織。私人財產。已不如往時。而以土地、房屋之不動產爲其主要成分。反以公債、股票、銀行存款等爲其主要成分。尤因有價證券之發達。金融信用之增長。債權於社會之地位。乃愈見優越矣。

(一) 債權法係以交易法爲主。

債權法雖與物權法同爲財產法。但債權法又屬於財產法中之交易法。(Verkehrrecht) 物權法中固亦有關於交易之規定。但其主要部分。則爲關於財產享有之規定。債權法則反是。其主要部分。乃爲關於財產交易之規定。就中如契約。尤爲應交易需要之工具。債權法規定之亦更詳。故物權法可謂爲規定靜態財產關係之法律。債權法可謂爲規定動態財產關係之法律。

(二) 債權法係以任意法爲主。

債權法雖與物權法同爲財產法。但物權法係以強制規定爲主。而債權法則以任意規定爲主。此其理

由。則在一係關於公益。一係關於私益。蓋物權爲絕對關係。其效力得及於一般人。故物權之種類及內容。自不許當事人依其意思以爲創設、變更。故物權法規定。原則屬於強制規定。若債權則爲相對權。其效力僅及於特定人。則各種債權債務關係。自得使當事人依其意思以爲創設、變更。故債權法規定。原則屬於任意規定。所謂契約自由之原則。亦特於債權法上大見其適用。

近代債權法。雖仍以契約自由之原則爲基本原則。但其適用之範圍。亦已日見變遷。即近時趨勢。已漸由個人之自覺而進於社會之自覺。個人之自由。固宜保護。社會之平等。尤宜尊重。昔時往往因個人特殊關係。當事人之地位。並不能平等。其所締結之契約。亦屬自由其名。不平等其實。故至前世紀止。極倡個人主義之結果。至本世紀。亦已漸悟其流弊。於是又盛倡社會主義。爲求社會平等之實現。對於弱者尤宜加以保護。遂對於契約自由之原則。亦不得不加以限制。故在債權法。亦有着眼於此而設強制規定者。例如債編關於利息、違約金之規定均是。(參照二〇四、二〇五、二〇六、二五、二五二)

(四) 債權法係漸次發達。

債權與物權之消長。實與社會之文野爲比例。蓋人類生活。其最初感需要者。厥惟外界之物質。物權既爲使人直接對物爲支配之權利。自首足以應此需要。故物權較債權發達爲早。若債權。乃基於個人之信用。自必於社會相當進化之時。始克見之。然人類究爲團體動物。故社會文化。愈爲進步。斯共同生活。

愈爲切要。債權即適足以應此需要。故在現時。債權愈見發達。斯債權法之範圍亦愈爲擴張。

債權法規定。雖有逐次增加之勢。然自他方面言之。債權債務關係。實爲人類生活關係中較爲複雜之部分。盡欲以成文法規定。不但不可能。亦甚不相宜。故關於債權。仍適用契約自由之原則。而就契約之解釋及其他事項。僅設有彈性之準則爲止。其他則在訴訟外。可任個人爲自由之處置。即在訴訟時。亦任法院爲適當之裁判。其中尤有一原則以支配之。即行使債權。履行債務。均應依誠實及信用方法。此在德國民法。已特以明文標示。我國民法亦然。(二一九德民二四二並參照瑞民二一)

(五) 債權法係有普遍性。

物權法、親族法、繼承法。均係依一國固有之國情與沿革而制定。故含有固有性者爲多。若債權法乃係以交易爲對象。而規定人類之共同生活關係。只須爲進化之人類。其共同生活所需要之程度。大抵相同。故債權法以含有普遍性者爲多。現時文明諸國之債權法。乃有國際統一之趨勢。尤於商事債權法性質之票據、海商爲然。

第二 債權法之地位。

債權法之發達。乃以一定文化之發達爲前提。故古代法典。迄未認債權法獨立之存在。彼羅馬法。雖對於債權法。研究較爲精詳。現時歐洲諸國債權法之原則。類多由此承襲。然當時仍以債法爲物法之一部。嗣

後法國民法及屬其系統之民法。雖已較認債權之地位。然仍未脫羅馬法之窠臼。規定之於「所有權取得方法」一編之內。確認其有獨立之地位。與物權各爲一編。分別規定者。乃爲德國法系之民法。然關於其編列之位置。又有二主義。如沙克遜民法。則以物權編列於債權編之前。日本民法仿之。如德國民法。則以債權編列於物權編之前。我國民法仿之。自立法言。當以最後主義爲宜。蓋債權法適用之範圍。實較物權法爲廣。且物權之取得。亦多因於債權關係。自應先就債權規定也。又我國民法。係仿瑞士債務法。採民商合併之理論。故凡他國商法一部之規定。如交互計算、經理人、代辦商、行紀、倉庫、運送等。亦規定之於債權編之內。

第三 債權法之範圍。

債權法之淵源。並不以民法之債編爲限。專就民法言之。其總則編。即有關於債權法之規定。如第十八條、第十九條、第二十八條、第三十五條第二項、第一百條、第一百一十條、第一百一十三條、第一百五十二條等規定均是。以外凡因物權關係、親屬關係、繼承關係所生之債權關係。則均規定之於該各編。至民法以外之法律。含有債權法之性質。尤不勝枚舉。如公司法、票據法、海商法、保險法。其最著者。餘如破產法、民事訴訟法、競賣法、及行政法規等公法規定。亦有含有債權法之規定者。

但民法債編之規定。對於以外之特別法。乃爲普通法。本書所研究者。只以此編爲限。本卷所研究者。則以

同編之第一章爲限。

第二章 債權概論

第一 債之語源。

債之一語。在歐洲。乃淵源於羅馬法。羅馬法之所謂債(Obligatio)亦有種種意義。(一)有稱債權者。用於此義者較少。通常稱債權。多用請求(actio)一語。(二)亦有稱債務者。用於此義者較廣。(三)亦有稱債權債務關係者。最後之義。乃爲法鎖(juris Vinculum)之義。即謂債權人與債務人間之關係。用於此義者最廣。嗣後德國制定民法。亦沿此義。其第二編之標題。不單稱債權(Forderung)亦不單稱債務(Schuld)只稱曰債(Schuldverhältnis)即係債權債務關係之義。亦可單稱曰債權關係或債務關係。現時英國法及法國法所稱之債(Obligation)亦同此義。

日本最初譯語。債權係稱人權。債務則稱義務。其國舊民法。即用此名稱。現行民法。始改稱債權、債務。其第三編標題。則稱債權。

我國清律。就債特設有錢債一門。律例內亦係用此名稱。舊民律草案則仍仿日本民法。以債權名編。修正案乃改稱債。現行民法亦然。蓋一面固仿德國民法。一面亦從通俗名稱也。然所謂債。即係債權債務關係之義。固包括債權及債務之法律關係全體。然自債權人方面言之。仍爲債權。自債務人方面言之。仍爲債

務。且債權債務實爲整個關係之一面。稱債權當然即足以概括反面之債務。稱債務亦當然足以概括反面之債權。民法於第三編既以物權名編。獨於第二編單以債名編。於用語實未見其妥協。本書雖大致仍從民法用語。單稱曰債。而因研究便利。有時固仍單稱債權或單稱債務。

第二 債權之意義。

債權 (Obligatio, Forderungsrecht, droit personnel, right in personam) 在他國立法例。亦有以明文規定其意義者。(註)然多數立法例。均未設明文。我國民法亦然。而一般學說。均謂債權爲特定人對於特定人要求特定行爲之權利。其反面則稱曰債務 (Schuld, debt, dette) 爲要求之人。稱曰債權人 (Gläubiger, Creditor, Crancier) 被要求之人。稱曰債務人 (Schuldner, debtor, débiteur) 債權人對債務人之關係。稱曰債權債務關係。亦單稱債權關係或債務關係 (Schuldverhältnis, obligation) 簡稱曰債。茲分析說明債權之意義如次。

註 德國民法第二百四十一條定明「債權人有請求債務人依債務關係爲特定給付之權利」。(參照一九九I)日本舊民法亦就債務規定其定義。

(一) 債權爲特定人對特定人之權利。

權利之主體。必爲特定。已於總則述之。故債權權利人之必爲特定。乃與物權、人格權、身分權等絕對權

無異。其與絕對權不同者。則在其義務人之必為特定。故債權乃為相對權。惟此所謂權利人、義務人均須特定。不必均須為一人之義。均為多數人亦可。故民法於本章第四節就多數債務人債權人設有規定。(二七一以下)

債權固亦有得由第三人清償者。(三二一)但非債權人有要求第三人清償之權利。故仍不失為相對權。

但債權只能及其效力於債權人與債務人之間。僅為原則。亦有例外。如第二百四十二條、第二百四十四條、第二百六十九條第一項、第二百七十條、第四百二十五條等規定均是。至債權有不可侵性。當於後詳述。

(二) 債權為要求行為之權利。

即債權之標的。為債務人之行為。此行為自羅馬法以來。稱曰給付。(prestatio, Leistung, prestation)亦有為積極之作爲者。亦有為消極之不作爲者。(參照一九九)後者又可分為二種。即甲、使債務人不爲何等行為。乙、使債務人聽許債權人之行為。不爲何等妨害是也。

債權以係對債務人請求為給付。故債權為請求權。非支配權。即為關於物之債權。亦非使債權人直接對物為行為。故亦非為對於物之支配權。又債權雖概以債務人之行為為標的。然非使債權人對債務

人爲一定支配。故亦非爲對於人之支配權。至債權僅由債權人行爲。並不能實現其內容。其非形成權。更不待言。

(二) 債權爲要求特定行爲之權利。

人固可由法律規定或法律行爲。限制其自由之一部。但無限制以拘束自由。乃所不許。故債權之標的。只能爲債務人特定之行爲。若以法律行爲拘束他人。使爲不特定之行爲。則依第七十二條。應屬無效。

第三 債權之不可侵性。

債權是否有不可侵性。申言之。卽債權能否被第三人侵害。以成爲侵權行爲。學者議論紛歧。可大別爲三說。

(一) 積極說。

謂權利之性質。皆有絕對性。卽就債權而言。一般世人亦負有不侵害債權人對於債務人所有之權利之消極的義務。如第三人違背此義務時。卽爲侵權行爲。應負賠償之責。

(二) 消極說。

其所持理由。不外左列四端。

甲 債權之性質爲相對權。第三人卽侵害之。亦非違反義務。若認債權有絕對性。債權與物權將不能

區別。

乙 債權人之權利。乃對於債務人之無形關係。與有體物、生命、身體等不同。不得為侵害之標的。

丙 若認第三人侵害債權。而負侵權行為之賠償義務。則較之債務人不履行債務所應負之賠償義務。其責任反為重大。

丁 民法認債權人之撤銷權。即係以第三人不得為侵權行為為前提。否則無特設第二百四十四條規定之必要。

(三) 折衷說。

謂一概認第三人之侵害債權為侵權行為。固屬有誤。然若其侵害。直接使債權歸於消滅時。則不能不以為對於債權人之侵權行為。

在羅馬法。係以債權為相對權。無對抗第三人之效力。故全然否認債權之絕對性。僅略有二三例外。嗣後承襲羅馬法之歐洲諸國立法例。亦概採同一主義。如德國民法。就此亦未設明文。其國學者通說均採第二說。

反是。在英國。則自千八百五十三年以後。曾有數次判例。又確認債權之不可侵性。日本民法雖亦如德國民法。未設明文。然其國學者則贊成第一說者為通說。其國大審院判例亦然。

我國前大理院亦係採第一說。(參照民國三年上字八一九號判例)現行民法雖就此未特設明文。余仍以第一說爲是。蓋民法第一百八十四條第一項。只汎稱侵害權利卽爲侵權行爲。則第三人侵害債權。自亦可爲侵權行爲。且侵害債權。亦爲事實上所恆有。實有保護之必要。而自理論言之。法律既特認爲權利。自不許任何人侵害。如被侵害時。應負侵權行爲之責任。亦於債權爲相對權之性質。不相抵觸。至認債權人有撤銷權。乃爲另一理由。侵權行爲所生之損害賠償責任。與由債務不履行所生之損害賠償責任。在我國民法解釋上。亦並無所輕重。第二說之非難理由。固全不足取也。

第四 債權與他權利之區別

(一) 債權與物權之區別

債權爲請求權。且爲相對權。物權爲支配權。且爲絕對權。申言之。卽債權係對於他人之行爲之權利。且其義務人只爲特定人。物權係爲直接支配物之權利。且其義務人爲一般人。二者有此根本之差異。故又有次述不同之結果。

甲 物權有排他性。債權無之。故數人就同一物。雖不能獨立有同一內容之物權。而數人對於同一債務人。則得有同一給付之債權。因二者一有排他性。一無排他性。遂又一有優先力。一無優先力。卽債權不能因成立之先後。分權利之優劣。而物權則恆因成立之先後。定權利之優劣。成立在後者。僅於

不害成立在前者之範圍以內始能存在。

乙 物權有追及權。債權無之。以債權非直接對於物之支配權。故不得成立物權的請求權也。惟在我國民法。亦間有例外。認債權有追及效。如第四百二十五條之規定是也。

丙 就同一標的物。物權與債權并存時。物權優先於債權。此於通常之時固然。而於義務人破產之時。其功效尤為顯著。即此時所有權人、抵押權人、質權人。有將其權利標的物自破產財團分離或剔除之權利。債權人則無此權利。

丁 物權之種類及內容。必依法律之所定。債權之種類及內容。則得由當事人任意定之。

(二) 債權與親屬權之區別。

非財產權中如人格權。乃全為絕對權。且係以人格為客體。其與債權自易於區別。獨屬於身分權之親屬權。則以其亦係特定人與特定人間之權利。與債權不無類似。然二者類似之點僅此。其根本之性質仍不相同。即親屬權之本質為支配權。非請求權。其成立根據。在特定之身分關係。非有此身分者。則不能有此權利。且此權利係法律為確保道德上之義務所付與。故其履行義務。以義務人自身之行為為限。第三人不能代之履行。例如親權、家長權、夫權等。均係法律基於身分關係。為維持家族道德而認其存在者。則其標的自在對於子女、家族、妻妾為一定支配。故為支配權。即由此等權利所生之請求權。例

如要求同居之權利。亦與由債權所生之請求權不同。

學說上亦有謂區別債權與親屬權。應在有無財產價格者。然爲債權標的之給付。亦不必盡有財產價格。(一九九II)反是在由親屬權所生之請求權。其給付標的。亦有有財產價格者。如扶養費請求權是。至扶養費請求權。是否爲債權性質。學說上尙有異說。近時有力學者。均主張其爲債權。余謂其性質固與債權同。然其待遇不能與債權同。

第五 債權與請求權之關係。

債權雖以請求權爲惟一內容。但請求權不必盡爲債權。例如由物權所生之原狀回復請求權。則爲物權的請求權。於破產時必受特別待遇。實與債權不同。(參照本書總則)

第六 債權與訴權之關係。

因羅馬法以訴權與請求權相混。以前學者遂以二者同視。然自發虎氏力倡二者之區別後。在德、日學者已成通說。即謂訴權爲訴訟法上之權利。乃請求國家爲私權保護之判決。請求權爲民法上之權利。而係請求私人爲一定行爲。(參照本書總則)債權既係以請求權爲內容。自與訴權不同。然債權固無不伴有訴權者。債權而不伴有訴權者。惟有承認自然債務之學說。始能認其存在耳。

第七 債務與自然債務。

如上所述。債權無有不伴有訴權者。申言之。即債務人不任意履行時。債權人均得依訴權請求法院強制其爲現實履行。或爲損害賠償。但如不得依訴權以爲主張時。尙得認有債權之存在否。此即自然債務之問題。立法例及學說尙屬紛紜。

(一) 羅馬法

羅馬法於得訴追之債務(Obligatio civilis)外。尙認有自然債務(Obligatio naturalis)後者亦以爲債務。債權人雖不得以訴強制履行。但如債務人任意履行時。其履行亦屬有效。不得以爲無原因之給付。而主張返還。又就此債務。亦得爲抵銷、更改或擔保。

(二) 法國民法。

在法國民法。學說及判例。均認自然債務之存在。其根據則在彼國民法第一千二百三十五條第二項。且關於其範圍。因實際上需要。亦頗主張應爲廣汎。凡以履行道德上義務所爲之給付或約束。均以爲自然債務。而認其有效。惟關於其附隨之效力。則尙有議論。一般均謂不得爲抵銷。得爲更改及擔保之標的否。學說亦不一致。

(三) 德國民法。

德國普通法時代。係認自然債務之存在。德國現行民法。是否認其存在。學說上固有議論。亦有少數說

持否定說者。然多數說則持肯定說。其根據則在其第二百二十二條（時效完成後之債務）第六百五十六條（婚姻媒介費之債務）第七百六十二條、第七百六十三條、第七百六十四條（因於賭博之債務）第八百一十四條（基於道德上或禮儀上之債務）等。

（四）日本民法。

日本民法學者。則與德、法學說相反。通說均不認自然債務之存在。僅有少數之反對說。至彼國民法第五百零八條（時效完成後之債務）第七百零八條（基於不法原因之給付）及利息制限法第二條（支付超過利息限制之利息之債務）等規定。通說均謂非法律認有自然債務存在。乃各基於特別之理由。

我國前大理院關於自然債務之問題。亦未有判例及解釋。惟於因不法原因所爲之給付。不許請求返還。著有判例（民國八年上字四八二號）現行民法。亦無直接明文足認自然債務之存在。即如第一百四十條第二項、第一百八十條第一款、第三款、第四款、第三百二十七條等規定。是否足爲肯定自然債務之根據。亦不無疑義。以余所見。仍以否定說爲是。蓋羅馬法認自然債務存在。乃有其特別之原因。嗣後承襲羅馬法之國家。學說及判例。雖亦認自然債務。要亦因於沿革之理由者爲多。若自純粹理論言之。權利至不能受法律之保護。以向法院正當主張。而仍認其存在。且謂其反面有義務或責任。要屬不可通。故民法

上述各條終以謂其各基於特別之理由爲是也。

第八 債務與間接義務及責任。

間接義務(indirkte Verpflichtung)之意義已於本書總則述之。乃與責任(Haftung)同義。即某行爲、法律雖亦規定其應爲。但不爲之時。並不直接強制。只使受不利益以間接強制。此與通常所謂義務。即真正之義務。並不相同。(註)債務本即義務。乃能直接強制者。故嚴格言之。應與責任之意義不同。然在立法例及學說上用語。類多將債務與責任相混。現行民法亦沿之。故所謂回復原狀或賠償損害。本爲債務或義務。有時亦稱曰責任。(參照二八、三五〇、一〇〇、一一〇、一一三、一五〇、一五一、一五二、一六五、一七四、一七五、一八二、一八三、一八四以下等)蓋在我國民法。亦如他國民法。未有僅有責任而無債務者。故逕以責任與債務同視。亦無不可也。

註 義務與責任之區別。於訴訟法上最顯。例如民事訴訟當事人主張事實。提出證據。均僅爲責任。非爲義務。又如到場。亦原則爲責任。僅例外爲義務。若證人鑑定人到場。則爲義務。非僅責任。

關於債務之履行。有無限責任與有限責任之觀念。債務人有以其全財產爲履行之責任。易言之。債權人得請求就債務人全財產爲強制執行者。斯曰無限責任。此爲原則。有限責任。則爲例外。只於法律有特別規定或契約有特別訂定時。始能見之。此點在法國法系之民法。亦有以明文規定者。(法民二〇九二、二

○九三意民一九四八、一九四九）即在無明文之國。學說上亦無異說。蓋債務人之財產。爲債權之總擔保。已於法理上爲當然之原則也。

有限責任。學說上又分爲二種。

(一) 人的有限責任。亦稱計算上之有限責任。(Personlich oder quantitativ beschränkte Haftung)

債務人以一定之最高額。爲負擔責任之限度。例如股份有限公司之股東。以自己入股之額數爲限。對於公司之債務負責任。(公司法一一一)對於他人之債務。以一定之額爲限。負保證責任之保證人債務之類(參照七四〇)是也。

(二) 物的有限責任。(Sachlich beschränkte Haftung)

債務人以特定之財產爲限度。而負責任。例如繼承人。以繼承財產爲限度。對於被繼承人之債務負責任是也。

總論

第一編 債之發生

第一章 總論

第一 債之發生之意義。

債之發生(Entstehung der Schuldverhältnisse)云者。謂債權債務關係從新發生也。必須債權係客觀從新成立。始可謂之發生。故與債權之取得、債權之變更、或債權之移轉。均應區別之。蓋債權於被讓與或繼承之時。僅得謂其有債權之取得、變更或移轉。而不得謂其有債權之發生也。

第二 債之發生之原因。

(一) 債權債務關係。亦為法律關係(Rechtsverhältnis)且為法律效力(Rechtswirkung)故其發生也。亦如他之法律關係及法律效力。必有一定之原因事實。此項事實。一般稱曰法律要件(Juristischer Tatbestand)亦稱法律事實(Juristischer Tatsache)發生債權債務關係。亦必有此要件事實。此即債權發生之原因也。

(二) 發生債權之原因。不僅以債權法所規定之事實為限。亦有由於物權法、親屬法所規定之事實者。亦有由於特別民法及其他公法所規定之事實者。然債權法所規定之事實。究為債權發生原因事實中之最重要者。故本書專以研究債編所規定之事實為標的。

(三) 為債權發生原因之事實。可大別之為行為及事由。分述之如次。

甲 行為。此又可分為合法行為與違法行為。

1 合法行為。此又可分為二種。

a 法律行爲。(Rechtsgeschäft) 又可細別之如次。

I 契約。債權由契約發生者。最爲合理。亦最爲普通。故民法除於債編第一章通則分別於第一節債之發生及第三節債之效力之內。各以一款就一般契約設通則之規定外。又於第二章各種之債。就各種具體契約。設詳細之規定。

II 單獨行爲。債權由單獨行爲。即一方之約束(Hinsichtiges Versprechen, Pollicitatio)而發生。固非爲理論所不許。然自羅馬法以來。均以爲不本於自己之意思。而對於他人負擔債務。於原則上爲不可許。故由單獨行爲以發生債權。全屬例外。須有特別規定。在現時一般法理。認爲可由單獨行爲發生債權者。僅限於遺囑、捐助行爲等。

民法於債權第一章第一節第一款契約之後。更設第二款。規定代理權之授與。然自理論言之。代理權之授與。雖爲單獨行爲。究應與其基本之法律關係區別之。原僅能發生代理權。使之對於外部得代理本人。並不能直接對於內部發生何種債權債務。民法竟將此項規定之於債之發生一節之內。要只能解爲係因便宜而隨意規定而已。故本書仍移本款於總則說明。

III 共同行爲。債權亦可由共同行爲發生。如法人可由社團設立行爲及總會決議。對於社

員取得出資之請求權是也。

b 法律上行爲 (Rechtshandlung) 債編第一章第一節第三款所規定之無因管理。其適例也。

2 違法行爲。債編第一章第一節第五款所規定之侵權行爲。其適例也。

乙 事由 (Tatsachen) 此即指人之行爲以外之事實。債編第一章第一節第四款所規定之不當得利。其適例也。

第三 債之發生原因之變遷。

債權債務關係。既爲法律所規定之吾人生活關係。故其原因事實之多寡及法律規定之詳略。均與吾人社會生活之繁簡爲正比例。故債權發生之原因事實。乃曾經過種種之變遷者。概而論之。實以古代較爲簡少。至近代則漸次增加。蓋以古代社會生活。原極簡單。而近代社會生活。則更爲複雜故也。若我國民法。則因其採民商合併之理論。商法規定。亦有一部規定之於債編。故其規定。更較增多。

第二章 契約

第一節 契約之觀念

第一 一般契約之意義。

契約 (Contractus, Vertrag, Contrat, Contract) 於民法上有廣狹二義。廣義之契約。即總稱雙方以發生私

法上效力爲標的之合意也。德國民法，乃從此義。故將關於一切契約之通則，於總則編規定之。余以德國民法之見解爲然。故凡稱契約，應指發生私法上效力之一切合意。不僅關於債權關係，可以成立。即關於物權關係，親屬關係，繼承關係，亦可以成立。故除婚姻，立繼等之合意，發生夫婦關係與親子關係者，可稱曰契約外，餘關於債權之發生者，則稱曰債權契約。關於物權之移轉，設定者，則稱曰物權契約。關於債權之移轉及其他權利之發生，移轉者，則稱曰準物權契約。所謂狹義之契約，即指此債權契約而言也。

第二 債權契約之意義

民法既係於債編債之發生節內，規定契約。則其所稱契約，自爲債權契約。即彼羅馬法及英、法諸法所稱之契約，亦係指此。但究不能因民法僅於債編規定契約，即謂契約只有債權契約。應尙認有其他契約。且應解爲亦得準用債權契約之一般規定。何謂債權契約（*Obligatorischer Vertrag*）即謂當事人互相表示意思一致，而以發生債權債務關係爲標的者也。更分析說明之如次。

（一） 契約爲一種法律行爲。

契約乃爲法律行爲之模範。故關於法律行爲之各種原則，沿革上多由契約發達。

（二） 契約乃因當事人互相表示意思一致而成立。

即契約必以二人以上之意思表示互相一致爲其不可缺之要素。更分述之如次。

甲 契約乃由二個以上之意思表示所組成。即二個以上之意思表示。爲契約之必要成分。夫契約固亦有尙含有其他成分者。(如要物契約)但無論何種契約。均不能不有二個以上之意思表示。意思表示與契約之關係。乃與意思表示與法律行爲之關係同。

乙 契約須有當事人二人以上各居於一方。即契約當事人。均爲雙方。各一方至少有一人。一則稱此方。一則稱他方。通常有二人以上者。必與他人同居於一方。然亦間有二人以上互相各居於他一方者。如二人以上之合夥契約是也。又此所謂至少須有二人者。乃謂當事人名義至少須有二人也。非謂契約之意思表示。必須盡由二人以上爲之。故如雙方代理。亦可成立契約也。

丙 契約須有意思表示之一致。此稱曰合意。(Consensus, Übereinstimmung, agreement, consentment) 成立合意。尙須具備次要要件。

I 須客觀一致。

即須二個以上之意思表示。於客觀有同一之內容。申言之。即須由各表示行爲所推知之效力意思。即所謂表示上之效力意思(erklarter Erfolgswille)互相符合也。並不須內部之效力意思亦相符合。前者不相符合。則爲無合意。契約即不成立。後者不符合。則爲意思表示之內容有錯誤。其契約僅得撤銷。(八八)

2 須主觀一致。

即須契約各當事人均有結合雙方意思表示以成立契約之意思。故表意人除須如一般意思表示。就該意思表示之內容，即該契約之法律上效力，有效力意思外，並須就結合各意思表示以締立契約亦有效力意思。申言之，須該契約之意思表示於客觀一致，非出於偶然，乃適為各當事人所欲，各就此亦有意思也。

至各當事人除須就意思表示一致有意思外，更須就該各意思表示實際上已經一致之事實，有認識否。學者中雖有議論，應解為毋須有此認識。

3 意思表示之方法。民法於第一百五十三條第一項定明無論其為明示或默示，均可成立契約。至各意思表示是否須完全一致，民法亦於同條第二項明定當事人對於必要之點意思一致，而對於非必要之點未經表示意思者，推定其契約為成立。又關於非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。

丁 契約須有二個以上相對立之意思表示。

即契約之內容，對於各當事人，須有反對之意義。例如買賣契約之所謂買，所謂賣，在客觀雖為同一之內容，即發生交物、交價之債務，而在主觀，究係各有反對之意義，而互相交換，即係一方得物，一方

得價。此即契約與共同行爲(Gesamtakt, 亦稱合同行爲)相區別之主要標準。蓋一則其內容於當事人係各異之意義。而以反對之目的相對立。一則其內容於當事人有同一之意義。而向同一之目的以平行也。如設立社團法人之行爲。即其適例。

(三) 契約乃以發生債權債務關係爲標的。

即狹義之契約。僅有成立債權之效力。民法所稱契約。即係此義。由契約所發生之效力。既僅爲債權債務關係。故僅能爲特定人間之關係。此特定人。通常固僅爲契約當事人。但不以此爲限。所謂由第三人爲給付或向第三人爲給付之契約。(二六八、二六九)要亦爲債權契約也。

第二節 契約之種類

第一 雙務契約與片務契約

二者之區別。乃在雙方當事人是否負擔須爲對待給付之債務。而其區別之實益。則在其應行適用之法律規定。各有不同。即所謂同時履行(二六四、二六五)危險負擔(二六六、二六七)之問題。均僅就雙務契約始能發生。以外如契約解除之規定(二五四至二六三)亦多就雙務契約始有適用。

(一) 雙務契約

雙務契約(Zweiseitiger Vertrag, Contrats synalagmatiques)者。雙方當事人各須負擔爲對待給付之

債務之契約也。如買賣、互易、租賃、雇傭、承攬、合夥、和解等均是。此契約有次述特徵。

甲 當事人雙方均須負擔債務。故僅一方負擔債務者，不得謂為雙務契約。

乙 當事人雙方須負擔為對待給付之債務。所謂對待給付，即雙方所為給付，有對待價值（*Uingegen-*

三申言之，即雙方所負互為給付之債務，具有兩足相償之性質之謂也。雙方債務，是否相償，不必由客觀而決，應由主觀而決。由雙務契約所發生之債務，必有對待給付之關係。故後述二種情形，不得稱為雙務契約。

1 契約成立後，一方當事人始因特別事由負擔債務者。此際學者亦有稱為不完之雙務契約

(*Unvollkommen Zweiseitige Vertrag*)者。究非正確。例如在無償委任契約，委任人所負擔費用償還之義務是也。

2 當事人雙方負擔債務，係為契約當然之效力者。此際負擔債務，不得謂有對待價值。自不得謂為雙務契約。例如在使用貸借契約，貸與人所負擔供使用之義務，借用人所負擔返還之義務是也。

(二) 片務契約。

片務契約(*einseltiger Vertrag, Contrats unilatéraux*)者，雙務契約以外之契約也。如贈與、使用貸借、有利

消費貸借、無償委任、無償寄託等。均屬於此。其中又可分為次述二種。

甲 契約之效力。原即僅使當事人一方負擔債務者。

乙 契約之效力。雖使當事人雙方負擔債務。然未立於對待給付之關係者。

第二 有償契約與無償契約。

二者之區別。乃在雙方當事人所為之給付。是否有對待價值。而其區別之實益。亦在其應行適用之法律規定。各有不同。即在買賣契約之規定。原則於買賣契約以外之有償契約。亦有準用。(三四七)以外於破產法上。有償契約。待遇亦有不同。

(一) 有償契約。

有償契約(Engeltlicher Vertrag, Contrat à titre onéreux)者。雙方當事人各須為有對待價值之給付之契約也。如買賣、互易、租賃、雇傭、承攬等。均屬於此。此契約亦有次述特徵。

甲 當事人雙方均須為給付。故僅一方為給付者。不得為有償契約。

乙 當事人雙方所為之給付。須有對待價值。故雖契約之效力。在使當事人雙方為給付。而苟無對待之價值。如附擔負之贈與契約。亦不得為有償契約。

學術上於雙務契約之外。更設有償契約之區別者。蓋以二者觀察之點。有所不同。一則係從為給付者

眼。一則係從負擔債務着眼。在有償契約。當事人雙方為給付。有為契約之成立要件者。有於契約成立後為契約之效力所要求者。有償契約。必於後者始能為雙務契約。

(一) 無償契約。

無償契約 (unentgeltlicher Vertrag, Contrats à titre gratuit) 者。有償契約以外之契約也。例如贈與、使用貸借、無利消費貸借、無償委任、無償寄託等均是。

第三 要物契約與諾成契約。

二者之區別。乃在契約是否於合意之外。尚須由當事人為給付。始得成立。而其區別之實益。即在其成立之時期。各有不同。

(一) 要物契約。

要物契約 (Realvertrag, Contrats réels) 者。須以當事人一方完成其交物或其他給付為成立要件之契約也。又稱曰實踐契約。如使用貸借、消費貸借、寄託等。他國多數立法例。均規定其為要物契約。此乃沿於羅馬法。但此區別。學者中早已主張其於理論上不能成立。瑞士債務法且竟採此理論。定為明文。(瑞債三〇五、三二二、四七二) 我國民法關於使用貸借及消費貸借。一方交付標的物。並未以為成立要件。但仍以為生效要件。(參照四六四、四六五、四七四、四七五) 而關於寄託。仍定交付標的物為成立

要件。則爲完全要物契約也。(參照五八九)(註)

註 前大理院判例。使用貸借、消費貸借及寄託。均解爲要物契約。

(一) 諾成契約。

諾成契約(Konsensualvertrag, Contrats consensuels)者。僅以合意爲成立要件之契約也。如買賣、租賃、僱傭、委任等。均屬於此。契約通常皆爲諾成契約。要物契約。須待法律明文規定。始能存在。

第四 有名契約與無名契約。

二者之區別。在是否爲法律所明定。其區別之實益。則在有名契約。有應行適用之規定。無名契約。則僅以其性質可許者爲限。始能準用相當之有名契約之規定。

(一) 有名契約。

有名契約(benannte Vertrag, Contrats nommes)又稱曰模範契約(typische Vertrag)即由法律特付有名稱並設有規定之契約也。民法債編第二章所規定之各種契約。均屬於此。

(二) 無名契約。

無名契約(Unbenannte Vertrag, Contrats inconnues)又稱曰非模範契約(Nichttypische Vertrag)即未由法律特付名稱並設規定之契約也。其中有以法律全無規定之事項爲內容者。亦有此二以上有

名契約之內容爲內容者。後者稱曰混合契約。(Gemischte Vertrag)

契約自由。乃爲大原則。有名契約。不過爲交易上所常見。故法律從而規定之。並非限定於此數者。故無名契約。仍可自由締結。苟其性質可準用有名契約相當之規定者。仍應準用之。

第五 主契約與從契約。

二者之區別。在契約是否立於從屬之地位。其區別之實益。則在二者之關係。自一般言之。從契約恒成立於主契約之後。其非係代主契約而成立者。凡主契約無效時。從契約亦應無效。其係代主契約而成立者。則主契約無效。從契約不必因之無效。唯當事人定爲二者不可分離之時。始當別論。

(一) 主契約。

主契約(Hauptvertrag, Contrat principal)者。乃對從契約而言。即能獨立成立之契約也。

(二) 從契約。

從契約(Nebenvertrag, Contrat accessions)者。必須有他契約存在而後能成立之契約也。無論債權契約或物權契約。均可成立從契約。前者如保證契約、違約金契約是。後者如質權契約、抵押權契約是。

第六 本契約與預約。

以發生締結一定契約之債務爲內容之契約。稱曰預約。(Vorvertrag)嗣後正式締結之契約。稱曰本契約。

締結契約與否。雖爲人之自由。然以契約限制之。苟非反於公共秩序或善良風俗。自應許其有效。

第七 要式契約與不要式契約。

第八 有因契約與無因契約。

第九 生前契約與死因契約。

上述三者與法律行爲之分類同。可參看總則之說明。茲從略。

第二節 契約之成立

第一款 概說

契約之成立。至少須有二個以上之意思表示互相一致。已如前述。此二個意思表示。(一)有同時爲之者。稱曰同時表示。(Simultaneous declaration, Concurrent expression of intention)(二)有先後爲之而偶然相合者。稱曰交錯要約(Kreuzferte)(註)(三)有先後爲之而有因果關係者。先爲之意思表示。稱曰要約。後爲之意思表示。稱曰承諾。此爲契約成立之普通現象。故民法亦僅就此設有規定。

註 交錯要約能否成立契約。學者中大有議論。余取肯定說。

第二款 要約

第一項 要約之意義

要約(offer, offre, Pollicitation, Antrags, offerte)者以結合他方意思表示而成立一定契約爲標的之意思表示也。分析說明之如次。

第一 要約爲意思表示

關於要約之性質。學者之中。大有議論。有謂爲事實行爲者。有謂爲法律行爲者。然多數學者。均謂爲意思表示。余亦從此說。蓋要約係以發生一定法律上效力爲標的。其非事實行爲。固屬顯然。而僅一方要約。尙不足以成立契約以發生當事人原欲之效力。其非法律行爲。自亦可以斷定也。

第二 要約係以結合他方意思表示而成立一定契約爲標的

申言之。即須由要約人之表示行爲。足以推知其有締結一定契約之意思。苟受要約人對之爲承諾之意思表示。則該契約即得成立。此即要約與要約之勸誘(invitation of offer, Einladung zu Offerte)相異之點。蓋後者僅有引起要約之意思。並無締結契約之意思也。

第二項 要約之要件

要約爲一種意思表示。凡意思表示之成立及生效要件。自須具備。又要約雖非法律行爲。但亦應適用法律行爲之規定。即法律行爲之成立及生效要件。亦應具備。以外尙須具備次述特別要件。

第一 要約人須爲特定人。

詳言之。即爲要約者。須於客觀實已確定爲何人。通常均由要約本身卽足以推知之。卽不能由要約本身推知。而實際已經確定者亦可。如自動販賣機之設置。可認爲要約是也。

第二 要約人須爲契約當事人。

即要約之名義人。須爲收契約上效力之人。蓋要約雖不必由本人爲之。但須用本人名義。俾契約之效力。得直接歸屬於要約人。

第三 要約須向契約相對人爲之。

要約係爲須受之意思表示 (Empfangsbedürftige Willenserklärung) 與否。學者之間。不無議論。亦有持否定說者。然多數學者。均持肯定說。余亦從之。蓋要約必待契約之相對人收受。更爲承諾。始能發生要約人所欲發生之效力。故要約必向相對人爲之。並須達到。其性質然也。

要約雖須向相對人爲之。但該相對人須爲特定人與否。學者之中。亦有議論。有持肯定說者。余從多數學者。以否定說爲正當。故如廣告、自動販賣機之設置、電車公乘汽車之運駛、劇場電影場之開場等。有時均得解爲對於不特定人之要約。

第四 要約必足以決定契約之內容。

蓋要約一經承諾。卽得成立契約。故契約之內容。須由要約決定之。凡爲契約要素之事項。無論其爲客觀

或為主觀。均須有要約人之意思表示。不過要約人得以其中一部委由相對人定之而已。

第五 要約之表示方法。

要約之表示方法。自應從一般規定。解為無限制。民法特為推測當事人之意思。設有特則規定。即貨物標定賣價陳列者。視為要約。惟價目表之寄送。則不視為要約。(二五四二)

第三項 要約之效力

第一 效力之性質。

由要約所發生之效力。與由契約所發生之效力不同。後者之發生。乃在要約與承諾互相一致而成立契約之後。且因各種契約而異其內容。若前者則為要約本身所發生。乃在契約成立之前。且無論在何種契約。其內容均屬相同。

第二 效力之內容。

要約之效力。可分為左列二種。

(一) 實質效力。

此項效力。係從相對人方面觀察。即要約一經達到相對人。相對人即可向之為承諾以成立契約。學者稱之曰承諾能力。(Annahmefähigkeit)余謂之曰實質效力者。蓋以其係由要約之性質上當然發生之

效力也。民法就此雖亦如他國立法例。未特設明文。但於學理上乃無疑義。

又此項效力。僅在與相對人以為承諾之權能。而相對人並非因以負擔為承諾之義務。且原則上亦不必為諾否之返答。又要約人於要約外。更發送物品或直以發送物品為要約者。相對人亦不負接收。保存及返還之義務。惟已取得其占有之時。則應負送還之義務。更有不當得利者。應行返還。亦不待言。又如就該物品有侵權行為者。應適用侵權行為之規定。尤無待論。

(二) 形式效力。

此項效力。係從要約人方面觀察。即要約一經達到相對人。則要約人應受其拘束。為民法第一百五十四條第一項所明定。學者稱曰要約之拘束力。(Gebundenheit, Verbindlichkeit)又曰要約之不可撤回性。(Unwiderruflichkeit)民法亦沿拘束力之用語。(一五五、一五六)吾謂之曰形式效力者。蓋以其非由要約之性質當然所發生。而係法律為保護交易安全所特別規定之效力也。往時羅馬法及德國普通法。均不認此效力。近時法國民法亦然。英國法。原則上亦不認此效力。其以明文認許者。僅德國民法。(德民一四五)奧國民法。(奧民八六二)日本民法。(日民五二一、五二四)瑞士債務法(瑞債三至五)等立法例而已。

又民法認要約有拘束要約人之效力。僅為原則。更設有例外規定。即要約當時預先聲明不受拘束。或

依其情形或事件之性質。可認當事人無受其拘束之意思者。亦可不受拘束。(一五四)但書)蓋要約之拘束力。並無強制必要。如要約人於爲要約時。即已有明白之反對表示。或雖無此表示。而按諸當時具體情形或事件性質。實可認爲要約人有不受拘束之意思。則亦可依要約人之意思。使其要約不生拘束力也。

要約之拘束力。以其係由法律之規定所發生。而與要約人之意思無涉。故雖當事人不知其有此效力。或本不欲其有此效力。除如上述。要約人爲要約時。有特別之意思表示外。此項拘束力。仍發生如故。要約之不能解爲法律行爲者。亦即以此。

要約之拘束力。僅在要約人於一定期間內應受其拘束。即有應他方承諾以成立契約之義務。而無禁止要約人更向第三人爲要約之效力。故要約人於該期間內向第三人更爲要約。仍屬有效。不過此二個要約。均經承諾時。要約人負有二重履行契約之義務而已。而履行義務。如更需物權行爲之時。該物權行爲效力之優劣。仍應以行爲時之先後而決定之。

第三 效力之發生時期。

要約既爲意思表示。民法於其生效時期。未設特別規定。自應從意思表示之通例。即如左述。

(一) 向特定人爲要約者。應視該特定人之爲對話人與否而定之。

甲 如爲對話人者。則於相對人了解其要約時發生效力。(九四)

乙 如爲非對話人者。則要約於達到相對人時發生效力。(九五)

(二) 向不特定人爲要約者。民法無明文。解爲應準用達到主義。即於要約得被不特定人了解之狀態成立時發生效力。

第四 效力之存續期間。

要約如他之意思表示。其效力發生後。亦應有消滅原因發生。始行消滅。茲述其消滅原因如下。

(一) 拒絕。

要約之拒絕者。不承諾要約之通知也。民法更仿德、日民法。於將要約擴張、限制或變更而爲承諾之時。亦視爲拒絕要約。(一六〇) 德民一五〇 日民五二八) 拒絕之通知。須向要約人爲之。且須達到時。始能發生效力。

要約拒絕後。即喪失其拘束力與否。當分別論之。

甲 民法定明要約經拒絕者。失其拘束力。(一五五) 乃就向特定人之要約言之。此亦應解爲須拒絕之通知達到要約人時始然。此所謂要約失拘束力。即係要約失效力之義。要約一經拒絕。即完全喪失效力。不得更對之爲承諾。雖在承諾期限內亦然。故拒絕通知達到後。即令更於承諾期限內撤回。

拒絕之通知而再爲承諾。亦不能成立契約。

乙 至向不特定人之要約。則該要約並不因特定人之單獨拒絕而失拘束力。蓋因該要約原即係向不特定人所表示。自不能因特定人之單獨拒絕而失效力也。

(二) 不爲承諾。

要約長使其效力存續。究非所宜。故民法分別設有規定如次。

甲 未定承諾期限之要約。此又因次述情形而異。(註)

註 民法係仿德、奧民法。英、法判例所採主義亦同。日本民法關於失拘束力。未設明文。其國學者亦有主張應從德國民法者。亦有爲反對解釋者。

1 對話爲要約者。非立時承諾。即失其拘束力。(一五六德民一四七奧民八六二)蓋在通常。此時接受要約人。不立時承諾。顯係不欲承諾。逕使要約失效。即要約人不再受拘束。所以保護要約人也。

2 非對話爲要約者。依通常情形。可期待承諾之達到時期內。相對人不爲承諾時。失其效力。(一五七德民一四七二)此項期限。亦可稱曰法定承諾期限。此所謂依通常情形。可期待承諾之達到時期者。乃謂承諾得達到之相當時期。其是否相當。不應以要約人及承諾人主觀爲準。而應以

一般交易即客觀爲準。所謂依通常情形。即係此義。此時期。應算入要約達到期間與承諾達到期間。固不待言。以外對於爲承諾之考慮期間。亦應算入。必經過此期間未爲承諾。始可。

乙 要約定有承諾期限者。非於其期限內爲承諾。失其拘束力。(一五八)

承諾之通知。只須未於承諾期限內達到。即不能成立契約。惟民法爲保護承諾人計。定爲承諾之通知。按其傳達方法。依通常情形。在相當時期內可達到。而遲到者。要約人應向承諾人發遲到之通知。否則仍視爲未遲到。(一五九德民一四九日民五二二)此時該項可早到而遲到之情形。應爲要約人所知。自不待言。又此條規定。不僅於約定承諾期限。(一五八)有適用。即於前述之法定承諾期限。(一五七)亦有適用。

上述發遲到通知。乃一種義務。但非因於契約之義務。亦非因於要約效力所生之義務。乃法律恐承諾人受意外損失所課加於要約人之一種特別義務。違背此義務時。法律亦未另使要約人負侵權行爲之責任。只爲除去損害之規定。即使其承諾有效。得成立契約。且係定明視爲。自不許當事人更有爭議。又要約人預先已發承諾遲延之通知者。於其遲到後。毋須更發通知。亦不待言。

(三) 撤回。

要約既爲意思表示。其撤回。自應依第九十五條第一項之規定。即應許要約於其達到前或達到同時。

爲撤回。民法第一百六十二條規定。亦即本此前提而設。即撤回要約之通知。其到達在要約到達之後。而按其傳達方法。依通常情形。應先時或同時到達者。相對人應向要約人即發遲到之通知。意爲此通知者。視爲未遲到。法律所以於此時特加相對人以發撤回遲到通知之義務者。蓋爲保護要約人。恐其誤信撤回有效而受意外之損失也。如相對人未盡此義務。則視爲未遲到。仍使要約喪失效力。至相對人須知該撤回通知依通常情形本應早到。始有此義務。亦不待言。

上所述者。乃就要約未生效前所爲之撤回而言。但要約如依要約人特別聲明僅生形式之效力。即有承諾適格之效力。而無實質之效力。即拘束力者。要約人於要約通知到達相對人後。自亦應許其得隨時撤回。以消滅該項形式之效力。

(四) 承諾。

要約一經承諾。契約即因以成立。要約之效力。自因以喪失。惟向不特定人之要約。若其所求之承諾。不僅限於一人。則僅單一之承諾。自不能消滅要約全部之效力。

(五) 足致意思表示喪失效力之一般原因。

上所述者。乃要約喪失效力之特別原因。但要約既爲意思表示。則關於一般意思表示失效原因之規定。自亦應適用。

第二款 承諾

第一項 承諾之意義

承諾 (Acceptation, Annahme, acceptance) 者。接收要約人向要約人同意而與其要約結合以成立契約之意思表示也。分說之如次。

第一 承諾爲意思表示。

承諾之標的。在與要約相結合以成立契約。其爲意思表示。固屬顯然。然非與要約結合。則仍不能發生該契約之效力。自不得謂爲法律行爲。

第二 承諾係接收要約人對於要約所爲之同意。

故要約之相對人可爲不特定人。而承諾之相對人。則必爲特定人。

第三 承諾於原則上非義務之履行。

但亦有例外。卽如左述。

(一) 由於法律規定者。

(二) 由於預約者。

承諾果爲權利之行使與否。學說上尙有議論。然多數學者均謂爲承諾僅屬接收要約人之權能。余亦從

之。

第二項 承諾之要件

承諾爲意思表示。其一般要件。自應從意思表示之規定。以外尙須具備左述特別要件。

第一 承諾須向要約人爲之。更分說之如後。

(一) 承諾須在要約發生效力以後爲之。蓋承諾乃與要約相結合以成立契約。其須於要約生效後爲之。爲其性質所當然。

(二) 承諾須向要約人爲之。即受此意思表示之名義人。須爲要約人。

(三) 承諾須由接收要約人爲之。即爲意思表示之名義人。須爲要約之相對人。

(四) 承諾須接收要約人知有要約而爲之。蓋承諾乃對於要約之同意。須由相對人知有要約後爲之。亦其性質所當然。

第二 承諾之方法。以無限制爲原則。即承諾原則爲不要式之意思表示。民法於第一百五十三條第一項亦特爲定明。明示、默示均可。但亦有次述例外。

(一) 當事人因預約或其他特約限定者。自應從之。

(二) 要約人預行限定者。亦應從之。惟應分別。甲、要約人實係嚴格限定者。此時相對人雖亦無遵守其

方法以爲承諾之義務。但如不遵守。則不能成立承諾以締結契約。乙、要約人僅係表示希望或單爲相對人便利而限定者。則不遵守。自仍可成立承諾。

(三) 交易上有特別限制者。自亦應從之。

(四) 依習慣或其事件之性質或預先聲明。承諾無須通知者。民法另設有規定。(一六一後詳)

第三 承諾之內容。須與要約之內容一致。分說之如次。

(一) 要約所包含之內容。承諾均須包含之。但第一百五十三條第二項有特別規定。(參照本節第四款說明)

(二) 將要約擴張、限制或變更而爲承諾者。視爲拒絕原要約而爲新要約。(一六〇) 德民一五〇 II 日民五二八) 蓋此時雖不能認爲契約成立。但法律爲期契約易於成立起見。特爲參酌普通承諾人之意思。視爲新要約。以便要約人得更爲承諾。以成立契約。固於實際便利。亦所以保護承諾人也。

第三項 承諾之時期

第一 得爲承諾之時期。

承諾須於得爲承諾之時期內。即要約尙未喪失效力以前爲之。分別述之如次。

(一) 要約人定有承諾期限者。應於該期限內爲之。並達到要約人。(一五八) 否則不生效力。

(二) 要約人未定有承諾期限者。又因左述情形而有區別。

甲 如係對話爲要約者。應立時爲承諾。(一五六)否則亦不生效力。

乙 如係非對話爲要約者。應於依通常情形可期待承諾之到達時期內爲承諾。並達到要約人。(一五七)否則亦不生效力。

第二 遲到之承諾。

承諾未於得爲承諾之期間內達到要約人者。稱曰遲到之承諾。(Verpasste Annahme)如上所述。原則本不發生承諾之效力。但民法爲實際便利計。仿他國立法例。與其次述二種特殊之效力。

(一) 視爲新要約。爲第一百六十條第一項所規定。(德民一五〇一)此無論對於何種遲到之承諾。均有適用。卽此時雖不能發生承諾之效力。卽行成立契約。但尙視爲新要約。如原要約人更爲承諾。仍可使契約成立。既係視爲新要約。以後該承諾自僅能與一般要約受法律上同一之待遇。其效力存續期間。亦應與前述之要約同一論之。

(二) 承諾之通知。按其傳達方法。依通常情形。在相當時期內可達到而遲到者。要約人應向相對人卽發遲到之通知。怠於爲此項通知者。其承諾視爲未遲到。爲第一百五十九條所規定。此已於前說明。可參看之。

第四項 承諾之效力

承諾之效力。乃在使承諾完成其為契約構成分子之資格。易言之。即承諾一經完成。即得與要約相結合以成立契約。其在法律上之效力。不過如此。至契約之效力。乃在承諾與要約一致之後。始行發生。固與承諾之效力大有區別也。

承諾發生效力之時期。日本民法雖設有特別規定。採發信主義。(日民五二六)民法則係仿德國民法。未設特別規定。自應從一般原則。而適用受信主義。即應從民法第九十四條至第九十七條之規定。

第四款 合意及不合意

第一 合意

契約乃以合意為不可缺之要素。申言之。即須當事人之意思表示。於客觀、主觀二方面。均相一致。而後契約乃能成立。民法於第一百五十三條就此設有規定。即當事人互相表示意思一致者。無論其為明示或默示。契約即為成立。此為第一項所明定。只須雙方意思表示一致。則不問雙方或一方所為之意思表示。係為明示。抑為默示。均可成立契約。至雙方意思表示。須至如何範圍一致。則為第二項所明定。此前已略述。茲更詳述之。

學者恒就法律行為之內容。即其效力。分為三種。(一)要素(Essentialia negotii)即法律行為依其固有性

質所必須具備之內容。(二)常素(*naturalia negotii*)即法律行為依法律規定所必須具備之內容。(三)偶素(*accidentalia negotii*)即法律行為依當事人特別意思表示所必須具備之內容。(參照總則)契約亦可同一論之。其中常素不過法律依通常情形所規定者。本得由當事人以意思表示除去。自不得謂爲契約必要之點。惟要素及偶素。則一爲客觀之要素。一爲主觀之要素。即民法所謂契約必要之點。均爲契約不可缺之成分。雙方之意思表示。自須就此一致。即須成立合意。若不能成立。契約自不能成立。至於契約非必要之點。例如買賣契約。價與物。固爲其必要之點。以外之點。如給付處所。方法等。則非必要之點。雖無意思表示。自亦得推定契約成立。又非必要之點。意思雖不一致。亦不必逕使之無效。仍使法院斟酌具體情形定之。亦於實際便利也。

第二 不合意。

不合意(*Dissens*)者。構成契約之意思表示不相一致之謂也。有當事人知其非合意者。是曰公然之不合意。或有意之不合意(*Offener Dissens*)。有當事人一方或雙方誤信其爲合意者。是曰隱存之不合意。或無意之不合意(*Versteckter Dissens*)。契約不問其爲何種不合意。均不能成立。隱存之不合意。雖與錯誤同爲出於誤會。但在錯誤。其雙方之意思表示。於客觀乃屬一致。仍可成立契約。若隱存之不合意。則雙方之意思表示。於客觀並未一致。根本即不能成立契約。二者固大有區別也。

第五款 承諾無須通知之情形

契約通常固須承諾達到要約人始能完全成立。但恒欲貫徹此原則。往往於實際不便。故民法仿他國民法規定。於第一百六十一條定明。依習慣或其事件之性質。承諾無須通知者。在相當時期內。有可認為承諾之事實時。其契約即為成立。又要約人要約當時預先聲明無須通知者。亦同。

此所謂有可認為承諾之事實。果為默示之承諾。抑僅為承諾意思之實現。學說上頗有爭執。前者稱曰意思表示說 (Willenserklaerung) 後者稱曰意思實現說 (Willenausserung) 余取後說。故此時乃謂足由外部推斷有承諾意思之客觀事實。並非即為承諾之意思表示。則承諾人自亦不須有表示意思。且就該事實之為承諾意思之實現。亦不須即有認識也。

須有如何事實。始得謂有可認為承諾之事實。應就其體情形決定之。自一般言之。若接收要約人。(一)履行因契約成立所應負擔之債務。即為履行行為 (Erfüllungshandlung) 者。例如將訂購之物品送交。或將受委任之事項辦理是。(二)行使因契約成立所得取得之權利。即為受領行為 (Aneignungshandlung) 者。例如將要約人送付之物品使用消費是。此固均得謂有可認為承諾之事實。(三)以外因履行由契約成立所應負擔之債務而為準備行為者。例如旅舍主人經客定房後。命人打掃其房。亦得謂有可認為承諾之事實也。(四)單純之緘默。通常不能認為承諾。惟當事人有特別表示或當地有特別習慣則否。又是否有可認為承

諾之事實。自爲事實問題。

依有可認爲承諾之事實。以成立契約。並非漫無限制。法律定明須於相當時期內有此事實。且須具備次述要件之一。

第一 須依習慣。即當地有特別習慣。無須特爲承諾之意思表示者。自可從之。只須有此習慣。而要約人又未特別聲明須爲承諾。即可依該習慣。至有無此習慣。自爲事實問題。又要約人所在地與接收要約人所在地習慣不同者。自應從前者。

第二 須依其事件之性質。即按諸該契約之具體情形。無須爲承諾。即得成立契約。乃其性質所當然者。例如廣告尋物。須將物送還始允給報酬者。拾物人逕行送物。即得認爲承諾是也。

第三 須當事人要約當時預先聲明無須通知。法條只就通常情形設規定。應解爲要約人聲明不須爲承諾之特別表示。不必於要約時爲之。即要約後爲之。只須在其要約尙未失效力以前均可。至雙方預先。有特約無須爲承諾時。其得適用本條。更不待言。

又法條所謂相當時期。亦即示明該項要約之效力存續期間。接收要約人并非無限制得利用本條。仍須於相當時期內有可認爲承諾之事實。始可適用本條。主張契約成立。逾此時期。則雖有此事實。要約人亦得不承認其能成立契約。

第六款 契約成立之時期

第一 契約成立之時期。因其成立之方法而異。分說之如次。

(一) 由要約及承諾而成立之時。原則承諾通知達到要約人之時。即為契約成立之時。(註)但民法於第一百六十六條規定有例外。契約當事人。約定其契約須用一定方式者。在該方式未完成前。推定其契約不成立。餘如要物契約。必於標的物授受行為完成時。始能成立。亦例外情形之一也。

註 民法關於承諾。既無特別規定。自應依第九十四條及第九十五條第一項。故關於承諾。仍依原則。探受信主義。須於經要約人了解或其通知達到時。始能發生效力。契約於此時始能成立。蓋仿德國民法。反是。日本民法。則採發信主義。只須發出承諾之通知時。契約即得成立。英國亦然。

(二) 由交錯要約成立之時。此須各要約達到相對人時。契約始能成立。

(三) 由意思實現成立之時。此於有可認為承諾之事實時。契約即行成立。已如前述。

契約成立之時期。於諸種之點。足生影響於當事人間之法律關係。其中最為重要者。即通常契約成立之時。即為其發生效力之時。故即為債權成立之時。餘如利息發生時期。物權移轉時期。亦多因此受影響。以外則有要約及承諾能否撤回之問題。茲特就此分述之如次。

(一) 要約通常只能於其通知到達前始能撤回。此依第九十五條第一項但書及第一百六十二條解

釋。乃無疑義。至關於撤回通知之遲到。該第一百六十二條另有特別規定。此已於前述。

要約如無拘束力者。則與上述一般之要約不同。要約人得隨時撤回。但亦有限制。即於契約已依上述各種方法成立時。則仍不許爲之。蓋要約已於契約成立時。即承諾生效時失其效力。以後已爲契約成分。自再不許撤回也。

(二) 承諾既爲意思表示。自亦應許依第九十五條第一項但書以爲撤回。惟其許承諾人得爲撤回。故民法於此前提之下。特於第一百六十三條。定明第一百六十二條之規定。於承諾之撤回。亦應準用。即撤回承諾之通知。其到達在承諾到達之後。而按其傳達方法。依通常情形應先時或同時到達者。要約人應向承諾人即發遲到之通知。要約人怠於爲此通知者。其承諾撤回之通知。視爲未遲到。本條特別加要約人以即發遲到通知之義務者。蓋與前條同一用意。不過一則爲恐要約人受損失。一則爲恐承諾人受損失而已。餘可參照前條之說明。

依本條解釋。撤回承諾之通知。於承諾之通知達到後。始達到於要約人者。除適用本條例外。認其有效。即仍不得成立契約外。原則自不能認其有效。契約仍應成立。蓋此時承諾已爲契約成分。自無再許撤回之理也。

第二 契約成立之處所。民法亦未別設規定。蓋以通常均不成問題。惟有要約地與承諾地非爲同一地之

時。則發生問題。應分別解答之。

(一) 自一般言之。契約成立地。應為契約成立事實發生之地。故不能單認要約成立之地或承諾成立之地為契約成立地。而應以承諾到達地為契約成立地。其依現實行為而成立契約者。則應以現實行為地為契約成立地。其依交錯要約而成立契約者。則應以最後要約到達地為契約成立地。其依意思實現而成立契約者。則應以有可認為承諾之事實發生地為契約成立地。蓋以契約須於該各項事實發生時契約始為成立。自應以該各項事實發生之地為契約成立地也。

(二) 但法律適用條例。對於上述原則。另設有特別規定。即於第二十三條第四項定明契約要約地與承諾地不同者。其契約之成立及效力。以發要約通知地為行為地。若受要約人於承諾時。不知其發信地者。以要約人之住所地視為行為地。依此規定。凡應適用該條例之時。自應以發要約通知地或要約人住所地為契約成立地也。

第四節 懸賞契約

第一款 懸賞契約之性質

第二 一般廣告之性質

一般所謂廣告(öffentliche Bekanntmachung)者。即謂將特定事項使不特定之多數人知悉之表示方法

也。其所用方法。固不必限於書面。其所使知悉之人。只須爲不特定之多數人。至就其範圍稍加以限制。亦屬無妨。此項廣告行爲。有爲單純事實行爲而不生法律上之效果者。亦有爲法律事實而足生法律上之效果者。其中又可分爲二種。即（一）爲觀念表示。如以廣告通知授與代理權者是也。（二）爲意思表示。其中關於債務者。學者就其性質。又有三說。甲、單獨行爲說。即謂廣告獨立爲債之發生原因。廣告人可逕因廣告成立債權債務關係。乙、要約說。即謂廣告爲契約之要約。須待應廣告人承諾。契約方可成立。以發生債權債務關係。丙、要約勸誘說。即謂廣告僅屬誘起要約之方法。契約尙須應廣告人向廣告人要約。廣告人更爲承諾。契約始能成立。債權債務關係始能發生。自一般言之。因廣告以引起債權債務關係之時。其性質果應依何說。要不能一概論之。須依具體情形決定之。普通多爲要約之勸誘。如戲報租帖之類是也。廣告中尙有所謂懸賞廣告（Anstobung）者。各國民法多僅就此設有規定。（德民六五七以下日民五二九以下瑞債八以下）我國民法亦然。（一六四以下）此項之性質如何。德國普通法時代。以要約說爲通說。現行民法。則以單獨行爲說爲通說。日本民法學者。則亦以要約說爲通說。我國民法。既係仿日本及瑞士民法。將廣告規定之於契約之內。自係認廣告爲一種要約之方法。故余就我國民法解釋。謂係由懸賞廣告以成立懸賞契約。

第二 懸賞契約之性質

懸賞契約者。當事人一方（稱曰廣告人）以廣告聲明對完成一定行為之人給與報酬，他方（稱曰行為人亦曰應賞人）因完成其行為而成立之契約也。分析說明之如次。

（一）懸賞契約係以懸賞廣告為前提。

何謂懸賞廣告。即以廣告方法聲明對完成一定行為之人給與一定報酬之意思表示也。除參看第一之說明外。更可分述其性質如次。

甲 廣告人必為約給報酬之人。

即廣告人必為要約人。並為契約當事人之一方。

乙 廣告為意思表示。

即為契約之要約。且因其須以廣告方法為之。故為要式行為。

丙 廣告之內容。係聲明對完成一定行為之人。給與一定報酬。

1 懸賞之標的。以一定行為為限。故僅約對於在一定狀態之人。給與報酬。不能謂之懸賞。只須為一定行為。其種類。法律既無限制。自不問其為事實上之行為。抑為法律上之行為。且其行為是否為廣告人利益。抑為他人或公眾利益。或對任何人均無利益。均可不問。但不得違反公共秩序及善良風俗。自不待言。又過去之事實（並包含過去之行為）固不得為懸賞之標的。但如係求告知

過去之事實。亦可懸賞。

2 報酬云者。以爲完成行爲之對價而付與於行爲人之利益也。報酬亦須一定始可。但所謂一定。並不須即於廣告中確定。單定有確定方法亦可。至其種類。法律既無限制。自不以金錢爲限。亦不以財產之給付爲限。

所謂聲明給與報酬。即表示負擔給付報酬之債務之意思也。此即廣告人在此契約之效力意思。且須由其廣告足以推知始可。

(二) 懸賞契約。係因行爲人完成廣告所指定之行爲而成立。

行爲人通常固爲應賞人。即其爲指定行爲。通常乃係知有報酬。並係欲得報酬而爲。申言之。即係以承諾之意思而爲指定行爲。惟民法於第一百六十四條第一項定有例外。對於不知有廣告而完成該行爲之人。亦有給付報酬之義務。

(三) 懸賞契約。係使廣告人負給付報酬之債務。

即懸賞契約。係片務契約。但爲有償契約。又此契約。必須因完成行爲始能成立。故又爲要物契約。又以其須以廣告爲要約。故又爲要式契約。

第二款 懸賞契約之效力

第一 懸賞契約。如上所述，乃發生給付報酬之債權債務關係。申言之，即成立報酬請求權。此即此契約之效力。

第二 完成指定行爲之人有數人時，應與何人成立契約。即應由何人取得報酬請求權。自成爲問題。此又有數種情形。(一)有數人單獨完成行爲者。又有二種。甲、有同時完成者。乙、有先後完成者。(二)有數人共同完成行爲者。民法就此情形。只於第一百六十四條第二項定明。「數人同時或先後完成行爲時。如廣告人對於最先通知者。已爲報酬之給付。其給付報酬之義務。即爲消滅。」依此規定。廣告人實得選擇最先通知之人以爲給付。如已給付。其債務即爲消滅。至此最先通知之人。是否爲最先完成行爲之人。或其完成行爲。尙有他人協力。乃所不問。蓋純爲計廣告人實際便利而設之規定也。惟此規定。非強制規定。如廣告中有特別訂定者。自應從其訂定。

第二款 懸賞廣告之撤回

懸賞廣告既爲契約之要約。則其效力之消滅原因。即其效力存續期間。自應依一般要約之規定。民法僅就其撤回設有特別規定。故茲亦專就此說明之。

第一 撤回之許可

懸賞廣告。能否自由撤回。學者中頗有議論。自民法第一百六十五條解釋。乃係採許可主義者。(參照德

民六五八日民五三〇）惟法條係用撤銷字樣。應解爲非一般撤銷之義。而係撤回之義。至有一般撤銷原因。應許其適用一般規定。更得撤銷。自不待言。

第二 撤回之要件

撤回懸賞廣告。解爲應具備左列要件。

(一) 撤回人須爲廣告人。此於其性質乃無容疑者。

(二) 須在未完成指定行爲前。此爲要件。觀法條自明。只須在未完成行爲前。均許撤回。至曾否着手行爲。可以不問。但在完成行爲後。則不許撤回。至於行爲人已否知悉。亦所不問。蓋行爲人不能擅由廣告人犧牲其利益也。又在行爲未完成前。雖仍許廣告人撤回。但行爲人因廣告善意所受之損害。仍應由其賠償。(後詳)不過無給付約定報酬之義務而已。

(三) 須以與以前廣告方法相同之方法爲之。通常尙須依以前之廣告方法。惟於不能依該方法之時。始允依相同之方法爲之。

(四) 須廣告人未於廣告內定行爲期限或聲明不撤回。蓋此時自應受其拘束也。

第三 撤回之效力

撤回之結果。乃與未爲廣告生同一之結果。但民法於第一百六十五條。規定此時除廣告人證明行爲人

不能完成其行為外。對於行為人因該廣告善意所受之損害。應負賠償之責。乃為雙方公平之規定也。蓋行為人雖已着手行為。而既尙未完成。仍限定廣告人必受拘束。待其完成而給與報酬。則於廣告人過苛。反是。除廣告人能證明其着手行為為徒勞者外。行為人因廣告善意所受之損害。若亦不責使廣告人賠償。是又於行為人過苛。故法律一面仍許廣告人撤回。以便其於無須希望完成行為時。得不多給報酬。一面亦許善意行為人得依法請求賠償。斯於雙方持平也。

第四款 優等懸賞廣告

懸賞廣告中。尚有所謂優等懸賞廣告(Preisausschreibung)者。即聲明特就行為人中擇其較優者給與報酬之懸賞廣告也。他國民法亦有別設規定者。(參照日民五三二德民六六一)我國民法就此無規定。然此等廣告。自亦應認其有效。至優等判定之方法。惟有依廣告之所定。

第三章 無因管理

第一節 無因管理之觀念

第一 無因管理之意義

無因管理(Negotiorum Gestio, Geschäftsführung ohne Auftrag, auftraglose Geschäftsführung, Gestion d'affaires)者。未受委任。並無義務。而為他人管理事務也。(一七二)德國民法稱曰無委任之事務管理。日

本民法稱曰事務管理。我國以前均沿用日本名稱。現行民法改稱曰無因管理。其意義仍屬相同。此他人民法稱曰本人(Dominus negotii, Geschäftsherr)此管理之人。民法稱曰管理人(Gestor, Geschäftsführer)因有此項管理事務之事實。遂於本人與管理人之間。發生債權債務關係。故無因管理。乃為債之發生原因之法律事實。

第二 無因管理之理由。

無法律上之原因。而干與他人之事務。原則本為法律所不許。故通常恆有構成侵權行為之虞。然自他方面言之。人類互助。原為美德。無義務而為他人管理事務。不但為團體道德所獎許。亦實為共同生活所要求。故法律權衡於個人自由與共同生活之間。設立無因管理之制度。一面認無因管理為合法行為。以發揮社會的作用。許管理人對於本人取得一定權利。一面又加無因管理以相當限制。以尊重個人之自由。使管理人對於本人負擔一定義務。

第三 無因管理之沿革。

歐洲近代法制。關於無因管理之原則。均淵源於羅馬法。在羅馬法之解釋。學者通說。均認為係一種準契約。法國民法仍沿襲此觀念。而規定之於各種契約之次。即德國民法。亦仍稱曰無委任之事務管理。而規定之於委任契約之次。惟日本民法。完全排除準契約之觀念。而於契約之外。與不當得利、侵權行為並列。

規定之。以爲一種債之獨立發生原因。我國民法亦然。以立法論自屬允當也。

關於無因管理之規定。不能謂僅以民法本款規定而盡。他國立法例。亦尙有另就特種事項。設特別法者。如關於遺失物、海難救助、水難救助等事項。多另設有規定者是。

第二節 無因管理之要件

成立無因管理。須具備次述要件。

第一 須管理他人之事務。

(一) 何謂事務(Geschäft)即指足生影響於人之生活之事項而適於爲債務之標的者也。更分述之。

甲 事務不問其是否足生影響於財產。在德國民法之解釋。學者中亦有謂只限於財產的事務者。但自民法認許無因管理之趣旨。及第一百七十五條、第一百七十四條第二項之明文觀之。應解爲無因管理之範圍。不能以關於財產之事項爲限。

乙 事務不問其是否爲一次行爲。或數次行爲。抑繼續行爲所得爲。惟單純之不作爲。不能成立無因管理。乃不待言。

丙 事務須爲適於爲債務之標的者。純粹屬於宗教或道德事項。於法律上不能爲債務之標的者。自不能爲無因管理之標的。蓋以此等事項。本不能生法律上之拘束故也。

(二) 何謂他人之事務。即謂性質上不屬於自己之事務也。事務因其所屬之主體。可分為次述三種。

甲 性質上屬於他人者。此稱曰客觀的他人之事務。例如修理他人之房屋。其得成立無因管理。自不待言。

乙 性質上屬於何人均可者。即中性之事務。應解為亦得成立無因管理。例如為他人購買物品。此稱曰主觀的他人之事務。

丙 性質上屬於自己者。此則雖誤信為他人之事務。而以為他人之意思管理之。亦不能成立無因管理。例如誤認己宅垣牆為鄰宅垣牆而為修理。是一部屬於自己。一部屬於他人者。就他人部分。仍得成立無因管理。例如全以一人費用修理共有之房屋是。

(三) 何謂管理他人之事務。即就他人之事項。為一個或數個行為也。乃與委任之所謂「處理事務」其義略同。(參照五二八)故民法又定明管理事務。如經本人承認時。應適用關於委任之規定。(後詳)但二者之性質。實大相逕庭。蓋在委任。根本係由於本人委託。須於指定之範圍內為行為。且僅單純之勞務。並不能成立。若在無因管理。則原無目的之限制。且僅單純之勞務。亦得成立。二者處理事務之範圍。自有廣狹之不同也。

成立無因管理之行為。通常固為管理行為。但亦得為處分行為。又為事實行為或法律行為。亦所不問。

無因管理。雖爲債之發生原因之法律事實。但非法律行爲。即構成無因管理之行爲。爲法律行爲之時。無因管理。亦並不能因以成爲法律行爲。蓋由無因管理所生之效力。並非本於行爲人之效力意思故也。

無因管理以非法律行爲。故爲管理人即行爲人。並不必有行爲能力。但如後述。須有爲他人之意思。故仍須有意思能力。

第二 須有爲他人之意思。

民法所謂「爲他人」。即指有爲他人之意思。申言之。即謂有使因該行爲所生之事實上利益歸屬於他人之意思也。管理他人之事務。亦可因於種種之意思。甲、有專圖他人之利益者。乙、有併圖他人與自己之利益者。丙、有專圖自己之利益者。出於第三種意思者。自不能成立無因管理。出於第一種意思者。應成立無因管理。亦毋容疑。惟出於第二種意思者。不無疑義。應解爲亦得成立無因管理。

惟此所謂他人。不必於爲管理之行爲時。即確定係爲何人。故如誤認乙房爲甲房而爲之修理。不知遺失物主體而爲之保存。於法人未成立前。即爲之借債等。均可成立無因管理也。

又爲他人之動機。亦可以不問。故如誤信有管理義務或併圖自己利益。均可成立無因管理。

又只須有此意思已足。不必表示於外。且此意思。亦不能認爲無因管理之效力意思。蓋由無因管理所生

之效力。與此項意思無涉故也。又此意思。學說上稱曰管理意思。與代理行為之所謂代理意思。其性質及範圍。不盡相同。蓋以後者僅就法律行為始能有之。且恆為效力意思。並必須表示故也。

又此意思。學說上。亦有謂宜就主觀的他人之事務與客觀的他人之事務區別論之者。此又有二說。一說謂只須主觀的他人之事務始應有此意思。客觀的他人之事務。則只須認識其為他人之事務已足。一說謂就客觀的他人之事務。只須一面知其為他人之事務。一面無為自己之意思已足者。自我國民法言之。既概定為須為他人。固應解為不問為何種性質之事務。均須有此意思始可也。

第三 須無法律上之義務。

民法所謂「未受委任、並無義務」實即指無法律上義務之義。不過以通常處理他人事務。多出於委任。故以未受委任為例而已。故凡依委任或其他本人之意思。管理他人之事務。即不能成立無因管理也。

此所謂無義務。乃就管理人與本人之間言之。只須管理人對於本人無為該項行為之義務。即對於第三人有此義務。亦可成立無因管理。例如連帶債務人。清償負擔部分外之債務。亦足為無因管理是也。但不能謂凡只對第三人負義務之時。均可對本人成立無因管理。故對第三人負義務之內容。有不許對本人成立債務之情形時。即不能成立無因管理。例如甲受乙委託修理丙之房屋。其修理行為。對丙不成立無因管理是也。又所謂對本人無義務。不必對本人全無義務。即超過範圍之部分。亦可成立無因管理也。

又所謂對本人無義務。不只須無私法上之義務。並須無公法上之義務。故如巡警於執務時防止或救助人之危難。不能成立無因管理也。

無因管理之成立要件。止於上述。如民法第一百七十二條所定「其管理應依本人明示或可得推知之意思。以有利於本人之方法爲之。」學說上固亦有解爲應爲要件者。但此應解爲僅爲成立無因管理後之效力。不能解爲成立要件。觀第一百七十四條至第一百七十七條及以後之說明。固甚明顯也。

第三節 無因管理之效力

第一款 概說

無因管理。只須具備前述要件。斯於法律上發生一定效力。即於管理人與本人之間。發生債權債務關係。此各種債權債務關係。亦有僅具備原定要件即能發生者。亦有尙須具備另定要件始能發生者。又一方之債權。本即爲他方之債務。故學者說明此種債權債務。分爲管理人之義務與本人之義務。余亦從之。

無因管理之效力。民法所規定者。僅爲次述之債權債務關係。但應解爲不以此爲限。以外尙有一重大之效力。即違法性之阻止是也。民法未就此特爲規定者。亦以其爲當然之理而已。蓋無端干與他人之事務。往往侵害他人權利而構成侵權行爲。法律不但排除侵權行爲之法則。反認管理人與本人之間。成立特種債權債務關係。即係認無因管理爲合法行爲。足以阻止侵權行爲之違法性也。但管理人在無因管理。亦非決無

負賠償損害義務之時。不過此種賠償義務。並非因於侵權行爲。而係因於管理人未盡依無因管理應盡之義務而已。

管理人於無因管理。僅有費用返還請求權。而無報酬請求權。此則因民法雖鑑於共同生活之實際需要。未加以阻止。但亦顧及個人自由之不可濫行干涉。亦未加以獎勵故也。但在特別法。因有獎勵必要。許其有報酬請求權。自亦無不可也。

第二款 管理人之義務

管理人於未爲管理之前。固別無義務。但一經開始爲管理之後。則只須具備無因管理之要件。則法律爲保護本人。亦使管理人負相當之義務。即如次述。

第一 實行管理之義務

此在管理人方面爲主要之義務。管理他人事務。初雖非其義務。但既以爲他人之意思而開始管理以後。即負有管理之義務。故法律就其實行管理。又規定次述義務。

(一) 尊重本人意思之義務

此爲民法第一百七十二條所明定。即管理人應依本人明示或可得推知之意思管理之。申言之。即關於管理方法。應首以本人之意思爲標準而決定之。如本人已明示其意思而爲管理人所知者。自應從

之。雖無明示。而依當時情形得以推知者。亦應從之。此蓋因違反本人意思以干與其事務。於理論爲不可許。故法律首爲設此限制也。只須依此標準以管理事務。雖於客觀不於本人有利。亦所不問。

管理人既有尊重本人意思之義務。故民法又於第一百七十四條第一項定明。管理人違反本人明示或可得推知之意思而爲事務之管理者。對於因其管理所生之損害。雖無過失。亦應負賠償之責。依此規定。如甲。本人不欲其管理而仍爲管理。乙。或雖欲其管理而不依其意思所定之方法以爲管理。竟因此加損害於本人。則只須其損害與管理行爲有因果關係。即未另有過失。亦應負賠償之義務。蓋非如是。不足保護本人也。（參照德民六七八瑞債四二〇Ⅲ）

但上述賠償責任。如其管理。係爲本人盡公益上之義務。或爲其履行法定扶養義務者。不能令管理人負擔。爲民法第一百七十四條第二項所明定。依此規定。凡爲本人盡公益之義務。或爲其履行法定扶養義務。則得違反本人意思以爲管理。即因此使本人受有損害。亦不負賠償責任也。又依此類推解釋。凡本人意思違背公共秩序或善良風俗時。自亦得違反之。亦不負賠償責任。因管理所生之損害。又本款規定。只限於無過失之時。始不負賠償之責任。若爲管理行爲時。如係因怠於注意義務而生損害。則爲因於過失之損害。仍應負賠償責任。自不待言。

(二) 尊重本人利益之義務。

此亦爲民法第一百七十二條所明定。即管理人應以有利於本人之方法管理之。申言之。即關於管理方法。除須尊重本人之意思外。次則須尊重本人之利益。如本人別無明示或可得推知之意思。則應按諸依該事務性質最於本人有利益之方法管理之。至其是否於本人有利。應依客觀決之。不能憑主觀決之。故如僅主觀誤信其有利而於客觀並不有利。即爲違反債務。管理人應負賠償損害之責任。必須已盡注意義務而仍可信爲有利之時。始得不負責任也。

(三) 通告並俟指示之義務。

無因管理。本應尊重本人之意思。故民法於第一百七十三條第一項定明。管理人開始管理時。以能通知爲限。應即通知本人。如無急迫之情事。應俟本人之指示。依此規定。凡能通知。而於開始管理時。未爲通知。又無急迫情形。不俟本人指示。繼續爲管理行爲。即爲違反債務。應負賠償損害之責任。但本條規定。係就本人未知悉或可爲指示之情形而言。若本人於開始時已經知悉。或本人已表示不爲指示或有不能爲指示之情形之時。則亦不爲違反債務也。

第二 繼續管理之義務。

管理人於開始管理後。有繼續管理之義務否。民法亦如他國民法。就此未設明文。學說上尙有議論。少數說謂管理人無此義務。通說則謂有此義務。余以通說爲是。蓋爲管理。雖非義務。然一旦開始之後。若竟許

其任意中止。則殊有背法律設無因管理制度之本意。故應解爲管理人有繼續管理之義務。本人亦有請求繼續管理之權利也。至此義務之存續期間。應解爲至本人或其繼承人並法定代理人得爲管理之時爲止。惟本人或其法定代理人有明白反對之意思。此項義務。應行消滅。自不待言。

第三 注意義務。

如上所述。管理事務及繼續管理。既均爲管理人之債務。自應適用一般債之效力之規定。就中如一般債務人就其給付應負之注意義務。自應負擔。如違反此義務而生損害於本人。自負賠償責任。故民法第二百一十九條及第二百二十條第一項之規定。於管理人亦有適用。自不待言。惟民法就管理人履行債務。對於第二百二十條第一項之責任。另設有特別加重及減輕之規定。前者爲第一百七十四條第一項之規定。已於前述。後者爲第一百七十五條之規定。即次述者是。

管理人爲免除本人之生命、身體或財產上之急迫危險而爲事務之管理者。對於因其管理所生之損害。除有惡意或重大過失者。不負賠償之責。爲第一百七十五條所規定。此蓋以救人急難。較諸平常。大不相同。故對於加損害於本人時。只須負重大過失或故意之責任也。適用此特別規定。須有二要件。即甲、須有免除本人急迫危險之意思。乙、須有急迫危險之事實是也。

第四 計算義務。

此爲民法第一百七十三條第二項所明定。即第五百四十條至第五百四十二條關於委任契約內受任人義務之規定。於管理人亦應準用之。故管理人應負次述之義務。可統稱曰計算之義務。

(一) 報告之義務。

管理人應將管理事務進行之狀況。報告本人。管理終止時。應明確報告其顛末。(五四〇)

(二) 交付及移轉之義務。

管理人因管理事務所收取之金錢、物品及孳息。應交付於本人。以自己之名義取得之權利。應移轉於本人。(五四一)

(三) 支付利息及賠償損害之義務。

管理人爲自己之利益。使用應交付於本人之金錢。或使用應爲本人利益而使用之金錢者。應自使用之日起。支付利息。如有損害。並應賠償。(五四二)

第二款 本人之義務

本人之義務。乃由無因管理所生之固有債務。蓋管理事務。既非因於委託。本人對於管理人固不負何等契約上之債務。則於因管理事務致管理人受損害。本人受利益之時。如法律別無規定。則惟有適用一般不當得利之規定。而請求返還。但法律以此尙不足以保護管理人。故不使依一般不當得利之規定。而爲設後述

之特別規定。此即無因管理之主要效力。亦即無因管理固有之債務也。

本人所負義務之內容。乃因管理事務是否利於本人並不違反本人意思而有區別。管理事務之結果。是否利於本人。惟有依客觀標準決之。又管理之方法。是否不違反本人之意思。亦惟有依具體情形決之。茲分述之如次。

第一 管理事務利於本人並不違反本人意思時、本人之義務。

此爲民法第一百七十六條第一項所明定。即管理事務利於本人、並不違反本人明示或可得推知之意思者。本人對於管理人。應負次述之義務。此係仿德國民法（德民六八五）若日本民法（日民七〇二）則只以不違反本人意思爲條件。不以有利本人爲條件。自立法論。自以德國民法爲當。蓋本人未受利益。仍使償還過分之費用。實非所宜也。

（一） 償還費用及利息之義務。此以管理人爲本人支出必要或有益之費用時爲限。（註）此時管理人得請求償還其費用並自支出時起之利息。何謂必要之費用。即謂於爲管理行爲所必須之費用也。通常自指因爲保存行爲所支出之費用。何謂有益之費用。即謂其結果於本人利益之費用也。通常自指因爲改良行爲所支出之費用。支出費用。是否必要或有益。均應就支出之當時。依客觀標準決定之。只須當時爲必要。至後雖因情事變更。而爲不必要。或其利益減少或消滅。亦於償還請求權無影響。又

償還之範圍。除支出之費用外。並應付自支出時起之利息。

註 民法定爲除應償還有益之費用外。並應償還必要之費用。蓋以既係未違本人意思。自可準諸委任辦理。(參照五四六)亦係仿德國民法(德民六八三)日本民法僅以有益費用爲限。

(二) 清償債務之義務。此債務亦以因管理事務所負擔者爲限。法條雖未如支出費用。定明須爲必要或有益。但應同一解釋。若非爲必要或有益者。自不能請求本人清償。

(三) 賠償損害之義務。此亦以因管理事務所生者爲限。

第二 管理事務違反本人意思時。本人之義務。

此又有二種情形。

(一) 第一百七十四條第二項規定之情形。管理人管理事務。雖違反本人之意思。仍有前述之請求權。即本人仍應負上開各種義務。爲民法第一百七十六條第二項所明定。

(二) 管理事務違反本人之意思。而又無第一百七十四條第二項規定之情形時。則本人所負第一百七十六條第一項對於管理人之義務。只以其所得之利益爲限。且此時本人仍得享有因管理所得之利益。此爲民法第一百七十七條所明定。申言之。管理人於此時雖亦得請求本人償還費用及利息。並清償債務或賠償損害。但不能超過其所得利益之範圍。至於管理人因管理所得之利益。本人對之有

返還請求權或得逕自享有。乃屬當然。不過管理人此時得主張留置而已。

上述第一百七十七條之規定。應解爲只限於違反本人意思於管理事務時不甚明顯之時。始有適用。若甚爲明顯而仍繼續管理。則已不得認爲合法之無因管理。管理人對於本人已不能主張適用本條。惟有合於第一百七十九條之情形時。得不當得利之請求權而已。

第四節 委任之適用

無因管理。雖與委任之因於本人委託者。根本不同。但其爲本人管理事務則一。故於開始管理後。本人與管理人之間。更成立委任關係。自屬無妨。則此時即可由無因管理一變而爲委任。以後其效力即可使委任關係。故民法於第一百七十八條定明管理事務。經本人承認者。適用關於委任之規定。

第四章 不當得利

第一節 不當得利之觀念

第一 不當得利之意義。

不當得利 (Conditio Sine Causa, ungerichtfertige Bereicherung, enrichissement sans cause, enrichissement injuste) 者。無法律上之原因而受利益。致他人受損害之事實也。(一七九) 此亦爲債之發生之原因。惟與他之債之發生原因不同者。則此爲一種自然之事實。其法律上之性質。實屬於單純之事由 (亦稱

事件)而已。此受利益之人。民法上稱曰不當得利之受領人。亦可稱曰受益人。即爲此債之債務人。此受損害之人。民法上無名稱。亦可曰被害人或受害人。即爲此債之債權人也。

第二 不當得利制度之沿革。

以不當得利爲債之發生原因。學者均謂係發源於羅馬法。惟在羅馬法。實僅就各種不當得利。認其成立。特種訴權。並無一般共通之原則。即在法國民法。亦尚係從羅馬法之個別主義。日本民法。雖規定一般之不當得利。而就特種不當得利。亦仍別設規定。其完全爲統一規定而僅設一般之規定者。惟德國民法及瑞士債務法。我國民法亦然。自立法言。自以後者爲當也。

第三 不當得利制度之理由。

就不當得利之制度。求一般之共通法則者。乃自十八世紀之自然法學派學者始。當時均謂此制度之基本觀念。在以損害他人而利益自己。爲違反自然之正義。(Aequitas Naturalis)但以後之學者。則以此觀念稍失寬汎。法律並非將損害他人以利益自己之一切情形。均使成立不當得利。故又於此要件外。更加一要件。謂尙須不當(Zu unrecht)或無法律上原因(Ohne rechtlichen Grund)此即確定不當得利制度之基本理由也。我國民法亦係依此觀念。定明須無法律上之原因。

第二節 不當得利之要件

成立不當得利之要件。爲說明便利。可分爲積極要件及消極要件。

第一 積極成立要件。此又可稱曰一般成立要件。乃爲民法第一百七十九條所規定。無論何種不當得利。均須完全具備上述各要件。始能成立。

(一) 須一方由他方受利益。又可分析說明如次。

甲 須一方曾受利益。何謂受利益。即謂一方因有一定事實而致其財產總額增加也。申言之。即無此事實時之財產額。與有此事實時之財產額相較。苟得有益。斯爲受利益。故不僅財產積極增加之時。可謂爲受利益。即財產本應減少而未減少之時。亦可謂爲受利益也。至於受利益之原因事實。法律上並無限制。1、其因積極的方法增加者。如財產權及無體財產權之取得。或範圍擴張。及限制除去等。其適例也。2、其因消極的方法增加者。如債務之消滅。其適例也。

乙 須係由他方受利益。雖曾受利益。而其原因在於己方。自不成不當得利之問題。能成爲問題者。必須其原因在於他方。關於此點。立法例又不一致。如日本舊民法。則限於因於他人之財產。(日舊民三六一)其現行民法。則限於因於他人之財產或勞務。(日民七〇三)德國民法。則限於因於他人之給付或其他方法。(德民八一)我國民法無明文。應解爲範圍更寬。只須其受利益。係有一定事實。而該事實又係原因於他人。即可成立不當得利。通常固係因於他人之財產或勞務。但不以此

爲限。至其方法。亦無限制。事實上之行爲可。法律上之行爲亦可。受害人之行爲可。受益人之行爲亦可。第三人之行爲亦可。自然之事實。亦無不可。

(二) 須因一方受利益而致他方受損害。又可分析說明如次。

甲 須他方會受損害。故雖會由他人受利益。而他人未受損害。亦不成立不當得利。何謂受損害。卽謂他方之財產總額減少也。¹ 其已存之財產實際減少者。固得謂爲受損害。(積極的損害)²。應得之財產。因之未能增加者。亦得謂爲受損害。(消極的損害)

乙 須他方受損害。係因於一方受利益。申言之。卽受損害與受利益。須有因果關係。故雖一方受利益。一方受損害。苟其間無直接之因果關係。亦不能成立不當得利。然所謂直接因果關係。只須其利益及損害。係由同一之事實而生。至於二者之內容。是否同一。可以不問。并是否有第三人之行爲介在其間。亦可以不問。反是。若二者非由同一之事實發生。則卽令二事實之間。有牽連關係。亦不能謂其有因果關係。試舉例說明之。如甲將其由乙寄託之手錶。以價五十元賣於善意之丙。此時甲之利益爲金錢。乙之損害爲手錶。且其受利益受損害。並非直接。而介有丙之行爲。但亦可成立不當得利。以此時受利益受損害。均係由同一侵佔之事實發生也。又如甲先占乙所拋棄之所有物。雖亦有受利益與受損害。但二者各因於另一事實。其間雖亦有牽連關係。但並非直接之因果關係。則不能成立不當得利也。

(三) 須受利益無法律上之原因。

所謂無法律上之原因。乃從德、日民法用語。(德民八一二日民七〇三)羅馬法稱曰無原因。(Sine Causa) 瑞士債務法(瑞債六二)稱曰無合法之原因。日本舊民法。稱曰無正當之原因。亦僅語句微有不同。要不能單以文字爲標準而決定其意義。

一方由他方受利益。苟有法律上之原因。斯爲正當得利。非爲不當得利。亦決無發生返還利益之義務之理。故無法律上之原因。爲成立不當得利之最終要件。惟如何始得謂爲無法律上之原因。則從來學說可分爲二大派。

甲 非統一說。

此說謂關於法律上之原因。殊難得統一之觀念。宜就各種財產之取得。分別論究其原因。在羅馬法之解釋。此說本爲正當。即在近代立法例。其係依羅馬法分別規定各種不當得利者。亦以依此說爲宜。故如日本民法學者。持此說者即大有人。

乙 統一說。

此說謂關於法律上之原因。可得統一之觀念。又有次述四說。

I 公平說。此說以公平(Billigkeit)或正義(Gerechtigkeit)爲不當得利之基礎觀念。所謂受利

益無法律上之原因。即謂受利益違反公平或正義。

2 債權說。此說以債權關係爲不當得利之基礎觀念。凡取得財產上之利益而無可以取得之債權關係者。斯爲無法律上之原因。

3 相對關係說。此說以受益人與受害人間之相對關係爲不當得利之基礎觀念。謂凡取得財產上之利益。即令於絕對關係實有正當原因。苟於相對關係無正當原因。亦爲無法律上之原因。

4 權利說。此說謂從來學者否認不當得利無統一之意義。係因其專從受害人方面觀察。但若從受益人方面觀察。則可以得概括之觀念。即受益人無權利以受利益。乃爲無法律上之原因。

上述諸說中。余謂在我國民法之解釋上。宜取統一說中之公平說。蓋我國民法。規定不當得利。本係採統一之原則。故成立不當得利之基本理由。即無法律上之原因。自亦可以求統一之意義。夫無原因而損害他人以利益自己。顯係違反公平或正義之原則。無法律上之原因。即係違反公平或正義。自爲探本之論也。

上述法律上之原因。不必自初即不存在。即至後不存在亦可。此旨爲民法第一百七十九條後段所明定。故先雖有法律上之原因。而於受利益之時或以後。該原因已不存在。亦可成立不當得利。如本於無效之契約爲給付。乃自初無原因而受利益之例也。如本於得撤銷或得解除之契約爲給付。而該契約

後此被撤銷或解除時。乃至後無原因而受利益之例也。

第二 消極成立要件。此又可稱曰特別成立要件。乃爲民法第一百八十條所規定。即於不當得利因於他方之給付時。尙應分別各種給付而具備特別之要件。始能成立不當得利。又可分爲次述二大類以說明之。

(一) 因於無償給付之不當得利。此即指第一百八十條第一款至第三款之給付。學說上稱曰無償給付(Condictio indubit)即無債務而竟因清償以爲給付也。既無債務而受給付。即爲無法律上原因而受利益以使他人受損害。本已具備一般要件。但法律尙分別各種給付。規定其應具備特別要件。

甲 履行道德上義務之給付。給付係履行道德上之義務者。不得成立不當得利而請求返還。此蓋以道德上之義務。如自然債務。雖與法律上之義務有別。無強制履行之性質。但一經給付。亦不得請求返還。適用本款。只須其性質上爲道德上之義務。且已經給付已足。至於給付人是否知其無義務。可以不問。

乙 清償未到期之債務之給付。即債務人於未到期之債務因清償而爲給付者。亦不得成立不當得利。請求返還。蓋在清償期前之債務。僅屬債務人得抗辯債權人之請求。茲竟不抗辯而爲給付。自無許請求返還之理。欲適用本款。只須該給付係爲清償而爲。至於債務人是否明知其未到期。可以

不問。又未到期之利息亦行給付者。應否包含於本款。余解爲不應包含。仍得適用次款。故如債務人於給付時未明知未到期。仍得請求返還。

丙 狹義之無償給付。此即謂因清償債務而爲給付。於給付時明知無給付之義務也。乃爲真正意義之無償給付。蓋因債務人於給付時明知無給付之義務。而仍爲給付。則其使他人受利益並使自已受損害。乃爲其所願意。自亦無成立不當得利而許請求返還給付之理。適用本款。1、須無給付之義務。2、須給付人於給付時明知其無給付之義務。3、須其給付係因清償而爲。

(二) 因不法原因而爲給付之不當得利。此爲民法第一百八十四條第四款所明定。即因不法之原因而爲給付者。原則不得成立不當得利。惟於不法之原因。僅於受領人一方存在時。則仍得成立不當得利。蓋給付既係因於不法之原因。亦可謂爲無法律上之原因。而受利益。此時可依一般不當得利之原則以請求返還利益否。立法上乃爲應考慮之問題。若不許請求返還。則未免保護因不法原因而受給付之人。若許請求返還。則又未免保護同爲不法原因之人。故民法仿歷來立法例。斟酌其間。於不法原因在雙方時。則不得成立不當得利。於不法原因僅在受領人一方之時。則得成立不當得利。何謂不法之原因。學說有二。有謂僅限於其原因違反公共秩序或善良風俗者。有謂其原因違反強制或禁止規定。亦可包含者。余謂後者須限於該規定以該原因爲無效者始爲不法。(參照七二)至於僅屬動機不

法則與不法之原因有別。只須原因有不法。則不問係爲關於過去之事實。抑爲關於未來之事實。亦不問其給付係因於事實行爲。抑係因於法律行爲。何謂不法之原因。僅於受領人一方存在。即謂使該原因成爲不法之理由。僅存於受領人而不存於給付人也。此時仍許請求返還者。蓋非以自己爲不法行爲爲理由而主張返還故也。例如因阻止犯罪或使官吏正當行使職務而贈與金錢之時是也。

第二節 不當得利之效力

不當得利之效力。即在於受益人與受害人之間。成立返還其所得利益之債權債務。此爲民法第一百七十九條所明定。茲所應研究者。即返還之客體與範圍而已。

第一 返還之客體

關於此點。法律雖未特別標明。但自第一百七十九條至第一百八十二條等條觀察之。其係以返還原物爲原則。賠償價額爲例外。乃極明顯。分述之如次。

(一) 原物返還。受益人所受領之物或權利於返還時存在者。應返還其物或權利。故返還物時。應爲移轉所有權或占有之行爲。返還權利時。應爲權利讓與之契約。

(二) 價額償還。受益人所受領之利益。如依其利益之性質或其他情形不能返還者。則應償還其價額。只須係於返還時已不能返還。則致其不能之原因。是否係依利益之性質（例如因物之使用或勞

務受利益之時)或其他情形(例如給付之物滅失之時)以及其不能是否當初即已存在。抑係至後始行存在。均可不問。

第二 返還之範圍。

(一) 一般原則。

不當得利受領人應返還利益之範圍如何。民法於第一百八十一條有明文規定。即如次述。

甲 所受之利益。此項利益。如尚存在。應行返還。乃屬當然。故應行返還者。乃以己方所受之利益為準。非以他方所受之損害為準。故損害超過利益時。乃屬應否賠償損害之問題。非返還利益之問題。

乙 本於所受利益更得之利益。此項利益應否返還。若無明文。則不無疑義。故民法以明文解決。亦應返還。蓋此亦為不當得利故也。

(二) 善意受領人之責任。

此即謂不知無法律上之原因之受領人也。其所負責任。較之惡意受領人為輕。即依民法第一百八十二條第一項。此項受領人。若其所受之利益已不存在。則免負返還原物或償還價額之責任。自其反面言之。即其所負返還之範圍。只以利益現存之限度為準。如其所受之利益全部或一部已不存在。則不問其不存之原因如何。受領人即可免責。然所謂利益存在者。非謂所受利益須於原形存在也。只須受

領人之財產總額。因原所受利益而致增加或免減少。即得謂爲現存。又決定利益存在之時期。學說上有二。甲、謂爲請求返還之時。乙、謂應爲起訴請求返還時。余以前說爲正當。

(三) 惡意受領人之責任。

此即謂於受領時知無法律上原因或其後知之之受領人也。其責任較之上述善意受領人爲重。即依民法第一百八十二條第二項。此項受領人。應將受領時所得之利益。或知無法律上原因時所現存之利益。附加利息。一併償還。如有損害。並應賠償。更分述之如次。

甲 於受領時爲惡意者。則應將受領時所得之利益償還。並按該利益償還利息。如以外更有損害者。仍應賠償。故其所負返還利益之範圍。乃以受領時所得之利益爲準。於請求返還或實行返還時是否存在。乃所不問。又損害超過其所償還之利益及利息者。且更應按該部分負賠償責任。

乙 受領時雖非惡意。而於其後成爲惡意者。即於其後知無法律上之原因者。則應按知無法律上原因時現存之利益。負返還責任。並按該利益負附加利息及賠償損害之責任。

(四) 第三人之責任。

由不當得利所生之債務。本僅限於受益人與受害人之間。但法律設有列外規定。於具備一定要件時。使第三八對受害人應負一定責任。即民法第一百八十三條之規定是也。依此規定。不當得利之受領

人。以其所受者無償讓與第三人，而受領人因此免返還義務者。第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任。蓋受領人既將其所受利益無償讓與於第三人，且本人又因此免責，自應使第三人於其免責範圍內負返還利益之責任。方合於公平原則。而於保護受害人始為周至也。故第三人對於受害人負責任之要件，應如次述。

甲 須受領人以其所受利益無償讓與第三人。故如有償移轉，即無適用。

乙 須受領人已因此免返還義務。故如非依第一百八十二條免負返還原物或償還價額之責任時，亦無適用。

丙 第三人所負之責任，僅於受領人所免返還義務之限度。即無論第三人為善意或惡意，其所負返還利益之範圍，要不能超過受領人免責之範圍。

第五章 侵權行為

第一節 侵權行為之觀念

第一 侵權行為之意義

侵權行為 (Delikt, Unerlaubte Handlung, Delt, Tort) 又可稱曰不法行為或有責行為。舊民律草案及修正案，係稱侵權行為。在我國法學上已成通稱。故民法亦沿之。日本民法稱不法行為，則係沿德國民法用

語。實則不法行爲及侵權行爲二語。均僅足以表明此行爲性質之一面。蓋此行爲乃以違反法律與侵害權利二者爲要素。雖違反法律而未侵害權利。固不成有責行爲。雖侵害權利而非不法行爲。亦不成有責行爲也。(註)

註 德國學者解釋彼國民法。如後所述。有異說。謂侵權行爲。並不以違法行爲爲要素。我國民法。不能同一解釋。觀第一百八十四條第一項自明。

侵權行爲又可分爲一般侵權行爲(Die allgemeinen Delikte)與特殊侵權行爲(Die besonderen Delikte)其要件有不同。其內容亦不相同。故難共通說明其意義。然概括言之。亦可謂爲不法侵害他人權利之行爲。而爲債之發生原因之法律事實。

第二 侵權行爲之沿革。

羅馬法即分民事責任爲契約上之責任與侵權行爲上之責任。而以之爲發生債權債務關係之二大原因。一則稱曰因於契約之債。(Obligaciones ex contractu)一則稱曰因於侵權行爲之債。(Obligaciones ex delicto)惟當時並非認凡立於契約關係以外之人。使他人受損害。均須賠償。只於成爲犯罪時。始應賠償。

近代立法例。仍係求損害賠償責任之根據於契約與侵權行爲。即德國學者中如衛爾特滿(Ortmann)解

釋彼國民法。(參照德民八三三、八三五)亦謂侵權行爲可稱契約以外之損害賠償責任行爲。又多數學者亦謂由債務不履行所生之損害賠償責任。亦基於契約關係。然精確言之。損害賠償責任發生之原因。在現時法理上。應分爲契約、債務不履行及侵權行爲三種。損害賠償之債。因於契約。其最爲顯著者。爲保險契約。至因於債務不履行時。如其固有之債。非因於契約者。固不待言。即令係因於契約者。亦非該契約當然之效力。仍係法律以之與侵權行爲同視爲不法行爲而使之負責。故應以此三者各爲獨立負責之原因。

第三 侵權行爲與犯罪。

在昔時法律。往往以刑事責任與民事責任相混。即如羅馬法。亦如前述。須於違法行爲成爲犯罪行爲時。始爲侵權行爲。且以刑事制裁與民事制裁相混。得依同一訴權而請求二重制裁。然至近代。則確立民刑事分化之原則。雖爲違法行爲。僅爲犯罪行爲而不成侵權行爲者有之。僅爲侵權行爲而不成犯罪行爲者亦有之。且即令同一行爲。一面爲犯罪行爲。一面爲侵權行爲。然其在刑事上之責任。與其在民事上之責任。亦截然劃分。即二者之目的及要件並其裁判機關。均不相同。蓋因犯罪行爲所發生者。爲刑罰權。其主體爲國家。其訴追應本於刑事訴權。亦僅代表國家之檢察官或自訴人。始得爲之。且其目的注重於社會防禦之見地。而對於有反社會性之人。或與以矯正。或由社會排除。又其要件。不限於有損害之結果。且

因故意與過失而待遇不同。又其裁判機關必爲刑事法院。若因侵權行爲所發生者。則爲損害賠償請求權。其主體爲被害人。其訴追應本於民事訴權。僅被害人始得爲之。且其目的注重於私人保護之見地。而使加害人對於被害人填補其損害。又其要件則必限於有損害之結果。且不因故意與過失而待遇不同。又其裁判機關則通常爲民事法院。

民事責任與刑事責任。如上所述。其性質固迥不相同。但其間接目的及功用亦實足以相輔。即實行刑罰權亦適足以慰藉被害人。而有報應之目的。反是。實行損害賠償請求權亦足以懲戒加害人。而有糾正之目的。故各國立法例。劃分訴追二者之主體及程序。亦僅爲原則。莫不設有例外。使被害人亦得向刑事法院直接訴追刑事責任。或得於刑事訴訟程序。一併訴追民事責任。前者稱曰自訴。後者稱曰附帶民事訴訟。蓋均爲我國現行制度所採用者也。（參照刑事訴訟法三三七以下五〇六以下）

第四 侵權行爲與債務不履行

債務不履行。亦爲民法上之違法行爲。且亦可謂爲侵權行爲之一種。即係債務人因故意或過失而違反債務以侵害債權人之債權。又其責任亦係發生損害賠償請求權（參照二二二、二二六、二二〇）但民法既另就債務不履行設有特別規定。以各自獨立爲損害賠償債權發生之原因。則侵權行爲自應除去債務不履行。關於侵權行爲之規定。對於債務不履行自無適用也。

第五 侵權行爲與過失責任。

自羅馬法以來。各國法例。均限於因故意或過失加損害於人時。始應負責任。此於學說上。稱曰過失主義。亦稱過失責任主義。(Verschuldungsprinzip, Prinzip der Kulpahaltung) 但至近時。因各種危險事業勃興。於是學說上。又有主張只須加人以損害。雖無過失。亦應負責任者。是曰原因主義。亦稱結果責任主義。(Prinzip der Erfolgs-oder Kausalhaftung, Veranlassungsprinzip) 此主義。亦經立法例相當採用。如德國已於鐵道法。鑛山法。及其他特別法。特予規定。奧瑞之法制亦然。英國亦於千八百六十六年弗勒智對來蘭案件(Fletcher v. Rylands)之判例。是認此主義。爾來凡利用蒸汽、電氣等於公衆有危險性之事業。均適用此判例。不須過失。亦須賠償損害。

現時民法。果應以過失責任主義爲原則。抑應以結果責任主義爲原則。已成爲問題。自一方面言之。凡足以激增危險於他人之工業或機器。聽其經營或利用。以致發生損害。而仍拘守過失主義。固有背於公共生活之本旨。此結果責任主義。宜於採用。然自他方面言之。在通常社會。須有過失。始負責任。反合於實際。蓋已注意而仍生結果。乃爲通常所少見。若此時仍令負責任。則過於苛酷。將使人步步失其自由。亦非共同生活所要求。此過失責任主義。又大有其根據。我國民法。仍仿一般立法例。(德民八二三法民一六八二、一三八三瑞債四一奧民一二九四、一二九五普國國法一部三章一〇條以下沙克遜民法一一六一

四八三)於第一百八十四條第一項揭明採用過失責任主義。並於同條第二項。將過失之範圍擴張。固爲允當。惟對於經營或利用危險性之事業或機器之人(近時如汽車電車殺傷人之事已頻見)未規定無過失責任之原則。立法上亦難稱周至也。(註)

註 無過失責任主義。僅限於特殊情形。始應適用。學說上亦尙少異議。惟此特殊情形之範圍如何。則一問題。學者中亦有求其統一之觀念者。然歸納言之。要亦不外下述三種。(一)足生異常危險於社會生活者。因此所生之責任。可稱曰危險責任(Gefährdungshaftung)此應爲特殊情形中之最重要者。乃無容疑。(二)所營事業足獲異常利益者。亦應負異常責任。此又可稱曰報償責任。(三)因維持交易之安全及信用。使負較重之責任。總之。法律對於此等特殊情形。使負特殊責任。其根本目的。亦在維持並發展社會共同生活。故於此範圍內所必要並有益者。始有適用無過失責任主義之餘地。

第二節 侵權行爲之要件

侵權行爲。如前所述。可分爲一般侵權行爲與特殊侵權行爲。特殊侵權行爲。即第一百八十六條至第一百九十一條所規定之侵權行爲。其成立要件。當就該各行爲分別說明之。茲僅說明一般侵權行爲。即第一百八十四條所規定之侵權行爲之成立要件。此又可因便利。分爲客觀要件與主觀要件。

第一 客觀要件。

(一) 須爲自己之行爲。

特種侵權行爲。亦有不須人之行爲者。(例如一九〇、一九一)即須人之行爲。亦有不須爲自己之行爲者。(例如一八七至一八九)若一般侵權行爲。則須爲自己之行爲。關於此點。民法雖無特別明文。然自第一百八十四條第一項觀之。可謂毫無疑義。又可分數點說明之。

甲 行爲乃爲意識之動作。

侵權行爲。自亦須如一般行爲。爲有意識之動作。在無意識或精神錯亂中所爲之行爲。民法第一百八十七條第四項。雖亦定爲侵權行爲。仍使負相當責任。但係與第七十五條後段規定。同一用意。究非真正意義之行爲。一般侵權行爲。須爲本於意識之動作。固於學理上無異說者也。

因故意或過失引起一時心神喪失。而致有欠缺意識之動作。以侵害他人權利時。他國亦有明文。定爲仍爲侵權行爲者。我國民法亦可同一解釋。且此時仍應適用第一百八十四條第一項。蓋以其仍係因故意或過失而侵害他人之權利也。

乙 行爲乃包含作爲與不作爲。

即侵權行爲。亦如一般行爲。不應僅爲積極之動作。即作爲。應並爲消極之動作。即不作爲。(註)惟不作爲須如何始成爲侵權行爲。此與刑法上不作爲須如何始成爲犯罪。爲共同之觀念。在民刑法學

者中。謂須有作爲之義務而不作爲者始可。此已爲定說。但關於其理由。則學說尚不一致。又有次述二派。

註 在羅馬法。侵權行爲須積極之作爲。德國古代法。則認不作爲亦得爲侵權行爲。德國普通法亦然。現時民法學者就此亦無爭執。奧國民法且定有明文。(奧民一二九四)

I 謂須於此時之不作爲。始有因果關係。

2 謂須於此時之不作爲。始有違法性。

上述二說中。第一說雖爲通說。然余取第二說。蓋不作爲亦爲行爲。凡於足因作爲以阻止其結果時。而竟不作爲。即可謂有因果關係。此不問有無作爲義務。均屬相同。故區別其是否爲侵權行爲。不能單以其不作爲有無因果關係。雖有因果關係。而無作爲義務之人。其不作爲。並非不法。即亦不得謂之侵權行爲也。

丙 侵權行爲與法律行爲之關係。

侵權行爲。不盡爲事實行爲。亦有爲法律行爲者。即爲法律行爲之時。侵權行爲與爲其成分之法律行爲。亦應區別之。例如盜賣他人所有物之時是。此時雖亦有法律行爲。且有組成法律行爲之意思表示。但侵權行爲之效力。與表意人之效力意思無涉。故此時之侵權行爲。亦與其他侵權行爲相同。

仍爲非表示行爲之一種。(參照本書總則)

丁 自己行爲與他人行爲之區別。

一般侵權行爲。與特種侵權行爲相區別者。尤在是否以自己行爲爲要素。必須自己行爲爲侵害權利之直接原因者。始爲一般侵權行爲。而應適用第一百八十四條之規定。但應注意次述各點。

I 造意(教唆)及幫助。亦爲自己行爲。應行負責。已有明文。當於後述。(參照一八五II)

2 以他人爲機械(Werkzeug)者。刑法上稱曰間接正犯。固應負責。即在民法上亦可爲侵權行爲。應行負責。學說上亦無異說。惟此項行爲。欲與共同侵權行爲區別。尚須有二要件。a、須被使用人就該行爲未成立侵權行爲。即其動作未具備侵權行爲之要件。b、須使用人就侵害權利有故意或過失。只須具備此要件已足。至被使用人是否爲有責任能力人。可以不問。又藉他人之合法行爲以爲侵權行爲亦可。例如使他人無過失誤信他人所有物爲己物以爲毀滅之行爲是也。因行爲人之故意過失。致官廳誤將他人所有權讓與者。亦爲侵權行爲。前大理院已著有判例。(民國四年上字一五八五號)又以私人資格假行政官廳之處分者。其被害人除得向該管行政衙門請求撤銷或廢止其處分外。並得對於加害人向司法衙門提起民事訴訟。請求回復原狀或賠償損害。前大理院亦著有判例。(民國四年上字二二三六號民國四年上字一〇二三號)

3 法人對於其機關之行為應行負責。為第二十八條所明定。此時該項行為應解為法人之行為。已於總則述之。又該條規定。乃對於第一百八十八條第一項為兩事。前條乃係因於自己行為而負責任。後條則係因於他人行為而負責任也。

(二) 須有權利之侵害。

成立侵權行為。須有侵害他人權利之事實。此為民法第一百八十四條第一項所明定。更分說之如次。

甲 法條雖泛稱曰侵害權利。但應解為只以侵害私權(Privatrechtsverletzung)為限。公權固亦為權利。侵害之固亦為違法行為。但民法侵權行為之規定。只於侵害私權時始有適用。乃於性質上為當然。此於學說上亦無異說。但侵害公權。同時又侵害私權者。自仍為侵權行為。例如妨害選舉權行使。同時又侵害身體或自由之時是也。

乙 關於權利之意義。學者中有二說。

I 謂仍應如一般權利。狹義解釋。即須實有權利之內容者始可。

2 謂無須如一般權利。可廣義解釋。僅為法律所保護之利益者亦可。

右述二說。在日本民法學者中。乃各持一說。其國大審院判例則取第二說。我國民法第一百八十四條第二項。乃仿德國民法第八百二十三條第二項。定明違反保護他人之法律。亦應負責。故應解為

凡侵害法律所保護之利益。即侵害利益(Geschadensvermeidung)亦應爲侵權行爲。

何者爲保護吾人利益之法律。(略稱曰保護法規)當就各該法律具體規定觀察之。不僅限於民法。特別民商法亦有此規定。憲法、刑法及特別刑法並其他公法。亦可有此規定。且可廣義解釋。凡所侵害之利益。只須於法律觀念上認爲應以爲侵權行爲救濟時。亦得謂爲法律所保護之利益。不必法律特有明文(註)

註 日本大審院大正十四年一月二十八日判例係同一見解。

丙 侵害權利云者。謂妨害權利之享有或行使也。並不須權利之全部或一部因以喪失。只須權利之內容或法律所保護之利益。受其妨害。致其一部或全部不能實現。即得謂爲侵害權利。

侵害權利。有妨害現時利益之享受者。如物權及其他支配權之侵害。即屬於此。有阻止將來利益之享受者。如債權之侵害。即屬於此。學者中亦有主張後之侵害。不能爲侵權行爲者。自屬不當。

丁 得爲侵權行爲之客體者。是否只須爲私權。以外於法律上無何等種類限制。學說尙屬紛紜。茲論述如次。

I 財產權。應解爲凡得被他人侵害者。即得爲侵權行爲之客體。茲更就財產權中之次述三種權利。分別論述之。(註)

註 學者中亦有主張有財產不可侵權之一種人格權。凡加以財產上之損害。即爲侵害此種人格權者。此說乃以財產關係與人格關係相混。且法律明就各種財產認有個個權利。謂於財產總體更有資格權。亦與法律旨趣相反也。

a 支配權。此不問爲物權（亦不以民法所規定者爲限）準物權、無體財產權、並其他對世權。均可爲侵權行爲之客體。

占有亦得被侵害以成侵權行爲。民法雖特就占有另設有第九百六十條至第九百六十二條之保護規定。但應解爲與侵權行爲之規定不相妨害。如成立侵權行爲。自更得依侵權行爲之規定。以受保護也。

b 請求權。債權及其他請求權。亦得爲侵權行爲之客體。債權是否得被侵害以成侵權行爲。學者間大有議論。已於前述。

c 形成權。形成權是否得爲侵權行爲之客體。學說上頗有爭執。亦有否定說。謂形成權無對立之義務。其性質不能爲他人侵害者。余取肯定說。蓋形成權亦實可被人侵害。例如因消滅其買回權而故意毀滅標的物之時。此時認其得成立侵權行爲。於形成權之性質亦並不相背也。

2 非財產權。屬於非財產權之權利。爲人格權及身分權（參照本書總則）通說謂此二種權利。

均得爲侵權行爲之客體。並無種類之限制。余謂我國民法第十八條第二項既經定明人格權受侵害時。以法律有特別規定者爲限。始得請求損害賠償或撫卹金。則侵害人格時。於該條第一項之請求權外。更欲依侵權行爲以成立損害賠償請求權。自須法律另有特別明文。現民法既僅就生命、身體、健康、名譽、自由。設有侵權行爲之規定。（一九二至一九五）則人格權之侵害。能成立侵權行爲者。自以此各項爲限。茲試就此各項人格權及身分權中之最重要者。論述如次。

a 生命權。關於侵害生命權。學說有二。亦有謂生命權即可包含於身體權之中。侵害生命權。即爲侵害身體權者。亦有謂其與身體權爲獨立權利。應獨立適用侵權行爲之規定者。在我國民法之解釋。余以第二說爲是。

侵害他人生命而致被害人以外之人亦受損害者。無論其是否爲財產上之損害。亦得請求賠償。爲民法第一百九十二條及第一百九十四條所明定。此爲另一損害賠償請求權。茲有問題者。即侵害生命本身。是否亦得成立損害賠償請求權。爲其繼承人繼承。則學說上有爭執。否定說。謂已失生命。即無人格。自不能爲損害賠償請求權之主體。肯定說。謂即令侵害生命與喪失生命。其間時間甚微。理論上仍可認其有間隔。即亦可取得損害賠償請求權。以其繼承人繼

承。余取第二說。

b 身體權。身體權應爲權利。學說上已無異議。其得爲侵害行爲之客體。於我國民法之解釋上。尤無容疑。但其被侵害時。其性質如何。則尙有異議。亦有主張其係爲所有權之侵害者。此則視身體爲物。自不足取。應解爲人格權之侵害。

c 貞操被侵害時。應解爲一面爲身體權之侵害。一面爲自由權與名譽權之侵害。

d 健康被侵害時。民法雖仿德國民法特爲規定。(一九三、一九五德民八四三、八四五、八四七)但應解爲即係侵害身體權。

e 名譽權。名譽之意義如何。學說上尙有爭執。有主張爲個人之自尊者。有主張爲社會之評價者。余從後說。故名譽乃自客觀言之。非自主觀言之。且不僅自然人有之。法人亦有之。名譽亦爲權利。且爲人格權之一種。至其得爲侵權行爲客體。則民法有明文。(一九五一)因他人行爲致其人於社會上之評價受傷害。斯得謂有侵權行爲。至其侵害方法。是否於社會公表。並是否傷及其人之真價及感情。均可以不問。反是。若其人之社會上評價。並未受影響。只係其人之感情受傷害。則尙不得謂爲侵害名譽權。

f 信用權。刑法雖將名譽與信用並列。且分別規定。(刑法第二編第二十六章並參照同法

三二五、三三〇）但在民法應解爲信用得包含於名譽之中。蓋所謂信用。雖非逕指其人社會之評價。而係指其基於社會評價所生之經濟上信賴。但傷害信用。亦即傷害其人之社會上評價。故不認之爲獨立之權利。於傷害信用時。即解爲係侵害名譽。自亦無不可也。（註）

註 學者中亦有主張民法上信用權與名譽權爲獨立權利者。

g 自由權。自由是否爲獨立之權利。且除個個之自由權外。是否更有抽象之自由權。學說上有否定肯定兩說。余取肯定說。故除有具體之各種自由權。如居住自由權、營業自由權、信教自由權、結婚自由權外。並可認抽象之一般自由權。此謂人之活動不受不當拘束之權利也。人格權可分爲以靜態利益爲目的之權利。與以動態利益爲目的之權利二種。自由權即爲後者之適例。

人之活動。可分爲身體之活動與精神之活動二種。自由權是否以此二者爲內容。雖不無議論。但應解爲包含二者。故不當以干涉他人決定意思之自由。如爲詐欺、脅迫、亦可謂侵害自由人之活動。並非決不可限制。其得依法律或契約限制。固不待言。即未經特加限制。而其受拘束亦應視其是否不當。苟其受拘束。於一般社會觀念上認爲相當。即令係因於他人之行為。亦不能謂其有侵害（參照一七五）

自由權得爲侵權行爲之標的。民法亦有明文。解釋上自不生問題。

所謂營業權。是否爲獨立之權利。學說上亦有爭執。亦有以爲與自由權爲各別權利者。余謂在我國民法上。得解爲營業之自由。即爲自由權之一種。至營業上之利益。則可依名譽權而受保護。無認其爲獨立權利之必要。

h 親屬權。親屬權得爲侵權行爲之客體否。學說上有否定肯定二說。余取肯定說。故如妨害婚姻之行爲。即係侵害夫權是也。

i 社員權。社員權之意義。已於總則述之。其處於債權部分者。固得被侵害。即屬於身分權部分者。亦解爲得爲侵權行爲之客體。例如不當妨害或剝奪社員表決權之時是也。

j 姓名權。姓名權得爲侵權行爲之客體。總則已有規定。(一九)自仍應適用侵權行爲及損害賠償之規定。

k 肖像權。是否爲權利。並能否爲侵權行爲之客體。余取肯定說。惟解爲可包含於侵害身體、自由或名譽之中。

(三) 須有損害之發生。(Schadenszufügung)

侵害權利與發生損害。乃各爲侵權行爲之獨立要件。雖曾發生損害。而非侵害權利。固不成侵權行爲。

反是，雖曾侵害權利而未發生損害，亦不成侵權行爲。蓋侵權行爲之民事責任，原在賠償損害，使無損害發生，自無損害賠償債權成立之可言也。

損害之一般觀念，當於以後說明一般損害賠償債權時述之。茲僅就爲侵權行爲要件之損害，一述相反之立法例，及我國民法所採之主義。即因侵權行爲而成立賠償損害者，是否僅以財產上之損害爲限。有二主義。

甲 法國法。僅以財產上之損害爲限。其理由以爲因侵權行爲所生之民事責任，本在填補損害。若並無財產上之損害，而仍使其賠償，則等於刑事上之制裁。有背賠償損害之本旨。

乙 英國法。則不以財產上之損害爲限，而有所謂名義賠償 (Nominal damage) 其理由則在嚴守有權利斯有救濟之格言。只須侵害他人之權利，即令未生財產上之損害，亦須爲相當之賠償。(註)

註 英國有衛克遜對頓登案件 (Wilkinson v Downton 1897) 即因傳其夫遇險切斷兩足之虛報，致精神上受非常衝動 (Mental shock) 亦爲侵權行爲，應賠償損害。

德國及日本民法，均酌採第二主義。(德民八四七日民七一〇) 我國民法第一百九十五條第一項，亦酌採此主義。惟設有限制。只以不法侵害他人之身體、健康、名譽或自由者爲限。始得就非財產上之損害，請求賠償相當之金額。此稱曰撫卹金。(參照一八) 當於後詳述。

(四) 須有因果關係 (Kausalzusammenhang)

即須損害發生與權利侵害有因果關係。申言之。即須有若加害人不爲侵權行爲。斯被害人將不生損害之關係。且此項關係。須爲相當因果關係。此當於後論一般損害賠償要件時詳述之。因不作爲以爲侵權行爲時。通說均謂須有作爲之義務。始有因果關係。余從少數說。仍可與作爲同論。即只須有該不作爲斯足發生該結果之關係。即可謂有因果關係。至於有無作爲義務。乃是否阻止違法之問題。

(五) 須爲不法之侵害 (Widerrechtlichkeit)

侵權行爲須爲不法。爲民法第一百八十四條第一項所明定。此所謂不法。即其侵害他人權利。係違反法律規定。或有背公其秩序也。又民法恐因此尙於權利人保護不周。又仿德、奧民法及瑞士債務法。於同項加定以背於善良風俗之方法加損害於人者。亦成侵權行爲。(參照德民八二六奧民一二九五瑞債四一一)

凡屬權利。即有不可侵性。侵害權利。即屬違反權利特性之不可侵義務。而爲不法行爲。故侵害他人之權利時。欲其不爲不法。須有阻止違法之事由。此事由應由侵害人舉證。自不待言。至此事由之種類。可如次述。

甲 權利之行使

行使權利爲合法行爲。故因此而侵害他人之權利。自不成侵權行爲。只須爲權利之行使。則不問爲公法上之權利。抑爲私法上之權利。例如通常人逮捕現行犯。司法警察執行拘提。行親權人懲戒其未成年之子女。質權人拍賣質權標的物等行爲是也。

權利濫用。即有第一百四十八條之情形時（參照總則）該條既特以明文禁止。而竟違反之。自爲不法。仍成侵權行爲。

假官廳處分以侵害他人權利者。亦爲侵權行爲。前大理院有判例。已於前述。

官吏違背職務。亦成侵權行爲。民法有明文（一八六）另於後述。

乙 被害人之承諾

被害人承諾。足爲阻止違法之事由。民法雖無明文。但於學理上無爭。蓋權利人既得拋棄其私權。則容許他人侵害其私權。自亦無不可許之理。但承諾侵害法益。必須就該法益有處分之能力及權限。否則應認爲無效。又其承諾雖非意思表示。亦爲一種法律的意思之表示。故其意思之內容。如係有背於公共秩序或善良風俗。自亦應認爲無效。故如自殺幫助之囑託、殘害身體之委託、決鬥之合意、自宅放火之同意等。均在不可許之列也。

所謂承諾。除表示容許侵害權利之表示外。付與爲侵害權利之意思表示。及拋棄損害賠償請求權之意思表示。亦可包含。只須不背於公共秩序或善良風俗。均可有效。但此三者。除請求權之拋棄。不許撤回者外。餘容許侵害權利之表示。應解爲得隨時撤回。即付與爲侵害權利之意思表示。亦須視其具體情形如何。必須實可發生法律關係。始不許撤回。

僅明知或豫期其權利之將被侵害。尙不得謂爲有承諾。例如明知某家畜有惡犬。因事赴其家。致被其咬傷之時是。

丙 自衛行爲。

即其行爲爲民法第一百四十九條所定之防禦行爲。(參照刑法三六舊稱正當防禦)及第一百五十條所定之救護行爲(參照刑法三七舊稱緊急避難)者。不成侵權行爲。餘參照總則之說明。

丁 自助行爲。

即其行爲爲第一百五十一條所定之自助行爲者。亦不成侵權行爲。餘可參照總則之說明。

戊 無因管理。

即其行爲爲第一百七十二條以下所定之無因管理者。亦不成侵權行爲。餘可參照無因管理之說明。

第二 主觀要件。

(一) 須有責任能力。(Zurechnungsfähigkeit)

責任能力。通常即指侵權行為能力。且與意思能力同義。已於總則述之。蓋在特種侵權行為。固有不必故意或過失者。自亦不須有為故意或過失之基礎之意思能力。若在一般侵權行為。則如後述。須有故意或過失。自亦須有為故意或過失之基礎之意思能力。此意思能力。即為侵權行為負責之資格。故即為責任能力。亦即為一般侵權行為之要件也。

責任能力。亦如行為能力。凡為自然人。原則均應有之。故關於舉證責任。與他之要件不同。不應由權利人(被害人)負之。而應由義務人(加害人)負之。故義務人欲主張其於行為時無責任能力。須就此舉證。

民法關於責任能力。亦如行為能力。不設積極規定。只設消極規定。即僅就無責任能力設有規定。即第一百八十七條第一項及第四項之規定是也。分述之如次。

甲 行為時無識別能力之人。

此僅對於無行為能力人或限制行為人。始有適用。乃為第一百八十七條第一項所明定。即此等人以行為時有識別能力為限。始負損害賠償責任。若行為時無識別能力。則不負損害賠償責任。更分

述之如次。

I 所謂無行爲能力人或限制行爲能力人亦與一般所稱同其意義。前者即指未滿七歲之未成年人(一三一)及禁治產人(二五)後者即指滿七歲而未結婚之未成年人(一三二)關於未成年人之責任能力立法例有二相反之主義。

A 年齡主義。即區劃一定年齡以定其責任能力之有無。此爲德國民法所取。即凡七歲未滿者。爲無責任能力。滿七年而未滿十八歲之人。則依識別能力以定責任能力。(德民八二八)

B 知能主義。即凡未滿成年人。均依識別能力以定責任能力。不另區分年齡。此爲日本民法所取。(日民七一二)英美法亦然。

我國民法關於未成年人之責任能力。蓋仿日本民法。不問其是否七歲未滿。並是否爲無行爲能力人或限制行爲能力人。均依其於行爲時有無識別能力以區別之。又未成年人外。並加一禁治產人。其有無責任能力。亦依其於行爲時有無識別能力以區別之。

2 所謂識別能力。即與意思能力同義。(參照總則)其有無。不應自平時言之。應自行爲時言之。乃爲法條所明定。他國民法。亦有特爲定明須爲認識其行爲之責任之能力(Erkennnis der Verantwortlichkeit)者。(參照德民八二八)日民七一二)我國民法雖無明文。亦應爲同一解釋。蓋既

定明行爲時之識別能力。自須於行爲時能具有辨識其行爲之責任之知能也。申言之。即不僅就須有了解其行爲道德上意義（即是非善惡如何）及事實上結果（即社會意義如何）之知能。並須有了解其法律上責任之知能（即足知其行爲將於法律上負何等責任）但所謂了解。並非就具體言之。仍係就抽象言之。即謂其在行爲當時有了解該項種類行爲之法律上責任之知能。與就具體行爲會否了解其結果及責任無干。後之問題。乃有無故意之問題。非有無責任能力之問題也。

乙 行爲時有精神障礙(Geistige Störungen)之人。

此對於一般人均有適用。爲第一百八十七條第四項所明定。即無行爲能力人及限制行爲能力人以外之人。在無意識或精神錯亂中所爲之行爲。致第三人受損害時。亦應準用同條第三項之規定。即法院因被害人之聲請。得斟酌行爲人與被害人之經濟狀況。令行爲人爲全部或一部之損害賠償。依此規定。凡於無意識或精神錯亂中所爲之行爲。雖未如他國民法（參照德民八二七日民七二三）定爲完全無責任。但亦使法院得斟酌情形。減輕其賠償責任也。

因故意或過失而引起一時之精神障礙者。學說上稱曰於原因有自由行爲(Actio libera in Causa)均主張仍應負責。亦有特以明文規定此旨者（德民八二七日民七二三）在我國民法。此項行爲應

依第二百八十四條第一項負責已於前述。

(二) 須有故意或過失。

在一般侵權行爲之成立要件。須有故意或過失。爲第一百八十四條第一項所明定。且於同條第二項定明違反保護他人之法律者。推定其有過失。蓋在通常。當事人主張有利於己之事實者。就其事實有舉證之責任。(參照民事訴訟條例三二八民事訴訟律三四〇)則關於被害人之有故意或過失。雖似亦應由被害人(即債權人或原告)負舉證責任。但法律特爲保護被害人起見。規定如係加害人違反保護他人之法律。而致他人受損害。則被害人毋庸依一般舉證法則。就加害人之有過失。先行舉證。而推定加害人有過失。在加害人(即債務人或被告)欲主張其無過失。反須先行舉證。如就無過失。不能提出事實及證據。即應認被害人之請求成立。

此所謂故意及過失。仍應從一般故意或過失之意義。此當於說明債之效力時詳述之。(參照二二〇以下)至故意或重大過失之責任。不得預先免除。則法律有明文。(二二二)亦當於後詳述。

第二節 共同侵權行爲

第一 共同侵權行爲之意義

共同侵權行爲者。謂數人共同不法侵害他人權利之行爲也。申言之。即只須各人均曾爲侵害權利之行

爲。且各行爲對於同一之損害。均曾與以原因。即均有加擔(Betheiligung)即爲共同侵權行爲。應負共同責任。蓋既均爲侵權行爲。且加擔於同一損害。自應使各行爲人均對於被害人負同等責任。方爲公允。此法律所以特就共同侵權行爲定明應負共同責任也。

第二 共同侵權行爲之要件。

民法所規定之共同侵權行爲有三種。其要件應分別論之。

(一) 狹義之共同侵權行爲。

此爲民法第一百八十五條第一項前段所規定。其關於侵害他人權利。數人係屬共同一點。與後述二種之共同侵權行爲。有所不同。乃爲真正共同侵權行爲。故謂之狹義共同侵權行爲。其要件應如次述。

甲 須數人均曾爲侵權行爲。

申言之。即各人具備侵權行爲之要件。其各人須不法侵害他人之權利。法律有明文。其他之要件。亦須具備。即更須各人行爲與損害有因果關係。及行爲人有責任能力。並有故意或過失。如其中有行爲人不備侵權行爲之要件。則對於該一人。已非侵權行爲。自不負此項責任。而應由具備侵權行爲要件之他人負之。

但只須數人均曾爲侵權行爲。其行爲之態樣、內容、方法、時間。均可以不問。故如一人有故意。一人有

過失。又在侵害自由。一則逮捕。一則監禁。在殺人。一則用刀。一則用械。或一則購買毒藥。一則實行下毒。均可爲共同侵權行爲也。

乙 須數人共同爲侵權行爲。

所謂共同侵害他人之權利。其意義如何。法條不甚明瞭。學說有二派。

1 主觀說。謂所謂共同。乃爲主觀之共同。即數人之侵權行爲間。通常均有共同之意思。(通謀)至少亦有共同之認識。其理由。則謂此行爲人對於彼行爲人之行爲。應負共同責任。正爲其有共同意思。否則當然應獨立負責。無共同負責之理。

2 客觀說。謂所謂共同。乃爲客觀之共同。即只須數人共同爲侵權行爲已足。無須行爲人更有主觀意思之連絡。其理由。則謂共同侵權行爲之根據。只在數人均對於同一之損害。與以原因。即應共同負責。決不須更有主觀之要件。

余見條文既僅載數人共同侵害他人之權利。即應連帶負責。並未載明須有共同意思之連絡。則解爲只須於侵害權利。係共同與以原因已足。固於文理解釋爲可通。而自實際言之。凡共同發生損害之人。應使其共同填補。亦於加害人方面始爲平允。於被害人方面始爲周至。故如甲乙二獵者同誤認丙爲獸。加以槍殺。又如甲乙二製造場流出之色素。相合而成爲有毒色素。致傷害附近農產物。又

如甲乙同爲丙之乳母。均不給乳以致其餓斃。此時。即令各人全無意識聯絡。亦以使之共同負責爲宜也。

總之。共同侵權行爲。只須各人之行爲。對於權利受侵害之結果。有因果關係已足。且此因果關係。亦如一般因果關係。只須爲相當因果關係。各行爲不爲單獨原因固可。即爲單獨原因亦可。又一爲直接原因。一爲間接原因亦可。

(二) 加害人不明之共同侵權行爲。

此爲民法第一百八十五條第一項後段所規定。即數人共同不法侵害他人之權利。而「不能知其中孰爲加害人者。」亦應連帶負擔損害賠償責任。此爲廣義之共同侵權行爲。其仍須各人均曾爲侵權行爲。即各人均曾具備侵權行爲之要件。亦與上述狹義之共同侵權行爲相同。所不同者。即對於權利侵害之結果。孰爲與以原因之人。乃屬不明。列如甲乙各以同樣手槍射丙。僅中一彈即死。而不能斷定爲何人手槍所射者是。民法亦仿他國立法例（參照德民八三〇日民七一九後段）定爲各行爲人須共同負責者。蓋以與其因不能證明加害人而使被害人負擔損失。毋寧使加擔於有侵害權利之危險之行爲之人共同負擔損失。較爲允當也。

成立此種共同侵權行爲。除各人曾爲侵權行爲。亦如真正共同侵權行爲外。尚須具備上述二要件。

甲 須共同行爲人中有人爲加害人。

條文既稱不能知其中孰爲加害人。則權利侵害之結果即損害。必須共同行爲人中某人之行爲爲其原因。乃屬當然。故如其損害是否共同行爲人中之行爲所致。亦屬不明之時。自不能適用本項。此所謂共同行爲人。非謂各人實曾共同爲有侵害權利之結果之行爲。乃謂各人實曾共同爲有侵害權利之危險之行爲。(Gefährdende Verhalten) 此於學說上稱曰危險行爲之加擔。

乙 須不能知共同行爲人孰爲加害人。

故如能知共同行爲人中孰爲加害人。自亦不能適用本項。惟此所謂不能知。僅就被害人言之。即法律本旨在保護被害人不能證明之時。至共同行爲人中如能證明係他人爲加害人。應許免責。自不待言。

(三) 造意及幫助。

造意人及幫助人。視爲共同行爲人。爲民法第一百八十五條第二項所明定。造意人(Ansifter)者。使他人決定爲侵權行爲之意思之人也。造意乃沿舊刑律(暫行刑律三〇)新刑法稱曰教唆。幫助人(Gehilfe)者。於他人爲侵權行爲時爲不屬於侵害權利行爲之補助行爲也。此二種行爲。均非共同實施(Mittäterschaft)故與上述狹義之共同侵權行爲有別。在刑法。教唆犯雖仍與正犯同科。而幫助者則

爲從犯。處刑較輕。(刑法四三、四四)然在民法則二者與狹義之共同侵權行爲人相同。蓋以二者仍不失爲對於損害與以原因之人也。

第三 共同侵權行爲之效力。

無論爲何種共同侵權行爲人。對於被害人。均應連帶負損害賠償責任。爲民法第一百八十五條所明定。故由共同侵權行爲所生之損害賠償債務。乃爲連帶債務。應適用第二百七十三條至第二百八十二條關於連帶債務之規定。即各共同行爲人(連帶債務人)與連帶債務之債權人之間。應依第二百七十三條至第二百七十九條之規定。各共同行爲人相互之間。應依第二百八十條至第二百八十二條之規定。尤於內部關係。應以各人平均分擔義務爲原則。就其超過部分。應有求償權。不能有第一百八十四條第四款之適用。

第四節 特殊侵權行爲

第一 公務員之侵權行爲

爲國家或自治團體之機關之公務員(官公吏及其他職員)爲侵害他人權利之行爲時。應否負責任。並應如何負責任。應分別論之。

(一) 職務上之行爲

即公務員因執行職務所爲之行爲。此時公務員不過爲機關。其行爲乃爲國家或自治團體之行爲。故責任問題。只能就國家或自治團體發生。就公務員亦能發生者。全爲例外。又可分二種情形論之。

甲 如爲私法上之行爲者。即公務員如係代表國家或自治團體爲私法上之行爲。例如爲買賣、承攬、運送、製造等行爲。而致成侵權行爲者。則國家或自治團體。此時乃居於私人地位。自應受民法之支配。即應依第二十八條負責。惟公務員亦應負責。且二者爲連帶責任。可參照總則說明。

乙 如爲公法上之行爲者。即公務員如係代表國家或自治團體行使其統治權或自治權而爲行爲時。則非立於私人之地位。自不能受私法之支配。而於公法上欲其負賠償責任。自須另有特別規定。

(二) 職務外之行爲。

即公務員違背職務所爲之行爲。此時公務員並非機關。其行爲不能認爲國家或自治團體之行爲。乃爲公務員個人之行爲。則責任問題。自僅能就公務員個人發生。民法第一百八十六條所規定者。即係此種情形。即公務員因故意違背對於第三人應執行之職務。致第三人之權利受損害者。負賠償責任。其因過失者。以被害人不能依他項方法受賠償時爲限。負其責任。又不問公務員係因故意或過失。如被害人得依法律上之救濟方法除去其損害。而因故意或過失不爲之者。公務員亦不負責任。故公務

員違背職務之侵權行為成立要件。又應分別論之。

甲 故意違背職務時之負責要件。

I 須違背對於第三人應執行之職務。

2 須第三人之權利受損害。

3 須受損害與違背職務有因果關係。

4 須被害人非因故意或過失未為得依法律上救濟方法除去損害之行為。

5 須公務員有故意。

乙 過失違背職務時之負責要件。

I 須違背對於第三人應執行之職務。

2 須第三人之權利受損害。

3 須受損害與違背職務有因果關係。

4 須被害人不能依他項方法受賠償。

5 須被害人非因故意或過失未為得依法律上救濟方法除去損害之行為。

6 須公務員有過失。

關於上述之舉證責任。應解爲在故意違背職務時。1至3之要件。應由被害人即債權人舉證。而公務員即債務人則應就其無故意或僅有過失並被害人曾因故意或過失未爲得依法律上救濟方法除去損害之行爲舉證。又在過失違背職務時。被害人亦僅就1至3之要件舉證。公務員則應就其無過失及被害人得依他項方法受賠償並因故意或過失未爲得依法律上救濟方法除去損害之行爲舉證。

所謂第三人者。指公務員及其所代表機關以外之人也。不僅指自然人。即法人亦可。所謂違背對於第三人應執行之職務者。即指依法令應執行之職務。因故意或過失違背之。而不爲職務上之行爲。或爲之而失當。或濫用職權。或爲超越職權範圍之行爲也。所謂致第三人之權利受損害。即指第三人之私權受侵害。與其違背職務有相當因果關係也。僅公法上之權利受損害。亦不能適用本條。又故意與過失負責要件不同之點。即在一須被害人不能依他項方法受賠償。一則不須此要件。不過即在有故意時。如被害人實已依他項方法受賠償。不許更向公務員請求賠償。亦屬當然。又公務員雖曾因故意或過失違背職務以爲侵權行爲。如被害人得依法律上之救濟方法除去其損害。而竟因故意或過失不爲除去損害之行爲。則亦無保護之必要。故定爲不得主張賠償。

第二 無責任能力人所爲之侵權行爲。

此爲民法第一百八十七條所規定。應分別論之。

(一) 無行爲能力人或限制行爲能力人所爲之侵權行爲。

無行爲能力人或限制行爲能力人不法侵害他人之權利者。行爲人及其法定代理人如何負責。又應分別論之。

甲 行爲人負責之情形。

1 行爲人行爲時有識別能力者。應與其法定代理人連帶負賠償損害責任。爲民法第一百八十七條第一項所明定。

2 行爲人因行爲時無識別能力。又其法定代理人因其監督並未疏懈。或縱加以相當之監督。而仍不免發生損害。致均不負損害賠償責任時。法院因被害人之聲請。仍得斟酌行爲人與被害人之經濟狀況。令行爲人爲全部或一部之損害賠償。爲民法第一百八十七條第三項所明定。

乙 法定代理人負責之情形。

法定代理人對於無行爲能力人或限制行爲能力人之侵權行爲。不問行爲人行爲時有無識別能力。原則均應負損害賠償責任。但有例外。如其監督並未疏懈。或縱加以相當之監督。而仍不免發生損害者。則亦可免責。爲民法第一百八十七條第一項及第二項所明定。

綜上所述。無行爲能力人或限制行爲能力人之負責要件。應如次述。

甲 須不法侵害他人之權利。更詳述之如次。

1 須爲無行爲能力人或限制行爲能力人之行爲。

2 須侵害他人之權利。

3 須爲不法。

4 須有損害發生。

5 須損害與行爲有因果關係。

乙 須行爲人有故意或過失。此雖法無明文。但解爲應適用第一百八十四條之原則規定。

丙 除上述要件外。尚須有左列要件之一。此自其反面言之。又可稱曰免責要件。

1 須行爲時有識別能力。

2 其因行爲時無識別能力不應負損害賠償責任。并因其法定代理人亦不應負損害賠償責任。

時。則須由法院依被害人之聲請。并斟酌行爲人與被害人之經濟狀況。故此時則須被害人於訴

訟上主張。且須斟酌兩造之經濟狀況。必於行爲人經濟狀況實足賠償。被害人之經濟狀況。亦實

需賠償時。始能酌量令行爲人賠償全部或一部。

關於舉證責任。解爲甲各項應由被害人舉證。行爲人則應就其無故意過失及行爲時無識別能力並雙方經濟狀況舉證。至法律於行爲人無責任能力而仍於一定條件之下。令負責任者。蓋爲社會政策而酌採原因責任主義也。

又法定代理人之負責要件。應如次述。

甲 須其所監督之無行爲能力人或限制行爲能力人有侵權行爲。即行爲人負責要件內甲之要件。均須具備。但法條既定明行爲人行爲時無識別能力。法定代理人亦應負責。自應進而解爲雖行爲人無故意過失。自己無須負責。法定代理人仍不能免責。

乙 須未盡監督義務。條文僅就其反面定明如其監督并未疏忽。或縱加以相當之監督而仍不免發生損害者。不負賠償責任。此又稱曰免責要件。法定代理人僅就此有過失已足。至對於侵害權利並不須有故意或過失也。

關於舉證責任。解爲甲項應由被害人舉證。乙項則應由法定代理人自其反面舉證。

何人爲無行爲能力人或限制行爲能力人之法定代理人。已於總則述之。法定代理人。此時負責。乃爲通則侵權行爲之例外。即係對於他人行爲負責。且亦不須就侵害權利有故意或過失。但亦非無過失責任。其責任根據仍在其監督之疏忽。至其監督是否疏忽。非就平時言之。應就行爲時言之。自不待言。

(二) 在無意識或精神錯亂中所爲之侵權行爲。

此爲第一百八十七條第四項所規定。即在無意識或精神錯亂中所爲之行爲。致第三人受損害時。應準用同條第三項之規定。申言之。即法院因被害人之聲請。得斟酌行爲人與被害人之經濟狀況。令行爲人爲全部或一部之損害賠償。此亦爲保護被害人。依社會政策。而酌採原因責任主義也。故被害人只須就侵權行爲之前述一般客觀要件舉證已足。加害人固不能因證明其係在無意識或精神錯亂中所爲而免責。即欲因於經濟狀況之理由以求免責。亦應就此舉證。餘可參看前之說明。

第三 被用人所爲之侵權行爲。

因一定事項使用他人。因其執行而加損害於第三人時。除被用人應負責任外。使用人於一定條件之下。亦應負責任。多數立法例均然。(德民八三二、八三二、日民七二四、七二五、瑞債五五、法民一三八四)民法亦就受僱人及承攬人於第一百八十八條及第一百八十九條分別設有規定。蓋此時在被用人即行爲人。既爲侵權行爲。其應負責。固屬當然。即在使用人。雖係對於他人行爲負責。但他人爲行爲。原係爲自己事項。且係依自己意思。如因而致侵害第三人權利。即與因自己行爲侵害第三人權利無異。且被用人亦多無資力。單使負責。實於被害人方面保護不周。故法律基此二種理由。使使用人亦一併負責。

(一) 受僱人所爲之侵權行爲。

此又可分別外部關係與內部關係論之。

甲 外部關係。即受僱人（行爲人）及僱用人對於被害人之關係。又可分論之。

1 受僱人負責之情形。

受僱人因執行職務。不法侵害他人之權利者。行爲人應與僱用人連帶負損害賠償責任。爲民法第一百八十八條第一項所明定。故此時在受僱人。即於僱用人應負責任之時。亦應連帶負責。若於僱用人不應負責之時。其應單獨負責。更不待言。

2 僱用人負責之情形。

a 僱用人對於受僱人職務上侵權行爲。原則固應與行爲人連帶負損害賠償責任。但有例外。即選任受僱人及監督其職務之執行。已盡相當之注意。或縱加以相當之注意。而仍不免發生損害者。僱用人不負賠償責任。亦爲民法第一百八十八條第一項所明定。

b 僱用人即因上述例外規定不應負責。法院仍得因被害人聲請。斟酌僱用人與被害人之經濟狀況。令僱用人爲全部或一部之損害賠償。爲民法第一百八十八條第二項所明定。

依上所述。受僱人之負責要件。自與一般侵權行爲同。所不同者。僅該侵權行爲係因執行職務發生耳。法律定爲此時行爲人亦應負責者。蓋以不法侵害權利。已越出職務行爲之範圍故也。更分述之。

I 須因執行職務、不法侵害他人之權利。更詳述之。

a 須爲受僱人之行爲。

b 須爲受僱人因執行職務所爲之行爲。

c 須侵害他人之權利。

d 須爲不法。

e 須有損害發生。

f 須損害與該職務上行爲有因果關係。

2 須受僱人有故意或過失。關於此點。學說上尚有爭執。亦有謂受僱人無須有故意或過失者。民法就此雖無明文。余見仍以依通則規定。即第一百八十四條之規定爲宜。

3 須受僱人有責任能力。若受僱人無責任能力。則其責任應分別適用第一百八十七條第一項及第三項或第四項之規定。

關於受僱人責任之舉證問題。亦與一般侵權行爲人相同。又僱用人之負責要件。應如次述。

1 須爲其受僱人之職務上侵權行爲。

2 僱用人之主觀要件。須有次述情形之一。

a 須就其選任及監督無過失。條文亦僅就反面爲規定。即定明選任受僱人及監督其職務之執行。已盡相當之注意。或縱加以相當之注意。而仍不免發生損害者。僱用人不負責任。此亦可稱曰免責要件。

b 僱用人雖就其選任及監督無過失。而法院仍得依被害人聲請。斟酌僱用人與被害人之經濟狀況。令僱用人負責。此自其反面言之。亦可曰免責要件。故僱用人之責任。乃採用原因責任主義。餘可參照第一百八十七條第三項之說明。

關於僱用人責任之舉證問題。解爲 1 項應由被害人舉證。2 項應由僱用人舉證。

又所謂受僱人、僱用人。不能狹義解釋。只以僱傭契約之當事人爲限。(參照四八二、四八五、四八七) 應解爲係被使用人、使用人之義。又所謂職務。亦不能狹義解釋。應解爲係所使用之事項之義。申言之。即凡因一定事項。使用他人。而有指揮監督之關係。即可包含。至該事項之種類。別無限制。不必爲營利之事項。亦不必爲法律上之事項。事實上之事項亦可。亦不必爲繼續之事項。一時之事項亦可。又使用及被使用之關係。亦不必爲法律上之關係。事實上之關係亦可。即爲法律上之關係。亦不必因於契約。更不必因於僱傭。委任、合夥均可。民法特標明受僱人、僱用人者。蓋以通常之使用關係。多

爲僱傭。故從而規定之耳。但雖係因一定事項而使用他人。如被使用者。係居於獨立之地位。並無指揮監督之關係。則不能包含。故如臨時僱用之洋車、馬車、汽車營業人。雖亦因馳車而加害於人。僱主仍不能負責。又如電車、火車之乘客。對於運轉人之行爲。不能負責。尤不待言。

所謂因執行職務。乃與職務上之行爲同義。即指爲與其被使用之事項有關係之行爲也。其與執行職務時之義。固屬不同。但亦不能狹義解釋。只以職務行爲爲限。凡與使用事項有關係之行爲。均可包含。故屬於事項之行爲。固不待言。即其附屬之行爲。補助之行爲。并其他相關連之行爲。均可。只須於外形上足認爲與其使用事項有關連之行爲。至是否係爲使用人之利益。并合於使用人之意思。均可不問。

關於法人。民法既有第二十八條之特則規定。則上述本條各項。即無適用餘地。蓋第二十八條。既定明凡屬法人職員因執行職務加害於人。法人與行爲人均應連帶負責。(參照總則說明)并不以充法人機關之董事爲限。則該條對於本條。自爲特則規定。而應排本條之適用也。

法律係定明受僱人與僱用人連帶負擔賠償損害責任。(註)自發生損害賠償之連帶債務。被害人乃爲連帶債務之債權人。雙方均應依第二百七十三條至第二百七十九條之規定。

註 此仿德國民法。(德民八四〇)日本民法無明文。僱用人與受僱人是否爲連帶債務。其國學者

有肯定否定二說。

乙 內部關係。

受僱人所爲之侵權行爲。民法雖定明僱用人與受僱人應負連帶債務。但此爲外部關係。若僱用人與受僱人之內部關係。則民法於第一百八十八條第三項明定。僱用人賠償損害時。對於爲侵權行爲之受僱人。有求償權。此規定乃對於連帶債務之規定爲特則規定。故僱用人與受僱人對於被害人雖爲連帶債務人。而於內部。則無分擔義務可言。民法第二百零八條至第二百零八十二條之規定。皆於此時無適用。只須僱用人爲損害賠償。無論爲全部或一部。均對於受僱人有求償權。受僱人不得援用分擔之法理。且由此類推解釋。如係由受僱人爲損害賠償時。其不能對僱用人有求償權。口屬顯然。蓋法律規定二者對外應負連帶債務。乃爲保護被害人。若對內亦使依連帶債務辦理。則反有獎勵受僱人爲侵權行爲之虞。甚非所宜。故定明對內仍應以行爲人爲惟一責任人也。至於受僱人是否更有其他違反義務之責任。則應依內部具體法律關係以決定之。毋庸特設明文。

(二) 承攬人所爲之侵權行爲。

此爲第一百八十九條所明定。即承攬人因執行承攬事項。不法侵害他人之權利者。定作人不負損害賠償責任。但定作人於定作或指示有過失者。不在此限。蓋承攬人雖亦係因一定事項而被使用。且係

因執行該事項而爲侵權行爲。但非普通之使用關係可比。即承攬人乃係以獨立意思爲該事項。并非受定作人之指揮監督。故法律定明定作人此時原則不負責任。卽仍應依一般原則。單由行爲人負責任。但有例外。卽定作人於定作或指示有過失者。仍應負責任。此但書規定。仍係第一百八十四條原則規定之應用。定作人於定作或指示既有過失。因而不法侵害他人之權利。實恰與第一百八十四條之規定相合。所不同者。不過有承攬人之介在。要爲一種依他人之直接侵權行爲也。

定作人之負責要件。應如次述。

甲 須承攬人因執行承攬事項。不法侵害他人之權利。卽凡一般侵權行爲之要件。於承攬人均應具備。更分述之如次。

- 1 須爲承攬人之行爲。
- 2 須爲承攬人因執行承攬事項所爲之行爲。
- 3 須侵害他人之權利。
- 4 須爲不法。
- 5 須有損害發生。
- 6 須損害與執行承攬事項有因果關係。

乙 須定作人於定作或指示有過失。即只須定作人就其定作或指示有過失。而承攬人又係依其定作或指示以執行承攬事項。遂因而加損害於他人。斯爲已足。并不須定作人就承攬人爲加害行爲有故意或過失。亦不須承攬人就其爲加害行爲有故意過失。如承攬人亦有責任能力。並就加害行爲有故意過失。或明知定作人之定作或指示有過失。則承攬人亦爲共同侵權行爲人。應依第一百八十五條辦理。

關於定作人負責要件之舉證責任。應解爲上述甲乙二項。均應由被害人舉證。蓋乙之要件。仍爲積極負責要件。非僅消極免責要件也。

第四 因於動物加害之侵權行爲。

(一) 責任問題。

此爲民法第一百九十條第一項所明定。即動物加損害於他人者。由其占有人負賠償責任。但依動物之種類及性質。已爲相當注意之管束。或縱爲相當注意之管束。而仍不免發生損害者。不在此限。蓋動物本有加損害於他人之危險。其占有人自有防止損害發生之義務。故如未盡相當注意以爲管束。即爲占有人有過失。應使其負責。

關於動物之加害。應如何負責。立法例尙不一致。

甲 英美法。分動物爲猛獸及家畜。飼養猛獸而致加損害於人。則完全依原因主義。應絕對負責。反是。如犬、貓等家畜加損害於人。則須由被害人證明飼養人明知其有此危險性而仍飼養。始應負責。

德國民法（德民八三三）初係定爲占有人對於動物之加害。均應絕對負責。後於千九百八年之改正法律。亦就家畜與非家畜區別規定之。乃與英美法相同。

乙 日本民法。則全依過失主義。不問動物之種類。只須占有人已爲相當注意。即可不負責任。我國民法。乃仿日本民法。立法上是否允當。殊有問題。

關於因動物加害之侵權行爲之要件。應如次述。

甲 須其所占有之動物加損害於他人。此爲積極負責要件。更分說之如次。

I 所謂動物。應從動物學之意義。其種類無限制。野獸、野鳥、家畜均可。蟲類亦可（如蜜蜂）培養微生物以致加損害於人。亦可包含之。

2 所謂占有人。乃與物權法所稱之占有人相同。即謂對於動物有事實上管領之力之人。（九四

○）所謂使爲代理占有（九四一）或指示占有（九四二）之人。亦爲占有人。但黴菌棲於人體。不得謂之占有。故如因其傳染而致加損害於人。不得包含。但其傳染。如因於人之行爲。則應依第一百八十四條以負責任。自不待言（註）。

註 他國立法例亦有於占有人外，更定明代占有人保管動物之人，亦應負責者。（德民八三四日民七一八〇）我國民法無明文，不能同一解釋。（立法上不當爲另一問題）惟有依第一百八十四條及第一百八十八條以定其責任而已。

民法只定明應由占有人負責，與所有人無與。蓋因其與次條之精神不同，故所有人爲一人，占有人又爲一人之時，僅占有人負責。惟所有人同時爲占有人之時，則否。

3 能適用本條者，只以係由動物所加之損害爲限。其加損害之方法，雖可以不問，但必出於動物獨立之動作。若係以動物爲機械而加人以損害，則應適用第一百八十四條。不應適用本條。又加人損害，由於動物，但非其獨立之動作，即全與動物之意識無干。例如馬因載貨過重，致倒地翻車，因而損害他人，亦不能適用本條。仍應適用第一百八十四條。但損害只須與動物有相當因果關係，即可不限於爲動物直接所加。例如馬奔翻車傷人，直接傷人者，雖爲車而非馬，亦得適用本條。又損害之客體及態樣，亦可以不問。物質、生命、身體、健康均可。德國民法特設例示規定。（德民八三三）我國民法，雖無明文，自亦得爲同一解釋。

乙 須占有人於管束動物有過失。此爲消極負責要件。即如依動物之種類及性質，已爲相當注意之管束，或縱爲相當注意之管束，而仍不免發生損害者，則亦可不負責任。此亦稱曰免責要件。

關於上述要件之舉證責任。解爲甲項應由被害人舉證。乙項應由占有人舉證。

(二) 求償問題。

此爲民法第一百九十條第二項所明定。即動物係由第三人或他動物之挑動致加損害於他人者。其占有人對於該第三人或該他動物之占有人有求償權。此僅規定占有人與第三人或他動物占有人之關係。蓋動物之占有人。對於被害人。固應負賠償責任。但如動物之加害。係因於第三人或他動物之挑動。自應許其對於該第三人或他動物占有人。於其賠償之範圍內。亦得請求償還。方爲平允也。至第三人或他動物占有人。對於被害人之關係。則非本項之所規定。該第三人或他動物占有人對於被害人是否亦成立侵權行爲。負賠償責任。則應分別依第一百八十四條或第一百九十條第一項之規定以解決之。又被害人就動物加害亦有過失時。亦非本項之所規定。應適用第二百十七條之規定。

第五 因於地上工作物加害之侵權行爲。

(一) 責任問題。

此爲民法第一百九十一條第一項所明定。即土地之建築物或其他工作物。因設置或保管有欠缺。致損害他人之權利者。由工作物之所有人負賠償責任。但於防止損害之發生已盡相當之注意者。不在此限。蓋地上工作物。本有因其損壞。傾倒而加害他人之危險。若於其設置或保管有欠缺。則釀成危

險更大。因而加損害於他人。自應使其負賠償責任也。

關於地上工作物之加害。應由何人負責。立法例有二。

甲 占有主義。即應由占有者負責。爲德國民法所取。(德民八三三六)日本現行民法亦同。(日民法七一九)

乙 所有人主義。即應由所有人負責。此自羅馬法已然。法國民法承之。(法民一三八六)日本舊民法亦同。

我國民法。乃採第二主義。自理論言。自以第二主義爲是。蓋工作物有欠缺。本爲所有人之過失。自應由所有人負其責任。然自實際言。則以第一主義爲宜。蓋能隨時知工作物設置或保存之欠缺者。厥惟占有人。使之負責。則能收及早防止危險之效。反於社會政策爲宜也。

關於因工作物加害之侵權行爲之負責要件。應如次述。

甲 須因地上工作物之設置或保管有欠缺致損害他人之權利。此爲積極負責要件。更分說之如下。

I 所謂土地上之工作物(Bauwerk)即謂因加人工所作成而與土地有直接關係之物也。民法特以建築物得例。但以外如墻壁、橋梁、堤防、碼頭、水井、溝渠、電柱、電綫、鑛坑、鐵道、電車道、墓碑、牌坊、銅

像、地窖等均可。民法雖謂之物。但并不以與土地獨立之定着物爲限。(參照六六一)即爲土地之一部。并不能獨立爲物者。亦可。

工場內之機器汽罐等。是否可稱爲地上工作物。學說上有否定肯定兩說。余謂此等物只須已安置於地上。則與普通之動產有別。亦可適用本條。

只須爲地上工作物。則不問其所有人爲私人抑爲公人。即國有或公有。均有適用。

2 所謂工作物之設置或保管有欠缺者。一則自作成時言之。一則自作成後言之。只須於作成時或其後未具有通常應有之安全的設備或狀態。即可謂爲設置或保管有欠缺。且只須於客觀有欠缺之事實已足。至於所有人主觀就該欠缺有無故意或過失。可以不問。

3 所謂因設置或保管有欠缺致損害他人之權利者。即指他人權利之受損害與該欠缺有因果關係也。只須欠缺對於損害爲原因已足。不必爲直接原因。即爲間接原因亦可。故如公園設備之秋千。因繩朽致墜人於石上。直接原因。雖爲石撞所致。仍可適用本條。且亦不必爲惟一原因。即尚有自然之事變。(如風雨地震水患等)或第三人之行爲。并被害人之行爲。爲共同原因。亦可。第三人之行爲爲共同原因時。如第三人有過失。則爲共同侵權行爲。應適用第一百八十五條。又被害人之行爲爲共同原因時。如被害人有過失。則應適用第二百十七條。

乙 須所有人於防止損害有過失。此為消極負責要件。民法係從反面規定。於防止損害之發生。已盡相當之注意者。則不負責任。故又可稱免責要件。是否已盡相當注意。應就具體情形決定之。必須就防止損害之發生。曾以相當注意。講求實際之手段者始可。

關於上述責任要件之舉證責任。解為甲項應由被害人舉證。乙項應由所有人舉證。

(二) 求償問題。

此為民法第一百九十一條第二項所明定。即前項損害之發生。如別有應負責任之人時。賠償損害之所有人。對於該應負責者。有求償權。申言之。即前項工作物之有欠缺。乃因另一人有過失。於所生損害。應由其負責任之時。則對外負責任之人。雖仍為所有人。但所有人對於該另一應負責任之人。例如受僱人、承攬人、占有人等。仍得請求償還其賠償額。

第五節 侵權行為之效力

第一 概說。

無論為一般侵權行為或特殊侵權行為。民法均定明應負損害賠償責任。故侵權行為之效力。即在發生損害賠償之債。民法亦特規定之於債之發生一節之內。蓋在債之發生原因中。除法律行為外。侵權行為。即為最普通而最重要者也。

爲侵權行爲後。是否僅發生損害賠償之債權。即其權利之侵害。如尚有返覆或繼續之虞之時。是否更得請求除去或防止。而亦以爲侵權行爲之效力。又在未爲侵權行爲前。僅有權利被侵害之虞之時。此雖與侵權行爲之效力無涉。但是否許權利人得請求預防。此爲立法上至堪注目之點。此後之三者。均爲不作爲請求權能否認其存在之問題。各國民法就此規定不備。於是學說紛紜。可大別之爲三。

(一) 消極說 謂法律對於侵權行爲。既僅認損害賠償責任。以外別無規定不作爲請求權之明文。自不能認其存在。

(二) 積極說 謂權利均有不可侵性。在有被侵害之虞時。自應許其請求預防。在有返覆或繼續被侵害之虞之時。亦應許其請求除去或防止。

(三) 折衷說 謂僅限於絕對權利始有不作爲之請求權。故惟此種權利。在有被侵害之虞時。得請求預防。在有被返覆或繼續侵害之虞之時。得請求除去或防止。

在我國民法之解釋。除去或防止侵害。除有時得包含於回復原狀之內(參照二二三)外。通常乃與賠償損害爲兩事(參照一八一、一九)至預防侵害。與賠償損害無涉。更屬顯然。民法關於特定權利或利益被侵害時。固亦有特以明文規定其有除去請求權者。且有更進而規定其有預防請求權者。如第十八條第一項、第十九條、第九百六十二條之規定是。其他無明文規定之權利。余以第三說爲是。蓋以僅以絕對權爲

限。(即支配權)始有禁止妨害性。而有不作爲之請求權也。

因侵權行爲所生損害賠償之債權。亦應適用損害賠償債權通則之規定。故其一般說明。當於第二編債之標的內爲之。茲僅就次述各項說明之。

第二 債權人及債務人。

(一) 債權人。

因侵權行爲所生之損害賠償債權人。自一般言之。自爲被害人。申言之。即因權利被侵害而受損害之人。但民法爲杜疑起見。更就次述二項之人。設有明文。

甲 不法侵害他人致死者。對於支出殯葬費之人。亦應負賠償責任。爲民法第一百九十二條第一項所明定。蓋死者之殯葬費。亦係因侵害權利所生之損害。如其支出。係由於遺產者。遺產之繼承人。得請求賠償。固屬當然。無待明文。以外即另有支出之人。亦可謂之被害人。自亦應有賠償請求權也。至該支出人對於死者之殯葬。是否依法律或契約有支出費用之義務。可以不問。

乙 被害人對於第三人負有法定扶養義務者。加害人對於該第三人。亦應負賠償損害責任。爲第一百九十二條第二項所明定。此所謂被害人。即指本條第一項被不法侵害致死之人。其人對於第三人負有扶養義務。乃因其死亡致不能履行。該第三人自亦可謂爲被害人。應有損害賠償請求權也。

丙 不法侵害他人致死者。被害人之父、母、子、女及配偶。亦有損害賠償請求權。爲第一百九十四條所明定。

(二) 債務人。

在一般侵權行爲。損害賠償債務人。應爲加害人。即行爲人。觀第一百八十四條第一項及第一百八十五條自明。在特殊侵權行爲。損害賠償債務人。固亦有爲行爲人者。但亦有就他人行爲或行爲以外之加害。應負責任者。此各種侵權行爲之債務人爲何人。觀第一百八十六條至第一百九十一條及以前說明自明。

第三 賠償之方法及範圍。

因侵權行爲所生之損害賠償債權。其賠償之方法及範圍。除應適用通則第二百十三條至第二百十八條之規定外。民法更設有次述特別規定。

(一) 不法侵害他人之身體或健康者。對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時。應負賠償損害責任。又此項賠償。法院得因當事人之聲請。定爲支付定期金。但須命加害人提出擔保。爲第一百九十三條所明定。蓋債務人本應填補債權人所受之損害及所失之利益。(二一六)身體或健康。不法被人侵害時。其實際所受財產上之損害。如醫療費等。固得請求賠償。即非財產上之損害。

亦得依第一百九十五條第一項請求賠償。本條則於此外更設保護債權人之規定。許其就因此喪失或減少勞動能力或增加生活上需要所受之損害或所失之利益。亦得請求賠償。並許法院得不命一次賠償。而因當事人聲請。命定期給付。惟須命加害人提出擔保。

(二) 不法侵害他人致死者。被害人之父、母、子女及配偶。雖非財產上之損害。亦得請求賠償相當之金額。為第一百九十四條所明定。此於學說上稱曰慰藉費。亦即第十八條之所謂撫卹金。不過此權利之主體。為被害人之父、母、子女及配偶。蓋此等人於此時因喪失被害人。其精神上所受之痛苦甚大。亦為一種損害。應有以賠償之。賠償方法。亦惟有以金錢填補。(一一五)惟數額殊難估計。故法律僅定為相當金額。是否相當。自應依具體情形定之。即應斟酌被害人之地位、該親屬與被害人之關係、所受精神上痛苦之程度、加害人之地位資力等、一切情形具體定之。(註)至當事人得依契約以定賠償之方法及範圍。自不待言。

註 前大理院民國八年私上七七號判例載。慰藉費固為廣義賠償之性質。究與賠償物質有形之損害不同。賠償物質有形之損害。例如醫藥、殯葬、扶養等費皆是。而慰藉費則係以精神上所受之痛苦為準據。若僅就被害人或其家屬精神上所受無形之痛苦。判給慰藉費。自應審核各種情形。例如被害人之地位、家况、及與該家屬之關係、並加害人及其繼承人之地位資力。均應加以斟酌。

(三) 不法侵害他人之身體、健康、名譽或自由者。雖非財產上之損害。亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者。並得請求爲回復名譽之適當處分。爲第一百九十五條第一項所明定。此亦學說上所謂慰藉費。與第十八條第二項適相呼應。即該項所稱之撫卹金也。蓋此時被害人精神上所受之痛苦。亦爲一種損害。填補方法。亦惟有以金錢賠償。惟須相當。又侵害名譽者。僅以金錢尙爲不足。並許被害人請求爲回復名譽之適當處分。例如謝罪、登報更正等方法均是。餘可參照(二)之說明。

(四) 不法毀損他人之物者。應向被害人賠償其物因損害所減少之價額。爲第一百九十六條所明定。此爲通則第二百十六條第一項之應用。蓋當然之規定也。

第四 債之移轉性。

因侵權行爲所生之損害賠償債權。有無移轉性。申言之。即得讓與或繼承否。學說尙不一致。通說均謂財產上損害之賠償請求權。乃有移轉性。非財產上損害之賠償請求權。原則無移轉性。反是。少數說。則謂二種請求權。均有移轉性。

我國民法第一百九十五條第二項。定明因不法侵害身體、健康、名譽或自由所生之非財產上損害賠償請求權及回復名譽處分請求權。不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權。已依契約承諾或已起訴者。不在此限。乃仿德國民法第八百四十七條之規定者也。蓋侵害此等人格權所生之非財產上損害賠償。

如前所述。乃係慰藉費。是否請求。既應專本於被害人之感情與意思。餘如請求回復名譽之處分。待決於本人之感情與意思者尤多。此二項請求權。既均係注重於被害人個人關係。故法律定為原則無移轉性。惟前之請求權。既仍為財產權。且已依契約承諾或已經起訴。一則已經確定。一則本人之意思已決。自仍應許其如一般債權有移轉性。(參照二一九四I)

依上述規定。足徵財產上損害之賠償請求權。自得移轉性。即非財產上損害之以外賠償請求權。其係以金額賠償者。如第一百九十四條所規定者。其得讓與。固不待言。即為回復原狀之請求權。應解為亦有移轉性。

因侵權行為所生之損害賠償債務。有無移轉性。即得承擔或繼承否。解為原則亦有移轉性。惟如第一百九十五條第一項所規定之回復名譽處分債務。有時依其性質。須由加害人本人為之者則否。

第五 消滅時效

因侵權行為所生之損害賠償請求權。其消滅時效。固仍應適用總則編所設之通則規定。即第一百二十九條以下之規定。但民法設有次述特別規定。

(一) 關於期間及起算者。

甲 短期。

此爲第一百九十七條第一項前段所規定。即其短期消滅時效之期間。爲自請求權人知有損害及賠償義務人時二年。法律關於此項債權。反不使依普通債權之長期消滅時效期間。(參照一二五)而獨設此二年短期時效者。蓋以普通債權。多係依當事人意思設定。其債權之要件及內容。較爲明確。雖經過稍久。證明亦不困難。至由侵權行爲所生之債權。則與之異。若經過較久。斯其要件及內容。已難明瞭。雙方舉證。均覺困難。且在被害人知有此侵權事實後。仍久不行使權利。亦已不值保護。故民法仿多數立法例。特設此短期時效也。(參照德民八五二日民七二四瑞債六〇法民二二六二)又關於此期間之起算。亦與普通時效期間之起算。微有不同。(參照二二八)須自請求權人知有損害及賠償義務人時起算。蓋須自斯時起。始爲其請求權可行使之時也。

他國立法例。亦有於請求權人外。更加其法定代理人者。(參照日民七二四我國舊草案九七六一亦同)我國民法。則仿德國民法。只揭明請求權人。然亦可解爲請求權人之法定代理人知有損害及義務人。亦可起算期間。

所謂知有損害者。即知有因侵權行爲而受何等損害也。固不必知其數額。亦不必知其範圍。(註一)損害之數額。雖有變更。亦不能使新時效進行。(註二)但僅單知有損害。尙爲不足。必須更知加害行爲係爲侵害行爲。

註一 學者中亦有主張須知損害之範圍者。

註二 學者中亦有主張損害至後新發生或其數額有變更時應從新進行時效者。

所謂知賠償義務人者。即知加害人或其他依法應負賠償義務者之爲何人也。只須具體知其爲何人已足。其姓名、住所。未詳確知悉。亦可。其義務人有數人。如有知或不知。或知有先後者。其時效期間。應分別起算。

須損害及義務人均須知之始可。二者有一不知。即不能起算期間。至其不知有無過失。並關於事實或法律是否認識錯誤。均可不問。

乙 長期。

此爲第一百九十七條第一項後段所規定。即長期消滅時效之期間。爲自有侵權行爲時十年。此長期時效。與前述短期時效。乃有相輔之作用。即權利人如能早知有損害及義務人。則應依短期起算。如權利人知有損害及義務人較晚。或始終不知。則法律亦設有救濟規定。即應依長期時效。只須自有侵權行爲時起經過十年。其時效亦爲完成。在他國立法例。關於此長期時效所定期間。類多較此爲長。民法只定爲十年。立法上是否妥協。尙爲問題也。

(二) 關於時效完成之效力者。

因侵權行爲所生之損害賠償請求權。消滅時效完成後。自應適用第一百四十四條以下通則之規定。惟民法另設有特別規定。即於第一百九十七條第二項。定明損害賠償之義務人。因侵權行爲受利益。致被害人受損害者。於前項時效完成後。仍應依關於不當得利之規定。返還其所受之利益於被害人。此蓋以此時既有因不當得利所生之利益。返還請求權。與因侵權行爲所生之損害賠償請求權。相競合後之權利。雖因時效完成而不能行使。自與前之權利無涉。其仍得依不當得利規定。以請求返還利益。乃爲當然。蓋仿德國民法者也。(參照德民八五二II)欲適用本項。必須義務人係因侵權行爲受利益。而致被害人受損害始可。申言之。即仍須具備一般不當得利之成立要件。所不同者。其因受害而受利益。不僅無法律上原因。並須爲侵權行爲而已。(參照一七九)

(三) 關於被害人消滅時效者。

此爲第一百九十八條所規定。即因侵權行爲對於被害人取得債權者。被害人對該債權之廢止請求權。雖因時效而消滅。仍得拒絕履行。此亦係仿德國民法。(參照德民八五三)蓋該債權既係因侵權行爲對於被害人所取得。被害人對該債權之廢止請求權。雖因時效消滅。仍應使其得拒絕該債權之履行。庶於保護被害人始爲周至。本條規定。應解爲不僅於消滅時效之完成有適用。即就其他廢止權利。因除斥期間屆滿而消滅者。亦應類推適用。故如有第七十四條第一項、第九十二條第一項之情形。實

成立侵權行爲。而其撤銷權已因經過第七十四條第二項或第九十三條之期間不得行使者。亦應解爲仍得拒絕加害債權人之履行也。

第二編 債之標的

第一章 總論

第一 債之標的之意義。

債之標的 (Gegenstand, objekt, objet) 云者。謂構成債權內容之債務人之行爲也。民法稱曰標的。乃從日本民法用語。 (日本民法稱曰目的。即係標的之義。其國學者。亦有稱物體者。) 德國民法。則稱曰內容 (Inhalt) 又爲債權標的之債務人行爲。稱曰給付。已於前述。(參照債之意義) 故我國民法所謂債之標的。日本民法所謂債權之目的。德國民法所謂債之關係之內容。與一般所謂給付。均係同一意義。要不外謂債務人之行爲。自債權人言之。則爲債權人基於債之關係所得請求者。自債務人言之。則爲債務人基於債之關係所應履行者。民法第一百九十九條第一項。蓋仿德國民法。自債權人方面以規定債之標的之意義者也。(參照德民二四一)

債之標的。應與給付之標的區別之。前者乃謂給付即債務人之行爲本身。後者則謂爲債務人行爲之客體。其中有爲民法上之物(即有體物)者。有爲權利者。亦有單有行爲而無客體者。(例如受雇人於雇傭

契約所負之債是)給付之標的。民法有時稱曰給付物(例如二〇〇)有時亦單稱曰給付(例如二〇一、二〇八)

何者爲債之標的。以前學說頗爲紛歧。(一)有謂債權無標的者。(二)有以爲債務人者。(三)有以爲債務人之意思者。(四)有以爲債務人之財產者。(五)有以爲債務人及其財產者。(六)有以爲債務人應給付之物者。(七)有以爲債務人之行爲者。最後一說。在德國普通法時。已爲通說。德國民法。可謂係採此說。我國民法亦然。以外在法、日民法學者。此說亦爲通說。

第二 債之標的之要件(亦可曰給付之要件)

(一) 法律非許債務人之任何行爲。均得爲債之標的。得爲債之標的者。須具備下述要件。乃爲學理上所不爭。即甲、標的須爲可能。乙、標的須爲確定。丙、標的須爲合法是也。此三者。本爲法律行爲之有效要件。故欲依法律行爲以發生債權者。自必具備此三要件。蓋不具備此三要件。斯法律行爲不能生效。即無從發生債權也。即在依法律行爲以外原因發生之債權。亦應解爲應具備此三要件。蓋以不具備此三要件之行爲爲債權標的。亦於法律上決不能認其成立故也。

上述三要件。關於法律行爲者。已於總則述之。即在因於其他原因成立債權時。關於此三要件之意義。亦屬相同。可參看之。

他國立法例。亦有特就債權標的之要件。設有詳細規定者。民法關於可能之點。就給付不能及契約標的之不能。設有規定。(參照二二五、二二六、二四六、二四七)關於確定之點。亦有設一般規定者。如關於種類之債。(二〇〇)選擇之債。(二〇八)之規定是。亦有設各別規定者。如第二百十三條第一項、第二百十五條等規定均是。此均當就該各規定說明之。

債之標的。自初即已確定者。自無問題。其成立時僅為得以確定者。民法固如上述。亦已有一般或具體之規定。但未若德國民法。特就給付之確定。(Bestimmtheit)設有周詳之規定。於實際難免不生困難。故茲仍依學理。就此問題一為論究之。(參照德民三二一五至三二一九舊草案五一九至五二八)標的確定之方法有種種。已於總則述之。其中特成為問題者。即須由當事人一方或第三人確定之時。可分別論之。

甲 須由當事人一方確定者。無論其為債權人或債務人。又可分別論之。

1 依公平意見。此不問為債權人或債務人。若無特別訂定。均應依公平意見。(Billigen Ermessens)

其係依公平意見確定者。他方自應受其拘束。如不合於公平。或有不欲確定或確定遲延之情形時。應解為得依判決確定之。

2 依自由意見。依當事人特別訂定。由債權人或債務人一方依自由意見確定給付時。其效力如何。應分別論之。

a 如係由債權人確定者。應視此時拘束債務人之自由。是否違背公共秩序或善良風俗以決定之。如不達此程度。仍屬有效。

b 如係由債務人確定者。應視此時債務人有無發生債務關係之意思以決定之。如實有此意思。則亦有效。

由一方依自由意見確定而有不欲或遲延之情形時。應解為亦得依判決確定之。又他方應為對待給付亦須確定時。如無特別訂定。解為應由他方確定。不得由此方確定。

乙 須由第三人確定者。亦可分別論之。

1 依公平意見。此亦若無特別訂定。第三人確定給付。亦須依公平意見。其不合於公平意見時。自亦得請求以判決代之。

2 依自由意見。此須有特別訂定。始許第三人依自由意見。此時只須依其自由意見確定。不至違背公共秩序或善良風俗之程度。亦可有效。當事人即應受其拘束。

第三人有數人時。如無特別訂定。其意見須一致始為確定。自不待言。

又如第三人有不能或不欲確定、或確定遲延之情形時。應解爲亦得以判決代之。

上述由當事人一方或第三人確定之行爲。可稱曰指定。爲此行爲。亦爲一種權利。可稱曰指定權。乃爲形成權之一種。以其與選擇之債之選擇權相類似。故其行使方法。即爲指定行爲。解爲應類推適用第二百零九條之規定。即由當事人一方爲指定者。應向他方以意思表示爲之。由第三人爲指定者。應向當事人以意思表示爲之。其是否僅向債權人或債務人一方爲之已足。應依債之性質及法律行爲之解釋以決之。通常須向雙方爲之始可。至關於指定之撤回。自應適用第九十五條第一項之規定。又第三人之指定。若有撤銷原因時。應解爲其撤銷權在當事人。不在第三人。蓋以第三人之指定。本爲補充當事人之意思表示故也。

(二) 爲債之標的之給付。除具備三種要件外。尚須另具備一種要件。即其給付須與債權人以一定利益。自一般言之。權利專以損害他人爲目的。已不能認其爲權利。此已於總則述之。(參照第四編權利濫用之說明)而自債權言之。以其爲債權人對債務人之權利。若徒使債務人受拘束。債權人全未因受利益。則已無認其存在之必要。自不能受法律之保護。故爲債之標的之給付。必以與債權人以利益爲要件。

爲債之標的之給付。是否須有財產價格。以無財產價格之給付爲債之標的時。是否不認其成立。爲立

法上一大問題。在羅馬法。限於必有財產上之價格。即得以金錢估計其利益者。始得爲債權之標的。現時法國學者。解釋彼國民法。均係依此見解。德國學者中持此見解者。亦大有人。英國法。亦須債權有金錢價格。始得認契約成立。反是。日本民法。則又特以明文規定債權雖非金錢所得估計者。亦得以爲標的。(日民三九九)

羅馬法不認無財產價格債權之存在。其重要理由。即在其訴訟程序。當時債務不履行時。訴訟上強制執行之方法。只有以金錢賠償損害。故不得以金錢估計之債務。無法律上保護。故不能認其存在。以外近代學者主張債權應有金錢價格。尙有三點理由。甲、基於債之關係所生之債務。與道德上或社交上之義務。應以其有無財產價格而區別之。乙、只以無財產價格之給付爲標的。顯無受法律上拘束之意思。丙、若使就無財產價格之給付。亦可成立債務。則人之行動。過受束縛。

民法第一百九十九條第二項。乃仿日本民法。特以明文規定給付不以有財產價格者爲限。自立法言。以此主義爲當。蓋羅馬法之訴訟法上理由。現時已不存在。而債權乃如前述。係因社會生活愈爲複雜而愈爲發達。在現時社會生活。僅認有財產價格債權之存在。實不足以應其需要。故不僅應許就物質上有形之利益。得成立債權。應更許就精神上無形之利益。亦得成立債權。例如使人奏演音樂。雖僅在得愉快。要亦可成立契約。至有無受法律上拘束之意思。及道德上或社交上義務與基於債之關係之

債務。亦決不能僅以有無財產價格而區別之。且即令係就無財產價格之給付。成立債權。只須債權人就此實有正當利益。要亦無不可許之理。上述主張給付應有財產價格之理由。均未見其能成立也。所謂有財產價格。即與有金錢價值同義。又可解爲二種意義。一謂與債權人以金錢之利益。一謂於交易上有金錢之價值。民法所謂給付不以有財產價格者爲限。即謂爲債權標的之給付。無論依何意義。均不以之爲要件也。

又無財產價格之債權。亦得如一般債權。設定擔保物權。其不履行時。亦如一般債權。請求賠償損害。德國民法學者中亦有謂無財產價格之債權。與有財產價格之債權。其效力不同者。此蓋以依彼國民法。非財產上之損害。不得請求金錢賠償。(德民二五三)我國民法無此規定。不能同一解釋。

又所謂給付須爲與債權人以利益者。不過謂債權人就該給付得於法律上感覺其利益而已。並非謂債權人即於實際上享受其利益也。故債權人就該給付即不自己享受利益或單使他人享受利益。亦得成立債權。故聾者使人唱歌。瞽者使人跳舞。亦可成立債權。即自己不受益。能有債權之例也。又後述之訂定向第三人爲給付之契約。(二六九)即使他人受益。能有債權之例也。

第三 債之標的之種類。(亦可曰給付之種類)

爲債之標的之給付。可依種種標準以爲分類。茲僅述其最重要者如次。

(一) 積極給付與消極給付。

甲 積極給付 (Positive Leistung) 者。謂以作爲 (Thun) 爲給付也。其性質有爲法律行爲者。有爲類似法律行爲者。有爲單純事實行爲者。其結果有爲法律現象者。如因權利之設定、移轉、拋棄而致權利有得喪者是。有爲事實現象者。如供給勞務之結果是。

作爲之給付。又可分爲單純作爲與以外之作爲。前者只單依債務人意思即得實行。如服勞務是。後者則否。其中最重要者。爲物之交付。以外如權利之設定、移轉、變更亦是。

乙 消極給付 (Negative Leistung) 者。謂以不作爲 (Unterlassen) 爲給付也。不作爲之給付。又可分爲單純不作爲與容忍 (Dulden) 前者謂債務人。不爲一定行爲。如不爲同樣營業之競爭是。後者謂容許債權人爲一定行爲。如承租人不得拒絕出租人爲保存租賃物所必要之行爲 (四二九 II) 是。關於不作爲之本質。學說尚不一致。其中最重要者。有非意思說及意思說二說。前說謂不作爲僅係不生一定之結果。無須本於行爲人之意思。後說謂不作爲仍係本於行爲人意思之行爲。余取後說。蓋行爲均係本於意識之動作。積極動作。則爲作爲。消極動作。則爲不作爲。若謂不作爲無須行爲人之意思。則直以不作爲爲非行爲。實於理論不可通也。

不作爲得爲債權之標的。自羅馬法已然。近來少數學者。雖亦有否認不作爲之債權者。然通說均爲

肯定說。民法恐滋疑義。特於第一百九十九條第三項。定明不作爲亦得爲給付。

債之給付。亦有由作爲及不作爲二者構成者。此稱混合給付。債權單以不作爲爲給付者較少。通常多爲混合給付。

積極給付與消極給付區別之實益。多在關於債權實行之方法。尤於強制執行之方法爲然。

(一) 一次給付、反復給付、繼續給付。

甲 一次給付 (Vorübergehende od. einmalige Leistung) 者。謂債之給付。只須爲一次行爲也。例如賣馬之交付。某次音樂會不出場是。此種給付。雖亦有須多少時間者。但並不須重複爲給付。只一次爲給付。債即消滅。此其特色。

乙 反復給付 (Wiederkehrende Leistung) 者。謂債之給付。須反復爲若干次之行爲也。例如年賦金債權。一定期間不作爲之債權是。此種給付之特色。即在各次之給付合而成爲一個債權標的之給付。

丙 繼續給付 (dauernde Leistung) 者。謂債之給付。須繼續爲一定之行爲也。例如一定期間之僱傭契約。一定期間之不作爲債務是。此種給付之特色。即在其性質上須有意思之繼續發動。且通常其履行均須相當時間。不過不能單以時間長短以爲區別。一次給付。亦有須長時間者。例如承攬建築房屋是。

上述三種給付之實益。即在關於履行之時期及方法。有所不同。

(三) 單純給付與合成給付。

甲 單純給付(einfache Leistung)者。謂債之給付。僅由一個行為而成也。例如交付特定物及不作爲之債務是。只須依一個行為以爲給付。卽爲單純給付。雖其給付之標的物爲複數。亦屬無妨。

乙 合成給付(Zusammengesetzte Leistung)者。謂債之給付。由數個行為而成也。例如管理財產之債務是。

合成給付。雖由數個行為而成。但仍係達一個債權之目的。成爲一個債權之標的。故各行爲仍相合而爲單一給付。並非數個獨立給付。若各行爲。非爲達一個債權之目的。則各爲別個債權之標的。卽令其於外形相結合。亦全爲獨立給付。非單一給付。卽不得謂爲合成給付也。

債務人負擔數宗給付時。是否爲數個單純給付。抑爲一個合成給付。惟有具體解釋當事人之意思。以決定之。債之發生原因及給付之性質。須以爲解釋時之重要材料。

單純給付與合成給付區別之實益。即在如爲合成給付。卽各給付爲一體。原則不許分割爲之。反是。若爲數個單純給付。則得分割爲之。

(四) 可分給付與不可分給付。

甲 可分給付(*teilbare Leistung*)者。謂債之給付，不害其性質及價格而得分割爲之也。其分割所爲之給付，與全體給付無異。惟其數量不同。

乙 不可分給付(*unteilbare Leistung*)者。謂債之給付，害其性質及價格始得分割爲之也。

可分給付與不可分給付區別之實益。即在其一則爲可分之債之標的。(參照二七二)一則爲不可分之債之標的。(參照二九三)其於債權人或債務人爲多數當事人之時。二者大有不同。當於後詳述。

(五) 特定給付與不特定給付。

甲 特定給付(*Speciesleistung*)者。謂債權成立時，其給付之內容即已具體特定也。給付之特定(*Spezialisierung*)與前述給付之確定(*Bestimmtheit*)應區別之。給付之確定。不僅給付之內容須具體定之。即其數量、品質亦須定之。故前者不過後者之一種。

乙 不特定給付(*Unspeciesleistung*)者。謂債權成立時，其給付內容未具體特定也。

特定給付與不特定給付區別之實益。即在以前者爲標的者。稱曰特定之債。以後者爲標的者。稱曰種類之債。其法律上之待遇不同。(參照三一四 I 及二〇〇)此二種債權。另於次二章分別詳述。

第二章 特定之債

第一 特定之債之意義。

特定之債 (Speziesschuld) 者。謂以特定給付爲標的之債也。亦稱特定給付之債。日本學者多稱曰特定債權。此類債權。並不以給付特定物爲標的者爲限。只須給付之標的特定。而非爲物。亦可包含。其法律上待遇。亦可同一論之。

第二 特定之債之效力。

他國民法。亦有特就特定之債之效力。設有較詳細之規定者。我國民法。僅就給付特定物之債之清償地。設有規定。此當於說明清償時詳述之。茲僅就次述應行注意之點。一爲論究。

(一) 保管義務。

給付之標的物。既已特定。債務人於其未交付以前。自負有保管之義務。至應以如何注意保管之。多數立法例。均定爲應以善良管理人注意。我國民法。雖未特設明文。亦得解爲以負此注意義務爲原則。蓋注意義務。通常均不應依具體標準。即依與處理自己事務之同一注意。而應依抽象標準。即依善良管理人之注意故也。

(二) 交付義務。

給付標的物。既已特定。債務人自應負交付之義務。該物之狀態。債之成立時。與物之交付時。全然相同者。自無問題。如有不同之時。應如何交付。亦一問題。他國立法例。亦有特定明須於應交付時之現狀交

付之者。我國雖無明文。亦得同一解釋。

(三) 危險負擔

對於給付特定物之債。他方當事人應為對待給付。而該物因不可歸責於雙方當事人事由致給付不能者。他方當事人是否尚應為給付。是曰危險負擔之問題。民法已於第二百六十六條、第二百六十七條設有解決之規定。當於後詳述之。

第三章 種類之債

第一 種類之債之意義

種類之債 (Gattungspflicht, Genussschuld, Gattungsschuld, obligation de genre) 者。謂其給付僅以種類指示之債也。一稱不特定給付之債。日本民法學者均稱曰種類債權。此類債權之給付。只屬於一定種類。其應給付之標的。實於債之關係成立時尚未確定。但為嗣後得以確定者。故此類債權。亦可有效成立。例如定購湘米百石、五星啤酒十打之類是也。

如前所述。債之標的。通常多為特定給付。為不特定給付者較少。故種類之債。究為例外。其發生之原因。有由於法律規定者。例如第一百九十五條第一項規定。應以相當金額賠償損害者。有由於法律行為者。此則最為普通。尤於買賣、互易、贈與、借貸。多有適用。

種類之債。通常雖爲關於物者。但不僅以此爲限。例如約雇一相當熟練汽車夫之類是也。惟民法第二百零一條所規定者。則僅爲關於物之種類債權。不過關於物以外之種類債權。解爲亦得準用。

特定物及不特定物。與代替物及非代替物。應行區別。已於總則述之。種類債權。僅係以不特定物爲標的。並非只就代替物始得成立。例如云蒙古馬百頭。即係以非代替物爲種類之債之標的也。

決定債權是否爲特定債權。抑爲種類債權。不能依給付物之交易上性質。應依當事人之意思。故即爲交易上個別處置之物。即上述之非代替物。其爲債權標的時。仍須視當事人意思。如係具體定之者。則爲特定債權。如係抽象定之者。則爲種類債權。

學說上有所謂限定種類債權或混合種類債權(Beschränkte od. gemischte Gattungsschuld)者。即就屬於某種類之物。更限定範圍。以爲債權之給付也。例如定購此米行內湘米二十石。此酒廠內啤酒十打之類是也。此種債權之性質如何。學說上頗有爭執。(一)有以爲特定債權者。(二)有以爲選擇債權者。(三)有以爲種類債權者。第三說爲通說。余謂此時仍應依當事人意思以決定之。通常仍爲一種種類債權。蓋此時不過更就種類劃定範圍。給付物仍屬抽象定之。並非具體定之。自非特定債權。而爲種類債權。但當事人意思。如係在就所定之範圍內選擇一定數量給付。則應謂爲選擇債權。不能謂爲種類債權也。

第二 種類之債之特定。

種類之債。於其履行即實行給付時。其給付不得不具體確定。使之確定。稱曰種類債權之特定。(Konkretisierung)又稱曰集中(Konzentration)又可分別論之。

(一) 特定之標準。

雖屬於同一種類。而其品質不同時。應特定為何等品質。即債務人是否得給付劣等。抑應給付中等或優等。立法例尚不一致。然可大別為二主義。

甲 下等品質主義。即債務人得以劣等品質之物給付。(即最下等亦可)此為羅馬法所取。現時英美法亦然。此主義。雖似側重於保護債務人。然於理論及實際。亦甚可通。蓋既僅以種類指示。則只須屬於同種類。債務人自均得給付。即擇給劣等。於理論亦屬可行。且關於品質。不至發生爭議。於實際尤為便利。

乙 中等品質主義。即債務人應以中等品質之物給付。此為德國民法所取。日本民法及普魯士普通法亦然。(德民二四三I日民四〇一Ⅱ普法一部五章二七五)以外法國民法、瑞士債務法、亦大致相同。(法民一二四六瑞債八一)此主義。乃在公平保護債權人及債務人雙方之利益。於實際亦可望減少爭議。

我國民法第二百條第一項。即係採第二主義。依此規定。甲、債務人有給付中等品質之物之義務。且無

給付劣等品質之權利。乙、債權人有受領中等品質之物之責任。且無請求優等品質之權利。此均無疑義者。丙、債務人有給付優等品質之物之權利否。學說上尙有爭執。德、日通說。均持否定說。謂法律既定。明應以中等品質給付。自不得違反債權人意思。給付上等品質。余謂本項乃爲計雙方公平之規定。法意在命債務人至少應給付中等。故通常債務人給付上等。自仍爲合於債務本旨之給付。債權人自不得拒絕受領。惟給付上等於債權人不利。例如於營業上或社交上反爲不便之時。或更需多出費用之時。（如價值須多付）則應許債權人得拒絕之。

品質是否中等。應依一般交易上觀念決定之。且於無特別規定或訂定時。應從履行地及履行期之交易上觀念。確定給付物是否中等。自爲事實問題。

上述規定。僅爲補充規定。故同時該項又定明給付物之品質。應先依法律行爲之性質或當事人之意思決定之。必依此不能決定時。該項始有適用。即決定給付物品質之標的。解爲甲、應依當事人之意思。即當事人於債權成立時或成立後有特別意思表示者。自應從之。乙、雖當事人無特別意思表示。而該債權係由法律行爲而生。依法律行爲之性質可以決定者。亦應從之。例如病院爲患者藥用訂購葡萄酒。自應爲良質者是。丙、雖不能依當事人意思或法律行爲性質而定。而法律另有特別規定者。自應從其所定。例如第四百七十四條之規定是。此點民法雖未特別定明。但爲毫無疑義者。

(二) 特定之方法。

不特定給付物。須如何始成爲特定給付物。易言之。爲種類債權標的之給付物。須於何時始爲特定。學說及立法例殊不一致。可大別之爲次述三主義。

甲 分離主義(Ausscheidungstheorie) 又有二種。債務人因給付將其標的物自他同種類之物分離時。即爲特定。是曰一方分離主義。尙須債務人將其分離通知債權人時。始爲特定。是曰雙方分離主義。此二主義均於債權人不利。蓋其特定與否。全爲債務人行爲所左右也。

乙 獨立主義(Individualisierungstheorie) 即於債務人將給付物交付於債權人致給付物已獨立時。始爲特定。此主義於債務人不利。蓋其特定與否。足爲債權人行爲所左右也。

丙 履行主義(Lieferungstheorie, od. Erfüllungsstheorie) 即於債務人已爲給付之必要行爲時。即爲特定。又稱曰交付主義。此係折衷前二主義者也。如德國民法及日本民法。均係採此主義。(德民二四三Ⅱ日民四〇一Ⅱ)

我國民法第二百條第二項。定明給付物僅以種類指示者。債務人交付其物之必要行爲完畢後。或經債權人之同意。指定其應交付之物時。其物即爲特定給付物。蓋全仿日本民法。依此規定。種類債權。給付物特定之方法。解爲應依次述方法。

甲 當事人原有特約者。自應從其特約。尤於訂明應由當事人一方或第三人指定者。自應於一方或第三人指定時特定。此可參照給付確定之說明。

乙 當事人雖無特約。亦不必逕依次述法律規定。債務人尙可經債權人之同意。指定其應交付之物。此時債務人亦有指定權。本此行使以爲指定行爲時。給付物即爲特定。此時只須將給付物分離向債權人爲意思表示即可。(註)

註 學者中亦有主張此時係以契約變更債權內容。種類債權消滅。特定債權發生者。不能認爲正當。

丙 如不能依上述二種方法特定。則應依法律規定特定之方法。即應於債務人交付其物之必要行爲爲完結時。始爲特定。民法係就標的物爲物時所設之規定。故特標明應完結交付之必要行爲。自一般言之。則爲應完結因給付(履行)所必要之行爲。(參照德民二四三Ⅱ)申言之。即債務人就其給付義務所應爲之一切行爲。均已爲之是也。通常乃與給付之提出相同。(一稱清償之提出。後另詳並參照二三五、二三六、三二三)

何者始爲債務人已爲其給付所應爲之行爲。因各種債權之內容而有不同。應解釋各種債權發生原因之法律事實。尤應着眼其履行地以決定之。茲僅述其大要。

1 送交債務 (Bringschuld) 即以債權人住所地爲清償地之債務。(註) 原則僅將給付物發送。尙爲不足。必須於清償地爲給付現實之提出始可。此不問自行持交或交人運送均同。若於發送後達到前給付物滅失者。其滅失縱由於不可抗力。債務人仍須給付屬於該種類其他之物。

註 民法係以送交債務爲原則。(參照三二四II後詳)

2 往取債務 (Holschuld) 即以債務人住所地爲清償地之債務。(註) 或其他債務之給付特需債權人行爲之債務。則債務人僅爲給付言詞之提出。即得以準備給付之事情通知債權人。以代現實提出。(參照三三五後詳)

註 德國民法以往取債務爲原則。(參照德民二六九)

3 送付債務 (Schickschuld) 即給付物應送付於債權人及債務人住所以外之地之債務。須分別二種情形論之。a、債務人僅依債權人之希望、好意上爲送付。非以此爲債務而負擔者。則於將物發送時。即爲特定。自斯時即可免義務。b、若係以此爲債務而負擔者。則與上述之送交債務無異。須於送付地現實爲給付之提出時始可免義務。

(三) 特定之效力

種類之債之給付。因特定所生之效力。即在使種類之債。變爲特定之債。民法所謂「其物爲特定給付

物。」亦以指此。其效力又可分別論述如次。

甲 於債權人不利者。

1 其物因不可歸責債務人之事由致給付不能者。債務人免給付義務。(二二五)無須更給付同種類之物。若在特定前。則雖債務人所有之物全滅。只須同種類之物尙存於世上。卽不能免責。

2 其物因可歸責於債務人之事由致給付不能者。債務人只負損害賠償義務。(二二六)無給付同種類之物之義務。

3 在雙務契約。其物因可歸責於債權人事由致給付不能者。債務人仍得請求對待給付。(二六七)

4 債權人自斯時應負受領遲延責任。(二三四)

乙 於債務人不利者。

1 債務人應就其物負保管義務。此已於前述。

2 在雙務契約。其物因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能者。債權人免爲對待給付之義務。(二六六一)

3 債務人對於特定物。以後有變更權 (ius Variandi) 否。德、日學者有議論。多數說持否定說。少數

說謂原則債務人固亦應僅以該物給付。惟於有特別習慣時，或債權人就其變更別無不利益之時，亦應許債務人得代以同種類之他給付。余以後說爲是。蓋以此時亦無背於誠實及信用也。（參照二一九）

4 所有權等物權。因此移轉否。此因關於物權契約之見解而結論不同。法國學者爲肯定說。德國學者爲否定說。日本學者則有持前說者。有持後說者。有謂須於成立種類債權契約內定有附條件物權契約時，始得因特定而生物權之移轉者。余謂我國民法之解釋，自以從否定說爲是。

第四章 貨幣之債

第一 貨幣之意義

貨幣(Geld)日本民法稱曰金錢。我國民法有時亦沿此用語。(如一一四、一一五、三三三)其意義，經濟學上及貨幣法上已有一定。故民法未特予規定。即爲交易上測定價格之標準，而爲貨物交換之媒介或債務清償之方法者也。

貨幣之種類有二。

(一) 法定貨幣。(Staatsgeld)此即由國家一定其價格，而有強制通用效力之貨幣也。又有本位貨幣與補助貨幣二種。前者其數額能無限制而強制通用。後者僅於一定限制內始能強制通用。

(一) 自由貨幣 (freies Geld) 此即於法律上未經強制通用，而於交易上有通用效力之貨幣也。如超過法定限制之補助貨幣，於國內使用之外國貨幣等均是。

狹義之貨幣，自專指第一種。廣義之貨幣，則並指第二種。民法所稱貨幣，乃為廣義，即包含上述二種而言。其稱金錢之時，係為廣義，更不待言。

貨幣之價格有三種。

(一) 額面價格 (Nomwert) 此即貨幣表面所定之價格也。簡稱曰名價。

(二) 金屬價格 (Metallwert) 此即貨幣作為金屬所有之價格也。簡稱曰實價。

(三) 流通價格 (Kurswert) 此即貨幣於交易上實際所有之價格也。簡稱曰市價。

貨幣之價格，在法定貨幣，自應以額面價格為準。此為強制通用效力當然之結果。但在自由貨幣，或已喪失效力之法定貨幣，應依流通價格，自不待言。

第二 貨幣之債之意義

貨幣之債 (Geldschuld) 者，謂以給付貨幣為標的之債也。自其性質言之，亦可謂為種類之債之一種。惟以係為算定價額之標準者，故不能適用種類之債之通則規定。故民法於第二百零條之次，更於第二百零一條及第二百零二條，設有特別規定。

貨幣之債。又可分爲次述三種。

(一) 金額貨幣債權 (Summenschuld) 此即以給一定數額之貨幣爲標的之債權也。此債權之標的乃爲貨幣之價格。只須爲通用貨幣。無論何種貨幣。均可給付。通常關於貨幣之債。均爲此種債權。即凡在給付一定金額之債。均可解爲屬於此種。

(二) 金種貨幣債權 (Geldsortenschuld) 此即以給付特種貨幣爲標的之債權也。此就本國貨幣及外國貨幣。均得成立。又可分爲絕對金種債權與相對金種債權。前者即限定以給付特種貨幣爲標的。非給付此種。則不能達其目的。後者雖定爲以給付特種貨幣爲標的。但給付他種。仍得達其目的。

(三) 特定貨幣債權 此即以給付特定貨幣爲標的之債權也。例如存錢於友。約定取回原封者。是完全爲特定物給付之債。自應適用關於特定之債之法則。

第三 關於貨幣之債之規定。

(一) 以特種通用貨幣之給付爲債之標的者。如其貨幣至給付期失通用效力時。應給以他種貨幣。爲民法第二百零一條所明定。(德民二四五日民四〇二II法民一八九五意民一八二II)本條乃對於金種貨幣債權所設之規定。即在此種債權。既係以給付特種貨幣爲標的。則其履行時。自應以該種貨幣爲給付。但如該種貨幣至給付期失通用效力。自應另以他種通用貨幣給付。此不僅就本國貨幣

債權。始有適用。即就外國貨幣債權。亦有適用。但應解爲係任意規定。故僅對於相對金種債權。始有適用。絕對金種債權。則否。即仍應適用不特定給付之債。即種類之債。一般規定。又此所謂給付期失通用效力。應廣義解釋。即於實際爲給付時失通用效力者。亦可包含。

(二) 以外國通用貨幣定給付額者。債務人得按給付時給付地之市價。以中華民國通用貨幣給付之。但訂明應以外國通用貨幣爲給付者。不在此限。爲民法第二百零二條所明定。(德民二四四日民四〇三瑞債八四) 本條乃對於金額貨幣債權。並以外國貨幣定給付額者所設之規定。許債務人得以本國貨幣給付。惟此時發生折算之問題。故定爲應按該貨幣給付時。給付地之市價。折合本國貨幣。但此僅就金額貨幣債權。始有適用。對於金種貨幣債權。則無適用。故又設但書。示明如當事人訂明應以外國貨幣爲給付者。則不得折合本國貨幣給付。

第五章 利息之債

第一 利息之意義。

利息。(Usurae, Zinsen, interest, intérêts) 他國民法均未規定其意義。我國民法亦然。而其在法律上之意義。與其在經濟上之意義。亦不盡相同。現時民法學者關於其觀念。所說亦尙紛紜。茲據余所信以下定義。即利息者。謂由原本債權所生之孳息。而比例原本債權之數額及存續期間以給付者也。更分析說明之。

如次。

(一) 利息以原本債權之存在爲前提。

即利息債務。非先有原本債權。則無由發生。(註)申言之。即先有返還原本之債權存在。利息債務。則因而附屬發生。故雖爲反復給付金錢之債務。如養老金等。苟別無原本債權存在者。亦不能謂爲利息。

註 利息債務。自其反面言之。即爲利息債權。民法則多單稱曰利息。原本債權。民法多單稱曰原債權。或主債務或原本。(參照三三三、七四〇、八六一等)

原本(Caput, Kapital, Capital)在經濟學上稱曰資本。而在民法上產生利息之原本。其觀念如何。學說尙稱聚訟。甲、有謂須爲代替物者。乙、有謂不須爲代替物。但須爲流動資本者。丙、有謂不須爲代替物。亦不須爲流動資本。只須負返還同種類物之義務者。第一說爲通說。自通常利息言之。固屬相合。但在民法上。不以代替物爲要件。亦爲不可。第二說乃以經濟學觀念與法律學觀念相混。自經濟學言之。利息與貸費區別之標準。固可謂一爲流動資本消費之代價。一爲固定資本使用之代價。然在民法上則二者區別之標準。不盡相符。例如以衣服出租。約定估價。計息。將來返還同種類之衣服。並加付一定金額。固亦得謂爲利息。然該原本固非代替物。亦非流動資本也。故欲就原本以區別利息與貸費。毋寧求其返還之義務。即在前者。須返還同種類之物。後者須返還同一之物。此爲二者不相同之特徵也。

(二) 利息爲由原本債權所生之孳息。

即利息自一般言之。爲一種收益。自經濟學上言之。則爲所得(Einkommen)自民法上言之。則爲孳息。且爲法定孳息之一種。(參照六九II)故如消耗原本而支付之債務。如月付、年付金等。固不得謂爲利息。即同一法定孳息。僅係爲物之使用之對價者。亦不得謂爲利息。利息。則必爲因法律關係所得之收益始可。(參照總則孳息之說明)

(三) 利息必比例原本債權之數額及存續期間以給付。

此比例稱曰利率。利率果爲利息之必要觀念否。學說上尙有爭執。通說均謂爲利息之要件。少數說則謂僅屬通常計算利息數額之方法。余從通說。蓋利率乃明爲民法所規定。且自理論言之。利息應以一定標準計算其數量。乃其性質然也。故非與原本相比比例而增加者。如短底錢、手數費、違約金、紅利等。均非利息。

(四) 利息須爲金錢或其他代替物否。

通說均持肯定說。余從少數之否定說。通常之利息。固爲代替物。但不得謂即爲要件。即計算利率。亦只須比例計算數量已足。故如牛馬等之不代替物或勞務等。於理論上亦可比例給付以爲利息也。

(五) 利息須爲債務人使用原本之代價。或爲債權人不得使用原本之損害賠償否。

通說均持肯定說。然在我國民法上之法定利息。亦有不以此爲要件者（如二八一）故余以少數之否定說爲是。

第二 利息之債之意義。

利息之債（Zinenschuld）者。謂以給付利息爲標的之債也。利息債權。亦與普通債權無異。其稍有不同者。即其爲附屬於原本債權之債權。故利息債權爲附屬權利。此項性質。稱爲利息債權之附屬性。而爲利息債權之特質。

（一）利息債權。因其有附屬性。故關於其成立。此性質尤爲顯著。即原本債權。若未發生。則利息債權。亦不發生。又原本債權。雖已發生。而因有撤銷原因。致被撤銷。自初即不存在時。利息債權。亦因以自初不存在。又原本債權消滅時。以後之利息債權。亦不發生。

（二）利息債權。因其有附屬性。故又有原本債權擴張之性質。故原本債權之擔保。原則應包含利息債權（七四〇、八六一、八八七、九〇一）又原本債權。利息債權均已至清償期者。均須清償。只清償其一。仍不免負遲延責任。又以一訴將利息附帶請求者。不計算其價額（民事訴訟條例七二）

（三）利息債權。雖有附屬性。但究與原本債權爲各別權利。甲、首自處分言之。原本債權之處分。及於從權利否。當分別論之。I、將發生之利息債權。此則尙非與原本債權有獨立之存在。除特定爲分離處分

者外。原本債權之處分。應及於利息債權。²已發生之利息債權。即已至清償期之利息。則與原本債權有獨立之存在。應與前者相反。除特定為一併處分者外。原本債權之處分。不及於利息債權。乙、再自存續言之。¹在未發生之利息債權。原本債權消滅者。以後之利息債權。無從發生。已如前述。(參照三〇七) ²已發生之利息債權。則既與原本債權有獨立之存在。自更不能與原本債權共運命。故 a、應先原本清償。(三二三) b、原本債權雖已消滅。該債權亦非當然消滅。c、只清償到期之利息。而未清償未到期之原本。債權人亦不得拒絕。

第三 利息之債之發生原因。

利息債權。固以原本債權為前提。但非一切債權。均當然發生利息。故利息債權。必有其發生之原因。此又有二種。有為法律行為者。有為法律規定者。前者稱曰約定利息。(Usurae Conventionales; Vertragsmässige Zinsen, rechtsgeschäftliche Zinsen; interest under a contract; intérêt conventionnels) 後者稱曰法定利息。(Usurae Legales; Gesetzliche Zinsen, legal interest; intérêt légal)

(一) 約定利息。即謂由法律行為即意思表示所定之利息。通常固為契約。但亦可由遺囑。又意思表示。不限於明示。默示亦可。又當地金錢債權有應付利息之習慣者。如無反對表示。亦可推定其有從該習慣之意思表示。

以意思表示定利息者。通常固並定利率。但定利率。並非約定利息之必要觀念。如僅約定利息而未約定利率者。其利率仍應依法定利率。

約定利息。乃爲不勞而獲之尤。且乘他人窘迫而貪取暴利者。亦往往有之。故在羅馬法。關於發生利息之條件極嚴。尤就利率設有極嚴之限制。至歐洲中世之寺院法。則直以放債生利爲惡事。加以嚴禁。然利息實因於經濟之需要而生。即予禁止。亦多巧立他種名目以收同一之結果。故在歐洲中世以後。利息禁令。亦終於廢止。在現時文明諸國。關於利息所採之主義有二。甲、全取放任主義。即利率亦不加限制。一任當事人之自由意思。惟於乘人急迫而貪取暴利時。則加以限制。現時歐洲諸國。多依此主義。乙、就利率設一高度之限制。必於此限制內始爲有效。如日本之利息制限法。即係依此主義。我國亦僅就利率及複利設限制。舊律月利不得過三分。年月雖多。不過一本一利。現行民法亦僅就利率及複利於第二百零四條至第二百零七條。設有限制規定。以外尚有懲治土豪劣紳條例。土豪劣紳而有重利盤剝之行爲者。處三等至五等有期徒刑。並得沒收其財產之一部或全部。(同條例第二條第四款)

(二) 法定利息。即謂由法律規定所生之利息。凡依民法或其他法律定明應付利息者。均屬於此。法定利息之利率。自應依法定利率。

法律規定應付利息之理由有種種。甲、有推測當事人之意思者。乙、有爲損害賠償之性質者。丙、有爲不

當得利之返還者。

法定利息。又可爲次述分類。

甲 遲延利息。(Verzugszinsen, intérêts de retard)此謂金錢債權遲延給付時所得請求者。爲第二

三十三條第一項所規定。當於後詳述。

乙 出費利息。(Verwendungszinsen)此謂爲他人支出費用時所得請求者。例如第一百七十六條、第五

百四十六條第一項等規定是。

丙 擬制利息。(fingierte Zinsen)此即謂將他人財產爲自己消費時。則法律視爲已收取利息。而使之

支付者。例如第五百四十二條、第一百七十三條第二項等規定是。

丁 受領標的之利息。即依法律應返還其所受領之給付者。並應附加利息返還之。例如第一百八十

二條第二項、第二百五十九條第二欸等規定是。

第四 利率。

利率(Fenus; Zinsfuß, Zinssatz; rate of interest; taux d'intérêts)乃爲計算利息之標準。如前所述。係應比

例原本債權之數額及其存續期間計算之。此亦分爲約定利率與法定利率二種。

(一) 約定利率。即謂依法律行爲所定之利率也。亦如約定利息。不必爲契約。遺囑亦可。又訂定利率之

意思表示不必即於爲發生利息債權之意思表示時爲之。以後爲之亦可。且明示默示均可。當地有習慣者。並可從其習慣。

關於約定利率之最高度。民法設有限制。即約定利息超過週年百分之二十者。債權人對於超過部分之利息無請求權。又債權人於此限定之利息外。不得以折扣或其他方法巧取利益。爲第二百零五條及第二百零六條所明定。又民法債編施行前發生之利息。債務人於施行時尙未履行者。亦依民法債編之規定。定其數額。但施行時未付之利息總額。已超過原本者。仍不得過一本一利。爲民法債編施行法第五條所規定。於此應行注意者。各項限制。僅係規定利息及利率最高度之範圍。意思表示超過此限制者。僅債權人不得主張其超過部分有效而已。并非謂該意思表示全部均屬無效。又債務人如就其超過部分爲給付者。自仍應適用第一百八十三條第三條。不得主張不當得利而請求返還。(註)

註 約定利率超過三分時。在三分之限度內有效。前大理院有民國六年上字七〇〇號之判例。

約定利率最高限度。雖如上述。爲週年百分之二十。但凡約定利率。逾週年百分之十二者。經一年後。債務人得隨時清償原本。但須於一個月前預告債權人。又此項清償之權利。不得以契約除去或限制之。爲民法第二百零四條所規定。此條規定。於民法債編施行前所約定之利率逾週年百分之十二者。亦適用之。爲民法債編施行法第四條所規定。蓋債務人原則本應先清償利息(三二三)惟於約定利率

逾年利百分之十二即月利一分者。則經一年後。有先清償原本之權利。以便利息得停止發生。且違反此項規定之契約。亦爲無效。此爲保護債務人。同時亦加債務人以於一個月前預告之義務。以便債權人得更講求利用。則又爲保護債權人也。

爲計算約定利率標準之期間。法律定爲週年。蓋爲期合於普通當事人之意思。當事人自得另定爲以半年、月、週、日、計算之。惟仍應按照法定比例。不得超過而已。

利息支付之時期。當事人如有特別訂定或當地有特別習慣者。自應從之。如不能依此定之者。則應解爲係按日計算而得於翌日請求。(參照七〇II)

(一) 法定利率。即謂依法律規定所定之利率也。民法於第二百零三條定明應付利息之債務。其利率未經約定。亦無法律可據者。週年利率爲百分之五。本條規定。於法定利息別未特定利率者。固應適用。即於約定利率。只須其利率未經特別約定。亦應適用。不過約定利息。當事人雖無特別意思表示。而當地就約定利率有特別習慣者。應解爲仍應斟酌習慣。於適當限度內。定其利率。不得逕行適用本條。(註)

註 利率有約定者。依約定。無約定者。依該地通行之利率。前大理院民國三年上字七八一號有判例。

複利 (anatocismus, Zinseszins, Compound interest, intérêt composé) 者利息之利息。即以於清償期末支付之利息滾入原本。再生利息也。複利得使原本迅速增加。殊於債務人危險。故羅馬法以來。歐洲諸國法制。多加禁止。(參照德民二四八瑞債三二四。法民二一五四。意民二二三二) 我國民法亦於第二百零七條。定明利息不得滾入原本。再生利息。但當事人以書面約定。利息遲付逾一年後。經催告而不償還時。債權人得將遲付之利息滾入原本者。依其約定。惟此項規定。如商業上另有習慣者。不適用之。依此規定。複利除商業上另有習慣。仍得依其習慣外。在一般乃以不許為原則。欲計算複利。則須債權人與債務人有契約。即不得單由債權人一方之意思。且此契約。須以書面為之。以防爭議。至其條件。則須利息遲付逾一年。並經催告尚不償還。故該項契約。通常自須於遲付並催告後為之。即令預先約定。仍須合此條件。債權人始有滾入之權利也。(註一、二) 又所謂滾入原本。乃以積欠利息作原本之義。通常固係加入原本一併計利。但如原本已全部清償。僅有利息積欠者。只須合於條件。亦得作為原本起利也。

註一 前大理院判例逾期利息或積欠利息。滾入原本。通常均須得債務人之同意。惟該地商場有特別習慣。則縱未得債務人同意亦可。又訂立滾利之預約無效。且仍應受月利三分之限制。(民國八年上字六七號。一一年上字二四四號。四年上字九三〇號)

註二 日本民法只須利息延欠一年以上。並經催告不償。即得逕由債權人滾入原本。無須預有約定。(

日民四〇五)

第六章 選擇之債

第一 選擇之債之意義。

選擇之債 (obligatio alternativa, Wahlschuld, alternative obligation, obligation alternative) 者謂以於數宗給付中選定一宗給付爲標的之債也。例如約定給付馬一匹或洋百元者是也。對於選擇之債。稱以一宗給付爲標的之債爲單純之債 (einfache obligation) 選擇之債。於日常生活乃所常見。故各國民法。多就此設有明文。我國民法亦然。(二〇八德民二六二日民四〇六瑞債七二法民一一八九一一九〇意民一一七七) 茲更分析說明其意義如次。

(一) 選擇之債。乃一個債權債務關係。

在選擇之債之債權債務之數。果爲單數。抑爲複數。學者中甚稱聚訟。

甲 複數債權說。此又有二說。

1 停止條件說。此謂係就數個之債附有停止條件。例如應給付甲或乙之債。其中應給付甲之

債與應給付乙之債。乃各以他債不應給付爲停止條件。

2 解除條件說。此謂係就數個之債附有解除條件。例如應給付甲或乙之債。其中應給付甲之

債與應給付乙之債。乃各以他債已給付爲解除條件。

乙 單一債權說。此亦有二說。

1 停止條件說。謂係爲一個債權標的之各宗給付。附有選定之停止條件。

2 解除條件說。謂係爲一個債權標的之各宗給付。附有選定之解除條件。

丙 折衷說。

謂債務人有選擇權者爲單一債權。債權人或第三人有選擇權者爲複數債權。第三人有選擇權者則爲附條件之債權。

在我國民法之解釋。余取純粹單一債權說。蓋民法第二百零八條。明定「於數宗給付中得選定其一」。雖係以數宗給付爲標的。而既僅得選定一宗請求給付。自顯爲一個請求權。且此項債權。自初即已成立。且自初即係以數宗給付爲標的。不過終應以何宗給付。實行履行。於成立時尙未確定。無論解爲附停止條件之債權或附解除條件之債權。均屬不可也。

(二) 選擇之債。乃以數宗給付爲標的。

此亦觀法條自明。即仍係以數宗給付爲標的。所謂應給付甲或乙者。與應給付甲及乙者。固不相同。(即完全複數債權)即與先應給付甲次應給付乙者。亦不相同。(即後述任意債權)蓋此時並非數宗

給付同時均應給付。亦非某一宗給付爲直接標的。某一宗給付爲補充標的。乃係數宗給付。各以同一資格爲債權標的。不過某一宗給付確定爲標的。在未選定以前。尙未確定。故應謂此債爲一種以於數宗給付中選定一宗給付爲標的之特殊單數債權也。

(三) 選擇之債。其給付於其成立時尙未確定。

即在此債。終只能請求一宗給付。而在其成立時。則又係以數宗給付爲標的。故其給付非已確定。而僅係得確定。關於此點。選擇之債。與種類之債相似。但二者於次述各點不同。

甲 種類之債。爲其標的之給付。僅其範圍確定。並未個別預定。選擇之債。則爲其標的之給付。係個別預定。

乙 選擇之債。必發生選擇權。其標的依其行使即爲特定。種類之債。則不以此爲必要。

丙 選擇之債。有溯及效。種類之債則否。

丁 選擇之債。因給付不能而特定。種類之債則否。

第二 選擇之債之特定。

選擇債權之標的。確定於某一宗給付。斯曰選擇債權之特定。(Konzentration) 其特定之方法。得依契約定之。自不待言。惟法律別定有二種方法。即選擇權之行使與給付之不能是也。

(一) 選擇權之行使。

選擇債權。乃依選擇權之行使而特定。此爲選擇債權特定通常之方法。更分述如次。

甲 選擇債權。必伴有選擇權。即選擇權爲選擇債權之成立及存續要件。

選擇權之性質。乃爲形成權之一種。蓋以其係以依權利人一方行爲引起法律上變動爲內容也。

選擇權非專屬權。故得依債之繼承或移轉而移轉於一般或特定繼承人。惟選擇權在第三人時。依

民法第二百零一十條第三項。應解爲不得由其繼承人繼承。

乙 選擇權之主體。即選擇權人。應爲何人。如法律另有規定。或契約另有訂定者。自應從之。尤於依契

約訂定之時。或爲債權人。或爲債務人。或爲第三人。自均得任意定之。但如法律無規定。契約亦無訂

定時。則選擇權人應爲債務人。此爲民法第二百零八條所明定。(參照德民二六二日民四〇六瑞

債七二法民一一九〇意民一一七八)蓋擴張給付之範圍。通常均爲債務人之利益。故民法特設

此推定並補充之規定也。

丙 選擇權之移轉。民法於第二百零一十條。設有規定。即於選擇權人不行使其權利時。則生選擇權之

移轉。蓋此時有更定特定方法之必要故也。分述如次。

I 當事人一方即債權人或債務人有選擇權者。其選擇權分別次述情形。而移屬於他方當事人。

(參照德民二六二日民四〇八)

a 選擇權定有行使期間者。則於該期間內不行使時而生移轉。(二一〇一)

b 選擇權未定有行使期間者。則債權至清償期時。無選擇權之當事人。得定相當期限。催告他

方當事人行使其選擇權。如他方當事人不於所定期限內行使選擇權者。亦生移轉。(二一〇

II)

所謂相當期限。即謂為選擇所必要之期限也。如所定過短。則催告亦為無效。又期限是否相當。為法律問題。故得為第三審法院上訴理由。

2 由第三人為選擇者。如第三人不能或不欲選擇時。選擇權屬於債務人。此則以選擇權原則屬於債務人故也。(二一〇Ⅲ日民四〇九Ⅱ)

丁 選擇權行使之方法。即為選擇行為。選擇云者。即確定數宗給付中應履行之給付也。乃為單獨行為。羅馬法以來。雖亦有定為須為契約之立法例者。民法第二百零九條則仿德、日民法。定為只須一方之意思表示。蓋以行使權利。自無須相對人承諾也。(參照德民二六三日民四〇七)更分述如次。

1 債權人或債務人有選擇權者。應向他方當事人以意思表示為之。(二〇九Ⅰ)

2 由第三人為選擇者。應向債權人及債務人以意思表示為之。(二〇九Ⅱ)

故選擇爲有相對人之意思表示。且爲須受之意思表示。由當事人爲之者。自只須向他方爲之。若由第三人爲之者。是否須向雙方爲之始能生效。抑只須向一方爲之。亦得生效。立法例尙不一致。如日本民法則取第二主義（日民四〇九）我國民法則採第一主義。須向雙方爲之。又無論由當事人一方爲之或第三人爲之。其意思表示自均應分別適用第九十四條至第九十六條之規定。應爲選擇之時期。民法雖未特定有明文。但可自第二百一十條類推解釋。即定有行使期間者。自應於其期間內爲之。未定有行使期間者。則應於至清償期爲止爲之。數宗給付清償期不同者。至遲應於最後清償期前爲之。

選擇權人或其相對人有數人時。應如何行使。民法無明文。解爲如無特別規定或訂定。應由全體爲之。或向全體爲之。始能有效。

選擇能否附條件或期限。通說均謂此時使選擇之效力不確定。與其性質相反。乃不可許。余謂不許附。僅爲原則。即於當事人無何等不利益之時。亦得附之。（參照本書總則）

選擇得撤回或變更否。應適用或準用第九十五條第一項之規定。即於選擇尙未生效前得爲。於其生效後則否。

戊 選擇權行使之效力。即選擇之效力。斯生債權之特定。即選擇債權。變爲單純債權。通常固係變爲

特定債權。但亦有不盡然者。如其所選定之給付。僅以種類指示者。則僅變為種類債權。其履行時。更須特定。

選擇應有溯及效否。學說上固有持反對說者。民法則仿德、日民法。於第二百一十二條定明。選擇之效力。溯及債之發生時。(德民二六三、二五、日民四一一)即由選擇所生特定債權之效力。非自選擇時向後發生。乃溯及選擇債權成立之時發生。自該時起。即與成立以選定給付為標的之單純債權生同一之結果。故對於第二百一十一條但書所定後發不能之給付。亦不喪失選定權。仍得行使以為選定。選擇有溯及效之實益。亦即在此。本條僅屬任意規定。得為反對訂定。自不待言。

選擇之效力。僅能特定債權而止。至因該債權履行所能發生之物權。並不能發生。其發生仍須待債務人履行之後。關於此點。日本民法學者中。固有持異說者。然在我國民法。應如上解釋。乃屬毫無疑義。

(二) 給付之不能。

選擇債權。並得依為其標的之給付不能而特定。為第二百一十一條所明定。(德民二六五、日民四一〇、法民一一九二至一一九六、意民一一八〇至一一八三)分述如次。

甲 足生特定之情形有三種。

1 數宗給付中自始不能者。

2 數宗給付中嗣後不能而不應由當事人雙方負責者。

3 數宗給付中嗣後不能而應由有選擇權之當事人負責者。

只須有上述三種情形之一。債之關係。即僅存在於餘存之給付。故選擇債權之標的。如僅二宗給付者。則選擇債權變為單純債權。如為三宗以上而其中一宗為不能者。則選擇債權之範圍。為之減縮。此即為選擇債權給付不能之效力。法律所以如是規定者。蓋以定明選擇債權各給付有互相補充之作用。適合於當事人之意思故也。自為任意規定。許當事人得為反對之意思表示。

乙 法律定明不能之事。應由無選擇權之當事人負責時。不生特定。即選擇權仍應依舊存續者。蓋以不能因他人不法行為而致選擇權人喪失選擇權也。

丙 由給付不能所生選擇債權之特定。只能自不能時起。不能溯及以前。觀第二百一十二條之規定。自明。蓋該條只就選擇定明有溯及效。則其反面。自應解為給付不能。即無此效力也。

丁 給付一部不能。民法亦如德、日民法。別無規定。該二國學者。就此頗有議論。即關於是否直應準用上述全部不能之規定。抑仍應依一般一部不能之原則之問題。余謂須於該給付他部分之履行於債權人無利益時。始生特定。蓋僅小部分不能。債權人或尚有欲其履行之時也。

第三 任意之債。

任意之債 (Obligation mit facultas alternativa, obligation facultativa) 者。債權人或債務人得以他種給付代原定給付之債也。此得代替。亦為一種權利。稱曰代替權或補充權。 (facultas alternativa, Ersetzungs od. Lösungsbefugnis) 例如約定給付馬一匹。但得給付洋百元代之是也。

關於任意之債。民法亦如他國民法。未特設通則規定。但此種債權。乃於契約上所恆見。即法律亦有以明文認其存在者。例如第二百零二條之規定即是。故學說上均多研究之。

任意之債。雖與選擇之債。性質相似。但為此債固有之標的。僅為一宗給付。於此點二者有根本差異。任意之債。又可分為次述二種。

(一) 債務人有代替權之任意之債。此債與選擇之債。除上述根本差異之點外。尚於次述各點不同。

甲 原定給付。自始不能或至後不能。則任意債權即為消滅。

乙 債權人只得就原定給付起訴。不得就補充給付起訴。

丙 債務人雖有履行原定給付之意思表示。亦不因此喪失代替權。惟於可認為拋棄代替權時。始為喪失。

丁 債務人雖將履行補充給付之意思。通知債權人。仍不負為該給付之義務。原定給付。亦尚未脫離

債務關係。故補充給付不能時。債務人仍不能免責。

債務人有代替權之任意之債。亦有以之爲伴有代物清償權之債權。或代物清償之預約者。余謂此種任意之債。如係由於契約者。雖與代物清償相似。然代物清償契約。須由債權人受領他種給付。始得成立。(三一九)若此種債權。則無此要物條件。且代替權原卽爲此債權之內容。亦大與代物清償不同。故應認爲一種特殊內容之債權也。

(二) 債權人有代替權之任意之債。此債則與債權人有選擇權之選擇之債相似。故學者中亦有否認其有獨立存在者。然此債亦與選擇之債。有前述根本之差異。關於上述任意之債。與選擇之債各種不同之點。在此債亦屬相同。惟當事人約定得由債權人任意請求二宗以上給付中之一宗時。究爲選擇之債。抑爲任意之債。則應就具體情形。解釋當事人之意思以決定之。

第七章 損害賠償之債

第一 損害之意義

損害(dammum, Schaden, damage, domage)者。謂因某事實而致人之財產或其他法益受不利益也。損害可分爲財產之損害。(一稱有形損害 Vermögensschaden)與非財產上之損害。(一稱無形損害 ideeller Schaden)在私法上。雖以財產上之損害爲最顯著。但就生命、身體、健康、名譽、自由、貞操、感情等所生不利

益之狀態。亦得謂爲損害。此即非財產上之損害也。(參照一九四、一九五、一八)受此不利益之人。稱曰被害人。亦稱受害人。生此不利益之人。稱曰加害人。

損害可由二方面觀察之。(一)自具體觀察之。則單指現實所受之損害。非財產上之損害。只能謂此意義之損害。(二)自抽象觀察之。則並指抽象所失之利益。財產上之損害。則應謂此意義之損害。故計算財產上之損害。應統計損害原因事實未發生前與其發生後之財產差額全部。此稱曰差額說(Differenztheorie)。故具體所受之損害。與抽象所失之利益。均應計算。一則稱曰積極之損害(damnum emergens, positivus Schaden)即謂已存財產之減少也。一則稱曰消極之損害(lucrum cessans, entgangener Gewinn)即謂應得財產之消失也。民法第二百一十六條即定明損害應包含此二者。不過該條僅係就財產上損害所設之規定耳。

發生損害。必有一定原因事實。此事實固亦有爲單純事故者。然通常均爲人之行爲。其中又以由侵權行爲及債務不履行爲最著。而學者自法律行爲之有效無效着眼。又分損害爲積極行爲上之損害(Erfüllungsinteresse, positives Geschäftsinteresse)與消極行爲上之損害(Vertrauensinteresse, negatives Geschäftsinteresse)前者。即謂法律行爲有效時。因不履行債務所生之損害也。後者。即謂法律行爲無效或被撤銷時。因誤信有效所受之損害也。(參照一一三、一一四)

第二 損害賠償之意義。

損害賠償 (damni praestatio, Schadensersatz, damages, dommages) 有廣狹義之分。廣義之損害賠償。乃總稱損害之一切救濟方法而言。損害救濟之方法。可大別爲二種。(一)使凡關與損害之人分擔其損害。如共同海損。即其例也。(二)專使被害人以外之人(不問是否爲加害人)填補被害人所受之損害。即使被害人對於他人取得損害賠償債權。此即狹義之損害賠償。民法所稱之損害賠償。即係此義也。

賠償損害。固係填補被害人所受之損害。然一旦已發生之不利利益狀態。欲於事實上使回復於原有狀態。乃不可能。故所謂填補損害。並非謂除去損害。與其原有之狀態完全相同。不過務期變更該不利利益之狀態。使其更成立與原有狀態相近之狀態耳。賠償損害之方法有二。(一)曰回復原狀主義 (Prinzip der Naturalrestitution) 此爲德國固有法及現行德國民法所取。(德民二四九至二五一) 奧大利民法及普通法。沙克遜民法亦然。(奧民一三三三) 普國法第一部第六章七九沙民六八七。(二)曰金錢賠償主義 (Prinzip der Geldentschädigung) 此爲羅馬法及德國普通法、英國法並日本民法所取。(日民四一七、七二二) 法國法系之民法。亦以此爲原則。瑞士債務法。則定爲可由審判官判斷任用何方法。(瑞債四三) 我國民法則採第一主義。(二二三一) 此當於後詳述。

第三 損害賠償之債之意義。

損害賠償之債者。謂以賠償他人損害為標的之債也。或稱損害賠償債權。或稱損害賠償債務。或稱損害賠償請求權。均係同義。民法則多稱曰損害賠償責任。或損害賠償義務。原來自己損害。原則應由自己負擔。其得使他人賠償。自為一種權利。發生此種權利。自須法律上之原因。即法律事實。此稱曰責任原因。其中最重要者。自為侵權行為及債務不履行。但亦有由於契約者。如保險契約是。亦有由於侵權行為及債務不履行以外之法律規定者。(如一〇、一一三等是)

損害賠償之債有二種。(一)有為原始的債權債務關係者。即自初即係以賠償損害而成立者。如由侵權行為、保險契約、公用徵收等所生之損害賠償均是。(二)有為傳來的債權債務關係者。即係因於他債權債務關係而發生者。例如由債務不履行所生之損害賠償是。因於債務不履行所生之損害賠償債權。又有二種。甲、有與原債權并存者。乙、有係代替原債權者。此項債權。是否與原債權為同一債權債務關係。又為新債權債務關係。學說上尚有爭執。余謂係同一債權債務關係。

關於損害賠償之債。日本民法。僅規定之於債務不履行之次。我國民法。則係仿德國民法。別設一般規定。(參照德民二五三以下)以立法論。自屬允當。故此項無論對於何種損害賠償。均有適用。

第四 損害賠償之債之要件。

損害賠償債權之成立要件有三。(註)

註 前大理院判例載明損害賠償之債權。祇須有損害發生及責任原因存在。並二者之間。確有因果關係。即得成立。(民國一〇年上字一〇一一)

(一) 損害之發生。

成立損害賠償債權。首須有損害發生。在英國法雖認有名義上之損害。(nominal damage)只須有侵害權利。即令事實上無損害。法律上亦認爲有損害。應於名義上爲少額之賠償。若羅馬法及大陸法則反是。必須事實上有損害。始得令人賠償。日本民法及我國民法亦然。

(二) 責任原因之存在。

成立損害賠償債權。又須有責任原因之事實。蓋損害如前述。必因於一定事實。而欲他人賠償。則更須其人就該事實有責任。此事實如爲契約者。其應負責任。固不待言。其由於法律規定者。法律使其人負責任。原則必須其對於該事實有過失。此稱曰過失主義。(Verschuldungsprinzip)乃爲羅馬法以來各國法律所採用。我國民法亦然。惟至近時。因特種事業或機器足致他人受損害之危險率增高。拘守過失主義。不足以應社會之需要。乃於特種情形。雖無過失。亦認賠償責任。於是又有原因主義、危險主義、報償責任主義。總之。在普通生活關係。仍以依過失責任主義爲宜。惟在足生特別危險或特別利益之特別生活關係。則以依結果責任主義爲宜。

(三) 因果關係之存在。

即成立損害賠償債權。更須責任原因事實與損害之間。有因果關係。此與上述之過失應區別之。過失乃自主觀言之。因果關係則自客觀言之。

因果關係 (Kausalzusammenhang, causality) 之意義如何。乃為刑法與民法上一大問題。學說甚稱聚訟。然其中最重要者為次述二派。

甲 條件說 (Bedingstheorie)

此說乃以若無某事實則不發生某事實 (sine qua non) 之一切情形。均認其有因果關係。在刑法為有力之說。其於論理上觀念固為正當。然於法律上觀念。則以其認原因之範圍過寬。甚不適宜。尤不合於私法之目的。法律上因果之觀念。究應依法律之目的以決定之。(註)

註 例如甲在病重前約畫家乙描容。因未按期履行。致不能竣事而死。其妻乃因此傷心致病。致耗去醫藥費若干。若從條件說。則可認為醫病與違約有因果關係。然其於法律上不當。乃屬顯然。又民事責任與刑事責任不同。不因故意過失而有區別。且有時無過失時。仍應負責。若認因果範圍過寬。其結果尤為不當。

乙 適當條件說。亦稱相當因果關係說。(causality adequate, adequate Verursachung)

此說謂某事實僅於具體能發生某事實尙爲不足。必須於一般尙能發生某事實。此時二者之間。始得認爲有因果關係。實言之。即不僅須某原因爲某結果發生之條件。並須該原因於一般情形亦足認爲發生該結果適當之條件。即係相當之原因者。始可。此說在民法乃爲通說。(註)

註 主張對於條件說應加限制者。此說外。尙有多種。如畢爾克邁(Birkmeyer)以最有力之條件爲原因。賓頓(Bindings)以破助果條件與妨果條件之均衡而與以最後決定之條件爲原因等說均。是適當條件說。亦係就條件加限制。而僅以其中適當者爲原因。其與他限制條件說不同者。則在其將爲條件之事實一般化(Generalize, generalisieren)而觀察之。所謂自一般觀察者。即將附着於該具體事實之偶然情形除去。使之化爲通常情形。若仍依吾人生活經驗而應生同一結果。然後認其有因果關係。此說自合於民法上因果之觀念也。

相當因果關係說又有二派。

- 1 主觀說。此爲顧力士士(Kries)所倡。謂應於當事人主觀立場。以定條件事實之範圍。
- 2 客觀說。此謂應全自客觀觀察以定適當條件。又有二說。
 - a 謂事後發見之事實。亦應加於條件之中。此爲劉墨林(Rimelin)所倡。
 - b 謂應依行爲當時行爲人所知或於客觀注意最深入所能知之事實以定條件之內容。此爲

特勒格 (Tieber) 所倡。

上述諸說。自民法之目的言之。大致以相當因果關係說之最後說爲宜。蓋在民法上之因果範圍。不可過汎。自應限於適當條件。且該條件既以一般化爲宜。則定條件是否適當。自宜以行爲人所知或所得知之事實爲基礎。而定是否可知。則又以依善良管理人之注意爲宜也。(註)

註 例如以搬運汽車載送爆發物。中途爆發。傷害人畜。若運送人不知其爲爆發物時。從主觀說。則其運送物爲爆發物之情形。於定適當條件。乃不應參酌。反是。從劉氏之客觀說。則概應參酌。從特氏之客觀說。則只須於運送當時可得而知者。即應參酌。

因果關係。既應依上述標準。故不須次述情形。亦得爲適當條件。而成立因果關係。

1 不須該原因對於結果實曾單獨引起。或爲得單獨引起。即尚有得單獨引起該結果之他條件。亦屬無妨。

2 不須該原因對於結果於時間上爲最後者。

3 不須該原因對於結果爲各條件中之最有力者。惟關於此點。應行研究者。有因果關係中斷之問題。亦有謂凡有他人自由行爲介入。因果關係。即應中斷者。不免錯誤。應解爲須有全然新獨立之事實。防止第一原因力之發展者。始得認爲中斷。

於不作爲有無因果關係。亦一問題。有純因果關係與準因果關係二說。余取後說。蓋因現實之動作。發生現實之結果。始可認爲有因果關係。若不作爲。則於時間、空間、並無變更。故不作爲與結果。不能謂有真正之因果關係。然若有無此不作爲。則不發生此結果之關係。則於法律上。亦可與作爲之因果關係同視。故所謂不作爲之因果關係。乃不問其不作爲之發生如何結果。而係問如有作爲能否阻止該項結果。此即準因果關係也。

第五 損害賠償之方法。

關於損害賠償之方法。如前所述。我國民法。乃仿德國民法。以回復原狀爲原則。賠償金錢爲例外。卽損害賠償之債。原則爲原狀回復請求權。例外爲金錢賠償請求權。茲更詳述之於後。

(一) 負損害賠償責任者。除法律另有規定或契約另有訂定外。應回復他方損害發生前之原狀。又因回復原狀而應給付金錢者。自損害發生時起。加給利息。爲民法第二百一十三條所明定。此卽標明賠償損害之方法。以回復原狀爲原則。即凡已成立損害賠償之債者。無論因於契約或法律。只須該法律別無規定。或當事人當時或嗣後別無訂定。即應許債權人得請求債務人作出與損害結果未發生前之同一狀態。此蓋以回復原狀。苟屬可能。許被害人得首爲此請求。方合於被害人之利益故也。又回復原狀。亦有應給付金錢者。則應自損害發生時起。加給利息。此雖與損害發生前之原狀無涉。然金錢乃

能利用生息者。自應使加害人自損害時給利。方足以保護被害人之利益也。

又茲宜注意者。本條亦非排除金錢賠償。故於回復原狀外。尚有損害須待金錢填補者。自仍得請求賠償金錢。例如侵佔他人房屋者。除應於原狀將房屋交還外。其侵佔後至返還時止之利用。亦應比照租賃賠償金錢是也。

(二) 應回復原狀者。如經債權人定相當期限催告後。逾期不為回復時。債權人得請求以金錢賠償其損害。為民法第二百一十四條所明定。蓋回復原狀。雖尚可能。而被害人定相當期限催告。仍不履行。自應另求救濟之道。許其得改求金錢賠償。方於保護被害人始為周至也。此時被害人不過有選擇債權。仍得請求回復原狀。自不待言。

(三) 不能回復原狀。或回復原狀顯有重大困難者。應以金錢賠償其損害。為民法第二百一十五條所明定。蓋回復原狀。既屬不能或顯有困難。自應許被害人請求賠償金錢。方足以保護其利益也。

第六 損害賠償之範圍

損害可分為積極損害與消極損害二者。於法律全無區別。均應賠償。已於前述。民法第二百一十六條。即所以揭明此旨。即損害賠償。除法律另有規定。或契約另有訂定外。應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形。或依已定之計畫。設備。或其他特別情事。可得預期之利益。視為所失利益。所謂所受

損害。乃謂因該原因事實所生之實際損害。即積極之損害。其應由債務人填補。固不待言。又所失利益。乃謂如無該原因事實。斯能取得之利益。要亦為損害。即消極之損害。自亦應由債務人填補。惟此為補充規定。如法律另有規定。或當事人當時或嗣後另有訂定者。自應從其所定。又所受損害。原易於認定。不生問題。所失利益。則認定有時困難。故法律又為定一標準。凡依通常情形或具體特別情形。可得預期之利益。則視為所失利益。以杜爭議。至是否為可得預期之利益。應審按當時情形以定之。一則依客觀。一則依主觀。只須確能期其取得者。即可包含之。

損害賠償範圍之算定。即賠償額數之計算。乃一困難問題。要之應總計所受損害與所失利益以算定之。尤應注意價格之計算。又應注意次述三點。

(一) 價格之分類。學者恒分價格為通常價格與特別價格二種。前者乃指一般交易上公認之價格。即客觀之價格。後者乃指斟酌權利人個人事情所定之價格。即主觀之價格。學說上又有所謂感情價格者。例如父母遺像。亦為後者之一種。損害賠償之債。乃以填補就權利人所生之損害為標的。自不應依通常價格。而應依特別價格。惟所謂特別價格。仍應於相當範圍內定之。自不待言。(參照二一六、一九四、一九五)

(二) 算價之時期。關於此點。民法未設明文。權利人至行使賠償請求權時所受之一切損害。均應計

算。乃屬當然。故在依訴訟行使權利時。在第二審辯論終結前之損害。自均得請求賠償。於此有問題者。即責任原因發生後賠償額算定前。標的物之價格有變動之時。應以何時為標準計算賠償額。學說不一。甲、有謂應以賠償請求時或判決時之價格為標準者。乙、有謂應以原因發生時之價格為標準者。丙、有謂應以賠償時之價格為標準者。丁、有謂應以原因發生後賠償前之最高價格為標準者。我國舊草案。即係採此見解。日本大審院判例亦大致相同。在我國民法之解釋。尤其自第二百一十六條第二項觀之。亦以從最後說為是。只須依通常或該具體情形可得預期之利益。即令於判令賠償前。其間有變動。亦得從其最高額以算定賠償額。

(三) 算價之處所。民法關於此點。亦無明文。應解在債務不履行時。應以履行地之價格為標準。在侵權行為時。應以侵權行為地之價格為標準。其他情形。則惟有依具體情形決定之。

關於損害之範圍。民法第二百一十六條之規定。僅為補充規定。且已定明如法律或契約另有所定者。應依其所定。其依契約定範圍者。又有二種。(一)有損害發生後以契約定之者。(二)有損害發生前以契約定之者。後者稱曰預定賠償額之契約。有時違約金契約。即屬於此。民法第二百五十條第二項。亦特予定明。此當於後詳述。

第七 被害人之過失相抵。

此爲民法第二百一十七條所明定。即損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。重大之損害原因，爲債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，爲與有過失。此即學說上所謂過失相抵 (Culpacomensation) 又稱曰共同過失 (Contributory Negligency) 蓋因自己過失所生之損害，不能轉嫁於他人，乃爲羅馬法以來之原則 (quod quis ex culpa sua damnatum sentit, non intellegitur damnatum sentire) 自此原則推進之，損害係由於加害人與被害人之共同過失時，亦應使之酌抵。方合於公平之原則。故近代各國民法，多就此設有規定。(參照德民二五四瑞債四三、四四日民四一八、七二二) 民法亦採用此原則，更分述之如次。

(一) 過失相抵之要件。

成立過失相抵之要件，應如次述。

甲 損害賠償之債之成立要件，均須具備。

蓋法律既定明得減免賠償責任，則此項債權之一般成立要件，自須具備。於此特應注意者，即過失相抵。與因果中斷應區別之。此際仍須有因果關係存在。若因被害人行爲而致因果關係中斷，則已無過失相抵之問題。例如因貸借人不返還其物，怒而打毀之時是。

乙 須債權人之行爲，曾與於損害或損害原因。

被害人曾與於損害之發生或擴大者。足生過失相抵。乃法條所明定。只須就該損害之發生或擴大。被害人曾爲協力之行爲。則不問其行爲爲積極抑爲消極。且其行爲是否與義務人之行爲同時或在其前後。亦所不問。

又就其損害之原因。曾爲協力之行爲。自亦可解爲包含於與於損害之發生之內。惟民法更規定重大之損害原因。爲債務人所不及知。而權利人不預促其注意或怠於避免或減少損害者。亦爲債權人之行爲有干與。此示明該項重大損害原因。只須債務人所不及知。則債權人雖未爲積極之作爲。而僅爲該項消極之不作爲。亦足生過失相抵。

丙 須債權人有過失。

此亦爲法文所明定。債權人之行爲。雖曾就損害或損害原因。與以協力。即曾爲共同原因。而苟未有過失。亦不生過失相抵。

關於過失之意義。學說尙屬紛紜。亦有以爲與原因同義者。亦有以爲係對於被害人自身之義務者。亦有以爲完全與普通所謂過失同義者。現時德、日學者通說。均謂普通所謂過失。乃以注意義務爲前提。此則對於自己權利。無義務可言。故所謂過失。乃一種特殊過失。余謂此所謂過失。固非因其違反法律上之義務。然定其有無過失之標準。自仍應與一般之過失相同。即視其曾否爲善良管理人

之注意。必須已就損害或就重大損害原因。已爲此注意。而仍不免發生或擴大。或不能預促其注意。或避免並減少者。始得謂爲無過失。

(二) 過失相抵之效力。

此爲法條所明定。即法院得減輕賠償金額。或免除之。即非謂此時債權人無請求權。亦非謂債務人只有抗辯權。即債權人雖仍得請求。又債務人雖亦未爲抗辯。只須法院認定成立過失相抵。即得以職權斟酌。對於賠償金額。或減輕。或免除。均得依其自由意見定之。有無過失相抵。爲事實問題。應否減輕或免除。則爲法律問題。就前者有爭執時。自應由債務人舉證。至法院斟酌之時。應以何者爲標準。德國民法特定明當時之事情尤爲損害之原因。孰爲主要責任者。應行斟酌。我國民法如日本民法。未特設明文。蓋爲期能爲彈性之適用也。故解爲應斟酌具體一切情形適當定之。原因之強弱及過失之大小。乃爲特應注意之點。

第八 義務人之生計影響。

此爲民法第二百一十八條所明定。即損害非因故意或重大過失所致者。如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時。法院得減輕其賠償金額。此蓋爲矜惜債務人所設之規定。法院此時亦得以職權爲減輕賠償金額之裁判。減輕程度。得依自由意見酌定之。惟不得免除。

本條所定減輕責任之成立要件。應如次述。

- (一) 須損害非因故意或過失所致。蓋若有故意或過失。則債務人無矜惜之必要也。
- (二) 須賠償致債務人生活計受重大影響。此應專從債務人本身生活定之。必至受重大影響時。始得酌減。

關於上述減輕責任之事實。自均應由債務人舉證。有無此要件。為事實問題。應否減輕。為法律問題。

第九 權利人之損益相抵。

於前述之過失相抵之問題外。尚有損益相抵 (compensatio lucri cum damno, Vorteilsausgleichung, Vorteilsausrechnung) 之問題。此亦為羅馬法及德國普通法以來一般所認之原則。近時民法學者。多研究之。即賠償權利人一面受損害。一面又受利益者。應將損害與利益折扣。以定賠償範圍之制度也。我國民法雖未設明文。然亦應以為法理採用。乃無容疑。

須如何利益。始應扣除。為一困難問題。應解為須以與損害原因事實有相當因果關係之利益為限。茲試示重要之適用如次。

- (一) 由同一原因事實直接發生一個結果。一部生損害。一部生利益者。例如因交馬遲延。一面受損害。一面亦節省飼養費是。

(二) 由同一原因事實直接發生二個結果。一生損害。一生利益者。例如騎手競馬時。劇鞭馬致死。然因而得勝受獎金是。

(三) 由同一原因事實發生之結果。更爲原因。而發生一個結果。即間接結果。一生損害。一生利益者。例如因出賣遲延。一面稅加。一面價高是。

(四) 由同一原因事實發生二個獨立結果。各結果又爲原因。以生損害及利益者。例如約定應由火車運送。因省費。改由海船運送。致貨因船沉滅失時。其所省之運費是。

(五) 雖由同一原因事實發生受利益之結果。而該結果與該原因。在一般已不能認爲相當者。則與上述各情形異。不得扣除。例如上海某劇場約定北平某劇團演劇。竟違約在他劇場演劇。此時計算損害額。其原約由某劇場供給之路費。旅費。固得扣除。但該劇團在他劇場演劇所得之報酬。雖亦有因果關係。究難認爲適當條件。則不得扣除也。

第十 賠償人之代位。

債務人已就物或權利之喪失或損害爲賠償。即已賠償其全部價格者。應許債務人就該權利或物。代位權利人。乃爲羅馬法以來各國法制所認之制度。如德國民法。奧國民法。均設有明文。(德民二五五與民九八〇)惟法國法系民法。無明文。日本舊民法雖無明文。而其現行民法亦設明文。(日民四二二)我國

民法亦於債之效力節內第一款。就此設有規定。蓋權利人已得全部賠償。而仍就原物或權利許其有權利。不許債務人代位。則使權利人得二重利益。乃爲公平原則所不可許也。餘可參看債之效力編內給付之說明。

第三編 債之效力

第一章 總論

第一 債之效力之意義

債之效力 (Wirkung der obligation, effets des obligations) 云者。謂基於債權債務關係所生之法律上之力也。法國民法以債之效力與契約之效力相混。此應區別之。(註) 契約僅爲發生債權之一種原因。其效力亦僅足以發生債權。債之效力。則係債權發生後所生者。自不可相混。又德國學者亦有以債之效力與債之標的相混者。此亦應區別之。債之標的。乃指其內容本身。債之效力。即就其固有之意義言之。亦指實現其內容之法律上之力。故亦不可相混。

註 民法雖亦將契約之效力規定於債之效力一節之內。但僅爲便利規定。本書亦仍之。於本編契約之效力內。另章說明。

債之效力。又可自種種意義論究之。

(一) 債之效力。可分爲固有之效力與附隨之效力。固有之效力。即指債權人得對債務人請求爲給付之權利。(亦可稱曰權能)自債務人方面言之。則爲對債權人爲給付之義務。簡稱曰給付義務。此爲債之狹義之效力。附隨之效力。則指法律就債所認之一切效力。此爲債之廣義之效力。

(二) 債之效力。又可分爲對內之效力與對外之效力。對內之效力者。對於當事人即債權人、債務人間之效力也。債權爲相對權。故此爲債之真正之效力。對外之效力者。對於第三人即債權人、債務人以外之人之效力也。此爲債之特殊之效力。

(三) 債之效力。又可分爲普通之效力與特別之效力。普通之效力者。凡債共通應有之效力也。特別之效力者。各債特別獨有之效力也。

第二 債之效力之規定。

債編第一章第三節標爲債之效力所規定者。乃爲債之普通之效力。無論對於何種之債。均有適用。至債之特別效力。則於本編第二章各種之債及其他各該條規定之。

債之普通效力。亦有對內效力與對外效力之別。

(一) 對內效力。

甲 主要效力。自爲給付義務。故民法首設第一款。標爲給付以規定之。其中最要者。又爲次述數項。

乙 債務人因應負給付義務。遂更應負注意義務。怠於注意義務。自應負責任。於是有意過失之規定。

丙 債務人未盡給付義務。斯稱曰債務不履行。亦稱違反債務。即稱凡不依債務本旨以爲履行之一切情形也。又可大別之爲次述三種。

I 給付不能。

2 給付遲延。

3 給付不完全。

民法規定許債權人於上述情形。得請求損害賠償。並得聲請法院強制執行。此爲債之附隨之效力。惟關於給付遲延。因便利另於次款標爲遲延。與受領遲延一併規定之。

丁 債務人已提出給付。而債權人拒絕受領或不能受領。若仍負不履行之責任。亦非正當。故民法又規定債權人受領遲延。此亦爲債之附隨之效力。

戊 契約之效力。雖應與債之效力區別。但民法仍因便利標爲契約。規定之於債之效力之內。蓋仍未脫法國法系民法之窠臼者也。

(二) 對外效力。

民法就此設規定者。爲債權人之代位權及撤銷權二種（即保全一欸）均爲對於第三人之權利。其爲債之附隨之效力。更不待言。

第二章 債之對內效力

第一節 債之給付

第一欸 給付之意義

債之給付 (Leistung, prestation) 云者。謂實現債之內容之債務人行爲也。自其靜的態樣言之。則與債之標的同義。然通常所謂債之給付。均自其動的作用言之。即指實現債權內容之行爲。非指構成債權內容之行爲。故從此義。則債之給付。應與債之標的區別。而係與債之履行（參照二二九、二五〇、二七三等）或債之清償（參照二七四、二八六、三〇九以下）相同。不過稱給付或履行。係由債權活動之點觀察。稱清償。係由債權消滅之點觀察而已。

債務人負爲依債權關係所定之給付之義務。稱曰給付義務 (Leistungspflicht 參照二二五) 此爲債之本體。債務人欲履行此義務。下述各點。均須一定。第一、以如何物體給付。此稱曰給付之標的。亦稱清償之標的。簡稱曰給付物。（參照二〇〇、二五九¹⁴）第二、於如何時期給付。此稱曰給付之時期。亦稱清償之時期。簡稱曰清償期。（參照三一五、三二二）或履行期。第三、於如何處所給付。此稱曰給付之處所。亦稱清償之處

所。簡稱曰清償地。(參照三二四)亦稱履行地。此各項民法均係規定之於本編第一章第六節清償之內。故俟於說明清償時說明之。茲從略。

第一款 給付之方法

給付之方法。即其標準。如依債之關係已定者。則不問其係爲契約所訂定。抑爲法律所規定。爲給付時。自應從之。民法所謂依債務本旨爲給付(參照二三五、三〇九)者。即係此義。

但給付之方法。即其標的、時期、處所等。如不能依契約或法律之所定者。則有規定其標準之必要。故民法於第二百一十九條。又設一原則之規定。即行使債權。履行債務。應依誠實及信用方法。即無論債權人請求給付。債務人實行給付。其債務本旨有未定者。均應依此標準。此爲誠實及信用之原則。可簡稱曰誠信。乃爲法律上一大原則。自羅馬法以來。即已樹立。凡行使權利。履行義務。均應依之。民法不過就債務爲例示規定而已。其他如法國民法第一千一百三十四條。規定契約應依誠信履行。德國民法第一百五十七條。規定契約應按交易上習慣。依誠實及信用解釋之。第二百四十二條。規定債務人有按交易上習慣依誠實及信用爲給付之義務。均與本條之意旨相同也。

民法所稱誠實及信用。乃仿德國民法用語。(Treu und Glauben 羅馬法稱曰 bona fides 法國民法稱曰 bonne foi 日本民法學者稱曰信義)其意義應由客觀決之。即依社會之觀念。不應由主觀決之。即依個人

之意見。乃於學說上無爭。所爭執者。即在其內容。有以爲人類最高之理想者。有以爲交易上道德之基礎者。此二說。均未免觀念茫漠。乃不足取。有以與羅馬法一般惡意之抗辯（*exceptio doli generalis*）同義者。此爲多數學者所倡。然認其範圍過寬。仍不免觀念茫漠。亦不足取。有謂係爲於交易上公允之義者。即謂將當事人雙方利益公平妥當較量之義。余以此說爲是。

誠信與衡平（*Biligkeit*）觀念微有不同。衡平云者。適合於各種事情之謂也。審判官適用法律之際。得適合各種事情以爲適用之法規。稱曰衡平法（*Jus aequum*）反是。不得斟酌各種事情。應以同一標準適用之法。規稱曰嚴格法（*Jus strictus*）債權法以屬於衡平法爲原則。誠實及信用之原則。僅爲補充衡平法適用之方法而已。故衡平之觀念。較誠實及信用之觀念爲寬。

第三款 故意及過失

第一項 概說

民法使人就違法行爲負責任。原則須其人有過失。此即所謂過失主義。故過失不僅就違反債務及侵權行爲有適用。乃就一切違法行爲均有適用。惟過失於債務之違反。尤有適用。故德國民法。特於債編給付義務內。規定關於故意及過失之原則。我國民法亦仿之。於給付一欸內。就此特設通則之規定。其應準用於他之違法行爲。自不待言。

過失有廣狹二義。狹義，則除去故意而言。廣義，則包含故意而言。又一般所謂過失，乃以注意義務為前提。而在債務之注意義務，則又以給付義務為前提。未盡此義務，始為有過失。此為通常之過失。然又有別無義務而單稱怠於注意即為過失者。此為特別之過失。民法所規定之過失，乃以前者為原則。後者為例外。至債務人之過失，則係專指債務人未盡注意義務，致進而違反給付義務之情形。自不待言（註）。

註 學者稱通常之過失為對於他人之過失（*Verschulden gegen andere*）特別過失為自己過失（*Eigene Verschulden*）即以指因自己過失引起損害應自己受之之情形。然特別過失中，亦有係對他人損害負責任者（如一一〇）故不如分為怠於注意義務之過失，與單怠於注意之過失，較為適當。

民法所稱可歸責於債務人之事由（如二二六一）通常均指債務人就該事由有故意或過失。與此對稱者，則為不可歸責於債務人之事由（如二二五）此又指可歸責於債權人之事由及不可歸責於債權人、債務人雙方之事由。民法所稱之不可抗力（如二二二）或不可避之事變（如二二九）亦僅其中之一種。

第二項 故意之意義

故意（*dolus, Vorsatz, dol*）者，行為人知其將發生一定結果而仍為該行為之心理狀態也。例如知外出旅行，則不能履行出演之債務，而仍旅行。知投石羣衆中，足以傷人，而仍投石是。

故意須行為人對於結果有認識，乃不待言。惟於以外尚有要件否，則學說不一。現時民、刑法學者有二說。

第一 意思主義。(Willenstheorie) 謂須有意使其結果發生。始爲有故意。此說於民、刑法學者以前爲通說。
第二 預見主義。(Vorstellungstheorie) 謂只須預見其結果發生。即爲有故意。在現時民、刑法學者頗有有力學者主張此說。

第三 容認主義。(Billigungstheorie) 此說乃折衷前二說。謂僅預見其結果尙爲不足。然亦不須欲望其結果。須一面認識其結果而仍容許之。(Billigung, Einwilligung, Einverständnis) 以爲行爲。乃爲有故意。現時民、刑法學者主張此說者。亦頗有人。

我國刑法。爲杜爭議。關於故意。已以明文解決。即第二十六條之規定是。明係採第三說。民法關於故意。雖無明文。余亦以此說爲是。故於學說上所謂未必之故意。(dolus eventualis) 例如運搬夫以汽車搬運玻璃器具。雖非有意使其撞破。然預見其可以撞破而仍用汽車搬運。則亦爲有故意也。

故意如上所述。乃對於行爲之結果有認識。自須對於行爲本身亦有認識。故對於自己動作無意識時。自不能成立故意。此點乃於學說上無爭執。

成立故意。須有違法之認識否。申言之。須於行爲時知其行爲違反法律否。學說上有肯定否定二說。余取否定說。故只須就法律所規定之要件事實認識已足。以外對於該法律規定及其就事實所付與之效力。即無認識。或認識有錯誤。亦可成立故意。例如約期修理機器。只須債務人知其有此債務。並知其已屆期已足。

即令其誤以爲機器一時不至使用。可不生損害。並可不負責任。仍得認爲就不履行有故意也。

第三項 過失之意義

過失(*culpa ingeren Sinne, Fahrlässigkeit, negligence*)者。怠於注意之謂也。行爲人因欠缺注意而未預見行爲之結果。固爲有過失。即預見將發生結果而未容許。其未容許係因未注意。亦爲有過失。

過失因其注意(*diligentia, Sorgfalt, diligence*)之程度。分爲輕過失與重過失。輕過失又分爲具體輕過失與抽象輕過失。

第一 抽象輕過失(*culpa levis in abstracto*)者。怠於善良管理人之注意也。(如五三五)民法多於兼爲或專爲自己利益而負債務。應依客觀標準。加重責任時。規定此過失。(參照五三五後段)所謂善良管理人之注意。乃從日本民法用語。(參照日民四〇〇)而與羅馬法良家父之注意同義。(bonus paterfamilias) 法國民法亦稱良家父之注意。(bon père de famille 法民一一三七參照)德國民法則稱交易上必要之注意。(die in Verkehr erforderliche Sorgfalt 德民二七六參照)然其意義。亦屬相同。即其注意之程度。不應以債務人通常所用之注意及能力爲標準。而應以一般交易上之觀念爲標準。即須爲足認相當管理人之注意。申言之。即須爲如有相當知識經驗及誠意之人於該時所得爲之注意也。

第二 具體輕過失(*Culpa levis in concreto*)者。怠於與處理自己事務同一之注意(*diligentia quam in suis*

也。(如二二三)民法多於專爲他人利益而負債務，應依主觀標準，減輕責任時，始規定此過失。(參照五三五前段)

第二 重過失 (culpa lata) 亦稱重大過失。即顯然欠缺普通人之注意也。此其責任較第二種過失即具體輕過失更輕。(參照二二二、二二三)民法特爲保護債務人時，始規定此過失。(如一七五)

第四項 事變及不可抗力之意義

事變 (casus, Zufall, event) 者，謂不因於行爲人故意過失之事由也。其因於債務人故意或過失之事由，民法稱曰可歸責於債務人之事由。以外則稱曰不可歸責於債務人之事由。

事變又可分爲通常事變 (Gewöhnlicher Zufall) 與不可抗力 (Vis maior, höhere Gewalt, force majeure) 不可抗力又稱不可避之事變。關於其意義，又有客觀與主觀說。民法所稱不可抗力或不可避之事變，係指客觀，即非就行爲人一身所發生之事由，已於總則述之。

債務人原則固僅於有故意或過失時始負責任。(二二〇) 但例外亦有就事變亦負責任者。(如二二二) 不過須法律有特別明文而已。

第五項 故意或過失之責任

第一 債務人就其故意或過失之行爲應負責任。爲民法第二百二十條第一項所明定。此如前述。民法係

總論 第三編 債之效力 第二章 債之對 第一節 債之給付 第四項 事變及不可抗力之意義 二〇七
內效力 第三款 故意及過失 第五項 故意或過失之責任

探過失主義。故債務人就其行為應負責任。至少須有過失也。

故意及過失雖同為債務人負責要件。但應解為債權人只須就債務人不履行債務及有故意或重大過失舉證。反是。債務人欲主張其不履行非由自己過失。反應舉證。蓋不履行債務。即可推定其有過失也。

第二 過失之責任。依事件之特性而有輕重。如其事件非予債務人以利益者。應從輕酌定。為民法第二百二十條第二項所明定。蓋如前述。過失之程度。乃依注意義務而有區別。其責任既依事件之性質而有輕重之分。自非該事件係予債務人以利益者。應從輕過失之責任。蓋因注意義務甚重。因而於過失亦應負重責任者。本以係由債務人特受利益之時為限故也。

第三 故意或重大過失之責任。不得預先免除。為民法第二百二十二條所明定。此蓋以輕過失之責任。於債務人過重。自得許當事人預先免除。若故意或重大過失。亦許預先免除。則一面負擔債務。一面又可於故意或重大過失違反時。不負責任。則與其成立債權之本旨相違。故民法特以明文禁止也。（參照德民二七六瑞債一〇〇一）至於債務人有故意或重大過失。而已應負責任之後。得以契約或債權人一方行為免除。自屬當然。

第四 債務人為無行為能力人或限制行為能力人者。其責任依第一百八十七條之規定定之。為民法第二百零二十一條所明定。此蓋以此等人為債務人時。亦須就故意或過失之行為始應負責任。而故意則係

以預見爲成立要素。過失亦以得預見爲前提。自均須有意思能力。即有識別能力。故其責任之有無。亦應依行爲時有無識別能力以定之。

第五 應與處理自己事務爲同一注意者。如有重大過失。仍應負責。爲民法第二百二十三條所明定。此蓋以法律如規定只應與處理自己事務爲同一注意。則其注意義務較輕。苟已爲此注意。則無輕過失可言。但此時如仍顯然欠缺注意。致有重大過失。則就此項行爲。自仍應負責也。

第六 債務人之代理人使用人。關於債之履行有故意或過失時。債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者不在此限。爲民法第二百二十四條所明定。此與德國民法、瑞士債務法並英國法爲同一主義。參照德民二七八瑞債一〇一。德國普通法無明文。此時通說均爲反對說。日本民法亦無明文。其國學說亦多持反對說。我國民法特以明文使債務人就其代理人使用人之故意過失負責。自立法言。洵爲允當。蓋既由代理人使用人履行債務。而又就其故意或過失不負責任。殊不足以保護債權人也。惟此非強制規定。當事人有特別訂定。自當從之。

第四款 給付不能

第一 給付不能之意義

給付不能。乃與給付可能對待而稱。即實現債之內容不可能之謂。給付既爲不能。自不得任意履行。亦不

得強制履行。然以此給付爲標的之債權。亦非決無法律上之效力。如後所述。其不能無論是否因於可歸責債務人之事由。均於法律上發生一定效力。(二二五、二二六)尤於因於可歸責債務人之事由時。法律並許債權人得請求損害賠償。(二二六)故因可歸責債務人事由而致之給付不能。亦爲債務不履行之一種。與給付遲延生同一之效力。即損害賠償請求權。亦爲債之對內重要效力之一。

給付不能。不僅就以債務人作爲爲標的之債。可以發生。即就以債務人不作爲爲標的之債。亦可以發生。例如其人負有不居某市之債務。而因服兵役。強制居某市。亦爲給付不能是也。

第二 給付不能之種類。

給付不能之觀念。又可依次述分類以說明之。惟本書總則。就不能重要之種類。已有所述。可參看之。

(一) 論理上不能與法律上不能。

此謂一從物理見解認爲不能者。一從社會觀念認爲不能者。民法學者關於給付不能。究應從何義。尙有爭執。然應從後義。乃無疑義。蓋行使債權。履行債務。既應依誠實及信用方法。則於甲。因給付而致債權人所得利益與債務人所受犧牲。決不相稱者。固應謂爲不能。例如海底搜尋遺失指環是。又於乙。因給付而致須冒犯生命、身體之危險。或違背法律、道德或職業上之義務。亦應謂爲不能。例如病危中不能如期騰房、親喪中不能依約演劇、臨陣中不能請假結婚等是。

然給付不能與給付困難。究應區別之。即令債權成立後因情事變更。（例如因交通不便關稅增高價格遠長等）而致履行困難。亦不得認為不能。以生給付不能之效力。惟於困難之程度。依社會觀念。已應認為不能之時。然後得認為不能。

(二) 主觀不能與客觀不能。

此二者關於給付能否認其分類。並其區別標準如何。立法例及學說。甚屬紛紜。如德國民法。乃以明文認客觀不能。（德民二七五）然客觀與主觀應如何區別。其國學者。尙稱聚訟。如日本民法。則無明文。其國有力學者。多反對此分類。主要理由。在謂債為特定人間之關係。給付是否可能。當然應就債務人決定。我國民法就此亦無明文。惟余仍主張給付不能。亦可為此分類。至其區別標準。已於總則述之。即通說雖主張須盡人均屬不能。始為客觀不能。余則謂只須通常人居行為人地位。係屬不能。即為不能。蓋債之給付。雖應由債務人所為。然給付是否可能。如上所述。原應依社會觀念。故苟通常人居債務人地位。亦不可能。自應認為不能也。

(三) 自然不能與擬制不能。

此其分類之標準。已於總則述之。在給付不能。無論為何種均可。

(四) 原始不能與後發不能。

此其分類。亦於總則述之。債之給付。固亦可有此二種。然給付原始不能者。則債權不能成立。故此所謂給付不能。乃專指給付之後發不能。又應注意次述二點。

甲 所謂原始或後發。應以何時為標準。¹有謂應以債權成立之時為標準者。²有謂應以法律行為成立之時為標準者。余謂債之成立原因。為法律行為以外之事實者。該事實發生與債權成立。乃為同時。自得僅以債權成立時為標準。若其成立原因為法律行為者。則法律行為成立之時。未必即為債權成立之時。例如附停止條件法律行為之時。是此時應以法律行為成立之時。決定不能是否原始或後發。為較為精確。故只須在法律行為成立後不能。即在條件成就前。即債權發生前。亦為後發不能。仍可生不能之效力。

乙 所謂原始不能。須其不能自初即已發生。抑只須不能原因。自初發生。學說上亦有爭執。通說為前說。余亦從之。然亦並非謂須於法律行為當時業已履行不能。其將於履行期或債務人得為履行時發生履行不能之情形。在法律行為當時即已確定者。亦為原始不能。其是否確定。應以事務自然之經過為標準而決定之。

(五) 全部不能與一部不能。

此於給付不能之分類。甚有實益。民法亦有明文認之。前者即謂債務全部履行不能也。後者即謂債務

一部履行不能也。例如交房之債務。全部燒失。屬於前者。一部燒失。屬於後者。

(六) 可歸責於債務人事由之不能。與不可歸責於債務人事由之不能。

此分類亦爲民法所明認者。於給付不能之分類。至爲重要。至所謂可歸責於債務人之事由。通常均指債務人有故意或過失之事由。已如前述。

(七) 永久不能與一時不能。

此種分類。於給付不能。無甚實益。蓋給付不能。只在履行期或債務人得爲履行之時期內存在已足故也。

(八) 絕對不能與相對不能。

前者亦稱抽象不能。即謂依給付之固有性質而不能者。例如使死馬復活是。後者亦稱具體不能。即謂依給付之具體情形而不能者。例如賣給之馬臨時倒斃之時是也。此分類亦無實益。

第三 給付不能之效力。

此爲民法第二百五條及第二百二十六條所規定。分別述之如次。

(一) 因不可歸責於債務人之事由致給付不能之效力。

甲 此時債務人免給付義務。爲第二百五條第一項所規定。即此時爲全部不能者。則債務人就

全部給付所負之債務。因之全部消滅。為一部不能者。則債務人就一部給付所負之債務。因之一部消滅。但此所謂給付不能。單指客觀不能。自不待言。

乙 債務人此時如對第三人有損害賠償請求權者。債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權。或交付其所受領之賠償物。為第二百五條第二項所規定。此即認債權人之代償請求權（*inrogationsanspruch*）乃仿羅馬法以來多數之立法例。（參照德民二八一法民一三〇三意民一二九九）蓋既許債務人因給付不能免債務。其因此所生之利益。如仍許其享受。則得二重利益。甚為不宜。故此項利益。如單為對於第三人之損害賠償請求權者。（例如該給付不能因於第三人侵權行為之時）則得請求其讓與之。如已因此受領賠償物者。（即該第三人已履行其賠償義務時）則得請求交付之。又特應注意者。即代償請求權。雖為固有之債附隨之效力。但與固有之給付請求權。為獨立之請求權。故其消滅時效。應從新起算。

(二) 因可歸責於債務人之事由致給付不能之效力。

甲 債權人得請求賠償損害。為第二百二十六條第一項所規定。此無論其為全部不能。抑為一部不能。均有適用。即全部不能者。其得依本項請求全部損害賠償。固不待言。即一部不能者。債權人仍請求一部履行。並請求不能部分之損害賠償。亦無不可許之理。又全部不能時。債權人之損害賠償請

求權。自爲全部不履行之損害。而亦爲債務不履行之效力。此項請求權。固與給付請求權爲別個權利。當仍可謂爲債權固有之效力。不過以賠償請求權代替給付請求權而已。

乙 又僅一部不能者。若其他部分之履行於債權人無利益時。債權人得拒絕該部之給付。請求全部不履行之損害賠償。爲第二百二十六條第二項所規定。依此解釋。因可歸責於債務人之事由而致一部不能者。除該一部之損害。債權人得依前項請求賠償外。其他可能部分。債務人仍得履行。債權人亦仍應受領。是爲原則。惟於他部分之履行。於債權人無利益時。則爲例外。債權人得拒絕受領。而請求代履行之損害賠償。至是否於債權人有利益。自應就具體情形決定之。(註)

註 民法係仿德國民法以明文解決。(德民二八〇II)日本民法就此無明文。債權人能否拒絕他部履行。請求全部賠償。其國學者有消極積極二派。

第五款 不給付及不完全給付

債務人不爲給付或不爲完全之給付者。債權人得聲請法院強制執行。並得請求損害賠償。爲民法第二百二十七條所規定。蓋不爲給付。或不爲完全給付。均係違反給付義務。即爲債務不履行。故民法特爲規定其效力。惟不爲給付。與後述之遲延給付。實無區別。既於遲延一款。規定其足生損害賠償之效力。於此又設規定。實爲重複。至債權人於債務人不給付或不完全給付時。能否請求直接強制執行。並不可概論。即爲得請

求直接強制執行之債權。而強制執行請求權。即爲一種公權。應與債權之效力嚴格區別之。規定之於債之效力給付之內。亦未見其可也。

債務人違反債務。其反面即爲侵害債權。然德、法及日本民法所規定之債權侵害。均僅給付不能及給付遲延二種。此均僅爲消極之侵害。即單純未履行其所負擔之債務而已。輒近學者。又於此外。更認債權之積極侵害。即因債務人曾爲與其所負擔給付不同之給付。致債權人之債權積極受侵害之情形是也。試舉例示之。第一、債務人應於月底給付鷄十頭者。月中即行給付。然有數頭病鷄。致該鷄及債權人自己之鷄全死。第二、債務人應於三週內提出鑛山調查報告書者。一週即行提出。債權人據以締結購買契約。然旋即發見報告錯誤。大受損害。第三、某啤酒公司對某飯店應繼續供給啤酒半年。然供給未及一月。飯店已因酒劣。失去顧客大半。凡此諸種情形。既非不爲給付。亦非給付遲延或給付不能。且不僅有債權之消極侵害。並有債權之積極侵害。故此種債務違反。應與上述二種債務違反區別。不完全給付。亦得於債權積極侵害之情形見之。觀上述之三例自明。

何謂不完全給付。即債務人雖爲給付。而其給付不合於債務之本旨也。故不完全給付之要件有三。第一、須債務人曾爲給付。故全未給付或不能給付。固不爲不完全給付。又所爲給付。完全與原定給付不同者。亦不爲不完全給付。第二、須不合於債務本旨。此無論就給付標的及方法均可發生。惟就給付時期。即僅有給付

遲延發生。第三、須因可歸責於債務人之事由所致。此點，不但依民法過失主義之原則，應爲此推論。即比照給付不能及給付遲延，亦可如是論斷也。

不完全給付之效力。法律已明予規定。即除得請求更爲完全之給付外，並得請求因不完全給付所生之損害。惟更爲給付。如前述第一種之例，已屬不能時，自僅得請求損害賠償。並解爲得有第二百五十五條之解除權。（並參照二六〇）

第六款 債務人之代位

債務人不許得二重利益。於是民法有第二百五十二條第二項債權人代位之規定。此已於前述。又債權人亦不許得二重利益。於是民法又有第二百二十八條債務人代位之規定。此即羅馬法以來各國法制所認之賠償代位（Subrogatio）之制度也。此亦已於損害賠償之債略述。茲更詳述之。即依民法該條規定。關於物或權利之喪失或損害，負賠償責任之人，得向損害賠償請求權人請求讓與基於其物之所有權，或基於其權利對於第三人之請求權。以例示之。甲由乙寄託之物，因其過失，被丙盜去。如甲已向乙賠償其物價格者，則乙就該物之所有權，及對丙因侵權行爲所有之損害賠償請求權，并基於所有權之占有返還請求權，均得請求讓與。又甲受乙委任，向丙索債。因其過失，致丙逃亡，不能受償。如乙已由甲得該債之賠償者，則甲得請求乙將對於丙之債權讓與是也。

本條所規定代位之要件。應解爲如次述。

第一 須爲關於物或權利之喪失或損害發生損害賠償責任。此爲法條所明定。

第二 須由賠償義務人已受全部價格之賠償。此點他國民法亦有以明文規定者。民法雖無明文。然此爲當然。不過得解爲賠償人就已賠償義務得援用同時履行抗辯之規定。又就賠償債務有代物清償。提存、抵銷等得與清償同視之時。亦得認爲具備要件。

關於代位之效力。立法例有二。

第一 僅許請求移轉。此爲德國民法所規定。(德民二二五)

第二 逕許當然移轉。此爲日本民法所規定。(日民四二二)

我國民法係採第一主義。觀條文自明。至請求移轉之客體。亦有限定。即基於其物之所有權及基於其權利對於第三人之請求權是也。

第二節 債之遲延

第一款 概說

凡債於應爲給付之時期。未由債務人爲給付。斯稱曰遲延。(mora, Verzug)此應與給付不能區別之。蓋給付不能。乃不能爲給付。遲延。則係能爲給付而未給付。至遲延後。雖更發生給付不能。亦仍不失爲遲延。蓋遲延

只須於應爲給付之時期即清償期未爲給付。即生遲延之效力。於遲延後雖發生給付不能。亦不致影響其效力故也。(參照二二二、二二七)

遲延之情形。可分爲三種。第一、因不可歸責於債務人之事由而致者。此可稱曰事變之遲延。第二、因可歸責於債務人之事由而致者。此稱曰債務人遲延。第三、因債權人之不協力而致者。此稱曰債權人遲延。後二者民法設有詳細規定。當於後分款另述之。茲僅述事變之遲延。

因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者。債務人不負遲延責任。爲民法第二百三十條所明定。故債務人雖於清償期未爲清償。只須係因於不可歸責於己之事由。即可不負遲延責任。至不可歸責於債務人之事由。已於前述。即債務人就不爲給付無故意或過失也。此爲債務人免責之要件。故於債權人已證明其不爲給付之事實時。債務人就該不可歸責己身之事由。即應負舉證責任。又如該事由已消滅時。債務人自斯時起。如仍不爲給付。則仍應負遲延責任。亦不待言。

第二款 債務人遲延

第一 債務人遲延之意義

債務人遲延(mora debitoris, Verzug des Schuldners)者。謂債務人能爲給付而不於應給付之時期爲給付也。又稱曰給付遲延或履行遲延(mora Solvendi, Leistungsverzug)債務人給付遲延。即不爲給付。乃與

因歸責已身事因而致給付不能。同爲債務不履行或債務違反。二者所生之效力亦屬相同。卽同應負損害賠償責任。又可分數點說明如次。

第二 債務人遲延之要件。

此應如次述。

(一) 須有債務存在。

故債務尙未發生或已消滅者。當然不生遲延之問題。故如停止條件尙未成就或解除條件已成就者。均無遲延可言。只須有債權存在。則其種類無限制。作爲債權及不作爲債權。均可生遲延。(註)物上請求權。亦可類推適用而生遲延。

註 學者中亦有主張不作爲債權不能生遲延者。

(二) 須給付可能。

蓋給付不能。如前所述。雖因於可歸責債務人之事由。亦僅生給付不能之效力。若因不可歸責於債務人之事由時。則免給付義務。(二二五)更無遲延可言。惟茲有一問題。卽給付可能。須於何時爲止。學說有二。

甲 謂不僅須於清償期可能。並須於清償期後可能。其理由則在遲延原以給付遷延(Verzichen)爲

必要之觀念。故清償期後不能時亦同爲不生給付遲延。此說在德國爲通說。若從此說。則不作爲債務。嚴格定期行爲之債務。均只生給付不能。不生給付遲延。

乙 謂只須於清償期可能。不須以後尙爲可能。此說在日本爲通說。若從此說。則只須清償期當時給付可能而不爲給付。則不問其是否不作爲債務。或定期行爲之債務。即爲遲延。應生遲延之效力。以後即更成爲不能。亦於其效力無影響。

上述二說。余取第二說。蓋所謂給付遲延。即指於應給付之時不爲給付之義。自只須於清償期給付可能。即應生遲延之效力。以後是否可能。要可不問也。

(三) 須已至應給付之時期。

此時期稱曰清償期。亦稱履行期或給付期。當於說明清償時詳述。給付遲延。乃謂不於應給付之時爲給付。自須已至應給付之時期。何者爲應給付之時期。債務人始應負遲延責任。民法第二百二十九條有明文規定。即如次述。

甲 給付有確定期限者。債務人自期限屆滿時起。負遲延責任。(二一九一) 即此時只須債務人未於清償期爲給付。即爲給付遲延。應受法律所定遲延之效力。至於債務人曾否知悉屆期。債權人曾否屆期催告。均所不問。

債務定有確定給付期限者。是否應於期限到來時即生遲延。立法例有二主義。

1 原則尚須債權人催告。不因期限到來而當然生遲延。(dies non interpellat pro homine) 惟於有不須催告之特約。或非於一定時期履行即於債權人無利益。并其他不作爲債務不履行等特定情形時。則例外生遲延。此爲法國民法所取。(法民一一三九、一一四五、一一四六)

2 德國普通法以來。即謂有期限代人催告之原則。(dies interpellat pro homine) 債務人因期限到來。即當然生遲延。現時各國多依此主義。(德民二七、二八四、二九一日民四一二) 瑞債七五、一〇二意民一二二一、一二三與民一三三四) 在羅馬法是否爲此主義。雖有疑義。然註釋派見解。則謂係依此主義。現時英國法亦有債務人應尋債權人之諺。(The debtor must seek the Creditor) 亦係依此主義。

上述二主義。第一主義。乃側重於保護債務人。第二主義。乃側重於保護債權人。然既定有確定期限。猶必待債權人催告。始生遲延。實屬犧牲債權人之利益。且不合於現時之交易狀態。故民法仿多數立法例。採第二主義。蓋屬當然規定也。(新舊案亦同前大理院關於此點之判例亦不少) 惟此規定。亦無強行性質。當事人得爲反對之意思表示。自不待言。

乙 給付無確定期限者。債務人於債權人得請求給付時。經其催告。而未爲給付。自受催告時起。負遲

延責任。其經債權人起訴或依督促程序送達命令者。與催告有同一之效力。又催告定有期限者。則債務人不自催告時起。而自期限屆滿時起。負遲延責任。(二一九Ⅱ、Ⅲ)此蓋以此時當然不得直使債務人自債權成立時即負遲延責任。即在以後。其給付既無確定期限。何時爲其應給付之時期。亦難明瞭。爲雙方公平計。自以定爲自受催告時起。始負遲延責任爲宜。而催告時如另定有期限。自須更使自期限屆滿時起。始負遲延責任。方合於當事人意思也。

日本民法係將無確定給付期之債。與未定給付期之債。分別規定其遲延責任。民法則可解爲全未定給付期之債。亦可包含於給付無確定期限之債之內。同一待遇。

附停止條件之債。其條件未成就前。固如前說。債權尙未發生。然條件成就後。是否爲無確定期限之債。不無疑義。應取肯定說。

因侵權行爲所生之損害賠償之債。是否爲不確定期限之債。亦不無疑義。亦宜取肯定說。

催告(mahnung)學者中亦有謂其爲意思表示或法律行爲者。然應解爲與一般催告爲同一性質。則爲類似法律行爲。蓋其內容僅爲債權人向債務人求履行之通知。至由此所生之遲延責任。並中間時效之效力。實與其意思無干。不問其是否爲其所知或所欲。均應發生故也。又其方法。別無限制。並不須一定方式。言詞書狀均可。訴訟上或訴訟外亦可。惟須達到始能生效。故民法第九十四條至

第九十七條之規定均應準用。尤於非因自己過失不知債務人之姓名、居所時，自得依第九十七條爲公示送達也。

催告得附期限。乃無疑義。且法律於此時更定明不依原則，使債務人自催告時負遲延責任。而例外應自期限屆滿時負遲延責任。至期限得附條件否。則學者中有肯定否定二說。余謂只債務人得任意成就之條件始許附之。蓋催告原使債務人負遲延責任。置其效力於甚不確定之狀態。大於債務人不利。自不應許之也。

催告應就該債務爲之。始能有效。自不待言。如催告之內容與該債務之內容稍有差異時。例如數額履行處所不符時。是否爲有效之催告。應就具體情形依誠信之原則決定之。如自客觀仍得推斷係指同一之債。自仍應認爲有效之催告也。

催告應解爲得自由撤回。無容受第九十五條第一項但書之限制。蓋此時只於債務人有利故也。債權人起訴或依督促程序送達支付命令。與催告有同一之效力。乃法律有明文。支付命令。乃定明非自聲請時起。而自送達時起。起訴則是否自提出訴狀時。抑自送達訴狀時起。其適用民事訴訟律者。無問題。適用民事訴訟條例者。則有問題。應解爲此時與中斷時效不同。應自送達時起。始生遲延。

(參照總則時效中斷)

(四) 須不給付因可歸責於債務人之事由。

關於此點。在無明文之國。給付遲延。是否須債務人有故意或過失。學說上尙大有爭執。民法則於第二百三十條定明。因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者。債務人不負遲延責任。故如債務人未爲給付並無故意或過失。即不爲遲延。而受遲延之效力也。(參照以前說明)

上開規定之適用。應注意次述二點。

甲 給付須債權人協力者。此時如債權人不爲協力。則雖未爲給付。亦不生遲延。例如須債權人往取而未往取之時是。

乙 債務人不爲給付有法律上正當理由者。此時不爲給付。亦不生遲延。例如債務人有同時履行之抗辯權(二六四、二六五)或留置權(九二八)之時是。

第三 債務人遲延之效力。

此依法律及學理應如次述。

(一) 債權人得聲請法院強制執行。爲第二百二十七條所明定。即此時債權人無論何時均得起訴。且得依法聲請支付命令或保全執行並聲請破產。至真正強制執行。須待諸得有債務名義以後。自不待言。

(二) 債務人遲延者。債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。此爲第二百三十一條第一項所明定。雖與第二百二十七條重複。然爲遲延效力中之最重要者。條文所規定者。僅爲因遲延而生之損害。此項請求權。固仍與給付請求權並存。債權人自得一併行使。

(三) 債務人在遲延中。對於因不可抗力而生之損害。亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付而仍不免發生損害者。不在此限。爲民法第二百三十一條第二項所明定。此所謂不可抗力。如前所述。即爲不可歸責債務人之事由之一種。即債務人在未遲延前。因不可歸責己身之事由。固不應負責。而在遲延以後則否。只須爲遲延中所生之損害。雖因於不可歸責之事由。仍應負責。即完全採原因主義。乃認其損害與遲延有因果關係故也。但債務人如能證明縱不遲延亦將發生損害。則二者間已無因果關係。自仍不負賠償責任。(參照德民二八七)

(四) 遲延後之給付。於債權人無利益者。債權人得拒絕其給付。並得請求賠償因不履行而生之損害。爲民法第二百三十二條所明定。蓋在通常。債權人只得請求債務人賠償因遲延而生之損害。一面仍須受領給付。惟於遲延後之給付。於債權人無利益之時則否。例外許債權人得拒絕其給付。並得請求賠償因不履行而生之損害。即代替履行之損害。蓋此時仍只許債權人單得請求遲延損害不足以保護故也。至遲延後之給付。是否於債權人無利益。自應就具體情形。依客觀標準決定之。且應由債權人

舉證。其最有適用者。自爲嚴格定期行爲。但不以此爲限。

(五) 關於金錢即前述貨幣之債。民法另於第二百三十三條設有特則規定。即遲延之債務。以支付金錢爲標的者。債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者。仍從其約定利率。惟對於利息無須支付遲延利息。又金錢之債。除遲延利息外。債權人如能證明有其他損害者。並得請求賠償。利息雖不須付遲延利息。但債權人能證明有其他損害者。仍得請求賠償。此蓋以金錢通常本得利用生息。故此項之債。只須遲延給付。則無論其能否生息。並實際損害如何。均許債權人得依法定利率 (Zinsen) 請求支付利息。此稱曰遲延利息 (Verzugszinsen) 固爲一種法定利息。然亦屬賠償損害之性質。若當事人間原有約定利率者。自應從之。故債權人此時無須證明損害。即得請求遲延利息。至利息不許再請求遲延利息。蓋利息再生利息。與禁止複利之原則相反故也。又金錢之債及利息之債。如債權人確能證明此外更有損害。應許再請求賠償。方爲公允。(參照德民二八八瑞債一〇四、一〇六日民四一九法民一一五三意民一二三一)

(六) 約定違約金者。應於此時支付。此爲第二百五十條第一項所明定。當於後詳述。

(七) 債權人得有契約解除權。爲第二百五十四條、第二百五十五條所明定。亦當於後述之。

第四 債務人遲延之消滅。

債務人給付遲延之效力。應依次述事由消滅。

(一) 給付之提出。

債務人已爲給付或已爲給付之提出者。以後自不爲遲延。惟以前已生之遲延責任。不因受影響。自不待言。又此時非將原給付及損害賠償一併提出。尙難謂爲依債務本旨之履行。債權人仍得拒絕。又遲延後之給付。於債權人無利益者。債權人得拒絕給付。已於前述。凡得拒絕之時。遲延之效力。自不終止。

(二) 催告之撤回。

因催告始生遲延者。如債權人將其催告撤回時。此時得自初即不生遲延效力。抑往後不生遲延效力。當依撤回之內容解釋之。通常且得解爲前者。

(三) 履行之展緩。

即債權人有意思表示許債務人履行延期時。此時應否解爲自初即不生遲延效力。抑往後不生遲延效力。亦應就該意思表示內容解釋之。

(四) 遲延之承認。

即債權人對於以先之遲延有承認之表示時。得解爲遲延之效力。自初即不發生。

(五) 債權之消滅。

即債權依一定原因消滅者如係自初消滅。則遲延效力自初即不發生。如係往後消滅者。則遲延效力往後終止。

第二款 債權人遲延

第一 債權人遲延之意義。

債權人遲延(mora creditoris, Verzug des Gläubigers)者。債權人不為完結給付所必要之協力也。又稱曰受領遲延(mora accipiendi, Annahmeverzug)受領有廣狹二義。汎稱凡享受給付之利益曰受領者。此廣義也。單稱債權人就完結給付為協力曰受領者。此狹義也。此所謂受領。乃就狹義之受領言之。蓋債權自債權人方面言之。可分為二種。有不須債權人協力。給付即能完結者。關於此種債權。自不生受領遲延。有須債權人協力。給付始能完結者。關於此種債權。始生受領遲延。民法第二百三十四條所規定之受領遲延。即為此種債權。債權人對於已提出之給付拒絕受領。或不能受領者。自提出時起。負遲延責任。債權人果有受領給付之義務否。學者中尚有議論。然德、日通說。均持否定說。我國民法就此雖無明文。亦得為同一解釋。蓋財產權之行使與否。原則為權利人之自由。且法律亦明定免除債務為單獨行為。則苟無特別規定與訂定認其有行使之義務。自應認為無受領義務也。(註)

註 法國學者中認受領義務者不少。德國舊普通法學者亦多認此義務。

如上所述。受領給付。固非債權人之義務。不得強制之。但在債務人。速為給付。以消滅其債務。要亦有正當之利益。故民法謀雙方利益之調和。乃仿多數立法例。設債權人受領遲延之制度。使於法律上生一定效力。以保護債務人。(德民一九三三民四一三瑞債九一)惟民法雖將債權人遲延與債務人遲延通稱曰遲延。且於其效力。通定為應負遲延責任。然二者之性質。實屬根本相異。蓋債務人應負給付遲延責任。乃以給付義務為前提。為債務違反之結果。債權人所負受領遲延責任。則為特因保護債務人所設之一種特別責任。并非以受領義務為前提。而為債務違反之結果也。(註)

第二 債權人遲延之要件。

此應如次述。

(一) 須有債權存在。

即債權未成立或已消滅者。自無受領可言。

(二) 須債權之給付需債權人受領。

不須債權人協力之債權。自亦無受領可言。

(三) 須給付可能。

給付已不可能。即不能提出。自亦無受領。決定給付是否可能之時期。亦應以清償期爲標準。只須此時可能而爲提出。已足生遲延。以後成爲不能。亦屬無妨。遲延之效力。仍可發生也。

(四) 須債務人已得爲給付。

故於清償期前爲給付。須合於第三百一十六條之規定者始可。須債務至履行期。雖爲給付遲延之絕對要件。受領遲延則否。定有履行期者。不必以至履行期爲要件。僅以於履行期前得爲給付爲要件。

(五) 須債務人提出給付。

須債務人已提出給付。始生受領遲延。觀第二百三十四條自明。至如何始爲提出給付。則第二百三十五條有明文規定。即債務人非依債務本旨實行提出給付者。不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思。或給付兼需債權人之行爲者。債務人得以準備給付之事情通知債權人。以代提出。即原則應爲現實提出。例外始得爲言詞提出。給付之提出。又稱曰清償之提出。故本條當於說明清償時詳述。可參看之。

無論爲現實提出。或言詞提出。均係催告債權人受領。此在給付有確定期限之債亦然。此債生給付遲延。固只須屆期已足。若生受領遲延。則僅屆期尙爲不足。更須債務人催告債權人受領也。此催告即爲求債權人受領之通知。亦與一般催告爲同一性質。即爲類似法律行爲。蓋因此行爲所生之效力。不

關於行爲人之效力意思故也。惟須準用法律行爲之規定。仍參看清償提出要件之說明。

(六) 須債權人未受領。

即須債權人拒絕受領或不能受領。爲第二百三十四條所明定。只須有此事情。至其因何理由。可以不問。或因債權人不在、疾病、誤認無債權或未依債務本旨履行、并其他如何理由。均非所問。且債權人就此等事由有無過失。亦所不問。

受領遲延。以債權人有過失爲要件否。在德國普通法。頗有爭論。通說均謂爲要件。反是。現時多數立法例。均不以爲要件。(德民二九三瑞債九一奧民一四一九)日本民法學者通說亦謂非要件。我國民法解釋。自以從通說爲是。蓋立法趣旨。顯在認原因責任而非認過失責任也。

所謂拒絕受領。是否僅須有消極之狀態。抑須爲拒絕之通知。在日本學者中頗有議論。亦有謂彼國法條未如德國民法第二百九十三條單定爲不受領。而特定爲拒絕受領。顯係須表示拒絕之意思者。在我國民法。亦與日本民法相同。係用拒絕受領字樣。然余謂仍只須消極不爲協力行爲已足。無須特將拒絕之意思通知。例如需債權人往取之債務。債務人業已通知三日內來取。債權人置之不理。即係拒絕受領也。

所謂不能受領。即因債權人主觀事由。就給付不能爲協力也。仍以給付可能爲前提。故受領不能。與給

付不能。應區別之。若係給付不能。則自初即無受領可言。惟此二者。實際頗不易區別。應解爲凡於社會觀念上認爲已缺給付行爲之基本要素時。即爲給付不能。僅因債權人主觀事由而致不能爲協力。則爲受領不能。例如修理房屋之債。房屋被燒時爲給付不能。債權人已自行修理時。爲受領不能是也。債權人僅屬一時受領不能。民法第二百三十六條尙仿德國民法（德民二九九）設有免除責任之規定。即給付無確定期限。或債務人於清償期前得爲給付者。債權人就一時不能受領之情事。不負遲延責任。但其提出給付。由於債權人之催告。或債務人已於相當期間前預告債權人者。不在此限。故一時受領不能。不生遲延效力。尙應具備次要要件。

甲 須爲一時不能受領。故非一時不能受領。即根本不得適用本條。

乙 須爲給付無確定期限。或債務人於清償期前得爲給付之債。法律定明此等債一時受領不能。不生遲延者。蓋恐於債權人過苛也。

丙 須債務人提出給付。非由於債權人之催告。或債務人未於相當期間前預告債權人。其有此情形時。仍使生遲延者。蓋以債權人此時已無保護必要故也。

第三 債權人遲延之效力。

關於受領遲延。民法首於第二百三十四條定明債權人應自債務人提出給付時起負遲延責任。是其生

遲延效力之時期。至爲明顯。至遲延效力之內容。則如次述。

- (一) 在債權人遲延中。債務人僅就故意或重大過失負其責任。爲第二百三十七條所明定。(德民三〇〇)即債務人爲給付之義務。雖不因債權人遲延而消滅。但在債權人遲延效力即其遲延責任存續之中。債務人之責任。即大爲減輕。債務人在通常就其故意或輕過失之行爲。本均應負責任。(二二〇)此則僅就故意或重大過失始應負責任。故在遲延中。如發生給付不能者。只須非由於故意或重大過失所生。即可不負責任。總之。凡在提出給付後。債權人遲延責任未終止前。關於債務之不履行。只須債務人無故意或重大過失。法律或契約就該違反債務所定之責任。債務人均可免除。其最有適用者。債權人於此中不得請求因遲延所生之損害。實行債務人設定之擔保權。並請求支付違約金。
- (二) 在債權人遲延中。債務人無須支付利息。爲第二百三十八條所明定。(德民三〇一)此不問法定利息。約定利息。均有適用。即以遲延前債務人雖依法律或契約應付利息者。於債權人負遲延責任之中。亦不須付利息。蓋原本債權乃因債權人不受領而未消滅。則關於遲延中之利息。自不許債權人有請求權。方足以保護債務人也。

- (三) 債務人應返還由標的物所生之孳息或償還其價金者。在債權人遲延中。以已收取之孳息爲限。負返還責任。爲第二百三十九條所明定。(德民三〇二)此蓋以由給付標的所生之孳息。債務人應負

返還或償還其價金之義務時。在未爲給付提出前。債務人固有保管與收取之義務。但在已爲給付之提出後。即在債權人遲延中所發生之孳息。若仍責令債務人負與以前同一收取與保管之義務。未免過苛。故只限於實際已收取之孳息始應返還。若未收取之孳息。則只須其不收取無故意或重大過失。即不負返還之責。又在提出給付前所收取之孳息。在債權人遲延中滅失減少者。亦只須債務人無故意或重大過失。亦不負返還責任。

(四) 債權人遲延者。債務人得請求其賠償提出及保管給付物之必要費用。爲第二百四十條所明定。(德民三〇四)此蓋以債務人再次清償時。仍須再行提出。則以前提出所必要之費用。自得請求債權人賠償。又受領遲延後。債務人爲保管給付標的物所支出之必需費。自亦得請求債權人賠償。總之。此二種費用。均爲債務人因債權人遲延所生之損害。故許債務人更有請求賠償之債權。至其範圍。均以於客觀所必要者爲限。

(五) 有交付不動產義務之債務人。於債權人遲延後。得拋棄其占有。惟能通知者。應預先通知債權人。爲第二百四十一條所明定。(德民三〇三)此蓋以負不動產交付即移轉占有義務之時。於已爲交付之提出後。仍責令債務人負保管占有之義務。未免過苛。且不動產之占有。與動產之占有。微有不同。即許債務人拋棄。通常亦於債權人發生損害之危險較少。故法律對於債務人一面責令通知。一面允許

其拋棄而實行拋棄。除有不能通知之情形外。須於通知達到債權人後始得爲之。則觀法條自明。

(六) 種類之債。此時生特定之效力。觀第二百零二條第二項前段自明。

(七) 債務人得爲提存。亦爲第三百二十六條所明定。(後詳)

(八) 因契約互負債務者。債權人得拒絕自己之給付否。即債權人仍依第二百六十四條第一項有同時履行之抗辯權否。解釋上雖不無疑義。應取否定說。

(九) 在雙務契約。債權人遲延後債務人應爲之給付。解爲只須因不可歸責於債務人之事由。(即債務人無故意或重大過失)而成爲不能。則債權人仍應負爲對待給付之義務。(參照二六六、二六七)

第四 債權人遲延之消滅。

債權人遲延之效力。應依次述事由消滅。

(一) 遲延之承認。

即債務人承認債權人之遲延者。則其效力應行消滅。惟係往後消滅。抑係自初消滅。當解釋具體意思。

(二) 當事人之契約。

遲延之效力。得由當事人更以契約消滅。自不待言。惟係往後消滅。抑係自初消滅。亦應解釋其內容。

(三) 債權之消滅。

債之關係消滅者。遲延效力。自亦應消滅。此時自初消滅者。則遲延效力。亦自初消滅。至後消滅者。則遲延效力。亦自該時往後消滅。

(四) 受領準備之通知。

此時遲延之事由已終止。其效力往後自不應存續。

(五) 因可歸責於債務人事由致給付不能。

因不可歸責於債務人事由致給付不能者。可歸入上述三之內。惟因可歸責於債務人事由而致給付不能者。則債權未消滅。但已變為損害賠償債權。原債權之受領遲延效力。自應自該時起消滅也。

第三章 債之對外效力(債之保全)

第一節 概說

債權債務關係。雖為債權人對債務人請求為一定給付之權利。即為相對權。其效力。僅及於債權人與債務人之間。即僅有對內效力。固為原則。但法律於一定情形。仍許對於第三人亦有一定效力。此稱曰債權之對外效力。債權如認其有不可侵性。即得被第三人侵害。以成侵權行為。而發生損害賠償之債務。此固為債權對外之重要效力。即不認此種效力之學說。對於債之保全之效力。亦未加以否認。且關於此項效力。各國立

法例亦多以明文規定之。此即狹義債之對外效力也。

關於債之保全。法律尙設有人之擔保與物之擔保之制度。即一爲保證契約。一爲擔保物權之規定是也。然此種特別保全方法。均有待於當事人之特別契約。若無此契約。亦宜有保全之道。此則有一原則以支配之。即債務人之財產。乃爲總債權人之共同擔保。(gage commun, gage general)此原則。如法國法系之民法。乃設有明文。(法民二〇九二、二〇九三、意民一九四八、一九四九)在未設明文之國。亦均認爲當然。故於受此原則之支配下。應許債權人對於債務人之財產。有爲保全行爲之權利。此即所謂債之保全也。

民法所規定債權人爲保全之權利有二種。一曰債權人代位權。即第二百四十二條及第二百四十三條之規定是也。一曰債權人撤銷權。即第二百四十四條及第二百四十五條之規定是也。前者乃於債務人不行使屬於其財產之權利時。許債權人代位行使。後者乃於債務人爲減少其財產之法律行爲時。許債權人聲請撤銷。二者均係以維持債務人之財產爲目的。蓋如上述。債務人財產。既爲總債權人之共同擔保。自應許債權人有維持其共同擔保之權利也。

債權人代位權及債權人撤銷權。雖爲債權之對外效力。但非債權固有之效力。乃法律就債權特別附與之效力。雖與債權爲另一權利。但爲附隨於債權之權利。故應與債權共運命。故債權消滅者。此二權利亦應消滅。且不得離債權而單獨讓與或繼承。

第二節 債權人代位權

第一 代位權之沿革。

羅馬法無債權人代位之制度。德國法系之民法亦無此規定。惟法國民法有此規定。(法民一一六六)屬於法國法系之民法亦多仿之。(意民一二三四西民一一〇)日本民法及我國民法亦然。(二四二二四三日民四二三)關於法國民法代位權之起源。其國學者無深研究。惟拉伯(Labbe)謂代位之制。基於羅馬法強制執行之方法。法國法關於強制執行之方法。頗不完備。故有以代位權補充強制執行不備之必要。德國民法則以其強制執行之方法。較為完備。故未另設代位權之規定。若日本民事訴訟法。關於強制執行之規定。乃仿德國法。規定亦頗完備。似亦無規定代位權之必要。然代位權之程序。較強制執行之程序。頗為簡易。得為迅速之保全。於此點亦有實益。我國民法亦仍設代位權之規定。蓋亦基於此理由也。

(註)

註 前大理院判例亦認代位權。(民國五年上字五三七號)

第二 代位權之意義。

債權人代位權。(action Subrogatoire)亦稱間接訴權。(action indirecte, action oblique)即謂債務人怠於行使其權利時。債權人因保全債權。以自己名義。代債務人行使其權利之權利也。更分析說明之如次。

(一) 代位權爲實體法上之權利。

代位權雖有訴權之名稱。然非訴訟法上之權利。而爲民法上所認之私權。蓋代位與強制執行不同。并非能直接依此使其債權受強制執行。不過債務人財產經保全後。將來可受執行。故代位僅有爲強制執行準備之性質。

(二) 代位權爲一種形成權。

代位權果爲民法上何種權利。雖爲對於第三人之權利。然非如物權。有支配之客體。故非支配權。又以其非爲債權固有之內容。自亦非請求權。按其性質。乃係依自己行爲而發生一定法律上效力。仍應認爲一種形成權。雖其內容不能逕由一方意思表示即發生法律上效力。然權利人行爲。終爲該效力之一原因。故仍得謂爲廣義之形成權。即所謂能權(Kannrecht, Recht des rechtlichen Könnens)或第二一權(Sekundäre Recht)之一種。

(三) 代位權乃債權人以自己名義行使債務人權利之權利。

債權人果係以何人名義行使何人之權利。學說不一。甲、有以債權人爲債務人之代理者。乙、有以債權人爲自己利益之代理者。丙、有以債權人以自己名義行使債務人之權利者。民法爲杜爭議起見。乃定明係債權人以自己名義行使債務人之權利。自理論言之。亦以此說爲當。以其係以自己名義行使他

人權利。故與代理權不同。不過係行使債務人之權利。其行使權利之效力。當然就債務人發生。例如代位行使債務人之撤銷權時。撤銷之效力。亦就債務人發生是也。惟債權人提起訴訟之既判力。以債務人爲該訴訟之第三人。其效力自不及之。(參照後述)

第三 代位權之要件。

代位權行使之要件。依第二百四十二條及第二百四十三條。應解爲如次述。

(一) 須因保全債權。

此爲法條所明定。所謂因保全債權者。即謂因自己債權得滿足所必要也。代位權乃干涉債務人之權利。自非有此必要。不得行使。法國學者中。亦有解此義爲債權人行使債務人權利有利益者。然觀念過於茫漠。應解爲須爲自己債權得滿足所必要。易言之。即須其債權有不得滿足之危險時始可。惟此又係指如何情形。則學說上又有二說。

甲 有謂必須因債務人無資力。致爲一般債權之保全亦有必要始可者。

乙 有謂只須因該具體債權之保全所必要即可者。

自沿革言之。法國間接訴訟之制度。原僅以維持共同擔保爲目的。故必以債務人資力不充足爲要件。而在普通之債權。其有保全之必要。亦多原因於債務人資力之不充足。故通常均須債權人證明債務

人資力已有不足清償其債務之危險。始能行使代位權。然亦有特定債權。不關於債務人有無資力而有保全之必要者。例如乙將由甲買成未交之古玩。轉賣於丙時。即令乙爲富翁。但若不向甲請求交付。丙即有代向甲請求交付之必要。又如乙由甲讓受不動產所有權。未經登記。再讓與於丙時。如乙不向甲請求爲移轉登記。丙亦有代爲請求之必要。故余取第二說。謂債務人無資力。不必爲代位權行使之要件。

代位權因須以保全債權所必要爲要件。故凡不適於保全之債權。均不得行使代位權。如不作爲之債權。需債務人特別智能之行爲或勞務之債權均是。

(一) 須債務人怠於行使其權利。

此亦爲法條所明定。法律認債權人有代位權。原爲債務人怠於行使權利。致債權人債權有將不得受滿足之虞。否則決無許其妄行干涉他人權利之理。此點在無明文之法。日民法。其學說上亦無爭執。所謂怠於行使權利者。即債務人就其權利得行使而不行使也。其不行使有無故意或過失。乃所不問。

(二) 須非專屬於債務人本身之權利。

此亦爲法條所明定。即依代位權所得行使之債務人權利。於法律上有一限制。即須非專屬於債務人本身之權利。此點法。日諸國民法。亦均定有明文。

所謂專屬權利人本身之權利。(höchstpersönliche Rechte, droits exclusivement attachés à la personne)有二義。有謂權利之歸屬應專屬於本身者。有謂權利之行使應專屬於本身者。此係第二義。即行使與否。應依權利人本人意思。為權利之性質所必要也。(註)

註 法國學者通說分權利為三種。甲、基於純然無形的(或道德的)利益之權利。乙、基於純然財產的利益之權利。丙、同時基於無形的及財產的利益之權利。第一種。乃不許代位者。第二種。除有特別規定外。乃許代位者。第三種。是否許代位。乃應視其着重於無形的利益抑有形利益而別。

甲 非財產權。以其非構成債務人財產之權利。自不許代位行使。此不問身分權、人格權均然。故如繼承權、夫權、親權、婚姻撤銷權、離婚請求權、營業權等均是。

乙 財產權中之因無形利益而存在。其行使與否。須由權利人意思決定者。亦不許代位行使。例如依第一百九十五條第一項所規定之金額賠償請求權是。

丙 財產權中之着眼於權利人人格或身分而付與者。亦不許代位行使。例如由於夫妻間財產契約所生之權利、扶養費請求權等是。

丁 依其性質不得讓與之權利。此不許代位。乃不待言。

戊 不得扣押之權利。此不許代位。亦不待言。

只須非專屬債務人本身之權利。則均得爲代位權之客體。其爲純然財產的權利。如因於債務不履行之損害賠償請求權。因於財產權侵害之損害賠償請求權。代價請求權。貸費請求權。報酬請求權。保險費請求權。契約解除權。買回權等。得代位行使。固不待言。即有財產的利益之權利。如因於錯誤。詐欺。脅迫等所生之撤銷權。及次述之債權人撤銷權等。亦得代位行使。

但應注意者。得代位行使者。須以屬於債務人之權利爲限。僅屬權能。不許行使。此點亦有立法例以明文規定者。(參照法民一一六六意民一二三四)我國民法僅定明爲權利。其僅爲權能。自不許行使。故債權人就其財產所有之使用。收益或處分之權能。均不許代位行使。以外應解爲債權人不能代債務人承諾契約。亦以承諾適格。僅爲單純法律上之可能故也。又非債務人所有之權利。亦不許代位行使。但只須爲債務人所有。則不問其成立是否在債權人之權利成立之前。

(四) 原則須於債務人負遲延責任時。

即法條明定代位權非於債務人負遲延責任時。不得行使。但專爲保存債務人權利之行爲。不在此限。(二四三)故原則須於債務人就債權人之債權給付遲延時。始得行使代位權。惟專爲保存債務人權利之行爲。則爲例外。雖債務人未經遲延給付。亦得代位。

債務人須自何時負遲延責任。爲第二百二十九條所明定。已於前述。

專爲保存債務人權利之行爲即所謂保存行爲 (actus conservatoires) 乃防止權利消滅或變更之行爲。此項行爲只於債務人有利且宜及時爲之。故許債權人得於其債權未至清償期前爲之也。例如中斷時效於第三債務人破產時呈報債權等行爲均是。

代位權行使之要件。僅如上述。以外別不須要件。故

(一) 債權人之債權種類無限制。不問其爲因於契約之債權。抑爲因於以外原因之債權。且其成立亦不必在代位行使之權利成立之前。

(二) 債權人不須有債務名義。此蓋以代位權即係於訴訟上行使。亦非強制執行故也。

(三) 無須得債務人之同意。亦無須通知債務人。

第四 代位權之範圍。

關於代位權行使之範圍。法律雖無明文。但應解述如次。

(一) 須於保全債權所必要之限度爲之。此爲當然。故其行使權利已達足使其債權得滿足之程度時。以後即不得行使。但該被行使之權利亦不必恰與債權數額相當。即有超過亦可。又只須在限度內行使權利之數。無所限制。即將屬於債務人所有之數個權利。同時或先後行使均可。

(二) 行使權利之行爲。不以保存行爲爲限。觀第二百四十三條但書自明。故除保存權利之行爲外。實

行權利之行爲。自亦得爲之。例如催告清償、行使擔保權、提起訴訟、參加訴訟、爲保全程序或執行程序。均是。

處分權利之行爲。即處分行爲。得爲之否。應解爲於債務人不利益者。例如免除債務、拋棄權利等減少債務人財產之行爲。固不得爲之。反是。如抵銷、更改、讓與、和解等交換利益之行爲。只須於債務人有利。亦得爲之。

行使以金錢或其他物品之給付爲標的之債權時。應向何人給付。乃一問題。他國學說及判例。亦不一致。應解爲雖只得請求向債務人給付。但債權人亦有代債務人受其交付之權。蓋此亦屬於實行權利之範圍也。

第五 代位權之方法。

關於代位權行使之方法。法律只定明債權人以自己名義。以外別無規定。應解述如次。

(一) 既定明應以自己名義。則其行爲。完全爲自己行爲。非代理行爲。故關於代理之規定。於此時無適用。

(二) 法國學者雖稱代位權曰間接訴訟。然其行使方法。並不以訴訟上之方法爲限。尤不須特對第三人起訴。凡債務人就其權利所得行使之方法。均得行使之。故如行使解除權或撤銷權。則爲解除或撤

銷之意思表示足矣。

(三) 行使權利。應以善良管理人之注意。蓋其行使。乃爲自己利益。自應有此注意義務。如怠於此注意。而致債務人受損害。自應賠償。

第六 代位權之效力。

行使代位權之效力。法律無明文規定。應解述如次。

(一) 對於債務人之效力。

甲 權利行使之結果。應歸屬於債務人。

此點乃於學說上無異說。蓋債權人行使權利。雖係用自己名義。究爲債務人行使。故因其行使得。之法律上效力或事實上結果。當然只能歸屬於債務人。而不能歸屬於債權人。債權人欲使其權利。就該項結果受滿足。自更須依強制執行或由債務人移轉始可。

乙 債務人就該權利應失處分權否。

即債務人於債權人代位行使其權利後。就該權利即喪失其處分之權利否。法國學者中多持否定說。日本則就裁判上之代位。於非訟事件法定有明文。規定債務人失處分權。其國學者就裁判外之代位。亦多持肯定說。

上述二說。自保護債權人並法律認代位權之趣旨言之。固以肯定說爲是。但此須特別明文。民法既無此明文。惟有依否定說。

丙 代位判決之效力。能及於債務人否。

即債權人代位對第三人起訴。債務人未經參加時。其判決及其效力於債務人否。學說上尙有爭執。有肯定否定二說。前說以債權人爲債務人之代理人。如敗訴時。債務人亦不得自行起訴。此爲少數說。後說謂此訴訟僅爲債權人與第三人之訴訟。債務人不應受其效力。故仍得起訴。余以此說爲是。蓋在我國民法。明定以自己名義行使權利。乃完全爲債權人與第三人之訴訟。其既判力自不能及於債務人也。(參照民事訴訟條例四七四、四七一、民事訴訟律四八四、四八一)

丁 因保存行爲所出費用之求償權。

關於此點。前大理院有判例。即因保存債務人財產所出之費用。若係有益於各債權人之全部或一部者(共益費用)對於受利益之債權人。得主張優先受償。(民國九年上字七二六號判例)至得向債務人請求償還。更不待言。

(二) 對於第三人之效力。

此應解爲完全與債務人自己行使權利之時相同。凡債務人就行使權利所得爲之行爲。債權人均得

爲之。第三人不得拒絕。反是，第三人亦不得因債權人行使權利而更受不利益。故凡第三人就該權利之行使所得對抗債務人之事由，亦得對債權人對抗。例如抵銷之抗辯，同時履行之抗辯等。此時亦得爲之。

第三人於債權人行使權利後，始由債務人處分行爲取得之抗辯權，得以對抗債權人否。此與前述行使後債務人所爲處分行爲是否有效之問題有關。如不許處分，則當然亦不許對抗。如仍許處分，則得對抗。

第三人對於債務人之抗辯權，固得於債權人行使權利時對之行使。但對於債權人之權利及其他得對抗之事由，則不得於此時以之對抗。蓋以債權人乃係行使債務人之權利，非行使自己之權利故也。

第三節 債權人撤銷權

第一 撤銷權之沿革

債權人撤銷權，乃爲羅馬之包爾(Paulus)所創造。以後均沿稱曰包爾之訴(Actio Pauliana)在羅馬法初時，乃認此訴有二種。一種須以債務人有害債權人之意思爲條件。一種則不以爲條件。(別稱曰 *actio in factum*)。至優斯提尼安帝，則僅認具有惡意之主觀要件之訴權一種。然至中世之法國法及意大利法，則以意思立證困難，不足以保護債權人，已不以爲要件。德國固有法，亦認須有惡意之撤銷權。英國法亦認

撤銷權甚早。

及至近代。則各國法制。無不認破產上及破產外之撤銷權者。如德國之債權人撤銷法及破產法之規定。(德破產法二九條以下)法國民商法之規定。(法民一一六七法商四四二以下)日本民法及破產法之規定。(日民四二四、四二六日破產法七二以下)瑞士千八百八十九年聯邦法。奧國民法及破產法之規定。(奧民九五三奧破產法二七以下破產外撤銷權法)意國民法及商法之規定。(意民一二三五意商七〇七以下)英國詐害行為法及破產法均是。我國前大理院亦認撤銷訴權。著有判例甚多。(參照民國六年上字六三二號五年上字二四五號四年上字七四一號七年上字六四九號判例)

第二 撤銷權之理由。

撤銷權亦非債權固有之效力。而為法律特別創設之權利。其目的與上述之代位權相同。專在保全債權人之債權。然代位權尚僅法國法系法制認之。若撤銷權。則各國法制。莫不認之。乃以其實際需要。更較代位權為大故也。蓋債務人於債權人未就其債權受清償以前。若為害及債權人之財產上行為。致其財產減少。而不使債權人有防止之道。則將坐受其害。殊非法律所以保護債權人之道。故於一定條件之下。許債權人得將該行為撤銷。使其財產回復原狀。此即認許撤銷權之由來也。

第三 撤銷權之意義。

債權人撤銷權 (Gläubigeranfechtungsrecht) 者。債權人得撤銷債務人所爲害及其債權之法律行爲之權利也。亦稱曰撤銷訴權或直接訴權。蓋以其係爲債權人固有之權利。而直接對於債務人或第三人起訴。請求撤銷債務人之詐害行爲也。一般又稱曰包爾訴權 (Paulianische Klage, action paulienne) 日本舊民法則沿法國民法。稱曰詐害行爲之廢罷訴權 (action revocatoire) 茲說明其性質如次。

(一) 撤銷權爲實體法上之權利。

此權利雖與上述之代位權不同。須聲請法院爲撤銷。即須以訴之方法行使。故一般亦以訴權稱之。但並非訴法上之權利。而爲實體法上之權利。蓋民法規定須聲請法院撤銷之權利。並不只此一種。均爲民法上之權利。(例如七四一) 若此權利。則民法明規定之於債之效力一節以內。且規定其消滅時效。其爲民法上之權利。自更無疑義也。

(二) 撤銷權爲一種形成權。

撤銷權果爲民法上何種權利。學說甚屬紛紜。可大別之爲三說。

甲 形成權說。

此說謂此種撤銷權與一般撤銷權相同。乃係撤銷法律行爲而使其自始無效之權利。(參照一四一) 即爲形成權之一種。此說在日本學者中爲通說。又稱曰物權說。若從此說。則債權人所提起

之訴。爲形成之訴。其訴訟標的爲撤銷權。如法律行爲經撤銷。則爲絕對無效。而應發生回復原狀之問題。

乙 債權說。

此說謂此種撤銷權。乃爲請求返還依債務人行爲而移轉於受益人之財產之債權。此在德國學者中爲通說。若從此說。則債權人所提起之訴。爲給付之訴。其訴訟標的爲原狀回復請求權。(註)

丙 折衷說。

此說謂此種撤銷權。乃爲撤銷法律行爲並回復債務人財產原狀之權利。爲日本大審院所取。若從此說。則債權人所提起之訴。或單請求撤銷或並請求回復原狀均可。乃折衷前二說者也。

在我國民法之解釋。余取第一說。蓋民法明稱曰撤銷權。其目的又在撤銷債務人所爲法律行爲之效力。自應解爲與一般撤銷權無異。而爲一種形成權也。(註)

註 因撤銷而能達回復原狀之目的者。則可單行使撤銷權。如不能當然發生回復原狀之結果者。自應許債權人得同時一併依代位權請求回復原狀。

(三) 撤銷權乃爲撤銷債務人所爲詐害行爲之權利。

即此種撤銷權。雖與他種撤銷權同在撤銷法律行為之效力。然其不同之點。則該撤銷權發生之原因。即撤銷原因。乃爲債務人之詐害行為。債務人爲此行為。雖亦爲其權利。並不得謂爲成立侵權行為。但既間接使債權人之債權受損害。故法律亦加債權人以保護。特別認許債權人有撤銷該項法律行為之權利也。

債權人於民法上之撤銷權。乃與債權人於破產法上之否認權。略有同一目的。其性質亦屬相同。不過否認權須以破產宣告爲條件。較之撤銷權。債務人之財產狀態。更爲不良。且得否認之行為之範圍。亦較之撤銷權之範圍爲廣。此二者沿革上乃相伴發達之制度。故自來之立法例。固有以各別法律規定者。然亦有以同一法律規定者。

第四 撤銷權之要件

關於債權人撤銷權成立之要件。立法例有二主義。

(一) 主觀主義

此不分無償行為與有償行為。均不僅須客觀要件。即須有詐害行為。並須主觀要件。即更須有詐害意思。此爲日本民法所取。(日民四二四)

(二) 客觀主義

此分無償行為與有償行為。前者則僅須客觀要件。即詐害行為。不須主觀要件。即詐害意思。獨後者始並須主觀及客觀二要件。此為歐洲多數立法例所取。

上述二主義。第一主義。乃重在保護債務人及受益人。故限於須債務人或受益人知有害債權人始可。否則不許債權人濫行干涉其自由。並犧牲其利益。我國舊民律草案從之。前大理院亦係採此見解。(民國六年上字六三二號三年上字一〇三四號五年上字二四五號判例)第二主義。則重在保護債權人。只須為無償行為。並有害債權人。即應許其撤銷。我國民律修正案從之。然此二主義。於實際結果。並無大差別。蓋即從第一主義。而關於無惡意之證明。仍須由債務人或受益人為之。在無償行為。此證明殊為困難。故其結果亦與第二主義無大差異也。(註)

註 日本民法及我國前大理院判例。並非如多數立法例。須有害債權人之意思。只須知有害債權人。故均須主觀要件。亦無大害。

我國現行民法亦係仿修正案。採第二主義。觀第二百四十四條規定自明。故應分別論述如次。

(一) 無償行為。

關於無償行為之撤銷權成立要件。應如左列。

甲 須債務人曾為無償行為。

此爲法條所明定。更分述之。

I 須爲無償行爲。

更應注意次述各點。

a 所謂行爲。應解爲法律行爲。關於此點。立法例不盡一致。如法國法系之民法。單定爲行爲。(act)德國法系之民法。及特別法。則定爲法律的行爲。(Rechtshandlung)日本民法則定爲法律行爲。破產法又單定爲行爲。民法第二百四十四條所謂無償行爲有償行爲。是否單指法律行爲。雖不無疑義。然自民法一般所稱(參照三四七)及撤銷僅於法律行爲有適用(參照一一四一)之點言之。自以解爲係指法律行爲爲是。

b 只須爲法律行爲。則其種類。除如後述須爲財產上之行爲外。別無其他限制。不問爲契約或單獨行爲。亦不問爲債權行爲或物權行爲。并準物權行爲。亦不限於處分行爲。故如爲使用貸借保證契約等非處分行爲。亦可撤銷。

雖爲法律行爲。亦須有撤銷之必要者始可。故如未成立之法律行爲。或無效之法律行爲。則毋庸適用本條。反是。只須爲已生效或得生效之行爲。則雖另有其他撤銷原因。亦屬無妨。又附條件或期限之行爲。亦得適用本條。

c 雖事實上未爲法律行爲。而法律上視爲法律行爲者。亦適用本條。爲撤銷權之客體。蓋以撤銷本在撤銷法律行爲之效力。此時既經法律視爲已爲法律行爲。發生同一效力。自應許其亦得撤銷也。例如第一百五十四條第二項視爲要約。第一百六十條視爲新要約。第一百七十條第二項視爲拒絕承認等行爲。均得依撤銷權以否認其效力者是。(註)

註 關於此點。有反對說。

d 不作爲。通說均謂不應包含於此之法律行爲之內。而爲撤銷權客體。余從少數說。只限於單純不作爲。不能成爲法律行爲者。始應不適用本條。若不作爲而成爲法律行爲者。仍得適用本條。蓋以法律行爲亦如一般行爲。可由作爲或不作爲而成也。惟單純之不作爲。例如不爲時效中斷之行爲。不爲贈與要約之承諾。則不得撤銷。

e 類似法律行爲及其他足生法律上效力之合法行爲。即所謂法律的行爲。如中斷時效之承認。債權讓與之通知等。得準用本條。爲撤銷權客觀否。日本學者中有否定肯定兩說。前說爲通說。余於民法解釋。取後說。

f 事實的行爲。此雖足生法律上之效力。亦不能適用本條。例如破毀其物是。

g 訴訟行爲。原則不許撤銷。惟於訴訟行爲同時有法律行爲性質之時。則得適用本條。許其撤銷。

銷(註)

註 關於此點有二反對說。有主張概不得撤銷者。有主張概得撤銷者。

h 侵權行爲。雖亦係侵害債權人權利。但不得適用本條。惟詐害行爲與侵權行爲。乃得並立者。故一行爲亦可同時有二行爲之性質。

上述各項說明。對於本條第二項之有償行爲亦可應用。至適用本條第一項。則須爲無償行爲。何謂無償行爲。即雙方所爲給付未有對價關係(Dingens)之法律行爲也。故只債務人一方爲給付者。固爲無償行爲。即相對人亦爲給付。而非對待給付。即與債務人所爲給付非立於對價之關係者。亦爲無償行爲。(參照總則法律行爲及本書契約分類之說明)

2 須爲債務人所爲。

無償行爲。若爲債務人之相對人所爲者。只於債務人有利。當然無許撤銷之理。只須爲債務人所爲。則爲契約或單獨行爲均可。如權利移轉及贈與契約。前之例也。如債務承擔及債務免除。後之例也。又代理人所爲之法律行爲。亦與債務人自爲者無異。自亦得爲撤銷權客體也。

乙 須其行爲係以財產爲標的。

法律行爲。可分爲財產上之行爲與身分上之行爲。必於財產上之行爲。始可爲無償行爲與有償行

爲之分類。此已於總則述之。故此所謂以財產爲標的之行爲。即謂財產上之行爲。申言之。即指以欲發生財產上效力之意思表示爲要素之法律行爲也。(參照總則說明)必該法律行爲係直接以財產上效力爲標的之法律行爲。始有本條之適用。故

1 並以財產關係及身分關係爲標的之法律行爲。例如繼承權之拋棄、廢繼之同意、入贅契約之解除等行爲。雖亦一併發生財產上之效力。但不許撤銷。

2 以身分關係爲標的之法律行爲。而伴有財產上之效力者。例如婚姻、離婚、養子契約之締結或解除等行爲。雖亦間接發生財產上之不利利益。亦不許撤銷。

3 以債務人之勞務或其他不關於財產之作爲爲標的之法律行爲。例如於雇傭之受雇、於委任之受任、於合夥之勞力出資、於寄託之受寄等。亦不許撤銷。

4 雖爲財產上之行爲。但左列行爲。亦不許撤銷。

- a 公法上之行爲。例如官吏俸給之拋棄、議員歲費之拒絕是。蓋以此項行爲非法律行爲故也。
- b 以不融通物或不許讓與或扣押並專屬債務人本身之權利爲標的之法律行爲。亦不許撤銷。蓋以此項物或權利。不能爲共同擔保故也。

c 利得之拒絕。(Ablehnung eines Erbvord)亦不許撤銷。例如遺贈之拒絕受領是。蓋以此項行爲。

僅單純不作爲故也。

丙 須害及債權人。

此亦爲法條所明定。所謂有害及債權人。即謂債權人債權因債務人行爲受損害也。更分別論述如次。

I 須債權人債權爲得受損害者。

關於得發生撤銷權之債權人債權。法律上固無種類限制。故

a 不以金錢債權爲限。德國學者。以撤銷訴權爲金錢債權強制執行之補助方法。固主張僅就金錢債權始發生撤銷權。(參照德國撤銷權法第二條)但在我國民法。不能爲同一解釋。

b 債權發生之原因無限制。故由於契約或侵權行爲並其他法律事實均可。

c 不須屆至履行期。如德國撤銷權法第二條。固定明須至履行期。然我國民法。不能爲同一解釋。蓋在履行期前。亦有保全必要故也。

但得發生撤銷權之債權。必須爲得因債務人行爲而被詐害之債權始可。故就次述債權。不得有撤銷權。

a 不作爲之債權。並以債務人勞務並其他不關於財產之作爲爲標的之債權。蓋得撤銷者。

既僅爲以財產爲標的者。則債權人之債權。若與債務人之財產狀態無關。自不許適用撤銷之規定也。

b 在詐害行爲成立後發生之債權。關於此點。學說上雖尙有爭執。有否定肯定二說。但以否定說爲是。蓋債權於行爲時尙未成立。自無被害之可言也。

c 有確實擔保之債權。此不許行使撤銷權。學說上無爭。但如擔保品不確實或保證人並非殷實。則應仍許於相當範圍內行使。

d 附停止條件之債權。此於條件未成就前。不許行使。蓋此時債權尙未成立故也。

2 須債權人債權曾受損害。

所謂債權受損害。即指債權有難得滿足之危險。此又有二義。

a 因債務人行爲而致本債權履行困難或不能。

b 因債務人行爲而致其財產減少。使一般債權清償不能或困難。

此所謂債權受損害。應解爲何義。自立法沿革言之。撤銷權之根據。本在共同擔保。自應解爲第二義。故在他國民法。亦有以明文定爲此權利之行使。應爲總債權人之利益生效力者。然在我國民法。余謂仍應與前述之代位權同解。爲何義均可。蓋撤銷權亦與代位權同爲法律所許債權人保

全自己債權之權利。法律既未特別定明須爲總債權人之利益而行使。自只須債權人之債權實曾因該行爲受損害。即有許其行使保全權利之必要。此在本條第一項之無償行爲固應如是。即次項之有償行爲亦應如是。蓋在有償行爲。既須債務人並受益人有詐害意思。亦非於債務人及第三人過酷也。故

a 因債務人行爲而致支付不能(Zahlungsunfähigkeit)者。得適用本條。固不待言。(註)

註 此爲德國債權人撤銷權法所定。日本學者亦有持此說者。

b 因債務人行爲而致債務超過(Uberschuldung)者。亦得適用本條。(註)

註 此爲一千八百八十九年瑞士聯邦法所定。在日本學者中爲通說。

c 債務人行爲單使債權人債權履行不能或困難者。例如甲將不動產先賣給乙。未移轉並登記前。更賣給於知此情事之丙。即行移轉並登記時。應許乙得撤銷其買賣及移轉契約並聲請撤銷登記。(註)

註 日本學者及大審院判例。此時均取反對見解。判例謂此種給付特定物之債。須於變爲損害賠償之債時。始得適用撤銷之規定。學說中則又有二派。有謂特定給付之債概無適用者。有謂此債於債務人行爲致有難受損害賠償之危險仍可適用者。在日本民法。以有第四百

二十五條第一項撤銷應於為總債權人利益生效之規定。其與歐洲撤銷權制度。取一致解釋。自屬當然。

凡債務人因其行為而致對於債權人之債權清償能力減少者。均得謂為債權人之債權受損害。至其減少之方法。可以不問。積極財產之減少或消極財產(債務)之增加均可。又只須債務人清償能力減少即可。即有共同債務人(例如在連帶債務)他人之清償資力。尚未減少。亦足行使撤銷權。至不須債務人停止支付。更不待言。

又受損害之狀態。須行使撤銷權時尚屬存在者始可。故當時雖曾因債務人行為受損害。成立撤銷權。而行使權利以請求撤銷或判決之時。如其狀態已不存在。例如清償能力已經回復。則不得謂為受損害。撤銷之請求。仍不得成立。

3 須債權人之債權係因債務人行為而受損害。

即須債權人債權之受損害。與債務人之行為有因果關係。此因果關係。須以行為時為標準而判斷之。即須於行為時債務人對於該債權之清償能力更因該行為減少者始可。故債務人雖曾為無償行為。而當時債務人財產。實尚足清償債權人債權。至後始為無資力者。亦不得適用本項。無償行為。只須上述要件已足。並不須有相對人。亦不須債務人於行為時知其行為有害及債權。

人。其有相對人者。亦不須相對人於受益時知此情事。

(二) 有償行爲

債務人所爲之有償行爲。成立撤銷權。其要件於客觀方面。須爲詐害行爲。申言之。即甲須債務人曾爲有償行爲。乙須其行爲係以財產爲標的。丙須害及債權人均。屬與無償行爲相同。所不同者。即僅此客觀要件。尙爲不足。更須有主觀要件。即須有詐害認識。蓋在無償行爲。本可推定債務人或受益人有詐害意思。自只須有詐害事實。即應許債權人撤銷。若在有償行爲。則因其爲有償。僅有詐害事實。即許撤銷。則干涉債務人自由犧牲第三人利益過大。故必更有詐害認識方許撤銷也。茲更就左列二點述之。

甲 有償行爲。

有償行爲。乃與無償行爲對待而稱。即指雙方須以對價關係相給付之行爲。(參照總則法律行爲種類)其須爲法律行爲。並須爲財產上之行爲。均與無償行爲相同。故關於無償行爲之說明。於此均可應用。可參看之。惟應注意次述各點。

I 所謂有償行爲害及債權人者。即謂該行爲之結果於債權人不利也。申言之。須債權人之受損害與債務人之行爲有因果關係。有無因果關係。須自全體觀察之。不僅自局部觀察之。即於全體足認二者有因果關係即可。故如該行爲之對待給付。全不相償。例如債務人係以極賤之價出

售其物者。其得認爲有害債權人。固不待言。即令該行爲之對待給付。實足相償。而其結果仍於債權人不利。例如債務人雖將其不動產以相當價值出售。而得價後。立即花用或藏匿。致債權人債權不能受清償者。亦得認爲害及債權人。

2 債務人清償他人債權。致其資力減少。是否得撤銷。學說上有否定肯定二說。余謂應分別論之。其尙未應履行而履行者。則應取肯定說。反是。若係履行已到期之債務。則應取否定說。蓋此時乃爲已存義務之正當履行。強制平均分配。僅能於破產時認之也。

3 對他人設定擔保物權得撤銷否。亦有否定肯定二說。余謂應分別論之。非爲自己債務或非爲自己已到期之債務設定者。應取肯定說。蓋以此時係不當而致債務人資力減少也。反是。若係爲自己已到期之債務設定者。則與前述清償已到期之債務相同。乃爲正當履行。自應不許撤銷。

4 對他人負擔保證債務及其他從新負擔債務。如有害債權人。應許撤銷。蓋以其有害共同擔保故也。

5 代物清償更改。並對第三人債權延期之承諾。亦足爲撤銷客體。

乙 詐害認識。

關於主觀要件。立法例又有二主義。

1 意思主義。(Willenstheorie) 須有詐害債權人之意思。(Concilium fraudendi, Benachteiligungsabsicht) 即爲該行爲係欲損害債權人權利。此爲羅馬法所取。近時多數法制亦同。(參照德國債權人撤銷權法第三條第一號)

2 認識主義。(Vorstellungstheorie) 只須有詐害債權人之認識。即明知有損害於債權人之權利而仍爲該行爲。此爲法國法系多數學說所主張。日本民法則定爲明文。

我國民法係採第二主義。依其規定。應解爲行爲人及受益人均須有惡意。始許撤銷。更分述之。

1 債務人之惡意。

此須「於行爲時明知有損害於債權人之權利。」即須債務人爲該有償行爲。對於債權人有惡意。而此惡意之有無。則係以行爲時爲標準以決定之。

2 受益人之惡意。

此須「於受益時亦知其情事。」即須受益人由該行爲受利益。對於債權人有惡意。即亦明知債務人之行爲有損害於債權人之權利。而此惡意之有無。則係以受益時爲標準以決定之。其於債務人行爲時即已知之固可。即只於受益時知之亦可。

所謂受益人。即指取得爲該法律行爲標的之利益之人也。通常自爲法律行爲之相對人。但不以

此爲限。例如爲第三人利益之契約之第三人，亦爲受益人也。

他國民法亦有特以明文規定利益轉得人，有惡意亦得適用本項者。民法雖無明文，亦得爲同一解釋。蓋亦爲受益人故也。(註)惟轉得利益人，則須於轉得利益時知之始可。何謂轉得人，即由受益人讓受其爲該法律行爲標的之利益也。至受益人之包括繼承人，則原係繼承受益人之地位。只須於受益時受益人知之已足。故此所謂轉得人，乃指依包括繼承以外原因取得利益之人。又轉得人不僅指一次。凡以後之迭次轉得人均可包含之。至其所轉得之利益，不必與最初受益人取得之利益相同。只須其利益係由於該行爲標的之利益發生即可。例如甲將其土地所有權讓與於乙，乙又設定地上權於丙，丙又設定質權於丁，如甲乙丙丁均於行爲並受益或轉受益時明知該讓與行爲有害及甲之債權人，則甲乙丙丁均應受本項之適用也。

註 轉得利益之人亦應受撤銷權規定之適用。前大理院已著有判例。(民國五年上字二四五號) 舊民律草案及修正案亦定爲明文。(舊草案四〇〇修正案三八二)

依上所述。債權人欲撤銷債務人所爲之有債行爲，必須債務人及受益人均有惡意。僅債務人有惡意而受益人無惡意，或僅受益人有惡意而債務人無惡意，均不得適用本項。此觀本項規定自明。僅債務人有惡意而相對人無惡意，尚不許撤銷者。蓋以第三人因有債行爲而正當取得之利益，不得

犧牲以妨交易之安全也。至僅相對人有惡意而債務人無惡意亦不許撤銷者。則以債務人之有債行為。不許妄由其債權人干涉也。

債務人與受益人之惡意。只以行為時或受益時是否知情爲標準。並不須通謀。亦不須受益人知債務人有害債權人之意思。又只須不知情。即就此有過失。亦可不問。仍不許適用本項。

債務人或受益人如係由代理人爲行為或受利益者。則應適用第一百零五條之規定。即其知不知原則應就代理人決之。惟有該條但書之情形。則仍應就本人決之。

第一受益人外。更有第二以下之受益人即轉得人者。於其惡意之關係如何。即若1.僅有受益人有惡意。轉得人無惡意。或第二轉得人無惡意。2.或僅轉得人無惡意。受益人無惡意之時。債權人亦得行使撤銷權否。學說上大有議論。可分爲三說。

- 1 受益人及以後之轉得人均須有惡意始得行使撤銷權。
- 2 只受益人或轉得人一方有惡意對於該一方即得行使撤銷權。
- 3 有轉得人而受益人無惡意。則債權人概不得行使撤銷權。但只須受益人有惡意。即轉得人無惡意。對受益人仍得行使。惟對轉得人行使。則仍須轉得人有惡意。

上述三說。在我國民法之解釋。余以第一說爲正當。蓋如前述。條文明定債務人及受益人均須有惡

意始得成立撤銷權。則僅轉得人有意。受益人無惡意。不許撤銷。自屬顯然。又轉得人既可包含於受益人之中。亦顯須有惡意始許成立撤銷權。僅受益人有惡意。轉得人無惡意。自亦不許撤銷。且撤銷之效力為物權效力。即應對於任何人均生該法律行為無效之效力。若如第二及第三說。則僅生相對無效之效力。不生絕對無效之效力。亦與撤銷效力一般之原則相反。(參照總則說明)民法本項又無此特別規定。自不能認其有此特別效力也。

關於撤銷權要件之舉證責任。應研究之。蓋撤銷權行使方法。如後所述。須依訴訟程序。則舉證責任。尤為重要問題。關於客觀要件。應由債權人舉證。此不因無償行為與有償行為而有區別。乃於學說上無爭。惟關於主觀要件。即在有償行為。其於債務人及受益人之有惡意。是否應由債權人舉證。學說上大有爭執。即有二派。

(一) 謂仍須由債權人舉證。其理由則在惡意亦為要件。且有惡意不許推定之原則。自應依一般舉證法理。責由債權人舉證。

(二) 謂毋須由債權人舉證。反須由債務人或轉得人就其無惡意舉反證。其理由則在既為有損害於債權人之行為。自得推定其有惡意。且債權人於此時就惡意舉證甚為困難。尤不得先使舉證。(註)

註 日本學者則尤多就該國民法第四百二十四條第一項但書規定立論。謂法條體例亦係責由債

務人就有善意舉證之趣旨。

上述二說。在我國民法之解釋。余取第一說。蓋民法第二百四十四條第二項。明定債務人及受益人之惡意同爲撤銷權成立之要件。且對於債務人所爲有償行爲仍責令債務人及受益人先就善意舉證。亦未免過苛。自應依一般訴訟法舉證責任之原則。由債權人舉證。惟通常如債權人能確實證明其債權實因該行爲大受損害。則在具體情形。亦往往得推定債務人及受益人有惡意。（參照民事訴訟條例三二八、三三三民事訴訟律三四〇）

第五 撤銷權之行使。

（一） 行使之方法。

此與一般撤銷權不同。不得單以一方之意思表示爲之。（參照一一六）須聲請法院撤銷。爲民法第二百四十四條第一項及第二項所明定。此所謂聲請法院撤銷。應解爲與第七十四條第一項所規定之聲請撤銷同一意義。如非訟事件法別無規定。自須由債權人提起撤銷之訴。此自沿革言之。亦均定爲須起訴請求判決。其得撤銷訴權之名。亦即以此。

此訴之性質如何。有以爲形成之訴者。此說乃以撤銷權爲訴訟標的。有以爲給付之訴者。此說乃以財產返還請求權爲訴訟標的。有以爲形成之訴兼爲給付之訴者。則以上述撤銷權及請求權爲訴訟標

的。余取第一說。蓋此訴本身乃單以撤銷權爲其訴訟標的。惟於因有返還財產必要。而一併代位債務人請求返還之時。則另有一給付之訴。而以請求權爲標的。與原來之訴無涉也。

此訴之原告。自爲債權人。惟訴之形式。本訴、反訴均可。主參加亦可。附帶民事訴訟亦可。此訴之被告。應爲何人。應分別論之。

甲 債務人所爲行爲。雖在使他人受利益。而在訴訟時。尙未取得權利能力者。例如債務人爲有害債權人之捐助行爲。而於訴訟時。法人尙未成立時。是此時自僅以債務人爲被告。

乙 不問無償行爲。或有償行爲。訴訟時。並有受益人及轉得人者。應如何起訴。學說上甚有議論。略有四說。

1 應以債務人及受益人並轉得人爲共同被告。

2 應以該法律行爲之當事人爲被告。若從此說。則只須債務人及受益人爲被告。轉得人不得爲被告。

3 應以受益人或轉得人爲被告。

4 應只以受益人爲被告。

上述諸說。在我國民法之解釋。余均不取。起訴時除債務人外。如更有受益人或轉得人者。債權人固

得均以爲共同被告。但非必要共同訴訟。故解爲得於該各人中任擇一人起訴。惟債權人欲完全達保全債權之目的。自以對債務人及一切受益人提起共同訴訟爲宜也。

(二) 行使之限制。

民法就債權人撤銷權特設有消滅時效。即第二百四十五條。定明白債權人知有撤銷原因時起一年間不行使。或自行爲時起。經過十年而消滅。此所規定之期間。果爲除斥期間。抑爲時效期間。雖不無疑義。然如總則所述。消滅時效之客體。并不以請求權爲限。撤銷權亦得經之。本條與第七十四條第二項。第九十三條之規定。有所不同。自以解爲消滅時效爲宜。故此期間。應適用債編施行法第二條之規定。不應適用第三條之規定。又此撤銷權與其原權利之債權。不能適用同一消滅時效之規定者。蓋以各有應別經時效之理由。即撤銷權以係干涉債務人自由并犧牲第三人利益。尤因公益必要。其消滅時效期間不宜過長故也。惟原債權亦已經時效者。被告得一併援用。自不待言。

又此所謂知有撤銷原因時者。即指債權人知債務人爲法律行爲有害及其債權之事實也。只須知該法律行爲尙爲不足。必須更知該行爲足及損害於其債權。至有轉得人時。則不必更知轉得之事實。又債權人有數人者。其消滅時效。應分別自各債權人知有撤銷原因時起算。

(三) 行使之效力。

民法關於此點。別無規定。除適用第一百一十四條之一般規定外。惟有依一般法理解決之。

甲 債務人所爲之法律行爲。自應自始無效。(一一四)

乙 是否生回復原狀之結果。應分別論之。

1 該行爲爲僅爲債權行爲。而經撤銷者。則該債權自初即不成立。如本於該債權行爲而更爲物權行爲或準物權行爲而後之行爲亦經撤銷者。則物權或其他權利亦應復歸於債務人或自初消滅。如未經一律撤銷。則不生此結果。但債務人有原狀回復請求權。債權人可同時或嗣後代位行使。

2 該行爲爲物權行爲或準物權行爲而經撤銷者。則該權利或自初消滅或復歸於債務人。

丙 法律行爲經撤銷而成爲無效時。其無效乃爲絕對。即債權人對任何人亦得主張其爲無效。(註)

註 學者中亦有謂撤銷之效力僅爲相對者。

丁 債權人就爲該法律行爲標的之財產。並不能取得優先權。蓋即令該財產回歸於債務人。亦僅爲

共同擔保之財產故也。(註)

註 他國亦有以明文規定此旨者。民法雖無明文。亦應同一解釋。

第四章 契約之效力

第一節 概說

第一 契約之效力之意義

契約之效力云者。由契約所生之法律上效力也。廣義言之。乃指由契約所生之一切法律上之效力。狹義言之。則指屬於其內容之效力。即當事人所欲發生之效力。質言之。即指契約之要素與偶素。而為當事人效力意思所包括者也。若從此義。則契約之效力。乃與契約之內容或契約之標的同義。契約真正意義之效力。應專指此。惟通常所稱契約之效力。則多從廣義。本章所稱及民法所規定者亦然。

契約之效力。應與債權之效力區別之。已於前述。蓋專自債權契約言之。其效力亦僅發生債權。若債權之效力。則為其發生後之問題。二者之時期及內容。均不盡相同。惟民法既因便利。將契約之效力。附於債之效力內規定。故茲亦附於債之效力編內說明之。

契約發生效力之時期。原則即為契約成立之時期。然依契約之性質或當事人之意思表示。得使契約成立時期與發生效力時期不同。自不待言。

第二 契約之效力之規定

在有名契約。其具體之效力。乃為民法本編第二章及他處並他特別法之所定。若在無名契約。其具體之效力。更應依當事人意思表示之所定。但民法特就契約之一般效力。於第二編第一章第三節。更揭契約

一欸。設有通則規定。此規定不特於有名契約有適用。即於無名契約亦有適用也。

民法本欸之規定。有關於契約之標的者。有關於契約之確保者。有關於契約之解除者。有關於雙務契約者。有關於第三人契約者。故茲亦就此分節說明之。

第二節 契約之標的

第一 概說。

契約之標的。乃如前述。與契約之內容或契約之效力同義。即指當事人所欲發生之法律上效力。契約既爲法律行爲。故契約之效力。亦即總則所稱法律行爲之標的。故應適用一般法律行爲通則之規定。故其標的。須具備次述要件。

- (一) 須已確定或得確定。
- (二) 須屬合法。即總則第七十一條、第七十二條並第七十四條之規定。均應適用。
- (三) 須屬可能。民法就此特設有次述規定。

第二 標的之不能。

契約之標的。應於其成立時即屬可能。故民法於第二百四十六條第一項。定明此原則。以不能之給付爲契約標的者。其契約爲無效。但有次述例外。

(一) 其不能情形可以除去而當事人訂約時，并預期於不能之情形除去後爲給付者，其契約仍爲有效。(二四六Ⅰ但書)蓋爲實際便利，以期契約易於成立也。

(二) 附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約爲有效。(二四六Ⅱ)故在此種契約，其成立時，標的雖屬不能，亦非無效，必於條件成就或期限屆至時，仍屬不能時，始確定爲無效，乃爲當事人易於訂立此種附條件或期限之契約也。

第三 標的不能之效力。

債權契約於成立時，標的若屬可能，則完全有效，即發生債權債務關係。至履行時，始有不能之情形者，其效力應適用一般債權給付不能之通則。茲所研究者，即契約標的自始不能之效力也。民法於第二百四十七條，設有規定，即契約因以不能之給付爲標的而無效者，當事人於訂約時，知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約爲有效，致受損害之他方當事人，負賠償責任。又此項規定，於給付一部不能而契約就其他部分仍爲有效之時，或依選擇而定之數宗給付中有一宗給付不能之時，亦應準用之。

第二節 契約之確保

第一款 定金

第一 定金之意義。

定金(Artha, Draufgabe, Draufgeld, arrhes, earnest money)者。契約當事人一方或雙方在契約之着手履行前、隨時交付之金錢或其他有價之代替物也。因此成立之契約、稱曰定金契約(Pactum arrhale)此契約雖如後述、有種種目的、但其根本目的、不外確保契約之成立或履行、故有確保契約效力之性質。茲更分說其意義如次。

- (一) 定金通常係由契約當事人一方交付。但雙方均行交付。亦無不可。
- (二) 交付之時期。通常固為締結契約之時。但在締結前後。均無不可。只須在着手履行之前而已。
- (三) 交付之客體。通常固為金錢。但為其他之有價物。亦無不可。惟須為代替物而已。
- (四) 既須交付。至少須移轉占有。通常且多移轉其所有權。
- (五) 交付定金之行爲。係契約當事人就此物之授受所爲之合意。乃一種要物契約。且爲物權契約。即令係於原契約成立時一同成立。亦爲另一契約。不過爲從屬於原契約之契約而已。

第二 定金契約之成立。

交付定金。如上所述。乃爲契約。法律關於其成立。既別無規定。自應適用一般規定。除應爲物之授受外。餘只須具備法律行爲及契約之一般成立及生效要件。即可成立並生效力。

第三 定金之效力。

定金於一般交易上本可有種種目的。(一)有爲成約定金 (arra constitutiva) 者。此即謂以爲契約成立之要件所交付之定金也。(註一)(二)有爲證約定金 (arra confirmatoria) 者。此即謂因證明契約之成立所交付之定金也。(註二)(三)有爲違約定金 (arra poenalis) 者。此即謂授者不履行契約時，許受者不予返還之定金也。(註三)(四)有爲解約定金 (arra poenentialis) 者。此即謂以爲解除權保留代價所交付。授者解約時不得請求返還，受者解約時應加倍返還之定金也。(註四)民法爲杜止爭議起見。於第二百四十八條及第二百四十九條分別規定其效力。即如次述。

註一 此爲德國固有法所認。現時立法例無認此定金者。

註二 羅馬法之定金。通常爲此性質。德國普通法從之。近代多數立法例亦然。(參照德民三三六瑞債

一五八I 普國法第一部第五章二〇五奧民九〇八)

註三 一派學者主張羅馬法之定金。兼有此性質。德國民法亦付定金以懲罰之效力。(參照德民三三

八)

註四 羅馬法之定金。須有特約。始有此效力。近時多數立法例亦然。(參照德民三三六瑞債一五八II

普國法第一部第五章二一〇以下奧民九〇九) 惟法國民法以解約定金爲定金通常之性質。日本

民法亦然。(法民一五九〇日民五五七)

(一) 訂約當事人之一方由他方受有定金時。其契約視為成立。(二四八)即只須契約當事人有定金之授受。即已成立定金契約。則主契約不問已否具備成立要件。均應視為成立。不許更以反證推翻。蓋規定定金為成約定金也。至契約依授受定金成立後。關於其履行問題。如履行時。則解為原則應適用第二百四十九條第二項。如不履行時。即不履行由該契約所生之債務時。則解為係不能履行時。原則應分別適用同條第三項至第五項。其係履行遲延或給付不完全時。則仍應依通則即第二百三十一條至第二百三十三條并第二百二十七條之規定。但當事人如另有訂定。自仍應從之。

(二) 定金除當事人另有訂定外。適用左列規定。(二四九I)此蓋以法律雖規定定金有成約定金之性質。但於主契約成立後。關於定金之效力。即就定金之處置。仍不可不有所規定。故又定為應從次述四項之規定。惟此為任意規定。故當事人於成立定金契約時或以後。有特別訂定者。自應從其所定。

甲 契約履行時。定金應返還。或作為給付之一部。(二四九II)即契約履行時。定金受者有將該定金返還或作為一部給付之義務。或返還或作一部給付。如依契約性質已定者。自應從之。否則應許授者有選擇權。即該項債務有時乃為選擇債務也。

乙 契約因可歸責於付定金當事人之事由。致不能履行時。定金不得請求返還。(二四九III)即由契約所生之債務。因可歸責於定金授者之事由。而致給付不能時。則該定金視為有違約金前付之性

質。不許授者請求返還也。本項應解爲對於第二百二十六條及第二百五十條第二項但書并第二百六十條爲特別規定。故除有特別訂定外。債權人即受者只得沒收其定金。不得更請求以外之損害賠償。

丙 契約因可歸責於受定金當事人之事由。致不能履行時。該當事人應加倍返還其所受之定金。（二四九IV）即由契約所生之債務。因可歸責於定金受者之事由而致給付不能時。則該定金視爲有解約權保留之性質。受者得加倍返還定金以免責任。本項亦對於第二百二十六條及第二百五十條第二項但書並第二百六十條爲特別規定。故除有特別訂定外。債權人即授者亦只得請求加倍返還定金。不得更請求以外之損害賠償。

丁 契約因不可歸責於雙方當事人之事由。致不能履行時。定金應返還之。（二四九V）此蓋以此時契約乃係因不可歸責於雙方之事由而致給付不能。此方即授者固應依第二百五十條第一項免責。他方即受者在雙務契約。亦應依第二百六十六條第一項免責。且得依同條第二項請求返還其給付。則原付之定金。自亦應許授者有返還請求權也。

第二款 違約金

第一 違約金之意義

違約金(Poenae Stipulatio, Konventionalstrafe, clause penale)者當事人約於債務人不履行債務時應支付之金錢也。此為狹義之違約金。(二五〇一)並稱約定違約時應為金錢以外之給付，亦為違約金者。則為廣義之違約金。後項違約金亦應準用前項違約金之規定。(二五三)因此成立之契約，稱曰違約金契約。(Vertragsstrafe)此契約無論為後述何種目的，即或為損害賠償額之預定，或為債務不履行之制裁，要均可謂為有確保契約效力之性質。茲更分說其意義如次。(註)

註 民法所規定者，乃為固有意義之違約金。即均有確保債務履行之性質。然學說上尙認有擬似違約金。(Uneigentliche Vertragsstrafe, Strafähnliches Versprechen)亦可有效成立。此即謂就未成為債務即無法律上拘束力之作爲或不作爲得約其違返時所支付之金錢或其他之給付也。例如相約禁酒禁烟，如違返時，向他方應為一定給付者是。此項契約，除應依第七十二條無效外，餘自可許其有效。(參照德民四四四)

- (一) 違約金應由債務人向債權人支付。
- (二) 違約金應於債務人不履行債務時支付，並不以違返契約時爲限。
- (三) 狹義之違約金，以金錢爲限。廣義之違約金，始得爲金錢以外之給付。
- (四) 違約金契約，係債權契約，乃由債權人與債務人（即民法第二百五十條第一項所稱之當事人

通常固爲原契約之當事人但並不以此爲限。所締結其內容即在於債務人不履行債務時，由債務人向債權人支付一定金錢或爲其他給付。其成立固在雙方合意之時。其發生效力即債權人得向債務人取得支付金錢或其他給付之請求權。則在債務人不履行債務之時。至締結契約之時期。則於債權或契約成立之時。或於其後均可。惟須在着手履行債務或契約之前而已。

第二 違約金之效力。

(一) 違約金於交易上之目的有種種。大別之可爲二種。即(一)爲損害賠償額之豫定。(二)爲債務不履行之制裁。如爲前者。則僅能請求違約金。以外不能更請求賠償損害。如爲後者。則違約金僅爲違反債務時之懲戒。以外更得請求賠償損害。民法爲防杜爭議起見。特於第二百五十條第二項明白規定如次。(註)

註 羅馬法之違約金。以何意義爲原則。雖有議論。然通說均謂第一意義即損害賠償爲原則。第二意義即違反制裁爲例外。德國民法及瑞士債務法之違約金。亦規定有此二種性質。(德民三三九至三四五瑞債一六〇至一六三)普國國法及日本民法雖規定違約金爲第一性質。(普國法第一部第五章二九二日民四二〇Ⅲ)然二國學說均認亦可有第二性質并其他目的。以外如法國民法。奧國民法。雖亦僅規定第一性質之違約金。(法民一二二九奧民一三三六)要亦爲原則規定。

甲 違約金除當事人另有訂定外。視為因不履行而生損害之賠償總額。故該契約當事人苟未有特別之意思表示。則不但視為豫定損害賠償。並應視為豫定其賠償總額。債權人不得更向債務人請求賠償以外之損害。是為原則。(註)

註 前大理院判例尙認違約金僅得為推定為損害賠償之豫定。(參照民國十年上字一〇二二號民國一二年上字一五二二號判例)

乙 但約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時。即須支付違約金者。債權人於債務不履行時。除違約金外。並得請求履行或不履行之損害賠償。此則因依當事人之特別意思表示。可認為違約金係債務不履行之制裁。故並許請求履行或不履行之損害賠償。乃為例外也。

(二) 違約金嚴格適用契約自由之原則。亦有不宜。故法律又設有限制規定如次。

甲 債務已為一部履行者。法院得比照債權人因一部履行所受之利益。減少違約金。(二五二)

乙 約定之違約金額過高者。法院得減至相當之數額。(二五二)

第四節 契約之解除

第一款 解除之性質

第一 解除之意義

契約之解除(Rücktritt, Resolution)云者。契約當事人之一方。行使其依契約或法律規定所付與之解除權。由其一方爲意思表示。使爲債權原因之契約發生與自始未存在相同之效力之法律行爲也。更分說其性質如次。

(一) 解除乃由一方意思表示而成之法律行爲。

甲 解除乃爲法律行爲。

此蓋以解除之效力。實由於解除人之效力意思故也。

乙 解除乃爲一方之意思表示。

a 解除之效力。非依法律當然發生。須因於意思表示。

b 意思表示係由契約當事人一方即解除權人爲之。觀民法第二百五十八條第一項自明。

c 故解除毋須他方同意即生效力。由雙方依契約以爲解除。雖亦爲法律所許。但非此之所謂解除。其效力應依契約內容定之。原契約依該契約即可解除。毋須更發生解除權。

(二) 解除乃解除權之行使。

契約成立後。不應許當事人一方任意除去其效力。故得爲此除去效力之行爲。乃爲一種權利。稱曰解除權。其發生必有一定原因。即須因於契約或法律規定。至解除權之性質。自爲形成權。蓋以其得由權

利人一方行為引起法律上效力之變動故也。又解除權乃為附屬於債權關係之附屬權利。故除得被包括繼承外。其被特定繼承時。則須與債權關係一併繼承。即不得單獨讓與。但行使則否。得由代理人行使。固不待言。並得依代位規定以被行使。

(三) 解除乃就債權契約為之。

蓋以民法係將解除規定之於債編債之效力一節以內。無論解除權由於法律規定或契約。僅就債權契約之解除。始有適用。自不待言。不過就物權契約或其他準物權契約得約定解除權。依契約自由之原則。亦無不許之理。又此時行使解除權時。則該物權契約或準物權契約。即行消滅。原權利亦當然回復。則無回復原狀義務可言也。

債權契約。有因其履行更為物權契約或債權讓與契約者。僅債權契約解除時。他契約自不受影響。但於以原契約之解除為該契約之解除條件時則否。

債權契約如為可分者。得就其一部為解除。亦不待言。

(四) 解除乃發生使契約與自始不存在相同之效力。

即契約一經解除。其效力不但自解除時起消滅。乃與自始即未發生相同。即認解除有溯及效。此稱曰直接效力說。(Theorie der direkten Wirkung) 以外尚有二說。即甲、間接效力說。(Theorie der indirekten

Wirkung) 則謂契約經解除時。在履行前者。乃有拒絕履行之抗辯權。在履行後者。乃新發生返還請求權。此說係不認解除有溯及效。乙、折衷說 (mitlere Theorie) 則謂契約經解除時。其在履行前者。固係自始消滅其效力。在履行後者。則係從新發生返還請求權。此說亦不認解除有溯及效。後二說均不足取。

第二 與解除宜區別之觀念。

(一) 終止契約。

終止契約。舊稱聲明解約。亦可稱曰預告解約 (Kündigung) 此雖亦由於解約權。且係依權利人一方之意思表示爲之。但係使契約自將來消滅。且僅就繼續之契約關係始能發生。惟二者究相類似。故民法亦定明終止契約。準用解除契約之規定。(二六三參照第六款終止契約之說明)

(二) 撤銷。

此則因於意思表示之有法定瑕疵。故其原因不同。即僅有法定撤銷權。無約定撤銷權。又其效力亦不相同。即二者僅於使法律行爲自始無效相同。但撤銷就一切法律行爲。即就單獨行爲均得爲之。解除則僅就債權契約始得爲之。又解除常發生回復原狀及損害賠償之債務。(二五九、二六〇後詳) 撤銷則否。(參照一一四二)

(三) 撤回。

此與解除有次述之差異。

甲 撤回權只限於依法律規定而生。

乙 撤回多係就未生效力之法律行為爲之。

丙 撤回就一切法律行為之意思表示均得爲之。不限於契約。

丁 撤回不限於爲意思表示。

(四) 解除條件。

此與解除有次述之差異。

甲 解除條件乃以自然事實爲內容。

乙 解除條件必由意思表示定之。

丙 解除只須爲許條件之法律行為。均得附之。不以債權契約爲限。

丁 解除條件成就之效力。以溯既往爲原則。(九九II III)

第二款 解除權之原因

第一項 當事人契約

第一 契約當事人依該契約或依以後之另一契約。得成立解除權。此行爲稱曰解除權之保留。此解除權

稱曰約定解除權。彼買回契約或解約定金契約。即有解除權保留之性質。

第二 解除權可使契約當事人雙方有之。亦可使一方有之。又契約之種類。亦無限制。雙務契約、片務契約均可成立解除權。

第三 解除權須如何始能行使。應依當事人契約之所定。如無特別意思表示。自得任意行使。但附以條件、期限或其他限制。自爲法所許。

第四 解除權之存續並其行使方法及效力。固亦應依當事人契約之所定。如無特別意思表示。則應適用第二百五十七條至第二百六十二條之規定。

第五 法律上定明許終止契約之契約。更得成立保留解除權之特約否。解釋上雖稍有疑義。應解爲仍可成立。

第六 有所謂失權約款 (Lex commissoria) 者。即指約定債務不履行時契約當然解除或當然失效之條款。通常締結契約時往往有附此條款者。其性質非約定解除權。乃約定以不履行爲解除條件。

第二項 法律規定

第一 解除權依法律規定而發生者。稱曰法定解除權。又可大別之爲二種。(一)就一般契約共通規定者。即民法第二百五十四條至第二百五十六條之規定是也。本項僅就此說明之。(二)就各種契約特別規

定者。此則須就該契約說明之。(例如三五九、四九四、四九五等)

發生法定解除權之原因。爲債務不履行。民法所規定者。僅有給付遲延及給付不能二種。但給付不完全亦應同一論之。又此規定。法律既別未限定。故於雙務契約及片務契約。解爲均有適用。

法定解除權之規定。雖如上述。理論上。雙務契約及片務契約應均有適用。但實際上。僅雙務契約始有適用。片務契約適用殊少。蓋在片務契約。只此方有債務。他方通常不負債務。此方不履行債務時。他方殊無特將契約解除之必要故也。

第二 因給付遲延之解除權。

債務人給付遲延時。債權人固得請求履行並請求賠償因遲延所生之損害。(二二七、三二一)且有時得請求代履行之損害賠償。(三三二)但僅此方法。於債權人之保護。尙不周至。故法律又於一定要件之下。許債權人有契約解除權。使該契約生與自始未存在之效力。至此項解除權之要件。民法又分別二種情形規定之。

(一) 契約非定期行爲時。

此爲民法第二百五十四條所規定。即契約當事人之一方遲延給付者。他方當事人得定相當期限催告其履行。如於期限內不履行時。得解除其契約。本條乃對於一般契約所設成立解除權之規定。不問

其契約曾否定有履行期，並其履行期是否確定，只須為非定期行為，即應適用本條，即在一般契約不能如後述之定期行為。僅因一方即債務人履行遲延，他方即債權人即得解除。尚須定相當期限催告。更於期限內不履行時，始得解除。蓋在一般契約，僅以給付遲延，即許成立解除權。不但往往反於當事人之意思，亦於債務人未免苛酷。故法律為期交易圓滿，並保護債務人，更使債權人催告，俾債務人更有履行之機會。故本條法定解除權之成立要件，應如次述。

甲 須債務人遲延給付。

1 所謂遲延給付，乃謂就為契約要素之債務未為履行也。故在雙務契約，若已就其要素之債務，即有對價之債務，已為履行（即已為對待給付），僅就其附隨之債務未經履行，尚不能成立解除權。此點法律雖無明文，但解除權只限於契約因不履行而致不能達固有目的時，始能發生。若已為對待給付，則他方固有目的已達，殊無更許解除之理也。

2 就為契約要素之債務，一部不履行時，是否成立全部解除權，抑僅成立一部解除權，學者中雖有議論。應解為通常只成立一部解除權。須於一部不履行即與全部不履行相同，足致契約不能達目的之時，始成立全部解除權。

乙 債權人須定相當期限催告其履行。

1 催告亦與一般之履行請求相同。乃為觀念表示。即將要求給付之意思通知於他方也。其與一般之履行請求不同者。即在更須定相當期限。定期限亦為催告之內容而與之不可分離。故雖為催告而未定期限。或所定期限不相當。則催告亦不生效力。債務人於履行期屆至前。已對債權人通知拒絕履行(*Erfüllungs weigerung*)之意思者。尚須催告與否。學者中大有議論。以解為仍須催告為宜。

契約定有履行期者。屆期未履行。亦僅具備上述遲延給付之要件。仍須更定相當期限催告。契約未定有履行期或為不確定履行期者。則更須定相當期限催告。惟在未定期限或無確定期限之契約。解為不必先依第二百二十九條第二項為催告。再依本條為催告。即得逕依本條為催告。於債務人不履行時。即得為解除。

定有履行期之契約。在屆期前先行催告者。以後是否更須催告。學說上頗有爭執。a、有謂其有效。只須逾期不履行。即得解除者。b、有謂其無效。尚須於逾期不履行時。更定相當期限催告者。余謂應視其預先催告之內容。如其內容更於履行期外。另定有相當期限。且有警告履行之意思者。自應認其有效。於逾所定期限不履行時。即許解除。若僅單純警告。且不另定相當猶豫期限。則不能認其有效。

又催告只須定相當期限，並表示要求履行之觀念已足。不必更表示於不履行時將解除契約之觀念。

² 期限是否相當，應以客觀為標準以決定之。不應以該債務人主觀事情為標準以決定之。又是否相當，非事實問題。乃法律問題。故得為第三審上訴理由。

債權人所定期限較相當期限更長時，其催告有效。固不待言。若較相當期限為短時，其催告是否完全無效。絕對不許成立解除權。抑仍認為有效。只須債務人更經過相當期限。即成立解除權。學者中亦有議論。以前說為正當。

又債權人全不定期限者，其無效固不待言。即僅言明「須於相當期限履行」而為催告，亦應認為無效。

又在雙務契約。他造有同時履行之抗辯權者。債權人為催告時。更須就自己債務為履行之提出。否則。學者中亦有議論。以肯定說為是。解為未為提出者。不生催告之效力。

丙 須債務人未於期限內履行。

此所謂未為履行。乃指未為現實履行及履行提出並其他與履行同視之行為而言。債務人之不履行。是否須有過失。學者中頗有議論。余解為應與一般之不履行同論。必須債務人就不履行有過失。

始許債權人解除。但只須債務人自初不履行有過失已足。不必在所定期限內不履行有過失。（參照二三一Ⅱ）

在雙務契約。債務人之不履行。若係因於同時履行之抗辯者。則如上述。亦不得發生解除權。

具備上述三要件者。解除權即因以發生。但不過使債權人得解除契約。並非契約當然解除。故此時債權人或請求履行並請行履行遲延之損害賠償。或請求代履行之損害賠償。或解除契約。三者固可任債權人選擇爲之。再解除契約。並得請求損害賠償。則爲第二百六十條所明定（後詳）

債權人已取得解除權之後。債務人更爲履行或爲履行之提出時。債權人仍得解除否。固不無疑義。應解爲不得爲之。蓋此項解除權之發生。本因於履行遲延。現既有履行或履行之提出。則遲延之效力。即行消滅。自不許解除。但其履行或履行提出。須合於債務本旨。且須該契約尙可達其目的。並須將因履行遲延之損害賠償一併提出始可。否則仍應許債權人拒絕受領而爲解除。

債權人於催告履行時。同時有言明不於期限內履行即解除契約之意思表示時。其效力如何。應解釋其內容以決定之。如其內容係於催告外並有以期限內不履行爲停止條件之解除意思表示者。則應因期限經過。契約即當然解除。蓋以此種附條件之解除。非使他方不利。自爲法律所許。反是。若其內容僅在預告將於不履行時爲解除。則此時尙非有真正之解除。自須於期限經過後。更爲解除之意思。

表示也。

(11) 契約爲定期行爲(Fixgeschäft)時。

此爲民法第二百五十五條所明定。卽依契約之性質或當事人之意思表示。非於一定時期爲給付。不能達其契約之目的。而契約當事人之一方。不按照時期給付者。他方當事人得不爲前條之催告。解除其契約。卽在有定期行爲性質之契約。履行遲延時。毋庸如一般契約。先行催告履行。得逕行解除契約。故此項法定解除權之成立要件。只如次述。

甲 須該契約爲定期行爲。

此所謂定期行爲之契約。卽法條所謂依契約之性質或當事人之意思表示。非於一定時期爲給付。不能達其目的之契約也。(參照清償期之說明)前者稱曰絕對定期行爲。(absolutes Fixgeschäft)

亦稱真正定期行爲。(echtes Fixgeschäft)後者稱曰相對定期行爲。(einfaches Fixgeschäft)亦稱不

真正定期行爲(unechtes Fixgeschäft)民法定明二者均可適用本條。乃從德國民法也。(德民三六

一)(註)蓋前者係依契約之性質。以於履行期履行爲契約要素。未於履行期履行。應逕許解除。固屬當然。後者於履行期履行。雖非其性質所必需。但當事人既有合意。以此爲契約之要素。定爲非如此不能達目的。自亦應尊重其效力意思。亦許逕行解除。

註 日本民法無明文。其第五百四十二條。是否對於相對定期行為亦有適用。學者中有爭執。

乙 須債務人未於履行期履行。

故已為履行或已為履行之提出者。均不能成立解除權。

債務人不履行是否須因於過失。亦不無疑義。應解為須有過失。惟當事人有特約無須過失。自無不可。

具備上述二要件者。亦只能使債權人有解除權。並非契約即當然解除。故欲解除契約。仍須更為解除之意思表示。

第三 因給付不能之解除權。

債權人於有第二百二十六條之情形時。得解除其契約。為第二百五十六條所明定。所謂第二百二十六條之情形。即謂因可歸責於債務人之事由致給付全部不能(第一項)或一部不能(第二項)之情形也。故本條所規定法定解除權之成立要件如次。

(一) 須有可歸責於債務人之事由。

所謂可歸責於債務人之事由。即謂債務人有故意或過失也。(參照二二〇一)

(二) 須履行不能與債務人之故意或過失有因果關係。

申言之。即須履行不能係因債務人之故意或過失所致。

(三) 須有履行不能。

只須爲給付之客觀不能。無論其爲法律上不能。抑事實上不能。均可不問。並不須物理不能。自不待言。至不須全部不能。一部不能亦可。則爲法律所明定。

具備上述要件者。債權人即有解除權。其非契約當然解除。亦與前同。

全部履行不能者。得解除全部契約。乃無疑義。一部履行不能。是否亦得解除全部。抑僅得解除一部。則不無疑義。應解爲原則應許債務人得解除全部。只於一部不能爲契約一小部分。他部分尙可達契約目的之時。則只許債權人解除一部。(參照二二六II)

履行不能時。債權人是否不待到履行期即得解除。亦不無疑義。應解爲不待到期即得解除。但須其不能情形。於履行期前確定者始可。

第四 因給付不完全之解除權。

履行不完全時。民法別無規定。債權人有無解除權。不無疑義。應分別論之如次。

(一) 爲不完全給付後。尙得使依債務本旨爲給付者。解爲應準用第二百五十四條規定。即須定相當期限。催告其依債務本旨履行。不於期限內履行時。始得解除契約。蓋以不爲完全履行。即未依債務本

旨履行。亦可準諸不履行之規定辦理也。

(二) 爲不完全給付後。已不能依債務本旨爲給付者。解爲應準用第二百五十五條規定。即得不爲催告。逕行解除契約。蓋以此時亦可以一部履行不能之情形論也。

第二款 解除權之行使

第一 解除權行使之期間

解除權之行使。原有期間者。自僅得於期間內行使。如未定有期間者。長使存續。亦非所宜。故民法於第二百五十七條。規定他方當事人得定相當期限。催告解除權人於期限內確答是否解除。如逾期未受解除之通知。解除權即消滅。

第二 解除權行使之方法

(一) 關於解除方法之立法例。

甲 須向法院訴請解除。此爲法國民法所取。(法民一一八四)依此方法解除。雖較爲確實。但多需費用與時間。不足以應社會實際需要也。

乙 須向他方當事人爲解除之意思表示。此爲德、日民法所取。(德民三九四日民五四〇)民法從之。於第二百五十八條第一項定明此旨。蓋依此方法。則解除較爲簡易。足以應交易上之需要故也。但

於訴訟上爲之。亦非不許。故不但得起訴。並得以爲對他造之抗辯。此時解除。乃並爲訴訟行爲。解除既爲意思表示。自應適用一般法律行爲及意思表示之通則。且法條既明定須向他方爲之。其須達到他方。始生效力。自不待言。

(二) 解除得附條件否。

解除契約之意思表示。得附條件與否。法律無明文規定。解爲原則不應准許。蓋解除須以確定爲宜。附以條件。徒使他方更受不利故也。但不使他方受不利之條件。例如以他方之行爲爲停止條件。自應許之。

(三) 解除得撤回否。

解除契約之意思表示。不得撤回。爲民法第二百五十八條第三項所明定。(條文稱撤銷)蓋解除既因達到他方而發生效力。契約之效力。即已全行喪失。而歸於與自始未成立之同一狀態。更行撤回解除。使契約效力復活。乃屬不可能。且許此方自由以單獨行爲左右契約運命。置他方於不確定之狀態。亦非所宜。故法律特以明文禁止。但民法總則第九十五條第一項但書規定。應解爲仍有適用。故撤回之通知與解除之通知同時到達或先時到達者。自仍應認撤回有效。又解除之意思表示。如有一般之撤銷原因。例如有總則第八十八條、第八十九條、第九十二條等原因者。應許撤銷。自不待言。

(四) 解除權不可分否。

甲 當事人一方有數人時。應如何解除。

此爲民法第二百五十八條第二項所明定。即此時解除之意思表示。應由其全體或向其全體爲之。即只須契約當事人有數人者。則應由其全體或向其全體爲解除。始能生解除之效力。學理上稱曰解除權不可分之原則。(註)蓋以契約當事人有數人時。許只由一人或向一人爲解除。則徒使法律關係複雜。而與締結契約之目的相反。故法律採用此原則。但此並非依於公益上之理由。則非強制規定。當事人自得依契約以爲反對訂定。又法律只定明須全體。並未定明須同時。則異時爲之。自屬有效。不過解除發生效力。須待最後之解除通知達到而已。

註 此原則僅就當事人有數人時有適用。與解除契約之範圍無涉。故契約若爲可分者。得就一部解除。已於前述。

乙 就當事人中一人解除權消滅時。其效力如何。

他國就此設有明文。亦採用不可分之原則。即當事人一方有數人。就其中一人解除權消滅時。就他人亦爲消滅。(日民五四四其德民三五六)民法就此未設明文。能否爲同一解釋。不無疑義。但法律既定明當事人有數人即須由全體或向全體爲解除。則就其中一人解除權消滅之時。即不能更有

全體。故應解爲就他人亦爲消滅。

第四款 解除之效力

第一 回復原狀之義務

契約一經解除。當事人雙方負回復原狀之義務。爲民法第二百五十九條所明定。即解除之效力。在使債權契約與自始不存在生同一之結果。(一)如該契約尙未經履行者。則債權債務關係。等於自始即未發生。既無原狀可以回復。亦不生回復原狀義務之問題。(二)如該契約已經雙方或一方履行者。契約履行後之狀態。與契約未發生前之狀態。實有不同。故有原狀可以回復。乃生回復原狀義務之問題。解除只生回復原狀之義務。非當然回復原狀。故解除只生債權之效力。申言之。即僅使受給付之一方。負返還給付之債務也。蓋本於債權行爲以爲給付行爲者。債權行爲無效。給付行爲。並不因之當然無效。乃爲一般原則。民法規定回復原狀義務。亦不過採用此原則而已。又一方此時應返還給付者。乃因其給付之法律上原因已不存在。故回復原狀之義務。理論上乃爲因於不當得利之債務之一種。但返還範圍。民法既設有次述特則之規定。自應不適用關於不當得利之一般原則規定。

回復原狀義務之範圍。民法於二百五十九條定明。除法律另有規定或契約另有訂定外。依左列之規定。

(一) 由他方所受領之給付物。應返還之。

- (一) 受領之給付爲金錢者。應附加自受領時起之利息償還之。
- (二) 受領之給付爲勞務或爲物之使用者。應照受領時之價額。以金錢償還之。
- (三) 受領之給付物生有孳息者。應返還之。
- (四) 就返還之物。已支出必要或有益之費用。得於他方受返還時所得利益之限度內。請求其返還。
- (五) 應返還之物。有毀損、滅失或因其他事由。致不能返還者。應償還其價額。
- (六) 應返還之物。有毀損、滅失或因其他事由。致不能返還者。應償還其價額。

第二 解除與損害賠償之併存。

契約之當事人。解除契約時。尙得請求賠償損害否。立法例不一致。

- (一) 有只許債權人就解除權之行使與損害賠償之請求擇一爲之者。此爲德國民法所取。(德民三二五)

- (二) 有許解除契約時。並得請求賠償因不履行所生之損害者。此爲法國民法所取。(法民一一八四 II)

- (三) 有許債權人解除契約時。得請求因契約消滅所生之損害者。此爲瑞士債務法所取。(瑞債一〇九)

- (四) 有定爲解除權之行使。不妨礙損害賠償之請求者。此爲日本民法所取。(日民五四三 III) 民法第

二百六十條。蓋仿此立法例也。(註)

註 前大理院亦曾爲同一解釋。

自理論言之。應以德國民法爲當。蓋賠償損害。原爲債務不履行之效力。解除既使契約自始不存在。則債務已不存在。更有何不履行之效力可言。然自實際言之。因債務不履行所發生之損害。乃一種事實。解除只能消滅契約之效力。不能並此種事實亦行抹殺。故計及實際。除許債權人解除契約外。並許就其所已發生之損害。請求賠償。庶保護始爲周至。故民法定明此旨。

賠償損害請求權之性質如何。日本學者解釋彼國民法。見解尚不一致。多數說均謂係指因不履行所生之損害賠償。余亦以此說爲然。蓋法律此時並非獨立規定因解除所生之損害賠償請求權。不過定明因債務不履行所生之損害賠償請求權。不因解除契約而喪失而已。故本條所定之損害賠償請求權。亦即第二百二十七條所定之損害賠償請求權也。

因解除之損害賠償請求權。既解爲係因不履行之損害賠償請求權。則損害賠償之範圍。自亦應適用一般損害賠償之債之規定。即應依第二百一十六條。凡積極之損害(即所受損害)及消極之損害(即所失利益)均包含之。但在雙務契約。因不履行所受之利益。即因自己免債務所受之利益。應行扣除。自不待言。

有損害賠償請求權者。通常固爲解除權人。但其相對人亦有時有此請求權。

決定賠償損害範圍之時期。通常雖爲解除契約之時。但只須係因不履行所生之損害。即令係於解除後發生。亦得請求賠償。

第三 解除效力與雙務契約規定之準用。

當事人因契約解除而生之相互義務。準用第二百六十四條至第二百六十七條之規定。爲民法第二百六十一條所明定。蓋當事人雙方因解除契約所負擔之債務。雖非由雙務契約所生之債務。但相互之債務間。應認其有牽連關係。始合於公平之原則。故定明該第二百六十四條至第二百六十七條就雙務契約所設之同時履行、危險負擔等規定。亦應準用。再適用此等規定者。是否僅以回復原狀之義務爲限。解釋上不無疑義。余按諸條文及理論。解爲賠償損害之義務。亦可包含。

第五款 解除權之消滅

第一 民法就解除權消滅原因。有明文規定者。如次述。

(一) 解除權之行使。未定有期間者。他方當事人得定相當期限。催告解除權人於期限內確答是否解除。如逾期未受解除之通知。解除權即消滅。爲民法第二百五十七條所明定。此已於前述之矣。

(二) 有解除權人。因可歸責於自己之事由。致其所受領之給付物有毀損滅失或其他情形不能返還。

者。解除權消滅。因加工或改造，將所受領之給付物變其種類者。亦同。爲民法第二百六十二條所明定。蓋以此時，既因有解除權人之歸責自己事由。或因其加工或改造，致其所受領之給付物不能返還，或變其種類。若仍許解除契約。單因償還價額以回復原狀（二五九）殊不足以保護他方之利益。故特定爲解除權之消滅原因。至此所謂有解除權人。應解爲不單指現有解除權之人。即將來取得解除權之人。亦可包含之。所謂歸責事由。亦與一般之意義相同。即指解除權人有故意或過失而言。（參照二二〇）又所謂返還不能。不僅指物理上不能。並指法律上不能。故如關於受領給付物之權利移轉於第三人時。亦可包含。又解除權人就加工或改造亦須有故意過失否。解釋上不無疑義。以肯定說爲宜。又本條有適用者。只以有該原因之解除權人爲限。若他方亦有解除權者。自不因此喪失其解除權。

第二 除上述之明定消滅原因外。應解爲尙有次述之消滅原因。

(一) 拋棄。
解除權乃屬於形成權而爲財產權之一種。其得依一般財產權之原則。由權利人以一方意思表示拋棄。自不待言。

(二) 行使。

解除權既爲形成權。自如一般形成權。因其行使。即歸消滅。

(三) 行使期間之經過。

解除權定有行使之期間者。不於期間內行使。自歸消滅。

(四) 履行或履行之提出。

即在依第二百五十四條所生之解除權。即依履行遲延或履行不完全所生之法定解除權。只須債權人在未為解除之意思表示前。債務人仍得依履行或履行之提出以消滅其解除權。此已於前述之矣。但在依第二百五十五條所生之法定解除權。及約定解除權。則不能同一解釋。前者乃性質上不能再許為履行。後者得依履行或履行之提出以消滅解除權與否。應解釋成立解除權之契約之內容以決定之。

第六款 終止契約

第二百五十八條及第二百六十條之規定。於當事人依法律之規定終止契約者。準用之。為民法第二百零六條所明定。終止契約。與解除契約不同。不過使由契約所生之債權債務關係。自終止時起消滅。其原因有依於當事人之契約者。有依於法律規定者。其依契約者。自應依契約之所定。惟依法律規定者。則有以明文解決之必要。故民法規定關於其方法。準用第二百五十八條之規定。即其聲明終止。應向他方以意思表示為之。其一方有數人者。並須由其全體並向其全體為之。且於其發生效力後不得撤回。又如因終止生有

損害者。準用第二百六十條之規定。許得請求賠償。

第五節 雙務契約

第一款 概說

第一 雙務契約之意義。

此已於前述。至由此契約所生之債務。是否二個債務。學說上。以前雖有議論。有主張雙方債務僅係一個債務之兩面者。現今則已無人主張。故雙方債務。係互相對待之二個債務。固屬毫無疑義者也。

第二 雙務契約之效力。

雙務契約。既係契約當事人雙方各負有對待之債務。各方之債務。應有牽連性。乃屬當然。此項牽連性。可就次述二點論之。

(一) 關於其成立者。

由雙務契約所生之雙方債務。關於其成立。應有牽連性。學說上無異說。故甲、一方債務。若因標的不能、違法等無效原因而未成立者。則雙務契約應全部無效。他方債務。亦不得成立。乙、又一方債務。若因一方意思表示有錯誤、詐欺、脅迫等撤銷原因而被撤銷者。則雙務契約全部亦應自始無效。不得只撤銷一方債務。此即雙務契約之債務。關於成立之牽連性也。民法就此雖無明文規定。但解釋上。亦應無疑

義。蓋在雙務契約。雙方爲給付。乃係互爲原因。故雙務契約。非以雙方獨立給付爲目的之二個無因行爲。乃以雙方互相給付爲目的之一個有因行爲。一方債務。若爲無效或被撤銷時。全部行爲。自均歸無效也。

(二) 關於其效力者。

雙務契約之債務。於其成立後。尙應有牽連性否。學說上除上述一個債務說外。尙有次述二說。

甲 獨立說。謂雙務契約固以互負債務爲其成立要件。但在成立以後。則所負債務。既爲各個債務。自應獨立存在。不應再有牽連性。故如一方不給付。亦不能爲他方拒絕給付之理由。此說徒使一方受不利益。與雙務契約之目的相反。故不足取。

乙 牽連說。謂由雙務契約所生債務。雖爲各個債務。但係互相對待。故在其成立後。亦應有牽連性。此說不致使一方受不公平之結果。甚合於雙務契約之目的。近代立法例。多採用此說。我國民法亦然。於此又有次述二問題。

1 雙方債權均尙存在者。各債權人得獨立行使否。即關於債務之履行。二債務有無牽連性之問題也。民法就此於第二百六十四條及第二百六十五條設有規定。即後述同時履行之抗辯也。

2 一方債權。因給付不能而致消滅者。他方債權。亦應消滅否。即關於債權之存續。二債權有無牽

連性之問題也。民法就此於第二百六十六條及第二百六十七條設有規定。即後述給付不能及於雙務契約之效力也。

民法雖僅就上述問題設有規定。但債權因其他原因消滅者。亦尚有論究之必要。即民法就債之消滅原因。本規定有清償、提存、抵銷、免除、混同五種。一方債權。若係因前三種原因而致消滅者。則已得滿足。他方債權。自應解為決無受影響之理。若因免除而致消滅者。其債權消滅。既係出於自動。他方債權。自亦應解為不受影響。至於混同。則雙方債權。均歸消滅。亦無問題。若因此外之原因致消滅者。只須不能與得滿足同視。則自雙務契約之本旨言之。應解為他方債務。亦應同歸消滅。蓋以雙方債務本為對待之關係故也。

第二款 同時履行之抗辯

第一 關於同時履行之立法例。

即在認雙務契約之債務有牽連性之立法例。於當事人一方未為給付前。請求他方給付者。對於其待遇如何。亦有寬嚴之別。又有二主義。

(一) 認雙務契約於其履行亦當然有牽連性。一方欲請求他方給付。而已方債務已至清償期者。必須先就其債務為給付或給付之提出。即以己方債務之給付為對他方請求給付之前提要件。故於訴訟

時。原告請求給付而未主張並證明己方已爲給付或給付之提出者。則不問被告曾否提出同時履行之抗辯。法院即應依職權認被告無遲延責任。而駁回原告之請求。

上述主義。原即爲一派學者所倡。其理由謂雙務契約之各個債權。並非單以雙方爲給付爲目的。乃以雙方爲對待給付爲目的。故己方未爲給付或給付之提出。不得請求他方給付。乃屬當然。瑞士債務法即以明文採用此主義。於第八十二條定明「雙務契約一方請求他方履行債務者。須先履行自己債務或爲履行之提出」英國判例亦係依此法則（註）法國民法學者亦係爲同一解釋（參照法民一一八四、一六一二）

註 英國一七九七年有摩頓對蘭木案件（Case morton V Lang）即立此原則。迄今未變。

（二）認雙務契約於其履行非常然有牽連性。必待受請求給付之當事人主張。即爲抗辯。始能發生。故一方就己方債務未爲給付或給付之提出。亦得對他方請求給付。不過他方得以對方未爲給付或給付之提出爲理由。而拒絕自己之給付。在訴訟時。若被告未主張此理由。法院即仍應諭知其敗訴。不得依職權援用。而駁回原告之請求。

上述主義。在德國普通法時代。即爲通說。其理由在謂由雙務契約所生之債務。仍係各個債權。故係各以一方給付爲目的。各方自均得請求他方給付。不過二債權係相對待。如請求人未爲給付。他方自得

拒絕。此主義於理論及實際。均爲允當。蓋以各個債權。各得逕求給付。乃屬當然。而受請求之人。於他方未給付前。許暫不給付。亦得同受保護。無論自雙務契約之目的言之。或自雙方公平之原則言之。均甚相合也。故德國民法採用此主義（德民三二〇、三二一）日本民法亦然（日民五三三）

我國民法於第二百六十四條第一項亦定明。「因契約互負債務者。於他方當事人未爲對待給付前。得拒絕自己之給付。」其亦係採用上述主義。乃無疑義。此稱曰同時履行之抗辯或契約不履行之抗辯（*exceptio non adimpleti contractus*, Einrede des nicht erfüllten Vertrages）蓋法律一面認一方債權之普通效力。一面又認一方之抗辯權。而許其得爲延期抗辯也。

第二 同時履行抗辯權之成立要件。

同時履行之抗辯權。依民法第二百六十四條及第二百六十五條解釋。須具備次述要件。始能成立。

（一）雙方債務。須均係由雙務契約而生。且均尙存在。

民法所謂「因契約互負債務」所謂「待對給付」即以指此。又可分說之如次。

甲 雙方雖互負有債務。且各債務間雖事實上甚有密切關係。苟非係基於雙務契約而生。則亦不能適用民法同時履行抗辯之規定。雙方債權。非因於雙務契約而係互相對立者。得準用同時履行抗辯之規定否。除法律有明文應準用者外（例如二六一）應就各具體情形解釋二個債權之性質。以

決定之。

乙 由所謂不完全雙務契約所生之債務，亦不得適用同時履行抗辯之規定。蓋已如前述。此種債務並無對價關係。即其給付，非對待給付。自無應同時履行之性質。故如在委任契約，受任人因處理事務所生之費用或賠償請求權（五四六）就自己委理事務之履行，不得援用是也。

丙 雖為雙務契約上之債務，而係附隨於固有之債務而生者，則以其無直接對價關係，即難謂為對待給付，亦不得援用同時履行之抗辯。

丁 債務雖係由雙務契約而生，而一方債務，因給付不能或其他理由已消滅者，同時履行抗辯權亦應消滅。

戊 由雙務契約所生之債務，若因一定事由變為他之債務者，只須得認為未失同一性，仍得援用同時履行之抗辯。例如原來之債務，因可歸責於債務人之事由，變為賠償損害之債務，或原來之債務，因繼承、債權讓與，或債務承擔、轉付命令，而當事人變更之時是也。惟債務之更改，則債務已失同一性，自當別論。

(二) 須雙方債務均已至清償期，且須他方債務，非須先為給付者。

關於應均至清償期一點，民法雖無明文，乃屬當然。蓋此方債務未至清償期，他方根本即不得請求給

付。自無庸爲同時履行之抗辯。又他方債務未至清償期。則此方亦不得請求給付。自亦無援用同時履行抗辯之餘地。但所謂雙方債務須均至清償期。並非謂雙方債務須爲同一清償期也。此方清償期雖後於他方。若受請求之時已到期者。亦得援用同時履行之抗辯。

又當事人之一方。如依法律規定。或當事人特約。應向他方先爲給付者。則因其性質上本應先爲給付。即令他方債務已至清償期。亦無同時履行抗辯之可言。故民法於第二百六十四條第一項但書定明。自己已有先爲給付之義務者。不得有同時履行之抗辯權。但此僅爲原則。又於第二百六十五條爲保護此方起見。設有例外。許其仍有同時履行之抗辯權。(二六五)即定明如他方之財產。於訂約後顯形減少。有難爲對待給付之虞時。如他方未爲對待給付或提出擔保前。得拒絕自己之給付。此所謂未爲對待給付。即次述之一般要件。惟較一般更寬。只須他方提出擔保。亦不得援用。又本條抗辯之前提要件。尚須他方之財產。於訂約後顯形減少。有難爲對待給付之虞。故他方財產。在訂約前即形減少者。固不得援用。又訂約後雖形減少。而所餘財產尙足清償其債務者。亦不得援用。惟所謂不足清償。應合他債務計算。只須合併計算有不足清償對待給付之危險即可。

(三) 須他方未爲對待給付。

所謂他方未爲對待給付者。即謂他方就其由雙務契約所生之己方債務。未依債務本旨爲給付或給

付之提出也。尙應注意左列各點。

甲 他方僅爲一部給付或其他不完全之給付者。自不得謂已依債務本旨給付。故此時此方毋須就該一部爲相當之反對給付。並得就其請求全部成立同時履行抗辯權。惟民法爲保護他方起見。仿德國民法(德民三二〇Ⅱ)特於第二百六十四條第二項。定有例外。即他方當事人已爲部分之給付時。依其情形。如拒絕自己之給付。有違背誠實及信用方法者。不得拒絕自己之給付。蓋行使權利。本應依誠實及信用方法。(二一九)行使抗辯權。亦不能反此原則故也。

乙 當事人雙方應反復或繼續爲給付之雙務契約。例如租賃、雇傭等契約。是否僅得就各時期之對待給付成立同時履行抗辯權。抑得以先期給付未履行為理由。拒絕本期之反對給付。法律就此無明文。應解爲亦得拒絕。蓋以各期給付。均係由一個契約所生之債務。其對待關係。應就全體觀察故也。

丙 他方所負債務。只須非與對待債務爲另一債務。而係原來對待債務之擴張。例如此方因他方給付不能或給付遲延而取得損害賠償請求權時。他方除須履行原來債務外。並須履行該項債務。否則亦得謂未爲對待給付。

丁 此方對於他方對待給付受領遲延時。以後尙能行使同時履行之抗辯權否。應解爲不得行使。蓋

以此時已不得更謂他方未爲對待給付故也。(註)

註 德國通說爲反對說。

戊 當事人一方或雙方係多數之時。他方中一人未爲對待給付。或對此方中一人未爲對待給付時。亦得成立同時履行之抗辯。應分別論之。

1 通常應解爲仍得成立。蓋以此時仍係一部履行故也。(註)

註 有反對說。謂給付可分者。只得就其未給付之部分拒絕自己相當之反對給付。余謂給付可分之時。固應依第二百七十一條由各當事人平均分擔或分受。但此僅得爲一部履行之問題。而依同時履行抗辯之本旨。一部履行時。原則既仍得成立抗辯權。故此時亦應同一論之也。

2 當事人有特約對於各自給付亦應爲反對給付者。自只得就未爲對待給付之部分。成立抗辯權。

3 第二百六十四條第二項規定。於此時亦有適用。故如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者。亦不得成立抗辯權。

第三 同時履行抗辯權之效力。

(一) 此抗辯權之效力。乃爲民法第二百六十四條第一項所明定。即在「於他方當事人未爲對待給

付前得拒絕自己之給付。」故如前述。乃屬延期抗辯。單有暫使債權延期行使之效力。並非否認抗辯。而否認他方之債權。更非消滅抗辯。足致他方債權之消滅也。

(二) 此亦如一般抗辯權。須待行使。始能顯其功用。此行使之行為。即係向他方表示於他方未為給付前。己方亦不為給付之意。乃為觀念表示之性質。民法稱曰給付之拒絕。一般則稱曰同時履行之抗辯。故在訴訟上。如經債權人為原告。請求給付。而不為此抗辯。則應受敗訴之判決。又在未定有清償期之債權。如經債權人催告為給付。而不為此抗辯。亦應依第二百二十九條第二項或第三項。自其催告或期限屆滿時起。負遲延責任。惟在定有清償期之債權。則不應依同條第一項。逕使自期限屆滿時起。負遲延責任。蓋以此時債務人之屆期不給付。係因法律認其有抗辯權。即屬居於法律上得拒絕給付之地位。其不給付。乃有正當之理由故也。(註)

註 雙務契約定有清償之債務。於已成立抗辯權時。是否即因期限屆滿生遲延。學說上甚有爭執。本書見解。乃從德日通說。日本大審院判例亦屬相同。亦有以抗辯權須待行使為理由。謂此項債權。應僅因屆期不給付。即負遲延責任者。此說於德日均為少數說。二說結果。大不相同。頗堪注目也。

(三) 此抗辯權之行使時期及期間。應解釋如次。

甲 只須抗辯權成立。則隨時均可行使。不須待他方請求給付之時。但如前述。須己方債務已至清償

期。

乙 抗辯權之存續期間。乃與他方債權之存續期間相應。只須他方債權全部或一部尙屬存在。則按其全部或一部。亦屬存在。

丙 他方已爲全部對待給付者。則抗辯權自應因之消滅。於抗辯前已爲一部對待給付之時。抗辯權應否成立。已於前述。於抗辯後已爲一部對待給付之時。抗辯權應否存續。亦應準用前述法理。

(四) 此方爲被告。於訴訟上援用此抗辯權時。如原告未證明其已爲給付或給付之提出者。應否諭知原告敗訴之判決。亦應諭知雙方互爲給付之判決。解釋上不無疑義。德國民法以明文規定。應諭知後之判決。(德民三三二)舊民律草案及其修正案亦然。(舊草案五三三、修正案二三五)前大理院亦有此判例。現行民法雖無明文。應爲同一解釋。蓋以抗辯權之行使。幷不能生否認債權之效力。命互爲給付。即所以貫徹法律認同時履行抗辯之本旨也。

上述法理。於他方債權被讓與由讓受人起訴或擔當訴訟之時。亦應準用。

(五) 他方基於上述互爲給付之判決。請求強制執行時。非已向法院提存或已證明其已爲給付或給付之提出時。不得開始執行。

(六) 此方援用抗辯權時。關於抗辯權成立要件之事實。就中如就他方未爲對待給付之事實。於訴訟

上有爭執時應由何方舉證應分別論之。

甲 如依他方請求之原因可認為雙務契約者則應由他方證明其已為給付或給付之提出或此方應先為給付。否則應令敗訴。(註)蓋以此時既得認為雙務契約存在。依舉證責任分配之原則。自應由他方舉證也。

註 此在德國普通法及現行民法均為通說。日本民法亦然。

乙 但依他方請求之原因不能認為雙務契約或就是否雙務契約有爭執者則就雙務契約之存在自應由此方舉證。此依舉證責任當然之原則也。

(七) 同時履行抗辯權與留置權(九二八以下)其於法律上之目的乃屬相同。即二者同為本於公平之原則。不過前者為關於由雙務契約所生債務之牽連。後者則為債權人占有債務人之物與其債權之牽連。惟二者只於此根本精神相同。若其性質及內容則大不相同。即一則為抗辯權即形成權。一則為物權(前大理院判例仿德國民法認留置權為債權現行民法則仿日本民法明定為物權)且一則避自己債務之先為給付。一則期自己債權之得確實實行而有供擔保之功用。故在前者。原則不得提出擔保以消滅其權利。(參照二六五)後者則得提出擔保以消滅其權利。(九三七)

第二款 給付不能及於雙務契約之效力

第一 概說。

(一) 由雙務契約所生之一方債務。於其成立時。即屬不能給付者(自始不能)即雙務契約關於成立。應有牽連性之問題。此已於前述。契約應屬無效。雙方均不成立債權。乃無待明文者。

(二) 但由雙務契約所生之一方債務。於其成立後。始成給付不能者(後發不能)此方債務如應消滅。他方債務。即對待給付之請求權。亦應消滅與否。則不無問題。自債權法之通則言之。給付不能。自僅能使以該項給付爲標的之債權消滅(參照二二五I)但在雙務契約。其性質上既係使雙方負有牽連關係之債務。自不能依此通則解決之。故民法亦特就雙務契約之給付不能。規定其特別之效力。

(三) 雙務契約一方債務有後發不能時。亦如一般債務之後發不能。視其是否因於可歸責債務人之事由而效力不同。分述之如次。

甲 因可歸責於債務人之事由致給付不能者。他方既有損害賠償請求權。(二二六)此方債務並未消滅。反對給付之請求權。自亦不應消滅。此時僅有損害賠償請求權與反對給付請求權之同時履行之問題。並有解除契約之問題而已。故亦無待更設明文。

乙 因不可歸責於債務人之事由致給付不能者。此又有二種。1、有係因於不可歸責於雙方之事由者。2、有係因於可歸責於他方債權人之事由者。此時此方債務固均應適用通則。使其消滅。(二二

五丁）但他方債務。是否亦應消滅。即能否免為對待給付之義務。關於第二種情形。尚可依一般公平法則容易解決。若關於第一種情形。則殊為重大問題。不能輕依一般原則解決。此即學說上所稱之危險負擔問題也。（Gefahrtragung, question des Risques）如許免責。則因給付不能所生之危險即損失。係由此方即債務人負擔。如不許免責。則因給付不能所生之危險即損失。係由他方即債權人負擔。故此問題。又可稱曰損失負擔之問題。

關於上述危險負擔問題。學說上固大有議論。即立法例所採主義。亦不一致。然大別之可為次述二派。

1 概使債務人負擔之主義。

此為德國民法所取。其以前之固有法亦即如是。餘如普國國法、奧國民法亦屬相同。（德民三二三普國國法第一部第十一章九五、一〇〇第一部第五章三六四至三六八奧國民法一〇六四、一〇四八、一〇五一）此主義。係就一切雙務契約。設同一之原則。概使債務人負擔危險。學說上稱曰債務人主義。

2 分由債務人及以外人負擔之主義。

此主義。原則仍使債務人負擔危險。惟對於以物權之設定、移轉為標的之雙務契約。則設有例外。

使債務人以外之人負擔危險。爲羅馬法以來多數立法例所取。關於例外。又有次述二主義。

a 債權人主義。

即使債權人負擔危險。乃爲羅馬法所取。法國民法及屬此系之意。荷民法從之。德國普通法。日本民法及瑞士債務法亦同。（法民一六二四、一二三八、意民一四八〇、一二五、一四四八、一二九八、荷民一四九六、日民五三四、瑞債一八五）

b 所有人主義。

亦稱物權人主義。即使就契約標的物有物權（所有權）之人。負擔其標的物滅失或毀損之危險也。此爲英國法所取。（Sale of Goods Act 七、二〇）

我國民法蓋依德國民法。關於因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能者。完全採債務人主義。（二六六）但關於因可歸責於債權人之事由致給付不能者。則使債權人負擔危險。（二六七）於立法主義。可稱允當。蓋自雙務契約本旨及公平原則並實際交易言之。均以從此主義爲是也。更分述之如次。

第二 因不可歸責於雙方當事人之事由致一方之給付不能者。

民法於第二百六十六條定明。致全部給付不能者。他方免爲對待給付之義務。如僅一部不能者。應按其

比例減少對待給付。其他方已爲全部或一部之對待給付者。得依關於不當得利之規定。請求返還。蓋以雙務契約之本旨。在使雙方各爲對待給付。一方已不能給付。更要求他方給付。則與其本旨相違。且於公平原則及實際交易。亦不相宜故也。但此爲任意規定。當事人得爲反對之意思表示。自不待言。茲更就此原則規定。分別說明於次。

(一) 本條只對於雙務契約始有適用。普通片務契約。只一方負擔債務者。自不生適用問題。即令雙方均負擔債務。而非由雙務契約所生者。亦不能適用。

(二) 只須爲雙務契約。則不問其爲何種類。均得適用本條。爲給付標的之行為。乃所不問。即以物權之設定移轉爲標的之給付不能之時亦然。

(三) 所謂因不可歸責於當事人雙方之事由者。即謂債務人及債權人均就給付不能之原因無故意或過失也。(參照二二〇I)債務或債權之特定繼承人或一般繼承人。亦應以當事人論。

(四) 他國民法多僅就給付全部不能設規定。民法則仿德國民法就給付一部不能。亦設規定。全部不能者。則免全部對待給付之義務。一部不能者。則按其比例。免一部對待給付之義務。惟此僅就一般之情形言之。若因一部不能而已不能達成立債權之目的者。則應與全部不能同視。債務人之債務。固因以消滅。債權人之對待給付義務。亦應因以消滅。

(五) 所謂免爲對待給付之義務或減少對待給付者。即謂債權人喪失其全部或一部之對待給付請求權也。申言之。即債權人之債權。亦應全部或一部消滅。債務人未爲給付者。因以免責。固不待言。若已爲全部或一部之給付者。其給付即係債權人無法律上原因所受之利益而爲不當得利。(一七九)故民法定明適用不當得利之規定。請求返還。此不問其給付係在不能發生前或在發生後。(參照一七九後段)惟債務人明知不能發生。己方債務應行消滅。而仍爲給付者。則不得請求返還。蓋以此時已應適用第一百八十條第三款之規定故也。

第三 因可歸責於債權人之事由致此方給付不能者。

民法就此於第二百六十七條。對於上述原則。設有例外規定。定明當事人之一方。因可歸責於他方之事由。致不能給付者。得請求對待給付。但其因免給付義務所得之利益或應得之利益。均應由其所得請求之對待給付中扣除之。其定明債務人一方給付不能。由可歸責於債權人之事由而生。應由債權人負擔危險者。蓋以此時於引起不能有過失之債權人。若仍許其得免爲對待給付之義務。則殊反於事理。故法律特不認雙務契約債務之牽連性。一面許債務人之債務消滅。(即因適用第二百二十五條第一項)一面仍使債權人之債務存在。蓋須如此。始合於法律要求誠實及信用之精神也。惟此亦爲任意規定。當事人自得爲反對之意思表示。茲更就本條之適用。分別說明之如次。

(一) 本條亦僅限於雙務契約始有適用。

(二) 所謂因可歸責於他方之事由。解釋上不無疑義。蓋以債權人關於自己得受領之給付。別不負法律上何等義務故也。然余見此時亦得與上述可歸責於債務人之事由。為同一解釋。係指債權人於不能給付之原因有故意或過失。又其過失。應解為須負抽象輕過失之責任。若係欠缺善良管理人之注意。即應認為有過失。(參照二二〇II)至可歸責事由之具體情形亦可分論之。

甲 債權人依法律或契約特對債務人應負注意義務而違反義務。以致不能時。此為可歸責之事由。固無疑義。

乙 依債權人之侵權行為而致不能者。此為可歸責之事由。亦無疑義。

丙 債權人受領遲延後。因不可歸責於雙方之事由而致給付不能者。德國民法就此設有明文。亦使債權人負擔危險。(德民三三四II)我國民法無明文。解釋上不無疑義。余謂亦得取同一見解。蓋以給付不能。亦係因債權人受領遲延而致。自亦得認為可歸責之事由也。

(三) 此所謂不能。不單指客觀不能。即主觀不能。亦可包含之。

(四) 法律僅係就全部不能之情形規定。但因可歸責於債權人之事由而致一部給付不能者。應解為債權人得請求可能部分之給付。而債務人則得請求全部對待給付。

(五) 此時不能之效力。即僅使債務人之債務消滅。對他方向得請求對待給付。此所謂對待給付。乃單指由雙務契約所生之反對給付。如債務人更因債權人侵權行為或債務不履行等原因而取得損害賠償請求權者。自亦得獨立行使。

(六) 債務人雖許其免為對待給付義務。並仍得請求他方對待給付。但其因免給付義務所得之利益。或應得之利益。均應由其所得請求之對待給付中扣除。亦基於公平原則之規定也。所謂因免給付義務所得之利益。或應得之利益者。謂該利益與免債務有因果關係也。例如因未履行債務所節省之費用。或得由第三人要求之權利（如保險費）等均是。民法對於此項利益。定為得由債權人扣除。未定為應由債務人償還。但該利益如係發生在為對待給付之後。或雖發生在前。而未為債權人知悉者。自應解為得請求償還。

(七) 關於舉證責任。解為債務人應就可歸責於債權人之事由舉證。債權人應就因免給付義務所得之利益。或應得之利益舉證。

第四 因可歸責於債務人之事由致此方給付不能者。

(一) 因可歸責於債務人之事由。致此方債務給付不能者。其原來之債務。雖變而為損害賠償之債務。但仍不失為同一之債務。故他方之債務。即債務人對於債權人之對待給付請求權。自亦不受影響。又

債權人之損害賠償請求權。依民法第二百六十條。得與契約解除權並存。故此時給付不能。於雙務契約。並不較其他契約之後發不能。有若何特別效力。(參照前述)

(二) 如上所述。債權人固並有損害賠償請求權及契約解除權。但不解除契約而專請求代履行之損害賠償。自亦為法所許。此項損害賠償請求權之效力如何。德國普通法及現行民法之學說。大有議論。有次述二說。

甲 交換說(Austauschtheorie)謂債權人有請求代履行之損害賠償請求權。亦負對待給付之義務。此時雙方之債務。仍係由雙務契約所生。與固有之債務。為同一法律關係。

乙 差額說(Differenztheorie)謂債權人只得將自己應為給付與他方應為給付之差額。以為損害而請求賠償。故此時之債。僅存有一個損害賠償請求權。

上述二說中。在我國民法之解釋。余以第一說為是。蓋債權人此時請求賠償損害。乃係依第二百二十六條。以雙務契約及自己對待給付義務尚屬存在為前提。第二說則係謂此時雙務契約及自己對待給付義務。均經消滅。自屬難以首肯也。

第五 因可歸責於雙方之事由致此方給付不能者。

因可歸責於債務人及債權人雙方之事由而致此方給付不能者。法律亦如前項。無明文規定。此時因係

雙方均可歸責。自不得適用前述第二百六十六條之規定。又因係債務人亦可歸責。自亦不能適用前述第二百六十七條之規定。此二條危險負擔之規定。既不能適用。則惟有解爲仍應適用前述第四之法理。債權人得依第二百二十六條請求賠償損害。並得依第二百五十六條解除契約。但債權人請求賠償損害。應適用第二百一十七條過失相抵之規定。自不待言。

第六節 關於第三人之契約

第一款 概說

債權契約。原係以於特定人間成立債權債務關係爲標的。此特定人通常自僅爲契約當事人。申言之。即係契約人之一方爲債權人。契約之。又一方爲債務人。一則對於他方有請求給付之權利。一則對於他方有爲給付之義務。此固爲原則。但契約自由。亦爲原則。以契約訂定應由第三人向一方爲給付。或以契約訂定應由一方向第三人爲給付。要亦無不可許之理。故民法就此兩種契約。以明文認許其有效。此即所謂關於第三人之契約也。前者又可稱曰由第三人爲給付之契約。後者又可稱曰向第三人爲給付之契約。他國立法例。多僅就後者設有規定。我國民法。則就此二者均設有規定。分述之於後。

第二款 由第三人爲給付之契約

此爲民法第二百六十八條所規定。即契約當事人之一方。約定由第三人對於他方爲給付者。於第三人不

為給付時。應負損害賠償責任。(法民一一二〇瑞債一一一)蓋此項契約。自初即係以由第三人為給付為標的。故與承擔債務之契約(三〇〇、三〇一)及債務人更改之契約。均不相同。又此時之債務人。自仍為契約當事人之一方。其所負債務。乃在使第三人對他方即債權人為給付。則於第三人不欲或不能對他方為給付時。即為給付不能。只須債權人曾因此受損害。法律即不問債務人就該項不能有無故意或過失。即是。否因於可歸責己身之事由。均使負賠償責任。故本條乃對於第二百五條第一項及第二百三十條並第二百二十條之通則規定為特別規定。蓋因債務人既經於成立契約時。定明由第三人為給付。顯有擔保得使第三人為給付之意思。(參照法民一一二〇)自只須後此未由第三人為給付。即應使其負責。方符於當事人之真意也。

上述契約之債權人債務人。仍為契約當事人。第三人並非因此真有對該契約債權人為給付之債務。蓋第三人決不能因他人行為而發生何等債務關係也。故即令第三人與該契約債務人或債權人之間。可因特種原因。亦負為與該契約標的同一給付之義務。但亦為另一關係。要不能單因該契約即發生為該給付之義務。

使第三人對他方為給付之契約。是否有效。尚應視其是否有背於公共秩序或善良風俗。如有此情形。則應依第七十二條而認為無效。債權根本不得成立。即無適用本條之餘地。

本條規定。應解爲非強制規定。故當事人約定即於第三人不爲給付時。亦不負損害賠償責任。或約定如以相當注意使第三人爲給付而第三人仍不爲之時。則不負損害賠償責任。自均可認其有效也。

第二款 向第三人爲給付之契約

此爲民法第二百六十九條第一項所明定。即以契約訂定向第三人爲給付者。要約人得請求債務人向第三人爲給付。其第三人對於債務人。亦有直接請求給付之權。此種契約。日本民法學者稱曰爲第三人之契約。(pactum in favorem tertii; stipulation pour autrui; Vertrag zu Gunsten Dritter; Vertrag auf Leistung an Dritte) 本書則依我國民法。稱曰向第三人爲給付之契約。以與由第三人爲給付之契約相對稱。此契約之意義。可自二方面觀察之。第一、自當事人方面言之。依契約使當事人一方得請求他一方。向第三人爲給付。按諸契約自由之原則。應無不許有效之理。故此意義爲第三人之契約。即羅馬法亦夙認其有效。不過稍有限制。須要約人就此有金錢之利益而已。第二、自第三人方面言之。依契約使第三人對他一方亦有直接請求給付之權。此意義之契約。是否有效。則自羅馬法以來。曾經種種之變遷。即在羅馬法。以契約僅於當事人間有效。對於第三人應無所害亦無所利。(alteri stipulari nemo potest) 乃爲原則。惟至後期。因實際必要。稍認例外。法國民法。亦大體依羅馬法。以不認爲第三人之契約爲原則。(法民一一一九、一一二一、一一六五) 然學說及判例。則因實際必要。認此契約有效之例外。範圍頗寬。德國普通法。初亦雖沿羅馬法。然旋因實際

必要。亦漸認此種契約有效。後且成爲習慣法。認第三人得因此種契約直接取得權利。德國民法。更就此設有明文。(德民三二八以下)瑞士債務法及日本民法亦同。(瑞債一、二、二、日民五三七以上)我國舊民律草案及其修正案亦有明文。(舊草案五三九至五四一修正案二五三至二五五)前大理院亦就此著有判例。(民國一〇年上字七七二號)

第一 向第三人爲給付契約之性質。

上述向第三人爲給付之契約。依民法規定以下定義。則爲當事人所爲得由一方請求他方向第三人爲給付並第三人亦得直接請求給付之契約。此一方民法稱曰要約人。他方稱曰債務人。茲更分析說明其性質如次。

(一) 此契約仍爲當事人間之契約。

關於爲第三人之契約之性質。自來學說紛紜。可大別之爲六說。

甲 代理說。(Stellvertretungstheorie)

此以要約人爲第三人之代理人。尤多主張其爲無權代理。此說殊不足取。蓋代理必以本人名義爲之。且係使法律行爲之效力全部直接對本人發生。(一〇三)此契約則全係當事人以自己名義所爲。其效力固一面直接對第三人發生。但一面亦直接對當事人發生。又關於行爲能力。仍須各當事

人有行為能力。亦不能適用代理第一百零四條之規定。

乙 承諾說 (Acceptationsstheorie, Beitrittsstheorie)

謂該契約僅足以於內部拘束當事人。若第三人能直接向債務人取得權利。則須第三人向債務人承諾。此說不但於理論及實際。均不相符。且亦與我國民法明文相反。

丙 片約說 (Theorie des einstiget Versprechen)

謂該契約於當事人間雖為契約。而對於第三人則為債務人片面之約束。即為單獨行為之性質。第三人乃因該單獨行為而取得權利。此說亦係附會。與當事人實際真意不符。

丁 共同行為說 (Gesamaktstheorie)

此說亦與前說同以處契約為對於第三人之單獨行為。其與前說不同者。則不以之為要約人或債務人一方之意思表示。而謂係由要約人與債務人雙方合意成立。此說亦於理論及實際。均不相符。

戊 間接取得說 (Ableitungstheorie, Zessionstheorie, Ermächtigungstheorie)

前述之片約。共同行為與後述之契約三說。對此稱曰接直取得說 (Anwachungstheorie, Creationsstheorie) 此說係謂該契約乃由要約人先取得權利。更移轉於第三人。又在間接取得說。關於其論據。又有二說。有以為係擬設之讓與者。亦有以為係要約人授與第三人以受領給付之權限者。無論依

何說均與理論及實際不符。

己 契約說。

謂該契約仍爲要約人及債務人所爲。第三人由該契約即能直接取得權利。此說乃排斥羅馬法契約只能及其效力於當事人之觀念。逕認當事人一方要約使他方向第三人爲給付他方諾約之契約亦可有效。而能使第三人即由此契約直接取得權利。此於理論及實際均屬可通。

我國民法。係採最後之契約說。觀其第二百六十九條第一項之規定自明。故所謂向第三人爲給付之契約。其當事人仍爲要約人與債務人（亦可稱曰諾約人）而非第三人。第三人雖亦可參加爲當事人。但已非此之所謂爲第三人之契約。而成爲一種通常契約。其效力亦不能適用第二百六十九條及第二百零七條之規定也。

(二) 此契約係以向第三人爲給付爲標的。

此即此契約之特色。在通常契約。均係以使債務人向債權人爲給付爲標的。爲第三人之契約。則係以使債務人所第三人爲給付爲標的。彼羅馬法。不認爲第三人之契約。一面亦係囿於無利益斯無訴權之觀念。謂此契約徒使第三人受利益。債權人無何等利益。即不能認其有訴權。而於法律上有效。然所謂利益。不以有形之利益爲限。在爲第三人之契約。債權人即要約人。使債務人向第三人爲給付。亦可

謂有無形之利益。而於實際上有此必要。自可許其有效也。更分述之。

甲 所謂第三人。乃總稱契約當事人以外之人。自然人、法人均可。且不須為特定人。亦不須彼契約成立時即已存在。

乙 為此契約標的之給付。亦無限制。作為及不作為均可。又使第三人因給付所受之利益。亦以不積極的利益為限。消極的利益亦可。(註一)故甲與乙訂定使乙不與丙為同種類營業之競爭。或使乙向丙為債務之免除。均為向第三人為給付之契約也。(註二)

註一 關於此點。學者中尚有爭執。亦有主張只限於積極的利益者。

註二 日本大審院判例認訂定向第三人免除債務之契約為有效。

丙 使第三人取得者。是否僅以債權為限。債權以外之權利。如物權或準物權。是否亦得成立為第三人之契約。許於法律上有效。學說上尚有爭執。法國學者及德國普通法時代學說為否定說。即不認為第三人之物權契約。日本學者則肯定說為通說。德國學者亦以肯定說為有力。我國關於為第三人之契約。既規定之於債之效力契約一欸之內。且定明第三人對於債務人亦有直接請求給付之權。則所謂契約。自為債權契約。所謂給付請求權。當然為債權性質。然依契約自由之原則。就物權或其他準物權。亦無不許成立為第三人契約之理。此項契約。亦應準用為第三人債權契約之規定。

丁 爲第三人之契約。不必爲專使第三人取得債權之契約。單使債務人對第三人負擔無因債務之契約。雖亦可認其有效。但通常此契約。多爲有因契約。即當事人內必有使一方爲給付之法律上原因。此項關係。可稱曰補償關係。(Deckungsverhältnis) 例如甲與乙結買賣契約。同時使乙將買價向丙支付是也。

戊 爲第三人之契約。亦不必專使第三人得利益。或以附款使第三人更負爲一定給付之債務。(例如附負擔之爲第三人贈與) 或即以該契約直使第三人負爲反對給付之債務。亦可有效。不過此種契約。乃一面含有由第三人爲給付之契約之性質。同時應適用第二百六十八條之規定而已。又第三人對於所約之債務或負擔。雖可不受拘束。但如只欲受利益不欲爲給付時。則債務人並得依次述第二百七十條規定以對抗之。

己 因爲第三人契約使第三人取得之權利。必爲第三人尙未取得者。若已爲第三人取得之權利。更使取得。乃屬不能。故不可許。故其給付必須於第三人爲新利益或新權利者。始得爲此契約之標的。然不可解爲與第三人已得權利之同一給付。即不得以爲標的締結爲第三人之契約。給付雖爲同一。亦得依此契約以成立新請求權。同一之給付。有二個請求權時。一個請求權因消滅時效或其他原因消滅時。他請求權尙可存在。故此時成立同一給付之請求權。亦非無實益也。又使債務人對第

三人承擔債務之契約。僅爲免責的債務承擔。則非爲第三人之契約。反是。若爲加入的債務承擔。則爲爲第三人之契約。(參照債務承擔之說明)

(三) 此契約係使第三人有對債務人請求給付之權利。

在德國普通法時代。第三人表示享受契約利益之意思。是否爲爲第三人契約之成立要件。抑爲生效要件。學說上大有議論。德國民法。則不以爲要件。僅定爲第三人爲拒絕之意思表示時。視爲其權利自始未取得。日本民法則反是。定爲此契約之權利。於第三人表示享受利益之意思時發生。其國學者之解釋。有契約成立要件說、第三人權利發生要件說、契約效力發生要件說、三說。我國民法。則仿德國民法。於第二百六十九條第一項後段。定明第三人對於債務人依該契約亦有直接請求給付之權。又於第二百六十九條第三項。定明第三人於當事人一方表示不欲享受契約之利益時。視爲自始未取得其權利。依此各規定觀之。爲第三人之契約。顯係只須於當事人間成立。第三人即有直接請求債務人爲給付之權利也。

第二人得直接對於債務人請求爲給付。亦爲此契約之特色。故甲、僅係契約當事人一方即債權人。得對於他方即債務人。請求爲給付。乙、僅係由債權人先取得契約所生之利益。再移轉於第三人。即僅有債權人對於第三人負移轉其債權於第三人之義務。丙、僅以爲清償之方法。由債權人指定第三人爲

給付受領人。此各等情形。均不得謂爲爲第三人之契約也。

(四) 此契約係使債權人有對債務人請求向第三人爲給付之權利。

此亦爲法條所明定。契約之標的。既在向第三人爲給付。要約人又爲此契約之一方。自亦與通常契約相同。仍爲債權人。有請求債務人向第三人爲給付之權利。其與通常契約不同者。即除債權人爲權利人外。第三人亦爲權利人而已。又二者均係對於債務人有請求權。且其請求給付之標的。亦屬相同。但在第三人係請求對自己爲給付。在債權人則係請求對第三人爲給付。其目的實不相同。又此契約不僅得爲單使債務人向第三人爲給付之片務契約。其得成立使第三人亦爲一定給付之契約。或對待給付之雙務契約。固如前述。且亦得成立使要約人亦爲一定給付之契約。或對待給付之雙務契約。又如爲與要約人之雙務契約者。在要約人與債務人之間。仍應依雙務契約之法則辦理。債務人對於自己應爲之給付。亦得爲同時履行之抗辯。並主張危險負擔。

第二 向第三人爲給付契約之要件。

向第三人爲給付之契約。其成立要件。應如次述。

(一) 須具備一般契約之成立要件。

即須於當事人即要約人與債務人之間。成立有效之契約。凡關於法律行爲及契約并債權契約之通

則規定。均於此契約有適用。必具備一般契約之成立要件。始得成立。

須於當事人間有有效之契約成立。爲第三人契約之絕對成立要件。故即於此契約依法律規定應爲相對無效之時。例如不得以無效對抗善意第三人之時（如八八一、九二二）亦得以之與此第三人對抗。觀第二百零七條之規定甚明。

（二）須就向第三人爲給付有合意。

即須當事人雙方就使一方向第三人爲給付有意思表示並相一致。此點、德國民法設有明文。（德民三二八）我國民法定爲「以契約訂定向第三人爲給付」亦即揭明此旨。蓋向第三人爲給付。本爲此契約之標的。即第三人得直接對債務人請求爲給付。要亦因於當事人之效力意思。故必當事人特就此有一致之意思表示也。

又此項意思表示。亦如一般意思表示。不必明示。默示亦可。故只須依契約意旨及其他具體情形。得推斷當事人有使第三人取得對一方請求給付之權利之意思即可。德國民法特就履行之承擔、生命保險契約等。設有解釋規定。我國民法。亦如日本民法。未特設規定。但保險、運送、寄託等契約。有時固亦得解爲係有使第三人取得權利之意思也。

爲第三人之契約。只須具備上述成立要件。即得成立。如無特別規定或訂定。並得同時發生效力。債權人

固有請求債務人向第三人為給付之權利。第三人亦有請求債務人向自己為給付之權利。至第三人表示享受契約利益之意思。則非此契約之成立或生效要件。已如前述。惟民法仿德國民法於第二百六十九條第三項。規定第三人對於當事人之一方。表示不欲享受其契約之利益者。視為自始未取得其權利。（參照德民三三三）依此規定。原契約雖因其成立即使第三人取得權利。但第三人亦難免有不欲享受其利益之時。此時自應尊重其意思。許其得向當事人一方表示不欲。只須有此表示。則第三人因契約所已取得之權利。即視為自契約之初。未經取得。此時應解為原契約之給付。有自始不能。故應依第二百四十六條第一項。仍成爲無效也。

上述表示之性質如何。應解爲一種觀念表示。蓋以依該表示所生之法律上效力。與第三人之意思無干。故也。惟仍應準用關於法律行為及意思表示之規定。故如民法第七十五條以下關於行為能力之規定。第八十六條以下關於意思表示之規定。於此項表示。亦應準用。至其相對人則法律有明文規定。向要約人或債務人爲之均可。又其方法。法律無限制。亦可準用意思表示之法則。明示、默示均可。

第三 向第三人為給付契約之效力。

(一) 第三人之權利。

甲 如前所述。第三人因該契約取得爲契約標的之權利。其性質依民法所規定者。固僅爲債權。但

得依該契約取得債權以外之權利亦已於前述

乙 第三人所取得權利之內容。自應依契約之所定。民法僅定爲第三人得對於債務人請求爲給付。至得請求爲何種給付。自應依原契約之內容。當事人訂定不僅使第三人取得權利，並使第三人負爲一定給付或對待給付之債務。應認其有效。亦如前述。第三人此時如僅表示只受權利，不爲給付，則不能認其有效。

丙 第三人依原契約所取得之債權，亦與一般債權無異。其性質及效力，亦應依一般債權之通則規定。以外關於債之移轉及債之消滅之規定，亦於此債有適用。

但第三人取得者，僅爲債權本身。即給付請求權。故凡屬於債之效力之權利，如債務不履行之損害賠償請求權、債權人代位權、撤銷權等。固得有之。反是，與債權獨立之權利，僅得爲當事人所有者，如契約撤銷權、解除權等。則僅要約人有之。第三人不得有之。蓋以第三人非契約當事人故也。

丁 第三人對於原契約未表示享受其利益之意。前當事人得變更其契約或撤銷之。爲民法第二百六十九條第二項所明定。在日本民法，定爲第三人表示享受利益之意思時，始有權利。則規定當事人於第三人權利發生後，不得變更或消滅契約。（日民五三八）固爲當然規定。若我國民法，雖係於當事人成立契約時，第三人權利，即已發生。但第三人既非該契約之當事人。在第三人未表示享

受利益之意思前。自應許當事人變更或撤銷契約也。所謂變更或撤銷契約。即變更由該契約所生之債權之內容。或逕使其消滅之謂。條文定明只許變更或撤銷契約。雖似只以爲契約標的之債權。即固有債權爲限。但應解因契約不履行即債務不履行所生之損害賠償請求權。於第三人未表示享受利益之意思前。亦得變更消滅之。又本項規定。亦非強制規定。故如當事人預爲保留之約定。在第三人表示享受利益之意思後。亦得變更或撤銷契約。亦應解爲有效。

上述表示享受契約利益之意思。即表示欲取得給付請求權之意思。其性質如何。日本民法學者均解爲意思表示。但在我國民法。應解爲僅屬一種觀念表示。與表示不欲享受利益之意思之性質無異。蓋以此種表示之法律上效力。僅在使當事人不得變更或撤銷契約。此項效力。實與第三人之意思無涉故也。

又上述表示。雖爲觀念表示。但亦與表示不欲享受利益之意思相同。亦須向當事人一方爲之。其方法亦明示。默示均可。並須準用關於法律行爲及意思表示之通則規定。惟原契約如未附有使第三人爲一定給付或對待給付之義務者。則第三人爲此表示。爲純獲法律上利益之行爲。自應準用第七十七條但書之規定。第三人爲限制行爲能力人時。無庸得其法定代理人之允許。

戊 債務人得以由契約所生之一切抗辯權。對抗受益之第三人。爲民法第二百七十條所規定。此蓋

以第三人所取得之權利。即爲原契約標的之權利。則債務人依原契約附着於該權利之一切抗辯。自應不許僅得對抗要約人。並得對抗第三人也。

所謂由契約所生之抗辯者。則謂債務人依該契約而應有之防止權利行使之權利也。無論其抗辯權發生之事由。係依契約訂定或法律規定均可。故如原契約爲雙務契約者。其依法律規定所生之同時履行及危險負擔之主張。均得向第三人爲之。餘如就原契約所生之無效撤銷之原因。所附之條件期限。并其他附款負擔等。亦均得主張。但雖爲得對抗要約人之事由而非爲由契約所生者。則不得對抗第三人。例如對於要約人之抵銷抗辯是也。

己 第三人權利取得之時期。已如前述。原則爲契約成立之時。至其消滅之時期。法律別無明文。自應適用該權利一般消滅之規定。其稍有問題者。即爲消滅時效之問題。應解爲其起算。原則應依第一百二十八條。即如爲作爲請求權者。則自契約成立時起。如爲不作爲請求權者。則自有反對之作爲時起。蓋以第三人自該時即爲其得行使或應行使權利之時也。又該權利已於當事人間消滅者。第三人之權利。自亦應因之消滅。至第三人表示享受利益及其行使權利期間。只以該權利尙未消滅之期間爲限。自不待言。

(二) 要約人之權利。

要約人因此契約所取得之權利。即為請求債務人向第三人為給付之權利。此為民法所明定。此權利之成立時期。除有特別訂定外。自為契約成立之時。

第三人由契約所取得之權利。民法雖只定為債權。但依其內容。可為債權以外之權利。又該權利之內容。乃因契約而不同。若要約人由契約所取得之權利。則恆為債權。即請求債務人向第三人為給付之權利。且其內容。無論為何種為第三人之契約。均屬相同。

要約人之債權。與第三人之債權。其關係如何。亦有主張其為多數當事人之債者。然一則係請求向自己為給付。一則係請求向他人為給付。且其內容。如上所述。不盡相同。故非通常所謂多數主體之債之關係。惟要約人請求權之目的。全在使債務人向第三人為給付。故二者之權利。究應相共運命。此點。則與多數主體之債之法律效果相似。故第三人之權利消滅者。要約人之權利固應消滅。即要約人之權利消滅者。第三人之權利。原則亦應消滅。至原契約消滅者。第三人之權利應行消滅。更不待言。

要約人不僅得請求債務人向第三人履行固有之債務。即為原定之給付。其由契約所生之債務。因給付遲延。或可歸責於債務人之事由。致給付不能。而發生損害賠償請求權時。應解為要約人亦得請求債務人為賠償。蓋以此項請求權。均由於原債權之效力所生也。至於第三人得有此權利。已於前述。原債務因給付遲延。或可歸責於債務人事由。致給付不能。而發生解除權者。其解除權。只要約人有之。

第三人不能有之。亦已於前述。

第三人表示不欲享受利益之意思時。契約已成給付不能。原契約應歸無效。亦於前述。但此僅就第二人之關係言之。若要約人與債務人之關係。尙當別論。如有特別訂定向母須使原契約完全無效。其原契約是否全因此喪失效力。惟有依具體情形決定。如無特定保留之意思表示。自亦應全歸無效也。要約人之權利。乃與第三人權利爲獨立之權利。其消滅自亦應獨立。故亦可獨立經消滅時效消滅。得因其他一般權利消滅原因消滅。更不待言。不過在第三人表示享受利益之意思後。則依變更或撤銷契約之方法。以使其權利一部或全部消滅時。則不得與第三人對抗而已。

(三) 要約人與第三人之關係。

爲第三人之契約。所能及其效力者。僅爲債務人與第三人及要約人與債務人。此均爲法律所明定。若要約人與第三人。則不但未經法律規定。且自理論言之。亦無發生何等效力之理。蓋以該契約僅爲要約人與債務人之契約故也。

但自通常言之。債務人決非無故即承諾向第三人爲給付。其爲此承諾。必與要約人之間有一定原因。此原因關係。可稱曰補償關係。已如前述。又在要約人。其使第三人取得債權。亦決非無故。亦必有一定原因關係。此要約人與第三人此項原因關係。學者則稱對價關係 (Quid Pro Quo) 此關係又有種

種。有因消滅現存之債務者。有爲贈與者。有因取得債權者。概括言之。不外二種關係。即要約人與第三人之間。原有使舊債權消滅或新債權成立之法律上關係而已。

又第三人與要約人之間。即無上述法律關係。爲第三人之契約。亦可有效成立。此時債務人向第三人爲給付。原係履行債務。固不發生不當得利之問題。若第三人與要約人之間。則第三人係無法律上原因而受利益。致要約人受損害。則與該項關係相反。而得成立不當得利。即要約人固得向第三人依不當得利而請求返還其給付也。

第四編 債之主體

第一章 總論

第一 債之主體之意義

債爲債權人與債務人之關係。故所謂債之主體。即謂債權人及債務人。通常又稱曰當事人。則以債多係由法律行爲而生。法律行爲之當事人。即爲債之主體故也。

在一般權利。尤爲絕對權。均僅權利之主體。即自動之主體。須特定。義務之主體。即被動之主體。則不必特定。此則權利人義務人均須特定。乃爲此權利之一特色。關於債之主體有二問題。一爲多數主體之債。一爲債之不可侵性。後者法律無明文。債權有無不可侵性。乃爲學說上一大問題。已於前述。前者則民法仿

多數立法例。特設一節。稱曰多數債務人及債權人。設有詳細之規定。當於後述。

又有所謂債權主體一語。通常均如一般所謂權利主體。乃稱權利人即債權人。但亦有指債之主體而統稱債權人及債務人者。

第二 債之主體之要件。

債之主體。須具備次述要件。

(一) 債權及債務主體須現實存在。

學者中固亦有主張有無主體之權利者。尤於債權。謂其得不須主體即得成立。例如對於胎兒爲遺贈。無記名證券上之權利在遺棄中之時是。然余謂凡屬權利。均須有主體。(參照總則)債權債務亦然。上述特種情形。亦不能爲債權得無主體而存在之論據也。

(二) 債權及債務主體須爲各別人格。

即債權債務關係。乃爲對立之關係。故其主體必爲各別之人格者。欲以一主體而同時爲債權及債務主體。則自初即不能成立債之關係。即在成立之後。如債權及債務歸屬於一主體。則生混同。債之關係。原則亦應消滅。(後詳參照三四四)

(三) 債權及債務主體須特定。

債權爲純粹之相對權。故權利主體及義務主體。均須特定。但只須特定已足。至其特定之方法如何。乃所不問。例如在懸賞廣告。須因完成指定行爲。又其完成有數人者。須經債務人擇定。其債權人始爲特定是也。又債之關係。有與其主體直接結合者。通常之債均屬於此。亦有與其主體間接結合者。卽更需他之媒介始能特定者。此種之債。亦可成立。例如無記名證券之債權。必須依證券持有。始能特定其爲債權人是也。

第二章 多數主體

第一節 概說

債之主體。卽債權及債務主體。有各僅一人者。有一方或雙方有二人以上者。後者稱曰多數當事人之債。亦稱多數或複數主體之債。民法則特以一節。標爲多數債務人及債權人以規定之。蓋以此種債之關係。有其特別效力。有以明文規定之必要故也。

單數主體之債。其債權債務關係之爲單一。固不待言。但在複數主體之債。則其債權債務關係。非爲單一。乃爲原則。故所謂多數當事人之債。卽令係爲一個給付。嚴格言之。亦非就一個債權債務關係。存有多數當事人。乃於形式上以同一給付爲標的之債權債務關係。按其主體之人數存在也。

債有自其成立之初卽爲多數主體之債者。有成立時爲單數主體之債。至後變爲多數主體之債者。此不問

屬於何種情形。只須已成爲多數主體之債。即應審按其性質分別適用關於多數主體之債之規定。又其成爲多數主體之債之原因。亦有爲法律行爲者。亦有爲法律規定者。又因於法律行爲之時。亦有其法律行爲於數主體同一者。亦有於各主體相異者。如甲乙二人依一契約共同買丙丁共有之馬二頭。前之例也。雖爲同一情形。然向甲交馬。乃無條件或期限。向乙交馬。則附有條件或期限。後之例也。

多數主體之債。於理論及法例上。有種種之區別。民法所認之區別。則爲左列數種。

第一 可分之債。此爲第二百七十一條所規定。

第二 連帶之債。又分爲二種。

(一) 連帶債務。此爲第二百七十二條至第二百八十二條所規定。

(二) 連帶債權。此爲第二百八十三條至第二百九十一條所規定。

第三 不可分之債。此爲第二百九十二條及第二百九十三條所規定。

以外保證債務。自一面言之。亦可謂爲一種多數主體之債。故亦有立法例規定之於多數主體之債之內者。如日本民法是。(日民四四六至四六五)我國民法。則仿多數立法例。另於本編第二章各種之債內與他種契約相並規定之。

除上述各種外。尙得依當事人意思表示或法律規定。成立種種多數主體之債。尤如所謂共同之債。(S. chung)

verhältnis Zur gesamten Hand, Gemeinschaftliche Schuldverhältnis, joint liability 日本民法學者稱曰總有債權關係或共同債權關係)即須數債權人共同始得請求給付,又須數債務人共同始得爲給付之債權債務關係。在德國固有法及英國法均認其存在。德國民法所規定之合夥及共同繼承等情形亦須以此觀念說明之。在我國民法上亦可認其存在也。

關於多數主體之債。自來有二主義。

第一 分割主義。

即按債權人或債務人人數而於其間分割權利及義務,使各按其部分享受或負擔也。此在羅馬法即已認此原則。(nomina Sunti ipso iure divisa)德國普通法時代亦然。近代立法例如德、奧、日本民法亦均設有明文。(德民四二〇、奧民八八八、八八九、日民四二七)法國民法雖無明文。然其國學者亦均認之。

第二 不分割主義。

即須數債權人或數債務人共同有權利負義務。故請求給付或爲給付亦須共同。此原則於複數主體之可分給付之債。往往與當事人意思相反。故立法例採用此原則者甚少。

我國前大理院。即係採用第一主義。(註)舊民律草案及其修正案亦同。(舊草案四八二修正案四三一)現行民法亦以明文採用此原則。雖僅係規定可分之債之效力。然應解爲於多數主體之債。均有適用也。

註 共同債務人。若非連帶債務債權者。不得令共同債務人之一人獨負全額之清償。(民國三年上字九號判例)

數債務人負可分給付之債務而無特別之意思表示者。各債務人以平等之比例負其債務。(六年上字

一一六九號判例)

數人依契約共同負擔可分給付之債務者。除已聲明連帶負責外。應以分擔爲原則。惟各共同債務人中如有無力分擔或行踪不明或遠適異國等情形者。始由他債務人分擔其不足之額。(六年上字六四四號判例)

多數主體之債權。固爲債權之準共有。而應依第八百三十一條。準用所有權共有之規定。惟民法關於此種之債。既於第二百七十一條以下設有特別規定。共有之規定。自能於不與該各規定抵觸之範圍內。始有準用之餘地。又民法就此種債權債務。如另有特別規定。仍應從該規定。不應從第二百七十一條以下之規定。亦不待言。

第二節 可分之債

第一 可分之債之意義。

可分之債(Geteiltes Schuldverhältnis)者。以可分給付爲標的。而其給付被分割於數債權人或數債務人

間之債權債務關係也。此種之債。乃於數人有同一債權或負同一債務之時見之。而其特色。即在爲債權標的之給付。分割於數人之間。質言之。即其給付。由各債權人分受。或由各債務人分擔也。又稱曰連合之債。(obligations conjointes)其債權人有數人者。又稱曰可分債權。債務人有數人者。又稱曰可分債務。

第二 可分之債之要件。

可分之債之成立要件。應如次述。

(一) 須以可分之給付爲標的。

在可分之債。爲其標的之給付。須爲可分。乃爲第二百七十一條所明定。又給付不必於債權成立之始。已爲可分。本不可分而變爲可分者。亦爲可分之債。適用法律關於此債效力之規定。

(二) 須債之主體爲多數。

此亦爲法條所明定。即須數人負同一債務或有同一債權。質言之。即須債權人或債務人爲多數。而多數人所負之債務或所有之債權。又須以同一給付爲標的也。

第三 可分之債之效力。

可分之債之效力。應分別論述如次。

(一) 對外效力。

即可分之債之效力。於多數債務人或多數債權人與其相對人之外部關係又應解述如次

甲 分割之標準。應如次述。

I 應則應平均分割。

即爲此債標的之給付。原則應由各債務人平均分擔或平均分受。爲第二百七十一條所明定。即民法乃如前述。關於多數主體之債。乃以採分割主義爲原則。其債務人多數者。亦不以爲連帶債務。而定爲應由各債務人分割履行之。其債權人多數者。亦不以爲連帶債權。而定爲應由各債權人分割請求之。至各人分割之標準。則又以平均比例爲原則。法律所以如是規定者。乃爲期合於當事人之意思。且爲實際之便利也。蓋既係以同一可分之給付爲標的。則無論此債之發生。由於法律規定或當事人契約。如法律無特別規定或當事人無特別訂定。自得推定。當事人真意。係在平均比例分割。又該債之履行或請求。不限於多數主體共同爲之。且因內部關係非他人所能知。故不問其內部關係是否爲平均分割。在外部概定爲平均分割。亦於實際甚爲便宜也。

2 例外得不平均分割。

即本條所定此債效力之規定。并非強制規定。故法律又定有例外。於 a、法律另有規定者。即此債如係由於法律規定。而法律另有反對規定者。自應從其所定。此在法律所規定之債。雖本爲金錢

之債。而特定明爲連帶之債。例如第二十八條、第一百八十五條、第一百八十七條第一項、第一百八十八條第一項等規定均是。b、契約另有訂定者。即此債如係由於當事人契約。而當事人另有訂定者。自亦應從其所定。此尤爲當然。

乙 各人之債務或債權乃各獨立。

即可分之債。雖形式上似爲以同一給付爲標的之一個之債。而實質上則爲按人數存在之數個獨立之債。且法律既定明對於一個給付應平均分擔或分受。各債務人或各債權人所有之債務或債權。尤應解爲係獨立各別存在。此點、法律雖無明文。但於學說上乃無爭執。因其各爲獨立之義務或權利。故就一債務人或一債權人所生及於債之效力之事由。不影響於他債務人或債權人。例如就一人有給付不能或給付遲延、受領遲延時。只應該一人負責任。他人不負責任也。

丙 各人之債務或債權。乃於以同一給付爲標的而相連絡。

即各人之債務或債權。雖爲獨立之義務或權利。但各債於形式上仍爲以同一給付爲標的之一個債權債務關係。故各個之債務或債權。仍於此點有連絡。此雖亦無明文。但於理論上應如是解釋。故如由雙務契約所生之債務爲可分之債者。只須一人未履行。相對人即可爲同時履行之抗辯。(二六四I)又解除契約。亦須由其全體爲之。(二五八II)

(二) 對內效力。

上所述者。爲多數債務人或債權人與其相對人之關係。若各債務人或各債權人之內部關係。可分之債之效力如何。則法律未經規定。自應依各人間之實際或法律關係以決定之。即如依意思表示或其具體情形。約定其分擔或分受之標準者。自應從其所定。否則仍應如外部關係。以平均分割爲原則。又內部關係。雖得不平均分割。但仍與外部關係無涉。只須無特別規定或訂定。對於他方債權人或債務人。仍應從外部關係。故有時於外部爲平均分割。於內部不爲平均分割。亦屬無妨。

第三節 連帶之債

第一款 連帶債務

第一 連帶債務之意義。

連帶債務(Gesamtschulden, obligations Solidaires)者。多數債務人對於同一債權人。各須爲同一給付之債權債務關係也。此債之債務人。稱曰連帶債務人。債權人稱曰連帶債務之債權人。此債之標的。在使各債務人均負爲全部給付之責任。但因一次給付。全債權債務關係。即爲消滅。此債果爲一個債權債務關係。抑爲按債務人人數存在之數個債權債務關係。自來學說。大有議論。茲述其沿革如次。

羅馬法所認之連帶債務。債務人一人之行爲或其他就債務人一人所生之事項。有及其影響於他債務

人者。亦有不及其影響於他債務人者。德國普通法時代學者就此解釋。分爲二派。即自克勒兒及利賓陶羅卜 (Keller und Ribbentrop) 以來。學者概分連帶債務爲共同連帶 (Korrealobligation) 與單純連帶 (Blossolidarobligation) 克利二氏就二者之區別。則謂前者爲單一債權債務關係。故就債務人一人所生之事項。及其影響於他債務人。後者爲複數債權債務關係。故除使債權得滿足者外。其他就債務人一人所生之事項。不及其影響於他債務人。此派稱曰債務單一說。又以其爲克利二氏所首倡。亦稱克利二氏說 (Keller-Ribbentropische Theorie) 乃爲多數說。與此反對者。則謂不但單純連帶之債務爲複數債務。即共同連帶之債務亦爲複數債務。此二者之區別。應另就他點求之。於此又有數說。有謂在共同連帶。債務之發生原因。爲法律行爲。在單純連帶。則爲法律規定。有謂此二者之差異。僅因於羅馬法之訴訟程序。非因於實體法上之理由。此派稱曰債務複數說。以外又有調和此二派之折衷說。

現時多數立法例。均不認共同連帶與單純連帶之區別。通說亦謂連帶債務爲有同一目的之數個之債。(參照德民四二一以下日民四三二以下瑞債一四三以下奧民八九一以下) 法國法系民法亦不認此區別。其國學說於債務關係之爲單數或複數。亦少議論。惟以各債務人間有代理關係。就債務人一人所生之事項。以有絕對效力爲原則。

關於連帶債務之性質。學說沿革。已如上述。茲更說明我國民法上連帶債務之性質如次。

(一) 連帶債務。乃複數債務。

我國民法。關於連帶債務之規定。亦仿上述之多數立法例。故其性質。亦以從多數說爲宜。即依第二百七十二條第一項及第二百七十三條。各債務人既對於債權人負全部給付之義務。債權人對於債務人中一人或數人或全體亦得同時或先後請求全部給付。且各債務人就全部給付負連帶責任。又依第二百七十九條。就債務人中一人所生之事項。以對他債務人無效力爲原則。則連帶債務人在連帶債務所負之債務。自以解爲按債務人人數存在爲宜也。至於就債務人中一人所生之事項有絕對效力。則可依其他理由說明之。(後詳)不得單以此點即謂連帶債務爲單一債務也。

(二) 連帶債務人各個債務。均以全部給付爲標的。

前述之可分之債。各個債務。非以全部給付爲標的。固不待言。後述之不可分之債。各債務人亦非負全部給付之責任。只因給付不可分之結果。始應爲全部之給付耳。若連帶債務。則爲全部給付。乃爲各債務人所負債務之標的。

連帶債務人因各負爲全部給付之債務。故債權人對於各債務人得同時或先後請求全部給付。在未全部履行前。即已履行之債務人。仍不能免責。(二七三)乃屬當然。又在連帶債務。其給付非不可分。(註)故民法又定明債權人對於各債務人得請求一部給付。(二七三)對於何債務人請求何部分之

給付。債權人得自由選擇。然此亦不可與債權人有選擇權之選擇債務同視。蓋在連帶債務。不問選擇之前後。各債務人均負有爲全部給付之確定債務故也。

註 就不可分給付得成立連帶債務否。學者中尙有議論。亦有持肯定說。我國民法明定得請求一部給付。自應持否定說。故應解爲就不可分給付。只能成立準連帶債務。不能謂爲法律所規定之連帶債務也。

(三) 連帶債務之各個債務均以同一給付爲標的。

此即民法所謂數人負同一債務。債務人雖有數人。並得因一人爲給付而致全債務關係消滅。但如其所應爲之給付。非屬同一。亦不得謂爲負同一債務。即亦不得謂爲連帶債務。所謂給付同一者。即爲給付之標的同一也。只須給付之標的同一。即給付之態樣不同。例如一則負附期限或條件之給付義務。一則負無期限或條件之給付義務。仍得相結合以成立連帶債務。此爲學說及立法例所公認。民法亦可爲同一解釋。(參照二七九)

只須給付之標的同一。至其種類。並不以金錢或其他之物爲限。就作爲之給付。固亦得成立連帶債務。例如二承攬人連帶承攬建築一棟房屋者是。又就不作爲之給付。亦得成立連帶債務。例如製造公司技術部職員全體連帶相約不洩露公司製造上之秘密者是。(註)

註 不作爲之給付。能否成立連帶債務。學者中尙有議論。

(四) 連帶債務。乃因一次給付而全部消滅。

此即爲連帶債務之特色。民法就此雖未特設明文。但於學理上無爭。蓋連帶債務。雖爲複數債務。但數個債務。非爲達數個目的而存在。乃僅爲達一個目的而存在之數個手段。故因實行一個手段。已達目的。則他手段即失存在之基礎。故連帶債務人無論一債務人獨爲全部給付。或數債務人合爲全部給付。均只須爲一次全部給付。即可消滅其債權全部。

雖有以同一給付爲標的之數個債務存在。如其經濟上之目的。非爲同一之時。亦不得稱爲連帶債務。例如乙因不注意。致將由甲貸借之物被丙盜去。此時乙丙雖均對於甲負損害賠償之債務。但非連帶債務。故連帶債務之因一次給付而全部消滅。尙不能僅以數個債務之給付同一爲理由以說明之。而應以數個債務之目的同一。即目的共同爲理由以說明之。

連帶債務。不必限於由同一原因發生。學者中亦有以連帶債務係由同一原因發生爲理由。而說明上述得因一次給付即行消滅之特質者。實爲錯誤。無論依法律規定。或當事人法律行爲以發生連帶債務。其原因均不限於同一。只須其目的同一。即其原因不同。一亦無妨。例如丙先對甲承諾就乙債負連帶保證責任。丁至後亦承諾負同一連帶保證責任。仍得謂爲連帶債務也。

(五) 連帶債務。於內部通常亦應由各債務人分擔。

連帶債務人之內部關係。通常有分擔部分之存在。觀民法第二百八十條之規定自明。此亦為連帶債務之特色。而為其與非真正連帶債務區別之一點。以其有分擔部分。故債務人中一人因其行為致他人同免責任者。得請求償還其各自分擔之部分。亦為第二百八十一條所明定(註)

註 於外部雖為連帶債務。但於內部訂定或規定某一債務人全不負擔義務。自亦無妨。

第二 連帶債務之原因。

數人負同一債務。而其給付又屬可分。原則應為可分債務(二七一)為連帶債務。乃為例外。故連帶債務之發生。必以有法律行為或法律規定為限。乃為第二百七十二條第一項及第二項所明定。更分述之如下。

(一) 法律行為。

此即民法所謂明示。故依法律行為以成立連帶債務。須該法律行為含有此項內容之特別意思表示。德國民法定為數人依共同契約負擔可分債務者。推定其為連帶債務。(德民四二七)我國民法則與之反。定為須經明示。(亦有例外如七四八)即須有負連帶債務之意思表示始可。惟亦只須實質上足認為有此意思已足。不必特為揭明連帶債務字樣。又其方法亦不必限於明示。默示亦可。又成立連

帶債務之法律行爲。普通雖爲契約。但亦可依遺囑成立。又如前述。發生連帶債務之原因。並不須同一。故即依契約以成立連帶債務。其契約亦不必數人共同締結。即各別締結亦可。締結之時期。亦不必相同。至其態樣。不必相同。如一附條件或期限。一則不附。亦可。此亦已於前述。

(二) 法律規定。

無特別意思表示者。則成立連帶債務。須有法律規定。故數人負同一債務。必法律特別定明爲連帶者。始爲連帶債務。(例如二八、一八五I、一八七、一八八I、七四八等)

只須依上述原因。發生連帶債務。則不僅固有之債務即主債務。應負連帶責任。即就附隨之債務即從債務。亦應負連帶責任。例如連帶債務人一人敗訴時。其因此所生之訴訟費用。亦應連帶負擔是也。

第三 連帶債務之效力。

連帶債務之效力。可區別之爲對外效力即債權人對債務人之效力。與對內效力即債務人相互間之效力。分述之如次。

(一) 對外效力。

甲 債權人之權利。

連帶債務之債權人得對於連帶債務人中之一人、或數人、或其全體、同時或先後請求全部或一部

之給付。爲第二百七十三條第一項所明定。依此規定。債權人。1、或請求一債務人給付全部或一部。2、或請求債務人中數人或全體同時給付全部或一部。3、或請求債務人中數人或全體先後給付全部或一部。均可選擇爲之。故債權人此時亦有選擇權。惟與債權人有選擇權之選擇債務不同。已於前述。

又連帶債務未全部履行前。全體債務人仍負連帶責任。爲第二百七十三條第二項所明定。即債權人就該未清償之債務部分。對於各債務人。仍有上述之請求權。該清償部分。係爲何債務人履行。乃所不問。

乙 就連帶債務人中一人所生事項之效力。

I 原則。

就連帶債務人中一人所生之事項。對於他債務人亦生效力與否。自連帶債務之性質言之。應有次述二原則以支配之。

a 連帶債務。本按連帶債務人之人數爲數個債務。則就一連帶債務人所生之事項。自應不及其效力於他債務人。

b 但連帶債務。又係爲一個目的而存在。則只須已達目的。全債務自應消滅。

綜上二原則觀之。就連帶債務人中一人所生之事項。僅應於債權人與該債務人之間生效力。即僅有相對效力。乃爲原則。若於債權人與他債務人之間亦生效力。即有絕對效力。則應爲例外。我國民法第二百七十九條亦係依據此旨。定明就連帶債務人中之一人所生之事項。除次述特別規定或契約另有訂定者外。其利益或不利益。對他債務人不生效力。(註一、二)

註一 德民四二五日民四四〇瑞債一四六法民一二〇八II、一二一〇意民一一九一、一一九三II、一一九五奧民八九四

註二 德國民法認絕對效力之範圍甚狹。(德民四二二至四二五)瑞士債務法略與之同。(瑞債一四七、一四六、一三六一)法國民法則認絕對效力之範圍較寬。(法民一二〇〇、一二〇五、一二〇七、一二〇九、一二八一、一二八五、一三〇一、一三〇六)意大利民法亦略與此同。日本民法則可謂介於德法二國民法之間。(日民四三四至四三九)我國民法亦近於折衷主義。觀次述例外各項自明。

總之、除法律另有規定或契約另有訂定者外。就連帶債務人中一人所生之事項。其效力均僅爲相對。茲示得適用此原則之重要情形如次。

a 債權人給付之請求。此在日本民法。固定爲有絕對效力。(日民四三四)我國民法則仿德

國民法及一般立法例。(參照德民四二五)不認給付請求即催告有絕對效力。

b 債務人過失。民法亦加多數立法例。只認其有相對效力。(參照德民四二五)瑞債一四

七)日本學者中就此亦無異說。惟法國民法則與之反。(法民一二〇五)

c 債務人給付遲延。民法亦仿多數立法例。不認其有絕對效力。(參照德民四二五)瑞債

一四六)法國民法則與是反。(法民一二〇七)日本民法於因催告而遲延時亦同。(日民四一

二四)

d 給付不能。此於全債務人均為一般不能者。自應生絕對效力。但僅就債務人一人而生給

付客觀不能者。則其效力不及於他債務人。

e 時效之中斷。民法乃仿德國民法。只認其有相對效力。(德民四二五)但有反對立法例。

如法國民法及瑞士債務法是。(法民一九一九、二一〇六)瑞債一三六一羅馬法亦同)日本民

法只於因催告生中斷者。認有絕對效力。餘亦只認有相對效力。至時效完成之有一部絕對效

力。當於後述。(二七六)例外。

2

例外。

就連帶債務人中一人所生之事項。對於他債務人亦生效力者。除得由契約為特別訂定外。並由

民法設有次述特別規定。

a 因連帶債務人中之一人爲清償、代物清償、提存、抵銷或混同而債務消滅者。他債務人亦同免其責任。爲民法第二百七十四條所明定。此蓋因債務人中一人爲清償、(三〇九)代物清償、(三一九)提存、(三二六)抵銷、(三三四)而致債務消滅。則連帶債務可謂已達目的。應使生絕對效力。使他債務人亦因以免責。自屬當然。(參照德民四二二法民一二〇〇、一二八一瑞債一四七一)至混同則尙未使債權得滿足。故他國民法亦有反對規定。如德國民法則定明僅有相對的效力。(德民四二五)法國民法亦定明僅就該債務人負擔部分。使他債務人免責。(法民一三〇)我國民法則仿日本民法。(日民四三八、五二〇)定爲亦與上述清償等有絕對效力。蓋爲便宜而與清償同視也。

b 連帶債務人中之一人受確定判決。而其判決非基於該債務人之個人關係者。爲他債務人之利益。亦生效力。爲民法第二百七十五條所明定。判決原則本僅能及其效力於當事人。此則規定其例外。連帶債務人中一人與債權人間之判決。只須於債務人有益。而又係非基於該債務人之個人關係。則其效力亦及於他債務人。此乃注重保護他債務人所設之規定也。(註)至於債務人不利之判決。自仍應依一般原則。不及其效力於他債務人。

註 連帶債務人一人得勝訴判決時。德國普通法時代認其有絕對效力。乃爲通說。德國民法則否。日本民法亦然。二國學說均一致不認其有絕對效力。法國民法就此亦無明文。其國學說有反對贊成二說。

c 債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者。除該債務人應分擔之部分外。他債務人仍不免其責任。爲民法第二百七十六條第一項所明定。債權人向連帶債務人全體爲免除之意思表示者。全部債務應行消滅。(三四三)固無待明文。現所規定者。即對於債務人一人爲免除之意思表示時。則須依其內容。有消滅全部債務之意思。他債務人始得免責。否則專就該債務人於內部應分擔之部分。得免責任。法律此時就該部分竟認其有絕對效力者。亦爲保護他債務人計也。與德、法及日本民法均稍有異同。(參照德民四二二三 法民一二八五 日民四三七)

d 連帶債務人中之一人消滅時效已完成者。他債務人亦除該債務人應分擔之部分外。仍不免其責任。爲民法第二百七十六條第二項所規定。此許一債務人消滅時效之效力。就其內部應分擔之部分。及於他債務人。使之同以免責。亦爲保護他債務人所設之便宜規定也。此仿日本民法。(日民四三九)德國民法則僅認其有相對效力。(德民四二五)法國民法無明文。

e 連帶債務人中之一人對於債權人有債權者。他債務人以該債務人應分擔之部分爲限。得主張抵銷。爲民法第二百七十七條所明定。連帶債務人中一人已自行抵銷者。其有絕對效力。已另有規定如前述。(二七四)茲所規定者。即更許他債務人亦得就該債務人應分擔之部分。主張該債務人之抵銷。以使連帶債務之該部分。亦生絕對效力。蓋亦爲保護他債務人所設之便宜規定也。此亦仿日本民法。(日民四三六)德國民法及法國民法均不認之。

f 債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時。爲他債務人之利益。亦生效力。爲民法第二百七十八條所明定。此即規定債權人遲延之效力爲絕對。亦保護他債務人所設之便宜規定也。此則仿德國民法。(德民四二四)羅馬法以來多數立法例。均與之反。日本民法無明文。其國通說均持反對說。

(二) 對內效力。

民法除規定債權人與連帶債務人間之效力外。並規定連帶債務人相互間之效力。即如次述。

甲 連帶債務人相互間之分擔部分。

各連帶債務人對於債權人。固均應負全部責任。但其內部相互間。則仍各有其分擔之部分。民法於第二百八十條定明。連帶債務人相互間。除法律另有規定或契約另有訂定外。應平均分擔義務。但

因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用。由該債務人負擔。（參照德民四二六瑞債一四八普國普通法一部五章四四三以下奧民一二一三意民一一九八）

乙 連帶債務人相互間之求償權。

1 求償權之要件及範圍。

連帶債務人中之一人，因清償或其他行為，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還其各自分擔之部分，並自免責時起之利息。為民法第二百八十一條第一項所明定。更可分別說明其要件及範圍如次。

a 要件。即依上述規定。求償權之要件。應如左述。

I 須他債務人同免責任。

所謂同免責任者。即該債務。不僅於該債務人消滅或減少。於他債務人亦行消滅或減少也。II 須因於該債務人之行為。

故非因於該債務人之行為而係因於其他事由。例如因於消滅時效。或免除。抵銷等。只須非該債務人所為。即令對他債務人亦生效力。對於他債務人。亦無求償權。

III 須他債務人就其分擔部分已經免責。

詳言之。即須該債務人使他債務人免責任之部分。已超過其自己應分擔之部分。他債務人就其自己應分擔之部分。亦因以免責任而受利益者始可。

b 範圍。此亦爲法條所明定。即如左述。

I 各自分擔之部分。

只須免責部分。即於各自分擔之一部。亦可求償。不必及於全部。

II 自免責時上述部分之利息。

此利息。應依法定利息。自不待言。

2 求償權之代位。

求償權人於求償範圍內。承受債權人權利。但不得有害於債權人之利益。爲民法第二百八十一條第二項所明定。此即許該債務人就其求償權。得代位債權人。即債權人之權利。於債務人求償部分。當然移於債務人。故債權人之權利。僅相對消滅。而非絕對消滅。該債務人此時不僅有求償權。並兼有債權人之權利。又債權人之權利。應行移轉者。不僅固有之債權。即其附屬之權利。如擔保權等。亦應移轉。惟於此有一限制。即須在不害債權人利益之範圍內。始得代位。蓋債權人權利不能因此受不利益也。（參照德民四二六日民五〇〇以下法民一二五一瑞債一四九）

3 求償權之擴張。

連帶債務人中之一人、不能償還其分擔額者。其不能償還之部分。由求償權人與他債務人按照比例分擔之。其他債務人中之一人應分擔之部分已免責者。仍應按此項比例、負該分擔部分之責任。但債務人一人不能償還、係由求償權人之過失所致者。則不得對於他債務人請求其分擔。為民法第二百八十二條第一項及第二項所明定。蓋為被求償人中一人不能償還其分擔部分時、法律特將求償範圍擴張、以保護求償權人也。若其不能償還。係因於求償權人之過失。則自無保護之必要。故此項求償權擴張之要件有二。a. 須連帶債務人中一人不能償還其分擔部分。其原因可以不問。亦不須全額不能償還。b. 須其不能償還、非因於求償權人之過失。至此項求償權擴張之效力。則在使求償權人與他債務人比例分擔該不能償還之部分。即他債務人已就其應分擔之部分免責之時。對於該擴張求償部分。仍應負比例分擔之責任。蓋依公平原則所為之規定也。（參照德民四二六日民四四四瑞債一四八奧民八九六法民一二一四Ⅱ意民一一九九Ⅱ）

第四

非真正之連帶債務 (Unechte Solidarität)

(一) 非真正連帶債務之存否。

非真正連帶債務。各國均無明文規定。我國民法亦然。但此種債務。於民法上及實際上、均恒足認其存

在。故德、日學者多研究之。茲亦就其性質及效力略爲討論如次。

(二) 非真正連帶債務之性質。

非真正連帶債務。與連帶債務應如何區別之。學者中頗有議論。可大別之爲次述三說。

甲 謂其區別在其成立原因之同一與否。即在連帶債務。其數個債務之成立原因相同。非真正連帶債務。則其成立原因不同。此在德國爲多數說。然此說殊不足取。蓋如前述。連帶債務。其成立原因亦非必須相同。學者中又有謂只須實質原因相同。無須形式原因相同者。然強分法律要件爲形式與實質。法律上亦欠根據。仍屬不能贊同。

乙 謂其區別在各債務人間有其應分擔之部分。即在連帶債務。各債務人間心定有各自分擔之部分。非真正連帶債務則否。余謂此點。雖足認爲二種債務之重要差異。但此僅道及其效力之差異。尙未道及其性質之差異。

丙 謂二種債務之差異。在其目的是否共同。即在連帶債務。即令其成立原因非屬同一。而數個之債務。乃有共同之目的。故其對內效力。始生分擔及求償之問題。若非真正連帶債務。則數個債務。即令於客觀有單一之目的。要決無共同之目的。故於對內關係。亦不生分擔及求償之問題也。余以此說爲是。

(三) 非真正連帶債務之效力。

非真正連帶債務。法律既無明文。而其性質又與連帶債務有異。故關於其效力。自亦不能逕行適用連帶債務之規定。惟有依理論以解決之。即可為次述之論斷。

甲 債權人得對於債務人中之一人請求全部給付或一部給付。應屬無疑。又得對於債務人數人或其全體同時或先後請求全部給付或一部給付。亦應解為可許。關於此數點。乃與連帶債務無異。(參照二七三)

乙 但就債務人中之一人所生之事項。應解為原則只有相對之效力。惟於債權因清償或其他情事而得滿足之時。始得解為有絕對之效力。此則因非真正連帶債務之目的。雖非共同。但於客觀係屬單一故也。關於此點。非真正連帶債務與連帶債務。乃微有不同。

丙 又債務人相互間以其無共同目的。自無分擔部分之可言。亦自不生求償之問題。此則非真正連帶債務與連帶債務大異之點。

第二款 連帶債權

第一 連帶債權之意義

自羅馬法以來。各國立法例均除連帶債務外。並設有連帶債權之規定。(參照德民四二八以下法民一

一九七以下奧民八九二以下瑞債一五〇以下）蓋以前者乃受動之連帶債權債務關係。後者乃自動之連帶債權債務關係。於理論及實際上。有區別規定之必要故也。惟日本民法則以連帶債權於實際生活發生甚少。遂未設規定。即在法國學者。亦多謂彼國民法關於連帶債權之規定。實際上適用甚少。乃為贅文。我國民法。現仍從多數立法例。就此設有規定。

何謂連帶債權。(Gesamforderung) 即數人依法律或法律行為有同一債權。而各得向債務人請求全部給付也。(二八三)又稱自動連帶。(Active Gesamtschuldverhältnis) 此各債權人稱曰連帶債權人。其債務人稱曰連帶債權之債務人。

連帶債權之性質。可分析說明如次。

(一) 連帶債權乃複數債權。

即連帶債權有數債權人。其債權之數。乃按債權人之數存在。至債務人是否為一人或為數人。乃所不問。

(二) 連帶債權之各個債權。均以全部給付為標的。

此為法律所明定。即各債權人各得向債務人請求給付全部也。

(三) 連帶債權之各個債權。均以同一給付為標的。

此亦爲法律所明定。所謂數人有同一債權。即謂爲各債權之標的之給付均屬相同也。但亦如連帶債務所述。只須給付之標的相同。給付之態樣不同。固亦無妨也。

(四) 連帶債權。乃因一次給付而全部消滅。

即各債權人雖均對於債務人有全部給付之請求權。但各債權人均係共同之目的。故只須一債權已因一次全部給付而消滅。債權全部即爲消滅。他債權人亦因此喪失其請求權也。(參照二八六)

(五) 連帶債權之債權於內部通常應由各債權人分受。

即連帶債權。雖於外部。各債權人均得向債務人請求全部給付。而於內部。通常應由各債權人分受該債權之利益。且應平均分割。此爲法律所明定。(二九一)不過得因反對規定或訂定而有例外。

第二 連帶債權之原因。

連帶債權之成立原因。亦爲法律所規定。即如次述。(二八三)

(一) 法律行爲。

連帶債權。因於法律行爲成立者。較爲普通。蓋以當事人既有特別意思表示。欲成立此債權。自無不許之理也。其中亦以因於單獨行爲者爲較少。因於契約者爲較普通。而因於契約之時。亦有爲全債權人與債務人之一個契約者。亦有爲各債權人與債務人之各別契約者。無論其爲一個契約或數個契約。

其因此所生之債權均爲各別債權。故就連帶債權人中一人所生之事項，原則不及影響於他債權人。
(二) 法律規定。

此須法律有特別明文始可。蓋成立此項債權，殊爲特別，非有明文不能認其成立也。

第三 連帶債權之效力。

(一) 對外效力。

甲 對於連帶債權人及債務人之效力。

1 對於連帶債權人之效力。

此爲民法第二百八十三條所明定。即各債權人均各得向債務人請求給付全部。故各債權人均得獨立對於債務人，於訴訟外或訴訟上，爲全部給付之請求。如係於訴訟上爲之者，即令其起訴有先後，債務人亦不得以有訴訟拘束爲抗辯。而法院亦得爲各債權人，各對於債務人爲命行全部給付之判決。

2 對於債務人之效力。

此爲民法第二百八十四條所明定。即連帶債權之債務人，得向債權人中之一人，爲全部之給付。依此規定，在債務人方面，亦得選擇對任何債權人中一人，爲全部之給付。此不問已否受該債權

人之請求。亦不問已否受他債權人之請求。即令他債權人已爲請求。且該債權人未爲請求。債務人仍得任意獨向該債權人爲全部給付。至給付如係可分。且又曾得各債權人之同意者。得分向各債權人各爲一部給付。以免責任。更不待言。

乙 就連帶債權人中一人所生事項之效力。

就連帶債權人中一人所生之事項。除對於該債權人與債務人之間發生效力外。對於他債權人與債務人之間。亦生效力與否。因連帶債權。其性質與連帶債務相似。故亦可準諸連帶債務之理論。民法亦係依此理論。設有原則及例外規定如次。

I 原則。

此爲第二百九十條所規定。即就連帶債權人中一人所生之事項。除次述之契約特別訂定或法律特別規定外。其利益或不利益。對他債權人不生效力。依此規定。凡就債權人中一人所生之事項。無論其結果是否於債務人利益。均僅於該債權人與債務人之間有效。於他債權人無效。即僅有相對之效力。而無絕對之效力也。

2 例外。

就連帶債權人中一人所生之事項。有絕對之效力。即對於他債權人與債務人之間。亦生效力者。

須有次述二原因。

a 由於契約訂定者。

各債權人於發生債權之契約內，如另爲訂定，或於事後另由該債權人或全體債權人與債務人另以契約訂定，許就一人所生事項，對於他債權人亦生效力。此項契約，應屬有效。自不待言。

b 由於法律規定者。

民法設有次述五條特別規定。

I 連帶債權人中之一人爲給付之請求者，爲他債權人之利益亦生效力。爲民法第二百八十五條所明定。依此規定，只須債權人中之一人爲請求，即可及其利益於他債權人。故他債權人債權之消滅時效，亦可以中斷或停止。債務人對於該債權人有遲延者，對於他債權人亦應負遲延責任。法律如是規定者，蓋爲顧全他債權人利益所設之便宜規定也。

II 因連帶債權人中之一人，已受領清償，代物清償，或經提存，抵銷，混同而債權消滅者，他債權人之權利，亦同消滅。爲民法第二百八十六條所明定。其中許債權人中之一人之清償及代物清償，提存，抵銷，有絕對之效力。蓋爲連帶債權之性質所當然。至許混同亦有此效力。則爲便宜之規定。

Ⅲ 連帶債權人中之一人。受有利益之確定判決者。爲他債權人之利益。亦生效力。爲民法第二百八十七條第一項所明定。又連帶債權人中之一人。受不利益之確定判決者。如其判決非基於該債權人之個人關係時。對於他債權人。亦生效力。爲民法第二百八十七條第二項所明定。此均係對於一般判決效力之原則所設之例外。蓋亦爲便宜之規定也。

Ⅳ 連帶債權人中之一人。向債務人免除債務者。除該債權人應享有之部分外。他債權人之權利。仍不消滅。又連帶債權人中之一人。消滅時效已完成者。亦除該債權人享有之部分外。他債權人之權利。仍不消滅。爲民法第二百八十八條所明定。此許免除及消滅時效就該債權人享有之部分。有絕對之效力者。蓋亦爲便宜之規定也。

Ⅴ 連帶債權人中之一人有遲延者。他債權人亦負其責任。爲民法第二百八十九條所明定。依此規定。只須債權人中一人有受領遲延。不僅該債權人應負遲延責任。即他債權人亦應負遲延責任。蓋爲公平起見。乃與第二百八十五條相呼應而設之便宜規定也。

(二) 對內效力。

民法除規定連帶債權之外部效力。即連帶債權人與債務人之效力外。並規定其內部效力。即連帶債權人相互間之效力。即連帶債權人相互間。除法律另有規定或契約另有訂定外。應平均受其利益。

爲民法第二百九十一條所明定。故連帶債權人對於債務人。雖各得請求全部給付。而在內部。即其相互間。則各有其享有之部分。此享有部分。固得另由法律或契約定之。如別無規定或訂定。則係平均。此亦爲連帶債權性質上應有之效力。連帶債權雖係按債權人人數存在。而各債權仍有牽連性。法律於其外部。即各債權人與債務人之間。設有牽連性之規定。許其具有絕對之效力。亦以其於內部有此享受部分之關係故也。惟此亦非強制規定。故得更依法律或契約。定爲只於外部各債權人得請求全部給付。而於內部仍不許某債權人不分受其利益。自亦無妨。

第四節 不可分之債

第一 不可分之債之意義。

不可分之債 (Untheilbares Schuldverhältnis, obligations indivisibles) 者。以不可分之給付爲標的之多數主體之債權債務關係也。此種債權債務關係。雖與可分之債及連帶之債同爲有多數主體。但爲其標的之給付。乃不能分割爲之。此爲其特色。故與可分之債固不相同。即與連帶之債亦屬不同。不可分之債。又可分爲不可分債務與不可分債權。前者。即數人負同一債務也。後者。即數人有同一債權也。

不可分之債。本係以同一給付爲標的。且其債務或債權之數。應解爲係按其債務或債權主體之數存在。

故其性質。究與連帶債務或連帶債權之性質相類似。故民法於第二百九十二條規定。除後述第二百九十三條之特別規定外。準用關於連帶債務或連帶債權之規定。

第二 不可分之債之要件。

成立不可分之債。須具備左列要件。

(一) 須以不可分之給付爲標的。

何謂不可分之給付。即非害該給付之性質或價值。即不得分割爲給付之謂也。又可分爲因於性質之不可分(*Indivisibilité naturelle*)與因於意思表示之不可分(*Indivisibilité conventionnelle*)二種。前者以爲給付之標的時。其爲不可分之債權債務關係。固屬當然。後者雖係由於當事人之特別意思表示而成爲不可分。但當事人既依意思表示定爲不可分。以之爲給付標的時。自亦應適用不可分債權債務關係之規定。

(二) 須有多數之主體。

雖係以不可分給付爲標的。若債權及債務之主體。均爲單數之時。則別無複雜問題。只於不許分割給付且不生一部給付不能而已。故在此種之債。無特爲研究之必要。惟在債權或債務之主體爲多數之時。則其關係較爲複雜。債權人有數人者。各債權人固不得請求一部給付。債務人有數人者。各債務人

固亦不得爲一部給付。但各債權人究得如何請求給付。各債務人究得如何爲給付。殊有解決之必要。故民法特就此種之債以明文規定。亦僅限於此種債權債務。始稱爲不可分之債。

第三 不可分之債之效力。

關於不可分之債之效力。各國立法例不盡一致。民法規定。乃與德國民法（德民四三二）及瑞士債務法（瑞債七〇）相同。除適用連帶債務或連帶債權之規定外。並設有第二百九十三條之特別規定。即如次述。

（一）各債權人僅得爲債權人全體請求給付。債務人亦僅得向債權人全體爲給付。爲民法第二百九十三條第一項所明定。依此規定。凡在不可分債權。債權人全體共同請求給付。自屬有效。但法律特別計及便宜。許各債權人一人亦得請求給付。不過須爲全體請求之。至債務人爲給付。則仍依不可分給付之性質。定爲須向債權人全體爲給付。始爲有效。

（二）債權人中一人與債務人間所生之事項。其利益或不利益。對他債權人。不生效力。爲民法第二百九十三條第二項所明定。此則因其標的之給付爲不可分。故定爲就債權人一人與債務人所生之事項。不能及其效力於他債權人。

第四 不可分之債之消滅。

不可分之債之消滅。除應依一般規定外。尚有一特別消滅原因。即在因於意思表示之不可分。更可依反對意思表示而變為可分。又因於性質之不可分。亦可因變為損害賠償而為可分。此時稱曰不可分之消滅。不可分之消滅。即係本不可分而變為可分。民法有明文定為應變為可分之債。(二七一後段)故不可分之消滅。亦為不可分之債之消滅原因也。

第五編 債之變更

第一章 總論

第一 債之變更之意義

債之變更(Veränderung der Schuldverhältnisse)者。債權債務關係仍不失為同一。而於其客體或主體有變更之謂也。此與債之消滅不同。蓋以此時原債權仍屬存續。並非原債權消滅新債權發生故也。故原債權之效力。仍屬繼續存在。附着於原債權之利益或瑕疵。原則亦仍舊附着。例如原債權之擔保及抗辯。通常不因之受影響是也。(參照二九五、三九九、三〇三、三〇四)

第二 債之變更之種類

債之變更。又可分為次述二種。

(一) 債之客體之變更。

此即謂債權債務關係不失爲同一，而於其內容有變更也。申言之，即爲債權標的之給付。於其種類、品質、數量等有變更也。給付標的有變更，而債權仍不失其同一性者，須有特別之原因。即須中，因於法律之規定。例如因可歸責債務人事由致給付不能而生之損害賠償請求權（二二六上）及因不履行而生之損害賠償請求權（二二二）是。乙、因於契約之訂定，其依契約以變更債之客體者，是否成立更改而生債之消滅（後詳）抑債仍不失爲同一而僅生債之變更，應就具體情形決定之。即應 1、依主觀標準即當事人意思，2、依客觀標準即社會觀念以決定之。

（二）債之主體之變更。

此即謂債權債務關係不失爲同一，而於其主體有變更也。申言之，即債權或債務被人繼承也。其中又可分爲包括繼承與特定繼承二種。前者於繼承及遺贈之時見之，乃爲繼承法所規定。後者又可稱曰債之移轉。（Übertragung der Schuldverhältnisse）又分爲債權之讓與債務之承擔二種。則爲債編第一章第五節所規定。茲專就此研究之。

第二章 債之移轉

第一節 債權之讓與

第一款 債權讓與之意義

債權之讓與(Cessio, Übertragung der Forderung, Forderungsabtretung, Cession de Crance)者。謂以移轉債權爲標的之債權人與第三人之契約也。其性質如次述。

第一 債權讓與。乃債權人與第三人之契約。

債權之移轉。固有因於意思表示以外之原因者。又有法律上之債權移轉。及裁判上之債權移轉。亦有因於單獨行爲者。如捐助行爲及遺贈是。(註)但稱曰讓與者。則爲契約。且其當事人恒爲債權人與第三人。而債務人無與焉。(參照二九四)債權人又稱曰讓與人。第三人又稱曰受讓人。受讓人須特定否。即所謂空白讓與(Blankozession)是否有有效之問題。學者頗有議論。余取積極說。解爲有效。

註 債權是否得因遺囑移轉。學者中有議論。

第二 債權讓與。乃以移轉債權爲標的。

即所謂讓與。並非在成立移轉債權之債務。故非債權契約。乃在以直接移轉債權爲標的。此契約如屬有效成立。則在當事人間即逕行發生移轉債權之效力。故爲一種準物權契約。而此種行爲。亦爲一種處分行爲。故讓與人須就該債權有處分之力及權限。

債權讓與。雖以移轉債權爲標的。但就附條件或期限之債權。並將來之債權。成立此種契約。亦不得謂爲無效。蓋以契約之成立與其生效可分別觀之故也。

第三 債權讓與。乃爲無因行爲。

即債權讓與之契約。與爲其原因之債權契約。應解爲無不可分之關係。只須其本身具備成立要件及生效要件。則該契約即得成立。且能發生移轉債權之效力。至爲其原因之債權契約。雖有無效或撤銷之原因。讓與契約。並不因之而當然無效或得撤銷。(註)

註 僅德國學者始認債權契約與物權契約之區別。且以物權行爲爲無因行爲。法國學者則否。(參照總則法律行爲之種類)故關於債權讓與之性質。二國學者見解亦不同。一則以爲準物權行爲。並爲無因行爲。一則以爲與其原因之契約爲一個行爲。而爲有因行爲。余取前說。

第四 債權讓與。乃爲非要式行爲。

即債權讓與。在當事人之間。仍應適用一般法律行爲及意思表示並契約之規定。法律既未定明須有方式。自備具備一般之成立及生效要件。即可有效成立。惟對於債務人。則法律定爲須行通知。始能生效。此則該契約之對外生效要件。當於後詳述。

第二款 債權讓與之許可

第一 羅馬法不認債權有移轉性。故債權恒不許讓與。此蓋因其認債權債務爲嚴格之特定人間之關係故也。但以後亦因實際上債權有變更主體之必要。除認債權人之更改外。並認許權讓與及爲自己委任

之制度。實際亦與認債權讓與收同一之結果。

近代立法例則與羅馬法相反。認債權有移轉性。故亦許債權得以讓與。此蓋因應社會之需要。不能拘守羅馬法債權之觀念。遂於理論上認債權主體之變更。不失債權之同一性故也。（參照德民三九八以下日民四六六以下瑞債一六四以下普國普通法一部一章三七六以下奧民一三九二以下法民一六八九以下意民一五三八以下）

第二 我國民法。蓋亦仿近代立法例。於第二百九十四條第一項定明債權原則得由債權人讓與於第三人。此可就次述各種問題研究之。

- (一) 由一個法律關係發生數個債權者。各債權得獨立讓與之。
- (二) 一個債權。如其給付為可分者。得讓與其一部。
- (三) 由雙務契約所生之債權。各方債權除得獨立讓與外。並得單讓受其債權。毋庸承擔其債務。
- (四) 已生訴訟拘束之債權。亦得讓與。
- (五) 附條件或期限之債權。並將來之債權。亦得讓與。此已於前述之矣。
- (六) 物權的請求權。亦得準用債權讓與之規定。以為讓與。此時。物權本身。並得仍存於原來之權利人。不過原物權消滅時。物權的請求權。亦應消滅而已。

第三 債權亦有例外不許讓與者。此爲民法第二百九十四條第一項但書所規定。即如次述。

(一) 依債權之性質不得讓與者。

此所謂依債權之性質不得讓與者。即謂爲債權標的之給付。依其性質僅得向債權人爲之之債權也。通常屬於此類之債權。固係因債權人不同致其內容亦生差異。(參照德民三九九)但並不以此種債權爲限。凡依一般見解。認爲債務人只限於向原債權人始負給付義務之債權。均可包含之。茲試舉其最著者於左。

甲 基於個人關係之債權。如由租賃、使用貸借、雇傭、委任等契約所生之債權。原則爲不得讓與者。(

參照四四三一、四六七II、四八四I、五三七)

乙 不作爲之債權。亦原則爲不得讓與者。但附隨於他法律關係所生之不作爲債權。亦得與因他法律關係所生之權利一併讓與。例如讓與營業時。得一併將不爲營業競爭之債權讓與是也。

丙 由預約所生之債權。亦原則爲不得讓與者。惟由本契約所生之債權。如爲得讓與者。則締結本契約之請求權。解爲亦得讓與。

丁 終身年金之債權。受扶養之債權。則爲當然不得讓與者。

戊 從屬之債權。應審按其性質。有不得讓與者。有得讓與者。前者如保證債權是。後者如利息債權。違

約金債權是。

己 因就非財產的權利之侵權行為所生之損害賠償請求權。學者中亦有謂其爲概不得讓與者。余

謂應依法律規定。不可概論。(參照一九五)

(二) 依當事人之特約。不得讓與者。

又可分述之如次。

甲 債權與物權不同。故當事人以特約禁止讓與者。亦應認其有效。

乙 此所謂特約。即特別意思表示之謂。通常固爲契約。但在由單獨行爲成立之債權。在該單獨行爲

內定明此旨。自亦屬有效。

丙 此所謂當事人。即謂該債權債務之主體。即債權人及債務人。且通常皆爲現在者。不須爲干與債

權成立原因之當事人。

丁 爲該特別意思表示之時期。不限於債權成立之時。(註)

註 有少數之反對說。

上述特約。既爲當事人間之關係。不必有絕對之效力。故民法又於第二百九十四條第二項定明不得以之對抗善意第三人。即對於惡意之第三人。固屬有效。即對於善意之第三人。亦非無效。不過不得由

此方主張有效而已。此所謂善意第三人。即指不知有此特約之第三人。其須就債權讓與有利害關係。自不待言。(註)

註 法國法系通說。均認禁止債權讓與之特約爲無效。反是。德國普通法。則認爲有效。德國民法且有

明文。(德民三九九)

(三) 債權禁止扣押者。

此即指於民事執行法定明禁止扣押之債權。執行法既定明不許扣押。自亦以不許讓與爲宜。故民法仿德國民法定明此旨。(德民四〇〇)

第三款 債權讓與之效力

第一項 概說

債權讓與之效力。僅在使債權人之地位變更。即使債權因以移轉。除此點以外。餘均不受影響。申言之。即債權讓與之契約發生效力時。債權人即讓與人。乃因此喪失其債權。第三人即受讓人。則因此取得其債權。故債權讓與即爲繼承取得之一種。由受讓人自讓與契約發生效力時起。繼承債權人之地位。以後不但對於債務人爲債權人。即對於任何人。亦爲債權人。茲更詳述其效力如次。

第一 債權並不因讓與而失其同一性。

債權因債權人變更而失同一性以至消滅者。則於法律上僅得謂之更改。不得謂之讓與。若讓與則須以保持同一性為要件。除債權人有變更外。其他均無變更。不僅於其內容為然。即於其原因亦然。

第二 債權因讓與而移轉之範圍。

此應依讓與契約內容之所定。又可分別論之。

(一) 本債權。如無特別意思表示。自應認為全部均經移轉。

(二) 從屬權利。是否一同移轉。固亦應依契約所定。惟民法就此於第二百九十五條設有補充規定。與債權時。該債權之擔保及其他從屬之權利。隨同移轉於受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者。不在此限。又未支付之利息。推定其隨同原本移轉於受讓人。(參照德民四〇一瑞債一七〇)

第三 債權讓與。有其基本法律關係者。並應適用該法律關係效力之規定。

債權讓與。固如前述。為無因行為。但苟有其基本原因之法律關係者。其基本法律關係之效力規定。亦應適用。例如讓與債權係因先就該債權有買賣契約者。則為買賣契約之效力之瑕疵擔保規定。亦應適用。此雖為基本法律關係之效力。非讓與契約本身之效力。但二者究有密切之關係。故此項效力。亦宜適用。且宜論究也。

第二項 對於當事人之效力(對內效力)

第一 讓與契約。在其當事人之間。即讓與人與受讓人之間。只須依一般原則。具備成立及有效要件。即得完全發生效力。已如前述。故債權在讓與契約生效之時。於當事人之間。即應完全移轉。

第二 民法於上述效力外。又就讓與人於第二百九十六條。定明讓與人應將證明債權之文件。交付受讓人。並應告以關於主張該債權所必要之一切情形。此蓋法律為計及實際。特設保護受讓人之補充規定也。（參照德民四〇二）

第三項 對於第三人之效力（對外效力）

第一 債權讓與。於當事人之間。固因契約生效。債權即得移轉。但對於債務人。即對於外部。則欲其生移轉之效力。民法尚於第二百九十七條第一項。定有一要件。即須由讓與人或受讓人。將債權之讓與。通知債務人。但法律另有規定者。不在此限。更分述之如次。

（一）通知亦如其他通知。乃觀念表示。非意思表示。但應準用意思表示之規定。

（二）通知之內容。在告知債權已經讓與於受讓人。故在讓與前預行通知者為無效。又附條件之讓與。須於條件成就後通知始可。

（三）通知由讓與人或受讓人為之均可。

（四）通知並不須特別方式。惟須向債務人為之。且須達到後始生效力。

第二 債權讓與。通常固須向債務人通知。但民法計及便宜。於第二百九十七條第二項。定明受讓人將讓與人。與人所立之讓與字據。提示於債務人者。與通知有同一之效力。

第三 通知由讓與人所爲者。民法更於第二百九十八條。定有次述之效力。

(一) 讓與人。已將債權之讓與。通知債務人者。縱未爲讓與。或讓與無效。債務人仍得以其對抗受讓人之事由。對抗讓與人。

(二) 讓與人。已將債權之讓與。通知債務人者。非經受讓人之同意。不得將其通知撤銷。

第四 債權之讓與。對於債務人。於其通知時。即生效力。即債權自該時起。乃因以移轉於受讓人。受讓人自該時起。即得向債務人主張其債權。但債權並不因此喪失同一性。故民法又於第二百九十九條。定明次述二原則。

(一) 債務人於受通知時。所得對抗讓與人之事由。皆得以之對抗受讓人。

(二) 債務人於受通知時。對於讓與人有債權者。如其債權之清償期。先於所讓與之債權。或同時屆滿者。債務人得對於受讓人主張抵銷。

第二節 債務之承擔

第一款 債務承擔之意義

債務之承擔 (Schuldübernahme, cession de dette) 二者。謂第三人與債權人或債務人所爲以移轉債務爲標的之契約也。其性質如次述。(註)

註 在羅馬法。以債爲特定人間之關係。故債務承擔亦如債權讓與。不認其有效。德國普通法時代。初亦有議論。惟至後期。則肯定說爲通說。德國民法遂以明文爲詳細之規定。(德民四一四以下) 瑞士債務法亦然。(瑞債一七五以下) 法國民法無規定。以前否定說爲通說。近亦有有力學者倡肯定說。日本民法亦無明文。否定說爲少數說。通說及判例均爲肯定說。與國肯定說亦爲通說。(且多數說均主張其根據在奧民一三四四、一三四五、一四〇〇) 我國舊民律草案及其修正案亦仿德國民法。設有詳細明文。(舊草案四二一以下修正案三九三) 前大理院亦採肯定說。著有判例甚多。惟其用語。則沿舊草案。稱曰債務承任。現行民法乃沿修正案。稱曰債務承擔。(日本民法學者稱曰債務引受)

第一 債務承擔。乃第三人與債權人或債務人之契約。

債務之移轉。固有由於法律規定者。若由於法律行爲者。則以契約爲限。由單獨行爲以移轉債務。乃所不許。契約之當事人。一造必爲第三人。他造則或爲債權人或爲債務人均可。此第三人又稱曰承擔人。至第三人得與債權人及債務人成立三面契約。自不待言。

第二 債務承擔。乃以移轉債務爲標的。

即該契約之標的。選在發生移轉債務之效力。不僅在發生承擔債務之債務。故此項行爲。亦爲處分行爲。再債務雖因此契約而變更其主體。但係同一債務。由舊債務人移轉於第三人。故尙不失其同一性。

第三 債務承擔。亦爲無因行爲。

即債務承擔。通常雖有其原因之法律關係。但與該法律關係各自獨立。只須其契約本身有效成立。即令其基本法律關係不存在。亦不受影響。

第四 債務承擔。亦爲非要式行爲。

即此契約。只須具備一般法律行爲及契約之成立並有效要件。並不須特別方式。

第五 與債務承擔宜區別之觀念。

(一) 債務人之更改。

第三人與債權人訂立契約代舊債務人而爲債務人者。稱曰債務人之更改。此則使舊債務消滅新債務發生。債已失同一性。故與債務之承擔有別。

(二) 加入的債務承擔。

學者中有分債務承擔爲免責的債務承擔 (privative od. befriendede Schuldübernahme) 與加入的債務承擔 (kumulative od. befristende Schuldübernahme) 者。前者。乃謂完全使舊債務人免債務之契約。

後者，乃謂舊債務人與第三人共同負債務之契約。真正之債務承擔，應指前者。

(三) 履行承擔。

履行承擔(Erfüllungsbemahme)者，謂承擔人只於內部，與債務人訂立契約，承擔其債務之履行也。此於外部，債務人之地位，並不因以變更。故亦與債務承擔有別。

第一款 債務承擔之要件

債務承擔，除應具備一般契約之要件外，尚應具備次要要件。

第一 債務須為得移轉者。

債務是否為得移轉者，易言之，債務是否有移轉性。應就各個債務，解釋成立該債務之當事人意思表示，及法律之規定以決定之。若依此不能決定者，則應依一般社會之見解以決定之。

第二 債務承擔之契約。若係第三人與債權人訂立者，則具備前述要件及一般契約之要件時，即可發生移轉債務之效力。此為民法第三百條所明定。故債務承擔之契約當事人，若為第三人與債權人者，只須成立合意，則不僅對於契約當事人，即對於債務人或其他第三人，均發生債務移轉之效力。蓋以債之清償，本得不經債務人承認。逕由第三人為之，此自亦得同一解釋。至第三人得為異議否，亦可與第三人為清償同一論之。即第三人就債之承擔無利害關係者，債務人得為異議。有利害關係者則否。（參照第三

人清償之說明

但債務承擔之契約。若係第三人與債務人訂立者。則更須經債權人承認。對於債權人。始能發生債務移轉之效力。爲民法第三百零一條所明定。即此契約當事人若爲第三人與債務人。則於合意成立時。對於第三人與債務人。雖仍有效力。而於內部發生移轉債務之效力。若對於債權人。即於外部。則尚須經債權人承認。始發生移轉債務之效力。蓋以債務主體易人。於債權人利害關係甚大。故非經債權人承認。不得以其移轉對債權人主張有效。但債務移轉是否有效。與債務能否由第三人爲清償。乃爲另事。故即令承擔對債權人不生效力。第三人仍得依第三百一十一條第一項。向債權人爲清償也。又此承認。乃爲一種從屬法律行爲。以其係補充承擔之效力故也。因其爲法律行爲。故關於法律行爲及意思表示之規定。均應適用。即應以意思表示之方法爲之。其相對人解爲第三人或債務人均可。惟須達到始生效力。至爲承認之時期。通常固係於契約成立後爲之。但於其前爲之亦可。

又民法第三百零二條定明。債務人或承擔人得定相當期限。催告債權人於該期限內。確答是否承認。如逾期不爲確答者。視爲拒絕承認。又無論債權人拒絕承認。或視爲拒絕承認。債務人或承擔人得撤銷其承擔之契約。此蓋如前述。承擔債務之契約。須經債權人承認。對之始生債務移轉之效力。自應許契約當事人一方。定期催告債權人爲承認。以便法律關係從速確定。如逾期不爲確答。自應視爲拒絕承認。方合

於債權人之意思。又債權人確答拒絕承認者。此拒絕與承諾不同。乃爲觀念表示。不過亦應準用法律行爲及意思表示之規定。又催告亦如一般催告。爲觀念表示。自不待言。催告不定期限。或所定期限不相當。解爲不生催告之效力。即不得於債權人不爲確答時。視爲拒絕承認。至債權人不承認時。亦如前述。於第三人與債務人之間。承擔契約仍有效力。但當事人本意原在對於債權人亦生變更債務主體之效力。茲既不能生此效力。自應許當事人一方。無其他撤銷原因。亦得撤銷其契約也。

第二款 債務承擔之效力

第一 債務承擔完全生效時。即發生移轉債務之效力。對於債權人固係舊債務人免債務。而由承擔人負同一債務。即對於以外之任何人亦然。又此時債務僅於主體一點有變更。以外則別無變更。故仍保持其同一性。其爲一部承擔者。債務固亦只移轉其一部。但此須特別之意思表示。如無特別意思表示。則應認爲係全部承擔。債務自亦應全部移轉。又不僅固有債務應行移轉。則從屬債務。申言之。即因債之效力或原契約之效力所生之附隨債務。亦以移轉爲原則。例如因給付遲延所生之損害賠償債務。利息債務。違約金債務。如無特別除外表示。亦應移轉是也。

第二 債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由。承擔人亦得以之對抗債權人。但不得以屬於債務人之債權爲抵銷。爲民法第三百零三條第一項所明定。此所謂因其法律關係所得對抗債權人之事由

者。即謂原債務人本於該債本身所得向債權人主張之事由，或原債務人本於該債所由發生之契約或其他法律事實所得向債權人主張之事由也。例如就該債或原法律事實有消滅、不發生、無效、撤銷等情事者，只須爲原債務人所得向債權人主張者，承擔人均得主張是也。（註）但抵銷須以自己對於債權人之債權，始得爲之。（參照三三四）故法律特爲定明承擔人不得以屬於債務人之債權向債權人抵銷。蓋當然規定也。

註 法律行爲撤銷權、契約解除權、承擔人得行使否。學者中有異議。亦有有力之反對說。

第三 承擔人因其承擔債務之法律關係所得對抗債務人之事由，不得以之對抗債權人。爲民法第三百零三條第二項所明定。此則以此等事由既係由承擔債務之法律關係所生，且僅爲承擔人向債務人所得主張者，乃全爲承擔人與債務人內部之關係，自不許其向債權人對抗以害及其債權也。

第四 從屬於債權之權利，不因債務之承擔而妨礙其存在。但與債務人有不可分離之關係者，不在此限。又由第三人就債權所爲之擔保，除該第三人對於債務之承擔已爲承認外，因債務之承擔而消滅。爲民法第三百零四條所明定。此蓋以承擔債務，其原債權債務關係，僅於債務主體一點有變更。已如前述。則從屬於原債權之權利，如利息債權、給付遲延損害賠償請求權等，仍應繼續存在。乃屬當然。惟有例外。即與債務人有不可分離之關係之權利，申言之，即該權利僅係因債務人地位存在始能存續之權利，則自

應消滅。又第三人之擔保債務。自亦應經承認。始許存續。

第四款 特種債務承擔

第一 就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者。因對於債權人爲承受之通知或公告。而生承擔債務之效力。此爲民法第三百零五條第一項所規定。此項承擔。乃係依於承擔人與債務人之契約。其與一般承擔不同者。即無須債權人承認。只須因承受之通知或公告。即生效力。而適用本項規定。必須就債務人之財產或營業有包括繼承。即須繼承關於該財產或營業之一切權利及義務者始可。

又上述承擔。其效力亦與一般承擔不同。債務人並不因此即免責任。即債務人關於到期之債權。自通知或公告時起。未到期之債權。自到期時起。二年以內。與承擔人連帶負其責任。此爲民法第三百零五條第二項所明定。

第二 營業與他營業合併而互相承受其資產及負債者。亦與前述之概括承受同。即亦應準用前條規定。而生承擔之效力。又合併之新營業。對於各營業之債務。應負其責任。爲民法第三百零六條所明定。適用本條。須承擔人將自己營業與他人營業合併。且依其契約係互相承受各營業之一切權利義務者始可。又新營業並非權利義務之主體。法律亦定爲對於以前各營業之債務均應負責者。蓋爲便宜之規定也。

第六編 債之消滅

第一章 總論

第一 債之消滅之意義

債之消滅 (Erlöschen der Schuldverhältnisse, extinction des obligations) 云者。債權債務關係於客觀失其存在之謂也。債權乃於消滅原因發生時當然消滅。無待債務人之主張。故債之消滅。與次述情形不同。

(一) 訴權之消滅。訴權乃民事訴訟法上之權利。其消滅自應與債權之消滅區別之。惟在民法。以不認自然債務之存在。故訴權一經消滅。債權亦同時消滅。故訴權之消滅與債權之消滅。其結果。乃相一致。

(二) 債權效力之停止。此即謂債務人於債權人請求時得依抗辯而拒絕給付也。此時之抗辯 (Einrede) 又可分爲永久抗辯 (dauernde Einrede) 與延期抗辯 (aufschiebende Einrede) 二種。無論其爲何者。均僅防止債權之行使。不過有永久暫時之別。究非使債權本身消滅。

(三) 債權之喪失。此僅債權與其主體分離。即債權僅於主觀失其存在。並非於客觀失其存在也。

(四) 債權之變更。債權雖於其標的或主體有變更。只須尙未失其同一性。亦不得謂爲消滅。債權於其消滅後。能以契約使其復活與否。有贊成反對兩說。余從反對說。當事人雖得依契約使發生與原債權同一內容之債權。但究係新債權。非舊債權。

債權有一特徵。即自其發生當初。即預期其消滅。無論何種債權。均不能有永久存在之性質。故如租賃、雇傭、委任、合夥等債權債務關係。雖其存在期間較長。但亦不容其全無期限而永久存在。此乃由於債權經濟上作用當然之結果。蓋債權係要求特定人作為或不作為之權利。只須已為其標的所要求之作為或不作為。斯其目的已達。自應歸於消滅。關於此點。債權亦與物權不同。蓋依物權所生之利益。本在權利人管領之下。乃靜止之權利。若依債權所生之利益。則尚須經權利人要求始能獲得。乃活動之權利。故物權多有永久存在之性質。而債權則僅有短期存在之性質也。

第二 債之消滅之原因。

債之消滅之原因。可大別之為二種。

(一) 目的消滅。(Zweckerledigung) 此又可分為二種。

甲 目的達到。(Zweckerreichung) 清償即為此種事由中之顯著者。

乙 目的不能達到。此即因不可歸責於債務人之事由致給付不能之時是也。(二二五丁)

(二) 目的消滅以外之事由。通常為法律行為。免除即其適例。

民法特以明文規定為債之消滅之原因者。共有五種。即清償、提存、抵銷、免除、混同是也。故特就此於後分章說明之。又更改亦為債之重要消滅原因。亦別以一章說明之。但依法律規定及一般法理。債之消滅原

因。尚不止此。次述各種其尤著者。

甲 解除條件之成就(九九Ⅱ)

乙 終期之屆滿(一〇二Ⅱ)

丙 法律行爲之撤銷(一一四一)

丁 消滅時效之完成。此又有種種規定。總則第一百二十五條至第一百二十七條其最著者。

戊 給付不能。此即前述之目的不能達到。

己 契約之解除(二五四以下)

庚 主體之死亡。債權人或債務人或雙方死亡之時。自一般言之。不爲債之消滅原因。其爲消滅原

因時。須有次述情形。

1 法律有特別規定者。

2 當事人有特別訂定者。

3 依給付之特別性質者。例如演劇、教授之債務是。

辛 反對契約。反對契約(Contrarius consensus)者。即使爲債權原因之契約消滅之契約也。此項契

約得有效締結。自不待言。學者中亦有謂其即爲免除契約者。但免除通常爲債權人之單獨行爲。(

三四三) 即令有時與債務人就此締結契約。亦係以直接消滅債權爲目的。此則僅以消滅爲債權原因之契約爲目的。債權之消滅。不過爲其間接結果。故反對契約。乃有以合意解除契約之性質。如無特別意思表示。得準用第二百五十九條及第二百六十條之規定。

壬 無債原因之競合。無債原因之競合(Concursus duntum Lucrativum Causarum)者。謂債務人依無償行爲應給付之標的。債權人另依其他方法無償取得也。例如受遺贈人更由第三人將同一標的贈與是也。在羅馬法雖認無債原因之競合爲債權消滅之原因。但近代立法例則否。

第三 債之消滅之效力。

(一) 債之消滅之效力。即在使債權債務關係消滅。其中又有次述二種。

甲 有溯及債權發生當初。消滅其效力者。如法律行爲撤銷。契約解除之時是也。

乙 有自其消滅原因發生時起。消滅其效力者。民法所規定之五種原因。均屬於此。

(二) 債權於其消滅原因發生時。除上述效力外。更發生何種效力。乃因各種原因而有不同。但民法就一般消滅。設有通則之規定如次述。

甲 債之關係消滅者。其債權之擔保及其他從屬之權利。亦同時消滅。爲第二百零七條所規定。此蓋以債權人因其債權所取得之從屬權利。其成立既有從屬性。其存續自亦應有從屬性。故法律定明

二者同時消滅也。

乙 債之全部消滅者。債務人得請求返還或塗銷負債之字據。其僅一部銷滅或負債字據上載有債權人他項權利者。債務人得請求將銷滅事由記入字據。又負債字據如債權人主張有不能返還或有不能記入之事情者。債務人得請求給付債務消滅之公認證書。為第三百零八條所規定。此蓋以債權既已消滅。如原有證明債權之證書仍行存在。殊於債務人不利。故法律定明許債務人得分別請求返還或塗銷或記入。如債權人主張有不能返還（例如該證書已遺失）或有不能記入（例如該證書抵押於他人時）之事情時。則得請求給付債務消滅之公認證書。依民法債編施行法第九條。應由債權人作成。聲請債務履行地之法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關。蓋印簽名。

第二章 清償

第一節 清償之觀念

第一 清償之意義。

清償 (Solutio, Payment, Erfüllung) 者。以依債務本旨之給付行為為要素而生債之消滅之效力之行為也。更分析說明之如次。

(一) 清償乃爲債之消滅原因之正宗。故民法首就此規定之。

(二) 清償係與給付或履行同義。不過給付或履行係着眼於債之效力所用之名稱。清償則係着眼於債之消滅所用之名稱也。

(三) 清償行爲與給付行爲(亦單稱給付)應區別之。給付行爲乃指爲債權標的之作爲或不作爲。清償行爲則指實現標的之行爲。清償雖亦以給付行爲爲要素。但二者於觀念上實應區別。

(四) 所謂給付應依債務本旨。即謂履行債務應依誠實及信用方法也。(二一九)此已於債之效力編內說明。

(五) 給付行爲固爲作爲或不作爲。但於爲清償時。又可分其內容爲二大種。

甲 事實行爲。

乙 法律行爲。又有二種。

a 有爲契約者。

b 有爲單獨行爲者。

第二 清償之性質。

關於清償之法律上性質。學說上頗有議論。可大別之爲三說。

(一) 法律行為說。此說謂清償必有清償意思。此意思乃為欲消滅債務之意思。即為構成法律行為之效力意思。故主張其為法律行為。又有三說。

甲 單獨行為說。謂只須債務人有清償意思。非債務人確有消滅債權之意思以為給付。則不得謂為清償。

乙 契約說。謂清償不但須債務人有清償意思。並須債權人有受領清償之意思。必有此合意。始能謂為清償。

丙 契約或單獨行為說。謂須債權人受領給付者。則為契約。否則為單獨行為。

(二) 非法律行為說。此說乃主張清償均不須清償意思。故亦非法律行為。其理由略謂清償不過實現債權內容之行為。只須依其行為於客觀足認為債權內容已經實現。即得謂為清償。至因清償而為之給付行為。乃應與清償行為嚴格區別。其為不作為或事實行為者。固不待言。即有為單獨行為或契約者。亦與清償為兩事。此時亦只須債務人或連同債權人就該單獨行為或契約有意思及表示已足。並非以外更須債務人有清償意思並有此意思之表示。債權人不須有受領之意思及表示。更毋待論。

(三) 折衷說。此說謂清償有為法律行為者。有為非法律行為者。又有種種。

甲 有謂給付須債權人受領者。則為契約。給付為不作為或事實行為者。則為事實行為。

乙 有謂給付行爲爲法律行爲者。清償亦分別爲契約或單獨行爲。給付爲事實行爲者。清償亦爲事實行爲。

丙 有謂給付之實行須債權人承諾者。則爲須清償人有清償意思之單獨行爲。否則爲事實行爲。上述三說。余從第二說。蓋第一說及第三說乃於左列各點錯誤。

(一) 以給付行爲與清償相混。然二者應行區別。觀以前說明自明。

(二) 謂須債務人有清償意思者。其謬誤觀左列二點亦明。

甲 不作爲之債務。無須有此意思。無待多論。

乙 債權乃因一定目的要求債務人一定行爲之權利。只須債務人已爲債權內容之行爲。斯其要求已遂。目的已達。即得謂有清償。其爲此行爲。只須消極非以他之目的爲之已足。並不須積極特有消滅債權之意思。更毋須特爲表示。

(三) 謂須債權人有受領給付之意思表示者。其謬誤亦可於左列二點見之。

甲 清償有無須債權人協力即得成立給付行爲者。其無須受領。自不待言。

乙 清償須債權人協力之時。亦不必即須有受領之意思表示。即有須爲意思表示之時。此意思表示亦僅爲給付行爲成立之要件。而非清償之成立要件。

如上所述。清償雖爲行爲。但無效力意思。亦無表示行爲。故非法律行爲。但爲生私法上效力之合法行爲。蓋所謂類似法律行爲也。故關於法律行爲之規定。以其性質所許之範圍爲限。應準用之。

第一節 清償人

清償人可分爲應爲清償人與得爲清償人。

第一 應爲清償人。

此自爲債務人。債務人死亡時。應否由其繼承人清償。此即債務應否因債務人死亡而致消滅之問題。

第二 得爲清償人。

(一) 債務人。連帶債務人亦同。

(二) 債務人之代理人。此僅以給付行爲爲意思表示者爲限。(參照一〇三)此時並得爲當事人雙方之代理人。(一〇六但書)

(三) 第三人。

甲 債之清償。得由第三人爲之。爲民法第三百一十一條第一項所明定。此爲原則。蓋以此時在債權人仍得達同一目的。而在債務人亦無特別不利故也。此所謂第三人。乃指債權人、債務人及其一般或特定繼承人以外之人。故債務人之一般或特定繼承人。亦不得謂爲第三人。連帶債務人亦然。惟

保證人及擔保品供給人則爲第三人。至此時須依債務本旨爲給付。始得謂爲清償。自不待言。

乙 第三人之清償。債務人有異議時。債權人得拒絕其清償。但第三人就債之履行有利害關係時。債權人不得拒絕。爲民法第三百一十一條第二項所明定。故第三人原則雖得爲清償。但債務人有異議者。則債權人得拒絕之。惟第三人就債之履行有利害關係之時則否。故債權人欲拒絕第三人清償。則須就債務人有異議舉證。如經證明而第三人仍欲爲清償。則應由第三人就其有利害關係舉證。所謂第三人就債之清償有利害關係者。即謂第三人就清償債務人之債務有法律上正當之利益也。例如第三人於該債爲保證人或供給擔保物。或就債務人擔保物新取得所有權、地上權、永佃權等之時是。惟此所謂利害關係。應指財產上之利害關係。僅只親屬上之利害關係。如與債務人爲親子夫妻等。不得包含之。又凡債權人不得拒絕。而仍拒絕或有受領不能時。則爲受領遲延。應負債權人遲延責任。(二三四)

丙 債務人對於第三人之清償得有異議否。應分別論之。

1 第三人就債之履行有利害關係者。應解爲不得有異議。蓋以第三人此時並非無故干涉債務人之事務。其就履行債務既有法律上正當利益。自應許其違反債務人意思以爲清償也。

2 第三人就債之履行無利害關係者。應解爲債務人得有異議。即此時第三人不得違反債務

人之意思以爲清償。蓋由第三人爲清償。雖於債務人無特別不利。但在無利害關係人。究亦不應許其違反債務人意思以爲清償也。故此時如債務人有異議。債權人雖經受領。亦屬無效。又此異議於清償前清償後爲之均可。向債權人或第三人爲之亦可。且只須事實上認有反對意思即可。不必特有行爲。更不必特爲意思表示。

丁 第三人亦有例外。不得爲清償者。其情形如次。

- 1 當事人另有訂定者。當事人得以契約禁止第三人清償。自不待言。締結此契約之時期。應解爲無限制。於成立時或成立後均可。且於債之移轉時。由其繼承人爲之亦可。又由單獨行爲所生之債權。在該單獨行爲中爲此表示。禁止第三人清償。自亦應許之。
- 2 依債之性質不得由第三人清償者。此即指特定之人爲給付之要素之時是也。例如演劇、教授等是。

上述二例外情形。乃爲民法第三百一十一條第一項但書所明定。

- 3 第三人就債之履行無利害關係而債務人有異議者。

此雖法無明文。但應解爲於此時不許爲之。已於前述之矣。

戊 第三人爲清償。是否非與債務人自爲者爲同一清償。學說上有異說。解爲係同一清償。又第三人

爲清償。是否須以債務人之名義爲之。抑得以自己名義爲之。亦有議論。解爲得以自己名義爲之。惟須爲債務人爲之而已。

己 第三人與債務人間之關係。乃爲內部關係。自應依該當事人間之法律關係以決定之。有爲擔保關係者。有爲委任關係者。有爲無因管理之關係者。有本於贈與之意思者。

庚 上述第三人與債務人間之關係。除依該各法律關係得發生求償權者外。（如上述之保證委任及無因管理）民法並於第三百一十二條及第三百一十三條。對於就債之履行有利害關係之第三人爲清償者。設有代位行使權利之規定。即此時第三人得按其限度。就債權人之權利。以自己之名義。代位行使。但不得有害於債權人之利益。又第二百九十七條及第二百九十九條之規定。於前條之代位行使權利準用之。此所謂代位行使權利。即債權人之權利。以該清償部分爲限。移轉於第三人。而生債權讓與之效力。故得以自己名義行使。且應準用上述二條關於讓與規定。至債權人之利益。不能因其對債務人行使債權而受損害。亦屬當然。

第三節 受領權人

第一 受領權人之觀念。

受領有廣狹二義。狹義僅指債權人就債之給付爲協力。廣義則指債權人享受給付之利益。此所謂受領。

乃指廣義。若從此義。則清償均有受領之人。此不問清償係爲法律行爲、抑爲事實行爲、亦不問須債權人協力、抑僅須清償人一方行爲。凡享受因清償所爲給付之利益。即得謂之受領清償也。

有受領清償權限之人。稱曰受領權人。亦稱清償受領人。清償非向受領權人爲之。不生清償之效力。（參照三〇九）

第二 受領權人之種類。

（一） 債權人。

受領權人原則自爲債權人。但債權人亦有例外不得有效受領清償之時。次述情形。其最著者。

甲 債權人受破產宣告之時。債權人受破產宣告、其債權已歸入破產財團者。就該債權自無受領清償之權限。

乙 債權受扣押之時。債權已因執行而受扣押。如第三債務人仍向其債權人（即扣押債務人）清償。則不得以之對抗扣押債權人。仍可就該債權強制執行。此時債務人惟得對其債權人主張不當得利。

丙 債權受禁止處分或停止支付並轉付命令之時。即其債權依民事訴訟執行規則第九十三條。已由執行處禁止處分或禁止支付或轉付者。則第三債務人向其債權人所爲清償。亦不得對執行

債權人主張有效。

丁 債權受假扣押執行之時。債權已受假扣押裁決並經執行之時。亦不得以其清償對抗扣押權利人。

戊 債權人爲無行爲能力人或限制行爲能力人之時。此因解清償爲法律行爲或非法行爲而結論不同。如解爲法律行爲。則應適用行爲能力之規定。余如前述。乃解清償非法行爲。故爲論斷如次。

1 清償本身既非法律行爲。自無行爲能力規定之適用。

2 故債權人行爲能力之問題。只就爲清償內容之給付行爲始能發生。

a 給付行爲爲事實行爲者。受領之時。毋須行爲能力。乃無容疑。

b 給付行爲爲法律行爲者。如須債權人爲法律行爲之協力者。則須債權人有行爲能力。然此亦係因成立給付行爲而爲必要。並非受領所必要。亦非因係處分債權而爲必要也。

(二) 債權人以外之人。

受領權人亦有例外爲債權人以外之人者。即如次述。

甲 債權人之代理人。

給付行爲如爲法律行爲時。清償之受領。精確言之。卽其給付之受領。自得成立代理。此時債權人之法定代理人。自當然有此權利。(參照七六、九六)意定代理人。有無此權限。應視授權行爲之所定。至給付行爲非法律行爲之時。事實上雖亦得由代理人受領。此則非真正之代理。

乙 持有債權人收據之人。

收據。亦稱受領證書。(Quitung, quitance)卽證明債務清償之證書也。持有債權人收據之人。固未必卽有請求清償之權利。亦未必有受領清償之權限。但認債務人對收據持有人之清償爲有效。實於實際便利。且足以保護交易安全。故民法亦於第三百零九條第二項仿他國民法。許持有債權人收據之人。於具備次要要件時。視爲有受領權人。(德民三七〇日民四八〇)法國法系之民法則與此異。法民一二四一意民一二四三)向之爲清償者。卽完全有效。不許更有爭議。

1 該收據須經債權人簽名。收據應經真正作成。更不待言。雖屬真正作成。而未經簽名。亦不得適用本條。但如持有債權人收據。只須真正。雖未經簽名。只不得適用本條。其有無受領權。仍得由法院依自由心證認定之。

2 須債務人善意且無過失。卽債務人已知或因過失而不知其無權受領者。亦不得適用本條。適用本條。只須上述要件已足。至其持有是否由於債權人之交付或其他原因。可以不問。卽令其持

有無正當原因。只須債務人不知並不知無過失。即屬無妨。至舉證責任。應解爲只須證明向持有債權人簽名收據者爲清償之事實。其惡意或過失之事實。則須由債權人證明也。

丙 得向之清償之第三人。

通常之第三人。向之爲清償。雖經其受領。亦不生清償之效力。乃屬當然。但民法爲保護債務人。於第三百一十條。規定向第三人清償經其受領而有次述情形之一者。亦生清償之效力。

1 經債權人承認者。第三人於受領時雖無權限。但以後如經債權人或其代理人承認者。自應認以先之清償有效。受領雖非法律行爲。但受領之承認。則爲單獨法律行爲。以其有使清償生效之效力意思也。承認之時期無限制。其方法。明示。默示均可。且只須係爲債權人所爲之意思表示。向第三人或債務人爲之均可。(參照一、二)承認應與代理權之授與有別。蓋後者係受領前所爲。且僅限於受領給付須爲法律行爲時始得爲之。又與無權代理之承認亦應區別之。蓋以後者亦僅以其受領給付須爲法律行爲之時始有適用故也。承認即令係於他法律行爲之中爲之者。與他法律行爲亦應區別之。蓋以他法律行爲有爲承認之原因行爲者。且多爲契約故也。

2 於受領後取得其債權者。第三人受領時雖無權限。但於受領後已取得其債權。則已爲債權人而有受領權。自應爲便利計。認以前之清償爲有效。至其取得之原因。可以不問。只須於法律上

有移轉債權之效力。即可適用本款。

3 受領人係債權之準占有人者。何謂債權之準占有人。即謂以爲自己之意思行使債權之人也。所謂以爲自己意思行使債權。只須其人與債權有事實支配關係即可。物之占有。係人與物之事實支配關係。此則係人與債權之事實支配關係。如其人現於事實上有此支配關係。而居於得行使之地位。即可謂之準占有人。不必有已經行使債權之事實。亦不必其人曾積極主張權利。準占有人亦有爲真正債權人者。向之清償。當然有效。不生適用本款之問題。本款有適用者。蓋專在真正債權人之準占有人也。例如已經廢繼而仍自稱爲繼承人。或盜得負債字樣而自稱爲債權讓受人之時是也。此時如債務人不知其非債權人而向之爲清償。經其受領。法律爲保護善意之債務人並一般交易之安全。亦許其生清償之效力。債務人欲受保護。只須善意（即不知非債權人）已足。並不須無過失。又法律不過認債務人向準占有人之清償爲有效。並非謂其有清償之義務。其得主張其爲非債權人。並於其未經證明爲真正權利人以前。得拒絕清償。自不待言。又法律此時乃在保護債務人。並非保護準占有人。真正權利人對於準占有人。得有不得利之請求權。亦屬當然。

4 債權人因而受利益者。除上述三種外。其他單純之第三人受領清償時。通常固不生清償之

效力。但苟債權人因而受利益者，則仍應有效。所謂債權人因而受利益者，謂該項清償之利益實際已由債權人享受之謂也。此時應於受利益之限度內，生清償之效力。例如甲為償乙債，持送二百元，值其不在，託隣人丙轉交，竟花用百元，只轉交百元時，則乙實際已因丙受領而受百元利益，即應於此限度內使其有效。法律所以規定此例外，使於受領清償毫無正當原因之第三人，亦許生清償之效力者，蓋為實際之便利。否則此時債務人須向債權人請求返還不當得利而重為清償，徒使多為無益之手續而已。

丁 其他依法得受領清償之人。

第三人除上述者外，尚得依特別法律規定或特別意思表示及裁判使第三人取得受領清償之權限。債權人依第二百四十二條由第三債務人受清償，即依特別規定之適例也。債權人依轉付命令而受清償，即依裁判之適例也。餘如質權人、扣押債權人，亦應解為有此權限。至該權限得依意思表示授與，更不待言。

第四節 清償之標的

第一款 概說

第一 清償之標的者，債務人應清償之客體也。清償既係實行為債權標的之給付，故清償之標的，實與給

付之標的相同。但應與債權之標的區別之。則已於前述之矣。

第二 清償之標的。亦應依債務之本旨。須給付何者。始為合於債務之本旨。則又視債權標的之為何者而定。必為債權標的所要求之給付行為。始得稱為有效之清償。至債權標的。究係要求何種給付。又應依具體債權債務關係之內容以解決之。

第三 不清償全部而僅清償一部。本非依債務本旨。但是否概不許債務人為之。亦不無問題。故民法就此設有明文。

第四 不以原定之給付為清償。亦非依債務本旨。自難許生清償之效力。但民法設有特則規定。即次述之代物清償是也。

第五 因清償債務而負擔新債務。亦非依債務本旨為給付。自亦難謂為清償。民法就此亦設有規定。即次述之債務更新是也。

第二款 一部清償

第一 債務人得為一部清償否。日本民法無明文。德國及法國民法。則以明文規定債務人無為一部清償之權利。(德民二六六法民一二四四)我國民法亦於第三百一十八條第一項規定此原則。分述之如次。

(一) 一部清償。僅就可分給付始能發生。若給付不可分者。則只能為全部給付。惟給付可分者。始有能

否爲一部給付以清償債務之問題。

(二) 一部清償。僅就一個債權之標的言之。則令其表面係爲一個契約。若係數個債權而未有特別意思表示定爲須全體給付。則仍得就各債權獨立清償。只須就各債權爲全部給付。仍屬全部清償。而非一部清償。故如以一契約買賣數宗地畝或房產。各宗固可獨立清償。又如由一契約發生之原本與利息二債權。清償原本或利息全部。亦非一部清償。餘如清償各到期之債務（如到期租金）及分割債務人各向債權人爲給付。均非一部清償也。

(三) 一部清償。僅就全部給付可能時言之。若在一部給付不能之時。甲如其不能係因於不可歸責於債務人之事由者。則債務人就其不能部分已免給付義務。(二二五1)其就可能部分有爲清償之權利。自不待言。故債權人此時仍須受領之。否則應負遲延責任。(三三四)乙如其不能係因於可歸責於債務人之事由者。則債務人自亦只得就可能部分爲清償。但債權人能否拒絕。則應依第二百二十六條第二項以定之。

(四) 債務人既無爲一部清償之權利。故爲一部給付或一部給付之提出者。債權人自得拒絕。並不因此負遲延責任。不但是也。如一部經拒絕時。即屬全部未給付。應由債務人就全部給付負遲延責任。

(五) 債權人既得拒絕一部給付。但不拒絕而仍受領。自仍生一部清償之效力。又法律只規定債務人

不得爲一部清償。債權人得請求一部給付。自不待言。

第二 債務人不得爲一部清償。只爲原則。民法又於第三百一十八條第一項但書及第二項。爲保護債務人。規定例外。即給付可分者。則許分期清償或緩期清償。給付不可分者。則許緩期清償。分期清償者。劃分期限爲一部清償也。緩期清償者。展緩期限爲全部清償也。不可分給付。自只能許緩期清償。再適用本條。尙須具備次要件。

(一) 須債務人境况難於立時爲全部清償。此項事實。自應由債務人舉證。

(二) 須分期或緩期清償。無甚害於債權人之利益。所謂無甚害於債權人之利益者。即債權人依債權內容所應得之利益。不因未早受清償而大爲損害之謂也。若其利益大受損害。則與債權之目的根本相違。自無允許之理也。

(三) 須定相當期限。是否相當。應依具體情形以決定之。其應否許分期或緩期。亦應依具體情形定之。

(四) 須經法院許可。是否限於訴訟程序始能允許。即是否應以判決諭知。抑於执行程序亦得爲之。不無疑義。應解爲執行法院亦得爲之。

第三 許債務人得爲一部清償者。解爲除上述者外。尙有次述情形。

(一) 當事人有特別訂定者。當事人於成立債權之原因行爲內既已定明得爲一部清償者。固不待言。即於債權成立後成立特約或由債權人一方允許。亦得爲一部清償。

(二) 法律有特別規定者。例如執行時一部執行者。即按該部生清償之效力是也。

(三) 依給付之性質者。例如與某戲班約定演劇三日者是。又如多量之給付。一回給付有不能或困難之情形者。自亦應許其分割爲之。

第四 債務人有爲一部清償之權利者。債權人自不得拒絕之。債務人亦不因以負不完全給付及遲延給付之責任。(參照二二七、二二一至二二三)又債權人就該一部亦得發生遲延責任。(參照二二七至二四一)

第二款 代物清償

第一 代物清償之觀念。

代物清償(datio in solutum, Hingabe an Erfüllungstatt, dation en paiement)者。債權人與債務人或第三人所爲受領他種給付以代原定給付而消滅債權債務關係之契約也。例如乙原欠甲百元。由乙或第三人之丙向甲交馬一頭。即使原債消滅是也。爲民法第三百一十九條所規定。蓋仿多數立法例者也。(參照德民三六四日民四八二法民一二四三意民一二四五、一九二八)至此用語。乃沿日本民法學者所

稱。民法亦有用此語者。(如二七四)又此契約之主體。通常固爲債權人與債務人。但亦得由債權人與第三人成立此種契約。

關於代物清償之性質。學者頗有議論。可大別之爲二派。即法國學者多主張其爲即時履行之更改。德國學者多主張其爲以消滅債權爲標的之特種契約。除此二派以外。亦有主張其爲一種清償者。亦有主張其爲買賣者。亦有主張其爲買賣、互易與抵銷並存之契約者。

上述各說。余以德國學者之見解爲是。蓋謂爲更改。則係認爲先負爲他種給付之債務。然後即時履行。此與當事人之意思相反。餘如謂其爲清償或買賣等。則更與實際不符。故應認爲係以因受領他種給付而消滅債權爲標的之特種契約。從此見解。則代物清償。實有次述之性質。

(一) 代物清償爲要物契約。即單由當事人合意。尙不得成立。必須由債務人以他種給付代原定給付。並由債權人受領。

(二) 代物清償爲有償契約。即債務人爲他種給付。與債權人拋棄債權。乃爲對價關係。

(三) 代物清償。乃以消滅債權爲標的。即雖係爲他種給付。而在當事人之意思。實以爲債權即因此得滿足。足使其消滅。此即此契約之效力意思也。

第二 代物清償之要件。

代物清償。須具備次要要件。始能成立。並生效力。

(一) 須債權存在。如不存在。則只能成立不當得利。

(二) 須雙方就以他種給付代原定給付而消滅債權有合意。如雙方就此無合意。其不能成立代物清償。自不待言。又他方不問爲債務人或第三人均可。惟此方則必爲債權人。蓋非經債權人同意。決不能爲他種給付而消滅原債權也。

(三) 須爲他種給付。所謂爲他種給付者。即謂爲與原定爲債權標的之給付不同之給付也。只須非與原給付標的同一即可。新給付標的之種類。別無限制。不僅物之給付。即物權移轉、債權移轉、勞務等。亦得爲標的。負擔新債務。是否僅爲更改。抑得爲代物清償。雖有議論。但在更改之新債務。係屬有因。(參照三二〇及後之更改之說明)若係依契約以成立無因之債務。以代原來債務。則得認爲代物清償。

(四) 須代原定給付。所謂代原定之給付者。即謂以他種給付代原定給付之清償。乃代清償而爲給付。與因清償而爲給付。(Leistung erfüllungshalber)有所不同。二者雖均係爲他種給付。但後者係以爲清償之方法。須債權人實際已由該給付得有滿足。債權始爲消滅。例如爲清償百元之債務給付馬一頭。債權人須更賣馬抵足百元。原債權始爲消滅。若前者則係替代清償。由債權人受領給付。債權即爲

消滅。例如以馬一頭抵償百元之債務。實行交馬。原債權即為消滅是也。

(五) 須債權人受領他種給付。即此種契約。僅由雙方合意。或僅由債務人為給付或為給付之提出。尚不能成立。必須由債權人受領給付。始能成立也。

第三 代物清償之效力。

(一) 代物清償之效力。民法於第三百一十九條有明文規定。即「債之關係消滅」也。故其效力。實與清償之效力相同。(參照三〇九一後詳)原來之債權債務。均因此契約而當然消滅。又從屬於債權之權利。如擔保權等。亦應因以消滅。自不待言。(三〇七)

(二) 為給付之標的。如就其權利或物有瑕疵時。債權人是否得請求原債權之給付。學說上不無議論。應解為原債權已因受領給付而消滅。不得再行請求。惟此為有償契約。故關於買賣契約瑕疵擔保之規定亦應準用。(三四七、三四九至三六六後詳)(註)

註 德國民法就此設有明文。(德民三六五)

(三) 債權因代物清償消滅後。尚得以契約將其消滅之效力除去而復使原債權存在否。他國學說及判例尚不一致。余謂消滅債權。雖係由於契約之效力。似可更由新契約將此效力除去。但此種效力。究係使債權消滅。與他種法律行為之效力有所不同。自應依一般權利之原則。於其消滅後。不能再使之

復生也。

第四款 債務更新

第一 債務更新之觀念。

(一) 因清償債務而對於債權人負擔新債務者。稱曰債務更新。爲民法第三百二十條所規定。(參照德民三六四II瑞債一一六)實即前述因清償而爲給付之一種情形。不過此時。非爲現實給付。而係從新負擔債務。例如爲清償五百元債務。出五百元之期票或約給馬二頭是也。此時自須合意始能成立。此稱曰債務更新契約。其當事人一方自爲債權人。他方通常固爲債務人。但第三人亦可。又爲新債務標的之給付。不必與爲舊債務標的之給付相同。只須係因清償而負擔。爲該債務標的之給付。固可不問其種類也。

(二) 債務更新契約之性質如何。學說上頗有議論。甲、有以爲代物清償者。乙、有以爲附條件之代物清償者。丙、有以爲清償之着手者。丁、有以爲附條件之清償者。戊、有以爲係特種之契約者。在我國民法之解釋。余取最後說。

(三) 債務更新契約之內容。乃係因清償舊債務而負擔新債務。舊債務在新債務未履行前仍屬存在。並非於契約成立時即行消滅。且當事人之意思。係因清償而爲。非代清償而爲。故不得謂之代物清償。

或附條件之代物清償。又此時係從新負爲他種給付之債務。非依債務本旨以爲給付。即爲原定之給付。故亦不能謂爲清償之着手或附條件之清償。

(四) 故余就債務更新契約之性質爲次述之論斷。

甲 爲片務契約且爲無償契約。蓋以此契約僅使債務人一方負擔新債務。並無消滅舊債務之效力故也。

乙 爲要物契約且爲有因契約。蓋以此契約僅由債務人約負擔新債務。尙不能成立。必須實行負擔新債務始能成立。申言之。即新債權乃因該契約即行發生。若不發生。契約即不能成立。又新債權至後消滅。原契約亦應因以消滅。

丙 通常爲非要式契約。即除新債務依其性質須由要式行爲始能發生者外。此契約通常均爲非要式契約。只須依合意即能成立。

丁 與更改不同。負擔新債務雖亦可成立更改契約。但更改係以消滅舊債務之目的而爲。自不相同。

第二 債務更新契約之要件。

債務更新契約之成立及生效要件。除適用一般法律行爲及契約之規定外。更須具備次述要件。

(一) 須舊債權存在。此契約既係因清償舊債務而負擔新債務。舊債權如原不存在或至後消滅。則此契約自應不成立或失效力。此時如新債務經履行者。尚成立不當得利。

(二) 須因清償舊債務而為。此時雖非履行原給付。亦非消滅舊債務。但雙方究應有因清償債務而為之效力意思。

(三) 須負擔新債務。新債務之發生。為此契約之要素。所以謂此契約為要物契約也。

第三 債務更新契約之效力

民法於第三百二十條就此設有明文。即除當事人另有意思表示外。若新債務不履行時。其舊債務仍不消滅。蓋為適於通常當事人之意思所設之規定也。德國民法所謂因清償債務而負擔新債務。推定非代物清償。(德民三六四II)瑞士債務法所謂不因成立新債務而推定舊債務消滅。(瑞債一一六一)其趣旨均與此同。茲更分別說明如次。

(一) 此契約之效力。乃使二個債務並存。須新債務全部履行而全部消滅者。舊債務亦始全部消滅。但新債務一部履行而一部消滅者。舊債務於此限度亦應消滅。自不待言。又新債務只須未經履行或未因得與履行同視之原因而消滅之時。舊債務應仍存續。不受影響。蓋負新債務原為清償舊債務。苟未達清償之目的。以使舊債務受滿足。自不能使之消滅也。

(一) 債權人是否得就新舊債務任意請求履行。抑僅得就新債務請求履行。不無疑義。應解為如無特別意思表示。僅得先就新債務請求履行。惟仍不履行時。自得更請求履行舊債務。

(二) 新債務履行遲延時。或履行不能時。其效力與舊債務之關係如何。可分別解答之。履行遲延時。即屬舊債務之遲延。遲延效力。自應就舊債務論之。又履行不能時。亦不過舊債務之遲延。仍應就舊債務論其遲延效力。不得就新債務論其給付不能之效力。

(四) 本條原以補充當事人之意思表示而為任意規定。故當事人有特別意思表示者。自應從其所定。此時或為代物清償。或為更改。或有與本條所定相反之效力。均依該意思表示之內容以決之。

第五節 清償之處所（清償地）

第一 清償處所之意義。

清償處所（*Leistungsort*）又可稱曰給付處所或履行處所。即謂債務人應為清償之處所也。民法僅稱曰清償地。（三二四）然嚴格言之。清償處所與清償地之意義。亦微有不同。蓋清償處所乃指應為清償之特定地點。例如債權人之住所是。清償地（*Leistungsort*）通常又稱曰履行地（亦稱給付地）則指包括清償處所之行政區域。例如住所所在之某縣某市是。

債務清償之處所。（一）與債權發生之處所。應區別之。後者乃指債之發生原因成立之地。例如債權因契

約發生。則爲契約成立之地。二者各無關係。自不必同在一地。(一)與指定地或目的地(Bestimmungsort)亦不相同。指定地雖亦有即爲履行地者。但通常多係對履行地而言。而謂依債權人希望將標的物送往履行地以外之處所也。

第二 清償處所之確定。

清償之處所。雖非債權之內容。即與清償之標的無涉。但清償必於一定處所爲之。故有確定之必要。民法關於確定之標準。於第三百一十四條設有規定如次述。

(一) 清償地首應依次述標準定之。

甲 法律另有規定者。後述民法之規定。僅爲普通法。如另有特別法。自應從之。

乙 契約另有訂定者。當事人自得以契約。於債權成立時或成立後。另定與後述規定相反之清償地。又債權由於單獨行爲者。解爲亦得於單獨行爲內另定與後述規定相反之清償地。又訂定清償地。不限於一個。即訂定數個。使爲選擇。或就一宗給付分別各定相異之處所。均無不可。

丙 另有習慣者。此習慣自指事實之習慣。若習慣法則可包含於上述法律之內。習慣本有補充當事人意思表示之效力。故有特別習慣可從者。自應從之。例如銀行之交易。概在銀行是也。

丁 依債之性質或其他情形而能決定者。例如聲請登記。必於管轄登記處。修繕房屋。必於房屋所

在地。管理財產，必於財產所在地。此皆依債之性質足以決定其清償地者。又除債之性質外，有依其他具體情形足以決定者，亦應從之。例如買貨須由船運，則須於停船碼頭交貨是也。

(二) 清償地不能依前述標準確定者，民法為補充當事人意思，定有確定之標準。即應分別依次述之原則。

甲 特定物之債。即「以給付特定物為標的者，於訂約時其物所在地為之」。此蓋推測當事人之意思所設之規定也。羅馬法即係採此主義。後德國普通法及法國日本民法亦然。（法民一二四七日民四八四）更分說之如次。

1 本款只就以給付特定物為標的之債有適用。何謂以給付特定物為標的之債，即謂須移轉特定物之占有之債務也。乃為特定之債(Speciesschuld)之一種。蓋凡給付標的具體已特定之債務，均可謂之特定之債。例如以讓與特定著作權為標的之債是。此則僅限於以特定物之交付為標的之債。始有適用。此債有直接由於法律之規定而成立者，有依契約或遺囑等法律行為而成立者。有該特定物之所有權已移轉於債權人，僅由債務人負移轉占有之債務者，亦有係使債務人負移轉所有權及占有之債務者。例如特定物之賣主是也。

2 此債之清償地，應為訂約時物之所在地。法律定為訂約時，蓋就債之普通發生原因言之。應廣

義解釋之爲債之發生原因成立之時。只須爲給付特定物之債。即其發生原因非爲契約。亦應適用。而以該原因成立時物之所在地爲清償地。故在特定之不動產。應於其所在處所爲給付。固屬當然。即特定之動產。通常其所在處所。本爲債權人所知悉。不另爲特別意思表示。自足推定其有就當時物之所在處所爲使用收益或處分之意思。定爲於債之原因成立當時物之所在處所給付。正合於當事人之意思故也。又宜注意者。債之原因發生時與債之發生時物之所在地不同者。應以原因發生時之所在地爲準。蓋須如此解釋。方與立法本旨相符也。

乙 通常之債。即「其他之債。於債權人之住所地爲之」。即除上述債務外。其他一切債務。只須未另

定有清償地。即應以債權人之住所爲清償地。蓋依債務本旨所設之規定也。(註)更分說之如次。

註 民法乃仿日本民法(日民四八四)近代立法例多數均採往取主義。即以債之發生時債務人之住所爲清償地。(法民一二四七德民二六九瑞債七四及德國多數聯邦均然)

1 法律雖定爲住所。應解爲即債權人住所之義。法律不定爲應於債務人住所履行即定爲往取債務(Holschuld)而定爲應於債權人住所履行即定爲送交債務(Bringschuld)者。蓋以當事人既無特別意思表示。自須於債權人住所給付始爲合於債務之本旨。故法律推定當事人通常意思如是規定也。依民法第二十條第一項。住所固指一定地域。此則應解爲更狹。係指債權人在

住所地居住之處所。惟居所地與住所地不同者。除依第二十三條關於該債應視居所為住所外。通常仍應以住所為準。又此所謂住所。不僅指設定者。應並指法定者。(如一、二、三)

2 債之發生原因成立時。與債之發生時。及債之應履行並債之實行履行時。債權人住所地不一致者。果以何者為清償地。應解為以債之實行履行時債權人住所為清償地。蓋如是解釋。始符於立法本旨也。但如因此致增加費用者。白應由債權人負擔。(三一七但書)

第三 清償處所之效力。

清償地於法律上有種種效力。茲僅述其最著者。

(一) 清償地既已確定。則債務人只得於其地為清償。債權人亦只得於其地請求清償。如債務人於該地外為清償。債權人即得拒絕。債務人應因此負遲延責任。又債權人亦不得請求債務人於該地外清償。債務人如向債權人住所為清償。而拒絕受領或不能受領者。債權人亦應負遲延責任。

(二) 足為定給付內容之標準。例如外國貨幣換價應依給付地市價(二〇二)是也。

(三) 為定關於契約各訴之審判籍之標準。(參照民事訴訟條例二〇)

第六節 清償之時期(清償期)

第一 清償時期之意義。

清償時期 (Erfüllungszeit) 又稱履行期。亦稱給付時期 (Leistungszeit) 民法簡稱曰清償期。即謂債務人應爲給付之時期也。債權人必於此時始得現實請求給付。債務人亦必於此時始應現實爲給付。債權人在清償期前請求給付者。債務人得依抗辯拒絕給付。固不待言。卽不爲抗辯。亦不逕爲給付。亦不負遲延責任。又債務人至清償期不爲給付。則爲給付遲延。應負遲延責任。(二一九) 債務人於清償期爲給付而債權人不爲受領。則爲受領遲延。亦應負遲延責任。(二三四) 又債務人於清償期後爲給付。僅係非依債務本旨之給付。並非全無清償之效力。債權人通常仍應受領。以使債權消滅。不過得請求因遲延而生之損害。(二二二) 惟於該給付已於債權人無利益時。始得拒絕給付。並得請求賠償因不履行而生之損害。(二二二)

與清償期應區別者。尚有次述各種時期。

(一) 債權發生之時期。債權發生時。債權人之給付請求權。固卽因以發生。但與債權人得現實請求給付。實爲另事。債權人雖有請求權。未必卽能實行請求。自與清償期之使債權人得現實爲請求者不同。債權發生之時期。因其發生原因而有不同。如因於無因管理或不當得利者。則爲無因管理或不當得利完成之時。如因於侵權行爲者。則爲侵權行爲成立之時。如爲法律行爲者。則爲法律行爲發生效力之時。債權發生之時期。亦於法律上有重要之效力。如債權及其從屬權利之範圍。均應以債權發生

之時期爲標準而決定之。又債權得於其成立時提起確認之訴。固不待言。並有時得於其成立後清償期前提起給付之訴。(參照民事訴訟條例二八六)

(二) 債權人得請求清償之時期。此又可分述之。甲、在無期限之債權。債權發生之時。債權人即得請求清償。但尚不得謂爲即係債務人應爲清償之時。蓋此時亦必待債權人實行請求始有給付義務也。(參照二一九Ⅲ)乙、在有限期限之債權。因係以期限到來爲清償期。故如期限係爲債務人之利益者。債權人得請求清償之時。與債務人應爲清償之時。固屬相同。但如係爲債權人之利益者。則以債權人本於期限前得請求清償。得請求清償之時。與應爲清償之時。自不相同。

(三) 債務人得爲清償之時期。此亦可分述之。甲、在無期限之債權。債務人雖得隨時爲清償。但其應爲清償。則在受債權人請求之時。乙、在有限期限之債權。則僅期限係爲債權人之利益者。債務人始不得於期限前爲清償。此時應爲清償之時。與得爲清償之時。固屬相同。以外則債務人本得於期限前爲清償。應爲清償之時。與得爲清償之時。實不相同。

(四) 債務人實行清償之時期。債務人實行給付。固有適在清償期者。但亦有在清償期前或在清償期後者。故現爲清償之時。與應爲清償之時。觀念上自應區別之。

第二 清償時期之確定。

債務人必於清償期始應爲給付。故債權之清償期。不可不確定。其確定之標準。民法於第三百一十五條。設有規定。即如次述。

(一) 法律有規定者。債務清償期。如經法律另設有規定者。自應從之。如第四百五十五條、第四百七十條、第四百七十八條等規定是也。法律定清償期之規定。多非強制規定。當事人如有反對之意思表示。仍應從之。自不待言。

(二) 契約有訂定者。此不問債權是否因契約而發生。均得由當事人於債權成立時或成立後以契約訂定清償期。且此項合意。固不必即包含於原契約之內。並得爲另一契約。又民法雖僅就契約設有規定。其債權因單獨行爲發生時。逕以一方意思表示於該單獨行爲內訂定。自應允許。當事人定清償期時。主債與從債得分別定之。又可分之債。得分割定之。雙務契約之債。亦得各別定之。又就一個債務。亦得定選擇之清償期。

又民法就清償期未如前條定明得依習慣。但習慣本得補充解釋當事人之意思表示。故雖無特別意思表示。而有習慣可從者。自應從習慣。

(三) 依債之性質或其他情形可以決定者。清償期雖不能依上述二標準決定。但得依債之性質或其他情形決定者。亦應從之。所謂得依債之性質決定者。即謂其債於性質上非於一定時期清償不能

達其目的也。例如結婚日所定之酒筵是。所謂得依其他情形決定者。即謂該債之清償期於交易上本有相當之標準可從。例如約完成某工程。其完成時期在交易上本可按相當標準以估定是也。

(四) 民法之補充規定。債權之清償期。不能依上述三種標準確定者。則爲無期限之債權。民法乃依多數之法例。(羅馬法及德民二七〇瑞債七五)設一補充規定。即債權人得隨時請求清償。債務人亦得隨時爲清償。此時之清償期。即係債務人受債權人請求之時。蓋債權人以請求給付爲內容。其成立之時。即給付請求權發生之時。既未特定履行期。與債務人以猶豫。自應從其本質。許債權人得即時請求給付。而債務人得即時爲給付。更不待言。但此應注意者。民法僅定債權人得隨時請求清償。仍屬得請求清償之時期。非即爲清償期。清償期仍爲實行請求之時也。(註)又民法雖定明雙方均得隨時爲之。但亦不必即爲債權成立之當時。如於成立後即時請求清償或即時爲清償有背誠實及信用方法者。自仍不應許之。(參照二一九)

註 通說均謂未定履行期之債權。債權成立時。即爲清償期。

第三 清償時期之種類。

(一) 清償期首可分爲次述分類。

甲 確定期限。(dies certus an et quando)即清償期之屆至及其時期均爲確定也。定此確定期限之方

法。又有二種。

- 1 有以一定期日定之者。即定爲某年某月某日。如定爲中華民國十九年十二月三十一日是也。
- 2 有以一定期間定之者。即定爲某年某月某週某日間。如定爲自中華民國十九年一月一日至十二月三十一日是也。

不問依上述何方法定之。於民法上均爲確定期限。(參照二二九一)不過通常定期限。多爲第一種方法而已。

債之清償期。依上述方法定有確定期限者。其性質又有次述二種。

- 1 有單定爲債務人應給付之時期者。通常確定期限。均屬於此。
- 2 有定爲債之存續期間者。則債權於經過期間後。即不存在。例如定期火車往返乘車券是也。此則須有特別規定或訂定。始得解確定期限爲此性質。

乙 不確定期限。(dies certus an, sed incertus quando) 即清償期之屆至雖爲確定。而其屆至時期不確定也。例如某人死亡之日。終止契約後十日。或使閱覽後三日等是。其與條件不同者。則在其屆至確定。故如定爲某人結婚之時。某人入學試驗及格之時。則非期限而爲條件。就債務之履行定有屆至不確定之時期者。是否爲清償期。抑爲條件。應審按當事人意思表示及其他具體情形決定之。

無論爲確定期限。抑爲不確定期限。均爲有效之清償期。其爲確定期限者。其屆至時期固本爲確定。即爲不確定期限者。亦終有屆至之時。故確定期限及不確定期限。均係於其期限屆至時。發生應清償之效力。自理論言之。債務人本均應自該時起即負遲延責任。惟民法爲體恤債務人。於第二百二十九條分別規定。即僅確定期限。始於其屆滿時起。發生給付遲延。(二一九一)若不確定期限。則仍以之與全未定清償期者相同。非使自屆至時起發生給付遲延。仍應分別自催告時起或自催告所定期限屆滿時起。始爲給付遲延。(二一九二)

(二) 清償期又可爲次述之分類。

甲 有爲債務人之利益定之者。必其時期屆至。始爲債權人得請求之時期。不許其於時期屆至前請求給付。故消滅時效期間。在該時期前不得進行。

乙 有爲債權人之利益定之者。則必其時期屆至。始爲債務人得爲清償之時期。不許其於時期屆至前爲給付。如爲給付。亦爲非依債務本旨之給付。

丙 有爲債權人債務人雙方之利益定之者。則必其時期屆至。始一面爲債權人得請求清償之時期。一面爲債務人得爲清償之時期。在該時期前債權人固不得請求給付。債務人亦不得爲給付。

清償期究爲何方利益。固應解釋當事人意思表示之內容以決定之。如其意思表示不明者。則應推定

係爲債務人之利益。(dies adiectus pro reo est)此蓋爲羅馬法以來多數立法例所採之原則。我國民法第三百一十六條亦係依此原則所設之規定也。

(三) 給付行爲。又可因清償期分爲定期行爲與非定期行爲。

甲 定期行爲 (Eigenschaft) 又有二種。(參照二五五)

1 絕對定期行爲。即謂係依債權之性質、非於一定日期或期間爲給付、不能達其目的也。例如生日之酒筵或演劇是。

2 相對定期行爲。即謂係依當事人之意思表示特定爲應嚴格於一定日期或期間爲給付也。例如買主嚴定交貨之期、逾期卽不受領是也。

上述定期行爲。不問其爲何種。債務人未於清償期清償者。在民法規定。債權均成爲給付不能。得依第二二十六條請求損害賠償。並得依第二五十五條解除契約。

乙 非定期行爲。則爲上述定期行爲以外之行爲。此種行爲。如逾清償期爲給付。僅屬給付遲延。

第四 清償時期之效力。

清償期於法律上有重大之效力。茲述其最著者。

(一) 清償期於定期行爲有強大之效力。已於前述。

(二) 決定債權人及債務人負擔延責任之時期。清償期亦為其標準之一。亦已於前述。

(三) 債權消滅時效。應自屆清償期時進行。亦於前述。

(四) 抵銷須雙方債務均屆清償期。(三三四)此亦已於前述。

(五) 清償期之利益。得由受利益人拋棄之。固不待言。此即清償期前給付之問題。分述之如次。

甲 為債務人利益而經其拋棄者。則債權人不但得於清償期前請求給付。且經受領給付者。債務人亦不得主張其不當得利。

乙 為債權人利益而經其拋棄者。則債務人不但得於清償期前為給付。債權人不受領者。仍應負擔延責任。

丙 為雙方利益者。如(一)僅債權人拋棄。則債務人固得於清償期前隨時為給付。但債權人不得在期前請求給付。(二)僅債務人拋棄。則債權人固得於清償期前隨時請求給付。債務人則不得於清償期前為給付。

(六) 債務定有清償期者。債權人不得於清償期前請求清償。如無反對之意思表示時。債務人得於期前為清償。為民法第三百一十六條所明定。蓋推定清償期為債務人之利益。故只許債務人拋棄。此亦已於前述之矣。

第七節 清償之費用

清償之費用者。因清償債務所需之費用也。例如運送費納稅費等是。此費用應由何人負擔。爲民法第三百一十七條所明定。即清償債務之費用。除法律另有規定。或契約另有訂定外。由債務人負擔。但因債權人變更住所或其他行爲。致增加清償費用者。其增加之費用。由債權人負擔。（德民二七〇日民四八五法民一二四八意民一二五〇）蓋以清償費用。本可包含於給付義務之中。除有反對規定或訂定外。應由債務人負擔。乃屬當然。又因債權人行爲而致增加費用。該項費用應由債權人負擔。亦屬本於公平原則之當然規定。只須其增加與債權人行爲有因果關係。有無故意及過失。可以不問。其因債權人受領遲延所增加之費用。應由債權人負擔。更不待言。（二四〇）

第八節 清償之抵充

第一 清償抵充之意義

清償之抵充 (*Anrechnung der Zahlung od. Verrechnung von Zahlung; imputation des paiements*) 者。債務人對同一債權人負爲同種類給付之數宗債務。因清償人所提出之給付。不足清償全部債額。而決定以該給付充一部債額之清償也。（三二一德民三六六日民四八八瑞債八五法民一二五三奧民一四一五普國普通法一部一六章一五〇意民一二五五）蓋對於一人。既有數宗債務存在。而所提出之給

付。又不足清償全部債額。究應先清償何部債額。於債權人債務人及其他關係人之利害關係。影響甚大。（例如數宗債務中有有利息者有無利息者有有擔保者有無擔保者）故有決定之必要。清償抵充。即所以解決此問題者也。

清償抵充。通常雖如前述。於對於一人負擔數宗債務時始能發生。但對於一人雖僅負擔一宗債務。而其內容實應為數宗給付或數回給付者。如所提出之給付不足清償其給付之全部。亦應準用抵充之規定。自不待言。

第二 清償抵充之要件。

發生清償抵充。須具備次述要件。

(一) 須債務人對於同一債權人負擔數宗債務。

即須負擔各應為獨立給付之債權有二個以上。至其發生之原因。是否各為獨立。抑係一個。可以不問。又其發生時期之前後。及是否該當事人間所固有。抑係由他人移轉。亦可以不問。又雖為一個包括債權債務關係。只須各債權係屬獨立。亦有適用。

(二) 須數宗債務之給付。種類相同。

此所謂種類相同。乃指各給付之性質須屬相同。故種類雖同。而品質不同之債務。亦無抵充之適用。

(三) 須清償人所提出之給付。不足清償全部債額。

只須清償人提出之給付不足消滅數宗債務之全部。即有適用。至於清償人是否債務人。並其給付已否超過一宗債務。亦所不問。

第三 清償抵充之種類。

清償之抵充。依其方法。可分爲次述三種。

(一) 契約上之抵充。

此雖法無明文。但次述之規定。乃爲非強制規定。自應解爲清償之抵充。得首由當事人即債務人與債權人或其他清償人與受領清償人以契約指定之。此契約通常固係於清償時爲之。但只須在爲清償前。無論何時均得爲之。惟在爲清償之後。則不得爲之。蓋以此時已應適用第三百二十一條之規定故也。

此契約之效力。即在使應抵充之債務。於實行清償時。即當然消滅。清償人及受領清償人均不得更有反對之意思。以他之債務供清償。

(二) 清償人之指定。

此爲民法第三百二十一條所明定。即清償之抵充。當事人於清償時未有契約指定者。則清償人有指

定權。蓋以清償乃爲清償人之行爲。清償何種債務。應由清償人決定之。乃屬當然。此指定權乃形成權之一種。亦如一般形成權。須待權利人之行爲。始能顯其功用。故必由清償人爲指定之行爲。爲此行爲之時期。法律亦有明文限制。即只限於清償時。故通常均係於實行給付時爲之。其在以前預爲指定。雖亦得解爲可許。但亦應於清償時始生效力。至在清償以後。則不得爲之。蓋以此時已應適用次條。不能適用本條也。但本條非強制規定。故當事人有反對之訂定。使受領清償人有指定權。或使於爲清償後仍得指定。自亦可認其有效。

指定行爲。應解爲係意思表示。蓋指定於法律上所生抵充清償之效力。即由於清償人之效力意思故也。又此意思表示。不問明示默示均可。惟須向受領清償人爲之。且須達到時始能生效。乃屬當然。指定既係意思表示。自應適用一般意思表示之規定。其得撤回與否。亦應解爲有第九十五條第一項但書之適用。

指定之效力。即在使清償之抵充。因以確定。應抵充之債務。因以消滅。清償人及受領清償人以後均不得有反對之意思。尤於受領清償人應受其拘束。若拒絕受領。則爲受領遲延。

清償人不指定清償之抵充時。受領清償人得指定之否。他國立法例。固亦有明文規定許之者。（參照法民一二五五日民四八八Ⅱ）我國民法不能爲同一解釋。應逕行適用次條法律上抵充之規定。

(三) 法律上之抵充。

此為第三百二十二條所明定。即清償人不為清償抵充之指定者。應依左列之規定。定其應抵充之債務。蓋斟酌債務人利益並債務人與債權人雙方利益所設推測當事人意思之規定也。惟此規定。非強制規定。當事人得為反對之訂定。自不待言。

甲 債務已屆清償期者。儘先抵充。蓋於所負數宗債務中。應先清償已屆清償期之債務。乃為債務人之利益。且合於當事人一般之意思故也。

乙 債務均已屆清償期。或均未屆清償期者。以債務之擔保最少者。儘先抵充。擔保相等者。以債務人因清償而獲益最多者。儘先抵充。獲益相等者。以先到期之債務。儘先抵充。此則兼顧債務人及債權人雙方利益而推測當事人一般意思所設之規定也。

丙 獲益及清償期均相等者。各按比例抵充其一部。此則為當事人雙方及第三人之利益所設公平之規定也。

第四 清償抵充之限制。

關於前述依清償人指定之抵充及依法律規定之抵充（即三二一、三二二、三二三）法律又於第三百二十三條設有限制規定。即於負有原本及利息並費用之債務。均應清償或均得清償時。應先抵充費用。次抵充利

息。次抵充原本。此亦願全債務人並債權人及第三人利益所為推測一般意思之規定。亦無強制性質。故當事人亦得為反對之訂定。

第九節 清償之提出

第一 清償提出之意義。

清償之提出。(Angebot der Leistung, offres de paiement)民法稱曰給付之提出。(參照二三五、二三六、三二三)亦稱曰履行之提出。即清償人已完結該債務之給付所必要之行為而要求受領清償人受領之行為也。故清償之提出。必須該債務之清償。有待於債權人之協力時。始能發生。若不須債權人協力之債務。則於債務人完結給付所必要之行為時。即生清償之效力。債務亦當然消滅。自別無提出給付之問題。惟在清償須債權人受領之債務。則債務人雖已為給付所必要之一切行為。仍不能生清償之效力。此時殊於債務人不利。故法律就清償之提出。亦不得不特別規定其效力。以期於債務人公平。不致使其特別受不利益。茲亦就清償提出之問題。特設一欸以研究之。

清償之提出。如上所述。乃債務人於完結其給付所必要之行為時要求債權人受領之行為。此行為之性質。通說雖謂之為法律行為。余解為實即一種催告而為類似法律行為。蓋以清償之提出。雖生一定法律上之效力。但此效力。並非本於清償人之意思。雖無此意思。仍得發生。自非法律行為。其不須有消滅債務

之意思。更不待言。惟其爲類似法律行爲。故關於法律行爲及意思表示之規定。亦有須準用者。如須向受領清償人通知。並須其通知達到始生效力。即其最著者也。

第二 清償提出之要件。

清償之提出。須具備次述之要件。

(一) 須依債務之本旨爲給付。提出清償。應依債務之本旨。觀民法第二百三十五條規定自明。蓋提出清償。乃以債務人完成其給付所必要之行爲爲前提。非依債務本旨爲給付。自不能謂爲給付行爲。已經完成。故凡給付之標的、處所、時期。未依債務本旨。斯不生提出之效力。

(二) 原則須實行提出給付。例外始得通知準備給付。提出清償。學說上均分爲二種。一曰現實之提出。(Oblatio realis) 一曰言詞之提出。(Oblatio Verbis) 依民法第二百三十五條。亦可認此區別。惟後者民法既稱曰係代提出。尙非真正之提出也。至二者區別之標準。該條亦未明確規定。即在後者民法既定明係「債務人以準備給付之情事通知債權人」。故債務人亦自須爲準備給付之行爲。僅空言準備給付。而未實行準備給付。雖行通知。自應解爲無效。故後者與前者之區別。實不在準備給付之有無。而在準備給付之程度。即債務人已完全完結其給付所必要之一切行爲。使債權人居於立可受領之地位者。斯爲現實之提出。如準備給付行爲尙未達此程度。但亦已準備。只須債權人要求。亦可立行給付。

斯曰言詞之提出。

提出給付。應以實行提出爲原則。但有次述情形之一者。亦得以通知代提出。

甲 債權人預示拒絕受領之意思者。蓋以此時仍須實行提出給付。徒苦債務人全無實益故也。表示拒絕之時期。只須在未爲給付前。不必於清償期屆至前。表示拒絕之性質如何。學說上有意思表示說與觀念表示說二說。余取後說。蓋以此僅表示不願受領之觀念。且其於法律上之效力亦與其意思無關故也。

乙 給付兼須債權人之行爲者。蓋以此時既兼須債權人行爲始得爲給付。例如選擇債權。須債權人爲選擇。往取債務。須債權人至債務人住所地受領。給付行爲係教授或畫像。須債權人受教或使畫之時。使債務人先爲現實之提出。乃不可能。故亦只須通知準備給付已足也。

(三) 須催告債權人受領。蓋以給付提出。如前所述。乃於須債權人受領始生清償效力之時。始能發生。故提出給付。無論係爲現實抑爲言詞。均須要求債權人受領。在後者則法律定明須爲通知。此通知之內容。自應有催告債權人受領之意思也。

第三 清償提出之限制。

提出清償。民法於第三百二十三條設有限制之規定。即清償人所提出之給付。應先充費用。次充利息。次

充原本。故清償人提出給付時。如違反此規定。亦不生提出之效力。但此亦非強制規定。自得由當事人爲反對之訂定。

第四 清償提出之效力。

(一) 債權人於債務人提出給付時。如已受領其給付者。則生清償之效力。債務自因以消滅。
(二) 債權人如對於債務人提出之給付拒絕受領或不能受領時。則並不能生清償之效力。即債務仍屬存在。且仍繼續不履行之狀態。此時特宜保護債務人。故法律設有債權人遲延責任之規定。此已於前詳述之矣。(二三四以下)

第十節 清償之效力

第一 概說。

清償乃爲債之消滅原因之正宗。故合法清償之效力。即在使債權債務關係。自清償時起完全消滅。全部清償者。債之全部消滅。固不待言。一部清償。如係依法得爲者。債之一部亦爲消滅。無論其爲全部或一部。凡關於債之消滅通則之規定。如第三百零七條第三百零八條。均應適用。餘可參照前之說明。

第二 清償之證明。

清償除生上述之效力外。民法更關於其證明。設有次述規定。

(一) 給與受領證書之請求。

即清償人對於受領清償人得請求給與受領證書。爲第三百二十四條所明定。此蓋以清償人雖亦有第三百零八條之請求權。但尙恐保護不周。故又設此規定也。更分述之如次。

甲 受領證書之性質。此有次述三說。

1 證據方法說。(Beweismitteltheorie) 即謂受領證書僅屬證明清償事實之證據。並非含有處分債權之行爲。故尙可提出他有力之反證。審判官亦得依自由心證以判斷其效力。

2 承認契約說。(Anerkennungsvtragsstheorie) 即謂因受領證書之授受。即於雙方成立一種承認債務不存在之契約。而爲一種無因處分債權之行爲。債務即因契約消滅。實際清償與否。乃所不問。

3 證據契約說。(Beweisvtragsstheorie) 即謂有受領證書之授受時。斯於雙方成立一種證據之合意。不僅以之證明清償。並有不許債權人更爭執債務未消滅之內容。如債權人更爲爭執。斯不問債權已否消滅。即得謂之違反契約。

上述三說中。第一說爲通說。以其合於實際情形及當事人真意。故余亦從之。蓋交付受領證書。即係移轉該證書之占有及所有權。固亦須有合意。且此時或亦可別有其他之意思。但自受領清償人給

與受領證書之行爲本身言之。其通常之意思。顯係以之證明受領清償之事實。於清償後爲之固然。（此爲通常）即於清償前爲之亦然。蓋單純之觀念表示。並非意思表示。自無欲消滅債權之意思。亦無欲限定爲唯一證據之意思。

乙 受領證書之請求。即清償人對於受領清償人有給與受領證書之請求權。爲法律所明定。惟自何時起得爲此請求。則無規定。清償後得爲請求。自不待論。清償前不得請求。亦無容疑。得請求與清償同時給與否。則解釋上不無問題。通說爲積極說。余亦從之。蓋自立法趣旨言之。非解爲得類推適用同時履行抗辯之規定。則清償人之保護。仍覺不周故也。

上述請求權。不僅於全部清償時發生。即一部清償時亦然。亦不僅清償人爲債務人時始然。即第三人爲清償時亦然。亦不僅就金錢債務始有適用。就一切債務均有適用。

丙 受領證書之內容及方式。內容只在能證明受領清償之事實。至其方式。固須以文書作成。但不必爲獨立之文書。即於負債字據或賬簿摺據記載之亦可。嚴格解釋。固應適用民法第三條。（即簽名或蓋章並認證之方式）但清償人不爲此要求時。自亦有效。惟受領清償人不得拒絕他方要求適用而已。又當地有特別習慣者。自應從之。又清償人要求作成公認證書之時。受領清償人能否拒絕。學說尙不一致。應解爲得拒絕之。

丁 受領證書之費用。作成此證書之費用。法律固無明文。但解爲應由爲受領清償人負擔。(註)

註 關於此點。立法例及學說尙不一致。

(二) 他債已清償或全債已消滅之推定。

民法爲保護債務人。減輕其舉證責任起見。(債務人如承認債已成立而主張其已清償或消滅時依民事訴訟法應由其舉證)於第三百二十五條設有次述推定之規定。

甲 關於利息或其他定期給付。如債權人給與受領一期給付之證書。未爲他期之保留者。推定其以前各期之給付。已爲清償。此項僅於定期給付之債始有適用。既就某一期給付給與受領證書。又未於該證書上爲前期給付未清償之保留記載。則在一般情形。自得推定前期給付之債已清償也。

乙 如債權人給與受領原本之證書者。推定其利息亦已受領。蓋以清償人提出之給付。通常本應先充利息。次充原本。(參照三二三)茲竟已就原本給與受領證書。自得推定利息亦已清償。

丙 債權證書已返還者。推定其債之關係消滅。此蓋以債務人通常須於債之全部消滅時。始得請求返還債權證書。(參照三〇八一)茲竟已返還債權證書。自得推定全債權債務關係均經消滅。

第三章 提存

第一節 提存之觀念

第一 提存之意義。

提存 (Deposit, Hinterlegung, Consignation) 者。清償人以消滅債務之目的。將給付物爲債權人寄託於提存所或保管人之行爲也。提存於法律上亦可以其他種種目的爲之。茲所云者。則爲清償標的物即給付物之提存。乃係清償人以消滅債務之目的爲之。故爲清償代用 (Erfüllungssurrogat) 之一種。惟於清償須債權人協力之債。始有適用。蓋在此種債務。既須債權人協力始得生清償之效力。而於債權人受領遲延或不能確知孰爲債權人之時。僅如前述。就提出清償之效力。設有規定。債務人之保護。尙不周至。故又設提存清償標的物之規定。於清償外。更定提存爲債之消滅原因。庶合於公平之原則。債務人始可以免居於不利益之地位也。(三二六以下德民三七二以下日民四九四以下法民一二五七以下瑞債九二以下奧民一四二五普國普通法一部一六章二一三以下意民一二五九以下)

第二 提存之性質。

關於提存之性質。學說上尙屬紛紜。有謂爲公法上之法律關係。而以之爲公法的行爲者。有謂爲私法上之法律關係。而以之爲私法的行爲者。即在後說。亦有種種。有謂爲係一種寄託契約者。有謂爲係一種爲第三人之契約者。有謂爲係具備該二項性質之特種契約者。余從最後說。更分說之於次。

(一) 提存爲一種契約。即提存必須清償人即提存人與提存所或保管人有意思表示之一致。始能

成立。其爲契約。乃無容疑。

(二) 提存爲私法上之契約。即提存如前所述。乃係清償人以消滅債務之意思所爲。且發生債務消滅之效力。顯爲發生私法上效力之法律事實。自係私法上之契約。

(三) 提存乃含有寄託契約。即提存乃含有清償人以給付物交付提存所或保管人使爲保管之合意。此部分自爲寄託契約。(參照五八九)故提存乃一種要物契約。須由一方將給付物交付。一方允爲保管。故只須不違反提存之目的。凡民法第五百八十九條以下關於寄託之規定。於提存亦有適用。

(四) 提存乃含有爲第三人之契約。即民法亦於第三百二十六條定明提存乃爲債權人爲之。故係提存人與提存所或保管人以契約訂定應向債權人交付提存物。債權人因此對於提存所或保管人有請求交付之權利。自係一種向第三人爲給付之契約。(參照三二九、二六九)惟此時債權人僅依提存即確定當然取得此種請求權。故第二百六十九條第三項之規定。乃因提存之性質無適用。

第二節 提存之要件

第一 提存之原因。

法律以提存代清償而定爲債之消滅原因。究係因保護債務人所認之不得已辦法。故非可漫行允許。須具有次述條件之一。是曰提存之原因。

(一) 須債權人受領遲延。此所謂受領遲延。通常自爲第二百三十四條之情形。但可解爲範圍稍寬。故只須債權人預示拒絕受領之意思。則雖債務人未爲給付之提出。亦未爲通知以代提出。(參照二三五)亦得爲提存。

(二) 須不能確知孰爲債權人。僅單純不知。尙屬不可。必須不能確知。故必須有不能確知之情事始可。惟不能確知。應專就清償人言之。非就一般人言之。只須清償人實有不能確知之情事。即得爲提存。而其情事。爲法律上之原因。(如因繼承發生爭執)抑爲事實上之原因。(如債權人失蹤)可以不問。又既須不能確知。自須其不知無過失。

第二 提存之主體。

(一) 爲提存者。稱曰提存人。民法於第二百二十六條定明爲清償人。故凡前述得爲清償者。亦得爲提存。不以債務人爲限。

(二) 受提存者。爲民法第三百二十七條所明定。即提存應於清償地之提存所爲之。無提存所者。該地之初級法院。因清償人之聲請。應指定提存所或選任保管提存物之人。即清償地已設有提存所者。(此須待提存法施行後始得實現)則應向該處爲提存。否則應聲請法院指定提存所或選任保管人。始得向之爲提存。不依本條爲提存者。其提存爲無效。

第三 提存之客體。

此依民法第三百二十六條。自爲給付物、申言之、即清償之標的物。只須給付之客體爲物。即得提存之。德國民法。只限定提存物體之範圍於金錢、有價證券、並其他證券及有價物。不動產則得因拋棄占有而免債務。(德民三七二、三〇三)民法雖亦規定債務人得拋棄不動產之占有。但關於提存物。並未如德國民法設有限定規定。自不能爲同一解釋。應解爲不問動產或不動產均得提存之。但既須爲給付物。自非依債務本旨將給付標的物交付。不得謂爲有效之提存。故在特定之債。須將特定物交付之。在種類之債。須依第二百零一條於給付物特定後再行交付。在選擇之債。須依第二百零八條至第二百一十一條於給付物選擇後、再行交付。或將數宗給付均行交付。以待債權人選擇。又無爲一部清償之權利者。自不得交付一部給付物。惟數宗債務。得分別給付者。就各債務得分別交付。但關於費用利息及原本。則有第二百零二條之適用。又得提存之客體。既僅以給付物爲限。故給付之標的爲權利者。自不得提存。提存雖以交付給付物爲原則。但給付物不適於提存。(例如爆發物或容積數量過大無適當處所保管之物)或有毀損滅失之虞。(例如鮮魚鮮果汽體等物)或提存需費過鉅。(此即指無多費保管費價值之物)則清償人得聲請清償地之初級法院拍賣。而提存其價金。又給付物有市價者。並得聲請該管法院許可清償人照市價出賣而提存其價金。此爲民法第三百三十一條及第三百三十二條所明定。此項出

賣。稱曰自助賣却。(Selbsthilfeverkauf)此項提存。稱曰換價提存。

第四 提存之方法。

- (一) 提存應向提存所或保管人爲之。此已於前述。(三二七I)
- (二) 提存係以寄託之方法爲之。應依寄託規定辦理。此亦於前述。故關於其成立時期。亦應依寄託之法理。

(三) 提存應指名提存物受取權利人。此雖未特經定明。但第三百二十六條既規定應爲債權人提存。則其性質自應指名受取權利人。否則債權人無由依第三百二十九條行使權利也。

(四) 提存人於提存後。應即通知債權人。此通知雖非提存之成立及生效要件。但提存人如怠於通知。致生損害於債權人時。應向債權人負賠償之責任。惟不能通知者。(例如不能確知孰爲債權人或債權人住所不明之時)則不在此限。此爲民法第三百二十七條第二項所明定。(參照德民三七四)

第三節 提存之效力

第一 債之關係之消滅。

提存及於債權債務關係之效力如何。立法例有二主義。(一)通常僅使債務人有對於債權人請求之抗辯權。必俟提存人不得取回提存物時。債權始爲消滅。此爲德國民法所取。(德民三七八、三七九)(二)逕

使債權於提存成立時即爲消滅。此爲日本民法所取（日民四九四爲德國普通法時之通說）我國民法關於此點。無特別明文。但民法既特於債之消滅一節內。將提存規定之於清償之次。且又設有第三百二十八條及第三百二十九條、第三百三十條之規定。自應解爲係採第二主義。而以之爲債之消滅之一種獨立原因。蓋提存雖非如清償使債權人已得滿足。但既係因有特別情形所設保護債務人之規定。斯時債務人又已使債權人居於得受滿足之地位。且未如德國民法設有特別明文。只許債務人得爲抗辯。自應解爲債之關係。應於提存時消滅。使債務人因以免責。庶與立法本旨相符也。故如關於債之消滅之通則規定。尤爲第三百零七條之規定。於提存時亦有適用。

第二 通知之義務。

提存人除不能通知者外。於提存後有將提存之事實通知債權人之義務。如怠於此義務。斯對於債權人應負賠償損害之責任。此已如前述。此項義務。乃法律對於提存人所加之特別義務。蓋提存原係爲債權人爲之。且債權應因之消滅。則應使債權人知悉此事實。乃屬當然。至通知是否爲提存之成立要件。學說上雖有爭執。自民法之條文言之。自以解爲非成立要件爲宜。此亦於前述之矣。又此通知。乃爲觀念表示。言詞書件表示均可。惟須向債權人爲之。並須達到。亦屬當然。又此所謂損害。乃指債權於因提存而消滅後。債權人竟不知悉而因以受損害者而言。故雖怠於通知而債權人實已知悉提存之事實者。則以後所

受之損害。亦不能責使債務人賠償。

第三 危險之移轉及其他責任之免除。

提存後給付物毀損滅失之危險。由債權人負擔。債務人亦無須支付利息。或賠償其孳息未收取之損害。爲民法第三百二十八條所明定。蓋設提存制度之本旨。原在減輕債務人之責任。而使債之關係自提存時消滅。則關於給付物毀損及滅失之危險。自應使自該時起移轉於債權人。就原本債務所應支付之約定或法定利息。自應自該時起無庸支付。就給付物所應收取之孳息。自該時起。如未收取者。其損害亦應使債權人負擔。毋庸使債務人賠償。但孳息之未收取。如係提存所或保管人因怠於保管義務而致者。自應使提存所或保管人對債權人負責。又債務人如就孳息之未收取有侵權行爲者。仍應對債權人負責。更不待言。

第四 提存物之交付請求權。

債權人得隨時受取提存物。如債務人之清償。係對債權人之給付而爲之者。在債權人未爲對待給付或提出相當擔保前。得阻止其受取提存物。爲民法第三百二十九條所規定。蓋提存原係爲債權人爲之。且以後債權即爲消滅。故應許債權人自提存時起隨時對於提存所或保管人。得受取提存物。即認債權人有提存物之交付請求權。提存所或保管人負有交付之債務。若違反時。亦應依一般債務違反之規定辦

理。但在債權人應為對待給付時。而債務人因清償而為提存。如經回提存所。示明係對債權人之給付所為者。則非債權人實為對待給付。或提出相當擔保。則不得請求。此項規定。通常雖多於由雙務契約所生之債務見其適用。但並不以此為限。凡應為對待給付之債務。均有適用。

上述請求權。民法於第三百三十條設有特別消滅時效之規定。即自提存時起十年間不行使。即應消滅。其提存物之所有權。即歸屬於國庫。

第五 費用之負擔。

提存、拍賣及出賣之費用。應由債權人負擔。為民法第三百三十三條所規定。此蓋以提存之原因本係由債權人所致。其因此所生之費用。自應責由債權人負擔。

第六 所有權之移轉時期。

提存物若僅須由債務人移轉其占有者。自應於提存所或保管人交付時。占有始為移轉。乃無疑義者。但在通常。多須由債務人移轉其所有權。此於提存時。應於何時移轉所有權於債權人。我國民法就此無明文。在德、日民法學者間頗有議論。有謂應為提存人交付之時者。有謂應為債權人請求交付之時者。有謂應為提存所交付之時者。最後說在德、日民法學者中可稱為通說。余謂此仍視物權法及提存法之規定。如何以為解決。在我國現時。既尚無提存法。自惟有依物權法規定解釋之如次。

(一) 依舊物權法例。應解爲僅由提存所與債權人有移轉所有權之合意時。所有權即爲移轉。而此項合意成立之時。通常自爲交付之時。蓋以此時可認爲雙方並有移轉所有權之默示也。在不動產所有權移轉。通常固須書立契據始能成立。此時應解爲只須移交債務人之契據即可。惟在提存金錢之時。以有第六百零三條之適用。自可推定。該金錢於債務人提存時。即可一併移轉其所有權。爾後於交付同一數額金錢於債權人時。債權人自該時起始取得其所有權。

(二) 依新物權法。即依第三編第七百六十一條第一項。動產之讓與。須交付始生效力。第七百五十八條。不動產須登記始生效力。則除提存所與債權人有移轉所有權之合意外。自更須於移轉占有或爲移轉登記時始生所有權移轉之效力也。

提存所移轉提存物之所有權於債權人時。係以如何性質爲之學說上亦有議論。有以提存所爲提存人之代理人者。有以提存所爲提存人之傳達機關者。余從後說。蓋應解爲此時係提存人以提存所爲媒介。與債權人爲所有權讓與之物權契約故也。

第七 提存所或保管人與提存人及債權人之關係。

提存本係包含寄存與爲第三人(即債權人)之兩種契約。故提存所對於提存人及債權人。應於不背提存目的之範圍以內。分別適用寄託及爲第三人契約之規定。故除前述債權人得請求交付提存物外。提

存所對於提存人應負保管之義務。(參照五九〇)又提存人亦得請求提存所向債權人交付提存物。(參照二六九一)

第八 提存人有無提存物取回權。

即提存人於交付提存物成立提存之後。尙得取回其提存物否。多數立法例均以明文規定其有取回權。(參照德民三七六法民一二六一瑞債九四)註我國民法既無此明文。且自第三百二十八條至第三百三十條之規定觀之。以解爲消極說爲宜。故提存人對於提存所或保管人無撤回提存意思表示之權。亦無依通常寄託契約之寄託物返還請求權。

註 提存人之提存物取回權。果爲寄託物返還請求權。抑爲撤銷寄託契約之撤回權。即一種形成權。學中亦有議論。在德、日學者後說爲通說。

第四章 抵銷

第一節 抵銷之觀念

第一 抵銷之意義。

抵銷 (Compensatio, Aufrechnung, setoff, Compensation) 者。謂債務人於對債權人有給付種類相同之債權時。使該債權與自己債務按其數額同歸消滅之單獨行爲也。(參照三三四、三三五)凡二人互有債

權。使彼此債權同歸消滅。亦有兩種情形。(一)爲抵銷契約(Kompensationsvertrag)即由二人依合意以消滅彼此債權。此可稱曰契約上之抵銷。依契約自由之原則。自屬可以允許。依此方法以消滅彼此債權。則不須具備一定條件。其內容亦應依該契約之所定。是否即爲清償、代物清償或免除。或爲一種特別契約。均應解釋該契約之內容以決定之。通常自得解爲係一種獨立契約。(二)爲抵銷。即於具備一定條件時。債務人即有抵銷權。此權利乃爲形成權之一種。由債務人一方爲意思表示。即生債權消滅之效力。此又可稱曰法律上之抵銷。爲抵銷之人。稱曰抵銷人。受抵銷之人。稱曰被抵銷人。爲抵銷之債權。稱曰自動債權(Aktivforderung, Aufrechnungsforderung)受抵銷之債權。稱曰受動債權(Passivforderung, Hauptforderung)民法所規定者。即屬此種抵銷。茲亦專就此研究之。

第二 抵銷之沿革。

抵銷之制度。爲羅馬法以來諸國立法例所採用。但關於其成立條件。則不一致。在羅馬法之解釋。學說上雖尙有議論。但多數說均謂須經雙方契約始能成立。法國民法則定爲只須有債權對立之事實。即成立抵銷。意、奧民法及普魯士普通法亦然。(法民一二八九以下。意民一二八五以下。奧民一四三八以下。普國普通法一部一六章三〇〇以下)德國民法及日本民法並瑞士債務法。則定爲係由債務人之意思表示而成立抵銷。乃採單獨行爲主義。(德民三八七以下。日民五〇五以下。瑞債二二〇以下)我國民法。

即係從此最後立法例（三三四以下）於理論及實際均較允當。蓋僅以債權對立之事實即成立抵銷。時難免不違反債務人之意思。而必須他方同意始得成立抵銷。又未免於實際不便故也。

第三 抵銷之性質。

關於抵銷之性質。學說上有次述諸說。

(一) 有以之為清償者。又有左列各說。

甲 有以之為真正之清償者。即謂雙方係因抵銷而受給付。故為清償。

乙 有以之為擬設之清償者。即謂抵銷乃係依法律之擬設。與清償於經濟上收同一之效果。

丙 有以之為自己清償者。即謂抵銷係債權人將自己對於債務人所負擔之債額。清償自己之債權。

丁 有以之為自己清償之指示者。即謂抵銷係債權人指示債務人。使其將自己債務。清償自己債權。

戊 有以之為代物清償者。即謂抵銷係債務人免除債權人所負擔之債務。以代原定之給付。

己 有以之為特種清償者。即謂抵銷係債務人將其對於債權人之債權拋棄。以代給付。

上述諸說。非謂抵銷係實為給付。即代為給付。故以之為真正清償或特種清償。此則根本錯誤。蓋抵銷並非互相給付。正係互相免給付。完全與清償為一種債之獨立消滅原因故也。

(二) 有以之為法律所設之一種變體制度者。又有左列各說。

甲 有以之與留置權同視者。即謂抵銷係因自己不行使權利、亦使他方不行使權利。故與留置權之理論同。

乙 有以之與質權同視者。即謂抵銷係於具備抵銷條件時、於他方對自己之債權上取得質權。故得依一方意思表示、使自己債權滿足。

丙 有以之為成立一種選擇債務者。即謂抵銷係於其具備條件時、即於原來債務外、發生拋棄自己債權之債務。或為原定給付、或拋棄自己債權。可選擇為之。

丁 有以之為成立一種任意債務者。即謂抵銷乃使債務人得代原定給付為抵銷以免債務。上述諸說、尤為牽強。蓋抵銷乃係單純依債務人一方行為、消滅彼此債務。無所謂另行成立他種權利與債務也。

(三) 以抵銷為法律所設之一種獨立債之消滅原因。其方法為意思表示。其本質為以消滅彼此債務為標的之單獨行為。余從此說。

第四 抵銷之功用。

法律所以認許抵銷制度。定為一種獨立債之消滅原因者。蓋為於便利及公平二者兼顧之旨趣也。抵銷與他種債之消滅原因不同。不但消滅自己之債權、並消滅他人之債權。即係一面處分自己之債權。一面

處分他人之債權。而法律竟予以允許。自有其特別之理由。即抵銷制度。實於使彼此交易關係得簡單清結。有經濟上重大之功用。彼此均免爲給付。以節省勞力費用時間。而又與實行給付收同一效果。此此制度之所以爲便利也。又因不須強制一方給付。免致受他方不給付或無資力之危險。於適當條件之下。逕由一方行爲使彼此債權均與得滿足相同。而歸於消滅。此此制度之所以爲公平也。

第一節 抵銷之要件

第一 抵銷乃係特例。故必具備上述要件。始得成立抵銷權。許債務人爲抵銷。此要件爲民法第三百三十四條所規定。且備此要件時。學說稱曰抵銷適狀。民法稱曰適於抵銷。(Compensabilität 參照三三七)

(一) 須雙方互負債務。即須雙方各有對立之債權。蓋抵銷乃以消滅雙方之債權債務關係爲標的。應以雙方有二個債權對立(Gegenseitigkeit)爲前提條件。自屬當然。更分析說明之於次。

甲 須二個債權均有效存在。故如二債權中有一債權自初即未成立。或雖經成立而已消滅者。均不生抵銷問題。

但對於上述原則。民法於第三百三十七條設有一例外規定。即債之請求權雖經時效而消滅。如在時效未完成前。其債務已適於抵銷者。亦得爲抵銷。蓋以債務人此時不行使其請求權以致時效完成而致消滅。通常均係因預期己方可對他方債務隨時抵銷。故遂付諸等閒。故雖因時效銷滅。仍應

許其得以之供抵銷。方合於公平之原則。法律雖僅就自動債權規定。但受動債權。如已經消滅時效。則以此方本得拋棄時效之利益。其得對之爲抵銷。更不待言。

由得撤銷行爲而生之債權。在撤銷前。亦適於抵銷。但如經撤銷時。則因其有溯及效。(一一四丁)而使債權自始不成立。故抵銷自亦因之無效。

乙 自動債權。須爲抵銷人所有。且須爲對於被抵銷人之債權。故不得以他人所有之債權爲抵銷。(但不無例外如連帶債務是二七七)亦不得以對於他人之債權爲抵銷。故民法第三百零三條第一項但書之規定。卽爲此原則之適用。

丙 受動債權。須爲被抵銷人所有。且須爲對於抵銷人之債權。故不許第三人以自己債權爲債務人對於其債權人抵銷。此點乃與清償不同。清償許第三人爲債務人爲之。抵銷則不許第三人爲債務人爲之也。至因爲第三人契約所生之債務。亦不許以之與對於他方之債權爲抵銷。則法律設有明文。(三四一)當另於後述。

丁 債權附有抗辯權者。得爲抵銷否。當分別論之。

I 自自動債權言之。其附有永久抗辯者。卽因有權利不發生之抗辯或權利消滅之抗辯。並經援用者。則債權卽已不存在。自不得爲抵銷。但僅附有延期抗辯者。如經援用時。是否亦不得爲抵銷。

則不無疑義。德國及法國民法並學說均取肯定說。日本民法無明文。其國學說有二派。我國民法亦無明文。在日本多數說均從肯定說。謂不應無故剝奪他方之抗辯權。然余仍以否定說爲是。蓋法律既未設有特別明文不許爲抵銷。而此時債權雖附有延期抗辯。究仍爲對立之債權。自應如一般債權。許債務人用以抵銷。方足以資保護。至他方抗辯權。無非因恐其不暫時防止此方行使將受損害。但此時許爲抵銷。在他方亦得有相償之滿足。又安有不許之理。

2 自受動債權言之。則應解爲不問爲永久抗辯抑爲延期抗辯。均得爲抵銷。蓋抵銷人明知其債權有此抗辯而不援用。逕爲抵銷。自得認爲已拋棄抗辯權。即不明知之時。則因在未援用永久抗辯前。債權本屬存在。即適於抵銷。於已爲抵銷。發生債之消滅之效力後。自不許更有異議也。

(二) 須雙方債務之給付種類相同。即須雙方之債權。各以同種類之給付爲標的。蓋抵銷雖非清償。究係與清償收同一效果。而使各方債權得簡便以受滿足。苟非其爲標的之給付係同一種類。則不適於此目的故也。故各債權之給付。只須種類不同。即令其價格於客觀係屬相等。亦不適於抵銷。更分析說明之於次。

甲 故抵銷僅於金錢債權或其他種類債權。申言之。即不特定物之債。始有適用。而在金錢債權。通常並不須其標的爲同種類之貨幣。惟在絕對金種債權。即在以特種貨幣爲給付標的之債權。(二〇

一) 則須種類相同始可。

乙 雙方之債。均爲特定物之債。卽以特定物之交付爲標的者。則縱令各給付於客觀處於同種類。例如同爲給付某特定土地之債。二地畝數品質價格雖屬相同。亦不得爲抵銷。蓋以此時不能謂爲同種故也。惟於二宗給付偶爲同一標的之時。始許爲抵銷。

丙 一方之債爲特定物之債。他方之債爲不特定物之債。而二者種類相同者。僅得以前者對後者爲抵銷。不得以後者對前者爲抵銷。

丁 雙方均爲不特定物之債。而其種類之範圍不同者。僅得以範圍較狹之債對範圍較廣之債爲抵銷。不得以範圍較廣之債對範圍較狹之債爲抵銷。

戊 雙方均爲同種類給付之債。而其品質不同者。僅得以品質較劣之債對品質較優之債爲抵銷。不得以品質較優之債對品質較劣之債爲抵銷。

己 卽在選擇債權。如其給付已依選擇而同種類者。亦得爲抵銷。且選擇及抵銷得以同一意思表示爲之。

庚 雙方之債。均以作爲爲標的時。亦非全不可爲抵銷。不過在通常二宗作爲難認爲同種類。能適用抵銷之時甚少而已。

辛 雙方之債。均以不作爲爲標的時。則不得爲抵銷。蓋以此時不能認二宗給付爲同種類。且此債性質須俟履行始能達目的。決不能依抵銷以得滿足故也。

壬 無財產價值或不能以金錢價值估計之債。自不得爲抵銷。蓋以於理論及實際均不可許故也。

癸 給付是否爲同種類。應於爲抵銷之時決之。不應於債權發生之時決之。故雖初時非同種類之債。而因債務不履行變爲賠償損害之債。其給付同種類者。亦得爲抵銷。

(三) 須雙方債務已屆清償期。更分說之如次。

甲 自動債權未屆清償期者。概不許抵銷。蓋若許抵銷。則有強制清償未到期限之債務之結果故也。

乙 受動債權。條文雖亦定爲須屆清償期。但應解爲通常即不到期限。亦得爲抵銷。蓋以期限多爲債務人之利益而定。自應許其得拋棄利益而先於期限爲與清償同一之行爲。故受動債權。只限於其清償期專爲債權人之利益或爲雙方之利益而定者。始不許於期限前爲抵銷。

(四) 須非依債務之性質不能抵銷者。依債務之性質不能抵銷云者。謂爲抵銷斯與其成立債務之本旨相違也。申言之。即爲該債標的之給付。於其性質只能依清償而實行給付。始能達其固有之目的。如前述不作爲之債。即其適例。自動債權附有停止抗辯之時。除他國有明文者外。即在日本文之國。其國多數學說及判例。均解爲係性質上不能爲抵銷之一種。在我國民法之解釋。余不以爲是。已如

前述。

(五) 須未經禁止抵銷。此當另於後款說明之。

第二 抵銷之要件。僅如上述。次述各點。均不屬於要件。

(一) 二個債權之清償地。毋庸相同。民法就此於第三百三十六條設有明文。即清償地不同之債務。亦得爲抵銷。但爲抵銷之人。應賠償他方因抵銷而生之損害。此蓋以清償地不同之債務。使於一方清償地抵銷。對於他方。雖難免未依債務本旨。但僅以清償地不同一點。即不許利用抵銷制度。亦非所宜。故法律本於公平原則。以顧全雙方利益之趣旨。一面仍許債務人於自己債權清償地。以自己債權抵銷他方清償地不同之債權。一面又使其賠償他方因此所生之損害。此所謂他方因抵銷而生之損害。即指債權人因不在清償地受清償所生之損害也。賠償損害之範圍。自爲與他方未於清償地受清償之事實有因果關係之損害全部。例如乙對甲負在北平交付山西紅煤百噸之債務。甲對乙負在天津交付山西同種紅煤百噸之債務。此時雖許甲於北平以自己債權抵銷他方債權。但乙因甲未在天津交煤所生之由伊自運之費用。如運費、貨捐等。則爲因抵銷而生之損害。自應由甲向乙賠償。此賠償義務之性質。非由其債務所生之義務。乃法律爲公平所定之一種特別義務也。

(二) 債權之數額。毋須明確。(Liquidität) 即只須二個債權之成立確實已足。即令有一個債權之數額

尙不明確。例如尙須清算或尙須估計之債權。則亦適於抵銷。此點雖亦有反對立法例。（如法民一二九一）我國民法既無明文。自不能爲同一解釋。

（三）以外二個債權並不須由同一原因發生。亦不須有牽連關係。即其數額亦不須相同。數額不同之時。乃於相當之額成立抵銷。故許債務人得就債權人之債權爲一部抵銷。此點亦與清償不同。（參照三一八一及以前說明）

第二節 抵銷之禁止

第一 依法律規定之禁止。民法或其他特別法。亦有依特別理由禁止債權之抵銷者。茲僅述民法之規定如次。

（一）禁止扣押之債。其債務人不得主張抵銷。爲民法第三百三十八條所明定。（德民三九四法民一二九三普國普通法一部一六章三六六以下以前之立法例則只定就受扶養之債權不許抵銷）何謂禁止扣押之債。即於民事執行法或其他法令有明文規定不許扣押之請求權也。此種之債。法律禁止扣押。即係本於公益之要求。自應實行清償。以使債權人得現實之滿足。故法律定明不得逕由債務人以爲受動債權。將自己債務與之抵銷。但法律僅定爲不得主張。若經債權人容許。自亦屬有效。又此種之債。得爲自動債權。由債務人用以與其債務抵銷。更不待言。

(二) 因故意侵權行爲而負擔之債。其債務人不得主張抵銷。爲民法第三百三十九條所明定。(註)此乃因保護被害人及一般公益所設之規定。因侵權行爲所生之債權。亦有兩種。有因於故意者。有因於過失者。(一八四)關於此點。日本民法與德國民法所採主義。又不相同。日本民法。乃不問侵權行爲因於故意或過失。概不許抵銷。(日民五〇九)德國民法則只以因於故意之侵權行爲爲限。始不許抵銷。(德民三九三)民法係仿第二立法例。蓋以此時加害人之責任。殊爲重大。縱令其對於被害人亦有債權。若許抵銷。則不但對於被害人過苛。且將有誘致侵權行爲之結果。於一般社會政策亦非所宜。故定爲此項債務人不得逕以之爲受動債權。用自己債權對之抵銷。但亦如前述。法律既僅定爲不得主張他方容許時。仍得爲抵銷。他方得以該債權爲自動債權。更不待言。

註 羅馬法僅以由不法占有之侵奪而生之債權爲限。始不許對之抵銷。即法國法系之民法。亦僅就由財物奪取而生之債權設規定。(法民一一九三瑞債一二五₂意民一二八九)獨德、日民法。則範圍更寬。就由一切侵權行爲而生之債權。均設規定。

(三) 受債權扣押命令之第三債務人。於扣押後。始對其債權人取得債權者。不得以其所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷。爲民法第三百四十條所明定。(德民三九二日民五一瑞債一二五法民一二九八意民一二九四)此蓋以債務人於其債權依執行而受扣押之命令後。本不得更以該債權

之處分向扣押債權人主張有效。則第三債務人於扣押後始對該債務人取得債權。自不許以該債權與扣押債權爲抵銷。庶足以保全扣押之效力。以保護扣押債權人之利益。但此亦不過不得以其抵銷向扣押債權人主張之義。扣押債權人如經承認。自仍屬有效。至該當事人間即第三債務人與該債務人間無論扣押債權人承認與否。仍屬有效。更不待言。又法律只禁止扣押後取得之債權不得爲自動債權。扣押前已取得之債權。自不在此例。

(四) 約定應向第三人爲給付之債務人。不得以其債務與他方當事人對於自己之債務爲抵銷。爲民法第三百四十一條所明定。(瑞債一二二)此蓋以由爲第三人契約所生之債。他方當事人即要約人。雖仍對於債務人有債權。(參照二六九)但契約本旨。既在向第三人爲給付。自應始終貫徹。故雖對於他方當事人。亦有適於抵銷之債權。亦不許以自己債務對該債權爲抵銷。惟此亦僅規定債務人不得以抵銷向第三人主張之義。如經第三人承認。自仍屬有效。至第三人得以該債權爲自動債權對自已對債務人之債務爲抵銷。更不待言。

第二 依當事人意思表示之禁止。雖未經法律特別規定禁止抵銷之債權。當事人即債權人與債務人。得更以特別意思表示禁止抵銷。亦不待言。此點他國亦有以明文規定者。(日民五〇五)我國民法雖無明文。亦應爲同一解釋。蓋債本爲當事人間之特定關係。當事人間有禁止抵銷之特別意思表示。自無

否認其效力之理。更分說之於次。

(一) 當事人得以契約禁止。尤屬當然。且此契約不必於債權成立時爲之。於其成立後爲之亦應有效。

(二) 債權於其成立後固不許以單獨行爲禁止抵銷。若債權係因單獨行爲成立者。即於該單獨行爲內表示禁止抵銷之意思。要亦應認爲有效。

(三) 當事人間所爲此項禁止意思表示。是否僅有相對之效力。即不得以之對抗善意第三人。他國亦有以明文規定此旨者。我國民法既無明文規定。不能爲同一解釋。此時發生問題者。自爲債有移轉之時。仍應依債之移轉之通則規定辦理。故仍應適用民法第二百九十九條第一項及第三百零三條第一項之規定。

第四節 抵銷之方法

第一 關於抵銷之成立。立法例及學說。以前有二大派。(一)爲實質主義(Materielle Auffassung)此派之學說。雖亦屬紛歧。大致係謂雙方之債務。只須有適於抵銷之條件。即當然成立抵銷而致消滅。不須更有何行爲。法國民法。即係依此見解。(二)爲形式主義(formelle Auffassung)謂雙方之債務。僅具備抵銷條件。尙難成立抵銷。必須於訴訟上以爲抗辯主張。更經裁判。認爲成立。始生消滅債務之效力。此說乃淵源於羅馬法。又稱曰訴訟主義。然此二主義。至近代均已失效。於是又有第二主義。亦可謂爲折衷主義。即除須

具備抵銷條件外。更須由債務人一方爲抵銷之意思表示。然後成立抵銷。而生消滅債務之效力。

我國民法。即係採此第三主義。於第三百三十五條第一項前段。定明抵銷應以意思表示向他方爲之。依此規定。抵銷乃爲單獨法律行爲。(註)而其方法。係由債務人向債權人爲意思表示。更分說之如次。

註 德國通說。均謂抵銷爲法律行爲。獨利浦蒲(Ulpmann)謂抵銷無法律行爲之性質。

(一) 抵銷既爲法律行爲。自應適用法律行爲及意思表示一般通則之規定。且抵銷乃係債務人使自已債權消滅而爲一種處分行爲。尤應有行爲能力。並就其債權有處分權。其由代理人爲之者。須該代理人有此權限。訴訟代理人是否當然有此權限。雖不無議論。應解爲須有特別委任。(參照民事訴訟條例八五民事訴訟律九八一)

(二) 抵銷不僅爲須發之意思表示。並爲須受之意思表示。故須向被抵銷人即受動債權之所有人爲意思表示。且其生效時期。有民法第九十四條至第九十六條之適用。

(三) 抵銷乃非要式行爲。故無一定方式。明示、默示均可。且不須用抵銷之名稱。只須其內容足認爲已表示消滅彼此債務之效力意思。即可成立。

第二 抵銷之意思表示。附有條件或期限者。爲無效。爲民法第三百三十五條第二項所明定。蓋以抵銷制度。乃以簡便清結債務關係爲目的。且一面係消滅他方之債權。若附條件或期限。使其效力久不確定。則

不但使他方居於不利益之地位。且與認許抵銷之立法本旨相違。故對於此項意思表示。特以明文規定禁止附條件與期限也。但本項規定。只專就法律上之抵銷言之。若契約上之抵銷。自無適用。當事人以合意特附或條件期限。自無不許之理。

第三 抵銷之意思表示。於訴訟外（亦稱審判外）訴訟上均得爲之。其於訴訟外爲之者。固純爲民法上之法律行爲。其於訴訟上爲之者。則一面爲民法上之法律行爲。一面爲訴訟法上之訴訟行爲。除應具備法律行爲之要件外。並須具備訴訟行爲之要件。前之要件不具備或其法定抵銷條件不具備之時。則抵銷根本不能成立。雖具備後之要件。亦不能認爲有理由。若前之要件具備並其法定抵銷條件亦具備之時。則雖未具備後之要件。亦有民法上之效力。仍應與訴訟外所爲抵銷同一待遇之。又在訴訟上爲抵銷時。並不限於被告。即原告亦得爲之。惟在被告爲之者。則民事訴訟法上稱曰抵銷抗辯。只須已經裁判。則不問已否成立。亦生既判力。（參照民事訴訟條例四七一及民事訴訟律四八二）

第四 得以受動債權存在爲條件而爲抵銷否。即所謂未必之抵銷（Eventualaufrechnung）之問題。學者中尙有議論。然通說均謂此僅係附法定條件。非真正條件。應許其有效。余亦從之。

上述未必之抵銷。如於訴訟上主張之時。即一面爭執原告之債權。而一面以自己債權主張抵銷之時。應如何判決。學說亦有二說。（一）舉證主義（Beweisethebungstheorie）謂須使原告就其債權舉證。如認定其

成立者。則審認抵銷抗辯能否成立。如亦能成立者。則駁回原告之請求。如不能認原告債權成立者。則毋庸審認抵銷抗辯。逕以債權不成立為理由。駁回原告之請求。(一)駁回主義(Klagabweisungstheorie)謂只得認定被告之債權成立。雖原告債權成立與否不能確定。即得逕以抵銷為理由。駁回原告之請求。二說之中。以第一說為正當。

第五節 抵銷之效力

適於抵銷之效力。與抵銷之效力。應區別之。前者乃於具備抵銷要件時發生。即成立抵銷權。而使債務人得隨時為抵銷。民法所謂「得為抵銷」所謂「適於抵銷」均以指此。此時除使債務人有抵銷權外。其他均於彼此債務不生何等影響。故遲延責任及損害賠償、違約金等問題。仍可發生。反是後者則係於債務人行使抵銷權為抵銷之意思表示。並發生效力時發生。此時則於彼此債務大生影響。此所謂抵銷之效力。即專指後者。乃如次述。

第一 抵銷係使相互間債之關係。按照抵銷數額而消滅。此為民法第三百三十五條第一項後段所規定。(德民三九九日民五〇五一瑞債一二四二法民一二一九)抵銷乃以消滅雙方債務為標的之法律行為。於其有效成立時。自發生消滅相互間債務關係之效力。至消滅債務之範圍。自應以抵銷之意思表示所定之範圍為準。所謂按照抵銷數額。即此義也。故如(一)二債權數額相等而全部抵銷者。自應全部

消滅。(二)數額雖不相等。如係全部抵銷。自應按其相當部分。各自消滅。若係自動債權少於受動債權。只能使他方債權按己方債權數額消滅。乃不待言。(三)不問其數額相等與否。如抵銷人只為一部抵銷。自亦只於該數額範圍內生消滅債務之效力。

第二 抵銷係使相互間債之關係。溯及最初得為抵銷時消滅。此亦為民法第三百三十五條第一項後段所規定。(德民二九八日民五〇六II瑞債二二四II法民二二九〇)即所謂抵銷之溯及效。凡法律行為均以自其意思表示有效成立時起向後發生效力。獨對於抵銷。規定其應溯及最初得為抵銷時發生效力。而自該時起消滅雙方債務者。蓋為貫徹設立抵銷制度之精神。而使彼此債務關係得簡單清結也。此所謂最初得為抵銷之時。即謂債務人具備抵銷要件而有抵銷權之時。應以為抵銷之債務人為標準。故雖被抵銷人適於抵銷之時在前。亦應自抵銷人適於抵銷時起消滅債務。茲試說明溯及效之內容如下。

(一) 各債權之擔保及其他從屬權利。均自該時消滅。(參照三〇七)

(二) 利息債權。不問其為約定抑為法定。亦不問是否僅屬一方抑屬於雙方。並其數額多寡如何。均自該時起消滅。自該時起之利息若經支付者。能否主張不當得利。應視是否不應受民法第一百八十條第三款之適用而決。

(三) 給付遲延及受領遲延之效力。亦自該時消滅。

關於生溯及效之理由。學說上亦頗有議論。有次述三說。

(一) 溯及說。(Rückwirkungstheorie)謂抵銷之效力。乃因其意思表示而生。至溯及適於抵銷時生效。則由於法律之擬制。

(二) 條件說。(Redingungstheorie)謂債務消滅之效力。原應於適於抵銷發生時。抵銷之意思表示。不過為其法定條件。

(三) 影響說。(Affectionstheorie)此說雖亦有種種。大致均謂債權消滅之效力。固係於抵銷之意思表示時發生。但適於抵銷之狀況。究亦有重要之影響。

上述三說。於債務消滅之效力。應有適於抵銷之狀況及抵銷之意思表示。均屬相同。所不同者。即第一說。係以意思表示為該效力之原因。適於抵銷之狀況為條件。第二說。則以後者為原因前者為條件。第三說。則以二者共為原因。余取第一說。蓋如前述。適於抵銷時。僅發生抵銷權。債權消滅之效力。實係於為抵銷之意思表示時始能發生。至其能溯及適於抵銷時發生者。則係法律為貫徹允許抵銷之本旨。而推測一般當事人之意思所設之特別規定。自應謂為係一種擬制也。

第三 清償抵充之規定。於抵銷亦應準用。即被抵銷人有數宗給付種類相同之債權。抵銷人用以抵銷

之債權。不足消滅全部債額時。則亦發生債務抵充之問題。民法以抵銷可與清償同視。故有此情形時。亦於第三百四十二條定明第三百二十一條至第三百二十三條關於清償抵充之規定。亦應準用。(參照德民三九六日民五一二法民一二九七意民一二九三)故此時應先由抵銷人於抵銷時指定應抵充之債務。未為指定者。則依法定順位抵充。再抵銷之次序。應先抵銷費用。次抵銷利息。次抵銷原本。其抵銷人與被抵銷人就抵充有特別契約者。應依其契約所定。更不待言。

第五章 免除

第一節 免除之觀念

第一 免除之意義。

免除 (Erlaß, remise) 者。債權人拋棄債權之行為也。所謂免除債務。所謂拋棄債權。名稱雖異。實質則同。不過一係着眼於義務而言之。一係着眼於權利而言之而已。一般拋棄權利之行為。學者中尚有議論。有法律行為說與事實行為說二說。若債權人拋棄債權之行為。係為法律行為。自民法第三百四十三條觀之。乃屬毫無疑義。蓋債權人此時拋棄其債權。乃表示消滅債務之效力意思。且即於法律上發生消滅債務之效力。此項表示行為。係為意思表示。且為法律行為。自無容疑。

第二 免除之性質。

近代各國立法例均規定免除爲債權人與債務人之契約。如法國民法（法民一二八五、一二八七）德國民法（德民三九七）瑞士債務法（瑞債一一五）均是。此蓋因於羅馬法之影響。其所根據之理由。或謂債務乃二人間之法鎖（*Juris vinculum*）欲行斷絕。自須雙方同意。或謂免除係使債務人得利益。自須經其同意。理由要皆不免薄弱。

獨日本民法規定（日民五一九）應解釋免除爲單獨行爲。其國學者均無異說。我國前大理院判例亦係採此見解（民國三年上字一一六號民國九年上字一〇三八號）民律草案及其修正案亦同（舊草案四〇八修正案四二九）現行民法亦係仿此主義。以立法言。洵屬正當。蓋一般財產權。既許權利人拋棄。債權之行使。亦並非債權人之義務。要無不許由其一方行爲以爲處分之理。故在我國民法。免除之性質。應爲次之說明。

- （一）免除爲一法律行爲。只須債權人一方爲之。並不須債務人承諾。
- （二）免除爲處分行爲。即免除係以消滅債權爲標的而爲廢權行爲之一種。
- （三）免除爲無因行爲。即免除乃係單以消滅債權爲標的之意思表示爲要素。亦如前述之債權讓與、債務承擔同爲無因行爲。故爲解除之時。無前提之原因關係者。固不待言。即令有此關係。例如免除係因履行由贈與買賣等契約或由法律規定所生債務而爲者。亦係與該基本關係獨立。基本關係未

成立或已消滅之時。只須免除行爲原已有效成立。亦不因之受影響。而仍可獨立有效。

第二節 免除之方法

免除係由債權人向債務人表示免除其債務之意思而爲之。爲民法第三百四十三條所明定。更分析說明如次。

第一 免除應依意思表示爲之。故民法總則關於法律行爲及意思表示通則之規定均應適用。

第二 免除應表示免除債務之意思。法律既未定有方式。自爲非要式行爲。明示默示均可。故返還或塗銷負債字據。亦可認爲免除。惟僅逾期不行使債權。不得爲默示之免除。又僅受領一部給付。非可推定免除他部。此二點前大理院已有判例（民國五年上字六三二號民國四年上字三八四號）。

第三 免除應由債權人爲之。故須債權人有處分能力。且應適用行爲能力之規定。尤如債權人爲限制行爲能力人者。未得法定代理人允許以爲免除。則爲無效（參照七八）又爲免除與否。爲債權人之自由。除原有應爲免除之債務外。債務人不得強求。法院亦不得反於債權人之意思以裁判強制減免。前大理院亦有判例（民國四年上字九三〇號三年上字一一一號三年上字五七號）。

第四 免除應向債務人爲之。故免除不但爲須發之意思表示。並爲須受之意思表示。凡民法第九十四條至第九十六條之規定。均應適用。惟債務人係限制行爲能力人時。則雖向本人爲之。亦屬有效。（參照

七七但書）又向第三人所爲之免除爲無效。固不待言。向保證人所爲者。其效力亦應解爲不及於債務人及他保證人。

第五 免除應就債權人自己之債權爲之。故該債權如非全債權關係者。他部分自不受影響。（例如買賣債務）又附有期限或條件之債務。亦得爲免除。惟未來之債務則否。即爲此表示。亦屬無效。（註）

註 此點有異說。

第六 免除得附條件期限否。應解爲僅付終期與其消滅債權之目的根本相違。乃所不許。餘均可許。蓋以免除雖爲單獨行爲。而附條件或始期。並無特別與債務人以不利之情形。而免除債務。既係尊重債權人之意思。更依其意思將該項效力限制發生。自亦無不可許之理也。

第七 免除亦得依契約爲之。民法所規定者。雖爲債權人一方意思表示之免除。但債權人與債務人爲免除債務之契約。自亦無不可許之理。此時其成立及效力。自應依契約之一般原則並其原有內容而定之。當事人定爲有償契約並雙務契約。自亦屬可許。不但此也。債權人並得與第三人成立爲債務人之契約。而適用民法第二百六十九條之規定。例如甲與丙約免除其對乙之債權。債務人之乙在甲丙間之契約爲第三人。可因該契約直接請求甲爲免除。

免除係應債務人之懇求而爲之者。是否爲契約。抑仍爲一方意思表示。應就具體情形審認之。通常自仍

爲一方意思表示。

免除依契約爲之者。是否僅使債務人取得停止抗辯權。抑竟使該債務消滅。亦應審認該契約以決定之。

第二節 免除之效力

免除之效力。即在使債之關係消滅。爲民法第三百四十三條所明定。故免除亦爲債之消滅之一種獨立原因。債權人就其自己債權爲全部免除者。則全部消滅。爲一部免除者。則一部消滅。故債務人不僅得爲停止抗辯。實得爲消滅抗辯。而凡債之消滅之通則規定。於此時亦有用需。至於就連帶債務、連帶債權及不可分之債所爲之免除。則應分別適用第二百七十六條第一項、第二百八十八條第一項及第二百九十三條第二項之規定。

第六章 混同

第一節 混同之觀念

第一 混同之意義。

混同(Confusio, Konfusion, Confusion)目廣義言之。即凡不能並立之兩種法律關係同歸屬於一人之謂。此於法律上可於下述三種情形見之。(一)債權與其債務同歸屬於一人。(二)所有權與他物權同歸屬於一人。(三)主債務與保證債務同歸屬於一人。此三者關於使法律關係消滅之點。雖屬一致。但各有其

特別之性質。並不能依共同之原則以支配之。第三種稱曰不真正之混同(Unechte Konfusion)尙僅於學理上研究之。惟前二種則法律設有明文。(三四四、七六二)茲所謂混同。乃專指第一種而言。

第二 混同之性質。

爲債之消滅原因之混同。乃爲債權與其債務同歸於一人之事實。故與前述之四種債之消滅原因不同。非屬行爲。而爲一種事由。亦稱事件(Rechtsereignis) 雖其前提原因亦有爲行爲者。但應與其結果之混同事實。分別觀之。

混同爲債之消滅原因。雖爲羅馬法以來各國立法所明認。(法民一三〇〇、一三〇一瑞債一一八日民五二〇奧民一四四五普國法一部一六章四七六意民一二九六德民以其爲當然未設規定)但學說關於其理由。尙不一致。大致有左述四說。

- (一) 謂混同係因債務人不能向自己爲給付而爲給付不能。並非有消滅債權債務關係之效力。
- (二) 謂混同有清償之性質。即若係債權人繼承債務人者。則乃債權人由債務人遺產受清償。若係債務人繼承債權人者。則乃債務人以債權人財產爲清償。
- (三) 謂債權因混同而消滅。乃因債權已實際受滿足。即債權之目的已達到。
- (四) 謂債權因混同而消滅。乃因債權債務關係本以二個主體爲要素。以一人一面爲債權人。一面爲

債務人乃爲債權之觀念所不許。故債因混同而消滅。

上述四說之中。第四說爲通說。在我國民法之解釋。亦以依此說爲宜。蓋民法明定混同爲債之獨立消滅原因。如第一說謂債尙未消滅。僅屬履行不能。顯不可通。而債有混同之時。債權未必實際受滿足。（例如債權人繼承無資力之債務人時）逕謂混同係一種清償或債權已達目的。於理論及實際亦均不合故也。

第二節 混同之成立

混同既係債權及債務同歸一人。自係因債權或債務之繼承而生。此又有次述二種情形。

第一 包括繼承。此爲生混同之主要原因。又有繼承及包括遺贈二種。繼承又有因於血統關係者。亦有

因於立繼行爲者。此立繼及遺贈。雖均爲法律行爲。但僅爲混同之前提原因。

第二 特定繼承。此即由債務人讓受債權人之債權或債權人讓受債務人之債務之時見之。其與一般債權之讓受與債務之承擔不同者。即其讓受人或承擔人非第三人而爲債權人或債務人而已。此時亦有少數說主張僅有免除或讓與成立。不認有繼承成立者。然多數說均謂債權或債權之特定繼承。於實際及理論均可成立。余亦從之。

第三節 混同之效力

第一 債之關係。應於其混同時消滅。乃爲民法第三百四十四條所明定。自表面言之。債權債務歸屬一人。似可暫使停止行使。以待復活之機會。但此不但徒使權利關係久不確定。且有害利害關係之第三人。故法律逕定之爲債務之消滅原因。只須有混同之事實。則債之關係。絕對消滅。縱令以後混同事實消滅。以前之債權債務關係。亦不能復活。故債有混同時。即應適用一般債之消滅之通則規定。就中如第三百零七條之規定。於此時尤有適切之適用。但混同生債之消滅之效力。乃以其合法成立爲前提。若混同之原因。竟因無效或撤銷而致認混同亦自初即不成立之時。則自初即不能生債之消滅之效力。亦不待言。

第二 債因混同而消滅。僅爲原則。民法又於同條但書。規定其例外。即有次述二種情形之一者。債雖混同。仍不消滅。

(一) 其債權爲他人權利之標的者。此條之立法本旨。乃與第七百六十二條但書後段情形相同。即該債權既爲第三人權利之標的。例如該債權上設有質權時。則第三人就權利之存續有法律上之利益。自不能因以犧牲。故仍使存續也。

(二) 法律另有規定者。法律既因特別理由。另有反對規定。自應從其規定。又此所謂法律規定。應廣義解釋。有特別之成文法或習慣法者。固不待言。即令無此明文。而依債之性質。應使其不因混同而消滅。方合一般交易之需要者。亦可同一解釋。不使之消滅。例如指示證券(七一〇以下)無記名證券(

七一九以下) 其性質本有流通性。則如復歸於原債務人時。雖無明文。亦可解爲不使消滅也。

第七章 更改

第一 更改之觀念。

更改於羅馬法即已認之。近代立法例亦多以明文規定。如法國民法(法民一二七一至一二八一)日本民法(日民五二三以下)普國普通法(普國法一部一六章四五〇以下)奧國民法(奧民一三七五以下)意國民法(意民一二六七至一二七八)及其他法國法系民法均是。我國前大理院亦著有判例甚多。均認此法理。舊民律草案亦設有規定。(舊草案四七六以下)

與上述立法例相反者。爲德國民法及瑞士債務法。均未另定有明文。民律草案修正案亦同。現行民法。即係採此立法例。蓋以更改實益較少。且既設有債權讓與(二九四以下)及債務承擔(三〇〇以下)並代物清償(三一九)債務更新(三二〇)之規定。於實際應用已足。故未另就更改特設規定。但債權讓與、債務承擔及債務更新。均非逕使原來之債即行消滅。若更改則係逕使原來之債即行消滅。不但性質不同。實際上亦非決無需要。故於學理上仍以研究之爲宜。至民法未規定更改。並非否認更改之存在。自不待言。

何謂更改。(novatio, novation)即成立新債務以消滅舊債務之契約也。自消滅舊債務之點觀察。亦爲債

之消滅原因。其與代物清償最易相混。但即令係成立新債務以爲代物清償。但全係以爲清償而爲給付。若更改則非係爲清償舊債務而爲給付。而係以新債務代舊債務之契約。故二者大有區別。又更改與更新債務亦易相混。但後者並不能即行消滅舊債務。其性質與更改亦自不同。

更改之性質如下述。(一)爲契約。至其主體。乃因更改種類而異。(二)係以因成立新債務而使舊債務消滅爲標的。故更改爲有因契約。新債務之成立。與舊債務之消滅。乃有因果關係。

第二 更改之種類。

更改有次述三種。

(一) 債權人替換之更改。此即新舊債權人與債務人所爲之三面契約也。此與債權讓與。於下述二點不同。甲、係債之更新。非債之移轉。乙、債務人必爲當事人。此種更改。實用頗少。但債之性質。不許讓與者。亦可依此方法以替換債權人。此項契約。在當事人間只須成立合意。即可有效。但對抗第三人。一般立法例。恒定爲尙須有確定日期之證書。前大理院亦著有判例。更改契約當事人主張更改成立。應爲確實之證明。(民國四年上字七四二號)

(二) 債務人替換之更改。此其當事人僅須爲債權人與新債務人。舊債務人得行加入。更不待言。此項更改。應得債權人之承諾。前大理院亦著有判例。(民國四年上字一〇八二號)又此項更改。與債務

承擔不同者。即在更改。已失債之同一性。並非債之移轉。此於實際多有應用。而因其生債之消滅之效力。尤於使擔保及其他從屬法律關係消滅之點。功用較顯。

(三) 標的替換之更改。此其當事人自爲債權人及債務人。此種更改。於實用上尤廣。前大理院亦有判例採用。即就分劈地畝之債務改立借據。乃舊債務變爲金錢給付。舊債務即不能問。(民國四年上字三八四號)此所謂標的替換。乃指債權之內容。即爲債權標的之給付。於其主要部分有變更之謂也。債權之內容。實僅於條件、期限、給付處所等有變更。尚不得謂爲更改。至爲履行債務發行票據。是否爲代物清償。抑爲更改。應就具體情形決定之。又票據債務變爲普通債務時。是否爲更改。亦應審認當事人之意想以決定之。

第三 更改之效力。

更改之效力。即在因該契約而舊債務消滅。新債務成立。因其發生債之消滅之效力。故凡民法關於債之消滅之通則規定。亦應準用。至新債務雖與舊債務有因果關係。但二者全然獨立。故就舊債務所生之抗辯事由。於新債務不得援用。

民法通義債編總論終

條文索引

民法債編

條數	主要頁數	條數	主要頁數
一五三	四一、四二、四四	一六三	四九
一五四	三三、三四至三五	一六四	五一至五三、五四
一五五	三四、三六	一六五	五四、五五至五六
一五六	三四、三七、四三	一六六	四八
一五七	三七、三八、四三	一七二	五六、六二、六三、六五
一五八	三八、四二	一七三	六五、六七
一五九	三八、四三	一七四	五八、六四、六六、六九
一六〇	三六、四二、四三	一七五	五八、六六
一六一	四二、四六至四七	一七六	六八、六九
一六二	三九、四八至九四	一七七	六九

一七八

七〇

一九二

九三、一三一

一七九

七〇、七二至七六、七八

一九三

九三、九四、一三二至一三三

一八〇

七六至七八

一九四

九三、一三二、一三三、一三五

一八一

七八、七九

一九五

九三、九四、九七、三三三、一三四至三五

一八二

七八、七九至八〇

一九六

一三四

一八三

八〇至八一

一九七

一三六至一三八

一八四

八六、八七、八九、九〇、九八、一〇四

一九八

一三八

一八五

八九、一〇五至一〇九

一九九

一三九、一四四、一四六至一四七

一八六

九九、一一〇至一一一

二〇〇

一五二、一五三至一五七

一八七

八七、一〇二至一〇三、一一三至一一六

二〇一

一六〇、一六一

一八八

九〇、一一六、一一七至一二一

二〇二

一六〇、一六二

一八九

一一六、一二一至一二三

二〇三

一七〇

一九〇

一二三至一二六

二〇四

一六七、一六九

一九一

一二六至一二九

二〇五

一六七、一六九

二〇六	一六七、一六九	二二〇	二〇七至二〇八
二〇七	一六七、一七一	二二一	二〇八
二〇八	一七二至一七四、一七五	二二二	二〇八
二〇九	一七六	二二三	二〇九
二一〇	一七五至一七六、一七七	二二四	二〇九
二一一	一七八	二二五	二一〇、二二三至二二四
二一二	一七八、一七九	二二六	二二〇、二二四至二二五
二二三	一八三、一八九	二二七	二二五至二二七、二二五
二二四	一九〇	二二八	二二七至二二八
二二五	一九〇	二二九	二二一至二二四
二二六	一八二、一九〇至一九二	二三〇	二二九、二二五
二二七	一九三至一九五	二三一	二二六
二二八	一九五	二三二	二二六
二二九	二〇二至二〇三	二三三	二二七

條文索引

二三四	三三九、三三一、三三三	二四八	二七七、二七八
二三五	二三一	二四九	二七七、二七八至二九七
二三六	二二三	二五〇	二八〇、二八一至二八二
二三七	二三四	二五一	二八二
二三八	二三四	二五二	二八二
二三九	二三四	二五三	二八〇
二四〇	二三五	二五四	二八三、三八七、三八八至三九三、三九五
二四一	二三五	二五五	二八七、二九三至二九二、二九六
二四二	二三八、二四一至二四四	二五六	一八七、二九四至二九五
二四三	二三八、二四四至二四五	二五七	二九六、三〇二
二四四	二三八、二五四至二七一	二五八	二九六至二九八
二四五	二三八、二七一	二五九	二九九至三〇〇
二四六	二七四至二七五	二六〇	二九二、三〇〇至三〇一
二四七	二七五	二六一	三〇二

二六一 三〇三

二六三 二八五、三〇四

二六四 三〇六、三〇七至三一六

二六五 三〇六、三〇九至三一六

二六六 三〇七、三一八至三二一

二六七 三〇七、三一九、三二一至三二二

二六八 三二五至三二七、三三二

二六九 三七、三〇、三三、三四、三六至三六

二七〇 三三二、三三五、三三八至三三九

二七一 三四八、三四九

二七二 三五三至三五四、三五六至三五七

二七三 三五三至三五四、三五七

二七四 三六一

二七五 三六一

二七六 三六一

二七七 三六三

二七八 三六三

二七九 三五三

二八〇 三五六、三六三

二八一 三五六、三六四、三六五

二八二 三六六

二八三 三六九至三七一

二八四 三七一

二八五 三七三

二八六 三七三

二八七 三七四

二八八 三七四

二八九 三七四

二九〇

三七二

三〇四

三九四

二九一

三七四至三七五

三〇五

三九五

二九二

三七六

三〇六

三九五

二九三

三七七

三〇七

三九九

二九四

三八二、三八三至三八五

三〇八

四〇〇

二九五

三八六

三〇九

四一〇

二九六

三八七

三一〇

四一一至四一三

二九七

三八七、三八八

三一一

四〇四、四〇五至四〇六

二九八

三八八

三一二

四〇七

二九九

三八八

三一三

四〇七

三〇〇

三九一

三一四

四二五

三〇一

三九二

三一五

四三一

三〇二

三九二

三一六

四三五、四三六

三〇三

三九三至三九四

三一七

四三七

三一八 四一四、四一六

三一九 四一七、四二〇

三二〇 四二一、四二三

三二一 四三七、四三九

三二二 四四一

三二三 四四四

三二四 四四五、四四六

三二五 四四八

三二六 四四九、四五二、四五三

三二七 四五二、四五三

三二八 四五四、四五八

三二九 四五三、四五四、四五八

三三〇 四五四、四五五、四五八

三三一 四五二

三三二 四五二

三三三 四五五

三三四 四六〇、四六二

三三五 四七二、四七四、四七五

三三六 四六七

三三七 四六二

三三八 四六八

三三九 四六九

三四〇 四六九至四七〇

三四一 四七〇

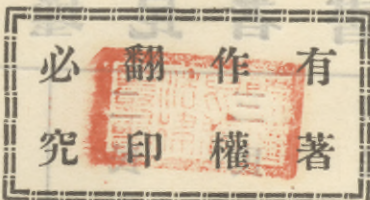
三四二 四七七

三四三 四七七、四七九、四八一

三四四 四八二、四八四

中華民國十九年八月一日初版
中華民國二十年三月十日再版

民國二十年七月二十一日內
政部註冊執照號數七二八號



定價大洋貳圓伍角
外埠加郵費洋貳角

著作人 常德 陳瑾 昆

校對人 黎縣 李 紹興 王宗 鑑

出版人 北平朝陽學院

總發行所 朝陽學院出版部

分售處 南京法律評論社
北平公慎書局及

各大書店

印刷人 朝陽學院印刷部

陳 瑾 昆 著 書 目 錄

<p>五 刑 事 訴 訟 實 務</p> <p style="text-align: right;">平 製 初 版 定 價 洋 一 元 四 角</p> <p style="text-align: right;">內 分 訴 訟 用 紙 裁 判 格 式 案 件 實 例 (設 有 模 範 案 四 件) 三 部</p>	<p>四 民 法 通 義</p> <p style="text-align: right;">各 債 論 編 初 上 版 製</p>	<p>三 民 法 通 義</p> <p style="text-align: right;">總 債 論 編 再 上 製 版 已</p>	<p>二 民 法 通 義</p> <p style="text-align: right;">總 則 再 上 製 版 已</p>	<p>一 刑 事 訴 訟 法 通 義</p> <p style="text-align: right;">上 製 已 再 版 定 價 洋 二 元 八 角</p> <p style="text-align: right;">除 就 刑 事 訴 訟 法 縣 知 事 審 理 訴 訟 章 程 復 判 條 例 詳 加 解 釋 外 學 理 徵 引 甚 豐</p>
<p>各 定 價 洋 二 元 五 角</p>				

北 平 朝 陽 學 院 出 版 外 埠 加 郵 費 洋 二 角

上海图书馆藏书



A541 212 0022 9370B

