

實用法律叢書

# 民 法 債

下 冊

周新編著

主 編 者

王雲五 徐百齊

商務印書館發行

實用法叢書

民 法 債

下 冊

周新編著

主 編 者

王雲五 徐百齊



3 0600 9636 3

商務印書館發行

# 目錄

各論	.....	一
第一章 買賣	.....	一
第一節 買賣的意義	.....	一
第二節 買賣的成立	.....	四
第三節 買賣的效力	.....	五
第一款 出賣人的義務	.....	五
第二款 買受人的義務	.....	一九
第四節 買回	.....	二二
第五節 特種買賣	.....	二五
目錄	.....	一

第二章 互易	三二
第三章 交互計算	三四
第一節 交互計算的意義	三四
第二節 交互計算的效力	三六
第三節 交互計算契約的消滅	三九
第四章 贈與	四〇
第一節 贈與的意義	四〇
第二節 贈與的效力	四一
第三節 特種贈與	四五
第五章 租賃	四八
第一節 租賃的意義	四八
第二節 租賃的期限	五〇

第三節	租賃的效力·····	五一
第四節	租賃契約的消滅·····	六三
第五節	耕作地租賃·····	六五
第六章	借貸·····	七一
第一節	使用借貸·····	七二
第一款	使用借貸的意義·····	七二
第二款	使用借貸的效力·····	七四
第三款	使用借貸契約的消滅·····	七八
第二節	消費借貸·····	七九
第一款	消費借貸的意義·····	七九
第二款	消費借貸的效力·····	八二
第七章	僱傭·····	八六

第一節 僱傭的意義	八六
第二節 僱傭的效力	八八
第三節 僱傭契約的消滅	九一
第八章 承攬	九四
第一節 承攬的意義	九四
第二節 承攬的效力	九六
第三節 承攬契約的消滅	一〇七
第九章 出版	一一〇
第一節 出版的意義	一一〇
第二節 出版的效力	一一三
第三節 出版契約的消滅	一一八
第十章 委任	一二〇

第一節	委任的意義	一三〇
第二節	委任的效力	一三三
第三節	委任契約的消滅	一三一
第十一章	經理人及代辦商	一三四
第一節	經理人	一三四
第一款	經理人的意義	一三四
第二款	經理權	一三六
第三款	經理人的權利義務	一三九
第四款	經理權的消滅	一四一
第二節	代辦商	一四二
第一款	代辦商的意義	一四二
第二款	代辦權	一四四

第三款 代辦商的權利義務·····	一四五
第四款 代辦權的消滅·····	一四六
第十一章 居間·····	一四八
第一節 居間的意義·····	一四八
第二節 居間的效力·····	一五一
第一款 居間人的權利·····	一五一
第二款 居間人的義務·····	一五二
第三款 居間契約的消滅·····	一五四
第十三章 行紀·····	一五五
第一節 行紀的意義·····	一五五
第二節 行紀人的義務·····	一五八
第三節 行紀人的權利·····	一六〇

第十四章 寄託	一六四
第一節 寄託的意義	一六四
第二節 寄託的效力	一六七
第三節 寄託契約的消滅	一七二
第四節 消費寄託	一七三
第五節 場所主人的責任及權利	一七五
第十五章 倉庫	一七九
第一節 倉庫營業人的意義	一七九
第二節 倉單	一八一
第三節 倉庫營業人的權利義務	一八四
第十六章 運送營業	一八九
第一節 運送人的意義	一八九

第二節 物品運送	一九一
第一款 提單	一九一
第二款 託運人的權利義務	一九四
第三款 運送人的權利義務	一九六
第四款 受貨人的權利義務	二〇六
第三節 旅客運送	二〇七
第十七章 承攬運送	二一〇
第一節 承攬運送人的意義	二一〇
第二節 承攬運送人的義務	二一二
第三節 承攬運送人的權利	二一五
第十八章 合夥	二一七
第一節 合夥的意義	二一七

第二節	合夥的效力	二二〇
第一款	合夥的内部關係	二二〇
第二款	合夥的外部關係	二二七
第三款	合夥的財產關係	二二八
第三節	合夥人的退夥及加入	二三四
第四節	合夥的解散及清算	二三九
第十九章	隱名合夥	二四二
第一節	隱名合夥的意義	二四三
第二節	隱名合夥的效力	二四七
第一款	內部關係	二四七
第二款	外部關係	二五〇
第三節	隱名合夥契約的消滅	二五〇

第二十章 指示證券……………二五三

第一節 指示證券的意義……………二五三

第二節 指示證券的發行……………二五五

第三節 指示證券的效力……………二五六

第四節 指示證券的消滅……………二六二

第二十一章 無記名證券……………二六四

第一節 無記名證券的意義……………二六四

第二節 無記名證券的效力……………二六五

第三節 無記名證券的喪失……………二六八

第二十二章 終身定期金……………二七二

第一節 終身定期金契約的意義……………二七二

第二節 終身定期金契約的效力……………二七五

第三節 終身定期金契約的消滅·····	二七七
第二十三章 和解·····	二七八
第一節 和解的意義·····	二七八
第二節 和解的效力·····	二八〇
第三節 和解的消滅·····	二八二
第二十四章 保證·····	二八三
第一節 保證的意義·····	二八三
第二節 保證的效力·····	二八五
第一款 保證人與債權人間的效力·····	二八五
第二款 保證人與主債務人間的效力·····	二九〇
第三節 保證責任的消滅·····	二九二
第四節 信用委任·····	二九四

# 民法債下冊

## 各論

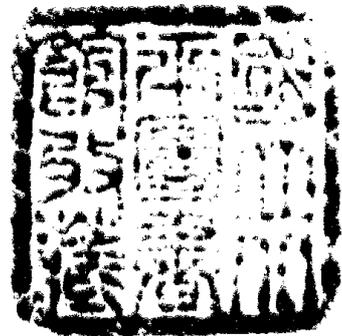
### 第一章 買賣

#### 第一節 買賣的意義

何謂買賣<sup>？</sup>即是當事人約定一方（出賣人）把財產權移轉於他方，而由他方（買受人）支付價金的契約（第三四五條第一項）。茲把牠的性質分析說明於左：

（一）買賣為契約 買賣屬於左列各種契約：

（1）買賣為雙務契約，並且為有償契約 買賣契約成立以後，出賣人負有移轉財產權



的債務，買受人負有支付價金的債務，是他們互負的債務，都有對價的關係，故爲「雙務契約」。出賣人要把財產權移轉，纔得受領價金，買受人要把價金支付，纔得受領財產權，是他們所爲的給付，都是有所爲而爲的，故爲「有償契約」。又買賣爲「有償契約的模範」，其他有償契約，除其性質所不許者外，都得準用本章關於買賣的規定（第三四七條），例如互易，租賃，承攬都可準用是。

（2）買賣爲諾成契約，並且爲不要式契約。買賣只要雙務當事人就標的物及其價金互相同意，即能成立（第三四五條第二項），而不以現實給付爲其成立要件，故爲「諾成契約」。又不問其爲動產買賣，抑爲不動產買賣，只要雙方有一致的意思表示，即能成立，而不須具備一定的形式，故爲「不要式契約」。

（3）買賣爲債權契約。買賣契約，既是約定一方移轉財產權，他方支付價金，在當事人間當然只生債的關係，不是現在逕生移轉及支付的結果，則買賣只創設「債權關係」，而不是物權契約，可無疑義。

(二) 買賣係以移轉財產權爲標的的契約

(1) 買賣以財產權爲標的 買賣的標的，限於「財產權」，凡非財產權的人格權及身分權，固是不得爲買賣的標的；就是有財產價格的業務上祕密，及營業上顧客，也不得爲買賣的標的。但買賣的標的，雖是以財產權爲限，亦非不管那一種財產權都可爲其標的，常有某種財產權，因爲法律的規定；或是當事人的意思，而不得爲買賣的標的，其得爲買賣的標的者，不過是物權，準物權，無體財產權，及債權等。至於財產權是否在訂約時即屬於出賣人所有，是否現時即已存在，是否自始即已特定，那都可以不問了。

(2) 財產權的移轉 此所謂移轉，不是只以移轉現有的財產權爲限，就是買受人基於出賣人現有的財產權，而取得他種財產權的，也包括在內；例如因受領價金，而從新設立限制物權（地上權，永典權，）或是債權（租賃權）是。

(三) 買賣係以支付價金爲標的的契約 買賣契約，必須買受人支付價金，以爲出賣人移轉財產權的對價，是和贈與契約，不要受贈人對於贈與人爲什麼給付者不同。買賣的價金，要以

「金錢」爲限，而不得給以金錢以外的其他財產權或勞力，是和互易、僱傭、承攬不同。至於價金的金錢，是否爲法定貨幣（通貨）價金的數額，有沒有具體的約定，那都可以不問。如果價金約定按照市價，那末究竟應依照什麼地方什麼時候的市價來計算呢？首先以當事人的約定爲準。當事人未經約定時，即可視爲清償地清償時的市價（第三四六條。）

## 第二節 買賣的成立

買賣既爲諾成契約，並且爲不要式契約，自然只要當事人就標的物及其價金互相同意，其契約卽爲成立。關於買賣的費用、履行的時期、處所、及擔保責任，都不是契約的要素，除了當事人另有特約以外，雖是意思表示不合意，也不妨成立契約。現在把買賣的預約，及買賣契約的費用，分別說明於左：

（一）買賣的預約 何謂買賣的預約？就是預先約定以負擔締結買賣契約的債務爲標的的債權契約。民法對於買賣預約，雖是無何種的規定，然在解釋上，則應認牠爲債權契約的一種。買

買賣預約，既是債權契約，當然也和一般債權一樣的，預約權利人不但可以行使履行請求權，並且可以行使強制執行權。如果受有損害，對於預約義務人亦得請求損害賠償。這種預約，和附有停止條件的買賣契約不同，就是一爲本契約，不過其效力要待條件成就時纔能發生，一爲本契約並未成立，只是發生締結本契約的債權債務關係。

(二) 買賣契約的費用 何謂買賣契約的費用？就是締結買賣契約時所需要的各種費用：例如估價費，印花費，證書作成費是。這種費用，和後面所說的契約履行時或其受領履行時的費用不同。依照民法所規定，除了法律另有規定，或是契約另有訂定，或是地方另有習慣以外，這種費用應該由雙方當事人平均負擔，纔算公允的（第三七八條第一款）。

### 第三節 買賣的效力

#### 第一款 出賣人的義務

(一) 財產權移轉的義務 這種義務，爲出賣人的主要義務，也就是買賣的主要效力，現在

分爲四點說明於次：

(1) 權利移轉的義務 此所謂權利，係指所有權以外的權利而言的。凡是權利的出賣人，只負有使買受人取得其權利的義務：例如債權的移轉，要把讓與的情形通知債務人是。如果因其權利而得占有一定的物，則並要負交付其物的義務（第三四八條第二項）例如持有借券的債權，在讓與時要把借券交給買受人是。出賣人若是不履行這項義務，買受人即得依照債務不履行的規定，而行使其權利（第三五三條。）

(2) 標的物交付的義務 此所謂標的物，係指物權中的所有權而言的。凡是物的出賣人，一面負有交付其物於買受人的義務，一面負有使其取得該物所有權的義務（第三四八條第一項。）何謂交付其物？就是移轉物的占有：例如現實交付，及變格交付是。何謂使其取得該物所有權？就是履行移轉權利所必要的行爲，而使買受人可取得其所有權：例如書立賣契，交付證明文書，及協助登記的聲請是。出賣人既有這項義務，若是任意不履行，買受人即得依照債務不履行的規定，而行使其權利（第三五三條。）

(3) 危險負擔的義務 這種義務通常唯就物的買賣而發生，若是以權利爲買賣標的，原則上既無物可以交付，那有負擔的可言；惟因權利而得占有一定的物者，也應該準用關於物的買賣的規定（第三七七條。）出賣人既負交付標的物的義務，則在未交付以前，除了應該用善良管理人的注意保管其標的物以外，並且應該負擔標的物的危險。這是因爲如果出賣人不負此義務，雖負了交付的義務，亦必無由實現了。況且依照民法所規定，買賣標的物的利益及危險，除契約另有訂定外，從交付時起，都由買受人承受負擔（第三七三條，）則從其反面說，在未交付以前的利益及危險，應該由出賣人承受負擔，可無疑義。

在標的物未交付以前，其危險雖應該由出賣人負擔；但是其義務也有相當的範圍，列舉於左：

(A) 標的物的危險，發生於送交清償地以外的處所者 通常送交中的危險，雖應該由出賣人負擔；但是出賣人依照買受人的請求，而把標的物送交清償地以外的處所，則從出賣人交付其標的物於運送承攬人時起，即不負擔標的物危險的義務，而應該由買受人負擔了（第三七四條。）雖然，買受人對於送交標的物的方法，如有特別指示，而出賣人竟違反其

指示者，則除了有緊急的原因以外，買受人因此所受的損害，應該由出賣人負賠償責任（第三七六條。）

（B）標的物的危險，在交付前已應由買受人負擔者，買受人對於標的物的危險，應該從交付時起負擔；但是在交付以前，其危險如已移轉於買受人而歸其負擔者（例如當事人間定有危險負擔的特約是），出賣人即無負擔危險的義務了。凡是出賣人在危險移轉以後，標的物交付以前的中間所支付的費用，如為必要，應該依照關於委任的規定，由買受人負擔還的責任；如非必要，亦應該依照關於無因管理的規定，由買受人負擔還的責任（第三七五條。）

（4）買賣費用負擔的義務 出賣人既有移轉財產權的義務，當然有買賣費用負擔的義務；惟其所應負擔的買賣費用，亦只以在其移轉義務範圍以內的為限：例如移轉權利的費用，運送標的物到清價地的費用，及交付標的物的費用是。雖然，此為原則，如果法律另有規定，或是契約另有訂定，或是當地另有習慣，則應認為例外了（第三七八條第二款。）

(二)擔保責任 擔保責任，係本於法律規定而生的，不像財產權移轉的義務，是由於效果意思而生的。

(1)擔保責任的性質 何謂擔保責任？即是出賣人就其出賣的物或是權利，對於買受人負瑕疵擔保的責任。這種責任的性質，和債務不履行，及危險負擔不同：在債務不履行，及危險負擔，都爲「後發不能」，而以出賣人有沒有過失做標準；在擔保責任，則爲「原始不能」，而以出賣人有沒有過失做標準。例如已出賣的物，因爲過失而致毀損，以致無以交付的，是爲「債務不履行」，因爲事變而毀滅，以致無以交付的，是爲「危險負擔」；因爲屬於他人所有，以致無以交付的，是爲「擔保責任」是。

(2)權利瑕疵的擔保責任 現在把牠的範圍，及效力，分述於左：

(A)權利瑕疵擔保責任的範圍 權利有什麼的瑕疵，出賣人纔應負擔擔保責任？民法原未一一列舉，只設了概括的規定。茲把其規定分析說明於左：

(甲)一般買賣的擔保責任 這種擔保，即是出賣人應該擔保第三人就買賣的標的

物，對於買受人不得主張任何的權利（第三四九條。）出賣的標的物，原不能有他人的權利存在。如果有了他人的權利存在，勢必因他人主張其權利，而使買受人蒙受不測的損害。所以出賣人關於這一點，應該負擔擔保責任，這即是學說上所謂「追奪擔保」。現在把其具體的主要事實列舉於下：（1）權利的全部或是一部屬於第三人所有者，第三人對於標的物即可主張全部或是一部的所有權，此時出賣人應該由第三人取得這項權利，而把牠移轉於買受人，擔保第三人不得出為主張。（2）出賣的標的物上有他項權利存在者（例如土地所有權上的地上權，永佃權，及抵押權等），第三人即可主張他項權利，而使買受人所買受的權利受其限制，此時出賣人應該與第三人交割清楚，擔保其不得主張。

（乙）債權或是其他權利或是有價證券買賣的擔保責任 買賣成立的當時，其權利應該確係存在。如果其權利已不存在，買受人即不免空耗價金，自應使出賣人予以擔保，纔可保護交易的安全。現在把其具體的主要事實列舉於下：（1）出賣的標的為「債權」時，出賣人要擔保其債權確係存在（第三五〇條前段），如果其債權未經有效成立，或是已因時

效而消滅，出賣人即應負擔保責任。(2) 出賣的標的爲「債權以外的其他權利」(例如商標權，著作權，專賣權等)時，出賣人要負擔保其權利確係存在(第三五〇條前段)。如果其權利未經有效成立，或是已因時效而消滅，出賣人即應負擔保責任。(3) 出賣的標的爲「有價證券」時，出賣人要擔保其證券未因公示催告而宣示爲無效(第三五〇條後段)。

(B) 權利瑕疵擔保的要件 出賣人對於權利的瑕疵，應負擔保責任，必須具備下列三個要件：(1) 買賣的標的，要於買賣契約成立的當時，已有瑕疵；(2) 買受人要於契約成立的當時，不知其權利已有瑕疵(第三五六條)；(3) 買賣當事人要未訂有特約。

(C) 權利瑕疵擔保責任的效力 出賣人對於權利的瑕疵，如果不能盡其擔保責任，其在法律上究應發生什麼效力呢？依照民法第三五三條所規定，買受人得依關於債務不履行的規定，而行使其權利。現在把他能行使的權利列舉如下：(1) 契約解除權；(2) 損害賠償請求權；(3) 免除全部價金或是減付一部價金請求權；(4) 違約金請求權。在權利全部有瑕疵，或是雖僅一部有瑕疵，而其他部分的履行，於買受人無利益者，買受人得解除契

約，或是免付全部價金，或是請求全部不履行的損害賠償。權利一部有瑕疵，而買受人尙欲受領其他部分者，只得請求減付一部的價金，並請求一部不履行的損害賠償。

(3) 物的瑕疵的擔保責任 現在把牠的範圍，要件，及效力分述於左：

(A) 物的瑕疵擔保責任的範圍 出賣人對於物的瑕疵，究應在什麼範圍內負擔保責任？依照民法第三五四條所規定，約可分爲左列三種情形：

(甲) 標的物要無滅失或是減少其價值的瑕疵；

(乙) 標的物要無滅失或是減少其通常效用，或是契約預定效用的瑕疵；

(丙) 標的物要具有保證的品質。

上列(1)(2)兩項價值減少及效用減少，係以有關重要的爲限。若是無關重要的，即不能視爲瑕疵。

(B) 物的瑕疵擔保責任的要件 出賣人對於物的瑕疵，雖應負擔保責任，然要具備左列的要件：

(甲) 買賣標的物要有瑕疵。何謂瑕疵？即是物有一定的欠缺。這種欠缺，係指價值或是效用有所減滅，或是品質有所不符而言。

(乙) 瑕疵要於危險移轉的當時即已存在。出賣人擔保物的瑕疵，要以其瑕疵在危險移轉以前，或是移轉當時，即已存在者為限。如果買賣標的物在危險移轉時沒有瑕疵，其瑕疵係發生於危險移轉後者，出賣人即可不負責。

(丙) 買受人要於契約成立不知其有瑕疵，並且沒有重大過失。買受人如於契約成立時，已知其有瑕疵，或是因重大過失，而不知其有瑕疵，都不得行使物的瑕疵擔保權。為什麼呢？買受人既已明知其有瑕疵，而仍與他人訂立買賣契約，是即有拋棄擔保權的意思，出賣人自可不負擔保責任了（第三五五條第一項）。又買受人因重大過失而不知其有瑕疵者，是即未依通常的注意，而查視其標的物，此時的瑕疵，其咎在於買受人的疏忽，出賣人也可不負擔保責任。不過出賣人已經保證其無瑕疵，或是故意隱匿瑕疵，而不告知買受人者，出賣人仍應負擔保責任（第三五五條第二項）。

(丁)買受人要爲檢查的通知 買受人對於所受領的標的物，應負檢查通知的義務，然其程序卻因得否即時通知而有不同：(一)瑕疵得以即時發見者，應該按照物的性質，依據通常程序，從速檢查其有沒有瑕疵，如果發見有應由出賣人負擔保責任的瑕疵，即應通知出賣人(第三五六條第一項)。買受人如怠爲這種通知，除了依照通常的檢查，不能發見的瑕疵以外，視爲承認其所受領的物(第三五六條第二項)。(二)瑕疵不能即時發見，而至日後纔得發見者，應於發見時即通知出賣人，如果買受人怠於爲通知，視爲承認其所受領的物(第三五六條第三項)。以上檢查通知的規定，係適用於無惡意的出賣人的。若是出賣人故意不把其瑕疵告知於買受人，即是逃近欺詐，買受人雖未依照法定程序檢查通知，而於以後發見時，出賣人仍應負擔保責任(第三五七條)。至於「由他地送來的物」，買受人如主張有瑕疵，而不願受領，並須負下列的各種義務：(1)保管義務，即出賣人如於受領地無代理人，買受人有暫爲保管的責任(第三五八條)。(2)提出證明義務，即買受人要依相當方法，以證明其瑕疵的存在，否則推定於受領時爲無瑕疵(第三五八條第二項)。(3)變

賣義務，即送到的物易於腐敗者，買受人經物之所在地官署商會或公證人的許可，得變賣之。如爲出賣人之利益有必要時，買受人應把牠變賣。這種變賣，應由買受人通知出賣人，否則負損害賠償的責任。（第三五八條第三項第四項。）

（戊）買賣當事人要未訂有特約，物的瑕疵擔保責任的規定，和前述權利瑕疵擔保責任的規定，都爲「補充的規定」，當事人間自可訂立特約，把這種責任排除。所以要使出賣人負物的瑕疵擔保的責任，必須當事人間沒有訂立免責的特約。

（C）物的瑕疵擔保責任的效力 出賣人對於買受人，既應負物的瑕疵擔保責任，其法律上的效力是怎樣？依照民法第三五九條所規定，買受人得行使契約解除權，及價金減少請求權，有時並得行使不履行的損害賠償請求權（第三六〇條）及易以他物請求權。現在把牠分述於左：

（甲）契約解除權 買受人買受某物，原期達到某種的目的，現既發見了瑕疵，即難如願以償，自應予以契約解除權。惟關於契約的解除，尚應注意下列四點：（一）依照情形，解除

契約如果顯失公平，買受人只得行使價金減少請求權（第三五九條但書）（二）買受人已主張物有瑕疵，而未解除其契約者，出賣人得行使「催告權」，如果買受人在其期限內不把契約解除，即喪失其解除權（第三六一條）（三）因主物有瑕疵而解除契約者，其效力應該及於「從物」，若是從物有瑕疵，則只得就從物的部分為解除（第三六二條）（四）以數物為買賣的標的，如果其中一物有瑕疵，買受人只得就其有瑕疵的物為解除（第三六三條第一項前段）至於價金應該怎樣支付？要看其價金是否就各物而為約定為斷；凡是就各物約定價金的，其被解除的物，自不要支付價金；若是就全體約定價金的（即將數物同時賣出）並得請求減少與瑕疵物相當的價金（第三六三條第一項後段）雖然就有瑕疵的物解除契約，如因該物和他物分離而顯受損害的，雙方都得把全部契約解除了（第三六三條第二項）

（乙）價金減少請求權 買賣標的物雖有瑕疵，然買受人亦有因急於需用，或是有其他情形，不願把契約解除，而欲請求減少價金的。此時究應解除契約，抑應請求減少價金？買受

人有『自由選擇權。』

(丙)損害賠償請求權 買受人於標的物有瑕疵時，雖得就上列兩種權利，選擇一種行使；然只此尚不足完全保護買受人的利益，所以買受人有時並得不解除契約或是減少價金，而行使『不履行的損害賠償請求權。』惟其行使這種權利，限於下列兩種情形：(一)買賣的物缺少出賣人所保證的品質；(二)出賣人故意不告知物的瑕疵(第三六〇條)。

(丁)易物請求權 買賣的物僅指定種類者，如果原物有瑕疵，買受人得不解除契約，或是請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵的物；惟出賣人就另行交付的物仍應負擔保責任(第三六四條)。上列四種權利中的契約解除權，及價金減少請求權，如可長期存續，於出賣人很不利益，所以民法為保護出賣人的利益，明定：買受人於物交付後六個月內不行使解除權，或是請求權，其權利即應歸於消滅(第三六五條第一項)。雖然，出賣人如係隱匿瑕疵，故意不告知買受人，則買受人仍可行使這種權利(第三六五條第二項)。

(4)擔保責任的特約 擔保責任的規定，不是強行規定，而為任意規定的一種，當事人

間可另定特約，把其法定責任加以減免或是加重。關於擔保責任的特約，可分為減免責任的特約，與加重責任的特約兩種：

(A) 減免責任的特約 關於出賣人的擔保責任，原為保護買受人利益的法則，如果買受人願和出賣人締結特約，而把這項擔保責任加以免除或是限制，自應認為有效（第三六六條前段）。何謂免除擔保責任？即是出賣人不負其責任。何謂限制擔保責任？即使出賣人減輕其責任。惟當事人間雖有免除或是限制其責任的特約，如果出賣人故意不告知其瑕疵，其特約仍為無效（第三六六條但書）。

(B) 加重責任的特約 依照民法的規定，本可不負擔保責任，而以契約特定其負責，即為加重責任的特約。關於這項特約，約有下列兩種情形：

(甲) 買受人在契約成立時，已知權利有瑕疵，出賣人原可不負擔保責任；但是另以契約特定其責任，仍應認為有效（第三五一條）。

(乙) 債權出賣人，對於債務人的「支付能力」本可不負擔保責任；但是另以契約特

定其責任，也無不可。惟這項擔保責任，推定以債權移轉時債務人的支付能力為準（第三五二條）。

## 第二款 買受人的義務

（一）交付價金的義務 買賣既為一方約定移轉財產權，一方約定交付價金的契約，買受人對於出賣人，自應負交付價金的義務（第三六七條）。惟民法就交付價金設有特則，現在把他分述如左：

（1）交付的時期 價金應該在什麼時期支付，依照民法第三六九條所規定，除了法律另有規定，或是契約另有訂定，或是另有習慣以外，應該和交付標的物同時交付。如果當事人只定有交付標的物的期限，而未定交付價金的期限，亦可推定其期限為交付價金的同一期限（第三七〇條）。

（2）交付的處所 關於價金交付的處所，除了另有法律規定，或是特約，或是習慣以外，應該以債權人的住所地為交付處所（第三一四條）。如果標的物和價金應該同時交付，其價

金即應於標的物的交付處所交付（第三七一條。）

（3）價金的計算 一般商品，多用包皮封裝，其價金是依物的重量而計算的，在這種情形，依照民法所規定，除了另有特約，或是習慣以外，其價金應該把包皮的重量除去而為計算（第三七二條。）

（4）價金支付的拒絕 出賣人對於買賣標的物，既是應負追奪擔保責任，不使第三人就其標的物主張什麼權利，則買受人如有正當理由，恐怕第三人主張權利，而致其因買賣契約所得權利的全部或是一部喪失者，可以拒絕支付價金的全部或是一部（第三六八條前段。）這種權利，就是「價金支付拒絕權」，也叫做追奪追害的抗辯。惟適用這項規定，還要注意左列三點：

（A）要買受人有正當理由 何謂正當理由？就權利的全部或是一部在客觀上實有足被第三人追奪的危險；若只主觀的認為有追奪的危險，尙難認為有正當理由；例如第三人對於不動產的標的物上，只有未經登記的地上權，永佃權等，縱使買受人認為有追奪危險，實

則第三人不能以這等權利對抗的，買受人自不能拒絕支付價金是。

(B) 要出賣人未提出擔保 此所謂擔保，不是限於物的擔保，即是人的擔保亦可。如果出賣人已就追奪危險提出相當擔保，則買受人所得的權利，即已無受損失之虞，自不許其拒絕支付價金（第三六八條但書）。

(C) 要出賣人請求支付價金 若是出賣人不請求交付價金，而請求提存價金，則於買受人並無損失。為保護出賣人的利益計，不許買受人拒絕提存價金（第三六八條第二項）。

(二) 受領標的物的義務 標的物的受領，就買受人請求方面說，雖為買受人的權利，就出賣人交付方面說，則為買受人的義務（第三六七條）。關於這項義務，除了違反時應該適用債權通則中債務不履行的規定以外，民法尚設有特別規定，分述如左：

(1) 危險的負擔 買賣標的物從交付時起，其利益既是應該由買受人承受，其危險亦即應該由買受人負擔（第三七三條）。這在前面已經說過了。

(2) 標的物的保管及變賣 買受人對於出賣人由他地送到的物，如主張有瑕疵，而不願受領，有時候應該暫為保管，或把牠變賣，這在前面亦已說過了。

(3) 買賣費用的負擔 這處所謂買賣費用，係專指受領標的物的費用，登記的費用，以及送交清償地以外處所的費用而言。這等費用，既係基於受領標的物的義務而生，自應該由買受人負擔（第三七八條三款）。

#### 第四節 買回

(一) 買回的性質 何謂買回？即是出賣人在買賣契約成立的時候，約定在一定期限以內，得把出賣的標的物買回來。關於買回的性質怎樣，在學理上既很紛歧，在立法上也不一致。惟民法明定：出賣人於買賣契約保留買回的權利者，得把其所受領的價金返還，而買回買賣標的物（第三七九條第一項），是其買回不外把買賣契約的解除權保留，牠的效力，只在把已成立的原契約解除，不是像真正的買回要有兩度的買賣行為。這種契約，叫做「買回的特約」或是買回權的保

留。這種權利，叫做「約定解除權」，是形成權的一種。

(二) 買回的要件 買回權不但要具備一定的要件，纔可成立，且要具備一定的要件，纔可行使。什麼是牠的成立要件？(1) 買回的特約，要和買賣契約同時成立；(2) 買回的特約，要和買賣契約爲另一個契約；(3) 買回的特約，要係以物爲標的。什麼是牠行使的要件？(1) 要於買回的期限內買回；(2) 要返還其受領的價金；(3) 要有買回權人爲買回；(4) 要向他方當事人爲買回。

(三) 買回的期限 買回的期限，不得超過五年，這種規定爲一種強行法規，當事人不得約定延長其期限。如果約定的期限較長，亦當縮短爲五年（第三八〇條）。惟其期限的延長雖不許約定，若是短於五年，卻可任意約定的。又在民法債編施行前所訂立的買回特約，凡是定有期限的，固應該依其期限；但是其殘餘的期限，從施行日起算，如較民法第三八〇條所定的期限爲長，亦應該從施行日起，適用第三八〇條的規定，把牠縮短爲五年。若是未定期限的，即自施行日起，不得逾越五年（債編施行法第一二條）。

(四)買回的效力 何謂買回的效力即因買回權的行使而在當事人間所生的效力。這種效力是和一般解除權的行使沒有區別，只在當事人間發生回復原狀的債務（即債權的效力）並不是當然回復原狀，而得對於一般人主張權利，或是請求返還占有（即物權的效力）。現在把買回人及買受人應負的義務分述於左：

(1)買回人的義務 買回人行使買回權，應該履行左列各種義務：

(A)支付買回價金的義務 買回價金的支付，除了另有特約以外，應該把其所受的價金返還（第三七九條第二項）。至於原價金的利息，是不是要支付依照民法所規定，原價金的利息，應該與買受人就標的物所得的利益，視為互相抵銷，不要再返還了。

(B)償還改良費用，及其他有益費用的義務 買受人就標的物支出必要費，買回人雖是不要償還，若是支付了改良費，或是其他有益費，並且增加其價值，則應該償還，不過其償還的範圍，只以「現存增加額」為限（第三八二條）。

(C)償還原買賣費用，並負擔買回費用的義務 買賣的費用，原由買受人支出的，買

回人現既行使買回權，自應把其費用和買回價金連同償還。至買回的費用，應該完全由買回人負擔，更無疑義（第三八一條。）

（2）買受人的義務 買回權一經適法行使，買受人即應該履行左列各種義務：

（A）交付標的物及其附屬物的義務 買回人既已支付買回價金，買受人不但要交付其標的物，並且要隨同交付其附屬物（第三八三條第一項。）

（B）賠償損害的義務 買受人既有交付標的物的義務，如果標的物因可歸責於自己的事由，以致不能交付，或是顯有變更，即應該賠償因此所生的損害（第三八三條第二項。）

## 第五節 特種買賣

### （一）試驗買賣

（1）試驗買賣的意義 何謂試驗買賣？就是以買受人承認標的物為停止條件而訂立的契約（第三八四條。）所謂買受人承認標的物，即是買賣標的物經過買受人試驗，而為適合

己意的表示，也叫做「買受人的適意。」這項買賣契約，本於訂約的當時即已成立，不過以買受人表示承認爲停止條件，在其未表示承認以前，買賣的效力當然停止。

(2) 試驗買賣的效力 試驗買賣，既以買受人承認標的物爲停止條件，出賣人對於買受人，即應負允許試驗的義務（第三八五條）。爲什麼？試驗買賣能否生效，要以買受人是否承認爲先決，而買受人是否承認，又以其試驗是否適意爲先決。如此，出賣人必須允許其試驗標的物，買受人纔可完成買受的目的。如果買受人行使試驗請求權，而出賣人不履行其義務，即可依債務不履行的規定而主張其權利了。出賣人既負有允許試驗的義務，買受人在試驗以後，也當即時表示承認與否的意思。如果買受人長期不表示意思，而使買賣的效力久處於不確定的狀態，對於出賣人很不利。所以民法爲使出賣人早脫其拘束，特定左列的解決方法：

(A) 標的物已經試驗，尚未交付於買受人者 在這種情形，凡是雙方已經約定表示承認的期限，而買受人於其期限內未爲承認的表示，固是「視爲拒絕。」就是未經約定期限，出賣人也得定一相當期限爲催告，假使買受人於其期限內未爲承認的表示，也是「視爲拒

絕」(第三八六條。)何謂視為拒絕？就是看做條件不成就，買賣從始不生效力。

(B) 標的物已因試驗而交付於買受人者。在這種情形，買受人如無承認的意思，即應該把其標的物交還，或是在應為承認的期限內為拒絕表示。若是買受人不把其物交還，或是不於約定期限以及出賣人所定的相當期限內表示拒絕，即「視為承認」(第三八七條第一項。)何謂視為承認？就是看做條件成就，買賣從始發生效力。

(C) 已付價金或是為試驗外的行為者。買受人於試驗標的物以後，已經支付價金的全部或是一部，或是就標的物為非試驗所必要的行為，都是顯有承認的意思，在法律上也「視為承認」了(第二八七條第二項。)

## (二) 貨樣買賣

(1) 貨樣買賣的意義。何謂貨樣買賣？就是依照現物的樣本或是模型，以定其標的物的買賣。這項買賣，雖多為不特定物的給付；但是特定物的給付，亦有以貨樣約定的：例如某倉存米千包，都和貨樣相符，而以其為買賣標的物是。

(2) 貨樣買賣的效力 按照貨樣約定買賣者，出賣人應該擔保其交付的標的物，與貨樣有同一的品質(第三八八條)故其交付的標的物，如果和貨樣有所不符，買受人即可適用瑕疵擔保責任的規定，行使契約解除權，或是價金減少請求權，或是易以與貨樣相同之物的請求權。雖然，品質不同的程度，無關重要者，買受人無契約解除權(第三五四條第一項末段參照)。

### (三) 分期付款買賣

(1) 分期付款買賣的意義 何謂分期付款買賣？就是當事人約定分期支付價金的買賣。這項買賣，和「普通買賣」不同，只在支付價金方法的一點，其餘都無什麼區別。關於分期的遠近，及數額的多寡，都無一定的限制，可以由當事人在成立契約時合意約定。

(2) 分期付款買賣的約款 買賣契約所以約定分期付款，大概一方是買受人處境窘迫，一時很難把價金籌齊，一方是出賣人處境優裕，目前不急待價金應用。惟在這樣情形之下，出賣人常利用其經濟優越的地位，而要求和買受人訂立有利於己的特約。法律對於這種情形，如果任其絕對自由，訂立許多苛刻條款，買受人勢必很難隱忍接受。所以法律為保護經濟上的弱

者起見，特設了限制規定，分別說明如左：

(A) 剝奪期限利益的限制 訂立分期付款的買賣契約，買受人常有因籌款困難，不能按照約定期限給付的。出賣人爲防止這種情事發生，多與買受人約定付價，如果遲期，即得請求支付全部的價金。這種特約，就是「喪失期限利益的約款」。民法爲保護買受人的利益，特設下列的限制：(1) 要價金給付已遲延兩期，如果只遲延一期，出賣人即不得請求支付全部價金；(2) 要遲延給付爲連續兩期，如果非連續兩期，出賣人也不得請求支付全部價金；(3) 要遲付價額已達總價額五分之一，如果沒有達到此數額，出賣人還是不得請求支付全部價金（第三八九條。）

(B) 扣留受領價金的限制 分期付款的買賣，出賣人常慮買受人不能按期付價，而把契約解除，特於訂立買賣契約的當時，與買受人約定如果解除契約，得把其所受領的價金扣留下來，這種特約，就是「失權約款」。惟法律對於這種特約，若不加以限制，勢必使買受人蒙受重大的損失。所以民法特予以限制，就是扣留的數額，不得超過標的物使用的代價，及標

的物受其損害時的賠償額。這種限制，在出賣人與買受人兩方，都是沒有損害，比較是很公平的（第三九〇條）。

#### （四）拍賣

（1）拍賣的意義 所謂拍賣，就是因拍賣人拍板或是依其他慣用的方法為賣定表示而成立的契約（第三九一條）。

（2）拍賣的成立 拍賣的成立，通常都要經過三個階段，就是（1）拍賣人的拍賣表示；（2）應買人的應買表示；（3）拍賣人的賣定表示，分述於左：

（A）拍賣人的拍賣表示 何謂拍賣的表示？就是拍賣人先為拍賣標的物的表示，是即所謂「要約的勸誘」。這種表示的方法，有的只把拍賣的日期，處所，及標的物公告的；有的豫定最高價格或是最低價格而一併公告的。

（B）應買人的應買表示 何謂應買表示？就是各應買人爭出高價，以求買受拍賣的標的物，是即所謂「要約」。這項要約，於已有出價較高的應買，或是經過撤回拍賣物時，即

失其拘束力（第三九五條。）又什麼人得爲應買人？原不設何種的限制；但是拍賣人對於其所經營的拍賣，關係密切，如果許其自己應買，或是令他人爲其應買，勢必發生操縱競爭的流弊，所以民法特設禁止的規定（第三九二條。）

（C）拍賣人的賣定表示 何謂賣定的表示？就是拍賣人於各應買人爲應買人的表示後，除了拍賣的委任人有反對的意思表示以外，得把拍賣物拍歸出價最高的應買人，而使其成立買賣契約（第三九三條）是即所謂「承諾」。拍賣人爲賣定的表示，雖可成立契約；但是對於所出的最高價額，還認爲不足者，也得不爲賣定的表示，而把拍賣物撤回（第三九四條。）

（3）拍賣的效力 拍賣人已爲賣定的表示，其拍賣即已成立了，應買人（即買受人）應該於拍賣成立的當時，以現金支付買價。如果在拍賣公告內另有交價的時期，其價金即應該按時支付（第三九六條。）倘使買受人延期不付買價，拍賣人即得把契約解除，再行拍賣。其再行拍賣所得的利益，如果少於原拍賣的價金及其費用，原買受人仍負賠償差額的責任（第三九七條。）

## 第二章 互易

(一) 互易的意義 何謂互易<sup>?</sup>即是當事人雙方約定互相移轉金錢以外的財產權的契約。互易只要有當事人的合意即可成立，而不要履行一定的方式，是爲「諾成契約」並且爲「不要式契約」。互易當事人各要負擔一定的債務，其債務都有對價關係，是爲「雙務契約」並且爲「有價契約」。互易的成立，只發生了債權關係，而非直接的發生物權的變動，是爲「債權契約」。

就互易的性質說，牠和買賣，兌換，及準互易都有不同，分述於下：(1) 互易和買賣雖同爲廣義的互易；但是買賣是以金錢所有權和金錢以外的財產權相交換；互易是以金錢以外的財產權和金錢以外的財產權相交換。(2) 互易與兌換雖同爲廣義的交換，但是兌換是雙方互約移轉財產權，而爲無名的有價契約；互易是雙方互約移轉金錢以外的財產權，而爲有名的有價契約。(3) 準互易雖和互易相類似；但是一方移轉財產權，他方給以只有財產價值的利益（例如祕傳，顧客

等)自非民法上的互易,只可準用關於互易的規定。

(二)互易的效力 關於互易的效力,民法雖未另設規定;但是互易既為雙務契約,並且為有價契約,自可準用買賣效力的規定(第三九八條);換句話說,就是互易雙方當事人,都和買賣契約中的出賣人地位相當,所有出賣人應負移轉財產權的義務,以及瑕疵擔保責任,互易雙方當事人亦應該分別負擔。

(三)附有補足金的互易 何謂附有補足金的互易?就是當事人的一方,於約定移轉非金錢的財產權以外,同時並交付一部的金錢。這項金錢,叫做「補足金」。附有補足金的互易,本為一種混合契約,不過民法既把牠規定於互易中,自應認其為互易。至於金錢部分,則可準用關於買賣價金的規定(第三九九條)。

## 第三章 交互計算

### 第一節 交互計算的意義

何謂交互計算？即是當事人約定以其相互交易所生的債權債務為定期計算，互相抵銷，而只支付其差額的契約（第四〇〇條）。在信用發達，交易頻繁的社會中，同一當事人間，常常互有債權，互有債務。如果不須一一為現金支付，而於某定期內停止其計算，待至期間終了，再計算其總額而為抵銷，不但可以省去複雜的手續，節省很多的費用，避免種種的危險，活動現金的用途，並且互負債務，如以其債權為擔保，亦不至再有拖欠債務了。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）交互計算為契約。交互計算不是計算方法的一種，而應認為一種「獨立契約」。民法已有明文規定（第四〇〇條）。這種契約，既是僅由當事人的合意而成立，不要履行一定的方

式，自爲「諾成契約。」及「不要式契約。」雙方都能定期計算，互相抵銷，是又爲「雙務契約。」及「有價契約」了。

(二) 交互計算係當事人約定以其相互交易所生的債權債務爲定期計算的契約。交易計算的當事人，是否可以及於一般人，各國立法例很不一致：有限於商人的，叫做商人主義；有限於商事的，叫做商事主義；有不限於商人或是商事的，叫做一般主義。我國既把交互計算規定於民法中，並且僅泛言「當事人」，自係採用「一般主義」了。惟交互計算，係本於互爲交易而生的，不但當事人間要有繼續交易關係，並且要互有債權，互負債務。如果偶爾交易，沒有繼續關係，固無締結交互計算的必要，就是只有一方專享債權，他方專負債務，也無交互計算的可能。

(三) 交互計算係以雙方債權債務互相抵銷，而只支付其差額的契約。交付計算的標的，要皆爲「金錢債務」，若非金錢債務，即不適於抵銷。至於計算抵銷的期間，當事人如無特約時，每六個月即應計算一次（第四〇二條）。雙方債權債務，既經互相抵銷，即應支付其差額。爲什麼交互計算的目的，原在對於各個交易而爲總結，期能節省各項手續，則在記入計算期間以內，債權人

既不得請求支付，債務人也不要為支付，必須就其計算的總額而為抵銷，如有殘額不能抵銷的，債權人纔得請求支付，債務人也纔要為支付。

## 第二節 交互計算的效力

(一) 記入計算中的效力 這種效力，是「消極的效力」，就是各債權債務一經記入計算中，就不得分別實行，或是任意變更；分述如左：

(1) 各債權債務不得各別處分 記入交互計算的各項債權債務，要依總額抵銷的方法而為計算，在中途不得就各債權債務而為各別的處分，這即是所謂「計算不可分的原則」。各項債權債務，既是不得各別實行，各別讓與，各別作為質權的標的，則在其期間以內，時效進行自應停止，遲延責任也不發生。各項債權債務，既是不得各別處分，如果一方就其債務而為支付，亦不能即時消滅其債務，只能作為交互計算的一個項目，而把牠記入於交互計算中，待到以後再為結算罷了。

(2) 交互計算的項目，不得任意除去。交互計算的項目，一經訂定，當事人即不得任意除去；惟以匯票、本票、支票及其他流通證券記入交互計算者，證券的債務人不為清償時，當事人還得把該記入的項目除去（第四〇一條）。例如甲向乙購買匯票一紙，其對價並未付現，僅作為債務的一項目，而把牠記入交互計算中，如果匯票到期，付款人拒絕支付，甲即可把該項目塗消，或是從新記入一反對項目是。

(3) 記入交互計算的項目，可以附加利息。記入交互計算的項目，原則上本不應該附加利息；但是經過當事人雙方的同意，亦得從記入時起附加利息（第四〇四條第一項）。

(二) 計算時期的效力。這種效力，是「積極的效力。」就是到了交互計算的終末，當事人都可截止計算，把各項債權債務分別總結，而就其總額互相抵銷，並且把其差額算定以為支付；分述如左：

(1) 抵銷總額並且確定差額。交互計算，一到計算時期，當事人各得計算債權債務的總額，而為抵銷，並且確定其差額，互送計算書，而要求他方予以承認。差額一經承認，即成為一種

獨立的差額債權。至計算書應該由何人作成，要視其有無特約為斷；有特約的，固應從其特約；無特約的，不管那一方都可先作成計算書，而要求他方承認。這項承認，不必為明示的，即為默示的承認亦可；例如一方送去計算書，他方不予答復，而仍繼續交易是。

(2) 承認後不得任意請求除去或是改正。記入交互計算的項目有沒有瑕疵，在承認計算的當時，應該詳加審核，一經承認以後，即不得任意請求把牠除去或是改正；惟承認既為意思表示的一種，牠的本身如有意思欠缺或是瑕疵，亦不妨請求除去或是改正，不過經過一年以後，這種請求權即不得行使了（第四〇五條）。

(3) 差額債權可以請求支付利息。由計算而生的差額，得自計算時起請求支付利息，（第四〇四條第二項。）這項利息的支付，不問當事人曾否約定，差額債權人都得請求，這是與記入計算項目的附加利息，必須經過約定者不同。又交互計算契約如仍繼續，所有差額債權，應該記入於次期計算中，作為次期的第一項目，不得單獨請求支付；但是在承認差額以後，契約已經終止，自得即時請求支付了。

### 第三節 交互計算契約的消滅

交互計算契約，既爲一種債權契約，其終止的原因，自可適用一般契約的規定；惟交互計算契約，原以相互信任做基礎，如果一方對於他方的信用已有疑慮，即應許其隨時終止。所以民法第四〇三條明定：當事人的一方，原則上得隨時終止交互計算契約而爲計算的。雖然，這種規定，既非強行法規，當事人也不妨另訂特約，使其不得隨時終止。交互計算契約一經終止，不問其法定或是約定的計算期是怎樣，都應該進行結算，差額債權人對於差額債務人即可請求支付。

## 第四章 贈與

### 第一節 贈與的意義

何謂贈與？即是當事人約定一方（贈與人）把自己的財產，為無償給與於他方（受贈人）的意思表示，而經他方允受，纔生效力的契約（第四〇六條）。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）贈與為契約 贈與的成立，不僅贈與人要為無償給與財產的意思表示，受贈人也要為允受的意思表示，是和單獨行為的遺贈不同的。贈與契約，係屬於左列各種契約：

（1）贈與為諾成契約，並且為不要式契約。贈與契約，除了不動產的贈與要為登記以外（第四〇七條），只要雙方當事人有一致的意思表示，即可成立，不須為現時的給付，是為「諾成契約」。贈與契約的成立，不以作成書據或是其他方式為要件，不過立有字據的贈與，其效力

比較未立書據的贈與爲強（第四〇八條第二項）是爲「不要式契約。」

（2）贈與爲片務契約，並且爲無償契約。贈與契約，雙方當事人不要負擔爲對待給付的債務，是爲「片務契約。」又贈與人不得對價而爲給付，是爲「無償契約。」即附有負擔的贈與，雖受贈人也爲一種給付，然當事人並無視爲對價關係的意思，故仍爲無償契約。

（3）贈與爲債權契約。贈與契約，既非與契約成立同時爲給付行爲，而只約定爲一種給付，其爲債權契約，可無疑義。

（二）贈與係以無償給與財產爲標的的契約。贈與的標的，係無償的，把財產給與於他人。所謂給與財產，不是專指移轉現存的財產而言，凡是減少贈與人的財產，同時增加受贈人的財產，都可包括。贈與既以給與財產爲標的，不但約定給與金錢物品，讓與債權，無體財產權，以及設定擔保物權，或是其他物權，可以成立贈與，就是無償的供給勞力，也可認爲贈與。

## 第二節 贈與的效力

(一) 贈與人的履行義務 贈與既為債權契約，在契約成立以後，贈與人即應該把其財產權移轉於受贈人；惟贈與為無償行為，贈與人所負的義務，究與一般債務人不同，分述於左：

(1) 責任的減輕 凡因可歸責於自己的事由，而致履行不能者，贈與人僅就故意或是重大過失，對於受贈人負其責任（第四一〇條），是其責任較一般債務人為輕了。

(2) 贈與的履行 贈與人對於立有字據，或是履行道德上義務的贈與，都負有履行的義務。如果贈與人為不履行，受贈人即得請求把贈與物或其價金交付；但是對於利息或是其他不履行的損害賠償，則不得請求（第四〇九條）。

(3) 贈與的拒絕 贈與人於贈與約定以後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與致其生計受重大影響，或是妨礙其履行扶養義務者，即可拒絕贈與的履行（第四一八條）。為什麼贈與既係無償行為，必須經濟可以負擔，纔能履行。如果經濟狀況發生很大變動，事實上已不能履行，若仍責令其給與財產，實不免影響贈與人的生計，或是妨礙第三人的利益，所以民法明認贈與人有「拒絕權」。

(二) 贈與人的擔保責任 贈與契約，既係無償給與財產，與買賣契約不同，則贈與人所負的擔保責任，亦應該較出賣人為輕。依照民法所規定，贈與的物或是權利遇有瑕疵時，贈與人在原則上不負擔保責任（第四一一條前段）；惟遇有左列二種情形，則應認為例外：

(1) 贈與人故意不告知其瑕疵時 贈與人明知贈與物有瑕疵，而故意隱蔽，不告知受贈人，足使受贈人蒙受不測的損害，故仍要負擔保責任；惟其負責的範圍，亦只以賠償受贈人因瑕疵所生的損害為限（第四一一條但書）。

(2) 贈與人保證其無瑕疵時 贈與人在贈與的當時，如保證贈與的物或是權利未有瑕疵，則其後發見瑕疵時，當然仍要負責，不過其負責的範圍，亦與上述故意不告知其瑕疵的責任一樣（第四一一條但書）。

(三) 贈與的撤銷 關於贈與的撤銷，民法設有特別規定，分述如左：

(1) 撤銷的限制 贈與人對於立有字據的贈與，或是為道德上的義務而為的贈與，都不得行使撤銷權（第四〇八條第二項）。其得撤銷的，只以未立字據的贈與，而尚未交付者為

限。依照民法第四〇八條第一項所規定：贈與物在未交付以前，贈與人得撤銷其贈與，其一部已交付的，則只得就其未交付的部分行使撤銷權（第四〇八條第一項）。又贈與撤銷的權利，因受贈人的死亡而歸於消滅（第四二〇條）。

（2）撤銷的原因 贈與人或是其繼承人，要有左列的原因，纔可把其贈與撤銷：

（A）受贈人有忘恩或是違背義務的行爲 依照民法第四一六條第一項所規定，贈與人撤銷其贈與，必須受贈人有下列情事之一：（1）受贈人對於贈與人或是其最近親屬，有故意侵害的行爲，而依刑法有處罰的明文者；（2）受贈人對於贈與人有扶養義務而不履行者。惟這些情形遇有下列的原因，其撤銷權即應歸於消滅：（A）從贈與人知有撤銷原因的時候起，在一年內不行使者；（B）贈與人對於受贈人已爲宥恕的表示者（第四一六條第二項）。

（B）受贈人故意致贈與人死亡或是妨礙其爲贈與的撤銷 受贈人因故意不法的行爲，而致贈與人死亡，或是妨礙其爲贈與的撤銷者，在事實上贈與人已不能行使其撤銷權，

或是勢難行使其撤銷權，當可由贈與人的繼承人撤銷其贈與；惟從知有撤銷原因的時候起，在六月內不行使時，其撤銷權即應歸於消滅（第四一七條）。

（3）撤銷的方法 贈與不管由贈與人爲撤銷，抑由其繼承人爲撤銷，都應該向受贈人爲意思表示（第四一九條第一項）。若是向第三人爲撤銷，則不能有效。

（4）撤銷的效力 贈與在履行以前即爲撤銷者，只使贈與喪失其效力，不發生什麼問題。若是在履行以後撤銷，則贈與人得依照關於不當得利的規定，得請求把贈與物返還（第四一九條第二項）。

### 第三節 特種贈與

（一）附有負擔的贈與 何謂附有負擔的贈與？就是贈與人附加一定約款，而使受贈人對於自己，或是第三人，或是爲公益，也負擔某種給付義務的贈與。這項贈與，不但和單純贈與不同，也和附有停止條件贈與不同，即是前者在契約成立時已發生效力，後者待條件成就時纔發生效力。

現在把附有負擔贈與的效力分述於左：

(1) 負擔履行的請求 附有負擔的贈與成立以後，其贈與和負擔，既沒有對待給付的性質，贈與人自不得主張民法第二六四條的同時履行抗辯權，必須贈與人已為給付，而受贈人不履行其負擔時，贈與人縱得請求履行。如果贈與人不請求履行，逕把其贈與撤銷（第四一二條第一項），也無不可。倘使贈與人已為給付而即死亡，究應由什麼人請求呢？這要看其約定負擔的目的何在以為決：凡負擔係以贈與人自己或是第三人的利益為目的者，應該由其繼承人請求受贈人履行其負擔，若是負擔係以公益為目的，則得由主管官署命令受贈人履行其負擔（第四一二條第二項）。

(2) 擔保責任的限度 附有負擔的贈與，受領人既是負擔一定給付的義務，而與單純贈與有不同，則贈與的物或權利如有瑕疵，贈與人即應該在受贈人負擔的限度內，負與出賣人同一的擔保責任（第四一四條）。

(3) 負擔履行的限度 附有負擔贈與的受贈人，雖應該履行其負擔；但是其贈與如不

足償其負擔，受贈人亦無履行超過贈與價值的責任。所以民法明定：受贈人僅於贈與的價值限度內，有履行其負擔的責任（第四一三條）。

（二）定期給付贈與 何謂定期給付贈與？就是於每月每季或是每年給與一定財產的贈與。這項贈與，有約定繼續期限的，有不約定繼續期限的，前者叫做有期限的贈與，後者叫做無期限的贈與。

定期給付贈與的有效時期怎樣？依照民法第四一五條所規定，定期給付的贈與，因贈與人或是受贈人的死亡而失其效力。爲什麼？定期給付的贈與，既爲專屬於當事人一身的法律關係，除了贈與人有反對的意思表示以外，自不得把其權利移轉繼承人。所以這種贈與，不管其是否定有期限，只要當事人有一方死亡，其效力都應該喪失了。

## 第五章 租賃

### 第一節 租賃的意義

何謂租賃？即是當事人約定一方（出租人）把某物租與他方（承租人）使用收益，而由他方支付租金的契約（第四二一條第一項）。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）租賃為契約 租賃屬於左列各種契約：

（1）租賃為諾成契約，並且為不要式契約。租賃契約，只要雙方當事人就租賃物及租金為合意，即可成立，並不以交付租賃物為其成立要件，是為「諾成契約」。又一般租賃契約，並不以作成字據為要件，不過不動產的租賃，其期限逾一年的，如果不以字據訂立契約，即視為不定期限的租賃（第四二二條）。

(2) 租賃爲雙務契約，並且爲有償契約。租賃契約一經成立，出租人對於承租人負有使其就租賃物使用收益的義務，承租人對於出租人負有支付租金的義務，其間都有對價關係，是爲「雙務契約」。又租金的支付和租賃物的使用收益，都是在得對價而爲給付，是爲「有償契約」。

(3) 租賃爲債權契約。出租人的租金請求權，固是爲債權，就是承租人的租賃權，雖是有時得對抗第三人，(第四二五條第四二六條)亦仍爲債權，所以租賃應該認爲「債權契約」。

(二) 租賃係一方把某物租與他方使用收益的契約

(1) 租賃以物爲標的。民法條文，既泛稱爲「物」，當然不管那一種物，都可爲租賃標的物。所以特定物，非消費物，不代替物，固可爲租賃物，就是不特定物，消費物，代替物，亦得成立租賃；惟消費物要依消費以外的方法而使用(例如陳列)纔可。

出租人就租賃物不必有所有權，即就他人的所有物，也可成立租賃。又就自己所有物而自爲承租人，事實上也可發生的。例如甲於所有土地上爲乙設定永佃權，復可向乙承租耕種是。

(2) 租賃以使用收益為目的。使用和收益不同：就是前者是不毀滅租賃物而為利用；後者就是租賃物取得孳息或其他收益。惟租賃雖以使用收益為目的，並非必須承租人同時享有使用和收益兩種權利，纔可成立，即只以使用為目的，亦為有效。又使用收益，通常雖繼續若干時日，然其非為租賃的必要條件，只是一次使用收益，也不妨成立租賃：例如結婚時租用禮服是。

(三) 租賃係他方支付租金的契約。租賃契約，必須支付租金以為用益的對價，是和「使用借貸」不同。惟此所謂租金，並不限於金錢，就是約以租賃物的孳息為租金，也無不可（第四二條第二項）。又租金的支付，雖多按照租賃期限的長短而成為正比例，然只為一次給付，也可認為租金。至於租金的數額，及支付時期，支付遲延，俟於承租人的義務中再說。

## 第二節 租賃的期限

(一) 租賃期限的限制。法律對於租賃期限，為什麼要加限制呢？實以租賃期限，如果漫無限制，或是期限過長，出租人和承租人，多不肯盡力於物的改良，很易影響社會經濟的利用。況且歷

時既久，社會情事，多已發生變化，租金的增減，當然也有改定的必要了。所以現代各國民法，多設期限限制的規定。至於期限限制的標準，各國規定尚不一致：有的定為不得逾三十年；有的定為不得逾二十年。民法係從後例，亦以二十年為限；惟當事人所定期限，如果逾了二十年，也不是完全無效，不過應把牠縮短為二十年（第四四九條第一項）。民法債編施行前所定的租賃契約，已訂有期限的，固應依其期限；但是其殘餘期限，從施行之日起算，如果較二十年為長，亦應縮短為二十年（民法債編施行法第一三條第二項）。

（二）租賃期限的更新 租賃的期限，雖不得逾二十年；但是當事人對於其期限，也得更新的（第四四九條第二項）。何謂更新？即就原存的租賃契約而重新定其期限。這項期限的更新，從更新的時候起，當然也不得逾三十年。期限既經更新，其對於原租賃的保證人及物上保證人，除了已得其同意以外，只能在原期限內負擔責任。

### 第三節 租賃的效力

(一) 出租人的權利義務 茲把出租人的權利和義務分述於左：

(1) 出租人的權利 出租人的權利有三：

(A) 租金增額請求權 這種請求權的行使，只以不動產租賃物為限。為什麼？不動產的價值，常因社會狀況變動而有昇降，其租金也應隨其昇降而有高低。所以在不動產價值增高時，出租人即得行使增加租金請求權。若承租人不允其請求，出租人得向法院聲請增加。雖然，其租賃定有期限者，雖不動產的價值有所變動，出租人仍不得請求增加（第四四二條）。

(B) 損害賠償請求權 租賃物受有損害時，出租人對於承租人，得行使損害賠償請求權；惟這種請求權，如從受租賃物返還時起，在二年內不行使，即應歸於消滅（第四五六條第一項）。

(C) 不動產的留置權 不動產出租人就租賃契約所生的債權，得以行使留置權：

(甲) 留置權的標的物 不動產出租人，得對於什麼標的物行使留置權？(1) 要為承租人的物，並且置於不動產上面，若為他人的物，或是雖非他人的物，而未置於該不動產上

面，即不得行使留置權。(2) 要非禁止扣押的物。何謂禁止扣押的物？依據民事執行規則所規定，債務人及其家屬一個月內生活必要的物品，職業所必要的器具物品，及蠶非已成繭的。都是這類的物，既不得為留置物，出租人自不得對牠行使留置權（第四四五條第一項）。

(乙) 留置權行使範圍 什麼債得就留置物取償？依照民法第四四五條第二項所規定，不動產出租人，唯就下列的範圍而行使留置權：(1) 已得請求的損害賠償；(2) 本期與以前未交付的租金。

(丙) 留置權的消滅 留置權因有左列兩種情形而消滅：

(子) 承租人取去留置物時 留置權的行使，既以置於該不動產上面的物為限，則承租人已把其留置物取去，而移置於他處時，自不能再行使其留置權；惟其取去係乘着出租人的不知，或是出租人曾於取去時已經提出異議者，不但留置權仍可行使（第四四六條第一項），並且得把租賃契約終止（第四四七條第二項）。

在承租人取去留置物時，出租人雖得提出異議，然亦有相當的範圍，如果承租人因為執

行業務而取去其物，或是其取去正適於通常的生活關係，或是所存留的物還足以擔保其租金，出租人就不得主張異議（第四四六條第二項）。

出租人行使「異議權」可以不聲請法院，直接阻止承租人取去其留置物。如果承租人離開租賃的不動產時，出租人並得占有其物（第四四七條第一項）。

（丑）承租人提出擔保時 法律所以明認不動產出租人有留置權，原為保護出租人的利益而設，如果承租人既已提出擔保，即於出租人的利益沒有妨礙，留置權當然歸於消滅了。又承租人所提出的擔保，也不要與全部留置物的價值相當，即就各個留置物分別提出相當擔保，也得對於各個留置物單獨消滅其留置權（第四四八條）。

（2）出租人的義務 出租人的義務有五：

（A）交付租賃物的義務 租賃目的，既在以物租與他方使用收益，則出租人不但要負交付租賃物的義務，且其所交付的，尚要合於約定使用收益的狀態（第四二三條前段）。

（B）保持約定狀態及修繕的義務 租賃物不但在交付的當時，要合於約定狀態，就

是在租賃關係存續中，也要保持合於約定狀態（第四二三條後段）爲達到這個目的，當然要發生修繕的問題。關於租物的修繕，除了另有特約或是另有習慣以外，應該由出租人負擔（第四二九條第一項）。租賃物到了怎樣的程度纔要修繕？依照民法第四三〇條前段所規定，必須有了修繕的必要，出租人纔應該修繕。何謂必要？即是租賃物已有毀損，而不合於約定使用收益的狀態。至於需要修繕的原因，究爲可歸責於出租人的事由（例如年久失修）還是不可歸責於出租人的事由（例如天災地變或是第三人的行爲）？那就可以不問了。

租賃物既有修繕必要，承租人自得定一相當期限，催告出租人着手修繕（第四三〇條中段）。若出租人於期限內不爲修繕，卽爲違反修繕的義務，承租人得就左列權利選擇行使：

（甲）承租人不願契約繼續者，卽得行使終止契約權（第四三〇條後段），並得依債務不履行的一般原則，行使損害賠償請求權（第二二七條參照）。

（乙）承租人願意契約繼續者，卽得自行修繕，向出租人行使費用償還請求權，或是於租金中行使費用扣除權（第四三〇條後段）。修繕租賃物，雖爲出租人的義務，然因其爲保

全租賃物所必要的行爲，故承租人又負有後述的容許修繕的義務，（第四二九條第二項。）即使暫時有妨害承租人的使用收益，亦只可請求減免租金，而不得加以拒絕，這又是出租人的權利了。

（C）瑕疵擔保及除去妨害的義務 租賃既爲有償契約，出租人即應和出賣人的地位一樣，而對於租賃物負相同的擔保責任（第三四七條參照。）惟租賃物爲房屋，或是其他供居住的處所者，如果因有瑕疵而危及承租人或是同居人的安全或是健康，承租人雖在訂約的當時，已知其有瑕疵，或是已拋棄其終止契約的權利，仍得行使終止契約權（第四二四條，）是出租人的擔保責任加重了。又租賃物如有其他妨害，出租人亦應該把牠除去。所謂其他妨害，就是租賃物有事實上的危害，或是第三人就租賃物主張權利（第四三七條中段，）出租人遇有這種情形，對於危害要爲防止的設備，對於第三人主張權利要謀排除的方法，而使承租人不受其妨害。

（D）負擔稅捐的義務 出租人既就租賃物收取租金，並且多爲租賃物的所有人，則

關於租賃物應繳的一切稅捐，自應該由租賃物的出租人負擔了（第四二七條。）

（E）償還費用的義務 承租人就租賃物所支出的必要費用，如修繕費，及地租房捐等，都應該由出租人負擔，但是動物的飼養費，則應由承租人負擔，不得行使償還請求權（第四二八條。）

有益費用，應該由出租人償還；惟必須具備下列的要件：（1）要該物的價值因而增加，並且其增加的價額現尚存在；（2）要出租人知其情事而不為反對的表示。具備上列要件的费用，承租人得請求償還，但亦只得於租賃關係終止時請求。若在租賃關係存續中，則不得行使其請求權（第四三一條第一項。）又承租人就租賃物所增設的工作物，也得把牠取回，不過應回復租賃物的原狀（第四三一條第二項。）

（二）承租人的權利義務 茲將承租人的權利和義務，分述於左：

（1）承租人的權利 承租人的權利有三：

（A）就租賃物使用收益的權利 這種權利，即學說上所謂「租賃權。」何謂租賃權？

就是承租人得直接就租賃物爲使用收益的權利。租賃權雖爲債權的一種，而和物權不同；然出租人讓與租賃物所有權，或是設定物權，致妨礙承租人的使用收益時，承租人雖不得對抗第三人取得其權利，但其租賃契約，對於第三人仍繼續存在（第四二五條，第四二六條。）例如甲把所有的土地租給乙爲農場，曾經定期十年，如果甲於五年以後，即把該地所有權賣與丙，或是就該地爲丙設定地上權，丙若要求乙返還該地，乙可主張其租賃權繼續存在，不過由丙享有由租賃所生的權利，同時負擔其義務是。

承租人雖就租賃物有租賃權，然其範圍尙有左列的限制：

（甲）使用收益的限制 承租人就租賃物爲使用收益，應該依照約定的方法，無約定方法者，應該依照租賃物性質而定的方法（第四三八條第一項。）承租人就租賃物爲使用收益，如果違反上述的限制，經出租人加以阻止，而仍繼續爲之者，出租人即得終止契約（第四三八條第二項。）其因此而致租賃物有變更或毀損時，出租人並得請求損害賠償。

（乙）轉租的限制 何謂轉租？就是承租人把租賃物更租與第三人（次承租人）而

使其爲使用收益的契約。依照民法所規定，承租人非經出租人的承諾，不得將租賃物轉租於他人；他人惟租賃物如爲房屋，除了當事人間有反對的約定以外，承租人得把其房屋的一部分轉租於他人（第四四三條）。

轉租是否合法？要看其曾否經過出租人的承諾以爲決。凡是轉租已經出租人的承諾，是爲合法的；其未經出租人的承諾，是爲不合法的。在前者，承租人一面與次承租人的權利義務，依照次租賃契約的內容決定之；一而與出租人的租賃關係仍爲繼續，其因次承租人應負責的事由所生的損害，都歸承租人負賠償責任（第四四四條）。在後者，出租人可行使終止契約權（第四四三條第二項）。

（B）租金減少請求權 承租人遇有下列情形，得行使租金減少請求權：（一）在租賃關係存續當中，因爲不可歸責於承租人的事由，而致租賃物的一部滅失時，承租人得按照滅失的部分，請求減少其租金，如果其殘餘部分不能達到租賃的目的，並得行使終止契約權（第四三五條）；（二）因第三人就租賃物主張權利，而致不能爲約定的使用收益時，承租

人也得準用前條規定行使其權利（第四三六條）。（三）租賃物如爲不動產，則除其租賃定有限期者以外，承租人可以因其價值的降低，行使租金減少請求權，如果出租人不允其請求，並得向法院聲請核減（第四四二條）。

（C）償還費用請求權及工作物取回權 承租人就租賃物所支出的必要費及有益費，可以請求出租人償還，其所增設的工作物，也可以取回，前面已經說過了；惟這項權利，如從租賃關係終止起，在二年間不行使，即應歸於消滅（第四五六條）。

（2）承租人的義務 承租人的義務有五：

（A）支付租金的義務 這項義務，爲承租人的主要義務，承租人除了依法得行使租金減少請求權以外，縱使因爲自己的事由，而致租賃的全部或是一部不能爲使用收益，也不得免除支付義務（第四四一條）。現在把租金的額數，及支付時期，支付遲延分述於左：

（甲）租金的數額 關於租金的數額，通常雖從始即已確定，然在契約成立的當時，並未具體確定，而只有可以計算的基礎的，也不失爲定有租金額。

(乙) 租金支付的時期 關於租金支付的時期，當事人有約定者，應該依照約定；無約定者，應該依照習慣；無約定，也無習慣者，應該於租賃期滿時支付。如果租金分期支付，應該於每期屆滿時支付，租賃物的收益有季節的，應該於收益季節終了時支付（第四三九條）。

(丙) 租金支付的遲延 承租人遲付租金者，出租人得定一相當期限，催告承租人支付。如果經過催告以後，承租人於其期限內仍不支付，出租人即得行使終止契約權（第四四〇條第一項）。雖然，房屋的租賃，必須遲付租金的總額，已達兩期的租額，出租人纔得終止契約（第四四〇條第二項）。

(B) 保管租賃物的義務 承租人於租賃契約終止以後，既負有返還租賃物的義務，則在其未返還以前，當然要負保管的義務。所以民法第四三二條第一項明定：「承租人應以善良管理人之注意保管租賃物，租賃物有生產力者，並應保持其生產力。」承租人如違反這項義務，應該負損害賠償責任，其情形如次：

(甲) 因違反保管義務，而致租賃物毀損滅失者，承租人應負損害賠償責任；但是依照

約定的方法，或是依照物的性質而定的方法為使用收益，而致有變更或是毀損者，承租人即可不負賠償之責了（第四三二條第二項。）

（乙）因承租人的同居人或是承租人允許為租賃物使用收益的第三人，應該負責的事由，而致租賃物毀損滅失者，承租人應負損害賠償責任（第四三三條。）

（丙）因失火而致租賃物毀損滅失者，於有重大過失時，承租人纔負損害賠償責任（第四三四條。）

（C）容許修繕的義務 關於租賃物的修繕，一方面為出租人的義務，他方面為承租人的義務，就是出租人為修繕時，承租人不得予以拒絕（第四二九條第二項，）應該負有容許的義務。

（D）通知的義務 在租賃關係存續中，租賃物如果有修繕的必要，應該由出租人負擔者，或是因防止危害有設備的必要，或是第三人就租賃物主張權利者，承租人都應通知出租人，若是承租人怠為這項通知，而致出租人不能及時救濟，承租人應該賠償出租人因此所

生的損害。雖然，這等情形，如已爲出租人所知，承租人即不負通知的義務（第四三七條。）

（E）返還租賃物的義務 承租人於租賃關係終止時，應該把租賃物返還出租人。如果租賃物有生產力的，並應保持其生產狀態，把牠返還出租人（第四五五條。）

#### 第四節 租賃契約的消滅

租賃契約，除了因一般契約的消滅原因而消滅以外，尚有特別的消滅原因，分別說明如左：

（一）期限屆滿 租賃定有期限的，其租賃關係，應於期限屆滿時消滅（第四五〇條第一項。）當事人在期限屆滿時，如果不欲租賃關係消滅，還得爲期限的更新（第四四九條第二項，）前而已經說過了。租賃的期限，不僅可以明示更新，並且可以默示更新。惟依照民法第四五一條所規定，默示更新，必須承租人在租賃期限屆滿以後，仍就租賃物續爲使用收益，並須出租人不即表示反對的意思，纔能視爲「不定期限的租賃。」默示更新，既視爲不定期限的租賃，當事人自得隨時終止契約。

(二) 終止契約 終止契約的效力，只是使其契約從終止時起消滅，而與解除契約不同。茲就租賃契約終止的規定分述如左：

(1) 租賃未定期限的終止 租賃未定期限的，除了有利於承租人的習慣（例如商店，鋪底）以外，各當事人都得隨時終止契約（第四五〇條第二項）。關於終止契約的意思表示，依照習慣，應該先向相對人爲通知，俟經過了一定期間（即猶豫期間），再使租賃關係消滅，以保護相對人的利益，不過不動產的租賃，其租金以星期，半個月或是一個月定其支付期限者，出租人應該以歷定星期，半個月，或是一個月的末日爲契約終止期，並且至少應該在一星期，半個月，或是一個月以前通知之（第四五〇條第三項）。

(2) 租賃定有期的終止 租賃契約既已定有期限，原不能由當事人隨意終止，不過在契約成立的當時，已經約定當事人一方在期限屆滿前，得終止其契約者，自可隨時終止契約；惟其終止要依照第四五〇條第三項的程序先期通知（第四五三條）。又當事人一方終止契約時，出租人如果已經預先受領終止後繼到期的租金，應該把牠返還於承租人（第四五四條）。

(3) 承租人死亡時的終止 承租人既已死亡，其繼承人，如果不願繼續這租賃契約，雖是定有期限，仍得終止契約；惟其終止也要依照第四五〇條第三項的規定先期通知（第四五二條）。又承租人的繼承人終止契約時，出租人如果已經預先受領終止後纔到期的租金，應該把牠返還（第四五四條）。

(4) 基於特種原因的終止 關於這種終止的原因，有的發生於承租人，而出租人可以終止契約的，例如第四三八條第二項，第四四〇條第一項，第四四三條第二項，第四四七條第二項等情形是；有的發生於出租人，而承租人可以終止契約的，例如第四三〇條的情形是；有的非發生於雙方當事人，而其租賃繼續，已於承租人無益或是有害，而承租人亦可終止契約的，例如第四三五條第二項，第四三六條，第四二四條等情形是。這處所謂終止契約，只要有了原因發生，即可為意思表示，不必先期通知。

## 第五節 耕作地租賃

(一) 耕作地租賃的意義 何謂耕作地租賃？就是當事人一方（承租人）以自為耕種為目的，約定支付地租，而就他人（出租人）的農地為使用收益的租賃契約（土地法第一七一條第一項參照。）耕作是否包含畜牧在內，民法沒有明文規定，依照土地法第一七一條第二項所規定，耕作可包括畜牧。

耕作地租賃規定的，是否適當，對於窮苦佃農的生活，有重大影響，故其立法應很詳細，纔可使佃農和地主間的利益，獲得調和的可能。不然，地主勢必加緊壓制佃農，而惹起農村的「不安」。所以我國在民法規定以外，復於土地法中另設「耕地租用」的規定。民法為普通法，土地法為特別法，如果遇有租賃的爭執，即應該先適用土地法。茲把土地法所設的限制規定及禁止規定分述於左：

(1) 租金數額的限制 關於耕作地的租金，在民法中原和一般租金一樣，可由當事人自由約定，並沒有什麼限制；但是依照土地法第一七七條所規定，地租不得超過正產物收穫總額千分之三百七十五，約定地租超過千分之三百七十五的，應該減為千分之三百七十五，不及千分之三百七十五的，仍是依照其約定，是租金的最高額，已經限定為千分之三百七十五了。

(2) 收取押租及預收租金的禁止 收取押租及預收租金，既為地主榨取佃農最巧妙的方法，法律為防止地主的任意剝削，即應特設禁止的規定（土地法第一七七條第二項）。

(二) 耕作地租賃的效力 茲就出租人與承租人的權利分述如左：

(1) 出租人的權利 出租人的權利有二：

(A) 耕作地的收回 耕作地的出租人，如欲自己耕作，得以終止契約，而把其耕作地收回（第四五八條）的；惟承租人因而受了損害者，也得請求賠償（第二六三條參照）。

(B) 留置權的行使 耕作地的出租人，就租賃契約所生的債權，固得行使留置權；惟禁止扣押的物，不得為留置權的標的物。什麼是禁止扣押的物？依照土地法第一八五條所規定，出租人對於承租人在耕作上必需的農具、牲畜、肥料及其農產物，都不得行使留置權。

(2) 承租人的權利 承租人的權利有四：

(A) 租金一部的支付 承租人不能按期支付應交地租的全部者，雖得把其一部先行支付，出租人不得表示拒絕收受；但是承租人也不得因其收受一部，遂推定為減租的承諾。

(土地法第一七九條。)

(B) 租金的減免 耕作地的承租人，因不可抗力而致其收益減少或是全無者，即得請求減少或是免除租金（第四五七條第一項）。爲什麼耕作地的租賃，既以收益爲目的，承租人又多爲貧苦農民，如果因爲客觀的不可避免的事變，而致其收益減少或是全無，則爲保護佃農的利益起見，自應該許其請求減免租金。這種減免請求權，既與佃農的生活有重大關係，如可許其預先拋棄，出租人勢必乘着承租人的經濟困難，而要求預爲拋棄的表示，所以民法特設第四五七條第二項請求權不得預先拋棄的規定，藉以預防地主壓迫佃農。

(C) 特別的改良 何謂特別的改良？就是承租人在保持耕作地的原有性質及效能以外，以增加勞力資本的結果，而致增加耕作地的生產力或是耕作便利。耕作地的特別改良，原爲承租人的自由，不必得出租人的承諾；但是其改良費的數額，應該通知出租人（土地法第一七六條。)

(D) 先買及再承租 出租人出賣耕作地時，承租人依同樣的條件，有優先承買的權

利（土地法第一七三條。）又出租人收回自耕的耕作地，如果再行出租，不但原承租人有優先承租的權利，其從收回自耕之日起，未滿一年而再出租時，並得以原租用條件承租（土地法第一八四條。）

### （三）終止契約的特例

（1）定有期限租賃的終止 定有期限的租賃，依照民法的一般規定，其期限屆滿時，承租人仍為租賃物的使用收益者，須出租人不即為反對的意思表示，纔可視為以不定期限繼續契約（第四五一條。）依據土地法的規定，除了出租人收回自耕以外，承租人如果繼續耕作，不問出租人有沒有反對的意思表示，都應視為以不定期限繼續契約（土地法第一七二條。）至於在期限未滿以前，出租人雖亦可終止契約；但是只以下列五種原因為限：（A）出租人收回自己耕作（第四五八條）；（B）承租人租金支付遲延；（C）承租人違反善良管理義務；（D）承租人未經出租人的承認，而把耕作地轉租於他人；（E）附屬物的滅失，應由承租人負責而不為補充（第四五九條。）

(2) 不定期限租賃的終止 一般不定期限租賃，除了有利於承租人的習慣以外，原可隨時終止契約（第四五〇條）；但是依照土地法所規定，耕作地租賃的終止，要有下列特種原因之一（土地法第一八〇條）：(A) 承租人死亡而無繼承人；(B) 承租人拋棄其耕作權；(C) 出租人收回自耕；(D) 耕地依法變更其使用；(E) 違反民法第四三二條及第四六二條第二項的規定；(F) 違反土地法第一七四條的規定；(G) 地租積欠已達二年的總額。

(3) 終止的時期及通知 耕作地租賃的終止，應該以收益季節後次期作業開始前的時日為終止時期，民法已有明文規定（第四六〇條）。至於終止的通知，民法雖就不動產的租賃已設規定（第四五〇條）；但是依照土地法所規定，因收回自耕，或是因承租人違反管理義務，或是違背附屬物補充責任而終止契約者，出租人應該於一年前通知承租人（土地法第一八三條）。

(4) 耕作費用及特別改良費的償還 耕作地的承租人，在租賃關係終止時，其就未及收穫的孳息所支出的耕作費用，自得行使償還請求權；惟其請求額，不得超過孳息的價額（第

四六一條)又承租人對於耕作地的特別改良費,亦得在契約終止返還耕地的時候向出租人請求償還;但是其請求額,也不得超過現存效能部分的價值(土地法第一八六條。)

(四)耕作地附屬物的補充及返還 耕作地的租賃,如果附有農具、牲畜或是其他附屬物,當事人應該在訂約時評定其價值,並且繕具清單,由雙方簽名,各執一份(第四六二條第一項。)茲把其補充責任及返還義務分述如左:

(1)補充責任 清單所載的附屬物,因可歸責於承租人的事由而滅失者,由承租人負補充的責任;其因不可歸責於承租人的事由而滅失者,由出租人負補充的責任(第四六二條第二項第三項。)

(2)返還義務 耕作地的承租人,依清單所受領的附屬物,應該於租賃關係終止時返還於出租人,如不能返還者,應賠償其依清單所定的價值;但是因使用而生的通常耗損,承租人既可不負擔,即應該在原定價值內先把牠扣除,再為償還(第四六三條。)

## 第六章 借貸

### 第一節 使用借貸

#### 第一款 使用借貸的意義

何謂使用借貸？即是當事人約定一方（貸與人）把某物無償的貸與他方（借用人）使用，而他方於使用後返還其物的契約（第四六四條）。現在把其性質分析說明如左：

（一）使用借貸為契約 使用借貸屬於左列各種契約：

（1）使用借貸為要物契約 依照民法所規定，使用借貸，不但要經貸與人和借用人的合意，並且以交付借用物為生效要件（第四六五條），自應認其為「要物契約」。使用借貸既為要物契約，是和前述的「租賃」不同，而與後述的「消費借貸」無異；惟消費借貸，移轉借用

物的所有權，使用借貸，則不移轉借用物的所有權，是又二者的不同點。所以使用借貸的借用人破產時，所有人對於借用物有「取回權。」

(2) 使用借貸爲不要式契約。使用借貸契約，只要在合意以外，再把借用物交付，即可發生效力，不要履行什麼方式，自爲「不要式契約。」

(3) 使用借貸爲片務契約，並且爲無償契約。使用借貸成立以後，貸與人負有容許使用借用物的義務，與借用人負有返還借用物的義務，沒有對價關係，當爲「片務契約。」又使用借貸，係貸與人無償的貸與借用人使用，自爲「無償契約。」就這一點說使用借貸，不但和「租賃」不同，並且和「有償的消費借貸」亦有區別。

(4) 使用借貸爲債權契約。使用借貸成立以後，借用人對於貸與人所有的權利及其所負的義務，既是債權債務，則其契約應爲「債權契約」無疑義。

(二) 使用借貸爲一方把某物無償的貸與他方使用的契約

(1) 使用借貸以物爲標的。這處所謂物，並無什麼限制，不問其爲動產或不動產，消費

物或非消費物，代替物或非代替物，也不問其爲物的全部或是一部：都可爲使用借貸的標的。惟使用借貸，借用人要負返還原物的義務，如果就代替物與消費物成立使用借貸，就只可以不變更原物的方法使用之。

(2) 使用借貸以使用爲目的。何謂使用？即是不變更使用物而爲使用。民法明定使用借貸的目的，只以使用爲限；惟雙方以特約明定使用而兼收益者，亦無不可。

(3) 使用借貸爲他方於使用後返還其物的契約。使用借貸既和「消費借貸」不同，只是移轉借用物的占有，並未移轉其所有權，則借用人在使用以後，自要返還原物了。至於消費借貸，借用人只要返還種類、品質、數量相同的物，而不須返還原物。

## 第二款 使用借貸的效力

### (一) 貸與人的義務

(1) 容許使用的義務。使用借貸契約，既是一方把物貸與他方使用，則貸與人自應負容許使用的義務；惟其容許使用，只是任其使用，而不加以妨害的消極義務，不像出租人對於承

租人，尚要負「保持其合於約定使用收益狀態」的積極義務。所以雙方當事人，如果沒有特約，貸與人絕不負修繕借用物的義務。

(2) 瑕疵擔保責任 使用借貸，既係無償契約，自與「買賣」「租賃」不同，而與「贈與」無異。所以民法特使貸與人，原則上不負擔保責任；惟貸與人明知借用物有瑕疵，故意不告知借用人，而致其受損害者，仍要負賠償責任（第四六六條。）這項賠償請求權，從借貸關係終止時起，如借用人六個月內不行使，即應歸於消滅（第四七三條。）

## (二) 借用人的義務

(1) 使用借用物的限制 貸與人既有容許使用借用物的義務，借用人即有使用借用物的權利；惟其使用權的範圍，卻有相當的限制：

(A) 使用方法的限制 使用借用物有約定方法的，應該依約定方法；無約定方法的，應該依借用物的性質而定的方法（第四六七條第一項。）

(B) 借用物轉貸的限制 使用借貸，係注重借用人的個人信用，如果借用人未得貸

與人的同意，自不得允許第三人使用借用物（第四六七條第二項。）借用人違反上述的限制時，貸與人除得終止契約以外（第四七二條第二款）並得請求其停止違反行為，或是請求返還不當得利，或是請求損害賠償。

（2）借用物的保管 借用人，在未返還借用物以前，要以善良管理人的注意保管其借用物（第四六八條第一項）；如果違反了這項義務，而致借用物毀損或是滅失，即要負損害賠償責任，惟借用人使用借用物，係依照約定或是物的性質而定的方法者，縱使借用物有變更或是毀損，也不負賠償責任（同條第二項。）這種賠償請求權，從受借用物返還的時候起，如貸與人在六個月內不行使，即應歸於消滅（第四七三條。）

（3）通常保管費用的負擔 借用人既負有保管借用物的義務，即應負擔通常保管費用（例如通常修繕費是。）借用物為動物者，其飼養費也應由其負擔（第四六九條第一項。）

（4）借用物的返還 這項義務，從反面說，即為貸與人請求返還借用物的權利。現在把其返還的物體及時期分述於左：

(A) 返還的物體 借用人返還的物體，原則上應為合於借用當時狀態的原物；惟依照約定或是物的性質而定的方法使用借用物，而致有變更或是毀損的，雖在返還的時候，已不合於借用當時的狀態，仍不妨就其變更或是毀損的狀態返還之。反之，借用物如因自然的增長，而有超過借用當時的狀態，也當就其增長的狀態而為返還。又借用人就借用物所增加的工作物，在返還時自可把牠取回，不過要回復借用物的原狀（第四六九條第二項。）這項取回權，從借貸關係終止的時候起，如借用人六個月內不行使，即應歸於消滅（第四七三條。）

(B) 返還的時期 借用人應於何時返還借用物？依照民法第四七〇條所規定，其時期如左：

(甲) 契約定有期限的，應該於期限屆滿時返還借用物；

(乙) 契約未定期限的，應該於依借貸的目的使用完畢時返還借用物，其經過相當期限，即可推定借用人已經使用完畢者，貸與人亦得請求返還借用物；

(丙) 契約未定期限，又不能依借貸的目的而定其期限的，貸與人即得隨時請求返還借用物。

(5) 共同借用人的連帶責任 數人共借一物者，對於貸與人，應該負連帶責任（第四七一條，）故各借用人就借用物的返還，應該各負返還借用物的責任，就損害的賠償，應該各負損害賠償的責任。

### 第三款 使用借貸契約的消滅

使用借貸，除了因有一般法律行為（特別是契約）的共通消滅原因而消滅以外，尚有左列的特別消滅原因：

(一) 期限屆滿 依照民法第四七〇條所規定，借用人既應該在期限屆滿時或是其他時期返還借用物，使用借貸契約亦應該同時消滅。

(二) 貸與人終止契約 依照民法第四七二條所規定，貸與人於左列情形之下，得以終止契約，而使其契約歸於消滅：

(1) 貸與人因不可預知的情事，自己需用借用物者；

(2) 借用人違反約定或是物的性質而定的方法使用借用物，或是未經貸與人的同意，允許第三人使用者；

(3) 因借用人怠於注意而致借用物毀損，或是有毀損之虞者；

(3) 借用人死亡者。

## 第二節 消費借貸

### 第一款 消費借貸的意義

何謂消費借貸？即是當事人約定一方（貸與人）把金錢或是其他代替物的所有權移轉於他方（借用人），而他方以種類、品質、數量相同的物返還的契約（第四四七條）。現在把其性質分析說明於左：

(一) 消費借貸為契約 消費借貸屬於左列各種契約：

(1) 消費借貸爲要物契約。消費借貸，不但要經貸與人和借用人的合意，並且以交付借用物爲生效要件（第四七五條），是其和『使用借貸』一樣，當爲『要物契約』。如果僅有當事人的合意，而未交付借用物，只能認爲消費借貸的預約，必須在交付以後，纔得認爲本契約成立。

(2) 消費借貸爲不要式契約。締結消費借貸契約，通常雖多訂立字據，然訂立字據非消費借貸的成立要件，是和『使用借貸』一樣，同爲『不要式契約』。

(3) 消費借貸爲片務契約。消費借貸契約生效以後，只是借用人負返還借用物的義務，而貸與人不負什麼義務，其爲『片務契約』，可無疑義。

(4) 消費借貸原則上爲無償契約。消費借貸雖是絕對的爲片務契約，然其不像『使用借貸』完全爲無償契約。在未附利息的消費借貸，爲『無償契約』；在附有利息的消費借貸，則爲『有償契約』。

(5) 消費借貸爲債權契約。消費借貸的標的，既在使借用人負返還的債務，當爲『債

權契約』是和『使用借貸』一樣。

(二) 消費借貸爲一方把金錢或是其他代替物的所有權移轉於他方的契約

(1) 消費借貸以金錢或是其他代替物爲標的 消費借貸的標的物，是否限於代替物？依照民法所規定，係以金錢或是其他代替物爲限，非代替物的不動產，自不能作爲消費借貸的標的物。爲什麼？消費借貸，既以供消費爲目的，將來只要返還同種同量的物，若爲非代替物，則不得消費了。

(2) 標的物所有權的移轉 消費借貸既以物供消費爲目的，即須就其物而爲處分，如果貸與人未把其所有權移轉，勢必使借用人不能有處分的權利。所以貸與人不但要交付借用物，並且要移轉其所有權，借用人纔可達到其目的。

(三) 消費借貸爲他方以種類品質數量相同的物返還的契約 消費借貸，與使用借貸，及租賃，雖都有返還的義務，然使用借貸與租賃，必須以原物返還，消費借貸，只要以種類品質數量相同的物返還，這是他們不同的要點。這是因爲使用借貸與租賃未移轉其所有權，消費借貸則移轉

其所有權。

## 第二款 消費借貸的效力

### (一) 貸與人的義務

消費借貸，既為片務契約，貸與人本不負什麼義務。惟法律為維持交易的信用起見，對於本有瑕疵的物，仍要使其負「擔保責任」。貸與人的擔保責任，因有償與無償，而有不同，就是貸與人就有償的消費借貸，原則上負擔保責任，就無償的消費借貸，原則上不負擔保責任，分述於左：

(1) 有償消費借貸的擔保責任 消費借貸約定有利息或是其他報償的，是為「有償契約」，如果借用物有瑕疵，借用人即得請求另易以無瑕疵的物，並得請求損害賠償（第四七六條第一項）。惟借用人已知其物有瑕疵者，貸與人即不負擔保責任。

(2) 無償消費借貸的擔保責任 消費借貸約定無報償的，是為「無償契約」，如果借用物有瑕疵，借用人不得請求另易以無瑕疵的物，或是損害賠償，只可按照有瑕疵原物的價值返還貸與人（第四七六條第二項）；惟貸與人明知其瑕疵，而故意不告知者，借用人仍得請求

損害賠償（第四六七條第三項。）

（二）借用人的義務

（1）返還借用物的義務 這種義務，為借用人的主要義務，也就是消費借貸的主要效力，分述於左：

（A）返還的物體 消費借貸的借用人，雖不要返還借用物的原物，只須返還與借用物種類品質數量相同的物；但是此為原則，尚有左列兩種例外：

（甲）借用物有瑕疵時 在無償的消費借貸，借用物如果有瑕疵，借用人既不能行使易物請求權，自可返還以有同樣瑕疵的物；惟欲覓一絲毫不差的同樣瑕疵物，事實上不易辦到，借用人只得依照有瑕疵原物的價值而為返還（第四七六條第二項。）至這項價值的計算，則可以返還時返還地的價值做標準。

（乙）借用物不能返還時 借用人返還的物體，雖為種類品質數量相同的物；但是亦有不能返還的情形，勢非另有其他償還的方法不可。所以法律明定應該以其物在返還時返

還地所應有的價值償還之（第四七九條第一項）返還時或是返還地如未約定，即應該以其物在訂約時或是訂約地的價值償還之（同條第二項）

（B）返還的時期 關於返還的時期，因當事人定有期限與否而不同：

（甲）定有期限的，借用人應該於約定期限內返還（第四七八條前段）

（乙）未定期限的，在借用人得以隨時返還，在貸與人也得定一個月以上的相當期限催告返還（第四七八條後段）

（C）返還的處所 借用物返還的處所，民法並無特別規定，自應適用債編通則的規定，除了契約另有訂定，或是另有習慣以外，應該於貸與人的住所地返還（第三一四條第二款參照）

（D）金錢借貸的特例 金錢借貸的返還，除了契約另有訂定以外，應該依照左列方法為之（第四八〇條）

（甲）以通用貨幣為借貸者，如果在返還時已經失去通用效力，應該以返還時有通用

效力的貨幣償還之（第四八〇條第一款。）

（乙）金錢借貸，約定折合通用貨幣計算者，不問借用人所受領貨幣價值的增減，都應該以返還時有通用效力的貨幣償還之（第四八〇條第二款。）

（丙）金錢借貸，約定以特種貨幣為計算者，應該以特種貨幣償還，或是按照返還時返還地該特種貨幣的市價，而以通用貨幣償還之（第四八〇條第三款。）

（2）支付利息或是其他報償的義務 消費借貸的當事人，固得約定支付利息或是其他報償；惟其約定的數額，卻不得超過百分之二十的最高度（第二〇五條參照。）如果超過此項利率，借用人則無支付的義務了。至於以貨物折算金錢而為借貸的，縱有反對的約定，仍應以該貨物按照交付時交付地的市價所應有的價值為其借貸金額（第四八一條。）以防止抬高貨價，暗中取利。

利息或是其他報償定有期限的，應該於契約所定期限內支付之，未定期限的，應該於借貸關係終止時支付之；但其借貸期限逾一年者，應於每年終支付之（第四七七條。）

## 第七章 僱傭

### 第一節 僱傭的意義

何謂僱傭？即是當事人約定一方（受僱人）於一定或是不定的期限內，爲他方（僱用人）服勞務，而由他方給付報酬的契約（第四八二條）。現在把牠的性質分析說明如左：

（一）僱傭爲契約 僱傭屬於左列各種契約：

（1）僱傭爲諾成契約，並且爲不要式契約。僱傭契約，只要雙方當事人有合意，即能成立，不以現實給付爲其成立要件，自爲「諾成契約」。又其成立不要履行一定方式，是爲「不要式契約」。

（2）僱傭爲雙務契約，並且爲有償契約。僱傭契約成立以後，一方負有供給勞務的債

務，一方負有給付報酬的債務，自爲『雙務契約。』又其雙方所爲的給付，都能取得一定的對價，是爲『有價契約。』

(3) 僱傭爲債權契約 僱傭契約一經成立，僱用人和受僱人所享有的權利，都爲債權，當爲『債權契約。』

(二) 僱傭係一方爲他方服勞務的契約

(1) 服勞務 何謂服勞務？就是受僱人在僱用人指揮監督之下，專門供給其勞務。從廣義方面說，僱傭和承攬，及委任，都爲供給勞務契約。然承攬係以完成工作爲目的，委任係以處理事務爲目的，不過以供給勞務爲達到其目的的手段。至於僱傭，則係以供給勞務爲目的，而與『承攬』及『委任』不同。

(2) 勞務的種類 僱傭契約，只以供給勞務爲目的，至其種類則所不問，大概可以包括體力勞務和精神勞務在內；換句話說，就是下級勞動和高尚勞動，都得爲僱傭的標的。所以就工人農人等的體力勞務，固可以成立僱傭契約，卽是就醫生，律師，教師等的精神勞務，也可以成立

僱傭契約。

(三) 僱傭係他方給付報酬的契約 僱傭契約，在成立的當時，已經約定報酬的，僱傭人固要照約給付；就是雙方未曾明約報酬的，如果依照供給勞務人的身分、職業，以及交易上習慣等情形，非受報酬，即不服勞務者也，「視為允與報酬」(第四八三條第一項)。茲就報酬的種類、額數，分述於左：

(1) 報酬的種類 報酬的種類，原無什麼的限制，通常雖多約定金錢；但是約以現物給付，或是供給勞務為報酬，也無不可。

(2) 報酬的額數 報酬額數的多寡，原可由當事人自由約定。如果在締結契約時未定報酬額，即須按照價目表所定而為給付，無價目表者，即須按照習慣給付之(第四八三條第二項)。

第二節 僱傭的效力

(一) 僱用人的義務

(1) 給付報酬的義務 這項義務，為僱用人的主要義務；惟其義務究應於何時履行；依照民法第四八六條所規定，其時期如左：

(A) 有約定給付期限的，應該依照其期限給付之；

(B) 無約定給付期限的，應該依照習慣給付之；

(C) 無約定，也無習慣的，則因報酬是否為分期計算而有不同：凡是報酬分期計算的，應該於每期屆滿時給付之；其非分期計算的，應該於勞務完畢時給付之（第四八六條。）

(2) 讓與勞務請求權的限制 僱傭契約，既以當事人間互有信用為前提，則僱用人的本身，及其家庭狀況，或是其工作處所，都於受僱人有重大的關係。如果未經受僱人的同意，逕把勞務請求權讓與於第三人，常非受僱人所情願。所以民法明定：「僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人」（第四八四條第一項前段。）

(二) 受僱人的義務

(1) 供給勞務的義務 這項義務，為受僱人的主要義務，受僱人如果不履行，或是不完全履行，僱用人即得依債務不履行的規定行使其權利。若是受僱人供給勞務，而僱用人受領遲延，受僱人不但無補服勞務的義務，並且可以請求僱用人給付報酬；惟受僱人因不服勞務所減省的費用，或是轉向他處服勞務所取得，或是故意怠於取得的利益，僱用人還得由報酬額內扣除之（第四八七條。）

(2) 代服勞務的限制 僱用人讓與勞務請求權，既是要得受僱人的同意，受僱人使第三人代服勞務，也非經僱用人的同意不可（第四八四條後段。）為什麼？僱傭契約，本為對人關係，原則上要由受僱人自身供給勞務。如果不經僱用人的同意，逕使他人代為供給，是即違反契約的本旨了。

(3) 特種技能的保證責任 僱傭契約締結的時候，受僱人並未保證自己有什麼特別技能者，自不負何種特別責任；惟已經明示或是默示保證其有特種技能者，即應該負其保證的責任了（第四八五條。）

### 第三節 僱傭契約的消滅

僱傭契約，除了因一般法律行爲的共通消滅原因而消滅以外，尚有因左列的特別原因而消滅：

(一) 期限屆滿 僱傭定有期限的，其僱傭關係應該在期限屆滿時消滅（第四八八條第一項）。惟在期限滿了以後，受僱人仍繼續服其勞務，而僱用人不表示反對意見者，也可解爲更新其契約。

(二) 勞務完畢 僱傭未定期限，而約定的勞務已經完畢者，僱傭關係應該歸於消滅。

(三) 終止契約 終止契約的原因有四種，分述於左：

(1) 未定期限的 僱傭未定期限的，應該依勞務的性質或是目的定其期限（例如學校聘請教員）。如果依勞務的性質或是目的，也不能定其期限的，當事人即得隨時終止契約；但是有利於受僱人的習慣者，應該從其習慣（第四八八條第二項），以保護受僱人的利益，例如

辭歇男女傭僕，都要先期通知是。

(2) 遇有重大事由時，當事人的一方，遇有重大事由，其僱傭契約縱使定有期限，仍得於期限屆滿前終止之（第四八九條第一項）。惟其重大事由，係因當事人一方的過失而生者，他方得行使損害賠償請求權（第四八九條第二項）。所謂重大事項，例如僱用人事業失敗，不能繼續經營，受僱人因疾病，不堪繼續服務是。遇有重大事由，得於期前終止契約，這是一種「強行法規」，所以當事人約定遇有重大事由不能終止契約，或是終止契約時要支付違約金的，都應該認為無效。不過豫先約定因過失而生重大事由的損害賠償額，則與第四八九條第二項的精神相合，自可認為有效。

(3) 僱用人或是受僱人違反契約者，僱用人未經受僱人的同意，即把勞務請求權讓與第三人，受僱人固得終止契約。受僱人未經僱用人的同意，即使第三人代服勞務，僱用人也得終止契約（第四八四條第二項）。

(4) 受僱人無特種技能者，受僱人既已明示或是默示保證其有特種技能，即應該負

保證責任。如果受僱人沒有這種技能，僱用人自得把契約終止（第四八五條。）

（四）當事人一方死亡其效力卻因僱用人死亡與受僱人死亡而有不同：

（1）僱用人死亡時 僱用人死亡時，其僱傭契約，是否即因之消滅，應該視其僱傭的情形而定。如果專屬於僱用人一身的僱傭，則因僱用人的死亡而消滅（例如看護僱用人的疾病，）不然，繼承人還可承受其勞務請求權（例如家中僱工之類。）

（2）受僱人死亡時 受僱人的死亡，本為僱傭契約消滅的原因；惟在例外情形，勞務的供給，可由其繼承人繼續。例如父子都為泥木工匠，父與他人締結僱傭契約，如果沒有特殊事情，父死，其子仍得繼承是。

## 第八章 承攬

### 第一節 承攬的意義

何謂承攬？即是當事人約定一方（承攬人）爲他方（定作人）完成一定的工作，他方俟工作完成，給付報酬的契約（第四九〇條）。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）承攬爲契約 承攬屬於左列各種契約：

（1）承攬爲雙務契約，並且爲有償契約 承攬契約成立以後，承攬人負完成工作的債務，定作人負給付報酬的債務，自爲「雙務契約」。其雙方所爲的給付，都以得對價爲目的，是又爲「有償契約」。

（2）承攬爲諾成契約，並且爲不要式契約 承攬契約。只要當事人間有合意，即能够成

立，自爲『諾成契約。』又重大工作的承攬，雖是多用書面，然其非爲承攬的成立要件，故爲『不要式契約。』

(二) 承攬係承攬人爲定作人完成一定工作的契約

(1) 工作 何謂工作？即爲一定的勞動。不問其爲積極的工作，抑爲消極的工作，都可爲承攬的標的。前者例如某物的製造，加工，或是改造是。後者例如某物的折毀是。又工作有有形的工作和無形的工作之分，不僅建屋，造船，或是製造其他器具等一切物質上的工作，可爲承攬的標的；就是著作，診斷，辯護，偵探等一切精神上的工作，也可爲承攬的標的。

(2) 完成工作 何謂完成工作？即依勞動而發生一定的結果。承攬既以完成工作爲目的，當然要爲定作人完成工作，如果無此目的，雖爲他人供給勞務，只可認爲僱傭或是委任，而非承攬契約了。

(三) 承攬係定作人俟至工作完成給付報酬的契約 承攬契約，既爲有價契約，自以給付報酬爲其要件。所以當事人有約定的，固應該依其約定給付報酬，即使未經約定，如果依照情形，非

受報酬，即不為完成其工作者，仍「視為允與報酬」（第四九一條第一項。）

（1）報酬的種類 報酬的標的物，固多為金錢；但是約定金錢以外的有財產上價值的，作為報酬，也無不可：例如約以物的給付，或是物的使用，或是勞務的供給是。

（2）報酬的額數 報酬的額數，可多由當事人自由約定。如果報酬額未經約定，應該按照價目表所定給付之，其無價目表者，應該按照習慣給付之（第四九一條第二項。）

## 第二節 承攬的效力

### （一）承攬人的義務

（1）完成工作的義務 這項義務，為承攬人的主要義務，分述如左：

（A）工作完成的遲延 工作逾期不能完成，如因可歸責於承攬人的事由，則定作人究應怎樣行使其權利，要看其是否為確定期承攬契約而定：凡是非以約定期限完成工作為契約的要素的，其工作如果不能於約定期限完成，或是未定期限，而經過相當期限不能完成

的，定作人只得行使報酬減少請求權（第五〇二條第一項）；若是以特定期限完成或是交付工作爲契約的要素的，其工作如果不能於特定期限完成或是交付，定作人即得行使契約解除權（第五〇二條第二項）。爲什麼在前一種情形，既不是以特定期限完成工作爲契約的要素，其工作的完成，如果遲延，自非於定作人完全無益，故祇許定作人「請求減少報酬」。在後一種情形，既是於特定期限內不能完成或是交付，即使定作人無從達到契約的目的，故特許定作人得以「解除契約」。惟工作完成的遲延，承攬人固要負遲延責任，但定作人在受領工作時，如果不爲保留，即係對於遲延已無異議了，承攬人自可不再負責（第五〇四條）。

上面所說的，是承攬人從期限屆滿時起，纔負工作完成的遲延責任。若在期限屆滿以前，因有可歸責於承攬人的事由，而致遲延工作，顯可預見其於期限內不能完成，並且其遲延可爲工作完成後解除契約的原因者，定作人也得解除契約（第五〇三條）。這項規定，是爲事前救濟，於雙方都有利益的。

（B）工作完成的不能 因可歸責於承攬人的事由，而致工作完成不能者，定作人究

應怎樣行使其權利，要看其是否為全部不能以為決定；在全部不能時，定作人得以請求不履行的損害賠償，並得解除契約（第二二六條第一項，第二五六條參照）；在一部不能時，定作人得就其不能部分行使前述的權利，惟其完成的部分，於定作人無利益者，定作人亦得就全部請求損害賠償，並得解除契約（第二二六條第二項，第二五六條參照）。

（C）第三人代為完成工作 承攬契約的性質，既和「僱傭」不同，除了依契約的性質（例如畫像演劇等承攬）或是當事人的意思，應由承攬人自己完成工作以外，自可使第三人代為；惟其所負的責任，應就左列兩種情形說明之：

（甲）使用第三人為輔助時 承攬人對於輔助人的行為應否負責？依照民法第二二四條所規定，債務人的使用人，關於債務履行的故意或是過失，債務人既應和自己的故意或是過失負同一責任，承攬人對於輔助人的行為，原則上也應該這樣。

（乙）與第三人締結次承攬契約時 承攬人對次承攬人的行為，亦應與前述對於輔助人行為的責任一樣。為什麼？次承攬人既不失為承攬人的代理人，如果次承攬人的行為，有

了故意或是過失，原則上即應由承攬人自己負責（第二二四條。）

（2）交付完成物的義務 承攬人有沒有交付完成物的義務，要看其結果是否為有形而定；承攬人的工作，屬於「無形的結果者」，原則上多不要交付；若是屬於「有形的結果」，原則上多要交付。所以關於物品製造或是修繕的工作，承攬人除了負完成的義務以外，更應該負交付的義務。

（3）請給報酬的限制 定作人給付報酬，為「後付的債務」，故承攬人必須完成工作，纔可請給報酬。所以承攬人在工作完成以前，不得拒絕履行其完成工作的義務而提出同時履行的抗辯；惟（A）工作物要交付者，在交付的時候，得以行使同時履行的抗辯權；（B）當事人定有先付報酬特約者，在給付期到來以後，也得行使同時履行抗辯權。

（4）擔保責任 承攬既為有償契約，自得準用買賣契約中擔保責任的規定（第三四七條。）惟民法對於承攬的擔保責任，更設有特別的規定，分述如左：

（A）擔保責任的範圍 承攬人對於工作有怎樣的瑕疵，纔負擔保責任，依照民法第

四九二條所規定，不出下列的範圍：（甲）工作物不具備約定的品質。（乙）工作物的價值減少或是滅失；（丙）工作物不適於通常或是約定的使用。

（B）擔保責任的效力 工作有瑕疵時，定作人有左列三種權利：

（甲）修補請求權 工作有瑕疵的，定作人得定一相當期限，請求承攬人修補之（第四九三條第一項）。如果承攬人在其所定期限內不為修補，定作人也得自行修補，並得向承攬人請求償還修補的必要費用（第四九三條第二項）。雖然，修補如果需費過鉅，承攬人亦得拒絕修補，前項規定即不再適用（第四九三條第三項）。何謂修補需費過鉅？就是其瑕疵不為重大，而必須花費鉅款，纔得修繕。此時若仍令承攬人修補瑕疵，不但個人受損很大，並且於社會經濟也有妨害。何謂前項規定即不適用？就是定作人自己修補，並且得向承攬人請求償還修補費用的規定，不得適用於此種情形。換句話說，或是定作人縱使自行修補，也不得向承攬人請求償還修補的必要費用，不過定作人仍得按照第四九四條及第四九五條解除契約，或是請求減少報酬，並請求損害賠償。

(乙) 解除契約權及減少報酬請求權 依照第四九四條所規定，定作人行使這等權利，要有下列情形之一：(1) 承攬人在定作人所定期限內不為修補（第四九三條第一項）；(2) 承攬人因修補需費過鉅而拒絕修補（第四九三條第三項）；(3) 工作有瑕疵而不能修補。

定作人遇有上述情形，固得自由權衡利害，而就契約解除權及報酬減少請求權選擇行使；但是有下列情形之一，定作人只可減少報酬，不得解除契約。(1) 瑕疵非重要。工作的瑕疵，既非重要，只要請求減少報酬，即足以償其損失。況且承攬人因不關重要的瑕疵，契約竟遭解除，亦有違交易上的公平，所以法律上不許定作人解除契約。(2) 工作為建築物或是其他土地上的工作物。這等工作物，若許解除契約，多不易恢復原狀，即使原狀可以恢復，亦不僅承攬人受損失，即社會經濟亦將受不利益。

(丙) 損害賠償請求權 因可歸責於承攬人的事由，而致工作發生瑕疵的，定作人除了依第四九三條及第四九四條的規定，請求修補，或是解除契約，或是請求減少報酬以外，並

得行使損害賠償請求權（第四九五條。）

（C）擔保責任的免除 工作的瑕疵，如果因定作人所供給材料的性質，或是依定作人的指示而生者，承攬人得以免除擔保責任（第四九六條前段。）爲什麼？瑕疵的發生，既是基於定作人方面的事由，自不能再由承攬人負責了。所以不問定作人是否爲善意，以及承攬人是否因過失而不知其材料或是指示不適當，承攬人都可免責。惟承攬人明知其材料或是指示不適當，而不告知定作人者，即不能免除責任（第四九六條後段。）

（D）擔保責任的存續期限 承攬人雖應該負瑕疵擔保責任；但是其存續卻有一定之期限。茲把非難期限，和消滅期限分述如左：

（甲）非難期限 何謂非難期限？就是定作人得於瑕疵發生後主張其權利的期限。這項期限，更可分爲一般的和特別的二種：

（子）一般的非難期限，定爲一年，如果經過一年，纔發見其瑕疵，定作人即不得主張權利。這項期限應該怎樣計算，又因其工作應否交付而異：工作要交付者，從工作交付時起算；工

作不要交付者，從工作完成時起算（第四九八條。）

（丑）特別的非難期限，延為五年。什麼工作應該延長非難期限？凡是工作為建築物，或是其他土地上的工作物，或是為這等工作物的重大修繕，其主張權利的期限，都應該延為五年（第四九九條。）

上述子丑兩項期限，除了當事人得以特約延長（第五〇一條）以外，承攬人如果明知工作有瑕疵，故意不告知定作人，即係一種惡意的欺詐，其責任期限也有延長的必要，所以民法明定：子項的一年期限，延長為五年；丑項的五年期限，延長為十年（第五〇〇條。）

（乙）消滅期限 何謂消滅期限？就是定作人得於瑕疵發見後行使其權利的期限。依照民法第五一四條第一項所規定，定作人的瑕疵修補請求權，修補費用償還請求權，減少報酬請求權，或是契約解除權，都因瑕疵發見後一年間不行使而消滅，是和非難期限都因各項情形而長短不同。

（五）定作人的瑕疵預防請求權 定作人不但於工作有瑕疵時，可以行使擔保權，就

是在工作進行中，也有「瑕疵預防請求權。」凡在工作進行中，因承攬人的過失，顯可預見工作有瑕疵，或是有其他違反契約的情事者，定作人得定相當期限，請求承攬人改善其工作。或是依約履行。若是承攬人於其期限內不為改善，或是依約履行，定作人即得使第三人改善或是繼續其工作，而由承攬人負擔其危險及所需的費用（第四九七條。）

（二）定作人的義務

（1）給付報酬的義務 這種義務，為定作人的主要義務。牠的種類和額數怎樣，前面已經說過了，現在再把給付的時期，及報酬概數的估計，說明於左：

（A）報酬給付的時期 報酬應在什麼時期給付，原可由當事人任意約定。如果沒有特約，依照民法第五〇五條所規定：（1）工作要交付者，報酬應該在工作交付時給付；（2）工作不要交付者，報酬應該在工作完成時給付；（3）工作係分部給付，而報酬就各部分定之者，報酬應該在工作每部分交付時，就該部分給付。

（B）報酬概數的估計 依着工作的性質，在訂立契約的當時，未能具體的把報酬的

額數算定者，自可由當事人只就概數爲估計；惟只就概數爲估計，如果因非可歸責於定作人的事由，而超過概數很鉅者，定作人得於工作進行中或是完成後行使契約解除權（第五〇六條第一項）。雖然，工作若爲建築物，或是其他土地上的工作物，或是爲這等工作物的重大的修繕時，又當分別下列情形處理：（1）工作已經完成的，定作人只得請求相當的減少報酬，不得把其契約解除；（2）工作物尙未完成的，定作人得通知承攬人停止工作，並得把其契約解除（第五〇六條第二項）。定作人如果依照前述各種情形而解除契約，對於承攬人也應該賠償相當的損害（第五〇六條第三項）。不過這項損害賠償請求權，承攬人若在解除契約後一年內不行使，即應該歸於消滅（第五一四條第二項）。

（2）協助工作的義務 工作須賴定作人的行爲，纔能完成者，定作人即負有協助的義務（例如塑像成表是）。如果定作人不盡此協助義務，承攬人即得先向定作人爲催告。定作人如在催告期限內仍不協助，承攬人即可把其契約解除（第五〇七條）。這項解除契約權，承攬人若從催告所定期限屆滿後一年內不行使，即應該歸於消滅（第五一四條第二項）。

(3) 工作受領的義務 在不要交付的工作，其工作完成時，即視為受領，自不生受領義務的問題（第五一〇條）。至必須交付的工作，定作人有沒有受領的義務，民法無明文規定，當可解為除了當事人另有特約以外，定作人只有受領的權利，並無受領的義務。如果定作人不為受領，只負債權人的遲延責任，而不負債務人的遲延責任。

(4) 危險負擔 危險負擔，本不屬於定作人的義務；惟以其與給付報酬及工作受領的義務有關，特為附述於此。依照民法所規定，關於承攬的「危險負擔」，可以分為兩點說明於左：

(A) 因不可歸責於雙方的事由而生的危險 這處所謂危險，係專指工作毀損滅失的危險而言的；例如因天災，地震，海嘯，及其他不可抗力而生的危險是。凡是危險在定作人受領工作以前發生的，應該由承攬人負擔；其因定作人受領遲延發生的，則應該由定作人負擔（第五〇八條第一項）。在由承攬人負擔危險時，承攬人不能有請給報酬的權利；在由定作人負擔危險時，定作人亦不能免給付報酬的義務。至於定作人所供給的材料，如果因不可抗力而毀損滅失，承攬人也不負其責任（第五〇八條第二項），應該由定作人重行供給。

(B) 因可歸責於定作人的事由而生的危險。這處所謂危險，不但指工作毀損滅失而言，並且包括工作不能完成在內；例如砍伐森林工作中途因被人阻止而不能完成是。這項危險，如於定作人受領工作以前，係因定作人所供給材料的瑕疵，或是其指示不適當而生者，承攬人如及時將材料的瑕疵或指示不適當的情事，通知定作人時，得請求其已服勞務的報酬，及墊款的償還。如果定作人有過失，則承攬人並得行使損害賠償請求權（第五〇九條）。例如定作人誤以他人森林為己有，而使承攬人砍伐是。

(5) 承攬人的法定抵押權。承攬人既要俟工作完成，纔得請給報酬，則為保護承攬人的利益，自應該明認他有法定抵押權。所以承攬的工作為建築物，或是其他土地上的工作物，或是為這等工作物的重大修繕時，承攬人就承攬關係所生的債權，對於其工作所附的定作人的不動產有「抵押權」（第五一三條）。

### 第三節 承攬契約的消滅

承攬契約，除了因有一般法律行爲共通的消滅原因而消滅以外，尚有因左列的特別原因而消滅：

(一) 解除契約 茲就解除契約的原因分述於次：

(1) 定作人解除契約的原因 定作人得以解除契約，原因有四種：(A) 工作有瑕疵，而承攬人在相當期限內不爲修補，或是需費過鉅而拒絕修補，或是修補不能；但是工作爲建築物，或是其他土地上的工作物，則爲例外（第四九四條）；(B) 以特定期限內完成或是交付工作爲契約的要素，而承攬人不能如期完成（第五〇二條第二項）；(C) 因可歸責於承攬人的事由遲延工作，而預見其不能如期完成（第五〇三條）；(D) 報酬因非可歸責於定作人的事由，而超過預計報酬的概數（第五〇六條）。

(2) 承攬人解除契約的原因 工作必須定作人予以協助，纔能完成者，如果定作人不應承攬人的催告而爲協助，承攬人即得以解除其契約（第五〇七條第二項）。

(二) 終止契約 在工作未完成以前，定作人如果不欲完成其工作，法律自無須加以強制，

而許其隨時終止契約；惟承攬人因契約終止而生的損害，定作人也應該負責賠償（第五一二條）。

（三）承攬人死亡及完成不能 承攬的工作，如以承攬人個人的技能為契約要素的，一旦承攬人死亡，或是非因其過失而致不能完成其約定的工作時，其契約即為終止（第五一二條第一項）。惟其工作已完成的部份，於定作人為有用者，定作人仍有受領及給付相當報酬的義務（第五一二條第二項）。至於定作人的死亡，其工作如以滿足定作人本身的需要為契約要素的，其契約也應該終止：例如包安假足或是義齒的承攬，承攬人尙未完成，定作人即已死亡是。

## 第九章 出版

### 第一節 出版的意義

何謂出版？即是當事人約定一方（出版權授與人）以文藝學術或是美術的著作物，為出版而交付於他方（出版人），他方擔任印刷及發行的契約（第五一五條）。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）出版為契約 出版屬於左列各種契約：

（1）出版為諾成契約，並且為不要式契約。出版契約，只要雙方當事人有合意，即能成立，而不以實行給付為要件，是為「諾成契約」。又其以口頭約定即可，不必訂以書面，是為「不要式契約」。

(2) 出版爲雙務契約，並且多爲有償契約。出版契約成立以後，一方負交付著作物的債務，一方負印刷發行的債務，自爲『雙務契約』。至於約給報酬，雖不是出版契約的要件，通常則多約給報酬，凡是約給報酬的，即爲『有償契約』，其未約給報酬的，則爲『無償契約』。

(二) 出版係出版權授與人爲出版而以著作物交付於出版人的契約：

(1) 著作物 所謂著作物，即是著作人以某一定的形式而向外部表白其個人的思想感情；簡單說，就是個人的精神上的產物。關於著作物的種類，原無什麼限制，不問牠是文藝，學術，或是美術，要皆可以爲著作物。關於社會公共利益的著作物（如公文書等），以及法律禁止發行的著作物等（著作權法第二〇條及第二二條參照），既不能享有著作權，自亦不能爲出版契約的標的了。

(2) 著作權 所謂著作權，即是著作人就其著作物而取得專有重製的利益。這種利益，是依據著作權法的規定，而向內政部辦理註冊，纔可取得的（著作權法第一條參照）。若不依照這樣程序，雖是著作物已完成，仍不能禁止他人使用。

(3) 出版權授與人 所謂出版權授與人，即是把著作物交付出版人，而使其取得出版權的人。就一般情形說，出版權授與人，通常多為著作人；但是著作權既可讓與或是繼承，其受讓人或是繼承人，自亦可締結出版契約，惟只稱為出版權授與人，而不得稱為著作人。

(4) 為出版而交付著作物 所謂為出版，即是締結出版契約，約使他人擔任出版。凡是著作人欲利用其著作物，而求得相當的利益，只有自己利用，或是允許他人利用；但是著作人常以未有相當的設備和經驗，深感自己不便出版，而允許他人利用其著作物，以為印刷及發行的。

(三) 出版係出版人擔任印刷及發行的契約

(1) 印刷及發行 何謂印刷？即是用機械或是印板及其他化學的方法，而把文書圖畫製成出版品。何謂發行？即是用出售或是散發的方法，而把出版物分配於多數人。出售係有價的，向大眾售賣；散發係無價的，向大眾散布。印刷及發行，總稱出版。

(2) 擔任印刷及發行 擔任印刷及發行的人，叫做出版人。何謂擔任？即是出版時的一切費用及方法，是由出版人負擔並計畫的，出版後的一切利益和損失，也是由出版人享有或是

負擔的。

## 第二節 出版的效力

### (一) 出版權授與人的義務

(1) 交付著作物的義務 出版契約的目的，既在使出版人以出版的方法利用其著作物，則著作物的交付，自爲出版權授與人的主要義務。至於著作物的內容，出版契約如有約定，著作人固應依約履行；如未約定，出版人不得任意干與，著作人也要注重信義。

(2) 移轉權利的義務 這處所謂權利，即指實行出版契約所必要的權利而言。何謂必要權利？就是對於著作物的排他的出版權，也即是著作權法所稱『專有重製的權利』。這種權利，本爲著作人所享有；但是出版契約，既以約使出版爲目的，如果不把這項權利移轉於出版人，其契約勢必不能實行。所以依照民法所規定，著作人的權利，在實行契約的必要範圍內，要把牠移轉於出版人（第五一六條第一項）。專有重製的權利，既要移轉於出版人，則出版權授與人

在其出版物尚未賣完時，即不得爲不利於出版人的處分。何謂不利於出版人的處分？即不得就其著作物的全部或是一部爲不利於出版人的處分行爲（第五一七條）。例如以著作權讓與於第三人，或是允許第三人再爲出版，或是自己另行出版是。又其所應移轉的權利，亦只以實行契約所必要的爲限，若非屬於必要範圍內，自不受其限制了。所以在締結出版契約以後，除了契約另有訂定的以外，出版權授與人，仍有以他國文字翻譯的權利（第五二二條）。

（3）擔保責任 出版權授與人，既和出版人締結契約，授與出版權，即應該在當時擔保自己有授與的權利，如果著作物已受法律上的保護，並應該擔保其有著作權（第五一六條第二項）。出版權授與人既負擔保責任，即連帶的負有『告知義務』。何謂告知的義務？就是出版權授與人已把著作物全部或是一部交付第三人出版，或是雖非自己交付，而曾向第三人的公表，爲自己所明知者，即應該在契約成立前向出版人告知其情事（第五一六條第三項）。

### （二）出版人的義務

（1）印刷發行的義務 印刷及發行，一方爲出版人所有的權利，一方又爲其對於出版

權授與人所負的義務。現在把其應注意的各點說明於左：

(A) 印刷要用適當的格式。印刷的格式，如果不適當，其形式亦即不雅觀，勢必影響於其銷路，而於出版權授與人很不利益，所以民法明定：「應以適當之格式印刷著作物」(第五一九條第二項前段)。

(B) 推銷要為必要的廣告及用通常的方法。欲出版物的銷路暢旺，即應該為必要的廣告，及用通常的方法去推銷。所以民法特設明文規定(第五一九條第二項後段)藉以保護出版權授與人的利益。

(C) 賣價不得過高。出版權的賣價，原可由出版人決定；但是賣價如果定得過高，亦是致礙出版物的銷行。故民法特設禁止明文(第五一九條第三項)。

(2) 尊重著作人精神利益的義務。這種義務，即是出版人對於著作物不得加以增減，或變更(第五一九條第一項)對於同一著作人的數著作物為各別出版而交付者，不得以之併合出版，又對於著作人以其著作物為併合出版而交付者，不得以之各別出版(第五二一條)。

著作物爲財產權，同時具有「人格權」的性質。財產權可以授與於他人，而使其使用處分，人格權則不得授與。如果出版人任意把著作物加以增減，變更，或是分合，是即對於不能授與的人格權（名譽權）加以侵害了，所以民法重視著作人的精神利益，特設了限制規定。

（3）給付報酬的義務 出版契約，當事人已約給報酬者，出版人固負給付報酬的義務；即其未約給報酬，如果依照出版權授與人的身分，職業，及其他情形，非受報酬，即不爲著作物的交付者，「視爲允與報酬」（第五二三條第一項。）現在把報酬的種類，額數，及支付時期分述於左：

（A）報酬的種類 報酬的給付，既不限於金錢，金錢以外有財產價值的物，自亦可爲報酬。

（B）報酬的額數 報酬的計算，通常雖多以頁數，字數，或是部數爲決定標準。然亦有依出版物銷行的多寡，或是定價的比例而定的。

（C）報酬給付的時期 報酬給付的時期，當事人有特約的，固應該依其特約；無特約

的，則應視著作物爲全部出版，抑爲分部出版爲斷：全部出版的，其報酬於全部印刷完畢時支付；分部出版的，其報酬於各部印刷完畢時支付（第五二四條第一項。）至抽版稅的著作物，報酬既依銷行的多寡而定，出版人即應該依照習慣計算，支付報酬，並且應提出銷行的證明（第五二四條第二項。）

（4）續出新版的義務 當事人未約定版數者，出版人只得出一版，無續出新版的義務。若是約定數版，或是永遠出版者，則於前版的出版物賣完後，應該即續出新版。如果出版人怠於新版的印刷，出版權授與人，即得聲請法院，命令出版人在一定期限內再出新版。倘出版人逾期不遵行，其出版權即歸喪失（第五一八條。）至於次版的報酬，及其他出版的條件，除了當事人間另有特約以外，應該推定與前版一樣（第五二三條第二項。）

（5）容許改正的義務 著作物是否妥善於著作人的人格權有重要關係，則在著作人認爲須加訂正或是修改，出版人自不得任意拒絕。依照民法所規定著作人在不妨害出版人的利益，或是增加其責任的範圍內，得把著作物加以訂正或是修改；但是出版人因此所生不可預

見的費用，也應由著作人負責賠償（第五二〇條第一項。）出版人既負容許改正的義務，則於印刷新版以前，更應予著作人有可以訂正或是修改著作物的機會了（第五二〇條第二項。）

（6）危險負擔 何謂危險負擔？即是著作物於交付出版人以後，如因不可抗力而致滅失者，出版人仍要負給付報酬的義務（第五二五條第一項。）但是著作人另有稿本的，固有把牠交付於出版人的義務，即使已無稿本的，著作人如果不多費勞力，尚可重行作成者，亦仍有重作的義務（第五二五條第二項。）至著作人因此所受的損害，得請求相當的賠償（第五二五條第三項。）

上面所說的，是關於著作物滅失的效果，若是印刷完畢的出版物，在發行以前，因着不可抗力而致全部或是一部滅失。則出版人得以自己的費用，而把滅失的出版物補行出版，對於出版權授與人，並不要補給報酬（第五二六條。）

### 第三節 出版契約的消滅

出版契約除了因有一般法律行爲共通的消滅原因而消滅以外，尚有左列的特別原因而消滅：

(一) 出版物賣完 當事人約定版數或是法定版數的出版物，如果已經賣完，其出版契約關係，即當然消滅；惟以年月爲出版契約有效的期限者，只要年月已經屆至，雖出版物尙未賣完，契約亦應消滅了。

(二) 著作物滅失 著作物交付於出版人以後，如果因不可抗力而滅失，且著作人另無存稿，復不能重作者，除了由出版人負擔危險以外，其契約自應歸於消滅。

(三) 著作物完成不能 著作物未完成以前，如果著作人死亡或喪失能力，或非因其過失而致不能完成其著作時，其出版契約應該歸於消滅（第五二七條第一項）。雖然，出版契約的全部或是一部，如有繼續的可能，並且以繼續爲公平者，法院也得許其繼續，並命爲必要的處置（第五二七條第二項）。例如由繼承人，或是其他人補行作成，已無什麼妨礙，還可繼續是。

## 第十章 委任

### 第一節 委任的意義

何謂委任？即是當事人約定一方（委任人）委託他方（受任人）處理事務，他方允為處理的契約（第五二八條）。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）委任是契約 委任屬於左列各種契約：

（1）委任為諾成契約並且為不要式契約 委任契約，只要當事人間有合意，即能够成立，而不以完結某種給付為其成立要件，自為「諾成契約」。又其成立不須何種方式，是又為「不要式契約」。委任雖有常用委任狀的（例如訴訟委任），然其只為證明方法的一種，並非契約成立的方式。依照民法第五三一條所規定，委任處理事務的法律行為，如果依法應用文字

的，其處理權的授與，也應該使用文字；但是處理權的授與，與「委任契約的成立」卻為兩事，授與處理權，雖應該從法律行為的方式，而為一種要式行為，然委任契約的本身，則不須履行方式的。

(2) 委任原則上為無償契約並且為片務契約。委任契約，除了當事人約給報酬，或是視為允給報酬以外，即不得請求給與報酬，是即以無償為原則，有償為例外。在無償委任，只是受任人負擔處理事務的債務，而委任人不負有對價關係的債務，是為「片務契約」。在有償委任，不但受任人負有處理事務的債務，即委任人也負有支付報酬的債務，是為「雙務契約」。

(二) 委任是委任人委託受任人處理事務的契約。

(1) 事務。何謂事務？就是依着給付勞務可以達到一定目的事件。這種事件，不管是法律的事務，抑是非法律的事務，都可成立委任契約。例如法律行為，及法律行為以外的私法行為（如催告，同意，通知，拒絕，無因管理），固可委託他人處理；就是經濟的事務（如看管財產，清理帳目，整理財政，研究法律），及單純的事務（代表參加開會，慰問病人），也可委託他人處理。依

照民法第五二九條所規定，關於勞務給付的契約，不屬於法律所定其他契約的種類的，都可適用關於委任的規定，是即明認委任事務的種類，不以法律行為爲限了。

(2) 處理事務 何謂處理事務？即是依照委託的本旨，而處置管理某事務。處理事務，受人雖可依自己的裁量，然其裁量並非絕對的不受拘束的。如果委任人有所指示，尙要依照其指示而爲處理（第五三五條），不過受人亦不是完全受委任人的監督，仍可以參加自己的意見。處理事務，既爲委任契約的目的，當然與「僱傭」及「承攬」不同：僱傭是以供給勞務爲目的，並且完全受着僱用人的監督；委任是以處理事務爲目的，並且不必受着委任人的監督，這是委任和僱傭的不同點。承攬是以完成工作爲目的，原則上不必承攬人自己完成工作；委任是以處理事務爲目的，原則上須受人自己處理事務（第五三七條），這是委任和承攬的不同點。

(3) 處理事務的委託 何謂委託？即是委任人信任受人，而委以某事務，並且託其處理。這種委託，既以信任關係爲唯一的要素，則其信任一旦喪失，即得隨時終止契約了（第五四

九條參照)

(三) 委任是受任人允為處理事務的契約。

委任契約，必須一方為委託，一方為允諾，纔得成立。這是和「代理權授與」的異點。代理權授與為單獨行為，只要本人有授權意思，即可生效；委任為契約，必須雙方有意思表示，纔可生效。所以受任人對外為代理行為，尙要委任人為代理權的授與，不然，只可發生委任關係，而不發生代理關係。

委任契約的成立，雖須受任人允為處理；然有承受委託處理一定事務的公然表示的（例如律師會計師，）如果對於該事務的委託，不即為拒絕的通知，則「視為允受委託」（第五三〇條。）

## 第二節 委任的效力

(一) 受任人的義務。

(1) 處理事務的義務 處理事務的義務，為受任人的主要義務。茲把其要點分述於左：

(A) 處理的權限 受任人處理事務的權限怎樣，應該依委任契約的訂定；其未有訂定的，應該依其委任事務的性質決定之（第五三二條第一項）。依其權限的廣狹，可分為左列二種：

(甲) 概括委任 何謂概括委任？即是就一切事務而為總括的委任（第五三二條第二項）。例如委任人把營業上的一切事務或是清算上的一切事務，總括的委託受任人處理。是受任人受了概括委任，除了須有特別的授權以外，得為本人為一切法律行為（第五三四條前段）。何謂行為須有特別的授權？依據民法第五三四條但書所規定，下列六種行為，須經委任人特別授權：(1) 不動產的出賣，或是設定負擔；(2) 不動產的租賃，其期限逾二年者；(3) 贈與；(4) 和解；(5) 起訴；(6) 提付仲裁。

(乙) 特別委任 何謂特別委任？即是指定一項或是數項事務而為個別的或部分的委任（第五三二條第二項）。例如委任人把某種貨物出賣，或是某公司進貨股主任委託受任人處理。是受任人受了特別委任，就委任事務的處理，得為委任人為一切必要的行為（第

五三三條)例如委託出賣某種貨物者,自得代定交貨的處所及時期是。

(B)指示的遵依 受任人處理事務,應該尊重委任人的意思,不可違反其指示(第五三五條前段);惟遇有急迫的情事,並可推定委任人若是知有這種情事,亦允許變更其指示者,委任人即可不遵依其指示,而加以變更了(第五三六條)。

(C)注意的程度 受任人處理事務,自應為相當的注意;惟其注意的程度怎樣,卻因有無報酬而異:凡是受有報酬的,即為有償委任,應該為善良管理人的注意,未受報酬的,即為無償委任,應該與處理自己事務為同一的注意(第五三五條後段)。

(D)複委任的限制 受任人對於委任事務,必須自己處理,不得為複委任,這是委任和「承攬」不同,而與「僱傭」無異了。惟受任人有下例情形之一者,仍得使第三人代為處理事務:(1)經委任人的同意者;(2)另有習慣者;(3)有不得已的事由者(第五三七條)。複委任是否不法,要看其是否違反上列三種情形為斷:凡是受任人違反這種情形,而使第三人代為處理事務的,受任人應就該第三人的行為,負與自己處理事務時的同一責任。

(第五三八條第一項)若是不違反這種情形,而使第三人代為處理事務的,受任人只就第三人的選任,及其對於第三人所為的指示負其責任(第五三八條第二項)。又受任人使第三人代為處理委任事務時,委任人對於第三人關於委任事務的履行,有「直接請求權」(第五三九條)為什麼?第三人處理的事務,既是仍為委任人的事務,法律為保護委任人的利益,即應使第三人負處理的義務,而可由委任人直接請求履行。

(E)處理事務請求權的讓與 委任契約係基於信用關係而來的,受任人既是不得使第三人代為處理事務,委任人也不得把處理事務的請求權讓與第三人。如果想讓與這種權利,必須先經受任人的同意(第五四三條)。

(2)報告的義務 依照民法第五四〇條所規定,受任人不但在事務進行中要為報告,就是在委任關係終止時也要為報告。為什麼?在委任事務進行中,不管委任人有沒有請求,應該報告其進行狀況,而使委任人得為相當的計劃,並且給以一定指示。到了委任關係終止時,受任人一面要表明自己的責任,一面要使委任人明瞭其結果,更當把其顛末明確報告。

(3) 交付的義務 受任人因處理事務而收取的金錢、物品、及孳息，都要交付於委任人（第五四一條第一項。）這處所謂金錢物品，是指由第三人所收取的，及由委任人所收取的而言（例如賸餘的旅費，及委任狀是。）這處所謂孳息，是指天然孳息和法定孳息而言。

(4) 移轉的義務 受任人因處理事務而取得的權利，應否把牠移轉於委任人，要看其有沒有代理權為斷；在已有代理權的，其為委任人取得的權利，本以委任人的名義而為的；在未有代理權的，其為委任人取得的權利，則以受任人自己的名義而為的；前者當然為委任人所取得，自不生權利移轉的問題；後者非當然為委任人所取得，受任人即應負權利移轉的義務（第五四一條第二項。）

(5) 支付利息及賠償損害的義務 受任人為着自己的利益，而使用應該交付於委任人的金錢，或是使用應該為委任人利益而使用的金錢者，都應從使用之日起支付利息。如果委任人受有損害，受任人並應賠償其損害（第五四二條。）

(6) 損害賠償的責任 依照民法第五四四條所規定，受任人應負損害賠償責任的情

形有二：

(A) 過失的損害賠償 受任人因處理事務，有過失而生的損害，對於委任人因應該負賠償之責，但是其責任卻因有償無償而有輕重：在有償委任，所謂過失，係指「抽象的過失」而言，凡是欠缺善良管理人的注意，即應該負賠償責任；在無償委任，所謂過失係指「重大過失」而言，凡是有了重大過失，纔應該負賠償責任。如此，前者所負的責任，是較後者為重了。

(B) 逾越權限的損害賠償 受任人處理事務，因逾越權限而生的損害，不問其有沒有過失，對於委任人都應該負賠償之責。

(二) 委任人的義務。

(1) 預付費用的義務 受任人處理事務，所需種種的必要費用，可請求委任人預付。委任人於受任人請求以後，即應該負預付的義務（第五四五條），不得以受任人還未着手處理事務，而拒絕費用的預付。如果委任人不為預付，受任人得以拒絕事務的處理，不負履行遲延的責任。

(2) 償還費用的義務 委任人因處理委任事務，而墊付的必要費用，委任人不但應該如數償還，並且要從支出的時候起，支付年息五釐的利息（第五四六條第一項。）

(3) 清償債務的義務 受任人因處理委任事務，而負擔必要的債務，如果已到清償期，固得請求委任人代其清償，其未到清償期的，也得請求委任人提出相當的擔保（第五四六條第二項。）所謂因處理委任事務負擔必要債務：例如處理事務要開支費用時，受任人用自己的名義，而向他人借用金錢是。

(4) 損害賠償的義務 受任人處理委任事務，因着非可歸責於自己的事由，而致受損害者，得向委任人請求賠償（第五四六條第三項。）委任人這項損害賠償責任，係一種「結果責任」，而不是過失責任，只要具備（A）受任人因處理委任事務而生的損害（例如因處理事務，而於途中被盜是），（B）因非可歸責於受任人的事由，兩個要件，受任人即可向委任人請求賠償損害，至委任人有沒有過失，可以不問。

(5) 給付報酬的義務 前面四種義務，為無償委任和有償委任所通有的，給付報酬的

義務則爲有償委任所特有的。委任契約，既不以給付報酬爲要件，則報酬的給付，自亦非委任人的主要義務；惟約定給付報酬，或是依照習慣，或是依據委任事務的性質，應該給與報酬者，委任人纔負給付報酬的義務（第五四七條）。茲把報酬的種類，及給付時期，並委任關係中途終止時的報酬說明於左：

（A）報酬的種類 報酬，不以金錢爲限，亦可約以物品；但是約以供給勞務爲報酬的，則爲委任和僱傭的混合契約，約以物的使用收益爲報酬的，則爲委任和租賃的混合契約。

（B）報酬給付的時期 受任人應該受領報酬者，除了契約另有訂定以外，非於委任關係終止，及爲明確報告顛末以後，不得請求給付（第五四八條第一項）。

（C）委任關係中途終止的報酬 受任人應該受領報酬者，如果委任關係，因爲非可歸責於受任人的事由，而在事務處理未完畢以前即已終止，受任人還得就其已處理的部份行使報酬請求權（第五四八條第二項）。何謂就其已處理的部份請求報酬？就是按照已費勞力的比例而請求其報酬。委任關係中途終止，既非出於受任人的故意或是過失，自應許其

請求報酬。但是委任關係因可歸責於受任人的事由而終止者，受任人即不得請給報酬。

### 第三節 委任契約的消滅

委任契約，除了因一般契約的共通消滅原因（委任事務的消滅，事務處理的不能，期間的滿了，解除條件的成就等）而消滅以外，尚有左列的特別消滅事由：

（一）終止契約 委任契約，既以信任關係為主，雙方當事人自有隨時終止契約的權利（第五四九條第一項）。所謂隨時，即不要有不得已的事由，而在任何時期，都得自由解任或是辭職。若是當事人的一方，在不利於他方的時期終止契約，除了因非可歸責於該當事人的事由，而致不得不終止契約以外，應該負損害賠償的責任（第五四九條第二項）。何謂不利於他方的時期？即是當事人的一方，在不適當的時期內終止契約，而致他方受了損害。例如委任人於受任人旅行中解任，而使其自備歸途川資，或是受任人於委任人不在中辭職，而使其事務完全停頓。何謂因非可歸責於當事人的事由？即指有不得已的事由而言。例如委任人因天災不能繼續其事務，或是

受任人因疾病不能處理其事務是。

(二)當事人死亡破產或是喪失能力 當事人的一方死亡，破產，或是喪失行為能力者，除了契約另有訂定，或是因委任事務的性質不能消滅以外，委任關係都應該歸於消滅（第五五〇條）。爲什麼？當事人的一方，既已「死亡」，則以信任關係爲基礎的委任關係，自不便由他人繼續下去，應該使牠歸於消滅。又當事人的一方，如有「破產」，不但其信任關係有了變更，並且委任人一旦破產已不能理管或是處分其財產，委任關係，自應因之而消滅。至當事人的一方「喪失行為能力」，如果這一方是受任人，他既已不能爲善良管理人的注意，若是委任人，他亦不能對於受任人爲監督，所以委任關係，原則上也應該歸於消滅。委任關係因爲當事人的一方死亡，破產，或是喪失行為能力而消滅，如果有損害委任人利益之虞，則受任人或是其繼承人，或是其法定代理人，於委任人，或是其繼承人，或是其法定代理人能接受委任事務以前，應該繼續處理其事務（第五五一條）。因爲委任關係消滅的事由一旦發生，如果即時使其委任關係消滅，則遇有必須處理的事務，勢必因委任人，或是其繼承人，或是其法定代理人尙未接受，而致一時無人處理，受了不測的損

害；所以民法爲保護委任人的利益，仍使受任人，或是其繼承人，或是其法定代理人，繼續處理其事務。

(三) 委任關係的視爲存續 委任關係消滅的事由，係由當事人的一方發生者，在他方知其事由，或是可得而知其事由以前，其委任關係應該「視爲存續」(第五五二條。)爲什麼當事人的一方，雖發生委任關係消滅的事由，他方還是不知，或是不可得而知者，若是遽認委任關係不能存續，勢必使善意相對人有受損害的可能。所以委任關係消滅的事由，雖是已經發生，在他方未知或是未得知以前，還有一種對抗力。

## 第十一章 經理人及代辦商

### 第一節 經理人

#### 第一款 經理人的意義

何謂經理人？即是由商號所有人授與經理權，而使其得為商號管理事務，及為其簽名的隸屬輔助人（第五五三條第一項）。茲把其性質分析說明如左：

（一）經理人係由商號所選任的人。何謂商號？即商號所有人（即商業主體）在其營業上用以表彰自己的名稱。何謂受商號所選任？即商號所有人以特定商號的名義而授與經理權。這項選任人（即商業所有人）和被選任人（即經理人）間的法律關係是怎樣？依照民法所規定，只以經理人是具有經理權的人，並且未規定其為商業使用人，則其法律關係，自不能完全謂

爲一種僱傭關係。所以商業所有人選任經理人的行爲，有的本於僱傭契約，有的本於委任或是承攬等契約。

(二) 經理人係爲商號管理事務及代其簽名的人。經理人既應爲商號處理事務，即應有爲商號管理事務及代其簽名的權限。這種權限，即叫做「經理權」，僅經理人享有之，夥友及勞務人都沒有這種權限。爲什麼？夥友及勞務人和商號所有人間，只有內部關係，自然沒有法定的一般代理權；經理人和商號所有人間，則並有外部關係，當然有「法定的一般代理權」。何謂法定的一般代理權？就是經理人就管理商號事務有法定的代理權限。這種權限，雖有法定範圍，却是由授權行爲而生的，自與「法定代理」不同。

所謂爲商號管理事務，即是經理人對於特定商號的營業上事務有處理的權限。這種事務，不管爲法律的，還是非法的，不管爲內部的，還是外部的，更不管爲審判外的，還是審判上的，都可包含在內。若是與營業無關的事務，或是特定商號以外的事務，則經理人非受特別委任，不得處理。

何謂代其簽名？即是經理人得以代表商號，而於文件上簽名。這項簽名的權限，是基於管理事

務的權限而來的，如果不許其有簽名的權限，是即對於經理權加了限制，這種限制是不得對抗第三人的。至於簽名的方法，通常雖簽自己的姓名，並且冠以某商號經理人的字樣；但是只標明商號或是其姓名，也是可以的。

(三) 經理人係為隸屬輔助人 商業主體，常有不能獨自經營，而要依賴各種補助機關去活動。這等補助機關，以是否有獨立的地位為標準，可分為「獨立輔助人」和「從屬輔助人」兩種：前者雖是補助商業主體的營業，卻未參加其營業組織，例如代辦商，居間人，行紀人，倉庫營業人，運送人，承攬運送人是，後者不但補助商業主體的營業，並且參加其營業組織，例如經理人，店員，學徒是。根據上而所說，經理人為隸屬輔助人的一種，可無疑義；惟其和他項隸屬輔助人仍有不同，就是經理人有法定範圍的經理權。

## 第二款 經理權

(一) 經理權的授與 何謂經理權？就是兼指內部的一項營業處理權限，及對外的一般商業代理權限而言的。經理人和商號所有人的內部關係，是為「委任關係」，原則上應有營業全體

處理權限；經理人對第三人的外部關係，是爲「代理關係」原則上應有一般商業代理權限。惟委任和「授權行爲」不同，有了委任關係，另有授權行爲，纔可對外代理，至其授與的方式，則明示或是默示都可（第五五三條第二項）。

（二）經理權的範圍 經理權的範圍，可分述如左：

（1）經理權係代理營業上的行爲 關於商號營業上的行爲，可由經理人代理，但社交上的行爲，及身分上的行爲，則不得代理。又經理人的行爲，係就抽像方面觀察，其具體行爲，是否真正的爲營業而爲，那就可以不問了：例如經理人以商號的名義，借了私用的金錢，商號所有人仍要負責是。

（2）經理權係代理營業上的特定行爲 何謂營業上的特定行爲？就是指管理某部分或是某分號的營業事務而言。經理人對於商號的經理權，本以管理商號全部事務或是一個商號爲原則；但是在經營數種營業的商號，不妨限定一經理人管理商號事務的一部，在設立數個分號的商號，也不妨限定一經理人管理一分號或是數分號（第五五三條第三項）。

(3) 經理權係代理營業上的一切必要行爲。依照民法第五五四條第一項所規定，經理人對於第三人的關係，是就商號或是分號或是其事務的一部，視爲其有爲管理上一切必要行爲的權限。何謂商號或是其分號或是其事務的一部？卽是商號所有人授權於經理人所管理的商號或是其分號或是其事務的一部。何謂營業上的一切必要行爲？卽指與管理商號事務有關的一切行爲而言。這種行爲，不問是尋常的和重大的，不問是本業的和附屬的，更不問是有償的和無償的，凡是有關於管理商號事務，經理人都得代理，若是不關於管理商號事務，經理人就不得代理。前者例如買賣貨物，僱用夥友，借貸金錢，發行期票等行爲是。後者例如轉讓營業，讓與商號等行爲是。

又不動產的買賣或是設定負擔（例如抵押），因與商業所有人有重大的利害關係，自須另有書面的授權，經理人纔得爲之，否則不能發生效力（第五五四條第二項）。

(4) 經理權係代理爲訴訟上的行爲。凡由他人代理訴訟上的行爲，原應由本人提出委任書，惟經理人就其所任的事務，則基於其法定的權限，當然能代表商號爲這項行爲，不要經

商號的特別委任，所以民法第五五五條明定：「經理人就所任之事務，視為有代表商號為原告，或被告，或其他一切訴訟上行爲之權。」

(5) 共同經理 何謂共同經理？即是把一個經理權授與數經理人全體或是其中數人，而使共同行使其經理權。商業主體，原可就特定的商號，或是就其分號，或是就其事務的一部，設置數經理人，而使其單獨行使經理權；惟爲防止經理權的誤用或是濫用，以及彼此行動的衝突，也可使其共同行使一經理權，藉以限制其活動。雖然，在重要履行方式的行爲，不問經理權由若干人共同行使，其對外簽名時，只要有了二人，即可對於商號發生效力（第五五六條）。

(6) 經理權的限制 經理權既有法定的範圍，如果商號再加以限制，在其相互間雖可生效，但其對於善意第三人，則不得對抗。雖然，第五五三條第三項，第五五四條第二項，及第五五六條所規定的，既爲法定的限制，第三人即應該加以注意，如果因爲不爲注意，而與其發生交易關係，雖對於善意第三人，也可以對抗（第五五七條）。

### 第三款 經理人的權利義務

經理人的權利義務怎樣，應該依照其與商號的内部關係決定之，經理人與商號的法律關係，既有本於委任契約而生，自與夥友及勞務人與商號的法律關係，全本於僱傭契約者不同。所以經理人不問是有償委任，抑是無償委任，其權利義務大概都和受任人一樣，沒有再說的必要。現在專把經理人「不為競業的義務」分述如左：

(一) 競業禁止的範圍 經理人負有不為競業的義務，但究應在什麼範圍內負此義務呢？依照民法第五六二條所規定，競業禁止的範圍，只以經理人為自己或為第三人經營與其所經理的同類事業，或是為同類事業公司的無限責任股東為限。這種禁止，原為保護商號所有人的私人利益，所以如果商號所有人已經表示允許，則經理人為這種行為，即為法所不禁。惟此所謂允許，必須必有明示，即為默示亦可：例如商號所有人選任向來經營某業的人為經理人，在選任時並未表示禁止的意思，這即可認為默示的允許是。

(二) 違反競業禁止的制裁 經理人違反這種義務者，商號所有人得請求損害賠償；惟其究竟有沒有損害，及損害的程度是怎樣，事實上很難證明，不如許商號請求把經理人因其行為所

得的利益替代損害賠償，較爲簡捷，所以民法特設第五六三條第一項的規定。雖然，這種請求權，應該於商號知有違反行爲時起一個月以內，或是違反行爲時起一年以內行使，如果逾期不行使，其請求權即歸於消滅（第五六三條第二項）。

#### 第四款 經理權的消滅

經理權的授與，既是隨同商號所有人和經理人的基本法律關係而生的，如果其基本法律關係已歸消滅，經理權也要因之而消滅。所以經理人的死亡，破產，或是喪失行爲能力，以及商號的歇業，或是讓與，都得爲基本法律關係消滅的原因，當然同時也得爲經理權消滅的原因。惟在商號歇業以後，商號所有人如未明白辭退經理人，其經理人就歇業後的事務而爲處理者，仍是直接的對於商號所有人發生效力（參照前大理院民國四年上字一一五號判例）。至於商號所有人死亡，破產，或是喪失行爲能力時，則依據民法第五六四條所規定，經理權不因之而消滅。爲什麼經理權的授與，既以管理商號事務爲目的，其經理權如因商務所有人的死亡，破產，或是喪失行爲能力而消滅，實足阻礙商業的進行，故民法有對委任契約的規定（第五五〇條參照），設例外規定的必

要。

## 第二節 代辦商

### 第一款 代辦商的意義

何謂代辦商？即是非經理人而由商號授與代辦權，使其在一定處所或是一定區域內，以該商號的名義，辦理其事務的全部或一部的商業輔助人（第五五八條第一項），茲把其性質分析說明於左：

（一）代辦商係受商號委託的人。這處所謂代辦商，係指受商號委託辦理事務而言的，若是未受商號委託辦理事務，雖有時也用代辦商名稱，卻非民法上所謂代辦商；例如農業，漁業，林業等輔助人。何謂受商號委託？即是受商業主體的委託，辦理其特定商號的營業事務。這種委託，原有繼續的關係，並且為特定人為代理，是和臨時的商業代理人及居間人不同。代辦商和本商號的法律關係怎樣，純是依據「代辦商契約」以為決定。代辦商契約，既以辦理工商號事務為目的，而和

委任契約沒有什麼區別，則其契約自可解爲「有償委任契約」，除了本節另有特別規定以外，即可適用關於委任的規定。

(二)代辦商係在一定處所或是一定區域內辦理商號事務的人。代辦商是於一定處所或是一定區域內代辦商號事務，這是和「經理人」不同的。所謂「於一定處所」即指住居於特定地點而言。所謂「於一定區域」即指巡行於特定地段而言。至於代辦商的任務，不外在於一定地方，而爲某商號締約或是介紹，使其營業利益得到保持，並且能逐漸增進。例如覓求主顧開闢銷路，調查商情貢獻計劃等，代辦商都可辦理。

(三)代辦商係以商號名義辦理其事務全部或是一部分的人。代辦商代辦營業事務，要用商業主體特定商號的名義，這是他和「行紀人」及「承攬運送人」不同。而與經理人無異了。惟經理人管理事務，原有一定的法定權限，商號不得任意加以限制的；代辦商辦理事務，則無一定的法定權限，商號可以任意限定之。所以前者可以發生不得對抗善意第三人的問題，而在後者則這種問題絕對不致發生。

(四)代辦商係非經理人 代辦商和經理人雖同為商業輔助人，但是一係參加營業組織，而居於隸屬的地位；一係不參加營業組織，而居於獨立的地位。現在把他們的重要區別說明於下：

(1)經理人為隸屬輔助人，而非自為商業主體，代辦商為獨立輔助人，並且自為商業主體；(2)經理人常為單一商號管理事務，代辦商則得為數個商號辦理事務；(3)經理人處理事務，常在商號的營業所，代辦商處理事務，則另有獨立的營業所；(4)經理人執行業務，由商號負擔其費用，代辦商執行業務，原則上由自己負擔其費用；(5)經理人的報酬，通常按照其時期給付，代辦商的報酬，通常按照其代辦事務的重要程度及多寡而給付。

### 第二款 代辦權

(一)代辦權的授與 何謂代辦權？就是兼指內部的處理權限，及對外的代理權限而言的。代辦商與本商號的內部關係，是為「委任關係」，應該有「處理權限」；代辦商對第三人的外部關係，是為「代理關係」，也應該有「代理權限」。所以商號委託他人為代辦商，不但要授與代理權，並且要表明為某商號所約定的代辦商。

(二) 代辦權的範圍 代辦權的範圍怎樣，固應依授權行爲的內容決定之；但是依照民法第五五八條第二項所規定，代辦商對於第三人的關係，就其所代辦的事務，只要商號沒有特加限制，凡與其有關聯的一切必要行爲，都視爲享有代理權，不得主張對於商號不生效力。

代辦商就其所代辦的事務，雖是享有代理權；但是其權限則較經理人的權限爲狹，不但不得負擔票據上的義務，也不得爲消費借貸，或是爲訴訟；縱使這等行爲和代辦事務有關，亦非有書面的授權，不得爲之（第五五八條第三項。）

### 第三款 代辦商的權利義務

#### (一) 代辦商的權利。

(1) 報酬給付請求權 代辦商爲商號辦理事務，原則上得向商號請給報酬，其報酬的種類、額數，及支付時期如何，應該依照契約所定；無約定者，應該依照習慣，如果無約定，亦無習慣，則依照其代辦事務的重要程度及多寡決定之（第五六〇條。）

(2) 費用償還請求權 代辦商爲商號辦理事務，所支出的必要費用，是否可以請求償

還，要看其有無約定或是習慣爲斷；有約定者，應該依照約定請求償還；無約定者，依照習慣請求償還。如果無約定，亦無習慣，代辦商除了得依代辦事務的重要程度及其多寡請求報酬以外，不得行使費用償還請求權（第五六〇條）。

（二）代辦商的義務。

（1）報告的義務 代辦商受了委託以後，要使本商號明瞭商業狀況及其交易情形怎樣，即應該負報告的義務。所以代辦商就其代辦的事務，應該把其處所或是區域的商業狀況隨時報告於其商號，並且應該把其所爲的交易，即時向商號爲報告（第五五九條）。

（2）競業禁止的義務 代辦商對於本商號，不但負有代辦事務的積極義務，並且負有競業禁止的消極義務。關於競業禁止的範圍，及其違反義務的制裁，都和經理人一樣，在民法第五六二條及第五六三條有明文規定。關於這等情事，前面已詳細說過，現在不再敘述了。

第四款 代辦權的消滅

代辦權的消滅，即爲代辦商契約的終了，自可適用委任契約的規定；惟民法關於代辦權的消

滅，尙設有特別規定，分述於左：

(一)終止契約 代辦權定有期限的，應該於期限屆滿時消滅；未定期限的，當事人的一方，都得隨時終止契約，而使其代辦權消滅。惟爲避免當事人易受其損害，終止契約的一方，應該在三個月前通知他方（第五六一條第一項）。但這是就通常情形而說的，若是因非可歸責於自己的事由，而致不得不終止契約者，當事人的一方得不必先期通知而終止契約（第五六一條第二項）。

(二)代辦商死亡破產或是喪失行爲能力 代辦權和經理權一樣，只以代辦商的死亡，破產，或是喪失行爲能力爲消滅原因，不因商號所有人的死亡，破產，或是喪失行爲能力而消滅，這在民法第五六四條有明文規定，其立法理由如何，前面亦已經說過，現在不須再述。

## 第十二章 居間

### 第一節 居間的意義

何謂居間？即是當事人約定一方（居間人）爲他方（委託人）報告訂約的機會，或是爲訂約的媒介，他方給付報酬的契約（第五六五條）現在把牠的性質分析說明於左：

（一）居間爲契約 居間屬於左列各種契約：

（1）居間爲諾成契約，並且爲不要式契約 居間契約，只要雙方當事人有合意，即能成立，是爲「諾成契約。」又其意思表示不要遵依一定方式，是爲「不要式契約。」

（2）居間爲雙務契約，並且爲有償契約 居間契約成立以後，居間人要負擔報告或是媒介的債務，委託人要負擔給付報酬的債務，是爲「雙務契約。」又其雙方所爲的給付互有對

價關係，是爲「有償契約。」

(3) 居間爲獨立的有名契約 居間人雖已爲報告或媒介，但尙要等到因其報告或媒介而成立契約，纔得請求報酬，故和「僱傭」及「委任」不同。又居間人有了報告或是媒介，其契約能不能成立（即工作完成與否），不是居間人所得自主的，故和「承攬」不同。居間契約，既不可認爲僱傭，委任，或是承攬，而民法又把牠規定於各種之債中，其爲獨立的「有名契約」可無疑義。

(二) 居間係居間人爲委託人報告訂約機會，或是爲訂約媒介的契約 何謂報告訂約機會？即是委託人未有訂約的相對人，而居間人爲他調查報告，使其知有訂約的機會。何謂訂約媒介？即是委託人已有訂約的相對人，而居間人從中說合，使得自行訂立契約。居間人只可爲訂約的媒介，而不得爲契約的締結，是其和「締約代辦商」、「行紀人」不同。又居間人非爲特定商人爲媒介，而爲一般人爲媒介，是其和「媒介代辦商」不同。

居間人能媒介什麼事項，法律無限制的規定，只要不違反公序良俗，不管牠是民事商事，都得媒介。例如僱工媒介，買賣媒介，借款媒介，租屋媒介，保險媒介等是。

(三) 居間係委託人給付報酬的契約。居間為有償契約，以給付報酬為其要素，若是不須給付報酬，即不能認為「民法上的居間」。惟婚姻契約和一般契約不同，縱使其契約因居間而成立，亦不得約定報酬，如有約定，應該作為無效（第五七三條）。茲就報酬的合意，額數，及給付時期分述於左：

(1) 報酬的合意。關於報酬的約定，自須出於當事人間明示的或是默示的合意，惟依照居間人的身分，職業，及交易上的習慣等情形，非受報酬，即不為報告訂約機會或是媒介者，即「視為允與報酬」（第五六六條第一項）。

(2) 報酬的額數。報酬的額數，應該以約定報酬額為準，其未經約定者，應該按照價目表所定給付；其無價目表者，應該按照習慣給付（第五六六條第二項）。

(3) 報酬給付的時期。居間人得請給報酬，以契約因其報告或是媒介而成立者為限，故報酬給付的時期，要在契約有效成立以後，可不待言。如果其契約附有停止條件，亦要在該條件成就以後，居間人纔得請求報酬（第五六八條）。

## 第二節 居間的效力

### 第一款 居間人的權利

(一) 報酬給付請求權 給付報酬，爲居間契約的要素，也就是委託人的主要義務。關於報酬的合意，額數，及給付的時期，前面已經說過了，現在專就左列三點說明：

(1) 報酬的負擔 居間人所負的義務，多係對於當事人雙方而履行，則因媒介應得的報酬，除了契約另有訂定，或是另有習慣以外，也應該由契約當事人雙方平均負擔（第五七〇條），不得請求委託人一方給付。

(2) 報酬的免除 居間人所媒介的契約成立後，委託人即應履行給付報酬的義務；但是依照民法第五七一條所規定，居間人如果違反其對於委託人的義務，而爲利於其相對人的行爲，或是違反誠實及信用方法，而由相對人收受利益者，居間人不得請求報酬。所謂居間人不得請求報酬，即是委託人免除報酬給付的義務。

(3) 報酬的減少 委託人得與其相對人的契約，既係因居間人的報告或是媒介而成，則其約定的報酬，自不得任意減少；但是居間人常乘着委託人無智識經驗，而榨取鉅額的報酬（例如僱工媒介），如果仍強令其照約給付，事實上是很失公平的。所以遇有這樣情形，法院得因委託人的聲請，而把牠酌量減少；惟其已為給付者，即其減額請求權已經拋棄，自不許再行請求返還（第五七二條）。

(二) 費用償還請求權 居間人既已收受報酬，其因報告或是媒介所支出的費用，自不得更請求償還。又居間人雖已為報告或是媒介，而契約不成立者，居間人亦不得請求償還費用；惟在上述二種情形，如另訂有特約，居間人即得請求償還（第五六九條）。不過居間人違反對委託人的義務，而為利於其相對人的行為，或是違反誠實及信用方法，而由相對人收受利益者，不但不得向委託人請求報酬，並且不得請求償還費用（第五七一條）。

### 第二款 居間人的義務

(一) 報告訂約機會或是為其媒介的義務 居間既係一方為他方報告或是媒介，而由他

方給付報酬的契約，則居間人對於委託人，自應負報告或是媒介的義務。居間人對於這種義務，須依照債務的本旨，及誠實信用的方法，而妥慎履行。如果居間人違反這種義務，不但對於委託人不得請求報酬，並要負賠償損害的責任。

(二) 據實報告及妥為媒介的義務 居間人既是居於中間的地位，即應該一方面要為委託人的利益而計劃，他方面要為委託人的相對人的利益而考慮，纔算公平。如果居間人關於訂約的事項，不能就其所知，據實報告於各當事人，勢必發生不公平的結果。所以民法特設第五六七條前段的規定，而使居間人負擔據實報告的義務。又委託人或是其相對人顯無支付能力，或是知其無訂約能力者，居間人都不得為其媒介（第五六七條後段），以保護雙方當事人的利益。

(三) 隱名媒介的義務 當事人的交易，本以互通姓名或是商號為常；但是當事人的一方，如果指定居間人不得把其姓名或是商號告知相對人，居間人自有不告知的義務（第五七五條第一項）。

居間人只是替雙方說合，就其媒介所成立的契約，自無為當事人給付或是受領給付的權義

(第五七四條。)惟居間人未以當事人一方的姓名，或是商號告知他方，而他方即無從爲履行或是請求履行者，這時居間人就該方當事人由契約所生的義務，自應該負責履行，並得爲其受領給付(第五七五條第二項。)這項情形，雖可稱爲居間人的介入；但是他只有介入的義務，而無介入的權利，是和「行紀人的介入權」不同的。

### 第三節 居間契約的消滅

居間契約，除了因有一般契約的共通消滅事由而消滅以外，左列兩點，得解爲居間的特別消滅事由：

- (一) 委託人終止契約 居間人雖已爲報告或是媒介，但其契約成立與否，還是完全由委託人決定的。委託人既有這種自由，其在委託居間以後，契約未成立以前，自得隨時終止居間契約。
- (二) 居間人死亡 委託人既因信任居間人，纔委託其居間，如果居間人已經死亡，其居間契約當因而消滅，可無疑義。

## 第十三章 行紀

### 第一節 行紀的意義

何謂行紀？即是用自己的名義，爲他人（委託人）的計算，爲動產的買賣或是其他商業上的交易，而受報酬的營業（第五七六條）。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）行紀係以自己的名義而爲交易。何謂以自己的名義？既是行紀人自己爲交易的主體。就這一點說，他和「代理人」及「居間人」都有不同。（1）代理人係以他人（即本人）的名義，而代其爲法律行爲，不是自己取得權利，自己負擔義務的；行紀人係以自己的名義，而代其爲交易行爲，即是自己取得權利，自己負擔義務的。（2）居間人只可爲他人報告訂約的機會，或是爲訂約的媒介，自己不是權利義務的主體；行紀人則代他人爲動產的買賣，或是其他商業上的交

易，自己即為權利義務的主體。

(二)行紀係為他人的計算而為交易。何謂為他人的計算？即是因交易行為所生的利益和損失都歸於他人（即委託人）。凡非為他人的計算，而專為自己計算的，不得謂為行紀人。但若為他人的計算，而兼為自己計算，則仍可以認為行紀人。

(三)行紀係為動產買賣或是其他商業上的交易。行紀人代為行為的範圍，有的限於商品或是有價證券的買賣；有的限於物品的買賣。依照民法所規定，行紀不僅以動產的買賣為限，就是其他商業上的交易，也包括在內。行紀人代為的買賣，既以動產為限，不動產的買賣，自不屬於其營業範圍了。何謂其他商業上的交易？就是指動產買賣以外的商業上交易而言；例如代租船舶，代納關稅，代結運送契約，代結保險契約都是。惟在實際上，行紀以動產買賣為多。

(四)行紀係受報酬的營業。何謂營業？就是繼續的以營利為目的的事業。以代他人交易為營業者，纔可叫做「行紀」。若是偶爾的代為交易，而非以其為營業，則非民法上所謂行紀。雖然，以代他人交易為營業，並且兼營他業的，也無不可；例如行紀人兼營倉庫營業是。行紀既係營業的

一種，當然要收受報酬（俗稱佣金），雖未經約定，行紀人仍不妨請求。

（五）行紀人與交易相對人的關係 何謂交易相對人？即係行紀人爲委託人的計算，而用自己名義和他相交易的人。行紀人和相對人間的關係，純爲直接的交易關係，而與通常買賣當事人無異。所以行紀人對於交易的相對人，應該自得權利，並且自負義務（第五七八條），委託人則不負什麼義務，享什麼權利，必須經過行紀人的移轉，纔可向相對人主張其權利。至於行紀人曾否表明該交易係爲委託人而爲，相對人是否知其行爲係爲委託人而爲，那都可以不問了。

（六）行紀人與委託人的關係 行紀人爲交易行爲，既是完全基於他人的委託，則其和委託人間的關係，是較受任人和委任人間的關係大致相同。自以認爲「委任契約」爲宜。況且行紀除了本節有規定以外，適用關於委任的規定（第五七七條），則其應解爲「委任契約」，更無疑義。

行紀人和委託人間既爲委任契約關係，則其由交易相對人所取得的權利，自應該把牠移轉於委託人（第五四一條第二項），這是和「代理關係」直接對本人生效不同的。

## 第二節 行紀人的義務

(一) 注意的義務 依照有價委任的規定，行紀人就其所擔任的行爲，應該爲善良管理人的注意（第五三五條後段參照。）

(二) 報告的義務 行紀人實行交易行爲以後，應該把其進行狀況從速報告委託人，使其明瞭實際情形而能給以指示（第五四〇條參照。）

(三) 交付及移轉義務 行紀人由交易行爲所收取的金錢及物品，固要交付於委託人，就是其由交易行爲所取得的債權，也要移轉於委託人（第五四一條。）

(四) 遵依指示的義務 行紀人爲交易行爲，應該遵依委託人的指示（第五三五條後段）。如果違反其指示，委託人可以拒絕承受其行爲的結果，並且得以請求損害賠償。但是遇有緊迫的情事，並可推知委託人，若是知有這種情事，亦允許變更其指示者則爲例外（第五三六條參照。）

(五) 直接履行的義務 行紀人既以自己的名義，爲委託人訂立買賣契約，其契約的他方

當事人，如果不履行債務，除了契約另有訂定，或是另有習慣以外，對於委託人行紀人應該負直接履行契約的義務（第五七九條。）行紀人負這種義務，雖和「保證人」的地位相似；但是債務人不履行債務的，保證人還有檢索的權利；至買賣相對人不履行債務，則行紀人無檢索的權利，這是他們不同的要點。

（六）指值差額負擔的義務 何謂指值？即是委託人指定賣出或是買入的價額。行紀人既受委託人的委託而為買賣，即應該以委託人所指定的價額為準。凡是以低於委託人所指定的價額賣出，或是以高於委託人所指定的價額買入，是即通俗所謂「賤賣貴買」其買賣契約的結果，即可由委託人拒受；但行紀人擔任補償其差額者，對於委任人仍可發生效力（第五八〇條。）反之，以高於委託人所指定的價額賣出，或是以低於委託人所指定的價額買入，是即通俗所謂「貴賣賤買」其因此所生的利益，似應由行紀人享受；但是行紀人既為委託人的計算而為買賣，則其利益自應歸屬於委託人了（第五八一條。）

（七）買賣物保管的義務 行紀人為委託人為買賣，而占有其標的物者，可適用寄託的規

定（第五八三條第一項）對於占有的物應以善良管理人的注意而為保管（第五九〇條參照）。惟行紀人對於所占有的買賣物，雖有保管的義務，卻無「代付保險的義務」，必須委託人認為應付保險，而另有指示，行紀人纔負代付保險的責任（第五八三條第二項）。

（八）出賣物處置的義務 委託出賣的標的物，於達到行紀人時有瑕疵，或是依其物的性質易於敗壞者，行紀人為保護委託人的利益，應該與保護自己的利益為同一的處置（第五八四條）。為什麼？出賣物既已達到於行紀人的處所，其物如果有瑕疵或是敗壞，委託人即不能自為處置。此時若不責令行紀人為適當的處置，即無以保護委託人的利益了。

### 第三節 行紀人的權利

（一）報酬給付請求權 行紀的委託契約，既為有償委任的一種，行紀人自得依照約定或是習慣請給報酬（第五八二條前段）。報酬的額數，及給付時期，應該依照約定或是習慣，無約定或習慣者，其數額應該公平估計，其給付時期，應該在交易行為實行完畢以後（第五四八條參

照。

(二)費用償還請求權 行紀人爲委託人墊出的寄存費，或是運送費，固得依約定，或是習慣請求償還；就是爲委託人的利益所支出的費用（例如改良包皮，訂約媒介等有益費是）也得請求償還。有益費既可請求償還，必要費（例如代付貨價，代繳稅捐等費用是）更可請求償還（第五四六條參照）可無疑義。又行紀人代墊的費用，當然應生利息，所以委託人不但要償還其各種費用，並且應從支付之日起，支付法定利息（第五八二條）。

(三)拍賣提存權 行紀人得行使拍賣提存權，其情形有二：

(1)對於買入物的拍賣提存權 關於委託買入的物，行紀人既已依照委託人的指示，委託人即應該受領。如果委託人拒絕受領，行紀人得定一相當期限，催告委託人速爲受領，若是逾期還不受領，行紀人即得把其買入物拍賣，並且得於拍賣價金中，取償其對於委託人因委託關係所生債權的數額；其價金如有賸餘，行紀人並得爲他提存（第五八五條第一項）。買入的物若易於敗壞，則行紀人可把催告的程序省去，逕行拍賣買入物（第五八五條第二項）。

(2) 對於出賣物的拍賣提存權 關於委託出賣的物，行紀人如果不能賣出，或是委託人撤回其出賣的委託，委託人應該在相當期間把其取回或是處分。若是委託人在相當期間再不為取回或是處分，行紀人即得依照前條的規定，行使其權利（第五八六條。）所謂得依前條行使其權利，就是得行使其拍賣權及提存權。

(四) 介入權 行紀人本係受委託人的委託，而把其標的物向第三人出賣，或是從第三人買入的；但是於不害委託人的利益時，行紀人也得自為買受人或是出賣人。這種權利，就是行紀人的介入權，牠的性質是為「形成權」的一種，只要行紀人一方行使其權利，即可發生買賣關係。現在把牠的要件，效力，及視為介入的情事，分述於左：

(1) 介入的要件 依照民法第五八七條第一項所規定，行紀人行使介入權，要具備下列兩個要件：

(A) 受託買賣，須為貨幣，股票，或是其他市場定有市價的物 市場上既有市價，行紀人自不得任意高下其價，而致有害委託人的利益；但是市價時有高低，究應以何時為準呢？依

照本條所規定，其價值應以依照委託人的指示而為出賣或是買入時市場的市價決定之。

(B) 須當事人無反對的約定。如果當事人有反對的約定，行紀人即不得自為買受人或出賣人。

(2) 介入的效力。行紀人介入後，即與買受人或是出賣人立於同一的地位；換句話說，就是在委託賣出時，其對於委託人，具有與買受人同一的權利義務，在委託買入時，其對於委託人，具有與出賣人同一的權利義務。惟這項介入，只是履行委託契約的一方法，其行紀人的本質，却未因此而消失。所以報酬給付請求權，及費用償還請求權，行紀人仍可行使（第五八七條第二項）。

(3) 視為介入。行紀人不僅有介入的權利，有時並有介入的義務。依照民法第五八八條所規定，行紀人在得自為買受人或是出賣人時，如果只向委託人通知訂立契約的情事，而不把他方當事人的姓名告知者，即視為自己負擔該方當事人的義務，以保護委託人的利益。

## 第十四章 寄託

### 第一節 寄託的意義

何謂寄託<sup>?</sup>即是當事人一方（寄託人）把某物交付他方（受寄人），而他方允為保管的契約（第五八九條第一項。）現在把牠的性質分析說明於左：

（一）寄託為契約 寄託屬於左列各種契約：

（1）寄託為要物契約 寄託契約，只由雙方當事人約定保管，還是不能夠成立的，必須寄託人實行交付寄託物，纔能成立，是和「使用借貸」、「消費借貸」同為「要物契約」；惟借貸以交付為生效要件，寄託以交付為成立要件，是二者又有不同。

（2）寄託為不要式契約 寄託契約。雖以物的交付為法定要件，卻不須履行什麼方式，

是爲「不要式契約。」

(3) 寄託原則上爲無償契約，並且爲片務契約。寄託不以給付報酬爲要素，原則上自爲「無償契約」，並且爲「片務契約」，惟契約約給報酬，或是依照其情形，非受報酬，卽不爲保管者，受寄人纔得請給報酬（第五八九條第二項），這時成爲「有償契約」，並且爲「雙務契約」。

(二) 寄託係寄託人把某物交付受寄人，託爲保管的契約。寄託契約的主要目的，既在於爲物的保管，則其契約必須以約使保管爲其內容。茲把寄託物及其交付說明於次：

(1) 寄託物 何謂寄託物？卽交付保管之物。寄託物只以「有體物」爲限，不但人不得爲寄託的標的物，就是權利也不得爲寄託的標的物。至於寄託物的種類，則無什麼限制，不問其爲動產，抑爲不動產，都可締結寄託契約。不過締結不動產寄託契約，在事實上卻是很少的。

(2) 寄託物的交付 何謂寄託物的交付？就是移轉寄託物的占有。如果爲消費寄託，不但是要移轉其占有，並且要移轉其所有權。又寄託物不必由寄託人自己交付，可以使第三人代爲

交付，並且不必爲現實的交付，也可爲簡易的交付（第七六一條第一項。）

（三）寄託係受寄人允爲保管的契約。寄託契約，既以寄託物的保管爲其目的，則在受寄人未允爲保管以前，自不生契約的效力。

（1）保管。何謂保管？就是受寄人把寄託物置在自己管領的範圍，而維持牠的原狀。保管既只能爲保存行爲，而不得爲改良及利用的行爲，是和「管理」還有不同。究竟受寄人能爲什麼行爲，則因寄託物的種類，價格，及其保管的場所而定，至其爲積極的行爲，還是消極的行爲，則所不問。例如甲以牛馬託乙保管，乙供給養料，及爲防止走失的設備，都爲其必要行爲是。至提供保管的場所，只爲寄託的手段，當然不是牠的要件了。

（2）契約的內容兼有其他目的。寄託契約，固以寄託物的保管爲目的，如果以保管爲主要目的，同時兼以其他事項爲目的，是否仍爲寄託契約，關於此點，多數學者都認爲混合契約的一種。例如甲以牛託乙保管，同時又約定加以訓練，則爲寄託與僱傭或是承攬的混合契約是。如果保管不是契約的目的，而爲契約效力所生的結果，則不能認爲混合契約。例如承租人對於

租賃物，借用人對於借用物，雖都負有保管義務，卻非寄託與租賃或是使用借貸的混合是。

## 第二節 寄託的效力

### (一) 受寄人的義務

(1) 保管寄託物的義務 這項義務，為受寄人的主要義務，茲把左列幾點分別說明；

(A) 注意的程度 受寄人保管寄託物，應盡注意義務；但是其程度卻因有償和無償而有不同。在無償寄託，只要與處理自己事務為同一的注意；在有償寄託則應為善良管理人的注意（第五九〇條。）

(B) 保管的方法 關於保管的方法，通常依照寄託物的種類，價格，場所，及其有無報酬決定之；但是保管方法一經約定，受寄人即應該依從其約定，非有急迫的事情，並且可以推定寄託人若知有這種情事，亦允許變更其約定方法者，不得把牠任意變更（第五九四條。）

(C) 保管義務的專屬性 寄託契約，既以對人的信用關係做基礎，寄託物自應由受

寄人自爲保管（第五九二條前段）惟有左列的例外：

（甲）使第三人代爲保管 受寄人使第三人代爲保管，如果已經第三人的同意，或是另有習慣，或是有不得已的事由，都爲適法（第五九二條但書）否則使第三人代爲保管時，受寄人對於寄託物因此所受的損害，除了能證明縱不使第三人代爲保管，仍不免發生損害者以外，應該負賠償責任（第五九三條第一項）。適法的使第三人代爲保管，則受寄人只就第三人的選任及其對於第三人所爲的指示負賠償責任（第五九三條第二項）。

（乙）使第三人輔助保管 受寄人自爲保管，只以第三人爲其使用人，當然不受第五九二條及第五九三條的拘束；惟就該使用人的保管行爲，有故意或過失時，應該與自己的故意和過失負同一責任（第二二四條參照）。

（D）寄託物使用的限制 受寄人對於寄託物，原則上不得自由使用，必須經寄託人的同意，纔得自己使用或是使第三人使用之。若是受寄人違反這項同意的限制，而自己使用或是使第三人使用，其對於寄託人，即應該給與相當報酬。如有損害，除能證明縱不使用寄託

物，仍不免發生損害者以外，並應負賠償責任（第五九一條）。

（2）返還寄託物的義務 受寄人既為寄託人保管寄託物，在寄託關係終了時，自應負返還寄託物的義務。現在把應該注意的幾點說明於左：

（A）返還義務的性質 這種義務，原係基於寄託契約上的返還請求權而生的，寄託人如果尚有所有權及其他物權，又可行使其「物上請求權。」這即學說上所謂請求權的競合。惟無物上請求權時，寄託人只有契約上的返還請求權。

（B）返還的客體 寄託物的返還，除為後述的消費寄託外，應該返還其所收取的「原物。」如果寄託物生有孳息，則並要把孳息一併返還（第五九九條）。

（C）返還的處所 寄託物返還的處所，在當事人間有特約的，應該從其特約；無特約的，應該於該物應為保管之地返還之（第六〇〇條第一項）。若是寄託人適法的使第三人代為保管（第五九二條），或是適法的變更法定保管方法（第五九四條），而把寄託物轉置他處者，得於該物的現在地返還之（第六〇〇條第二項）。

(D) 第三人主張權利時的返還 第三人就寄託物主張其權利者（例如就該物主張所有權是，）受寄人仍有返還寄託物的義務，但第三人對於受寄人提起訴訟（例如對於受寄人提起所有物返還之訴是，）或為扣押者，（例如因主張所有物返還，而聲請強制執行，以致扣押寄託物是，）則為例外（第六〇四條第一項。）

(3) 危險通知的義務 第三人因就寄託物主張權利，而對於受寄人提起訴訟或為扣押時，受寄人應該把這種情形通知寄託人（第六〇四條第二項。）為什麼？第三人既已主張其權利，寄託物當即感受法律上的危險，受寄人應該從速通知於寄託人，使寄託人得有主張或保全自己權利的機會。這種義務，也是「附隨的義務。」寄託人自應履行。

### (二) 寄託人的義務

(1) 償還費用的義務 受寄人因保管寄託物而支出的必要費用，除了契約另有訂定以外，寄託人應該如數償還之（第五九五條。）何謂因保管的必要費用？即指履行保管義務所不可缺的費用而言的。

(2) 賠償損害的義務 受寄人因寄託物的性質或是瑕疵所受的損害，寄託人應該負賠償責任（第五九六條前段）；但是寄託人不負絕對的結果責任，只要寄託人能證明有下列情形之一，即可不負賠償責任：(A) 寄託人在寄託時，非因過失而不知寄託物有發生危險的性質或是瑕疵者，(B) 受寄人已知其有發生危險的性質或是瑕疵者（第五九六條但書）。

(3) 給付報酬的義務 給付報酬，並非寄託契約的要件，只有在雙方約定報酬時，寄託人纔有給付報酬的義務。茲把給付報酬的時期，及寄託中途終止時的報酬，說明於左：

(A) 給付報酬的時期 報酬未定期限的，應該在寄託關係終止時給付；分期約定報酬的，應該在每期屆滿時給付（第六〇一條第一項）。

(B) 寄託中途終止時的報酬 寄託物的保管，因非可歸責於受寄人的事由而終止者，除了契約另有訂定以外，受寄人得就其已為保管的部分，行使報酬請求權（第六〇一條第二項）。

(4) 短期時效 關於寄託契約的報酬請求權，費用償還請求權，或是損害賠償請求權，從寄託關係終止時起，一年間不行使而消滅，這就是債編中特設的短期消滅時效（第六〇五條）。

### 第三節 寄託契約的消滅

寄託契約，除了因一般契約的共通終了原因而消滅以外，尚有一種特別的終了原因。這種特別的終了原因，即是當事人的終止契約。民法對於寄託的終止契約，雖未標明終止契約的名詞，只用寄託人請求返還寄託物，或是受寄人返還寄託物等文字，然既經請求返還寄託物，或是返還寄託物，契約關係即應因而終止了。分別說明於左：

(一) 寄託人的終止契約 契約未定期限的，寄託人固得隨時終止契約；即使定有期限的，寄託人也得隨時請求返還寄託物（第五九七條）。民法所以認寄託人有這項權利，實以寄託原為寄託人的利益，如果寄託人既願拋棄其期限利益，自可許其隨時終止契約了。

(二) 受寄人的終止契約 契約未定期限的，受寄人固得以隨時終止契約；其定有期限的，則受寄人不得任意終止契約，必須受寄人有不得已的事由，纔得於期限屆滿前，返還寄託物（第五九八條。）

#### 第四節 消費寄託

(一) 消費寄託的意義 何謂消費寄託？即是寄託人寄託代替物，而約定把該物的所有權移轉於受寄人，使其以同種同質同量的物而為返還的寄託（第六〇二條前段）也叫做不規則寄託。這種寄託和「普通寄託」的區別，約有下列三點：(1) 普通寄託，多以保管不代替物為目的，消費寄託，則以保管代替物為目的；(2) 普通寄託，不要移轉寄託物的所有權，消費寄託，則要移轉寄託物的所有權；(3) 普通寄託，受寄人要返還原所受領的物，消費寄託，則受寄人可返還同種同質同量的物。

(二) 消費借貸規定的準用 消費寄託和「消費借貸」原有不同：一以消費為目的，其利

益偏重於借用人；一以保管爲目的，其利益則偏重於寄託人。惟消費寄託的標的物，不但須爲代替物，並且要把該物所有權移轉於受寄人，而由其返還同種同質同量的物，這幾點是完全和消費借貸沒有區別的。所以牠的性質，究竟和消費借貸相差不遠，因此民法明定消費寄託的受寄人從受領該物的時候起，適用關於消費借貸的規定（第六〇二條後段）。

（三）金錢借貸推定爲消費寄託 依照民法第六〇三條第一項所規定，寄託物爲金錢時，推定受寄人無返還原物的義務，而只要返還同一的數額。何謂推定？即是當事人沒有特約時，由法律推定當事人的意思而爲規定。這種寄託，既可推定爲消費寄託，自可適用關於消費借貸的規定了。惟民法尙設有左列的特別規定：

（A）利益及危險的移轉 寄託物如爲金錢，在其交付於受寄人時，牠的所有權，也隨之移轉了。所以牠的利益和危險也該在交付時，移轉於受寄人（第六〇三條第二項）。

（B）請求償還的限制 關於這種寄託物的返還，如果定有期限的，寄託人非有不得已的事由，不得於期限屆滿前請求償還（第六〇三條第三項）。

## 第五節 場所主人的責任及權利

何謂場所主人？即是以設備場所，招徠客人為營業的主人，例如旅店，飯食店，浴室等的店東是。這等營業的顧客，熙往攘來，人品複雜，不但是客人所攜帶的物品，常有遭受散失的危險；即是就住宿飲食所生的債權，亦有難受清償的危險。所以場所主人對於客人的物品，一方面要負責任，他方面要有權利，纔算公允。現在把他的責任及權利分述於次：

### (一) 場所主人的責任

(1) 旅店主人的責任 旅店或是其他以供客人住宿為目的的場所主人，既以供給住宿，招徠客人為其營業，其與客人間的關係，則為包含租賃，買賣，僱傭，寄託等項的混合契約。就寄託方面說，這種營業，就是所謂「旅舍寄託」，其對於客人所攜帶的物品，只要攜帶到了該旅店或是其他住宿的場所，不問其曾否交付主人保管，如果有了毀損喪失，即應該由該旅店主人負賠償責任；縱使其毀損喪失，由於第三人所致（例如客人的物品，為店內的其他客所竊取是），旅

店主人仍應該負同樣責任（第六〇六條第一項。）

但其物品的毀損喪失，若是由於不可抗力或是因其物的性質，或是因為客人自己或他的伴侶隨從來賓的故意或過失所致者，主人就可以不負責任了（第六〇六條第二項。）

（2）飲食店及浴室主人的責任 飲食店或是浴室的主人，對於客人所攜帶通常物品的毀損喪失，除有第六〇六條第二項所定的情形外，都應該負賠償責任（第六〇七條。）爲什麼？這等營業主人和客人的關係，既與旅店主人和客人的關係相同，他們的責任，也應該一樣；惟一則係對於客人攜帶的一切物品負責；一則只對於客人所攜帶的通常物品負責，是其責任還是略有不同。

（3）主人對於貴重物品的責任 客人的金錢，有價證券，珠寶，或是其他貴重物品，非經報明其物的性質及數量，而把牠交付保管者，主人概不負其責任（第六〇八條第一項。）這裏所謂主人，凡是旅店及住宿場所主人，飲食店及浴室主人，都包括在內。貴重物品，價值較重，損失亦易，如果未交付保管，仍責令主人負責，即未免太苛了；惟有下列兩種情形之一時，主人仍要負

責；(A) 主人無正當理由，而拒絕為客人保管前項物品者；(B) 物品因主人或是其僱用人的故意或是過失，而致毀損喪失者（第六〇八條第二項）。

(4) 主人責任的限制 主人應負的責任，雖可由雙方合意，加以限制，或是免除；若是僅以揭示，限制或免除第六〇六條至第六〇八條所定主人的責任者，這種揭示應該認為無效（第六〇九條）。因為法律規定這等責任，原為保護客人的利益，主人若以單方的表示，就可以把其責任減輕或免除，則不免有害客人的利益，自應為法律所不許。

(5) 請求權行使的條件 客人知其物品毀損喪失以後，應即把其情形通知主人，如果怠於通知，其損害賠償請求權即歸於喪失（第六一〇條）。為什麼客人未經交付的物品，既已遭遇毀損喪失，若不即時通知主人，勢必無從施其救濟，所以民法明定請求權的行使，要以通知為其條件。

(6) 請求權的消滅時效 依照第六〇六條至第六〇八條規定所生的損害賠償請求權，雖未因怠於通知，而依前項規定，歸諸喪失，若任有請求權者在通知後，長不行使，對於主人，很

有不利。所以這損害賠償請求權，應自發見喪失或是毀損的時候起，在六個月間不行使而消滅。自客人離去場所後，經過六個月者亦是一樣（第六一一條。）

（二）主人的權利 所謂主人的權利，即指主人有留置權而言。依據民法第六一二條所規定，主人就住宿飲食或是墊款所生的債權，在未受清償以前，對於客人所攜帶的行李及其他物品有「留置權」，這等債權在未受清償以前，如果不許主人對於行李等物品有留置權，則客人一旦離開他去，勢將無從索償了，所以民法有明認其有留置權的必要。

## 第十五章 倉庫

### 第一節 倉庫營業人的意義

何謂倉庫營業人？即是以受報酬而爲他人堆藏及保管物品爲營業的人（第六一三條。）現在把牠的性質分析說明於左：

（一）倉庫營業人係以倉庫爲營業的人

（1）倉庫 何謂倉庫？即指適於堆藏及保管物品的設備而言的。這種設備，非必須有倉庫的形式，只要足以堆藏物品。而供保管之用，都可叫做倉庫。又倉庫不必特爲供作倉庫而建造的，即一面作爲他用的場所亦可。至其所設備的倉庫，究爲倉庫營業人自有，抑係租自他人，則更非所問了。

(2) 要以倉庫為營業 所謂以倉庫為營業，即指以承受倉庫寄託為業而言的。倉庫營業人，必須係以倉庫為營業的，如果偶然收受報酬，而為他人堆藏及保管，或是因為他項營業關係，而當然為他人堆藏及保管（例如運送營業），都不是以倉庫寄託為營業，自不能謂為倉庫營業人。雖然，倉庫營業人不以倉庫為專業，而兼營他項營業，或經營他項營業，而以倉庫為副業，則無不可。

(二) 倉庫營業人係受報酬而為他人堆藏及保管物品人

(1) 要為他人堆藏及保管物品 這處所謂物品，當然只限於「動產」，不動產則不便於堆藏的，這是倉庫寄託和「通常寄託」的區別點。至於動產的容積怎樣，重量怎樣，價格怎樣，那都可以不問，只要適於堆藏及保管，不問什麼物品，均可作為其標的物。

倉庫寄託，係以堆藏與保管為目的，若是只有堆藏而不為保管，或是雖有保管而未設倉庫，都不是倉庫寄託。前者例如倉庫租賃，專把倉庫租與他人放置物品，並不負任何保管責任。後者例如通常寄託，雖是須有保管的處所，而不必特設倉庫是。至堆藏及保管的期間，則無一定的限制，通

常雖多爲長期的約定，若是約爲短期，仍不妨爲倉庫寄託。

(2) 要受報酬而爲他人堆藏及保管物品。倉庫營業人，既是以倉庫爲營業，則爲他人堆藏及保管物品，自然要由他人受領報酬，以爲營業上的收入。所以一般寄託，雖以無償爲原則，而倉庫寄託，則以有償爲要件。

(三) 倉庫營業人與寄託人間的法律關係。倉庫營業人既爲他人堆藏及保管物品，與寄託人間的法律關係，類似當事人間的關係，所以倉庫，除了倉庫營業節內的規定以外，準用關於寄託的規定（第六一四條）。

## 第二節 倉單

(一) 倉單的意義。何謂倉單？就是寄託人請求倉庫營業人就寄託物填發的證券，也叫做「倉庫證券」。這項證券的作用，是和提單相似的，即寄託物在倉庫營業人保管中，寄託人得據其證券而爲處分。

(二)倉單的主義 關於倉單的立法，從來有三個主義：(1)二單主義，也叫做複券主義，即是同時填發兩張倉單，一為存單（提取倉單），以供寄託物轉讓之用，一為質單（質入倉單），以供寄託物出質之用；(2)一單主義，也叫做一券主義，即是只填發一倉單，以供轉讓或是出質之用；(3)併用主義，也叫做單複併行主義，即是一單或是二單，得由寄託人選擇請求。我國金融狀況既未發達，倉庫營業，亦極幼稚，自以採用一單主義為妥。

(三)倉單的特質 茲把倉單的特質分述如左：

(1)倉單為要式證券 倉單應記載法定的事項，並應由倉庫營業人簽名，纔可發生效力，所以倉單是「要式證券」。依照民法所規定，倉庫應該記載下列的事項：(一)寄託人的姓名，及住址；(二)保管的場所；(三)受寄物的種類、品質、數量，及其包皮的種類、個數，及記號；(四)倉單填發地，及填發的年月日；(五)定有保管期間者，其期間；(六)保管費；(七)受寄物已付保險者，其保險金額，保險期間，及保險人的名號。上列各款事項，除了記載於倉單以外，並且應記載於倉單簿的存根（第六一六條）。

(2) 倉單爲文義證券。權利的內容及範圍，都依證券上所記載的文義而決定，故倉單爲「文義證券」。這種證券，得以背書讓與，轉轉流通，自有「流通證券」的效果。所以關於寄託的事項，在倉庫營業人和倉單持有人（占有倉單的人）間，應該以證券上記載的文義爲準。

(3) 倉單爲有價證券。證券上權利的處分及行使，和倉單占有有不可分離的關係，而其所表彰的寄託物所有權，又爲財產權，故倉單爲「有價證券」，可無疑義。

(4) 倉單的背書性。何謂倉單的背書性？即是倉單不問爲記名式的，抑爲指示式的，若無禁止讓與的記載，證券權利人都得以背書轉讓之。依照民法第六一八條所規定，貨物所有人，只要在倉單上面背書（即記載被背書人姓名，及背書年月日，並簽名），並經倉庫營業人簽名者，即可把倉單所載貨物的所有權轉讓。

(5) 倉單爲交換證券。倉單持有人非把倉單交還，不但不得請求返還寄託物，並且不得請求分割寄託物（第六一七條第一項），故倉單爲交換證券。

(四) 倉單的效力 其效力有二：

(1) 債權的效力 何謂債權的效力？就是倉單一經填發，倉單持有人對於倉庫營業人，即得依據倉單的記載，請求交付貨物。這種請求權，並非和票據相似，而為一種無因債權，牠是基於倉庫寄託的寄託物返還義務而生的。如果倉單的記載，實與契約所定的不符，仍應依照契約而行的。

(2) 物權的效力 何謂物權的效力？就是持有倉單，即等於持有倉單所記載的貨物。如果把貨物所有權移轉於他人，只要把倉單交付，也與交付現實貨物一樣；惟其發生所有權移轉的效力，尚以由貨物所有人在倉單上面背書，並經倉庫營業人的簽名為要件（第六一八條。）

### 第三節 倉庫營業人的權利義務

#### (一) 倉庫營業人的義務

(1) 填發倉單的義務 倉庫營業人，因寄託人的請求，即有由倉單簿填發倉單的義務（第六一五條。）何謂由倉單簿填發？即是倉庫營業人應備置一種倉單簿，另以用紙分為倉單

及存根兩聯，按照簿中所記載的，而以倉單填發於寄託人，以存根留作查考。這項倉單，一經寄託人請求，倉庫營業人即有填發的義務。故學說上稱倉單爲「因求證券」。倉單一經填發，倉單持有人，請求倉庫營業人把寄託物分割爲數部分，並填發各該部分的倉單時，倉庫營業人亦當應其請求而爲之分割填發，惟持有人要交還原倉單，並要負擔分割及填發新倉單的費用（第六一七條）。

（2）保管寄託物的義務 倉庫寄託既爲有價契約，倉庫營業人自應以善良管理人的注意負保管寄託物的義務（第六一四條第五九〇條後段）。民法關於保管期間，尙設有特別規定，分述於左：

（A）約定保管期間者 當事人曾約定保管期間者，倉庫營業人在約定保管期間屆滿以前，不得請求把寄託物移去（第六一九條第一項）。這是對於第五九八條第二項的特別規定。在通常寄託，其返還期限屆滿以前，受寄人如有不得已的事由，尙可返還寄託物；在倉庫寄託，則其保管期間屆滿以前，受寄人縱有不得已的事由，亦不得請求移去寄託物。

(B) 未定保管期間者 當事人未約定保管期間者，自爲保管的時候起，經過六個月後，倉庫營業人得以隨時請求把寄託物移去；但是應該在一個月前通知（第六一九條第二項）。這是對於第五九八條第一項的特別規定。在通常寄託，凡未定返還期限的，受寄人得以隨時返還寄託物；在倉庫寄託，則未定保管期限者，倉庫營業人必須保管寄託物經過六個月，並且要在一個月前通知，纔可請求移去寄託物。

(3) 返還寄託物的義務 倉庫營業人，既爲他人堆藏及保管物品，自應負返還的義務。關於返還的時期，在倉庫營業人，雖有一定的限制（第六一九條），而在寄託人，則得隨時請求返還（第六一四條，第五九七條）。至於返還的物體怎樣，要視其爲何種寄託而有不同：在各別倉庫寄託，應該依其所受領的原物而爲返還；在混藏倉庫寄託，應該就混合的共有物而爲返還；在數量倉庫寄託，則只以同種同質同量的物而爲返還。

(4) 容許檢點或是摘取樣本的義務 寄託人或是倉單持有人，如果請求檢點寄託物或是摘取樣本，倉庫營業人應該許其請求，使得知悉寄託物的情況，或是便於出賣或是出買

(第六二〇條。)

(二) 倉庫營業人的權利

(1) 保管費請求權 何謂保管費？即倉庫營業人因保管所應收取的報酬，倉庫營業人既以擔任保管為營業，即應該收受報酬。報酬有約定的，固可請求；無約定的，亦得請求。至於報酬應於什麼時期請求及半途終止是否得以請求報酬，都可準用有償寄託的規定以為解決（第六〇一條。)

(2) 費用償還請求權 倉庫營業人，如果就寄託物墊付各種費用（例如關稅，保險費，包裝修繕費等是，）除了契約另有訂定以外，都得請求償還。

(3) 損害賠償請求權 依照第五九六條所規定，倉庫營業人，因保管寄託物的性質或瑕疵所受的損害，原則上得向寄託人請求賠償（第六一四條。)

(4) 寄託物拍賣權 倉庫契約終止以後，寄託人或是倉單持有人，如果拒絕或是不願把寄託物移去，倉庫營業人得定相當期限，請求在期限內移去寄託物，逾期不移去時，倉庫營業

人得把寄託物拍賣，由拍賣代價中扣去拍賣費用及保管費用而以其餘額交付於應得的人  
(第六二二條。)

## 第十六章 運送營業

### 第一節 運送人的意義

何謂運送人？即是以運送物品或是旅客為營業而受運費的人（第六二二條。）現在將其性質，分析說明於左：

（一）運送人係以運送為營業的人

（1）運送的意義 何謂運送？就是使物品或是旅客從某處移至他處的作用。二處距離的長短及運送的方法，都可以不問。所以長距離的運送，固可叫做運送；就是短距離的運送，也可叫做運送。以舟車驢馬等而為運送，固可叫做運送；就是以人力擔負而為運送，也可叫做運送。

（2）運送的種類 就運送的途徑說，運送可分為陸上運送，水上運送，及空中運送三種。

空中運送，還未發達，通常的運送，不外陸上運送，和水上運送。陸上運送，更可分為鐵道運送，和非鐵道運送。水上運送，更可分為內水運送，和海上運送。關於鐵道運送及海上運送，都另有特別的規定，本章所應說明的，只是陸上的「物品運送」及「旅客運送」為限。

(3) 以運送為營業 所謂運送人，即必須為他人運送，而且常以之為營業的人。凡是自備運送器具，運送自己的貨物，或是為他人所僱用，或使用，而為運送行為的人，固不得稱為運送人；就是偶爾為運送行為，而非以其為常業的人，亦不得認為運送人。雖然，此所謂營業，只要常為運送，不必限於專業。至於運送人，究為自然人，抑為法人，那就可以不問了。

(二) 運送人係以運送物品或是旅客為營業的人 運送的標的，為物和人物：物的運送，叫做物品運送；人的運送，叫做旅客運送。德國學者。在這兩種運送以外，復有主張一種通信運送的。所謂通信，即指書函，電報，電話等通信而言。在書函的遞送，雖可名為運送，然只是物品運送的一種。至電報的拍發，則為承攬契約；電話的通信，則為租賃和僱傭的混合契約。

(三) 運送人係以運送為營業而受運費的人 何謂運費？即運送人所為運送行為的報酬。

運送契約，爲承攬契約的一種。承攬爲有償契約，運送當亦爲有償契約，如果以無償而約爲運送，則非民法上所謂運送了。

(四) 運送契約的性質 何謂運送契約？即是當事人的一方（運送人）約爲物品或是旅客的運送，而他方（託運人）約付報酬的契約。關於運送契約的性質，學說上有謂其爲僱傭契約（法國學者）；有謂其爲寄託契約（英國學者）；有謂其爲承攬契約（德國學者）。其實，運送係以完成轉送工作爲目的，當然是有承攬的性質，而不可認爲僱傭或是寄託。至於運送契約，是屬於諾成契約，不要式契約，雙務契約，及有償契約，可無疑義。

## 第二節 物品運送

### 第一款 提單

(一) 提單的意義 何謂提單？即是運送人發給託運人的運送物收據，而可用作處分運送物的證券。這種證券，原爲運送人受領運送物的收據，其後卻可爲代表運送物的證券，以便託運人

能處分在運送人占有中的運送物。

(二) 提單的填發 物品運送，非必有提單，因經託運人的請求，運送人纔有填發的義務（第六二五條第一項。）就這一點說，牠和託運單一樣，都為「因求證券」的一種；惟託運單係由託運人填發，只為運送證據方法的證書。提單則由運送人填發，而為有價證券，這是牠們的不同點。

(三) 提單的特質 茲就提單的特質分述於左：

(1) 提單為要式證券 提單應記載法定的事項，並應由運送人簽名，纔可發生效力。所以提單是「要式證券」。依照民法所規定，提單應該記載下列的事項：(一) 第六二四條第二項所列第一款至第四款事項，即是(1) 託運人的姓名，及住址，(2) 運送物的種類，品質，數量，及其包皮的種類，個數，及記號，(3) 目的地，(4) 受貨人的名號及住址；(二) 運費的數額，及其支付人為託運人，或為受貨人；(三) 提單的填發地及填發的年月日（第六二五條第二項。）

(2) 提單為文義證券 提單一經填發，關於運送的事項在運送人與提單持有人間，都

依照提單上的記載（第六二七條）自應認為「文義證券」。如果提單上的記載，與實際不符，亦仍以提單上的記載為準，運送人應依其記載負履行的義務。

（3）提單為有價證券 提單上權利的處分及行使，既和提單的占有有不可分離的關係，而其所表彰的運送物所有權，又為財產權，故提單應認為「有價證券」。

（4）提單的背書性 提單縱為記名式，仍得以背書移轉於他人，若是提單有禁止背書的記載，就不許以背書移轉了（第六二八條）。

（5）提單為交換證券 受貨人請求交付運送物，必須向運送人提示提單，並且以其與運送物相交換，故提單為「交換證券」（第六三〇條）。

（四）提單的效力 其效力有二：

（1）債權的效力 何謂債權的效力？就是提單係記載運送的債權關係，提單持有人得依提單請求返還運送物。

（2）物權的效力 何謂物權的效力？就是提單能代表運送物所有權，交付提單於有受

領物品權利之人時，其交付就物品所有權移轉之關係，與物品的交付，有同一的效力（第六二九條）。

### 第二款 託運人的權利義務

#### （一）託運人的義務

（1）填給託運單的義務 託運人因運送人的請求，應該負填給託運單的義務（第六二四條第一項）。茲把託運單的形式及效力分述於左：

（A）形式 託運單應該記載下列的事項，並由託運人簽名（第六二四條第二項）：

（1）託運人的姓名，及住址；（2）運送物的種類，品質，數量，及包皮的種類，個數，及記號；（3）目的地；（4）受貨人的名號，及住址；（5）託運單的填給地，及填給的年月日。此外如有認為重要的事項（例如運送物價格，運送費用等是），亦可以載入。倘使記載不實，託運人應負其責任。

（B）效力 託運單的效力怎樣，我民法雖無明文規定，然就其性質上說，牠只是一種

證明契約內容的方法，並非一種有價證券。爲什麼？託運單只可一方面使運送人依據而爲運送行爲；他方面又令受貨人一望而知其契約的內容。

(2) 交付必要文件的義務 託運人對於運送人，除了交付託運物以外，更應交付運送上，及關於稅捐警察所必要的文件，並且應該爲必要的說明（第六二六條。）

(3) 告知的義務 運送物依其性質，對於人或是財產有致損害之虞者，託運人在訂立契約以前，應該把其性質告知運送人，如果怠於告知，對於因此所致的損害，應該負賠償的責任（第六三一條。）

(二) 託運人的權利 關於託運人的權利，應該特予說明的，只有「運送中止請求權。」何謂運送中止請求權？就是運送人未將運送物的達到，通知受貨人以前，或是受貨人於運送物已經達到後，還未請求交付運送物以前，託運人對於運送人，得以請求中止運送，把運送物返還，或是爲其他的處分，這又叫做託運人指示權，或是運送品處分權。所謂返還，不是運回於發送地而爲返還，是就託運人所請求的地方而爲返還，所謂其他處分，如受貨人的更易，以及運送物的緩付等是。又

運送人如已填發提單，其提單的持有人，對於運送人亦得請求中止運送（第六四二條第一項）。運送人在中止運送以前，已為運送的部分，自得按照比例，請求支付運費。又運送人因中止運送而為返還或是其他處分所支付的費用，不但得如數請求償還，如受有損害，並得請求相當的賠償（第六四二條第二項）。

### 第三款 運送人的權利義務

#### （一）運送人的義務

（1）填發提單的義務 運送人因託運人的請求，負填發提單的義務（第六二五條）。這在前面已經說過了。

（2）按期運送的義務 託運物品，應該在約定期間內運送。無約定者，應該依照習慣；無約定，亦無習慣者，應該在相當期間內運送（第六三二條第一項）。所謂相當期間，應該顧及各該運送的特殊情形，而為決定（第六三二條第二項）。何謂特殊情形？例如運送的路線，運送中的天氣等皆是。運送人既應該按期運送，如果有了遲延，即應該負遲到的責任（第六三四條參

照。

(3) 依從指示的義務 運送人運送物品，如果託運人曾有指示，即應該依其指示，非有急迫的情事，並可推定託運人若知有其情事，亦允許變更其指示者，不得變更託運人的指示  
(第六三三條)

(4) 必要注意及處置的義務 運送人運送物品，應該時時顧及運送物所有人的利益，如有變更指示，請求指示，寄存或拍賣運送物的必要，或是有其他情形足以妨礙，或是遲延運送，或是危害運送物的安全者，運送人應該為必要的注意及處置。如果運送人怠於上述的注意及處置，對於因此所致的損害，即應負其責任(第六四一條)。

(5) 運到通知的義務 運送物達到目的地時，運送人應即通知受貨人(第六四三條)，使其得知物品已經運到，而便請求交付(第六四四條參照)。

(6) 運送物喪失毀損或是遲到的責任 民法關於運送人的責任，規定很詳，試分述於左：

(A) 通常事變的責任 依照民法第六三四條所規定，運送物只要有了喪失，毀損，或是遲到的情事，運送人即應負其責任，不以運送人有故意或是過失為要件。但是如果運送人能證明其事由係因不可抗力（例如天災，地變，強盜，掠奪等是）或是因運送物的性質（例如自然的破裂，乾枯等是）或是因託運人或是受貨人的過失所致者（例如指示失當是），運送人仍可免責。至於因包皮瑕疵而生喪失，毀損的責任如何？依照民法第六三五條所規定，運送物因包皮有易見的瑕疵，而致其喪失，或是毀損者，運送人在接收該物的當時，如果不為保留，即應該負其責任。為什麼？運送物因包皮有瑕疵，而致其喪失，或是毀損，運送人在原則上雖不應負責任；但是運送人接收運送物的當時，既應該為相當的檢查，則顯而易見的瑕疵，自沒有不知的。既已知道有瑕疵，而不把牠通知託運人，以為免責的保留，是即自願負其責任，當不許事後再圖免責了。

(B) 使用人過失的責任 依照民法第六三六條所規定，運送物因運送人的僱用人，或是其所委託為運送的人有過失，而致喪失，毀損，或是遲到者，運送人應該負其責任。為什麼？

運送契約，既係託運人與運送人所締結，而運送人的僱用人或是其所委託為運送的人，都與託運人無何等直接的關係，則因其過失而致運送物喪失，毀損，或是遲到，自然與因運送人自己過失所致的一樣，仍應由運送人負責了。

(C) 相繼運送的責任 茲把相繼運送分為三點說明於左：

(甲) 相繼運送的意義 何謂相繼運送？即是由數個運送人相繼而為運送，也叫做「遞次運送。」就廣義方面說，相繼運送可分為受託運送，部分運送，連帶運送三種。民法所規定的相繼運送，係專指最後一種而言。茲就三種遞次運送情形分述如左：

(子) 受託運送 何謂受託運送？就是第一運送人先由託運人承受全部運送，再與第二運送人訂約，使其擔任運送的全部或是一部。第一運送人，叫做主運送人，第二運送人，叫做次運送人。在這種情形，次運送人係為主運送人履行運送債務的使用人（即民法第六三六條所謂受運送人委託為運送的人。）對於託運人沒有何等直接關係，故受託運送不能認為民法上的相繼運送。

(丑)部分運送 何謂部分運送？即是數人就同一運送物，各自分擔運送的一部。在這種情形，數運送人都為部分運送人，各就其所擔部分負責，相互間毫無何等牽連關係，完全與單獨運送人一樣，故部分運送亦不能認為民法上的相繼運送。

(寅)連帶運送 何謂連帶運送？即是數運送人以一張託運單相繼運送；換句話說，就是由前運送人把託運單及運送物一併交與後運送人，依次續為運送。這種託運單，叫做託運聯單，或是連帶託運單。這種運送人，叫做連帶運送人，或是共同運送人。在這種情形，各運送人既係依照同一條款，共同承受全部運送，運送人對於託運人自應負連帶責任了。

(乙)相繼運送的效力 數運送人相繼運送，運送物的損害究在何人的運送途中發生，託運人（或是受貨人，或是提單持有人）每每不能證明，若令其分別負責，勢必互相推諉，而致被害人難受賠償。為保護託運人的利益，應該使數運送人連帶負責，就是只要運送物有了喪失，毀損，或是遲到的情事，除了其中有能證明無第六三四條至第六三六條所規定的責任以外，各運送人都應負「連帶責任」（第六三七條）。

(丙) 最後運送人的權利及責任 運送物由數運送人相繼運送時，法律為保護前運送人的利益起見，使最後運送人代前運送人行使特定權利，並使其對運費等，負一定責任。前者即民法所規定：運送物由數運送人相繼運送者，其最後運送人就運送人全體應得的運費及其他費用，得行使第六四七條所定的運送物之留置權，第六五〇條所定的運送物拍賣權，以及第六五二條所定的拍賣代價扣除權（第六五三條）。後者即民法所規定：運送人於受領運送費及其他費用前，交付運送物者，對於其所有前運送人應得的運費及其他費用負其責任（第六四六條）。

(D) 損害賠償額的標準 運送人負責的範圍如何應依限定標準及一般標準而為決定，分述於左：

(甲) 限定標準 這即是在普通情形的損害賠償額的標準。運送物有喪失，毀損，或是遲到者，其損害賠償額的計算，應該以其應交付時目的地的價值做標準（第六三八條第一項）；惟因運送物的喪失毀損，所無須支付的運費及其他費用，應由其賠償額中扣除之（第

六三八條第二項。)至因遲到所生損害的賠償額，則不得超過因其運送物全部喪失可得請求的賠償額(第六四〇條。)

(乙)一般標準 這即是運送人有故意或重大過失時損害賠償額的標準。運送物的喪失，毀損，或是遲到，係因運送人的故意或重大過失所致者，如果發生其他損害，託運人並得請求賠償(第六三八條第三項。)爲什麼？運送人對於運送物的喪失，毀損，或是遲到，既有故意或是重大過失，其責任當然要較普通情形加重。所以在普通情形運送人僅限定在一定價值，而負賠償責任，在有故意或是重大過失時，則運送人應該就一切的損害，負其賠償責任。

(E)貴重物品的責任 貴重物品，既是易招危險，就應該特別注意，如果託運人不報明其性質及價值，運送人即無從知悉，自可不負其責了。所以民法明定：金錢，有價證券，珠寶，或是其他貴重物品。除託運人於託運時報明其性質及價值者外，運送人對於其喪失或是毀損，不負責任(第六三九條第一項。)貴重物品的價值，已經報明，運送人固應負其責任；但其賠償的範圍，亦只以所報的價額爲限(第六三九條第二項。)換句話說，即是至多只能以其所

報的價額爲賠償額。

(F) 責任的消滅 依照民法第六四八條第一項所規定，受貨人受領運送物，並且支付運費及其他費用，而不爲保留者，運送人的責任，即應歸於消滅；惟運送物的內部有喪失或是毀損，而不易發見者，受貨人在受領運送物後十日內，將其喪失或是毀損的情形通知於運送人時，其責任仍不消滅（第六四八條第二項）。又若運送人對於運送物的喪失或毀損，曾以詐術隱蔽，或是其喪失毀損係出於運送人的故意或重大過失所致，則運送人不得主張即時消滅的利益，仍須負其責任（第六四八條第三項）。在這裏要附帶說明的，就是運送人的責任，既很重大，若是負責過久，對於運送人實未免太苛。所以民法更設二年時效的規定，就是關於運送物的喪失，毀損，或是遲延所生的賠償請求權，從運送終了或是應終了的時候起，二年間不行使者，即因時效而消滅（第六二三條）。

(G) 責任的減免 運送人交與託運人的提單，或是其他文件，如有免除或是限制運送人責任的記載，除能證明託運人對於其責任的免除或限制明示同意外，這種記載是不生

效力的（第六四九條。）

（二）運送人的權利

（1）運費請求權 運送契約既是一種有價契約，不問其已有約定，或是未曾約定，運送人都得請求運費。不過運費為完成運送的報酬，必須運送物已經運送完竣，纔得請求。所以運送物在運送中因不可抗力而喪失者，運送人即不得請求運費，其因運送而已受領的運費，並應返還之（第六四五條。）

（2）費用償還請求權 運送人除運費外，如有墊付貨價，關稅，保險費，及其他費用的，都有償還請求權（第六四七條第一項前段參照。）

（3）留置權 運送人為保全其運費及其他費用得受清償的必要。按其比例，對於運送物有留置權（第六四七條第一項。）惟運送費及其費用的數額有爭執時，運送人在爭執未解決以前，雖可不交付運送物，但受貨人已把其爭執的數額提存，而請求為運送物的交付者，運送人即不得拒絕交付（第六四七條第二項。）

(4) 寄存及拍賣權 依照民法所規定，運送人遇有左列情形，即得行使寄存權或是拍賣權，以免除其保存責任：

(A) 寄存權 受貨人所在不明，或是拒絕受領運送物時，或是因受領權的歸屬有訴訟，致交付遲延時，運送人應該即時通知託運人，並請求其指示。如果託運人的指示，在事實上不能實行，或是運送人不能繼續保管運送物時，運送人即得以託運人的費用，把運送物寄存於倉庫（第六五〇條第一項第二項，第六五一條。）

(B) 拍賣權 運送物如有不能寄存於倉庫的情形，或是有腐壞的性質，或是顯見其價值不足抵償運費及其他費用，則運送人得將運送物拍賣（第六五〇條第三項。）運送物既經拍賣，運送人即得就拍賣代價中，扣除拍賣費用，運費，及其他費用，而以其餘額交付於應得的人。如果應得的人所在不明，即應為其利益而為提存（第六五二條。）

運送人依照上述的規定，把運送物寄存倉庫或是拍賣者，應該在可能的範圍內，把其寄存倉庫或是拍賣的事情，通知託運人及受貨人（第六五〇條第四項。）

第四款 受貨人的權利義務

(一) 受貨人的權利 運送物達到目的地，並經受貨人請求交付以後，受貨人即應取得託運人因運送契約所生的權利（第六四四條）。運送契約的當事人原為託運人及運送人，受貨人只是被指示運送物所應交付的人，從這點說，受貨人完全為運送契約的第三人，對於運送人似乎不能有什麼權利；但是在運送終了時，既要把運送物交付於受貨人，則那時已與受貨人發生了密切關係，如不認受貨人可以取得其權利，勢必有種種的不便。這就是民法所以規定第六四四條的理由。

(二) 受貨人的義務 受貨人對於運送人應否負有義務，法律雖沒有明文；但是受貨人既因運送人的勞務而享受其利益，除運費的支付者原約定為託運人外，他即應該對於運送人負支付運費及其他費用的義務（第六二五條第二項第二款，第六四七條，及第六四八條參照）。惟受貨人雖已承受其義務，託運人的義務卻並不因而消滅；受貨人不能履行義務時，運送人仍得向託運人行使其請求權。

### 第三節 旅客運送

陸上的旅客運送發達較遲，各國法律向來多規定在鐵道運送中，其條文也很少。民法把牠規定在債編中。分述如左：

(一) 對於旅客身體的責任 旅客運送人對於旅客的運送，一方面負有保障其身體安全的義務，他方面又負有使其按期達到的義務。如果運送人違反這項義務，對於旅客因運送所受的傷害，及運送的遲延，除其傷害係因不可抗力，或是因旅客的過失所致者外，都應該負損害賠償責任（第六五四條）。何謂因運送所受的傷害？即指身體的損傷而言，何謂運送的遲延？即指運送未能按時達到而言。關於旅客傷害及運送遲延的賠償額，究應依照什麼標準？民法無特別規定，應由法院就被害人及其家屬的情況酌定之。至其範圍怎樣？民法亦未像物品運送設有限制，自應適用一般規定（第二一六條參照），以填補旅客積極的損害及消極的損害為限。

(二) 對於旅客行李的責任 旅客運送人對於旅客的行李，應該負什麼責任，要視其是否

交託於旅客運送人爲斷：

(1) 關於行李已交託的責任 旅客已把其行李交託於運送人者，即在旅客運送契約以外，另成立了「物品運送契約」。所以運送人對於旅客所交託的行李，縱不另收運費，其權利義務，除了本款另有規定以外，適用關於物品運送的規定（第六五七條。）茲把本款規定的權利義務分述於左：

(A) 行李返還的義務 行李及時交付運送人者，運送人應該於旅客達到時返還其行李（第六五五條；）換句話說，凡屬及時交付的行李，即要隨同旅客達到，而爲返還，如有遲延，即應由運送人負賠償責任。

(B) 行李拍賣的權利 這種權利，即學說上所謂「行李拍賣權」。旅客在達到以後六個月內，如果不取回其行李，運送人即得把牠拍賣。若是行李有易於腐壞的性質，運送人並得於達到後經過四十八小時，把牠拍賣（第六五六條第一項第二項。）又運送人得從拍賣代價中把拍賣費用運費，及其他費用扣除下來；而將其餘額交付於應得的人。如果應得的人

所在不明，即應該爲其利益而提存之（第六五六條第三項）

（2）關於行李未交託的責任 旅客未把行李交託於運送人者，運送人就行李的運送，不過屬於旅客運送的內容一部，並不是另有物品運送的性質，其責任自與已交託於運送人者不同。所以運送人對於未交託行李的喪失或是毀損，只於自己或其僱用人有過失時負其責任（第六五八條）

（三）運送人責任的免除或是限制 運送人想要免除或是限制責任，必須在關係文件上記載明白，並須由運送人證明旅客對其記載，已經明示同意，運送人交與旅客之票，收據，或是其他文件上，有免除或是限制運送人責任的記載，而不能證明旅客對於其責任的免除或限制明示同意者，其記載是不生效力的（第六五九條）。在這裏要附帶說明的，就是關於旅客的運送，如因喪失損傷遲延而生的賠償請求權，自運送終了或應終了之時起，二年間不行使而消滅（第六二三條）

## 第十七章 承攬運送

### 第一節 承攬運送人的意義

何謂承攬運送人？即是以自己的名義，為他人的計算，使運送人運送物品而受報酬為營業的人（第六六〇條第一項。）現在把他的性質分析說明於左：

（一）承攬運送人係以自己的名義，而使運送人運送物品的人。承攬運送人是以自己的名義，而使運送人運送物品的，故不但與代訂運送契約的「代辦商」及其他代理不同，即與「居間人」亦不一樣。何謂使運送人運送物品？即承攬運送人直接與運送人締結運送契約，而令其運送物品。這時承攬運送人之於運送人，正和立於運送契約的託運人地位一樣，而與運送人顯有不同：運送人在為他人擔任運送；承攬運送人則在為他人擔任選定運送人，與其訂立運送物品契約。

所以運送人係約爲他人自行實施運送的人，而承攬運送人係約爲他人包辦運送事件的人。

(二) 承攬運送人爲他人的計算，而使運送人運送物品的人。何謂爲他人的計算？就是承攬運送人與運送人締結運送契約，不問其利益與損失，都歸於委託人。運送原有物品運送與旅客運送兩種，而承攬運送則只以「物品」爲限，旅客不得爲其標的。至其所訂承攬運送契約，不爲水上運送與陸上運送，亦不問爲內水運送與海上運送，更不問爲鐵道運送與非鐵道運送，均無不可。又承攬運送人的主要任務，雖在使運送人運送物品；但是約由承攬運送人代報關稅，代爲包裝，則無不可。

(三) 承攬運送人係以使運送人運送物品而受報酬爲營業的人

(1) 須爲營業。這所謂營業，即指以承攬運送爲營業而言。如果不以之爲營業，只是偶爾承攬運送，即不能叫做承攬運送人，祇能適用一般承攬的規定。雖然，這所謂營業，並不限於以之爲專業，即兼營他種營業（例如兼爲運送人或是倉庫營業人）亦無不可。

(2) 須受報酬。承攬運送，既爲一種營業，即應該享受報酬，所以承攬運送契約，無異爲

一種「有償委任契約。」

(四)行紀規定的準用 承攬運送人既是以自己的名義，爲着他人的計算，而使運送人運送物品，則其性質自與前述的「行紀」相類似。所以關於承攬運送，除本節有規定外，可準用關於行紀的規定（第六六〇條第二項）。如此，承攬運送人與委託人間的關係，亦有屬於委任契約的關係（第五七七條參照。）

## 第二節 承攬運送人的義務

承攬運送人，應依承攬運送契約所訂定，而負種種的義務；此外並因其準用行紀的規定，而應負種種的義務。現在把這些義務分述於左：

(一)依從指示的義務 承攬運送人辦理所承攬的運送事件，應該依照委託人的指示（例如關於運送路線，運費高低等是），非有緊迫的情事，並且推知委託人若是知有這種事情，亦許變更其指示者，不得把牠變更（第六六〇條第二項，第五七七條，第五三六條。）

(二) 注意的義務 承攬運送人辦理所承攬的運送事件，應該為善良管理人的注意，如果怠於注意，而致委託人受了損害，承攬運送人即應負賠償責任（第六六〇條第二項，第五七七條，第五三五條後段。）

(三) 報告的義務 承攬運送人，應把承辦的進行狀況報告於委託人。並應於辦理完竣時，報告其顛末（第六六〇條第二項，第五七七條，第五四〇條。）

(四) 保管的義務 承攬運送人對於在其自己占有中的運送物，應負保管的義務（第六六〇條第二項，第五八三條第一項。）因違反保管義務而致發生的損害，承攬運送人應負賠償責任。

(五) 必要處置的義務 運送物如於交到時有瑕疵，或是依其物的性質易於敗壞者，承攬運送人應該為必要的處置，使委託人不受損害（第六六〇條第二項，第五八四條。）

(六) 一般喪失毀損或遲到的責任 承攬運送人對於託運物品的喪失，毀損，或是遲到，除能證明其於物品的接收保管，運送人的選定，在目的地的交付，及其他與運送有關的事項，未怠於

注意者外，應該負賠償責任（第六六一條。）承攬運送人的這種責任，本與前述運送人的責任一樣（第六三四條。）但是運送人的責任，係一種結果責任，必須能證明其事由，係因不可抗力而生，纔得免責。承攬運送人的責任，則係一種過失責任，祇要能證明就法定事項已無怠於注意的過失，即可免責。至於託運物品因包皮有易見的瑕疵，而致喪失或是毀損者，承攬運送人於接收該物的時候，如果不曾為保留，即應該負賠償責任。這項責任與運送人的責任一樣，法律上設有準用的規定（第六六五條第六三五條。）又承攬運送人應負損害賠償責任的損害賠償額，亦與運送人應負的損害賠償額一樣，法律上設有準用規定（第六六五條，第六三八條，第六四〇條。）可參閱前章。

（七）貴重物品的責任 金錢，有價證券，珠寶，或是其他貴重物品，除委託人於託運時報明其性質及價值者外，承攬運送人概不負其責任（第六六五條，第六三九條。）

（八）損害賠償請求權的消滅 委託人對於承攬運送人，因運送物的喪失毀損或是遲到所生的損害賠償請求權，從運送物交付或是應交付的時候起，在二年間不行使而歸於消滅（第

## 六六六條。

### 第三節 承攬運送人的權利

(一) 報酬請求權 承攬運送人，既以承攬物品運送爲業，對於委託人當然有報酬請求權；惟其報酬，通常須於交付運送物於運送人的時候纔得請求。爲什麼？承攬運送契約，原有委任契約的性質。承攬運送人既把運送物交付運送人，即可視爲委任事務處理完了，自可以於其時行使報酬請求權。

(二) 費用償還請求權 承攬運送人，因辦理承攬運送事件，而墊付必要的費用（例如運費，關稅，保險費，及其他費用等是），亦得向委託人請求償還。

(三) 損害賠償請求權 運送物依照其性質，對於人或是財產有致損害之虞者，委託人在訂立契約以前，應該把其性質告知承攬運送人。委託人如果忘於告知，則對於因此所致的損害，應該負賠償責任（第六六五條第六三一條。）

(四)留置權 承攬運送人爲着保全其報酬及墊款得受清償的必要，可按照其比例，而對於運送物有留置權（第六六二條。）

(五)介入權 承攬運送人，雖爲運送的承攬，不是自行運送的；但是除契約另有訂定外，也得自行運送。承攬運送人如果自行運送，其權利義務卽和運送人一樣（第六六三條。）此卽學說上所謂介入權。這項介入，並非以運送契約代替承攬運送契約，只是履行承攬運送契約的一方法。這時承攬運送人一方面既爲運送人，可以請求運費，他方面仍爲承攬運送人，可以請求承攬報酬；這是與行紀人的介入權無異的（第六六〇條第二項，第五八七條第二項。）不過行紀人的介入，於有反對約定以外，尚有物品種類的限制（第五八七條第一項。）承攬運送人的介入，則對於一切物品，都許其自行運送。不過若是委託人與承攬運送人已經就運送全部約定價額，或是承攬運送人已填發提單於委託人，則視爲承攬人自己運送；這時普通的運送契約，已代替了承攬運送契約，承攬運送人自身已變做普通運送人，所以在請求運費外，不得另行請求承攬的報酬（第六六四條。）

## 第十八章 合夥

### 第一節 合夥的意義

何謂合夥？即是二人以上互約出資，以經營共同事業的契約（第六六七條第一項）。現在把牠的性質分析說明於左：

（一）合夥為契約 合夥屬於左列各種契約

（1）合夥為諾成契約，並且為不要式契約。合夥的成立，只要各合夥人有一致的意思表示，其入夥並不以實交股金為要件，故為「諾成契約」。又在規模較大的合夥，通常雖多訂立合同，然此並非合夥契約的要件，故為「不要式契約」。

（2）合夥為有價契約，並且為雙務契約。合夥既係各合夥人互約出資，故為「有價契

約。』又各合夥人所負出資的債務，彼此都立於對價關係，故又爲「雙務契約。」

(二) 合夥係以經營共同事業爲目的契約

(1) 事業 事業的種類，沒一定的限制，只要其目的爲適法的和可能的，究竟以營利爲目的，抑以非營利爲目的（例如懇親，娛樂，慈善等是）均非所問。又合夥的事業，亦無須爲長期繼續的，卽以一時或是一次的事業爲目的，也可成立合夥。

(2) 共同事業 合夥的事業，須爲共同的，何謂共同？卽指各合夥人對於事業的成功，都受其利益的分配而言。若是約定合夥人中的一二人獨享其利益，則不能認爲合夥了；惟在不違反公序良俗的範圍內，這種契約，也可作爲一種無名契約。至於約定利益分配於全體，而損失由某一二人負擔的，這項契約，仍不妨認爲合夥。關於利益的分配，不是只以物質的利益爲限，也可包括精神的利益。又各合夥人所受利益的分配，其分配率的大小，以及利益的種類，也不必彼此相同。

(三) 合夥爲二人以上互約出資的契約 何謂出資？就是合夥人湊出財產，或信用勞務，以

供事業經營的用途。各合夥人互約出資，雖爲合夥契約的一要件，然其出資的種類，只要適於合夥事業的經營即可沒有什麼別的限制，不但是金錢，動產，不動產，技術上的勞務或是經濟上的勞務，都可爲出資的標的（第六六七條第二項）就是債權，準物權（例如鑛業權，漁業權）無體財產權（例如專賣權，著作權）以及信用，也可爲出資的標的。又各合夥人的出資，其種類分量及方法，並不必彼此相同；有時一人出金錢，一人出勞力；有時一人出資較多，一人出資較少；有時一人一次出資，一人分期出資，均無不可。

（四）合夥的團體性質 合夥雖爲契約關係，卻含有團體的意味，就民法的規定（第六六八條，第六七一條，第六八二條，第六八二條第二項，第六八七條，第六九一條，第六九二條）看來，即可瞭然。雖然，這種團體的意味，仍爲合夥人間的結合關係，而與設立社團的共同行爲不同。設立社團的共同行爲，係創設獨立的人格，各社員只爲其構成員。設立合夥的合夥契約，則非創設獨立的人格，各合夥人仍自有權利能力。所以合夥不是法人，而是「契約關係」其權利義務的主體是爲各合夥人，不是合夥的本身。

## 第二節 合夥的效力

### 第一款 合夥的內部關係

(一) 出資義務 關於出資的意義及其種類，前面已經說過了，現在把出資的成數及其履行分述於左：

(1) 出資的成數 合夥人雖負出資的義務，其成數則可以契約訂定，不必一律。惟出資的成數，一經約定，除契約另有反對特約或經合夥人全體的同意，變更契約外，概不得有所增減。所以合夥人在約定出資以外，既無增加的義務，其因損失而致減少時，也無補充的義務（第六六九條）。

(2) 出資義務的履行 出資為對於合夥的債務，自應向有受領權人或是事務執行人為履行。如果未定有受領權人或是事務執行人，則不管什麼合夥人，都得為全體合夥人向他合夥人請求出資的履行，並得請求向自己履行。

## (二) 事務執行

(1) 事務執行的意義 何謂事務執行。就是因經營合夥事業而處理其必要事務。合夥的成立，既以經營共同事業爲目的，各合夥人當然有事務執行的權利，並且負其義務，這種權利，叫做「事務執行權」就其性質說，純爲合夥內部的關係。

(2) 事務執行的方法 關於事務執行的方法，各國所採的辦法各不相同：有許各合夥人得以單獨的意思執行的，叫做單獨執行主義；有許各合夥人以過半數的意思執行的，叫做過半數執行主義；有定爲須依合夥人全體共同一致的意思執行的，叫做共同執行主義。依照民法所規定，合夥的事務，除契約另有訂定外，由合夥人全體共同執行，當然是採第三種辦法（第六七一條第一項）但有左列例外的情形：

(A) 執行事務的責任 合夥的事務，若必責成合夥人全體共同執行，則合夥事務的進行，殊嫌遲滯。所以法律又許可委任特定的事務執行人。何謂特定事務執行人。就是合夥契約約定合夥事務委任合夥人中的一人，或是數人執行（第六七一條第二項前段。）特定事

務執行權人爲一人時，自可單獨執行其事務；其爲數人時，則應共同執行其事務（第六七一條第二項）。至於約定執行的事務，究係限於一定的事務，抑可及於全體的事務，則非所問。

（B）過半數決定的標準 合夥人執行合夥事務，雖以一致決議爲原則，但是爲求事務易於進行起見，又許對於一定事務，可約定由合夥人全體或一部的過半數決定其執行方法（第六七三條前段）。至其表決權，究應以人數的多寡爲標準，抑應以出資的多寡爲標準？依照民法所規定，其有表決權的合夥人，不管其出資的多寡，推定每人只有一表決權（第六七三條後段）。惟若契約特別約定每人出資超過若干以上，得以增加其表決權，自不受本條所謂一人一權規定的拘束。

（C）通常事務的執行 特定事務執行人只有一人時，執行事務固無不便；但事務執行人如有數人，則對於通常事務，猶須共同執行，則未免多所迂緩，所以法律規定合夥的通常事務，得由有執行權的各合夥人單獨執行（第六七一條第三項前段）。何謂通常事務？即指日常的輕微事務而言。至其事務是否爲輕微，不以其價格的大小，數及量的多寡爲決定標

準，並且應以事務本身是否重要為決定標準。不過通常的事務，雖可由有執行權的合夥人單獨執行，若是其他有執行權的合夥人中任何一人，對於該合夥人的行為有異議時，即應該停止該事務的執行（第六七一條第三項但書）。

（3）合夥人的注意程度 合夥人履行依合夥契約所負擔的義務，應該與處理自己事務為同一的注意（第六七二條）。為什麼合夥的事業，原係合夥人自己出資營業的，則其履行依合夥契約所生的義務，自不啻就自己的事務而為處理。所以其注意程度，只定為應與處理自己的事務相同了。

（4）事務執行人的權利義務 事務執行人對於合夥的關係，大致與委任關係一樣。關於合夥人執行合夥事務，除合夥一節另有特別規定外，應準用第五三七條至第五四六條關於委任的規定（第六八〇條）。現在分別舉述於左：

（A）事務執行人的權利，約有五種：

（甲）事務執行人的執行事務原則上不得請求報酬，但契約上訂定得受報酬者，事務

執行人自得請求之。(第六七八條第二項)

(乙)事務執行人得向合夥請求預付執行事務，所必要的費用(第六八〇條第五四五條)。若其費用已經支出，得請求償還(第六七八條)第一項。

(丙)事務執行人因執行事務，負擔必要債務者，得請求合夥，代其清償；其未到清償期者，得請求合夥提出相當擔保(第六八〇條，第五四六條第二項)

(丁)事務執行人執行事務，因非可歸責於自己的事由，致受損害者，得向合夥請求損害賠償(第六八〇條第五四六條第三項)。

(戊)執行合夥事務，是事務執行人的義務，但事務執行人願為替什麼人執行事務，自應有決定之權。所以合夥如欲將執行事務的請求權讓與第三人，須經事務執行人的同意，否則事務執行人得拒絕為第三人執行事務(第六八〇條第五四三條)。

(B)事務執行人的義務約有七種：

(甲)事務執行人執行事務時應與處理自己事務，為同一的注意(第六七二條)。

(乙)事務執行人應自己執行合夥事務，但經全體合夥人同意，或另有習慣，或有不得已的事由者，得使第三人代為執行（第六八〇條第五三七條）。事務執行人使第三人代為執行合夥事務者，合夥對於該第三人關於合夥事務的執行，有直接請求權（第六八〇條第五三九條）。

(丙)事務執行人違反上述(乙)項規定使第三人代為執行事務者，就該第三人的行為，與就自己的行為負同一責任。若未違背(乙)項的規定，則僅就第三人的選任及其對於第三人所為的指示負其責任。（第六八〇條第五三八條）。

(丁)事務執行人因執行合夥事務所收取的金錢物品孳息應交付於合夥；其以自己的名義為全體合夥人取得的權利，亦應移轉於合夥（第六八〇條第五四一條）。

(戊)事務執行人為自己利益，而使用應交付於全體合夥人的金錢，或使用應為全體合夥人利益而使用的金錢時，應自使用之日起支付利息。如有損害，並應賠償（第六八〇條第五四二條）。

(己)事務執行人因執行事務有過失而致合夥受損害時，應負賠償之責，如其未受報酬，則僅就重大過失，負其責任（第六八〇條第五四四條。）

(庚)事務執行人應將合夥事務進行的狀況及其顛末報告於全體合夥人，（第六八〇條第五四〇條。）

(5)事務執行人的辭任解任 合夥人中的一人或是數人，被委任執行合夥事務的，非有正當事由不得辭任，其他合夥人，也不得將其解任。即使用解任的正當事由，也必須經其他合夥人全體的同意，纔可將事務執行人解任（第六七四條。）

(6)合夥人的事務檢查權 合夥人就合夥所負的債務，負有連帶的無限責任，合夥事業的成敗，對於各合夥人有利害關係。所以法律賦與合夥人以「事務檢查權。」何謂事務檢查權？就是無事務執行權的合夥人，雖不得干預合夥事務的執行，仍有隨時檢查合夥事務及其財產狀況，並查閱帳簿的權利。這種權利，縱使契約上有剝奪或是限制的反對訂定，其禁止亦為無效（第六七五條。）

(三) 合夥契約及事業種類的變更 依照民法第六七〇條所規定，合夥契約或是其事業的種類，除契約另有訂定外，非經合夥人全體之同意，是不得變更的。何謂變更合夥契約？即是合夥契約所定的事項有所變動。合夥契約，是與公司章程有同樣的重要，變更事業的種類，亦即變更合夥契約內容的一種，都不得任意變更而須經全體合夥人的同意。

## 第二款 合夥的外部關係

(一) 對外代表權 何謂代表權？即是事務執行人，在事務執行的範圍內，對於第三人得爲他合夥人的代表權利。這在民法有明文規定即「合夥人被委任執行合夥事務者，於依委任本旨執行合夥事務之範圍內，對於第三人爲他合夥人之代表」(第六七九條)。

(二) 代表權與事務執行權 事務執行權爲合夥人相互間的內部關係，即就對內事務有處理的權限這叫做「執行權」；至代表權，則爲對於第三人的外部關係，即就對外行爲有代表的權限，兩者的性質，當然不同。惟僅有事務執行權而無代表權，執行事務，勢必有很多的不便。因爲執行事務，常常涉及對外關係，而與第三人爲發生權利義務的行爲。

(三) 訴訟上的代表 事務執行人，在事務執行的範圍內，不僅得以代表為訴訟外的行為，並且得以代表為訴訟上的行為。就學理上說，合夥既不是法人，應該認為無訴訟當事人能力，事務執行人代表為其原告或是為被告時，祇可認為合夥人全體的代表，都不能謂為合夥團體的代表。惟依照民事訴訟法第四〇條第三項所規定，非法人的團體而沒有代表人或是管理人者，亦有當事人能力，則合夥團體應該解為得為訴訟主體，事務執行人代表其起訴或是受訴，仍是合夥團體的代表。

### 第三款 合夥的財產關係

#### (一) 合夥財產

(1) 合夥財產的意義 何謂合夥財產？就是合夥因經營事業的目的所構成的財產集團。

(2) 合夥財產的構成 合夥財產是由出資及其他財產構成的，現在把牠分述於左：

(A) 出資 這處所謂出資，是專指財產的出資而言，非財產的出資（例如勞務）則

不包括在內。已交付的出資，固可構成合夥財產；就是未交付的出資，也可解為屬於合夥財產。

(B) 其他財產 所謂其他財產，係指因執行事務所得的財產，及從合夥財產本身所生的財產而言，前者例如合夥人執行合夥事務而取得的有體財產與無體財產是；後者例如天然孳息與法定孳息是。

(3) 合夥財產的歸屬 所謂財產的歸屬，即指什麼人是合夥財產的權利主體而言。合夥不是法人，沒有權利能力，所以合夥不能做合夥財產權利主體，合夥人纔是合夥財產的權利主體。所以法律規定，各合夥人的出資及其他合夥財產，概為合夥人全體共同共有（第六六八條）。合夥的財產既是合夥人全體所共同共有，則關於合夥財產的處分及其他權利的行使，都非得合夥人全體的同意不可（第八二七條至第八三〇條）。

(4) 合夥財產的保全 關於合夥財產，民法設有下列的特別規定，以保全之。

(A) 分析的禁止 合夥財產，為經營共同事業而存在，故合夥人於合夥清算以前，不得請求分析合夥財產（第六八二條第一項）。

(B) 抵銷的禁止 對於合夥負有債務的，不得以其對於任何合夥人的債權，與其所負的債務相抵銷（第六八二條第二項）。爲什麼？對於合夥所負的債務，就是合夥人全體所有的債權，而爲合夥財產的構成部分。如果許合夥的債務人，主張以其對於合夥人的債權，與其對於合夥所有的債務相抵銷，勢必使合夥財產數量減少，而致合夥事業，陷於動搖。所以民法爲保護合夥事業及保全其財產起見，有這禁止的規定。

(C) 轉讓的禁止 合夥人的股分，可任意轉讓於他合夥人，但要轉讓於第三人，則須經他合夥人全體的同意（第六八三條）。這裏所謂股分，不是單指出資而言；係指合夥人對於合夥財產的應有部分而言。合夥關係的成立，以相互信用爲基礎，至第三人，即未必爲其他合夥人所信任，如果合夥人未經他合夥人的同意，而以個人的單獨意思轉讓其股分於第三人，不但與合夥契約的根本精神不合，而且常使合夥事業，發生動搖，故法律不許各合夥人自由轉讓其股分。

(D) 扣押的允許 合夥人的債權人，是否得就該合夥人的股分聲請扣押？民法爲保

護合夥人的債權人起見，特許該債權人可以就該合夥人的股分聲請扣押；惟合夥財產，既爲合夥人全體的共同共有，並非分屬於各合夥人，合夥人的債權人，如爲聲請扣押，應該於兩個月前，通知合夥，俾他合夥人有所準備，如備款收買股份，以免其售入第三人手中，致以後合夥事業難於合作經營。又該債權人所爲的扣押通知，有爲該合夥人聲明退夥的效力（第六八五條）。

（E）代位權行使的限制 債權人爲保全自己的債權，在債務人怠於行使其權利時，原可行使代位權，然合夥人的債權人，在合夥存續期間以內，則不得就該合夥人對於合夥的權利行使代位（第六八四條前段）。爲什麼？合夥人在合夥存續期間以內，對於合夥的權利（例如事務執行權，代表權，檢查權等）都含有專屬的性質，依照第二四二條但書的規定，其債權人自不得代位行使。若許該合夥人的債權人得行使代位權，勢必有違合夥的本旨，而妨礙其事業的發展。惟利益分配請求權是離開合夥財產而獨立的權利，爲合夥人所各自享有，故該合夥人如果怠於行使時，合夥人的債權人可代位行使之。（第六八四條但書）。

(二) 決算及損益分配 何謂決算？就是合夥就所有資產及所負債務，實行計算，以決定其損益。何謂損益？就是合夥財產較多於合夥資本額，或是較少於合夥資本額；前者叫做利益；後者叫做損失。何謂分配？就是合夥把利益或是損失分配於各個合夥人。現在把分配的時期及成數分述於左：

(1) 損益分配的時期 合夥的決算及利益分配，除契約另有訂定外，應於每屆事務年度終爲之（第六七六條。）損失的分配，如果未經約定，亦應該於每屆事務年度終，按照決算的成數，而把合夥人的股分額減少。

(2) 損益分配的成數 分配損益的成數，曾經約定的，應該依其約定；未經約定的，即應該按照各合夥人出資額的比例決定之（第六七七條第一項。）僅就利益定分配的成數，而未定損失分配的成數者，或是僅就損失定分配的成數，而未定利益分配的成數者，則視爲損益共通的分配成數（第六七七條第二項。）又合夥人有以勞務爲出資者，除契約另有訂定外，應該不受損失的分配（第六七七條第三項。）

(三) 合夥債務與合夥人的責任 何謂合夥債務？就是合夥團體以其名義所負的債務。現在把這種債務的主體及其責任分別說明如左：

(1) 合夥債務的主體 合夥團體，既非法人，沒有權利能力，自不能獨立的負擔債務。所以合夥所負的債務，在法律上即為各合夥人共負的債務。惟合夥的債務，係因團體關係而生的，究與各合夥人個人的固有債務不同。所以民法使合夥債務先就合夥財產而受清償，必俟合夥財產不足清償其債務時，合夥的債權人纔得向各合夥人請求清償。

(2) 合夥債務的連帶責任 合夥財產不足清償其債務時，各合夥人究應負怎樣的責任？各國立法例不相一致：有的使各合夥人分擔負其責任，叫做分擔主義（如法意日諸國是）；有的使各合夥人連帶的負其責任，叫做連帶主義（如德瑞兩國是）。民法明定：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任」（第六八一條），是其採連帶主義，可無疑義。何謂連帶？就是合夥的債權人關於合夥債務，得對於合夥人中的一人或數人或是其全體，同時或先後請求清償全部或是一部（第二七三條參照）。合夥人中的任何一人，

如受全部債務清償的請求，即應該清償全部債務，不得主張分擔清償。這種規定，增進合夥的信用而促進合夥。

### 第三節 合夥人的退夥及加入

(一) 總說 合夥不是單純的個人契約關係，合夥人的退夥及加入，都不應使合夥契約的效力受其影響。所以舊合夥人的退夥，只是其個人與他合夥人消滅合夥關係，新合夥人的加入，也只是其個人與他合夥人發生合夥關係，而舊合夥人仍舊存續，不因而瓦解。

(二) 退夥 何謂退夥？就是從合夥脫退而喪失其合夥人的資格。退夥有出於合夥人的意思的，有非出於合夥人的意思的。前者叫做任意退夥，也叫做聲明退夥，後者叫做法定退夥，也叫做非聲明退夥。現在把退夥的原因及效力分述於左：

次：(1) 退夥的原因 退夥既有任意退夥，與法定退夥之分，其原因亦即因而有異，分述如

(A) 任意退夥的原因 任意退夥，與一般的終止契約一樣，應該向合夥人全體為意思表示（第二五八條參照。）惟在什麼情形之下，可以任意退夥，除當事人有特約外，民法上尙設有左列的補充規定：

(甲) 未定存續期間 合夥未定存續期間，或經訂明以合夥人中一人的終身為其存續期間的，各合夥人都得隨時聲明退夥，惟須遵守下列的限制：(1) 應該在兩個月以前通知他合夥人(2) 不得在退夥有不利於合夥的時期而為退夥（第六八六條第一項第二項。）

(乙) 定有存續期間 合夥定有存續期間的，各合夥人原應遵守其期間，不得自由聲明退夥；但是合夥人如已發生不得不退夥的重大事由，並且其事由非可歸責於自己者，縱使合夥定有存續期間，仍得聲明退夥（第六八六條第三項。）

(B) 法定退夥的原因 法定退夥的情形如左：

(甲) 合夥人的死亡 合夥契約，既以合夥人的信用為基礎，所以合夥人的死亡，應該

認為當然退夥的事由，惟契約中若特別訂明合夥人死亡時其繼承人得以繼承者，則可由繼承人繼承為合夥人，而不發生退夥的問題（第六八七條第一款）。

（乙）合夥人受破產或是禁治產的宣告，宣告破產，係喪失經濟的信用，宣告禁治產，係喪失行為能力，都應認為當然退夥的事由（第六八七條第二款）。

（丙）合夥人的開除，合夥人既經開除，自應認為當然退夥的事由（第六八七條第三款）；惟其開除須具備下列三要件：（1）須有正當理由；（2）應得其他合夥人全體的同意；（3）應通知被開除的合夥人（第六八八條）。

（2）退夥的效力，合夥人的退夥，只是該合夥人從退夥時起喪失合夥人的資格，其他合夥人的合夥關係依然存續，除原合夥人僅二人者外，絕不因某一合夥人的退夥而失其同一性。至其退夥前的關係，則依左列的辦法而為處置：

（A）退夥的計算，退夥人不能繼續的享有其原有部分，合夥財產，應實行計算，以結束退夥人與合夥（即其他合夥人）的財產關係。茲把民法特設的規定分述於次：

(甲) 結算的標準 退夥人與他合夥人間的結算，應該以退夥時合夥財產的狀況爲準（第六八九條第一項。）爲什麼？合夥人既已中途退夥，即應就退夥時合夥財產的狀況，計算其損益的成數，纔爲公允。

(乙) 股分的抵還 退夥人的出資，原爲金錢者，固得以金錢返還。如其出資爲金錢以外的物，而不便或不能返還原物時，則可將該物估計價額，而以金錢抵還，爲什麼？退夥人雖已退夥，合夥團體還是存續，仍須利用原有財產，以經營其事業；如果退夥人取回股分，必須以原物返還，勢必有礙合夥事業的經營。所以退夥人的股分，不管其出資額的種類怎樣，都得以金錢抵還之（第六八九條第二項。）

(丙) 計算的保留 結算原則上應以退夥時合夥財產的狀況爲準（第六八九條第一項。）但是合夥事務，在退夥時尚未了結的，其損益既難算定，則只有俟了結後，再行計算，而分配其損益（第六八九條第三項。）

(B) 退夥人的責任 退夥人既已喪失合夥人的資格，對於退夥後的合夥債務，自不

負其責任，不過他對於退夥前的合夥債務，則仍應負責（第六九〇條）。爲什麼退夥的效力，不能溯及既往，在退夥前所負的責任，自不能因退夥而免責；即使他合夥人已允其免責，亦祇於合夥人相互間發生效力，退夥人對於合夥的債權人，則不得主張免責的。

（三）加入 何謂加入？就是第三人中途加入合夥關係，而取得合夥人的資格。現在把加入的要件及效力分述於左：

（1）加入的要件 合夥成立以後，非經合夥人全體的同意，不得允許他人加入爲合夥人（第六九一條第一項）。爲什麼？合夥原係基於信任關係而成立，在合夥成立以後，其中途加入的第三人，如果合夥人中有對其不信任者，即不便於合作，而易使合夥事業受到不利的影響。所以加入合夥必須取得合夥人全體的同意。

（2）加入的效力 加入只是加入人取得合夥人的地位，而原有合夥仍不失其同一性；換句話說，即是原合夥並不消滅，亦非另行成立一種新合夥。現在再說明加入的效力如次：

（A）股分的取得 第三人一經加入合夥，對於合夥財產即爲共同共有人，當然取得

其應有的股分，無須另爲何種的移轉行爲。

(B) 加入人的責任 加入人與舊合夥人同居合夥人的地位，不但對於加入後合夥所負的債務，要負連帶責任；而且對於加入前的合夥所負的債務，也應與他合夥人負同一責任（第六九一條第二項）。

#### 第四節 合夥的解散及清算

(一) 解散 何謂解散？就是足使合夥終結的原因事實。這種解散，與法人的解散不同；法人的解散，係爲權利能力消滅的原因；合夥的解散，係爲合夥關係消滅的原因。現在把其解散的原因及效力分別說明於左：

(1) 解散的原因 合夥因有左列的事由之一而解散：

(A) 合夥的存續期限屆滿 合夥定有一定的存續期限者，其期限屆滿之後，合夥自應歸於解散（第六九二條第一款）；惟其期限屆滿以後，合夥人仍繼續其事務者，則可視爲

不定期限繼續合夥契約（第六九三條。）

（B）合夥人全體同意解散。合夥既係由於合夥人全體的意思而成立，自亦可以其全體的同意而解散（第六九三條第二款。）

（C）合夥的目的事業已完成或是不能完成。合夥的目的事業，已經完成的，則合夥已無繼續的必要，自當歸於解散，若是不能完成的，也沒有繼續的利益，故亦應歸於解散（第六九二條第三款。）

（2）解散的效力。合夥一經解散，其合夥事業自不再繼續了；但是合夥關係，並非一經解散，即行完全消滅的。爲什麼合夥解散以後，尙要經過清算程序，必須俟清算終結，合夥關係纔得完全消滅。

（二）清算。何謂清算？就是了結合夥一切法律關係所爲的程序。關於清算事務，應該由清算人執行之，不屬於事務執行人的權限。茲把清算人的任免，權限，職務，分述於左：

（1）清算人的任免。清算人究應選任什麼人，合夥人固可自由約定。如果未有特約，則可

由合夥人全體或是由其所選任的清算人擔任清算（第六九四條第一項）被選任的清算人，不必限於合夥人，即第三人亦可。又選任的決定，不須合夥人全體一致，只要得過半數的同意已足（第六九四條第二項）。

凡以合夥契約，選任合夥人中的一人或是數人為清算人的，該清算人非有正當事由，不得任意辭任，其他合夥人非有正當事由，也不得將其解任。又被選任的清算人，縱有解任的正當事由，亦須經其他合夥人全體的同意，纔得解任（第六九六條第六七四條）。

（2）清算人的權限 清算人於清償目的的範圍內，對內可以執行事務，對外可以代表合夥。清算事務，在清算人僅為一人時，固可由他一人單獨執行，如為數人，則若仍由他門共同執行，足以遲滯事務的進行，所以民法第六九五條明定：數人為清算人時，其決議只須得過半數即可。

（3）清算人的職務 合夥的清算，和法人的清算相類似，合夥清算人的職務，大致也和法人清算人的職權一樣：例如了結現金，收取債權，清償債務，移交賸餘財產等是（第四〇條參

照。)惟民法就合夥的清算,還設有左列的規定:

(A)先清償債務 合夥財產,應該先清償合夥的債務,如其債務還未至清償期,或在訴訟中,則應該把其清償所必需的數額,由合夥財產中劃出保留之(第六九七條第一項),以備日後清償之用。

(B)次返還出資 合夥財產清償債務或是劃出必需的數額以後,如果尚有賸餘,應該返還各合夥人的出資(第六九七條第二項。)若是賸餘的合夥財產,不足返還各合夥人的出資,即應按照各合夥人出資額的比例而為返還之(第六九八條。)

清償債務及返還出資,以給付金錢為原則,為達到上列兩項目的,清算人應該在必要限度內將合夥財產變為金錢(第六九七條第三項。)

(C)最後分配餘利 合夥財產於清償合夥債務,及返還各合夥人出資以後,如果還有賸餘,應該按各合夥人應受分配利益的成數,而為分配(第六九九條。)

## 第十九章 隱名合夥

### 第一節 隱名合夥的意義

何謂隱名合夥？即是當事人約定一方（隱名合夥人）對於他方（出名營業人）所經營的事業出資，而分受其營業所生的利益，及分擔所生的損失的契約（第七〇〇條）。現在把其性質分別說明於左：

（一）隱名合夥為契約 就隱名合夥的本質說，牠屬於左列的各種契約：

（1）隱名合夥為諾成契約，並且為不要式契約 隱名合夥契約，只須雙方當事人的合意，即能够成立；既不要為現實的出資，亦非必須履行一定的方式，故為「諾成契約」及「不要式契約」。

(2) 隱名合夥爲雙務契約，並且爲有償契約。隱名合夥契約成立以後，隱名合夥人負有出資的債務，出名營業人負有營業及分配其利益的債務，雙方互負債務，並且立於對待的關係，所以是「雙務契約」，定「有償契約」。

(3) 隱名合夥爲有名契約。民法對於隱名合夥，既付與一定的名稱，設復特別的規定爲「有名契約」，毫無可疑。

隱名合夥的本質怎樣？前而已經說明了，現在把牠的當事人說明一下。隱名合夥契約，一方當事人，約定供給資金，叫做「隱名合夥人」，他方當事人，約定經營事業，叫做「出名營業人」。隱名合夥人和出名營業人，是立於對待的地位，不像普通合夥有互相平列的多數當事人，至於隱名合夥當事人的資格，法律上既無一定的限制，自不問他是商人，或是非商人，也不問他是自然人，或是法人，均可爲其當事人，通常當事人雖只有一隱名合夥人與一出名營業人，但是一出名營業人，與數隱名合夥人分別訂立獨立的隱名合夥契約，或是數隱名合夥人，與一出名營業人共同訂立一個的隱名合夥契約，都無不可。

(二) 隱名合夥，爲隱名合夥人約爲出資的契約。隱名合夥人負出資的義務；然其出資的標的，則以「財產出資」爲限，信用和勞務都不得以爲出資的。爲什麼？隱名合夥的事業，既用出名營業人的名義，又無須隱名合夥人參與其執行，縱使其以信用或是勞務爲出資，亦必無從利用。又隱名合夥事業，既以出名營業人爲營業主體，則隱名合夥人的出資，只是對其營業供給資本，當然要把其財產權移轉於出名營業人，爲其專屬的財產。（第七〇二條）而非隱名合夥人和出名營業人共同共有，這是隱名合夥與「普通合夥」的重要不同之點。

(三) 隱名合夥，爲出名營業人約爲經營事業的契約。隱名合夥的營業，既以出名營業人的名義，對外經營事業，至隱名合夥人則就出名營業人所爲的行爲，對外完全不生權利義務的關係，那末這種營業當然不能算是雙方當事人所經營的共同事業，這也是隱名合夥與「普通合夥」不同的一點；惟其經營事業的結果，對於隱名合夥人也有共同利害關係，這點卻和普通合夥極相類似，故隱名合夥除本節特設規定外，還可以準用關於合夥的規定（第七〇一條）。又隱名合夥所經營的事業，其種類毫無限制不問其爲個人營業，抑爲團體營業（例如公司營業，或是合夥營

業。亦不問其爲全部營業，抑爲一部營業（例如支店營業。）更不問其爲商業，抑爲非商業，都可成立隱名合夥契約。又隱名合夥的營業，不必在契約成立時，卽已開始，卽在契約成立後纔行開始，亦無不可。

（四）隱名合夥，爲隱名合夥人應從營業分受利益及分擔損失的契約。隱名合夥人，對於出名營業人的營業，既負出資義務，當然要分受其利益；如果不分受其利益，就是缺乏隱名合夥的要件，不能認爲隱名合夥了。惟其分配數目的多寡，雖要看營業的成績如何爲斷，但不妨約定不分受其全部利益，而爲最高額的限制。又一方約定受利益，一面約定支付利息，雖仍可認爲隱名合夥，但若不問其有無利益，均得分配一定的利益，則與隱名合夥的本質相反了。

隱名合夥人既由營業分受其利益，亦應該分擔其損失，纔算公允。若是約定只分配其利益，而不分擔其損失，則爲缺乏隱名合夥的要件，自不得認爲成立隱名合夥契約。惟隱名合夥人雖應分擔其損失，亦只在出資的限度內負其責任（第七〇三條。）

（五）隱名合夥與普通合夥的區別。隱名合夥雖也稱爲合夥，卻與普通合夥，有下列的異

點：（1）在普通合夥，合夥人各爲自己而出資，其財產爲合夥人全體所共同共有。在隱名全夥，隱名合夥人則爲出名營業人而出資，其財產權移屬於出名營業人而爲其所獨有；（2）在普通合夥，各合夥人都可參與其事業。在隱名合夥，隱名合夥人則不參與其事業；（3）在普通合夥，各合夥人對於合夥債務負連帶責任，在隱名合夥，則隱名合夥人僅於其出資的限度內，負分擔損失的責任。

## 第二節 隱名合夥的效力

### 第一款 內部關係

（一）出資義務 隱名合夥契約成立以後，隱名合夥人雖須爲財產出資。然其提供的標的，不必限於財產所有權，就是以財產使用權爲出資，仍由隱名合夥人保留其所有權，亦無不可。至其出資義務，應在什麼時期履行，應該依契約所定。如果未經約定，則出名營業人得隨時請求之（第三一五條參照）。

(二) 執行事務 隱名合夥的營業，既是出名營業人的營業，不是隱名合夥人和出名營業人的共同營業，則其事務的執行權，應該專屬於出名營業人，隱名合夥人，當然不能有這種權利了。所以民法明認隱名合夥的事務，專由出名營業人執行之（第七〇四條第一項。）隱名合夥人雖無執行事務權，但對於出名營業人，卻有請求依約執行的權利。如果出名營業人，在約定期內，不開始營業，隱名合夥人即得請求其依約開始。又出名營業人違反其約定目的而執行事務者，隱名合夥人亦得請求其依約執行。

(三) 損益分配 隱名合夥契約成立以後，出名營業人對於隱名合夥人，一面負利益分配的義務，一面有損失分配的權利。現在把牠們分述於左：

(1) 分受利益 出名營業人，除契約另有訂定外，應在每屆事務年度終，計算營業的損益，其有應歸隱名合夥人的利益，應即如數支付之（第七〇七條第一項。）關於利益分受的成數，應該以雙方契約所定的做標準，若是沒有特約，即應該準用合夥的規定，按照出資的比例決定之（第六七七條。）又這項利益，除另有約定外，不得因隱名合夥人還未支取，遂認其利益為

出資的增加。(第七〇七條第二項)。

(2) 分擔損失 分擔損失既為隱名合夥的要件之一，若是約定只分受其利益，而不分擔其損失，就不是真正的隱名合夥；惟隱名合夥人的分擔損失，卻有一定的限制，只於出資的限度內負責(第七〇三條)。所謂於出資的限度內負責者，含有兩種意義：(A) 隱名合夥人負擔的損失額應該按照出資的比例決定之；(B) 隱名合夥人負擔的損失，以其出資為限。若其出資虧耗已盡，則隱名合夥人無以其他財產負擔損失的責任。

(四) 查閱及檢查權 隱名合夥營業的損益，既和隱名合夥人有重要的利害關係，而隱名合夥人又無執行業務的權利，使其查閱帳簿，並檢查事務及財產狀況的必要，這項檢查權不許由當事人任意剝奪。所以在契約上縱有反對的約定，隱名合夥人仍得於每屆事務年度終，查閱合夥的帳簿，並檢查其事務及財產的狀況(第七〇六條第一項)。如果遇有重大事由，法院因隱名合夥人的聲請，雖在平時，也得許其隨時為帳簿的查閱與事務及財產狀況的檢查(第七〇六條第二項)。

### 第二款 外部關係

隱名合夥的產業主體是出名營業人，出名營業人，因執行事務，對於第三人發生的權利義務，亦應該由其自行取得或是負擔，而和隱名合夥人無涉。故民法規定隱名合夥人就出名營業人所為的行為，對於第三人自不生權利義務的關係，（第七〇四條第二項。）不過隱名合夥人如有下列情事之一者，對於第三人仍應負出名營業人的責任，（第七〇五條。）（一）參與合夥事務的執行；（二）曾為參與執行的表示；（三）已知他人表示其參與執行而不為否認。這種例外的規定，純為保護第三人的利益而設，故當事人內部即使有反對的約定，亦是無效。

### 第三節 隱名合夥契約的消滅

（一）消滅的原因 隱名合夥契約，除依一般契約消滅的原因而消滅外，尚有左列的特別消滅原因（第七〇八條。）

（1）聲明終止 何謂聲明終止？就是隱名合夥契約的當事人，得以其一方的意思表示

聲明退夥（第七〇八條前段，第六八六條）隱名合夥未定有存續期間，或是已經訂明以當事人中一人的終身為其存續期間者，隱名合夥人固得聲明退夥；即其定有存續期間，隱名合夥人如有非可歸責於自己的重大事由，也得聲明退夥。

（2）當然終止 隱名合夥契約，如有左列事項之一，即無須聲明退夥當然終止（第七〇八條後段）

（A）存續期間屆滿；

（B）當事人同意；

（C）目的事業已完成或是不能完成；

（D）出名營業人死亡或是受禁治產的宣告；

（E）出名營業人或是隱名合夥人受破產的宣告；

（F）營業的廢止或是轉讓。

（二）消滅的效力 隱名合夥契約既已歸於消滅，出名營業人，即應該為必要的結算。營業

有盈餘者出名營業人除應返還隱名合夥人的出資外，並應給與應得的利益。若是營業虧損，則出名營業人即可從其出資額內把應負擔的損失扣除下來，僅返還其餘存額（第七〇九條。）

## 第二十章 指示證券

### 第一節 指示證券的意義

何謂指示證券？即是指示他人把金錢，有價證券，或是其他代替物給付第三人的證券（第七一〇條第一項。）爲指示的人，叫做指示人。被指示的他人，叫做被指示人。受給付的第三人，叫做領取人（第七一〇條第二項。）現在把其性質分別說明於左：

（一）指示證券，係給付金錢，有價證券，或是其他代替物的證券：

（1）指示證券的標的物 指示證券，有流通的性質，其給付標的必須以金錢等的代替物爲限。指示證券指示他人給付金錢者，叫做金錢證券；指示他人給付有價證券者，叫做有價證券；指示他人給付金錢有價證券以外的代替物者，叫做物品證券。因這些證券而成立的債

權，都叫做「指示債權。」

(2) 指示債權的特質 指示債權，必須作成證券，纔能夠發生，必須提示其證券，纔能夠行使，必須交付其證券，纔能夠移轉，是其債權和證券化爲一體，但是就其特質方面說，牠不但和「指名債權不同」並且和「無記名債權」不同，分述如左：

(A) 指示債權和指名債權區別的要點 指名債權的證券，只爲債權的證件；指示債權的證券，則和債權化爲一體。所以指名債權的行使，僅限與證券所指定的特定人，其移轉必須經過讓與人或是受讓人通知債務人，纔生效力（第二九七條參照）。指示債權的行使，則不限於證券所指定的特定人，其移轉只要交付證券，並爲背書，即生效力（第七一六條）。

(B) 指示債權和無記名債權區別的要點 無記名債權，係對於不特定人而爲給付的債權，指示債權，係對於特定人或是其指定人而爲給付的債權，所以無記名債權的移轉，只要把其證券交付，不必再爲背書。指示債權的移轉，則不但要把其證券交付，並且要爲背書。

(二) 指示證券係指示他人向第三人給付的證券 指示證券，在文句上要指示他人向第

三人給付金錢，有價證券，或是其他代替物。何謂指示他人給付，就是表示委託他人給付的意思。指示人（即發行人）既表示委託他人結付，自己當然不負給付義務，就這一點說，指示證券的性質，實和票據中的匯票支票一樣，同為「委託證券」的一種。又民法上的倉單，提單，本亦有指示證券的性質；然其給付人不限於他人，領取人不限於第三人，發行證券的本人，也得自為給付人或是領取人。

## 第二節 指示證券的發行

（一）發行的意義 何謂發行？就是指示人（即發行人）因創設指示證券上的證券關係，而作成指示證券，並且把牠交付領取人的行為，這種行為完成以後，指示證券纔可發生效力。

（二）發行的方式 指示證券的上面，應該記載什麼事項，民法雖無規定，但依照第七一〇條的規定解釋，必須記載下列的事項：（1）給付的標的物；（2）被指示人的姓名；（3）領取人的姓名；（4）指示給付的意旨；（5）指示人的簽名。指示證券的通常樣式如左：

憑票所交

泰昌寶號或所指定人麵粉壹千包期訂民國二十四年十二月十五日備交此據

恆豐麵粉公司 台照

中華民國二十四年十月十五日

同和洋行

照上面的樣式，指示人是同和洋行，被指示人是恆豐麵粉公司，領取人是泰昌寶號。

(三) 發行的效力 指示證券發行以後，被指示人如果拒絕承擔或是給付，領取人雖不得向指示人追索；但是被指示人既已拒絕承擔或是給付，委託給付債務，即已成爲債務不履行，仍應使指示人負損害賠償責任。

第三節 指示證券的效力

(一) 指示證券的承擔

(1) 承擔的意義 何謂承擔？就是被指示人表示依照指示人所指示，而為證券上標的物的給付。這種承擔，和債務承擔（第三〇〇條參照）的性質不同：債務的承擔，為一種契約，只是移轉既存的舊債務；指示證券的承擔，則為一種單獨行為，發生應為給付的新債務。

(2) 承擔的效力 被指示人，並非經指示人的指示，即當然負有給付的義務，必須向領取人為承擔後，纔負有給付的義務，在被指示人未為承擔以前，領取人對於被指示人，只是在期望的狀態之下，有給付請求權，須在承擔以後，被指示人纔受其拘束，而有依照證券內容而為給付的義務（第七一一條第一項）。

(3) 承擔後的抗辯 被指示人為承擔以後，對於領取人，還得有一種「抗辯權」，惟其抗辯的事由，則有一定的限制。依照民法所規定，被指示人所得對抗的事由有二：(A) 本於指示證券的內容所得對抗的事由；(B) 本於指示人與領取人間的法律關係所得對抗的事由（第七一一條第二項）。第一種對抗情形，叫做「物的抗辯」，例如簽名偽造，日期未滿，給付處

所不符，以及時效完成等都是。所謂物的抗辯，即是可以對抗一般人的抗辯，而不限對抗於特定當事人的抗辯。第二種對抗情形，叫做人的對抗：例如可以抵銷，已經免除等都是。所謂人的抗辯，只是可以對抗特定債權人而不能及於一般人的抗辯。

(二) 原有債務的消滅

(1) 債務消滅的時期 指示人爲清償其對於領取人的債務，而交付指示證券者，其債務不是在交付指示證券時即歸消滅，而應在被指示人爲給付時消滅（第七一二條第一項）。

(2) 請求清償的延緩 債權人既已受領指示證券，其債務即應暫緩請求清償，不得請求指示人就原有債務而爲給付，必須在定有期限的指示證券，被指示人於所定期限內未爲給付，或是未定期限的指示證券，被指示人於相當期限內未爲給付時。領取人纔得請求指示人就原有債務爲給付（第七一二條第二項）。

(3) 不願受領的表示 指示證券受領與否，債權人有選定的自由。但債權人如果不願由其債務人受領指示證券，應即速通知債務人，使他有所準備（第七一二條第三項）。

(三) 原有債務的免除 被指示人對於指示人縱負有債務，卻無承擔其所指示給付或為給付的義務。仍得拒絕承擔或是給付。但是被指示人如已向領取人為給付，即得就其給付的數額，而對於指示人免其債務（第七一三條）。又被指示人對於指示證券拒絕承擔或是拒絕給付者，領取人應即將其拒絕情形通知指示人（第七一四條）。

(四) 指示證券的撤回 指示證券發行以後，指示人認為應予撤回者，亦得撤回指示證券；惟依照民法所規定，還有左列的限制：

(1) 撤回的時期 指示證券的撤回，必須在被指示人未向領取人承擔所指示的給付或是為給付以前，如果被指示人已為承擔或是給付，則指示證券，已在被指示人與領取人間直接發生效力，自不能予以撤回（第七一五條第一項前段）。

(2) 撤回的方法 指示證券的撤回，必須指示人向被指示人以意思表示為的。若是向領取人或是第三人為意思表示，則不能認為有效（第七一五條第一項後段）。

(3) 撤回的效力 指示證券一經撤回，其效力即歸喪失，被指示人不得再向領取人為

給付。

(4) 視為撤回 指示人雖未明示撤回，指示證券而在被指示人未承擔或是給付以前，即受破產宣告者，其指示證券在法律上「視為撤回」(第七一五條第二項)。

(五) 指示證券的讓與

(1) 讓與的意義 何謂讓與？就是證券領取人或是其他持有人把其指示證券的所有權讓給第三人。指示證券原有流通的性質，除了指示人於證券載明禁止讓與以外，領取人可以  
把指示證券讓與於第三人(第七一六條第一項)。

(2) 讓與的方法 指示債權的讓與不但要交付證券，並且應該以背書爲之(第七一六條第二項)。至於背書的方式怎樣，民法雖無明文規定，當可解爲準用票據法上背書的方式。依照票據法所規定，背書上面應該記載受讓人(即被背書人)的姓名，及背書年月日，並且由讓與人(即背書人)簽名的。茲把通常的背書例示如左：

背

本票兌與

萬興寶號請向驗交此據

中華民國 年 月 日

泰昌號印

本票兌與

恆孚寶號請向驗交此據

中華民國 年 月 日

萬興號印

(3)讓與的效力 指示債權的讓與，只要把其證券讓與，即可發生債權移轉的效力，不要另行通知債務人，是和「一般債權的讓與」不同。指示證券讓與以後，被指示人對於指示證券的受讓人，如果已為承擔，即負有給付義務，不得以自己與領取人間的法律關係所生的事由，與受讓人相對抗（第七一六條第三項）。所謂被指示人與領取人間的法律關係所生的事由，即是債務人（即承擔人）和讓與人間，因其個人特別關係所得主張的事由。所謂不得以與受讓人相抵抗，即是債務人不能把得抵抗讓與人的事由來對抗受讓人。例如讓與人對於被指示人亦欠有債務，被指示人原可對他主張抵銷；但是不得以這種事由抵抗受讓人，而拒絕其給付是。

#### 第四節 指示證券的消滅

指示證券的消滅，自應適用一般債權及一般法律行為消滅的規定；但是指示證券有特別的性質，所以民法規定其特別消滅原因，如左：

(一) 指示證券的撤回 指示證券一經撤回，其指示債權的效力，即當然歸於消滅，這在前面已經說過了。

(二) 短期的消滅時效 指示證券領取人或是受讓人，對於被指示人因承擔所生的請求權，如果從承擔的時候起，在三年間不行使，其權利即歸消滅（第七一七條。）

(三) 指示證券的遺失被盜或是滅失 指示債權的行使，固以指示證券的存在為前提，但如果證券一旦喪失占有，即不得行使其權利，實有礙證券持有人的利益。所以指示證券遺失，被盜，或是滅失者，法院得因持有人的聲請，而依照公示催告的程序，把牠宣告無效（第七一八條。）

## 第二十一章 無記名證券

### 第一節 無記名證券的意義

何謂無記名證券？即是持有人對於發行人，得請求其依照所記載的內容為給付的證券（第七一九條。）其占有證券的人叫做持有人，也就是權利人。發行證券的人，叫做發行人，也就是義務人。現在把牠的性質分別說明如左：

（一）無記名證券，為持有人對於發行人得請為給付的證券。

（1）無記名證券的標的物 無記名證券的標的物，無種類的限制，不像「指示證券」的標的物，只以金錢，有價證券，及其他代替物為限。所以無記名證券，在金錢證券（例如銀行兌換券是），有價證券（例如憑票交付公債票若干的證券是），物品證券（例如商品證券是）

以外，倘有其他的證券（例如火車票，電車票，以及遊劇場，入場券是。）

（2）無記名證券的特質 無記名證券，是不指明特定債權人的證券，持有人都得行使給付請求權。又無記名證券爲「自付證券」，不像指示證券爲「委託證券」，其債務人當然爲發行人本人。

（二）無記名證券，爲依照所記載的內容爲給付的證券 無記名證券，原爲最完全的有價證券，其證券和權利，當然是同時存在的；換句話說，即是權利和證券合爲一體，除了證券上所記載的內容以外，發行人概不負什麼給付的義務。所以持有人向發行人請求給付，只得以其證券上面所記載的內容爲準：例如證券上面記載的爲物品，只得請求給付物品，不得請求給付金錢是。

## 第二節 無記名證券的效力

（一）無記名證券的提示 無記名證券，爲「提示證券」，發行人必須於持有人提示證券時，纔有爲給付的義務（第七二〇條第一項前段。）證券既經提示，發行人即應該隨到隨付，沒有

調查持有人資格的權義。所以發行人已爲給付以後，如持有人就證券有處分的權利，其債務固應該免除；就是持有人就證券無處分的權利（例如無證券所有權的拾得人，盜取人，詐取人是）其債務也應該免除（第七二〇條第二項）。雖然，發行人如知持有人就證券無處分的權利，或是受有遺失被盜或滅失的通知者，（即通俗所謂掛失票）即不得爲給付（第七二條〇第一項但書）。發行人既不得爲給付，而仍爲給付時，其債務即不能免除了。

（二）無記名證券的流通 無記名證券，既未記載權利人的姓名，自可輾轉讓與。所以無記名證券，係因發行人自己的意思而流通，其流通又未發生變故者，固無妨礙證券的效力；就是非因發行人自己的意思而流通，或是流通在本身已有變故，發行人也仍要負責。何謂流通非因自己的意思？即是無記名證券的流通，係因遺失被盜或是其他非因發行人的意思（例如被脅迫，被詐欺是）。這種情形，雖爲無記名證券的原始取得，發行人對於善意持有人仍應該負責，何謂流通在本身已有變故？即是無記名證券的行發，係在發行人死亡或是喪失能力以後。發行人既已爲發行的行爲（即簽名於券上作成證券）以後，纔爲交付行爲，仍不失其效力（第七二一條）。

(三) 抗辯事由的限制 依照民法第七二二條所規定，無記名證券發行人，得行使其抗辯權，以對抗持有人，但其對抗的事由，只以下列三種為限：(1) 本於證券無效的事由而得對抗的；例如除權判決，或是無行為能力人所發行是；(2) 本於證券內容的事由而得對抗的；例如日期未滿，或是證券的偽造是；(3) 本於發行人與持有人間法律關係所得對抗的事由；例如抵銷，免除是。

(四) 無記名證券的交還 無記名證券持有人請求給付時，應該把證券交還發行人（第七二三條第一項）。為什麼無記名證券的債權，既與證券合為一體，證券若不收回，其權利即未消滅，債務人自有重為清償之虞了。所以持有人在請求給付時，必須交還其證券。發行人既已由給付而取回其證券，即使持有人就證券無處分的權利，亦仍可取得其證券的所有權（第七二三條第二項）。真正的權利人，不得據其所有權的權能，而向發行人請求返還。

(五) 無記名證券的換給 無記名證券，因毀損或是變形而不適於流通者，如其重要內容及識別記號，仍可辨認，持有人得請求發行人換給新證券（第七二四條第一項）。換給新證券的

費用，原則上應該由持有人負擔；但是證券若為銀行兌換券，或是其他金錢兌換券，則應由發行人負擔之（第七二四條第二項）。

### 第三節 無記名證券的喪失

關於無記名證券的喪失，除應適用一般法律行為及債的效力消滅的規定以外，還應適用左列的特別規定：

#### （一）關於通常無記名證券的喪失

（1）證券不存在時的公示催告 無記名債權的行使，固以證券的存在為前提，但如果證券一旦失其存在，其債權即應該歸於消滅，實無以保護真正權利人的利益。所以無記名證券雖已遺失，被盜，或是滅失，仍應許其得向法院聲請，依照公示催告程序，把已失的證券宣告為無效（第七二五條第一項），以便不依證券而可主張其權利。惟無記名證券，既已遺失，被盜，或是滅失，每因不易提出相當的證據，以為公示催告的聲請，遂使其債務隨之而消滅。法律為貫徹保護真正權利

人的意旨，仍有使發行人負「協助義務」的必要，就是持有人爲公示催告聲請時，發行人對於持有人，應該告知關於實施公示催告的必要事項，並且供給其證明所必要的材料（第七二五條第二項）。

（2）證券不存在時的提出期間停止進行 無記名證券定有提示期間者，如果法院因公示催告聲請人的聲請，而對於發行人爲禁止給付的命令，其提示期間即應該停止進行（第七二六條第一項）。所謂定有提示期間，就是發行人在證券上面載明限有一定期限以前，持有人纔得提示證券請求給付。又這種提示期間的停止進行，原爲公示催告未終止前的一種救濟辦法，自不能長期的使其停止。所以民法復規定其停止期間，從聲請發禁止給付命令時起，至公示催告程序終止時止（第七二六條第二項）。

（二）關於定期給付無記名證券的喪失 所謂定期給付無記名證券，即指利息、年金，及分配利益等無記名證券而言的。這等無記名證券喪失的救濟辦法如左：

（1）第三人於時效期間屆滿前未爲提示者 利息、年金，及分配利益的無記名證券，有

遺失被盜或是滅失，曾經持有人通知發行人者，如果第三人在定期給付債權的法定時效期間屆滿以前（第一二六條參照）未為提示，則曾為通知的持有人，即得向發行人請求給付該證券所記載的利息、年金，或是分配的利息（第七二七條第一項前段）。為什麼？在時效期間屆滿以前，既無第三人為提示，其權利亦已經過時效，不患再有第三人主張其權利了，自應允許真正權利人得以請求給付。雖然在時效屆滿以後，允許真正權利人得以行使其權利，原為一種特別救濟方法，自不能使其長期存續。所以自時效期間屆滿後，已經過一年者其請求權歸於消滅（第七二七條第一項但書）。

（2）第三人於時效期間屆滿前已為提示者。這種無記名證券有遺失被盜或是滅失，曾經持有人通知發行人者，在時效期間屆滿以前，由第三人提示其證券時，發行人即應該把不為給付的情事告知該第三人，並且於該第三人與曾為通知的人合意以前，或是於法院為確定判決以前，應該暫時不為給付（第七二七條第二項）。為什麼？第三人既於時效屆滿以前為提示，而主張其權利，其為通知的人，自不能再請求給付。這時發行人當然一面要以不為給付的情

事告知第三人，一面要對於雙方都不爲給付，以待將來彼此合意解決，或是由法院判決。

(三)關於無利息見票即付的無記名證券 所謂無利息見票即付的無記名證券，就是不  
要支付利息，並且沒有記載給付日期，而可隨時請求給付的無記名證券。例如銀行兌換券，國庫券，  
或是金庫券等是。這項證券的流通性質，大概和金錢一樣，最易輾轉讓與。發行人縱使明知持有人  
無處分的權利，或是已接到掛失票的通知，仍要隨時給付，以保交易的安全。況且這項證券的發行，  
其樣式大都爲同一定型，一經喪失證券，其權利即隨同而喪失，若仍許其爲公示催告的聲請，而把  
牠宣告爲無效，很難使一般人盡能辨別。所以民法爲實現支付證券的性質，並且獎勵其流通，特明  
定無利息見票即付的無記名證券，除了利息年金及分配利益的證券以外，不適用第七二〇條第  
一項但書，及第七二五條的規定（第七二八條。）

## 第二十二章 終身定期金

### 第一節 終身定期金契約的意義

何謂終身定期金契約？即是當事人約定一方在自己，或是他方，或是第三人的生存期內，定期以金錢給付他方或是第三人的契約（第七二九條）。現在把牠的性質分別說明於左：

（一）終身定期金爲契約 終身定期金屬於下列各種契約：

（1）終身定期金契約爲諾成契約，但爲要式契約 終身定期金契約的訂立，當事人要有一致的意思表示，並且要以書面爲之（第七三〇條）。「要式契約。」但其契約的成立，不以實行給付爲要件，故爲「諾成契約。」

（2）終身定期金契約爲有價契約，或是無價契約 定期金債權人，對於定期金債務人

爲對待給付的，爲「有價契約」其不爲對待給付的，則爲「無價契約」。前者例如以買賣的價金爲終身定期金時，其定期債權人（卽出賣人）已有對待給付，應該適用關於買賣的規定。後者例如以贈與的標的物爲終身定期金時，其定期金債權人本有對待給付，應該適用關於贈與的規定。

（3）終身定期金契約爲有因契約 終身定期金契約，大都有一定的原因，纔可成立，故應認爲「有因契約」。例如由贈與原因而成立的終身定期金契約，贈與一經撤銷，契約卽當然失其效力是。

（4）終身定期金契約爲射倖契約 定期金給付義務，既以特定人的終身爲其存續期限，則其給付數額的多寡，自以義務人的死亡做標準。所以終身定期金契約可叫做「射倖契約」。

（二）終身定期金契約，係當事人一方以金錢給付他方或是第三人的契約。

（1）終身定期金的標的物 終身定期金，是按照定期而爲給付的，以「金錢」爲標的

物；若是給付物品、權利，或是勞務，則爲一種無名契約，只可準用終身定期金的規定。

(2) 終身定期金的債權人 終身定期金契約，有時以他方爲債權人；有時以第三人爲債權人。前者是通常債權契約，應該適用通則的規定；後者是爲第三人利益的契約，應該適用特別的規定（第二六九條參照）。

(三) 終身定期金契約，係於當事人自己，或是他方，或是第三人生存期內爲定期給付的契約：

(1) 定期給付 何謂定期給付？即是按照一定時期，反覆地爲特定的給付；例如約定按年按季或是按月而爲給付是。每期給付的額數，既不須同一，也不須自始確定，只要在履行前得以確定就够了。

(2) 定期給付的存續期 定期給付，不管約至當事人一方或是他方死亡時爲止。抑係約至第三人死亡時爲止，要皆以其生存期爲存續期，這即是終身定期金所謂「終身」的意義。僅定期給付金錢，並未約以終身者，則非終身定期金契約。

(四) 終身定期金的遺贈 何謂終身定期金的遺贈？就是以遺囑設定終身定期金。遺囑的成立及生效。雖應該適用一般遺囑的規定；但是其法律關係，和終身定期金契約並沒有區別。所以終身定期金契約的規定，可以準用於終身定期金的遺贈（第七三五條）。

## 第二節 終身定期金契約的效力

終身定期金契約一經成立，即可發生「定期金債權」。何謂定期金債權？就是終身定期金債權人，得向終身定期金債務人，請求依約給付定期金的權利。這種權利的發生，為終身定期金契約的主要效力。現在把牠的要點分述如左：

(一) 定期金的存續期 定期金的存續期，以何人的生存期為準。如當事人有約定，應依其所定；若是所定不明，還有疑義的，則推定其為於債權人生存期內按期給付（第七三一條第一項）。為什麼定期金的給付，多因債權人的個人關係，其存續期間如有不明，自應推定以債權人的終身為準。

(二) 定期金的支付額 定期金究應給付多少，當事人已經明白約定的，固應依其所定；若是所定不明，還有疑義的（例如契約僅定每期應付五百元，其期限究為月為季，為年，則未定明是）則推定其為每年應給付的金額（第七三一條第二項）。

(三) 定期金的支付期 定期金究應在各期開始時支付，抑應在各期終了時支付，抑應在其他時期支付，當事人都可自由約定，如果未經約定，則應該按季預行支付（第七三二條第一項）。例如按年定期金六百元，應該分為四季支付，即在每季開始時預付一百五十元是。惟定期金既已預付以後，依其生存期間而定終身定期金的人（即標準人），如果在該期屆滿前死亡，定期金債權人能不能取得全期金額呢？民法為保護債權人計，特明認定期金債權人應該取得該期金額的全部（第七三二條第二項）。

(四) 定期金債權的移轉 定期金債權能不能移轉，應該把基本債權和支分債權分別來說：基本債權除了契約另有訂定以外，不得自由移轉（第七三四條）；支分債權（即各期給付請求權）雖未約定可以移轉，也得自由移轉。

### 第三節 終身定期金契約的消滅

終身定期金契約，除了得依一般法律行爲及契約的消滅原因而消滅以外，其標準人一旦死亡，亦應歸於消滅；惟其死亡的事由，應該歸責於定期金債務人時，法院因債權人或是其繼承人的聲請，得以宣告其債權在相當期限內仍爲存續（第七三三條。）所謂債權人或是其繼承人的聲請，就是在標準人爲債務人時，其因應該歸責於自己的事由而死亡者（例如犯罪處死刑或是自殺是，債權人仍可爲聲請（標準人爲第三人，因應該歸責於債務人的事由而死亡者，也是這樣。）在標準人爲債權人時，其因應該歸責於債務人的事由而死亡者，債權人的繼承人可爲聲請。至所謂相當期限的決定，應以標準人的生存能力（例如健康狀態，及年齡等是）做標準，不得依其他抽象觀念而爲裁量。

## 第二十三章 和解

### 第一節 和解的意義

何謂和解？即是當事人約定互相讓步，而以終止爭執或是防止爭執發生的契約（第七三六條）。現在把牠的性質分別說明如左：

#### （一）和解為契約。

（1）和解為諾成契約，並且為不要式契約。和解只要雙方當事人有合意的約定，即能成立自為「諾成契約」。又在訴訟上的和解，雖要記載於言詞辯論筆錄，或是作成和解筆錄。然在訴訟外的和解，則不要作成書面，是為「不要式契約」。

（2）和解為有償契約，並且為雙務契約。和解當事人，既是約定互負讓步的義務，其讓

步又有對待的關係，自爲「有償契約。」及「雙務契約。」和解既爲有償契約自可準用關於買賣的規定（例如瑕疵擔保責任的規定是。）又因其爲雙務契約，故可準用關於雙務契約的規定（例如同時履行抗辯的規定是。）

（二）和解爲終止爭執或是防止爭執發生的契約 茲把和解的目的，事項，及其能力分述於次！

（1）和解的目的 何謂爭執？就是當事人就一定法律關係的存否，效力，及其內容爲反對的主張。終止爭執或是防止爭執發生，既爲和解的唯一目的，則和解契約的成立，必須當事人間現有爭執或是有爭執之虞。若是現在既無爭執，將來亦無爭執之虞。即不得成立和解了。

（2）和解的事項 關於和解的事項，沒有種類的限制，凡是爲債權關係，物權關係，親屬關係，繼承關係，都得爲和解的標的。若爲法律關係以外的事項，則不得爲和解的標的。例如單純的感情衝突，不成能立和解是。

（3）和解的能力 和解含有處分行爲。無論那一種法律關係，必須當事人有和解能力，

總可爲和解的標的。何謂和解能力？即當事人有任意處分的權能。若無和解能力，則不得成立和解了。例如親子關係的存否，應受扶養的權利，都不得成立和解是。

(三) 和解爲當事人互相讓步的契約。何謂互相讓步？就是當事人彼此願受幾分損失；換句話說，就是拋棄自己主張的全部或是一部，而犧牲多少的利益。關於互讓的方法，法律上原無什麼的限制，在通常的互讓，固是當事人各爲一部的拋棄或是承認，但是只由當事人一方爲全部的拋棄或是承認，而相對人另爲新的給付，也得認爲互讓。

和解既爲當事人互相讓步的契約，其非由當事人自己讓步，而依判決、公斷以息爭的，即不能叫做和解了。又非由當事人雙方互相讓步，而只是一方拋棄自己的權利主張，或是承認相對人的權利主張以息爭的，亦不能叫做和解，只能叫做權利的拋棄或是承認。

## 第二節 和解的效力

(一) 債務的發生 當事人間既已互相讓步，訂立和解契約，則在和解以後，自應各負依約

給付的債務，例如約爲權利的讓步的，負有不再主張其權利的債務，約爲新權利的給付的，負有依約履行的債務是。又和解既以終止或是防止爭執爲目的，則其成立以後，當事人自不得再就同一爭點而有所爭執。

(二)創設的效力 和解的效力，究爲認定的，抑爲製設的；從來學者很有爭論。所謂認定的效力，卽是和解只就舊權利關係加以認定（限制，或是更變，）而使原有的擔保及時效，仍然存續其效力。所謂創設的效力，卽是和解純係創造新的權利關係，其效力不溯及於既往，唯對於將來發生的效力。依照民法第七三七條所規定，和解可使當事人所拋棄的權利歸於消滅，及使當事人取得和解契約所訂明的權利，是認和解有「創設的效力。」所謂拋棄的權利消滅，卽是不認舊權利關係的存續。所謂取得契約訂明的權利，卽是新權利關係由和解而發生。又（第七三八條，）明定和解在原則上不得以錯誤爲理由而撤銷，這更是承認和解有創設的效力。所以和解一經成立，其效力卽和確定判決一樣，不問以前的權利關係怎樣，新權利關係既經創設，卽不許以錯誤爲藉口而使其更動。

### 第三節 和解的消滅

和解既爲一種債權契約，自應適用一般法律行爲及契約的規定，凡是遇有無效或是被撤銷的原因，其契約應該歸於消滅：例如因被詐欺或是被脅迫，而撤銷和解契約是。惟錯誤則另有特別規定，分述如左：

(一) 因和解文件的偽造或是變造而撤銷 和解所依據的文件，事後發見爲偽造或是變造，而和解當事人，若於當時知其爲偽造或是變造，即不爲和解者，其和解得撤銷之（第七三八條第一款。）

(二) 因和解事件經法院確定判決而撤銷 和解的事件，已經法院確定判決，而爲當事人雙方或是一方在和解當時所不知者，其和解得撤銷之（第七三八條第二款。）

(三) 因當事人的資格或是重要爭點有錯誤而撤銷 當事人一方，對於他方當事人的資格，或是對於重要的爭點有錯誤而爲和解者，得撤銷其和解（第七二八條第三款。）

## 第二十四章 保證

### 第一節 保證的意義

何謂保證？即是當事人約定一方（保證人）於他方（債權人）的債務人（主債務人）不履行債務時，由其代負履行責任的契約（第七三九條）。現在把牠的性質分別說明於左：

#### （一）保證為契約

（1）保證為諾成契約，並且為不要式契約。保證只須保證人和債權人有一致意思表示，即能成立，自為「諾成契約」。又保證契約的訂立，雖多作成保證書，或由保證人在借據上簽名，然此並非保證的成立要件，故仍為「不要式契約」。

（2）保證為片務契約，並且為無償契約。保證契約成立以後，只是保證人對於債權人

負有代償主債務的責任，債權人卻不須爲什麼對待給付，自爲「片務契約」及「無償契約」。惟約定債權人對於保證人亦爲一定的給付，作爲保證人負擔債務的報酬者，則爲「雙務契約」並且爲「有償契約」。

(3) 保證爲有因契約，並且爲從契約。保證契約，既爲擔保債權而締結的契約，則其存在當以主債務契約的存在爲前提，主債務契約一旦消滅，保證契約也應因之而消滅，是其爲「有因契約」可無疑義。又保證債務的存在，係以主債務的存在爲前提，則保證爲附屬於主債務契約的「從契約」更不待言。所以保證契約不成立，或是無效，或是撤銷，或是解除，主債務契約並不受其影響；反之，主債務契約不成立，或是無效，或是撤銷，或是解除，保證契約則應受其影響。

(二) 保證係約定主債權人不履行債務時，由保證人代負履行責任的契約。

(1) 保證契約的當事人 何謂保證契約？就是第三人對於債權人，約於債權人的債務人不履行債務時，由其代負履行責任的契約，這種契約時當事人，爲保證人和債權人，主債務人則非當事人。爲什麼保證契約和主債務契約，原爲兩個不同的行爲：主債務契約，是因主債務人

和債權人的合意而成立的；保證契約，則因保證人和債權人的合意而成立的。

(2) 保證債務和主債務 保證人所負的債務，叫做「保證債務」。主債務人所負的債務，叫做「主債務」。保證債務的成立，以主債務的存在為前提；但是保證債務，為保證人和債權人間的債務，主債務則為主債務人和債權人間的債務，牠們是可以各別成立的，不可認為同一債務。

保證既以擔保主債務的履行為標的，則在主債務人不履行時，保證人自有代負履行的責任；惟其代負履行，不像債務的承擔，係使債務人完全脫離債務關係的。

## 第二節 保證的效力

### 第一款 保證人與債權人間的效力

(一) 債權人的履行請求 保證契約成立以後，債權人自有請求保證人履行保證債務的權利；惟其請求的範圍，則以其有無約定為斷。

(1) 保證債務已有約定的範圍者 這即是「有限保證」。保證債務的範圍，已有約定的，自應從其所定（第七四〇條前段）惟其約定的範圍，只能在不過主債務的範圍內任意定之。如果超過主債務的範圍，而使保證人負擔債務，較主債務人爲重，其超過部分應該作爲無效，把牠縮減至主債務的限度（第七四一條）。

(2) 保證債務未有約定的範圍者 這即是「無限保證」。保證債務的範圍，未有約定的，保證人究應就由主債務所生的債務負責，抑應就從屬於主債務的債務負責？依照民法所規定，保證債務，除了契約另有規定以外，所有主債務的利息，違約金，損害賠償及其他從屬於主債務的負擔，都包含在內（第七四〇條）。所謂其他從屬於主債務的負擔，例如主債務人所應負擔的結約費用，催告費用，登記費用，公證費用是。

(二) 保證人的抗辯權 保證人對於債權人的請求，得以行使檢索的抗辯，及主債務人所有的抗辯權，分述於左：

(1) 檢索的抗辯 何謂檢索抗辯？就是保證人在債權人未就主債務人的財產強制執

行而無效果以前，對於債權人得以拒絕清償的抗辯（第七四五條。）也叫做「先訴抗辯。」這種檢索，不是債權人對於保證人請求的要件，他未就主債務人的財產為強制執行以前，還可向保證人請求，不過保證人對其請求得為檢索的抗辯，以拒絕其清償罷了。所以在債權人請求時，保證人如果不行使這抗辯的權利，債權人的請求，仍為有效，保證人不得不負給付遲延責任了。假使在訴訟上不行使這權利，法院亦不得自動的為裁判駁斥債權人的請求。

保證人在通常情形，固得行使檢索抗辯權；但有左列情形之一者，即不得主張其權利（第七四六條。）

（A）保證人拋棄檢索的權利 檢索的抗辯，原為保證人的權利，如果自願把牠拋棄，即不得再為主張了：例如保證人在借據中載明立時代償，不能推諉的字樣是。

（B）保證契約成立以後，主債務人的住所，營業所，或是居所有變更的，而致向其請求清償發生了困難 在這種情形，不問主債務人有沒有資力，保證人都應喪失其檢索抗辯權。

（C）主債務人受了破產宣告 主債務人既受破產宣告，即無清償的資力，保證人自

不得再為檢索的抗辯了。

(D) 主債務人的財產，不足清償其債務，主債務人的財產，既是不足清償其債務，即屬欠缺清償的資力，保證人自應代為清償其債務。

(2) 主債務人所有的抗辯，主債務人所有的抗辯，保證人也得主張之（第七四二條第一項。）為什麼保證債務，既係附屬於主債務的債務，則主債務人所有的一切抗辯，保證人自得據為主張。這種抗辯的發生原因，不問其為法定事由，抑為約定事由，只要在法律上得以主張的，保證人都得主張。之例如給付拒絕的抗辯（如主債務有由雙務契約而生的同時履行抗辯），權利不發生的抗辯（如主債務因違法或是無行為能力等原因而不發生），以及權利消滅的抗辯（如主債務因清償或是消滅時效完成而消滅）是。又依照民法第七四四條所規定，主債務人就其債務發生原因的法律行為有撤銷權者，保證人對於債權人得拒絕清償。

保證人雖得主張主債務人所有的抗辯權，而使自己的債務免除；但是其主張必須用自己的名義，並非為主債務人的代理。所以主債人縱已拋棄其抗辯權，保證人仍得主張之（第七四二條

## 第二項。

上面所說明的，只是一種原則，還有左列的例外：

(A) 保證人知有主債務無效的事，主債務人對於錯誤或是行為能力欠缺的無效事由，本來可以抗辯的，保證人也可據為抗辯；但是保證人在訂立保證契約的當事，已知其事情，而仍為保證者，其保證仍為有效（第七四三條）不許保證人為抗辯的主張。

(B) 債權人向主債務人請求履行，及其他中斷時效的行為，債權人向主債務人請求履行，及為其他中斷時效的行為，對於保證人亦生效力（第七四七條）為什麼保證既係擔保主債務的履行，則在主債務未罹時效的時候，應使保證債務人不罹於時效，纔可適合保證的本旨。

(三) 共同保證 何謂共同保證？就是數人為同一債務的保證。關於這種保證的規定，有的採「分擔責任主義」，即使各保證人各就主債務一部分擔保證責任；有的採「連帶責任主義」，即使各保證人各就主債務全部負擔保證責任。依照民法第七四八條所規定，數人保證同一債

務的，應該連帶負保證責任，惟在數保證人和債權人間訂有分擔責任的特約者，各保證人只就自己分擔部分負其責任，縱使保證人中的一人或數人，因無資力而不能清償其債務，他保證人亦無代為履行的責任。

### 第二款 保證人與主債務人間的效力

保證契約，原為保證人和債權人間的關係，主債務人當然居於第三人的地位；但是保證契約，既為擔保主債務的履行而成立的，則在保證人與主債務人間，自應發生關係。這種關係，應該發生什麼效力，當依當事人的意思或是法律規定決定之。茲把保證人與債權人間的效力，分述於次。

(一) 保證人的代位權 何謂保證人的代位權？就是保證人向債權人為清償以後，債權人對於主債務人的債權，在其清償的限度內，移轉與保證人（第七四九條。）這項代位權，在第三一二條已有明定，本條似已涉於重複，然該條係就「一股利害關係人的代位權」而為規定的，本條則專就「保證人的代位權」而為規定。

(二) 保證人的免責請求權 何謂保證人的免責請求權？就是保證人具有法定情形時，在

未對債權人爲清償以前，有得向主債務人請求免去責任的權利。保證人向債權人爲保證，有的受主債務人的委任而爲的；有的未受主債務人的委任而爲的（例如主債務人的戚友，自動爲保證人是）。在通常情形，保證大都出於主債務人的委任，如有左列情形之一保證人即得向主債務人請求把其保證責任除去（第七五〇條第一項）。

（1）主債務人的財產顯形減少者。

（2）保證契約成立以後，主債務人的住所，營業所，或居所有變更，致向其請求清償發生

困難者；

（3）主債務人履行債務遲延者；

（4）債權人依確定判決得令保證人清償者。

凡遇有上列情形之一的保證人，固得行使免責請求權，而使其保證債務消滅，但是主債務如果未屆清償期，主債務人也得提出相當擔保於保證人，以代保證責任的除去（第七五〇條第二項）。

### 第三節 保證責任的消滅

保證責任，除了依通常債務的一般消滅原因而消滅以外，尚有左列的特別原因：

(一) 債權人拋棄其擔保物權 債權人對於主債務人的債權，常有物的擔保（例如質權，抵押權等）和人的擔保同時存在，如果主債務人不履行其債務，應由債權人先儘物的擔保受清償，其不足部分纔由保證人負責。若是債權人拋棄其擔保物權，即於保證人有重大的不利益。法律為保護保證人的利益，特許保證人就債權人所拋棄權利的限度內免其責任（第七五一條。）

(二) 定期保證的免責條件 保證當事人間，約定保證人僅於一定期間內為保證者，如果債權人在其期間內，對於保證人不為審判上的請求，保證人即應免其責任（第七五二條。）為什麼保證債務，既定有一定的負責期間，主債權人若不為債務的履行，債權人即當在其期間內為審判上的請求。若在其期間內不追問保證人的責任，其責任自當消滅了。

(三) 無期限保證的免責條件 保證未定期間的，保證人於主債務清償期屆滿以後，得定

一個月以上的相當期限，催告債權人於其期限內，向主債務人爲審判上的請求。如果債權人於其期限內不爲請求，保證人即應免其責任（第七五三條）。爲什麼？在未定期間的保證債務，主債務一日不清償，保證債務亦一日不消滅。若是不予保證人以催告權則無以保護保證人的利益了。債權人經過催告以後，仍不於其期限內爲請求，則主債務人如有資力減少，或是其他不能履行的情事，都是債權人自取之咎，保證人當可不再負責了。

（四）無期限爲連續保證的終止 就連續發生的債務爲保證，而未定其期間的，保證人得以隨時通知債權人終止契約。這項通知，一經達到債權人，其以後所發生的主債務人的債務，保證人即不負其責（第七五四條）。爲什麼？連續發生的債務，既多屬於將來的債務，則就這項債務而爲保證，自應許保證人得以隨時終止契約。契約一經終止，對於終止契約以前所生的債務，雖不能免責，而於終止通知到達以後所生的債務，則不應使其負責了。

（五）主債務人的延期 就定有期限的債務爲保證者，如果債權人對於主債務人允許延期，保證人除了對於其延期已爲同意以外，不再負保證責任（第七五五條）。爲什麼？保證債務原

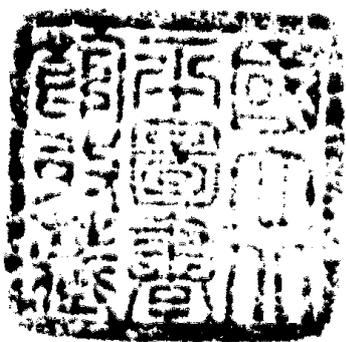
有從屬性，主債務既已延期，保證債務如亦因而延期，保證人就無免責的機會了。為保護保證人的利益，自應使保證人不負保證責任，但是保證人對其延期如已同意，則自當繼續負責。

#### 第四節 信用委任

(一) 信用委任的意義 何謂信用委任？即是委任他人以該他人的名義及其計算，供給信用於第三人，例如某甲委任某乙，而用某乙的名義及其計算，出貸金錢或賒賣貨物於某丙。在這種情形，甲為委任人，乙為受任人。委任人既是委任受任人供給信用於第三人，則第三人因受領信用所負的債務，當然要以受任人為債權人，而由其負擔損失或是享受利益。如果受任人供給信用於第三人，係以委任人的名義（即為代理），或是以委任人的計算（即為通常委任），那就不可認為信用委任。

(二) 信用委任的效力 第三人因受領信用，而對於受任人負擔債務，其履行能力怎樣？當為委任人所深知。所以民法對於這種情形，特使委任人對於受任人負保證責任（第七五六條。）

信用委任，既和「代理」及「委任」不同，也和「通常保證」有異，是爲一種「委任和保證的混合契約。」信用保證的性質，既可這樣解釋，則牠一面可以適用保證的規定，同時也可適用委任的規定，可無疑義。



# 研究我國古代民法之秘笈

續古逸叢書第三十七種

## 名公書判清明集

宋刊本  
不分卷五册

是書所錄係宋代官衙判牘集中名氏自朱文公真西山魏了翁以下凡二十八人所集為戶婚一門凡二十二目曰立繼曰戶絕曰歸宗曰分析曰檢校曰孤幼曰女承分曰遺囑曰別宅子曰義子曰取贖曰爭業曰違法交易曰偽冒交易曰墳墓曰屋宇曰庫本曰爭財曰婚嫁曰離曰接脚夫曰雇妾判詞一百餘條解決家屬親屬宗祧遺產以及債權物權等之糾紛讀者可以考見我國古代之法例民俗及與現行民法訴訟法之異同

本書與左列續古逸叢書三種合售特價

第三十種 樂善錄 宋刊本 十卷三册

第三十種 武經七書 宋刊本 廿五卷三册

第三十種 搜神祕覽 宋刊本 三卷一册

四共  
冊二十分  
函四裝

夾頁紙本定價六十七元  
特價 五十元

料半紙本定價五十一元  
特價 三十八元

特價於本年二月底截止

商務印書館印行

中華民國二十五年一月初版

實用法律叢書  
民法債一冊

(87327)

每部定價國幣貳元  
外埠酌加運費匯費

編著者 周新民

主編者 王雲五

發行人 王雲五

印刷所 上海河南路商務印書館

發行所 上海及各埠商務印書館

\*\*\*\*\*  
\* 版 翻 \*  
\* 所 印 \*  
\* 有 必 \*  
\* 究 \*  
\*\*\*\*\*

(本書校對者 何德明 喻飛生 鮑嘉祥  
陳忠杰 胡達聰)

二九四上

五



1956年6月1日  
中国科学院图书馆

