

大 學 叢 書

中 國 民 法 債 權 篇 總 論

下 冊

胡 長 清 著

商 務 印 書 館 發 行

大 學 叢 書  
中 國 民 法 債 務 篇 總 論

下 冊

胡 長 清 著

商 務 印 書 館 發 行

中華民國二十四年一月初版  
中華民國二十四年七月再版

(35673·8平)

大學叢書  
(教本)

中國民法債篇總論二冊

裝平每部定價大洋叁元貳角

外埠酌加運費匯費

版權  
翻印  
必究

著者 胡長清

發行人 王雲五  
上海河南路

印刷所 商務印書館  
上海河南路

發行所 商務印書館  
上海及各埠

(本書校對者朱公垂)

\*C二四六九

大會叢書委員

委員

李書田君	李書華君	李建功君	李四光君	朱家驊君	朱經農君	任鴻雋君	王雲五君	王世杰君	丁燮林君
秉志君	周昌壽君	周仁君	吳經熊君	吳澤霖君	辛樹幟君	何炳松君	余青松君	李權時君	李聖五君
徐誦明君	孫貴定君	馬寅初君	馬君武君	翁文灝君	翁之龍君	姜立夫君	胡庶華君	胡適君	竺可楨君
馮友蘭君	程演生君	程天放君	梅貽琦君	張伯苓君	曹惠羣君	陳裕光君	陶孟和君	郭任遠君	唐鉞君
蔣夢麟君	蔡元培君	黎照寰君	劉湛恩君	劉秉麟君	鄭振鐸君	鄭貞文君	鄒魯君	傅運森君	傅斯年君
			顧頡剛君	羅家倫君	顏福慶君	顏任光君	歐元懷君		



書 叢 學 大

論 總 篇 債 法 民 國 中

冊 下

第一款 概說

給付之意義有二，自靜態觀察，所謂債之給付，與債之標的債之內容相同，自動態觀察，所謂債之給付，則與債之清償債之履行相當。此之所謂給付，係指後者而言。即債之給付 (Leistung, prestation) 云者，實現債之內容之債務人之行為也。其別於債之清償者，債之清償係由債權消滅之點以為觀察，債之給付則由債權活動之點以為觀察，與債之履行相同。債務人對於債權人應負給付之義務，係債之主要效力，已於前述，依法理以言，債務人之給付義務 (Leistungspflicht) 自應於債之效力中規定之，但在民法則以之規定於債之標的中 (民法第一九九條第一項)，此點已於前述，茲不贅。又關於債務人之給付義務，首應解決者，為給付之內容如何，主體如何，時期如何，以及處所如何，依法理以言，此等之點，均應於債之效力中規定之，但在民法則以之規定於債之清償中 (民法第三〇九條以下)，其詳俟後述之，茲從略。

第二款 給付之方法

依我民法第二一九條規定：「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。」是即所謂誠實信用之原則。茲述誠實信用之意義及此原則之適用如左。

第一 誠實信用之意義

誠實信用，在羅馬法為 *bona fides*，在法國民法為 *bonne foi* (法民第一一三四條)，在德國民法為

Treu und Glauben (德民第一五七條及第二四二條) 所謂誠實信用，其意義如何，學說紛紜，尙未一致，有從主觀立場，謂己所不欲勿施於人爲誠實信用者，如 *Stemmler* 是。有從客觀立場，謂無背於一般交易之道德的基礎爲誠實信用者，如 *Dernburg* 是。有折衷於二說之間，謂公平較量當事人雙方之利益爲誠實信用者，如 *Schneider* 是。前兩說皆失之空泛，依余所信，應以後說爲是。即誠實信用云者，斟酌各種特別情事，比較當事人雙方之對立的利益之中道也。

## 第二 誠實信用原則之適用

債之關係如由法律規定而生，則給付之內容及其方法如何，自應依法律規定決之，又債之關係如由契約而生，則給付之內容及其方法如何，自應依契約之訂定決之，契約之訂定如有不備，則應依法律規定以爲補充，此爲解釋所當然。雖然，社會生活，複雜萬端，法律規定，有時而窮，自不能不有一至當之標準以爲審判官判定之準則，此標準爲何，即所謂誠實信用原則者是已。此原則之適用，其情形有二，有爲給付之內容者，此係一般契約之解釋問題，俟於相當場合述之，茲不贅。有爲給付之方法者，例如給付之時期業已確定，但究應於何時給付，如法律與契約均付闕如，則依誠實信用原則以定其給付之時間是。又如給付之處所爲債權人之住所地業已確定，但運送方法如何，如法律與契約均付闕如，則依誠實信用原則以定其運送之方法是。

## 第三 誠信與衡平 (Billigkeit)

一切法規，通常均可分為衡平法及嚴格法，審判官適用法律之際，得適合各種情事，以為適用者，曰衡平法（*ius aequum*）；反是，審判官適用法律之際，不得斟酌各種情事，必適用同一之標準者，曰嚴格法（*ius strictus*）。債權法固原則上為衡平法，但衡平與誠信，其範疇非必相同，即衡平係判斷某種關係之標準，誠信則為一般行為之準則，不可不辨。

依我民法第二一九條規定，不但履行債務應依誠實及信用之方法，即行使債權亦應依誠實信用方法，此就法文觀察，了無可疑，不過行使權利，依我民法第一四八條已有其適用之準則，本條行使債權云云，不能謂非贅文也。

### 第三款 債務人之注意義務

#### 第一項 概說

債務人之給付義務，為債之主要效力，已如前述，為確保此項效力起見，債務人不可不負注意之義務，債務人既負注意之義務，則對於故意過失之行爲即不可不負責任，由此可知此之所謂故意過失，係以注意義務（*Sorgfaltpflicht*）之存在為前提。雖然，在我民法非無縱無注意義務存在而亦稱為過失者，例如民法第二一七條所謂被害人與有過失是。學者通常稱前者之過失為對於他人之過失（*Verschulden gegen andere*），後者之過失為對於自己之過失（*Verschulden gegen sich selbst*）或自己之過失（*Eigene Verschulden*）。實則前者之過失係由怠於注意義務而生，後者之過失則係怠於注意而生，而非怠於注意義務而生，不可以不辨也。又債務人

對於故意過失之行爲應負責任，係屬原則。在我民法非無縱無故意過失而亦負責任者，然此乃爲例外，即所謂對於事變負其責任是已。（註）

（註）注意義務，不但債權法有其適用，他如物權法親屬法繼承法亦無不有其適用，故關於故意過失之問題，自應以之於民法總則中說明爲適當。德國民法教科書，多數於總則中說明之（如 Zitelmann, Cosack, Crome, Enneccerus, Eck, Goldmann-Jirjenthal, Landberg, Matthiass 等），少數則於債權法中說明之（如 Dernburg, Endemann, Stammler, Engelmann, Bendix 等），但在德國民法註釋書則皆於債權法中說明之，良以德國民法關於故意過失之一般規定，係在債權法中故也。我民法亦然，故本書亦特就債之關係而論故意過失之問題。

## 第二項 故意

### 第一 故意之意義

故意 (Dolus Vorsatz, Dol) 者，行爲人明知且容認自己之行爲應生一定結果之心理狀態也。其詳已於侵權行爲中述之，茲不贅。雖然，何謂故意，學說上非無爭論，有以行爲人認識其行爲之結果爲已足者，謂之認識主義或觀念主義 (Vorstellungstheorie)。有不以認識其行爲之結果爲已足，且以希望其結果之發生爲必要者，謂之希望主義或意思主義 (Willenstheorie)。此兩種主義各有短長，即如採觀念主義，則在欲得保險金，放火燒燬其保險之建築物者，祇能謂其有詐欺取財之故意，而不能謂其有放火之故意。如採意思主義，則在行爲與結果之間有必然的因果關係時（即所謂確定故意 *dolus determinatus*），固屬不成問題，反之在行爲與結果之間如僅有可能的因果關係時（即所謂未必的故意 *dolus eventualis*），則將因行爲人之注意周到及輕率，有

時應認為故意，有時不應認為故意。我民法對於故意，並未加以解說，究以採何種主義為宜，不無疑問。但依余所信，為使民刑兩法用語之解釋一貫起見，自以採後之主義為適當。其詳已於前述，茲不贅。（註一）至故意之成立是否須有違法（*Rechtswidrigkeit*）之認識，學說上頗有爭論，依余所信，應以否定說為是。換言之，即故意之成立，以行為人對於法律所定之事實認識為已足，縱不知法律規定該事實為違法，亦無礙於故意之成立。（註二）（註一）十九世紀以前，刑法學界以意思主義為通說，及 *Bekker* 氏出，始創為觀念主義，*Liszt*、*Frank* 諸氏從之，近則以為刑法學界一般之通說。我國刑法學者亦大都贊成此說者也。至在民法學界，就德國言之，有採觀念主義者，如 *Zitelmann*、*Endemann*、*Crome*、*Kipp*、*Weyl*、*Enneccerus* 諸氏是。有採意思主義者，如 *Reibeln*、*Ortmann*、*Schollmayer*、*Kuhlenbeck-standinger* 諸氏是我國民法學者則大都採意思主義（*陳氏前揭二〇五頁*、*洪氏前揭一二三頁*、*藏氏前揭一八〇頁*）。（註二）故意之成立，是否須有違法之認識，在德日民法學界頗有爭論，主肯定說者，在德國為 *Zitelmann*、*Crome*、*Weyl*、*Enneccerus*、*Planck* 諸氏，在日本為 *石坂音四郎氏*。主否定說者，在德國為 *Ortmann*、*Kipp* 諸氏，在日本為 *川名兼四郎*、*中島玉吉*、*鳩山秀夫*、*三浦信三* 諸氏。我國學者則多採否定說（*陳氏前揭二〇五頁*、*洪氏前揭一二三頁*）。

## 第二 對於故意之責任

### 一 債務人對於故意行為應負責任

依我民法第二二〇條第一項規定，債務人就其故意之行為，應負責任，此為債務性質所當然。何則，蓋債務人既負擔債務，如許其故意為違反債務之行為，則顯然與債務之性質相反故也。

### 二 故意責任預先免除之禁止

故意責任能否預先免除，各國法律不同，有雖無明文規定，但一般通說及判決認為預先免除之契約背於善良風俗爲無效者，如日本是。（註三）有明定其不得預先免除者，如德國民法第二七六條及瑞士債務法第一〇〇條第一項之規定是。我民法則從德瑞立法例，於第二二二條明定故意之責任不得預先免除。既不許預先免除，則預先免除之行爲自屬無效。此種規定是否合理，非無爭論，但我民法所以明定其不得預先免除者，蓋預先免除之意思表示，殊有背於善良風俗故也。雖然，故意之責任固不許預先免除，但事後拋棄其請求救濟之權利，則其拋棄行爲仍屬有效，是不待言。

（註三）關於此點，日本民法無明文規定，通說及判例與我民法同，即預先免除故意責任之意思表示爲無效（橫田氏前掲二五五頁川名氏前掲一八七頁石坂氏前掲四二二頁大正五年一月二九日大審院判決），惟鳩山氏獨持異說，略謂當事人拋棄可得處分之法益，既無何種妨礙，則宥恕其對於該法益之故意侵害，自不能不謂其爲適法（鳩山氏前掲一五九頁），其說頗可傾聽。

### 第三項 過失

#### 第一 過失之意義及分類

何謂過失，我民法無明文解說，但就現行刑法之規定觀之，則有所謂無認識的過失與有認識的過失，故吾人爲使民刑兩法用語之一貫起見，特下一統一的定義曰，過失（*Culpa im engeren Sinne, Fahrlässigkeit, negligence*）者，因不注意致未預見行爲之結果，或縱已預見而不容認其結果之心理狀態也（侵權行爲章

參照)過失常因其注意(diligence)程度不同,可爲左列之分類。(註一)

### 一 抽象的過失

抽象的過失(Culpa in abstracto)一稱抽象的輕過失(Culpa levis in abstracto),抽象的輕過失者,欠缺善良管理人之注意之謂也。善良管理人之注意,係從日本民法用語而來(日民第四〇〇條),與羅馬法所謂善良家父之注意(Bonus paterfamilias),德國民法所謂交易上必要之注意(德民第二七六條 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)同一意義。(註二)此種注意,係以交易上一般觀念認爲具有相當知識經驗之人,對於一定事件所用之注意爲標準,客觀的決之。債務人有無盡此注意義務之知識經驗,以及向來對於事物所用之注意程度如何,則非所問。雖然,各個情事之客觀的特質,仍應予以斟酌,例如保管或送交貴重物品所用之注意,應較保管或送交尋常物品爲高是。又債務人之職務,亦應予以斟酌,例如醫生對於衛生事務,律師對於法律事務所用之注意,應較普通人爲高是。

### 二 具體的過失

具體的過失(Culpa in concreto)一稱具體的輕過失(Culpa levis in concreto),具體的輕過失者,欠缺與處理自己事務爲同一注意(Diligentia quam suis)之謂也。此亦係從日本民法用語而來(日民第六五九條第八〇五條第八八九條第一〇四〇條),所謂自己之事務,不限於法律上之事務,舉凡經濟上身分



上一切屬於自己利益範圍之事務皆屬之。此種注意，係以債務人其人對於一定事件所用之注意為標準，主觀的決之。雖然，債務人如向來處理自己事務所用之注意程度低，苟已與處理自己事務為同一注意，固無過失之可言，反是如向來處理自己事務所用之注意程度高，倘祇為善良管理人之注意，而未與處理自己事務為同一注意，其有無過失，則屬疑問。依余所信，應認為無過失，何則，蓋債務人對於具體的過失所負之責任，不能較抽象的過失所負之責任為高故也。

### 三 重過失

重過失(Culpa lata)，我民法一稱重大過失，重大過失者，全然欠缺注意之謂也。故僅須用輕微注意即可預見之情形，而竟怠於注意不為相當準備，即不能不謂其有重大之過失（前大理院四年上字二一一八號判決）。重大過失與故意頗為相近，但一則無容許結果發生之意思，一則有容許結果發生之意思，其性質究不相同，不可不辨。又有無重大過失，應就各種情事抽象的決之，由此可知重大過失與抽象的輕過失不過程度之差，而其性質則無區別，此重大過失所以仍屬於過失之範疇也。

（註一）在最早之學說，通常分過失為重過失(Culpa lata) 輕過失(Culpa levis) 最輕過失(Culpa levissima)，輕過失又分為抽象的過失(Culpa in abstracto) 具體的過失(Culpa in concreto)，自 Hasse 氏出（一八一五年），則排斥此種分類，分過失為輕過失與重過失，輕過失又分為抽象的輕過失與具體的輕過失。現代各國民法皆從此分類，我民法亦然。

(註二) 法國民法及意大利民法均用善良家父字樣(法民第一一三七條 *bon père de famille*; 意民第一二三四條 *bonon padre di famiglia*)。德國第一次民法草案亦然(德民一章第一四四條 *ordentlicher Hausvater*)。即德國民法成爲正式法典時，則改用交易上必要注意之文句，自理論言之，應以德國民法之用語爲是。蓋善良家父云，家族的意味甚爲濃厚，與現代立法精神頗相鑿。納故也。又善良管理人云云，雖適於足以表示債權關係之注意程度，然於債權關係以外之注意程度則不相當；且所謂管理人，祇能解爲委任或無因管理等管理人之意義，而於發生侵權行爲上之責任時，亦用善良管理人之注意，殊不相宜。

## 第二 對於過失之責任

### 一 債務人對於過失行爲應負責任

依我民法第二二〇條第一項規定，債務人就其過失之行爲應負責任，此爲債務性質所當然。何則，蓋債務人既負擔債務，如許其漫不注意，而爲違反債務之行爲，則顯然與債務之性質相反故也。

### 二 過失責任輕重之酌定

關於過失責任之規定，我民法至不一例，有明定其就抽象的過失負責任者，例如第四三二條第一項第四六八條第一項第五三五條後段第八八八條第九三三條是。有明定其就具體的過失負責任者，例如第五三五條前段第五九〇條前段第六七二條第一一〇〇條第二項是。有明定其就重過失負責任者，例如第一七五條第二三七條第四一〇條第五四四條第二項是。如法律無特別規定，當事人亦未以契約訂定，則債務人應

就何種過失負其責任，實屬疑問。故我民法特從瑞士立法例，於第二二〇條第二項設一抽象規定曰：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」（瑞債第九九條第二項）所謂過失之責任就事件特性而有輕重，就我民法立法精神言之，大體兼爲或專爲自己利益而負債務者，過失責任重，專爲他人利益而負債務者，過失責任輕（但不盡然，例如無因管理，管理人之注意義務是。其詳見前，茲不贅），爲之審判官者，應斟酌各種具體情形，而爲決定，以斲於事理之平。至所謂如其事件非予債務人以利益應從輕酌定，即過失責任依事件特性而有輕重之一例，就見諸明文規定者言之，例如因贈與而生之債，即非予債務人以何種利益，故贈與人僅就故意或重大過失，對於受贈人負其責任是（民法第四一〇條）。

### 三 重大過失責任豫先免除之禁止

重大過失責任能否豫先免除，各國法律不同，有雖無明文規定，但一般通說均謂其得爲豫先免除者，如日本是（但在日本尙有反對說三瀨氏關於醫師免責約款之質疑解答志林一八卷一號）。有明定其不得豫先免除者，如瑞士債務法第一〇〇條第一項之規定是。我民法從之，此因重大過失與故意甚爲相近，故特設明文以其與故意爲同一處置（民法第二二二條）。但我民法所禁止者僅爲豫先免除，事後拋棄其請求救濟之權利，自無不可。又在瑞士債務法，以一定情形爲限，豫先免除輕過失之特約，亦得依審判官之裁量宣告爲無效（瑞債第一〇〇條第二項），我民法未爲採用，自難爲同一之解釋。

#### 四 具體的過失責任之加重

如前所述，過失既因注意義務之程度不同，分爲抽象的過失及具體的過失及重過失，從而責任之重輕，自亦因而不同。申言之，即抽象的過失，注意之程度高，故債務人之責任重，具體的過失，注意之程度低，故債務人之責任輕，重過失，注意之程度則最低，故債務人之責任亦最輕。過失與責任，關係顯然，不容牽混。雖然，在具體的過失，債務人之應負責任與否，固應以其對於一定事件所用之注意爲標準，具體的決之，然若債務人向極疏忽，即普通人之注意而亦無之，如亦因其已與處理自己事務爲同一注意，即可不負責任，則不但不足以保護債權人之利益，即衡諸交易安全之旨亦有未合，故我民法特從德國立法例，於第二二三條加重其責任曰：「應與處理自己事務爲同一注意者，如有重大過失，仍應負責。」（德民第二七七條）由此可知具體的過失固以債務人所用之注意爲標準決之，然其注意程度要不能低於普通人尋常所爲之注意，否則仍應負責。

#### 第四項 事變

##### 第一 事變之意義

事變 (Casus, Zufall, Cas fortuit) 者，非基於債務人之故意過失所生之事實也。此事實，有爲外界之事件者，有爲債權人債務人以外第三人之行爲者，有雖爲債務人之行爲而非基於其過失者，就廣義言之，皆屬事變。又事變可分爲通常事變 (gewöhnlicher Zufall) 與不可抗力 (vis major, höhere Gewalt force

majeure), 何謂不可抗力, 學說不一, 有從主觀說, 謂縱盡最大之注意亦不能防止其發生之事件, 爲不可抗力者 (Goldschmidt, Dernburg, Windscheid, 諸氏主此說)。有從客觀說, 謂其發生原因不屬於業務執行之範圍, 且以超越通常所生事變更大的勢力而生之事件, 爲不可抗力者 (Exner, Pernice, Labeo, Bruckler, Örtmann, 諸氏主此說)。依余所信, 應以客觀說爲是, 蓋債務人對於事變而負責任, 非以其有故意過失, 自不能從主觀以爲決定故也。

## 第二 對於事變之責任

依我民法第二二〇條規定, 債務人固僅就故意過失之行爲負其責任, 但例外有應就通常事變負其責任者, 例如民法第六〇六條第一項第六〇七條第六三四條第六五〇條第六五〇條第八九一條之規定是。亦有應就不可抗力負其責任者, 例如民法第二三一條第二項之規定是。不過此種例外規定, 尙不多見。但應注意者, 債務人對於事變而負責任, 非以其主觀的有負責之事由, 乃因客觀的發生債務不履行之結果即應負責, 從而可知對於事變之責任非違反注意義務之問題。又對於事變之責任, 不但債權關係上足以發生, 即侵權行爲與其他之場合亦足以發生, 其關於侵權行爲之事變責任, 已於侵權行爲中述之, 茲不贅。

## 第五項 故意過失之能力

債務人就其故意或過失之行爲應負責任, 已於前述, 所謂故意或過失, 又均係以債務人具有意思能力爲其前

提要件，故如債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時，其責任應由何人負擔，則屬疑問？我民法爲解決此問題，特於第二二一條設下列之規定曰：『債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人者，其責任依第一八七條之規定定之。』其依第一八七條之規定以定責任者，蓋債務不履行之故意過失與一般侵權行爲成立要件之故意過失完全相同，債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時，其責任之歸結自應一致故也。所謂依第一八七條之規定定之，即第一八七條全條之規定對於債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時均應有其適用，此在文理解釋及論理解釋均屬當然。我國學者有謂：『本條祇規定債務人之責任依第一八七條之規定定之，並未規定法定代理人應依同條之規定負其責任』者（洪氏前揭上卷一二四頁），其說近於拘執文義，殊難贊同。至第一八七條之內容，已於侵權行爲中述之，茲不贅。

#### 第六項 對於使用人之過失之責任

所謂債務人就故意過失之行爲應負責任，原指債務人就自己之故意過失負其責任，他人之故意過失，在債務人不過一種事變，原則上無責任之可言。然如絕對貫徹此種法理，有時在交易必要上實非所宜，故我民法從德瑞立法例，於第二二四條規定曰：『債務人之代理人或使用人關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。』（德民第二七八條瑞債第一〇一條）此之所謂代理人，指意定代理人而言，法定代理人則不包含在內。（註二）此之所謂使用人，指基於債務人之意思所使用之人而言，其與債務人間有無繼續的

委任或僱傭關係，在所不問。（註二）此之所謂關於債之履行有故意或過失，則惟限於代理人或使用人關於債之履行有故意或過失，如債務人關於債之履行而有故意或過失，例如債務人對於代理人或使用人之選任或監督有故意或過失，或債務人反於法律規定或契約訂定而使代理人或使用人履行債務，則自應由債務人負其責任，無適用本條之必要。至債務人應與自己之故意或過失負同一責任之理由如何，則其說不一：有從保險說，謂債務人已於其對價中取得保險費，故無論何種損害皆應負責者。有從結果說，謂債務人負有完成一定結果之義務，故應對於代理人或使用人之行為負其責任者。亦有從代理說，謂債務人與代理人或使用人立於代理關係，故應對於代理人或使用人之行為負其責任者。第一說反於事實，殊難贊同。第二說亦難贊同，蓋如依此說，則是債務人對於事變亦應負責，反於債法之原則故也。第三說似屬甚當，實則背於代理之法理，亦不足取，蓋代理僅限於法律行為，違法行為則無所謂代理故也。余則以為債務人應與自己之故意或過失負同一責任之理由，與我民法第一八八條傭用人對於受傭人之侵權行為而負責任之理由同。其詳已於前述，可參照得之，茲不贅。雖然，本條係屬任意規定，此觀本條但書「但當事人另有訂定者不在此限」之規定而自明。依此規定，當事人間豫以契約訂定債務人就代理人或使用人之故意或過失不負責任時，其約定為有效。此與第二二二條故意或重大過失之責任不得豫先免除，殊不相同。

（註一）關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著謂：「所謂代理人，包含意定代理人與法定代理人，無行為能力人或限制行為能力人無識

別能力者，就自己之行爲雖依第二二二條之規定不負責任，然就法定代理人有故意或過失之行爲仍應依本條之規定負其責任」。(洪氏前揭上卷一二六頁)洪氏以爲第二二二條僅限於債務人有其適用，謂第二二四條所謂代理人包含法定代理人在內，蓋屬當然。

(註二)我民法第一八八條用僱用人與受僱人字樣，故本書取狹義解釋，第二二四條則用債務人與使用人字樣，故本書從廣義解釋，於此更足以證明吾人對於前者之取狹義解釋爲不謬。

#### 第四款 債務人不給付之責任

##### 第一項 概說

債務之不給付者，債務人不依債務本旨而爲給付之事實也。債務之不給付，從消極方面觀察，可分爲不能給付及遲延給付，從積極方面觀察，則有所謂不完全給付，此之所謂不給付，解釋上則係指此三者而言。但在外國法律有僅以不能給付及遲延給付爲不給付者，以之解釋我國民法則不可通，蓋我民法第二二七條顯然爲關於不完全給付之規定故也。又遲延給付既爲不給付之一種，要件及其效力如何，自應與不能給付及不完全給付於同一處所規定之，但在我民法則爲便利起見，以之與債權人遲延，即受領遲延規定於一款，故本書本款所說明者僅爲不能給付及不完全給付，遲延給付則於次款第二項說明之。

##### 第二項 不能給付

##### 第一 不能給付之意義



何謂不能給付，其說不一，有從狹義解釋，謂論理上必然的不能給付爲不能給付者。有從廣義解釋，謂論理上縱屬可能，然在一般社會通念認爲不能給付即屬不能給付者。（註一）依余所信，應以後說爲是。蓋前說之根據，以爲能與不能應依論理的意義以爲解釋，法律上無復不能之觀念；不知法律上不能與論理上不能無須同一解釋，此與法律上因果關係與論理上因果關係無須同一解釋，正屬相同，故吾人以爲依一般社會通念以定不能之意義，在公平觀念上實爲允洽。準是以言，則不但因爲給付而致債權人所得利益與債務人所受犧牲，決不相稱者，固應認爲不能；即因爲給付而須冒犯生命上或身體上之危險，違背法律上道德上或職業上之義務，亦應認爲不能。雖然，不能給付與給付困難，不可混同，例如應給付貨物之債務，因債之關係發生後關稅增高或交通不便，給付困難則屬有之，苟非一般社會通念認爲困難程度已至於不能給付，債務人仍難免於給付之義務。又不能給付，不但作爲給付可以發生，即不作爲給付亦可發生，不作爲給付之不能給付，例如與人約定不居住南京，然因在國民政府服務不得不居住南京是。

（註一）從狹義解釋者，德國爲 Hartmann, Wendt, Kleineldam, Krickmann, Endemann, Planck, Schollmeyer, Örtmann, Reibeln 諸氏，日本則爲岡松參太郎氏（岡松氏無過失損害賠償責任論二四一頁以下）。從廣義解釋者，德國爲 Titzel, Kisch, Ennecerus, Kipp, zu Windscheid, Kuhlentbeck, Crome 諸氏，日本則爲我妻榮、鳩山秀夫、石坂音四郎、仁井田益太郎諸氏。我國陳克生、洪賦林兩氏均從此說（陳氏前揭二一〇頁，洪氏前揭一二七頁），與本書同。

## 第二 不能給付之種類

### 一 自始不能與嗣後不能

給付之不能，有自始存在者，有嗣後發生者，前者稱爲自始不能 (ursprüngliche Unmöglichkeit)，後者稱爲嗣後不能 (nachträgliche Unmöglichkeit)。此之所謂不能，係指後者而言，蓋自始不能，乃債權發生效力與否之問題，而非債務不履行之問題故也。自始不能與嗣後不能區別之標準如何，其說不一，有以債權成立之時爲標準，即債權成立當時之不能爲自始不能，債權成立以後之不能爲嗣後不能者。有以法律行爲成立之時爲標準，即法律行爲成立當時之不能爲自始不能，法律行爲成立以後之不能爲嗣後不能者。依余所信，應以後說爲是，故在法律行爲成立後條件成就前給付不能者，仍爲嗣後不能，而非自始不能（同說陳氏前揭二一二頁洪氏前揭一二七頁異說石坂氏前揭五五八頁）。又所謂自始不能，須自始即有不能存在乎？抑祇須自始有不能之原因存在乎？學說紛紜，尙未一致，依余所信，應以後說爲是。蓋非從後說，則將發生不當之結果故也（同說石坂氏前揭五五六頁異說陳氏前揭二一二頁洪氏前揭一二七頁）。但所謂自始不能，乃給付時或債務人可得給付時不能給付，而此不能給付於法律行爲成立當時即已確定之意。準是以言，則給付之能與不能，仍應依給付時以爲決定。此點俟於遲延給付中述之，茲不贅。

### 二 主觀不能與客觀不能

嗣後不能，通常可分爲主觀不能 (subjektive Unmöglichkeit) 與客觀不能 (objektive Unmöglichkeit)。(註三) 此之所謂不能，係指前者而言，蓋客觀不能，乃債權發生效力與否之問題，而非債務不履行之問題。故也。主觀不能與客觀不能區別之標準如何，其說不一，有謂債務人不能爲主觀不能，無論何人皆屬不能爲客觀不能者 (Mommser, Windscheid, Dernburg, Kleinendam, Kisch, Planck, Kuhnlenbeck, Schollmeyer, Rehbain, Endemann, Ennecerus, Ossack, Landsberg 諸氏主此說)。有謂債務人本身之不能爲主觀不能，給付性質之不能爲客觀不能者 (Riermann, Örtman, Crome, Rabal, 橫田，川名諸氏主此說)。此兩說均不足採，蓋如依第一說，則不能之範圍甚爲狹隘，即祇須債務人以外有一人可能，即爲主張不能，對於債務人甚爲不利。如依第二說，則在債務人因交通斷絕不能爲給付時，既非債務人本身不能，亦非給付性質不能，即得陷於無從解決之地步。故余以爲主觀不能，指債務人本身之不能言之，此外之不能，則概爲客觀不能。至是否屬於債務人本身之不能，則以通常人處於債務人地位是否不能以爲決定。如此解釋，不但與不能之意義 (社會通念) 相符合，即準諸前述誠實信用之原則，亦無間然。

### 三 全部不能與一部不能

給付之不能，又可分爲全部不能與一部不能，給付之全部不能 (totale Unmöglichkeit)。給付之一部不能者，爲一部不能 (teilweise Unmöglichkeit)。前者如給付之標的物全部歸於消滅是，後者如

給付之標的物一部歸於消滅是。此之所謂不能，則兼指此二者而言。又全部不能與一部不能之區別，惟可分給付有之，如給付爲不可分，則祇有全部不能，而無一部不能。

#### 四 永久不能與暫時不能

德國學者常以不能給付之繼續時間爲標準，分給付之不能爲永久不能 (dauernde Unmöglichkeit) 與暫時不能 (zeitweise Unmöglichkeit)。此種區別，就我民法解釋，殊無實益，何則，蓋祇須給付時或債務人得爲給付時給付不能，即發生不能給付之效果，初不問其爲永久不能或暫時不能故也。但此區別與解說遲延給付有關，故仍涉及之。

#### 五 可歸責於債務人事由之不能與不可歸責於債務人事由之不能

依我民法規定，給付之不能尙可分爲可歸責於債務人事由之不能 (Vom Schuldner zu Vertretender Umstand) 與不可歸責於債務人事由之不能。所謂可歸責於債務之事由，原則係指債務人有故意過失而言，蓋債務人通常僅就故意或過失之行爲應負責任故也。但例外依法律規定或契約訂定，債務人應對於事變負責任時，如其不能給付係由事變而生，即屬可歸責於債務人事由之不能。反之，債務人僅對於故意負責任時，如其不能給付係由過失或事變而生，則屬不可歸責於債務人事由之不能。故究屬可歸責於債務人之事由與否，應就各個債之關係債務人所負之注意義務決之（前大理院八年上字第八七號判決參照）（註三）

(註二) 日本民法亦如我民法，無關於主觀不能與客觀不能之規定，故在日本學者常否認此種分類之存在，其所持理由爲：(一) 日本民法第四一五條不認此區別；(二) 債務，原係債權人與債務人間之關係，其給付之能與不能，自應就債務人自身決之，與他人能爲給付與否，並無關涉；(三) 主觀不能與客觀不能區別之標準，皆不精確，殊不足取。(石坂氏前揭五一七頁以下同氏民法研究二卷二〇三頁以下末弘氏雙務契約與履行不能法協三四卷三號及磯谷氏前揭三四六頁)。但一般通說則均認此區別，我國學者解釋我民法亦然。(陳氏前揭二一一頁洪氏前揭一二七頁一二八頁)。

(註三) 此外關於給付不能尙可爲種種之分類：(一) 自然不能與法律不能：基於自然法則之不能爲自然不能，基於法律規定之不能爲法律不能。前者如因鐵道破壞不能運送是，後者如不融通物之買賣是。自然不能與法律不能其效力相同，殊無區別之實益，故本書從略。(二) 絕對不能與相對不能：給付性質之不能爲絕對不能，給付之性質雖屬可能，但因某種特定情事存在爲不能者爲相對不能。前者如使已死之馬復活是，後者如給付已死之馬是。絕對不能與相對不能其效力相同，亦無區別之實益，故本書亦略而不舉。

### 第三 不能給付之效力

關於不能給付之效力，依我民法規定，因不可歸責於債務人之事由而生與因不可歸責於債務人之事由而生而不同，茲分別說明如左。

#### 一 因不可歸責於債務人之事由致給付不能時

甲 債務人免給付義務 因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免給付義務，此依我民法第

二二五條第一項之規定而自明。何謂因不可歸責於債務人之事由，已於前述，茲不贅。此之所謂不能，指客觀不能而言，如屬主觀不能，則債務人縱無過失，亦不能免於給付之義務。又此所謂不能，因全部不能與一部不能而效力不同，即如屬全部不能，則債務人免全部給付義務。如屬一部不能，則債務人免一部給付義務，但對於可能部分，解釋上債務人仍應為給付，庶無損於債權人之利益。

## 乙 債權人之代償請求權

因不歸責於債務人之事由致給付不能，債務人免給付義務固矣，然債務人非無因此給付不能之事由對第三人取得利益者，例如給付物為第三人所毀滅，債務人對於第三人而有侵權行為之損害賠償請求權。是如於此場合，不認債權人有代償請求權，則是債務人反因不能給付而得不當之利益，甚為不當，故我民法特於二二五條第二項規定曰：「債務人因前項給付不能之事由對第三人有損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。」（德民第二八一條法民第一三三〇條）代償請求權（Surrogationsanspruch）之成立，其要件有三：（一）須債務人取得利益（*Commodium*）。（二）須債務人因給付不能之事由取得利益，換言之，即須利益與不能事由之間有因果關係。（三）須其利益係給付客體之代替，從而基於不能事由所生之利益，則非此之所謂利益。如具備上述三種要件，則債權人基於代償請求權，得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之

賠償物。雖然，所謂代償請求，非當然移轉之意，換言之，如債權人不爲請求讓與或交付，則債務人仍保有對於第三人之損害賠償請求權，或已受領之賠償物。又代償請求權，究爲原債權之繼續，抑爲新發生之權利，學說上頗有爭論，依余所信，應以認其爲新發生之權利爲適當。從而代償請求權之消滅時效應從新開始進行，附隨於原債權之擔保權亦應歸於消滅焉（同說 *Schulz* 氏，異說 *Titze, Kisch* 兩氏）。

## 二 因可歸責於債務人之事由致給付不能時

甲 債務人負損害賠償義務 依我民法第二二六條第一項規定：「因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」從而債務人自應負損害賠償之義務。此之所謂不能，亦因全部不能與一部不能而效力不同，卽如屬全部不能，則債務人應負全部損害賠償之義務。如屬一部不能，則債務人祇負一部損害賠償之義務，對於可能部分，解釋上債務人如爲給付，則債權人仍有爲受領之義務。雖然，債務人賠償其不能部分，給付其可能部分，而於債權人無何種利益者，往往有之（例如皮鞋一雙，一支給付可能一支給付不能是）。如亦責令債權人受領，殊爲不當，故我民法第二二六條第二項規定：「前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。」（德民第二八〇條第二項）依此規定，可知債權人能否拒絕一部給付，請求全部不給付之損害賠償，則應視其給付對於債權人有無利益決之。給付之對於債權人有無利益，應就具體情形以爲決定，是

不待言。至損害賠償請求權，究爲原債權之繼續，抑爲新發生之權利，學說上亦有爭論，依余所信，應以認其爲原債權之繼續爲適當。從而損害賠償請求權之消滅時效非從新開始進行，附隨於原債權之擔保權亦非歸於消滅焉。

## 乙 債權人之代價請求權

因可歸責於債務人之事由致給付不能，自理論言之，亦足以發生代價請求權，不過我民法因代價請求權隱而不顯，故不爲規定。因可歸責於債務人之事由致給付不能，解釋上既足以發生代價請求權，則此權利與損害賠償請求權之關係如何，實一問題。依余所信，應解爲請求權之競合。從而債權人已行使損害賠償請求權者，即不得行使代價請求權，已行使代價請求權者，即不得行使損害賠償請求權。蓋債權人行使其一，即可以得同一之滿足故也。（註四）

（註四）於此尚有兩問題，即（一）不能之通知：債務人就不能給付之發生有無通知債權人之義務，學說上頗有爭論，依余所信，應以有通知義務之說爲是。蓋債務人之履行債務，依我民法第一一九條規定應以誠實及信用方法爲之故也。準此以解，則債務人雖因不能給付免給付義務，然於可能範圍內，仍有債務關係之存續（石坂氏通知及通知義務民法研究第一卷三九八頁以下）。（二）不能之證明：關於給付之不能應由何人負舉證之責，學說上亦有爭論，依余所信，應依情形而異，即因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，應由債務人負舉證之責，因可歸責於債務人之事由致給付不能時，則應由債權人負舉證之責。何則，蓋前者係債務人享受利益，後者係



債權人享受利益故也。關於此點，德瑞法律設有明文規定，可供參考（德民第二八二條瑞債第九七條）。

### 第三項 不完全給付

#### 第一 債權之積極的侵害

從來之學說祇認債權之消極的侵害，而不認債權之積極的侵害，故各國法律亦祇設不能給付與遲延給付之規定，而無不完全給付之規定。及一九〇二年德國學者 Staub 氏創為積極的契約違反（Die Positive Vertragsverletzungen）之說，一般學人翕然宗之，於是有所謂債權之積極的侵害（Positive Forderungsverletzung），我民法第二二七條即本此理論而為不完全給付之規定。（註一）

（註一）一九〇二年，Staub 氏於第二十六次德國法學會紀念論文集發表一文，題曰積極的契約違反及其效果（Über die Positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen），頗惹起學界之注意，及一九〇四年就上述論文加以增補，著為積極的契約違反（Die Positive Vertragsverletzungen）一書，而其說大盛。雖然，積極的違反，不限於契約有之，即其他債之關係亦足以發生，故 Linnecker 氏改用積極的債權違反（Positive Forderungsverletzungen）字樣，以示概括，本從之。

#### 第二 不完全給付之意義

不完全給付者，債務人為違反債務本旨之給付之事實也。舉例以言，如債務人負有月終給付馬一匹之義務，而於月之十五日即已給付，但因給付之馬有傳染病，以致債權人所有之馬全部病死是。就其於月之十五日即已

給付之點言之，與不能給付固不相同，即與遲延給付亦屬有異，第以其給付違反債務本旨，即不完全，故我民法第二二七條於不能給付及遲延給付以外，而以不完全給付獨立爲一種債務之違反焉。（註二）

（註二）關於此點，洪賦林氏與本書之見解不同，洪著謂：「所謂不爲完全之給付，係指僅爲一部之給付，而不爲其他部分之給付時而言，非德日學者所謂不完全給付也。（中略）給付不能與給付遲延以外，尚有所謂不完全給付之第三種債權侵害，在德日已成通說，惟以德日民法並未就此設有規定，故其法律上之構成論，學說尙未一致，我國民民法亦未就此設有規定，本條所謂不爲完全之給付，不得解爲有此意義。蓋斯意義之不完全給付非不爲給付，而聲請強制執行以全然不爲全部或不爲一部之給付爲前提也。」（洪氏前揭一三二頁）

### 第三 不完全給付之要件

不完全給付，其要件有三，茲述如左。

#### 一 須已爲給付

不完全給付所以異於不能給付或遲延給付者，即在於此。故如債務人未爲給付，則屬不能給付或遲延給付之問題，而非不完全給付。至債務人於清償期屆至前豫先表示不爲給付，是否不完全給付，學說上頗有爭論，余則以爲應解爲非不完全給付，蓋債務人不爲給付之豫告，不能謂其爲給付故也（同說 Staub，Lesser；Enneccerus，石坂諸氏，異說 Planck，Lehmann，岡松諸氏）。

#### 二 須給付之不完全

給付之不完全，即給付違反債務本旨之謂，此之所謂不完全，與民法通常所稱「瑕疵」之意，甚為相近。給付之不完全，有由給付之內容而生者，有由給付之方法而生者，凡此二者皆屬之。至給付之時期違反債務本旨，則屬遲延給付之問題，而非不完全給付。

### 三 須因可歸責於債務人之事由

關於此點，我民法無明文規定，余以為事屬當然，其理由有二：（一）我民法原則上採過失責任主義，故如不完全給付非因可歸責於債務人之事由而生，則債務人自不應負責任。（二）關於不能給付及遲延給付，我民法均須因可歸責於債務人之事由而生，債務人始負責任（民法第二二六條第二三〇條），則與不能給付及遲延給付同屬不給付之不完全給付，解釋上自應相同。

### 第四 不完全給付之效力

我民法第二二七條規定：「債務人……不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」是為關於不完全給付效力之規定，茲述如左。（註三）

#### 一 債權人得聲請法院強制執行

甲 強制執行之性質 我民法第二二七條係由日本民法第四一四條繼承而來，但在日本民法則用強制履行字樣，何謂強制履行，其說不一，有謂係指債權人有向債務人請求給付之權利者，學者非難之曰，此種

請求權固不妨謂其爲債權之效力，然債權之有此效力，乃債權性質上所當然，實無須爲本條之規定也。又有謂係指債權人有向法院提起給付之訴之權利者，學者非難之曰，權利人就其權利而有訴權，亦屬當然。本條實非規定此種當然之事理也。故在一般通說多謂債權人有向法院聲請強制執行之權利，本條即屬關於此種權利之規定，是所謂強制履行，即強制執行之意。我民法立案之始，鑒於日本學者之爭論，故逕用強制執行 (Zwangs Erfüllung) 之字樣。

乙 我民法規定之理由 夫自理論言之，強制執行聲請權，與訴權，係對於國家私權保護請求權之一種，實爲公權，而非私權，乃以之規定於民法債之效力中，得毋紊亂法律之統系乎？曰殆有故焉，蓋自沿革言之，古代羅馬法，於債務人任意不爲給付時，純採對人執行 (Personale Exekution) 主義，故於必要時，得監禁債務人，使其實行給付。此種辦法，殊不人道，嗣後則由對人執行主義一變而爲極端的對物執行 (Reale Exekution) 主義，即債權人祇能就債務人之財產請求損害賠償，此外別無救濟之方法，其揭櫫此旨者，則法國民法是也 (法民第一一四二條)。雖然，實行債權之最後手段，如僅得就債務人之財產請求損害賠償，實不足以應交易上之需要，我民法之從日本民法而設本條之規定者，蓋所以明示不採法國民法之極端的對物執行主義也。

丙 強制執行之內容 我民法所謂強制執行，指何種之強制執行乎？關於此點，學說不一，有謂係專指直接

強制 (direkter Zwang) 卽無須債務人之行爲，由國家機關直接爲之者 (川名氏主此說)，有謂係專指間接強制或心理強制 (indirekter oder psychologischer Zwang)，卽壓迫債務人之意思，由債務人自爲其行爲者 (仁井田氏主此說)，有謂係兼指直接強制及間接強制者 (鳩山氏主此說)，亦有謂不但直接強制間接強制，卽所謂代替執行亦包含在內者 (石坂氏主此說)。依余所信，應以第三說爲是，惟依此說，則請求代替執行之範圍，甚爲狹隘，余則以爲是亦無傷，蓋代替執行，實際上之價值與損害賠償無異，縱縮小其範圍，亦不致發生不當之結果故也。

丁 強制執行之適用 關於強制執行之適用，有應注意者三，卽 (一) 此之所謂強制執行，係指債務之性質適於強制執行者而言，如債務之性質不適於強制執行，例如其行爲須特種技能，則縱使強制執行，不能達債權之目的，自無適用強制執行之餘地。(二) 此之所謂強制執行，祇能於不完全之給付足以補正時有其適用，如不完全之給付不能補正，則縱使強制執行，不能達債權之目的，亦無適用強制執行之餘地。(三) 此之所謂強制執行，其要件應依強制執行法之所定，我國強制執行法雖未頒行，然聲請強制執行，須有判決裁定和解筆錄等或其他之債務名義卽執行名義，則可斷言。

## 二 債權人並得請求損害賠償

債務人不爲完全之給付，債權人固得聲請法院強制執行，然並非因此喪失損害賠償請求權，此我民法第二

二七條所以明定債權人並得請求損害賠償者也。債權人之請求損害賠償，其情形有二，有以請求損害賠償代替聲請強制執行者，有於實行強制執行外，尚有損害，並請求其賠償者，就我民法第二三七條文義解釋，似指後之情形而言，實則前之情形亦包含之。又關於此點，係爲防止誤解而設，縱不爲規定，亦屬當然。

（註三）洪賦林氏論不完全給付之效力曰：「此種債務違反之要件及效果，應類推關於給付不能與給付遲延之法規定之。給付不能與給付遲延皆須因可歸責於債務人之事由而致者，債務人始負責任，不完全給付亦然。不完全給付不能補正者，債權人得返還不完全之給付，依給付不能之規定請求損害賠償，其因契約而發生之債，並得解除契約（第二二六條第二五六條）。不完全給付能補正者，債權人得請求補正，並得請求賠償因給付不完全而生之損害（第二三一條一項）。若其補正於債權人無利益者，債權人得返還其不完全之給付，請求賠償因不履行而生之損害（第二三二條）。其因契約而發生之債，債權人得定相當期限催告債務人補正，如於期限內不補正時，得解除其契約（第二五四條）。」（洪氏前揭一三二頁）

#### 第四項 不爲給付

依我民法第二二七條規定：「債務人不爲給付……者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」此之所謂不爲給付，解釋上係指遲延給付而言。何則，蓋如前述，不給付之情形有三，即不能給付遲延給付不完全給付，不完全給付得聲請強制執行，已爲第二二七條所明定，而不能給付，其給付既屬不能，則縱聲請強制執行，不能達債權之目的，自無適用強制執行之餘地，故由此可知此之所謂不爲給付，即遲延給付。又依本條規定，債務人遲

延給付，債權人不但得聲請強制執行，並得請求損害賠償，此亦法理所當然，不過關於損害賠償之點，我民法第二三一條第一項及第二三二條設有規定，自立法技術言之，不無重複之嫌耳。其詳俟於次節第二款述之，茲不贅。

### 第三節 遲延

#### 第一款 概說

通常所謂遲延 (*mora, Verzug*)，其情形有三，因可歸責於債務人之事由而生者，謂之債務人遲延。因可歸責於債權人之事由而生，即因債權人之不協力而生者，謂之債權人遲延。因不可歸責於債務人之事由而生者，謂之事變遲延。我民法惟就前之二者設有規定，即所謂給付遲延及受領遲延是也。至事變遲延，則可消極的解之曰，債務人不負遲延責任，此就我民法第二三〇條之規定而自明。茲就債務人遲延及債權人遲延，分款說明如左。

#### 第二款 債務人遲延

##### 第一項 債務人遲延之意義

債務人遲延 (*mora debitoris, Verzug des Schuldners*)，一稱給付遲延或履行遲延 (*Mora Solvendi, Leistungsverzug*)。何謂給付遲延，其說不一，有謂債務人於給付期不為給付，即謂之給付遲延者 (*Pacth, Titze, Lehmann* 諸氏主此說)。有謂債務人於給付期不為遲延，不能謂之給付遲延，必於給付期後仍得為給付，始能謂之給付遲延者 (*Goide, Rogowski, Clapere' de* 諸氏主此說)。依余所信，應以前說為是，蓋如依後說，則給付

遲延惟相對的定期行爲有之，絕對的定期行爲祇發生給付不能之問題，而不發生給付遲延之問題，爲不可通告也。（註）

（註）定期行爲，有兩種意義，債務人非於給付期爲給付不能違債權之目的者，爲絕對的定期行爲。有縱不於給付期爲給付，而於給付期後仍得爲給付者，爲相對的定期行爲。我民法第二五五條之規定屬於前者，德國民法第三六一條之規定屬於後者。德國民法無關於絕對的定期行爲之規定，故一般學說均謂絕對的定期行爲之不給付，爲不能給付，而非遲延給付。

## 第二項 債務人遲延之要件

### 第一 須有債務存在

如前所述，債務人遲延，係債務人於給付期不爲給付，故其遲延以有債務存在爲必要，如無債務存在，即債務尙未發生或已消滅，則無給付遲延之可言。但學者有謂此之所謂債務，係專指作爲債務而言，如屬不作爲債務，則因一有違反行爲，嗣後即不能回復其已經過之期間，不作爲狀態，故不作爲債務祇有給付不能而無給付遲延者（Titzel, Wendt, Planck, Dernburg, Rehbein, Schollmeyer, Endemann, Enneccerus, Krückmann 諸氏主此說）。余則以爲此說仍係必於給付期後仍得爲給付始屬給付遲延之誤，殊不足取（同說 Golda, Kohler, Clapere de, Langheinecken, Stammler, Paech, Lesser, Lehmann 諸氏）。又遲延得由物權而生，其由物權而生之債權的請求權，對於債務人遲延固有其適用，即由物權而生之物權的請求權，解釋上亦



應準用債務人遲延之規定焉。

## 第二 須債務已至給付期

債務人於給付期不爲給付，謂之給付遲延，已於前述，準是，則債務人遲延，自以債務已至給付期爲必要，如債務未至給付期，則無給付遲延之可言。惟所謂給付期，原有確定與不確定之別，故我民法之規定亦因之而異，茲分別說明如左。

### 一 給付有確定期限者

給付有確定期限者，債務人是否自期限屆滿時起負遲延責任，各國法律不同，有債務人自期限屆滿時起卽當然負遲延責任者，如德日等國民法是（德民第二八四條第二項奧民第一三三四條日民第四一二條第一項）。有債務人非自期限屆滿時起卽當然負遲延責任，必經債權人之催告始負遲延責任者，如法國民法是（法民第一一三九條）。德日民法所持之理由有二，卽（一）給付既定有確定期限，則雙方當事人通常卽有以期限代人催告之意思。（二）如必須一一催告，則於日常交易甚爲不便。反之法國民法亦有其相當之理由，卽（一）如不經債權人之催告債務人卽當然負遲延責任，則對於債務人未免過苛。（二）如債權人於給付期不爲催告，卽可想見債權人對於遲延與否不甚重視，自無使債務人負遲延責任之必要。但在我民法則從德日立法例，而於第二二九條第一項規定：『給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延』

責任。」蓋採以期限代人催告(*dies interpellat pro homine*)之原則者也。惟此規定，並無強制性質，當事人得爲明示或默示之反對意思表示，自不待言。

## 二 給付無確定期限者

所謂給付無確定期，其情形有二，一爲定有期限而其屆至之時期不確定，一爲法律與契約並未定有期限，亦不能依債之性質或其他情形決定期限。於此等場合，債務人應自何時起負遲延責任，各國法律不同。有分別情形，前者以債務人知悉給付期到來之時起負遲延責任，後者以債權人催告之時起負遲延責任者，如日本民法是（日民第四一二條第二項第三項）。有不問何種情形，皆以債權人催告之時起負遲延責任者，如德國民法是（德民第二八四條第一項）。日本民法，於第一種情形，須債務人知悉給付期到來之時起負遲延責任，而債務人之知悉給付期到來與否，應由債權人負舉證之責，故在事實上債權人爲舉證容易起見，未有不爲催告者，是德日民法似異而實同。我民法爲切合實際，特從德國立法例，於第二二九條第二項前段規定：「給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未爲給付，自受催告時起，負遲延責任。」所謂得請求給付時，解釋上應因情形而不同，即在上述第二種情形，債權人固得自債權發生時起隨時請求給付（民法第三一五條），但在第一種情形，則債權人不得於期前請求給付（民法第三一二條），故縱於期前而爲催告，債務人亦不負遲延責任，蓋以其非得請求給付時故也。至所謂催告（*interpellatio Mahnung*），

其性質內容及方法如何，頗關重要，茲分別說明如左。

甲 催告之性質 催告者，債權人對於債務人請求給付之意思通知（Willensmitteilung）也。催告既屬意思通知，自爲準法律行爲，其得準用關於法律行爲之規定，是不待言。此點已於拙著中國民法總論中（三五六頁）述之，茲不贅。

乙 催告人及其相對人 催告須由債權人或其代理人爲之，債權人爲限制行爲能力人時，則須得其法定代理人之允許（民法第七七條）。又債權人之債權人，亦得依民法第二四二條之規定而爲催告。催告須對於債務人或其代理人爲之，債務人爲限制行爲能力人時，亦應受民法第七七條規定之限制。催告，雖非意思表示，然因準用第九四條九五條之結果，自應以相對人了解，或達到相對人時，發生效力。

丙 催告之內容 債權人對於債務人僅有一個之債務時，固以表明其債務爲已足，反之如有數個之債務，是否須表明其爲何種之債務，學說上頗有爭論，依余所信，應以表明其爲何種債務爲必要。但債務原因如何，則無須表明。又催告額大於實際債權額或小於實際債權額時，其催告是否有效，學說上亦有爭論，余則以爲應分別情形決之，即在催告額大於實際債權額時，其催告之有效無效，應視債權人有無如小於催告額即不受領之意思決之（同說 Dernburg, Planck, Paech, Rittman, Enneccerus, Endermann 諸氏異說 Kipp, Zu Windscheid, Zusatz 諸氏）。催告額小於實際債權額時，則惟對於催告部分發生

效力。但如顯係出於錯誤，則應解為係對於實際債權額而為催告。

丁 催告之方法 催告，不以一定方式為必要，或以言詞為之，或以文書為之，均無不可催告，以債權人顯有對於債務人請求給付之意思為已足，無須用催告之文字。但清單之送交，應否解為已有催告，學說上頗有爭論，余則以如送交清單不祇一次，或附有收據，固得解為已有催告也。又債權人有對待給付之義務時，是否以有催告為已足，抑須提出對待給付，學說上亦有爭論，余則以為就我民法第二六四條解釋，債權人無須提出對待給付，蓋債權人如於為對待給付前請求給付，債務人祇得拒絕自己之給付故也（同說 Planck, Ortman, Staudinger-Kuhlenbeck 諸氏，異說 Rehbein, Dernburg 諸氏）。

戊 催告得附條件或期限乎 催告能否附加條件，學說尙未一致，有謂如許附加條件，則係置催告效力於不確定之狀態，對於債務人甚為不利者，余則以為就我民法解釋，催告，無不許附加條件之理由，自應解為得附加條件，不過條件之成否如全然不定，則可認為債務人無為真實催告之意思，其催告應為無效耳（同說，Ortman, Chapare de, Kipp 諸氏，異說 Cosack, Kuhlenbeck, Planck, Paech 諸氏）。

又催告能否附加期限，學說亦不一致，有謂如許附加期限，則是以債權人一方之行為定其給付期，殊為不當者，但在我民法則許其附加期限，且於第二二九條第三項規定：「前項催告定有期限者，債務人自期限屆滿時起負遲延責任」焉。

己 催告之撤回 催告，得爲撤回，何則，蓋催告非法律行爲，不過債權人對於債務人表白請求給付之意思故也。雖然，催告之撤回，惟對於將來發生效力，已發生之效力，則不因撤回而消滅。

催告，係債權人對於債務人所爲裁判外之請求，債權人對於債務人爲裁判上之請求，即提起訴訟，自無不可。故我民法第二二九條第二項後段規定：「其經債權人起訴，或依督促程序送達支付命令者，與催告有同一之效力。」關於支付命令，應自送達於債務人發生效力，此就法文之用語觀察，固無疑問，但起訴究應自提出訴狀於法院時發生效力，抑應自送達訴狀於債務人時發生效力，學說上頗有爭論，依余所信，就我民事訴訟法第二三五條第一項觀之，自應以前說爲是（同說，洪氏前揭一三六頁，異說，陳氏前揭二二四頁）。

### 第三 須其遲延因可歸責於債務人之事由

關於此點，外國法律有說明文規定者，如德國民法是（德民第二八五條）。有雖未設明文規定，但在學者解釋則多持肯定說者，如日本民法是。日本學者主張肯定說之理由有三，即（一）日本民法原則上探過失責任主義，故如遲延給付非因可歸責於債務人之事由而生，則債務人自不應負責任。（二）關於不能給付，日本民法須因可歸責於債務人之事由而生，債務人始負責任，其與不能給付同屬不給付之遲延給付，自應爲同一解釋。（三）關於金錢債務之給付遲延，日本民法明定債務人不得以不可抗力爲抗辯（日民第四一九條第二項後段），則非金錢債務之一般債務，自以因可歸責於債務人之事由而生爲必要（鳩山氏前揭一三六頁石坂

氏前揭四八五頁橫田氏前揭二三六頁中島氏前揭三四一頁磯谷氏前揭三〇六頁三瀨氏前揭一二四頁）。我民法爲避免解釋紛歧起見，特從德國立法例，於第二三〇條規定曰：『因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者，債務人不負遲延責任。』（註）

（註）關於給付遲延之適用，尙有應注意者二，即（一）給付須債權人之協力者，如債權人不爲協力，債務人縱未爲給付，亦不負遲延責任。關於此點，學說上殆無爭論。（二）債務人有抗辯權（*Einrede*）時，應否負遲延責任，學說頗不一致，有謂債務人既有抗辯權，即不負遲延責任者（Planck, Schollmeyer, Endemann, Örtmann, Goldmann-Jilenthal, Siber 諸氏主此說）。有謂應分別情形論之，如債務人有永久的抗辯權，固不負遲延責任，反之如僅有延期抗辯權，仍應負遲延責任者（Thur, Paech, Clapare de, Hellwig 諸氏主此說）。依余所信，應以後說爲是。

### 第三項 債務人遲延之效力

#### 第一 債務人應賠償因遲延而生之損害

債務人雖給付遲延，但其債務並不因遲延而消滅，故債務人仍有爲給付之義務，惟給付既已遲延，則債權人難免不受損害，自應許債權人於請求給付之外，請求損害賠償，故我民法從德日立法例，於第二三一條第一項規定：『債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。』（德民第二八六條第一項日民第四一五條前段）此卽所謂遲延賠償（*Interets moratoires*）者是也。關於賠償之範圍及其方法等，應依民法第二一三

條以下之規定定之，其詳已於損害賠償之債中述之，茲不贅。雖然，因催告而生之費用（民法第二二九條第二項），是否此之所謂損害，則有疑問。通說均謂非此之所謂損害，余亦謂然，蓋催告費用非因債務人之遲延而生故也（同說 Dernburg, Staudinger-Kuhlenbeck, Planck 諸氏）。

## 第二 債務人應賠償因不可抗力而生之損害

債務人在原則上固僅就故意或過失之行爲負其責任，然如給付遲延，則其責任自應加重，故我民法從德國立法例，於第二三一條第二項規定：「前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。」（德民第二二七條）良以債務人如能於適當時期爲給付，則債權人不致受此損害故也。雖然，債務人尙非絕對對於事變負其責任，此就同項但書「但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限」觀之而自明。我民法之設此但書者，蓋因縱不遲延給付而仍發生損害，不但足以證明遲延與損害之間並無因果關係，且如亦責令債務人負損害賠償責任，則債權人將因此取得二重之利益也。所謂縱不遲延給付而仍發生損害，例如債務人應移轉沿海之土地於債權人，於其遲延給付後，該項土地因海嘯坍塌，縱不遲延給付，亦必坍塌。是於此場合，債務人如能證明遲延責任發生以後，給付物毀損滅失以前，其給付物必在債權人之手毀損滅失，即可不負責任。至毀損滅失之原因是否同一，則非所問。雖然，債務人之賠償義務，因給付物之毀損滅失，即已確定，從而債務人不得主張嗣後債權人有毀損滅失給付物之事由，免其責任，是不待言。

## 第三 債務人應賠償因不履行而生之損害

債務人給付遲延後，債權人祇得請求賠償因遲延而生之損害，並因不可抗力而生之損害，不得拒絕給付而請求不履行之損害賠償，然如遲延後之給付，於債權人無利益時，仍不認其有此權利，則保護債權人之利益，未免過薄，故我民法從德國立法例，於第二三二條規定：「遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害。」（德民第二八六條第二項）此即所謂填補賠償（*Domage-intérêts*, *Compensatoire*）者是也。依此規定，債權人能否拒絕給付而請求不履行之損害賠償，應依遲延後之給付對於債權人有無利益決之。而遲延後之給付對於債權人有無利益，則又應依誠實信用之原則以為決定，其為絕對的定期行為，抑為相對的定期行為，在所不問（同說陳氏前揭二二七頁洪氏前揭一三八頁，但有謂惟絕對的定期行為有其適用者，石坂氏前揭五〇二頁）。至計算賠償額，如給付遲延時與現實給付時，給付物之市價相同，固屬不成問題，如非相同，應依何時之市價以為計算，則學說紛歧，殊不一致，依余所信，給付遲延時給付物之市價高於現實給付時之市價時，應依高價以為計算。低於現實給付時之市價時，原則應依現實給付時之市價以為計算，例外如能證明縱依低價計算債權人亦無損害，則依低價以為計算。又其市價，於給付遲延與現實給付之間而有高低時，原則應依高價以為計算，例外如能證明縱依低價計算債權人亦無損害，則依低價以為計算。其計算因遲延而生之損害，亦應依此標準定之。（註一）（註二）



#### 第四 關於金錢之債之特則

金錢之債之不履行，在金錢性質上祇能發生債務人之遲延，而無所謂給付不能，故我民法從一般立法例，於第二三三條就金錢之債設有特殊之規定，茲述如左（德民第二八八條瑞債第一〇四條第一〇六條日民第四一九條法民第一一五三條意民第一二三一條）。（註三）

##### 一 關於損害賠償要件之特則

甲 無須債務人有過失 在一般之債之遲延，以債務人有故意或過失為必要，金錢之債之遲延則否。關於此點，我民法雖未如日本民法設有明文規定（日民第四一九條第二項後段用不可抗力字樣，得以不可抗力為抗辯）。但依余所信，是為當然。何則，蓋金錢常生相當於法定利率之利益，縱使無過失之債務人支付遲延利息，亦非過酷故也。

乙 無須發生損害 此亦一般原則之例外，蓋金錢之債之不履行，常生相當於法定利率之損害故也。金錢之債之不履行，既不以實際發生損害為必要，從而債權人無須證明發生損害，得請求損害賠償，又債務人縱能證明實際未生損害，亦不得免其賠償責任。

##### 二 關於賠償數額之特則

甲 原則依法定利率計算遲延利息 依我民法第二三三條第一項規定：「遲延之債務以支付金錢為標

的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。此固由於法律之擬制，實則不啻以遲延利息代替損害賠償。其以法定利率計算遲延利息（Verzugsinsen）者，蓋如前所述，金錢之債之不履行，在債權人常損失相當於法定利率之利益，在債務人常取得相當於法定利率之利益故也。又依同條第二項規定：『對於利息，無須支付遲延利息。』此因如許請求利息之遲延利息，則與民法第二〇七條禁止複利之精神相反，故禁止之。

乙 例外 其情形有二，即（a）約定利率較高者，仍從其約定利率，此為我民法第二三三條第一項但書所明定，良以如不許從其約定利率，則債務人將因給付遲延取得利益故也。此項利息，亦不許支付遲延利息，其理由與上述同。（b）金錢之債之不履行，債權人固得請求法定利率或約定利率之遲延利息，不得對於利息再請求遲延利率，然此不過請求賠償之最少限度，故我民法第二三三條第三項規定：『前二項情形，債權人證明有其他損害者，並得請求賠償，以填補之。』（註四）不過此種損害，解釋上須債務人有故意或過失，且須債權人負舉證責任，始能賠償耳。

（註一）關於此點，洪賦林氏與本書之見解不同，洪著謂：『債務人給付遲延以後給付物市價增漲，而於債務人實行給付時市價又低落者，債務人如有於市價最高時處分該物之計劃設備，得以最高市價為標準請求其賠償市價之差額。』（洪氏前揭一三七頁）

（註二）我民法第二三三條與第二五四條及第二六〇條之規定，似覺重複，實則不然，蓋第二五四條及第二六〇條乃對於因契約而

生之債務始有其適用，且依第二五四條之規定，債務人於債權人爲解除之意思表示以前提出給付時，債權人不得拒絕受領故也。

(註三) 我民法第二二三條所謂以支付金錢爲標的之債務，解釋上係指金額之債及金種之債而言，不包含特定金錢之債在內，蓋特定金錢之債，債務人應交付原物，債務人無從利用之以取得相當於法定利率之利益故也。(同說洪氏前揭一三九頁石坂氏前揭五〇八頁)。

(註四) 關於此點，各國法律頗不相同，有不許請求損害賠償者，如奧民第一三三五條、法民第一一五五條及日民第四一九條之規定是。有許請求損害賠償者，如德民第二八八條第二項之規定是。我民法係從德國立法例。於遲延利息外，請求損害賠償，例如甲將價值千元之物以七百元之代價出賣於乙，約定於民國二十二年四月一日買回，同時丙對於甲負有七百元之債務，甲讓計以丙償還之銀洋買回其物，並已將此項計劃先期通知丙，嗣後因丙遲延給付，致甲不能於買回期限內買回其物，甲除請求法定遲延利息外，並得請求其他之損害是。

#### 第四項 債務人遲延之消滅

##### 第一 給付之提出

債務人於給付遲延後，一旦提出給付，則其遲延責任即因提出而消滅。但此之所謂消滅，係對於將來而言，未提出給付以前之遲延責任，仍屬不受影響。從而債務人於提出給付時，應將原給付及損害賠償一併提出，始生提出之效力，否則債權人得拒絕受領。又所謂提出，有事實提出與言詞提出之別，其詳俟於次款述之，茲不贅。

## 第二 當事人之契約

給付遲延得依當事人之契約而消滅，例如當事人約定履行延期是。惟於此情形，其遲延責任究係對於將來消滅，抑係溯及已往消滅，則應依當事人之意思表示定之。又債權人於第二二九條第二項之場合撤回其催告時，其遲延責任對於將來消滅，是不待言。

## 第三 債權之消滅

債權因清償提存抵銷或其他之原因消滅時，其遲延責任亦對於將來而消滅。債權之一部消滅時，遲延責任亦就該部分消滅之。

### 第三款 債權人遲延

#### 第一項 概說

債務人之履行債務，有須債權人之協力者，有無須債務人之協力者，前者如往取債務須債權人至債務人之住所而為受領是。後者如不作為債務是。此之所謂債權人遲延，係指前者而言，故如債務人履行債務無須債權人之協力，則不發生債權人遲延之問題。雖然，債權人對於債務人履行債務有無協力之義務，則學說紛紜，尙未一致，依余所信，應取否定說，此與權利人原則上得自由拋棄或處分其權利同。惟如絕對貫徹此種理論，有時對於債務人不免過酷，故各國法律為保護債務人得因給付消滅其債務之正當利益起見，多設減輕或免除債務人義務之規

定。此規定爲何，即債權人遲延是也。由此可見債務人遲延與債權人遲延性質上頗不相同，即一以給付義務爲前提，故如不爲給付，則加重其責任，一則不以受領義務爲前提，故如不爲受領，祇減輕或免除債務人之責任。若然，則債權人遲延，實非債之效力之問題，與債務人遲延同定於一款，是否妥當，不無疑問？（註）

（註）從來通說多謂債務人遲延與債權人遲延，係一個制度，故應於同一原則之下支配之（*Vergl. Schey, Jirsch* 諸氏主此說）。嗣經研究之結果，漸覺其非，於是學者創爲性質不同之說（*Mommsen, Kohler* 諸氏主此說）。德國民法即本此見解，故以債務人遲延規定於給付義務中，債權人遲延則獨立定爲一章。日本民法反是，以債權人遲延要件之一部規定於債之效力中（*日民第四一三條*），而提存之要件及效力，則於清償中規定之（*日民第四九二條第四九三條*）。我民法大體從日本立法例。

## 第二項 債權人遲延之意義

債權人遲延（*mora creditoris, Verzug des Gläubigers*），一稱受領遲延（*mora accipiendi, Annahmeverzug*），何謂受領遲延，其說不一，有謂債權人對於債務人履行債務不爲協力，即謂之受領遲延者（此係多數說）。有謂債權人對於債務人履行債務不爲協力，不能謂之受領遲延，必於給付期後仍得爲給付，始能謂之受領遲延者（*Mommsen, Schey* 諸氏主此說）。依余所信，應以前說爲是。蓋如依後說，則受領遲延惟相對的定期行爲有之，絕對的定期行爲，祇發生給付不能之問題，而不發生受領遲延之問題，爲不可通故也。

## 第三項 債務人遲延之要件

## 第一 須有債權存在

如前所述，債權人遲延係債權人對於債務人履行債務不為協力，故其遲延以有債權存在為必要，如無債權存在，則無受領遲延之可言。又此遲延，以有債權存在為已足，債權之內容如何，原因如何，在所不問。此點與給付遲延同，已於前述，茲不贅。

## 第二 須債務人已提出給付

債務人履行債務，債權人不為協力，謂之受領遲延，已於前述，準是，則債權人遲延，自以債務人已提出給付為必要，如未提出給付，則無受領遲延之可言。我民法第二三五條所謂「債權人對於已提出之給付」云云。即明示此意者也。給付之提出，有現實提出與言詞提出之別，依我民法第二三五條規定，債務人原則須為現實提出，但例外得為言詞提出，茲分別說明如左。

### 一 原則須現實提出

我民法第二三五條規定曰：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力」。此即所謂現實提出 (oblatio realis)。依債務本旨提出給付，有應注意者三，即（一）須提出應為給付之標的物，但如為選擇之債，應注意民法第二〇八條之規定。（二）所提出之標的物須具有依債之關係所定之品質，但如為種類之債，應注意民法第二〇〇條之規定。（三）須提出給付之全部，如僅提出一部，不生提出之效力，但提出之

給付額大於實際債權額時，其提出是否有效，則屬疑問。余以為應依誠實信用之原則決之。例如為支付洋車之車費，提出十元之紙幣，即不得謂為有效之提出是（同說 *Kaichmann, Örtmann* 諸氏）。又所謂實行提出給付，指於單依債權人之受領行為即能完成履行債務之程度，債務人所為履行債務之必要行為而言。例如送交債務，債務人須至債權人之住所，置其給付標的物於債權人可得受領之地位是。至現實提出之性質如何，學說上頗有爭論，通說謂其為法律行為（*Breit, Rosenberg* 諸氏主此說），余則以為應依履行之性質決之，不能一概而論。

## 二 例外得言詞提出

我民法第二三五條但書規定曰：「但債務人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。」此即所謂言詞提出（*oblatio verbalis*）。此之所謂通知，即債務人將準備給付之事情告知債權人之意，關於此點，外國法律有尚須催告債權人之受領者（日民第四九三條），有催告債務人受領視為給付之提出者（德民第二九五條），就我民法言之，殊難為同一之解釋。準備給付之通知，乃事實之通知，自非債務人事實上已有給付之準備，不生提出之效力。又通知係意思通知，而非意思表示，與催告為意思通知而非意思表示同，前述催告之理論，對於通知亦有其適用，自不待言。債務人得為言詞提出，係屬例外，依我民法規定，惟限於左列兩種情形，始能適用。

甲 債權人豫示拒絕受領之意思時 債權人於給付期未到以前，既豫先表示拒絕受領之意思，則債務人即無須現實提出，蓋縱現實提出，不但徒勞無益，且殊不合於公平之觀念故也。至關於拒絕之性質如何，學說上頗有爭論，有謂其意思表示者（Planck, Schollmeyer 諸氏主此說），有謂其為意思通知者（Eltzbacher, Ortman 諸氏主此說），依余所信，應以後說為是，蓋拒絕之效力，係基於法律規定而生，與債權人之意思無關故也。拒絕既為意思通知，則前述催告之理論亦有其適用，自不待言。

乙 給付兼需債權人之行為時 給付既兼需債權人之行為，如債權人不為其行為，則債務無從現實提出，故我民法許其得以言詞提出代之。兼需債權人之行為，其情形不一，舉其重要者，如（一）債權人應赴債務人之住所收取債務，（二）債權人應供給材料，（三）債權人應為指示，（四）債權人有選擇權，（五）債權人應取必要之容態是。給付兼需債權人之行為，其給付期為確定期限時，債權人須為言詞提出與否，適用上頗屬疑問，關於此點，外國法律有明定其無須言詞提出者（德民第二九六條），依余所信，應為同一之解釋，蓋如須言詞提出，則手續煩雜殊不合於實際交易上之必要故也。（註）

（註）關於此點，陳克生氏與本書之見解不同，陳著謂：「無論為現實提出或言詞提出，均係催告債權人受領，此在給付有確定期限之債亦然，此債生給付遲延，固只須屆期已足，若生受領遲延，則僅屆期尚為不足，更須催告債務人受領也。」（陳氏前揭二三一頁）洪賦

林氏之見解，與陳氏同（洪氏前揭一四一頁）。



### 第三 須債權人不爲協力

#### 一 債權人之拒絕受領

債權人對於已提出之給付拒絕受領者，負遲延責任，此爲我民法第二三四條所明定。拒絕受領對於現實提出及言詞提出均有其適用，此在解釋上實無疑義。惟所謂拒絕受領，是否以債權人有不協力之消極的狀態爲已足，抑尚須積極的表示拒絕之意思，學說上頗有爭論。依余所信，以有不協力之消極的狀態爲已足，無須積極的表示拒絕之意思。又拒絕受領，是否以債權人有過失爲必要，學說上亦有爭論，有謂應以有過失爲必要者（Madai, Wolf, Schey, Windscheid 諸氏主此說），有謂不以有過失爲必要者（Mönnsen, Kohler 諸氏主此說），依余所信，應解爲不以有過失爲必要。蓋過失之固有觀念，應以義務存在爲前提，債權人既無受領給付之義務，即無對於過失負責之理由故也。（註二）

#### 二 債權人之不能受領

債權人對於已提出之給付不能受領者，負遲延責任，此爲我民法第二三四條所明定。此之所謂不能受領，指基於債權人主觀的情事不能爲協力者而言，例如債權人之失蹤旅行疾病不能受領給付是。反是，如其不能之情形在社會觀念上認爲已欠缺給付行爲之基本要素者，則屬不能給付，而非不能受領。例如修理房屋之債，其房屋已被燒燬是。不能受領，不以債權人有過失爲必要，此點與前述拒絕受領同，茲不贅。債權人不能受

領，固應負遲延責任，但我民法對此原則設有例外，即依第三二六條規定：『給付無確定期限，或債務人於清償期前得為給付者，債權人就一時不能受領之情事，不負遲延責任。』給付無確定期者，依我民法第三一五條債務人得隨時為給付，給付有確定期者，依我民法第三一六條如無反對之意思表示，債務人得於期前為給付，凡此皆為保護債務人之利益而設，如債務人突然提出給付，債權人一時不能受領，即應負遲延責任，則債權人勢非隨時為受領之準備不可，能勿過苛，故我民法明定債權人就一時不能受領之情事，不負遲延責任。所謂一時不能受領，例如債務人提出給付時債權人因事出外，或尚未設置收藏物品之倉庫是。又我民法就此例外，尚設有例外之例外，即依同條但書規定：『但其提出，由於債權人之催告，或債務人已於相當期間前豫告債權人者，不在此限。』依此規定，債權人雖有一時不能受領之情事，仍應自提出時起，負遲延責任，良以此時既已為催告或豫告，則債權人自當為受領給付之準備故也。

（註二）於此有一問題，即債權人應對於債務人之給付為對待給付時，如債務人已提出給付，而債權人不提出對待給付，是否受領遲延是。關於此點，外國法律有明定其為受領遲延者（德民第二九八條），依余所信，應為同一之解釋，蓋於此場合，與債權人之不為協力甚為相當故也。此不僅於雙務契約有其適用，而於債權人應返還負債字據或給與受領證書時亦然（民法第三〇八條第三二四條）。

#### 第四項 債權人遲延之效力

### 第一 債務人僅就故意或重大過失負其責任

債權人雖受領遲延，然債務人之債務並不因此而消滅，此在法理上實無疑問（前大理院三年上字第六二八號判決）。雖然，依我民法規定，債務人非無消滅債務之方法，其方法為何，即依第三二六條以爲提存，或依第二四一條拋棄其占有是也。惟提存及拋棄，係債務人之權利，而非義務，債務人縱不爲提存或拋棄，亦無不可。又縱爲提存或拋棄，亦常須相當之時間，債務人在未爲提存或拋棄以前，仍難免於注意之義務。故我民法特於第二三七條規定此項注意義務曰：「在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失，負其責任。」在通常情形，債務人原應就輕過失負其責任，在債務人遲延中，債務人則僅就故意或重大過失負其責任，此無他，蓋如債權人爲其協力，則債務人之注意義務歸於消滅，不爲協力，則債務人之注意義務依然存在，苟非予以輕減，則不足以期事理之公平也。此種立法，爲羅馬法以來各國之所同，日本民法及奧大利民法雖無明文規定，但在學說上則均採同一之見解。至債權人遲延，法律仍非全免債務人之注意義務者，蓋又與民法第二二二條故意或重大過失之責任不得豫先免除出於同一之理由也。

## 第二 債務人須支付利息

在債權人遲延中，債務人固無須支付遲延利息，但應否支付法定利息及約定利息，則學說上頗有爭論，有謂在債權人遲延中，債務人仍得利用原本取得利益，故應支付法定利息及約定利息者。有謂在債權人遲延中，債權人得隨時請求清償原本，債務人一經請求，即須清償，故債務人須常爲清償之準備，因而實際上不能利用原本

取得利益，故無須支付法定利息及約定利息者。理論上應以前說爲是，日本民法無明文規定，爭論頗烈（多數從後說鳩山氏前揭一八〇頁中島氏前揭四〇五頁三瀨氏前揭一六八頁），我民法則從德國立法例，於第二三八條規定：「在債權人遲延中，債務人無須支付利息。」（德民第三〇一條）以免爭論。

### 第三 債務人僅就已收取之孳息負返還責任

債務人依債之關係，應返還由標的物所生之孳息或償還其價金者（例如民法第五四一條第九五八條之類），固有依一定經濟上之方法，爲債權人收取孳息之義務，但如債權人受領遲延，仍使其負收取孳息之義務，則有失公平，故我民法特從德國立法例，於第二三九條規定：「債務人應返還由標的物所生之孳息或償還其價金者，在債權人遲延中，以已收取之孳息爲限，負返還責任。」（德民第三〇二條）依此規定，債務人對於在債權人遲延中所未收取之孳息，自不負返還或償還之責。雖然，依我民法第二三七條，債務人在債權人遲延中，尙應就故意或重大過失負其責任，故如債務人不爲收取孳息，而有故意或重大過失時，仍難免於賠償責任，自不待言。

### 第四 債務人得請求賠償提出或保管之必要費用

債務人因債權人遲延受有損害，能否請求債權人賠償，學說殊不一致，在主張債權人遲延以有過失爲必要之學者，謂基於債權人之過失所生之損害，自應由債權人負賠償之責（Sclap, 氏主此說），余則以爲不然，蓋如前所述，債權人無受領給付之義務，且受領遲延不以過失爲要件故也。債務人因債權人遲延而生之損害，固不

得請求賠償，然因債權人遲延所支出之一定費用，則各國法律多認其有償還請求權，我民法從之，於第二四〇條規定：『債權人遲延者，債務人得請求其賠償提出及保管給付物之必要費用。』良以此種費用，係由債權人遲延而生，從公平觀念立論，自以請求債權人償還爲允當。至償還之範圍，無論其爲提存費用保管費用，均以於客觀所必要者爲限，又不待言。

#### 第五 債務人得拋棄不動產之占有

債權人遲延，債務人之債務並不消滅，已累於前述，從而債務人須常爲給付之準備，衡諸事理，殊失公平，故在羅馬法，即以債務人拋棄給付物之占有爲消滅債務之方法。近世各國法律，則多以提存爲消滅債務之方法，我民法亦然（第三二六條以下），此點俟於債之消滅中述之，茲不贅。雖然，各國法律非無拋棄與提存並用者，如德國民法，卽其一例（德民第三〇三條），我民法從之，於第二四一條第一項規定：『有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有。』其限於不動產始許拋棄者，蓋以債務人對於不動產之保管責任較重故也。惟是拋棄不動產之占有，對於債權人殊不利益，爲兼顧債權人之利益起見，特於同條第二項規定：『前項拋棄，應豫先通知債權人。但不能通知者，不在此限。』其須豫先通知者，蓋所以俾債權人得自爲相當處置之準備也。

#### 第五項 債權人遲延之消滅

### 第一 給付之受領

債權人已爲給付之受領，則其遲延責任，對於將來而消滅，此點與給付之提出理論相同，說明見前，茲不贅。

### 第二 於第二三五條但書債權人對於債務人已爲受領之意思表示或爲完成履行債務之必要行爲時

於此場合，履行之障礙，既被除去，則受領遲延，自應因之而終了。學者稱此爲遲延之滌除，此種滌除，應解爲係以債權人承認受領遲延之效力爲要件，故惟對於將來消滅遲延責任。

### 第三 當事人之契約

遲延得依當事人之契約而消滅，例如當事人新定給付期或爲其他整理受領遲延後法律關係之契約是。債務人僅免除受領遲延之效力時，應解爲以債務人之單獨行爲爲已足。

### 第四 債權之消滅

此點，已於給付遲延中述之，茲不贅。

### 第四節 保全

#### 第一款 概說

關於債之保全，我民法原設有兩種之制度，一曰保證契約，一曰擔保物權，前者於民法第七三九條以下規定之，後者於民法第八六〇條以下規定之，惟此兩種之保全，原則上均有待於當事人之特約，無此特約，則債權人之債

權勢將無從保障，殊爲不當，故爲保障債權人之債權起見，必有一原則以支配之，此原則爲何，即債務人之財產爲總債權人之共同擔保（gage commun, gage général）是也。此原則，有以之訂爲明文者，如法國法系之民法是（法民第二〇九三條第二〇九四條意民第一九四八條第一九四九條）。德國法系之民法雖未設明文，然在解釋上未有不承認此原則者，就我民法解釋亦然，彼所謂債權人之代位權及債權人之撤銷權，卽由此原則而生。代位權，乃債權人於債務人怠於行使其權利時，爲保全債權，代位行使債務人之權利之權利，我民法以之規定於第二四二條及第二四三條。撤銷權，則屬債權人於債務人所爲之法律的行爲害及其債權時，爲保全債權，撤銷債務人之行爲之權利，我民法以之規定於第二四四條及第二四五條。所謂債之保全，卽指此兩種情形而言，茲分款說明之。（註）

（註）債權究爲相對權，抑爲絕對權，學說上頗有爭論，在主張債權爲相對權者，常持民法關於債之保全之規定，爲債權係相對權之反證，蓋以其如債權爲絕對權，則其效力當然及於第三人，不必另設債之保全之規定故也（石坂氏前揭一三頁）。余固主張債權爲相對權者，但無論何種權利均有不可侵之性質，債權亦然，此點已於本書緒論中述之。關於債之保全之規定，乃法律就債權不可侵性中最易發生之事項而設之解決辦法，此種規定，實與債權之不可侵性相得而益彰，據此以爲債權係相對權之反證，殊難贊同。

## 第二款 代位權

### 第一項 概說

據學者研究，代位制度起源於羅馬法之強制執行方法，維時羅馬法關於強制執行，係以債務人之全財產付諸總債權人，由總債權人選一主管人（*magister*）或財產管理人（*curator bonorum*），出賣債務人之全財產，以分配其價金於債權人，債務人之財產有屬於債權者，則向第三債務人收取其債權，以充清償。此種辦法，為法國民法所採用，但不設所謂主管人或財產管理人，而由債權人直接行使債務人之權利，或向第三債務人收取其債權，此即代位制度之濫觴。法國之採此制度，其主要目的在補充強制執行之不備，蓋所謂強制執行，原有對於動產請求權之強制執行與對於不動產請求權之強制執行，法國強制執行法對於後者之執行方法獨付闕如，故不能不於民法是認代位制度，以為補充。準是，則在強制執行方法完備之國家，實無是認代位制度之必要，如德國民法即無關於代位制度之規定，即其明證。雖然，各國法律亦不盡然，有強制執行規定甚為完備，而亦是認代位制度者，例如日本民法是。考日本民法之所以認此制度，其理由有二，即（一）強制執行，以有執行名義為必要，而代位權之行使則否，其手續較為便利，此其一。（二）強制執行，惟限於請求權有其適用，而代位權之行使，則可及於請求權以外之權利如撤銷權解除權買回權等，其範圍較為廣大，此其二。我國強制執行法尚未頒行，其內容如何，固難臆測，然縱使執行方法規定周詳，本於上述之兩種理由，亦與民法上之代位制度不相抵觸，則可斷言。

## 第二項 代位權之性質

代位權（*action subrogatoire*）者，以自己之名義行使債務人之權利之權利也。析言之。



## 第一 代位權係實體法上之權利

日本著書，通常譯法國民法之 *action subrogatoire* 爲代位訴權，我國著書亦多用此名稱，實則代位權係實體法上之權利，而非訴訟法上之權利，應以稱爲代位權爲適當。此因民法爲實體法，代位權係規定於民法債編債之效力中故也。代位權既爲實體法上之權利，則與訴訟法上之權利如強制執行權性質上自不相同（卽一係以保全債務人之財產爲目的，一係以直接受滿足之清償爲目的）。不過債權人既因代位保全債務人之財產，更進而依強制執行受滿足之清償，自必甚易，謂代位爲強制執行之準備作用，實無不可。

## 第二 代位權係以債權人之名義行使債務人權利之權利

代位權，係以何人之名義行使債務人之權利，自來學說頗不一致，有謂代位權係債權人以自己之名義行使債務人之權利者（*Talbot* 氏主此說），有謂係債權人以債務人之名義行使債務人之權利者（*Larombière* 氏主此說），有謂係債權人以債務人之名義爲滿足自己之債權行使債務人之權利者（*Demolombe*, *Aubry et Rau*, *Crome* 諸氏主此說）。以上三說，應以第一說爲是。蓋如依第二說，謂係債權人以債務人之名義行使債務人之權利，則直與代理關係無殊，從而對於債權人之判決，其效力亦應當然及於債務人，實則代位權之效果並不如此，故此說爲不足取。又第三說，乃羅馬法避免禁止債權移轉之方法，今則此種理論已成過去，且縱使係爲滿足自己債權行使債務人之權利，然究係以債務人之名義爲之，亦不能免於第二說同一之非難，此說

之不足取，尤爲顯然。故比較言之，自以第一說最適於說明代位之效力，我民法於第二四二條規定「債權人：以自己名義行使其權利」，蓋即採取第一說者也。代位權固爲債權人以自己名義行使債務人權利之權利，然此權利之性質如何，亦一問題。依余所信，代位權係以發生權利或法律關係之變更爲內容，應解爲形成權之一種。但究非如形成權僅依債權人一方之意思表示形成法律上之效果，與狹義的形成權殊不相同。

### 第三項 代位權之要件

#### 第一 須因保全債權

代位，乃保全債權人債權之制度，故必於有保全債權之必要，債權人始得行使代位權，我民法第二四二條所謂「債權人因保全債權」，即明示此意。至必如何而後有保全債權之必要，則其說不一，有謂如債權人行使債務人之權利而有利益，卽爲必要者，有謂如債權人有不能受清償之危險，始爲必要者，前說失之廣漠，殊不足取，依余所信，應以後說爲是（前大理院五字上字第五三七號判決）。何謂不能受清償之危險，又有兩說，有謂係指一般債權皆有不能受清償之危險而言者，有謂係指具體債權有不能受清償之危險而言者，依余所信，應以後說爲是。故如富豪甲，向乙買受某物，未受交付，以之出賣於丙，如甲怠於向乙行使交付請求權，丙卽得代位行使之（同說陳氏前揭二四四頁洪氏前揭一四七頁，異說石坂氏前揭六五三頁）。

#### 第二 須債務人怠於行使其權利

法律之所以認代位權者，正以債務人怠於行使其權利致使債權人之債權有不能受清償之危險，如債務人已行使其權利，則此危險已不存在，自無許其妄行干涉他人權利之理由，此我民法第二四二條所以以「債務人怠於行使其權利」爲代位權之要件也。所謂怠於行使其權利，即債務人就其權利得行使而不行使之謂，其不行使之理由如何，以及有無故意過失，在所不問。代位既以債務人怠於行使權利爲要件，故如債務人已就其權利提起訴訟時，債權人即不得更行起訴。但如訴訟方法不當，債權人能否更行起訴，則有肯定與否定之二說，依余所信，應以否定說爲是（肯定說石坂氏前揭六五七頁否定說洪氏前揭一四六頁鳩山氏前揭一八九頁）。

### 第三 原則須於債務人負遲延責任時

我民法第二四三條規定：「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。但專爲保存債務人權利之行爲，不在此限。」依此規定，代位權之行使，原則祇能於債務人負遲延責任時爲之。（註）至債務人應自何時起負遲延責任，則我民法第二二九條規定頗詳，已於前述，茲不贅。但此係屬原則，如專爲保存債務人權利之行爲，則雖在債務人負遲延責任以前，債權人亦得爲之。保存債務人權利之行爲，即保存行爲，保存行爲（*actes conservatoires*）者，維持權利之現狀之行爲也。例如中斷時效之行爲，呈報破產債權之行爲是。我民法所以認保存行爲爲例外者，蓋保存行爲不但對於債務人有利無害，且非即時爲之則將坐失機會故也。

（註）日本民法以給付期到來爲已足，無須於債務人負遲延責任時，債權人始能代位行使債務人之權利（日民第四二三條第二項）。法

國民法關於此點無明文規定，通說均謂不以債務人遲延爲必要，但須給付期到來，債權人始能代位行使債務人之權利（Demodoune, Labbé, Laurent, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Barde, Planiol, Hue 諸氏均主此說）。

#### 第四項 代位權之主體

債權人爲代位權之主體，此在解釋上固無可疑，雖然，債權人之債權有有擔保者，有無擔保者，是否兼指二者而言，學說上頗有爭論，依余所信，應以肯定說爲是。蓋縱係有擔保之債權，如擔保物毀損滅失，則債權人仍應就債務人之其他財產而受清償故也。又債權人之債權有成立於債務人取得權利之前者，有成立於債務人取得權利之後者，是否兼指二者而言，學說上亦有爭論，依余所信，應以肯定說爲是。此因債權人得就行使債權時債務人之一切財產而受清償，苟於行使債權時係屬債務人之權利，自不問其取得時期如何，皆得代位行使之。雖然，債權人之債權有無擔保以及成立時期如何，固非所問，但必爲適於保全之債權，始得行使代位權，良以如係不適於保全之債權，縱許代位，亦不能達保全債權之目的故也。所謂不適於保全之債權，例如不作爲債權，及以債務人之特種技能或勞務爲標的之債權是。此等債權，在未變爲損害賠償請求權以前，債權人即不得行使代位權（陳氏前揭二四二頁洪氏前揭一四七頁鳩山氏前揭一九〇頁川名氏前揭二五六頁橫田氏前揭三八八頁）。又債權人不祇一人時，各債權人固得獨立行使代位權，但就中如已有一人着手代位權之行使，則應解爲係爲債權人全體之利益爲之，其效力當然及於其他債權人，從而其他債權人自不得再行使代位權。

## 第五項 代位權之客體

債權人得代位行使之權利，以非專屬於債務人本身者爲限，此依我民法第二四二條但書之規定解釋而自明，茲述如左。

### 第一 須爲債務人之權利

債務人所能代位行使者，須爲債務人之權利，如係債務人以外之人之權利，則債權人不得代位行使。又其所代位者，須係權利，如係權能 (faculte)，則債權人亦不得代位行使。關於此點，法意民法設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同（法民第一一六六條、意民第一二三四條）。所謂債務人之權能，例如債務人之承諾適格及對於所有物之使用收益是，從而第三人對於債務人爲贈與或其他有利契約之要約時，債權人自不得代爲受贈或爲其他要約之承諾，債務人對於所有物怠於使用收益時，債權人自不得代爲出租或爲其他使用收益之行爲。雖然，債務人之權利得代位行使者，其種類如何，學說上頗有爭論，有謂應以請求權爲限者 (Lairant, Zachariae-Crome, Crome 諸氏主此說)，有謂不但請求權，卽形成權（例如撤銷權解除權）擔保物權（例如債務人對於第三債務人之抵押權質權）等，債權人亦得代位行使者 (Larombiere, Baudry-Lacantinerie et Barde, Planiol 諸氏主此說)，依余所信，應以後說爲是。卽債務人之權利，除後述專屬於債務人本身者外，皆得爲代位權之客體。

## 第二 須爲非專屬於債務人本身之權利

債權人原則上得代位行使債務人一切之權利，但例外專屬於債務人之本身者，則不得代位行使，此種限制係由法日民法規定而來。考法國學者通常分權利爲次之三種，即（一）純然基於無形利益之權利，（二）純然基於財產利益之權利，（三）同時基於無形利益及財產利益之權利。在第一種權利，債權人不得代位，第二種權利，如無特別規定，債權人得爲代位，第三種權利，債權人能否代位，則視其權利是否置重於財產利益決之。此種理論，頗可採用，準是，所謂專屬於債務人本身之權利，當係指左列各種之權利。

### 一 非構成債務人之財產之利權

非構成債務人之財產之權利，即無財產的價格之權利，亦即純然基於無形利益之權利，此種權利，債權人不得代位行使。何則，蓋非財產權之權利，不但性質上須權利人自爲行使，且代位，原在使債權人得財產上之滿足，故債權人得代位行使之權利，亦須爲財產權，從而非構成債務人財產之權利，自不得行使之。屬於此種權利者，通常爲親權非婚生子女否認權非婚生子女認領請求權婚姻撤銷權離婚請求權等親屬法上之權利。

二 雖爲財產權構成債務人之財產然債權人不得代位行使之權利 其情形有四：

甲 純然基於無形利益之權利 雖爲財產權，而其權利係基於無形利益付與於債務人者，債權人不得代位行使，例如父母對於未成年子女之財產收益權，夫對於妻之財產收益權是（同說 *Demolombe*，

Baudry-Lacantinerie et Barde, Planiol 諸氏，Laurent 氏則持反對說）。

乙 主要的基於無形利益之權利 此種權利，同時基於無形利益及財產利益，債權人得代位行使與否，則視其權利是否置重於財產利益決之。例如基於詐欺脅迫之撤銷權，基於詐害行為之撤銷權，係置重於財產利益，債權人得代位行使。反之如繼承權之承認及拋棄，遺贈之承認及拋棄，則置重於無形利益，債權人不得代位行使（同說 Baudry-Lacantinerie et Barde 氏，異說 Denolombe 氏）。又基於侵害身體健康名譽自由之損害賠償請求權，雖為財產權之權利，然債務人行使其權利與否，應係其自由意思決之。此種權利，亦置重於無形利益，債權人不得代位行使（民法第一九五條第一項）。

丙 不得扣押之權利 此因不得扣押之權利，非債權人之共同擔保，故債權人不得代位行使。如許其代位行使，則法律禁止扣押之目的，即不可得而達。不得扣押之權利，例如強制執行律草案第三三二條所規定之各種債權是。

丁 不得讓與之權利 不得讓與之權利與專屬一身之權利，其範圍固不相同，但專就債權言之，則二者殆屬一致。權利之不得讓與，其情形有三，有權利性質上不得讓與者，有法律規定不得讓與者，有依當事人之約定不得讓與者，前二種之權利，債權人不得代位行使，後一種之權利，則債權人不妨代位行使之（石坂氏前揭六七三頁）。

除上述各種權利而外，債務人一切之權利，債權人皆得代位行使，尤其純然基於財產利益之權利，例如基於債務不履行之損害賠償請求權，基於權利侵害之損害賠償請求權，基於瑕疵擔保之損害賠償或價金減少請求權，價金請求權及保險金請求權等，債權人皆得代位行使。

#### 第六項 代位權之行使

債權人於具備法定要件時，得代位行使債務人之權利，已如前述。債權人之行使此權利，無須以債務人之名義為之，且無須得裁判上之許可，而其行使權利之必要方法，舉凡債務人所能為者，債權人皆得為之，即（一）債權人得為保存債務人之權利之行爲，此就第二四二條但書解釋而自明，何謂保存行爲，已於前述，茲不贅。（二）債權人得為實行債務人之權利之行爲，此不問裁判外之行爲，裁判上之行爲，債權人皆得為之，裁判外之行爲，例如催告或請求是。裁判上之行爲，例如提起訴訟參加訴訟反訴或上訴是。（三）債權人得為實現債務人之權利效力之行爲，例如受領清償，假扣押，假處分，聲請強制執行及實行擔保權是。蓋此等行爲，不外債權之行使故也。雖然，債權人得為處分行爲與否，則學說尙未一致，依余所信，應分別情形決之，即免除債務拋棄權利等消滅債務人財產之行爲，債權人不得為之，反是如抵銷讓與等交換利益之行爲，苟於債務人有利，則債權人亦得為之（同說鳩山氏前揭一九三頁，異說石坂氏前揭六七五頁）。又債務人係因保全債權行使債務人之權利，則其行使自以保全債務之必要範圍為限，故如債權人行使債務人之一宗債權已足保全其債權時，即不得就債務人之其他債權



更爲行使。但如債務人之一宗債權超過債權人之債權額時，則行使債務人之全部債權，自無不可。

### 第七項 代位權之效力

#### 第一 對於第三人之效力

債權人代位行使債務人之權利時，第三人之對於債權人，與對於債務人同，故第三人得以對於債務人之一切抗辯對抗債權人。此之所謂抗辯，舉凡權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯，及同時履行之抗辯皆屬之。蓋非如此，則第三人將因債權人行使代位權致受意外之損害也。至第三人於債權人行使權利後對於債務人取得之抗辯，能否與債權人對抗，則學說上頗有爭論，或謂債權人之行使權利，與扣押發生同一效力，債務人即當然喪失其權利之處分權，從而第三人自不得以行使權利後所生之抗辯對抗債權人（*Tabbé, Demolombe* 諸氏主此說）。或謂債權人之行使權利，非與扣押發生同一效力，債務人並不喪其權利之處分權，從而第三人仍得以行使權利後所生之抗辯對抗債權人（*Laurent, Larombière, Planiol, Baudry-Lacantinerie et Barde* 諸氏主此說）。依前所述，代位權係實體法上之權利，自無與扣押發生同一效力之理由，理論上應以後說爲是。又第三人固得以對於債務人之抗辯對抗債權人，但第三人不得以直接對於債權人所有之抗辯對抗債權人。良以債權人乃行使債務人之權利，而非行使自己之權利故也。

#### 第二 對於債務人之效力

債務人是否因債權人行使權利喪失對於其權利之處分權，我民法未設明文，適用上頗屬疑問？依余所信，應解爲債務人並不因債權人行使權利喪失對於其權利之處分權。但在日本學者解釋彼國民法，有因非訟事件程序法第七六條第二項設有明文規定，遂謂債務人應因債權人行使權利喪失對於其權利之處分權者（鳩山氏前揭一九四頁石坂氏前揭六八〇頁橫田氏前揭三九六頁），此種理論，以之解釋我國民法，殊難贊同。至債權人因行使權利提起訴訟，其判決之效力能否及於債務人及他之債權人，則其說不一，有謂判決之效力祇能及於訴訟當事人者（Labbe, Aubry et Rau, Demolombe, 橫田，石坂諸氏主此說）。有謂判決之效力亦能及於債務人及他之債權人者（Larombière, Colmet de Saunier, 岡松諸氏主此說）。亦有謂判決之效力能否及於債務人及他之債權人，應依情形而異，即勝訴判決之效力得及於債務人及他之債權人，敗訴判決之效力則不得及於債務人及他之債權人者（Laurent, Baudry-Lacantinerie et Rardé 諸氏主此說）。以上三說，第二說不啻以債權人爲債務人之代理人，其說殊不足取。第三說，舍判決效力問題，而論判決利益之歸屬，其說亦非可通。故理論上應以第一說爲是，此因債權人係以自己名義對第三人提起訴訟，故判決之效力亦祇能及於債權人及第三人，從而債務人及他之債權人自不受既判力之拘束，得更行起訴。但債務人及他之債權人參加訴訟時，判決效力應及於債務人及他之債權人，是不待言。

### 第三 對於債權人之效力

債權人之行使權利，雖係用自己之名義爲之，但究係行使債務人之權利，故因行使權利所得之結果，自應當然歸屬於債務人，而非歸屬於債權人。從而債權人欲求債權之滿足，非更依強制執行等一般之方法不可。關於此點，學說上殆無異議（法國學者 Larombière, Colmet de Santerre, Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie et Barde, Planiol 等均主此說）。又債權人之行使權利，係爲全體債權人之利益爲之，行使代位權之債權人應與他之債權人受平等分配，而非優先於他之債權人。

### 第三款 撤銷權

#### 第一項 概說

債權人之撤銷權，始於羅馬法之 *actio Pauliana*，依 *actio Pauliana*，不問破產外之撤銷與破產上之撤銷，皆適用同一之法規，但區別債務人行爲之有償無償，即無償行爲，以有詐害債權之事實（客觀要件）爲已足，反之如爲有償行爲，則除詐害債權之事實（客觀要件）外，尙須有詐害債權之意思（主觀要件）。日本法律與之正相反對，即日本民法所規定者，爲破產外之撤銷，破產上之撤銷，則以之規定於破產法（日本破產法第七二條以下），而於破產外之撤銷，不區別債務人行爲之有償無償，一律皆以有詐害債權之事實及詐害債權之意思爲必要。德國法律則折衷於二者之間，即一方面區別破產外之撤銷與破產上之撤銷，與日本民法同（德國債權人撤銷法及破產法第二九條以下），一方面區別債務人行爲之有償無償，則與羅馬法又屬一致。自理論言之，應以

德國立法例爲合理，何則，蓋破產上之撤銷與破產外之撤銷，其立法根據雖屬相同，但前者之要件嚴而範圍狹，後者之要件寬而範圍廣，自以分別規定，較爲妥當，此其一。無償行爲，行爲性質上常足以害及債權人之債權，而有償行爲，則行爲性質上通常不致害及債權人之債權，故其構成要件，自難一致，此其二。我民法即從此立法例者也。

## 第二項 撤銷權之性質

撤銷權 (Anfechtungsrecht, action révocatoire) 者，債權人撤銷債務人之行爲之權利也，析言之。

### 第一 撤銷權係實體法上之權利

日本著書，通常譯法國民法之 *action révocatoire* 爲廢罷訴權，我國著書亦多用此名稱，實則撤銷權係實體法上之權利，而非訴訟法上之權利，應以稱爲撤銷權爲適當。此因民法爲實體法，撤銷權係規定於民法債編債之效力中故也。雖然，債權人之行使撤銷權，須聲請法院爲之，於是有謂此之所謂撤銷權係對於國家請求爲撤銷判決之訴權與私權的撤銷權之併合者（石坂氏前揭六九〇頁），余則以爲債權人之行使撤銷權，雖應聲請法院爲之，然此係行使撤銷權之方法，究不能謂撤銷權爲訴訟法上權利與實體法上權利之併合。

### 第二 撤銷權係撤銷債務人之行爲之權利

撤銷權，係債權人撤銷債務人之行爲之權利，这就我民法第二四四條之規定解釋，固無可疑，惟此權利之性質如何，則學說紛歧，尙未一致。有謂撤銷權係債權，即直接對於依債務人之行爲而受利益之第三人請求其返還

之權利者（德國學者 Cosack, Jäckel, Hartmann-Meikal, Jaeger, Seuffert, Kohler, Eck, Endemann, Goldmann-Lilienthal, Rehbein, 奧國學者 Menzel, Kransnopolski, 瑞士學者 Brand 均主此說）有謂撤銷權係形成權，即惟使債務人之行為歸於無效之權利者（Hellwig, Kipp Zu Windscheid, Crome, Hellmann, Voss, Fitting, Wolf, Gaze 諸氏主此說）亦有謂依詐害行為之內容，如僅予撤銷即能達回復財產狀態之目的時，其撤銷權為形成權，反是則為請求權者（Paudry-Lacantinerie et Parde, Laurent Planiol 諸氏主此說）。以上三說，依余所信，應以第二說為是，其理由有三，即（一）我民法凡用撤銷字樣之處皆為形成權，第二四四條所謂撤銷，自屬不能獨異，此其一。（二）債權人行使撤銷權之結果，當然歸屬於債務人，自不能以債權人之撤銷權為債權的請求權，此其二。（三）我民法關於撤銷權之效果，既無明文規定，解釋上自應依第一一四條之規定決之，如解為債權的請求權，則其效果如何將無從解決，此其三。（註）

（註）洪賦林氏採第三說，即折衷說，洪著謂：「依法律認此撤銷之目的，應解為僅依撤銷即可達財產狀態復舊之目的，債權人祇須訴求撤銷，其非然者，除訴求撤銷外，並得同時訴求財產權之返還及其他財產狀態復興，方為正當。」（洪氏前稿一五〇頁）實前撤銷權僅及於使債務人之行為歸於無效而止，如非訴求財產權之返還及其他財產狀態之復舊不可，則債權人不妨依代位權為之，二者之效用各別，未可相混。

### 第三項 撤銷權之要件

## 第一 概說

關於撤銷權發生之要件，已於前述，我民法係採德國立法例，因債務人行爲之爲有償無償而不同，即在債務人之行爲爲無償行爲時，以有客觀要件爲已足，反之如爲有償行爲，則除客觀要件外，尙以具備主觀要件爲必要，本書即本此規定說明之。至有償行爲與無償行爲，則依雙方當事人是否因給付取得利益爲其區別之標準，即雙方當事人各因給付而取得利益之行爲，爲有償行爲，反是當事人之一方祇爲給付而不取得利益之行爲，則爲無償行爲。無償行爲之以有客觀要件爲已足者，蓋無償行爲，債務人祇爲給付而不取得利益，性質上常足以害及債權人之債權故也。反之有償行爲除客觀要件外，尙以有主觀要件爲必要者，蓋有償行爲，債務人因爲給付而取得利益，通常不致害及債權人之債權，故必債務人及受益人有損害債權人權利之意思，始予債權人以撤銷權。

### 第二 債務人之行爲爲無償行爲時

如前所述，債務人之行爲爲無償行爲時，以有客觀要件爲已足，債權人卽有撤銷權，所謂客觀要件，應注意左列之三點。

#### 一 須債務人曾爲以財產爲標的之行爲

債權人所撤銷者，爲債務人之行爲，故必債務人已爲行爲，債權人始有撤銷權。且此行爲，須係以財產爲標的，

此點爲我民法第二四四條第三項所明定，其詳俟於撤銷權之客體中述之，茲不贅。

## 二 須債務人之行爲害及債權人之債權

撤銷權，以保護債權人爲目的，故必債權受有損害，債權人始有撤銷權，我民法第二四四條第一項即明示此意。所謂害及債權，須具備左列之要件。

甲 須債務人之行爲致使足供清償之財產減少 故如債務人之行爲不致減少足供清償之財產，則不發生害及債權之問題。所謂財產減少，有因減少債務人之積極財產而生者，例如債務人以其所有物贈與他人或免除債務是。有因增加債務人之消極財產而生者，例如債務人新負債務是。其足使債務人之財產減少，則無二致，通常自係兼指此二者言之。

乙 須債務人之財產減少致使債權人有不能受清償之危險 債務人之財產減少，通常固足以害及債權人之債權，然如未達於債權人有不能受清償危險之程度，則不能謂其害及債權人之債權。何謂不能受清償之危險，外國法律有明定其以支付不能 (Zahlungsunfähigkeit) 爲要件者，如德國法律是 (德撤銷權法第二條)。有明定其以財產不足 (Vermögenszulanglichkeit) 卽債務超過 (Überschulden) 爲要件者，如瑞士民法是 (瑞民第二八五條)。我民法無明文規定，余以爲應以從德國法律解釋爲合理。但所謂支付不能，與破產開始要件之支付不能意義不同，破產開始要件之支付不能，以一般的支付不能卽

債務人永久的不能支付其債務為必要，此則以對於某債權人不能與以清償為已足，無須債務人永久的不能支付其債務。又此所謂支付不能，不以實際強制執行債務人之財產不能得其效果為必要，故縱使顯然不能得強制執行之效果，亦得行使撤銷權，蓋非如此，則行使撤銷權甚為困難故也。

丙 須債務人之行為與害及債權人之債權有因果關係 故如無因果關係，則可見債權之損害非由債務人之行為而生，自無須與債權人以撤銷權。但此之所謂因果關係，以債務人之行為加功於債權之損害為已足，無須兩者之間有直接因果關係。此因就實際情形言之，債務人之財產減少，通常係漸次而生，且其原因常非單一，故苟其行為足為財產減少之原因，縱屬間接，亦不能不予債權人以撤銷權。又行為與害及債權之間有無因果關係，應就何時決定，亦一疑問。余以為解釋上應就債務人之行為時決之，故如債務人行為之財產，尙足以清償債權人之債權，嗣後始無支付能力，即不能謂其行為與害及債權之間有因果關係。

第三 債務人之行為為有償行為時

如前所述，債務人之行為為有償行為時，除客觀要件外，尚須有主觀要件，債權人始有撤銷權，關於客觀要件，已於前述，其全部理論對於有償行為，均可應用，茲惟就主觀要件說明如左。

一 須債務人於行為時明知有損害於債權人之權利

關於此點，各國法律不同，有採認識主義或觀念主義（Vorstellungstheorie），以債務人明知有損害於債



權人之權利爲已足者，如日本民法是（日民第四二四條）。有採意思主義或希望主義（Willenstheorie），以債務人明知並有意損害於債權人之權利爲必要，如德國奧大利及瑞士是（德法第三條第一款奧法第二九條第一款瑞民第二八八條）。此兩主義，在必然的知其發生損害時，固無區別，反之在可能的知其發生損害時，如採第一主義，即不發生撤銷權。就我民法第二四四條第二項債權人「於行爲時明知有損害於債權人之權利」云云觀之，固採第一主義者也。此之所謂明知，指債務人有損害債權人權利之惡意而言，從而債務人縱因過失而不知，債權人亦無撤銷權。又此之所謂債權人，係泛指一切之債權人，從而債務人知其損害於行使撤銷權之債權人與否，在所不問。至債務人之知與不知，依我民法規定應以行爲時爲標準決之，故如債務人於行爲時不知損害於債權人之權利，則債權人無撤銷權。

## 二 須受益人於受益時明知有損害於債權人之權利

依我民法第二四四條第二項規定，債務人之行爲爲有償行爲時，不但須債務人明知有損害於債權人之權利，且須受益人亦明知有損害於債權人之權利，債權人始有撤銷權。此之所謂受益人，係泛指基於債務人之行爲取得利益之人，受益人通常固爲法律行爲之相對人，但不以此爲限，例如以契約訂定向第三人爲給付時，其第三人即受益人是。又此之所謂明知，指受益人有損害債權人權利之惡意而言，此點與債務人之明知同，其詳已於前述，茲不贅。至受益人之知與不知，依我民法規定，應以受益時爲標準決之，故如受益人於受益

時不知有損害於債權人之權利，則債權人無撤銷權。

#### 第四 舉證責任問題

如後所述，債權人之行使撤銷權，須聲請法院爲之，從而關於撤銷權要件之有無，應由何人舉證，實屬疑問。於此問題，在德日民法學界有兩種主張，有謂無論客觀要件主觀要件，均應由債權人舉證者（Cosack, Petersen-Kleinfeller, Menzel, Jäger, 橫田，磯谷諸氏主此說），有謂客觀要件應由債權人舉證，主觀要件則應由債務人舉證者（Hartmann-Meikel, Wilmowski, Seuffert, Kohler, 梅，石坂，鳩山，川名諸氏主此說）。解釋日本民法，固應從第二說，何則，蓋關於主觀要件，日民係以但書形式出之，自應解爲惡意的推定故也。反之，解釋我國民法，則應從第一說，何則，蓋主觀要件及客觀要件既同屬撤銷權成立之要件，故依照一般訴訟法舉證書任之原則，自應由債權人負舉證之責。

#### 第四項 撤銷權之主體

債權人爲代位權之主體，此在解釋上固無可疑，雖然，債權人之債權有有擔保者，有無擔保者，是否兼指二者而言，學說上頗有爭論，依余所信，應以肯定說爲是，此其理由，已於前述，茲不贅。又債權人之債權有成立於債務人行爲之前者，有成立於債務人行爲之後者，是否兼指二者而言，學說上亦有爭論，依余所信，應視其情形而異，即債務人行爲當時，如有一人之債權人，則行爲後之債權人亦得撤銷其行爲，否則不得撤銷（同說石坂氏前揭七一八

頁)。(註二)又給付期未到以前，債權人有無撤銷權，亦一疑問？外國法律有明定以給付期到來爲必要者(德法第二條與法第三二條)，我民法既無何種限制，依余所信，縱給付期尚未到來，債權人亦有撤銷權(同說 Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde 諸氏異說 Planiol 氏)。雖然，債權人之債權有無擔保，成立時期如何以及給付期到來與否，固非所問，但必係以財產爲標的之債權，始得行使撤銷權，良以如債權人之債權非以財產爲標的，縱使許其撤銷債務人之行爲，亦不能達保全債權之目的故也。所謂非以財產爲標的之債權，例如以狹義之作爲或不作爲爲標的之債權是，此等債權，在未變爲損害賠償請求權以前，債權人即不得行使撤銷權。此外，以移轉特定物爲標的之債權，能否適用撤銷權學說紛歧，殊不一致。有謂縱係以移轉特定物爲標的之債權，亦屬侵害債權之行爲，自得適用撤銷權者(Marcus, Jaekel, Hartmann-Meikel 諸氏主此說)。余則以爲不然，蓋如依此說，不啻承認債權人直接對於物上取得權利(jus ad rem)，顯然與我民法第七五八條及第七六一條以登記或交付爲移轉成立要件之規定有所衝突故也(同說 Korn, Menzel, Kransnopski, Jaeger 諸氏主此說)。(註三)至債權人爲多數時，各債權人固得獨立行使撤銷權，但就中如已有一人着手撤銷權之行爲，則其他債權人即無行使之必要，此點已於前述，茲不贅。

(註一)關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「在詐害行爲成立後發生之債權，關於此點，學說上雖尚有爭執，有否定肯定兩說，但以否定說爲是，蓋債權於行爲時尙未成立，自無被害之可言也。」(陳氏前揭二六〇頁)

(註二)關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著謂：「蓋所謂矛盾者，對於同一法律事實所定法律上之效果互相排斥之謂也，設使不問甲之實力如何，以甲爲二重讓與行爲，致乙之特定債權不能直接履行，遽認乙有撤銷權，誠屬矛盾，然如以甲之無實力爲要件，則已增加一法律事實，雖法律上之效果有所差異，亦不得謂爲矛盾；且甲對於乙所負債務如本係金錢債務，而非交付特定物之債務，則甲因讓與特定物於丙，致無償還實力時，乙得撤銷甲丙間之行爲，固無疑義；若以乙之債權適爲請求該特定物之債權，遂認其效力較之與該特定物毫無關係之金錢債權更爲薄弱，法律上無此理也。」(洪氏前揭一五一頁)

### 第五項 撤銷權之客體

依我民法第二四四條第三項規定：「債務人之行爲，非以財產爲標的者，不適用前二項之規定。」依此規定，則惟債務人以財產爲標的之行爲，始得爲撤銷權之客體，析言之。

#### 第一 須爲債務人之行爲

如前所述，撤銷權係撤銷債務人行爲之權利，故被撤銷者，自須爲債務人之行爲。此之所謂行爲，固不問其爲債務人之單獨行爲，抑爲債務人與受益人間之契約，但如爲受益人之單獨行爲，受益人與轉得人間之契約，以及轉得人之行爲，則不得撤銷，蓋以其非債務人之行爲故也。

#### 第二 須爲債務人之法律的行爲

關於此點，各國法律殊不一致，有祇定爲行爲 (actes) 者，如法國民法是。有定爲法律行爲 (Rechtsgeschäft)

者，如日本民法是。有定爲法律的行爲（Rechts-handlungen）者，如德國民法與大利民法及瑞士債務法是。此三種立法例，以法國範圍爲最廣，日本範圍爲最狹，德奧瑞介於二者之間。我民法第二四四條第三項祇泛云「債務人之行爲」，似從法國立法例，余以爲如解爲係從法國立法例，則不可通，何則，蓋通常所謂行爲，兼指合法行爲及違法行爲，債務人之違法行爲，殊無撤銷之可能故也。我民法既非從法國立法例，然則從日本立法例乎？曰是不然。蓋在日本民法雖明定其爲法律行爲，然一般學者常因法律行爲以外之合法行爲（即法律的行爲）應準用法律行爲之規定，從而擴張解釋，謂法律的行爲亦得爲撤銷權之客體（石坂氏前揭七二七頁），究其結果，殆與德奧立法例無異。故依余所信，與其從日本立法例，婉轉解釋法律的行爲因準用法律行爲之規定，亦得撤銷，毋寧從德奧立法例，謂我民法所謂行爲，依指債務人之法律行爲及非法律行爲之法律的行爲，較爲簡捷。（甚）且自理論言之，非法律行爲之法律的行爲，於其損害債權之點，與法律行爲並無二致，從而由保護債權人之目的立論，亦以德奧立法例推廣撤銷權之適用爲適當。至何謂法律行爲與法律的行爲，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

（註）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「民法第二四四條所謂無償行爲，是否單指法律行爲，雖不無疑義，然自民法一般所稱（參照第三四七條）及撤銷僅於法律行爲有適用（參照第一一四條第一項）之點言之，自以解爲係指法律行爲爲是。」（陳氏前揭二五五頁）

### 第三 須係債務人以財產為標的之行為

此為我民法第二四四條第三項所明定，其以債務人以財產為標的之行為，為撤銷權之客體者，蓋撤銷權係為保全債權而設，如債務人之行為非以財產為標的，縱使撤銷，亦不能達保全債權之目的故也。所謂債務人以財產為標的之行為，即關於債務人之財產之行為，撤銷權之客體既須為關於債務人之財產之行為，則關於債務人之身分之行為，自屬不得撤銷。又得為撤銷權客體之行為，須為以純粹的財產權為標的之行為，從而關於債務人之身分之行為，縱令其結果影響於債務人之財產，亦屬不得撤銷。他如以債務人之勞務及其他不關於財產之作為為標的之行為，皆屬不得撤銷。

### 第四 問題

#### 一 拒絕取得利益之行為得為撤銷權之客體乎

於此問題，有正相反對之二說，依余所信，應以否定說為是，此因撤銷權係以回復債務人已脫離之財產為目的，而取得利益之拒絕，例如遺贈受領之拒絕，則非債務人脫離其財產之一部故也（同說 *Menzel, Brand, Jaeger* 諸氏，異說 *Cosack* 氏）。雖然，取得權利之拋棄，與取得利益之拒絕不可相混，其在前者，得為撤銷權之客體，是不待言。

#### 二 不作為得為撤銷權之客體乎

於此問題，有正相反對之二說，在主張撤銷權爲請求權者，謂不作爲亦屬法律的行爲，故得爲撤銷權之客體，反之在主張撤銷權爲形成權者，則謂不作爲不得爲撤銷權之客體，本書既以撤銷權爲形成權，其應採取後說，自無可疑（同說 Jaeckel, Cosack, Menzel, Brand, Jaeger 諸氏，異說 Motives, Korn 諸氏）。

三 無效之行爲得爲撤銷權之客體乎

於此問題，有正相反對之二說，有謂縱屬無效行爲，亦不失爲法律的行爲，得爲撤銷權之客體者，有謂無效行爲，法律上根本失其存在，不得爲撤銷權之客體者。依余所信，如以撤銷權爲形成權，自應以後說爲是（同說 Petersen-Kleinfeller, Hartmann-Meikel 諸氏，反對說 Cosack, Korn, Menzel, Jaeger 諸氏）。

#### 四 清償得爲撤銷權之客體乎

於此問題，亦有正相反對之二說，少數說謂在清償期之清償，乃債務人履行債務所應爾，縱令因此致使其他債權人有不能受清償之危險，其清償亦屬不得撤銷。通說則謂縱係在清償期之清償，亦不能利於此債權人而害於彼債權人，故在公平觀念上應認其他債權人有撤銷權。依余所信，應以前說爲是，但應注意民法第二一九條履行債務應依誠實及信用方法之規定（同說 Cosack, Förster-Eccius 諸氏，異說 Petersen-Kleinfeller, Jaeckel, Jaeger 諸氏）。

#### 第六項 撤銷權之行使

撤銷權之行使，其方法有二，有以依一方之意思表示爲之爲已足者（民法第一一六條），有須聲請法院撤銷者，我民法以前者爲原則，後者爲例外。關於詐害行爲，我民法第二四四條明定其須聲請法院撤銷，是即撤銷權行使方法之例外。（註）此之所謂聲請法院撤銷，是否訴訟行爲，學說上頗有爭論，依余所信，與第七四條第一項所定之聲請撤銷意義相同，應解爲非訴訟行爲，既非訴訟行爲，其撤銷程序自應於非訟事件法中規定之。但如非訟事件法別無規定，自以債權人提起撤銷之訴爲適當。雖然，此種訴訟之性質如何，則學說不一，即在主張撤銷權爲請求權者，謂撤銷之訴爲給付之訴。主張撤銷權爲形成權者，謂撤銷之訴爲形成之訴。主張撤銷權爲請求權兼形成權者，則謂撤銷之訴爲給付之訴及形成之訴。本書既以撤銷權爲形成權，則撤銷之訴自爲形成之訴。又撤銷之訴之原告，固爲債權人，其被告應爲何人，學說亦不一致，此亦與撤銷權之性質有關，即在主張撤銷權爲請求權者，謂受益人及轉得人爲被告。主張撤銷權爲形成權者，謂行爲當事人爲被告，即其行爲爲單獨行爲時，以債務人爲被告，其行爲爲雙方行爲時，以債務人及其相對人爲被告。主張撤銷權爲請求權兼形成權者，則謂債務人受益人及轉得人爲共同被告。本書既以撤銷權爲形成權，自應分別以債務人，或債務人及其相對人爲被告。但轉得人無論如何不得爲撤銷之訴之被告，何則，蓋撤銷之訴，以撤銷債務人之行爲爲目的，撤銷權之效果雖及於轉得人，然此不過撤銷債務人之行爲之結果，究非轉得人對於債務人之行爲有所干與也。

（註）撤銷權行使之方法，各國法律規定不同，有明定其以訴或抗辯爲之者，如普魯國撤銷法第一一〇條、奧國撤銷法第一六條、第二項、第三五



條第二項之規定是有明定其以訴爲之者，如日本民法第四二四條之規定是。德國撤銷法未設明文，學者間則有兩說，主張撤銷權爲請求權者，謂債務人之行爲具備撤銷權之要件時，其行爲當然爲無效，以撤銷權人之意思表示行使撤銷權，殊無意義，反之主張撤銷權爲形成權者，則謂與一般形成權之撤銷方法同，應依一方之意思表示爲之。

### 第七項 撤銷權之效力

#### 第一 對於債務人及受益人之效力

依民法第一一四條第一項規定：「法律行爲經撤銷者，視爲自治無效。」依此規定，則債務人之行爲一經撤銷，其已發生之法律關係歸於消滅，已消滅之法律關係因是而復活。故如債務人之行爲爲所有權之移轉或他物權之設定時，一經撤銷，則所有權視爲未移轉，他物權視爲未設定。又如債務人之行爲爲債之發生讓與或免除時，一經撤銷，則債之關係視爲未發生讓與或免除。又其效力，乃係當然回復原狀，而非受益人僅有移轉權利於債務人之義務。故如債務人移轉所有權於受益人時，一經撤銷，則所有權當然復歸於債務人。從而債務人對於受益人得基於所有權請求其物之返還。由此可知撤銷之效力，爲物權的，而非債權的。至受益人對於債務人之給付曾爲反對給付時，債務人之行爲既被撤銷，則受益人之給付爲無法律上之原因，自得基於不當得利請求權，請求其給付之返還（民法第一七九條）。

#### 第二 對於轉得人之效力

外國法律有明定轉得人如爲惡意，亦應受撤銷權規定之適用者（日民第四二四條第一項），我民法無之，余以爲轉得人可解爲廣義之受益人，自應受撤銷權規定之適用。此之所謂轉得人，指由受益人直接或間接取得債務人行爲之標之物或權利之人而言。換言之，即特定繼承人之意，既爲特定繼承人，則原始取得人及一般繼承人自非轉得人。但祇須爲特定繼承人即可，不問其爲直接之繼承人，抑爲第二以下之繼承人。又轉得人既爲廣義之受益人，則在債務人之行爲爲有償行爲時，自須轉得人知有損害於債權人之權利，始有撤銷權規定之適用。故如受益人爲惡意，轉得人爲善意；或受益人爲善意，轉得人爲惡意；或受益人爲惡意，轉得人有數人，一人爲善意，嗣後之轉得人爲惡意，皆屬不得撤銷。（註）

（註）關於此點，學說上頗有爭論，有謂受益人或轉得人一人爲惡意，即得撤銷者，如依此說，則在受益人爲善意轉得人爲惡意時，受益人反因讓與其權利時而被撤銷，殊爲不當。又有謂受益人或轉得人一人爲善意時，即不得撤銷者，如依此說，則在受益人爲惡意轉得人爲善意時，受益人將因讓與其權利時而不被撤銷，亦未見其可。故依余所信，就實際及法理言之，均須受益人與轉得人皆爲惡意，始得撤銷。至轉得人有數人，一人爲善意，即屬有效取得權利，縱嗣後之轉得人爲惡意，亦係由權利人取得權利，故不得撤銷。

### 第三 對於債權人之效力

債權人行使撤銷權，不過使債務人之行爲爲無效，故其結果，僅能使已與債務人脫離之權利當然復歸於債務人，不能對於受益人或轉得人請求其權利之返還。從而債權人欲求債權之滿足，尚須依強制執行等一般之方

法。至行使撤銷人之債權人有無優先受償之權利，各國法律不同，有明定其得優先受償者，如德法第七條奧法第三七條之規定是。有明定其爲全體債權人之利益而爲撤銷者，如日本民法第四二五條之規定是。我民法無明文規定，依余所信，應與日本民法取同一之解釋（法民無明文規定，Colmet de Santère, Laurent 諸氏與本書同說，Demolombe, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Barde 諸氏則持反對說）。

#### 第八項 撤銷權之消滅

撤銷權之行使與否，對於債務人與受益人間之法律關係影響極大，如債權人永不行使此項權利，殊有害於交易之安全，故我民法第二四五條特設規定曰：「前條撤銷權，自債權人知有撤銷原因時起一年間不行使，或自行爲時起經過十年而消滅。」本條所定之期間，究爲時效期間，抑爲除斥期間，學說上頗有爭論，在主張其爲時效期間者謂，我民法總則消滅時效之客體，不限於請求權，即撤銷權亦是，本條與第七四條第二項及第九三條有所不同，故應解爲時效期間。余則以爲不然，蓋我民法總則所定之消滅時效，僅以請求權爲其客體（民法第一二五條以下），關於消滅時效之效力與夫中斷停止，亦僅就請求權設有規定，且民總施行法第十七條，於民法第七四條第二項第九十條及第九三條之撤銷權，定爲準用該施行法第十六條關於消滅時效之規定，既爲準用，則該三條所定之期間，並無消滅時效之性質，而爲一種除斥期間，實無可疑，本條所定之期間，事同一律，不能獨外（同說洪氏前揭一五五頁異說陳氏前揭二七一頁）。至時效期間與除斥期間之區別如何，已於拙著中國民法總論中述

之，茲不贅。又本條所定之期間有二，一為一年，一為十年，是謂兩重之期間。此兩種期間，其起算點不同，即一自債權人知有撤銷原因時起算，一自債務人為行為時起算。對於前者，債權人有數人時，其一年之期間，應分別自各債權人知有撤銷原因時起算，又不待言。

## 第五節 契約

### 第一款 概說

我民法將契約之成立與契約之效力析而為二，而以前者規定於債編第一章（通則）第一節（債之發生）第一款（契約），後者規定於債編第一章（通則）第三節（債之效力）第四款（契約），實則契約之效力與債之效力迥不相同，即自債權契約言之，其效力僅祇發生債權債務關係，而債之效力則為債權債務關係發生以後之問題，以之定於一款，殊非妥洽。但我民法既將契約之效力規定於債之效力中，故本書亦於債之效力中說明之，以期符合民法法典之編制。至我民法關於契約效力之規定，考其內容，約分五端，即（一）契約之標的，（二）契約之確保，（三）雙務契約之效力，（四）涉他契約之效力，（五）契約之解除。以下各款，即依此順序解說之。

### 第二款 契約之標的

#### 第一 概說

關於契約之標的，依據契約自由之原則（Prinzip der Vertragsfreiheit），原可由當事人自由訂定，但契約既

爲法律行爲之一種，法律行爲之標的須係可能確定及合法，則契約之標的自屬不能獨外。關於可能之點，我民法第二四六條及第二四七條設有明文規定，固屬不成問題。關於確定及合法兩點，則我民法未設明文，適用上不無疑問。依余所信，關於標的合法之點，我民法第七一條至第七四條對於一般法律行爲設有明文規定，契約既爲法律行爲之一種，亦應有其適用，此在解釋上實無可疑。至關於標的確定之點，我民法除選擇之債於第二〇〇條及種類之債於第二〇八條設有解決明文外，不但對於契約未設規定，即對於一般法律行爲亦無明文，自有待於學理之補充。此點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。（註一）

（註一）關於契約標的之確定，德國民法第三一五條至第三一九條規定甚詳，茲譯載其重要條文於次，以供適用上之參考。第三一五條：「給付依契約當事人之一方決定而有疑義時，推定其應依公平之見解決之。前項之決定以對於相對人之意思表示爲之。應依公平之見解以爲決定者，惟其決定適合公平時，拘束相對人。其非適合公平時，依判決決定之。決定遲延時，亦同。」第三一七條：「以給付之決定委任第三人而有疑義時，推定其應依公平之見解決之。數人之第三人爲決定而有疑義時，須全體之一致。但數額依數人之第三人決定而有種種之數額時，依其平均數額。」第三一九條：「第三人應依公平之見解指定給付，其指定顯失公平時，當事人不受拘束。此時給付之決定，以判決爲之。第三人不能決定，不欲決定，或遲延時，亦同。第三人任意決定給付，而不能決定，不欲決定，或遲延時，其契約不生效力。」

## 第二 標的之不能

標的之不能，對標的之可能而言。何謂不能，原有廣狹二義，此之所謂不能，應解作廣義，即不但論理上不能，謂之

不能，即論理上可能，而在一般社會觀念認為不能，亦謂之不能，與前述不能給付之不能同。雖然，在不能給付之所謂不能，依其種類，可分為自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能，此之所謂不能，究係指何種不能而言，解釋上不無疑義。依余所信，此之所謂不能，當係指自始不能及客觀不能而言。因其為自始不能或客觀不能，故在以此種不能之給付為契約標的者，其契約根本為無效。反之，契約標的之給付如係嗣後不能或主觀不能，則其契約與普通契約發生同一之效力，祇能依因可歸責於債務人與否，或免為給付義務，或負損害賠償責任，而其契約並非根本為無效。又在不能給付有所謂全部不能與一部不能，契約標的之全部係自始不能或客觀不能，其契約固應全部無效，即標的之一部不能，依我民法第一一條之規定，其契約亦以全部無效為原則，不過依其情事除去無效部分亦可成立契約者，則其他部分仍為有效耳。

### 第三 標的不能之效力

#### 一 以不能之給付為契約標的者其契約為無效

依我民法第二四六條第一項規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。」我民法之所以定為無效者，蓋在以不能給付為標的之債，理論上不能認其發生故也。但此僅屬原則，我民法對此原則設有左列兩種之例外。

甲 不能情形可以除去當事人並豫期於不能情形除去後為給付時 於此場合，依我民法第二四六條第

一項但書規定，其契約爲有效。舉例以言，如於政府禁止米糧出口之際，訂立販運米糧出口之契約，此項禁令可以解除，當事人並係豫期於解禁後爲給付者，其契約卽爲有效。我民法以之爲有效者，良以當事人不啻以不能情形之除去爲契約發生效力與否之停止條件，契約附加條件，既爲我民法之所許，則於此情形自無不認其爲有效之理由故也。但如不能情形不克除去，則與停止條件不成就同，契約之不生效力，自不待言。

乙 附停止條件或始期之契約於條件成就或期限屆至前不能情形已除去時 於此場合，依我民法第二四六條第二項規定，其契約爲有效。舉例以言，如於政府禁止現金出口之際，訂定如至省外貿易則販運現金出口或於明年三月販運現金出口之契約，於未至省外貿易或明年三月以前，此項禁令業已解除，其契約卽爲有效。我民法以之爲有效者，良以附有停止條件或始期之法律行爲，原於條件成就或期限屆至時發生效力（民法第九九條第一項第一〇二條第一項），在未發生效力以前，其不能情形既已除去，卽無不認其爲有效之理由故也。但如條件成就或期限屆至後，不能情形尙未除去，其契約應爲無效，又不待言。

## 二 對於因契約無效而受損害者應負賠償責任

契約上之注意義務，當事人不但於契約成立以後有之，卽於訂立契約當時亦有之，故契約標的之給付是否

可能，當事人於訂約當時應為相當之注意，否則即不能免於損害賠償之責任。我民法第二四七條第一項規定：「契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。」即明示此意。(註二)契約無效之損害賠償，所以異於一般損害賠償者，即不但須當事人於訂約當時明知或可得而知標的之不能，且須他方當事人於訂約當時非明知或可得而知標的之不能，否則當事人即不負損害賠償責任。至關於損害賠償之範圍，我民法既明定對於他方當事人因信契約為有效所受之損害負賠償責任，則解釋上應以所謂消極的契約利益 (Negative Vertragsinteresse) 為限，實無可疑。所謂消極的契約利益，即自始不訂立該契約所應有之利益，舉凡積極的損害，即既存利益之喪失，與夫消極的損害，即將來可以取得之利益，皆屬之。雖然，因給付一部不能致契約之全部無效者，固應適用第二四七條第一項之規定，然如給付一部不能，其他部分可能，而其可能部分依民法第一一一條但書規定為有效時，其無效部分之責任如何，則屬疑問？故我民法第二四七條第二項明定準用前項之規定，以解決之。又依選擇而定之數宗給付中有一宗給付不能，如當事人之意思以數宗給付完全可能為必要，則其契約無效，應適用第二四七條第一項之規定，固不待言，然如當事人之意思就可能給付為有效，則其不能給付之責任如何，亦一問題？故我民法亦於第二四七條第二項明定其準用前項之規定。

(註二) 依我民法第一一三條規定：「無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責



任。無效法律行為之當事人既應負損害賠償責任，則似有重覆之嫌，實則不然，蓋第一一三條係規定其於無效行為而為給付時，當事人應負回復原狀之義務，不能回復原狀或回復原狀顯有重大困難，則應以金錢賠償其損害，初非無效法律行為之當事人負有何種特別責任，第二四七條則為關於契約無效而有過失之當事人應負特別責任之規定，故非重覆。

### 第三款 契約之確保

#### 第一項 概說

定金及違約金，在我民法皆為確保契約之履行而設，惟在各國法律，其規定地位頗不相同。就定金言之：日本民法以之規定於買賣之解除中，而以其為解除買賣之一種保留（日民第五五七條第一項），德國民法則以之規定於契約之債務關係中，而以收受定金視為契約之成立（德民第三三六條至第三三八條）。上述兩種立法例，以德國立法例為合理，此因授受定金不但買賣契約有之，其他契約亦不乏授受定金之實例故也。其次就違約金言之：日本民法以之規定於一般債權之效力中，而以其確保債務之履行（日民第四二〇條第四二一條），德國民法則以之規定於契約之債務關係中，而以其為確保契約之履行（德民第三三九條至第三四五條）。上述兩種立法例，以日本立法例為合理，此因約定違約金，不但契約有之，單獨行為亦有之，不但法律行為有之，法律規定亦有之故也。但在我民法則概從德國立法例，以定金及違約金規定於契約之效力中，而以其為契約履行之確保焉（民法第二四八條至第二五三條）。

(註)以定金規定於契約之效力中，實非澈底，何則，蓋定金亦與違約金同，非在確保契約之履行，而在確保債務之履行故也。以故瑞士債務法以定金及違約金規定於特別債務關係中（瑞債第一五八條以下），暹羅民法以定金及違約金規定於債之效力債務之不履行中（暹民第三四條以下），大可為立法上之參考。蘇俄民法則與德國民法同，而於契約之債務關係中規定定金及違約金（俄民第一四一條）。

## 第二項 定金

### 第一 定金之意義

定金 (arrha, Draufgabe, arrhes) 者，當事人之一方在契約着手履行前對於他方所交付之金錢或其他之物也。於此定義，有應注意者三：

#### 一 定金之客體

定金之客體通常為金錢，但為金錢以外之物，亦無不可。其為定金客體之物，是否須有財產上之價格，則依定金之種類而異。申言之，即在證約定金或成約定金，不過以定金為契約成立之證據或要件，自無須有財產上之價格。反之在違約定金或解約定金，或則以定金為債務不履行之制裁，或則以定金為保留解除權之對價，自以有財產上之價格為必要。

#### 二 交付定金之人

定金應由何人交付，因定金之種類而不同，即在證約定金或成約定金，係以定金為契約成立之證據或要件，

故不問其係由債權人交付抑由債務人交付。反之在違約定金或解約定金，則係以定金爲對於債務不履行之制裁，或債務人保留解除權之對價，故應由債務人交付。但所謂交付，不以現實交付爲必要，簡易交付改定占有或移轉占有，均無不可（民法第七六一條）。又定金之交付，是否移轉定金所有權於受定金人，學說上頗有爭論，依余所信，應以肯定說爲是。蓋非移轉定金所有權，則付定金人得隨時請求其返還，不足以達定金之目的也。

### 三 交付定金之時期

定金應於何時交付，亦因定金之種類而不同，即在成約定金，係以定金爲成立契約之要件，自以契約成立之時期，爲定金交付之時期。反之在證約定金或解約定金，則無須於契約成立之時交付，縱於契約成立以後交付，亦無不可。但有一共同要件，即無論何種定金，其交付均須在契約着手履行前爲之，如在契約着手履行以後，則無交付定金之必要。

於此有須說明者，即定金契約是也。定金契約爲從契約，從而定金契約之成立，以主契約之成立爲必要，主契約因無效或被撤銷而不成立，則定金契約亦不成立，主契約因解除或其他原因歸於消滅，則定金契約亦歸消滅。又定金契約爲要物契約及非要式契約，既爲要物契約，則定金契約之成立，以定金之交付爲必要，既爲非要式契約，則定金契約之成立無須何種之方式。至主契約之爲要物契約及非要式契約與否，則與定金契約無關。

## 第二 定金之性質

定金因其目的，可為種種之分類，茲述如左。

### 一 證約定金

證約定金 (*arra confirmatoria*) 者，為證明契約之成立所交付之定金也。此種定金，僅在證明契約之成立，與成約定金殊不相同。羅馬法上之定金，通常即為證約定金，近世多數立法從之（普國國法第一部第五章第二〇五條與民第九〇八條德民第三三六條瑞債第一五八條第一項匈民草第八二二條）。

### 二 成約定金

成約定金 (*arra constitutiva*) 者，以其為契約成立之要件所交付之定金也。契約，雖因交付定金而成立，然交付定金，在於意思表示以外，而非意思表示之方法，自不得以其為契約之方式。成約定金，德國固有法認之，近世立法鮮有認此定金者。

### 三 違約定金

違約定金 (*arra poenalis*) 者，即於付定金人不履行其債務時，受定金人得沒收其定金之定金也。此種定金，有強制債務人履行債務之效力，與違約金同。通說謂羅馬法上之定金，兼有違約定金之性質 (*Savigny, Dernburg* 諸氏主此說)，近世法律亦有對於定金附以刑罰的效力者（德民第三三八條）。

#### 四 解約定金

解約定金 (arrha poenitentialis) 者，以其爲保留解除權之對價所交付之定金也。即付定金人得拋棄定解除其契約，受定金人亦得償還定金之倍額 (alterum tantum) 解除其契約。解約定金，自表面觀察，似不足以確保契約之效力，實則在付定金人如爲解約，須拋棄受定，受定金人如爲解約，須償還定金之倍額，正所以確保契約之效力也。各國法律有以解約定金爲定金通常之性質者（法民第一五九〇條、日民第五七條），有依當事人之意思附以解約定金之效力者（普國國法第一部第五章第二一〇條以下、奧民第九〇九條、德民第三三六條、瑞債第一五八條第三項）。

定金之種類不同如此，我民法所謂定金，具有何種之性質乎？依第二四八條規定：「訂約當事人之一方，由他方受有定金時，其契約視爲成立。」蓋以一切定金皆有成約定金之性質也。我民法所以認證約定金違約定金及解約定金亦有成約定金之性質者，因此等定金，雖無須於契約成立之時交付，然如付定金人爲證明契約成立之時期起見，於契約成立之時交付，自無不可，從而此等定金自亦具有成約定金之性質，故不妨以之視爲成約定金。不過我民法用「視爲」字樣，就文義解釋，不許當事人以反證推翻，未免過於武斷耳。但如解「視爲」爲「推定」之意，則較妥洽（同說洪氏前揭一五九頁異說、陳氏前揭二七八頁）。

#### 第三 定金之效力

依我民法第二四九條規定，定金除當事人另有訂定外，適用左列之規定。

一 契約已履行時

依本條第一款規定：『契約履行時，定金應返還，或作為給付之一部。』受定金人於付定金人履行其契約時，應返還定金者，蓋契約上之債務既已履行，則定金之目的業已歸於消滅故也。但定金返還請求權之根據如何，則學說不一，有謂其基於目的消滅之不當得利請求權者（Schollmeyer, Irthmann, Staudinger-Kuhlenbeck, Endemann 諸氏主此說），有謂其基於當初之定金契約者（Planck, Enneccerus 諸氏主此說），依余所信，應以後說為是。契約履行時，定金固應返還，但如定金與給付之性質係屬同一，依當事人之合意，以之算入給付，自無不可，故我民法明令其或作為給付之一部，以期便利。

二 契約不能履行時 其情形有三

甲 契約因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行時 於此場合，依我民法第二四九條第二款規定，定金不得請求返還。既明定其不得請求返還，則其定金具有違約定金之性質，實無可疑。所謂不得請求返還，指付定金人喪失定金返還請求權而言，從而受定金人自願返還，則付定金人仍保有其權利，自無疑義。所謂因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行，即付定金人對於不能履行有故意或過失之謂，其詳已於前述，茲不贅。又我民法僅就不能履行而為規定，其在給付遲延或受領遲延，自屬不能適用。但因給付

遲延或受領遲延致不能履行時，則仍應適用，例如絕對的定期行爲，因給付遲延或受領遲延致經過履行時期是。至受定金人能否請求以外之損害賠償，解釋上亦一疑問。依余所信，本款應解爲係第二二六條第二五〇條第二項但書及第二六〇條之特則規定，故除有特別訂定外，受定金人祇得沒收其定金，不得更請求以外之損害賠償。

乙 契約因可歸責於受定金當事人之事由致不能履行時 於此場合，依我民法第二四九條第三項規定，該當事人應加倍返還其所受之定金。既明定應加倍返還其所受之定金，則其定金具有解約定金之性質，實無可疑。所謂加倍返還其所受之定金，換言之，即受定金人除返還其所受之定金外，並應給付與定金同一數額之解約金，不過加倍返還云云，用語上是否妥當，不無疑問耳。本款所以異於前款者，即在前款付定金人之解除契約，以有解除之意思表示爲已足，反之在本款收定金人之解除契約，則除解除之意思表示外，尚須加倍返還其所受定金，否則不生解除契約之效力。

丙 契約因不可歸責於雙方當事人之事由致不能履行時 於此場合，依我民法第二四九條第四款規定，定金應返還之。其應返還定金者，蓋於此時，契約所定之給付，乃因不可歸責於雙方當事人之事由而致履行不能，付定金人固應依第二二五條第一項免其責任，即受定金人在雙務契約亦應依第二六六條第一項免其責任，且得依同條第二項請求返還其給付，故付定金人所付之定金，自應許其有返還請求權。

### 第三項 違約金

#### 第一 違約金之意義

違約金(*poenae stipulatio*, *Konventionalstrafe*, *Clause pénale*)者，當事人約定債務人不履行債務時，對於債權人或第三人所支付之金錢或其他之給付也。於此定義，有應注意者三。

#### 一 違約金之客體

違約金之客體，通常為金錢，但為金錢以外之給付，亦無不可。學者通常稱前者為違約金或狹義違約金，後者為準違約金或廣義違約金，我民法即採此觀念，故於第二五三條規定：「前三條之規定，於約定違約金時應為金錢以外之給付者，準用之。」余則以為此種區別，殊無必要。惟所謂給付，自違約金之本質言之，須有財產上之價額。此與前述證約定金及成約定金殊不相同。

#### 二 支付違約金之人

違約金，不問其以強制債務之履行為目的，抑以豫定債務不履行之損害賠償額為目的，其支付違約金之人必為債務人。此與前述證約定金及成約定金亦不相同。至債務人對於何人支付，則依約定而異，通常固係對於債權人支付，但當事人約定對於第三人支付，亦無不可。此在違約金以強制債務之履行為目的者，實所常見。例如當事人約定債務人於不履行債務時，對於某慈善團體支付違約金是。



### 三 支付違約金之時期

違約金，究應於債務人不履行債務時支付，抑應於違反契約時支付，解釋上不無爭論。依余所信，應解為應於債務人不履行債務時支付，此就我民法第二五〇條第一項：「當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金」之規定觀之而自明。此點，與定金應於契約着手履行前交付，正相反對。

於此有須說明者，即違約金契約是也。違約金契約為從契約，與定金契約同。惟違約金契約之主債權，不必由契約而生，即由單獨行為（例如遺囑）而生亦可，且不必由法律行為而生，即由法律規定（例如侵權行為）而生亦可。但我民法既以違約金規定於雙務契約中，則解釋上非於雙務契約約定違約金時，祇能準用關於違約金之規定。又違約金為諾成契約及非要式契約，就其為諾成契約之點言之，與定金契約異，就其為非要式契約之點言之，與定金契約同。至主契約之為諾成契約與否及非要式契約與否，則與違約金契約無關。

### 第二 違約金之性質

關於違約金，自來立法有兩種意義，有以其為債務不履行之制裁者，有以其為豫定債務不履行之損害賠償總額者，如為前者，則債權人於債務人不履行債務時，不但得請求支付違約金，且得請求本來之給付。反之如為後者，則債權人於債務人不履行債務時，請求支付違約金與請求本來給付，祇得選擇其一。違約金之性質既非一致，於是各國法律亦不相同，有僅認違約金為損害賠償總額之豫定者，如日本民法（日民第四二〇條第三項）

奧大利民法（奧民第一三三六條）及法國民法（法民第一二二九條）是。有兼認其有兩種性質者，如德國民法（德民第三三九條）瑞士債務法（瑞債第一六〇條至第一六三條）及匈牙利民法草案（匈草第八二五條至第八三三條）是。自確保債權之效力言之，違約金自應具有強制債務履行之性質。反之自保護債務人之利益言之，則以違約金具有豫定損害賠償總額之性質為相宜。良以如為前者，則不但債務人之負擔過重，且債權人將不免因此貪圖暴利故也。至在我民法，原認違約金為強制債務履行之性質，其根據有二，即（一）依我民法第二五〇條第二項規定：「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。」既屬「視為」，則違約金非損害賠償，可以推見。（二）我民法通常係違約金與損害賠償並舉（例如民法第七四〇條），違約金之非損害賠償，尤為顯然。若然，則於保護債務人之點，不無遺憾，此我民法所以原則以違約金為損害賠償之豫定，例外以其為債務不履行之制裁也。（註一）

（註一）有若干情事，與違約金似是而不同，不可不辨，即（一）失權特約（Verwirkungsklausel）：違約金與失權特約不同，即違約金係於某種條件之下負擔新債務，失權特約則係於某種條件之下喪失其既得之權利。（二）違約定金：違約金與違約定金不同，即違約金係以將來不履行債務為條件之諾成契約，違約定金則係依現實交付而生效力之要物契約。（三）保證特約：違約金與保證特約不同，即違約金係以將來不履行債務為條件，保證特約則係確保過去行為而為一定給付之約束。（四）非純正違約金（Uneigentliche Vertragsstrafe）：違約金之支付，乃以債務不履行為條件，如自始即無債務存在，則所附之違約金，為非純正之違約金。此種違約金，通常雖附以違約金之名稱，

實則欠缺法律上之要件。

### 第三 違約金之效力

我民法第二五〇條第一項規定：「當事人得約定債務人不履行債務時應支付違約金。」此即表明當事人得約定違約金之根本義，良以違約金，原在確保債權之效力，依法無不許其得為約定之理由也。惟違約金既應於債務人不履行債務時支付，則違約金債權，實一以債務人不履行債務為條件之債權，即停止條件附債權，從而自必條件成就，債權人始得請求支付違約金。但必如何而後謂其條件成就，則有兩說，有謂以客觀的不履行債務為已足者，有謂須基於債務人之過失不履行債務者，依余所信，應以後說為是。蓋依債務不履行之一般原則，皆以債務人有故意或過失為前提也。雖然，同屬違約金，但其效力則因情形而不同，即：

#### 一 原則視為損害賠償總額之豫定

我民法第二五〇條第一項規定：「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。」既以違約金視為損害賠償總額，則債權人於債務人不履行債務時，祇能請求支付違約金，不得請求履行或不履行之損害賠償，是為當然。至是否須債權人實際受有損害，適用上頗有疑問？余以為如前所述，違約金之本質既為債務不履行之制裁，則請求支付違約金，自以債務人有不履行之事實為已足，債權人實際因不履行受有損害與否，應非所問。但違約金視為損害賠償總額，係屬任意規定，故如當事人另有訂定，自應從其訂定，

以期適合當事人之真意。

## 二 例外認為債務不履行之制裁

我民法第二五〇條第二項但書規定：「但約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行或不履行之損害賠償。」舉例以言，如建造船舶，當事人約定承攬人不於一定時期完成，即須按遲延日數每日支付百元之違約金時，如債務人不於一定時期完成，則債權人除請求支付每日百元之違約金外，並得請求交付船舶，如係因可歸責於承攬人之事由致給付不能，並得請求不履行之損害賠償是。依我民法但書規定之立法體例言之，係例外認違約金具有強制債務履行之性質，實無可疑。（註二）

（註二）洪賦林氏解釋此點，則謂：「其按遲延日數所應支付之違約金，不外為因遲延而生損害之賠償額。」（洪氏前揭一六一頁）若然，則我民法無特設但書規定之必要，立法原意，似不如此。

## 第四 違約金之減少

當事人約定之違約金，能否請求減少，應依違約金之性質而不同，申言之，即如以違約金為損害賠償總額之豫定，自應許其請求減少，以符損害賠償之實際，反之如以違約金為債務不履行之制裁，則如許請求減少，即不足以達強制債務履行之目的，解釋上自無請求減少之可能。但此係屬理論，各國立法例有概許其請求減少者，如

德國民法是（德民第三四三條第一項）。亦有概不許其請求減少者，如日本民法是（日民第四一〇條第一項）。我民法則從德國立法例，不問違約金之性質如何，皆得請求減少。良以債務人常為經濟上之弱者，因受債權人之壓迫，或為道義心所趨使，而約定過高之違約金，實所常見，從社會政策立論，自不能不有以救濟之也。此其情形，又分為二。

### 一 債務已為一部履行時之減少

依我民法第二五一條規定：『債務已為一部履行者，法院得按照債權人因一部履行所受之利益減少違約金。』此其意義，甚為明顯，無待多論。惟應注意者，法院之減少違約金，祇能於債務人請求減少時為之，職權干涉，則所不許。債務人之為此請求，以訴為之，以反訴為之，均無不可。減少違約金之判決，為形成判決，而非確認判決，又不待言。

### 二 違約金數額過高時之減少

依我民法第二五二條規定：『約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額。』法院之減少違約金，須於有債務人之請求時為之，與前段所述同。違約金是否過高，自應由債務人負舉證之責。但債務人如已支付違約金之全部，能否請求減少，頗屬疑問？依余所信，應以肯定說為是，此與民法第七四條第一項對照觀察即可明瞭，自不能謂其已為違約金之給付，即喪失其減額請求權（異說洪氏前揭一六二頁）。又法院之減少違約

金，須於主債務已屆清償時爲之，蓋如前所述，違約金債務係停止條件附債務，在停止條件未成就以前，無事先干涉之必要故也。

#### 第四款 雙務契約之效力

##### 第一項 概說

雙務契約，對單務契約而言，雙務契約者，雙方當事人各須負擔有對價關係之債務之契約也。此其意義，已於契約之分類中述之，茲不贅。惟在雙務契約，常有二個之債權，此二個之債權，其關係如何，則學說不一。有謂由雙務契約而生之二個債權，不過一個債權關係之兩面，既非獨立存在，即不得獨立行使者（Liebe, Savigny, Mommsen 諸氏主此說）。有謂由雙務契約而生之二個債權，各別獨立，不相關涉，從而此二個之債權既係獨立存在，即得獨立行使者（Wächter, Dernburg, Bruns, Madai, Rebbz 諸氏主此說）。有謂由雙務契約而生之二個債權，雖各別獨立存在，然在雙務契約係以雙方當事人互爲給付之交換爲目的，故雙方之給付互爲條件，非自己已爲給付或提出給付，即不能請求他方之給付者（Keller, Karlowa, Tiktin 諸氏主此說）。亦有謂由雙務契約而生之二個債權，雖各別獨立存在，然在公平觀念上認爲有牽連關係，故縱未自爲給付或提出給付，亦能請求他方之給付，不過他方得依抗辯，拒絕其債務之履行者（Windscheid, Arndts, Puntschart 諸氏主此說）。上述四說，第一說適於說明由雙務契約而生之二個債權發生時之關係，蓋雙方之債權係由一個契約而生，從而一方之

債權不發生，則他方之債權自無發生之理由。第二第三第四三說則適於說明由雙務契約而生之二個債權發生後之關係，蓋雙方之債權一旦發生以後，則雙方當事人本於契約互負給付之債務，從而債權之存續及行使等，自屬各別獨立，不相關涉。但如依第二說，謂此雙方之債權毫無關係，亦殊未當，何則，蓋在雙務契約，雙方之給付互爲對價，由經濟上言之，一方之所以負擔債務，正因他方之負擔債務故也。雖然，雙方之債務，應於何種程度認爲有牽連關係乎？此又依第三說第四說而異，第三說謂雙方之債務互爲條件，頗近於第一說，其不足取，無待煩言，故在理論上應以第四說爲是。就我民法解釋，即採此說。至所謂雙方債務之牽連，不外下述兩種情形，即一爲行使上之牽連，一爲存續上之牽連，前者即同時履行抗辯之問題（*exceptio non adimpleti contractus*, *Einnrede des nicht erfüllten Vertrages*），後者即危險負擔之問題（*Gefährtragung*, *question des risques*）。茲於以下各項分別說明之。

## 第二項 同時履行抗辯

### 第一 同時履行抗辯之性質

關於同時履行抗辯之性質，自來有相異之兩說，一說謂同時履行抗辯非固有之抗辯，乃否認相對人之請求權，從而當事人之一方對於他方請求給付，不以自己已爲給付或提出給付爲必要，如未爲給付或提出給付，則他方得依抗辯否認其請求權（Weber, Glück, Ljung, Schenck, Treitschke, Sintenis, Helmolt, Keller 諸

氏主此說。他說則謂同時履行抗辯係真正之抗辯 (Einrede)，而非否認相對人之請求權，從而當事人之一方對於他方請求給付，不以自己已為給付或提出給付為必要，縱使未為給付或提出給付，他方亦祇得依抗辯拒絕其債務之履行 (Heerwart, Bethmann-Hollweg, Volkman, Brandis, Savigny, Mommsen, Dernburg, Puchta, Bekker, Bernhöft, Vangerow, Arndts, Unger, Windscheid, Bechmann, Puntschart, Andre 諸氏主此說)。前說基於上述第三說之見解，以為由雙務契約而生之二個債權係互為條件，故非自己已為給付或提出給付，不能請求他方之給付，此其不當，已於前述，反之如依後說，則縱使當事人之一方未為給付或提出給付，他方亦祇得依抗辯拒絕其債務之履行，此與上述第四說不過在公平觀念上認此二個債權有牽連關係之見解，正屬相符，故理論上應以後說為是。我民法即採此說者也。(註一) 其詳俟於同時履行抗辯之效力中述之。同時履行抗辯，既為真正之抗辯，而非否認相對人之請求權，則此所謂抗辯，自具有暫時抗辯或延期抗辯 (dilatorisch Einrede) 之性質。(註二)

(註一) 關於此點，各國法律頗不相同，採前說者，為普國國法 (普法第一部第五章第二三七條第二七一條)、瑞士債務法 (瑞債第八二條) 及奧大利民法 (奧民第一〇五二條)。採後說者，為德國民法 (德民第三三〇條)、日本民法 (日民第五三三條) 及匈牙利民法 (匈草第九〇一條)。法國民法 無明文規定，通說謂自法民第一六一二條之規定解之，應認其得為同時履行之抗辯，且由法民第一一八四條之規定解之，應認其有否認認請求權之性質，而非真正之抗辯 (Tribnial, Pandry-L. scanthinerie et Parde 諸氏主此說)。



(註二)自廣義言之，同時履行抗辯亦留置權之一種，實則物權的留置權（民法第九二八條以下）與同時履行抗辯性質及要件均不相同，茲舉其重要者之點言之，如：（一）留置權爲物權，同時履行抗辯權則爲債權。（二）留置權以債權之擔保爲目的，同時履行抗辯以給付之交換爲目的。（三）同時履行抗辯之適用，以由同一雙務契約而生之二個債權爲必要，留置權則以關於動產而生之債權爲已足，其債權究係基於何種原因而生，在所不問。（四）留置權所擔保之債權，須與動產有牽連關係，同時履行抗辯，則無此限制。（五）留置權得因提出相當擔保而消滅，同時履行抗辯則不得以提出相當擔保消滅之。

## 第二 同時履行抗辯之要件

同時履行抗辯，依我民法第二六四條及第二六五條之規定解釋，須具備左列各種要件，始能成立。即：

### 一 須雙方債務係由雙務契約而生且均屬存在

我民法所謂「因契約互負債務」所謂「對待給付」即指此意。舉例以言，如雙方當事人因買賣契約互負債務，在出賣人未移轉財物權以前，買受人得援用同時履行抗辯，拒絕其價金之支付是。反是，縱雙方當事人互負債務，且事實上有密切關係，苟非基於同一之雙務契約而生，則無適用同時履行抗辯之餘地。雖然，我民法非無例外規定，許其準用關於同時履行抗辯之規定者（例如民法第二六一條），不過此種例外殊不多見，且係準用，究非當然適用同時履行抗辯耳。又雙方之債務縱係基於同一之雙務契約而生，然如一方爲從屬之給付，與他方之給付並非立於互爲對待給付之關係，亦不得適用同時履行抗辯，例如有債委任，委任人

縱不償還因處理委任事務所支出之必要費用（民法第五四六條），受任人亦不得援用同時履行抗辯，拒絕委任事務之處理是。又雙方基於同一雙務契約而生之債務，解釋上應以均屬存在為前提，從而一方之債務如因給付不能或其他事由歸於消滅，則同時履行抗辯權亦應歸於消滅，自不待言。雖然，基於同一雙務契約而生之債務，雖因一定事由變為他之債務，苟未失其同一性，仍不喪失同時履行抗辯權，例如固有之債務，因可歸責於債務人之事由致給付不能，變為損害賠償債務，或固有之債務，因繼承或承擔等原因致生當事人之變更時是。

## 二 須雙務債務均已至清償期且他方債務須非應先為給付

關於雙務債務均須已至清償期，我民法雖無明文規定，余則以為解釋上是為當然。何則，蓋如此方之債務未至清償期，他方即不得請求給付，固無適用同時履行抗辯之餘地，即他方之債務未至清償期，此方亦不得請求給付，亦無援用同時履行抗辯之可能故也。但所謂雙方債務均已至清償期，以於援用同時履行抗辯時，雙方債務均已至清償期為已足，清償期之是否同一，則非所問。又當事人之一方如應先為給付，縱令他方債務已至清償期，亦無援用同時履行抗辯之理由，故我民法第二六四條第一項特設但書以明示之。所謂當事人之一方應先為給付，有基於當事人之特約者，有基於法律之規定者（例如民法第四三九條第四八六條第五〇五條第五四八條第六〇一條），其原因如何，在所不同，但此僅屬原則，我民法第二六五條設有例外規

定曰：「當事人之一方，應向他方先爲給付者，如他方之財產於訂約後顯形減少，有難爲對待給付之虞時，於他方未爲對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。」本條之適用，有應注意者三：（一）拒絕給付，須他方之財產顯形減少，有難爲對待給付之虞；故如他方之財產雖有減少，而所餘財產尙足爲對待給付，即不得拒絕給付。至所謂難爲對待給付之虞，以依客觀標準，一般觀念上得認爲所慮爲有理由爲已足，無須他方之財產減少已達於破產之程度。（二）拒絕給付，須他方之財產於訂約後顯形減少；故如訂約當時他方之財產已屬難爲對待給付，即不得拒絕給付。至此方之知悉其情事與否，在所不問。（三）拒絕給付，須於他方未爲對待給付或提出擔保前爲之；故如他方已爲對待給付或提出擔保，則此方已無難於受償之危險，自不得拒絕給付。（註三）

（註三）他方有先爲給付之義務，原則上固不得援用同時履行抗辯，但如此方有先爲給付之義務，他方能否援用同時履行抗辯，則屬疑問。於此問題，在德國民法學界有否定肯定之二說。Hellwig, Lehrbuch, Kahlenbeck-Staudinger, Düringer-Hachenburg, Ibbert 諸氏主否定說，Schollmeyer, Planck, Örmann, Mathias, Langheinecken 諸氏主肯定說，依余所信，應以肯定說爲是。

### 三 須他方未爲對待給付

關於此點，我民法亦無明文規定，余以爲解釋上是爲當然。蓋如他方已爲對待給付，即應自爲給付，無復援用

同時履行抗辯之餘地故也。所謂未爲對待給付，即他方未依債務本旨爲給付或提出給付之謂。故如他方僅爲一部之給付，即非已爲給付（民法第三一八條），仍得援用同時履行抗辯，自無可疑。但此僅屬原則，我民法第二六四條第二項設有例外，即：「他方當事人已爲部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。」此因行使權利，原應依誠實及信用方法爲之，故抗辯權之行使不能獨外（民法第一二九條）。債務人爲不完全給付時亦然。（註四）但在租賃僱傭等繼續給付之雙務契約，是否僅就各期之對待給付成立同時履行抗辯，抑得以先期給付未履行為理由拒絕本期之給付，法無明文，解釋上不無疑問。余以爲各期給付，係由一個債務而生，其對待給付應就整個債務以爲觀察，此時自得以前期給付未履行為理由拒絕本期之給付。又他方給付遲延後，祇提出本來之債務，而未同時提出遲延賠償，能否援用同時履行抗辯，拒絕自己之給付，亦一疑問。余以爲遲延賠償，不外本來給付之擴張，此時自得援用同時履行抗辯，拒絕自己之給付。至債權人受領遲延後，債務人能否援用同時履行抗辯，在德國民法學界，則有肯定及否定之二說，依余所信，應以肯定說爲是。蓋債權人受領遲延，不過債務人之責任因之減輕，其債務並未根本消滅，故如債權人請求給付，債務人不爲給付，仍有援用同時履行抗辯之可能。（註五）此外，於當事人之一方或雙方有數人時，就中一人未爲對待給付，能否援用同時履行抗辯，亦一問題。關於此點，德國民法第三二〇條設有肯定之規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同（同說陳氏前揭三一三頁）。

(註四) 在德國民法學界，有除契約不履行之抗辯（即同時履行抗辯）外，尚認不完全履行之抗辯（*exceptio non rite adimpleta Contractus*）者，有謂不完全履行，即不履行，祇認契約不履行之抗辯，而不應另認不完全履行之抗辯者，就我民法解釋，應以後說爲是。

(註五) 關於此點，德國民法學者 *Mommser*，*Windscheid* 諸氏主否定說，*Ottmann*，*Saundinger-Kuhlenbeck* 諸氏主肯定說。我國民法學者則多主否定說，*陳氏*前揭三一二頁，*洪氏*前揭一七四頁參照。

### 第三 同時履行抗辯之效力

關於同時履行抗辯之效力，我民法第二六四條第一項設有明文規定，即「於他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付。」於此可知同時履行抗辯祇有暫時防止請求權行使之效力，而非否認相對人之請求權。此項抗辯，亦如一般抗辯，必須行使，始能表現其效用，從而在訴訟上，如此方爲原告，請求給付，他方爲被告而不爲此抗辯，則法院無須以職權調查，應逕爲敗訴之判決。但如被告於訴訟上援用此抗辯時，而原告不能證明已爲給付或提出給付，法院究應爲原告敗訴之判決，抑應爲雙方互爲給付之判決，適用上頗屬疑問？關於此點，外國法律有明定其應諭知雙方互爲給付之判決者（*德民*第三二二條），我民法無明文規定，余以爲解釋上應屬相同。蓋自理論言之，同時履行抗辯，僅有暫時抗辯之性質，而非否認相對人之請求權，故不得爲原告敗訴之判決。且自實際言之，如爲原告敗訴之判決，則將發生惡意債務人得以迴避其給付之結果，亦殊不當。至關於同時履行抗辯成立要件之事實，於訴訟上發生爭執，應由何人舉證，在德國民法學界頗有爭論，依余所信，被告以表

示援用同時履行抗辯爲已足，原告欲免抗辯之對抗，則須證明自己已爲給付或提出給付，以及被告有先爲給付之義務（同說 Windscheid, Dernburg, Jbtmann, Planck 諸氏）。又關於雙方互爲給付判決之強制執行如何，我強制執行法尙未頒行，固不可知，但在德國民事訴訟法則爲貫徹同時履行抗辯之本旨起見，請求交付執行名義固無須證明債權人之已爲給付或提出給付（德民訴第七二六條第二項），不過於開始強制執行時，則須證明其已爲給付或提出給付耳（德民訴第七五六條第七六五條）。

### 第三項 給付不能及於雙務契約之效力

#### 第一目 概說

以不能給付爲契約標的者，如屬自始不能，依我民法第二四六條規定，其契約固屬無效，即給付之嗣後不能，我民法亦於第二二五條及第二二六條設有明文解決，即因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免給付義務，反之因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求損害賠償，依此規定，似給付不能及於契約之效力，已有適當之解決。實則此種規定，對於單務契約固無間然，然如爲雙務契約，則因雙方當事人均負債務，苟因不可歸責於債務人之事由致給付不能，或因可歸責於債務人之事由致給付不能，他方之債務是否歸於消滅，實屬疑問？此我民法所以特設給付不能及於雙務契約之效力之規定也。此種規定，始於羅馬法，近代各國法律多有同樣之規定，顧其立法主義，則不一致。有因契約是否以特定物之讓與爲標的，而異其危險負擔主義者，如日

本民法對於以特定物之讓與爲標的之契約採債權人主義，對於其他之契約則採債務主義。是有不問契約是否以特定物之讓與爲標的，而採同一之危險負擔主義者，如德國民法概採債務人主義。我民法則從德國民法之立法例。茲於次目以下，分因不可歸責於債務人之事由致給付不能及於雙務契約之效力，及因可歸責於債務人之事由致給付不能及於雙務契約之效力，說明之。（註）

（註）關於危險負擔，羅馬法用因事變（Casus）而生損害應由何人負擔危險之文句，德國普通法及法國民法從之，德國民法則避免事變或無過失等字樣，而用因不可歸責於債務人之事由（Umstand, den der Schuldner nicht zu vertreten hat）之文句，日本民法從之，我民法亦然。何謂因不可歸責於債務人之事由，通常指債務人無故意或過失而言，其詳已於前述，可參照得之。

## 第二目 因不可歸責於債務人之事由致給付不能

### 第一 關於危險負擔之主義

關於危險負擔，原有下列四種之主義，即（一）債權人主義：依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人尙得對於債權人請求對待給付。採此主義者，爲羅馬法、德國普通法、荷蘭民法（荷民第一四九六條）、法國民法（法民第一六二四條第一一三八條）、意大利民法（意民第一四八〇條第一一二五條第一四四八條第一二九八條）及瑞士債務法（瑞債第一八五條）。（二）債務人主義：依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人不得對於債權人請求對待給付。採此主義者，爲普國國法（普法第

一部第十一章第九五條第一〇〇條第一部第五章第三六四條至第三六八條（奧大利民法（奧民第一〇六四條第一四一八條至第一〇五一條第一四四七條）德國民法（德民第三二三條）及匈牙利民法草案（匈草第九一六條第一一一七條）（三）分擔主義：依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，其危險由債權人與債務人平均負擔。各國法律無採此主義者。（四）所有人主義：依此主義，則因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，由對於契約標的物上享有物權者負擔其危險。採此主義者，為英國之法律（*Sale of goods act § 7, § 20, Chalmers, Sale of goods act, sect, 20*）。債權人主義有兩點之不當，即（一）由雙務契約而生之債務，原有牽連關係。乃一方之債務因不可歸責於債務人之事由致給付不能，尙能對於他方請求對待給付，顯與雙務契約之性質不符，此其一。（二）如危險由債權人負擔，則債務人以一物出賣於數人時，將因此取得不正之利益，此其二。其次，分擔主義亦有兩點之不當，即（一）危險何故應由債權人與債務人平均負擔，殊無法律上之根據，此其一。（二）關於債權人負擔危險之點，不能與債權人主義免於同一之非難，此其二。復次，所有人主義亦有兩點之不當，即（一）物權關係與危險負擔，原屬兩事，此說以之混為一談，殊無是處，此其一。（二）如危險由所有人負擔，則以第三人之物出賣於他人時，第三人將因此受不測之損害，此其二。債務人主義，則無論理論上事實上均無上述各種之不當，此我民法所以採此主義者也。至所謂因不可歸責於債務人之事由致給付不能，其情形不外下列之二種，即（一）因不可歸責於雙方當事人之事由



致給付不能，(二)因可歸責於債權人之事由致給付不能，茲於次段以下分別說明之。

## 第二 因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能

依我民法第二六六條規定：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。前項情形，已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還。」此係因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能時危險負擔之規定，茲說明其要件及效力如左。

### 一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即(一)須係雙務契約：如係單務契約，則無本條之適用。但以係雙務契約為已足，究係以特定物之讓與為標的，抑係以特定物讓與以外之給付為標的，則非所問。此我民法之同於德國民法，而異於日本民法者也。(二)須因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能：所謂因不可歸責於雙方當事人之事由，即債權人與債務人皆無故意或過失之謂，從而第二六六條第一項，通常惟於因可歸責於第三人之事由或事變致給付不能時，有其適用，是不待言。

### 二 危險負擔之效力

具備上述之要件時，依我民法第二六六條第一項規定，「他方免為對待給付之義務，」債權人既免為對待

給付之義務，則其危險係由債務人負擔，甚為顯然。但此係指全部不能而言，如屬一部不能，苟無明文，難免不生疑問。故我民法於同項後段明定：『如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。』以期無損於雙方之利益（德民第三二三條第一項後段設有明文規定，日民無之，但學者多與德民為同一解釋）。又此僅就一般情形立論，如一部不能已達於不能達其契約目的之程度，則應與全部不能同視，自不待言。至所謂免為對待給付之義務或減少對待給付，即債權人喪失其全部或一部之對待給付請求權，故如債務人未為給付，固屬不成問題，然如已為全部或一部之對待給付，則依同條第二項規定，得依關於不當得利之規定，請求其返還。良以此時債權人之權利既已消滅，即已無法律上之原因故也（但應注意民法第一八〇條第三款）。（註一）

（註一）因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，債權關係是否消滅，學者間頗有爭論，有謂債權關係全然消滅者（Kisch, Otmann 諸氏主此說），有謂惟對待給付之債務消滅，而債權關係（或契約）之本體並不消滅者（Tizze, Planck 諸氏主此說）。依余所信，應以前說為是。我民法所以明定如已為對待給付，得依關於不當得利之規定請求返還，而非基於契約請求返還者，即以此也。

### 三代債利益之償還

因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，而債務人因此取得給付之代債利益，實所常見（例如因可歸責於第三人之事由致給付不能，債務人因此對於第三人取得損害賠償請求權是）。於此場合，債權人有無代債請求權，學說上頗有爭論？有謂債權人已免為對待給付之義務，應解為無代債請求權者，余則以為債

務人理論上負有償還給付代償利益之義務，此義務，不因債權人之爲對待給付與否，有所區別，從而債權人縱免爲對待給付，亦應認其有代償請求權。不過解釋上債權人應於代償利益範圍內，爲對待給付，以期無損於債務人之利益耳。

#### 四 舉證責任

因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，債權人欲免爲對待給付，以證明債務人所負擔之給付係屬不能爲已足，無須證明其不能係因不可歸責於雙方當事人之事由而生。此無他，蓋因給付不能時，債權人免爲對待給付，係屬原則故也。且在通常情形，給付不能之原因如何，債權人知之較難，如責令債權人舉證，未免過苛，故在公平觀念上，債權人亦無須就給付不能係因不可歸責於雙方當事人之事由而生，負舉證之責（同說 Planck, Staudinger-Kuhlenbeck, Othmann, Kisch, Enneccerus, Dernburg, Schollmeyer, Beekh 諸氏）。

#### 第三 因可歸責於債權人之事由致給付不能

依我民法第二六七條規定：「當事人之一方因可歸責於他方之事由，致不能給付者，得請求對待給付。但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。」此係因可歸責於債權人之事由致給付不能時危險負擔之規定，茲說明其要件及效力如左。

## 一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即（一）須係雙務契約；此點與前述之理論同，茲不贅。（二）須因不歸責於債權人之事由致給付不能；自理論言之，債權人對於債務人，祇有權利，而無義務，從而所謂因可歸責於債權人之事由，與因不歸責於債務人之事由不同，自必有其特殊之根據，其根據為何，有如下述。（一）債權人有基於法律規定，應對於債務人之財產為一定之注意，如怠於為此注意，即應對於其不能負責者，例如監護人基於法律規定，應與處理自己事務為同一之注意，管理受監護人之財產是（民法第一一〇〇條）。（二）債權人有基於法律行為，應對於債務人之財產為一定之注意，如怠於為此注意，即應對於其不能負責者，例如承租人基於租賃契約，應以善良管理人之注意保管租賃物是（民法第四三二條）。（三）債權人有基於侵權行為致債務人之給付不能，應對於其不能負責者，例如承攬人毀損定作人所供給之材料是。（四）債權人有對於債務人之履行債務應為協助，而不為協助，致債務人之給付不能，即應對於其不能負責者，例如僱用人而不為受僱人供給勞務所需之設備是（同說 Kisch, Enneccerus, Ortmann, Planck-Siber, Brecht 諸氏，Staudinger-Kuhlenbeck 氏則謂債權人惟於有侵權行為及債務不履行時，負其責任）。（五）債權人有於受領遲延後，因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，即應對於其不能負責者，關於此點，德國民法第三二四條設有明文規定，我民法無之，余以為解釋上應相同，蓋於此場合，可謂債

權人之遲延爲發生給付不能之間接原因故也。

## 二 危險負擔之效力

具備上述之要件時，依我民法第二六七條規定，債務人「得請求對待給付」，債務人既得請求對待給付，則其危險係由債權人負擔，甚爲顯然。我民法之採債權人主義者，蓋因可歸責於債權人之事由致給付不能，債務人無喪失對待給付請求權之理由故也。就其採債權人主義之點以言，是爲第二六六條債務人主義之例外。（註二）但我民法僅就全部不能設有規定，如屬一部不能，其危險負擔如何，則屬疑問。依余所信，不僅全部不能，即一部不能，債務人亦不失其請求全部對待給付之權利，從而在繼續的債權關係（例如租賃僱傭），因可歸責於債權人之事由致某期間內給付不能時，自得請求全部之對待給付。至所謂請求對待給付，其請求權之性質如何，學說上頗有爭論，余則以爲債務人之請求權，係基於本來契約而生之債權，而非損害賠償請求權，從而如前所述，債權人因侵權行爲或債務不履行致給付不能時，債務人除得請求對待給付外，並得請求損害賠償，是爲當然。（註三）又債務人所負擔之給付，因可歸責於債權人之事由致給付不能後，債權人所負擔之對待給付，因不可歸責於債權人之事由致給付不能，其危險應由何人負擔，亦一疑問。有謂於此場合，債務人對於債權人不得請求對待給付者（Ottmann, Planck 諸氏主此說），有謂債權人對於債務人尚須賠償其價格者（Kisch 氏主此說），依余所信，應以前說爲是。

(註二) 因可歸責於債權人之事由致給付不能，債務人得請求對待給付，爲羅馬法以來各國法律之所認，其設一般之規定者，爲德國民法第三二四條日本民法第五三六條第二項匈牙利民法草案第九一七條，債權人惟於有侵權行爲及債務不履行時，始負責任者，爲普國民法第一部第五章第三六一條第十一章第八八八條第八八九條第九〇九條第九一〇條第九一八條奧大民法第一一五五條，我民法係從前之立法例。

(註三) 在解釋德國普通法者，關於債務人此項請求權之性質如何，頗有爭論，有謂其爲對待給付請求權者 (Windscheid, Faehleibor 諸氏主此說)，有謂其爲給付不能所生之損害賠償請求權者 (Mommson 氏主此說)。但在解釋德國現行民法者，則多採對待給付請求權之見解。

### 三 利益之扣除

因可歸責於債權人之事由致給付不能，債務人固得請求對待給付，但依我民法二六七條但書規定：「但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。」蓋如不扣除，則債務人將因此取得不正之利益故也。所謂所得之利益，例如債務人因免給付義務所節省之費用是。所謂應得之利益，即債務人因免給付義務所可取得，而實際怠於取得之利益是。關於債務人因免給付義務所得或應得之利益，我民法係從德國民法定爲由對待給付中扣除（德民第三二四條第一項），與日本民法定爲利益之償還者（日民第五三六條第二項但書），其手續繁簡，自不相同。

#### 四 舉證責任

關於舉證責任，解釋上應因債務人與債權人而不同，即債務人請求對待給付，應就因可歸責於債權人之事由致給付不能而舉證，債權人請求利益之扣除，則應就債務人因免給付義務所得或應得之利益而舉證，且其利益之範圍，亦應由債權人證明之。

#### 第三目 因可歸責於債務人之事由致給付不能

關於因可歸責於債務人之事由致給付不能，我民法無明文規定，茲依據法理，說明其要件及效力如左。

#### 第一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即（一）須為雙務契約。（二）須因可歸責於債務人之事由致給付不能。所謂因可歸責於債務人之事由，即債務人有故意或過失之謂，其理甚明，無待贅述。

#### 第二 危險負擔之效力

具備上述之要件時，其危險應由債權人負擔，抑由債務人負擔，我民法未設明文，依余所信，就我民法第二二六條之類推適用，應解為此項危險應由債務人負擔。即如屬全部給付不能，債權人得請求全部不履行之損害賠償（民法第二二六條第一項），或解除契約（民法第二五六條）。如屬一部給付不能，而其他部分之履行於債權人無利益者，債權人得拒絕該部分之給付，請求全部不履行之損害賠償（民法第二二六條第二項），或

解除契約（民法第二五六條）。雖然於此場合，其損害賠償請求權之效力如何，則學說不一，有主交換說（Austausch od. Subrogationstheorie），謂此損害賠償係代債務人之本來給付而生，從而債權人對於債務人雖得請求損害賠償，然應為對待給付，故在給付不能發生以後，對待給付請求權與損害賠償請求權，仍立於雙務的關係者。有主差額說（Differenztheorie），謂此損害賠償，非代債務人之本來給付而生，乃代雙務契約而生，故債權人對於債務人得免為對待給付，請求賠償其雙方給付之差額，從而在給付不能發生以後，惟殘留債權人之損害賠償（差額）請求權者。（註一）依余所信，就我民法解釋，應以前說為是，蓋如依後說，在給付不能發生以後，惟殘留債權人之損害賠償（差額）請求權，則債權人之給付，與債權人之對待給付均歸消滅，無復立於雙務的關係之餘地，顯為不當，故也。（註二）

（註一）交換說為 Kisch, Mayr, Örtmann, Thur 諸氏所主張，Tisea, Kleineldam, Fischer, Binder, Adler, Crome, Endemann, Schollmeyer, Lehmann-Ring, Planck 諸氏從之。差額說為 Scholler, Kipp, Strohal 諸氏所主張，Staffel, Litzmann, Hafmoeckel, Förtsch, Kraemer, Cosack, Kahlenbeck-Staudinger, Planck-Sieber, Dernburg, Euneccerus, Golmann-Iliventhal, Düringen-Hachenburg, Staub, Exkurs 諸氏從之。

（註二）差額說係因解釋德國民法而生，蓋依德民第三二五條第一項，因可歸責於當事人一方之事由致給付不能時，相對人祇能就損害賠償與解除契約之二者，選擇其一，債權人欲保留其對待給付，並得對於債務人請求損害賠償，自非差額說無以說明，依我民法第二六〇條，



則解除權之行使，並不妨礙損害賠償之請求，自無主張差額說之必要。

#### 第四目 因可歸責於雙方當事人之事由致給付不能

關於因可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，我民法亦無明文規定，茲依據法理，說明其要件及效力如左。

#### 第一 危險負擔之要件

關於此之危險負擔之要件，有應說明者二，即（一）須為契約契約。（二）須因可歸責於雙方當事人之事由致給付不能。所謂因可歸責於雙方當事人之事由，即債權人及債務人均有故意或過失之謂，其理甚明，無待贅述。

#### 第二 危險負擔之效力

具備上述要件時，其危險應由債權人負擔，抑應由債務人負擔，我民法未設明文，依余所信，於此場合，因雙方當事人均有故意或過失，自不能適用前述第二六六條之規定，又因債務人有故意或過失，亦不能適用前述第二六七條之規定，無已，惟應依第三目所述法理，債權人得依第二二六條請求損害賠償，並得依第二五六條解除契約。但債權人就給付不能既與有故意或過失，則解釋上自應適用第二一七條過失相抵之規定。

#### 第五款 涉他契約

#### 第一項 概說

涉他契約者，契約當事人約定，由第三人向他方爲給付，或由他方向第三人爲給付之契約也。在昔羅馬法，原則上惟認契約僅於當事人間發生效力，契約當事人以外之第三人則不受契約之影響（但有例外），故維時有所謂 *alteris stipulari nemo potest* 之格言，近世各國立法，則因實際上之需要，概認涉他契約之存在，但有僅認向第三人爲給付之契約，而不認由第三人爲給付之契約者，如德國民法（德民第三二八條以下）、日本民法（日民第五三七條以下）及蘇俄民法（俄民第一四〇條）是。亦有兼認向第三人爲給付之契約及由第三人爲給付之契約者，如法國民法（法民第一一二條以下）、瑞士債務法（瑞債第一一一條以下）及暹羅民法（暹民第二八五條以下）是。自契約自由之原則及實際上之需用言之，自以第二種立法例爲較優，故我民法從之。本書從瑞士債務法之用語例，稱向第三人爲給付之契約爲第三人利益之契約，由第三人爲給付之契約爲第三人負擔之契約，茲於次項以下分別說明之。

### 第二項 第三人負擔之契約

我民法第二六八條規定：『契約當事人之一方，約定由第三人對於他方爲給付者，於第三人不爲給付時，應負損害賠償責任。』是爲關於第三人負擔契約之規定。茲述其性質及效力如左。

#### 第一 第三人負擔契約之性質

通常所謂第三人負擔之契約，有廣狹二義，以契約約定，由第三人對於他方負擔一定行爲之債務，而自己並不

負擔何種債務者，爲廣義的第三人負擔之契約。以契約約定，由自己對於他方負擔以第三人之一定行爲爲標的之債務，而非第三人負擔何種債務者，爲狹義的第三人負擔之契約。此之所謂第三人負擔之契約，係指狹義而言。蓋無論何人，如未得他人之承諾，不得使其受不利益故也（前大理院三年上字第四八三號判決）。由此可知所謂第三人負擔之契約，即係以第三人之負擔爲標的之契約（Vertrag zu Lasten eines Dritten），從而此契約之債權人及債務人，仍爲訂立契約之當事人，而非當事人以外之第三人。縱第三人與該契約之債權人或債務人間，因特種原因負擔與契約同一給付之債務，亦屬另一關係。又此以第三人之負擔爲標的之契約，可細分爲二，有僅約定一方當盡力使第三人對於他方爲一定行爲者，有約定無論如何，一方須辦到第三人對於他方爲一定行爲者，此之所謂以第三人之負擔爲標的之契約，係指第二種契約而言。蓋如屬第一種契約，則債務人苟已以善良管理人之注意，盡力使第三人爲一定行爲，縱第三人不爲一定行爲，亦可謂已履行其債務，無負損害賠償責任之理由故也。至以第三人之負擔爲標的之契約，究係第一種契約，抑係第二種契約，應依當事人之意思決之。當事人之意思不明，有謂應認其爲第一種契約者（Tmann 氏主此說），有謂應認其爲第二種契約者（Enneccerus 氏主此說），依余所信，應以後說爲是。

## 第二 第三人負擔契約之效力

依我民法第二六八條規定，以第三人之負擔爲標的之契約，債務人於第三人不爲給付時，應負損害賠償責任，

此即第三人負擔契約之效力。第三人之不為給付，是否須因可歸責於債務人之事由而生，學說上頗有爭論，依余所信，應取否定說，即債權人如因第三人不為給付受有損害，債務人即應負損害賠償責任，第三人之不為給付，是否因可歸責於債務人之事由而生，在所不問。何則，蓋債務人既經於訂立契約時，定明由第三人為給付，即顯然有擔保使第三人為給付之意思，第三人不為給付，即令其負損害賠償責任，並不違反債務人之意思故也。

### 第三項 第三人利益之契約

#### 第一目 第三人利益契約之根據

關於第三人利益契約之有效成立，有下列兩種之問題，即（一）要約人能否依第三人利益契約取得債權之問題，（二）第三人能否依第三人利益契約取得債權之問題。關於第一問題，如依羅馬法「無利益即無訴權」之格言，則要約人不能依第三人利益契約取得債權。余則以為不然，蓋所謂利益，不僅財產的利益，即無形的利益亦是，要約人因債務人向第三人為給付，不能謂其毫無利益之可言，從而自有請求債務人向第三人為給付之債權。關於第二問題，如依羅馬法之觀念，則債權關係僅為拘束債權人及債務人之法鎖，與此法鎖無關之第三人，自無取得債權之餘地。雖然，在事實上第三人常因要約人與債務人之契約取得債權，於是學者於羅馬法觀念之下，倡為種種學說以說明之。茲舉其重要學說如左。

一 承諾說 (Acceptationstheorie, Beitrittsstheorie) 主此說者謂，第三人利益之契約，固依要約人與債

務人之訂立而成立，但第三人之取得權利，尙以有承諾爲必要，從而當事人之契約，不過係對於第三人之要約 (Busch, Platner, Rudorff zu Puchta, Walter, Besler, Colmet de Sauterre, Demolombe, Laurent, Thiry 諸氏主此說)。此說有下述三點之不當：(一) 此說與當事人之意思不合，即當事人之意思，在使第三人依其契約直接取得權利，而非因其承諾取得權利。(二) 此說與實際情形不合，即在實際情形，第三人利益契約之要約，乃要約人對於債務人爲之，而非對於第三人爲之。(三) 此說不曾根本否認第三人利益契約之存在，即如依此說，則第三人亦爲契約之當事人，實爲一通常之契約，而非第三人利益之契約。

二 代理說 (Stellvertretungstheorie) 主此說者謂，第三人利益之契約，乃要約人代理第三人與債務人訂立之契約，且多主張其爲無權代理，第三人一爲追認，則當然取得其權利 (Mühlenbruch, Thibaut, Savigny, Vangerow, Arndts, Sintenis, Planiol 諸氏主此說)。此說亦殊不當，即(一)代理，須代理人以本人之名義爲意思表示或受意思表示，第三人利益之契約，則係要約人以自己之名義爲之，而非以第三人之名義爲之。(二)代理，乃本人與相對人間發生債之關係，第三人利益之契約，則係要約人與債務人間發生債之關係，第三人不過基於其債之關係取得給付請求權。(三)代理，其代理人無須爲有行爲能力人，第三人利益之契約，則要約人須爲有行爲能力人。由是言之，其非代理，至爲顯然。

三 繼受說 (Ableitungstheorie, Zessionstheorie, Tertiäritzungstheorie) 主此說者謂，第三人之取得權利，係由要約人繼受而來，換言之，即要約人依第三人利益契約取得權利後，更擬制的讓與於第三人 (Hayer, Stripelmann, Dernburg, Koch, Zaun, Bähr 諸氏主此說)。此說亦有下述三點之不當：(一) 此說與當事人之意思不合，即當事人之意思，在使第三人依其契約直接取得權利，而非因其繼受取得權利。(二) 此說與理論不合，即如依此說，則第三人之權利與要約人之權利內容應屬相同，實則第三人之權利在請求給付，要約人之權利在請求向第三人為給付，其內容並不相同。(三) 此說與實際情形不合，即權利之讓與，以訂立契約為必要，而要約人與第三人間，實際並未訂立讓與契約。

四 直接取得說 (Anwachstungstheorie, Ureationsstheorie) 上述三說，皆因狃於羅馬法上之觀念，故不能對於第三人利益契約為合理之說明，迨至十九世紀之末，學說一變，即第三人之取得權利，係直接的，而非本於承諾代理或繼受。但第三人何故直接取得權利，其說有三：(一) 契約說：此說謂第三人係基於第三人利益契約，直接取得獨立之權利，既係直接取得權利，則不以承諾為必要，既係取得獨立之權利，則不以繼受為必要。吾人如否認羅馬法上契約效力僅及於契約當事人之觀念，則第三人依第三人利益契約直接取得獨立之權利，蓋屬當然 (Unger, Regelsberger, Windscheid, Garveis, Planck-Siber, Ortmann, Schollmeyer, Staudinger-Kuhlenbeck, Dernburg, Enneccerus, Endemann, Crome, Matthiass 諸氏主此

說)。(二)單獨行爲說：此說係就契約說略加變更，即第三人利益契約，在當事人間固爲契約，但對於第三人則爲單獨行爲，第三人即基於單獨行爲直接取得權利(Siegel, Hasenöhrl, Stammler 諸氏主此說)。(三)共同行爲說：此說雖與單獨行爲同採一方行爲之見解，但其一方行爲，非依要約人或債務人一方之意思而成立，乃依雙方之合意而成立，故爲共同行爲(Hollweg 氏主此說)。單獨行爲說與共同行爲說，在理論上及實際上均有未當，即(一)如依二三兩說，謂第三人利益之契約，在當事人間爲契約，對於第三人爲單獨行爲或共同行爲，則是以一個行爲強拆爲二，此在理論上爲不可通。(二)如依二三兩說，謂要約人之權利基於契約而生，第三人之權利基於一方行爲而生，則將發生一方行爲無效，他方行爲非必無效之結果，此在實際上爲不可通。(三)如依二三兩說，謂第三人之權利基於一方行爲而生，則債務人即不能以由契約所生之一切抗辯對抗第三人，此又衡諸法律明文爲無可解者也(民法第二七〇條)。故依余所信，上述諸說，應以契約說爲是，就我民法第二六九條第一項及第二七〇條之規定解釋，亦採此說。

## 第二目 第三人利益契約之性質

第三人利益契約(Vertrag zu Gunsten Dritter)者，使第三人直接對於當事人之一方取得債權之契約也。從而第三人利益之契約，須當事人之一方對於他方爲向第三人爲給付之要約，他方承諾其爲給付而成立。要約向第三人爲給付之一方，我民法稱爲要約人，學說上則稱爲約束人(Promittent, Versprechend)，承諾其爲給

付之他方。我民法稱爲債務人，學說上則稱爲受約人 (Promissar, Stipulant, Versprechensem pfänger)。(註一)茲說明第三人利益契約之意義如左。

一 第三人利益契約係要約人對債務人約定向第三人爲給付之契約。我民法第二六九條第一項所謂以契約訂定向第三人爲給付，即係此意。準是，則第三人利益契約之訂立，仍係要約人與債務人以自己之名義爲之，契約之當事人爲要約人與債務人，而非第三人，且非要約人爲第三人之代理人。

二 第三人利益契約係使第三人直接對債務人取得權利之契約。第三人既係直接對債務人取得權利，則第三人無須參加第三人利益契約，且無須對第三人利益契約而爲承諾。故縱第三人對於當事人之一方表示享受其利益之意思，亦不能謂其係對第三人利益契約之承諾。

三 第三人利益契約係使第三人取得獨立權利之契約。所謂第三人取得獨立之權利，即第三人依第三人利益契約，對於債務人，取得自己固有之權利，我民法第二六九條第一項所謂第三人對於債務人有直接請求給付之權，即明示第三人之權利爲獨立的，而非繼承的。(註二)

四 第三人利益契約係使第三人取得債權之契約。第三人利益契約，是否以使第三人取得債權爲限，學說上頗有爭論，依余所信，應取肯定說。不過在使第三人取得債權以外之權利時，解釋上自應準用第三人利益契約之規定耳。(註三)又第三人利益契約，既在使第三人取得債權，故如僅使債務人對於要約人負擔向第



三人爲給付之債務，則非第三人利益契約，蓋於此場合，第三人不過依反射作用取得利益，而非對於債務人取得權利故也。準是，則其契約，仍爲通常契約，而非第三人利益契約。（註四）

五 第三人利益契約與其基本契約成爲一個契約 第三人利益契約，常與要約人債務人間之基本契約相拌（同時或先後均可）而生，例如於買賣契約，當事人間約定買受人以其價金交付於第三人是。於此場合，基本契約與第三人利益契約之關係如何，學說上頗有爭論，有謂基本契約爲主契約，第三人利益契約爲從契約者（Helling, Raappaport 諸氏主此說），有謂基本契約與第三人利益契約成爲一個契約，不過變更基本契約之內容（例如前例由買賣契約變爲類似買賣之契約是）者（Strandinger-Kuhlenbeck, Planck-Siber 諸氏主此說）。依余所信，應以後說爲是。蓋（一）理論上無採前說之必要，即於此場合，不過要約人與第三人基於一個契約，取得內容相異之權利，無須認其爲二個契約之存在。（二）如取前說事實上爲不當，即如認其爲二個契約，則縱使第三人利益契約無效或撤銷，基本契約仍不失其效力，甚爲不當。（註一）我民法稱向第三人爲給付之人爲債務人，此其名稱，頗爲不當，蓋所謂債務人，爲要約人之債務人乎？抑或爲第三人之債務人乎？殊欠明瞭故也。故在學說上通常稱爲受約人。又我民法稱約定其向第三人爲給付之人爲要約人，顧所謂要約人，祇能適用於一般契約，而不能適用於第三人利益契約，故在學說上通常稱爲約束人。

（註二）通常所謂直接（Unmittelbar），多用爲「無須承諾」之意，但我民法第二六九條第一項係「對於債務人直接」云云，此之所謂

直接，應解爲第三人對於債務人，無須媒介取得權利之意。換言之，即第三人之取得權利係獨立的，而非繼受的。

(註三)使第三人直接取得債權以外的權利，例如物權準物權等，是否成立第三人利益契約，有肯定及否定兩說，主肯定說者，爲 Unger, Gareis, Strohal, Enneccerus 諸氏，主否定說者，爲 Ehrenzweig, Hellwig, Wolf, Planck-Siber 諸氏。

(註四)以契約使第三人免除債務時，是否第三人利益契約，頗有疑問。余以爲非第三人利益契約，何則，蓋於此場合，第三人雖受免除債務之利益，然非取得債權故也（異說陳氏前揭三三一頁）。又抵押權人與抵押權設定人訂立拋棄抵押權之契約時，次順位之抵押權人雖取得升進其順位之利益，然非第三人利益契約。又舊債務人與新債務人訂立承擔債務之契約，亦非第三人利益契約（異說陳氏前揭三三三頁）。

### 第三目 第三人利益契約之要件

第三人利益契約之有效成立，須具備左列各要件。

#### 第一 須要約人與債務人間有有效契約之成立

如前述，第三人利益契約，既係要約人與債務人間之契約，則此契約自須要約人與債務人間有有效契約之成立。從而關於一般契約之成立要件及生效要件，對於第三人利益契約均應有其適用，自不待言。又要約人與債務人間有效契約之成立，爲第三人利益契約之絕對成立要件，故縱於此契約依法律規定應屬相對無效之時，例如不得以無效對抗善意第三人之時（民法第八八條第一項第九二條第二項），亦得以之對抗受益之第

三人。關於此點，雖有異說，然就我民法第二七〇條之規定觀之，則固不許爲反對之解釋也。（註）又此契約，以要約人與債務人間有效契約之成立爲已足，給付之種類如何，則非所問。故縱以不作爲爲標的，例如出租人爲承租人之安息與其隣居約定不得於夜間演奏音樂，亦得成立第三人利益契約是。第三人利益契約，既不問何種給付皆可成立，則無論何種契約自屬皆可附加第三人利益契約，申言之，即不但保險契約（保險法第四條）運送契約（民法第六四四條）終身定期金契約（民法第七二九條）負擔附贈與契約（民法第四一二條）提存契約（民法第三二六條）等得附加第三人利益契約，即其他之契約，亦得附加第三人利益契約。

## 第二 須約定使當事人以外之第三人取得債權

第三人利益契約，惟於使當事人以外之第三人取得債權而成立，故如使當事人之一人或其繼承人取得債權，則不能成立第三人利益契約。但此契約之成立，以使第三人取得債權爲已足，第三人之爲自然人法人，在所不問。又此第三人，通常固於訂立契約當時即已確定，然此非屬必要，即嗣後可得確定，亦屬無礙。關於此點，我民法雖無明文規定，然在債權人客觀的不確定時，我民法第三二六條既許得爲給付之提存，則於此問題自不能不爲肯定之解答。雖然，於此場合，自必第三人確定之時，其契約始能生效，是不待言。至第三人確定之方法，與法律行爲內容之確定同，其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

## 第三 須約定使第三人取得債權

所謂約定使第三人取得債權，即契約當事人有使第三人對於債務人取得請求給付之權利之意思，此點甚明，無庸贅述。惟如前所述，第三人利益契約，係指使第三人取得債權之契約，僅使債務人對於要約人負擔向第三人為給付之債務之契約，並不包含在內，然如契約當事人訂立為第三人之契約，而意思不明，究應解為何種之契約，不無疑義。關於此點，外國法律有設推定的規定，推定其為第三人利益契約者（甸民草第八〇九條第二項），我民法無之，依余所信，除解釋當事人之意思以為決定外，殊無他道也（同說石坂氏前揭二二〇六頁）。使第三人取得權利之意思，不必明示，依據契約意旨及其他具體情形，推斷當事人有使第三人取得權利之意思亦可。

#### 第四 須約定直接使第三人取得債權

所謂直接使第三人取得債權，即無須第三人承諾，使第三人取得債權之謂，故如約定依第三人之承諾取得債權，則係第三人以契約當事人之資格取得債權，而非直接依當事人之契約取得債權，其非第三人利益契約，自不待言。

（註）關於此點，在德國民法學學界頗有爭論，有謂縱於此契約依法律規定應屬相對無效之時，亦得以之與第三人對抗者，如 Planck，

Hölder，Örtmann，Kipp，zu Windscheid，Thur 諸氏是有謂不得以之與第三人對抗者，如 Wellwig 氏是。本書取前說。

#### 第四目 第三人利益契約之效力

## 第一 對於第三人之效力

### 一 第三人權利之發生

第三人之權利，係基於第三人利益契約直接而生，已如前述。雖然，外國法律非無規定第三人之權利，於第三人對於債務人表示享受契約利益之意思時發生者，例如日本民法第五三七條第二項之規定是。日本學者為避免日民第五三七條第二項與第一項之矛盾起見，於是唱為種種之學說，有謂第三人受益之意思表示為契約成立要件者，有謂第三人受益之意思表示為契約效力發生要件者，有謂第三人受益之意思表示為第三人權利發生要件者，學說紛紜，迄無定論。（註一）我民法有鑒於此，故不設日民第五三七條第二項之規定，以示第三人之權利係基於第三人利益契約直接而生，而與有無受益之意思表示並無關涉。從而縱使第三人不知有此契約，或不欲取得權利，亦無礙於其權利之取得。

### 二 第三人權利之效力 關於第三人權利之效力，我民法規定三點如左。

甲 第三人對於債務人得直接請求給付 此為我民法第二六九條第一項前段所明定，乃第三人利益契約當然之結果也。第三人請求給付之內容如何，固應依第三人利益契約以為決定，但能否同時使其負擔義務，則有爭論，依余所信，應取肯定說。蓋當事人雖不得以契約使第三人負擔義務，然以負擔一定義務為取得權利之條件固無不可者也（同說鳩山氏前揭一八二頁洪氏前揭一七九頁）。又第三人之債權，與

一般債權無異，舉凡債權人所有之權能，例如債務不履行之損害賠償請求權，債權人之代位權撤銷權，以及讓與債權免除債務提供抵銷等，第三人皆得爲之。雖然，第三人僅有債權人之權能，而無契約當事人之權能，從而撤銷契約，解除契約等，則應由要約人爲之，而不得由第三人爲之。

乙 第三人未爲受益之意思表示前，要約人得撤銷或變更其契約。如前所述，第三人之權利，固係基於第三人利益契約直接而生，無須對於債務人爲受益之意思表示，但依我民法第二六九條第二項規定：「第三人對於前項契約，未表示享受其利益之意思前，當事人得變更其契約或撤銷之。」依此規定，第三人之權利縱於契約成立當時即已發生，然在未爲受益之意思表示以前，尙在於不確定之狀態。不過此種規定，是否妥當，不無疑問耳？（註三）至第三人表示享受其利益之意思以後，當事人不得變更或撤銷其契約者，蓋如許變更或撤銷，則第三人祇取得不確定之權利，殊不合於使第三人取得權利之目的故也。雖然，第三人之權利，本由當事人之契約而生，當事人以契約定其權利之運命，自無不可，故如當事人於契約成立當時即有豫爲保留之約定，縱在第三人表示享受利益之意思以後，仍得變更或撤銷其契約。

丙 第三人表示不欲享受其契約之利益，視爲自始未取得權利。第三人之權利，固基於第三人利益之契約直接而生，但如第三人拋棄其已取得之權利，則無不許之理由，故我民法特從德國立法例，於第二六九條第三項規定：「第三人對於當事人之一方，表示不欲享受其契約之利益者，視爲自始未取得其權利。」

(德民第三三三條)其視為自始未取得其權利者，此與繼承之拋棄溯及於繼承開始時發生效力之旨趣同(民法第一一七五條)，蓋非認其有溯及效力，即不能適合第三人之意思也。至此表示究為意思表示(鳩山氏前揭一七九頁主此說)，抑為觀念表示(陳氏前揭三三六頁主此說)，學說上頗有爭論，余則以為應解為意思表示。既為意思表示，自應適用民法總則關於意思表示及法律行為之規定。(註三)

(註一)主第一說者，如梅氏前揭四三五頁，橫田氏前揭一四九頁。主第二說者，如鳩山氏前揭一七七頁。主第三說者，如石坂氏前揭二二〇八頁，末弘氏前揭二〇六頁。我民法既未規定第三人之權利，於第三人對於債務人表示享受其契約利益之意思時發生，故縱第三人對於債務人為受益之意思表示，亦與遺贈之承認無異，而不能解為係第三人權利發生之要件，或第三人對於第三人利益契約之承諾。

(註二)日本民法既於第五三七條第二項規定，第三人之權利，於第三人對於債務人表示享受其契約利益之意思時發生，故於第五三八條規定，依前條規定第三人之權利發生後，當事人不得變更或消滅之。此因第三人之權利，既依第三人受益之意思表示而生，則當事人於第三人之權利發生以後，即不得變更或消滅其契約，否則第三人之權利處於不確定之狀態。反之，我民法既不以第三人表示享受其利益之意思，為第三人權利發生之要件，即第三人之權利，於第三人利益契約之成立當時即已發生，自無特設第二六九條第二項之必要，蓋當事人於第三人為受益之意思表示以前，如得變更或撤銷其契約，則第三人已取得之權利，將仍處於不確定之狀態，殊為不當故也。

(註三)於此有一問題，即第三人之權利，於第三人利益契約成立以後，固得隨時行使，即對於債務人請求給付，但如久不行使，是否因罹於消滅時效而消滅，不無疑義。依余所信，第三人之權利，如前所述，既與一般債權無異，則其請求權自應依一般消滅時效之規定，因十五年間不行使而消滅（民法第一二五條）。其時效期間，則依第一二八條之規定以為起算。

## 第二 對於要約人之效力

第三人利益之契約，雖在使債務人向第三人為給付，然要約人究為此契約之一方當事人，故我民法第二六九條第一項明定要約人有請求債務人向第三人為給付之權利（德民第三三五條）。依此規定，則是同一第三人利益契約，不但第三人對於債務人有請求給付之權利，要約人對於債務人亦有請求其向第三人為給付之權利，要約人之權利與第三人之權利，其關係如何，則屬問題？有謂其為連帶債權者（Hellwig, Rappaport 諸氏主此說），有謂其為非連帶債權者（Binder, Rrmann, Planck, Windscheid, Schollmeyer, Starmüller 諸氏主此說），依余所信，應以後說為是。蓋在連帶債權，係以同一給付為債之標的，第三人利益契約，則係第三人請求向自己為給付，要約人請求向他人為給付，非以同一給付為債之標的故也。要約人之債權與第三人之債權，固非連帶債權，然要約人純在請求債務人向第三人為給付，故如債務人已向第三人為給付，則要約人之債權自應歸於消滅，此其效果，與連帶債權頗相類似。要約人固有請求債務人向第三人為給付之權利，然如因可歸責於債務人之事由致給付不能，而生損害賠償之債權時（民法第二二六條第一項），要約人有無請求



債務人向第三人爲給付之權利，則屬疑問。余以爲損害賠償之債權與固有之債權，其內容係屬同一，於此場合，要約人自有請求債務人向第三人爲給付之權利。又因可歸責於債務人之事由致給付不能，得解除其契約時（民法第二五六條），要約人有無解除契約之權利，亦有爭論，有謂要約人得解除其契約者（Schollmeyer氏主此說），有謂要約人不得解除其契約者（Ortmann, Planck-Siber, Staudinger-Kuhlenbeck, Fnneccerus 諸氏主此說），余以爲要約人原爲契約之當事人，自無不得解除其契約之理由，解釋上應以前說爲是。又依我民法第二六九條第二項所定，第三人表示不欲享受其契約之利益時，視爲自始未取得其權利，於此場合，要約人有無請求債務人對於自己爲給付之權利，適用上亦一問題。依余所信，要約人有無此種權利，應視其有無特定保留之意思表示決之，如無特定保留之意思表示，則應解爲無此權利。何則，蓋如第三人表示不欲享受其契約之利益，則與給付之原始不能無異，其契約應依第二四六條第一項之規定爲無效故也。

### 第三 對於債務人之效力

依我民法第二七〇條規定：「前條債務人得以由契約所生之一切抗辯，對抗受益之第三人。」我民法所以設此規定者，蓋第三人雖取得獨立之權利，然其權利係基於要約人與債務人間之契約而生，從而由契約所生之抗辯，債務人得以之對抗要約人者，自得以之對抗第三人。此之所謂抗辯，即異議（Einwendungen）之義，舉凡由契約所生足以妨礙第三人行使權利之一切事實皆包含之。從而債務人不但得以實體法上固有之抗辯

(Einreden) 對抗第三人，且得以否認第三人權利之抗辯，即權利不發生之抗辯。權利消滅之抗辯，對抗第三人。舉其主要者言之，例如當事人間之契約爲雙務契約時，第三人如在要約人提出對待給付前向債務人請求給付，債務人得以同時履行抗辯對抗第三人。債務人依第二五四條至第二五六條之規定有契約解除權時，得於向要約人爲解除之意思表示以後，以之對抗第三人。契約有無效之事由時，債務人得以無效對抗第三人。契約有可得撤銷之事由時，債務人得於向要約人爲撤銷之意思表示以後，以之對抗第三人。又在無效或可得撤銷，依一般原則不得對抗善意第三人者，債務人仍得以之對抗受益之善意第三人，蓋第三人之取得權利，以當事人間契約之有效成立爲絕對要件也。雖然，債務人之得以對抗第三人者，僅以由契約所生之抗辯爲限，由他種原因所生之抗辯，則不得以之對抗第三人。由他種原因所生之抗辯，例如以對於要約人之債權爲原因之抵銷抗辯，以要約人免除債務爲理由之債務消滅抗辯是，又債務人固得以由契約所生之抗辯對抗第三人，即債務人對於第三人所有之抗辯，亦得主張之。債務人對於第三人所有之抗辯，例如以第三人已免除其債務，或第三人之請求權已經過消滅時效爲抗辯，以對於第三人之債權爲抵銷抗辯是。

#### 第五目 補償關係及對價關係

債務人依第三人利益契約，對於第三人負擔債務，其理由果何在？換言之，即債務人何故與要約人約定對於第三人負擔債務乎？要約人何故與債務人約定使其對於第三人負擔債務乎？就前者言之，是爲債務人與要約人

間之法律關係，即補償關係，就後者言之，是爲要約人與第三人間之法律關係，即對價關係，茲分別說明如左。

第一 補償關係

補償關係 (Deckungsverhältnis) 者，使債務人對於第三人負擔債務之要約人與債務人間之原因關係也。此種原因關係，可分爲下列之數種：(一)有附加於債務人與要約人間之雙務契約而訂立第三人利益契約者，例如於買賣契約，當事人間約定，買受人以其價金交付於第三人是。(二)有附加於單務契約而訂立第三人利益契約者，例如於贈與契約，當事人間約定，贈與入以其贈與物交付於第三人是。雖然，債務人與要約人間之補償關係，非必爲由契約而生之債權關係，即由他種原因而生之債權關係亦可。所謂由他種原因而生之債權關係，例如基於侵權行爲而生之損害賠償，受害人與加害人約定，以其賠償支付於第三人是。

## 第二 對價關係

對價關係 (Valutaverhältnis) 者，使第三人取得債權之要約人與第三人間之原因關係也。此種原因關係，可分爲下列之數種：(一)有要約人爲自己之利益，訂立第三人利益契約者，例如要約人爲第三人之債務人，爲免其債務，使債務人對於第三人負擔債務是。(二)有要約人爲第三人之利益訂立第三人利益契約者，例如要約人以對於第三人爲贈與之意思，使第三人取得債權是。要約人與第三人間雖有種種原因存在，然此原因關係之有效成立與否，與第三人利益契約之成立無關，蓋第三人利益契約係要約人與債務人間所訂立，要約人與

第三人間之關係，無受其影響之理由故也。雖然，要約人與第三人間之原因關係如失其存在，則要約人對於第三人得基於不當得利請求權請求其利益之返還，是為當然。

### 第六款 契約之解除

#### 第一項 概說

契約之解除 (Rücktritt, Reolution) 者，契約當事人之一方，因行使解除權，使其契約自始歸於消滅之法律行為也，在昔羅馬法，以為由雙務契約而生之債權，於其發生之始，固屬互相牽連，然在發生以後，則各別獨立，從而當事人之一方不履行其債務時，他方祇能請求因不履行而生之損害賠償，不能解除契約。(註) 此種辦法，於交易上甚為不便，故在繼受羅馬法之普國國法及奧大利民法，雖原則上於當事人之一方不履行其債務時不認契約之解除，然設有種種之例外，以救濟之。(普法第一部第五章第三九三條奧民第九一九條)。法國民法則一反普奧之立法例，舉凡雙務契約，於當事人之一方不履行其債務時，皆得解除其契約，不過解除權之行使須聲請法院為之，尚非於債務人不履行債務時，即當然解除其契約耳。(法民第一一八四條)。從法國立法例者，為意大利民法(意民第一一六五條)及西班牙民法(西民第一二四條)。德國民法，於認契約解除之點，與法國民法同，但解除權之行使，無須聲請法院為之，則與法國民法異(德民第三四六條以下)。從德國立法例者，為瑞士債務法(瑞債第一〇七條至第一〇九條)日本民法(日民第五四〇條以下)及匈牙利民法草案(匈草第八

三七條至第八四九條第九一八條第九二七條)。我民法則大體從日本民法，於第二五四條至第二五六條規定解除權之原因，第二五七條及第二五八條規定解除權之行使，第二五八條至第二六一一條規定解除之效果，第二六二條及第二六三條規定解除權之消滅。

(註)羅馬法雖不認法律上之解除，但對於買賣契約，則認 *lex Commissoria*, *in diem additio* 及 *pactum displicentiae* 之三種解款。買受人如不於適法時期支付價金，出賣人得廢棄買賣契約之約款，是爲 *lex commissoria*。於一定期間內，如更有有利之要約，出賣人得廢棄買賣契約之約款，是爲 *in diem additio*。買受人如於一定期間內，不欲履行其買賣契約，得廢棄買賣契約之約款，是爲 *pactum displicentiae*。

## 第二項 解除契約之性質

欲知解除契約之性質，不可不知解除之效力，關於解除之效力，自來學說紛歧，至不一致，要而言之，約可分爲下列之三說：(一)直接效力說 (*Theorie der direkten Wirkung*)。如依此說，則契約一旦解除，與未成立契約發生同一之結果，從而當事人之債務未爲履行時，則其債務因解除而消滅，當事人之債務已爲履行時，則其給付，因解除喪失法律上之原因，得基於目的消滅之不當得利請求權 (*condictio ob causam finitam*)，請求其返還 (*Strohhal*, *Örtmann*, *Blätter*, *Planck-Siber*, *Schollmeyer*, *Staudinger-Kuhlenbeck*, *Ennecerus*, *Kisch*, *Goldmann-Lilienthal*, *Langheinecken* 諸氏主此說)。(二)間接效力說 (*Theorie der indirekten*

Wirkung) 如依此說，則契約之解除，並非消滅債權關係之本體，不過阻止基於債權關係而生之效力，從而當事人之債務未為履行時，不過因解除而生不履行之抗辯，當事人之債務已為履行時，不過因解除而新生返還請求權 (Dernburg, Stammler, Crome, Endemann 諸氏主此說)。(ii) 折衷說 (mittlere Theorie) 如依此說，則解除之效力，因解除當時已否履行債務而異，即當事人之債務未為履行時，則其債務固因解除而消滅，但當事人之債務已為履行時，則不過因解除而新生返還請求權 (Seckel, Kipp zu Windscheid, Hellwig, Matthiass 諸氏主此說)。以上三說應以第一說為是。蓋第二說有種種之不當，舉其顯著者言之：(一) 此說不合於當事人之意思，即在以契約保留解除權時，當事人非僅有依解除權之行使取得抗辯之意思，實有依解除權之行使廢棄契約之意思。(二) 如依此說，則在雙務契約，當事人之一方於契約解除前讓與其債權時，將生不當之結果，即於當事人之一方以讓與其債權通知相對人後，相對人解除契約時，不過因此發生對於受讓人之抗辯，而此抗辯係在讓與通知後發生，自不得依第二九九條第一項之規定，以之對抗受讓人，是當事人常因讓與債權而生得免解除之結果。(三) 如依此說，債權既不因解除而消滅，則對於債權提供之擔保亦屬不能消滅，從而擔保設定人自不得於解除契約後請求其擔保之返還，其為不當，甚為顯然。第三說於當事人之債務已為履行時，不過新生返還請求權，而非溯及於既往發生效力，與第二說同；從而關於此點，第三說與第二說不能免於同一之非難。若夫第一說，則無上述各點之不當，就我民法解釋，亦係採第一說，其根據有二：(一) 文理上之根據：我民法用解除契約字樣，所謂

解除契約，即除去契約之意，故謂債權關係因解除而消滅，與法文之意義最爲適合，此其一。(二)論理上之根據：依我民法第二五九條規定，解除契約，當事人應負回復原狀之義務，所謂回復原狀，即債權關係因解除而消滅，與未成立契約同，此係就當事人之債務已爲履行時言，債務已爲履行，尙須回復原狀，則債務之未爲履行，自屬無須履行，此其二。準是以言，則我民法上之所謂解除契約，係溯及的消滅契約之效力，契約既已溯及的消滅，則給付失其原因，自生返還之義務。(註)

(註)此外尙有種種情事，與解除之性質根本不同，不可不辨。(一)解除與撤銷：其顯著不同之點有二：(甲)撤銷，通常以意思表示有瑕疵爲原因(民法第八八條第八九條第九二條)，解除則除約定解除外，以給付遲延及給付不能爲原因(民法第二五四條第二五六條)。(乙)撤銷之效果，當事人間之返還義務應依不當得利之辦法(民法第一七九條以下)，解除則依回復原狀之規定(民法第二五九條)。(二)解除與撤回：其顯著不同之點有三：(甲)撤回係消滅未生效力之法律行爲，解除則消滅已生效力之法律行爲。(乙)撤回之原因存在於該法律行爲之本身，解除則通常爲給付遲延及給付不能。(丙)撤回無溯及既往之效力，解除則有溯及既往之效力。(三)解除與解除條件：其顯著不同之點有三：(甲)解除條件，以自然事實爲內容，不以意思表示爲必要(民法第九九條第二項)，解除則非有意思表示不可(民法第二五八條第一項)。(乙)解除條件成就，原則上無溯及既往之效力(民法第九九條第二項第三項)，解除則有溯及既往之效力。(丙)解除條件成就，當事人間之返還義務應依不當得利之規定，解除則依回復原狀之規定。

### 第三項 解除權發生之原因

## 第一目 概說

如前所述，契約之解除，係當事人之一方因行使解除權，使其契約自始歸於消滅之法律行為，從而可知契約之解除，以有解除權為必要。此項解除權之性質如何，學說上頗有爭論，依余所信，應解為一種之形成權，即解除權者，得依解除權人一方之意思表示，使債權關係歸於消滅之權利也。又解除權係從屬於債權關係之權利，故解除權祇能與債權關係共同讓與，而不能獨立讓與，如許獨立讓與，則不啻使無利害關係之第三人得左右他人間之法律關係，殊為不當。雖然，解除權固不能獨立讓與，但使他人代為行使，則無不可，從而債權人自得代位行使債務人之解除權（民法第二四二條）。此點已於前述，茲不贅。至契約當事人之有此解除權，不外由兩種原因而生，即一由當事人間之契約而生，是為契約上之解除，一由法律規定而生，是為法律上之解除。我民法對於後者，設有明文規定（民法第二五四條至第二五六條），對於前者，雖付闕如，但不能謂係否認約定解除權之存在，故本書仍分此兩者說明之。

## 第二目 契約上之解除

契約上之解除者，當事人之一方因行使基於契約所保留之解除權，解除其契約之謂也。契約當事人於訂立契約以後，固應為其契約所拘束，然如依當事人之合意，解除其已訂立之契約，則無不可。此種解除契約之合意，學者通常以反對契約（*Contrarius Consensus*）稱之。契約上之解除其目的不一，有預期契約上之利益將來歸於消



滅，保留解除權者。有欲俟某種機會到來，同時脫離契約上之拘束，保留解除權者。當事人保留解除權之目的如何，固非所問，但當事人之一方如欲爲自己利益保留解除權，則不可不得相對人之同意，此約定解除所以異於法定解除者也。又解除權之保留，雙務契約固可，單務契約亦可。當事人之一方固可，當事人之雙方亦可。於契約訂立當時固可，於契約訂立以後亦可。雖然，於契約訂立以後保留解除權時，其解除權之行使，是否溯及於契約訂立當時發生效力，則有爭論。依余所信，應依當事人之意思解釋定之，如當事人之意思不明，則應解爲溯及於契約訂立當時發生效力（同說 Planck, Staudinger-Kuhlenbeck 諸氏，異說 Schollmeyer, Planck-Siber 諸氏）。又解除權之保留，通常固以當事人之約定爲已足，然非無因給付一定數額之對價取得解除權者，此一定數額，究爲解約金（Reugeld, Wandeljon），抑爲解約定金，應就具體情形以爲決定。此外，解除權之保留，得附加條件或期限，是爲通說，余亦謂然。（註）

（註）當事人於訂立契約之際，約定債務人如不履行債務，則其契約當然喪失效力，或當然解除者，是即所謂失權約款。德國民法曾明定附加此種約款時，債務人如不履行債務，債權人得解除契約（德民第三六〇條），我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同。惟於此場合，其解除契約，是否須債權人爲解除之意思表示，則屬疑問。依余所信，應依各種具體情形以爲決定，如因不履行，其契約即當然喪失效力，則應解爲係以不履行爲解除條件，即一旦條件成就，其契約即當然喪失其效力（民法第九九條第二項）。

### 第三目 法律上之解除

## 第一 概說

法律上之解除者，當事人之一方因行使基於法律規定所有之解除權，解除其契約之謂也。法定解除權發生之原因，得大別爲二，一爲一般契約共通之解除原因，即我民法第二五四條至第二五六條所定之解除原因。一爲各種契約特有之解除原因，例如我民法第三五九條第三六三條第四九四條第四九五條第五〇二條第五〇三條第五〇六條及第五〇七條所定之解除原因。是此之所述，則爲一般契約共通之解除原因。關於法律上之解除，外國法律有限於雙務契約適用者（德民第三二五條以下瑞債第一〇七條甸草第九一八條第九二七條），我民法無此限制，解釋上自不因雙務契約單務契約有所區別。不過法律上之解除，適用最多者，仍爲雙務契約，單務契約，則無解除之實益，蓋在單務契約，債權人並不負擔對待給付之債務，僅因解除消滅債務人之債務，而非免自己之債務故也。法律上之解除，我民法所規定者，爲給付遲延及給付不能之二種，實則給付不完全亦應同一論之，故本書就此三者分別說明之。

## 第二 因給付遲延之解除

債務人給付遲延時，債權人固得請求履行並請求賠償因遲延所生之損害（民法第二二七條第二三一條第一項），且有時得請求代履行之損害賠償（民法第二三二條），但僅此方法，尙難謂其已盡保護債權人之能事，故我民法特從一般立法例設解除契約之規定（德民第三二六條瑞債第一〇七條日民第五四一條甸草第

九一八條），但依給付期之重要與否，而異其解除之要件，茲分述如左。

### 一 給付期非重要時

我民法第二五四條規定：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。」是爲關於給付期非重要時，因遲延給付解除契約之規定，茲述其要件如左。

甲 須債務人遲延給付 關於此點，各國法律不同，有以債務人於給付期不爲給付爲已足者，如日本民法是（日民第五四一條），有以債務人之遲延給付爲必要者，如德國民法瑞士債務法及匈牙利民法草案是（德民第三二六條瑞債第一〇七條匈草第九二七條第三項）。我民法則從後之立法例，以債務人遲延給付爲必要。何謂遲延給付，已於前述，即給付有確定期限者，債務人於給付期不爲給付，謂之遲延給付（民法第二二九條第一項），給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告不爲給付，謂之遲延給付（同條第二項）。其詳見前，茲不贅。（註一）

乙 須債權人定相當期限催告其履行 催告者，債權人對於債務人請求給付之意思通知也。此之所謂催告，與第二二九條第二項所定之催告同，其詳已於前述，茲不贅。但亦稍有差異，即第二五四條之催告須定相當期限是。定相當期限，係催告之內容，自不得與催告分離，故催告未定期限，或所定期限而不相當，則其催告均屬不生效力。期限是否相當，有謂應依客觀以爲決定者，有謂尙應斟酌債務人主觀之情事者，依余

所信，應以前說爲是。債權人所定之期限，長於相當期限時，其催告固屬有效，然如短於相當期限，其催告是否有效，則學說上頗有爭論，有謂其無效者（Crome, Schollmeyer, Planck 諸氏主此說），有謂補足其期限仍爲有效者（Cosack, Dernburg, Ennecerus, Windscheid, Staudinger-Kuhlenbeck, Ortmann 諸氏主此說）。依余所信，應以前說爲是。（註二）催告期限是否須精確定之，學說上亦有爭論，有謂須精確定之者（Kipp zu Windscheid 諸氏主此說），有謂無須精確定之，縱用相當期限之文字亦屬有效者（Crome, Dernburg, Ennecerus, Staudinger-Kuhlenbeck, Schollmeyer, Ortmann, Planck-Siber 諸氏主此說），依余所信，應以後說爲是。（註三）又債務人於給付期屆至前已對債權人通知拒絕履行之意思時，是否須於給付期屆至後再爲催告，學者之意見亦不一致，有謂須再爲催告者（Planck-Siber, Ortmann, Kipp zu Windscheid, Rehlein, Erlar, Staub, Brecht 諸氏主此說），有謂無須再爲催告者（Staudinger-Kuhlenbeck, Dernburg, Niehner, Romeick, Düringer-Hachenburg, Danz 諸氏主此說），依余所信，應以前說爲是。至在雙務契約，債務人有同時履行抗辯權時，債權人是否須已爲給付或提出給付始得催告其履行，學說上非無爭論，但就我民法解釋，余以爲固應採否定說者也。（註四）

丙 須債務人未於期限內履行 故如債務人於催告所定相當期限內已爲履行，則無解除契約之餘地。所

謂已爲履行，即債務人依債務本旨已爲給付或提出給付之謂。如債務人未爲給付或提出給付，或其給付非依債務本旨，則與未爲給付同，債權人得解除契約，固不待言。但債務人僅爲一部給付，債權人能否解除契約，則有爭論，依余所信，依我民法第三一八條第一項規定，債務人無爲一部清償之權利，債務人之一部給付，與未爲給付同，債權人自得解除全部之契約。不過債務人已給付之部分足達契約之目的時，衡諸誠信原則，尙難許其解除契約之全部耳。至債務人之不爲履行，是否須有故意或過失，學說上亦有爭論，依余所信，應解爲須有故意或過失始能適用本條，此因我民法對於債務之不履行，係採過失責任主義，第二五四條雖未設明文，解釋上自屬不能獨外。

具備上述要件時，債權人固取得遲延給付之解除權，但債務人如於債權人取得解除權後，履行其債務，債權人能否解除契約，則屬疑問。余以爲此時之解除，係以遲延給付爲理由，債務人既已爲履行，則遲延效果已歸消滅，債權人即無復解除契約之餘地。但債務人於遲延給付後履行其債務，自須依債務本旨爲之，且須該契約尙可達其目的，並須將因履行遲延而用之損害賠償一併提出，始爲有效，否則債權人仍不失其解除權。

（註一）給付無確定期限者，債權人是否須先爲第三二九條之催告，於債務人遲延給付後，再爲第二五四條之催告，債務人於其期限內不爲履行時，始得解除契約，頗屬疑問。依余所信，應取肯定說，蓋必如此解釋，始合於立法保護債務人之本旨故也。但關於此點，洪賦林氏及

陳克生氏之見解頗不相同，洪著謂：「給付無確定期限者，債權人不先為第二百二十九條第二項之催告，而逕為本條之催告，亦無不可。蓋依本條之規定解除契約，雖以遲延給付為前提，而債權人之催告達到時，一面有使債務人負遲延責任之效力，同時於他一方面即具備解除契約之要件也。」（洪氏前揭一六三頁）又陳氏前揭二九〇頁參照。

（註二）關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著謂：「較客觀的相當期限為短時，其催告是否有效，學說上頗有爭論，有解為全然不生效力者，有解為嗣後經過客觀的相當期限，其解除權成立者，據余所信，以後說為當。」（洪氏前揭一六四頁）

（註三）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「債權人全不定期限者，其無效固不待言，即僅言明「須於相當期限履行」而為催告，亦應認為無效。」（陳氏前揭二九一頁）

（註四）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「在雙務契約，他造有同時履行抗辯權者，債權人為催告時，更須就自己債務為履行之提出否，學者中亦有議論，以肯定說為是，解為未為提出者，不生催告之效力。」（陳氏前揭二九一頁）

## 二 給付期重要時

我民法第二五五條規定，「依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期為給付，不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期給付者，他方當事人得不為前條之催告，解除其契約。」是為關於給付期重要時，因遲延給付解除契約之規定，茲述其要件如左。

甲 須債務人應於一定時期為給付 所謂一定時期為給付，其情形有二，有於一定期日為給付者，如云於

某日某時爲給付是。有於一定期間爲給付者，如云於某日至某日之間爲給付是。

乙 須依契約之性質或當事人之意思非於一定時期爲給付不能達其契約之目的。故不僅以當事人間精確定其給付期爲已足，尙須非於給付期爲給付，不能達其契約之目的。所謂不能達其契約之目的，指給付期後之給付，於債權人毫無利益而言，從而非僅以給付期重要爲已足，尙須給付期後之給付無給付之價值。非於一定時期爲給付不能達其契約之目的，有依契約之性質定之者，例如爲某日宴客預定酒席是有依當事人之意思定之者，例如定購某物，約明如不於一星期內給付，即不受領是。前者學者稱爲絕對的定期行爲 (absolute Fixgeschäft)，後者學者稱爲相對的定期行爲 (einfaches Fixgeschäft)。(註五)

相對的定期行爲，以精確定其給付期爲已足乎？抑尙須依當事人之意思表示非於一定時期爲給付不能達其契約之目的乎？就我民法第二五五條文字解釋，尙須依當事人之意思表示非於一定時期爲給付不能達其契約之目的，始有本條之適用。又非於一定時期爲給付不能達其契約之目的，以債權人一方之意思表示爲已足乎？抑尙須債務人承諾因達其契約之目的於一定時期爲給付乎？依余所信，尙須債務人之承諾，尙未得債務人之承諾，即不能謂其當然構成契約之內容。

丙 須債務人未按照時期給付。故如債務人已按照時期給付，則無解除契約之餘地。此點與前述同，可參照得之，茲不贅。惟債務人之未按照時期給付，是否須有故意或過失，學說上頗有爭論，依余所信，應解爲須

有故意或過失，始能適用本條。其理由與前述同，蓋我民法對於債務之不履行，係採過失責任主義，第二五條雖未設明文，解釋上自屬不能獨外故也。

丁 須因債務人未按照時期給付致不能達其契約之目的。關於此點，我民法雖未設明文，此在解釋上是為當然。所謂須因債務人未按照時期給付致不能達其契約之目的，即債務人未按照時期給付與不能達其契約目的之間，有因果關係之謂。故如債務人縱不按期給付，仍不免發生不能達其契約目的之結果，則無本條之適用。例如為參加某種典禮預定禮服，而某種典禮因故中止舉行是。

具備上述要件時，債權人得不為前述第二五四條之催告，解除其契約。此因給付期既屬重要，縱於給付期後給付，亦不能達其契約之目的，如尚須定相當期限催告其給付，殊無何種之實益，故無須催告得逕解除其契約。（註六）

（註五）絕對的定期行為，一稱真正定期行為或廣義定期行為。相對的定期行為，一稱非真正定期行為或狹義定期行為。在解釋日本民法第五四二條者，是否兼指此二者而言，頗有爭論——石坂氏謂專指絕對的定期行為（石坂氏前揭二二九一頁），鳩山末弘兩氏則謂係兼指此二者而言（鳩山氏前揭二二二一頁末弘氏前揭二五一頁）。就我民法解釋，應以後說為是（同說洪氏前揭一六五頁陳氏前揭二九三頁）。

（註六）有無設第二五條之必要，學者間頗有爭論，有謂非於一定時期為給付不能達其契約之目的，與因給付期之經過給付不能無異，



以適用第二五六條給付不能之解除爲已足，無須另設第二五五條之規定者（石坂氏前揭二二九九頁）。此在主張第二五五條僅於絕對的定期行爲有其適用，固不無理，但就我民法解釋，第二五五條既係兼指絕對的定期行爲與相對的定期行爲而言，則於第二五六條以外自有另設第二五五條之必要。

### 第三 因給付不能之解除

依我民法第二五六條規定：「債權人於有第二二六條之情形，得解除其契約。」所謂第二二六條之情形，即指因可歸責於債務人之事由致給付全部不能或一部不能而言。夫在因可歸責於債務人之事由致給付全部不能，債權人原得請求損害賠償，又其給付僅一部不能，如其他部分之履行於債權人無利益時，債權人亦得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償，然如爲雙務契約，債權人一方面請求損害賠償，一方面尙須爲自己所負擔之對待給付，於此場合，債權人非無以消滅債之關係，免其對待給付，較爲利便者，故我民法從一般立法通例，予債權人以契約解除權（德民第三二五條日民第五四三條匈牙利第九一八條）。但在給付一部不能，債權人能否僅就其不能部分，解除契約之一部，我民法無明文規定，不無疑問。余以爲給付一部不能，債權人既得解除契約之全部，此時僅就其不能部分，解除契約之一部，自無不可。惟在契約之一部解除，以給付可分爲必要，從而在雙務契約，惟雙方之給付皆屬可分，始得一部解除，自不待言。又給付不能，債權人能否不待給付期屆至，即解除其契約，亦有問題？依余所信，給付不能與否，固應以給付期爲標準決之，然如不能給付，在給付期前業已

確定者，自不妨於給付期前解除其契約。

#### 第四 因給付不完全之解除

債務人爲不完全之給付時，債權人能否解除其契約，我民法無明文規定，適用上不無疑義。余以爲如前所述，不完全給付，與遲延給付及不能給付同屬不給付，債權人於債務人遲延給付及不能給付既得解除其契約，則不完全給付自無不許其解除契約之理由。不完全給付，固得解除契約，但其程序如何，亦一問題。依余所信，應視其給付能否補正決之。即不完全給付得以補正者，應依民法第二五四條之規定辦理，即債權人得定相當期限，催告債務人爲完全之給付，如於其期限內，不爲完全之給付，則由債權人解除其契約。蓋給付既可補正，如許債權人逕行解除契約，則不但對於債務人太苛，且非所以盡維持契約之能事故也。反之，如不完全給付不能補正，則依民法第二五五條之規定辦理，即債權人得不定相當期限，催告債務人爲完全之給付，逕行解除其契約。蓋給付既不能補正，如尙須債權人定相當期限催告其給付，殊無何種之實益故也。

#### 第四項 解除權之行使

##### 第一 解除權行使之方法

關於解除契約之方法，如前所述，其立法例有二，有須依裁判上之方法爲之者，如法國民法、意大利民法及西班牙民法是（法民第一一八四條、意民第一一六五條、西民第一一二四條）。有以依裁判外之方法爲之爲已足

者，如德國民法、日本民法及匈牙利民法草案是（德民第三四九條、日民第五四〇條第一項、匈草第八三七條）。如依前之立法例，解除契約必須依裁判上之方法爲之，則手續繁重，不適於實際交易上之需要，故我民法特從後之立法例。於第二五八條第一項規定：「解除權之行使，應向他方當事人以意思表示爲之。」依此規定，契約之解除，以解除權人一方之意思表示爲之爲已足，無須得他方當事人之承諾。但應對於他方當事人爲之，且以他方當事人了解或達到於他方當事人時發生效力。解除之意思表示，不問其爲明示或默示均可。無須依一定之方式爲之，且以有溯及的消滅契約效力之意思爲已足，無須用解除之文字。又解除之行使，以裁判上之方法爲之，亦非所禁。例如對於給付之訴，以異議爲解除之意思表示是。

## 第二 契約當事人之一方有數人時解除權之行使

依我民法第二五八條第二項規定：「契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體爲之。」此爲契約當事人之一方有數人時行使解除權之辦法。如前所述，契約之解除，原得一部爲之，自理論以言，契約當事人之一方有數人時，由各當事人就其契約之一部而爲解除，自無不可。雖然，如解除權人有數人時，各當事人僅就自己之部分獨立行使解除權，或相對人有數人時，僅對於其中之一人行使解除權，則法律關係流於複雜，殊不合於實際，此我民法所以基於實際上之理由，而認解除權爲不可分者也。惟既係基於實際上之理由而認解除權之不可分，則當事人得爲反對約定，自不待言。至所謂契約當事人有數人，指基於一個契約，當事

人有數人而言，其債之關係，究爲可分之債，抑爲連帶之債不可分之債，在所不問。又所謂由其全體或向其全體爲之，與同時爲之有別，故於當事人之一人爲解除之意思表示或受解除之意思表示以後，他之當事人始爲解除之意思表示或受解除意思表示，自無不可。不過須於最後之當事人爲解除之意思表示，或受解除之意思表示時，始生解除之效力耳。

### 第三 解除之意思表示不得撤銷

依我民法第二五八條第三項規定：「解除契約之意思表示，不得撤銷。」此因如許其自由撤銷，則不但已消滅之債之關係將因一方表示撤銷之意思而復活，且法律關係殊不確定，大有害於交易之安全，故我民法特設明文禁止之。解除之意思表示，雖不許自由撤銷，然如有法定撤銷事由（民法第八八條以下），則無不許其撤銷之理由。但有應說明者，即本條究爲不得撤銷，抑爲不得撤回是。關於此點，學說上頗有爭論，有謂此之所謂撤銷係撤回之意者，（註一）亦有逕用撤回之字樣者。（註二）以上兩說，均難贊同，蓋我法文既用撤銷字樣，殊不能謂此之所謂撤銷，即日本民法第五四〇條第二項之所謂撤回也。抑有進者，無論其爲撤銷或撤回，第二五八條第三項皆屬無用之規定，即如解爲撤回，則在解除之意思表示到達於相對人以後自屬不許撤回，未到達於相對人以前，自無不許其撤回之理由。又如解爲撤銷，則在解除之意思表示發生效力以後，自屬不許撤銷，然如有法定撤銷之事由，則縱在解除之意思表示發生效力以後，亦無不許其撤銷之理由，故余以其爲無用之規定。（註三）

(註一) 洪著謂：「本條第三項所謂撤銷，係撤回之意，故以被詐欺或被脅迫等爲理由而撤銷之，固無不可。」(洪氏前揭一六七頁)

(註二) 陳著謂：「解除契約之意思表示，不得撤回，爲我民法第二五八條第三項明定。(下略)」(陳氏前揭二九七頁)

(註三) 日本民法第五四〇條第二項，係從德國民法第一次草案第四二六條第一項抄襲而來，但德國民法草案成爲正式法典時已將此項條文刪除，日本民法已苦不及改正。我且從而沿襲之，此所以不能免爲無用之規定也。

#### 第四 解除之意思表示得附條件否

解除之意思表示，能否附加條件，學說上頗有爭論。通說多謂解除之意思表示，如許附加條件，則不但契約解除與否爲不確定，且其契約將於相對人不知不覺之間因條件之成就而解除，殊爲不當，故解除之意思表示，須無條件爲之。(Fiebach, Kiach, Planck, Staudinger-Kuhlenbeck, Cohn 諸氏主此說)余則以爲我民法既未明定解除之意思表示不許附加條件，則原則上自得附加條件，不過因附加條件，致使相對人處於不利益之地位，則所不許而已。附加條件不致使相對人處於不利益之地位，例如以相當人之行爲爲條件，爲解除之意思表示是。至解除之意思表示，得附加期限，則屬通說，余亦謂然，此因期限必可到來，縱使附加期限，相對人亦非處於不利益之地位故也。

#### 第五項 解除之效果

#### 第一 回復原狀之義務

如前所述，契約之解除，既溯及於既往消滅債之關係，則契約之解除，發生下列兩種之結果，（一）當事人之一方或雙方如未履行其債務，則其債務因契約之解除而消滅，無須履行。（二）當事人之一方或雙方如已履行其債務，則其給付因契約之解除喪失法律上之原因，自得基於不當得利請求權，請求其返還。但關於返還義務之範圍，我民法第二五九條設有特定規定，即依本條，契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，依左列之規定：

一 由他方所受領之給付物，應返還之。此為回復原狀當然之結果。實則不僅所受領之給付為物時，應返還之，即所受領之給付為權利時，亦應返還之。我民法雖祇規定前者，然在適用上應為同一解決，實無疑義。

二 受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。金錢常係可生利息，故受領之給付如為金錢，應附加利息償還之。至實際利用金錢取得利益與否，則非所問。此為法定利息之一種，利息之數額，自應依法定利率週年百分之五計算之（民法第二〇三條）。

三 受領之給付為勞務或為物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。此因勞務或物之使用，不能以原給付返還，故不能不照受領時之價額，以金錢償還之。至所謂價額，應解為客觀的價額，自不待言。

四 受領之給付物生有孳息者，應返還之。但在解釋上，須實際生有孳息且已收取者，始應返還。如實際未生有孳息，或縱生有孳息，然因怠於收取，而未收取，即不應負償還孳息之義務。蓋非如此解釋，不足以別於惡意

占有故也（民法第九五八條）。雖然，已收取之孳息，現尙存在與否，則非所問。換言之，即已消費或毀損滅失，亦應依第六款之規定，償還其價額。

五 就返還之物，已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得之限度內，請求其返還。回復原狀，固在回復其未爲給付之狀態，然非使他方因此取得不正之利益，故就返還之物支出必要或有益之費用者，得向他方請求其償還。但如他方於受返還時所得之利益，少於所支出之費用，倘亦令其償還全部之費用，亦欠公平，故惟能於他方受返還時所得之限度內，請求其返還。所謂必要費用，通常指保存費用而言。所謂有益費用，則通常指改良費用言之。

六 應返還之物，有毀損滅失，或因其他事由致不能返還者，應償還其價額。於此，應分兩層言之，即在解除以後，因可歸責於受領人之事由致受領物不能返還，受領人固應負損害賠償之責；如在解除以前，則因受領人尙未負擔返還受領物之義務，似未可同一論之，但依我民法解釋，解除以前，因可歸責於受領人之事由致受領物不能返還，亦應償還其價額。此無他，良以受領人原應豫期於解除契約時返還其受領物，此與條件成就以前之狀態頗相類似，從而在解除以前，自不能不以相當之注意保存其受領物故也。

以上僅於法律別無規定及契約別無訂定時，有其適用，此爲本條所明定，其理甚明，無待贅論。惟有問題者，即解除究爲債權的效力，抑爲物權的效力是。關於此點，學說上頗有爭論，余以爲我民法第二五九條祇規定契約解

除時，當事人雙方負回復原狀之義務，並非當然回復原狀解釋上自應以前說爲是。故如因買賣契約之履行，移轉標的物之所有權時，惟因解除，喪失買賣契約之效力，而所有權之移轉契約並非無效，從而其所有權自非當然復歸於原權利人。又解除既不過發生債權之效力，故縱使解除契約，亦不至損害第三人之權利。關於此點，外國法律有明定不得損害第三人之權利者（日民第五四五條第一項但書），此種規定，殊嫌蛇足，故爲我民法所不採用。

## 第二 解除與損害賠償之併存

契約當事人解除契約時，是否得爲損害賠償之請求，各國立法例不同，有定爲債權人祇能就損害賠償之請求或解除權之行使，選擇其一者，如德國民法及匈牙利民法草案是（德民第三二五條第三二六條匈草第九一八條第九二九條）。有定爲解除契約時，得請求賠償因債務不履行所生之損害者，如法國民法是（法民第一一八四條第二項）。有定爲解除契約時，得請求賠償因契約消滅所生之損害者，如瑞士債務法是（瑞債第一〇九條）。（註）有定爲解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求者，如日本民法是（日民第三四三條第三項）。以上四種立法例，自理論言之，固應以德國民法爲是，即因債務不履行之損害賠償，不過原債務之變形或擴張，原債務既因契約之解除而消滅，自無請求損害賠償之餘地，故解除契約與請求損害賠償，祇能選擇其一。但自實際立論，則又應以法國民法瑞士債務法及日本民法爲適當，蓋因債務不履行所生之損害，乃一種事實，解除



祇能消滅契約之效力，不能並此事實亦消滅之，故必解除契約與請求損害賠償並存，始能充分保護債權人之利益。我民法即從此立法例，於第二六〇條規定：『解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。』所謂不妨礙損害賠償之請求，係指因債務不履行已發生之損害賠償（民法第二二七條），不因解除契約而喪失，並非於已發生之損害賠償而外，尚積極的承認新損害賠償請求之存在。此不但就法文（即不妨礙云云）觀察應屬如此，即就理論言之，亦當如是。蓋非如此解釋，則在非以不履行為原因之解除（即契約上之解除），相對人縱無過失，亦應負責，與我民法損害賠償之原理顯有不符故也。（註二）此之所謂損害賠償，既指因債務不履行所生之損害賠償，則其範圍，自應適用一般之規定，即依第二一六條，凡積極的損害（即所受損害）及消極的損害（即所失利益），皆包含之。至在雙務契約，應扣除因不履行所受之利益，是為當然，又不待言。

（註一）法國民法與瑞士債務法，雖同為解除契約與請求損害賠償並存，但瑞士債務法，非如法國民法請求因債務不履行所生之損害賠償，祇能請求消極的契約上之損害賠償（negative Vertraginteresse）。自理論言之，應以法國民法為是，蓋依消極的契約上之損害賠償，不過祇能賠償債權人因信任契約有效成立所受之損害，即因準備契約之履行所支出之費用，非因此賠償因不履行所受損害之全部，於保護債權人，尚難謂其已臻充分故也。

（註二）在解釋日本民法第三四三條之所謂損害賠償，尚有兩說，有謂即因債務不履行所生之損害賠償者（樞氏前揭四五四頁橫田氏前揭二六四頁末弘氏前揭二六七頁鳩山氏前揭二四〇頁），有謂此之損害賠償，係因契約解除所受之損害賠償，即債權人因期待契約之

效力存續，所受之損害賠償者（石坂氏前揭二二三〇頁）。本書取前說。

### 第三 雙務契約效力規定之準用

依我民法第二六一條規定：「當事人因契約解除而生之相互義務，準用第二六四條至第二六七條之規定。」我民法所以明定準用關於雙務契約效力之規定者，蓋於此場合，雙方之債務雖非由雙務契約而生，然非認其有牽連關係，不適於公平之原則也。至所謂準用，其範圍如何，學說上頗有爭論，有解為僅以回復原狀之義務為限者（梅氏前揭四五六頁，橫田氏前揭二〇三頁，石坂氏前揭二三一五頁），有解為損害賠償之義務，亦有其準用者（鳩山氏前揭二四六頁），依余所信，就我民法文字上及理論上解釋，均應以後說為是。

### 第六項 解除權之消滅

解除權，既為權利之一種，舉凡關於權利消滅之規定，對於解除權之消滅均有其適用，是不待言。（註）茲惟述我民法關於解除權消滅之特別規定如左。

#### 第一 期間之經過

契約當事人，定有解除權之存續期間者，如解除權人不於其期限內行使解除權，則其解除權固應依期間之經過而消滅，然如未定有存續期間，而解除權人又永不行使其解除權，他方當事人則因此處於不安之地位，故我民法第二五七條規定：「解除權之行使，未定有期間者，他方當事人得定相當期限，催告解除權人於期限內確

答是否解除，如逾期未受解除之通知，解除權即消滅。」所謂相當期限，即決定行使解除權與否之必要期限，其詳已於前述，茲不贅。至逾期未受解除之通知，解除權即消滅者，蓋解除權人不於催告期限內行使解除權，可視為拋棄也。雖然，如契約當事人未定有解除權之存續期間，而他方當事人又不為催告，其解除權能否因時效期間之完成而消滅，則屬疑問。余以為就我民法解釋，消滅時效之客體，以請求權為限，解除權係形成權，自不能因時效期間之完成而消滅。

## 第二 解除權人之過失

解除權人因可歸責於自己之事由致其所受領之給付物不能返還，於解除契約時固得依據第二五九條第六款之規定償還其價額，但在他方當事人究不能與返還原物得同一之利益，故我民法第二六二條前段規定：「有解除權人因可歸責於自己之事由，致其所受領之給付物有毀損滅失，或其他情形，不能返還者，解除權消滅。」因解除權人之過失，解除權消滅，其要件有三：（一）須其所受領之給付物有毀損滅失，或其他情形，不能返還。所謂所受領之給付物，指基於被解除之契約，當事人之一方所受領，應依解除，返還於相對人之給付物而言，其為契約之標的物，抑為從屬移轉之物，在所不問。所謂毀損滅失，不僅給付物之物理的變更，即以給付物讓與第三人或於給付物上為第三人設定物權亦是。至其為全部一部，則非所問。所謂其他情形，包含甚廣，舉凡遺失、被盜等不能返還之情事皆屬之。（二）須其不能返還，係因可歸責於解除權人之事由所致。所謂因可歸責於解

除權人之事由，即解除人有故意或過失之謂，其詳見前，茲不贅。(三)須在行使解除權以前，致不能返還，故如在行使解除權以後，因可歸責於解除權人之事由，致其所受領之給付物毀損滅失，或其他情形，不能返還，則解除權人祇負損害賠償之責，不發生解除權消滅之問題。

### 第三 給付物之變更

我民法第二六二條後段規定：「因加工或改造，將所受之給付物變其種類者，亦同。」所謂亦同，即解除權亦歸消滅。加工或改造，指對於其所受領之給付物加以工作，使生一新物而言，雖通常稱單加以工作者為加工 (Bearbeitung)，變更給付物者為改造 (Umbildung)，實則皆屬於民法第八一四條所定加工之範疇。因加工或改造，將給付物變更其種類，其不能以原狀返還，與給付物之毀損滅失致不能返還同，故使其喪失解除權。於此場合，以有加工或改造為已足，解除權人之有無過失，以及加工或改造之價格是否大於給付物之價格，均非所問。雖然，本條之適用，以因加工或改造，變更給付物之種類為必要，如未變更物之種類，則解除權並不消滅。相對人於解除契約時，尚須償還加工或改造之費用。至其種類之有無變更，通說謂應依交易上之觀念決之，余亦謂然。

(註) (一) 解除權得因行使而消滅，此因解除權具有形成權之性質，故於解除權人行使解除權時，則解除權消滅。(二) 解除權得因拋棄而消滅，惟在解釋德國民法者，多謂解除權之拋棄，須以契約為之 (Planck-Siber, Staudinger-Kuhlenbeck, Cohn 諸氏

主此說，Windscheid 氏則主反對說，就我民法解釋則否，蓋在戰民法，無論何種權利，原則上皆得依權利人之單獨行為拋棄之故也。拋棄之意思表示，無須對相對人爲之，且無須明示，默示亦可。

### 第七項 終止契約

終止契約，在英語爲 *Terminate Contract*，即日本民法之所謂預告解約 (*Kündigung*) 是。終止契約，在結束繼續性之債權關係，與解除契約有下列數點之不同。(一)解除權之基於法律規定而生者，以債務不履行爲其惟一之原因，而終止權則不限於此。(二)解除有溯及的消滅債權關係，回復與自始未訂立契約同一狀態之效力，終止則不過有對於將來消滅債權關係之效力，過去之債權關係，不因終止而消滅。(三)契約一旦解除，則其給付無法律上之原因，故生不當得利請求權——第二五九條所定回復原狀之本質，即不外不當得利請求權，終止則惟對於將來發生效力，不發生不當得利之問題。終止契約，有依當事人之契約而生者，有依法律之規定而生者，後者例如我民法第四二四條第四三五條第四三六條第四三八條第四四〇條第四四三條第四四七條第四五〇條第四五二條第四五八條第四五九條第四七二條第四八四條第四八五條第四八九條第五〇九條第五六一條之規定是。其依契約而生者，固應依契約之所定，以爲解決，然在依法律之規定而生者，則有以明文指示其適用法規之必要，故我民法第二六二條規定：「第二五八條及第二六〇條之規定，於當事人依法律之規定終止契約者，準用之。」即聲明終止，應向他方以意思表示爲之，一方有數人者，並須由其全體或向其全體爲之，且於其發生

效力後不得撤回，又終止以前已生之損害賠償請求權，不因終止而消滅。

## 第五章 多數債務人及債權人

### 第一節 概說

#### 第一 債之主體

如前所述，債權係特定人對於特定人請求行爲之權利，從而債之關係，須有特定之二個主體，即債權人及債務人。茲述債之主體之要件如次：（一）債之主體，須爲特定：如前所述，債權爲相對權，故不但債權人須爲特定，即債務人亦須爲特定，此亦債權與物權不同之點。雖然，債之主體以須爲特定爲已足，其特定之方法如何，即債之關係與其主體究係直接結合，抑係間接結合，則非所問。債之關係與其主體直接結合，即債權人或債務人依債之關係直接定之之謂。債之關係與其主體間接結合，則指依某種狀態之媒介，債之關係與其主體結合，僅於狀態繼續之間，其主體之資格存續而言。債權人之間接定之，例如無記名證券之占有人，同時取得債權人之資格是。債務人之間接定之，例如取得供役地所有權之人負擔工作物之設置及維持之費用是。（註一）（二）債之主體，須爲各別之人格者：債權人及債務人須爲各別之人格者，同屬一人，不得既爲債權人，同時又爲債務人，蓋無論

何人，不得對於自己行使債權故也。從而債權與債務同歸一人時，則除其債權爲他人權利之標的或法律另有規定外，原則上應因混同而消滅（民法第三四四條）。

（註一）德國學者有謂債權人或債務人之間接定之，係主體之不特定（Unbestimmtheit）者（Savigny, Windscheid 諸氏主此說）。余則以爲不然，即縱在債之主體間接定之時，亦與通常情形同，其主體爲特定，第與通常情形異者，即決定主體之方法有所不同而已（Baker, Stammler 諸氏同說）。債權人或債務人之間接定之，學者稱爲物的之債（Realobligation）或狀態之債（Zustand-obligation）。

## 第二 債之主體之多數

債權人及債務人如爲單數，則債之關係甚爲單純，法律無特爲規定之必要，反之債權人或債務人如爲多數，則債之關係發生特別之效力，此我民法所以特設多數債務人及債權人之規定也。所謂債之主體之多數，即一個債之關係之主體爲多數之謂。債之主體之多數，其形式不外下列之三種：（一）債權債務，依主體之數而分割，即各債權人惟得請求給付之一部，各債務人惟負履行給付一部之義務者，是之謂可分之債（Geteilte Schuldverhältnis）。（二）各債權人得請求全部之給付，各債務人雖應履行全部之給付，然如爲一次全部之給付，則債之關係完全歸於消滅者，是之謂連帶之債（Solidarität, Gesamtschuldverhältnis）。（三）各債權人惟得共同請求債務之履行，各債務人惟得共同履行債務者，是之謂共同之債（Gemeinschaftliche Schuldverhältnis）。

上述各種形式，各國法律，非必完全認之。我國民法即無共同之債之規定，其屬於多數主體之債之關係者，如次：

(一)可分之債：我民法以之規定於第二七一條。(二)連帶之債：我民法以之規定於第二七二條至第二九一條。

(三)不可分之債：我民法以之規定於第二九二條及第二九三條。(註一)茲於次節以下分別說明之。

(註一)日本民法以保證之債規定於連帶債務之後，其理由，蓋以主債務與保證債務係以同一給付為標的，如一方履行債務，則他方之債務歸於消滅，與連帶債務頗相類似故也。實則保證債務係為擔保主債務而存在，乃從屬債務，連帶債務之各個債務，則屬平等關係，殊不相同，實不應規定於一處，故我民法從德瑞立法例，以保證為契約之一種，規定於各個之債中（民法第七三九條以下）。

## 第二節 可分之債

### 第一 可分之債之性質

可分之債(Geteiltes Schuldverhältnis)者，以可分給付為標的，而其給付被分割於各債權人或各債務人間之多數主體之債之關係也（民法第二七一條）。可分之債，一稱連合之債(obligations conjointes)，此種債權債務之發生，其要件如左。

一 須債之主體為多數。此為法條所明定。即須數人負同一債務，或有同一債權。數人負同一債務者，謂之可分債務。數人有同一債權者，謂之可分債權。

二 須以可分給付為標的。此亦為法條所明定。給付之可分，指依給付之性質及依當事人之意思表示為可



分者而言，故如給付之性質上爲不可分，或給付性質上係屬可分，而依當事人之意思表示爲不可分，則不能成立可分之債。又債之標的，如由可分給付與不可分給付合併而成，則惟可分給付成立可分之債，而不可分給付則成立不可分之債。又選擇之債之數宗給付中，有可分給付與不可分給付時，此選擇之債究爲可分之債，抑爲不可分之債，應依選擇權人之選擇定之，於未爲選擇以前，則在於不定之狀態。

## 第二 可分之債之原因

可分之債，有依法律規定而生者，例如數人繼承以可分給付爲客體之債權或債務是。有依法律行爲（如契約或遺囑）而生者，例如債權之一部讓與或債務之一部承擔是。可分之債之由於契約而生，其爲一個之契約，抑爲數個之契約，在所不問。又於債之成立之始，其給付即屬可分，固爲可分之債，即於債之成立之始，其給付本不可分，嗣後變爲可分，依我民法第二七一條後段規定，亦屬可分之債。其給付本不可分而變爲可分，例如因當事人之意思表示而生之不可分給付，當事人爲反對之意思表示時，性質上不可分之給付變而爲損害賠償請求權時是。雖然，數人爲可分給付之債之主體時，究爲可分之債，抑爲連帶之債，解釋上不無疑義。關於此點，外國法律，多明定除法律另有規定，當事人另有訂定外，當然以其爲可分之債，我民法雖無明文，余以爲解釋上應屬相同。蓋認其爲可分之債，不但爲事理之當然，且必如此始合於當事人通常之意思也。（註二）

（註二）此原則，爲羅馬法以來，德國普通法（*Windscheid* § 292）奧大利民法（奧民第八八八條）及其他各國法律之所認。但在德國

民法承認連帶債務之範圍，則較廣泛，即依德民第四二七條規定，於數人以契約共同負擔可分給付，而有疑義時，認為負擔連帶債務是。

### 第三 可分之債之效力

可分之債之效力，應分兩方面言之。

一 就其為獨立的數個債之關係言之，可分之債，形式上雖為一個債之關係，然在實質上實為依債權人或債務人之數而各自獨立的數個債之關係，既為獨立的數個債之關係，則各債權人或各債務人係獨立享有權利，獨立負擔義務，從而就一債權人或一債務人所生之事項，對於他債權人或債務人不生效力，是為當然。此亦可分之債與連帶之債不同之點。

二 就其為同一之發生原因言之，法條所謂同一債務或同一債權，即指其債權或債務為同一之發生原因而言，債權或債務之發生原因既屬同一，則此獨立的數個債之關係，不無關聯，故可分之債如由雙務契約而生，於一債務人未為履行以前，縱他債務人已為履行，債權人仍有援用同時履行抗辯之權利（民法第二二六條）。（註三）又解除契約，應依民法第二五八條第二項之規定，由其全體或向其全體為之，是不待言。

（註三）關於此點，德國民法設有明文規定，即依德民第三二〇條第一項中段：『對於數人之給付，於對待給付全部履行前，得對於各人拒絕其應受部分之給付。』我民法未設明文，解釋上應屬相同。

### 第四 各債權人或各債務人間之相互關係

依我民法第二七一條規定：「除法律另有規定，或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之。」是爲關於各債務人或債權人間之相互關係。其所以定爲平均分擔或分受者，蓋爲事理之當然，且必如此始合於當事人通常之意思也。但此僅屬原則，如法律另有規定，或契約另有訂定，則從其規定或訂定。所謂法律另有規定，例如民法第二八條第一八五條第一八七條第一項第一八八條第一項之規定是。又債務或債權既屬平均分擔或分受，則在債務人及債權人雙方均爲數人時，自應爲二重之分割，即以債務人之人數乘債權人之人數，以其所得之積數除債權額，其所得之商數，始爲各債務人對於各債權人所負之債務額。

### 第三節 連帶之債

#### 第一款 概說

#### 第一 連帶之債之種類

連帶之債 (Solidarität, Gesamtschuldverhältnis) 者，債權人或債務人爲數人，各債權人得請求全部之給付，各債務人應爲全部之給付，依一次之全部給付，使債之關係全體歸於消滅之債之關係也。債權人爲數人時，可稱爲自動的連帶 (Active Gesamtschuldverhältnis) 或連帶債權 (Gesamtforderung)。債務人爲數人時，可稱爲被動的連帶 (Passive Gesamtschuldverhältnis) 或連帶債務 (Gesamtvspflichtung)。各國法律有認此兩種之連帶者，如德國民法及瑞士債務法是。有祇認連帶債務而不認連帶債權者，如日本民法是。我民

法則從前之立法例，兼認連帶債務及連帶債權。

## 第二 連帶之債之性質

連帶之債，究爲一個之債，抑爲數個之債，自來學說，頗不一致。就德國普通法言之，據 Keller, Ribbentrop 兩氏之研究，謂德國普通法上所謂連帶之債，係由羅馬法繼承而來，羅馬法上之所謂連帶，則其情形有二，卽一爲共同連帶 (Correalität)，一爲單純連帶 (beesse Solidarität)。在共同連帶，乃債之客觀要件 (Objektive Bestant) 係屬單一，而主觀要件 (Subjektive Beziehungen) 則爲多數，換言之，卽在共同連帶，係具有多數主體之一個債之關係。反之在單純連帶，則係以同一給付或目的 (Zweck) 之數個債之關係。從而在共同連帶，就一債權人或一債務人所生之事項，對於他債權人或他債務人不生效力。反之在單純連帶，就一債權人或一債務人所生之事項，原則上對於他債權人或他債務人固屬不生效力，但例外因此數個債之關係具有同一目的，如一個債之關係依清償或得與清償同視之事項而受滿足，則其他債之關係亦因達其目的而消滅。Keller, Ribbentrop 兩氏之說，自一八二三年以還，在德國民法學界極占勢力，及十九世紀中葉，始發生種種反對之學說，但維時各家學說均捨單純連帶而論共同連帶，於是集中於共同連帶究爲一個之債，抑爲數個之債之問題。舉其重要學說，有如左述。

一 單一說 (Einheitslehre) 主此說者一如 Keller, Ribbentrop 兩氏之所主張，謂共同連帶爲多數

主體之一個債之關係 (Savigny, Samhaber, Puchta, Vangerow, Arndts, Windscheid 諸氏主此說)。此說有下列兩點之不當：(一)此說將債之客觀要件與其主體分離，殊不合於債之觀念。(二)所謂債之客觀要件，當係指給付而言，何故給付單一，祇能成立一個債之關係，殊不可解。(反對單一說者爲 Fitting, Kuntze, Eisele, Dernburg, Guhl, Binder 諸氏)。單一說既屬不能維持，於是學者唱爲代理關係說，即各債權人或各債務人係互相代理，同時以自己之名義及他人之名義訂立連帶契約，故債之關係不失其單一性 (Brinz, Lehar 兩氏主此說)。此說有下列兩點之不當：(一)各債權人或各債務人於訂立連帶契約時，並無相互代理之意思，此說顯與事實不符。(二)在代理關係，各債權人或各債務人既同時爲本人及代理人，是仍認多數主體之存在，從而即不能與前說免於同一之非難。(反對代理關係說者爲 Fitting, Kuntze 兩氏)。代理關係說既屬不能維持，於是學者唱爲選擇之債說，即連帶之債，係主體依選擇定之，在未爲選擇以前，其主體爲不特定，既爲選擇以後，則主體始爲特定，故債之關係不失其單一性 (Giranner, Fitting, Stintzing, Koch 諸氏主此說)。此說亦有下列兩點之不當：(一)選擇之債，係指給付依選擇定之，債權人或債務人之選擇，則非選擇之債。(二)連帶之債，在未爲選擇以前，其主體既不特定，則顯然與債之觀念不合。蓋如前所述，債之主體須爲特定故也。(反對選擇之債說者爲 Windscheid, Samhaber, Kuntze 諸氏)。

二 複數說 (Mehrheitstheorie) 此說以共同連帶爲按照主體之數之數個債之關係，即債權人各有一個之債權，債務人各負一個之債務，此各個債之關係則係互相關聯。至何故互相關聯，則學說不一，有謂因目的之同一，故互相關聯者，有謂因給付之同一，故互相關聯者，有謂因原因之同一，故互相關聯者，所持之見解雖有不同，然於認共同連帶爲數個債之關係之點，則屬一致。(學者多採複數說，舉其著者，如 Rückert, Kuntze, Helmolt, Czycharz, Dernburg, Eiseler, Byck, Mittels, Binder 諸氏是。)如依此說，則共同連帶與單純連帶皆屬數個債之關係，於是學者有本此見地主張羅馬法上無共同連帶與單純連帶之區別者。折衷說 此外學者，嘗有調和單一說與複數說，藉以說明羅馬法上關於共同連帶之規定者，就中學說又不一致，有謂共同連帶，其債權爲單一，訴權爲數個者 (Bekker 氏主此說)，此說將債權與訴權分而爲二，與羅馬法上共同連帶之規定不合，殊難贊同。有謂係數個債之關係相合，形成一個債之關係，即一方爲數個債之關係，他方爲一個債之關係者 (Unger 氏主此說)。數個債之關係無成爲一個債之關係之理由，此說於理論上不免矛盾，亦難贊同。有謂係按照債權人或債務人之數之數個債之關係，同時對於債權人或債務人全體爲一個債之關係者 (Baron, Samhaber 兩氏主此說)，亦有謂係一人之債務擬制爲他人之債務者 (Holder 氏主此說)，兩說均欠缺理論上之根據，殊不足取。

依上所述，可知在德國普通法上，關於連帶之債之學說，至爲混亂。普國國法奧大利民法及法國民法均制定於

Keller, Ribbentrop 兩氏唱道共同連帶與單純連帶區別之前，故祇認一種連帶，而無所謂共同連帶單純連帶。德國民法瑞士債務法及日本民法雖制定於 K. R. 兩氏唱道共同連帶與單純連帶區別之後，然因維時 K. R. 兩氏之說已就衰微，故亦如普奧法等國法律，祇認一種連帶，而無所謂共同連帶與單純連帶。自經濟上之目的言之，連帶之債在以確保債權人權利之效力，且使其容易行使爲目的，爲達此目的，以認一種連帶爲已足，故我民法從一般立法例祇認一種連帶，且係認連帶之債爲數個債之關係，而非一個債之關係。其詳俟於論連帶債務及連帶債權之性質時述之。

## 第二款 連帶債務

### 第一項 連帶債務之性質

連帶債務(Gesamtschulden, Obligations Solidaires)者，數人基於同一原因，負擔具有同一目的同一給付之數個債務也。析言之：

- 一 連帶債務須有數人之債務人 連帶債務係多數主體之債之一種，故須有數人之債務人，苟無數人之債務人，縱具備其他要件，亦非連帶債務。至債權人之爲一人，抑爲數人，則非所問。
- 二 連帶債務係數個之債務 卽連帶債務，係按照債務人人數之數個之債務。如前所述，在理論上既不認所謂共同連帶，如依單純連帶之觀念，則連帶債務，自係由數個債務而成立。我國民法卽從此理論，其根據有二：

(一)依第二七三條規定：「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人，或其全體，同時或先後，請求全部或一部之給付。連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。」依此規定，我民法係認連帶債務為數個債務，實無可疑，即如非解為數個債務，則債務人無須各別負擔全部之給付，且於連帶債務未全部履行前，全體債務人亦無須負連帶責任矣。(二)又依第二七九條規定：「就連帶債務人中之一人所生之事項，除前五條（即第二七四條至第二七八條）規定或契約另有訂定者外，其利益或不利利益，對他債務人不生效力。」依此規定，我民法係認連帶債務為數個債務，尤為顯然，即如非解為數個債務，則就連帶債務人中之一人所生之事項，其利益或不利利益，應當對於他債務人發生效力矣。

三 數個債務須係同一之給付 我民法第二七二條所謂數人負同一債務，即係此意。然若嚴格言之，債務人既屬不同，則其給付自異，所謂同一給付，觀念上殆難認之。雖然，於此場合，無論由任何債務人受領給付，在債權人均屬相同，故不妨謂各債務人之給付為同一耳。連帶債務，各債務人之給付既須同一，故如各債務人負擔不同之給付，即不能成立連帶債務，例如對於同一債權人，甲負擔金錢之給付，乙負擔特定物之給付，丙負擔勞務之給付，不能成立連帶債務是。至各債務人之給付須為同一者，因如後所述，各債務之目的須係同一，給付乃達此目的之手段，自非同一不可故也。但各債務人之給付以同一為已足，其體樣是否同一，則非所問，故附加條件期限之給付與未附加條件期限之給付，結合而成連帶債務，附有擔保之給付與未附有擔保之



給付結合而成連帶債務，均無不可。（註二）又不作爲之給付，能否成立連帶債務，學者間頗有爭論，依余所信，應取肯定說（異說石坂氏前揭八〇六頁）。不作爲之給付之成立連帶債務，例如數人對於同一人約定不爲營業上之競爭是。又不可分給付，能否成立連帶債務，亦一問題？依余所信，應取肯定說，蓋縱屬不可分給付，亦無不許依當事人之明示成立連帶債務之理由故也。惟給付既不可分，則關於就債務一部所生之絕對的效力（民法第二七六條第二七七條），無其適用，自不待言。

四 數個債務須有同一之目的 各債務人所負擔之給付，雖屬同一，如其目的而非同一，仍不能成立連帶債務，此爲一般學說所明認。故如數人分別與其特定人訂立出賣某特定物之契約時，雖屬同一給付之數個債務，然此數個債務各別獨立，縱一債務人已爲履行，而其他債務人之債務並不消滅。反之在連帶債務，各債務人雖負擔全部給付之債務，然如一債務人爲全部之給付，則其他債務人之債務即完全歸於消滅。其他債務人之債務所以完全歸於消滅者，正因數個債務具有同一之目的也。連帶債務之數個債務，須有同一目的固矣，但目的之意義如何，則有兩說，有解爲法律上目的之意義者（Savigny, Unger 兩氏主此說），有解爲經濟上目的之意義者（Eiseler, Rappaport, Last 諸氏主此說）。前說殊欠明瞭，依余所信，應以後說爲是。即所謂目的，由債權人方面觀察，指債權人基於債權關係所取得之經濟上之利益而言。目的之同一，於連帶債務基於法律行爲而生時，依當事人之意思定之。於連帶債務基於法律規定而生時，則依債務之性質定之。

五 數個債務須基於同一之原因 連帶債務，是否須數個債務基於同一原因而生，學說上頗有爭論，但余固取肯定說者也。<sup>註二</sup>連帶債務之數個債務，既須基於同一原因而生，從而目的雖同，而原因不同，即不能稱為連帶債務。例如保險人與侵權行為人同負損害賠償義務時，兩者之債務，目的雖同，而原因不同，即一基於保險契約而生，一基於侵權行為而生，不能稱為連帶債務。是連帶債務之所以異於非真正連帶債務（*Urecht Solidarist*）者，即在於此。（註三）此之所謂原因，係指債務發生之實質的原因，債務發生之形式的原因，故如甲乙丙對於債權人基於同一之消費借貸契約負擔連帶債務時，縱甲乙丙非同一時間與債權人訂立負擔連帶債務之契約，其實質的原因既屬同一，即屬連帶債務是。

（註一）各債務人所負擔之給付，得異其條件或期限，為一般學說所明認，法國民法第一二〇一條及德國民法第一次草案第三三二條且設有明文規定。但在德國民法草案成為正式法典時，已刪除此項規定，蓋以其事屬當然，無須特設明文也。

（註二）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：「連帶債務不必限於由同一原因發生，學者中亦有以連帶債務係由同一原因發生為理由，而說明上述得因一次給付即行消滅之特質者，實為錯誤。無論依法律規定，或當事人法律行為以發生連帶債務，其原因均不限於同一，只須其目的同一，即其原因不同，要亦無妨。例如丙先對甲承諾就乙債負連帶保證責任，丁至後亦承諾負同一連帶保證責任，仍得謂為連帶債務也。」（陳氏前揭三五五頁）

（註三）非真正連帶債務，即數人基於各別獨立之原因，所負擔具有同一目的同一給付之數個債務，非真正連帶債務之說，創始於 *Herr-*

ing Hartmann, Mittheis, Eisele 諸氏現代學者皆是認之（如 Derenburg, Emmeceerus, Schollmeyer, Örtmann, Tourne, Kuhlbeck-Staudinger, Planck, Rehbein 諸氏）非真正連帶債務，雖非基於同一之原因與連帶債務異，然具有同一目的同一給付則與連帶債務同，故於一個債務，依清償或得與清償同視之事項，債權人而受滿足時，則他之債務亦達其目的，自依反射作用而消滅。關於非真正連帶債務之意義及效力，陳克生氏與本書之見解均不相同，陳氏前揭三六六頁至三六八頁參照。

## 第二項 連帶債務之原因

連帶債務發生之原因，依我民法規定，一為法律行為，一為法律規定，茲分述如左。

### 第一 法律行為

我民法第二七二條第一項規定：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。」此即規定連帶債務得由法律行為而生。法律行為為原有單獨行為與契約之別，連帶債務之由單獨行為而生者，例如依遺囑，數人之繼承人負擔連帶債務是。連帶債務之由契約而生，則為日常交易所常見，惟其契約是否限於一個，學說上頗有爭論，（註）余以為連帶債務之由契約而生，其契約通常固為一個，但如前所述，連帶債務以實質的原因同一為已定，其形式的原因是否同一，在所不問，故其契約縱為數個，亦無不可。又各債務人之與債權人成立連帶債務契約，無須同時為之，縱異時為之，亦屬無礙。例如債務人負擔消費借貸上之債務後，他人再獨立對於債權人就同一債務約定其為連帶，亦得成立連帶債務是。此即重疊的債務承擔（Cumulative

Schuldübernahme) 之所由生。雖然，無論何種情形，數債務人之負擔連帶債務，須係「明示」，苟未「明示」，其給付如爲可分，則屬前述第二七一條之可分之債，其給付如不可分，則屬後述第二九三條之不可分之債，不能當然謂其爲連帶債務也。顧連帶債務之成立，以「明示」爲已足，其用連帶字樣與否，則非所問。故如雙方當事人約定，各債務人負擔全部給付，但依一次之全部給付，則全體之債務歸於消滅，其爲連帶債務，固甚顯然也。

(註)關於羅馬法之解釋，有謂連帶債務之成立，須爲一個行爲者，如 Kuntze, Eisele, Mittels 諸氏。是有謂無須爲一個行爲者，如 Fitting, Samhaber 諸氏。是在解釋德國民法者，通說均謂連帶債務得依數個之行爲而成立 (Dernburg, Schollmeyer, Reichel, Enneccerus 諸氏均主此說)。

## 第二 法律規定

我民法第二七二條第二項規定：「無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律規定者爲限。」此即規定連帶債務得由法律規定而發生。法律所規定之連帶債務，不一而足，就民法言之，如該法第二八條第一八五條第一八七條第一八八條第三〇五條第四七一條第六三七條第六八一一條第七四八條第一一五三條之規定是。就公司法言之，如該法第三三條第三五條第一〇五條第一一三條之規定是。就海商法言之，如該法第一一六條之規定是。法律上之連帶債務，以法律明定其爲連帶債務者爲限，否則縱係數人依法律規定負擔具有同一目的之債務，亦祇能成立非真正連帶債務，而非連帶債務。

### 第三項 連帶債務之效力

#### 第一目 債務人之權利

依我民法第二七三條第一項規定：『連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人，或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。』是爲關於債權人權利之規定。依此規定，則（一）債權人得依其選擇，對於債務人中之一人請求全部或一部之給付。故如債權人對於債務人一人請求全部之給付時，則受此請求之債務人不得爲分割之抗辯。（二）債權人得同時對於債務人中之數人或其全體請求全部或一部之給付。例如債權人同時以債務人中之數人或其全體爲共同被告，請求全部或一部之給付是。（三）債權人得先後對於債務人中之數人或其全體請求全部或一部之給付。故如債權人對於一債務人起訴後，再對於他債務人起訴，他債務人不得爲權利拘束之抗辯。又如債權人對於一債務人起訴，已受確定判決後，再對於他債務人起訴，他債務人不得爲既判力之抗辯是（但應注意民法第二七五條之規定其詳見後）。不寧惟是，我民法更於同條第二項規定曰：『連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。』此又所以明示債權人就未受清償之債務部分，對於各債務人仍有上述之請求權者也。（註）

（註）於此尙有一問題，我民法未設明文解決，其問題爲何，即於連帶債務人破產時，債權人對於破產財團之分配加入之權利是。於此問題，各國立法主義不同：（一）依德國法主義，連帶債務人中之一人或數人破產開始時，債權人於未受全部清償以前，得對於各破產財團，以破產附

始時之債權額加入分配（德破產法第六八條）。此主義爲奧大利破產法（奧法第十九條）匈牙利破產法（匈法第七〇條）荷蘭破產法（荷法第三六條）丹麥破產法（丹法第十八條）所採用。（二）依法國法主義，不但連帶債務人中之一人或數人同時破產開始時，即異時破產開始時，債權人於未受全部清償以前，亦得以債權之全額加入各破產財團之分配，但如債務人中之一人未破產開始，債權人已受一部之清償時，應爲扣除，以其殘額加入破產財團之分配（法商法第五四二條至第五四四條）。此主義爲比利時商法（比法第五三七條以下）意大利商法（意法第七八八條以下）及日本民法（日民第四四一條）日破產法第一〇三一條第一項）所採用。（三）依瑞士法主義，則較之法國法更進一步，即在破產開始前縱已受一部之清償，債權人亦得以債權之全額加入破產財團之分配（瑞破產法第二一六條至第二二八條）。我民法未設明文，應讓諸破產法中規定之。

## 第二目 就連帶債務人中一人所生事項之效力

### 第一 概說

就連帶債務人中一人所生之事項，是否對於他債務人發生效力，應分兩方面觀察之，即如由連帶債務係數個獨立之債務觀察，則債務人中一人所生之事項對於他債務人不生效力。反之如由連帶債務之數個債務具有同一目的觀察，則債務人中一人所生之清償及得與清償同視之事項，對於他債務人亦生效力。此因如前所述，數個債務之目的既屬同一，債務人中一人已爲清償或有得與清償同視之事項，則債權人之目的已達，他債務人之債務即因反射作用而消滅故也。債務人中一人所生之事項對於他債務人亦生效力者，謂之發生絕對效

力之事項，債務人中一人所生之事項對於他債務人，不生效力者，則謂之發生相對效力之事項。我民法雖大體從此理論，但基於實際上之理由，不無多少變更耳。本書依此綱目分別說明於左。（註一）

（註一）債務人中一人所生之事項，對於他債務人發生如何之效力，各國法律不同，茲述其重要立法例如次：（一）關於發生絕對效力之事項，其範圍最狹者，為德國民法，德民以清償代物清提償存抵銷及債權人之遲延，為發生絕對效力之事項，告知遲延過失給付不能時效完成時效中斷及停止混同判決等事項，則除有特別規定外，祇發生相對效力（德民第四二二條至第四二五條）。與德國民法相近者，為瑞士債務法（瑞債第一三六條第一項第一四六條第一四七條）。（二）範圍較德國民法為廣者，為法國民法，法民事凡清償（第一二〇〇條）抵銷改更（第一二八一條第一項）宣誓（第一三六五條第四項）時效中斷（第一二〇五條）債務人之遲延（第一二〇五條第一二〇七條）過失（第一二〇五條）免除（第一二八五條）混同（第一二〇九條第一三〇一條第三項）等，皆為發生絕對效力之事項。與法國民法相同者，為葡萄牙民法及智利民法及西班牙民法。（三）介於德國民法及法國民法之間者，為日本民法，即日民雖非如法民以過失遲延及時效中斷等為發生絕對效力之事項（日民第四三四條至第四三九條），但以履行之請求為發生絕對效力，則為各國之所無（日民第四三四條）。至我民法則大體從德國民法之規定。

## 第二 發生絕對效力之事項

關於發生絕對效力之事項，依我民法規定，有如左述。

一 清償 此為我民法第二七四條所明定，即連帶債務人中之一人為清償，而債務消滅者，他債務人亦同免

其責任。關於清償，我民法規定於第三〇九條以下，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。我民法之以清償為發生絕對效力之事項者，蓋如前所述，連帶債務之數個債務，其目的同一，如連帶債務人中的一人已為清償，則其目的已達，他之債務無存在之理由故也。雖然，連帶債務，原為數個獨立之債務，債務人中的一人所為之清償，究非他債務人所為之清償，他債務人之所以同免其責任者，僅屬一種反射作用，不可不辨。（註二）

二 代物清償 此亦為我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中的一人為代物清償，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於代物清償，我民法規定於第三一九條，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。代物清償係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法以其為發生絕對效力之事項。

三 提存 此亦為我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中的一人為提存，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於提存，我民法規定於第三二六條以下，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。提存係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法以其為發生絕對效力之事項。

四 抵銷 此亦為我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中的一人為抵銷，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於抵銷，我民法規定於第三三四條以下，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。抵銷係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法以其為發生絕對效力之事項。惟於此有一問題，即連帶債務人中的一人對於債權人有債權時，他債務人能否主張抵銷？於此問題，各國法律之解決不同，有許主



張抵銷者（日民第四三六條第二項），有不許主張抵銷者（德民第四二二條第二項法民第一二九四條），自理論言之，應以後之立法例爲是。蓋如許主張抵銷，則不但反於不得處分他人債權之理論，抑且背於連帶債務之性質，即連帶債務原在確保債權之效力，故債權人得向任何債務人請求全部之給付，如許他債務人主張抵銷，則不啻許其爲一部之清償故也。但如不許主張抵銷，則於他債務人清償債務時，得先由他債務人向有債權之債務人請求償還其應分擔之部分，再由該債務人向債權人請求清償自己之債權，徒生訴訟循環（*circuit d'action*）之繁雜手續，殊屬無謂，故自實際言之，又應以前之立法例爲是。我民法即從此立法例，於第二七七條明定他債務人以該債務人應分擔之部分爲限，得主張抵銷。其得主張抵銷者，既以該債務人應分擔之部分爲限，則在該債務人無應分擔之部分時，自無抵銷之可言。又該債務人應分擔之部分小於債權額時，僅得就其分擔部分之數額主張抵銷，自不待言。

五 混同 此亦爲我民法第二七四條所明定，即因連帶債務人中之一人爲混同，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。關於混同，我民法規定於第三四四條，其詳俟於債之消滅中述之，茲不贅。混同是否爲發生絕對效力之事項，各國法律不同，有以其爲發生絕對的效力之事項者（法民第一三〇一條第三項日民第四三八條），有不然者（德民第四二五條第二項），自理論言之，應以後之立法例爲是。蓋債務之因混同而消滅，係因債權債務同歸一人，欠缺債務之要件，非如清償對於債權人與以實質的滿足故也。但如僅以混同爲發

生相對效力之事項，則於他債務人清償債務時，尚須對於該債務人請求償還其應分擔之部分，徒生訴訟循環之繁雜手續，殊屬無謂，故自實際言之，又應以前之立法例爲是，我民法即從此立法例者也。

六 判決確定 連帶債務人中之一人受確定判決，對於他債務人是否亦生效力，各國法律多未設明文規定，惟在解釋德國普通法者，則多謂債權人敗訴時，對於他債務人亦生效力（Binder, Windscheid 兩氏主此說）。自理論言之，應以對於他債務人不生效力爲是。蓋依訴訟法則，判決惟於訴訟當事人間發生效力故也。但自保護債務人立論，則又應以對於他債務人亦生效力爲是。我民法即從此立法例，於第二七五條規定：「連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，爲他債務人之利益，亦生效力。」所謂非基於該債務人之個人關係，例如債權人因該債務人負擔債務之法律行爲有無效或撤銷之原因，致受敗訴之判決是。所謂爲他債務人之利益亦生效力，即他債務人受敗訴判決之債權人請求履行或提起訴訟時，得援用該判決拒絕履行，或爲既判力之抗辯是。

七 免除 債權人向連帶債務人中之一人免除債務，對於他債務人是否亦生效力，自羅馬法以來，各國立法即不一致，自理論言之，應以對於他債務人不生效力爲是。蓋債務之因免除而消滅，非如清償，對於債權人與以實質的滿足故也。但如對於他債務人不生效力，則於他債務人清償債務時，得向受免除之債務人請求償還其應分擔之部分，而該債務人又對於債權人請求其償還，徒生訴訟循環之繁雜手續，殊屬無謂，故自實際

言之，又應以對於他債務人亦生效力爲是。我民法即從此立法例，於第二七六條第一項規定：「債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。」依此規定，債權人向連帶債務人全體免除債務時，連帶債務全部消滅，向其中一人免除債務，而有消滅全部債務之意思表示時，則他債務人亦同免其責任。不過於無消滅全部債務之意思表示時，他債務人惟專就該債務人應分擔之部分免其責任耳。何謂免除，我民法規定於第三四三條，俟於債之消滅中述之，茲不贅。（註三）

八 消滅時效完成 連帶債務中之一人消滅時效完成，對於他債務人是否亦生效力，各國法律不同，有對於他債務人亦生效力者（日民第四三九條遲民第二五〇條），有對於他債務人不生效力者（德民第四二五條第二項），自理論言之，應以後之立法例爲是，蓋債務之因消滅時效完成而消滅，非如清償，對於債權人與以實質的滿足故也。但如對於他債務人不生效力，則於他債務人清償債務時，尙得對於受消滅時效完成利益之債務人請求償還其應分擔之部分，則該債務人將不克享受消滅時效完成之利益，故自實際言之，又應以前之立法例爲是。我民法即從此立法例，於第二七六條第二項規定：「前項規定，於連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，準用之。」所謂準用者，即就該債務人應分擔之部分，對於他債務人亦同免其責任也。

九 受領遲延 債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時，對於他債務人是否亦生效力，各國法律不同，有

對於他債務人<sub>不生效力者</sub>，此為多數國之所同，有對於他債務人亦生效力者，如德國民法及暹羅民法是（德民第四二四條暹民第二五二條）。自理論言之，以前之立法例為是。蓋連帶債務係數個獨立之債務，不能謂連帶債務人中之一人提出給付，即為他債務人之提出給付故也。但如對於他債務人<sub>不生效力</sub>，則債權人對於債務人中一人已提出之給付拒絕受領或不能受領，對於他債務人尙保有其權利，甚為不當，故自實際言之，又應以後之立法例為是。我民法即從此立法例，於第二七八條規定：「債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時，為他債務人之利益，亦生效力。」

上述九端，皆係發生絕對效力之事項，此等事項之中，有就全部債務，對於他債務人亦同免其責任者，有惟就該債務人之分擔部分，對於他債務人亦同免其責任者。前者如清償代物清償提存抵銷混同判決確定及受領遲延是。後者如免除及時效完成是。有屬強行規定，當事人不得以契約限制其效力者，有非強行規定，當事人得以契約限制其效力者。前者如清償代物清償提存抵銷及混同是。後者如判決確定免除時效完成及受領遲延是。

（註二）連帶債務人中之一人因清償致他債務人同免其責任時，依我民法第二八一條規定，該債務人於求償範圍內承受債權人之權利。從而債權於此範圍內仍屬存續，並非絕對消滅。關於代物清償提存抵銷等有償行為，亦同。其詳俟後述之，茲不贅。

（註三）關於免除，各國民法之用語例，頗不相同，約可分為兩派：其一，明定債權人與連帶債務人中之一人之合意免除，於當事人有消滅全部債之關係之意思時，為他債務人之利益亦生效力者，如德國民法第四二三條是。其二，明定對於一債務人所為之免除，惟就該債務人之分

擔部分，爲他債務人之利益亦生效力者，如法國民法第一二八五條、日本民法第四三七條、暹羅民法第二五五條是。我國民法係從德國民法，而於用語例則曰：債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任（民法第二七六條第一項），殊欠妥洽。

### 第三 發生相對效力之事項

我民法第二七九條規定：「就連帶債務人中之一人所生之事項，除前五條規定或契約另有訂定外，其利益或不利，對他債務人不生效力。」本條之規定，甚爲概括，茲舉其重要事項如左，以見一般。

一 履行之請求 債權人對於連帶債務人中一人所爲履行之請求，外國法律有明定其對於他債務人亦生效力者（日民第四三四條），我民法則從一般立法例，以其爲發生相對效力之事項，蓋如以其爲發生絕對效力之事項，則他債務人縱未受履行之請求，亦生時效中斷及給付遲延之效果，甚爲不當故也。

二 債務人之過失 連帶債務人中一人之過失，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定因連帶債務人中一人之過失致給付不能，他債務人亦應負損害賠償之責者，如法國民法及暹羅民法是（法民第一二〇五條、暹民第二五六條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法是（德民第四二五條第二項）。就理論言之，連帶債務人中一人之過失，在他債務人與事變無異，無使其對於事變而負責任之理由，故我民法從後之立法例，以其爲發生相對效力之事項。

- 三 債務人之遲延 連帶債務人中一人之遲延，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定對於他債務人亦生效力者，如法國民法及暹羅民法是（法民第一二〇七條、暹民第二五一條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第四二五條、瑞債第四一六條）。余以為就我民法解釋，則應因情形而異，殊難一概而論，即（一）給付有確定期限，且係同一時期者，如各債務人皆不為履行，則全體債務人皆負遲延責任；如就中有一人已為履行，則全體債務人皆不負遲延責任。（二）給付無確定期限，或雖有確定期限而非同一時期者，則僅由具備遲延要件之債務人負遲延責任，他債務人皆不負遲延責任。（註四）
- 四 給付不能 連帶債務人中一人之給付不能，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定對於他債務人亦生效力者，如法國民法及暹羅民法是（法民第一二〇七條、暹民第二五一條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第四二五條、第二項瑞債第四一六條）。余以為就我民法解釋，則應因情形而異，殊難一概而論，即（一）全體債務人之給付不能，如因不可歸責於全體債務人之事由而生，則全體債務人皆免其債務；如因可歸責於債務人中一人之事由而生，則惟該債務人負損害賠償責任，他債務人免其債務。（二）債務人一人之給付不能，如因不可歸責於該債務人之事由而生，則惟該債務人負損害賠償責任，他債務人不受影響；如因可歸責於該債務人之事由而生，則惟該債務人負損害賠償責任，他債務人不受影響。

五 消滅時效中斷及未完成 連帶債務人一人之消滅時效中斷，對於他債務人是否發生效力，各國法律不同，有明定對於他債務人亦生效力者，如法國民法瑞士債務法及暹羅民法是（法民第一〇九九條第一二〇六條第二二四九條瑞債第一三六條第一項暹民第二四九條）。有明定對於他債務人不生效力者，如德國民法是（德民第四二五條第二項）。就理論言之，應以後之立法例爲是，故我民法從之，以其爲發生相對效力之事項。（註五）消滅時效之未完成時，亦同。

六 債權之讓與債務之承擔 債權人能否以其對於連帶債務人一人之債權讓與第三人，學說上頗有爭論，有謂連帶債務爲單一債務，不得以其對於債務人一人之債權讓與第三人者（Schott 氏主此說），有謂連帶債務係數個獨立之債務，得以其對於債務人一人之債權讓與第三人者（Binder, Reichel, Irman 氏主此說）。就我民法解釋，應從後說，且應以其爲發生相對效力之事項。第三人承擔連帶債務人一人之債務時，亦同（同說）：Irman, Schollmeyer, Planck 諸氏）。

七 連帶之免除 連帶之免除（*remise de la solidarite'*）惟法國法系之民法認之（法民第一二一〇條），德國法系之民法則否。所謂連帶之免除，即免除全部給付之謂。換言之，即免除連帶債務人分擔部分以外之部分，謂之連帶之免除。連帶之免除，有絕對的連帶之免除與相對的連帶之免除，對於全體債務人免除連帶者，爲絕對的連帶之免除，對於債務人一人免除連帶者，爲相對的連帶之免除。因絕對的連帶之免除，則

各債務人皆僅就其分擔部分負擔債務，於此場合，連帶債務一變而為可分債務。因相對的連帶之免除，則惟債務人一人僅就其分擔部分負擔債務，他債務人仍應負擔債務之全部，從而相對的連帶之免除，自祇發生相對的效力。

上述七端，即發生相對效力重要之事項。但應注意者，我民法第二七九條並非強制規定，此就本條除外之規定觀之而自明。故如當事人間另有契約，對於相對的效力之事項，與以絕對的效力，應認為有效，自不待言。但此係就通常情形而言，亦有依事項之性質，不能付與絕對的效力者，如消滅時效之中斷，即其一例。蓋關於消滅時效之中斷，如依當事人之契約與以絕對的效力，則消滅時效之完成甚為困難，將發生違背公益之結果故也。

(註四) 日本民法關於給付遲延，因給付有確定期限，有不確定期限，及未定期限而不同，給付有確定期限者，於給付期到來，債務人即負遲延責任，給付有不確定期限者，於債務人知其期限到來之日起負遲延責任，給付未定期限者，則自債務人受履行之請求時起負遲延責任。(日民第四一二條)，而日民係以履行之請求為發生絕對的效力之事項(日民第四三四條)，從而在日本在解釋日本民法者，於第一節二兩種情形，謂其為發生相對的效力之事項，而於第三種情形，則謂其為發生絕對的效力之事項。

(註五) 依我民法第一二九條規定，消滅時效中斷之事由為請求承認及起訴之三種，無論其為何種事由，皆屬發生相對效力之事項，但在解釋日本民法者，則因日民第四三四條係以履行之請求為發生絕對效力之事項，故於請求則認為係消滅時效中斷為發生相對效力事項之例外。



#### 第四項 連帶債務人相互間之關係

##### 第一目 相互間之分擔部分

依我民法第二八〇條規定：「連帶債務人相互間，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應平均分擔義務。」此係關於連帶債務人相互間分擔部分之規定（法民第一二一三條、德民第四二六條、奧民第八九六條、瑞債第四一八條、暹民第二五八條）。依此規定，連帶債務人相互間之分擔部分，原則上係屬平均。我民法之所以定為平均者，蓋着眼於公平觀念，推測債務人間之意思定之也。但此僅屬補充規定，故如（一）法律另有規定，則從其規定；所謂法律另有規定，例如法民第一八八條第三項及第六七七條之規定是。（二）契約另有訂定，則從其訂定；所謂契約另有訂定，例如債務人間約定，由債務人一人實際負擔全部債務，他債務人僅因與以信用，對於債權人負擔全部債務是。以契約另定分擔部分，不僅由契約而生之連帶債務有其適用，即由法律規定而生之連帶債務以契約另定其分擔部分，亦無不可。例如合夥之合夥人，對於合夥之債務，雖依法民第六八一條之規定應負連帶責任，而其內部之分擔部分，不妨自由定之。是至債務人一人因清償或其他免責行為致受有損害，或支出費用，他債務人應為分擔，乃事所當然，故我民法不設明文規定。所謂事所當然者，蓋債務人一人如因清償或其他免責行為致受有損害，基於公平之觀念，他債務人不能不為損害之分擔，如因清償或其他免責行為支出費用，基於無因管理之法理，他債務人不能不為費用之償還也。<sup>(註)</sup>但如因連帶債務人一人應單獨負責之事由所致之損害及支出之

費用，而亦責令他債務人分擔，則殊失當，故我民法第二八〇條特設但書，明定其由該債務人負擔之。所謂損害，例如債務人因為清償，不得已以高利借入金錢，或以廉價出賣其財產，所生之損害是。所謂費用，舉凡匯費運送費訴訟費用執行費用等皆屬之。所謂因債務人一人應單獨負責之事由所致之損害及支出之費用，即該債務人對於所致之損害及支出之費用有故意或過失是。

（註）關於他債務人分擔損害之根據如何，學說上頗有爭論，有謂其基於委任保證者，有謂其基於無因管理者，有謂其基於公平觀念者，依余所信，應以第三說為是。關於他債務人分擔費用之根據如何，學說上亦有爭論，有謂其基於委任保證者，有謂其基於無因管理者，依余所信，應以後說為是。

## 第二目 相互間之求償權

如上所述，連帶債務人相互間，既各有其分擔部分，而於因債務人一人之清償或其他行為，致他債務人同免責任時，發生求償權之問題。茲述我民法關於連帶債務人相互間求償權之規定如左。

### 第一 求償權之要件

依我民法第二八一條第一項規定：『連帶債務人中之一人，因清償或其他行為，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還其各自分擔之部分，並自免責時起之利息。』依此規定，求償權之成立，其要件如下：（一）須連帶債務人中之一人已為免責之行為；即必於連帶債務人中之一人已為免責行為後，始得對於他債務人求

債，從而於未爲免責行爲以前，自無求償之可言。(二)須致他債務人同免責任：所謂他債務人同免責任，即不但該債務人之責任因該債務人之行爲減輕或消滅，即他債務人之責任亦因該債務人之行爲減輕或消滅；從而求償權之成立，自惟限於發生絕對效力之事項有之，相對效力之事項則無成立求償權之可能。(三)須因清償或其他行爲致他債務人同免責任：何謂其他行爲，解釋上頗屬疑問？依余所信，我民法既以清償爲其例示，則所謂其他行爲，自應一如日本民法解釋，係指有償行爲而言（日民第四四二條第一項），從而發生絕對效力之事項中，自惟清償代物清償提存抵銷及混同等，得成立求償權。至如確定判決免除消滅時效完成及受領遲延，雖致他債務人同免責任，亦無成立求償權之餘地。蓋以其爲無償故也。具備上述三種要件，固成立求償權，但同免責任之數額，是否必須超過該債務人自己應分擔之部分，學說上頗有爭論，依余所信，應取肯定說。即如同免責任之數額，少於該債務人應分擔之部分，或僅與其應分擔之部分相等，或則尙未盡自己之義務，或則不過盡自己之債務，即不能成立求償權。（註一）

（註一）在德國民法學界主肯定說者，爲 Ortman, Emmeoerus, Reichel 諸氏，主否定說者，爲 Crome, Dernburg, Goldmann, Lilienthal, Kuhnbeck-Staudinger, Schollmeyer 諸氏。法國通說均採否定說。我國民法學者如陳克生氏洪賦林氏均採肯定說。瑞士債務法則對於此點，設有明文規定（瑞債第一四八條第二項）。

## 第二 求償權之範圍

本論 第五章 多數債務人及債權人

關於求償權之範圍，我民法第二八一條第一項設有明文規定，即（一）該債務人得向他債務人請求償還其各自分擔之部分；此在因清償提存抵銷等致他債務人同免責任時，出資額與其已消滅之債權額係屬相同，其求償之範圍，無論依何項數額均屬同一，固屬不成問題；但如為代物清償，則出資額與已消滅之債權額，非必相同，此時應依何項數額以定求償權之範圍，則屬疑問。依余所信，於此情形，應依出資額以定求償權之範圍，但如出資額大於已消滅之債權額，則依已消滅之債權額以定求償權之範圍。（二）並得向他債務人請求支付自免責時起之利息。連帶債務人中之一人為免責行為時，他債務人既亦因之同免責任，故我民法明定其得向他債務人請求支付利息，以保護為此免責行為之債務人。此利息為法定利息之一種，依我民法規定，以自免責時起，為其起算利息之時期。至其利率，則應依法定利率即週年百分之五以為計算，是不待言。

### 第三 求償權之擴張

連帶債務人中之一人，不能償還其分擔額時，即由求償權人單獨負責，殊欠公平，故我民法從一般立法例，於第二八二條特設求償權擴張之規定。（註二）求償權之擴張，其要件有二：（一）須連帶債務人中之一人不能償還其分擔額；關於此點，外國法律有以連帶債務人中之一人因無資力不能償還為限者（日民第四四四條），我民法無此限制，余以為自以不能償還其分擔額為已足，其原因如何，則非所問。又所謂不能償還，不僅指分擔部分之全部不能償還，即分擔部分之一部不能償還亦是。（二）須其不能償還非由求償權人之過失所致；此為我

民法第二八二條第一項但書所明定，良以求債權之擴張，乃為維持公平而設之制度，如其不能償還，係由求債權人之過失所致，則無使他債務人負擔損失之理由故也。所謂不能償還係由求債權人之過失所致，例如因求債權人怠於求償致消滅時效完成，或其人行蹤不明是。具備上述要件，依我民法第二八二條第二項規定，其不能償還之部分，由求債權人與他債務人按照比例分擔之。例如連帶債務人五人，以平等比例，負擔二千元之債務時，如其中一人不能償還，則其人分擔部分之四百元，由其他四人平均分擔是。但所謂按照比例分擔，即按照各自應分擔之部分比例分擔之謂，從而無分擔部分之債務人，自無分擔義務之可言。（註三）又依我民法第二八二條第二項規定：「前項情形，他債務人中之一人應分擔之部分已免責者，仍應依前項比例分擔之規定，負其責任。」所謂他債務人中之一人應分擔之部分已免責任，係指何種情形而言，解釋上不無疑問？余以為當係指連帶之免除時言之，但有謂係指消滅時效完成，或經債權人免除其債務時而言者，如依此說，則是對於無償行為亦得成立求償權，更得為求償權之擴張矣，詎有當乎？（註四）又關於此點，外國法律有規定其分擔部分應由債權人負擔者（日民第四四五條），此種規定殊不合於債權人之意思，故我民法明定其由債務人負擔之。

（註三）各國民法多設有求償權擴張之規定——奧民第八九六條法民第一二二四條德民第四二六條第一項瑞債第一四八條第三項

日民第四四四條連民第二六〇條。在解釋法國民法者謂求償權之擴張，係因債務人間有合夥關係之存在，我民法不認合夥關係之存在，故

可解為係基於公平之理由。

(註三) 連帶債務人中之一人不能償還之分擔部分，固應由求償權人與他債務人按照比例分擔之，然該債務人分擔部分之債務依然存在，並不因其不能償還而消滅，從而如該債務人他日能為償還，則求償權人及他債務人仍得請求其償還，是不符旨。

(註四) 關於此點，洪賦林氏與本書見解不同，洪著謂：「第二項所謂他債務人中之一人應分擔之部分已免責者，例如他債務人中之一人消滅時效已完成，或經債權人免除其債務時是也。此際該債務人應分擔之部分，依第二百七十六條之規定，其餘之債務人亦同免其責任，固無更受求償之事，但有不能向求償權人償還分擔部分之債務人時，則其不能償還之部分該債務人仍應分擔之。受連帶免除之債務人，就其應分擔之部分仍未免責，故應適用第一項之規定，不在第二項規定之列。」（洪氏前揭一九二頁）

#### 第四 代位

在昔羅馬法，連帶債務人中之一人對於他債務人有求償權時，惟能請求讓與債權人之債權，近世各國法律則多認求償權人得當然行使債權人之權利（法民第一二五一條、德民第四二六條、第二項瑞債第一四九條、日民第五〇〇條、暹民第二六一條）。我民法從之，亦於第二八一條、第二項規定：「前項情形，求償權人於求償範圍內，承受債權人之權利」。蓋所以確保求償權之效力也。此種規定，於債權人之權利附有擔保時，尤為必要，蓋於此場合，求償權人於固有求償權以外，尚有行使債權人權利之實益也。但依同項但書規定，「不得有害於債權人之利益」，此屬承受債權人權利之限制，我民法所以設此限制者，蓋又在保護債權人之利益也。至關於代位之性質如何，學說上頗有爭論，依余所信，應解為係法律上債權之移轉。即基於法律之規定，債權人之權利移

轉於爲免責行爲之債務人。準此以解，則因債務人中一人之免責行爲，對於他債務人之債權雖亦因達其目的而消滅，然不過相對的消滅，而非絕對的消滅，至爲顯然。又依上所述，爲其免責行爲之債務人，雖有固有之求償權及債權人之權利，然此兩種權利，係爲同一目的而存在，自生請求權之競合，從而求償權人因行使一種權利達其目的時，則他之權利即當然歸於消滅焉。

### 第三款 連帶債權

#### 第一項 連帶債權之性質

連帶債權(Gesamtforderung, Solidarische active)者，數人基於同一原因，享受具有同一目的同一給付之數個債權也。(註)析言之：

一 連帶債權須有數人之債權人 此連帶債權爲多數主體之債當然之結果。至債務人之爲一人，抑爲數人，則非所問。

二 連帶債權係數個之債權 卽連帶債權，係按照債權人人數之數個之債權。連帶債權之爲數個債權，其根據有二：(一)依第二八四條規定：『連帶債權之債務人，得向債權人中之一人爲全部之給付。』依此規定，我民法係認連帶債權爲數個債權，實無可疑，卽如非解爲數個債權，則債務人無須向債權人中之一人爲全部之給付矣。(二)又依第二九〇條規定：『就連帶債權人中之一人所生之事項，除前五條規定(卽第二八五

條至第二八九條）或契約另有訂定者外，其利益或不利利益，對他債權人，不生效力。』依此規定，我民法係認連帶債權為數個債權，尤為顯然，即如非解為數個債權，則就連帶債權人中一人所生之事項，其利益或不利利益，應當對於他債權人發生效力矣。

三 數個債權須係同一之給付 我民法第二八三條所謂數人有同一債權，即係此意。但亦如連帶債務所述，連帶債權以給付同一為已足，其體樣是否同一，則非所問。其詳已於前述，茲不贅。

四 數個債權須有同一之目的 各債權人所享有之債權，雖屬同一，如其目的而非同一，仍不能成立連帶債權。故連帶債權之成立，以數個債權具有同一目的為必要。彼連帶債權之債務人一旦向債權人中之一人為全部之給付，其他債權人之債權即完全歸於消滅者，正因數個債權具有同一之目的也。此與連帶債務所述同，其詳見前，茲不贅。

五 數個債權須基於同一之原因 數個債權雖有同一之目的，如非基於同一原因而生，則不能稱為連帶債權，此與前述連帶債務同。又所謂原因，係指債權發生之實質的原因而言，債權發生之形式的原因如何，則非所問。此點，已於前述，可參照得之。

（註）自羅馬法以來，各國法律多設有連帶債權之規定——德民第四二八條以下，奧民第八九二條以下，法民第一一九七條以下，瑞債第一五〇條，暹民第二二九條以下，惟日本民法無之，其意蓋以為連帶債權於實際生活殊不多見，且不免予受領給付之債權人以壟斷其利益。



之機會故也。雖然，連帶債權於實際生活固所鮮見，然不能謂其必無，既不能謂其必無，即應特設規定，以爲適用上之準則。且連帶債權對於債權人及債務人亦非毫無利益，就債權人言之，設債務人遠在他方，親往收取，固屬不便，即以居住其地之友人爲代理人，亦有授權證明之煩，實不如以其人爲連帶債權人，較爲簡便。又就債務人言之，既須向債權人中之一人爲全部之給付，即可免其債務，其履行債務，亦不能謂非便利也。

## 第二項 連帶債權之原因

連帶債權發生之原因，依我民法規定，一爲法律行爲，一爲法律規定，茲分述如左。

### 第一 法律行爲

我民法第二八三條規定：「數人依……法律行爲，有同一債權，而各得向債務人爲全部給付之請求者，爲連帶債權。」此即規定連帶債權得由法律行爲而生。法律行爲爲原有單獨行爲與契約之別，連帶債權之由於單獨行爲而生者則甚少，其由於契約而生者則爲日常交易所常見。連帶債權之由於契約而生，其契約通常固爲一個，但縱爲數個，亦無不可。又各債權人之與債務人成立連帶債權契約，無須同時爲之，縱異時爲之，亦屬無礙。此與前述連帶債務之由於契約而生正復相同，其詳見前，可參照得之。

### 第二 法律規定

我民法第二八三條規定：「數人依法律……有同一債權，而各得向債務人爲全部給付之請求者，爲連帶債權。」

此即規定連帶債權得由法律規定而生。不過此種規定，就我民法言之，尙未之見耳。

### 第三項 連帶債權之效力

#### 第一目 債權人之權利

依我民法第二八三條規定，數人依法律或法律行為，有同一債權者，各得向債務人爲全部給付之請求。既各得向債務人爲全部給付之請求，則債權人中之一人向債務人爲全部給付之請求時，自無須他債權人協力之必要。故縱債權人中之一人已爲全部給付之請求，他債權人亦不妨更爲全部給付之請求。依同理，縱債權人中之一人已提起給付之訴，他債權人亦不妨更行提起給付之訴。各債權人既得對於債務人獨立提起訴訟，從而自應就各個訴訟受給付之判決。此因各個訴訟，欠缺當事人之同一，不得爲判決既判力之抗辯故也。雖然，債務人已向債權人中之一人爲全部之給付時，在其與他債權人之訴訟中，自得以債務已因履行而消滅爲抗辯。又債務人受有應向債權人中之一人爲給付之判決後，已向他債權人爲全部之給付時，得於其執行判決之際，提起執行異議之訴，又不待言。依上所述，連帶債權之債權人，既各得獨立向債務人爲全部給付之請求，則連帶債權之債務人，自無不許依其選擇，向債權人中之任何一人爲全部給付之理由。故我民法第二八四條規定：『連帶債權之債務人，得向債權人中之一人，爲全部之給付。』依此規定，連帶債權之債務人縱在債權人中之一人已爲請求或已爲起訴後，亦仍得依其選擇向他債權人爲全部之給付。又債務人於得債權人之承諾時，得爲分割給付，而以其一部向債權

人中之一人爲給付，其他部分，向他債權人給付。不過在未爲未爲全部之給付以前，尙不得免其債務耳。

## 第二目 就連帶債權人中一人所生事項之效力

### 第一 概說

就連帶債權人中一人所生之事項，是否對於他債權人發生效力，亦如連帶債務應分兩方面觀察之。即如由連帶債權係數個獨立之債權觀察，則債權人中一人所生之事項對於他債權人無效力。反之如就連帶債權之數個債權具有同一目的觀察，則債權人中一人所生之清償或得與清償同視之事項，對於他債權人亦生效力。前者謂之發生相對效力之事項，後者謂之發生絕對效力之事項。我民法即大體從此理論以爲規定，與連帶債務同。茲分別說明如左。

### 第二 發生絕對效力之事項

關於發生絕對效力之事項，依我民法規定，有如左述。（註一）

一 請求給付 此爲我民法第二八五條所明定，即「連帶債權人中之一人爲給付之請求者，爲他債權人之利益，亦生效力。」我民法之以請求給付爲發生絕對效力之事項者，蓋爲使債權易於實行也。此之所謂請求，不問其爲裁判上之請求與裁判外之請求，皆屬之。此之所謂爲他債權人之利益亦生效力，例如因債權人中之一人爲給付之請求，致消滅時效中斷（民法第一二九條），各債權人之消滅時效亦被中斷是。又如因債

權人中之一人爲給付之請求，致債務人負遲延責任（民法第二二九條第二項），各債權人皆得主張遲延責任之效果是。

二 受領清償代物清償提存抵銷及混同 此爲我民法第二八六條所明定，即「因連帶債權人中之一人，已受領清償代物清償或經提存抵銷混同而債權消滅者，他債權人之權利，亦同消滅」。蓋如前所述，連帶債權之數個債權，其目的同一，如連帶債權人中之一人已受領清償，則其目的已達，他之債權無存在之理由，故我民法以受領清償爲發生絕對效力之事項。其次，代物清償提存及抵銷，係對於債權人與以實質的滿足，與清償具有同一效力，故我民法亦以其爲發生絕對效力之事項。至如混同，雖非使債權人受實質的滿足，然債務人原得依其選擇，向債權人中之一人爲全部之給付，從而債務人選擇有混同之債權人而爲給付，自無不可。此又我民法所以以其爲發生絕對效力之事項也。

三 判決確定 就訴訟法則言之，判決原則上自惟於訴訟當事人間發生效力，但我民法爲保護債權人起見，對此原則，於第二八七條設有例外，即「連帶債權人中之一人，受有利益之確定判決者，爲他債權人之利益，亦生效力。連帶債權人中之一人，受不利益之確定判決者，如其判決非基於該債權人之個人關係時，對於他債權人，亦生效力。」所謂有利益之確定判決，例如確認連帶債權成立，或命債務人爲給付之確定判決是。所謂爲他債權人之利益亦生效力，例如債務人更向他債權人提起確認連帶債權不成立之訴時，他債權人得

爲既判力之抗辯是。所謂不利益之確定判決，例如確認連帶債權不成立，或駁回債權人給付請求之確定判決是。所謂其判決非基於該債權人之個人關係，例如非因該債權人已向債務人免除債務，或對於該債權人之消滅時效業已完成，因而受敗訴之判決是。所謂對於他債權人亦生效力，例如於連帶債權中之一人因消滅時效完成致受敗訴之判決時，他債權人不得更向債務人提起給付之訴是。

四 免除債務及消滅時效完成 免除債務，非如受領清償，對於債權人與以實質的滿足，故自理論言之，連帶債權人中之一人縱向債務人免除債務，亦不發生絕對的效力，但我民法爲實際上之便利起見，於第二八八條第一項規定：「連帶債權人中之一人向債務人免除債務者，除該債權人應享有之部分外，他債權人之權利，仍不消滅。」依此規定，連帶債權人中之一人向債務人免除債務時，就該債權人應享有之部分，固生絕對的效力，不過不能謂連帶債權人中之一人向債務人免除債務，即當然消滅其全部之債務耳。又連帶債權之數個債權，如前所述，得異其條件或期限，且縱使同其期限，然如後所述，消滅時效之中斷及未完成，對於他債權人亦不生效力，則各個債權消滅時效之完成，自屬不能一致，從而連帶債權中之一人消滅時效已完成時，對於他債權人是否亦生效力，亦一疑問。我民法則爲使債務人受消滅時效完成之利益起見，特於同條第二項規定：「前項規定，連帶債權人中之一人消滅時效已完成者，準用之。」所謂準用者，即就該債權人應享有之部分，對於他債權人亦生效力也。（註二）

五 受領遲延 如前所述，連帶債權係數個獨立之債權，從而連帶債權人中之一人縱有遲延，亦不發生絕對的效力。但我民法於第二八九條規定：「連帶債權人中之一人有遲延者，他債權人亦負其責任。」我民法之以受領遲延為發生絕對效力之事項者，蓋如前所述，連帶債權之債務人，原得向債權人中之一人為全部之給付，苟非以受領遲延為發生絕對效力之事項，則前述債務人得選擇債權人而為給付之旨趣，即將不能貫徹故也。

以上各端，皆係發生絕對效力之事項，此等事項之中，亦如連帶債務，有就全部債權，對於他債權人亦生效力者，有惟就該債權人應享有之部分，對於他債權人亦生效力者。前者如請求給付受領清償代物清償提存抵銷混同判決確定及受領遲延是。後者如免除債務及消滅時效完成是。有屬強行規定，當事人不得以契約限制其效力者，有非強行規定，當事人得以契約限制其效力者，前者如受領清償代物清償提存抵銷及混同是。後者如請求給付判決確定免除債務時效完成及受領遲延是。

(註一)關於連帶債權中之一人所生之事項，對於他債權人亦生效力之規定，與國民法僅祇一條（第八九五條）。瑞士債務法亦然（瑞債第一五〇條第二項）。法國民法亦僅以請求給付（第一一九七條第一一九八條第一項）。免除債務（第一一九八條第二項）及時效中斷（第一一九九條），為發生絕對效力之事項。德國民法除以受領遲延及混同為發生絕對效力之事項外，其他各點，則準用關於連帶債務之規定（第四二九條）。各國法律規定最詳者，厥維暹羅民法（第二三四條至第二四二條）。我民法大體從暹羅民法之規定。

（註二）我民法第二八八條第一項之措詞，殊欠妥洽，鄙見似應改為：「連帶債權人中之一人，向債務人免除債務者，就該債權人應享有之部分，對於他債權人，亦生效力。」

### 第三 發生相對效力之事項

我民法第二九〇條規定：「就連帶債權人中之一人所生之事項，除前五條（即第二八五條至第二八九條）規定或契約另有訂定外，其利益或不利益，對他債權人，不生效力。」此係連帶債權係數個獨立債權當然之結果。舉其重要事項言之，例如債務人僅對於連帶債權人中之一人有過失，或給付遲延，或給付不能，連帶債權人中之一人有過失，或讓與債權，或有時效中斷及未完成之事由，或連帶之免除是。（註三）此等事項，無論其結果對於他債權人是否有利，均惟對於該債權人與債務人間為有效，即僅有相對之效力，而無絕對之效力。但應注意者，我民法第二九〇條並非強制規定，此就本條除外之規定觀之而自明。故如當事人間另有契約，對於相對的效力之事項，與以絕對的效力，苟為事項之性質所許，自應認其為有效。其詳已於連帶債務中述之，茲不贅。

（註三）但應注意者，我民法第二八五條既規定：「連帶債權人中之一人為給付之請求者，為他債權人之利益，亦生效力。」則關於給付遲延及消滅時效之中斷，自惟因連帶債權人中一人之債權先屆給付之確定期限，致債務人負遲延責任（民法第二二九條第一項），因請求以外之事由，致消滅時效之中斷時，對於他債權人，不生效力。

### 第四項 連帶債權人相互間之關係

依我民法第二九一條規定：「連帶債權人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分受其利益。」此係關於連帶債權人相互間分受部分之規定。依此規定，連帶債權人相互間之分受部分，原則上係屬平均。此亦不外着眼於公平觀念，推測債權人間之意思而爲之補充規定，故如法律另有規定，或契約另有訂定，則應從其規定或訂定。所謂契約另有訂定，例如債權人間約定，祇於外部各債權人得請求全部之給付，而於內部某債權人不分受其利益是。至所謂法律另有規定，就我民法言之，尙無其例。

#### 第四節 不可分之債

##### 第一 不可分之債之性質

不可分之債 (*Unteilbares Schuldverhältnis, obligations indivisibles*) 者，以不可分之給付爲標的之多數主體之債之關係也（民法第二九二條）。此種債權債務之發生，其要件如左。

一 須債之主體爲多數 此爲法條所明定，即須數人負同一債務，或有同一債權。數人負同一債務者，謂之不可分債務。數人有同一債權者，謂之不可分債權。

二 須以不可分給付爲標的 此亦爲法條所明定，所謂給付之不可分，其情形有二：有依給付之性質爲不可分者，例如以勞務或不作爲爲客體之給付，及以設定地役權爲客體之給付是。有依當事人之意思表示爲不可分者，例如以金錢爲客體之給付，性質上雖爲可分，然依當事人之意思表示爲不可分是。此之所謂不可分，



上述兩種情形，皆包含之。

## 第二 不可分之債之原因

不可分之債，有依法律規定而生者，例如數人繼承以不可分給付爲客體之債權或債務是。有依法律行爲（如契約或遺贈）而生者，例如數人受讓以不可分給付爲客體之債權，或承擔以不可分給付爲客體之債務是。不可分之債之由於契約而生，其爲一個之契約，抑爲數個之契約，在所不同。又於債之成立之始，其給付爲不可分，固爲不可分之債，但如於債之成立之始，其給付本爲可分，嗣後變爲不可分，是否成爲不可分之債，則屬疑問？依余所信，應取肯定說，蓋非解爲成爲不可分之債，不能達債權債務之目的故也。至給付本不可分，嗣後變爲可分，應成爲可分之債，我民法第二七一條後段設有明文規定，已於前述，茲不贅。

## 第三 不可分之債之效力

關於不可分之債之效力，各國法律，頗不相同，有須債權人全體共同請求給付者，如普魯士國法是。有本須債權人全體共同請求給付，但如債權人中之一人提供擔保，則得單獨請求給付者，如奧大利民法是（奧民第八九〇條）。有採連帶之債之形式，各債權人得請求債務人向自己爲給付，債務人亦得向債權人中之一人爲給付者，如法國民法及暹羅民法是（法民第一二四條第一二二二條）日民第四二八條第四三〇條）四三二條）暹民第二六五條）。有無須債權人共同請求給付，但各債權人僅得請求向其全體爲給付，債務人亦

僅得向債權人全體爲給付者，如德國民法及瑞士債務法是（德民第四三二條瑞債第七〇條第一項）。以上四種立法例，應以第四種立法例爲是。蓋如依第一種立法例，設債權人中的一人不爲協力，則債權人全體即不能受領給付，於實際上甚爲不便。又如依第二種立法例，固足以充分保護他債權人之權利，然債務人則不能因一次給付消滅其債務，殊失之苛。又如依第三種立法例，不但受領給付之債權人得以壟斷其利益，且不可分之債與連帶之債其性質究不相同，以之相提並論，（註一）且有受領給付之債權人壟斷利益之嫌，尤爲失當。故我民法特從第四種立法例，於第二九三條第一項規定：『給付不可分者，各債權人僅得爲債權人全體請求給付。債務人亦僅得向債權人全體爲給付。』依此規定，關於不可分之債，如屬不可分債權，債權人全體固得共同請求給付，債權人中之一人亦得單獨請求給付，不過於債權人中之一人單獨請求給付時，須爲其全體爲之耳。反之如屬不可分債務，債務人全體固得共同履行給付，債務人中之一人亦得單獨履行給付，不過於債務人中之一人履行給付時，須向其全體爲之耳。雖然，不可分之債，究與連帶之債不同，故除債權人中之一人請求債務人向債權人全體爲給付時，因請求而生之給付遲延及時效中斷，對他債權人亦生效力，又債務人向債權人全體爲給付時，對債權人全體生效力外，舉凡債權人中之一人與債務人間或債務人中之一人與債權人間所生之事項，無論其結果對於他債權人或他債務人是否有利，均惟對於該債權人或該債務人間爲有效，即僅有相對之效力，而無絕對之效力。故我民法特設第二九三條第二項，以明示之。（註二）

(註一)連帶之債與不可分之債，形式上頗屬相同，但其性質究屬有異，故在不可分之債，其給付變爲可分時，則由不可分之債成爲可分之債。反之在連帶之債，其給付縱變爲可分，亦仍爲連帶之債，而非因此成爲不可分之債。

(註二)我民法第二九三條，就其語氣觀之，似專就不可分債權立論，實則不可分之債，不限於不可分債權，即可分債務亦是。故本書特就不可分債權及不可分債務二者說明之。

#### 第四 各債權人或各債務人間之相互關係

依我民法第二九二條規定：「數人負同一債務，或有同一債權，而其給付不可分者，除第二九三條之規定外，準用關於連帶債務或連帶債權之規定。」依此規定，亦若不可分之債，除第二九三條之規定外，關於連帶之債皆有準用之可能，實則所可準用者，僅祇第二八〇條及第二九一條關於各債權人或各債務人間相互關係之規定。申言之，即如屬不可分債權，各債權人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分受其利益。如屬不可分債務，各債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔其義務。

## 第六章 債之移轉

### 第一節 概說

## 第一 債之變更

債之變更 (Veränderung der Schuldverhältnisse) 者，債之關係仍保持其同一，而變更其內容或主體之謂也。債之變更與債之消滅不同，既存之債依然存續，並不消滅者，謂之債之變更。既存之債歸於消滅，新生他種之債者，謂之債之消滅。從而在債之變更，舉凡附着於其債之利益或瑕疵，並不因債之變更而受何種之影響。反之在債之消滅，則舉凡附着於其債之利益或瑕疵，則因債之消滅而消滅。二者之性質及其效力，迥然不同，不可不辨。至債之變更，通常可分為債之內容之變更與債之主體之變更，茲分別說明如次。

### 第二 債之內容之變更

債之關係仍保持其同一，僅變更債之內容者，謂之債之內容之變更。債之內容之變更，固得依種種之方法而生，但其原因則不外下列之二種：(一) 法律規定：債之內容之變更基於法律規定而生者，例如因可歸責於債務人之事由致給付不能，而生之損害賠償請求權是（民法第二二六條第一項）。(二) 契約：當事人得以契約為債之內容之變更，此在解釋上固無疑義，惟債之關係是否保持其同一，則屬疑問？有謂基於契約之債之內容之變更，通常既存之債依然存續，並不消滅者 (König, 氏主此說)，余則以為頗難一概而論，即基於契約之債之內容之變更，如既存之債依然存續，並不消滅，是即所謂債之變更。反之如既存之債歸於消滅，新生他種之債，則屬債之更改，而非債之變更。至究為債之變更，抑為債之更改，首應依主觀的標準決之。即當事人間有使債之關係

保持其同一者，爲債之變更，反是則爲債之更改。其次則應依客觀的標準決之，卽依一般社會見解，經濟上與既存之債爲別種之債者，爲債之更改，反是則爲債之變更。

### 第三 債之主體之變更

債之關係仍保持其同一，僅變更債之主體者，謂之債之變更。債之主體之變更，可分爲概括的繼受與特定的繼受，以債權或債務爲財產之一部移轉於他人者，謂之概括的繼受。單以債權或債務獨立移轉於他人者，則謂之特定的繼受。前者卽所謂遺產之繼承是，俟於繼承法中詳述之，茲不贅。後者通常又可分爲債權人之變更與債務人之變更，債權人之變更，稱爲債權之讓與或債權之移轉（*Oession, Ubertragung der Forderung*）。債務人之變更，稱爲債務之承擔或債務之移轉（*Schuldübernahme, Schuldübertragung*）。此之所謂債之變更，卽指此兩種情形而言，茲於次節以下分別說明之。

## 第二節 債權之讓與

### 第一款 概說

#### 第一 債權讓與之沿革

在昔羅馬法，以爲債權債務關係與其主體不得分離，故祇認債權之概括的繼受，而不認債權之特定的繼受，但如欲發生債權讓與經濟上同一之結果，則不妨依債之更改之方法爲之。嗣因交易頻繁，不認債權之特定的繼

受甚爲不便，於是債權人得委任他人爲訴訟代理人，使其收取債權，以達債權讓與之目的。但此代理人，乃爲自己之利益之代理人（*mandatum in rem suam*），而非純然之代理人，蓋其收取之債權，不交付於債權人，得爲自己之利益保有之故也。雖然，訴訟委任與一般委任同，應因委任人之死亡或撤回其委任而消滅，且於債務人直接對於債權人履行其債務時，則委任喪失其效力，從而債權讓與之目的，仍不可得而達。故嗣後爲保護受人起見，縱於委任因委任人之死亡或撤回而消滅時，受人仍有獨立之訴權，得以自己之名義對於債務人起訴。更依訴訟委任之通知（*denunciatio*），剝奪債權人處分其債權之權利，債務人於受通知以後，即不得對於債權人爲有效之履行。但此等辦法，終嫌周折，故近世立法，一反羅馬法上之觀念，明認債權人得將債權讓與於第三人，我民法從之（民法第二九四條）。（註一）

（註一）普國國法第一部第一章第三七六條以下，奧大利民法第一三二九條以下，法國民法第一六八九條以下，意大利民法第一五三八條以下，德國民法第三九八條以下，瑞士債務法第一六四條以下，日本民法第四六六條以下，暹羅民法第二六六條以下。

## 第二 債權讓與之學說

債權能否讓與，在德國普通法時代，爲最有爭執之宿論，主張債權不得讓與於他人者，以 *Savigny*, *Buehke*, *Unger*, *Mühlenbruch*, *Kuntze* 諸氏爲代表，此說於當時德國學界頗占優勢。 *Dernburg*, *Windscheid*, *Brinz*, *Brunns*, *Salpius*, *Seuffert* 諸氏則唱爲債權讓與論，多數學說宗之，德國民法即從此理論者也。茲舉

否認債權讓與之重要學說略爲批評如次。(一)有謂在羅馬法上，權利 (*ius*) 與訴權 (*actio*) 有別，故祇認訴權之讓與，而不認權利之讓與者。此說殊不足取，蓋時至今日，羅馬法上訴權之觀念，已不認之，從而不得祇認所謂訴權之讓與，故欲認債權之讓與，不能不認債權本身之讓與。(二)有謂如變更債權人，則反於債權之本質，故不認債權之讓與者。此說亦屬不當，蓋債權之存在，固須有債權人，然以有債權人爲已足，非必限於債權發生當時之債權人，故債權人縱有變更，亦無害於債權之本質。(三)有謂如變更債權人，則有害於債權之同一，故不認債權之讓與者。此說亦難贊同，蓋精確言之，變更債權人，固有害於債權之同一，然在法律學上，則無須如此精確，如祇變更債權人，債權之其他組成部分依然存續，仍可謂其保持債權之同一。(四)有謂如變更債權人，則債權之標的歸於消滅，故不認債權之讓與者。此說亦未盡善，蓋債權之標的 (行爲)，原非現時存在，而係將來存在，此將來存在之行爲，何故歸於消滅，殊難說明？矧債權之標的，係適合於債權內容之一個行爲，而非特定行爲，既非特定行爲，即不得謂其因債權之讓與而消滅乎？(五)有謂債務人有對於特定債權人履行其債務之利益，如變更債權人，則侵害債務人之利益，故不認債權之讓與者。此說亦欠妥洽，蓋在今日，已不置重於債權之人的要素，而置重於債權之物的要素，故縱認債權之讓與，亦無害於債權人之利益，矧債務人欲祇對於特定債務人履行其債務時，不妨與債權人訂立契約，禁止債權之讓與乎？依上所述，否認債權讓與之學說，均難成立，甚爲顯然，故在近世立法未有不認債權之讓與者，良以債權之讓與，對於讓與人及受讓人均屬有利，實不失爲極重要之

作用故也。

### 第三 債權讓與之性質

如前所述，債之關係仍保持其同一，僅變更債權人者，謂之債權之讓與，換言之，即第三人代替從來之債權人置身於債之關係者，謂之債權之讓與，故新債權人所取得之債權，仍為舊債權人所有之債權。被讓與之債權，既仍屬舊有之債權，則附着於其債權之利益或瑕疵，依然存續，並不消滅。反是如為債權之更改，則附着於其債權之利益或瑕疵，自因債權人之變更而消滅。此無他，蓋如前所述，債之更改，係消滅舊債權發生新債權故也。（註二）

（註二）羅馬法以更改（*novatio*）為消滅債務原因之一，近代立法多數從之。——普國國法第一部第十六章第四五〇條至第四七五條，

奧大利民法第一三七五條以下，法國民法第一二七一條至第一二八一條，意大利民法第一二六七條至第一二七八條，瑞士債務法第一一

六條及第一一七條，日本民法第五一三條至第五一八條。德國民法及暹羅民法無關於更改之規定，蓋以其實用甚少故也。我民法從之。但就

契約自由原則立論，當事人間為更改之約定，自無不可（德國學者 *Motiv, Dernburg, Planck, Staudinger-Kuhlenbeck, Ortmann,*

*Enneccerus* 諸氏同說）。

### 第四 債權讓與之原因

債權讓與之原因，通常可分為二：（一）基於法律規定之債權讓與：此指債權於法律所定一定事實發生之時，即當然移轉者而言。例如連帶債務人清償債務時之代位，第三人清償債務時之代位及保證人清償債務時之代



位是（民法第二八一條第二項第三一二條第七四九條）。反之，其非當然移轉，不過僅有移轉之義務時，例如民法第二二七條關於損害賠償義務人之代位請求，及第二二五條第二項關於債權人之代位請求等，則非此之所謂基於法律規定之債權讓與。蓋於此場合，不過僅有移轉債權之義務，如欲現實移轉債權，尙須訂立債權讓與契約故也。（二）基於契約之債權讓與：此指以契約移轉債權者而言。基於契約之債權讓與，以債權人與第三人間訂立契約爲已足，不以債務人之協助爲必要。此點俟後述之，茲不贅。又此之所謂債權讓與，必依契約爲之，單獨行爲則無讓與債權之可能，故在以債權爲遺贈之標的時，繼承人不過有移轉債權之義務，如欲移轉債權，尙須繼承人與受遺贈人訂立債權讓與契約（異說陳氏前揭三八〇頁）。此與前述僅有債權移轉請求權之情形，正屬相同。關於法定之債權讓與，法律設有專條，俟於各該處所述之，茲不贅。此之所謂債權讓與，則專指基於契約之債權讓與而言，至何謂債權讓與契約，則於次款說明之。

## 第二款 債權讓與契約

### 第一 債權讓與契約之性質

債權讓與契約者，以債權之讓與爲標的之契約也。債權之讓與，係讓與債權之本身，故僅使他人行使其債權者，則非債權之讓與。（註一）又債權之讓與，係依債權讓與契約，直接移轉其債權，故僅生移轉其債權之義務者，則非債權之讓與。由此可見債權讓與契約爲處分契約。

(註一) 債權人以外之第三人，能否以自己之名義行使債權，學說上頗有爭論，依余所信，無權利人既得依權利人之承認處分其權利，則如得權利人之同意行使其權利，自無不可（民法第一七〇條第一項）。

## 第二 債權讓與契約與其原因

債權讓與契約與其原因（*Causa cessionis*）之關係如何，因立法主義而不同，在德國法主義，將債權讓與契約與其原因，區別為二，即不過因原因行為，發生移轉債權之義務，如欲現實移轉債權，尚須訂立債權讓與契約。反之在法國法主義，則債權讓與契約與其原因混同，即債權依原因行為而移轉，不認獨立之債權讓與契約。從而法國民法以債權讓與規定於買賣中，即依買賣移轉其債權。（註二）自理論言之，應以前之主義為是。蓋債權人對於債務人，祇能依原因行為取得請求給付之權利，例如債權之買賣，買受人祇能取得請求移轉債權之權利，出賣人祇能負擔移轉債權之義務，如欲現實移轉其債權，尚須訂立債權移轉之契約，此與物之買賣，出賣人祇負移轉所有權之義務，如欲現實移轉其所有權，尚須訂立所有權移轉之契約，正復相同。（註三）我民法雖祇設債權讓與之一般規定，而於債權讓與契約未設明文，然不將債權讓與規定於買賣，而規定債編通則，其係明認債權讓與契約與其原因迥屬有別，實無可疑。債權讓與契約與其原因既有區別，則債權讓與契約，自屬無因行為，從而縱使欠缺原因，讓與人亦祇能對於受讓人，基於不當得利規定，請求債權之返還，債權讓與行為，並不因此發生何種之影響。從而債務人對於受讓人清償債務，祇以調查債權讓與契約有效無效為已足，而於原因行

爲之有效成立與否，則無調查之必要。

(註二)法國學者，如 Laurent, Baudry-Lacantinerie et séignat 諸氏均謂債權之買賣與債權之讓與，其意義相同，不知債權不但得依買賣以爲讓與，且得依贈與以爲讓與，買賣與讓與意義相同之說，殊非的論。更進一步言之，債權不但得依買賣贈與等契約以爲讓與，且有縱無買賣贈與等契約，即依法律規定當然移轉者，其不能不認獨立之債權讓與契約，實無可疑。

(註三)債權讓與契約與其原因行爲，有時外觀上混而不分，例如現實贈與是，然不能因此否認債權讓與契約之存在。此與物權契約與其原因行爲之債權契約，其關係正屬相似，其詳已於前述，可參照得之。

### 第三 債權讓與契約之成立

債權讓與契約，依債權人與第三人之契約而成立，其成立要件，有如左述。

一 債權讓與契約係債權人與第三人之契約。換言之，即債權讓與契約之當事人爲債權人（讓與人）及受讓債權之第三人（即受讓人）。於此有應注意者三：（一）如前所述，讓與契約係處分行爲，從而讓與人有處分能力爲必要，反是受讓人則係純護法律上之利益，有無處分能力，則非所問。（二）讓與人於訂立讓與契約當時須有可以移轉之債權，從而讓與他人之債權，其契約爲無效。但如係負擔讓與他人債權之債務，則其契約得有效成立，自不待言。（註四）（三）讓與人須有處分其債權之權限，從而雖有債權而無處分權限（例如破產人），亦無成立債權讓與契約之可能。

二 債權讓與契約須其債權得爲讓與。如前所述，無論何種債權，原則上皆得爲讓與，然亦有基於債權之性質及當事人間之特約，例外不得讓與者，其不得讓與之債權，則無成立債權讓與契約之可能。至何種債權得爲讓與及不得讓與，俟於次款說明之，茲不贅。又債權之讓與，係依債權讓與契約直接移轉其債權，從而讓與之債權，自以特定爲必要。但所謂特定，以於得爲讓與之程度特定爲已足，故如債權之數額及債務人，於讓與當時雖不特定，苟屬可以特定，亦屬無礙。例如損害賠償債權，其賠償額或加害人雖不特定，亦得讓與是。

三 債權讓與契約爲非要式契約。債權之讓與，僅依當事人間之合意而成，無須何種方式，此爲一般立法之所認，我民法從之。惟依我民法第二九七條第一項規定，如欲債權之讓與對於債務人發生效力，尙須讓與人或受讓人之通知耳。關於此點，俟於第四款說明之，茲不贅。

(註四)空白讓與(Blancocession)，是否有効，學者間頗有爭論，在解釋德國民法者，多謂爲有效(Schm, Stempel, Enneccerus, Dernburg, Ortman, Kahlenbeck 諸氏主此說)，余以爲就我民法解釋則否，蓋依我民法第二九七條第一項規定，債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力，從而受讓人在未通知以前，自不得自以其爲債權人讓與債權於第三人。

### 第三款 債權讓與之許可

#### 第一 債權讓與之許可

我民法係從近世立法例，無論何種債權，原則上皆得讓與，已於前述，茲舉若干問題如左，以資研究。

一 由一個法律關係而生之數個債權各得獨立讓與。例如出賣人由買賣契約而生之請求交付價金之債權，買受人由買賣契約而生之請求移轉財產權之債權，各得獨立讓與是。但整個債之關係，則不得讓與。例如出賣人之地位，不得讓與是。蓋出賣人同時對於買受人負有移轉財產權之債務，如許讓與其地位，則是出賣人所負之債務，亦被讓與故也。但如債權之讓與與債務之承擔同時爲之，則屬無礙。

二 一個債權得僅讓與其一部。此以給付係屬可分者爲限，如給付爲不可分，則祇能爲全部之讓與，不能爲一部之讓與。例如戲票船票車票等，定明對於一人爲給付時，不得讓與其一部是。

三 由雙方契約而生之一方債權得單爲讓與無須同時承擔其債務。例如出賣人得祇將由買賣契約而生之請求交付價金之債權讓與於他人，無須同時使他人承擔移轉財產權之債務是。雖然，雙方之債權究係由一個契約而生，故縱令一方之債權已經讓與，其效力仍屬牽連，從而債務人對於受讓人，仍有同時履行抗辯權。且於受讓人不履行其對待給付時，債務人仍得解除其契約。苟非如此解釋，則是債務人得因債權人之讓與債權，而受不測之損害，殊爲不當。

四 附條件或期限之債權得爲讓與。單純之債權，固得爲讓與，即在附條件或期限之債權，亦得爲讓與。但在讓與停止條件附之債權時，其債權係於條件成就時發生效力，從而自應於此時移轉於受讓人。又在種類債權選擇債權及對於連帶債務人中一人之債權，亦得讓與。事理顯然，無待深論。

五 將來之債權得爲讓與 將來之債權，即將來有發生可能之債權，得爲讓與與否，學說上頗有爭論，有謂其得爲讓與者（Dernburg, Ennecerus, Planck, Staudinger, Ortmann, Thur, Schollmeyer, Heuer, Lippmann, Grünebaum 諸氏主此說），有謂其不得讓與者（Eccius, Kipp zu Windscheid, Langeheuken, Rehbain 諸氏主此說）。余以爲債權之存在，係債權讓與契約發生效力之要件，從而債權以於發生效力之時存在爲已足，無須於訂立契約當時即已存在，故在理論上應以前說爲是。至將來之債權既非現時存在，則債權讓與契約自係於其債權發生之時發生效力，又不待言。（註一）

六 係爭中之債權得爲讓與 訴訟繫屬中之債權，在羅馬法上爲防止讓與人達其不正之目的起見，不許讓與，近世立法則否，即縱屬訴訟繫屬中之債權，亦得爲讓與。外國法律且有說明文規定其得爲讓與者（德民訴訟法第二六五條），我國法律無之，余以爲解釋上應屬相同。但爲保全強制執行計，得依法聲請假扣押，是不待言（民訴法第四八八條）。

七 物權的請求權得爲讓與 物權的請求權，與債權同，亦得爲讓與。物權的請求權之讓與，應準用債權讓與之規定。但物權的請求權縱已讓與，而物權之本身並未移轉，仍存於原來之債權人，從而原來權利人所有之物權歸於消滅時，物權的請求權亦應歸於消滅。

（註一）將來之債權，其情形可分爲三，即（一）現時已有爲其基礎之法律關係存在，單依某事實（例如當事人一方之行爲或時間之

經過)之附加,即發生債權者,例如合夥人之利益分配請求權,餘財產分配請求權是。(二)現時無爲其基礎之法律關係存在,僅成立法律關係要件之一部,依將來他要件之附加,始發生債權者,例如因將來行使撤銷權解除權買回權等之結果,而生之返還請求權是。(三)現時欠缺發生債權之根據,不過將來有可得發生之當然性者,例如由未訂立之消費借貸契約而生之債權是。

## 第二 不得讓與之債權

債權亦有例外不得讓與者,依我民法第二九四條但書所定,有如左述。

一 依其性質不得讓與之債權 此爲我民法第二九四條第一項第一款所明定。依其性質不得讓與之債,其種類有四,茲分述如左。

甲 基於個人關係之債權 基於個人關係之債權,例如基於租賃使用借貸及僱傭等契約而生之債權是。此等債權所以不得讓與者,蓋因其債權係基於當事人間之信任而生故也。但不得讓與,係屬原則,如經債務人之同意,則例外自屬得爲讓與(民法第四四三條第一項第四六七條第二項第四八四條第一項前段)。

乙 不作爲債權 不作爲債權,以不得讓與爲原則,但有時得附屬於他之關係而爲讓與。例如於讓與營業時得將不爲營業競爭之債權一併讓與是。

丙 由預約而生之債權 由預約而生之債權,能否讓與,應依本契約之爲單務雙務而不同。即在本契約爲。

單務契約時，如由本契約而生之債權得為讓與，則由預約而生之債權亦得為讓與，例如由寄託預約而生之債權得為讓與是。但由消費借貸預約而生之債權，則不得讓與，蓋如許讓與，則是不問債權人之意思如何，而以他人為債務人故也。（註二）又由贈與預約而生之債權，亦不得讓與，蓋如許讓與，則是不問贈與人之意思如何，而以他人為受贈人故也。在本契約為雙務契約時，由其預約而生之債權，則雙方當事人皆不得讓與，即如許讓與，則與前述之結果同，不啻以不相關涉之他人為自己之債務人，殊為不當。

丁 從債權 從債權應隨主債權而移轉，固屬當然，但從債權能否獨立讓與，則自來學說，頗有爭論，依余所信，應分別情形以為決定。（一）保證債權：保證債權係為擔保主債權而存在，自非廢止其擔保之目的，不得與主債權分離，從而保證債權，自屬不得獨立讓與。（二）違約金債權：違約金債權，在成為現實債權以後，固得獨立讓與，但在未成為現實債權以前，能否獨立讓與，則有爭論。依余所信，應取肯定說，蓋精確言之，違約金債權與其謂為從債權，毋寧謂為條件附債權故也。（三）利息債權：利息債權，不問其為法定利息債權，約定利息債權，一旦發生以後，則獨立存在，故縱未到期，亦得與原本債權分離讓與。

二 依當事人之特約不得讓與之債權 此為我民法第二九四條第一項第二款所明定。關於禁止債權讓與之契約（*Pactum de non cedendo*），其效力如何，各國法律不同，有以其為無效者，如法法系之立法是。有以其為有效者，如德法系之立法是。（註三）債權之內容原得由當事人自由定之，依當事人之特約禁止債權



之讓與，自無不可，故理論上應以德法系之立法爲是，我民法從之。債權讓與之禁止，有一般與部分之別，一般之禁止，例如無論對於何人皆不得讓與是。部分之禁止，例如對於特定人或於一定期間內不得讓與是。又債權讓與之禁止，有於債權發生之時約定者，有於債權發生之後約定者，其時期如何，則非所問。又債權讓與禁止之契約，具有物權的效力，申言之，違反其契約所爲之讓與，不但當事人間爲無效，即對於第三人亦無效。但如絕對貫徹此旨，則第三人不免因此發生不測之損害，故我民法第二九四條第二項規定：「前項第二款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人。」此之所謂第三人，不限於受讓債權之第三人，舉凡不知債權讓與禁止契約之第三人皆屬之。

三 禁止扣押之債權 此爲我民法第二九四條第一項第三款所明定。關於此點，外國法律有因未設明文，解釋上遂謂債權之禁止扣押，係爲保護債權人之利益而設，故無禁止債權人讓與其債權之理由者（石坂氏前揭一一九四頁）。我民法則從德國立法例，於第二九四條第一項第三款明定其不得讓與（德民第四〇條）。其所以禁止讓與者，蓋債權之禁止扣押，不僅在保護債權人之利益，且於公益有關故也。禁止扣押之債權，例如強制執行律草案第三三二條所規定之各種債權是。

（註二）由消費借貸預約而生之債權，不得讓與，此爲現今一般之通說（Windscheid, Örtmann, Schollmeyer 諸氏均主此說），但如以消費借貸爲諾成契約，則由其預約而生之債權，無不許讓與之理由。

(註三) 德國民法第一次草案第二九五條第二項，明定不得以法律行為禁止債權讓與，此係基於實際上之理由而為之規定。但第二次草案則刪除此項規定，現行民法第三九九條且明定得以債權人債務人之契約禁止債權之讓與。

#### 第四款 債權讓與對於債務人之生效要件

#### 第一 概說

如前所述，債權讓與，固因債權人與第三人訂立債權讓與契約而成立，但必如何而後對於債務人發生效力，則各國法律頗不一致，有債權讓與契約，惟於當事人間發生效力，非經通知債務人或經債務人承認，對於債務人不生效力者。如普國國法第一部第十一章第四一三條法國民法第一六九〇條意大利民法第一五三九條日本民法第四六七條及暹羅民法第二七一條之規定是。有債權讓與契約，不但於當事人間發生效力，即對於債務人亦生效力，申言之，即債務人於讓與後，對於舊債權人所為之清償或其他行為，除債務人為惡意外，對於新債權人亦生效力；又債權係二重讓與時，債務人對於第二受讓人所為之清償或其他行為，除債務人為惡意外，對於第一受讓人亦生效力者，如奧大利民法第一三九五條德國民法第四〇七條第四〇八條瑞士債務法第一六七條及匈牙利民法草案第三九八條以下之規定是。以上兩種立法例，應以第一種立法例為是，蓋第二種立法例，有下列兩點之不當：(一) 依舉證法則，債務人惡意之證明，應由受讓人負之，此種證明，殊感困難，從而對於受讓人不免失之過酷，此其一。(二) 於同一債權為二重之讓與時，受讓人中必有一人受不測之損害，即善意

債務人對於第一受讓人爲清償或其他行爲時，則第二受讓人受不測之損害，對於第二受讓人爲清償或其他行爲時，則第一受讓人受不測之損害，此其二。反是，第一種立法例，則無上述兩種之弊害，此我民法所以採第一種立法例者也。

## 第二 債權讓與之通知

我民法第二九七條第一項規定：「債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人

不生效力。但法律另有規定者，不在此限。」（註一）依此規定，則債權之讓與，欲使其對於債務人發生效力，原則上以讓與通知爲必要，良以非經通知，如當然對於債務人發生效力，則不但不足以保護債務人，且非所以保護債務人以外之第三人故也。但如法律另有規定，則屬例外，所謂法律另有規定，例如民法第七一六條第二項關於指示證券之讓與是。茲就讓與通知之性質當事人方法及其效力說明如左。

一 讓與通知之性質 讓與之通知，係通知債權讓與事實之行爲，其法律上之性質，爲觀念通知，而非意思表示。從而關於意思表示之規定如第八六條至第九三條，自難適用。但關於發生效力之時期能力及代理之規定等，仍應準用，是不待言。

二 讓與通知之當事人 爲讓與通知之人，各國法律不同，有限於讓與人者，如普國國法日本民法及暹羅民法是。蓋如許受讓人爲讓與之通知，則難免不生流弊故也。但在我民法爲使易於通知起見，則以讓與人及受

讓人均爲讓與通知人。至受讓與通知之人，應爲債務人，爲各國法律之所同，我民法亦然。

三 讓與通知之方法 關於讓與通知之方法，我民法未設特別規定，解釋上不問其以言詞爲之，文書爲之，均無不可。又依我民法第二九七條第二項規定：『受讓人將讓與人所立之讓與字據提示於債務人者，與通知有同一之效力。』其認爲與通知有同一之效力者，蓋債務人閱覽讓與字據，即可知悉讓與之事實也。

四 讓與通知之效力 關於讓與通知之效力，有應注意者三：（一）債權之讓與，非經通知債務人，對於債務人不生效力，從而債務人在未受通知以前，對於債權人所爲之清償或其他行爲，完全爲有效。一旦受此通知以後，則應以受讓人爲債權人，從而以同一債權爲二重讓與時，縱債務人先受通知之人爲第二受讓人，且爲債務人所明知，對於該受讓人所爲之清償或其他行爲，亦不因之爲無效。（二）依我民法第二九八條第一項規定：『讓與人已將債權之讓與通知債務人者，縱未爲讓與或讓與無效，債務人仍得以其對抗受讓人之事由，對抗讓與人。』此係保護債務人而設之規定，蓋如前所述，債權讓與之通知，不過在通知讓與之事實，苟實際並無讓與之事實，或其讓與爲無效，則雖爲此通知，亦屬不生效力，但如絕對貫徹此種理論，則債務人不免因此致受不測之損害，故我民法特設仍得對抗之規定以保護之。（註二）（三）又依同條第二項規定：『前項通知，非經受讓人之同意不得撤銷。』此係保護受讓人而設之規定，蓋如許其無故撤銷，殊有害於受讓人之利益故也。

(註一)我民法第二九七條第一項規定：「債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。」就此反面解釋，即債權之讓與，一經通知債務人後，對於債務人即生效力。此種立法技術，殊欠妥洽，蓋債權讓與契約，祇能於當事人間發生效力，縱經通知債務人，亦不能對於債務人發生效力故也。以故日本民法及暹羅民法為避免此種非難起見，則定為債權之讓與，非經通知債務人，不得以對抗債務人或第三人。

(註二)我民法第二九八條第一項係做德國民法之立法例，但在德民第四〇九條前段為：「債權人已將債權之讓與通知債務人，縱未為讓與，或讓與無效，債權人對於債務人，亦得主張已為讓與之通知」與我民法之規定殊不相侔。

## 第五款 債權讓與之效力

### 第一項 債務人與受讓人間

#### 第一 概說

如前所述，債權之讓與，僅受讓人依債權讓與契約立於讓與人即債權人之地位，而其債權，仍屬舊有之債權。從而債權之讓與，不但債權內容不生變更，即債權發生之原因亦不生變更。故如原債權為價金債權時，受讓人之債權仍為價金債權，原債權為損害賠償債權時，受讓人之債權仍為損害賠償債權。受讓人之債權，既與當初之原因不能分離，故如原債權為基於侵權行為之損害賠償債權時，縱令移轉於受讓人，民法第一九七條關於短期消滅時效之規定，仍應有其適用，是不待言。雖然，受讓人祇依讓與取得原債權，然非因此為原債權之當事人，

故受讓人雖受讓價金債權，然非出賣人，又雖受讓侵權行為上之損害賠償債權，然非被害人。受讓人既非原債權之當事人，則當事人所有之權利，例如撤銷權解除權等，受讓人自非當然有之。又受讓人係依債權讓與，於讓與當時之狀態受讓其債權，從而附隨於該債權之利益及不利益，皆應移轉於受讓人，茲於次段以下分別說明之。

## 第二 從權利之移轉

依我民法第二九五條第一項規定：「讓與債權時，該債權之擔保，及其從屬之權利，隨同移轉於受讓人。」此係從德瑞法律而設之規定（德民第四〇一條瑞債第一七〇條）。茲說明如左。

一 擔保權 擔保權，係為擔保債權而存在之權利，故我民法明定隨同移轉於受讓人。此之所謂擔保，不問契約上之擔保法律上之擔保皆屬之。

二 其他從屬之權利 所謂其他從屬之權利，例如利息債權違約金債權損害賠償債權及破產法上之特權是。茲就利息債權及違約金債權說明如次：（甲）利息債權：將來之利息債權，尚未與原本債權分離，固應隨同移轉於受讓人；但遲延之利息債權，已與原本債權分離，成為獨立之債權，是否隨同移轉，則學說紛歧，尙無定論。有以其為意思解釋之問題者（Kuhlenbeck 氏主此說），有以其為原本債權之擴張，當然隨同移轉者（Urtmann, Schollmeyer, Planck, Dernburg, Enneccerus 諸氏主此說），亦有以其為獨立之債權，不

應隨同移轉者(Endemann 氏主此說)我民法爲避免爭執起見，特於同條第二項規定：『未支付之利息，推定其隨同原本移轉於受讓人。』惟既屬推定，自許反證以推翻之。至此之所謂利息，不問其爲法定利息約定利息皆屬之。(乙)違約金債權：違約金債權在未成爲現實請求權以前，固應隨同原本債權移轉於受讓人；但在已成爲現實請求權以後，是否隨同移轉，則屬疑問。依余所信，應以其爲意思解釋之問題(同說(Finann, Kisch, Kahlenbeck, Dernburg 諸氏)，即惟於有特別意思表示時，隨同移讓於受讓人。

如上所述，讓與債權時，該債權之從屬權利固應隨同移讓於受讓人，但亦有例外，不隨同移讓者，即我民法第二九五條第一項但書所定：『但與讓與人不可分離之關係者，不在此限』是。所謂與讓與人有不可分離之關係，例如受讓人不得以讓與人爲無行爲能力人或限制行爲能力人爲理由，主張時效之不完成是(民法第一四一條)。

### 第三 對於讓與人之抗辯之援用

債權之讓與，固無須債務人之協力，而債務人亦不得拒絕讓與，然不應因此致使債務人受何種之不利益，故我民法第二九九條第一項規定：『債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。』所謂得對抗讓與人之事由，包含甚廣，舉凡權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯，及同時履行之抗辯皆屬之。但此得對抗讓與人之事由，是否須以受通知時既已發生爲必要，則學說上頗有爭論。在解釋德國民法第四〇四條者，多

謂祇須於受通知時有抗辯之原因存在爲已足（Enneccerus, Othmann 諸氏主此說），我民法第二九九條第一項與德民第四〇四條之規定相同，依余所信，自應與德國學者取同一之解釋。故如解除條件附債權之讓與，縱於債務人受通知後條件始行成就，又如由雙務契約而生之債權之讓與，縱於債務人受通知後，讓與人對於債務人所負之對待給付之期限，始行屆至，亦皆得以之對抗受讓人。

#### 第四 對於讓與人之抵銷之援用

債務人對於讓與人有債權者，能否對於受讓人主張抵銷，適用上頗屬疑問？自理論言之，抵銷，依我民法第三三四條規定，以雙方互負債務爲必要，今債務人對於讓與人而有債權，自不能對於受讓人主張抵銷。但自實際言之，債務人對於原債權人之所以負擔債務，非無因其已有債權，或嗣後可以取得債權，預期將來得爲抵銷，藉以免其自己之債務者，如不許其對於受讓人主張抵銷，則債務人將因債權讓與，剝奪其爲抵銷之權利。故我民法特從一般立法通例，於第二九九條第二項規定：「債務人於受通知時對於讓與人有債權者，如其債權之清償期，先於所讓與之債權，或同時屆至者，債務人得對於受讓人主張抵銷。」（普法第一部第十六章第三一三條與民第一四四二條法民第一二九五條第二項德民第四〇六條瑞債第一六九條第二項）此得爲抵銷之債權，以於受通知時既已取得爲已足，其清償期之屆至與否，則非所問。至其債權之清償期，先於所讓與之債權，或同時屆至云云，則屬主張抵銷，當然應有之要件，殊無深意。（註一）（註二）



(註一) 受讓人所受讓之債權，如因債務人採用對於讓與人之抗辯或抵銷而失其存在，則不妨依其所爲讓與債權之原因請求救濟，例如債權本於買賣而讓與時，則受讓人得依權利瑕疵之規定，行使其權利是（民法第三五〇條）。

(註二) 關於此點，洪獻林氏與本書見解不屬，洪者謂：「但以其債權之清償期先於所讓與之債權，或同時屆至者爲限，蓋其債權之清償期後於所讓與之債權者，債務人本不豫期有此抵銷之利益也。」（洪氏前揭二〇七頁）

## 第二項 讓與人與受讓人間

讓與人與受讓人間之關係，固應依讓與之原因關係定之，但讓與人須依其讓與使受讓人完全行使債權之義務，故我民法於第二九六條前段規定：「讓與人應將證明債權之文件，交付受讓人。」此之所謂證明債權之文件，不僅負債字據，舉凡一切足證明債權之文件皆屬之。但如負債字據僅有一紙，而債權之讓與又祇一部，或尙載有其他項權利，債務人有無交付負債字據之義務，則屬疑問。依余所信，於此問題，應依民法第三〇八條之類推適用以爲決定。(註) 又依同條後段規定：「並應告以關於主張該債權所必要之情形。」所謂主張該債權所必要之情形，例如對於受讓人告以債務人或保證人之住所，清償時期及清償處所是。

(註) 洪獻林氏謂：「債權一部讓與時，讓與人是將證明債權之文件交付受讓人之義務，應視債權讓與部分之大小而定之。如證書上之債權已讓與大部分，自應交付受讓人，否則無交付之義務。蓋此際讓與人對於該證書之利益大於受讓人也。惟讓與人因受讓人之請求，應許其使用該證書，自不待言。」（洪氏前揭二〇四頁）此不失爲解決之一法。

### 第三節 債務之承擔

#### 第一款 概說

#### 第一 債務承擔之沿革

在昔羅馬法，以爲債權債務關係與其主體不得分離，故不認債務之承擔，但如欲發生債務承擔經濟上同一之結果，則不妨依債之更改之方法爲之。嗣因交易頻繁，不認債務之承擔甚爲不便，於是債務人得依委任他人承擔債務之方法（*Defensio in rem suam*），以達承擔債務之目的。第此方法，仍不能滿足實際交易上之需要，故在繼受羅馬法之各國，除法國意大利及其他法法系之民法外，未有不認債務之承擔者。（註）但在承認債務承擔之各國，其規定頗不一致，有認債權人與第三人間之承擔及債務人與第三人間之承擔契約者，如德國民法是（德民第四一四條以下），有祇認債務人與第三人間之承擔契約者，如瑞士債務法暹羅民法及匈牙利民法草案是（瑞債第一七五條以下暹民第二八〇條以下匈草第一二六七條以下）。此兩種立法例中，以德國民法爲較詳備，故我民法從之（民法第三〇〇條第三〇一條）。

（註）法國民法無關於債務承擔之規定，債務承擔契約，是否有效，則有兩說，有謂依從來之觀念，應認其爲無效者，如 Laurent 氏 是有謂在此契約自由原則之下，應認其爲有效者，如 Planiol, Sautelles, Gaudemet 諸氏 是。日本民法亦無關於債務承擔之規定，但在學說上，未有不認債務承擔契約爲有效者。

## 第二 債務承擔之學說

債務能否由第三人承擔，與債權讓與同，為自來最有爭論之問題，主張債務不得由他人承擔者，在德國普通法時代為 Kuntze, Bahr 諸氏，在近世為 Sohm, Strohal 諸氏，但在一般通說，如 Dernburg, Windscheid, Gurgens, Rezelberger, Menzel, Unger 等，則皆是認債務之承擔，德國民法即從此理論者也。茲舉否認債務承擔之重要學說略為批評如次。(一)有謂債權債務關係，不能與其主體分離，故不認債務之承擔者。此說殊不足取，蓋權利義務，固須有主體，然以有主體為已足，非必限於權利義務發生當時之主體，故縱認債務之承擔，而以承擔人為債務人，亦非欠缺債權債務之主體。(二)有謂如變更債務人，則有害於債務之同一，故不認債務之承擔者。此說亦屬不當，蓋精確言之，變更債務人，固有害於債務之同一，然在法律學上，則無須如此精確，故祇變更債務人，債務之其他組成部分依然存續，仍可謂其保持債務之同一。(三)有謂如變更債務人，則債權標的發生變更，故不認債務之承擔者。此說亦難贊同，蓋債權人固有請求債務人為一定行為之權利，然其行為非必為特定債務人之行為，即債務發生當時債務人之行為，故縱變更債務人，債權標的亦不發生變更。(四)有謂義務不得處分，故不認義務之承擔者。此說亦未盡善，蓋義務係法律所命之負擔，固不得自由處分，然如已得債權人之承認，或債權人與第三人訂立承擔債務之契約，則屬無礙。(五)有謂債務承擔，須得債權人之同意，故不認債務之承擔者。此說亦欠妥洽，蓋債務承擔係債權之處分，即以新債務人易舊債務人，故須得債權人之同

意，然如因此否認債務之承擔，則屬武斷。係上所述，否認債務承擔之學說，均難成立，甚為顯然，故在近世立法未有不認債務之承擔者，良以債務之承擔，對於債權人及債務人均無不利，實不失為極重要之作用故也。

### 第三 債務承擔之性質

如上所述，債之關係仍保持其同一，僅變更債務人者，謂之債務之承擔，換言之，即第三人代替從來之債務人置身於債之關係者，謂之債務之承擔，故新債務人所負擔之債務，仍為舊債務人所負擔之債務。被承擔之債務，既仍屬舊有之債務，則附着於其債務之抗辯，依然存續，並不消滅。反是，如為債務人之更改，則附着於其債務之抗辯，自因債務人之變更而消滅。此無他，蓋如前所述，債之更改，係消滅舊債務發生新債務故也。

### 第四 債務承擔之原因

債務承擔之原因，通常可分為二：(一)基於法律規定之債務承擔：此指債務於法律所定一定事實發生之時，即當然承擔者而言。例如民法第四二五條第一一四八條及公司法第五一條之規定是。(二)基於契約之債務承擔：此指以契約承擔債務者而言。基於契約之債務承擔，有為債權人與第三人之契約者，有為債務人與第三人之契約者，其詳俟後述之，茲不贅。又此所謂債務承擔，必依契約為之，單獨行為則無承擔債務之可能，此與前述債權之讓與同，可參照得之。關於法定之債務承擔，法律設有專條，俟於各該處所述之，茲不贅。此之所謂債務承擔，則專指基於契約之債務承擔而言，至何謂債務承擔契約，則於次款說明之。

## 第二款 債務承擔契約

### 第一 債務承擔契約之性質

債務承擔契約者，以債務之承擔爲標的之契約也。債務之承擔，係承擔債務之本身，故僅使他人代爲履行其債務者，則非債務之承擔。又債務之承擔，係依債務承擔契約，直接承擔其債務，故承擔人祇於內部與債務人訂立契約，承擔其債務之履行，換言之，即僅生履行其債務之義務者，則屬履行承擔（Erfüllungsbearbeitung），而非債務承擔。（註一）

（註一）學者從嚴義解釋，適當分債務承擔爲二：一爲免責的債務承擔（privative od. befreiende Schuldübernahme），一爲併存的債務承擔（ennunulative od. bestärkende Schuldübernahme）。此之所謂債務承擔，則指前者而言。併存的債務承擔，一稱重疊的債務承擔（Kumulative Schuldübernahme），學者爲避免與單純的債務承擔之混同起見，或稱爲債務加入（Schuldbeitritt），或稱共同的債務承擔（Schuldmitübernahme）或稱強力的債務承擔（Bestärkende Schuldübernahme）。得依重疊的債務承擔，成立連帶債務，是爲德國學者之通說。但亦有謂得依重疊的債務承擔成立保證或連帶保證者。

### 第二 債務承擔契約與其原因

債務承擔契約與其原因之關係如何，通說與論債權讓與契約與其原因同，即債務承擔契約，係屬無因契約，與其原因全無關係，換言之，即不問債權人與承擔人間，或債務人與承擔人間之法律關係如何，不影響於債務承

擔契約之效力。(註二)余則以為應分別情形論之，即債務承擔係依債權人與承擔人間之契約而成立者，債務人與承擔人間之原因關係不影響於債權人與承擔人間債務承擔契約之效力，固不妨以債務承擔契約為無因契約說明之；然在債務承擔係依債務人與承擔人間之契約而成立者，債務人與承擔人間之原因關係不影響於債權人與承擔人間債務承擔契約之效力，則屬債權人立於債務承擔契約以外當然之結果，初不必以無因契約之觀念說明之也。

(註二)陳克生氏即探此見解，陳著謂：「即債務承擔，通常雖有其原因之法律關係，但與該法律關係各自獨立，只須其契約本身有效成立，即令其基本法律關係不存在，亦不受影響。」(陳氏前揭三九〇頁)

### 第三 債務承擔契約之成立

債務承擔契約之成立要件，有如左述。

- 一 債務承擔契約係債權人或債務人與第三人之契約 依我民法第三〇〇條及第三〇一條規定，債務之承擔，得因第三人與債權人，及第三人與債務人訂立契約而成立，從而債務承擔契約之當事人，為債權人與承擔債務之第三人(即承擔人)或債務人與承擔債務之第三人(即承擔人)。於此有應注意者：(一)債權人與承擔人以有處分能力為必要，反之債務人則係純獲法律上之利益，其有無處分能力，在所不問。(二)債務承擔契約之當事人，固為債權人或債務人與承擔人，然如承擔人與債權人及債務人間成立三面

契約，自無不可。

二 債務承擔契約須其債務得由第三人承擔。如前所述，無論何種債務，原則上皆得由第三人承擔，然亦有例外不得承擔者。關於此點，我民法無明文規定，依余所信，不得由第三人承擔之債務，其情形有二：（一）基於債務之性質不得由第三人承擔者：此與依債權之性質不得讓與同（民法第二九四條第一項第一款）。依債之性質不得由第三人承擔之債務，例如基於僱傭委任及寄託等契約而生之債務是。此等債務所以不得由第三人承擔者，蓋如使債務人以外之第三人而為清償，不足以達債權之目的故也。但不得由第三人承擔，係屬原則，如經債權人同意，則例外自得由第三人承擔（民法第四八四條第一項後段第五三七條第五九二條）。（二）基於債權人及債務人之特約不得由第三人承擔者：此與依當事人之特約債權不得讓與同（民法第二九四條第一項第二款）。債務承擔之禁止，有為一般者，有為部分者，有於債務發生之時約定者，有於債務發生之後約定者，其情形如何，均非所問。至債務承擔之禁止能否對抗善意第三人，我民法未如第二九四條第二項設有明文規定，余以為解釋上無發生問題之餘地，我民法不設規定，是為當然。

三 債務承擔契約為非要式契約。債務之承擔，僅依債權人與第三人間，及債務人與第三人間之合意而成，立無須何種方式，此為一般立法之所認，我民法從之，但有應說明者：

甲 第三人與債權人訂立債務承擔契約時，依我民法第三〇〇條規定：「第三人與債權人訂立契約，承

擔債務人之債務者，其債務於契約成立時，移轉於該第三人。」依此規定，可知第三人與債權人間之債務承擔契約，祇須有第三人與債權人之合意，無須何種方式，且無須得債務人之同意。就無須得債務人同意之點言之，與債權讓與以通知為對於債務人發生效力之要件，迥不相同，我民法所以無須得債務人之同意者，蓋債權人與第三人訂立債務承擔契約，對於債務人並無不利故也。雖然，第三人能否反於債務人之意思承擔其債務，則法無明文，不無疑問？依余所信，應依民法第三一一條第二項之類推適用，以為決定。從而就債之承擔無利害關係之第三人，如反於債務人之意思承擔其債務，自所不許。（註三）

乙 第三人與債務人訂立債務承擔契約時 依我民法第三〇一條規定：「第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人無生效力。」依此規定，一若第三人與債務人間之債務承擔契約，非以第三人與債務人之合意為已足，且須得債權人之同意即承認，實則不然，蓋須得債權人之同意，係第三人與債務人間之債務承擔契約對於債權人發生效力之要件，而於內部，祇須第三人與債務人之合意，即生移轉債務之效力，故此債務承擔契約之當事人，仍為第三人及債務人，從而債權人縱不為同意，而亦無礙於債務承擔契約之成立。茲就須得債權人承認之根據，承認之意義及承認之催告說明於左。

(A) 須得債權人承認之根據 第三人與債務人間之債務承擔契約，何故須得債權人之承認即同意 (Einwilligung, Genehmigung, Annahme) 始對於債權人發生效力，約有三說：(一) 第三人利益



契約說：主此說者謂第三人與債務人間之債務承擔契約，係利益於債權人之契約，即第三人利益之契約，故以得債權人之承認爲必要。此說可以批評之點甚多，舉其著者言之：即第三人利益契約，依我民法規定，原無須得第三人之承諾，當然對於第三人發生效力，承擔人與債務人間之債務承擔契約，則須得債權人之承認，始對於債權人發生效力，自不能謂其爲第三人利益之契約。(一)共同契約說：主此說者謂承擔人與債務人間之債務承擔契約，在內部固屬獨立之契約，而於外部則屬對於債權人之契約，故以得債權人之承認爲必要。此說可以批評之點亦多，舉其著者言之：即同一法律關係，既謂其獨立之契約，而又謂其爲共同之契約，其爲不當，甚爲顯然。(二)債權處分說：主此說者謂承擔人與債務人訂立契約，承擔債務人之債務，苟未得債權人之同意，則與處分他人之債權無異，故以得債權人之承認爲必要。(民法第一一八條)。此說雖不無可以批評之點，然在大體上固以此說較爲允洽也。(註四)

(B) 承認之意義 關於承認之意義如何，我民法未設明文，依余所信，應解爲從屬的法律行爲，蓋以其係補充債務承擔之效力故也。既解爲法律行爲，則關於法律行爲及意思表示之規定，亦有其適用，自不待言。此等之點，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

(C) 承認之催告 如前所述，第三人與債務人間之債務承擔契約，原須得債權人之承認，始對於債權人發生效力，然如債權人永不表示承認與否之意思，則法律關係永不確定，殊非所宜，故我民法第三〇

二條第一項規定：「前條債務人或承擔人，得定相當期限，催告債權人於該期限內確答是否承認。如逾期不為確答者，視為拒絕承認。」此之所謂催告，與一般催告同，係屬意思通知，其得準用關於法律行為及意思表示之規定，自不待言。又催告須定相當期限，如催告未定期限，或所定期限並非相當，自屬不生催告之效力。債權人於該期限內，如已為承認或拒絕之確答，自屬不成問題，如逾期未為確答，則我民法擬制其拒絕承認，以期適合於債權人之本意。又如前所述，第三人與債務人間之債務承擔契約，係因第三人與債務人之合意而成立，故縱債權人拒絕承認，或擬制的拒絕承認，亦不影響於此契約之效力。然此契約之目的，原在對於債權人亦生變更債務主體之效力，苟其目的不能達到，則此契約殊無繼續維持之必要，故我民法第三〇二條第二項規定：「債權人拒絕承認時，債務人或承擔人得撤銷其承擔之契約。」

（註三）關於此點，陳克生氏與鄒見相同，陳者謂：「至第三人得為異議否，亦可與第三人為清償同一論之，即第三人就債之承擔無利害關係者，債務人得為異議，有利害關係者則否。」（陳氏前揭三九一頁）

（註四）主張第一說者為 Danz, Gierke, Stobbe, Bekker 諸氏。主張第二說者為 Menzel, Gareis, Simon 諸氏。第三說在德國民法學界則屬通說，Windscheid, Gürgeus, Regelsberger, Unger, Münster, Dernburg, Crome, Endemann, Ortmann, Planck, Schollmeyer 諸氏。上述三說既皆不免於非難，故在暹羅民法為避免非難起見，則定為債務之移轉，於債權

人未爲同意以前，不得以之對抗債權人或第三人（選民第二八〇條）。

### 第三款 債務承擔之效力

#### 第一 概說

如前所述，債務之承擔，僅承擔人依債務承擔契約立於債務人之地位，而其債務，仍屬舊有之債務。從而債務之承擔，不但債務內容不生變更，即債務發生之原因亦不生變更。故如原債務爲支付價金之債務時，承擔人之債務仍爲支付價金之債務。原債務爲損害賠償債務時，承擔人之債務仍爲損害賠償債務。承擔人之債務，既與當初之原因不可分離，故如原債務爲基於侵權行爲之損害賠償債務時，縱令移轉於承擔人，民法第一九七條關於短期消滅時效之規定，仍應有其適用，是不待言。雖然，承擔人祇依承擔負擔原債務，然非因此原債務之當事人，故承擔人雖承擔支付價金之債務，然非買受人，又雖承擔侵權行爲上之損害賠償債務，然非加害人。承擔人既非原債務之當事人，則當事人所有之權利，承擔人自非當然有之。又承擔人係依債務承擔，於承擔當時之狀態承擔其債務，從而附隨於該債務之利益及不利益，皆應移轉於承擔人，茲於次段以下分別說明之。

#### 第二 從債務之移轉

此爲我民法第三〇四條所明定，但所謂從屬債務，應依情形而異，殊難一概而論，茲分擔保債務及其從屬債務說明如左。

一 擔保債務 此之所謂擔保，有法律上之擔保與契約上之擔保，關於法律上之擔保，是否因債務之承擔而消滅，解釋上不無疑問？余以為法律上之擔保，係基於法律規定而生，與擔保人之意思無關，於此問題，應取否定說。所謂法律上之擔保，例如物權法上之留置權及其他法定留置權（民法第四四五條第六四七條第六六二條）法定抵押權（民法第五一三條）是。契約上之擔保，有由第三人為之者，有由債務人為之者，關於前者，我民法第三〇四條第二項規定：『由第三人就債權所為之擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。』此係從德瑞民法而設之規定（德民第四一八條瑞債第一七八條第二項），我民法所以原則上定為因債務之承擔而消滅者，蓋推定第三人之就債權設定擔保或為保證，係信任債務人其人，無為其他之人為擔保之意思故也。關於後者，我民法無明文規定，各國立法例雖不一致，（德民第四一八條第一項明定因債務之承擔而消滅，瑞債第一七八條第二項暹民第二八三條第二項則與德國民法相反），但余以為於此場合，應推定債務人雖有就自己之債務為擔保之意思，而無為他人之債務為擔保之意思，從而債務人所為之擔保，除該債務人對於債務之承擔已為承認外，應因債務之承擔而消滅。

二 其他從屬之債務 依我民法第三〇四條第一項規定：『從屬於債權之權利，不因債務之承擔而妨礙其存在。但與債務人有不可分離之關係者，不在此限。』此係就擔保債務以外其他一切從屬債務而設之規定。所謂其他從屬之債務，例如利息債務、違約金債務及損害賠償債務是。茲就利息債務及違約金債務說明如

次(甲)利息債務：將來之利息債務，係從屬於原本債務，固不應因債務之承擔妨礙其存在；但遲延之利息債務，已與原本債務分離，成爲獨立之債務，是否不因債務之承擔而消滅，則屬疑問？有以其爲意思解釋之問題者(Saundinger-Kuhlenbeck 氏主此說)，余亦謂然。(乙)違約金債務：違約金債務在未成爲現實債務以前，固不應因債務之承擔妨礙其存在，但在已成爲現實債務以後，是否因債務之承擔妨礙其存在，則屬疑問？依余所信，應以其爲意思解釋之問題，與遲延之利息債務同。

### 第三 對於債權人之抗辯之援用

債務之承擔，係承擔人於承擔當時之狀態承擔債務人所負之債務，故各國民法多明定承擔人得援用債務人對於債權人之抗辯（德民第四一七條第一項瑞債第一七九條第一項暹民第二八二條），我民法從之，於第三〇三條第一項規定：「債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由，承擔人亦得以之對抗債權人。」此之所謂得對抗債權人之事由，與第二九九條第一項之規定同，舉凡權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯，及同時履行之抗辯皆屬之。雖然，承擔人之承擔債務，常與債務人間有種種法律關係，能否以其法律關係所得對抗債權人之事由，對抗債權人，適用上不無疑義？我民法則從德瑞民法於同條第二項規定：「承擔人因其承擔債務之法律關係所得對抗債務人之事由，不得以之對抗債權人。」（德民第四一七條第二項瑞債第一七九條第二項）此因如前所述，承擔人與債權人間之債務承擔契約，係無因契約，其效力固不及於債權人，承擔人與債務

人間之債務承擔契約，則債權人立於契約以外，其效力亦不及於債權人故也。本項之適用，例如承擔人因買受設定抵押權之不動產承擔債務人之債務時，縱買賣契約無效或不成立，或出賣人未為對待給付，亦不得以之對抗債權人是。

#### 第四 對於債權人之抵銷之禁止

如上所述，承擔人得以債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由對抗債權人，固矣；但依我民法第三〇三條第一項但書規定，承擔人以屬於債務人之債權，對於債權人主張抵銷，則所不許，此與債權之讓與規定有異（民法第二九九條第二項）。我民法所以禁止其主張抵銷者，蓋如許抵銷，則生處分他人權利之結果故也。承擔人雖不得以屬於債務人之債權，對於債權人主張抵銷，但如債務人於債務承擔前已為抵銷，則承擔人為債權消滅之抗辯，自無不可。又承擔人如對於債權人而有適於抵銷之債權，其得主張抵銷，又不待言。

#### 第四款 特種之債務承擔

#### 第一 概說

此之所謂特種之債務承擔，即前述之重疊的債務承擔（Kumulative Schulübernahme），重疊的債務承擔所以異於單純的債務承擔者，即一係承擔人與從來之債務人共同負擔同一之債務，一係承擔人代替從來之債務人負擔其所負之債務。關於重疊的債務承擔，有由於契約訂定而生者，有由於法律規定而生者，其於前者，

我民法無明文規定，余以爲解釋上自應許之，蓋重疊的債務承擔，通說謂其成立連帶債務，既屬連帶債務，則自得依債權人與各債務人之訂立契約而成立故也。（註一）其於後者，我民法則於第三〇五條及三〇六條對於財產或營業之概括承受及營業之合併設有明文規定，此係從瑞士債務法及德國商法之立法例（瑞債第一八一條第一八二條德商第二五條第二八條甸民草第一一七四條），茲於次段以下說明之。

（註一）重疊的債務承擔，成立連帶債務，爲德國民法學界之通說，主此說者爲 *Westerkamp*, *Reibel*, *Stammler*, *Hellwig*, *Planck*, *Ortmann*, *Schollmeyer*, *Kuhlenbeck*, *Endemann*, *Grome*, *Rehbein*, *Enneccerus*, *Matthias*, *Salinger* 諸氏。但有謂其成立保證債務者，主此說者爲 *Blume*, *Thur* 諸氏。此說殊難贊同，其難贊同之理由有二：（一）在重疊的債務承擔，既存債務與新債務之原因相同，而在主債務與保證債務則否。（二）在重疊的債務承擔，承擔人所負擔之債務並無從屬性質，而在保證債務之於主債務則有從屬性質。

## 第二 財產或營業之概括承受

依我民法第三〇五條第一項規定：『就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者，因對於債權人爲承受之通知，而生承擔債務之效力。』此種規定，係由於交易上之必要而生，即債權雖屬於債務人之權利，然自實質言之，究爲對於債務人之財產之權利（即債務人之財產爲債權之總擔保），從而債務與債權人之財產不可分離，故就他人之財產或營業概括承受其資產（財產）者，自應承擔其債務。（註二）其與單純的債務承擔

不同者，即在債務承擔契約，如係第三人與債務人之所訂立，非經債權人承認，對於債權人不生效力。此則祇須對於債權人爲承受之通知或公告，即生承擔之效力。此無他，蓋如後所述，債務人與承擔人係連帶負其責任，縱不經債權人承認，亦無損於債權人之利益故也。又如前所述，重疊的債務承擔，性質上屬於連帶債務，故我民法第三〇五條第二項規定：「前項情形，債務人關於到期之債權，自通知或公告時起，未到期之債權，自到期時起，二年以內與承擔人連帶負其責任。」既係連帶負其責任，則關於連帶債務之規定，於財產或營業之概括承受，亦有其適用，是不待言。

（註二）關於此點，洪賦林氏與鄧見不同，洪著謂：「承受他人之財產或營業者，非當然承擔債務，必於承受其資產外，並承受其負債者，始有本條之適用，若約明祇承受其資產而不承受其負債者，不在本條規定之列。」（洪氏前揭二一四頁）

### 第三 營業之合併

依我民法第三〇六條前段規定：「一營業與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，與前條之概括承受同。」所謂與前條之概括承受同者，即因對於債權人爲承受之通知或公告而生承擔債務之效力也。雖然，所謂一營業與他營業合併，並非彼此互易其營業，乃合併其營業而成爲新營業，從而自無成立連帶債務之可能，故同條後段規定：「其合併之新營業，對於各營業之債務負其責任。」關於營業之合併，他種法律有明定各營業之債權人得提出異議者（公司法第四八條以下），民法無此規定，自難爲同一之解釋，至因營業之合併，有損於債



權人之權利時，通說謂該營業之債權人得依第二四四條之規定，聲請法院撤銷其合併行爲，余亦謂然。

## 第七章 債之消滅

### 第一節 概說

#### 第一 債之消滅之意義

債之消滅(Erlöschen der Schuldverhältnisse, extinction des obligations)者，債權債務客觀的失其存在之謂也。債權，乃於消滅原因發生時當然消滅，無須債務人之主張，從而債權之消滅，係債權本身之消滅，與左列情形，殊不相同。

一 請求權之消滅 債權之請求權雖因時效之完成而消滅，然債權本身並不因此而消滅，故請求權之消滅與債權之消滅不同。

二 訴權之消滅 訴權係民事訴訟法上之權利，訴權雖常因一定之事由而消滅，然債權本身並不因此而消滅，故訴權之消滅與債權之消滅不同。(註一)

三 債權效力之停止 債權效力之停止，即債務人對於債權人之請求，得依抗辯拒絕其給付之謂。通常所謂

抗辯 (Einrede) 固可分爲永久抗辯 (peremptorische od. dauernde Einrede) 及延期抗辯 (dilatorische od. aufschiebende Einrede) 然均不過暫時的或永久的停止債權之效力，債權本身並不因此而消滅，故抗辯與債權之消滅不同。

四 債權之變更 債權之變更，不過債權之主體（債權人或債務人）發生變動，債權本身並不因此而消滅，故債權之變更與債權之消滅不同。（註二）

依上所述，可知債權之客觀的失其存在，始能謂之債權之消滅。債權，通常於其發生當時，即預期其消滅，而非無期的存在，此無他，良以債權以取得外部之生貨資料爲目的，一旦取得其生活資料之後，則債權之目的已達，無復存在之理由故也。此即債權與物權不同之點，故學者稱物權爲不生產的，債權爲生產的，物權爲靜止的，債權爲活動的，物權爲目的，債權爲方法，洵的論也。至已消滅之債權能否以契約使其復活，學者間頗有爭論，依余所信，應取否定說，故於債權已消滅時，當事人縱得依契約使發生與舊債權同一內容之新債權，然究爲新債權，而非舊債權（同說 Dernburg, Planck, Ortmann, Appel 諸氏異說 Kipp zu Windscheid 氏）。

（註一）關於此點，陳克生氏與鄭見不同，陳著謂：「訴權乃民事訴訟法上之權利，其消滅自應與債權之消滅區別之，惟在民法，以不認自然債務之存在，故訴權一經消滅，債權亦同時消滅，故訴權之消滅與債權之消滅，其結果乃相一致。」（陳氏前揭三九六頁）戰民法並無反對自然債務存在之明文，此說殊難贊同。

(註二)債權之變更，就廣義言之，實應屬於債權之消滅之一種，蓋在權利之消滅，適當可分為相對的消滅及絕對的消滅，債權之變更，就其消滅之點言之，即屬於相對的消滅故也。以故學者有稱權利之相對的消滅為權利之喪失，權利之絕對的消滅為權利之消滅者，惟是喪失與消滅，殊無異其意義之理由，故本書不採取之。

## 第二 債之消滅之原因

債之消滅之原因，自學理言之，通常可分為二種，即(一)基於當事人之意思之債權之消滅；舉其著者，例如因免除消滅債權債務是。(二)基於目的消滅(Zweckerledigung)之債權之消滅；就中又可分為二，即(甲)基於目的到達(Zweckerreichung)之債權之消滅；例如因清償消滅債權債務是。(乙)基於給付不能之債權之消滅；例如因不可歸責於債務人之事由致給付不能是。(註三)此係就學理言之，但在我民法則採列舉規定，而以清償提存抵銷混同及免除之五者，為債權消滅之原因，本書之所說明者，即限於此。實則債權消滅之原因，於此五者以外，不一而足，茲述其重要者如左：

- 一 解除條件之成就（民法第九九條第二項）。
- 二 終期之屆滿（民法第一〇二條第二項）。
- 三 法律行為之撤銷（民法第一一四條第一項）。
- 四 給付不能（民法第二二五條第一項）。

五 契約之解除（民法第二五四條以下）。

六 主體之死亡 債權人債務人一方或雙方之死亡，通常固非債權之一般的消滅原因，但有下列情形之一者則否（甲）法律有特別規定時（民法第四五二條第四七二條第四款第五〇條）（乙）當事人有特別訂定時（丙）基於給付之特別性質時，例如負擔教授或畫像之債務是。

七 反對契約 反對契約（*contractus consensus*），即使債權發生原因之契約消滅之契約。此種契約，得有效成立，固不待言，但其性質如何，則學說上頗有爭論。有謂其為免除契約者（*Bechmann, Brinz* 諸氏主此說），有謂其為獨立之契約者（*Windscheid, Dernburg, Örtmann, Demelius* 諸氏主此說）。余以為免除契約，係消滅債權之契約，而非消滅債權發生原因之契約，理論上自應以後說為是。

八 無償原因之競合 無償原因之競合（*concursum duntaxatum lucrativarum causarum*），即債務人依無償行為應給付之標的，債權人另依其他方法無償取得之謂。例如受贈人更由第三人受贈同一之贈與物是。在昔羅馬法雖認無償原因之競合，為債權消滅之原因，但在近代立法則否，我民法亦然。故如以其為債權消滅之原因，則不可無其特殊之理由，此其理由又因學說而異，有謂其基於目的到達者（*Hartmann, Klein, Örtmann, Ennecerus, Planck, Endemann* 諸氏主此說），有謂其基於給付不能者（*Mommsen, Siber, Schollmeyer, Lesser* 諸氏主此說），有謂其基於有使債務人免其債務之意思者（*Windscheid,*

Kuhlenbeck 諸氏主此說，依余所信，應以第二說爲是。

此外，債權人由債務人受領清償毫無利益，是否爲債權消滅之原因，學理上亦有爭論，有謂其爲債權消滅之原因者（Dernburg, Lehmann 諸氏主此說），有謂不然者（Krückmann, Lesser, Urtmann 諸氏主此說）。依余所信，應以後說爲是。蓋以其欠缺爲債權消滅原因之根據故也。

（註三）目的到達與給付不能，頗難爲絕對之區別，例如負有毀損某建築物之義務者，適因落雷毀壞其建築物，究爲目的到達，抑爲給付不能，殊難決定。於此問題，有謂其爲給付不能者（Klein 氏主此說），有謂其爲目的到達者（Krückmann, Lehmann 諸氏主此說）。依余所信，與其強爲區別，毋寧謂給付不能與目的到達之二者同時存在，較爲允洽。

## 第二節 通則

### 第一 從權利之消滅

依我民法第三〇七條規定：「債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利，亦同時消滅。」權利之消滅，當然及於從權利，此在適用上是爲當然（瑞債第一一四條第一項）。所謂擔保，不問其爲法律上之擔保契約上之擔保，亦不問其爲債務人所供之擔保第三人所供之擔保皆屬之。所謂其他從屬之權利，例如利息債權及違約金債權是。但未支付之利息，是否亦因原本債權之消滅而消滅，學說上頗有爭論，依余所信，應取否定說（瑞債第一一四條第二項）。已成爲現實債權之違約金債權亦然。

## 第二 負債字據之返還及塗銷

依我民法第三〇八條第一項前段規定：「債之全部消滅者，債務人得請求返還或塗銷負債之字據。」此為各國法律之所同（普法第一第十六章第一二五條以下與民第一四二八條德民第三七一一條瑞債第八八條日民第四八七條）。負債字據者，證明債權成立之文書也。債權之成立，固得依他種方法，以為證明，然負債字據不失為最有力之證據方法，故通常於其債務成立，同時由債務人交付負債字據於債權人（註）關於負債字據返還請求權之根據如何，學說上頗有爭論，有謂其基於不當得利請求權者（Ortmann 氏主此說），有謂其基於法律之規定者（Hedemann, Reichel 諸氏主此說）。余以為負債字據，並非有價證券，從而債權人雖有此負債字據，亦無所謂利益，債務人亦無所謂損害，理論上自應以後說為是。至我民法之所以設此返還規定，乃在避免債權人利用該字據再行請求清償，苟非特設明文，則在契約成立當時，債務人已將負債字據之所有權移於債權人，縱使債權消滅，債務人亦無請求返還其負債字據之權利。雖然，負債字據與收據不同，自非債之全部消滅，不能請求其返還，故我民法第三〇八條第一項後段規定：「其僅一部消滅，或其負債字據上載有債權人他項權利者，債務人得請求將消滅事由記入字據。」蓋於此時，債權人尚有用該字據之必要，如亦使其負返還之義務，則有失公平故也。又依我民法第三〇八條第二項規定：「負債字據，如債權人主張有不能返還，或有不能記入之事情者，債務人得請求給與債務消滅之公認證書。」此係負債字據不能返還或記入之救濟辦法。

此之所謂公認證書，依我民法債編施行法第九條規定，即「由債權人作成，聲請債務履行地之法院公證人警察官署商會或自治機關蓋印簽名」之證書。

(註) 頁債字據，無須爲獨立之文書，故如因成立消費借貸，證明受領金錢或其他物品之文書，如同時足以證明債權之成立，亦爲頁債字據。請求返還頁債字據之人，我民法定爲債務人，實則不限於債務人，舉凡清償債務之人皆有此權。又受此請求之人，不限於債權人，舉凡有權受領清償之人，皆爲受此請求之人。

### 第三節 清償

#### 第一款 清償之性質

關於清償 (Solutio, Erfüllung, paiement) 之性質如何，自來學說頗爲紛歧，要而言之，可分爲左列之二說：

一 法律行爲說 此說以清償爲法律行爲，但究爲何種之法律行爲，則學說不一。(甲) 契約說：此說以爲清償，係依債務人爲清償之意思表示與債權人受領清償之意思表示之合致而成，故清償爲契約。(乙) 單獨行爲說：此說以爲債權人固無須有受領清償之意思表示，但債務人則須有爲清償之意思表示，故清償爲單獨行爲。(丙) 折衷說：此說以爲清償，須債權人之受領時爲契約，其他之情形，則爲單獨行爲。

二 非法律行爲說 此說將清償之本體，與因清償所爲之給付行爲，分而爲二，給付行爲雖或爲契約，或爲單獨行爲，或爲事實行爲，而清償之本體，則爲實現債務內容之行爲，即事實行爲，而非法律行爲。

以上兩說，應以後說爲是。蓋如依前說中之契約說，則有下列數點之不當：(一)清償有以債務人一方之行爲爲之爲已足者，例如受任人處理委任事務是，可見清償之非契約。(二)清償固有依契約爲之者，例如後述之代物清償是，如謂清償爲契約，則將與代物清償無所區別。(三)清償有依債務人之指定及法律之規定定之者，例如後述之清償抵充是，如謂清償爲契約，則清償抵充即無由說明。(四)清償有無須當事人之有行爲能力者，例如依不作爲及事實行爲所爲之給付是，如謂清償爲契約，則將發生不當之結果。(五)如謂清償爲契約，則債權之消滅以基於當事人之合意爲已足，而法律規定債務人之提出給付，須依債務之本旨爲之，果何故乎？又如依前說中之單獨行爲說，亦有下列數點之不當：(一)清償有無須債務人爲清償之意思表示者，例如不作爲債務之清償是，可見清償之非單獨行爲。(二)清償有不問債務人之意思如何，依法律之規定定之者，例如後述之清償抵充是，如謂清償爲單獨行爲，則清償抵充即無由說明。(三)清償有無須債務人之有行爲能力者，如謂清償爲單獨行爲，則將發生不當之結果。(四)債務人雖有時爲清償之意思，然此清償意思，不過有宣言的效力，而非有欲發生法律上效果之意思表示。(五)債權之消滅，如依契約說，謂係基於當事人之合意爲之，尙能自圓其說，但何故得依債務人之一方意思表示爲之，則殊無理由。至如折衷說，則謂清償有時爲契約，有時爲單獨行爲，其不能免於上述各點之非難，更無待言。故依余所信，欲得清償之正當觀念，須依債權之觀念定之，即債權係使債務人依債務內容爲其行爲之權利，從而清償自係指依債務人之行爲具體的實現債務之內容而言，故如債務人之行爲，客觀的適合債務之內容，



則債權歸於消滅，是爲當然。至債權人有無消滅債權之意思，債務人有無因此消滅債權之意思，自非所問。從而清償之非契約，亦非單獨行爲，實無可疑。此余所以贊成後說，而以清償爲非法律行爲者也。(註)

(註)主張契約者爲 Savigny, Windscheid, Lotmar, Regelsberger, Henrici, Struckmann, Endermann, Klein 諸氏。主張單獨行爲說者爲 Rosenberg, Schollmeyer, Bauer, Alexander, Havenstein, Margrof 諸氏。主張折衷說者爲 Hasenöhrl, Manigk, Mathias, Planck, Emmeceus 諸氏。主張非法律行爲說者爲 Kohler, Gruchot, Stammeler, Dernburg, Landsberg, Ömann, Breif, Kreschmar, Böhmner 諸氏。我國學者，陳克生氏亦採取此說。(陳氏前揭四〇三頁)

## 第二款 清償人

何人爲債務之清償人，依學理解釋及法律規定，有如左述。

### 第一 債務人

債務人爲負有應爲清償義務之人，其得爲清償人，是爲當然。此之所謂債務人，不僅單一債務人，即不可分債務人連帶債務人亦是。此因不可分債務人及連帶債務人亦爲債務人故也。雖然，債務人之清償債務，是否須有行爲能力，學說上頗有爭論。余以爲於此問題，應依給付行爲之性質決之，即給付行爲爲事實行爲時，無須債務人之有行爲能力，反是給付行爲爲法律行爲時，則須債務人之有行爲能力。(註一)又清償如依權利之移轉爲之，則以債務人有處分權爲必要，如債務人無處分權，自屬不生清償之效力。關於此點，外國法律有設例示規定者，

### 我民法無之。(註二)

(註一)如係無行為能力人所爲之清償，依我民法解釋，應屬無效，如係限制行為能力人所爲之清償，依我民法解釋，應得爲撤銷。一旦撤銷以後，其已移轉於債權人之權利，依法自應溯及的復歸於債務人，但在外國有爲保護債權人起見，特認法定留置權，即無讓與能力之所有人，非更爲有效清償，不能取回其物者（日民第四七六條），我民法無之，解釋上自難相同。

(註二)關於此點，日本民法設有例示規定，且爲保護債權人起見，特認法定留置權，即交付他人之物之清償人，非更爲有效清償，不得取回其物（日民第四七五條），我民法無明文規定，余以爲應依第一一八條之規定解決之。

## 第二 債務人之代理人

債務人之代理人，得爲清償人，學說上殆無爭論。且關於債務之清償，依我民法規定，例外許其依自己行爲之代理，從而債權人自得爲債務人之代理人而爲清償，同爲一人亦得爲債權人及債務人之代理人而爲清償（民法第一〇六條但書）。不過嚴格言之，我民法規定「履行債務」，許其依自己行爲之代理，係就給付行爲許其依自己行爲之代理，即給付行爲爲法律行爲時，許其依自己行爲之代理耳。

## 第三 第三人

### 一 原則得由第三人清償

依我民法第三一一條第一項規定：「債之清償，得由第三人爲之。」此爲各國法律之所同（普法第一部第

十六章第四三條第四九條第五一條法民第一二三六條德民第二六七條日民第四七四條暹民第二八九條。清償之得由第三人爲之者，蓋就債權人方面言之：給付苟適合於債務之內容，無論由債務人爲之，第三人爲之，對於債權人並無不利；又就債務人方面言之：債務人縱有時對於第三人負擔償還義務，然非因此加重債務人之負擔，對於債務人亦無不利故也。清償既得由第三人爲之，故如第三人提出給付，債權人拒絕受領或不能受領，則債權人自應負遲延之責。第三人之爲清償，究應以自己之名義爲之，抑應以債務人之名義爲之，學說上頗有爭論。余以爲此時之第三人並非債務人之代理人，自應解爲應以自己之名義爲之（同說Ortmann氏異說Welland氏）。至所謂第三人，係指債權人債務人及其一般或特定繼受人以外之第三人，是不待言。

## 二 例外不得由第三人清償

債務得由第三人清償，係屬原則，依我民法規定，亦有例外不得由第三人清償者，其情形有三，茲述如左。

甲 依債之性質不得由第三人清償者 此爲我民法第三一一條第一項但書所明定。性質上不得由第三人清償之債務，舉凡置重於債務人之人的要素，如由第三人清償，不能達其目的之債務皆屬之。我民法有明定不許由第三人清償者，例如受僱人受任人及受寄人等，須自行清償其債務是（民法第四八四條第一項第五三七條第五九二條）。

乙 當事人另有訂定不得由第三人清償者 此亦爲我民法第三一一條第一項但書所明定。所謂當事人另有訂定，即當事人另有意思表示之謂。此項訂定，自不限於契約，單獨行爲爲債之發生原因時，其行爲人自得爲不得由第三人清償之表示。又訂立不得由第三人清償之契約，不限於債權發生當時爲之，嗣後爲之亦無不可。且其當事人不以訂立債權原因之契約者爲限，即債權之讓與人，債務之承擔人及其他之繼受人亦得訂立不得由第三人清償之契約。

丙 無利害關係之第三人清償債務經債務人聲明異議者 第三人之爲清償，固無須得債務人之同意，然如反於債務人之意思爲之，則殊有害於債務人之感情，故我民法第三一一條第二項規定：「第三人之清償，債務人有異議時，債權人得拒絕其清償。」債權人既得拒絕其清償，自不負受領遲延之責。此之所謂異議，應解爲意思通知（Willensmitteilung）之一種，其應準用關於意思表示及法律行爲之規定，是不待言。雖然，此項異議，應向何人爲之，學說上頗有爭論。依余所信，應解爲對於債權人爲之，對於第三人爲之，均屬相同。又其異議，不限於在第三人清償以前爲之，即在第三人清償以後爲之，亦無不可。如在第三人清償以後爲之，則其清償，應溯及於爲清償時失其效力，從而第三人自得基於不當得利之規定，請求返還其利益。第三人之清償，債權人得因債務人聲明異議而爲拒絕，係屬原則，我民法於同項但書尙設有例外規定，即：「但第三人就債之履行有利害關係者，債權人不得拒絕。」良以此時如許債權人拒絕清償，殊非所以

保護第三人之利益故也。利害關係之第三人，專就債之清償，而有財產上利害關係之第三人，例如保證人擔保財產之第三取得人及以自己財產供債務擔保之第三人。反是縱與債務人有身分關係，例如債務人之親屬，亦非此之所謂利害關係人。（註三）

### 三 第三人與債務人之關係

如上所述，債之清償，原則上得由第三人爲之，至第三人與債務人間之關係如何，則應分別情形以爲決定，即在一般之第三人時，其與債務人之關係如何，應依其相互間之法律關係定之，故如相互間爲僱傭關係時，應適用關於僱傭之規定，爲委任無因管理或贈與時，應適用關於委任無因管理或贈與之規定。其次在利害關係之第三人時，我民法則設有代位之規定，即依第三一二條：「就債之履行有利害關係之第三人爲清償者，得按其限度，就債權人之權利，以自己之名義代位行使。但不得有害於債權人之利益。」如前所述，代位係基於法律規定之債權移轉，從而關於代位之效力，自與前述債權之讓與同，凡債權人所有關於債權之效力及擔保等一切之權利，代位人均得行使之。但不得因此有害於債權人之利益，何謂有害於債權人之利益，已於前述，茲不贅。又代位人僅受讓債權而爲債權人，然非因此成爲契約之當事人，故凡關於契約當事人之權利，代位人自屬不得有之，與前述債權之讓與同。又依我民法第三一三條規定：「第二九七條及第二九九條之規定，於前條之代位行使權利準用之。」第二九七條係關於債權讓與通知之規定，第二九九條係關於對於

債權人之抗辯之援用之規定，其詳已於前述，可參照得之。（註四）

（註三）保證人是否此之所謂有利害關係之第三人，學說上頗有爭論，有謂其爲此之所謂利害關係人者，如陳克生氏是（陳氏前揭四〇五頁）。有謂其爲債務人，非此之所謂有利害關係之第三人者，如洪賦林氏是（洪氏前揭二二三頁）。依余所信，就我民法解釋，應以前說爲是。

（註四）關於代位之性質如何，學說不一，大約可分爲下列之四說：（一）債權買賣說：此說略謂第三人對於債權人而爲清償，非以清償之意思爲之，故債權人雖受滿足，然其債權依然存續，從而於此場合，係基於買賣或強制買賣移轉其債權於第三人。（二）擬制讓與說：此說略爲債權雖因清償而消滅，然法律猶依擬制使其存續，以之移轉於債權人。（三）賠償請求權說：此說略謂代位非真正之債權移轉，乃法律基於實際之理由，對於第三人予以賠償請求權。（四）債權移轉說：此說略謂第三人之清償，僅有使債權與從來之債權人分離之效力，而非絕對的消滅其債權，故第三人得因清償立於從來之債權人之地位，從而所謂代位，不外基於法律之規定移轉其債權於第三人。依余所信，就我民法解釋，應以最後說爲是。

### 第三款 受領清償人

何人爲債務之受領清償人，依學理解釋及法律規定，有如左述。（註一）

#### 第一 債權人

債權人得爲受領清償人，爲我民法第三〇九條第一項所明定，此在理論上亦應如是，蓋債權人爲享有權利之

人故也。雖然，債權人之受領清償，是否須有行為能力，學說上頗有爭論？余以為於此問題，與債務之清償同，應依給付行為之性質決之，即給付行為為事實行為時，無須債權人之有行為能力，反是給付行為為法律行為時，則須債權人之有行為能力，但在限制行為能力人受領清償，則屬純獲法律上利益之行為，依我民法第七七條，得不經法定代理人之允許為之，是為例外。債權人固為受領清償人，然亦有例外不得為受領清償人者，例如（一）債權人受破產宣告時：債權人如受破產宣告，則喪失管理其財產之權利，故不得為受領清償人。（二）債權受扣押時：債權如因執行而受扣押，債權人不得為受領清償人，從而第三債務人無為清償之義務，故縱為清償，對於扣押債權人亦不發生何種之效力。（三）債權受假扣押執行時，及（四）債權受禁止處分或停止支付並轉付命令時，債權人均不得為受領清償人，與債權受扣押時同。蓋於此等場合，如債權人得為受領清償人，則不能達假扣押執行及禁止處分等之目的故也。

（註一）此之所謂受領清償，有廣狹二義，就狹義言之，惟債務人之清償債務須債權人之協力者，謂之受領清償。就廣義言之，債務人之清償債務縱無須債權人之協力，即凡受其清償之利益者，皆謂之受領清償。關於受領清償，指狹義而言，此則指廣義言之，故清償不問其為法律行為事實行為，亦不問其為須債權人之協力與否，皆有受其清償利益之人，即受領清償人。

## 第二 債權人之代理人

債權人之法定代理人，得為受領清償人，學說上殆無爭論（民法第七六條第七九條），惟債權人之意定代理

人，能否爲受領清償人，則適用上頗有問題？依余所信，應取肯定說。蓋債權人之債權，固因清償而消滅，然債權人實因代理人之受領清償而受保存其財產之利益，由此可知受領清償之行爲，爲保存行爲之一種，保存行爲，意定代理人原有權爲之，故意定代理人亦得爲受領清償人。又此之所謂代理人之受領清償，自指給付行爲爲法律行爲時言之，此點與前述受領清償同。

### 第三 收據持有人

收據，一稱受領證書 (quittung, quitance)，受領證書者，證明債務清償之文書也。收據固爲證明債務清償之文書，然持有收據之人，非必即爲有權受領清償之人，苟屬無權受領，縱對之已爲清償，理論上亦爲無效，然如絕對貫徹此種理論，則不但債務人將因此致受不測之損害，且非所以保護交易之安全，故我民法特從德日立法例，於第三〇九條第二項規定：『持有債權人簽名之收據者，視爲有受領權人。但債務人已知或因過失而不知其無權受領者，不在此限。』(德民第三七〇條日民第四八〇條) 依此規定，收據持有人之視爲有權受領人，應具備下列兩種之要件：(一)須係對於收據持有人而爲清償；此在適用上是爲當然，惟應注意者，持有人所持之收據，須屬真實，且須具備民法第三條所定之方式，故如收據出於偽造變造，或未具備上述之方式，則清償人縱屬善意，亦不生清償之效力。雖然，收據持有人之視爲有權受領人，以其人持有真實且適法之收據爲已足，至持有人取得其收據之原因如何，則非所問。(二)須債務人爲善意且無過失；蓋如債務人而有惡意及過失，則無與



以保護之理由故也。所謂惡意，即債務人明知其無權受領是。所謂過失，即債務人因不注意而不知其無權受領是。上述兩種要件，應由何人舉證，適用上頗屬疑問。依余所信，第一種要件，應由清償人舉證，第二種要件，則應由債權人舉證。

#### 第四 第三人

對於無受領權之第三人而為清償，縱經其受領，亦不發生清償之效力，此在解釋上蓋屬當然，但如絕對貫徹此種理論，或則徒增無益之手續，或則致使債務人受不測之損害，殊為失當，故我民法特於第三一〇條設種種之例外，茲分述如左。

一 經債權人承認或受領人嗣後取得其債權者 依我民法第三一〇條第一款規定：「經債權人承認，或受領人於受領後取得其債權者，有清償之效力。」經債權人承認，發生清償之效力，與無權利人就權利標之物所為之處分，經有權利人承認，發生處分之效力（民法第一一八條第一項），正屬相似。蓋既經債權人承認，則與債權人自為受領無異，使其發生清償之效力，不但足以節省債務人重為清償之煩，且債務人亦無須基於不當得利向第三人請求返還其利益，實際上甚為便利故也。至所謂承認，即追認之意，如屬事前允許，則債務人所為之清償當然發生效力，自無適用本款之餘地。其次，受領人於受領後取得其債權，使其發生清償之效力，與無權利人就權利標之物為處分後，取得其權利，其處分自始為有效（民法第一一八條第二項），亦

復相同。蓋受領人既已取得其債權，則與對於債權人而為清償無異，使其發生清償之效力，即可省去無益之手續故也。至所謂取得其債權，以法律上有移轉債權之效力為已足，其取得之原因如何，則非所問。

二 受領人係債權之準占有人者 債權之準占有人，指以為自己之意思行使債權之人而言（民法第九六六條第一項），債權之準占有人，非必即為有權受領清償之人，苟屬無權受領，縱對之已為清償，理論上亦屬無效，然如絕對貫徹此種理論，則不但債務人將因此致受不測之損害，且非所以保護交易之安全，故我民法特從法日立法例，於第三一〇條第二款規定：『受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力。』（法民第一二四〇條日民第四七八條）依此規定，對於債權之準占有人為清償，其發生效力，須具備下列兩種之要件：（一）須係對於債權之準占有人而為清償；此在適用上是為當然，所謂債權之準占有人，例如非繼承人而自稱為繼承人，行使關於繼承財產之債權是。是否債權之準占有人，應依各種情形決之，不得單因持有負債字據，即謂其為準占有人。（二）須債務人為善意；蓋如債務人而有惡意，即無與以保護之理由故也。所謂惡意，即債務人明知其非債權人是。既須明知，故縱因過失不知其非債權人，亦屬善意，而非惡意。具備上述兩種要件，則其清償為有效，但真正之債權人，如非因對於債權準占有人之清償而受利益，則得基於不當得利，請求債權占有人返還其利益，自不待言。

三 債權人因而受利益者 依我民法第三一〇條第三款規定：『除前二款情形外，於債權人因而受利益之

限度內，有清償之效力。』所謂債權人因而受利益，指該清償之利益實際已由債權人享受者而言，我民法以其爲有清償之效力者，蓋所以避免無益之手續也。但發生清償之效力，僅以債權人因而受利益之限度爲限，從而債權人未受利益之部分，債務人應更爲清償，是不待言。由是可知對於無權受領之第三人而爲清償，所以發生債權消滅之效力者，非因其已爲清償，不過因第三人之受領清償，債權人於受其利益之限度，已達債權之目的耳。

#### 第五 其他之受領權人

受領清償人，除上述各種之人外，尙得依當事人之契約，法律之規定，或訴訟上之裁判使第三人爲受領清償人。其依當事人之契約，使第三人爲受領清償人，不問其於債權發生時以契約爲之，抑於債權發生後以契約爲之。（註三）其依法律規定第三人爲受領清償人，例如債權人依第二四二條由第三債務人而受清償是。其依裁判第三人爲受領清償人，例如債權人依轉付命令而受清償是。

（註二）此種契約，應與第三人利益契約區別，而稱爲對於第三人與以權限之契約（*ermächtigende Verträge auf Leistung an Dritte*）。蓋此種契約，非第三人對於債務人直接取得權利，不過單取得受領給付之權限故也。又此種契約，與代理權授與契約不同，即在代理權授與，得依債權人一方之行為，對於代理人撤回受領清償之權限，此種契約解釋上則否。

#### 第四款 清償之標的

### 第一項 概說

清償之標的者，債權人應為清償之內容也。何者為清償之標的，固應依各種債之關係分別決之。但在我民法第 三〇九條第一項規定：『依債務本旨，……為清償，……債之關係消滅。』蓋又所以明示清償之一般準則也。清償既須依債務本旨為之，故在僅為一部之清償，或不以原定之給付為清償，或因清償債務而負新債務，均不得謂係依債務本旨之清償，其不生清償之效力，是為當然，但如絕對貫徹此種理論，殊有未當，故我民法特從一般立法通例，於第三一八條至第三二〇條設一部清償代物清償及債務更新，亦屬有效清償之規定。茲於次項以下分別說明之。

### 第二項 一部清償

#### 第一 原則債務人無為一部清償之權利

依我民法第三一八條第一項規定：『債務人無為一部清償之權利。』良以其非依債務本旨而為清償故也。惟應注意者，（一）一部清償，惟於給付可分時有之，如給付為不可分，則性質上應為全部清償，不生一部清償之問題。（二）一部清償，係就一個債之標的之一部清償而言，從而不但單純給付不得為一部清償。即合成給付亦不得為一部清償。反之外觀上雖為一個契約，而實際為數個獨立之給付時，則各給付原得獨立為之，不生一部清償之問題。從而依第二七一條之規定，數人負同一債務或有同一債權而其給付為可分者，各債務人所為之清

償，自非一部之清償。(註一)(三)一部清償，惟於全部給付可能時有之，如給付之一部不能，則我民法第二二五條及第二二六條另有解決辦法，即因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人就其不能部分免給付義務，而於可能部分仍有為清償之權利。又因可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人固應負損害賠償之責，然如可能部分之履行對於債權人並無不利，而於可能部分仍有為清償之權利。債務人既無為一部清償之權利，從而債權人於債務人為一部清償時，從拒絕受領，亦不負受領遲延之責。又債務人雖無為一部清償之權利，然債權人則不妨請求一部清償，或受領一部清償，是不待言。

(註一)原本債權與利息債權，就廣義言之，雖為一個債之關係，然兩者係各別獨立，故原本或利息之清償，自非一部清償。違約金亦然。又各期債務例如各期租金之清償，亦非一部清償。

## 第二 例外債務人得分期給付或緩期清償

債務人固無為一部清償之權利，然如絕對貫徹此旨，殊非所以保護債務人，故我民法第三一八條第一項但書及同條第一項特設例外規定，即給付為可分時，債務人得分期清償或緩期清償，給付為不可分時，債務人亦得緩期清償。分期清償者，劃分期限，而為一部清償也。緩期清償者，延展期限，而為全部清償也。此兩種例外之適用，須具備下述三種要件：(一)須債務人之境況難於立時為全部之清償，此種例外規定，係為同情於債務人之境遇而設，故必債務人之境況難於立時為全部清償，始有例外之適用。(二)須無甚害於債權人利益之相當期限

內，分期或緩期，債務人之境況固應加以斟酌，然亦不能因此致使債權人受莫大之損害，故須於無甚害於債權人利益之相當期限內，定其分期或緩期之期限。至期限是否相當，則應依具體情形決之，是不待言。(三)應否分期或緩期，須經法院之許可，債務人得為分期清償或緩期清償，原屬例外，故我民法以其許可之權畀諸法院，以期既不至漠視債務人之境遇，亦不至過分損害債權人之利益。此之所謂法院，不僅訴訟法院，即執行法院亦是。從而所謂許可，自不限於以訴訟程序為之，即以執行程序為之，亦無不可。(註二)具備上述各種要件，則債務人即有為分期清償或緩期清償之權利，從而債權人如拒絕受領或不能受領，自應負受領遲延之責。至給付如不可分，祇得為緩期清償者，是又給付性質所當然，無待深論也。

(註二)具備第三一八條第一項但書及同條第二項所定之要件，債務人固得為一部清償，但債務人得為一部清償之情事，並不僅此。舉其著者言之，有依給付之性質應為分期清償者，例如與某歌劇團約定演劇一週，是有依法律規定得為一部清償者，列如票據法第七〇條第一項及土地法第一七九條之規定。有依當事人之意思得為一部清償者，其為債權人一方之允許，或債權人及債務人雙方之同意，均無不可。

### 第三項 代物清償

#### 第一 代物清償之性質

代物清償 (*datio in solutum*, *Hingabe an Erfüllungszustand*) 者，債權人與債務人所為受領他種給付，以代原定給付，使債之關係消滅之契約也。我民法第三一九條所謂：「債權人受領他種給付，以代原定之給付者，

其債之關係消滅。』即屬關於代物清償之規定。代物清償之性質如何，學說紛歧，至不一致，有謂代物清償係清償或清償之變態者（Windscheid 氏主此說），余則以為代物清償，於使債權人受實質的滿足之點，雖與清償相同，但代物清償，非原定給付之履行，謂為清償，殊為失當；且清償係依債務人之行為，實現債務之內容，代物清償則尚須債權人消滅債務之承諾，其非清償，尤為顯然。其次有謂代物清償係買賣或互易與抵銷之混合契約者（Schliemann, Kömer 諸氏主此說），此說亦難贊同，蓋此種見解，不但與當事人之意思不合，且如依此說，徒使法律關係趨於複雜，殊無何種之實益故也。復次有謂代物清償係一種獨立之契約者（Schollmeyer, Berndorf, Hartmann 諸氏主此說），此說最能說明代物清償之性質，余亦從之。如依此說，則有應說明之點如次：（一）代物清償為要物契約，代物清償之成立，非以當事人之意思表示為已足，尚以債務人為現實給付為必要，故代物清償為要物契約。（二）代物清償為有償契約，債務人為他種給付，與債權人拋棄債權立於對價關係，故代物清償為有償契約。（三）代物清償以消滅債務為標的，從而債務自因代物清償之成立而消滅，故在代物清償成立以波，債權人不得請求返還其原定之給付。

## 第二 代物清償之要件

代物清償之成立，須具備左述各種要件。

一 須有因代物清償而消滅之債權存在 代物清償，以消滅債權為標的，自以有可因代物清償而消滅之債

權存在爲必要。如並無債權存在，係基於錯誤以其爲代物清償而爲給付，自得基於不當得利請求其給付之返還。

二 須債務人以他種給付代原定給付。債務人須現實爲給付，始能成立代物清償，此代物清償爲要物契約所當然。如非現實給付，不過債務人有得以他種給付代原定給付之權利時，則屬任意債務，而非代物清償。又現實所爲之給付，須與原定給付異其種類，此爲我民法第三一九條所明定。但以異其種類爲已足，其種類究屬如何，則非所問。故不僅物之給付，即債權移轉物權移轉及勞務等，亦得爲代物清償之標的。又現實所爲之給付，須係用以代原定給付爲之。故如因清償而爲給付 (Leistung erfüllungshalber)，則其給付係清償之方法，自必債權人實際已由該給付得有滿足，其債權始歸消滅，與代物清償，一經債權人受領給付，其債權即歸消滅，自不相同。

三 代物清償之成立須得債權人之承諾。債務人原無以他種給付代原定給付之權利，故債權人於債務人提出與原定給付相異之給付時，縱拒絕受領，亦不負遲延之責。從而以他種給付代原定給付而使債之關係消滅，自以得債權人之承諾爲必要。換言之，即須債權人與債務人之合意，始有成立代物清償之可能。<sup>(註)</sup>

(註) 代物清償，是否必須債務人爲之，各國法律不同，有特用債務人之字樣者，如日本民法是 (舊民第四八二條)。有不特用債務人之字樣者，如德國民法是 (德民第三六四條第一項)。我民法係從後之立法例，解釋上自不限於由債務人爲之。即在特用債務人字樣者，亦



解釋上不限於由債務人爲之。

### 第三 代物清償之效力

關於代物清償之效力如何，學說不一，有謂債務當然消滅者，有謂債務人依惡意之抗辯始免債務者，近世各國法律皆取前說，我民法從之，於第三一九條明定『其債之關係消滅。』債之關係既當然消滅，從而債權之擔保及其他從屬之權利，亦應同時消滅，是不待言。至代物清償所爲之給付如有瑕疵，其救濟方法如何，學說亦不一致，有謂得請求原定給付者，有謂得請求損害賠償者，有謂得請求原定給付或損害賠償者，通說多取最後之見解。德國民法爲避免解釋起見，特於第三六五條明定債務人與出賣人負同一之擔保義務。我民法關於此點，未設明文，依余所信，應與德民取同一之解釋，蓋如前所述，代物清償係有償契約故也（民法第三四七條）。

### 第四項 債務更新

因清償債務，對於債權人負擔新債務者，謂之債務更新。例如因清償千元之債務發行同額之票據是。債務更新之性質如何，學說不一，有謂其爲清償之着手者（Salpius 氏主此說），有謂其爲條件附清償者（Schliemann 氏主此說），有謂其爲代物清償者（Fick, Grünhut 諸氏主此說），有謂其爲條件附代物清償者（Schauberg 氏主此說），有謂其爲一種獨立之契約者（Drier, Melcher 氏主此說）。余則以爲債務更新，係因清償債務負擔新債務，而非依債務本旨以爲給付，卽爲原定給付，自不能謂爲清償之着手或條件附清償，又債務更新，依當

事人之意思，係因清償而為，非因代償而為，自不能謂為代物清償或條件附代物清償，故理論上應以最後說為是。雖然，因清償債務而對於債權人負擔新債務，究為代物清償，抑為因清償而為給付，頗難分辨，故我民法特從德瑞立法例，於第三二〇條設推定的規定曰：『因清償債務而對於債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不為履行時，其舊債務仍不消滅。』（德民第三六四條第二項瑞債第一一六條第一項）依此規定，債務更新係新債務與舊債務並存，債權人得選擇其一行使之。惟債權人究先請求何種債務之履行，自應解釋當事人之意思以為決定。但在當事人通常之意思，則多先請求新債務之履行，於債權人因新債務履行受滿足之範圍內，其舊債務歸於消滅。

#### 第五款 清償地清償期及清償費用

##### 第一項 清償地

##### 第一 清償地之意義

清償地 (Leistungsort) 者，債務人應為清償之地也。在學術上之用語，通常有清償地與清償處所之區別，清償處所，用作狹義，指應為清償之地點而言，例如債權人之住所是。清償地，則用作廣義，指包含清償地之行政區劃言之，例如債權人住所所在之某縣某市是。但在我民法之所謂清償地，應從狹義解釋，即清償處所之義，不可不辨。清償地既係債務人應為清償之地，從而清償地與償之發生地不同，償之發生地，即償之原因成立地，例如償

之關係因契約而生時，其契約成立地，即債之發生地是。又清償地與目的地（Bestimmungsort）亦異，依債權人一方之希望送付標的物於清償地以外之指定地者，其指定地即目的地。債之發生地與目的地，雖亦有時爲清償地，但其性質，究屬有別。

## 第二 清償地之決定

清償地，依我民法規定，應依左列方法以爲決定。

- 一 法律有規定者從其規定 所謂法律另有規定，例如民法第三七一條及第六〇〇條之規定是。
- 二 契約有訂定者從其訂定 當事人之以契約訂定清償地，不以債之發生當時爲限，嗣後亦得爲之。又所定之清償地，不限於一處，得於數處中選擇的定之，例如當事人以契約訂定，債務人得於甲乙兩處任擇一處爲清償地是。亦得就同一債務而定數個之清償地，例如就分期給付之一宗債務定有各期不同之清償地，或就原本債務與利息債務，本債務與違約金債務，而定各別之清償地是。在雙務契約，得就各債務定各別之清償地。當事人有數人時，例如連帶債務，亦得就各當事人定各別之清償地。

- 三 有習慣者從其習慣 習慣有補充當事人意思之效力，故有特別習慣可從者，自應從其習慣。例如銀行之交易，概在銀行是。

- 四 能依債之性質決定者從其性質 例如移轉不動產，修繕建築物之債務，依其性質，應以不動產所在地，建

建築物所在地，爲其清償地是。又如管理財產之債務，依其性質，應以財產所在地，爲其清償地是。

五 能依其他情形決定者從其情形 例如債之關係因單獨行爲而生者，於其單獨行爲定有清償地時是。

六 補充規定 清償地，不能依上述各種方法以爲決定時，我民法第三一四條設有補充規定，茲述如左。

甲 特定物之債 依我民法第三一四條第一款規定：「以給付特定物爲標的者，於訂約時其物所在地爲之。」此爲羅馬法之所認，德國普通法法國民法及日本民法從之（法民第一二四七條日民第四八四條）。特定物之債，以訂約時其物所在地爲清償地，最適合於當事人之意思，故爲我民法所採用。但此規定僅於特定動產有其適用，蓋關於不動產，本不待言故也。所謂特定之債，舉凡給付標的已具體的特定之債皆屬之。（註一）所謂訂約時，通常固爲債之發生時，但在停止條件附之契約，其訂約時與債之發生時不同，其清償地如何，則屬疑問？余以爲爲期適合於立法本旨起見，此時仍應以訂約時其物所在地，爲其清償地。（註二）

乙 其他之債 依我民法第三一四條第二款規定：「其他之債，於債權人之住所地爲之。」關於此點，各國法律頗不一致，有以債之發生地爲清償地者，如奧大利民法索遜民法是（奧民第九〇五條索民第七〇五條）。有以債之發生當時債權人之住所地爲清償地者，如普國國法日本民法是（普法第一部第五章第二四八條日民第四八四條）。有以債之發生當時債務人之住所地爲清償地者，如法國民法瑞士債務

法及德國民法是（法民第一二四七條、瑞債第七四條、德民第二六九條）。通常之債，以債權人之住所地爲其清償地，最適合於債務之本旨，故我民法特從昔日法律之立法例。但所謂住所地，應從狹義解釋，係指債權人之現住所，而非指債權人之住所所在地之行政區域。至所謂債權人之現住所，係指債務人應爲清償時債權人之住所，而非債之發生當時債權人之住所，亦非債務人現爲清償時債權人之住所。蓋債務人不於清償期爲清償時，嗣後債權人變更其住所，債務人應於現爲清償時債權人之住所爲其清償故也。

（註三）何謂住所，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

（註一）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：『本款只就以給付特定物爲標的之債有適用，何謂以給付特定物爲標的之債，即謂須移轉特定物之占有之債務也，乃爲特定之債之一種。蓋凡給付標的具體已特定之債務，均可謂之特定之債，例如以讓與特定著作權爲標的之債是。此則僅限於以特定物之交付爲標的之債，始有適用。』（陳氏前揭四二六頁）

（註二）特定物之債，固以訂定時其物所在地爲清償地，但其物之所在地是否以債務人知悉爲必要，則屬疑問。關於此點，一般通說均謂如債務人不知其物之所在地，則無本款之適用，余亦謂然。

（註三）關於此點，陳克生氏與本書見解不同，陳著謂：『債之發生原因成立時，與債之發生時，及債之應履行並債之實行履行時，債權人住所地不一致者，果以何地爲清償地，應解爲以債之實行履行時債權人住所爲清償地。蓋如是解釋，始符合於立法本旨也。但如因此致增加費用者，自應由債權人負擔。』（陳氏前揭四二六頁）

### 第三 清償地之效力

清償地既已決定，則債務人祇得於清償地爲清償，債權人亦祇得於清償地請求清償，從而債務人於清償地以外之地爲清償時，債權人縱拒絕受領，亦不負受領遲延之責，債權人於清償地以外之地請求清償時，債務人縱不爲給付，亦不負給付遲延之責。又依我民法規定，清償地有爲決定給付內容之標準者，例如外國貨幣之換價，應依給付地之市價是（民法第二〇二條）。又依我民事訴訟法規定，清償地有爲決定審判籍之標準者，例如本於契約有所請求而涉訟，得由義務履行地之法院管轄是（民訴法第十四條）。

### 第二項 清償期

#### 第一 清償期之意義

清償期 (Erfüllungszeit) 者，債務人應爲清償之時期也。（註一）債務人應爲清償之時期，即債權人得現實請求清償之時期，此在解釋上固屬當然，但清償期與下述各種時期殊不相同。（一）債權發生之時期，債權發生時，債權人之給付請求權，固即因以發生，但與債權人得現實請求給付，究屬有別，故債權發生之時期，非清償期。（註二）（二）債務人得爲清償之時期，債務人固無須於清償期前而爲清償，然亦有得於清償期前爲清償者，例如後述爲債務人之利益而定之清償期是。但債務人究無須於清償期前而爲清償，從而債務人得爲清償之時期，自非清償期。（三）債權人得請求清償之時期，債權人固不能於清償期前請求清償，然亦有得於清償期前請

求清償者，例如後述爲債權人之利益而定之清償期是。但債權人究不能於清償期前請求清償，從而債權人得請求清償之時期，自非清償期。(四)債務人實行清償之時期，清償期屆至以後，如債務人不爲清償，固應負給付遲延之責，然於事後再爲清償，自無不可，顧此究非債務人應爲清償之時期，自非清償期。

(註一)德國民法從債權人方面立論，稱債權人得請求清償時期之屆至，爲 *Fälligkeit*，此種用語，殊非妥洽，蓋債權人得請求清償之時期，與債務人應爲清償之時期，通常固屬一致，然在爲債權人之利益而定清償期時，債權人得拋棄其利益，而於清償期前隨時請求清償，故本書從債務人方面立論，下清償期之定義曰：「清償期者，債務人應爲清償之時期也。」

(註二)債權發生之時期，因其發生之原因而不同，其由法律規定而生者，例如不當得利無因管理及損害賠償等，以法定要件完成之時，爲債權發生之時期，其由法律行爲而生者，例如契約，則以法律行爲發生效力之時，爲債權發生之時期。債權發生之時期，雖非清償期，然亦足以發生重要之效果，例如以此時期爲標準，而定從物之範圍是。

## 第二 確定清償期與不確定清償期

清償期，因情形不同得爲種種之分類，茲就其關係重要之確定期限及不確定期限說明如左。

一 確定期限 確定期限 (*dies certus an et quando*) 者，清償期之屆至及其屆至時期皆已確定之期限也。確定期限有以一定期日定之者，如云民國二十二年一月二十六日是。有以一定期間定之者，如云二十二年一月一日至一月二十六日是。在後之情形，須於期間經過後，債務人始任給付遲延之責，債權人亦惟於此

時始得提起請求給付之訴。雖然，期限之以一定期間定之，非無於期間經過後，債務人免其債務者，例如火車之定期往返車票是，於此情形，其債權惟於某期間存在，是不待言。

二 不確定期限 不確定期限 (*dies Certus an, sed incertus quando*) 者，清償期之屆至雖已確定，而其屆至時期則不確定之期限也。如云某人死亡之日是。不確定期限，其屆至時期雖不確定，然其期限之屆至則已確定，其所以異於條件者，即在於此。從而如清償期之屆至及屆至時期皆不確定 (*dies incertus an et quando*)，則屬條件，而非期限。但如當事人有以之定清償期之意思，即其事件如已發生，以其發生之日為清償期，如不發生，以其人死亡之日為清償期，則仍屬期限，而非條件。惟於此場合，究為期限，抑為條件，要在就各種情事，解釋當事人之意思以為決定。又當事人於定不確定期限時，如其用語不甚精確（例如適當時期或相當機會之類），其清償期究於何時屆至，不無疑問？依余所信，應由審判官係誠信原則，就各種情形，認定其事實之發生與否，以定清償期。

### 第三 清償期之決定

清償期，依我民法規定，應依左列方法以為決定。

一 法律有規定者從其規定 所謂法律另有規定，例如民法第四五〇條第四七〇條第四七七條及第四七八條之規定是。



二 契約有訂定者從其訂定 當事人之以契約訂定清償期，不以債之發生當時爲限，嗣後亦得爲之。清償期，得依主債務與從債務而異。且得分割一宗債務，就各部分而定各別之清償期。又清償期，得選擇的定之，此時自應準用關於選擇之債之規定。其在雙務契約，得就各債務而定各別之清償期，但於此場合，不應適用同時履行之原則。

三 能依債之性質決定者從其性質 例如因宴客而定酒席，依其性質，應以其宴客之日爲清償期是。

四 能依其他情形決定者從其情形 例如債之關係因單獨行爲而生者，於其單獨行爲定爲有清償期時是。

五 補充規定 清償期，不能依上述各種方法以爲決定時，我民法第三一五條設有補充規定，即「債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時爲清償。」此種辦法，自羅馬法以來，各國法律即已認之（德民第二七〇條瑞債第七五條），法國民法及日本民法雖無明文規定，但在通說，亦與德瑞法律取同一之解釋。我民法所以從一般立法通例，明定債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時爲清償者，蓋債權，原以請求給付爲標的，其成立之時，即給付請求權發生之時（*praesens obligatio*），清償期既不能依法律規定，契約訂定，債之性質或其他情形以爲決定，自應從其本質，以定清償期。雖然，於此場合，債權成立之時，固爲給付請求權發生之時，然債務人之爲清償，尙須多少之準備，自不可不與以準備期間之猶豫，此依誠信原則以爲解釋，是爲當然。又應給付某結果時，例如承攬契約供給契約等，債務人以即時着手於發生其結果之工作爲已足，是不待言。

#### 第四 清償期之效力

清償期一旦屆至，則債權人得請求清償，債務人亦應為清償。從而如清償期係屬重要，即非於一定期限為清償，不能達清償之目的時，債務人不為清償，即生給付不能；反之如清償期非屬重要，則債務人嗣後仍得為清償。此外，依我民法規定，清償期之屆至，有為起算消滅時效期間之標準者，即第一二八條之規定是，有為決定給付遲延之標準者，即第二二九條之規定是，有為決定受領遲延之標準者，即第二三五條之規定是，有為構成同時履行抗辯之要件者，即第二六四條之規定是，有為構成抵銷之要件者，即第三三四條之規定是。

#### 第五 清償期前之清償

債權人固惟於清償期屆至時，始得為清償，債務人固亦惟於清償期屆至時，應為清償，然例外非無於清償期前得為清償或得請求清償者，茲分述如左。

一 債務人得於期前為清償時 依我民法第三一六條規定：「定有清償期者，……如無反對之意思表示時，債務人得於期前為清償。」此為羅馬法以來各國法律之所認（法民第一一八七條德民第二七一條第二項日民第一三二八條）。法律上之期限，究係為債權人之利益定之，抑係為債務人之利益定之，固應依當事人之意思以為決定。然如當事人之意思不明，則為保護債務人之利益，應推定其係為債務人之利益定之，從而債務人得拋棄其利益，於清償期前為清償，是為當然。但債務人於清償期前為清償時，能否扣除其中間利

息 (intercursum, Zwischenzinsen) 則屬疑問。關於此點，外國法律有明定其不得扣除中間利息者（德民第二七二條），我民法雖未設明文，余以為應與德民取同一之解釋。蓋債務人因拋棄其利益所生之不利，應由債務人受之，不應轉嫁於債權人故也。

二 債權人得於期前請求清償時 依我民法第三一六條規定：「定有清償期者，債權人不得於期前請求清償。」依此規定，似債權人無於清償期前請求清償之餘地，實則此種規定，殊欠妥洽。即清償期，非無為債權人之利益定之者（例如無償寄託），債權人如拋棄其利益，提前請求清償，對於債務人並無不利，自應許其得於期前請求清償。此外，於債務人受破產宣告時，債務人毀損或減少其擔保時，債務人應供擔保而不供擔保時，一般學說及立法例，為保護債權人之利益，多許其得於期前請求清償，依余所信，解釋上應屬相同。

### 第三項 清償費用

清償費用，即為清償必要之費用，例如運送費匯費之類是。此項費用，應由何人負擔，我民法第三一七條設有明文規定，即：「清償債務之費用，除法律另有規定，或契約另有訂定外，由債務人負擔。」其由債務人負擔者，蓋清償債務係債務人之義務故也。但此係屬原則，同條但書尚設有例外規定，即「但因債權變更住所，或其他行為，致增加清償費用者，其增加之費用，由債權人負擔。」所謂依其他情形致增加清償費用，例如依債權人之要求，將給付物送交清償地以外之處所，或依特別之運送方法而為運送，致增加運送費用是（法民第一二四八條德民第二

七〇條第二項日民第四八五條）（註）

（註）我民法第三七八條第二款規定：「移轉權利之費用，運送標物至清償地之費用，及交付之費用，由出賣人負擔。」本款所定之各種費用，即清償債務之費用，第三一七條既定由債務人負擔，實無再設第三七八條第二款之必要。

第六款 清償之抵充

第一 清償抵充之要件

清償抵充（*Verrechnung von Zahlungen, imputation des paiements*）者，債務人對於同一債權人，負為同種類給付之數宗債務時，因清償人所提出之給付，不足清償全部債額，而決定以該給付抵充一部債額之清償也。債務人對於同一債權人，負為同種類給付之數宗債務時，此數宗債務中，關於利息、期限及擔保等往往不同，如清償人所提出之給付不足清償其全部債額，究應清償何部債額，對於當事人頗有重大之關係，故我民法特從一般立法通例，設清償抵充之規定。茲述其要件如左。（註一）

一 須債務人對於同一債權人負擔數宗債務 即同一債權人債務人間，須有基於獨立原因而生之數宗債務存在。其債務，究係自始於債權人與債務人間所發生，抑係嗣後由他人承擔而來，在所不問。由一個包括的債之關係而生之數個之獨立債務，亦得適用關於抵充之規定。又此數宗債務，以債務人得於清償期前為清償為已足，無須皆到清償期。（註二）

二 須數宗債務其給付之種類相同 債務人所負擔之數宗債務，如其給付之種類不同，則清償何宗債務，依其給付之性質定之，不生抵充之問題。故必數宗債務其給付之種類相同，始有抵充之可言。雖然，所謂種類相同，不以金錢或其他代替物之給付爲限，卽不代替物或行爲之給付，如種類相同，亦生抵充之問題。例如債務人以兩個契約，分別負擔一匹馬之給付，或以兩個契約，分別負擔一幅畫之給付是。

三 須清償人所提出之給付不足清償全部債額 清償人所提出之給付，如足清償全部債額，則全部債務因清償而消滅，不生抵充之問題。故必債務人所提出之給付不足清償全部債額，始有抵充之可言。雖然，抵充之適用，須債務人所提出之給付，至少足以清償一宗債務，否則債權人得拒絕其爲一部清償，亦不生抵充之問題。

(註一)關於清償抵充之規定，爲各國法律之所認。德國普通法 (Windscheid, § 345) 普國國法 第一部第十六條第一五〇條第一一條，奧國民法 第一四一五條第一四一六條，法國民法 第一二五三條，德國民法 第三六六條第三六七條，瑞士債務法 第八五條以下，日本民法 第四八八條以下，暹羅民法 第三一七條以下。

(註二)清償抵充，固須對於一人負擔數宗債務時始能發生，然如對於一人雖僅負擔一宗債務，而係分割一宗債務爲數次清償時，亦可認爲有數宗債務存在，如債務人提出之給付不足清償全部債額，亦得準用關於抵充之規定。

## 第二 清償抵充之方法

關於清償抵充之方法，可分爲次述之三種。

一 契約上之抵充

清償之抵充，能否以契約定之，我民法無明文規定，依余所信，應取肯定說。蓋我民法關於抵充之規定，並非強制規定故也。雖然，清償人與受領清償人之訂立抵充契約，應於何時爲之，頗屬疑問。依余所信，應至遲於提出給付時爲之，如在提出給付以後，則當然適用後述法定抵充之規定，不得再爲契約上之抵充。至清償人與受領清償人之契約，解釋上係直接發生抵充清償之效力，從而當事人，非僅依契約所定，負擔應爲抵充之義務，乃係清償人之給付，依契約所定，當然發生抵充之效果。故如清償人於爲給付之際，違反清償抵充契約，單獨指定應抵充之債務時，自屬無效。（註三）

二 清償人之指定

我民法第三二一條規定：「對於一人負擔數宗債務，而其給付之種類相同者，如清償人所提出之給付不足清償全部債額時，由清償人於清償時，指定其應抵充之債務。」此即關於指定抵充之規定。指定人是否限於清償人，各國法律不同，有以清償人爲第一順位指定人，受領清償人爲第二順位指定人者（法民第一二五條、瑞債第八六條、日民第四八八條、暹民第三一八條、第三一九條），有惟限於清償人爲指定人者（德民第三六六條第一項），我民法爲保護清償人起見，特從後之立法例。其以清償人爲指定人者，蓋清償係清償

人之行爲，究以清償何種債務爲宜，自以由清償人決定較爲允當也。所謂清償人，不問其爲債務人，抑爲第三人。指定行爲，應解爲一種意思表示，既屬意思表示，自應適用關於意思表示及法律行爲之規定。又清償人之得爲指定，係屬一種權利，通說謂其爲形成權，余亦謂然。指定權既爲形成權，自以清償人一方之意思表示，即生效力，從而受領清償人無主張抵充其他債務之餘地，依同理，清償人於受領清償人受領給付以後，縱令表示抵充其他債務之意思，亦屬無效。又指定抵充之意思，表示，我民法明定其須於清償時爲之，良以在未爲清償以前，不生清償抵充之問題，固無爲指定抵充之必要，在已爲清償以後，則當然適用法律抵充之規定，亦不得再爲指定之抵充故也。雖然，我民法第三二一條並非強制規定，清償人於爲清償時，不卽爲指定，依當事人之特約，在一定期限內，保留其指定權，自無不可。

### 三 法律上之抵充

清償人不爲第三三一條之指定時，依我民法第三二二條，應依左列之規定，定其應抵充之債務，是爲法律上之抵充。

甲 債務已屆清償期者，儘先抵充。此係保護債務人而設之規定，蓋債務已屆清償期，債務人應負遲延責任，使之早歸消滅，對於債務人甚爲有利故也。

乙 債務均已屆清償期，或均未屆清償期者，以債務之擔保最少者，儘先抵充。此係保護債權人而設之規

定，蓋債務之擔保最少者，使之早歸消滅，對於債權人甚為有利故也。

丙 擔保相等者，以債務人因清償而獲益最多者，儘先抵充。此係保護債務人而設之規定，蓋債務人因清償而獲益最多之債務，使之早歸消滅，對於債務人甚為有利故也。所謂債務人因清償而獲益最多之債務，儘先抵充，即債務人負擔最重之債務儘先抵充之謂，例如票據債務較先於普通債務，單純債務較先於連帶債務，有利息債務較先於無利息債務，高利債務較先於低利債務，附違約金債務較先於未附違約金債務而為抵充是。

丁 獲益相等者，以先到期之債務，儘先抵充。此係保護債務人而設之規定，與前述債務已屆清償者儘先抵充同。

戊 獲益及清償期均相等者，各按比例，抵充其一部。此係為當事人雙方及第三人之利益而設之公平規定，所謂第三人，例如設定擔保之第三人保證是。（註四）

（註三）清償人與受領清償人之契約，究係直接發生抵充清償之效力，抑僅依契約所定負擔應為抵充之義務，學說頗不一致，有主張前說者，如 Kisch, Rehbain, Schollmeyer, Dernburg 諸氏是有主張後說者，如 Planck 氏是。依余所信，應以前說為是。

（註四）關於法律上抵充之順位，各國法律頗不相同，德國普通法為：（一）已屆清償期之債務，（二）債務人負擔較重之債務，（三）先發生之債務，（四）一切要件相同時，各按比例抵充其一部。德國民法第三六六條與之設同一之規定，但將清償不確實之債務置於第二位。



關於其他各國法律之規定，Berner, Verrechnung von Zahlungen 敘述頗詳，可參照得之。

### 第三 原本利息及費用之抵充順位

以上所述，係關於原本債務之抵充，如債務人除原本債務外，尙應支付利息及費用，而清償人所提出之給付不足清償其全部時，當事人間苟無特別約定，則不可無一定順位，以定其應抵充之債務。故我民法特於第三二三條前段規定：「清償人所提出之給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本。」其以費用置於第一順位者，蓋費用爲一時之支出故也。所謂費用，舉凡買賣費用，訴訟費用，執行費用，清償費用及其他自原本債務所生之費用皆屬之。其以利息置於第二順位者，蓋利息係原本所生之孳息，爲債權人通常之收入故也。所謂利息，舉凡約定利息，法定利息皆屬之。債務人僅負一宗債務，而於原本外，應支付利息及費用時，固應依本條之規定，先抵充費用，次充利息，次充原本，如債務人負擔數宗債務，而於原本外，皆應支付利息及費用時，解釋上則應先抵充各債務之費用，次充各債務之利息，然後抵充原本，其數宗債務中僅一二宗應支付利息及費用時，亦應就該一二宗債務之利息及費用先行抵充，然後抵充原本。又依我民法第三二三條後段規定：「其依前二條之規定抵充債務者，亦同。」所謂亦同，即指定抵充及法定抵充亦應依抵充順位依次抵充是。

### 第七款 清償之效力

## 第一 概說

清償，係消滅債權債務之主要原因，債之關係因清償而消滅，亦即清償之主要之效力。又債之關係消滅者，依我民法第三〇七條規定，債權之擔保及其他從屬權利，亦同時消滅。又依第三〇八條第一項規定，債務人得請求返還或塗銷負債之字據。此於債之關係因清償而消滅，亦有其適用，是不待言。此外，我民法對於清償，尚於第三二四條設有請求受領證書之規定，又於第三二五條設有推定他債已清償及全債已消滅之規定，茲分別說明如左。

## 第二 受領證書之請求

### 一 受領證書之性質

關於受領證書之性質如何，學說甚多，要而言之，不外下列之三說。(一)證據方法說 (Beweismitteltheorie)：此說以受領證書，為單純之證據方法，從而債權人交付證書之行爲，為觀念表示 (Wissenserklärung)，而非意思表示，即不包含處分債權之行爲。受領證書既屬於清償之證據方法，則債權人自得更以其他有力之證據方法，推翻受領證書之效力，審判官亦得依自由裁量，決定受領證書之證據力。(二)承認契約說 (Anerkennungsvetragstheorie)：此說謂依受領證書之授受，成立承認債務不存在之契約，從而債務非依清償而消滅，乃依因受領證書之授受所成立之契約而消滅。換言之，即依受領證書之授受，成立消滅債務之處分契約，而此處分契約為無因契約，故不問實際清償與否，其債務因處分契約而消滅。(三)證據契約說

(Beweisvertragsstheorie) 此說謂依受領證書之授受，成立證據契約，即債權人與債務人約定對於債權因清償而消滅之事實付於不爭。從而此說係將關於債權消滅之問題與關於證據之問題，析而為二，惟以後者為契約之內容。以故將來債權人對於債務人請求清償時，債務人無須證明已為清償，即得基於受領證書之授受，主張免其證明之義務。(註一) 以上三說，依余所信，應以證據方法說為是，蓋以受領證書為清償之證據方法，不但與當事人之意思及交易之實際相合，即依第三二四條以為解釋，亦屬允當故也。(註二)

(註一) 第一說為通說，主此說者為 Fuchta, Vangerow, Billow, Beckh, Breit, Cosack, Crome, Kipp zu Windscheid, Dernburg, Ortman, Kühlenbeck, Schollmeyer, Vonschott 諸氏。第二說為 Bähr 氏所首倡，Brinz, Endemann, Collatz, Dillo 諸氏從之。主張第三說者，則為 Bruns, Planck, Laemann 諸氏。此外，有謂受領證書之性質，應依情形而異，有時為證據方法，有時為免除契約或債務不存在契約者（主此說者 Windscheid, Arndtz 諸氏），亦有謂受領證書為免除清償之表示，受領之確認三種性質之一者（主此說者 Exner 氏）。

(註二) 承認契約既有下述三點之不當：(一) 與當事人之意思不合，即當事人，在通常情形，無依受領證書之授受，附與承認債務不存在之效力之意思。(二) 與交易之實際不合，即如依此說，則不問債務人實際已為清償與否，其債務概因虛契約而消滅，與交易實際大相剋戾。(三) 與第三二四條之規定不合，即如依此說，則對於第三二四條即清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書，不能說明。證據契約，既亦有下述兩點之不當：(一) 與當事人之意思不合，即當事人，在通常情形，無依受領證書之授受，對於債權因清償而消滅之事實付於不

爭之意思。(二)與證據法則不合，即在訴訟法上，一般通說均謂當事人不能訂立關於證據之契約，足見證據契約說之理論為不可通。

## 二 受領證書之請求

依我民法第三二四條規定：『清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書。』本條之規定，似與第三〇八條第一項之規定重複，實則不然，蓋負擔債務，未必皆立有字據；即使立有字據，亦非債之全部消滅不能請求返還；即使已為返還，亦不過推定其債之關係消滅（民法第三二五條第三項），債權人仍得提出反證以推翻之，故於第三〇八條之規定外，實有許清償人對於受領清償人請求給與受領證書之必要。（註三）受領證書之請求，不僅於全部清償時發生，即於一部清償時亦發生。又不僅於債務人為清償時得為請求，即第三人為清償時亦得為請求。亦不僅對於金錢債務之清償有其適用，即對於一切債務之清償亦有其適用。其在現時為現金之支付時，亦得為受領證書之請求。至清償人何時得為受領證書之請求，我民法未設明文，就理論言之，清償後得為請求與清償前不得為請求，固無問題，但能否請求與清償同時互相交換，則解釋上頗屬疑問。依余所信，應取肯定說，即非與清償同時互相交換，得拒絕清償（民法第二六四條）。蓋非如此解釋，則債權人於清償人為清償後，如再請求清償，而清償人不能證明其已為清償，則須更為清償，殊為不利故也。

（註三）關於請求受領證書，係近世各國之一般立法通例，普國國法第一部第十六章第八六條第一〇一條，奧國民法第一四二六條，法國

民法第一二五〇條第一二五五條第一二五六條，德國民法第三六八條，瑞士債務法第八八條，日本民法第四八六條，暹羅民法第三〇四條

### 三 受領證書之形式及內容

關於受領證書之形式，我民法無明文規定，惟既屬證書，自須以書面爲之，且須適用民法第三條之規定，由受領清償人簽名或蓋章。又所謂受領證書，自不限於私證書，清償人對於受領清償人請求給與公證書時，受領清償人亦無拒絕給與之理由（異說陳氏前揭四四七頁）。至關於受領證書之內容，我民法亦無明文規定，余以爲凡足以證明受領清償事實所必要之事項，均應記載之。所謂必要之事項，例如受領之金額，債權人債務人之姓名，受領之年月日及處所是。

### 四 受領證書之費用

關於受領證書作成之費用，應由何人負擔，學說及立法例頗不一致，有謂受領證書之交付，係債權人之義務，故其費用應由債權人負擔者，有謂債務人係爲自己利益，對於債權人請求交付受領證書，故其費用應由債務人負擔者（德民第三六九條法民第一二四八條）。依余所信，應以前說爲是（同說洪氏前揭二二六頁異說陳氏前揭四四八頁）。所謂受領證書作成之費用，例如用紙費印花稅及公證費用是。

### 第三 他債已清償及全債已消滅之推定

#### 一 他債已清償之推定

甲 關於前期給付者 我民法第三二五條第一項規定：「關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留者，推定其以前各期之給付，已爲清償。」是爲關於各期給付已爲清償之推定。我民法所以爲此推定者，其理由有二：（一）關於利息或其他定期給付，通常係按期限之前後而爲清償，如債權人給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留，自以推定以前各期之給付已爲清償爲合理。此其一。（二）清償人既已取得後期給付之受領證書，往往對於前期給付之受領證書，不復予以保留，如推定以前各期之給付已爲清償，則清償人對於前期給付之清償，自屬無須舉證。此其二。但既屬推定，應許反證，是不待言。至所謂其他定期給付，舉凡每經若干時期應給付之紅利租金贍養費退職金等皆屬之。其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

乙 關於利息者 我民法第三二五條第二項規定：「如債權人給與受領原本之證書者，推定其利息亦已受領。」是爲關於利息已爲清償之推定。我民法所以爲此推定者，蓋清償人所提出之給付，不足清償原本與利息之全部債額時，依第三二三條，應先抵充利息，然後抵充原本，債權人既給與原本之受領證書，則通常可推定其利息亦已清償故也。惟既屬推定，應許反證，與前述同。至所謂利息，舉凡約定利息，法定利息皆屬之。

## 二 全債已消滅之推定

我民法第三二五條第三項規定：「債權證書已返還者，推定其債之關係已消滅。」是爲關於全債已消滅之推定。我民法所以爲此推定者，蓋依第三〇八條，清償人惟於債之全部消滅時，始得請求返還負債字據，債權證書既已返還，則通常債之關係必已全部消滅故也。惟既屬推定，應許反證，又不待言。

#### 第四節 提存

##### 第一款 概說

##### 第一 立法理由

提存 (deposition, Hinterlegung, consignation) 者，清償人以消滅債務之目的，將給付物爲債權人寄託於提存所或保管人之行爲也。提存，在法律上得爲保管之目的爲之，得爲擔保債權之目的爲之，得爲消滅債務之目的爲之，茲之所述，則屬後者，以故學者謂提存爲清償代用 (Erfüllungssurrogat) 之一種。以提存爲清償之代用，係基於公平觀念而生，即債務之履行，有祇須債務人之行爲者，有尙須債權人之協力者，如須債權人之協力，而債權人不爲協力，不能協力，或協力困難，縱使債權人負受領遲延之責，而債務人之債務仍依然存在，債權人一爲請求，即非履行不可，債務人之債務既依然存在，則從屬於債務之擔保及違約金約款等，仍繼續保有其效力，若然，是債務人實處於不利益之地位，殊非公平，此我民法所以從一般立法通例，以提存爲清償之代用，即債務人無須債權人之協力，而能消滅其債務也。(註一)

(註一) 古代羅馬法，債務人於債權人受領遲延時，得拋棄給付物之占有消滅其債務，此種辦法，不但對於債權人個人不利，且非所以維持國家經濟之健全，故嗣後羅馬法，對於動產，特認提存之制度，近世各國法律從之。德國普通法 (Windscheid § 347) 普國國法第一部第十六章第二二三條以下，奧國民法第一四二五條，法國民法第一二七五條以下，德國民法第三七二條以下，瑞士債務法第九二條，日本民法第 四九四條以下，暹羅民法第三六一條以下。

## 第二 提存之性質

關於提存之性質，自來學說頗不一致，有謂其爲公法上之行爲者，有謂其爲私法上之行爲者，而於後說之中，有謂其爲寄託契約者，有謂其爲第三人利益契約者，亦有謂其爲兼備二種性質之特種契約者。依余所信，提存係兼備寄託契約與第三人利益契約之私法上之行爲。析言之。

一 提存爲私法上之行爲。通說謂提存爲私法上之行爲，但在少數說則謂其爲公法上之行爲，依余所信，應以通說爲是。(註二) 即提存，係債務人以消滅債務之意思爲之，且在發生債務消滅之效力，其屬發生私法上效力之法律事實，甚爲顯然，從而提存自爲私法上之行爲，而非公法上之行爲。

二 提存含有寄託契約。依我民法第五八九條第一項，稱寄託者，謂當事人一方，以物交付他方，他方允爲保管之契約，關於提存，係依清償人以給付物交付提存所或保管人，提存所或保管人允爲保管而成立，可知提存含有寄託契約之性質。提存既含有寄託契約，以不違反提存之目的爲限，自應適用民法第五八九條以下



### 關於寄託之規定。

三 提存有第三人利益契約 如前所述，雙方當事人以契約訂定向第三人爲給付之契約，謂之第三人利益契約，關於提存，我民法第三二六條明定其係「爲債權人提存之」，可知提存有第三人利益契約之性質。雖然，學者有謂第三人利益契約，須係專爲第三人利益爲之，提存則係兼爲債務人利益爲之，不得謂爲第三人利益契約者，余則以爲不然，蓋第三人利益契約，以當事人一方對於第三人負擔給付義務爲已足，無須專爲第三人之利益爲之故也。（註三）提存既含有第三人利益契約，則債權人自依提存取得受取提存物之權利，從而第二六九條第三項之規定，對於提存無其適用，自不待言。

（註二）在主張提存爲公法上之行爲者，其所持理由，殊不一致，茲略述如下，並加以簡短之評論。（一）有謂提存所之允受提存，係爲公益爲之，故提存爲公法上之行爲者（主此說者 *Wald* 氏），此說以提存所是否爲公益而行動爲公法上行爲與私法上行爲之標準，與依公益私益爲公法私法之區別，其不合理，正屬相同。（二）有謂提存所之允受提存，係爲盡公法上之義務，故提存爲公法上之行爲者（主此說者 *Endemann* 氏），提存所之允受提存，固係盡公法上之義務，然提存所與提存人間訂立之提存契約，仍屬私法上之行爲，而非公法上之行爲。（三）有謂提存所之允受提存，帶有強制承諾之性質，故提存爲公法上之行爲者（主此說者 *Wald* 氏），不知契約之訂立，縱令帶有強制承諾性質，苟係基於自由意思爲之，仍無礙於其爲私法上之行爲。（四）有謂提存係公法上之契約，故爲公法之行爲者（主此說者 *Lönig* 氏），此說亦難贊同，即所謂公法上之契約，自應發生公法上之權利義務，而提存所發生之權利義務，則屬於私法上之權利義務。

自不能謂提存爲公法上之行爲。

(註三)主張提存有第三人利益契約之性質者，爲 Hellwig, Dernburg, Enneccerus, Planck, Schollmeyer, Crome, Örtmann, Kahlenbeck, Müller, Rosenberg, Beer 諸氏。但在 Unger, Ulrich, Czylarz 等則主反對說。此外尚有謂提存爲清償之要約者(主此說者 Bähr, Endemann 兩氏)，其說殊難贊同。蓋如依此說，則必債權人進而承諾，始能取得請求受取提存物之權利，未免與民法第三二九條之規定，不相符合故也。

### 第三款 提存之原因

提存，乃救濟債務人緊急狀態之方法，故惟於有特別原因存在時，始得爲之。依我民法第三二六條所定，提存之原因有二，茲述如左。

#### 第一 於債權人受領遲延時

關於此點，各國立法例，頗不相同，有須債權人受領遲延，債務人始得提存者，有債權人拒絕受領或不能受領，債務人即得提存者，前者爲多數國之立法例，後者惟日本民法採之。自適用範圍之廣狹言之，以前者之適用範圍爲較狹，後者之適用範圍爲較廣，我民法則採前之立法例者也。所謂受領遲延，其情形有二，有須現實提出給付，債權人不爲受領，始爲受領遲延者，有祇須言詞提出給付，即爲受領遲延者。前者係屬原則，後者則屬例外(民法第三三五條)，其詳已於前述，茲不贅。

## 第二 於清償人不能確知孰爲債權人時

所謂不能確知孰爲債權人，指清償人主觀的不知債權人爲何人而言，不但法律上不知債權人爲何人，爲不能確知孰爲債權人，即事實上不知債權人爲何人，亦爲不能確知孰爲債權人。關於前者，例如主張債權者有數人，而孰爲真正債權人，不易分辨是。關於後者，例如債權人已離去向來之住所或居所，生死不明，而難爲給付是。至清償人之不能確知孰爲債權人，是否須有過失，適用上頗有疑問？關於此點，外國法律有明定須非由於清償人之過失者（日民第四九四條），我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同。即清償人已依善良管理人之注意，探求債權人，而猶不能確知孰爲債權人時，始得提存其給付。

### 第三款 提存之主體及客體

#### 第一 提存之主體

所謂提存之主體，兼指提存人與提存所或保管人而言，茲分述如左。

##### 一 提存人

何人得爲提存人，各國法律不同，有明定債務人得爲提存人者，有明定清償人得爲提存人者，前者如德國民法是，後者如日本民法是。此兩種立法例，應以後之立法例爲合理，故我民法從之。我民法既以清償人爲提存人，則不但債務人得爲提存人，即債務人以外之第三人，亦得爲提存人。蓋第三人，原則上得爲清償人故也。

(註一)

## 二 提存所或保管人

關於提存所，各國法律多以公之設備充之，此因公之設備，於防止提存物之毀損滅失最爲適當故也。但何者爲提存所，則各國法律頗不一致，有以法院爲提存所者，如德國自來之法律是（但德國民法施行法第一四四條則以之委諸各聯邦法之規定）。有以行政官署爲提存所者，如普國國法是。有以金庫爲提存所者，如法國民法是（法民第一二五九條第一項一八一六年六月三日命令）。有以倉庫爲提存所者，如瑞士債務法是（瑞債第九二條第二項）。我民法則於第三二七條第一項前段規定：「提存，應於清償地之提存所爲之。」此之所謂提存所，固爲公之設備無疑，但其組織如何，在提存法尙未頒行以前，殊難臆斷。至提存必於清償地之提存所爲之者，因提存係清償之代用方法，清償既須於清償地爲之，故提存自非於清償地之提存所爲之不可。從而如於清償地以外之提存所而爲提存，則其提存，解釋上應屬無效。（註二）清償地無提存所時，我民法於第三二七條第一項後段規定：「無提存所者，該地之初級法院，因清償人之聲請，應指定提存所或選任保管提存物之人。」（暹民第三六二條第二項）我國提存法尙未頒行，如欲提存，除依此方法爲之，無他道也。

（註一）德國學者，拘於法條之用語，多謂惟債務人得爲提存人（Hallwig, Beer, Planck, Schollmeyer, Kunze, Ottmann

諸氏均主此說），但在德國民法草案理由書，則謂第三人得爲提存人，故學者亦間有主張第三人亦得爲提存人者，如 Mitsumori 氏是。

(註二)關於此點，在德國普通法，主張爲無效，但德國民法第三七四條則認提存爲有效，惟提存人對於債權人應賠償因此而生之損害，我民法未設明文，自難與德國民法取同一之解釋。

## 第二 提存之客體

何者得爲提存之客體，我民法第三二六條設有規定，即須爲「給付物」，既明定其爲給付物，自惟以物爲給付者，得爲提存之客體，以權利或勞務爲給付者，則不得爲提存之客體。惟通常之所謂物，包含動產不動產而言，動產得爲提存之客體，學說上固無爭論；但不動產能否爲提存之客體，則學說紛歧，尙未一致。關於此點，外國法律有明定提存之客體，惟限於金錢有價證券或其他證券及高價物，而不動產祇能因拋棄占有，免其債務者（德民第三七二條第三〇三條），依余所信，我民法既未限定提存之客體必爲動產，則清償人不依第二四一條，拋棄不動產之占有免其債務，而依第三二六條以爲提存，自無不可。不過關於不動產之提存，如將來提存法別無規定，自不外依第三二七條第一項後段，聲請不動產所在地之初級法院選任保管人以爲保管耳。

### 第四款 提存之成立

提存之有效成立，須具備上述之要件，即須清償人以適於提存之物體提存於適法之提存所。如前所述，提存含有寄託契約，從而提存自爲要物契約，申言之，即提存之成立，以提存人交付提存物於提存所爲必要。又提存含有第三人利益契約，從而提存人自須指定享受其利益之第三人，即債權人，否則其提存爲無效。但依我民法第三二二

七條第二項規定：「提存人於提存後，應即通知債權人。」一若提存以通知債權人爲其成立要件者，實則提存依提存人與提存所間之契約而成立，通知債權人，並非提存之成立要件或生效要件。法律所以課提存人以通知之義務者，蓋爲保護債權人，俾其知有提存之事實，以便於一定期間受取其提存物故也。提存人如怠於通知，致債權人發生損害時，我民法且明定其應負賠償之責任，此爲提存人不履行其通知義務所應爾（德民第三七四條第二項）。提存人固應負通知債權人之義務，然如係客觀的不能確知孰爲債權人，而爲提存，則屬無法通知，故我民法特設但書規定，認爲例外。又提存之通知，係事實之通知，自非實際已爲提存，不生效力。

#### 第五款 提存之效力

關於提存之效力，應分債務人與債權人間，提存人與提存所間，債權人與提存所間三方面言之，茲分述如左。

#### 第一 債務人與債權人間

提存，對於既存債權關係之效力如何，學說及立法例頗不一致，有債之關係依提存而當然消滅者，有債務人不過因提存得拒絕債權人對於提存物之請求，必俟債務人不得取回提存物時，債之關係始歸消滅者。前者德國普通法德國民法第一次草案日本民法及暹羅民法採取之（德民一草第三七二條第二項日民第四九四條暹民第三七〇條），後者德國民法採取之（德民第三七九條）。關於此點，我民法未設明文，就立法體例言之，當係採取第一說，蓋我民法係以提存爲清償之代用方法故也。但我民法於第三二八條設有下述之規定：

「提存後，給付物毀損滅失之危險，由債權人負擔。債務人亦無須支付利息，或賠償其孳息未收取之損害。」就本條之規定觀之，似又採取第二說，蓋如謂採取第一說，則債之關係既因提存而消滅，給付物之危險，自應由債權人負擔，債務人亦無須支付利息，或賠償其孳息未收取之損害故也。（註一）雖然，自理論言之，應以第一說爲是，無已，則我民法第三二八條，不妨應解爲一種無用之規定。

（註一）我民法第三二八條，係從德國民法第三七九條第二項而設之規定。德國民法原採第二說（德民第三七九條第一項），故不能不於同條第二項特定「提存後，給付物毀損滅失之危險，由債權人負擔……」我民法既採第一說，則第三二八條不無蛇足之嫌。

## 第二 提存人與提存所間

如前所述，提存含有寄託契約之性質，從而提存人與提存所之關係，於提存性質所許之範圍內，自應適用關於寄託之規定。寄託之規定如何，應於債法各論中述之，茲不贅。惟於此有一問題，即提存人於爲提存後，能否取回其提存物？關於此點，各國法律多明定提存人有取回權（法民第一二六一條，德民第三七六條，瑞債第九四條，日民第四九六條，暹民第三六五條），我民法未設明文，余以爲應爲否定之解答。從而提存人對於提存所自無撤回提存意思表示之撤回權，亦無依通常寄託契約請求返還寄託物之返還請求權。（註二）

（註二）提存人取回提存物之取回權，其性質如何，向有兩說，有謂其爲寄託物之返還請求權者，有謂其爲形成權之一種撤回權者，前說

Windscheid, Stannler, Schollmeyer 諸氏主張<sup>2</sup>後說 Helwig, Beer, Kohler, Müller, Planck, Kuhnlenbeck 諸氏主張

之。

### 第三 債權人與提存所間

如前所述，提存含有第三人利益契約之性質，從而債權人本於該契約，對於提存所自有隨時受取提存物之權利，我民法第三二九條前段所謂「債權人得隨時受取提存物」，即所以明示此旨者也。雖然，提存人之提存提存物於提存所，有使提存所取得提存物之所有權者，有使提存所取得提存物之占有者，前者例如金錢或其他代替物之提存是，後者例如特定物之提存是。其在後者，提存所既不過取得提存物之占有，從而提存物之所有權究於何時移轉於債權人，則屬疑問。我民法對於此點，既未特設明文，余以為自應依物權移轉之法則，以為決定。即動產之移轉，以交付發生效力，不動產之移轉，以登記發生效力（民法第七六一條第一項第七五八條）。此等之點，俟於物權法論中述之，茲不贅。至提存所之移轉提存物所有權於債權人，係以何種性質為之，學說上頗有爭論，有謂提存所為債權人之代理人者，有謂提存所為債權人之傳達機關者，依余所信，應以後說為是。又依上所述，債權人固得隨時受取提存物，然如債務人之清償與債權人之給付立於對待關係時，則有適用同時履行抗辯之必要，故我民法第三二九條後段規定：「如債務人之清償，係對債權人之給付而為之者，在債權人未為對待給付，或提出相當擔保前，得阻止其受取提存物。」此與民法第二六四條之規定，出於同一旨趣，蓋如債權人不自為對待給付而受領給付，顯有背於公平原則故也。但債權人受取提存物之權利，如永不行使，亦殊



失當，故我民法特於第三三〇條設短期消滅時效之規定，即「債權人關於提存物之權利，自提存後十年間不行使而消滅，其提存物屬於國庫。」關於時效期間之起算，各國法律不同，有自受提存通知之時起算者（德民第三八二條），有自提存之時起算者（暹民第三六七條），我民法則從後之立法例。惟此種規定，是否允當，不無疑問耳？債權人受取提存物之權利消滅後，提存物之歸屬如何，各國法律亦不一致，有以之屬於債務人者（多數國法律如此），有以之屬於國庫者（暹民第三六七條），我民法係從後之立法例。債務人既因提存而免債務，自無許提存人取回提存物之必要，由理論言之，應以後之立法例爲是，故我民法取之。

#### 第六款 自助出賣

提存，固應提存給付之原物，然如原物不適於提存，則不可無適當方法以救濟之，此我民法所以從一般立法例，特設自助出賣之規定也（普國國法第一部第十一章第二一八條德民第三八三條以下瑞債第九三條日民第四九七條暹民第三六九條），茲述其性質要件及程序如左。

#### 第一 自助出賣之性質

自助出賣（Selbsthilfeverkauf）者，爲使不適於提存之物，適於提存，而由清償人自爲出賣之謂也。關於自助出賣之性質，自來學說頗有爭論，有謂因自助出賣，給付之標的發生變更，清償人原來之債務消滅，新生給付其價金之義務者（Hirsch, Haver, Ottmann, Kohler 諸氏主此說）。有謂自助出賣，不過提存之準備，即使不

適於提存之物，因出賣之結果，提存其價金，而非變更給付之標的者（Planck, Rosenberg, Kuhlénbeck 諸氏主此說）。就我民法解釋，余以為應以後說為是。蓋依我民法第三三一條第三三二條，或由法院拍賣，或照市價出賣，皆係明定提存其價金故也。自助出賣既未變更給付之標的，從而債權人惟得請求原來之給付，清償人亦祇能因提存價金，消滅其債務，而不得以之直接交付於債權人，或因抵銷消滅其債務。

## 第二 自助出賣之要件

如上所述，自助出賣既不過提存之準備行為，自惟於有提存之原因時（民法第三二六條），始生自助出賣之問題，是不待言。又依我民法第三三一條，給付物之得自助出賣，尚須有下列三種情形之一，始得為之。（一）給付物不適於提存：例如給付物容積甚大，數量甚多，無適當處所可以提存是。（二）給付物有毀損滅失之虞：例如給付物為水菓魚肉或磁器玻璃等易於腐敗或破碎之物是。（三）給付物之提存需費過鉅：例如給付物為糠灰柴草等極賤之物是。

## 第三 自助出賣之程序

具備上述之要件時，依我民法第三三一條規定：「清償人得聲請清償地之初級法院拍賣。」其須以拍賣方法為之者，蓋欲得相當之價金以期公平，並期明確其價金以杜爭議也。至拍賣程序，自應依拍賣法之所定，但在拍賣法未公布施行前，依民法債編施行法第十四條：「得照市價變賣，但應經法院公證人警察官署商會或自治

機關之證明。』拍賣固足以得價金之公平而杜爭議，然如給付物，在市場上有一般之交易價格，則無由法院拍賣之必要，故我民法第三三二條規定：『前條給付物，有市價者，該管法院得許可清償人照市價出賣，』以期簡便。所謂該管法院，即清償地之初級法院。至法院須調查給付物確有市價，而後許可。又出賣所得之價金，不得在市價以下，皆屬當然。

#### 第七款 提存及出賣之費用

依我民法第三一七條規定，清償債務之費用，原應由債務人負擔，然如因債權人受領遲延或不能確知孰爲債權人而爲給付物之提存，或因爲提存之準備而出賣，其所需之費用，如亦由債務人負擔，則有失公平，故我民法第三三三條規定：『提存拍賣及出賣之費用，由債權人負擔之。』（法民第一二六〇條德民第三八六條暹民第三三八條）

### 第五節 抵銷

#### 第一款 概說

#### 第一 抵銷之沿革

抵銷 (Compensatio, Aufrechnung) 者，債務人於對債權人有給付種類相同之債權時，使其債權與債務均歸消滅之單獨行爲也。抵銷之制度，自羅馬法以來即已認之，考 Gaius 氏之 Institutiones，有所謂公平訴

訟 (bona fide iudicium) 與嚴格訴訟 (stricti juris iudicium) 於公平訴訟，審判官得依職權抵銷由同一原因而生之雙方債權，於嚴格訴訟，則惟於銀行業及破產債務人與破產財團間是認雙方債權之抵銷。嗣後幾經變遷，不但於一切訴訟皆許抵銷，且以其為當事人之權利。繼受羅馬法之各國，亦莫不是認抵銷之制度，顧其規定，則非一致，有雙方債權，如在適於抵銷之狀態，即當然抵銷者，如法國民法、普國國法及奧國民法是。有抵銷須以意思表示向他方為之者，如德國民法、瑞士債務法、日本民法及暹羅民法是。我民法則從後之立法例。又抵銷，得分為法律上之抵銷與契約上之抵銷，於具備法律所定之要件時，依當事人一方之意思表示以為抵銷者，謂之法律上之抵銷。依當事人之合意以為抵銷者，謂之契約上之抵銷。我民法第三三四條以下所定之抵銷，屬於前者，茲之所述，亦惟限於法律上之抵銷。（普法第一部第十六章第三〇〇條以下、法民第一二八九條以下、奧民第一四三八條以下、德民第三八七條以下、瑞債第一二〇條以下、日民第五〇五條以下、暹民第四一七條以下）

## 第二 抵銷之性質

關於抵銷之性質，學說上頗有爭論，茲舉其重要學說加以批評如左。

一 清償或特種清償說 此說又可細分為下述之諸說：（一）有謂抵銷為清償者，其說殊難贊同，蓋清償係現實為適合於債之內容之給付，而抵銷則否故也。（二）有因抵銷足以發生與清償同一之經濟的結果，故謂抵

銷爲擬制的清償 (*imaginaria solutio*, *fingierte Erfüllung*) 者，此說亦難贊同，蓋此說祇能說明抵銷之結果，而不能說明抵銷之性質故也。(三)有以抵銷爲自己清償 (*Selbstzahlung*)，即債權人以其對於債務人之負擔額清償自己之債權者，顧所謂自己清償，並非現實爲適合於債之內容之給付，謂爲清償，實有未合。(四)有謂抵銷係債務人拋棄自己之債權而爲清償者，實則拋棄自己之債權與清償自己之債務，迥不相同，以之混爲一談，未見其當。

二 自己清償之指示說 此說係以抵銷爲自己清償之指示，即謂抵銷，係債權人指示 (*Anweisung*) 債務人，使其將自己之債務，清償自己之債權。此說與上述自己清償說，不能免於同一之非難，蓋債務人對於自己清償云云，殊無理由故也。

三 代物清償說 此說係以抵銷爲代物清償，即謂抵銷，係債務人免除債權人所負擔之債務，以代原定之給付。不知所謂代物清償，以債權人之承諾爲必要，而抵銷則爲單獨行爲，無須相對人之承諾，二者之性質殊不相同，足見此說之不當。

四 抵銷與留置權同一制度說 此說係以抵銷與留置權同視，即謂抵銷係因自己不行使權利，亦使他方不行使權利，與留置權基於公平之觀念同。實則留置權在間接強制相對人之清償，而抵銷則在避免無益清償之重複，又留置權僅爲一時的阻止請求權之行使，抵銷則在永久的消滅反對之債權，二者之性質及其效力

均不相同，自不能謂抵銷與留置權爲同一之制度。

五 選擇債務說 此說係以抵銷爲一種選擇債務，即謂抵銷係於具備抵銷要件時，於原來之債務外，發生拋棄自己債權之債務，或爲原定給付，或拋棄自己債權，得選擇爲之。顧所謂抵銷，係權利而非義務，自不能謂於具備抵銷要件時，即發生拋棄自己債權之義務，足見此說之不足取。

六 設定質權說 此說係以抵銷爲設定質權，即謂抵銷係於具備抵銷要件時，債權人於自己之債務（即相對人之債權）上取得質權，故得依一方之意思表示，受債權之滿足。雖然，法定質權，惟於法律有規定時，始能發生，雙方之債權在於對立狀態，固不能謂其當然發生質權也。

七 獨立消滅債務之原因說 以上諸說，既不能說明抵銷之性質，於是學者謂抵銷爲獨立消滅債務之原因，此說爲近世一般之通說，余亦從之。從而所謂抵銷，如由自動債權方面觀察，實不失爲債權人之自助（Selbsthilfe）或自己滿足（Selbsterfriedigung）之方法。即債權人爲滿足自己之債權，而依抵銷，處分他人之債權。至所謂抵銷權，自屬強制的以他人之財產供自己之用之權利。（註一）（註二）

（註一）首倡第一說中之（一）說者，爲 Donellus 氏，後之和之者，頗不乏人。首倡第一說中之（二）說者，爲 Bartolus, Zasius 等；Barther, Vangerow 等從而和之。主張第一說中之（三）說者，爲 Krug, Unterholzer, Teilkampf 等。主張第一說中之（四）說者，爲 Fuhr, Fürst 等。主張第二說者，爲 Kohler, Stölzel 等。主張第三說者，爲 Windscheid, Liebrnrecht, Siber 等。主張第四說

者爲 Schenck, Richter, Hartmann 等主張第五說者爲 Liehrecht, Lippmann 等主張第六說者爲 Weigel, Leonhard, Hirsch 等。主張第七說者爲 Götze, Ohnsorge, Leonhard, Feder, Örtmann 等。此外尙有以抵銷爲自助 (Selbsthilfe) 者。有以抵銷權爲他人債權之處分權者，亦有以抵銷權爲強制的利用權 (Zwangsvollstreckungsrecht) 者。

(註二) 抵銷權，係基於法律規定，由債權效力而生之權利，依其行使，而債權歸於消滅，則抵銷權自爲消滅債權之權利。又抵銷權，得依當事人一方之意思表示行使之，無須相對人之協力，則抵銷權，自具有形成權之性質。凡此皆屬通說，余亦謂然 (Seeckel, Weigel, Staudinger-Kuhlenbeck, Lanz 諸氏主此說)。抵銷權既屬消滅債權之權利，與抗辯 (Einrede) 之惟能阻止請求權之行使，自不相同。但在已爲抵銷以後，得以其爲異議 (Einwendung) 採用之，自不待言。

### 第三 抵銷之功用

抵銷，在經濟上有種種之功用，舉其犖犖大者言之，約有二端：(一) 抵銷足以節省給付之交換，即於雙方當事人互負債務時，如須彼此互爲給付，始能消滅其債務，則於時間勞力及費用均不經濟，抵銷則無此弊，此其一。(二) 抵銷足以確保債權之效力，即於雙方當事人互負債務時，如當事人之一方祇行使自己之債權，而不履行自己之債務，則他方當事人難免不受損害，抵銷則無此弊，此其二。抵銷之功用如此，此自羅馬法以來各國法律所以皆認此項制度者也。

#### 第二款 抵銷之要件

我民法第三三四條規定：「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互相抵銷。但依債務之性質，不能抵銷者，不在此限。」依此規定，抵銷權之發生，須具備左列之要件。

第一 須有兩個債權存在

所謂兩個債權，即為抵銷之債權，與被抵銷之債權，前者通常稱為自動債權 (Aktivforderung, Aufrechnungsforderung)，後者通常稱為受動債權 (Passivforderung, Hauptforderung)。自動債權與受動債權，其要件頗不相同，茲分別說明如左。(註一)

一 關於自動債權者

甲 自動債權須有效存在 此點，可分下列數點說明之：(一)自動債權既須有效存在，則債權原因的法律行為為無效時，不生得為抵銷之問題。(二)債權原因的法律行為可得撤銷時，在未撤銷前，由該法律行為所生之債權，仍得為抵銷。但撤銷有溯及效 (民法第一一四條)，故如法律行為一經撤銷，則其抵銷為無效。(三)解除條件附之債權，在條件成就前，亦得為抵銷。如嗣後條件成就，而當事人無使條件成就效果溯及既往之特約 (民法第九四條)，則其抵銷自仍保持其效力。但相對人得依不當得利之規定，請求債權之回復。(四)於此有疑義者，即請求權已經時效消滅之債權，得為抵銷與否是。於此問題，如我民法係採實質主義，祇須雙方債權在適於抵銷之狀態，即當然消滅，自應為肯定之解答。但我民法係採形式主義，即抵



銷須以意思表示向他方爲之，從而請求權已經時效消滅之債權，縱在時效未完成前，適於抵銷，亦無得爲抵銷之理由。雖然，雙方之債權，如已在適於抵銷之狀態，當事人以爲隨時得爲抵銷，因而怠於爲抵銷之意思表示者，實所常見，如因怠於爲抵銷之意思表示，即竟至不得抵銷，則實際上殊不公平，故我民法特從一般立法例，於第三三七條設一例外規定曰：「債之請求權雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得爲抵銷。」

乙 自動債權附有抗辯得爲抵銷否 於此問題，應分別情形以爲決定，即在債權附有永久抗辯，即附有權利不發生之抗辯權利消滅之抗辯時，自不得爲抵銷。蓋以其無得爲抵銷之債權存在故也。但在債權附有暫時抗辯，例如附有同時履行抗辯時，得爲抵銷與否，則學說上頗有爭論，有謂如得爲抵銷，則爲抵銷之一方，其債權固因抵銷而滿足，然在被抵銷之他方，則喪失不能援用抗辯之權利，故不得爲抵銷者（洪氏前揭二四四頁）。有謂債權附有抗辯，亦不過債務人得依抗辯之援用，一時拒絕其履行，並不影響於債權之效力，故仍得爲抵銷者（陳氏前揭四六四頁）。依余所信，應以後說爲是（但法民第一二九一條德民第三九〇條第一項則取前說）。

## 二 關於受動債權者

甲 受動債權須有效存在 此點，亦分下列數點說明之：（一）債權原因的法律行爲爲無效時，其債權得被

抵銷與否，學說上頗有爭論，有謂受動債權須有效存在，從而債權原因的法律行為為無效時，不生得被抵銷之問題者。有謂抵銷為處分行為，故受動債權縱不存在，亦屬有效，但抵銷人不知受動債權之不存在，而為抵銷時，得依不當得利之規定請求債權之回復，反之如明知受動債權之不存在，而為抵銷時，則屬無償清償，不得請求債權之回復者。依余所信，應以前說為是，蓋依我民法規定，抵銷之成立，以雙方債權存在為必要，受動債權如不存在，則抵銷無由成立故也。(一)債權原因的法律行為可得撤銷時，在未撤銷前，由該法律行為所生之債權，仍得被抵銷，但撤銷有溯及效，故如法律行為一經撤銷，則其抵銷為無效。不過於抵銷人明知受動債權可得撤銷而為抵銷時，通常可認其為有承認（即拋棄撤銷權）之意思耳。(二)解除條件附之債權，在條件成就前，亦得被抵銷。但於抵銷人明知受動債權附有解除條件，而為抵銷時，通常可認為有拋棄因條件成就而受利益之意思，反之不知附有解除條件而為抵銷時，則於嗣後條件成就時，得依不當得利之規定，請求其利益之償還。(四)請求權已經時效消滅之債權，通說謂其亦得被抵銷，余亦謂然，蓋於此時，通常可認抵銷人有拋棄時效利益之意思故也。

乙 受動債權附有抗辯得被抵銷否 債權附有抗辯時，不問其為永久抗辯，暫時抗辯，皆得以其為受動債權而被抵銷。蓋於抵銷人明知受動債權附有抗辯，而為抵銷時，通常可認為有拋棄抗辯之意思，即於不知受動債權附有抗辯，而為抵銷時，然受動債權原屬有效存在，亦係適於抵銷故也。但在抵銷人不知受動債

權附有永久抗辯，而爲抵銷時，得依不當得利之規定，請求其利益之償還，自不待言。

（註一）此之所謂抵銷，指債權之抵銷而言，實則不但債權，即物權的請求權，亦得爲抵銷，此自羅馬法以來，德國普通法即已認之，解釋德國民法者，亦從此見解。良以物權的請求權，其本質與債權的請求權相同，無不許其抵銷之理由故也。雖然，於物權的請求權以特定物之取回（例如基於所有權之占有復回請求權），或適於物權內容之狀態之回復（例如所有權妨害排除請求權）爲標的時，則因其非屬於種類相同之給付，其不適於抵銷，又不待言。

## 第二 兩個債權須爲相互的

茲就自動債權與受動債權分別說明如左。

### 一 關於自動債權者

自動債權，須爲抵銷人自己之債權。蓋惟債權人得依抵銷滿足自己之債權故也。且抵銷係債權之處分，解釋上以抵銷人有處分自己債權之權能爲必要。從而債權被扣押，或爲質權之客體時，自不得以其債權爲抵銷。自動債權，既須係抵銷人自己之債權，故如以他人之債權，爲抵銷時，則所不許。此無他，蓋如前所述，抵銷係債權人一方的得其債權滿足之方法，抵銷權不得與債權本身分離故也。（註二）以他人之債權，對自己之債務而爲抵銷，固所不許，然如以他人之債權，對他人之債務而爲抵銷，則不過行使他人之抵銷權，自屬無礙。以他人之債權，對他人之債務而爲抵銷，例如民法第二七七條之規定是。

## 二 關於受動債權者

受動債權，須係抵銷人對被抵銷人之債權，從而以對於他人所有之債權而為抵銷，則所不許。所謂不得以對於他人所有之債權而為抵銷，例如民法第六八二條第二項所定：「對於合夥負有債務者，不得以其對於任何合夥人之債權與其所負之債務抵銷」是。但此僅屬原則，亦有得以對於他人所有之債權而為抵銷者，例如民法第二九九條第二項所定：「債務人於受通知時，對於讓與人有債權者，如其債權之清償期先於所讓與之債權，或同時屆至者，債務人得對於受讓人主張抵銷」是。（註三）

（註二）自動債權，須係抵銷人之債權，如係他人之債權，縱得其同意，亦不得為抵銷，此固為一般學說之所認，但在債權質，質權人對第三債務人所負擔之債務，能否以質入債權為抵銷，則有爭論，有謂質權人得以質入債權為抵銷者（Falkmann, Weigelin, Dernburg, Ennecerus, Gierke, Endemann, Crome, Planck 諸氏主此說），有謂質權人不得以質入債權為抵銷者（Biermann, Turnau, Förster, Siber, Kohler 諸氏主此說），依余所信，應以前說為是。此屬不得以他人之債權，對自己之債權而為抵銷之例外。

（註三）此外，第三人不得以對於債權人所有之債權，為債務人而為抵銷，此為我民法第三〇三條第一項但書所明定。從可知第三人為債務人清償債務，固無不可，然如以對於債權人所有之債權，為債務人而為抵銷，則所不許。

## 第三 須雙方債權其給付種類相同

此為我民法第三三四條所明定，蓋雙方債權，其給付種類如不相同，則雙方債權人不能依抵銷而受滿足故也。

所謂給付種類相同，即得以一方之給付清償他方債權之謂。雙方給付既須種類相同，從而抵銷，多於種類債權有其適用，而尤以金錢債權適用為最多。但亦有金錢債權不得為抵銷者，例如絕對的金錢債權，即以特定種類金錢之給付為標的之債權，即不得為抵銷是。茲為闡明種類相同之旨見，就左列各問題說明如左。

一 雙方債權皆以特定物之給付為標的時 於此場合，縱令其物屬於同一種類，亦不能謂雙方給付種類相同，自屬不得抵銷。但在雙方債權以同一物之給付為標的時，仍屬同一種類之給付，其得為抵銷，自不待言。

二 一方債權以特定物之給付為標的他方債權以同種類不特定物之給付為標的時 於此場合，自非同一種類之給付，從而不得以種類債權，對特定債權為抵銷。但以特定債權，對種類債權為抵銷，則無不可。蓋特定債權之債權人，得依民法第二〇〇條第二項之規定，指定特定債權以為給付故也。

三 雙方皆為種類債權而其種類之範圍有廣狹時 於此場合，範圍狹之種類債權，對於範圍廣之種類債權，得為抵銷；範圍廣之種類債權，對於範圍狹之種類債權則不得抵銷。蓋在後者，其給付之種類非屬同一故也。

四 雙方債權給付種類相同而品質不同時 於此場合，優等品質之債權，對於劣等品質之債權，得為抵銷；劣等品質之債權，對於優等品質之債權，則不得抵銷。蓋在後者，不能謂優等品質之債權人，當然請求劣等品質之給付故也。

五 雙方債權或一方債權為選擇債權時 於此場合，如依選擇之結果，其給付種類相同，亦得為抵銷。且選擇

與抵銷，得以同一之意思表示爲之。但債權人不得以債務人有補充權之任意債權爲抵銷，否則債務人將不得以他種給付免其債務，殊爲失當。

六 雙方債權皆以作爲爲標的時 於此場合，固非不得爲抵銷，不過所謂作爲，通常爲不可分，於適當範圍內以爲抵銷，殊不可能而已。

七 雙方債權皆以不作爲爲標的時 於此場合，性質上不得爲抵銷，蓋如依抵銷消滅雙方之債權，不足以達不作爲債權之目的故也。

八 雙方債權皆以無財產價值之給付爲標的時 於此場合，理論上非不得抵銷，但實際上給付之種類不同，且無許爲抵銷之理由，自不得爲抵銷耳。

九 雙方債權清償期不同時 於此場合，無礙於給付之種類相同，故縱令因未屆清償期，不得爲抵銷，亦不失爲種類相同之給付。又給付之種類相同，以於爲抵銷之意思表示時存在爲已定，無須於債權發生時即已存在，從而於債權發生當時不許抵銷之債權，如於爲抵銷之意思表示時，已因債務不履行變爲金錢損害賠償之債權，亦得爲抵銷。

十 雙方債權清償地不同時 關於此點，我民法第三三六條設有規定，即：「清償地不同之債務，亦得爲抵銷。但爲抵銷之人，應賠償他方因抵銷而生之損害。」在給付觀念，含有處所的關係時，如雙方債權清償地不同，

其給付之種類固不得謂爲相同，然處所的關係，通常並不屬於給付之觀念，且自實際交易言之，清償地不同之債權，亦有許爲抵銷之必要，故我民法明定其得爲抵銷，並本於公平觀念，明定爲抵銷之人應賠償他方因抵銷而生之損害。所謂因抵銷而生之損害，不僅指因抵銷不得於清償地受清償所生之損害，即因抵銷不得於清償地爲清償所生之損害，亦包含之。但抵銷人之損害賠償義務，非基於侵權行爲或債務不履行而生，乃基於第三三六條但書而生之特別義務，是不可以不辨耳（普法第一部第十六章第三四六條第三五〇條第三五一條法民第一二九六條德民第三九一條日民第五〇七條暹民第四二二條）。

#### 第四 須雙方債權均屆清償期

此爲我民法第三三四條所明定，實則應就自動債權受動債權分別觀察，殊難一概而論。

##### 一 關於自動債權者

自動債權，須已屆清償期，始得爲抵銷，此爲我民法第三三四條所明定。蓋債權人通常惟於清償期屆至時，始得現實請求清償，如未屆清償期前，亦許其得爲抵銷，即不啻於期前強制債務人以爲清償故也（民法第三一六條）。但此指自動債權定有清償期而言，如未定有清償期，債權人原得隨時請求清償（民法第三一五條），自得隨時主張抵銷，是不待言。至在債務人受破產宣告時，如未屆清償期，是否得爲抵銷，學說上頗有爭論。通說均謂因債務人之破產，而清償期到來，債權人自屬得爲抵銷，余亦謂然。

## 二 關於受動債權者

如上所述，自動債權固須已屆清償期，始得為抵銷，但受動債權，則無須已屆清償期，始得被抵銷。蓋債務之定有清償期者，如無反對之意思表示，債務人得拋棄期限之利益，於期前為清償故也（民法第三一六條）。雖然，我民法則固明定受動債權亦須屆清償期（民法第三三四條），此於雙方債務，如在適於抵銷之狀態，即當然抵銷時，固須雙方債權均屆清償期，但在我民法則抵銷係以意思表示向他方為之，從而受動債權自屬無須已屆清償期。故就理論言之，應以德國民法第三八七條，「於受動債權之債務人得履行其所負擔之給付時，即得為抵銷」為合理。

## 第五 須非依債之性質不能抵銷

雙方債權，立於相互關係，而其給付種類相同，並均屆清償期者，固得互相抵銷。然如依債之性質不能抵銷，則仍不得抵銷，此為我民法第三三四條但書所明定。所謂依債之性質不能抵銷，指依給付之性質，如許抵銷，即不能達債權之目的而言。例如前述雙方債權，以不作為之給付為標的時，如許抵銷，即不能達不作為債權之目的。又依通說，對於由消費借貸預約而生之請求交付借貸金錢之債權，不得以其他之金錢債權為抵銷，余亦謂然。此無他，蓋一係因契約成立而為給付，一係因清償而為給付，其給付種類不同故也。（註四）

（註四）抵銷權之發生，以具備上述要件為已足，此外無須何種之要件，從而（一）雙方債權，無須由於同一原因而生。（二）雙方債權，無須



牽連 (Connexité) 關於此點，與留置權不同。(二) 雙方債權，無須明確 (Liquidité)，即債權額依清算或估計可得確定時，亦得爲抵銷。(但在普國國法第一部第十六章第三五九條德國民法第一二九一條則明定其須爲明確)。(四) 雙方債權額，無須同一，數額如非相同，惟得就其相當額抵銷之。(五) 訴訟繫屬中之債權，亦得爲抵銷，蓋不能謂提起訴訟，即有拋棄抵銷權之意思故也。又抵銷權之發生，固以具備法定要件爲已足，但如當事人另以契約附加其他之要件，自無不可。

### 第三款 抵銷之禁止

雙方債權，如具備上述要件，固得互相抵銷，但在禁止抵銷時，仍不得爲抵銷。抵銷之禁止，有爲法律所規定者，有爲當事人所約定者，茲分別述之如左。

#### 第一 法定抵銷之禁止

##### 一 禁止扣押之債不得抵銷

我民法第三三八條規定：「禁止扣押之債，其債務人不得主張抵銷。」此係從德日立法例而設之規定。(註一)所謂禁止扣押之債權，舉凡民事執行法或其他法令有明文規定不許扣押之債權皆屬之。禁止扣押之債權，所以不許抵銷者，蓋債權之禁止扣押，係本於公益上之要求，自必實行清償，始足以達禁止扣押之目的故也。雖然，禁止扣押之債，固不得以其爲受動債權而被抵銷，然如以其爲自動債權而爲抵銷，則無不可。關於此點，非無主張不得以其爲自動債權而爲抵銷者 (Ehrlich 氏主此說)，然我民法既未如債權讓與之禁止設

有禁止明文（第二九四條第一項第三款），自難爲否定之主張。又本條係於社會政策上以保護特種債權爲目的，自屬強行規定，從而當事人間如有違反本條之約定，應屬無效，是不待言。

## 二 因侵權行爲而負擔之債不得抵銷

我民法第三三九條規定：「因故意侵權行爲而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。」此係從一般立法通例而設之規定（法民第一二九三條德民第三九三條奧民第一四四〇條日民第五〇九條）。因侵權行爲而負之債，所以不許抵銷者，蓋如許抵銷，則於加害人對被害人有債權時，難保其不以抵銷之意思，而爲侵權行爲，其結果與誘致侵權行爲無異故也。但因侵權行爲負擔之債之不得抵銷，以其侵權行爲由於故意者爲限，如由於過失，則加害人並非以抵銷之意思，而爲侵權行爲，縱許其抵銷，亦不致發生誘致侵權行爲之流弊，於此場合，自應認爲例外。因故意侵權行爲而負擔之債，固不得以其爲受動債權而被抵銷，然如以其自動債權而爲抵銷，則無不可。又本條係屬強行規定，當事人間違反本條之約定，應爲無效，與前段所述同。

## 三 扣押後取得之債權不得抵銷

我民法第三四〇條規定：「受債權扣押命令之第三債務人，於扣押後始對其債權人取得債權者，不得以其所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷。」此係從一般立法例而設之規定（法民第一二九八條德民第三九二條日民第五一一條）。依民事執行法理，債權人因其債權之強制執行或保全強制執行，得就債務人之

財產爲扣押或假扣押，債務人之財產爲債權時，得由法院對於第三債務人發禁止支付之命令，以爲扣押或假扣押，嗣後該第三債務人即不得向自己之債權人爲清償，我民法禁止其以扣押後對其債權人所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷，卽所以保持扣押或假扣押之效力也。雖然，第三債務人於扣押後對其債權人取得債權，固不得以其所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷，然如於扣押前已對其債權人取得債權，則第三債務人之地位，與債權讓與後之債務人相類似，自屬得爲抵銷。又扣押後取得之債權，不過不得以其抵銷向扣押債權人主張，如扣押債權人已爲承認，其得爲抵銷，自不待言。

#### 四 由第三人利益契約而生之債權不得抵銷

我民法第三四一條規定：「約定應向第三人爲給付之債務人，不得以其債務與他方當事人對於自己之債務爲抵銷。」此係從瑞士債務法而設之規定（瑞債第一二二條）。由第三人利益契約而生之債，所以不得抵銷者，蓋如許抵銷，則不能達第三人利益契約之目的故也。但此不過債務人不得以其抵銷向第三人主張，如第三人已爲承認，其得爲抵銷，自不待言。至債務人對第三人有債權時，第三人得以該債權爲自動債權，主張抵銷，亦無不可，此點已於前述，茲不贅。

（註一）關於此點，有兩種立法例，有惟受扶養之權利，不得抵銷者，如普國國法第一部第十六章第三六六條法國民法第一二九三條之規定是。有舉凡禁止扣押之債權，皆不得抵銷者，如德國民法第三九四條日本民法第五一〇條之規定是。我民法係從德日立法例。

## 第二 約定抵銷之禁止

雙方債權，具備法律所定之抵銷要件時，固得為抵銷，但當事人間能否以契約禁止抵銷，則屬疑問？關於此點，外國法律有明定其得以契約禁止抵銷者（日民第五〇五條第二項），我民法雖未設明文，余以為解釋上應屬相同，蓋債權債務，本為當事人間之特定關係，當事人間既有禁止抵銷之約定，自無否認其效力之理由故也。禁止抵銷契約，固依債權人與債務人之契約而成立，然並不限於取得債權之債權人及債務人，成立禁止抵銷契約，即嗣後受讓債權之受讓人及承擔債務之承擔人，亦得成立禁止抵銷契約。禁止抵銷契約，非僅使負擔不為抵銷之義務，而有不使發生抵銷權之效力，從而違反禁止契約所為之抵銷意思表示，自應為無效。又當事人間固得成立禁止抵銷契約，然此契約能否以之對抗善意第三人，亦一疑問？關於此點，外國法律有明定其不得以之對抗善意第三人者（日民第五〇五條第二項但書），我民法雖未設明文，余以為解釋上應屬相同，苟非如此解釋，即不足以保護善意第三人（民法第二九四條第二項）。（註二）

（註二）關於此點，陳克生氏與鄙見不同，陳著謂：「當事人間所為此項禁止意思表示，是否僅有相對之效力，即不得以之對抗善意第三人？他國亦有以明文規定此旨者，我國民法既無明文規定，不能為同一解釋。此時發生問題者，自為債有移轉之時，仍應依債之移轉之通則規定辦理，故仍應適用民法第二百九十九條第一項及第三百〇三條第一項之規定。」（陳氏前揭四七一頁）

## 第四款 抵銷之方法

## 第一 學說及立法例

關於抵銷之方法，其學說及立法例頗不一致，有謂雙方債權，如在適於抵銷之狀態，即當然抵銷，無須人之行為者，是謂實質主義 (materielle Aufassung)，採此主義者，爲普國法國及奧大利（普國國法第一部第十六章第三〇一條法民第一二九〇條奧民第一四三八條）。此主義，自理論言之，殊難贊同，蓋雙方債權，即在適於抵銷之狀態，亦屬獨立存在，債權人不妨依抵銷以外之方法處分其債權，非必當然抵銷故也。有謂雙方債權，縱在適於抵銷之狀態，亦非當然消滅，須依人之行為，始歸消滅者，是謂形式主義 (formelle Aufassung)。此主義又分爲二，有謂須以訴訟爲之，始生抵銷之效力者，是謂訴訟主義，有謂祇須以意思表示爲之，即生抵銷之效力者，是爲單獨主義。訴訟主義，僅爲一種之學說，此種學說，亦未見其當，蓋抵銷如必以訴訟爲之，不但不合於實際，且事實上亦無此必要故也。（註一）單獨行爲主義，爲德日立法例所採用，自理論及事實言之，均應以此主義爲是，故我民法從之（民法第三三五條第一項前項德民第三八八條瑞債第一二〇條日民第五〇六條）。

（註一）此說爲 Donellus 氏所主張，Baldus，Magnus，Zasius，Brinz，Uebelohde，Schwanert 等從之。此說係基於羅馬法之沿革而生，非抵銷之性質，必須以訴訟爲之，故不足取。

## 第二 抵銷之意思表示

我民法第三三五條第一項前段規定：「抵銷，應以意思表示，向他方爲之。」依此規定，則我民法上之抵銷，自爲

單獨行爲。抵銷，既爲單獨行爲，自應適用關於法律行爲及意思表示之規定。且抵銷，係處分債權之行爲，其爲抵銷，自以有處分能力爲必要，並須對於其債權有處分權。又抵銷，得由代理人爲之，無代理權而爲抵銷之意思表示時，則應適用第一七〇條之規定。惟訴訟上之代理權，是否當然包含爲抵銷之權限，學說上頗有爭論？依余所信，應以否定說爲是，即非有特別委任，無抵銷權（民訴法第六八條）。又我民法明定，抵銷之意思表示，須向他方爲之，從而抵銷之意思表示，自爲須相對人之意思表示，且以相對人了解或通知達到相對人時發生效力。所謂相對人，即受動債權之債權人。受領意思表示之相對人，如爲無行爲能力人或限制行爲能力人，應適用第九六條之規定，以其通知達到法定代理人時發生效力，自不待言。抵銷之意思表示，解釋上無須以方式爲之，且不以用抵銷字樣爲必要，苟有依抵銷消滅雙方債權之意思，即足以發生抵銷之效力。凡此，皆屬通說，余亦謂然。但抵銷之意思表示，能否附加條件或期限，學說上尙有爭論？我民法則從德日立法例，於第三三五條第二項明定：「前項意思表示，附有條件或期限者，無效。」德民第三八八條但書日民第五〇六條第一項但書。蓋如許附加條件或期限，則抵銷之效力爲不確定，不但有背於抵銷之本旨，且亦有害於他方之利益故也。（註三）但此應解爲係就法律上之抵銷言之，契約上之抵銷，則無不許當事人間附加條件或期限之理由。

（註二）抵銷之意思表示，絕對不許附加條件或期限，是否妥當，不無疑問？即於當事人之一方附加條件或期限而爲抵銷之意思表示時，他方當事人不難依自爲抵銷之意思表示，爲其不確定之地位，剛在期限之到來，係屬確定，抵銷之意思表示縱附加期限，對於他方當事人並無

不利者乎？

### 第三 抵銷意思表示之效力

關於抵銷意思之效力如何，自來學說頗為紛歧，要而言之，約有三說：(一)溯及說 (Rückwirkungstheorie)，此說略謂，抵銷，須依當事人一方之意思表示，始生效力，縱雙方債權，在適於抵銷之狀態，亦無何種效力之可言，從而抵銷之有溯及力，不外基於法律之擬制。(二)條件說 (Bedingungstheorie)，此說略謂，債權消滅之原因，在於適於抵銷之狀態，即債權因抵銷適狀而消滅，抵銷之意思表示，不過法定之條件。(三)影響說 (Affektions-theorie)，此說略謂，債權雖依抵銷之意思表示，始歸消滅，然因抵銷適狀，即已發生某種之效力，但此效力之性質如何，則學說不一，有稱爲抵銷適狀 (Aufrechenbarkeit) 者，有稱爲抵銷關係 (Aufrechnungsverhältnis) 者，有稱爲抵銷 (Aufrechnungsgrecht) 者，亦有稱爲抵銷狀態 (Aufrechnungslage) 者。以上三說，雖皆以抵銷適狀與抵銷意思表示爲要件，但其置重之點則不相同，即溯及說係以抵銷意思表示爲原因，抵銷適狀爲條件，條件說係以抵銷適狀爲原因，抵銷意思表示爲條件，影響說則以抵銷適狀與抵銷意思表示具有同一價值，而以其爲債權消滅之共同原因。上述諸說，依余所信，應以第一說爲是，蓋第二及第三兩說，皆以抵銷適狀爲債權消滅之原因，恰與債權原因之行爲得撤銷或解除時，不以撤銷或解除爲債權消滅之原因，而以得撤銷或解除之行爲爲債權消滅之原因同，殊不合於條理故也。如依第一說，則雙方債權在適於抵銷之狀態時，僅發生抵銷

權，債權消滅之效力，則必於為抵銷之意思表示時，始能發生，至其效力溯及得為抵銷時發生者，則係法律為貫徹允許抵銷之本旨，推測一般當事人之意思所設之擬制規定。我民法第三三五條第一項後段：「其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時……而消滅，」蓋即採取此說者也。（註三）

（註三）溯及說，尙有其實際上之理由，蓋債權在適於抵銷之狀態時，當事人固隨時得為抵銷，然債權雖在適於抵銷之狀態，而不即為抵銷者，實所常見，如惟於為抵銷意思表示之時起，向將來發生效力，則對於不即為抵銷之當事人甚為不利，此於一方債權附有利息，或雙方債權均附有利息，而其利率有大小時，尤見其然，故為保持公平起見，不能不認抵銷之意思表示有溯及力。

#### 第四 未必抵銷問題

如上所述，抵銷之意思表示，固不得附加條件，但得為未必之抵銷（*Eventualaufrechnung*）與否，則屬疑問？所謂未必之抵銷，其情形有二，有以受動債權有效存在為條件而為抵銷者，有以受動債權未附有抗辯即狹義抗辯（*Einrede*）為條件而為抵銷者，其效力如何，余以為應分別情形以為決定。即在前者，縱附加此項條件，亦無礙於抵銷意思表示之效力，蓋「受動債權有效存在」，不過法定條件（*condicio iuris*）故也。後者，則所附加「未附有抗辯」之條件為無效，蓋受動債權附有抗辯與否，乃客觀方面已確定，不過主觀方面不知其是否附有抗辯，「未附有抗辯」云云，並非真正條件故也。又未必之債權，如於訴訟上主張之時，即一面爭執原告之債權，而一面以自己債權主張抵銷之時應如何判決，學說上頗有爭論？有採舉證主義（*Beweiserhebungstheorie*），



謂審判官應命原告舉證，如認定其成立，應依抵銷而消滅，駁回原告之請求，如認定其不成立，則不發生抵銷之問題，從而應以債權不成立為理由，駁回原告之請求者（Busse, Eccius, Enneccerus, Hellwig, Planck, Liebknecht, Schollmeyer, Rehbein, Ortman 諸氏主此說）。有採駁回主義（Klageabweisungstheorie）謂祇得認定被告之債權成立，雖原告債權成立與否不能確定，即得逕以此為理由，駁回原告之請求者（Stölzel, Endemann, Kipp zu Windsche d 諸氏主此說）。余以為如前所述，抵銷須以意思表示為之，於被告為未必之抵銷時，如不證明原告之債權成立與否，即駁回其請求，不啻無理由駁回原告之請求，殊為不當，故理論上應以前說為是。

#### 第五款 抵銷之效力

所謂抵銷之效力，與適於抵銷之效力不同，即債權在適於抵銷時，不過發生抵銷權，對於債權並無何種影響，從而遲延責任，損害賠償及違約金等問題，仍可發生。反之抵銷，則因抵銷權之行使，發生債權消滅之效果。此之所謂抵銷之效力，即指此而言，茲述如左。

#### 第一 抵銷使雙方債權按照抵銷數額而消滅

此為我民法第三三五條第一項後段所明定，亦各國法律之所同（法民第一二九〇條德民第三九九條瑞債第一二四條第二項日民第五〇五條第一項暹民第四一七條）。抵銷之使雙方債權按照抵銷數額而消滅者，

蓋自自動債權言之，不能超過自己之債權額而受滿足，自受動債權言之，亦惟於得受滿足之範圍，即惟就自動債權額消滅其債權也。雙方債權，既惟按照抵銷數額而消滅，從而一方之債權額大於他方之債權額時，尚有剩餘，故如受動債權額大於自動債權額時，則發生被抵銷人因受抵銷強制其消滅一部債權之結果。關於此點，自屬不許一部清償之例外。（註一）至數額較大之債權，究係某部分，對於數額較小之債權而為抵銷，則非所問。從而數額較大之債權人，就其一部為訴訟上之請求時，被告即數額較小之債權人，自得以自己之債權額，對於被請求之部分，以抵銷對抗之，原告則不得以抵銷之反對抗辯（*replica Compensationis*）就其未請求之部分，主張抵銷。此因原告請求部分之債權，已因被告之抵銷意思表示歸於消滅故也。從而原告之請求，自應依被告之抵銷對抗而駁回。（註二）

（註一）就債權之一部，得為抵銷與否，學說上頗有爭論，有謂不妨為一部之抵銷者（*Weigelin* 氏主此說），有謂不得為一部之抵銷者（*Kohler, Lippmann* 等主此說），余以為我民法第三三五條第一項後段既規定抵銷按照抵銷數額而消滅，自無不許其為一部抵銷之理由，故理論上應以後說為是（同說陳氏前揭四七五頁）。

（註二）關於此點，德國民法學界頗有爭論，有謂原告得為抵銷之反對抗辯者（*Staudinger-Kuhlenbeck, Planck, Schollmeyer, Ortmann, Dernburg, Reibeln* 諸氏主此說），有謂應駁回原告之請求者（*Enneccerus* 氏主此說），德國最高法院判決則謂依債權人請求債權額之一部，分割為數個獨立之債權，關於請求部分與未請求部分，應受第三九六條之適用（我民法無此相當條文），但在學

者間始無贊成此說者。

## 第二 抵銷使雙方債權溯及得爲抵銷時而消滅

此爲我民法第三三五條第一項後段所明定，亦各國法律之所同（法民第一二九〇條德民第三九八條瑞債第一二四條第二項日民第五〇六條第二項）。關於抵銷之效力，我民法所以採溯及說者，蓋爲貫徹允許抵銷之本旨，其詳已於前述，茲不贅。所謂得爲抵銷時（法文冠以最初二字初無深意），係指抵銷權發生之時而言，如雙方債權之抵銷權發生之時不同，則應以爲抵銷人之抵銷權發生之時爲標準。被抵銷人嗣後縱爲抵銷之意思表示，亦不得溯及其抵銷權發生時發生抵銷之效力。蓋其抵銷權已依他方之抵銷意思表示歸於消滅故也。至溯及力之內容，則有如下述：（一）雙方債權之擔保及其他從屬權利，均自得爲抵銷時消滅（民法第三〇七條）。（二）雙方債權之利息債權，均自得爲抵銷時消滅。其利息之爲法定約定，在所不問。又在雙方債權均附有利息時，其利率是否相同，亦非所問。利息，既自得爲抵銷時消滅，則於得爲抵銷後，自屬無須支付利息，其已支付之利息，自得基於不當得利之規定，請求其返還。（三）給付遲延受領遲延以及損害賠償違約金等，亦均自得爲抵銷時消滅。（註三）

（註三）債務人不知得爲抵銷，而爲清償時，嗣後能否再爲抵銷，基於不當得利（非債清償）之規定，請求返還其給付，學說上頗有爭論，有主肯定說者，例如 Ortman, Staudinger-Kuhlenbeck, Luccerius, Hellwig, Kipp zu Windscheid, Weismann, Kohler

諸氏是有主否定說者，例如 Pernhfit, Bekker, Leonhard, Planck, Schollmeyer, Grome, Langheineken, Siper 諸氏是。依余所信，應以否定說爲是，蓋依債務人之清償，其債務即歸於消滅，嗣後自不得再爲抵銷，從而無基於不當得利之規定，請求返還其給付之餘地。

### 第六款 數宗債權之抵銷

雙方當事人皆有數宗債權，或僅一方有數宗債權，而其給付之種類相同，如一方之債權不足消滅全部債務，即生抵充之問題。故我民法特從一般立法通例，於第三四二條規定：「第三二一條至第三二三條之規定，於抵銷準用之。」（法民第一二九七條 德民第三九六條 日民第五一條 暹民第四二三條）茲分析說明如左。

#### 第一 第三二一條之準用

依第三二一條之準用，抵銷人有指定權。抵銷人不但得指定爲抵銷之債權，且得指定被抵銷之債權，即受動債權，此因債權人既得因爲抵銷滿足自己之債權，自無不許指定債務人之債權（即受動債權），對於自己債權（自己債權）之某部分而爲抵銷之理由故也。此項指定之意思表示，應與抵銷之意思表示同時爲之，此就第三二一條之立法精神解釋，是爲當然。又指定之意思表示，係抵銷意思表示之一部，而非獨立之意思表示，從而抵銷之意思表示爲無效時，指定意思表示亦屬無效。雖然，指定並非抵銷意思表示之要素，故雖欠缺指定，其抵銷之意思表示，亦不因之爲無效。（註一）

(註一)在日本民法第四八八條第一項，債權人亦有指定權，因數宗債權之抵銷準用該條之結果，從而被抵銷人亦有指定權，若然，則是被抵銷人，得依指定，發生與自己行使抵銷權同一之結果，此種規定，殊非妥當。

## 第二 第三二二條之準用

依第三二二條之準用，抵銷人不為前條之指定時，則準用該條之規定抵充之。所謂抵銷人不為指定，有祇指定受動債權，而不指定自動債權者，有祇指定自動債權，而不指定受動債權者，有自動債權與受動債權皆不為指定者。其在後之二者，得準用第三二二條之規定，固無問題；但在不為自動債權之指定時，應否準用同條之規定，則學說上頗有爭論？有謂同條係於債務人負擔數宗債務時，規定其應抵充之債務，故惟被抵銷人有數宗債權時，始得準用，抵銷人有數宗債權時，不得準用者。余則以為抵銷人不指定自動債權而為抵銷之意思表示時，可認其有以自己之任何債權為抵銷之意思，準用同條規定以定其為抵銷之自動債權，自無不可。(註二)至抵充之順位，已於前述，茲不贅。

(註二)關於此點，德國民法通說則本書之見解同 (Örman, Enneccerus, Goldmann-Lichtenhal, Scholmeyer, Kisch 諸氏主此說) 但有異說，謂其不得準用同條之規定者 (Weigelin, Dernburg, Cronc 諸氏主此說) 此因德國民法第三九六條第一項設有特別規定，故為此說，我民法既未特設明文，自難為同一之解釋。

## 第三 第三二三條之準用

自動債權或受動債權，於原本債權外，尚有費用債權及利息債權時，依第三二三條之準用，應先抵充費用，次充利息，次充原本。（註三）惟依同條所定之順位以為抵銷時，須其費用債權及利息債權未因原本債權抵銷之溯及力而消滅（同說 Kipp zu Windscheid, Weigel, Deichmann 諸氏，異說 Lippmann 氏）又在費用債權相互間，利息債權相互間，原本債權相互間，應依第三二二條之規定，定其順位，自不待言。

（註三）關於此點，外國法律有惟抵銷人負擔費用及利息之債務時，始準用第三二三條之規定者（德民第三九六條第二項），我民法無此限制，自不但自動債權有費用及利息債權時，得準用第三二三條之規定，即受動債權有費用及利息債權時，亦得準用第三二三條之規定。

## 第六節 免除

### 第一款 免除之性質

免除 (Erläss, remise) 者，債權人消滅債權之行為也。換言之，即債權之拋棄謂之免除。關於免除之性質，學說上頗有爭論，有以免除為契約者，有以免除為單獨行為者，前者多數國法律從之（普國國法第一部第十六章第三七九條第三八〇條第三八八條法民第一二八五條第一二八七條德民第三九七條瑞債第一一五條），後者惟日本及暹羅法律從之（日民第五一九條暹民第四一六條）。自理論言之，應以後之立法例為是。蓋在主張免除為契約者，不外下列兩種論據：一說謂債務為相對的義務，債務人不欲受債務之免除時，如以債權人一方之行為強為免除，甚為不當，故須得債務人之承諾，從而免除為契約。此說似有理由，實則不然，即債務人之免除債務，不

過債權人拋棄債權間接之結果，債務人縱因此而受利益，亦無得其承諾之必要，且如須得債務人之承諾，則在債務人不為承諾時，將發生債權人不得拋棄其債權之結果，豈得謂為允當乎？一說謂債權關係，係債權人債務人間之法鎖（*Juris vinculum*），故如欲斷絕此項法鎖，則性質上須債權人債務人間之契約。此說亦難贊同，即所謂法鎖云者，不過藉以形容債務人因債權人之權利而受拘束，初無不許以債權人之一方行為斷絕此項法鎖之理由。契約說既不足取，故我民法特從日暹立法例，於第三四三條規定：「債權向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。」蓋即採單獨行為說者也。免除既為單獨行為，從而免除祇須債權人一方之意思表示為之，即生效力，無須債務人之承諾。又免除，係直接消滅債權之行為，故免除具有處分行為之性質，從而免除自為無因行為。即免除依債權人表示免除債務之意思，即生效力，其為免除之原因如何，則非所問。故在免除，雖常因贈與等原因為之，然贈與等原因之存在與否，則與免除之成立無關，此與債權讓與，以贈與等原因為之時，其贈與等契約與債權讓與契約，各別獨立，正屬相同。

## 第二款 免除之方法

依我民法第三四三條規定，免除，依債權人向債務人表示免除其債務之意思為之，從而（一）免除，須表示免除債務之意思。但以有表示免除之意思為已足，無須何種之方式，且不問其為明示默示。默示之免除，例如返還債權證書，或交付受領證書是。（二）債權人之為免除，須有處分能力，但債務人則不以有處分能力為必要。（三）免除不

但爲須發之意思表示，且爲須受之意思表示，從而免除之意思表示，自以達到債務人時發生效力。(四)免除，祇能對於各個債務爲之，不能就整個債之關係（例如由買賣而生之債權債務）而爲免除。免除，不但得就債務之全部爲之，且得就債務之一部爲之。連帶債務之免除，即不外一部之免除。又免除，亦得對於期限附債務條件附債務爲之。但以有被免除之債務存在爲必要，對於將來債務，則不生免除之問題。蓋對於將來債務之免除，不外禁止將來債務之發生，依第七二條之規定，應爲無效故也（同說 Planck, Staudinger-Kuhlenbeck, Walsmann 諸氏異說 Schollmeyer, Ennecerus 諸氏）。

### 第三款 免除之效力

免除之效力，即在使債之關係消滅，此爲我民法第三四三條所明定，從而免除亦爲債之關係消滅之原因。故在債權人就其債權爲全部免除者，則全部消滅，爲一部免除者，則一部消滅。關於連帶之債不可分之債，其債權人中一人爲免除，或對於債務人中之一人爲免除時，則其效力，應依第二七六條第二八八條第二九二條第二九三條之規定決之。又免除，既在使債之關係消滅，則固非僅對於債務人與以拒絕履行之抗辯，然依當事人之契約，使債權人負擔不行使其債權之義務，則屬無礙。（註）

（註）德國民法第三九七條第二項，認消極的債務承認契約（negativ Schuldanerkenntungsvertrag），因債權人與債務人間訂立承認債之關係不成立之契約，而債務消滅。消極的債務承認契約，有創設的效力，即債務單純依當事人承認其不存在而消滅，實際上有無債權存在，則非所問。從而消極的債務承認契約，自係具有無因行爲之性質。我民法雖無消極的債務承認之規定，然積極的債務承認契約，既得有效成立，



則消極的債務承認契約亦得有效成立，是不待言。

## 第七節 混同

### 第一款 概說

混同 (Confusion) 自廣義言之，凡不能並立之兩種法律關係同歸於一人，均謂之混同。考其情形，則可分而為三：(一) 債權與其債務同歸一人時 (民法第三四四條)；(二) 所有權與他物權同歸一人時 (民法第七六三條)；(三) 主債務與保證債務同歸一人時。此三者之關係如何，向有兩說：有謂第一第二兩種情形，頗相類似，即在第一種情形，係債權與其債務同歸一人，第二種情形，亦係他物權與其義務同歸一人，其性質相同，應稱爲真正混同，第二三種情形則應稱爲非真正混同 (unechte confusion) 者。亦有謂第二第三兩種情形，頗相類似，即第二種情形，係一權利爲他之強大權利所吸收，第三種情形，係一義務爲他之強大義務所吸收，其形式相同，應以其爲一類，第一種情形則應獨立爲一類者。余則以爲此三種之混同，各有其特殊性質，不能以一共同原則支配之，故茲之所論，僅爲債權與其債務之混同，第二第三兩種混同，則俟於債編各論及物權編中述之，茲不贅。

### 第二款 混同之性質

混同者，債權與其債務同歸一人之謂也。混同，爲消滅債之關係之原因，雖爲各國法律之所認 (普國法第一部第十六章第四七六條法民第一三〇〇條第一三〇一條與民第一四四五條瑞債第一一八條日民第五二〇條

遇民第四二四條），然其性質如何，則學說紛紜，尙未一致。（一）有謂混同無消滅債權之效力，即無論何人不能向自己爲給付，故於債權債務同歸一人時，縱屬給付不能，然無客觀的消滅債權之效力者。實則債權人或債務人如欠缺其一，已難認其債權之存在，給付不能之說，殊無根據。（二）有謂債務人不能由債權人繼承債權，債權人亦不能由債務人繼承債務，故不應認混同之成立者。雖然，何故債務人不能由債權人繼承債權，債權人不能由債務人繼承債務，殊難爲適當之說明。（三）有謂混同有清償之性質，即於債權人繼承債務人時，則債權人由債務人遺產受清償，債務人繼承債權人時，則債務人以債權人之遺產爲清償者。若然，則於遺產不足清償債務時，即將不能以清償說明之。（四）有謂債權因混同而消滅，係因債權之目的已達，即債權人已受實質的滿足者。實則債權人並未因混同而受實際的滿足，足見此說之不當。（五）有謂債權因混同而消滅，係基於債權之觀念，即債權之存在，須有二個之主體，從而同係一人，而同時爲債權人及債務人，則反於債權之觀念，故債權因混同而消滅者，此說係以混同爲消滅債之關係之獨立原因，爲現今一般之通說，余亦從之。（註）但混同之成立，以債權債務同歸一人爲已足，無須何種之意思表示，故混同自非行爲，而爲一種事由即事件（Rechtsereignis）。

（註一）主張第一說者，爲 Savigny, Vangerow, Büchel 第二說者爲 Baron 第三說者爲 Ribbentrop, Girtanner, Krutze 第四說者爲 Klein, Örtmann 第五說者爲 Lauterbach, Fitting, Windscheid, Dernburg, Friedmann, Schwedler, Staudinger-Krullenbeck。此外尙有謂混同係抵銷之一種者（Kretschmar 氏主此說），亦有謂債權非因混同客觀的消滅，不過債權人與債務人間之

主觀的關係分離者 (Keller, Zarnhaber 兩氏主此說) 其說殊不足取。

### 第三款 混同之成立

如前所述，混同，因債權債務同歸一人而成立，而債權債務之同歸一人，則由債權或債務之繼受而生。通常所謂繼受，其情形有二：(一) 概括繼受：此為發生混同之主要原因，概括繼受，即我民法繼承編之所謂繼承是，舉凡債權人繼承債務人，債務人繼承債權人，以及第三人繼承債權人及債務人皆屬之。(二) 特定繼受：此於債務人受讓債權人之債權，或債權人承擔債務人之債務時見之，其與通常之債權讓與債務承擔不同者，即惟受讓人非第三人，而為債權人或債務人。但在學者有不認債權或債務之特定繼受，而謂其祇成立免除或贈與者，余則以為不然，蓋既認債權或債務之概括繼受，而無否認特定繼受之理由故也 (同說 Dernburg, Windscheid, Schwedler 諸氏異說 Baron, Förster 兩氏)。

### 第四款 混同之效力

免除之效力，即在使債之關係消滅，此為我民法第三四四條所明定。免除既在使債之關係消滅，從而自非僅對於債務人與以拒絕履行之抗辯，是不待言。債權固因混同而消滅，然亦有例外不因混同而消滅者，依我民法第三四四條但書所定，其情形有二，茲述如左。

一 其債權為他人權利之標的時 債權為他人權利之標的，不因混同而消滅，例如甲以對於乙之債權為丙

設定質權時（民法第九〇〇條），雖乙繼承甲，或甲繼承乙，然其債權並不消滅，丙仍得然行使其質權是。立  
 法理由，與第七六二條但書後段同，蓋如不認此例外，則丙之質權將因此而犧牲故也。

二 法律另有規定時 法律另有規定，其債權不因混同而消滅，例如票據債務人由背書取得票據時，其債權  
 與債務雖同歸一人，然依票據法第三一條第二項之規定，得更以背書轉讓，其票據上之債權，不因混同而消  
 滅是。又指示證券（民法第七一〇條以下）無記名證券（民法第七一九條以下），其性質雖有流通性，但通  
 說謂如因流通復歸於原債務人，依其性質，應使其不因混同而消滅，方合於交易上之需要者，余亦謂然。（同  
 說 Kuntze, Jhering, Stobbe-Lehmann, Grünhut Kreschmar, Schwedler 諸氏）

## 附錄

### 民商法劃一提案審查報告書（中央政治會議第一八三次會議議決十八年六月五日送立法院）

考各國立法例有於民法法典外另訂商法法典者有不然者我國今將從事法典之編訂原提案主張民商法統一詳加研究亦趨其議茲將理由分述於左

一 因歷史關係認為應訂民商統一法典也 商法之於民法以外成爲特別法典者實始於法皇路易十四維時承階級制度之後商人鑒於他種階級各有其身分法亦遂組織團體成爲商人階級而商法法典漸亦相因而成此商法法典別訂於民法法典之外者乃因於歷史上商人之特殊階級也我國自漢初弛商賈之律後四民同受治於一法買賣錢債並無民商之分清末雖有分訂民法法典及商法法典之議民國成立以來亦沿其說而實則商人本無特殊之階級亦何可故爲歧視耶

二 因社會進步認為應訂民商統一法典也 反對民商法典統一者之言曰商法所定重在進步民法所定多屬固定此在昔日之陳迹容或有之不知凡法典應修改者皆應取進步主義立法者認為應修改即修改與民商合一與否無關例如英國民商合一而公司法施行後亦有數次之修改而德國爲民商分立之國乃商法之改變遠

不如英國於此可見進步與否並不在民商之合一與否也是以各國學者盛倡民商合一之論其最著者如意國之維域提氏 (Viyante) 法國之他賴氏 (Thaller) 德國之典爾伯氏 (Dernburg) 皆有相當之理由

三 因世界交通認爲應訂民商統一法典也 反對民商法典統一者之言曰商法具有國際性民法則否此亦狃於舊見之說也民商合一對於商事法規應趨於大同與否立法者儘可酌量規定並不因合一而失立法之運用且民商畫分之國其法典關於本國之特別規定者亦不一而足也

四 因各國立法趨勢認爲應訂民商統一法典也 意大利爲商業發達最早之國而其國之學者主張民商合一爲最力英美商業今實稱雄於世界而兩國均無特別商法法典瑞士亦無之俄國一千八百九十三年民法第一草案一千八百九十六年民法第二草案一千九百零六年民法第三草案一千九百零七年民法第四草案均包商法在內似此潮流再加以學者之鼓吹提倡民商合一已成爲世界立法之新趨勢我國何可獨與相反

五 因人民平等認爲應訂民商統一法典也 人民在法律上本應平等若因職業之異或行爲之不同卽與普通民法之外特訂法典不特職業之種類繁多不能遍及且於平等之原則不合

六 因編訂標準認爲應訂民商統一法典也 昔時各國之商法以人爲標準卽凡商人所爲者均入於商法德國於一千八百九十七年所訂之商法亦然法國自大革命之後以爲不應爲一部分之人專訂法典故其商法以行爲爲標準卽凡商行爲均入於商法典然何種行爲係商行爲在事實上有時頗不易分我國如亦編訂商法法典

則標準亦殊難定

七 因編訂體例認爲應訂民商統一法典也 各國商法之內容極不一致日本商法分爲總則社會商行爲手形海商五編德國商法無手形（票據）法國則以破產法及商事裁判所組織法訂入商法法典體例紛歧可知商法應規定之事項原無一定範圍而劃爲獨立之法典亦止自取煩擾再法典應訂有總則亦取其綱舉目張足以貫串全體也而關於商法則不能以總則貫串其全體

八 因商法與民法之關係認爲應訂民商統一法典也 在有商法法典之國其商法僅係民法之特別法而最重要之買賣契約仍多規定於民法而民法上之營利社團法人仍須準用商法則除有特別情形如銀行交易所之類外民法商法牽合之處甚多亦何取乎兩法併立耶且民商劃分如一方爲商人一方非商人適用上亦感困難因民商法相關聯之處甚多而非一般人所能意料者

要之各國民商法典近時趨勢凡民商劃一之國鮮有主張由合而分者其他民商劃分之國其學者主張由分而合者則甚多其所以至今尙未實行者蓋因舊制歷年已久而理論實力一時之間尙未能推翻之耳而趨向則已大定也且在無特別商法法典之國如英美等不過無歐洲大陸所謂之商法法典而實則關於商人之各種法規燦然具備是民商合一與否與商業之發達並無關係當茲百度革新之時發揚 總理全民之旨應訂民商合一法典殆無疑義也

附 中央政治會議公函

逕啓者本會議第一百八十次會議准胡委員漢民林委員森提議此次訂立法典請將民商訂爲統一法典其不能合併者則分別訂立單行法規（如公司法票據法海商法保險法等是）以免法典條文採雜而符本黨全民精神等由當經決議交胡委員漢民戴委員傳賢王委員寵惠審查在案茲准胡委員漢民等復稱認爲應訂民商統一法典繆陳理由八項請公決等由復經提出本會議第一百八十三次會議討論並經決議照審查意見由立法院編訂民商統一法典相應錄案並檢送胡委員等審查報告書即希查照辦理爲荷此致

立法院

中央執行委員會政治會議 十八年六月五日

民法債權編立法原則提案審查報告（中央政治會議第一八三次會議議決十八年六月五日

送立法院）

一 基於債務關係債權人有向債務人要求給付之權利（照原文）

給付不以有財產價格者爲限（增加）

不作爲亦得爲給付之標的（增加）



## 修正說明

第二項第三項均甚重要原案於說明上經已言之但似宜加入於原則內較為明顯

二 在中國境內支付之金錢債務雖以外國通用貨幣定給付額者債務人仍得按給付時給付地之市價以中國通用貨幣給付之但依其情形或當事人之意思不得不以外國通用貨幣給付者不在此限

## 修正說明

債務人仍得下加「按給付時給付地之市價」十字蓋給付之方法亦宜規定

三 最高限之利率定為週年百分之二十（照原文）

法定利率定為週年百分之五（照原文）

預約以至清償期之利息估本再生利息者其預約無效但債務人為銀錢業或儲蓄機關者不在此限（照原文）  
利息遲付逾六個月經債權人之催告而不償還者其遲付之利息得再生利息（加入）

## 修正說明

第二項之情形亦應規定故加入

四 損害之賠償以行為時當事人所預見或可得預見者為限（照原文）

五 除因故意或重大過失所加之傷害外如所應負之損害賠償對於加害人之生計有重大之影響時法院得減

輕其賠償金額（稍改字句似較明顯）

六 債權人行使權利及債務人履行義務應依誠實及信用方法行之

七 債務人因拒絕或怠於行使其權利時債權人因保存債權得以自己之名義代行使其請求權但專屬於債務人者不在此限

修正說明

加入「債務人因拒絕或怠於行使其權利時」似較明顯

八 債務人之行為意圖有害於債權人之權利者債權人得訴請撤銷之（照原文加「意圖」二字）

九 合法占有他人之物而就該物有債權者於該債務未履行前得留置該物（照原文）

十 債務如可分割者法院得斟酌債務人之境況准其於相當期限內分期給付（照原文）

十一 因契約互負債務者於他方未為給付前得拒絕給付（照原文但各種情形起草條文時分別詳為規定）

十二 當事人之一方如不履行其債務時相對人於特定情形有要求強制執行或解除契約之權

修正說明

當事人之一方不履行契約時相對人得請求損害賠償各國規定均屬相同但於特定情形得要求強制執行或解除契約亦應規定故加入「於特定情形」并刪去「或損害賠償」

十三 因故意或過失不法侵害他人之權利者負損害賠償責任（照原文）

十四 受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者由僱主連帶負損害賠償責任（照原文但其中例外起草時應注意詳細規定）

被保護人不法侵害他人之權利者其保護人應連帶負賠償責任（照原文加「連帶」二字）

修正說明

第二項與第一項情形相同故加連帶二字

十五 因物所生之損害該物之占有人應負賠償責任（照原文）

附 中央政治會議公函

逕啓者准王委員寵惠等復稱奉函飭審查民法債權編立法原則經即會商僉以原提案各條大致妥善但債權編情形與總則編略異各原則每有重要之例外起草條文時似宜注意茲將審查報告意見列呈十五項請公決等由查本會議前於第一百八十二次會議准委員兼立法院院長胡漢民提議民法債權編立法原則十五項請公決一案業經決議交王寵惠胡漢民戴傳賢趙戴文陳果夫孔祥熙六委員審查在案茲准王委員等審查報告前來當經提出本會議第一百八十三次會議討論並經決議民法債權編立法原則照審查報告書通過相應錄案並檢附審查報告書函請

貴院查照辦理此致

立法院

中央執行委員會政治會議 十八年六月五日

中央政治會議修正民法債編原則第三條公函（中央政治會議第二百〇二次會議議決十

八年十月三十日送立法院）

逕啓者查民法債編原則十五條前經本會議第一八三次會議決定並函請

貴院查照辦理在案茲復准胡委員漢民提議稱民法債編立法原則第三條第三項「預約以至清償期之利息估本再生利息者其預約爲無效」而第四項則言「利息遲付逾六個月經債權人之催告而不償還者其遲付之利息得再生利息」兩項似相抵觸又第三項但書專以銀錢業或儲蓄機關者爲例外則第四項之適用是否亦限銀錢業或儲蓄機關合併請求解釋等由復經提出本會議第二〇二次會議決議民法債編立法原則第三條三四兩項修正如下「利息不得再生利息但當事人以書面約定利息遲付於一年後經催告而不償還時債權人得將遲付之利息算入原本者可依其約定」「前項規定商業上別有習慣者不適用之」等語相應再行錄案函達即希查照辦理此致

立法院

中央執行委員會政治會議 十八年十月三十日

民法債編施行法(十九年二月一日立法院第七十四次會議通過十九年二月十日國民政府公布)

- 第一條 民法債編施行前發生之債除本施行法有特別規定外不適用民法債編之規定
  - 第二條 民法債編施行前依民法債編之規定消滅時效業已完成或其時效期間尙有殘餘不足一年者得於施行之日起一年內行使請求權但其時效完成後至民法債編施行時已逾民法債編所定時效期間二分之一者不在此限依民法債編之規定消滅時效不滿一年者如在施行時尙未完成其時效自施行日起算
  - 第三條 前條之規定於民法債編所定無時效性質之法定期間準用之
  - 第四條 民法第二百零四條之規定於民法債編施行前所約定之利率逾週年百分之十二者亦適用之
  - 第五條 民法債編施行前發生之利息債務於施行時尙未履行者亦依民法債編之規定定其數額但施行時未付之利息總額已超過原本者仍不得過一本一利
  - 第六條 民法第二百一十七條及第二百一十八條之規定於民法債編施行前負損害賠償義務者亦適用之
  - 第七條 民法債編施行前發生之債務至施行後不履行時依民法債編之規定負不履行之責任
- 前項規定於債權人拒絕受領或不能受領時準用之

第八條 民法第二百五十條至第二百五十三條之規定於民法債編施行前約定之違約金亦適用之

第九條 民法第三百〇八條之公認證書由債權人作成聲請債務履行地之法院公證人警察官署商會或自治

機關蓋印簽名

第十條 民法第三百一十八條之規定於民法債編施行前所負債務亦適用之

第十一條 民法債編施行前發生之債務亦得依民法債編之規定為抵銷

第十二條 民法債編施行前所定買回契約定有期限者依其期限但其殘餘期限自施行日起算較民法第三百

八十條所定期限為長者應自施行日起適用民法第三百八十條之規定如買回契約未定期限者自施行日起

不得逾五年

第十三條 民法債編施行前所定之租賃契約於施行後其效力依民法債編之規定

前項契約訂有期限者依其期限但其殘餘期限自施行日起算較民法第四百四十九條所規定之期限為長者

應自施行日起適用民法第四百四十九條之規定

第十四條 民法債編所定之拍賣在拍賣法未公布施行前得照市價變賣但應經法院公證人警察官署商會或

自治機關之證明

第十五條 本施行法自民法債編施行之日施行

