

一之書選義釋律法行現

義釋則通編債法民

著 淵 文 洪

社 譯 編 學 法 海 上

行 發 周 書 記 新 益 文 會

M6
D929.6
2016

民法債編通則釋義目錄

第二編 債

第一章 通則……………二

第一節 債之發生……………四

第一款 契約……………七

第二款 代理權之授與……………五〇

第三款 無因管理……………七一

第四款 不當得利……………九一

第五款 侵權行爲……………一二四

第二節 債之標的……………一六六

第三節 債之效力……………二一五

第一款 給付……………二二六

民法債編通則釋義 目錄

一



3 2173 8180 9

第二款	遲延	二四〇
第三款	保全	二六一
第四款	契約	二七七
第四節	多數債務人及債權人	三一八
第五節	債之移轉	三五〇
第六節	債之消滅	三七四
第一款	通則	三七七
第二款	清償	三七九
第三款	提存	四一〇
第四款	抵銷	四一九
第五款	免除	四三一
第六款	混同	四三四

民法債編通則釋義

洪文瀾著



(續)

第二編 債

債者、互相對立之特定人間之法律關係。而以一方有要求他方爲一定行爲之權利。他方負有爲之之義務爲其內容者也。一方所有要求他方爲一定行爲之權利。謂之債權。他方所負爲一定行爲之義務。謂之債務。有債權必有債務。有債務必有債權。兩者不能分離。故所謂債權及債務。不過爲同一法律關係之兩方面。一則自權利人方面觀察之。一則自義務人方面觀察之耳。

債有廣狹兩義。狹義所謂債。係指一債權與一債務間之法律關係而言。廣義所謂債。係指發生各箇之債之綜合的法律關係而言。本編第二章所謂各種之債。卽用於此意義。如僱傭委任合夥等是也。

關於債之規定。本編非已網羅淨盡。債之隨物權關係、親屬關係、繼承關係而發生者。即於物權編、親屬編、繼承編規定之。民法以外關於債之規定。亦屬不少。其重要者。如公司法、票據法、海商法、保險法、破產法、土地法、交易所法等是也。本編之規定。對於此等特別法。居普通法之地位。

債法大都非強行法。其理由有二。一則因債法與親屬法、繼承法不同。係以財產法為主。二則因債法與財產法中之物權法不同。係定特定人間相對關係之法則。要之以其與公益無直接關係為理由。故與公益有直接關係時。例外為強行法。例如關於制限利息之規定是也。究為強行法與否。應攷察各法規之目的而定之。本編之規定。除屬於強行法者外。當事人有反對意思表示時。不適用之。

第一章 通則

本編分爲二章。第一章規定通則。第二章規定各種之債。通則者、各種之債通用之一般法

則也。故本章之規定。除第二章或其他關於債之法規有特別規定外。無論何種之債。均適用之。但事物之性質上不能適用者。不在此限。

債之關係。與物權關係不同。(參照第七五七條)苟其內容。不違反強行法規。亦無背於公共秩序或善良風俗。私人得自由使其發生。故債之種類。非法典所能包舉無遺。本編第二章雖規定各種之債。亦不過就日常發生之債。予以規定。非謂債之種類以此為限也。其非第二章及其他法律所規定之債。本章之規定亦在適用之列。此與物權法之通則限於物權法或其他法律有規定之物權始得適用者不同。

本章分為六節。第一節債之發生、第二節債之標的、第三節債之效力、第四節多數債務人及債權人、第五節債之移轉、第六節債之消滅。其第一節第一款契約第二款代理權之授與及第二節以下所規定者。固皆具有通則之性質。惟第一節第三款無因管理第四款不當得利第五款侵權行為。實為特種之債之規定。而非其他各種之債所通用之一般法則。德國民法將此等債之關係與買賣贈與及其他各種之債並列而規定之。雖裁上較為得當。至由各該款

原因所發生之債。應適用第二節以下之規定。則不因其規定於本章而受影響。

第一節 債之發生

債之發生。係指客觀的新生債之關係而言。其因債權之讓與或債務之承擔。一人向他人取得既存之債權或承受既存之債務。不過債之主體有變更。不得謂為債之發生。故債之發生與債之移轉。應區別之。

債之發生原因。大別為行為與事件二種。

(甲)行為 分為適法行為與違法行為二種。

(一)適法行為 分為法律行為與法律行為以外之適法行為二種。

1. 法律行為 分為契約單獨行為合同行為三種。

甲、契約 法律行為中最重要之債之發生原因。即為契約。

乙、單獨行為 以自己之單獨行為、使人負擔債務。為理論上所不許。以自己之單

獨行爲。使人取得債權。雖不反於理論。然羅馬法以來之立法例。原則上多不認單獨行爲爲債之發生原因。實際上亦無認之之必要。本節所舉債之發生原因。僅有契約而無單獨行爲。蓋亦本此沿革上及實際上之理由。原則上不認單獨行爲爲債之發生原因。惟於法律有特別規定時認之。（例如無記名證券之發行）

丙、合同行爲 合同行爲亦有爲債之發生原因者。例如社團法人之社員總會。於章程所定範圍內。以決議使各社員爲一定金額之給付時是也。

2. 法律行爲以外之適法行爲 法律行爲以外之適法行爲。爲債之發生原因者。如無因管理、（第一七二條以下）遺失物之拾得、（第八零條）是也。高地所有人使其水通過低地、（第七九條）水流地所有人使其權附著於對岸、（第七八條）土地所有人通過他人土地而安設電線或筒管、或通行周圍地、或於周圍地開設道路、（第七八六條至第七八八條）入他人土地尋查物品或動物、（第七九條）因營造或修繕建築物而使用鄰地、（第七九條）建築物一部分之所有人、使用他人正中宅門、（第八零條）皆爲損害賠償請求權之發生原因。惟此等行

爲法律所許。故非違法行爲。

(一)違法行爲 違法行爲中之侵權行爲。爲債之重要發生原因。至債務不履行。雖爲違法行爲。但因債務不履行而生之損害賠償請求權。不過變更原債權之內容。並非新發生之債。故債務不履行。非債之發生原因。

(乙)事件 人之行爲以外之法律事實。謂之事件。其爲債之發生原因者。例如因不當得利而發生利益返還請求權。因親屬關係而發生扶養請求權是也。

債之發生原因中。有獨立發生債之關係者。有隨他法律關係而發生債之關係者。本節所認獨立之債之發生原因。爲契約無因管理不當得利侵權行爲四種。此外雖非無獨立之債之發生原因。但其主要者。爲此四種。故特設規定。其隨他法律關係而發生之債。即附於他法律關係而規定之。

本節第二款。雖規定代理權之授與。然如後所述。代理權非債權。代理人亦不因代理權之授與而負爲代理行爲之義務。故代理權之授與。不得謂爲債之發生原因。

第一款 契約

契約有廣狹二義。廣義所謂契約。汎指以發生私法上效果爲目的之合意而言。其私法上效果。有爲債之發生者、有爲物權之設定者、有爲物權債權或其他權利之移轉者、亦有爲親屬法上之效果者。德國民法及我國前兩次民律草案所謂契約。係從此義。故關於一切契約之通則。規定於總則編。狹義所謂契約。僅指以債之發生爲目的之合意而言。羅馬法及英法之法律所謂契約。係從此義。我國民法關於契約之規定。設於債編。則所謂契約。自亦從此意義。惟民法上除以債之發生爲目的之契約外。亦認有契約。例如第七十九條至第八十二條所謂契約是也。若謂此項契約。專指以債之發生爲目的者而言。則以上各條不應規定於總則編而常規定於債編矣。且物權之設定移轉及結婚。須有當事人之合意。在民法上毫無疑義。是契約之觀念。實爲民法全體所共通。關於契約之通則。民法不規定於總則編而規定於債編。蓋以債之發生爲目的之契約。實際上適用最多。非不認廣義契約之觀念也。

。契約之非以債之發生爲目的者。其成立方法。與以債之發生爲目的者無異。故本款關於契約成立之規定。於非以債之發生爲目的之契約。亦準用之。

。狹義之契約。卽二人以上之當事人。以債之發生爲目的。彼此所爲對立之意思表示互相一致之法律行爲也。

(甲)契約爲法律行爲之一種。契約既爲法律行爲中之一種。則民法總則中關於法律行爲之一般規定。於契約亦適用之。

(乙)契約以二人以上對立之意思表示互相一致爲其不可缺之要素。此爲契約與他法律行爲區別之唯一標準。

1. 須有二人以上之意思表示。法律行爲。有以一人爲之爲原則。二人以上爲之亦與一人爲之同視者。單獨行爲是也。有以二人爲之爲原則。三人以上爲之亦與二人爲之同視者。買賣贈與等契約是也。有二人以上無論若干人爲之在所不拘者。合同行爲及合夥契約是也。故契約之當事人。不妨在二人以上。而至少須有二人。

2. 須二人以上之意思表示互相一致。各意思表示。須以欲與他方意思表示結合而生法律效果之意思而爲之。此之謂主觀的一致。各意思表示。又須客觀的有同一之內容。此之謂客觀的一致。

3. 須二人以上之意思表示互相對立。契約之各意思表示。係互相對立。故各意思表示對於各當事人有反對之意義。例如買賣契約。出賣人所爲賣之意思表示。與買受人所爲買之意思表示。在客觀上雖有同一之內容。(即皆以成立買賣關係爲其內容)而在各當事人。則有反對之意義。此爲契約與合同行爲區別之主要標準。蓋合同行爲雖亦以二人以上意思表示之一致爲要素。而各意思表示。對於各當事人有同一之意義。例如社團法人解散之決議。各社員之意思表示。皆有使全體社員喪失社員權之同一意義。契約與合同行爲。在理論上固不容混同。而在實際上亦有區別之實益。例如民法第一百零六條祇適用於契約而不適用於合同行爲是也。

(丙)狹義之契約須以特定人間發生債之關係爲目的。債之關係。僅於特定人間始得發生。

故狹義之契約。常以特定人間發生債之關係爲目的。但其特定人。無須爲成立契約之當事人。例如向第三人爲給付之契約。其取得債權之第三人。並非成立契約之當事人。(

第二六九條) 惟使第三人負擔債務之契約爲無效。若由第三人爲給付之契約。(第二六八條) 則負擔

債務者。仍爲契約當事人之一方。第三人固未嘗因此而負何等債務也。

第一百五十三條 當事人互相表示意思一致者無論其爲明示或默示契約

卽爲成立

當事人對於必要之點意思一致而對於非必要之點未經表示意思者推定其契約爲成立關於該非必要之點當事人意思不一致時法院應依其事件之性質定之

契約之成立。當事人間必先交換意思表示。一方表示欲訂如何內容之契約。他方表示同意。契約始爲成立。前之意思表示。名曰要約。後之意思表示。名曰承諾。契約通常因要約及承諾而成立。故民法第一百五十四條以下。就要約及承諾。設有規定。但成立契約。並

不以要約承諾之方法為限。苟當事人雙方之意思表示。客觀的有同一之內容。並標各以欲與他方意思表示結合而成立契約之意思而為之。則雖各意思表示間無要約承諾之關係。亦得成立契約。故要約之交錯。例如甲對於乙為出價千圓買馬一匹之要約。在未到達前。乙亦對於甲為索價千圓買馬一匹之要約。其契約應認為成立。此外如要式契約。其組成契約之各意思表示。有同時為之者。即在普通契約。於對話人間。孰為要約人。孰為承諾人。亦有不明瞭者。此等情形。亦應認其契約為成立。

當事人互相表示意思之方法。無論其為明示或默示均可。但法律有限定者。應從其所定。例如負擔連帶債務之意思表示。須為明示。(第二條)其他如第六百四十九條第六百五十九條。亦有明示始生效力之規定。又當事人若以預約限定表示方法。亦當從之。

契約之成立。以當事人互相表示意思一致為其不可缺之要素。而其意思表示之一致。須至契約內容之如何部分。實際上往往發生疑問。本條第二項。特以明文定之。即對於契約必要之點。意思必須一致。例如買賣契約。以價金及標的物為其要素。價金及標的物。自屬

買賣契約必要之點。苟當事人對此兩者意思業已一致。對於履行期、履行地、運送方法等
非必要之點。雖未經表示意思。亦推定其買賣契約爲成立。關於該非必要之點。嗣後當事
人意思不一致時。除法律有補充規定外。法院應依其事件之性質定之。惟履行期、履行地
、運送方法、擔保責任、解除權之保留及其他屬於契約常素或偶素之事項。在契約之本質
上雖非必要之點。而依當事人雙方之預約或一方之意思表示。定爲非意思一致即不願成立
契約者。自須就此等事項意思一致。契約始得成立。關於此點。在訴訟有爭執時。應由主
張會就此等事項定爲必須意思一致之當事人。負舉證之責。

當事人間之意思表示不一致。可分爲兩種。當事人雙方知其意思不一致者。謂之意識的不
一致。當事人雙方或一方信其意思一致。而實際不一致者。謂之無意識的不一致。當事人
間之意思表示。苟不一致。不問其爲何種不一致。契約皆不能成立。無意識的不一致。常
由於誤解他方之意思表示而生。故又稱爲誤解。學者有認誤解爲錯誤之一種者。惟錯誤係
表意人之意思與表示無意識的不一致。誤解則表意人之意思與表示本屬一致。不過兩當事

人之表示無意識的不一致而已。例如甲以鍍金之手表示乙、向乙爲三十圓出買之要約。乙信爲純金之手表。以買受純金手表之意思。僅答曰余承諾之。此時在客觀上當事人間買賣鍍金手表之意思業已一致。蓋此時承諾人乙之意思表示。與明言願以三十圓買受鍍金之手表無異也。但乙之真意與表示。無意識的不一致。故爲錯誤。反之在同一情形。乙若答曰願以三十圓買汝純金之手表。則甲乙之意思表示。在客觀上內容即非同一。故爲意思之不一致。

當事人互相表示意思一致時。契約卽爲成立。而意思表示一致之時期。卽爲最後之意思表示發生效力之時期。故因要約及承諾而成立契約者。以承諾發生效力之時期。爲契約成立之時期。卽對話人間訂立契約者。以要約人了解承諾時。非對話人間訂立契約者。以承諾之通知達到要約人時。爲契約成立之時期。(第九四條第(九五條一項))因交錯要約而成立契約者。以最後達到之意思表示達到時。爲契約成立之時期。此皆就諾成契約而言者也。若要物契約。則有不盡然者。物之交付或其他物的要素。在意思一致以前已完備者。以意思一致時爲契

約成立之時期。在意思一致以後始完備者。則以完備時爲契約成立之時期。又因意思實現而成立契約者。以有可認爲承諾之事實時爲契約成立之時期。則在第一百六十一條另有規定。

第一百五十四條 契約之要約人因要約而受拘束但要約當時預先聲明不受拘束或依其情形或事件之性質可認當事人無受其拘束之意思者不在此限

貨物標定賣價陳列者視爲要約但價目表之寄送不視爲要約

要約者、以成立契約爲目的之確定的意思表示也。

(一)要約爲意思表示 要約係以發生法律效果爲目的。其爲意思表示。自無疑義。故民法總則關於意思表示之規定。於要約皆適用之。意思表示以無須特定之方式爲原則。惟契約爲要式行爲時。要約亦以方式爲必要。

(二)要約爲特定人之意思表示 惟要約人爲何人。不以表示於要約爲必要。例如自動販賣

機。究係何人設置。僅就該販賣機觀之。雖不明瞭。仍不失爲要約。

(三)要約非必爲對於特定人之意思表示。要約通常對於特定人爲之。但不以此爲要件。對於不特定人。亦得爲要約。例如設置自動販賣機於市場。以爲買賣契約之要約。設置募集義捐金之箱於公眾集合場所。以爲贈與契約之要約。停留電車或公共汽車於停車場。以爲運送契約之要約。本條第二項所謂貨物標定賣價陳列者。亦對於不特定人之要約也。對於不特定人之要約。一般公眾爲其要約之受領人。

(四)要約爲他方一經承諾契約即可成立之確定的意思表示。此爲要約與要約之誘引不同之點。要約之誘引。不過使他方向自己爲要約。僅有他方之意思表示。尙未能使契約成立。必他方爲意思表示後。自己亦爲意思表示。契約始得成立。要約則須要約人自身已決定爲一定契約之意思。其意思經表示後。他方若對之承諾。契約即可逕行成立。故要約爲組成契約之意思表示。要約之誘引。不過爲契約之準備行爲。其性質爲單純之觀念通知。而非意思表示。在理論上兩者之差異。固甚明瞭。而實際上欲識別之。則甚困難。

就其大概言之。應以其表示行爲之內容。已指示契約之內容與否。契約相對人之爲何人。究注重與否。爲決定之標準。要約地之習慣。亦爲解釋之重要資料。貨物標定賣價陳列。與夫價目表之寄送。究爲要約。抑爲要約之誘引。最易發生爭議。本條第二項。仿瑞士債務法第七條第三項。推測當事人之意思。爲解釋規定。有謂本條第二項爲關於要約表示方法之特別規定者。（參氏民法通義債編總論三三頁）非正當之見解也。

要約既須爲他方一經承諾。契約即可成立之確定的意思表示。故客觀的屬於契約要素之事項。依豫約或要約之誘引應屬契約內容之事項。及要約人欲使屬於契約內容之事項。要約人均須表示之。惟依一切情事。足推測有此確定的內容者。雖要約本身之言語文字上。未經明示。亦屬無妨。例如向菜館定菜者。可認其有依菜館定價表之意思。對於向有交易關係之商店定購貨物而未表示價金者。可認其有依當時市價之意思。又要約之所以須有確定的內容者。以他方一經承諾。契約即行成立。要約人無更述異議之餘地也。故要約人就契約內容之某種事項。自己不定。或僅選擇的定之。使他方爲終局的決定。自己對此決定。

決不述異議者。雖有多少之不確定。亦無害其爲要約。例如使他方依普通情形決定價金。或使他方於甲乙兩處選擇其一爲履行地。皆不失爲要約。

要約之效力發生時期。從意思表示之通則。對於特定人之要約。依民法第九十四條第九十五條之規定。對於不特定人之要約。無直接可適用之法規。應解爲可使不特定人了解之狀態成立時。發生效力。

要約生效力時。對於要約人。卽生拘束力。申言之。卽要約人受該要約之拘束。不得任意撤回其要約。縱令撤回之。其撤回亦不生效力。要約受領人仍得承諾其要約以成立契約。蓋要約受領人受領要約後。信爲得於相當期間內爲承諾以成立契約。因而拒絕他人同一之要約者有之。因而不向他人爲要約者有之。若要約人得任意撤回其要約。則要約受領人往往因要約之突被撤回而受不測之損害。故非認要約之拘束力。不足以保護交易之安全。本條仿近世多數立法例。認要約之拘束力。卽本此理由也。

要約之拘束力。僅有使要約人不得撤回其要約之效力。故要約人於第一要約之拘束力存續

中。不妨更向第三人爲同一內容之第二要約。其結果第一第二之要約受領人皆爲承諾時。卽成立兩個同一內容之契約。

要約非其性質上必須有拘束力。自沿革上觀之。羅馬法及德國普通法以要約無拘束力爲原則。英美法亦採同一之主義。故我國民法認要約有拘束力。不過爲其原則。若要約人於要約當時預先聲明不受拘束。或依其情形。或事件之性質。可認當事人無受其拘束之意思者。則其要約無拘束力。蓋此時要約受領人知其要約可以任意撤回。不致因信賴其要約而受不測之損害也。要約人聲明不受要約之拘束。須於要約當時預先爲之。惟要約之後爲此聲明而與要約同時達到要約受領人時。亦生效力。所謂依其情形可認當事人無受其拘束之意思者。例如依當事人間歷來之交易關係。可認要約人有隨時撤回其要約之意思時是也。所謂依事件之性質。可認當事人無受其拘束之意思者。例如對於不特定人之要約。通常可認要約人不受拘束之意思是也。

要約生效力時。要約受領人得承諾之以成立契約。此種效力。謂之要約之實質的效力。舉

者或稱之曰承諾能力。或稱之曰承諾適格。要約之拘束力。非要約之性質上所不可缺。故本條第一項但書認無拘束力之要約。要約之實質的效力。則爲要約之性質上所不可缺。雖無拘束力之要約。亦有此效力。故無拘束力之要約。要約人雖得隨時撤回之。而在未撤回以前。要約受領人仍得承諾之以成立契約。

要約之實質的效力。僅在使要約受領人得承諾之以成立契約。非使要約受領人負擔何等義務。蓋要約人不得以其一方之意思。使要約受領人負擔義務也。故要約受領人爲承諾與否。純屬自由。對於要約人亦不負答覆諾否之義務。縱令要約人聲明若不答覆即當視爲承諾。要約受領人亦不受其拘束。又要約人與要約同時發送物品者。要約受領人亦不因之而負接收保管之義務。惟已接收時。應負所有物之返還義務。或占有之不當得利返還義務。若因故意或過失毀損其物品。應負侵權行爲之損害賠償義務。又要約受領人對於要約。雖以不負承諾義務爲原則。但法律本於公益上之理由、例外有認承諾義務者。例如民法第八百三十九條第二項是也。又當事人間存有應行訂立契約之豫約時。要約受領人有承諾義務。

自不待言。

第一百五十五條 要約經拒絕者失其拘束力

本條至第一百五十八條。係規定要約失其拘束力之情形。所謂要約之拘束力。依上所述。即要約人不得撤回其要約之謂。而前條第一項但書所載無拘束力之要約。存有實質的效力。亦已於前條說明。則要約依本條至第一百五十八條規定失其拘束力後。似與前條第一項但書所載無拘束力之要約無異。亦尙存有實質的效力。惟要約受領人若已拒絕要約。或就對話間之要約。不立時承諾。則要約之實質的效力。殊無認其存續之必要。且第一百五十九條第一百六十條第一項之規定。係以遲到之承諾不能成立契約爲前提。而所謂遲到之承諾。即依第一百五十七條第一百五十八條規定要約失其拘束力後達到之承諾。若其所謂失其拘束力。係僅使要約人得撤回其要約。而要約之實質的效力並不同時消滅。卽與第一百五十九條第一百六十條第一項之法意。不能貫徹。故所謂要約失其拘束力。應解爲要約失其效力之意。並非使要約人得撤回其要約之謂。此不可不注意者也。

（同說陳氏民法通義
債編論三六頁）

要約一旦生效力後。在足以消滅其效力之原因發生以前。存續其效力。而要約之拒絕。卽其效力消滅原因之一也。要約之拒絕。卽對於要約人所爲不承諾其要約之意思通知。雖有解爲意思表示者。但要約之拒絕。祇須有不應其要約之意思。不必有消滅要約效力之效果意思。故非意思表示而爲意思通知。

要約之拒絕。不僅指絕對拒絕要約者而言。將要約擴張限制或變更而爲承諾者。亦爲要約之拒絕。(參照第一六〇條二項)要約經拒絕者。雖承諾期限未屆滿。亦失其效力。惟對於不特定人之要約。不因特定人之拒絕而失其效力。

要約之拒絕。因達到要約人而生效力。若撤回拒絕之通知與拒絕之通知同時或先時達到。則其拒絕不生效力。申言之。卽要約之效力。仍屬存續。

第一百五十六條 對話爲要約者非立時承諾卽失其拘束力

對話爲要約時。要約受領人係居可於對話中立時承諾以成立契約之地位。若至對話狀態終止而猶不爲承諾。顯係不欲承諾。故本條使要約失其效力。惟要約定有承諾期限者。在期

限未滿且未拒絕前。雖不立時承諾。亦不失其效力。

本條惟要約人所與對話之人有訂立契約之權限者。始適用之。例如與居間人對話爲要約時。要約人信該居間人有爲委託人承諾之代理權者。固應適用本條之規定。如須待其委託人之答覆者。不在適用本條之列。

對話與非對話之區別。不可依當事人間距離之遠近定之。應視意思之交換是否可直接行之以爲斷。故親自用電話談話者。應解爲對話。民法雖未如德國民法第一百四十七條瑞士債務法第四條第二項定有明文。亦當然之解釋也。以電話爲要約後。經電話局斷其聯接。逾數分鐘再接線爲承諾時。應解爲立時承諾。

承諾者、要約受領人對於要約人所爲與要約一致以成立契約之意思表示也。

(一)承諾爲意思表示 承諾係以與要約結合而成立契約爲目的。其爲意思表示。固無疑義。然非與要約結合。則不生成立契約之效果。故爲法律行爲之構成分子。而非法律行爲。承諾之意思表示。得以任何方法爲之。但法律或豫約限定其方法者。如不從其方法。其

承諾爲無效。交易上就承諾方法有特別之制限者。固當從其方法。惟要約人有反對之意思表示時則否。又要約人限定承諾方法者。亦當從其方法。惟要約人定有承諾方法者。非必常屬限定承諾方法之意。其僅表示希望。或爲承諾人便利起見。使其方法從簡易者。亦事所常有。要約書載有乞電覆字樣者。是否爲限定承諾方法之意。應依情事解釋要約人之意思定之。其意思不明時。應解爲不過要求從速答覆以爲決定第一百五十七條所謂可期待承諾之達到時期之標準。不可解爲限定承諾方法之意。

(二)承諾爲要約受領人之意思表示 要約對於特定人爲之者。僅該特定人或其代理人得爲承諾。對於甲之要約。乙雖承諾之。契約亦不成立。要約受領人之繼承人。除要約人有反對之意思表示。或契約以特定之人爲要素者外。亦得爲承諾。要約對於不特定人爲之者。一般人皆爲要約受領人。是以無論何人。皆得承諾之。但要約人定有承諾人資格之限制時。例如電車規則定明酒醉人不得乘車時。酒醉人不得爲乘車之承諾。

(三)承諾爲對於要約人之意思表示 要約有對於不特定人者。而承諾則必向特定之要約人

爲之。故對於要約人以外之人雖爲承諾。契約亦不成立。

(四)承諾爲與要約一致以成立契約之意思表示。承諾係對於要約爲之。故於要約發生效力前所爲與要約暗合之意思表示。爲要約之交錯。非承諾也。承諾係與要約結合而成立契約。故其內容須與要約之內容一致。若將要約擴張限制或變更而爲承諾者。其意思表示無承諾之效力。

第一百五十七條 非對話爲要約者依通常情形可期待承諾之達到時期內相對人不爲承諾時其要約失其拘束力

非對話爲要約者。若未定有承諾期限。則依通常情形可期待承諾之達到時期內。要約存續其效力。該時期內相對人之承諾如未達到。則要約之效力消滅。此所謂可期待承諾之達到時期。含有三種時期。卽一爲要約達到要約受領人所需之時期。二爲要約受領人爲承諾所需之時期。三爲承諾達到要約人所需之時期是也。其中第一第三兩時期。因應以通常情形爲標準而定之。然要約或承諾之通知。途中過非常事變時。例如因洪水而火車不通。郵信

停滯。致有遲延時。若要約人知其情事。亦應斟酌之。又決定承諾之達到時期。應以交易上通常所用通知方法為標準。然要約人定明承諾之通知方法。例如聲明須以電報答覆時。應以此種方法為標準。第二之時期。即自要約達到後。承諾發送前。要約受領人審查要約。加以考慮決定承諾與否。並為承諾之意思表示。所需之時期。定此時期。應以普通人所需之時期為標準。而一般交易上之慣例。(如營業時間等)要約內容之重大複雜與否。要約受領人之為其行為。需第三人之同意與否。(如民法第一一零一條之得親屬會議之允許)亦均應斟酌之。所謂審查要約。加以考慮。應僅就要約之自身為之。例如對於出賣房屋之要約。雖應有查看購買房屋之時間。而查看他處房屋以資比較之時間。不必算入。依以上標準定各時期。應以有理性之普通人處要約人地位所下判斷為基礎。又以上三時期。不過為統一的一時期之各部分。並無各自獨立之性質。故其中一時期遲延時。得於他時期速進而追補之。例如第二時期遲延時。速以電報為承諾之通知。俾於可期待承諾之達到時期內達到是也。

第一百五十八條 要約定有承諾期限者非於其期限內爲承諾失其拘束力

要約定有承諾期限者。無論其爲對話人間之要約。抑爲非對話人間之要約。均因承諾期限之經過。當然失其效力。蓋承諾期限。係要約適於受承諾之期限也。

承諾期限之長短。要約人得任意定之。然如過於短促。致承諾之通知。事實上不能於期限內達到者。其要約爲無效。蓋此種要約。係以不能爲目的也。定承諾期限之意思表示。或與要約同時爲之。或於要約後獨立爲之。均無不可。惟所定承諾期限。較前條之法定承諾期限爲短時。其定期限之意思表示。應與要約同時或先時達到。始生效力。否則仍應適用前條之規定。蓋不定承諾期限之要約達到時。要約受領人即取得可於前條期限內爲承諾以成立契約之法律上地位。嗣後要約人不得更定較短之承諾期限。以妨害要約受領人已經取得之法律上地位也。

承諾期限。要約人定有起算點時。固當從其所定。然要約人未定起算點。例如謂一個月或謂一星期內時。究自定期限之通知發送時起算。抑自到達時起算。不無疑義。或謂定期限

之意思表示。因到達而生效力、故承諾期限應自通知到達時起算。惟承諾期限。係要約人所定。其起算點如何。應解釋要約人之意思定之。其意思不明時。應解為以通知發送時為起算點。蓋承諾期限為要約人維持其要約效力之期限。在要約人通常有以自己可得確知之時期為起算點之意思。而通知何時到達。則非要約人所得確知。自不得謂其有以該時期為起算點之意思也。

所謂於期限內為承諾。須承諾之通知於期限內到達。若僅於期限內發送。而於期限外到達。不得謂為期限內之承諾。蓋要約人之所以定承諾期限者。無非欲於所定期限內知要約受領人承諾與否。以便更向他人要約。或為其他相當之處置也。但要約人定明於期限內發送即可者。從其所定。其主張要約人定明期限內發送即可者。應負舉證之責。

承諾之通知。於承諾期限內不到達時。除要約人定明於期限內發送即可者外。縱令於相當時期發送。因意外事故而遲到。要約亦失其效力。惟要約人就承諾之不於期限內到達。應負責任時。應與期限內到達。生同一之效果。例如要約人拒絕承諾書之受領時是也。

第一百五十九條 承諾之通知按其傳達方法依通常情形在相當時期內可達到而遲到者要約人應向相對人即發遲到之通知

要約人怠於爲前項通知者其承諾視爲未遲到

承諾須於要約有效力之時期爲之。故要約人定承諾期限而爲要約時。其期限經過後未定承諾期限而爲要約時。依通常情形可期待承諾之達到時期經過後。雖爲承諾。契約亦不成立。惟承諾之通知。按其傳達方法。依通常情形在相當時期內可達到而遲到者。法律使要約人向相對人即發遲到之通知。以免不知遲到之相對人因誤信契約成立而受不測之損害。（例如相對人可終止其履行契約之準備）

本條第一項之適用。須具備左列要件。

（一）須承諾之通知。按其傳達方法。依通常情形在相當時期內可達到之時期發送。故於該時期後發送。例如將承諾之通知。交託友人投入郵箱。其友人忘之。一星期後始爲投入。致其通知遲到者。無本條之適用。

(一)須承諾之通知。於相當時期經過後達到。若未達到。則雖要約人因第三人之報告。或其他原因。知相對人已發承諾之通知。亦不負通知承諾遲到之義務。

(二)須要約人可知其承諾通知之發送時期。故要約人不知其發送時期。且以善良管理人之注意。亦不可得而知者。例如郵局戳記行模糊不能辨認。亦無其他方法可知其發送時期時。不負通知承諾遲到之義務。

具備以上之要件時。要約人應向相對人即發遲到之通知。所謂即發者。以善良管理人處其地位所需之最短時間內發送之謂也。通知一經發送。義務即爲已盡。嗣後達到相對人與否。則可不問。又要約人於前二條期限經過後。承諾之通知達到前。已向相對人通知期限內承諾未到之事實者。自不必於承諾之通知達到後。更發遲到之通知。

要約人怠於爲承諾遲到之通知者。即爲不履行法律上之義務。對於相對人本應負擔損害賠償之責任。惟損害賠償。非完全之救濟方法。與其使要約人負擔損害賠償之責任。寧使相對人之損害原因逕行除去。故本條第二項視其承諾爲未遲到。申言之。承諾雖係遲到。其契約

亦視為成立。相對人依本條之規定。主張契約之成立。應就要約人發生通知義務之要件負舉證之責。至要約人怠於為通知之事實。毋庸證明。或謂要約人怠於為通知之事實。係契約成立之要件。亦應由主張契約成立之相對人證明之。殊不知通知承諾之遲到。為要約人所負擔之義務。其義務已履行之事實。自應由義務人證明之。故要約人如欲主張契約之不成。應就已盡通知義務之事實。負舉證之責。

要約人發承諾遲到之通知後。得更撤回之使契約成立否。德國民法之解釋上有持肯定說者。惟本條第二項。係以不發通知為原因。使生成立契約之結果。苟已發送通知。則契約不成立之事實。從此確定。雖其通知未達到。亦已無從撤回。故以否定說為當。

第一百六十條 遲到之承諾視為新要約

將要約擴張限制或變更而為承諾者視為拒絕原要約而為新要約

遲到之承諾。即得為承諾之時期經過後所為之承諾。此時要約已失效力。故契約不能因該承諾而成立。惟要約與承諾之差異。不過一則為自動的。一則為他動的。而其本質。則並

無差異。故法律爲實際上便利起見。將遲到之承諾。視爲新要約。原要約人若對之承諾。契約即因之而成立。法律所以將遲到之承諾視爲新要約者。蓋認爲通常合於承諾人之意思。並非本於公益上之理由。故承諾人當爲承諾之意思表示時。若聲明遲到時不視爲新要約者。從其聲明。

遲到之承諾。既視爲新要約。則要約之效力存續期間。即第一百五十七條第一百五十八條之期限。於此項新要約。亦有適用。或謂此項新要約。常爲未定承諾期限之要約。然原承諾人之爲承諾。如可認其有限於一定期限內成立契約之意思時。即爲定有承諾期限。例如原承諾人對於原要約爲承諾時。聲明自此信發送時起十日內。必須送到所定物品者。其新要約即有十日之承諾期限。

遲到之承諾。當然有新要約之效力。與日本民法^(五二)_(三條)認要約人有視爲新要約之權利。因其權利之行使。始爲新要約者不同。

遲到之本諾。合於前條所載要件者。祇須要約人不發遲到之通知。契約即爲成立。無視爲

新要約而由要約人更爲承諾之必要。惟承諾之通知。非相當時期內可達到之時期所發送。或雖係該時期所發送。而其時期爲要約人所不知。且不可得而知時。非由要約人更爲承諾。契約無從成立。

承諾須其內容與要約之內容一致。始生效力。故將要約擴張限制或爲其他之變更而爲承諾者。應認爲要約之拒絕。契約並不因該承諾而成立。惟本條第二項規定此種承諾視爲新要約。俾原要約人得承諾之以成立契約。此蓋以普通承諾人之意思爲基礎。且爲保護要約人起見所設之便宜規定也。但本條第二項爲任意法規。要約受領人將要約變更而爲承諾時。得表示反對之意思。以排除其適用。

擴張限制。不過爲變更之例示。非與變更並列之用語也。要約之變更。大都就契約之內容爲之。但亦有就給付之體樣爲之者。例如附條件、或期限、加違約金約款、供擔保、保留解除權等是也。又有就承諾方法爲之者。例如要約人限定承諾之方式或承諾之處所。而要約受領人之爲承諾。不從其方式或處所時是也。

形式上爲要約之變更。實則非要約之變更者。不在本條第二項規定之列。例如出賣數件獨立物品之要約。出賣若干代替物之要約。若依要約人之意思。其要約爲可分者。形式上雖爲一箇要約。實則爲數箇要約之並存。此時要約受領人就一部爲承諾。非要約之限制。故就承諾之部分契約成立。又如對於出賣白米百石之要約。答以要買三百石時。若承諾人有百石亦買之意思。形式上雖似擴張要約之內容。實則爲買受百石之承諾。同時更爲買受二百石之要約。故就百石之部分契約成立。

第一百六十一條 依習慣或依其事件之性質承諾無須通知者在相當時期內有可認爲承諾之事實時其契約爲成立

前項規定於要約人要約當時豫先聲明承諾無須通知者準用之

本條所謂可認爲承諾之事實。即自外部可推斷承諾意思存在之客觀的事實。此種事實。從來學者大都解爲默示之意思表示。近時則解爲意思實現之學說。漸占勢力。我國民法之解釋上。自以後說爲當。蓋本條第一項所要求者。祇爲可推斷承諾意思之客觀的事實。不必

承諾人認識該事實之爲承諾意思之表示也。至如何之事實。足以推斷承諾意思之存在。固應依具體情事而決定之。惟要約受領人履行契約成立後所應負擔之債務時。例如發送所定購之物品。實行所委託之行爲。應認爲有此事實。又要約受領人行使契約成立後所可取得之權利時。例如使用要約人所送物品或消費之。亦應認爲有此事實。蓋履行契約成立後所應負擔之債務。行使契約成立後所可取得之權利。係以契約之成立爲前提。其有成立契約之意思。不難據此推斷之也。要約受領人爲履行契約上所應負擔之債務起見爲準備行爲時。例如旅館主人要預定客房之要約後。命茶房掃除客房。亦可解爲有此事實。要約受領人之沉默。本非可推斷承諾意思存在之事實。惟當事人間預先約明以沉默認爲承諾。或依當事人間歷來交易上之習慣。祇於拒絕要約時特須通知或送還物品者。沉默亦可認爲承諾之事實。又有可認爲承諾之事實與否。應依客觀的標準決定之。要約人縱令表示若有某種事實。卽當認爲承諾。亦不得據以決定承諾意思之有無。

契約得因意思實現而成立者。以左列情形爲限。

(一) 依習慣承諾無須通知者 要約人所在地有此習慣時。除要約人有反對之意思表示外。即有本條之適用。要約受領人所在地有此習慣。而要約人所在地無此習慣者。不適用本條之規定。蓋要約人所在地若無此習慣。要約人必預想承諾之有通知。無通知而使契約成立。恐要約人受不測之損害也。

(二) 依事件之性質承諾無須通知者 例如現實要約是也。所謂現實要約。係指不為要約之通知。依物品之送付表示要約之意思者而言。有未受定購而為出賣起見送付物品者。有與要約人豫先約定應為現實要約者。(例如約定新刊之法律著書概行送來)此種要約。除要約人有反對之意思表示外。性質上當然無須有承諾之通知。

(三) 要約人於要約當時豫先聲明承諾無須通知者 此種聲明。通常尚於要約當時豫先為之。然與第一百五十四條第一項所謂要約當時豫先聲明應從嚴格解釋者不同。蓋聲明要約不受拘束之意思表示。若於要約生效力後生其效力。有害於要約受領人之利益。而聲明承諾無須通知之意思表示。縱使於要約生效力後生其效力。亦無害於要約受領人之利益。

。故於要約生效力後爲此聲明。亦無不可。又當事人間有繼續之一定交易關係時。得概括的豫先聲明承諾無須通知。自不待言。

契約成立之時期。卽爲該事實成立之時。至要約人知有該事實與否。則所不問。該事實苟已成立。雖在要約人知其事實以前。承諾人亦不得撤回其承諾。

要約人就其要約之效力定有存續期間時。固當從之。否則依通常情形可成立該事實之相當時期內要約存續其效力。故過此時期後。雖有可認爲承諾之事實。其契約亦不因之而成立。

第一百六十二條 撤回要約之通知其到達在要約到達之後而按其傳達方法依通常情形應先時或同時到達者相對人應向要約人即發遲到之通知相對人怠於爲前項通知者其要約撤回之通知視爲未遲到

依民法第九十五條之規定。非對話爲要約者。以其要約之通知達到相對人時發生效力。如欲撤回其要約。必其撤回之通知同時或先時達到相對人時。方生撤回之效力。故撤回要約

之通知。其到達在要約到達之後者。其撤回之意思表示。不生何等效力。相對人苟對其要約爲承諾。契約即因之而成立。此在撤回之通知因特別情形而遲到者亦然。但撤回之通知。按其傳達方法。依通常情形應先時或同時到達者。法律爲保護要約人起見。特使相對人即發遲到之通知。俾要約人不致因誤信撤回有效而受不測之損害。如相對人怠於爲此通知。則其撤回要約之通知。視爲未遲到。即其契約視爲不成立。其餘參照第一百五十九條說明。

本條之規定。惟要約人應受要約之拘束時。始適用之。若依第一百五十四條第一項但書之規定。要約人不受要約之拘束者。要約人雖在要約達到相對人後。亦得撤回之。故撤回要約之通知。雖在要約到達之後始行到達。亦應認其撤回爲有效力。此時自無適用本條規定之必要。惟此種要約。仍存有實質的效力。故撤回要約之通知。須在承諾之通知達到要約人以前達到相對人時。始生撤回之效力。

第一百六十三條 前條之規定於承諾之撤回準用之

依民法第九十五條之規定。非對話爲承諾者。以其承諾之通知達到要約人時發生效力。如欲撤回其承諾。必其撤回之通知同時或先時達到要約人時。方生撤回之效力。故撤回承諾之通知。其到達在承諾到達之後者。其撤回之意思表示不生何等效力。此在撤回之通知因特別情形而遲到者亦然。但撤回之通知。按其傳達方法。依通常情形應先時或同時到達者。法律爲保護承諾人起見。特準用前條之規定。使要約人即發遲到之通知。俾承諾人不致因誤信撤回有效而受不測之損害。如要約人怠於爲此通知。則其撤回承諾之通知。視爲未遲到。即其契約視爲不成立。其餘參照第一百五十九條說明。

第一百六十四條 以廣告聲明對完成一定行爲之人給與報酬者對於完成該行爲之人負給付報酬之義務對於不知有廣告而完成該行爲之人亦同
數人同時或先後完成前項行爲時如廣告人對於最先通知者已爲報酬之給付其給付報酬之義務即爲消滅

普通所稱廣告。種類頗多。而其中與法律效果毫無關係者。實居多數。廣告與契約之成立

有關係者。約有四種。其一爲要約之誘引。例如房屋招租之廣告是也。其二爲對於特定人之要約。例如聘請住所不明之某論文作者爲新聞記者。表示契約內容請其承諾之廣告是也。其三爲對於不特定人所爲普通契約之要約。例如坐落某處土地二百畝。願以每畝百圓之價、現款出賣之廣告是也。其四卽本條所謂懸賞廣告是也。

懸賞廣告者。以廣告之方法聲明對完成一定行爲之人給與報酬之行爲也。

(一)須爲給與報酬之意思表示 所謂聲明給與報酬。卽爲給與報酬之意思表示。其報酬之種類。並無限制。故不限於金錢之給付。且亦不限於有財產價格之給付。凡足爲償之標的者均可。又報酬雖以確定爲常。但不確定而可得確定者亦可。例如表示給與相當之謝金是也。

(二)須爲對完成一定行爲之人給與報酬之意思表示 其行爲之種類。並無限制。不作爲亦得爲懸賞之目的。例如聲明有能於一定期間斷食者。給與賞金是也。又其行爲是否於廣告人有益。是否於社會上有益。皆所不問。例如聲明對發見遺失物之人給與賞金。

其指定之行爲。固於廣告人有。利益而聲明對發見其所刊書籍有誤字或發見其所賣商品有瑕疵之人給與賞金。其指定之行爲。或竟反於廣告人之利益。但亦得爲懸賞之目的。又聲明對解決學術上某種問題或於技術上爲某種發明之人給與賞金。其指定之行爲。固於社會上有利益。而上述不作爲之例。則其指定之行爲。與社會之利益毫無關係。但亦得爲懸賞之目的。惟懸賞之目的。必須爲行爲。故對於一定狀態之人給與利益之廣告。例如聲明對化妝品博覽會觀覽人中第一之美人給與某物。或聲明對遭水災之孤兒給與某物之廣告。不過爲普通贈與契約之要約。非此所謂懸賞廣告。

(三)須以廣告之方法爲意思表示 所謂廣告。即使不定之多數人了知之表示方法。或登載於新聞紙。或以文書張貼於通衢。或於羣衆集合場所。以言詞表示均可。

(四)須爲對於不特定人之意思表示 對於特定人爲廣告者。例如以廣告對某人聲明若歸家即與若干財產。非懸賞廣告。惟不限於對一般人爲之。對於一定範圍之人爲廣告。亦無不可。例如對於某會之會員對於某村之住民是也。

關於懸賞廣告之法律上性質。學說不一。有所謂契約說。有所謂單獨行為說。依契約說。則懸賞廣告不過爲契約之要約。並非債之發生原因。對於廣告完成其指定行為以爲承諾時。契約始爲成立。債之關係。始行發生。依單獨行為說。則懸賞廣告係因廣告人一方之意思表示負擔債務。指定行為之完成。不過爲發生債務之停止條件。並非對於廣告之承諾。瑞士債務法及日本民法之解釋上。多數採用契約說。德國民法之解釋上。多數採用單獨行為說。按契約說係以指定行為之完成爲承諾。則完成指定行為爲時。自須知有廣告。且以承諾廣告之意思而爲之。其不知有廣告而完成指定行為之人。既無此種意思。卽無所謂承諾。契約自不能因之而成立。債之關係亦不能因之而發生。德國民法(第六五條)規定不知有廣告而完成指定行為之人。亦有報酬請求權。且關於懸賞廣告之規定。係離契約而獨設一節。故多數學者解爲單獨行為。瑞日之法律(瑞第八條日第五二九條以下)無此規定。且以懸賞廣告爲契約成立方法而規定之。故多數學者解爲契約。本條既仿照德國民法認廣告人對於不知有廣告而完成指定行為之人亦負給付報酬之義務。而又認懸賞廣告爲契約。規定於本款。殊欠斟酌。

廣告所指定之行爲完成時。懸賞契約卽爲成立。完成指定行爲之人因此取得報酬請求權。不知有廣告而完成指定行爲時。視爲契約成立。其完成行爲之人。亦有報酬請求權。契約成立之結果。僅廣告人負擔債務。故爲片務契約。惟不失爲有償契約。蓋報酬與指定行爲之完成互有對價關係也。故於性質所許之範圍內。應準用關於買賣契約之規定。(第三四七條)完成指定行爲者僅一人時。卽由其人取得報酬。固不待言。惟完成指定行爲者有數人時。除廣告內有特別訂定外。應由何人取得報酬。卽成問題。本條第二項雖規定如廣告人對於最先通知者已爲報酬之給付。其給付報酬之義務。卽爲消滅。然向債權人爲清償。經其受領者。債之關係消滅。第三百零九條本有明文規定。本條第二項。如僅認最先通知者有報酬請求權。祇須爲簡明之規定曰。數人同時或先後完成前項行爲時。由最先通知者取得報酬。不必更規定其給付報酬有消滅債務之效力。可知本條第二項之規定。實與第三百零九條第二項第三百一十條出於同一理由。係爲保護廣告人起見。認其對於非真正債權人之最

先通知者所爲報酬之給付。有消滅債務之效力。並非認最先通知者有報酬請求權。至報酬請求權屬於何人。仍應解釋本條第一項之規定而決定之。按本條第一項既曰對於完成該行爲之人。負給付報酬之義務。則廣告人給付報酬之義務。實與行爲之完成同時發生。自純粹之理論上言之。數人完成行爲時。無論其爲同時完成。抑爲先後完成。數人各與廣告人成立懸賞。契約卽各有獨立之報酬請求權。蓋廣告人對於不特定人所爲懸賞契約之要約。不因一人之承諾而失其效力也。惟廣告人僅有以一份報酬給與完成行爲人之意思。並無按其完成行爲人人數給與數份報酬之意思。此爲完成行爲人所應知。而完成行爲時。或已由他人之先行完成者取得報酬。或已有他人與之同時完成。自己不能獨得報酬。亦爲完成行爲人所預期。故數人先後完成行爲時。應由最先完成行爲之人取得報酬。數人同時完成行爲時。應由其全體共同取得報酬。不惟合於公平之原則。且亦適於當事人之意思。民法雖未如德國民法第六百五十九條日本民法第五百三十一條定有明文。亦當然之解釋也。惟德日民法規定數人同時完成行爲者。平均分受其報酬。但報酬之性質不便分割。或廣告內聲

明僅應由一人受報酬者。以抽籤定之。此則不能在解釋上採同一之辦法。凡數人共同取得報酬請求權時。即係數人有同一債權。應視其為報酬之給付可分與否。分別適用第二百七十一條第二百九十二條第二百九十三條之規定。數人協力完成一行。因為而共同取得報酬請求權時亦同。至廣告內聲明僅應由一人受報酬者。其取得報酬之人。不外由廣告人指定之。

廣告所指定之行爲。有包含通知者。有不包含通知者。前者如向廣告人報告選舉結果之行爲是也。後者如爲技術上某種發明之行爲是也。指定行爲包含通知時。其行爲因通知達到廣告人而完成。故最先通知者即最先完成行爲之人。但指定行爲不包含通知者。其完成行爲之時期。與通知之時期。即有先後。報酬請求權屬於最先完成行爲之人或同時完成行爲人之全體。既如前述。則在後完成行爲之人。或同時完成行爲人中之一人。先向廣告人爲通知時。縱令廣告人已向其人給付報酬。最先完成行爲之人或同時完成行爲之他人。亦仍不失其報酬請求權。惟最先完成行爲之人。必最先通知。爲事實上之常態。且其他有無最

See
Richtat
BGB 660
BGB 659

先完成行爲或同時完成行爲之人。廣告人雖欲調查明確。亦爲事實上所難能。故本條第二項認廣告人對於最先通知者所爲報酬之給付。有消滅報酬給付義務之效力。若廣告人尙未向最先通知者爲報酬之給付。仍應向最先完成行爲之人或同時完成行爲人之全體給付報酬。

第一百六十五條 預定報酬之廣告如於行爲完成前撤銷時除廣告人證明行爲人不能完成其行爲外對於行爲人因該廣告善意所受之損害應負賠償之責但以不超過預定報酬額爲限

懸賞廣告爲契約之要約。故關於要約失其效力之原則。於廣告亦適用之。惟懸賞廣告爲對於不特定之多數人所爲概括的要約。不因特定人之拒絕而失其效力。又此項要約。係以廣告之方法爲之。與對話爲要約者迥異。故第一百五十五條第一百五十六條之規定。不適用於懸賞廣告。廣告所指定之行爲。不能依通常情形定其可期待完成之時期者、不適用第一百五十七條之規定。亦不待言。至第一百五十八條之規定。則凡廣告人定有完成指定行爲

之期限者。皆可適用。蓋此種情形。廣告人有限於所定期限內維持其廣告之意思也。又要約人不受拘束之要約。因撤回而失其效力。懸賞廣告是否得由廣告人任意撤回。學說上頗有議論。立法例亦不一致。惟懸賞廣告爲對於不特定人之要約。廣告人通常無受其拘束之意思。且廣告人常依當時情事而爲廣告。其後情事變更。至無廣告之必要時。若猶使其受廣告之拘束。未免過酷。故懸賞廣告以無拘束力爲原則。廣告人得隨時撤回之。但廣告人聲明應受拘束時。不許再行撤回。廣告經撤回時。即溯及的失其效力。嗣後縱完成其指定行爲。亦不得請求酬報。

撤回懸賞廣告。得於指定行爲完成前爲之。是否已有人著手指定行爲。則所不問。惟指定行爲一經完成。契約即爲成立。嗣後不許更行撤回。縱令撤回時廣告人不知其指定行爲已完成。其撤回亦不生效力。仍應向完成行爲之人給付報酬。

撤回廣告之方法。學者有解爲須與以前廣告方法相同者。（陳氏民法通義債編註則五五頁）惟民法並未如德日民法（德六五八條日五三〇條）定有此種限制。且德日民法不認廣告人有對善意行爲人之賠償責任。

而本條則認之。是對於撤回廣告之方法。彼此自不能無嚴寬之別。故凡以可使不特定人知其撤回之適當方法爲之。縱令與以前廣告方法不同。亦不得謂其撤回爲無效。惟對於特定人爲撤回之意思表示時。僅對於該特定人有撤回之效力。

由廣告人方面言之。固不能不許其撤回廣告。然著手指定行爲之人。因廣告之撤回。致空費勞力與金錢者。往往有之。此爲因信賴廣告所受之損失。故本條令廣告人對於善意之行爲人。負賠償之責。祇須行爲人因該廣告善意所受之損失。廣告人即應負賠償之責。不以廣告人有過失爲要件。行爲人之善意。爲其賠償請求權之成立要件。應由行爲人負舉證責任。但撤回廣告之方法。與以前廣告方法不同者。有時可推定行爲人爲善意。行爲人證明其支出費用。係在廣告撤回以前者。無須更證明其爲善意。蓋行爲人於廣告撤回前支出費用。無所謂惡意也。又自理論上言之。行爲人請求賠償損失。應證明廣告如不撤回。指定行爲必可完成。蓋指定行爲如不能完成。即無報酬可以取得。縱令支出費用。亦非因撤回廣告所受之損失也。但爲此種證明。實際上至爲困難。若必令行爲人證明。則其賠償請求

權。將同虛設。故本條特免其舉證責任。若廣告人欲免其賠償之責。則須證明行爲人不能完成其行爲。例如搜索逃失豕畜之懸賞廣告。廣告人證明其豕畜已死亡時。不負賠償之責。苟已證明行爲人不能完成其行爲。則雖因廣告人之過失而不能。廣告人亦不負賠償之責。又廣告人所負賠償責任。以不超過豫定報酬額爲限。故著手指定行爲者僅一人。而其所受損失額。超過報酬額時。其超過部分無賠償請求權。著手指定行爲者有數人。而合計各人所受損失額。超過報酬額時。亦然。此時應按各行爲人所受損失額。就報酬額比例分配。如廣告人對於最先請求賠償者。已爲賠償金之給付。僅就其餘報酬額。對於其他行爲人負賠償之責。無餘額時。對於其他行爲人之責任。卽爲消滅。此按諸前條第二項之法律。應爲類推解釋者也。

本條所謂撤銷。實卽撤回之意。與以意思表示之瑕疵爲理由之撤銷。性質不同。故以意思表示之瑕疵爲理由撤銷廣告時。廣告人對於行爲人不負賠償損害之責。又廣告人聲明不撤回之廣告。仍得以意思表示之瑕疵爲理由撤銷之。

第一百六十六條 契約當事人約定其契約須用一定方式者在該方式未完 成前推定其契約不成立。

法律上未限定其契約須用何種方式。而當事人約定其契約須用一定方式者。往往有之。例
如合夥契約之當事人。約定將來變更合夥契約。須作成字據。承攬契約之當事人。於訂立
契約之協議中。約定其契約須作成公正證書是也。此種約定。有以保全其契約之證據方法
爲目的者。亦有爲契約須待方式完成始行成立之意思者。如僅以保全證據方法爲目的。則
當事人之一方。或請求他方完成其方式。或不請求完成其方式而逕行請求履行契約。均無
不可。若爲契約須待方式完成始行成立之意思。則當事人之一方。祇能請求他方完成其方
式。不得逕行請求履行契約。至其約定之目的。究屬何在。應解釋當事人之意思而定之。
當事人之意思不明時。應如何解決。立法例不一。普國普通法第一部第五章第一百十七條
。索遜民法第八百二十三條。均推定其不過爲證據保全之約定。德國民法第一百五十四條
第二項。瑞士債務法第十六條。均推定爲契約成立要件之方式。本條則與德瑞之法律同。

苟無反證足以證明其約定僅以保全證據方法爲目的。應認該方式未完成前。契約尙未成立。惟契約已成立後。更約定其契約踐行公證或其他方式者。則在踐行方式前。契約不停止其效力。

第一款 代理權之授與

關於代理權之法律上性質。學者間頗有爭議。可分爲否認說、權利說、資格說（即德說）之三說。否認說於本人與代理人間之委任關係或其他內部之法律關係以外。不認所謂代理之權獨立觀念。我國民法於委任與代理。明有區別。故在我國民法之解釋上。此說不能採用。權利說與資格說。皆區別委任與代理、承認所謂代理權之獨立觀念。惟一則以代理權爲權利之一種。或更說明其權利之性質爲形成權。一則以代理權爲類似行爲能力之一種法律上地位。即行爲能力係得爲自己爲有該法律行爲之法律上地位。代理權係得爲他人爲有該法律行爲之法律上地位。資格說已成通說。余亦採用此說。蓋代理權並非代理人對於本

人之權利。不過代理人所爲意思表示。與本人自爲者生同一之法律上效果。其潛勢的性質。頗與行爲能力相類似。且就消極代理言之。受領相對人意思表示之代理權人。非對於相對人有何請求權。亦非有因一方行爲而發生何種法律效果之形成權。惟代理人之受領與本人自行受領生同一之效果而已。故以代理權爲形成權或其他之權利。不能認爲正當。代理權究爲權利。抑爲資格。於解決侵害代理權是否成立侵權行爲之問題。頗有關係。

代理權依其發生原因。分爲二種。因本人之意思表示而發生者。謂之意定代理權。不因本人之意思表示而發生者。謂之法定代理權。本款所謂代理權之授與。係指意定代理權之授與而言。惟本款之規定。於法定代理非全無適用。例如關於無權代理之規定。於法定代理人爲逾越權限之行爲時。亦適用之。

代理權不過爲得代本人爲有效法律行爲之法律上資格而非權利。已如上述。即採權利說之學者。亦說明其性質爲形成權而非請求權。則代理權並非債權。毫無疑義。又本人雖對於代理人授與代理權。而代理人對於本人。仍不因此而負爲代理行爲之義務。其負有此義務

者。乃本人與代理人間之委任契約。或其他內部法律關係之效果。非代理權授與行為之效果也。是代理權之授與。絕不發生何等債權債務之關係。乃民法將代理權之授與。規定於債之發生節內。殆爲補民法總則之疏漏。不得已而規定於本節耳。

第一百六十七條 代理權係以法律行為授與者其授與應向代理人或向代理人對之爲代理行為之第三人以意思表示爲之

意定代理權之授與。是否僅有本人之意思表示即可。抑代理人亦須有意思表示。學者間議論紛歧。立法例亦不一致。羅馬法及法國法。於代理與委任。不加區別。故其學說。皆謂代理權因委任契約而發生。於委任契約外。不認代理權授與行為。然代理權不皆由委任契約所發生。亦有因僱傭合夥等契約而發生者。委任契約亦不皆發生代理權。受任人以自己名義代本人爲法律行為時。卽無所謂代理權之發生。因此遂有所謂無名契約說。據此說。則代理權因本人與代理人間之契約而發生。此種契約。係以代理權之發生爲目的。與處理事務之義務。並無關係。其將委任與代理。明加區別。不使混同。固足以補前說之缺點。

惟代理權非權利。亦非義務。不過爲可代本人爲有效意思表示之地位。代理權授與行爲。亦不過決定代理人之意思表示應否對於自己發生法律效果。故僅須以自己之意思表示授與之。無得代理人同意之必要。因此遂有所謂單獨行爲說。據此說。則代理權僅由本人一方之意思表示而發生。雖本人與代理人間同時存有委任僱傭合夥等契約。亦僅爲其內部之法律關係。而對外之代理權。仍因特別之授權行爲即單獨行爲而發生。非由此等契約而發生。此說爲德國民法所採用。我國民法亦從之。

代理權之授與。僅因本人一方之意思表示而生效力。不以代理人之同意爲必要。惟爲必須受領之意思表示。故其效力。自受領之時發生。受領之相對人。通常爲代理人。然向代理人對之爲代理行爲之第三人爲之。亦無不可。授權之意思表示。無須一定之方式。雖代理行爲須一定之方式時亦然。例如不動產物權之移轉或設定。應以書面爲之。(第七六條)授與此種行爲之代理權。仍不必用書面。本條雖未如德國民法第一百六十七條第二項定有明文。亦理論上所當然。惟法律有特別規定時。當作別論。例如第五百三十一條第五百五十四

條第二項第五百五十八條第三項是也。

代理權常爲達某種目的而授與之。或因使其處理委任事務而授與之。或爲達僱傭合夥等契約之目的而授與之。或爲代理人之利益而授與之。（例如甲將其對於乙之債權金額。贈與於丙。授與丙以索取債權金額之代理權。）其他尚有種種之目的。此等基本法律關係與代理權授與行爲。是否有不可分離之關係。基本關係不成立或無效或撤銷時。代理權授與行爲。是否亦失其效力。此卽代理權授與行爲有因無因之問題也。依第一百零八條之規定。代理權之消滅。依其所由授與之法律關係定之。則代理權授與行爲。爲有因行爲可知。惟此條不過規定通常情形。並非強行法規。且離基本關係而獨立之代理權授與行爲。在社會上亦有認之之必要。故代理權授與行爲。通常雖爲有因行爲。而依授權人之意思表示。以之爲無因。自無不可。

判例 代理權之授與。爲法律行爲之一種。須以明示或默示之意思表示行之。而購買貨物之代理權。與出售貨物之代理權。係屬別爲一事。不得僅以其曾授購貨之代理權。

遂推定其於售貨亦有同一之授權。(大理院六年上字三八號判決)

第一百六十八條 代理人有數人者其代理行為應共同爲之但法律另有規定或本人另有意思表示者不在此限

一代理權屬於一人者。謂之單獨代理。一代理權屬於數人者。謂之共同代理。同一內容之數代理權屬於數人者。謂之集合代理。集合代理。卽單獨代理之集合。各代理人各有獨立之代理權。故其代理行為。各得獨立爲之。共同代理。則代理人有數人。而代理權祇一個。並非各有獨立之代理權。故其代理行為。應共同爲之。就同一事項。同時或先後授數人以代理權時。如法律並無特別規定，本人亦無特別意思表示。究爲共同代理、抑爲集合代理。從來立法例不一。羅馬法德日民法未設何等規定。專依情事解釋授權行爲定之。奧大利民法(一〇一)條(索遜民法(一三一)條)推定爲共同代理。法國民法(一八五)條(七條)推定爲集合代理。我國民法則以之爲共同代理。如欲除外本條之適用。除法律有特別規定外。須本人有特別之意思表示。苟未爲表示。則雖證明本人並無以之爲共同代理之意思。亦仍在適用之列。

。蓋本條非如奧索民法之僅為推定的規定也。惟此所謂表示。不以明示為限。默示亦無不可。

共同代理。應由數人共同為代理行為。所謂共同為代理行為。即代理人全體對於外部為意思表示或受意思表示。若僅由一人對於外部為意思表示或受意思表示。則雖代理人全體會就代理事務於內部合議。或他代理人曾以複任之方法授權於該代理人。亦屬無權代理。惟其代理行為。不必數人同時為之。其先後為之者。亦不失為共同。此際於最後之一人為行為時。其代理行為始為成立。

代理人之意思表示。因其意思欠缺被詐欺被脅迫或明知其事情或可得而知其事情。致其效力受影響時。其事實之有無。應就代理人決之。為第一百零五條所規定。在共同代理。究應就代理人之一人決之。抑應就其全體決之。民法雖無明文。惟共同代理。係數人共同為一個意思表示。故如德國之通說及判例。解為僅就一人決之。較為正當。例如數人中之一人被詐欺時。全體之意思表示。即應許其撤銷。

第一百六十九條 由自己之行爲表示以代理權授與他人或知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者對於第三人應負授權人之責任但第三人明知其無代理權或可得而知者不在此限。

自法律認有代理制度。交易之範圍因而擴張。交易之進行亦因而敏捷。惟交易之由代理人爲之者。若有可信其有代理權之正當理由。而因事實上無代理權。對於本人不生法律效果。則與代理人爲交易者。必多受其損害。人人皆不敢與代理人爲交易矣。此爲保護代理交易之動的安全起見。實有使本人負相當責任之必要。顧自本人方面觀察之。僅因與己毫無關係之他人僭稱爲代理人而爲代理行爲。即使其受法律上之拘束而負擔他人行爲所生之義務。亦有害於靜的安全。故法律僅於本人有使第三人信爲以代理權授與他人之行爲時。使負授權人之責任。此卽學者所謂表見代理。蓋事實上雖無代理權。而依外形之表見的事實。可信爲有代理權也。

本條所謂表示以代理權授與他人。固亦向第三人爲之。然與第一百六十七條所謂向第三人

表示授與代理權之意思。不可混同。第一百六十七條係向第三人表示現以代理權授與他人。本條則係向第三人通知其曾將代理權授與他人之事實。一則爲意思表示。因其表示生代理權授與之效力。一則爲觀念通知。並不因其通知而生代理權授與之效力。不過因其有此通知。雖事實上未將代理權授與他人。對於第三人亦應負授權人之責任。惟此種觀念通知。應準用關於意思表示之規定。故其效力發生時期。應依第九十四條第九十五條之規定。因被詐欺或被脅迫而爲之者，得撤銷之。無行爲能力人爲之者。無效。限制行爲能力人未得法定代理人之允許而爲之者亦然。(第九二條第七款 第五條第七八條)關於表示之能力。德國學者有謂祇須有意思能力。不必有行爲能力者。但由此表示所生拘束本人之效果。與授與代理權之法律行爲無異。非解爲須有與授權行爲同一之能力。不足以貫徹民法保護無行爲能力人或限制行爲能力人之精神。

表示之方法。並無限制。或向特定人以言詞或書面爲之。或向一般人以廣告爲之。均可不問。且不僅積極的表示。其知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者。亦與積極的表示

同論。惟對於特定之第三人表示者。他之第三人傳聞之。因與表見代理人爲法律行爲時。不適用本條之規定。

德國民法第一百七十一條規定其表示得以與表示同一之方法撤回之。我國民法則無明文。已爲代理行爲之後。不許撤回之以免其責任。固不待言。未爲代理行爲以前。則應許其撤回。惟其撤回。須用使第三人知其撤回之適當方法。故對於特定之第三人爲表示者。須其撤回之通知達到該第三人。以廣告之方法爲通知者。須其撤回之通知達到了知其廣告之第三人。始生撤回之效力。若僅爲撤回之廣告。則對於不知其撤回之第三人。不生撤回之效力。但第三人於其撤回可得而知者。應適用本條但書之規定。自不待言。

表見代理人之行爲。須以本人之名義爲之。始有本條之適用。若非以本人之名義爲之。其行爲之相對人。卽自始未預想與本人發生法律關係。自無使本人負授權人責任之必要。又表見代理人之行爲。須爲代理權範圍內之行爲。始有本條之適用。惟此所謂代理權。非真正之代理權。乃依授權之表見事實所可認爲授與之代理權。

所謂負授權人之責任。非負損害賠償責任之謂。乃指負擔其行為所生之義務而言。然亦非與有代理權生同一之效果。不過本人應負授權人之責任。其相對人仍得以無權代理爲理由。依第一百七十一條之規定。撤回其行爲。故相對人或以有表見事實爲理由。主張代理行爲應對本人發生效力。或主張爲無權代理而撤回其行爲。均屬自由。若相對人主張代理行爲應對本人發生效力。則本人亦由其行爲取得權利。又本人雖不得主張代理行爲對於自己不生效力。然承認之以確定其效力。使相對人之撤回權。歸於消滅。則無不可。

表見代理。其性質上僅以保護不知無代理權之第三人爲目的。其明知無代理權之第三人。自毋庸保護之。雖不知無代理權而以善良管理人之注意可得而知者。亦無保護之必要。故本條有但書之規定。惟但書所規定之事實。應由本人負舉證責任。蓋此爲本人之免責要件也。

本條之規定。惟於意定代理有所適用。蓋條文明載表示以代理權授與他人字樣也。故本人對於第三人表示他人爲其法定代理人時。不得適用本條之規定。使其負責。其知他人表示

爲其法定代理人而不爲反對之表示者。亦同。關於後段。雖有反對之見解。(陳氏民法通義 總則三〇七頁)然本條既曰應負授權人之責任。則所謂他人表示爲其代理人、自係指意定代理人而言。若法定代理。則無所謂授權人。條文果係包括法定代理。則當曰應負本人之責任。或曰應就代理行爲負其責任。況消極的不爲反對之表示者。須負責任。而積極的表示爲其法定代理人者。反可不負責任。亦無此理。故吾人對於此說。不敢贊同。

第一百七十條 無代理權人以代理人之名義所爲之法律行爲非經本人承認對於本人不生效力

前項情形法律行爲之相對人得定相當期限催告本人確答是否承認如本人逾期未爲確答者視爲拒絕承認

無代理權而爲代理行爲者。謂之無權代理。前條之表見代理。亦屬無權代理。惟因其表面上見有代理權。法律對於本人認一定之法律效果。其他之無權代理。無此特殊情事。本人當然不受何等法律的拘束。表見代理以外之無權代理。學者稱爲狹義無權代理。

無權代理。不僅指全無代理權而為代理行為者而言。有代理權而超過其範圍者。亦包含之。性質的超過權限時。例如僅有出租之權限而出賣時。其代理行為之全部為無權代理。分量的超過權限時。例如僅有買米百石之權限而買二百石時。其超過之部分為無權代理。其不超過之範圍內。代理行為是否有效成立。應依民法第一百十一條之規定而決之。又監護人未得親屬會議之允許而為受監護人處分不動產時。(第一條)亦屬於無權代理。

依民法第一百零三條之規定。須代理人有代理權。且於其權限內為代理行為。其代理行為始直接對本人發生效力。故無代理權人所為之法律行為。對於本人不生效力。惟無代理權人係以為本人之意思而為法律行為。相對人亦係以與本人發生法律關係之意思而為法律行為。是認本人有承認權。使與自始有代理權生同一之結果。實適於全部關係當事人之意思。此本條第一項之所以認本人有承認權也。

承認係以無代理權人所為法律行為與有代理權人所為者生同一效力為目的之單獨行為。故本人之承認權。為以一方意思表示得使發生法律效果之權利。其性質為形成權。

有承認權者。依本條之規定。固爲本人。但非專屬於其本身之權利。苟本人因代理行爲所生權利義務。非專屬於其本身者。其承認權亦得繼承之。(參照第一一四八條)又本人之地位許讓與時。其承認權亦得與其地位一併讓與。例如無代理權人爲房屋所有人訂立租賃契約時。房屋所有人若讓與其房屋所有權。得將無權代理行爲之承認權一併讓與。

本人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時。其法定代理人得代爲承認。本人自爲承認時。其效力應依關於行爲能力之一般規定決定之。蓋承認亦爲法律行爲之一種也。惟法定代理人爲超過權限之代理行爲時。該法定代理人不得代爲承認。本人亦須至有行爲能力後。始得爲承認。

承認之意思表示。應向何人爲之。民法並無明文。至第一百十六條之規定。係指得撤銷之行爲之承認而言。於無權代理行爲之承認。並非當然適用。承認之意思表示。與授與代理權之行爲。性質頗相類似。應解爲得向相對人爲之。亦得向無代理權人爲之。

承認之意思表示之方法。法律上並無何等制限。或以言詞爲之。或以書面爲之。或於訴訟

上爲之。或於訴訟外爲之。均無不可。被承認之法律行爲。爲要式行爲時。其承認亦非要式行爲。例如承認無代理權人所爲票據發行行爲。祇須無形式之意思表示即可。蓋承認爲獨立之行爲。非代理行爲之一部也。

承認之要件有二。其一承認之本身。須具備法律行爲所應具備之要件。蓋承認爲法律行爲之一種也。其二被承認之法律行爲。除代理權欠缺之一點外。須具備代理行爲之成立要件。蓋代理權之欠缺。雖得因承認而補正之。代理行爲欠缺其他要件時。不得因承認而補正之也。故本人不存在。或無權利能力時。無代理權人不以本人之名義爲法律行爲時。承認不生效力。至本條第一項所謂以代理人之名義。係指示明本人而以本人之代理人名義爲法律行爲時而言。非謂代理人以自己名義爲法律行爲也。

德日民法（德一七七條至一八〇條）日一一三條至一一八條）所定無權代理之法律效果。因行爲時。以全然無效爲原則。其代理行爲之爲契約與爲單獨行爲而異。即其代理行爲爲契約時。本人得承認之。爲單獨。惟具備一定要件時。本人得承認之。蓋單獨行爲非因關係當事人全部之意思表示而成立

。所謂承認之效力適於關係當事人全部之意思。在單獨行爲無此情事也。我國民法則不然。無代理權人所爲法律行爲。不問其爲契約與單獨行爲。本人皆得承認之。立法上是否正當。爲別一問題。解釋上自不得於兩者間認相異之效果。

承認非新爲法律行爲。乃就已存在之法律行爲。補充其缺點。故非僅向將來發生效力。乃溯及被承認之法律行爲成立當時發生效力。詳言之。移轉所有權讓與債權等處分行爲經承認時。自其處分行爲成立之時。即發生移轉所有權讓與債權之效果。例如由物所生之孳息自處分行爲成立之時。歸受讓人收斂。又債權契約經承認時。自其契約成立之時。發生債權債務之關係。例如利息即由其時發生。惟關於消滅時效之起算點。稍有問題。德國學者有謂自契約成立之時進行者。有謂自承認之時進行者。應以後說爲當。蓋承認以前。法律上尙不得行使其權利也。(第一二八條)

本人就無權代理行爲。祇須不爲承認。即對之不生效力。無須自動的爲承認之拒絕。惟本人若已爲承認之拒絕。則無權代理行爲對本人不生效力。即歸確定。嗣後本人不得更爲承

認。相對人亦脫離其行爲之拘束。得向無代理權人行使民法第一百一十條之權利。至拒絕之方法。與承認之方法同。得向相對人或無代理權人爲之。

本人就無權代理行爲。一部拒絕。一部承認時。應依民法第一百一十一條之規定定其效力。如其法律行爲之內容爲可分。且依其情事。可認相對人僅就該部分亦有爲法律行爲之意思者。其一部之承認爲有效。否則應視爲全部拒絕。雖無權代理行爲爲契約時。本人所爲一部承認。與要約之一部承諾極相類似。應就第一百六十條第二項類推適用。視爲拒絕承認而爲新契約之要約。

無權代理行爲。本人得隨時承認之。使其對於自己發生效力。在未爲承認以前。相對人之法律上地位。頗不確定。故本條第二項。爲保護相對人起見。與以催告權。

催告爲要求本人確答是否承認無權代理行爲之意思通知。其催告所應生之法律效果。不必爲催告人所欲。故非意思表示。惟以要求本人行爲之意思爲要素。故爲意思通知。屬於所謂準法律行爲之一種。

催告權爲得因通知自己意思而生一定法律效果之權利。自屬形成權之一種。欲使法律行爲成立之目的。固非因催告人一方之意思表示所得達。然本人不爲何等意思表示時。催告發生一定之法律效果。故爲催告之權利。有形成權之性質。

催告須定相當期限。所定期限。是否相當。應以法律行爲之輕重。當事人間距離之遠近。及其他客觀情事爲標準而決定之。本人之疾病旅行等主觀情事。無須予以斟酌。所定期限較相當期限爲短時。其催告究屬全然無效。抑催告後經過相當期限。即可發生法律效果。德日民法之解釋上。頗有爭議。以後說爲通說。

因催告而本人爲承認或拒絕承認時。卽生承認或拒絕承認之效力。固不待言。催告之實益。係在本人不爲何等意思表示時。亦發生一定法律效果。卽本人於催告所定期限內不爲承認或拒絕之確答時。視爲拒絕承認。此種法律效果。因期限之經過。當然發生。嗣後本人不得舉出無拒絕意思之反證以變動之。法律不視爲承認而視爲拒絕承認者。以本人就無權代理行爲。以不受拘束爲原則也。

所謂逾期未爲確答。究係期限內不發確答之義。抑爲期限內確答不到達之義。在日本民法之解釋上。學說不一。我國民法。係以受信主義爲原則。且定確答期限之當事人。有因期限經過而確定法律關係之目的。應以後說爲當。故期限經過後達到之承認。雖係期限內所發送。亦不生效力。惟無權代理行爲爲契約時。遲到之承認。可視爲新契約之要約。催告人得承諾之。使其契約成立。由承認有溯及效力之點言之。遲到之承認與遲到之承諾。情事雖有不同。然就第一百六十條第一項之規定。類推適用。則無不可。

判例一 本人對於無權代理人所爲之行爲。拒絕追認時。其行爲自始卽爲無效。則因其行爲所生之變動。卽應回復原狀。(大理院四年上字一五六五號判決)

判例二 無權代理行爲之相對人。縱因不知其爲無權代理。受有損害。亦祇能向無權代理人請求賠償。無對本人拒絕回復原狀之理。(大理院四年上字一五六五號判決)

判例三 若無發生代理權之事實。或代理人所爲行爲。逸出代理範圍之外者。卽係無權代理。無權代理人與第三人所結契約。除有本人追認外。不惟對於本人不能發生效力

。即對於無權代理人。亦非當然有效。（大理院四年上字五五二號判決）

第一百七十一條 無代理權人所爲之法律行爲其相對人於本人未承認前得撤回之但爲法律行爲時明知其無代理權者不在此限

本條規定之撤回權。與前條第二項規定之催告權。同爲保護無權代理行爲之相對人所認之權利。惟催告係希望無權代理行爲從速積極決定時所用之手段。而相對人亦非無欲使無權代理行爲從速消極決定。以脫離法律上之拘束者。故本條又認相對人有撤回權。其權利之性質爲形成權。蓋因撤回之意思表示。無權代理行爲。即自始全然無效也。

撤回爲有相對人之單獨行爲。其相對人爲何人。法律上並未限定。故撤回之意思表示。得向本人爲之。亦得向無代理權人爲之。蓋因撤回而直接受喪失承認權之影響者爲本人。故得向本人爲之。所撤回者。爲無代理權人之行爲。故亦得向無代理權人爲之。本條雖未如德國民法第一百七十八條定有明文。亦爲理論上所當然。

撤回。須於本人未承認前爲之。即其撤回之意思表示。非較承認之意思表示先時達到。不

生效力。蓋無權代理行為。一經本人承認。即對本人發生效力。嗣後無更許撤回之理由也。惟本條之撤回。與前條第二項之催告。並無何等關係。故相對人已爲催告後。仍得於催告期限未經過前撤回之。

無權代理行為之相對人爲法律行為時。不知自稱代理人無代理權者。雖其不知爲有過失。亦有本條之撤回權。但明知其無代理權者。無撤回權。誠以此種相對人當爲法律行為時。即已豫期應受不確定法律行為之拘束。不過希望本人或肯承認而爲之耳。僅與以催告權。已足充分保護其利益。毫無更認其有撤回權之必要。惟相對人明知無代理權之事實。應由本人負舉證責任。此在法文之組織上可以推知者也。

爲法律行為時明知無代理權之相對人。雖以其與無代理權人之合意。亦不得使該法律行為消滅。蓋自有無權代理行為時。本人即取得承認權。不得因他人間之合意使之喪失也。或謂相對人與無代理權人所爲法律行為。在本人未知之間。以相對人與無代理權人之合意使之消滅。實無害於本人之利益。固亦言之成理。然欲貫徹此理。則明知無代理權之相對人

。亦不妨與以撤回權。本條但書既不認相對人有撤回權。則立法之精神。係欲使此種無權代理行為之運命。純由本人之意思決定之。可以知之矣。

判例 無權代理善意之相對人。於本人未追認前。應有撤銷原約之權。而本人則有追認或拒絕之權。若一經合法撤銷。或不予追認。即不能反於當事人之意思。更以裁判令其契約成立。(大理院二年上字七號判決)

第三款 無因管理

無義務而為他人管理事務。謂之無因管理。因無因管理。本人與管理人間。發生債權債務之關係。故無因管理。為債之發生原因。

關於無因管理之本質。嘗有所謂準契約說。在我國民法不得採此學說。無因管理。雖以一定之意思為要素。然其意思。並非效果意思。且無須特為表示。法律亦惟對於所謂管理之事實。認一定之法律效果。非以當事人之意思為基礎而認之。則無因管理非法律行為。亦

非類似法律行為之行為。毫無疑義。至管理行為雖有時依法律行為而爲之。然無因管理之本身。不因此而成爲法律行為。此與因清償而爲之給付行為。雖有時爲法律行為。清償則不因之而成爲法律行為。實屬同一關係。

無因管理爲適法行為。且以一定之精神作用(即爲他人之意思)爲要素。故不失爲法的行為之一種。法的行為。應將關於法律行為之規定類推適用者頗多。但無因管理。性質上與法律行為有顯著之差異。故關於法律行為之規定。不許類推適用。惟關於行為能力之規定。不無考慮之餘地。民律草案第九百二十四條。第二次草案第二百八十一條。均規定無因管理人爲無能力人或限制能力人者。僅依關於侵權行為及不當得利之規定。負損害賠償及返還利益之責任。(德國民法第六八二條亦同)日本民法亦如我國民法。未設此種規定。彼國學者有解爲無完全行為能力之管理人。不負擔無因管理所生之義務。應依不當得利或侵權行為之原則。定其責任者。但多數學者之通說。則以無因管理不以效果意思爲要素。解爲管理人不必有行為能力。惟以無因管理之成立。須有爲他人之意思。解爲管理人須有意思能力。據余所

信。以通說爲當。

無義務而爲他人管理事務。固爲人類之美德。足以增進社會共同生活之幸福。然人類對其生活之理想。各有不同。其不願他人干與其生活者。往往有之。且出於善意之干與行爲。其結果亦未必盡屬有利。故法律一面認無因管理爲適法行爲。且與管理人以償還費用等請求權。以發抒無因管理之社會作用。一面制限無因管理之範圍。規定管理人應盡之種種義務。以防濫行干與他人事務之弊。

民法於第一百七十二條以下。設關於無因管理之要件及效果之一般規定。此外尚有無因管理之特別法規。如海商法關於救助及撈救之第一百二十二條至第一百二十七條是也。

第一百七十二條 未受委任並無義務而爲他人管理事務者其管理應依本人明示或可得推知之意思以有利於本人之方法爲之

無義務而爲他人管理事務者。謂之無因管理。分述其要件如左。

(一)須管理他人之事務 所謂事務。卽於人之生活有影響之事項。無論法律的事項。經濟

的事項。或其他事實的事項。均包含之。但純粹宗教的或道德的事項。不適於爲債之標的者。不得爲無因管理之目的。苟已適於爲債之標的。則該事務是否僅以一次行爲即可處理完結。抑須數次或繼續的行爲。始可完結。在所不問。惟單純之不作爲。不能成立無因管理。

事務有性質上爲他人之事務者。有性質上爲自己之事務者。有性質上與特定人無關係者。性質上屬於他人之事務。卽所謂客觀的他人之事務。得爲無因管理之目的。自不待言。例如修理他人之房屋。清償他人之債務。飼養他人之家畜是也。性質上與特定人無關係之事務。卽所謂中性之事務。由其客觀的性質言之。本不專屬於何等特定人之利益範圍。但管理人之意思。以之屬於他人之利益範圍時。尚不妨稱爲他人之事務。此種事務。名曰主觀的他人之事務。亦得爲無因管理之目的。例如爲友人購物品租房屋是也。性質上屬於自己之事務。縱令誤信爲他人之事務。且存有爲他人管理之意思而管理之。亦不能成立無因管理。例如自己之家畜。誤信爲他人之家畜而飼養之。自己之債權。誤信

爲他人之債權而收取之是也。又事務一部分爲自己之事務。一部分爲他人之事務。例如管理人爲自己及友人租賃共同之房屋。共有人就共有物支出費用時。就他人事務之部分。固得成立無因管理。但因管理自己事務之結果。他人受有利益。例如修築自己所有崖地之結果。崖下之土地所有人受其利益時。既未管理他人之事務。自不能成立無因管理。

所謂管理事務。卽就他人之事務爲一行爲或數行爲。與第五百二十八條所謂處理事務。意義雖同。而範圍略廣。委任以委託之觀念爲必要。且須與僱傭區別之。故其處理事務。應解爲因達本人所定目的而爲行爲。無因管理則無此種關係。故不必爲達本人所有或應有之目的而爲行爲。又管理人所爲行爲。不必爲應加考慮之勞務。例如將戶外之物。移於戶內。爲單純之勞務。以之爲目的之契約。爲僱傭而非委任。然無義務而爲他人爲之。則爲無因管理。又所謂管理者。處理事務以保全本人利益之意。故除所謂管理行爲外。處分行爲亦包含之。

(二)須有爲他人之意思。管理他人之事務。有專圖他人之利益者。有圖他人之利益併圖自己之利益者。(例如債權人就債務人之抵押物於債務人不在中保管之有專圖自己之利益者。(例如知爲他人之犬竊取而飼養之)圖他人之利益併圖自己之利益。雖可成立無因管理。然以專圖自己利益之意思而爲管理者。無因管理不能成立。

所謂爲他人之意思。即因其行爲所生事實上之利益。意欲歸諸他人。在主觀的他人之事務。管理人須有此種意思。固無疑義。即在客觀的他人之事務。亦當同論。學者雖有謂客觀的他人之事務。祇須管理人知其爲他人之事務而無爲自己之意思即可者。然本條所謂爲他人。解爲兩種意義。在文字解釋上已覺失當。且果如所云。則甲以爲乙保全證據之意思。保管丙之所有物。對於丙卽爲無因管理。亦與法律認無因管理之目的不合。

管理人苟有爲他人之意思。則雖不知其爲何人之事務。亦得成立無因管理。例如信爲甲之房屋。爲之修理。事實上爲乙之房屋時。對於乙爲無因管理。對於甲不生何等關係。此雖未如德國民法第六百八十六條定有明文。亦理論上所當然。又依同一理由。管理人

所想像之他人，在管理行為當時雖未成為權利主體。而至後成為權利主體時。無因管理亦得成立。例如為將來成立之法人管理事務時是也。

為他人之意思。究由如何之動機而發生。可以不問。或因道德心之發動。或因他人之勸告。或誤信自己有管理義務。或有併圖自己利益之意思。皆足以成立無因管理。因有委任契約。為委任人處理事務。嗣後該委任契約被撤銷。致自始無管理義務時。亦成立無因管理。

無因管理之法律效果。非以當事人之意思為基礎。故為他人之意思。性質上即無須表示。法典上亦無必須表示之根據。

為他人之意思。為無因管理之成立要件。故主張無因管理上之權利者。應就此種意思之存在。負舉證責任。

(三)須無義務 沿革上無因管理係與委任關聯而發達。德國民法於委任一節之後。即緊接關於無因管理之規定。瑞士債務法除委任與無因管理之章節極相接近外、並於第四百十

九條。明定無因管理係未受委任而爲他人管理事務。我國民法受此沿革上之影響。故於本條冠以未受委任字樣。以爲無義務之例示。

因有義務而爲他人管理事務者。本人與管理人間之法律關係。應依認其義務之法律或契約定之。不適用關於無因管理之規定。無因管理之成立。以當事人間無管理之義務爲要件。惟不必爲全無義務。有義務而超過其範圍。例如受人超過委任之範圍處理事務時。亦得成立無因管理。又對於本人苟無義務。則對於第三人雖負有應爲該事務之義務。亦不妨無因管理之成立。例如連帶債務人於對外關係雖負全部清償之義務。而其對內關係。則在自己負擔部分以外。不負清償之義務。故有求償權。保證人不受委任而爲保證者。對於第三人即債權人雖負有債務。而其保證契約及清償。亦不失爲無因管理。但對於第三人所負義務。性質上足以排除其對於本人發生法律關係者。無因管理不能成立。例如受甲之委託。修理乙之房屋。對於乙不得謂爲無因管理。又巡警救助人之危難。亦不得謂管理被救助人之事務。或謂巡警救助人之危難。爲公法上之義務。故非無義務而

爲他人管理事務。然此種義務。爲對於國家之義務。非對於私人之義務。不得據此卽謂其無因管理不成立。惟巡警保護私人之利益。爲其對於國家之義務上所應爾。若因其救助行爲。認其有償還費用之請求權。實反於此義務之性質。故不能成立無因管理。

管理人爲本人管理事務。應依本條所定之方法爲之。卽關於管理方法。本人已明示其意思。或雖未明示而可得推知者。應依其意思而爲管理。至本人所欲之管理方法。客觀上是否利於本人。則所不問。若違反本人之意思而爲管理。致本人受損害時。雖別無過失。亦應負債務不履行之賠償責任。惟本人意思違背強行法規。或有背公共秩序或善良風俗者。無妨違反。例如本人之意思。係欲以其金錢販賣鴉片煙時是也。關於管理方法、本人未明示其意思。且以善良管理人之注意。亦不可得而推知者。應以有利於本人之方法而爲管理。其方法有利於本人與否。應依事務之性質。以客觀的標準定之。管理人縱令信其所採方法有利於本人。而客觀上實不利於本人。致令受損害時。如其採用該方法爲有過失。對於本人應負債務不履行之賠償責任。又關於管理方法本人雖已有明示或可得推知之意思。然如

所定方法。不過爲其大概。則方法之中。又有細別方法。此際於本人所定方法範圍之內。應更以有利於本人之細別方法而爲管理。

管理人爲本人管理事務。應盡善良管理人之注意。易言之。即管理人對於輕過失應負責任。此由第一百七十五條所定特則可以推知者也。故管理人雖依本人之意思。以有利於本人之方法而爲管理。但依此方法所爲各個管理行爲。怠於善良管理人之注意。致本人受損害時。仍應負責務不履行之賠償責任。例如管理人依本人之意思以其金錢貸放生息。其管理方法固屬適當。然因其怠於善良管理人之注意。貸與無資力人。致本人受損害時。應負賠償責任。

判例 凡未受委任。或並無權利義務。而爲他人管理一種事務者。不得任便處置。必須從本人之真意。或得以推知之意而行。且須用最利益於本人之方法爲之處理。故其管理事務。若違反本人之真意。或得以推知之意。而爲管理人於當時事情所應知者。雖無過失。亦須賠償其因管理所生之損害。（大理院三年上字一四〇號判決）

第一百七十三條 管理人開始管理時以能通知爲限應即通知本人如無急迫之情事應俟本人之指示

第五百四十條至五百四十二條關於委任之規定於無因管理準用之

本人知自己之事務已由他人開始管理時。通常必依自己意思而爲相當之處置。或謝絕管理而自爲管理。或另行委託他人管理。或即委託其人管理而示以適當管理方法。故本條第一項認管理人有通知義務。俾本人得知管理開始之事實。而爲此種處置。且爲豫防濫行干涉他人事務起見。亦非認管理人有通知義務不可。

管理人開始管理時。應於可能之最短時期內。將開始管理之事實。通知本人。若因故意或過失而不爲通知。或遲遲通知。應負債務不履行之責任。惟不知本人爲何人。或不知本人所在地。或有交通斷絕等不能通知之情事時。不負通知義務。

管理人爲通知後。如有急迫情形。例如管理之標的物易於敗壞。有速爲變賣之必要。無待本人答覆之餘裕者。固得進行其事務。否則非俟本人有指示後。不得擅自進行其事務。若

擅自進行。致本人有損害時。應負賠償責任。

委任與無因管理。一則爲契約。一則非契約。性質上固屬不同。但第五百四十條至第五百四十二條所定受任人對於委任人之義務。爲保護本人之利益起見。亦有使管理人負擔之必要。故本條即將各該條之規定準用之。此等義務。學者或概括之。稱爲計算義務。

管理人應將管理事務進行之狀況。報告本人。管理終止時。應明確報告其顛末。(五十四條)故管理開始後。不及通知本人。即行終止時。雖無第一項之通知義務。亦仍有第二項之報告義務。

管理人因管理事務所收取之金錢物品及孳息。應交付於本人。管理人以自己之名義爲本人取得之權利。應移轉於本人。(五十四條)

管理人爲自己之利益。使用應交付於本人之金錢。或使用應爲本人利益而使用之金錢者。應自使用之日起。支付利息。如有損害。並應賠償。(五十四條)

管理人於開始管理後。有繼續管理之義務否。民法並未如法國民法(一三七條)日本民法(七〇條)

（定有明文。學者有主張積極說者。）（陳氏民法通義僅編述約六五頁）余則以消極解之。德國民法就此亦未說明文。彼國學者 Oertmann 氏僅以管理之中止本人有受損害之虞時爲限。認管理人仍有繼續管理之義務。Innocentius 氏則謂無論何種情形。管理人皆不負此義務。惟管理之中止。若爲因過失之加害。可使管理人負侵權行爲之損害賠償義務。此種學說。雖不足爲解釋我國民法之根據。然管理人本無爲他人管理事務之義務。若認其有繼續管理之義務。非有法律上之根據不可。民法第一百七十二條。不過規定管理人之爲管理。應依一定之方法。不得據以斷定管理人有繼續管理之義務。卽自實際上論之。亦以不認管理人有此義務爲當。例如見遺失之家畜。爲所有人暫飼食料。遇迷失之小兒。爲其父母暫與飲食。如在家畜所有人或小兒父母得爲飼養或養育以前。須負繼續飼養或養育之義務。則管理人所負責任。未免過重。且因管理一旦開始。卽須負此重責。則人皆不敢開始無因管理。而無因管理之社會作用。將因此而大受阻礙。日本民法關於繼續管理義務之規定。近來已受學者之非難。我國民法不設同一之規定。立法上自屬正當。

第一百七十四條 管理人違反本人明示或可得推知之意思而爲事務之管理
理者對於因其管理所生之損害雖無過失亦應負賠償之責

前項之規定如其管理係爲本人盡公益上之義務或爲其履行法定扶養義務者不適用之

本人之意思。若不願他人管理其事務。他人自不得違反其意思而強爲管理。故管理開始前。本人已明示此種意思。或其意思已可推知者。不得爲之開始管理。管理開始後。本人始明示此種意思。或其意思始可推知者。應即終止管理。若違反其意思而開始或繼續管理。則其管理之開始或繼續。已得謂之有過失。本人苟因其管理受有損害。則雖就各個管理行爲並無過失。亦應負賠償之責。但管理人證明本人所受損害。雖無管理之開始或繼續。亦必發生者。不負賠償之責。蓋此際管理與損害之間。無因果關係也。

管理人違反本人明示或可得推知之意思。而爲本人盡公益上之義務。或爲其履行法定扶養義務者。如就管理行爲並無過失。本人雖因其管理而生損害。亦不負賠償之責。蓋本人此

種意思。係以不法爲目的。無尊重之必要也。又依同一理由。本人不願他人管理其事務之意思。係違背強行法規。或有背公共秩序或善良風俗者。亦不妨違反之。例如撈救投水之人。或爲救護自殺之人招請醫生。雖違反本人意思而爲事務之管理。亦不適用第一項之規定。

第一百七十五條 管理人爲免除本人之生命身體或財產上之急迫危險而爲事務之管理者對於因其管理所生之損害除有惡意或重大過失者外不負賠償之責

管理人爲免除本人之生命、身體、或財產上之急迫危險而爲事務之管理者。其管理不僅有益於本人。且於本人實有必要。此際若使管理人與普通管理人負同一之責任。則見人急難者。必至坐視不救。且在危急之際。而猶責人以充分之注意。亦屬反於條理。故本條特減輕其注意義務。非該管理人有惡意或重大過失。對於因其管理所生之損害。(例如救助溺水之人於救助時損其衣服傷其身體)不負賠償之責。至所謂急迫危險。係指若不立時防止

。本人即當發生損害之狀態而言。適用本條之規定。除管理人爲事務之管理。須有免除本人此種急迫危險之意思外。並須事實上確有此種急迫危險而後可。若事實上本無此種急迫危險而管理人誤信爲有之。例如誤信鄰家失火。破門而入。爲之搬移財物。不得適用本條之規定。減輕其注意義務。

第一百七十六條 管理事務利於本人並不違反本人明示或可得推知之意思者管理人爲本人支出必要或有益之費用或負擔債務或受損害時得請求本人償還其費用及自支出時起之利息或清償其所負擔之債務或賠償其損害

第一百七十四條第二項規定之情形管理人管理事務雖違反本人之意思仍有前項之請求權

管理人之管理事務。非受本人之委託而爲之。故本人對於管理人。並不負擔契約上之債務。苟無何等規定。則本人雖因管理而受利益。亦只依不當得利之規定。負返還義務。惟管

理事務利於本人。並不違反本人明示或可得推知之意思時。若僅使本人依不當得利之規定負返還義務。則於管理人之保護。未免過薄。而法律所以認無因管理制度之本旨，亦將不能貫徹。故本條特設規定。以擴張其範圍。

管理人爲本人支出必要或有益之費用時。得請求本人償還其費用及自支出時起之利息。其支出之費用。是否必要或有益。應依支出當時之情事。以客觀的標準決定之。既以支出當時之情事爲標準。則雖嗣後實際上不能得豫期之效果。或因情事變遷。致其效果消滅或減少。亦仍有償還請求權。又既依客觀的標準。則管理人雖認爲必要或有益。而客觀的非必要或有益時。無償還請求權。反之本人雖不認爲必要或有益。而客觀的爲必要或有益時。有償還請求權。

管理人爲本人負擔債務時。得請求本人爲之清償。此種債務。管理人以自己名義負擔時。本人對於債權人並不直接負擔債務。不過對於管理人負有依其請求而爲清償之義務。固不待言。即管理人以本人名義負擔時。本人亦僅對於管理人負有爲之清償之義務。對於債權

人仍不直接負擔債務。蓋此時管理人以本人名義負擔債務爲無權代理。在未經本人承認以前。對於本人不生效力也。又此種債務。亦以必要或有益者爲限。始得請求本人爲之清償。此在法文雖未明定。亦應解爲有同一之限制。誠以管理人爲本人負擔債務而自行清償時。卽係爲本人支出費用。此項費用。若非必要或有益。本不得請求償還。則爲本人負擔非必。要或有益之債務而未經清償時。不得請求本人爲之清償。自不待言。

管理人受損害時。得請求本人賠償。例如因救助溺水之人。污損自己之衣服。或因而受傷時是也。又管理人因管理事務所費之勞力。若用於他處可得財產上之利益。因管理事務致不能取得時。亦應認爲損害。許其請求賠償。

管理人係爲本人盡公益上之義務。或爲其履行法定扶養義務者。其管理雖違反本人意思。仍有第一項之請求權。例如爲本人納稅。雖明知本人有不盡納稅義務之意思。亦得就其支出之費用。及自支出時起之利息。請求本人償還。又如不孝之子。不扶養其父母。他人違反其人之意思而扶養之。得就其支出之費用及自支出時起之利息。向其人請求償還。惟他

人若無爲其人管理事務之意思。不過爲自己爲慈善行爲時。則係管理自己之事務。無因管理自始不能成立。自無本條之請求權。

本人之意思。係違反強行法規或有背公共秩序或善良風俗者。管理人雖違反其意思而爲事務之管理。亦應解爲有第一項之請求權。

判例 賃借主如合於管理事務情形。所出必要修繕費用、應准其如數扣抵租金。(大理院九年上字七七四號判決)

第一百七十七條 管理事務不合於前條之規定時本人仍得享有因管理所得之利益而本人所負前條第一項對於管理人之義務以其所得之利益爲限

管理事務不利於本人。或違反本人明示或可得推知之意思者。適法之無因管理不能成立。本人與管理人間之法律關係。應依關於不當得利及侵權行爲之規定而定之。然此時本人得主張之權利。若較適法之無因管理時爲少。法律上卽失其權衡。例如甲違反乙之意思。

適以乙之金錢。爲乙買地數畝。且依當時情事觀察。其爲乙買地。極不利於乙。然因嗣後情事變遷。地價增漲數倍。此時乙若僅得向甲請求賠償其金錢上之損害。而不得依第一百七十三條第二項第五百四十一條向甲請求交付該地。則乙所得主張之權利。反較適法之無因管理時爲少。其不合於理論。自不待言。故本條規定本人仍得享有因管理所得之利益。本人若主張享有因管理所得之利益。則對於管理人。亦負有前條第一項之義務。惟本人主張享有因管理所得之利益。而其對於管理人所負義務。超過其利益者。亦往往有之。此際僅於不超過其利益之限度內負其義務。

知爲客觀的他人之事務。爲圖自己之利益而管理時。適法之無因管理不能成立。惟本人所得主張之權利。若較適法之無因管理時爲少。理論上極爲不當。自應將本條類推適用。使本人得享有因管理所得之利益。至本人對於管理人所負之義務。不得將本條之規定類推適用。以其無同一之法律的理由也。但依關於不當得利之規定。對於管理人有返還其利益之義務時。仍當返還之。

第一百七十八條 管理事務經本人承認者適用關於委任之規定

無因管理開始後。本人知之而爲明示或默示之承認者。本人與管理人間之法律關係。應適用關於委任之規定。管理人爲第一百七十三條之通知後。本人表示謝意。或進而指示管理方法時。自可認爲已有承認。承認之效力。除當事人有特別意思表示外。溯及既往。卽自無因管理開始時。適用關於委任之規定。非自承認時起始適用之。此爲與本條規定相同之瑞士債務法第四百二十四條解釋上之通說。

本人之承認。若聲明僅承認其管理事務不違反自己之意思。而仍欲依關於無因管理之規定。定其相互間之法律關係者。自不得適用關於委任之規定。

第四款 不當得利

無法律上之原因而受利益。致他人受損害者。謂之不當得利。其法律上之性質。屬於所謂事件。卽自然的事實。因此事實。受損人與受益人間發生債權債務之關係。故不當得利。

爲債之發生原因。

以不當得利爲債之發生原因。發源於羅馬法。惟羅馬法並無關於不當得利之一般原則。祇就各種情形。認特殊之訴權。即非債清償之訴權。目的不達到之訴權。目的消滅之訴權。不法原因之訴權是已。法典上網羅各種不當得利之情形而設概括的規定者。始於一八八一年之瑞士債務法。其後德日等國民法繼之。我國民法亦從之。

第一百七十九條 無法律上之原因而受利益致他人受損害者應返還其利益雖有法律上之原因而其後已不存在者亦同

本條所定不當得利之成立要件有三。分述如左。

(一)受利益 使他人受損害而自己不受利益者。不成立不當得利。此點與侵權行爲性質大異。蓋侵權行爲不以行爲人受利益爲其成立要件也。

所謂受利益。即財產之總額因有一定事實而增加。其人受有利益與否。應將其人如無此事實所應有之財產總額。與因有此事實而現存之財產總額。互相比較而決定之。故不僅

積極的增加財產時爲受利益。即消極的增加財產時。亦爲受利益。

財產之積極的增加。因財產權之取得或擴張及其他之原因而生。(一)所有權制限物權無體物權無因債權之取得。及有因債權之移轉的取得。爲受利益。固無疑義。創設有因債權。是否爲受利益。學者間尙有爭議。惟持肯定說之學者。亦謂發生有因債權之法律行爲原因不存在時。債權當然失其存在。利益已無餘存。不生返還利益之問題。故其結果。並無差異。期待權之取得。如係可取得物權之期待權。性質上爲受利益。如係可取得債權之期待權。而不問性質上是否爲受利益。而其不生返還利益之問題。則與有因債權同。(二)財產權擴張其範圍。亦爲受利益。例如因附合而所有權之範圍擴張。因物制限權之消滅而所有權之負擔消滅。(三)債務之消滅。爲債務人增加財產之原因。(四)取得財產權以外之財產的利益。亦爲財產之增加。民法不認占有爲權利。占有之取得。即爲財產權以外財產的利益之取得。占有之不當得利返還請求權。雖常與所有物返還請求權(七六)占有物返還請求權(九六)相競合。然亦有無占有物返還請求權而僅有不當得利返

還請求權者。如受益人不以侵奪之方法取得占有時是也。又無登記原因而受不動產物權取得之登記時。亦爲財產權以外財產的利益之取得。此時有不動產物權之人。得依不當得利返還請求權。對於登記上之取得人。請求協力塗銷登記。

財產之消極的增加。卽其財產本有應減少之事由而不減少。例如因食他人之食物。住他人之房屋。自己得免費用之支出。因他人負擔債務。自己應負擔之債務。得免負擔是也。但債務人不履行債務。並不免其負擔。故不得謂之受利益。惟債務人因遲延履行利用給付物。致受利益時。仍爲不當得利。

(二)致他人受損害 自己受利益而他人不受損害者。不成立不當得利。例如爲保護自己之耕作地起見。造防風林。其結果隣地所有人受其利益時。鐵路公司築造鐵路。其結果沿路土地所有人受地價增高之利益時。鄰地所有人與沿路土地所有人之受利益。雖爲造林人與鐵路公司費財費力之結果。然造林人與鐵路公司並不因其受利益而受損害。故不成立不當得利。惟所謂受損害。其義頗廣。不僅指減少既存財產而言。本應增加財產而受

增加之妨礙時。亦包含之。且在此種情形。不以如無妨礙之事實財產必可增加為必要。祇須如無妨礙之事實。財產通常可以增加。即為受損害。例如甲無法律上之原因耕種乙之土地因而受利益時。縱令甲不耕種。乙或聽其荒廢。而甲所受之利益。仍為不當得利。應返還相當之地租。蓋乙就自己之土地。隨時可以使用收益而增加財產也。

所謂受利益致他人受損害。即受利益與受損害之間有因果關係。有無因果關係。應視受利益之原因事實與受損害之原因事實是否同一事實以為斷。如非同一事實。縱令兩事實之間有所牽聯。亦無因果關係。例如甲拋棄其所有物。乙占有之。不得謂乙之占有為不當得利。反之利益與損害。如由同一事實而生。則雖利益之內容。與損害之內容不同。亦應認為有因果關係。例如債務人向債權人清償時。其債權人所喪失者為債權。準占有人所取得者為給付物。然係由同一事實所生之結果。準占有人苟不受領清償之物體。則債權不致消滅。故應認準占有人之受利益為不當得利。

(三)無法律上之原因 十八世紀之自然法學者。謂自己受利益致他人受損害。有背自然之

正義。故應返還其利益。後之學者。則以此種觀念失於廣汎。加一要件以制限之。卽此所謂無法律上之原因者是也。蓋自己受利益致他人受損害。如廉價買受或高價出賣。爲法律所不禁。無令其返還利益之理由也。

何謂無法律上之原因。從來學說可分兩大派。卽統一說與非統一說是也。

(甲)統一說 此說謂法律既認不當得利之統一的概念。則所謂無法律上之原因。亦不可不求統一的意義。更分爲左列數說。

1. 公平說 此說以公平或正義爲不當得利返還請求權之基礎。所謂無法律上之原因。卽反於公平或正義之謂也。

不當得利之制度。固以公平正義之觀念爲基礎。惟所謂公平正義。在成法上及社會上。並無明確之意義。故不足採爲解釋之標準。與公平說相似者。有正法說。謂正法與成法相衝突時。卽生不當得利。其缺點與公平說同。

2. 債權說 此說以法律上之原因爲債權。無債權而受財產權之移轉。或受其他財產上

之利益時。即爲無法律上之原因。

債權不存在。非必無法律上之原因。例如因時效、現實贈與、現實買賣、消費借貸而取得所有權時。雖無債權關係。亦不得謂無法律上之原因。故此說不足採爲一般的標準。

3. 相對關係說 此說以受損人與受益人間之相對關係爲法律上之原因。即在絕對關係。雖有移轉財產之正當原因。而受損人與受益人間缺相對關係時。即爲無法律上之原因。相對關係之移轉財貨。當以債權爲媒介。故所謂相對關係。不外爲債權關係。

此說與債權說有同一之缺點。故亦不足採爲一般的標準。

4. 權利說 此說專自受益人之方面觀察。謂受益人無受利益之權利時。即爲無法律上之原因。

此說所謂無權利。如係指受益人就其財產無權利而言。則因清償而移轉所有權時。

雖債務不存在。受益人亦取得所有權。若係指受益人無取得財產權之權利而言。則與債權說當受同一之非難。

(乙)非統一說 此說謂不當得利請求權。在沿革上不過應實際上之必要。就各種情形。分別認之。近來之立法例。雖就不當得利設概括的規定。亦不過欲用無法律上之原因一語。以廢除無秩序之列舉的規定。非欲以此定原因之統一的意思也。求原因之統一的意思。既不可能。則就各種情形。論究原因之意義。實出於不得已。不得謂其解釋方法有錯誤。此說為德日多數學者所採。余亦從之。

依非統一說而定法律上原因之意義。應依其受利益之方法。分別論之。茲分為兩種情形。述之如左。

(甲)因給付而受利益時 給付係因受損人之意思而為之。因給付而受利益。即因受損人之意思而受利益。法典所謂給付。本指債之標的即債務人之行為而言。此之所謂給付。則範圍較廣。不僅指因達清償之目的所為之給付而言。因達其他的目的所為之給付

。亦包含之。

給付有依事實上之行為而爲之者。有依法律行為而爲之者。法律行為有有因行為與無因行為之別。發生債權之有因行為。是否亦爲給付。爲學者間有爭議之問題。惟主眼肯定說之學者。亦謂有因行為缺原因時。其行為全部無效。債權既不發生。利益即不存在。例如出賣人及買受人之負擔債務。皆以取得對價爲其原因。一方之原因不存在時。買賣全部無效。雙方皆不負擔債務。故不生不當得利之問題。是其結果。與否定說無異。理論上孰爲正當。卽無論究之必要。無因行為不以原因爲其成立要件。如票據行爲、無因的債務約束、物權契約、準物權契約等。不問其有無法律上之原因。獨立生其效力。故給付依無因行為而爲之者。與依事實上之行為而爲之者同。其給付皆有效存續。惟給付必有一定之目的。給付不過爲達其目的之手段。若僅給付有效成立。而不能達其目的。則其給付爲無法律上之原因。蓋其所以爲給付者。無非欲達其目的也。故因給付而受益時。其法律上之原因。卽受損人爲給付之目的也。

據從來之通說。給付之目的分爲三種。卽消滅債務之目的、取得債權之目的、贈與之目的。是也。但近時之學者。則謂目的之種類。法律上並無限制。當事人得任意定之。如定金之目的、履行條件之目的。卽三種以外之目的也。今爲明目的之意義。將此等重要之目的。述之如左。

1. 消滅債務之目的 例如因清償債務而移轉所有權時。其移轉所有權之契約。固不問債務存在與否。獨立生其效力。然債務若不存在。則其清償之目的不能達。故其所
有權之移轉。爲無法律上之原因。

2. 取得債權之目的 消費借貸之貸與人。移轉金錢或其他代替物之所有權於借用人時。
○(參照第四
七四條) 其移轉所有權之契約。固不問其能達取得債權之目的與否。獨立生其效力。然如當事人間關於目的之合意不成立。例如一方以成立消費借貸之意思爲給付。他方作爲贈與而受領時。其取得債權之目的不能達。故其所有權之移轉。爲無法律上之原因。

3. 贈與之目的 因履行贈與之債權契約而爲給付時。其給付係因清償而爲之。此之所謂贈與之目的。僅指因現實贈與而爲給付時而言。因贈與所爲移轉權利之契約。固不問贈與目的之存否。獨立生其效力。然如當事人間關於贈與目的之合意不成立。例如一方有贈與之意思。他方作爲借貸而受領時。卽缺給付之目的。故其權利之移轉。爲無法律上之原因。

4. 定金之目的 移轉金錢或其他物之所有權。以爲定金時。其移轉所有權之契約。固不問定金目的之存否。獨立生其效力。然其主契約如不成立。（例如因買賣契約交付定金其買賣契約爲主契約其定金契約爲從契約）卽爲缺給付之目的。故其所有權之移轉。爲無法律上之原因。

5. 履行條件之目的 例如甲將其物贈與於乙。以乙向丙爲某種給付爲條件。乙因履行其條件向丙爲給付時。若其贈與不成立。則乙對於丙卽缺給付之目的。故丙之受給付。爲無法律上之原因。

給付之目的。由客觀方面觀察之。卽爲給付之原因。給付之原因與動機。(或稱緣由)應區別之。原因所以定給付之意義者也。同一原因之給付。常有同一之法律之意義。動機則不過爲決定給付之主觀的理由。並不以之定給付之意義。動機雖有不同。給付之意義不因之而受影響。例如贈與之動機。有爲謝恩者。有爲慈善者。有爲希望得利益者。而其給付之爲無償原因則一。申言之、卽皆以不受對價給與財產於他方爲目的。惟通常祇爲動機之事由。若當事人合意以之爲原因時。則亦爲原因矣。

給付之目的。應如何定之。學說不一。或謂目的爲主觀的。不必有定目的之意思表示。或謂須有關於目的之契約。或謂因目的之種類而異。某種目的須有合意。某種目的無須合意。第三說爲通說。余亦從之。蓋目的卽原因。非如動機之僅爲主觀的理由。乃於當事人間定給付之意義者也。故以必須合意爲原則。然謂常須合意。亦非正當。因清償之目的所爲之給付。依其與既存債務之關係。給付之意義。當然可以決定。苟給付時未爲特別之意思表示。將其給付定爲別種意義。則雖未積極的爲明示或默示

之意思表示定爲清償之意義。亦當然可認爲因清償而爲之。故定此種目的。不惟無須合意。且亦不必表示。

給付因缺目的致無法律上之原因者。分類如左。

1. 自始缺目的者 定目的須當事人合意時。若其合意不成立。其給付卽爲自始缺目的。
 - 例如給付人以成立消費借貸爲目的。讓與金錢之所有權。受領人作爲贈與而受領。
 - 第三人以贈與之意思清償他人之債務。而債務人不承諾之是也。又當事人間雖有關於目的之合意。而其合意在法律上爲無效者。亦爲自始缺目的。例如合意之內容違反強行法規或有背公共秩序或善良風俗時是也。但不法原因之給付。另有特別規定。

2. 目的不達者 卽當事人間雖已有效定其目的。而其目的因他之障礙而不達者。又可分爲兩種。

(A) 目的之不達於給付時已確定者 因清償債務而爲給付。實際上其債務於給付時

已消滅者。即屬於此種情形。學者有謂此係自始缺目的而非目的不達者。然因清償債務而為給付。無非欲達其消滅債務之目的。故通說皆認為目的之不達。因履行條件而為給付。實際上其附條件之法律行為。於給付時已無效者。亦屬於此種情形。因清償債務而為給付。於給付時明知無給付之義務者。依第一百八十條第三款之規定。不得請求返還其給付。其他因一定目的而為給付。於給付時明知其目的不能達者。民法並未如德國民法第八百十五條除斥其返還請求權。（我國第一次民法草案第九二條第二次民法草案第三一六條與舊民法同）應將第一百八十條第三款類推適用。給付人亦不得請求返還其給付。

(B) 因達將來之目的而為給付其目的不達者 例如以債務之清償為前提。先行返還債權證書。或給與受領證書。而債務人不為清償。以買賣契約之訂立為前提。先行支付價金。而其買賣不成立。以婚姻之締結為前提。交付聘禮。而其婚姻不成立。附停止條件之債務。於條件未成就前為清償。而其條件不成就等是也。此等

情形。須有關於目的之合意。固不待言。但其合意之爲明示或默示。在所不問。例如一方示目的而爲給付。他方知之而不述異議。自可謂其合意已成立。

德國民法第八百十五條規定給付人違反信義妨礙目的之到達者。不得請求返還其利益。（我國第一次民律草案九第三二條）我國民法之解釋上。是否得認同一之理論。

（第二次民律草案第三一六條亦同）固屬疑問。惟附停止條件之債務。於條件未成就前爲清償。而其債務人以不正當行爲阻其條件之成就者。依第一百零一條第一項之規定。不得請求返還其利益。則由此類推解釋。其他之給付人以不正當行爲妨礙其目的之到達者。亦不得請求返還其利益。

3. 目的消滅者 卽當事人間雖已有效定其目的。且曾達其目的。而其後目的消滅者。例如因消費借貸成立而交付債權證書其證書之交付。雖有法律上之原因。但其後因清償或其他之原因。債務消滅時。其爲債權證據之目的。卽爲消滅。故就債權證書有不當得利返還請求權。其他履行契約上之債務後。契約被撤銷或解除時。亦屬之。

。解除條件之成就。以無溯及效爲原則。(第九九條二項)解除條件成就前所爲之履行。於條件成就時。本非溯及的失其原因。惟履行附解除條件之債務。雖在無溯及效之際。亦係以解除條件不成就爲前提。且未履行而解除條件成就時。本得免其債務。若履行後解除條件成就時。不認其有返還請求權。亦屬有失公平。故解除條件成就時。應解爲給付之目的消滅。

給付之目的消滅。卽本條所謂有法律上之原因而其後已不存在者是也。然所謂無法律上之原因。若用於廣義。亦可將目的消滅包括在內。日本民法第七百零三條所謂無法律上之原因。卽用於廣義。德國民法第八百十二條。則除前段載有無法律上之原因字樣外。並於後段將目的不達目的消滅一列舉。是其前段所謂無法律上之原因。其義較之我國民法爲尤狹。

(乙)因給付以外之方法而受利益時 因給付以外之方法而受利益。卽非因受損人之意思而受利益。此時所謂法律上原因之意義。不能依上述標準定之。蓋給付目的之觀念。

係以受損人之意思爲基礎也。茲更分別各種情形。說明法律上原因之意義如左。

1. 因受益人之行爲而受利益時。因受益人之行爲而受利益。有爲其行爲之事實的結果者。例如將他人之物使用收益或消費之。或侵奪他人之占有物時是也。有爲其行爲之法律的效果者。例如無權利人得對價而讓與他人之動產所有權。受讓人依第八百零一條之規定取得所有權時是也。此等情形所謂無法律上之原因。其意義如何。學者間頗有爭議。或謂此時之法律上原因。爲受損人之意思。受利益不由於受損人之給付。故無法律上之原因。或謂可受利益之權利。爲法律上之原因。無受利益之權利。故無法律上之原因。據余所信。以後說爲當。蓋受益人不由受損人之意思而因自己之行爲受利益時。若有受利益之權利。自無成立不當得利之理。例如夫妻未以契約訂立夫妻財產制者。夫對於妻之原有財產。有使用收益權。(第一九〇)此際夫因使用收益而受利益。雖非由於妻之意思。亦不得謂爲無法律上之原因。本於確定判決爲強制執行受金錢之支付者。縱令判決之內容不當。亦非不當得利。以其有爲強

制執行之權利也。

以上所舉受益人之行為。常有成立侵權行為者。其結果不當得利返還請求權。即與損害賠償請求權相競合。惟不當得利與侵權行為。其成立要件不同。若因行為人無責任能力或無故意過失而不成立侵權行為。祇得依不當得利之規定。請求返還其利益。

2. 因受損人之行為而受利益時 此係指受損人本無使他人受利益之意思。而他人因其行為受利益時而言。例如誤信他人之犬為自己之犬。飼以食料。或誤信自己之物為他人之物。以之飼他人之犬時是也。此時所謂無法律上之原因。即受益人無可受利益之權利之意。

3. 因第三人之行為而受利益時 例如債務人向債權之準占有人或持有債權人簽名之收據者為清償時。強制拍賣之分配程序或破產程序中分配於無受領權人時。第三人丙以甲之食物飼乙之動物時。債權之讓與未通知債務人前。債務人向讓與人為清償。

致受讓人失其債權時是也。此時所謂無法律上之原因。卽受益人無可受利益之權利之意。

4. 直接因法律之規定而受利益時 法律有因一定事實之發生或因有一定之行為。不問當事人之意思如何。使受一定之利益者。例如因時效而取得權利或免除義務。因善意受讓而取得權利。(第八〇條) 因附合混合或加工而受利益是也。此等情形。究爲不當得利與否。應視法律所以使生法律上變動之理由而決定之。若其認法律上變動之理由。係在使受益人保有其財產上之利益。則非不當得利。否則爲不當得利。據此標準而論。因時效而取得權利或免除義務。因善意受讓而取得權利。非不當得利。因附合混合或加工而受利益。法律並非欲使其人受此利益。不過以二物認兩所有權。或認共有權。至爲不便。乃本於便宜上之理由。使其所有權屬於一人。故生不當得利返還請求權。此在第八百十六條雖有明文規定。然其性質上亦爲不當得利。蓋所謂無法律上之原因。非指無移轉權利或取得財產之直接原因而言。故不得以第八

百十六條之規定。即謂直接因法律之規定而受利益者。性質上概非不當得利。

5. 因人之行為以外之事件而受利益時。例如甲所養之魚。游入乙之魚池是也。此時甲

除得行使所有物返還請求權外。並有占有之不當得利返請求權。而所謂無法律上之

原因。即指乙無受此利益之權利而言。

不當得利之要件完備時。受益人與受損人間。即發生返還利益之債權債務。其債權人爲受損人。因第三人之行為而生不當得利時。例如債務人在債權讓與後。讓與通知前。向讓與人爲清償時。對於讓與人得爲不當得利之返還。請求者爲受讓人而非債務人。又其債務人爲受益人。受益人以其所受利益。讓與於第三人時。該第三人亦負返還之義務。惟第一百八十三條有特別規定。

判例一 凡因他人之給付而受利益者。如爲其給付之法律上原因。一旦消滅。致他人受意外損失時。自宜將其所受之利益返還。(大理院四年私上一二號判決)

判例二 對於並無領受權人而爲履行時。債務人僅得依不當得利之法則。向領受人請求

償還其利得。而對於真正之債權人。仍不得不另爲清償。（大理院四年上字一四五號

判決）

第一百八十條 給付有左列情形之一者不得請求返還

- 一 給付係履行道德上之義務者
- 二 債務人於未到期之債務因清償而爲給付者
- 三 因清償債務而爲給付於給付時明知無給付之義務者
- 四 因不法之原因而爲給付者但不法之原因僅於受領人一方存在時不在此限

道德上之義務。法律上本不強制其履行。然如已任意履行。卽不得就其給付請求返還。其於給付時是否明知無法律上之義務。則所不問。若於給付時明知無法律上之義務。而有道德上之義務者。依本條第三款之規定。亦不得請求返還。反之誤信爲有法律上之義務。而實際上僅有道德上之義務。例如對於無法律上扶養義務之親屬。誤信爲有法律上扶養義務

。而給付扶養費時。則惟第一款有其適用。故於第三款以外。有設第一款規定之必要。惟誤信爲有道德上之義務而爲給付。實際並無此種義務者。仍得請求返還。例如誤認途人爲其有道德上扶養義務之親屬而給付扶養費時是也。又因履行道德上之義務而爲贈與。(第四〇八條)因履行贈與而爲給付者。固爲履行法律上之義務。不在第一款規定之範圍。然其贈與不成立時。依第一款之規定。仍不得就其給付請求返還。

未到清償期之債務。債權人雖尙不得請求履行。而債務人之債務。固已存在。故債務人於期前爲清償時。並非就不存在之債務爲清償。無論其清償是否因誤信爲已到期而爲之。皆不得請求返還。或有以債務人拋棄期限利益之觀念。說明第二款之立法理由者。然期限亦有爲債權人之利益而定者。卽爲債務人之利益而定之期限。債務人若誤信爲已到期而爲清償。不得謂有拋棄期限利益之意思。果如此說。則在此等情形。不能不許債務人就其給付請求返還。其與法文不符。自屬顯然。

本條第二款僅規定債務人不得就其給付請求返還。至債權人因期前受清償致先期利用所受

給付。受有所謂中間利息之利益時。債務人是否得就此項利益請求返還。不在第二款規定之列。關於此點。日本民法第七百零六條但書規定得請求返還。德國民法第八百十三條第二項後段規定不得請求返還。我國民法之解釋上。究應如何。不無疑義。按債權人於期前受清償。本非不當得利。本條第二款之規定。不過示明原則之適用。並非前條之例外規定。故債權人因期前受清償所受中間利息之利益。亦無不當得利之性質。債務人不得請求返還。

因清償債務而爲給付。實際無給付之義務者。謂之非債清償。因達清償目的而爲給付。如其債務不存在。卽爲無法律上之原因。依前條之規定。當然得請求返還。但本條第三款。就此設有特別規定。茲將適用此規定之要件。說明如左。

(一)須爲給付 因強制執行而受財產之扣押。不得謂爲給付。故其債務若不存在。給付人雖明知其不存在。亦得爲不當得利返還之請求。

(二)須因清償而爲給付 因清償而爲給付。卽以消滅現在之債務爲目的而爲給付。如其給

付之目的。係在將來若發生債務則充清償之用。嗣後債務不發生時。雖給付時明知無給付之義務。亦得請求返還。至以其他目的而爲給付時。不得適用本款之規定。尤不待言。

(三)須無給付義務 所謂無給付義務。卽其清償之債務不存在。其爲自始不存在。抑爲給付行爲以前業已消滅。則所不問。債務發生原因之法律行爲撤銷時。不問其撤銷。係給付行爲之前爲之。抑係其後爲之。均爲債務自始不存在。無代理權人所爲法律行爲。非經本人承認。對於本人不生效力。故相對人對於本人不負擔債務。若相對人因清償該法律行爲上之債務而爲給付。卽爲非債清償。

債務存在而附有抗辯權時。是否與債務不存在同論。頗有疑義。德國民法第八百十三條第一項。於有否定的抗辯權之債務。規定爲與不存在之債務同論。我國民法除於第一百四十四條第二項就消滅時效完成之債務有規定外。並無規定。自理論上言之。附有抗辯權之債務。不問其爲否定的抗辯權。(如第一九八條之抗辯權)抑爲延期的抗辯權。(如

第二六四條之抗辯權）皆不得與不存在之債務同論。故因清償而爲給付時。雖不知其有抗辯權。亦不得請求返還。惟否定的抗辯權一經行使。則債權永遠失其效力。嗣後即與債務自始不存在無異。

（四）須於給付時明知無給付之義務 給付人於給付時明知無給付之義務而爲給付。則爲無意味之行爲。法律上無保護之之必要。故不許其請求返還。立法上之理由。既僅以其爲無意味之行爲而不保護之。故惟任意爲給付者。始適用之。若因避免假扣押假處分或其他之事由。不得已而爲給付時。雖明知無給付之義務。仍應許其請求返還。

給付人於給付時不知無給付之義務而爲給付者。不問其不知是否由於過失。亦不問其因事實之誤認而不知。抑因法律之誤解而不知。皆有不當得利返還請求權。

本條第三款。爲對於前條之例外規定。故原告祇須證明前條之事實。即得請求返還。被告若欲免其返還義務。則須就本條第三款所規定給付人明知無給付義務之特別事實。負舉證之責。

給付之原因不法時。其給付在事實上雖非無原因。而法律則不認不法原因之效力。故此種給付。不得不謂爲缺法律上之原因。苟無何等規定。則因不法原因而爲給付者。常有不當得利返還請求權。惟法律若認此返還請求權。則請求者不得以自己所爲給付係由於不法原因爲其請求之根據。極其結果。卽係以自爲違法行爲爲理由而主張權利。故本條第四款否認此請求權。

本條第四款之適用。須具左列要件。

(一)須爲給付 給付者、本於受損人之意思所爲財產上之給付也。其依事實上之行爲而爲之。抑依法律行爲而爲之。在所不問。依法律行爲而爲之時。不以移轉所有權爲限。設定或移轉所有權以外之物權、讓與債權、免除債務、發行票據等。皆包含之。因給付以外之原因而受利益者。不在本款規定之列。故因法院之分配行爲而受利益時。雖其受利益之原因爲不法。仍得請求返還。

(二)須因不法之原因 不法原因之意義。在日本民法之解釋上。頗有爭論。或從廣義解釋

。原因除有背公共秩序或善良風俗者外。違反強行法規時。亦包含之。或從狹義解釋。僅指原因有背公共秩序或善良風俗者而言。縱令違反禁止法規。而其禁止不以有背公共秩序或善良風俗爲理由者。不包含之。前說爲多數學者所主張。後說爲日本大審院之判例。公司之設立登記前所爲股份之買賣。(公司法第 一一六條)生此問題。實際上不知禁止法規之存在者頗多。或有採用後說之必要。而於法律明文之解釋。究以前說爲當。

不法之原因。關於將來之事項。抑關於過去之事項。在所不問。因賭博已負而給付財物。因通姦已成而給付報酬。以過去之事項爲原因者也。因使公務員將來爲職務行爲而爲給付。以偽造貨幣爲目的。給付金錢以充費用。詐欺人爲詐欺之手段給付財物於相對人。皆以將來之事項爲目的者也。所謂原因。與所謂給付之目的意義相同。故不以關於過去之事項爲限。

單純之動機不法。不得謂爲原因之不法。單純之動機。非不當得利之原因。前已述之。故不法原因之給付。原因與動機。亦應區別之。例如知相對人將以借得之金錢用於賭博

而借與金錢。不得謂爲因不法原因之給付。惟通常祇爲動機之事項。當事人以之爲法律行爲之內容時。則爲給付之原因。例如以犯罪行爲爲條件而爲贈與時是也。故一定之事項。是否僅屬動機。應就具體情事決定之。

本條第四款僅就不當得利返還請求權而爲規定。故因不法之原因而爲給付時。其給付人雖無不當得利返還請求權。而他之請求權。仍不妨行使之。例如本於所有權行使物上請求權時是也。此時給付人祇須主張自己之所有權。並不以自爲違法行爲爲其主張之原因。故不受本款之限制。以侵權行爲爲理由。行使損害賠償請求權時、亦然。惟被害人以侵權行爲爲理由請求賠償。若有主張自己違法行爲之必要時。則依本款之類推解釋。不得請求賠償。例如甲詐欺乙。與之共同僞造紙幣。乙因而支出僞造費用時。乙不得以侵權行爲爲理由請求賠償。

不法之原因。僅於受領人之一方存在時。給付人得請求返還。蓋此時給付人之請求返還。並非以自爲違法行爲爲理由也。所謂不法之原因。僅於受領人之一方存在。即原因不法之

理由。僅於受領人之一方存在。而於給付人之一方不存在也。例如給付財物於將爲犯罪行爲之人而阻止之。或贈與財物而使公務員行正當之職務時是也。

判例 給付時不知債務不存在者。除得請求歸還其給付外。受益人並應負歸還所受利益之義務。(大理院三年上字二零七號判決)

第一百八十一條 不當得利之受領人除返還其所受之利益外如本於該利益更有所取得者並應返還但依其利益之性質或其他情形不能返還者應償還其價額

不當得利之受領人。返還其所受之利益。以返還原物爲原則。即受領人所取得之物或權利。在返還當時尙現存者。應返還該物或權利。故就其取得之物。應爲移轉所有權或移轉占有之行爲。就其取得之債權或其他之權利。應爲讓與契約。若其債權業已收取。而其收取之物尙現存者。應返還之。

受領人受取代替物而其物滅失時。究應給付同種之他物。抑應返還價額。解釋上頗有爭論

據余所信。以返還價額說爲正當。蓋返還同種之他物。雖非不能。而返還受取之物。則已不能。且受領人消費其物後。價額有變動時。以消費時所受利益爲標準。使其返還價額。亦與返還不當得利之本旨相適合。

返還原物。有爲其利益之性質上所不能者。例如因物之使用或勞務而受利益時是也。有因其他情形而不能者。例如原物已出賣已滅失或已毀損時是也。苟返還當時原物已屬不能返還。則應償還其價額。償還價額。當然以金錢計算之。

不當得利之受領人。本於其所受之利益。更有所取得者。應與所受利益一併返還。所謂更有所取得。如收有孳息或受有使用利益時是也。

第一百八十二條 不當得利之受領人不知無法律上之原因而其所受之利益已不存在者免負返還或償還價額之責任

受領人於受領時知無法律上之原因或其後知之者應將受領時所得之利益或知無法律上之原因時所現存之利益附加利息一併償還如有損害並

應賠償

返還義務之範圍。視受領人知無法律上之原因與否而異。不知無法律上之原因者。不問其不知是否由於過失。惟於所受利益現尚存在之限度。負返還義務。其所受之利益。已不存在者。無論其不存在之原因如何。免負返還責任。惟所謂不存在。非指所受利益之原形不存在而言。原形雖不存在。而實際上受領人所獲財產總額之增加。現尚存在時。不得謂利益已不存在。故因消費其所受利益而其他財產得免消費時。或因所受利益之毀滅減少得有代償利益時。(如對於第三人之損害賠償請求權)其利益應認為現尚存在。至受領人因支出費用而保存所受利益時。則其所受利益。僅於減去費用額之範圍現尚存在。又所受利益。若已經原告證明。則在無反證時。應認為現尚存在。

決定利益存在與否之時期。民法並無明文規定。究以請求返還之時為標準。抑以請求返還之訴提起時為標準。不無疑義。惟返還不當得利之債務。為不定期限之債務。以請求返還之時為標準。定利益存在之限度。嗣後使受領人負遲延責任。實與第二百二十九條之本旨

相適合。至受領人未受返還請求。自行提出給付時。應以其時爲標準。定利益存在之限度。自不待言。

領受人於受領時知無法律上之原因者。不問其所受之利益。在返還當時存在與否。亦不問其不存在之理由如何。應將受領時所得之利益全部返還。如其所受之利益爲金錢。尙須附加法定利息。卽非金錢。亦應折算爲金錢。附加法定利息。若除返還利益全部。並附加法定利息外。猶有損害。並應賠償。

受領人於受領時雖不知無法律上之原因。而其後知之者。應自知之以後。與知無法律上原因之受領人負同一之責任。卽其所受之利益。在知無法律上之原因時已不存在者。雖免負返還責任。而當時所現存之利益。縱令嗣後已不存在。亦應附加法定利息。一併償還。如有損害。並應賠償。

受領人知無法律上之原因者。除應返還法定利息外。尙應返還孳息。惟法定利息之返還與孳息之返還。至少必有一部分相重複。自不得解爲兩者皆應返還。然如解爲返還孳息時卽

無返還法定利息之義務。則孳息額少於利息額時。其結果顯屬不當。反之解爲僅應返還法定利息。其結果亦同。故受領人雖應將孳息與法定利息併行返還。而於重複之範圍。無須返還。就其數額之大者返還之可也。

第一百八十三條 不當得利之受領人以其所受者無償讓與第三人而受領人因此免返還義務者第三人於其所免返還義務之限度內負返還責任

不當得利之成立。須受利益與受損害之間有因果關係。其受利益與損害爲別一原因事實時。雖兩事實之間有所牽聯。亦不成立不當得利。已如上述。故甲以向乙買受之物。贈與於丙。嗣後乙撤銷買賣契約時。乙對於丙無不當得利返還請求權。蓋乙之受損害與丙之受利益。爲別一原因事實。而丙受利益以前。乙業已受損害也。惟甲如不知其受利益無法律上之原因。則將該物贈與於丙後。依前條第一項之規定。對於乙即免返還義務。此時乙無取償之道。丙則無償取得其物。實際上之結果。頗覺失當。故本條特設例外。於甲所免返還義務之限度內。使丙負返還責任。

第五款 侵權行爲

侵權行爲。卽不法侵害他人權利之行爲。屬於所謂違法行爲之一種。債務不履行。爲債務人侵害債權之行爲。性質上亦屬侵權行爲。但法典另有關於債務不履行之規定。故關於侵權行爲之規定。於債務不履行。不適用之。惟同一行爲。於債務不履行外。復侵害債權人其他之權利時。例如受寄人故意毀損寄託人所有之寄託物時。寄託人既有債務不履行之損害賠償請求權。亦有侵權行爲之損害賠償請求權。若行使侵權行爲之損害賠償請求權。自應適用關於侵權行爲之規定。

侵權行爲與刑法上之犯罪。因同一行爲而成立者頗多。然刑事責任。係爲防衛社會起見。以矯正或排除反社會性之人爲目的。民事責任。係爲保護被害人起見。以填補其所受損害爲目的。雖民刑兩責任之共助作用上。刑事責任不能全無報復之觀念。民事責任不能全無鎮壓不正之觀念。而其主要之目的。固截然不同。因其主要目的之不同。其責任發生之要

件亦異。侵權行爲之成立。以發生損害爲不可缺之要件。而犯罪之成立，則否。犯罪之成立。以故意過失爲不可缺之要件。而侵權行爲之成立。則觀念上不以此爲必要。

**第一百八十四條 因故意或過失不法侵害他人之權利者負損害賠償責任
故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同
違反保護他人之法律者推定其有過失**

侵權行爲可分爲一般侵權行爲與特殊侵權行爲。本條所規定者。爲一般侵權行爲。第一百八十七條至第一百九十一條所規定者。爲特殊侵權行爲。茲將一般侵權行爲之成立要件。述之如左。

(一)自己之行爲 特殊侵權行爲。有因他人之行爲或人之行爲以外之事實而成立者。一般侵權行爲則必因自己之行爲而成立。

行爲非專指作爲而言。不作爲亦包含之。惟不作爲惟於行爲人有作爲義務時。始成立侵權行爲。蓋無作爲義務時。於不法之要件有欠缺也。

以他人爲機械而爲侵權行爲時。亦不失爲自己之行爲。例如甲僞稱乙之所有物爲自己之所有物。命丙毀滅之。丙之行爲不具備侵權行爲之要件時是也。(丙之行爲若具備侵權行爲之要件則爲共同侵權行爲)

(二)侵害他人之權利 侵害權利。爲一切侵權行爲之要件。苟非侵害權利。雖加損害於他人。亦不成立侵權行爲。惟民法認有例外。卽故意以背於善良風俗之方法。加損害於他人時。雖非侵害權利。亦成立侵權行爲。例如故意洩漏他人未得特許權之技術上祕密。致他人受有損害時。應負賠償責任。所謂善良風俗。卽依現代社會之健全思想一般所認爲國民道德之準繩。某行爲是否背於善良風俗。應隨社會之進步。依當時社會一般之道德觀念而決定之。

侵害權利固通常違反法規。然違反法規。非必常屬侵害權利。若其法規係以保護公益爲目的。不過因其反射作用。個人受有利益。而非認個人之權利者。雖違反之。亦不成立侵權行爲。

權利之爲侵權行爲之客體者。一切之私權也。公權雖亦爲權利之一種。而民法關於侵權行爲之規定。則專以保護私權爲目的。故對於侵害公權之法律效果。應專依認該公權之法律而定之。本條之規定。不在適用之列。惟侵害公權。同時侵害私權時。關於侵害私權部分。應成立侵權行爲。固不待言。例如妨害行使選舉權。同時侵害其身體或自由時是也。

侵害權利、即妨害權利之享有或行使。使權利人失其權利之全部或一部時。固爲侵害權利。但不以達此程度爲必要。苟已妨害其享受權利內容之利益。即不得不謂爲侵害權利。

侵害權利。有妨害權利人享受現存利益者。物權及其他支配權之侵害屬之。有妨害權利人享受將來可享之利益者。債權之侵害屬之。或以前者爲侵害權利。後者非侵害權利爲理由。主張第三人無侵害債權之事。然謂侵害權利。僅以妨害現存利益爲限。在理論上實際上未見有如此狹義解釋之必要。債權人僅以債務人之給付。始得實現其利益之享

受。不過有享受利益之希望。而非現已享受利益。固屬當然。然此種希望。非僅事實上之希望。乃法律所保護之希望也。故第三人侵害其希望之實現。不能不解為侵害權利。

(三)損害之發生 民事責任。係以填補被害人所受損害為其主要目的。故侵害權利而不生損害時。不負侵權行為之責任。至損害之意義。參照第二百十三條說明。

(四)侵害權利與損害之間有因果關係 因果關係之意義。參照第二百十三條說明。

(五)阻却違法之事由不存在 侵害權利。雖常屬違法。然阻却違法之事由存在時。則不為違法。本條所謂不法。即明示侵權行為之成立。以阻却違法之事由不存在為其要件。阻却違法之事由如左。

甲、權利之行使 權利之行使。為適法行為。故因權利之行使而侵害他人之權利時。不成立侵權行為。惟權利之濫用。不能認為權利之適法行使。故因權利之濫用而侵害他人之權利時。仍成立侵權行為。(參照第一四八條) 例如於適當限度。使煤煙惡臭侵入隣地。為自己所有權之行使。尚係適法行為。但超過適當限度。則為權利之濫用。究為濫用

與否。應考察法律認該權利之本旨。並以社會一般觀念爲標準而決定之。可認爲反於誠實信用或背於公共秩序或善良風俗時。卽應解爲濫用。

行政官廳之許可。以不阻却違法性爲原則。蓋行政官廳。除法律有特別規定外。無許可侵害權利之權限。故侵害權利之行爲。雖得行政官廳之許可。亦不得解爲權利之行爲。

乙、被害人之承諾 被害人之承諾。以阻却法違性爲原則。蓋權利人本得自行侵害其權利。故允許他人侵害。法律上並無何等妨礙。惟允許他人侵害權利。爲意思表示之一種。故其意思之內容。違反強行法規。或背於公共秩序或善良風俗時。不生效力。例如承諾他人侵害自己之財產權。承諾他人將自己身體輕微傷害。固爲阻却違法之事由。但囑託他人幫助自殺或自行重傷。或承諾他人將自己殺死或重傷。皆不爲阻却違法之事由。(參照刑法第119條第2項第2款)

單純被害之豫期。非阻却違法之事由。例如知受煤煙而移住於其地。雖豫期必將被害

。亦不得謂爲被害之承諾。

丙、無因管理 管理他人之事務。往往生侵害他人權利之結果。如爲他人修繕房屋。致侵犯他人之所有權。救助人命。致毀傷他人之衣服身體是也。此等侵害權利之行爲。在普通情形爲侵權行爲。然如出於圖本人利益之意思。則失違法性。不成立侵權行爲。惟有時亦生賠償義務。前已述之。

丁、第一百四十九條至第一百五十一條之行爲 關於各該條之說明。屬於民法總則之範圍。茲不贅。

(六)故意或過失 民事責任。以填補被害人所受損害爲其主要目的。故認所謂無過失之賠償責任。本不反於民事責任之觀念。惟在普通之社會生活。僅使有過失者負賠償責任。已足維持社會生活之安全。故除有特別情事。於社會生活之維持及發達。有認無過失責任之必要者外。原則上以故意或過失爲一般侵權行爲之成立要件。

故意及過失之意義。參照第二百二十條之說明。故意或過失之成立。須有責任能力。責

任能力之意義。參照第一百八十七條之說明。

關於侵權行為之故意或過失。除有特別規定外。原告有舉證責任。蓋故意或過失。為侵權行為之成立要件也。侵權行為人違反保護他人之法律者。推定其有過失。此時原告不負舉證責任。被告若欲覆此推定。則須提出反證。所謂違反保護他人之法律。係指違反豫防損害發生之法律而言。例如違反違警罰法第四十一條第二款。於公衆聚集之處及濶曲小巷、馳騁車馬、或爭道競行、不聽阻止。或違反同法第四十二條第十一款。車馬夜行、不燃燈火、因而撞傷行人是也。本條第二項與德國民法第八百二十三條第二項迥異。不得為同一之解釋。注：同法第八百二十三條第二項之規定。係指違反保護他人之法律。而致發生損害者而言。其損害賠償之方法及範圍。除本款有特別規定外。依第二百十三條至第二百十八條之規定。故以上有之侵害權利。亦依此項規定。

判例一 利用行政官署之處分。以為侵害他人權利之手段。則對於被害人因此所受之損害。仍難免賠償之責任。(最高法院十八年上字二五四〇號判決)

判例二 第三人如教唆債務人。或與債務人合謀。使債務之全部或一部陷於不能履行時。則債權人因此所受之損害。得依侵權行為之法則。向該第三人請求賠償。(最高法院十八年上字二六三三號判決)

判例三 因過失不法侵害他人之權利者。固應負損害賠償責任。但過失之有無。應以是否怠於善良管理人之注意為斷。苟非怠於此種注意。即不得謂之有過失。(最高法院十九年上字第二七四六號判決)

判例四 侵權行為人是否受有利益。於賠償義務並無關係。(大理院五年私上六號判決)

判例五 侵權行為人對於受害人。自應有賠償損害之義務。惟此項賠償義務。僅侵權行為人本人所負擔。其妻當時既不知情。又未占有其財產。自不能令其負以私財代夫償還之責。(大理院三年上字二九〇號判決)

判例六 侵權行為之構成。除行為人係有故意外。凡應注意並能注意而不注意者。為有

過失。亦認爲賠償損害之原因。（大理院五年上字一〇一二號判決）

判例七 關於侵權行爲賠償損害之請求權。以受有實際損害爲成立要件。若絕無損害。亦即無賠償之可言。（大理院五年上字九六七號判決）

判例八 凡因不法之行爲。使人給付財物於己者。應負返還之義務。（大理院七年私上二九號判決）

判例九 以承繼無關係之人。竟擅自處分他人之遺產。當然爲侵權行爲。（大理院三年上字四五號判決）

判例十 共有物之處分。非經各共有人全體同意。不得爲之。故因共有人中一部份之私擅處分。致共有物不能回復原狀者。則對於未經同意之共有人。應依侵權行爲原則。

負損害賠償之責。（大理院五年上字九六七號判決）

判例十一 若賣主於依照約定之界址數量指交買主之後。復就該不動產擅自占有其全部或一部。自係一種侵權行爲。買主當然有向其請求返還占有部分及損害賠償之權利。

(大理院七年上字六一五號判決)

判例十二 移轉所有權爲標的之行為。無論係由官廳強制。抑出自行爲人之自由。必須其標的物所有權屬於行爲人。始能生移轉之效力。故官廳強制人民爲此項行爲時。若誤指他人之物爲其所有。因而令其讓與者。其讓受人於民事法上並非完全取得所有權。而官廳之錯誤。若由於行爲人之故意或過失所致。則讓受人依侵權行爲原則。仍得請求行爲人賠償其損害。(大理院四年上字一五八五號判決)

判例十三 不法保留他人之財物或侵奪之者。對於所有人或其他有回復請求權人應任返還之責。若不能返還。則應賠償其損害。(大理院四年上字二一八八號判決)

判例十四 凡占有他人所有物爲無權利之處分者。即屬不法侵害所有人之權利。自應就其所生損害擔負賠償之責。(大理院七年上字一三〇一號判決)

判例十五 凡代債務人清償債務。而將債務人所託與清償債務之金錢物品自行消費。致債權人不能及時受清償者。則對於債權人。即爲侵權行爲。債權人固不妨更向債務人

請求清償。而亦得向該人請求賠償損害。(大理院三年上字八三六號判決)

判例十六 唆使債務人故意不履行債務。致債權人受有損害者。對於債權人即為侵權行為。自應賠償其損害。(大理院三年上字一二〇五號判決)

判例十七 債權人對於債務人因索取債款不得。自可依法向審判衙門請求正當之救濟。是為法律所明許。不能謂為侵權行為。(大理院七年上字九〇二號判決)

判例十八 凡損害本於侵權行為者。須有侵害之行爲。如無權利人擅就他人土地締結買賣契約。固屬侵害行爲。要與承買人無直接之關係。故非證明承買人確係共同侵害。則承買人自不負何等賠償之責。(大理院五年上字一四四八號判決)

判例十九 行政官應對於特定之人或團體。為其利益計而付與私法上之權利。法律上謂之設權行爲。或稱爲特許。即屬行政處分之一。受此等行政處分者。如其權利被他人侵害。或行使權利而有侵害他人權利之行爲時。除法律有特別規定外。被害者對於加害者。得訴之於司法衙門。以求救濟。然審判衙門亦祇能就權利是否侵害爲之裁判。

而不能爲廢除或變更行政處分之判決。（大理院三年上字一號判決）

判例二十 凡當事人以私人資格假官廳之行政處分。爲侵害他人權利之手段者。受害人對於加害人得提起民事訴訟。請求侵權人回復其原狀。或爲損害賠償。反是如逕由行政官廳於職權內自行處分有案者。無論該處分是否違法。並有無侵害人民之權利。依照現行法令。只准受害人向該管上級行政衙門訴願。或依法提起行政訴訟。以資救濟。司法衙門既不能直接撤銷該行政處分。自不得認爲民事訴訟受理。（大理院四年上字一〇二三號判決）

判例二十一 被害人之損害。如因一致害之原因。卽足以發生其全部損害者。縱令尙有其他原因存在。或別有物界助力。其賠償義務人仍應負擔全部責任。（大理院十一年上字一七〇五號判決）

判例二十二 爲他人雇用人員辦理事務。而於實際所需之薪額以外。浮報多額。以便於侵蝕。顯係侵害委託人之權利。與將他人應得薪水侵蝕入己者尙有不同。故無論其所

浮報之數。受雇人是否知悉。既不能認爲侵蝕受雇人應得之薪水。卽應僅對於委託人負賠償之責。非受雇人所得主張。(大理院八年上字三三三號判決)

判例二十三 觸犯刑法所負刑罰之責任。固不因和解而免除。惟因不法行爲加損害於他人。本加害人與被害人雙方一致之意思。於刑事和解中訂立一種賠償契約。尙非無效

。(大理院八年上字一二〇五號判決)

第一百八十五條 數人共同不法侵害他人之權利者連帶負擔損害賠償責任

不能知其中孰爲加害人者亦同

造意人及幫助人視爲共同行爲人

數人共同不法侵害他人之權利者。謂之共同侵權行爲。共同侵權行爲之成立。是否數人間須有主觀的共同。學說不一。或謂須有意思之共同。(即通謀)或謂雖無須意思之共同。但須有共同之認識。或謂不以主觀的共同爲必要。祇須客觀的共同侵害權利。卽可成立。據余所信。以後說爲當。(判例則採反對之見解)

共同侵權行爲。須數人皆具備侵權行爲之要件。數人中若一人有阻却違法之事由。或無故意過失。則其人非侵權行爲人。亦即非共同侵權行爲人。損害賠償責任。即由其他具備侵權行爲要件之人負擔之。惟侵權行爲之體樣。各共同行爲人不必同一。因故意之行爲人與因過失之行爲人。不妨爲共同侵權行爲人。又數人侵害權利之方法有差異者。亦無妨爲共同侵權行爲。

各侵權行爲人之侵害權利。須與損害間有因果關係。此乃各行爲人之行爲皆須具備侵權行爲要件之當然結果也。惟其因果關係。祇須爲相當因果關係。故無須單獨生其結果。又他之原因單獨可生結果。亦屬無妨。

第一項後段所謂不能知其中孰爲加害人者。係指共同行爲人中何人之行爲爲侵害權利之行爲。不能確知時而言。此所謂共同行爲。須於侵害權利有危險。若爲與侵害權利無關係之共同行爲。則雖其中有一侵害權利之行爲。亦不能適用本項之規定。例如數人共向他人之房屋投石。其中一人所投之石。擊破窗戶。不能知該石爲其中何人所投時。固應適用本項

之規定。但青年數人在曠野爲投石之賽技。偶有其中一人所投之石。擊傷行人。不能知該石爲其中何人所投時。不得指參與賽技之全體青年爲共同行爲人。使負共同侵權行爲之責。蓋在曠野爲投石之賽技。本爲與侵害權利無關係之共同行爲也。

第二項所謂造意人。係指使他人決定爲侵權行爲之意思者而言。所謂幫助人。係指於他人爲侵權行爲之際實行侵害權利行爲以外之補助行爲者而言。此兩者雖皆不自實行侵害權利行爲。與第一項之共同行爲人不同。然民法則以使負同一責任爲正當。視爲共同行爲人。共同侵權行爲人。連帶負損害賠償責任。其所負損害賠償之債務。既爲連帶債務。則其對外關係及對內關係。皆當適用第二百七十三條以下之規定。連帶債務人相互間之分擔部分。以平均爲原則。故共同侵權行爲人相互間。苟無異其分擔部分之特別情事。其分擔部分。應解爲平均。(參照第二百零八十一條說明)

判例一 所謂不能知其中孰爲加害人。係謂不能知其中何人之行爲發生侵害權利之結果。至不能知其中孰有過失。則不得令其連帶負責。(最高法院二十年上字一二九號判

決)

判例二 同一權利。若爲數人所侵害。而各加害人無意思上之聯絡者。應由加害人各就其所加之損害。分別負擔賠償責任。如事實上不能確知孰加損害者。則負連帶之責。(

大理院五年上字一〇一二號判決)

判例三 一侵權行爲所生之損失。由數人連帶負責者。應以該數人均曾共同爲該行爲者爲限。(大理院十年上字四號判決)

判例四 侵權行爲之被害人所以認其有請求權者。原爲保護正當利益起見。數人既各以決心共同爲侵權行爲。則即使其動機係出於其中之一人。而他行爲人究不得自謂爲被動而對於主動人更請求賠償自己因該行爲所受之損害。(大理院九年上字二九號判決)

第一百八十六條 公務員因故意違背對於第三人應執行之職務致第三人之權利受損害者負賠償責任其因過失者以被害人不能依他項方法受賠

償時爲限負其責任

前項情形如被害人得依法律上之救濟方法除去其損害而因故意或過失不爲之者公務員不負賠償責任

因公務員之行爲。致第三人之權利受損害時。應視其行爲是否爲職權範圍外之行爲。以定其有無賠償責任。如係職權範圍外之行爲。公務員應依第一百八十四條之規定。負賠償責任。蓋職權範圍外之行爲。非國家機關之行爲。乃純屬公務員私人之行爲。與其他私人所爲侵權行爲無以異也。如係職權範圍內之行爲。尚須視其行爲爲私法上之行爲。抑爲公法上之行爲。以定其有無責任。公務員於職務上爲國家爲買賣承攬等私法上之行爲。致第三人之權利受損害時。應依民法第二十八條之規定。與國家連帶負擔賠償責任。公務員於職權範圍內爲公法上之行爲時。除有特別規定外。縱令第三人因其行爲而受損害。亦不得向公務員請求賠償。蓋此種行爲。係代表國家行使其公權力。不適用民法關於侵權行爲之規定也。

公務員違背對於第三人應執行之職務。致第三人之權利受損害時。應負賠償責任。其賠償責任。因其違背此項職務。係出於故意。抑出於過失而不同。因過失違背此項職務者。惟於被害人不能依他項方法受賠償時。例如別無負賠償責任之人。或雖有之。而因其人逃匿無蹤。或毫無資力。不能達賠償之目的時。始負賠償責任。因故意違背此項職務者。不問被害人能否依他項方法受賠償。概負賠償責任。惟被害人已依他項方法受賠償時。不得更向公務員請求賠償。自不待言。

被害人因公務員違背職務所受之損害。無從除去者。固應使公務員負賠償責任。但法律上設有除去其損害之救濟方法者。被害人應盡其方法以除去其損害。若因故意或過失而不爲之。例如對於行政處分。不提起訴願或行政訴訟。對於法院之裁判。不提起上訴。則在法律上無保護之必要。縱令公務員之違背職務。係出於故意。亦不得向公務員請求賠償。

第一百八十七條 無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利者以行為時有識別能力爲限與其法定代理人連帶負損害賠償責任行為

時無識別能力者由其法定代理人負損害賠償責任

前項情形法定代理人如其監督並未疏懈或縱加以相當之監督而仍不免發生損害者不負賠償責任

如不能依前二項規定受損害賠償時法院因被害人之聲請得斟酌行為人與被害人之經濟狀況令行為人爲全部或一部之損害賠償

前項規定於其他之人在無意識或精神錯亂中所爲之行為致第三人受損害時準用之

一般侵權行爲。以故意或過失爲其成立要件。而故意或過失。則以意思能力之存在爲前提。故侵權行爲。除不以故意或過失爲其成立要件者外。須行爲人有適於構成故意或過失之意思能力。方得成立。此種能力。名曰責任能力。或稱侵權行爲能力。

無行爲能力人或限制行爲能力人於行爲時無識別能力者。無責任能力。所謂識別能力。卽指足以識別自己之行爲應生法律上不當行爲之責任之知能而言。苟依行爲時未成人之精

神發育程度或禁治產人之精神狀況。足認其已具此項知能。則其實際識別與否。在所不問。

無行為能力人或限制行為能力人於行為時無責任能力者。既不成立侵權行為。當然不負損害賠償責任。惟此項無責任能力人之為加害行為。通常由其法定代理人監督疏懈所致。且不予被害人以救濟之途。亦與損害賠償之本旨不合。故法律使法定代理人負損害賠償責任。至法定代理人之負損害賠償責任。須無責任能力人之行為具備故意過失以外之侵權行為成立要件。固不待言。

無行為能力人或限制行為能力人於行為時有責任能力者。應依一般侵權行為之規定。負損害賠償責任。似無使其法定代理人負賠償責任之必要。惟此項有責任能力人之為加害行為。亦非無由其法定代理人監督疏懈所致者。且被害人辨別行為人有無責任能力。極為困難。因不明瞭應向何人請求賠償而受損失者。往往有之。故法律使法定代理人與行為人連帶負損害賠償責任。法定代理人所負損害賠償義務。既為連帶債務。則第二百七十三條以下

之規定。自在適用之列。惟其對內關係。無分擔部分。法定代理人賠償損害時。對於行爲人就其賠償額之全部有求償權。行爲人賠償損害時。對於法定代理人無求償權。本條雖未如第一百八十八條定有明文。然在理論上及實際上。不能不爲同一之解釋也。

法定代理人若於監督並未疏懈。或其監督之疏懈與加害行爲之間毫無因果關係者。無使其負責之理。故法律於此種情形。免除其責任。惟監督之疏懈與否。及其與加害行爲有無因果關係。不過爲法定代理人之免責要件。並非發生責任之積極要件。故有爭執時。法定代理人應負舉證之責。

行爲人無責任能力。其法定代理人亦已證明其於監督並未疏懈或其監督之疏懈與加害行爲間無因果關係時。被害人自無從請求損害賠償。此時法院因被害人之聲請。得斟酌行爲人與被害人之經濟狀況。令行爲人爲全部或一部之損害賠償。此蓋本於社會政策上之理由者也。至雙方之經濟上必至如何狀況始可令行爲人爲全部或一部之賠償。應依具體情事公平決定之。若令行爲人賠償。必致失其維持生計或履行法定扶養義務之資力時。不可令其賠

債。

人在無意識或精神錯亂中全無意思能力。故法律亦認爲無責任能力。其在此時所爲之行爲。並不成立侵權行爲。當然不負損害賠償責任。惟行爲人豫以利用無意識或精神錯亂而爲加害行爲之意思。或豫見有至爲加害行爲之虞。飲過量之酒。或爲其他類似行爲。致一時在無意識或精神錯亂中者。可認爲因故意或過失而爲加害行爲。仍應負賠償責任。蓋此與利用無責任能力人爲侵權行爲無異也。

有行爲能力人因無責任能力而不負損害賠償責任時。法院因被害人之聲請。亦得斟酌行爲人與被害人之經濟狀況。令行爲人爲全部或一部之賠償。

第一百八十八條 受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者由僱用人與行爲人連帶負損害賠償責任但選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者僱用人不負賠償責任

如被害人依前項但書之規定不能受損害賠償時法院因其聲請得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況令僱用人爲全部或一部之損害賠償

僱用人賠償損害時對於爲侵權行爲之受僱人有求償權

受僱人因執行職務。不法侵害他人之權利時。被害人本祇能對於受僱人請求損害賠償。惟受僱人通常爲無資力者。被害人對於受僱人請求損害賠償。往往歸於有名無實。而自僱用人方面言之。爲應自己之需要僱用他人。其活動範圍既已擴張。其責任範圍亦不得不隨之擴張。此本條之所以使僱用人與行爲人連帶負損害賠償責任也。

受僱人之行爲。不具備侵權行爲之要件時。該受僱人不負損害賠償責任。其僱用人亦即不負責任。蓋本條所謂由僱用人與行爲人連帶負損害賠償責任。係以受僱人負損害賠償責任爲前提也。至受僱人之行爲。是否具備侵權行爲之要件。應依第一百八十四條定之。本條僅載受僱人因執行職務不法侵害他人之權利字樣。雖似受僱人之侵權行爲。不以故意或過失爲其成立要件。然本條僅規定僱用人於受僱人因執行職務所爲侵權行爲。應與受僱人負

連帶賠償責任。非使受僱人負無過失賠償責任之意。即在理論上亦不得使受僱人負無過失賠償責任。故受僱人無故意或過失時。僱用人與受僱人皆不負損害賠償責任。

第一項所謂因執行職務。非執行職務時之謂也。苟受僱人之行爲。在客觀上不能認爲執行行爲。亦不能認爲與執行行爲相牽連之行爲。則雖在執行職務時爲之。亦不得適用本條之規定。例如僱用工匠修理房屋。正在修理之際。工匠故意投磚擊傷行人。不得謂因執行職務之行爲。然如工匠因過失致磚自屋頂落下。擊傷行人。則爲因執行職務之行爲。

第一項所謂他人。包含執行同一職務之其他受僱人。蓋本條非如英法之區別共同受僱人與其他第三人而使僱用人之責任有差異也。

僱用人選任受僱人及監督其職務之執行。若已盡相當之注意。而猶使其負責任。則不惟無過失者與有過失者同一看待。有反公平之原則。亦非所以獎勵人注意選任監督之道。故第一項但書。免除其責任。縱加以相當之注意而仍不免發生損害時。其損害之發生與不盡選任監督之注意。毫無因果關係。故亦免除其責任。

僱用人之過失。非其責任之積極要件。不過以無過失爲其免責要件。此在法文之形式上極爲明瞭。故被害人就僱用人之過失。不負舉證責任。若僱用人所舉證據。不足以證明其無過失或雖無過失亦不免發生損害。卽應負賠償責任。僱用人之證明無過失。須證明選任與監督俱無過失。若僅證明其一。仍不能免其責任。所謂相當之注意。與所謂善良管理人之注意同義。必要之注意程度。因職務之種類而不同。固不待言。

僱用人證明其選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害時。固不負損害賠償責任。但法院因被害人之聲請。得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況。令僱用人負全部或一部之損害賠償。此在經營危險事業而生特殊利益之僱用人。適用較多。

僱用人與受僱人對於被害人雖負損害賠償之連帶債務。然其對內關係。僱用人並無分擔部分。僱用人賠償損害時。對於受僱人就其賠償額之全部有求償權。受僱人賠償損害時。對於僱用人無求償權。（參照第二百零八十一條）

第一百八十九條 承攬人因執行承攬事項不法侵害他人之權利者定作人

不負損害賠償責任但定作人於定作或指示有過失者不在此限

承攬人執行承攬事項。係獨立爲之。並不受定作人之監督。故承攬人因執行承攬事項不法侵害他人之權利時。定作人不負損害賠償責任。惟定作人於定作或指示有過失。致侵害他人之權利時。實係間接自爲侵權行爲。依第一百八十四條之規定。當然應負損害賠償責任。本條不過爲避疑起見。設一注意規定。

定作人之責任。係以自己之行爲爲原因。故祇須定作人就其行爲有故意或過失。不以承攬人有故意或過失爲必要。若承攬人具備侵權行爲之要件。則爲共同侵權行爲。蓋共同侵權行爲。爲人相互間不以通謀爲必要也。

定作人於定作或指示雖有過失。而承攬人執行承攬事項。不依其定作或指示時。則他人因執行承攬事項所受之損害。與定作人之定作或指示。並無因果關係。定作人當然不負損害賠償責任。

對於定作或指示之過失。應由被害人負舉證責任。蓋無論依第一百八十四條之原則。或依本條之注文。皆以此項過失爲侵權行爲之成立要件也。

第一百九十條 動物加損害於他人者由其占有人負損害賠償責任但依動物之種類及性質已爲相當注意之管束或縱爲相當注意之管束而仍不免發生損害者不在此限

動物係由第三人或他動物之挑動致加損害於他人者其占有人對於該第三人或該他動物之占有人有求償權

動物有加損害於他人之危險性。故本條對於動物之占有人重其責任。其責任直接以動物之動作爲原因。雖非純粹之無過失責任。然不以侵害權利之過失爲必要。

所謂占有人。係指第九百四十條第九百四十二條之占有人而言。第九百四十一條之間接占有人。不包含之。動物之種類。並無制限。惟黴菌不問其爲動物與否。因黴菌而傳染疾病時。不適用本條之規定。至其傳染依第一百八十四條爲侵權行爲與否。則屬別一問題。動

物加損害之原因如何。固所不問。但須因動物獨立之動作而加損害。若人以動物為機械。加損害於他人。則為人之行為。應適用第一百八十四條之規定。不在本條規定之列。

占有人有本條但書情形時。不負損害賠償責任。惟此為免責要件。故占有人負舉證責任。被害人請求損害賠償。無須證明此種情形之不存在。

動物係由第三人或他動物之挑動。致加損害於他人時。其占有人對於被害人仍不能以其動物係被挑動而免其責任。惟對於該第三人或該他動物之占有人。有求償權。

第一百九十一條 土地上之建築物或其他工作物因設置或保管有欠缺致損害他人之權利者由工作物之所有人負賠償責任但於防止損害之發生已盡相當之注意者不在此限

前項損害之發生如別有應負責任之人時賠償損害之所有人對於該應負責者有求償權

土地上之工作物。往往因其損壞倒坍。發生危險。故本條對於工作物之所有人重其責任。

其責任直接以工作物之設置或保管有欠缺爲原因。雖非純粹之無過失責任。然不以侵害權利之過失爲必要。

所謂土地上之工作物。係指加以工作所成之物而與土地有直接之關係者而言。建築物爲其最重要者。其他如橋梁、隄防、溝渠、電柱、電線、碑碣、地窖之類皆屬之。其爲獨立之一物。抑爲土地之一部。則所不問。工場內之機械。爲一種動產。非建築物之一部。不得解爲工作物。

所謂設置或保管有欠缺。卽設置當時之設置方法有欠缺或設置以後之保管方法有欠缺。其設置方法或保管方法有欠缺。爲單純之客觀事實。其過失之有無。則所不問。凡工作物欠缺通常應有之性狀或設備時。卽應認其設置方法或保管方法有欠缺。

所謂因設置或保管有欠缺。致損害他人之權利。不必其欠缺爲損害發生之唯一原因。其與他之自然的事實（如風雨等）第三人之行爲或被害人之行爲相結合而發生損害。卽其欠缺爲共同原因之一時。亦不失爲因欠缺而生損害。惟縱無欠缺亦必發生損害者。例如因從來未

有之暴風。致其房屋倒塌。損害他人之權利時。不得謂爲有因果關係。又第三人之行爲爲共同原因時。若該第三人有過失。則爲共同侵權行爲。被害人之行爲爲共同原因時。若該被害人有過失。則生過失相抵之問題。(七一)

工作物之所有人。若於防止損害之發生已盡相當之注意。則免其責任。所謂相當之注意。即依通常交易觀念所必要之注意。亦即善良管理人之注意。盡此注意之事實。所有人負舉證責任。蓋此爲免責要件也。

損害之發生。如別有應負責任之人時。例如於建築有過失之承造人或前所有人對於所有人應負責任時。賠償損害之所有人。對於該應負責任者。有求償權。

第一百九十二條 不法侵害他人致死者對於支出殯葬費之人亦應負損害賠償責任

被害人對於第三人負有法定扶養義務者加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任

因侵權行為所生損害賠償請求權。原則上固惟直接被害人有之。然因不法侵害他人致死。致第三人支出殯葬費。或喪失扶養請求權時。該第三人所受間接之損害。亦不可不設救濟之方法。此本條之所以使加害人對於此項損害亦負賠償責任也。

第一項所謂支出殯葬費之人。固不問其與被害人之關係如何。惟為慈善行為而支出者。不包合之。以法律上無認其賠償請求權之必要也。至殯葬費之數額。應以一般所認為相當者為限。逾此限度。不得向加害人請求賠償。

第二項情形。前二次草案均規定加害人應就被害人於可推知之生存期內所應給與之扶養額。向第三人支付定期金。本條則未明定。關於賠償額。在理論上當然可與草案所規定者為同一之解釋。關於賠償方法。則依第一百九十三條第二項之反面解釋。法院不得命加害人支付定期金。法意至為明瞭。惟被害人於其可推知之生存期內所應給與之扶養額。本應分期給與。若令加害人一次賠償總額。則第三人即不免因提前受取而得分外之利益。故計算加害人之賠償額。應就被害人於可推知之生存期內所應給與之扶養額。按照被害人應行給

與之歷次期限。分別扣除期前之利息。至計算利息。應以法定利率為標準。固屬理所當然。惟扣除期前利息之方法。計有三種算式。茲假定被害人所應給與之最後一期距今二十年。該期所應給與之扶養費為一百圓。加害人所應賠償該期扶養費之數額為X。將三式比較說明如左。

(一) *Carpov* 式 $X = 100 - 100 \times 0.05 \times 20 = 0$ 依此式。則加害人所應賠償該期扶養費之數額為零。易言之。即毋庸賠償。其為不當。自不待言。其所以不當者。即其所扣除之利息為被害人於二十年期屆至時所應給與之百元之利息。非加害人現在所應賠償之額之利息也。

(二) *Hoffmann* 式 $X + X \times 0.05 \times 20 = 100$ 即 $X = \frac{100}{1 + 0.05 \times 20} = 50$ 依此式。則加害人所應賠償該期扶養費之數額為五十圓。其所扣除者。為加害人現在所應賠償之額之利息。

(三) *Leibnitz* 式 $X(1 + 0.05)^{20} = 100$ 即 $X = \frac{100}{(1 + 0.05)^{20}} = 37.089$ 此式與第二式不同之點。惟在一則不計算複利。一則計算複利。其所扣除者。為加害人現在所應賠償之額之利

息。則與第二式無異。自數學上言之。固以此式爲最精確。惟第三人（即賠償權利人）取得賠償額借給他人時。約明到期之利息滾入原本。既爲第二百零七條所不許。而利息到期時。債務人若遲延給付。依第二百三十三條第二項之規定。又不能對於利息請求支付遲延利息。即使債務人到期給付。毫不遲延。而收取之時。立時借給他人。使其再生利息。亦爲事實上所難能。故此式在實際上不能適用。應以第二式爲正當。

第一百九十三條 不法侵害他人之身體或健康者對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時應負損害賠償責任

前項損害賠償法院得因當事人之聲請定爲支付定期金但須命加害人提出擔保

第一項所謂侵害身體。即損傷身體內部或外部之組織。所謂侵害健康。即變更人之生理機能於不良狀態。（如神經衰弱）所謂喪失或減少勞動能力。即其職業上工作能力全部或一部之滅失。所謂增加生活上之需要。例如非服相當之補品。其身體不能支持。非僱人扶持或

裝置假足。全然不能行動是也。

第一項之損害賠償額。當然以被害人因喪失或減少勞動能力而不能博得之金額或生活上需要之增加額爲標準。惟此種金額。被害人本係陸續博得或陸續支出。既命加害人一次支付。自應按照被害人可博得或應支出之時期。扣除依法定利率計算之利息。方爲公允。至扣除利息之計算方法。須參照前條之說明。

第一項之損害賠償。固以一次支付賠償額爲原則。惟法院得因當事人之聲請。定爲支付定期金。此項定期金。裁判上定有支付時期時。固無問題。如不定明支付時期。應否準用第七百三十二條之規定。本條並未如德國民法定有明文。不無疑義。惟此項定期金債權。與第七百三十二條之終身定期金債權。不過一則由裁判而發生。一則由契約而發生。關於支付時期。兩者實具有同一之理由。自以解爲準用爲宜。

法院定爲支付定期金時。須命加害人提出擔保。關於擔保之方法。法律上並無制限。或設定質權或抵押權。或提存金錢或有價證券。或使有相當財產之人爲保證人。均無不可。

第一百九十四條 不法侵害他人致死者被害人之父母子女及配偶雖非財產上之損害亦得請求賠償相當之金額

不法侵害他人致死者。被害人之父母子女及配偶所受支出殮葬費及喪失扶養請求權等財產上之損害。固得依第一百九十二條之規定。向加害人請求賠償。然其所受精神上之痛苦。果實較普通權利被侵害時爲尤甚。自不可不有以慰撫之。顧此等遺族。就被害人之生死。果有如何之權利。不無疑義。若無明文規定。或至無從向加害人請求賠償。此本條之所以有規定之必要也。惟自立法上論之。尚須加入祖父母及孫男女。此在一家僅有祖孫二人時。尤有必要。

所謂子女。包含胎兒在內。惟所謂他人。不包含胎兒在內。故胎兒被殺害時。其父母不得依本條之規定請求損害賠償。

本條並非認被害人之損害賠償請求權之繼承。乃被害人之父母子女及配偶依法律之規定各自所有之損害賠償請求權。其父母子女及配偶以外之人。雖爲被害人之遺產繼承人。亦無

本條之損害賠償請求權。

對於非財產上之損害。究應如何定其賠償金額。爲一困難問題。法律上既無從定其標準。不外由法院斟酌被害人及加害人之地位。被害人所受痛苦之程度。及其他情事。以其自由裁量定之。

判例 慰籍費。固爲廣義賠償之性質。究與賠償物質有形之損害不同。賠償物質有形之損害。例如醫藥費、殮葬費、扶養費皆是。而慰籍費則係以精神上所受無形之痛苦爲準據。若僅就被害人或其家屬精神上所受無形之痛苦判給慰籍費。自應審核各種情形。例如被害人之地位家況及與該家屬之關係並加害人或其承繼人地位資力。均應加以斟酌。(大理院八年私字七七號判決)

第一百九十五條 不法侵害他人之身體健康名譽或自由者被害人雖非財產上之損害亦得請求賠償相當之金額其名譽被侵害者並得請求回復名譽之適當處分

前項請求權不得讓與或繼承但以金額賠償之請求權已依契約承諾或已起訴者不在此限

侵害身體或健康之意義。前已述之。侵害名譽。即侵害他人自社會所應受之評價。侵害自由。即使他人於其活動受不當之拘束。貞操之侵害。為身體權之侵害。同時亦為名譽權及自由權之侵害。

名譽被侵害時。除得就其損害請求賠償相當之金額外。並得請求回復名譽之適當處分。例如請求為謝罪廣告是也。

第一項之損害賠償請求權。是否得讓與或繼承。在無明文規定之國。學者間大有爭論。本條第二項。則認此項請求權為專屬於被害人本身之權利。以不得讓與或繼承為原則。惟除回復名譽之請求權外。例外許其讓與或繼承。

第一百九十六條 不法毀損他人之物者應向被害人賠償其物因毀損所減少之價額

損害賠償。依第二百十三條之規定。以回復原狀爲原則。故毀損他人之物時。應依修補或其他方法回復原狀。本條則於此種情形。定爲應賠償其物因毀損所減少之價額。蓋認此種情形之回復原狀爲不適當也。

所謂毀損。不以變更物之形體爲限。事實上或感情上使其物不能供本來之用。因而減少價額時。亦包含之。例如便溺於他人之飲食器時。依普通一般之觀念。該器不能再供飲食之用。雖尙可以之藏家畜之食物。或供其他之用。然其價額苟因之而減少。自應賠償其減少之價額。

第一百九十七條 因侵權行爲所生之損害賠償請求權自請求權人知有損害及賠償義務人時起二年間不行使而消滅自有侵權行爲時起逾十年者亦同

損害賠償之義務人因侵權行爲受利益致被害人受損害者於前項時效完竣後仍應依關於不當得利之規定返還其所受之利益於被害人

因侵權行為所生之損害賠償請求權。為第一百二十五條所謂請求權之一種。苟無特別規定。則須自請求權可行使時起（八條）十五年間不行使。方為消滅。惟越時過久。則有無侵權行為。及其損害額若干。勢必極難明瞭。民法認此種法律關係有從速確定之必要。故特設本條之短期時效。

所謂知有損害。非僅指單純知損害而言。其因而受損害之他人行為為侵權行為。亦須一併知之。若僅知受損害及行為人。而不知其行為之為侵權行為。則無從本於侵權行為請求賠償。時效自無進行之理。

所謂知賠償義務人。不僅指知其姓名而言。須於可得請求賠償之程度。詳細知之。時效始能進行。有共同侵權行為人數人時。請求權人對於已知之加害人與不知之加害人。消滅時效各別進行。其中一人消滅時效已完成時。對於其他共同侵權行為人之效果。應依第七十六條第二項定之。

第一項前段之時效。係自請求權人知有損害及賠償義務人時起算。故請求權人不知時。永

久得請求賠償。誠若是，則與設短期時效之本旨不合。故特設後段之規定。自有侵權行爲時起逾十年者。其賠償請求權即行消滅。

一事實而有二法規認爲請求權之成立原因時。該二法規若無普通法特別法之關係。則不能因一法規認請求權之成立而妨他法規之適用。故因二原因而生同一目的之兩請求權。並不相妨。此即所謂請求權之競合也。請求權競合時。若一請求權因目的達到而消滅。他請求權固亦因之而消滅。但一請求權因時效而消滅時。他請求權仍應認其存在。侵權行爲與不當得利之規定。並無普通法與特別法之關係。故因侵權行爲受利益。致被害人受損害時。被害人損害賠償請求權與不當得利返還請求權。其損害賠償請求權。雖因時效而消滅。而其不當得利返還請求權。在第一百二十五條之消滅時效完成前。仍得行使之。本條第二項特以明文定之。亦不過爲一種注意規定。

第一百九十八條 因侵權行爲對於被害人取得債權者被害人對該債權之廢止請求權雖因時效而消滅仍得拒絕履行

因侵權行爲對於被害人取得債權者。被害人雖有廢止該債權之請求權。然其請求權因時效而消滅時。苟無特別規定。卽不得以加害人之債權係因侵權行爲而取得爲理由。拒絕履行。願絕對依此原則。殊不足以保護被害人。此本條之所以特設例外也。

對於被害人爲詐欺或脅迫因而取得債權時。爲因侵權行爲對於被害人取得債權之適例。此時被害人得依第九十二條之規定。撤銷其負擔債務之意思表示。其意思表示一經撤銷。加害人之債權卽歸消滅。(第二項)然此項撤銷權。非本條所謂債權之廢止請求權。此項撤銷權因經過第九十三條之期間而消滅時。亦非本條所謂因時效而消滅。(反對說載氏民法債編論三二九頁)

蓋此項撤銷權。爲形成權之一種。祇須撤銷權人一方表示其撤銷之意思。法律行爲卽視爲自始無效。易言之。相對人因該法律行爲而取得之債權。視爲自始不取得。無須相對人別有廢止該債權之行爲。故第九十三條之期間爲除斥期間而非時效期間。(參照第三四) 本條所謂債權之廢止請求權。則爲因侵權行爲而生之損害賠償請求權。而其內容。卽在要求害人爲廢止債權之行爲。(例如要求加害人免除其債務) 易言之。卽要求加害人廢止該債權以

回復被害人損害發生前之原狀。(第二三項)故本條所謂因時效而消滅。即因前條之時效而消滅。或謂本條之規定。於第九十三條之除斥期間經過後。應類推適用。(陳氏民法通義債編論一三八頁)亦屬誤解。蓋第九十三條之除斥期間經過後。如前條之消滅時效尚未完成。則雖第九十三條之除斥期間經過後。即撤銷權消滅後。亦得行使債權之廢止請求權。如前條之消滅時效業已完成。則本條之規定。當然適用。無待類推也。(參照瑞士債務法第三一條第三項第六〇條第三項)

第二節 債之標的

債之標的。學者或稱爲債之物體。即債務人基於債之關係所應爲之行爲也。債務人之行爲。稱爲給付。債務人應給付之物。稱爲給付物。

債之標的。以(一)可能(二)適法(三)確定或可得確定爲要件。可能之意義。俟述給付不能時詳述之。適法之意義。屬於民法總則之範圍。茲僅就給付之確定述之。

給付自始確定者。固不別生問題。然僅可得確定者。即生如何確定之問題。關於此點。民

法雖就種類債務、(第二〇條)選擇債務、(第二〇八條以下)及其他特種之債務(例如第二三條至第二一六條第一一九條)

設有規定。然並無如德國民法第三百十五條以下之一般規定。茲依理論。述其概要。

(一)依當事人之契約使債權人確定時 有使以公平意見確定者。有使以自由意見確定者。

前者當然有效。後者如不背於公共秩序或善良風俗。亦屬有效。

(二)依當事人之契約使債務人確定時 有使以公平意見確定者。有使以自由意見確定者。

前者當然有效。後者如可認為有發生債務關係之意思。亦屬有效。

(三)依當事人之契約使第三人確定時 有使以公平意見確定者。有使以自由意見確定者。

前者當然有效。後者如對於債務人之拘束不背於公序良俗。亦屬有效。

以上所述債權人債務人或第三人之確定權。為形成權。當事人之一方有確定權時。其確定應向他方當事人以意思表示為之。第三人有確定權時。其確定之意思表示。是否祇須向當事人之一方為之。應依債之性質及法律行為之解釋而決之。

第一百九十九條 債權人基於債之關係得向債務人請求給付

給付不以有財產價格者爲限

不作爲亦得爲給付

債權人對於債務人所有法律上之力。即在基於債之關係請求給付。所謂請求。與支配不同。僅債權人一方之請求。尙不足以實現其目的事項。必俟債務人應其請求而實行給付。其目的事項始能實現。故債權之本質。爲請求權而非支配權。

債務人不應債權人之請求而實行給付時。債權人即得以請求權爲基礎而提起給付之訴。惟請求權與訴權。不可混同。請求權爲私人對於其他私人請求給付之權利。訴權爲私人對於國家要求利己判決之權利。請求權爲純然之私權。訴權爲訴訟法上之公權。

債權人向債務人請求給付。須基於債之關係。即以債權內容之一定給付爲限。始得向債務人請求。其定有給付期者。請求權雖與債權同時發生。然在給付期屆至前。不得實行其請求權。

債務人於債務之履行。應以全部財產負責任。是爲原則。但亦有以法律之規定。或當事人

之法律行爲。制限債務人之責任者。例如繼承人爲限定之繼承時是也。(第一一)債務人負有限責任時。債權人不得逾債務人所負責任之限度強制其給付。(五四條)

債權人僅得向債務人請求給付。債之清償。雖得由第三人爲之。(第三一)而債權人究不得向第三人請求給付。依此義言之。債權常爲對人權。惟第三人侵害債權時。債權人得依第一百八十四條之規定。請求損害賠償。蓋同條所謂權利。係包含債權在內。而就對人權認不可侵性。亦不反於對人權之性質也。

給付是否有財產價格者爲限。學說上頗有爭論。本條第二項。仿日本民法第三百九十九條。以明文規定不以有財產價格者爲限。從來之學說。多以給付有無財產價格定債權成立與否之限界。其理由。蓋以無財產價格之行爲爲標的時。無成立法律上拘束之意思也。本條第二項所以廢此限制者。蓋有無成立法律上拘束之意思。應就具體情事決定之。不能以給付有無財產價格爲唯一標準。有財產價格而以不認法律上之拘束爲正當者有之。無財產價格而有可認法律上拘束之社會的價值者。亦往往有之。

不作爲亦得爲債之標的。羅馬法即已認之。然學者亦有否認不作爲債權之成立者。本條第三項。爲避疑起見。特以明文規定。

不作爲之給付。學者稱爲消極給付。消極給付。可分爲單純不作爲與聽容。單純不作爲。即不爲一定之作爲。例如約明不爲權利之讓與、不爲營業之競爭、不於鄰地建造房屋是也。聽容、即許容債權人爲一定之行爲。例如承租人聽容出租人修繕租賃物。(第四二九)出租人或貸與人聽容承租人或借用人取回就租賃物或借用物所增設之工作物。(第四三一條二項第四六九條

項)是也。

作爲與不作爲混合而爲債之標的者。謂之混合給付。例如經理人負有爲商號管理事務之債務與不經營與其所辦理之同類事業之不作爲債務。(第五六)房屋之租賃。以不用作酒坊爲條件時是也。

民法雖有就不作爲債務特設規定者。(例如第一二)然通常多就作爲債務而爲規定。其規定有爲性質上不能適用於不作爲債務者。亦有加以適當之變更。始能適用於不作爲債務者。

此不可不注意者也。

判例一 債權債務之主體。以締結契約之當事人爲準。故出立借約之債務人。不問其果實際受益與否。就其債務應負償還之責。（最高法院十七年上字九〇六號判決）

判例二 債權爲對於特定人之權利。債權人只能向債務人請求履行。而不能向債務人以外之人請求履行。（最高法院十八年上字一九五三號判決）

第二百條 給付物僅以種類指示者依法律行爲之性質或當事人之意思不能定其品質時債務人應給以中等品質之物

前項情形債務人交付其物之必要行爲完結後或經債權人之同意指定其應交付之物時其物卽爲特定給付物

給付不必自始確定。祇須可得確定。已如前述。故給付物僅以種類指示者。亦得發生債之關係。此之謂種類債權。所謂種類。卽就同一屬性之物抽象的表示其全體之名辭。其範圍之廣狹。在所不問。惟其範圍過於廣泛。給付物不能確定者。種類債權不發生。例如約定

應給付植物一百斤、礦物二百斤是也。

以給付種類全體之物爲標的者。爲特定債權。非種類債權也。種類債權。係以給付種類中一部分之物爲標的。其爲何一部分。雖在未定之狀態。而其部分之數量。則非已經確定或可得確定不可。若不定數量。亦未定有確定之方法。而當事人有成立債之關係之意思者。祇得解爲以給付種類全體之物爲標的之特定債權。此際如依社會觀念給付種類全體之物爲不能時。債權自始不得成立。例如給付一切之米是也。給付種類全體之物爲可能時。債權有效成立。例如給付出版數百部之某書全體是也。

指定數量之方法。法律上並無制限。有以數字爲確定的指示者。此最普通之方法也。有以數字指示而留有伸縮之餘地者。例如言明某物二百斤左右是也。有以數字指示而定有最高最低之限度者。例如言明米五百石以上千石以下是也。此際債務人有給付五百石之義務。債務人提出千石時。債權人若不受領。應負受領遲延之責。又有依將來之事實定其數量者。例如言明供給債權人之製造廠一年間所使用之煤是也。

物有特定不特定之分。又有代替不代替之別。但兩者不可混同。特定不特定。係依當事人之意思而定。代替不代替。係因交易上之性質而生。例如油米之類。自交易上之性質觀之。爲代替物。且通常爲不特定物。然當事人指定此缸油彼袋米以成立債權時。卽爲特定債權。又如車馬之類。自交易上之性質觀之。爲不代替物。且通常爲特定物。然當事人不重其個體之特性。依其一般的性質而交易時。例如約定交付北方產之壯馬五匹五人座之汽車三輛。卽成立種類債權。故某債權究爲種類債權。抑爲特定債權。不依物之交易上之性質定之。應依當事人之意思決之。

給付非以物爲標的者。亦得以種類指示。例如約定讓與某股份有限公司之股份若干股。約定供給木工若干名是也。本條係限於物之給付。不以物之給付爲標的之債權。自非本條之所謂種類債權。惟於性質所許之範圍內。得準用本條之規定。

將普通所稱爲物之種類。更設特徵以限定其範圍。而以該範圍內一定數量之給付爲標的之債權。謂之制限的種類債權。或混合的種類債權。例如約定給付此倉內之南京米十石是也。

。此種債權。學者有解爲特定債權者。通說則解爲種類債權之一種。惟當事人注重於集合物中之個體。而以其中一個之給付爲標的時。爲選擇債權。例如約定債務人應給付其所有三馬中之一匹時。通常爲選擇債權。

制限的種類債權。與無制限的種類債權。於適用給付不能之規定。頗有差異。制限的種類債權。若限定範圍內之物。因不可歸責於債務人之事由而滅失。即爲給付不能。債務人免其給付義務。例如前例全倉之米燒燬時是也。無制限的種類債權。則惟該種類之物在社會觀念上一般的消滅時。始得稱爲給付不能。

種類債權之債務人。得於該種類中自由選定給付物以爲給付。此雖未如瑞士債務法第七十一條第一項定有明文。亦爲理論上所當然。惟該種類中之物。其品質有數等時。若債務人得自由選定。則不惟反於交易之實際。且與當事人之意思不合。故定給付物之品質。(一)應依法律行爲之性質。例如消費借貸。應以與借用物品質相同者返還之。(第四七)按照貨樣約定買賣者。應以與貨樣有同一品質之物交付之。(第三八) (二)應依當事人之意思。即

當事人有意思表示者、從之。其無意思表示者。應解釋其意思定之。例如給付與價金相當之物。給付與向來屢次定購者品質相同之物。不能依以上兩種方法定品質時。本條第一項。設有補充規定。即債務人應給以中等品質之物。所給付之物。究爲中等品質與否。應依交易上一般觀念決定之。如其提出之給付物爲下等品質時。債權人得拒絕受領。固不待言。惟其提出之給付物爲上等品質時。債權人得拒絕受領否。德日學者間頗有爭議。按本條第一項。係著眼於債務人之義務而爲規定。故除有特別情事可認債權人受領上等品質之物爲不便不利者外。給付上等品質之物。應認爲依債務本旨之履行。債權人不得拒絕受領。履行種類債務。應將給付物具體的確定之。此之謂種類債權之特定。特定之方法有二。

(一)債務人交付其物之必要行爲完結時。其物即爲特定給付物。交付其物之必要行爲。如何始爲完結。應解釋各種債權發生原因之法律事實。尤應着眼其清償地而決定之。(二)以債權人之住所地爲清償地之債務。(第三一四條二款)僅發送其物。尚不得謂交付之必要行爲已完結。必於清償地實行提出。(第三一三條)始爲完結。故發送後到達前其物滅失時。雖因

不可抗力而滅失。債務人尚須以關於該種類之他物為清償。惟債權人預示拒絕受償之意時。(第235條)債務人祇須以準備給付之事情通知債權人。其交付之必要行為。即為完結。(第235條)

(二)以債務人之住所為消債地之債務。或其他需債權人之行為始得給付之債務

●祇須以準備給付之事情通知債權人。其交付之必要行為。即為完結。(第235條)

(一)將給付物送交於債權人及債務人之住所以外之第三地時。應分別情形論之。債務人

依債權人之希望。有送交之必要。而無送交之義務者。發送其物之時。即為特定。(第235條)

(七四)債務人負有送交之義務者。與(一)之情形無異。

(二)債務人經債權人之同意。指定其應交付之物時。其物即為特定給付物。此即由當事人之契約。與債務人以指定權。(形成權之一種)因指定權之行使而生特定者也。其指定應向債權人以意思表示為之。又當事人以契約與債權人或第三人以指定權者。依其指定權之行使而生特定。當事人於債權發生後。遂以契約特定給付物。亦無不可。此在本條雖無明文。本理論上所當然。

種類債權依以上之方法特定時。即變爲特定債權。特定之效力如左。

(一) 特定以前。債務人所持之物。雖因不可抗力全部滅失。而該種類之物。世上苟有存者。債務人仍不得免其給付義務。若在特定以後。其物因不可抗力而滅失者。債務人免其給付義務。(第三五條第二項)無須給付同種之他物。

(二) 債務人於給付物特定後。有無變更權。解釋上頗有爭議。按債權人既僅得就該物請求給付。債務人當然亦須給付該物。不得以同種之物代之。故以不許變更爲原則。惟絕對不認其有變更權。則保管該物需費過鉅時。或其變更於債權人毫無不利時。卽生不當之結果。故有許變更之習慣時。應許其變更。卽無此種習慣。而債權人特就該物請求給付。可認爲有背誠實及信用者。亦應許其變更。

第二百零一條 以特種通用貨幣之給付爲債之標的者如其貨幣至給付期失通用效力時應給以他種通用貨幣

以貨幣之給付爲標的之債權有三種。

(一) 幣額債權。以一定幣額之給付爲標的之債權。謂之幣額債權。或稱金額債權。此種債權。性質上爲種類債權。前條之規定。自在適用之列。惟貨幣無所謂上中下之品質。故前條第一項之規定。不適用之。債務人得於各種通用貨幣中任擇一種以爲清償。又幣額債權不生給付不能之問題。蓋非全國之通用貨幣全部滅失。不得謂之給付不能也。

(二) 特定貨幣債權。以特定貨幣之給付爲標的之債權。謂之特定貨幣債權。或稱特定金錢債權。例如寄託或運送封固之特定貨幣時是也。此種債權之性質。與普通特定債權無異。

(三) 特種貨幣債權

或稱金種債權。卽本條所規定者是也。

以特種通用貨幣之給付爲標的之債權。例如約明應給付中華民國開國紀念幣二百圓當十銅幣一萬枚英國一磅之金幣一百磅是也。此種債權。當事人雖以特種通用貨幣之給付爲標的。然其意思。通常多在金額之給付。其貨幣之種類。惟便宜上附隨約定而已。故其貨幣至給付期失通用效力時。債務人不得以給付不能爲理由。免其給付義務。應給以他種通用貨

幣。

所謂至給付期失通用效力。本指債務人應爲給付之時期屆至時失通用效力而言。但應爲給付之時期。特種通用貨幣尙能通用。而債務人不爲給付。其後失通用效力者。亦應適用本條之規定。給以他種通用貨幣。

所謂失通用效力。與流通之禁止有別。貨幣失通用效力時。雖失其法定貨幣之性質。然作爲自由貨幣而授受。固無不可。若流通之禁止。則絕對禁止流通。不許以之交易。故以給付失通用效力之貨幣爲標的之契約。仍得有效成立。而以給付禁止流通之貨幣爲標的之契約。則屬無效。惟以特種通用貨幣之給付爲債之標的者。如其貨幣至給付期禁止流通時。亦應適用本條之規定。給以他種通用貨幣。

本條雖僅就失通用效力之情形而爲規定。然特種通用貨幣至給付期事實上已不存在時。亦應適用本條之規定。給以他種通用貨幣。惟須事實上全不存在。若僅取得困難。或需費甚鉅始可取得時。仍應給以特種通用貨幣。

本條雖僅規定以通用貨幣爲標的之金種債權。然以自由貨幣爲標的之金種債權。亦得成立。此項金種債權。應準用本條之規定。惟關於自由貨幣。無所謂失通用效力。故惟特種貨幣禁止流通或全不存在時。始得準用。

本條係推測當事人意思之任意規定。故有應絕對的給付特種貨幣之特約時。不適用之。此種債權。謂之絕對的金種債權。應適用前條之規定。(第一項事實上無可適用)其特種貨幣雖失通用效力。債務人仍應給以該種貨幣。若該種貨幣客觀的不存在時。債務人免其給付義務。惟因可歸責於債務人之事由時。應負損害賠償之責。(第三五六條)

第二百零二條 以外國通用貨幣定給付額者債務人得按給付時給付地之市價以中華民國通用貨幣給付之但訂明應以外國通用貨幣爲給付者不在此限

以外國通用貨幣定給付額時。除訂明應以外國通用貨幣給付者外。債務人雖不妨給以外國通用貨幣。亦得以中華民國通用貨幣給付之。此際有折算之必要。其折算應以給付時給付

地之市價爲標準。所謂給付時。與給付期不同。給付期係應爲給付之期。而給付時則實際爲給付之時也。本條既以給付時之市價爲標準。則雖因給付期與給付時之市價有變動。致不利於債權人。亦當按給付時市價折算。惟因市價變動所生之差額。係因給付遲延而生之損害。債權人得請求賠償。(第三一)所謂給付地。依第三百十四條之規定而定之。若給付地無市價。應以與給付地有交易關係之最近商業地市價爲標準。

當事人以中華民國通用貨幣定給付額。訂明以外國通用貨幣給付時。例如甲以國幣千圓借與乙。約明以日金返還時。乙應給付日金若干。應準用本條之規定。按給付時給付地之市價折算。

第二百零三條 應付利息之債務其利率未經約定亦無法律可據者週年利率爲百分之五

債務非當然應付利息。依法律行爲或法律之規定發生利息時。始應支付利息。依法律行爲發生之利息。謂之約定利息。依法律之規定發生之利息。謂之法定利息。發生利息之法律

行爲。通常多爲契約。故有約定利息之名稱。但以遺囑發生利息者、亦有之。例如遺囑人定明遺囑執行終結前遺贈義務人應向受遺贈人支付利息時是也。民法上規定之法定利息。

如第一百七十三條第二項、第一百七十六條第一、八十二條第二項、二百三十三條第一項、第二百五十九條第二款、第二百八十一條第一項、第四百零四條第二項、第五百四十二條、第五百四十六條第一項、第五百七十二條、第六百八十條等皆是。依此等規定所發生之法定利息。與應將收取之利息返還他人者不同。例如無因管理人（第一七三條）受任人（第五四一條）執行合夥事務之合夥人（第六八〇條）惡意占有人（第九五八條）等。應將收取之利息返還他人。此等情形。其利息構成返還財產之一部。非如法定利息之附從於原本。故此種利息。更生遲延利息。（參照第三三條第二項）不適用特別之消滅時效。（參照第一二六條）與其他應返還之財產以一訴主張時。應將其金額合併計算。（民事訴訟法第七八條）

利息按原本數額及使用期間。以一定成數計算之。其成數謂之利率。當事人約定應付利息時。通常必將利率一併約定。然約定利率。非約定利息之必要觀念。僅約定應付利息。而

其利率未經約定者。除法律有特別規定外。(如票法第(二五條二項))週年利率為百分之五。此種利率為法律所規定。名曰法定利率。當事人所約定之利率。名曰約定利率。

法定利息之利率。法律有特別規定者。從其規定。例如遲延利息之利率。(第二三條) 票據

上法定利息之利率。(票法第九四條一項二款) 是也。如法律並無特別規定。則其週年利率為百分之五。

第二百零四條 約定利率逾週年百分之十二者經一年後債務人得隨時清償原本但須於一個月前預告債權人

前項清償之權利不得以契約除去或限制之

定有清償期者。如無反對之意思表示。債務人得於期前為清償。為第三百十六條所規定。而應付利息之債務。通常可認為有反對之意思表示。債務人不得於期前為清償。蓋就應付利息之債務定明清償期。非專為債務人之利益而定之也。惟約定利率逾週年百分之十二者。本條為保護債務人起見。許其於一定條件之下隨時清償原本。其條件有二。即(一)須經

一年後(二)須於一個月前預告債權人是也。所謂經一年後。係謂清償須經一年後。預告得於一年內爲之。預告爲意思通知之一種。但關於意思表示效力發生時期之規定。(第九四條第九五條)應準用之。

本條惟定有清償期之債務始適用之。其未定有清償期者。其約定利率雖逾週年百分之十二。依第三百十五條之規定。債務人亦得隨時爲清償。自不在本條規定之列。本條僅曰得隨時清償原本而不及利息者。以利息不再生利息。且定有清償期之利息債務。依第三百十六條之規定。債務人本得於期前爲清償也。

依本條之規定爲清償。仍應適用第三百二十三條之規定。卽債務人所提出之給付。應先抵充費用、次充利息、次充原本。如其所提出之給付。僅足抵充費用利息。不得以之先行抵充原本而置費用利息於不顧。蓋本條在理論上及法文上。均無從解爲第三百二十三條之例外規定也。(反對說陳氏民法通義債編論一六九頁)

本條爲強行規定。第一項所定債務人之權利。當事人雖以契約除去或限制之。亦不生效力

所謂以契約除去。例如約定債務人須嚴守期限。雖經一年後亦不得於期前清償時是也。所謂以契約限制。例如約定須經二年後於三個月前預告始得於期前清償時是也。

本條之規定。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。(民法債編施行法第
四條) 民法債編施行前經過之期間。及施行前所爲之預告。於本條之適用。亦有效力。惟在施行前提出給付者。不得適用本條之規定認爲適法之提出。

第二百零五條 約定利率超過週年百分之二十者債權人對於超過部分之利息無請求權

重利盤剝之風。自古有之。故古代之法律。有禁止約定利息者。然在現代經濟組織之下。絕對禁止。勢所不能。惟有設相當規定以防其弊。關於此點。立法例不一。或定利率之最高限度。逾此限度之利息。債權人不得請求。日本採此辦法。或不定利率之最高限度。惟對乘人之急迫輕率或無經驗而貪暴利者。設取締規則。德國採此辦法。我國舊律規定私放錢債及典當財物。每月取利並不得過三分。民國十六年國民政府通令最高利率年利不得過

百分之二十。本條基於沿革上之理由。採用第一辦法。

舊律所定利率之制限。惟於金錢借貸及典當財物有所適用。日本利息制限法之適用範圍。亦以金錢之消費借貸爲限。本條則無此限制。金錢以外一切代替物之消費借貸約定利率者。亦適用之。例如就米穀之借貸約定利率時是也。又消費借貸以外約定利率者。亦有適用。例如就買賣價金約定利率時是也。

約定利率超過週年百分之二十者。債權人祇於不超過部分之利息。有請求權。對於超過部分之利息。無請求權。法文上固甚明瞭。惟債務人已就超過部分之利息任意給付時。是否得請求返還。此與日本利息制限法第二條生同一問題。日本大審院歷來判例。解爲不得請求返還。學說上則議論不一。或謂此係不法原因之給付。不應許其請求返還。或謂不法之原因。僅於債權人一方存在。應許其請求返還。或謂債權人對於超過制限部分之利息。尚有一種無請求權之債權。即不完全債務之一種。債權人之受給付。非無法律上之原因而受利益。故債務人不得請求返還。日本利息制限法第二條規定超過制限之部分裁判上爲無效

。若將所謂裁判上解爲法律上之義。則是否可認爲不完全債務。固非毫無問題。我國民法不曰超過部分之約定無效。而僅曰債權人無請求權。可知超過部分之約定。非全然無效。法律雖不認其有積極的請求給付之權能。亦尙認其有消極的保持給付之效力。故債務人任意爲給付時。不得請求返還。

舊律除定有利率之最高限度外。並規定年月雖多不過一本一利。卽約定利率雖未超過最高限度。而未付之利息總額。已超過原本者。其超過部分。債權人無請求權。民法並無此種限制。苟第一百二十六條所定利息請求權之消滅時效尙未完成。則雖未付之利息總額已超過原本。債權人對於超過部分亦有請求權。例如民國十九年年終貸銀一千圓。約定利率爲週年百分之二十。以每年年終爲利息清償期。若至民國二十六年年終始請求支付利息。則除第一期利息請求權已消滅外。其第二期以後六期之利息共計銀一千二百圓。債權人得請求之。民法債編施行前發生之利息債務。於施行時尙未履行者。依民法債編之規定定其數額。如將前例之民國十九年年終改爲民國十四年年終。則債權人於民國二十年年終得請求

利息銀一千二百圓。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。(民法第五條)如將前例之民國十四年年終改爲民國十三年年終。則債權人於民國十九年年終。僅得請求利息銀一千圓。

第二百零六條 債權人除前條限定之利息外不得以折扣或其他方法巧取利益

舊律違禁取利條例載。放債之徒。用短票折扣。違例巧取重利者。嚴懲治罪。其銀照例入官。受害之人。准其自首免罪。並免追息等語。本條之規定。殆參酌舊律而設之者也。

本條之適用。例示如左。

(一)折扣 甲以銀貸與乙。約明交銀七十圓。乙須寫立百圓之借據。週年利率爲百分之二十。於此情形。原本七十圓之利息。每年本爲十四圓。而甲每年可取二十圓。是以折扣之方法。每年巧取六圓。依本條之規定。甲對於該。六圓無請求權

(二)其他方法 (一)甲與乙訂立隱名合夥契約。約明甲出資千圓。乙爲出名營業人。甲得

隨時請求返還資本。在資本未返還前。無論乙經營合夥事業與否。亦無論其事業有無損失。乙須擔保甲每年可分得利益三百圓。此在表面上雖為隱名合夥契約。而實際上則甲之出資為原本。利益之分配為利息。(二)甲與乙約明甲交乙銀一千圓。乙每年須向甲給付年金三百圓。至第十五年為止。此在表面上雖為年金之買賣。而實際上則乙向甲借用金錢。其年金一部分為償還原本。一部分為支付利息。(三)甲以價金百圓向乙買受某物。約明六個月為支付價金之期。同時甲以現金五十圓將該物賣與乙。此在表面上雖為買賣契約。而實際上則甲向乙借銀五十圓。以六個月為期。償還百圓。以上三例。皆為巧取利益之方法。依本條之規定。其超過週年利率百分之二十部分。債權人無請求權。

第二百零七條 利息不得滾入原本再生利息但當事人以書面約定利息遲付逾一年後經催告而不償還時債權人得將遲付之利息滾入原本者依其約定

前項規定如商業上另有習慣者不適用之

將債務人未於清償期支付之利息滾入原本。再生利息。名曰複利。複利之性質。本與普通之利息無異。惟原本係遲付之利息。爲其特徵。本條於複利特加限制者。以其易使原本迅速增大。於債務人至爲不利也。

具備本條第一項但書所載要件時。得將利息滾入原本。再生利息。其要件如左。

(一)當事人以書面約定。日本民法第四百零五條規定遲付利息一年以上經債權人催告而不償還者。債權人得將利息滾入原本。無須當事人預有約定。本條則須當事人豫有書面之約定。如無約定。或其約定不以書面爲之。縱令利息遲付逾一年後經催告而不償還。債權人亦不得將遲付之利息滾入原本。惟其約定之時期。並無制限。無論債權發生時爲之。或其後爲之、均可。

(二)利息遲付逾一年後。當事人約定不逾一年之期間者無效。仍須逾一年後始得滾入。當事人約定較長之期間者。從其約定。所謂利息遲付逾一年後。意義頗欠明瞭。日本民法第四百零五條。學者解爲遲付之利息達一年以上之意。例如每月應付之利息十二期不付

。或每六個月應付之利息兩期不付。經催告而不償還者。即得滾入原本。本條在文義上。似係自利息清償期起經過一年之意。然在理論上自以解爲遲付之利息逾一年之意。較爲正當。

(三)經催告而不償還。債務人不償還利息。往往有基於誤解或不注意者。故以催告爲必要。若經催告而不償還。則不問其因誤解而不償還。抑因無資力而不償還。皆得滾入原本。

具備以上三要件時。債權人得以一方行爲將遲付之利息滾入原本。無須再得債務人之同意。所謂滾入。通常固與原本併合而成原本。然原本已清償。僅遲付之利息存續時。得僅以遲付之利息爲原本。再生利息。

本條第一項之規定。如商業上另有習慣者。不適用之。我國銀錢業。常有此種習慣。又法律另有規定者。從其規定。例如記入交互計算之項目。約定自記入之時起附加利息者。由計算而生之差額。仍得請求自計算時起支付利息。(第四等四條)不得援用本條之規定。就複利

之部分拒絕請求。

判例 民法第二百零七條第一項。祇限制債權人以一方行為將遲付之利息滾入原本。其利息已屆清償期後。當事人約定將以前遲付之利息滾入原本者。不在限制之列。仍應認為有效。（最高法院二十年上字第一七一號判決）

第二百零八條 於數宗給付中得選定其一者其選擇權屬於債務人但法律另有規定或契約另有訂定者不在此限

以數宗給付中應選定之一宗給付為標的之債權。謂之選擇債權。關於選擇債權之性質。有複數債權說與單一債權說。以後說為正當。

選擇債權之數宗給付如何組合而成。在所不拘。有為特定物與特定物者。例如贈與此表或彼表是也。有為特定物與不特定物者。例如應給付此書或其價金是也。有為不特定物與不特定物者。例如應給付穀十石或麥八石是也。有為作為與作為者。例如應寫字一幅或繪畫一幅是也。有為不作為與作為者。例如應於一年內不為同種之營業或代銷貨物若干是也。

有爲不作爲與不作爲者。例如約定不於門前左首造屋或不於門前右首造屋是也。

給付地給付時給付方法等。卽所謂給付之體樣。亦有選擇的定之者。其關於給付地者。例如於本店支付或於分店支付得選擇之是也。其關於給付時者。例如三月一日支付或四月一日支付得選擇之。又如一次支付或分爲數次支付得選擇之是也。其關於給付方法者。例如以現金支付或以票據支付得選擇之是也。此等情形。德日學者有認爲選擇債權者。有認爲類似選擇債權者。前說爲通說。卽依後說。亦得準用關於選擇債權之規定。

選擇債權與任意債權不可混同。所謂任意債權。卽債權人或債務人得以他宗給付代本來給付之債權。僅其本來給付爲債權直接之標的。他宗給付不過於補充的意味爲債權之標的。選擇債權則不然。各宗給付係以同一資格爲債權之標的。且其各宗給付中何宗爲債權之標的尙未確定。嗣後選擇權人若選擇甲宗給付。則甲宗給付視爲自始爲債權之標的。乙宗給付視爲自始不爲債權之標的。

選擇債權。在選擇前已爲完全成立之債權。惟其標的係在選擇的狀態。故債權人得於選擇

前提起選擇的給付之訴。法院得爲選擇的給付判決。然非選擇後不得爲強制執行。

選擇債權。係以在選擇狀態之數宗給付爲標的。非於數宗給付中特定爲一宗。無從履行。特定之方法。不外三種。一爲契約、二爲選擇、三爲給付不能。得依契約而特定。事屬當然。無待明文。因給付不能而特定。爲第二百一十一條所規定。本條至第二百一十條及第二百一十二條。係規定因選擇之特定。

選擇者、於數宗給付中選定其一之意思表示也。選擇有將選擇債權變爲單純債權之效力。故選擇權爲形成權之一種。選擇權與債權債務。有不可分離之關係。債權人有選擇權時。若其債權讓與於他人。則其選擇權當然亦讓與於他人。債務人有選擇權時。若其債務經他人承擔。則其選擇權亦當然移轉於他人。有選擇權之債權人或債務人死亡時。其選擇權與債權或債務一併移轉於繼承人。惟第三人有選擇權時。其選擇權是否可以移轉。應解釋當事人之意思及債務之性質而決定之。例如當事人著眼於第三人之知識地位道德與以選擇權時。選擇權不因第三人之死亡而移轉於繼承人。此際如當事人別無訂定。則依第二百一十

條第三項之規定。選擇權屬於債務人。

選擇權人之爲選擇。僅屬權利。並不負有選擇之義務。惟當事人得以契約使負選擇之義務。選擇權人負有選擇之義務而不選擇時。他方得以訴強制其選擇。

選擇債權因法律之規定而發生時。法律恆規定其選擇權之所屬。選擇債權因契約而發生時。當事人恆訂定何人有選擇權。若法律並無規定。契約亦未訂定。則其選擇權屬於債務人。蓋給付之內容不確定時。其不確定通常係爲債務人之利益也。

雙務契約僅一方之債權爲選擇債權時。其債務人有選擇權。例如買賣之價金已確定。標的物依選擇而定時。出賣人有選擇權。雙方之債權均爲選擇債權時。當事人各就自己之債務。得爲選擇。惟對立之給付（給付與對待給付）二宗以上互在選擇的關係時。例如約定買賣百圓之牛或二百圓之馬時。本條之規定。不得適用。蓋選定自己之給付。同時相對人之給付亦被選定也。此際應解釋當事人之意思。以決定選擇權之所屬。若依當事人之意思不能定選擇權人。則欲請求給付時。祇可使相對人選定之。

債之清償。得由第三人爲之。(第三一
一條)故第三人履行選擇債務時。該第三人得爲給付之選擇。但以選擇後即經履行者爲限。若第三人僅爲選擇而不爲履行。則其選擇不生何等效力。

第二百零九條 債權人或債務人有選擇權者應向他方當事人以意思表示爲之

由第三人爲選擇者應向債權人及債務人以意思表示爲之

選擇權屬於債權人或債務人時。應向他方當事人以意思表示行使之。選擇權屬於第三人時。應向債權人及債務人以意思表示行使之。其意思表示之效力發生時期。從意思表示之通則。(第九四條
九五條)其意思表示。不以方式爲必要。但當事人得定明須用一定之方式。

債權人有選擇權時。若就一宗給付請求履行或提起給付之訴。或於已有選擇的給付判決之際。就一宗給付聲請強制執行。或於債務人提出一宗給付之際。知其情事而受領之。皆可認爲含有選擇之意思表示。債務人有選擇權時。若提出一宗給付。亦可認爲含有選擇之意

思表示。此際債權人雖拒絕受領。而選擇之意思表示。則已發生效力。

選擇之意思表示。以不許附條件爲原則。惟他方當事人不因附條件而受不利益時。得附條件。例如清償期在一年以後之選擇債務。若以六個月內某事實之發生爲條件而選擇某宗給付。應認爲有效。

債務人不知自己有選擇權。信爲單純債務而爲給付時。得依不當得利之原則請求返還其給付。蓋其所給付者。非債權真正之標的也。債權人不知自己有選擇權而受領債務人之給付時。亦得返還其給付。選擇他宗給付請求履行。

選擇之意思表示一經發生效力。債之標的即歸確定。選擇權人不得以一方之意思撤回之。民法雖未如日本民法第四百零七條第二項定有明文。亦爲理論上所當然。惟撤回之意思表示。較選擇之意思表示先時達到。或與之同時達到者。其選擇之意思表示。自始不生效力。

第二百十條 選擇權定有行使期間者如於該期間內不行使時其選擇權移

關於他方當事人

選擇權未定有行使期間者債權至清償期時無選擇權之當事人得定相當期限催告他方當事人行使其選擇權如他方當事人不於所定期限內行使選擇權者其選擇權移屬為催告之當事人

由第三人為選擇者如第三人不能或不欲選擇時選擇權屬於債務人

選擇權既為權利而非義務。則選擇權人不行使選擇權時。不得強制其行使。然有選擇權之債權人若不選擇。則債務人無從履行。有選擇權之債務人若不選擇。則債權人無從受其給付。此在當事人以契約訂明選擇權人有行使選擇權之義務時。雖得以訴強制其選擇。然此種辦法。亦甚不便。故本條第一項第二項設有移轉選擇權之規定。

關於選擇權行使之時期。學者有謂債務人有選擇權時須至清償期始得行使者。有謂債權人有選擇權時須至得請求清償之時期始得行使者。然在選擇債權之性質上。不能認有此種限制。苟法律上或契約上並未定有選擇權行使之時期。無論何時。得行使之。惟定有行使期

間者。應於期間內行使之。如於該期間內不行使時。不待他方當事人之催告。其選擇權因期間之屆滿當然移屬於他方當事人。

選擇權未定有行使期間者。須具備左列要件。選擇權始行移轉。

(一) 債權至清償期。無論選擇權屬於債權人或屬於債務人。苟債權已至清償期。即有本條第二項之適用。而債權人或債務人已負遲延責任與否。則所不問。(對債務民法二六四條)

(二) 定相當期限而為催告。所謂相當期限。即為選擇所需之期限。相當與否。應依各種情事決之。所謂催告。即要求行使選擇權之意思通知。

(三) 選擇權人不於所定期限內行使選擇權。選擇之意思表示。僅於期限內發送而未於期限內到達者。不得謂已於期限內行使選擇權。但當事人間有發送即生效力之特約者。不在此限。

具備以上之要件時。選擇權當然移屬於為催告之當事人。

第三人僅有選擇之權利。不負選擇之義務。自不得強制其選擇。惟第三人不能或不欲選擇

時。當事人即在不定之地位。故本條第三項就此設有規定。其將選擇權歸屬債務人者。因選擇權以屬於債務人爲原則也。不能選擇之事實已確定時。或不欲選擇之意思已表示時。選擇權即屬於債務人。不以債務已屆清償期爲要件。

第二百一十一條 數宗給付中有自始不能或嗣後不能給付者債之關係僅存
在於餘存之給付但其不能之事由應由無選擇權之當事人負責者不在此
限

認選擇債權之各宗給付互有補充作用。通常合於當事人之意思。故數宗給付中有自始不能或嗣後不能給付者。債之關係僅存在於餘存之給付。惟本條爲任意規定。當事人有反對之約定時。不適用之。

數宗給付中之一宗自始不能時。依本條之規定。債之關係固存在於餘存之給付。然當事人之意思。若須數宗給付均屬可能債始發生者。其契約全部無效。選擇債權全然不能發生。惟此種情形。應由主張契約無效之當事人負舉證之責。若經證明。則本條之規定。不適用

之。

數宗給付中之一宗嗣後不能給付。而其不能之事由。不應由雙方當事人負責者。不問選擇權屬於債權人屬於債務人抑屬於第三人。債之關係存在於餘存之給付。

數宗給付中之一宗嗣後不能給付。而其不能之事由。應由有選擇權之債權人負責者。債之關係存在於餘存之給付。故債權人祇得就餘存之給付向債務人請求履行。不得選擇不能之給付以免其對於債務人所負侵權行為之損害賠償責任。關於此點。立法上不無非難之餘地。

數宗給付中之一宗嗣後不能給付。而其不能之事由。應由有選擇權之債務人負責者。債之關係存在於餘存之給付。故債權人不得就不能之給付請求損害賠償。債務人亦不得選擇不能之給付賠償損害以免其餘存給付之義務。

所謂債之關係僅存在於餘存之給付。非必選擇債權變為單純債權之義。餘存之給付僅一宗時。固變為單純債權。若尚有二宗以上。則選擇債權不過縮小其標的之範圍。並不變為單

純債權。

因不能給付而選擇債權特定者。其特定僅向將來發生效力。此與選擇之效力溯及於債之發生時者不同。蓋關於不能給付所生特定之效力。並無如第二百十二條之規定也。

不能給付之事由。應由無選擇權之當事人負責者。選擇權仍屬存在。即選擇權人仍得就不能之給付與餘存之給付行使其選擇權。蓋不如是。選擇權必致有名無實也。

不能給付之事由。應由無選擇權之債務人負責時。有選擇權之債權人或第三人若選擇不能之給付。債權人得請求損害賠償或解除契約。(第三五六條)

不能給付之事由。應由無選擇權之債權人負責時。有選擇權之債務人或第三人若選擇不能之給付。則債務人免其給付義務。(第三二五條一項)如係雙務契約。並得向債權人請求對待給付

。(第二六七條)若選擇餘存之給付。則債務人得就不能之給付向債權人請求因侵權行為之損害賠償。

本條所謂不能給付。係指全部不能而言。給付一部不能時。除有特約者從其特約外。是否

得準用本條之規定。在與本條相同之德日民法。(德二六五條) 解釋上議論不一。或謂選擇債權之特質。即在各宗給付互有補充作用。故給付一部不能時。應準用本條之規定。或謂一部不能之給付。債權人亦有仍欲受領者。若逕使發生補充作用。往往反於當事人之意思。故惟因給付一部不能致不能達債權之目的時。始得準用。據余所信。以後說爲正當。

第二百十二條 選擇之效力溯及於債之發生時

選擇債權因選擇而變爲單純債權。但選擇之結果。非必變爲特定債權。若選定之給付物。僅以種類指示者。尚須依第二百條之規定。再行特定。

選擇之效力。溯及於債之發生時。並非僅向將來發生。其結果。與自始即成立以選定之給付爲唯一標的之單純債權無異。本條之所以認此溯及效力者。俾選擇權人於前條但書情形仍得選擇不能之給付也。若選擇之效力僅向將來發生。則選擇時已屬客觀的不能之給付。即不得選擇之。蓋客觀的不能之給付。不得爲債之標的也。但本條之規定。並非強行法規。當事人得爲反對之特約。

選定之給付。係以特定物物權之設定移轉爲標的時。債權人雖依本條之規定。自始取得關於特定物之債權。而關於特定物之物權。並不因選擇而當然取得。蓋物權之取得。須別有物權行爲也。(第七五八條)故債務人於選擇債務發生後選擇前。將該特定物之物權設定或移轉於第三人時。其設定或移轉。仍屬有效。不因本條之規定而受影響。惟債務人對於債權人應負責任耳。

第二百十三條 負損害賠償責任者除法律另有規定或契約另有訂定外應回復他方損害發生前之原狀

因回復原狀而應給付金錢者自損害發生時起加給利息

受損害之人請求他人賠償其損害之權利。謂之損害賠償債權。自他人方面言之。謂之損害賠償責任。損害賠償債權之發生要件如左。

(一)損害之發生 英美法認名義上之損害賠償。苟已侵害權利。雖未發生損害。亦須爲少額之賠償。羅馬法主義則以損害之發生爲損害賠償債權之成立要件。我國民法採羅馬法

主義。

關於損害之意義。學說不一。或抽象的觀察之。謂自損害原因發生前之財產額中。扣除損害原因發生後之財產額。所得差額。即為損害。或具體的觀察之。謂損害係指實際所生之不利而言。前說於非財產的損害。不能說明。且本條於損害賠償之方法。係採用回復原狀主義。而以金錢賠償為例外。故以後說為正當。惟財產的損害。以金錢賠償時。除比較被害前後之財產額外。無從知其損害額。自不能不採用前說。

損害有財產的損害(有形損害)與非財產的損害(無形損害)之別。前者不待說明。後者如生命、身體、健康、自由、名譽、精神等所受之損害是也。損害又有積極的損害與消極的損害之別。前者即現存財產被減少。後者即現存財產之增加被妨害。損害又有積極的行爲上之損害與消極的行爲上之損害之別。前者即法律行爲有效成立時因債務人不履行所受之損害。後者即法律行爲無效或可得撤銷時當事人之一方因信為有效成立所受之損害。(參照第九一條第二四七條)

(二)責任原因之事實 損害以自行負擔爲原則。若請求他人賠償。必有法律上之原因而後可。此種法律上之原因。謂之責任原因。其重要者。爲侵權行爲及債務不履行。此外法律所規定者尙多。因契約而生者亦有之。例如保險契約是也。

損害賠償債權之發生。須有責任原因之事實。卽基於侵權行爲之損害賠償債權。須有侵權行爲之事實。基於債務不履行之損害賠償債權。須有債務不履行之事實。其他法律所規定之損害賠償債權。須有法律所定之事實。

(三)責任原因之事實與損害之間有因果關係 關於因果關係之意義。學說頗多。條件說與適當條件說。爲其主要者。苟無甲事實。則乙事實不致發生。凡有此種情形。甲乙之間卽成立因果關係。此條件說之大旨也。某事實僅於現實情形發生結果。尙不能遽認爲有因果關係。必依吾人之經驗。按諸其他一般情形。亦適於發生同種之結果者。始得認爲有因果關係。此適當條件說之大旨也。(適當條件說或稱爲相當條件說或稱爲相當因果關係說) 例如因房屋之出租人遲延交房。致承租人已暫寓旅館。其夜卽在旅館被盜

時。若依條件說。應認爲有因果關係。蓋交房若不遲延。不發生被盜之結果也。然在一般情形。交房遲延。不致發生此種結果。故依適當條件說。不認爲有法律上之因果關係。惟該承租人在旅館所費身分相當之房金。較承租房屋之租金爲高時。其損害應認爲與交房之遲延有因果關係。蓋其他同種情形。通常亦可發生此種結果也。條件說於因果之論理上概念。固屬正當。惟其所認原因之範圍。過於廣汎。殊不合於法律之目的。法律上因果之概念。應從法律之目的定之。故以適當條件說爲當。

負損害賠償責任者。應以如何之方法賠償他方之損害。立法上有二大主義。一爲金錢賠償主義。即將損害估計爲金錢而賠償之。羅馬法、德國普通法、英美法、法國民法、日本民法。皆以此主義爲原則。二爲回復原狀主義。卽回復損害發生前所應存在之狀態。例如承租人毀損租賃物時。加以修理。或返還同種之物是也。普國國法、索遜民法、德國民法、奧國民法。皆以此主義爲原則。前者爲間接之賠償方法。後者爲直接之賠償方法。理論上以回復原狀主義爲優。實際上以金錢賠償主義爲便。我國民法採回復原狀主義。本條第一

項特明示之。惟此不過爲其原則。法律另有規定或契約另有訂定者，從之。

因回復原狀而應給付金錢者。例如應賠償他人支出之費用。（如第二四〇條）應將奪取之金錢返還他人時是也。此種賠償義務。恆無確定期限。苟無特別規定。須經債權人催告而未給付。方自受催告時起。負支付遲延利息之義務。（參照第二二九條二項）然自損害發生時起。

債權人即已受不能利用金錢之損害。若須自催告時起始得請求遲延利息。殊不足以回復損害發生前之原狀。故本條第二項規定應自損害發生時起。加給利息。

第二百十四條 應回復原狀者如經債權人定相當期限催告後逾期不爲回復時債權人得請求以金錢賠償其損害

前條所謂負損害賠償責任者應回復他方損害發生前之原狀。非僅對於賠償義務人限定賠償方法之意。即債權人亦僅得請求回復原狀。不得請求以金錢賠償其損害。蓋賠償義務人祇負回復原狀之義務。不負以金錢賠償之義務也。惟回復原狀之方法。實際上不便之處頗多。或無強制執行之方法。或其執行方法極爲繁雜。或其回復之結果不能完全。故民法又設

本條之規定。使債權人得定相當期限催告賠償義務人回復原狀。如賠償義務人逾期不爲回復。得請求以金錢賠償其損害。

第二百十五條 不能回復原狀或回復顯有重大困難者應以金錢賠償其損害

不能回復原狀時。無適用第二百十三條第一項規定之餘地。雖非不能回復。而回復顯有重大困難者。亦不可強人所難。故本條使賠償義務人以金錢賠償其損害。所謂不能回復原狀。例如毀滅世上唯一無二之物。或毀滅書畫家所作成之書畫。其作成自爲賠償權利人時是也。因給付遲延而生之損害。亦在不能回復原狀之列。所謂回復顯有重大困難者。例如回復需費過鉅時是也。其困難是否顯然重大。應依客觀的標準決定之。當事人認爲顯然重大與否。在所不問。又回復原狀依客觀的見解顯然難得預期之結果者。應解爲顯有重大困難。例如庸醫治病。因過失致病勢加重時。再由該庸醫醫治。以回復原狀。顯然難得豫期之結果。故應以金錢賠償其損害。

第二百十六條 損害賠償除法律另有規定或契約另有訂定外應以填補債權人所受損害及所失利益爲限

依通常情形或依已定之計劃設備或其他特別情事可得預期之利益視爲所失利益

損害賠償之範圍。當事人得於損害發生前或損害發生後以契約訂定之。當事人約定之違約金。視爲因不履行而生損害之賠償總額。(第二五〇條第二項)此卽以契約訂定賠償範圍者也。當事人如未以契約訂定。則依法律之規定。定其範圍。法律有以特別明文規定賠償範圍者。例如第二百四十條第三百九十七條第二項是也。如無特別規定。則依本條之規定。定其範圍。

損害賠償。應填補債權人所受損害。其損害之範圍。應依因果關係定之。其非基於適當條件之原因所受之損害。不得請求賠償。惟其損害爲直接的損害。仰爲間接的損害。因通常之情事而生。抑因特別之情事而生。均可不問。

損害賠償。不但應填補債權人所受損害。並應填補債權人所失利益。所謂所失利益。即因損害原因事實之發生而不能取得之利益。其取得利益已絕對的確實者。固不待言。即非絕對的確實。而依通常情形。或依已定之計劃設備或其他特別情事。可得預期之利益。亦視爲所失利益。例如買受人已將買賣標的物以高價轉賣與他人。並已受價金全部之支付。其取得利益。已屬絕對的確實。乃因出賣人之過失。將標的物滅失。致買受人不能取得利益。其爲所失利益。固無疑義。即買受人未與他人訂立轉賣契約。然自行使用收益。或租與他人使用取得租金。爲依通常情形可得預期之利益。其買受人如有受交付後轉賣與他人之計劃。或設有轉賣該項物品之商店。或曾有他人以高價買受之要約。惟因未受交付不敢承諾。則爲依已定之計劃設備或其他特別情事可得預期之利益。其取得利益。雖非絕對的確實。而按其情事。已有取得之可能。乃因出賣人之不履行。致不能取得。自應視爲所失利益。然僅有可取得利益之希望者。不得視爲所失利益。

第二百十七條 損害之發生或擴大被害人與有過失者法院得減輕賠償金

額或免除之

重大之損害原因爲債務人所不及知而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者爲與有過失

損害之發生或擴大。被害人與有過失時。應斟酌被害人之過失。以制限其賠償請求權。殆爲學說及立法例所一致。蓋因自己之故意或過失所受損害。不得嫁禍於他人。乃誠實信用之原則上所當然也。惟被害人之行爲。在社會觀念上爲正當時。（例如電車迫近之際警察挺身而救軌道上之小孩致受傷害）縱令被害人明知將受損害。或因過失而不知。亦不應制限其賠償請求權。蓋法律之所以制限被害人之權利。以其爲社會觀念上所非難之行爲也。適用本條之規定。須損害賠償請求權之成立要件業已具備。故因債權人之行爲。致因果關係中斷時。不適用本條之規定。例如債務人欲破毀應交付之房屋。已裝置爆發藥。然在未發火之前。債權人放火燒毀之。此乃因果關係之中斷。債務人不負損害賠償責任。自無適用本條之餘地。

適用本條之規定。須被害人之行爲（作爲或不作爲）與債務人之行爲。爲損害之共同原因。並須被害人於其行爲有過失。所謂損害之發生被害人與有過失。例如汽車行近之際。漫不注意。橫街而過。致被汽車撞傷時是也。所謂損害之擴大被害人與有過失。例如債務遲延履行後。債權人遷移住所。並不通知債務人。而債務人嗣後提出給付之際。亦不爲相當之調查。致更擴大遲延之損害時是也。所謂重大之損害原因爲債務人所不及知而被害人不予促其注意。例如因債務遲延履行。致債權人不能充作預定營業之資本。失其取得重大利益之機會。而債權人未將充作營業資本之事。預促債務人注意時是也。所謂怠於避免或減少損害。例如債務人給付有傳染病之家畜。因債權人怠於消毒或隔離。致傳染債權人其他之家畜。受傷之被害人怠於醫治。致不能速愈時是也。所謂過失。即怠於善良管理人之注意。被害人無意思能力時。不適用本條之規定。

被害人之過失。法院得以職權斟酌。不待債務人之抗辯。蓋本條雖爲關於損害賠償範圍之特別。究非僅認債務人有抗辯權也。但被害人有無過失有爭執時。債務人有舉證之責。以

本條爲關於損害賠償範圍之特別也。

適用本條之規定以定債務人責任之限度。其標準如何。學說不一。有謂祇須斟酌雙方原因力之強弱者。有謂祇須斟酌雙方過失之輕重者。有謂原因力之強弱與過失之輕重均應斟酌者。據余所信。以後說爲當。

第二百十八條 損害非因故意或重大過失所致者如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時法院得減輕其賠償金額

損害賠償。以填補被害人之損害爲目的。故除有前條情形外。凡第二百十六條所定賠償範圍內之損害。均須賠償。不因賠償義務人過失之輕重及其資力之有無而有殊異。惟損害非因故意或重大過失所致者。其情節不無可原。而因賠償致賠償義務人之生計有重大影響時。其境况尤屬可憫。故本條仿照瑞士債務法第四十四條第二項之規定。使法院得減輕其賠償金額。

適用本條之規定。須具備二要件。即（一）損害非因故意或重大過失所致。（二）如其賠償致

賠償義務人之生計有重大影響是也。此等要件。應由賠償義務人負舉證之責。以本條爲關於損害賠償範圍之特則也。賠償義務人證明此等要件時。法院雖得減輕其賠償金額。但非必須減輕。如不爲全部之賠償。致被害人_之生計有重大影響時。不得減輕之。

第二節 債之效力

債權人對於債務人有給付請求權。債務人對於債權人有給付義務。乃債之效力之主要者也。民法既就德國民法所謂債之內容。分爲債之標的與債之效力。各別規定。而將第一百九十九條第一項所定債之主要效力。規定於債之標的一節。似欠斟酌。

本節所規定者。爲債之普通效力。即一切之債共通之效力。債之關係因其主體（單數複數）標的及發生原因之不同。有特別之效力者。此種特別之效力。不在本節規定之列。惟因契約而發生之債。本節於第四款規定其效力。（其中固有不屬於債之效力者而屬於債之效力者亦復不少）此種效力。對於一切之債言之。爲特別之效力。對於各種契約之債言之。爲

普通之效力。

第一款 給付

民法所謂給付。有兩種意義。一指債務人基於債之關係所應爲之行爲（包含不作爲）而言。一指債務人實現債權內容之行爲而言。依第一種意義。則給付爲債之標的。依第二種意義。則給付卽債之履行。且與債之清償同義。不過所謂給付或履行。係自債權活動方面觀察之。所謂清償。係自債權消滅之點觀察之耳。本款標題所謂給付。係從第二種意義。其從第一種意義者。如第一百九十九條第二項第三項是也。

債之主要效力。係在債權人有使債務人爲給付之權利。故債務人對於債權人負有給付義務。債務人負給付義務之結果。不能不負注意義務。故關於注意義務。亦於本款規定之。惟第二百二十八條係關於損害賠償之通則。民法不規定於本章第二節而規定於本款。殊難索解。

第二百十九條 行使債權履行債務應依誠實及信用方法

債法以誠實及信用爲其基本原則。故行使債權、履行債務。應依誠實及信用方法。例如給付期雖契約已有訂定或法律已有規定。然在給付期之範圍內。究於如何之時間請求給付或提出給付。仍應依誠實及信用方法定之。若於給付期之上午一時請求給付或提出給付。則以普通情形而論。當認爲違背誠實及信用方法。其他如給付之標的、給付之地點。應將給付物送交債權人之住所時。應如何包裝、如何運送。均應依誠實及信用方法定之。

關於誠實及信用之意義。學說不一。或謂愛人如愛己。爲人類最高之理想。誠實及信用。卽指此理想而言。或謂交易上有公認之道德。誠實及信用。卽交易上道德之基礎。或謂當事人雙方之利益。應斟酌情事公平較量之。誠實及信用。卽公平較量當事人雙方利益之中道也。後說較爲正當。

第二百二十條 債務人就其故意或過失之行為應負責任

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

債務人僅就其故意或過失之行爲。應負責任。但例外亦有就事變應負責任者。例如第二三十一條第二項第六百零六條第一項第六百零七條第六百三十四條第六百五十四條第八百九十一條是也。所謂事變。卽不基於債務人過失之事實。有爲外界之事件者。有爲人之行爲者。債務人之行爲不基於過失時。亦爲事變。事變分爲通常之事變與不可抗力。不可抗力爲事變之最高限度。卽指不屬於業務執行範圍之事變而其性質上不能以人力避免者而言。

故意者。知自己之行爲（作爲或不作爲）當發生一定結果而聽其發生之心理狀態也。故意之成立。須知自己之行爲當發生一定之結果。此爲學者間所公認。惟是否更須行爲人有對於結果之意思。則學說不一。主張以此意思爲必要者。謂之意思主義。主張不以此意思爲必要者。謂之觀念主義或豫見主義。此兩主義在未必的故意之情形。卽有差異。例如以汽搬車運他人寄託之玻璃器。知有破碎之可能而搬運之。後竟破碎時。依觀念主義。應認爲故

意。依意思主義。則分別情形論之。行爲人知有破碎之可能。而破碎與否在所不顧。卽其意思以爲縱令破碎亦聽之者。是已有聽其發生結果之意思。應認爲故意。若行爲人知有破碎之可能而並不聽其破碎。惟因其防止破碎之方法不當。終致破碎者。則爲過失而非故意。據余所信。以意思主義爲當。故意之成立。須有違法之認識與否。有積極消極兩說。以消極說爲正當。卽就法律所規定之事實尙已認識。則雖不知法律規定該事實爲違法定有利於己之效果。亦無妨於故意之成立。

過失卽注意之欠缺。可豫見結果之發生。因欠缺注意而不豫見時。爲有過失。固不待言。惟依前述意思主義。過失不以不豫見結果之發生時爲限。其豫見有發生結果之可能。而不聽其發生時。如因欠缺注意而發生。亦爲過失。民法有以過失二字包含故意者。例如第五百四十四條第一項第六百三十六條是也。

過失爲注意之欠缺。而其注意程度之標準有三種。故過失亦可分爲三種。(一)應盡善良管理人之注意而欠缺者。謂之抽象的過失。或稱客觀的過失。所謂善良管理人之注意。與羅

馬法所謂良家父之注意德國民法第二百七十六條所謂交易上必要之注意相當。即依交易上一般觀念認為有相當知識經驗誠意之人於某種情事所用之注意。已盡此注意與否。應抽象的定之。其債務人有無盡此注意之知識經驗。及其向來對於事物所用之注意程度如何。無須予以斟酌。惟債務人之職業應斟酌之。例如醫生就衛生事務。律師就法律事務。所用注意。應較普通人為深。商人、木工、裁縫、工程師、司機生。應盡其商人、木工、裁縫、工程師、司機生所應盡之注意。又給付物及給付之時間處所。亦應斟酌之。例如保管或送交貴重品爆發物所用注意。應較保管或送交尋常物品時為深。駕駛汽車。在晝間夜間。與在街市曠野。注意程度不同。(二)應與處理自己專務為同一注意而欠缺者。謂之具體的過失。或稱主觀的過失。此以債務人平日處理自己事務所用之注意為標準。故其注意程度。係具體的定之。(三)顯然欠缺普通人之注意者。謂之重大過失。其標準為抽象的客觀的。其與抽象的或客觀的輕過失。不過程度之差。本質上並無差異。

民法有規定僅就故意負責任者。如第四百六十六條是也。有規定僅就故意或重大過失負責

任者。如第一百七十五條第二百三十七條第四百十條第五百四十四條第二項是也。有規定僅就具體的過失負責任者。如第五百三十五條前段第五百九十條前段第六百七十二條第一千一百條第二項是也。有規定就抽象的過失負責任者。如第四百三十二條第一項第四百六十八條第一項第五百三十五條後段第五百九十條後段第八百八十八條第九百三十三條是也。如法律無特別規定。當事人亦未以契約訂定應就何種過失負責任。則依事件之特性定其過失責任之輕重。所謂事件之特性。本條第二項後段已有例示之規定。其事件非予債務人以利益者。其過失責任。應從輕酌定。例如因遺贈發生之債。非予債務人以何等利益。應酌定為僅就故意或重大過失負其責任。(參照第四一〇條)惟所謂事件之特性。非專指予債務人以利益與否而言。雖非予債務人以利益之事件。而因事件其他之特性。亦有不應從輕酌定者。例如無因管理人除有第一百七十五條之情形外。應酌定為就抽象的輕過失負其責任。蓋不受報酬之受人。係委任人所選任。其日常處理自己事務。係用如何之注意。為委任人所明知或可得而知。僅使其與處理自己事務為同一之注意。固無不可。(參照第五三二條前段)無因

管理人之管理事務。並不受有本人之委任。若酌定爲僅就具體的輕過失負其責任。則處理自己事務向係疏忽之人濫行干涉他人之事務時。必生不當之結果。且無因管理人如處理自己事務向係顯然欠缺普通人之注意。則雖不爲免除本人之急迫危險而爲事務之管理時。亦僅就故意或重大過失負其責任。(參照第二二三條)此與第一百七十五條之法意。即將不能貫徹。故無因管理人雖不受報酬。亦不得將其過失責任從輕酌宥。

判例一 凡應注意並能注意而不注意者。爲有過失。(民國五年前大理院上字一〇二二號)

判例二 重大過失。卽全然欠缺注意之謂。故僅須用輕微注意即可豫見之情形而竟怠於注意。不爲相當準備者。卽不可不謂爲有重大過失。(民國四年前大理院上字二二一

八號判例)

第二百二十一條 債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人者其責任依第一百八十七條之規定定之

債務人就其故意或過失之行為。應負責任。而故意係以意思爲成立要素。債務人如無可認爲有法律上效力之意思時。當然不能認爲故意。又不注意係以能爲意思作用爲前提。過失之成立。當然亦須有意思能力之存在。此與一般侵權行爲成立要件之故意或過失無異。故債務人爲無行爲能力人或限制行爲能力人時。應依第一百八十七條之規定。定其責任。卽以行爲時有識別能力爲限。就故意或過失負責任。如行爲時無識別能力。則其行爲（例如毀滅給付物致不能給付）不過爲一種事變。不負何等責任。但法律有特別規定債務人就事變亦應負責者。本條之規定。不適用之。

本條祇規定債務人之責任依第一百八十七條之規定定之。並未規定法定代理人應依同條之規定負其責任。此不可不注意者也。

第二百一十二條 故意或重大過失之責任不得預先免除

債務人就其故意之行為。應負責任。爲債之性質上當然之結果。誠以債務人既已負擔債務。而又得故意爲違反債務之行為。卽與負擔債務之本旨相矛盾。故債務人就其故意之行為

。應絕對負其責任。不得預先免除。重大過失。性質上雖與故意不同。然亦近於故意。自意大利註釋學派以來。德國普通法視與故意同。不認預先免除之特約爲有效。瑞士債務法第一百條第一項亦然。本條之規定。殆採此立法例者也。瑞士債務法於一定情形。預先免除輕過失責任之特約。亦得宣告無效。(第一百條第二項)我國民法則不然。凡輕過失之責任。不問其爲具體的輕過失抑爲抽象的輕過失。均得預先免除。

故意或重大過失之責任。雖不得預先免除。然因故意或重大過失爲違反債務之行爲後。債權人若拋棄其求救濟之權利。則其拋棄行爲。仍屬有效。自不待言。

第二百二十三條 應與處理自己事務爲同一注意者如有重大過失仍應負責

應與處理自己事務爲同一注意時。債務人之責任。應視其平日處理自己事務之注意程度而定。如其處理自己事務向係疏忽。則關於債之履行。雖有同一疏忽。亦可不負責任。惟債務人處理自己事務。向係異常疏忽。即普通人之注意亦顯然欠缺者。雖依主觀的標準。已

與處理自己事務爲同一注意。而依客觀的標準已爲重大過失。仍應負其責任。蓋關於債之履行。至少須爲尋常之注意。乃實際交易上普通之觀念也。

應與處理自己事務爲同一注意時。債務人如有特殊之知識經驗。平日處理自己事務。小心謹慎。倍極周詳。其注意程度。較之善良管理人之注意爲尤高。而關於債之履行。祇用善良管理人之注意。並未與處理自己事務爲同一注意者。僅就法文上解釋之。一若債務人仍應負責。惟應與處理自己事務爲同一注意時。其過失責任。較之應爲善良管理人之注意時爲輕。此徵之第五百三十五條第五百九十條之規定。極爲明瞭。故應與處理自己事務爲同一注意時。苟未欠缺善良管理人之注意。即應認爲無過失。民法之所以未就此明定者。殆預想處理自己事務之注意。恆低於善良管理人之注意。而高於善良管理人之注意者。必不多見也。

第二百二十四條 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但當事人另有訂定者不在

此限

債務人祇就自己之故意或過失應負責任。若他人之故意或過失。在債務人不過爲一種事變。當然不負責任。即在債務人之代理人或使用人有故意或過失時、亦然。是爲多數學者之通說。惟債務人之代理人或使用人關於債之履行有故意或過失時。在實際交易上。有使債務人負責任之必要。故本條做德瑞之法律。(德二七六條
理二〇一條)使債務人與自己之故意或過失負同一責任。

所謂代理人。包含意定代理人與法定代理人。無行爲能力人或限制行爲能力人無識別能力者。就自己之行爲。雖依第二百二十一條之規定。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。所謂使用人。即基於債務人之意思而使用之人。其與債務人間不必有繼續的委任或僱傭關係。僅爲履行一定債務而使用時。亦包含之。例如託友人將書籍返還圖書館。因友人之過失將書籍毀損時。亦應適用本條之規定。惟他人不基於債務人之意思而爲關於履行債務之行爲時。例如爲債務人管理事務之無因管理人有

故意或過失致債權人受損害時。不在本條規定之列。

本條之規定。於當事人另有訂定時。不適用之。即預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。從其所定。債務人就自己之故意或重大過失所負責任。雖不得預先免除。而債務人就代理人或使用人之故意或重大過失所負責任。仍得預先免除。

第二百二十五條 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

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

給付不能。不僅指物理上或論理上不能者而言。依社會一般觀念可認為不能時。亦包含之。
。例如將房屋租與他人為一定日期宴會之用。屆期家屬中有患重病者。遷移必致死亡時。
。僱伶與人約定日期演劇。屆期戲院附近傳染病流行時。音樂家與人約定日期奏演。屆期父病垂危不能踐約時。與人約定不居住某市。因服兵役義務不得已居住某市時。此等情形。

在物理上或論理上本非不能給付。而依社會一般觀念。已可認為不能。惟此不可與單純之給付困難混同。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。給付雖屬困難。但依社會一般觀念。尙難認為已達不能之程度。自不得以給付不能論。

給付不能。有基於自然的理由者。有基於法律的理由者。前者如給付物燒毀或死亡時是也。後者如因法律之變更。給付物變為不融通物或禁止輸出時是也。兩者於給付不能之效果。並無差異。

給付不能。有自始不能與嗣後不能之別。本條所謂給付不能。係指嗣後不能者而言。所謂自始與嗣後。究以何時為標準。學說不一。或謂應以債之關係發生時為標準。或謂應以法律行為成立時為標準。法律行為成立後條件成就前給付不能時。依前說為自始不能。依後說為嗣後不能。後說較為確當。所謂自始不能。係指不能於給付期或債務人得為給付之時為給付。在法律行為成立時已確定者而言。法律行為成立時給付已屬不能。且其不能為永久者。固為自始不能。即法律行為成立時。給付本非不能。而將來至給付期或債務人得

爲給付之時期。其給付爲不能。在法律行爲成立時已確定者。亦爲自始不能。惟法律行爲成立時僅有不能之原因者。不得卽謂爲自始不能。例如買賣有病之馬。嗣後死亡時。如契約成立時已屬不治之病。固爲自始不能。若爲相當之醫治不致死亡者。則爲嗣後不能。

給付不能。有主觀的不能與客觀的不能之別。本條所謂給付不能。係指客觀的不能而言。給付因債務人本身之情事而不能者。爲主觀的不能。因以外之情事而不能者。爲客觀的不能。給付是否因債務人本身之情事而不能。應以其他之通常人若在債務人之地位亦認爲給付不能與否爲決定之標準。此其理由有二。(一)債務應依誠實及信用之原則而履行之。依誠實及信用之原則。不得主張異常之個人利益。故債務人特殊之本身情事。不得主張之。即僅因其本身情事致給付不能者。不得免其給付義務。(二)給付不能與否。既依社會觀念定之。則因給付不能而免其給付義務者。自應以在同一地位之一般人不能者爲限。

給付不能。有全部不能與一部不能之別。給付不可分者。祇有全部不能。無所謂一部不能。惟給付可分者。始發生一部不能。發生一部不能之情形。例如給付物之一部滅失時。因

共有權、地役權、地上權、永佃權、抵押權之存在。致不能移轉完全之所有權時是也。

給付不能。有分爲一時不能與永久不能者。惟此種區別。並無實益。苟給付期或債務人得爲給付之時期。給付已屬不能。不問其爲永久不能與否。皆當發生給付不能之效果。

因不可歸責於債務人之事由。致給付全部不能者。債務人免給付義務。一部不能者。債務人就不能之部分免給付義務。就餘存之可能部分。仍負給付義務。其給付之全部或一部。僅屬主觀的不能時。債務人雖無何等過失。亦不得免給付義務。

所謂不可歸責於債務人之事由。即指債務人無故意過失時而言。蓋債務人就其故意或過失之行爲應負責任也。(第二〇條一項)惟依法律之特別規定或契約之特別訂定。債務人就事變亦應負責時。則事變亦爲可歸責於債務人之事由。

債務人因第一項給付不能之事由。對第三人有損害賠償請求權時。例如給付物爲第三人所毀滅。債務人對第三人有基於侵權行爲之損害賠償請求權時。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。此種請求權。名曰代償請求權。代償請求

權。究爲原債權之繼續。抑爲新發生之債權。爲有爭議之問題。以解爲新發生之債權爲當。故其消滅時效從新開始進行。附從於原債權之擔保權。亦歸消滅。

本條第二項之適用。不必其給付不能之事由爲債務人發生損害賠償請求權之唯一原因。例如保險金請求權。因被保險物之滅失而發生。雖保險契約之訂立。及保險費之支付。同爲此項請求權之發生原因。亦不妨代償請求權之成立。

債務人依本條之規定免給付義務時。如係雙務契約。是否得向債權人請求對待給付。應依第二百六十六條第二百六十七條之規定決之。惟債權人行使代償請求權時。雖在第二百六十六條之情形。亦須爲對待給付。蓋債權人不得受二重之利益也。

判例一 租賃存續中租賃物因不應由租賃人負責之事由而滅失時。租賃人不負損害賠償責任。所謂應由租賃人負責之事由。除法有特別規定。或該地方有特別習慣。或當事人間有特別約定。租賃人於事變亦應負責外。當以租賃人之故意或過失爲限（民國十八年最高法院上字一〇七四號判例）

判例二 所謂非歸責於債務人之事由。不必與債務人之無故意過失同一意義。蓋以債務人對於故意過失。固應負責。而依法律之規定或契約。亦有事變應由債務人負責者。此時債務人雖無故意或過失。而因事變發生。以致給付不能。亦為歸責於債務人之事由。應由債務人負其責任。(民國八年大理院上字八七號判例)

第二百二十六條 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

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

因可歸責於債務人之事由。致給付全部不能者。債權人得請求賠償損害。致給付一部不能者。債權人得就不能之部分請求賠償損害。就可能之部分請求給付。若可能部分之履行。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。又因契約而發生之債。有本條情形時。債權人得解除其契約。(參照第二五六條)

本條之損害賠償請求權與原債權之關係有兩說。一說謂原債權消滅。新債權發生。二說謂原債權並不消滅。不過變其內容。依前說。則原債權與損害賠償請求權爲別一權利。依後說。則原債權與損害賠償請求權。雖其內容有異。仍屬同一權利。此與消滅時效之起算點。擔保權之存續與否。有重大之關係。認擔保權之存續。既適於賠償請求權之目的。而在一般觀念上。亦以解爲同一債權較合於當事人之意思。故以後說爲當。

給付不能。是否因可歸責於債務人之事由所致有爭執時。應由何人負舉證責任。民法雖未如德國民法第二百八十二條瑞士債務法第九十七條定有明文。然因不可歸責於債務人之事由。致給付遲延時。應由債務人負舉證責任。此依第二百三十條之規定可以推而知之。關於此點。遲延與不能。並無應設區別之理由。且本條之損害賠償請求權。不過原債權變其內容。並非新發生之債權。而債務人依前條之規定免其給付義務。則屬例外。故債務人應就不可歸責於自己之事由負舉證責任。

第二百二十七條 債務人不爲給付或不爲完全之給付者債權人得聲請法

院強制執行並得請求損害賠償

本條關於債權人得聲請法院強制執行之規定。與日本民法第四百十四條第一項大致相同。日本民法第四百十四條第一項。究爲關於債權何種效力之規定。學說不一。有謂爲規定債權人有向債務人請求給付之權利者。此在我國民法之解釋上。不能採用。蓋債權人之有此項請求權。已於第一百九十九條第一項設有明文。本條決非爲此重複之規定也。有謂爲規定債權人有向法院提起給付之訴之權利者。此亦不能認爲正當。蓋權利人就其權利有訴權。乃事理所當然。本條決非規定此當然之事理也。有謂爲僅規定債權人有向法院聲請強制執行之權利者。此則至當之見解也。夫強制執行聲請權。爲對於國家所有私權保護請求權之一種。其性質爲公權而非私權。以此爲債之效力而規定於民法。理論上固非正當。惟民法之所以設此規定。亦有其沿革上之理由。古代羅馬法。於債務人不爲給付時。採對人執行之主義。有必要時。得監禁債務人使其實行給付。嗣後法國民法則採極端的對物執行主義。據其第一千一百四十二條之規定。作爲及不作爲之債務。債務人不履行時。債權人除

就債務人之財產受損害賠償外。別無救濟方法。然實行債權之最後手段。如僅得請求賠償損害。則債權之效力未免過於薄弱。不足以應近世交易之需要。民法倣日本民法第一百二十四條而設本條之規定。卽所以明示不採法國民法之極端的對物執行主義者也。

強制執行之要件。從強制執行法之所定。強制執行法雖未公布。而聲請強制執行。須有判決裁定和解筆錄或其他之債務名義。則可斷言。故本條之規定。不可解爲無需債務名義或其他強制執行之要件。亦得聲請強制執行之義。

所謂不爲給付。卽能爲給付而不爲之。若給付已屬不能。雖其不能係因可歸責於債務人之事由所致。債權人亦僅得請求損害賠償。不得就原給付聲請強制執行。故所謂不爲給付。係指給付遲延而言。給付遲延時。債權人雖得依本條之規定聲請法院強制執行。然其損害賠償請求權。並不因此而喪失。卽遲延後之給付於債權人無利益者。債權人得不爲強制執行之聲請而請求賠償因不履行而生之損害。(第二三條)若就債權內容之給付爲強制執行。猶有損害時。仍得請求賠償。(第二三條第一項)本條爲防誤解起見。特規定之。所謂並得請求損害

賠償。與日本民法第四百十四條第四項所謂不妨礙損害賠償之請求。文字雖異。而趣旨實同。

所謂不為完全之給付。係指僅為一部之給付而不為其他部分之給付時而言。非德日學者所謂不完全給付也。德日學者所謂不完全給付。或稱為積極的債權侵害。給付不能與給付遲延。皆係債務人不為其所負擔之給付。消極的侵害債權。然債權亦有因債務人積極的為違背債務本旨之給付而侵害之者。例如債務人負有月終給付羊若干之義務。於十五日即已如數給付。因其羊有傳染病。致債權人所有之羊。全部病死。三星期內應審查某礦山之債務人。於一星期內提出報告書。債權人據其報告以高價買入礦山。然一星期後發見報告為錯誤。礦山為無價值。此等情形。既非於給付期不為給付。其非給付遲延。自不待言。而於給付期更給付無病之羊。或提出正確之報告書。尚屬可能。其非給付不能。亦無疑義。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。學說尚未一致。我國民法亦未就此設

有規定。本條所謂不爲完全之給付。不得解爲有此意義。蓋如斯意義之不完全給付。非不爲給付。而聲請強制執行。以全然不爲給付或不爲一部之給付爲前提也。

德日學者所謂不完全給付。爲債務違反之一種。此在我國民法雖未特設規定。然債務人負有依債務本旨而爲給付之義務。不得爲違背債務本旨之給付。乃債權債務之性質上所當然。故不完全給付。亦應認爲債務違反之一種。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。依付給不能之規定。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)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)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。(第二三五條)

第二百二十八條 關於物或權利之喪失或損害負擔賠償責任之人得向損害賠償請求權人請求讓與基於其物之所有權或基於其權利對於第三人之請求權

損害賠償請求權人。就其物或權利所生損害受全部之賠償時。若得保有其物或權利。即受二重之利益。此與損害賠償之本旨顯有未合。故本條倣羅馬法以來各國立法例。認代位之制度。

關於物之喪失負擔賠償責任者。例如受寄人因過失致其寄託物被盜時是也。此際受寄人得向寄託人請求讓與基於其物之所有權。如盜取人滅失其物。致寄託人之所有權喪失者。得向寄託人請求讓與基於其所有權對於盜取人之損害賠償請求權。關於權利之喪失負擔賠償責任者。例如財產管理人因過失致其所保管之無記名證券被盜。且經盜取人讓與於善意占有人時是也。(參照第九一五條)此際財產管理人得向本人請求讓與基於其權利對於盜取人之請求權。關於物之損害負擔賠償責任者。例如甲因故意或過失拆毀乙之房屋時是也。此際甲如須為全

部之賠償。得向乙請求讓與材料之所有權。關於權利之損害賠償責任者。例如受任人受收取債權之委任。因怠於收取。嗣後債務人變爲無資力人。致該債權無經濟上之價值時是也。此際受任人得向委任人請求讓與其對於債務人之債權。

關於代位之主義有二。一爲當然代位主義。即法定要件具備時。損害賠償請求權人之權利。法律上當然移轉於負賠償責任之人。無須當事人間更有讓與行爲。日本民法第四百二十二條取此主義。二爲請求代位主義。即祇認負賠償責任之人對於損害賠償請求權人有讓與權利之請求權。俟損害賠償請求權人依其請求而爲讓與行爲時。權利始行移轉。德國民法第二百五十五條取此主義。依第一主義。則移轉權利之事實時日及其範圍。不甚明確。實際之適用上。頗覺不便。故本條採第二主義。但保險法第四十五條第一項。係採第一主義。

依當然代位主義。以負賠償責任之人已爲賠償爲移轉權利之法定要件。依請求代位主義。則不必以已爲賠償爲其請求權之發生要件。其請求權應解爲與損害賠償義務同時發生。齋

依立法本旨。關於同時履行之規定。(第二六四條)應類推適用。學者雖有謂負賠償責任之人。須已爲賠償。始合本條規定之要件。不過得就自己賠償義務。援用同時履行之抗辯者。然謂已爲賠償。始合本條規定之要件。殊反於本條之明文。且請求權未發生前。得援用同時履行之抗辯。亦與理論不合。

第一款 遲延

本款所謂遲延。包含債務人之遲延與債權人之遲延。依羅馬法上之通說。以債務人之遲延與債權人之遲延爲同一制度。使受同一原則之支配。然依近世之學說。則兩者之性質。全然不同。債務人之遲延。卽給付遲延。債權人負有給付義務。故於給付遲延時。應負責任。債權人之遲延。卽受領遲延。債權人有受領給付之權利。不負受領給付之義務。惟債務人已完給其履行債務之一切行爲時。專因債權人一方之事由。致不能完成其履行。對於債務人不可無救濟之方。故使債權人負受領遲延責任。非以債權人有受領義務也。是債務人

之遲延與債權人之遲延。顯為別異之制度。民法將兩者一併規定於本款。非如羅馬法認兩者為同一制度。不過因兩者同名遲延。為便利計併為一款而規定之耳。

第二百二十九條 給付有確定期限者債務人自期限屆滿時起負遲延責任
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為給付
自受催告時起負遲延責任其經債權人起訴或依督促程序送達支付命令
者與催告有同一之效力

前項催告定有期限者債務人自期限屆滿時起負遲延責任

給付有確定期限。而債務人於其期限不為給付。給付無確定期限。而債務人受債權人適法之催告後不為給付者。謂之給付遲延。債務人本負有給付義務。其給付遲延。即屬侵害債權。故債務人就此應負責任。

給付遲延。以債務之存在為前提。故附停止條件之債務。在條件成就以前。無所謂給付遲延。債務尚已存在。則不問債之發生原因及其標的如何。皆可發生給付遲延。物上請求權

。應將關於債權之規定類推適用。關於給付遲延之規定。自亦在類推適用之列。

給付遲延。以給付可能爲前提。若給付已屬不能。卽不生給付遲延之問題。惟給付須可能至何時。則學說不一。或謂不惟須在給付期（卽清償期）可能。卽在給付期後。亦須可能。或謂祇須在給付期可能。無須於給付期後亦屬可能。由前之說。不作爲債務及嚴格定期行爲之債務。祇生給付不能。不生給付遲延。由後之說。此等債務。亦生給付遲延。據余所信。以後說爲當。蓋給付之能不能。在債權之性質上應以給付期爲標準而決之也。

債務人負遲延責任。以其債務已達給付期而不爲給付爲要件。債務達給付期時。債務人是否自其時當然負遲延責任。抑須經債權人之催告。始負遲延責任。則因其給付期是否爲確定期限而不同。

給付有確定期限者。不待債權人之催告。自期限屆滿時起。當然負遲延責任。蓋從期限代人催告之格言者也。惟此非強行規定。當事人有明示或默示之反對意思表示時從之。例如約明債權人應赴債務人之住所受給付時是也。

給付無確定定期限者。債務人非自違給付時期起當然負遲延責任。須經債權人於得請求給付時爲催告而未爲給付。方自受催告時起負遲延責任。所謂給付無確定定期限者。不外兩種。一爲定有期限而其屆至之時期不確定者。(參照第三百十五條說明)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定期限者。(第三一五條)前者期限屆至之時期。並不豫先確定。若自期限屆至時起。即使債務人負遲延責任。未免苛酷。後者在理論上雖可認爲債務發生時即已屆給付期。然自債務發生時起。即使債務人負遲延責任。亦覺苛酷。故皆自受債權人之催告時起負遲延責任。

債權人之爲催告。須於得請求給付時爲之。不定期限之債務。債權人雖得自債務發生時起。隨時請求給付。(第三一五條)定有不確定定期限之債務。債權人不得於期前請求給付。(第三一六條)故於期前爲催告者。債務人不因之而負遲延責任。須於期限屆至時更爲催告。債務人始負遲延責任。

催告者、向債務人請求履行債務之意思通知也。因催告而發生債務人負遲延責任之效果。

不以債權人欲使發生爲必要。故非意思表示而爲意思通知。惟關於意思表示之規定。得準用之。故非對話而爲催告者。其催告以達到債務人時發生效力。(第九五條一項)債權人非因自己之過失而不知債務人之姓名居所者。得依民事訴訟法公示近達之規定。以公示送達爲催告。(第九條七項)催告以不得附條件爲原則。惟附以債務人之隨意條件。(例如謂汝若遷居某處則須返還借款)於債務人並無不利。自屬無妨。催告附以期限。例如謂十日內當履行時。其爲有效。固不待言。此際債務人非自催告達到時起負遲延責任。乃自期限屆滿時起負遲延責任。催告不以一定之方式爲必要。或以言詞爲之。或以文書爲之。均無不可。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。催告固於達到債務人時發生效力。而債權人起訴時。則以訴狀提出於法院之時。即與催告之達到有同一之效力。(參照民事訴訟法第二三五條一項)易言之。即自訴狀提出於法院時起負遲延責任。非自訴狀送達時起負遲延責任。關於此點。雖有反對說。然與法律明文顯相違反。不足採也。

第二百三十條 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

因不可歸責於債務人之事由。致未爲給付時。若使債務人負遲延責任。殊有反於實際生活之觀念。此民法之所以仿多數立法例而設本條之規定也。

所謂因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者。例如非因債務人之過失不知債務之存在。或不知債權人爲何人。或不知給付期之屆滿。致未爲給付時是也。此時雖前條之要件業已具備。債務人亦不負遲延責任。惟債務人祇於無過失而未爲給付之間。不負遲延責任。若至後因過失而不爲給付時。則自其時起當然負遲延責任。例如無確定期限之債務。債權人以書面爲催告。而不明示其居所。債務人亦無從查知時。固不負遲延責任。然至後債務人知其居所。或可得而知時。則自知其居所或可得而知時起。當然負遲延責任。不以債權人更爲催告爲必要。

前條所定債務人負遲延責任之要件。固應由債權人負舉證之責。而債務人欲依本條之規定不負遲延責任。則須證明其未爲給付係因不可歸責於己之事由。此在法文之組織上可以推

知者也。

第二百三十一條 債務人遲延者債權人得請求其賠償因遲延而生之損害
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

債務人遲延者。應使債權人與遲延責任發生時受給付得同一之利益。方為公平。故因遲延而生之損害。債權人得向債務人請求賠償。其損害賠償之範圍方法。應依第二百十三條以下之規定。因遲延而生之損害。包含積極的損害與消極的損害。例如債權人以其應取得之物為出賣與第三人之契約。且附有違約金約款。因債務人遲延。致不能向第三人履行。支付違約金時。其支付之違約金。即積極的損害也。又如債務人若於適當之時期為給付。則債權人可取得孳息。其因給付遲延而不能取得之孳息。即消極的損害也。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。債權人如有於市價最高時處分該物之計劃設備。（參照第二一六條第二項說明）得以最高市價為標準。請求其賠償市價之差額。

債務人雖僅就其故意或過失之行為負責任。然在給付遲延以後。對於因不可抗力而生之損害。亦應負責。蓋債務人若於適當時期為給付。債權人不致受此損害也。但債務人能證明縱不遲延給付。而仍不免發生損害時。其給付之遲延與損害之發生。既無因果關係。自不得令其負責。例如出賣人就其出賣之馬遲延給付後。因廐遭火災。馬被燒死。隣居買受人之廐。同遭火災。縱不遲延給付。其馬亦必燒死時。亦付沿江土地之債務遲延履行後。該土地被沖坍塌。縱不遲延給付。其地亦必坍塌時是也。債務人苟能證明遲延責任發生以後給付物滅失以前其給付物必在債權人之手滅失。即可不負責任。其滅失之原因是否同一。在所不問。例如遲延責任發生以後給付物被盜。而在被盜以前。如該給付物在債權人之手亦必因火災而燒失時是也。惟債務人之賠償義務。因給付物之滅失即歸確定。故債務人不得主張嗣後債權人有滅失給付物之事由而免其責任。例如債務人之給付物於某月一日因事變而滅失。債權人雖於同月二日有滅失給付物之事由。債務人亦不得主張免責。

第二百三十二條 遲延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

債務人遲延後。債權人祇得請求債務人爲給付。並賠償因遲延而生之損害。不得拒絕其給付而請求不履行之損害賠償。惟遲延後之給付。於債權人無利益時。若猶不認其有此權利。則保護債權人之利益。未免過薄。此民法之所以做德國民法第二百八十六條第二項而設本條之規定也。

債權人拒絕債務人之給付而請求不履行之損害賠償。以遲延後之給付於債權人無利益爲要件。是否無利益。應依誠實及信用之原則客觀的定之。例如甲向乙借用書籍。遂返還期限而不返還。乙因預備高等考試。不得已而新購一部時。得拒絕甲之給付而請求賠償購書之價金。又如甲向乙定購桑葉以爲飼蠶之用。乙逾給付期限而不給付。及至蠶已上簇作繭。始爲給付。甲得拒絕之而請求不履行之損害賠償。至絕對的或相對的定期行爲之給付遲延時。(參照第五條說明)債權人得拒絕其給付而請求不履行之損害賠償。自不待言。又遲延後之給付。於債權人雖非無利益。而因契約發生之債務。其債權人依第二百五十四條之規定解

除契約。並依第二百六十條之規定請求損害賠償。並不因本條之規定而受妨礙。民法於第二百五十四條第二百六十條外。又設本條之規定者。以各該條於非因契約而發生之債務不能適用。且依第二百五十四條之規定。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也。(參照等二五)
四條說明

第二百三十三條 遲延之債務以支付金錢爲標的者債權人得請求依法定利率計算之遲延利息但約定利率較高者仍從其約定利率

對於利息無須支付遲延利息

前二項情形債權人證明有其他損害者並得請求賠償

依損害賠償之一般原則。債權人請求賠償。應證明損害之發生及其數額。即有特種情形可以推定債權人受有若干損害時。債務人亦得證明債權人所受損害較少或未受損害而減免其賠償責任。惟以支付金錢爲標的之債務遲延時。債權人恆依遲延時期損失相當於法定利率之利益。債務人亦恆依遲延時期取得相當於法定利率之利益。故本條設有特別規定。債權

人無須證明損害之發生及其數額。當然得請求依法定利率計算之遲延利息。以填補其損害。債務人不得證明債權人所受損害較少或未受損害而減免其賠償責任。本條既以債務人常依遲延時期取得相當於法定利率之利益爲其立法理由之一。則其所謂以支付金錢爲標的之債務。自係指金額債務及金種債務而言。特定金錢債務不包含之。(參照第二零一條說明)蓋特定金錢債務。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也。

遲延之債務爲無利息之債務。或雖爲應付利息之債務。而其約定利率較法定利率爲低時。其遲延利息。固應依法定利率計算。但其約定利率較法定利率爲高時。仍從其約定利率計算。蓋此時若依法定利率計算。則債務人之責任。反因遲延而減輕。在理論上及實際上均覺失當也。

利息應以金錢支付者。亦爲以支付金錢爲標的之債務。此項利息債務遲延時。依第一項之規定。債權人本得請求依法定利率計算之遲延利息。惟對於利息如須支付遲延利息。卽與第二百零七條限制複利之本旨相反。此本條第二項之所由設也。

遲延利息。不過爲債權人當然得請求賠償之最少限度。若債權人證明有其他損害時，仍得請求賠償。例如甲將值銀八百圓之房屋，以五百圓之價金出賣於乙，但於買賣契約保留買回之權利。甲對於丙有五百圓之債權。豫計以丙清償之銀買回房屋。並已將其計劃通知丙。嗣後因丙給付遲延，不能於買回期限內買回房屋，致喪失其買回權。此時甲之損害，係因丙之給付遲延所致。丙已因甲之通知，熟知發生損害之特別原因，依一般原則，甲對於丙有請求賠償全部損害之權利。(參照第二一七條二項)惟與遲延利息重複之部分，不得請求。

對於利息雖無須支付遲延利息。然債權人證明有因遲延而生之損害時，仍得請求賠償。例如甲對於乙有二百圓之利息債權，於利息清償期前，已與丙約明以乙清償之二百圓貸與丙，並約定週年利率爲百分之十五。因乙給付遲延，致不能取得此利益時是也。

第二百三十四條 債權人對於已提出之給付拒絕受領或不能受領者自提出時起負遲延責任

債權人有受領給付之權利，不負受領給付之義務。故債務人不得強制債權人受領給付。惟

清償債務。俾債之關係速歸消滅。在債務人亦有正當之利益。法律爲調和雙方利益起見。設受領遲延之制度。

債權人雖無受領給付之義務。然依法律之特別規定。(如第三六七條第(五)一三條第二項)或契約之特別訂定。使其負受領給付之義務。固無不可。此際債權人若拒絕受領或不能受領。除負受領遲延責任外。並負給付遲延責任。蓋受領給付之義務。卽爲債務也。惟債權人於拒絕受領或不能受領無過失時。祇負受領遲延責任。不負給付遲延責任。

受領遲延責任。惟於債務之履行非經債權人之受領不能完成時。始行發生。若僅債務人之一方。卽可完成其債務之履行時。(例如履行不作爲債務時)無發生受領遲延責任之餘地。債權人負受領遲延責任。以給付可能爲前提。給付不能時。無從爲給付之提出。自無發生受領遲延責任之餘地。其給付可能與否。亦以給付期爲標準。若於給付期可能。縱令嗣後給付可能之狀態不繼續。亦得發生受領遲延責任。例如嚴格定期行爲。債務人於給付期提出給付。因債權人不受領。致給付不能時。債權人應負受領遲延責任。

使債權人負受領遲延責任。以提出給付爲要件。雖在給付兼需債權人之行爲。且有確定期限時。債權人亦非因屆期不爲其行爲當然負受領遲延責任。（德國民法第二九六條與此相反）仍須債務人依第三百三十五條但書之規定爲言詞提出。債權人始負受領遲延責任。惟此際債務人亦不固未爲言詞提出而負給付遲延責任。蓋屆期債權人如不爲其行爲。卽因不可歸責於債務人之事由致未爲給付也。

債權人對於已提出之給付。拒絕受領或不能受領者。不問其拒絕受領或不能受領。基於如何之理由。概自提出時起。負遲延責任。故因債權人誤信無債權。或誤認爲非依債務本旨之提出。致拒絕受領。因債權人不在家。或患重病。或因堆棧已滿。物品無可收藏。致不能受領者。縱令此等事由。非因債權人之過失所致。亦應負遲延責任。但受領不能。須因債權人主觀的情事所致。若其不能受領之情形。在社會觀念上可認爲給付行爲之基本要素已欠缺。則爲給付不能。而非受領不能。例如出演於某戲院之債務。其戲院已燒燬時。教授某兒童之債務。其兒童已死亡時是也。

第二百三十五條 債務人非依債務本旨實行提出給付者不生提出之效力。但債權人豫示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行為者債務人得準備給付之事情通知債權人以代提出。

使債權人負受領遲延責任。以提出給付爲要件。而提出給付。須依債務本旨爲之。故於不得爲清償之時期。(參照第三一六條)或於非清償地。提出給付。或僅提出給付之一部。(第三一八條)或其所提出之給付與依債之關係所定之給付不符者。不生提出之效力。履行金錢債務。提出大於債權額之貨幣。請求找還差額時。除其差額不大。依一般交易觀念。得請求找還者外。不生提出之效力。例如給付人力車資提出十圓紙幣時是也。

提出給付。以實行提出爲原則。即債務人方面於清償債務所必要之一切行爲。須已完給。故以債權人之住所地爲清償地之債務。須將給付物送交債權人之住所。置於債權人可得受領之地位。

債權人預示拒絕受領之意思時。債務人雖實行提出。亦屬徒勞無益。給付兼需債權人之行

爲時。債權人若不爲其行爲。債務人即無從實行提出。故於此等情形。債務人得以準備給付之事情。通知債權人。以代提出。此之謂言詞提出。法文既曰以準備給付之事情通知債權人。則在言詞提出。亦須事實上已有給付之準備。事實上無準備而爲準備之通知。不生提出之效力。所謂預示拒絕受領之意思。係指對於債務人表示此意思者而言。若對於第三人表示此意思。偶爲債務人所知者。不包含之。所謂債權人之行爲。係指受領行爲以外之行爲而言。例如債權人應赴債務人之住所收取債權時。債權人應爲選擇時。債權人應供給材料時。債權人應受教授時是也。

第三百二十六條 給付無確定期限或債務人於清償期前得爲給付者債權人就一時不能受領之情事不負遲延責任但其提出給付由於債權人之催告或債務人已於相當期間預告債權人者不在此限

給付有確定期限。而債務人於期限屆滿時提出給付者。債權人若拒絕受領或不能受領。固不問其知期限屆滿與否。應自提出時起。負遲延責任。然給付無確定期限。或債務人於清

債期前得爲給付者。(參照第三一五條第三一六條)若因債務人突然提出。卽應自提出時起負遲延責任。則債權人欲免遲延責任。非時時爲受領之準備不可。此對債權人未免過酷。故於此等情形。債權人就一時不能受領之情事。不負遲延責任。所謂一時不能受領之情事。例如提出時債權人不在家。或未設備收藏物品之堆棧時是也。

債務人提出給付。由於債權人之催告。或債務人已於相當期間前預告債權人者。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。蓋此際債權人已有準備受領之時間也。債務人依第二百零四條之規定於清債期前提出給付者。無須更爲預告。

第二百零二十七條 在債權人遲延中債務人僅就故意或重大過失負其責任

債權人負遲延責任時。債務人仍不能免其給付義務。如欲免其給付義務。須依第三百二十六條以下之規定。將其給付物爲債權人提存之。或依第二百四十一條之規定。拋棄占有。在提存或拋棄占有以前。債務人既仍負有給付義務。則其注意義務。一卽過失責任自亦依然存在。惟債權人若受領債務人所提出之給付。則債務已因清償而消滅。嗣後債務人卽免

其注意義務。乃因債權人之不受領。致令仍負從來之注意義務。殊非公平之道。故本條於債權人遲延中。減輕債務人之注意義務。即債務人於債權人遲延以前。應就輕過失負責任者。自債權人負遲延責任時起。僅就故意或重大過失負責任。法律所以不全免其注意義務。使仍就故意或重大過失負責任者。蓋與規定故意或重大過失之責任不得預先免除出於同一理由也。(參照第三二二條說明)

判例一 債權人於債務人已經提出之給付。拒絕領受或不能領受者。雖負遲延之責。但所謂遲延責任。不過減輕債務人之責任。並非債權人之債權因此消滅。(民國三年大理院上字六二八號判決)

判例二 債權人遲延後。債務人若有重大過失。致給付不能者。仍應任賠償之責。(民國八年大理院上字九二七號判決)

第二百三十八條 在債權人遲延中債務人無須支付利息

依羅馬法上之通說。債權人遲延中。債務人苟未提存。仍須支付利息。此乃以債權人遲延

中債務人仍得利用原本爲其理由者也。近世之學說及立法例則反之。在債權人遲延中。不問爲約定利息爲法定利息。債務人皆無須支付。誠以債權人在遲延中。得隨時請求清償原本。債權人一經請求。債務人即須清償。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者。往往有之。本條採用近世之學說及立法例。自債權人負遲延責任時起。停止一切利息之發生。但當事人有特別約定。在債權人遲延中債務人仍須支付利息者。從其約定。蓋本條非強行規定也。

第二百三十九條 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

依債務之關係。債務人應返還由標的物所生之孳息或償還其價金者。(例如第五四一
條第九五八條)本有依一定經濟上之方法。爲債權人收取孳息之義務。但債務人就該標的物提出給付時。債權人若拒絕受領或不能受領。則自債權人負遲延責任後。債務人無爲債權人依一定經濟上之方法收取孳息之義務。祇就實際上已收取之孳息。負返還責任而已。蓋債權人若無受領遲延

情事。債務人即已免其債務。無須更注意於孳息之收取。因債權人受領遲延，仍使其負收取孳息之義務。不合於公平之觀念也。

第二百四十條 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

債務人提出之給付。經債權人受領時。關於提出之費用。即為清償費用。依第三百十七條之規定。應由債務人負擔。若債權人對於提出之給付。拒絕受領或不能受領。則債務人須將給付物運回保管。嗣後並須再行提出。此等必要費用之增加。既為債權人受領遲延之結果。自不得使債務人負擔。故債務人得向債權人請求賠償。

債務人除依本條之規定得向債權人請求賠償費用外。其因債權人受領遲延所受其他之損害。不得向債權人請求賠償。蓋債權人無受領義務。且受領遲延不以過失為要件也。惟債權人有受領義務。且其受領遲延有過失時。債務人得就他之損害請求賠償。蓋此為因給付遲延而生之損害也。

第二百四十一條 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。

前項拋棄應預先通知債權人但不能通知者不在此限

債權人之遲延。無消滅債務之效力。故在遲延後。債權人得隨時請求給付。債務人須常爲其準備。然使債務人永久受債務之拘束。不惟失諸苛酷。且亦反於債務之性質。故債權人遲延後。須使債務人得不待債權人之協力而免其債務。法律就此所設之方法有二。即提存與拋棄是也。提存規定於第二百二十六條以下。拋棄則於本條規定之。

古代之羅馬法。債權人不受領給付時。債務人得拋棄給付物。以免其債務。後代之羅馬法。以不認此方法爲原則。惟於無害債權人之免責方法不存在時。例外得依拋棄免其債務。近世之法律。於給付物爲動產者。不認此方法。蓋動產之拋棄。易致滅失毀損。不惟有害於債權人。且於社會經濟亦至爲不利也。但不動產之拋棄。弊害較少。故本條於給付物爲不動產者。許債務人拋棄其占有。以免債務。此項拋棄。除不能通知者外。應預先通知債

權人。俾得自爲相當之處置。

第三款 保全

債權爲對於債務人請求一定給付之權利。故除第三人不法侵害此請求權時外。其效力以不及於第三人爲原則。法律對此原則。設有例外。雖第三人不爲侵權行爲時。亦有認債權之效力及於第三人者。謂之債權之對外的效力。

債權之對外的效力。卽債權人代位權及債權人撤銷權是也。債務人就屬於其財產之權利怠於行使時。債權人得代爲行使。謂之債權人代位權。債務人爲減少其財產之行爲時。債權人得撤銷其行爲。使財產復歸於債務人。謂之債權人撤銷權。此兩者皆以保全債務人之財產爲目的。蓋債權以由債務人之財產受滿足爲其主要目的。故債務人之財產。除因擔保權之設定爲一定債權之擔保者外。皆爲總債權人共同擔保之用。債權人代位權及債權人撤銷權。卽保全此共同擔保之權利也。

第二百四十二條 債務人怠於行使其權利時債權人因保全債權得以自己之名義行使其權利但專屬於債務人本身者不在此限

債務人之財產。為總債權人之共同擔保。而債務人之權利。則為其財產之一部。債務人若怠於行使其權利。總債權人之共同擔保。即不免受其影響。此本條之所以做法國法系之立法例。使債權人得行使其權利也。

本條所認債權人之權利。學說上稱為代位權。亦有稱為間接訴權者。但非訴訟法上之權利。乃實體法上之權利也。此種權利。係得依自己之行爲而發生一種法律上效果。故爲廣義之形成權。惟非依一方的意思表示而形成法律上之效果。故與狹義之形成權不同。

代位權、債權人係以自己之名義行使之。故與代理權不同。惟其所行使者。爲債務人之權利。故其行使權利之效果。當然及於債務人。例如代位行使債務人所有之撤銷權時。其撤銷之效果。就債務人發生是也。

代位權、惟於債務人怠於行使其權利時。得行使之。若債務人已行使其權利。則雖其行使

②
之方法不適當。債權人亦不得更爲行使。例如債務人已就其對於第三人之權利提起訴訟時。縱令其訴訟方法不適當。致受敗訴之判決。債權人亦不得更行起訴。

代位權、惟於有保全債權之必要時。得行使之。易言之。即債權人有不能受清償之危險時。始得行使。若債務人之財產。足以充分清償其債務。自無許債權人行使代位權之理。惟所謂保全債權之必要。不以債務人無資力時爲限。苟其債權。與債務人資力之有無。並無直接關係。則雖債務人非無資力。亦得因保全其債權。行使債務人之權利。例如富翁甲。向乙買入某物。未受交付。以之賣於丙。如甲怠於向乙行使交付請求權。丙得代位行使之。

得行使代位權之債權。其種類在法律上雖無制限。但須爲得因行使代位權而保全之之債權。故如不作爲債權。及以債務人之特別技能或勞務爲內容之債權。在變爲損害賠償請求權以前。其債權人不得行使代位權。

專屬於債務人本身之權利。債權人不得行使之。所謂專屬於債務人本身之權利。係指性質

上須依權利人本身之意思決定行使與否之權利而言。故非財產權、如親權、婚姻撤銷權、離婚請求權等親屬法上之權利。爲專屬於債務人本身之權利。財產權以無形利益爲主者。如扶養請求權。因身體健康、名譽、自由受侵害之損害賠償請求權。(一九)亦爲專屬於債務人本身之權利。又不許扣押之權利。非爲債權人共同擔保之用。故債權人不得行使之。若許債權人行使。則與法律禁扣押之本旨。大相違反矣。

債務人之權利。除以上所述者外。債權人皆得行使之。其適用最多者。雖爲請求權。但形成權、(如撤銷權解除權)擔保物權。(如債務人對於第三債務人之抵押權)亦得行使之。惟債務人就其所有物意於使用收益。非所有權之不行使。故債權人不得就債務人之所有物。代爲出租及其他使用收益等行爲。又僅爲法律上之可能。未成爲債務人之權利者。不得爲代位權之物體。例如債務人受贈與之要約而不爲承諾時。債權人不得代爲承諾。

代位權行使之範圍。法律雖無明文。然不以保存行爲爲限。則依第二百四十三條但書之規定可以推知者也。故以權利之保存或實行爲目的之一切審判上審判外之行爲。例如催告、

提起訴訟、參加於他人之訴訟、受領第三債務人之清償、假扣押、假處分、聲請強制執行。實行擔保權等。債權人皆得爲之。惟債權人僅得行使債務人之權利。故債務之免除權利之拋棄等減少債務人財產之處分行爲不得爲之。又債權人僅因保全債權得行使債務人之權利。故其行使之範圍。以保全債權所必要者爲限。例如債權人行使債務人之一宗債權。已足保全自己之債權時。不得就債務人之其他債權更爲行使。惟債務人之一宗債權超過債權人之債權額時。不妨行使之。

債權人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。例如債權人對於第三債務人請求履行時。第三債務人得以其債務已因清償或其他原因而消滅爲抗辯。在變務契約。得以債務人未履行為抗辯。債權人請求分割共有物時。得以會與債務人訂有不分割期限之契約爲抗辯。

債權人行使債務人權利之效果。法律雖無明文。但自代位權之性質上推之。其行使權利之效果。應歸屬於債務人。蓋代位權不過使債權人得行使債務人之權利。非將債務人之權利

移轉於債權人也。故行使權利之效果。當然歸於總債權人之利益。若行使代位權之債權人。欲得自己債權之滿足。非更依強制執行等一般之方法不可。

判例一 依間接訴權以行使賣主之買回權。惟買主之債權人有此權利。(大理院十二年

上字一二五號判決)

判例二 債權人於其債權有不能受清償之處時。爲保全自己權利起見。得行使屬於債務人之權利。(大理院五年上字五三七號判決)

第二百四十三條 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

代位權惟於債務人負遲延責任時。始得行使。故有確定期限之債務。非期限屆滿後。不得行使代位權。無確定期限之債務。非於得請求給付之時期爲催告後。不得行使代位權。惟專爲保存債務人權利之行爲。例如債務人之權利消滅時效將完成時。爲中斷時效之行爲。第二人破產時。爲債權之呈報。雖在債務人負遲延責任以前。亦得爲之。蓋此種行爲。不

外爲防止債務人權利消滅變更之行爲。不惟於債務人並無不利益。且俟債務人負遲延責任後始爲此種行爲。往往有坐失時機者。故法律使債權人得於債務人負遲延責任前爲之。

第二百四十四條 債務人所爲之無償行爲有害及債權者債權人得聲請法院撤銷之

債務人所爲之有償行爲於行爲時明知有損害於債權人之權利者以受益人於受益時亦知其情事者爲限債權人得聲請法院撤銷之

債務人之行爲非以財產爲標的者不適用前二項之規定

債務人所爲減少其財產之行爲。亦有害於債權之共同擔保。故本條於一定條件之下。認債權人有撤銷其行爲之權。使該財產復歸於債務人。

債權人之撤銷權。有稱爲撤銷訴權者。然此爲實體法上之權利。非訴訟法上之權利也。至爲實體法上如何性質之權利。則有三說。(一)債權說、謂撤銷權爲對於因債務人之行爲而受利益之第三人直接請求返還財產之債權。殊不知第三人係因債務人之行爲而受財產上之

利益。債務人之行為有效之際。無負擔返還義務之理由。法律係以奪此行為之效力之權利。授與債權人。故用撤銷字樣。庸得解為直接請求返還財產之權利。(二)形成權說、謂撤銷權為使債務人之行為溯及的消滅其效力之形成權。此說不惟足以說明發生財產返還請求權之法律上理由。且詐害行為為免除債務或負擔債務之行為時。祇須使其行為之效力消滅。即足以達撤銷權之目的。此種情形之撤銷權。非依此說不能說明其性質。故債權人之撤銷權。常具有形成權之性質。實甚明顯。惟撤銷權之內容。是否僅此形成的內容。尚有疑義。(三)折衷說、謂撤銷權為撤銷債務人之行為。且使債務人之財產上地位回復行為前原狀之權利。依詐害行為之內容。僅予撤銷不能達財產復舊之目的者頗多。債權人如欲達此目的。非更依代位權將債務人之財產返還請求權代位行使不可。是形成權說在實際上極為不便。依法律認此撤銷權之目的。應解為僅依撤銷即可達財產狀態復舊之目的時。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之復舊。方為正當。

所謂債務人之行為。固以法律行為爲最重要。但不以法律行為爲限。訴訟行為。(如自認認諾和解訴之撤回等)及其他生法律上效果之行為。皆包含之。其行為因他之理由可得撤銷者。亦有本條之適用。惟當然無效之行為。如由於虛偽意思表示之財產隱匿行藏。不用本條之規定。至未成立之行為。不得爲撤銷權之物體。尤不待言。

所謂債務人之行為。不以債務人自爲者爲限。債務人之代理人之行為。與債務人之行為生同一之法律上效果。故亦爲撤銷權之物體。但相對人對於債務人之單獨行爲。不得爲撤銷權之物體。

債務人之行為。不問其爲有償行爲。抑爲無償行爲。均以害及債權者爲限。始得撤銷之。其行爲在事實上並不害及債權者。縱令債務人係以詐害債權之意思而爲之。亦不得撤銷之。所謂害及債權。即因債務人無資力。致一般債權之履行爲不能或困難。其使特定債權之直接履行(即交付該特定物以爲履行)不能或困難者。不包含之。例如甲對於乙負有交付特定動產或不動產之債務後。又將該動產或不動產讓與於知情之丙。丙先受動產之交付。或

先爲不動產之取得登記時。乙之債權雖因甲之二重讓與行爲。致不能直接履行。亦不得撤銷甲丙間之行爲。使丙返還其標的物。蓋債權人之撤銷權。係以維持共同擔保爲目的。非以確保特定債權之直接履行為目的。且丙既依第七百五十八條第七百六十一條之規定。取得物權。又認乙得撤銷甲丙間之行爲。使丙返還其標的物。法律上即不免矛盾。惟甲因其二重讓與行爲。致無資力者。如其他之一般債權人得撤銷時。乙亦得撤銷之。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。設使不問甲之資力如何。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。然如以甲之無資力爲要件。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。致無償還資力時。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。

債務人減少其清償資力。其方法有二。一爲減少積極財產。例如讓與所有權。設定他物權

乙
債權

、讓與債權、免除債務是也。二爲增加消極財產。債務人新負擔債務時。即屬之。惟現存財產之變形。例如買賣互易等。非必生減少資力之結果。苟得相當之對價。不得謂爲詐害行爲。又清償現存債務。一面減少積極財產。一面減少消極財產。並不生減少資力之結果。而強制的平等分配。則須宣告破產後。始得行之。債權人雖得因破產法上之否認權而受保護。在民法上究不得謂爲詐害行爲。但代物清償及清償期前之清償。有爲詐害行爲者。就現存之債務設定質權抵押權時、亦然。

債務人之行爲。非以財產爲標的者。不得撤銷之。所謂以財產爲標的之行爲。係指財產上受直接影響之行爲而言。故如結婚、離婚、認知私生子等行爲。雖於財產上不無間接之影響。亦無本條之適用。債務人應服勞務之僱傭契約。亦非以財產爲標的之行爲。

債務人之行爲害及債權。及其行爲係以財產爲標的。爲撤銷權之客觀的要件。此項要件。不問其行爲爲有償抑爲無償。皆須具備。惟撤銷無償行爲。祇須具備客觀的要件。撤銷有償行爲。尚須具備主觀的要件。所謂主觀的要件。即債務人於行爲時明知有損害於債權人

之權利。及受益人於受益時亦知其情事是也。

所謂明知有損害於債權人之權利。祇須有損害債權之觀念。無須有損害債權之意思。蓋採觀念主義。非如德國債權人撤銷權法之採意欲主義者也。例如一債權人將聲請法院宣告破產。債務人爲免破產之宣告起見。向該債權人設定抵押權。在債務人雖以爲暫免破產之宣告。可以徐圖資力之恢復。於他債權人亦不無利益。但債務人苟明知其現在已無充分之財產。足以清償他債權人之債權。即不免爲詐害行爲。又所謂明知有損害於債權人之權利。不以明知有損害於行使撤銷權人之權利爲必要。例如債務人當爲詐害行爲時。雖遺忘行使撤銷權人存有債權。但既明知有損害於債權人（他債權人）之權利。即無礙於撤銷權之行使。至債務人之行爲。由其代理人爲之時。其明知有損害於債權人之權利與否。應就代理人決之。（一〇）
（五條）

所謂受益人。即因債務人之行爲而受利益之人。通常雖爲債務人所爲行爲之相對人。亦有不盡然者。例如以契約訂定向第三人爲給付者。其第三人爲受益人。（二六）
（九條）撤銷有償行爲

除須債務人於行爲時明知其行爲有損害於債權人之權利外。並以受益人於受益時亦知其行爲有損害於債權人權利之情事爲要件。法律之所以以此爲要件者。蓋不欲以保護債權人之故而使不知情之第三人受不測之損害也。

債權人行使撤銷權。不必有執行名義。其債權亦不必已屆履行期。蓋本條非如德國債權人撤銷權法第二條之以此爲要件也。又其債權之發生原因如何。亦所不問。惟撤銷權爲保全債權人之共同擔保之方法。故不作爲債權及以勞務爲標的之債權。非變爲損害賠償請求權之後。其債權人不得行使撤銷權。附條件之債權。其債權尙未發生。亦不得行使撤銷權。至詐害行爲後成立之債權。及有質權抵押權等充分擔保之債權。其債權人是否有撤銷權。學者間頗有爭執。據余所信。以消極說爲當。

債權人之撤銷權。與代位權不同。須依裁判上之方法行使之。法文所謂聲請。卽以訴請求之意。其訴究爲給付之訴。抑爲形成之訴。學說上頗有爭議。此與撤銷權之性質。至有關係。採用債權說之學者。主張爲給付之訴。採用形成權說之學者。主張爲形成之訴。採用

折衷說之學者。主張爲兼有給付之訴與形成之訴之性質。惟祇訴求撤銷時。則爲形成之訴。

撤銷之訴之原告爲債權人。固不待言。應以何人爲被告。亦爲與撤銷權之性質相關聯之問題。若依債權說。應以受益人爲被告。若依形成權說。則應以行爲當事人爲被告。卽其行爲爲單獨行爲時。應以債務人爲被告。其行爲爲雙方行爲時。應以債務人及其相對人爲被告。其受益人不爲該行爲之當事人者。不必以之爲被告。若依折衷說。則債權人併求財產之返還時。不可不以應返還之人爲共同被告。

債權人行使撤銷權之結果。不過使脫離債務人之財產。復歸於債務人。並不能因其行使撤銷權。對於該財產取得何等權利。此與德國撤銷權法第七條規定行使撤銷權之債權人有優先權者不同。故行使撤銷權之債權人。若欲就該財產得自己債權之滿足。尙須行強制執行等方法。

撤銷之效果。應依撤銷權之性質定之。依形成權說。則撤銷之效果爲絕對的。無論對於何

人。皆確定爲自始無此行爲。故物權契約或債權讓與契約被撤銷時。其物權或債權。當然復歸於債務人。免除債務行爲被撤銷時。其債權不消滅。債權契約被撤銷時。其債權自始不成立。若本於契約已有所給付。則生不當得利返還請求權。

判例一 債權法上之撤銷訴權。並不以債務人業經破產爲要件。凡債務人之行爲。係出於詐害債權人。而受益人又係通謀或知情者。雖該債務人爲此行爲之時。並未陷於破產狀態。亦得爲撤銷之原因。(大理院七年上字六四九號判決)

判例二 撤銷訴權之效力。在回復行爲以前之原狀。使債務人已失之財產。歸於債務人。而不得即歸於行使撤銷訴權之人。故受撤銷判決之利益者。實爲總債權人。(大理院四年上字七四二號判決)

第二百四十五條 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

撤銷權爲債權之對外的效力。故債權消滅時。撤銷權當然消滅。撤銷權發生後缺其要件時

、亦然。例如債務人已回復其資力。其行為不致害及債權人之權利時是也。至撤銷權因權利人行使其權利。或拋棄其權利而消滅。尤不待言。本條特就債權人於一定期間內不行使其撤銷權時。使其權利消滅。蓋撤銷權之行使。債務人與受益人間之法律關係。發生變更。若永久得行使之。殊有害於交易之安全也。

本條所定期間。是否如日本民法第四百二十六條爲一種時效期間。不無疑義。民法所定時效期間。均未表明時效字樣。且其立言方法。亦皆曰自某時起若干時間不行使而消滅。例如第一百九十七條第二項之期間。爲時效期間。依同條第二項之規定。至爲明瞭。本條之立言方法。與第一百九十七條第一項無異。似亦不能不認爲時效期間。惟日本民法所定消滅時效之客體爲一切財產權。不以請求權爲限。(日本民法一六七條)故於債權人之撤銷權。亦規定特別之消滅時效。我國民法總則所定消滅時效。僅以請求權爲客體。(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。且民法總則施行法第十七條。於民法第七十四條第二項第九十條第九十三條之撤銷權。定爲準用該施行法第十六條關於消滅時

效之規定。既曰準用。則該三條所定撤銷權得行使之期間。並無消滅時效之性質。而為一種法定除斥期間。固已毫無疑義。本條所定撤銷權得行使之期間。事同一律。亦應解為法定除斥期間。所謂法定除斥期間。即法律對於一定之權利。所豫定之存續期間。故其期間經過時。權利絕對消滅。非如消滅時效之因中斷或停止而延長。亦非如消滅時效之僅認債務人有抗辯權。(一四四條一項)雖被告不援用時。法院亦應依職權適用之。惟法定除斥期間。有與消滅時效停止之同一事由時。應否定明準用第一百三十九條以下之規定。在立法上非無討論之餘地。

第四款 契約

關於契約之成立。已於本章第一節第一款設有規定。至契約之標的、(第二四六條)契約之確保、(第二四八條至第二五三條)契約之解除、(第二五四條至第二六二條)契約之終止、(第二六條)雙務契約之效力、(第二六四條至第二六七條)關於第三人之契約、(第二六八條至第二七〇條)大都與債之效力有重要關係。故於本

節別設一款以規定之。

第二百四十六條 以不能之給付爲契約標的者其契約爲無效但其不能情形可以除去而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後爲給付者其契約仍爲有效

附停止條件或始期之契約於條件成就或期限屆至前不能之情形已除去者其契約爲有效

依契約自由之原則、契約之內容。當事人得自由定之。但亦非毫無限制。其內容除須確定及適法外。並以可能爲必要。蓋以不能之給付爲標的之債。理論上不得認其發生。故以發生如此之債爲標的之契約。亦屬自始無效。

給付不能。有自始不能與嗣後不能之別。本條所謂不能。係指自始不能而言。給付不能。又有客觀的不能與主觀的不能之別。本條所謂不能。係指客觀的不能而言。以主觀的自始不能之給付爲契約標的者。其契約與普通之契約生同一之效力。給付不能又有一部不能與

全部不能之別。給付之全部不能者。其契約全部無效。固不待言。即給付之一部不能者。依民法第一百十一條之規定。其契約亦以全部無效爲原則。惟依其情事。可認當事人之意思除去該無效部分亦可成立契約者。則其他部分。仍爲有效。

以不能之給付爲契約標的者。其契約固爲無效。但其不能情形可以除去。而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後爲給付者。即係以不能之除去爲停止條件之契約。仍可認爲有效。惟嗣後其不能之情形若無可除去。則因條件之不成就。其效力之不發生。即歸確定。以不能之給付爲標的之契約。附有停止條件或始期者。若於條件成就或期限屆至前。不能之情形。業已除去。則其契約爲有效。蓋此際認其契約爲有效。於事實既無妨礙。且亦合於當事人之意思也。

以客觀的自始不能之給付爲契約標的者。其契約雖屬無效。但當事人不知其給付不能與否。而以時約訂明當事人之一方於給付不能時應負損害賠償義務者。則爲一種擔保契約。其爲有效。自不待言。

判例 契約標的之給付。如係客觀的絕不可能。其約固屬無效。惟以較短之時期。使債務人負交付不特定物之債務。則決非不可能之事。自難以此否認其效力。（大理院六年上字一〇七五號判決）

第二百四十七條 契約因以不能之給付爲標的而無效者當事人於訂約時知其不能或可得而知者對於非因過失而信契約爲有效致受損害之他方當事人負賠償責任

給付一部不能而契約就其他部分仍爲有效者或依選擇而定之數宗給付中有一宗給付不能者準用前項之規定

契約以客觀的自始不能之給付爲標的者。雖當事人非因過失而不知其不能時。亦屬無效。惟此種當事人。因信契約爲有效。致受損害者。往往有之。若使訂約時知其不能或可得而知之當事人負賠償責任。實爲實際交易上所必要。但有過失之當事人。並不成立侵權行爲。亦非違反契約。如欲認其賠償責任。非有法律之規定不可。此本條之所以特設明文也。

損害賠償之範圍。以非因過失而不知給付不能之當事人因信契約爲有效所受之損害。卽所謂消極的契約利益爲限。而積極的契約利益不與焉。蓋所謂積極的契約利益。卽因契約之履行所應受之利益。係以契約有效存在爲前提也。所謂消極的契約利益。卽自始不訂該項契約所應有之利益。此種損害。有爲積極的損害。卽既存利益之喪失者。例如訂結契約之費用。準備履行之費用是也。有爲消極的損害。卽將來可取得之利益不取得者。例如失去訂結其他有利契約之機會是也。

因給付一部不能。致契約之全部無效者。應適用本條第一項之規定。自不待言。若給付一部不能。其他部分爲可能。而其可能之部分。依民法第一百十一條但書之規定爲有效時。則第一項之規定。並不在當然適用之列。故本條第二項定有準用之明文。又依選擇而定之數宗給付中。有一宗給付不能。而依當事人之意思。僅以全給付可能爲限。債始發生者。其契約全部無效。當然可適用第一項之規定。若依其情事。不能認當事人有此種意思。則其契約於可能之給付本屬有效。此時卽非當然可適用第一項之規定。故第二項亦定有準用

之明文。

第二百四十八條 訂約當事人之一方由他方受有定金時其契約視為成立

定金在實際交易上。爲種種目的而授受之。或以之爲契約成立之要件。必授受定金。契約始爲成立。此之謂成約定金。或以之爲契約成立之證據。其授受定金。僅在宣言契約成立之事實。並不爲契約成立之要件。此之謂證約定金。或以之爲保留解除權之對價。即付定金當事人。得拋棄其定金而解除契約。受定金當事人。得加倍返還其所受定金而解除契約。此之謂解約定金。或以之爲違約之擔保。即付定金當事人不履行其契約上之債務時。受定金當事人得沒收其定金。此之謂違約定金。當事人授受定金。究爲何種目的。固應依其情事。解釋當事人之意思而定之。惟成約定金與證約定金之授受。足以認其契約業已成立。固不待言。即解約定金與違約定金之授受。通常亦兼有證明契約成立之目的。蓋解約定金與違約定金。通常於訂結契約之際授受之。基於此點。即可解釋當事人之意思。兼有證明契約成立之目的也。故當事人間有定金之授受時。不問其定金之種類如何。本條概視其

契約爲成立。

定金授受之時期。因定金之種類而異。成約定金。爲契約成立之要件。須與契約成立同時授受。證約定金。爲證明契約成立之方法。須於契約成立時或成立後授受之。但欲證明契約成立之時期。則非於契約成立時授受之不可。解約定金與違約定金。通常固於契約成立時授受之。但由各該定金之目的言之。本不必與契約成立同時授受。卽於契約成立前或成立後授受之。亦屬無妨。例如爲確保將來應訂之契約起見。授受定金。或當事人於契約訂結之後。始約明授受定金是也。定金在契約成立時或成立後授受者。固足認其契約爲成立。而在契約成立前授受者。自不得據以認其契約爲成立。故當事人證明其授受定金時契約未成立者。本條之規定。不適用之。不得拘泥條文所載視爲成立之視字。解爲擬制規定也。

第二百四十九條 定金除當事人另有訂定外適用左列之規定

一 契約履行時定金應返還或作爲給付之一部

二 契約因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行時定金不得請求返還

三 契約因可歸責於受定金當事人之事由致不能履行時該當事人應加倍返還其所受之定金

四 契約因不可歸責於雙方當事人之事由致不能履行時定金應返還之定金之性質及其效力。因當事人授受定金之目的而異。故當事人間就此有所訂定時。應從其所定。若未有所訂定。則不可不設一推測的規定。以補充之。此本條之所由設也。

定金不問其屬於何種類。凡契約上之債務履行時。則其爲定金之目的。即歸消滅。故受定金之當事人。應返還之。若付定金當事人所負擔之給付。與定金有同一之性質。則該當事人履行其債務時。得以之算入給付中。

第二款及第三款認定金有違約罰之效力。惟僅就履行不能而爲規定。故給付遲延或受領遲延時。不適用之。但因給付遲延或受領遲延。致履行不能時。仍在適用之列。例如嚴格定

期行爲。因給付遲延或受領遲延致經過履行期時是也。

契約上之債務。因不可歸責於雙方當事人之事由致不能履行時。債務人既免其給付義務。

則其爲定金之目的。亦歸消滅。故使受定金當事人返還其所受之定金。惟以給付全部不能

時爲限。其僅一部不能者。當然不適用第四款之規定。

第二百五十條 當事人得約定債務人不履行債務時應支付違約金

違約金除當事人另有訂定外視爲因不履行而生損害之賠償總額但約定

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

違約金者。約定債務人不履行債務時所應支付之金錢也。違約金通常依契約定之。但依一

方意思表示得負擔債務時。亦得依一方意思表示定之。例如對於因遺囑發生之債務。得依

遺囑定違約金。此際應準諸違約金契約定其效力。違約金契約之成立。以主債務之存在爲

必要。但主債務不以由契約發生者爲限。無論由何原因發生之債務。皆得約定違約金。約

定違約金。不必債務發生時爲之。債務發生以後。亦得約定之。違約金契約。僅因債權人與債權人之合意而成立。不以何等方式爲必要。即主債務因要式行爲而發生時。違約金契約亦不必依同一之方式。違約金固以由債務人向債權人支付爲原則。但約定債務人應向第三人支付。亦無不可。例如約定債務人不履行債務時。應向孤兒院捐助一定金額時是也。違約金請求權之發生。以債務人不履行債務爲條件。故違約金權權爲附停止條件之債權。約定違約金之目的有兩種。一以強制債務之履行爲目的。一以預定債務不履行之損害賠償額爲目的。前者債權人於債務不履行時。除得請求支付違約金外。並得請求履行主債務。或不履行之損害賠償。蓋此種違約金。係爲確保債權之效力起見所定之強制罰。債務人依其債之關係所應負之一切責任。不因支付違約金而受影響也。後者債權人於債務不履行時。或請求支付違約金。或請求履行主債務。必須選擇其一。不得併爲請求。蓋債務不履行之損害賠償。即所以代債務之履行。兩者在性質上不得並存也。此兩種意義。在羅馬法即已認之。羅馬法上之違約金。究以何種意義爲原則。雖有爭議。而通說則以有損害賠償性

費爲原則。近世之立法。多數與羅馬法採同一之見解。本條之規定亦然。誠以債權人就主債務之履行與違約金之支付。如得併爲請求。則債務人之負擔失之過重。殊與當事人之意思不合。故違約金除當事人特別訂定有強制罰之性質者外。視爲因債務不履行而生損害之賠償總額。債權人於債務不履行時。若請求支付違約金。卽不得請求履行主債務。亦不得請求違約金以外之損害賠償。但當事人約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時卽須支付違約金者。債權人於債務不履行時。除得請求支付違約金外。並得請求履行主債務。或請求不履行之損害賠償。例如約定建築房屋之承攬人不於一定時期完成卽須按遲延日數每日支付五十圓之違約金者。其按遲延日數所應支付之違約金。不外爲因遲延而生損害之賠償額。故債權人除得請求此項違約金外。並得請求交付房屋。如因歸責於承攬人之事由。致給付不能者。得請求不履行之損害賠償。又如約定債務人之履行不完全時應支付違約金若干者。其違約金不外爲因履行不完全而生損害之賠償額。故債權人除得請求支付違約金外。並得請求完全之履行。蓋此等情形。債權人並不取得重複之利益也。

第二百五十一條 債務已爲一部履行者法院得比照債權人因一部履行所受之利益減少違約金

當事人就債務全部不履行約定違約金者。如債務已爲一部履行。例如應繼續爲數次給付之債務。或應於一定期間服勞務之債務。其一半已完全履行之後。負遲延責任。或給付不能時。法院得比照債權人因一部履行所受之利益。減少違約金。法院之減少違約金。於有債務人之請求時爲之。此項請求。須依訴或反訴之形式爲之。減少違約金之判決。爲形成判決而非確認判決。

第二百五十二條 約定之違約金過高者法院得減至相當之數額

約定之違約金過高者。法院是否得減少之。立法例不一。日本民法第四百二十條第一項規定法院不得減少。蓋以違約金之數額爲當事人所約定。法院加以干涉。有背契約自由之原則也。德國民法第三百四十三條第一項規定法院得減至相當之數額。誠以經濟上之弱者恆受強者之壓迫而約定過高之違約金。在社會政策上自不可不有以救濟之。況債務人於債權

人要求約定過高之違約金時。若竟拒絕。一若自始即存不履行之心也者。爲表示履行之決心起見。頗覺難於拒絕。債權人利用此弱點而要求過高之違約金。實與巧取重利無異。法律既爲社會政策而限制高利契約之自由。則違約金契約之自由。卽不能不許法院加以相當之干涉。此本條之所以採用德國之立法例也。

違約金之約定。有第七十四條情形時。當然有該條之適用。但本條之適用。不因此而受影響。故第七十四條第二項所定期間經過後。債務人仍得依本條之規定。請求減少違約金之數額。

法院之減少違約金。於債務人有請求時爲之。違約金過高之事實。應由債務人負舉證之責。債務人若已支付違約金之全部。則其減額請求權消滅。又法院之減少違約金。須於主債務已屆清償期後爲之。蓋違約金債務爲附條件之債務。常有因主債務之履行而不發生者。無預行干涉之必要也。至請求減額之形式。及減額判決之性質。與前條所述者同。

第二百五十三條 前三條之規定於約定違約時應爲金錢以外之給付者準

用之

違約金係指約定債務人不履行債務時所應支付之金錢而言。其約定違約時（即指不履行債務時而言）應為金錢以外之給付者（例如物之給付或服務等是）為準違約金。關於其效力。應準用前三條之規定。惟約定債務人不履行債務時應受某種不利益者。不得概謂為成立準違約金契約。例如約定買受人若不於適當時期支付價金。出賣人即得廢棄買賣時。約定受僱人若有過失。即應減少報酬時。約定原本之支付若有遲延。即應增高利率時。均不得謂為準違約金。

第二百五十四條 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

債務人遲延給付時。債權人得請求履行。並得請求其賠償因遲延而生之損害。若遲延後之給付。於債權人無利益者。得拒絕其給付。而請求賠償因不履行而生之損害。然僅依此等方法。尚不足以保護債權人。故本條又認債權人有契約解除權。俾得回復契約前之原狀。

定期行爲以外之契約。債權人並不因債務人遲延給付而當然取得解除權。必定相當期限。催告其履行。於期限內不履行時。始得解除其契約。法律使債權人發最後之通牒。蓋予債務人以履行之機會也。

本條所謂催告。與第二百二十九條第二項所謂催告。同爲對於債務人請求給付之意思通知。惟本條之催告。須定相當期限。彼此稍有差異耳。故給付無確定期限者。債權人不先爲第二百二十九條第二項之催告。而逕爲本條之催告。亦無不可。蓋依本條之規定解除契約。雖以遲延給付爲前提。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。卽具備解除契約之要件也。

債務人於履行期屆至前。對於債權人通知拒絕履行之意思時。是否須俟履行期屆至後。再爲催告。在德國頗有爭論。主張無須催告者。較爲多數。惟拒絕履行。不得以之爲債權之積極的侵害。非以遲延給付爲理由。無從認解除權之成立。以遲延給付爲理由之解除。既須催告。則在此種情形。亦不能不解爲仍須催告。

此与債之
一以于相及
期以相及

債權人所定期限。是否相當。須參酌該契約之標的。及其他客觀之事情而決定之。債務人主觀之事情。如疾病旅行等。毋庸予以參酌。其期限較客觀之相當期限為長時。其催告為有效。固不待論。較客觀之相當期限為短時。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之相當期限。其解除權成立者。據余所信。以後說為當。

債務人如於債權人所定期限內不履行時。債權人即取得解除權。惟此時債權人仍不失其履行請求權。即債權人或請求本來之履行及遲延賠償。或於第二百三十二條情形請求代履行之損害賠償。或解除其契約。三者之中。得選擇其一。（德國民法第三二六條於此情形為履行請求權）

債權人取得因遲延給付之解除權後。債務人提出給付時。債權人是否尚得行使其解除權。法律雖無規定。但解除權發生後未行使前。契約固依然存續。且此時之解除。依以遲延給付為理由。其遲延之效果。因提出給付而消滅之後。自不得再行解除。惟提出給付。須依債之本旨。且因遲延之賠償。亦須一併提出。否則債權人仍得拒絕受領而解除契約。

判例一 當事人締結之契約。一經合法成立。其私法上之權利義務。即當受契約之拘束。故非相對人之同意。或一方違背契約。不履行其義務。則一造斷不能無故以單獨意思解除契約。(大理院三年上字四九九號判決)

判例二 契約之解除。如無特別法規或習慣。自應不拘方式。故買賣契約之解除。如無特別法規或習慣。不以退回交單為必要方式。(大理院八年上字一〇四二號判決)

第二百五十五條 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

契約為定期行為時。債務人若不於該時期為給付。債權人得不為前條之催告。逕行解除其契約。定期行為分為二種。一為絕對的定期行為。(或稱嚴格定期行為)即依該債權之性質。必須於一定時期為給付。逾此時期為給付。即失其付本給來之價值者。例如為一定時日舉行之宴會預定酒席是也。一為相對的定期行為。即依該債權之性質。雖非必須於一定時

期爲給付。而當事人特定爲必須嚴守給付期者。例如定購洋服。約明不於一星期內給付。即不受領時是也。前者經過給付期。卽成爲給付不能。後者雖不成爲給付不能。而給付期後所爲給付之提出。債權人得拒絕之。本條之規定。究僅指前者而言。抑後者亦包含之。在與本條相同之日本民法第五百四十二條之解釋上。頗有爭論。據余所信。以包含後者之說爲當。

第二百五十六條 債權人於有第二百二十六條之情形時得解除其契約

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。其給付僅一部不能者。若其他部分之履行。於債權人無利益時。債權人亦得拒絕該部之給付。請求全部不履行之損害賠償。惟請求損害賠償時。在雙務契約。債權人須爲自己所負擔之對待給付。若欲消滅債之關係。免其對待給付。惟有解除契約之一法。此本條之所以認債權人有解除權也。〔給付全部不能時。債權人固得解除契約之全部。卽給付一部不能。而其他部分之履行於債權人無利益時。債權人亦得解除契約之全部。又給付一部不能時。債權人得就其不能部分

。解除契約之一部。但債權人所負擔之對待給付不可分者。不得解除契約之一部。

給付不能時。債權人是否得不待給付期屆至。即解除其契約。解釋上不無疑義。惟給付不能與否。雖應以給付期爲標準而決定之。但給付期之不能爲給付。在給付期前業已確定者。自應解爲得於給付期前解除契約。

第二百五十七條 解除權之行使未定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

契約當事人定有解除權之存續期間者。於其期間內不行使解除權時。其解除權當然消滅。如未定有存續期間。則依民法之規定。解除權並無所謂消滅時效。無論何時。解除權人皆得行使之。惟解除權人究竟行使與否。究於何時行使。在他方當事人。固不得而知。若任其久在此種不明確之地位。未免過酷。故本條使其得定相當期限。催告解除權人於期限內確答是否解除。若逾期未受解除之通知。則其解除權即歸消滅。蓋解除權人不於期限內行

使其解除權。可視為已拋棄也。

第二百五十八條 解除權之行使應向他方當事人以意思表示爲之

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
解除契約之意思表示不得撤銷

解除權之行使。以解除權人一方之意思表示爲之。不必得他方當事人之承諾。惟須對於他方當事人爲之。且須達到他方當事人時。始生效力。解除之意思表示不需一定之方式。苟解除之意思已明。雖不用解除字樣。亦無不可。

解除之意思表示。得附條件與否。學說不一。有主張絕對不得附條件者。有主張他方當事人不因附條件而受不利時得附條件者。據余所信。以後說爲當。以他方當事人之行爲爲停止條件而爲解除之意思表示時。他方當事人並不因附條件而受不利。此種條件。自得附之。

解除權。在其性質上雖非不可分。然契約當事人之一方有數人時。若僅就一人得爲解除。

則解除之結果。卽生複雜之法律關係。故本條第二項。特設明文。應由其全體或向其全體爲解除之意思表示。惟此規定。並非本於公益上之理由。故當事人得以契約爲相異之訂定。本項所謂契約當事人之一方有數人。不以契約成立時有數人者爲限。契約成立時雖僅一人。而其人死亡後。遺產繼承人有數人時。亦包含之。又數人相互間。有無連帶的關係。在所不問。所謂由其全體或向其全體爲解除之意思表示。不必同時爲之。先後爲之。亦屬無妨。其先後爲之者。於最後之意思表示發生效力時。生解除之效力。

契約一經解除。卽與自始無契約生同一之狀態。所有契約上一切效果。概被除去。故一旦爲解除之意思表示後。當事人間雖得訂結同一內容之新契約。要不得撤回其解除之意思表示。而使舊契約復活。本條第三項。卽所以明示此意者也。惟撤回之通知與解除之意思表示同時到達或先時到達時。依第九十五條第一項之規定。解除之意思表示。自始不生效力。又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。

第二百五十九條 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

二 受領之給付爲金錢者應附加自受領時起之利息償還之

三 受領之給付爲勞務或爲物之使用者應照受領時之價額以金錢償還之

四 受領之給付物生有孳息者應返還之

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利益之限度內請求其返還

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
契約一經解除。即與契約自始不成立生同一之結果。故因契約所生之債權債務。溯及當初全然消滅。當事人之一方或雙方。若已履行其債務。則他方之受領給付。即失其法律上之原因。在理論上本負不當得利之返還義務。惟其返還義務之範圍。民法不依不當得利一般

之原則定之。特使其負回復原狀之義務。蓋必如此。始適於解除之目的也。

由他方所受領之給付物。應返還之。依第一款之規定。固無疑義。惟因債務之履行而爲物權之移轉時。債權人是否尚須爲移轉該物權於債務人之行爲。則學說不一。或謂契約解除時。物權當然復歸於原權利人。故債權人無須爲移轉該物權於債務人之行爲。或謂契約之解除。僅使債權契約消滅。因履行債權契約所爲之物權契約。仍不失其效力。故契約解除時。債權人應向債務人爲物權移轉之行爲。由理論上言之。自以後說爲當。卽自實際上觀之。亦不能不採用後說。若契約解除時。物權當然復歸於原權利人。則債權人將其物權移轉於第三人時。第三人卽因契約之解除而受不測之損害。反之僅使債權人負移轉該物權於債務人之義務。而於不能向第三人取得該物權時。使其依第六款之規定。償還其價額。第三人卽不致受不測之損害。民法並未如日本民法第五百四十五條第一項但書載有不得害第三人權利人之明文。蓋以契約之解除。僅生債權的效力。當然不至害及第三人之權利也。受領之給付爲金錢者。不問實際利用其金錢而取得利益與否。應附加自受領時起之利息債

還之。此爲法定利息之一種。至利息之數額。應依法定利率計算之。自不待言。

受領之給付爲勞務或爲物之使用者。無從以原物返還之。故應照受領時之客觀的價額。以金錢償還之。

受領之給付物。生有孳息者。不問其現尙存在與否。應返還之。其已消費或毀損滅失者。應依第六款之規定。償還其價額。

回復原狀之義務。係以使其回復於未爲給付之狀態爲目的。非欲使他方得利益也。故就返還之物已支出必要或有益之費用者。得向他方請求返還。惟他方於受返還時所得之利益。少於所支出之費用者。僅於他方得有益之限度。得請求返還。

應返還之物。有毀損滅失。或因其他事由。致不能返還者。不問受領人於不能返還之事由。有無過失。應償還其價額。若其滅失毀損。係由第三人之侵權行爲時。受領人保有侵權行爲之損害賠償請求權。蓋契約之解除。僅使債權債務消滅。而受領人有所有權之事實。並不因此而消滅也。又解除以後受領人所負返還義務。與其他普通債務無異。若因不可歸

責於受領人之事由。致滅失毀損時。該受領人當然不負責任。

第二百六十條 解除權之行使不妨礙損害賠償之請求

契約當事人解除契約時。是否得為損害賠償之請求。立法例並不一致。有定為債權人須於損害賠償之請求與解除權之行使選擇其一者。如德國民法第三百二十五條是也。有定為解除契約時。得請求賠償因債務不履行所生損害者。如法國民法第一千一百八十四條第二項是也。有定為解除契約時。得請求賠償因契約消滅所生損害者。如瑞士債務法第一百零九條是也。依本法之規定。解除契約時。得為損害賠償之請求。固無疑義。惟損害賠償之原因及範圍如何。不無問題。自純理上言之。因債務不履行之賠償義務。不過為原債務之變形或擴張。原債務既因契約之解除而溯及的消滅。賠償義務。亦當然消滅。德國民法定為債權人須於解除契約與損害賠償二者選擇其一。即為貫徹此理論也。由是以論。本條所謂損害賠償。似亦如瑞士債務法。係指賠償因契約消滅所生損害而言。惟契約解除之效果。法律得自由定之。債權人已因債務不履行發生損害賠償請求權時。認其請求權之存續。實

際上至爲公平。且本條僅曰解除權之行使。不妨礙損害賠償之請求。並非積極的認新之賠償請求權。不過規定因他之原因已發生之賠償請求權。不因解除權之行使而受妨礙。故本條所謂損害賠償。與法國民法同。係指因債務不履行之損害賠償而言。

本條之損害賠償。既爲因債務不履行之損害賠償。則其損害賠償之範圍。不難迎刃而解。即在片務契約。因不履行所生全部之損害額。應賠償之。在雙務契約。應自因不履行所生全部損害額中。扣除債權人之對待給付額而賠償其餘額。蓋債權人惟於履行自己之反對債務時。始得請求全部之賠償也。

第二百六十一條 當事人因契約解除而生之相互義務準用第二百六十四條至第二百六十七條之規定

當事人雙方相互間因解除契約而生之回復原狀及其他之義務。雖非自雙務契約而生之債務。但認雙方債務之間有牽連關係。實適於公平之原則。此本條之所以定爲準用第二百六十四條至第二百六十七條之規定也。

本條所認為有牽連關係之給付。有解為限於回復原狀之給付者。然在法文上及理論上。並無認此制限之理由。故損害賠償之給付。應解為亦包含之。

第二百六十二條 有解除權人因可歸責於自己之事由致其所受領之給付物有毀損滅失或其他情形不能返還者解除權消滅因加工或改造將所受領之給付物變其種類者亦同

契約解除時。解除權人應返還其所受領之給付物。以回復原狀。若其所受領之給付物。因可歸責於解除權人之事由。致有毀損滅失。或其他情形。（如讓與於第三人）不能返還者。其回復原狀之義務。即無從完全履行。雖未始不可償還價額。然償還價額。在他方究不能與返還原物得同一之利益。故本條使其解除權消滅。惟其所受領之給付物。若稍有毀損。依一般交易觀念。認為尚可達回復原狀之目的者。應解為解除權不消滅。

加工與改造。雖於原物變形之範圍有程度之差。要皆為廣義之加工。即屬於第八百十四條所規定之加工。解除權人因加工或改造。將所受領之給付物。變其種類。即不能以原狀返

還。故本條使其解除權消滅。惟加工或改造之結果。給付物僅受單純之變更。並未變爲他種類之物者。其解除權不消滅。至其種類有無變更。應依交易上之觀念決之。

第二百六十三條 第二百五十八條及第二百六十條之規定於當事人依法律之規定終止契約者準用之

民法規定當事人得終止契約者。如第四百二十四條第四百三十五條第四百三十六條第四百三十八條第四百四十條第四百四十三條第四百四十七條第四百五十條第四百五十二條第四百五十八條第四百五十九條第四百七十二條第四百八十四條第四百八十五條第四百八十九條第五百四十九條第五百六十一條等是也。終止契約。係就現存之繼續的契約關係向將來廢止之。非如解除契約之以溯及的除去契約爲目的。其終止以前所生契約上之效力。仍存續。非如解除之溯及的使其消滅。故終止契約。與解除契約。性質上全然不同。惟終止權爲得依一方意思表示消滅契約關係之權利。亦爲形成權之一種。故其行使方法。準用第二百零五十八條之規定。至終止權行使之效果。僅向將來消滅契約關係。其終止以前已生之

損害賠償請求權。本不因終止契約而消滅。本條定爲準用第二百六十條之規定。不過就此當然之結果。爲注意規定耳。

第二百六十四條 因契約互負債務者於他方當事人未爲對待給付前得拒絕自己之給付但自己先爲給付之義務者不在此限

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

因契約互負債務時。雙方之債務。在履行上有牽聯關係。近時學者已無爭執。惟其牽聯關係。是否當然存在。抑須受履行請求之當事人爲抗辯。始行發生。尙有爭議。立法例亦不一致。或謂雙方之債權。雖各自獨立。而雙方之給付。係互爲條件。各當事人不得對於他方單純請求給付。必先自爲給付。或提出之。始得對於他方請求給付。或謂雙方之債權。既各自獨立。各當事人即得獨立行使其債權。惟自公平觀念上認雙方之債務有牽聯關係。當事人之一方不自爲給付或提出之。而向他方請求給付時。他方得依抗辯而拒絕之。自雙

務契約之性質。及實際之適用上論之。以後說爲當。瑞士債務法第八十二條採用前說。德國民法第三百二十條採用後說。本條係採用後說。法文上固甚明瞭也。

所謂因契約互負債務。係指因雙務契約互相負有債務。而其內容有互爲對待給付之關係者而言。故二人互負債務。非因同一之雙務契約而發生者。縱令兩者間在事實上有密切之關係。亦不能成立本條之抗辯權。又雙方之債務。縱令因同一之雙務契約而發生。然其一方爲從屬之給付。與他方之給付。並非立於互爲對待給付之關係者。本條之抗辯權。亦不能成立。例如有債委任。委任人雖不償還受任人支出之費用。受任人亦不得以此爲理由拒絕處理委任事務是也。

本條之抗辯權。以雙方之債務存在爲前提。故一方之債務。因給付不能或其他之理由消滅時。本條之抗辯權亦消滅。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能時。不過債務之內容變爲損害賠償債務。仍不失其同一性。故本條之抗辯權。依然存續。又因繼承讓與債權承擔債務而當事人生變更時。本條之抗辯權。亦仍存續。

雙方之債務。依當事人之特約。或法律之規定。(如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)其給付期有先後者。應先爲給付之債務人。無本條之抗辯權。

他方當事人提出一部給付時。債務人得拒絕受領就自己債務之全部。爲本條之抗辯。固不待言。卽實際上已受領時。亦不得謂他方之給付爲依債務本旨之履行。故仍得就自己債務之全部。爲本條之抗辯。惟受領一部給付後。所餘至微。或依其他情形。足認其拒絕給付有違背誠實及信用方法者。不得拒絕給付。

給付遲延之當事人。僅提出本來之給付。並不同時提出遲延賠償。就自己之管權。請求給付時。他方當事人得以一部給付爲理由。爲本條之抗辯。蓋因債務不履行之遲延賠償。不過爲本來債務之擴張也。

租賃僱傭繼續的供給契約。是否僅於每時期相對立之給付間。成立本條之抗辯權。抑得以未爲甲時期之給付爲理由。拒絕乙時期之對待給付。不無問題。此問題應視各時期之給付。按諸契約之目的有獨立性與否而決定之。若各時期之給付。不過爲全給付之分割。則應

解爲得以未爲甲時期之給付爲理由。拒絕乙時期之對待給付。

他方當事人已依債務本旨提出給付。自己不受領之。致負受領遲延責任時。嗣後他方當事人。向自己請求給付之際。有無本條之抗辯權。亦爲一問題。按之受領遲延之性質。及法律認本條抗辯權之目的。自以解爲受領遲延之當事人無此抗辯權爲正當。

被告在裁判上援用本條之抗辯權時。原告若不證明自己已爲給付或已提出給付。究應爲原告敗訴之判決。抑須爲原告提出對待給付時被告即向原告爲給付之判決。解釋上不無疑義。德國民法第二百二十二條。以明文規定須爲交換的給付之判決。法律認此抗辯權。無非爲保持履行上之牽聯關係起見。判決認此牽聯關係時。抗辯權行使之本旨。卽已貫徹。且就原告所爲單純請求給付之聲明。附以制限。亦非就當事人不聲明之事項而爲判決。故在民法及民事訴訟法之解釋上。法院應爲原告提出對待給付時被告即向原告爲給付之判決。

第二百六十五條 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

因雙務契約所生雙方之債務。依當事人之特約。或法律之規定。其給付期有先後者。一方所負先屆給付期之債務。應向他方先爲給付。不得於他方請求給付時。以他方未爲對待給付爲理由。拒絕自己之給付。固爲前條第一項但書所明定。惟他方之財產。如於訂約後顯形減少。有難爲對待給付之處時。若猶不得不爲自己之給付。殊與公平之原則不合。故本條認其於他方未爲對待給付或提出擔保前。有拒絕自己給付之抗辯權。

依本條之規定拒絕給付。須他方之財產於訂約後顯形減少。若訂約時他方之財產已難爲對待給付。雖訂約時不知其情事。亦不得援用本條之抗辯權。惟其減少財產之原因。他方有無過失。及其原因是否生於訂約之後。均可不問。又財產之減少。雖不必達於得宣告破產之程度。但以顯形減少有難爲對待給付之虞爲必要。所謂有難爲對待給付之虞。須依客觀之標準。常識上得認爲所慮有理由者而後可。本條之抗辯權。至他方爲對待給付或提出擔保時。卽爲消滅。

第二百六十六條 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爲對待給付之義務如僅一部不能者應按其比例減少對待給付

前項情形已爲全部或一部之對待給付者得依關於不當得利之規定請求返還

因不可歸責於債務人之事由。致給付不能時。債務人免給付義務。(三三五條一項)在片務契約。僅當事人之一方負擔債務。祇須適用此原則。即可解決。但在雙務契約。雙方皆負擔債務。其一方之債務。因給付不能而消滅時。他方之債務。即對待給付之請求權。是否亦歸消滅。不免發生問題。本條及次條之規定。即所以解決此問題者也。

因不可歸責於雙方當事人之事由。致一方之給付不能時。他方是否免爲對待給付之義務。即學說上所謂危險負擔之問題也。一方因給付不能而免其債務時。若不得對於他方請求對待給付。其危險即歸債務人負擔。若仍得對於他方請求對待給付。其危險即歸債權人負擔

。定危險負擔之問題。立法主義不一。或就讓與特定物之契約與其他之契約分別定之。或就一切雙務契約定爲由債務人負擔危險。本條係採用第二主義。蓋認雙方債務之存續上有牽聯關係。既無背於公平之原則。且合於實際交易上之觀念也。

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。免其給付義務。他方亦免爲對待給付之義務。如僅一部不能者。就不能之一部。免其給付義務。他方亦按不能之一部。比例減少對待給付。若依對待給付之性質。不能比例分割時。（例如對待給付爲繪畫一紙或奏樂一次之債務時）則爲全部給付後。就其超過部分。行使不當得利之返還請求權。請求以金錢返還之。

他方未履行其對待給付之義務時。嗣後無須再爲履行。固不待言。若已爲全部或一部之對待給付。則有不當得利之返還請求權。但明知給付不能而爲對待給付者。無返還請求權。

（一八〇）
條三款

第二百六十七條 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

因可歸責於債權人之事由。致不能給付者。無使債權人免其對待給付義務之理。故債務人
雖免其給付義務。仍不失其對待給付之請求權。

所謂可歸責於債權人之事由。固指債權人有故意或過失時而言。但在債權人遲延以後。則
因事變致給付不能時。亦爲可歸責於債權人之事由。蓋債權人若不遲延受領。債務人即可
履行完畢。無發生給付不能之餘地也。

因可歸責於債權人之事由。致不能給付者。無論其爲全部不能。抑爲一部不能。債務人均
得請求全部之對待給付。故在繼續的債之關係。因可歸責於債權人之事由。致某期間不能
給付時。債務人仍得請求全部之對待給付。例如僱用人傷害受僱人。致令一時不能服勞務
時。受僱人仍得請求全部之報酬。

債務人之對待給付請求權。爲自雙務契約所生本來之請求權。並非因債權人之侵權行爲或

其他事由所生之損害賠償請求權。故債權人之行為。成立侵權行為或為債務不履行時。仍不妨行使獨立之損害賠償請求權。

債務人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。蓋債務人若得保有此種利益。卽生不當得利之結果也。所謂所得之利益。例如因免給付義務所節省之費用。因免服勞務之給付義務。轉向他處服勞務所取得之利益是也。所謂應得之利益。卽應可取得之利益。而實際意於取得者是也。

第二百六十八條 契約當事人之一方約定由第三人對於他方為給付者於 第三人為給付時應負損害賠償責任

以第三人之負擔為標的之契約。依當事人之意思如何。有種種意義。或使第三人對於他方負擔為一定行為之債務。而自己對於他方。並不負擔何種義務。此種契約。當然無效。蓋無論何人。不得擅使他人負擔債務也。或不使第三人負擔何種義務。僅自己對於他方負擔以第三人之行為為標的之債務。此種契約。又可分為二種。有僅約明一方當盡力使第三人

對於他方爲一定行爲者。此際債務人苟已以善良管理人之注意。盡力使第三人爲之。則雖第三人終不爲之。亦可謂已履行其債務。有約明不問如何情事。一方須辦到第三人對於他方爲一定行爲之地步者。此際第三人苟不爲一定行爲。則雖債務人已盡心竭力而謀之。亦應負不履行之責。本條即就此種情形。規定債務人應負之責任者也。

判例 債權契約。係特定人間之法律關係。非有特別原因。斷無拘束第三人之效力。(

大理院三年上字四八三號判決)

第二百六十九條 以契約訂定向第三人爲給付者要約人得請求債務人向

第三人爲給付其第三人對於債務人亦有直接請求給付之權

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

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

爲第三人之契約成立時。要約人與第三人。各對於債務人取得一債權。惟要約人之債權。與第三人之債權。其內容不同。第三人得請求債務人向自己爲給付。要約人僅得請求債務人向第三人爲給付。不得請求其向自己爲給付。故兩債權不生連帶債權或不可分債權等多數主體之債權關係。但兩債權係以對於第三人之一宗給付爲標的。故因不可歸責於債務人之事由致給付不能時。兩債權概行消滅。債務人向第三人清償或因其他事由第三人之債權得滿足時、亦然。關於此點。與多數主體之債權關係。生類似之法律效果。

第三人本於當事人間之契約。對於債務人有直接請求給付之權利。其權利之內容。從當事人間契約之所定。如當事人間之契約。就第三人之權利。附有一定之負擔。則第三人僅於附負擔之限度。取得其權利。蓋當事人雖不得以契約使第三人負擔義務。而以負擔一定義務爲取得權利之條件。固毫無妨礙也。其權利之性質與效力。與普通債權無異。凡債權人所有之權能。如讓與債權、供抵銷、免除債務、債務人不履行時請求損害賠償。第三人皆得爲之。惟第三人僅有債權人之權能。非有契約當事人之權能。故撤銷契約解除契約。皆

不得爲之。又債務人撤銷契約或解除契約時。應向要約人爲之。非當對於第三人爲之。

第三人之權利。因當人間之契約而發生。非因第三人表示享受利益之意思而發生。惟第三人未表示享受利益之意思前。當事人得變更其契約或撤銷之。其權利在不確定之狀態耳。

第三人表示享受利益之意思後。當事人雖不得變更其契約或撤銷之。但當事人豫以特約訂明第三人表示享受利益之意思後得變更或撤銷其契約時。其特約自屬有效。蓋第三人之權利。本由當事人之契約而生。當事人當然得以當初之契約自由定其權利之運命也。至當事人以錯誤被詐欺或被脅迫等爲理由撤銷其契約。雖在第三人表示享受利益之意思後。亦得爲之。自不待言。

第三人之權利。雖因當事人間之契約而發生。但第三人對於當事人之一方表示不欲享受其契約之利益時。視爲自始未取得其權利。此時要約人是否得請求向自己爲給付。或另以他人爲取得權利之第三人。應依情事解釋契約之本旨而決定之。若依契約之性質、或交易上之習慣。不能解爲要約人有此權能。則契約失其效力。

第二百七十條 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

人

第三人之權利。因當事人間之契約而成立。非因第三人之意思表示而發生。故債務人得以由契約所生之一切抗辯。對抗第三人。所謂由契約所生之一切抗辯。係指由契約所生足以妨礙第三人行使權利之一切事實而言。例如當事人間之契約爲雙務契約時。第三人若在要約人提出對待給付前。向債務人請求給付。債務人有同時履行之抗辯權。債務人依第二百五十四條至第二百五十六條有契約解除權時。得向要約人爲解除之意思表示。以之對抗第三人。契約有無效或撤銷之事由時。債務人得以無效或撤銷對抗第三人。但有撤銷之事由時。須先向要約人爲撤銷之意思表示。始得以此爲理由。否認第三人之權利。又無效或撤銷。依一般原則不得對抗善意第三人時。(八七條一項
九二條三項)債務人仍得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。然此不過受益之第三人不得受所謂善意第三人之保護。並非即視爲契約當事人。故債務人因被其他第三人詐欺

而爲意思表示時。若要約人不知其事實。且非可得而知。縱令受益之第三人明知其事實。債務人亦不得依第九十二條第一項撤銷其契約。又債務人因被受益之第三人詐欺而爲意思表示時。若要約人不知其事實。且非可得而知。債務人亦不得依同條之規定撤銷其契約。至第三人負侵權行爲之責任與否。則屬別一問題。

對於要約人之抗辯。不由契約而生者。債務人不得以之對抗第三人。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也。

債務人得主張直接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。已完成消滅時效爲抗辯。以對於第三人之債權爲抵銷抗辯是也。

第四節 多數債務人及債權人

債務人及債權人各僅一人時。其債之關係甚簡單。債務人或債權人有多數時。其債之關係。卽生特別之效力。此民法之所以設多數主體之債之規定也。

債之主體。有於債之關係發生時即爲多數者。有於債之關係發生後因繼承等原因變爲多數者。其於債之關係發生後變爲多數者。應自變爲多數時起。適用本節之規定。

多數主體之債。民法所明認者。有分割債務或分割債權、（第二七一條）連帶債務、（第二七二條至第二八二條）

連帶債權、（第二八三條至第二九一條）不可分債務或不可分債權（第二九二條至第二九三條）等數種。主債務與保

證債務。係以同一給付爲標的。主債務人或保證人有一履行其債務時。他債務即爲消滅。

此固與連帶債務相類似。但保證債務。係因擔保主債務而存在。爲附從的債務。非若連帶係債務之各在平等關者也。故民法從多數立法例。規定於第二章各種之債中。不在本節所謂多數債務人之列。

除以上數種之外。得因當事人之意思表示。定他種多數主體之債。例如約明須數債權人共同始得請求履行。即所謂共同之債者是也。

各種多數主體之債。究以何種爲原則。此問題於定債之效力極關重要。我國民法係以分割債務或分割債權爲原則。（第二七一條）蓋此爲羅馬法以來各國立法例所採用。而在普通情形。

亦合於當事人之意思也。

第二百七十一條 數人負同一債務或有同一債權而其給付可分者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其給付本不可分而變爲可分者亦同

所謂數人負同一債務或有同一債權。係指數人所負債務或所有債權以同一之給付爲標的者而言。此項債務或債權。其給付可分者。謂之分割債務或分割債權。例如數人共買一物所負支付價金之債務。數人共賣一物所有請求價金之債權是也。債之標的。由可分給付與不可分給付而成立時。僅就可分給付生分割債務或分割債權。選擇債權之數宗給付中。存有可分給付與不可分給付時。究爲分割債務或分割債權。抑爲不可分債務或不可分債權。尙在一時不定之狀態。因選擇權人之選擇。始行確定。

分割債務或分割債權。有因法律之規定而生者。例如數人繼承以可分給付爲標的之債權是也。有因法律行爲而生者。例如債務之一部承擔。債權之一部讓與是也。

分割債務或分割債權。形式上雖似爲一個債之關係。而在實質上。則爲各自獨立之數個債務或債權。故就一債務人或一債權人所生過失遲延給付不能等事項。對他債務人或他債權人不生效力。

分割債務或分割債權。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。故債務人及債權人雙方各有數人時。應以債務人人數除債權額。再以債權人人數除之。始爲各債務人對於各債權人所負債務額。例如債權人五人債務人四人債權額爲千元時。各債務人對於各債權人負擔五十元之債務。

債務人相互間及債權人相互間之效力。非本條之所規定。其對內關係之效力。依其相互間之法律關係而決之。此關係亦以平均分割爲原則。依其相互間之契約及其他之情事得設例外。亦與對外關係同。惟於對內關係定例外之契約。於對外關係不生效力。例如數人共買一物。買受人相互間。縱以契約定其支付價金債務之負擔額。而出賣人苟未參與。仍應適用本條之規定平均分擔之。

分割債務或分割債權。係以同一給付爲標的。關於此點。其相互間不無關聯。例如買賣契約。買受人中之一人不支付價金時。出賣人得提出同時履行之抗辯。(二六)又解除契約。

應由債權人全體向債務人全體爲之。(二五八)

給付本不可分而變爲可分時。嗣後即適用本條之規定。所謂給付本不可分而變爲可分者。例如因當事人意思表示而生之不可分給付。當事人爲反對之意表示時。性質上不可分之給付。變爲損害賠償請求權時是也。

判例 共同債務人。若非連帶債務。債權人不得令共同債務人之一人獨負全額之清償。

(大理院三年上字九號判決)

第二百七十二條 數人負同一債務明示對於債權人各負全部給付之責任者爲連帶債務

無前項之明示時連帶債務之成立以法律有規定者爲限

連帶債務。須以同一之給付爲其內容。若數人所負債務。其給付並非同一。則雖約明一人

履行債務時他人之債務即歸消滅。亦不得謂爲連帶債務。例如對於同一債權人。甲負金錢債務。乙負服勞務之債務。丙負交付特定物之債務。不能成立連帶債務。惟數人所負給付義務。其體樣不必全然同一。附條件附期限之給付義務與無條件無期限之給付義務結合而成立連帶債務。固無不可。

數人所負債務。雖以同一之給付爲其內容。而其經濟上之目的不同一時。不得稱爲連帶債務。例如甲與乙訂約。乙應收買丙所有之某物。交付於丁。丁不知其事。更與戊訂約。戊應收買丙所有之某物。交付於丁。此時乙戊二人。各負有交付該物於丁之債務。其給付雖屬同一。而其經濟上之目的。則並不同一。故不得稱爲連帶債務。乙雖已交付該物於丁。而戊對於丁之義務依然存在。

連帶債務爲多數之債務。非單一之債務。其多數之債務。各以全部之給付爲其內容。惟債權人受一次全部之給付。其債權即歸消滅。

連帶債務。因契約或單獨行爲（如遺囑或據行爲等）而發生。其因契約而發生者。或數人共

同以一契約與債權人約明。或各人先後獨立與債權人約明。(如重疊的債務承擔)均無不可。無論以契約或以單獨行爲。其負擔連帶債務之意思。必須明示。否則連帶債務不能成立。但依其明示之意思表示。苟可認其對於債權人各負全部給付之責任。則雖不用連帶字樣。其連帶債務。亦屬成立。連帶債務之成立。除當事人明示之意思表示外。以法律有規定者爲限。法律所規定之連帶債務。如第二十八條第一百八十五條第一百八十七條第一百八十八條第三百零五條第四百七十一條第六百三十七條第六百八十一條第七百四十八條第一千一百五十三條公司法第三十三條第三十五條第一百零五條第一百十三條海商法第一百十六條等是也。

第二百七十三條 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

連帶債務之各債務人。對於債權人各負全部給付之責任。故債權人得從其選擇。或對於債

務人中之一人請求全部或一部之給付。或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。(例如同時對於數人或全體提起共同訴訟)或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。(例如先對一人起訴已生訴訟拘束或至判決確定後更對他人起訴)惟此不可與債權人有選擇權之選擇債權同視。蓋連帶債務不同選擇之先後。各債務人負有應為全部給付之確定債務也。

債權人雖對於債務人中之一人或數人請求給付。然在未受全部履行前。全體債務人。仍負連帶責任。故對於債務人中之一人已得有判令清償之確定判決後。在未受全部履行前。得更向他債務人起訴。

第二百七十四條 因連帶債務人中之一人為清償代物清償提存抵銷或混同而債務消滅者他債務人亦同免其責任

連帶債務雖為數個債務。然其數個債務。非為達數個目的而存在。不過為達一個共同目的所存之數個手段。若實行其一個手段。已達其目的。其他之手段。即失其存在之基礎。故

債權人受一次全部之給付。其全部之債權。即歸消滅。

連帶債務人中之一人清償債務之全部時。債之關係全部消滅。他債務人亦同免其責任。清償債務之一部時。於其範圍。他債務人免其責任。連帶債務人以外之第三人清償債務時。連帶債務消滅。各債務人均免其責任。自不待言。

代物清償、提存、抵銷。其使債權人得實質的滿足。與清償同。故連帶債務人中之一人爲代物清償提存或抵銷時。使他債務人亦同免其責任。混同本非使債權人得實質的滿足。本條使他債務人亦同免其責任。蓋本於便宜上之理由也。

第二百七十五條 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

連帶債務人中之一人與債權人間之確定判決。對他債務人是否亦生效力。在德國普通法上。議論紛歧。多數學者主張債權人敗訴時。對於他債務人亦生效力。法國民法並無明文規定。學者議論亦不一致。德國民法及日本民法。則皆不認對於他債務人有其效力。本條探

用德國普通法上多數之學說而爲規定。殆爲減少訴訟計也。

所謂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。致受敗訴之判決時是也。所謂爲他債務人之利益亦生效力。例如因連帶債務不成立或消滅而受敗訴判決之債權人。向他債務人請求履行或提起訴訟時。他債務人得援用該判決以拒絕履行。或爲既判力之抗辯是也。

第二百七十六條 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
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

免除債務。債權人並不得實質的滿足。故債權人向連帶債務人中之一人免除債務時。他債務人仍不免其責任。惟本條爲實際上便宜起見。就該債務人應分擔之部分。認他債務人亦同免其責任。

債權人向連帶債務人全體免除債務時。連帶債務。全部消滅。固不待言。向其中一人免除

債務。而有消滅全部債務之意思表示者。他債務人亦同免其責任。向其中一人免除債務時。若返還債權證書或交付全部債務之受領證書。自可認為已有消滅全部債務之意思表示。消滅時效之完成。債權人亦非得實質的滿足。故連帶債務人中之一人消滅時效已完成者。他債務人仍不得拒絕給付。(參照第一四四條一項) 惟本條本於便宜上之理由。就該債務人應分擔之部分。認他債務人有拒絕給付之權。

連帶債務人中。僅一人有負擔部分。而他債務人並無應分擔之部分者。(參照一八八條註) 債權人向有負擔部分之債務人免除債務時他債務人即免其責任。僅有負擔部分之債務人消滅時效已完成時。他債務人即得拒絕給付。

第二百七十七條 連帶債務人中之一人對於債權人有債權者他債務人以該債務人應分擔之部分為限得主張抵銷

連帶債務人中之一人。對於債權人有債權時。若他債務人得就該債務人應分擔之部分主張抵銷。不惟反於不得處分他人債權之理論。抑亦有背於連帶債務之性質。誠以連帶債務之

目的。在確保債權之效力。俾債權人得向任一債務人請求全部之給付。今許他債務人主張抵銷。即與許爲一部清償無異。故自理論上言之。以不許他債務人主張抵銷爲當。惟實際上言之。先由清償連帶債務之他債務人向有債權之債務人請求償還其應分擔之部分。再由有債權之債務人向債權人請求清償自己之債權。實足以滋糾紛而增訟累。故本條本於便宜上之理由。許他債務人主張抵銷。

他債務人所得主張抵銷者。以有債權之債務人應分擔之部分爲限。故該債務人無分擔之部分時。他債務人不得主張抵銷。債務人應分擔之部分。小於其債權額時。僅就其分擔部分之相當額。得主張抵銷。

第二百七十八條 債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時爲他債務人之利益亦生效力

債權人對於連帶債務人中之一人有遲延時。對他債務人不生效力。爲羅馬法以來一般立法之所同。惟德國民法第四百二十四條規定對他債務人亦生效力。本條以給付之提出。在實

際上有認其對他債務人生效力之必要。與德法採同一主義。蓋債權人對於連帶債務人中之一人拒絕受領或不能受領時。他債務人以爲自己提出給付。亦必拒絕受領或不能受領。途不自進而爲履行者。往往有之。且給付之提出。債權人雖未得實質的滿足。而其所以未得滿足者。無他、自己拒絕受領或不能受領之故也。故使債權人對於全體債務人負遲延責任。不得謂爲失當。

第二百七十九條 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者外其利益或不利對他債務人無效力

連帶債務爲數個債務。故就連帶債務人中之一人所生之事項。原則上僅該債務人與債權人間生效力。除前五條規定或契約另有訂定者外。其利益或不利。對他債務人無效力。茲將重要之事項。例示如左。

(一)債務人之過失 連帶債務人之一人有過失時。在他債務人不過爲一種事變。其效力當然不能及於他債務人。故因該債務人之過失致給付不能時。他債務人免給付義務。僅該

債務人負損害賠償責任。

(二)債務人之遲延 各債務之給付期。為確定期限。且其時期亦同一者。屆期各債務人若皆不為給付。則全體負遲延責任。若有一人為給付。則全體不負遲延責任。惟各債務無確定期限。或雖有之。而其時期不同一時。則僅遲延給付之債務人負遲延責任。他債務人不負遲延責任。故債權人因遲延所生之損害。僅該債務人負賠償責任。他債務人不負賠償之責。遲延後因事變致給付不能者。僅該債務人應負責任。他債務人免其給付義務。又債權人不得以該債務人之遲延。向全體解除契約。亦不得僅向該債務人解除契約。

(二五八)
條二項

(三)給付不能 就連帶債務人全體。一般的生給付不能時。固對全體生效力。若僅就其中一人生客觀的給付不能。則其效力不及於他債務人。惟此種情形。在事實上固不多見。

(四)消滅時效之中斷或停止 就連帶債務人中之一人有時效中斷或停止之事由時。對他債務人不生效力。

(五)履行之請求。債權人向連帶債務人中之一人請求履行時。對他債務人無效力。故無確定期限之連帶債務。債權人向其中一人請求履行時。僅該債務人自受請求時起負遲延責任。連帶債務之消滅時效進行中。債權人向其中一人請求履行時。僅對該債務人之消滅時效中斷。

(六)連帶之免除。連帶之免除。非免除債務之全部。乃指免除債務人分擔部分以外之債務。使其僅負分擔部分之債務而言。債權人免除全體債務人之連帶時。嗣後各債務人按其分擔部分負擔債務。連帶債務。從此即變為分割債務。若僅免除債務人中一人之連帶。則對他債務人無效力。該債務人雖僅就應分擔之部分負擔債務。而他債務人則依然負擔全部之債務。

第二百八十條 連帶債務人相互間除法律另有規定或契約另有訂定外應平均分擔義務但因債務人之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用由該債務人負擔

連帶債務人對於債權人雖各負全部之債務。而其相互間。則依法律之規定。(如第一八八條三項第六七七條)有僅由一人負擔義務。而他人並不負擔者。有雖各有應分擔之部分。而其部分不均者。連帶債務人相互間之契約。亦得訂定僅由一人負擔全部義務或彼此不均之分擔部分。而其以契約定分擔部分。不以由契約而生之連帶債務為限。由法律規定而生之連帶債務。亦得以契約定其分擔部分。例如無限公司之股東。對於公司之債務。雖依法律之規定負連帶責任。而其內部之分擔部分。固得自由定之。又連帶債務人相互間。就其分擔部分。雖無明示之特約。而各債務人所受連帶債務之利益有差異時。其分擔部分。亦應解為按其利益而不同。

連帶債務人相互間。如未以契約定其分擔部分。法律上亦無特別規定時。則各債務人應平均分擔義務。債務人中有主張分擔部分不平均者。應負立證之責。蓋各債務人之分擔部分以平均為原則也。

連帶債務人中之一人。因清償或其他免責行為致受有損害。或支出費用者。各債務人亦應

分擔之。所謂損害。例如被訴之債務人因清償債務迫不得已以高利借入金錢。或以廉價出賣財產。因此所受之損害是也。所謂費用。例如匯費運送費訴訟費用執行費用是也。惟因連帶債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害。及支出之費用。無負令他債務人分擔之理由。應由該債務人獨自負擔。

第二百八十一條 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

前項情形求償權人於求償範圍內承受債權人之權利但不得有害於債權
人之利益

連帶債務人於對外關係。雖各負全部之債務。而其內部關係。則按各自分擔之部分而負義務。故連帶債務人中之一人為自己分擔部分以上之清償或其他免責行為時。即係就他人之債務為免責行為。此本條之所以認其有求償權也。

連帶債務人中之一人行使求償權。須有清償或其他行爲。所謂其他行爲。如代物清償提存抵銷是也。混同爲債權與債務同歸一人之事實。固不得謂爲行爲。惟混同在理論上本不應使他債務人同免責任。第二百七十四條將混同與清償代物清償提存抵銷同視。使他債務人亦同免其責任。無非爲實際上便宜起見。若更不許該債務人行行使求償權。則與公平之原則。大相違反矣。

連帶債務人中之一人行使求償權。須因自己之行爲致他債務人同免責任。所謂同免責任。即使全體債務人所負債務均歸消滅或減少之。既須免責任。則在免責任以前。不得豫行求償。自不待言。

同免責任之數額。是否必須超過自己應分擔之部分。德日學者議論不一。惟自求償權之性質上論之。以積極說爲正當。蓋連帶債務之內部關係。本有各自應分擔之部分。就其內部關係而言。必爲自己分擔部分以上之清償。方爲他人債務之清償。而法律之認此求償權。卽以其爲他人清償債務也。

連帶債務人爲清償或其他免責行爲之出資額。小於債額時。僅就出資額得請求他債務人償還。其出資額大於債額時。(例如千圓之債務以一千二百圓之不動產爲代物清償)僅就債額得請求他債務人償還。蓋超過債額之部分。他債務人並不受何等利益也。

求債權人得就他債務人依前條規定所應分擔之費用及損害。請求償還。並得就出資之總額。請求自免責時起之利息。此項利息。爲法定利息之一種。其利率應依法定利率。

第二項爲確保求債權之效力起見。許求債權人於求債範圍內承受債權人之權利。所謂債權人之權利。卽債權人所有關於債權之效力及擔保等一切之權利。惟僅於求債範圍內承受之。債權人所有第二百七十三條之權利。不在承受之列。

求債權人不得損害債權人之利益而主張其權利。例如二千圓之連帶債務。祇有千圓之抵押物。求債權人向債權人清償千圓時。該抵押物上之權利。應仍由債權人就未受清償之千圓完全行使之。求債權人不得主張與債權人平均分配。

第二百八十二條 連帶債務人中之一人不能償還其分擔額者其不能償還

之部分由求償權人與他債務人按照比例分擔之但其不能償還係由求償權人之過失所致者不得對於他債務人請求其分擔

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

連帶債務人中之一人。不能償還其分擔額時。其不能償還之部分。若令求償權人獨受損失。實與公平之原則不合。故本條使求償權人與他債務人分擔其損失。

所謂不能償還。例如無資力或蹤迹不明是也。償還之困難。不得與不能償還同論。其不能償還之部分。不必為該債務人分擔額之全部。其僅分擔額之一部不能償還者。求償權人亦得就該部分請求他債務人分擔。

連帶債務人中之一人不能償還其分擔額。係由求償權人之過失所致者。不得對於他債務人請求其分擔。例如求償權人於適當時期怠於求償。嗣後始成爲無資力或蹤迹不明者是也。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也。故無分擔部分之債務人。

不負分擔之義務。例如甲乙丙丁四人負擔一千圓之連帶債務。甲乙二人皆無分擔部分。丙丁二人各有平均之分擔部分。甲已清償全部。欲對之求償之丙不能償還其分擔額五百圓時。該五百圓由丁一人負擔。(連自己之分擔額共須償還千圓)甲乙二人皆不負分擔之義務。設使該四人之內部關係。僅丙負擔義務。丁亦無分擔部分。則丙不能償還千圓時。究應如何。不無疑義。或謂甲不得向乙丁二人請求其分擔。蓋乙丁二人皆無分擔部分。即無從令其按照分擔部分比例分擔也。或謂無分擔部分之債務人相互間。應平均分擔之。蓋本條之規定。係本於公平之原則。必如此始合於法律之本旨也。據余所信。以後說為當。

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。

第二百八十三條 數人依法律或法律行為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

自羅馬法以來。一般之立法。大都設有關於連帶債權之規定。雖法國學者中有謂此種規定全無實用者。然謂其實用不多則可。謂其全無實用則不可。連帶債權有使債權易於行使之利益。例如債務人住在遠方時。債權人親往收取。至爲不便。若以居住其地之友人爲債權人。使爲收取。則甚便利。此時固未嘗不可授與其人以代理權。使爲收取。但依代理之方法。須爲授權之證明。行使權利之程序。不免繁雜。實不如以其人爲債權人。用連帶債權之形式。較爲便捷。且連帶債權之債務人。得於債權人數人中任擇其一而履行之。以免債務。是連帶債權又有使債務易於履行之利益。甯得謂毫無實用。此民法之所仿各國立法例設關於連帶債權之規定也。

連帶債權爲數個之債權。其債權之個數。即按債權人人數而定之。其數個之債權。係以同一之給付爲標的。且有同一之目的。故債權人數人雖各得向債務人爲全部給付之請求。而

債務人爲一次之全部給付時。連帶債權即歸消滅。

連帶債權之各債權人。各得獨立向債務人爲全部給付之請求。不以他債權人之協力爲必要。故連帶債權人中之一人雖已爲全部給付之請求。或已提起給付之訴。他債權人亦不妨更爲請求或更行起訴。惟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。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。向他債權人爲給付時。則當執行判決之際。得提起關於請求之異議之訴。(參照大法院四年上字一

五四號判決四年
抗字五一號決定)

第二百八十四條 連帶債權之債務人得向債權人中之一人爲全部之給付

連帶債權之各債權人。各得獨立向債務人爲全部給付之請求。故債務人亦得從其選擇。向債權人中之任何一人爲全部之給付。雖在債權人中之一人已提起給付之訴後。亦仍得向他債權人爲給付。又債務人得債權人之承諾時。得分割給付。一部向債權人中之一人爲給付。其他部分。向他債權人爲給付。惟在爲全部之給付前。不得免其債務。

第二百八十五條 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

連帶債權之各債權。雖爲各自獨立之債權。但爲使債權易於實行起見。認連帶債權人中之一人所爲給付之請求。爲他債權人之利益亦生效力。所謂給付之請求。不問裁判上之請求與裁判外之請求。(即催告)均包含之。所謂給付之請求爲他債權人之利益亦生效力。即(一)給付無確定期限者。債務人自受連帶債權人中之一人之催告時起。對連帶債權人全體遲延責任。(二)所有債務人負遲延責任之效果。各連帶債權人皆得主張之。(三)債務人對於各連帶債權人之消滅時效。因連帶債權人中之一人爲給付之請求。均被中斷。(四)債權人對於各連帶債權人之消滅時效。因連帶債權人中之一人爲給付之請求。均被中斷。(五)債權人對於各連帶債權人之消滅時效。因連帶債權人中之一人爲給付之請求。均被中斷。(六)債權人對於各連帶債權人之消滅時效。因連帶債權人中之一人爲給付之請求。均被中斷。(七)債權人對於各連帶債權人之消滅時效。因連帶債權人中之一人爲給付之請求。均被中斷。(八)債權人對於各連帶債權人之消滅時效。因連帶債權人中之一人爲給付之請求。均被中斷。(九)債權人對於各連帶債權人之消滅時效。因連帶債權人中之一人爲給付之請求。均被中斷。

第二百八十六條 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

連帶債權之各債權。雖爲各自獨立之債權。但有同一之目的。故因連帶債權人中之一人已

受領清償。而債權消滅者。他債權人之債權。亦因達其目的而同歸消滅。代物清償提存抵銷。足使債權人受實質的滿足與清償同。故亦生同一之效力。連帶債權人中之一人與債務人之間有混同時。債權人雖非受實質的滿足。然債務人本有選擇連帶債權人中之任何一人而為履行之權利。此項權利。不因連帶債權人中之一人與債務人之間有混同而受影響。故債務人選擇有混同之債權人（即該債務人自己）而為履行。亦無不可。是連帶債權人中之一人與債務人之間有混同時。使他債權人之債權。同歸消滅。實無害於他債權人之權利。此本條之所以認其與清償等生同一之效力也。

第二百八十七條 連帶債權人中之一人受有利益之確定判決者為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

判決在原則上僅於受判決之當事人間有效力。本條就連帶債權特設例外。蓋與第二百七十

五條出於同一之立法理由也。但在立法論上。是否正當。非無討論之餘地。

所謂有利益之確定判決。即確認連帶債權成立。或命債務人爲給付之確定判決也。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也。

所謂不利益之確定判決。即確認連帶債權不成立或駁回給付請求之確定判決也。此項判決。如係基於受判決之債權人之個人關係。例如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已完成。因而受敗訴之判決時。對於他債權人。不生效力。否則他債權人亦受其羈束。不得更向債務人請求給付或提起給付之訴。惟該判決以未屆給付期爲理由駁回給付請求時。該債權人及他債權人屆期仍得請求給付或提起給付之訴。固不待言。

第二百八十八條 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

前項規定於連帶債權人中之一人消滅時效已完成者準用之

連帶債權人中之一人。向債務人免除債務時。若對他債權人亦生效力。即有害於他債權人之權利。故其免除之效果。僅該債權人之權利消滅。他債權人之權利。仍不消滅。惟該債權人應享有之部分。他債權人之權利亦歸消滅。例如甲乙丙三人。對於丁有九百圓之連帶債權。其相互關係平均分受其利益。甲向丁免除債務時。甲對於丁請求給付九百圓之權利。固歸消滅。乙丙二人就甲應享有之部分三百圓。亦失其權利。惟其餘之六百圓。乙丙二人仍得各為全部給付(指六百圓而言)之請求。不因甲之免除而受影響。

連帶債權之各債權。得異其條件或期限。故消滅時效之起算與完成。其時期往往有先後。且各債權之消滅時效。縱令同時起算。而如後所述。消滅時效之中斷及停止。對他債權人亦不生效力。故消滅時效完成之時期。亦往往因之而有先後。連帶債權人中之一人消滅時效已完成者。除該債權人應享有之部分外。他債權人之權利。仍不消滅。蓋消滅時效之完成。債權人非受實質的滿足也。

第二百八十九條 連帶債權人中之一人有遲延者他債權人亦負其責任

連帶債權之債務人。得向債權人中之任何一人提出給付。債權人中之一人拒絕受領或不能受領時。若僅該債權人負遲延責任。則債務人非向他債權人一一提出給付。不能使各債權人同負遲延責任。法律認債務人得選擇債權人而為給付之本旨。即將不能貫徹。故本條使他債權人亦負遲延責任。

債務人欲使連帶債權人負遲延責任。須依債務本旨實行提出給付。債權人中之一人預示拒絕受領之意思時。債務人對於該債權人。固得通知準備給付之事情。以代提出。無須實行提出給付。(二三)但對於他債權人提出給付時。仍須實行提出。不得以該債權人預示拒絕受領之意思。對於他債權人通知準備給付之事情以代提出。蓋連帶債權人中之一人預示拒絕受領之意思。依第二百九十條之規定。對他債權人_{五條}不生效力也。

第二百九十條 就連帶債權人中之一人所生之事項除前五條規定或契約另有訂定者外其利益或不利利益對他債權人_{五條}不生效力

連帶債權為數個債權。猶連帶債務之為數個債務也。故就連帶債權人中之一人所生之事項

。原則上僅該債權人與債務人間生效力。除前五條規定或契約另有訂定者外。其利益或不利益。對他債權人不生效力。例如債務人僅對連帶債權人中的一人有過失。或負遲延責任。或給付不能。連帶債權人中的一人有過失。或讓與債權。或有時效中斷及停止之事由等是也。但因連帶債權人中的一人爲給付之請求。致債務人負遲延責任或消滅時效中斷者。依第二百八十五條之規定。對他債權人亦生效力。故關於遲延責任及中斷消滅時效。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。(二二九條一項)因請求以外之事由。(如債務人之承認)致消滅時效中斷者。(一二九條)對他債權人不生效力。

第二百九十一條 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

連帶債權人相互間之關係。或爲委任、或爲合夥、或爲其他之關係。一從其契約之所訂定。若契約無特別訂定。法律亦無特別規定。則不可不定一普通原則以補充之。此本條所由設也。

連帶債權人相互間。以平均分受其利益爲原則。故連帶債權人中之一人主張有反對之特約時。就其特約之存在。應負立證之責。

第二百九十二條 數人負同一債務或有同一債權而其給付不可分者除第二百九十三條之規定外準用關於連帶債務或連帶債權之規定

數人負同一債務。而其給付不可分者。謂之不可分債務。數人有同一債權。而其給付不可分者。謂之不可分債權。債務人與債權人各僅一人時。固亦得以不可分給付爲其債之標的。但非此所謂不可分債務或不可分債權也。

給付是否可分。依給付之性質或當事人之意思定之。非變其性質或損其價格不能分割之給付。卽性質上不可分之給付也。以勞務或不作爲爲物體之給付。通常爲不可分。以設定地役權爲物體之給付。亦屬不可分。但以移轉一物之所有權爲物體之給付。性質上非不可分。蓋先以債權人中之一人爲共有人。再以他債權人爲共有人。並不反於所有權之性質也。惟此種給付。依當事人之意思。或習慣上應解爲不可分者。往往有之。性質上可分之給付

。當事人得以合意定爲不可分。如金錢債務本爲可分債務。但債權人爲特殊之目的。以其與債務人之合意。定爲不可分。則成爲不可分債務。

不可分債務之各債務人。須爲全部之給付。雖與連帶債務無異。然連帶債務之各債務人。本負應爲全部給付之債務。故當然須爲全部之給付。若不可分債務。則各債務人之所以不得爲全部之給付者。第以其給付爲不可分。無分割給付之方法耳。故給付一經變爲可分。卽成爲分割債務。是不可分債務與連帶債務。並非毫無差異。惟各債務人須爲全部之給付。究與連帶債務相同。故不可分債務。準用關於連帶債務之規定。

不可分債權。除第二百九十三條之規定外。準用關於連帶債權之規定。而自第二百九十三條之規定觀之。則不可分債權。僅於第二百九十一條有所準用。其餘關於連帶債權之規定。皆不在準用之列。

第二百九十三條 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除前項規定外債權人中之一人與債務

人間所生事項其利益或不利對他債權人無效力

關於不可分債權之效力。各國立法。頗不一致。有須債權人全體共同請求給付者。普國國法是也。有本須債權人全體共同請求給付。而債權人之一人供擔保時。得單獨請求給付者。奧國民法是也。有無須債權人全體共同請求給付。但各債權人僅得請求向其全體為給付。債務人亦僅得向債權人全體為給付者。德國民法瑞士債務法是也。有採連帶債權之形式。各債權人得請求向自己為給付。債務人亦得向債權人之一人為給付者。法國民法日本民法是也。本條係與德國民法及瑞士債務法採同一主義。故各債權人雖不必全體共同請求給付。但僅得請求向其全體為給付。不得請求向自己為給付。債務人亦僅得向債權人全體為給付。不得向債權人之一人為給付。

債權人中之一人請求債務人向債權人全體為給付時。因請求而生之給付遲延及時效中斷。對他債權人亦生效力。債務人向債權人全體為給付時。對債權人全體生消滅債務之效力。此外債權人中之一人與債務人間所生之事項。其利益或不利。僅該債權人與債務人間有

其效力。對他債權人無效力。惟債權人中一人之債權消滅時。債務人雖不得向債權人全體為全部之給付。但得依不當得利之規定。請求返還該債權人應分受之利益。

第五節 債之移轉

債之主體有變更。而債之關係前後仍不失為同一者。謂之債之移轉。羅馬法認債之關係為嚴格特定人間之人的關係。不得與其主體分離。故債之關係。除因概括繼承而移轉外。不認債之特定繼承。近世之法律則一般認債之移轉性。債之主體雖有變更。債之同一性仍無影響。故債之關係。得因特定繼承而移轉。

債之移轉。分為兩種。即債權之移轉與債務之移轉是也。債權因特定繼承而移轉者。謂之債權之讓與。債務因特定繼承而移轉者。謂之債務之承擔。

第二百九十四條 債權人得將債權讓與於第三人但左列債權不在此限

一 依債權之性質不得讓與者

二 依當事人之特約不得讓與者

三 債權禁止扣押者

前項第二款不得讓與之特約不得以之對抗善意第三人

債權有依法律之規定而移轉者。如繼承是也。有依法院之命令而移轉者。如轉付命令是也。有依當事人之契約而移轉者。即債權之讓與是也。

債權讓與契約。以直接發生債權移轉之效果爲目的。與債權之買賣贈與等契約。應區別之。債權之買賣贈與等契約。祇成立應將債權移轉於他方之債務。由履行此項債務所爲之債權讓與契約。債權始行移轉。故債權之買賣贈與等契約爲債權契約。債權讓與契約爲準物權契約。物權契約爲無因行爲。債權讓與契約亦爲無因行爲。債權之買賣贈與等契約。雖屬無效。債權讓與契約。亦非當然無效。惟讓與人得依關於不當得利之規定。請求將已移轉之債權。再移轉於自己耳。

羅馬法不認債權之讓與。本條從近世之立法例。債權以得讓與爲原則。惟例外有不得讓與

者三種。茲分述如左。

(一)依債權之性質不得讓與者 所謂依債權之性質不得讓與者。係指依給付之性質可認為應僅向原債權人爲給付者而言。(甲)承租人對於出租人之債權。借用人對於貸與人之債權。僱用人對於受僱人之債權。委任人對於受任人之債權。皆係基於當事人間之信任。故以不得讓與爲原則。惟經債務人之同意。或租賃物爲房屋時。得讓與之。(四四三條一項四六七條二項四八四條一項五四三條)(乙)不作爲債權。以不得讓與爲原則。但有時得附從於他之關係。一併讓與。例如營業讓與時。得將營業禁止之債權一併讓與是也。(丙)自豫約所生之債權。以不得讓與爲原則。惟本契約爲片務契約。債權人不負擔何等債務時。相對人並不因債權人之變更而受不利益。故得讓與之。例如寄託之豫約是也。(丁)終身定期金債權。因身體健康名譽自由被侵害所生損害賠償請求權。皆以不得讓與爲原則。(七三四條一項九五條二項)(戊)從屬之債權。得獨立讓與否。應就各債權定之。保證債權不得獨立讓與。違約金債權。利息債權。皆得獨立讓與。

(二)依當事人之特約不得讓與者 禁止債權讓與之契約。法國法系之立法。認爲無效。德國法系之立法。認爲有效。關於債權之內容。當事人得自由定之。當事人約明債權須與原債權人結合。不得分離。以制限其內容。自無不可。故本條認禁止債權讓與之契約爲有效。

債權讓與之禁止。得爲一般的。例如定爲無論對於何人皆不得讓與是也。亦得爲部分的。例如定爲對於特定人不得讓與。或於一定期間不得讓與是也。

禁止債權讓與之契約當事人。爲現在之債權人與債務人。不必爲債權發生行爲之當事人。此項契約。通常於債權發生時爲之。但債權發生後爲之。亦無不可。

禁止債權讓與之契約。有物權的效力。非僅債權人負有不讓與之義務已也。違反其契約所爲之讓與。當然無效。對於第三人。亦屬無效。但此項契約。若一般對第三人生效力。則第三人或至受不測之損害。且亦有害於交易之安全。故本條第二項。規定此項特約。不得以之對抗善意之第三人。若第三人不知有此特約而讓受債權。其讓與爲有效。所

謂第三人。不僅指受讓債權之第三人而言。例如保證人不知有債權不得讓與之特約。向受讓人清償時。其清償爲有效。

(三)債權禁止扣押者 禁止扣押之債權。本不得謂性質上常屬不得讓與。惟既爲公益起見禁止扣押。自以不許任意處分爲宜。故亦不得讓與。

判例一 債權之讓與。不以作成證據及通知債務人得其承諾爲契約成立之要件。(大理院七午上字五〇一號判決)

判例二 債權之移轉。於移轉當時。必有讓受人之同意。始能有效。不得僅由讓與人一人爲片面之表示。即可移轉。(大理院五年上字一二一八號判決)

判例三 所謂酬金者。乃係對於教授藝術之人約定酬報之金錢。此等金錢債權。其性質並非不可移轉。自不得認爲一種之專屬權。而謂不能讓與第三人。(大理院六年上字一〇〇二號判決)

判例四 師傅禁止學徒同街營業之權利。爲附隨於師傅名分之特權。倘非有師傅之子亦

應同論之習慣。祇得認爲及身而止。不能繼承或讓與。（大理院四年上字一五八一號

判決）

判例五 財產權之性質。通常雖可依讓與繼承等原因移轉於人。惟其權利之發生。係以相對人之身分爲條件。卽因維持當事人間於事實上存在之特別關係者。除有特別法則外。自應認爲有專屬權之性質。不能讓與繼承。（大理院四年上字八一號判決）

第二百九十五條 讓與債權時該債權之擔保及其他從屬之權利隨同移轉於受讓人但與讓與人不可分離之關係者不在此限

未支付之利息推定其隨同原本移轉於受讓人

讓與債權時。不過債權之主體有所變更。而債權之自身。仍不失爲同一之債權。故不惟債權之內容不變更。卽其原因亦不變更。例如原債權爲因侵權行爲之損害賠償債權時。受讓人之債權。亦爲因侵權行爲之損害賠償債權。故其適用第一百九十七條之短期時效。不因讓與而受影響。

讓與債權時。該債權之擔保。及其他從屬之權利。當然隨同移轉於受讓人。所謂擔保。如質權抵押權留置權保證債權是也。所謂其他從屬之權利。如利息債權違約金債權損害賠償債權破產法上之特權等是也。

將來之利息債權。係從屬於原本債權而存在。其為第一項所謂從屬之權利。固無疑義。但未支付之利息債權。無論為法定利息為約定利息。皆為獨立之債權。自非第一項所謂從屬之權利。此項利息債權。是否隨同原本債權移轉於受讓人。應依情事解釋當事人之意思定之。當事人之意思不明時。推定為隨同原本移轉於受讓人。

從屬於債權之權利。固隨同該債權移轉於受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者。不在移轉之列。例如讓與人依第九百二十九條之規定有留置權時。若將其債權讓與於他人。該留置權並不隨同移轉。讓與人為無行為能力人時。受讓人不得以此為理由主張時效之停止。（第一四二條）是也。

判例 債權之移轉。債務人與讓受人間。不必另立約據。即已發生權義關係。雖當時債

務人之商號。業經倒閉。然苟非該處商場確有倒號所負債務免利還本之習慣。或當事人已有停利歸本之特約。則債務人自應向債權讓受人依照原約履行。不得藉口債權移轉。即不負支付利息之義務。(大理院五年上字一〇二六號判決)

第二百九十六條 讓與人應將證明債權之文件交付受讓人並應告以關於主張該債權所必要之一情形

債權之讓與人。對於受讓人。負有使其得完全行使債權之義務。故讓與人所有足以證明債權之一切文件。應交付受讓人。關於主張債權所必要之一切情形。應告知受讓人。

債權一部讓與時。讓與人是否有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。

所謂關於主張該債權所必要之一切情形。例如給付期給付處所債務人或保證人之住所等是

也。

債權之擔保。既隨同債權移轉於受讓人。則讓與人所占有之擔保物。自應交付受讓人。

第二百九十七條 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

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

讓與人與受讓人間成立債權讓與契約時。債權即移轉於受讓人。不以債務人之協力為必要。惟讓與契約之成立。非債務人之所知。故債務人於債權讓與後。猶信讓與人為正當之債權人。向讓與人為清償者。往往有之。若對於債務人亦僅因讓與契約之成立。即生債權移轉之效力。則債務人向讓與人所為清償為無效。不得不更向受讓人為清償。其為不當。自不待言。故為保護債務人起見。債權之讓與。非通知債務人。對於債務人不生效力。但法律另有規定者。不在此限。如指示證券之讓與是也。(七二六條二項)

讓與之通知。為通知債權讓與事實之行爲。其法律上之性質。為觀念通知。而非意思表示

。故關於意思表示之規定。如第八十六條至第九十三條。皆不適用。惟關於效力發生時期、能力、及代理之規定。應準用之。通知由何人爲之。立法例不一。依本條之規定。則讓與人與受讓人。皆得爲之。通知得任以言詞或文書爲之。不需何等之方式。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。蓋債務人閱覽讓與字據。即可知讓與之事實也。

第二百九十八條 讓與人己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
前項通知非經受讓人之同意不得撤銷

債權讓與之通知。不過通知讓與之事實。毫不生獨立之效果。苟實際並無讓與之事實。或讓與無效。則雖爲此通知。亦無何等之效力。被指名之受讓人。不因此而成爲債權人。爲此通知之讓與人。亦不因此而喪失其債權。若債務人信此通知而向被指名之受讓人爲清償或爲其他之行爲。皆非有效。此在理論上固毫無疑義者也。惟絕對依此理論。則債務人往

往因信此通知而受不測之損害。故本條第一項爲保護債務人起見。使債務人仍得以其對抗受讓人之事由對抗讓與人。但以通知出自讓與人者爲限。其由受讓人通知者。債務人雖信其通知而爲清償或爲其他之行爲。亦不得以之對抗讓與人。

讓與人對於受讓人負有將讓與事實通知債務人之義務。已通知之後。若不經受讓人之同意。即得撤銷。則有害於受讓人之利益實甚。此本條第二項所由設也。

第二百九十九條 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

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

債權之讓與。無須債務人協力。亦不許債務人拒絕。自不應因讓與而使債務人受不利益。故債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由。仍得以之對抗受讓人。

所謂得對抗讓與人之事由。凡債權不成立之抗辯。(如讓與之債權因契約無效而不發生)債

權消滅之抗辯。(如讓與之債權已向讓與人清償或因其他原因而消滅)同時履行之抗辯。
(第二六條)均包含之。債務人苟於受通知時已有此等抗辯之原因。則雖其抗辯在受通知後始行成立。亦得以之對抗受讓人。例如附解除條件之債權讓與時。於債務人受通知後。條件始行成就。雙務契約之債權讓與時。讓與人對於債務人所負反對債務。於債務人受通知後期限始行屆至是也。

債務人對於讓與人有債權時。由抵銷之性質論之。債務人不得對於受讓主張抵銷。蓋抵銷須雙方互負債務。(第三四條)而債務人以對於讓與人之債權向受讓人主張抵銷。與此要件不合也。惟債務人對於原債權人之所以負債務又有債權者。或因已有債權。故對之負擔債務。或因已負債務。故對之取得債權。其於嗣後負擔債務或取得債權。大都為抵銷起見也。若原債權人得因讓與其債權而免抵銷。債務人即因債權之讓與而陷於不利益之地位。故本條第二項。使債務人仍得對於受讓人主張抵銷。但以其債權之清償期先於所讓與之債權。或同時屆至者為限。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。

債務人以可得對抗讓與人之事由對抗受讓人。或以對於讓與人之債權向受讓人主張抵銷。致受讓人失其債權時。讓與人對於受讓人之責任。應依債權讓與之原因而定之。例如債權本於買賣而讓與時。讓與人對於權利之欠缺。應負擔保責任。(第三五〇條)

第三百條 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

債務有依法律之規定而移轉者。如第四百二十五條公司法第五十一條是也。有依契約而移轉者。即債務之承擔是也。

債務承擔契約。即以債務之移轉爲目的之契約也。易言之。即使第三人代原債務人負擔債務之契約也。其契約當事人爲第三人與債權人。原債務人雖不妨爲當事人。然無以之爲當事人之必要。其契約之成立。祇須有當事人之合意。無須何等之方式。亦不必得債務人之同意。其契約一經成立。債務即移轉於該第三人。非如債權讓與之以通知爲對於債務人發

生效力之要件。

承擔債務。須其債務有移轉性。債務是否有移轉性。應解釋發生該債務之當事人意思表示及法律之規定而決定之。若無從據此決定。則不外以一般之見解為基礎而決定之。

債務承擔契約成立時。債務即移轉於承擔人。承擔人所負擔之債務。即為原債務人所負擔之債務。不惟債務之內容不變更。即債務之原因亦不變更。故原債務者為因侵權行為之損害賠償債務。承擔人所負擔之債務。亦為因侵權行為之損害賠償債務。仍應適用第一百九十七條之短期時效。因故意侵權行為而負擔之債務。承擔人亦仍不得主張抵銷。(第三三九條)

又原債務人祇須與處理自己事務為同一之注意時。承擔人亦祇須與處理自己事務為同一之注意。無須用善良管理人之注意。

判例一 債務之承任。(即承擔)若係第三人與債權人所為者。則經第三人要約而債權人承諾。即成立承任契約。無論其債務人是否同意。曾否知悉。均非所問。嗣後該承任人對於債權人。即應負清償之責。(大理院三年上字六五八號判決)

判例二 債務之承任。只須兩造同意。並非要式行爲。苟業已同意。而確有證明者。則雖無書據。亦爲有效。(大理院三年上字六五八號判決)

判例三 承任債務之契約。一經適法成立。原則上即使原債務人脫退原債務關係。逕由承任人對於債權人負清償之義務。雖原債務人嗣後又有自行清償之意思。苟非實行清償。承任人要難主張免責。(大理院七年一一二七號判決)

第三百零一條 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不生效力

第三人與債務人訂立契約。承擔其債務。例如抵押不動產之買受人。於價金中扣除該不動產所擔保之債務額。承擔其債務時是也。此種契約。係以承擔人直接承擔其債務爲目的。非僅對於債務人負有應行承擔之義務已也。惟債務不得僅由債務人與承擔人之契約。即行移轉。須經債權人承認。始生效務承擔之效力。蓋債務人之更易。於債權人有重大之利害關係也。

債務人與承擔人間之債務承擔契約。得由債權人承認而生效力。其理論上之根據如何。議論紛歧。其重要之學說有三。即爲第三人之契約說。債權處分說。共同要約說是也。依第一說。債務人與承擔人之契約。係爲第三人。(即債權人)之契約。即債權人本於此項契約。對於新債務人。(即承擔人)爲債權人。依第二說。債務人與承擔人之契約。爲處分他人(即債權人)債權之契約。蓋不由債權人之意思。以第三人代原債務人。即係侵害債權人之債權。亦即處分他人之債權。與處分他人之物無以異也。此項債務承擔契約。本屬無效。惟處分他人之權利。經權利人承認時。即爲有效。故債權人承認此項債務承擔契約時。其債務之承擔。亦爲有效。債務即因而移轉於承擔人。依第三說。債務人與承擔人之契約。在內部爲獨立之契約。對於外部爲向債權人之要約。債權人承諾其要約時。債務人承擔人及債權人間成立三面契約。債務即因而移轉於承擔人。在德國民法之解釋上。以第二說爲通說。

債權人之承認。爲許容他人侵害自己債權之意思表示。故爲一方行爲。債權人並不因承認

而爲債務承擔契約之當事人。此債權處分說之當然結論也。

判例一 債務人之更易。於債權人甚有利害之關係。故第三人與債務人訂立承任之契約

。非經債權人同意。不能發生效力。（大理院三年上字七零零號判決）

判例二 子於其父生前所負債務。應分任償還之責。如諸子間締結契約。將其應行分任之債務。撥歸其中一人負擔者。依債務承任之法則。其對於債權人。須經同意。始能發生效力。如果債權人知其承任契約。而逕向承任之人請求清償者。即應認爲已經同意。承任債務人不得拒絕履行。（大理院八年上字一三一二號判決）

第三百零二條 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爲確答者視爲拒絕承認

債權人拒絕承認時債務人或承擔人得撤銷其承擔之契約

承擔人與債務人訂立債務承擔契約者。債務人或承擔人。得定相當期限。催告債權人確答是否承認。以確定其法律關係。此爲民法所常用之手段。其要件及效果。無須特加說明

債權人拒絕承認時。債務人或承擔人。得撤銷其承擔之契約。惟債務人與承擔人之內部關係。不因債權人拒絕承認而受影響。承擔人如對於債務人負有爲之向債權人清償之義務。仍應負履行之責。

第三百零三條 債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由承擔人亦得
以之對抗債權人但不得以屬於債務人之債權爲抵銷

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

債務之承擔。債務人雖有變更。而其債務固仍爲同一之債務。故原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。

所謂債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由。如權利不發生之抗辯。（例如以契約內容不法債務不發生爲抗辯）權利消滅之抗辯。（例如以債務已因清償免除時效等而消滅爲抗辯）同時履行之抗辯。（即承擔人以債權人未向原債務人爲對待給付。依第二百六十四

條之規定。就其所承擔之債務。拒絕履行。等是也。至原債務人有撤銷權解除權時。承擔人不得行使之。蓋撤銷權解除權。僅契約當事人有之。承擔人祇承擔債務。不因承擔債務而變為契約當事人也。惟原債務人行使撤銷權解除權時。承擔人得以其行使之結果為抗辯。又承擔人不得以原債務人對於債權人所有之債權為抵銷。蓋若許抵銷。即生處分他人權利之結果也。惟原債務人若於債務承擔前已為抵銷。則承擔人得為債權消滅之抗辯。自不待言。

承擔人除得以原債務人所得對抗債權人之事由為抗辯外。並得以自己直接對於債權人之抗辯對抗之。例如主張債務承擔契約為無效。或以自己對於債權人所有之債權為抵銷是也。承擔人承擔債務。其與債務人間。常存有種種法律關係。或因供給信用於債務人而承擔之。或因清償自己對於債務人所負擔之債務而承擔之。或因對於債務人為贈與而承擔之。債務之承擔。係由承擔人與債權人訂立契約。此等關係。當然不能及其效果於債務承擔契約。蓋此為債務承擔契約之當事人以外所存之關係也。債務之承擔。係由承擔人與債務人訂

立契約。經債權人承認者。此等關係。亦與債務承擔契約分離獨立。即其債務承擔契約爲無因契約。故無論債務之承擔。係用何種方法。承擔人因其承擔債務之法律關係所得對抗債務人之事由。皆不得以之對抗債權人。例如承擔人因買受抵押不動產承擔出賣人之債務時。不得以買賣契約無效或出賣人未爲對待給付。對於債權人爲抗辯。

判例一 債務人與承任人間之承任原因。與承任契約之效力無關。蓋承任原因如何。祇能對於債務人主張。不得以之對抗債權人故也。（大理院四年上字五四四號判決）

判例二 第三人向債權人約明承任債務人之債務者。因該承任契約之效力。對於債權人即應負履行之責。至該第三人因承任債務由原債務人所取得之對待給付如何。本與債權人無涉。除經特別約明以受領該項對待給付爲承任契約之停止或解除條件外。不得以未受報酬爲理由。對於債權人拒絕履行。（大理院七年上字一零三三號判決）

第三百零四條 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

由第三人就債權所爲之擔保除該第三人對於債務之承擔已爲承認外因債務之承擔而消滅

債務之承擔。不過債務人有所變更。其債務仍不失爲同一之債務。故從屬於債權之權利。除與債務人有不可分離之關係者外。不因債務之承擔而妨礙其存在。所謂從屬於債權之權利。如利息請求權、違約金請求權、擔保權等是也。

未屆期之利息。卽將來之利息債務。乃從屬於原本債務者。故原本債務移轉時。此項利息債務。當然隨同移轉於承擔人。惟屆期未支付之利息債務。爲獨立之債務。故除當事人間之契約另有訂定外。非當然隨同原本債務而移轉於承擔人。

違約金債務與利息債務同。當然隨同本債務而移轉於承擔人。惟已因債務不履行而違約金請求權發生後。則爲獨立之債務。不在當然隨同移轉之列。

法律上之擔保。如物權法上之留置權。及其他法定留置權。(第四四五條第六四七條第六六二條)法定抵押權

(第五一三條)等。不因債務之承擔而妨礙其存在。契約上之擔保。由債務人設定者亦同。惟第

三人就債權所爲之保證。或其所設定之物上擔保。除該第三人對於債務之承擔已爲承認外。因債務之承擔而消滅。蓋第三人之爲擔保。係信任債務人其人。無爲他人擔保之意思也。

第三百零五條 就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者因對於債權人爲承受之通知或公告而生承擔債務之效力

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

第三人就債務人之財產或營業概括承受其資產或負債者。不必經債權人承認。祇須對於債權人爲承受之通知或公告。卽生承擔債務之效力。惟其承擔之效力。若與債權人自爲承擔契約或承認承擔契約者同。使債務人免其責任。則債權人難免因此而受不利益。故一面雖生承擔債務之效力。一面仍使債務人於一定期間內與承擔人連帶負其責任。此卽所謂重疊的或併存的債務承擔。以前所述之債務承擔。則免責的債務承擔也。

近世之立法。規定財產移轉時債務當然隨之移轉者頗多。如德國民法第四百十九條規定依契約承受債務人之財產時。債權人於原債務人外。得向承受人以其承受之財產額爲限。行使其債權。關於營業之讓與。於商法第二十五條第二十八條規定之。又瑞士債務法第一百八十一條規定承受財產或營業者。當然負擔其債務。原債務人亦於二年間與承受人連帶負其責任。匈牙利民法草案第一千一百七十四條。亦規定讓受財產之全部或一部者。對於讓與人之債務。與讓與人連帶負其責任。此蓋以債權終局之目的。在以債務人之財產受其滿足。債務實與債務人之財產相連結。須使其得追隨財產之所在也。本條之規定。與此等立法例。趣旨略同。而範圍較狹。承受他人之財產或營業者。非當然承擔其債務。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。

債務人僅於二年以內與承擔人連帶負其責任。其二年之期間。則債權人可知承受之事實。並得行使其債權時起算。故爲承受之通知或公告時。其債權已到期者。自通知或公告時起

算。未到期者。自到期時起算。其未定期限之債權。應自通知或公告時起算。蓋此種債權。債權人得隨時請求清償也。(第三一)二年之期間。為除斥期間。而非時效期間。故關於消滅時效之中斷及其他關於消滅時效之規定。不適用之。經過此期間時。原債務人當然免其責任。惟債權人於期間內請求履行。而於請求之繼續中(如訴訟繫屬中)經過其期間者。仍不得免其責任。

原債務人既與承擔人連帶負其責任。故債權人與各債務人之關係。應從關於連帶債務之規定而定之。又債務人相互間之關係。亦適用關於連帶債務人相互關係之規定。惟原債務人之債務。於其內部關係。既由承擔人承受。則原債務人已無分擔部分。故僅原債務人對於承擔人有求償權。

第三百零六條 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其合併之新營業對於各營業之債務負其責任

甲營業與乙營業合併。而互相承受其資產及負債者。與前條之概括承受同。即甲營業承擔

乙營業之債務。乙營業亦承擔甲營業之債務。惟此非互易其營業。乃合併其營業而成爲新營業。故除對於他營業之債務。因承擔而負責任外。就其各自原有營業之債務。亦仍負其責任。前條第三項關於二年以內負責任之規定。不適用之。所謂合併之新營業對於各營業之債務負其責任。卽所以明示此意者也。

營業之合併。各營業之債權人不得提出異議。但公司之合併。則在公司法上有特別規定。(公司法第四八條以下)又營業之合併。有損害於債權人之權利者。該營業之債權人。得依第二百四十四條之規定。聲請法院撤銷其合併行爲。

第六節 債之消滅

所謂債之消滅。卽債權債務客觀的失其存在。若僅主觀的失其存在。而有他人取得其債權或負擔其債務者。則爲債之移轉。其原有之債權債務。仍屬存續。並不消滅。

債之消滅與債之效力之停止。不可混同。所謂債之效力之停止。卽債務人得於債權人請求

時依其抗辯拒絕給付。抗辯分爲兩種。僅使債權人之請求一時延期者。謂之延期抗辯。永久妨礙債權之行使者。謂之永久抗辯。延期抗辯附著於債權時。債權並不消滅。固不待論。永久抗辯附著於債權時。債之效力永久停止。自經濟上觀之。實與債權消滅無異。然在法律上兩者仍有不同。債之消滅原因發生時。債之關係當然消滅。無待債務人之主張。至永久抗辯附著於債權時。債務人若不援用其抗辯。債權人仍得行使其債權。債務人之抗辯消滅時。(例如拋棄抗辯)債權得再活動。故永久抗辯附著於債權時。不得謂債之關係已消滅。

債權一旦消滅後。不得更以契約使之復活。故債權全然消滅時。當事人雖得使發生同一內容之新債權。然此已非原有之債權。其從屬於原債權之擔保。即不復存續。

債之消滅原因。由其消滅之理由觀察之。可別爲兩種。即一爲目的消滅。一爲目的消滅以外之事由是也。目的消滅。又可分爲兩種。一爲目的達到。一爲目的達到之不能。債之關係因清償而消滅。即因目的達到也。因連帶債務人中一人之清償。他債務人免其務債。因

保證債務之清償。主債務歸於消滅。亦皆因目的達到也。目的達到之不能。即因不可歸責於債務人之事由致給付不能。目的達到與給付不能。有不易區別者。例如負有使攔淺之船浮水之義務。因潮船自浮水時。負有拆毀建築物之義務。因地震建築物自行倒塌時。債務人雖欲為給付。亦屬不能。自可謂為給付不能。但此際債權人亦已達其目的。故關於債務人免其債務之理由。學說不一。有謂給付不能與目的達到並行者。有謂僅屬目的達到者。據余所信。以前說為當。故關於雙務契約之給付不能之規定。於此等情形。應適用之。至目的消滅以外之事由。通常為當事人之法律行為。免除其適例也。

本節所定債之消滅原因。為清償提存抵銷免除混同五種。然債之消滅原因。不止此也。其他依法律之規定。或一般之法理。可認為債之消滅原因者尚多。如法律行為之撤銷。(第一條)他依法律之規定。或一般之法理。可認為債之消滅原因者尚多。如法律行為之撤銷。(第一條)
(第一四條)解除條件之成就。(第九九條)終期之屆滿。(第一〇二條)給付不能。(第一二五條)契約
(第一項)解除條件之成就。(第九九條)終期之屆滿。(第一〇二條)給付不能。(第一二五條)契約
(第一項)等皆是。主體之死亡。有因法律之規定而為債之消滅原因者。如第五百
(條以下)二十七條第一項第五百五十條第六百八十七條第一款是也。有因給付特別之性質而為債之

消滅原因者。如負擔教授或繪畫之債務時是也。反對契約與無償原因之競合。亦均爲債之消滅原因。所謂反對契約。指當事人另訂契約使其債之發生原因之契約消滅者而言。所謂無償原因之競合。指債務人本於無償行爲所應給付之物。債權人另依其他方法無償取得時而言。例如受遺贈人受第三人之贈與而取得該遺贈物時是也。以無償原因之競合爲債之消滅原因之理由。學說不一。有謂爲給付不能者。有謂爲目的達到者。據余所信。以後說爲當。蓋此際非不能更向債權人取得而爲給付也。

第一款 通則

債之消滅原因。雖有種種。而債之關係消滅時。其從屬於債權之權利。應同時消滅。及負債字據。應返還或塗銷。則不問其消滅原因如何。均屬同一。故本款設有通則之規定。

第三百零七條 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

債之關係消滅者。其債權之擔保。不問爲法律上之擔保。爲契約上之擔保。亦不問爲債務人所供之擔保。爲第三人所供之擔保。均同時消滅。其他從屬之權利。如利息債權。違約金債權。亦同時消滅。惟利息債權已屆清償期後。即屬獨立存在。故原本債權雖消滅。利息債權不因之而消滅。違約金債權在債務不履行後亦然。

第三百零八條 債之全部消滅者債務人得請求返還或塗銷負債之字據其僅一部消滅或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

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

負債字據。爲證明債權成立之證據方法。債之全部消滅時。在債權人已無用處。且亦難保其不利用該字據再行請求清償。故本條許債務人請求返還或塗銷該字據。其僅債之一部消滅。或該字據上載有債權人他項權利者。債權人尙有使用該字據之必要。故本條許債務人

請求將消滅事由記入字據。

負債字據。如債權人主張有遺失或其他不能返還或不能記入之事情者。債務人得請求給與債務消滅之公認證書。此項證書。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。(民法債編總則
行法第九條)其作成之費用。應由債權人負擔。自不特言。

第一款 清償

清償者。實現債務內容之行爲也。債務內容之實現。爲債權本來之目的。債權之內容。一經實現。其債權即因達其目的而消滅。故祇須債務人之行爲。客觀的適合於債權之內容。即足消滅其債權。至債權人或債務人有無消滅其債權債務之意思。則所不問。實際上債權人或債權人通常雖有因清償而爲給付或受領給付之意思。然此種意思。非效果意思。即使表示之。亦不過表明其爲給付或受領給付係因清償而爲之。非因他種目的而爲之。僅有宣言的效力。非因有此表示始生債權消滅之效果也。學者雖有謂清償爲法律行爲。債務人與

債權人須有清償意思及清償受領意思。始生債權消滅之效果者。然果如其說。則負擔繼續不作爲債務者。須時時存有清償債務之意思。始能生債權消滅之效果。限制行爲能力人負擔勞務之債務時。其所服之勞務。非經法定代理人承認。不生效力。無行爲能力人有受教授或受治療之債權時。非法定代理人代受之不可。是此說之不足採。至明顯也。

因清償而爲之給付行爲。有爲事實行爲者。例如受僱人因清償其僱傭契約上之債務而服勞務是也。有爲法律行爲者。例如出賣人因清償其買賣契約上之債務而移轉買賣標的物之所。有權是也。給付行爲爲事實行爲時。無行爲能力人或限制行爲能力人。得獨立爲清償。給付行爲爲法律行爲時。則須有行爲能力之人始得爲有效之清償。

第三百零九條 依債務本旨向債權人或其他有受領權人爲清償經其受領者債之關係消滅

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

清償須依債務本旨爲之。如何之給付。始爲依債務之本旨。應依情事按債之關係之內容定之。

債務人負有爲清償之義務。故債務人係應爲清償之人。同時亦屬得爲清償之人。連帶債務人保證人亦然。債務人之代理人。亦係得爲清償之人。惟所謂代理。爲法律行爲之代理。故代理人爲清償。以給付行爲爲法律行爲時爲限。此際不妨爲雙方之代理人。(第一條第六條)第三人得爲清償。第三百十一條定有明文。

清償須向有受領權人爲之。債權人爲有受領權人。自不待言。但債權被扣押時。債權人不得受領清償。債權人受破產之宣告時亦然。債權人爲無行爲能力人時。得受領清償否。應視其因清償所爲給付行爲之性質而定。給付行爲爲事實行爲時。雖無行爲能力。亦得受領清償。給付行爲爲法律行爲時。若以債權人之協力爲必要。則非債權人有行爲能力。給付行爲不能成立。例如禁治產人得受領因清償所爲之治療。而不得受領因清償所爲之物權移轉是也。限制行爲能力人受領清償。爲純獲法律上利益之行爲。故得不經法定代理人之允

詐而爲之。(第七條)

所謂其他有受領權人。如債權人之代理人、(但以給付行爲爲法律行爲時爲限。)質權人。

(第九條)行使代位權之債權人、(第二條)扣押債權人等。是也。當事人於債權發生時或發

生後以契約訂定第三人爲清償受領人時。該第三人有受領權。

債權人豫行作成收據。交付他人。或因其他原因。(例如遺失或被奪)爲他人所持者。其持有人雖未必皆有受領清償之權限。然爲維護交易之安全起見。視爲有受領權人。對於其所爲之清償爲有效。但須所持之收據爲真正者而後可。若係偽造者。縱令債務人不知其爲偽造。其清償亦不生效力。又債務人若已知或因過失而不知其無權受領。例如因債權人之通知。已知其無權受領。或已接受債權人通知之函件而不拆閱。因而不知其無權受領時。不視爲有受領權人。卽其清償。仍屬無效。債務人已知或因過失而不知其無權受領之事實。應由主張清償無效之人負立證之責。

判例一 債權之成立。由於特定人間之法律關係。故履行債務。(卽清償)應對於債權人

爲之。(大理院三年上字一九七號判決)

判例二 關於債務之履行有特約者。債務人須依特約所定。向有受領權人提出給付。始生清償之效力。(大理院四年上字二二二一號判決)

判例三 債務之清償。不必由債務人自向債權人爲之。即委任他人爲清償未嘗不可。(大理院三年上字八零五號判決)

判例四 債務人清償債務。須向債權人或其他有受領權限之人爲之。若其人無受領清償之權。而向之爲清償者。則不問其係出於故意。抑出於過失。其清償要不能認爲有效。而對於債權人。即仍應負清償之責。(大理院四年上字二二號判決)

第三百十條 向第三人爲清償經其受領者其效力依左列各款之規定

- 一 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
- 二 受領人係債權之準占有人者以債務人不知其非債權人者爲限有清償之效力

三 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

對於無受領權之第三人爲清償者。雖經其受領。亦不生效力。故債務人僅得對於受領人本於不當得利之請求權。請求返還。對於債權人。仍須更爲清償。但有本條所列各款情形時。有清償之效力。

第一款之規定。與第一百十八條規定之趣旨相同。所謂受領人於受領後取得其債權。例如債權人將其債權讓與於受領人。或受領人繼承債權人之遺產時是也。

第二款所謂債權之準占有人。卽行使其債權之人。(第九六條)債權之準占有人。爲真正之債

權人時。債務人對於其所爲之清償。係屬有效。固不待言。若非真正之債權人。(例如非

繼承人而自稱爲繼承人行使繼承財產中之債權)則債務人對於其所爲之清償。不生效力

。但爲維護交易之安全起見。以債務人不知其非債權人者爲限。認其有清償之效力。法文

不以債務人無過失爲要件。故雖因重過失而不知。其清償亦屬有效。僅持有債權證書。未

可謂爲債權之行使。不得遽認持有人爲準占有人。爲學者間之通說。真正之債權人。得依

關於不當得利之規定。向準占有人請求返還。前已述之。

向第三人爲清償。經其受領者。除第一款及第二款情形外。於債權人因而受利益之限度內。有清償之效力。蓋爲實際上便宜起見而設此規定也。所謂債權人因而受利益。例如債權人繼承受領人。或受領人將其所受領之給付物。交付於債權人。或無因管理人受清償後爲債權人之利益而使用之是也。法文既曰於債權人因而受利益之限度內有效力。則債權人不受利益之部分。自得請求債務人更爲清償。

第三百十一條 債之清償得由第三人爲之但當事人另有訂定或依債之性質不得由第三人清償者不在此限

第三人之清償債務人有異議時債權人得拒絕其清償但第三人就債之履行有利害關係者債權人不得拒絕

債之清償。得由第三人爲之。蓋依通常情形而論。債務人不因第三人之清償而受不利益。而債權人受第三人之給付。亦得達其債之目的也。第三人既得爲清償。則債權人於第三人

提出之給付拒絕受領時。自應負遲延責任。第三人之清償。係以自己名義爲之。非爲債務人之代理人而爲之。德國學者雖有異說。然債務人並不授與第三人以代理權。且果如其說。則債務不存在時得向債權人請求返還不當得利者。爲債務人而非爲清償之第三人矣。其結果之不當。亦甚明顯也。

第三人爲清償。無須得債權人或債務人之同意。但債權人與債務人以契約訂定必須由債務人自行清償。禁止第三人爲清償時。第三人自不得爲清償。訂立此項契約。不以債之發生時爲限。嗣後亦得訂立。其當事人不得訂立債之發生原因之契約者爲限。債權之受讓人。債務之承擔人。及其他繼承人。亦得訂立。單獨行爲爲債之發生原因時。其行爲人得禁止第三人之清償。

依債之性質。非債務人自爲清償不能達債之目的時。即以債務人其人爲給付之要素時。例如教授演藝繪畫等債務。不得由第三人爲清償。法律有以明文規定不許由第三人爲清償者。例如受僱人。(第四八四條一項)受任人(第五三條七項)受寄人(第五九條二項)等。須自行清償其債務是也。

第三人爲清償。雖無須得債務人之同意。但債務人有異議時。債權人得拒絕其清償。故債權人雖拒絕之。亦不負遲延責任。債權人若不拒絕而受領之。則其清償仍屬有效。債務人之異議。爲意思通知之一種。非意思表示。惟關於意思表示之規定。得準用之。其異議應向何人提出。法律並無規定。或向債權人提出。或向第三人提出。均無不可。第三人就債之履行有利害關係者。債務人雖就其清償有異議。債權人亦不得拒絕其清償。如拒絕之。仍應負遲延責任。所謂就債之履行有利害關係之第三人。例如擔保財產之第三取得人。以自己財產供債務擔保之第三人。是也。保證人連帶債務人。不包含之。以此等人係自行負擔債務。此本條之所謂第三人也。前二次草案規定有利害關係之第三人得爲提存或抵銷。本條則無明文。依第三百二十六條及三百三十四條之規定。第三人得爲提存。不得爲抵銷。至第三人就債之履行有無利害關係。則所不問。參照各該條說明。

第三百十二條 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

爲清償之第三人與債務人間之關係。依其相互間之法律關係定之。其相互間之法律關係。有爲委任者。有爲無因管理者。亦有爲贈與者。若爲委任或無因管理之關係。則第三人有求償權。

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。本條雖僅就清償而設規定。然第三人爲代物清償或提存時。其使債權人受滿足。與清償無異。故本條之規定。於此等情形。應準用之。

關於代位之法律上性質。學者間頗有爭議。其重要者。有債權買賣說擬制讓與說賠償請求權說債權之法律上移轉說。據余所信。以後說爲當。代位爲債權之移轉。故代位之效力。與債權讓與之效力無異。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。至代位人無契約解除權。亦與債權讓與時同。蓋代位人僅繼承債權。非因代位而成爲契約當事人也。

第三人爲一部清償時。債權之一部移轉於該第三人。此際該第三人之代位行使。不得有害

於債權人之利益。此與德國民法第二百六十八條第三項第四百二十六條第二項第七百七十四條第一項所規定者同。其意義不甚明確。依德國一般之學說。則債權人有優先權之意也。在債務人破產時。或擔保之價額不足清償全部債額時。即見適用。

第三人固有之求償權。不因本條之規定而受妨礙。此項求償權。與債權人之權利。其範圍往往不同。其時效之起算點亦有差異。第三人得任擇其一而行使之。惟因一請求權之行使。達其目的時。他請求權即歸消滅。

第三百十三條 第二百九十七條及第二百九十九條之規定於前條之代位行使權利準用之

依第二百九十七條之準用。代位行使權利。非經債權人或代位人通知債務人。對於債務人不生效力。代位人將債權人所給與之受領證書。提示於債務人者。與通知有同一之效力。其餘參照第二百九十七條之說明。

依第二百九十九條之準用。債務人於受通知時所得對抗債權人之事由。皆得以之對抗代位

人。債務人於受通知時對於債權人有債權者。如其債權之清償期。先於代位行使之債權。或同時屆至者。債務人得對於代位人主張抵銷。其餘參照第二百九十九條之說明。

第三百十四條 清償地除法律另有規定或契約另有訂定或另有習慣或不能依債之性質或其他情形決定者外應依左列各款之規定

一 以給付特定物爲標的者於訂約時其物所在地爲之

二 其他之債於債權人之住所地爲之

清償地。即債務人應爲清償之地。債務人若於清償地外爲給付之提出。則爲不依債務本旨之提出。不生提出之效力。

清償地依下列方法決定之。(一)法律特別之規定。例如第三百七十一條第六百條是也。(二)當事人之契約。依契約定清償地。不以債之發生時爲限。嗣後亦得定之。所定清償地。不限於一處。得於數處中選擇的定之。例如定期債務人得於甲乙兩處中任擇一處而爲清償是也。亦得就同一債務定清償地數處。例如就分期履行之一宗債務。定有各期不同之清

債地。或就原本債務與利息債務。定有各別之清償地。或就本債務與遂約金債務。定有各別之清償地是也。在雙務契約。得就各債務定各別之清償地。當事人有數人時。(如連帶債務)得就各人定各別之清償地。(三)習慣。例如與銀行之交易。概以銀行爲清償地。(四)債之性質。例如交付不動物、修繕房屋、架設橋梁等債務。不外於不動產所在地房屋所在地或應架設之地爲清償是也。(五)其他情形。例如債因單獨行爲而發生者。(如遺囑)其單獨行爲。定有清償地時是也。

清償地不能依上開方法決定時。應以何處爲清償地。立法例並不一致。在羅馬法無一定之原則。奧國民法第九百零五條。就不動產以其所在地爲清償地。就動產以債之發生地爲清償地。普國國法第一部第五章第二百四十八條。關於因契約所生物之交付與金錢之支付。以債權發生時債權人之住所地爲清償地。法國法系之民法。以債務人之住所地爲清償地。(法民二二四七條)德國法系之立法例。與德國普通法之通說同。原則以債權發生時債務人之住所地爲清償地。(德民二六九條)日本民法第四百八十四條。原則以債權人現時之住所地

爲清償地。例外於特定物之給付。定爲應於債權發生時其物所在地爲之。就債務履行之觀念而論。以日本民法之規定爲當。本條之規定。即採用日本民法之主義者也。

第一款之規定。僅於特定之動產適用之。蓋關於不動產。本不待言也。所謂訂約時。通常固卽爲債之發生時。然附停止條件之契約。則訂約時與債之發生不同。故與日本民法之規定稍異。

第二款所謂債權人之住所地。非債之關係發生時之住所地。亦非清償期之住所地。乃現爲清償時之住所地。此在法文雖未明言。而依第三百十七條但書之規定。即可推知者也。債權人在中國無住所。或其住所無可攷者。其居所視爲住所。(第二條)

清償地。除有以上所述之效力外。有爲定給付內容之標準者。例如外國貨幣折算爲中華民國通用貨幣而給付時。(第二條)依市價定買賣價金時。(第三四條)是也。有爲定審判籍之標準者。例如民事訴訟法第十四條是也。

第三百十五條 清償期除法律另有規定或契約另有訂定或不能依債之性

質或其他情形決定者外債權人得隨時請求清償債務人亦得隨時爲清償清償期。即債務人應爲清償之時期。債務人應爲清償之時期。有與債務人得爲清償之時期不同者。例如依第二百零四條第三百十六條之規定得於清償期前爲清償時是也。給付之提出。非於債務人得爲清償之時期爲之。則爲不依債務本旨之提出。不生提出之效力。

清償期祇須可得確定。不以絕對確定爲必要。故清償期有確定期限與不確定期限之別。確定期限。係指屆至之時期確定者而言。例如定於中華民國十九年六月一日清償是也。不確定期限。係指屆至之時期不確定者而言。例如定於某甲死亡時清償是也。當事人約定以某甲成年時爲清償期者。不問某甲於成年以前是否生存。應以其達於成年之時期爲清償期屆至之時。當事人豫期不確定事實之發生。以該事實發生時爲清償期者。應認該事實發生時或其發生已不能時爲清償期屆至之時。例如約定以債務人婚嫁或分家之時爲清償之時期者。如婚嫁或分家之事實未發生而債務人死亡。即應認其死亡之時爲清償期屆至之時。

清償期依下列方法決定之。(一)法律特別之規定。例如第四百五十條第四百七十條第四百

七十七條第四百七十八條是也。(二)當事人之契約。依契約定清償期。不以債之發生時爲限。嗣後亦得定之。就主債務與從債務得定各別之清償期。就一宗債務得分割爲各部分而定各別之清償期。在雙務契約。得就各債務定各別之清償期。此際不適用同時履行之原則。又清償期得選擇的定之。此際準用關於選擇債權之規定(三)債之性質。例如爲某日之宴會定辦酒席是也。(四)其他情形。例如債因單獨行爲而發生者。其單獨行爲定有清償期是也。

清償期不能依上開方法決定時。債權人得隨時請求清償。債務人亦得隨時爲清償。此爲羅馬法以來各國立法所同認之原則。法國民法日本民法雖未特設規定。而各該國學者之通說。亦解爲理論上所當然。

判例一 所立奧隆票。載明該款八百元面約俟奧隆之日支清。按其性質。係屬不定期之債務。奧隆二字。雖無一定之標準。而要以債務人有無償還之實力爲斷。(大理院四
年上字二八六號判決)

判例二 債權人應許債務人展緩債務履行之期。而並未定有展緩之期間者。則經過相當期間後。債權人再向之請求履行時。債務人即須應其請求以爲履行。不能以曾經允許展緩。即可拒絕其請求。(大理院三年上字八七八號判決)

第三百十六條 定有清償期者債權人不得於期前請求清償如無反對之意思表示時債務人得於期前爲清償

定有清償期者。在清償期前。債務人無須清償。故債權人不得於期前請求清償。但定清償期之本旨。通常係與債務人以期限。俾得易爲清償。故羅馬法以來多數之立法例。皆推定清償期係爲債務人之利益而定之。法律所與之利益。得自由拋棄之。故債務人得於期前爲清償。但絕對的定期行爲之債務。(第二五五條)不得於期前爲清償。雖非絕對的定期行爲之債務。而當事人有反對之意思表示者。亦不得於期前爲清償。

債務人於期前爲清償時。債權人往往因此而受利益。惟債務人既自行拋棄其期限之利益。自不得對於債權人請求返還其所受之利益。故在無利息之債。其債務人於期前爲清償者。

不得請求扣除期前之利息。此爲從來立法例及學說之所認。我國民法雖無明文規定。亦於理論上所當然。惟當事人間有特約。或法律有特別規定時。(如破產法草案第十條第一項)仍得扣除之。

第三百十七條 清償債務之費用除法律另有規定或契約另有訂定外由債務人負擔但因債權人變更住所或其他行爲致增加清償費用者其增加之費用由債權人負擔

清償債務之費用。卽完結清償行爲所必要之費用。例如運送費匯兌費等是也。此項費用。應由何人負擔。依法律特別之規定或當事人之契約定之。如法律無特別規定。當事人之契約。亦未有所訂定。則由債務人負擔。蓋清償爲債務人之行爲。由債務人負擔其行爲所必要之費用。乃理所當然也。惟因債權人之行爲。致增加清償費用時。若仍由債務人負擔。則與公平之原則不合。故其增加之費用。由債權人負擔。例如債權發生時債權人之住所距債務人甚近。嗣後遷居遠方。致運送費或匯兌費增加。又如依債權人之請求。將給付物送交清償地以外之處所。或依特別之運送方法而爲運送。致運送費增加時是也。

買賣費用之負擔。第三百七十八條有特別規定。惟同條第二款所謂移轉權利之費用。運送標的物至清償地之費用。及交付之費用。不外爲清償之費用。依本條之規定。亦應由出賣人負擔。德國民法有如同條之規定。而無如本條之規定。日本民法有如本條之規定。而無如同條之規定。故不致重複。

第三百十八條 債務人無爲一部清償之權利但法院得斟酌債務人之境況許其於無甚害於債權人利益之相當期限內分期給付或緩期清償
給付不可分者法院得比照前項但書之規定許其緩期清償

給付不可分者。債務人不得爲一部清償。固不待言。卽給付可分者。債務人亦無爲一部清償之權利。故提出一部給付時。爲不依債務本旨之提出。債權人雖拒絕受領。亦不負遲延責任。惟給付一部不能時。除有第二百二十六條第二項情形外。債權人不得拒絕其可能之一部給付。又法律有特別規定時。(如臺灣法第七〇條第一項土地法第一七九條)債權人不得拒絕一部給付。

債務人既無爲一部給付之權利。而清償期又爲債務人應行清償之時期。則清償期屆至時。

債務人自應爲全部之清償。但法院得斟酌債務人之境況。許其於無甚害於債權人利益之相當期限內。分期給付。或緩期清償。其給付不可分者。僅得許其緩期清償。不得許其分期給付。

第三百十九條 債權人受領他種給付以代原定之給付者其債之關係消滅

債權受領他種給付。以代原定之給付者。謂之代物清償。關於代物清償之性質。有謂爲清償之變態者。有謂爲買賣契約者。有謂爲一種要物且有償之契約者。據余所信。以後說爲當。

以他種給付代原定之給付。債權人本得不予受領。故以他種給付代原定給付而使債之關係消滅。須得債權人之承諾。易詞言之。卽代物清償之成立。須債務人與債權人間有以他種給付代原定給付而使債之關係消滅之合意。

第三人得債權人之承諾時。亦得爲代物清償。依債之性質。不得由第三人清償者。第三人雖不得爲清償。而得債權人之承諾爲代物清償。則無不可。

代物清償。須現實爲他種給付而債權人受領之。始爲成立。故代物清償爲要物契約。至他種給付之種類。並無制限。故移轉物權、移轉債權、勞務等。皆得爲代物清償之物體。負擔新債務以代原定之給付時。亦得成立代物清償。但依第三百二十條之規定。因清償債務而對於債權人負擔新債務者。推定爲非代物清償。

因代物清償而給付之物或權利有瑕疵時。債權人有如何之救濟方法。自德國普通法以來有爭論之問題也。德國民法第三百六十五條。規定債務人有與賣主同一之擔保責任。我國民法雖無明文規定。但代物清償爲有價契約。故關於出賣人責任之規定。應準用之。(第七條)

判例一 以產抵債。是爲代物清償。如債權人任意受領。固與清償有同一之效力。然債務人無爲代物清償之權利。即使於雙方均有利益。苟當事人間先無此項特約。法院自不能強制債權人受領。(大理院五年上字一八〇號判決)

判例二 金錢債務之清償。固須依契約本旨交付金錢。始能生法律上之效力。惟債務人

如得債權人之允許。以對於他人之請求權讓與債權人。以代清償者。於法亦應認為有清償之效力。(大理院三年上字六三六號判決)

判例三 凡債務已由第三人為代物清償。經債權人受領者。則該債權即行消滅。債權人不得更向債務人請求清償。(大理院四年上字一一五五號判決)

判例四 若金錢債權於應履行之時。以無現款為理由。欲以不動產作抵。而債權人亦情甘承受。但於價額有所爭執。不能解決者。法院除聽其自行商定外。既難強令一造屈從。則惟有仍令債務人如數償還現款。(大理院四年上字六五五號判決)

判例五 債務人非經債權人承諾。不得違反債權契約之本旨。以他種給付代供清償。即使關於該債權曾經設有擔保物權。而設定擔保物權之債務人。究不得強使債權人以擔保物抵償其債權。(大理院八年上字八一七號判決)

判例六 公債票之時價。如不及額面所值。則除債權人允照額面計算外。即有允以債票為代物清償之表示。亦不得強其按照額面作價收受。(大理院七年上字七零四號判決)

第三百二十條 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履行時其舊債務仍不消滅

所謂因清償債務而對於債權人負擔新債務。例如因清償銀千圓之債務。而發行同額之票據是也。債務人對於債權人負擔新債務時。有爲代物清償者。有爲使債權人受清償之方法者。若爲代物清償。則依前條之規定。舊債務因新債務之成立而消滅。若爲使債權人受清償之方法。則必債權人行使其新債權而受履行時。舊債務始行消滅。究爲代物清償。抑爲使債權人受清償之方法。應依情事解釋當事人之意思定之。若當事人之意思不明。則推定爲使債權人受清償之方法。卽新債務不履行時。舊債務仍不消滅。在未消滅前。新舊兩債權並存。債權人得選擇其一而行使之。惟推測當事人通常之意思。應先請求新債務之履行。債權人因新債務履行而受滿足之範圍。其舊債務消滅。

第三百二十一條 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

對於一人負擔給付種類相同之數宗債務。而清償人所提出之給付。不足清償全部債額時。當應消滅何宗債務。不免發生問題。而數宗債務中。關於利息期限擔保等有不同時。則何宗債務應先消滅。尤與當事人有重大利害關係。此本條及後二條之所以有關於抵充清償之規定也。

債務人對於同一債權人所負擔之數宗債務。不問其為自始於債權人與債務人間所發生。抑為嗣後自他人讓受或承擔而來。皆應適用關於抵充之規定。又數宗債務。不必均屆清償期。祇須債務人得於清償期前為清償。即可適用關於抵充之規定。

對於同一債權人所負擔之數宗債務。其給付之種類不同者。則其清償何宗債務。得依其給付之性質定之。不生抵充之問題。其給付之種類苟係相同。則雖以不代替物或行為為標的之債權。亦生抵充之問題。例如債務人以兩契約分別負擔交付不特定之馬一匹之債務兩宗。或以兩契約分別負擔繪畫一紙之債務兩宗時是也。至以特定物之給付為標的之債權。不

生抵充問題。固不待言。

對於同一債權人。雖負擔給付種類相同之數宗債務。而清償人所提出之給付。足以清償全部債額時。不生抵充問題。清償人所提出之給付。不足清償其中一宗債務時。受領人若不承諾一部給付而拒絕之。亦不生抵充問題。

清償之抵充。清償人與受領人。得以契約定之。若無關於抵充之契約。則清償人有指定權。蓋清償爲清償人之行爲。故給付與債權之關係。清償人得決定之。指定權爲形成權之一種。應向受領人以意思表示行之。已指定後。不得撤回之。指定應於清償時爲之。在清償後。不得更爲指定。蓋清償時若不爲指定。即應依第三百二十二條之規定定其應抵充之債務。清償人無更爲指定之餘地也。

第三百二十二條 清償人不爲前條之指定者依左列之規定定其應抵充之債務

一 債務已屆清償期者儘先抵充

二 債務均已屆清償期或均未屆清償期者以債務之擔保最少者儘先抵充擔保相等者以債務人因清償而獲益最多者儘先抵充獲益相等者以先到期之債務儘先抵充

三 獲益及清償期均相等者各按比例抵充其一部

清償人不指定應抵充之債務時。依法定之順序抵充之。本條定此順序。雖斟酌當事人雙方之利益。但以債務人之利益爲主。

債務有已屆清償期與未屆清償期者。以已屆清償期者儘先抵充。此以債務人之利益爲主者也。蓋債務已屆清償期時。債務人應負遲延責任。使之早歸消滅。於債務人有利益也。

債務均已屆清償期。或均未屆清償期者。不問其清償期孰爲先行屆至。以債務之擔保最少者儘先抵充。此則爲債權人之利益而設之規定也。擔保之多少相等者。以債務人因清償而獲益最多者儘先抵充。此又以債務人之利益爲主者也。所謂債務人因清償而獲益最多者。即不外謂債務人負擔最重之債務例如票據債務、較先於普通債務。單純債務、較先於連帶

債務。有利息之債務，較先於無利息之債務。高利之債務，較先於低利之債務。附違約金之債務，較先於不附違約金之債務是也。獲益之多少相等者。依清償期屆至之前後。定抵充之順序。較合於當事人雙方之意思。且以消滅時效應早完成者先行清償。亦所以防證據之湮滅也。

獲益及清償期均相等者。應先抵充何宗債務。實無標準可據。若強定之。不免生不公平之結果。故各按比例抵充其一部。俾當事人間及第三人間。（例如設定擔保之第三人保證人等）不致偏枯。

第三百二十三條 清償人所提出之給付應先抵充費用次充利息次充原本 其依前二條之規定抵充債務者亦同

債務人於原本外。應支付費用及利息者。如清償人所提出之給付。不足清償全部債額。則應先抵充費用。次充利息。次充原本。誠以費用為一時之支出。故應最先抵充。利息係原本所生之孳息。為債權人通常之收入。故應先於原本而抵充之。所謂費用。如買賣費用。

(第三七條) 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。皆是。所謂利息。凡約定利息法定利息。皆包含之。

債務人僅負擔一宗債務。而於原本外。應支付利息及費用者。亦應依本條之規定。先抵充費用。次充利息。次充原本。債務人負擔數宗債務。而於原本外。皆應支付利息及費用者。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者。亦應就該一二宗債務之費用及利息。先行依次抵充。

費用利息及原本之抵充順序。除當事人間之契約。另有訂定外。清償人不得變更之。清償人依第三百二十一條之規定為指定時。亦應受本條之限制。必數宗債務之費用及利息。皆已抵充。始得就其餘額指定其應抵充之原本債務。惟其所提出之給付。不足清償數宗債務之費用全額時。得指定其應抵充何宗債務之費用。除抵充費用外。所餘之額不足清償數宗債務之利息全額時。亦同。

依第三百二十二條之規定抵充債務者。亦應先就數宗債務之費用及利息。依次一一抵充。

然後依同條之規定抵充原本。如清償人所提出之給付。不足清償數宗債務之費用全額。則依同條所定順序。定其應抵充何宗債務之費用。除抵充費用外。所餘之額。不足清償數宗債務之利息全額時。亦同。

判例 債務人對於債權人欠有本息而為給付者。如未得債權人特別之同意。自應以之先充利息之清償。不能主張係屬還本。(大理院三年上字七一八號判決)

第三百二十四條 清償人對於受領清償人得請求給與受領證書

債務已清償與否。清償人負證明之責。債權人重行請求清償時。清償人若不能證明其清償之事實。即不得不再為清償。雖債務人得請求返還負債字據。然負擔債務。未必皆立有字據。債權人本得以其他證據方法證明其債權。縱使立有字據。且已返還。亦不過推定其債之關係消滅。債權人仍得提出反證以推翻之。故本條認清償人得向受領清償人請求給與受領證書。

關於受領證書之性質。有解為承認債務消滅之契約者。有解為不爭債務消滅事實之契約者

。有解爲單純之證據方法者。當事人以如何之意思授受領證書。固不能一概論。而本條之所謂受領證書。則不能不解爲證明清償事實之證據方法。蓋清償人所得請求者。非契約之訂立。乃證書之給與也。受領證書既不過爲證明清償事實之證據方法。債權人自得以其有力之證據方法。奪其效力。法院亦得以自由心證定其證據力。

清償人何時得請求給與受領證書。民法並無明文。清償後得請求之。固不待言。清償前不得請求之。亦甚明顯。惟是否得請求與清償同時互相交付。解釋上不無疑義。自設此規定之本旨推之。應解爲得請求與清償同時互相交付。易詞言之。非與清償同時交換。得拒絕清償。

受領證書之形式及內容。法律雖無規定。但證明受領清償所必要之事項。如受領之金額。債權人債務人姓名。受領之年月日等。應記載之。作成受領證書之費用。如用紙印花稅等。民法並無如德國民法第三百六十九條由債務人負擔之明文。應解爲由受領清償人負擔。蓋受領證書之給與。爲受領清償人之義務也。

第三百二十五條 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

如債權人給與受領原本之證書者推定其利息亦已受領
債權證書已返還者推定其債之關係消滅

關於利息或其他定期給付。經債權人給與一期給付之受領證書者。僅足證明該期之給付。已爲清償。至他期給付。是否已爲清償。應另以他期給付之受領證書或其他方法證明之。惟此項定期給付。通常按期限之前後而爲清償。鮮有後期之給付已清償而前期之給付猶未清償者。且因得有後期給付之受領證書。致未保存前期給付之受領證書者。亦事所常有。此本條第一項之所以以後期受領證書之給與推定前期爲已清償也。

所謂其他定期給付。例如每經若干時期應給付之紅利租金地租佃租贍養費退職金終身定期金受雇人報酬等是也。其各期給付之額。通常雖皆一定。但不以此爲必要。例如七月十二月應給付百圓。其餘每月給付五十圓。亦不失爲定期給付。又應爲給付之時期。雖須豫定

。但其時期與時期之間隔。不必相等。例如每年一月十月十二月應爲給付者。亦不失爲定期給付。

債權人給與受領原本之證書者。僅足證明原本已爲清償。至利息是否已爲清償。應另以利息之受領證書或其他方法證明之。惟清償人所提出之給付。不足清償原本與利息之全部債額時。依第三百二十三條之規定。應先抵充利息。然後抵充原本。故原本已清償者。通常可推知其利息亦已清償。此本條第二項之所以以原本受領證書之給與推定其利息亦已清償也。

依第三百零八條之規定。債之全部消滅時。債務人始得請求返還負債字據。所謂負債字據。即債權證書也。是債權證書已返還者。得推定其債之關係消滅。實當然之事也。

第二款 提存

須債權人受領之給付。於債權人受領遲延。或不能確知孰爲債權人而難爲給付時。即無從

依清償之方法而免債務。故本款認提存之方法。以爲清償之代用。

提存有謂爲公法上之法律關係者。但通說則解爲提存人與提存所間之私法上契約。其契約之種類。有謂爲寄託契約者。有謂爲爲第三人之契約者。有謂爲兼有此兩種性質之特別契約者。據余所信。以第三說爲當。蓋第一說不能說明債權人對於提存所所有之權利。第二說不能說明提存人與提存所之關係也。

第三百二十六條 債權人受領遲延或不能確知孰爲債權人而難爲給付者 清償人得將其給付物爲債權人提存之

得爲提存者。爲債務人及其他清償人。法文不曰債務人而曰清償人。故不以債務人爲限。且自認第三人清償之本旨推之。亦應認第三人得爲提存。關於此點。在德國頗有爭論。以其民法第三百七十二條係規定債務人得爲提存也。

得提存之給付物。本條並未限制其種類。故不以動產爲限。不動產亦得提存之。有交付不動產義務之債務人。雖依第二百四十一條之規定。於債權人遲延後。得拋棄其占有。但不

能確知孰爲債權人而難爲給付時。不得拋棄其占有。且債務人不依同條之規定拋棄占有。而依本條之規定爲提存。於債權人較爲有利。尤無不許之理。至不動產之提存方法。如將來提存法無所規定。則不外依次條之規定。聲請不動產所在地之初級法院選任保管提存物之人。

提存惟於債權人受領遲延或不能確知孰爲債權人而難爲給付時爲之。所謂不能確知孰爲債權人而難爲給付者。例如主張債權者有數人。而孰爲真債權人不明時。債權雖已讓與而受讓人真正與否有疑時是也。其不能確知之理由。究由事實上之原因。抑由法律上之原因。在所不問。

提存有寄託契約之性質。故爲要物契約。其契約因提存人交付提存物於提存所而成立。提存又有爲第三人契約之性質。故債權人本於提存人與提存所間之契約。對於提存所取得請求交付提存物之權利。

關於提存對於債之關係之效力。有二主義。其一債之關係因提存而當然消滅。其二提存後

債務人得對於債權人爲抗辯。使就提存物受清償。至提存人不得取回提存物時。其債之關係。始爲消滅。民法既認提存爲債之消滅原因之一。又無採用第二主義之明文。蓋採用第一主義者也。

第三百二十七條 提存應於清償地之提存所爲之無提存所者該地之初級

法院因清償人之聲請應指定提存所或選任保管提存物之人

提存人於提存後應即通知債權人如怠於通知致生損害時負賠償之責任
但不能通知者不在此限

清償應於清償地爲之。而提存則爲清償之代用方法。故清償地有法令指定之提存所時。提存應於該提存所爲之。清償地如無法令指定之提存所。清償人應聲請該地初級法院指定提存所。或選任保管提存物之人。而爲提存。現在提存法尙未頒行。如欲提存。不外依此方法行之。

清償人於非提存所之處所爲提存時。其提存爲無效。固不待言。惟清償人於清償地以外之

提存所爲提存時。其提存是否無效。不無疑義。德國普通法之通說。主張爲無效。德國民法第三百七十四條。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。我國民法關於此問題。並無規定。故與德國普通法之通說同。不能不解爲無效。

提存雖爲提存人與提存所之行爲。但與債權人有密切之利害關係。故本條使提存人負通知提存之義務。俾債權人得知提存之事而受取提存物。此項通知。雖非提存之成立要件。而債權人因提存人不履行通知義務致受損害時。提存人應負賠償之責任。例如未通知前提存物滅失毀損。若早爲通知則債權人早已受取。不致受此損害時是也。提存人雖負通知義務。然不能通知時。則無此義務。例如債權人死亡後。繼承人有無不明。且無遺產管理人時是也。

第三百二十八條 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

提存後給付物因事變而毀損滅失時。其危險由債權人負擔。故債務人對於債權人之對待給

付請求權，不因給付物之毀損滅失而受影響。

債務人對於債權人負有支付約定利息或法定利息之義務者。自提存時起。即無須支付。債務人負有收取孳息而返還之之義務者。自提存時起。孳息雖未收取。亦無須賠償其損害。在債權人負遲延責任時。關於利息及孳息。尚有第二百三十八條及第二百三十九條之規定。

第三百二十九條 債權人得隨時受取提存物如債務人之清償係對債權人之給付而爲之者在債權人未爲對待給付或提出相當擔保前得阻止其受取提存物

提存兼有爲第三人之契約之性質。故債權人本於該契約。對於提存所或保管提存物之人。有隨時受取提存物之權利。惟債務人之清償。係對債權人之給付而爲之者。在債權人未爲對待給付或提出相當擔保前。得阻止其受取提存物。此特於雙務契約時有適用。與第二百六十四條之規定。出於同一主旨。蓋債權人不自爲對待給付而受領給付。與公平之原則不

合。自無因提存而認例外之理由也。

第三百三十條 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

債權人關於提存物之權利。自提存後十年間不行使而消滅。其期間自提存時起算。在立法上不無討論之餘地。前兩次草案及德國民法。均定爲自受提存之通知時起算。蓋以未受提存之通知。或始終不知有提存之事也。債權人因未受提存之通知。致其關於提存物之權利消滅者。得依第三百二十七條第二項之規定。向提存人請求損害賠償。自不待言。

債權人關於提存物之權利消滅時。前二次草案及德國民法。均許提存人取回提存物。本條特使其屬於國庫者。以旣因提存而免債務。無許提存人取回之必要也。

第三百三十一條 給付物不適於提存或有毀損滅失之虞或提存需費過鉅 者清償人得聲請清償地之初級法院拍賣而提存其價金

提存以提存給付之原物爲原則。惟因物之性質容積數量等關係。提存原物有所不能或顯有

困難時。若竟不得提存。則於保證清償人之方法。猶未完全。此本條之所以許其拍賣原物而提存其價金也。

所謂不適於提存之物。例如因其容積極大。數量甚多。無適當處所可提存之物。或有爆發性或燃燒性之物是也。所謂有毀損滅失之虞之物。例如水果魚肉等易腐敗之物。磁器玻璃器等易破碎之物。久藏則減其風味之食物等是也。所謂提存需費過鉅。係指提存費與其物之價額兩相比較。經濟上顯失權衡者而言。例如糠灰為極賤之物。而保存之。則需費幾與物價相等。需多額飼養費之動物。亦其一例也。

具備本條之要件時。清償人得聲請清償地之初級法院拍賣。所得價金。應提存之。不得以之與自己對於債權人之金錢債權相抵銷。如其聲請不合於本條之要件。初級法院應駁回之。至拍賣之程序。從拍賣法之所定。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。(民法債編施行法第一四條)其變賣之證明。雖得由公證人等為之。而其開始變賣。仍須聲請初級法院。經其許可。

第三百三十二條 前條給付物有市價者該管法院得許可清償人照市價出賣而提存其價金

前條之所以採用拍賣之方法者。無非欲得相當之價金以期公平。並明確其價金以杜爭議也。給付物若有市價。則價金已有一定標準。雖不依拍賣之方法而出賣。亦不致有賤價出賣與夫爭議價金等情弊。此本條之所由設也。

所謂市價者。即市場上一般之交易價格也。所謂該管法院者。即前條所載清償地之初級法院也。法院之爲許可。須調查給付物確有市價而後可。清償人之出賣。其價金不得在市價以下。

第三百三十三條 提存拍賣及出賣之費用由債權人負擔

清償債務之費用。依第三百十七條之規定。以由債務人負擔爲原則。提存亦爲債務人之行為。亦有使債務人免其債務之效力。其費用似亦應由債務人負擔。惟提存係因債權人一方之事由致債務人不能消滅其債務時所認之方法。若因債權人一方之事由而增加債務人之負

擔。則與公平之原則不合。此本條之所以命債權人負擔也。前二條之拍賣及出賣等費用。亦爲因債權人一方之事由所生之費用。故亦由債權人負擔。

所謂提存之費用。不包含提存之準備費用。蓋拍賣及出賣之費用。皆爲提存之準備費用。若提存費用係包含提存之準備費用。關於此等費用之負擔。卽無特設規定之必要也。提存之準備費用。例如給付物送至清償地之運費匯費等。如無提存之事由而爲清償。本應由債務人負擔。無因提存而使債權人負擔之理。

第四款 抵銷

抵銷者。債務人對於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。爲羅馬法以來各國法制之所認。但其主義不一。有以債權人與債務人間之契約爲必要者。有無須當事人之行爲。因債權互相對立之事實。當然生債權消滅之效果者。有因債權互相對立之事實生抵銷權。因抵銷權之行使。生債權消滅之效果者。民法

採用最後之主義。理論上甚正當也。

關於抵銷之性質。雖有清償說擬制清償說自己清償說代物清償說質權說留置權說等各種見解。但據近來之通說。則抵銷係爲便宜與公平起見。法律所認獨立之債權消滅原因也。

第三百三十四條 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

抵銷須二人互負債務。易言之。即須雙方互有債權。(抵銷人之債權。稱爲自働債權。被抵銷人之債權。稱爲受働債權)(一)自働債權。須爲抵銷人自己之債權。且爲對於被抵銷人之債權。不得以他人之債權爲抵銷。亦不得以對於他人之債權爲抵銷。但亦非無例外。前者如第二百七十七條是也。後者如第二百九十九條第二項是也。(二)受働債權。須爲被抵銷人之債權。且爲對於抵銷人之債權。故第三人不得以自己對於債權人所有之債權。爲債務人抵銷之。此與清償不同者也。(三)債權須有效成立。法律行爲無效時。不生可爲抵銷之債權。法律行爲可得撤銷時。在撤銷以前。雖得以由該行爲所生之債權爲抵銷。但撤

銷有溯及效。(第一條)故法律行爲經撤銷時。其抵銷爲無效。附解除條件之債權。得爲抵銷。嗣後條件成就時。苟當事人無使條件成就效果溯及既往之特約。(第九條)其抵銷得保持其效力。但相對人得依不當得利請求權。請求債權之回復。

雙方所負債務。須其給付種類相同。始得抵銷。若其給付種類不同。縱令其客觀的價格相同。亦不許抵銷。故抵銷通常於金錢債務及其他種類債務適用較多。雙方之給付物。種類相同。而品質不同時。例如上等米與下等米。不得抵銷。以特定物之給付爲標的之債權。縱令兩物客觀的屬於同一種類。亦不許抵銷。但其給付物爲同一物時。得爲抵銷。例如甲有向乙請求交付某特定物之債權。同時對於丙負有交付該物之債務。嗣後乙繼承丙時是也。自働債權。非屆清償期。不許抵銷。蓋若許其抵銷。卽無異於期前強令債務人清償也。

(第三條)清償期不定者。債權人得隨時請求清償。(第五條)故亦得隨時爲抵銷。受働債權。不必已屆清償期。蓋定有清償期者。如無反對之意思表示。債務人得於期前爲清償也。

(第六條)本條規定雙方之債務。須均屆清償期。易滋誤會。不若德國民法第三百八十七條

規定受働債權之債務人得爲給付時卽得抵銷。較爲明顯。

依債務之性質。不能抵銷者。不許抵銷。所謂依債務之性質不能抵銷者。係指許其抵銷。卽反於成立債務之本旨而言。例如不作爲債務。或單純之作爲債務。(繪畫演技等)縱爲同種之不作爲或作爲。亦不許抵銷。自働債權附隨抗辯時。(如雙務契約同時履行之抗辯)雖未如德國民法第三百九十條。定有不得抵銷之明文。然如許其抵銷。卽與無故剝奪被抵銷人之抗辯權無異。故應解爲依債務之性質不能抵銷。

雙方之債權不明確者。亦得爲抵銷。(法國民法第一二九條則須明確者)故如損害賠償債權。其債權額有待確定者。亦適於抵銷。又雙方之債權。不必發生於同一之原因。其相互間無須有所牽聯。其債權額。亦不必相同。數額不同時。得就其相當額抵銷之。故不妨爲債權額一部之抵銷。此與清償不同之處也。(參照第三一八條)

判例一 普通債權亦得與有擔保之債權抵銷。(大理院四年上字九五四號判決)

判例二 二人互負同種標的之債務。均至清償期者。卽得主張互相抵銷。原不限於雙方

之債務。其數額必相同一。（大理院五年上字八一五號判決）

判例三 互負給付通用貨幣之債務。兩造於立約當時。若以某種貨幣爲計算當時價格之標準。並無特別約定。不許以他種通用貨幣計價清償者。則此種互負之金錢債務。即互有之金錢債權。實係同種標的之債務。自得互按市價以供抵銷。（大理院九年上字一三九五號判決）

第三百三十五條 抵銷應以意思表示向他方爲之其相互間債之關係溯及最初得爲抵銷時按照抵銷數額而消滅
前項意思表示附有條件或期限者無效

抵銷應以意思表示向他方爲之。故其方法及效力發生時期等。適用關於意思表示通則之規定。但其意思表示。不得附有條件或期限。若附有條件或期限。則其意思表示爲無效。蓋附以條件或期限。使其效力不確定。實反於抵銷之本旨。且亦有害於他方之利益也。得爲未必的抵銷與否。學說上頗有爭議。以受償債權之存在爲條件者。通說解爲有效。蓋受償

債權之存在、不過爲法定條件。非真正之條件也。以受働債權不附隨抗辯爲條件者。通說解爲無效。蓋附隨抗辯之受働債權。並非不適於抵銷。以受働債權不附隨抗辯爲條件。未可稱爲法定條件也。

抵銷爲法律行爲。法律行爲之效力。在理論上本不溯及既往。惟雙方之債權。適於抵銷時。當事人以爲隨時可以抵銷。因而怠於爲抵銷之意思表示者。往往有之。若其抵銷之意思表示。僅向將來發生效力。易生不公平之結果。故本條使其抵銷之意思表示。溯及最初得爲抵銷時。生其效力。即其相互間債之關係。溯及最初得爲抵銷時。按照抵銷數額而消滅。故其以後之利息債務。因給付遲延之損害賠償義務。受領遲延之效果等。皆因之而消滅。所謂最初得爲抵銷時。係指抵銷人最初得爲抵銷之時而言。已抵銷後。被抵銷人不得更爲抵銷之意思表示。使其效力溯及自己最初得爲抵銷之時。蓋其抵銷權已因他方爲抵銷之意思表示而消滅也。

第三百二十六條 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

給付之觀念。若含處所的關係。則雙方之債務清償地不同時。其給付之種類。固不得謂為相同。惟處所的關係。並不屬於給付之觀念。且自實際交易上觀之。清償地不同之債務。有許為抵銷之必要。故本條以明文許其抵銷。並本於公平之觀念。明定為抵銷之人應賠償他方因抵銷而生之損害。

清償地不同之債務。雖以得為抵銷為原則。但當事人約明非於一定之清償地絕對不得清償者。應解為依債務之性質不能抵銷。

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致生損害時而言。其因抵銷不得於清償地為清償致生損害時。亦包含之。其損害賠償之範圍。應依相當因果關係定之。抵銷人之損害賠償義務。非基於債務違反或侵權行為而生。乃特別之法律上義務也。

第三百三十七條 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為抵銷

抵銷因當事人一方之意思表示生其效力。故爲抵銷之債權。須於爲抵銷之意思表示時。具備抵銷之要件。其債之請求權。已因時效而消滅者。自不得更爲抵銷。惟雙方之債權。在適於抵銷之狀態時。當事人以爲隨時可以抵銷。因而意爲抵銷之意思表示者。往往有之。甚或信爲雙方之債權。已經消滅。因而不行使其債權者。亦屬不少。若因遲延抵銷之意思表示。竟至不得抵銷。則實際上極不公平。關於短期時效之請求權。尤易生此種結果。此本條之所以特設例外也。

本條係就自働債權而爲規定。受働債權因時效而其請求權消滅時。其債務人得拋棄時效之利益而爲抵銷。自不待言。卽或債務人不知時效。依第一百四十四條第二項之規定。亦應認其抵銷爲有效。

第三百二十八條 禁止扣押之債其債務人不得主張抵銷

法律禁止特種債權之扣押。無非以使債權人獲得日常生活之資料。在公益上有必要也。故此種債權。須使債權人因清償而受現實之滿足。若許債務人主張抵銷。則債權人將不能受

現實之滿足。而法律禁止扣押之本旨。亦將不得貫徹。此本條之所以不許債務人主張抵銷也。

禁止扣押之債。其債務人雖不得主張抵銷。而債權人主張抵銷。則無不可。德國學者。雖有謂債權人亦不得主張抵銷者。然債權禁止扣押。不得即謂為當然不許處分。否則關於債權讓與之禁止。(第二九四條第一項第三款)即無特設規定之必要矣。關於債權人之主張抵銷。既無明文禁止。自無不許之理。

本條係於社會政策上以特種債權之保護為目的。故為強行規定。當事人不得以契約除外其適用。債務人違反本條而為抵銷時。其抵銷為無效。債權依然存續。

第三百二十九條 因故意侵權行為而負擔之債其債務人不得主張抵銷

因故意侵權行為而負擔之債。若許其債務人主張抵銷。則加害人對於被害人有債權時。安知其不以抵銷之意思而為侵權行為。其結果即與誘致侵權行為無異。此本條之所以禁止其主張抵銷也。因過失侵權行為而負擔之債。仍許其債務人主張抵銷者。以過失之加害人。

決非以抵銷之意思而為侵權行為。雖與以抵銷權。亦不生誘致侵權行為之結果也。

因故意侵權行為而負擔之債。僅其債務人不得主張抵銷。其債權人主張抵銷。固無不可。又以當事人之契約為抵銷。亦非法所不許。

本條僅規定因故意侵權行為而負擔之損害賠償債務。禁止其債務人主張抵銷。其以外之損害賠償債務。不在禁止抵銷之列。故因債務不履行而負擔之損害賠償債務。雖其不履行係出於故意。其債務人亦得主張抵銷。

第三百四十條 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為抵銷

債權人因其債權之強制執行或保全強制執行。得就債務人之財產為扣押。（民事訴訟執行規則稱為查封）或假扣押。債務人之財產為債權時。得由法院對於第三債務人發禁止支付之命令。以為扣押或假扣押。嗣後該第三債務人即不得向自己之債權人為清償。本條為保持扣押之效力起見。並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為抵銷。

惟第三債務人於扣押前。對其債權人取得債權者。仍得以其所取得之債權。與受扣押之債權爲抵銷。蓋此項第三債務人。其地位頗與債權讓與後之債務人相類似。在扣押前既已有得以自己債權爲抵銷以免債務之希望。自不得因嗣後他方債權之扣押而受影響。其債權苟係扣押前所取得。縱令扣押時尙未屆清償期。亦得於清償期屆至時。以之與受扣押之債權爲抵銷。

第三百四十一條 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

約定應向第三人爲給付。有使第三人取得債權者。有不使第三人取得債權而僅對於他方當事人負有向第三人爲給付之義務者。前者爲第二百六十九條所規定。後者即德國學者所謂不真正的爲第三人之契約也。本條所謂約定應向第三人爲給付。究僅指前者而言。抑後者亦包含之。解釋上不無疑義。惟後者之第三人。僅有受領給付之權限。並無受領給付之權利。自以消極解釋爲當。

第三百四十二條 第三百二十一條至第三百二十三條之規定於抵銷準用之

當事人雙方皆有數宗債權。或僅一方有數宗債權。而其給付之種類相同者。如一方之債權。不足抵銷全部債額。卽生抵充之問題。關於此點。準用關於清償抵充之規定。

依第三百二十一條之準用。抵銷人有指定權。抵銷人不惟得指定供抵銷之自働債權。並得指定被抵銷之受働債權。其指定之意思表示。應與抵銷之意思表示同時爲之。指定之意思表示。爲抵銷意思表示之一部。非獨立之意思表示。故抵銷之意思表示無效時。指定之意思表示。亦屬無效。惟指定非抵銷意思表示之要素。故雖不指定。其抵銷之意思表示。亦不因之而無效。

抵銷人不爲指定時。則準用第三百二十二條之規定抵充之。抵銷人不指定受働債權時。當準用同條之規定。固無疑義。不指定自働債權時。是否得準用之。不無問題。同條係於債務人負擔數宗債務時規定其應抵充之債務。一若惟被抵銷人有數宗債權時。始得準用。抵

銷人有數宗債權時。不在適用之列者。惟抵銷人不指定自傷債權而為抵銷之意思表示時。可認其有以自己之任何債權供抵銷之意思。準用同條之規定。以定其供抵銷之自傷債權。自無不可。

抵銷人或被抵銷人。於原本債權之外。有費用債權及利息債權者。依第三百二十三條之準用。應先抵充費用。次充利息。次充原本。惟依同條所定順位為抵銷。須其利息及費用債權。未因原本債權抵銷之溯及力而消滅。

第五款 免除

免除為債權人拋棄其債權之行為。因債權人向債務人表示免除其債務之意思而成立。不以債務人之承諾為必要。故為單獨行為。從來各國之立法。多以免除為契約。(普國國法第三百七十九條第三百八十條第三百八十八條德國民法第三百九十七條法國民法第一千二百八十五條第一千二百八十七條瑞士債務法第一百十五條)惟日本民法第五百十九條認為單獨行為。以免除為契約之有力根據。不外以債務為相對的義務。債務人不欲受債務之免

除時。不得以債權人一方之行爲。強爲免除。惟權利得以權利人一方之行爲拋棄之。爲從來一般之所認。關於債權。自無特設例外之理由。此民法之所以採用日本之立法例也。

第三百四十三條 債權人向債務人表示免除其債務之意思者債之關係消滅

免除雖有因贈與和解或其他種種原因而爲之者。然免除僅因債權人向債務人表示免除其債務之意思而生效力。究因如何之原因而爲免除。則所不問。故免除爲無因行爲。其贈與等原因行爲。雖屬無效。免除並不當然失其效力。惟依不當得利之規定。得請求回復其債權耳。

學者有將免除別爲有償與無償者。然免除爲無因行爲。不得爲有償無償之區別。債務人雖有與債權人約明爲對待給付而受免除者。亦不過其原因行爲爲有償行爲。不得因此卽謂免除爲有償行爲。故關於免除之原因行爲。雖得爲有償無償之區別。而免除則不得有此區別也。

免除以對於債務人之意思表示行之。其意思表示。不以特別之方式爲必要。免除得附條件。亦得附始期。惟終期有反於權利拋棄之觀念。不得附之。其他關於法律行爲及意思表示之通則。於免除皆適用之。

免除有使債之關係消滅之效力。一部免除時。則其一部之債務消滅。連帶債務連帶債權不可分債務不可分債權。其債權人之一人爲免除。或對於債務人之一人爲免除時。其效力如何。於第二百七十六條第二百八十八條第二百九十二條第二百九十三條規定之。

判例一 凡債務經債權人表示免之除意思。即應發生效力。債務人之是否承諾。在所不問。(大理院九年上字一零三八號判決)

判例二 僅過期不行使其債權。並無消極動作可以認爲有默示免除之行爲者。不得謂其債務爲已消滅。(大理院五年上字六三二一號判決)

判例三 因債務人資力減少。以其財產按成攤還之時。除債權人就未受清償之部分。顯然表示免除之意思。或於受領之際。將債務證書交還銷毀。依通常情形。得認爲默示

的免除者外。債權人雖已受領攤還之款。而其餘部分之債務。仍不得即認為免除。（大理院三年上字四八九號判決）

判例四 免除債務。為權利之拋棄。本以債權人單獨行為為已足。故債權人對於債務人以自由明確之意思表示免除時。當然應生效力。受其拘束。不得任意復行撤銷。（大理院五年私上二五號判決）

判例五 債權人固得對於債務人表示捨棄其債權之全部或一部。然苟出於無權限者（非真債權人）之行爲。則不能生效。（大理院三年上字三二零號判決）

第六款 混同

混同為債權與債務同歸一人之事實。債之關係。須有兩個之主體。故混同為債之關係之消滅原因。或謂混同之所以消滅債之關係。係因債權達其目的。然債權人承繼無資力之債務人時。不得謂債權人已得實質的滿足。或以履行不能之觀念說明混同。其誤亦不待言。

第三百四十四條 債權與其債務同歸一人時債之關係消滅但其債權爲他人權利之標的或法律另有規定者不在此限

混同之原因。其主要者。爲概括承繼。如債權人承繼債務人。或債務人承繼債權人。或第三人承繼債權人及債務人時是也。債權人將債權讓與於債務人時。亦爲混同之原因。此雖有少數之反對說。而多數之學說。則皆認之。

債之關係。因混同而消滅。但其債權爲他人權利之標的時。例如甲以對於乙之債權爲丙設定質權時。(第九〇條)雖乙承繼甲。或甲承繼乙。其債權仍不消滅。丙之質權。依然得行使之。又法律另有規定時。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。然依票據法第三十一條第二項之規定。得更以背書轉讓之。故票據上之債權。不因混同而消滅。

民法債編釋義

四三六

民法債編通則釋義完

中華民國二十一年三月出版
 中華民國二十二年三月再版
 中華民國二十四年八月四日版

有 著 作 權

著 作 人

上海法學編譯社
 洪 文 瀾

發 行 人

上海河南路三二五號
 徐 寶 魯

印 刷 所

上海河南路三二五號
 會 文 堂 新 記 書 局

總 發 行 所

上海
 北三馬路
 北京琉璃廠
 漢口英租界

會 文 堂 新 記 書 局

分 發 行 所

長沙
 漢口
 北京
 天津
 南京
 漢口
 廣州

會 文 堂 新 記 書 局

民法債編通則釋義

全書
 一册

定價大洋二元

外埠加郵費

5-8

