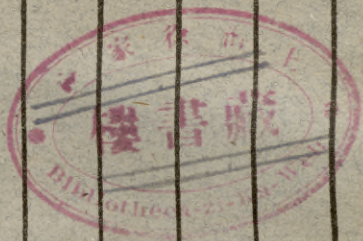


百 科 小 叢 書 第 一 百 四 十 八 種

# 契 約 法 論

趙 修 鼎 著



商 務 印 書 館 發 行

67-5  
上海图书馆藏书



A541 212 0000 6217B

百 科 小 叢 書

第 一 百 四 十 八 種

趙 修 鼎 著  
編 輯 主 幹 王 岫 廬

契

約

法

論

海 館

商 務 印 書 館 發 行

# 契約法論目次

## 第一章 契約總論

第一節 契約之概念……………一

第二節 契約之種類……………五

第三節 契約之成立……………一五

第四節 契約之效力……………四六

第五節 爲第三人所爲之契約……………七四

第六節 契約之解除……………八七

## 第二章 契約各論

第一節	買賣	九六
第二節	贈與	一一〇
第三節	互易	一二六
第四節	貸借	一二六
第五節	雇傭	一二九
第六節	承攬	一三〇
第七節	居間	一三一
第八節	委任	一三二
第九節	寄託	一三三
第十節	合夥(組合)及隱名合夥	一三四

第十一節	終身定期金之契約	一三四
第十二節	博戲及賭事	一三五
第十三節	和解	一三六
第十四節	債務約束及債務認諾	一三六
第十五節	保證	一三七

# 契約法論

## 第一章 契約總論

### 第一節 契約之概念

〔一〕契約一語，有廣狹二義，廣義契約者，總稱以私法效果之發生爲目的之合意也。如德國法律中契約 (Vertrag) 一語，乃指廣義而言，故德國以關於一切契約之通則，揭載於民律總則之中。狹義契約者，唯以債權成立爲目的之合意也。如英國法國法律中契約一語，乃指狹義而言，故以廣義之契約，不稱爲契約 (contract, contrat)，而稱爲合意 (agreement, convention)。

我國民律草案，以契約視爲最重要之法律行爲，故以一般契約之成立原則，揭載於民律總則之中。又因契約之效力，不以債權之發生變更及消滅爲制限，卽物權關係與身分關係之發生變更及消滅亦及之。而此於理論上及實際上，頗爲適宜。且債權契約之本質與他種契約之本質相同，唯其效力與他種契約，略生差異耳。故各種契約之性質，除有別種關係外，其餘皆得以債權契約 (Schuldvertrag, obligatorischer Vertrag) 爲準則。

〔一〕契約者複數之當事人以對立的意思表示爲要素之法律行爲也。

(甲) 契約者以當事人之意思表示爲要素之法律行爲也。凡法律之效果，必由特定事實而發生，未有無事實而突然發生法律效果者也。故契約上效果之發生，亦以契約事實之存在爲必要。但契約事實之成立，全係於契約當事人之意思，換言之，當事人有使契約成立之意思，則契約之事實，自可成立。由是觀之，契約者必以意思表示爲要素也。今吾人雖在否定契約自由之地



位，而契約以當事人之意思表示爲要素之事，亦不可不承認之。至於契約之法律效果，雖皆由於當事人之意思表示而發生，然法律效果之內容及其範圍，未必全由表示人之意思而決定之。總而言之，契約者須有意思表示，故其爲法律行爲者，自不待言之矣（民律草案一七五條至二〇〇條）。

（乙）契約須有複數之意思表示 按契約者，由於對立的複數之意思表示合一而成之雙方行爲也。然兩意思表示合一之行爲必有先後，在先表示者，稱爲要約（offer, Antrag）。在後表示者，稱爲承諾（acceptation, Anahme）。

（丙）契約者以複數意思表示之合一爲要素也 夫契約雖有複數意思表示，然其複數之意思表示，若不能合一，則契約亦不能成立。意思表示之合一即合意者，必以複數意思表示之內容兩相合一也。換言之，二個以上之意思表示，必含有客觀的同一之內容，例如買賣之意思表示，

而販賣與購買之內容，形式上雖似有差異，然由客觀的觀察之，二者之目的，俱在於財產權之移轉及金錢支付關係之成立，故有同一內容。蓋同一法律之效果，依各當人生有差異，故契約之客觀的內容，因之亦似有差異者焉。由是觀之，客觀的意思表示有同一內容者，即表示上之效果意思 (reklärer Erfolgswille)，有同一內容之謂也。然前者 (客觀的意思表示) 與內心的效果意思，不有關係，故不論其有合一與否也。但後者 (表示上之效果意思) 若與內心的效果意思不能合一者，則真意 (內心的效果意思) 與表示之間，有不合一存在，故生錯誤。然錯誤與意識的不合意 (Versteckter Dissens)，亦有區別，即無意識不合意者，由當事人之一方或雙方，誤信其有合意，而使契約成立之也。反之，意識的不合意 (offener Dissens)，或稱爲現象的不合意，即當事人自覺其不有合意之謂，故凡有不合意者，皆可爲契約成立之障礙。

(丁) 契約須以對立的複數之當事人爲要件 法律行爲之當事人，乃法律行爲成立要件

上意思表示之人。故法律行爲在客觀的方面，唯由意思表示，可以成立者，則契約須以當事人爲必要。但契約不以人數爲論，唯以複數之意思表示，爲其不可缺之要素。且複數之當事人，亦須在對立之地位。對立者，複數之意思表示，須爲交換的及平行的，而其內容，在主觀的方面言之，無須一致。例如合同行爲之複數意思表示，雖爲交換的及平行的，然其內容有主觀的同一之點，故與契約生有差異。

## 第二節 契約之種類

### 〔一〕雙務契約與片務契約

(甲)雙務契約 (Contrats Synalagmatiques, Zweiseitiger Vertrag) 二者，謂契約成立之時，而各當事人須負擔等價的或有價的債務也。例如買賣、交換、僱傭、貸借等契約之類。茲更分析述之：(a)雙務契約者，各當事人須負擔債務也。(b)雙務契約之債務，須含有等價的意義。

等價 (Entgelt) 云者，謂各當事人之給付，不必須含有客觀的同一之價值，但主觀的某給付，須爲他給付之報酬。故契約當事人之雙方，雖各有負擔債務，若其債務，不有等價的意義者，則該契約不爲雙務契約。例如無償委託之契約，因其一方的負擔費用償還之義務，故不爲雙務契約。此外更如使用貸借之契約，因其貸主所負擔之債務，與借主所負擔之還返義務，不爲等價，故亦不爲雙務契約。

(2) 片務契約 (Contracts unilatéraux, einseitiger Vertrag) 可分二種說明之：(a) 片務契約者，唯當事人之一方，因欲發生其契約之效果，故須負擔其債務。例如贈與、無償委託、無償寄託之類。(b) 片務契約者，因當事人之雙方，欲成就其契約之效果，故各當事人雖各負擔債務，然其債務不含有等價的意義。

以上區別雙務契約與片務契約之實益，在於二者所適用之法律規定，得區別而定之也。例

如同時履行（五三一條）危險負擔（五三四條）之問題，專為雙務契約而發生，又如契約之解除，而雙務契約可適用之。

〔二〕有償契約與無償契約 此二者之區別，在於兩契約之當事人，實行捐出報酬與否，而生其差異。

（甲）有償契約（Contrats à titre onéreux, entgeltlicher Vertrag）二者，謂雙方當事人之給付，須含有等價的意義之契約也。雙方當事人，俱在契約成立後實行其給付之時，則雙方當事人，依據契約，各有負擔其債務。如此契約，稱為有償契約，同時又為雙務契約。然不使給付之義務成立，而即實行給付之時，則此種契約雖為有償契約，然不得謂之為雙務契約。例如有利息之消費貸借是也。又者有償契約之各個給付，須含有等價的意義，否則不為有償契約。例如負擔之贈與是也。且此種契約之兩個給付，須以一個契約成立為要件，或其發生之效果，亦須為一個，

否則若與此有牽連關係者，又不得爲有償契約。例如對於受取之給付，以報酬的意義贈與之者，稱爲無償契約。

(2) 無償契約 (Contrats à titre gratuit, unentgeltlicher Vertrag) 者，非爲有償契約之謂也。例如贈與、無償寄託、無償委任、無利息消費貸借之類。總而言之，二者區別之實益，第一在於債務人之任意義務，須以有償契約爲重，以無償契約爲輕（七八四條）。第二在於有償契約性質所應許範圍內，得準用買賣之規定（五六一條）。

(三) 要物契約與諾成契約 此二者之區別，在於除合意外，而契約之成立，以當事人履行給付之事爲要素與否，而生其差異也。

(甲) 要物契約 (Contrats réels, Realvertrag) 者，以交付物件爲契約成立之要件也。此又稱爲實踐契約。例如使用貸借、消費貸借、及寄託之類。

(二) 諾成契約 (Contrats consensuels, Konsensualvertrag) 者，唯以此意為契約成立之要件也。例如買賣、借貸、僱傭、委任之類。

(四) 要式契約與不要式契約 此種契約區別之標準，在於契約成立要件之意思表示，要一定方式與否而生其差異也。要式契約之理由有二：第一俾契約當事人，當締結契約之時，有熟計之餘地。第二在於欲使契約當事人，明確其意思表示也。昔日以要式契約為原則，即若不有書據者，則為無效。然今日全期交易敏捷，故以公式自由為原則，而我國暫行民律，以贈與須用書據者，不外基於上述第一之理由而已（六一三條）。

(五) 有名契約與無名契約 據通常之學說言之，有名契約 (benannte Verträge) 者，法律特附以名稱而設立其規定，故又稱為典型的契約 (typische Verträge)。然無名契約 (nichtbenannte Verträge) 則反之，故稱為非典型的契約 (nichttypische Verträge)。但

通說區別二者之標準，在於當事人所定契約之內容，能適合於法律之形式的規定與否而生其差異也。由是觀之，一個契約欲發生法律效果者，必其契約，須有適合於其法律之規定；換言之，即其契約之法律規定，須先有存在，故不論其為有名契約與無名契約，但二者均須有適合於其內容之法之存在。然由實質的觀察之，以關係於此種契約之法之存否，為二者之區別者，似屬不能，但欲區別之，則適合於有名契約內容之法，有統一的表象。然適合於無名契約內容之法，無統一的表象也。而其區別之實益，在於法規適用之差異。

(甲)無名契約之分類 無名契約，可分三種：第一、以不有法律規定之事項為內容者（反典型契約），如廣告中使用他人姓名之契約之類。第二、以混合數個有名契約內容之事項，為其內容者（混合契約 *Gemischte Verträge*），如對一定金額之給付，約以衣食住供給之類。第三、以混合有名契約內容之事項與法律不有規定之事項，為其內容者（統稱混合契約），如甲向乙



供給勞務，並約乙教授其一定時間之語學之類。以上因據通常學說區別有名契約與無名契約之標準，雖作如斯分別無名契約之種類。然據余之見解，則無名之契約，必不能如斯分類也。

(乙)無名契約之處理 (子)無名契約與契約自由之關係者，即無名契約之概念，以契約自由爲原則也。換言之，當事人在於不反公序良俗之範圍，得自由規定其契約之內容。而此內容，與有名契約之內容，實相差異，即若不反公序良俗者，以當事人之一方可得發生法律之效果。如此無名契約，若有不否認障害社會利益事實之存在，則無名契約吾人亦不能絕對的否認之也。唯吾人一面須以現代社會意思之要求爲標準，他面須縮少其範圍，制限吾人之意思，圖謀調和社會之利益也。故特定之無名契約，有其存在者，第一須有不違反公序良俗之事，及須有不可障害現代社會之利益，次則須判斷特定無名契約之有障害社會的利益與否也。但當斷判之時，須檢點無名契約之具體的內容，不得只以抽象的內容爲標準而否定之。蓋如償還賃金，以一定時

間之勞務爲標準者，則一般的及抽象的，雖未必有破壞社會之利益，然由其所貢獻之勞務性質觀察之，實有害社會之利益。(丑)茲假定無名契約之內容，不有違反社會利益，則其適用何種法規，可發生契約內容之效果乎？如此問題，從來有三種學說，即吸收說、結合說及類推說是也。

(1) 吸收說 此說以契約內容，分爲主從二種。即主內容所屬之有名契約之規定，而從內容之契約，可適用之。然欲決定主契約之內容爲何物，實屬困難，若能決定之，則以主內容所屬之規定，而規定從內容之事實者，有制限當事人之利益，故此說不能採用之。

(2) 結合說 此說以無名契約之內容，分爲數個構成分子，而關此各構成分子之規定，又自有名契約規定之中引出之，並以此結合成爲規定，而使無名契約適用之也。然由此說觀之，則無名契約，唯於得結合數個有名契約內容之事項爲內容之時，可適用之，然他面有不能發見其所適用之法規者，故此說亦不能採用之。

(3)類推說 此說不以法律規定之文字爲拘束，即無名契約得類推有名契約之規定而適用之也。如是始有妥當見解，故予亦贊同之。

〔六〕主契約與從契約 主契約者，與他種契約無相關係而獨立的自由成立之契約也。從契約者，必以他種契約存在之事，爲其成立要件。例如保證契約，豫約金契約之類。故從契約之成立，必以主契約之存在爲前提，即若主契約爲無效或被取消，則從契約亦隨之爲無效或失其效力。但保證契約之保證人，知債務人不有能力償還債務，而欲將來得取消其契約者，則依主債務人之不履行或其債務之取消，而得推定其有負擔同一獨立之債務。

〔七〕本契約與預約 預約者，締結一定之契約，使日後發生債權債務之事爲目的之契約也。本契約者，由預約之履行而締結之契約也。預約又分雙務預約及片務預約二種：前者，使當事人之雙方，負擔本契約締結之債務，即當事人之雙方，各對其相對人，取得承諾締結本契約之請

求權。反之後者，唯使當事人之一方，負擔締結本契約之債務，即唯對相對人取得其承諾締結本契約之請求權也。

(甲)預約者，須具備契約成立之一切必要條件，從而(1)預約之內容。若不確定，則當事人不能知其締結本約之目的，故為無效。(2)本契約之內容，以不法與不能之事項為目的，或以有害社會的利益之事項為內容者，則預約當然亦為無效。(3)本契約須要書據，而其理由在於要求熟慮者，則預約亦須要書據形式。反之，須要書據形式之理由，在於明確意思表示者，則預約雖無書據形式，亦無妨也。

(乙)當事人之一方或雙方，由預約而取得承諾締結本契約請求權時，則依預約之內容，得對預約之債務人，請求其承諾締結本契約之事。

〔八〕為第三人所為之契約。夫契約唯對其當事人始發生效力，然在此種原則之外，而契

約有對第三人發生其效果者。即依契約當事人之一方，允向第三人爲某給付者，則第三人對於允約人（債務者），有直接請求其給付之權利（五三九條）。

### 第三節 契約之成立

#### 第一款 總說

契約者由複數之意思表示合一而成之雙方行爲也。故契約必由某人發議，而他人同意之，乃能成立。發議者，稱爲要約（offer, Antrag）。同意者，稱爲承諾（acceptation, Annahme）。此外由其他方法，而使契約成立者有之。例如交叉之要約（Kreuzofferte）是也。交叉要約者，甲對於乙而爲要約之時，乙對於甲亦爲同一內容之要約也。然此種契約之成立，法律上未有明文，故解釋上，有積極說與消極說二種。予以積極說爲正當。蓋消極說謂以後者之要約，作爲承諾解釋者，似非十分正當，何則？民法規定契約之成立，雖依要約與承諾之方法，但未嘗制限契約必成立，

須依此種方法也。且交叉要約之意思表示，客觀的及主觀的，均能一致，故不但理論上認其契約成立爲正當，且就實際上之結果言之，亦可認其契約之成立，有妥當性也。又者交叉要約之契約成立時期，亦有議論，或以後者之要約，作爲承諾解釋。然此說之理論上及實際上均難贊同。蓋契約成立之時期，乃合意成立之時期，而合意成立之時期，不外兩個之意思表示，俱發生其效力之時期而已。

## 第二款 要約

### 第一項 要約之性質及其成立之要件

〔一〕要約之性質 要約云者，謂當事人之一方，因欲一定契約成立，故向於相對人而爲確定的意思表示也。但要約不爲事實上意思表示之行爲者，因當事人之意思表示，其目的唯在於發生法律效果，且要約又須與承諾合一，始可發生契約的法律行爲，故要約者不外法律行爲之

構成分子而已。

(二)要約之成立要件

(甲)要約者，必須有效之意思表示也。蓋要約乃以發生法律效果爲目的之意思表示，故其爲意思表示者無疑焉。又因其爲意思表示，而民律總則中，關於意思表示之規定，皆可以適用之（一七八條至一八七條）。且要約以特定之方式不爲必要，然契約須爲要式行爲者，則要約亦須爲要式行爲。茲更就民律草案第六百二十三條（贈與須用書據）言之，則贈與唯依贈與人之意思表示，用書據表示之足矣。而受贈人之意思表示，無須用書據表示其爲贈與。故要約之贈與，而唯要約人，須用書據表示其爲要約也。

(乙)要約者，特定人之意思表示也。然定要約人之爲何人之事，而在要約不爲必要，唯客觀的有特定者可也。此如自動販賣機，不論何人設置之，而其要約，尙可成立。

(丙)要約對於相對人而爲意思表示者爲常。對於相對人云者，非謂相對人必須特定之事。蓋若契約之當事人，必須特定，則承諾要約之人，亦必須特定，然一般受要約之人，未必須要特定，故謂對於特定人而爲要約者，因承諾此要約之人，若能特定之，則由此要約，可使契約成立故也。茲以要約之特定之相對人爲標準，分要約爲三種說明之如下：(子)關於主觀的及客觀的所特定之相對人之要約。例如甲對於乙之特定人，而爲要約之類。(丑)關於主觀的不有特定，然客觀的而有特定之相對人之要約。例如展覽會中售賣之繪畫，而觀客雖不明其所有者，但欲購買之時，則向展覽會委員申述購買者，即對客觀的特定之所有者，而爲要約也。(寅)關於主觀的與客觀的不特定之相對人之要約。此如懸賞廣告、自動販賣品之類。故此種之要約，特稱爲一般的要約，或對於公衆之要約。

(丁)要約者，若有相對人承諾即可使契約成立之確定的意思表示也。關於此點，而要約與



要約之誘引 (invitation of offer, Einladung zu Offerte) 不同。後者乃使相對人爲要約之意思通知而已。即僅由相對人之意思表示，未能使契約成立，故必俟相對人之意思表示，而自己從之亦爲意思表示，然後得使契約成立。故要約人欲爲要約，其自身須決定締結一定契約之意思，但其意思有決定與否，得由表示判斷之，不可以要約人之真意爲標準。由此觀之，要約與要約之誘引之差異，理論上殊極明瞭，即前者，乃組成契約之意思表示。後者，不外契約之準備行爲而已，且其自身不生何種法律效果，故雖爲事實上之行爲，然不爲意思表示也。其故即實際上，欲判然區別二者之差異，實覺困難。例如傭人、廣告、火車輪船之時間表等，其爲要約乎？抑爲要約之誘引乎？而議論甚多。然實際上當區別二者之時，第一須察其表示行爲之內容，在於指示契約之內容與否也。第二須以契約當事人，不問其爲何人與否之事爲標準而決定之。此外尚有決定要約之資料，即以其有要約行爲之地方之慣習，可爲其解釋之資料。

(戊)要約者，須得決定契約之內容也。要約云者，謂依相對人之承諾，即可使契約成立。但客觀的屬於該契約要素之事項，及豫約或要約之誘引而為契約內容之事項，並要約人欲使屬於契約內容之事項者，均以要約人之意思表示為必要。然此等事項之內容，不必全由要約人確定之。而要約之受領人，若自由決定之，尙得為要約。此外欲判斷要約有表示確定的內容與否之事，而以締結契約之準備行為（定價表等），可為其解釋之資料。

## 第二項 要約之效力

### 第一目 要約效力之性質

要約對於被要約人之關係，乃以得承諾要約之權能，授與於被要約人也。但以要約自體為標準觀察之，則此種效力，乃基於要約之承諾能力。如此承諾要約之人，決定其諾否，必要相當熟慮期間，換言之，即要約以相當存續之期間為通例。蓋要約人若任意取消要約，則被要約人必蒙

不測損害，如此實非保護安全交易之策，故要約發生承諾能力之後，於相當期間之內，不得取消之。從而要約對於要約人之關係，乃使要約人負有不得取消其要約之義務。而其效力由要約自體觀之，乃要約之拘束力也。又者，要約對於被要約人，祇能發生得可承諾要約之效力而已，並非使被要約人，負擔必須承諾之義務。蓋以一方的意思表示，使他人負擔義務者，實大背公序良俗，故被要約人，有承諾自由者，在理固當如是也。但有於一定之期日附記不有諾否回答者，作為默認之要約。此於交易上可屢見之。然此種通告，不許作為拘束被要約人之原則。至於買賣之要約，常有與要約同時附送目的物者。或有不為特別要約，而僅直接送附物品作為要約者（此稱為現實要約）。此時被要約之人，不負必須受領其物品或保管其物品之義務。何則？蓋要約人雖蒙受損害，然此損害實由於要約人自己行為而生之故，而被要約人豈有負此責任之理？但被要約人一旦受領要約物品之後，而為要約人保管其物品或送還其物品，雖生管理事務之權利義務

(九一八條九一九條)然此只爲受領之故，不能發生其保管義務也。

## 第二目 要約效力之發生

據上所述，要約者意思表示也。而其效力發生之問題，須從意思表示之一般原則決定之。

〔一〕關於特定之被要約人：

(甲)向於特定相對人之意思表示效力之發生時期 此種效力發生之時期，從來有表示主義、發信主義、到達主義、了知主義四種。由純粹之理論的言之，意思表示人之間之關係，唯有表示意思者，即可發生效力(表示主義)。而在相對人之關係言之，相對人了知意思表示內容之時，即可發生效力(了知主義)。如此理論，雖爲合理，然同一之意思表示，對於表意人及對於相對人，生差異效力發生之時期。而又使其法律關係，變至無限複雜，故若採取此種主義，不獨祇害安全之交易，此外且有制限個人之意思。綜言之，此種主義，唯知保護當事人一方之利益，而不顧相對

人之利益爲如何也。蓋表示與了知之事實，均爲內部的事實之故，使人甚難於證明，此所以當事人以自己利害爲標準，採用表示或了知之時期也。然有以表示主義或承知主義，使與外部的所得認識之事實結合，而提倡發信主義，或到達主義者。前者乃對於表意人之關係，後者乃對於相對人之關係。然此亦因同一之意思表示，依人而生差異之效力發生時期，故在勢二者之中，必取其一。然二者之主義，若由個人的及主觀的觀察之，而二者各具有合理之處，故難決定其優劣，但由社會的及客觀的觀察之，而二者主義之中，比較的採用到達主義爲合理。

(乙)向於非對話人之要約效力發生之時期 按民律草案第一百九十二條，向於非對話人之意思表示，自其通知達到相對人時，發生效力。因而向於非對話人之要約，以通知到達於被要約人時，始能發生其效力。蓋意思表示成立之時期，與相對人承知意思表示之間，須有考慮時間觀念之存在，不然恐難期望交易上之安全。故交易上對於非對話人間之要約，取到達主義者，

因交易上須有考慮時間觀念存在也。

(丙)向於對話人之要約效力發生之時期 對話人之意思表示成立之後，同時以相對人之承知，即可發生效力。故關於對話人之意思表示，以相對人了知之時，可爲其發生效力之時期。我民律草案第二百零三條，向對話人之要約，未定有承諾期間者，非即時承諾，不生效力，其理由乃對話人之契約，若於要約時，而未定有承諾期間者，必即時承諾，始生效力，否則契約不能成立也。以此觀之，對話人之要約者，唯被要約人，承諾其要約，即可發生其效力也。

(二)關於不特定之被要約人：

不特定被要約人之時，即意思表示之相對人不特定之時，而對話人與非對話人亦不能區別之也。然要約對於不特定之人，必以意思表示到達於被要約人之事爲原則，故關於不特定人之要約，必置於人人得承知之狀態，然後始能發生其效力。

### 第三目 要約效力之消滅

〔一〕要約之撤回或取消 要約之取消云者，謂要約人以欲消滅要約效力之意思，對於被要約人而表示之也。但要約雖已成立，然在未發生承諾能力之間，若無害及被要約人利益之虞者，則要約人得自由取消之。反之，若要約已生承諾能力，則於一定時間之內，生有拘束力，因而要約人不得任意取消之。

〔二〕拘束力之性質 被要約人，決定要約之諾否，常要熟慮之時間。而在此期間之內，被要約人，有其承諾權能者，則要約於此期間內，固必存續其效力。而此種期間，通常稱為法定承諾期間。蓋法律規定此種期間，一欲一般不有背信。一欲維持安全交易，故不許在此期間之內，取消其要約。如斯要約之拘束力，以共同生活上之信義為則，故不許要約人任意取消要約也。然一般學說，排斥拘束力之理由，在於以薄弱之信賴，未足拘束要約之取消，故若取消要約，未可謂其違反

信義。若照此種見解，則拘束力受擯斥之後，不但被要約人不能信賴其要約，且要約之自身，實違反一般之信賴，並背叛共同生活之信義，其結果障害安全交易之弊病，莫過於此。但要約人爲自己之利益，而對要約，雖得附以承諾期間，然此期間，不得較短於法定承諾之期間。

(甲) 定有承諾期間之要約之拘束力 要約定有承諾期間者，則被要約之人，於此期間之內，得保有要約之效力。故要約欲不背反被要約之信賴者，則於承諾期間內，須有拘束力。故民律特以第二百零一條規定之。然此規定，在解釋上，有種種之問題：

(子) 承諾期間之始期與拘束力之關係 允許要約人定承諾期間者，則其始期之決定，亦必屬於要約人之自由，茲先就對話人間之要約言之，則要約成立之時期與被要約人承知其要約之時期，因交易上不有考慮期間之間隙，故無論何時，均可爲承諾期間之始期。反之，非對話人間之要約，有二個時期可爲承諾期間之始期，即要約發送之時期與要約到達之時期，二者之中，



取其最合理者決之可矣。但由決定承諾期間之目的言之，則其始期，以要約人自己能的確而知之者爲要。因此取發送之時期，爲其始期者可也。然就被要約人之利益言之，則取要約到達之時期爲妥。但由客觀的考察之，則其間應有調和其利益之法則。蓋據以上之所述，許要約人定承諾期間之事者，專爲保護要約人利益之故，而並使被要約人信賴其有要約存續之效力。但此見解，在未定承諾期間之要約，而認其要約於法定承諾期間內，有拘束力者，可得調和要約人與被要約人之利益。然在已定有承諾期之要約，則一面因此取得其利益，他面對於被要約人，不負何種之義務者，不獨使兩者之利益，不能互相均衡，且有背反信義原則之要求。然則欲保持兩者利益之均衡並應信義原則之要求者，則於要約之拘束力求之，尤爲適當。卽要約人爲自己利益，以要約發送之時期爲其承諾之始期者，一面於其任意承諾期間所包含之承諾存續期間，雖能較長於法定承諾期間，然要約人於此期間內，不得取消要約。卽他方亦有斟酌被要約人之利益也。故

民律雖無設定承諾期間之始期，然以要約發送之時，爲其始期解釋之，未云不可。今由此解釋，則拘束力不生自承諾期間之始期，而生自要約到達於相對人之時期。如此則任意承諾期間之一部，亦包含於要約拘束力存續期間之中也。

(丑)承諾期間之終期與拘束力之關係 承諾期間之終期，依要約人規定之者，固不待言。然要約之拘束力，迄至終期，可繼續與否，尙有疑問。由信義原則觀之，則要約之拘束力，迄至承諾期間之終期，自不能存續，從而永期之終期，有發承諾通知者，則契約可以成立。然由要約人之利益言之，迄至承諾期間之終期，若未受領承諾通知，而契約得可成立者，則不能達到定承諾時期的目的也。如是欲調和此種衝突之利益，一面爲被要約人之利益計者，必要約之拘束力，須存續至承諾期間之終期。他面爲要約人之利益計者，必承諾之通知，迄至承諾期間之終期，不達到於要約人者，須失其效力。但附以解除條件，可發生效力。換言之，卽要約人知其發送通知，係於期間

內可達到者，須向相對人發遲到通知，不然則依法律上之擬制，視承諾之通知並未為遲到，而得使契約成立之也（二〇六條）。要之，凡定有承諾期間之要約，不論其為對話人之要約或非對話人之要約，而由於達到被要約人之時起，計至承諾終期止，應有其拘束力之存在，並在此期間內，不得取消要約也（二〇一條）。

（寅）承諾期間經過後之要約效力 定承諾期間之目的者，一面為要約人欲的確明知要約之運命，並於承諾期間內，若無承諾通知達到者，則要約之效力當然歸於消滅。他面為被要約人，唯於承諾期間內，而豫期其要約之有存續，故由承諾期之經過，而要約當然失其效力。且此對於被要約人之利益，亦無所損傷。更由客觀的觀之，承諾期經過後，而要約無存續之必要，雖存續之，亦無何等實益，故要約期間之經過，當然失其效力。至於要約唯在於期間內，有其拘束力，若於期間經過後，當然歸於消滅，並無用發生取消之問題。

(乙)未定有承諾期間之要約之拘束力：

(子)向於非對話人之要約 被要約之人，自然相信要約有相當期間之存續，故未定承諾期間之要約，亦須於相當期間內，有其拘束力。茲據民律之規定言之，若要約人未定有承諾期間者，則於受承諾通知之必要期間內，當然受要約之拘束（二〇二條）。即據形式的解釋，不獨相當熟慮期間中，須有拘束力之存續，且承諾期間內，而拘束力須有存續也。相當之熟慮期間云者，非但謂受承諾通知之必要期間也。此外尚須加能為斟酌之時間。例如由上海發電報於南京而為要約者，則其電報，通常須要一點鐘後，始能到達於相對人，而相對人若立發回電，亦須要一點鐘，始能到達於要約人。若此則豫定二點鐘足矣。然南京之被要約人，受要約電報之後，須多少略為斟酌，故依契約之性質，不得不與以一日或半日之猶豫。

(丑)向於對話人之要約 未定承諾期間而向於對話人為要約者，則其要約有拘束力與

否之議論，不能一致，而我民律並未特設此種規定，故有因其未設規定，而認要約不有此種拘束力者。然由形式的考察之，以規定之存否，不能即決其拘束力之有無。由實質的考察之，對話人間之要約，不得定承諾期間者，因被要約人不必信賴其要約之效力，故無必要認其拘束力。然被要約人決定要約之諾否，必需要相當熟慮期間，此與非對話人間之關係，無所差異。故欲維持交易安全者，須認對話人間之要約，有拘束力之存在也。

(寅)承諾期間經過後之要約效力 法定承諾期間經過後之要約，當然失其效力。然因此而承諾能力，未必受其影響。蓋期間經過後，由承諾而使契約成立者有之；且要約人於期間經過後，由取消得使要約消滅也。

(丙)關於不特定人之要約之拘束力：

向於不特定人之要約，可得取消與否之問題，而從來之見解，未能一致，故不能以一言斷

定之也。夫認要約之拘束力，實爲維持交易之信用，及保護交易之安全。若取消之，則違反交易上之信義，故雖論不特定人之要約，亦不得任意取消之。反之，要約人未有積極的意思表示，而使相對人信賴其要約者，則要約可謂不有拘束力。然要約人在積極的方面，雖未定承諾期間，但要約在法定承諾期間內，必有其拘束力，故關於不特定人之要約，應其內容，當然於相當期間內，有其拘束力也。從而，唯此期間經過後，得取消之而已。又者，不特定人之要約，若定有承諾期間，則由此期間之經過，而要約當然歸於消滅，故無取消之必要。

(二)要約之拒絕 要約之拒絕云者，被要約人不承諾要約之意思表示之謂也。此即被要約人以自己之意思表示，使消滅要約之效力，故要約拒絕之成立，須從意思表示之一般原則，並對要約人，須具有有效之意思表示。但不問其拒絕如何，或對要約人附以條件及加變更之事，即經要約人承諾之後，輒可認爲有拒絕要約之事實。如此則被要約人，不但僅有拒絕要約之意思，且

有得修改或擴張要約之內容，而更有與要約人締結要約之意思。如此乃拒絕原要約，而變為新要約也（二〇七條二項）。

〔四〕要約人或被告要約人之死亡或其能力喪失之事情

（甲）要約人之死亡及其能力喪失之事情：

（子）要約發送後至要約到達前之間而要約人之死亡或其能力之喪失。要約在對話人之間，只經被告要約人承知，即可成立。其間不必經過發送與到達之段階。然此種發送要約與要約到達之事實，而在非對話人之間，必不可少。夫欲意思表示有效而成立，則表意人，須有意思表示能力及行為能力。然意思表示既有效而成立，則現實之意思表示，雖離表意人，尙有其獨立之存在。故意思表示之通知，向於相對人發送之後，而表意人突然死亡或喪失其能力者，則其意思表示，當然不為其意思無能力人之意思表示，或其行為無能力人之意思表示之理由。是故意思表示，

一旦到達於相對人，即可發生其效力，並與表意人之死亡或與其喪失能力之事實，無相關係也（第一九四條二項）。故在要約發送後與到達前之間，若要約人死亡或喪失其能力，則要約不能爲無效或取消之。且要約由達到於被要約人，輒可完全發生其效力。以此觀之，要約發送後，而要約人之死亡，或其能力之喪失，不有影響於要約，故無保護被要約人之必要。何則？要約人之死亡，或喪失其能力之事實，若影響於要約，即要約因此而爲無效，或其被取消者，則被要約人，必蒙受不測之損害故也。今由要約人方面言之，當要約表示之時，而要約人有正常意思能力及行爲能力，至其死後或喪失能力之後，而要約雖可發生完全效力，但理論上亦不得謂對於要約人，不有利益。此時保護要約人之事，雖爲合理，其實唯以此謂爲合理而已。而積極的未必適合於保護要約人之利益。蓋要約人死亡之後，以其要約爲不生效力者，極爲至當。倘要約人之相續人，欲希望契約成立，必使要約人新爲要約，然後庶可適合於相續人之利益。又者，要約人喪失能力之時，而



既爲之要約與無能力所爲之要約，不相差異。若取消之，果有益於要約人與否，實不可知，因此無有保護被要約人利益之必要。且強謂要約人之死亡或其能力之喪失，有影響於要約者，亦無甚必要，寧以要約爲無效或取消之爲正當。

(1) 要約人表示反對意思之事情 要約人於要約發送後及要約到達前，突然死亡，或喪失其能力者，則要約可爲無效，或得取消之，其理由已詳述於上矣。且被要約人，雖受領其要約，未必常信其要約有完全能力。實際上要約人死亡後，或已喪失其能力之時，得以要約爲無效，或取消之者，本無害被要約人之利益。但要約人有表示反對意思者，須於被要約人受領要約之時，當詳細表示其有何種意思，並於通知要約之時，亦須通知其反對意思。但由要約內容，可得推知其要約人有反對之意思者，尙可謂其有反對意思之表示。

(2) 被要約人知要約人之死亡或喪失其能力之事情 有此事情，則要約之爲無效，或取

消之，而被要約人，未必蒙受不測之損害。但要約人表示反對意思時，喪失其能力，或要約人喪失其能力之後，而被要約人知其事實者，則要約單為無能力人之要約，固可取消之。或與要約人死亡之事情同等，而以要約為無效可乎？二者之解釋，各抱有理，然以得取消之事為正當。

(丑)要約到達後要約人之死亡或喪失其能力之事情

要約由到達於相對人，而生效力者，固不待言。但自到達後，而要約人死亡或喪失其能力之事情，亦必無影響於要約。唯要約之內容，以契約之當事人，視為重要者，則要約由於要約人之死亡，當然失其效力。此事在民律草案，雖無直接設立規定，然欲強求其形式之根據，則以第一百九十四條，可勉強解釋之。

(乙)被要約人之死亡或其能力喪失之事情：

(子)要約發送後至要約到達前之間，而被要約人之死亡或其能力之喪失（此在對話人

之間固無此種問題發生之餘地。

(1) 被要約人喪失其能力之事情 非對話人之要約欲發生效力者，應以要約到達於相對人之事為必要，但無需被要約人共助之力也。從而由單純形式論考察之，則要約欲發生其效力，固無需要被要約人有承諾之能力。然非對話人間之意思效力發生之時期，以到達主義為合理，即要約到達後，而相對人得了知其意思表示之事為前提也。故相對人不有了知意思表示能力者，則不能取到達主義，因此相對人，若為無能力之人，則認為不有受領其意思表示之能力。於是若有其法定代理人，了知其相對人之意思表示，則其要約之效力，始能發生（一九五條）。從而要約到達前，而被要約人喪其能力者，則要約須俟其法定代理人了知之後，始能發生其效力。

(2) 被要約人死亡之事情 向於死人之意思表示，原則上當然不有被了知之可能性。故要約到達前，而被要約人死亡者，則要約固然不有發生其效力之餘地。然要約人認其承繼人，有

締結其契約之意思者，則要約得向被要約人之承繼人，發生其效力。但此要約人，不以要約之內容所定締結契約之人物爲重，寧以經濟上利益之所得爲重也。

(丑)要約到達後被要約人之死亡或其能力之喪失。此時要約之成立要件，並效力要件，均已具備，固無因此而影響於要約之理由。但要約人若有表示反對意思，或以要約內容之當事人認爲契約要素者，則要約因被要約人之死亡，自然失其效力。

### 第三款 承諾

#### 第一項 承諾之性質及其成立之要件

承諾亦爲意思表示之一種，即被要約人，應要約之要求，而以欲使契約成立之意思，對於要約人表示之也。由此概念觀之，則承諾不爲法律行爲者明矣。原則上被要約人對於要約，不負承諾之義務，故承諾不爲義務履行者，亦明矣。然預約之承諾，有負擔其義務，故承諾在於預約，乃爲

義務之履行。

〔一〕承諾者屬於被要約人之所爲也。要約人以與被要約人締結契約之意思，而爲要約，故被要約人以外之人，雖承諾要約，然其承諾，不得謂爲契約之承諾。但由要約之內容，而被要約人死亡之後，其承繼人得承諾要約者，因要約對於承繼人，發生效力也。

〔二〕承諾者必須對於要約人而爲之也。要約對於不特定之人，得爲要約，然承諾則否，卽常有特定之人也。但由契約之性質，不以當事人之爲某人之事爲其要件者，則要約人雖死亡，而其承繼人可爲承諾之意思表示。

〔三〕承諾者須應要約而爲之。要約效力發生之前，而對要約人所爲之意思表示，必與要約一致，能使契約成立者，則此種意思表示，不爲承諾。蓋承諾者，必待要約發生效力之後，而爲與要約同一之意思表示也。

〔四〕承諾者須有有效之意思表示也。承諾，因爲意思表示之故，必從一般意思表示之原則。故承諾不有有效意思表示者，則不得謂爲承諾。且承諾本不問其方法爲如何，但有例外者；例如：

（甲）要式契約之目的，在於要求當事人之熟慮，故其承諾亦須用書據方式。此如受贈人，若不依書據，即書據中若不有承諾之意思表示者，則要約之當事人，得撤銷之（六二三條）。

（乙）預約、特有限制承諾之方法。倘不依據其方法者，則其承諾，不得謂爲承諾。

（丙）要約人，以自己之意思表示，限定承諾方法之時，則承諾須依其方法。例如以電報爲要約者，則承諾亦須以電報通知之。

（丁）依通常慣例，或要約人之意思表示，以其承諾爲不必通知者，則其契約自可認爲有承諾之事實時，輒可成立也（二〇八條）。蓋複雜之社會生活，雖不發送承諾之通知，而認有承諾通

知使契約成立者不少。茲更詳述之：

(子)依要約人之意思表示，認承諾通知爲不必要者有之。此種意思表示，或由於明示，或由於默示。例如依當事人間從來交易之關係，而與要約同時，即附送目的物者，乃一般交易上之所公認也。

(丑)依交易上之慣習，以承諾之通知爲不必要者有之。但欲決定此種慣習之有無，必以要約之內容爲標準。例如旅行中以電報通知旅館，定約房間，但就旅館之習慣，以承諾通知爲不必要者有之。然對避暑地之某旅館，定約一室爲暑中避暑，而以其旅館之承諾通知爲不必要者，恐未有此種習慣。此外交易上之慣習，依地而迥殊，即要約人地方之習慣，與被要約人地方之習慣，而有差異也。此時以從要約人地方之習慣爲正當。蓋此種解釋，實有利於要約人，然亦無損於被要約之人。例如要約人地方之習慣，以承諾通知爲必要，反之，被要約人地方之習慣，則不以承諾

通知爲必要者有之。此時若從要約人地方之習慣，則要約人固處於便宜之地位，反之，假使被要約人若從自己地方之習慣，而不爲承諾通知者，未必有害要約人之利益。但要約人地方之習慣，以通知爲必要，而被要約人地方之習慣，不以此爲必要之時，若從被要約人地方之習慣，則要約人絕對不能領受其承諾，因此若契約成立，則要約人必蒙受意外之損害，故此時從要約人地方之習慣，其於要約人有便宜，而於被要約人亦無所損害。且從一般之原則，而被要約人必須通知承諾故也。

(寅)認承諾意思表示之事實有其存在之時，則其承諾，可以成立者有之。如上述之附送物品，先定房間之行爲，可爲有承諾之意思表示乎？抑爲有意思表示之實現乎？從來對此問題，亦有議論。昔日以此作爲默示之意思表示解釋者爲常。近時漸趨於以此作爲意思實現之解釋，但余以後說爲當。蓋第二百零八條後段之要求，唯就於推斷承諾意思存在之客觀的事實而已。且就



承諾人有表示意思之事，即其事實可爲承諾之意思表示之事言之，實無須承諾人有認識之事也。質言之，承諾人當使該事實成立之時，未必以發表承諾意思之意思爲必要。至於不以該事實爲效果意思之發表手段者，亦可也。但以何種事實，適於推斷承諾意思之存在者，不外就於各個事情而決定之耳。例如受房間訂約之旅館主人，命灑掃客房之事實，解爲有承諾意思者可也。

〔五〕承諾之內容須與要約之內容爲同一：

（甲）承諾之內容與要約之內容，唯於客觀的主要之點，能相一致者，尙未爲可。但就要約人所認爲契約要素之一切之點，而其意思表示必相合一也。

（乙）將要約擴張限制，或變更之後，始行承諾者，視爲拒絕原要約，而爲新要約（二〇七條二項）。蓋由此種承諾，不能使契約成立者，在理雖爲當然之事；然民律對此而認新要約有效力者，一面以承諾人之意思爲基礎；他面有保護要約人（承諾之受領人）之事也。

## 第二項 承諾之效力

〔一〕承諾須與要約一致之後，始能使契約完全成立。且契約之成立，非由於承諾之直接效力也。故承諾之效力，不外帶有使契約成立之可能性而已。

〔二〕對話人間之承諾，唯由於要約人了解承諾之後，即可發生其效力。然承諾若從一般之原則，則在非對話人間，不必由承諾通知之到達，即可發生其效力。且如前述之契約成立，唯要約與承諾，在客觀的能相一致者可矣。然無承諾意思表示之時，理論上以承諾與要約之客觀的一致之事，作為承諾有意思表示，而發生其效力者可也。若是則承諾得變更其表示之時期，從而要約人有受損害其利益之虞，故承諾之效力，必須在於意思表示，由於外部得認識之之時，始能發生其效力。換言之，承諾必在於發送承諾通知之時，始能發生其效力。今吾人對於承諾，不取到達主義，而採用發信主義也。蓋承諾本屬要約人之期望，而要約人，寧欲契約早速成立，故取發信

主義者，正合其目的也。反之，吾人對於承諾，若取到達主義，作為保護要約人之舉者，誠與畫蛇添足，更無差異也。但由特別理由，而承諾係於解除條件者有之。若是則此種承諾，在採取發信主義言之，而承諾人於發送承諾通知之後，必不能取消其承諾。如此則發信主義，因有例外之故，亦不能期其完全之結果，故因此有主張採用到達主義者。其見解有二，茲略述之如下：

(甲)關於承諾之效力，採用發信主義之時，規定承諾通知發送後，要約人不得取消要約，但亦須規定承諾人不得取消其承諾；如此始能適合於公平之觀念。

(乙)採取發信者，欲保護要約人之利益故也。然承諾之通知，不能到達於相對人之時，實有影響於要約之利益，縱令作為不影響於要約人，然亦有不適合於其期待之目的。且實際上現代之通信機關，紛失信書之事實甚多，其謂不有影響者，誠難言之矣。

#### 第四款 契約成立之時期

據上所述之契約，由於複數意思表示之客觀的一致而成立之也。故契約依此形式成立之時，則契約成立之時期，須在於承諾發生其效力之時也。因此：

〔一〕對話人間，契約之成立時期，須在於承諾被了知之時。

〔二〕非對話人間契約之成立時期，須在於發送承諾通知之時。

〔三〕不要承諾通知者，則契約成立之時期，須在於承諾事實完成之時。

〔四〕交叉要約之契約成立時期，須在於意思表示到達之時。此外如要物契約之成立時期，須在於承諾效力發生前，已完備物的要素之時也。於是契約成立後，若有取要約或承諾形式者，不能作為有效。

#### 第四節 契約之效力

##### 第一款 總說

契約之效力云者，謂契約之法律效果，由於契約而生也。故契約當事人之間，當契約成立時，發生債權債務關係者，依各種契約有相差異。其詳細說明，須讓於各論。然各種典型契約中，屬於雙務契約者，比較的占居多數。茲將其特有效力，用概括的說明之，似較為便。此外尚有為第三人所為之契約，亦屬於特種契約，關其效力，須特別研究之為妥。而二者均於契約總則中，特設有規定。又者廣告 (Öffentliche Bekanntmachung) 之性質，因學說不一；有以廣告為聲請訂約，而以完結其指定行為為默認承諾者。又有以廣告為廣告人之單務約束者。我民律草案採用後說，故規定廣告人於行為人不知廣告時，亦負報酬之義務。本編根據民律草案，因其有特設一章，故從略不述。至於學說之主張如何，茲更略述批評之，以資參考焉。交易上利用廣告，大有便宜，且近世對於廣告之利用，亦大有進步，觀各國廣告情形，可以知之矣。然廣告性質之學說，雖屬不一，蓋其大凡，可分為三種：

〔一〕單獨行爲說 卽以廣告爲一種單獨行爲，乃獨立成立而爲義務之原因者是也。

〔二〕要約說（請訂說） 卽以廣告爲契約之要約，覽之者若爲承諾，卽可成立其契約。

〔三〕誘起要約說 卽以廣告爲不過誘起他人要約之方法，覽之者更對於廣告人爲要約，因之至廣告人承諾後，而契約始可成立者是也。第一說，現爲我民律及德國民律所採用。第二說，爲日本民律所採用。第三說，亦受學者贊同者甚多。蓋廣告之爲一種意思表示者，人無間言，苟旣云其爲意思表示，則表意人已爲決意者，故不得以之僅爲誘起他人要約之方法。雖然廣告人之意思，多待相對人出現，而始負其義務，故單獨行爲說，以僅依廣告之事實，卽負義務者，似頗不當。但若以廣告爲要約，則其目的必須確定。例如言某酒一罈，價若干可賣，則因其目的確定，固可卽成契約之要約。然如言某房屋需金若干可租，則因其目的未爲確定，不得以之爲契約之要約也。

## 第二款 雙務契約之效力

## 第一項 總說

雙務契約云者，謂因其成立，即令當事人雙方負擔其債務也。且雙方債務，須有等價的關係，而其等價的關係，又常為原因關係。故由雙務契約上各債務之發生的考察之，兩債務互有牽連關係，即一方之債務，若不發生，則因此所生之他一部債務，亦不能發生，此乃雙務契約本來之性質，而不需何種規定也。反之，雙務契約上之各債務，於其效力上有牽連關係與否之事，故學說因此不能一致。余以有牽連關係之說為當。蓋雙務契約之各個給付，均相互對於他債務之成立而為指出原因之物，並以互相為原因之雙方指出，包括作為一個有因行為，故一方債務之為無效，則全部之債務，必因其有因行為亦為無效也。茲就雙務契約之效力關係上，分債權行使上之關係（或債務履行上之關係），及債權消滅上之關係（或債務存續上之關係）二種，說明之如下：

### 第二項 債權行使上之關係

第一目 學說

〔一〕獨立說 此說謂雙務契約所生之各當事人之債權債務，有獨立的存在，故各當事人間之給付，不有何等關係也。從而各當事人不履行自己債務，而對相對人得請求履行其債務。反之，相對人雖不受對於自己履行債務之事，然自己之債務亦須要履行之也。

〔二〕條件說 此說謂雙務契約所生之各當事人之債權，乃欲使相對人履行其對待給付爲目的；然此非無關於自己之給付而使相對人履行其債務，且履行自己債務之事，乃欲對相對人發生其請求權爲要件也。

〔三〕抗辯說 此說亦謂雙務契約所發生之各當事人之債權，不徒無關於自己之給付，且認其目的唯在於使相對人履行其給付也。例如當事人之一方，不履行自己給付而向相對人請求給付者，則受請求給付之相對人，以未履行其對待給付之理由，得拒絕自己債務之履行。



以上三說，似各抱其理由，然余以抗辯說爲正當。茲一一批評之：夫雙務契約所發生之各當事人債務，互相含有等價關係，若以此爲全然獨立之債務，實則背反雙務契約之性質，而又因無特別理由，輕視契約上當事人之意思者焉。從而以一個雙務契約變爲兩個片務契約者，實可表現獨立說之不當。又者，雙務契約上之各債權，與契約成立時所發生之債權，不有差異，並雙務契約，非以履行自己之債務爲條件，而發生附有停止條件之債務。且雙務契約之當事人，當締結契約之時，其意思在於欲使雙方互相發生等價的關係之債務，並非在於以履行自己債務之事爲條件，而向相對人取得債權也。反之，條件說則以雙務契約之當事人之意思，在於以自己履行債務之條件，用向於相對人取得債權者，又與雙務契約之性質不合，故亦難採用之。然則定契約之效力者，未必須從當事人之意志，然條件說則以非當事人之意思，認爲當事人之意思者，實無何等實益。蓋雙務契約之當事人，必以負擔債務之動機爲重，從而以自己之不給付，而使相對人爲

給付者實不公平也。故以當事人負擔債務之動機，作爲效果意思者，雖爲抗辯說之要旨，然抗辯說實在於使其適用於此動機而發生其效果也。換言之，抗辯說者，因雙務契約之當事人，有互相負擔債務之故，而認有使相對人履行給付之權利，同時由當事人負擔債務之動機考察之，則雙方債務，以相對人之互相履行債務，認爲動機者，非絕對的不有相互關係。由此觀之，欲使發生適用於此動機之效果，則受請求履行之當事人之意思，在各債務之間，有發生不可分之關係。按此見解，而雙務契約之當事人，若自己不爲給付，反使相對人實行給付者，則受請求之相對人，若先實行給付，必不利於自己。如此若就抗辯言之，則抗辯者，因含有發生履行上牽連之關係，得可免除其不利益之事，故採用抗辯說者，實對於交易上有維持信義及公平之利益也。

## 第二目 民律之解釋

按民律草案第五百三十一條規定雙務契約之當事人，享有同時履行抗辯之權。依此又可

知各債務在履行上有何種關係也。但此規定之解釋，雖有種種見解，然吾人若以抗辯說爲妥當者，則此規定必從抗辯說解釋之也。

〔一〕同時履行之抗辯權之性質：

據抗辯說言之，雙務契約之各當事人，互相得向各相對人，請求其債務之履行。即各當事人之債務，因有互相牽連關係，故甲不履行其債務，而對乙請求債務之履行者，極不合理。茲爲保護乙之利益起見，應使甲得拒絕自己債務之履行，此即同時履行之抗辯之所由來也。依此解釋，則不得謂因有同時履行之抗辯權，而主張請求權不有存在者。且認請求權之存在，而由特別理由，尙有拒絕履行之權利。然抗辯之內容，乃謂因雙務契約而負之義務也。有此理由，則至受對待給付時止，得拒絕自己所擔負之給付。並非謂永久的否認請求權之效力。而法律上所謂延期的抗辯權者，即此種抗辯權是也。

(二)同時履行發生之要件：

(甲)當事人雙方之債務須由同一契約發生之事情。當事人之雙方所負擔之債務，由於個別之雙務契約而生者，不有同時履行之抗辯權。蓋同時履行抗辯之目的，在於欲使各債務，由於一個雙務契約，發生其牽連關係故也。

(乙)雙方之債務須有等價關係之事情。非雙務契約上之債務，固無需要同時履行之抗辯權之存在。但借貸契約，雇傭契約等，於各對立之給付期間，有同時履行之抗辯權乎？更有以一時期給付之不履行為理由，得拒絕他時期之對待給付乎？此種問題，由契約之目的觀之，各時期之給付，各有獨立之性質，從而在同時期間內所應為之給付，互有等價關係，故以此屬於消極的解釋。反之，各時期之給付，不過為便宜上之分割者，屬於積極的解釋也。

(丙)相對人之債務須在於履行期之事情。雙務契約在於非同一時期履行者，不有同時

履行之抗辯權也。但唯對於相對人須先履行或當事人雙方須同時應當履行者，始得發生其同時履行之抗辯權。然抗辯權之發生，未必以雙方之債務，自始須要同一履行之時期也。蓋當事人雙方之債務，雖異其履行之時期，然當事人之一方，若受履行之請求，則此時相對人之債務，達於履行時期，尚可發生同時履行之抗辯權。

(丁)相對人之債務之履行或不履行者，必須請求其履行之事情。相對人從債務之本旨，履行債務之時，固然不發生同時履行之抗辯權之事。但如債務人須履行給付，而債權人若不受其履行或不共助履行者，雖不得謂為已有履行其債務，然亦不得以不履行之責任，歸於債務人。故有履行之請求，其後不發生同時履行之抗辯權者，與有履行之事作為同一論也。

### (三)同時履行之抗辯權之效力：

(甲)抗辯權之行使效力。同時履行之抗辯權，在權利上未必須要行使。至於相對人不履

行債務而爲履行之請求時，其請求雖在審判廳實行其請求，然被請求者，亦得行使同時履行之抗辯權。行使抗辯權之事，迄至相對人履行債務之時，不得謂其履行之延遲。當事人之一方，以起訴請求履行之時，而相對人若不主張抗辯，則審判廳得向被告，即下其敗訴之判決。蓋此種之事情，因其在契約上之各債務間，不發生履行之牽連關係也。

(乙)抗辯權之存在效力 有同時履行之抗辯權之當事人，若於履行期不履行其債務者，當然不得謂其履行之遲延。或謂雙方債務之履行上之牽連關係，由於抗辯權之行使而發生，其以前與單純之債務無異，故雖有抗辯權，亦須負履行遲延之責任。然同時履行抗辯權之本質則否，即有同時履行抗辯權之人，無論何時，皆得行使抗辯權，以拒絕自己債務之履行，故不履行者，固其在法律上有正當理由，不能使其任負履行遲延之責也。

#### 〔四〕同時履行之抗辯權之消滅：

由雙務契約所生之雙方債務，其一由於履行，其二由於原因，而消滅之者，則相對人所有之抗辯權，亦因之而消滅。然雙務契約上之債務之消滅，或有由於履行，或有由於履行不能者。履行不能之雙務契約之效果，殊極複雜，茲分一方債務之全部消滅與其一部消滅二種說明之，似覺爲便。當事人之一方債務，若履行一部，則僅生一部之消滅，由此事理推之，則相對人所有之抗辯權，不因此而消滅，故就於自己全部之債務，得爲同時履行之抗辯。此說在不可分債務可解釋之，若在可分債務，而對自己債務之全部，尙有全部抗辯權者，實不合於公平之觀念。如是則此種之抗辯權，須應消滅之債務，而比例的消滅之爲妥。

### 第三項 債權消滅上之關係

#### 第一目 總說

雙務契約各當事人締結契約之目的，在於各相對人能互相履行其債務，始各得滿足也。若

一方之相對人，雖得滿足，然他方未得滿足之債權，當然不有消滅之理由。反之，一方之債務，因履行不能而消滅時，他方之債務，當然亦因之消滅。從而不能給付之債務，向其相對人，尙有對待給付請求權乎？履行之不能，由於故意或過失而生者，固無消滅其債務，故對待給付之請求權，亦不能歸於消滅者，實無疑焉。然此問題，實在於履行不能之事由，不能歸責於債權人及債務人；此時若令債務人，拋棄其對待給付之請求權，未免過於苛酷。反之，若使對待給付之請求權，不歸於消滅，則債權人，因履行不能，喪失自己債權外，尙須負擔債務者，誠更置債權人於不利益之地位。於是雙務契約之危險負擔問題生矣。即雙方當事人，皆當負擔於履行不能所蒙受之損害之危險。

## 第二目 履行不能之事由不歸責於債權人及債務人之事情

〔一〕雙務契約之目的在於特定物之物權設定或其物權移轉之事情

（甲）雙務契約爲單純契約之事情：



(子)從債務之本旨，若雙務契約之目的物，歸於消滅者，則契約必至於不能履行。此時不能給付之債務人，雖免其債務，然對待給付之請求權，不能作為歸於消滅。蓋一面為履行不能之事，不能歸責於債務人者，當然其債務因不能給付，而必歸於消滅。他面關於物之利益，本歸屬於債權人之所得，然債權人所預定之對待給付，而今不要給付者，則以由於物之消滅而生之損害，使歸屬於債權人負擔者，未可謂之不有公平也。但由此理推之，則有目的物與不有目的物之事，不生差異，故以其損害使債權人負擔之者，須具備下述之條件：

(1) 雙務契約之特定物，須以其物權之設定或移轉為目的。

(2) 雙務契約之目的物，須要特定。

(3) 雙務契約之目的物，歸於滅失或毀損之後，須變更其法律上狀態至於不能履行。

(丑) 雙務契約之目的物之滅失或毀損，由於不可歸責於債權人或債務人之既存物件之

事由而生履行不能者，則債務人給付既存物件之部分後，應得請求對待給付之全部。蓋有上述各種情形者，則債務自應消滅，若債務人不失其對待給付之請求權，則相對人之債務，當然亦不可歸於消滅。但以下之各種事情，因與上述之事情不同，故有其特殊之解釋：

(1) 債務人發生不能給付時，由其原因所得之給付代償，應須交付於債權人乎？例如賣買目的物之土地，被收用之後，而債務人所得之報酬利益，應須交還於債權人乎？余謂債務人得對待給付之全部外，尙能更得此種利益者，甚反公平之觀念；故以此種利益，須交付於債權人爲適當（五三五條）。

(2) 債務人欲免除其債務，須以其所得之利益，償還於債權人乎？例如債務人因免除其債務，而由保管目的物所節省之費用，應須償還於債權人者，其理由與前述不有差異。

(3) 就同一物件，締結數個雙務契約之時，若其物件歸於滅失，則其債權人之中，應使何人

負擔危險乎？但此有兩種見解：

(a) 以第一債權人，為危險負擔之人。此說非不合理，不過數個債權人，在法律上均占同一地位之事，似未留意之也。

(b) 第二以下之債權人，有惡意者，使其負擔危險，否則令第一債權人負擔危險。然此以善意惡意，解決危險負擔問題，實無何等意義。何則？第二以下之債權人與第一債權人之在法律上地位，不有差別故也。

(c) 若據民律草案第五百三十六條解釋之，則其危險，歸於債務人負擔者必矣。然就同一物件，締結一個雙務契約之事情與締結數個雙務契約之事情，本不相同，故不能作為同一論也。

(d) 就同一物件所締結雙務契約之數個債權人者，因其在法律上之地位，不有差別，故其危險，使各債權人同一負擔之為正當。蓋數人之債權人，與其債務人之關係，恰如連帶債務之關

係者焉，而應債權人之數，當然有數個對待給付請求權之存在。而此種數個之請求權，由一個對待給付，得達其目的之時，則其債權即消滅之也。如斯解釋，則數個債權人之中，應使何人負擔危險乎？余意由債務人之意志決定之，在客觀的方面，未必不能解釋之也。至於參加債務人之意志，未云不當。例如一個物件，順次賣於數人，而於數人買主中，決定誰應受其給付履行者，債務人也。至於請求某買主履行者，亦屬於債務人之自由。故就同一物件，有數個契約之時，若其目的物歸於毀損，則債務人，對於數個債權人中，無論給付於何人，皆可請求其對待給付之全部，若是則對其他之債權人，須負其履行不能之責。

(乙) 雙務契約附有條件之時：

雙務契約，附有停止條件者，則在契約成立前，已有履行不能存在時，當然不能發生債務。若在條件成就後，發生履行不能者，則與單純之契約無異。但其成爲問題者，爲目的物之滅失或毀

損，在其停止條件成否未定之間，若一方債務發生履行不能，則他方之債務，有受何種影響乎？

(子)目的物滅失時之事情 停止條件成否未定之間，而契約之當事人，唯就其條件有債權債務而已(參閱民律草案第二百四十五條至二百五十一條)。但爲其目的物之債權債務，尙未發生故也。因而債權人之地位，不能確定，故不能與單純契約，作爲同一處理。且條件成就前，而債務之一方，有發生履行不能者，則其條件，至於日後，雖能成就，然其債務不能發生也。蓋此種之不能乃原始之不能。從而此種契約之成立，與契約成立前之履行不能之成立相等，卽履行不能之債務不能發生時，而相對人之債務，亦須不能發生也。

(丑)目的物毀損時之事情 附有停止條件之雙務契約，當其條件成否未定之間，而目的物若蒙受毀損者，則債務之一部，生原始不能，卽就不能之部分，不發生雙方債務也。但可能之部分，自然可發生其雙方之債務。此外雙務契約，附有解除條件時，而其契約在於條件成否未定之

間，若滅失或毀損其目的物者，則附有解除條件之契約，迄至條件成就，與無條件之契約相等，並有其效力。然由條件成就，即失其效力（二四三條二項）。故條件成否未定之間，而目的物若為滅失或毀損者，則與無條件相同，但日後解除條件成就時，由履行不能所生之效果，當然亦歸於消滅。

（二）雙務契約以特定物之物權設定或移轉以外之給付為目的之事情

（甲）雙務契約為單純契約之時：

雙務契約之目的，在於給付交換者，則一方之債務，由於履行不能，應歸於消滅；且他方之債務，當然亦必因此歸於消滅。蓋雙方之債務因以存續上之牽連關係為合理，故不能之給付，在於特定物之物權設定或移轉時，並在於特定物之滅失或毀損之原因，不歸責於雙方當事人之時，尚認此種牽連關係者，即於債務發生後，不應使債務人負擔給付不能之損害。縱使負擔之，又不

應使債權人免除其債務，若此誠不公平也。由此觀之，以履行不能之危險，歸於債權人負擔者必矣。但於其他方面，因顧慮雙務契約成立之原因，故於雙方債務間，認其有存續上牽連關係者，頗爲公平。

(子)全部不能 一方債務之全部，由於不可歸責於當事人雙方之事由，而生給付不能者，則債務人得免除其債務之全部，且同時對於債權人之對待給付，亦宜喪失其全部之請求權。如此債務之危險，歸於債務人負擔也(五三五條)。

(丑)一部不能 當事人之債務一部，生給付不能者，則債務人可免除其一部債務，並應其不能之部分，當失其對待給付之請權。例如以一個月五圓之租金，締給家屋之賃貸借契約時，賃貸借之一部草倉，被火燒燬，故賃貸借之一部債務，生給付不能時，則草倉之賃借金之請求權，亦歸於消滅。

(乙) 雙務契約附有條件之時：

即附有停止條件之雙務契約，於條件成否未定間，所生之履行不能，原歸於原始不能，故其契約不生效力者，與以特定物之物權設定或移轉爲目的之雙務契約，全相同一。從而應不能之部分，須不發生雙方債務。至於附有解除條件者，與無條件之契約，不相差異，且給付之不能，亦與無條件契約之事情相同。

第三目 履行不能之事由歸責於債務人之事情

〔一〕雙務契約爲單純契約之時：

(甲) 全部不能 此種全部不能，不問契約之目的爲如何，而債務人對於債權人，須賠償其不能給付之損害（三五五條）。蓋此種損害賠償，雖係於保護債權人之利益，然債權人寧欲恢復與無契約同一之狀態，苟不納其冀望，強而令取得損害賠償者，似不合理，此時故對債權人，與以



解除契約之權（五三六條）。

（乙）一部不能 由於歸責於債務人之事由，而生債務之一部不能者，則債務人給付可能之部分外，對於不能之部分，須負擔損害賠償（二五六條）。但債權人因一部不能，致不得達其契約成立之目的，故得拒絕該部分之給付，而請求全部不履行之損害賠償。但對於一部之不能，債權人又得解除其契約（五四七條二項）。且債務人就於全部不能，固須負擔賠償。因而就於一部不能，亦須負擔一部履行之債務及損害賠償之債務。對此債權人因有對待給付之關係，從而雙方俱有抗辯權也。但契約解除之後，雙務契約上之債權債務，因之消滅，故其抗辯權亦須消滅也。

（二）雙務契約附有條件之時：

此種契約不能之原因，因在於債務人，故債務人對於債權人因其履行不能，須負賠償損害之責。

(甲)雙務契約以特定物之物權設定或移轉爲目的之事情：

(子)目的物滅失之事情 停止條件成否未定間，而目的物之滅失原因，雖歸屬於債務人負責，然雙方不發生債務者，與日後之不能得爲同一處理。如此得使債務人負擔損害賠償也。卽條件成否未定間之債務人，至於條件成就時，實有害相對人之利益，故對債權人，須當賠償其所應得之利益。更據上述之理由，因其不發生雙務契約上之債務，故同時履行之抗辯，自始亦不發生，於是債權人亦不必實行其對待給付。

(丑)目的物毀損之事情 此種雙務契約停止條件成否未定之間，若其目的物之毀損，歸責於債務人，則應其毀損部分，不發生債務。但此與滅失不同，日後條件成就時，就毀損之物，發生雙方債務。因是債權人依條件之成就，得請求毀損物之給付，並自己必須履行其對待給付。然爲毀損不能達到其目的之時，則與滅失事情之處理相同。但債權人對此有契約解除權 (三五六

條二項。)且債權人於請求毀損時，可合其於條件成就時所應得之利益而請求之(二四五條及九四五條。)更據第三百五十六條第二項言之，則其債權人又得請求契約之履行或契約之解除。然據第二百四十五條及第九百四十五條，則不得有如斯解釋之也。又者，毀損物之給付，因有發生雙務債務之故，則其同時履行之抗辯，於某限度內，有其存續也。迨至債權人解除契約之後，而雙方契約上之債務，因之而消滅，並其抗辯權，亦因之歸於消滅。

(乙)雙務契約以特定物之物權設定或移轉以外之給付爲目的之事情：

此種雙務契約，在停止條件成否未定間，由於歸責於債務人之事由，發生履行不能時，及由於原始不能，不發生雙務契約上之債務時，則債權人由日後條件之成就，得請求其所應得之利益之賠償。而其不能，就於債務之一部發生時，則履行可能之部分，原生雙方債務，而債權人對此得請求可能部分之履行，並其損害之賠償(二四五條及九四五條)。但對應履行可能之部分，須

爲對待之給付。此外尙得解除契約（類推第三百五十六條）。

第四項 履行不能之事由歸責於債權人之事情

因歸責於債權人之事由而生履行不能時，則不能之損害，須歸於債權人負擔。

〔一〕雙務契約以特定物之物權設定或移轉以外之給付爲目的之事情

（甲）雙務契約爲單純契約之時：

（子）全部不能 不能之原因，若歸責於債權人，則債權人不能免其對待給付，故債務人之債務，雖由履行不能而消滅，然債權人之對待債務，不因此而消滅（五三五條）。此種歸責於債權人之事由云者，基於債權人之故意或過失之原因而總稱之也。債務人之對待給付請求權，乃雙務契約本來之對待請求權。而債權人由於故意或過失所生之損害，得請求其賠償者，別種之請求權也。於此二者之請求權，須應並存。但債務人因免除自己債務，其所得之利益，須償還於債權

人(第百三十五條一項之但書)。

(丑)一部不能 債務之一部，因歸責於債務人之事由發生履行不能者，則債務人履行其可能之部分，得請求對待給付之全部。但債務人因免除自己債務，須償還其所得之利益於債權人。

又者，全部之不能，因不有交換的履行債務之故，所以債權人之同時抗辯權，因此而消滅。一部之不能者，因當事人之雙方債務，尙有其存在，並因互相有其關係，故雙方均有同時履行抗辯權。

(乙)雙務契約附有條件之時：

(子)全部不能 雙務契約，在停止條件成否未定間，由歸責於債權人之事由，致債務發生履行不能者，其條件雖至日後成就，然不得謂此種債務，由原始不能而發生之也。蓋此種理由，與

歸責於債務人致發生履行不能之事爲同一。即債務人，可向債權人請求其由於條件成就時所得之利益之賠償。

(丑)一部不能 債務之一部，在停止條件成否未定間，因歸責於債權人之事由，致履行不能時，而履行可能之部分，由於條件之成就，可發生雙方債務。故債務人向於債權人，得請求對待給付及損害賠償。

又者，雙務契約附有解除條件之時，而由於歸責於債權人之事由，致發生履行不能者，則其效果與無條件相同。且附有停止條件之全部不能，因不發生雙方債務，故亦不發生抗辯權。一部不能者，唯可能部分所發生之債務，發生其抗辯。

(二)雙務契約以特定物之物權設定或移轉爲目的之事情

(甲)雙務契約爲單純契約之時：

履行不能之事，不可歸責於債權人或債務人者，尚使債權人負擔其危險。而歸責於債權人者，當然履行不能之損害，應令債權人負擔之。故目的物滅失時，而債務人由其履行不能，負其債務。然對債權人，不失其對待請求權。且目的毀損時，債務人給付既存之給付，得請求對待給付之全部。

(乙) 雙務契約附有條件之時：

(子) 目的物滅失之事情 此於停止條件成否未定間，而目的物由於歸責債權人之原因而滅失時，則條件雖至日後成就，尚不發生債務者，與因歸責於債務人之事由，致目的物發生滅失之事為同一。然債權人置目的物於滅失，又因此免除其履行不能之責任者，似無十分充足理由。故債務人得請求其於條件成就時，所應得之利益之賠償（二四五條及九四五條）。

(丑) 目的物毀損之事情 此種目的物，在停止條件成否未定間，因歸責於債權人之事由

致生毀損者，則毀損之部分，不發生債務。然殘存之部分，仍發生雙方債務。故債務人給付既存之物，得請求其對待給付。然債權人不能免其履行不能之責，故對債務人，須負擔此種損害賠償。且債務人又得向於債權人，請求其對待給付。

### 第五節 爲第三人所爲之契約

#### 第一款 總說

爲第三人所爲之契約者，當事人之一方，依契約允向第三人爲其給付，因此第三人得對於允約人，直接取得請求給付之權利也（五三九條）。此種約爲給付之當事人，稱爲諾約人。其相對人，稱爲要約人。

認爲第三人所爲之契約者，屬於近世之事。然羅馬法視此種契約爲無效，而尋其理由，則曰各人均爲自己利益而行動，未有爲他人而行動也。尤其依賴他人，則更爲不可焉。故主張無利益



者無訴權 (Sans interet, point d'action) 卽諾約人，不有取得此種債權。至於取得財產上利益之第三人，亦非契約之當事人。何則？第三人預於契約，何能取得此種權利？卽所謂或人之間所爲之事不得爲他人之利或害 (Res inter alios acta, atis neque neque professe potest) 者，謂承諾人不能直接取得債權也。但羅馬法唯限於財產上之利益，有例外的承認此種契約之效力。然由共同生活之必要方面觀之，爲他人利益而締結契約之事，須與爲自己利益而締結契約之事，同一獎勵之。且保護權利的利益者，非祇限財產上之利益，若然恐不能適合於現今之社會。蓋近世經濟發達之社會，日益增加此種契約，如保險契約、信託契約、運輸契約及年金契約等，可爲其例。故諸國之立法，如德國 (Sweinz) 債權法，以名文認爲第三人所爲之契約，且例外的又認其效力。法國則擴張至於判例，亦有適用之者。我民律草案，則設有此種規定 (五三九條至五四二條)。

## 第一項 爲第三人所爲之契約之性質及其成立之要件

〔一〕爲第三人所爲之契約者，當事人之一方，向於相對人約束其於第三人實行給付也。故契約當事人以外之第三人，雖直接取得債權，但其契約不以給付爲目的者，非屬於此種之契約。例如代理人之締結契約，蓋爲第三人所爲契約之要約人，必須自爲契約當事人，表示其意思而取得契約上之債權也。但無權代理人爲本人而爲契約者，雖酷類此種契約，然因無權代理人，不外構成本人意志之一種機關而已。且遡自契約成立之時，其契約須經本人追認，始生效力。然爲第三人所爲之契約則否，而要約人必使第三人以自己意思取得契約之債權，並須以自己作爲意思表示之當事人也。

〔二〕爲第三人所爲之契約者，以使第三人取得債權爲目的也。故契約當事人之一方，雖有向於相對人約須給付於第三人者，但此契約，若不以使第三人取得契約上債權之意思而締結

者，非屬於此種之契約。例如甲對乙負擔債務，而丙與甲締約欲代為履行之時，則丙之意思，唯對甲負擔其債務而已，並未有對乙表示負擔債務之意思也。

(三) 爲第三人所爲之契約者，以直接使第三人取得債權之事爲目的也。依第三人之承諾，雖發生使第三人取得債權之效果，但此種之契約不爲爲第三人所爲之契約。何則？第三人須自爲契約當事人，並由其意志表示，始能取得債權。然只有承諾者，而當事人對於第三人僅爲要約而已。故欲發生第三人權利者，須以第三人之意思表示爲必要（五三九條二項）。是以第三人之債權，非由於要約人移轉而來，實由其固有獨立之權利而發生也。蓋第三人之債權，若由要約移轉後，始發生債權者，則其契約乃通常之契約，非屬於爲第三人所爲之契約也。若是，欲使此種契約成立，必諾約人對於第三人，實行其給付，並就於使第三人直接取得給付之請求權之移轉，必以諾約人與要約人間之合意之成立爲必要。至於第三人，不論其爲法人與自然人，唯有現實存

在者，則契約輒可發生效力。又者，諾約人之給付，雖不論其爲作爲與不作爲，然其給付之事，常有原因。或其原因在於使要約人負擔反對債務者。或其原因對於要約人以贈與爲目的者。如斯契約內容一部之原因事項，雖有此種原因之存在，然其當事人之合意，有不能成立者，則爲第三人所爲之契約，亦不能成立。如此，諾約人與要約人之關係，乃使諾約人對於第三人負擔債務之關係，而此稱爲補償關係。此補償關係，有代價關係者，則要約人向於第三人取得其債權，卽要約人與第三人之間有原因關係也。但此種關係乃內部的關係，非構成契約內容之要件，因而此關係之合意，在爲第三人所爲之契約，不有何等必要也。

## 第二項 爲第三人所爲契約之效力

### 第一目 關於第三人之效力

〔一〕第三人取得權利之基礎 第三人直接取得債權之事，基於何種法律上之理由乎？此

有種種見解，舊說以第三人之意思，爲取得權利之基礎。屬此者，有承諾說、代理說、讓與說、受權說等。然是等學說，多蔑視當事人之意思，並以與此相對之事實，創立爲一說，此未免過於技巧，逸於眞像，且不適於實際也。予意此等見解，實胚胎於羅法，即唯由契約當事人之合意，認第三人可直接取得債權者，實不合理，是故強以第三人之意思，爲其取得債權之意思。然以契約當事人，直接使第三人取得債權之意思締結契約者，欲發生當事人希望之效果故也。故欲適合於社會生活之必要，須以當事人之契約爲一個法律之要件，並直接對於第三人授與債權者，未必不合於理，且適應社會之必要而認識實在法者，實屬於法律學上當然之任務。迨至第十九世紀末葉，關於爲第三人所爲之契約，又發生一種新說，但其說明之形式，不能一致，故分別述之如下：

(甲)單獨行爲說 要約人之債權，雖生自契約自體，然第三人之債權，與由諾約人之一方的意思表示所生之債權相同。

(乙)合同行爲說 要約人與諾約人間之契約，在當事人間，雖爲契約，然對第三人之關係，乃有同一內容之一方的意思表示之集合行爲，即不外合同行爲是耳。故第三人之債權，實由此合同行爲而生也。此說似於要約人與諾約人間之契約以外，必須更立一個法律要件者焉。即以契約上一個之法律要件，分割爲二個也。恰如契約與單獨行爲，或契約與合同行爲者，誠不合於實事之真相。蓋契約之成立，唯在於諾約人與要約人間之意思表示，能相合一，故不能認其有獨立的單獨之行爲也。

(丙)契約說 此說謂第三人不基於自己意思，而直接取得諾約人之債權也。其效果乃諾約人與要約人之所期望故耳。即第三人之債權，加以契約當事人之希望者，實適合於法之目的，故法認此契約者，亦不外發生當事人所冀望之效果而已。

(丁)我民律之解釋 據民律草案第五百三十九條第一項言之，則第三人之債權如由於

諾約人與要約人間之契約，直接而發生。但據同條第二項，則第三人之債權，如由於第三人之意思表示而發生。然則民律之解釋，若以契約說爲正當，則第三人之取得債權之基礎，理論上在於諾約人與要約人間之契約者爲妥。因而第二項者，不外規定第三人之取得權利之條件耳。

〔二〕第三人之取得權利之條件 第三人權利發生之原因，實在於契約，故附以條件得停止之。然其契約之當事人當締結契約之時，嘗有尊重第三人之意思，而使取得債權也。故推測契約當事人之意思，而以第三人之受益意思之表示，爲其債權發生之條件耳。如斯當事人以不附有停止條件之意思而表示之時，或以受益之意思表示以外之事實，爲停止條件時，則從其意思表示，可發生契約之效力。

### 〔三〕第三人之權利：

(甲) 受益意思表示前之第三人之權利 第三人在受益意思未表示之間，當然不能取得

契約上之債權。然爲受益之意思表示，而由此可取得債權之權利。此權利稱爲受益權。而其目的在於變更法律關係，亦可爲一種之形成權。受益權當契約成立時，始能發生。而其消滅之原因，在於受益權之放棄，以及時效與斥除時間之經過是也。

(乙) 受益意思表示後之第三人之權利 據第五百三十九條第二項言之，第三人對於諾約人，有表示享受其利益之意思時，始能取得其債權者，所以防實際上無益之爭論也。其內容如何，並其與契約上抗辯之關係如何，須更詳細述之，方可明瞭：

(子) 第三人之債權之內容 第三人債權之內容，實由於要約人與諾約人間之契約而定之。但第三人若加之以變更，則其意思表示，不能發生效力也。且第三人之債權與一般債權，有同一性質，故諾約人對於第三人，或因不履行給付，或因歸責於自己而發生履行不能之時，則第三人亦有請求損害賠償之權利。但因第三人不爲契約當事人，而以不履行給付或履行不能之故，解



除契約者，不可也。

(丑) 第三人之債權內容之確定 第三人表示受益意思之後，則契約之當事人，不能變更或消滅其取得之債權(第五百四十條)。蓋第三人之債權之發生，實由於契約自體，苟契約成立後，變更其內容或消滅之者，換言之，即變更第三人之取得債權或消滅之者，實有侵害第三人之受益權。且第三人依受益之行使，始能在於取得契約上債權之地位。而此地位，含有法律上所謂希待權保護之性質，故不得侵害之。

(寅) 第三人之債權與契約上抗辯之關係 要約人與諾約人間之法律關係，若為雙務契約而履行之者，則諾約人給付於第三人，必至要約人之對待債務履行止，始得拒絕自己債務之履行(五二一條)。更進而言之，要約人之負擔對待債務，因歸責於要約人之事由，致不能履行時，而諾約人得解除契約，並得消滅契約之效力(五四七條)。又者，諾約人受要約人之詐欺或脅迫，

而締結爲第三人所爲之契約者，得撤銷之（一八五條及一八六條）。有錯誤者，得主張契約爲無效（一八一條）。故以上所列舉種種之事情，而諾約人固可對抗要約人。至於基其他之契約，亦得抗辯之。且對於第三人又得主張其抗辯，並拒絕其債務之履行。但諾約人不基於爲第三人所爲之契約，雖對要約人有其抗辯者，然此抗辯未有對抗第三人之理由。

## 第二目 關於契約人之效力

當事人間之契約，既生有效力，則當事人間之債權債務，亦可成立也。故第三人以外之要約人，對於諾約人，亦有請求給付於第三人之權利。但依當事人之合意，唯使第三人取得債權之事，若無害於社會之利益，則此種合意，固爲有效。若無此種合意，則債權歸於要約人取得也。

### 〔一〕要約人之債權

（甲）要約人債權之內容及其發生之要件：

要約人之債權云者，謂要約人請求諾約人，給付第三人之權利也。而其內容，與第三人使諾約人對於自己而為給付者，不相差異。但其債權與第三人之債權，不相關係，而能獨立發生與否之問題，而吾人不免有所疑問。或謂第三人債權之發生，雖必需第三人受益意思之表示，然第三人受益之意思表示，其目的唯在於第三人之債權，故要約人之債權與契約之成立，必同時發生也。然諾約人未對第三人負擔債務之時，無須要約人請求其對於第三人，實行其給付。是以上述之理論，未見十分妥當。何則？要約人之意思，在於欲使第三人取得債權，並欲使諾約人對於第三人，實行其給付。而在第三人之債權發生前，未有關於第三人之給付，欲其發生債權債務之意思。且第三人之債權與要約人之債權，須以其發生之條件為同一也。

(乙) 要約人之債權與第三人之債權之關係：

此種二個之債權，雖由於同一契約而發生，然其內容，有相差異。即此種二個之債權，不為連

帶債權之關係，換言之，諾約人唯對於第三人為其給付也。但對要約人，雖履行其給付，然其履行，不能取消此二個之債權。夫此種二個之債權，以對於第三人之給付為目的之點，與連帶債權之關係，有相類似。即諾約人向於第三人而為給付者，同時亦向於要約人，而履行其給付者焉。其結果，即：

(子)第三人行使債權，受領給付之時，而第三人之債權，必因此而消滅。同時而要約人之債權，亦因此而消滅。

(丑)第三人之債權，由免除、混同、或時效而消滅之時，則要約人之債權，亦因此而消滅。

(寅)由於歸責於諾約人之原因，而生給付不能之時，而第三人對於諾約人，得請求損害賠償。如此則要約人之債權，亦當變為諾約人對於第三人，請求損害賠償之債權也。至於第三人，因其不為契約當事人，故無契約解除權。且要約人解除契約之時，雖可撤消第三人之損害賠償之

請求權，然第三人之損害賠償之請求權，因其性質上乃本來債權之變化，即本來債權之繼續，故要約人不得任意解除契約也。

## （二）諾約人之債務

諾約人之債務云者，謂承諾人對於第三人及要約人負擔債務也。此因已述於上，茲不復贅及。

## 第六節 契約之解除

契約之解除 (Resolutio, Resolution, Rücktritt) 云者，謂因契約所生之法律關係解除之，使回復未締結此契約之狀態者也。此解除，有種種不同之處：或因當事人之意思而解除之；或依法律之規定而解除之。至其原因，又爲千差萬別，故此章唯就其因法定事情中最重要之不履行，而致解除之各種契約之共通點，述之如下：

## 〔一〕解除之行使

當事人之一方，依契約或依法律之規定，有解除契約之權利者，則其行使解除權，須向相對人以意思表示爲之（五四三條）。如法國法律（一一八四條），不依裁判上之方法。此因交易上之需要，特選簡易手續故也。然在裁判上以對於相對人請求之抗辯，行使解除權者，固無不可。且此種解除，乃訴訟之行爲，同時又可爲法律行爲。解除須對於契約之相對人而爲之。蓋解除因其已成立於當事人相互間之契約，而欲斷絕其關係者，須應向於相對人，表示其意思。因而解除之通知，必到達於相對人，然後始能發生效力；其後更不許撤銷之也（五四三條二項）。至於解除之意思表示，可附條件與否之問題，而法典上雖無規定，但附以條件者，須無妨害相對人之利益，如以相對人之行爲爲停止條件者許之。此外如當事人之一方有數人者，其契約祇得由其全體或對其全體解除之（五五六條）。此稱爲解除權不可分之原則。蓋有數個當事人之時，祇就其一人而

解除之者，不但其法律之關係，生種種煩雜，且有違反締結契約之目的。然此理論，恐非根據於公益上之理由，故由當事人之契約，得與此相異而定之可也。且解除之意思，須在同時表示者，亦非法律之要求，故不能同時表示者，亦可也。但其數人表示解除之意思，以最後之意思表示，爲發生解除之效力。更就此種情形言之，當事人之一方有數人者，其解除權於當事人之中，有一消滅者，則於其他人之解除權亦應歸於消滅（五五六條二項）。蓋此欲避僅就契約當事人之某人，發生解除之效果故也。但當事人中，有爲特約者，當然可認其有發生相異之結果。

## （二）解除之效果

契約之各當事人，當解除契約之時，有使相對人負恢復契約前原狀之義務（五四四條一項）。此稱爲原狀回復之義務。如此解除，非謂生回復原狀，乃謂生原狀回復之義務也。詳言之，原狀回復義務者，非現存利益返還之義務，乃使發生與自初不受給付之同一結果也。此更分析說

明之：

(甲)債務履行上物權之設定或移轉，基於是等權利還返之請求權，而為物權契約之時，始生物權再移轉或其消滅。即解除者，只在發生債權效果而已。

(乙)債務履行上所為之勞務或物之使用者，當契約解除時，而其原狀回復之義務，在法典上雖無規定，然是等之給付，亦可發生不當利得還返之義務，故當契約解除之時，必須返還其所受給付當時之勞務，或物之使用之價格（客觀的價格）。

(丙)茲就果實言之，給付之物或權利，生果實之時，其給付之物為金錢者，不問其所取得果實之額幾何，但須由領受時起，添附之以利息（五四四條二項）。其他之果實，在法典上雖無規定，但法律認其原狀回復義務之目的者，則所獲得之果實，當解除契約時，必一切還返之也。然此與金錢之給付及與有惡意占有之事情不同。即事實上不有收取果實者，不負償還之義務。



(丁)給付之物，若歸於滅失或爲毀損者，則須應還返之給付之價格，基於價格還返義務之理由，不論過失之有無，必負價格還返之義務。若基於相對人或第三人之不法行爲，則領受人，其不法行爲，得保有損害賠償之請求權。蓋契約之解除，唯在於消滅債權債務而已，而領受人有所有權之事實，不因此而消滅也。至於因不歸責之事由而生物之滅失或毀損者，當然還返之義務人，不負此種之責任。

(戊)基於原狀回復義務，而還返目的物之人，支出保存費或有益費，得請求其償還與否之問題，在法典上雖無規定，然於相對人利得範圍內，可認其有妥當之點。蓋原狀回復義務之目的，唯在於使回復無給付之狀態，非在於使相對人利得之也。

茲據第五百四十四條第一項之後段言之，解除者，不得害及第三人之權利也。蓋解除唯在於發生債權的效果而止，即解除乃發生原狀回復之債務，非發生回復原狀也。故不有影響於第

三人之權利者，則還返之義務人，唯負有使第三人之權利，歸於消滅之義務而已。更據同條言之，解除權之行使，與損害賠償之請求之關係，在各國立法例，而各有不同之規定。或有關於損害賠償之請求與解除權之行使，許債權人得選擇其一者（德民律三二五條）。或有與此相反者，即因債務不履行而為解除者，則其不履行所生之損害賠償，更得請求之也（法民律一一八四條二項）。或有因契約消滅所生之損害，而債權人當解除契約時，得請求其消極的契約利益之賠償者（瑞債一〇九條）。日民律則與解除同時，得為損害賠償之請求。而我民律草案五四四條之文意，亦謂不能還返目的物者，雖依解除權之行使，亦應賠償其損害也。至於解除契約之人，原則上自有損害賠償請求權，然相對人，未必不有此種損害賠償請求權也。例如甲在履行遲滯後，就乙之債務，因歸責於乙之事由而生履行不能之故，得實行解除契約者，則甲以履行不能為理由，固有損害賠償請求權；然乙因甲遲滯履行，亦有其損害賠償請求權。故就第五百四十四條第三

項言之，則其權利亦有存續也。此外尚有雙方之債務，雖不生自雙方契約，但於雙方債務間，認其有牽連關係適合於公平原則者，須認其有同時履行抗辯權也。故其解除之結果，而雙方當事人，有負擔原狀回復之債務（五四五條）。

### 〔三〕解除權之消滅

解除權云者，謂帶有形成權性質之財產權，依共通消滅原因而消滅之也。

（甲）拋棄 財產權本以一方的意思表示，得拋棄之。故解除權之拋棄，無需訂立契約也。但其意思表示之方式，法典上雖無特別規定，然較諸取消權之拋棄（追認）及債權之拋棄（免除），猶以向於相對人表示其意思為必要。

（乙）時效 解除權因其為形成權之故，其時效期間，須從第三百零四條之規定，此說理論上甚難採用之。

(丙)行使 當事人有定解除權存續期間者，若在其期間內，不行使解除權，則解除權當然歸於消滅。故解除權之行使，未定有期間者，相對人對於解除權人，得定相當期間而為催告，使其不確定之法律關係，變而為確定也（五五〇條）。此乃民律上時時使用之手段，而其要件與效果無庸詳述之。

(丁)行爲與過失 有解除權之人，因自己之行爲或過失致契約之目的物變爲毀損或不能還返者，則解除權因此而消滅。

(戊)加工與改造 有解除權之人，由於加工或改造，使契約之目的物變爲他種物件者，則解除權因此而消滅（五四八條）。加工（Bearbeitung）及改造（Umbildung）之原物，在變形範圍內，有差異之程度，最少須有變更目的物種類者，始得撤銷解除權。而其變更之種類如何，必從交易上之觀念而決之。如此目的物之毀損，致還返不能或變更者，祇在於使行爲者之解除權消

滅之而已。此外相對人之解除權，不因此而滅失。

(己)債務之不履行與其消滅 以債務不履行爲原因之解除權，因債務之消滅或不履行之消滅，而歸於消滅。故履行之遲延或不完全之履行，雖對相對人，發生解除權，然有解除權之人，當債務人從債務本旨而爲履行之後，始表示解除意思者，則解除權當然歸於消滅。反之，當訂立契約時，若有聲明債務人不履行義務，當即喪失其契約所生之權利者，則債務人有不履行其義務，而債權人即可解除契約也（五五一條）。

## 第二章 契約各論

民律草案所定之契約，共有二十種，如買賣、互易、贈與、使用借貸、消費借貸、僱傭、承攬、居間、委任、寄託、合夥、隱名合夥、終身定期契約、博戲及賭事、和解、債務約束及債務認諾、及

保證等是也。其中買賣，爲有償的典型之契約，贈與，則爲無償的典型之契約。而買賣又爲各種有償契約之最。故余先就買賣與贈與兩種契約，特加詳細說明之後，餘則略舉以明其本義而已。

### 第一節 買賣

#### 第一款 買賣之性質

凡買賣 (emtio-venditio, sale, vente, kauf) 皆由當事人之一方，約明以某財產權移轉於相對人，而相對人亦約明以其價金付之，使生其效力。茲將其法律上之性質述之如下：

〔一〕買賣者有償契約也。買賣之出捐，有相互原因，並有相互對價之關係。故買賣之爲有因行爲及有償契約者必矣。

〔二〕買賣者以移轉財產權爲目的也。此於有償契約中，可爲買賣之特徵：

(甲) 財產權之性質，除不爲交易目的外，餘皆得爲買賣之目的。例如所有權、制限物權、占有

權、債權、無體物權等，均可爲買賣之目的。但財產權未必須屬於賣主。如以他人之物或權利爲買賣者，均爲有效（五六二條）。至於財產權不要爲現存之物，如將來收獲果實，或將來製作物品，皆可爲買賣之目的。此外則財產權不以特定之事爲必要，即不特定之物或權利，亦可爲買賣。然有財產的價值不爲財產權者，不得爲買賣目的之物。例如業務上祕密之類。

（乙）買賣必以支付價金爲目的。其債務之金錢，得用自由貨幣；至於價金之額，應債權之成立，於必要程度內，得確定之。即有不確定者亦可。

（丙）財產權之移轉與價金，須有相互對價之關係，此即買賣爲有償契約之當然結果也。

〔三〕買賣常爲債權契約乎 此即當事者，不表示使債權成立之意志，而即時實行交換給付之買賣（現實買賣 *Realkauf*, *Handkauf*），可爲債權契約與否之問題，而議論亦有分歧。如德國之多數學說，則以此種買賣爲債權契約，然據下述之理由，以此爲非債權契約者有之：

(甲) 現實買賣之當事人，雖負擔財產權移轉之債務，但不有履行意思，即財產權移轉之債務，不基於當事人之意思者，不認其為契約也。

(乙) 債務之成立，與履行同時發生者，實屬債務本來之性質。即成立與消滅同時發生者，理論上不有採取之餘地。

(丙) 或謂現實買賣，若不為雙務契約，恐發生不當之結果。然危險負擔及同時履行之問題，在現實買賣，自無疑義，唯擔保義務，略生疑問耳。蓋擔保義務，乃法律上規定之義務，故買賣不基於雙務契約，而依有償契約解釋之可也。即令現實買賣，雖不為雙務契約，而認其有擔保責任者，無甚障礙。因而採取非債權契約說，未必有其不當之處。

(四) 買賣者諾成契約也。即買賣唯由意思表示之一致，即可成立。是以當事人履行給付之事，不為買賣成立之要件。



## 第二款 買賣之成立

〔一〕買賣者，對於財產權之移轉，而以價金支付爲目的之諾成契約也。關此二點，而當事人之意思表示，若能一致，則買賣即可成立。此外如契約之費用、債務履行之時期、及所在擔保責任等，不以合意爲必要。但依預約及法律規定，認買賣締結義務者，作爲例外也。

〔二〕當買賣契約締結之時，由買主交付於賣主之金錢，或其他之有價物，稱爲定銀(*arraha*, *Draufgabe*, *arrhes*)。定銀之交付，不獨專就買賣而言，唯因實際上關於買賣，而先付定銀者爲多。故民律在買賣章節中規定之，又可爲其他有償契約之準則。然德國民法，則以定銀與違約金共定於債權總則之中(德民法三三六條乃至三三八條)。

(甲)定銀之授受，以金錢或其他有價物之交付爲要素；故其爲一種要物契約也。且就買賣或其他之契約言之，則爲一種從契約。至於授受定銀之目的，未必須爲同一，故其效力亦有差異。

茲舉學者所公認定銀之種類，述之如下：

(子)證約定銀(*arrha confirmatoria*) 此種定銀之目的，在於證明契約之成立也。

(丑)違約定銀(*arrha poenalis*) 此種定銀之目的，預備作為不履行契約上債務之違

約罰而沒收之也。

(寅)解約定銀(*arrha poenitentialis*) 此種定銀之意義，在於授者拋棄之，得解除契約。

而受者若倍償其額，亦可解除契約。

(乙)據上述定銀之各種類，必以各事人之意思表示決之。但有定銀習慣者，得補充當事人之意思表示。若當事人不為特約及不有習慣者，則須照民律所定解除定銀之性質(五五九條)。

(三)買賣契約之締結費用之負擔，有特約者，則不成為問題；否則當事人雙方，須平分負擔之(五六〇條)。茲所謂關於買賣契約之費用者，非還返契約上債務所需要之費用，乃締結契約

之所需要費用也，例如製作證書之費用，及評價目的物之費用。

### 第三款 買賣之效力

#### 第一項 賣主之義務

買賣效力所生之賣主義務，可分二種：其一，乃買賣之法律行為的效果之義務，即財產權移轉之義務是也。其二，乃買賣之法律行為的效果之義務，即擔保責任是也。

#### 〔一〕財產權移轉之義務

（甲）買賣者，以財產權之移轉及金錢，給付之交換為本體。故買賣契約成立之時，若不移轉財產權者，則賣主須負擔財產權移轉之債務。反之，現實買賣者，因買賣成立時，輒移轉財產權之故，當然不生移轉之債務。

（乙）賣主負擔財產權移轉之債務者，其目的在於欲使買主完全取得財產權，故須履行一

切必要之行爲：

(子)賣主必須移轉財產權者，在羅馬法時代，而賣主祇要交付目的物，繼而使買主占有之而已。然在近世之法律則否，以移轉所有權或其他之權利爲必要。

(丑)賣主在原則上移轉主物之外，更須移轉從物者，乃物之定義，茲固無庸贅述。然則附屬的之權利如何，理論上亦應如斯解釋之也。果實則於目的物交付之前，屬於賣主者，自然不要移轉諸買主。但果實或屬於賣主者，則其通常之必要費用，屬於賣主負擔。

(寅)移轉之所有權或其他權利，關於對抗第三人之必要行爲者，則不動產物權，必須註冊。動產物權，須要移轉物件。債權，必要割讓通知。

(卯)財產權之內容，在於占有者，須移轉其占有。如動產物權欲對抗要件成立者，必要移轉其占有。

(辰)移轉之權利，有必要書類者，須交付於買主；例如債權證書。

## (二)擔保責任：

(甲)買賣爲有償契約之故，若賣主應移轉之財產權之一部或全部，而不得移轉者；或其移轉財產權之目的物，有瑕疵者；則賣主應負瑕疵之責任。此不但適合於有償契約之性質，且交易上信用之保護，亦必不可少也。羅馬法以來，諸國之法制及我民律，認此擔保責任者，悉根據於此。夫擔保責任之規定，非定債務不履行所生之法律效果。即特定物之賣買，在締結契約時，有瑕疵者，乃原始的一部不能，非後發的一部不能，故不得以債務不履行論之。又者，擔保責任可爲過失之責任乎？余謂民律就於一般，須採取過失責任主義。例外者，則爲無過失責任也。是以賣主之擔保責任，乃屬於此例外之一。如賣買時特定物之有瑕疵，或數量不足者，乃原始的一部不能，並不能以賣主之過失之事爲要件。故學者以買賣之擔保責任，爲無過失責任。

(乙)民律上關於擔保責任之規定，本不爲強行之法規，實乃補充的規定也。故當事人有特約者，須從其特約爲必要。此分爲二：

(子)免除或輕減法定責任；

(丑)加重法定規定。前者有五百六十六條之規定，其特約本爲有效，但有例外者。如賣主不告知權利有瑕疵者，須負擔擔保責任。換言之，此種特約，實屬於詐欺行爲，卽有詐欺，而不負責任者，大反社會之良俗，故認其爲無效（五六六條）。更有爲第三人設定或移轉權利者，則賣主尙有責任。蓋如債權或其他權利之賣主，應擔保權利之存在。又如有價證券之賣主，應擔保該證券，不爲公示催告之標的物者。此皆爲保護交易上誠實及信用之行爲，並以護買主也。後者乃加重法定責任之特約。而民律唯關債權之買賣，設有特別規定。然就其他之買賣，有此特約者，不爲違反公序良俗。故其在契約自由原則上爲有效者，固不俟言之也。夫債權買賣之賣主，就於權利之所屬，

權利之瑕疵，而任擔保責任者，乃一般之原則。然就債務人之償還資力，以無擔保責任為原則。但買賣之當事人，往往有為資力擔保之特約者。

(三) 擔保責任分為二種：

(甲) 權利瑕疵之擔保 (Gewährleistung für Mängel im Recht) 權利瑕疵之擔保責任云者，謂賣主不有買賣目的之財產權全部或一部之故，是以不得移轉其財產權於買主，而生其責任，或有因其移轉之權利不足之故，而生其責任也。此在理論上可分為二：

(子) 權利之全部或一部屬於他人者；

(丑) 買賣目的之財產權，當締結買賣契約，不有存在者。前者因有權利存在，故買賣契約，非以不能事項為目的。反之，後者權利之一部分，因其不有存在或因有缺點，故其買賣，乃以原始的一部不能之事項為目的之契約也。

(1) 關於他人權利買賣之擔保責任(五六三條)

(A) 權利之全部屬於他人之事情：

(a) 擔保責任發生之要件者，因買賣目的之所有權或其他權利，屬於他人，不能移轉於買主也。換言之，不能移轉財產權之一切事項未必皆發生此種責任，例如自始不有權利存在，或賣主取得之而未移轉於買主之時，歸於消滅者，不生其擔保責任。

(b) 擔保責任之效果，乃買主取得解除權及損害賠償之請求權也。解除權，買主固常有之。然賠償請求權，唯其為善意者，則買主保有之。蓋當締結買賣時，而買主知買賣目的之權利，不屬於賣主者，則其交易，不要特別保護，因而解除契約，使復無締結買賣契約之原狀者可矣。

(c) 賣主當締結契約時，不知他人之權利不屬於自己者，則取得之而不能移轉於買主之時，當然賣主亦有解除權。此若買主為善意者，則賣主須賠償其損害；否則不要賠償之。蓋賣主取



得解除權之事，本不屬於擔保責任之問題，然此亦可爲由於他人權利之買賣所發生法律效果之一，故與擔保責任有相互之關係，所以特舉以明之也。

(B) 權利之一部屬於他人之事情：

(a) 擔保責任發生之要件，因買賣目的之權利之一部，雖屬於賣主，然其他之一部，屬於他人，不得移轉於買主而生其責任也。例如以共有物爲自己之物售賣之，而其中有一部屬於他人之類。

(b) 擔保責任之內容，乃買主取得價金減少請求權（或解除權）及損害賠償請求權是也。一般學說，常以價金減少請求權，解爲契約一部解除權。但其行使方法及效果，須從解除規定者，固不待言。至於契約全部之解除權，唯限善意買主有之。且關此點，而與價金減少請求權，有不同之處。蓋買主知權利之一部，屬於他人，而僅就其一部，受權利移轉而已；因而無須授與全部解除

權之必要。

(2) 權利不足之擔保責任

指示數量而爲買賣，但其物件有不足者，及賣買物件之一部，在締結契約時，已滅失者，咸與權利之一部屬於他人之事相同。故理論上買主有價金減少請求權（或解除權），及損害賠償請求權。

(a) 此種擔保責任發生之要件，乃指示數量而爲買賣之物件之不足，與買賣物件之一部在締結契約時之滅失。茲更分析詳言之：指示數量而爲買賣云者，就於特定物以一定容積、重量、個數或尺度，提示於買主而爲買賣之謂。故賣主須明示一定數量，並要以其數量爲基礎而定價金額也。物件之一部，在締結契約時而滅失云者，即存在之物件，於締結契約時，滅失其一部之謂，非包含締結契約後而滅失之謂也。以上各事情之買主，須爲善意，否則不有價金減少請求權。

(b) 此種擔保責任之內容，由上述之權利一部屬於他人之事，可推想而知之。但買賣物件之不足，與目的物有隱蔽之瑕疵，頗相類似。故以此作為瑕疵擔保之一種論之，未云不可。但由理論上考察之，以特定物之所有權為目的之買賣，固不能移轉其一部，故其權利當然有瑕疵與不足之擔保責任之分別。總而言之，此種權利之不足，若在締結契約當時之為不足者，則其擔保責任，乃原始的一部不能之責任。

(c) 買賣目的之權利，依他種權利受有制限者（如地上權地役權質權等之權利），可對抗第三人之買主。而在其範圍內，買主發生其所取得權利之不足。其結果，則擔保責任與上述之擔保責任相同。即對於權利瑕疵或不足之責任也。且此種責任，亦以買主之善意為要件。並此種擔保責任之內容，即買主有解除權及損害賠償請求權是也。但不認其有價金減少請求權者，為數量不足之事難於計算故也。

(2) 物件瑕疵之擔保 (Gewährleistung wegen Mängel der Sache) 瑕疵擔保之法律上性質，有種種學說。多數學者，皆以擔保責任之根據，由於給付義務方面求之，即因賣主不完全履行其給付義務，而生擔保責任也。或以瑕疵擔保，解為義務違犯之效果者，即賣主對於買主，負有告知物件瑕疵之義務，其對於特定物瑕疵之責任者，乃對於告知義務違反之責任而言也。然未締結買賣契約之時，而當事人不有法律關係，故不得謂賣主有負告知瑕疵之法律上義務。是以余意瑕疵擔保者，實由於買賣而生其法律上責任 (Gesetzliche Haftung) 也。蓋認賣主責任者，為欲適合乎買賣有償契約之性質，並保護其信用而欲適應乎交易之需要。因而對於原始的一部之不能，以作為法律所認定之特殊責任。但此種擔保責任之要件，乃買賣之目的物有隱蔽瑕疵故也。惟其瑕疵，須存在於締結買賣契約之時，否則賣主不發生其擔保責任。至於瑕疵須要隱蔽，而其隱蔽之瑕疵 (Vices on défauts cachés, Verborgene Mängel) 對於明瞭之

瑕疵 (Vices apparentes) 而言。但此種瑕疵，非僅指買主不知之瑕疵，乃謂用常人之注意力，亦難知之瑕疵也。由他方面言之，則買主須為善意無過失，否則賣主不負其責任。又者，瑕疵擔保之法律效果，即買主取得解除權或損害賠償請求權是也。蓋此種契約之解除，因有瑕疵存在，致買主不得達到其契約之目的，故買主當然有其解除權。至於因解除之結果，尚有損害存在者，而賣主對於買主，須負賠償責任（五七七條）。此外買主祇有損害賠償請求權而已。總言之，以上所述二個之權利，由買主知有瑕疵之時起，計至一年之內須行使之，否則逾一年者，因時效而必歸於消滅（五八五條）。

〔四〕強制執行之賣出 強制執行之賣出則有第六百零四條至第六百零六條之規定。而其擔保責任，則有第六百零六條第三項之規定。茲就其性質略述之如下：

（甲）關於強制執行賣出性質之學說甚多。大約可分為二點：其一、在於強制執行之賣出，可

爲買賣與否之問題。其二、在於強制執行賣出之賣主，爲何人之問題。

(a)或以強制買賣，爲買賣之一種；或以強制買賣，爲與買賣相類似之私法上行爲者；皆爲通常一般學說也。予意強制買賣，雖以債務人之財產，依國家機關賣出爲目的，然因其賣出之方法，乃用買賣形式，故謂強制買賣之性質，與私法上賣買之性質，不有差異。且民律規定強制買賣之擔保責任，亦以其爲買賣之一種爲前提故也。

(b)以強制買賣，作爲類似於買賣行爲解釋之者，則其賣主爲何人，須應決定之。關於此點，有定其賣主爲債務人、債權人、及執行機關三說。然余以第三說爲當。蓋執行機關，乃國家之機關，而其賣出，乃國家機關之賣出，故其賣主必爲執行機關。若然則債務人與債權人，皆可爲其買主。

(乙)執行機關，雖有依訴訟法競賣法處分他人物件之權限，但基此僅爲意思表示而已，故不能使其負擔擔保責任者明矣。是以負擔此種擔保責任之人，必爲實質上捐出物件之人，與由價

金支付而受利益之人；如此方可適合於擔保責任之性質。由此觀之，第一次之賣出人，必為債務人。至於第二次之賣出，受價金分配之債權人，須負擔此種擔保責任。此外關於強制買賣之擔保責任，不包含損害賠償為原則。蓋強制賣出者，非基於債務人之意思，故債權人常不知其對產為何種狀態也。然有例外者，即債權人或債務人有過失者，須負擔損害賠償義務。換言之，債務人知物件或權利有欠缺，而不聲明之者，或債權人知之而請求強制賣出者，則由強制而購買之人，應其過失，得請求損害賠償。

〔五〕基於擔保責任，解除買賣契約或請求價金減少時，往往當事人相互間，生對立的債務關係。此相互債務，非直接基於雙務契約。然其相互間以認其有履行上牽連關係為公平之故，得以第五百三十三條為準則。

## 第二項 買主之義務

原則上買主之義務，唯在於支付價金而止。至於如德國國民律，不認領受取得物之義務。蓋買主不領受取得物，唯生債權人之遲延，不生債務之不履行，故不爲契約解除權發生之原因。但依特約，定領受取得物爲買主義務者，固無妨礙（參閱第五百九十一條）。更就此種事情言之，目的物之不領受，雖發生債權人之遲延，然同時亦發生債務人之遲延。

#### 第四款 買回

##### 第一項 買回之性質

〔1〕買回 (Réméré, Wiederkauf) 云者，謂依買賣當時之特約，以賣主之意思爲契約之解除者也。而其特約稱爲買回特約。此解除權，稱爲買回權。夫認買回之經濟上之目的者，在於使不動產之賣主，他日又能取得其不動產也。至於依據買賣豫約，或依附有解除之條件，得達其一部之目的。但法律就於不動產，有保護其原所有者利益之必要，故認買回之特殊制度也。



(二)買回者，特殊之約定解除也。茲舉其特色如下：

(甲)買回者，唯關於不動產之買賣而已。

(乙)買回之特約，得與買賣契約同時締結之。

(丙)買回之效果，雖不影響於第三人，然以買回之特約，與買賣同時註冊或公布者，得以此對抗於第三人(六一三條)。

(丁)買回之結果，而賣主須應償還價金及契約費用(六〇七條)。

(戊)不得依單純意思表示，而為買回。

(三)買回權者，與賣主地位相關聯之形成權也。故不移轉賣主之地位，不得祇移轉買回之權。例如賣主之地位及買回權，共移轉於承繼人者，自可明瞭之矣。

(四)買回祇限於不動產買賣者，為動產在於實際上，不必要認其買回之者甚多。且因不有

公示其特約之方法。

〔五〕買回特約，唯與賣買契約，得同時訂定者，即解除權留保之特約，未必須與被解除之契約，同時締結之故。而此可爲買回之特色。

〔六〕買回權須於訂立特約後，在其五年之間行使之。蓋買回權行使之期間，如當事人有特約，應定於特約。否則依法定期間，俾買回權不至永久存在也（六一二條）。

### 第二項 買回權之行使

〔一〕買回權者，解除權也。故其行使方法，依第五百四十三條可適用之。即在買回期間，而買回之意思表示，須到達於相對人（買主）。蓋一般契約須至解除，始生原狀回復之義務，而對於債務之履行，不爲解除權行使之要件。然買回須於期間內，交付其價金（六〇七條）。

〔二〕買回權行使之人，乃買賣之賣主及其承繼人是也。此外如有買回權之債權人，雖不爲

承繼人，然得行使其買回權。至於行使買回權之相對人，唯限於買賣契約當事人之買主，及其承繼人。

〔三〕契約之解除，當然祇生債權之效力而已；並非因此而生物權之效力。至於買回，本為契約解除之一，而關於此點，雖無特別規定，然其效力，亦唯發生債權效力而已。詳言之，解除契約乃欲發生原狀回復之義務，而非發生回復原狀也。至論不動產之所有權，亦非因此復歸於賣主，乃為此而發生所有權移轉之債權耳。故解除權行使之結果，而賣主須提出買主所支付之價金，及契約之費用。至於價金之利息，固應返還於買主，然此可與買主就標的物所收受之利益，互相抵銷，以免彼此核算之不便，若此方能合於實際之情形。

### 第三項 共有權利之買回

〔一〕不動產之共有權者，不外不動產所有權之一種也。故就其買賣，得為買回之特約，而其

特約，關於上述買回之原則，可以適用者，固不待言。唯共有在買回特約後及買回權行使之間，就於共有物之分割，而民律設有特別規定（六一五條及六一六條）。

（二）共有物之分割，有協議上之分割與裁判上之分割二種。裁判上之分割，雖以現物分割為原則，然有不能之事情與有損價格之事，故得用拍賣手續，分割其賣得之價金。但賣主無論如何，均得以買主所受之部分或應受之部分或價金，而為其買回（六一五條）。

（三）共有物因分割而附於拍賣之時，若買主自為不動產拍賣人者，則買主得支付拍賣價金及依第六百零九條規定之費用，而取得不動產全部所有權之外，尚得專就買主之部分，而行使其買回權。但買主以外之人，請求共有物分割者，則賣主不得專就其應有之部分，行使其買回權（六一六條）。

## 第五款 特種之買賣

〔一〕貨樣買賣(Kauf nach Probe) 此種買賣，依貨樣而定其目的物之買賣也。通常雖以給付不特定物爲目的，但就特定物之給付而定貨樣者有之。前者必確保給付之物體，適合於貨樣；否則爲債務之不履行。後者須確保買賣之目的物，適合於貨樣之性質；否則發生瑕疵擔保之責任。至論給付之物體或買賣之目的，適合於貨樣與否之問題，均以契約之趣旨與交易之習慣而定之。其差異極輕微者，則買主不有契約解除權。但唯有請求適於貨樣之物之權利，或損害賠償請求權而已。

〔二〕試驗買賣(Kauf auf Probe) 此種買賣，乃買主就目的物適合於己意者，而爲購買之契約也。但此與預約不同，即推定其以買主之同意爲停止條件而訂立其買賣也。此又與買賣一方之預約不同，即依買賣完結之意思表示，不生買賣之效力；而依適意之表示，始生買賣之效力。

## 第二節 贈與

### 第一款 贈與之性質

贈與 (Donatio, donation, Schenkung) 之性質，爲古來各國法律及學說之所不一定。或不以之爲契約，卽遺贈亦包含於贈與之中。或以贈與爲贈與人之單獨行爲，卽無受贈人之承諾，而贈與亦可成立。又或雖以之爲契約，但僅爲移轉權利，並未爲有發生義務者。雖然，在近世之法律及我國之民律，第一、以贈與爲契約。第二、以贈與爲發生義務之原因。卽贈與云者，謂當事人之一方，表示以自己之財產，無償的授與相對人之契約也（六二二條）。

〔一〕贈與者契約也 卽唯依贈與人之意思表示，尙未成立，此外必需受贈人之意思表示。關於此點，乃贈與性質與遺贈性質差異之處。

〔二〕贈與者以授與財產爲目的之契約也 財產 (Vermögen) 云者，或謂屬於一定人財

產上之權利及義務之全體。或專謂財產上權利之全體。然茲所謂財產者，不包義務之謂也。至論授與財產者，非專指移轉既存之財產權而言，乃總稱一方生財產之減少，及他方生財產之增加，故如訂約割讓所有權、債權者，其設定擔保物權與其他制限之物權，亦屬於此。但移轉之財產，不必專屬於贈與之人，即使現在不屬於自己，而豫期將來可屬於自己者，亦可以此為贈與於他人之契約。

〔三〕贈與者常為債權契約乎 與締結契約同時不為指出行為之贈與契約，即所謂贈與約束(Schenkungsversprechen)者，雖為債權契約，但與契約同時為指出之贈與，即所謂現物贈與(Realschenkung, Handschenkung)者，可為債權契約與否之問題，而議論分歧不一。然余意現物之贈與，常基於贈與約束，而與履行債務，同時已有發生同一之法律上效果，故不得稱為債權契約，祇可為無價的財產上捐出之契約也。

〔四〕贈與，乃無償契約之「典型的」之物，而又類似於買賣之有償契約之「典型的」之物也。無償，乃無對價之謂。故令相對人，雖有負擔多少義務，然因其不爲對價，故亦可謂爲贈與。

〔五〕贈與與財產移轉之實行行爲，須應明瞭區別之。即贈與雖常爲贈與人與受贈人間之契約，但其實行行爲，不要爲法律行爲，而爲事實行爲者有之。其爲法律行爲者，非爲契約，乃單獨行爲也（免除）。

### 第二款 贈與之成立

〔一〕贈與契約者，由於贈與人與受贈人之意思表示之合一而成立也。而其合意之點，必須在於：

（甲）以一定之財產授與於受贈人之事。

（乙）其贈與必爲無償之事。



〔二〕贈與契約，不必以特殊之方式爲成立要件。但不依書據者，因其效力薄弱，故各國之民律，多依書據爲成立之要件（德五一八條、法九三一條、九三二條、瑞債二四三條等）。而我國亦然（六二三條）。

### 第三款 贈與之效力

〔一〕現物之贈與，以贈與效力發生應當移轉一定財產於受贈人之債務者，則現物之贈與，輒可發生財產移轉之效果。其債務與民律上普通之債務，不有差異。故贈與人若不履行其贈與，則生損害賠償義務。又者，受贈人若不受領贈與，則生債權人之遲延。至於贈與祇因故意或重大過失所生之事項，得免其責任。並無必要支付遲延所生之利息（六二六條）。

〔二〕依贈與之效果，而生移轉財產者，法典上設有特別規定。即贈與目的之物件或權利有瑕疵者，則贈與人任擔保之責（六二八條）。但有例外者，即：

(甲)贈與人知物件與權利有瑕疵，而不通知於受贈人者，須任擔保責任(六二八條一項)。蓋欲防止贈與人之惡意，而生保護受贈人之必要故也。

(乙)附有擔負之贈與人，若自己已為給付，得向受贈人請求實行擔負(六二九條)。蓋此種之贈與之負擔，並對應於此範圍之贈與之捐出，與有償契約之雙方捐出，有相類似故也。但當事人就於擔保責任，有為特約者，須依據之。

(三)贈與契約，有特殊取消之原因：

(甲)不依書據之贈與，唯限於未履行之部分得取消之。

(乙)此種取消之原因，乃契約之取消，非契約之解除，故不能適用解除之規定。

(丙)各國之法制，對於贈與，認特殊取消原因者不少。例如以受贈人之忘恩為理由之撤回(德民五三〇條、法民九五五條、瑞債二四九條)及以贈與人之窮因為理由之撤回(德民五二

八條五二九條、瑞債二五〇條)等。

#### 第四款 特種之贈與

〔一〕附有擔負之贈與(*donatio sub modo, Schenkung unter einer Auflage, donation avec charges*)者，乃使受贈人，負擔一定給付之債務之贈與也。

〔二〕死因贈與(*donatio mortis causa, Schenkung von Todeswegen, donation à causa de mort*)者，乃因贈與人之死亡，而生其效力也。

〔三〕混合贈與(*Gemischte Schenkung, negatum mixtum cum donatione*)者，當以財產之交換爲目的而締結其契約之時，其一方之捐出，唯對他方捐出之一部，有對價關係。但對他方捐出之殘餘部分，不有對價之合意者，則此種契約，稱爲學問上混合贈與。例如依廉價買賣而爲贈與之類。

## 第三節 互易

互易(Permutatio, échange, Tausch)以廣義言之，則交易之大多數，皆包含於此。然自貨幣發達以來，多以貨幣爲他貨物交換之媒介，故以此種交易，特名之爲買賣。此外乃謂之互易，卽交換是也。然在今日之國家，以金錢以外之貨物與他貨物，互爲交易者，實屬異例。其在民事之交，大抵罕用狹義之互易，而用賣買。此所以文明國之法律，關於買賣，特設詳密規定，而關於狹義之互易，大抵準用買賣之規定也。茲按互易之本義言之，互易雖與買賣及有償契約，同爲雙務契約，然其標的則異，又其當事人之一方，以金錢之所有權與其他之權利，同時移轉者，其契約爲互易。其金錢則準用關於買賣價金之規定（參閱第六百二十一條）。

## 第四節 貸借

貸借有消費貸借(Mutuum, Pret de Consommation, Darlehen)使用貸借(Commo-

datum, Commodat, Leihe) 賃貸借 (Locatio-conductio, Iouage, Meithe und Pacht) 三種。其性質自爲不一。而在外國無若我國之泛用貸借，爲廣義之文字。故我民律分此三種貸借，各別其節而定之。其如用益賃貸借，予則以屬於賃貸借說明之爲便。

(一) 消費貸借與買賣，並爲最頻繁之契約。且債務由消費貸借而生者，爲最多。其在我國俗謂貸爲債權之總稱，謂借爲債務之總稱。甚至謂資產爲貸方，謂負債爲借方，以此可知債權債務之由消費貸借而生者，爲最多也。但因編纂小本叢書，不能詳細說明，所以本章本節及以下各章各節，祇能就其性質，略述之耳。消費貸借者何，即當事人之一方，約以種類、等級、及數量相同之物，爲還返之事，並向相對人領取金錢或其他代替物，而生其效力也（七一一條）。其性質即消費貸借者，唯借主須負還返債務責任，而貸主則無負何等義務，故爲片務契約。而其爲要物契約（踐成契約）者，爲目的物交付之後，則契約始能成立，然此甚缺理論上之理由，並於實際上甚感不

便，故有提唱其不爲要物契約者。如瑞士之債務法（瑞債三二二條），則以此爲諾成契約；此在法理上可爲進步之主義。然我民律草案，則以此爲踐成契約者焉。而其成立要件，在於金錢及其他代替物之交付。此外如貸主對於借用物擔保瑕疵之義務，則有第七百十二條之規定。至於借主之歸還義務及支給利息之事，則有第七百十三條至第七百十五條之規定。撤回消費貸借之約束，則有第七百十六條之規定。

（二）使用貸借與使用貸借及用益貸借，共以使用特定物爲目的；但使用貸借爲無償，貸借爲有償。且依古來之習慣，以使用貸借爲踐成契約，而以貸借爲諾成契約，其餘有所差異者，則參閱民律草案債權編第二章第五節及第六節之規定可知也。茲將各貸借之概念述之如下：使用貸借者，因當事人之一方，約向相手方，受取某物件而爲無償的使用及收益之後，須歸返之也。然使用貸借者，當事人之間，彼此明約以支付金錢及其他代替物，或各種給付，而貸用

動產或不動產之契約也。換言之，卽以使用爲目的之貸借，因當事人之一方，約明以某物，貸於相對人使用，而其相對人，約明支付其賃費也。至論用益貸借，乃就某物或某權利，於使用外，尙許收益（卽收益依通常觀念認爲滋息）。例如耕作地及漁業之使用及收益之契約是也。質言之，以使用及收益爲目的之貸借契約者，因當事人之一方，約明以其物或權利，使相對人使用及收益，而其相對人，亦約明支付其賃費也。

### 第五節 雇傭

雇傭 (*Locatio operarum, louage de services, Dienstvertrag*) 與承攬者，勤勞之貸借也。雇傭則以勤勞之本物爲目的，承攬則以勤勞之結果爲目的，此卽其差異之點。夫古來如教師、醫生、律師等，其勤勞有無形之價值，不得以金錢爲估計，故多以爲不得爲契約之目的者。此說之不足取，固不待言。今各國以雇傭爲契約之一種，卽雇傭者，當事人之一方，與相對人約明其勞

務，而相對人亦約明與以報酬之契約也。詳言之，勞務者，不僅專指身體，即高尚之精神，亦為勞務。報酬不僅專指金錢，即各種給付亦可為報酬。是以我國民律，認僱傭為契約，並有規定僱傭之本義（七一七條），雇傭之效力（七一八條至七二五條），及雇傭之終止（七二六條至七三三條）。

### 第六節 承攬

承攬 (*Locatio operis faciendi, louage d'ouvrage, Werkvertrag*) 之文字，無論在我國及西洋各國，均非必有一定之定義。而在我國從來似多謂用一定之報酬，以完成其業務為目的者。今日則擴張其意義，縱不約以預定之報酬完成其業，苟以業務之結果為目的，約為對於此而應付其報酬者，則皆為有所承攬者焉。夫承攬者，當事人之一方，約明為相對人完成某事項，而相對人亦約明俟其事項有結果時，與以報酬之契約也。為人完成事項者，謂之承攬人。俟事項完成，與以報酬者，謂之定作人。所謂完成事項及事項結果者，不僅專指製作物品、改造物品而言，即



如運送客貨等服務所生之結果，亦在其中。承攬契約，有此種標的，所以可爲近世各國所公認，實際上亦屬於便宜。故債權法第二章第十節，設有承攬本義之規定（七三四條），承攬效力之規定（七三五條至七五三條），承攬終止之規定（七五四條），及特種承攬之辦法（七五六條）。

### 第七節 居間

居間者，約明爲相對人報告訂立某種契約之機會，或爲媒介某種契約，而相對人亦約明與以報酬之契約也。如此與人機會或爲媒介者，謂之居間人。與人報酬者，謂之委託人。且此種契約，乃一種特別之契約。自其給與與報酬之點言之，與委任契約有相差異。蓋委任者，無報酬也。自其對於勞務之結果支給報酬之點言之，與雇傭契約亦有差異。蓋雇傭對於勞務之給付，有支給報酬。自其於勞務之結果，祇有權利不負義務之點言之，與承攬有相差異。蓋承攬者，因承攬人有負義務也。若居間人有負義務，是合承攬雇傭而爲一純然之居間契約矣。民事商事皆有居間，但各

國立法例，有僅於商法中規定商業居間人。然民法中若缺此種規定，殊感不足。故民律草案規定此種契約規定者，俾買賣土地、設定消費、貸借權抵當、及雇傭等事之居間人，咸可適用之也。

### 第八節 委任

委任 (Mandatum, mandat, Qufrag) 之範圍，在古來學說及立法例，均不一致。但在羅馬法，則其原則，不認有純然之代理。故委任而以代理為目的者，殆為無有。而又因其範圍極廣，殆能包含一切之事項，然其實際，則亦無於法律範圍之外，認其委任者。在法國法系之各國，則反於羅馬法，而認為代理。其結果竟對委任，限於以代理為目的之事。遂至代理關係與依委任所生契約之關係，變為混同也。在德國法系之各國，則雖同認為代理，然仍區別代理關係與委任關係。而委任為任何事項，皆得包含者焉。如德國其所以區別委任與雇傭者，惟以無償為委任，有償為雇傭，而其目的之事項，則固極廣汎者也。由此觀之，委任者，當事人之一方，委相對人為其處理某事

務，但相對人不索報酬，允爲處理，因而生其效力之契約也。夫此種契約，其應處理之事務，不必爲法律行爲單純之事實者，如供給勞務之類，亦屬於此。其規定則參閱債權法第二章第十二節，可明瞭之也。

### 第九節 寄託

寄託 (Depositum, Dépôt, Verwahrung) 乃羅馬法以來所認爲要物契約之一種者，僅爲寄託之約束，未足成爲寄託契約。其所謂寄託契約者，必交付物件，然後始可成立。如瑞士之債權法，則以之爲諾成契約。然我國仍做一般之立法例，而以之爲要物契約。如此則寄託云者，謂當事人之一方，約明向相對人領取某物件爲其保管之契約也。保管物件之人，稱爲受寄人。其相對人，稱爲寄託人。其寄託物，則認動產及不動產皆可爲寄託之目的物（參閱債權法第二章第十三節）。

## 第十節 合夥（組合）及隱名合夥

合夥（或組合）（Societas, Société, Gesellschaft）之意義有二：一以合夥爲限於分配利益爲目的者；一以共同之事業爲其目的之總稱也。然我國則倣羅馬法德國法之主義，總稱其以營共同事業爲目的者，而謂之爲合夥者焉。即合夥者，二人以上之當事人，互相締結契約，共同出資，以達共同之目的而成立之合體也。其契約，謂之合夥。其各當事人，謂之合夥人。至其共同之目的，或爲財產上之目的者，或爲精神上之目的者，不能一概而論（參閱債權法第二章第十四節）。此外如隱名合夥者，即當事人之一方，約明爲相對出資營業，並分配相對人營業所生之利益之契約也。其性質，或以之爲合夥，或以之爲特種契約者。我民律則以此爲特種契約者焉。

## 第十一節 終身定期金之契約

終身定期金之契約（Contrat de rent viagère, Leibrentenvertrag），在我國猶乏其例，

然在歐美各國，頗見頻繁。卽有餘財者，恆欲傳之於子孫，卽無親生子，亦常欲迎養子而以財產授之，故有以自己財產之全部或其大部分，讓於他人，而欲受其人終身若干之年金或其他之定期金爲老後之計者。要之，終身定期金之契約者，乃當事人之一方，與相對人約明於某人（或爲當事人之一方，或爲相對人，或爲第三人）終身之間，定期以金錢或其他之物，給與相對人或第三人之契約也。其應給付之金錢或其他之物，謂之定期金。負此給付之義務者，謂之定期金債務人。但此種契約與保險契約，有相類似，實際上亦關重要，故民法之設定此種規定，決不得謂爲我國少此慣習，而成爲蛇足也。

## 第十二節 博戲及賭事

博戲或賭事，爲僥倖契約者，理至易明。然此種契約，既無益於國家之經濟，又有使風俗浮薄之害，故不宜使其發生債務以維持公益也。又者，刑律上禁止博戲之事，皆屬於有害公共秩序之

行爲，於法應爲無效，故不惟不得依此因其爲契約之故，而爲審判上之請求；且受給付之人，亦無保留其給付之權利。

### 第十三節 和解

和解 (Transactio, transaction, Vergleich) 與裁判，同爲決其爭執之方法。而依裁判，則爲爭鬪之方法。而依和解，則爲平和之方法。故苟以相當之條件爲則，較訴訟爲有利益，又況用裁判決定，則永有遺其怨恨之憾，此即民律之所以設定之也。其爲契約者，即當事人，約明互相讓步，就某項法律關係，彼此停止爭執，或除去不明確之狀態，或除去某請求權不確之狀態。但此有涉及財產上及人事上之關係。

### 第十四節 債務約束及債務認諾

凡債務皆爲達經濟上目的之用，故債務無關於當事人意思而成者，則須依法律定之。例如

損害賠償之類。依當事人之意思而成立者，例如買賣之借主，向貸主借一千元，其後負歸還同額金之債務，但以經濟上之目的爲債務之原因，而債權人若主張有此原因，非立證不得享有實行其權利，此即要因債務是也。若此，則債權人受有拘束，並交易上亦多不便。近世各國於票據債務等，不要因債務之外，又認依契約，不問債務原因之債務，即債務約束及債務認諾是也（八六〇條至八六二條）。

### 第十五節 保證

保證者，某人與第三人之債權人，約明第三人未履行其債務時，由某人履行其債務之契約也（八六三條）。負此義務之人，稱爲保證人。其債務人，即第三人，謂之爲主債務人。但已約定由保證人履行債務之債務，有發生擔保之效力。



A541 212 0000 6217B

百科小叢書

契約法論

第三輯第一一四八種

此書有著作權翻印必究

中華民國十六年十月初版

每輯定價大洋壹元伍角

本冊定價大洋貳角

外埠酌加運費匯費

著者

編輯主幹

發行者兼印刷者

發行所

趙修鼎  
王岫廬

上海寶山路  
商務印書館

上海及各埠  
商務印書館

Universal Library, No. 148  
A TREATISE ON THE LAW  
OF CONTRACT

By

Chao Siu Ting

Edited by

Y. W. Wong

1st ed., Oct., 1927

Price for each Series of 12 Volumes  
of the Universal Library, \$1.50

Price for this Volume, \$0.20

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

All Rights Reserved



