

上海法學編譯社
法學叢書

民法債總論

戴修瓚著

上

上海法學

法 學 叢 書
民 法 債 編 總 論

戴 修 瓚 著

上 冊

例言

一 著者自民國初元回國。卽在北京公私立各大學。擔任民商法講席。先後十餘年。稿件屢易。每思刊行問世。顧以公私過忙未果。民國十七年。重遊海外。遍覽新籍。頓覺以前研究。頗違社會情勢。偶閱舊稿。不覺汗顏。嗣後回歸滬上。復任各法校講席。念及 國府頒布私法法律。爲時無幾。尙無系統著述。學子苦之。用敢不揣譎陋。欲將歷年講稿。按照我國現行法律。及現代法學思潮。增刪修訂。陸續編擬民法總則、民法物權、民法債編、公司法、票據法、保險法、海商法等書。務就我國新頒私法法律。

期成系統解說。茲因自己研究上之便宜。先刊債編總論及債編各論二書。聊供他山之石。藉作攻玉之資云爾。

二 本書係就我國新頒民法債編及重要關係法規。試爲系統的研究。其解釋大義。固依據我國現行法條。而外國立法例及學說並中外判例。亦多旁採。用資比較。故宜作各法校教本。並可供實際家之參攷。

三 本書所引學說。以限於篇幅。未獲盡行列舉出處。而所舉事例。又用以充教本。頗涉繁瑣。讀者諒之。

四 本書於授課餘暇。倉卒草成。未遑推敲。且研鑽未深。間有私見。海內宏達。幸垂教焉。

- 五 本書單稱某條或於括弧內單載某條者均指民法條文其餘略語如左
- 1 德民(德意志民法)
 - 2 德商(德意志商法)
 - 3 法民(法蘭西民法)
 - 4 法商(法蘭西商法)
 - 5 瑞民(瑞士民法)
 - 6 瑞債(瑞士債務法)
 - 7 日民(日本民法)
 - 8 日商(日本商法)
 - 9 奧民(奧大利民法)
 - 10 俄民(蘇俄民法)

著者 戴修瓚識十九年九月一日

民法債編總論

民法債編總論目錄

緒論.....一

第一章 債之概念.....七

第一節 債之本質.....七

第二節 債權與他種權利之區別.....一〇

第三節 自然債務.....一五

第四節 債務與責任.....一六

第二章 債之發生.....一八

第一節	總說	一八
第二節	契約之性質	二一
第三節	契約之種類	二六
第四節	契約自由之原則與其限制	三八
第五節	契約之成立	四〇
第一款	要約	四二
第一項	要約之性質	四二
第二項	要約之要件	四四
第三項	要約之效力	四六
第二款	承諾	五八
第一項	承諾之性質	五八
第二項	承諾之要件	五九

第三項	承諾之效力	六一
第三款	合意及不合意	六六
第四款	契約成立之時期	七〇
第六節	懸賞廣告	七四
第一款	懸賞廣告之意義及本質	七四
第二款	懸賞廣告之要件	七六
第三款	懸賞契約之成立	七八
第四款	懸賞契約之效力	七九
第五款	懸賞契約之撤銷	八一
第七節	代理權之授與	八三
第一款	代理權之發生	八三
第二款	共同代理	八七

第三款 無權代理……………八八

第一項 總說……………八九

第二項 表見代理……………九〇

第三項 狹義之無權代理……………九三

第八節 無因管理……………九六

第一款 總說……………九六

第二款 無因管理之意義及其要件……………九七

第三款 無因管理之效力……………一〇〇

第一項 總說……………一〇〇

第二項 管理人之義務……………一〇一

第三項 本人之義務……………一〇六

第九節 不當利得……………一〇九

第一款	不當利得之概念	一〇九
第二款	不當利得之要件	一一〇
第三款	特種不當利得及其限制	一二一
第四款	不當利得之效力	一二八
第十節	侵權行爲	一三五
第一款	總說	一三五
第二款	通常侵權行爲之概念及要件	一四〇
第一項	總說	一四一
第二項	客觀的要件	一四二
第一目	自己之行爲	一四二
第二目	侵害權利	一四七
第三目	損害之發生	一五六

第四目 違法	一五八
第五目 因果關係	一六九
第三項 主觀的要件	一七五
第一目 侵權行為能力(責任能力)	一七五
第二目 意思責任(故意過失)	一八〇
第三款 特種侵權行為	一八一
第一項 總說	一八一
第二項 因無能力人行爲所生損害之賠償責任	一八三
第三項 因受僱人行爲所生損害之賠償責任	一八七
第四項 因動產加害所生損害之賠償責任	一九八
第五項 因工作加害所生損害之賠償責任	二〇一
第四款 共同侵權行為	二〇六

第五款 侵權行爲之效果·····	二一五
第六款 請求權之併存·····	二三〇

民法債編總論目錄

民法債編總論

戴修瓚著

緒論

債法之地位

一 債法之地位 債法在民法中。甚為重要。故我國民法。特為專設一編。列於總則之後。以為第二編。【註一】稱為債編。

【註一】 債法之地位。在各立法例。非必攸同。大別為二。（甲）民法中專設一編者。在此主義。有列物權法前。蓋以債權為物權取得之方法。如我國民法德民法是。有列於物權法後。蓋以物權較債權更為重要。如日民法匈牙利民法是。（乙）民法中不專設一編者。在此主義。有與物權法共列於財產法中者。如奧民法是。有以為財產取得之方法而纂入財產取得編中者。如法民法是。意民法。葡民法及其他屬於法國法系者是。

債法之特質

二 債法之特質 債法在民法中。所以獨成一編者。蓋以有左列特質也。

1 債法爲財產法之一部 財產法者。保護經濟的利益之法律也。債法與物權法。同爲財產法。雖債之給付。不以有財產價格者爲限。(一九九條二項)亦有以無形的利益及其他精神上利益爲給付者。然其不履行時。則變爲損害賠償債權。故仍不失爲財產法也。

2 債法富有交易法性質 物權法與債權。雖同爲財產法。然物權法重在財產之享有。規定其靜態的財產關係。而債法則重在財產之交易。規定其動態的財產關係。故債法在財產法中。特別富有交易法之性質也。

3 債法多爲任意法 夷考厥由。約有二端。(一)債法爲財產法。與親屬法繼承法均異。蓋親屬法重在道德關係。而繼承與債權。雖同爲取得財產之方法。然亦多重在身分。故均不同。(二)債法乃規定特定人間之相對關係。與財產法中之物權法不同。蓋物權有排他性。於一般人。常生利害。其種類及內容均由法律限定。故物權法。多爲強行法。至於債權。僅規定特定人間之相對關係。於一般

人影響甚少。苟不違背公序良俗。卽得自由成立。故債法多爲任意法。要之債的法規。揆諸公益。多無直接關係。自多爲任意法。然時亦有強行法規。散在其中。例如禁止高利之規定。(二〇四條至二〇六條)禁止複利之規定。(二〇七條)以及時效之規定等是。蓋以涉及公益。姑設例外耳。

4 須有相當程度之文化 債權之發生。須有相當程度之文化。尋其發達。比較爲遲。蓋債權關係之成立。多以互相信用爲基礎。故須人類社會之文化。已達互相信用之程度。此項法律關係。始得確認也。降至近世。文化愈益進步。交易更加頻繁。債法必因以日形重要。不待煩言。

5 債法富有統一性 蓋親屬法繼承法物權法等。因國情互異。統一維艱。而債法多爲交易法規。統一匪難。且在國際間。亦宜統一。

三 債法之範圍 凡關於債的原則規定。殆已網羅於債編之中。且我國採民商統一主義。原屬商法範圍之法規。亦頗纂入。〔註二〕如經理人、代辦商、行紀、倉庫、

債法之範圍

運送營業之類是。故其內容。頗爲廣汎。惟債的法規。在他種法律。亦不少見。尙難謂爲囊括靡遺也。如在民法。其債的關係。苟由物權關係、親屬關係、繼承關係而生者。即規定於各該編中。又如民法以外之特別法。如公司法、票據法、保險法、海商法、交易所法等。亦殊多關於債之規定是。

【註二】 民法商法兩法典分立。肇自法國拿破崙。嗣後編纂法典各國。相繼倣之。如德、意、奧、日等國是。民商統一。創自瑞士債務法。俄新民法。土耳其新民法。暹羅民法倣之。我民法亦同。將商法法規之一部分。纂入民法第二編債編中。而其他部分。則編爲單行法。如公司法、票據法、保險法、海商法等是。

九 債法之效

四 債法之效力 債法之效力者。民法債編適用之範圍也。茲分爲事、時、人、地等項說明之。

1 關於事之效力 在民商兩法典分立之國家。民法適用於民事。（一般事項）商法適用於商事。【註三】但我國採民商統一主義。於民法法典外。別無商法法典

。故民法債編之規定。無分民商。一體適用矣。

〔註三〕 商事一語。或謂爲關於商人營業之私法事項。或謂關於商之私法事項。或謂爲關係商之法
律上事項。或謂爲關係商交易之法律關係。

不遑及之
原則

2 關於時之效力 凡法律均適用於施行有效時發生之事項。其施行有效前發生之事項。原則上不得適用。此乃不遑及之原則。我國於民國十八年十月二十二日。公佈民法債編。於民國十九年二月十日。公佈民法債編施行法。於民國十九年五月五日。同時施行。其施行法第一條。業已明定此原則。故民法債編。乃適用於十九年五月五日以後發生之事項。若以前發生之事項。除該施行法有特別規定外。不得適用。

民法債編施行法。多就債編關於時之效力。規定其經過關係。有對於不遑及原則。設其例外規定者。（如第二條至第六條第八條第十條第十一條等是）有對於發生在施行前。而施行後。關係仍猶繼續之事項。設其規定者。（如第七條第十二條第十三條等是）

3 關於人及地之效力 民法債編。因國家所有人民主權之結果。凡屬民國人民。無論所在之國境內外。原則上均應適用。又因國家所有領土主權之結果。凡屬民國領域。無論住民之國籍內外。原則上均應適用。惟因涉外關係。不無例外耳。

債之標題

五 債之標題 考法律本位。大別爲三。義務本位、權利本位及社會本位是也。在個人未自覺時時代。法律爲義務本位。及個人自覺時代。法律進而爲權利本位。降至社會自覺時代。法律更進而爲社會本位。要之法律之目的。在保護社會生活之安全。促進社會生活之利益。而強行義務。擁護權利。不過爲其手段而已。且現代社會。業已達到自覺時期。法律本位。自宜採取社會本位。權義方面。不應有所偏重。故我民法第二編。僅題爲債。既不稱爲債權。亦不稱爲債務也。【註四】

【註四】前清修訂法律館聘日人松岡義正。草擬民法。曾刊行民律草案。其第二編即爲債權。北京修訂法律館。復於民國十五年。刊行民律草案債編。考其體例。略做瑞士債務法。民國十八年十一月止

二日。國民政府頒行民法債編。其體例雖多倣瑞士債務法。而其內容。則倣德民法之處。亦復不少。

六 本書之順序 本書之編次。多依民法債編之順序。凡關於債的本質、發生、標的、效力、變更、消滅等之一般理論。(即債編通則之各規定)均於本書研究之。至於各種債之構成要件。及其效果。(即各種之債)則於債編各論研究之。

第一章 債之概念

第一節 債之本質

債之定義

債者。特定人間請求特定行為之法律關係也。其特定人間之一方。享有請求特定行為之權利。斯為債權。而此享有債權之人。斯為債權人。他方負擔應其請求之義務。斯為債務。而此負擔債務之人。斯為債務人。總稱債權人債務人之兩方。即曰債權當事人。故債乃特定人間之關係。自債權人之方面言之。曰債權。自債務人之

方面言之。曰債務。總括債權人債務人間之全體法律關係。即曰債權關係。或債務關係。茲就債權方面。分晰說明之。

債權爲相

對權

一 債權係對於特定人之權利 債權係對於特定人即債務人之權利。故爲相對權。〔註一〕債權人僅得據債權之內容。向債務人主張其權利耳。

債權有無不可侵性或絕對性。即一般第三人。對於債權人。應否負債權不可侵害之義務。議論紛紜。莫衷一是。〔註二〕竊以相對性與絕對性。並非本諸天然。劃若鴻溝。乃由法律。分別情形。斟酌賦與。故此兩性。於一種權利。非居排斥之地位。儘有併存之理由。夫在債權。即第三人事實上亦能侵害。〔註三〕如欲確保債權之效力。適應交易之需要。則應由第三人負不可侵害之義務。倘第三人違背此項義務。侵害債權時。債權人得向該第三人。據侵權行爲之規定。請求損害賠償。故債權在相當之程度內。亦不無絕對性也。

債權亦不

〔註一〕相對權與絕對權。亦稱爲對人權與對世權。此乃就權利客體之範圍所設之分類。至其區別

之說明。大別爲三。或謂絕對權係得對抗一般人之權利。而相對權係僅得對抗特定人之權利。或謂絕對權係以一般人爲義務人之權利。而相對權係以特定人爲義務人之權利。或謂相對權係請求特定人行爲或不行爲之權利。而絕對權係請求一般人不行爲之權利。本書採第三說。

〔註二〕推而爲論。其說有三。(一)積極說。謂一般第三人。應負債權不可侵害之義務。蓋以凡屬權利。均莫不有相對性。即在債權。亦難獨異。故第三人違背此項義務。侵害債權。卽爲侵權行爲。應負賠償損害之責。日本學者。多採此說。日本大審院判例亦同。(二)消極說。謂一般第三人。不負債權侵害之義務。蓋以若認債權有絕對性。債權與物權。匪特無從區別。而第三人之賠償責任。亦甚過重。較諸債務人之債務不履行責任。尤失鈞衡。德國學者。多採此說。(三)折衷說。謂在一般情形。第三人所爲之債權侵害。殊難一律認爲侵權行爲。然因其侵害行爲。直接致債權消滅時(例如盜取債權人收條。以受清償。或侵佔無記名債權之證書。以受清償是。)則應負侵權行爲之責。德國二三學者。曾採此說。

〔註三〕所謂第三人亦能侵害債權之情形。例如焚燬債務之標的物而不法者。又如監禁債務人務使

第一章 債之概念 債之本質

遲延者。又如利誘毀約者。又如教唆或共同以致債務之履行不能者等是。

債權爲對
於債務人
請求行爲
之權利

二 債權係對於特定人請求行爲之權利。債權之內容。在向債務人請求特定行爲。其所謂行爲。不僅作用。即不作爲。亦在其中。故債務之內容。即債權人向債務人請求某種作爲或不作爲是也。蓋債權在使債權人取得利益。而利益之取得。必須有債務人之某種作爲或不作爲。始得達其目的。故債務人之行爲。斯爲債權人之標的矣。

第二節 債權與他種權利之區別

債權與物
權之區別

一 債權與物權之區別 債權與物權。雖同爲財產權。而其性質效力。均與物權不同。

性質上之
差異

1 性質上之差異 物權爲直接管領物件之權利。而債權則爲對於特定人請求行爲之權利。雖債權亦有以物件之交付爲標的。然究不能對於其物。直接行使權利

。必須有債務人之行為。介乎其間。始可使其物達到債權人管領範圍之內。故債權常爲請求權而非管領權。

效力上之
差異

2 效力上之差異 此項差異。大別爲三。

甲 物權有優先權而債權無之 物權有排他性。〔註一〕在同一物上。後發生物權。僅於不妨害先發生物權之範圍內。始得存在。故先發生物權。優先於後發生物權。〔註二〕〔註三〕至於債權。則無排他性。對於同一債務人。雖有數個債權。其效力均屬相等。故發生縱有先後。而效力並無優劣。〔註四〕

〔註一〕 物權之排他性者。即在同一物上。其內容不相容之物權。不能同時成立二個以上是已。例如數人在同一物上。不得各自獨立享有所有權是。

〔註二〕 優先權者。即在同一物上。數個權利併存時。其中某權利。得較先其他權利而行使之效力也。在所有權與他物權之間。不生優先權之問題。蓋他物權爲限所有權之權利。必優先於所有權。而優先權問題。僅發生於他物權相互間耳。

第一章 債之概念 債權與他種權利之區別

【註三】 例如甲以萬元價值房屋。先向乙抵借八千元。（先發生之物權）嗣復向丙抵借六千元。（後發生之物權）如甲無力清還借款。則拍賣該房所得房價。應儘先歸還乙之借款。如有餘額。始以歸還丙之借款是。

【註四】 例如甲先向乙借債萬元。嗣復向丙借債萬元。如甲僅有萬元資產。則乙丙得平等的各受半額之清償是。

乙 物權有追及而債權無之 物權標的物。雖輾轉入於他人之手。然物權人仍得追及其所在。而主張權利。【註五】至於債權。其給付之標的物。如一日離債務人之手。則債權人即不得追及該物。對於第三人。主張其權利。【註六】

【註五】 例如張某在甲所有房屋上。有抵押權。縱令該房輾轉出賣於乙丙丁戊。張某仍得就該房。主張抵押權是。

【註六】 例如甲向乙買妥某物。乙於未交付前。更另賣於丙。乙對於丙。不得主張權利是。

丙 物權較之普通債權得優先行使 即在同一物件。物權與債權並存時。物權

之行使。得優先於債權。例如抵押權人質權人。得較他債權人。先受清償是。

【註七】

【註七】 例如甲以萬元價值房屋。向乙抵借八千元。（物權）更讓賣於丙。得價萬元。嗣經丙查悉。讓賣情事主張解除契約。索回房價。（普通債權）而甲又無力清還借款及房價。則拍賣該房所得價額。應儘先歸還乙之借款。如有餘額。始得以返還丙之房價是。

債權與親
屬權之區
別

二 債權與親屬權之區別 親屬權與債權。同為特定人間之權利。似頗相類。然實不同。考其差異。約有二端。親屬權之發生。以親屬關係為基礎。必須有一定身分之人。始得享有此項權利。至於債權之發生。毋庸以特別關係為前提。無論何人。均得享有。其一也。親屬權之目的。在確保道德上之義務。權利人之享有權利。乃所以盡其道德上之義務耳。此項義務。須自盡之。故親屬權之行使。不得由他人代理。至於債權之目的。則僅在保護權利人之個人利益耳。其二也。

債權與請

三 債權與請求權之區別 請求權者。根據基礎權之內容。對於他人。請求行為之

別
求權之區

權利也。【註八】故在請求權。必別有基礎權。然後由其滋生或構成其內容之一部。

【註九】夫請求權與債權。同為請求行為之權利。固頗相類。然僅為債權之重要內容。尚難謂為同一。蓋以債權所滋生之權利。不僅請求權。此外尚有代位權。撤銷權。抗辯權、抵銷權、解除權等。故債權與請求權。未可視為同一也。【註十】

【註八】 德國民法。關於請求權之意義。已有明文規定。即謂要求作為或不作為之權利為請求權。

（德民一九四條）

【註九】 請求權既為基礎權所滋生之權利。或為其構成部分。故以基礎權為標準。得分為債權的請求權物權的請求權等。惟請求權為債權之構成部分。故債權一旦成立。則請求權即隨之發生。若物權則僅對於一般人有禁止毋相侵害之權能。故其成立之初。並無請求權。必於物權被侵害時。始發生請求權而已。

【註十】 請求權與債權是否同一。其說有二。（一）謂為同一。蓋以請求權與債權。同為對於他人請求行為之權利。且在債權。除請求權外。更無其他權能。故兩者同一。（二）謂為非同一。其理由

債權與訴
權之區別

與本書所主張者大致相同。

四 債權與訴權之差異 訴權爲訴訟法上之公權。即對於國家請求有利判決之權利也。而債權之主要權能。則爲請求權。即對於私人請求行爲之權利。自係私權。故絕然不同。

第三節 自然債務

何謂自然
債務

一 自然債務之意義 自然債務亦稱爲不完全債務。即債權人雖不得以訴權強制債務人之履行。然債務人苟願履行。則其履行有效。亦不得援不當利得之規定。請求返還是已。夫債權以債務人之給付爲標的。如債務人任意違反債務。概得依訴權強制其履行。此定則也。然自羅馬法以來。即有所謂自然債務。〔註一〕德法兩國民法。今獨認之。〔註二〕

〔註一〕 在羅馬法。其有訴權之債權。稱爲法定債權。而無訴權之債權。則稱爲自然債權。或自然

債務。

〔註二〕 在德國法。關於自然債務之範圍。學者主張。頗不一致。然通常所列與者。則爲時效已完成之債務（德民三三二條二項）婚姻居間報酬之債務。（德民六五六條一項但書）因賭博所生之債務。（德民七六二條）基於道德上或禮儀上義務之債務。（德民八一四條）父母對其子供給嫁資生計費之債務。（德民一六二四條）協譜契約後破產人之債務。（德破一九三條）至於法國民法。其第一千二百三十五條。已認明自然債務。但關於內容。尙無規定。其學說所認爲自然債務者。則爲父對於私生子扶養之義務。父母對其子設定嫁資之義務。因賭博所生之債務。協譜契約後破產人之債務。禮儀上義務之債務等。

我民法亦
自認然債
務

二 自然債務之存在 我國民法。亦認有自然債務。如時效已完成之債務（一四四條二項）基於道德上義務之債務（一八〇條一款）等是。

第四節 債務與責任

債務與責任之關係

一 債務與責任之關係 債務乃指應為履行之義務。而責任則為清結其義務之擔保。茲所謂擔保。乃指債務人財產實力而言。如債務人任意不履行債務。即得依強制執行之方法。就其財產。以求滿足。故責任常借債務而存在。別無獨立之目的。然責任與債務。非必同時存在。故有無責任之債務。如自然債務是。又有無債務之責任。如擔保將來債務或停止條件付債務之保證是。

無限責任

二 無限責任 無限責任者。債務人以其全體財產。任清償之責也。質言之。債權人得就債務人之全體財產。以為強制執行時。斯為無限責任。債務人履行債務。當以無限責任為原則。

有限責任

三 有限責任 有限責任者。債務人在一定限度內。以其財產。任清償之責也。質言之。債權人僅得就債務人全體財產之一部。以為強制執行耳。債務人既以負無限責任為原則。故須有法律上規定。或當事人約定。其責任始得有限制也。又有有限責任。因限度之方法。尚得分為二種。

定額有限責任 亦稱爲人的有限責任。或計算上有限責任。卽以一定額數爲限度。任清償之責也。例如兩合公司有限責任股東之負責。以額定出資額爲限。(公司法七〇條二項) 股分有限公司股東之負責。以所認股數之股銀爲限。(公司法九五條) 等是。

2 物的有限責任 卽以特定財產爲限度。任清償之責也。例如繼承人對所繼承人所負責務。以繼承財產。任償還之責是。

第二章 債之發生

第一節 總說

何謂債之發生

一 債之發生之意義 債之發生云者。謂債的關係新發生也。故必須客觀的新生之債權或債務。始得謂爲債之發生。若因讓與而取得債權。(二九條)或因承擔而負擔債務。(三〇一條)則爲既存債之移轉。並非新生債之發生。此卽債之發生與債之移轉

債之發生
原因

。所以須有區別也。

二 債之發生原因 債的關係之發生原因。與一般法律關係之發生原因相同。可大別之爲行爲及行爲以外之事實。茲分述之。

I 行爲 行爲又可分爲適法行爲及違法行爲。

甲 適法行爲 適法行爲。又可分爲法律行爲及法律行爲以外之適法行爲二種。

A 法律行爲 法律行爲。又可分爲契約及單獨行爲二種。

a 契約 此於法律行爲中。最爲普通。而債之發生。亦多基於契約。故我民法債編於債之發生節中。首標契約爲第一款。關於契約之成立。設其規定。更於債之效力節中。復列契約爲第四款。關於契約之效力。設其一般規定。

b 單獨行爲 單獨行爲。能否爲債之發生原因。頗有爭論。〔註一〕我民

法債編中。明定爲債之發生原因者。僅有代理權之授與行爲而已。〔註二〕於債之發生節中。列爲第二款。

〔註一〕考諸羅馬法。其原則上不認單獨行爲爲債之發生原因。多數立法例亦同。徵諸實際。復殊少認許之必要。故學者間多謂債之發生。以契約爲原則。以單獨行爲例外。僅限於法律有明文規定時。始得以單獨行爲爲債之發生原因耳。（德民三〇五條參照）

〔註二〕本人以一方的意思表示授與代理權時。（一六七條參照）即應對於代理人在其權限內所爲之行爲。負其責任。（一〇三條參照）故可謂爲由單獨行爲而負擔債務。

B 法律行爲以外之適法行爲 此又稱爲法律的行爲。如無因管理。其適例也。我民法債編。於債之發生節中。列爲第三款。

乙 違法行爲 違法行爲中。其爲債之發生原因者。首推侵害行爲。我民法債編。於債之發生節中。列爲第五款。至於債務不履行之損害賠償請求權。僅係原來債權。變更其物體而已。不得謂爲債之發生原因。

2 行爲以外之事實 此又稱爲事件。如不當得利。其適例也。我民法債編。於債之發生節中。列爲第四款。

債之發生原因。有獨立發生債者。有與他項法律關係相伴。始發生債者。我民法債編。僅就獨立發生之重要原因。列舉契約、代理權之授與、無因管理、不當利得、侵權行爲五種而已。此外與他項法律關係相伴而發生債者。則附隨各該法律關係而規定之。例如因物權關係。（如共有是）親屬關係所生之債是。又債之發生有基於公法上之原因者。如因土地收用所生之求償權是。

第二節 契約之性質

契約之用語

一 契約之用語 契約之本質。在當事人間之合意。惟契約一語。有廣狹二義。狹義的契約。亦稱爲債權契約。僅指債的發生之原因契約而言。申言之。即當事人間之意思一致者。概謂之合意。僅限於合意係以發生債的關係爲目的者。始謂之契約

第二章 債之發生 契約之性質

。務使與他項合意。有所區別。羅馬法及法奧英諸國法所稱契約。均係此義。我民法債編中所稱契約。亦係指此債權契約而言也。〔註一〕廣義的契約。則指私法上效果的發生之原因契約而言。申言之。即凡合意係以發生私法上之效果為目的者。均謂之契約。無所區別。蓋當事人之合意。不僅限於債之發生。即在物權法、親屬法、繼承法。亦頗需要。例如物權之設定、移轉。婚姻關係之成立。分析遺產之協議。其須有當事人之合意。自不待言。故契約一語。應取廣義。並對於一般契約。宜設共同規定。德民即採此說。〔註二〕我民法規定契約於債編中者。蓋以債權契約。適用最廣。故便宜上。僅就債權契約。設其規定耳。但契約成立之規定。在債權契約以外之契約。亦宜準用也。

〔註一〕 法民第一千一百條奧民第八百六十條所稱契約。均係債權契約意義。我民法將契約規定於債編中。在總則內。並無契約之共同規定。故所謂契約。亦指債權契約而言。

〔註二〕 德民關於一般契約。設有共同規定。置諸民法總則之中。（一四五條至一五二條）由立法

上言之。以德民爲優。

契約之定義

二 債權契約之意義 契約云者。謂須有二人以上當事人。其互相的所爲意思表示。並須一致。且以發生債權爲目的之法律行爲也。茲分析說明之。

1 契約之成立須有二人以上之意思表示 故契約之成立。須有二人以上之當事人。苟爲二人以上。其數別無限制。例如合夥是。又二人以上當事人之成立契約也。必須各爲其意思表示。故契約之成立。必須有二個以上之意思表示。此等意思表示。卽爲構成契約之要件。其所爲意思表示。明示或默示。均無不可。

2 意思表示必須一致卽須有合意

甲 客觀的一致 二個以上之意思表示。須在客觀上。有同一內容。始得謂爲意思表示之一致。而成立契約。所謂同一內容。非必謂其所使用之言語、文字。須全然同一。〔註三〕乃指意思表示所希望達到之法律上效果。須同一也。〔註

四〕

【註三】所謂言語全然同一者。例如互易之雙方。均稱願意揀換是。所謂文字全然同一者。例如雙方當事人。共同作成一個契約文件是。

【註四】例如買賣。一方願買。他方願賣。言語文字。固不同一。但希認法律上買賣之效力。則同一者是。

乙 主觀的一致 各當事人之意思表示。須有意欲以相對人之協同而生法律上之效果。此之謂契約意思。亦稱爲結約意思。苟當事人間。無此意思。雖數個意思表示。偶然具有同一之內容。亦不能成立合意。

於茲有二問題。(一)合意之成立。在各意思表示間。應否有因果關係。就通常情形言之。固以有因果關係爲多。(如因受要約而爲承諾是)但對於相對人之意思表示。雖無因果關係。偶然以契約意思而爲內容同一之意思表示者。亦不妨成立合意。例如交錯要約是。【註五】(二)合意之成立。尚須各當事人就其意思表示之一致。均有認識否。學者之間。不無爭論。但多取否定說。且

自民法言之。向非對話之意思表示。其效力之發生時期。係探達到主義。(五九

條一五)而收受人曾否了知。則非所問。亦難依肯定說之見解也。

【註五】 甲向乙爲要約時。適值乙亦向甲爲此同一內容之要約者。謂之交錯要約。其間雖無先後之

因果關係。但彼此內容既屬一致。而復均以締約意思爲之。其成立合意。毫不容疑。

3 一個以上之意思表示須互相的爲之 卽各意思表示。須相對立。方足以成立契約。如甲向乙爲意思表示。而乙亦向甲爲意思表示。因以成立契約是。此卽契約與共同行爲所以區別也。蓋以契約之各意思表示爲對立。而共同行爲之各意思表示爲平行故也。【註六】

【註六】 共同行爲亦稱爲合同行爲。或協定行爲。卽因平行的二個以上意思表示之一致。所成立之法律行爲也。例如法人之設立行爲及決議是。其須有二個以上意思表示。及各意思表示之內容。必須同一。固與契約無異。但在契約。其當事人間。利害常相反對。故各意思表示。須相對立。而共同行爲。則當事人間。僅有共同之單一目的。(如法人之設立是)毫無利害相反之可言。故各意思表示。

須相平行。此即共同行為與契約所由區別也。

4 意思表示之內容須以發生債權為目的。債權契約與一般契約所以異者。僅在此點。蓋債權契約。以發生債權關係為目的。而一般契約。則以發生私法上效果為目的也。

5 契約係法律行為。契約既以二個以上意思表示為其構成要件。自係法律行為。故民法總則中法律行為之規定。於契約亦適用之。

第三節 契約之種類

契約之種類

雙務契約
與片務契約

契約因觀點不同。種類各別。茲舉其重要分類於左。

一 雙務契約與片務契約 二者之區別。在雙方當事人。是否負擔有對價的關係之債務。

1 雙務契約 雙務契約者。雙方當事人。各須負擔有對價的關係之債務之契約

也。如買賣、互易、租賃、承攬、有債委任、有債寄託、居間、合夥等是。〔註一〕

〔註一〕 合夥契約。各當事人之負擔債務。係因其他當事人亦負擔債務。而其出資及協同經營之給付義務。並互有對價的關係。故爲雙務契約。

甲 當事人雙方均須負擔債務 故僅一方負擔債務者。不得謂爲雙務契約。

乙 當事人雙方所負擔之債務須有對價的關係 對價的關係云者。具有兩足相償之性質之謂也。即在雙務契約。其一方之負擔債務。係因他方亦負擔債務。而雙方之給付。並須兩足相償。彼此互得堪爲代價也。雙方之給付。是否相償。非必客觀的須有相等之價格。僅主觀的認爲此給付。堪爲彼給付之代價而已足。雙務契約當事人所負擔之債務。既有兩足相償之性質。故雙方當事人均爲債務人。而復均爲債權人。

當事人雙方。均負擔債務。並須有對價的關係。始得謂爲雙務契約。故當事人雙方。雖負擔債務。而並無對價的關係者。自非雙務契約。大別爲二。

A 契約成立後。當事人始因特別事由而負擔債務者。例如在無償委任其委任人負擔償還費用之義務是（五四）（六條）

B 雙方當事人負擔債務。係為契約當然之效力。而並非立於對價的關係者。例如在使用借貸。其貸與人負貸與使用之義務。而借用人亦負返還原物之義務。（四六）雖雙方均負債務。而返還原物與貸與使用。並非互為代價。仍係片務契約是。

2 片務契約 片務契約者。雙務契約以外之契約也。可分為左列二種。

甲 契約之效力。原即僅使當事人一方負擔債務者。例如贈與、無償委任、無償寄託等是。

乙 契約之效力。雖使雙方當事人。負擔債務。然未立於對價的關係者。以及契約成立後。當事人始因特別事由而負擔債務者。

雙務契約與片務契約。其區別之實益。在其應行適用之法律規定。頗有差異。

有價契約
與無價契約

即同時履行之抗辯。(二六四)危險負擔(二六六)等問題。須在雙務契約。始得生之。

又契約之解除。亦重在適用於雙務契約也。

二 有價契約與無價契約 二者之區別。在雙方當事人。是否由給付而取得利益。

1 有價契約 有價契約者。雙方當事人。各須由給付而取得利益之契約也。例如買賣、互易、租賃、雇傭、承攬等是。

2 無價契約 無價契約者。當事人一方無所給付。而取得利益之契約也。例如贈與。使用借貸等是。

有價契約中。有所謂利益分配契約者。即謂因當事人一方所爲之給付。致相對人獲得經濟上利益時。則按所獲利益之多寡。而定利益分配標準之契約也。如公司對其雇用人。約按獲利比例分紅者是。又有所謂射倖契約者。即謂當事人一方或雙方所爲之給付。應依偶然之機會。而決定之契約也。如賭博、保險契約等是。此種契約。往往因違反公序良俗而至無效。

第二章 價之發生 契約之種類

雙務契約與片務契約之區別外。更設有償契約與無償契約之區別者。蓋以區別之理由。兩不相同。一則係從負擔債務着眼。一則係從爲給付着眼。故兩者非必一致。卽雙務契約。必係有償契約。而片務契約。非必係無償契約。亦有係有償契約者。如約付利息之消費借貸是。

有償契約與無償契約。其區別之實益。亦在應行適用之法律規定。頗有差異。卽

(1) 買賣之規定。有償契約得準用之。(三四七條) 而無償契約則否。(2) 限制能

力人。若未經法定代理人之允許。不得締結有償契約。或不獲利益之無償契約。而

純獲利益之無償契約。則得爲之。(七七條)

三 要物契約與諾成契約 二者之區別。在合意外。是否以實行給付爲契約之成立要件也。

1 要物契約 要物契約者。於合意外。更以當事人一方交付標的物。或完結其他給付。爲成立要件之契約也。例如使用借貸、消費借貸等是。(四六五條四七五條)

要物契約
與諾成契約

2 諾成契約 諾成契約者。僅以合意爲成立要件之契約也。如買賣、租賃、雇傭、委任等是。

要物契約與諾成契約。其區別之實益。僅在契約成立之時期。有其差異耳。

要式契約
與不要式
契約

四 要式契約與不要式契約 二者之區別。在契約之成立。是否須有一定方式。要式契約者。其成立須有一定方式之契約也。不要式契約者。其成立毋須有一定方式之契約也。要式契約。如不具備法定或約定之必要之方式。則其契約原則上應爲無效。此即二者區別之實益也。近世法律。因採方式自由之原則。多爲不要式契約。

但自社會政策上言之。方式亦頗緊要。(如一九一八年一月二三日德國勞動協約令一條、瑞價三二二條是)故未具備法定方式或約定方式之契約。其效力若何。現代法律。已設一般規定矣。(民法七三條一六六條、德民一二五條以下)

下瑞價一
一條以下)

要因契約
與不要因
契約

五 要因契約與不要因契約 亦稱爲有因契約與無因契約。二者之區別。在以給付財產爲標的之契約中。其所以給付之原因。「註二」是否爲契約之成立要件。即人之

給付財產。必有所以給付之原因。或因清償債務。或因取得債權。或因給與利益。要因契約者。其成立必須有原因存在之契約也。不要因契約者。其成立毋庸有原因存在之契約也。申言之。即在要因契約。其契約行爲與原因。不可分離。倘原因欠缺。則契約亦歸無效。例如買受人之約付價金。係因出賣人之約交貨物。若出賣人之債務不成立時。（如因買賣標之物之滅失是）則買受人之債務。亦不成立是。凡在雙務契約其雙方債務。均互爲原因。一方之債務。如不成立。則他方之債務。亦不成立。反之。不要因契約。其契約行爲與原因。兩相分離。原因之存否。於契約之效力。毫不相涉。故原因雖有欠缺。而契約仍猶有效成立也。惟受益人無法律上之原因而受益時。應依不當利得之規定。負返還之義務耳。（一七九條以下參照）

要因契約與不要因契約之區別。在債權契約。頗爲重要。即通常之債權契約。殆均爲要因契約。至如當事人不問原因。僅單純負擔債務者。則爲不要因契約。所謂債務約束。債務承認之類是也。【註三】

【註二】 要因不要因之說。創自德普通法。現在德法。已成定論。德民法典。亦明認此區別矣。又原因與動機（亦稱爲緣由）不同。應加區別。即原因乃所以爲行爲之直接決意。而動機則爲所以生此決意之原因。實言之。即原因之原因也。原因乃法律行爲之成立要件。而動機則於法律行爲之成立。多無影響。例如在買賣契約。買受人之結約原因。僅係欲由出賣人取得貨物。而動機則種種紛歧。或因買供自用。或因轉贈他人。或因轉賣圖利是。故原因在同種法律行爲。均係同一。而動機在同種法律行爲。則千差萬別也。

【註三】 債務約束者。不標明原因而約定負擔債務之契約也。債務承認者。承認原有債務關係存在之契約也。此兩種契約。均無原因而契約得有效成立。故皆爲不要因契約。德民（七八〇條至七八二條）瑞債（一七條）前清民草（八六〇條至八六二條）前北平修訂法律館民草（七一二條至七一二四條）均經明定。所以認此不要因契約者其理由約有二端。主張權利者。毋庸證明原因。訴訟進行。簡便迅速。其一也。或單依債務承認契約。新定債權效力之範圍。或更立債務約束契約。替代舊有之債權關係。務斷斷舊有纏轉。使當事人間之法律關係。益趨單純明確。其二也。我民法關於債務約束及債

務承認。未予明定。是否有效。解釋上不無疑義。但我民法既未明文規定債權契約之成立。均須必有原因。而不要因之債權契約。（例如僅載明付銀洋若干元之約單是）又非必違背反公序良俗。竊謂應認爲有效也。

六 有名契約與無名契約 二者之區別。在是否爲法律所明定。

1 有名契約 有名契約。又稱爲典型契約。或模範契約。即法律付與一定名稱。並設有特種規定之契約也。自債編言之。其第二章所定各種之債其性質爲契約者。皆係有名契約。

2 無名契約 無名契約。又稱爲非典型契約。或非模範契約。即法律未付與名稱。並未設特別規定之契約也。其中有以法律全無規定之事項爲內容者。亦有以二以上有名契約之內容爲內容者。後者稱爲混合契約。

有名契約與無名契約。其區別之實益。在適用法規之不同。即有名契約。直接適用其特種法規。而無名契約。因無特別規定。僅以性質類似者爲限。準用有名契約

有名契約
與無名契約

之法規。並得適用債之通則規定。自不待言。又契約自由。爲大原則。有名契約。不過爲交易上所常見。故法律從而規定之。並非限定其範圍。倘不違背公序良俗。無名契約。仍可自由締結也。

本契約與 預約

七 本契約與預約 約定將來締結一定契約之契約。謂之預約。嗣後履行預約而締造之契約。謂之本契約。故預約在使當事人負擔締結本契約之義務。此項義務。有在雙方者。有在一方者。故有雙方的預約與一方的預約之別。我國民法。關於預約。未設一般規定。德日民法亦同。但瑞奧兩國。則已設一般規定矣。(瑞價二二條奧民九三六條)

1 預約與本契約。係二個獨立契約。故預約非本契約之一部。必須履行預約義務。爲締結本契約之必要行爲。然後本契約。始得成立。

2 預約之內容。在商定本契約之內容或方式。以便締結本契約。

3 預約義務者。如任意的不履行其義務時。預約權利者。得請求其履行。(二七條參照) 或得解除其預約。(二五條) 又無論請求履行或解除契約仍得請求損害賠償。

(二二七條後段)
二六〇條參照)

4 預約之權利。不得讓與。又預約之權利義務。不得繼承。蓋約定締結本契約。重在信用其人也。

5 預約後周圍之事情。如顯有變更。不能達預約之目的。則預約即失其效力。

主契約與
從契約

八 主契約與從契約 主契約者。獨立存在。無論有無他契約。均得成立之契約也。從契約者。必須有他契約存在。始能成立之契約也。無論債權契約或物權契約。均可成立從契約。前者如保證契約、違約金契約。後者如質權契約、抵押權契約是。

九 債權契約與物權契約

債權契約
與物權契約

1 債權契約者。以發生債的關係爲目的之契約也。例如買賣、互易、贈與是。此外民法債編所認之契約均屬之。

2 物權契約者。以物權之設定移轉爲目的之契約也。物權之設立云者。謂設定

他物權也。(如地上權、永佃權、地役權、質權、抵押權、典權等是)物權之移轉云者。謂移轉所有權或既存之他物權也。據我民法。不動產物權之設立移轉。須經合意及登記。(七五八條參照)動產物權之設定移轉。須經合意及交付。(七六一條參照)此物權設立移轉之合意。斯爲物權契約。在物權契約。僅由該契約。卽生設立移轉之效力。別無義務履行之觀念。故物權契約。苟經成立。相對人卽取得物權。毋庸更有移轉。又物權契約。固有其原因。但契約與原因。兩相分離。原因之存否。於契約之效力。毫無影響。故物權契約。原則上爲不要因契約。

債權契約與物權契約。截然不同。卽債權契約。在發生債權債務關係。物權契約。在物權之設立移轉。故債權契約。以物權移轉爲目的時。僅由債權契約。發生應移轉物權之債務。並非卽以移轉。此債務之履行。必須更有物權契約。始得收移轉之效。〔註四〕如約定買賣某物。此債權契約也。因履行該買賣契約。而交付價金。或移轉物之所有權。此物權契約也。

「註四」考各立法例。關於物權之設定移轉。共有二種主義。(一)法國主義。物權依當事人間之價權契約。即設定移轉。故在法國法。其價權契約。不僅發生價權。並同時移轉物權。別無所謂物權契約。唯不動產物權之設定移轉。其對抗第三人。須爲登記而已。(法民七一一條一〇三八條)意比葡等國做之。(二)德國主義。物權僅由價權契約。發生應爲移轉之債務。並非即以移轉。必須另有物權契約。始得設定移轉。其物權契約。以當事人之合意及登記或交付爲成立要件。(德民八七三條九二九條一二〇五條)奧瑞和等國做之。我民法亦然。

生前契約
與死因契
約

十 生前契約與死因契約 生前契約者。當事人生存中生效力之契約也。如買賣互易等是。死因契約者。因當事人一方之死亡而生效力之契約也。如死因贈與是。

第四節 契約自由之原則與其限制

契約自由
與其限制

一 契約自由已不足爲原則 契約自由云者。即締結自由。(即相對人選擇之自由)內容自由。方式自由是也。自斯密士盛唱經濟上自由主義。繼以法國革命自由平

- 等之說。契約自由。遂成爲私法上之大原則。其在當時。曾打破封建陋習之縛束。脫離政治暴力之壓迫。功效之大。有足稱者。但降至近代。資本主義之發達。日趨極端。經濟上之地位。甚不平等。契約自由之原則。適足以壓迫經濟上之弱者。成爲有產階級剝奪之工具而已。且在此社會自覺時代。社會的立法。宜抑強扶弱。期得其平。應以羣衆利益爲前提。非以個人私利爲標準。故適合於國家社會之利益者。宜強制其締結。(契約強制)內容不公平。或不切合羣衆利益者。宜強制其修訂。(契約修訂)易生欺壓之情事者。宜嚴定其方式。契約自由。已不足爲原則矣。現代立法。對於契約自由之原則。固已稍加限制。(例如七一條至七四條又七〇五條至二〇七條二五二條四四二條四五七條等是)
- () 然規定未臻周密。內容又屬空洞。(如七二條)尙未足保護羣衆利益也。
- 二 契約強制 締結契約。原屬自由。但適合於國家社會之利益者。宜不問當事人意思如何。而強制其締結。此之謂契約強制。例如鐵路不得拒絕運送(德商四五三條日鐵道營業法六條)
- () 及德國強制保險是。

1 契約強制。須爲法律上之強制。

2 強制契約之內容。須原已確定。其確定有出於法律規定者。有出於第三人之意思者。後者如法院之裁定。或調停委員會之調停是。

3 所謂強制者。即義務人須應相對人之表意。而成立契約也。倘義務人不履行其義務。則得訴請其履行。

契約修訂

三 契約修訂 契約之內容。除不得違背法律禁令或公序良俗外。原屬自由。但曾經締結之契約。於當事人一方。顯失其平。或因嗣後外界情事之變更。以致不切合於羣衆利益。則得對於契約之內容。強制其修訂。此之謂契約修訂。其修訂之方法。依法律之規定而異。有出於法律直接之規定者。有出於第三人之意思者。後者如訴經法院裁定。或請求調停委員會調停是。要之舊契約仍係存續。僅修改其內容而已。

方式自由 已非原則

四 方式自由亦非原則 中世時代。方式過於煩瑣。近世民商各法。改弦更張。多

採方式自由主義。故有以方式自由之原則。即稱爲契約自由之原則者。但現代法律。有因圖交易之安全。而注重方式者。如票據行爲是。有因社會的立法而注重方式者。如共同勞務協約應以書面爲之者是。(瑞價三二二條)故方式自由。已不足爲原則矣。

第五節 契約之成立

契約之成立。至少須有二個以上之意思表示。業經述明。此等意思表示。通常多互相先後爲之。並有其因果關係。先爲之意思表示。謂之要約。後爲之意思表示。謂之承諾。爲要約者。謂之要約人。受要約者。謂之相對人。爲承諾者。謂之承諾人。但在對話人間。有所謂同時表示。孰爲要約。孰爲承諾。殊難辨別。例如輪船或車站其旅客與脚夫約搬行李是。又在非對話人間。有所謂交錯要約。亦難認有因果關係也。例如甲寫信與乙。約請以千元出賣某馬。而乙亦同時寫信與甲。約請以千元收買此馬是。

第一款 要約

第一項 要約之性質

要約之性質

要約者。以締結契約之目的。所爲之意思表示也。分析說明之於左。

一 要約爲意思表示 關於要約之性質。爭論紛紜。或謂爲事實行爲。或謂爲法律行爲。或謂爲意思表示。按要約之目的。在締結契約。故其目的。在發生法律效果。其爲意思表示。甚屬顯然。自非事實行爲可比。又要約之目的。固在發生法律效果。然僅有要約。尙難單獨奏效。必須更經承諾。始得發生法律效果。故要約僅爲契約之構成分子。並非獨立之法律行爲。要約既爲意思表示。故民法總則中。關於意思表示之規定。亦適用之。

二 要約之目的在締結契約 卽須由要約人之表示行爲。足以推知其有爲一定契約

之意思。苟相對人對之爲承諾之意思表示。則該契約即可成立。此即要約與要約之勸誘所以異也。要約之勸誘者。表示意思使他人向自己爲要約也。故僅有引起要約之意思。並無結約之意思。此項差異。在理論上。固甚明瞭。然實際上。殊難辯別。我民法雖規定貨物標定賣價陳列者。視爲要約。僅寄送價目表者。不視爲要約。

(一五四) 然亦僅係例示規定而已。〔註二〕故實際上之區別。應依下列標準而決定之。

• (一) 表示行爲。曾否指示契約之內容。即意思表示。已指定契約之內容。俾相對人得據以即結契約者。爲要約。如約請出賣。已指定貨物之種類、品質、數量、及賣價者是。反之未指定內容者。爲要約之勸誘。如僅寄送價目表是。(二) 是否注重相對人其人。即契約之締結。不注重相對人其人者。爲要約。如貨物標定賣價陳列、自動販賣機之設置、劇場電影館之開設等是。反之斟酌相對人之人物、信用、資力等。始與結約者。則爲要約之勸誘。如出租房屋之招貼、招聘職員之廣告等是。(三) 此外行爲地之習慣。亦爲解釋之重要資料也。

【註一】此項例示規定。肇自德舊商。（三三七條）瑞價做之。（七條二項三項）我民法亦同。

要約之要件

第二項 要約之要件

要約之有效成立。必須具備左列要件。

一 要約須為特定人之意思表示 申言之。即要約人須於客觀。實已確定。通常固多由契約本身。表示要約人為何人。但實際苟經確定。雖不明白表示。亦無不可。如自動販賣機之設置。可認為要約者是也。

二 要約之意思表示須向相對人為之 蓋要約必須待相對人收受。更為承諾。始能發生要約人所欲發生之效力。故要約必須向相對人為之。並須達到。其性質固如是也。其相對人。固多為特定人。但不特定人。亦無不可。【註一】【註二】故如自動販賣機之設置。電車公共汽車之運駛。劇場電影館之開設等。有時均得解為對於不特定人之要約。我國民法。於廣告之要約。並經明定。（一六四條參照）其非以特定人為限。更

要約得向
不特定人
為之

屬顯然。

【註一】對於不特定人。是否得爲要約。不無爭議。卽從來舊說。僅認爲要約之勸誘而已。但契約當事人。須特定者。係指要約人及承諾人須特定者而言。若收受要約之相對人。並無須特定之理由。

且在交易上。對於不特定人之要約。頗感需要。苟要約人不注重承諾人其人。雖認許之。亦自無妨。

【註二】關於不特定人之意義。共有二說。(1)謂對於不特定人之要約。係對於一般羣衆或一定範圍內之衆人所爲之要約。凡屬衆人。對其要約。均得爲承諾。(2)謂對於不特定人之要約。係對於將來承諾之一人所爲之要約。故要約之收受人。在要約當時。尙不特定。迨至承諾。始特定也。然必先有要約之收受人。始有承諾。第二說謂承諾之時。要約之收受人。始行特定。未免本末倒置。且要約必須向相對人爲之。若要約當時。尙無要約之收受人。理論上亦有未合。故以第一說爲當。

三 要約之意思表示須足以決定契約之主要內容 卽要約人之爲要約。須指定契約之內容。俾收受要約之相對人。得據以卽爲承諾。例如買賣之要約。須指定標的物之種類數量。及價金額數。租賃之要約須指定租賃物及租金額數是。但要約人不妨

以其中一部。委由相對人定之。例如關於價金。酌留相對人裁量之餘地。或使定貨物之數量等是。

要約之效力

第三項 要約之效力

要約效力之發生期

一 效力之發生期 要約既為意思表示。其生效時期。自應依意思表示之通例。茲分述於左。

1 向特定人為要約者。應視該特定人為對話人與否而定之。

A 向對話人之要約。以相對人了解其要約時。發生效力。(九四條)

B 向非對話人之要約。以其要約達到於相對人時。發生效力。(九五條)

2 向不特定人為要約者。我民法別無規定。應解為適用達到主義。即以不特定人居於得了解其要約之狀態時。發生效力。

要約之承

二 對於相對人之效力 即收受要約之相對人。得對於有效要約。為其承諾。以成

諸能力

立契約是也。質言之。即適於承受承諾。因以成立契約之效力也。學者或稱爲承諾能力。或稱爲要約之實質的效力。蓋以其係由要約之性質上當然發生之效力也。

此項效力。僅在與相對人以為承諾之權利。而相對人。並非因以負擔爲承諾之義務。其承諾與否。概屬自由。且原則上。對於要約人。其承諾與否。概無通知之義務。蓋要約人。不得以其要約。拘束相對人也。〔註二〕

收受要約人無諾否通知之義務

〔註一〕 考德日民法。收受要約之相對人。承諾與否。概無通知之義務。然其商法上。因交易之成

否。應期迅速。又因商人對於顧客。須維持其信用。規定商人意於諾否之通知。則認爲契約成立。惟

其適用。須且備下列條件。(1) 收受要約之相對人。須爲商人。(2) 要約人須爲平常商業上之顧

客。(3) 要約須屬於商業範圍。按以上條件。限制甚嚴。(德商三六二條一項日商二七一條)

收受要約人無保管義務

再要約人於要約外。更發送物品。或直以發送物品爲要約者。相對人亦不負領受保存及送還之義務。僅不得爲侵權行爲而已。蓋無論何人。非依法令之規定。或法律上之行爲。固不負何等義務也。〔註二〕

第二章 債之發生 契約之成立

〔註二〕 考德日商法。爲期商業交易之確定與信用起見。不能以此種原則爲滿足。規定商人雖拒絕要約。而與要約共同送到之商品。應以要約人費用。暫予預防損害。(德商三六二條二項日商二七二

條)

要約之拘束力

三 對於要約人之效力

1 意義 對於要約人之效力云者。要約人因要約而受拘束之謂也。(一五四條)

(一項本文)

申言之即要約人所爲之要約。一經達到於相對人後。不得復行撤回(九五條) 倘相

對人予以承諾。即應成立契約。此項拘束力。在一定期限。並應存續者也。(一五

五條至一五八條參照) 學者或稱爲要約之拘束力。或稱爲要約之不可撤回性。或稱爲要約之

形式的效力。此項效力。非要約性質當然之效果。乃出於法律之規定。蓋收受

要約之相對人。其欲爲承諾也。必有相當之準備與勞費。倘要約人任意撤回。則

相對人難免受意外之損害。且在相當期限內。使得成立契約。揆諸要約人之初衷

。亦不相背。故法律規定要約。應於一定期間內。存續其拘束力也。〔註三〕

【註三】 古代羅馬法及德國普通法。均不認此效力。近代法國民法亦然。英國法原則上亦不認此效

力。其規定認許者。則爲德民（一四五條）奧民（八六二條）日民（五二一條一項五二四條）瑞價（三條至五條）各立法例。

拘束力之
除外

2 拘束力之除外 契約之要約人。固因要約而受拘束。但要約當時。得以一方的意思表示。聲明不受拘束。或雖無此項意思表示。而依其情形或事件之性質。可認當事人無受其拘束之意思者。則要約人得不受要約之拘束。【註四】蓋在此情形。收受要約之相對人得悉要約無拘束力。不至受意外之損害故也。

【註四】 德民瑞價。均設有此項拘束力除外之規定。（德民一四五條瑞價七條）日民雖無此規定。而解釋論亦同。

3 拘束力無禁止更爲要約之效力 要約之拘束力。僅在要約人。於一定期限內。不得撤回要約。並無禁止要約人更向第三人爲要約之效力。故要約人於該期限內。向第三人更爲要約。仍屬有效。不過倘均有承諾。則要約人應負二重之義務

耳。

要約效力
之存續及
消滅

四 要約效力之存續及消滅 要約發生效力後。固亦如其他意思表示。其效力可以繼續存在。但遇有消滅原因時。亦應歸消滅。要約之效力。果存續至何時爲止。並因何等原因。歸於消滅。茲述於左。

拘束力之
存續期限
及逾期失
效

1 拘束力之存續期限及逾期失效 要約在一定期限內。應存續其拘束力。要約人不得任意撤回。此爲拘束力之存續期限。但逾此期限。卽失其拘束力。而要約之效力。亦卽全歸消滅。嗣後雖爲承諾。亦不得成立要約矣。茲更就左列情形。分別論之。

定有承諾
期限之要
約不得撤
回並因逾
期而失效

甲 定有承諾期限之要約 要約人定有承諾期限而爲要約時。無論爲向對話人之要約。抑爲向非對話之要約。在承諾期限內。應存續其拘束力。不得撤回。如有承諾。應卽成立契約。但逾越此期限。則要約失其拘束力。而要約之效力。亦全歸消滅。雖予以承諾。不能成立契約矣。(一五)【註五】此卽所謂逾越承

(一五)

【註五】

此卽所謂逾越承

向非對
人之要約
未定承諾
期限者不
得撤回並
因逾相當
時期而失
效

諾期限之消滅原因。

【註五】 德氏瑞價日民俄民之規定。均與我民法同。（德民一四八條一四六條瑞價三條日民五二一條俄民一三三條）。

乙 未定有承諾期限之要約 此種要約。又因向對話人或向非對話而有區別。

A 向非對話之要約。未定承諾期限者。在依通常情形可期待承諾之達到時期內。應存續其拘束力。不得撤回。如有承諾。應即成立契約。但逾越此時期。則要約失其拘束力。（民法一五七條）而要約之效力。亦當然全歸消滅。無更待撤回。【註六】雖予以承諾。不能成立契約矣。此即謂逾越承諾達到可能時期之消滅原因。此可能時期。或稱爲相當時期。當就各種通知方法。適當判斷之。自一般論。應併合要約達到期間。及結約考慮期間而定之。

【註六】 依日民法。向非對話之要約。未定承諾期限者。其逾承諾通知之相當時期後。雖失其拘束

力。而承諾能力之效力。尙係存續。倘予以承諾。仍得成立契約。故要約人必須更爲撤回。其要約之效力。始全行消滅。(日民五二四條參照)至於日商。以更待撤回。未免繁瑣。因另設特別規定。使因逾期。當然失效。毋庸更待撤回。(日商二七〇條一項)按要約人斟酌當時情形。以爲要約。及時過境遷。多不欲再行結約。其要約效力。不宜永續。應使因相當時期之經過。當然自行失效。故較新之立法例。均設逾期失效之規定。無分民商。一律適用矣。(德民一四七條二項一四六條與民八六二條瑞價五條俄民一三二條)我民法雖僅規定因逾期而失其拘束力。(民法一五七條)但據第一五九條之規定。逾期後遲到之承諾。原則上不能成立契約。又據第一六〇條之規定。凡遲到之承諾。無論要約會否定有承諾期限。均僅視爲新要約。則逾期後之要約。不僅失其拘束力。而承諾能力。亦已消滅。自可謂爲要約之效力。全行消滅。毋庸更待撤回也。

B 向對話人之要約。未定承諾期限者。倘要約當時。若無立時承諾。則要約失其拘束力(一五)而要約之效力。亦即全行消滅。無更待撤回。〔註七〕嗣後雖予以承諾。不能成立契約矣。

向對話人
之要約未
定承諾期
限者立時
失效

拒絕要約
爲要約效力
之消滅原因

【註七】 依日民之解釋。向對話人之要約。未定承諾期限者。並非立時當然失效。必須更待撤回。

至於日商。以商事額繁。情形易變。此項規定。甚不相宜。因設特別規定。即非立時承諾。則自失其效力。（日商二六九條）按要約人向對話人爲要約。其未定承諾期限者。原欲得其即時回答。其要約

效力之不永續。洵合乎要約人之意思。及交易上之情形。故較新立法例。均規定若無立時承諾。即自失其效力。無分民商。一律適當矣。（德民一四七條一四六條奧民八六二條瑞俄民一三一條）

？ 要約之拒絕 要約之拒絕者。表示不爲承諾之意思也。不僅絕對拒絕要約者。稱爲拒絕要約。即將要約擴張、限制、或變更而爲承諾者。亦視爲拒絕要約。

（一六〇條二項）此項意思表示。爲須受領之意思表示。故拒絕須向要約人爲之。且須達

到時。始能發生效力。（九五條照參）至其所生效力。即係使要約。失其拘束力。（一五

）雖在承諾期間內。苟經拒絕。亦應失其拘束力。故要約之拒絕。爲要約效力之消滅原因。但如爲向不特定人之要約。則該要約並不因特定人之單獨拒絕。而失效力。蓋因該要約原即向不特定人所表示。自不能因特定人之單獨拒絕而失效力

第二章 債之發生 契約之成立

也。

撤回要約
爲要約效
力之消滅
原因

3 要約之撤回 要約之撤回云者。謂要約人收回要約。使其效力。或使不生其效力之意思表示也。故要約之撤回。爲要約效力之消滅原因。按要約人所爲之要約。苟已發生拘束力。則要約人應受其拘束。不得任意撤回。故要約之得撤回者。僅有左列二種情形。

甲 要約人除外要約之拘束力者 此項要約。雖無拘束力。而有承諾能力。所謂撤回者。乃使其承諾能力之效力也。

乙 要約尚在達到以前者 要約既在達到以前。尙未發生效力。自無所謂拘束力。要約人得撤回其要約。使不生其效力。此項撤回之意思表示。爲須受領之意思表示。應向相對人爲之。且須達到時。始能發生效力。故撤回要約之通知。須較要約先時達到。至遲亦須與要約同時達到。始能發生效力。 (五九條參照) 若撤回要約之通知。其達到在要約達到之後。則要約已生拘束力。不得

要約人
死亡或
能力
欠缺及
於
要約之
效力

復撤回矣。但按其傳達方法。依通常情形。應先時或同時達到者。相對人應向

要約人。即發遲到之通知。若怠於通知。則要約撤回之通知。視為未遲到。

（一六）即仍使發生撤回之效力也。
二條

⋈ 當事人死亡或能力欠缺

甲 要約人死亡或能力欠缺 要約人於發出要約之通知後。死亡或喪失行為能

力。其要約不因之失其效力。（九五條二）〔註八〕但有左列例外。〔註九〕
項參照

A 要約人顯有反對之意思者。例如僅為個人需要而定買物品是。

B 依契約之性質。須以特定人為要件者。例如委任、雇傭等契約。注重相

對人其人者是。

〔註八〕 要約人之死亡或能力欠缺。其對於要約所及之效力若何。在各立法例。其主義大別為二。

（1）使要約失其效力者。為德國普通法時之通說。奧民更以明文定之。（九一八條）（2）以不

第二章 債之發生 契約之成立

失效力爲原則者。德舊商（二九七條）德民（一五三條）日民（九七條二項五二五條）採之。我民法亦然。

〔註九〕日民德民關於例外情形。如當事人顯有反對之意思者。均經明定。（日民五二五條德民一五三條但書）我民雖無此項明文。而固應如斯解釋也。

相對人死
亡或能力
欠缺及於
要約之效
力

乙 接收要約之相對人死亡或能力欠缺 要約成立後。相對人死亡。或喪失行爲能力。其對於要約所及之效力若何。當依左列情形。分別論之。〔註八〕

A 發出要約之通知後未達到前相對人死亡或能力欠缺者 相對人喪失行爲能力。應依第九六條之規定。決定要約之效力。並非當然失效。至相對人死亡時。以欠缺領受之人。且在達到前。要約人與相對人間法律關係。毫未發生。繼承人亦無所繼承。故要約應不發生效力。惟要約人對於相對人之繼承人。亦有爲要約之意思時。對於繼承人。始發生效力耳。

B 要約達到後未承諾前相對人死亡或欠缺能力者 要約一經達到。即發生其效力。(九五條一項參照) 相對人雖喪失能力。而要約仍不失其效力。惟相對人爲承諾之能力。應受限制。至於相對人。雖有死亡情事。而要約亦不失其效力。惟要約人顯有反對之意思。或契約以特定人爲要件者。則要約失其效力。

C 相對人於發出承諾之通知後死亡或欠缺能力者 當依一般原則。適用第九五條二項之規定。

〔註八〕 相對人之死亡。對於要約所及之效力若何。各立法例。亦不一致。德尊通法。認爲要約應失其效力。普國國法。認爲要約不失其效力（第一部第五章一〇六條至一〇八條）德民法。以無明文。頗有爭議。其通說概謂相對人死亡或欠缺能力時。要約應否失效。應解釋要約人之意思而決定之。

承諾爲消

5

承諾 要約一經承諾。契約即因以成立。自再無所謂要約。唯向不特定人之

第二章 債之發生 契約之成立

五七

滅要約效力之原因

要約。若其所求之承諾。不僅限於一人。則僅單一之承諾。自不能消滅要約全部之效力。

6 足致意思表示喪失效力之一般原因 要約既為意思表示。則關於一般意思表示失效原因之規定。自應適用。

承諾

第二款 承諾

第一項 承諾之性質

承諾之性質

承諾者。以與要約人共結契約之目的。所為之意思表示也。分析說明之於左。

一 承諾為意思表示 對於要約。予以承諾。契約即因以成立。是承諾與要約同為契約之構成分子。故承諾僅係意思表示。並非法律行為。

二 承諾之目的在與要約人共結契約 故要約之相對人。須知有要約。並對之承諾

。故承諾係接收要約之相對人。向要約所爲之同意。若不知有要約而爲意思表示。縱令偶然暗合。亦不生承諾之效力。

第二項 承諾之要件

承諾之要件

承諾之有效成立。必須具備左列要件。

一 承諾須由接收要約之相對人爲之 其代理人。亦得爲之。至其繼承人。是否得爲承諾。則應解釋要約之意思而定之。

二 承諾須向要約人爲之 蓋以承諾之目的。在與要約人。共結契約。自應向要約人爲之。

三 承諾須在要約發生效力後爲之 蓋對於有效要約。予以承諾。始能成立契約。若要約尚未發生效力。雖爲承諾。亦難生其效力。故承諾須在要約發生效力後爲之。

變更之承
諾或為新
要約

四 承諾之內容須與要約之內容一致。蓋要約人之意思。在以要約所表示之內容。而締結契約。故應據其內容。以為承諾。此之謂要約不可分。倘將要約擴張、限制、或變更而為承諾。則視為拒絕原要約。契約不得因以成立。但為交易之便易。視為新要約而已。(一六〇條二項)即所謂變更之承諾。視為新要約是也。至所謂將要約擴張而為承諾者。如擴充要約之內容而為承諾是。所謂將要約限制而為承諾者如附加條件、期限、違約金約款而為承諾是。所謂將要約變更而為承諾者。如僅就要約之一部。予以承諾是。

得為承諾
之時期

五 承諾須於要約有效期內為之即為得承諾之時期。對於有效之要約。予以承諾。始得因以成立契約。故要約失其效力後。雖為承諾。亦難發生效力也。其得承諾之時期如左。

- 1 向定有承諾期限之要約。須於其期限內為承諾。(一五八條)
- 2 向未定承諾期限之要約。其為對話者。須立時承諾。(一五六條)其為非對話者。

須於依通常情形。可期待承諾之達到時期內。爲其承諾。(一七五)
(七條)

承諾之方法

六 承諾之方法 承諾之方法。以無限制爲原則。但有左列例外。

- 1 當事人因預約或其他特約限定者。例如當事人預定須以文件爲之者是。
- 2 要約人預行限定者。例以要約人。於要約中。聲明須以電報承諾是。
- 3 交易上有特別限制者。例如交易上習慣。須以電報往返者是。
- 4 依習慣。或依其事件之性質。或依要約人之意思表示。承諾無須通知者。我民法關於此點。已有規定。(一七六)俟於契約成立之時期中詳說之。

承諾之效力

第三項 承諾之效力

一 承諾效力之內容 承諾之效力。即在共與要約。成立契約。其在法律上效力。僅此而已。至契約之效力。必契約成立之後。始行發生。固與承諾之效力。大有區別也。

承諾效力
發生之時
期即爲契
約成立之
時期

非對話之
承諾探達
之主義

- 二 承諾效力發生之時期 承諾之效力。在成立契約。故承諾效力發生之時期。卽爲契約成立之時期。其時期如何。極爲重要。我國關於此點。未設特別規定〔註一〕自應適用意思表示發生效力之一般規定。以資決定。此乃做德國法例者也。〔註二〕
- 1 對話之承諾 承諾人係與要約人居於對話地位而爲承諾時。以要約人了解時。發生效力。(參照九四條)
- 2 非對話之承諾 承諾人係與要約人居於非對話地位而爲承諾時。以承諾之通知。達到於要約人時。發生效力。(參照九五條) 故承諾之通知。其發送雖在要約有效期內。而其送到已逾期者。承諾卽不能發生效力。而契約亦無由成立。蓋要約一經逾期。卽行失效。而承諾之發生效力。復須在達到之時。若承諾通知之達到。在要約逾期失效以後。此乃對於無效要約。予以承諾。自不能發生承諾之效力。而成立契約也。且徵諸第一五九條及第一六〇條二項之規定。其承諾之通知。按其傳達方法。依通常情形。在相當時期內可達到而遲到者。卽爲遲到之承諾。原

則上不發生承諾之效力。僅視爲新要約而已。先後參照。更加顯然。蓋依通常情形。本可在相當時期內達到之承諾。其發知通知。自在要約有效期內。假使承諾發生效力。在承諾通知發送之時。則其發送之時。承諾應即發生效力。嗣後有無達到。已非所問。遑論遲到。但我民法。既明定遲到之承諾。原則上不發生承諾之效力。故承諾通知之發送。雖在要約有效期內。而其達到已逾期者。承諾自不能發生效力也。

〔註一〕關於承諾效力發生時期。在各立法例。頗不一致。大別如下（1）表示主義。即表示承諾之意思時契約即行成立是也。德國普通法學者及法國法學者。頗主張之。（2）發信主義。即發送承諾通知時。契約即行成立是也。英國法探之。（3）達到主義。即承諾之意思表示。達到於要約人時。契約始行成立是也。此爲德國普通法之通說。德民（一三〇條）俄民（一三四條）探之。我民法亦然。（4）了知主義。即要約人知曉承諾及其內容時。契約始行成立是也。此爲法國法之通說。德國普通法學者。亦有主張者。（5）附條件發信主義。即契約之成立。雖在承諾達到於要約人之時。但

在要約有效期內。發達承諾之通知者。則視為遲及發達之時。成立契約。日民（五二六條一項）瑞價（一〇條）德舊商（三二〇條三二一條）採之。我國民法著述。其抄譯日民之解釋者。對我民法。亦頗有主張此說者。

【註二】 考各立法例。關於承諾發生效力之時期。即契約成立之時期。固有設特別規定者。如日民（五二六條一項）俄民（一三四條）瑞價（一〇條）等是。但德民則並未特設規定。僅使適用意思表示發生效力之一般規定而已。（德民一三〇條）我民法倣之。

遲到之承諾

三 遲到之承諾 承諾未於承諾效力發生之時期內達到者。謂之遲到之承諾。質言之。即逾承諾期限或承諾相當時期後。始行達到之承諾是也。此項承諾。自不發生承諾之效力。即不能因以成立契約。但法律對於遲到之承諾。尚與以二種特殊效力。

1 因障礙而遲到者使要約人負通知之義務 即承諾之通知。按其傳達方法。依通常情形。在相當期內。本可達到。而因途中障礙。以致遲到者。要約人應向相

對人即發遲到之通知。(一五九條一項)蓋恐相對人信爲契約成立。着手準備履行。致受意外損害。故使要約人應從速發送遲到之通知。以保護相對人也。要約人怠於爲此項通知者。其承諾視爲未遲到。(一五九條二項)即仍使發生承諾之效力。而成立契約也。【註三】

2 視爲新要約 遲到之承諾。固不能發生承諾之效力。但係相對人以締結契約之目的。所爲之意思表示。故法律因顧全交易之便宜。當然視爲新要約。(一六〇條一項)
【註四】即原要約人。予以承諾。即得因以成立契約也。

【註三】 考各立法例。關於要約人之此項通知義務。其主義大別爲二。(1)要約人須發還撤回要約之通知。否則應負損害賠償責任。普國國法曾採之。(普國國法第一部第五章第百條以下)(2)要約人須發送承諾遲到之通知。否則視爲契約成立。德民(一四九條)日民(五二三條)瑞債(五條三項)俄民(一三三條後段)採之。

【註四】 遲到之承諾。其視爲新要約者。在各立法例。亦大別爲二。(1)法律上當然視爲新要約

第二章 債之發生 契約之成立

者。德民（一五〇條一項）採之。我民法亦同。（二）非法律上當然視為新要約。乃由原要約人。得

視為新要約者。日民日商採之。（日民五二三條日商二七〇條二項）

承諾之撤回

四 承諾之撤回 承諾之撤回云者。承諾人以不使承諾發生效力之目的。所為之意思表示也。此項撤回承諾之通知。必須達到於要約人。且必須較承諾通知先時達到。至遲亦須同時達到。始生撤回之效力。（九五條）（但書）若其達到在承諾通知達到之後。則承諾已生效力。不得復任意撤回矣。但撤回承諾之通知。其達到雖在承諾通知達到之後。而按其傳達方法。依通常情形。應先時或同時達到者。要約人應向承諾人。即發遲到之通知。若怠於為此項通知。則撤回承諾之通知。視為未遲到。（三條六）（三條）即撤回仍得有效。而使承諾不發生效力也。

第三款 合意及不合意

何謂合意

一 合意 契約之成立。必須有二個以上之意思表示。而各意思表示。並須一致。

其構成契約之各意思表示一致者。謂之合意。故合意爲契約成立不可缺之要件。

當事人於契約之內容。須對其如何部分。其意思表示一致者。方得謂爲合意。易滋疑義。茲由法理上言之。當事人對其必要之點。意思一致者。斯爲合意。(一五三條二項前)

所謂必要之點者。卽法定要件及任意要件是也。法定要件者。卽某種契約之成立。其法定之必要的構成分子也。如買賣以移轉財產權及支付價金爲法定要件。(三四條)

贈與以無償給與及允受爲法定要件(四〇條)是。凡對於契約內容之法定要件。

其意思表示。必須一致。任意要件者。雖非法定要件。而當事人雙方預定。或當事人一方表示。必須合意也。如關於給付之處所。給付之時期。給付物體之品質各項。當事人表示應約定者是。苟有此要件。其意思表示。亦須一致。故當事人對此等必要之點。其意思表示一致。而對於非必要之點。未經表示意思者。卽推定其契約爲成立。(一五三條二項中段)如契約履行時。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。(一五三條二項後段)

不合意之
種類

二 不合意 構成契約之各意思表示不一致者。謂之不合意。大別爲二。其不合意爲當事人所知者。謂公然之不合意。或稱爲意識的不合意。其一也。其不合意爲當事人所不知者。卽當事人誤信爲意思一致。而實際上並不一致者。謂之隱存之不合意。或稱爲非意識的不合意。其二也。凡屬不合意。無論爲公然的爲隱存的。均阻礙契約之成立。

隱存之不合意

隱存之不合意。得依其不合意之事項。分爲數種。(一)關於契約物體之不合意。例如約定買賣中英字典。買受人意在購買甲某所編。而出賣人意在出賣乙某所編是。(二)關於當事人之不合意。例如有王某同姓名者甲乙二人。本自甲王受其要約。而誤認爲乙王之要約。予以承諾是。(三)關於契約性質之不合意。例如當事人一方。對於他方。寄送金錢。意在貸與。而他方誤爲贈與。又如對於他方。寄送貨物。意在出賣。而他方誤爲贈與是。(四)關於品質之不合意。例如甲向乙提示鍍金表。言明若干元出賣。而乙誤爲真金表。竟答稱願照價買此真金表而定約是。

隱存之不合意。雖與錯誤同爲出於誤解。而實不相同。即隱存之不合意。乃謂構成契約之各意思表示。在客觀上。無同一之內容。即彼此意思不一致也。而錯誤則專謂一方意思表示。其真意與表示不一致也。故構成契約之各意思表示。因誤解而不一致者。其契約不成立。若各意思表示彼此一致。僅其中意思表示。有因誤解。以致真意與表示不一致者。則契約仍可成立。僅生錯誤問題而已。(八八條參照)例如甲向乙提示鍍金表。而爲以二十元賣與之要約。乙誤爲純金表。以買純金表之意思。僅表示願買之承諾時。則在客觀上。甲乙之各意思表示。對於此表。一方願買。一方願買。已屬一致。即爲合意。其買賣契約。自可成立。僅乙之意思表示。出於錯誤而已。反之。在同一情形。若乙答稱願以二十元買此純金表。則甲乙之各意思表示。一方願出賣鍍金表。一方願買受純金表。其內容各異。並不一致。即爲不合意。而買賣契約無由成立是。

第四款 契約成立之時期

契約成立之時期。因其成立之方法而異。分別述之於左。

因合意而成立之契約

一 因合意而成立契約 原則上承諾發生效力。即合意成立之時。斯爲契約成立之時。但有左列例外。

1 要式契約 要式契約。於合意之外。更須具備法定或約定之必要方式。始得完全成立。故某種契約。在法律上定有法定方式者。若不依其方式。則原則上無效。(七三條)又契約當事人。約定其契約須用一定方式者(約定方式)。在該方式未完成以前。推定其契約不成立。(一六六條)

2 要物契約 要物契約。於合意外。更須交付標之物或完結其他給付時。始得成立。

因交錯要

二 因交錯要約而成立契約 甲向乙爲要約時。適值乙亦向甲爲此同一內容之要約

約成立之
契約

者。謂之交錯要約。

1 交錯要約得成立契約 交錯要約。是否得成立契約。以未經明定。議論紛歧。大別爲消極說積極說。愚謂積極說爲當。蓋交錯要約。彼此內容。既屬一致。而復均以結約之意思（契約意思）爲之。其成立合意。毫不容疑。雖彼此之間。無先後之因果關係。不能定其孰爲承諾。然契約之成立。非必限於要約承諾之方法。故理論上。交錯要約。自得成立契約。且實際上。亦以成立契約。最爲便宜。

2 契約成立之時 各要約須均達到相對人時。契約始行成立。蓋各要約之意思表示。須達到於相對人時。始能發生效力。（九五條前段參照）而因以成立契約也。

【註一】消極說之理由。共有二種（1）謂要約與承諾。性質攸殊。即承諾乃對於要約所爲之意思表示也。在交錯要約。孰爲承諾。難於確定。故不宜成立契約。（2）謂要約在達到前。得撤回之。在交錯要約。若以較後之要約。認爲承諾。則較前之要約。已經遇有承諾。雖在達到前。亦不得復行

第二章 債之發生 契約之成立

撤回。未免違背當事人之本意。故不宜成立契約。但在積極說論者。均認爲要約。並不認有承諾。自不受此等非難也。

因意思
實成立之
契約

三 因意思實現而成立契約 即依習慣或依其事件之性質。或依要約人之意思。承諾無須通知者。在相當時期內。有可認爲承諾之事實時。其契約成立是也。(一六條)

I 何謂可認爲承諾之事實 可認爲承諾之事實云者。即謂足以推斷承諾意思存在之客觀的事實也。其與一般情形異者。即承諾意思。不問其有無表示。且毋庸向要約人表示也。但關於此點。爭議甚烈。大別爲二。即意思表示說及意思實現說是也。意思表示說。謂仍須有承諾之意思表示。僅對於要約人。毋庸講求使應得知曉之方法而已。故可認爲承諾之事實。不僅以推斷已有承諾意思。並須包含已有其意思表示也。從來舊說。多謂爲默示之承諾。意思實現說。謂依客觀之事實。苟足以推斷已有承諾意思。則有無表示。已非所問。即承諾意思。依意思表示以外方法。實現於外部者。斯認爲已有承諾也。此說現正盛行。本書亦採之。

2 如何事實始適於推斷承諾意思之存在 此則應就各情形分別決定之。然通常最適於推斷者。約有數項。(1) 爲契約履行之行爲者。例如發送定買之物品。或爲受委託之行爲是。(2) 爲契約所得權利之行爲者。例如使用或消費要約人送到之物品是。(3) 爲契約履行之準備行爲者。亦有時可推斷已有承諾意思之存在。例如旅館或公寓之主人。對於所定房間。實行打掃是。

3 適用範圍 毋庸爲承諾之通知。僅因意思實現而成立契約者。須限於左列情形。始得適用。

甲 依習慣承諾無須通知者。若要約人所在地之習慣。與相對人所在地之習慣不同時。則依要約人所在地之習慣定之。

乙 依其事件之性質。承諾無須通知者。

丙 依要約人之意思表示。承諾無須通知者。即要約人於要約當時。預先聲明承諾無須通知者是也。

4 相當時期內 所謂相當時期內。須解爲要約有效期內。卽得爲承諾之時期是也。

5 契約成立之時 卽有足以推斷已有承諾意思之客觀的事實時。契約卽行成立也。

第六節 懸賞廣告

第一款 懸賞廣告之意義及本質

何謂懸賞廣告

一 懸賞廣告之意義 懸賞廣告者。以廣告方法。聲明對完成一定行爲之人。給與報酬之行爲也。(一六四條一項前段)其爲此廣告行爲者。謂之廣告人。而爲廣告上所指定行爲者。謂之行爲人。〔註一〕

〔註一〕 懸賞廣告。種類頗多。卽(一)尋求遺失物件或走失家畜之懸賞廣告。(二)尋求走失人

口或竊探人犯之懸賞廣告。(三)獎勵學術上技術上發明發見之懸賞廣告。(四)徵求學術上技術上著作或製造品之懸賞廣告等是也。

契約說及
單獨行為
說

二 懸賞廣告之性質 懸賞廣告之性質若何。爭議紛紜。大別爲二。契約說及單獨行為說是也。主張契約說者。謂懸賞廣告。乃廣告人對於不特定人所爲之要約。必須俟行爲人。予以承諾。始能成立契約。而發生債務。主張單獨行為說者。謂懸賞廣告。乃單獨行爲。廣告人僅由其廣告之一方的意思表示。遂負擔債務。毋庸經行爲人之承諾。惟廣告當時。廣告上所指之一定行爲。既未完成。其債權人。自不存在。尙難謂爲即發生債權。故多主張以一定行爲之完成。爲廣告人負擔債務之停止條件〔註二〕

〔註二〕 考各立法例。日民(五二九條以下)瑞債。(八條)採契約說。德民(六五七條以下)採單獨行爲說。法民奧民。則並無懸賞廣告之規定。

懸賞廣告

三 我民法係採契約說 我民法將懸賞廣告。規定於契約成立款中。認係契約成立

第二章 債之發生 懸賞廣告

有要約之效力

之方法。其探契約說。自不容疑。故懸賞廣告。有要約之效力也。

懸賞廣告之要件

第二款 懸賞廣告之要件

懸賞廣告。既係契約之要約。所有普通要約之要件。自應具備。但更須具備其特別要件。

須以廣告之方法

一 須以廣告之方法而為其意思表示 廣告云者。使不特定之多數人得知之表示方法也〔註一〕其表示方法。或以書面。或以言詞。或登載報章。或張貼牆壁。苟係得用充廣告方法。均無不可。其所向表示之人。須係不特定人。若為特定人。則非懸賞廣告。例如對逃走家屬。聲明給與財產。或任其結婚。勸令回家之廣告。非懸賞廣告是。又不特定之人。僅多數而已足。故不僅限於一般人。雖一定範圍內之不特定人。亦無不可。例如學校。對本校學生。懸賞徵求某種著述是。

懸賞廣告

〔註一〕 通常稱為廣告者。種類頗多。其無法律上效果者。甯居多數。如死亡之登報訃告。致謝之

與其他普通廣告不可混同

廣告。聲明會客時間之廣告等是。至發生法律上之效果者。大別爲二。卽事實之通知及意思表示是已。由廣告表示以代理權授與他人者。前者之適例也。(一六九條前段參照)又廣告於契約之成立有關係者。更得分爲四種。(一)爲要約之勸誘者。如招租廣告、招聘廣告等是。(二)爲向特定人之要約者。如報館歡聘某名流爲主筆之廣告是。(三)爲向不特定人之要約者。如某處地皮百畝。每畝以萬元出賣之廣告是。(四)卽懸賞廣告。故懸賞廣告。與其他普通廣告。應予區別。不可混同。

報酬

二 須表示給與一定報酬之意思 其報酬之種類。並無何等限制。既非僅限於金錢給付。又非必限於財產的給付。例如獎照賞牌。亦得以爲報酬是。但給與之報酬。必須得爲債權之標的者。例如賞與接吻。賞給美人。不得以爲懸賞廣告之報酬。

三 須表示對於完成一定行爲之人給與報酬之意思 其行爲之種類。亦無限制。或爲事實上之行爲。或爲法律上之行爲。或爲作爲。或爲不作爲。苟不違背公序良俗。均無不可。惟既限於行爲。故以廣告。聲明對於具有一定狀態之人。給與一定利益者。自非懸賞廣告。例如美人懸賞投票廣告。非懸賞廣告是。

第二章 債之發生 懸賞廣告

負擔債務
之意思

四 廣告人須有負擔債務之意思 卽廣告人之爲廣告。須對於完成廣告上所指定行爲之人。有負擔債務之意思。故廣告人。對於完成該行爲之人。必負給付報酬之義務。(一六四條一項參照)至所以爲廣告之原因。在所不問。或爲自己利益。或爲公益。或竟爲自己之不利利益。均無不可。例如指出本工場出品之缺點者。給與賞金之廣告是。

第三款 懸賞契約之成立

懸賞契約
之成立時

懸賞廣告。僅有契約之效力。必須受有承諾。始能成立契約。究竟在如何事實時期。方可認爲已有承諾。此爲懸賞契約成立之時期問題。

一 學說上之主張 關於上述問題。爭議紛紜。大別如左。

1 在着手一定行爲以前。因爲意思表示。而認爲有承諾。

2 因着手一定行爲。而認爲有承諾。

3 因完成一定行爲。而認爲有承諾。

4 在完成一定行爲後。因爲意思表示。而認爲有承諾。

5 因將完成一定行爲之結果。交與廣告人。而認爲有承諾。

二 我民法上懸賞契約成立之時期 據我民法之解釋。宜採第四說。蓋數人完成一定行爲時。究應如何給付報酬。據我民法之規定。不以完成之先後爲依據。而以通知之先後爲標準。(一六四條) 足見最先爲承諾之通知。卽因以成立契約矣。且廣告人對於不知有廣告。而完成一定行爲之人。據我民法之規定。亦負給付報酬之義務。(一六四條) 若因僅着手或僅完成。而卽認爲已有承諾。是不知有要約。而爲承諾。顯缺結約意思。何能成立契約。故完成之時。雖不知有廣告。而完成之後。如欲向廣告人請求報酬。必須更爲承諾之意思表示也。

第四款 懸賞契約之效力

廣告人義務之發生

一 效力之內容 行爲人完成一定行爲後。對於廣告人。表示承諾之意思時。懸賞契約。即行成立。行爲人因以取得請求報酬之債權。而廣告人亦因以負擔應給付報酬之債務。此即懸賞契約之效力也。

行爲人之多數時

二 數人完成一定行爲時 其情形有二。

1 數人各自單獨同時或先後完成一定行爲時。其中最先向廣告人爲承諾之通知者。即與廣告人間。成立契約。而取得請求報酬之債權。其餘行爲人。無論完成之前後若何。苟通知在後。已不得請求報酬矣。故契約之成立。乃以通知之先後爲標準。非以完成之先後爲依據也。又通知最先之行爲人。如拋棄請求報酬之債權。則其通知次位之行爲人。復可取得請求報酬之債權。蓋廣告人須對於最先通知者。已爲報酬之給付。其給付報酬之義務。始行消滅。(一六四) 條二項若通知最先之行爲人。拋棄債權。則廣告人尙未爲給付。而其義務。亦尙未消滅。故通知次位之行爲人。復可因其承諾之通知。成立契約。而取得請求報酬之債權也。

數人共同完成一定行為時。其與一人單獨完成一定行為者無異。惟所取得之債權。有多數之債權人耳。(二七一條二九二條參照)

第五款 懸賞廣告之撤銷

懸賞廣告。既為要約。故關於要約效力消滅之原則。在懸賞廣告。亦適用之。惟關於撤銷。更設有特別規定。

撤銷之可能

一 撤銷之可能 懸賞廣告。是否得由廣告人任意撤銷。在學說上。不無爭議【註一】即認許撤銷。行為人倘已着手一定行為。難免因撤銷而受意外損害。但禁止撤銷對廣告人。亦未免過酷。且行為人之損害。尚得由賠償方法。以資救濟。故我民法規定得由廣告人撤銷之。(一六五條前段參照)

【註一】 採契約說者。認為當然得予撤銷。採單獨行為說者。認為不得撤銷。然此問題。非決於法律上之性質。乃定於立法上之便宜。故德民雖採單獨行為說。而認為得撤銷也。(德民六五八條)

撤銷之要件

二 撤銷之要件 懸賞廣告之撤銷。須具備左列要件。

1 撤銷須由廣告人爲之。

2 須在一定行爲完成之前。若已有完成一定行爲之人。則不得撤銷。(一六五條前段參照)

3

撤銷須以廣告之方法爲之。蓋以須向不特定之多數人。表示其撤銷之意思也

4

廣告人須未拋棄撤銷權。若廣告中聲明完成一定行爲之期限者。苟無特別意

思表示。則爲拋棄撤銷權。(一五八條參照)

三 撤銷之效果 廣告一經撤銷。卽視爲自始無廣告。(一二四條一項)

撤銷之損害賠償

四 撤銷之損害賠償 廣告撤銷後。行爲人雖完成一定行爲。已不得請求報酬。但行爲人於撤銷前。信賴懸賞廣告。(卽所謂善意)着手一定行爲。業已耗費財產、勞力、時間。一旦撤銷。難免徒費。致生意外之損害。故法律使廣告人。負賠償之

責。以期公允。惟賠償額。須在廣告預定報酬額之限度內。不得超過。又廣告人若能證明行爲人不能完成其行爲時。雖有損害。亦不賠償。蓋以行爲人。若不能完成一定行爲。報酬且不得請求。勞費更無論矣。(一六)
(五條)

第七節 代理權之授與

第一款 代理權之發生

何謂代理權

一 代理權之意義 代理人之意思表示。直接對於本人發生效力也。「註一」必須其代理人有代理權。代理權者。足使代理關係有效成立之資格也。質言之。即代本人所爲之意思表示。(積極代理)或代本人受領之意思表示(消極代理)得直接對於本人。發生效力之法律上資格也。「註二」故謂甲對乙有代理權。斯爲甲有代理乙之資格也。

〔註一〕 所謂直接對於本人發生效力者。言代理行為。由代理人爲之。而所生效果。則直接歸屬於本人。(一〇三條)即權利應歸本人享有。而義務亦應由本人負擔。並非一旦歸屬於代理人。然後移轉於本人。此即直接代理與間接代理所以區別也。

〔註二〕 代理權之性質若何。學說紛歧。大別爲三。(1)代理權否認說。即謂代理權應包含在委任關係及其他各種關係之中。不認其有獨立之存在也。羅馬法及法國法採之。(2)權利說。將委任與代理。兩相對分。委任乃對內履行。代理權乃對外權限。故謂代理權爲一種權利。或更述其權利性質。屬於形成權。(3)資格說。亦稱爲能力說。謂代理權既非義務。又非權利。乃一種法律上之地位也。本書即採此說。

意定代理
與法定代理

二 代理權發生之原因 代理權發生之原因。大別爲二。即本人之意思表示及其他原因是也。代理權之發生。本於本人之意思表示者。謂之意定代理。或稱爲任意代理。代理權之發生。本於其他原因者。謂之法定代理。在意定代理。其發生既本於本人之意思表示。自應有授與代理權之法律行爲。學者以授權行爲稱之。在法定代

何謂授權
行爲

理。其發生固多本於法律上之規定。如行親權之父母爲其子女之法定代理人。然非必以此爲限。此外尚有指定監護人。選定監護人。及法院所選派之法定代理人是也。

三 授權行爲之性質 授權行爲者。本人以代理權。授與他人之行爲也。其性質若何。固多爭議。「註三」而在我民法。則仿德國法例。(德一六七條一項)認係單獨行爲。卽代理權之授與。僅由本人之一方的意思表示。卽行成立。毋庸更經代理人之意思表示。蓋代理權。既非義務。在代理人。毫不受損。自毋庸經其同意也。至本人授權之意思表示。或應向代理人爲之。或應向代理人對之爲代理行爲之第三人爲之。二者均無不可。(一六七條)又此項表示。或以書面。或以言詞。亦均無不可。其以書面者。謂之授權書。

授權行爲之成立。在本人與代理人間。是否須有基礎法律關係(如委任、雇傭、合夥等契約關係)亦不無爭議。據我民法第一〇八條之解釋。所以授與代理權之基礎法律關係。於代理

權之發生或消滅。爲其必要條件。故授權行爲可謂爲要因單獨行爲也。〔註四〕

【註三】 授權行爲之性質若何。學說紛歧。大別爲三。(1) 委任契約說。謂代理僅爲委任契約之對外關係。故代理權之成立。必須本於委任契約也。羅馬法、法民(一九八四條)奧民(一〇〇一條)採之。日民解釋亦同。然委任契約外。在雇傭、承攬、合夥等契約。亦有代理權之成立。即在委任契約。對內處理事務之義務。與對外代理本人之權限。其廣狹復有不同。故代理權並非僅爲委任契約之對外關係也。(2) 無名契約說。謂代理權之發生。乃出於本人與代理人間之契約也。此項代理權授與契約。僅在發生代理權。與事務處理之義務。既無關係。故委任與代理。不至相混。自與委任契約說不同。(3) 單獨行爲說。謂授權行爲。爲單獨行爲。本書採之。毋庸再贅。

【註四】 單獨行爲說中。更得大別爲二。即不要因之單獨行爲說。及要因之單獨行爲說。是也。主張授權行爲與其基礎法律關係。有因果不可分離之關係者。爲要因單獨行爲說。主張授權行爲之成立。無須有基礎法律關係之存在者。爲不要因之單獨行爲說。

授權行爲 四 授權行爲爲債之發生原因 本人由授權行爲。將代理權授與代理人後。代理人

爲債之發生原因

在其代理權限內所爲之代理行爲。即應由本人負其責任。故授權行爲斯爲債之發生原因矣。

第二款 共同代理

可謂共同代理

一 共同代理權之意義 共同代理權者。須由數代理人共同。始得行使之代理權也。故各代理人。不得各自獨立享有代理權。人數雖多。而代理權則僅一個也。在共同代理。須由數代理人。共同爲其代理行爲。故數代理人。先經內部決議。再由其一人對外代表實行者。非共同代理。蓋在共同代理。其代理人全體。須以其代理人資格共同對外代爲或代受意思表示。若所爲代理行爲。非經全體共同。則爲逾越權限之無權代理。無拘束本人之效力。

二 各自代理與共同代理 各自代理權。亦稱爲單獨代理權或獨立代理權。即得由數代理人。各自單獨行使之代理權也。故各代理人。各自獨立享有其代理權。並非

各自代理與共同代理

如共同代理。僅有一個代理權矣。

在各自代理。相對人得安心與代理人爲行爲。既毋庸多方接洽。亦毋庸調查是否共同。於相對人。甚屬便宜。但在共同代理。既可免各代理人間之矛盾。復可防各代理人之專擅。亦於本人。甚屬便宜。孰優孰劣。殊難武斷。

三 我民法以共同代理爲原因 關於同一事件。代理人有數人時。其代理行爲。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。(一六)〔註一〕

我民法以
共同代理
爲原則

【註一】關於一事件。有數代理人時。究係各自代理權。抑或共同代理權。考各國法例。頗不一致

。(1) 苟無特別意思表示。即推定爲共同代理權者。奧民(一〇二條二〇條)採之。(2)

苟無特別意思表示。即推定爲各自代理權者。法民採之(一八五七條)(3)全不設推定的規定。

而該語各別情形者。德民日民採之。

第三款 無權代理

第一項 總說

何謂無權代理

一 無權代理之意義 無權代理人。無代理權而為代理行為也。即無代理權之代理也。所謂無代理權者。全然無代理權者。及逾越代理權範圍者皆屬之。惟必須具備代理行為其他要件。而僅欠缺代理權者。始得謂為無權代理。若其他要件。亦復欠缺。則非無權代理矣。〔註一〕

〔註一〕 代理行為之生其效力也。須有二要件。一為實質的要件。謂代理人之為代理行為也。須於

代理權限內。即有代理權是。一為形式的要件。謂代理人之為代理行為也。須以本人之名義。即顯

名主義是。(一〇三條一項)故無代理權之行為。仍須以本人之名義為之。始得謂為無權代理。

無權代理
之類別

二 無權代理之類別 無權代理。大別為二。即表見代理及狹義無權代理是也。表見代理人。雖無代理權。而表面上足令人信為有代理權。法律並據此理由使本人負一定責任之謂也。狹義之無權代理。又僅稱為無權代理。在無權代理中。無上述理

由而本人並不負何等責任者。均屬此狹義的無權代理也。

第二項 表見代理

表見代理
之要件

- 一 表見代理之要件 表見代理者。無代理權人。而有相當理由。足令人信爲有代理權時。法律即使本人負授權人之責任也。故其要件有二。即（1）無代理權人。須有相當理由。足令人信爲有代理權（2）無權代理人與本人之間。必須有一定關係是也。蓋有相當理由。足令人信爲有代理權。而本人猶不負責。在第三人。易受意外損害。而代理交易之信用。亦難維持。故法律爲維護代理交易之信用。及預防第三人之損害計。使本人負授權人之責任。但自本人方面言之。全無關係之他人。苟自稱代理人。僅因表面上足信爲有代理權。自己即應負責。亦未免過刻。故須與自己之間。有一定關係。始負其責也。其關係如何。計有後列二種。（一六九條本文）
- 二 由自己之行爲表示以代理權授與他人者。

表見代理
之二種類

1 須表示以代理權授與他人。即實際上並未授與代理權。僅表示已對某人授與代理權而已。故與授權行為不同。並非以授權意思。向代理人。或向與代理人為代理行為之第三人表示也。

2 須向第三人表示之。茲所謂第三人。其範圍並無限制。無須特定之第三人。其以廣告之方法。向一般人表示者。亦包含之。惟茲所謂第三人。並非現與代理人為代理行為之第三人。若係此項第三人。則為授權之表示矣。

3 此項表示。為事實之通知。僅使第三人知有此事實而已。並非有意欲生私法的效果。故非意思表示。又因與授權行為不同。亦非法律行為。

4 表見代理人之行為須具備其他要件。即所為之行為須在本人表示之權限內。並須以本人之名義為之是也。

三 知他人表示為其代理人而不為反對之表示者。

1 須無代理權人表示為本人之代理人。即自稱代理人是也其所向表示者。無論

特定人或一般人均無不可。而其表示方法。亦不問爲文件或言詞。

2 須本人明知而不爲反對之表示。本人是否明知。應由與無代理權人爲代理行爲之第三人。負舉證之責。

表見代理
之效果與
有權代理
不同

四 效果 在上述二種情形。無代理權人與本人間之關係。均足令人信爲有代理權。故認爲表見代理。使本人對於第三人。負授權人之責任。質言之。即使發生與授與代理權同一責任也。既僅負責任。自不得據以主張利益。故所生效果。與有權代理不同。蓋有權代理。直接對於本人。發生效力。本人對於相對人。得請求履行。而表見代理。則本人不得主張爲代理行爲。向相對人請求履行。僅於相對人向本人請求時。本人即應負責。不得以未授與代理權。與之對抗而已。

適用之範圍

五 適用範圍 法律使本人就表見代理。對於第三人。負授權人之責任。蓋恐第三人。信爲有代理權。以致受意外之損害也。若第三人明知無代理權。或可得而知者。(即雖屬不知、而其不知、係出於過失者)則本人不負授權人之責任。(一六九條但書)蓋表見代理乃以保護善

意之第三人、若有惡意或過失猶加保護則與認許表見代理之原義相背戾矣。

第三項 狹義之無權代理

何謂狹義之無權代理

一 意義 狹義之無權代理。亦稱僅爲無權代理。凡所爲行爲。具備代理行爲其他要件。而僅欠缺代理權者。爲廣義之無權代理。在廣義之無權代理中。其非屬於表見代理者。斯爲狹義之無權代理。大別爲四（一）不具備表見代理之要件者。（二）授權行爲無效者。（三）逾越代理權之範圍者。（四）代理權消滅者是也。按表見代理。自本人方面觀之。表面上有代理權授與之外觀。原則上由本人負其責任。而狹義之無權代理。則本人不負何等責任。然並非全然無效之行爲。尚有一種不確定之狀態。卽得經本人之承認。對於本人。生其效力也。

二 無權代理行爲之承認 無代理權人。以代理人之名義所爲之法律行爲。對於本人不生效力。卽本人不負何等責任。然若經本人承認。則發生與有權代理行爲同一

何謂承認

之效果。(一七〇)此蓋維持代理制度之信用。復兼顧本人之利益也。

(條一項)

1 承認之意義 承認者。以對效力不確定之法律行為。而確定其效力之目的。所爲之單獨行為也。此項單獨行為。應以意思表示爲之。如相對人確定時。並應向相對人爲之。(一六六)按代理行為。必須行爲人有代理權。始得對於本人。發生效力。若無代理權。則所爲行爲。對於本人。不生效力。其法律關係。尙在不确定狀態。故須本人承認。始確定其法律關係。使發生與有權代理行爲同一之效果。即對於本人。發生效力。實等於事後之授權行爲。至其承認方法。須以意思表示。向無權代理人或其相對人爲之也。

2 承認之遡及效力 無權代理行爲。一經本人承認。即遡及行爲之時。發生效力。(一一五) (條參照)

催告權

三 相對人之催告權 無權代理行爲。未經本人承認以前。其法律關係。尙懸不定。在相對人。亦感不便。故授相對人以催告權。使得催促其確定。即相對人希望與

撤回權

本人發生法律關係時。得定相當期限。催告本人是否承認。如本人逾期未爲確答者。視爲拒絕承認。(一七〇) (條二項)

四 相對人之撤回權 無權代理行爲。在未經本人承認以前。相對人發見無代理權時。如不欲與本人間。發生法律關係。得撤回之。(一七一) (條本文) 卽表示意思。使原與無權代理人所爲之法律行爲。不生其效力也。

1 撤回之意思表示。須向本人或無權代理人爲之

2 撤回僅得於未經本人承認前爲之。若經承認。則效力已經確定。不得復行撤回矣。

3 撤回權。僅善意之相對人。得享有之。若爲法律行爲時。相對人明知無權代理人無代理權者。則不得有此撤回權。(一七一) (條但書) 蓋不確定狀態。原所預知。而仍與無權代理人爲法律行爲者。僅在希望本人之承認而已。故僅授與催告權。已足保護。毋庸有撤回權也

第八節 無因管理

(民法一七二條以下德民六七七以下瑞價四一九條)
以下法民一三七二條以下日民法六九七條以下)

第一款 總說

一 基礎觀念 並無義務。而管理他人事務。原屬人類義舉。且拯危濟困(如救助人命)亦合社會福利。但對於他人事務。妄行干預。法所不許。故法律一面認許事務管理。以保護管理人。他面復限制其範圍。嚴定其義務。以防其專恣。此即無因管理之立法理由也。

二 簡略沿革 考羅馬法。義務原因。別為契約與犯罪二種。此外並非契約。而却由適法行為發生義務者。則稱為宛似由契約而生之義務。嗣後法德等國。遂有準契約之稱。無因管理。即包含於此準契約中。降至近世。學說立法例。已不襲用此觀念。多認為債權發生之獨立原因。然其編次。尚多廣續於各種契約之後。惟我民法

則編入債之發生中。可謂得當。

第二款 無因管理之意義及其要件

何謂無因管理

一 無因管理之定義 無因管理云者。謂未受委任。並無義務。而爲他人管理事務也。(一七)此即無因管理之法定定義。其管理他人之事務者。曰管理人。受其管理事務者。曰本人。

無因管理之要件

二 無因管理之要件 據上述定義。無因管理之成立。須具備左列要件。

管理事務

1 須管理事務 事務云者。依勞務得管理之一切事項也。其管理之事項。無論

爲法律行爲。或爲事實行爲。(例如救助人命、救養迷失子女之類是)均無不可。並非以法律行爲爲限

。管理云者。處理事務。以保全本人之利益也。故不僅管理行爲。(例如爲他人修繕房屋)

而處分行爲。(例如爲他人出賣物件)亦包含之。又所管理事務。若係法律行爲。是否用自

己名義。(即於本人之計算以自己之名義是)或用本人名義。均無不可。

第二章 債之發生 無因管理

2 須係他人之事務 他人之事務。大別爲二。客觀的及主觀的是也。前者謂事
 件之性質。在實際上。本係他人之事務也。(例如清償他人之債務、修繕他人之房屋、
 出賣他人之物件、以及收養他人之子女是)。
 後者謂因管理人爲他人處理。始成爲他人之事務也。(例如爲他人收買獲利股票、
 或爲他人租賃房屋是)管理
 人在處理主觀的他人之事務時。須將爲他人處理之意思。表示於外部也。

爲他人管
理事務

3 須爲他人管理他人之事務 管理事務。須管理人。知該事務。係他人之事務
 且以爲他人之意思爲之。故若以他人之事務。信係自己之事務。爲自己處理之時
 。(例如善意之占有人、將他人之物
 、信爲自己之物、加以改良是)及雖知係他人之事務。而爲自己利益管理其事務
 時。(例如竊盜修繕其
 竊取之物品是)則其雙方間之權義。須依不當利得或侵權行爲之原則決之。
 不得成立無因管理。「註一」又所謂他人。毋庸確定。其爲他人管理。有出於好意
 者。有出於勸誘者。動機若何。亦非所問。

【註一】 卽自己受損。而他人受益時。得依不當利得之規定。請求返還。若侵害他人之權利。以致

他人受損害時。則應依侵權行爲之規定。賠償其損害也。

須無義務

4 須無義務 須未受他人委任。此外亦無法律上義務。而爲他人管理事務。始成立無因管理。反是若因法律上之義務。管理他人事務。如受任人於委任範圍內。爲委任人處理事務。法定代理人爲本人處理事務。均不得謂爲無因管理。但受任人或法定代理人。處理其委任範圍外或職務範圍外之事務。亦有屬無因管理者。固不待言。

5 管理之違反本人意思須尙不明 卽管理人明知本人有不欲使管理之意思。或可得而推知者。當然不得爲管理行爲。倘仍爲之。則不得成立無因管理。蓋以違反本人之意思。而干預其事務。則涉及侵權行爲。非復無因管理。(一七二條後段
一七四條參照)故管理須尊重本人之意思也。但本人之意思。違反強行法規或公序良俗者。不在此限。例如因援救自殺之人而招聘醫士是。(一七四條
二項參照)又管理之不利於本人。須尙不明。卽管理人明知不利於本人。或可得而推知者。當然不得爲管理行爲。倘仍爲之。則不得成立無因管理。蓋管理人干預本人之事務。而無違法性者。以其

於本人私利。及社會公益。均有所圖也。若不利於本人。則仍涉及侵權行爲。非復無因管理。故管理須出於圖本人之利益也。(一七二條後段參照)

無因管理
之性質

三 無因管理之性質 無因管理。乃法律行爲以外之適法行爲。既非契約。亦非單獨行爲。在我民法上。做德瑞法例。認係獨立之債的發生原因。其發生債權的效果。乃出於法律之賦與。毋庸有效果意思。亦無須具備有效之意思行爲。僅須有管理意思而已足。故無能力人或限制能力人。亦得爲無因管理。

第三款 無因管理之效力

第一項 總說

債權關係
之發生

一 債權關係之發生 無因管理之效果。在於管理人與本人之間。發生債權債務之關係。其一方債權。卽爲他方債務。故以下專就債務方面說明之。

違法性之阻却

二 違法性之阻却。亦爲無因管理之重要效果。蓋干預他人之事務者。常多侵害他人之權利。如修繕房屋而侵害其所有權。救助人命而毀傷其衣服身體是。此等侵害權利行爲。在通常情形。固認爲侵權行爲。但在無因管理。以其於本人私利及社會公益。均有利益。特使喪失違法性。而認爲適法行爲矣。

無報酬請求權

三 無報酬請求權。無因管理。乃人類義舉。本係道德行爲。故管理人不得請求報酬。但特別法不無例外規定耳。(例如海商法一二五條一二六條是)

第二項 管理人之義務

一 管理義務 管理人原無義務。但一旦開始管理時。即應負管理義務矣。

管理方法

1 管理方法 管理人爲本人管理事務。應依本人明示之意思。或可推知之意思。以有利於本人之方法爲之。(一七二條後段)故關於管理之方法其要件有二。

甲 管理人爲本人管理事務。須依據人本之意思。而決定其管理方法。故本人

第二章 債之發生 無因管理

曾明白表示意思。而為管理人所知時。管理人自應依其意思。管理事務。又本人雖未明白表示意思。而依其當時情況。得推定其意思時。亦應尊重其意思。據以管理事務。蓋為免除不當干預之嫌。不得不設此限制也。但本人之意思。若違反強行法規。或公序良俗。則毋庸尊重。

乙 管理人為本人管理事務。須以有利於本人之方法。蓋務求保護本人之利益。而適合交易之觀念也。

管理行為。苟不違反本人之意思並有利於本人時。其管理方法。雖違反本人之意思並不利於本人。仍成立無因管理也。(一七七條前段參照)

注意程度

2 注意程度 管理人之管理事務也。應以善良管理人之注意為之。(一七五條之反面解釋及債務履行之性質上)故對於輕過失。亦負其責任。「註二」但管理人為免除本人之生命、身體、或財產之急迫危險。而為事務之管理者。對於因其管理所生之損害。須除有惡意及重大過失時。始負賠償之責。若僅有輕過失。則不負賠償之責矣。(一七七條五條)蓋

以在此緊迫情形。重在救濟危難。而充分注意之要求。勢難兼顧。卽在本人。苟能保全生命財產。雖管理人稍欠注意。亦所寬恕也。例如援救落水之人而毀損其衣服。又如援救失火房內之人或物而毀損房屋是。

【註一】 管理人在緊迫情形。僅對於惡意及重大過失。負其責任。此乃第一七五條之所規定也。反是。若無緊迫情形。則對於輕過失。亦應負其責矣。惡意者。動機不善之故意也。至於過失。則分爲重大過失。抽象的過失。具體的過失三種。重大過失者。顯然欠缺注意之謂也。抽象的過失者。欠缺善良管理人之注意之謂也。具體的過失者。欠缺與處理自己事務同一之注意之謂也。抽象的過失及具體的過失。均稱爲輕過失。而具體的尤輕。（詳細說明見債之效力章中）凡債務人之履行債務。苟法律無特別規定。或當事人未訂過失之程度。則應以善良管理人之注意爲之。此乃債務履行性質上之原則。故謂管理人之管理事務。應以善良管理人之注意爲之也。

3 管理違反本人意思 管理人違反本人明示或可得推知之意思。而爲事務之管理者。對於因其管理所生之損害。雖無過失。亦應負賠償之責。（四條）論其情形

管理違反
本人意思

。大別爲二。(一)管理人明知本人不欲使管理。或可得而知者。當然不得爲管理行爲。倘仍爲之。則匪特不生無因管理之債務關係。而管理亦屬違法。如因管理事務。以致加損害於本人時。其違法管理之初。早經認有過失。嗣後加害行爲。雖無過失。亦不得不負侵權行爲上之賠償義務。(二)管理人之管理行爲。雖不違反本人之意思。而其管理方法。違反本人明示或可得推知之意思者。其行爲本身。固成立無因管理。(一七七條前段參照)加損害於本人時。雖無過失。亦應負賠償之義務。蓋管理人應以有利於本人之方法。管理事務。始得謂爲依無因管理之債務本旨。履行其債務。若反加以損害。則爲債務不履行。應負賠償之責。固不問其有無過失也。

管理違反本人之意思時。固應賠償損害。但其管理係爲本人盡公益上之義務。(例如代繳稅是)或爲履行法定扶養義務者。則事關公益道德。雖反乎本人意思。不必賠償矣。(一七四條二項)

4 管理繼續問題 管理人開始管理後。有無繼續管理之義務。即是否得半途中止。在我民法。係做德民。並無明文規定。「註二」據德民之解釋。約有兩說。(1) 管理人僅於中止管理。有及損害於本人之虞時。負繼續管理之義務耳。(2) 無論其情形若何。管理人均不負繼續管理之義務。但其中止管理。係因故意過失。以致本人受損時。管理人須依侵權行為之規定。負損害賠償之責也。

【註一】 法民日民均明定管理人須繼續管理至本人或其繼承人或法定代理人得為管理時止（法民一三七三條日民七〇〇條）

二 通知之義務 管理人開始管理時。應即通知本人。如無急迫之情事。應俟本人之指示。但無從通知者。不在此限。（一七三條一項）所以須應即通知者。蓋使本人得從速決意思。或仍舊管理。或自行管理。或另委他人管理也。

三 報告之義務 管理人應將管理事務進行之狀況。報告本人。管理關係終止時。應明確報告其顛末。（一七三條二項五四〇條）

四 交付收取物及移轉取得權利之義務 管理人因處理其管理事務所收取之金錢物品及孳息。應交付於本人。又以自己之名義。爲本人取得之權利。應移轉於本人。

(一七三條二項五四一條)

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

(一七三條二項五四二條)

第三項 本人之義務

一 費用償還之義務。

1 管理事務有利本人並不違反其意思者 即管理人管理事務。利於本人。並不違反本人明示。或可得推知之意思者。以及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。則管理人對於本人。有左列權利。(一七六條)

適合本人
意思時之
償還範圍

甲 必要費或有益費之償還 管理爲本人支出必要或有益之費用時，得請求本人償還其費用。及自支付時起之利息。〔註一〕

〔註一〕 必要費者。管理上必要不可缺之費用也。有益費者。於本人增加利益之費用也。此等費用之支出。本人均享受其利益。自應使眞償還之責。且在支出當時。苟已生有利益。嗣後縱令因事情變化及其他原因。其利益歸於消滅。而償還義務之範圍。並不因以減少。

乙 債務之代償 管理人因爲本人管理事務。負擔債務時。得請求本人清償其所負擔之債務。

丙 損害之賠償 管理人因爲本人管理事務受損害時。得請求本人。賠償其損害。

2 管理事務不利本人並違反其意思者 明知不利於本人。並違反本人之意思。而擅行管理者。不得成立無因管理。前經述明。茲所謂管理事務。不利本人。並違反其意思者。乃指管理行爲之不利本人。並違反其意思。尚不分明者。或僅管

理方法。不利本人。並違反其意思者而言也。在此情形。仍成立無因管理。於本人與管理人。發生債權債務之關係。故本人仍得享有因管理所得之利益。(一七七條前段)

（並負其義務。惟所負義務之範圍較狹。僅於因管理所得之利益限度內。負前述甲、乙、丙三項之義務耳。所謂本人所得之利益者。即本人因管理人支出費用、負擔債務或受損害所享受之利益也。故管理人請求償還之額數。不得逾越本人所得利益之範圍。並非以實額為標準也。

無因管理
承認之效
果

二 無因管理之承認 管理人開始管理後。其進行中。若經本人知曉。而予以承認。則本人與管理人之間。成立委任契約。適用關於委任之規定。(一七七條)【註二】此項效力。並應溯及開始管理之時。(一一五條參照)

【註二】 德日民法。以無此項明文規定。學者解釋。多謂承認應成立如何契約。須依當事人之意思

決之。並謂無溯及力。僅嗣後依其成立之契約而已。至於瑞債。則與我民同。(瑞債四二四條)

第九節

不當得利

(民法一七九條以下德民八一二條以下法民一三
七六條以下瑞債六二條以下日民七〇三條以下)

第一款 不當得利之概念

何謂不當
利得

一 不當得利之定義 不當利得者。謂無法律上之原因。而受利益。致他人受損害之事實也。(一七九條前段)

二 不當得利之沿革 不當得利之制度。發源於羅馬法。然在羅馬法。僅於各種情形。認許特別訴權。(例如非債清償之訴權。因不法原因之訴權。因目的消滅之訴權等)並無一般原則規定。至其性質。則認為準契約。迄至十八世紀。自然法學家。創公平正義之說。不當利得。始有基本觀念。嗣後學者。嫌其寬泛。加以不當或無法律上原因字樣。以資限制。考近世各法例。法國民法猶墨守舊說。認係準契約。(法條參照)普國國法與國民法。亦規定於債務消滅中。自一八八一年。瑞士債

務法。始認爲債權發生之原因。並設一般通則規定。德民日民倣之。我民亦然。

第二款 不當得利之要件

不當得利
之要件

不當得利之成立。據上述定義。應有三要件。即（一）須有受利益者。（二）須他人致受損害者。（三）須無法律上之原因是也。〔註一〕

〔註一〕考外國立法例。瑞士債務法。規定無適法之原因。自他人之財產。而受利益者。謂之不當得利。（瑞債六二條一項）德民規定無法律上之原因。自他人給付或其他方法。並於他人之損害。享受利益者。謂之不當得利。（德民八一二條二項）日民規定無法律上之原因。自他人之財產。或勞務。享受利益。致及損失於他人者。謂之不當得利。（日民七〇三條）較諸我民法。或無致他人受損害字樣。（如瑞債是）或多因他人之財產或勞務字樣。（如日民是德民亦大致相同）然自他人之財產而受利益。在他人方面。自必因此受損。又損及他人。而因以自己受利益者。其所受利益。亦必出自他人之財產或勞務。故規定雖彼此互有參異。而結果則殊途同歸也。

須有受利益者

一 須有受利益者。

1 受利益之意義及其狀況 受利益云者。謂因一定事實之結果而增加其財產總額也。無論積極的增加或消極的增加。均包含之。

甲 財產之積極的增加 積極的增加財產云者。謂因財產權之取得。財產權之擴張。或其他原因所生之增加也。其例如左。

A 權利之取得。如所有權、限制物權、無體財產權、債權等之取得皆是。

B 既存權利範圍之擴張。例如因附合而擴充所權之範圍是。(八二二條)

C 所有權或其他權利之限制。歸於消滅。例如自己不動產所定抵押權。歸於消滅是。

D 債務免除。蓋以債務消滅。亦增加債務人之財產也。

乙 財產之消極的增加 消極的增加財產云者。謂本應減少之財產。而因以不減少也。此亦得謂為受利益。其例如左。

第二章 債之發生 不當得利

A 本應負擔之債務。而不負擔者。

B 本應支出之費用。而得節省者。例如喫用他人食物。或居住他人房屋。因以節省自己之支出是。

C 本應設定之權利限制。而不設定者。

2 受利益須自他人之給付或其他方法 享受利益。既係財產增加。則其增加。自必出於他人之給付或其他方法。我民以事屬當然。未予明定耳。所謂給付。即指財產給付而言。所謂其他方法。即指財產給付以外之方法而言。如第三人之行為、附合、混合等是也。所謂受利益自他人之給付者。即以他人之財產。作為自己受益之手段。而供諸犧牲也。

3 受益之方法 受益之方法若何。法律別無限制。既不論出於事實行為或法律行為。又不問出於受損害人之行為或受利益人之行為。復不論出於第三人之行為或自然事件。然其所受利益。必須無法律上之原因。始得謂為不當得利。俟於說

明該要件時。再詳述之。

致受損害

二 須他人致受損害者 不當利得之成立。必須因自己受益。以致他人受損。故自己雖受利益。而他人並未因此受損害者。自不生不當利得之問題。〔註二〕

〔註二〕 例如甲造防風林。以保護自己耕地。而其隣地地主乙。因以受益。又如鐵路公司甲。於某地興築鐵路。沿線地價。藉此暴騰。而地主乙因以受益。在此等情形乙之受益。雖出於甲之財產或勞務。然甲並未因此受損。自不得據以請求不當利得之返還是。

1 損害 損害云者。財產減少之謂也。亦包含積極的減少及消極的減少而言。前者謂現存財產之減少。後者謂妨害財產之增加也。〔註三〕

〔註三〕 例如甲對於自己土地。不加經營。聽其荒蕪。而乙任意耕種。得有益者。仍應返還相當之地租是。蓋以甲着自己耕種。固可取得相當利益。而增加其財產也。

損益之因果關係

2 損害與受益之因果關係 第一七九條規定受利益以致他人受損害。故損害與受益之間。必須有因果關係。而其因果關係。且必須為直接之因果關係。所謂直

接之因果關係。解釋不一。或謂受損害人之所損失。須直接為受領人（即受利益人）所取得。始為不當得利。或謂損害與受益。必須本於同一事實。始得為不當得利。「註四」若本於各別事實。則非不當利益。「註五」惟我民法倣德民法。對於直接之因果關係。設有例外規定。（一八三條並參照
德民八二二條）此節俟於不當得利之效力中詳敘之。

〔註四〕 例如甲以乙之草料。喂養丙之牛馬。乙之受損。與丙之受益。同出於甲之行爲是。

〔註五〕 例如甲拋棄某物之後。乙始由先占而取得時。自非不當利得是。蓋以甲之受損。出於拋棄。而乙之受益。出於先占。乃本於各別事實也。

無法律上
之原因

三 無法律上之原因 僅自己受利益。致他人受損害者。尚不得謂為不當得利。必更須無法律上原因而受利益。（一七
八條）蓋在不當得利。應返還其利益者。係以所受利益。無法律上原因。故無法律上原因。為不當得利之第三要件。非先了解其意義。則無以明不當得利之概念。何謂無法律上原因。歷來學者。聚訟紛紜。舉其學說。

大別爲二。卽統一說與非統一說是也。

統一說

1 統一說 此乃就無法律上原因。求其統一意義。無論何種不當得利。均使適用也。此說更分數說。(一)公平說。卽以公平或正義。爲不當利得請求權之基礎。所謂無法律上原因。不外指違反公平或正義而言。在學者間。流傳極廣。(二)正法說。斯他姆那 (Stammler) 氏唱之。卽違反其所謂正法。則爲無法律上原因。故成法與正法相衝突。則生不當得利。(三)債權說。哥那之 (Collatz) 氏唱之。謂債權關係爲原因。若缺乏所以受益之債權關係。卽爲無法律上原因。(四)相對關係說。雍格 (Gung) 氏唱之。謂相對關係爲原因。當事人一方。雖據絕對關係。自他方取得財產。然當事人間。如缺乏相對關係。則爲無法律上原因。而其所謂相對關係。亦不外債權關係而已。(五)權利說。中島氏唱之。卽謂無法律上原因。乃指自受益人方面觀之。常無其權利者而言。

非統一說

2 非統一說 統一諸說。或意義渺茫。難於捉摸。或範圍過狹。包括匪易。故

第二章 債之發生 不當得利

多數學者。以統一意義。實所難定。因主張就各種受益方法。分別定其意義。德民註釋諸家。尤多採之。

本書採非
統一說

3 本書採非統一說。在非統一說。受益之方法不同。而原因之意義亦異。茲將受益分爲出於給付者。與出於給付以外方法者。務以定原因之意義。而明受益之狀況。

受益出於
給付者

原因者所
以給付之
目的也

甲 受益係出於給付者 受益係出於給付云者。謂受利益人所得利益。係出於受損害人之意思也。簡單言之。即財產給付之義也。(或稱爲出捐)凡財產之給付無論爲法律行爲爲事實行爲。必有一定之目的。其所以給付之目的。斯爲原因。若無目的。則爲無原因。而發生不當利得之請求權矣。此項目的。在交易上。垂爲模範者。約有數端。即(一)債務清償目的。(使既存債務歸於消滅之目的)(二)債權成立之目的。(使相對人負擔債務之目的)(三)贈與目的。(使相對人無償取得利益之目的)(四)定金目的。(以自己給與充作定金之目的)(五)條件履行目的。(充實條件之目的)等是也。按無目的既爲無原因

原因欠缺
之不當利
得

。足以發生不當得利。故更就給付無目的之情形。分別說明之。

A 自始欠缺目的者（原因欠缺之）（非價） 例如原無給付義務而誤為給付者。

又如雙方當事人。因關於契約性質之不合意。以致契約不能成立者。（如當事人一方）

給與物件、意在出賣、而他方誤為贈與是）又如因違反公序良俗之行為而為給付。其行為原無效者（不

原因之給付並參照）（一八〇條四款但書）等是也。

無結果之
不當得利

B 目的不到達者（無結果之）（不當利得） 即意圖實現某項目的而為給付。但其目的不

能到達者。例如預科債務之清償。先交領受字據。或交還負債字據。嗣後並

未受清償。又如預料買賣之締結。先交價金。嗣後買賣。並未成立。又如對

於附有停止條件之債務。先行清償。嗣後條件並不成就等是也。以上各情形

。均不能達到所以給付之目的。自生不當利得之請求權。

C 所為給付。已達目的。而其目的嗣後消滅者（原因消滅之）（不當利得） 即所謂雖有法

律上之原因。而其後已不存在者。（一七九條後段） 例如原交負債字據之債務。其債

原因消滅
之不當利
得

第二章 債之發生 不當得利

務消滅後。請求負債字據之返還。又如原交定金之契約。其契約完全履行或無效時。請求定金之返還。又如履行契約而為給付。嗣後契約解除、撤銷或因事變以致相對人之給付不能履行時。請求給付之返還（四一九條二項二、六六條二項參照）等是也。

乙 受益係出於給付以外方法者 受益係出於給付以外方法云者。謂受利益人所得利益。非出於受損害人之意思也。此項情形。更大別為五。

受益出於給付以外方法者
受利益人之行為者

A 受益出於受利益人（即受領人）之行為者 例如因消費他人之物。侵奪他人之占有。或由他人之勞務以受益者。又如無權利人。得對價而讓與他人之動產所有權時。受讓人依占有保護之規定。（八〇一條、九四八條）取得所有權是也。在此項情形。何謂無法律上原因。學說紛歧。或謂原因為受損害人之意思。無意思斯為無法律上原因。或謂當事人間無債權關係。或相對關係。斯為無法律上原因。竊以為應採權利說。即受利益人若無受益之權利。則為無法律上之原

受益出於
第三人
之
行為者

受益出於
受損害人
之
行為者

因。

以上情形。倘受益人有故意過失時。自構成侵權行為。故不當得利之請求權。與侵權行為之請求權。多相併存。又侵權行為。縱令因無責任能力。不能成立。(一八七條)而不當得利問題。仍猶發生。

B 受益係出於第三人^(參照)之行為 例如甲以乙之草料。喂養丙之馬。又如債務人善意無過失。向債權之準占有人為清償。以致債權人喪失其權利者(三一三條)是也。關於此項情形。何謂無法律上原因。學者主張。亦不一致。或謂無損害人之意思。或謂第三人無為其行為之權利。或謂受益人無受益之權利。竊以第三說為當。

C 受益雖由於受損害人之行為但非出於其意思者 例如誤認他人之馬。為自己之馬。而予以喂養是。茲所謂法律上原因。即指受益人無受益之權利而言。

第二章 債之發生 不當得利

受益出於
法律規定
者

受益出於
事件者

- D 受益係出於法律規定者 法律有因一定事實之發生。或因有一定行為。不問當事人之意思如何。使受一定之利益者。例如因時效而受利益。(無論為取得時或消滅時效)又如因附合、混合或加工而受利益是也。此等情形。其受益既出於法律之規定。自屬正當。似無發生不當得利之理由。必須法律明定為不當得利者。始為無法律上之原因。夫法律所以明定為不當得利或否者。蓋以立法政策上。各具其理由故也。如因時效所得之利益。不得請求返還者。以時效制度之精神。在確定權利關係。保護交易安全。不應定為不當得利也。至如因附合。混合或加工所取得利益。係因一物之上。不能有兩所有權。或又不宜共有。乃使其所有權。歸於一人。而因此受損害者。則使得依不當得利之規定。請求償金。(八一六條)以期公允也。
- E 受益係出於行為以外之事件者 例如養魚池之魚。自然逃入他人之池中是。茲所謂無法律上之原因。亦即指受利益人無受益之權利而言。

特種不當
得利及其
制限

第三款 特種不當得利及其限制

凡受利益人。(即受領人)於具備前述要件時。即成立不當得利。對於受損害人。應返還其利益。(一七九條)但法律於特種不當得利。有更設其特別要件。或限制其成立者。茲分述於左。

一 履行道德上義務之給付 關於道德上或禮節上應為之給付。應依道德上或禮節上之規範。其不為給付時。既不以訴強制其履行。而任意履行後。亦不得依不當得利之規定。請求返還。故我民法規定給付係履行道德上之義務者〔註一〕不得請求返還。(一八〇條第一款德民八一四條後段瑞價六三條二項後段)

〔註一〕 德國學者所謂道德上之義務。即指出生、死亡、歲首、歲終等所贈之禮物而言。

清償期前
之清償非
不當得利

二 清償期前之清償 債務人於未定期之債務。因清償而為給付者。不得請求返還。(一八〇條第二款)蓋債務人不過拋棄期限利益。先期履行。並非對於不存在之債務。而行清

第二章 債之發生 不當得利

債。其給付之目的。既在消滅原存之債務。自不得謂爲無法律上之原因。故將未屆清償期之債務。計至清償期爲止。扣息清償者。固無待言。即非扣息清償。亦不問是否出於錯誤。均不得請求返還。以免法律關係益趨煩雜也。〔註二〕

〔註二〕 考日民法。以債務人先期清償者。債權人即得自清償時起。至清償期止。利用所領受之

給付。以取得中間利息。此項受益。無法律上之原因。應成立不當得利。故規定債務人因錯誤而爲

給付時。實言之。即誤爲已到清償期而爲清償時。債權人須返還因此所得之利益。即中間利息。（

民法七〇六條但書）我民法以此項規定。過於煩雜。故規定不問是否出於錯誤。均不得請求償還。

德民亦同。（德民八一三條二項後段）

非償清債
之特別要件

三 非償清債 非償清債云者。並無債務。而因清償債務。以爲給付之謂也。以欠缺給付目的。自爲無法律上之原因。原則上應成立不當得利。但尙有其特別要件。

（依第一百八十條第三款之反面解釋）分述於左。

1 須無給付義務 給付義務者。謂債務人應爲其債務關係所定給付之義務也。

時效完成
後之債權

故無給付義務。乃指給付當時。於給付人並無應爲其給付之債務關係而言。如原無債務。而誤信爲債務人。或債務業經消滅。而誤信爲尚猶存在。或將他人之債務。而誤信爲自己之債務等是也。

債權於消滅時效完成後。債務人仍爲履行之給付者。不得以不知時效爲理由。請求返還。(一四四條前段)蓋我民法於消滅時效之效力。係採抗辯權發生主義。其消

滅時效完或之結果。僅使債務人得拒絕給付而已。其債權並未全然消滅。(二二條)

(德民二二條)若債務人拋棄拒絕給付之抗辯權。而仍爲履行之給付。則係對於尚猶存在之債務。予以清償。自不得據不當利得之理由。請求返還。故與上述所謂無給付義務者不同。【註三】

【註三】日民之學者解釋及其判例。均謂消滅時效完成後之債權。原則上係屬非債清償。惟債務人明知時效之完成。而仍清償者。則認爲拋棄時效之利益。不得請求返還。此項主張。蓋以日民於消滅時效之效力。採權利消滅主義。與我民法及德民採抗辯權發生主義者不同。故解釋亦異。

第二章 債之發生 不當得利

2 須因清償以爲給付。即以債務清償目的。使因清償而消滅債務也。若以其他目的所爲給付。則不得謂爲非債清償。其應否成不當得利。應視其應否具備不當利得之通常要件。以決定之。

明知無給
付義務者
非不當得
利

3 清償須出於錯誤。即須不知無給付義務也。按第一百八十條第三款。規定因清償債務而爲給付。於給付時明知無給付之義務者。不得請求返還。蓋以明知自己無給付義務。而仍爲清償之給付者。純係無意味之行爲。法律毋庸予以保護。自不宜認有不當得利之請求權。故必須於給付時不知無給付義務。因誤信爲有此義務。予以清償者。始成立非債清償之不當得利。又所謂不知。僅出於錯誤而已足。有無過失。則非所問。

第一百八十條第三款。於明知無給付義務。而仍爲給付。所以定爲不得請求返還者。蓋以給付人任意爲此無意味之行爲也。故僅任意爲給付者。得適用之。若因避免強制執行或其他事由。不得已而爲給付時。雖明知無給付之義務。仍得請

求返還。

關於無給付義務。是否不知。應由何方負舉證責任。解釋上不無爭議。然通說多解爲應由拒絕返還之被告。負舉證之責。蓋明知無給付義務而仍爲給付者。本屬例外事項。而第一百八十條第三款。又爲第一百七十九條之例外規定。故原告祇須證明第一百七十九條要求之事項。即可請求返還。被告若欲免其返還義務。則須就第一百八十條第三款所定給付人明知無給付義務之特別事項。負舉證之責。

不法原因
之給付原
則上非不
當得利

四 因不法原因所爲之給付 因不法之原因而爲給付者。不得請求返還。但不法原因。僅於受領人一方存在者。不在此限。此第一百八十條第四款所規定也。據此規定言之。因不法原因所爲之給付。原則上認爲無返還請求權。僅於例外情形。認有此請求權而已。

1 原則上無返還請求權 即因不法之原因而爲給付者。不得請求返還是也。(八一)

○條四
款本文

甲 立法理由 按不法原因。法所不許。凡給付之原因。係不法者。自可謂爲無法律上之原因。給付人似得據以請求不當利得之返還。然無論何人。既不得以自己不法行爲爲理由。主張權利。且因自己不法行爲而受損害者。亦不宜保護。故特剝奪其請求權也。

乙 要件 此原則之適用。須具備二要件。即須已爲給付。及須因不法之原因
是也。

A 須已爲給付 給付者。本於受損害人之意思所爲財產給付也。物權之設定移轉。債權之讓與。債務之免除等皆屬之。本款之規定。既以受益之原因出於給付者爲限。故受益之原因出於給付以外方法者。不適用之。

B 須因不法之原因 凡違反法律所禁止者。謂之不法。違反公序良俗者。原爲法律所禁止。其屬於不法範圍。自不待言。至於因不法原因所爲之給付

。乃謂所以給付之原因行為。其本身本係不法。或雖非不法。而當事人特以不法事項。作為其行為之條件也。例如因賭博而給付財物。因姦通而給付金錢。因使殺人而贈與財產。因約求公務員違背職務之行為而給與金錢。因充作偽造貨幣之費用而給與金錢。詐欺人以行詐欺之手段、給與財產於相對人等是也。若僅知相對人將以借得之金錢。用於賭博。而貸與金錢。則非因不法原因之給付。蓋以並非以賭博之不法事項。作為貸與之條件也。

丙 效果 具備上述要件。雖不可成立不當得利。而給付人不得請求返還。然本款所限制者。僅關於不當得利之請求權。故給付人如別有其他請求權時。仍不妨其行使。如本其所有權而行使物上請求權。或以侵權行為為理由。而行使損害賠償請求權是也。然被害人以侵權行為為理由。請求賠償。若須主張自己之不法時。則依本款之類推解釋。亦不得請求賠償。

不法原因

2 僅於例外情形有返還請求權 即不法之原因。僅於受領人(即受利人)一方存在

第二章 債之發生 不當得利

一二七

之不當得
利

時。其受損害人始得請求返還耳。（一八〇條四款但書）蓋以此情形。受損害人於法律上。無可責難。故仍與以返還請求權也。所謂不法之原因。僅於受領人一方存在者。例如約使他人不為某項犯罪。而給與金錢。又如約求公務員執行當然職務行為。又如債權人違反高利禁止之規定。而收取高利等是也。

不當得利
之效力

第四款 不當得利之效力

不當得利之要件完備時。受損害人對於不當得利之受領人。（即受利益人）即取得請求返還其利益之權利。

當事人

一 當事人 不當得利之當事人如左。

1 權利人 受損害人得請求返還利益。斯為權利人。

2 義務人 不當得利之受領人。應返還其利益。斯為義務人。又受領人將其利益無償讓與第三人時。該第三人於受損害人不能直接向受領人請求返還之限度內

返還之物體

。負返還責任。故該第三人亦爲義務人。(一八三條參照)

二 返還之物體 不當利得之返還。在使將無法律上原因所受利益。返還於受損害人。以回復其原狀。而回復原狀之方法。首推原物返還。其不能時。始償還價額。

故民法以原物償還爲原則。而以償還價額爲例外也。(一八條)

原物返還

1 原物返還 原物返還者。以其所受利益之原形而返還也。卽受領人取得之物或權利。於返還當時。尙現存者。須返還該物或該權利也。法文所謂返還其所受之利益。(一八一條前段)亦卽此義。

受領人如本於所受利益。更取得孳息及使用收益時。應一併返還。(一八一條中段)蓋受損害人。因此喪失取得機會。自應認爲財產上之損害。而使受領人任返還之責也。

償還價額

2 償還價額 受益人在返還當時。不能以其所受利益之原形而爲返還。則應估計金錢。償還價額。其不能原因。有出於利益之性質者。如因物之使用或勞務所

受之利益是。又有出於其他情形者。如原物處分、滅失、或毀損以致不能是。

（一八一）
條但書

返還範圍

三 返還義務之範圍 返還義務之範圍。因受領人之善意惡意而異。

善意受領人之返還範圍

1 善意受領人之返還範圍 善意受領人。僅於現存利益之限度。負返還責任。

（一八二）
條一項

甲 善意之意義 善意受領人云者。謂不當得物之受領人。不知無法律上之原因也。其不知情。必須自受益時起。至返還時止。始終如一。若中途知情。則變為惡意矣。至其不知情。是否出於過失。則非所問。

乙 何謂現存利益之限度 現存利益之限度云者。指受領人所受利益中。現尚留存者而言也。

A 利益須現尚留存 受領人所受利益中。須現尚留存者。始應返還。故已不存在者。自免負返還或償還價額之責任。
（一八二條）
一項後段 但所謂利益現尚留存

。非僅指利益之原物存在。凡受領人之財產總額。尚猶留存其增加狀態者。均包含之。如因消費所受利益。而節省他項費用。又如因所受利益之毀損滅失而取得代償之利益。（如對於第三人之損害賠償請求權等）均得謂為利益尚猶留存。又領受人支出必要費用。以保存其所受利益時。則其所受利益。僅於減去費用額之範圍。現尚留存。

B 決定利益留存與否之時期 我民法關於此點。並無規定。究以請求返還之時為標準。抑或以提起請求返還之訴時為標準。難免爭議。竊以前說為當。蓋不當利得返還之債務。為不定期限之債務。故以請求返還之時為標準。定現存利益之限度。嗣後則使受領人負遲延責任。實與第二百二十九條之意旨。恰相符合。且可免生後說不當之弊也。〔註一〕

〔註一〕 續後說以提起請求返還之訴時為標準。不僅裁判外請求時。無以決定範圍。且裁判外請求後。領受人善意使利益滅失時。亦宜解為無返還義務。殊屬不當。若依前說。則遲延後之滅失。

第二章 債之發生 不當得利

受領人應任其實。自無此弊。

C 舉證責任 利益留存與否。應由受領人負舉證之責。蓋受領人本應返還所受利益之全部。僅因保護善意關係。特縮小返還範圍。以現尚留存者爲限耳。故受領人。如欲主張縮小範圍。即應負舉證之責。

惡意受領
人之返還
範圍

2 惡意受領人之返還範圍 惡意受領人應返還其受領時所得之利益。並附加利息。一併償還。如有損害。並應賠償。(一八二條二項)

甲 惡意之意義 惡意受領人云者。謂不當得利之受領人。於受領當時。知無法律上之原因也。

乙 何謂受領時所得之利益 即受領人應將受領時所得之利益。全部返還。雖返還時已不存在者。亦應返還。並非如善意時僅以現存利益爲限也。

丙 附加利息 即所得利益。如爲金錢。則須附加法定利息。即非金錢。亦應折算爲金錢。附加法定利息。

中途惡意
受領人之
返還範圍

丁 損害賠償 卽受領人返還其所得利益全部。並附加利息。如不足償受損害人之損失時。則其不足部分。應由受領人賠償之是也。此項賠償義務。乃出於本條規定。並非出於侵權行爲。自毋庸具備侵權行爲之要件。

3 中途惡意受領人之返還範圍 中途惡意受領人云者。謂受領人於受領當時。並不知無法律上原因。嗣後始知無法律上原因也。此種惡意受領人。應返還其知無法律上原因時所現存之利益。並附加利息。一併償還。如有損害。並應賠償。

(一八二條二項) 所謂知無法律上原因時所現存之利益。乃指受領人由善意變爲惡意時現

尚留存之利益而言。故善意以前。已不存在者。固應免返還責任。而變爲惡意時所留存之利益。如嗣後有不存在者。仍應返還。此外附加利息及賠償損害。與普通惡意受領人無異。

第三人之
返還義務

四 第三人之返還義務 不當得利之受領人。將其所得利益。移轉於第三人時。該第三人。雖因此受益。原則上亦不負返還之義務。蓋以第三人所受利益。與受損害

人所受損害。並無直接之因果關係。故不得成立不當得利。例如甲將自乙收買之物。贈與於丙。嗣後因甲不付價。而乙解除契約時。乙對於丙。不得以不當得利。請求返還是。但我民法做德民法。「註二」規定不當得利之受領人。以其所受者。無償讓與第三人。而受領人因此免返還義務者。第三人於其所免返還義務之限度內。負返還責任。(一八三條)此乃特設例外規定。使第三人於特種情形。仍負返還義務也。

1 要件 第三人之負返還義務也。必須具備下列要件。(一)讓與行為。須係無償。即不當得利之受領人。須以其所受利益。無償讓與第三人。若有償讓與。則不生此問題。(二)受領人須因此免返還之義務。即受領人須因無償贈與之處分。免除返還義務。而受損害人。不得復向之請求返還。若無償讓與之後。受損害人尙能向受領人請求返還。亦不生此問題。所謂受領人因此免返還之義務者。如受領人不知其受益無法律上原因。將其所受利益。無償讓與第三人時。則依善意受領人返還範圍之規定。(一八二條一項參照)其所受利益。已不存在。自可免返還之義務

是也。至於具備以上要件時。第三人須負返還義務者。蓋在此情形。受損害人不得向受領人請求返還。而第三人反無償取得利益。未免不平。故特使第三人負返還義務也。

2 返還範圍 第三人負返還義務時。於受領人所免返還義務之限度內。負返還之責。蓋以受損害人。不得向受領人請求返還。始由第三人負返還義務故也。

侵權行爲

第十節 侵權行爲

(一八四條以下德民八二三條瑞價四一條以下法民一三八二條以下日民七〇九條以下)

第一款 總說

侵權行爲
與違法行
爲

一 侵權行爲與違法行爲 侵權行爲者。固故意或過失。不法侵害他人權利之行爲也。(一八四條一項前段) 凡人之行爲。發生法律效果者。大別爲二。適法行爲及違法行爲是已。因適合法法律。而賦與法律效果者。謂之適法行爲。因違反法律。而賦與法律

第二章 債之發生 侵權行爲

效果者。謂之違法行爲。在違法行爲。又可分爲侵權行爲及債務不履行二種。蓋侵權行爲。既係不法侵害他人權利之行爲。其違反法律。已不待言。而法律復因填補損害。賦與損害賠償之效果。故侵權行爲。自係違法行爲之一種。至債務不履行。乃侵害債權之行爲。論其性質。亦係侵權行爲。惟法律以其侵害債權。係出於債務人之行爲。另定爲債務不履行。故侵權行爲之規定。在債務不履行。自不適用。

簡略沿革

二 簡略沿革 考羅馬法。僅限於犯罪事實存在時。認許賠償請求權而已。即羅馬法所謂犯罪之訴。一面在對於犯罪人。適用刑罰。而他面在對於被害人。賠償損害。故侵權行爲與犯罪行爲。兩相混同。尚未分化。德國普通法。亦大致相同。但降至近代。社會進步。民刑分化。各國民法。均規定侵權行爲之通常意義。並以爲私法上債權關係發生之原因矣。〔註一〕

〔註一〕 普國國法。就侵權行爲之權利義務。設有規定（第一編第六章）法民就侵權行爲及準侵權行爲。設有規定。（法民一三八二條以下）奧民就損害賠償之權利。設有規定。（第二編第三十

民事責任
與刑事責任

章一二九三條以下）德民專設侵權行為一節（第二編第七章第二十五節八二三條以下）瑞價於債之發生章中。專設侵權行為一節。（第一編第一章第二節四一條以下）日民於債權編內。專設侵權行為一章（第三編第五章七〇三條以下）俄民於債權編內。專設因加損害於他人所生之債務一章（一九二二年蘇俄民法第三編第十三章四〇三條以下）

三 民事責任與刑事責任 按不法侵害他人法益之行為。多同時發生二方面之責任。即一面認為刑法上之犯罪。應受刑罰之制裁。謂之刑事責任。又他面認為民法上之侵權行為。應受損害賠償之制裁。謂之民事責任。此兩種責任。其發生雖本於同一行為。而其主要目的。則彼此不同。即刑事責任之目的。重在防衛社會。維將來之安寧。而民事責任之目的。重在保護被害人。填補過去之損害。故民刑兩責任。古代雖曾混同規定。然及近代。社會進步。刑法新派學者。復力持刑罰之目的主義。而民刑兩責任。遂各有其基礎觀念。兩相分化矣。

民刑兩責

民刑兩責任。既各有其要目的。故其責任之發生要件。亦因以不同。即（一）損

第二章 債之發生 侵權行為

要件之
發異

害之發生。為侵權行為不可缺之要件。而於犯罪之成立則否。(二)故意與過失。在犯罪各異其效果。而於侵權行為。則效果同一。(三)故意與過失。在犯罪為不可缺之要件。而於侵權行為。則有時不以為要件。即有所謂無過失損害賠償責任是也。

過失主義
與結果實
任主義

四 過失主義與結果責任主義 侵權行為之成立。依是否須以故意過失為要件。分為過失主義與結果責任主義兩種。過失主義云者。謂於原因事實及損害發生以外。更須行為人有故意或過失。始使生損害賠償之責任也。結果責任主義云者。謂苟因原因事實。發生損害。縱令行為人無過失。亦使生損害賠償之責任也。故亦以原因主義稱焉。過失主義。肇自羅馬法。結果責任主義。出於日耳曼法。顧受過失主義之壓迫。久經埋沒。自羅馬法以來。諸國民法。殆均採過失主義。「註二」然及近代。因大工業之勃興。交通機關之發達。以致危險事業。日益激增。若猶嚴守過失主義。則不啻寬待少數分子。享受暴利。而徒令一般羣衆。無辜受損。社會之中。不

我民法以
過失主義
爲原則以
結果責任
結其責任
主義爲例
外

平滋甚。故學者復唱結果責任主義。各國法制。亦多參酌矣。〔註三〕

我國民法。係以過失主義爲原則。〔一八四條參照〕以結果責任主義爲例外。

〔一八七條三
項四項一八

八條二項參照〕按社會常態。僅盡通常人之注意。即可防損害之發生。實使有過失者負損害

賠償責任。已足達損害豫防之目的。且不問過失之有無。而均使負責。則責任心重

之人。或畏縮不前。妨害其活動範圍。而責任愈薄之人。以縱令注意。仍不免負責

。必至益加放縱。不徒無益。反滋弊害。故在通常情形。仍宜以過失主義爲原則。

但在危險事業之特別情形。

〔如火車、汽車、煤氣、電力、工業企業等是〕

則應採結果責任主義。蓋以如斯規

定。始足保護羣衆。且享優厚之利益者。亦應負較重之責任。況危險之負擔。早預

計在經營費用之中。雖使負責。並無大損。故此項責任。多以危險責任或報價責

任稱之。

〔註二〕考羅馬曾有格官。謂發生賠償義務。非損害。乃過失。此最足以表明過失主義之意義近

世諸國。民法、如德八二三條、瑞四一條、法民一六八二條一三八三條、奧民一二九四條一二九

五條、日民七〇九條等。亦皆採過失主義者也

【註三】一九二二年俄民第四〇三條。規定加損害於他人之人格或財產者。應負賠償損害之責。但證明加害人。不得豫防損害者。或有加損害之權利者。或損害出於被害人自身之故意（預謀）或重大過失者時。得免賠償之義務云云。此項規定。殆已排斥從來立法例之過失主義。而採結果責任主義之理論為原則矣。又其第四百四條。規定鐵路、電車、製造工場、燃料商人、野獸持有人。為建築或其他設備等。足使周圍發生異常危險之企業或個人。苟非證明損害出於不可抗力。又或被害人自身之故意或重大過失。則對於異常危險所生之損害。負賠償之責云云。此項規定。乃所以標明危險責任之原則也。又於第四百六條規定。依一般規定。（四〇三條至四〇五條）雖不負損害賠償義務。而法院仍得斟酌加害人及被害人之財產狀況。命加害人賠償損害。此則更注重保護貧弱之羸矣。

第二款 通常侵權行為之概念及要件

第一項 總說

何謂通常
侵權行為

一 通常侵權行為與特種侵權行為 侵權行為。得分為通常侵權行為與特種侵權行為二種。侵害權利。出於自己之行爲者。謂之通常侵權行為。民法第一百八十四條之所定者是也。侵害權利。出於自己行爲以外事實者。謂之特種侵權行為。第一百八十七條至第一百九十一條所定者是也。特種侵權行為。於通常侵權行為之成立要件。非必全須具備。故應分別研究之。

通常侵權
行為之要
件分類

二 成立要件之分類 凡侵害他人之權利者。自應負其責任。理所當然。但成立侵權行為。必須具其要件。

1 客觀的要件 卽（一）自己之行爲。（二）侵害權利（三）損害之發生。（四）違法。（五）因果關係是也。

2 主觀的要件 卽侵權行為能力（責任能力）及故意或過失（意思責任）是也。

第二項 客觀的要件

第一目 自己之行為

自己之行為係通常侵權行為之要件

作為及不作為

一 自己之行為何以爲要件 侵害權利。出於自己之行為者。始得謂爲通常侵權行為。故自己之行為。自爲其成立要件。若侵害權利。出於自己行為以外之事實。(他人之行為、或人之行為以外之事實、)則爲特種侵權行為矣。

二 何謂行爲 行爲者。有意識之身體動作也。故無意識之動作。不成立侵權行爲。所謂身體動作。非專指作爲而言。不作爲亦包含之。惟不作爲。必須行爲人在法律上。原有作爲義務時。始得成立侵權行爲耳。〔註一〕

〔註一〕 此項問題。同乎刑法。卽有一定之行爲。足以防止一定結果之發生時。若法律期望其行爲而不作爲。以致發生該結果。(因果關係)則此項違反作爲義務。顯係違法。自應成立侵權行爲。倘法律上無此項作爲義務。則雖不作爲。並不違法。自不成立侵權行爲。至法律上期望其作爲者

自己之行
爲與他人
之行爲

以他人爲
機械之侵
權行爲

。原有三種。(一)其作爲定爲法律上之義務者。例如夫原有扶養其妻之法定義務、若另亂竊頭。而遺棄其妻。則此立侵權行爲是。(二)其作爲本於法律行爲之義務者。即因契約或無因管理而負義務者是。(三)其不作爲違反公序良俗者

三 自己之行爲與他人之行爲應如何區別 凡非他人之行爲。斯爲自己之行爲。通常侵權行爲與特種侵權之區別。亦即以侵害權利。是否出於自己行爲爲標準。但苟本於自己之意思決定。雖有他人之行爲。介入其間。以致發生權利侵害者。仍係出於自己之行爲。造意及幫助。其一也。(一八五條二項)以他人爲機械者。其二也。前者俟於第四款共同侵權行爲中。加以研究。茲僅將後者說明之。

以他人爲機械之侵權行爲。必須他人之行爲。並不具備侵權行爲之要件。即欠缺責任能力或故意是也。故介入責任無能力人而爲侵權行爲者〔註二〕自不待言。雖介入有責任能力人之適法行爲而爲侵權行爲者。仍亦屬之。〔註三〕

〔註二〕 例如使精神病人毀損他人之物是。

第二章 債之發生 侵權行爲

【註三】例如甲僱稱乙之所有物。爲自己之所有物（詐欺）使丙誤信爲真。（陷於錯誤）因命毀損之。即因詐欺。而利用他人之錯誤行爲是。又介入他人之職務行。爲以侵害第三人之權利者亦然。

私法人機關之行爲

四 私法人機關之行爲 法人之機關。於其權限內所爲之行爲。原爲法人本身之行爲。法人不得任其責。故民法第二十八條。規定法人對於董事或職員。因執行職務。所加於他人之損害。與該行爲人連帶負賠償之責任。此乃表明法人機關之侵權行爲。即係法人本身之侵權行爲。在法人亦應任其責也。

公務員之行爲

五 公務員之行爲 國家或其他公共團體之機關。即公務員。於其職務範圍內所爲之行爲。斯爲國家或其他公共團體本身之行爲。如因此行爲。致第三人之權利。受有損害時。應如何負賠償之責。須分爲左列兩情形而說明之。

1 私法上之行爲 公務員於職務上。爲國家或其他公共團體。爲買賣、承攬、運送、借貸等私法上行爲。致第三人之權利。受有損害時。則應依第二十八條之

公務員違
背職務之
侵權行為

規定。由國家或其他公共團體與公務員。連帶負賠償之責。蓋以國家爲私法上行爲時。其地位固與私法人或其他一私人無異也。

2 公法上之行為 國家或其他公共團體。以其固有團體資格。行使權力時。則其地位與私法人迥異。故公務員之職務行為。苟係代表國家或其他公共團體。行使其公權力。則不得適用民法之規定。除有特別規定外。國家或其他公共團體。自不負何等責任。惟公務員違背職務。致第三人之權利。受有損害時。其加害行爲。嚴格論之。非復國家或其他公共團體之行為。應由公務員負賠償之責。茲更分爲左列二種情形而說明之。

甲 違背職務之行為。形式上尙屬於職權行為之範圍內者。據我民法之規定。其賠償責任。因出於故意抑出於過失而不同。「註四」

A 出於故意者 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。(一八六條一項前段)所謂對於第三人應執行之職務。

言對於第三人所負擔之職務。應為其合法適當之處置也。若關於職權範圍內之事項。明知其處置為違法、或不適當。僅因其他目的。仍託名職務行為而為之。以致侵害第三人之權利者。即屬故意違背對於第三人應執行之職務。致第三人之權利。受有損害。自應成立侵權行為。例如登記官吏。因另受他人之賄託。對於登記之合法聲請。不予依法登記是。在此情形。無論被害人能否依他項方法。受其賠償。概應由公務員負賠償責任。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。

B 出於過失者 公務員因過失違背對於第三人應執行之職務。致第三人之權利。受損害者。以被害人不能依他項方法受賠償時為限。負賠償責任。

（一八六條
一項後段）在此情形。公務員並無利用其職務行為之意思。僅欠缺注意。以致違背職務。故特輕減其賠償責任。以不能依他項方法受賠償時為限耳。所謂不能依他項方法受賠償者。例如別無負責之人。或雖有之。而因其人逃匿

無蹤。或毫無資力。不能達賠償之目的者。

C 救濟方法 在上述二種情形。公務員違背職務所生之損害。固使公務員負賠償之責。但法律上設有救濟方法者。被害人亦應依其方法。務以除去損害。倘因故意或過失。拋棄其救濟權。例如對於法院裁判不聲明不服。對於行政處分。不提起訴願或行政訴訟。則在法律上。無保護之必要。故公務員不負賠償責任。(一八六條二項)

乙 違背職務之行爲。形式上已不屬於職權行爲之範圍者。其爲職權範圍外之行爲。尤爲顯然。應由公務員以其私人資格。負侵權行爲之賠償責任。不得復援用第一百八十六條之規定也。

【註四】 公務員之侵權行爲。應由公務員負賠償責任。德民及瑞債。均有規定。(德民八三九條瑞債六一條)而德民規定。尤與我民法第一八六條相同。

侵害權利

第二目 侵害權利

第二章 債之發生 侵權行爲

因故意或過失。侵害他人之權利者。負損害賠償責任。(一八四條一項前段)故侵害權利常多為侵權行為之成立要件。

一 權利之意義 權利云者。謂使一定人格、得享受一定利益之法律上力也。凡人_之營社會共同生活。於其對人、物及其他生活財貨之關係。須享受各種利益。法律保護此種關係。對於個人。賦與得享受此利益之力。斯為權利矣。

權利與反
射利益之
區別

由是觀之。權利乃法律使每個人格。得完全享受一定之利益。至於公益法規之目的。若在保護增進社會之一般利益。而個人僅因其反射作用。受有利益。(例如因刑

享受安甯之利益、因關稅法、內國農工商業者、得享受保護之利益是、)並非專認個人有享受利益之權利者。雖違反之。亦不

成立侵權行為。

侵權行為
之客體以
私權為限

二 足為侵權行為客體之權利 權利為侵權行為之客體者。一切之私權也。公權固亦為權利之一種。但民法侵權行為之規定。專以保護私權為目的。而公權之保護。則須另有特別規定。故第一百八十四條。所謂權利。公權不在其內。專以私權為限

。又凡屬私權。事實上得被侵害者。無論其種類若何。均得為侵權行為之客體。茲略舉其大要於左。

財產權得
為侵權行
為之客體

1 財產權 如所有權。限制物權。準物權。(續業權漁業等)無體財產權。(專賣特許權、商標專用權、商標專用權等)均得為侵權行為之客體是。債權是否得為侵權行為之客體。雖不無爭議。但以積極說為當。前經述明。(見第一章第一節)我國判例亦同。(註一)

(註一) 前北京大理院判例。謂唆使債務人。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。(三年上字一二〇五號)

人格權得
為侵權行
為之客體

2 人格權 人格權者。以與權利人格不可分離之利益為標的之權利也。其得為侵權行為之客體。民法第十八條。業經明定。其中姓名權、身體權、健康權、名譽權、自由權各種。並經第十九條第一百九十三條及第一百九十五條。列舉得為侵權行為之客體。

姓名權

姓名權者。保護人的姓名利益之權利也。登記前之商號權亦屬之。身體權者。

第二章 債之發生 侵權行為

身體權

生命權

保護人的身體利益之權利也。侵害身體。即損傷自然人身體內外部之組織也。但就身體權。廣義言之。其應包含者。尚有二種。生命權、肖像權是也。蓋有生命之身體。為身體權存在之要件。若加以殺害。奪其生命。即屬侵害身體權。故應以為身體權之一部。而認有生命權。其賠償請求權。於被害人死亡時。是否即移轉於繼承人。易生爭議。或謂生命權與身體權。不可分離。其生命權被侵害之瞬間。權利主體。已不存在。故賠償請求權。不得發生。而繼承人。亦無可繼承。或謂自受致命傷。以至斷絕生命。消滅主體。不無稍有間隔。故應解為被害人仍可取得賠償請求權。而繼承人。亦可繼承也。但我民法明定非財產的損害賠償請求權。不得讓與或繼承。(一九五條二項)宜採前說。至於肖像權。現行法上。是否認之。固不無疑問。但自己之所有物。僅自己得利用之。除經所有人許可、容忍者外。倘對於他人。任意照像或寫生時。即係侵害他人所有身體權。故亦應以為身體權之一部。而認有肖像權。此外婦女貞操。固為身體權之一部。但侵害貞操。非

肖像權

貞操權

健康者。謂自然人所有生理機能之健全狀態也。侵害健康。乃變更自然人之

健康權

生理機能。致成不良狀態也。

(如精神衰弱因驚成癡是)

就身體狹義言之。身體僅謂物質的身

體。係指自然人內外部之肉體組織而言。

(內部如心肝臟腑外部如皮肉筋骨)

而健康則謂生理的身體

。指自然人之生理機能而言。但就身體廣義言之。物質的及生理的。兩俱包含。

勞動能的

故健康權。亦可謂為身體權之一部。至於勞動能力。乃自然人從事其職業上工作

之能力。在小資產階級及無產階級。尤為甚可寶貴之經濟財貨。倘有滅失減少情

(一九三條參照)

名譽權

事。影響生計。實非淺鮮。故我民法於健康外。特予明定。以資保護。

名譽權者。人(自然人或法人)在社會上之價值也。質言之。即由人之品行、能力及社

會上地位所生之價值也。凡人在法律上均有得使其社會上價值不被侵害之權利。

此之謂名譽權。故苟毀損人在社會上之價值。無論是否傷害感情。有無真價。均

自由權

自由權者。人之活動。不受不當拘束之權利也。若使他人於其活動。受不當之拘。即係侵害自由。凡人之活動。包含身體的活動及精神的活動。故侵害意思決定之自由者。亦為侵害自由之侵權行為。例如詐欺、強迫係侵權行為是。

信用權

信用者。人在經濟方面之名譽也。質言之。即由人之財產上資力。及遵守義務之信賴。所生之社會上價值也。故信用權。應包含於名譽權中。其被侵害時。亦成立侵權行為。

親屬權亦得為侵權行為之客體

3 親屬權 親屬權是否得為侵權行為之客體。法無規定。不無爭議。但第一百八十四條。僅曰權利。別無限制。故竊信親屬權。亦得為侵權行為之客體。例如強姦有夫之婦女。不僅對於該婦女。為侵權行為。而侵害夫權。亦為侵權行為是。

何謂侵害

三 侵害權利之意義 侵害權利云者。妨害權利之享有或行使之謂也。非必須使喪失權利之全部或一部。苟已妨害其享受權利內容之利益。雖不達喪失程度。亦不失

爲侵害權利。

侵害權利。有妨害權利人現存利益之享受者。有妨害權利人將來可得利益之享受者。前者如物權或其他管領權之侵害是。後者如債權之侵害是。

四 利益侵害與侵權行爲 侵權行爲。常多以侵害權利。(以私權爲限)爲其成立要件。

侵害保護
他人法律
所認之利
益亦或立
侵權行爲

然其所謂侵害權利。應取廣義。凡保護人之法律上所認利益。被侵害者。亦應包含。俾資救濟。故違反保護他人之法律。侵害其所認利益。以致加損害於他人者。亦

成立侵權行爲。使得請求賠償。(一八四條二項德民
八二三條二項參照)所謂保護人之法律。指以保護人

之利益爲目的之保護法規而言。此項法規。固多網羅於民法及其特別法中。所保護之利益。亦即多爲私權之內容。似毋庸擴充範圍。然刑法及其他公法中。亦不少見。自應另行規定。以促注意。又茲所謂保護法規。不僅謂保護個人利益或某階級利益(如農氏階級工
人階級等是)之法規。雖保護一般人利益之法規。若其規定。非僅保護全體。而並重在或附帶保護其組織成分中之集團者。亦包含之。惟公法法規之目的。若僅在

保護增進社會之一般利益。個人不過僅由反射作用。享受利益者。則不得以所謂保護法理論也。

此種保護法規。所認利益。例如書信秘密之保護。(刑法三三三條)未註冊商標之保護。

(刑法二六八條)合格工人入會之保護(工法二〇二條)等是也。

違背善良風俗之行為
爲加損害於他人者
亦成立侵權行爲

五 違背善良風俗行爲與侵權行爲 我民法規定故意以背於善良風俗之方法。加損害於他人者。負損害賠償責任。(一八四條一項後段)〔註二〕質言之。即以違背善良風俗之行爲。加損害於他人者。雖不侵害權利。亦成立侵權行爲是也。善良風俗者。謂於確保社會之存立及發達之範圍內。依現代社會之健全思想。堪爲現代國民道德之準繩也。(即國民之一般道德觀念)〔註三〕違背道德觀念之行爲。斯爲違背善良風俗之行爲。故意以此行爲。加損害於他人時。倘他人所受損害。既非他人之權利。又非保護他人法律所認之利益。則侵害權利及違反保護他人之法律等規定。殊不足以包括。必須更行規定。方可救濟其損害。否則不僅個人受損。而社會之存立及發達。亦被阻礙。且

成法規定。係出於歷史惰性。及現代社會之反射。殊難與時推移。以變更或擴充其保護範圍。故設此規定。以補救法規之缺陷。且使富有彈性力也。

所謂以違背善良風俗之行爲。加損害於他人者。例如勞動爭議之不當爭議手段。

(如同盟解雇、暫閉工場之類是) 脫拉斯、加爾特耳 Martelli 等合同經濟力之濫用。協同絕交。

(如市民甲某、對於市民乙某、女子隱秘與他人性交受妊而結婚等是也。協議多數市民、同與絕交是)

【註二】關於此點。德侵八二六條瑞債四一條二項奧民一二九五條二項。均設相同之規定。

【註三】善良風俗一語。頗爲渺茫。殊難捉摸。自來研究其意義者。有二方面。(一)謂其意義應於法律外求之。即自風俗道德方面求之。或謂善良風俗。即爲行爲當時之善良風俗。或謂善良風

俗。爲現社會或國民之一般道德觀念。然反對者流。則謂法律與道德之界限。難免因此混淆。

(二)謂其意義仍應於法律範圍內求之。即以法律必有貫徹其體系之根本理想。其根本理想。即爲確

保社會之存立及發達。所有法律。乃均以此爲準繩而表現者也。其超越成法而表現者。斯爲善良風俗。故善良風俗。不過表現現行法律體系所有根本理想之一種形式耳。本書雖謂善良風俗爲道德觀

第二章 債之發生 侵權行爲

念。但恐過於廣汎。仍加貫徹法律體系之根本理想。以資限制。

侵害權利
非絕對要件

六 侵害權利非絕對要件 侵權行為。固常多以侵害權利。爲其成立要件。然在我民法。故意以違背善良風俗之方法。加損害於他人者。雖不侵害權利。仍成立侵權行為。故侵害權利。非侵權行為成立之絕對要件也。

損害之發生

第三目 損害之發生

無損害則
無賠償

一 損害爲侵權行為之要件 民事責任。以填補損害爲主要目的。故侵害權利。而不發生損害時。侵權行為。無由成立。【註一】英國法固有所謂名義上損害 *Nominative Damage* 之制度。即侵害權利。縱令事實上不發生損害。而法律上仍視爲有損害。以此名義。使爲極少額之賠償。但大陸諸國法制及我民法。並不認此制度。倘無損害。自無由發生賠償請求權。

【註一】 例如出賣他人之所有物。尙未至使喪失所有權者。不得僅因出賣而成侵權行為是。（

日本大正八年十月三日大審院判例）

損害之意

二 何謂損害 損害云者。謂某人因某事實。於其財產或其他法益。(生命、身體、健康、名譽、自由)所受之不利益也。故損害非僅指財產的不利益。而無形的不利益。亦包含之。(等)損害一語。尚有所謂差額說。即謂以某人受損害後狀態之財產額。與假定損害原因事實不發生所應有之財產額。兩相比例。其所得差額。斯為損害。此說於表明財產的損害。固甚適當。然非財產的損害。則殊難表明。

損害之種

三 損害之種類。

1 財產的損害與非財產的損害 財產的損害者。通常交易上得以金錢估計價格之損害也。如侵害他人財產所加之損害是。非財產的(無形的)損害者。不能以金錢估計價格之損害也。如侵害他人財產以外法益(如生命、身體、健康、名譽、自由等)所加之損害是。然兩者之生。非必常相分離。亦有同時俱生。故有因侵害財產權之結果。並生非財產的損害者。例如毀損他人之寶貴家寶。致使受精神上之痛苦是。亦有因侵害財產以外法益之結果。並生財產的損害者。如損害他人健康。致使不能從事職業

。減少其收入是。

2 積極的損害與消極的損害 積極的損害者。因損害原因事實。致使現存財產減少也。消極的損害者。因損害原因事實。致妨害現存財產之增加也。〔註二〕

〔註二〕 例如殺害他人價值九百元之馬。此五百元。爲積極的損害。倘他人曾給以七百元出賣之契約 則使他人喪失增加二百元財產之機會。此爲消極的損害。

違法

第四目 違法

違法之意

一 何謂違法 違法者。違背法律之命令禁止也。民法第一百八十四條。所謂不法。卽係此義。蓋雖侵害權利。而其侵害。若係適法。則不生賠償義務。故違法侵害權利。亦爲侵權行爲成立之要件。惟侵害權利。常屬違法。〔註一〕必須有阻却違法事由存在時。始阻却其違法性。是則侵權行爲。毋庸特舉違法。以爲要件。僅以阻却違法事由不存在。爲其消極的要件而已足。

〔註一〕 凡屬權利。均有不可侵性。而侵害權利。又係違背不可侵義務。故謂侵害權利。常屬違

法。

〔註二〕 德民瑞價均特舉違法。以爲侵權行爲之成立要件。（德氏八二三條瑞價四一條）惟日民

德民。則並未特舉。（日民七〇九條俄民四〇三條）以侵害權利。當然包括違法。毋庸再予明定也

阻却違法事由

二 阻却違法事由 阻却違法事由存在時。雖侵害權利。而其違法性。已被阻却。不能成立侵權行爲。茲舉其事由於左。

權利之行使

1 權利之行使 權利之行使云者。權利人因享受其權利內容之利益所爲之行爲也。此項行爲。爲適法行爲。雖因以侵害他人之權利。不成立侵權行爲。惟權利之濫用。不能認爲權利之適法行使。（瑞民二條）（二項參照）故因權利之濫用。而侵害他人之權利者。仍成立侵權行爲。例如於適當限度內。將煤煙、音響、惡臭。傳入隣地者。固可認爲自己所有權之行使。尚不失爲適法行爲。若超過適當限度。則爲權利之濫用。應成立侵權行爲矣。（七九三條參照）至於權利人之行使權利行爲。是否涉及

濫用範圍。應斟酌法律認許該權利之本意。並以社會一般觀念爲標準而決定之。我國民法。尙倣德民。懸有抽象的標準。依此等標準的標準。應認爲權利之濫用者。即權利之行使。以損害他人爲主要目的者。其一也。（一四八條德）（民三二六條）違背善良風俗者。其二也。（一八四條一項後）（段德民八二六條）違背誠實及信用者。其三也。（二一九條德）（民三二四二條）此外違背公共秩序者。亦應解爲權利之濫用。

於茲尙有牽連之問題。即欺騙法院。取得不當之確定判決者。本此判決。爲強制執行時。是否成立侵權行爲。不無爭議。竊以積極說爲當。蓋以利用法院。爲侵權行爲之手段故也。〔註三〕

〔註三〕 關於此問題。德日兩國學者。均聚訟紛歧。主張消極說者。謂認爲侵權行爲。使得請求賠償。必致動搖判決之既判力。故不宜認爲侵權行爲。但主張積極說者。則謂以欺詐手段。取得不當之確定判決。並據以強制執行者。此乃利用法院而爲自己之侵權行爲。雖使請求賠償。並無傷於既判力。故宜認爲侵權行爲。日本大審院判例。亦採此說。

又行政官署之許可。是否阻却違法性。亦多爭論。竊以消極說爲當。我國判例亦同。〔註四〕蓋因行政官署之許可。對於人民付與權利時。除法令有特別規定。特許得爲侵害他人權利之行爲外。僅付與一定之權利。並非特許其得侵害他人之權利。故私人行使官署所許可之權利時。如侵害他人之權利。原則上仍成立侵權行爲。並不因官署之許可。而阻却違法性也。〔註五〕

〔註四〕 前大理院判例。謂凡當事人。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。(四年上字一〇二三號)

〔註五〕 例如鐵路公司。經主管行政官署之許可。架設橋梁時。如侵害他人之用水權。則被害人得請求回復原狀是。

被害人之承諾

2 被害人承承諾 被害人承諾者。容許他人侵害權利之一方的意思表示也。原則上得阻却侵權之違法性。蓋權利人。本得自侵害其權利。故亦得容許他人侵害

之。但容許他人侵害權利。既爲意示表示之一種。若其內容。違背公秩良俗。亦不生承諾之效力。(七二條參照)例如容許監禁之承諾。(一七條一項刑法參照)受他人之囑託或得其承諾而殺之。(九〇條)受他人之囑託。或得其承諾。傷害他人。因而致死或致重傷。(九九條)皆不爲阻却違法之事由。

與被害人之承諾。似是而非者。共有三種(一)付與侵害之權利。即被害人之承諾。僅阻却侵權之違法性。而付與侵害之權利。則使取得權利。例如使用借貸。使借用人取得使用權是。(二)事前損害賠償請求權之拋棄。即債權未發生以前。不妨預先拋棄。僅對於故意或重大過失之責任。不得預先免除耳。(三三條)事前拋棄。僅拋棄將來發生之損害賠償請求權。並非容許侵害權利。故兩者在法律上。行爲各別。(三)被害之預期。例如知有洋灰製造廠之烟灰。而移住其地。雖被害原所預期。但不得謂爲已經承諾。故不阻却違法性。

3 無因管理 無因管理。爲適法行爲。得阻却侵權行爲之違法性。蓋管理他人

正當防衛

之事務。多致侵害他人之權利。如修繕房屋而侵害他人之所有權。救助人命而傷毀身體衣服等是。此等侵害權利行爲。在通常情形。固爲侵權行爲。但無因管理。乃出於圖本人利益之意思。故阻却其違法性。不成立侵權行爲。

4 正當防衛 正當防衛者。對於現時不法之侵害。爲防衛自己或他人之權利。所爲之反擊行爲也。(一四九條)凡權利人。於法律之範圍內。本得保護其權利。不受他人之侵害。法律因使於緊急情形。得爲防衛行爲。以自行保全。是其適法性。乃出於權利之本能。故正當防衛。爲適法行爲。阻却侵權行爲之違法性。不負損害賠償之責。

甲 現時 正當防衛。須對於現時之侵害。所謂現時。言非過去。亦非將來。乃目前直接可以實現侵害危險之狀態也。蓋若非現時之侵害。則被害情事。並不急迫。可由公力救濟。毋庸自行防衛也。

乙 不法 正當防衛。須對於不法之侵害。所謂不法。言其侵害。爲法律上所

不許也。故僅客觀的不法而已足。雖對於無責任能力人之行爲。及非故意過失之行爲。均得爲正當防衛。

丙 侵害 侵害者。對於他人權利所加之攻擊也。無侵害則無防衛。故在正當防衛。必須有侵害。惟對於單純不作爲。(如價務不履)是否得爲正當防衛。不無爭議。竊以在緊急情形。亦得正當防衛。〔註六〕

〔註六〕 例如乳母不乳哺小兒。行將餓斃。則以腕力強迫乳哺。亦應以正當防衛論。

丁 須爲防衛自己或他人之權利 應防衛之權利。其種類並無限制。凡屬生命、身體、自由、財產、名譽等一切權利。不問其屬於自己。或屬於他人。均得防衛之。又雖非權利。而以違背善良風俗行爲所侵害之利益。亦應解爲得防衛之。(一八四條一項後段參照)所謂他人。言加害人以外之第三人也。

戊 防衛須不逾越必要程度 防衛權利。不可逾越防衛所必要之程度。(一四九條但書參照)質言之。即必須其行爲。按照各該情形。由社會的見解。認爲妥當方法者

。方得謂爲正當防衛。若由社會的見解言之。並非妥當。雖別無他法。亦不得謂正當防衛〔註七〕

〔註七〕 例如防止奪取園中果物。雖別無他法。而用槍擊殺。則由社會的見解言之。必非妥當是。但考日民。於正當防衛。規定以出於不得已爲要件。日刑亦同。（日民七二〇條一項日刑二六條）所謂不得已。學者解釋。大別爲二。或謂別無他法。足以避免。並須於必要程度內行之。或謂苟在排除現在不法侵害所必要之程度內。即無論有無他法也。要之其舊日學說判例。均謂苟因防止侵害中錢財被竊。雖不得已而殺扒手。亦係正當防衛。此之謂必要性。權衡輕重。未免失當。迄至近代。奧刑草（三二條二項）瑞刑草（三二條）日刑改正綱領（二三項）均改採妥當性。（亦稱爲相當性）日民刑學者解釋。亦暫採此說。我國民法以不得已字樣。易滋疑義。未予規定。而其所謂必要程度。自應採妥當性之解釋也。

己 反擊行爲 正當防衛者。對於加害人所爲之反擊行爲也。質言之即以爲擊退現時不正侵害之手段。而對於加害人。亦予以加害行爲也。

第二章 債之發生 侵權行爲

庚 防衛逾越必要程度者 防衛行為已逾越必要程度者。因欠缺正當防衛之要件。非復正當防衛。仍成立侵權行為。惟法院斟酌情節。如出於恐怖、驚愕等事由者。得減輕或免除其賠償額而已。(二一七條與刑章二二條三項刑章三三條二項德刑五三條三項參照)故已逾越必要程度者仍負相當賠償之責。(一四九條但書)

急迫原因

5 緊急避難 緊急避難者。因避免自己或他人生命、身體、自由、或財產上急迫之危險。所為之加害行為也。(一五〇條)凡在緊急狀態。因救護自己或他人之權利。以致加損害於第三人者。法律上認為放任行為。阻却侵權行為之違法性。故不負損害賠償之責。

甲 危險 危險者。實有因偶然事件發生實害之可虞狀態也。其危險原因。無論出於自然。抑或出於人為。均無不可。前者如地震、暴風、洪水、饑饉等是。動物之侵害亦然。後者如盜難、失火、殺傷等是。

乙 急迫 緊急避難。須因避免急迫之危險。所謂急迫。指現時之危險而言。

即現有發生實害之急迫狀態也。故對於過去之危險。無所謂避難。對於未來之危險狀態。可以預避。亦無緊急救濟之必要。

丙 救濟法益之限制 得以緊急避難行為救濟之法益。法律上有一定之限制。即自己或他人生命、身體、自由或財產是也。

丁 加害行為 緊急避難。須係因避免急迫危險。對於危險原因之人以外者。所為之加害行為。此即緊急避難與正當防衛所以異也。蓋正當防衛。係對於加害人之反擊行為。而緊急避難。則係犧牲危險原因以外之法益。以救濟自己或他人法益之行為。若對於危險原因之人。予以反擊。則屬正當防衛。非緊急避難矣。

戊 須不逾越必要程度並須權衡損害之輕重 即加害行為。須不逾越避免危險所必要之程度〔註八〕其加害行為所生之損害。並須未逾越危險所能致之損害程度。（一五〇）〔註九〕倘有違背。則欠缺緊急避難之要件。仍成立侵權行為矣。（項位書）

〔註八〕 緊急避難。所謂必要程度。其意義亦與正當防衛所謂必要程度相同。即加害行為。必須按照各該情形。由社會的見解。認係適當方法者。方得謂為緊急避難。

〔註九〕 緊急避難。所以增加權衡損害輕重之要件者。蓋以正當防衛僅係對加害人。予以反擊。而緊急避難。則對於一般人。均得加害。範圍較廣。應防弊害也。

己 危險之發生在行為人應負責者 在緊急避難。其危險之發生。如行為人應

負責任者。（如犬之追噬係出於自己之挑發是）不能謂無過失。故應負損害賠償之責。（一五〇條二項）

自救行為

6 自救行為 自救行為者。為保護自己權利。對於他人之自由或財產。施以拘

束、押收或毀損之自力強制行為也。（一一五條）按權利被侵害。而時機緊迫。不及請求公力救濟時。法律因許權利人。暫以自力強制。回復權利現狀。故自救行為。係出於自救權之發動。應阻却侵權行為之違法性。不負損害賠償之責。

甲 保護權利 即自救行為。須以保護自己權利為目的。

乙 自力強制行為 即自救行為。須權力人因保護自己權利之目的。以自力押

收或毀損他人之財產。例如恐難受清償。而押收債務人之物。因保全自己權利標的物。而毀損他人之物是。又或對於他人拘束其自由。例如恐義務人潛逃。而暫行扣留。因排除義務人之抵抗。而予以強制是。

丙 時機緊迫 卽自救行爲。須於不及受官署援助。並非於其時爲之。則請求權不得實行。或其實行顯有困難者。始得爲之。(一五一條但書)蓋私權保護。以公力救濟爲原則。必須有急迫情形。始認自力救濟耳。故雖以自力強制行爲。拘束他人自由。或押收他人財產者。事後仍須卽時向官署聲請救助。此項聲請。若被駁回。或其聲請遲延者。行爲人應負損害賠償之責。(一五二條)

第五目 因果關係

因果關係
之必要

一 因果關係之必要 被害人據侵權行爲。請求損害賠償。必須損害與侵權行爲之間。有因果關係。否則雖有侵害與損害。亦不生賠償責任。

何謂因果

二 因果關係之意義 何謂因果關係。爲公私法之共通問題。刑法學者。爭論尤烈

關係

。由一般概念言之。因果關係者。原因與結果之關係也。某前事實必發生某後事實。其間斯有因果關係矣。後事實之發生。必基於前事實。若無前事實。則無後事實。學者因稱前事實。為後事實之條件。但分量過多。牽聯亦遠。故多主張於其前事實中。認一定限界。在其限界內者。謂為原因。其非然者。則為條件。然限界應如何定之。則爭論紛紜。因果關係之學說。因此叢生。大別為三。即條件說、原因說、及相當因果關係說是也。在民法上。最通行者。首推相當因果關係說。

條件說

1 條件說 亦稱為絕對主義之原因說。蓋謂凡屬發生結果之條件。皆原因也。此於刑法方面。固為有力學說。〔註一〕但原因範圍。過於廣汎。與私法目的。殊不相符。

〔註一〕 刑法著名學者卜禮 (Ehrh) 李士德 (Liszt) 福蘭克 (Frank) 斐薩爾 (Fingst) 等。均持此說。德意志帝國法院刑事庭亦採之。

原因說

2 原因說 亦稱為相對主義之原因說。此乃將原因與條件。嚴予區別。僅於原

因與結果間。認有因果關係。而條件與結果間。則不認有因果關係。但原因與條件。究應如何區別。所持根據。殊不一致。故又生左列各說。

甲 必要條件說 此說以必至導生結果之條件爲原因。但僅由單一條件。必至導生結果者。殊難想像。

乙 直接條件說 此說以對於結果。直接者爲原因。間接者爲條件。但直接間接。殊難區別。

丙 有力條件說 此說以數多條件中。導生結果最有力者爲原因。

丁 最後條件說 此說以導生結果最後之條件爲原因。

戊 異常條件說 此說以條件中。變更事物當然經過。而使其進行異常者爲原因。

己 優勝條件說 此說謂促進發生結果之勢力。與妨止發生結果之勢力。本相均衡。打破其均衡。以致導生結果之條件。斯爲原因矣。

庚 原動力原因說 此說謂對於結果之發生。與以原動力者。為原因。僅與以可使發生效力之狀態者。為條件。

相當因果
關係說

3 相當因果關係說 亦稱為適當條件說。蓋謂某事實。僅於現實情形。發生某結果。尚不能遽認為有因果關係。必須在一般情形。依社會的見解。亦謂能發生同一結果者。始得認為有因果關係〔註二〕按行為人。對於某結果。應否負責。乃以其行為與某結果。有無因果關係為標準而決定之。使行為人對於相當因果關係範圍內之結果。負其責任。與民法尚公平之精神。恰相符合。故相當因果關係說。在民法方面。多為學者及判例所採用也。〔註三〕

〔註二〕 例如傷害人後。送入醫院療治。不幸醫院失火。致被燒死。其傷害與燒死。僅就該情形

言之。固不能謂無關係。但其燒死。係出意外。在一般情形 非必生此結果。自不能認有因果關係

。若傷後受風。以致死亡。則在一般情形。依通常經驗觀之。能致死亡。故其傷害與死亡之間。自

應認為有因果關係矣。

不作爲之
因果關係

【註三】 日本大審院判例。謂依吾人之智識經驗。堪認某行爲應發生某結果者。該行爲即爲發生結果之原因。（日本大正二年判例）又謂侵權行爲與損害之間。有無因果關係。應依事物通常之狀態。本於社會普通之觀念判斷之（大正六年判例）即探相當因果關係說也。

三 不作爲之因果關係 在不作爲。有無因果關係。不無爭論。或謂在不作爲。無因果關係。或謂必須有作爲義務時。始有因果關係。余則謂不作爲。常爲其結果之原因。質言之。即因行爲得防止結果之發生時。若不作爲。以致發生該結果。則不作爲與該結果間。斯爲有因果關係矣。惟無作爲義務時。因欠缺違法性。不成立侵權行爲耳。【註四】

【註四】 參照本書本項第一目註一

相當因果
關係說無
中斷問題

四 因果關係之中斷 原因事實。正在進行中。因他項原因事實之介入。而發生結果時。則前因後果。不相連絡。其第一原因與結果之關係。被第二原因之介入而遮斷之狀態。此之謂因果關係之中斷。究竟介入。應否有中斷效力。不無爭論。但採

相當因果關係說。則毋須再有因果關係之中斷觀念。蓋依相當因果關係說。有無因果關係。以按照一般情形。及依據社會見解。能否發生同一結果爲斷。苟其行爲。合此標準。而生同一結果。縱令有他項事實介入其間。而其行爲仍不失爲結果之原因。行爲人自應負責〔註五〕倘不合此標準。則本無因果關係。雖無他項事實之介入。行爲人亦不負責。故中斷問題。毋庸顧及矣。

〔註五〕日本判例。謂依一般觀察。同種條件存在時。當生同種結果者。不問其條件爲直接的。抑爲間接的。亦不問同時存他項原因與否。其行爲對其結果。應負責任。縱令有他項事實。介入於行爲與結果之間。而其行爲。仍不失爲結果之原因（日本大正六年神戶地方裁判所判例）此即表示應依相當因果關係說。認定因果關係。毋庸顧及中斷問題也。

因果關係
與過失

五 因果關係與過失 因果關係問題。與過失問題。應嚴予區別。蓋行爲與結果之因果關係。雖屬同一。而行爲則或因故意。或因過失。再損害賠償義務之發生。原則上固因果關係與過失。均須有之。但僅有因果關係。雖無過失。亦有發生賠償義

務者。要之因果關係。乃行爲人與結果之客觀的關係。而過失則係行爲人與結果之主觀的關係。故應分別觀察也。

第二項 主觀的要件

第一目 侵權行爲能力（責任能力）

何謂侵權
行爲能力

侵權行爲
能方僅原
則上爲既
立要件

一 侵權行爲能力之意義 侵權行爲能力者。堪使負擔侵權行爲上賠償義務之意思能力也。在侵權行爲。行爲人之負擔賠償義務也。以有侵權行爲能力爲原則。蓋侵權行爲之成立。原則上以故意過失爲要件。必須有意思能力。（即侵權行爲能力）方足以構成故意過失。故侵權行爲。原則上亦以侵權行爲能力。爲其成立要件。但法律若特認結果責任。則不問故意過失之有無。均使行爲人負擔賠償義務。雖無侵權行爲能力。亦成立侵權行爲。

凡人以有

二 凡人以有侵權行爲能力爲原則 凡自然人。原則上莫不有侵權行爲能力。法律

侵權行為
能為原則

僅規定孰為無侵權行為能力。此外即屬均有侵權行為能力。是以能力之有無。其舉證責任。常應由主張無能力者負擔之。

法人有侵
權行為能

法人有無侵權行為能力。因法人本質問題。主張各異。採擬制說者。謂法人無侵權行為能力。而採實在說者。則謂法人有侵權行為能力。余採後說。蓋法人機關之行為。即法人本身之行為。故因此行為。以致侵害他人之權利時。亦應成立法人之侵權行為。(二八條參照)詳細研究。請參照民法總則著述。

無侵權行
為能力者

三 無侵權行為能力者 我民法所定無侵權行為能力者。共有二種。

無行為能
力人其能
制行為能
力人之無
辨別力者

1 無行為能力人或限制行為能力人於其行為時無識別能力者 我民法關於此項無侵權行為能力人。並非即以未成年及禁治產人為標準。劃定能力之有無。乃審查其行為時未成年精神發育之程度。或禁治產人精神狀況。以資決定。〔註
一〕雖屬無行為能力人或限制行為能力人。而於行為當時。具有識別能力者。仍係有侵權行為能力。如不法侵害他人之權利。則應成立侵權行為。與其法定代理

人。連帶負損害賠償責任。(一八七條一項中段) 必須其行爲時。不具有識別能力。始成爲無侵權行爲能力人。原則上不負侵權行爲之責。是其能力之有無。以行爲時是否具有識別能力爲斷。所謂識別能力即指足以辨別自己行爲、係法律上不當行爲、應負何等責任之知能而言。故其應注意事項如左。

A 所應識別者。非僅謂得辨別行爲之是非善惡。(即道德上責任) 亦非僅謂得辨別行爲之事實的結果及社會的意義。必須得辨別法律上應負何等責任。但毋庸必至得辨別應負賠償責任之程度。

B 是否具有此項辨別知能。以行爲當時爲標準而決定之。

C 苟行爲當時。足認爲具有此項辨別知能。而實際上果否辨別。則非所問。

【註一】考瑞士債務法。未成年人或禁治產人。有無侵權行爲能力。應以行爲時有無辨別力爲標準而決定之。(瑞債五四條反面解釋並參照瑞民一九三項) 日民亦同。(日民七一二條七一三條)

此即探所謂知能主義者也。德民於未成年人採年齡及知能之折衷主義。即未滿七歲之未成年人。無侵

權行為能力。滿七歲以上十八歲以下之未成年者。以行為時有無辨別力為標準而決定之。（德民八二八條）要之侵權行為能力之有無。不以有無行為能力為標準。而以有無辨別力為依據。均與我國同。惟俄民則侵權行為能力之有無。以有無行為能力為標準而決定之。即無行為能力人。斯為無侵權行為能力人也。（俄民四〇五條）

無意識或
精神錯亂
者

2 行為當時在無意識或精神錯亂之狀態者 無意識者。全然無意思作用之精神狀態也。質言之。即對自己舉動。毫無知覺之狀態也。如因驚恐或泥醉全失知覺之類。精神錯亂者。欠缺意思能力之精神狀態也。質言之。即並非全無意思作用。僅因精神作用暫時發生異狀。以致對於自己行為之結果。無判斷之意思能力而已。如暫時心神喪失者是（例如一時
的發狂）。凡有行為能力人。通常莫不有侵權行為能力。但在無意識狀態或精神錯亂狀態中。因無意思能力。當然認為無侵權行為能力。「註二」其所為行為。雖致損害於他人者。原則上不負侵權行為之責。惟法院因被害人之聲請。得斟酌行為人與被害人之經濟狀況。令行為人為全部或一部之

故意過失
招致無慮
識或精神
錯亂狀態
者

損害賠償。

(一八七
條四項)

此乃本於社會政策上理由。特設此規定也。

有行為能力人。在無意識狀態或精神錯亂狀態中所爲之行為。雖致損害於他人。原則上固不負侵權行為之責。但有利用此等狀態之意思。或得預見此等狀態中之行為。以暴飲或其他類似方法。暫時自陷於此等狀態者。可認爲因故意過失而爲加害行為。仍應負侵權行為之責。〔註三〕

〔註二〕 心神喪失狀態。有常況者。有暫時者。其屬於常況者。如已經宣告禁治產。應包括於無行為能力人之內。(一四條一八七條一項參照)茲所謂精神錯亂。自僅指暫時心神喪失者而言。禁治產人。應予除外。(七五條後段參照)

〔註三〕 德民規定以暴飲或其他類似方法。暫時自陷於此狀況者。對於此狀況中不法所生損害。與有過失者負同一之責。但無過失而陷此狀況者。不在此限。(德民八二七條後段)瑞價規定暫時喪失辨別力。於此間如損害於他人者。苟不證明非出於自己之過失。則對其損害。負賠償之責。

(瑞價五四條二項)日民規定因故意或過失。招致暫時心神喪失者。仍負賠償責任(日民七一三條)

第二章 債之發生 侵權行為

一七九

但書參照）我民法關於此點，雖無上述明文規定，仍應採同一解釋。

第二目 意思責任（故意過失）

故意過失
多為侵權
行為之成
立要件

一 故意過失多為侵權行為之成立要件。侵權行為之成立。原則上常以須有故意或過失為要件。（一八四條一項）其出於故意。抑或出於過失。原則上固無差異。但法律有僅於故意。始認成立侵權行為者。如故意以背於善良風俗之方法。加損害於他人者是也。（一八四條一項後段）又有僅於重大過失。始認成立侵權行為者。如租賃物因承租人之重大過失。致失火而毀損滅失者是也。（四三條）

何謂故意
過失

二 故意過失之意義。何謂故意過失。俟於債之效力章中。詳細研究。茲略舉其意義。故意云者。謂明知自己行為。可生一定結果。並有意使其發生或信為未必發生者也。過失云者。謂按其情節應注意。並能注意。而不注意也。質言之。即對於行為之結果。本得預見其發生。但因欠缺注意。而不預見。或雖預見。而確信其不發生者是也。

免除特約
之無效及
有效者

舉證責任

三 當事人間之特約 當事人關於故意或過失之責任。訂有免除特約時。其屬於故意或重大過失者。(異常欠缺) 因我民法明定不得預先免除。(二二條) 當然無效。至於抽象的過失。(欠缺善具管理人之注意者) 及具體的過失。(欠缺與處理自己事務為同一之注意者) 則法無限制。其免除特約。苟不違背公序良俗。應認為有效。

四 舉證責任 故意過失之存在。為侵權行為之成立要件。故除有特別規定外。原則上應由主張侵權行為成立之人即原告。負舉證之責。但侵權行為人。違反保護他人之法律者〔註一〕推定其有過失(一八四條二項)在此情形。既經法律推定被告有過失。原告自不負舉證責任。被告如欲推翻此推定。則須提出反證。

〔註一〕 何謂違反保護他人之法律。請參照本節第二款第二項第二目說明之四。

第三款 特種侵權行為

第一項 總說

特種侵權
行為

負責理由

一 負責理由 特種侵權行為者。侵害權利。出於自己行為以外事實之侵權行為也。凡人原對自己行為。負其責任。若侵害權利。出於自己行為以外事實者。原則上固不應負何等責任。但被害人等。貧弱民衆居多。富厚之徒。受害機會較少。不予救濟。情殊可憫。且際茲社會自覺時代。國家立法。宜以社會利益為前提。非以個人私利為標準。苟合乎羣衆利益。即應使負責填補。況所認責任人。均有合理的根據。故在特種情形。使負相當責任。亦無不可。

二 特種侵權行為之種類 侵害權利。出於自己行為以外事實。經民法認為成立侵權行為者。大別為二。

1 因他人行為所生損害之責任 更得分為二種。即（一）因無能力人行為所生損害之賠償責任。（一七八條）（二）因受僱人行為所生損害之賠償責任。（一八九條）是也。

2 因人的行為以外事實所生損害之責任 亦更得分為二種。即（一）因動物加

害所生損害之賠償責任。(一八七條)(二)因工作物加害所生損害之賠償責任(一九條)是也。

第二項 因無能力人行爲所生損害之賠償責任

無能力人之侵權行爲由法定代理人負責

茲所謂無能力人。指無行爲能力人或限制行爲能力人而言。其有無侵權行爲能力。以行爲時是否具有辨別力爲標準。行爲時具有辨別力者。爲有侵權行爲能力。行爲時不具有辨別力者。爲無侵權行爲能力。無能力人因無侵權行爲能力。原則上不受侵權行爲之責時。由法定代理人負損害賠償責任。雖有侵權行爲能力。自己應負其責時。仍由法定代理人與無能力人。連帶負損害賠償責任。(一八七條一項)故無行爲能力人或限制行爲能力人之法定代理人。對其無能力人之侵權行爲所生損害。應負賠償責任。惟法定代理人。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。不負賠償責任耳。(一八七條二項)

法定代理人之負責根據

一 法定代理人之負責根據 無能力人無權利行為能力時。其侵權行為所生損害。由法定代理人負賠償責任者。蓋以法定代理人。為監督義務人。須課賠償義務。促其注意。俾使預防。且此項無能力人。因無侵權行為能力。對於所為加害。原則上既不負責。亦應另有賠償之人。以資救濟。故應使法定代理人負損害賠償責任。至無能力人有侵權行為能力時。其侵權行為所生損害。仍由法定代理人。與無能力人。連帶負損害賠償責任者。蓋以無能力人於行為時。究竟有無辨別能力。實際上不易判別。在被害人因證明困難。往往難受填補。且加害行為之發生。在法定代理人。亦難免監督不週之咎。故規定使負連帶賠償責任。俾被害人對於法定代理人及無能力人。得任意選擇請求也。(二七條)法定代理人如履行賠償後。對於無能力人。得依連帶債務之規定。請求償還。(二八一條二項 八〇條二項) 自不待言。

法定代理人之負賠償責任。不以故意過失為積極的要件。自非過失責任。但須監督不懈。始得免其責任。仍係以過失為免責要件。亦非純粹無過失責任。(特果責任)故

其責任。可謂在過失責任與無過失責任之間也。

責任要件

二 責任要件 法定代理人之賠償責任也。必須無能力人之行爲。係侵權行爲。所有侵權行爲之要件。如侵害權利、違法、損害、因果關係等項。均須具備。惟無能力人無侵權行爲能力時。其有無故意過失。則非所問。

免責要件

三 免責要件 無能力人之行爲。係侵權行爲時。原則上固應由其法定代理人負損害賠償責任。但法定代理人之監督。並未疏忽者。其監督義務。已完全履行。猶使負責。未免不當。又縱令加以相當之監督。而仍不免發生損害者。無論監督義務。會否懈疏。而損害結果。終必發生。損害既非疏忽所致。兩者自無因果關係。若猶負責。亦屬強人所難。故法律使在此等情形。不負損害賠償責任。(一八七條二項)

無能力人之無過失賠償

四 無能力人之無過失賠償 無能力人無侵權行爲能力者。不負侵權行爲之責。其所生損害。僅由法定代理人負責賠償。若法定代理人已完全履行監督義務。或所生損害。與監督義務履行。並無因果關係。又或無賠償資力。則被害人無由領受賠償

。在此情形。被害人既不得向無能力人請求。又無由自法定代理人領受。所受損害。無可救濟。倘係貧苦之人。情尤可憫。故法律爲圖經濟上公平起見。(即本於社會政策上之理)

由) 規定法院因被害人之聲請。得斟酌行爲人^(無能)與被害人之經濟狀況。令行爲人^(無能)爲全部或一部之損害賠償。(一八七條三項)按無能力人無侵權行爲能力時。並無故意過失。僅因社會政策上之理由。使爲此項賠償耳。故以無能力人之無過失賠償稱之「註一」

〔註一〕 德民八二九條瑞債五四條一項均與我民此項規定。大致相同。俄民四〇六條。尤相類似。

舉證責任

五 舉證責任 前述責任要件。應由原告負舉證之責。而前述免責要件。應由法定代理人即被告負舉證之責。蓋法定代理人。以負責爲原則。以免責爲例外也。至於前述經濟狀況。則應由被害人即原告負舉證之責。蓋以應出於被害人之聲請也。

第三項 因受僱人行爲所生損害之賠償責任

受僱人職務上侵權行爲之僱用人負責

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。(一八八條一項)

僱用人負責之根據

一 僱用人負責之根據。受僱人職務上之侵權行爲。本由受僱人負其責任。而復使僱用人負責者。其理由有三。(一)僱用人既因使役他人。享受利益。亦應負擔損失。(二)受僱人通常多無資力。若僅使負責。則被害人請求賠償。往往有名無實。故使僱用人亦負責任。以資救濟。(三)僱用人負有此項責任。對於受僱人之選任監督。必充分注意。足以預防損害。至於規定僱用人與受僱人。(行爲人)連帶負責者。蓋使其責任。無先後之分。俾被害人得任意選擇請求也。(二二七條)

以無過失

僱用人之負賠償責任也。不以故意過失爲積極的要件。自非過失責任。但須於選

爲免責要件

用監督。已盡相當之注意。始得免其責任。仍係以無過失爲免責要件。亦非純粹無過失責任。(結果責任)故其責任。可謂在過失責任與無過失責任之間。衷考厥由。共有二端。(一)無過失者。若使負責。則審慎之人。必畏縮不前。且無過失與有過失者。同一看待。不僅有失公平。亦非所以獎勵注意之道。故不採純粹無過失責任主義。(二)不以過失爲積極的要件。而以無過失爲免責要件者。蓋以僱用人於選用監督。有無過失。在被害人。殊難證明。故以無過失爲免責要件。使被告負舉證之責。而更以保護被害人。

立法上宜採無過失責任主義

由立法論言之。僱用人對於受僱人侵權行爲之賠償責任。宜採無過失責任主義。(即結果責任主義)蓋無產階級或小資產階級。因缺乏經濟能力。不能使用他人。無由藉以免責。而資產階級。則可使用他人。苟證明選用監督無過失。即可免責。兩相比較。未免不平。且僱用人如無過失。即不負責。而受僱人多無資力。其負責又不易生效。雖受損害。難望賠償。貧弱民衆。徒供犧牲。亦非所以顧全社會利益之道。故

應採無過失責任主義。無論僱用人自己有無過失。均使負責。現代立法。已趨向此途矣。

責任要件

二 責任要件 須具備左列要件時。僱用人始負損害賠償責任。

1 行爲人須爲僱用人之受僱人 受僱人者。爲僱用人服勞務之人也。若非自己之受僱人。對其行爲。自不負責。

何謂受僱人

甲 受僱人之範圍若何 由文理解釋言之。係指僱傭契約之受僱人而言。(四

參照) 然適用範圍。未免過狹。自應擴張解釋。凡使辨理事件而服勞務者。既

不問其服勞務。係因何種契約。亦不問其有償無償。甚至不問其契約關係。曾否成立。均應解爲茲所謂受僱人。「註一」例如囑託粗諳駕駛汽車之友人。將借用汽車。駕還原主。倘途中撞傷行人。自己亦應負責是。

〔註一〕 關於此點。瑞價定爲主人之被用人或勞動者。(瑞價五五條一項前段) 德民定爲因某事

業所使用之人。(德民八三一一條一項前段) 法民定爲所使用之人(法民一三八四條三項) 日民亦定

爲因某事業所使用之人。（日民七一五條一項前段）所有學者解釋。均謂事實上被用而已足。非必限於僱用。務以擴充適用範圍。由此觀之。我民法自應採擴張解釋。

乙 勞務之種類若何 凡辦理事件所服勞務。其種類別無限制。既不問物質的或精神的。亦不問事實的或法律的。並不問繼續的或暫時的。均無不可。

丙 須有選用監督之關係 僱用人與受僱人之間。固不限於必有主從關係。但必須有選任監督之關係。徵諸第一八八條但書之規定。已甚瞭然。故茲所謂受僱人。全然獨立。得以自己判斷。而自由行動者。僱用人自不負責。例如電車、公共汽車駕駛人夫之侵權行爲。雖由營業主人負責。而顧客對於零僱汽車駕駛人夫之侵權行爲。則不應負責。以顧客與零僱汽車駕駛人夫之間。並無選任監督之關係故也。

受僱人之
行爲須係
侵權行爲

2 受僱人之行爲須不法侵害他人之權利 卽受僱人之行爲。須爲侵權行爲。僱用人始負其責。故受僱人之行爲須具備侵權行爲。之成立要件。如侵害權利、違

受僱人之
行為須職
務上侵權
行為

法、損害、因果關係、侵權行為能力、故意過失等是也。關於應否具備故意過失。尚不無爭論。主張毋庸具備者。謂法條對於僱用人。既經認為須有過失。其侵權行為。已具有主觀的要件。自毋庸對於受僱人。再認須有過失。務以減少侵權行為成立之阻礙。且採過失說。若受僱人衆多時。果係出於何人過失。亦難證明。主張應具備者。謂法條對於僱用人所認過失。非侵害權利之過失。乃選用監督之過失。僅以無過失為免責要件而已。尙難謂為侵權行為。已具有主觀的要件。且自己無過失行為。原不負責。若獨使對於受僱人無過失行為。負其責任。較諸自己執行。顯失均衡。本書據我民法以過失主義為原則之精神。採取後說。

茲所謂他人。指僱用人及受僱人以外之人而言。故僱用人使同服勞務之其他受僱人。因受僱人之侵權行為。致受損害者。亦包含之。

3 受僱人須因執行職務侵害他人之權利 即受僱人之侵權行為。僱用人非必均負其責。必須受僱人在職務上之侵權行為。僱用人始負責任。

執行職務
之意義

甲 何謂執行職務。所謂執行職務。僅指執行職務本身。非謂執行職務之時。故加害他人。係因執行職務而生者。固可謂爲執行職務。若加害他人。雖在執行職務之時。但並非因執行職務而生者。則不得謂爲執行職務。例如汽車夫駕車不慎。撞傷他人。固爲執行職務。而駕車時爭鬥。毆傷他人。則復非執行職務。主人不負其責矣。

執行職務
之範圍

乙 執行職務之範圍若何。關於此點。學說紛歧。大別爲三。(一)以僱用人之意思爲標準說。此說謂僱用人命辦或委辦事件之執行行爲。及其執行所必要之行爲。始係因執行職務所爲之行爲。故受僱人當執行職務。以單獨意思所爲之不當行爲。(如錯誤、詐欺是)縱圖僱用人之利益。不包含之。又受僱人因圖自己利益。濫用地位所爲之行爲。雖外表上與執行職務無異。仍非因執行職務所爲之行爲。(二)以執行職務之外表爲標準說。此說謂執行職務之範圍。原則上固依僱用人所命辦或委辦者定之。但外表上苟以執行職務之形式而爲者。均係因

本書所謂
執行職務
之範圍

執行職務所爲之行爲（三）以受僱人之意思爲標準說。此說謂執行職務之範圍。原則上雖依僱用人所命辦或委辦者定之。此外行爲。如係圖僱用人命辦或委辦事件之利益者。亦可謂爲因執行職務所爲之行爲。就上述三種學說觀之。命辦或委辦事件之執行行爲。及與相牽連不可分離之行爲。均係因執行職務所爲之行爲。第二說第三說。皆與第一說無異。所爭執者。僅其範圍應如何擴充而已。竊以爭執之生。皆因第一說範圍過狹。僱用人易免責任。被害人難受賠償。未免埋沒第一八八條保護之精神。且經濟貧弱階級。不得使用他人。無由藉以免責。若僱用人之免責過寬。實同優遇資產階級。亦屬不平。故余主張更加廣義解釋。凡第二說及第三說。均以爲擴充範圍之標準。即執行職務之執行行爲。及與有外表的牽連。（第二說）或內部的牽連（第三說）之行爲。均可謂爲因執行職務所爲之行爲。【註二】

【註二】 日本舊判例。其大旨均謂僅限於與執行行爲常相牽連不可分離之行爲。事業主始負責任

。若所爲行爲。外表上與執行職務無異。或以圖利自己或他人之目的。濫用地位所爲之行爲。事業主仍不負責。此等判決。顯探第一說。學者之間。咸多駁詞。迨至近年。已改探廣義解釋。即大正十五年十月十三日大審院民刑聯合判決。謂被用人於股分公司。(使用主)充當庶務課長。擔任發行股票事務。且保管證券用紙及印章。論其地位。實隨時得自由處理股票發行事務。縱令該被用人。濫用其地位而發行股票。但不過僅係不當執行事業。仍不失爲關於執行事業之行爲。此項判例。較諸舊判例。已大加變更矣。

免責要件

三 免責要件 僱用人於具備前述責任要件時。對於受僱人職務上之侵權行爲。應負賠償責任。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。(一八八條) 其非以僱用人之過失爲其責任之積極的要件。乃以無過失爲免責要件。徵諸法條。極爲明瞭。

1 選任受僱人已盡相當之注意者。言就僱用人之能力資格。於其職務。能否勝任。於選任之初。及選任之後。均已盡相當之注意也。

2 監督其職務之執行已盡相當之注意者。言對於使受僱人執行職務。已盡相當注意也。若關於受傭人裝設事業所用機械或其他設備之注意。則不包含。「註三」蓋以因此等設備之瑕疵。致第三人受損害時。若傭人本身與有過失。則依其自己行為。負侵權行為之責矣。

【註三】 德民明文規定使用主於被用人裝設機械、或器具。已盡相當之注意者。亦得免責。（德民八三一條一項但書參照）至於日民。因無此項明文。其解釋均主張不應包含。我民法亦同。

3 相當之注意者。言善良管理人之注意。並應按照各項情形。而恰合其必要程度也。

4 本條明定對於選用及監督。均須注意。故注意選用而不注意監督。或注意監督而不注意選用。仍不得免其責也。

5 縱加以相當之注意。而仍不免發生損害者。無論注意義務。曾否履行。而損害結果。終必發生。其注意義務之違反。與損害之發生。並無因果關係。自不負

賠償之責。

僱用人之
無過失賠償

四 僱用人之無過失賠償 僱用人具備免責要件時。即不負損害賠償責任。被害人自不能受其賠償。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。令僱用人為一部或全部之損害賠償。(一八八條二項) 僱用人在此情形。原無過失。僅因社會政策上之理由。使賠償損害耳。故以僱用人之無過失賠償稱之。

僱用人之
請求權

五 僱用人之求償權 僱用人與受僱人。對於被害人。均負損害賠償之連帶債務。然就內部關係(即僱用人與受僱人相互間之關係)言之。損害之生。究係受僱人之侵權行為所致。應專由受僱人負擔。在僱用人並無分擔部分。(二八〇條) 故僱用人已向被害人賠償損害時。得對於為侵權行為之受僱人。請求償還其賠償額之全部。(一八八條三項) 而受僱人賠償損害時則不得對於僱用人求償。

定作人之
責任

六 因承攬人行為所生損害之賠償責任 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。(一八九條本文) 蓋以承攬人非定作人之受僱人。而其

執行承攬事項。亦獨立爲之。非受定作人之監督故也。但定作人於定作或指示。有過失者。仍應負損害賠償責任。(一八九條但書)

1 定作人之責任。係因自己於定作或指示有過失。以致侵害他人之權利。此乃利用承攬人。自爲侵權行爲。依第一八四條之規定。當然應負損害賠償責任。

2 定作人之責任。係因自己行爲而發生。故僅須定作人。就其行爲。有故意過失而已足。毋庸承攬人亦有故意過失。倘承攬人亦具備侵權行爲之要件。則爲共同侵權行爲。

3 損害之發生。須與定作人之定作或指示。有因果關係者。定作人始負損害賠償責任。故定作人於定作或指示。雖有過失。而承攬人之執行承攬事項。並未依其定作或指示。以致侵害他人之權利者。則定作人不負損害賠償責任。

舉證責任

七 舉證責任 前述責任要件。應由被害人即原告負舉證之責。前述免責要件。應由僱用人即被告負舉證之責。前述經濟狀況。應由被害人即原告負舉證之責。前述

關於定作或指示之過失。應由被害人即原告負舉證之責。

第四項 因動產加害所生損害之賠償責任

動物之加害由占有負責

動物加損害於他人者。由其占有人負責損害賠償責任。但依動物之種類及性質。已為相當注意之管束。或縱為相當注意之管束。而仍不免發生損害者。不在此限。(

一九〇條一項)

占有人負責之根據

一 占有人負責根據 動物之加害。由其占有人負責損害賠償責任者。因動物富有加害危險性。特使占有人負重責任。以促其注意預防也。

占有人之責任。係因動物之加害行動而發生。不以故意過失為其責任之積極的要件。自非過失責任。但須注意管束。始得免其責任。係以無過失為免責要件。亦非純粹無過失責任。故其責任。可謂為在過失責任與無過失責任之間。

占有人之免責也。係以注意管束為要件。故茲所謂占有人。必須以直接實施管領

何謂占有

者爲限。自主占有之自行占有（如動物所有人自行占有、強竊盜自行占有盜取動物。）動物之直接占有人。（如租用

人或寄養他人之牛馬者）以及其他占有人直接實施管領者皆屬之。若動產之間接占有人。（九四一條參照）

（非直接實施管領。無從注意管束。當然不在其內。「註一」至於動物之占有補助人（如馬夫牧者）乃幫助占有人。管領動物。實與占有人之手足無異。其行爲仍應由占有人負責。並不得稱爲占有人。（九四二條參照）亦當然不在其內。

【註一】我民法第九四一條。做德民八六八條。規定質權人承租人受寄人或基於其他類似之法律關係。對於他人之物爲占有者。稱爲直接占有人。而該他人則稱爲間接占有人。

責任要件

二 責任要件 動物加損害於他人時。占有人始負損害賠償責任。故動物加害。爲責任之積極的要件。

1 動物之種類。並無限制。惟黴菌無論是否動物。而德日學者。均謂其傳染疾病。不適用動物加害之規定。

2 動物行動與損害之間。必須有因果關係。惟其直接或間接。則所不問。

動物加害之方法如何。固所不問。然必須因動物獨立之行動。例如驚馬不服馬夫駕御撞傷行人是。若利用動物。加害他人。則爲人之行爲。應適用第一八四條之規定矣。例如馬夫故意驅馬傷人是。

免責要件

三 免責要件 占有人在其動物加損害於他人時。固負賠償責任。但依動物之種類及性質。已爲相當注意之管束者。不負賠償責任。管束者。防範加害之謂也。依動物之種類者。按照動物種類。分別施以防範也。例如虎豹圈入鐵柵。猿猴繫以鎖練是。依動物之性質者。雖同種動物。尚須斟酌性質。而施防範也。如易驚之馬。必加障目面具。猛噬之之犬。必加口咬是。相當注意。卽善良管理人之注意。並須按照各項情形。而恰合其必要程度也。又縱爲相當注意之管束。而仍不免發生損害者其損害之生。與注意義務之違反。並無因果關係。占有人亦不負賠償責任。(一九〇條但書)

占有人之求償權

四 占有人之求償權 動物係由第三人或他動物之挑動。致加損害於他人者。(前

者)

舉證責任

如犬之噬人、係因第三人曠使、(後) 占有人仍不得免損害賠償之責。惟對於該第三人或該他者如牛之撞毀、係因避他牛觸擊、) 動物之占有人。有求償權而已。

五 舉證責任 責任要件。應由被害人即原告負舉證之責。而免責要件。則應由占有人即被告負舉證之責。

第五項 因工作物加害所生損害之賠償責任

工作物之加害由其所有人負責

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。(一九一) (條一項)

所有人負責之根據

一 所有人負責之根據 因土地上工作物加害所生損害。由其所有人負賠償責任者。其理由有二。(一) 所有人既享有其利益。自應負擔其損失。(二) 土地上之工作物。特多崩潰倒塌之危險。倘經發生。或至奪生命。損身體。傷健康。毀物件。

務須重所有人責任。以促其注意防止。惟此項責任。究應由所有人負之。抑應由占有人負之。在立法上成一問題。而各國法制。亦不一致。「註一」我民法採所有人主義。竊以爲得當。

【註一】考各立法例。大別爲三。(一)所有人主義。我民法、瑞價(瑞價五八條)法民(民法一三八六條)採之。其理由蓋以所有人既享有其利益。自應負擔其損失。且經濟能力較強。被害人亦易受賠償。(二)占有人主義。德民採之。(德民八三六條)其理由蓋以占有人事實上管領工作物。所居地位。較易防止損害也。(三)折衷主義。日民採之。卽原則上由占有人負擔賠償責任。但占有人因無過失而免責時。則由所有人負擔賠償責任。(日民七一七條)

所有人之責任。係因土地上工作物之加害而發生。不以故意過失爲其責任之積極的要件。自非過失責任。但須注意防止。始得免責。係以無過失爲免責要件。亦非純粹無過失責任。故其責任。可謂在過失責任與無過失責任之間。由立法言之。宜採無過失責任主義。蓋原動力(如蒸汽力)發明以來。大規模企業。日益勃興。工作

立法上宜
採無過失
責任主義

物之危險。較前增多。羣衆之受害。亦較前增廣。且工作物之所有人。多屬資產階級。即使賠償。無關痛癢。而工商企業。其損害負擔。原在營業費預計之中。早經酌定賣價。取諸羣衆。尤應賠償。若使所有人。得以無過失而免責任。必至資產階級。易享樂利。而無產階級。無辜受損。故宜不問所有人有無過失。均使賠償。俾被害人。易受填補。考各立法例。亦不無採無過失責任主義者。〔註二〕

【註二】 德日民法。固與我民法相同。均以注意防止。（即無過失）爲免責要件。（德民八三六條一項但書日民七一七條但書）但瑞價法民。則採無過失責任主義。惟法民以房屋所有人爲限。範圍較狹耳。（瑞價五八條一項法民一三八六條）

責任要件

二 責任要件 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。工作物之所有人。始負賠償責任。故其積極的要件如左。

何謂工作物

1 須係土地上之工作物 土地上之工作物者。謂就土地或聯接土地施加工作所成之物也。房屋、工場等建築物。乃其最重要者。此外牆壁、橋梁、埠頭、運河

溝渠、堤坊、井池、電柱、電線、水管、煤氣管、安設地上遊戲器具等皆屬之。其爲土地一部。抑或獨立成物。則所不問。工場內安設之機械汽罐等設備。是否工作物。不無爭議〔註三〕竊以此等設備。易生危險。倘安設地上。亦與遊戲器具安設地上者無異。故主張安設地上者。不應除外。

〔註三〕日本判例。謂機械爲動產。非建築物之一部。不應解爲土地之上工作物。（大正元年一月六日大審院判決）學者之間。亦多附和。然大機械、大發動機、汽罐等。須聯接土地。始能安置。其不易移動。及易生危險。較諸安設地上之遊戲器具。（如鞦韆、滑橋等）尤不可同日而語。何以後者認爲土地之上工作物。而前者則否。其理由殊難索解。

何謂設置
或保管之
欠缺

2 工作物之設置或保管須有欠缺 設置有欠缺者。謂設置之初。其設置方法有缺點。以致工作物發生瑕疵也。如設計不妥或材料粗劣是。保管有欠缺者。謂設置以後。其保管方法有缺點。以致工作物發生瑕疵也。如怠於修繕、久未檢查是。又設置方法或保管方法之缺點。僅客觀上有此缺點而已足。所有人有無過失。

則所不問。工作物發生瑕疵云者。言工作物缺少通常應有之安全設備或性狀也。

【註四】

【註四】 我民法定爲設置或保管有欠缺。與瑞債日民相同。（瑞債五八條日民七一七條）而與法

民德民則異。即法民定爲房屋倒塌。（法民一三八六條）德民定爲工作物之倒塌或其一部脫落（德

民八三六條）較諸我民法。其範圍均狹。

何謂因欠
人缺加害他

3 須因設備或保管有欠缺致損害他人之權利 所謂因設備或保管有欠缺。以致損害他人。非必以欠缺爲損害發生之唯一原因。苟欠缺與損害之間。存有因果關係。雖有自然事實。（如風）（如是雨是）第三人之行爲。或被害人之行爲。介入其間。仍不失爲因欠缺所生之損害。惟自然事實介入時。如縱無欠缺。而仍不免發生損害。則所有人不負賠償之責。例如因從來未有之暴風。致房屋倒塌。加害他人者。其加害並非欠缺所致。已無因果關係。不應負責是。又第三人之行爲介入時。如第三人知有欠缺或可得而知。則第三人與所有人爲共同侵權行爲人。連帶負責。又被

害人之行為介入時。如被害人亦與有過失。則生過失相抵問題。(二一七條參照)

免責要件

三 免責要件 工作物之所有人。在其工作物加損害於他人時。固負賠償責任。但於防止損害之發生。已盡相當之注意者。不負賠償之責。(一九一條項但書) 所謂相當之注意。即善良管理人之注意。而所取防止手段。並須按照各項情形。已臻足以防止損害發生之程度。

所有人之
求償權

四 所有人之求償權 損害之發生。如別有應負責任之人。例如設置或保管之欠缺。係出於建築之承攬人。或前所有人。或工作物之占有人。則賠償損害之所有人。對於該應負責者。有求償權。(一九一條三項)

舉證責任

五 舉證責任 前述責任要件。應由被害人即原告負舉證之責。而前述免責要件。則應由所有人即被告負舉證之責。

第四款 共同侵權行為

廣義之共同
侵權行為

侵害權利。固多由一人單獨爲之。但數人協力。侵害權利者。亦復不少。其協力侵害權利。恰如刑法上之共同犯罪。故與刑法上共犯。對照研究。較易明瞭。由廣義言之。於侵害權利。有協力關係之行爲。斯爲共同侵權行爲。但依其協力關係之體態。更得爲爲三種。卽狹義共同侵權行爲。共同危險行爲。造意及幫助是也。

狹義之共同
侵權行為

一 狹義共同侵權行爲（共同正犯） 第一八五條一項前段。規定數人共同不法侵害他人之權利者。連帶負擔損害賠償責任。據此規定言之。共同侵權行爲者。數人（二人以上）共同實行侵害權利之侵權行爲也。惟同條一項後段及同條二項所規定者。並未共爲侵害權利之實行行爲。非此項共同侵權行爲。所能包括。因以狹義共同侵權行爲稱之。茲述其要件於左。

其要件

1 須數人共同實行侵害權利 數人共同實行侵害權利者。侵害權利行爲。由數人共同實行也。

共同之
侵權行為
之行為

A 須有主觀的意思聯絡 數人共同實行侵權行爲時。其相互間。是否須有意

第二章 債之發生 侵權行爲

意思聯絡
問題

思之聯絡。不無爭論。主張消極說者。謂加害人間。毋庸有意思聯絡。苟事實上。數人共同侵害權利。以致發生同一損害之結果。即應成立共同侵權行為。

〔註一〕而主張積極說者。則或謂必須通謀〔註二〕或謂雖無須通謀。但必須有共同之認識。〔註三〕若加害人間。毫無意思之聯絡。則不能成立共同侵權行為。

〔註四〕竊維二人以上之行爲。而合一觀察者。以有共同意思也。此爲一般之觀察方法。民法何能獨異。又同行爲人所以負連帶責任者。蓋以實行共同目的。合爲一體。互相利用。其侵害權利之力量。較大於單一行爲也。且第一八五條一項後段。所謂不知中孰爲加害人者。即指數人雖共爲危險行爲。但於侵害權利。並無意思聯絡者而言。（參照本款
丙二之1）兩相參照。則在共同侵害權利時。必須有意思聯絡。更益明瞭。

〔註一〕 例如甲穿陷阱。適乙丙偕行。乙將丙推入阱內。致受重傷。又如甲在山中。將丙痛毆。

已受致命傷。伏地不起。嗣後乙驟爲野獸開槍擊殺。在此二項情形。甲乙雖無意思聯絡。仍成立共

同侵權行爲是。日本判例。亦採消極說。其大正八年十二月二十二日大審院民事判決。曾謂構成民法第七百十九條所定共同侵權行爲者。非必加害人間。須有通謀意思之聯絡。但其數名加害人。須參與同一之侵權行爲。致加被害人以同一損害。

【註二】 德意志帝國法院。採積極說。主張必須通謀。所謂通謀者。數人於共同爲侵權行爲。曾經協議也。如共謀殺人。共謀放火是。

【註三】 共同之認識者。謂加害人間。雖無須預行通謀。但彼此對於共同侵害權利。須經認識。互相利用。協力侵害也。例如甲乙二人。先後來丙女居室會談。甲睹女美。起意強姦。料乙必且同情。突將丙女擁抱。乙亦欲乘機輪姦。隨即按壓是。

【註四】 前大法院判例。謂同一權利。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。分別負賠償責任（五年上字一〇一二號）此即採積極說也。

B 侵害權利行爲須共同實行 即加害人。須於共同侵害權利之目的範圍內。擔其實行行爲也。其分擔部分。不問種類之異同。 (同者如甲乙共毆傷丙是、異者如甲對丙施強姦乙對丙奪財物

第二章 債之發生 侵權行爲

是)均無不可。茲更有應注意者二點。

共同實行
之注意點

a 數人於共同目的範圍內所生損害。均須負全部賠償責任。(例如分擔實行強姦之行為、在外

把風之人、對於室內強姦所生損害、均應負責是、)

b 數人同謀侵害權利。而使其中一人。擔任實行時。仍成立共同侵權行為

。蓋以其他同謀加害人。均由該一人代表實行。仍不失為共同實行也。(例如

嚇詐圖同謀竊取財、僱使匪徒一人、接收財物者是、)

須具備侵
權行為要
件

2 侵害權利行為須於數人係侵權行為 即其行為。對於數人。須具備侵權行為

之要件。若其中一人。因有阻却違法事由。或並無故意過失。以致對於該一人不能成立侵權行為時。縱令會共同實行其行為。仍非共同侵權人。所有賠償責任。

應由其他具備侵權行為要件者負擔之。

因果關係

3 侵害權利行為與損害須有因果關係 此項因果關係。為侵權行為之要件。若所生損害。並非數人共同損害權利所致。則數人不負賠償責任。(例如甲乙共毆丙、送入醫院療治、

因院中失火、致被燒死、則甲乙雖共負傷害發生損害之賠償責任、但不共負死亡所生損害之賠償責任是也。又所生損害。對於數人中一人。若無

因果關係。則對於該一人。不能成立侵權行為矣。

共同危險
行為

二 共同危險行為（德判二三三條日
刑三八〇條參照） 第一八五條一項後段。規定不能知其中孰為加

害人者亦同。此項共同侵權行為。乃數人共為有侵害權利危險性行為。並非共同實行侵害權利行為。自與狹義共同侵權行為不同。因以共同危險行為稱之。茲述其要件於左。

其要件

加害人須
在數人中

1 加害人須在數人中 數人之中。須有某人之行為。侵害權利。致生損害。使數人全體。共負責任者。即以加害人在數人中也。惟數人中實行侵害權利行為者。僅加害人。其餘之人。不僅未共同實行。並須無意思聯絡。即其餘之人。於加害人之侵害權利。未與通謀。並無認識是也。若數人於侵害權利。有意思聯絡。則構成狹義共同侵權行為。苟係數人共同目的範圍內所生損害。均須負全部損害賠償責任。當然適用第一八五條一項前段連帶之規定。毋庸於同條一項後段。再

定亦同字樣矣。該亦同字樣所以規定者。卽以在共同危險行爲。其數人相互間。於侵害權利。無意思聯絡。不能當然適用狹義共同侵權行爲之連帶規定。始特別規定亦同字樣。使亦負連帶責任也。

須共爲危險行爲

2 數人須共爲有侵害權利危險性行爲。數人於其中加害人之侵害權利行爲。雖未共同實行。但必須共爲有侵害權利危險性行爲。使數人全體共負責任者。亦以此共同關係也。若毫無關係之數人。何能使其負責任。所謂共爲有侵害權利危險性行爲。指共爲之行爲。足以造成侵害權利之機會者而言。例如兩輛汽車比賽。其比賽行爲。足以造成軋斃人命機會。又如惡少年三人。輪姦一女。足以造成受孕機會是。

加害人須屬不明

3 加害人須屬不明。侵害權利之加害人。雖在數人之中。但究係數人中之何人。實際上不能證明者。始使數人連帶負擔賠償責任。例如兩輛汽車比賽。於砂塵飛舞之中。軋斃小兒。究係何車軋斃。不能證明。又如惡少年三人。輪姦一女。不

幸受孕。究係何人性交結果。無由證明是。故侵害權利行爲。已證明係由數人中
某一人所爲。則賠償損害責任。應由該一人負擔。而其餘之人。於侵害權利。既
未彼此通謀。又未分擔實行。自不負何等責任矣。

4 負連帶責任之理由 數人中僅某人侵害權利。其餘之人。不過共爲有侵害權
利危險性行爲。並未共同實行侵害。而法律因不能知加害人。究係其中何人。即
使數人全體連帶負擔賠償損害責任者。蓋以故意或過失。參與有侵害權利危險性行
爲。已難辭其咎。且數人中不能知孰爲加害人時。若仍由被害人證明。必至無從
受償。再加害人因不能證明。即可倖免責任。亦違背公平正義也。

三 造意及幫助 第一八五條二項。規定造意人及幫助人。視爲共同行爲人。造意
人維何。教唆他人。使之生爲侵權行爲之決意者是也。(刑法四三條一項參照)幫助人維何。於
他人爲侵權行爲之際。幫助該侵權行爲人者是也。(刑法四四條參照)所謂幫助。即指侵害
權利實行行爲以外之一切援助行爲而言。凡使侵權行爲人容易侵害權利者皆屬之。

從屬性

1 從屬性 造意人。僅教唆他人。使決意為侵權行為。幫助人。僅幫助他人。使容易為侵權行為。均非自為侵害權利之實行行為。故教唆及幫助。有從屬性。必須於被教唆或所幫助之他人。其行為成立侵權行為時。始得視為共同侵權行為。若該他人之行為。因不具備侵權行為要件。不成立侵權行為時。雖曾經教唆幫助。亦不得視為共同侵權行為。

視為共同
行為人之
理由

2 何以視為共同行為人 造意人及幫助人。既自為侵害權利之實行行為。與狹義共同侵權行為不同。原均非共同行為人。但造意人。教唆原無侵權行為意思之他人。而造成其侵權行為之意思。論其地位。實與實行人無異。又幫助人於損害結果。亦與有力。故法律均視為共同行為人。使與為侵權行為之他人。連帶負擔損害責任。

共同侵權
行為之效
果

四 共同侵權行為之效果 共同侵權行為人。連帶負擔賠償損害責任。(一八)據此規定。無論前述何種侵權行為人。凡屬於共同侵權行為人者。其對外關係及內部關係

皆應適用連帶債務之規定。(二七三條以下)自不待言。

連帶債務之內部的分擔部分。以平均為原則。故共同侵權行為人。除法律別有規定。或共同侵權行為人間。另有應異其分擔部分之特別情事外。其內部的分擔部分。亦應解為平均。(二八〇條)而實際上各自所加損害額如何。則非所問。

第五款 侵權行為之效果

侵權行為之效果

損害賠償債權

一 損害賠償債權之發生 侵權行為之效果。在使被害人。對於侵權行為人。取得損害賠償債權。故損害賠償之一般規定。(自二二八條至二二八條)除侵權行為另有規定外。於侵權行為上之債權。當然適用。

侵害預防請求權

二 權利侵害預防請求權 侵害權利。尚繼續時。(如噴煙降灰之尚繼續者是)或侵害權利。有重複侵害之虞時。僅使對於既生損害。請求賠償。其保護權利。尚難謂為完全。又現在雖無侵權行為。而將來其權利實有被侵害之虞時。亦應求適當方法。以資預防。

於是遂生侵權行為之效果。於損害賠償請求權外。是否更有侵害預防請求權（即不作爲請求權）之問題矣。

據我民法言之。對於侵害權利。固僅有事後救濟之損害賠償。尙無事前預防之一般規定。但吾人因法律所保護之權利或利益。必使得實行。且不可侵害。倘有因侵權行為。將受損害之虞者。即得請求預防。並訴請勿爲侵權行為。（不作爲之訴）故有侵

權行為上之損害賠償請求權時。亦必有侵害預防請求權。此乃當然之一般原則。毋庸經法律之明定。〔註一〕且我民法於特定情形。亦設有預防請求權之規定。如土地所有人。對於煤氣、蒸氣、臭氣、烟氣、灰屑、喧囂、振動等之侵入。得禁止之。

（七九條）工作物有傾倒危險。致鄰地有受損害之虞者。鄰地所有人。得請求預防。（七九條）占有被妨害之虞者。得請求防止其妨害。（九六條）是也。此等規定。不過一般原

則之表現。並非限於各該特定情形。始認侵害預防請求權。由此類推。凡因侵權行為爲不可侵害之權利或利益。將有被侵害之虞者。亦莫不有侵害防止請求權也。〔註

【註一】 德國民法學者。近多主張凡可成立侵權行爲之情形。卽有侵害預防請求權之存在。如耶兒智田哈(Elzschner)蘭克(Panet)修兒德(Feld)黑兒尾西(Hellwig)等氏是也。德國帝國法院。亦採此說。認許一般的不作爲之訴。其一九〇一年四月十一日判決。及一九〇四年四月九日判決。更於以違背善良風俗之方法。故意加損害於他人者。亦認不作爲之訴。一九〇二年二月十四日判決。一九〇五年一月五日判決及同年十一月十六日判決。並於散布虛構事實。加損害於他人者。亦認不作爲之訴。此外判決。認許一般不作爲之訴者不少。迄至今日。殆成定論矣。

【註二】 日本民法學者。多就其占有妨害之預防請求權等規定。唱類推適用之說。謂絕對對權（或謂物權及其他管領權）應有侵害預防請求權。如末弘嚴太郎鳩山秀夫松本蒸治等氏是也。日本判例亦採此說。如明治四二年五月十日大審院判決。於田地加水害者。認許水害排除及預防之請求權是也。余雖亦主張類推適用。而範圍則較廣矣。蓋以我民法所定侵權行爲之客體。係做德民。並不以權利爲限。並推及利益。（一八四條一項後段同條二項德民八二六條八二三條二項）此等利益。既

第二章 債之發生 侵權行爲

經法律保護。明定不可侵害。其有被侵害之虞時。自應有侵害預防請求權。即在權利。亦不應以絕對權（如物權是）為限。致使身體、健康、勞動能力、婦女貞操等。雖有被侵害之虞。不得請求預防。且物權之享受。有產者居多。若以絕對權為限。則法律之保護。亦未免偏重資產階級也。

三 損害賠償債權之當事人。

損害賠償債權之當事人
債務人

1 債務人 損害賠償債務人。即侵權行為人。依通常侵權行為及特種侵權行為情形各別。前於各該款內。業經說明。茲不再贅。

債權人以直接受害為原則

2 債權人 損害賠償債權人。原則上即係本身權利被侵害之直接受害人。但不法侵害他人致死。即因侵權行為殺人或傷害致死。除直接被害人於被殺傷後。尚未死亡前。得據第一九五條一項所謂身體侵害。請求賠償外。若第三人因此致受間接之損害。亦不可不設救濟方法。故在殺人或傷害致死時。特設例外。認間接受害之第三人。亦為債權人。俾得請求賠償。又此項第三人。多係被害人之近親。如父母、配偶、子女之類。蓋以近親。於被害人之死亡。利害甚深。應特

被害人因殺傷死亡時間接受之第三人亦為債權人

予保護故也。惟第三人之範圍。頗有參差。而受害之種類。亦不一致。更應按所定各情形。分別說明之。

甲 財產的損害。

殯葬費支出人爲償權人者

A 殯葬費之支出 不法侵害他人致死者。對於支出殯葬費之人。亦應負擔賠償責任。(一九二條一項德
民八四四條一項)所謂殯葬費。指收殮費及埋葬費而言。所謂支

出殯葬費之人。並無德民所定殯葬義務人之限制。自不問與被害人之關係如何。其近親如父母、配偶、子女、兄弟、姊妹所支出者。固得請求賠償。即非近親。而爲親戚、友好、同居、同行所支出者。亦得請求賠償。惟以公益關係。支出殯葬費者。(例如慈
善團體)法律上無認許賠償之必要。自不包含在內。

至殯葬費之數額。以相當於被害人及其近親之身分者爲限。

B 法定扶養請求權之喪失 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。亦應負擔賠償責任。(一九二條二項德
民八四五條二項)由此規定言之。

法定扶養權利人爲償權人者

第二章 債之發生 侵權行爲

所謂第三人。即法律上對於被害人具有扶養請求權之法定扶養權利人。如直系親屬、配偶、兄弟、姊妹等是。此等法定扶養權利人。如因被害人之死亡。致喪失扶養權利時。得向加害人。請求損害賠償。至其賠償數額。應以被害人實際上支出。或可得支出之數額為標準。並應就被害人。參酌其可以推知之生存期限。【註三】

【註三】德民規定加害人。應就被害人於可以推知之生存期內所應給與扶養費限度內。向第三人支付定期金。賠償損害。並準用終身定期金之規定。（德民八四四條二項）我國第一次民草（九六八條二項九七〇條）第二次民草（二六〇條二項二六四條）亦同。但我現行民法。既未明定得以定期金支付。自不能採同一方法。且徵諸一九三條二項之特予明定。更足參證。故僅可就被害人可以推知之生存期限。酌定賠償總額而已。惟須扣除期前之利息。以資第三人因提前取得。而享分外之利益。至其利息之扣算。則以法定利率為準。

乙 非財產的損害 不法侵害他人致死者。被害人之父母、子女及配偶。雖非

求權人爲
債權人者

財產上之損害。亦得請求賠償相當之金額。(一九三條)即被害人之父母子女及配偶。因被害人之死亡所受財產上損害。如殯葬費之支出。及扶養請求權之喪失等。固得依第一九二條之規定。請求賠償。但所受非財產之損害。如精神上之痛苦。較財產之損害尤烈。亦應使得請求相當金額。以資撫慰。此之謂慰藉費。而其數額如何。則應斟酌被害人並加害人之地位。所受痛苦之程度。以及其他各種情事。由法院自由裁量定之。

慰藉費之請求權人。僅限於被害人之父母子女及配偶。其範圍較諸法定扶養權利人及殯葬費支出人均狹。又此項請求權。乃被害人父母子女及配偶。因法律之規定。獨立取得損害賠償請求權。並非認被害人此等遺族。得繼承其生命損害賠償請求權。(一九五條二項參照)

胎兒爲債
權人者

丙 胎兒 第一九二條二項所定法定扶養權利人。(即所謂第三人)及第一九四條所定慰藉費請求權人中之子女。依第七條之規定。均包含胎兒在內(註四)故胎兒亦

有喪失扶養費請求權之損害賠償請求權。及慰藉費之損害賠償請求權。

(例如胎兒在懷)

姪中其父被他人殺害是)

惟胎兒在法律上之地位如何。學說不無爭論。依照通說。胎兒在出

生前。尙難謂爲享有權利。必俟將來以非死體而出生時。始遡及侵權行爲當時

。取得此等損害賠償請求權也。〔註五〕

〔註四〕 按胎兒尙未出生。原非權利能力之主體。(六條參照)但各國法制。爲保護胎

兒。莫不認有例外規定。惟其規定體例。大別爲二。(一)設一般規定。視爲已出生者。如羅馬法

、普國法、奧民、瑞民是。我民法亦同。(二)並不設一般規定。僅於特定情形。各別規定。視爲

已出生者。如法民、德民、日民是。我民法既採第一體例。所設第七條之一般規定。於凡屬保護其

個人利益之情形。皆應適用。故關於侵權行爲之損害賠償請求權、雖未知德日民法。規定胎兒。仍

應認胎兒有此項損害賠償請求權也。

〔註五〕 胎兒在法律上之地位如何。學說大別爲二。(一)謂胎兒在出生前。已有權利能力。惟

將來以死體而生。或不出生時。(如姪婦死亡是)始遡及既往。自始喪失其權利能力。依照此說。

胎兒於出生前。已取得賠償請求權。惟不得行使而已。倘將來以死體而生。則喪其權利。德日少數

學者唱之。(二)謂胎兒出生前。並無權利能力。必俟將來以非死體而出生時。始溯及既往。取得權利能力。此爲德日學者之通說。余即取此說。以解釋胎兒取得賠償請求權之地位。此外在德國。

尙有所謂胎兒法人說及無主體權利說。然在我民法。則不成問題。

損害賠償之方法

四 損害賠償之方法 我民法關於損害賠償。既設有一般規定。(二一三條至二一八條)故侵權行爲之損害賠償方法。除另有特別規定外。亦應適用損害賠償之一般規定。

回復原狀之原則

1 原則 損害賠償。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。(二二一)若不能回復原狀。或回復顯有重大困難者。則應以金錢賠償其損害。(二二四)故我民法上損害賠償之方法。以回復原狀爲原則。而以金錢賠償爲例外也。

對於回復原狀之特例

2 特例 侵權行爲之損害賠償方法。依損害賠償之一般規定。固應以回復原狀爲原則。然依被害人所受損害之性質。設有各種特例。

第二章 債之發生 侵權行爲

侵害人格
標之賠償
特例

甲 侵害人格權之損害 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。亦得請求相當之金額。(一九五條) 何謂身體、健康、名譽或自由之侵害。前經述明。(本書一四九頁至一五二頁) 此等法益。為吾人之重要生活財貨。倘因侵權行為被侵害時。雖所生損害。為非財產的損害。不能以金錢估計價格。仍應賠償相當之金額。俾被害人。得以滿足。而其賠償金之額數。則由法院公平認定之。

名譽被侵害時。除賠償相當之金額外。並得請求為回復名譽之適當處分。(一九五條) 例如由加害人登載道歉廣告是。

侵害勞動
能力之賠
償特例

乙 侵害勞動能力之損害 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。(一九三條一項) 所謂增加生活上之需要。即維持其通常生活狀態必須增具

三條一項(三項) 所謂喪失或減少勞動能力。即其從事職業上工作能力全部或一部之滅失。(本書一五) 所謂增加生活上之需要。即維持其通常生活狀態必須增具

之費用。例如非服相當之補品。不能支持其身體。非僱人扶持。不能照常行動是。倘由侵權行爲。侵害身體或健康時。並因以發生此等損害者。除賠償身體或健康之損害外。更應以相當之金額。另行賠償此等損害。俾被害人。仍得維持其生計。其賠償金之數額。亦由法院公平認定之。又此項賠償金。固以一次支付總額爲原則。但當事人如欲以定期金支付。則須向法院聲請。由法院斟酌情形判定之。如判定以定期金支付時。法院並須命加害人。提出擔保。以確保將來之履行。(一九三條二項)至其支付時期。法院曾經判定者。自當依之。如未判定。則應準用第七三二條之規定。(即關於終身定期金支付時期之規定)我民法固未如德民。定有準用明文。(德民八四三條二項)但自同爲定期金之性質觀之。應解爲得準用也。

丙 毀損物之損害 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格。(一九六條)按毀損他人之物者。依回復原狀之原則。其一部毀損者。應予修繕。其全部毀損者。應償給同種之物。但侵權行爲。於其賠償方法。設有

特例。使以金錢。賠償因毀損所減少之價格。

丁 侵害生命之損害。因侵權行為奪取他人之生命時。(如殺人或傷害致死是)其所生損

害。無論財產的。(如殮葬費扶養請求權是)或非財產的。(如精神上之痛苦是)均應以金錢賠償。

(一九三條一九四條)前經述明。茲不再贅。

損害賠償之範圍

五 損害賠償之範圍 在侵權行為。其損害賠償之範圍。亦適用損害賠償之一般規

定。其應賠償之損害範圍。自以與侵害權利。有相當因果關係之損害為限。此外所

應賠償之損害。為所受損害及所失利益。(二一六條)過失相抵。(二一七條)及賠償金額之減

輕。(二一八條)等項。均與一般損害賠償無異。自應於債之標的中損害賠償債權內研究之

損害賠償之範圍
轉讓性
無

六 損害賠償請求權有無轉讓性 因侵權行為所生之損害賠償請求權。能否讓與或

繼承。依其所受損害之種類而異。即所受損害。係財產的損害者。以所侵害之財產

權。不必專屬於被害人本身。故其損害賠償請求權。亦無妨讓與或繼承。反之。若

所受損害。係非財產的損害者。以所侵害爲身體、健康、名譽或自由等法益。專屬於被害人本身。與有不分離之關係。故其損害賠償請求權。能否讓與或繼承。易生爭議。「註六」至我民法已認爲有專屬性質。明定不得讓與或繼承。（一九五條）以防解釋紛歧。但無論財產的損害賠償請求權。或非財產的損害賠償請求權。苟已依契約承諾。或已起訴者。即均不妨讓與或繼承。（一九五條）蓋以雖係非財產的損害賠償請求權。而已因當事人間契約。或將因法院判決。變爲純粹金錢關係之債權。故不問其發生原因如何。均使得讓與或繼承也。

【註六】因侵害非財產權（如人格權）所生之非財產的損害。能否讓與或繼承。學說大別爲二。

（一）積極說。謂此項非財產的損害。亦以金錢賠償。既係金錢債權。無論何人。皆可同一享受。故無不可讓與或繼承之理由。（二）消極說。謂非財產的損害。係由侵害非財產權而生。此等法益乃專屬於被害人本身。與有不分離之關係。法律許以金錢賠償者。亦不過俾被害人。藉以滿足。慰解其本人之苦痛煩悶而已。僅被害人本身。始得享受。非他人所能享有。故此項損害賠償權。不

得讓與或繼承。

消滅時效

七 消滅時效 因侵權行為所生之損害賠償請求權。雖係第一二五條所謂請求權之

一種。但民法以原因事實之有無。及損害額數之多寡。若年月久遠。恐難證明。且被害人明知受損。而久置不理。亦毋庸保護。故特設短期消滅時效。俾權利義務關係。得早日確定。並務使被害人。從速請求。其規定之短期消滅時效如左。

1 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。(一九七條一項前段)

所謂知有損害。僅知因侵權行為致受損害而已足。毋庸詳知損害額數。故後發的損害。仍自最初知曉時起。進行時效。「註七」又須知賠償義務人者。以不知孰為賠償義務人。則不得行使損害賠償請求權也。故在數人之共同侵權行為。請求權人已知之賠償義務人。與未知之賠償義務人。應各別進行消滅時效。其中一人之消滅時效已完成時。對於其他共同侵權行為人之效果。應依第二七六條二項定之

因侵權行為
取得之債權
雖經消滅
仍得履行
因時效消滅
後仍得履行

【註七】日本判例。謂自被害人知曉損害發生之事實時。起算時效期間（大正九年三月十日大審

院判決）又謂自被害人最初知曉加害人及損害時起。對於損害全部之賠償請求權。進行時效。（大

正九年六月二十九日大審院判決）皆採此說者也。日本學者。亦多贊同。但少數學者。亦有主張後

發的損害。須自被害人知曉該部分損害時起。分別進行時效。

2 自有侵權行為時起。逾十年者。亦歸消滅。（一九七條）（一項後段）無論以前曾否知有損

害及賠償義務人。均已不得行使請求權矣。

因侵權行為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。（一九條）所謂因侵權行為。對於被害人取得債權者。如詐欺或

脅迫被害人。因而取得債權是也。在此情形。被害人須行使撤銷權。以廢止該債權

。始不受法律上之拘束。（九二條）若被害人之此項廢止請求權。已因時效而消滅。

（九三條參照）則無以免除拘束。似更應履行矣。但實同獎勵侵權行為。殊違正義。故規

定仍得拒絕履行。

第二章 債之發生 侵權行為

第六款 請求權之併存

何謂請求
權之併存

請求權之併存。亦稱爲請求權之競合。卽有同一目的之數個請求權。在同一當事人間。同時存在者是也。其發生之基礎。常係各別原因。惟其外表行爲。則彼此共同而已。

請求權併
存之發生
情形

一 請求權併存之發生情形 究在如何情形。侵權行爲之請求權。始與其他請求權併存。茲略舉於左。

債務不履行之請求權與侵權行爲之請求權併存者 卽一個行爲。於債務不履行之要件。及侵權行爲之要件。均同時具備時。卽各因其所具要件。而同時成立該兩種請求權。例如承租人故意毀損租賃物時。一面固因契約上保管債務之不履行。發生請求權。(四三二條參照)而他面復因不法侵害物之所有權。發生侵權行爲之請求權是。

2 物權的請求權與侵權行爲之請求權併存者 卽一個行爲。於妨害物權行爲之要件及侵權行爲之要件。均同時具備時。卽各因其所具要件。而同時成立該兩種請求權。例如故意或過失。侵奪他人之所有物時。一面固因妨害所有權之行使及妨害占有事實。發生物權的請求權。而他面復因不法侵害所有權或占有事實。發生侵權行爲之請求權是。

3 不當利得之請求權與侵權行爲之請求權併存者 卽一個行爲。於不當利得之要件及侵權行爲之要件。均同時具備時。卽各因其所具要件。而同時成立該兩種請求權。例如盜竊他人之財貨者。一面固因不法侵害他人權利。發生侵權行爲之請求權。而他面復因無法律上原因而受益。以致他人受損。發生不當利得之請求權是。
(一七九條參照)

二 請求權併存之效果 請求權併存時。究生如何效果。大別爲二。

1 其中一請求權若因已達到目的而消滅。則其餘請求權。亦因達到目的而消滅

請求因併
存之效果

。蓋以併存之數個請求權。係有同一目的故也。

2 其中一請求權因達到目的以外原因而消滅。(如消滅時效完成是)則其餘請求權。仍猶

存在。所以認請求權併存之實益。亦即在此。故侵權行為之損害賠償義務人。因侵權行為受利益。致被害人受損害時。以侵權行為之請求權與不當利得之請求權併存。雖侵權行為之請求權。因消滅時效完成。歸於消滅。而不當利得之請求權。尚屬存在。仍應依不當利得之規定。返還其所受之利益於被害人。(一九七條二項)又物權的請求權或債務不履行之請求權。與侵權行為之請求權併存時。雖侵權行為之請求權。因消滅時效完成。歸於消滅後。仍得依物權的請求權或債務不履行請求權之規定。請求清償。

本開五十二

現行六法全書

精裝一冊 定價三元
平裝一冊 定價二元

司法法令大全

精裝一冊 定價三元
平裝一冊 定價二元

行政法令大全

精裝一冊 定價七元
平裝一冊 定價五元

本社前次刊行六法全書及法令大全合編。係用五十開本。因版本過小。頁數增多。翻閱稍有不便。茲爲力求法官律師及教授學生攜閱之便利計。增印二十五開本二種。并將六法及司法法令行政法令分裝三本。以便分別攜帶。一用金字布面洋裝。極其美麗。一用墨字紙面平裝。亦甚雅觀。誠六法及法令書中之最善本也。

◀折六售實▶

一購函

半分五角一費郵加另册每

