

大學叢書
中國商事法

下冊

劉朗泉著

商務印書館發行

491241
36

587.92
7272

會 員 委 員 書 業 大 學

中 國 員 商 業 法

丁燮林	王世杰	王雲五	孫觀瀾	朱家驊	朱家驊	朱家驊	李四次	李振殿	李振殿
李書田	李樹勳	余書	何書	辛書	吳書	吳書	吳書	吳書	吳書
志書	翁蒲明	感天慈	張文關	張文關	張文關	張文關	張文關	張文關	張文關

中 國 商 事 法

冊 下

大會書叢學大

員委

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

大 學 叢 書
中 國 商 事 法

下 冊

劉 朗 泉 著

南 開 大 學 經 濟 研 究 所 叢 書
商 務 印 書 館 發 行

大學叢書

中國商專



上海大學圖書館藏
中國商專叢書

471236

18.12.30

第五編 商事權義之擔保

爲求已發生之權利得以實現，義務之必獲履行，擔保之制尙焉。顧擔保有物的擔保及人的擔保之別。物的擔保又稱物上擔保，分抵押與質及留置之三種。人的擔保又稱對人擔保，即保證是也。物上擔保我國民法雖規定之於物權編中，論其效用則與對人擔保無異，蓋此二者固皆爲擔保債權債務之實現與履行而存在者也。商事關係依現行法民商合一之制度，既與民事無所區分，其權利義務之擔保，自適用民法上一般之規定。茲依次分述此二種之擔保制度如下：

第一章 物上擔保

第一節 總說

物上擔保者，以特定之物或權利，供債權之擔保之謂也。換言之，債權到期設有不獲清償之情形，債權人得就此特定之擔保物或權利之賣得價金受清償之謂也。物上擔保與對人擔保雖同爲擔保債權債務之目的而存在，然一則以特定之財產供擔保，一則以第三人（即保證人）全部不特定之財產或收益供擔保。自表面觀之，後者之擔保力雖似較前者爲優，但一人之財產或收益能力終難維持其現狀而不變，設因情勢推移，昔之資力雄厚者，

今且自給不足，則債務人偶因他故而不能履行其債務，債權人之損失即難求償。若夫物上擔保，雖其供擔保之物或權利僅占債務人或第三人財產之一部，但因既經特定，復不虞變動，日後之代償能力自極優厚，債務人屆期縱因故而不能履行其債務，債權人之損失亦不虞無求償之處也。

物上擔保依學者之通說祇分爲抵押及質之二種，留置不與焉。此因抵押權及質權之設定多在債權成立當時，而留置權之取得原則上須債權已屆清償期。故留置常被學者認爲事後補救債權人利益之一種方法，而不認爲物上擔保之一種。其實依吾人所見，擔保之目的既在使已發生之債權債務得以實現及履行，其取得之時應不問已屆清償期與否也。至抵押與質之分別則在：抵押乃以不動產供債權之擔保，而質則以動產或權利供債權之擔保。惟就債權人方面而言，則不問債務人所提供者爲不動產，爲動產，抑爲權利，其在此項擔保物或權利上得享有擔保物權則一也。（民法八六〇條八八四條九〇〇條）

擔保物權屬制限物權之一種。制限物權則對於所有權而言。所有權爲在物上所得行使之最完全之權利，而制限物權則爲僅於一定之範圍內在物上所得行使之權利。制限物權依其性質又可分爲用益物權及擔保物權之二種。用益物權以使用收益屬於他人之不動產爲目的，如地上權、永佃權、地役權、典權等是。擔保物權則以供債權之擔保爲目的，不限於不動產，即抵押權、質權、留置權是。

第二節 抵押

第一項 抵押權之意義

抵押權之性質，依民法物權編之解釋，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權利也。（民法八六〇條）分析言之：

（一）抵押權者，依當事人之意思或法律之規定而設定之擔保物權也。抵押權之設定，有由於當事人之意思者，有由於法律之規定者。自民法八六〇條之定義觀之，似僅指由當事人之意思所設定者而言。其實由法律之規定而設定之抵押權，既與由當事人之意思所設定者同其效力，說明其性質時應不能同時及之。（民法八八三條）至抵押權乃擔保物權，已見前述，無待復贅。

（二）抵押權者，原則上以不動產為其標的物者也。不動產，據民法之解釋，謂土地及其定着物也。不動產之出產物，尙未分離者，為該不動產之部分。不動產以外之物，則皆稱動產。（民法六六條六七條）動產不得為抵押權之標的物，固不待言。惟動產苟為抵押物之從物，則因主物之處分，其效力及於從物，抵押權之效力亦得及於此項動產之從物。（註一）但第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利，則不受前項之影響。（民法八六二條）抵押權之標的物，雖以不動產為常，但不無例外，如地上權、永佃權、及典權，雖屬權利，航行海上之船舶雖屬動產，亦得為抵押權之標的物。在此等權利或動產上設定之抵押權，與在不動產上設定者同其效力，民法關於抵押權之規定，亦同其適用也。（民法八八二條八八三條海商法三四條）

抵押權設定時，抵押物雖無須移轉占有，但其後債權已屆清償期而未受清償者，則抵押權人有扣押抵押物以求清償之權。此時扣押中之抵押物苟有天然孳息或法定孳息者，果為抵押權之效力所及乎？法律為免除解釋

困難計，特定此時抵押權之效力皆得及之。換言之，此時由抵押物分離之天然孳息，或抵押人就抵押物得收取之法定孳息，皆得作為抵押權標之物之一部。但法定孳息之義務人，須由抵押權人將扣押抵押物之事情通知之，否則不得與之對抗。（民法八六三條八六四條）

（三）抵押權者，不移轉標之物之占有之權利也。抵押權設定時，其標之物之不動產，亦無須移轉占有。此因不動產非如動產之易藏匿毀損，所有人即將不動產讓與他人，抵押權人仍得就該不動產求償，故無移轉占有之必要。（註二）

（四）抵押權者，為擔保債權而設定之物權也。抵押權非獨立之權利，乃債權之從權利。且其所擔保者，不限於原債權，即附隨之債權如利息，遲延利息，及實行抵押權之費用，亦皆為抵押權所擔保。但契約另有訂定，不擔保此項附隨之債權者，仍應從其訂定耳。（民法八六一條）

（五）抵權權者，就其標之物之賣得價金，先於他債權人受清償之權利也。抵押權得優於其他之債權，債務屆期不克由債務人清償時，有抵押權之債權人得就抵押物之賣得價金，優先受償。（註三）其他之債權人則僅得就其剩餘及其他之財產，以求清償。

（註一）司法院（二十五年）院字第一五一四號解釋例有關於此點之釋明：「工廠中之機器生財，如與工廠同屬於一人，依民法第六十八

條第一項之規定，自為工廠之從物。若以工廠設定抵押權，除有特別約定外，依同法第八百六十二條第一項規定，其抵押權效力當然及於機器生財。至抵押權之設定聲請登記時，雖未將機器生財一併註明，與抵押權所及之效力，不生影響。」

(註二) 抵押權不但有優先受償之效力，且有追及之效力。所謂追及之效力云者，即設定抵押權後不問抵押物已入何人之手，抵押權人均得追及其物而實行權利。第三人即對抵押物已取得所有權，亦不得拒絕抵押權人之執行。(最高法院十八年上字二六二號判例)

(註三) 抵押權，依民法八六〇條，雖祇係對於債務人或第三人不移轉佔有而供擔保之不動產得就其賣得價金受清償之權，並無「優先受償」字樣，然「抵押權人就抵押物之賣得價金有優先受償之權，係基於抵押權為擔保物權之當然結果，自不得以法文上無優先受償字樣而謂優先受償為不當。」(最高法院二十二年上字二五二號判例)

第二項 抵押權之取得

前項所謂抵押權之設定，有由於當事人之意思者，有由於法律之規定者。其由當事人之意思而設定者，稱之為約定抵押權，其由法律之規定而設定者，則曰法定抵押權。茲分述此二種抵押權之取得如下：

(一) 約定抵押權 約定抵押權之取得，由於當事人間物權契約之訂立。物權契約異於債權契約，以發生物權之變動為目的，雖亦由當事人雙方之合意而成立，然欲其效力發生，尚須履行一定之方式。此一定方式在以不動產為標的之物權契約為登記及書面之契約，在以動產為標的之物權契約為交付。因不動產物權依法律行為而取得，設定、喪失及變更者，除應以書面為之外，非經登記，不生效力也。(民法七五八條七六〇條) (註四)

(二) 法定抵押權 法定抵押權與當事人之意思無關，乃由於法律之規定，當然發生者。例如承攬人所承攬之工作，苟為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有抵押權。(民法五一三條) 此蓋不問承攬人對其工作所附之不動產有無設定抵押權之意思，及定作人有無允其設定之合意，而因法律之規定，當然設定者。故其設定之方法，無須依前

款之所述。惟欲實行抵押權而將抵押物處分時，仍須先經登記耳。（民法七五九條參看）

（註四）民法七五八條雖規定不動產物權依法律行為而取得，設定及變更者，非經登記不生效力，然登記機關迄未設立，則在登記機關設立之前，自得暫不適用於登記之規定。凡依法得請求登記爲所有人者，於得請求登記之日，即視爲所有人。其他依法得請求登記之不動產權利人（如抵押權人，典權人，地上權人，永佃權人）亦概於得請求登記之日，即視爲有各該種物權之人。（參看民法物權編施行法三條八條及最高法院二十一年上字二八一四號判例）

惟前北京政府曾有不動產登記條例之公布（民國十一年五月二十一日），且指定施行之區域，國民政府在十六年八月十二日對此條例亦曾通令暫准援用。則在指定之施行區域內，所有不動產權利之設定，保存，變更，移轉，限制，處分，或消滅，自應依該條例而爲登記，不登記者，不得對抗第三人。（不動產登記條例三條一項及五條）然依該條例，應行登記之事項而不登記者，其效力僅止於不得對抗第三人，非謂其權利即不能存在。故依法律行為取得或設定其物權之人，即未經登記，仍取得其權利，不過不得以之對抗第三人而已。（參看司法院二十四年院字一一一九號解釋例）但自各省市地政施行程序大綱於二十五年二月二十五日公布施行之後，此項條例已經失效，不動產登記原由法院辦理者，應即停止辦理，改歸省市地政機關辦理矣。（大綱二〇條）

抵押權之設定，若在未實行不動產登記制度之區域，既無須請求登記即得對抗第三人，則先設定抵押權者，縱其後於原抵押物上更有第二第三抵押權或典權之設定，苟能證明其爲最初之設定，即得享受優先受償之權利，與曾經登記之第一位登記人無異。（參看司法院二十四年院字一二六五號解釋例）但若在已施行登記之區域，均未依法登記，（依舊條例）則各個抵押權不生對抗效力，各抵押權人於補行登記後，得受平均分配，無第一位與第二三位之順序。（參看司法院二十六年院字一六二五號解釋例）

第三項 抵押權之效力

抵押權設定後，處分前，有如下之效力：

(一) 抵押權不因其標的物上設定其他之權利及讓與而受影響。

(1) 不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，得設定地上權及其他之權利。但其抵押權不因此而受影響。(民法八六六條)

(2) 不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。(民法八六七條)

(3) 抵押之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。(民法八六八條)

(二) 抵押權不因其所擔保之債權或債務分割讓與而受影響，但不得由債權分離而為讓與或變更其目的：

(1) 以抵押權擔保之債權，如經分割或讓與其一部者，其抵押權不因此而受影響。(民法八六九條一項)

(2) 為抵押權所擔保之債務，如經分割者，其抵押權不因此而受影響。(民法八六九條二項)

(3) 抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保。(民法八七零條)

(三) 同一不動產上設定數抵押權者，其先設定之抵押權不因後設定者而受影響。抵押權一如其他物

權，對於債權及設於同一標的物上其他不相容之物權，有優先受清償之權。故因擔保數債權，就同一不動產，設定數抵押權者，其先設定之抵押權得先於後設定之抵押權而受清償，不受後設定者之影響。至於先後之次序，依登記之先後定之。（民法八六五條八七四條）

（四）抵押物之價值減少時抵押權人利益之救濟。抵押權設定後，抵押物之價值減少時，有可歸責於抵押人者，有非可歸責於抵押人者。因之抵押權人利益之救濟方法，亦遂不同：

（1）可歸責於抵押人者。因可歸責於抵押人之事由，致抵押物之價值減少者，抵押權人得請求抵押人回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保。（民法八七二條一項）若抵押人之行為，僅有足使抵押物價值減少之虞者，抵押權人得請求停止其行為，如有急迫之情事，抵押權人得自為必要之保全處分。前項因請求或處分所生之費用，由抵押人負擔。（民法八七一條）

（2）非可歸責於抵押人者。因非可歸責於抵押人之事由，致抵押物之價值減少者，抵押權人僅於抵押人得受損害賠償之限度內，請求提出擔保。（民法八七二條二項）

第四項 抵押權之實行

（一）抵押權之實行果屬必要乎。抵押權之設定，原為擔保債權得受清償起見，其自身本非獨立之權利。苟擔保之債權屆清償期而竟獲清償，則抵押之效用已盡，抵押權即不復存在。故抵押權以不實行為常，以實行為例外。

(二) 實行之時期 實行抵押權，須其所擔保之債權已屆清償期而未受清償。(民法八七三條一項前句) 清償期原則依當事人之約定，苟契約未有約定，又無法律特別規定，復不能依債之性質或其他情形決定者，則債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償。(民法三一五條) 隨時得請求清償之債，經債權人之請求而未受清償，即得實行抵押權。

(三) 實行之方法 實行抵押權有兩種方法：一為拍賣之方法，即抵押權人得聲請法院，拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償。(民法八七三條一項後句) (註五) 二為拍賣以外之方法，即抵押權人於債權清償期屆滿後，為受清償而訂立契約，取得抵押物之所有權，或用其他拍賣以外之方法，處分抵押物，但均不得侵害其他抵押權人之利益。(民法八七八條)

(四) 預先約定移屬抵押物之無效 債權清償期屆滿後，抵押權人雖得與抵押人訂立契約，取得抵押物之所有權。但若預先約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權即移屬於抵押權人者，其約定為無效。(民法八七三條二項)

(五) 同一不動產上數抵押權之實行方法 為擔保數債權，就同一不動產，得設定數抵押權，前已言之。此數抵押權實行時，應依各抵押權之登記次序分配之，其次序同者，平均分配。(民法八七四條)

(六) 特種抵押權之實行方法 抵押物有特種牽連關係者，處分時須依特別之規定：

(1) 土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣

時，視為已有地上權之設定。其地租由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之。（民法八七六條一項）

（2）土地及土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，拍受建築物之人視為已在土地上有地上權之設定。其地租由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之。（民法八七六條二項）

（3）土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者，抵押權人於必要時，得將其建築物與土地併付拍賣，但對於建築物之價金，無優先受清償之權。（民法八七七條）

（七）第三人之求償權 為擔保債權而設定抵押權，不必盡由債務人為之，得由第三人提供抵押物為債務人設定之。惟此第三人如因代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，得依關於保證之規定，對於債務人，有求償權。（民法八七九條）所謂得依關於保證之規定者，即謂此時為債務人設定抵押權之第三人，得視為保證人。依民法七四九條，保證人向債權人為清償後，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉於保證人，此時第三人亦得代位抵押權人，於其清償之限度內，對於債務人，行使求償之權利也。

（註五）抵押權人就抵押物行使權利，抑或逕向債務人請求清償，仍有選擇之自由。抵押權人苟不欲行使抵押權，無由債務人強其行使之理。

但債務人雖無要求抵押權人拍賣抵押物之權利，其自行變賣抵押物以供清償債務之權利則始終有之。（參看最高法院二十二年度上字二五七〇號判決）抵押權人對於所有人此項變賣或讓與其所有物，並無阻止之權。故所有人苟因另欠債務，由其他債權人對於該抵押物權之標的物聲請執行，若與抵押權人應受優先清償之權利不生影響，則抵押權人即不得據以訴請阻止執行。

（見最高法院二十二年上字二一七號判例）

抵押權人欲拍賣抵押物，以求清償，須聲請法院爲之。所謂聲請，依司法院前此之解釋，乃以訴請法院得其確定判決之謂。（例如院字四九三號）蓋拍賣係強制執行之方法，而強制執行必須根據債務名義，如確定判決或和解筆錄之類。抵押字據，在民法物權編所規定之登記法律未施行以前，非債務名義，不能爲強制執行之根據。但司法院此項解釋，對於抵押權人顯有不便。故自二十五年二月四日起，又以新解釋加以更改。（院字一四〇四號）據新解釋，抵押權人聲請拍賣抵押物時，如債務人或第三人就該抵押關係並未爭執，毋庸經過判決程序，即可拍賣。但此項解釋，亦僅在民法物權編所規定之登記法律未施行前有其效力。今土地法、土地施行法已自二十五年三月一日起施行，各省市地政施行程序大綱亦自同年二月二十五日起施行，則依新法辦理登記之不動產，於實行抵押權時，自更無訴請判決確定之必要矣。

至拍賣方法，據二十五年十二月五日院字一五九〇號之解釋，「在拍賣法未頒布前，應準照不動產執行之程序辦理。遇無合格承買人時，自得適用民事訴訟執行規則及補訂民事執行辦法關於減價之規定。」

第五項 抵押權之消滅

抵押權得因次述原因之一而消滅：

（一）債之關係消滅 依民法三〇七條，債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利，亦同時消滅。抵押權既爲擔保債權之目的而設定之從權利，自應依債之關係之消滅而消滅。消滅債之關係之原因，據民法債編通則之規定，有次述之五種：

（1）清償 依債務本旨，向債權人或其他有受領權人爲清償，經其受領者，債之關係消滅。（民法三〇九條）債之清償亦得由第三人爲之，如前述爲債務人設定抵押權之第三人得代債務人向抵押權人爲清償。是但當事人另有訂定，或依債之性質不得由第三人清償者，不在此限耳。（民法三一一條一項）

(2) 提存 債權人受領遲延(註六)或不能確知孰為債權人而難為給付者，清償人得將其給付物，為債權人提存之。提存應於清償地之提存所為之。無提存所者，該地之初級法院，因清償人之聲請，應指定提存所，或選任保管提存物之人。提存後，提存人於可能之範圍內，應即通知債權人。提存人自為提存及通知後，對於債權人所負之債務即歸消滅，嗣後提存之給付物毀損滅失之危險，概由債權人負擔。(民法三二六以下各條)(註七)

(3) 抵銷 債權人對於債務人亦負有債務者，則為二人互負債務之情形。苟其給付種類相同，性質又適於抵銷，並均屆清償期者，各得以其債務，與對方之債務，互相抵銷。為抵銷之意思表示後，二人相互間債之關係，按照抵銷數額而銷滅。(民法三三四以下各條)

(4) 免除 債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。(民法三四三條)

(5) 混同 債權與其債務同歸於一人時，債之關係消滅。(民法三四四條)

(二) 債權之請求權因時效消滅後經過五年不實行其抵押權時 以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人，於消滅時效完成後五年間，不實行其抵押權者，其抵押權消滅。(民法八八〇條) 按債權為特定人間之一方享有請求他方為特定行為之權利。故債權人之利益欲圖實現，必賴請求權之存在。但請求權如久不行使，證明權利之資料必多湮沒，日後舉證必極困難。故法律乃設消滅時效之規定，使不行使之請求權因時效期間之經過而消滅。但吾人須注意者，請求權之消滅與債之關係之消滅本為二事，不可混作一談。請求權

雖因時效而消滅，當事人間債之關係仍然存在。惟此時無請求權之債權人，不得令債務人對之履行債務而已。設債務人自願對之履行者，其所爲之給付，對於債權人，並非無法律上之原因而受利益，不得以不知時效爲理由，要求返還，所謂「自然債務」是也。（民法一二五條一四四條參看）請求權因時效消滅後，法律仍使債權人得實行抵押權者，即因其債權本未消滅，且在抵押物上享有物權之故。不過其得實行抵押權之期間，亦有限制，過此五年之除斥期間，其抵押權消滅。

（三）抵押物滅失 物權皆因其標之物之滅失而消滅。抵押物爲抵押權之標的物，故抵押權因抵押物之滅失而消滅。但因滅失得受之賠償金，應按各抵押權人之次序分配之。（民法八八一條）

（四）權利混同 抵押權人因繼承或讓與之原因，取得抵押物之所有權者，其抵押權因與所有權同歸於一人而消滅。（民法七六二條）

（五）權利拋棄 抵押權人拋棄其抵押權者，其抵押權消滅。（民法七六四條）

（註 六）債務之履行有需債權人受領之行爲始能完成者，有不需債權人之受領行爲即得完成者。於前者之情形，債權人對於已提出之給付，苟拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。債務人對其已提出之給付，得因此減輕責任。（民法二三四以下各條）

（註 七）債務人將清償之標的物提存後，債權人固應擔負其物損毀滅失或落價之危險。惟所謂標的物者，自指當事人之約定者而言。如約定以現金給付爲標的物，債務人強欲以業經落價之低幣或有價證券給付，而又不肯按市價折合現金者，則在債權人自得拒絕受領。雖經債務人將該低幣或有價證券提存，嗣後更行落價，亦非債務人延遲所致，自不能令其負擔由此所生之損失。（見最高法院十七年上字八三三號判例）又，提存法已於二十六年一月七日公布。依該法，提存所附設於地方法院。

第二節 質

質爲物上擔保之又一種形態，蓋以動產或權利供債權之擔保者也。故又可分爲動產質及權利質之二種。在債權人方面，因而取得動產質權或權利質權之擔保物權。茲分述如次：

第一項 動產質權

第一款 動產質權之意義

動產質權者，謂因擔保債權，占有由債務人或第三人移交之動產，得就其賣得價金而受清償之權利也。（民法八八四條）分析言之：

（一）動產質權者，依當事人之意思而設定之擔保物權也。動產質權一如抵押權，乃因擔保債權之目的而設定之物權。惟抵押權除得依當事人之意思而設定外，並得依法律之規定而取得。而動產質權祇得依當事人之意思而設定。

（二）動產質權者，在其所占由債務人或第三人移交之動產上享有之物權也。動產質權之標的物須爲債權人所占有，惟其標的物之動產不必屬於債務人所有，即爲第三人所有，經其移交於債權人，亦得就之設定質權。其標的之動產有從物或孳息者，其從物或孳息亦爲標的物之一部。

（三）動產質權者，爲擔保擔權而設定之物權也。動產質權所擔保之債權不限於原債權，即附隨之債權如利息，遲延利息，實行質權之費用，及因質物隱有瑕疵而生之損害賠償，亦皆得爲動產質權所擔保。但契約另有

訂定者，不在此限。（民法八八七條）

（四）動產質權者，其所擔保之債權得就質物之賣得價金優先受償之權利也。為動產質權所擔保之債權，苟屆清償期而未受清償，質權人得拍賣質物，就其賣得價金優先受償。

第二款 動產質權之取得

動產質權之取得，由於當事人之意思，前已言之。此當事人之意思，以訂立物權契約之形式表現之。物權契約為要式之法律行為，以一定方式之具備為效力發生之要件。以不動產為標之物權契約，其方式如何已於前節述之。以動產為標之物權契約，則無論其內容為讓與標之物或係就標之物設定質權，均以占有（即交付）為法定之要件。惟讓與動產物權，讓與人亦可繼續占有其動產，僅使受讓人取得間接占有，以代交付者。而在設定動產質權，則出質人必須移轉其質物之占有與質權人，質權人不得使出質人代自己占有質物也。（民法八八五條七六一條）

原則上出質人移轉其質物之占有與質權人時，對於質物必有處分之權利。然亦有出質人對於質物並無處分之權利，而竟以質物之占有移轉與質權人者。例如代理人逾越其代理權限就本人之動產設定質權時，質權人對於真正權利人果負返還質物之義務乎？法律特定此時質權人之占有動產，苟受關於占有規定之保護者，縱出質人無處分其質物之權利，質權人仍取得質物。（民法八八六條）所謂關於占有規定之保護者，即謂質權人受讓質物之占有時，苟屬善意，而質物又非盜贓或遺失物者，讓與人雖無讓與之權利，其占有仍受法律之保護，而不

受他人之追奪也。(民法九四八條九四九條參看)

第三款 動產質權之效力

動產質權設定後，實行前，對於質權人有如次之效力：

(一) 注意之義務 質權人對於為其所占有之質物，應以善良管理人之注意保管之。(民法八八八條) 所謂善良管理人之注意者，係以交易上一般觀念認為具有相當知識經驗之人，對於一定事件所用之注意為標準。不問質權人實際上是否具有此項知識經驗，亦不問其向來對於事物所用之注意程度若何，苟其保管質物時所用之注意不及此客觀的標準時，即應負過失之責任。(註八)

(二) 收取孳息之權利 質權人，除非其契約另有訂定外，得收取質物所生之孳息。此因質物之孳息亦為其質權標的物之一部。但應以對於自己財產同一之注意收取之，並為計算。所謂對於自己財產同一之注意者，其標準較善良管理人之注意稍次。蓋質權人是否以善良管理人注意保管質物，乃依客觀之標準。而質權人是否以對於自己財產同一之注意收取孳息，則依主觀的向來所用之注意程度為標準也。孳息收取後，先抵充收取孳息之費用，次抵充原債權之利息，最後抵充原債權。(民法八八九條八九四條)

(三) 轉質之權利 質權人得以自己之責任，將質物轉質於第三人。所謂以自己之責任者，舉凡質物因轉質所受之損失，不問其由於質權人，或第三人，或不可抗力之原因，對於出質人，均應負責之謂也。(民法八九一條) 法律此時對於質權人所以必令負擔較重之責任者，想當為限制不必要之轉質之故。故在質權人自己保管質物

之情形，有善良管理人之注意已足，其質物苟因不可抗力而毀損，可不負責；而在轉質之情形，則可致質物毀損之一切事由之責任，皆須質權人負擔之。

(四) 處分質物之權利 雖未至實行質權之時，但因質物有敗壞之虞，或其價值顯有減少，足以害及質權人之權利者，質權人得先將質物拍賣，以其賣得價金代充質物。(民法八九二條)

第四款 動產質權之實行

(一) 動產質權亦不必皆有實行 動產質權一如抵押權，乃為擔保債權之目的而設定。故其債權苟屆清償期而已獲清償，質權應不復存在，亦遂無實行之必要。

(二) 實行之時期 動產質權之實行期亦如抵押權，須其所擔保之債權已屆清償期而未受清償時。(民法八九三條一項首句)

(三) 實行之方法 動產質權之實行方法亦如抵押權，計有二種：一為拍賣質物，就其賣得價金而受清償。(註九)二為拍賣以外之方法。拍賣應於拍賣前，由質權人通知出質人，但不能通知者，不在此項。拍賣以外之方法有如抵押權人於債權清償期屆滿後，為受清償，與出質人訂立契約，取得質物之所有權，或用其他拍賣以外之方法處分質物。(民法八九三條一項及八九四條八九五條)

(四) 預先約定移屬質物之無效 質權人與出質人預先約定於債權已屬清償期而未為清償時，質物之所有權移屬於質權人者，其約定為無效。(八九三條二項)蓋此種約定(即所謂流質契約)妨害出質人之利

益，不得不認爲無效。但商事上凡事最貴迅速便捷，若不許通融辦理，亦殊不便。故前大理院曾於解釋例中認流質在商行爲應屬例外有效。惟今制民商合一，不認有商行爲與非商行爲之分別，故流質能否有效，仍待解釋也。（註一〇）

第五款 動產質權之消滅

動產質權因次述原因之一而消滅：

（一）所擔保之債權消滅 動產質權亦如抵押權，隨其所擔保之債權之消滅而消滅。但因抵押權設定當時無須將其標的物移轉占有，故消滅後，前抵押權人別無何種之義務。而質權之標的物則因設定當時須移轉占有，故消滅後，前質權人應將質物返還於有受領權之人。（民法八九六條）所謂有受領權之人，乃指債務人，或爲債務人設定質權之第三人，或自債務人受讓該動產之人而言。至於消滅債權之原因，已於論抵押權時述及，無待復述。

（二）返還質物 因質權消滅，質權人固有返還質物之義務，因返還質物於出質人，亦有使質權消滅之效力。此二者蓋互爲因果者也。質權人返還質物於出質人，不問係何原因，皆足使質權消滅。故返還質物時，爲質權繼續存在之保留者，其保留無效。（民法八九七條）

（三）喪失質物之占有 質權人喪失質物之占有，不能請求返還者，其動產質權消滅。（民法九九八條）依此規定，則暫時喪失質物之占有，非至不能請求返還者，其動產質權尚不能謂已消滅。

(四) 質物滅失 動產質權因質物滅失而消滅。所謂滅失，與喪失其占有不同，須其質物已絕對不復存在。但如因滅失得受賠償金者，質權人得就賠償金取償。(民法八九九條)

(五) 權利混同 質權人因繼承或讓與之原因，取得質物之所有權者，則其在質物上之質權因與所有權混同而消滅。(民法七六二條)

(六) 權利拋棄 質權人拋棄其質權者，其質權消滅。(民法七六四條) 此時質權人應返還其質物於出質人。

(註 八) 注意與過失爲一事物之兩面。有應注意之義務並能注意而不注意者，即有過失。注意及過失按其程度，可分爲三等：(1) 善良管理人之注意，欠缺此項注意者，有抽象的輕過失。(2) 與處理自己事務爲同一之注意，欠缺此項注意者，有具體的輕過失。(3) 全然欠缺注意者，有重大過失。

(註 九) 雖同爲拍賣，但質權人得逕行拍賣其質物，而抵押權人必須聲請法院始得拍賣抵押物，此不可不注意也。按拍賣應依拍賣法之規定實行。目前拍賣法既未公布施行，依民法債編施行法一四條，自得照市價逕由質權人變賣質物，但應經法院公證，警察官署，商會，或自治機關之證明。

(註一〇) 前大理院九年統字一三六五號解釋例中謂：「不許流質爲民事法保護債務人之要則。惟在商行爲，則異於單純之民事契約，流質應屬有效。」

第二項 權利質權

第一款 權利質權之意義

權利質權者，以可讓與之債權及其他權利爲標之物之質權也。（民法九〇〇條）依此定義，可知權利質權與動產質權同屬質權之一種，不過標之物互異而已。故除權利質權特有之規定外，皆準用關於動產質權之規定。（民法九〇一條）吾人分析其意義時，亦祇須就其特殊之標之物加以注意即可。

（一）權利質權之標之物須爲權利 此所謂權利自係指私權而言，公法上之權利因不能自由處分，故不得爲質權之標之物。惟私權依其內容而分，可分爲財產權及人身權之二大類，此所指私權，自係指私權中之財產權而言。若夫人身權，則因不能讓與，應不得爲質權之標之物。但財產權中尚須將物權除外，因如就不動產物權或動產物權設定擔保物權，將成爲抵押權及動產質權，而不復爲權利質權矣。得爲權利質權標之物之私權有從權利者，其從權利亦爲標之物之一部。故如質權以有價證券爲標之物者，其附屬於該證券之利息證券，定期金證券，或分配利益證券，以已交付於質權人者爲限，其質權之效力及於此等附屬之證券。（民法九一〇條）

（二）權利質權之標之物須爲可讓與之權利 私權中之財產權，如債權，商號權，商標權，專利權，著作權等，尚須屬於可讓與者，始得爲質權之標之物。故如依債之性質，或依當事人之特約，不得讓與之債權，或禁止扣押之債權，皆不得設定質權。（註二）

第二款 權利質權之取得

權利質權亦係由當事人之意思而設定。故在債權人方面，對於債務人之權利，所以取得質權者，自係出於訂立物權契約之結果。惟以權利爲標之物之物權契約，其方式與前述以不動產或動產爲標之物之物權契約，均有

不同。茲依其標的物之權利之性質，分述如下：

(一) 以債權爲標的物者 以債權爲標的物之質權，其設定，在當事人（質權人及出質人）間，應以書面（註一二）訂結設定質權之契約，如債權有證書者，並應交付其證書於質權人。在當事人與債務人間，則應將設定質權之事由通知之。（民法九〇四條九〇二條）

(二) 以有價證券爲標的物者 以有價證券爲標的物之質權，其設定，在當事人間，無須有書面之契約，其證券爲無記名者，因交付其證券而生設定之效力。其他之有價證券，則交付之外，並應於證券爲背書。（民法九〇八條）但在當事人與證券之債務人間，應有何種之方式，則我民法未有規定。吾人以爲此時應視有價證券之性質而定。有價證券有流通性，爲吾人稱爲流通證券者（註一三）設定質權時，祇須當事人間交付其證券，或於證券爲背書後再交付其證券，即可發生設定質權之效力，當事人與證券之債務人間，無須何種之方式也。若有價證券無流通性者，則設定質權時，當事人並應將設定質權之事由通知證券之債務人，或向證券之債務人處登記，否則不得以其設定對抗之。（註一四）

(三) 以其他之權利爲標的物者 以物權、債權，及有價證券以外之財產權爲標的物之質權，其設定應依關於其權利讓與之規定爲之。（民法九〇二條）換言之，其權利讓與時應依何種之方式者，設定質權時亦如之。（註一五）但吾人須注意者，讓與權利與就其權利設定質權，雖可依同一之方式，然其效力則不相同。蓋讓與權利發生權利主體變更之效力，而設定質權僅使質權人在出質人之權利上創設一種新的物權，其標的物之權利仍屬

出質人之所有也。但出質人處分其權利之權，則因此而受限制。

第三款 權利質權之效力

權利質權設定後，實行前，有如次之效力：

(一) 對於出質人(註一六) 權利質權設定後，有限制出質人自由處分其權利之效力。出質人雖仍爲其權利之主體，但非經質權人之同意，不得以法律行爲使其權利消滅或變更。(民法九〇三條) 此因設定質權之後，其權利之存在關係質權人之利益，故不得不限制出質人自由處分之權。

(二) 對於質權人

(1) 請求提存給付物之權利 爲債權標之物之債權，其清償期先於其所擔保債權之清償期者，質權人得請求債務人提存其爲清償之給付物。(民法九〇五條) 蓋非如此提存，其給付物必爲出質人所受領而消費，將來質權人之債權屆清償期時，將失其求償之擔保也。

(2) 收取證券上應受之給付之權利 質權以無記名證券或其他依背書而讓與之證券爲標的物者，其所擔保之債權縱未屆清償期，質權人仍得收取證券上應受之給付。如有預行通知證券債務人之必要，並有爲通知之權利。債務人亦僅得向質權人爲給付。(民法九〇九條) 此項證券上應受之給付，或爲證券上定期給付之本金，或爲證券本金之利息，質權人均應注意保管之。(註一七)

第四款 權利質權之實行

權利質權亦如抵押權及動產質權，不必定須實行，苟其所擔保之債權屆清償期而已獲清償，權利質權即不復存在，自無實行之可言。又其實行之時期亦與抵押權及動產質權同，必須待其債權已屆清償期而未受清償時，始得實行也。

實行權利質權之方法，除民法九〇六條外，雖乏特別之規定，解釋上仍應與前述二種擔保物權相同。即實行之方法得分為拍賣及拍賣以外之方法。茲分述如下：

(一) 拍賣 債權雖異於動產，不能以之拍賣，但債權之給付物則未始不可拍賣之；又債權以有價證券之形式表現者，亦適於拍賣。

(1) 一般債權 為質權標之物之債權，其清償期後於其所擔保債權之清償期者，質權人於其清償期屆滿時，得直接向債務人請求給付。(民法九〇六條前段)按質權人於其債權之清償期屆滿時，直接向債務人請求給付云者，其時出質人必有不能應質權人之請求而為清償之情形，否則質權人何至直接向其債務人實行質權？此法文欠明白者一。又質權人受領給付之後，應如何處置其給付物，法文亦未明定，依吾人之解釋，其給付物非屬於金錢者，應依拍賣之方法，就其賣得價金而受清償。拍賣前，能通知出質人者，並應通知出質人。(民法八九三條八九四條參看)

(2) 有價證券 以有價證券供債權之擔保而就之設定質權者，其債權屆清償期而未受清償時，質權人得拍賣有價證券，就其賣得價金而受清償。此為吾人依有價證券得以買賣之性質，所為之解釋也。惟記名式

之有價證券拍定後，尚須辦理轉讓之手續，自不待言。此項手續在有流通性之有價證券為背書，在無流通性之有價證券為向證券債務人處通知或登記。（註一八）

（二）拍賣以外之方法 亦有多種：

（1）為質權標之物之債權如係金錢債權，其清償期後於其所擔保債權之清償期者，質權人於其債權之清償期屆滿時，未受出質人之清償者，得就自己對於出質人之債權額，直接向債務人請求給付。質權人依此項方法所受領之金錢給付，當然無須再付拍賣。（民法九〇六條後段）

（2）質權人於其債權清償期屆滿後，為受清償，得與出質人訂立契約，受讓其對於債務人之債權。或用其他拍賣以外之方法，處分其債權。（民法八七八條參看）

流質契約之無效，對於權利質權，解釋上亦應適用。但商事上是否仍例外許之，亦仍待解釋也。（民法八九三條二項，前大理院九年統字一三六五號解釋例，參看本章註一〇）

第五款 權利質權之消滅

權利質權消滅之原因，原則上應與動產質權相同。但動產可以占有，可以滅失，而權利質權之標的物除有價證券外，性質上不無相異之處。故述其原因時有須稍加變更者。茲分列如下：

- （一）所擔保之債權消滅 此當然可使質權不復存在。其詳參看前項所述。（民法八九六條）
- （二）返還質權之標的物 此僅指其標的物為有價證券者而言。（民法八九七條）

(三) 喪失標之物之占有 此亦僅指其標之物爲有價證券者而言。(民法八九八條)

(四) 標之物滅失或消滅 爲質權之標之物之權利如爲有價證券，則當有價證券滅失且不能掛失或請求補發新券時，其質權消滅。爲質權之標之物之權利如爲債權等之權利，則當此項債權消滅時，其質權亦消滅。但因滅失或消滅得受賠償金者，質權人自得就賠償金取償。(民法八九九條)

(五) 權利混同 爲質權標之物之權利歸屬於質權人者，其質權因混同而消滅。(民法七六二條)

(六) 權利拋棄 權利質權人拋棄其質權者，其質權消滅。(民法七六四條) 質權人於設定質權時曾受領債權證書，或有價證券者，應返還於出質人。

(註一) 不得讓與之債權，參看本書二〇九頁註一九。

(註二) 「以債權爲標之物之質權，其設定若無書面，不能認爲成立。」司法院於二十二年院字九九八號曾有如上之釋明。故設有債務人僅將在他商號入夥之股本摺據交債權人爲質，并無設定權利質之書面，尙難認爲有權利質權之設定。

(註三) 流通證券之意義見本書二二二頁。

(註四) 無流通性之有價證券，例如公司之記名股票及記名債券，轉讓時皆非將受讓人之姓名住所記載於公司股東名簿，或公司債存根簿，並將受讓人之姓名記載於股票或債券不可，否則不得以其轉讓對抗公司及第三人。(公司法一一七條及一八四條) 就公司之記名股票及記名債券設定質權時，是否應向公司登記，公司法雖無明文，但依民法九〇二條：「權利質權之設定，除本節有規定外，應依關於其權利讓與之規定爲之。」而觀，則就記名股票及債券設定質權時，似亦應向公司登記也。

(註五) 合夥股份亦係一種財產權，自得就之設定質權。最高法院二十二年上字二三五號判例稱：「以合夥股份爲質權設定之標的，依股份讓與之規定，須得其他合夥人全體之同意。」即係依前述之原則而得之結果。因權利質權之設定，依民法九〇二條，除另有規定外，應

依關於其權利讓與之規定爲之。而合夥股分依民法六八三條，則非經他合夥人全體之同意，不得讓與第三人。故欲以合夥股分出質於第三人，亦非經他合夥人全體同意不可。但如以合夥股分出質於他合夥人者，則可無須經他合夥人全體之同意。何則？因以自己之股分轉讓於他合夥人時，亦無須經他合夥人全體之同意也。

(註一六) 權利質權之出質人與動產質權之出質人同，皆不必限爲債務人自己。第三人爲債務人設定權利質權者，亦得爲出質人。此一爲債務人設定質權之第三人，因質權人實行質權，致失其權利時，對於債務人固有求償權。但所謂求償者，係請求償還所失權利之當時價額。及其時以後之利息，非請求回復所失權利之謂。故第三人以對於質權人之外國貨幣金額債權爲債務人設定質權時，若經質權人實行質權，致失其權利，則雖其後外國貨幣之市價增漲，亦僅得按當時市價請求償還中國貨幣，不得就外國貨幣之原額請求償還。一
(最高法院二十一年上字一五九八號判例)

(註一七) 此時質權人對於其所受領之給付，應以何種注意保管之，民法並無明文。依動產質權之規定，質權人對於質物應以善良管理人之注意保管之，對於質物所生之孳息，則以對於自己財產同一之注意收取之。果準用此兩條之規定，則質權人對於有價證券上應受之給付，如爲證券本金之一部者，應以善良管理人之注意保管之，如爲證券本金之利息者，則以對於自己財產同一之注意收取之。吾人以爲此項分別辦法，殊無必要。蓋由金錢債權所生之孳息與由質物所生之孳息，應不能同視。應均以善良管理人之注意保管之收取之爲是。

(註一八) 有流通性之有價證券，例如票據。依票據法二七條一項前段，匯票依背書而轉讓。又同法二九條一項，空白背書之匯票，得依匯票之交付轉讓之。無流通性之有價證券，例如公司之記名股票，依公司法一一七條，記名股票之轉讓，非將受讓人之姓名住所，記載於公司股東名簿，並將受讓人之姓名記載於股票，不得以其轉讓對抗公司及第三人。

第四節 留置

留置亦爲物上擔保之一種，因法律之規定，而使債權人有留置屬於債務人之動產以求清償其債權之權利。

就其性質而論，與前述抵押及質二種物上擔保，均有不同。抵押及質以依當事人之意思自由創設為原則，（註一九）而留置則純然因法律規定而生之結果。因此抵押及質之發生多與債權成立同時，而留置權之取得必在債權已屆清償期而未受清償之時。但就其效用而論，則此三者實皆為擔保債權之目的而存在，且皆使債權人因而取得擔保物權也。茲就留置權之各方面，分述如下。

（註一九）依法律之規定而設定之抵押權，嚴格言之，實為一種留置權。例如承攬人就承攬關係所生債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有扣留拍賣取償之權，純然屬於留置權之性質。不過因留置權之標的物僅限於動產，不便適用，故作為抵押權耳。

第一項 留置權之意義

留置權者，謂債權人為求其已屆清償期之債權之清償，得將其所占有屬於債務人之動產留置，並就其賣得價金而受清償之權利也。分析言之：

（一）留置權者，因法律規定而設定之擔保物權也。留置權之設定，非由當事人之意思，乃因有法律上所規定之原因，遂當然取得其權利也。（註二〇）留置權之目的亦在擔保債權之實現，故民法以之為擔保物權之一種。

（二）留置權者，因債權人之債權已至清償期而未受清償，得留置為其所占有屬於債務人之動產之權利也。留置權必待其債權已至清償期而未受清償時，始能取得。且其標的物必已為其所占有而屬於債務人之動產。苟非屬於債務人之動產，或屬於債務人之不動產，雖已為其占有，亦不能取得留置權。又雖屬於債務人之動產，但至債權已屆清償期時，尚未為債權人所占有者，亦無留置權。其詳於下項述之。

(三) 留置權者，債權人經一定期限之通知後，得拍賣留置物，就其賣得價金而受清償之權利也。留置權之效力不僅使債權人得留置屬於債務人之物，并得就其留置物實行清償其債權。其詳於留置權之實行項內述之。

(註二〇) 留置權皆係由於法定，別無所謂法定留置權也。顧民法九三九條稱：「法定留置權，除另有規定外，準用本章之規定。」似於一般留置權外，別有所謂法定留置權者，殊屬費解。依吾人所見，九三九條所稱法定留置權者，乃就無牽連關係之債權及動產，依特別規定而發生之留置權也。其詳於論牽連關係時述之。

第二項 留置權之取得

留置權之取得，須具備法定之取得要件及有效要件。茲分述如下：

(一) 取得要件

(1) 債權已至清償期者 債權人須其債權已至清償期者，對於債務人之動產，始有留置之權。所謂債權已至清償期者，自係指尙未受清償者而言。若債權至清償期已受清償者，其動產雖尙爲債權人所占有，其占有已無法律上之原因，自無留置之權。(民法九二八條一款) 但此原則非無例外，如債務人無支付能力，債權人縱於其債權未屆清償期前，亦有留置權。(民法九三一條一項) 蓋債務人之無支付能力苟已確實證明，即待至清償期，亦難望其清償，不如提前就其動產取償之爲愈也。

(2) 債權之發生與該動產有牽連之關係者 債權之發生與該動產有牽連之關係者，例如修理車輛

之工廠，因修理關係所生之債權，未受清償時，得留置其所修理之車輛是也。此修理中之車輛與因修理關係所生之債權，有牽連之關係。（民法九二八條三款）但商人與商人間之債務關係，則不必依此規定，其因營業關係而占有之動產及因營業關係所生之債權，不問是否有真正之牽連關係，皆視為有牽連關係。（民法九二九條）即非商人間之債務關係，苟依法律特別之規定，亦可以視為有牽連關係。例如旅店飲食店之主人，就客人住宿飲食或墊款所生之債權，對於客人所攜帶之行李及其他物品，雖無牽連之關係，亦可視為有牽連之關係。蓋旅店飲食店之主人於其債權未受清償前，有依法律規定留置客人所帶之行李及其他物品之權也。（民法六一三條）

（3）其動產須已為債權人所占有，但非因侵權行為而占有者。留置權取得之先，其標的物須已為債權人所占有。所謂占有，即對於物有事實上管領之力之謂。（註二）事實上之管領，非必須其人有實際持握其物之情形，苟事實上其物已在得任其支配之可能狀態，即可謂有事實上之管領。例如修理車輛之工廠主人即置其所修理之車輛於工廠門外，雖不加看守，仍屬為其占有。惟其占有債務人之動產係出於侵權行為者（註三）則其行為之本身既因不法而不能有效，自無留置其因不法行為所占有之物之權。（民法九二八條三款）

（二）有效要件

（1）其留置須不違反公共秩序或善良風俗者。雖因具備上述三要件而取得留置權，苟因其留置而違反公共秩序或善良風俗者，則債權人仍不得行使其權利。（民法九〇三條前段）例如代消防機關修理救

火機件，不得因修理費用未受清償而留置之是。

(2) 其留置須非與債權人所承擔之義務，或非與債務人於交付動產前或交付時所爲之指示相牴觸者。債權人行使留置權時，須非與自己所承擔之義務相牴觸者，例如受人委託而爲運送貨品，依約定須由運送人運送至指定之地點，則運送人在未爲其運到之前，自不能不爲運送而先留置之。債權人行使留置權時，須非與債務人之指示相牴觸者，例如爲人代理出售有價證券，依其指示，至某種價格即應售出者，不得因欠付報酬，即違反其指示而不售出，並留置之是。(民法九三〇條後段) 但債務人於動產交付後成爲無支付能力，或其無支付能力於交付後始爲債權人所知者，其動產之留置雖有與債務人交付前或交付時所爲之指示相牴觸之情形，債權人仍得行使留置權。(民法九三一條二項)

(註二一) 民法九四〇條：「對於物有事實上管領之力者，爲占有人。」

(註二二) 侵權行爲之意義，參看本書一八四頁註七。

第三項 留置權之效力

留置權之效力可分留置及實行二項述之。

(一) 留置

(1) 留置之物 債權之一部雖已受清償，但在未受全部之清償前，債權人仍得就留置物之全部，行使留置權。(民法九三二條)

(2) 留置時之注意 債權人行使留置權時，應以善良管理人之注意，保管留置物。(民法九三三條)

(3) 保管費用之償還 債權人因保管留置物，或有所支出，其支出苟屬於必要之費用，得向其物之所有人，請求償還。(民法九三四條)

(4) 孳息之收取 留置物生有孳息者，債權人得收取所生之孳息，以抵償其債權。(民法九三五條)

(二) 實行

(1) 實行前之手續 債權人，於其債權已屆清償期而未受清償者，得定六個月以上之相當期限，通知債務人，聲明如不於其期限內為清償時，即就其留置物取償。不能為通知者，於債權清償期屆滿後，經過二年仍未受清償時，債權人亦得就其留置物取償。(民法九三六條一三兩項)

(2) 實行之方法 實行之方法亦有拍賣及拍賣以外之方法二種，與動產質權相同。(民法九三六條二項)

第四項 留置權之消滅

留置權因下列原因之一而消滅：

(一) 債權消滅 債權人之債權消滅者，為擔保債權而取得之留置權自亦隨之而消滅。(民法三〇七條)

消滅債權之原因，已見前述，註二三茲不復贅。

(二) 提出擔保 債務人為債務之清償，已提出相當之擔保者，債權人之留置權消滅。(民法九三七條)

此因債權人之債權既因提出擔保而有清償之希望，自無須更留置屬於債務人之動產，以免妨礙其權利之行使。

(三) 喪失占有 債權人喪失其留置物之占有者，其留置權消滅。(民法九三八條)

(四) 權利混同 債權人取得留置物之所有權者，其留置權因與留置物之所有權混同而消滅。(民法七

六二條)

(五) 權利拋棄 債權人拋棄其留置權者，其留置權消滅。(民法七六四條)

(註二三) 債權消滅之原因參看本書三二九及三三〇頁。

第二章 對人擔保

對人擔保者，以保證人個人之財產，爲債權人擔保其債權必獲清償之謂也。較之前述三種物上擔保皆以特定物或權利供擔保者，自有不同。我民法以對人擔保爲債之關係，規定於債編中，名曰保證。蓋由保證人與債權人訂立保證契約始負擔保責任也。茲述其契約之意義，範圍，效力等項如下：

第一節 保證之意義

保證者，謂當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約也。（民法七三九條）由此定義，可知保證乃保證人與債權人間之契約，用以擔保債務人之債務履行者。保證契約因保證人與債權人間之意思合致而成，無須一定之方式，故爲諾成契約。又因保證契約成立後，僅保證人負擔債務，債權人並無何種負擔，故又爲單務契約。

保證契約因債權人與債務人間之主契約而存在，當然爲從契約之一種。必主契約之債務有不履行之情形，保證人始有依保證契約代爲履行之義務。若主契約根本不能成立，或有無效，撤銷，解除之情事，保證契約亦應因之無效。

保證契約所保證者，必爲主契約中債務人所應履行之債務，應無疑義。故此二個契約之給付標的，應屬相同。

若主契約中，債權人甲與債務人乙相約，若干日後由乙給付甲馬一百匹，而保證契約中保證人丙與甲相約，若乙於若干日後不給付甲馬一百匹時，當由丙給付甲牛五十頭。此即非嚴格之保證契約。何則？以馬一百匹與牛五十頭，標的各異也。

主契約之債務，非皆可以成立保證者。例如以不代替給付為標的之債，及以債務人親自為給付為要件之債，既不能以他種給付代替之，又不能使第三人代為給付，即成立保證契約，亦屬無用。故保證契約之給付標的，應以可以代替，或可以由第三人代為給付者為限。又不作為之債，不能成立保證，為理亦甚明顯，無待多言。

第二節 保證之範圍

保證人依保證契約所應擔保之債務，自為債務人對債權人所應履行之債務。惟債務之範圍，可大可小，殊無一定。通常債務人之債務，除主債務全部外，尚有因此而生之利息債務，違約金債務，損害賠償之債務等。當事人就此等債務，若已訂定範圍，固可免除糾紛，若未訂定者，保證人之擔保責任將如何決定之乎？法律因此，乃有下述之規定：

(一) 契約未訂定範圍者 保證債務之範圍契約未訂定者，應包含主債務，主債務之利息，違約金，損害賠償，及其他從屬於主債務之負擔。(民法七四〇條)

(二) 契約已訂定範圍者 保證債務之範圍契約已訂定者，除主債務外，自應以其所訂定之範圍為限。惟法律誠恐保證人之負擔，因此或竟較主債務人所負擔者為重，致失公平，故又規定：「保證人之負擔，較主債務人

爲重者，應縮減至主債務之限度。」（民法七四一條）

第三節 保證之效力

保證契約之效力，最重要者，即在使保證人因此而須擔保主債務人履行其債務，倘不履行，即須負代爲履行之責。此爲前述之定義中所明示，無待申論。惟保證人與債權人間，及保證人與主債務人間，尚有種種關係，亦係因保證契約之效力而始發生者，要不能不研究之。

（一）保證人與債權人間之關係

（1）主債務人所有之抗辯，保證人得主張之。主債務人拋棄其主張者，保證人仍得主張之。（民法七四二條）此因保證人係以自己之名義主張其對於債權人之抗辯，而非用主債務人之名義，代理其爲主張也。

（2）債權人向主債務人請求履行，及爲其他中斷時效之行爲，（註一）對於保證人，亦生效力。（民法七四七條）

（3）保證人對於因錯誤或行爲能力之欠缺而無效之債務，如知其情事而爲保證者，其保證仍有效。（民法七四三條）

（4）有下列情形之一者，保證人得拒絕清償：

（甲）主債務人就其債之發生原因之法律行爲有撤銷權者。（民法七四四條）撤銷權非抗辯權可比，主債務人不行使者，保證人不得代爲行使。惟在主債務人未行使前，保證人有拒絕清償之權。此爲保證人

保護自己利益應有之權利。因主債務人若行使其撤銷權，主債務即不復存在，保證債務亦隨之而消滅也。

(乙) 債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前。(民法七四五條) 此即學者所謂檢索之抗辯，亦為保證人保護自己利益應有之權利也。蓋保證人原則上僅擔保主債務人有清償能力，非擔保其必能於清償期屆至時為清償。故非藉強制執行之方法證明其確無清償能力，保證人無代其清償之義務。但此規定，有如次之例外。(民法七四六條)

(A) 保證人拋棄檢索抗辯權者，自不能拒絕清償。

(B) 保證契約成立後，主債務人之住所、營業所，或居所，有變更，致向其請求清償發生困難者，保證人應無條件代其清償。

(C) 主債務人受破產宣告者，保證人亦應無條件代其清償，但於清償之限度內，得代位債權人向破產財團請求分配。

(D) 主債務人之財產不足清償其債務者，得由債權人逕請保證人代償。但是否確有不足情形，頗難證明，苟雙方當事人不能同意，仍應先經強制執行為是。

(5) 有下列情形之一者，保證人之責任消滅：

(甲) 債權人拋棄其債權擔保之物權者，保證人就債權人拋棄權利之限度內，免其責任。(民法七五一條) 擔保物權確實可靠，若竟拋棄，可見已無求償之意，應令保證人得減免責任。

(乙) 約定保證人僅於一定期間內爲保證者，如債權人於其期間內，對於保證人不爲審判上之請求，保證人免其責任。(民法七五二條)

(丙) 保證未定期間者，保證人於主債務清償期屆滿後，得定一個月以上之相當時限，催告債權人於其期限內，向主債務人爲審判上之請求。否則保證人免其責任。(民法七五三條)

(丁) 就連續發生之債務爲保證，而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約。自通知達到債權人後，所發生主債務人之債務，保證人不負保證責任。(民法七五四條)

(戊) 就定期限之債務爲保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已爲同意外，不負保證責任。(民法七五五條)

(二) 保證人與主債務人間之關係

(1) 保證人向債權人爲清償後，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉於保證人。(民法七四九條) 此時保證人得代位債權人，向主債務人請求償還。

(2) 保證人受主債務人之委任而爲保證者，有後述各款情形之一者，得向主債務人請求除去其保證責任。惟保證人之保證責任係對於債權人而負擔，除非主債務人以清償等方法消滅其對於債權人之債務者，保證人之責任不能免除。但主債務未屆清償期者，因保證人之請求，必欲主債務人拋棄其期限之利益，於清償期前向債權人爲清償，亦非所宜。故又規定主債務未屆清償期者，主債務人得提出相當擔保於保證人，以代保

證責任之除去。(民法七五〇條)茲列舉各款情形如次:

(甲)主債務人之財產顯形減少者。

(乙)保證契約成立後,主債務人之住所,營業所,或居所有變更,致向其請求清償發生困難者。

(丙)主債務人履行債務遲延者。

(丁)債權人依確定判決,得令保證人清償者。

(註) 一)中斷時效云者,謂消滅時效期間進行中,因有與消滅時效要素相反之事實發生,而使已進行之時效期間全歸無效之謂也。消滅時效期間之進行如達於完成,有使請求權消滅之效力。而時效之中斷則破壞此已進行之時效,而使請求權之時效重行起算。中斷時效之事由有(1)請求,(2)承認,(3)起訴之三種。但下列各項因與起訴有同一之效力,故亦能中斷時效:(1)依督促程序送達支付命令,(2)因和解而傳喚,(3)報明破產債權,(4)告知訴訟,(5)開始執行行為,或聲請強制執行。(民法一二九條以下各條)

第四節 共同保證連帶保證及信用委任

以上所述乃就一般之保證而言。以下再就三種特種保證,述其特殊之效力如次:

(一)共同保證 共同保證,數人保證同一債務之謂也。數保證人就同一債務為保證者,不問係同時為保證,抑先後為保證,均應連帶負責。主債務人如不履行債務時,債權人得任擇保證人中之一人,或數人,或全體,請求其代負全部履行之責也。(民法七四八條)

(二)連帶保證 連帶保證者,保證人與主債務人連帶負履行債務之責之謂也。保證人為連帶保證時,不

得主張民法七四五條之權利，債權人得不先向主債務人請求履行，而逕向保證人請求履行也。

(三) 信用委任 信用委任者，委任他人，以其人之名義及計算，供給信用於第三人，就該第三人因受領信用所負之債務，對於受任人，負保證責任之謂也。(民法七五六條) 例如某甲委任某乙，以某乙自己之名義及金錢，貸丙一百元。丙受領此一百元後，當然對乙負有一百元之債務。此項債務之清償，由甲負保證之責。蓋乙之所以願以一百元供給丙者，受甲之委任故也。甲為委任人，同時亦為保證人，其於乙丙間之關係，得適用通常保證人之規定。

第六編 有關商事之契約

本編所述各種契約，或見於民法債編，或見於單行法規，經採集編次而成。緣我國私法既取民商合一之制，昔日應入商法者，今則一併訂入債編，其不能訂入者，則另訂單行法規，以資適用。但就訂入債編之各種契約而言，僅屬典型契約之性質，非謂一切契約已盡於此也。蓋社會交易，複雜萬端，法律所規定者，不過交易所常見者而已。其他合法訂立之契約，應仍有效，且得依其性質所近似之典型契約，以資準用也。

第一章 買賣

第一節 買賣之意義

買賣之定義，見民法三四五條：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」茲爲之分析說明如下：

(一) 買賣者，契約也。買賣由二個相對應之意思表示互相一致而成立，故爲契約。然契約之種類（註二）甚多，買賣果爲何種性質之契約乎？

(1) 買賣爲雙務契約。買賣使一方負移轉財產權之債務，一方負支付價金之債務，此二種債務彼此

又有對價的關係，故爲雙務契約。

(2) 買賣爲有償契約 買賣之雙方當事人均因給付而始取得利益，故爲有償契約。買賣且爲典型的有償契約，凡買賣以外之有償契約，除爲其契約性質所不許者外，均可準用買賣之規定。(民法三四七條)

(3) 買賣爲諾成契約 買賣之成立，僅須雙方當事人間，對於契約之內容，成立合意爲已足，不須即時實行給付，故爲諾成契約。但如當事人之意思，須以買賣標之物之交付爲契約之成立要件者，固亦不妨爲要物契約。但現時交付之買賣，仍爲諾成契約，不過其契約已即時履行而已。(註二)

(4) 買賣爲不要式契約 買賣契約之成立，於合意之外，不必定須具備一定之方式，故爲不要式契約。但依當事人之意思，以具備一定方式如書面訂立爲契約之成立要件者，亦可爲要式契約。

(5) 買賣爲要因契約 買賣之當事人，一方欲取得爲買賣標的之財產權而始支付價金，一方欲受領價金而始移轉財產權，雙方之爲給付，既皆有其原因，故爲要因契約。

(二) 買賣者，當事人之一方約定移轉財產權於他方之契約。當事人負移轉財產權之義務者，民法上稱曰出賣人。出賣人於契約訂立之際，非必須立時即爲財產權之移轉，不過依契約將來有此項義務耳。所謂財產權，凡人格權身分權以外之私權均是。惟買賣之標的，亦非一切財產權均得爲之。如依財產權之性質，當事人之意思，法律之規定，應專屬於權利人本人之財產權而不能移轉者，皆不得爲買賣之標的。

(三) 買賣者，當事人之他方約定支付價金之契約也。當事人負支付價金之義務者，民法上稱曰買受人。

買受人亦如出賣人於買賣契約成立之際，非必須即時爲價金之支付，不過約定將來於財產權移轉之時有此義務而已。惟無論何種買賣，價金必須爲貨幣。若以貨幣以外之物爲對待給付，則成爲互易，而非買賣。又若以勞務爲對待給付，則成爲僱傭，或承攬，亦非買賣也。

(註) 一(關於契約之種類，參看本書一八八至一九〇頁。

(註) 二(現時交付之買賣與定期交付之買賣甚易區別，但定期買賣與買空賣空則甚難區別。定期買賣爲法律之所許，而買空賣空則因其有賭博之意味，除在交易所內爲之外，不能有效。前大理院七年上字五三七號判例，謂「買空賣空與賭博同科。」則以買空賣空爲標的之契約，自屬無效。現行民法七一條，「法律行爲違反強制或禁止之規定者，無效。」交易所法五三條，「在交易所以外，照交易所之市價，專計盈虧，空盤買賣者，處一年以下之徒刑或三千元以下罰金。」可見買空賣空不但爲無效之契約，且當事人或因此須受刑事之制裁焉。

定期買賣與買空賣空之區別，歷來判例中多曾指陳。據最高法院二十三年度上字三二一三號之判決例，則其區別：「當以買賣當事人在訂約之初，其意思是否在授交實貨，抑僅計算市價差額，以定輸贏爲斷。如果買賣當事人之初意，僅在計算差額以定輸贏，即爲買空。買空事與賭博同科，固不能認爲一造因買空賣空以贏之款，成立有效之債權。惟當事人之初意何在，究不容僅憑至期有無實貨授受之事實，以爲臆測。倘其買賣原約，明以實貨授受爲標的，而嗣後因另立轉賣或買回之契約，或因違約不能履行，其結果僅依市價差額以爲賠賺者，則究與初意即在依市價差額賭賽輸贏者不同，仍不能以買空賣空論。」

第二節 買賣之成立

買賣原則上既爲諾成契約，故如雙方當事人對於契約內容上必要之點互相合意時，即可成立。買賣契約，據民法三四五條二項之規定，其內容上必要之點，即標的物與價金二端。故如當事人就標的物及其價金互相同意

時，買賣契約即可成立。(註三)其他非必要之點，如契約之費用，履行之時期與處所，即不約定，亦無礙契約之成立。惟此處所述，僅為成立買賣契約之法定要件。若當事人之意思，就標之物及價金以外之事項，尚須同意始能成立契約者，則此項任意要件亦為買賣契約成立時所不可不同意者也。

價金雖未具體約定，而依情形可得而定者，視為定有價金。(民法三四六條一項)此蓋純為交易上之便利而設。例如以電話向素有交易往來之某米麩舖購某號白米一担，雖未言明價金，而依習慣該種白米之價金可以確定之者，無異已定有價金，買賣自應有效成立。至若價金約定依市價者，則為杜絕糾紛計，除契約另有規定者外，應視為標之物清償時清償地之市價。(民法三四六條二項)契約債務之清償地與清償期原則上應由契約訂定，或依習慣及債務之性質定之。若不能依此決定，且法律亦無另外規定者，則如以給付特定物為標的，其清償地為訂約時其物之所在地，如係其他之債，其清償地為債權人之住所地。清償期則隨時皆得為之。(民法三一四條及三一五條)(註四)

(註三)查最高法院二十二年度上字四五九號之判決書中，對於買賣契約之成立要件，有更明白之解釋：「買賣契約之成立，以當事人就標的物及其價金互相同意為要件，其未就標的物及價金互相同意者，自不得主張其買賣契約為成立。」

買賣契約之成立與買賣契約之履行應加以區別。因履行買賣契約而須具備一定方式者，其方式即因不具備而致履行發生問題時，仍與已成立之買賣契約無關。最高法院二十二年度上字九一四條有關於此點之判例：「不動產買賣之未訂立書據者，固不生物權移轉之效力。惟若當事人已就標的物及其價金互相同意，則其約定買賣之債權契約不得認為已經成立，買主對賣主自有請求履行之權利。」

買賣契約之成立與地方慣例，行政法規之有無違背亦無關係。當事人爲買賣時，對於地方慣例或行政法規所規定之事項，縱有違反，苟於民法買賣契約之成立要件皆已具備，仍無礙其契約之成立。最高法院二十二年上字六七六號判例謂：「買賣房屋，依地方慣例，須先向警察官署呈報移轉者，其呈報僅爲市政管理之程序，並非不動產物權移轉契約之成立要件。故呈報當時雖未經警察官署批准，亦與其所有權之取得不生影響。其他如買價之高低，稅契之遲早，中保底保之爲何人，更與契約之成立無涉。」又同年上字九五三號判例亦謂：「不動產買賣契約之合法成立，本不因未謄寫官紙而受何影響。」又二十一年上字二二八一號判例亦稱：「買賣契約祇須當事人雙方表示意思一致，即爲成立，其買賣田產之老契分關已否交付，並有無賣主族人到場作中，均與契約之成立無關。」均足資佐證。

(註四)契約之內容未爲當事人約定者，有時依情形固得依習慣決定之，然習慣並不能拘束當事人訂約之自由。蓋依契約自由之原則，應由當事人以完全自由之意思爲意思表示。當事人之一方固不能強他方對之爲合意的意思表示，即習慣有拘束限制其意旨之自由者，亦應無效。例如我國習慣，不動產之出賣應先儘親房承受，歷來判例均不認爲有法之效力，即其一例。(最高法院二十二年上字八一三號判例有同樣之釋明。)

第三節 買賣之效力

第一項 對於出賣人之效力

買賣契約成立以後，出賣人即對買受人負擔移轉財產權及瑕疵担保之二種義務。此二種義務之負擔，乃契約效力之表現。茲分別述之。

第一款 財產權移轉之義務

出賣人於買賣契約成立後，應負移轉財產權之義務，此爲買賣契約當然之效力，蓋買賣契約之目的，即在使

財產權自出賣人移轉於買受人也。財產權之客體，大別之有物與權利之二種，法律因亦各別爲之規定：

- (一) 物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。(民法三四八條一項)
- (二) 權利之出賣人，負使買受人取得其權利之義務；如其權利而得占有一定之物者，並負交付其物之義務。(同條二項)

以上義務，出賣人應於一定時期履行之。如不履行，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。(民法三三三條)所謂債務不履行之規定者，即凡因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求損害賠償及解除契約。(民法二二六條一項，二五六條)若債務人不爲給付或不爲完全之給付，非由於給付不能者，債權人除得請求損害賠償外，並得聲請法院強制執行。(民法二二七條)

第二款 瑕疵担保之義務

出賣人除須負擔移轉財產權之義務外，並須負擔瑕疵担保之義務。瑕疵担保之義務者，出賣人就所移轉之權利或物，應担保其無瑕疵之義務也。蓋買賣最重信用，出賣人之責任，不僅在使買受人取得其所欲買之物或權利，並須担保其所取得之物或權利，爲毫無瑕疵者。惟此項義務之負擔，原爲保障買受人之利益起見，若買受人與出賣人間以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵担保義務者，法律亦無強其負擔之理。但爲防止詐欺計，如出賣人故意不告知其瑕疵者，則雖有特約，亦屬無效耳。(民法三六六條)

出賣人之瑕疵担保義務視其標的物爲權利抑爲物而稍有不同，茲分述如下。

第一目 權利

(一) 擔保之事項 出賣人對於其所移轉之權利，應担保下列二事項：

(1) 出賣人應担保第三人就買賣之權利（即標的物），對於買受人，不得主張任何權利。（民法三四九條）例如著作權之出賣人應担保第三人不得主張在其著作權上已設定質權，致於買受人權利之行使，有所妨礙。（此即學者所謂追奪担保，不問買賣之標的物為權利或物，均有其適用。）

(2) 買賣之標的物如為債權或其他之權利者，出賣人應担保其權利確係存在；如為有價證券者，並應担保其證券未因公示催告而無效。（民法三五〇條）但債權之出賣人對於債務人之支付能力，原則上並不負擔保之責。除非其契約訂定須由出賣人擔保者，出賣人始負擔保之責任。出賣人擔保債務人之支付能力者，推定其為債權移轉時債務人之支付能力。（民法三五二條）

(二) 免責之原因 權利之出賣人對於買受人雖有上述二項之瑕疵擔保義務，但買受人於契約成立時，苟知有權利之瑕疵者，出賣人可不負擔保之責。惟契約另有訂定者，不在此限。（民法三五一條）

(三) 擔保之效果 出賣人負有擔保之義務者，即有依其義務而為履行之責任。如不履行時，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。（民法三五三條）

第二目 物

(一) 擔保之事項 出賣人對於其所移轉之物，應担保下列二事項：

(1) 出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人，不得主張任何權利。(民法三四九條) 例如土地之出賣人應擔保第三人不得主張在其土地上已設定抵押權，致於買受人權利之完整，有所妨礙。(此即追奪擔保，已見前述。)

(2) 因買賣標的物之利益及危險，原則上係自交付時起，歸買受人承受負擔。(民法三七三條) 故物之出賣人應擔保其物在危險移轉時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用，或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵。(民法三五四條一項) 出賣人若對於物之品質，並有特別之保證者，並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質。(前條二項)。(以上即學者所謂瑕疵擔保，與追奪擔保相對，為物之出賣人所特有之責任。)

(二) 免責之原因 出賣人雖有上述之瑕疵擔保義務，得因有下列之原因而免責：

(1) 買受人於契約成立時，知有權利之瑕疵者，(例如第三人就買賣之標的物得主張權利) 出賣人不負擔保之責。但契約另有訂定者，不在此限。(民法三五一條)

(2) 買受人於契約成立時，知其物有滅失或減少其價值或效用之瑕疵者，(即三四四條一項所稱之瑕疵) 出賣人不負擔保之責。又買受人因重大過失而不知有此項瑕疵者，出賣人如未保證其無瑕疵時，亦不負擔保之責。但故意不告知其瑕疵者，不在此限。(民法三五五條)

(3) 買受人應按物之性質，依通常程序，從速檢查其所受領之物。如發見有應由出賣人負擔責任之瑕

疵時應即通知出賣人，買受人怠於爲前項之通知者，除依通常之檢查不能發現之瑕疵外，視爲承認其所受領之物。又不能即知之瑕疵，至日後發見者，亦應即通知出賣人；若怠於爲通知者，視爲承認其所受領之物。在此二種情形之下，出賣人均免其應負擔保之責。但出賣人故意不告知瑕疵於買受人者，則爲例外之例外，仍不能免責。（民法三五六條及三五七條）

（4）買受人對於由他地送到之物，主張有瑕疵，不願受領者，應證明其瑕疵之存在。如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者，推定於受領時爲無瑕疵，出賣人即可免負擔保之責。（民法三五八條）若出賣人於受領地無代理人，買受人即因主張有瑕疵而不願受領，亦有暫爲保管之責。若送到之物易於敗壞者，買受人經物之所在地官署、商會，或公證人之許可，得變賣之。如爲出賣人之利益，有必要時，並有變賣之義務。惟變賣時，買受人應即通知出賣人，如怠於通知，應負損害賠償之責。（同條）

（三）担保之效果 物之出賣人負有担保之義務者，亦有依其義務而爲履行之責任。如不履行，得依下列之規定辦理：

（1）出賣人担保其物不受第三人主張權利者，如有反對之事實發生時，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。（民法三五三條）

（2）出賣人担保其物無滅失或減少其價值或效用之瑕疵者，如有瑕疵時，買受人得解除其契約，或減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。（民法三五九條）但物之瑕疵出賣人

故意不告知者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償。（民法三六〇條）

（3）出賣人担保其物具有所保證之品質者，如有缺少時，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償。（民法三六四條）

（四）特別效果 以上所述乃出賣人不履行義務時所生之一般的效果，其標的物苟有下述之情形者，另有特別之規定：

（1）買賣之標的物有從物者，因主物有瑕疵而解除契約時，其效力及於從物。但從物有瑕疵者，買受人僅得就從物之部分為解除。（民法三六二條）（註五）

（2）為買賣標的物之數物中，一物有瑕疵者，買受人僅得就有瑕疵之物為解除。其以總價金將數物同時賣出者，買受人並得請求減少與瑕疵物相當之價額。但當事人之任何一方，如因有瑕疵之物與他物分離而顯受損害者，得解除全部契約。（民法三六三條）

（3）買賣之物僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。出賣人就另行交付之物，仍負担保責任。（民法三六四條）

（五）買受人行使權利之限制 買賣之標的物有瑕疵者，買受人雖有權利為上述種種之請求，但法律為保護出賣人起見，對於買受人之行使權利，亦有相當之限制：

（1）買受人主張物有瑕疵者，出賣人得定相當期限，催告買受人於其期限內，是否解除契約。買受人於

限內不解除契約者，喪失其解除權。（民法三六一條）

（2）買受人因物有瑕疵而得解除契約或請求減少價金者，其解除權或請求權於物之交付後六個月間，因不行使而消滅。但此項除斥期間（註六）及特別時效之限制，於出賣人故意不告知瑕疵者，不適用之。（民法三六五條）

（註五）主物從物之意義參看本書二八頁。

（註六）除斥期間者，法律對於某種權利之行使所預定之有效期間也。除斥期間與消滅時效似是而非。除斥期間無所謂中斷及不完成，其期間不變，不能延長，且能適用於請求權以外之權利。而消滅時效則得因中斷及不完成而延長。（參看本書二四五頁註一〇及三五六頁註一）僅於請求權有其適用，若解除權則不因消滅時效而消滅。

第二項 對於買受人之效力

買賣契約之成立，對於買受人所發生之效力，亦有二端：一為買受人因此對於出賣人須負擔支付價金之義務，二為買受人因此對於出賣人須負擔受領標的物之義務。（民法三六七條）

第一款 支付價金之義務

關於買受人支付價金之義務，法律有如下之規定：

（一）買受人有正當理由，恐第三人主張權利，致失其因買賣契約所得權利之全部或一部者，得拒絕支付價金之全部或一部。但出賣人已提出相當擔保者，買受人不得拒絕支付，出賣人並得請求買受人提存價金。（民

法三六八條)

(二)買賣標的物與其價金之交付，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，應同時爲之。(民法三六九條)若僅標的物之交付定有期限者，其期限，推定其爲價金交付之期限。(民法三七〇條)至價金之交付處所，則爲民法三七一條所明定：「標的物與價金應同時交付者，其價金應於標的物之交付處所交付之。」

(三)價金依物之重量計算者，應除去其包皮之重量。但契約另有訂定，或另有習慣者，從其訂定或習慣。(民法三七二條)

第二款 受領標的物之義務

關於買受人受領標的物之義務，法律亦有規定：

(一)買受人受領標的物，誠爲其應享之權利，但亦爲其應負之義務，因出賣人若已提出標的物爲給付時，固不容買受人不爲受領也。買受人若違反此項義務，拒絕受領或不能受領者，應自標的物之提出時起，負遲延責任。(參看民法二三四條)

(二)買受人在遲延中，出賣人對於標的物僅就故意或重大過失，負其責任。(參看民法二三七條)其標的物爲不動產者，於買受人遲延後，出賣人得拋棄其占有。(參看民法二四一條一項)

(三)買賣契約爲雙務契約，雙方當事人互爲債務人，亦互爲債權人。買受人若不爲標的物之受領，同時又不爲價金之支付者，實已構成債務之不履行，出賣人可以根據債務不履行之規定，行使其權利也。

第三項 標的物危險及買賣費用之負擔

第一款 標的物危險之負擔

標的物之危險云者，謂因不可歸責於雙方當事人之事由，致標的物滅失毀損之謂也。買賣契約未成立以前，標的物既完全在出賣人管領之下，其危險責任自應由出賣人負擔。迨契約成立之後，此項危險之負擔責任，應自何時移轉於買受人，則不無發生糾紛之可能。法律爲防止計，因有如下之規定：

(一) 買賣標的物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限。(民法三三三條)

(二) 買受人請求將標的物送交清償地以外之處所者，自出賣人交付其標的物於運送承攬人時起，標的物之危險由買受人負擔。(民法二七四條)

(三) 買受人關於標的物之送交方法有特別指示，而出賣人無緊急之原因違其指示者，對於買受人因此所受之損害，應負賠償責任。(民法三七六條)

以上規定，若以權利爲買賣之標的，如出賣人因其權利而得占有一定之物者，亦準用之。(民法三七七條)

第二款 買賣費用之負擔

買賣既爲出賣人與買受人間所訂結之契約，則自契約之成立以迄買賣之完成，所需費用，應由雙方當事人共同分担。除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，其費用負擔之分配，應依左列之規定：

(一) 買賣契約之費用，由當事人雙方平均負擔。

(二) 移轉權利之費用，運送標的物至清償地之費用，及交付之費用，由出賣人負擔。

(三) 受領標的物之費用，登記之費用，及送交清償地以外處所之費用，由買受人負擔。(以上見民法三七八條)

(四) 標的物之危險，於交付前已應由買受人負擔者，出賣人於危險移轉後，標的物之交付前，所支出之必要費用，買受人應依關於委任之規定，負償還責任。但出賣人所支出之費用，如非必要者，買受人應依關於無因管理之規定，負償還責任。(民法三七五條)

第四節 買回之意義及效力

第一項 買回之意義

買回者，出賣人於買賣契約中，約定於一定之期限內，得返還其所受領之價金，而買回其標的物之謂也。買回之性質，究為一種再買賣之契約，抑為原契約解除權之行使，學者中不無爭執。主張買回為再買賣契約者，以為買回乃買賣當事人於訂立買賣契約時，隨同訂立之再買賣契約，惟此項再買賣契約一時不即發生效力，須俟出賣人於一定期限內表示買回之意思時，始生效力耳。主張買回為原買賣契約解除權之行使者，以為買回乃一種特約，使出賣人保留其買回原標的物之權利。出賣人若於一定期限內行使此項買回權者，原契約即為解除，一切權利義務均應回復原狀，與自始未曾締結契約時同。此二說各有相當理由，惟依我民法所規定觀之，要以後說較為

妥切也。(民法三二七九條一項)(註七)

買回權行使之期限，自應由買賣當事人自行約定。惟如所定期限過長，致買賣關係長處於不確定之狀態中，亦非社會之福利，故法律明定：約定期限不得超過五年，如約定之期限較長者，縮短為五年。(民法三八〇條)

得為買回之物，法律並無明文限制，自應解為動產及不動產均得為之。惟事實上因動產之性質不能久用不壞，買賣時為買回之約定者，殊不多見耳。

(註七)主張買回為再買賣之契約者，其再買賣契約乃附停止條件之契約，以買回人之買回表示為停止條件。所謂停止條件 (condition

precedens) 即限制法律行為發生效力之條件。附停止條件之法律行為成立時尙不發生效力，必待其條件完成始發生效力。條件

不完成則永不發生效力。買回人於一定期限內表示買回之意思時，停止條件即為完成，再買賣之契約亦即發生效力。

主張買回為原買賣契約解除權之行使者，其原買賣契約成立當時即附有特約，許原出賣人保留買回之權利。此所保留之權利

即買回權，亦即約定解除權之一種。(吾人前在契約章內曾述契約解除權之行使有由於法定之原因者，有由於約定之原因者，法定

解除權之行使可參看本書二二一頁。)

由原出賣人行使買回之解除權而使原買賣契約歸於消滅，與因解除條件之完成而使原買賣契約歸於消滅，實有不同。解除條

件 (condition subsequent) 適與停止條件相反，乃限制法律行為效力之消滅之條件。條件不完成，法律行為之效力永不消滅。

條件完成，則已發生效力之法律行為歸於消滅。吾人所以不認原出賣人之買回表示為解除條件者，乃因條件係事實，而原出賣人之

買回表示乃權利之行使，故以解除權之說說明之為是。

第二項 買回之效力

買回權行使之後，將發生何種之效力乎？原契約之當事人間將互負何種之義務乎？此有待於下列之說明：

(一) 原出賣人之義務 原出賣人行使買回權時，法律稱爲買回人，其應負之義務如下：

(1) 返還其所受領價金之義務 所買回之物，既爲原標的物，故所返還之價金，亦應爲前所受領之原額。惟當事人如以特約約定其買回價金之數額者，自應從其特約。至原價金之利息，則與買受人就標的物所得之利益，視爲互相抵銷，無須返還。(民法三七九條二項)

(2) 償還買受人所支出買賣費用之義務 原買賣契約之費用，本由當事人共同分擔。今既取消原買賣關係，則前此買受人所支出關於買賣之費用，自應由買回人連同買回價金償還之。(民法三八一條一項)

(3) 負擔買回費用之義務 買回制度原爲買回人之利益而設，故應由買回人負擔買回之費用。(前條二項)

(4) 償還改良費及有益費之義務 買受人爲改良標的物所支出之費用，及其他有益費用，而增加價值者，既與買回人有利，應由買回人償還之。但償還之數，以現存之增價額爲限。(民法三八二條)

(二) 原買受人之義務 原買受人之義務，經法律規定者有二：

(1) 交付標的物及其附屬物之義務 買回之目的，既在解除原契約之關係，買受人應有交付標的物及其附屬物之義務。(民法三八三條一項)

(2) 損害賠償之義務 買受人如因可歸責於自己之事由，致不能交付標的物，或標的物顯有變更者，應賠償因此所生之損害。(前條二項)

第二章 特種買賣

前章所述之買賣，乃通常買賣。本章所述者，其性質雖亦為買賣，然因兼具特殊之形式與內容之故，法律除使其適用通常之買賣規定外，並為特別之規定。特種買賣之種類甚多，惟民法上所規定者，僅以下所述比較重要之四種。

第一節 試驗買賣

試驗買賣者，買賣標之物須經買受人試驗，待其承認後，始能發生效力之買賣也。試驗買賣契約之成立，雖在訂立契約之時，然其效力之發生，必待買受人承認之後，此為其特點之所在。故試驗買賣乃為附條件之買賣，須條件完成，買賣乃能發生效力。此項條件，法律上名之曰停止條件。（民法三八四條又九九條一項）

凡屬試驗買賣性質之買賣，出賣人有許買受人試驗其標之物之義務。（民法三八五條）此為事理所當然，蓋非如此，無以使買受人為承認之表示也。

買受人試驗標之物之後，原則上應於相當期限內，向出賣人為承認或拒絕之表示。然如買受人不為此項表示時，出賣人將何以測知其意思乎？法律因有下述三項之規定：

（一）標之物經試驗而未交付者，買受人於約定期限內，未就標之物為承認之表示，視為拒絕。其無約定期

限，而於出買人所定之相當期限內，未爲承認之表示者，亦同。（民法三八六條）

（二）標的物因試驗已交付於買受人者，而買受人不交還其物，或於約定期限或出賣人所定之相當期限內，不爲拒絕之表示者，視爲承認。（民法三八七條一項）

（三）買受人已支付價金之全部或一部，或就標的物爲非試驗所必要之行爲者，此時雖無承認之明白表示，亦可視爲承認。（前第二項）

第二節 貨樣買賣

貨樣買賣者，按照貨樣約定其標的物之買賣也。物之出賣人對於標的物本有瑕疵担保之責任，以特約保證其品質者，並有担保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質之責。貨樣買賣不過以貨樣爲出賣人負擔保責任之標準而已。蓋出賣人將來交付標的物時，須担保其所交付之物，與貨樣有同一之品質也。（民法三八八條）至於其他事項，均同普通買賣之規定。

第三節 分期付款之買賣

分期付款之買賣原爲無力作一次支付價金之買受人而設。出賣人利用此種弱點，與買受人訂立契約時，往往附有極不利於買受人之約款。法律爲保護買受人計，故以明文爲下述二項之限制：

（一）分期付款之買賣如約定買受人有遲延時，出賣人得即請求支付全部價金者，除買受人有連續兩期給付之遲延，而其遲付之價額，已達全部價金五分之一外，出賣人仍不得請求支付全部價金。（民法三八九條）

(二) 分期付價之買賣，如約定出賣人於解除契約時，得扣留其所受領價金者，其扣留之數額，不得超過標的物使用之代價，及標的物受有損害時之賠償額。(民法三八九條)

第四節 拍賣

拍賣者，以競爭出價之方法決定價金，因而締結之買賣契約也。拍賣通常先由拍賣人爲拍賣之表示，勸誘應買人各以最高價相競爭，爲買賣之要約，然後擇定出價最高之應買人爲買受人。拍賣人爲此項賣定之表示(即承諾)通常多以拍板爲之，但亦可以其他慣用之方法爲之。(民法三九一條)

拍賣人通常並非物之所有人，不過代爲經賣而已。拍賣人既爲其委任人服務，爲防止操縱計，法律規定不得自爲應買，亦不得使他人爲其應買。(民法三九二條)

拍賣標的物之價金，既以競爭出價之方法定之，除拍賣之委任人有反對之意思表示外，應爲拍賣時應買人所出最高之價。(民法三九三條)但應買人所出最高之價，未必即係拍賣人願爲賣定之價。故如拍賣人對於最高之價，認爲不足者，得不爲賣定之表示，而撤回其物。(民法三九四條)

應買人彼此競爭出價，原冀自己所出之價爲最高之價，以獲契約之成立。故若遇他人所出之價較自己尤高者，其所爲應買之表示，卽失其拘束力。又若自己所出之價，雖仍爲最高之價，然拍賣人認爲不足，經其撤回拍賣物者，亦失其拘束力。(民法三九五條)

拍賣物一經賣定之後，買受人應於拍賣成立時，或拍賣公告內所定之時，以現金支付買價。(民法三九六條)

買受人如不按時支付價金者，拍賣人得解除契約，將其物再行拍賣。再行拍賣時，原買受人不得加入應買，其結果所得之利益如少於原拍賣之價金及費用者，原買受人應負賠償其差額之責任。（民法三九七條）

第三章 互易

(一) 互易之意義 互易者，當事人雙方約定互相移轉金錢以外之財產權之契約也。互易與買賣不同之點，即在買賣須有一方以金錢為給付，一方以移轉財產權為給付，而互易則雙方均以移轉財產權為給付也。故互易實為以物易物之買賣。

(二) 互易之效力 互易之性質既與買賣在法律關係上無大差異，故互易當事人彼此間之權利義務關係，法律許其準用關於買賣之規定。(民法三九八條) 互易當事人彼此互負出賣人之義務，亦互負買受人之義務。

物物互易之際，雙方之價值固常相等，然有時一方所為之給付，與他方亦有不相等者，此時為求交易之公平及易於成就起見，常有由標的物價值較小之一方，以金錢補足其差額。此項交付之金錢，謂之補足金。法律對於補足金並無特別規定，應準用關於買賣價金之規定。(民法三九九條)

第四章 交互計算

(一) 交互計算之意義 交互計算者，當事人間約定，以其相互間之交易所生之債權債務，爲定期計算，互相抵銷，而僅支付其差額之契約也。(民法四〇〇條) 交互計算契約訂立後，當事人間之各次交易毋須支付現金，俟屆計算之期，各以其債權債務互相抵銷後，始就其差額支付之。

(二) 交互計算之當事人 交互計算之事人，爲一般人乎？抑必須爲商人乎？各國商法規定不同。德舊商法必須雙方當事人均爲商人，始得爲交互計算。德新商法，日商法，則僅須當事人之一方爲商人，即可締結此種契約。意大利西班牙之商法不以商人爲限，只須關於商事，無論何人，均得爲之。我國民法仿瑞士債務法，採一般主義，無商人與商事之限制，無論何人均得爲此種契約之當事人。

(三) 交互計算之標的 交互計算之標的爲當事人間因交易所生之債權債務，此爲法文所明示。然債權債務之關係以金錢爲表示乎？抑以金錢以外之物爲表示乎？此則并無明白規定。惟以得適於抵銷之性質度之，其標的當不外爲金錢債務也。

(四) 交互計算項目之記入 交互計算契約成立後，當事人即各以他方對己之債權債務記入計算中，以爲計算期屆至時互相抵銷之根據。且得約定自記入之時起，附加利息。(民法四〇四條一項) 惟以匯票，支票，本

票及其他流通證券，記入交互計算者，如證券之債務人不為清償時，則得將該記入之項目除去之。（民法四〇一條）

（五）交互計算之計算期 交互計算應定期為之，其期限原則上應由當事人自行訂定。惟如當事人並未訂定者，法律規定為每六個月計算一次。（民法四〇二條）

（六）交互計算之效力 交互計算之效力有二：一為當事人將相互間之債權債務互相抵銷，使之消滅。二為支付其債務之差額於他方。此項由計算而生之差額，得請求自計算時起，支付利息。（民法第四〇四條二項）

差額原則上雖應於計算後即支付於他方，但亦可記入次期之計算中，列為其項目之一。惟計算後之項目，若已經過一年，雖未得他方之承認，亦不能再生異議，而為除去或改正之請求也。（民法四〇五條）

（七）交互計算之終止 交互計算之契約，雙方當事人若未於結約時訂定其存在之期限者，得任由一方隨時終止之。（民法四〇三條）契約終止後，應即截止交易而為計算，並算定差額而支付之。

第五章 租賃

第一節 租賃之意義

租賃者，謂當事人約定一方以物租於他方使用收益，他方支付租金之契約也。（民法四二一條一項）分析言之：

（一）租賃者，雙務且有償契約也。租賃契約之當事人一方負交付租賃物於他方之義務，他方負支付租金之義務，故為雙務契約。又此二種義務之當事人皆須因給付而始取得利益，故又為有償契約。

（二）租賃者，諾成契約也。租賃契約之當事人對契約的內容有一致之合意時，其契約成立，而非以租賃物之交付為其成立之要件，故為諾成契約。

（三）租賃者，原則上不要式之契約也。租賃契約原則上為不要式之契約，不必皆以字據訂立之。惟例外如不動產之租賃契約，其期限逾一年者，則應以字據訂立之。未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。（民法四二二條）

（四）租賃者，當事人之一方以物租於他方使用收益之契約也。負此交付租賃物之義務人法律上稱曰出租人，對此租賃物有使用收益之權利人則曰承租人。出租人所出租者以物為限，承租人對於標的物所能享受

之權利，以使用收益爲限，此觀於法文自明。故以權利之使用收益爲目的而出租者，應非所謂租賃契約。惟承租人非必同時有使用收益兩種權利，如依其契約僅有使用權而無收益權，或僅有收益權而無使用權，均無不可。租賃物使用時，須不毀損其質體，或變更其性質，祇能依其物之用法而用之，且於契約終了時須返還出租人，故原則上不能爲代替物或消費物。但能以消費之方法爲使用者，因無礙於返還時原物之狀態，自在應許之列。

(五) 租賃者，當事人之他方負支付租金之契約也。租賃爲雙務且有償契約。承租人對租賃物既得使用收益，即須支付租金。租金不必皆須以金錢充之，即以租賃物之孳息充之，亦無不可。(民法四二一條二項) 租金之支付亦非必須分期爲之，即一次支付，仍不失爲租金。

(六) 租賃者，定有最長存續期之契約也。租賃契約之存續期雖任當事人以合意定之，然有最長存續期之限制。其期限爲二十年，逾二十年者，縮短爲二十年。(註一) 惟當事人於二十年之期限屆滿時，自得更新之。(民法四四九條)

(註一) 民法債編施行前所定之租賃契約，訂有期限者，於民法債編施行日(十九年五月五日)其殘餘期限較二十年爲長者，應自施行日起縮短爲二十年。其租賃之期爲永遠者，於債編施行後既無終止之期限，亦應自施行日起縮短爲二十年。因依民法債編施行法十三條，民法債編施行前所定之租賃契約於施行後，其效力依民法債編之規定也。(參看最高法院二十三年度上字七四四號判例)

第二節 租賃之效力

第一項 對於出租人之效力

(一) 租賃物之交付 租賃契約爲諾成契約成立之時雖不必卽爲標的物之交付，然至履行之時，則租賃物之交付乃出租人最重要之義務。(民法四二三條前段)

(二) 租賃物合於約定狀態之保持 出租人對於租賃物不僅負交付之義務，並應於租賃關係存續中保持其合於使用收益之狀態。(民法四二三條後段) 保持之方法不僅修繕一途，若因防止危害，於租賃物上有所設備，(參看民法四三七條中段) 亦爲使其合於使用收益之狀態。不過修繕實爲最通常之一法耳。修繕之時，除契約另有訂立或另有習慣外，其費用應歸出租人負擔。惟此雖屬出租人之義務，同時亦爲其權利。蓋租賃物若久失修繕，必致影響其存在，出租人爲保持其所有物之利益計，對於租賃物自有爲保存上之必要行爲之權，承租人不得拒絕。(民法四二九條)

(三) 稅捐之負擔 出租人對於租賃物爲所有權人，就租賃物應納之一切稅捐，應負擔之。(民法四二七條) 按此條規定，雖非強行性質，得由當事人另訂相反之特約，但行政命令則因不得與現行法律相牴觸之故，倘有與此條相異之命令，自難認爲有效。(司法院院字一一四一號解釋例)

(四) 留置權之取得 不動產之出租人就租賃契約所生之債權，已屆清償期而未受清償前，對於承租人之物置於該不動產者，有留置權。(註二) 但出租人之留置權，有下列之限制：

(1) 禁止扣押之物，不得留置之。

(2) 僅於已得請求之損害賠償，及本期與以前未交之租金之限度內，得就留置物取償。(以上見民法

四四五條)

(3) 承租人將留置物取去者，出租人之留置權消滅。但承租人之取去留置物係乘出租人之不知，或出租人已提出異議者，不在此限。此際承租人如仍取去其物者，出租人得終止契約。出租人對於承租人之取去留置物已提出異議者，得不聲請法院逕行阻止承租人之取去。如承租人離去租賃之不動產者，並得占有其物。惟承租人如因執行業務取去其物，或其取去適於通常之生活關係，或所留之物足以担保租金之支付者，出租人不得提出異議。(民法四四六、四四七兩條)

(4) 承租人提出担保者，出租人不得行使留置權。承租人並得提出與各個留置物價值相當之担保，以消滅出租人對於該物之留置權。(民法四四八條)

(註) (二) 依最高法院二十二年上字九十六號判例，不動產之出租人就租賃契約所生之債權，對於承租人所置於不動產之物，若行使留置權者，僅以「現實存在之債權」為限。所謂「現實存在之債權」，乃係指其債權發生之後確能對承租人主張者而言，若其債權誠然發生，但承租人有其他理由足使出租人不能對其主張者，則其債權尚不能謂有「現實之存在」。例如承租人曾交有鉅額之押租者，及後應付之租金雖不屆期交付，出租人不能行使留置權，何則？因其所交付之押租尚足為所欠租金之担保也。

第二項 對於承租人之效力

(一) 租金之支付 承租人應於約定日期支付租金，無約定者依習慣，無約定亦無習慣者，應於租賃期滿時支付之。如租金分期支付者，於每期屆滿時支付之。如租賃物之收益有季節者，於收益季節終了時支付之。(民

法四三九條)預先支付之租金,未到期而租賃契約終止者,得請求返還。(民法四五四條)

(二) 租金之減免 租賃關係存續中,因不可歸責於承租人之事由,致租賃物之一部滅失者,承租人得按滅失之部分請求減少租金。(民法四三五條一項)但承租人係因自己之事由,致不能為租賃物全部或一部之使用收益者,不得免其支付租金之義務。(民法四四一條)若租賃物為不動產者,因其價值之升降,承租人暨出租人皆得聲請法院增減其租金。但其租賃定有期限者,則在期限未屆滿前,不得增減之。(民法四四二條)

(三) 租賃物之使用收益 承租人與出租人訂立租賃契約之目的,既在使用收益其租賃物。故租賃物交付之後,承租人對之即有使用收益之權利。其使用收益之方法,則依契約之所定,或依租賃物之性質定之。(民法四三八條)

(四) 租賃物之修繕 租賃關係存續中,租賃物如有修繕之必要,應由出租人負擔者,承租人得定相當期限催告出租人修繕。如出租人於其期限內不為修繕者,承租人得終止契約,或自行修繕而請求出租人償還其費用,或於租金中扣除之。(民法四三〇條)

(五) 轉租之限制 承租人非經出租人承諾,不得將租賃物轉租於他人。但租賃物為房屋者,除有反對之約定外,承租人得將其一部分轉租於他人。承租人違反前項規定,將租賃物轉租於他人者,出租人得終止契約。(民法四四三條)承租人將租賃物或其一部分轉租於他人者,其與出租人間之租賃關係,仍為繼續。出租人與次承租人間則無契約之關係。(民法四四四條一項)

(六) 租賃物之保管 承租人於租賃關係存續中，有以善良管理人之注意，保管租賃物之義務。租賃物有生產力者，並應保持其出產力。(民法四三二條一項) 承租人違反前項義務，致租賃物毀損滅失者，負損害賠償責任。但依約定之方法，或依物之性質而定之方法為使用收益，致有變更或毀損者，不在此限。(民法四三二條二項) 但租賃物如因失火而毀損滅失者，承租人僅負重大過失之責任。(註三) 換言之，租賃物之失火滅失，須因承租人之重大過失所致者，對於出租人，始負損害賠償之責任也。(民法四三四條)

(七) 代負損害賠償之責任 承租人因可歸責於自己之事由，致租賃物毀損滅失者，固有損害賠償之責任。即非可歸責於自己之事由，致租賃物毀損滅失者，對於出租人，亦可以有損害賠償責任。

(1) 由同居人等應負責之事由者 因承租人之同居人，或因承租人允許為租賃物之使用收益之第三人，應負責之事由，致租賃物毀損滅失者，對於出租人，應由承租人負損害賠償責任。(民法四三二條)

(2) 由次承租人應負責之事由者 承租人將租賃物轉租於他人者，如因次承租人應負責之事由而致租賃物發生損害時，應由承租人負賠償責任。(民法四四四條二項)

(八) 償還費用之請求 承租人就租賃物支出有益費用，因而增加該物之價值者，如出租人知其情事而不為反對之表示，於租賃關係終止時，得請求出租人償還其費用。但所請求之數額，應以租賃物上現存之增價額為限。(民法四三一條一項)(註四)

(九) 通知之義務 租賃關係存續中，租賃物如有下列之情事：(1) 有修繕之必要，應由出租人負擔者，

(2) 因防止危害有設備之必要者。(3) 第三人就租賃物主張權利者，承租人均有即時通知出租人之義務。但其情事為出租人所已知者，不在此限。承租人違背此項義務，致出租人不能及時救濟者，應賠償出租人因此所生之損害。(民法四三七條)

(十) 租賃物之返還 承租人於租賃關係終止後，應返還租賃物。租賃物有生產力者，並應保持其生產狀態，返還出租人。(民法四五五條)

(十一) 工作物之取回 承租人就租賃物所增設之工作物，於租賃關係終止時，得取回之。但因增設工作物致變更租賃物之狀態者，應於取回時回復其原狀。(民法四三一條二項)(註五)

(註三) 承租人對於租賃物之保管，有一般的及特別的兩種責任，其立法理由殊難揣測。承租物無論因失火，或因其他方法而毀損滅失，其為毀損滅失有害於出租人之利益則一，應一律使承租人負善良管理人之責任為是。乃法律於承租物之因失火而毀損滅失者，僅使出租人負重大過失之責任，於承租物之因其他原因而毀損滅失者，則須負善良管理人之責任。豈失火而致毀損滅失者情有可原耶？依愚意度之，民法四三四條：「租賃物因承租人之重大過失致失火而毀損滅失者，承租人對於出租人負損害賠償責任」云云，恐係專指以不動產之房屋為租賃時而言。何則？房屋既為承租人所居住，或用以堆藏物品，一旦失火，必害及己身，無不謹慎注意之者，故不妨責以較輕之責任也。

(註四) 就租賃物加以改造或翻造，與僅就租賃物加以修繕，自有不同。租賃關係存續中，租賃物有修繕之必要，應由出租人負擔者，如出租人不為修繕或反對修繕，承租人仍得自行修繕，而請求出租人償還其費用。但若就租賃物加以改造或翻造，則非出租人應有之義務，而屬於「支出有益費用」之一種，苟欲請求出租人償還其費用，必須：(1) 因其支出而對該物之價值有所增加；(2) 出租人知其

情事而不爲反對之表示；(3)應償還之費用以其現存之增價額爲限。

承租人就租賃物若曾加以改造或翻造，是否能延長其租賃契約終止之期限，法律並無明文，自應依一般之終止法則終止之。換言之，「其租賃契約未定期限者，出租人自可隨時終止契約。但其改造費（即所支出之有益費用），苟無特約，出租人於租賃關係終止時，應依該房屋現存之增價額償還。至租賃契約未定期限者，依民法四五〇條二項之規定，若當地習慣於出租人之解約有所限制，而有利於承租人者，應從其習慣。」（見司法院十九年院字三七七號解釋例）

(註五) 承租人就租賃物所增設之工作物，既得於租賃關係終止時取回之，則出租人即欲留用，自應商得承租人之同意，出價讓受，「不得於終止契約時主張無償留用。」（見最高法院二十一年上字一六九二號判例）

第三項 對於第三人之效力

債權契約之效力僅及於契約之當事人，不能拘束當事人以外之第三人。租賃既爲債權契約之一種，自應具此債權契約之通性。故嚴格言之，承租人所得主張之權利，所應履行之義務，均應對於出租人主張履行之。對於契約外之第三人，不能發生效力。但準此而言，則若出租人於租賃關係存續中將其租賃物之所有權轉讓於第三人時，承租人對此第三人，即不能主張其因契約取得之權利乎？似又於承租人之利益過蒙損害。故各國法律對於承租人均有特別之保護，使承租人由其租賃契約取得之權利，得以對抗第三人。我國民法亦然。茲說明如下：(註六)

(一) 出租人將租賃物之所有權讓與第三人時，出租人雖因契約關係，須交付租賃物於承租人，由承租人使用收益，但出租人在租賃物上之處分權則不因契約關係而受影響。蓋出租人於租賃關係存續中，仍得將其租賃物之所有權讓與第三人也。惟此時租賃契約，對於受讓人，仍繼續有效，並不因租賃物所有權之讓與而受影

響。換言之，此時出租人與第三人間，除有讓與所有權之物權的關係外，並有移轉租賃契約之債權的關係。承租人於其契約關係繼續中，仍得使用收益租賃物。不過以前係以原出租人爲其契約關係之相對人，今則以受讓租賃物之第三人爲其契約關係之相對人而已。（民法四二五條）（註七）

（二）出租人就租賃物設定限制物權時，出租人就租賃物爲他人設定制限制物權者，其所設定之物權，亦不能妨礙承租人在租賃物上之使用收益權。故依其性質，無須占有租賃物，不致妨礙承租人之使用收益者，如抵押權，自可有效成立。苟依其性質，須以占有租賃物爲成立要件者，如地上權、典權、質權等，則在租賃契約屆滿前，應不能發生效力。（民法四二六條）

（註六）租賃權之性質，學說不一。有認爲普通之債權者，謂承租人不得以租賃契約對抗第三人。有認爲物權者，謂承租人所取得之使用收益權，有對世之效力。有認爲形成權者，謂租賃權雖係租賃契約之結果，「但一經發生，即爲獨立之權利，非復租賃關係之構成內容，故租賃契約雖爲債權關係，而租賃權則另爲一種形成權，非復債權關係矣。」（見戴修瓚氏民法債編各論上冊一二一頁）以上諸說，各有所見。惟依我民法之精神觀之，則租賃權仍爲一種債權，不過關於其效力有例外之規定，藉達保護承租人之目的而已，非謂租賃權即有一切物權之效力也。

民法債編施行前之法令，不認承租人有對抗第三人之權。惟房屋之承租人，則許其有先買特權者，不乏其例。依習慣，房屋承租人之先買權屬於物權之一種，有對抗第三人之效力。但因民法有物權不得自由創設之規定（參看民法七五七條），此項習慣自民法物權編施行以後，即無法之效力。當事人間即有先買之約定，亦祇能在相對人間有其效力，固不能拘束第三人也。故若出租人違背其約定而以租賃物之房屋賣與第三人時，承租人僅得對於出租人主張違約。惟一承租房屋人基於習慣而生之先買權，在民法物權編

施行前認其有物權之效力而得以對抗第三人者，民法物權編雖未定爲物權，惟依民法物權編施行法第一條之規定，其發生在民法物權編施行以前該施行法未有特別規定者，不適用民法物權編之規定，自應仍依當時之法律辦理。依民法物權編施行前之法律，承租房屋人得依習慣而認許其有先買權者，以租期較長或無期者爲限。否則因先買權不獨限制所有權人之處分自由，且於地方之發達及經濟之流通不無影響，爲維持公共秩序及利益計，縱該地方有此習慣，亦難認其存在。又先買權人必須表示願照時價留買之意，思若已表示不願留買，或圖擯不照時價，即不得於原業主與第三人買賣成交之後，仍對原業主或第三人主張其先買權。」（見最高法院二十一年上字五九九號判例）

（註

七）出租人於租賃關係存續中，將租賃物之所有權讓與第三人時，既同時亦將其對承租人契約上之權利義務移轉於第三人，則承租人對於出租人所得主張契約上之權利，對於第三人應皆得主張之。例如承租人於租賃契約訂立時所交付之押租，無論出租人於讓與所有權時曾否轉交於第三人，承租人對於第三人於終止契約時概得請求返還。司法院二十四年院字一二六六號致江蘇高等法院之快郵代電中，有關於此點之解釋：「依民法四二五條規定，應繼續存在之租賃契約，其讓與人對於承租人契約上之權利義務，既皆移轉於受讓人，承租人當日所交之押租金，係契約內容之一部，自得向受讓人請求返還。」

但依民法債編施行前之法律，則承租人僅得對於原出租人主張租賃契約之效力，對於自原出租人讓受租賃物之受讓人，非當然可以對抗之。前大理院六年上字九九四號判例稱：「租賃主不得對所租物之讓受人拒絕交付。」最高法院十八年上字九五號判例亦謂：「查民法條理，按其時民法債編尚未施行，租賃契約僅於當事人間發生債權債務之關係，原則上固不能以之對抗第三人。故業主以所租物之所有權讓與他人時，除新業主承認該契約上之債務外，租戶僅得對於原業主請求履行，或賠償因不履行所受之損害，而不得對於新業主拒絕交付。」但承租人若將其租賃條件已經登記者，則在訂定租賃期限內，又似可以其期限對抗受讓人。最高法院十七年解字一九〇號解釋例稱：「按甲乙間之借貸借債權契約，甲乙間之移轉所有權係物權契約，甲對乙固有遵守期限之義務，而乙如未登記，要不得以期限對抗於丙，祇能向甲要求因不能遵守期限所生之損害賠償，是爲至當之條理。習慣如適與

此項條理相合，自可認為有法之效力。

第四項 特別消滅時效及除斥期間之規定

因租賃關係所發生之權利義務中，有爲損害賠償請求權者，如出租人就租賃物所受損害，對於承租人，得請求賠償。有爲償還費用請求權者，如承租人就租賃物支出之有益費用，對於出租人，得請求償還。有爲工作物取回權者，如承租人就租賃物所增設之工作物，於租賃關係終止時，得取回之。以上之請求權及取回權與其他權利不同，權利人苟不於短時間內行使，於義務人固有未便，將來行使時亦多困難。故法律特設短期時效及除斥期間，以資督促。凡以上請求權及取回權，均因二年間不行使而消滅。此二年之期間，於出租人，自受租賃物返還時起算；於承租人，自租賃關係終止時起算。（民法四五六條）

第三節 租賃之終止

第一項 一般的終止

租賃契約之存續，有約定一定之期限者，亦有不約定期限者，關於其契約終止之規定，因之不同：

（一）定有期限者 租賃定有期限者，其租賃關係存續於期限內，因期限屆滿而消滅。（民法四五〇條一項）若期限屆滿後，承租人仍爲租賃物之使用收益，而出租人不卽表示反對之意思者，視爲以不定期限繼續其契約關係。（民法四五〇條一項）

（二）未定期限者 租賃未定期限者，各當事人得隨時終止契約。但有利於承租人之習慣者，從其習慣。終

止之方法，須依習慣先期通知。但不動產之租金，以星期、半個月、或一個月，定其交付之期限者，出租人應以曆定期、半個月、或一個月之末日，為契約終止期，並應至少於一星期、半個月、或一個月前通知之。（民法四五〇條二項）

第二項 特別的終止

租賃契約定期限者，在期限未屆滿前，原則上固應繼續其效力，但有下述情形之一者，仍得終止之：

- （一）雙方同意解除契約者 契約之當事人雙方同意解除契約者，其契約雖定期限，仍得隨時終止之。
- （二）約定一方得終止契約者 定期限之租賃契約，如約定當事人之一方於期限屆滿前得終止契約者，得隨時終止之。但應依習慣先期通知，如為不動產之租金，以星期、半個月、或一個月，定其支付之期限者，出租人應以曆定星期、半個月、或一個月之末日，為契約終止期，並應至少於一星期、半個月、或一個月前通知之。（民法四五三條）

（三）法定一方得終止契約者 有次述各種情形之一者，當事人之一方得依法律之規定終止其契約：

- （1）承租人死亡者 承租人死亡者，租賃契約雖定期限，其繼承人仍得終止契約，但應先期通知。（民法四五二條）（註八）

（2）租賃物有瑕疵者 租賃物為房屋或其他供居住之處所者，如其瑕疵危及承租人或其同居人之安全或健康時，承租人雖於訂約時已知其瑕疵，或已拋棄其終止契約之權利，仍得終止契約。（民法四二四條）

- （3）出租人不履行修繕義務者 租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，承租

人得定相當期限，催告出租人修繕，如出租人於其期限內不為修繕者，承租人得終止契約。（民法四三〇條前段）

（4）租賃物一部滅失者 租賃關係存續中，因不可歸責於承租人之事由，致租賃物之一部滅失者，承租人就其存餘部分如不能達租賃之目的者，得終止契約。（民法四三五條二項）

（5）第三人主張權利者 租賃關係存續中，第二人就賃租物主張權利者，承租人如因此不能為約定之使用收益者，得終止契約。（民法四三六條）

（6）支付租金遲延者 承租人租金支付有遲延者，出租人得定相當期限，催告承租人支付租金，如承租人於其期限內不為支付，出租人得終止契約。但租賃物為房屋者，遲付租金之總額非已達兩期之租額，不得終止契約。（民法四四〇條）

（7）違反轉租之規定或約定者 承租人不經出租人之承諾，將租賃物轉租於他人者，或違反出租人之約定，將所租賃之房屋之一部分轉租於他人者，出租人得終止契約。（民法四四三條二項）

（註八）承租人死亡者，其繼承人固得終止契約，出租人亦得終止契約。故如租賃契約即未定期限，苟承租人死亡，其商號雖經他人更改字號繼續開張，出租人如不同意，仍得終止契約，將其開設商號之店基收回。（參看司法院二十年院字三九三號解釋例）

第六章 借貸

第一節 使用借貸

第一項 使用借貸之意義

使用借貸者，謂當事人約定，一方以物無償貸與他方使用，他方於使用後返還其物之契約也。（民法四六四條）分析言之：

（一）使用借貸者，單務且無償之契約也。使用借貸契約當事人之一方負交付其物於他方供其使用之義務，而他方並無致報償於此方之義務，故為單務且無償之契約。負交付借用物義務之人，法律上稱之為貸與人，有使用權利之人，則曰借用人。借用人於使用後，雖負返還其物於貸與人之義務，然此乃由契約性質所生之當然義務，與由契約關係所生之債務應不能同視也。

（二）使用借貸者，要物契約也。使用借貸契約之成立，以借用物之交付為要件。當事人於契約內容雖已有一致之合意，苟未以使用物相交，尙不能發生效力也。（民法四六五條）

第二項 使用借貸之效力

第一款 對於借用人之效力

(一) 借用物之使用 借用人應依約定方法使用借用物。無約定方法者，應以依使用物之性質而定之方法使用之。借用物之使用，以本人為限。非經貸與人之同意，借用人不得允許第三人使用借用物。(民法四六七條)

(二) 借用物之保管 借用人應以善良管理人之注意，保管借用物。否則致借用物毀損滅失者，負損害賠償責任。但依約定之方法或依物之性質而定之方法使用借用物，致有變更或毀損者，不負責任。(民法四六八、四七三條) 借用物之保管需要費用者，其通常保管費用由借用人負擔。借用物為動物者，其飼養費亦同。(民法四六九條一項)

(三) 借用物之返還 借用人應於契約所定期限屆滿時，返還借用物。未定期限者，應於依借貸之目的使用完畢時返還之。(民法四七〇條前段) 返還之時，借用人就借用物所增加之工作物，得取回之。但應回復借用物之原狀。(民法四六九條二項及四七三條)

(四) 多數借用人之責任 數人共借一物者，對於貸與人連帶負責。(民法四七一條)

第二款 對於貸與人之效力

使用借貸為無償契約，貸與人對於借用物，並無義務担保其合於使用之狀態，脫有瑕疵，原不負任何責任。但故意不告知借用物之瑕疵，致借用人受損害者，仍負賠償責任。(民法四六六條)

第三款 特別消滅時效及除斥期間之規定

因使用借貸契約之效力，貸與人與借用人間互有種種之權利與義務，前已述之。惟其中一部分之權利，如貸

與人就借用物所受損害，對於借用人之賠償請求權；借用人因貸與人故意不告知借用物之瑕疵，致受損害，對於貸與人之賠償請求權；及借用人就借用物所增加之工作物之取回權，皆非從速行使，無以免除日後行使之困難。故法律特設短期之時效及除斥期間，而使此三種權利均因六個月間不行使而消滅。此六個月之期間，於貸與人自受借用物返還時起算；於借用人自借貸關係終止時起算。（民法四七三條）

第三項 使用借貸之終止

使用借貸契約之終止，亦有一般的及特別的兩種終止，茲分述如下：

（一）一般的終止

（1）契約定有期限者 契約定有期限者，期限屆滿時，其契約終止。

（2）契約未定期限者 契約未定期限者，其終止應依下列之規定：

（甲）應於依借貸之目的使用完畢時，終止之，同時即由借用人返還借用物。

（乙）不能依借貸之目的，定其期限者，如經過相當時期，可推定貸用人已使用完畢者，貸與人得終止契約，請求返還借用物。

（丙）不能依借貸之目的，定其期限，或推定其期限者，貸與人得隨時終止契約，請求返還借用物。（以上各項見民法四七〇條）

（二）特別的終止

契約雖定有期限，或依借貸之目的得定其期限，苟有下列情形之一者，貸與人仍得終止契約：

(1) 貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者。

(2) 借用人違反約定之方法，或依物之性質而定之方法，使用借用物；或未經貸與人同意，允許第三人使用者。

(3) 因借用人怠於注意，致借用物毀損，或有毀損之虞者。

(4) 借用人死亡者。(以上見民法四七二條)

第二節 消費借貸

第一項 消費借貸之意義

消費借貸，就其契約之當事人，及其契約之效力須因標的物之交付而發生兩點觀之，雖與使用借貸相似，然二者實有次述之不同。(民法四七四條四七五條)

(一) 契約種類之不同 使用借貸為單務且無償之契約，僅貸與人負有交付借用物以供他方使用之義務，借用人除返還借用物之當然義務外，初無何種因契約關係而生之債務。而消費借貸則可以成為雙務且有償之契約，可以約定由借用人支付利息或其他報償。

(二) 標的物之不同 使用借貸之借用人使用借用物之後，須返還原物，故借用物不能為消費物。而消費借貸之標的物則以消費物及代替物為原則，借用人雖亦負返還之義務，而其所返還者，並非原物，乃與原物同種

類，同品質，同數量之物。故在使用借貸，並不將借用物之所有權移轉於借用人，僅許借用人於借貸關係存續中得為借用物之使用而已。在消費借貸，借用人既不須返還原物，而原物一經消費又不復存在，故在契約成立當時，貸與人即須移轉其物之所有權於借用人。又，消費借貸之標的物既以消費物及代替物為原則，應僅限於動產，自不待言。

第二項 消費借貸之效力

第一款 對於借用人之效力

(一) 利息或其他報償之支付 消費借貸雖亦得為無償契約，然若契約約定須支付利息或其他報償者，借用人即有支付之義務。關於其支付之時期及利率，法律有如左之規定：

(1) 支付之時期 契約定有支付之期限者，應於所定期限支付之。未定期限者，應於借貸關係終止時支付之，但借貸期限逾一年者，應於每年終支付之。(民法四七七條)

(2) 利率

(甲) 約定利率 利率由契約約定者，其最高額為週年百分之二十。超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。(民法二〇五條) 約定利率逾週年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本，但須於一個月前預告債權人。債權人不得拒絕，亦不得以契約除去或限制其清償權。(民法二

(乙) 法定利率 利率未經約定，且亦無法律可據者，(註二) 週年利率為百分之五。(民法二〇三條)

(丙) 複利 遲付之利息總額超過原本者，其超過部分仍然有效，不以一本一利為限。(註三) 但不得滾入原本，再生利息。但下列兩例外情形，仍許為複利之計算。(民法二〇七條)

(A) 當事人以書面約定，利息遲付逾一年，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。

(B) 商業上對於複利另有習慣者，從其習慣。

(二) 借用物之返還 返還借用物為借用人當然之義務。關於其返還之時期處所及標的物等。法律有如下之規定：

(1) 返還之時期 契約定有返還期限者，借用人應於約定期限內，返還與借用物種類、品質數量相同之物。未定返還期限者，借用人得隨時返還，貸與人亦得定一個月以上之相當期限，催告返還。(民法四七八條)

(2) 返還之處所 返還地，契約有約定者，自應從其約定。契約未曾約定，法律及習慣亦無另外之決定時，應為貸與人之住所。(參看民法三一四條二款)

(3) 返還之標的物 借用人應以與借用物種類、品質、數量相同之物返還貸與人。不能以種類、品質、數量相同之物返還者，應以其物在返還時，返還地，所應有之價值償還之。返還時或返還地未約定者，以其物在訂約時，訂約地之價值償還之。(民法四七八條及四七九條) 但借用物有瑕疵者，借用人得照有瑕疵原物之價

值，返還貸與人。（民法四七六條二項）

（4）以金錢爲標的物時之特別規定 金錢借貸之返還，除契約另有訂定外，應依下列之特別規定：

（甲）以通用貨幣爲借貸者，如於返還時已失其通用效力，應以返還時有通用效力之貨幣償還之。以特種通用貨幣爲借貸者亦同。（民法四八〇條二〇一條）

（乙）金錢借貸約定折合通用貨幣計算者，不問借用人所受領貨幣價格之增減，均應以返還時有通用效力之貨幣償還之。

（丙）金錢借貸約定以特種貨幣爲計算者，應以該特種貨幣，或按返還時返還地之市價，以通用貨幣償還之。（以上見民法四八〇條）

（丁）金錢借貸約定以外國通用貨幣爲返還者，得按返還時返還地之市價，以中華民國通用貨幣償還之。但訂明應以外國通用貨幣爲返還者，不在此限。（民法二〇二條）

（戊）以貨物折算金錢而爲借貸者，亦爲金錢借貸。應以該貨物按照交付時交付地之市價所應有之價值爲其借貸金額，縱有反對之約定，亦屬無效。（民法四八一條）

第二款 對於貸與人之效力

消費借貸契約之貸與人對於借用物有無瑕疵擔保義務，視其有否受領利息或其他報價而定：

（1）契約約定有利息或其他報價者，貸與人應負如次之瑕疵擔保義務：

(甲) 借用物有瑕疵時，貸與人應另易以無瑕疵之物。

(乙) 借用人因借用物之瑕疵而致損害者，應負損害賠償之責。

(2) 契約爲無報價者，貸與人負無瑕疵擔保義務。但貸與人故意不告知其瑕疵者，借用人得請求損害賠償。(以上見民法四七六條)

(註) 一) 約定利率超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分無請求權，然其超過部分並非當然無效，不過債權人對於超過部分之利益不能請求法律保護而已。若債務人甘願履行給付，亦爲法律所不禁止。

新刑法三四四條有重利罪之規定，對於乘他人急迫、輕率、或無經驗，貸以金錢或其他物品，而取得與原本顯不相當之重利者，處一年以下有期徒刑、拘役、或科或併科一千元以下罰金。惟此項重利罪之規定與前述取利超過週年百分之二十之債權人，初無何種連帶之關係。因取利超過週年百分之二十之債權人非必以「乘他人急迫、輕率、或無經驗」之手段爲借貸，且取利超過週年百分之二十是否即屬「取得與原本顯不相當之重利」，亦尙無明白之解釋也。

惟已廢止之懲治土豪劣紳條例(十七年七月十六日國民政府修正公布施行，二十一年四月十五日廢止)則曾規定凡土豪劣紳重利盤剝者，處三年至五年有期徒刑，並得沒收其財產之一部或全部。所謂重利盤剝，據司法院二十一年院字六九六號之解釋，「當事人約定之利息如超過週年百分之二十之利率，卽爲重利，上月未清之利息，下月卽滾入原本計算，卽爲盤剝。」則苟取利超過百分之二十且有盤剝之情形者，自應照懲治土豪劣紳條例論科也。

「惟錢商按日計息，時有高低，如按其債務存續之期間平均計算未超過週年百分之二十之限制，自爲有效。」(司法院二十年院字四三六號解釋例)

(註) 二) 所謂無法律可據者，謂依其他法令，無另外規定時，始照此法定利率。若另有規定，仍依其規定。如票據法二五條：「發票人得記載對於

票據金額支付利息及其利率。利率未經載明時，定爲年利六厘。」

(註三)民法對於遲付之利息總額超過原本者，是否許其照數請求，抑以一本一利爲限，並無明文可資遵守。債編施行法五條對於施行時未付之利息總額已超過原本者，雖有「仍不得過一本一利」之強制規定，但僅指債編施行前所發生之利息。至施行時尙未支付者而言。若施行後發生之利息債務，是否亦有適用，殊屬疑問。司法院對此，因有二十四年院字一二三五號之解釋例，謂「民法債編施行法第五條乃就該編施行前發生之利息債務，於施行時尙未履行者，特設之規定。債編施行後發生之利息債務，不適用該條所書之規定。」

按一本一利在前清現行律，本爲強制規定。民國改元後，此項規定仍有效援用。前大理院並著有解釋例，原屬保護債務人之美法，何以民法並不採取，或有非議之者。愚意民法所以不取一本一利之原則，亦有其立法上之理由。因一本一利原則，雖爲保護實無清償力之債務人起見，第恐因此轉增債務人賴債之心理，於債權人之利益大有妨礙耳。茲附錄前清現行律及前大理院有關此點之文字如下：

前清現行律違禁取利律文 凡私放錢債及典當財物，每月取利並不得過三分。年月雖多，不過一本一利。(下略)

前大理院十年統字一六三一號解釋 一本一利爲現行律之強制規定。如執行名義僅載付息至執行終結之日止，則執行衙門就利息執行，以至原本之數爲止。

第三項 消費借貸之終止

消費借貸契約之終止，法律祇有關於一般的終止之規定。其規定如下：

- (一) 契約定有期限者 契約定有期限者，期限屆滿時，契約終止。
- (二) 契約未定期限者 契約未定期限者，依下列之規定終止之：

- (1) 由借用人終止者，借用人欲終止契約者，得隨時爲之。
- (2) 由貸與人終止者，貸與人欲終止契約者，得定一個月以上之相當期限，催告借用人返還借用物。
- 經催告時起，契約終止。(以上參看民法四七八條)

第七章 僱傭

第一節 僱傭之意義

僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內爲他方服勞務，他方給付報酬之契約也。（民法四八二條）分析言之：

（一）僱傭者，雙務且有償之契約也。僱傭契約當事人之一方負爲他方服勞務之義務，他方負給付報酬之義務，且皆因給付而始取得利益，故爲雙務且有償之契約。

（二）僱傭者，諾成且不要式之契約也。僱傭契約之成立，不以當事人之一方完成其給付爲要件，祇須雙方對於契約之內容有一致之合意，即可成立，故爲諾成契約。又因當事人於契約成立之時無須履行一定之方式，故爲不要式契約。

（三）僱傭者，當事人之一方爲他方服勞務之契約也。服勞務之一方，謂之受僱人，享受其服務之他方，謂之僱用人。受僱人所服之勞務，其性質並無限制，不論爲物質的抑爲精神的，事務的抑爲法律的，亦不問其供給勞務之結果能否完成一定之目的，祇須於一定或不定之期限內繼續的爲勞務之供給即可。

（四）僱傭者，當事人之他方給付報酬於服勞務之對方之契約也。報酬之種類不限於金錢給付，且不限

於薪工之形式，即以分紅、津貼之形式，或以現物爲給付者，亦無礙其爲報酬。惟僱用人亦以供給勞務爲受僱人之報酬者，則不無疑問耳。報酬之計算，按時按件均無不可，祇須受僱人以繼續的供給勞務之形式，聽從僱用人之指揮而爲服務者，卽不能謂非僱傭。至報酬之多寡，自應依其契約所定，但有團體協約（註一）定其最低額或最高額時，則應從其規定耳。

（註一）團體協約或稱勞動協約，依我國團體協約法第一條，其意義如次：「稱團體協約者，謂僱主或有法人資格之僱主團體，與有法人資格之工人團體，以規定勞動關係爲目的，所締結之書面契約。」團體協約所定之勞動條件，如關於最低工資及最高工時等，僱主及工人將來訂立僱傭契約時，均有遵守之義務。

第二節 僱傭之效力

（一）勞務之供給 僱傭契約對於受僱人所生之效力，最重要者莫過於勞務之供給。且所供給之勞務，須合於其所約定者，否則卽構成債務之不履行。如受僱人於訂約當時明示或默示保證其有特種技能者，履行時並應具有此項特種技能。（民法四八五條）

（二）報酬之給付 僱用人有受領勞務之權利，卽有給付報酬之義務。卽未曾約定給付報酬，而依情形非受報酬卽不服勞務者，視爲允與報酬，報酬額未約定者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按照習慣給付。（民法四八三條）至於給付之期限，法律亦有規定：有約定之期限，固應依其期限給付之。無約定之期限，依習慣。無約定亦無習慣者，依下列之規定：（一）報酬分期計算者，應於每期屆滿時給付之。（二）報酬非分期計算者，應于

勞務完結時給付之。(民法四八六條)

(三)勞務之受領 受僱人供給勞務時，需僱用人之受領者，僱用人有受領之義務。僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，其應得之報酬仍得請求給付。但受僱人因不服勞務所減省之費用或轉向他處服勞務所取得或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。(民法四八七條)

第三節 僱傭契約之移轉

契約之移轉不外債權之讓與及債務之承擔之二種形式。債權之讓與原則上祇須通知債務人即可發生效力，不必得其同意。(參看民法二九七條)但在僱傭契約則有例外之規定，僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。若債務之承擔則僱傭契約與一般契約之承擔相同，苟由債務人與第三人訂約承擔者，尚須經債權人之同意。故受僱人非經僱用人之同意，不得使第三人代服勞務。(民法四八四條方三〇〇條)(註二)

(註二)關於債權之讓與及債務之承擔，參看本書二〇七至二〇八頁。

第四節 僱傭契約之終止

僱傭契約之終止，依左列之規定：

(一)契約定有期限者 契約定有期限者，其僱傭關係，至期限屆滿時消滅。(民法四八八條一項)但有如次之例外：

(1)當事人之一方遇有重大事由，其僱傭契約縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之。惟其事由係因

當事人一方之過失而生者，他方得向其請求損害賠償。（民法四八九條）

（2）當事人之一方不經他方之同意移轉其契約關係於第三人時，他方得終止契約關係。（民法四八四條）

（3）受僱人明示或默示保證其有特種技能者，如無此種技能時，僱用人得終止契約。（民法四八五條）

（二）契約未定期限者，契約未定期限，亦不能依勞務之性質或目的定其期限者，各當事人得隨時終止契約。但有利於受僱人之習慣者，從其習慣。（民法四八八條二項）

第八章 承攬

第一節 承攬之意義

承攬者，謂當事人約定，一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成給付報酬之契約也。（民法四九零條）
分析言之：

（一）承攬者，雙務且有償之契約也。承攬契約當事人之一方爲他方負完成一定工作之義務，他方負給付報酬之義務，且雙方所負之義務皆屬對待給付之性質，故爲雙務且有償之契約。

（二）承攬者，諾成且不要式之契約也。承攬契約訂立時，工作既未完成，自不能即時爲給付，故非要物契約而爲諾成契約。又其契約之成立不以履行一定之方式爲要件，故爲不要式契約。

（三）承攬者，當事人之一方爲他方完成一定之工作之契約也。承攬契約當事人之一方須爲他方完成一定之工作者，稱曰承攬人，他方則曰定作人。承攬人所完成之工作並無種類性質上之限制，不問其爲思想工作抑爲體力工作，祇須因勞務而發生之結果，皆得以之訂立契約。惟須注意者，所謂完成工作與僅從事工作有別。僅從事工作者，祇須爲勞務之供給，不問其結果。若完成工作，則不但須供給勞務，並須使其發生預定之結果。故契約之目的重在工作之結果，而勞務不過達到此目的之手段。且勞務之供給除有特約者外，原則不必由承攬人親自

爲之。此其與僱傭所由分別也。承攬人完成工作所需之材料，或由定作人供給之，或由承攬人供給之。如約定由承攬人供給者，苟其工作之結果爲物，與買賣甚難區別。例如定製學校用具，由承攬人供給材料及工作，似與定買學校用具，並無分別。究應適用承攬之規定，抑應適用買賣之規定，當依當事人之意思定之。

(四) 承攬者，當事人之他方俟工作完成給付報酬之契約也。定作人於承攬人完成工作後，有給付報酬之義務，前已言之。故僅祇着手工作，尙難給付報酬。蓋承攬之目的在工作之結果，承攬人僅着手完成工作尙未有。一定結果時，仍不能謂已履行其債務。故對待給付之請求不在着手工作之時，應在完成結果之後，此不可不知也。至於報酬之種類，法律既無明文限制，自得爲金錢或金錢以外之物之給付。

第二節 承攬之效力

第一項 對於承攬人之效力

(一) 工作之完成 承攬人有爲定作人完成工作之義務，此乃本於契約所生之效力。工作完成後，承攬人並有交付之義務。但工作依性質無須交付者，不在此限。完成工作之期限，依契約之所定。承攬人有依契約所定期限完成之義務。如因可歸責於承攬人之事由，致工作不能於約定期限完成，或未定期限經過相當時期而未完成者，承攬人即負遲延責任。惟遲延之效力則視情形而不同。如約定工作於特定期限完成或交付爲契約之要素者，則一有遲延之情形，或顯可預見其有不能於限期內完成情形，定作人即得解除契約。否則僅得請求減少報酬。但工作遲延後，定作人受領工作時，不爲保留者，承攬人對於遲延之結果，不負責任。(民法五〇二條五〇三條五〇

四條)

(二)保證品質之義務 承攬人所完成之工作應使其具備約定之品質，及無減少或減失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。(民法四九二條) 否則須負瑕疵之責任。但其負責之程度，又因種種情形而不同：

(1) 工作完成後有瑕疵者 工作完成後有瑕疵者，承攬人有修補之義務，定作人得定相當期限請求其為修補。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。但如修補所需費用過鉅，承攬人得拒絕修補者，定作人不得自行修補。承攬人不為修補或拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約，僅得請求減少報酬。此外定作人並均得請求損害賠償，蓋祇要有可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，不問定作人係請求修補，或解除契約，或請求減少報酬，同時並均得為損害賠償之請求也。惟工作之瑕疵，係因定作人所供給材料之性質，或依定作人之指示而生者，定作人無前述各種權利。但承攬人明知其材料之性質，或指示不適當，而不告知定作人，猶使其工作發生瑕疵者，仍須負瑕疵之責任耳。(民法四九三條四九四條四九五條四九六條)

(2) 工作進行中有瑕疵者 工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵，或有違反契約之情事者，定作人得定相當期限，請求承攬人改善其工作，或依約履行。承攬人不於前項期限內，依照改善，或履行者，定作人得使第三人改善或繼續其工作。其費用由承攬人負擔。至危險之責任，工作之結果須交付者，未交付前

由承攬人負擔，既交付後由定作人負擔，此本原則。今承攬人既不應定作人之請求，改善其工作或依約履行，致使第三人改善或繼續其工作者，其工作雖已從承攬人交出，仍須承攬人負擔危險之責任。（民法四九七條）

（三）留置權及抵押權之取得 承攬人爲定作人完成工作，而由自己供給全部材料者，若其工作物爲動產，自不生留置之問題。因此時工作物之所有權既屬承攬人一人所有，對於定作人祇生交付或不交付之問題也。但由定作人供給材料，或在定作人之土地上完成工作者，則因工作物或工作所附之不動產，既屬定作人之所有，對於承攬人乃有留置或抵押之可言也。茲分述此二種權利如下：

（1）留置權 由定作人供給材料，而由承攬人爲其完成動產之工作物者，承攬人於未受報酬前，得留置其工作物。（民法九二八條）

（2）抵押權 不問由何人供給材料，所承攬之工作爲建築物，或其他土地上之工作物，或爲此等工作物之重大修繕，而其建築物或工作物係附着於定作人之土地上者，承攬人就承攬關係所生之債權（如報酬之受領權等），對於其工作所附之定作人之不動產（即建築物等）有抵押權。（民法五一三條）

第二項 對於定作人之效力

（一）報酬之給付 定作人對於承攬人有給付報酬之義務，此亦爲承攬契約所生之效力。茲分述關於給付報酬之各項規定如下：

（1）報酬之約定 給付報酬之約定，不必定須明示，卽爲默示之約定，亦無不可。且如依情形，非受報酬

即不爲完成其工作者，視爲允與報酬。（民法四九一條一項）

（二）報酬之數額 有未約定及已約定之二種情形：

（甲）未約定報酬額者 報酬額未約定者，按照價目表所定給付之。無價目表者，按照習慣給付。（民

法四九一條二項）

（乙）已約定報酬額者 報酬額已約定者，自須照約定之數給付。但訂立契約時，僅估計報酬之概數者，如其報酬，因非可歸責於定作人之事由，超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約。但如工作爲建築物，或其他土地上之工作物，或爲此等工作物之重大修繕者，定作人僅得請求相當減少報酬。除非工作物尙未完成者，定作人始得通知承攬人停止工作，並得解除契約。定作人依上述之理由，解除契約時，對於承攬人，應賠償相當之損害。（民法五〇六條）

（三）給付之時期 承攬之工作須交付者，其報酬應於工作交付時給付之。無須交付者，應於工作完成時給付之。工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。（民法五〇五條）

（二）協力工作之義務 工作需定作人之協力行爲始能完成者，定作人有協力之義務。定作人不爲協力行爲時，承攬人得定相當期限，催告定作人爲之。定作人經催告仍不於期限內爲之者，承攬人得解除契約。（民法五〇七條）

第三項 危險責任之負擔

(一) 負擔危險責任之原則 危險責任之負擔，(註一)有一原則：即工作毀損滅失之危險，在定作人受領前，由承攬人負擔；在定作人受領後，由定作人負擔。如依工作之性質無須交付者，以工作完成時視為受領。然不無例外。

(二) 負擔危險責任之例外 有下列各種之情形時，危險責任之負擔不適用上項原則：

(1) 定作人受領遲延者。定作人於工作應受領之時而不受領者，負受領遲延責任。此時工作雖未由其受領，危險責任應由其負擔。

(2) 定作人所供給之材料因不可抗力而毀損滅失者。工作未由定作人受領前，按原則其危險責任應歸承攬人負擔。故定作人所供給之材料此時若有毀損滅失，應由承攬人負責，原無可疑。但毀損滅失係因不可抗力而致者，如因天災事變而生毀損滅失，則不能仍使承攬人負擔。(以上俱見民法五〇八條)

(3) 危險之發生，係因定作人所供給材料之瑕疵或其指示之不適當而致者。定作人受領工作前，因其所供給材料之瑕疵，或其指示不適當，致工作毀損滅失，或不能完成者，承攬人不負責任。承攬人如及時將材料之瑕疵，或指示不適當之情事，通知定作人時，得請求其已服勞務之報酬，及墊款之償還。定作人有過失者，并得請求損害賠償。(民法五〇九條)

(註一) 危險責任之意義，參看本書三七一頁。

第三節 承攬之終止

承攬契約之終止，有下述四種形態：

(一) 工作完成之終止 承攬人所承攬之工作，如期依約定之條款完成者，經交付於定作人，並自定作人受領報酬後，其契約終止。

(二) 隨時終止 工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。(民法五一一條)

(三) 不能完成約定工作之終止 承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡，或非因其過失，致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。但工作已完成之部分於定作人為有用者，定作人有受領該部分及給付相當報酬之義務。(民法五一二條)

(四) 不能於特定期限完成或交付工作之終止 因可歸責於承攬人之事由，致工作不能於特定期限完成或交付者，如依約定以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者，定作人得解除契約。(民法五〇二條二項) 定作人解除契約後，對於工作無受領之義務，亦無須給付報酬。

第四節 特別消滅時效及除斥期間之規定

承攬契約中承攬人及定作人所得行使之權利，均有特別消滅時效及除斥期間之規定。茲分述如次：

(一) 因工作有瑕疵，定作人得主張請求修補，或請求償還修補費用，或解除契約，或請求減少報酬，或請求

損害賠償之權利者，如其瑕疵自工作交付後經過一年始發見者，不得主張。工作依其性質須交付者，則此一年之时效期間自工作完成時起算。但如工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，此項期間延為五年。以上之期限均得延展。惟延展有意定延展與法定延展之別。意定延展即當事人以契約加長期限，但不得減短。至所加長之期限，有何年限之限制，則因法律並無明文，應解為並無限制。法定延展即法律規定有特定之情事時。此項期限即得延展，無須當事人雙方之同意，此特定之情事即承攬人故意不告知其工作之瑕疵，在建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕，其期限自五年延為十年。在此外之工作，其期限自一年延為五年。（民法四九八條四九九條五〇〇條五〇一條）

（二）因瑕疵以外之原因，定作人得主張解除契約或請求減少報酬者，其例不少，如因可歸責於承攬人之事由，致工作不能於約定期限完成，或未定期限經過相當時期而未完成者，定作人得請求減少報酬或解除契約。（民法五〇二條）又如因工作之報酬非可歸責於定作人之事由，超過估計之概數甚鉅者，定作人得解除契約或請求相當減少報酬。（民法五〇六條）但此項規定皆與瑕疵無涉，其權利行使之期限自不得準用前述之規定。然民法於五一四條第一項仍規定此等權利因瑕疵發見後一年間不行使而消滅，自屬用語疏忽。應解為自其原因發生後一年間不行使而消滅。

（三）因可歸責於定作人之事由，承攬人得請求損害賠償或解除契約者，其損害賠償請求權或契約解除權，自其原因發生後一年間不行使而消滅。（民法五一四條二項）

第九章 委任

第一節 委任之意義

委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約也。（民法五二八條）分析言之：

（一）委任者，原則上為雙務且有償之契約也。委任在羅馬法為無償契約，若有報酬，即成僱傭，而非委任矣。今德國民法尚沿襲之，定委任為無償為人處理事務之契約。但在法國民法及日本民法則已不復為嚴格之無償契約，當事人有反對之特約者，亦不妨有報酬。（註一）我國民法於五二八條雖無必須給付報酬之明文，然依五四七條之規定：「報酬縱未約定，如依習慣，或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬。」似以有償為原則。故同時亦為雙務之契約。

（二）委任者，諾成且不要式之契約也。委任契約因雙方當事人之合意而成立，故為諾成契約。又其契約成立時，不以履行一定之方式為要件，故為不要式之契約。委任契約之成立與處理權之授與應為二事。委任契約之成立，不必要式，但其處理權之授與則得為要式之行爲。例如委任契約之內容係為委任人處理法律行爲時，而該法律行爲依法應以文字為之者，其處理權之授與亦應以文字為之。但其基本法律關係之委任契約，則不必以要式行爲訂立之。（民法五二二條）

(三) 委任者，當事人之一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約也。民法稱委託他方處理事務之當事人為委任人，稱為委任人處理事務之他方當事人為受任人。委任人所委託之事務，或為事實行為，或為法律行為，或為訴訟行為，均無不可。(註二) 受任人允受其委託，即有為其處理之義務。惟受任人對於委任人即未有明白之允受表示，而有承受委託處理一定事務之公然表示者，則如對於該事務之委託，不即為拒絕之通知時，視為允受委託。(民法五三〇條)

(四) 委任者，關於勞務給付之典型契約也。以勞務給付為標的之契約，民法所規定者，除委任外，有僱傭、承攬、出版、居間、寄託、運送等多種。此外不為民法所規定，而性質屬於此類者，自仍不在少數。委任契約乃此種關於勞務給付之典型契約。凡關於勞務給付之契約，不屬法律所定其他契約之種類者，皆適用關於委任之規定。(民法五二九條)

(註一) 在羅馬法，無論委任之當事人有無特約，受任人絕對不能受報酬。然依羅馬人之習慣，委任人對於受任人支付謝金者有之，例如教師、醫師、律師等之報酬是也。惟此項謝金非普通之金錢上收入可比，受任人不能依尋常訴訟程序請求之。(參看應時，陳允合著羅馬法二二九頁)

德國民法六六二條明定委任乃無償之契約：“By the acceptance of a mandate the mandatary binds himself gratuitously to take charge of an affair for the mandator entrusted to him by the latter” (依王寵惠博士英譯本)

日本民法六四八條：“受任者非有特約，不得對委任者請求報酬。”似以無償為原則。但其商法對於委任則以有償為原則。日本

商法二七四條：「商人於營業範圍內爲他人爲某種行爲者，得請求相當之報酬。」

法國民法於一九八六條之規定與日本民法六四八條相同。

(註) 二) 委託爲民事訴訟之代理行爲者，稱曰訴訟委任。委託爲刑事訴訟之辯護行爲者，稱曰選任辯護。

第二節 處理權之授與

(一) 處理權之性質 處理權之性質，依民法關於委任之規定而觀，頗不明晰。據個人所見，所謂處理權，乃同時有權限及能力之二種意義者。以處理權作權限觀，受任人之處理權即其處理事務之權限，亦可謂係一種限度，乃委任人於其契約中指定者。以處理權作能力觀，則受任人之處理權乃與代理權同一意義，實係一種資格，經委任人之授與，得以委任人之名義爲意思表示，而使其法律效果直接歸於委任人者。我民法上之處理權，有時係權限之意義，有時兼有權限及能力之二種意義，應視委任事務之種類而定。大概僅使受任人爲事實行爲者，其處理權僅作處理事務之權限解，受任人於事實行爲之外且須爲法律行爲者，則其處理權於權限一種意義外，並有能力之意義。

(二) 處理權之授與 作權限解之處理權，自得於委任契約中訂定之。作能力解之處理權，亦得於委任契約中授與之。蓋依契約之內容可認爲有處理權之授與者，受任人即取得處理權，不必於契約之外，另以意思表示授與之。但亦得於契約外，另以意思表示授與之。此依民法五三二條：「受任人之權限依委任契約之訂定……」及五三一條：「爲委任事務之處理，須爲法律行爲，而該法律行爲依法應以文字爲之者，其處理權之授與，亦應以

文字爲之」之規定，可以推想而知。

(三) 處理權之範圍，依以下之所述定之：

(1) 依契約之訂定，受任人之權限，委任契約有訂定者，依契約之訂定。其訂定方法又有特別及概括之二種：

(甲) 特別訂定 委任人得指定一項或數項事務而爲特別委任。受任人受特別委任者，就委任事務之處理，得爲委任人爲一切必要之行爲。(民法五三二條五三四條)

(乙) 概括訂定 委任人得就一切事務而爲概括委任。受任人受概括委任者，得爲委任人爲一切法律行爲。但爲下列之行爲，須有特別之授權。換言之，即於契約中訂定概括委任外，委任人須另爲特別之授權行爲也：(a) 不動產之出賣或設定負擔，(b) 不動產之租賃其期限逾二年者，(c) 贈與，(d) 和解，(e) 起訴，(f) 提付仲裁。

(2) 依委任事務之性質，受任人之權限，委任契約未訂定者，依其委任事務之性質定之。(民法六三二條)

第二節 委任之效力

第一項 對於受任人之效力

(一) 委任事務之處理，受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務爲同一之注意。

(按法文此語當係指無償委任而言，觀下句自明。)其受有報酬者，應以善良管理人之注意爲之。受任人非有急迫之情事，並可推定委任人若知有此情事亦允許變更其指示者，不得變更委任人之指示。(民法五三五條五三六條)

(二)處理狀況之報告 受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人。委任關係終止時，應明確報告其顛末。(民法五四〇條)

(三)收益之交付 受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人。受任人以自己之名義，爲委任人取得之權利，應移轉於委任人。受任人苟爲自己之利益，使用應交付於委任人之金錢，或使用應爲委任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。(民法五四一條五四二條)

(四)過失之責任 受任人對於委任事務之處理，應依委任人之指示，並應以相當之注意爲之，苟有過失，自須負責。惟其負責之程度，則視其爲有償委任或爲無償委任而不同：

(1)有償委任 受任人處理委任事務，受有報酬者，依民法五三五條，應以善良管理人之注意爲之。故因欠缺此項注意，致生損害者，即屬有過失，對於委任人應負賠償之責。即非因有過失，而因逾越權限之行爲所生之損害，對委任人，亦應負賠償之責。(民法五四四條一項)

(2)無償委任 受任人處理委任事務，不受報酬者，依民法五三五條，應以與處理自己事務同一之注意爲之。但依五四四條二項，則受任人僅就重大過失，負過失責任。前後似相矛盾。按重大過失之構成，須受任人

全然欠缺注意。若受任人處理委任事務，非不加以注意，特其注意程度不及與處理自己事務同一之注意，致生損害者，即不得謂有重大過失。如受任人僅就重大過失始負責任，此時應不負所致損害之賠償責任。惟依吾人所見，委任契約即屬無償，受任人之責任亦不應如此之輕，故仍以依五三五條所定爲是。換言之，受任人處理委任事務，苟欠缺與處理自己事務同一之注意者，即屬有過失，對於委任人，即須負因此而生之損害賠償責任，雖其時受任人並非全然欠缺注意也。（註三）

（註三）關於注意及過失之等級及意義，參看本書三三七頁註八。

第二項 對於委任人之效力

（一）報酬之支付 委任契約定有報酬者，委任人即有支付之義務。縱未約定，如依習慣，或依委任事務之性質，應給與報酬者，經受任人之請求，委任人亦有支付之義務。報酬之支付，除契約另有訂定外，原則須於委任關係終止及爲明確報告顛末後爲之，否則受任人即有請求，委任人亦可不爲給付。但委任關係因非可歸責於受任人之事由，於事務處理未完畢前已終止者，受任人得就其已處理之部分，請求報酬。（民法五四七條五四八條）

（二）處理費用之償付 處理委任事務之必要費用，委任人因受任人之請求，應預付之。受任人已支出者，委任人應償還之，並付自支出時起之利息。（民法五四條五四六條一項）

（三）必要債務之清償 受任人因處理委任事務，負擔必要債務者，得請求委任人代其清償；未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保。（民法五四六條二項）

(四) 損害之賠償 受任人處理委任事務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向委任人請求賠償。
(民法五四六條三項)

(五) 請求權讓與之限制 委任人欲將委任事務之請求權讓與第三人者，非經受任人之同意不可。(民法五四三條) 蓋委任契約非尋常之債權契約可比，且受任人並有不受報償者。故尋常之債權讓與時，祇須通知債務人即可，而委任人之請求權讓與時，非經受任人同意不可。(民法二九七條參看)

第四節 復委任之許可

(一) 復委任之意義 受任人原則上雖應自己處理委任事務，但亦得例外使第三人代為處理，即所謂復委任是。受任人為復委任後，與委任人間，仍有法律上之關係，故與一般債務之承擔，自第三人承擔其債務後，債務人即脫關係者，殊有不同。

(二) 復委任之許可 受任人之復委任權，非由其委任契約當然取得，須有次述法律所定三種情事之一者，始許其有之：

(1) 經委任人之同意者。受任人經委任人同意，得使第三人代為處理委任事務者，自得選任第三人為之。

(2) 另有習慣者。按委任事務之性質，當地有通行習慣，得使第三人代為處理者，受任人得選任第三人為之。但委任人為反對之意思表示者，受任人應從其表示。此因習慣祇有補充當事人意思之效力，當事人有

反對之意思時，應無適用之餘地也。

(3) 有不得已之事由者。受任人有不得已之事由，不能親自處理事務者，亦得使第三人代為處理。
(以上見民法五三七條)

(三) 復委任之效力 可分二項述之：

(1) 對於受任人 受任人為復委任後，對於委任人，僅就第三人之選任，及其對於第三人所為之指示，負其責任。此外因可歸責於第三人之事由，致委任人受有損害者，受任人概不負責。但受任人之復委任並無前述法定之理由者，則應就該第三人之行為，與就自己之行為，負同一責任。(民法五三八條)

(2) 對於委任人 復委任雖似僅存於受任人及第三人間之關係，實不盡然，蓋委任人對於該第三人，關於委任事務之履行，有直接請求之權也。(民法五三九條)

第五節 委任之終止

委任契約之終止，可分意定終止及法定終止之二種。分述如下：

(一) 意定終止 意定終止者，因當事人之意思而使契約終止之謂也。委任契約之任何一方當事人，皆得隨時終止其契約。惟終止之時，應擇有利於他方之時期為之。如於不利於他方之時期終止契約者，應負擔損害賠償責任。但因非可歸責於該當事人之事由，致不得不終止契約者，不在此限。(民法三四九條)

(二) 法定終止 法定終止者，因有法律所定之原因事實發生，致契約效力終止之謂也。委任關係，法律規

定：因當事人一方死亡，破產，或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限。（民法五五〇條）前條情形，如委任關係之消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人或其繼承人，或其法定代理人，於委任人或其繼承人，或其法定代理人，能接受委任事務前，應繼續處理其事務。（民法五五一條）因當事人一方死亡，破產，或喪失行為能力，而使委任關係消滅者，他方當事人未必即知其事由，為保護其利益計，應使其在知其事由前，或可得而知其事由前，委任關係視為存續。（民法五五二條）

第十章 居間

第一節 居間之意義

稱居間者，謂當事人約定，一方爲他方報告訂約之機會，或爲訂約之媒介，他方給付報酬之契約也。（民法五六五條）分析言之：

（一）居間者，雙務且有償之契約也。居間當事人雙方互負義務，亦互得權利，且其所得權利即其所負義務之對價，故爲雙務且有償之契約。

（二）居間者，以幫助本契約之訂結爲目的之從契約也。居間契約之目的在媒介本契約之當事人，使進而訂結契約，故爲從契約之性質。居間人並非本契約之當事人，對於本契約之雙方當事人皆不發生本契約上之權利義務關係。故居間人就其所媒介成立之契約，無爲當事人給付之權，亦無爲當事人受領給付之權。（民法五七四條）

第二節 居間之效力

（一）機會之報告 居間人有爲其委託人報告訂約機會之義務，固無待言。惟報告之時，並應注意下述二點：（1）居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。（2）對於顯無支付能力之人，或知其無訂

立該約能力之人，不得爲其媒介。（民法五六七條）

（二）報酬之給付 居間爲有償契約，報酬已約定者，委託人固有給付之義務，即未約定，而依情形，非受報酬，即不爲報告訂約機會或媒介者，視爲允與報酬，委託人亦有給付之義務。惟給付報酬乃爲答謝居間人媒介訂約之功。苟居間人雖曾爲訂約有所報告或媒介，乃其契約未因其報告或媒介而成立者，尙不得請求報酬。即契約已因其媒介而成立，但其效力尙未發生者，如附有停止條件之契約，於條件成就前，居間人亦不得請求報酬。報酬之數額，已約定者，自應從其約定，未約定者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按照習慣給付。但約定之報酬較居間人所任勞務之價值，爲數過鉅，失其公平者，法院得因委託人之請求酌減之。惟已給付之報酬，則不得請求返還。居間人之報酬，除契約另有訂定，或另有習慣外，由本契約當事人雙方平均負擔之。（民法五六六、五六八、五七〇、五七二等條）

（三）費用之償還 居間人因媒介契約之成立，或有費用之支出，惟通常此項支出，概於契約成立後所得報酬中取償之。故非經約定，居間人不得於報酬之外，另有支出費用償還之請求。即契約不成立者，非有特約，居間人亦不得要求償還。（民法五六九條）

（四）背信之制裁 居間對於委託人有據實報告之義務，對於顯無支付能力之人，或知其無訂立該約能力之人，且有不得爲其媒介之義務，前已言之。今如違反其義務，而爲利於委託人之行爲，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，不能不有相當之制裁。其制裁在刑法上，應按背信罪（註一）處罰，在民法上應按

侵權行爲負損害賠償責任，同時因居間契約所得之利益並予剝奪，蓋居間人既已背信，應不得再向委託人請求報酬及償還費用也。（民法五七一條）

（註）一背信罪，新刑法三四二條有如下之規定：「爲他人處理事務，意圖爲自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而爲違背其任務之行爲，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑，拘役，或科或併科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」

第三節 隱名居間

（一）隱名居間之意義 通常居間人爲雙方當事人媒介時，必以雙方之姓名或商號互相告知，以便進而訂立契約。茲所謂隱名居間，即居間人對於當事人之一方，並不以他方之姓名或商號告知之。故在通常居間，居間人並非本契約之當事人，無爲當事人給付或受領給付之權。而在隱名居間，則對於當事人之一方，居間人處於相對人之地位，有爲給付或受領給付之權利義務。

（二）隱名居間之成立 隱名居間之性質與效力俱與通常之居間不同，其成立自須依居間人與委託人間之合意。苟居間人與其委託人間本僅有通常居間之契約，果欲變爲隱名居間者，應先經居間人之同意。蓋隱名居間之居間人責任較重，居間人是否願意負擔，應有考量之權也。乃民法於五七五條一項，竟定爲：「當事人之一方，指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務。」似於居間人之利益過於漠視，殊覺不妥。

（三）隱名居間之效力 居間人不以當事人一方之姓名或商號告知相對人時，應就該方當事人由契約

所生之義務，自己負履行之責。其應受領之給付，亦得爲其受領。（民法五七五條二項）換言之，此時對於本契約之出名當事人，居間人乃其契約之相對人，對之應負履行契約之責。居間人之委託人（即隱名當事人）反非本契約之當事人，不過其與居間人間因有隱名居間之契約關係，得自居間人，承受本契約之利益與義務而已。

第十一章 行紀

第一節 行紀之意義

行紀又稱牙行，乃以自己之名義，為他人之計算，為動產之買賣，或其他商業上之交易，而受報酬之營業也。
(民法五七六條) 分析言之：

(一) 行紀者，以自己之名義，為他人而交易之營業也。行紀人與代辦商代理人不同之處，在以自己之名義為交易，而非以他人名義為意思表示。其與居間人不同之處，則在居間人僅媒介契約使之成立，自己非所媒介之契約之當事人，(隱名居間之居間人除外) 而行紀人則自己為交易之主體。惟行紀人雖以自己之名義為交易，然其交易之結果則歸之他人，無論損益，概無得失，法文所謂「為他人之計算」者，即此意也。

(二) 行紀者，為他人買賣動產或其他商業上之交易之營業也。行紀人為他人所為之交易，限於動產之買賣，或其他商業上之交易。若不動產之買賣，及非屬於交易性質之法律行為，皆不在行紀範圍之內。

(三) 行紀者，依委託契約自委託人受領報酬之營業也。行紀人為委託人買賣交易，目的無非在得報酬，故以受領報酬為必要。其與委託人間之委託契約，因之為雙務且有償之契約。

第二節 行紀當事人間之關係

行紀當事人間之關係，可分以下二項述之：

(一) 行紀人與交易相對人間之關係

行紀人之爲交易買賣，雖係受委託人之委託，並爲委託人之計算，然當其與相對人交易時，乃以自己之名義爲之。在交易相對人觀之，其交易之對方實爲行紀人，而非行紀人之委託人。故行紀人對於交易相對人，應「自得權利，並自負義務。」(民法五七八條)若行紀人不履行債務，或不受領給付時，相對人可以對之行使權利也。

(二) 行紀人與委託人間之關係

(1) 契約之履行 行紀人爲委託人之計算所訂立之契約，其契約之他方當事人，不履行債務時，對於委託人，應由行紀人負直接履行契約之義務。但契約另有訂定，或另有習慣者，不在此限。(民法五七九條)

(2) 交易之價額 行紀人爲委託人而買賣時，自應依委託人所指定之價額爲之。若行紀人以高於委託人所指定之價額賣出，或以低於委託人所指定之價額買入者，其利益均歸屬於委託人。若行紀人以低於委託人所指定之價額賣出，或以高於委託人所指定之價額買入者，則非由行紀人担任或補償其差額，其賣出或買入，對於委託人不發生效力。(民法五八一條五八〇條)

(3) 交易物之保管與處置 行紀人爲委託人之計算，所買入或賣出之物，爲其占有時，應以善良管理人之注意，保管其物。但除委託人另有指示外，行紀人對於所保管之物，不負付保險之義務。(民法五八三條)委託出賣之物，於達到行紀人時，有瑕疵，或依其物之性質易於敗壞者，行紀人爲保護委託人之利益，應與保護

自己之利益爲同一之處置。(民法五八四條)

(4) 自己買受或出賣之限制 行紀人既爲委託人之計算而買賣，故原則上不得以自己爲買受人或出賣人，藉免損人利己之嫌。但所買賣者爲貨幣、股票或其他市場上定有市價之物者，則因既有一定之市價，當可無虞有他，除有反對之約定外，行紀人得自爲買受人或出賣人，其價值以依委託人指示而爲出賣或買入時市場之市價定之。(民法五八七條一項) 行紀人得自爲買受人或出賣人時，如僅將訂立契約之情事，通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知者，視爲自己負擔該方當事人之義務。(民法五八八條)

(5) 報酬及其他費用之請求 行紀人得依約定或習慣，請求委託人給付報酬、寄存費、及運送費，並得請求償還其爲委託人之利益而支出之費用及其利息。(民法五八二條) 行紀人自己爲出賣人或買受人時，仍得請求委託人給付報酬及其他費用。(民法五八七條二項)

(6) 拒絕受領之救濟 行紀人爲委託人買入之物，如係依其指示而爲者，委託人不得拒絕受領。委託人拒絕受領者，行紀人得定相當期限，催告委託人受領。逾期不受領者，行紀人得拍賣其物，並得就其對於委託人因委託關係所生債權之數額，於拍賣價金中取償之，如有賸餘，並得提存。但買入之物如爲易於敗壞之物者，行紀人得不爲前項之催告，逕將其物拍賣，就其賣得價金行使權利。(民法五八五條)

(7) 拒絕取回之救濟 委託行紀人出賣之物不能賣出，或委託人撤回其出賣之委託者，委託人有將其物取回之義務。委託人不於相當期間，取回或處分其物時，行紀人得依前述拒絕受領之救濟方法，行使其權

利。(民法五八六條)

第十二章 寄託

第一節 寄託之意義

稱寄託者，謂當事人之一方以物交付他方，他方允為保管之契約也。（民法五八九條一項）分析言之：

（一）寄託者，要物而不要式之契約也。寄託契約之成立，以寄託物之交付為要件，故為要物契約。但無須履行一定之方式，故又為不要式契約。

（二）寄託者，得為雙務或單務之契約，亦得為有償或無償之契約也。寄託契約當事人之一方為他方保管寄託物，有無報酬，依其契約之所定。契約未曾訂定時，如依情形，非受報酬即不為保管者，得請求報酬。除此而外，則以不得請求報酬為原則。（民法五八九條二項）得請求報酬之寄託契約為雙務且有償之契約，不得請求報酬之寄託契約則為單務且無償之契約。

（三）寄託者，當事人之一方以物交付他方使為保管之契約也。以物交付他方使為保管之一方稱曰寄託人，為其保管之他方則曰受寄人。寄託人所寄託於受寄人者必為動產之物，始能成立寄託契約。若以嬰孩寄託他人撫養者，雖亦能成立契約，應非所謂寄託契約。寄託人以物交付於受寄人時，其所有權仍屬於自己，不過以其物之占有移轉於受寄人而已。寄託物之性質並無限制，即為可代替之消費物，亦得以之寄託。祇須將來以原物為

返還，即屬通常之寄託。惟如約定將該寄託物之所有權移轉於受寄人，受寄人不得以原物爲返還，而以種類品質數量相同之物爲返還者，自受寄人受領該物時起，應適用關於消費借貸之規定耳。（民法六〇二條一項）

（四）寄託者，他方對於寄託物允爲保管之契約也。受寄人不問受領報酬與否，既與寄託人訂立契約，即有保管寄託物之義務。惟其責任止於靜態之保管而已，對於寄託物，固無爲改良之責也。且非經寄託人之同意，不得自己使用之，或使第三人使用之。受寄人違反者，對於寄託人應給付相當報償。如有損害，並應賠償。但能證明縱不使用寄託物仍不免發生損害者，不在此限。（民法五九一條）

第二節 寄託之效力

（一）對於寄託物之注意 受寄人對於寄託物有爲保管之義務，已見前述。惟其爲保管時應以如何程度之注意爲之，則視其有否受領報酬而定。受寄人受有報酬者，對寄託物之保管，應以善良管理人之注意爲之，否則應與處理自己事務爲同一之注意。（民法五四〇條）

（二）寄託物危險之負擔 寄託人雖以寄託物之占有移轉於受寄人，仍保留其所有權。按物之危險責任應由所有權人負擔之原則，則寄託物在寄託中因不可歸責受寄人之事由而遭遇危險時，其損失自應由寄託人負擔。但寄託物爲金錢時，因受寄人無須返還原物，原物之所有權自交付時起即移轉於受寄人，故其利益及危險亦自交付時起移轉於受寄人。（民法六〇三條二項）

（三）保管之方法 寄託物保管之方法經約定者，從其約定。未經約定者，應解爲依通常慣用之方法。約定

之方法，受寄人不得任意變更之。除非有急迫之情事，並可推定寄託人若知有此情事，亦允許變更其約定之方法者，受寄人始得變更之。（民法五九四條）

（四）代替保管之限制 受寄人應自己保管寄託物。但經寄託人之同意，或另有習慣，或有不得已之事由者，得使第三人代為保管。（民法五九二條）受寄人違反前條之規定，使第三人代為保管寄託物者，對於寄託物因此所受之損害，應負賠償責任。但能證明縱不使第三人代為保管，仍不免發生損害者，不在此限。（民法五九三條一項）受寄人依前條（五九二條）之規定，使第三人代為保管者，僅就第三人之選任及其對於第三人所為之指示，負其責任。（民法五九三條二項）

（五）損害之賠償 受寄人因寄託物之性質或瑕疵所受之損害，寄託人應負賠償責任。但寄託人於寄託時非因過失而不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵，或為受寄人所已知者，不在此限。（民法五九六條）

（六）費用之償還 受寄人因保管寄託物而支出之必要費用，寄託人應償還之。但契約另有訂定者，依其訂定。（民法五九五條）

（七）報酬之給付 寄託約定報酬者，應於寄託關係終止時給付之。分期定報酬者，應於每期屆滿時給付之。寄託物之保管非可歸責於受寄人之事由而終止者，除契約另有訂定外，受寄人得就其已為保管之部分，請求報酬。（民法六〇一條）

（八）寄託物之返還 關於寄託物之返還，法律有如次之規定：

(1) 返還之時期 寄託物之返還有經約定期限者，有未經約定期限者，其返還之時期因而略有不同。茲分述如下：

(甲) 經約定期限者 寄託物返還之時期雖經約定，寄託人仍得隨時請求返還。(民法五九七條)
但寄託物為金錢，受寄人得以同一數額返還者，寄託人非有不得已之事由，不得於期限屆滿前請求返還。(民法六〇三條三項)

(乙) 未經約定期限者 此又有二種情形：

(A) 契約未定返還期限者，受寄人得隨時返還寄託物。

(B) 契約定有返還期限者，受寄人非有不得已之事由，不得於期限屆滿前返還寄託物。(民法五九八條)

(2) 返還之地點 寄託物之返還，於該物應為保管之地行之。但寄託人依前述之規定，使第三人代為保管，或變更保管之方法，將寄託物轉置他處者，得於物之現在地返還之。(民法六〇〇條)

(3) 返還之物 受寄人返還寄託物時，應將該物之孳息一併返還。(民法五九九條) 其所返還之物，通常自為原物，例外僅許以代替物為寄託並經約定得由受寄人以種類、品質、數量、相同之物為返還時，始得不以原物為返還。(民法六〇二條參看) 但寄託物為金錢時，則不問有無約定，一概推定受寄人無返還原物之義務，只須以同一之數額返還之即可。(民法六〇三條一項)

(4) 返還之相對人 寄託物之返還，應向寄託人爲之，本無疑義。然荷遇第三人就寄託物出而主張權利者，受寄人應向何人爲返還乎？法律規定此時該第三人除對於受寄人已提起訴訟或爲扣押外，受寄人仍有返還寄託物於寄託人之義務。第三人提起訴訟或爲扣押時，受寄人因須等待訴訟之結果，雖得暫時不將寄託物返還，但應即將其事由通知寄託人。(民法六〇四條)

(九) 請求權之時效 關於寄託契約之報酬請求權，費用償還請求權，或損害賠償請求權，均有特別消滅時效，其期間爲一年，自寄託關係終止時起，均因一年間不行使而消滅。(民法六〇五條)

第三節 旅店飲食店浴室主人之特別責任

旅店飲食店及浴室之主人對於客人所攜帶之物品，不僅須處於受寄人之地位，爲其保管，其保管之責任且較一般寄託之受寄人爲重。茲分述其特別規定如後：

(一) 對於通常物品之責任 旅店或其他以供客人住宿爲目的之場所主人，或飲食店浴室之主人，對於客人所攜帶之通常物品，不問曾否受其交付或報明，苟有毀損喪失，均應負責。但其毀損喪失係由第三人所致者，則旅店或其他以供住宿爲目的之場所主人仍應負責，而飲食店浴室之主人則不必負責。(因無明文規定) 但客人所攜帶之物品，如因不可抗力，或因其物之性質，或因客人自己，或其伴侶，隨從，或來賓之故意或過失，致毀損喪失者，則上述各店主人皆不負責。(民法六〇六條六〇七條)

(二) 對於貴重物品之責任 客人之金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品，非經報明其物之性質及數量，

交付保管者，不問爲旅店、飲食店、或浴室，其主人均不負責。但主人無正當理由拒絕爲客人保管前項物品者，對於其毀損喪失，應負責任，其物品因主人或其使用人之故意或過失而致毀損喪失者，亦同。（民法六〇八條）

（三）免責揭示之無效 旅店、飲食店、浴室之主人依前述規定應負之責任，以揭示限制或免除之者，其揭示無效。（民法六〇九條）但以書面約定之方式，經客人之同意而爲限制或免除者，是否無效，法無明文，應解爲可以有効。

（四）通知之必要 客人知其物品毀損喪失後，應即通知主人。怠於通知者，喪失其損害賠償請求權。（民法六〇一條）

（五）特別之時效 客人因所携物品之毀損喪失，得向主人請求損害賠償者，自發見喪失或毀損之時起，六個月間，因不行使而消滅。自客人離去場所後，經過六個月者，亦同。（民法六一一條）後者之情形，蓋不問客人曾否發見其所携物品之毀損喪失，既經離去場所達六個月之久，即不得再行使請求權。

（六）留置權之賦與 旅店、飲食店及浴室之主人就住宿、飲食或墊款所生之債權，於未受清償前，對於客人所携帶之行李及其他物品，有留置權。（民法六一二條）按客人所携帶之行李及其他物品，對於因住宿、飲食或墊款而生之債權，本無牽連之關係，若依留置權之取得，須其債權之發生與所留置之動產有牽連之關係，（參看民法九二八條）本不能留置。法律所以特許留置者，當係爲保護債權人計，故使本無牽連關係者，亦得視爲有牽連關係也。（註一）

（註一）此點可參看本書三四七頁。

第十三章 倉庫

第一節 倉庫之意義

倉庫俗稱堆棧，本泛指以堆藏及保管物品爲目的之建築物或場所而言。惟本章所謂倉庫，則其意義較狹，僅專指以堆藏及保管他人所寄託之物品爲目的之建築物或場所而言。若以堆藏及保管自有之物品爲目的，雖亦名爲倉庫，應不在所述範圍之內。

同爲堆藏及保管他人物品之倉庫中，又可分爲二類：一爲保稅倉庫，一爲營業倉庫。保稅倉庫俗語又稱關棧 (bonded godown) 乃爲堆藏由他地輸入，稅關手續尙未完備之貨物之倉庫。其主要目的不在藉堆藏及保管而得報酬，而在獎勵通過貿易及再輸出之發達。蓋由他地輸入之貨物，在未移銷內地以前，既得再由本地輸出，不妨許其暫時免納關稅，以省手續也。各國保稅倉庫通例，且允凡由內國輸出，外國之貨物，亦可堆藏於保稅倉庫內，以免繳納內地消費稅者。(註一) 若營業倉庫則不然，其主要目的即在藉堆藏及保管之業務而得利益，別無行政上之作用。私人所辦以堆藏及保管他人物品爲營業之倉庫，皆屬此類，本章所述者，亦以此類倉庫爲對象焉。

以吾國現在之倉庫而論，真正屬於營業倉庫之性質者，大抵不外碼頭倉庫及金融倉庫之二種。碼頭倉庫，多爲各輪船公司所兼營，以便利貨物轉運及上下爲主要之目的。其堆藏及保管貨物之業務，反在其次。以上海言，各

碼頭倉庫之收入並不以棧租爲主，而以貨物之上下力爲主，故非純粹之營業倉庫。金融倉庫亦然，因多爲各銀行所經營，以堆藏及保管因放款所收受之抵押品爲目的，故普通受託保管之業務，反成附庸也。（註二）

（註一）參看丁振一君著堆棧業經營概論二十三以次各頁。（商務出版）

（註二）工商半月刊有上海堆棧業之調查，甚爲詳盡，載該刊一卷十號至十四號，可資參考。

第二節 倉庫營業人之意義

倉庫之意義，既如上述，則倉庫營業人之意義，亦可明瞭。民法六一三條：「稱倉庫營業人者，謂以受報酬而爲他人堆藏及保管物品爲營業之人。」即所述營業倉庫之經營人也。倉庫營業人與受寄人性質上並無不同之處，不過受寄人不必以寄託爲其營業，且無須有特別設備之保藏場所，而倉庫營業人則必須有倉庫或其他有設備之場所，且必以經營倉庫爲其營業而已。（註三）故可謂倉庫營業乃寄託之一種，具有特殊之內容者。民法規定除倉庫本節有規定者外，準用關於寄託之規定者，即因倉庫營業與寄託雖有若干相異之處，根本上究屬同一性質也。（民法六一四條）（註四）

（註三）何謂營業？頗難下一定義，大概言之，凡以營利之目的，以經營一定之商事事業爲常業者，皆可謂係營業。參看本書四十四頁。

（註四）民法債編倉庫一節，僅就倉庫營業人與寄託人間之關係略有規定，亦極簡陋。對於倉庫營業人業務上應有之種種責任，多付闕如。例如倉庫應有如何之設備，如何管理，填發倉單應如何謹慎，以及違背其責任時應如何處罰等等，均未規定，亟有待於單行之倉庫業法以補充之。

第三節 倉庫契約之意義

倉庫營業人與寄託人間，因訂立倉庫契約而發生權利義務關係。關於倉庫契約之意義，民法倉庫本節雖無明文可以據以解釋，但可準用寄託契約之規定。按寄託契約乃要物而不要式之契約，且可爲無償之契約。倉庫契約應亦爲要物之契約。惟倉庫契約能否爲不要式及無償契約，則不無懷疑之點。所謂不要式者，即契約之訂立不必具備一定方式之謂也。倉庫營業人常因寄託人之請求，填發倉單。說者或謂此即倉庫契約須具備一定方式之明證。不知倉單之填發乃契約成立後之效力，非以填發倉單爲契約成立之要件也。又查通常倉庫契約之訂立，雖多有書面之契約，其書面契約且多係印刷品，但亦非以書面契約之有無定其契約成立與否之標準。當事人間即未有書面之契約，苟對契約之內容已有合意，且將堆藏之物品交付於倉庫營業人者，即可認爲有倉庫契約之訂立也。

倉庫契約應爲有償契約，此本於倉庫係一種營業之性質，當然爲應有之解釋。倉庫營業人雖得不受報酬，爲某特定之寄託人堆藏物品，然因此而發生之契約關係，應不能與一般之倉庫契約同視。蓋本章所述倉庫營業人之權利義務，乃先假定其係以倉庫事業爲營利之人，從而定其應享之權利及應負之義務。若倉庫營業人以無償契約爲人堆藏物品者，其權利固有不同，其義務亦應減輕爲是。故吾人以爲無償之倉庫契約，應準用無償寄託之規定，而不能作爲一般之倉庫契約也。

第四節 倉單之意義

倉庫契約原則上乃不要式之契約，倉單之填發更非倉庫契約成立之要件，已如前述。然倉單上所應記載之事項，皆倉庫契約中之重要條款也。依民法六一六條之規定，倉單上應記載下列事項，並由倉庫營業人簽名：(1) 寄託人之姓名及住址，(2) 保管之場所，(3) 受寄物之種類、品質、數量，及其包皮之種類、個數，及記號，(4) 倉單填發地，及填發之年月日，(5) 定有保管期間者，其期間，(6) 保管費，(7) 受寄物已付保險者，其保險金額，保險期間，及保險人之名號。

按倉單上所載各項，實已將倉庫契約中之重要內容，備載無遺，當事人間即未有書面之契據，憑此倉單亦足以主張權利，履行義務。學者謂倉單有債權的效力者，即以此也。

然倉單非僅有債權的效力而已，且有物權的效力焉。倉單經貨物所有人為背書，並經倉庫營業人簽名後，以之移轉時，有倉單所載貨物之所有權移轉的效力。(民法六一八條)換言之，當事人間僅憑倉單之交付，即足生貨物所有權移轉之效力，不必為實物之授受也。故倉單可認為有價證券之一種。惟有價證券之特質，在證券上之權利因證券之作成而發生，因證券之移轉而移轉，因證券之滅失而喪失。(註五)而倉庫營業人與寄託人間之權利義務關係則在倉單填發之先，已經發生，非因倉單之作成而始發生，故非完全有價證券。惟倉單若就其移轉能生貨物所有權移轉之效力一點而觀，則與一般有價證券無異。

因倉單之移轉能生貨物所有權移轉之效力，或有疑其為流通證券者，不可不辯。流通證券，依吾人之所見，其涵義應包含兩個特點：(1) 就證券上權利之移轉方式而言，流通證券乃因背書或交付而移轉之證券，而一般

債權及無流通性之有價證券，則移轉時必須通知債務人，或於背書之外，更須向債務人處登記。(2)就證券上權利之移轉效力而言，流通證券之受讓人，其所享證券上之權利得優於讓與人，而一般債權及無流通性之有價證券之受讓人，則其所享證券上之權利不得優於讓與人。(註六)倉單移轉時，除須貨物所有人在倉單上為背書外，並須經倉庫營業人之簽名，可見其移轉之方式已與一般流通證券不同，應非吾人所謂之流通證券。(註七)

總上所述，可知倉單者，有債權的及物權的兩種效力之證券也。因其有債權的效力，故足為倉庫契約之證明文件；因其有物權的效力，故可以代表實物而授受。惟倉單雖係有價證券，却非流通證券也。

我國民法，對於倉單，取單券制度。單券制度乃別於複券制度而言。單券制度祇承認有一種倉單，無論以之提取貨物，移轉於人，或以之抵押借款，祇就此一種倉單為之。複券制度則承認有二種倉單，一曰提取倉單，一曰作質倉單。提取倉單祇供貨物之提取，及貨物所有權移轉之用。欲以倉單中之貨物供借款之担保，或供其他作質之用者，必另發作質倉單。我國民法既取單券制度，則就倉單設定質權時，自應依照一般無流通性之有價證券設定質權時之辦法，除交付倉單外，且非於倉單上為質權背書，並經倉庫營業人之簽名不可。(註八)

我國現時，純粹之營業倉庫尚屬少見，有之多為碼頭倉庫及金融倉庫，故倉單亦多為此種倉庫所習用之證券，不惟形式上與法定要件多有出入，即效力上亦與法律規定未必盡合。故僅能目為有相當習慣上效力之證券，非有一定法律上之效力也。(註九)

(註五)關於有價證券，參看本書

頁。

(註六)關於流通證券，參看本書二二一頁。

(註七)以倉單移轉時，受讓人能否有優於其前手之權利，民法無規定。依無特別之規定即應依一般規定之原則，倉單之受讓人自不能有優於讓與人之權利。

(註八)就有價證券設定質權，可參看本書三三九頁。

(註九)民法債編倉庫本節，對於倉庫證券祇定有倉單一種。而事實上之需要，則決非此一種倉單所能應付。依我國習慣所用堆棧之證券而言，即多至五種。(詳見本章之附錄)此種非倉單性質之堆棧證券，法律上既無特別規定，純憑其習慣效力而使用，危險甚大，甚盼政府即有單行法規出而救濟之。

第五節 倉庫契約之效力

(一)倉單之填發 寄託人自與倉庫營業人成立契約之後，即得請求倉庫營業人填發倉單，倉庫營業人有填發之義務。(民法六一五條)倉單上應有之各項記載，倉庫營業人應錄入倉單簿之存根。(民法六一六條二項)

(二)貨物之分割 寄存於倉庫之貨物，倉單持有人得請求倉庫營業人將其分割為數部分，並填發各該部分之倉單。但持有人應將原倉單交還，並負擔因分割及填發新倉單之費用。(民法六一七條)

(三)貨物之檢點 倉庫營業人，因寄託人或倉單持有人之請求，應許其檢點寄託物，或摘取樣本。(民法六一〇條)

(四)貨物之保管 倉庫營業人應以善良管理人之注意，保管寄存之貨物。但不得自己使用或使第三人

使用寄存之貨物。保管之方法經約定者，非有急迫之情事，並可推定寄託人若知有此情事，亦允許變更其方法時，倉庫營業人不得變更之。（民法五九〇、五九一、五九四等條參看）

（五）貨物之移去 寄託於倉庫之貨物，關於其移去，法律有如次之規定：

（一）寄託人爲移去之請求者 契約縱定有保管之期間，寄託人仍得隨時請求移去。（民法五九七條參看）

（二）倉庫營業人爲移去之請求者 此可分二種情形：

（甲）約定有保管期間者 契約定有保管期間者，倉庫營業人於期間屆滿前，不得請求移去寄託物。

（乙）未約定保管期間者 契約未定有保管期間者，自爲保管時起經過六個月，倉庫營業人得隨時

請求移去寄託物。但應於一個月前通知寄託人。（以上兩項見民法六一九條）

（三）寄託人或倉單持有人拒絕或不能移去寄託物者 倉庫契約終止後，寄託人或倉單持有人，拒絕或不能移去寄託物者，倉庫營業人得定相當期限，請求於期限內移去寄託物。逾期不移去者，倉庫營業人得拍賣寄託物，由拍賣代價中扣去拍賣費用及保管費用，並應以其餘額交付於應得之人。（民法六二一條）

（六）報酬之給付 倉庫契約約定之報酬，應於契約關係終止時（即貨物移去時）給付之。分期定報酬者，應於每期屆滿時給付之。契約因非可歸責於倉庫營業人之事由而終止者，除契約另有訂定外，倉庫營業人得就其已爲保管之部分請求報酬。（民法六〇一條參看）

(七)留置權之賦與 倉庫營業人因保管寄託物而生之報酬請求權，已屆清償期而未受清償者，對於寄託物有留置權。此於民法倉庫本節雖未有明文，然依留置權之規定，凡債權之發生與所占之動產有牽連之關係者，苟其債權已至清償期，且其動產非因侵權行為而占有者，皆得就所占之動產有留置權，固應如此解釋也。

(註一〇)

(註一〇)關於留置權及牽連關係，參看本書三四七頁。

第六節 倉庫契約之移轉

倉庫契約之移轉與一般契約之移轉略有不同。一般契約之移轉，如係雙務契約，契約當事人間應有同意。例如甲乙之間互有債權債務，甲欲以其對乙之債權債務俱移轉於丙時，須得乙之同意。因其中債權部分讓與時固無須經乙之同意，而債務部分則欲令丙承擔，非得乙之同意不可。故乙如對於丙之承擔債務，未能同意，甲尙不能完全脫退其與乙之契約關係。此時甲雖得讓與其債權於丙，令乙向丙履行債務，但自己對乙所負之債務，仍須自己履行之也。

倉庫契約則不然。寄託人欲以其寄託於倉庫中之貨物移轉於第三人時，祇須於倉單背書，並經倉庫營業人之簽名即可。(民法六一八條)倉庫營業人對於其移轉，無不同意之權。倉庫營業人就其有保管寄託物及交付寄託物之義務而言，對於寄託人雖為債務人，就其有要求保管費用之權利而言，對於寄託人則為債權人。按債務之承擔應得債權人同意之原則，寄託人欲使第三人代自己為契約之當事人，行使權利，負擔義務者，非先經倉庫

營業人之同意不可。而實際上倉庫營業人並無不同意之權，苟寄託人以己背書之倉單請求簽名者，無不爲之簽名。何則？因倉庫營業人依留置權之規定，對於寄存之貨物，於其因寄存關係而生之債權限度內，有留置並拍賣其物以求清償之權利也。寄存貨物之價值既必遠較保管費用爲大，倉庫營業人雖於契約移轉時無同意權，又何礙哉？

然此僅就寄託人方面欲移轉契約時言之而已，倉庫營業人方面欲移轉契約時，又將如何耶？法律於此並無明文。按普通寄託關係，受寄人非經寄託人之同意，或另有習慣，或有不得已之事由，不得使第三人代爲保管寄託物，倉庫營業人尤應如此。蓋倉庫之保管服務於設備上，管理上，各有特殊之情形，非經寄託人之同意，不得任意使其他之倉庫代爲之。惟倉庫營業人對於寄託人請求保管費之債權，則得如一般債權之讓與，自由移轉於第三人耳。

附錄 我國近代式之倉庫單據

(本文從俗，凡於倉庫，概稱堆棧，倉單則稱棧單，係依據前揭之工商半月刊及丁振一君所編堆棧業經營概論一書中之記載。)

我國近代式堆棧多為外國輪船公司所附設，或為外國洋行所經營，即偶有我國人所經營者，亦多由洋商出面而稱為洋棧。故其棧單以及其他文件概用英文。甚至即純粹由我國金融業者所經營之堆棧，亦以拘於習慣之故，其棧單亦用英文，唯註明「棧單內填注字樣，華文英文同一有效」而已。

我國近代式堆棧業所發行之單據，大體可分為五種：

(1) 棧單 (Годовый warrant 略為 G/W) 乃我國現行堆棧單據中最近似各國通行之一枚制堆棧證券者。棧單上所載明事項，大約不外：(a) 抬頭戶名 (即寄託人)，(b) 貨名，(c) 件數，(d) 嚮頭 (即記號，mark，包裝符號)，(e) 保管場所，(f) 棧租數額，(g) 棧單號數，(h) 章程摘要，(i) 棧單發行地及年月日，(j) 堆棧經理及買辦會同簽字，或經理及會計員會同簽字等項。此項棧單多無流通力，以為移轉或抵押時多須經本棧註冊及簽字證明，方為有效。茲錄上海中國銀行棧單及天津金城銀行貨棧棧單中之聲明如下，藉觀一斑：

上海中國銀行棧單注意欄內第四