

柯凌漢著

中華債法論綱  
上

商務印書館發行

聯 圖 中  
中 聯 圖 中



多 讀

READ MUCH!

多 想      少 說

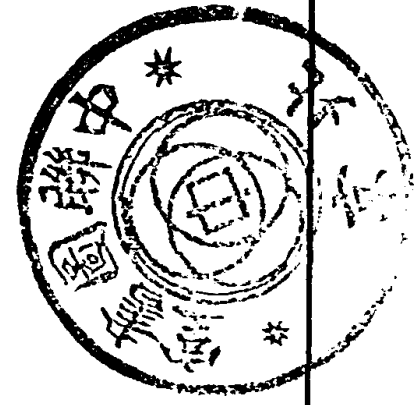
THINK MORE! TALK LESS!

584.3  
239  
2:1

柯凌漢著

中  
華  
債  
法  
論  
綱  
上

商務印書館發行



## 改版序

本書初版，倉卒印行，誤字屢見。此次除施精密訂正外，並基于一年來所搜集之材料，予以多少之增補。凡我國新刊之債法著述，及關於債法之判例解釋，足資參考者，均擇要增入。

本書初版，由著作自刊，印刷發行，諸感不便。此次改版，承鄭心南先生函介商務印書館印行，又勞校友柯君翊，分任訂正初版誤字，實深感劬，謹此致謝。

中華民國二十二年十一月十日

著者識



## 例言

一 余自己未秋歸國以來，歷在福建私立立法政專門學校，福建大學，廈門大學，福建學院，擔任民法講席，迄今十有三稔。六年前因在學諸生之請，曾將講稿一部分（債權法總論）修訂刊行，初版久已告罄。迨民國十八年，新民法前三編，先後公布，遂將舊稿，依照現行民法，詳加增補，印為講義，分給各生，而已畢業之校友，請求分送者，亦不乏人。因講義份數有限，無以徧應，抱歉奚似！今夏特利用休假期間，將債法總論及債法各論兩稿，重行修改，並附註解三百餘則，定名債法論綱，先付剞劂。其餘民法總則論綱，及物權法論綱，容俟異日續刊。聊供初學研究之助，非敢云著作也。

二 本書之主要目的，在以最經濟之方法，就新民法債編（十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行）為最有系統之研究，期能發見法律之真義。故敘述力求簡明，組織力求合理。但遇有重要問題，則亦不厭詳加討論，除參考我國學說判例外，並徵引外國重要之立法例判例學說，以資比較。

三 本書雖以民法債編之規定，為編述之根據，但其章節之排列，則不盡依法典之順序。至法典規定之有未當及遺漏之處，亦盡量評論，以貢一得之愚。

四 本書固多取材於中外學者之著述，惟其間亦不乏著者個人獨創之見解。如「賴他契約」，「保證債務之代位」

性，「不當得利返還義務之代位」及「消極侵權行為」等名稱，皆為他書所未見。上述研究未熟之主張，尤欲藉此提請大方之教正。

五 本書徵引中外學說時，每有附以反對之見解者。然此單純基於共同研究之目的，非欲故為異論。至其學說之出處，以有必要者為限，特舉其書名，餘從略。

六 本書所引之條文，其未經示明何種法律者，指民法法典。其他則各從其名稱。又本書所用之略語，如「舊民律」指前清之民律草案，「民國十年經廣東軍政府修正公布者」指「德民」指德國民法，「瑞債」指瑞士債務法。餘倣此。

七 外國語限於敘述語源，及外國學者姓名時用之。餘以其無必要，故不一一註入。

中華民國二十一年八月

著者識

# 目次

緒論.....一

第一部 總論.....三

第一章 債之意義.....三

第二章 債權與他之權利之區別.....四

第一節 債權與物權之區別.....四

第二節 債權與親屬權之區別.....六

第三節 債權與請求權之區別.....七

第三章 債之發生原因.....九

第四章 債之標的.....一〇

第一節 總說.....一〇

第一款 債之標的之意義.....一〇

第二款 債之標的之要件.....一一

第三款 債之標的之分類	一三
第二節 種類債	一五
第一款 種類債之性質	一五
第二款 種類債之特定	一六
第三款 制限の種類債	一八
第三節 金錢債	一九
第一款 金錢債之性質	一九
第二款 內國貨幣金錢債	二〇
第三款 外國貨幣金錢債	二一
第四節 利息債	二二
第一款 利息之意義	二二
第二款 利息之種類	二三
第三款 利率	二四
第四款 覆利	二六
第五款 利息債之特質	二八

第五節 選擇債	二九
第一款 選擇債之性質	二九
第二款 選擇債之特定	三〇
第三款 選擇債之給付不能	三三
第六節 任意債	三七
第七節 損害賠償債	三九
第一款 損害賠償債之性質	四九
第二款 損害賠償債發生之要件	四〇
第三款 損害賠償之方法	四六
第四款 損害賠償之範圍	四六
第五款 損害賠償額之確定	五一
<b>第五章 債之效力</b>	<b>五五</b>
第一節 給付義務	五五
第一款 總說	五五
第二款 給付之主體	五六

第三款 給付之處所.....	五九
第四款 給付之費用.....	六〇
第五款 給付之時期.....	六一
第二節 故意及過失.....	六三
第三節 給付不能.....	六九
第一款 給付不能之意義.....	六九
第二款 給付不能之分類.....	七一
第三款 給付不能之效果.....	七三
第四款 代價請求權.....	七四
第四節 履行遲延.....	七六
第一款 履行遲延之意義.....	七六
第二款 履行遲延之效果.....	七八
第三款 金錢債之履行遲延.....	七九
第四款 履行遲延之消滅.....	八〇
第五節 不完全履行.....	八〇

第六節 受領遲延·····	八二
第一款 受領遲延之意義·····	八二
第二款 受領遲延之效果·····	八五
第三款 受領遲延之消滅·····	八六
第七節 間接訴權·····	八七
第一款 間接訴權之意義及性質·····	八七
第二款 間接訴權之要件·····	八八
第三款 間接訴權之標的·····	八九
第四款 間接訴權之行使·····	九一
第五款 間接訴權之效力·····	九一
第八節 撤銷訴權·····	九二
第一款 撤銷訴權之意義及性質·····	九三
第二款 撤銷訴權之要件·····	九四
第三款 撤銷訴權之主體·····	九五
第四款 撤銷訴權之標的·····	九六

第五款 撤銷訴權之行使……………九八

第六款 撤銷訴權之效力……………九八

第七款 撤銷訴權之消滅……………一〇〇

第六章 債之移轉……………一〇一

第一節 債權之移轉……………一〇一

第一款 債權之讓與……………一〇二

第一項 債權讓與之意義……………一〇三

第二項 債權讓與之成立……………一〇三

第三項 債權讓與之許可……………一〇四

第四項 債權讓與之效力……………一〇六

第二款 債權之法定移轉……………一〇九

第二節 債務之移轉……………一一三

第一款 債務之承擔……………一一三

第一項 債務承擔之意義……………一一四

第二項 債務承擔之成立……………一一四



第三項	債務承擔之許可	一一六
第四項	債務承擔之效力	一一六
第五項	並存的債務承擔	一一八
第六項	概括的債務承擔	一一九
第二款	債務之法定移轉	一二〇
<b>第七章</b>	<b>債之消滅</b>	<b>一二〇</b>
第一節	總說	一二〇
第二節	清償	一二一
第一款	清償之意義	一二一
第二款	清償之性質	一二三
第三款	清償之受領	一二五
第四款	清償之證明	一二八
第五款	清償之抵充	一二八
第三節	代物清償	一三一
第四節	提存	一三四

第一款 提存之意義及性質	一三四
第二款 提存之原因及標的	一三五
第三款 提存之程序及費用	一三五
第四款 提存之效力	一三六
第五款 價金提存	一三八
第五節 抵銷	一三九
第一款 抵銷之意義及性質	一三九
第二款 抵銷之要件	一四〇
第三款 抵銷之許可	一四三
第四款 抵銷之方法	一四四
第五款 抵銷之效力	一四五
第六款 契約上之抵銷	一四六
第六節 免除	一四七
第七節 混同	一四七
第八節 更改	一四八

第一款	更改之意義及性質	一四九
第二款	更改之種類	一五〇
第三款	更改之效力	一五一
第九節	債權消滅之一般效果	一五二
<b>第八章</b>	<b>多數主體之債</b>	<b>一五四</b>
第一節	總說	一五四
第二節	連合債	一五五
第一款	連合債之意義	一五五
第二款	連合債之原因	一五五
第三款	連合債之效力	一五六
第三節	連帶債	一五六
第一款	連帶債務	一五六
第一項	連帶債務之意義	一五六
第二項	連帶債務之原因	一五八
第三項	連帶債務之效力	一五八

第一目 債權人之權利·····	一五八
第二目 就連帶債務人之一人所生事項之效力·····	一五九
第四項 連帶之免除·····	一六三
第五項 連帶債務人相互之關係·····	一六三
第一目 各債務人之担負部分·····	一六三
第二目 求債權·····	一六四
第六項 不真正連帶債務·····	一七〇
第二款 連帶債權·····	一七二
第一項 連帶債權之意義·····	一七二
第二項 連帶債權之原因·····	一七三
第三項 連帶債權之效力·····	一七三
第一目 債權人之權利·····	一七三
第二目 就連帶債權人之一人所生事項之效力·····	一七四
第四項 連帶債權人相互之關係·····	一七五
第四節 不可分債·····	一七六

第一款	不可分債務	一七六
第一項	不可分債務之意義	一七六
第二項	不可分債務之原因	一七七
第三項	不可分債務之效力	一七八
第一目	債權人之權利	一七八
第二目	就不可分債務人之一人所生事項之效力	一七八
第四項	不可分債務之變更	一八〇
第五項	不可分債務人相互之關係	一八〇
第二款	不可分債權	一八一
第一項	不可分債權之意義	一八一
第二項	不可分債權之原因	一八二
第三項	不可分債權之效力	一八二
第一目	債權人之權利	一八二
第二目	就不可分債權人之一人所生事項之效力	一八三
第四項	不可分債權之變更	一八四

第五項 不可分債權人相互之關係……………一五八

第二部 各論……………一八七

第一章 因契約而生之債……………一八七

第一節 總說……………五八七

第一款 契約之意義……………一八七

第二款 契約之成立……………一八九

第一項 要約……………一八九

第一目 要約之意義……………一八九

第二目 要約之效力……………一九〇

第三目 要約之失效……………一九二

第二項 承諾……………一九四

第三項 其他之訂約方法……………一九五

第四項 契約成立之時期……………一九六

第五項 懸賞廣告……………一九八

第一目 懸賞廣告之性質	一九八
第二目 懸賞廣告之要件	一九九
第三目 懸賞契約	二〇〇
第一則 懸賞契約之成立	二〇〇
第二則 懸賞契約之效力	二〇一
第四目 懸賞廣告之消滅	二〇一
第三款 契約之分類	二〇二
第四款 契約之標的	二〇七
第一項 契約自由之原則	二〇七
第二項 契約標的之要件	二〇八
第五款 契約之效力	二一〇
第一項 雙務契約	二一一
第一目 雙務契約之履行	二一一
第二目 雙務契約之給付不能	二一四
第二項 利他契約	二一八

第一目 利他契約之性質	二二八
第二目 利他契約之效力	二二九
第三目 補償關係與對價關係	二三一
第四目 賴他契約	二二二
第六款 契約之確保	二二三
第一項 定金之支付	二二三
第二項 違約金之約定	二二五
第七款 契約之解除	二二六
第一項 契約解除之意義	二二六
第二項 契約解除之原因	二二八
第一目 約定事由	二二八
第二目 法定事由	二二八
第三項 契約解除之方法	二二九
第四項 契約解除之效果	二三〇
第一目 回復原狀之義務	二三〇



第二目 損害賠償之義務·····	二三一
第五項 契約解除權之消滅·····	二三一
第六項 終止契約·····	二二三
第二節 因買賣而生之債·····	二三四
第一款 買賣之意義及性質·····	二三四
第二款 買賣之效力·····	二三六
第一項 出賣人之義務·····	二三六
第一目 移轉權利及交付標的物之義務·····	二三六
第二目 瑕疵担保義務·····	二三七
第二項 買受人之義務·····	二四七
第一目 支付價金之義務·····	二四七
第二目 受領標的物之義務·····	二四九
第三項 買賣危險之負擔·····	二四九
第四項 買賣費用之負擔·····	二五一
第三款 買回·····	二五二

第一項 買回之意義	二五二
第二項 買回之方法	二五四
第三項 買回之效力	二五五
第四款 特種之買賣	二五六
第一項 貨樣買賣	二五六
第二項 試驗買賣	二五七
第三項 分期付款之買賣	二五八
第四項 拍賣	二五九
第三節 因互易而生之債	二六一
第一款 互易之意義及效力	二六一
第二款 特種之互易	二六二
第四節 因贈與而生之債	二六三
第一款 贈與之意義及性質	二六三
第二款 贈與之效力	二六五
第三款 贈與之撤銷	二六七

第四款 贈與之廢止·····	二六七
第五款 特種之贈與·····	二六九
第一項 負擔附贈與·····	二六九
第一目 負擔附贈與之意義·····	二六九
第二目 負擔附贈與之效力·····	二七〇
第二項 定期贈與·····	二七一
第五節 因租賃而生之債·····	二七二
第一款 租賃之意義及性質·····	二七二
第二款 租賃之效力·····	二七三
第一項 當事人間之效力·····	二七三
第一目 出租人之義務·····	二七三
第二目 承租人之義務·····	二七五
第二項 對於第三人之效力·····	二七八
第三款 租賃物之轉租·····	二七九
第四款 因租賃而生之留置權·····	二八一

第五款 租賃之消滅·····	二八二
第六款 租賃之短期時效·····	二八四
第七款 耕作地之租賃·····	二八五
第六節 因使用借貸而生之債·····	二八七
第一款 使用借貸之意義及性質·····	二八七
第二款 使用借貸之效力·····	二八八
第一項 貸與人之義務·····	二八八
第二項 借用人之義務·····	二八九
第三款 使用借貸之消滅·····	二九一
第四款 使用借貸之短期時效·····	二九一
第七節 因消費借貸而生之債·····	二九二
第一款 消費借貸之意義及性質·····	二九二
第二款 消費借貸之效力·····	二九三
第一項 貸與人之義務·····	二九三
第二項 借用人之義務·····	二九四

第八節 因僱傭而生之債	二九六
第一款 僱傭之意義及性質	二九七
第二款 僱傭之效力	二九八
第一項 僱用人之義務	二九八
第二項 受僱人之義務	二九九
第三款 僱傭之消滅	三〇〇
第九節 因承攬而生之債	三〇二
第一款 承攬之意義及性質	三〇二
第二款 承攬之效力	三〇三
第一項 承攬人之義務	三〇三
第二項 定作人之義務	三〇六
第三項 承攬之危險負擔	三〇六
第三款 因承攬而生之抵押權	三〇七
第四款 承攬之解除	三〇八
第五款 承攬之短期時效及除斥期間	三〇九

第十節 因出版而生之債	三〇九
第一款 出版之意義及性質	三〇九
第二款 出版之效力	三一〇
第一項 出版權之移轉	三一〇
第二項 出版權授與人之義務	三一〇
第三項 出版人之義務	三一〇
第三款 出版之消滅	三一〇
第十一節 因委任而生之債	三一六
第一款 委任之意義及性質	三一六
第二款 委任之效力	三一七
第一項 受任人之義務	三一七
第二項 委任人之義務	三一七
第三款 委任之消滅	三一七
第四款 特種之委任	三一七
第一項 商業經理	三一七

第二項 商業代辦·····	三二五
第十二節 因居間而生之債·····	三二七
第一款 居間之意義及性質·····	三二七
第二款 居間之效力·····	三二八
第一項 居間人之義務·····	三二八
第二項 委託人之義務·····	三二九
第三款 居間之消滅·····	三三一
第四款 婚姻居間·····	三三二
第十三節 因寄託而生之債·····	三三二
第一款 寄託之意義及性質·····	三三二
第二款 寄託之效力·····	三三四
第一項 受寄人之義務·····	三三四
第二項 寄託人之義務·····	三三六
第三款 消費寄託·····	三三七
第四款 法定之保管義務·····	三三八

第十四節 因合夥而生之債·····	三四一
第一款 合夥之意義及性質·····	三四一
第二款 合夥之財產關係·····	三四三
第一項 合夥之財產·····	三四三
第二項 合夥之債務·····	三四六
第三項 損益分配·····	三四八
第三款 合夥之事務執行·····	三四九
第四款 合夥之解散·····	三五四
第一項 合夥解散之原因·····	三五四
第二項 合夥解散之效果·····	三五五
第五款 合夥之變更·····	三五七
第十五節 因隱名合夥而生之債·····	三五九
第一款 隱名合夥之意義及性質·····	三五九
第二款 隱名合夥之效力·····	三六一
第三款 隱名合夥之終止·····	三六三



第十六節	因終身定期金契約而生之債	三六四
第一款	終身定期金契約之意義及性質	三六四
第二款	終身定期金契約之效力	三六四
第十七節	因和解而生之債	三六六
第一款	和解之意義及性質	三六七
第二款	和解之效力	三六八
第十八節	因保證而生之債	三六九
第一款	保證之意義及性質	三六九
第二款	保證債務	三七〇
第一項	保證債務之特質	三七〇
第二項	保證債務之內容	三七一
第三項	保證債務之效力	三七二
第四項	保證債務與主債務之關係	三七四
第五項	保證債務之消滅	三七五
第三款	保證人與主債務人之關係	三七六

第四款	共同保證·····	三七七
第五款	信用委任·····	三七八
第十九節	因交互計算而生之債·····	三七九
第一款	交互計算之意義及性質·····	三七九
第二款	交互計算之效力·····	三八〇
第三款	交互計算之終止·····	三八一
第二章	因有價證券而生之債·····	三八一
第一節	總說·····	三八二
第二節	指示證券·····	三八三
第一款	指示證券之意義及性質·····	三八三
第二款	指示證券之要件·····	三八四
第三款	指示證券之效力·····	三八五
第四款	指示證券之讓與·····	三八六
第五款	指示證券之原因關係·····	三八七
第三節	無紀名證券·····	三八八

第一款	無記名證券之意義及性質	三八八
第二款	無記名證券之要件	三八九
第三款	無記名證券之效力	三八九
第四節	有記名證券	三九二
<b>第三章 因營業而生之債</b>		
第一節	總說	三九三
第二節	因行紀而生之債	三九三
第一款	行紀之意義	三九三
第二款	行紀之法律關係	三九四
第三款	行紀之效力	三九五
第一項	行紀人之義務	三九六
第二項	行紀人之權利	三九七
第三節	因倉庫營業而生之債	三九九
第一款	倉庫營業之意義	三九九
第二款	倉庫營業之效力	四〇〇

第三款 倉單.....	四〇二
第四節 因運送營業而生之債.....	四〇三
第一款 總說.....	四〇三
第一項 運送營業之意義.....	四〇三
第二項 運送營業之分類.....	四〇四
第三項 運送契約.....	四〇四
第二款 物品運送.....	四〇五
第一項 運送證券.....	四〇五
第二項 運送人之義務.....	四〇七
第三項 運送人之權利.....	四一一
第四項 相繼運送.....	四一三
第三款 旅客運送.....	四一四
第五節 因承攬運送而生之債.....	四一六
第一款 承攬運送之意義.....	四一六
第二款 承攬運送之法律關係.....	四一七

第三款 承攬運送之效力·····	四一七
第一項 承攬運送人之義務·····	四一七
第二項 承攬運送人之權利·····	四一九
<b>第四章 因無因管理而生之債</b> ·····	四二〇
第一節 無因管理之意義·····	四二〇
第二節 無因管理之要件·····	四二一
第三節 無因管理之效力·····	四二三
第一款 管理人之義務·····	四二三
第二款 本人之義務·····	四二六
第四節 無因管理之消滅·····	四二七
<b>第五章 因不當得利而生之債</b> ·····	四二八
第一節 不當得利之意義·····	四二八
第二節 不當得利之要件·····	四二九
第三節 不當得利之效力·····	四三一
第四節 特種之不當得利·····	四三三

第六章 因侵權行為而生之債	四三五
第一節 侵權行為之意義	四三五
第二節 侵權行為之要件	四三六
第三節 例外侵權行為	四四三
第四節 消極侵權行為	四四六
第五節 共同侵權行為	四五一
第一款 共同侵權行為之意義	四五一
第二款 共同侵權行為之效力	四五三
第三款 準共同侵權行為	四五三
第四款 擬制的共同侵權行為	四五四
第六節 侵權行為之效力	四五四

## 附錄

### 一 民法債編施行法

### 二 民法債編立法原則

# 中華債法論綱

## 緒論

債法者，規定普通債之法規也。債有普通債與特別債二種：普通債規定于債法，而特別債則規定于其他之法律；「一」例如票據上之債，規定于票據法是。因債法乃普通民法之一部，「二」其性質為普通法故也。

「一」特別債，有規定于民法以外之法律者，如票據上之債，規定于票據法；保險契約上之債，規定于保險法是。有規定于民法內其他各編者，如地租之債，規定于物權編；扶養之債，規定于親屬編是。

「二」在民商兩法分立之國家，則私法方面，有民法、商法之區分。我國無商法法典，應統稱全體之私法曰民法。惟依其所規定事項之性質，得分之為普通民法與特別民法而已。如民法法典，屬于前者。票據法、公司法、保險法、海商法等，屬于後者。

債法在民法法典中之地位，各國立法例不同。「三」我民法倣德國民法，規定之于第二編，計六百零四條，（第一五三條至第七五六條）約占民法全部二分之一。其內容多採自德國民法及瑞士債務法。中分兩章：第一章「通則」，規定一般之債共通之事項。如債之發生，債之標的，債之效力，債之多數主體，債之移轉，債之消滅等等。第二章「各種之債」，規定各種之債特別之事項。其所規定之債，計有買賣，互易，交互計算，贈與……等二十四種。可大別之為：（一）因契約而生之債，（二）因有價證券而生之債，（三）因營業而生之債三大類。「四」



【三】少數國家，有不規定債之關係于民法法典中，而以單行法規定之者。如瑞士債務法是。其他各國，概規定之于民法法典中。惟其在民法法典中之地位，各國立法例不同：（甲）有不特設債權一編者，其規定之形式，又有兩種：第一種，以債權法與物權法，同規定于財產法中。如普國國法，奧國民法是。第二種，以債權為取得財產之方法，規定之于財產取得編中。如法、意、葡等國民法是。（乙）有專設債權一編者，其編列之次序，或置于物權編之前，或置于物權編之後。前者如德、俄國民法是。後者如日、俄兩國民法是。

【四】民法第二編第二章，題為「各種之債」。其所規定買賣贈與等二十四種，實係債之發生原因，而非債之自體，不無自相牴觸，故余易之為「因……而生之債」。又第二編第二章第十一節所規定之經理人及代辦商，去債更遠，民法規定之于各種之債之下，尤為不妥，故余納之于「因委任而生之債」之內。（第二部第一章第十一節第四款參照）

本書編述之順序，大體從民法規定之順序，大分之為二部：第一部「總論」，論述債之一般事項。第二部「各論」，論述各種之債。惟契約，無因管理，不當得利，及侵權行為，民法雖以之為債之發生原因與效力，規定于債編通則中；（第一五三條至第一六六條第一七二條至第一九八條及第二四六條至第二七〇條）然其關於契約之規定，乃契約之通則，而非債之通則；又無因管理，不當得利，侵權行為三者，其性質與買賣，互易等相同，其所生之債，乃各種獨立之債，而非債之共通事項；均不宜列于債編通則中。故移于第二部各論說明之。



# 第一部 總論

## 第一章 債之意義

欲知何者爲債，必先知何謂債權。債權者，請求他人爲一定行爲之權利也。（第一九九條一項）依此定義分析說明之：

（一）債權乃對於他人之權利。對於他人之權利云者，即對於他人行使之權利之謂。此即債權與物權相異之點；蓋物權係對於物而行使故也。惟物權當被人侵害時，其權利人亦得對於加害人行使其權利（例如因所有物被人毀損向加害人請求賠償損害是）似物權亦得對人行使之者。然此等場合，其權利人對於加害人所行使之權利，乃由物權而生之債權（第一八四條參照）而非物權自身；故債權與物權有別。

（二）債權乃請求一定行爲之權利。債權之內容，在請求他人爲一定之行爲，此乃其與形成權相異之處；蓋形成權亦對於他人而行使，「五」惟其權利之行使，非要求他人爲一定之行爲，乃對於他人表示一定之意思，故與債權不同。茲所謂一定之行爲者，係統括一定之作爲及不作爲而言（第一九九條三項）以請求一定作爲爲內容之債權，謂之積極債權；如甲約以百金贈乙是。以請求一定不作爲爲內容之債權，謂之消極債權；如甲與乙約於某地域不營某項商業是。

【五】形成權一語，譯自德語之 *Gestaltungsbefugnisse*，乃德人捷克爾 (Sackel) 所創。謂依單獨行為，使私權發生、變更、或消滅之權利也。如撤銷權、承認權、選擇權、抵銷權、解除權、契約終止權皆是。

債權既係請求他人為一定行為之權利，則他人必負為一定行為之義務。此種義務，謂之債務。有債權之人，謂之債權人；負債務之人，謂之債務人。債權人與債務人間之關係，即謂之債。債權債務二者，義本相同，惟從前法律，採用義務本位主義，以債務為主；近世法律，採用權利本位主義，以債權為主。我民法第二編，題曰「債」，蓋取平等保護債權人與債務人之義也。【六】

【六】民法第二編以「債」名，以示於債權債務兩方面，無所偏重。驟觀之似甚妥適，實則債法之以保護債權人，與物權法之以保護物權人，毫無差異。其間雖設有少數減免債務人責任之規定，然此只可認為對於債權人不予優越之保護，非賦與債務人以何種特別之利益。且物權編對於物權人以外之人之利益，亦有加以注意；第七七三條後段及第七九〇條第二款參看。物權編既不因此改名物編，則債權編自亦不宜改稱債編，故余認為仍名債權編為較妥。

## 第二章 債權與他之權利之區別

### 第一節 債權與物權之區別

債權與物權同為財產權，然有異點，茲舉於左：

#### 第一 本質上之差異

(甲)物權爲支配物之權利，債權爲請求一定行爲之權利。卽在以所有權或其他物權之移轉爲標的之債權，(例如甲與乙約以其所有之馬贈乙之場合)債權人亦不得直接支配其物。

(乙)物權爲絕對權，得對抗一般人，有侵害其權利者，應負賠償損害之責。反之，債權爲相對權，祇得對抗債務人，債務人以外之人，有侵害其權利者，債權人不得請求其賠償。例如甲與乙約，以某馬贈乙，未交付而丙擊斃之，則乙不得直接向丙請求賠償損害是也。〔七〕

〔七〕債權爲絕對權抑爲相對權，此從來頗費爭論之一大問題也。羅馬法以來之通說，以債權爲對人之權利，性質上當然爲相對權。然少數學者反對之，謂債權亦爲絕對權，第三人有害害之者，債權人得請求其賠償損害。蓋不可侵性，乃權利本質上所不可缺之要素，債權亦一權利，當然有不可侵之性質故也。以上兩說，均屬未當。何則？通說以債權爲對人之權利，性質上當然爲相對權，此點根本錯誤。雖對人之權利，亦不妨爲絕對權，如親屬權是也。反對說以不可侵性爲權利所不可缺之要素，亦無根據。不可侵性之有無，與權利之本質無涉。倘法律明定債權無不可侵性時，其債權仍得於債權人及債務人之間存在，不夫其爲權利之性質。究之，債權之爲絕對權與否，乃成法解釋之問題，不得抽象的定之。我民法對此問題，未有明文，不無疑義，然由第二二五條二項之規定推之，則債權不得不爲相對權，蓋同項規定之意旨，謂：「債務人因不能給付之事由，(例如第三人毀損債務標的物)對於第三人有損害賠償請求權者，債權人得請求債務人，讓與其損害賠償之請求權。」則債權人自身，對於第三人，不得以債權被害爲理由，直接請求賠償損害者，可以知之矣。是債權在我民法上無不可侵性，故爲相對權。(第二部各論第六章第二節參看)

## 第二 效果上之差異

(甲)物權有排他性，故在同一物體之上，設定數個之物權時，應依設定之先後，定其權利之優劣；先設定之權利，優於後設定之權利。而債權則無排他性。蓋物權為直接支配物之權利，在同一物體之上，異時設定數個物權時，其相互之間，當然有優劣之區分。債權為請求一定行為之權利，對於同一債務人，取得數個債權時，不問其發生之先後，其效力一切同等。例如甲以其家屋，先向乙押借五千元，嗣又向丙押借三千元，則乙丙對於該家屋同有抵押權（物權）。然乙之抵押權優於丙。若其後拍賣該家屋，得價七千元，應以五千元還乙，二千元還丙。又如甲先負乙三千元，嗣又負丙七千元，則乙丙對甲同有債權。若其後甲破產，變賣其財產，只得五千元，乙丙應比例債額以為分配。即乙得千五百元，丙得三千五百元是。

(乙)物權有追及權。追及權者，不問其權利之標的物，在何人之手，得追隨其物而行使其權利之謂。而債權則無追及權，故其標的物已落第三人之手時，則債權人不得直接向第三人主張其權利。因物權為對物之權利，認物不認人；債權為對人之權利，認人不認物故也。例如甲竊乙所有之馬，售予不知情之丙，乙得以所有人資格，請丙交還其物。又如甲約以其所有之馬贈乙，未交付復以之賣丙，則乙不得以債權人資格，請丙交付其物是。

## 第二節 債權與親屬權之區別

債權與親屬權（如親權夫權）同為對人之權利，亦有相異之點。

(一)親屬權以親屬關係（如親子關係夫妻關係）為基本，只於有親屬關係者之間而存在。反之，債權則不以此

特別關係爲前提，即在毫無關係者相互之間，亦得發生。此其異點一。

(二) 親屬權以確保道德上之義務爲目的。反之，債權則以滿足權利人生活上之需要爲目的。此其異點二。

(三) 親屬權之存在多爲永久的。債權多偶然發生，而爲一時的。此其異點三。

(四) 親屬權爲人身權，不得移轉。反之，債權爲財產權，原則可以任意移轉。此其異點四。

### 第三節 債權與請求權之區別

債權係以請求他人爲一定行爲爲本質，然則債權與請求權〔八〕爲同一物否乎？對此問題，學者多持消極說，否認債權與請求權爲同一之權利。其所據之理由，不能一致：有謂債權的請求權爲債權，物權的請求權非債權者。〔九〕有謂債權爲請求權，對於一般人之請求權非債權者。〔一〇〕有合併以上兩說而主張之者。〔一一〕余謂債權與請求權實不能認其區別。例如：利息請求權及損害賠償請求權，雖均名爲請求權，然不得謂其非債權。惟債權中請求給付之權能，與債權不可混同。蓋債權之成分有二：一爲請求權，即請求他人給付之權能；一即享益權，即享受由他人給付所生利益之權能；債權非僅以請求爲內容故也。〔一二〕

〔八〕請求權 (Anspruch) 之觀念，乃德人威德沙德 (Windscheid) 所倡。在威氏之前，只認訴權，而不認請求權。然訴權乃請求國家保護之權利，其性質爲公權，而於私人相互間請求行爲之權利，則爲私權，二者不能混而爲一。故威氏特創請求權之觀念，謂私人間請求行爲之權利，曰請求權，以與訴權區別。威氏之說，當時非無反對之者，然在德國普通法時代，勢力極盛。及德國編纂民法法典，遂採其說，明揭「請求權」三字於法典中，如第一九四條是也。依該條所定，則請求權者，請求作爲或不作爲之權利也。

【九】是說謂：「請求權有物權的請求權，及債權的請求權兩種。物權的請求權者，請求回復物權之圓滿狀態之權利也。如所有人對於不法保留所有物之占有者，或侵奪所有物者，請求返還所有物之權利是（第七六七條參照）其他之請求權，皆債權的請求權。物權的請求權，以回復物權之圓滿狀態爲目的，非債權，而債權的請求權則爲債權。」德儒 *Enneccerus*, *Endemann* 及日儒 *鳩山秀夫* 等主張之。我國 *陳運昆* 氏從其說。（同氏債總第一三頁）然物權的請求權，雖有特殊之目的，而其本質則與債權的請求權無異，以此爲理由否認其爲債權，殊屬非常。且債權的請求權，亦有以回復權利之圓滿狀態爲目的者，如回復名譽請求權是（第一九五條一項後段參照）回復名譽請求權，既認其爲債權，則物權的請求權，自無非債權之理。故斯說不足採。

【一〇】此說謂：「請求權有對於一般人之請求權，及對於特定人之請求權兩種。債權爲對於特定人之請求權，而對於一般人之請求權，則非債權。蓋在絕對權一面有支配其標的之權利，一面有請求一般人不侵害其支配關係之權利。此包含於絕對權中之請求權，非對於特定人之請求權，故非債權。」日儒 *川名兼四郎* 主張此說。然對於一般人之請求權，實不得認其存在。何則？在絕對權，一般人所以不得侵害其支配關係者，係因無侵害之之權利，非因負有不侵害之之義務。從權利人對於一般人，當然無請求不侵害其支配關係之權利。且此種請求權，理論上雖認其存在，然不得行使，亦不得讓與於他人，實際上無絲毫之效用，不如不認其存在之爲愈也。故斯說亦不足採。

【一一】此說主張：「債權爲請求權，然物權的請求權，及對於一般人之請求權，均非債權。故債權與請求權非同一之權利。」德儒 *Windscheid*, *Hellwig* 日儒 *中島玉吉* 均主此說。其誤點與前兩說同。

【一二】權能乃權利之成分，與權利自體不同。例如所有權爲權利，而所有權中之使用權，收益權，處分權，則爲所有權之權能，而非所有權自體，請求權與請求權能之關係亦然。故謂請求權即債權，而請求權能則非債權。

債權之內容，既合請求與享益兩權能，故債權中除請求權能外，尚有享益權能存在。如已罹消滅時效之債權，其請求權能雖已消滅，而債權人仍有享受清償利益之權能。（參看第一四四條二項）即其明證也。學者稱此等無請求權能之債，曰自然債務，亦稱不完全債務。〔一三〕

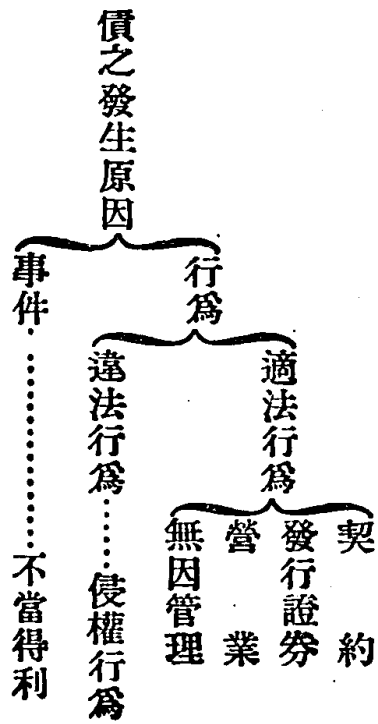
〔一三〕自然債務 (Naturalis Obligatio) 淵源於羅馬法，近世德法及其他各國之民法亦多認之。自然債務無請求權，雖不得以訴強制其履行，然債務人任意所為之履行，仍有效力，債務人不得以不當得利為理由，請求其返還利益。其效用即在乎此，但現今學者多謂無認其存在之必要。

### 第三章 債之發生原因

債之發生原因，得大別為行為與事件二者。行為中，又有適法行為與違法行為兩種。如契約、發行證券、營業、無因管理屬於前者；侵權行為屬於後者。事件者，謂行為以外之事實。事件中為債之發生原因者，為數不少，不當得利其最著者也。又一派學者，分債之發生原因為法律行為與法律規定二者。凡債基于當事人之意思表示而生者，其原因為法律行為；不基于當事人之意思表示而生者，其原因為法律規定。夫有法律而後有權利，基於意思表示而生之債，本亦待乎法律之規定而後發生；然此項之債，必須當事人先有發生債之意思表示，而後法律為尊重其意思，使之發生債之關係，故與單純基于法律規定而生之債，不問當事人意思如何者有別。如由無因管理、不當得利、侵權行為、而生之債，皆因法律規定而生之債也。茲依我民法第二編所定，列表于左。但表中所謂契約、發行證券、營

業、無因管理、不當得利、及侵權行為等，其意義若何，詳於第二部各論。茲不贅及。此外代理權之授與，其性質實非債之發生原因，故不列入。〔二四〕

〔二四〕代理權之授與，我民法以之為債之發生原因，于第二編第一章第一節「債之發生」標題之下規定之。（第一六七條至第一七一條）然代理權之授與，只發生代理權，不發生債權。若謂代理權授與後，代理人所為之法律行為，能發生債權。（戴修瓚氏債總第八六頁參看）然此際其債權乃基于代理人之行為而生，非基于代理權之授與而生。况代理人所為之行為，亦有不發生債權者，如代理人為本人所為之物權行為是也。故此節宜規定于總則編。民法規定于債編，殊屬失當。



## 第四章 債之標的

### 第一節 總說

#### 第一款 債之標的之意義



債之關係與物權關係同，必有主體與標的。債權人及債務人，即債之關係之主體；債權人所得請求之一定行為，即債之標的。故債之標的者，即債務人所應為之作爲或不作爲也。〔二五〕簡稱此作爲不作爲曰給付。

〔二五〕何者爲債之標的？學說紛紜，其重要者有六說：（一）有謂債權無標的者。然無標的之權利，不得認之。（二）有以債務人爲債之標的者，然債務人乃債之主體，而非其標的。（三）有以債務人之意思爲債之標的者。然意思不能離人身而獨立存在，不得爲債之標的。（四）有以債務人之財產爲債之標的者。然債權非皆有財產的價格，亦有無財產的價格者。如不宣布祕密及不出席某種會議之債權是也。若謂此項債權，亦以債務人之財產爲標的，其不當明矣。（五）有以債務人應給付之物爲債之標的者。然債務人應給付之物，乃給付之標的，而非債之標的。且一切之債非皆以物之給付爲內容，亦有以單純之作爲爲內容者，故斯說亦無理由。（六）有以債務人之行爲爲標的者。是乃德國普通法及法日各國民法上之通說。我民法從之。

債之標的與債之標的物，不可混同。債之標的物者，債務人應給付於債權人之物也。債不問關係于物與否，常以行爲爲標的。即在與物有關係之債（例如交付租賃物之債）而其物亦不過爲給付之標的，而非債之標的；故學者特稱爲債之標的物，以示區別。〔二六〕

〔二六〕給付之標的，謂給付行爲之對象。給付之標的，有爲物者，有不然者。前者如交付租賃物。後者如演劇。給付之標的爲物時（如前例）其物同時爲債之標的物，而非債之標的。故債之標的與債之標的物有別。

## 第二款 債之標的之要件

爲債之標的之給付，必須適法，可能，且確定者。然債非由法律行爲而生，即由法律規定而生。由法律規定而生

之債，其標的之給付，自無不法、不能、或不確定之理，無揭此三要件之必要。其在由法律行爲而生之債，亦然。蓋法律行爲自身，本應具備適法、可能、確定三要件，則由此行爲而生之債，當然亦無不法、不能、或不確定之事實故也。茲特不贅及。于此要說明者，乃給付之消極要件，即債之標的之給付，不必有財產價格是也。

給付是否須有財產價格？學說紛紜，各國立法例，亦不一致。羅馬古法規定：給付必須有財產價格。法國民法規定：債權人于財產取得編，不外以財產價格爲給付之要件。英國民法亦規定：給付非有財產價格，則契約不成立。德國民法則規定不明，學者解釋亦有主張須有財產價格者，〔一七〕然通說則與之相反。日本民法從最新學說，明定給付不必有財產價格。（日民第三九九條）我民法從之。（第一九九條二項）蓋民法上所以認債之存在者，無非欲以滿足生活上之需要。然生活上所需之債，不以有財產價格者爲限。若限定有財產價格之給付，方得成立債之關係，必不足以滿足人類之需要，不免與認定債之目的相反。且法律對於不有財產價格之物（如信函族譜）既認其得成立所有權，使侵奪之者，負返還之義務；獨對於不有財產價格之給付，不認其得成立債權，殊無理由。羅馬法所以限定給付必須有財產價格者，係基于特別之原因。蓋當時債務如有不履行之事，除關於物之給付外，訴訟程序上均令以金錢賠償損害；此外並無強制執行之法，故不得不加此制限。今則法律上已有強制執行之詳密規定，此種制限烏可以不撤廢哉？或謂：「限定債之給付必須有財產價格者，乃所以確定得成立債之事項之範圍。若無財產價格之給付，亦得成立債之關係，則得成立債之事項，其範圍不能確定，人之一言一行，如訂約出遊、訂約拜訪等，均受法律之拘束，社會將不勝其煩。」然訂約出遊、訂約拜訪等，通常固不發生債之關係，其所以不發生者，乃因當事

人無表示欲生債之意思，非因其給付無財產價格之故。「一八」債之成立與否，應以當事人有無表示欲生債之意思爲斷，不應以其給付有無財產價格爲斷也。

【一八】見Dernburg, Endemann, Hellwig, Ortmann等。

【一八】在約出遊、約拜訪等場合，通常當事人只表示欲生道德上義務之意思，而無表示欲生法律上債務之意思，其訂約時常云：「倘不踐約，則對你不住。」等語，卽其明證也。

### 第三款 債之標的之分類

債之標的之給付，得依種種標準分類之。茲舉於左：

第一 積極給付與消極給付 積極給付者，卽動態之給付，所謂作爲是也。作爲中有爲法律行爲者，如權利之移轉，債務之承擔是。有爲事實上之行爲者，如描畫、教授是。消極給付者，卽靜態之給付，所謂不作爲是也。（第一九九條三項）不作爲得分爲單純不作爲與容忍二者。單純不作爲者，卽不爲一定之行動之謂也。如爲權利之讓與，不爲營業之競爭是。容忍者，許容債權人爲一定行爲之謂。詳言之，卽債務人本有禁止他人爲一定行爲之權利，而不禁止之之謂也。如出租人許容承租人爲租賃物之使用，承租人許容出租人爲保存租賃物所必要之行爲是。（第四二九條二項參照）

第二 單純給付與合成給付 單純給付者，由一個之行爲所成之給付也。如物之交付是。合成給付者，由多數之行爲相結合而成之給付也。合成給付有基於給付之性質者；如財產之管理是。有基於當事人之意思者；如甲約

以馬及鞍贈乙，且意在發生一個之債是。基於當事人意思而成之合成給付，其給付內容之數個行為，本得各各獨立成數個之單純給付，為數個債之標的；（因有一給付時必成立一債）祇因當事人之意思結合，而成一個之給付，而為一個債之標的而已。〔一九〕

〔一九〕凡一個債權，必有一個給付。故債權之數，常與給付之數相等。然給付中，有多由數之行為結合而成者，（合成給付）故債權之數，與行為之數，未必相等。

第三 一時給付循環給付繼續給付 一時給付者，依一回之行為所為之給付也。如交付金錢是。循環給付者，數回反復而為之給付也。如定期給付是。繼續給付者，于較長時間內繼續而為之給付也。如電氣及自來水之供給是。

第四 可分給付與不可分給付 可分給付者，無傷給付之性質及價格，而得現實分割之給付也。即既經現實分割之後，其各給付之性質，仍與全給付無異，且其價格能與其分量成比例者。如金錢、米、酒及土地之給付是。不可分給付者，非害其性質或價格，不得現實分割之給付也。如一牛、一馬之給付是。〔二〇〕

〔二〇〕茲再就各種給付觀察，而定其性質之為可分與否：（一）交付有體物之給付。其物複數時，（如交付馬三頭）給付常可分。其物單數時，若其物為可分物，（如交付土地一所）則給付可分；反之，其物為不可分物，（如交付一牛）則給付不可分。此通說也。但舊石坂音四郎、川名兼四郎、鳩山秀夫輩，以不可分物可以共同占有，（第九六五條參照）而認單數不可分物之交付，亦可分給付。蓋交付單數不可分物之債務人，可先使債權人為共同占有人，而後再使其為單獨占有人故也。然所謂給付之分割者，係指將給付之標的，現實分割，就其各部而為給付而言。在使

債權人爲物之共同占有人之場合，其物僅理想上被分割，（即以分數爲分割如分一物爲兩個二分之一之類）尙未現實分割，謂爲不完全之給付則可，謂爲分割之給付則不可。故以從通說爲當。（二）移轉或設定權利之給付。其權利複數時，（如移轉房屋三所之所有權）給付常可分。其權利單數時，若其權利爲可分權，（例如移轉土地一所之所有權）則給付可分；反之，其權利爲不可分權，（例如移轉一馬之所有權）則給付不可分。然則可分權與不可分權之區別，其標準若何，依余所見，應以其權利標的可分與否爲標準。故一所土地之所有權，爲可分權；一馬之所有權，爲不可分權。其他債權智能權均可依此類推。德儒 *Dembure, Rehbain* 等，亦持此種之見解。但德、日學者之通說，則以標的不得分割之權利，得由數人共有，亦認其爲可分權。然數人共有一權利時，其權利祇被理想上分割，而非現實分割可比。且共有之權利，將來仍須現實分割。（第八二三條以下參照）故理想上分割，雖分猶未分也。標的不可分之權利，不因理想上可分之故，而變爲可分權，猶之不可分物，不因理想上可分之故，而變爲可分物。故余不贊成通說。（三）單純作爲及不作爲之給付。其作爲及不作爲之標的複數時，（如建築三座之劇場，畫十把之扇，不洩漏五件祕密之事）給付可分。其標的單數時，若其標的可分，則給付可分；（如開墾一所之土地）反之，其標的若不可分，則給付不可分。（如剪一個之髮，畫一把之扇）

不可分給付除基于給付之性質者外，亦有基于當事人之意思者。蓋債權人爲達一定目的，每有以全部給付爲必要，故當事人往往有以可分給付，作爲不可分者。例如訂購五畝之土地，以建築劇場是。於此場合，其給付性質並非不可分，祇因當事人之契約作爲不可分而已。

## 第二節 種類債

### 第一款 種類債之性質

種類債者，以不特定物之交付爲標的之債也。例如甲與乙約，贈乙以口外之馬一匹。因其標的物僅以種類指示，而非具體的確定者，故有此名。此債有祇以移轉不特定物之占有爲標的者，有以移轉不特定物所有權併移轉占有爲標的者。前者如交付租賃物是，後者如前例是。

種類債之標的物，僅以種類指示，故債務人得自由選擇其種類之物，以爲清償。種類者，抽象的表示同屬性之物之全體而用之名詞也。有以物之性質表明種類者（如云善跑之馬）有以物之產地表明種類者（如云江西之陶器）有以其他之特徵者（如云長城牌香煙、驥製半夏）凡足以限定物之範圍者，均無不可。

種類債除指示其標的物之種類外，尙須確定其數量及品質。就于物之數量，當事人有特約時，從其特約。無特約時，則解釋當事人之意思定之。若不能解釋當事人之意思而定之時，則其債因標的不確定不能發生。至于品質亦然，應先依當事人之特約定之。無特約時，則解釋當事人之意思而定。苟不能因以上方法定其品質，則債務人應以有中等品質之物爲給付。（第二〇〇條一項）此乃圖交易之公平而設之補充的規定。又其物要爲完全之物，故不得以有瑕疵之物爲給付，是乃當然之事也。

### 第二款 種類債之特定

種類債于其發生之時，其標的物雖僅以種類指示，然至履行之際，則不可不具體的確定；學者稱此確定，曰種類債之特定。

種類債特定之方法有二：（甲）當事人之契約，即在種類債成立之後，債務人經債權人之同意，指定其標的物

是也。(乙)債務人之行爲，即不依第一方法指定標之物之場合，債務人從其限定之種類中，自由選定標之物，以爲給付是也。依第一方法之特定，自當事人契約成立時生效力。依第二方法之特定，自債務人交付其物之必要行爲完結後生效力。(第二〇〇條二項)「債務人交付其之物必要行爲完結」云者，債務人已爲其所應爲之一切行爲之謂，不以債權人之受領爲必要。故債務人已選定標之物，于給付時期，提置給付之處所時，給付行爲完結，種類債因之特定。(二一)

【二一】關於依債務人一方行爲之特定，從來之學說有兩主義。(一)交付主義：德儒 *Hering* 所倡，謂不特定物於交付債權人時特定。(二)分離主義：德儒 *Thölke* 倡之，謂債務人將應給付之物與其他之物分離，且通知其事於債權人時，種類債因之特定。德國民法，以交付主義爲基礎，加以變更。其第二四三條明定：「種類債權，於債務人給付其物之必要行爲完結後特定。」我民法及日本民法從之。(舊民第四〇一條二項)

種類債特定時，則變爲特定債，即以特定物之交付爲標的之債也。因生左之效果：

(1) 債權人只得請求其已特定之標的物，債務人只負給付其特定物之義務。即于特定後，債權人及債務人，均無變更給付標的物之權利。(二三)

(2) 其已特定之物，嗣後因不可歸責于債務人之事由毀損或滅失時，其給付業已不能，債務人得依第二二五條一項規定，免其義務。即其危險歸債權人負擔。

【二三】種類債特定後，債務人有變更給付標的物之權利否乎？德國學者間，頗資爭論。然我民法無許其變更之明文，且債權人於其物滅失毀損之場合，既無請求給付其他之物之權利，則債務人當然亦無變更其物之權利，故以消極說爲當。

## 第三款 制限的種類債

債之標的物，以種類指示，且具體的限定其範圍者，謂之限制的種類債，或稱混合的種類債。例如：以某樽內之酒三升為標的物之債是。此債有二要件：（一）其標的物要在同種類中，具體的限定之範圍內者。若僅抽象的指示其種類，而不具體的限定其範圍，則為單純種類債，而非制限的種類債。其限定標的物範圍之方法，不一而足：有以物之所在為標準者，如前例是。有以物之形體為標準者，如云此匹之布四尺是。有以物之生產人為標準者，如云汝所畜之馬二匹是。（二）其標的物要非具體的特定者。蓋此債標的物之範圍，雖已具體限定，然債務人于其範圍內，尚有選定標的物之自由，其標的物非自初具體的特定者。倘其標的物已具體的特定，則為特定債，而非制限的種類債。

制限的種類債之性質若何學說不一：有以其標的物之範圍具體的限定，謂為特定債者。有以其標的物用種類指示，謂為種類債者。有以債務人在限定範圍內，有選擇標的物之自由，謂為選擇債者。（三）實則應分別觀察，未可概論。蓋制限的種類債得大別為二大類：（甲）在特定混合物體中，給付一定數量之物之債，如以某樽之酒五升為標的物之債，某倉之粟十石為標的物之債是。（乙）在特定集合物體中，給付一定數量之物之債，如以某廐之馬二匹為標的物之債，汝所畜之牛二隻為標的物之債是。在（甲）之場合，其債為種類債。蓋種類者，乃相對的觀念；人為的限定之範圍，亦種類故也。（二）（乙）之場合，原則亦然。但其集合物體若為數無多，而債務人應於其物體中給付單數物體（如一馬一牛）時，其債為種類債？抑為選擇債？應解釋當事人之意思定之。即當事人注重其所限



定之範圍時，則爲種類債；反之，當事人注重其物之個性時，則爲選擇債。〔二五〕

〔二三〕主張特定債說者，爲德儒 Bechmann, Eck, Rehbein, Ortmann 等。主張種類債說者，爲德儒 Ihering, Dekker, Endemann, Ennecerus, Haver 等。主張選擇債說者，爲德儒 Savigny, Hasenohr, Hasenohr, Derenburg 等。

〔二四〕觀念有絕對的及相對的兩種：絕對的觀念，如「男」「女」「晝」「夜」等，乃不得變動之觀念。如云甲係男子，則可斷定其非女子。反之，相對的觀念，如「高」「低」之類，皆由兩種事物比較而生，常有變動。例如甲比乙高，然比丙低。種類亦然。如「馬」爲動物之種類，而「白馬」又爲馬之種類，故爲相對的觀念。

〔二五〕例如甲與乙約，就甲所畜之三馬中，以其一贈乙。於此場合，當事人注重甲所畜之馬，而不注重其各馬之個性時，則爲種類債。反之，當事人注重各馬之個性，不過因此三馬皆甲所畜，故以「甲所畜之馬」一語以概括之時，則爲選擇債。

### 第三節 金錢債

#### 第一款 金錢債之性質

以金錢之交付爲標的之債，謂之金錢債。金錢云者，從代表價格方面，觀察貨幣所與之名稱也。蓋貨幣之效用有二：（一）以代表一定之價格，例如一圓之貨幣，以代表一元之價格是。（二）作爲普通物品，以爲私權之標的，例如以一圓新鑄之貨幣，視爲美術品而保有之是。因是關於貨幣之債，亦有兩種：（甲）以貨幣爲金錢，即當事人之意思，單純注重其所代表之價格，不注重其本質，而約定債時，則爲金錢債。如因欲取得五圓之價格，而約給付五塊之國幣是也。（乙）以貨幣爲普通物品，即當事人之意思，單純注重其物體之本質，不注重其所代表之價格，而約定債時，

則爲特定債或種類債。例如甲有新鑄之國幣一塊，乙愛而訂購之；或乙因欲開古今貨幣展覽會，而向甲訂購各種之貨幣是也。故關於貨幣之債，與金錢債，其範圍廣狹不同。學者有以「貨幣之債」代金錢債者。（陳瑾昆氏債總第一五九頁，周新民氏債總第二六五頁參照。）實屬未當。上述第二種之債，與通常特定債及種類債無異，應適用關於特定債及種類債之規定。第一種之債，因其注重貨幣所代表之價格之故，有特別之性質，故法律設特別之規定。金錢債有以交付內國貨幣爲標的者，有以交付外國貨幣爲標的者。故有內國貨幣金錢債，與外國貨幣金錢債之別。茲於次款以下分述之。

## 第二款 內國貨幣金錢債

內國貨幣金錢債中，有僅指定其數額，而不限定其貨幣之種類者。有指定其數額，並限定其種類者。前者謂之金額債；後者謂之金種債。其爲金額債時，債務人得以各種之通用貨幣清償之。通用貨幣云者，對於自由貨幣而言，卽有強制通用之效力之本國貨幣也。如本位貨幣，及法定限額內之補助貨幣皆是。〔二六〕中央銀行所發之鈔票，乃通用貨幣之代用品，其效力與通用貨幣同。但雖係本國本位貨幣，法定限額內之補助貨幣，或中央銀行之鈔票，若在市面，已不能照額面價格行使，應認爲已失強制通用之效力；非照市價折算，卽不得強制債權人收受。（大理院五年上字第一〇六三號判例參看）至于外國貨幣，及逾法定限額之本國補助貨幣，乃自由貨幣，無強制通用之效力，除得債權人之同意外，不得以充金額債之清償。非中央銀行所發之鈔票，及錢莊所發之兌換券，更無待論。若爲金種債，則債務人應以其所限定種類之本國貨幣爲給付。但該種類通用貨幣，若至清償時失強制通用之效

力，則須以他種類通用貨幣爲清償。(第二〇一條)蓋金種債雖限定特種之貨幣爲給付，而當事人之意思仍注重其代表價格故也。所謂失強制通用之效力者，乃其貨幣不能照額面價格行使之謂，不限于一文不值之紙幣，即跌價之銀幣亦包含之。至該種類貨幣與他種類貨幣之折算，應以債權發生時，兩者之差額爲標準。(最高法院解字第六一號解釋參看)

【二六】貨幣有本位貨幣及補助貨幣之分。依我國國幣條例之規定，本位貨幣，只有一圓銀幣一種。補助貨幣，有五角銀幣、二角銀幣、一角銀幣、五分銀幣、二分銅幣、一分銅幣、五厘銅幣、二厘銅幣、一厘銅幣九種。本位貨幣(一圓銀幣)有強制通用之效力。補助貨幣中，五角銀幣，於二十圓以內，二角及一角銀幣，於五圓以內，銀幣銅幣，於一圓以內，有強制通用之效力。(國幣條例第五條第六條)故我國之通用貨幣，有一圓銀幣，二十圓以內之五角銀幣，五圓以內之二角一角銀幣，及一圓以內之銀幣銅幣四種。

### 第三款 外國貨幣金錢債

外國貨幣，在我國本無強制通用之效力，然爲自由貨幣而流通于市面，並就之發生債者，數亦不少，故法律特規定之。外國貨幣金錢債，亦得分爲金額債及金種債二種。金額債中，有當事人約明應給付外國通用貨幣者，有單以外國貨幣指定債額者。前之場合，債務人應以該外國各種之通用貨幣爲給付，不得以本國通用貨幣代之。後之場合，債務人得以該外國通用貨幣爲給付，亦得以我國通用之貨幣爲給付。中外通用貨幣之換算，依給付時及給付地之市價爲之。(第二〇二條)至于當事人就外國通用貨幣成立金種債之場合，債務人應以該特種之外國通用貨幣爲清償。若其特種通用貨幣，至清償期失強制通用之效力，須以外國他種通用貨幣代之，與內國貨幣之金

種債同。

#### 第四節 利息債

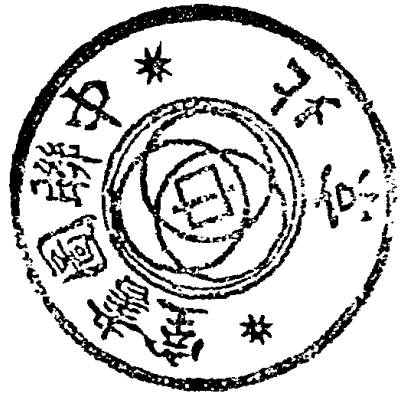
##### 第一款 利息之意義

利息者，由流動資本而生之所得，附隨于元本債務而交付之物也。〔二七〕依此定義分析說明之：

〔二七〕何謂利息？學者之所說，甚不一致。本書所述之利息定義，乃德儒 Petrayek 所倡，Dembure 和之。日儒岡松參太郎及石坂音四郎均贊成此說。

(一) 利息者所得也。茲所謂元本(即資本)及所得者，與經濟上之用語，同其意義。凡貨物為生產他之貨物之基本者，曰資本。由資本所生之貨物，曰收入。收入中其定期反復而生者，曰所得。利息者，所得之一種也。利息為所得，故應于元本利用之期間，漸次增加。惟利息雖為定期收入，然不以定期支付為必要，預將數月之利息，提前一次支付者，亦不失為利息。又定利息數額之方法，法無制限。學者之通說，謂應以利率定之；然利率祇為定利息數額之通常方法，而非利息之要件，不以利率定其數額時，亦不妨為利息。如約明元本八十元月息一元是也。

(二) 利息者由流動資本而生之所得也。資本依使用方法之不同，得分為固定資本及流動資本二種：固定資本者，反復使用而不消耗，並不喪失所有權之資本也。如鋪屋、機械等是。流動資本者，經一回使用即歸消耗，或喪失所有權之資本也。如金錢、煤炭等是。就通常情形論，流動資本概為金錢或其他消費物，然不消費物若以供特別之使用，且經其一回使用之後，即歸消耗或喪失所有權者，亦得謂之流動資本。如以書籍千部為開張書舖之



資本是也。利息者，即由流動資本而生之所得也。由固定資本而生之所得非利息，如地租及租金是也。

(三) 利息者附隨于元本債務而交付之物也。流動資本，所有人有自利用之，而得利益者，如以金錢供自己營業之用是。〔二八〕有以其資本供他人使用，由他人附隨于元本債務，交付一定之物于所有人者，如甲以百金貸乙，每年由乙交付二十金于甲，以為報酬是。前者為單純之所得，後者方稱為利息。故利息以元本債務之存在為前提。

〔二八〕利用與使用不同。以貨物充吾人之需要者曰使用，以貨物投于生產事業者曰利用。使用義廣而利用義狹。如以金錢貸與他人，雖得謂為使用，而非利用。

利息不要與原本為同種之物（有持反對說者）如貸借金錢，以米穀為利息，亦無不可。（大理院統字第一八四七號及第一九七九號解釋參看）但在當事人無特約之場合，其利息應以與元本同種之物為給付。

## 第二款 利息之種類

利息因其發生原因之不同，得大別為約定利息及法定利息兩種：

(甲) 約定利息 約定利息者，基于法律行為所生之利息也。凡負擔元本債務者，得自由與債權人約明應支付利息。此種契約，于中世有禁止之者；然至今日，無論何國之法律，均認其有效。

約定利息時，多併約定利率。若未約定利率，則依法定利率（後詳）計算其額。利息支付之時期，（如每年一次或每月一次之類）當事人有特約時，從其特約。無特約時，推測當事人之意思定之。

(乙) 法定利息 法定利息者，基于法律規定而生之利息也。有種種：

(1) 負返還元本債務者，于特定場合，應支付其可生之利息，是謂之可生利息。如第四〇四條二項所規定者是。

(2) 負保管他人財產之義務者，自消費其財產時，應支付利息，是謂之挪用利息。如第五四二條所規定者是。

(3) 爲他人支出財產使他人受利益者，得對於他人請求償還其墊款，并請求支付利息，是謂墊款利息。如第五四六條一項所規定者是。

(4) 金錢債之債務人，至元本清償期而不清償債務者，應支付利息，是謂之遲延利息。如第二三三條一項所規定者是。

以上所述支付法定利息之義務，與法律上所規定『返還已取得之利息之義務』，要嚴格區別。所謂返還已取得之利息之義務者，即債務人應將已收取之利息返還于債權人之謂。例如受任人就因處理事務所受領之物，已收取利息時，應與其所受領之物，一併返還委任人是也。(第五四一條)餘如第一七八條第五七七條，第六八〇條，第七〇一條，及第九五八條所規定者皆是。此等場合，債務人祇須以其已收取之利息，如數返還，無須以自己財產支付利息。其所應返還之利息，與其利息所由生之物，同爲所應返還財產之一部，非如利息之于元本有主從之關係。因此種債，其性質乃元本債，而非利息債故也。

### 第三款 利率

利率者，利息與元本之比也。利率非利息之要件；惟通常場合，恆以利率定利息之額。利率多以元本之百分率表明之，如云年利六厘（即百分之六）是。

利率以其發生原因為標準，得區別為約定利率及法定利率二種：

（一）約定利率 約定利率者，依法律行為而定之利率也。約定利率，各國立法例有加以制限者。如法、日、比、美、德、奧、匈各國是。有不加以制限者。如英、丹、西、荷、諾等國是。取制限主義之立法，又有二種：（甲）以利息制限法制限之者，如比、日、美各國是。（乙）以高利貸禁止法制限之者，如德、奧、匈各國是。我民法第二百零五條規定：『約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。』〔二九〕此種規定，不但適用於民法債編施行後發生之利息債務；民法債編施行前發生之利息債務，於施行時尙未復行者，亦依本條之規定。（民法債編施行法第五條前段）且從前施行現已廢止之懲治土豪劣紳條例，對於重利盤剝，設有處罰明文。（該條例第二條第四款參照）其亦採制限主義也明矣。〔三〇〕

〔二九〕民法第二百零五條規定：債權人對於超過部分之利息，無請求權。故債務人就此超過部分之利息，未支付者，得拒絕支付，固無問題。然則其已支付者，就請求返還否歟？關於此節，陳蓮昆周新民兩氏，主張消極說，謂債務人已就超過部分為給付者，應適用第一八〇條第三款，不得主張不當得利，而請求返還。（見陳氏債總第一六九頁周氏債總第二七九頁）蔡天錫麟氏，大體從陳氏之說，亦以第一八〇條第三款，為債務人不得請求返還之根據。有同時又謂債權人對於超過部分之利息，有自然債權，故有受領給付之權利。（見同氏債總第一五一頁）然債務人就於超過部分利息所已為之給付，未必均有第一八〇條第三款所定『明知無給付義務』之情形，僅據該條規定，主張一般的不得請求返

還，既嫌多所遺漏；而謂其發生自然債權，亦乏根據。余意，制限制約定利率，原以壓抑債權人之專橫，使經濟的弱者，免受剝削爲目的。爲貫徹此種政策起見，應使債務人就于已支付超過部分之利息，除有特別情形（如第一八〇條第三款）之情形外，均得請求返還。方爲公允。

【三〇】民法施行前暫准援用之現行律（即大清律）對於約定利息，已設有制限制的規定。即月息不得過三分。至民國十六年八月一日國民政府令，始限定年利不得超過百分之二十。又大清律明定私放錢債年月雖多，不得過一本一利。此種規定，非因民法之施行，全然失效。依民法債編施行法第五條之規定，民法債編施行前發生之利息，債務人于施行時，尙未履行者，雖亦依民法債編之規定，定其數額，但施行時未付之利息總額，已超過原本者，仍不得過一本一息。此蓋以保護債務人既得之權利也。

民法對於約定利率，雖限定不得超過週年百分之二十，然一面又慮債權人乘債務人困迫，使之久負重利之債務，特設保護債務人之規定。即債務人約明以週年百分之十二以上之利率，支付利息時，既經一年之後，得隨時將元本清償是也。此隨時清償元本之權利係強行規定，不得以特約除去或制限之，但須于一個月前預告債權人（第二〇四條）又債權人于上述限定利息外，亦不得以折扣或其他方法，巧取利益（第二〇六條）此所以杜避法行爲也。

（二）法定利率 法定利率者，法律所規定之利率也。我民法第二百零三條後段規定「週年利率爲百分之五分」即法定利率也。凡約定利息，當事人已約定利率時，從其約定。無特約時，依法定利率，算定利率之額。法定利息，法律已明定其利率時（如第二二三條一項但書）從其規定。無特別規定時，亦依法定利率（第二〇三條）

#### 第四款 複利



複利者，利息之利息也。詳言之：即將已生之利息，組入元本，再生利息之謂也。外國民法，有分複利為約定複利與法定複利者。而我國民法，則只認約定複利，而無法定複利之規定。

約定複利者，其於契約所生之複利也。其契約謂之複利契約。有二種：（甲）利息發生後，當事人訂立契約，以已發生之利息，組入元本，再生利息者。（乙）利息未發生前，當事人預行約明，將來發生之利息，不必支付，直組入元本，再生利息者。前之契約，不過事後以契約將應支付之利息，撥充元本，乃現有債權標的之變更，於債務人並無不利之處，雖不妨有效。（最高法院二十年上字第一七一號判例參看）而後之契約則否。蓋後之契約，若亦得有效，則債權人將乘債務人之困迫，使約明就每半年或每月每日之利息，發生複利，以得暴利者，非所以保護債務人之道。民法第二百零七條一項前段云：『利息不得滾入元本，再生利息。』即斯意也。但對此原則，有二例外：（一）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，滾入元本者，從其約定。（同條同項但書）（二）商業上之利息，另有滾利作本之習慣者，從其習慣。（同條二項）但其年利總額，仍不得超過百分之二十（最高法院解字第一八四號解釋參看）所謂利息遲付逾一年者，乃謂一年間以上所生之利息，支付遲延，非謂其每期應付之利息，遲延支付逾一年以上也。〔三一〕

〔三一〕例如甲貸乙千圓，約明每月末日應付利息十圓，在此場合，其每期（即一月）應付之利息，乙雖延不支付。然若未逾十二期（即一年）以上者，則不得以此利息滾入母金。反之，已逾一年以上時，則經催告後，得將全年所生之利息，滾入母金，發生複利，不以其各期應付之利息，遲延支付已逾一年為必要。

### 第五款 利息債之特質

利息債者，以利息之支付為標的之債也。〔三二〕利息債附隨於元本債，為從權利之一，因生左之效果：

〔三三〕利息債與利息不同。利息係指附隨於元本債務，由債務人現實交付於債權人之物。而利息債，則指請求債務人交付此等之物之權利關係。故利息可謂為利息債之標的物。

(一) 利息債之發生，以元本債之存在為前提；元本債因原因行為（如消費借貸）無效而不發生，或發生後，因其原因行為被撤銷自始無效時，利息債亦自始不發生。

(二) 元本債向將來消滅時，利息債亦自其時起，停止發生。但已發生之利息債，獨立存在，不受影響。例如元本債清償時，則債務人將來無須再付利息，然從前積欠之利息，則仍須償還是也。

(三) 元本債存在之間，利息債繼續發生。但在債務人遲延履行元本債之場合，其利息債停止發生，同時基於法律之規定，發生遲延利息。（第二三三條參照）又在債務人破產之場合，自破產宣告之日起，利息債亦停止發生。

(四) 担保元本債之担保物權，及保證債權，當然担保利息債。（第八六一條及第七四〇條參照）又在債權讓與、債務承擔之場合，利息債亦隨同元本債而移轉。（第一九五條二項及第三〇四條一項參照）

(五) 利息債雖為從債，然得與元本債分離獨立存在。故利息債得單獨讓與，得單獨罹于時效。（第一二六條）又得單獨提起給付之訴。

(六) 元本債與利息債同為訴訟標的之場合，祇依元本債之價額，定訴訟標的之價額。（民法訴訟法第七八條

二項參照)

## 第五節 選擇債

### 第一款 選擇債之性質

選擇債者，以數個給付中依選擇而定之一給付爲標的之債也。例如甲與乙約，以此馬或彼牛贈乙是。選擇債爲一個之債，（但有主張爲數個之債者）祇其標的之給付，在選擇的狀態而已。即非但甲給付或但乙給付之爲債之標的，亦非甲乙兩給仍同爲債之標的，乃甲乙兩給付中應履行其一，其應履行何給付，應依選擇而定。故選擇債之發生，自初確定，其標的則不確定。〔三三〕與選擇債相對立，以一個給付爲標的之債，曰單純債。

〔三三〕選擇債之標的不確定，從其標的物亦不確定，此點與種類債相同。然二者之間，又有異點。選擇債以數個給付（擇一的）爲標的；反之，種類債則以一個之給付爲標的。其異點一也。選擇債有數個之給付，不特其標的物不確定，即其標的亦不確定，反之，種類債祇有一個之給付，其標的物雖不確定，然其標的自初確定。其異點二也。選擇債之標的，不限於物之給付；反之，種類債之標的，則限於不特定物之給付。其異點三也。

選擇債之標的，乃于數個給付中依選擇而定。其數個給付，通常同爲特定物之給付，（如交付此馬或彼牛）然不以此爲限。一爲特定物之給付，一爲不特定物之給付，（如交付一馬或一牛）或均爲單純作爲或不作爲之給付，（如教授英文或德文）均無不可。若夫給付僅有一個，祇就其給付體樣（如給付之時期、處所、及方法等）得爲選擇之債，非選擇債。第其性質與選擇債極爲類似，得準用關於選擇債之規定已耳。〔三四〕

【三四】就給付體樣得為選擇之債，有三種：（甲）就於給付時期得為選擇者。如約五月一日或六月一日履行是。（乙）就於給付處所得為選擇者。如約於本店或支店履行是。（丙）就於給付方法得為選擇者。如約由火車或輪船運送是。

## 第二款 選擇債之特定

選擇債係標的不確定之債，然至履行之時，其標的不可不確定，稱之曰選擇債之特定。其特定之方法有三：即（一）當事人之契約，（二）選擇權之行使，（三）給付不能是也。依當事人契約之特定者，即債權人債務人于債成立後，合意定其標的之謂，無說明之必要。茲就選擇權之行使，及給付之不能，分述之。

### 第一 選擇權之行使

（一）選擇權之意義及性質 稱選定給付之權利曰選擇權。選擇云者，于數個給付中，選定應履行之給付之意思表示也。選擇權為選擇債所不可缺之要素，不以選擇權之行使為給付特定之方法者，非選擇債。如其債之標的依抽籤而定者是也。

選擇權之行使，有使選擇債變成單純債之效力，故選擇權為形成權之一種。又選擇權非專屬於本身之權利，故得繼承，亦得因債權之讓與，或債務之承擔，移轉于特定承繼人。

（二）選擇權人 即有選擇權之人也。選擇權人之為何人，當事人有特約或法律有特別規定（如第四〇九條前段）時從之。當事人以契約約定，債權人、債務人，或第三人為選擇權人，均無不可。當事人無特約及法律無特別規定時，則選擇權屬於債務人。蓋債務人于受『應為給付』之拘束外，本有自由之權利，故給付內容不

確定之場合，其不確定歸諸債務人之利益；債務人得自由選定給付，以爲履行。（第二〇八條）

（三）選擇權行使之方法 在債權人或債務人爲選擇權人時，其選擇權之行使，向他方以意思表示爲之。在第三人爲選擇權人時，則以意思表示向債權人及債務人爲之。（第二〇九條）選擇爲單獨行爲，不要得相對人之承諾。其意思表示之方法，法無制限，不問明示默示均可。但其意思表示不得附以條件。既表示之後，亦不得任意撤回之。

（四）選擇權之行使期間 選擇權之行使，定有期間者，有選擇權之當事人，應于其期間內行使之。逾期不行使時，其選擇權移屬於他方當事人。其選擇權之行使，未定有期間者，有選擇權之當事人，應於清償期前行使之。逾期不行使時，無選擇權之當事人得定相當期限爲催告；倘選擇權人于此期限內，仍不爲選擇，則其選擇權移屬於爲催告之當事人。其在第三人有選擇權之場合，亦應于清償期前爲選擇。若第三人不能選擇或不能選擇時，則與未定選擇權人之場合同，其選擇權屬諸債務人。（第二一〇條）

（五）選擇權行使之效果 選擇權人爲選擇之後，選擇債變爲單純債。惟此種單純債，非必爲特定債，亦有爲種類債，或其他之債者。選擇非只向將來發生效力，且溯及於債之發生之時。（第二一二條）即其債自始爲單純債；其被選擇之給付，視爲自始確定的爲債之標的；其他之給付，視爲自始不爲債之標的。故其他之給付，於選擇前已因當事人之過失而不能之場合，（如債之標的物因債務人或債權人之過失滅失之場合）債務人就其給付不能，無須依第二二六條任損害賠償之責，亦不得依第二二五條之規定，全免其給付義務。（三五）

【三五】第二二六條係定：「債之標的之給付，因債務人之過失而不能時，（如標的物被債務人放火燒失）債務人應任損害賠償之責。」第二二五條一項係定：「債之標的之給付，不因債務人之過失而不能時，債務人免其義務。」選擇有溯及力，其不被選擇之給付，視為自始不為債之標的。故其給付于選擇前因債務人之過失而不能時，債務人無須為賠償。反之，因債權人之過失而不能時，債務人亦不能免其義務。

選擇之效力，祇使選擇債變成單純債而已。故即在被選擇之給付為特定物之給付之場合，債務人亦只負交付該特定物之義務；特定物上之所有權，非因選擇當然移轉於債權人。是以選擇雖有溯及力，非因之害及第三人之權利。（即債發生後選擇前第三人於該特定物取得之權利）舊民律第三三九條但書規定：「但不得妨礙第三人之權利。」實贅餘之規定。新民法將其刪除，誠屬至當。

## 第二 給付不能

選擇債發生後，其標的之數個給付中，有因不可歸責于當事人之事由，（如天災地變）或有選擇權之當事人之過失，不能履行者時，則其債就餘存之給付存在。（第二二一條）若其餘存之給付僅有一個，則其債特定，與選擇之場合同。例如甲與乙約，依甲自己之選擇，以此牛或彼馬贈乙，嗣該馬染疫而死是也。

因給付不能之特定，有使其選擇債變為單純債之效力。但其特定之效力，溯及既往否歟？法無明文，學說亦不一致。陳瑾昆周新民兩氏，均為無溯及力。（陳氏債總第一七九頁，周氏債總第二九五頁參看）以法無溯及既往之規定，為惟一之理由。然在因給付不能而特定之場合，若其特定無溯及力，則其不能之給付，於特定前仍為債之標的。債務人因其給付不能，應依第二二六條任損害賠償之責，或依第二二五條一項之規定，得全免其

給付義務，其結果至爲不當。故應類推適用第二一二條之規定，解釋其有溯及力爲適宜。（同說日儒橫田秀雄  
債權總論第二一七頁）

### 第三款 選擇債之給付不能

選擇債之給付不能者，即選擇債標的之數個給付，全數不能履行，或其中一二給付不能履行之謂也。（三六）  
其給付之不能，有涉于給付之全部者，曰全部不能。有僅存于給付之一部者，曰一部不能。有於債之原因行爲成立時已不能者，曰從始不能。有於債之原因行爲成立後方不能者，曰嗣後不能。有其數個給付皆不能者，曰全數不能。有僅一二給付不能者，曰非全數不能。（三七）茲分述其效力於左：

【三六】關於債之給付不能，民法上本設有一般規定。第二二五條第二二六條第二四六條第二四七條參看。然選擇債因有兩個以上之給付，其情形與單純債，間有不同，故民法于第二二一條設有特別規定。本書亦設專款述之。又本款係就選擇債給付不能之一切場合而立論，與前款第二所述僅爲選擇債特定之原因者，其範圍亦有不同。

【三七】例如甲與乙約，以特定之家屋一座或輪船一隻或帆船一隻贈乙。於此場合，若該家屋全部燒失，則爲全部不能；若一部燒失，則爲一部不能。又該家屋若於贈與契約成立時業已燒失，則爲從始不能；若於贈與契約成立後燒失，則爲嗣後不能。又若該家屋已燒失，且該輪船及帆船亦已沉沒，則爲全數不能；若只家屋燒失，而輪船帆船尚存在，則爲非全數不能。

### 第一 全部不能時

（一）從始不能之場合 選擇債標的之給付，全數從始全部不能時，則債不發生。若祇一二給付從始全部不

能時，則不問其不能之原因如何，其債就餘存之給付存在，（第二二一條前段）其不能之給付被除外。此際其餘存之給付，苟只有一個，則其債自始為單純債。倘有二個以上，則選擇權人得就此二個以上之給付為選擇。蓋當事人所以成立選擇債者，其目的多在確保債之履行，冀免因給付不能而生之損失。是其數個給付有互相補充之性質，故法律特明定給付中有不能者，其債就餘存之可能給付存在，以期無反當事人之意思也。

（二）嗣後不能之場合 分非全數不能及全數不能述之：

（甲）非全數不能之場合 依其不能原因之不同，其效力亦異。分別言之：

（1）因不可歸責於當事人之事由而不能之場合 於此場合，其債就餘存之可能給付存在。亦因選擇債之成立，當事人有確保履行之意思故也。（第二二一條前段）其餘存之給付，若只有一個，則選擇債因之特定。若尚有數個，則選擇權人得就其餘存之給付為選擇。所謂「不可歸責于當事人事由」云者，即當事人就其事由，依法律規定不負責任之謂。如天災、地變、及第三人之行為等皆是。

（2）因有選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合，其債亦就餘存之可能給付存在。（同條前段）與前場合同。故其餘存之給付，若只有一個，則其債特定。若有數個，則選擇權人得為選擇。蓋給付既因有選擇權當事人之過失而不能時，視為該當事人已拋棄選擇該給付之權利故也。（三八）但在其不能基於有選擇權債權人之過失之場合，具備侵權行為之要件事，債權人就其給付不能，應依第一八四條規定，對於債務人負賠償損害之責。例如甲與乙約，依乙之選擇，以此牛或彼馬贈乙，其後乙殺馬，則其



債就牛之給付而存在；然乙應依侵權行為之規定（即第一八四條）對甲因賠償該馬死亡而生之損害是也。

〔三八〕此項規定，於其選擇權在債務人之時，或在債權人之時，均有適用。由理論言，在債務人有選擇權，因其過失給付不能之場合，使其喪失選擇該給付之權利，籍以保護債權人，固甚正當。然在債權人有選擇權，因其過失給付不能之場合，似應視為債權人已選擇該給付，使其喪失選擇其他給付之權利，藉以保護債務人，方為公允。第二一一條前段不加分別規定，不得謂非立法上之一缺點。

（3）因無選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合，其給付視為可能，其債仍就一切之給付存在，選擇權人得就其可能之給付及不能之給付中，選擇其一。（同條但書）蓋不如是，則因無選擇權當事人之過失，而害及他人之選擇權，非公平之道也。從而（子）在債權人有選擇權，因債務人之過失給付不能之場合，債權人得選擇其餘存之可能給付，請求履行；亦得選擇其不能之給付，依第二二六條請求不履行之損害賠償。（丑）在債務人有選擇權，因債權人之過失給付不能之場合，債務人得選擇其餘存之可能給付，另就其不能給付，依第一八四條請求債權人賠償損害；亦得選擇不能給付，依第二二五條以免其義務。

（乙）全數不能之場合 亦依其不能之原因如何，而異其效力，分言之：

（1）因不可歸責於當事人之事由而不能之場合 於此場合，不問其係同時不能，抑異時不能，債務人免其義務。（第二二五條一項）同時不能，如債之標的物之此馬與彼牛，同時死亡時。異時不能，如馬先

死而牛後死是。

(2) 因有選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合(子)其給付因債權人之過失而不能時，若係同時不能，(如同時炸殺此馬彼牛)則債務人依第二二五條一項免其義務。債權人應選擇其一，為債之標的；而就其他之不能給付，對於債務人依第一八四條任賠償損害之責。若係異時不能，(如先殺馬後殺牛)則最後不能之給付，為債之標的，故債權人除最後不能之給付外，應就其他之不能給付，(即馬之給付)對於債務人依第一八四條任賠償損害之責。(丑)其給付因債務人之過失而不能時，若係同時不能，則債務人應選擇其一，為債之標的，而依第二二六條任不履行損害賠償之責。若係異時不能，則最後不能之給付，為債之標的，故債務人應就最後不能之給付，依第二二六條任不履行損害賠償之責。

(3) 因無選擇權當事人之過失而不能之場合 於此場合(子)其給付因無選擇權債權人之過失而不能時，則不問其為同時不能，抑異時不能，債務人依第二二五條免其義務。並得選擇其一，為債之標的；而就其他之不能給付，依第一八四條向債權人請求賠償損害。(丑)其給付因無選擇權之債務人之過失而不能時，亦不問其為同時不能，抑異時不能，債權人得選擇其一，為債之標的，而依第二二六條向債務人請求不履行之損害賠償。

(4) 因二種以上之原因而不能之場合 例如選擇債之二個結付，其一因無選擇權當事人之過失而

不能其一因有選擇權當事人之過失而不能；或其一因不可歸責於當事人之事由而不能，其一因無選擇權當事人之過失而不能。此等場合，應依其不能之先後，依前述關於非全數不能場合之原則，定其效力。例如有三給付：(A)給付先因第三人之過失而不能，其後(B)給付因無選擇權債務人之過失而不能，(C)給付最終因有選擇權債權人之過失而不能。於此場合，依第二一一條之規定，其債權本應就(B)給付而存在；因其給付已因債務人之過失而不能，故債權人得依第二二六條向債務人請求(B)給付不履行之損害賠償。其他之場合，依此類推。

## 第二 一部不能時

選擇債之一切給付，或其中一二給付，從始或嗣後一部不能時，其効力如何？法律未有明文規定，學說亦不一致。有謂當適用關於一般給付不能之原則，不應由債之標的給付中除外者。有謂當準用第二一一條之規定，應由債之標的給付中除外者。然選擇債既以確保履行爲目的，斷無因其不能之爲全部抑爲一部而異其効力之理，故以準用關於全部不能之規定（即第二一一條）爲當。

### 第六節 任意債

任意債者，債務人或債權人，得以他之給付，代債之標的之給付之債也。此債我民法上雖無明文規定，實際上往往有之，故有論述之必要。

任意債有二種：一爲任意債務。即債務人得現實爲他之給付，以免其債務之謂也。例如甲與乙約，以一馬贈乙。

並附約甲不欲贈馬時，得以百金代之。一為任意債權。即債權人得請求他之給付，以代債之標的給付之謂也。例如甲與乙約，以一馬贈乙。並附約乙不欲得馬時，得請求以百金代之。〔三九〕任意債之標的，自始確定，不過當事人之一方嗣後得變更之耳。稱此變更給付之權利，曰補充權，亦曰代用權。

〔三九〕在任意債務，其債務人現實為他之給付，與選擇固有顯然之區別；而在任意債權，其債權人請求他之給付，外形上則與選擇極為相似。然選擇僅表示選定何之給付，請求則並催告其履行；且選擇為意思表示，請求則為意思通知，二者未可混而為一。

任意債之當事人，因有補充權之故，得就二個給付為選擇；故與當事人有選擇權之選擇債極為類似。然有差異之處。茲舉其重要者於左：

(1) 在選擇債，其數個給付皆為債之標的，祇其間有擇一的關係而已。在任意債，其標的之給付，只有一個，不過當事人得以他之給付，代其標的之給付；其他之給付，非債之標的。其異點一。

(2) 選擇債標的之給付，有擇一的關係，須待選擇或給付不能而後確定。若任意債，則債之成立當時，其給付即已確定，無須乎選擇。其異點二。

(3) 在選擇債，其標的之數個給付中，有從始不能或嗣後不能者時，除因無選擇權之當事人過失者外，其債就餘存之給付存在。反之，在任意債，其標的之給付，從始不能時，則債不發生；嗣後不能時，若非因歸責于債務人之事由，則債務人依第二二五條一項免其義務，若因歸責于債務人之事由，則債務人依第二二六條應為不履行之損害賠償，其債非當然就他之給付存在。〔四〇〕其異點三。

〔四〕然則此際其代用權人因之喪失代用權否乎？又其他給付嗣後不能時，其代用權人仍有代用權否乎？法無規定，不外按其不能之原因，依理論決定之。即（甲）其標的給付或其他給付，嗣後因不可歸責於當事人之事由而不能時，代用權人失其代用權。（乙）其標的給付或其他給付，因可歸責於無代用權當事人之事由而不能時，代用權人不失其代用權。（丙）其標的給付，因可歸責於有代用權債權人之事由而不能時，或其他給付，因可歸責於有代用權債權人之事由而不能時，代用權人失其代用權。反之，其標的給付，因可歸責於有代用權債務人之事由而不能，或其他給付，因可歸責於有代用權債務人之事由而不能時，代用權人不失其代用權。因此際雖許其代用，于相對人仍屬有利無害故也。

## 第七節 損害賠償債

### 第一款 損害賠償債之性質

損害賠償債者，以賠償損害為標的之債也。賠償損害云者，填補他人之損失，使回復與不發生損害同一之狀態之謂也。夫損害一旦發生之後，固不能使之自始不發生，然事後填補其已發生之損失，使回復與未發生前相同之狀態者，則為可能之事。其填補之之方法，即賠償是也。

凡因一定事實而生之損害，原則由受損害人自擔負之。然有特別原因時，得請求他人為賠償，於是乎有損害賠償債之發生。至其發生原因，約有兩種：一為法律行為，即依契約一人對於他人負賠償損害之義務之場合，如損害保險契約是。一為法律規定，即法律基於一定事實，使發生損害賠償債之場合，如第二二六條、第二三一條、第一八四條等是。損害賠償債由契約發生之場合，其成立要件、賠償範圍及方法等，概依契約之所定。本節所述者，限於依法律規定而生之損害賠償債。

關於損害賠償債之規定，各國立法例不能一致。法、日兩國民法，對於此債，不設一般的規定，各別規定債務不履行之損害賠償，與侵權行為之損害賠償。德國民法，則設一般的規定於「債務關係之內容」章中，我民法第二二三條以下之規定，亦係一般的規定，於一切之損害賠償債均有適用，蓋採德制也。

### 第二款 損害賠償債發生之要件

損害賠償債之發生有三要件，即（一）要有發生損害之原因事實，（二）要發生損害，（三）其損害與其原因事實之間，要有因果關係是也。分述之：

#### 第一 發生損害之原因事實

損害發生之原因事實，為損害賠償債發生之第一要件。其原因事實有種種：（甲）有為債務人之作為者，如侵權行為及規定於第一一〇條物之作為是。（乙）有為債務人之不作為者，如債務不履行、履行遲延及規定於第三五條二項之不作為是。（丙）有為其他之事由者，如規定於第五四六條三項之處理事務行為是。其在因債務人之作為或不作為發生損害之場合，債務人非有故意或過失，不負賠償之責，是謂之過失主義。〔四一〕為羅馬法上所認之主義，近世各國之立法例，皆以之為原則而採用之。我民法亦然。但此特原則耳。例外場合，有債務人並無過失，（含故意及過失）亦負賠償義務者。如無權代理人之責任，（第一一〇條）遲延後債務人不履行債務時之責任，（第二三一條二項前段）特種侵權行為人之責任，（第一八七條三項第一八八條二項）皆是也。故「債務人有過失」非一切損害賠償債發生之要件。

【四一】在古代之法律，凡因一人之行爲，使他人蒙損害時，不問過失之有無，應負損害賠償之責。是謂之原因主義。亦稱結果責任主義。厥後以此主義不合於正義，且不適於實際，故羅馬法以求之立法，均以過失主義代之。惟近世因使用機械之企業（即利用蒸氣電氣等事業），日益發達，一般人常立於有被害危險之地位。企業者縱施綿密周到之注意，其發生損害亦所難免。若仍泥守過失主義，殊不足以保護一般公眾之利益。而在企業者，於賠償損害之後，仍得增加代價以爲取償，實際上亦不蒙損害。故各國近來多以特別法（如礦業法鐵路法）對於特種企業，例外認原因主義，將來尙有漸次增加之傾向。（俄民法第四〇三條以下參看）

## 第二 發生損害

損害之發生，爲損害賠償債發生之第二要件。英、美、法認名義上之損害（Nominal damage）有權利侵害時，雖無損害，亦不免賠償之責。然在羅馬法系之立法，則以損害之發生爲必要。我民法亦以之爲原則而採用之。但有例外，如金錢債履行遲延之場合は也。（第二三三條）

損害者，一定之人，因一定事故，就其財產或其他生活貨物所蒙之不利益也。得依種種標準分類之：

（甲）財產的損害與非財產的損害 財產的損害者，加於財產之損害也。非財產的損害者，加於財產以外之生活貨物（如生命、身體、名譽、自由等）之損害也。如傷人之身體之場合，被害人所支出之醫藥費，即財產之損害；其因受傷精神上所感之苦痛，即非財產的損害。

（乙）積極的損害與消極的損害 積極的損害者，減少現存財產之謂也。消極的損害者，妨礙將來財產增加之謂也。此分類祇就財產的損害而存在。如工人因受傷支出醫藥費，屬於前者；其因被傷不能工作，致不得工

資，屬於後者。

(丙)直接的損害與間接的損害 直接的損害者，由當事人之行為直接發生之損害也。間接的損害者，非由行為直接發生，由行為一旦發生結果，其結果又為原因，而生之損害也。前者如甲毆乙受傷是，後者如甲將乙之馬驅入河中因而溺死是。

(丁)必然的損害與未必的損害 必然的損害者，因事物當然之趨勢所生之損害也。如受傷者，因治療而支出醫藥費是。未必的損害者，非因事物當然之趨勢而生之損害也。如受傷者，因創熱而死亡是。

(戊)積極的行為上之損害與消極的行為上之損害 積極的行為上之損害者，法律行為有效成立，因債務人不履行其債務而生之損害也。如因履行遲延而生之損害是。消極的行為上之損害者，於法律行為無效或被撤銷之場合，當事人之一方因信其為有效而受之損害也。如第九一條及第二四七條所規定之損害是。前者包含積極的損害與消極的損害兩種。後者祇有積極的損害，不含消極的損害。

### 第三 因果關係

損害與其原因事實之間，要有因果關係，是乃損害賠償債發生之第三要件。雖有原因事實及損害之存在，苟其損害非因該事實而生者，債務人亦不負賠償之責。故因果關係，在民法上有研究之必要。其發生損害之原因事實，多為人之作為及不作為，既如前述。作為與不作為二者，性質上本屬不同，其因果關係亦不免異其觀念。茲先述作為之因果關係，而後及不作為。



(甲)作爲之因果關係 於如何場合一定之作爲與一定結果之間，有因果關係否乎？對此問題，學說頗多，最重要者有兩說：(一)條件說，以發生結果所不可缺之一切條件（即前提事實）爲原因。例如甲因被乙刺傷，入醫院療治，在院被盜百金。則入院爲被盜之原因，受傷亦爲被盜之原因。蓋不受傷則不入院，不入院則不被盜；入院及受傷，皆被盜所不可缺之條件故也。(二)適當條件說，亦稱相當條件說，以發生結果所不可缺之條件，且一般的觀察，有發生同種結果之可能者爲原因。故如前例，甲之受傷，不爲被盜之原因。蓋在此場合，其被傷雖爲被盜所不可缺之條件。而一般的觀察時，受傷者未必常被盜故也。條件說認因果關係之範圍，過於廣泛，不適用於實用。(四二)故多數學者，皆贊成適當條件說。依斯說，欲定特定場合因果關係之存否，應先就該特定場合而觀察，定某種事實爲發生某種結果之條件否乎？若爲條件，再就一般場合觀察，有此條件內容之事實存在時，可能發生同種之結果否乎？若能發生，則該條件爲適當條件；該條件內容之事實，與此種結果之間，有因果關係。例如甲放槍射乙而乙斃。在此場合，甲不放槍則乙不斃，故放槍爲乙死之條件；而就一般場合觀察，放槍射人常生斃人之結果，故放槍爲乙死之適當條件。從其放槍行爲與乙之死，有因果關係。(四三)惟條件內容之事實，其實際存在者，與當事人所知者，未必一致。果以何者爲標準，決定其爲適當條件否乎？例如甲受乙託，由船上運搬棉花至倉庫，棉花中藏炸彈一枚，甲不知之，由船上擲棉花於船下，炸彈爆裂，殺丙及丁。于此場合，應以擲棉花爲標準乎？抑以擲炸彈爲標準乎？對此問題，亦有三說：(子)主觀說，謂以行爲者於行爲時所已知或得知之事實爲標準。(丑)客觀說，謂以行爲當時存在之事實爲標準。(寅)折衷說，謂應以行爲當時

注意最深之人（指鑑定人）得知之事實，或行爲者已知之事實爲標準。由理論而言，以第二說爲最合理；由實際而言，以第三說爲當。多數學者贊同之：

〔四二〕條件說以發生結果所不可缺之一切條件，不問其爲直接間接，均爲其原因，絲毫不加制限，往往認某行爲爲某結果之原因，同時又可認該行爲爲其他行爲之結果。如此追遡，至無窮極。例如生殺人者之父母，亦爲殺人者。製造殺人所用兇器者，亦爲殺人者。由此類推，則一個之結果，必有無數之原因，未免反于事理。

〔四三〕除上述兩說外，尙有最後條件說，最有力條件說，及主要條件說。後二說，對於「有力」「主要」二語，均無明確之說明，殊嫌失之空泛。最後條件說，以時之先後爲準，其界說雖較明確，然適用之於實際，亦未必合理。例如甲爲一教授槍術，二人因往午膳，置手槍於案上，丙乘間實彈槍中，及甲入取槍演習射擊，彈發乙死。此際，若依條件說，則必曰殺人者，乃甲非丙。如此斷定，能無反于事理乎？

（乙）不作爲之因果關係 關於不作爲之因果關係（如不哺乳致嬰兒死亡）學說亦甚紛歧。其重要者有五：（一）謂不作爲亦作爲，得爲結果之原因。（二）謂不作爲自體，不得爲結果之原因，先於不作爲之作爲（即負擔作爲義務之原因行爲，如哺乳契約）爲原因。（三）謂不作爲外觀雖無動作，然實依「不爲適法行爲」之意思決定，排除防止結果發生之障礙，使發生結果。故不作爲自體，亦得爲原因。（四）謂不作爲與結果之間，無實際上之因果關係，然有法律上之因果關係。蓋不作爲者因不作爲，違反法律上之義務。因違反法律上義務，致發生某結果。故以法律爲基礎，則不難想像其因果關係之存在。是即謂之法律上之因果關係。（五）謂不作爲與結果之間，無真正之因果關係，祇有準因果關係。蓋真正之因果關係，祇於因現實之身體運動，發生現實

結果之場合，方得認之。在不作為於空間上無何等之變動，不得認其因果關係之存在。惟不作為不防止其結果之發生，在法律上與作為之因果關係，有同一之價值而已。故不作為因果關係之存否，不可依不作為生某結果否乎以決定之，應研究不作為者若作為，得防止結果否乎以決定之。例如因乳媪不哺乳，致嬰兒死亡。于此場合，若哺乳則可防止嬰兒之死亡，故不哺乳與嬰兒之死亡，有因果關係。此為多數學者之通說。

不作為有準因果關係，既如前述。然則如何之不作為，可生準因果關係否乎？是一問題。依通說，不作為於具備左列要件時，發生準因果關係。

(1) 不作為要為結果之適當條件 不作為與作為同，于為結果之適當條件時，方為其原因。其適當條件之認定，與作為之場合同。即就一般場合觀察，若有該不作為可生某結果時，其不作為方為某結果之適當條件。【四四】

【四四】若就一般場合觀察，無發生同種結果之可能時，則其不作為，非適當條件。如乳媪不以乳哺其嬰兒，為時僅有半日，本不至死，因案上適有確酸一瓶，嬰兒飢而飲之，遂至斃命。即其一例。

(2) 不作為要違反法律上之義務 不作為祇于負擔作為義務（如哺乳義務）之場合，方負責任。苟無此義務，雖不作為不負損害賠償之責。又此義務要為法律上之義務，故于只負道德上義務之場合，亦不生法律上之責任。如見溺者不援以手是也。倘既負法律上之義務，則其義務基於法律而生，抑基於契約而生？為公法上之義務抑為私法上之義務？均非所問。

### 第三款 損害賠償之方法

損害賠償之方法，有自然的回復及金錢賠償二種。自然的回復者，回復與不發生損害事實上同一狀態之謂也。如返還侵奪之物，及建築同樣之家屋是。金錢賠償者，回復與不發生損害經濟上同一之狀態，即估計損害之價額，以金錢賠償之謂也。羅馬法認金錢賠償，不認自然的回復；德、奧民法，原則採自然的回復主義；日本民法，原則採金錢賠償主義。〔四五〕由理論而言，自然的回復，于損害賠償之目的，最為適合；由實際而言，自然的回復每有不能或困難之處，（如照樣建築已燒火之家屋）不如金錢賠償之較為簡捷。我民法原則取自然的回復主義，故應回復被害人損害發生前之原狀。但在當事人訂立契約，明定以其他方法為賠償之場合，及法令有特別規定之場合，（例如第一九五條）從其約定或規定。（第二一三條一項）又不能回復原狀，或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。（第二一五條）

〔四五〕德民第二四九條，第二五一條，奧民第一三二三條，第一三二五條，日民第四一七條，第七二二條一項參照。此外法國民法，及瑞士債法注，均無明文規定，通說謂其亦依金錢賠償主義。

損害賠償之債務人，應回復原狀而不回復者，債權人得定相當期限催告之。逾期仍不回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。（第二一四條）又因回復原狀而應給付金錢者，自損害發生時起，應加給利息。（第二一三條二項）

### 第四款 損害賠償之範圍

就於損害賠償之範圍，得由兩方面觀察之：（一）義務人對於何種之損害，負賠償之責乎？（二）義務人對於如何時期所生之損害，負賠償之責乎？前者為關於種類之範圍，後者為關於時期之範圍。分述于左：

（一）關於種類之範圍 損害賠償，以回復與不發生損害同一之狀態為目的，故除法律另有規定（第二二〇條二項參照）外，義務人對於與原因事實有因果關係之損害，不問其種類之如何，均負賠償之責。舉凡積極的損害、消極的損害，必然的損害、未必的損害，概包含之。（第二一六條一項）（四六）所謂消極的損害者，相當于第二一六條之「所失之利益」，即依普通情形，或依已定之計劃設備，或其他特別情事，將來本可取得之利益，因侵害原因事實發生，而不能取得者之謂也。（同條二項）例如工人因負傷不能工作，致不得工資是。

【四六】關於非財產的損害，由我民法全體而解釋，應認為限于人格權被侵害，法律有特別規定之場合，方得請求賠償。（第一八條及第一九四條第一九五條一項參照）故因侵害財產權之結果，所生非財產的損害（如因毀損他人之貴重物品其精神上受苦痛）其被害人不得請求賠償。

（二）關於時期之範圍 義務人對於如何時期所生之損害，應負賠償之責乎？法無明文規定。然損害賠償，以賠償權利人所受之一切損害為目的，故在裁判外請求賠償之場合，至請求之時止所生之損害，應賠償之。以訴請求賠償之場合，至判決時止所生之損害，應賠償之。倘請求或判決之後，尚生損害，則權利人得再請求賠償。故關於時期之範圍，可謂無限。

以上所述，係關於賠償範圍一般之原則。例外場合，則不能全然適用此規定。茲舉其場合于左：

(甲)當事人有特別訂定之場合

賠償範圍之廣狹，與公益無關，故當事人不妨以契約就于賠償範圍，為特別之訂定。有此訂定時，則依之，以定賠償之範圍。此種特約，於損害發生之前後，均得為之。其所定之賠償範圍，曰約定賠償範圍；上述之賠償範圍，曰法定賠償範圍。

(乙)受害人有過失之場合

損害賠償，原則只賠償由義務人之行為所生之損害；若其損害之發生或擴大，受害人因過失亦與以助力時，則法院應斟酌情形，定損害之責任及其範圍；是謂之過失相抵。例如甲緩行電車軌道中，致為電車所碾，失其一足是。蓋損害之發生，受害人既亦有過失，無使義務人單獨負責之理，故各國立法例均認此原則，我民法亦然。

(第二一七條前段)〔四七〕

〔四七〕關於受害人過失之意義，德國學者之所說，不能一致。依通說：則茲所謂過失者，乃單純不注意之謂，與通常之過失不同。蓋通常之過失，係指注意義務之違反，以注意義務之存在為前提。而受害人對於自己，則不負注意義務故也。是以過失相抵之理由，在不應以因自己之不注意所生之損害，轉嫁於他人，不在注意義務之違反。日本學者，多贊成此說。

過失相抵原則之適用，要具備二要件：(一)賠償權利人，就于損害之發生或擴大，要與以助力。詳言之，即賠償權利人之行為，與賠償義務人之行為，為損害之共同原因是也。賠償權利人之行為，祇以為發生損害之共同原因為足，不要為賠償義務人行為之原因。故其行為不要先於義務人之行為，即後於義務人之行為，或與義務

人之行為同時存在，均無不可。「四八」又其行為不限于作為，亦有為不作為者。故在（1）賠償權利人就于債務人所不及知之損害，不促債務人之注意之場合，（2）賠償權利人怠於避免損害或減少損害之場合，均應適用過失相抵之原則。（同條後段）（二）賠償權利人要有過失。（包含故意過失）倘無過失，權利人之行為，雖為發生損害之共同原因，亦不生過失相抵之問題。例如受傷者因僻處鄉隅，無從就醫，致成廢疾是也。但茲所謂有過失者，不以權利人自身有過失之場合為限，即其代理人或使用人有過失之場合，亦包含之。（第二二四條類推）具備上述二要件時，法院應斟酌其情形，以定損害賠償之責任及其範圍。其斟酌之方法，不外較量雙方行為原因力之強弱，及其過失之輕重為之。

「四八」受害人之行為，有與加害人之行為同時存在者。如甲駕汽車，乙駕馬車，在中途互相衝撞，而馬車傾覆。是有受害人之行為在前，加害人之行為在後者。如甲橫置人力車於街路之中央，致被乙所駕之汽車所衝撞。是有加害人之行為在前，而受害人之行為在後者。如甲被乙刺傷之後，濫用藥品，致失其兩足是。

### （丙）受害人得利益之場合

賠償權利人，因發生損害之原因事實之存在，一面受損害，一面得利益時，則應由損害內控除利益，就其殘額為賠償，是謂之損益相抵。例如甲約以馬贈乙，而遲延履行，乙因不得使用此馬而受損害，一面節省飼養費而得利益是。蓋損害賠償，係以回復與不發生損害同一之狀態為目的，苟不控除其所受之利益，而就其損害全額為賠償，則受害人因損害反得分外之利益，非公平之道也。此原則由損害賠償之觀念而生，法律雖無明文規定，

理論上不可不認之。

損益相抵原則之適用，要具備二要件：（一）受害人要得利益。不得利益時，不生損益相抵之問題。（二）其利益要與損害基于同一之原因。即其利益要基于發生損害之原因事實而取得之；基于他之原因所生之利益，雖與損害有關，不得以之相抵。〔四九〕至基于發生損害之原因事實而得之利益，不問其為直接間接，應受損益相抵原則之適用。

〔四九〕例如甲放火焚燒乙之家屋，乙因是依火災保險契約，由保險公司受領三千元之保險金之場合，或受其友人丙贈與千金之場合是。蓋前之場合，其放火焚燒家屋，祇為保險金債權發生之停止條件，而非其原因。（其原因為保險契約）後之場合，其放火焚燒家屋，祇為贈與債權發生之緣由，亦非其原因。（其原因為贈與契約）

有與損益相抵基于同一之理由者，即第二百二十八條之規定是也。該條云：『關於物或權利之喪失或損害，負賠償責任之人，得向其損害賠償之請求權人，請求權與基于其物之所有權，或基于其權利，對於第三人之請求權。』是亦防權利人得分外之利益而設者也。蓋在物或權利，因歸責他人之事由而喪失，得請求他人賠償損害之場合，往往基于其物之所有權，或基于其權利，對於第三人有請求權。例如甲以其所有物寄存於乙，因乙保管不慎，致為丙所竊。此時甲對乙，因物之喪失，有損害賠償請求權，一面對丙又有本於所有權之請求權。（第七六七條參照）又如甲委任乙向丙收取債權，因乙怠於收取，致丙成為無資力人。此時甲對乙，因債權之損害，有損害賠償請求權，對丙仍不失其請求給付之權利。在此等場合，乙若不得請求甲讓與其對丙之請求權，則甲



得二重之利益，不公平實甚。故法律特規定之。〔五〇〕但其所應讓與之請求權，以基于物之所有權或其他權利者為限；因他之原因所生之請求權，則無須讓與。〔五一〕又其所讓與者，雖為基于已喪失之所有權或其他權利對於第三人所有之請求權，而非所有權或其他權利自體；然其請求權讓與之結果，受讓人直接取得所有權或其他權利，此日儒川名兼四郎所為之解釋也。（川名氏債權法要論第二三〇頁參照）

〔五〇〕此項請求權之讓與，與損益相抵，基于同一之理由。蓋賠償權利人，因所有權或其他權利喪失蒙損害，同是因對於第三人取得請求權而得利益，故應讓與其利益。但此項請求權，果得實現（即達其目的）與否，尚不可知，故不如損益相抵中所謂利益者之確實。且在損益相抵時，賠償義務人，得由損害額中扣除利益額，而賠償其餘額；而在第二二八條之場合，賠償義務人應賠償全額之損害，惟得請求權利人讓與對於第三人而有之請求權而已。故兩者之性質不同。

〔五一〕例如放火燒燬他人已投保火險之家屋者，不得請求家屋所有人，讓與其對於保險公司之保險金請求權。因此種請求權，係基于保險契約而生，非基于所有權自體而生故也。反之，保險公司得請求家屋所有人，讓與其對於放火人之損害賠償請求權。因此種損害賠償請求權，係基于所有權自體而生故也。但我保險法就於此點，有特別之規定。（保險法第四十五條一項參照）

#### 第五款 損害賠償額之確定

損害賠償之範圍，雖已述於前，然為賠償之際，若以金錢支付時，又不可不確定其數額；是謂之損害賠償額。損害賠償額，有估計其現實發生之損害而定之者，有當事人以契約約定之者。前者謂之算定賠償額，後者謂之約定賠償額。分述之：

## 第一 算定賠償額

當事人不以契約定賠償額之場合，應估計現實所受之損害，以定其額。若其損害之標的為金錢時，則依其金額；反之，為其他之物體（包含物及權利）時，則依其物體之價格。估計物體之價格，要注意左之三點：

（一）算定價格之標準 物體之價格有三種：一為通常價格。乃其物體對於一般人所有之價格，即市價是也。二為特別價格。乃其物體對於賠償權利人所有之價格，即基于權利人特別之事情而定之價格也。三為感情價格。即依賠償權利人之感情而定之價格也。〔五二〕然則應以何種之價格為標準，定損害物體之價格乎？此點法無明文，不無疑義；然損害賠償係以填補賠償權利人自身所受之損失為目的，自以依特別價格為合理。至於感情價格，係依權利人之感情而定，無一定之範圍，不足為計算賠償額之標準。

〔五二〕例如甲乙各有朱子所書之對聯一幅，甲與乙約以其所有而贈乙，俾成完璧。於此場合，甲所有此一幅之對聯，以市價估計，僅值一金。然若歸乙所有，則可值十金，因乙有一幅與之成對，其價自漲故也。此一金之價格，即通常價格；十金之價格，即特別價格。又乙若有好玩字畫之癖，而視之為無價之寶時，則「無價」二字，即感情價格。

（二）算定價格之時期 在損害物體之價格有變動之場合，以如何時期之價格為標準乎？此問題亦依損害賠償之目的而定。而債務不履行之場合，應依履行時之價格；但權利人證明履行期後可取得高價之利益時，依其價格。在侵權行為及其他之場合，應依原因事實發生時之價格；但權利人證明原因事實發生後可取得高價之利益時，從其價格。

(三) 算定價格之場所 物體之價格，依場所而不同，故應研究其算定價格之場所。依通說，在債務不履行之場合，依債務履行地之價格；在侵權行為及其他之場合，則依其原因事實發生地之價格。

依上述標準算定之賠償金額，在其損害非因賠償義務人之故意或重大過失而生之場合，若令如數賠償，足使其生計發生重大影響時，法院得減輕其賠償金額。(第二一八條) 此不外出於體恤經濟的弱者之意也。

## 第二 約定賠償額

損害賠償債，不問其發生損害之原因如何，當事人得以契約約定其賠償額。其契約有於損害發生前為之者，有於損害發生後為之者。前之場合，稱為賠償額之預定。賠償額之預定，亦有種種。實際適用最多者，為債務違反賠償額之預定。茲特就債務違反賠償額之預定分述之：

(一) 債務違反賠償額預定之性質 債務違反賠償額之預定者，當事人以契約預定，債務違反損害發生時，所應賠償之數額之謂也。賠償額之預定，以避算定賠償額之困難，及冀免訴訟為目的；通常與債務發生同時為之。但在其後為之，亦無不可。其債務之種類，法無制限。其所預定之賠償額，不限於金錢，約以其他之物或勞務充賠償，亦法所不禁。(第二五三條及第二五〇條二項) 茲所謂債務違反者，係指不依債務本旨為給付之一切場合而言。舉凡債務不履行及不適當履行(如遲延後之履行)均包含之。

債務違反之預定賠償額，與違約金異其性質。違約金者，於債務違反之場合，債務人應給付於債權人之一定金額也。如約明債務人履行遲延時，應另付百金以為制裁是。違約金以確保債權之效力，間接強制債務

之履行爲目的。故債務人依違約金契約，負擔以債務違反爲停止條件之債務。債務違反時，不問實際發生損害與否，應支付違約金；反之，預定賠償額祇預先約定賠償額，以免計算賠償額之困難爲目的。故債權人欲請求其預定之賠償額，不以債務違反爲足，尙以實際發生損害爲必要；惟債權人無須證明損害額而已。且在違約金契約，債權人除得請求違約金之外，仍得請求算定賠償額；而在賠償額之預定，祇得請求約定賠償額。是卽二者不同之處也。然在通常場合，當事人雖結債務不履行違約金之契約，其意多在預先約定債務不履行之損害賠償額；其違約金實有約定賠償額之性質。故法律特規定：債務不履行之違約金，視爲債務不履行之損害賠償總額。但此規定爲任意規定，於當事人有反對訂定時，無其適用。（第二五〇條二項前段）

（二）債務違反賠償額預定之效力 當事人已爲賠償額之預定時，不必計算實際賠償額之大小，應依其預定之額，以定賠償額。但其預定之數額過高時，法院得減少之至相當之數額爲止。（第二五二條類推）此固不無違反賠償額預定之目的，然爲維持公平計，亦事屬不得已也。【五三】

【五三】預定之賠償額得增減之否，歟？立法例不一。日本民法，不許其增減。（日民第四二〇條一項）德國民法，則許其增減。（德民第三四〇條二項、第三四一條二項、第三四三條）瑞士債務法，許其增加，而不許其減少。（瑞債第一六一條）我民法無明文規定。然依第二五二條「違約金之數額過高時法院得減少之」而類推，自應解爲許其減少，方足防止債權人之專橫。（最高法院十九年上字第三三四〇號判例參看）

債務違反賠償額之預定，有預定不履行債務時之賠償額者，有預定履行不適當時之賠償額者，在前之場合，債務人不履行債務時，債權人得請求預定之賠償額，以代債務之履行。若僅爲一部之履行，債權人得比

照一部履行所受之利益，請求其一部預定之賠償額。（第二五一條類推）在後之場合，債務人履行不適當時，債權人得受領其不適當之履行，同時並可請求預定之賠償額。

## 第五章 債之效力

### 第一節 給付義務

#### 第一款 總說

債權為請求債務人給付之權利，故債務人負給付之義務。給付亦稱履行，即以償還債權之意思，為債之標的之行為之謂。與清償同其意義，惟由債務效力方面觀察時，則稱履行；由債權消滅方面觀察時，則稱清償耳。

債務人為給付時，應遵左列二原則：

（一）給付要依債務之本旨為之。詳言之：即其給付之種類、主體、標的、時期、處所等，應依債權關係之內容而定。債權關係之內容，在其債權由法律行為而生之場合，先依其法律行為之所定；其所定不完全時，則依法律之規定以補充之。例如種類債當事人未約定標的物品質時，則依第二百零條一項而定其品質是。在其債權由法律規定而生之場合，則純依法律之規定。

給付之標的，要依債務關係之內容，故債務人要為全部之給付，無為一部給付之權利。〔五四〕為一部給付時，債權人得拒絕受領。蓋『全部』『一部』云者，不外指給付標的之分量而言。若許其分割給付，則其給付標的之

分量，不免與債權關係之內容不合故也。但法院得斟酌債務人之境况，許其於無甚害於債權人利益之相當期限內，分期給付。（第三一八條一項）分期給付之許可，純屬法院之職權，非認債務人有請求分期給付之權利。（最高法院二十一年上字第五二九號判例）

〔五四〕禁止一部給付之規定，不特於債權標的之給付為單純給付之場合，有其適用。即其給付為合成給付之場合，亦然。但在由一個契約發生數個債權之場合，則債務人不妨分別履行其各個之債務。蓋在此場合，因有數個之債權，故有數個之給付；債務人雖分別為各個之給付，不得謂為一部給付。當然不適用第三一八條之規定。

（二）給付須以誠實及信用為之。此本履行義務之一般原則；我民法對於給付義務時明定之。（第二一九條）蓋給付雖應依債權關係之內容為之；然就於債權關係之內容，法律行為之訂定，及法律之規定，每未能十分完密，難保債務人無利用其所定之不備，以加害於債權人者。故法律特使債務人以誠實及信用為給付，藉以保護債權人之利益。例如定某日為給付，而未定其時刻時，應于通常辦事時間為給付，不得於夜中睡眠時為給付是也。誠實及信用二者，乃交易上之道德，即各當事人不極端主張自己利益之謂也。但債權人行使債權，亦當以誠實及信用方法為之，與債務人履行債務同。

### 第二款 給付之主體

給付之主體者，即為給付之人也。債務人負給付之義務，固得為給付。債務人之代理人，限於給付性質上所許者，亦得代債務人為給付。如交付物品、移轉權利等是也。

給付第三人亦得爲之。(第三一一條一項前段) 第三人爲給付時，係以自己之名，履行他人之債務，故與債務人之代理人所爲之給付不同。蓋債務人之代理人，係以債務人之名而爲給付故也。第三人既得爲給付，若債權人無故拒絕受領時，應任受領延遲之責。但例外場合，第三人有不得爲給付者。茲舉其場合於左：(同條一項但書及二項)

(一) 債務之性質不許之時 債務之性質，不許第三人爲給付時，第三人不得爲給付。例如因僱傭、委任、寄託而生之債務是。蓋此種債務，係注重債務人之性質、技能、資格、經驗，非債務人躬親履行，每不能達債務之目的故也。

(二) 當事人有反對訂定時 債權人與債務人訂立契約，明定債務人應自爲給付時，爲尊重當事人之意思起見，第三人亦不得爲給付。

(三) 債務人有異議時 債務人有不欲第三人爲給付者。於此場合，債務人對於第三人之給付，得述異議。債務人已向債權人或第三人述異議時，第三人無爲給付之權利，債權人得拒絕其給付。惟於此有一問題，即債務人雖述異議，債權人仍接受第三人之給付時，其給付之效力果如何乎？依舊修正民律第三百四十二條所附之理由，則其給付完全有消滅債權之效力，然此實未當。蓋若如是，則債務人之異議，僅與債權人以拒絕給付之抗辯權，而于自己毫無實益，大反債務人之本意也。故應解爲其給付不生效力爲宜。

以上所舉，乃第三人不得爲給付之例外場合。但尚有例外之例外，即有利害關係之第三人，得反于債權人及債務人之意思，向債權人履行債務是也。有利害關係之第三人云者，即就於債務人債務之履行，自己有益之人

也。如物上保證人，擔保財產第三取得人，債務人之他債權人皆是。〔五五〕此等之人，于債務人不履行之場合，為保持其自己之利益起見，不問當事人間有無反對之特約，及債務人會否陳述異議，得向債權人為給付。

〔五五〕物上保證人者，謂第三人中以其自己財產供債務人債務之擔保者。例如甲負乙千金，丙以不動產供抵押。是担保財產第三取得人者，謂由債務人受讓供債務担保之財產者。例如甲負乙千金，以其不動產供抵押，嗣丙受讓該不動產。是至於其他債權人，係指債務人之其他債權人而有利害關係者而言。如順位較後之有担保債權人，及普通債權人皆是。

第三人適法為給付時，則債權消滅。此際第三人對於債務人，有如何之權利乎？依債務人與第三人間法律關係而定，其法律關係有為贈與者，如第三人與債務人約明，應不受報酬，為債務人代償債務。是有為委任者，如第三人受債務人之委託，而代償其債務。是有為無因管理者，如第三人未受債務人之委託，好意代償其債務。因其法律關係之不同，第三人對於債務人之權利亦異。其在有利害關係之第三人為給付之場合，除依其與債務間人之關係行使權利外，尚得按其限度，代位債權人，取得債權人就此債權關係所有之權利。代位債權人云者，即代替債權人之地位。詳言之：即債權人之債權，及其附屬之權利（如擔保物權、及保證債權）因法律之規定，當然移轉于第三人之謂；不以債權人之意思表示為必要。〔五六〕但其移轉有妨礙債權人之利益者，則不得對於債權人主張之。（第三一二條）例如甲對乙有千元之債權，乙以價值八百元之不動產供抵押。嗣乙之他之債權人丙代償四百元，則丙得代位甲，對乙取得四百元之債權，同時于乙之不動產上取得四百元之擔保物權。然此擔保物權，不得對於債權人主張之。蓋若許其主張，則債權人于該不動產上，雖有六百元之擔保物權，就其八百元之賣得金，祇得



受四百八十元之清償。其利益不免被妨礙故也。然此場合，第三人不妨對於債權人以外之人，主張其權利之移轉。故丙得對於乙及乙之債權人丁戊等，主張四百元之擔保物權。

【五六】舊修正民律第三四四條規定：債權人之債權，移轉於履行債務之第三人，而民法第三一二條則改爲，第三人得以自己之名義，代位行使債權人之權利。甚似其權利並無轉移于第三人者。然同時于第三一三條又明定：此項代位行使，準用第二九七條及第二九九條關於債權讓與之規定。足證其債權業已移轉。代位行使一語，極易招人誤解，殊屬失當。（同說陳瑾昆氏債總第四七頁李讓氏債總第三〇三頁蔡天錫債總第三〇一頁）

### 第三款 給付之處所

給付之處所即履行地，亦稱清償地，謂債務人應爲給付行爲之場所也。茲所謂場所者，係指一定之地點而言。例如債務人之住所是。

給付處所之確定，要依左之原則：（第三一四條）【五七】

（一）在得依給付之性質，定給付處所之場合，其給付處所，應依其給付性質而定。例如負交付不動產之債務，應于不動產所在地爲給付；負管理財產之債務，應于財產所在地爲履行是。

（二）在不得依給付之性質，定給付處所之場合，當事人有特別之意思表示時，應依其意思表示，定給付之處所。【五八】

（三）在當事人無特別之意思表示之場合，有特別習慣者，從其習慣。

(四)無特別習慣之場合，有其他情形，可以決定其給付之處所時，依其情形定之。例如購香烟一包，應由買受人往取是。

(五)亦無其他情形之場合，法律有特別規定時，應依其規定，定給付之處所。例如第三七一條、第六〇〇條是。

(六)在法令無特別規定之場合，則依法令之一般的規定。我民法從日本民法，原則以債務人現在之住所，為給付之處所。但以特定物之交付為標的之債權，須向債權關係發生時其物所存在之場所為給付。蓋債權發生當時，其給付之標的物，既具體的特定，則當事人常有就其物所存在之處所為給付之意思故也。

給付處所確定時，債務人應於該處所為給付，債權人祇得請求債務人應于該處所為給付。

【五七】第三一四條設六個標準，以定清償地。其順序為：(一)法律特別規定，(二)契約特別訂定，(三)特別習慣，(四)債之性質，(五)其他情形，

(六)法律一般規定。學者之著述，多依此順序，將上述標準，逐一排列。(陳瑾昆氏債總第四二五頁、李謨氏債總三一七頁、蔡天錫債總第

三〇二頁、周新民氏債總下卷第二〇五頁參看)余以為此種次序，其間不無先後顛倒之處。例如特別訂定，宜移于特別規定之前。因債法為任意法，當事人之特別訂定，其效力優于法律之特別規定。又依債之性質得定其清償地時，則一切情形，均可不問。故此種標準，應最先適用。茲特略加變更，自信較為合理。

【五八】此項在民法第三一四條原文為「契約另有訂定」而非「當事人有特別意思表示」。然「契約另有訂定」一語，不能包括由單獨行為及合同行為所生之債權在內。故余特改從舊修正民律第三四五條之用語，以「特別意思表示」代之。

#### 第四款 給付之費用

給付之費用者，即爲給付所必需之費用也。如運送費、匯費皆是。給付之費用，應歸何人擔負乎？依當事人之意思表示定之。若當事人無特別意思表示，而法律有特別規定者，從其規定。（例如第三七八條）否則應歸債務人擔負。蓋給付費用者，不外給付義務之一部也。但因債權人移轉住所，或其他行爲，致費用增加者，則其增加額歸債權人擔負。（第三一七條）

#### 第五款 給付之時期

給付時期即履行期，亦稱清償時期，即債務人應爲給付之時期也。未至給付時期，債務人無須爲給付；若債權人於給付時期前，爲給付之請求，債務人原則得依抗辯而拒絕之。（有例外）蓋給付時期未屆至之前，其債權雖已成立，然不得行使故也。〔五九〕

〔五九〕債權之履行期，與法律行爲所附之始期不同。始期爲法律行爲效力發生之時期，非俟始期屆至，則法律行爲不生效力。故債權行爲附有始期者，於其始期屆至前，債權尙未發生，當然不得行使。（第一〇二條一項）反之，附有履行期之債權，履行期未至前，債權業已發生，祇不得行使而已。但外國法律，有將履行期與始期混而爲一者。如法國民法，及日本民法是也。（法民一一八五條、日民第一三五條一項）德國民法之規定，與我民法同。（德民一六三條）

給付時期，得以一定之期日定之。（如某日）亦得以一定之期間定之。（如自某日至某日）有爲確定期限者，有爲不確定期限者。確定期限者，其期限之能屆至，及其屆至之時期，均屬確定之謂也。例如某年某月某日是，不確定期限者，其期限能屆至雖確定，然其屆至之時期不能確定之謂也。例如某人死亡之日是。至於屆至與否不能

確定之時期，（例如債務人結婚之時，回復財產之時）本不足以定給付之時期；然當事人有以之定給付時期之意思時，則從其意思。於此場合，以其時期之屆至，為給付時期之屆至。若其時期始終不屆至時，則以債務人死亡時，為給付時期之屆至。（日儒石坂音四郎債權法大綱第七七頁參照）

給付時期之確定，要依左之原則：（第三一五條）【六〇】

（一）在得依給付之性質，定給付時期之場合，其給付時期，應依其給付之性質而定。例如因開弔而請贄禮，因結婚而定彩輿是。

（二）在不依給付之性質定給付時期之場合，當事人有特別意思表示時，應依其意思表示定結付之時期。

（三）在當事人無特別意思表示之場合，有特別習慣時，應依其習慣，定給付之時期。

（四）無特別習慣之場合，有其他情形，足以定給付之時期時，依其情形定之。

（五）無特別情形之場合，法律有特別規定時，依其規定。例如第三七〇條、第四七〇條、及第四七八條等是。

（六）在法令亦無特別規定之場合，則以債權發生時為給付時期；債權人得即時請求給付，債務人亦得即時為給付，蓋債務既發生之後，本應即時履行，而附以給付時期者，特例外耳。故不附給付時期之債務，當然應即時履行。

【六〇】上列確定給付時期所用之標準，其排列之順序及其用語，與民法第三一五條所規定者，略有變更。其理由與註五七、註五八所述者無異，茲不多贅。

給付時期確定時，可生左之效果：

(甲) 債權人於其時期屆至後，得請求給付。而於其時期未屆至之前，則不得爲之。(第三一六條前段) 但在其給付時期爲債權人之利益而設之場合，債權人得拋棄其利益，於給付時期未屆至前請求履行。例如定期寄託之場合是也。(第五九七條)

(乙) 債務人於其時期屆至後，應爲給付。不爲給付時，其給付時期，若爲確定期限，自到期限時起，任遲延之責；若爲不確定期限，自受債權人給付之催告時起，任遲延之責。(第二二九條)

(丙) 債務人於給付時期屆至後，得爲給付。倘債務人已爲給付之提出，債權人不受領之時，應任遲延之責。(第二三四條) 若在給付時期未屆至之前，則債務人無此權利。惟在其給付時期爲債務人之利益而設之場合，則債務人亦得拋棄利益，於給付時期前爲給付。例如無利息消費借貸之場合是也。給付時期，果爲何人之利益而設？本屬事實問題，應於各場合依當事人之意思表示定之。無特別意思表示時，則推定爲債務人之利益而設者；債務人得於其時期前爲給付。(第三一六條後段) 蓋通常場合，給付時期多爲使債務人得爲履行之準備而設故也。

## 第二節 故意及過失

債務人不只負給付義務，尙須隨時注意，使其債務不至發生履行不能、履行遲延、或履行不完全之結果。稱此義務，曰注意義務。例如負交付特定物之義務者，應慎重保管其物，勿使滅失；並要謹記其履行期，勿使逾期是也。注

意義務伴於給付義務而生，並非單獨存在；故給付義務消滅時，則注意義務當然消滅。

債務人負注意義務，若因不注意，使履行不能、遲延、或不完全時，對於其履行不能、遲延、或不完全，即為有過失，應負其責。其在故意使履行不能、遲延、或不完全之場合，應負責任，更不待言。茲就故意及過失分述於左：

### 第一 故意

故意者，知自己之行爲，（作爲及不作爲）可生一定之結果，而縱容其發生之心理狀態也。其行爲即故意行爲，例如明知可生給付不能之結果，而毀壞債之標的物是也。故意之成立，有三要件：（一）其發生結果之原因行爲，要基於意思。無意思之行爲，當然不成立故意。如精神錯亂中所爲之行爲是也。（二）行爲者，要知其行爲可生某結果。若不知其可生某結果，有時雖應論以過失，亦不成爲故意。茲所謂某結果者，係指履行不能、遲延、或不完全而言。知其可生他之結果時，與債之效力無涉，非茲所謂故意。例如不知某物爲債之標的物，而毀壞之是也。但在一行爲生數結果之場合，以預見其一結果爲足，不要預見其結果之全部。〔六一〕（三）行爲者要縱容其結果之發生。縱容云者，知其可生某結果，而無防止其發生之意思之謂；不以希望其發生爲必要。故雖知其可生某結果，而無縱容之意思者非故意。此持意思主義者之所主張也。而持觀念主義者，則反對之。謂行爲者已知可生某結果時，故意即時成立；有無縱容其發生之意思，可以不論。此兩主義於行爲者有未必的故意之場合，可生相異之結果。未必的故意者，非預期必然的發生某結果，只知有發生某結果之可能之謂也。例如運送人以自轉車運搬委託人所交付之玻璃器，明知或有破碎之虞，而故爲之，其器卒破碎是。此場合，若依觀念主義，則故意存在。蓋運

送人已知其有破碎之可能故也。然依意思主義時，則依場合，或故意存在，或過失存在，即在運送人無防止其破碎之意思，且以破碎為無妨之場合，則為有故意；反之，運送人無放任其破碎之意思，且曾為預防其發生結果之設備時，則為有過失。現今學說，多取意思主義，余亦贊同此說。

〔六一〕例如甲約以某牛贈乙，以某馬贈丙，其後甲有意放槍殺牛，流彈中馬，牛馬同斃。於此場合，甲雖只預見放槍後則贈牛之債務履行不能，而不知贈馬之債務亦履行不能，然對於贈牛債務之履行不能，即可謂之有故意，應負其責。而對於贈馬債務之履行不能則否。

債務人就於故意之行爲，絕對負責。（第二二〇條一項）且不得預以契約免除之。倘預以契約免除債務人故意之責任，則其契約無效。（第二二二條）因其違反善良風俗故也。然此只就其以契約預為免除之場合而言。在責任既生之後，債權人得免除債務人所負之責任者，自不待言。至債務人對於故意行爲所負之責任若何，不能概論；不外按其行爲之結果，依各條之規定，對於債權人負賠償損害之義務而已。例如故意使給付不能者，則依第二二六條之規定，負損害賠償之責。故意使履行遲延者，則依第二三一條之規定，負損害賠償之責。是但債務人之故意，祇為負責之原因，其損害賠償之範圍，仍依因果關係而定；即應賠償其所生之一切損害是也。故債務人既就行爲之某結果有故意時，而就於由其結果所生之個個損害，雖無故意，亦不免其賠償之責。

債務人不特就其自己之故意負責，而對於其代理人及使用人，關於履行債務所有之故意，亦負同一之責任。蓋非是，則無以確保交易之安全也。但此規定，非為公益而設，故債務人不妨預與債權人訂定特約，以免除其責任。（第二二四條）又無行為能力或能力受限制之債務人所為之故意行爲，以行爲時有識別能力為限，與

其法定代理人連帶負責；行爲時無識別能力者，則由其法定代理人負責。但法定代理人並未疏於監督；或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，不負責任。（第二二一條及第一八七條一項二項）

## 第二 過失

過失者，欠缺注意之謂；詳言之，即因不注意，爲一定之行爲，使生某結果之謂也。其情形有二：即（一）行爲者，因不注意，不預見其行爲可生某結果，而爲該行爲者。如因不注意，不知其物爲債之標的物，而毀壞之，致生履行不能之結果是。（二）行爲者，知其行爲可生某結果，而無縱容其發生之意思，因不注意，不中止其行爲者。如已知以自轉車運搬玻璃，有破碎危險，因冀其不破碎，慎重運搬之，卒至破碎是。

我民法依過失之程度，大分之爲輕過失、與重過失兩種。輕過失者，怠於善良管理人注意之謂；我民法上單稱曰過失。（第二二〇條）『善良管理人之注意』一語，見於第五三五條、第五九〇條。直接淵源於日本民法（日民第四〇〇條參照）間接淵源於羅馬法上『良家父之注意』（*Diligentia bonus pater familias*）謂誠實勤勉有經驗之人，當處理事務所用之注意也。此種注意，係假定一謹慎之人，抽象的定其注意之程度，故學者稱之爲抽象的注意。德國民法，以『良家父』字義，殊欠妥協，故易爲『交易上必要之注意』（*Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*）日本民法，則易爲『善良管理人之注意』。其名稱雖異，意義則同。重過失者，怠於與處理自己事務同一之注意之謂。即以債務人平素處理其自己之事務所慣用之注意（具體的注意）爲標準。我民法上稱之曰重大過失。（第二二二條）以上所述，乃我國民法對於過失之分類。德、日民法，則從羅馬法，均分過失爲



抽象的輕過失、具體的輕過失、與重過失三者。其所謂重過失云者，乃甚不注意之謂，略近於故意，惟在故意則行爲者有縱容其結果之發生之意思，而重過失則無之，是其重要之異點。我舊民律亦然。〔六二〕

〔六二〕舊民律上有過失，（見第三五七條）重過失，（見第三五八條）重大過失，（見第六二六條、第七〇三條、第九二〇條）三種之用語，其分過失爲抽象的輕過失、具體的輕過失、重過失三種，固無可疑。新民法則祇有「過失」與「重大過失」之兩種用語，未有「重過失」之名詞，其分過失爲輕重二種，不難依此斷定。陳瑾昆氏債總第二〇六頁以下，仍分過失爲抽象輕過失、具體輕過失、重過失三種，周新民氏債總下卷第一二頁以下從之。然陳氏對於具體輕過失及重過失二者，均引民法第二二三條爲證。若如其主張，則第二二三條同時爲關於具體輕過失及重過失之規定，未免無據，故余不贊同其說。

過失既有輕重之別，然則債務人應就於何種之過失負責任，歟？是一問題。在昔羅馬法定三個原則：即（甲）依其契約只債權人受利益之場合，則債務人祇就重過失負其責。如無償寄託是。（乙）依其契約債權人債務人同受利益之場合，則債務人應就具體的輕過失任其責。如因合夥契約，保管合夥財產是也。（丙）依其契約只債務人受利益之場合，則債務人應就抽象的輕過失任其責。如質權人之保管質物是。〔六三〕德國民法，以使債務人對於抽象的輕過失負責任爲原則。（德民第二七六條）但在例外場合，有使債務人只對於具體的輕過失或重過失負責任者。（德民第三七七條及第六八〇條參照）日本民法，無原則的規定，祇就各個之債，定其應爲注意之程度，間接以定其對於何種過失負責任。（日民第六五九條、第四〇〇條、第六四四條、第六七一條參照）或直接規定其應對何種過失負責任。（同法第六九八條參照）惟彼國學者，均謂由民法之全體而解釋，

可斷定亦以對於抽象的輕過失負責為原則，對於具體的輕過失或重過失負責為例外。故法律未有特別規定之場合，債務人有抽象的輕過失時，不得免其責。〔六四〕我民法亦以對於輕過失負責為原則，（第二二〇條一項）但在法令有特別規定（如第二二三條、第四一〇條、第四三四條、第五四四條二項）或法律行為有特別訂定之場合，例外只對於重過失負其責。與德國民法略同。

〔六三〕羅馬法上過失之分類如何，及債務人對於何種之過失負責，學說紛紜。本書所述者，係以德國學者哈西（Hassse）之學說為根據。（參照（Hassse, *Culpa des rom. R.* 1815）

〔六四〕橫田秀雄債權總論第二八五頁，川名兼四郎債權法要論第一八二頁，石坂音四郎日本民法第四三九頁，鳩山秀夫日本債權法第二〇一頁，末弘嚴太郎債權各論第一〇六九頁參照。

債務人就於過失行為固應負責，然除重過失外，不妨預以約契免除之。（第二二二條）此所謂過失，不限於債務人自身之過失，即其代理人及使用人，關於債之履行所有之過失，應與自己之過失，負同一之責任。但亦得預以契約免除之。（第二二四條）又無行為能力或能力受限制之債務人所為之過失行為，以行為時有識別能力為限，與其法定代理人連帶負責；行為時無識別能力者，則由其法定代理人負責。但法定代理人並未疏於監督；或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，不負責任。（第二二一條及第一八七條）至債務人就於過失行為所負之責任，與故意之場合合同，亦按其行為之結果，依各條之規定，負損害賠償之義務。惟若依其債之原因事實之特性，非與債務人以利益，則法院應從輕酌定其責任。詳言之，即應縮小其賠償之範圍。如贈與人及

無償受寄人有過失之場合は。(第二二〇條二項)因其情節可原故也。

以上純就債務人有故意過失應負責任之場合而言。至於債務人並無故意過失，祇因事變，「六五」所生之結果，債務人原則不負損害賠償之責任，其事變為外界之事實，抑為人類之行為，可以不問。但例外場合，債務人對於事變有應負責任者。如第二三一條二項前段所規定者是也。此等場合，債務人所以負責任者，係基於特別之理由，非因其違反注意義務之故。是應注意之點也。

【六五】事變云者，即不可歸責於債務人之事由也。此種事由，有為人之行為者。如債權標的物被第三人毀壞，致不能給付是。有為外界之事實者。如債權標的物因地震滅失，致不能給付是。人之行為中，包含第三人之行為及當事人之行為。故在因債務人之行為，致給付不能或履行遲延之場合，債務人就其行為所生之結果無故意過失時，其行為亦不失為事變。例如債務人不知其物為債權標的物，且無過失而毀壞之是。

### 第三節 給付不能

#### 第一款 給付不能之意義

結付不能者，債務人不能依債務之本旨而為給付之謂也。如因標的物滅失不能交付是。就於給付不能，有應注意之點四：(一)其不能與否，應就債務人自身而決。債務人因其一身上之事由，或其所處之環境，既不能給付，即給付不能，其他之人能為給付與否，可以不問。(二)其不能與否，應從社會之一般觀念而定，非依物理學上之法則而定。例如搜索沉沒海中之寶石，及追還行蹤不明之盜賊所偷之物品，由物理學上之法則言，雖非絕對不能，然從社會之一般觀念而論，則為不可能之事。故亦給付不能。(三)給付不能，其原因(甲)有存於給付之標的者。如因標

的物滅失不能給付是。(乙)有存於給付之主體者。如因疾病不能描畫是。但在其給付無論何人均得代爲之場合。(如給付金錢或物品)則其給付之主體,非給付之重要條件,債務人應使他人代爲給付,故不生給付不能之問題。(丙)有存於給付之處所及方法者。如不能於約定處所以按約定方法爲給付是。但其所約定之處所及方法,當事人若不視爲重要時,則債務人應於其他相當之處所以其他相當之方法爲給付,不生給付不能之效力。例如本約由火車運送物品,其後火車不通時,則應改由輪船運送是也。又因履行期已過,致不能於履行期爲給付時,學問有謂其爲給付不能之一種者,〔六六〕余不贊其說。蓋若貫澈斯說時,則債務人遲延後,其債務均屬給付不能。債權人無請求直接履行之權利,未免與理論相反。(四)其不能與否應以何時爲標準歟?學者多謂應以履行期爲標準;即於履行期不能爲給付時,方得謂之給付不能。於履行期之前後,雖不能爲給付,於履行期可能時,非給付不能。然此說明與第二三一條二總之規定矛盾。蓋依該條同項之法意,則債務人遲延後,因某事由不能爲給付時,亦給付不能故也。依余所見,凡自債權之原因事實成立之時(如債之發生原因行爲成立之時)起,至現實履行之時止,其間有不能給付之情形存在時,均得謂爲給付不能。惟其效力因不能之時期而有差異而已。此點應詳於後。

【六六】如德儒 Kleinendam, Goldmann-Lilienthal, Planck 等。其說謂在絕對的定期之債權,逾期不爲給付時,即不得達債權存立之目的,故生全部給付不能。又在相對的定期之債權,其債務人于履行期經過後,雖尙得補爲履行,但其得爲履行之期間,亦非無限;必于相當期間內爲履行,方能達債權之目的。若已逾履行期,尙未爲履行,則其已經過之期間,不能再來。故以時爲標準,亦生一部給付不能。若其期間已全部錯過,則生全部給付不能,與絕對的定期債權同。然逾履行期後所爲之履行,有時雖不能達債權之目的,但此際祇其履行於債權人無利

益而已，其給付非不可能。（第二三二條參照）故其說不足採。

## 第二款 給付不能之分類

給付不能，得依種種標準分類之：

### 第一 自然的不能與法律的不能

自然的不能者，基於自然的法則之不能也。如給付已死之馬，及給付不死之藥是。法律的不能者，基于法律之規定之不能也。如設定法律不認之物權，及移轉屍體之所有權是。給付之法律的不能，與給付之違法，不可混同。給付違法時，祇其給付行為為法律所禁止，非事實上不能為該行為。例如依契約使他人負殺人之義務，其殺人行為，乃違法而非不能。

### 第二 絕對的不能與相對的不能

絕對的不能者，其不能基于給付的性質，無論何時，不問何人，均屬不能之謂也。如給付不死之藥是。相對的不能者，其給付性質上非不能，祇于一定之時，或對於一定之人不能之謂也。如交付已死之馬，及不諳英語者，不能教授英語是。

### 第三 主觀的不能與客觀的不能

主觀的不能者，基於債務人一身之事情而不能之謂也。如因不諳英語不能教授英語，因疾病不能演劇是。客觀的不能者，基於外界之事情而不能之謂也。如給付不死之藥，及交付已死之馬是。〔六七〕

【六七】主觀的不能與客觀的不能之區別，從來本有兩說：第一說，以不能給付之人爲標準。即其給付，債務人不能，其他之人亦皆不能時，爲客觀的不能。反之，債務人不能，債務人以外之人有一人可能時，則爲主觀的不能。是乃德國學者之通說。此說只注目不能給付之人之個數，不察其各人所處之地位，（即環境）是其誤點。例如在冬月約給付鮮荔枝，通常認爲不可能之事。而在處寒暑相反之南半球，固非不可能。若從斯說，則此場合之不能，乃主觀的不能。其不當也明矣。第二說，以不能之原因爲標準。即其不能之原因存於給付自體時，爲客觀的不能。反之，其不能之原因，存於債務人之一身時，則爲主觀的不能。是乃德國學者 *Biermann* 氏之所倡，少數學者從之。然斯說不能概括一切，亦不足採。例如因交通斷絕不能給付時，果爲何種之不能乎？依此說不能斷定之。故余特以給付不能，基於債務人一身之事情，抑基於外界之事情，爲區別之標準。

#### 第四 從始不能與嗣後不能

給付之不能，於債之原因事實成立時存在者，謂之從始不能。如甲約以某馬贈乙，其結約時某馬已死是。反之，其不能於債之原因事實成立後發生者，謂之嗣後不能。如前例某馬于結約以後死亡是。

從始不能與嗣後不能之區別，係以債之原因事實成立之時爲標準，不以債之發生時期爲標準。故在附條件行爲，或附期限行爲，于其行爲成立後，條件成就前或期限屆至前，所生之給付不能，亦嗣後不能。此德、日學者之通說也。

#### 第五 全部不能與一部不能

給付之不能，有涉于給付之全部者。曰全部不能。反之，其給付不能，僅於給付之一部者，曰一部不能。例如因

標的物之一半滅失，不能為該部分之給付是

給付之一部不能，本指不能為全量標的之給付而言。然不能為完全狀態之標的之給付時，理論上亦得與一部不能同視。如因標的物毀損不能給付完全之物，及因他人之權利存在，不能移轉完全之所有權是。

#### 第六 永久不能與一時不能

給付不能，其情形永久存續者，曰永久不能。反之，其情形祇一時存在者，曰一時不能。前者如因標的物滅失不能給付是。後者如因一時交通斷絕不能給付是。

#### 第三款 給付不能之效果

債之標的給付，從始不能時，則其債不發生。（例外或亦能發生）此乃債之發生與否之問題，與債之效力無涉，應詳于第二部各論。（參照第二四六條，第二四七條）茲所述者，乃嗣後不能之效果。即債之標的給付，嗣後不能時，其債發生如何之影響？是也。給付之嗣後不能，依其原因之如何，其效果亦異。分述于左：

（一）不能因歸責於債務人之事由而生時 所謂「歸責于債務人之事由」云者，即債務人就其發生不能之原因事由，依第二二〇條至第二二四條之規定，應負責任者是也。債權已屆清償期，因歸責于債務人之事由而不能時，不問其為客觀的不能，抑為主觀的不能，亦不問其為永久的不能，抑為一時的不能，債務人應按其不能之部分，負損害賠償之義務。即（甲）全部不能之場合，債務人應為全部不能行之損害賠償。（第二二六條一項）此種損害賠償之債權，與從來之債權，祇異其內容，不失同一性。詳言之：即祇從來之債權，變更其內容，非新舊債

權之交替。故附隨于從來之債權之担保，依然存續；消滅時效亦自從來債權之履行期屆至時進行。(乙)一部不能之場合，債務人就其不能之部分，應為一部不履行之損害賠償，而就其可能之部分，仍負履行之義務。但其可能部分之履行，于債權人無利益時，債權人得拒絕該部分之給付，請求全部不履行之損害賠償。(同條二項)至其給付不能，是否因歸責于債務人之事由而生？當事人若有爭執，債務人應負舉證之責。(最高法院二十一年上字第一九五六號判例類推)故債務人不能提出反證，證明其給付不能非因歸責於其自己之事由而生時，即不得免其責任。

(二)不能因不可歸責於債務人之事由而生時 債權已屆清償期，因不可歸責於債務人之事由不能給付時，債務人不負賠償責任。在(甲)全部不能之場合，債權消滅，債務人免其義務。(乙)一部不能之場合，債務人就其不能之部分，免給付義務，祇履行殘存之可能部分足矣。茲所謂不能者，係包含主觀的不能、客觀的不能，及永久的不能、一時的不能而言，與前項同。(第二二五條一項)陳瑾昆周新民蔡天錫麟李謨諸氏，均謂民法第二二五條之規定，限於給付客觀的不能之時，方有適用。(陳氏債總第二一四頁，蔡氏債總第一八〇頁，周氏債總下卷第二六頁，李氏債總第一五四頁)然不說明其根據。且第二二五條之給付不能，其用語既與第二二六條相同，斷無異其意義之理。故余不從其說。

#### 第四款 代償請求權

債務人因不能給付之原因事由，就債務之標的，對於第三人取得損害賠償請求權，或已受第三人之賠償時，



債權人得請求債務人，讓與其請求權，或交付因賠償所受領之物。稱其請求讓與或交付之權利，曰代償請求權。（第二二五條二項）例如甲約以馬贈乙，嗣該馬為丙所殺，而不能給付。此際甲對丙基於侵權行為，有損害賠償請求權；乙得請求甲，將對丙之請求權讓與於己是也。此項請求權之成立要件備三條件：（一）要債務人對於第三人取得損害賠償請求權，或已受其賠償。非是，則債務人雖因給付不能而受利益，債權人亦不得請求其交付。例如債務人因給付不能節省履行費用是也。（二）要因不能給付之原因事由，取得損害賠償請求權，或已受賠償。基於其他原因所取得之損害賠償請求權，或所受之賠償，不得請求債務人讓與或交付。如債務人因債務標之物（如家屋）被火。其於保險契約，對於保險公司所取得之賠償請求權是。（三）要就於債務之標的，取得損害賠償請求權，或已受賠償。即其賠償要為代給付之標的者。否則，債權人不得請求其讓與或交付。例如債務人因標的物之家屋被火，由放火人受價金及孳息之賠償，則債權人只得請求交付其所賠償之價金是也。〔六八〕

〔六八〕第二二五條二項，有「因前項給付不能之事由」云云。由文理解釋，甚似限于其給付不能，因不可歸責于債務人之事由而生時，方生代償請求權。然由理論而言，則無設此制限之必要。（德民第二八一條參照）故應解為此請求權，不問其給付不能因歸責于債務人之事由而生與否，均得發生。其不能因不歸責於債務人之事由而生之場合，不生損害賠償請求權，故債權人祇有代償請求權。反之，其不能因歸責於債務人之事由而生之場合，（例如因債務人保管不慎致標的物為第三人所毀）則債權人對於債務人，同時有損害賠償請求權，及代償請求權。此二個請求權之關係，非任意債權，亦非選擇債權，乃請求權之競合。（即兩請求權共有一個之目的）即債權人先行使損害賠償債權，已得完全之賠償時，不得更請求代償。反之，債權人先行使代償請求權，已得補償其損害時，不得更請求賠償。唯依代償之請求，不得補償其損害時，可扣除

因行使代償請求權所取得之損害賠償物價額，或損害賠償請求權價額，以其餘額向債務人請求賠償。

代償請求權，係新發生之權利，非原有債權變更其內容者。故附隨原有債權之從權利（如擔保物權）非常然移轉於代償請求權。又其請求權之消滅時效，從新進行，與原有債權之履行期毫無關係。

#### 第四節 履行遲延

##### 第一款 履行遲延之意義

履行遲延，亦稱債務人之遲延；即在給付可能之場合，債務人因歸責於己之事由，於清償期不為履行之謂也。故履行遲延，要具備左列五條件：

（一）要債務存在 債務不發生或已消滅時，不生履行遲延之事實。其債務之發生原因及其標的之如何，法無制限；在不作為債務，亦有履行遲延。

（二）要履行可能 債務雖存在，其給付不可能時，則生給付不能之效力，非履行遲延。茲所謂履行可能者，係以清償期屆至時為標準；清償期經過後，其給付可能與否，于履行遲延之成立，毫無影響。

（三）要其債務已屆清償期 非至清償期，則債務人不負履行之義務，故亦不生遲延之問題。惟依清償期之種類，有不以清償期之屆至為足，尚要附加他之要件者。茲分述於左（第二二九條）

（甲）其清償期為確定期限之場合 於此場合，債務人自清償期屆至時起，任遲延之責，不以債權人之催告為必要。

(乙) 其清償期非確定期限之場合 於此場合，債務人于清償期後，受債權人給付之催告時起，任遲延之責。其催告定有期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。其所必經催告者，因其清償期既非確定期限，則債務人常有不知其期限之屆至者，即使其負遲延之責，未免失之苛酷故也。此所謂「其清償期非確定期限」云者，係指債務附有不確定期限，及未定期限而依第三一五條規定之場合而言。

履行之催告，乃審判外之請求，即依訴訟以外之方法，請求債務人爲履行之謂。至於審判上之請求，如提起給付之訴，及送達支付命令等，本非催告。惟其性質與催告無異，故與催告有同一效力。

(四) 要債務人不爲履行 不履行云者，債務人不爲給付行爲之謂也。全部不爲給付時，爲全部遲延。一部不爲給付時，爲一部遲延。但在其履行要債權人協力之場合，債務人雖未爲給付，然已爲給付之提出，債權人不爲協力時，(例如債務人提出標的物，債權人拒絕受領) 則債權人任受領遲延之責，債務人不任履行遲延之責。惟其後債權人已爲協力或已允爲協力時，則債務人應從速履行，否則當任遲延之責。何謂給付之提出，及履行之協力，當詳於後，茲不贅及。(本章第六節第一款參照)

(五) 要因歸責於債務人之事由不爲履行 所謂因歸責於債務人之事由一語，其意義與前所述者同。即債務人依第二二〇條至第二二四條規定，應負責任之事由也。非因歸責於債務人之事由，不爲履行時，債務人不任遲延之責。如債務人非因過失不知其債權之存在及內容，致不爲履行，或因行使留置權拒絕等履行場合是也。(第二三〇條) 其不爲履行，是否因歸責於債務人之事由，當事人若有爭執，債務人負舉證之責任。(最高法

院二十一年上字第一九五六號判例參看）故債務人不能證明其不為履行，非因歸責於其自己之事由時，即不得免其遲延之責任。

### 第二款 履行遲延之效果

履行遲延，係消極的侵害債權人之權利，債務人應負其責。因生左之效果：

（一）遲延後債權人得請求債務人履行債務。（第二二七條）〔六九〕但其給付不能時，則無此權利。

〔六九〕第二二七條規定：債務人不為給付……者，債權人得聲請法院強制執行……云云。其所謂不為給付者，即逾期不為給付之義，當然包含履行遲延在內。其所請強制執行者，係指令其直接履行，所以別于損害賠償。非謂真正之強制執行。蓋真正之強制執行，必須基于債務名義（如確定判決）為之，非債務人一經履行遲延，其債權人即得逕向法院聲請也。又同條雖有「聲請法院」云云，然此非制限的規定，故債權人不向法院起訴，僅於審判外向債務人請求履行，亦無不可。

（二）債務人應賠償債權人，因遲延而生之損害。（第二三一條一項）

（三）已遲延之債務人，因歸責於己之事由，致不能給付者，任不履行損害賠償之責。其因天災及其他不可抗力，致給付不能者亦同。但債務人證明，縱不遲延給付，仍不免發生損害者，則免其責。（第二三一條二項）例如甲約以某座家屋贈乙，履行延遲後，其家屋因地震頽壞是也。

（四）遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得不接受其給付，請求賠償因不履行而生之損害。例如結婚定軍樂及期而樂隊不到是也。（第二三二條）

### 第三款 金錢債之履行遲延

金錢債履行遲延時，債權人得依一般規定，請求債務人賠償損害。（第二三三條三項）此外因金錢之性質，尙得向債務人請求支付履行遲延以後所可生之利息，是謂之延遲利息。此項利息之額，依法定利率計算。但約定利率逾法定利率時，應依約定利率而定其額。（第二三三條一項）其請求支付遲延利息之場合，有兩個之特則，茲分述於左（舊民律第三七一條二項參照）

（一）債務人不得以不可抗力為抗辯。此乃關於履行遲延成立要件之特則。即其不為履行，雖非因歸責債務人之事由時，債務人亦任遲延之責，負支付遲延利息之義務。蓋金錢為極有用之物，債務人在不為履行之間，得利用金錢，故亦應支付利息。所謂非因歸責於債務人之事由不為履行云者，如債務人無過失不知債權之成立、標的、期限、及債權人等，而不為給付者皆是。

（二）不以實際發生損害為必要。是乃關於履行遲延效力之特則。蓋金錢債務遲延時，視為發生與遲延利息相當之損害，故不問實際損害發生與否，發生損害賠償請求權。從債權人無須證明其已生損害，得請求損害賠償；債務人亦不得證明實際不發生損害，以免其賠償之責任。

上述請求支付遲延利息之權利，祇于元本債遲延履行之場合有之。利息債遲延履行時，債權人無此權利。蓋不如是，則可無條件發生複利，不免與第二百零七條之規定牴觸也。但債權人因利息債履行遲延，受有損害時，仍得依一般之規定請求賠償。（第二三三條二項）

#### 第四款 履行遲延之消滅

履行遲延，非永存續，因左之事由而消滅：

(一) 債權人受領遲延 履行遲延後，債務人已為給付之提出，債權人不為協力時，則債權人應任受領遲延之責，履行遲延當然消滅，蓋履行遲延與受領遲延，乃不兩立之狀態也。其給付提出，原則要現實為之。但在債權人預示拒絕受領之意，或其給付兼需債權人行為之場合，祇以言辭為提出足矣。(第二三五條) 此點當詳於後，茲不多及。(本章第六節第一款參照)

(二) 履行期之猶預 債權人與債務人得訂立契約，展緩履行期。又法院亦得斟酌債務人之境況，許債務人於無甚害債權人利益之相當期限內，緩期清償。(第三一八條一項但書及二項) 此際其履行遲延消滅。但新履行期屆至後，債務人再不為履行時，應再任履行延遲之責。上述緩期履行之允許，純屬法院之職權，非認債務人有請求緩期履行之權利。(最高法院二十一年上字第四二號判例參看)

(三) 債權之消滅 債權因清償、抵銷、或其他原因消滅時，則履行遲延消滅。其債權若只一部消滅，則就其已消滅之部分，履行遲延亦消滅。

履行遲延消滅時，祇向將來生效力。即債務人只自履行遲延消滅之日起，此後不負履行遲延之責；其從前已生之責任，不因履行遲延消滅而消滅。但當事人有反對之特約時，從其特約。

#### 第五節 不完全履行

債務之履行，不依債務之本旨者，謂之不完全履行。〔七〇〕其不完全之點：（1）有就於給付之標的而存在者，如標的物之種類、品質不符，或有瑕疵是。（2）有就於給付方法而存在者，如約由火車運送貨物，而債務人由輪船運送是。（3）有就於給付處所而存在者，如約於債權人之營業所為給付，而債務人於其住所為給付是。（4）有就給付時期而存在者，如於履行期經過後所為之給付是。（5）有就於給付範圍而存在者，如一部履行是。惟（4）之場合，乃履行遲延，法律已另有規定，故應由不完全履行除外。

〔七〇〕陳瑾昆氏謂：不完全履行，除其履行不依債務之本旨外，尚以因可歸責于債務人之事由所致者為必要。（同氏債總第二一七頁）蔡天錫麟周新民兩氏（蔡氏債總第一八二頁周氏債總下卷第三一頁）從之。然關於此點，在不完全履行，非如履行遲延之有第二三〇條之特別規定。上述主張，既嫌無據。且如其主張，則因不可歸責于債務人之事由所為不合于債務本旨之履行，非不完全履行，（如因誤記債額而為一部之清償）債務人均可不負責任，不但不必賠償損害，且無須為給付之補足或更換。揆之情理，尤不可通。故余不以此為不完全履行之成立要件。但在其不完全履行因可歸責于債務人之事由而生時，應加重其責任而已。（即後詳之損害賠償責任）

債務人有因不能為完全履行，致為不完全履行者。有得為完全履行，而為不完全履行者。前之場合，其效力若何，應適用關於給付不能之規定。茲所欲述者，乃後之場合。債務人得為完全履行，而不為完全履行時，債權人得拒絕受領，而請求其為完全之履行。（大理院四年上字第152號判例參看）若已為受領，或其履行無須受領，（如條築馬路）則債權人得請求債務人為給付之補足或更換。債務人為補足或更換如有遲延，（即逾履行期）應任履行遲延之責。其在債務人因可歸責於己之事由，而為不完全履行時，債權人尚得請求其賠償因之而生之損

害。(第二二七條)〔七一〕但在其給付性質上不宜於補足或更換之場合。(如約由火車運送而由輪船運送之場合)債權人只得請求其賠償因不完全履行所生之損害，不得請求其給付之補足或更換。所謂因不完全履行所生之損害者，係指因履行不完全所生之損害而言，與全不履行所生之損害不同。例如甲與乙約，代乙自天津由火車運送貨物至上海，厥後甲違約由輪船運送，致到達較遲，物價低落，則甲應賠償乙所受之損害是也。

〔七一〕第二二七條規定：「債務人……不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」其所謂強制執行者，乃令其直接履行，即完全履行之義。與前所述者同。又由「並得」二字解釋，似債權人于請求完全履行外，尚得無條件請求損害賠償，不以其不完全履行，基于可歸責于債務人之事由所生者為必要。然我民法上之損害賠償，本採過失主義，就此場合，自無獨異之理。故應解為限于其不完全履行，基于可歸責于債務人之事由而生時，方得請求賠償損害，較為合理。

以上所述不完全履行之效力，係就法律無特別規定之場合而立論，法律有特別規定時，仍從其規定，如第三百六十四條及第四百九十三條是也。

## 第六節 受領遲延

### 第一款 受領遲延之意義

受領遲延，亦稱債權人之遲延，即債務人已為給付之提出，債權人不為債務履行上所必要之協力之謂也。例如債務人已送標的物於債權人之住所，債權人拒絕受領是。受領給付，原則乃債權人之權利，非其義務。〔七二〕債務人本不得強制債權人為受領，惟因債權人不為履行上所必要之協力，而使債務人繼續負擔債務，亦欠平允。法



律爲調和當事人雙方之利益，特設受領遲延之制度，故受領遲延與履行遲延異，不以違反義務爲要素。

〔七二〕債權人無受領義務，是乃德國及日本學者之通說。然此係就一般之原則而言。在法律有特定規定之場合，債權人例外亦負受領義務。

如第三六七條是也。其在當事人以特約認受領義務之場合亦同。

受領遲延，要具備左之三條件：（第二三四條）

（1）要債務存在 此與履行之場合同。其債務之發生原因及其標的之如何，均可不問。

（2）要債務人已提出給付 提出給付云者，於得爲履行之時期，依債務之本旨，爲債務人於履行上所應爲之一切行爲，以待債權人之受領之謂也。例如債務人已送標的物於債權人之住所。提出給付，要依債務之本旨。非依債務本旨提出之給付，不生效力。（第二三五條前段）債權人縱拒絕受領，不任受領遲延之責。（大理院八年上字第一三二八號判例參看）又得爲履行之時期與履行期不同。履行期屆至前，債務人原則得爲履行。（第三一六條）而履行期經過後，債務人亦得爲履行，故在此等時期，均得提出給付。但在履行期不確定，或債務人於確定履行期前有爲給付之權利之場合，若債務人欲於其履行期或履行期前提出給付，除基於債權人之催告者外，應於相當期間前預行通知債權人，俾債權人爲受領之準備。否則債權人雖拒絕受領或不能受領，不任遲延之責。（第二三六條）

提出給付，要現實爲之。詳言之：即現實爲債務人於履行上所應爲之一切行爲，以待債權人之受領是也。但在例外場合，債務人不要現實爲提出，祇須通知已準備給付之事情於債權人足矣。（第二三五條）學者稱其

現實所爲之提出，曰事實上之提出；依通知所爲之提出，曰言辭上之提出。茲舉其場合於左：

(甲) 債權人預示拒絕受領之思意之場合 於此場合，若使債務人現實提出給付，亦必徒勞無益，故許其以言辭爲提出。

(乙) 債務之履行兼需債權人受領以外之行爲之場合 債務之履行，需債權人之受領時，則債務人應爲事實上之提出，以待債權人之受領；若需債權人其他之行爲時，則於債權人未爲該行爲之先，不得爲事實上之提出，故許其爲言辭上之提出。例如(1)其給付標的要債權人指定之場合，(2)債權人要供給材料之場合，(3)其債爲選擇債，債權人有選擇權之場合皆是。

(3) 要債權人不爲履行上必要之協力 履行上必要之協力者，即債權人完結履行所應爲之行爲也。例如受領給付、供給材料及指定給付之標的等是。債務之履行，有性質上無須債權人之協力者，如履行消極債務，及處理委任事務是；自不生受領遲延之問題。反之，其債務之履行，要債權人之協力時，【七三】若債權人於債務人提出給付後，不爲協力，應自提出給付之日起，任遲延之責。其不爲協力之情形有二：(甲)拒絕協力，即債權人能爲協力，消極的不爲協力之謂也。(乙)不能協力，即債權人因一身上或外界之事情，不能協力之謂也。其拒絕協力，及不能協力，不要基於過失，即無意中拒絕協力，或因不應歸責於己之事項，不能受領時，亦任遲延之責。例如因交通斷絕，致不得前往受領清償標的物是也。

【七三】債權人之協力，約有兩種：一爲受領行爲，即受領債權標的物之謂也。一爲其他之行爲，即受領物品以外之行爲也。其他之行爲，(甲)有

應先於債務人之行爲而爲之者。如供給材料，以備債務人之雕刻是。(乙)有與債務人之行爲同時爲之者。如靜坐以聽債務人之描象是。又債權人之協力，非只限于一次，有須爲兩次以上之協力者。如成衣契約之定作人，先供給材料，其後受領衣服是。

## 第二款 受領遲延之效果

債權人受領遲延時，債務人仍不得免其義務，因其債務尙未履行故也。惟債務人既在其於履行上所應爲之一切行爲，祇因債權人不爲協力致不能爲履行，倘仍使其照前繼續負擔債務，未免失之苛酷。故法律於受領遲延後，特減輕債務人之責任，且許其依履行以外之方法，以免其債務。茲列舉其效果如左：

(一) 在受領遲延之間，債務人暫不必履行債務。故債務人雖尙未爲履行，不任履行遲延之責。但其後債權人已爲協力或允爲協力時，應速爲履行，否則應任履行遲延之責。

(二) 在受領遲延之間，債務人祇就故意或重過失致給付不能者任其責。(第二三七條) 故其給付因債務人之輕過失而不能時，債務人得免其義務。但此係就給付不能，於其後債權人已爲協力或允爲協力之際繼續存在者而言。倘彼時其給付不能已除去時，則債務人仍負履行之責；因債權人遲延之間，債務人暫不必爲履行，與未到期之債務同，其給付雖發生一時的不能，於債權之效力，究無影響故也。

(三) 種類債於受領遲延後，其債之標的物，依第二百條之規定而特定。故其後關於其物之危險，歸債權人擔負。詳言之，即嗣後其物因不可歸責於債務人之事由而滅失時，債務人得免其債務是也。

(四) 生有利息之金錢債，於受領遲延後，債務人無須支付利息。(第二三八條)

(五) 在債務人依法律規定須返還公債之標的所物生之孳息，或須償還其價金之場合，(第九五八條參照) 於受領遲延後，債務人祇負返還已收取之孳息，或償還其價金之義務。其怠於收取之孳息，則無須償還其價金。(第二三九條)

(六) 受領遲延後，債務人得請求債權人賠償因提出無效及保存標的物所必需之費用。前者如運送費，後者如動物之飼養費是。(第二四〇條)

(七) 受領遲延後，債務人得依履行以外之方法，免其債務。即(1)其債務以交付動產為標的時，債務人得依第三百二十六條之規定，提存標的物。(2)其債務以交付不動產為標的時，債務人得拋棄占有。欲拋棄占有時，須預行通知債權人，但不能通知者，則不在此限。(第二四一條)

### 第三款 受領遲延之消滅

受領遲延，因左之原因而消滅。

(一) 債權人已允為協力或已為協力 即(甲)在債權人拒絕受領或不能受領之場合，其後債權人已向債務人表示允為受領時，受領遲延消滅。(乙)在債務之履行，須債權人受領以外之行爲，債權人不為該行爲之場合，其後債權人已為該行爲時，受領遲延消滅。

(二) 履行期之猶預 當事人以契約展緩履行期時，則受領遲延消滅。

(三) 給付不能 債權標的之給付，於受領遲延後，因不歸責於債務人之事由而不能時，則債權消滅，受領遲延

亦消滅。反之，其給付因歸責於債務人之事由而不能時，則債務人應賠償損害，以表債務之履行，其債務之內容已變更，故受領遲延亦消滅。

(四) 債權消滅 受領遲延之債，其後因提存、免除、或其他原因消滅時，則受領遲延消滅。

受領遲延之消滅與履行遲延之消滅同，祇向將來生效力，不遡既往。詳言之：即其從前所生之效果，不因受領遲延消滅而消滅。但當事人有反對特約者，則不在此限。

## 第七節 間接訴權

### 第一款 間接訴權之意義及性質

間接訴權，亦稱代位訴權，（或單稱代位權）即債權人以自己名義，行使債務人權利之權利也。例如甲對乙有債權，乙對丙有撤銷權，乙不為撤銷時，則甲得向丙為撤銷。蓋債務人之財產，乃債權人之共同担保，債權人即依此財產而受履行；在債務人所有之財產充裕，債權人依其財產得受滿足時，則債務人對於他人行使其所有之權利與否，一任其自由，債權人無干涉之必要。反之，其財產缺乏，債權人有不能受滿足之危險時，若債務人不行使其權利，則債權人為防債務人財產之減少，或使其增加，得以自己名義代行使其權利，以保全其自己之債權，是即間接訴權之所由來也。

間接訴權，以行使債務人之權利為內容，乃基於原債權而生之權利，故為實體法上之權利，而非訴訟法上之權利。又債權人行使債務人之權利，係用自己之名義，非用債務人之名義，故亦非債務人之代理人。若由權利之分

類上而言，則間接訴權依債權人一方之行為，發得生一種私法上之效果，畧似於形成權，惟其行為未必為單獨行為，故與形成權有別。學者或以之與形成權相并，納于能權之內，如日儒石坂音四郎是也。〔七四〕間接訴權羅馬法不認之，德國法系之立法亦不認之，而法國法系之立法則否，如法、意、西、日各國民法，均有間接訴權之規定。〔七五〕

〔七四〕能權譯自德語 *Kannrecht*，乃德儒赤特門 (*Zitelmann*) 所創，謂以自由之行為，使生有利於己之私法上效果之權利也。其所謂自由之行為，不以法律行為為限，故其範圍較廣於形成權。

〔七五〕法民第一一六六條，意民第一二三四條，西民第一一一一條，日民第四二三條，參照法國民法，所以認間接訴權之制度，純因闕于強制執行規定之不備。蓋法國法律，對於不動產請求權，未設有強制執行之規定，且不許債權人直接對於第三債務人提起訴訟，故設間接訴權，以補其缺陷。德國民法，以其國強制執行之規定，甚為完密，無認此制度之必要。日本民事訴訟法，關於強制執行之規定，係從德國立法例，而在民法上，又認間接訴權，學者多謂其無此必要，但行使間接訴權，足為強制執行之準備，亦非毫無實益耳。

## 第二欸 間接訴權之要件

間接訴權之發生，要具備左之條件：

(一) 要債務人財產缺乏。間接訴權之目的，在維持共同担保，以保全債權。(第二四二條前半) 故以債務人財產之缺乏，為第一要件。倘債務人之財產充裕，則債權人之債權，已無不能清償之危險，債務人縱不行使其權利，亦無代為行使之必要也。財產缺乏云者，即其所負債務之合計超過資產之謂。若其財產不缺乏，祇對於特定債權，因債務人不行使權利之故，其債權人無從受完全之清償時，則不生間接訴權。例如甲由乙購入古瓶，未受

其交付，而轉售於丙。于此場合，甲雖不對乙行使其權利，丙不得代之行使是也。關於此點，學者非無異說。然就沿革言，間接訴權，原以維持共同担保爲目的，非以保全特定債權爲目的。余信以上述解釋爲正當。

(二) 要其債權已履行遲延 若其債權之履行，尙未陷于遲延，則債務人將來能否如期履行，仍在不可知之數，債權人自無須即時行使債務人之權利。故間接訴權之發生，以其債權已履行延遲爲必要。但保存債務人權利之行爲，如中斷消滅時效，呈報破產債權等，雖在清償期未屆至前亦得爲之。(第二四三條)

(三) 要債務怠於行使其權利 故債務人已行使其權利時，則債權人不得行使同一之權利。債務人既怠於行使權利，則不問其因何種之事由，債權人均得代爲行使。債務人行使權利不適當時亦同。例如應起訴而不起訴是也。

具備上述要件時，間接訴權發生。其債權不要先於其所行使之債務人權利而成立，且無須債務名義，是應注意之點也。但債權人所得行使之債務人權利，要爲財產權；故債權人之債權，亦要有財產的價值者。從以單純作爲或不作爲爲標的之債權，不生間接訴權。又有特別担保之債權人，無不得清償之危險，故亦不得行使債務人之權利。

### 第三款 間接訴權之標的

間接訴權之標的者，即依間接訴權所得行使之債務人權利也。依第二百四十二條但書之規定，債權人所得行使之權利，要非專屬於債務人本身之權利；故間接訴權之標的，要具備左之條件：

(一) 要為債務人之權利 間接訴權之標的，要係權利；故單純法律上之可能，債權人不得行使之。例如債務人由他人受贈與或其他有利契約之要約，而未承諾時，則尙未發生何等之權利，債權人不得代債務人為承諾。又其權利要係屬於債務人者，故債權人不得行使債務人以外之人所有之權利。但雖為債務人之權利，若債務人自身不得行使者，則債權人亦不得行使之，如未到期之債權是也。

(二) 要非專屬本身之權利 雖為債務人之權利，若專屬其本身者，債權人亦不得行使之。茲所謂專屬本身之權利者，係謂不得由他人代為行使之權利，不含不得移轉之專屬的權利在內。〔七六〕蓋在間接訴權，債權人只得行使債務人之權利，由其行使效果所生之利益，直接歸諸債務人。故間接訴權標的之權利，不要為得移轉於他人者，祇須得由他人代為行使之權利足矣。不得由他人代為行使之權利有二種：(一) 純然非財產權。如婚姻撤銷權、離婚訴權等親屬法上之權利是。(二) 基於無形的利益之財產權。如扶養請求權、夫婦契約撤銷權，基於身體、名譽、生命、自由侵害所生之非財產的損害賠償請求權等是。

〔七六〕專屬於本身之權利有二種：一為其權利之歸屬，專屬於本身者，即不得移轉之權利也。一為由權利之行使，專屬於本身者，即不得由他人代為行使之權利也。此兩種之權利，其範圍不能一致。如撤銷權、解除權等，不得移轉於他人，然不妨由他人代為行使。反之，如基於身體、自由、名譽之侵害所生之非財產的損害請求權，雖不得由他人代為行使，然得移轉於他人。(第一九五條二項但書參照)即其適例。

具備上述要件之權利，得為訴權之標的。其適用最多者，為請求權。即形成權（如撤銷權、解除權）担保物權（如抵押權、質權）等，亦得行使之。但債務人不為所有物之使用收益時，非所有權之不行使，又不許扣押之債權，



非債權人之共同担保故均無間接訴權之適用

#### 第四款 間接訴權之行使

債權人依間接訴權行使債務人之權利時，即為間接訴權之行使。其行使之方法，法無制限。舉凡保存行為及實行行為，均得為之。保存行為者，防止權利消滅之行為也。如中斷消滅時效，及為登記是。實行行為者，實施權利內容之行為，及使權利實現而為之行為也。如請求履行，受領清償，實行担保權利是。此等行為，在審判上及審判外均得為之。〔七七〕其在審判上為之時，得提起訴訟，提起反訴，參加訴訟，提起上訴，聲請假扣押，假處分，及為強制執行。

〔七七〕間接訴權於審判外得行使之，故稱此項權利曰訴權，頗不適當。日本學者有單稱之為代位權者。如石坂音四郎，鳩山秀夫，磯谷幸次郎等是。然代位權一語，易與債權之代位混同。且間接訴權之名稱，既為從來所慣用，驟加更易，轉滋不便，故暫仍其舊。

間接訴權之目的，在保全債權；故其行使之範圍，以保全債權所必要者為限。既行使一權利，得達保全債權之目的時，則不得行使其他之權利。又間接訴權之內容，限於行使債務人之權利，不及處分行為；故讓與拋棄債務人之權利，及抵銷、和解、更改、免除等行為，均不得為之。

#### 第五款 間接訴權之效力

間接訴權之效力，可分三方面觀察之：

(一) 對於債務人之效力 在間接訴權，祇債權人得行使債務人之權利，其權利仍屬諸債務人。故在債權人行使之後，債務人不失處分其權利之權利。此乃法國學者之通說。外國法律雖有反對之規定（參照日本非訟事

件手續法第七六條二項)而我民法則無之。

債權人之行使權利，係以自己之名義，非以債務人之名義，故債權人因行使權利對於第三人提起訴訟時，其裁判祇於債權人與第三人間發生效力。債務人尙未參加於其訴訟，則不受其裁判之拘束，不妨對於第三人提起同一之訴。因裁判之效力，原則不及於訴訟當事人以外之人故也。

(二)對於債務人之效力 債權人係行使債務人之權利，非行使其自己之權利，故行使權利所得之利益，均歸債務人。債權人雖以自己名義，由第三人受領之物，(如清償標的物)當然亦屬債務人之所有。此乃間接訴權性質上所生之結果也。其利益既歸債務人，足以保存或增加債權人之共同担保，一切債權人均受其益。行使權利之債權人，就其所保存或增加之財產，無何等特別之權利。若欲其債權之實現，則不可不依強制執行及其他一般之方法。(最高法院二十一年上字第三〇五號判例參看)

(三)對於第三人之效力 債權人對於第三人行使債務人之權利時，第三人之地位，不受影響。故第三人得以對於債務人所有之抗辯，對抗債權人。如權利不發生成已消滅之抗辯，及同時履行之抗辯是。但其抗辯權不以債權人行使權利之前所取得者為限。因在權利行使之後，債務人仍有處分權故也。

第三人雖得以對於債務人之抗辯，對抗債權人，然不得以對於債權人所有之抗辯，以為對抗。例如第三人對於債權人有債權，不得以之對於債權人主張與其所行使之權利相抵銷是也。

## 第一款 撤銷訴權之意義及性質

債務人所爲之無償行爲，有害及債權者；或雖爲有償行爲，債務人於行爲當時，明知有損害於債權人之權利者；債權人均得以訴請求撤銷之。（第二四四條一項二項）稱此以訴撤銷債務人行爲之權利，曰撤銷訴權，亦稱廢罷訴權。例如甲負一千金，而不能償，反以三百金贈丙，則乙得撤銷其贈與是。夫債務人本得依法律行爲任意處分其財產，並負擔債務，債權人不得干涉之；然債務人每有於財產缺乏之際，故爲不利於己之行爲，間接加害於債權人者。法律爲保護債權人起見，特予以撤銷訴權，俾得保全其自己之權利。

撤銷訴權，係由原債權而生之權利，以撤銷債務人之法律行爲爲內容；雖應依訴而行使，仍不失爲實體法上之權利，而非訴訟法上之權利。又撤銷訴權，依審判上之一方的意思表示爲之，而生撤銷法律行爲之效果。故與一般之撤銷權，同爲形成權之一種。

首先規定撤銷訴權於民法者爲法國。（法國民法第一一六七條）意、西、葡、日等國之民法做之。而德、英、奧、瑞等國，則不規定於民法，而以特別法規定之。撤銷訴權與破產時之否認權，同其性質，同其目的。惟否認權以破產宣告爲條件，而撤銷訴權則否。且在否認權，其所得否認之行爲，其範圍甚廣，而在撤銷訴權，其所得撤銷之行爲，範圍較狹。是皆二者相異之點也。（七八）

〔七八〕撤銷訴權與破產時之否認權，各國之法律，多明定之。然其規定之形式，不能一致。（一）法、意、西、葡諸國，規定撤銷訴權于民法，規定破產時之否認權於商法。（二）德、英兩國，規定破產時之否認權於破產法，另以單行法規定撤銷訴權。（三）奧、瑞兩國，合併規定此兩者於一個單行

法之內。(四)日本規定撤銷訴權於民法，規定破產時之否認權於破產法。我國從日制。

### 第二欸 撤銷訴權之要件

撤銷訴權之發生，要具備左之(一)(二)(三)三條件；但其被撤銷之行爲爲有償行爲時，尙須具備(四)(五)二條件。

(一)要債務人已爲以財產爲標的之法律行爲 撤銷訴權，係以撤銷債務人之法律行爲爲內容，故其發生，以債務人已爲法律行爲爲必要。且其行爲要以財產爲標的。(第二四四條三項)蓋非是，則其行爲於債務人之財產毫無影響，其利害不及於債權人故也。如結婚、離婚是。

(二)要債務人已爲減少自己財產之行爲 債務人雖爲法律行爲，若不因之而減少其財產時，則債權人不得撤銷之。其減少財產之行爲有二種：一卽減少積極的財產之行爲，如讓與權利是。一卽增加消極的財產之行爲，如承認他人之債務是。至於現存財產之變形，則不得謂減少。例如得相當價金，售賣現存財產，及清償債務等皆是也。

(三)要因債務人之行爲加損害於債權人 不加損害於債權人之行爲，雖足減少債務人之財產，債權人亦無撤銷之權。如債務人財產充裕之場合是也。加損害於債權人云者，卽使債務人之財產缺乏，致債權人有不得清償之危險之謂也。有債務人之財產本不缺乏，因爲一定之法律行爲，而至於缺乏者，有其財產本已缺乏，因爲該法律行爲，致更缺乏者。此等場合，於債權人均有損害，得行使撤銷訴權。財產缺乏之意義，已述於前，茲不復贅。若

其財產不缺乏，徒使特定之債權履行不能或困難者，則債權人不得撤銷其行爲。例如甲約其所有之古瓶贈乙，未交付移轉其所有權於丙是也。關於此點，我國學者，亦有異說。（周新民氏債總下卷第六二頁、陳瑾昆氏債總第二六〇頁參看）然撤銷訴權，原以維持共同担保爲目的，與間接訴權同，未便擴張解釋。故余不從其說。

（四）要債務人明知其行爲加損害於債權人。即債務人要有惡意。債務人以惡意所爲之有償行爲，謂之詐害行爲。詐害行爲之成立，以債務人於行爲當時知其有害於債權人爲足，無須有加害債權人之意思。又債務人知有害一般債權人時，即爲有惡意，知有害於行使撤銷訴權之債權人與否？可以不問。故知害甲債權人之行爲，乙債權人得撤銷之。

（五）要受益人於債務人行爲之當時知有加害於債權人之事實。受益人者，謂基於債務人之行爲，取得利益者。不限於與債務人締結契約之人，依債務人之單獨行爲取得權利者，亦包含之。受益人之惡意，亦爲撤銷訴權之要件。蓋法律不欲因保護債權人之故，而使善意第三人，蒙不測之損害也。受益人於受益之當時，知有加害於債權人之事實時，即爲有惡意。（第二四四條二項）不要有加害債權人之意思，從不以教唆債務人，或與債務人通謀爲條件。其有惡意與否？依受益之當時而定。

具備上列要件時，撤銷訴權成立，債權人無須有債務名義，且不以債務人停止支付爲必要。

### 第三款 撤銷訴權之主體

撤銷訴權之主體者，即有撤銷訴權之人也。有撤銷訴權者，爲債務人之債權人。但要具備左之條件：

(一) 要其債權以給付財產為標的。撤銷訴權，以維持共同担保，保全債權為目的，故其債權人之債權，要以給付財產為標的。以單純作為或不作為為標的之債權，（例如教讀債權）不依債務人之財產而受清償。與共同担保之增減無關，其債權人無撤銷訴權。但其債權因不履行已變成損害賠償之債權時，則仍有此權利。

(二) 要為普通債權人。普通債權人者，即無特別担保之債權人也。有特別担保（如担保物權及保證債權）之債權人，不問共同担保缺乏與否？其債權已無不能清償之危險，故無撤銷訴權。但其特別担保已消滅時，則不在此限。

(三) 要其債權先於債務人行為而成立。若其債權成立於債務人行為之後，則不得謂其有被害之事實；且其債權既後於債務人行為而成立，則應依其成立當時之財產而受清償，尤無得撤銷其已往行為之理。故此等債權人，亦無撤銷訴權。

具備以上條件之債權人，不問其債權已屆清償期與否？及其發生之原因如何？均有撤銷訴權。

#### 第四款 撤銷訴權之標的

撤銷訴權之標的者，即依撤銷訴權所得撤銷之行為也。得依撤銷訴權撤銷之行為，限於債務人所為加損害于債權人之財產上行為。析言如左：

(一) 要為債務人之行為。故他人對於債務人所為之單獨行為，雖不利於債務人，債權人不得撤銷之。所謂債務人之行為者，即以債務人名義所為之行為，不以債務人行為者為限。債務人之代理人，以債務人名義所為之

行爲，亦包含之。

(二) 要爲法律行爲 既係法律行爲，則不問爲契約，抑爲單獨行爲；又不問其爲債權行爲，抑爲處分行爲；均得撤銷之。但債權行爲與處分行爲，雖爲兩個之行爲，其間常有原因行爲與給付行爲（即因履行而爲之給付）之關係；故其債權行爲得撤銷時，其處分行爲，不問具備法定要件與否，亦得撤銷。例如甲約以古瓶贈乙，後因履行契約，移轉其所有權於乙。于此場合，甲之債權人得撤銷其贈與契約（債權行爲）及移轉所有權之行爲（處分行爲）〔七九〕

〔七九〕法律行爲，有債權行爲與處分行爲之別。債權行爲者，發生債權之法律行爲也。如買賣、贈與等是。處分行爲者，制限、移轉或消滅權利之法律行爲也。如物權之設定、移轉、債權之讓與、免除是。債權人有單撤銷債務人之債權行爲者。如已訂贈與契約，而未履行之場合是。有同時撤銷債權行爲及處分行爲者。如已訂立贈與契約，並已履行之場合是。

債權人所得撤銷者，限於法律行爲；故法律行爲以外之適法行爲，（如設定住所，無因管理等）訴訟行爲，及不作爲等，均無撤銷訴權之適用。又茲所謂法律行爲者，係指現實之法律行爲；擬制之律法行爲，亦不得撤銷之。如視爲承認（第三八七條）視爲拒絕承認（第八〇條二項，第三〇二條一項）是。

(三) 要爲財產上之行爲 即其法律行爲，要以財產爲標的（第二四四條三項）不以財產爲標的之行爲，（如身分上之行爲）雖影響及於債務人之財產，然債權人不得撤銷之。如結婚、離婚是。蓋此等行爲，性質上不容他人之干涉也。又關於禁止扣押之財產所爲之行爲，亦不得撤銷；因此項財產，不爲債權人之共同担保故也。

### 第五款 撤銷訴權之行使

撤銷訴權之行使，要以訴爲之，非如一般撤銷權，以審判外之意思表示爲足。（第一一六條參照）蓋撤銷之效果，對於第三人可生重大之影響，欲使法院審查其具備法定要件與否故也。

撤銷之訴，應以債務人爲被告；其有惡意之受益人時，應以債務人與受益人爲共同被告。即必要的共同訴訟之一種。〔八〇〕然則撤銷之訴，爲何種之訴乎？撤銷之訴，非請求債務人或受益人爲給付，故非給付之訴；又非以確認撤銷權之存在爲目的，故亦非確認之訴；債權人之行使撤銷訴權，意在使債務人之行爲歸於無效，即以法律關係之消滅爲目的，故爲創設之訴。

〔八〇〕撤銷訴權之標的，爲債務人之法律行爲。故撤銷之訴，原則只以債務人爲被告。但在其被撤銷之行爲，爲有償行爲時，依第二四四條二項，以受益人之惡意爲要件，故應以債務人與受益人爲共同被告。蓋欲使法院一次審查其具備撤銷訴權之要件與否。至轉得人之惡意，在民法上，非撤銷訴權之要件，自不宜以之爲共同被告，因其與撤銷之訴無涉，法院自不必審查及此也。陳瓊昆氏謂：得以債務人受益人及轉得人爲共同被告，亦得對於各人擇一起訴。（同氏債總第二七一頁）蔡天錫麟周新民兩氏之見解，大體相同。（蔡氏債總第二一〇頁周氏債總下卷第六八頁）然均未詳述其理由，故余不從其說。

### 第六款 撤銷訴權之效力

（一）對於受益人之效力 債務人之行爲，被撤銷時，視爲從始無效。（第一一四條）從受益人依債務人之債權行爲，取得債權者，其債權視爲自始不發生，依債務人之處分行爲，取得物權或其他權利者，視爲自始不移轉



或不發生。故債務人已移轉物之占有于受益人者，得回復其占有。債務人與受益人間，因回復占有所生之權利義務，依回復人與占有人關係之規定。（第九五二條至第九五八條參照）但原因行為與給付行為，要嚴格區別；撤銷原因行為為時，其原因行為雖無效，給付行為依然有效，祇債務人依不當得利之規定，有利益返還之請求權而已。惟在通常場合，撤銷原因行為為時，多並其給付行為而撤銷之。

以上係就債務人對於受益人所有之權利而言。受益人對於債務人，亦有相當之權利。即受益人基於原因行為，對於債務人，已為對待給付之場合，若債權人已撤銷債務人之原因行為，不問並撤銷其履行行為與否，受益人對於債務人，基於不當得利之規定，有利益歸還請求權。

（二）對於轉得人之效力 轉得人云者，謂由受益人直接或間接取得被撤銷行為之標的物或權利者，即承繼人是也。其為單純承繼，抑為創設承繼，均可不問。但包括承繼人，與受益人立於同一地位，則不得謂為轉得人。〔八一〕債務人行為之撤銷，其效力亦及于轉得人，故債務人得直接向轉得人回復其物之占有。何則？債務人之處分行為，既被撤銷時，受益人所已取得之權利，視為自始不取得，其權利復歸諸債務人，轉得人不啻自始由無權利人取得權利者，從其轉得行為亦歸無效。此撤銷之效力所以及于轉得人也。（第一一八條一項參照）

〔八一〕承繼亦稱繼受取得，乃對於原始取得（如先占）而言。承繼有單純承繼與創設承繼之別。單純取得前權利人原有之權利者，曰單純承繼。如甲以家屋所有權讓與於乙是。基於前權利人之權利，取得與之相異之權利者，曰創設承繼。如甲就其所有土地對乙設定地上權是。承繼又有包括承繼與特定承繼之別。以前權利人之全財產為一團，統括的承繼之者，曰包括承繼。如繼承是。只承繼前權利人特定之權利者，曰特

定承繼。如甲以其特定土地之所有權讓於乙是。包括承繼，概為單純承繼；而特定承繼，有為單純承繼者，有為創設承繼者。

轉得人受撤銷效力之對抗時，祇其與受益人間之處分行為，歸於無效；其債權行為，仍然有效。易言之，即其給付行為無效，原因行為有效。故轉得人得依原因行為之種類，請求受益人履行追奪擔保之義務。後之轉得人，與前之轉得人間之關係亦同。例如甲以家屋贈乙，乙以之賣丙，甲之債權人撤銷履行贈與之行為，由丙取回家屋時，丙與乙間之買賣行為，依然有效，丙得依第三五三條對乙行使權利是也。

(三)對於債權人之效力 債權人行使撤銷訴權時，債務人之行為無效，已由債務人分離之權利，當然復歸於債務人，然債權人對於受益人或轉得人，不得直接請求其返還權利標的物。欲為請求時，則不可不依間接訴權之規定。

撤銷訴權之行使為總債權人之利益生效力。即因行使撤銷訴權，回復債務人所已喪失之財產，以增加總債權人之共同擔保故也。行使撤銷訴權之債權人，對於回復之財產，較之他之債權人無優先之權利。若欲就該財產而受清償，應依強制執行或其他一般之方法。(大理院四年上字第七四二號判例參看)

撤銷之訴之裁判，其效力祇及於為撤銷之債權人。其他債權人，苟非參加於其訴訟，則不受其裁判之拘束。故一債權人受敗訴之判決時，他之債權人關於同一行為，得更提起撤銷之訴。

#### 第七款 撤銷訴權之消滅

撤銷訴權，因左之事由而消滅。

(一) 債權消滅 撤銷訴權，乃債權之效力。故債權消滅時，撤銷訴權亦隨之消滅。

(二) 要件之欠缺 撤銷訴權，因具備要件而發生；既發生之後，其要件消滅時，撤銷訴權亦消滅。例如債務人資力回復之場合は。

(三) 撤銷訴權之拋棄 撤銷訴權與一般權利同，其權利人得拋棄之。既經拋棄，則權利消滅。其拋棄以意思表示向債務人及受益人爲之。

(四) 撤銷訴權之行使 撤銷訴權既行使時，則法律行爲無效；撤銷行爲之標的，失其存在，故其權利當然消滅。

(五) 期間之屆滿 撤銷訴權自債權人知有撤銷之原因時，逾一年不行使而消滅；自債務人行爲時逾十年亦同。(第二四五條) 蓋此種權利，若許其永久存續，則法律關係永不確定，實有害於交易之安全，故法律特設一定期間以制限之。知撤銷之原因云者，即知債務人之加害行爲也。此種期間，乃除斥期間，而非消滅時效，故不適用關於時效之規定。〔八二〕

〔八二〕除斥期間與消滅時效不同。在消滅時效，其法定期間，有進行之中斷及完成之停止。而除斥期間，則無中斷及停止。又消滅時效，對於請求權有適用。而除斥期間，則限於形成權有其適用。是皆二者之異點。如第九〇條、第九三條、第二四五條等皆關於除斥期間之規定。

## 第六章 債之移轉

### 第一節 債權之移轉

債權之移轉者，保持債權之同一，而變更債權人之謂。詳言之，即第三人代債權人加入於債之關係是也。其新債權人所取得之債權，即舊債權人所有之債權，故其債權與原有之債權，同其內容，且同其性質。例如其原債權為利息債權時，則其取得之債權，亦為利息債權是。羅馬法以債權與其主體不得分離，除包括承繼之場合外，不認債權之移轉。然近世各國之法律，無不認之。〔八三〕

〔八三〕羅馬法以債權為特定人與特定人之關係，不得離其主體而移轉於他人，故不認債權之移轉。但當時認訴訟代理之制度，依訴訟代理，可生與債權移轉同一之結果。即債權人得以契約，委任他人為訴訟代理人，使其為債權之追取，且與之約明，其所追取之物，得自保有之，無須交付于債權人是也。近世各國之民法，則明認債權之移轉。奧民第一三二九條以下，法民第一六八九條以下，意民第一五三八條以下，德民第一三九八條以下，日民第四六六條以下，俄民第一二四條以下，瑞債第一六四條以下參照。

債權之移轉有二態樣：一為包括移轉，即債權包含於全財產之內，統括移轉於他人之謂也。如繼承及包括遺贈是。一為特定移轉，即特定之債權與他之財產分離，獨立移轉於他人之謂也。包括移轉詳於繼承法；茲所述者，限於特定移轉。

債權之移轉，有基於當事人之契約者；有基於法律之規定者。前者謂之債權之讓與；後者謂之債權之法定移轉。此外強制執行法，又認債權之審判上移轉，即債權基於轉付命令，而移轉於他人是也。債權之審判上移轉，應詳於強制執行法；茲祇就民法上所規定債權之讓與，及債權之法定移轉，分款述之。

### 第一款 債權之讓與

## 第一項 債權讓與之意義

債權讓與者，以移轉債權爲內容之契約也。債權讓與爲契約，故依法律之規定，移轉債權者，不得謂爲讓與。又債權讓與以移轉債權爲內容，即依其契約之成立，其債權直移轉於第三人，與物權移轉之契約相似。學者稱之爲準物權契約，蓋即處分行爲之一種也。

債權之讓與，與其原因行爲要區別之。其原因行爲，通常爲發生『移轉債權』之債務之債權行爲。如買賣、贈與。是因履行此等契約，遂有債權之讓與。詳言之：即讓與人依買賣、贈與等契約，負移轉債權之債務，而後爲債權之讓與，以履行之。〔八四〕故債權之買賣、贈與，與債權之讓與有別。惟於實際，債權之讓與多與其原因行爲同時爲之，外形上二者依無區別耳。

〔八四〕債權之讓與，通常多因履行債務而爲之。但亦有以其他目的而爲者。例如債權人因委任他人爲債權之追取，而讓與其債權於受任人。是也。於此場合債權人之目的，不在使受任人取得債權，而在使受任人代自己爲債權之追取，故受任人應將所追取之物，交付債權人。然此祇屬內部之制限，其於讓與之成立，毫無影響。學者稱此種有特殊目的之債權讓與，曰信託的債權讓與。

債權之讓與，既與其原因行爲分離，故不問其原因行爲有效與否，得單獨成立，債權因之移轉。但缺原因時，讓與人得基於不當得利之規定，請求將已移轉之債權，再行移轉于其自己而已。

## 第二項 債權讓與之成立

債權讓與，爲舊債權人與新債權人之契約；（第二九四條一項前段）故只依新舊債權人之合意而成立，不

以債務人之參與爲必要。其舊債權人謂之讓與人，新債權人謂之受讓人。讓與人於結約當時，要有所讓與之債權；若以契約讓與他人之債權，則爲無權處分，不能有效。（第一一八條）但基於法律之規定，亦有得讓與他人之債權者，如權利質之實行，及對於債權之強制執行之場合是也。又讓與人於結約時，對於其所讓與之債權，要有處分之權利；故其債權被扣押之場合，及宣告破產之場合，均不得讓與其債權。

債權讓與之成立，祇以當事人之合意爲足，不以履踐一定方式及交付債權證書爲要件；故爲不要式且諾成契約。

### 第三項 債權讓與之許可

債權原則得讓與之。不特一個債權之全部，得爲讓與；單就其債權之一部，亦得讓與。又得讓與之債權，不限於單純債權，凡附期限之債權，及附條件之債權，亦不妨讓與。至於將來之債權，現在尙未發生，不得即爲讓與；然以債權之發生爲停止條件，而爲讓與時，則無不可。於此場合，其債權於發生時，移轉於受讓人。

債權雖以得讓與爲原則，然例外亦有不得讓與者，茲舉於左（第二九四條一項但書）

（一）性質上不得讓與之債權 即依其債權之性質，非對於當初之債權人爲履行，則不能達債權之目的，此種債權，當然不得讓與。今列舉其重要者于後：

（甲）基于租賃、使用借貸、雇傭、委任而生之債權，係基於當事人之信用，原則不得讓與；但已經債務人承諾時，則不在此限。（第四四三條一項前段、第四六七條二項、第四八四條一項前段、及第五四三條參照）

(乙) 不作爲債權，原則不得讓與。例如競業禁止之債權是。

(丙) 基於預約而生之債權，原則亦不得讓與；但其本契約爲片務契約，依其契約，預約上之債權人，只取得債權，且其債權得讓與時，則其基於預約而生之債權，亦得讓與。如由無償寄託之預約而生之債權是。(八五)

〔八五〕已與他人訂立預約之當事人，得請求相對人訂立本契約。此種請求訂立本契約之權利，即基於預約而生之債權。此項債權，限於其契約成立後，預約上之債權人，只取得債權，不負債務之場合，得讓與之。若其債權人，於契約成立後，取得債權，同時負擔債務之場合，(如買賣之買受人) 則不得讓與。蓋若得讓與時，則預約上之債權人，得將將來應負之債務，不經相對人之同意，隨同將來所得之債權，移轉於他人，不免侵害相對人之利益也。

(丁) 從債權得隨同主債權而移轉，不得單獨讓與。如保證債權是。但違約金債權，及利息債權，例外得單獨讓與。

(戊) 基於身體、健康、名譽、自由之侵害所生非財產的損害賠償請求權，以慰藉債權人自身之精神爲目的，應由債權人自由行使之，故不得讓與。但債權人已依契約明認此項請求權，或已就此項請求權起訴時，則不在此限。(第一九五條參照)

(己) 終身定期金債權，不得讓與。但契約另有訂定者，仍從其訂定。(第七三四條)

(二) 契約上禁止讓與之債權 債權人與債務人訂立契約，禁止債權之讓與時，其債權不得讓與。但此禁止讓與之特約，不得對抗善意第三人。(第二九四條一項二款二項) 是不外欲保交易之安全也。爲禁止契約者，不

限於最初之當事人，現在之當事人，無論何時，均得爲之。從其契約不要於債權成立時訂立。

(三)不得扣押之債權 不得扣押之債權，爲維持債務人之生活所必需者；若許其自由處分，則債務人生計上諸多危險，故亦不得讓與。何謂不得扣押之債權，詳於強制執行法。如法定之扶養請求權，卽其一例。

#### 第四項 債權讓與之效力

債權讓與之效力，可從三方面觀察之：

第一 受讓人與債務人間之效力 債權讓與時，受讓人與債務人間，發生左之效果：

(一) 受讓人依讓與，取得讓與人對於債務人所有之債權。其債權不因讓與而失同一性，從其內容及性質，無被變更。例如其債權基於侵權行爲而生時，雖在讓與之後，仍受第一百九十七條短期時效之適用是也。

(二) 債權之担保，(如担保物權及保證債權)及其他從屬之權利，(如損害賠償債權及違約金債權)因債權讓與，隨同移轉于受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者，則不隨同移轉。例如保證人專爲讓與人之利益起見，而爲保證之場合是也。又已到期而未支付之利息，苟無反證，亦推定爲隨同讓與。(第二九五條)

(三) 債務人得以受債權讓與之通知時，可對抗讓與人之抗辯，對抗受讓人。(第二九九條一項)茲所謂抗辯者，係指廣義之抗辯，可分三種：(一)權利不發生之抗辯，卽其債權因原因行爲無效，或被撤銷，解除自始不發生時，債務人以之爲抗辯是。(二)權利消滅之抗辯，卽其債權因清償或其他原因已消滅時，債務人以之爲抗辯是。(三)拒絕給付之抗辯，卽債務人以未受對待給付爲理由，拒絕自己負擔之給付是。(第二六四條參



照)其所以不以債權讓與之時爲標準,而以債務人受讓與通知之時爲標準者,因債權之讓與,除有特別規定,(第七一六條二項參照)外,非經通知,對於債務人不生效力故也。(第二九七條一項)其通知,應由讓與人或受讓人,以言辭或書件,向債務人爲之。

(四)債務人于受債權讓與之通知時,對讓與人亦有債權,本得爲抵銷時,自不因讓與人讓與債權於他人,而失其權利,故得以該債權轉向受讓人主張抵銷。但其債務人所有債權之清償期,係在所讓與之債權之清償期以後者,則不在此限。(第二九九條二項)蓋債權之抵銷,以當事人互有債權,且均在清償期爲必要。(第三三四條參照)若債務人所有之債權,其清償期係在所讓與之債權清償期之後,縱無讓與,而其後所讓與債權之清償期先到,當然先履行,至債務人所有之債權到期時,已失兩債權同時存在之條件,本不得向讓與人主張抵銷,故在讓與後,亦不得向受讓人主張抵銷。

第二 讓與人與受讓人間之效力 債權讓與時,讓與人應使受讓人得完全行使其債權,因負左列之義務。

(一)說明讓與債權必要主張之義務 讓與人應向受讓人說明讓與債權必要之主張,使其債權易於實行。例如以債權發生原因,及履行期,履行處所告知受讓人是也。(第二九六條後半)

(二)交付債權證明書件之義務 讓與債權有證明之書件時,讓與人應交付於受讓人。(第二九六條前半)但其書件若亦供證明其他債權之用,則無須交付。如讓與債權之一部之場合は。

(三)交付担保物之義務 債權讓與時,則担保物權隨同移轉,故在讓與人占有中之担保物,應交付於受讓

人。但其物亦供担保其他債權之用時，則無須交付，祇對受讓人負保管其物之債務而已。

第三 讓與人與債務人間之效力 債權既讓與，讓與人之債權，移轉於受讓人，債務人得對受讓人為給付，且得拒絕讓與人之請求給付。然此只就其讓與有效成立之場合而言。若其讓與不成立或無效，則債務人不得以讓與對抗讓與人，故讓與人得再向債務人請求給付，債務人已向受讓人為給付與否，可不問之。但讓與人已將債權之讓與通知債務人時，縱未為讓與，或其讓與無效，債務人仍得與讓與人對抗。（第二九八條一項）此債權讓與之通知，應由讓與人現實以言詞或書件為之，其由讓與人將債權之讓與字據交付受讓人，並由受讓人提示於債務人時，與讓與人之通知有同一之效力。（第二九七條二項）〔八六〕又此項通知，非永久存續，經受讓人同意時，讓與人亦得撤回之，其所以必經受讓人同意者，因其撤回與受讓人有利害之關係故也。（第二九八條二項）〔八七〕

〔八六〕第二九七條二項，關於「提示讓與字據與通知有同一效力」之規定，宜移于第二九八條二項。蓋第二九七條二項所謂通知者，專指第二九八條一項所定讓與人所為之通知。故第二九八條應置二項定明，受讓人提示讓與字據時，與讓與人之通知有同一效力。若夫第二九七條一項之所謂通知，乃兼指讓與人或受讓人所為之通知兩者。受讓人既得自為通知，則其向債務人提示讓與字據時，已可認為真正之通知，何必另設二項，規定其與通知有同一之效力哉？

〔八七〕第二九八條二項，本定「得撤銷之」，不定「得撤回之」。然撤銷兩字，宜用於意思表示。讓與之通知，乃觀念通知，而非意思表示，用「撤銷」二字，既屬未妥。且撤銷應基于法定事由為之，與撤回不同。故撤銷乃行使權利（即撤銷權）之行爲，既屬權利行爲，自無預得他人同意之

必妥應改爲撤回，較見妥適。

## 第二款 債權之法定移轉

債權有基於法律之規定而移轉於第三人者，是謂之債權之法定移轉。如第三一二條、第二八一條二項、第二九二條及第七四九條所規定者皆是。

債權之法定移轉，與債權之讓與，性質相似，應準用債權讓與之規定。（第三一三條類推）「八八」其規定之內容如何，前已詳述，無須再贅。茲所欲說明者，即債權之法定移轉，對於第三人（即新債權人舊債權人債務人以外之人）之效力若何是也。蓋新債權人依法律規定，取得舊債權人之債權，及其担保債權之權利，其結果不但取得舊債權人對於債務人所有之權利，且取得舊債權人對於第三人所有之權利。例如就同一債權有甲乙兩保證人之場合，甲保證人代償債務時，依第七四九條代位債權人，得以債權全部對於乙保證人行使保證債權是也。惟貫徹此原則時，每發生不公平之結果，「八九」應加相當之制限爲宜。此種制限，外國法律有明定之者，如日本民法是。（日民第五〇一條）我民法上關於此點，未有明文規定。茲姑參以我民法規定之內容，及日本民法之規定，臚舉數項於左：

「八八」民法就于債權之法定移轉，非如德國民法設有一般的規定，（德民第四一二條參照）僅于有利害關係第三人代償債務之場合，設有第三一三條，使之準用第二九七條第二九九條關於債權讓與之規定。而于其他場合之債權法定移轉，則不設明文，既嫌疏漏，且查債權讓與之規定中，除第二九七條第二九九條之外，其第二九五條、第二九六條、第二九八條，其性質亦得準用之于債權之法定移轉。民法僅許其準用

第二九七條第二九九條，亦屬未當，故類推適用之。

【八九】即就前例而論，甲保證人既得以債權全部對於乙保證人取得保證債權，若其後主債務人無力清償對甲所負之債務時，則甲得請求乙代償其債務之全部。卒至乙負担全部之損失，甲不蒙何等之損失。然甲乙本立於同等之地位，竟生如是之結果，殊欠公平。

(1) 保證人相互間關係 就於一個債權，有數個保證人之場合，若其一保證人代償債務時，得代位債權人，對於他之保證人，取得保證債權。唯其保證債權之範圍，應依各保證人之担負部分而定。蓋數個保證人，對於債權人，雖各負全部履行之責，（第七四八條參照）而其相互關係，則純以担負部分為標準，與連帶債務無異。其負担部分有特約時從之；無特約時，推定為平等。（第二八〇條）例如甲乙共同担保五百元之債務，其負担部分甲為二百元，乙為三百元；若甲代償債務之全部時，祇得對乙行使三百元之保證債權，不得就五百元之範圍而為行使。

(2) 保證人與担保財產第三取得人之關係 就一個債權，設定担保物權，並締結保證契約之場合，若債務人已將其担保財產讓與他人時，則保證人與其担保財產第三取得人之間，不免發生關係。此際保證人若代債務人清償債務，得代位債權人，對於第三取得人，取得全部之担保物權。蓋保證人多有因其債務人已自設定担保物權，而後願為之保證者，我不許其代位，則保證人必蒙不測之損害也。反之，若第三取得人代償債務，其不得對於保證人主張代位，是無他，第三取得人於取得當時，已依登記簿及其物之占有，而知其担保物權之存在；是其因代償所受之損害，乃其所預期之結果。且在此等場合，第三取得人每以廉價取得其財產，雖無

代位，實際上究無損失，故以不許其代位，較為公允。

(3) 担保財產第三取得人與物上保證人之關係 就一個債權，債務人自以財產設定担保物權，同時第三人亦以其財產供担保之場合，若債務人已將其担保財產讓與他人時，則担保財產第三取得人，及物上保證人，同時存在。此際物上保證人若代償債務，得代位債權人，對於第三取得人取得全部之担保物權。反之，若第三取得人代償債務，則不得對於物上保證人，主張代位。其理由與前項同。

(4) 担保財產第三取得人相互間之關係 債務人爲担保一個債權，以二個財產供担保，其後將該財產各別讓與二人時，則有二個之第三取得人。于此場合，若其取得人中之一人代償債務，得代位債權人，對於他之取得人，按其所取得財產之價額，取得担保物權。詳言之：即依該財產之價額，與二個財產總價額之比，算定其應取得之担保物權是也。例如債權額爲八百元，甲所取得之財產價額爲三百元，乙所取得之財產價額爲九百元；若甲代償債務全部時，則對於乙取得六百元之担保物權。此六百元，係以乙取得之財產價額（九百元）與甲乙所取得之財產總價額（一千二百元）之比，乘（乘除之乘）債務額而算出之。其所以必按其價額者，亦有理由。蓋在物上共同担保之場合，債權人雖得任意就其一担保物，主張債權全額之担保物權，不必各按其價額而行使權利，（物的連帶關係）然在其數担保物相互之間，亦各有担保部分，其担保部分，即依各担保物之價額而定。故各取得人將于他之第三取得人，祇得按其物之價額，而爲代位。

(5) 物上保證人相互間之關係 因担保一債權，兩第三人各以其財產供担保時，則兩第三人均爲物上保

證人。此際若一人爲代償，得代位債權人，對於他之物上保證人，按其所有之担保物價額，取得担保物權。因此等場合，各担保物相互之間，亦有担保部分存在故也。

(6) 保證人與物上保證人之關係 因担保一債權，第三人甲與債權人締結保證契約，第三人乙以其財產供担保時，甲卽保證人，乙卽物上保證人。於此場合，甲代償債務時，得代位債權人，對於乙取得担保物權；乙代償債務時，亦得代位債權人，對於甲取得保證債權。唯其權利範圍之算定，係以人數爲標準，卽以人數均分債權全額定之。例如債權額爲千元，保證人一人，物上保證人一人；若其保證人代償債務，則對於物上保證人，取得五百元之担保物權；此五百元卽以二人除（乘除之除）千元算出之。蓋物上保證人，係以自己財產供担保者，與保證人同其性質，非担保財產第三取得人可比，故應平等保護之。然此祇就保證人及物上保證人均爲一人之場合而言。若兩方均有數人，應先按其人數，定各方面之總担保部分；而後于保證人方面，再按各人之擔負部分，定代位人對於各保證人所取得之保證債權之範圍；于物上保證人方面，再按其担保物之担保部分，定代位人對於各物上保證人所取得之担保物權之範圍。例如債權額爲千元，甲乙丙爲保證人，其擔負部分相等，丁以價值六百元之不動產供抵押，戊以價值二百元之不動產供抵押。于此場合，甲若代償債權全部，則當先依人數算定保證人方面之担保額爲六百元，物上保證人方面之担保額爲四百元；因甲乙丙三保證人負擔部分相等，故甲依代位對於乙丙各有二百元之保證債權。至於物上保證人方面，因其担保部分不同，計算之結果，對丁之不動產上，有三百元之担保物權，對戊之不動產上，有百元之担保物權。其理由與（一）

項及(五)項所述者同。

## 第二節 債務之移轉

債務之移轉者，保持債務之同一，而變更債務人之謂。詳言之：即第三人代債務人加入於債務關係是也。其新債務人所負擔之債務，即舊債務人所負擔之務，故其債務與原債務同其內容及性質，此點與債權之移轉之場合無異。羅馬法除包括承繼外，不認債務之移轉。近世各國之立法中，明認債務之移轉者，爲德、俄、瑞士等國；不明認債務之移轉者，爲法、意、日本等國。我民法則明認債務之移轉，與德國民法同。【九〇】

【九〇】羅馬法不認債權之移轉，同時亦不認債務之移轉。但當時交易上常依承受訴訟之方法，使生與債務移轉同一之結果。即第三人代債務人承受訴訟，對於債權人負履行之責是也。厥後巴威里民法草案，及奧國民法，關於債務移轉，均設多少不完全之規定。（巴民第一五九條以下，奧民第一四〇〇條以下）至十九世紀末葉，德國制定民法，方對於債務承擔，設一般的規定。（德民第四一四條以下）瑞士修正債務法，及俄國民法從之。（瑞債第一七五條以下，俄民第一二六條以下）反之，法國法系之民法，及日本民法，均不設債務承擔之規定。但近時法，日兩國學者，依契約自由之原則，認債務承擔之有效者爲數不少。如法之 *planiol, saellies, caudant* 日之 *石坂音四郎* 仁井田益太郎川名兼四郎鳩山秀夫等皆是。

債務之移轉，有基於當事人之契約者；有基於法律之規定者。前者謂之債務之承擔，後者謂之債務之法定移轉。茲分款述之。

### 第一款 債務之承擔

### 第一項 債務承擔之意義

債務承擔者，以移轉債務為內容之契約也。債務承擔為契約，故依法律之規定，移轉債務者，不得謂為承擔。又債務承擔，以移轉債務為內容，即依其契約之成立，其債務直移轉于第三人，第三人對於債權人，負履行之義務。故如「履行承擔」，祇第三人對於債務人，負「代向債權人履行債務」之義務，而直接對於債權人，不負履行之義務者，亦非債務承擔。所謂履行承擔者，即第三人對於債務人約明，應代向債權人履行其債務，債務人承諾之，依之而成立之契約也。例如甲對乙約，應代償乙對丙所負之債務是。

債務之承擔，與其原因行為要區別之。其原因行為，即發生「承擔債務」之債務之債權行為也。如贈與及其他契約是。因履行此等契約，于是有債務之承擔。詳言之：即承擔人依贈與及其他契約，對於債務人負承擔債務之債務，而後為債務之承擔，以履行之。故二者有別。

債務之承擔，既與其原因行為分離，故不問其原因行為有效與否，得單獨成立債務移轉。但缺原因時，承擔人得基於不當得利之規定，請求債務人返還利益。

### 第二項 債務承擔之成立

債務承擔為契約，故以有雙方當事人為必要。其當事人有為第三人（即承擔人）與債權人者，即承擔人與債權人訂立契約，承擔債務人所負擔之債務也。有為承擔人與債務人者，即承擔人與債務人訂立契約，承擔債務人所負擔之債務也。前之契約，於債務人有利無害，不須得債務人之承認（第三〇〇條）後之契約，因其債務人



之替換對於債權人有重大利害關係，非經債權人之承認，對於債權人<sub>不生</sub>效力。（第三〇一條）從其債務，非即移轉於<sub>承</sub>担人〔九一〕

【九一】債務承擔契約，不特由得<sub>承</sub>担人與債權人訂立之。且得由<sub>承</sub>担人與債務人訂立之，由<sub>承</sub>担人與債務人訂立之承擔契約，應經債權人同意，方生效力。是乃我民法倣德國民法第四一五條而設之規定也。其何以必經債權人之同意方生效力乎？德國學者之所說，不能一致。依通說，則<sub>承</sub>担人與債務人所爲之承擔，不外處分債權人之債權，即無權之處分，故非經權利人之同意，不生效力。（第一一八條參照）我民法似亦從此見解。

債權人對於債務承擔之承認，應以意思表示向<sub>承</sub>担人或債務人爲之。（第一一七條）其爲承認與否，屬諸債權人之自由。債權人爲承認，使承擔契約絕對有效可；拒絕承認，使其契約對於債權人，永不發生效力亦可。在債權人未爲承認或拒絕承認前，其承擔契約之效力，不能確定，<sub>承</sub>担人及債務人，必感多少之不便；故法律許債務人及<sub>承</sub>担人，定一相當期限，催告債權人，確答對於承擔契約是否承認。債權人於此期限內，不爲確答時，視爲拒絕承認。（第三〇二條一項）

債權人已拒絕承認時，其契約祇對於債權人，永不生債務移轉之效力；其在當事人相互間，仍屬有效。故<sub>承</sub>担人對於債務人，負清償債務於債權人之義務，與履行承擔之場合合同。但此義務之發生，未必合於當事人之本意，故債務人或<sub>承</sub>担人，不妨撤銷其承擔之契約，使之全歸無效。（同條二項）

債務承擔契約，不問其係<sub>承</sub>担人與債權人所訂立者，抑係<sub>承</sub>担人與債務人所訂立者，均以當事人間有移轉

債務之合意爲足，不以履行何種方式爲必要，故爲不要式契約。

### 第三項 債務承擔之許可

得以契約承擔之債務，要係得移轉者，非得移轉之債務，不得爲承擔契約之標的。債務原則得移轉之，但亦有例外。

(一) 債務性質上不得移轉者 債務性質上，有注重債務人之性質、技能、資格、經驗，非債務人躬親履行，不能達債務之目的者，是謂之性質上不得移轉之債務。例如因僱傭、委任、寄託而生之債務是。(第四八四條一項後段、第五三七條、及第五九二條)

(二) 當事人以契約禁止移轉者 債權人與債務人訂立契約，禁止債務之移轉時，則其契約有效，債務不得移轉。關於此點，法律雖無規定，然既認禁止債權讓與之特約，(第二九四條參照)斷無不認禁止債務移轉特約之理由，故類推及之。

上列不得移轉之債務，理論上不許承擔。但推其債務所以不得移轉之故，無非欲以保護債權人之利益。經債權人同意時，無不得移轉。而債務承擔，又無不經債權人之同意，故由實際觀察，即謂一切之債務，均得承擔，亦無不可。

### 第四項 債務承擔之效力

債務承擔時，則債務移轉。惟其移轉乃契約之效力，故不得依之加損害於第三人，因生左之效果：

(一) 承担人依承担契約，負擔債務人對於債權人所負之債務；同時債務人免其責任。其債務不因移轉而失同一性，從其內容及性質，無被變更，與債權讓與之場合同。

(二) 担保債務之權利，不問其為契約上之担保，抑為法案上之担保，附于原債務，依然存續。但第三人依法律行為而設定之担保，除第三人對於債務之承担，已為承認外，因債務之承担而歸於消滅。(第三〇四條二項) 蓋第三人所設定之担保，於承担後，若尙存續，每因承担人資力之缺乏，致使第三人蒙不測之損害也。(九二)

〔九二〕債務人依法律行為設定之担保，因債務之承担，歸於消滅否乎？立法例不能一致。有明定其担保依然存續者，如瑞士債務法是。(瑞債

第一七八條二項) 有明定其担保消滅者，如德、俄民法是。(德民第四一八條一項、俄民第一二六條) 我民法既無明文規定，依第三〇四條二項之反對解釋，自以斷定其担保繼續存在為當。

(三) 附隨於債務之從債務，如利息債務、損害賠償債務、違約金債務等，不因債務之承担，而妨碍其存在，故亦隨同移轉。但與債務人有不可分離之關係者，不在此限。(第三〇四條一項)

(四) 承担人得本於債權人及債務人間法律關係之抗辯，與債權人對抗。詳言之：即債務人本得對抗債權人之抗辯，承担人亦得以之與債權人對抗。其抗辯有三種：即債務不發生之抗辯，債務消滅之抗辯，拒絕給付之抗辯是也。但不得以屬於債務人之債權，向債權人主張抵銷。(第三〇三條一項) 亦不得對於債權人行使債務人之撤銷權及解除權；因撤銷權及解除權，非法律行為之當事人，不得行使故也。

(五) 承担人得以基於承担契約而生之抗辯，對抗債權人。其契約係承担人與債權人所訂立者，抑係承担人與

債務人所訂立者，可以不問。例如承担人以承担契約無效或被撤銷為理由，對於債權人主張債務不移轉是也。但以基於承担契約自體而生之抗辯為限。本於『承担債務原因之法律關係』而有之抗辯人，則不得與債權人對抗。（第三〇三條二項）承担債務原因之法律關係云者，即承担之原因行為之謂。承担契約，與其原因行為全然分離，故承担人不得以本於承担之原因行為而有之抗辯，對抗債權人。例如承担人先與債務人結贈與契約，約明應承担其所負之某債務，後因履行贈與，與債權人結承担契約。於此場合，承担人不得以贈與無效為理由，對於債權人主張債務不移轉是也。

#### 第五項 並存的債務承担

並存的債務承担，亦稱重疊的債務承担，即承担人與債務人共同負擔同一債務之承担；詳言之：即因其承担，債務人依然負擔債務，同時承担人亦負擔同一內容及同一性質之債務。例如債務人負擔交付百金之利息債務時，承担人亦負交付百金之利息債務。惟其兩個債務，經濟上祇有一個之共同目的，故成連帶債務之關係。

并存的債務承担，有依債權人與承担人之契約而成立者，即承担人與債權人約明，應與債務人連帶負擔債務是也。有依債務人與承担人之契約而成立者，即承担人與債務人約明，對於債權人連帶負擔債務是也。後者即第二百六十九條所規定之利他契約。此外依債權人債務人及承担人之三面契約，得使并存的債務承担成立者，固不俟論。

并存的債務承担成立時，連帶債務成立，應適用第二百七十二條至第二百八十二條之規定；即債務人及承

担人對於債權人均負全部履行之責。惟其一人已向債權人清償債務或為其他免責行為時，則他一人之債務亦消滅。為免責行為之人，對於他一人，就其負擔部分有求償權。此節當於第八章詳言之。

#### 第六項 概括的債務承擔

以契約就他人之財產或營業，承受其一切之資產及負債者，謂之概括的債務承擔。如營業之讓與是。概括的債務承擔，係由承擔人與債務人訂立之契約，債權人並無參與于其間，債務承擔之後，債權人常有不知其事情者，故當事人應以其承擔通知或公告債權人。債權人接受其通知或公告時，始生債務承擔之效力。（第三〇五條一項）

概括的債務承擔，不要經債權人之承認，且承擔人之資力，未必同于債務人；若概括的承擔之後，債務人即時脫離關係，債權人難保不因承擔人資力之缺乏，而受損害。法律為保護債權人起見，特使債務人于二年以內，仍與承擔人負連帶之責任。此二年之期間，關於到期之債權，自通知或公告時起算；未到期之債權，自到期時起算。（同條二項）

營業有與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，是乃相互的概括債務承擔，此與普通之概括的債務承擔同，因對於債務人為承擔之通知或公告，始生效力。合併之後，原有各營業之債務，由新營業負其責任。即應由各營業人連帶負責。（第三〇六條）〔九三〕

〔九三〕營業無人格，營業上之權利義務，係以營業人為主體，非以營業為主體。我民法第三〇六條規定，營業應負其責，殊不合理。又新營業之

各營業人之連帶負責，係基於第六八一條之規定，非基於第三〇五條二項之規定。故其連帶負責之期間，不以二年為限度。

## 第二款 債務之法定移轉

債務有基于法律之規定，而移轉于他人者，是謂之債務之法定移轉。例如受讓租賃物所有權者，應承繼出租人之義務（第四二五條）合併後存續之公司，或因合併而設立之公司，應承受由合併而消滅之公司之義務（公司法第五一條）皆是。債務之法定移轉，我民法雖無明文規定，然與債務之承擔，同其性質，應準用關於債務承擔之規定。故以上所述者，於債務之法定移轉，亦適用之。但關於擔保，有一特例，即債務依法律規定移轉後，第三人設定之擔保，亦不消滅是也。蓋債務之法定移轉，不基于債權人之意思，不應使債權人因之蒙害損，故其擔保當全部存續。

# 第七章 債之消滅

## 第一節 總說

債之消滅云者，債權客觀的失其存在之謂也。與債權之消滅應區別者有二：一為債權請求權之消滅。債權之請求權消滅時，債權人仍有受領清償之權能，故非債權之消滅。（第一二五條以下及第一四四條參照）一為債權之喪失。債權喪失時，債權人雖喪失債權，而他人取得債權，其債權依然存在，故亦非債權之消滅。

債權消滅之原因，得大別為四種：（一）法律行為。即當事人為法律行為，使其債權消滅之謂也。其行為有為契

約者，如代物清償是。有爲單獨行爲者，如抵銷、免除等是。(二)目的消滅。或債權因存立之目的，業已到達，或不能到達，而失其存在之謂也。其目的到達之場合，如清償、提存是。其目的不能到達之場合，如給付因不可歸責於債務人之事由而不能是。(三)原因行爲中途失效。即債權發生之原因行爲，因解除條件之成就，終期之屆至，及當事人之死亡，(限於特定場合如第五五〇條、第六八七條、第七〇八條)向將來失其效力時，則債權消滅。至原因行爲因撤銷、解除、及反對契約自始無效時，則其債權自始不發生，故非債權消滅之原因。「九四」(四)混同。即債權債務歸於一人是。

〔九四〕一般學者(陳瑾昆氏債總第三九八頁周新民氏債總下卷第一九一頁李讓氏債總第二九六頁蔡天錫麟氏債總第二九二頁參看)多以法律行爲之撤銷、契約之解除、及反對契約(即解除從前所訂契約之契約)爲債權消滅之原因。實屬未當。蓋債權先有發生而後消滅。若其債權自始不發生，則無所謂消滅。在法律行爲之撤銷、契約之解除、及締結反對契約之場合，其行爲自始無效，(第一一四條第二五九條參照)債權自始不發生，自無所謂消滅，故余不從其說。

債之消滅原因，民法債編第三百〇九條以下所特爲規定者，有清償、代物清償、提存、抵銷、免除、及混同六種；其他則散見於法典各處。茲將此種原因分言於下。至於其他之原因，應於各相當部分述之。

## 第二節 清償

### 第一款 清償之意義

清償者，以償祇債權之意思，而爲債權標的之給付之行爲也。即通常償還債務之行爲是。爲清償行爲時，則債

權因其存立目的到達而消滅，故爲債權消滅之原因。

清償行爲之成立，有二要件：（一）要爲債權標的之給付。不爲債權標的之給付時，其行爲雖生債權消滅之效果，而非清償。如抵銷、免除是也。其所爲之債權標的之給付，有爲法律行爲者，如移轉物權是。有爲事實行爲者，如服勞務是。法律行爲中，又有契約與單獨行爲之分；事實行爲中，亦有作爲與不作爲之別。至其給付當然應依債務之本旨爲之。（二）要有償還債權之意思；即要有清償之意思。「九五」以他之意思所爲之給付，雖與債權標的之給付，偶然相同，亦非清償。例如甲負乙百金未還，而以百金交乙託其保管是也。但以有此意思爲足，無須表示清償之意思。猶之動產之先占，以有所有意思爲必要，不以表示所有意思爲必要也。（第八〇二條參照）

〔九五〕凡爲給付，無不有一定之意思，是即給付之原因。例如因寄託而將其所有物交付他人時，必有寄託之意思。清償亦然。清償人之給付，係出于清償之意思。清償之意思者，使債權人達其債權存立目的之意思，簡言之，即欲使債權人得滿足之意思也。

上述之第二要件，學者對之多持異論。謂清償不以積極的有清償意思爲要件，祇以消極的無其他之意思爲要件；無清償意思，亦無他之意思時，其所爲之給付，仍不失爲清償。此種情形，於不作爲債務之清償，尤多見之。蓋在不作爲債務，每有于債務人不知不覺之間，而其債務被清償故也。例如債務人無意之間，不爲一定之營業，而其所負之競業禁止之債務被清償是。雖然，此等場合，其不作爲債務所以消滅者，乃因其債務依清償以外之事由，已到達目的之故，非因其債務已受清償之故。此與負拆毀破屋之債務者，因地震其屋已傾壞，而債務消滅之場合，其情形相類。且在不作爲債務，有債務人以其他意思而爲給付，其債務亦因之而消滅者。例如債務人因欲免虧折，而停



止營業，其對於他人所負競業禁止之債務，亦依之而消滅。是。其所以消滅之理由，亦因其債務自體，依清償以外之事由，達其目的故也。

## 第二款 清償之性質

清償之意義，既如前述，然則清償為法律行為否乎？是乃清償性質如何之問題。從來德、日各國之學者，頗多議論，可大分為三說：

(一) 法律行為說 此說謂清償不以給付行為為足，且以意思表示為必要。其中又分三說：(甲) 契約說。謂清償依債務人表示清償之意思而成立，債權人表示受領清償意思而成立。(乙) 單獨行為說。謂清償祇依債務人表示清償之意思而成立，債權人無須表示受領清償之意思。(丙) 混合說。謂因清償而為之給付，不要債權人之受領時，(如拆毀破屋，修治道路) 則祇須債務人表示清償之意思，故為單獨行為；反之，要債權人之受領時，(如交付物品，移轉權利) 則並須債權人表示受領清償之意思，故為契約。【九六】

【九六】契約說為德國普通法時代之通說，至德國民法實施後，德儒 Endemann, Klein 等仍主是說。單獨行為說乃德 Rosenbergs,

Bauer, Alexander, Havenstein 等所主張，日儒仁井田益太郎從之。混合說為德儒 Hasenori, Manigk, Plank 等所主張，日儒

岡松參太郎及橫田秀雄均贊成之。我國學者蔡天錫麟氏，亦主單獨行為說。謂清償可準用關於法律行為之規定。(同氏債總第二九五頁) 夫既曰「準用」而不曰「適用」，足見清償非法律行為，未免自相矛盾。

(二) 折衷說 謂清償祇以給付為足，無須當事人之意思表示，且不以債務人有清償意思及債權人有受領清

債意思爲必要。清償行爲卽給付行爲，故其性質，應依其給付行爲性質之如何而定。其給付行爲，爲法律行爲時，（如移轉所有權）清償亦爲法律行爲；不然之場合，（如拆毀破屋）則非法律行爲。〔九七〕

〔九七〕折衷說爲德儒 Hartmann 所倡，Brinz 和之，迄未遂爲德國學者之通說。日儒川名兼四郎探之。

（三）非法律行爲說 此說以清償不要有意思表示，且不要有清償意思及受領清償之意思，與前說同。惟認清償行爲與其給付行爲之區別，而謂給付行爲，雖有法律行爲及非法律行爲之分，然清償行爲則常非法律行爲。〔九八〕

〔九八〕非法律行爲說，乃德儒 Oltz 所倡，從之者頗不乏人，其勢力尙有漸次發展之傾向。日儒石坂音四郎鳩山秀夫均贊成此說。陳蓮昆氏債總第四三〇頁周新民氏債總下卷第一九六頁從之。

以上三說中，法律行爲說，今鮮有採之者。折衷說及非法律行爲說，近時均占勢力。余大體從非法律行爲說。蓋第一說，以一切清償行爲均須有清償之意思表示，卽不作爲債務之清償，亦要具此條件，與實際情形，多所未合。第二說，不明清償行爲與其給付行爲之區別，理論上亦殊未當。較有理由者，爲第三說。惟該說不以清償意思爲清償之要件，是其缺點。何則？行爲者，意思向外活動之謂也。既認清償行爲與給付行爲之區別，自不可否認清償意思及給付意思之存在；其兩個意思，同時向外活動，而混成一動作，遂有兩個之行爲。例如因清償而締結移轉所有權之契約時，則債務人心中必有締結移轉所有權契約之意思，及締結契約以清償債務之意思。此兩個意思，向外活動時，乃有締結移轉所有權契約之舉動；此種舉動，由締結移轉所有權契約之意思而觀察之時，則爲締結移轉所有

權契約之行爲（給付行爲）由清償債務之意思而觀察之時，則爲清償行爲。又如因清償而拆毀房屋，（因債務人負拆毀房屋之債務）在此場合，債務人必有拆毀房屋之意思，及清償債務之意思，因此意思向外活動，遂有拆毀房屋之動作。由拆毀房屋之意思觀察此動作時，則爲拆毀房屋之行爲；由清償債務之意思觀察此動作時，則爲清償行爲。若純依第三說，不以清償意思爲必要，則祇有給付行爲，而無清償行爲矣。清償行爲與其給付行爲，既分離獨立，于是兩行爲可各異其性質。有給付行爲爲法律行爲，而清償行爲爲非法行爲者。如前述之第一例是。有給付行爲爲非法行爲，清償行爲亦非法行爲者。如前述之第二例是。第二例毫無疑義；在第一例，其給付行爲必表示移轉所有權之意思，且因之而生移轉之效果，雖爲法律行爲，然其清償行爲，因不要表示償還債權之意思，卽其行爲不以意思表示爲成立要件；其發生消滅債權之效果，乃因存立目的達到之故，非基于意思表示，故非法行爲。譬之侵權行爲，雖有因侵害權利而爲法律行爲者，如侵占自己占有之他人所有物，與第三人締結移轉所有權之契約是。然侵權行爲本以侵害權利之意思以爲之，且不以意思表示爲必要，不因其手段行爲之爲法律行爲，而變其性質，其情形與第一例相同。知乎此，則清償之性質可以瞭然矣。

### 第三款 清償之受領

因清償而爲之給付，有必須債權人受領者，如以物之交付爲標的之債權是。稱其給付之受領，曰清償之受領。清償之受領，以債權人有受領給付之行爲爲足。不以有受領清償之意思爲必要，故與清償行爲要有清償意思者有別。

得受領清償者有二：(一)債權人向債權人爲標的之給付時，則債權消滅。(第三〇九條一項)債權人之代理人有代受清償之權限，亦得以債權人名義受領清償。但在其債權已被扣押之場合，及債權人已受破產宣告之場合，則不得對於債權人及其代理人爲清償。(二)有受領清償權限之人向有受領清償權限之人爲給付時，其債亦消滅。(同條同項)有受領清償權限之人云者，即債權人以外之人，依法律規定，得以自己名義，受領債權之清償者之謂。計有四權：(1)以債權爲標的物之質權人(第九〇六條)(2)已得追取命令之第三債權人(3)依間接訴權行使債權之第三債權人(4)基於債權人債務人間之契約，得受領清償之第三人。是也。至持有債權人簽名之收據之第三人，祇爲收據之占有人，未必有代受清償之權限。惟該持有人既占有真正之收據，即在無代受清償權限之場合，債務人亦多信其有代受清償之權限，而對之爲給付，致蒙不測之損失。法律爲保護債務人起見，特以此收據持有人，視爲有受清償權限之人。但債務人明知其無權限，或因過失而不知者，則不在此限。(第三〇九條二項)(九九)

〔九九〕真正收據持有人，視爲有受領清償權限之人。故即在該持有人實際無受領清償權限之場合(如其證書係竊取或拾得者)清償人已對之爲給付時，其清償有效，債權消滅，債權人不得對於債務人爲履行之請求。但不妨依不當得利之規定，請求該持有人返還因受領清償而得之利益(第一七九條參照)

因清償而爲之給付，原則應向債權人，或有受領清償權限之人爲之。若向其他之人爲給付，其人以自己之名而受領之時，其給付行爲自體，雖屬有效，然債權人非依之達其債權存立之目的，故其清償行爲，不生消滅債權效

力。但例外場合，有對於其他之人爲給付，亦生消滅債權之效力者。茲舉于左：

(甲) 向債權之準占有人爲清償時 債權之準占有人者，行使債權之人也。(第九六六條參照) 債權之準占有人，有爲真正之債權人者。有不然者。如無繼承權者，自稱繼承人，而行使屬於繼承財產之債權是。其準占有人爲真正債權人時，對之所爲之清償，固屬有效；反之，非真正債權人時，對之所爲之清償，以清償人善意爲限，亦屬有效，其債權消滅。(第三一〇條二款) 蓋不如是，則不足保護善意清償人之利益，而妨礙交易之安全也。但此場合，真正債權人不妨基于不當得利之規定，請求準占有人返還利益。

(乙) 其清償已經債權人之承認時 對於無受領清償權限之人所爲之清償，債權人既承認時，則債權人有消滅債權之意思，故清償有效。(第三一〇條一款) 其承認應以意思表示向清償人爲之。(第一一六條參照)

(丙) 受領清償人至後取得其已給付之債權時 清償人向無受領清償權限之人爲清償之後，該受領清償人因繼承或其他原因，(如讓與) 取得其已給付之債權時，則新債權人(即受領清償人) 依從前所受領之清償，已達其債權存立之目的，故其清償自始有效，債權消滅。(第三一〇條一款)

(丁) 債權人因其清償行爲受利益時 清償人向無受領清償權限之人爲清償，若債權人因此受利益，則清償於其所受利益之限度，有其效力。(第三一〇條三款) 詳言之：即其受全部之利益時，則債權全部消滅；受一部之利益時，則債權一部消滅。其受益之原因如何，法無制限。如其後債權人繼承受領清償人，及受領清償人交付其所受之給付於債權人皆是。

#### 第四款 清償之證明

清償不外一事實，清償人欲主張清償之存在，不可不以相當證據證明之。清償人爲供將來證明之用，得請求債權人，或其他受領清償人，交付清償受領證書。（第三二四條）清償受領證書者，卽第三〇九條之「收據」，謂證明清償事實之書件也。其清償人不問爲債務人，抑爲第三人；其所爲之清償，不問爲全部清償，抑爲一部清償；均有請求交付之權利。負交付之義務者，原則爲債權人；但其他之人受領清償時，亦負交付之義務。其交付受領證書之請求，於清償後固得隨時爲之；而于清償時，請求受領人交付受領證書，以易自己之給付，亦無不可。

清償受領證書，應記載供證明清償事實必要之事項，如受領人及清償人之姓名，受領之給付，受領之日期等皆是。清償受領證書，對於其證書上所記載之事項，當然有證明力，其證書上未記載之事項，本不得以此證明之；但有兩例外。卽（一）關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留者，推定其以前各期之給付已爲清償。（二）關於生有利息之債權，如債權人給與受領原本之證書者，推定其利息亦已受領（第三二五條一項二項）是也。蓋在通常場合，多先清償前期之給付，而後及其次各期；又多先償利息，後償原本；故法律特設此推定的規定。

#### 第五款 清償之抵充

因清償債務而爲給付時，稱其給付對於所清償之債務之關係，曰清償之抵充。夫清償人之爲清償，本有償還債權之意思，卽具體的有償還何之債權之意思，本應依其意思而定抵充。惟其意思無須表示於外部，（1）因清

償一宗債務，向同一債務人爲一個給付，(2)因清償數宗同種標的之債務，向同一債權人，爲足消滅總債務之給付，(3)因清償數宗異種標的之債務，向同一債權人，爲同數或一二之給付等場合，「二〇〇」清償人有消滅何之債權之意思乎？得由外部推測而知之；可依其意思，而定清償之抵充固無問題。反之，在債務人向同一債權人，担負同種標的之數宗債務，其因清償而爲之給付，不足消滅總債務之場合，「二〇一」無從推知清償人之意思。應依何之標準，以定清償之抵充乎？法律有規定之必要。依我民法之規定，此等場合，應依清償人之指定，及法律之規定，而定清償之抵充。前者謂之指定抵充，後者謂之法定抵充。分述之：

【二〇〇】(一)之場合，如甲負乙百金，而交付百金或五十金於乙是。(二)之場合，如甲先因貸借負乙三百金，復因買賣負乙百金，其後交付四百金於乙是。(三)之場合，如甲先負乙百金，嗣復與乙約願贈白米三石，其後交付金百元及白米三石於乙，或單交付百金於乙是。

【二〇一】例如甲前後三次向乙借來五百金，二百金，五十金，其利息輕重各各不同，其後甲還乙四百金是。又如甲每月本應交付扶養費三十金於乙，積欠六月未付，其後還乙一百二十金是。

(一) 指定抵充 清償人於給付時，得指定抵充其清償之債務。已指定時，則清償人之意思明瞭，應依其指定而定抵充。(第三二一條) 抵充之指定，卽表示償還某債權之意思於外部之行爲，不外一意思表示，而爲清償行爲之一部；惟清償行爲不因之而變爲法律行爲。蓋清償之抵充，於清償人以償還某債權之意思，向債權人爲給付時，卽已確定；某債權因有此給付達其目的而消滅。指定行爲，祇宣言給付與其所指定之債務已生之關係，非因有此指定，而後清償行爲始生消滅某債權之效果也。抵充之指定，應於給付當時爲之，於其後不得爲之。

抵充之指定，清償人本得自由爲之。任意指定何之債務，均無不可。但有一制限，即在原本外尙應支付利息及費用之場合，若清償人之給付，不足消滅其全部債務時，須先抵充費用，次利息，最後抵充原本。清償人不依此順序指定抵充時，債權人得拒絕受領，或述異議。（第三二三條前段）蓋費用及利息，其性質上應較原本先受清償故也。茲所謂費用者，係以關於原本所生者爲限，如訴訟費用，及履行費用是。原本利息或費用，若各有數宗，清償人就其相互間，仍得自由指定。

（二）法定抵充 清償人於給付當時，不爲抵充之指定時，應依法律規定之次序，而定抵充。其次序亦多係推測清償人之意思而定之者。茲舉於左：（第三二二條）

（甲）總債務中，有在清償期與不清償期者，以在清償期者爲先。

（乙）總債務均在清償期，或均不在清償期者，以債務之担保最少者爲先。

（丙）債務之担保相同時，以債務人因清償而獲益最多者爲先。

（丁）獲益相同時，以先到期者爲先。

（戊）清償期及獲益均相同時，則按各債務之額抵充之。

以上係就原本相互間，利息相互間，費用相互間，定其抵充之順序。若原本利息費用同時存在之場合，則須先抵充費用，次利息，次原本，與指定抵充之場合無異。（第三二三條後段）【一〇二】

【一〇二】第三二三條後段，有「前二條」云云，係前條之誤。蓋第三二二條之指定抵充，應先費用，次利息，次原本，已於第三二三條前段定有明



文，自不必於同條後段，設有重複規定，故第三二三後段，只須規定第三二三條（即前條）之法定抵充，亦應照此順序足矣。今竟有前二條一語其誤也可知。

### 第三節 代物清償

代物清償者，清償人現實為與債權標的給付相異之給付，且表示欲依之消滅債權之意思，債權人承諾之之契約也。例如甲負乙百金，以交付一馬為代，債權人承諾之是。代物清償之成立，須具成二條件：（一）清償人要現實為與債權標的給付相異之給付。若不為此給付，祇由債務人與債權人約明，將來得為此給付以免其債務，或應為此給付以代債權標的之給付時，則為任意債務契約，或更改契約，非代物清償。〔一〇三〕但亦有為代物清償之預約者，即約明清償人將來倘以某給付代債權標的之給付時，債權人應承諾之是也。〔一〇四〕其所為與債權標的給付相異之給付，法無制限，舉凡移轉物權，移轉債權，及服勞務等均包含之。若夫負擔新債務，原不得謂為給付，但「無因債務」之認諾，與給付有同一之性質，故亦得為代物清償之方法。例如經債權人承諾，發行期票，以代清償是也。〔一〇五〕（二）清償人與債權人間，要有依其給付消滅債權之合意。債權即因其合意而消滅。蓋在代物清償，清償人不為債權標的之給付，而為與之相異之給付，債權不因其給付而達其目的，自不生當然消滅之效果，倘欲使其債權消滅，則于給付之外，尚要債權消滅之合意。此即代物清償之所以為契約也。代物清償，其清償人與債權人間有消滅債權之合意，故與準備清償之給付不同。〔一〇六〕準備清償之給付者，清償人為與債權標的給付相異之給付，並要求債權人就其給付受滿足，（即達債權存立之目的）債權人承諾之之契約也。例如負百金之債務者，交付

同額之支票於債權人，使其支取現款以充清償是也。此種契約成立時，其債權依然存在，應俟債權人由其給付受滿足時，方歸於消滅，故非代物清償。準備清償之給付，亦有依無因債務之認諾而為之（如發行期票之類）與代物清償同。但在代物清償，認諾無因債務時，其原有債權即歸消滅；反之在準備清償之給付，則須俟其新債務履行時，其原有債權，方歸消滅，二者又有差異。然則其因清償債務而對於債權人認諾無因債務時，為代物清償？抑為準備清償之給付？不外依當事人之意思表示定之。若無特別意思表示，則認為準備清償之給付；從其新債務不履行時，其舊債務仍不消滅。（第三二〇條）（二〇七）

代物清償之性質若何？學者之議論不一。有謂為清償者，有謂為買賣或互易者，有謂為即時履行之更改者。通說則以之為獨立一種之契約。（二〇八）其契約以現實給付為成立要件，故為要物契約。又其契約之成立，清償人為與債權標的給付相異之給付，而債權人則為拋棄債權之給付，其間且有對價之關係，故為有償契約。

代物清償成立時，債權消滅，（第三一九條）其附隨之擔保權利亦消滅。但代物清償為有償契約，故清償人對於因代物清償給付之物或權利所有之疵瑕，應與出賣人負同一擔保之責任。（第三四七條參照）

【二〇三】債務人與債權人約明，將來得為某給付以免其債務時，不外與債務人以代用權，使單純債務變為任意債務。（第一部第四章第六節參看）故為任意債務契約。又債務人與債權人約明，將來應為某給付以代債權標的之給付時，即明認原債權消滅，另生以某給付為標的之新債權，故為更改契約。（第一部第七章第八節參看）

【二〇四】代物清償之預約，乃預先約定「將來應締結代物清償契約」之契約。將來現實締結代物清償時，仍須由債務人為要約，債權人為承

諾。在債權人未承諾以前，債務人雖已爲其他之給付，其契約不成，立從其債權不消滅。惟債權人因被預約拘束，有爲承諾之義務而已。此即與任意債務契約相異之點。蓋任意債務契約成立後，債務人取得代用權，得爲其他給付，以消滅債權，無得債權人之承諾之必要也。

【一〇五】因消滅舊債務而負擔新債務時，本爲更改，但因更改而負擔之債務，係由更改契約自體而生，依更改契約，得知其債務發生之實質的原因。易言之，即其債務發生之實質的原因，在舊債務消滅，得依其更改契約而知之，故爲有因債務。若另以無因契約（如發行期票）負擔無因債務，一面以契約消滅債權時，則爲代物清償，而非更改。

【一〇六】準備清償之給付』一語，淵源於德語之 *Leistung erfüllungshalber* 日本學者，如石坂音四郎、鳩山秀夫輩，譯之爲「因清償而爲之給付」。仁井田益太郎，則譯之爲「清償方法之給付」。陳蓮昆氏，從前說。（同氏債總第四一九頁）然上述兩譯語，易與清償之給付相混。故余之姑譯之爲準備清償之給付，以與清償之給付區別。

【一〇七】在新債務未履行前，舊債務不消滅，故此際新舊兩債務，同時併存。然則債權人得任就一債務，請求履行否乎？不無疑義。由第七一二條二項之規定而推，則債權人應先就新債務請求履行。若債務人逾期不履行，方得請求履行舊債務。（同說陳蓮昆氏債總第四二四頁周新氏債總下卷第二一九頁）

【一〇八】清償說，爲德儒 *Windscheid* 所倡。謂代物清償亦與債權人以滿足，不外清償之一種。然在清償，債務人係爲債權標的之給付，而在代物清償，則爲其他之給付，二者性質不同，不得認代物清償爲清償。買賣互易說，乃德儒 *Schlemann* 所主張。謂在代物清償，債權人與債務人互爲金錢或其他之給付，其性質無異於買賣或互易。然買賣互易爲發債權之契約，而代物清償，則爲消滅債權之契約，兩者顯有區別。更改說，係法儒 *Aubry et Rau, planiol* 等所主張。謂在代物清償，債務人先依更改負擔新債務，而即時履行之。然爲代物清償時，實際上債

務人並無負擔新債務之意思，祇欲爲其他給付以消滅舊債務。此說反於事實，亦不足採。現今德、日學者之通說，則以之爲獨立一種之契約，最爲適當，余贊成之。蓋代物清償，既有特別之性質，殊無強謂其屬於他種契約之必要也。

#### 第四節 提存

##### 第一款 提存之意義及性質

提存一語，有廣狹二義。廣義之提存者，寄託標的物于提存所之謂也。但茲所謂提存者，係指狹義之提存；即清償人以消滅債權爲目的，爲債權人寄託債權標的物于提存所之行爲也。蓋債權有標的物之場合，每要債權人之受領。倘債權人不爲受領時，債務人雖因債權人之遲延，得免不履行之責任；然其債務依然存續，債務人隨時應爲履行之準備，其担保債權之權利，亦不消滅，債務人頗立于不利之地位。法律爲保護債務人起見，特予以提存之權利。

提存之成立要件有三：（一）清償人要寄託債權標的物于提存所。即清償人與提存所之間，關於債權標的物，要有寄託契約之成立。爲寄託者，不限于債務人；即其他利害關係之清償人，亦得爲之。（二）要爲債權人而爲寄託。即寄託其物于提存所，使債權人直接對於提存所，得請求交付其物之謂。若祇爲自己而寄託時，則非茲所謂提存。例如因履行準備，預行寄託清償標的物於提存所是也。（三）要以消滅債權爲目的。倘以他之目的，爲債權人而爲寄託時，其標的物雖偶與債權標的物相同，亦非茲所謂提存。（舊民律第一一六八條參照）

然則提存之性質如何？學者各異其說。有以之爲獨立一種之契約者，有以之爲清償之要件者，〔一〇九〕通說則

以之爲因第三人利益而爲之寄託契約；即寄託契約與利他契約之混合。蓋其寄託係爲債權人而爲之故也。故此項契約，除有特別規定外，應適用關於利他契約之規定。

【109】以提存爲獨立一種之清償者，如德儒 *Beer*。以提存爲清償之要約者，如德儒 *Barh, Endemann*。

### 第二款 提存之原因及標的

提存，非有一定之原因不得爲之。無原因而爲提存時，雖生單純寄託契約之效力，然不生提存之效力。其原因依我民法所規定，共有二種：（一）債權人受領債權標的物有遲延者，是即受領遲延。（二）清償人不能確知孰爲債權人，致難爲清償者，如因自稱債權人者有數人，不能確知誰爲真正債權人。是有上述原因之一時均，得爲提存。（第三二六條）

得爲提存標之物，限於動產。不動產得依占有之拋棄，免其債務，故不得提存。（第二四一條）此外則無制限。雖動產中，亦有不適於提存者，但不妨依第三三一條之規定，拍賣其物，而提存其價金，此點當另詳於後。

### 第三款 提存之程序及費用

提存依交付其債權標的物於清償地之提存所，並指定債權人爲之。其提存所依提存物之種類如何而不同。應以特別法（即提存法）規定之。法令無特別規定者，或清償地無法定之提存所者，該地之初級法院，須因清償人之聲請，指定提存所，或選任提存物之保管人。（第三二七條一項）

清償人於提存後，須從速通知債權人，但不能通知者，則不在此限。提存之通知，非提存之成立要件，亦非發生

效力之條件；不爲通知時，其提存有有效成立，祇提存人應對債權人任損害賠償之責而已。（第三二七條二項）又提存係因歸責於債權人之事由而爲之，故其費用，歸債權人負擔。（第三三三條）

#### 第四款 提存之效力

提存爲寄託契約，且爲利他契約，故其效力，可分三方面觀察之：

第一 提存人與提存所間之效力 提存係提存人與提存所間之特種寄託契約，故提存人與提存所間之關係，除法律有特別規定外，應適用關於寄託之規定。（第五八九條）以下無庸詳述。茲所欲研究者，提存人於提存後，有無向提存所取回提存物之權利？（提存物取回權）是也。陳瑾昆氏以我國民法，無得取回提存物之規定，應解爲不許其取回。（同氏債總第四五八頁）然提存其性質既屬利他契約之一種，依民法第二百六十九條二項之規定，則於債權人未向提存所表示允受提存物之意思以前，提存人自得向提存所取回提存物。【二一〇】提存物經適法取回時，視爲未提存，卽其提存視爲自始無效。（舊民律第四五二條一項及大理院八年上字第七二八號判例參照）惟在取回前，以之爲單純寄託，依然有效，祇依其取回，始向將來失其效力耳。【二一一】

【二一〇】此提存物權取回，學者有以之爲提存物返還請求權者。如德儒 Windscheid, stammler 是。然在提存，其返還請求權，在債權人不在提存人，故以解爲提存撤回權爲當。詳言之，卽撤回提存契約之權利也。

【二一一】提存既經撤回，則自始無効，不特自撤回同時始生其效力，然在撤回前，其契約仍不失爲單純寄託，生單純寄託之效力。故提存所，得請求提存人，支付保管費用，至撤回之時，方失其效力。

第二 債權人與提存所間之效力 債權人因提存成立，對於提存所，取得提存物返還請求權。其返還之請求，得單獨由債權人向提存所爲之。但在清償人之清償，應對於債權人之給付爲之之場合，倘債權人不爲對待給付，或提出相當擔保時，清償人得阻止債權人受取提存物。（第三二九條）此與第二百六十四條之同時履行之抗辯，基於同一之理由。例如出賣人提存標的物時，若買受人未支付價金，則出賣人得不許其受領標的物是也。債權人既由提存所受領提存物時，即取得其物之所有權。

提存物返還請求權，於提存人取回權存在之間，業已發生。若提存人已行使取回權，而取回其提存物時，則其提存自始無效，故其請求權亦歸消滅。又債權人自提存之日起，十年間對於提存所，不爲返還提存物之請求，並不表示允受提存之意思時，其關於提存物之權利亦消滅。於此場合，提存人若不取回其提存物，則其物之所有權屬於國庫。（第三三〇條）

第三 提存人與債權人間之效力 提存人適法爲提存後，其債權即時消滅。其債權人已受取提存物與否，可不用問之。（一一三）故債權人若無故不受取提存物，而復對於債務人請求履行時，債務人得以此爲理由而拒絕之，使其就提存物受清償。但清償人中途取回提存物時，其提存自始無效，其債權亦自始不消滅。

〔一一三〕關於提存及於債權之效力，立法例有二種。有規定提存後其債權即歸消滅者，如日本民法是。（日本第四九四條）有規定提存後提存人喪失提存物取回權時，其債權之消滅者，如德國民法是。（德民第三七八條）我民法從日本立法例。

提存人既爲提存時，債權人雖尚未取得提存物之所有權，然其物已脫離清償人之占有，且債權人得任意

向提存所請求提存物之返還，故關其物滅失或毀損之危險，歸債權人負擔。且債務人無須支付遲延利息，及賠償因怠於收取孳息而生之損害。（第三二八條）

### 第五款 價金提存

價金提存云者，清償人變賣債權標的物，而提存其價金之謂也。提存應以原物爲之，然債權標的物，有不適於提存者，故法律特設價金提存之制度，以爲救濟。

價金提存，依提存債權標的物之價金爲之。是以欲爲價金提存，必須變賣其標的物。變賣行爲，不外提存之準備行爲，非有一般提存之原因存在時，不得爲之。但一般提存原因存在時，非一切標的物均得變賣，其得變賣之物，限於左列各種：（第三三一條）

（1）其物不適於提存者 不適於提存（即原物提存）之物，即其物容積過大，或有危險性，難得保管之場所者是也。

（2）其物有滅失毀損之虞者 例如魚、肉、果實、及磁器之類是。

（3）其物之保存費用過鉅者 例如牛、馬及其他動物是。

上列各物，有提存原因發生時，清償人得變賣標的物，而提存其價金，但須經清償地初級法院之允許。蓋欲使法院事前審查其具備有效條件與否，以免後日爭之議也。

標的物之變賣，應依拍賣之方法爲之。（第三三一條）但有市價之物，法院得許清償人，照市價出賣。（第三



三二條）又在拍賣法未公布施行前，亦得照市價出賣，惟應經法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關之證明。（民法債編施行法第十四條）其拍賣及出賣費用，與提存費用同，歸債權人負擔。（第三三三條）

## 第五節 抵銷

### 第一款 抵銷之意義及性質

抵銷者，以自己對於他人所有之債權，與他人對於自己所有之債權互抵為內容之單獨行為也。抵銷為單獨行為，故行為以外之事實（如混同）及單獨行為以外之行為（如清償）雖為債權消滅之原因，非抵銷。又抵銷係自己對於他人之債權，與他人對於自己之債權互抵為內容，無此內容之單獨行為（如免除）雖為債權消滅之原因，亦非抵銷。互抵云者，以他人對於自己所有之債權，抵還自己對於他人所有之債權之謂。因此互抵，兩方節省交換給付之煩，而得收同時滿足之效，極為利便。故各國民法無不認此制度，惟其性質或有不同耳。（一一三）

〔一一三〕抵銷為羅馬法上所認之制度，近世各國之民法，亦明定之。惟其規定之內容，不能一致。德、日民法，及瑞士債務法規定：相對立之兩個債權，具備一定之要件時，各當事人得以一方的意思表示為抵銷，故抵銷為單獨行為。（德民第三八八條，日民第五〇六條，瑞債第一二四條）反之，法、奧民法，則定相對立之兩個債權，具備一定之要件時，不待當事人之意思表示，當然抵銷，故其抵銷為事件。（法民第一二九〇條，奧民第一四三八條）

抵銷之性質若何？學說不一。有以之為擬制的清償者，有以之為代物清償者，有以之為權利質之實行者。然均出於擬制，而不合於事實。抵銷者，由其實質觀察，乃因使自己之債權滿足，而處分他人債權之自助行為。詳言之：即

債權人依一方行爲，消滅債務人之債權，藉以滿足自己之債權是也。故抵銷非清償，亦非代物清償，獨立爲債權消滅之一原因。【一一四】

【一一四】主擬制的清償說者，爲德儒 Hartter 法儒 Laurent 等。主代物清償說者，爲德儒 Windscheid, Liebkenecht 等。主實權說者，爲德儒 Weigelin, Leodhard 等。自助行爲說，則爲今日多數學者之通說。

## 第二款 抵銷之要件

抵銷得任意爲之，但欲其抵銷有效，不得不具備左之要件。（第三三四條）

（一）要二個之債權相互的存在 抵銷之發生效力，以有二個債權之存在爲必要。一爲供抵銷之債權，謂之自動債權；一爲被抵銷之債權，謂之受動債權。若此兩個債權中，有一不發生或已消滅，則其抵銷無效。自然債權，爲無請求權之債權，原則不得就之爲抵銷。但自動債權，雖已罹於消滅時效，而在時效完成前，其債權適於抵銷者，亦得以之供抵銷。（第三三七條）蓋在雙方債權適於抵銷之場合，當事人往往以爲其債權當然抵銷，而不爲抵銷之意思表示，並不行使其權利，致其債權罹於時效者；若不許其供抵銷，殊欠公允，故法律特設此例外。以上係就自動債權而言，至受動債權罹於時效之場合，法無明文規定；然當事人之一方，明知受動債權已罹於時效，而對之爲抵銷時，則爲拋棄因時效之法律效果，其抵銷當然有效。反之，不知其罹於時效，而對之爲抵銷時，則類推第一百四十四條二項之規定，其抵銷亦爲有效。且其債權不以於時效完成前適於抵銷爲必要，與自動債權不同。以其基於另一理由故也。

有二個債權矣，其債權尙要相互的存在，方生抵銷之效力。相互的存在云者，即抵銷人對於相對人有債權，其相對人對於抵銷人亦有債權之謂。其債權非相互的存在時，原則不得抵銷；但例外有得以自己對於第三人所有之債權，與相對人對於自己所有之債權抵銷者，如第二二九條二項是。有得以第三人對於相對人所有之債權，與相對人對於自己所有之債權抵銷者，如第二七七條是。

(二)要雙方之債權有同種之標的。異種標的之債權，雖客觀的價格相同，亦不許抵銷。同種標的云者，給付標的之種類及品質，其範圍一致之謂，不以給付同一之物爲必要。兩債權均以給付『某馬』爲標的時，固得謂爲同種；即均以給付『口外之馬』或給付『馬』爲標的時，亦得謂同種。同種之標的，多於金錢債及種類債見之，故抵銷於此兩種債權適用最多。

抵銷之債權，原則雖要有同種之標的，然例外異種標的之債權，亦有可以抵銷者。茲舉於左：

(甲)一方之債權，以特定物之給付爲標的，他方之債權，以不特定物之給付爲標的，其特定物屬於該不特定物之範圍內者，得以特定債權與種類債權抵銷。例如甲對乙有給付某馬之債權，乙對甲有給付馬之債權，甲得對乙主張抵銷是。

(乙)雙方之債權，均以不特定物之給付爲標的，其一不特定物屬於他不特定物之範圍內者，得以範圍較狹之種類債權，與範圍較廣之種類債權抵銷。例如甲對乙有給付口外之馬之債權，乙對甲有給付馬之債權，甲得對乙主張抵銷是。

(丙) 雙方之債權，均以同種不特定物之給付為標的，而其物之品質優劣不同者，得以品質較優之種類債權，與品質較劣之種類債權抵銷。例如甲對乙有給付上等之米一石之債權，乙對甲有給付下等之米一石之債權，甲得對乙主張抵銷是。

(三) 要雙方之債權均至清償期，未至清償期之債權，無須履行，故亦不得抵銷。但清償期通常均為債務人之利益而設，債務人於期限前，得拋棄利益，而為給付。(第三一六條後段參照) 故受動債權雖未至清償期，抵銷人亦得拋棄利益，對之為抵銷。

(四) 要雙方之債權均非不許抵銷者，債權有不許抵銷者，就於此種債權所為之抵銷，無效。何種債權不許抵銷乎？當於次款詳言之。

具備上列要件時，抵銷權發生，得為有效之抵銷。此外無須其他之條件，從而(1) 雙方之債權，不要基於同一之原因。(2) 雙方之債權，不要明確其債權額；依計算始得確定之場合，亦得抵銷。(3) 雙方之債權額，不要同一；其額相異時，就其相當額得為抵銷。(4) 雙方債權之清償地，不要相同；清償地相異之債權，不妨為抵銷。但抵銷之當事人，須賠償相對人因抵銷而生之損害。(第三三六條) 因抵銷所生之損害者，即有抵銷較之無抵銷所蒙之損失也。(一一五)

【一一五】清償地相同之債權，抵銷之結果，雙方當事人，固有利無害；而在清償地相異之債權則不然。其抵銷之結果，有當事人只受利益而不蒙損害者。如甲對乙之債權，應在甲之住所履行，乙對甲之債權，應在乙之住所履行，雙方相抵是。有當事人之一方，不受利益，反蒙損害者。如甲

對乙之債權，應在乙之住所履行，乙對甲之債權，應在乙之營業所履行，其後甲對乙抵銷是。因此際乙應將債權標的物送往其營業所，不免支出費用也。

### 第三款 抵銷之許可

債權以許抵銷為原則，但例外亦有不許抵銷者。今列舉於左：

(一) 債權性質上不許抵銷者 雙方之債權，雖有同種之標的，然其一方之債權，性質上不許抵銷時，不得抵銷。(第三三四條但書) 性質上不許抵銷云者，即其債權若被抵銷，則不得達其存立目的者之謂也。例如以同種之單純作為(如服勞務)及不作為為標的之債權是。至附着抗辯(如附第七四五條之檢索抗辯)之債權，得以之供抵銷否歟？德國民法有明文規定，不許其為抵銷。(德民第三九〇條) 我民法則無之。然此項債權，若得以為自動債權，與他人之債權抵銷，則相對人未免失抗辯之利益，故理論上應不許其抵銷，惟以之為受動債權，對之為抵銷，則無不可。簡言之：即得以之為受動債權，不得以之為自動債權。

(二) 法律禁止其為抵銷者 依我民法之規定，禁止抵銷之債權有四：

(甲) 因故意侵權行為而生之債權，其債務人不得向債權人主張抵銷；蓋若許其抵銷，不特違反正義，且足以誘致侵權行為之發生也。但債權人不妨以此項債權與債務人主張抵銷。(第三三九條) 簡言之：即得以之為自動債權，不得以之為受動債權。

(乙) 禁止扣押之債權，其債務人不得向債權人主張抵銷，因此項債權為維持債權人之生計所必需者；若債

務人得對之爲抵銷，則與禁止扣押之目的相反故也。但由債權人主張抵銷時，則無不可。（第三三八條）即得以之爲自動債權，不得以之爲受動債權，與前項同。

（丙）受債權扣押命令之第三債務人，於命令送達後所取得之債權，不得以之與受扣押之債權抵銷。蓋扣押命令，其性質非但禁止其支付，且禁止其抵銷，故其後所爲之抵銷無效。雖然，此祇就命令送達後所取得之債權而言。若夫命令送達前所取得之債權，第三債務人於命令送達前，本得以之與被扣押之債權抵銷，自不因扣押而失其權利；從在扣押後，仍得以之與受扣押之債權抵銷。（第三四〇條）

（丁）被扣押之債權，及屬於破產財團之債權，債權人無自由處分之權利，故不得以之與他之債權抵銷。此於強制執行法及破產法規定之。

（戊）依契約應向第三人爲給付之債務人，不得以其對於他方當事人所有之債權，與其所負之債務抵銷。

#### （第三四一條）

（三）當事人以特約禁止抵銷者，債權人與債務人得訂立契約，禁止債權之抵銷。有禁止特約時，其債權雖具備法定要件，亦不得爲有效之抵銷。訂立此契約者，不限於當初之當事人，其後之受讓人及承坦人，亦得訂立之。其禁止有存於自動債權者，例如約明不得以此債權爲抵銷是。有存於受動債權者，例如約明不得對此債權爲抵銷是。

#### 第四款 抵銷之方法

關於抵銷之方法，立法例不一，大別爲兩主義：一當然抵銷主義，雙方之債權，具備法定要件時，不要當事人之行爲，當然均歸消滅，法與民法採之。一單獨行爲主義，即雙方之債權，具備法定要件時，各當事人得以單獨行爲爲抵銷，德、日民法，及瑞士債務法採之。我民法採第二主義，明定抵銷依一方的意思表示爲之。（第三三五條一項前段）故抵銷權爲形成權。

抵銷之意思表示，於審判上及審判外均得爲之。其意思表示，不要明示，即默示亦可。但不得附有條件或期限，否則其意思表示無效。（同條二項）蓋其意思表示若得附條件或期限時，則依抵銷人一方之行爲，使相對人立於不確定之地位，非公平保護雙方當事人之道也。

在當事人之一方或雙方，有數個之債權，均適於抵銷時，抵銷人本應表示以何之債權與何之債權抵銷之意思。但此節法律有補充之規定，雖不表示此意思，其抵銷亦有效力。即於此場合，應準用關於清償抵充之規定，以定其供抵銷及被抵銷之債權是也。（第三四二條）

#### 第五款 抵銷之效力

抵銷生效力時，雙方債權同歸消滅。雙方債權倘異其額，則就其相當額生抵銷之效果，故額數較多之債權人，仍得以其餘額請求履行。（第三三五條一項後段）

抵銷行爲，遡及最初得爲抵銷時生效力。『得爲抵銷時』者，即爲抵銷之人之抵銷權發生之時也。抵銷之遡及力，基於法律之擬制，與法律行爲之撤銷同。蓋雙方債權適於抵銷時，爲抵銷之人，多即有抵銷之意思，每以爲其債

權當然抵銷，致不即為抵銷之意思表示者。法律為保護抵銷人起見，特與抵銷以遡及既往之效力。

抵銷生遡及力，因生左之效果：

(甲) 雙方債務人，自得為抵銷之時起，免支付利息之義務；其已支付者，得請求返還。

(乙) 雙方債務人，自得為抵銷之時起，不任履行遲延之責。

(丙) 雙方債務人，自得為抵銷之時起，不任受領遲延之責。

(丁) 担保債權之權利，自得為抵銷之時起消滅。但其債權未全部消滅者，則不在此限。

#### 第六款 契約上之抵銷

契約上之抵銷者，依契約所為之抵銷也。詳言之：即依當事人之契約，消滅雙方債權之謂也。其所為之契約曰抵銷契約。此項契約，雖為法律所未規定，然依契約自由之原則，當然有效。

契約上之抵銷，與通常之抵銷不同，無須具備抵銷之要件。故其雙方之債權，(1) 不要相互的存立。(2) 不要有同種之標的。(3) 不要在清償期。(4) 不要非不許抵銷者。且其契約得附條件或期限。但非雙方債權之有效存在，則其契約不能有效。蓋當事人未有無債權而願為抵銷之意思也。然則此種抵銷有遡及力否乎？應解釋當事人之意思定之。意思不明時，以斷定其無遡及力為當。

契約上之抵銷，與抵銷之預定不同。抵銷之預定者，即當事人約明將來互有債權，宜於抵銷時，不要意思表示，當然抵銷之謂也。如交互計算之契約是。此種契約，祇以省略意思表示為目的，不以減輕法定要件為目的，故與抵



銷契約有別。

## 第六節 免除

免除者，以拋棄債權為內容之單獨行為也。因其為債權之拋棄，故應由債權人為之。又因其為單獨行為，故應以一方的意思表示向債務人為之。（第三四三條）無得債務人承諾之必要。但從來立法例，多以免除為契約。〔二一六〕其重要之理由，謂債務之免除，有為債務人之所不欲者，不得其承諾而為之，未免無視其自由。雖然，權利得由權利人任意拋棄之，乃是一般之原則，於債權當然可以適用。故我民法特從日本民法之規定，以免除為單獨行為。（日民第五一九條參照）

〔二一六〕德民第三九七條，法民第一二八五條及第一二八七條，瑞債第一一五條參照。

債權人為免除時，則債權消滅。（第三四三條）故免除有處分行為之性質，與債權之讓與同。從免除與原因行為，要區別之。原因行為者，即發生「免除債務」之債務之債權行為；如贈與及其他契約是。而免除則係因履行此等債務而為之行為。但實際上，其原因行為亦有與免除同時為之。免除與其原因行為，既有區別，故其原因行為有效與否，與免除之效力，毫無影響。

## 第七節 混同

混同者，債權債務同歸一人之謂也。混同之成立，祇以債權債務同歸一人為足，不以人之行為為必要；故為事件，而非行為。

混同有因包括承繼而生者，如債權人繼承債務人，或債務人繼承債權人是。有因特定承繼而生者，如債務人受讓債權人對於自己之債權是。繼承尤為混同之主要原因。

有混同時，則債權因缺乏必要之主體，（即債權人與債務人）除法律另有規定外，「一七」當然歸於消滅。但其債權為第三人權利之標的時，則不歸於消滅。（第三四四條）如就其債權設定權利質權之場合是也。蓋此場合，其債權若消滅，則其權利質權，亦不免消滅，非所以保護質權人之道也。然則其質權存在時，質權人有若何之利益乎？由實際觀察，約有兩種：（一）在其質權因担保第三人之債務而設定之場合，因質權存續，質權人不特得對於其債務人行使債權，且得對質入債權之債務人，（即混同當事人）行使質入債權，其利益一也。例如甲對乙負債務，丙以自己對丁之債權，向乙設定質權，供其担保，其後丙丁混同是。（二）在其質權因担保質入債權之債務人自己之債務而設定之場合，其質入債權附有担保時，因債權存續，質權人得對於質入債權之債務人，（即混同當事人）行使質入債權，並實行其所附之担保，其利益二也。例如丙對乙負債務，以自己對丁之債權（附有担保者）向乙設定質權，以為担保，其後丙丁混同是。若在其質權因担保質入債權之債權人自己之債務而設定，且質入債權不附担保之場合，其質權雖存在，而於質權人則毫無實益。

【一七】票據法第三一條，第一二〇條，第一三八條參照，依此等規定，票據上債務人，由持票人受讓該票據時，於其票據未到期前，更得以背書轉讓之。足見其票據上之債權，不因混同而消滅。

## 第八節 更改

## 第一款 更改之意義及性質

更改者，以發生與原債權異其要素之新債權，因而消滅原債權為內容之契約也。如甲對乙本有給付一馬之債權，與乙約明，易為百金是。更改契約，雖為我民法所未規定，但依契約自由之原則，亦有效力。茲先析述其意義、性質，而後及其種類、效力。

(一) 更改者契約也。更改為契約，必有雙方當事人之合意方得成立，與代物清償同。契約以外之行爲，雖為債權消滅之原因，非更改。如清償、抵銷、免除是。然則其契約應由何人締結乎？容於次款述之。

(二) 更改之內容在發生與原債權異其要素之新債權因而消滅原債權。更改契約，以新舊債權之替換為內容；即當事人要一致表示：『發生新債權因而消滅原債權』之意思。故如代物清償契約，其當事人表示『因已為債權標的以外之給付而消滅債權』之意思者，非更改。新債權與原債權，為別異之債權，非同「一債權之存續」此點與債權讓與及債務承擔不同。蓋債權讓與及債務承擔，祇以移轉原債權及原債務為內容，其債權人及債務人，雖有變更，而原債權關係依然存續故也。惟其所發生之新債權，要與原債權異其要素。倘其要素並無變更，則當事人雖有意發生新債權，以代原債權，更改亦不成立。債權之要素者，債權成立所必需之要件也。即債權人、債務人及債權之標的。至於條件，本係債權之體樣，非其要素；然其與債權之效力，有重大之關係，不妨謂之準要素；故負擔與原債權異其條件之新債權，因而消滅原債權之契約，可謂準更改。其他以契約變更清償期，給付處所及債權之擔保等，祇可認為舊債權之存在，而非更改。

依上所述，則知更改為新舊債權交替之制度。自羅馬法以降，各國之民法，多明認之。如奧、法、意、日、瑞等國，其最著者也。〔一八〕惟自近世認債權讓與及債務承擔以來，更改之實用甚少，故德國民法不明認此制度。我民法從之。

〔一八〕奧民第一三七五條以下，法民第一二七一條至第一二八一條，意民第一二六七條至第一二七八條，日民第五一三條至第五一八條，瑞債第一一六條以下參照。

然則更改之性質若何？更改契約以發生新債權因而消滅原債權為內容，依其契約之成立，當事人之一方，負擔債務，故為債權契約，又其負擔債務之實質的原因，為原債權之消滅，詳於契約之上，故為有因契約。從其所發生之債權，亦為有因債權。

## 第二款 更改之種類

更改有三種，即因債權標的變更之更改，因債權人替換之更改，及因債務人替換之更改是也。茲分述之：

### 第一 因債權標的變更之更改

因債權標的變更之更改，即變更債權之標的，使發生新債權，因而消滅舊債權之契約也。此種契約，由舊債權人及債務人訂立之。例如甲對乙原負給付一半之債務，與乙約明，改為給付百金之債務是。

因債權標的變更之更改，當事人當然應表示新舊債權交替之意思，惟其新舊債權要異其標的，即其標的要有所變更，是其特點。債權標的之變更者，即其給付標的之種類、品質、或數量有所變更之謂。若夫債權附屬的事項（如履行期、給付處所、担保等）之變更，則非標的之變更。

## 第二 因債權人替換之更改

因債權人替換之更改者，變更債權人，使發生新債權，因而消滅舊債權之契約也。此項契約，應由新舊債權人及債務人三面訂立之，非如債權讓與祇以新舊債權人之契約爲足。蓋更改之結果，債務人應對於新債權人，從新負擔債務故也。例如甲負乙百金，甲乙與丙約，改爲甲爲丙百金，而甲乙間之債權，依之歸於消滅是。

因債權人替換之更改，亦爲不要式契約，其成立只以當事人之合意爲足。但欲以其契約對抗第三人，不可不有確定日期之證書。（舊民律第四七七條二項）蓋不以確定日期之證書爲必要時，當事人每利用倒騰更改日期之法，以加害已依債權讓與或因債權人替換之更改，先取得債權之第三人，非所以保護善意第三人道也。確定日期之證書，有種種：如公正證書，卽其一例。（參照日本民法施行法第五條）

## 第三 因債務人替換之更改

因債務人替換之更改者，變更債務人，使發生新債權，因而消滅舊債權之契約也。此項契約，得由新債務人與債權人訂立之，不要得舊債務人之同意。蓋第三人既得不經債務人之同意，而承擔其債務，則訂立更改，當然無須債務人之同意也。例如甲負乙百金，丙與乙約，改爲丙負乙百金，甲乙間之債權，依之歸於消滅是。但加入舊債務人而爲三面契約，亦屬有效。

### 第三款 更改之效力

更改契約以新舊債權之交替爲內容，故生左之效果：

(一) 新債權發生 更改為債權契約，依其成立，直發生新債權。夫既曰發生，當然非舊債權之存續，故附着於舊債權之抗辯，及附隨於舊債權之担保權利，不移轉於新債權。此與債權讓與之場合不同。雖然，其新債權之發生，與舊債權之消滅，同為一個契約之內容。且依其契約之內容，而知舊債權之消滅，與新債權之發生，有因果之關係。故若其舊債權本不存在，不因更改而始消滅時，則其契約關於消滅舊債權之部分無效，從關於發生新債權之部分亦無效。(第一一一條參照) 新債權亦不發生。若然，則新舊債權非無關係也，明矣。

(二) 舊債權消滅 更改契約，一面發生新債權，一面消滅舊債權，故為債權消滅之一原因。惟其舊債權之消滅，本係新債權發生之結果，故左列場合，舊債權不消滅。

(甲) 新債權因不法原因而不發生時 新債權標的不法時，則其債權不發生，此際不問當事人知其不法與否，舊債權不消滅。蓋其債權以不法事項為標的時，即更改全部不法，依第七一條之規定，其契約應全部無效故也。

(乙) 新債權因不法以外之原因而不發生時 新債權因不法以外之原因自始不發生時，(如因給付從始不能債權不發生) 舊債權亦不消滅，亦因其契約全部無效故也。(第一一一條參照)

#### 第九節 債權消滅之一般效果

債權消滅之原因，及其各種原因所生之效果，已如前八節所述，茲分述其一般的效果：

(一) 債權消滅時，從屬債權之權利，如担保物權、保證債權、抵銷權、抗辯權(如同時履行抗辯權)等，均隨同消

滅。(第三〇七條)但已發生之利息債權、損害賠償債權、違約金債權等，雖從屬於債權，然不以債權之存在為存續要件，當然不因債權消滅而消滅。

(二)立有負債字據之債權，全部消滅時，債務人得請求債權人返還或塗銷負債之字據。若其負債之字據上，載有債權人他項權利者，債務人得請求將消滅事由，記入字據。其債權一部消滅時亦同。倘債權人主張其負債字據有不能返還或有不能記入之事情，債務人得請求給與債權消滅之公認證書。(第三〇八條)此公認證書，由債權人作成，聲請債務履行地之法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關蓋印簽名。(民法債編施行法第九條)

返還負債字據請求權，乃法律欲使債務人便於證明債權消滅，特別賦與債務人之權利，非基於所有權之返還請求權，亦非不當得利返還請求權。蓋該字據之所有權，本屬於債權人，且債權人於債權消滅後，並不依此字據而得利益故也。又此字據之返還，本僅以供證明債權消滅之用，非其債權因字據之返還，方歸于消滅。債權之消滅與否，仍應依其消滅原因之存否定之。但就通常情形論，負債字據均于債權消滅後，始行返還。故法律特規定負債字據已返還者，推定其債權業已消滅。(第三二五條三項)(二一九)

【二一九】第三二五條三項本規定「債權證書」而不用「負債字據」之名稱。然其所謂債權證書，實即第三〇八條之負債字據。在同一法典上，對於同一事物，而用兩種之名稱，殊屬失當。應予改正。第三二四條之「受領證書」與第三〇九條二項之「收據」其關係亦同。

## 第八章 多數主體之債

### 第一節 總說

凡債之關係必有債權人、與債務人，是謂之債之主體。其債權人及債務人各有一人時，為單數主體之債；反之，其債權人或債務人有數人時，則為多數主體之債。〔一二〇〕多數主體之債，於公同關係（如合夥）存在時，雖不妨由數債權人共有債權，或數債務人共負債務；然通常皆分別之。而各有債權或各負債務。既經分別，其債遂生特別之效力，故法律設特別之規定。

〔一二〇〕多數主體之債，乃指一個之債而有數個債之主體者而言。若有數個之債存在時，縱其標的相同，且由一個原因而生，亦非多數主體之債。例如甲乙丙共同與丁締結契約，各負同樣作為（如演劇）或不作為（如不漏洩秘密）之債務是也。

多數主體之債，有自始發生者，即其債成立之初，即有多數主體之謂也。例如甲乙與丙約，共同贈丙百金是。有嗣後發生者，即其債成立之初，本只有單數之主體，其後因繼承或其他原因，致有多數主體之謂也。例如甲負乙百金，乙死丙丁繼承其債權是。

多數主體之債，既分別之後，可呈種種之態樣。我民法債編總則中所明認者，只有三種：即連合債、連帶債、及不可分債是也。至保證債務（第七三九條以下參照）保證人與主債務人，同負債務，雖亦屬多數主體之債，然保證債務之主債務人，與其保證人所處之地位不同，非茲所謂多數主體之債。今將民法上所規定三種之債，分節述之。





## 第二節 連合債

### 第一款 連合債之意義

連合債者，以可分給付爲標的，且其給付被分割於多數債權人或多數債務人之多數主體之債也。連合債之成立，第一要有多數債權人，或多數債務人。因其爲多數主體之債故也。其債權人有數人時，謂之連合債權。例如甲負乙百金，乙死丙丁繼承其債權是。其債務人有數人時，謂之連合債務。如前例，甲死丙丁繼承其債務是。第二要以可分給付爲標的。以不可分給付爲標的時，乃不可分債，而非連合債。第三要其給付被分割於各債權人或各債務人。即各債權人享有一部之債權，或各債務人負擔一部之債務。若其可分給付無被分割，各債權人有全部債權，或各債務人負全部債務時，則爲連帶債，亦非連合債。

### 第二款 連合債之原因

連合債有基於法律之規定而生者，例如數人繼承以可分給付爲標的之債權或債務之場合是。有基於法律行爲而生者，例如債權一部讓與及債務一部承擔之場合是。依法律規定或法律行爲發生連合債時，祇以規定或訂定數人有請求可分給付之債權，或數人負可分給付之債務爲足，無須明示其爲連合債。（第二七一條前段）因以可分給付爲標的之多數主體之債，以連合債爲原則，而以連帶債爲例外故也。〔三二〕又依法律行爲發生連合債之場合，其法律行爲不要單一，以數個行爲發生一個連合債亦可。例如甲以一部債權讓與於乙，同時以他一部讓與於丙是也。

【二二】德國民法第四二七條規定：「數人因契約共同負擔給付時，雖無特別意思表示，亦視為連帶債務人。」不外以連帶債為原則，連合債為例外。舊民律從之。（同律第四九三條參照）新民法以此種規定，不合于我國之習慣，故刪之。（第二七二條一項參照）

### 第三款 連合債之效力

連合債係以一個給付，分割於多數債權人，或多數債務人。形式上雖為一個之債，實則按其債權人或債務人之數，而有數個獨立之債之存在。各債權人獨立享有權利，各債務人獨立負擔義務。故就於一債權人或一債務人所生之事項（如清債、免除、遲延、時效完成等）其效力不及於他之債權人或債務人。至其分割之成數，有特別規定或特別訂定時從之。否則，以平等之比例，而為分割。（第二七一條前段）

### 第三節 連帶債

多數主體之債中，有以可分給付為標的，其數債務人各負全部給付之義務，或數債權人各人有請求全部給付之權利，因一回之給付，全部之債均歸消滅者，謂之連帶債。連帶債有二種：一為連帶債務，即有多數債務人之連帶債也。一為連帶債權，即有多數債權人之連帶債也。茲分款述之。

#### 第一款 連帶債務

##### 第一項 連帶債務之意義

連帶債務者，以可分給付為標的，數債務人因互相担保，各負全部給付之義務，依一回之給付，全債務均歸消滅之多數債務人之債務也。（第二七二條）例如甲乙與丙約，共贈丙百金，由乙各負履行全部之責是也。連帶債

務之成立，要具備左之條件：

(一) 要有多數債務人 因連帶債務，為多數債務人之債務故也。

(二) 要以可分給付為標的 其標的之給付不可分時，則成立不可分債務，非連帶債務。

(三) 要數債務人因互相担保各負全部給付之義務 連帶債務之數債務人，各負全部給付之責。各債務人只負一部給付之責時，乃連合債務，非連帶債務。又其各債務人所以負全部給付之義務者，乃因互相担保之故；即各債務人本只負一部給付之義務，因担保他人担負部分之履行，遂至負擔全部給付之義務。此即其與不真正連帶債務相異之點；蓋不真正連帶債務，其各債務人雖亦負同一給付之債務，且各債務有共同之目的，然只偶然的競合，而無互相担保之關係也。此節於後（第六項參看）當詳述之，茲不多及。

連帶債務，其數債務人，對於債權人，各負全部給付之義務，形式上雖為一個之債務，實則依其債務人之數，有數個債務之存在。多數學者，以連帶債務為複數債務者，即以此也。惟因其形式上為一個之債務，且其各債務人所負之債務，又同以其標的給付之全部為標的，故其數個債務之標的，當然相同。多數債務人各負標的不同之債務時，債權人與債務人間，雖有「一債務履行時他債務亦消滅」之特約，亦非連帶債務。〔一三三〕

〔一三三〕此際其多數債務人所負之債務，均為附解除條件之債務，即其各個債務以他債務之履行為解除條件，單純因他債務之履行而消滅。非因其債務存立目的到達而消滅。故與連帶債務有別。

(四) 要因一回之給付全債務均歸於消滅 連帶債務，實質上雖有數個債務之存在，然其數個之債務，祇有一

們共同之目的。故一債務有履行時，則其共同之目的到達，全債務當然歸於消滅。例如甲乙與丙約，連帶贈丙五千金，以爲留學美國之用，乙已爲履行時，則甲之債務亦歸消滅，因丙已達其目的故也。

### 第二項 連帶債務之原因

連帶債務發生之原因有二：(一)法律行爲，即當事人爲契約或單獨行爲，使發生連帶債務之謂也。其法律行爲不以單一爲必要，以數個行爲發生一個之連帶債務亦可。例如并存的債務承擔之場合是也。依法律行爲發生連帶債務時，當事人要表示負擔連帶債務之意思。(第二七二條一項)其表示負擔連帶債務意思所用之詞語，法無制限，無須用『連帶債務』之文字。又依數個法律行爲發生一個連帶債務之場合，其各個債務之標的，雖必須同一，然其債務之體樣，不妨互異。故各債務雖異其條件、期限及担保，連帶債務亦得成立，此通說也。(二)法律規定。即法律以明文使發生連帶債務之謂也。例如第二八條、第一八五條一項、及第七四八條所規定者是。(同條二項)

### 第三項 連帶債務之效力

#### 第一目 債權人之權利

在連帶債務，其各債務人對於債權人，均負全部給付之義務，故債權人得向連帶債務人之一人或數人或全體，同時或先後，請求全部或一部之給付。(第二七三條一項)詳言之：債權人得從其選擇，(一)只對於連帶債務人之一人，請求全部或一部之給付，如只以一債務人爲被告而提起訴訟是。(二)同時對於連帶債務人之全體或其中數人，請求全部或一部之給付，如以全體債務人或其中數人爲共同被告，提起訴訟是。(三)順次對於連帶債

務人之全體或其中數人，請求全部或一部之給付，如先以連帶債務人之一人或數人爲被告，提起訴訟，其後復以他之債務人爲被告，提起訴訟是。連帶債務人，因各各獨立負擔債務之結果，不得以權利拘束爲抗辯，非至全部履行，其責任不消滅。（同條二項）

## 第二目 就連帶債務人之一人所生事項之效力

連帶債務人，各負債務；然則就其一人所生之事項，其效力及于其他之債務人否乎？詳言之：卽就其一個債務，有清償、抵銷、免除、混同、時效完成等事實時，他之債務亦受影響否乎？夫連帶債務，實質上本爲複數債務，就一債務人所生之事項，其效力理論上應不及他之債務人；然其數個債務共有一個之目的，若就其一人所生之事項，可使共同之目的到達時，則他之債務當然亦因反射作用而消滅。故就于一債務人所生之事項中，有其效力及于其他之債務人者，學者稱之曰發生絕對的效力之事項；有其效力不及於他之債務人者，學者稱之曰發生相對的效力之事項。

發生絕對的效力之事項，及發生相對的效力之事項，理論上雖應依其事項可使共同之目的到達與否，以爲分別；然各國立法例，每基於實際之便宜，於此原則之外，又設多少之例外。我民法亦然。茲依其所定，列舉發生絕對的效力之事項，及發生相對的效力之事項於左：

### 第一 發生絕對的效力之事項 共有九種，列左：

（一）清償 連帶債務人之一人，清償債務之全部時，全數債務消滅。清償債務之一部時，他之債務人，於其已

清償之部分，亦免其義務。（第二七四條）債權人依對於連帶債務人之一人爲強制執行而得滿足時，亦同。

（二）提存 連帶債務人之一人對於債權人爲提存時，他之債務亦消滅。（第二七四條）因提存者，乃於例外場合，依特種方法而爲之清償故也。

（三）代物清償 連帶債務人之一人，對於債權人爲代物清償時，他之債務亦消滅。（第二七四條）因代物清償與清償有同一之效力故也。

（四）抵銷 抵銷實際上亦與債權人以滿足，故連帶債務人之一人，對於債權人爲抵銷時，他之債務亦消滅。（第二七四條）但他之債務人對於債權人有債權時，債務人不得以該他債務人債權之全部，向債權人主張抵銷。（第二七七條）

張抵銷，只得以該他債務人應分担之部分，向債權人主張抵銷。（第二七七條）

（五）受領遲延 債權人對於連帶債務人之一人有遲延時，對於他債務人亦任受領遲延之責。（第二七八條）蓋債權人若無受領遲延，則該連帶債務人已爲履行，他之債務人亦得免責。故其受領遲延，對於他之債務人亦有效力。

（六）免除 債權人對於連帶債務人之一人，爲債務之免除時，若債權人有消滅全數債務之意思，則其他債務人所負之債務，亦全部消滅，是屬當然之事。反之，債權人倘無消滅其他債務之意思，則祇就該債務人所擔負部分，他債務人亦免其義務；即他之債務內，應扣除該債務人所擔負部分是也。（第二七六條一項）夫在該債權人無免除其他債務之意思時，其免除對於他之債務人，理論上本不生效力。然如此辦理時，則債權人

對於他之債務人，得請求全部給付；他之債務人爲清償後，得對已受免除之債務人，就其負擔部分爲求償；而該債務人，又必對債權人請求償還；關係紛雜，徒滋煩擾。故法律爲圖實際之便宜，特明定債權人非扣去已受免除之債務人所擔負部分，不得向他債務人請求給付。

(七)混同 連帶債務人之一人與債權人混同時，他債務人亦免其義務。(第二七四條)蓋視爲該債務人已向債權人爲清償故也。【二三】

【二三】連帶債務人之一人，與債權人混同時，該混同債務人，固免其債務；他之債務人，亦因之免其債務否？關於此點，各國立法例不同。國民法第四二五條二項規定：混同只生相對的效力。日本民法第四三八條規定：混同視爲清償，故就其債權全部生絕對的效力。法國民法第一三〇一條則定：就混同債務人之負擔部分，他債務人亦免其義務。我民法從日本立法例。不外出于保護他債務人之趣旨也。

(八)消滅時效之完成 連帶債務人之一人消滅時效已完成時，就該債務人所擔負部分，他債務人亦免其義務。(第二七六條二項)蓋不如是，則他債務人於爲全部給付之後，得向該債務人求償，該債務人至不得享受時效完成之利益也。

(九)確定判決 連帶債務人之一人受確定判決時，以其判決利益債務人，且非基于該債務人之個人關係者爲限，對於他之債務人亦生既判力。(第二七五條)其判決不利于債務人者則否。此項規定，純爲保護債務人而設。爲『判決之效力不及于第三人』原則之一例外。

依上所述，則知清償、提存、代物清償、抵銷、混同、受領遲延、判決等，就於全部債務發生絕對的效力。消滅時效

之完成，祇就生此事項之債務人所擔負部分，發生絕對的效力。而免除則有就其全部生絕對的效力者，亦有就其擔負部分生絕對的效力者。

第二 發生相對的效力之事項 上述九種以外之事項，就於連帶債務人之一人發生時，其效力祇存於債權人與該債務人之間，不及於他之債務人。（第二七九條）今舉其重要者於後：

（一）過失 連帶債務人之一人，因故意或過失所為之行爲，對於他之債務人，只爲事變，故不及其效力。

（二）履行遲延 連帶債務人之一人履行有遲延時，他之債務人不任遲延之責。

（三）給付不能 連帶債務人之一人不能給付時，該債務人雖免其義務，或應任損害賠償之責，然他之債務人仍負直接履行之義務。

（四）時效之中斷及停止 連帶債務人之一人其消滅時效被中斷或停止時，他之債務人不受影響。

（五）債權之讓與及債務之承擔 債權人以對於連帶債務人之一人之債權，讓與第三人，或第三人承擔連帶債務人之一人之債務時，他之債務人之債務，不蒙影響。

（六）連帶之免除 債權人對於連帶債務人之一人，爲連帶之免除時，該債務人雖只就其自己之擔負部分負債務，然他之債務人，仍負全部給付之義務。何謂連帶之免除，詳於次項。

以上所舉者，不過例示。其他類此之事項，（如變更債務之體樣）亦只生相對的效力。但債權人與全體債務人間有特別訂定時，仍從其訂定。



#### 第四項 連帶之免除

連帶之免除者，債權人免除債務人負擔全部給付義務之行爲也。詳言之：即債權人使債務人免除他債務人擔負之部分，只就其自己擔負部分負擔債務之謂也。蓋連帶債務人對於債權人，雖各負履行全部之責，而其相互之間，各有負擔部分之存在。此負擔部分之如何，債權人本可不問之；然債權人自進承認債務人內部之負擔部分，而限定其債務於其負擔部分者，當然有效。因此種免除，實質上不外債務之一部免除故也。連帶之免除與普通之免除同，債權人依一方的意思表示向債務人爲之。

連帶免除有二種：一爲絕對的連帶免除，即對於一切債務人爲連帶免除之謂也。一爲相對的連帶免除，即對於債務人之一人爲連帶免除之謂也。有絕對的連帶免除時，各債務人均就其負擔部分負擔債務，連帶債務因之變爲連合債務矣。有相對的連帶免除時，受連帶免除之債務人，雖只就其負擔部分負擔債務，他之債務人，仍負全部給付之義務。

#### 第五項 連帶債務人相互之關係

##### 第一目 各債務人之負擔部分

連帶債務人對於債權人，雖各負全部給付之責，然於其相互之關係，則各負一部給付之義務。稱其各人所負之給付部分，曰負擔部分。各債務人負擔部分之範圍如何，法律有特別規定，或各債務人相互間有特別契約時，從其規定或約定。其契約之內容，法無制限，故各債務人負擔部分，不特不要相等，即一債務人有負擔部分，他債務人

無擔負部分，亦無不可。各債務人相互間無特別契約時，則推定其擔負部分為相等。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害，及支付之費用，由該債務人負擔。（第二八〇條）

## 第二目 求償權

### 第一 求償權之定義及其基礎

求償權者，連帶債務人之一人，以清償債務或其他行為，而免共同之責時，對於他之債務人，就其各自擔負部分，請求償還之權利也。例如甲乙連帶負丙百金，其擔負部分相等，若甲清償全部時，得對乙請求償還五十金是。（第二八一條一項）

由理論上言，連帶債務人之一人，為清償或其他行為，而免共同之責時，對於他之債務人，非當然得為求償。必債務人相互間，有特別法律關係（如委任無因管理等）存在時，方生求償權，與保證人代償債務之場合無異。蓋由對外關係觀察，各債務人對於債權人，負全部給付之義務，其為清償也，（其他行為亦然）不外清償自己之債務，當然不得對於他債務人請求償還。再由對內關係觀察，因債務人各負一部給付之義務，其一人所為之清償，一部分雖為清償他人之債務，（即他人之擔負部分）然是乃因清償自己債務而生之結果，非單純清償他人之債務，故亦不生求償權。雖然，已為清償之債務人，就其他債務人之擔負部分，所以與他債務人連帶負責者，其與他債務人之間，每有委任或無因管理等關係之存在。故該債務人已為清償之後，不妨依委任及無因管理之規定，（即第五四六條一項及第一七六條）對於他債務人為求償。是羅馬法所採之見解也。但近世之

立法，以債務人因他債務人之行為，而免其負擔部分，為不協於公平之觀念。故不問債務人相互間有無特別關係之存在，一般的認求償權。我民法亦從之。故連帶債務人之求償權，係基於法律之特別規定，與保證人之求償權，基於委任或無因管理之規定者不同。

## 第二 求償權之要件

求償權之發生，要具備左列之三條件：

(一) 要得共同之免責 免責云者，其所負之債務一部或全部消滅之謂也。共同之免責者，即一切債務人同時免責之謂也。求償權之發生，以共同免責為第一要件；若僅一債務人免責，他債務人不得免責時，該債務人不得為求償。如相對的連帶免除之場合は。

(二) 要因一債務人之行為而得免責 故其共同免責，因債務人全體之共同行為，（如共同清償）或其他共同事由（如債權人對全體債務人為免除）而生時，固不得求償。即因債權人之行為或事件得免共同之責，而其事實就於一債務人而生時，亦不得求償。如一債務人因免除及消滅時效完成免其義務，其效力及于其他債務人之場合は也。一債務人之行為可免共同之責者，共有四種：即清償、提存、代物清償、及抵銷是。但混同我民法視為業已清償，故因一債務人與債權人混同，而免共同之責者，亦得求償。

(三) 要其免責額超過該債務人之擔負部分 因一債務人之行為，而免共同之責時，其免責額不必涉于債務之全部，即僅免一部之責，亦生求償權。如一部清償之場合は也。然則其免責額要超過該債務人之擔負部

分否歟？即其免責額不及該債務人自己之擔負部分時，亦得向他債務人求償否歟？從來有積極消極兩說：積極說，主張其免責額非超過其擔負部分，不得求償。消極說，主張求償權之發生，不以其免責額超過擔負部分為必要。余贊成積極說。〔二二四〕蓋債務人所以得為求償者，乃因其於對內關係，償還他債務人之擔負部分之故。若其免責額未超過自己之擔負部分，是不外自清償其債務，斷無向他債務人求償之理。且依消極說時，則在諸債務人各清償其擔負部分之場合，亦得互相求償，其法律關係不免煩雜，尤非實際之所便也。

〔二二四〕對此問題，有消極積極二說：消極說謂因一債務人之行為而免共同之責時，其免責額雖不超過該債務人自己之擔負部分，亦得對於他債務人為求償。此為法國學者之通說，德儒 *Crome*, *Derhburg* 等，日儒石坂音四郎川名兼四郎乾政彥磯谷幸次郎等，亦主張之。積極說則反對之，謂其免責額非超過該債務人自己之擔負部分，則不得對於他債務人為求償。德儒 *Ortmann*, *Enneccerus* 等，日儒梅謙次郎鳩山秀夫橫田秀雄等，均持此見解。瑞士債務法亦設同一趣旨之規定。（瑞債第一四八條二項參照）我國學者，陳蓮昆李謨兩氏從之。（陳氏債總第三六五頁李氏債總第二五三頁參看）

### 第三 求償權之義務人

求償權之義務人，即償還義務人；謂對於求償人負償還義務之人也。償還義務人，本為他債務人之全體。但左列之債務人，理論上無償還義務。

(1) 無擔負部分者。

(2) 就其自己擔負部分，已為清償或其他行為，而免共同之責者。

(3) 因免除或消滅時效完成，就其自己擔負部分，已得共同之免責者。

#### 第四 求償權之範圍

求償權之範圍，法律明定之。(第二八一條一項第二八〇條但書反對解釋) 即左列四項金額之合計是也。

(甲) 共同免責額 即得共同免責之部分也。但其中應扣除求償人自己之擔負部分，固不俟言。然則求償人就此免責額得求償原給付標的之一部乎？抑以該部分折算金額乎？例如甲乙連帶對丙負交付米十石之義務，其後甲單獨履行全部，此際甲得對乙請求償還五石之米乎？抑求償五石之米之價額乎？對此問題，法無明文規定，而學者亦鮮有道及之者。然就「償還」二字之語義推之，當然應折算重額而為求償。(一二五)

〔一二五〕第二八一條有請求償還一語。償還與返還不同，「返還」乃還原物，而「償還」則還價額。此我民法之用語也。(第一八一條但書參照) 故求償之標的，非原給付的自體，乃原給付標的之價金。

(乙) 免責日以後之法定利息 即就前項折算之金額，自免責日以後所生之法定利息。既為法定利息，當然依法定利率。

(丙) 必要之費用 即為清償及其他免責行為所必需之費用。如運送費、匯費、執行費用皆是。但要控除因就自己擔負部分為免責行為所支出之費用。

(丁) 其他損害 即因為免責行為不得已而受之損害，如因清償債務，不得已以高利借入金錢是。但亦須扣

除因就自己擔負部分，為免責行為所受之損害。

以上各項金額之總計，為求償人對於他債務人全體得為求償之總範圍。至對於各債務人得為求償之範圍，應以該總金額按各債務人之擔負部分算定之。〔二二六〕

〔二二六〕例如甲乙丙連帶負丁千元，各人擔負部分，甲百圓，乙三百圓，丙六百圓。嗣甲獨償四百圓，又支出費用八圓。於此場合，除甲對丁應担負一百零二圓外，所餘三百零六圓，得向乙丙求償。因乙丙負擔部分為三與六之比，故甲對於乙得求償一百零二圓，向丙求償二百零四圓。

### 第五 求償權之擴張

為共同免責行為之債務人，得向他債務人求償，既如前述；若他債務人中有因無資力，不能償還其負擔金額之全部或一部時，其不能償還之部分，求償人及其他有資力之債務人，應各按負擔部分分担之。（第二八二條一項前半）例如甲乙丙連帶負丁千元，其各人負擔部分甲為三百元，乙為二百元，丙為五百元。其後甲獨償債務全部，向乙丙求償，丙無資力不能償還。此際甲乙應按各自負擔部分，分担丙所不能償還之五百元。因甲乙負擔部分為三與二之比，故甲應分担三百元，乙應分担二百元。於此場合，求償人得請求他之有資力人，分担無資力人所不能償還之部分，其對於他之有資力人之求償權，不免增大，是謂之求償權之擴張。

求償權之擴張，要具備二條件：（一）要償還義務人之一人，因無資力不能償還其負擔金額之全部或一部。若只償還困難時，其求償權不擴張。（二）要求償人無過失。（同條同項但書）因求償人之過失，致不能得其償還時，求償權亦不擴張。例如求償人明知償還義務人之資力不甚充足，而不速為求償，致不能得其償還是。具備

上述要件時，求償人得請求他之有資力人，與其自身分擔損失。他之有資力人者，即指求償人及無資力人以外之一切債務人，不以償還義務人爲限，即已受免除及消滅時效已完成之債務人，亦應按其自己擔負部分，分擔此項之損失。（同條二項）

求償人與他之有資力人之分擔損失，係以各自之擔負部分爲準；即比例其擔負部分，分擔之。故求償人及其他有資力人中，其擔負部分之有無不同時，則無擔負部分者，因計算之結果，當然不分擔損失；反之，求償人及其他有資力人均無擔負部分時，則求償人仍得請求他之有資力人，平等分擔損失否乎？例如甲乙丙對丁連帶負擔債務九百圓，其內部關係，僅甲一人負全部債務，乙丙均無負擔部分，嗣乙代償九百元，因甲無資力無從求償。於此場合，乙得請求丙分擔損失否乎！就於此點，日本大審院有持積極論之判例，而石坂及鳩山兩博士則反對之。謂此場合，求償人及其他有資力人，法律上當然均無須分擔損失，惟求償人因已爲免責行爲，事實上應單獨負擔損失耳。〔二七〕依我民法第二八二條之規定，應從積極說。蓋該條係基於公平之觀念而設，其趣旨可分二點：（1）其損失應由求償人及其他有資力人分擔，即無當然不要分擔者。（2）其分擔之額，以各人之擔負部分爲標準，從均無負擔部分時，亦應平等分擔，因其負擔部分均爲零故也。若從反對說時，則求償人及其他有資力人，法律上當然均不要分擔損失，既不合第二八二條之趣旨，而事實上由求償人獨擔損失，尤欠公平，殊不足採。

〔二二七〕日本大審院明治四三年二月二五日及大正三年一〇月一三日判決。石坂音四郎債權法大綱第一六五頁鳩山秀夫日本債權法

總論第二三八頁參照。

## 第六 因求償而生之代位

連帶債務之一人，因清償債務或其他事由，對於他之債務人有求償權時，則債權人對於債務人之債權，於求償目的之範圍內，當然移轉於求償人。是亦債權代位之一場合。既就該債權得代位債權人，則該債權及其附屬之權利，均移轉於求償人。但其移轉有害於債權人之利益者，則對於債權人不得主張之，與有利害關係之第三人為給付之場合無異。（第二八一條二項）

求償人既因代位，取得債權人之權利，仍不失其固有之求償權，故同時有二個之權利，但此二個權利，共有一個之目的，依一回之給付同歸消滅。

### 第六項 不真正連帶債務

數人各基于獨立之原因，對於同一債權人，負擔數個之債務，而此數個債務，有相同之標的，且因一回之給付，均歸於消滅者，謂之不真正連帶債務。此種債務，雖非我民法所明認之制度，然實際上發生此項債務之場合不少。例如（1）受寄物因受寄人之過失被盜，寄託人對於受寄人及加害人，各有損害賠償債權之場合，（2）保險物因第三人之過失而滅失，其所有人對於保險人及第三人，各有損害賠償債權之場合，（3）數人就於同一事務，獨立各受委任之場合，（4）甲乙兩債務人，甲依法律規定負扶養義務，乙依法律行為對於同一之人負扶養義務之場合是。



不真正連帶債務，與連帶債務，有如何之差異乎？學說不一，迄今尚無定論。依余所見，則兩者不同之點有四：

(一) 不真正連帶債務，形式上實質上均為數個之債務，故非多數主體之債。反之，連帶債務，實質上雖為數個之債務，而形式上則為一個之債務，故為多數主體之債。其異點一。

(二) 在不真正連帶債務，其數個債務，祇偶然競合，相互之間，無互相担保之關係。反之，連帶債務中之各個債務，有互相担保之關係；即連帶債務之各債務人，本只負一部給付之義務，因担保他人之擔負部分，遂至負擔全部給付之責。其担保關係，有基於當事人之意思而生者，即各債務人自願互相担保，以法律行為負擔連帶債務是也。有基於法律之規定者，即法律欲使各債務人互相担保，特明定應負連帶債務是也。其異點二。

(三) 在不真正連帶債務，其各債務祇偶然競合，故其債務人相互間，無彼此擔負部分之分割。反之，連帶債務，因互相担保而成立，故其債務人相互間，而彼此擔負部分之分割，其異點三。

(四) 不真正連帶債務，各基于不同之原因而發生。反之，連帶債務有共同基於一個之原因而生者。其異點四。

不真正連帶債務與連帶債務，既不相同，自不得適用或準用連帶債務之規定。其效力不外依理論定之。分述于左：

(甲) 不真正連帶債務之各債務人，負全部給付之義務。故債權人得對於債務人之一人，或同時或依次，對於債務人之全體或其中數人，請求全部或一部之給付。

(乙) 不真正連帶債務，共有一個之目的，故債務人之一人為清償、提存、代物清償、抵銷、使債權人得實質的滿足

時，他之債務，亦因反射作用而消滅。但基於契約或契約上債務不履行而生之損害賠償債務，與侵權行為上之損害賠償債務競合之場合，雖清償前之債務，然後之債務不因之而消滅。已為賠償之債務人，得請求債權人讓與其權利。（第二二八條參照）如前例受寄人雖對於寄託人，已為賠償，而加害人仍不免其義務是也。

（丙）不真正連帶債務人相互間，無擔負部分之分劃，故不得為求償。

## 第二款 連帶債權

### 第一項 連帶債權之意義

連帶債權者，以可分給付為標的，數債權人各有請求全部給付之權利，依一回之給付，全債權均歸消滅之多數債權人之債權也。（第二八三條）例如甲與乙丙約，共贈乙丙百金，乙丙各得請求全部履行是也。

連帶債權之成立，有四要件：（一）要有多數債權人。若債務人多數，則為連帶債務，而非連帶債權。（二）要以可分給付為標的。以不可分給付為標的時，則為不可分債權，亦非連帶債權。（三）要數債權人各有請求全部給付之權利。故連帶債權，形式上雖為一個之債權，實則按債權人之數，而有數個標的相同債權之存在。（四）要因一回之給付，全債權均歸消滅。即其數個債權，共有一個之目的，因一回之給付，目的到達時，則全數債權當然消滅，此點與連帶債務無異。〔二二八〕

〔二二八〕連帶債權，近世各國之法律多規定之。如奧國民法第八九二條，法國民法第一一九七條，德國民法第四二八條以下，瑞士債務法第一五〇條是。日本民法，以此項債務，實際上殊不多見，不特設規定，惟亦無禁止連帶債權發生之明文，故當事人以契約約明發生連帶債權時

其契約有效，是乃日本學者之通說。我民法從德國民法，特以文明規定之。

## 第二項 連帶債權之原因

連帶債權，純基于法律行為而生，但亦非不得因法律規定而生。其法律行為通常為契約，間有為單獨行為者，如遺囑是也。其法律行為中，要表示連帶享有債權之意思。表示此項意思所用之方法，法無制限，非必須用「連帶債權」之文字。

依法律行為發生連帶債權時，其法律行為不以一個為必要。由債務人與數債權人，各別為數個之法律行為，亦無不可。但其各個行為中，均要表示連帶享有債權之意思。於此場合，其各個債權，不妨異其體樣及担保，與連帶債務同。

## 第三項 連帶債權之效力

### 第一目 債權人之權利

連帶債權人對於債務人，各有請求給付之權利。故一債權人已為履行請求之後，他債權人得更為履行之請求。其請求若各依起訴為之時，法院應為數個之給付判決。雖然，其數個債權，本只有一個之目的，倘債務人已對於一債權人為給付，則對於他債權人亦免其義務。是以債務人於他債權人所提起之訴，得以已為給付為抗辯。即在已受確定判決之後，而於其判決執行之際，亦得以此為理由，提起執行異議之訴。

各債權人對於債務人，雖各得請求全部之給付，然債務人實際上只要為一回之給付。其給付對於何之債權

人爲之乎？從債務人之選擇，即于債權人之一人提起給付之訴後，債務人仍得任意選定他之債權人而給付之。  
(第二八四條)

第二目 就連帶債權人之一人所生事項之效力

連帶債權爲複數債權，故就連帶債權人之一人所生之事項，理論上其效力不及于他債權人(第二九〇條)但法律因其目的之共同，及圖實際之便利，有認此等事項發生絕對的效力者。茲列舉于左：

(一) 清償 連帶債權人之一人，受領債務人全部之清償時，則各個債權同時達其目的，故均全部消滅。受領一部清償時，則各債權之一部消滅。(第二八六條)

(二) 提存 提存與清償有同等之效力，故債務人對於連帶物權人之一人爲提存時，則全數債權均歸消滅。(第二八六條)

(三) 代物清償 債務人向連帶債權人之一人爲代物清償時，對於他之債權人亦免其義務。因代物清償之效力與清償同一故也。(第二八六條)

(四) 抵銷 抵銷亦與債權人以實質的滿足，是以債權人向連帶債權人之一人爲抵銷時，對於他債權人亦免其責。(第二八六條)

(五) 履行之請求 連帶債權人之一人，向債務人請求給付時，他債權人亦生效力。(第二八五條)蓋欲使債權人易于實行權利故也。從債務人因其請求，對於他債權人，任履行遲延之責，或其消滅時效被中斷。

(六)混同 連帶債權人之一人與債務人混同時，則他債權人之債權亦全部消滅。(第二八六條)蓋債務人本得選定一債權人而為給付，于混同之際，若選定與其自己混同之債權人而為履行，則于債務人較為利益，故法律特推定債務人已向自己為給付，而認各債權之全部均歸消滅，以期無反債務人之意思。

(七)免除 連帶債權人之一人，向債務人為免除時，則債務人對於他債權人，就該債權人之享有部分，亦免一部之責。(第二八八條一項)是不外欲免循環給付，基于實際便宜而設之規定也。

(八)時效完成 債務人對於連帶債權人之一人，消滅時效完成時，對於他債權人，就該債權人之享有部分，亦免一部之義務。(第二八八條二項)其理由與前項同。

(九)確定判決 連帶債權人之一人受有確定判決者，其判決利益於他之債權人時，對於他債權人亦生效力。其判決不利益於他之債權人時，以其判決不基於該債權人之個人關係者為限，對於他債權人亦生效力。(第二八七條)

(十)受領遲延 連帶債權人之一人受領給付有遲延時，對於他債權人亦生效力。(第二八九條)蓋該債權人倘無遲延，則債權因履行而消滅，債務人對於他債權人亦免其義務。故一債權人遲延時，他債權人亦任遲延之責。

#### 第四項 連帶債權人相互之關係

連帶債權人對於債務人，雖各得請求給付之全部，而於內部相互關係，則各享一部分之權利。稱其各人所有

之部分，曰享有部分。此享有部分之如何，法律有特別規定，或相互間有特別訂定時從之。無特別規定及訂定時，則以平等比例享有權利。（第二九一條）

各債權人相互間，既有享有部分之分割，故連帶債權人之一人，因就其自己所生之事項，致債權人全體失其債權之全部或一部者，若其喪失額已超過其自己之享有部分時，應將其超過部分之原給付，對於各債權人，按其享有部分分與之，不以其互相間有委任及其他關係之存在為必要，與連帶債務無異。

#### 第四節 不可分債

多數主體之債中，有以不可分給付為標的，其數債務人各應為總債務人履行全部給付，或數債權人各得為總債權人請求全部之共同給付，因一回之給付，全部之債均歸消滅者，謂之不可分債。不可分債有兩種：一為不可分債務，即有多數債務人之不可分債也。一為不可分債權，即有多數債權人之不可分債也。分款述之：

##### 第一款 不可分債務

###### 第一項 不可分債務之意義

不可分債務者，以不可分給付為標的，數債務人各應為總債務人履行全部給付，因一回之給付，全債務均歸消滅之多數債務人之債務也。例如甲乙與丙約，共贈丙一馬，或為丙共繪一世界地圖是。不可分債務之成立，有四要件：（一）要有多數債務人。債務人單數時，其標的雖不可分，非茲所謂不可分債務。（二）要以不可分給付為標的。給付可分時，則為連合債務或連帶債務，亦非不可分債務。但可分給付，亦有因債務人之數，及其各人擔負部分之

不適合其全部或一部不得分割者。如兩人共負給付三馬之義務是。於此場合，其不得分割之部分，（如三馬中之一馬）亦得謂爲不可分給付，而就之成立不可分債務。（三）要各債務人應爲總債務人履行全部給付。即各債務人應代全體債務人，爲全部之給付。蓋各債務人本只負一部給付之義務，因其給付不可分，不得單履行其自己之擔負部分，應一併代履行他債務人之擔負部分，故應爲總債務人履行全部之給付。從不可分債務，亦爲複數債務，其於各負全部給付義務之點，表面上與連帶債務雖屬相同，然連帶債務之各債務人，因互相担保，而負全部給付之義務；反之，不可分債務之各債務人，則因標的不可分，而負爲總債務人履行全部給付之義務。是以嗣後其標的變成可分時，則各債務人祇負履行自己擔負部分之債務。且由對外關係觀察時，各連帶債務人之爲全部履行，乃履行其自己之債務，而各不可分債務人之爲全部履行，乃統括的履行全體債務人之債務。故不可分債務與連帶債務有別。（四）要因一回之給付，其全數債務均歸消滅。即一債務人已爲給付時，他債務人亦免其義務。其所以消滅之理由，則因其全體債務人之共同債務，已被履行之故。蓋不可分債務之各債務人，非單純負擔全部給付之義務，乃負代全體債務人，統括的履行其共同債務之義務。其全體債務人之共同債務，既由一債務人履行，則他債務人之義務，當然亦隨之而消滅。此與共同保證場合，因一保證人已代主債務人履行全部債務，他保證人亦免其義務者，其理由相同。

## 第二項 不可分債務之原因

不可分債務，亦依法律規定及法律行爲而生。前者，如數繼承人繼承以不可分給付爲標的之債務是。後者，如

數人因契約或單獨行為，共同負擔以不可分給付為標的之債務是。

依法律行為發生不可分債務之場合，以由總債務人與債權人為一個之行為為通例。然由各債務人與債權人各別為數個之行為，亦無不可。例如甲先對丙訂立契約，負擔以不可分給付為標的之債務，乙承擔其一半。於此場合，其各個債務不妨異其體樣及担保，與連帶債務同。

### 第三項 不可分債務之效力

#### 第一目 債權人之權利

在不可分債務，其各債務人均應為總債務人履行全部之給付，故債權人得向不可分債務人之一人，或同時或依次向總債務人，請求履行。但不可分債務，因其標的不可分，債權人當然不得請求一部之給付，此點與連帶債務不同。（第二九二條第二七三條）從生左之效果：

- （一）債權人從其選擇，得只向不可分債務人之一人，請求全部之給付。
- （二）債權人得同時對於不可分債務人之全體或其中數人，為全部履行之請求。
- （三）債權人得先後對於不可分債務人之全體或其中數人，為全部履行之請求。

#### 第二目 就不可分債務人之一人所生事項之效力

在不可分債務，各債務人獨立負擔債務，且其債務以不可分給付為標的。故就其債務人之一人所生之事項，祇於債權人與該債務人間發生效力，他債務人不受影響。蓋不可分債務人，雖各負為總債務履行人全部給付之



義務，而於實際，只就其自己之擔負部分負債務。債權人每有與債務人之一人就其擔負部分，為清償、代物清償、免除、提存、抵銷（此項清償、提存、抵銷，限於已得債權人同意時得為之）者。或就其擔負部分發生消滅時效完成之事實者。於此場合，該債務人固全免其義務，〔二二九〕然若及其效力於他債務人，則他債務人所應為之全部給付中，當控除該債務人之擔負部分，而負為剩餘部分給付之債務。不免與不可分債務之本質相反也。是乃不可分債務與連帶債務效力不同之一點。雖然，以上係對於只就其擔負部分所為之行為而言。若債務人之一人與債權人間，就全部債務，而為清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行為，或發生混同、受領遲延、及有利益之確定判決等事實時，則其效力及於他債務人，即全體債務人均免其義務。（第二九二條）

〔二二九〕不可分債務之各債務人，本只就其自己之擔負部分負債務。因給付不可分，不得不一併履行他人之擔負部分。若既就其自己之擔負部分，發生清償、抵銷、免除等免責之事由時，對於自己之擔負部分，固免其責。對於他人之擔負部分，亦當然免責。與連帶債務人就於他人之擔負部分負担保責任者不同，是即其全免義務之理由也。

債權人與不可分債務人之一人，就其擔負部分為清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行為，或就其擔負部分發生消滅時效完成等事實時，其效力不及於他債務人，既如前人。從此等場合，債權人對於他債務人，仍得請求全部之給付。然各債務人之應為全部履行，本係履行全體債務人之債務，即各債務人擔負部分之集合。今一債務人之擔負部分既消滅，而他債務人仍為全部之給付，債權人仍受全部之清償，則債權人就該債務人擔負部分所受之清償，為分外之利得，而他債務人就該債務人擔負部分所為之清償，因無處求償，又屬分外之負擔。故債權人已由

他債務人受領全部清償之後，應將該債務人所擔負部分，折算金額，償還為全部給付之債務人。（舊民律第五〇八條二項參照）由此觀之，則此等場合，其清償、代物清償、提存、抵銷、免除、消滅時效完成等事項，事實上雖無絕對的效力，經濟上實與有絕對的效力生同一之結果。

#### 第四項 不可分債務之變更

不可分債務標的之給付，嗣後有因一定之事由變為可分者。例如因全體債務人共同之過失，致不能給付，全體債務人應負損害賠償之義務是。在此場合，其賠償損害，既為可分，從其債務變為連合債務，各債務人祇就其自己擔負部分對於債權人負債務，不負全部賠償之責。（第二七一條後段）蓋各不可分債務人，本負一部給付之義務，祇因給付不可分，方負全部履行之責。給付既變為可分，則其債務當然分割也。然此只就全體債務人之債務，其標的均變成可分給付之場合而言。在債務人之一人或數人，其債務標的變成可分時，則此等債務人，亦只就其自己擔負部分負義務。例如一債務人因歸責於其自己之事由不能給付，他人給付可能之場合は。

#### 第五項 不可分債務人相互之關係

不可分債務人對於債權人，雖各負全部給付之義務，而其相互之間，則有擔負部分之分割，與連帶債務無異。故一債務人就全部債務，為清償、提存、代物清償、抵銷、或發生混同，而免共同之責時，得向他債務人，就其各自擔負部分，折算金額，請求其償還。其求償權之要件範圍等，一切準用關於連帶債務之規定。至其擔負部分，法律有特別規定，或當事人有特別訂定時從之。否則以平等比例，擔負義務。（第二九二條第二八〇條前段）

## 第二款 不可分債權

### 第一項 不可分債權之意義

不可分債權者，以不可分給付爲標的，數債權人各得爲總債權人請求全部之共同給付，因一回之給付，全債權均歸消滅之多數債權人之債權也。（第二九三條一項）例如甲與乙丙約共贈乙丙一馬，或爲乙丙共繪一圖是。不可分債權之成立，亦有四要件：（一）要有多數債權人。債權人單數時，其標的縱不可分，非茲所謂不可分債權。（二）要以不可分給付爲標的。其標的之給付可分時，則爲連合債權或連帶債權，而非不可分債權。但可分給付，亦有因債權人之數及其享有部分之不適合，其全部或一部不得分割者。如兩人共有以給付三馬爲標的之債權是。於此場合，其不得分割之部分，（如三馬中之一馬）亦得謂爲不可分給付，而就之成立不可分債權。（三）要各債權人得爲總債權人請求全部之共同給付，即各債權人得代全體債權人，請求全部共同之給付。蓋各債權人本只享有一部給付之權利，因其給付不可分，不得單請求其自己之享有部分，得一併代請求他債權人之享有部分，故得爲總債權人請求給付之全部。從不可分債權，亦爲複數債權。其於請求全部給付之點，雖與連帶債權相同，然連帶債權人係爲自己請求全部給付，而不可分債權人，則係爲總債權人請求全部給付。且連帶債權人，得請求債務人向自己爲給付，而不可分債權人，祇得請求債務人向債權人全體爲共同給付，故兩者不同。（四）要因一回之給付，全債權均歸消滅。即債務人已向全體債權人爲共同給付時，對於各債權人，均免其義務。蓋不可分債權人，非得單純請求全部之給付，乃得爲全體債權人，請求全部共同給付。債務人既向債權人全體爲共同給付，則各個債權

均達其目的，當然歸於消滅。

### 第二項 不可分債權之原因

不可分債權，由法律規定及法律行為而生。前者，如數繼承人承繼以不可分給付為標的之債權是。後者，如數人依契約或單獨行為，取得以不可分給付為標的之債權是。

依法律行為發生不可分債權之場合，通例由債務人與總債權人為一個之行為，但亦有由債務人與各債權人各別為數個之行為。例如甲與乙丙各訂立契約，以一馬共贈乙丙是。於此場合，各債權不妨異其體樣及担保。

### 第三項 不可分債權之效力

#### 第一目 債權人之權利

不可分債權之各債權人，均得為全體債權人，單獨向債務人，請求全部之給付，無須與他債權人共同為請求。（第二九三條一項前段）從各債權人得獨立提起給付之訴，及聲請強制執行。且一債權人已為請求之後，他債權人仍得為請求。惟其全部給付之請求，非單純為其自己為之，乃為全體債權人為之。故應請求債務人對於全體債權人為共同給付。從法院因其起訴所為之給付判決，應命令債務人向全體債權人為共同給付。執行機關因實施執行所得之物品，應交付於總債權人。〔一三〇〕

〔一三〇〕關於不可分債權之給付請求權之規定，近世各國立法例不一。（甲）有規定應由總債權人共同請求履行，但債權人之一人已供担保時，則得單獨請求履行者。如奧國民法是。（奧民第八九〇條）（乙）有規定各債權人得為總債權人請求履行者。如德國民法及瑞士債務法

是。〔德民第四三二條，瑞債第七〇條一項〕（丙）有規定各債權人得單獨請求給付者。如法國民法及日本民法是。〔法民一二三四條，日民四二八條〕我民法從德、瑞主義。

各債權人雖得單獨請求全部之給付，然無單獨受領全部給付之權利。是以債務人應向全體債權人爲共同給付。（第二九三條一項後段）向一債權人爲全部給付時，對於他債權人，不生效力。其於一債權人就債權全部，爲提存、代物清償、抵銷、免除等行爲，或發生混同同時亦同。但受領給付，既須全體債權人共同爲之，若債權人中有不能受領或拒絕受領時，難保債務人不以此爲藉口，永久保持其債務之標的物。於此場合，應許各債權人得爲全體債權人請求債務人提存給付標的物。若其物不宜於提存，可請求其交付於法院所選任之保管人，以保護各債權人之利益。（舊民律第五〇九條參照）

#### 第二目 就不可分債權人之一人所生事項之效力

不可分債權人，各得獨立請求全部給付，且其債權之標的爲不可分。故就其債權人之一人所生之事項，祇於該債權人與債務人之間有效力，他債權人之權利，不受影響。蓋不可分債權人，雖各得爲全體債權人請求全部之給付，而於實際只就其自己享有部分有權利，債務人每有與債權人之一人，就其享有部分，爲清償、提存、抵銷（此三者限於已得該債權人同意時，方得爲之）代物清償、免除等行爲者。或就其享有部分發生消滅時效完成之事實者。於此場合，該債權人固全失其權利。然若及其效力於他之債權人，則他債權人所得請求之全部給付中，應扣除該債權人之享有部分，而只有請求剩餘部分給付之權利，不免反于不可分債權之本質也。（第二九三條二項）

又債務人與一債權人之間，就全部債務有清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行為，或發生混同時，其效力亦不及於他債權人，已述於前，茲不復贅。

債務人與不可分債權人之一人，就其擔負部分，或債務全部，為清償、提存、代物清償、抵銷、免除等行為，或發生混同或消滅時效完成等事實時，其效力不及於他債權人，既如前述。從債務人對於他債權人，仍應為全部共同之給付。然債務人之應為全部給付，係履行全體債權人之債權，即各債權人享有部分之集合。今一債權人之享有部分既消滅，債務人仍為全部之給付，他債權人仍共同受領全部之清償，則債務人就該債權人享有部分所為之清償，為分外之負擔；而他債權人就該債權人享有部分所受之清償，因不必分與於該債權人，又屬分外之利得，故他債權人已由債務人受領全部共同之給付後，自應將該債權人未失權利時所應分與之利益，（即其享有部分）返還債務人。（舊民律第五一〇條二項參照）

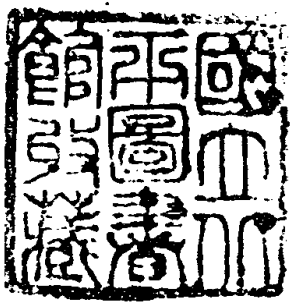
#### 第四項 不可分債權之變更

不可分債權標的之給付，嗣後有因一定之事由變成可分者。例如因債務人之過失，致給付不能，債務人對於全體債權人，負全部損害賠償之義務。於此場合，賠償損害既為可分之給付，則其債權亦變為連合債權。從各債權人只就其自己享有部分，對於債務人有權利，不得獨立請求賠償全部之損害。（第二七一條後段）蓋各不可分債權人，本祇得請求給付之一部，因其給付不可分，遂得為全部給付之請求，今其給付既變成可分，則其債權當然分割也。

第五項 不可分債權人相互之關係

不可分債權之各債權人，雖得單獨請求全部之給付，然其相互之間，則有享有部分之分割。故全體債權人，由債務人共同受領之給付，各債權人應各按其享有部分享受利益。例如受領之物，應按各人享有部分而為共有是也。惟其給付係由全體債權人共同受領，故無須由一債權人分與於他之債權人，此點與連帶債權不同。至其各人之享有部分，法律有特別規定，或當事人有特約時，從之。否則以平等比例分享權利。（第二九二條第二九一條）







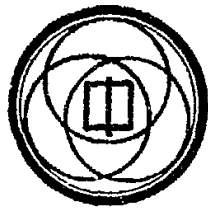


柯凌漢著

中華債法論綱  
下

商務印書館發行

聯 圖 為 中



多 讀

READ MUCH!

多 想      少 說

THINK MORE! TALK LESS!

584.3

239

2:2

中  
華  
債  
法  
論  
綱  
下

柯  
凌  
漢  
著

商  
務  
印  
書  
館  
發  
行



3 0600 9661 1

## 第二部 各論

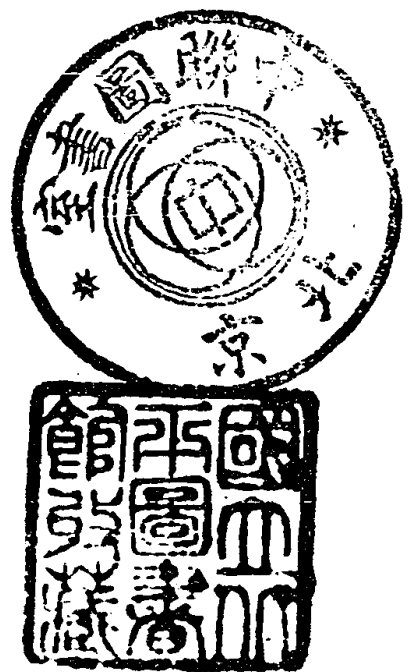
### 第一章 因契約而生之債

#### 第一節 總說

##### 第一款 契約之意義

契約一語，本有廣狹二義。廣義之契約，泛指發生私法上效果之一切合意；不但發生債權關係之合意，得稱契約，即發生物權關係，親屬關係及其他私法上法律關係之合意，亦莫非契約。反之，狹義之契約，則祇指發生債權關係之合意；即所謂債權契約是也。德國民法上契約之用語，從廣義。法日兩國民法則從狹義。「一三一」我民法規定契約于債編，甚似亦從狹義解釋，但同時于第七十九條至第八十二條，第八二〇條，第八二三條，第八六一條，第一〇〇四條，第一一六四條，又廣用契約之名稱。且契約一語，亦無專指債權契約之理由，以從廣義解釋為適當。故我民法上所謂契約者，乃以二個以上，相互的意思表示之合致，為成立要件之法律行為也。（第一五三條一項）析言之：

「一三一」德國民法，規定契約于總則編；（德民第一四五條以下）法國民法，則規定之于財產取得編；（法民第一一〇〇條以下）日本民法，規定之于債權編；（日民第五二一條以下）我舊民律從德制；（同律第二〇一條以下）新民法則改從日本立法例。由理論言以德國民法之編



制爲宜。

(一) 契約者法律行爲也。契約爲發生私法上效果之行爲，且以意思表示爲成立要件，故爲法律行爲。惟其所生之私法上效果，不以債權關係爲限，即發生物權法親屬法及繼承法上之效果，亦得謂之契約。

(二) 契約以二個以上相互的意思表示之合致爲成立要件。契約以二個以上意思表示之合致爲要件，故與單獨行爲有別。且其多數意思表示之合致，爲相互的而非平行的，故與合同行爲又不相同。「一三二」合致云者，二個以上之意思表示，其內容相一致，且其各表示人均有相互訂立契約之意思之謂。其表示方法及外形相同與否，可不問之。故甲以言詞表示其意思，乙以書件爲表示，或甲用明示，乙用默示時，均不失爲意思表示之合致。又甲表示願買之意思，乙表示願賣之意思時，亦不妨爲意思表示之合致。至其二個之意思表示，其內容一致與否，要不外依各場合之事實定之。

「一三二」契約與合同行爲之區別，除其兩者意思表示之方向，彼此不同外，尙有二個之異點：其一，在契約，其二個以上之意思表示，有相異之意義。如在買賣契約，一方表示願買，一方表示願賣是。反之，在合同行爲，則各個意思表示，有相同之意義。如多數人共同訂立法人之章程是。其二，在契約，其各當事人有相異之目的。反之，在合同行爲，則其多數當事人有共同之目的。

契約之意義，應從廣義解釋，固如上述。但民法債編中，關於契約之規定，除關於契約之成立者外，其餘無不以債權契約爲對象。故其規定之得適用於物權契約及其他契約者，僅關於契約成立之規定（即第一五三條至第一六六條）而已。

## 第二款 契約之成立

契約因二個以上意思表示之合致而成立；其意思表示，通常多異時爲之。其先之意思表示曰要約，後之意思表示曰承諾，茲分述之：

### 第一項 要約

#### 第一目 要約之意義。

要約者，當事人之一方，以得相對人承諾即時完成契約爲目的，請求相對人訂立契約之意思表示也。故要約要具備左之條件：

(一) 爲要約之當事人要有得相對人承諾即時完成契約之意思。易言之，即要約人之意思，在經相對人承諾後，不必再有新意思表示，其契約即可成立。此即要約與要約之誘引相異之處。所謂要約之誘引者，引誘他人，使其對於自己爲要約之行爲也。如火車輪船之廣告，房屋之租標皆是。要約之誘引，於誘引人及相對人合意後，尙須一方要約，一方承諾，其契約方成立，故與要約有別。其爲要約抑爲要約之誘引，應就各場合，細察其意思表示之內容，及表示人之意思定之。但就於此點，民法尙設有特別規定：即貨物標定賣價陳列者，視爲要約。價目表之寄送，則不視爲要約（第一五四條二項）而視爲要約之誘引。

(二) 要約要包含契約主要之內容。要約經相對人承諾時，即成爲契約，故要約之內容，不可不包含契約成立所必要之條件。蓋不如是，即得相對人之承諾，其契約仍不能即時成立也。例如買賣之要約，其要約中，必須指定

標的物及價金；租賃之要約，其要約中，必須指定標的物及租金；不然則不能成爲買賣租賃之要約。但要約中祇以具備契約成立必要之條件爲足；至其附屬之條件（如買賣價金支付之時期）雖讓之當事人將來之協議，亦無不可。因其附屬條件，當事人縱未經表示意思，仍推定其契約業已成立故也。（第一五三條二項）

（三）要約須對於相對人爲之。要約乃當事人之一方，對於相對人，請求其訂約而爲之者，則其意思表示，當然應對相對人爲之；對於第三人爲之者無效。故相對人從第三人探知其要約表示，而爲承諾時，其契約仍不成立。但其相對人不以特定人爲限，固不待言。（一三三）

【一三三】如後述之懸賞廣告，（本款第五項參照）在我民法上，應認爲要約之一種。然懸賞廣告，係對於不特定多數人爲之，故爲對於不特定人之要約。

## 第二目 要約之效力

要約乃一意思表示，故關於一般意思表示效力發生時期之規定，于要約當然有其適用。即對話之要約，于相對人了解其要約時，發生效力；非對話之要約，于其通知達到相對人時，發生效力。（第九四條第九五條參照）至其所生之效力，得由要約人及其相對人兩方面觀察之。

（一）對於要約人之效力。要約人有得相對人承諾，即時完成契約之意思，當然應受其要約之拘束。故要約人不得任意撤回其要約。學者稱之曰要約之拘束力。但在（甲）要約人于要約當時，曾預先聲明不受拘束之場合，（乙）依當時情形，或事件性質，可認當事人無受其拘束之意思之場合，不生拘束力。（第一五四條一項）



【一三四】

【一三四】依當時情形，可認當事人無受其拘束之意思者，如對於不特定人爲要約是。依事件性質，可認爲當事人無受其拘束之意思者，如講求贈與之要約是。

要約之拘束力，僅于一定期限內存續。即（甲）其要約定有承諾期限者，非于其期限內爲承諾，即失其拘束力。（第一五八條）（乙）其要約未有承諾期限者，若爲非對話之要約，非于要約人通常可受承諾之相當期限內爲承諾，亦失其拘束力；（第一五七條）若爲對話之要約，非立時承諾，即失其拘束力。（第一五六條）此種法律所定得爲承諾之期限，可稱法定承諾期限。上述要約人所定之承諾期限，可稱意定承諾期限。

（二）對於相對人之效力 要約之相對人，得對於要約人爲承諾，使其要約成爲契約。學者稱之曰要約之承諾能力，或稱承諾適格。相對人只有承諾之自由（一三五）無須對於要約人爲承諾與否之確答。若要約人同時將物品送交相對人，得拒受絕領。倘因一定事由不及拒絕而受領之時，亦不負保管之義務。故相對人除因故意過失毀損其物外，不負損害賠償之責任。（一三六）

【一三五】此項自由，學者有稱之爲權利者（戴修瓚氏債總第四七頁）有稱之爲權能者（陳瑾昆氏債總第三四頁）均屬未當。蓋要約在未得承諾前，其契約尙未成立，其權利即無從發生；又權能不外權利之成分，權利既未發生，更無權能之可言。再承諾自由，祇就一般場合而言。在特種情形之下，相對人亦有負承諾之義務者。即（一）要約人與相對人，就其要約之事項，前已訂立預約之場合。（二）依法律特別規定，相對人不得拒絕承諾之場合。（如修正醫師暫行條例第十七條有開業醫不得拒絕診治之規定）是也。

【一三六】然則此際相對人負返還其物之義務否乎？我國學者，有積極消極兩說。陳瑾昆氏（債總第三四頁）主積極說，戴修瓚氏（債總第四七頁）主消極說。余謂相對人既受領其物，即係不當得利，自應負返還之義務，且不得拋棄其物之占有。

依上所述，知要約自體可生一定之效力，然不得因此而生「要約為單獨行為」之誤解。蓋要約自體所生之效力，非其意思表示內容所欲生之私法上效果；【一三七】倘欲發生此效果，不可不待乎契約之成立，而單獨行為則非否。故要約乃意思表示，示而單獨行為。

【一三七】學者有以要約自體可生拘束力，謂要約乃單獨行為之一種；如德儒 *Knackmuss*，日儒橫田秀雄是。然單獨行為能獨立發生當事人所欲生之效果；而要約不過契約之成分，非與承諾結合，不能發生當事人所欲生之效果，故非單獨行為。至要約所生之拘束力，乃法律規定之效果，而非要約人所欲生之效果。蓋未有因欲受拘束而為要約故也。

### 第三目 要約之失效

要約之效力，因左列原因而消滅。

（一）要約之撤回 要約之撤回者，要約人以一方的意思表示，收回要約，使其不生效力，或使其不生效力之謂也。此種撤回，應于相對人未為承諾前，向相對人為之；否則無效。

要約有拘束力時，要約人本不得撤回。又拘束力消滅後，其要約業已失效（後詳）亦無須再行撤回。故要約之撤回，只於左列二種情形見之。

（甲）其要約本無拘束力者 要約有因要約人之特別聲明，與其他事故，本不生拘束力等，已如前述；此種

要約，倘有承諾能力，其要約人得撤回之，使其全然失效。

(乙) 其要約尚未達至于相對人者，要約之通知，未達至于相對人時，其要約尚未發生效力，要約人自得撤回之，使其永不發生效力。此種撤回，依第九十五條規定，其通知須較要約先時達到或同時達到。否則其要約已生拘束力，自不得再許撤回。但其撤回之通知，其達到雖在要約達到之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時達到者，相對人應向要約人發即遲到之通知。若相對人怠于通知，其撤回要約之通知，視爲未遲到，其要約自始不生效力。(第一六二條)

(二) 要約之拒絕 要約之拒絕者，相對人對於要約人，表示不承諾之意思之謂也。要約一經拒絕，則失其要約之效力；故當事人欲再爲契約時，非一方從新爲要約不可。民法第一百五十五條規定：「要約經拒絕者，失其拘束力。」甚似倘有承諾能力者。然此與當事人之意思相反，應解爲全然失效爲正當。又將要約擴張、限制、或變更，而爲承諾者，視爲拒絕原要約，而爲新要約。蓋對於要約之承諾，非單純承諾不可，若承諾而附加條件，或變更其內容，是其承諾與要約，已不一致，自無成立契約之理。但此等意思表示，究其真正拒絕要約可比，若直視之爲無効，不特于當事人之意思有所不協，事實上亦多不便。故法律于此情形，特認其承諾爲拒絕原要約，而爲新要約。俾原要約人得對之再爲承諾，使其契約即時成立。(第一六〇條二項)

(三) 承諾期限之經過 對於要約之承諾，本有一定之期限，已如前述，倘已逾此期限，不特要約人不受要約之拘束，其相對人亦不得爲承諾，即其要約完全失其效力。(一三八) 故承諾期限經過後達到之承諾，不能成立契約。

約。(第一五六條至第一五八條)

〔一三八〕承諾期限經過後，依第一五六至第一五八條規定，其要約只失其拘束力，甚似尚有承諾能力，而非全然失效。然理論上應解為全然失效，其理由與(二)所述者同。

(四) 相對人之承諾 要約經相對人承諾後，即成立契約，則要約與承諾，同時變為契約之成分，自失其獨立存在。故承諾亦為要約失效之原因。

### 第二項 承諾

承諾者，要約相對人，以與要約人訂立契約之目的，所為贊成要約之意思表示也。承諾之有效成立，須具備左之要件：

(一) 承諾之內容須與要約全然一致 承諾為贊成要約之意思表示，故其內容非與要約全然同一不可。承諾內容與要約內容相異時，則當事人間即失其意思表示之合致，其契約不能成立。故擴張、限制、或變更要約內容之承諾，法律特視其為新要約，而不認其為承諾。(第一六〇條二項)

(二) 承諾須于要約有效之時為之 承諾與要約並存，始能成立契約，故承諾發生成立契約之效力，非于要約有效之時為之不可。若其要約業已失效，即不得對之為承諾。是以遲到之承諾，祇可視為新要約，而非承諾。(第一六〇條一項) 遲到之承諾者，即其承諾之通知，于承諾期限經過後，方達到于要約人之謂也。遲到之承諾，雖無承諾之效力，但按其傳達方法，依通常情形，其承諾之通知，在相當時期內可達到而遲到者，要約人須向相對

人發遲到之通知。若怠于爲此通知時，即視其承諾通知爲不遲到，其契約仍能成立。（第一五九條）

（三）承諾須由要約相對人爲之。故除要約相對人外，不得以自己名義，對於要約人爲承諾。至于要約相對人死亡後，其繼承人得爲承諾否乎？應于各場合，解釋要約人之意思定之。

（四）承諾須向要約人爲通知。承諾以與要約人訂立契約爲目的，當然應向要約人發承諾之通知。但依習慣或事件之性質，或要約人之預先聲明，其承諾不必通知者，則不必對於要約人爲承諾之通知，祇須有承諾意思之表現足矣。（第一六一條）此際由嚴格言，非有真正承諾之存在，于後當詳言之。（本款第三項之（二）參照）

承諾不外一意思表示，其效力發生之時期，依第九十四條及第九十五條前段之規定。且在其效力未發生以前，亦得依第九十五條但書之規定撤回之。但其撤回承諾之通知，其達到在承諾達到之後，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。若怠于爲此通知，其撤回承諾之通知，視爲未遲到，其承諾仍不生效力。（第一六三條）

### 第三項 其他之訂約方法

契約通常依要約與承諾之合致而成立。但特殊場合，亦有以其他方法，以訂立契約者。茲舉於左：

（一）要約之交錯。當事人之一方向相對人爲要約，其相對人亦對要約人爲內容一致之要約時，謂之要約之交錯。

要約之交錯，得成立契約否乎？從來學者有積極消極兩說，余從積極說。蓋依我民法第一百五十三條一項之規定，當事人互相表示意思一致者，其契約即時成立，本非必須採用要約與承諾之方法。要約之交錯，其兩個相互的意思表示之內容，客觀的既相一致；而在主觀方面，雙方當事人，復均有互相訂約之意思；理論上其契約自可因之成立。且實際上亦以使其成立契約，較為便宜。消極說謂契約須有要約與承諾，方可成立。在我民法上，毫無根據，殊不足採。

(二) 承諾意思之表現 通常訂立契約，須由要約相對人，向要約人，發承諾之通知，契約即其承諾通知達到而成立。而在依習慣或依其事件之性質，或要約人之預先聲明，其承諾無須通知者，則無須發承諾之通知，其契約于相當期間內，有可認為承諾之事實時成立。(第一六一條) 因有此可認為承諾之事實，雖由外部得以推知要約相對人有承諾之意思，然此非要約相對人所為承諾之意思表示。學者特稱之曰承諾意思之表現，例如受領要約人隨同要約所送之物品並消費之，(買賣契約) 或為要約人所委託之行爲(委任契約是也)。

承諾意思之表現，須要約相對人，確有承諾之意思，且其意思已依一定事實間接表現於外部。此點與默示的承諾相同。以故從來學者，多解為默示之意思表示。然默示承諾，仍須有表示意識，而承諾意思之表現則否，且承諾意思之表現，若與默示承諾無別，則第一百五十三條一項，已有默示承諾之規定，即無再設第一百六十一條之必要。故兩者宜區別之。

#### 第四項 契約成立之時期

契約以相互的意思表示之一致為成立要件；故其意思表示一致時，契約即可成立，固不俟言。惟契約內所包含之事項，常甚複雜，應就如何之事項，有意思表示之一致，其契約方為成立乎？此應于各場合解釋當事人之意思表示定之。當事人意思表示不明時，若其契約上必要之點，當事人之意思表示業已一致，縱其非必要之點，尙未經表示意思，仍推定其契約為成立。此際其非必要之點，當事人應于契約成立後協定之。當事人協議不諧時，法院因當事人之請求應依其事件之性質定之。（第一五三條）所謂必要之點者，即客觀的要素之義。例如買賣契約上之標的物及價金是也。〔一三九〕

〔一三九〕非必要之點，經當事人表示意思時，亦可構成契約之要素，此可稱為主觀的要素，此際就其主觀的要素，當事人之意思表示不一致時，其契約不成立。又其非必要之點，當事人認為要素，而未表示意思時，若就必要之點，其意思表示業已一致，雖推定其契約為成立，但當事人不妨提出反證，以推翻其推定，使其契約不成立。

契約于其意思表示一致時成立，已如上述。今將此原則適用之：即（一）依要約承諾訂立之契約，于其承諾發生效力之時成立。（二）依要約之交錯成立之契約，于其後之要約發生效力之時成立。（三）依三個以上意思表示之一致成立之契約（如合夥契約）于其最後之意思表示發生效力之時成立。但對此原則，又有例外。

（甲）依承諾意思之表示成立之契約，無所謂意思表示之一致，於有可認為承諾之事實時成立。（第一六一條）  
（乙）以交付物體為成立要件之契約（要物契約）其交付物體于意思表示一致後為之者，於交付物體時成

立（第五八九條參照）

（丙）契約當事人約定其契約須用一定方式者，除當事人另有訂定外，其契約於其方式完成時成立。（第一六六條）

（丁）契約當事人，有交付定金者，其契約于交付定金時成立。（第二四八條）

### 第五項 懸賞廣告

#### 第一目 懸賞廣告之性質

懸賞廣告者，以廣告聲明，應對完成一定行為之人，給與一定報酬之意思表示也。如懸賞尋人是。習慣上稱之曰賞格。亦稱賞榜。

關於懸賞廣告之性質，從來有契約說與單獨行為說之爭。主張契約說者，謂懸賞廣告，乃對於不特定人之要約；須經行為人（即完成行為之人）之承諾，方能成立懸賞契約，而發生債務。主張單獨行為說者，謂懸賞廣告，乃單獨行為；廣告人基於廣告自體，對於行為人，即負給與報酬之義務，毋須再經行為人之承諾。惟初為廣告之時，尙未有行為人，不得謂即發生單純之債務。故主張單獨行為說者，多以指定行為之完成，為廣告人負擔債務之停止條件。即在其所指定之行為未完成以前，廣告人只負附停止條件之債務。日本民法，及瑞士債務法採前說；德國民法採後說。〔二四〇〕由當事人之意思，及實際之適用而言，均以後說為正當。但我民法採契約說，故將懸賞廣告規定於契約通則中，即認懸賞廣告為對於不特定人之要約。



【一四〇】日本民法第五二九條以下，瑞士債務法第八條，德國民法第六五七條以下參照。我舊民律從德制，規定于第八七九條以下。

## 第二目 懸賞廣告之要件

懸賞廣告之成立，要件有三，列左：

(一) 須以廣告爲意思表示。廣告者，可使不特定多數人週知之表示方法也。其表示方法，或以言詞，或用文字，均無不可。其所向表示之人，雖須爲不特定多數人；但不必爲一般人，故其範圍不妨加以抽象的制限。如限定本國人之類。

(二) 須表示徵求完成一定行爲之人。此爲懸賞廣告之目的。其所徵求之行爲，即指定行爲，法律不限定其種類，祇須不違公之秩序及善良風俗足矣。但既限於行爲，故聲明對於具有一定狀態之人（如狀貌奇異者）應給付一定報酬者，非茲所謂懸賞廣告。

(三) 須聲明應對行爲人給與一定之報酬。若不爲給與報酬之聲明，即無所謂懸賞。但其報酬，不以有財產的價值者爲限；凡人類生活上需要之事項，而無違法性者，均得以之充報酬。例如給與獎狀是。

廣告之要件，僅如上述。此外學者有以廣告人有負擔債務之意思，爲廣告成立之要件者。（戴修瓚氏債總第七八頁周新民氏債總第九五頁）余不贊成其說。蓋廣告人倘無負擔債務之意思，而爲懸賞廣告時，其懸賞廣告，仍得成立；惟此際其所表示之意思，與廣告人真意不合，其效力應依第八十六條解決之耳。【二四二】

【二四一】戴周二氏之說，殆從日儒鳩山秀夫之主張。鳩山氏日本債權法各論第九一頁，有「客觀的不可認爲真意表示誇大廣告，非法律上

所謂之懸賞廣告」云云。然此種非真意之廣告，即我民法第八六條所定之中心保留。其效力雖較遜于真意表示，但其意思表示尙非不成立。故廣告人有負擔債務之意思，祇其有效要件，而非其成立要件。

### 第三目 懸賞契約

#### 第一則 懸賞契約之成立

懸賞廣告，乃一要約，須俟成立懸賞契約後，方能發生債務。既如前述。然則其懸賞廣告，于何時變為懸賞契約乎？即懸賞契約，于何時成立乎？就此問題，學說紛紜。有謂指定行為之完成，應認為承諾。懸賞契約即因之成立者。有謂須于指定行為完成後，行為人再對廣告人，發完成之通知，其契約方成立者。日本學者多採前說。我民法之解釋，應從後說。蓋我民法第一百六十四條一項雖規定：「廣告人對於完成該行為之人，負給付報酬之義務。」甚似其契約已于行為完成之時成立；然其二項又定：「數人各完成指定行為時，廣告人祇應對於最先通知者，給付報酬。」不外認廣告人與先為通知之行為人，先訂立契約，即以通知之時，為契約成立之時。且依同條一項後段之規定，廣告人對於不知其廣告而完成該行為之人，亦負給付報酬之義務。若如前說，以指定行為之完成，即認其為承諾，則行為人尙不知有要約，而已有承諾，未免反於承諾之本質。故應解為於指定行為完成後，有完成之通知時，方有承諾，其契約即於此時成立。〔四二〕

〔四二〕同說戴修瓚氏債總第七八頁周新民氏債總第九六頁參照。陳瑾昆氏債總第五三頁，則從日本學者之通說，以指定行為之完成，認為承諾而以第一六四條一項之規定，作為例外，不免自相矛盾。蓋既有例外情形，足見其說不能適用於一切之懸賞廣告，其不足採也明矣。

## 第二則 懸賞契約之效力

懸賞契約成立後，廣告人對於行爲人，負給與報酬之義務（第一六四條一項）行爲人有請求給與報酬之權利。至指定行爲，已于契約成立前完成，從行爲人不負完成行爲之義務。此即懸賞契約與承攬契約之異點。（一四三）

【一四三】懸賞廣告之行爲人，須于完成指定行爲後，方得請求報酬，與承攬人須俟完成工作後，方得請求報酬（本章第九節參看）其情形相似。然承攬人負完成工作之義務，而懸賞廣告之行爲人，則不負完成指定行爲之義務。是其異點。

行爲人只有一人時，固得單獨請求報酬；若有數人同時或先後各別完成指定行爲時，廣告人應對何人給與報酬乎？德、日民法，均以完成行爲之先後爲標準；祇最初之行爲人，得請求報酬。【一四四】我民法反之，以完成行爲通知之先後爲標準；廣告人對於最先通知之行爲人，已給與報酬時，其給付報酬之義務，即全歸消滅，對於次通知之行爲人，不必再給報酬。（第一六四條二項）但最先通知之行爲人，已拋棄其權利時，廣告人仍應對於次通知之行爲人，給與報酬。因此際廣告人尙未對最先通知之行爲人，給與報酬，仍不能免其義務故也。

【一四四】德國民法第六五九條一項，日本民法第五三一條二項。我舊民律，從德、日立法例。（同律第八八〇條參看）

## 第四目 懸賞廣告之消滅

懸賞廣告，因左之事由發生而消滅。

（一）撤回 懸賞廣告，除其廣告中，有特別聲明，及已定完成指定行爲之期限者外，廣告人于行爲完成前，得任意撤回之。蓋廣告人之爲懸賞廣告，每基于特殊之情形，若其後性形業已變更，自不應使其永受拘束，故許其撤回。

(第一六五條稱此種撤回爲「撤銷」用語殊嫌失當)

懸賞廣告之撤回，亦應依廣告之方法，蓋非如是，不能使不特定多數人週知也。既經撤回，其懸賞廣告即失其效力，從撤回前已著手于指定行爲者，不問其後能否完成其行爲，本均不得請求報酬。惟已著手于指定行爲者，既耗相當之財產與勞力，一旦廣告撤回，難免蒙意外之損失，亦應設法救濟，方昭公允。故民法第一百六十五條特明定：「除廣告人能證明已著手指定行爲之人，將來不能完成其行爲外，對於行爲人因信賴該廣告善意所受之損害，應負賠償之責；但以不超過預定報酬額爲限。」此乃消極行爲上之損害，而非契約不履行之損害。因其懸賞契約尙未成立故也。

(二) 期限屆滿 廣告人于廣告已明定完成指定行爲之期限時，則其廣告之效力，僅在其所定期限內存續，若其期限業已屆滿，尙無完成指定行爲之人，則廣告不待撤回，當然消滅。

(三) 指定行爲不可能 指定行爲因一定事由而不能完成時，則廣告亦失其效力。

(四) 懸賞契約成立 懸賞廣告，因行爲人之通知，已成立爲懸賞契約時，則廣告已經變成契約之成分，當然消滅。

### 第三款 契約之分類

契約得大別之爲債權契約、物權契約、其他契約三種。惟債法上之契約，限於債權契約。茲只就債權契約之分類述之。

## 第一 雙務契約及片務契約

雙務契約者，因契約之效果，各當事人負擔互為對價之債務之契約也。雙務契約，要具備二要件：第一，其契約各當事人，要負擔債務；第二，各當事人負擔之債務，要互為對價；即各當事人因互相報償，而互負債務。故如贈與，祇贈與人一方，負擔債務；又如負擔附贈與，當事人雙方雖互負債務，然其債務，非互為對價；均不得謂之雙務契約。雙務契約之重要者，如買賣、互易、租賃、僱傭、承攬、居間、出版、合夥、有償委任、有償寄託等是。

債權契約中，除雙務契約外，其餘皆片務契約。此等契約，通常只當事人之一方，負擔債務。然亦有雙方互負債務者。惟其所負擔之債務，非互為對價，故與雙務契約有別。如前述之負擔附贈與，即其一例。片務契約之重要者，如贈與、使用借貸、消費借貸、無償委任、無償寄託、保證等是。

## 第二 有償契約及無償契約

有償契約者，因契約成立之效果，或其有效要件，當事人雙方應為互為對價之給付之契約也。其雙方之給付，均應于契約發生效力後為之時，則當事人雙方，因契約之效果，負擔互為對價之債務，其契約為有償契約，同時為雙務契約；反之，其一方之給付，為契約之有效要件，應於契約發生效力前為之時，其給付乃該當事人之任意行為，而非履行債務之行為，其契約雖為有償契約，而非雙務契約。如有報償之消費借貸是也。故有償契約與雙務契約，其範圍不同。〔一四五〕

〔一四五〕雙務契約與有償契約，兩者之範圍不同。其相互之關係，可以二語表示之，即雙務契約，皆為有償契約；而有償契約，則未必均為雙務契約。

契約。又片務契約與無償契約之關係，亦然。即無償契約，均爲片務契約；而片務契約，則未必均爲無償契約。如有報償消費借貸，雖爲有償契約，然乃片務契約，即其明證。

在有償契約，其各個之給付，要互爲對價。互爲對價云者，即當事人之一方，因相對人之給付受利益，自己亦爲一定之給付，使相對人受利益之謂。故當事人雙方雖互爲給付，若其一方所爲之給付，僅將相對人所交付之物，交還相對人者，則相對人不受利益，即不得謂互爲對價。其契約非有償契約，如無利息消費借貸是。有償契約之重要者，如買賣、互易、租賃、出版、僱傭、居間、承攬、有報償消費借貸、有償委任、有償寄託、合夥等是。

契約中除有償契約外，其他皆無償契約。其重要者，如贈與、使用借貸、無報償消費借貸、無償委任、無償寄託、保證等是。

### 第三 要物契約及諾成契約

要物契約，又稱實踐契約。即于意思表示合致之外，尙以物之交付爲成立要件之契約。如寄託是。〔一四六〕諾成契約者，單以合意爲成立要件之契約也。如買賣、贈與、租賃、委任、居間、承攬等是。

〔一四六〕羅馬法以使用借貸、消費借貸、寄託三者，爲要物契約。各國立法例多從之。獨瑞士以之爲諾成契約。（瑞債第三〇五條，第三一二條，第四七二條參照）我民法第五八九條，以交付寄託物，爲寄託之成立要件，雖認其爲要物契約，但對於使用借貸及消費借貸二者，則不以交付借用物爲其成立要件，僅以之爲其有效要件。（第四六五條，第四七五條參照）是使用借貸及消費借貸，在我民法上不能謂爲要物契約，至爲明顯。戴修瓚周新民二氏仍以之爲要物契約，殊嫌無據。（戴氏債總第三〇頁債各第一三五頁第一四二頁，周氏債總第五四頁參照）

### 第四 要式契約及不要式契約

契約之成立，以具備一定方式爲必要者，其契約謂之要式契約。反之，不以具備一定方式爲必要者，謂之不要式契約。近世私法上一般之原則，契約無須具備一定之方式，祇例外場合，以具備一定方式爲必要，如終身定期金契約是。（第七三〇條）

#### 第五 有因契約及無因契約

在債權契約，其契約成立之效果，當事人之一方或雙方，常負擔債務。明定其負擔債務之實質的原因〔一四七〕于契約者，謂之有因契約。不明定其實質的原因于契約者，謂之無因契約。例如使用借貸之借用人，因使用借貸契約，負返還借用物之義務。其所以負此債務者，因已由貸與人受領借用物。其原因（即實質的原因）明載于契約，故使用借貸爲有因契約。反之，如單純之債務約束，只約明負擔債務，不詳其債之原因，故其契約爲無因契約。無因契約祇不詳其原因于契約而已。其所以負擔債務，固有實質的原因在也。〔一四八〕

〔一四七〕契約上之債務，其發生原因，有形式的及實質的之別。形式的的原因，即其契約之自體；而實質的原因，則指債務人自願訂立契約，以負擔債務之理由。例如買受人因欲得買賣標的物而負債，贈與人因欲施恩惠而負債是。故實質的原因，在各種契約，均不相同，不能概論。

〔一四八〕無因契約，實際上亦有其實質的原因。缺此原因時，其契約雖屬有效；當事人之一方，因之負擔債務，但其相對人之取得債權，即係不當得利，應依第一七九條，返還其所受之利益。

#### 第六 主契約及從契約

主契約者，無關於他之法律關係之存否，得單獨發生效力之契約也。如買賣、贈與、互易等是。從契約者，以他之法

律關係之存在，爲有效要件之契約也。如利息契約，違約金契約，保證契約等是。〔二四九〕

〔二四九〕外國學者多謂，從契約者，以他契約之存在爲成立要件之契約。戴修瓚氏債總第三六頁，及蔡天錫麟氏債總第一九頁，周新民氏債總第五八頁均從之。依斯說，則（一）有從契約時，必有他契約存在；（二）他契約不存在時，從契約即不成立，未免有背法理。蓋有從契約時，必有他之法律關係存在，非必有他契約存在。如因担保由侵權行爲而生之債務，所訂立之保證契約是。又他之法律關係不存在時，從契約既不生效，非不能成立。如因担保已消滅之債務，而訂立保證契約是。故余擴張從契約之意義，凡以他之法律關係之存在爲有效要件之契約，均得謂爲從契約。

### 第七 本契約及預約

當事人有以契約訂明，異日應爲某種契約者。則異日應爲之契約，卽本契約。現在所爲之契約，卽預約。此種預約，多於要物契約見之。預約成立時，當事人之一方或雙方，因他方之請求，負協力訂立本契約之債務，故爲債權契約。其只當事人之一方負協力訂立契約義務之場合，則爲片務預約。反之，雙方互負協力訂立契約義務之場合，則爲雙務預約。

### 第八 有名契約及無名契約

民法債編規定：買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、出版、委任、居間、寄託、合夥、隱名合夥、終身定期金、和解、保證等十七種之契約，而附以名稱。此等契約，謂之有名契約。又稱典型契約。此外當事人依民法總則及債編契約通則之規定，所訂立之契約，謂之無名契約。又稱非典型契約。蓋債編雖僅規定十七種之契約，然不過因此



等契約，實際上較爲多見，特加詳細之規定而已。非限定債權契約于此十七種。舍此之外，當事人自得依據契約自由之原則，訂立種種之契約。苟其契約內容，不違反公之秩序，及善良風俗，在法律上均有效力。此即無名契約之所由來也。〔一五〇〕

〔一五〇〕無名契約，可大分爲三類：（一）純粹無名契約。即其契約之內容，全然不含典型契約內容之事項。如預約及勞動協約是。（二）混合契約。即其契約，以二個以上典型契約內容事項之混合爲內容。如甲與乙約以家屋之一部貸乙居住，乙爲甲看守第宅是。（三）準混合契約。即其契約之內容，一部分包含典型契約內容之事項，一部分不包含典型契約內容之事項。如甲與乙約，許乙使用其肖像，乙應給以若干之金錢是。此等契約，法律既未特設規定，不外適用關於契約之一般的規定，並類推適用與之相類似之典型契約之特殊規定而已。

#### 第四款 契約之標的

##### 第一項 契約自由之原則

契約之標的者，即契約內容之給付也。夫社會情形，本甚複雜，人類共同生活上所需要之契約，自非法律所能詳密規定，不稍遺漏。故民法特許當事人，于上述十七種之有名契約外，得訂立其所需要之各種無名契約，又上述十七種之有名契約，民法雖抽象的分別規定其成立要件，但其具體的內容，仍由當事人任意訂定之。即原則上當事人得自由創造新種類之契約，並得自由訂定契約之內容。學者稱此原則，曰契約自由之原則。

契約自由之原則，發生于十八世紀後半期，盛行于十九世紀。當時因受自由主義之影響，公私兩法，均以尊重個人意思爲立法原則。因此原則之確定，人民得免國家不正之干涉，發揮其自由之本能，厥功甚偉。但降至近時，資

本主義日益發達，個人因貧富不均，在經濟上之地位，亦無從平等。強者遂利用此原則，以壓迫弱者，名爲契約自由，實則不平等之服從關係。此種弊害，多於僱傭契約及租賃契約等見之。邇來法律思想漸趨社會化，多數國家，先後制定勞動法、住宅法、佃農法等所謂社會的立法（即社會法）以保護經濟的弱者。對於特種契約之內容，大加制限。即民法法典中，亦置有多數強行的規定。然亦非一般的否認個人訂約之自由。故契約自由，于現代法制上，仍不失爲基礎的原則，但其範圍不及從前之廣泛耳。〔一五一〕

〔一五一〕戴修瓚氏債總第三八頁謂：「契約自由，已不足爲原則。」未免矯枉過正，蓋私法上之事項，極爲複雜，若不認契約自由之原則，則一切法律關係，均應由法典詳密規定，不但爲事勢不可能，且亦非所以尊重當事人之意思也。

## 第二項 契約標的之要件

契約之內容，除特種契約應受社會法之特別制限外，其餘悉依當事人之意思，既如上述。故當事人不問以何之給付爲契約標的，均無不可。但在民法上亦要具備四條件：即（一）標的之適法，（二）標的之正當，（三）標的之確定，（四）標的之可能是也。前三者爲一般法律行爲共通之要件，應詳于民法總則，毋庸再贅，後者可謂爲債權契約特有之事項，故債編特設詳細之規定。茲詳述之：

標的之可能，爲契約之有效要件。以不能給付爲標的者，其契約無效。（第二四六條一項前段）給付不能，本有種種，已詳于第一部總論。然則民法第二百四十六條所謂給付不能，係指何種之不能乎？是一問題。按該條規定，與德國民法第三百〇六條相當。依德國學者之通說，茲所謂給付不能者，其意義如下：（一）單指客觀的不能，

不包含主觀的不能。蓋客觀的不能，其不能基於外界之事情，無論何人均不得爲之；以此種給付爲標的之契約，到底無履行之希望，故應使之無效。反之，主觀的不能，其原因僅存于當事人之一身，結約當時，其給付雖不可能。然除專屬給付外，債務人得依種種之方法，使成爲可能。例如非畫家約繪畫之場合，債務人得僱畫家代爲之；故此種契約不妨有效。（樓桐蓀氏民法債編釋義第六五頁，洪文濶氏民法債編通則釋義第二七八頁，及舊民律第五一四條所附之理由參看）（二）其給付若爲客觀的不能，不問其爲絕對的不能，抑爲相對的不能，均包含之。蓋不能之屬於客觀的者，其給付既含有不能性，究無問其爲絕對的不能，抑爲相對的不能之必要也。（三）指從始不能，不含嗣後不能。蓋茲所謂之給付不能，足爲契約無效之原因，故應單指從始不能而言。至於嗣後不能，則其給付成爲不能時，其契約早已成立。契約之內容，雖因給付不能之故，不能實現；其於契約之成立，毫無影響。依此說，則第二百四十六條所謂給付不能者，係指訂約當時，給付客觀之不能而言。其給付於訂約當時，客觀的可能者，卽爲給付之可能。

契約以不能給付爲標的時，其契約無效。無效云者，永不發生效力之謂。不問其不能是否基于歸責債務人之事由，均不發生損害賠償之問題。惟當事人之一方，于訂約之際，明知給付之不能，或因過失而不知之時，于相對人非因過失，誤信其契約爲有效所受之損害，應任賠償之負。（第二四七條一項）但其賠償額，亦有限度。卽不得逾契約有效時，相對人所受之利益是已。此節民法上雖無明文規定，理論上應以如此解釋爲正當。（德民第三〇七條一項，及舊民律第五一五條一項參照）

契約以不能之給付爲標的時，則其契約全部無效，既如前述。然有三三場合，雖以不能給付爲標的，其契約有不因之而無效者。或其無效非涉於全部者。茲舉其場合于左：

(甲) 給付之一部不能，而于可能之部分，因其情形，亦可成立契約時，則其可能之部分有效。(第一一一條) 例如甲以某馬及某牛贈乙，訂約時該馬已死，然贈牛之部分，其契約不妨有效。

(乙) 還擇給付中，一給付不能時，則以他之可能給付爲標的，其契約不妨有效。(第二一一條)

(丙) 給付不能之情形可以除去者，若當事人訂約時，預期于除去後爲給付者，其契約有效。(第二四六條一項但書) 例如甲與乙約，于夏間贈乙荔枝百斤是。

(丁) 以附停止條件或附始期之契約，爲不能給付之約定者，若于條件成就前，或期限屆至前，其不能情形已除去時，其契約有效。(同條二項) 如以不能情形之除去爲條件之契約是。例如甲病時與乙約，俟病愈時，爲乙教授英語是。

在前甲乙兩場合，一則因給付之一部不能，致契約之一部無效；一則因數給付中之一給付不能，致該給付不成爲契約之標的。際此兩場合，若其訂約當時，當事人之一方，明知給付不能，或因過失而不知者，則對於相對人非因過失誤信契約有效而受之損害，應任賠償之責。(第二四七條二項)

#### 第五款 契約之效力

契約之效力，依契約之種類而異。其詳應於第二節以下述之。惟民法基于立法上之便宜，有就于特種契約，揭

其一般的規定于契約總則中者，即（一）雙務契約，（二）利他契約是也。至有償契約，其範圍甚廣，本亦可定其一般的效力，惟我民法以此種契約，準用買賣契約之規定，較為便宜，故不規定於契約通則中。（第三四七條參照）以下分項說明之。

### 第一項 雙務契約

雙務契約成立時，當事人雙方均負擔債務。然則其雙方所負之債務，其間有如何之關係乎？應分別言之：就其債務發生之點觀之，則其兩個債務之發生，互為條件，故一方之債務，因某事情不發生時，他之債務亦不發生。又其當事人之一方，撤銷其意思表示時，則其契約自始無效，其雙方之債務，因之均不發生。是在債務發生之點，兩債務間有絕對牽聯之關係，此節法律上雖無特別規定，然依第一百十一條之明文，得推知之。其債務發生之後，則不然。雙方債務，非互為條件。蓋雙方債務發生之後，當事人一方之為給付，非因相對人為對待給付之故，乃履行契約上之義務也。惟雙方債務，既由同一契約而生，且互為對價，則在其債務發生之後，兩債務亦非絕對的獨立，仍有互相關聯之處，因此關聯，雙務契約遂生特別之效力，茲分述之。

#### 第一目 雙務契約之履行

雙務契約成立之效果，當事人雙方均負擔債務。其雙方之債務，應由何人先為履行乎？不外依當事人之契約定之，其契約無特別訂定時，當事人之雙方，均得向相對人請求履行。惟就于此點，從來立法例，有二主義：第一主義，謂雙務契約之當事人，各取得債權。此等債權，非以單純請求相對人之給付為內容，係以請求相對人，對於自己所

應爲之給付，履行其所負擔之對待給付爲內容。從欲對於相對人請求對待給付，除特定場合（卽有請求相對人先爲給付權利之場合）外，要先履行或提出自己所負擔之給付。瑞士債務法，奧國民法均採此主義。（瑞債第八二條，奧民第一〇五二條參照）第二主義，謂雙務契約上各當事人之債權，本單以請求相對人之給付爲其內容。惟除有特別訂定及法律特別規定外，苟不爲自己所負擔之給付，卽許其對於相對人請求對待給付，則與公平觀念相反，故當事人之一方，不自爲履行，或提出給付，卽對相對人請求履行時，相對人得依抗辯拒絕之。德國民法，及日本民法，均採此主義。（德民第三二〇條，日本民法第五三三條參照）我民法倣德國民法，採第二主義。于第二百六十四條一項前段規定云：「因契約互負債務者，于他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付。」當事人既拒絕給付，則相對人之請求，卽失其效力。學者稱此拒絕給付之抗辯，爲同時履行之抗辯，又曰契約不履行之抗辯。〔二五二〕

〔一五二〕民法第二六四條一項，所謂「未爲對待給付」者，乃未提出對待給付之義。故在其待對給付，需債權人受領之場合，若其相對人已提出給付時，債權人卽不得以未受領對待給付爲理由，拒絕自己負擔之給付。此節與舊民律第五三一條之有「至受對待給付時止」之文句者，其解釋當然不同。

同時履行之抗辯，不特于未受對待給付之時，得提出之；卽已受對待給付，然未全部受之者，尙得提出之。其所負擔之給付可分與否，其相對人爲一人與否，均可不問，故在其所負擔給付爲可分給付，相對人有數人場合，當事人仍不負爲一部給付之義務。

同時履行之抗辯，不特于審判外得提出之；于審判上亦得提出之。惟提出此種抗辯時，非否認相對人請求權之存在，只生一時的妨止請求權行使之效力；卽至相對人之履行，得拒自己債務之履行。故法院於被告提出此抗辯時，不得爲駁回原告請求之判決，應爲令被告與原告互爲清償之判決。判決之後，若原告已對被告提出給付，被告遲延受領時，則原告雖未爲自己之給付，得卽依強制執行，行使權利。（舊民律第五三三條一項三項參照）

雙務契約之當事人，得提出同時履行之抗辯，既如前述。然此特原則耳，例外場合，亦有不得提出此抗辯者。茲分述之：

（一）當事人之一方負有先向相對人爲給付之義務之場合 此際，該當事人受相對人之請求時，不得提出同時履行之抗辯。（第二六四條一項但書）如在租賃契約約明，先付租後住屋是。惟在契約成立後，相對人之財產顯形減少，有難爲對待給付之虞時，則該當事人不拘負有先爲給付之義務，于相對人未爲對待給付或提出担保前，仍得拒絕自己之給付。（第二六五條）

負先爲給付義務之當事人，不但不得提出同時履行之抗辯；在未爲自己給付之前，且不得向相對人請求履行。故該當事人若欲向相對人請求給付，不可不先向相對人爲給付。苟相對人受領給付有遲延時，得向相對人提起于受領後應爲給付之訴，法院依其情形，得以判決令相對人于受令後應爲給付。判決之後，若該當事人已對於相對人提出給付，相對人仍遲延受領時，則該當事人雖尙未爲其自己之給付，卽得依強制執行，行使權利。（舊民律第五三三條二項三項參照）

(二)相對人已爲一部之給付而自己之拒絕給付違背誠實及信用之場合 卽相對人已爲一部之給付，且其所殘餘之部分，爲數極微時，當事人之一方，如仍藉口相對人未爲全部履行，而拒絕其自己給付之履行，則與交易上之誠實及信用相反。故此際該當事人不得提出同時履行之抗辯。(第二六四條二項)

### 第二目 雙務契約之給付不能

由雙務契約所生之債務，其給付從始不能時，則其契約係以不能之給付爲標的，其契約無效。(第二四六條參照)于前款已述之矣。至其一方所負之債務，于契約成立後，給付不能時，則此一方所負之債務，固應依第二二十五條及第二二十六條之規定，而決其應否消滅；惟他一方所負之債務，果因之受影響否乎？是屬一大問題。蓋依第二二十五條及第二二十六條之規定，給付不能時，只以其給付爲標的之債權受影響，其效力不及於他之債權，然由雙務契約而生之兩個債務，其性質上有互相牽聯之關係，不能單純適用上述之規定，以資解決。此民法所以就于雙務契約上債務之給付不能，另設特別之規定也。

雙務契約上債務之給付不能，有因不應歸責于當事人之事由者，有因應歸責于相對人之事由者，有因應歸責于債務人之事由者。依其原因之不同，其效力亦異。今分述于左：

第一 給付之不能因不應歸責于當事人之事由時 雙務契約成立後，當事人一方所負擔之債務，因不應歸責于當事人雙方之事由，致給付不能時，則該當事人之債務，當然因之而消滅。(第二二五條)惟相對人之對待給付義務，亦因是而消滅否歟？是所謂危險負擔之問題。學者頗多議論(二五三)而各國立法例，亦不一致。日本民



法，從羅馬法以來之沿革，依契約標的之如何，適用相異之原則：即在以特定物物權之設定或移轉為標的之契約，採債權人主義。契約成立後，其標的物因不可歸責於當事人之事由滅失時，債務人固因是免其義務，而債權人不得免為對待給付之義務；其在毀損之場合，債權人亦不得請求對待給付之減額，其損失一歸諸債權人負擔。在其他之給付為標的之契約，則採債務人主義。其給付不能因不應歸責于當事人之事由而生時，債務人免其義務，其債權人亦免為對待給付之義務，其損失一歸諸債務人之負擔。（日民第五三四條至第五三六條參照）德國民法，單純採債務人主義，不問其契約之標的若何，債務人所負擔之給付全部，因不應歸責于當事人之事由而不能時，該債務人不得向相對人請求對待給付；其在一部不能之場合，按其不能之部分，喪失請求一部對待給付之權利。（德民第三二三條一項參照）我民法做德國民法，亦以債務人主義為基本。凡雙務契約當事人之一方所負擔給付，非因應歸責於當事人之事由全部不能者，相對人免為對待給付之義務；其給付一部不能者，應按其比例，減少對待給付之額，不得請求對待給付之全部。（第二六六條一項）

〔一五三〕關於雙務契約危險負擔之問題，從來學說有四主義：（一）所有人主義，謂其因給付不能所生之損失，應由債權標的物之所有人負擔。然有三誤點：（甲）所有人對於所有物之關係，為物權關係；雙務契約危險之負擔，乃債權關係。以物權關係為決定債權關係之標準，殊屬未當。（乙）由雙務契約而生之債務，未必均有標的物，從亦未必有所有人，故此主義不能適用於一切之雙務契約。（丙）由雙務契約而生之債務，縱有標的物，未必盡屬契約當事人所有，間有屬於第三人所有者，此際若依所有人主義，則其危險應由第三人負擔，既不合理；且此場合，債權人尚應為對待給付否？依所有人主義，亦無從斷定。故不足採。（二）債權人主義，主張由雙務契約所生之危險，應由債權人負擔。故債權人不

得免爲對待給付之義務。此說亦有三誤點：(甲)倡債權人主義之學者，均謂由雙務契約所生之兩債務，各各獨立，不相關聯。故一方之契約，給付嗣後不能時，相對人之債務，不受影響。然由雙務契約所生之債務，非絕對獨立，亦有互相牽聯之處。法律就其履行，既認同時履行之抗辯，而就其給付不能，獨認兩債務各各獨立，殊無理由。(乙)在以交付第三人所有物爲債權之標的時，若依債權人主義，則債務人一面既因此免其給付義務，一面仍有請求對待給付之權利，是因給付不能，反得意外之利益，尤欠公允。(丙)在債務人就一個所有物，訂立數個雙務契約之場合，(如重複買賣)其物因不可歸責于當事人之事由滅失時，若依債權人主義，則債務人只蒙一個之損失，而受領數個之對待給付，亦因之反得利益，至爲不當，故此主義不足採取。(三)雙方分担主義。主張其損失應由債權人與債務人平均負擔。即債權人應負擔一半之損失，與債權人主義有同一之缺點，亦難全部採取。(四)債務人主義。謂其損失應由債務人負擔，債權人無須爲對待給付，較爲正當。故我民法採之。

給付因不應歸責於當事人之事由而不能者，則債務消滅，債務人之相對人，以不受何等之利益，故法律特免其爲對待給付之義務。苟就於給付之不能，第三人應負損害賠償之責任，相對人已依第二百五十五條二項之規定，向債務人請求，交付其所已受領之賠償物，或讓與其損害賠償請求權時，則相對人已受利益，自不得免爲對待給付之義務。但其賠償物或請求權之價額，少於債務標的之價額者，相對人無須履行對待給付之全部，應按其受益之比例，減少對待給付之額。(舊民律第五三四條二項參照)

在雙務契約給付不能時，相對人有應減少對待給付之額者，有應完全免其義務者，既如前述。苟相對人已爲對待給付之後，債務人之給付方不能時，則相對人所爲之給付，已超過其所負擔之外，此際其所超過之部分，自得依不當得利之規定，請求其返還。(第二六六條二項)

第二 給付之不能因應歸責於相對人之事由時 雙務債約當事人一方所負擔之給付因應歸責于相對人之事由而不能時，則該當事人固免其責；而相對人不能免為對待給付之義務。（第二六七條前段）何謂應歸責于相對人之事由，民法並無明文，不外準用第二百二十條至第二百二十四條之規定而已。在當事人一方所負之債務，因歸責于相對人之事由給付不能時，其相對人對於該當事人，依侵權行為之規定，往往應負損害賠償之責。而又不免為對待給付之義務，雖有因一個行為，負二重責任之嫌；然相對人為對待給付之義務者，乃其契約上固有之義務，非損害賠償之義務。且相對人因不得免為對待給付之故，其損害賠償之義務，依損益相抵之原則，亦有從而減輕或消滅者。則使相對人仍負為對待給付者，實非課之以分外之負擔也。

當事人之一方所負擔之給付，因歸責于相對人之事由而不能時，則該當事人固應免其義務，且不失對待給付之請求權。惟因免債務而得之利益，或因故意怠于取得之利益，應由對待給付中扣除之。蓋債務人雖不應因相對人之行為受損失，然因之反得利益者，亦欠公平也。（第二六七條但書）例如甲約以某馬賣乙百金，嗣該馬為乙所殺，則甲雖仍得請求百金之價，然應扣除因售其死馬于丙所得之利益是也。

以上係就其給付不能，直接因應歸責於相對人之事由而生者而言。倘當事人一方所負擔之給付，于相對人受領遲延後，因不可歸責于當事人之事由致不能時，該當事人亦不失其請求對待給付之權利。蓋相對人苟不遲延受領，則其債務早已履行，無生給付不能之餘地，是其遲延受領，即給付不能之間接原因，故不能免其對待給付之義務。惟債務人因免其債務所得之利益，及其怠于取得者，與前所述，同應于對待給付中扣除之。（舊

民律第五三五條二項參照)

第三 給付之不能因應歸責于債務人之事由時 雙務契約當事人之一方所負擔之給付，因應歸責于其自己之事由而不能時，其相對人雖得請求賠償損害，與解除契約，（第二二六條及第二五六條參照）但不得因此避免其對待給付之義務。惟其後相對人若解除契約，則其契約自始無效，相對人自不負對待給付之義務，此點與一般契約無異。故民法不特設規定，祇使之適用關於一般契約之規定而已。

第二項 利他契約

利他契約，亦稱因第三人利益所為之契約，卽以使第三人取得給付請求權為目的，當事人之一方向相對人要約，使向第三人為給付，相對人承諾之，依之而成立之契約也。例如死亡保險契約，及因提存所為之寄託契約皆是，〔一五四〕其向相對人要約者，謂之要約人；其相對人謂之允約人，亦稱債務人。此種契約成立之結果，祇第三人受利益，或第三人與允約人受利益，要約人則不沾絲毫之利益。因是之故，羅馬法特否認其效力；然現今各國之民法，以此等契約，亦為實際上所需要，又不背公之秩序與善良風俗，多明認其有效。茲分述之。

〔一五四〕死亡保險及提存，其性質當然為利他契約。此可稱為「基于契約性質之利他契約」此外有其契約性質上，本非利他契約，當事人合意以之為利他契約者。如出賣人與買受人約明，其價金買受人逕交第三人。此可稱為「基于當事人意思之利他契約」。

第一目 利他契約之性質

（一）利他契約為要約人與允約人之間所成立之契約 在利他契約，第三人雖因契約之效果，取得利益，然第

三人非為契約之當事人，參加契約之訂立。其契約之當事人，乃要約人與允約人。要約人係以自己之名而結約，非代理第三人。以第三人之名而結約。是即其與代理人所為契約之異點。

(二) 利他契約係要約人因使允約人向第三人為給付而訂立之。利他契約，係以使允約人向第三人為給付為其內容；第三人即因其給付而受利益。若其契約非以使允約人向第三人為給付為內容，第三人縱因其契約而受利益，非利他契約。例如甲向乙承擔丙對乙所負擔之債務是。

(三) 利他契約係以使第三人直接取得給付請求權為目的。即其結約之目的，在使第三人對於允約人直接取得給付請求權，允約人對於第三人負擔給付之義務。苟不以此為目的，徒約明允約人應對第三人為給付者，則允約人只對要約人負擔「應向第三人為給付」之義務，其與第三人之間，毫無法律關係之存在，此種契約，亦非利他契約。

## 第二目 利他契約之效力

(一) 對於第三人之效力 利他契約成立後，第三人對於允約人，即直接取得請求給付之權利，不以第三人對於允約人表示享受其利益之意思為必要。(第二六九條一項後段) 但其後第三人對於當事人之一方，表示不欲享受其利益之意思時，視為自始未取得其權利。(同條三項) 蓋以當事人之契約，使第三人負義務，固為理法所不許；而以當事人之契約，反於第三人之意思，使其取得權利，亦屬無視其自由。故第三人已表示不欲享受利益之意思時，應視為其自始未取得權利。〔二五五〕

〔一五五〕舊民律第三九條二項，從日本民法第五三七條二項，規定第三人之給付請求權，自第三人對於允約人表示享受利益之意思時發生。是其權利之發生，亦基於第三人自身之意思表示，非單純基於要約人與允約人所訂定之契約，未免反於利他契約之本質。故新民法改從德國立法例，規定利他契約成立時，第三人之權利，即時發生。但其後第三人表示不願享受利益之意思時，視為自始未取得權利，實屬正當。  
（德民第三二八條，第三三三條參照）

在第三人未表示意思之前，其欲否享受利益，尙未明瞭，從其所有之給付請求權，亦不確定。當事人不妨另以契約變更或撤廢其契約。（同條二項）而在第三人表示享受利益意思之後，則無此權利；因此際第三人已確定的取得給付請求權，如仍許當事人變更或撤廢其契約，則不免侵害第三人之權利，非所以保護第三人之道也。第三人享受利益之意思表示，於契約成立後，無論何時，均得爲之。但當事人已廢止契約者，則不在此限。又其意思表示，得向當事人之一方爲之。此乃類推適用第二百六十九條三項而生之結果也。

（二）對於要約人之效力 利他契約之要約人，於契約成立後，得請求允約人向第三人爲給付，第三人已否表示享受利益之意思，可不問之。蓋第三人雖因契約之效果，取得給付請求權，然要約人爲契約之當事人，當然得請求允約人向第三人爲給付。（第二六九條一項前段）要約人之給付請求權，與第三人之給付請求權，同其目的，因一回之給付，兩權利同歸於消滅，與連帶債權，極爲類似；然連帶債權人，得請求債務人向自己爲給付，而要約人不得請求允約人向自己爲給付，只得請求其向第三人爲給付，故與連帶債權又有區別。

要約人之給付請求權，應於第三人未表示不欲享受利益之意思以前行使之。若第三人已表示不欲享受利

益之意思，則要約人之請求權，因履行不能而消滅。惟此際要約人得請求允約人向自己為給付，或以他人代第三人否歟？是不外於各場合，解釋契約之趣旨定之。〔一五六〕

〔一五六〕由通常情形言，因訂立買賣或其他有價契約，而為利他之約束時，若第三人表示不願享受利益之意思，要約人自得改由自己或他人受領給付。反之，因訂立贈與或其他無價契約，而為利他之約束時，若第三人表示不願享受利益之意思，則要約人不得請求允約人，向其自己或他人為給付。

（三）對於允約人之效力，允約人因契約成立之結果，負向第三人為給付之義務，第三人已表示享受利益之意思，於其義務之成立，毫無影響。從第三人尙未表示此意思，允約人亦須負此義務。蓋此時第三人對於允約人請求給付之權利，雖尙未確定而不可動，然要約人對於允約人請求向第三人為給付之權利，早已完全發生也。惟允約人之義務，係由契約之效果而生，自得以契約之抗辯對抗第三人。（第二七〇條）所謂契約之抗辯者，即基於契約自體而生之對抗事由之謂，如契約無效，或被撤銷，及同時履行之抗辯等均屬之。

### 第三目 補償關係與對價關係

（一）補償關係 允約人願與要約人訂立利他契約，其與要約人之間，必有一定之原因關係，學者稱之曰補償關係。此關係有種種：（甲）有因使要約人同時負擔對待給付之債務者，此際其所結之契約，同時為雙務契約。（如甲乙訂立買賣約明以其價金交付第三人）允約人對於第三人所負之債務，與要約人對於允約人所負之債務，互為對價，應適用第二百六十四條以下之規定。（乙）有出於無償給與之目的者，其契約同時為贈與

契約。(丙)有因使允約人對於要約人已負之債務歸於消滅者，其契約同時爲更改契約。此等原因關係，通常構成契約內容之一部。故利他契約，常爲有因契約。

(二)對價關係 要約人特與允約人訂立契約，使第三人直接取得請求權，其與第三人之間，亦不可無一定之原因關係。學者稱之曰對價關係。此關係有三種：(甲)有因使要約人對於第三人所負之債務歸於消滅者，(乙)又因使第三人對於要約人負擔債務者，(丙)有要約人對於第三人立於間接代理之關係者。(如甲以自己名義代丙向乙締結契約是)此等關係，乃要約人與第三人間之內部關係，非利他契約內容之一部。故其關係之存否，與契約之效力無涉。但其關係不存時，要約人得依不當得利之規定，請求第三人返還利益而已。

#### 第四目 賴他契約

賴他契約，亦稱以第三人之行爲爲標的之契約，即當事人之一方與相對人約明，應使第三人爲一定行爲之契約也。夫契約之效力，原則不及於第三人。以契約使第三人負擔債務，雖爲理論所不許；然當事人之一方，因之自對於相對人，負使第三人爲一定行爲之債務，則無反於契約之本質。故我民法特明認其有效。(第二六八條)

當事人訂立賴他契約時，其意思有只在由當事人之一方，勉力設法使第三人爲一定行爲者。有在由當事人之一方，負責担保第三人必爲一定行爲者。前之場合，該當事人若已竭其能力，縱第三人不爲一定之行爲，其債務即因給付不能而消滅，〔二五七〕該當事人完全免其責任。後之場合，則不然。該當事人縱已盡其能事，若第三人不爲一定之行爲，仍屬債務之不履行，應任不履行損害賠償之責。究竟當事人之真意何在，應於各場合具體的就契約



之內容決定之。當事人意思不明時，應認當事人之一方，負有担保第三人必為給付之義務，故第三人不為給付時，該當事人不問有無過失，均不得免其損害賠償之責任。（第二六八條）因通常訂立賴他契約時，當事人之意思，多在此而不在彼，故民法特設此推定的規定也。

〔一五七〕舊石坂音四郎謂：此際債務人因已為履行，故免其義務，（同氏日本民法債權總論第二二四八頁參看）洪文淵氏債總釋義第三一四頁從之。余不贊成其說，因斯時債權人向未達其目的，不得謂其債權業已履行，只得謂為給付不能，其債務實因給付不能而消滅故也。

### 第六款 契約之確保

債權契約雖可發生種種之債務，然其後債務人願意履行其契約上之債務與否，則為不可知之事。故契約當事人常預行設法，以確保其契約之履行。如設定担保物權，訂立保證契約，交付定金，及約定違約金等皆是。担保物權，應於物權法述之；保證契約，應另詳於後，茲只就定金之支付，及契約金之約定分述之。

#### 第一項 定金之支付

定金之支付，俗稱付定。即契約當事人於訂約之時，由其一方支付金錢（定金）於他方之謂也。契約之有付定者，其契約因付定而成立；故付定為其契約成立之要件。學者稱其所支付之金錢，曰成約定金；以與證約定金、契約定金、解約定金對立。然單純之證約定金、契約定金、解約定金，為我民法所不認。此由第二百四十八條之「其契約視為成立」一語得推知之。但成約定金，性質上當然兼有證約定金之效用。又當事人不妨以合意，使成約定金，兼有契約定金或解約定金之性質。證約定金者，謂因證明契約之成立所支付之定金。違約定金者，謂付定人不履

行其債務時，其受定人得沒收之之定金。解約定金者，謂為保留解除權之對價所支付之定金。詳言之：即付定人得拋棄其定金，以解除契約；其受定人得償還定金之倍額，以解除契約之謂也。

契約之有付定者，其契約視為於付定時成立。（第二四八條）此係擬制的規定；故付定前其契約雖已具備必要之條件，其契約仍未成立。又其契約若已具備必要之條件，且已付定，縱當事人以契約內容非必要之點，尙待協議，或須用一定方式，其契約仍認為已成立。但未具備必要條件之契約，不因付定而成立。（一五八）

【一五八】陳瑾昆氏債總第二七八頁，謂契約當事人已授受定金時，則其主契約不問已否具備成立要件，均應視為成立。若依斯說，則契約之成立，只以支付定金為足，無須具備一切必要之條件，未免與事實相反。茲姑以買賣為例，其當事人尙未約明標的物或價金，只支付定金時，而謂其契約業已成立，有是理乎？

付定除使當事人間之契約即時成立外，尙生如何之效力乎？例如其定金將來應償還付定人否乎？當事人有特別訂定時從之。當事人為棄定、賠定、沒收定金等約定，均無不可。倘無特別訂定，則付定尙生左列之效果：（第二四九條）

（一）付定人已履行契約時，若其定金與付定人所負債務之標的物，為異種類之物，則受定人應償還其定金。若為同種類之物，則以其定金抵作給付之一部。

（二）契約因可歸責於付定人之事由，致不能履行時，付定人不得請求受定人償還其定金。

（三）契約因可歸責於受定人之事由，致不能履行時，受定人對於付定人，應加倍償還其定金。

(四) 契約因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行時，付定人得請求受定人償還其定金。

依上述規定觀之，我民法上之成約定金，實兼有契約定金之性質，而無解約定金之效用。然查我國各地，素有棄定賠定以解除契約之習慣。此項規定，是否適合於國情，殊不能令人無疑也。

## 第二項 違約金之約定

違約金之約定者，乃債務人向債權人約明，將來違反債務時，應對債權人支付一定金額之謂也。(第二五〇條一項)稱此約束，曰違約金契約。稱其所支付之金額，曰違約金。故違約金為違反債務之制裁，與違反債務之預定賠償額不同。但在通常情形，當事人雖訂立債務不履行之違約金契約，其意多在預先約定債務不履行之損害賠償額，其違約金實有約定賠償額之性質。故民法於當事人另有訂定外，特視債務不履行之違約金為債務不履行之賠償總額。(第二五〇條二項前段)此點已詳於第一部總論，茲不多及。

違約金有預定賠償額性質之場合，其效力若何？已於第一部總論詳述之。茲所欲言者，有債務違反制裁性質之違約金，其效力若何？是也。違約金有為債務不履行之制裁而約定之者，有為履行不適當之制裁而約定之者。所謂履行不適當者，即不完全履行之義。如不於適當時期，或不依適當方法履行債務等皆是。前之場合，債務人不履行債務時，債權人得請求支付違約金，及債務不履行之損害賠償。但其約定違約金之額過高者，法院得減至相當之數額。(第二五二條)又債務人已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。(第二五一條)後之場合，債務人履行不適當時，債權人即得請求支付違約金，及履行不適當之損害賠償。若並未為

不適當之履行，（如遲延後尚未履行之時）則並得請求其履行。（第二五〇條二項但書）但其違約金之額過高時，法院得減至相當之額。又債務人已爲一部適當之履行時，法院得比照債權人因一部適當履行所受之利益，減少違約金，與債務不履行之違約金同。（第二五一條第二五二條）

違約金本限於金錢，但以金錢以外之給付，爲違反債務之制裁時，亦爲法所不禁。此種制裁，準用關於違約金之規定。（第二五三條）故可稱爲準違約金。

### 第七款 契約之解除

契約成立之後，當事人得以契約解除之。蓋解除契約，使復於契約成立以前之原狀者，其利害只及於當事人，於公益毫無關係，故應從契約自由之原則，使生解除之效力。此卽所謂「反對契約」可單純適用一般契約之通則，法律無特別規定之必要。此外尚有特別場合，當人事之一方，得以其一方的意思表示解除契約。本款所述之契約解除，卽屬此種。茲分項說明之。

#### 第一項 契約解除之意義

契約解除者，當事人之一方，基於契約成立後所發生之事由，以使其契約自始無效爲目的，所爲之單獨行爲也。分析言之：

（一）契約解除者單獨行爲也。就於契約之解除，各國立法例亦不一致。在法國民法，契約之解除，以相對人之同意，或可代之之判決爲必要。西民法從之。德國民法，規定契約之解除，單以一方的意思表示爲足。日本民法

從之。【一五九】我民法探德制。契約之解除，不要相對人之承諾，以單獨行為爲之。故與法律行為之撤銷同其性質。

【一五九】法民第一一八四條，意民第一一六五條，西民第一一六四條，德民第三四九條，日民第五四條參照。

(二) 契約解除以使其契約自始無效爲目的。契約被解除時，其契約自始無效。所謂自始無效者，即溯及契約成立之當時，不生效力之義。故其契約尙未履行時，則當事人雙方均免其義務；已履行時，則當事人就其已受領之給付，負返還於相對人之義務。

(三) 契約之解除基於契約成立後發生之事由爲之。契約之解除，影響於當事人者甚大，故當事人之一方，欲以單獨行爲解除其契約，不可無其原因。其原因不外兩種：即契約成立後所發生之約定事由，及法定事由是也。前者係契約成立當時當事人所約定者。後者爲法律所規定者。（本款第二項參看）此兩種事由有一發生時，當事人均得解除契約，稱此解除契約之權利，曰解除權。

基於法定事由之契約解除，與契約之撤銷，極爲相似。蓋契約之撤銷，亦生契約自始無效之效力，且基於法定事由故也。雖然在契約之解除，其原因之法定事由（如不履行）係於契約成立後發生；在契約之撤銷，其原因之法定事由（如錯誤）係於契約成立之際存在。二者絕不相同。【一六〇】

【一六〇】解除與撤銷，除其原因不同外，尙有兩大異點：（一）範圍不同。即解除僅得就于契約爲之；反之，撤銷得就于一切法律行爲爲之，不以契約爲限。（二）效力不同。即契約解除後，各當事人互負回復原狀之義務。（本款第四項參照）反之，法律行爲撤銷後，其各當事人祇依不當得利之規定，負返還利益之義務。

## 第二項 契約解除之原因

### 第一目 約定事由

契約當事人，得以契約約明，於如何事由發生時，得解除契約。是即解除權之保留。此種約款，無害公益，自有效力。嗣後其事由發生時，當事人之一方，即得以之為理由，向相對人解除契約。例如甲向乙定購印章一顆，約於某日交付，並聲明如有逾期，得解除契約。其逾期即解除原因之約定事由。

解除權之保留，不問就於雙務契約，抑片務契約，均得為之。且得約定，當事人之一方或雙方，有解除權。又其解除權之保留，不必於訂立原契約之當時為之；即其後另以特約保留之，亦無不可。

解除權之保留，通常雖均以一定事由之發生為條件，但不妨許當事人之一方或雙方任意為解除。又得約定任意解除契約時，應支付一定之金額，是即所謂解約金。

### 第二目 法定事由

契約解除原因之事由，法律所規定者，得大別為二：一為一般契約共通之解除原因。一為各個契約特有之解除原因。後者應於各種契約中述之；茲只就前者，言其大要。法律上所規定一般契約解除原因之事由，得分為二：即給付不能，及履行遲延是也。分述於左。

#### 第一 基於給付不能之契約解除

(甲) 契約當事人之一方所負擔給付，因歸責於己之事由，全部不能時，相對人得解除契約。(第二五六條及

## 第二二六條一項)

(乙) 契約當事人之一方所負擔給付，因歸責於己之事由一部不能，其他部分之履行無益於相對人時，相對人得解除契約。(第二五六條及第二二六條二項)

## 第二 基於履行遲延之契約解除

(甲) 契約當事人之一方所負擔給付，履行遲延，經相對人定相當期限催告，債務人仍不履行時，相對人得解除契約。(第二五四條) 債務人於此期限內履行一部，然其一部之履行，於相對人無利益時亦同。

(乙) 依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期為給付，不能達其契約之目的者，當事人之一方不於該時期為履行時，相對人得不為催告，即時解除契約。(第二五五條)

## 第三項 契約解除之方法

契約解除，應以一方的意思表示，向相對人為之。既解除後，當事人不得撤回，蓋防其法律關係久不確定，致害交易之安全也。(第二五八條一項三項)〔二六一〕

〔二六一〕第二五八條三項，本定「不得撤銷」，而非「不得撤回」。然宜改為不得撤回為合理。蓋撤回得任意為之，而撤銷則限于有一定原因時，方得為之。解除之意思表示，雖不應許其任意撤回，而基于法定原因所為之撤銷，則不宜加以禁止。例如被脅迫為解除之表示時，自應許其撤銷是也。

當事人之一方有數人時，其契約解除，只得由其全體或向其全體為之。(第二五八條二項)但其全體所為

之意思表示，或向其全體所爲之意思表示，不要同時爲之。即異時爲之亦可。異時爲之時，則其解除行爲之效力，自爲最後之意思表示時發生。

解除之意思表示，得附條件或期限否歟？民法上無特別規定，似應適用法律行爲通則之規定而許之者。然許之時，則法律關係難免不能確定，依第三百三十五條二項之規定推之，自以不許之爲當。

#### 第四項 契約解除之效果

##### 第一目 回復原狀之義務

契約解除時，則其契約自始無效。故其契約尙未履行時，依契約之解除，各當事人均免其契約上之義務。因担保契約履行所供之担保亦消滅，違約金契約亦歸無效。在當事人之一方或雙方，已依契約趣旨向相對人爲給付時，則各當事人負有使相對人回復契約前原狀之義務。因生左之效果：（第二五九條）

（甲）各當事人已受領之給付要返還於相對人。其給付以物爲標的時，應將原物返還；以權利爲標的時，應將其已移轉之權利再移轉於原權利人；因給付性質無可返還時，應償還其價額；如勞務之供給，物之使用等皆是。應返還之物已毀損滅失，或因其他事由（如已賣出之類）不能返還時，則應償還其價額。其不能返還，是否因應歸責於返還義務人之事由而生，可以不問。但關於此點，外國立法例，非無反對之規定。（德國民法第三

##### 四七條參照）

（乙）各當事人應返還給付標的物之孳息於相對人。其標的物爲金錢時，須自受領時起附加利息償還之。若



爲其他之物時，則應返還其所收取之孳息。若其孳息業已消費，或因毀損滅失而不能返還時，應償還其原價額。

(丙)各當事人得向相對人請求償還費用。應返還給付標的物之當事人，就其給付標的物已支出必要費或有益費時，得於相對人受返還時所得利益之限度內，向相對人請求償還。

當事人已因履行契約互爲給付後，其契約方解除時，則其雙方均負使相對人回復原狀之義務，其義務之履行，應交互爲之，並使各當事人得提出同時履行之抗辯。其他關聯於履行之事項，一切準用關於雙務契約履行之規定。(第二六一條)因雙方既互負回復原狀之義務，與雙務契約同其性質，故以準用其規定爲宜。

## 第二目 損害賠償之義務

契約當事人之一方所負擔債務，履行遲延，或因歸責於己之事由給付不能時，其相對人依第二百三十一條一項及第二百二十六條一項，得向債務人請求賠償損害；同時依第二百五十四條及第二百五十六條，亦得解除契約。然則此損害賠償請求權，及契約解除權，得一併行使之否乎？詳言之：即解除契約後，債務人仍負賠償損害之義務否乎？就此問題，各國立法例，不能一致：(一)德國民法規定，此兩種權利，只得擇一行使，故已解除契約時，即不得請求賠償損害。(同法第三二五條)(二)法國民法規定，債務人不履行債務時，債權人得解除契約，併得請求不履行之損害賠償。(同法第一一八四條二項)(三)瑞士債務法規定，因歸責於債務人之事由，解除契約時，得請求賠償因其契約消滅所生之損害。(同法第一〇九條)(四)日本民法規定，解除權之行使，不妨損害賠償之請求。(同法第五四五條三項)其損害賠償一語，究係何指，雖規定不明，然其國學者之通說，則謂係與

法國民法採同一之主義，亦指債務不履行之損害賠償。

我民法第二百六十條云：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」係直接採用日本之法例，不外亦許債權人於解除契約之後，仍得行使其固有之不履行損害賠償請求權。夫不履行損害賠償請求權，本為契約之效力，今其契約既因解除而自始無效，仍使債權人得為不履行損害賠償之請求，雖非不與理論相反；但因債務人之不履行，而解除契約之場合，僅以債權人已解除契約之故，即使其所已受之損害，無可取償，實際上亦欠公允。民法於理論與實際之間，權其輕重，故特設上述之規定。

第二百六十條所謂損害賠償，既係指不履行之損害賠償而言；則因其不履行（指給付不能與履行遲延）所生之一切損害，債權人自得請求債務人賠償。惟債權人因契約解除所得之利益，亦應依損益相抵之原則，由損害額中扣除之。例如因債務人給付不能而解除契約時，若係雙務契約，其債權人因解除結果，已免其為對待給付之義務，得有利益。則此利益額應由損害額中扣除之是也。

#### 第五項 契約解除權之消滅

契約解除權為財產權，且為形成權；故為一般財產權及形成權之消滅原因者，亦為解除權消滅之原因。如解除權之拋棄，當事人之混同，及權利之行使皆是。此外契約解除權，尚有固有之消滅原因。茲列舉於左：

（一）給付標的物因歸責於解除權人之事由毀損滅失或其他情形不能返還者，解除權人因歸責於己之事由，致已受之標的物毀損滅失，或其他情形不能返還時，則解除權人不能履行回復原狀之義務，故解除權消滅。

(第二六二條前段)

(二) 給付標的物因加工或改造已變爲他種類之物者 解除權人因加工或改造，將其所受領之標的物，變爲他種類之物時，則解除權人亦因之不能履行回復原狀之義務，其解除權消滅。(第二六二條後段)

(三) 解除權逾期不行使者 當事人以契約定解除權行使之期間時，解除權人應於此期間內行使解除權；否則失其權利。當事人未定解除權行使之期間時，則相對人得定相當期限，催告解除權人，令其於此期限內，爲是否解除之確答；若解除權人逾期不爲解除時，則解除權消滅(第二五七條)

以上所述，皆契約解除權之消滅原因。於茲有應注意者，即當事人之一方有數人之場合，解除權於當事人之一人消滅者，於他人亦消滅是也。(舊民律第五五六條二項參照)蓋一當事人解除權已消滅後，若他之當事人尚得行使解除權，其結果與許各當事人單獨行使解除權無異，將生複雜之法律關係，大背第二百五十八條二項規定之趣旨也。其解除權於當事人之一人消滅時亦同。至當事人雙方均有解除權時，則其兩解除權各各獨立，不相關涉；故一方之解除權雖消滅，他方之解除權不受影響。

#### 第六項 終止契約

終止契約者，以使繼續的契約中途失效爲目的，所爲之單獨行爲也。終止契約爲單獨行爲，且能使已生效力之契約，喪失其效力，此與解除契約同。所異者，解除可使契約自始無效，而終止則祇使契約中途失效耳。(一六二)

【一六二】終止契約一語，淵源於德語之 *Kündigung*。德國民法，認解除契約與終止契約之區別。其稱解除契約爲 *Rücktritt*，以與 *Kuh*

相對立。日本民法，則將此二者混而爲一。其關於終止契約之規定，或稱「解除」，或稱「解約」，或稱「解約申入」，用語不有一致，其國學者多非難之。我新民法特創終止契約之名稱，實屬至當。

終止契約，有應基於一定之事由爲之者，有得任意爲之者，此皆依法律之所定。如第四二四條、第四三〇條、第四三五條二項、第四三六條、第四四〇條、第四四三條二項、第四四七條二項、第四八四條二項、第四八五條、第四八九條一項等，屬於前者。如第四〇三條、第四五〇條二項、第四五二條、第四八八條二項、第五一一條、第五四九條等，屬於後者。稱當事人終止契約之權利曰終止權，與解除權同爲形成權之一種。

終止契約爲單獨行爲，故應向他方當事人以意思表示爲之。其契約當事人之一方，如有數人，其終止之意思表示，應由其全體或向其全體爲之；且其意思表示不得撤回，與解除無異。（第二六三條及第二五八條）

終止契約，只使其契約向將來失其效力，不遡及既往。故其契約雙方當事人，不負回復原狀之義務；此即其與解除不同之點。但其終止權之行使，亦不妨損害賠償之請求。故契約當事人之一方依法律規定，同時有終止權及損害賠償請求權之場合，（第四三二條二項、第四三八條二項、及第四六八條二項、第四七二條二款參照）該當事人於終止契約之後，仍得請求賠償損害。（第二六三條、第二六〇條）

## 第二節 因買賣而生之債

### 第一款 買賣之意義及性質

買賣者，當事人約定，一方移轉財產權於他方，他方支付其價金，依之而成立之契約也。（第三四五條）故買

買要具備二條件

(一)當事人之一方允移轉財產權於他方 爲此約束之當事人，謂之出賣人；其他方即買受人。財產權云者，謂有財產的價值之一切權利；物權債權固無論矣，即商標權、著作權等亦包含之。若非財產權，縱有財產的價值，亦不得就之成立買賣。如義務上之秘密及營業上之顧客皆是。但此種財產權，不以現屬於出賣人者爲必要，即他人所有之權利，亦可爲買賣之標的。蓋買賣契約，乃債權契約，契約成立後，出賣人祇移轉財產權於買受人之義務，非其財產權因契約之成立，直歸於買受人故也。(一六三)

〔一六三〕將來可生之權利，現尙無從移轉。以移轉未發生之權利爲標的之買賣，即以不能之給付爲標的，其契約無效。但有第二四六條一項但書及二項之情形者，則不在此限。在此例外情形，出賣人于其後權利發生時，固應移轉之于買受人，然不負使其權利發生之義務。是即買賣與承攬之異點。因承攬人有製作物品(即完成工作之一種)之義務故也。

(二)他方允支付其價金 此即買賣與他之契約相異之點。蓋當事人之一方，既允移轉財產權，若其他方不爲何等之約束時，則其契約乃贈與而非買賣。又雖爲一定之約束，然其所約束者，若不在支付價金，而在移轉他之財產權時，則其契約乃互易亦非買賣。價金云者，爲買賣標的物之代價，所支付之金錢也。金錢者，乃由代表價格方面，觀察貨幣所與之名稱，不限於通用貨幣，即自由貨幣亦包含之。又價金之數額，無須自初具體的約定，依其情形可得而定者，亦無不可。例如約定照市價計算是。約定依市價計算價金時，如已約定依何時何地之市價者從之。否則應依標的物清償時清償地之市價。(第三四六條)

具右列要件時，買賣即時成立。此外不要交付現物，作成書據，故為諾成且不要式契約。又買賣成立後，各當事人負擔互為對價之債務，故為雙務且有償契約。

買賣契約，在有償契約中，最屬重要；故法律對之特設詳密之規定。且於其契約性質上所許者為限，準用此等規定於其他之有償契約。蓋就於有償契約，既不如雙務契約有總則之規定，苟非如是，則規定上必多繁複也。（第三四七條）

## 第二款 買賣之效力

### 第一項 出賣人之義務

#### 第一目 移轉權利及交付標的物之義務

出賣人於買賣契約成立後，負移轉財產權之義務。惟財產權之種類不一，有為所有權者，有為其他之權利者。在以所有權為標的之買賣，〔一六四〕出賣人若只移轉所有權，而不交付標的物，買受人尚不得行使其權利；故出賣人於移轉財產權之外，更負交付標的物之義務。其在以其他權利為標的之買賣，買受人本只以取得其權利為足，故出賣人亦不負交付標的物之義務；但因其權利得占有一定之物時，出賣人亦應將標的物交付買受人。如地上權、永佃權之買賣，即其例也。（第三四八條）

〔一六四〕第三四八條，分出賣人為物之出賣人與權利之出賣人兩種，其用語至為不當。蓋一切之買賣，無不以權利為標的。其所謂物之出賣人者，實即所有權之出賣人，權利之出賣人者，實即其他權利之出賣人故也。

## 第二目 瑕疵擔保義務

出賣人負移轉財產權及交付標的物之義務，既如前述。若其財產權於契約成立之際，只指定種類，而未具體的確定，則出賣人固應移轉其所指定種類之完全財產權，及交付其完全標的物於買受人。苟其財產權於契約成立之際，已具體的確定，則出賣人只負以契約成立時之狀態，移轉該財產權及交付其標的物之義務；其財產權自體及其標的物有無瑕疵，可不問之。故其財產權自體或其標的物，於契約成立之際，已存有瑕疵時，出賣人本得以瑕疵之財產權及其標的物，移轉於買受人，買受人不得有拒絕。然如此辦理，不特足使買受人蒙不測之損害，且其結果將使出賣人故意隱秘其權利或其標的物之瑕疵，以欺罔買受人，圖得不法之利益。法律爲防此流弊，特課出賣人以瑕疵擔保之義務。瑕疵擔保者，即出賣人擔保買賣成立之際，其財產權自體及其標的物無瑕疵之謂。由斯而言，則瑕疵擔保義務，祇於買賣特定物權及特定權利之場合存在，若在不特定物物權買賣之場合，不生何等之擔保義務。「一六五」而我民法倣德國民法，對於不特定物之買賣，亦設瑕疵擔保之規定，實屬未當。（參照第三六四條及德國民法第四九一條）蓋在不特定物物權買賣之場合，買賣標的物於契約成立當時，尙未確定，即使出賣人擔保其無瑕疵，既爲理論所不許。且其後出賣人以有瑕疵之物爲履行時，買受人本得以違約之理由而拒絕之，不必主張其有擔保之責。因不特定物之出賣人，已約明交付某物，則其所謂某物者，當然無瑕疵之物而言。若出賣人以有瑕疵之物爲給付，即屬不完全履行；買受人已可依此行使權利，何必論及擔保義務之有無哉？茲姑依我民法之規定分述之。

〔一六五〕日儒鳩山秀夫，（同氏日本債權法各論第三五〇頁）未弘敏太郎，（同氏債權各論第四一七頁）均主張不特定物之出賣人，理論上不負瑕疵擔保義務。其理由與本書所述者，大體相同。但其國學者之通說，則與之相反。

### 第一 關於財產權自體瑕疵之擔保義務

（一）擔保義務之內容 關於財產權自體瑕疵之擔保，亦稱追奪擔保；即擔保契約成立之際，其財產權確係存在，又無瑕疵是也。惟其內容依財產權之種類而異：（甲）買賣所有權時，不問為動產所有權，抑為不動產所有權，出賣人應擔保契約成立時，第三人就於標的物，無對買受人得主張之權利。（第三四九條）（乙）買賣債權或其他權利時，則出賣人應擔保訂立契約時，其權利確係存在。如其權利未發生，或已消滅，或其存在不確實時，出賣人應任其責。但在買賣有價證券上之權利時，出賣人除擔保訂立契約時，其權利確係存在外，尚應擔保訂立契約時，證券未因公示催告而宣示無效。（第三五〇條）蓋不如是，則買受人所購得者，仍不外一廢紙耳。至債權之出賣人，對於債務人之支付能力，以有特約為限，亦負擔擔保責任。此際出賣人應擔保債務人於債權移轉時有支付能力乎？抑擔保於清償期屆至時有支付能力乎？均依其契約之所定。若當事人之意思不明，則推定其擔保債權移轉時債務人之支付能力。（第三五二條）

上述之擔保義務，限於買受人於買賣成立之際，不知其權利有瑕疵之場合發生。苟買受人明知其情，而願與訂立買賣契約，則出賣人就其瑕疵自不負責。但當事人另有訂定者，仍從其訂定。（第三五一條）

（二）義務違反之制裁 出賣人就於財產權之瑕疵，既負擔擔保義務，然則違反其義務時則如何？依民法第三百



五十三條之規定，則出賣人不履行担保義務時，買受人得依關於債務不履行之規定行使權利，所謂「依關於債務不履行之規定行使權利」一語，其意旨雖不甚明顯，然不外依第二三一條、第二三二條、第二六四條及第二五四條、第二五五條、第二六〇條之規定，行使權利而已。詳言之：買賣財產權有瑕疵時，不問其瑕疵是否因歸責於出賣人之事由而生，若其債權已屆清償期，買受人得請求出賣人先除去瑕疵，而後移轉其財產權。若出賣人不為除去及履行，則買受人得依第二三一條、第二五四條及第二六〇條行使權利。如在移轉權利後方發見瑕疵時，買受人得請求出賣人除去其瑕疵。在出賣人尚未除去瑕疵之間，買受人得依第二六四條規定，拒絕自己所負擔之給付。（即價金之支付）出賣人除去瑕疵若有遲延，買受人得定相當期限而為催告。若出賣人於此期限內不除去其瑕疵時，買受人亦得依第二三一條、第二五四條及第二六〇條行使權利。以上係就遲延後其瑕疵除去於買受人尙有利益時而言。倘其除去瑕疵，因遲延而無利益於買受人時，買受人得依第二三二條、第二五五條及第二六〇條行使權利。

（三）關於担保義務之特約 法律所以課出賣人以瑕疵担保之義務者，不外保護買受人之利益，故出賣人不妨與買受人為免除或限制之特約。〔一六六〕但其免除或限制，法律上亦有一定之限度，即不得免除出賣人故意不告知瑕疵之責任是也。為此特約時無效。（第三六六條）

〔一六六〕瑕疵担保義務，單純基于法律之規定而生，非基于當事人之意思表示而生。蓋法律為維持交易上之安全，特設此規定。學者有以担保義務，基于出賣人之默示的意思表示者。（德儒 Planch）殊嫌無據。惟此項規定，非絕對強行法規，故于一定限度之內，許當事人訂立特

約以免除或制限其責任。

## 第二 關於標的物瑕疵之擔保義務

買賣契約以財產權為標的，財產權之種類頗多，有有標的物者，有無標的物者。買賣有標的物之財產權時，其出賣人對於標的物之瑕疵，亦負擔擔保義務。但其擔保義務，因標的物之為特定物抑為不特定物而有不同。茲分述之。

### (甲) 買賣特定物時

(一) 擔保義務之內容 在特定物之買賣，出賣人對於買受人，負二種之擔保義務：(一) 擔保於買賣標的物之危險移轉於買受人時，其物之價值，無滅失或減少之瑕疵。(二) 擔保同時其物之通常效用及約定效用，無滅失或減少之瑕疵是也。〔一六七〕但其減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵。(第三五四條一項) 所謂買賣標的物之危險移轉於買受人時者，即其標的物交付於買受人之時。但契約另有訂定者，仍從其訂定。(第三七三條) 此節當另詳於後，茲不多及。

〔一六七〕物之瑕疵，有就其價值而存在者。如金戒只含有銅質，價值因之減少是。有就其效用而存在者。如水缸因有小漏，不足盛水，只可改以盛米是。至物之效用如何，本應依通常情形定之；但當事人另有特約者，從其特約。前者謂之通常效用，如馬以載重或挽車是。後者謂之約定效用，如約馬以耕田是。

如右所述，係通常場合出賣人就於標的物瑕疵所負之擔保義務。尚有例外：



(1) 訂立契約時買受人已知標的物有瑕疵之場合 此際出賣人就於買受人已知之瑕疵當然不負責任。因其瑕疵有甚輕微，買受人以之為無關緊要者。或買受人以廉價購得其標的物，不因之蒙損害者。故法律特免除出賣人担保之責任。(第三五五條一項)

(2) 訂立契約時買受人因重大過失不知標的物有瑕疵之場合 買賣標的物之瑕疵，於訂立契約之際業已存在，而買受人因重大過失不知之時，與已知之者究無大異，故出賣人就其瑕疵亦不負責。但在(一)出賣人故意不告知瑕疵時，(二)出賣人以特約保證其無瑕疵時，出賣人仍負担保義務。(第三五五條二項)

(二) 關於担保義務之特約 前述關於標的物瑕疵之担保義務之規定，純為保護當事人之利益而設，限於當事人間無特別訂定之場合，方有適用。當事人就此瑕疵担保義務，已有特約時，不問其為加重法定担保義務者，抑為減輕担保義務者，均有效力。故當事人於法定担保義務外，尙以特約保證其標的物確有特種品質者。(如約此馬每日能行三百里以上之路程)則出賣人應担保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質。(第三五四條二項)又以特約免除或限制出賣人就於買賣標的物之瑕疵担保義務者，亦無不可。但亦不得免除出賣人故意不告知瑕疵之責任。為此特約時，無效。(第三六六條)

(三) 義務違反之制裁 出賣人違反關於標的物瑕疵之担保義務時(即其特定物有瑕疵時)不問其担保義務基於法律規定者，抑基於特別訂定者，買受人得解除契約，或按其瑕疵之程度，請求相當價金之減少。但依情形其解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。(第三五九條)又在(一)出賣人故意不告知瑕

疵之場合，(二)其標的物缺少出賣人所保證品質之場合，買受人得請求不履行之損害賠償，以代解除契約與減少價金之請求。(第三六〇條)綜上述各場合觀之，出賣人違反標的物瑕疵担保義務時，買受人不外取得三種之權利：即解除契約，請求價金之減額，及請求不履行之損害賠償是也。分述之。

(子)解除契約 因標的物有瑕疵而解除契約者，除適用一般契約解除之規定外，尚有左列特則。〔二六八〕

(A) 賣出數宗標的物中有一宗有瑕疵者，買受人僅得就一宗物解除契約。在以一個契約同時賣出數宗標的物之場合，其標的物中一宗有瑕疵時，買受人不得依一般規定，就契約之全部為解除，僅得就其一宗標的物解除契約。其以總價金將數宗物同時賣出者，買受人已為一部解除時，其買賣價金亦應減少與瑕疵物相當之價額。(第三六三條一項)但在各當事人非顯受損害，不能將有瑕疵之物與他物分離時，則買受人應就一切標的物解除契約，不能只就其一宗物解除契約。(同條二項)

(B) 因主物有瑕疵解除契約者，其從物之買賣亦生解除效力。主物之買賣，因其標的物有瑕疵被解除時，於同一當事人間所成立之從物買賣，已失其效用，故亦生解除之效力。但從物有瑕疵時，買受人雖解除從物之買賣，然主物之買賣，依然有效。(第三六二條)

〔二六八〕關於因標的物有瑕疵之買賣解除，民法除設有第三六二條第三六三條之特別規定外，其于第三六一條，尚設有解除權消滅之規定。然該條規定，與第二五七條完全重複，實屬毫無必要，應刪。

(丑) 價金減額之請求 價金減額之請求者，即買受人對於出賣人，以買賣標的物有瑕疵為理由，請求按其瑕

疵程度，減少買賣價金之謂也。由買受人方面觀察，不外一種請求權。其在當事人之一方有數人之場合，得由各人或向各人爲請求，非如契約解除權之行使，應由全體對於全體爲之。（參照第二五八條二項）但在一人爲減額之請求，他人不爲請求時，則只就其所負擔之價金爲減額，其效力不及于他人。其祇向一人爲請求，不向他人爲請求時亦同。

出買人既受請求後，即負減少價金之義務。其應減之額，當事人協議已諧時，從其協議。否則由法院酌量情形定其應減之額。

（寅）不履行損害賠償之請求 此種損害賠償，係以填補買受人，因買賣標的物有瑕疵所受之損害爲目的。故其所謂不履行者，係指不履行標的物瑕疵之担保義務而言，與債務全不履行者不同。蓋即履行不完全之一場合也。

不履行損害賠償之請求，亦對於出賣人爲之。其在當事人一方有數人時，得由各人或向各人爲請求，與價金減額之請求無異。

上述買受人所得行使之三種權利，有共同之消滅原因。茲舉於左：

（1）買受人發見其所受領之標的物有瑕疵而不通知出賣人者 買受人受領買賣標的物之時，應按物之性質，依通常程序從速檢查之。如發見有瑕疵，應即通知出賣人。若其瑕疵非通常檢查所能發見，至日後始發見者，亦應即時通知出賣人。怠于通知時，視爲承認其所受領之物，故買受人不得再行使前述三種之權利。（第三五

六條)但出賣人故意不告知瑕疵于買受人時,買受人不失其權利。(第三五七條)

買受人發見標的物之瑕疵時,不但得通知出賣人,以保留其應有之權利,且得拒絕有瑕疵物之受領。但由遠地送到之物,出賣人於受領地無代理人者,買受人有暫為保管之責。此際買受人應即依相當方法證明其瑕疵之存在;否則推定于受領時為無瑕疵。又其送到之物,易于敗壞者,買受人經物之所在地官署、商會、或公證人之許有,得變賣之。且其變賣於出賣人有利益時,並應變賣之。變賣時應即通知出賣人。若怠于通知,應負損害賠償之責。(第三五八條)

(2)出賣人交付有瑕疵之物于買受人已逾六個月者,買受人受領有瑕疵之物,已逾六個月,而不行使前述三種之權利者,不問其已否發見瑕疵,其權利即歸消滅。蓋非如是,則當事人間之法律關係永不確定,交易上甚感不便也。但出賣人故意不告知瑕疵時,不適用此規定。(第三六五條)〔二六九〕

〔一六九〕第三六五條只規定,契約解除權與減少價金請求權,因六個月間不行使而消滅,而不及不履行損害賠償請求權。然解除權及減少價金請求權,既已消滅,則不履行損害賠償請求權,斷無獨存之理,故應類推及之。(舊民律第五八五條,德民第四七七條,日民第五七〇條,第五六六條三項參照)

3)買受人就前述三種權利中已行使其一者,買賣標的物有瑕疵時,買受人固得行使前述三種之權利;然此三種之權利,本基於一個原因而生,買受人不得同時行使之,祇得擇一的行使其一權利而已。故買受人已行使其一權利時,他之權利當然歸於消滅。此點法律雖無明文,然依第三五九條及第三六〇條之規定得推知之。

【二七〇】但在當事人之一方有數人之場合，其一人（指多數買受人中之一買受人）已為價金減少之請求時，又對其一人（即多數出賣人中的一出賣人）已為價金減額之請求時，其他人或對其他人亦失契約解除權，然不失不履行損害賠償請求權。蓋解除權有不可分之性質，其一人或對其一人已消滅時，其他人或對其他人亦應消滅。（第二五八條二項參照）然不履行損害賠償請求權，則反是。其一人或對其一人雖消滅，然其他人或對其他人不妨存在也。其一人或對其一人，已為不履行損害賠償之請求時亦同。

【二七〇】第三五九條規定，得解除其契約，或請求減少其價金。由「或」之一字而觀，足見其僅得擇一的行使上述兩權利中之一權利。又第三六〇條有「得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償」云云。可見其請求賠償時，即不得解除契約與請求減少價金，不適用第二六條「解除權之行使不妨礙損害賠償之請求」之一般規定。

#### （乙）買賣不特定物時

不特定物之買賣與特定物之買賣同，出賣人就於標的物之瑕疵，亦負擔保義務。其担保義務之內容，與特定物買賣之場合無異。已詳於前，茲不復贅。惟就其担保義務之違反，法律有特別規定，有說明之必要。

不特定物之出賣人，違反標的物瑕疵担保義務時，（即其標的物有瑕疵時）買受人除依第三五九條及第三六〇條規定，得解除契約，請求價金之減額，或不履行之損害賠償外，且得請求另行交付無瑕疵之物，（第三六四條一項）以代契約解除，價金減額，及不履行損害賠償之請求。此可稱更換請求權。茲就更換請求權析述之。

(一)更換請求權之行使 此請求權之行使，亦對於出賣人爲之。在其當事人之一方有數人之場合，其請求得由各人或向各人爲之。但其標的物爲不可分物時，應由其全體或對於其全體爲請求。

在以一契約同時賣出數宗標的物之場合，其一宗標的物有瑕疵時，買受人僅得就其一宗物請求更換。但當事人若非顯受損害，不能將有瑕疵之物與他物分離者，買受人應就一切之物請求更換。

(二)更換請求權之效果 買受人請求更換時，則與之不兩立之他權利，(如契約解除權)因之歸於消滅。但在當事人之一方有數人之場合，其一人或對其一人，已爲交付無瑕疵物之請求時，其他人或對其他人，雖喪失契約解除權，然他之兩權利，不因之而消滅。

出賣人已受買受人更換之請求時，負交付無瑕疵物于買受人之義務。且對於新交付之物，仍負擔保責任。(同條二項)買受人亦負使出賣人回復標的物(卽有瑕疵者)交付前原狀之義務，與解除契約之場合無異。其回復原狀義務之內容，不外準用第二百五十九條定之。但因交付無瑕疵物遲延所生之損害，買受人自不妨以履行遲延爲理由，向出賣人請求賠償。

在同一當事人間，同時有主物及從物買賣成立之場合，因主物有瑕疵買受人已請求更換時，其從物之買賣，亦生請求更換之效力。蓋從物本隨主物以爲用，其間有不可離之關係也。但從物有瑕疵時，買受人祇得請求從物之更換，不得請求主物之更換。

(三)更換請求權之消滅 更換請求權，與買賣契約之解除權，其性質極爲相似。故第二百六十二條關於解除



權消滅之規定，理論上可準用於更換請求權。又此種請求權，與上述之契約解除權、價金減額請求權，及不履行損害賠償請求權，同為基于担保義務違反所生之權利。故為上述三種權利之共通消滅原因者，亦為更換請求權消滅之原因。但依第三百六十四條一項之規定，此請求權應于發見瑕疵後即時行使之，否則立歸消滅，不以受領後經過六個月為必要。（第三六五條參照）

## 第二項 買受人之義務

### 第一目 支付價金之義務

買受人負支付價金之義務。（第三六七條）此義務為金錢債務之一，故債編通則中，關於金錢債務之規定，于茲當然有其適用。惟此種債務，係由買賣契約而生，其與出賣人交付標的物之義務，有牽連之關係，依其性質有不能全然適用債編通則之規定者，故各國民法，就於此點，多設特別規定，我民法亦然。茲就其規定內容分述之。

（一）價金之額 在通常場合，買賣價金之額，多於契約上以確定數目明示之，從可依其契約以定其額，雖然，買賣契約只以買受人約明支付價金為要件，不以約明支付確定數目之價金為要件。故於契約約明依市場價格而定價金者，其契約當然有效。惟此場合，其價金應依何時何地市場之價格而定之乎？當事人有特約時從之，否則應依標的物清償期及清償地之市場價格，定其價金之額。（第三四六條二項）又當事人得約明，其價金之額，依標的物之重量計算之。此際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。（第三七二條）

(二) 價金支付之時期 價金支付之時期，當事人已約定時，從之。否則似應依第三百十五條之規定定其清償期；其買賣標之物之交付，附有期限與否，可以不問。雖然，買受人支付價金之義務，與出賣人交付標之物之義務，原由一個契約而生，且有牽聯之關係。故除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，其支付價金與交付標之物，應同時為之。(第三六九條)〔二七二〕又當事人已就標之物之交付約定期限，而于價金之支付，不附期限時，則其價金之交付，應推定為附同一之期限。(第三七〇條)因買賣以交付標之物同時支付價金為通例故也。〔二七三〕但此規定乃推定的規定，故當事人得舉反證排除其適用。

〔二七一〕此係就支付價金與交付標之物，均未附有期限者而言。其支付價金既應與交付標之物同時為之，故在其標之物未現實交付以前，價金支付之時期，即未屆至；出賣人根本不得請求履行，非但買受人得提出同時履行之抗辯而已。

〔二七二〕反之，當事人已就價金之支付約定期限，而于標之物之交付，不推定為附同一之期限。因通常情形，買賣之價金，亦多于標之物交付後方行支付故也。

(三) 價金支付之處所 買賣價金支付之處所，當事人已約定時從之。未約定之場合，若其買賣價金之支付，應與標之物之交付同時為之時，則須于交付標之物之處所支付之。(第三七一條)如是，則可在同一處所，一面交物，一面付款，于勞力費用，諸多節省。

(四) 價金支付之拒絕 價金之支付已屆清償期時，買受人本應對於出賣人如數支付。但在有正當理由，恐第三人就買賣標之物主張權利，致失其所買受權利之全部或一部時，買受人得視其危險之程度，拒絕價金全部或

一部之支付。蓋不如是，則買受人應將其價金支付于出賣人，只得請求不履行損害賠償，或解除契約；難保將來出賣人不因無資力之故，不能履行其義務（即賠償損害或回復原狀之義務）而害及買受人之利益也。但在出賣人已提出相當担保之場合，則買受人不得行使此權利。又出賣人不妨對於買受人請求價金之提存。（第三六八條）

### 第二目 受領標的物之義務

買受人不獨負支付價金之義務，且負受領標的物之義務。（第三六七條）出賣人既依契約本旨提出標的物，買受人無故不受領之時，不但為受領遲延，且為履行遲延。對於出賣人應賠償因之而生之損害。

### 第三項 買賣危險之負擔

買賣標的物于履行前，因不可歸責于當事人之事由滅失或毀損時，其損失應歸何人負擔乎？易言之：此際出賣人對於買受人，尚得請求價金全額之支付否乎？此即危險負擔之問題，依第二六六條一項之規定，雙務契約當事人之一方所負擔給付，因不可歸責于當事人兩方之事由而不能者，無請求對待給付之權利。買賣亦雙務契約之一，既可適用上述規定，似無再設特別規定之必要。然第二六六條中所謂給付不能者，乃指當事人之一方，不能履行一切之義務者而言。倘已履行其一義務後，不能履行他義務時，則不包含之。故如買賣之出賣人，本負數個之義務，若在移轉權利後，交付標的物前，其標的物因不可抗力歸於滅失時，出賣人得請求支付價金否歟？此問題究非依第二六六條之所能解決。故民法就於買賣，除適用第二六六條外，所以特設危險負擔之

規定。茲就其規定內容分說之。

第一 出賣人未移轉權利且未交付標的物時，在出賣人尙未移轉權利及交付標的物之間，買賣之標的物，因不可抗力滅失或毀損者，因之而生之損失，出賣人應負擔之，此即基于第二百六十六條之規定者也。其標的物已全部滅失時，則出賣人所負擔給付已屬全部不能，故依同條一項前段之規定，失請求價金支付之權利。其標的物只一部滅失或毀損時，則出賣人所負擔給付祇一部不能，故不失請求價金之權利，不過應依同條一項後段之規定，減少價金之額耳。

第二 出賣人已交付標的物于買受人時，出賣人已交付標的物于買受人，則買受人就其標的物得爲使用收益，故於其間買賣標的物因不可抗力滅失或毀損時，買受人亦應負擔其損失，對於出賣人，不得拒絕價金之支付，或請求價金之減額。（第三七三條前段第三七七條）

第三百七十三條前段所謂交付標的物者，本指出賣人已將標的物交付買受人接受者而言。但出賣人因買受人之講求，將標的物送交清償地以外之處所者，若出賣人已交付標的物于運送承攬人（二七三）其危險即歸買受人負擔。（第三七四條第三七七條）否則將因買受人之意思，加重出賣人之義務，於理殊未當也。此際買受人關於標的物之送付方法，有特別指示者，出賣人如無緊急之原因，應遵從之。倘違其指示，對於買受人因此而生之損害，應負賠償之責。（第三七六條第三七七條）

〔二七三〕運送承攬人一語，應從廣義解釋，即指一切從事運送事務之人。（舊民律第五九九條一項及德民第四四七條一項參照）與第六六

○條中之「承攬運送人」不可混同。

以上係就當事人關於標的物之危險負擔無特別訂定者而言。若有特別訂定時，從其訂定。（第三七三條但書第三七七條）故當事人不妨約明，其標的物之危險于交付前，即歸買受人負擔。但此時出賣人尙占有其標的物，就于其物難免支出種種之費用，此費用亦應由買受人負擔之。蓋其物之危險既歸買受人負擔，若此種費用仍使出賣人負擔，則出賣人將目視其物之毀損滅失，而不爲必要之處置，其結果買受人必蒙損害也。惟其費用應分爲必要費及有益費兩種。其屬於必要費者，買受人應依委任規定償還之；其屬於有益費者，應依無因管理規定償還之。（第三七五條、第三七七條）又此際買受人關於標的物之送交方法，有特別指示者，出賣人非有緊急原因，不得違其指示。否則對於買受人應賠償因之而生之損害。（第三七六條、第三七七條）

#### 第四項 買賣費用之負擔

訂立買賣契約，與履行買賣契約，常需種種之費用。此等費用應歸何人負擔乎？我民法第三百七十八條設有特別規定。析述于左。

- （一）當事人有特別訂定時，從其訂定。
- （二）當事人無特別訂定而有特別習慣時，從其習慣。
- （三）無特別習慣而法律另有規定時，從其規定。（第五七〇條參照）
- （四）法律無特別規定時，則依費用之種類，定其負擔之人。即（甲）訂立買賣契約之費用，如印花費鑑定費等，

由當事人雙方平均負擔。(乙)移轉權利之費用，運送標的物至清償地之費用，及其交付之費用，由出賣人負擔。(丙)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。

### 第三款 買回

#### 第一項 買回之意義

買回云者，出賣人依據訂立買賣契約時與買受人所爲之特約，返還其已受領之價金，及契約之費用于買受人，而解除買賣之謂也。(第三七九條一項，第三八一條一項)其所依據之特約，謂之買回特約。依此特約出賣人所得行使之契約解除權，謂之買回權。依此定義，則買回之性質，可分述於左。

(一)買回乃契約解除。就於買回之性質，學說及立法例未能一致。有以之爲基于買賣預約之再買賣者。有以之爲買賣之解除條件者。有以之爲附停止條件之再買賣者。有以之爲基于買回特約之契約解除者。就我國習慣而論，應以最後說爲適當。何則？我國習慣，當買賣不動產時，多于其買賣契約中，載明「得備原價取贖」等語，所謂取贖者，不外解除契約之意也。(一七四)

〔一七四〕契約解除說，爲我國之通說。陳瑾昆氏債各第三九頁，蔡天錫麟氏債各第三三頁，周新民氏債各第四八頁，李謨氏債各第四八頁參照。獨戴修瓚氏以之爲附停止條件之再買賣，即以買回特約爲再買賣契約，而以買回人之買回表示，爲其再買賣契約之停止條件。吳振源氏從之。(戴氏債各第五二頁以下，吳氏債各第四八頁參照)此說不但合于當事人之意思，而就我民法之規定而解釋，尤不可通。茲姑舉數點以證之。(一)第三七九條明認「買回之權利」，卽所謂買回權，此亦爲戴氏所承認。(見其債各第五五頁)若以買回特約爲附停止條件

之再買賣，則于其未爲買回表示以前，其再買賣契約，因其所附之停止條件尙未成就，亦不發生效力，其買回權究從何發生乎？此不可解者一。

(二) 第三七九條第三八一條及第三八二條，有「返還價金」及「償還費用」之文句，均屬關於回復原狀之規定。如果確係新買賣契約，而非原契約之解除，則當事人何以亦負此義務？此不可解者二。(三) 買回表示，若係再買賣之停止條件，則其條件成就之期間，理論上即不能加以制限。何以第三八〇條，有不得超過五年之規定？此不可解者三。余故從通說。

(二) 買回要依據買回特約爲之。買回雖爲契約解除之一種，然其解除要依據特約爲之，故於契約成立後，因買受人不履行義務，或其他之事由，依法律之規定，解除契約者，祇單純之契約解除，而非買回。

買回特約要與買賣契約同時訂立之。故出賣人于買賣成立後，與買受人訂立保留解除權之特約，依其特約解除契約者，亦非買回。但買回特約與買賣契約，本爲別個之契約。(即有主從關係之兩個契約)故嗣後以當事人之合意，解除其買回特約時，然買賣契約不因之而受影響。

(三) 買回要依返還價金及償還費用之方法爲之。通常之契約解除，依意思表示爲之，一經表示意思，即生效力。而買回則不然，不祇以意思表示爲足，且要現實返還其價金及費用於買受人，否則其解除無效。此爲我國學者之通說。(陳瑾昆氏債各第四三頁，周新民氏債各第五二頁，蔡天錫麟氏債各第三六頁，韋維清氏債各第四九頁參看)戴修瓚氏主張買回僅以意思表示爲足，不以同時返還價金及費用爲必要。戴氏債各第五六頁)吳振源氏從之。(吳氏債各第五六頁)

依上所述，則買回之性質可略明矣。瑞、奧、日民法，祇就不動產之買賣認買回，而對於動產則不認之。然買回既

不外契約解除之一種，獨對於不動產認之者，殊無理由。故我民法特做德、法民法之規定，不問動產不動產，均許其訂立買回之特約。〔一七五〕

〔一七五〕瑞士民法第二一六條，奧民第一〇七〇條，日民第五七九條，德民第四九七條，法民第一六五九條參照。

## 第二項 買回之方法

買回乃一種之契約解除，似可祇向買受人表示意思爲之，不以現實提出價金爲必要；然如此辦理，深恐出賣人有不願有無返還價金及費用之資力，濫爲買回之意思表示，而害及買受人之利益者。故法律特以現實返還價金及費用，爲買回之要件。（第三七九條一項及第三八一條一項）其價金之額以出賣人所受領者爲準，但有特約者，仍從其特約。（第三七九條二項）又在契約當事人之一方有數人之場合，其買回之意思表示及價金費用之提出，應由其全體或對其全體爲之。因買回不外契約之解除，應適用第二百五十八條二項之規定故也。

買回權之行使，當事人定有期限時，從其訂定。但其約定期限，不得逾五年，否則縮短之爲五年。若未定有期限，則買回權人應于買賣後五年內爲買回。逾期不爲買回時，其買回權消滅。（第三八〇條）因買回權可生重大之效果，苟許其永久存續而不加制限，則買受人之權利，常在不確定之狀態；且近來物價，有漸次騰貴之傾向，自買賣時起經長久期間後，其買賣標之物之時價，每有爲前此買賣價金之數倍者；于此場合，出賣人倘得以原價買回原物，則其當事人間，將發生資力之變動，一般經濟上亦不免因之受影響也。〔一七六〕

〔一七六〕民法債編施行前所訂立之買回契約，定有期限者，依其期限。但其殘餘期限，自施行日起算，超過五年者，縮短爲五年。如買回契約未



定期限者，自施行日起，不得逾五年。（民法債編施行法第一二條參照）

買回權非專屬於出賣人本身之權利，故得為繼承之標的。且得與其因買回所生之請求權，一併讓與於他人，既經繼承或讓與之後，其繼承人或受讓人，當然得對買受人行使權利。故得為買回者，不限於出賣人，又買回因買回人之利益為之，故其費用應歸買回人負擔。（第三八一條二項）

### 第三項 買回之效力

買回之效力，得分為二方面觀察之。即（一）當事人間之效力，（二）對於第三人之效力是也。分述之：

#### 第一 當事人間之效力

買回生效力時，買受人負交付標的物及其附屬物于買回人並移轉其所有權之義務。（二七七）其物因歸責於買受人之事由，致不能交付，或已變更其原狀者，因之而生之損害，買受人負賠償之責。（第三八三條）但其就標的物所收取之孳息，視為與原價金之利息，互相抵銷，故買受人無須返還。（第三七九條三項）又買受人若已就標的物，設定抵押權或其他第三人之權利（如質權地上權等）時，須除去之。否則亦負賠償損害之責。

〔二七七〕第三八三條只規定，買受人負交還標的物之義務，而不及移轉所有權，尙嫌遺漏，蓋標的物之所有權，前已由出賣人移轉于買受人，若非使買受人再移轉于買回人，則其物仍屬于買受人所有，其買回人尙不能達買回之目的也。此點與典權之回贖異。因典物之所有權，始終屬于出典人，故回贖之後，典權人只須將典物交還出典人，不必再為權利之移轉。

次就買回人方面言之。買回人當為買回時，已提出買賣價金及契約費用，故買回生效力後，買回人不再負返

還價金及費用之義務。關於此點，周新民氏主張買回人有此義務；然一面又以返還價金，與償還費用，為買回權行使之要件，不無自相矛盾。（同氏債各第五一頁以下參看）又價金之利息視為與標的物之孳息相抵銷，故買回人亦無須支付。買回人對於買受人所應支付者，只買受人就標的物所已支出之費用而已，但其費用應分為必要費與有益費兩種。前者為保存標的物而支出者，應由買受人負擔，買回人不負返還之義務，後者為改良標的物而支出者，以因此增加之價額，于買回時現存者為限，買回人負償還其增加額之義務。（第三八二條）

## 第二 對於第三人之效力

買回特約不外一契約，依之所為之買回，當然對於第三人不生效力。故買回前買受人已將標的物讓與第三人時，買回人為買回後，不得請求第三人返還其標的物；買回人亦不得逕向第三人為買回。日本民法第五百八十一條規定，買回特約已登記時，其買回權之行使，對於第三人亦生效力。我民法無此明文，自不能為同一之解釋。

## 第四款 特種之買賣

### 第一項 貨樣買賣

貨樣買賣者，出賣人對於買受人約明，以符合貨樣之物品為給付之買賣也。貨樣買賣亦買賣之一種，應具備買賣一般之要件。惟其標的物之狀態品質，特以貨樣指定，是其特徵耳。

貨樣買賣成立後，與一般買賣同；出賣人負交付與貨樣相同之物於買受人之義務。此外尚應担保其物與貨

樣有同一之品質。(第三八八條)蓋標的物既以貨樣指定，則買受人之意思，不但注重其外形，且注重其性質。倘可以性質相異之物為給付，則大違買受人之本意也。

## 第二項 試驗買賣

試驗買賣者，以買受人就于買賣標的物表示承認，為停止條件之買賣也。例如甲欲以其所有之牛售乙，並將其牛交乙許其試用，而後決定買否是也。此種契約，為習慣上所常見。惟其性質如何，尚無定說。〔二七八〕我民法做德國民法，規定以無特別意思表示為限，認為附停止條件之買賣，使適用屬於停止條件之規定。(第三八四條)蓋此種買賣，于當事人合意時，業已成立，祇其效力之發生，以買受人就其標的物表示承認為始，其買受人之承認，不外一停止條件耳。

〔二七八〕有以之為買賣之預約者，有以之為賦與買受人以承認權之買賣者。

試驗買賣，雖以買受人就于標的物表示承認為停止條件，然買受人並不因之負表示承認之義務。故表示承認使其買賣生效力乎？抑拒絕承認使其買賣因條件不成就歸於無效乎？皆買受人之自由。惟買受人因決定宜為承認與否，自有試驗其標的物之必要。故法律特使出賣人負許買受人試驗其標的物之義務。(第三八五條)

在當事人已約定承認期限時，買受人應於其期限內向出賣人為承認或拒絕承認。若逾期不表示意思，視為拒絕承認。當事人未定承認期限時，出賣人對於買受人，得定相當期限催告之。若逾期不為何等之意思表示，亦視為拒絕承認。(第三八六條)然此祇就出賣人不因試驗交付標的物於買受人之場合言之耳。在出賣人因試驗

已交付標的物於買受人之場合，倘買受人不交還其物，或於約定期限或出賣人所定之相當期限內，不爲何等之意思表示時，即可認其有承認之意思，應視爲已經承認。又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亦同。（第三八七條）

### 第三項 分期付款之買賣

分期付款之買賣，即附有分期陸續支付價金之約款之買賣也。此種買賣，因其價金不必一次付清，於無充分資力之買受人，固甚覺便利，而在出賣人方面，則不無將來不能完全受領價金之虞。故出賣人爲預防損失計，往往索取高價，並附加各種苛刻約款；其買受人多係經濟的弱者，祇得悉數贊同，弗敢與抗，揆之情理，豈得謂平以故意德、奧、瑞士各國，就於此種買賣，均設有保護買受人之規定。〔一七九〕我民法亦然。茲分述其保護規定於左。

〔一七九〕瑞士規定于債務法第二二六條以下，德、奧兩國，則以特別法規定之。

（一）喪失期限利益約款之制限 喪失期限利益之約款者，當事人約定，分期給付之債務人，一次遲延給付時，債權人即得請求全部給付之謂也。分期付款之買賣，雖非不得附此約款，但其效力則大受制限。即此際必須買受人，有連續兩期給付之遲延，且其遲付之價金，已達全部價金五分之一，出賣人方得請求其即時支付全部價金。（第三八九條）此屬強制規定，不得以特約排除之。

（二）沒收已付價金約款之制限 沒收已付價金之約款，或稱失權約款。即分期付款買賣之當事人約定，因買受人遲延給付，而解除契約時，出賣人得沒收其所受領價金之謂也。此種約款，雖非全無效力，但其所沒收價

金之數額，則有制限；即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。（第三九〇條）若有超過，則應以其餘額返還買受人。但出賣人於沒收價金外，仍不失其第二百五十九條之回復原狀請求權，及第二百六十條之不履行損害賠償請求權。

#### 第四項 拍賣

#### 第一 拍賣之意義

拍賣云者，謂以競爭出價之方法，而定其價金之買賣。詳言之：即出賣人先向不特定多數人為拍賣之表示，使其彼此競爭，各出高價，而後選定其出價最高之應買人，與之訂立契約之謂也。因其選定應買人多用拍板之方法為之，故稱拍賣。

#### 第二 拍賣之種類

拍賣有二種：（一）任意拍賣，即個人任意所為之拍賣。如甲以其所有之家屋，用拍賣之方法賣出之是。（二）強制拍賣，即國家機關依拍賣法，或強制執行法，強制所為之拍賣。如法院強制拍賣抵押物是。（第八七三條參照）強制拍賣，皆基于特定人之聲請為之。其得為聲請之人，即由法律明定之。如民法第三三一條、第五八五條、第六二二條、第六五〇條三項、第八九二條，及強制執行法上關於聲請拍賣之規定皆是。既經合法聲請，不問其拍賣物所有人之意思如何，均得實行拍賣。故與任意拍賣，由拍賣物之所有人自動拍賣者不同。【二八〇】

【二八〇】陳運昆氏債各第五五頁，分拍賣為任意拍賣，法定拍賣，及強制拍賣三種。然法定拍賣，亦由國家機關強制為之，已包含于強制拍賣

之內，無強爲分別之必要。戴修瓚氏債各第六七頁，周新民氏債各第六七頁，則分爲任意拍賣與強制拍賣二種，與本書同。

拍賣雖有任意拍賣、強制拍賣之別，然我民法第三百九十一條以下之規定，對於上述兩種拍賣，均有適用。此細釋第三九二條、第三九三條之法意自明。〔一八一〕但民法之規定，僅係實體規定。其關於強制拍賣之程序，則另有特別法以規定之。如拍賣法及強制執行法是也。（民法債編施行法第一四條參照）

〔一八一〕戴修瓚氏債各第六七頁謂：強制拍賣，適用強制執行法及其他特別法之規定。任意拍賣，始適用民法中拍賣之規定。周新民氏債各第六七頁從之。余以爲強制執行法及其他之特別法，僅規定拍賣之程序，而民法則規定其實體，兩者效用不同。故強制拍賣並不適用民法之規定。

### 第三 拍賣之成立

拍賣不外買賣之一種，亦因當事人之合意而成立。但其意思表示，必依左列之次序。

- （一）拍賣人之拍賣表示 稱實施拍賣之人曰拍賣人。在任意拍賣，則拍賣物之所有人爲拍賣人；在強制拍賣，則實施拍賣之公務員爲拍賣人。其聲請拍賣之人，乃拍賣之委任人，而非拍賣人。凡拍賣必先由拍賣人爲拍賣之表示。此項表示，其性質乃要約之誘引，通常詳叙拍賣標的物、拍賣日時、處所、及最低價格等，而公告之。
- （二）應買人之應買表示 應買人謂應于拍賣表示，向拍賣人表示願以一定價金買受其物之人。其所爲之意思表示，即應買表示。此項表示，乃買賣之要約，應買人不得撤回。須俟有出價較高之應買，或拍賣人撤回其拍賣物時，方失其效力。（第三九五條）

拍賣表示係對於不特定多數人爲之，故無論何人，均得應買。但拍賣人對於其經營之拍賣，不得應買，亦不得使他人爲其應買。（第三九二條）因恐其從中舞弊，加損害于拍賣之委任人也。違此規定時，其買賣無效。（第七一條）

（三）拍賣人之賣定表示 拍賣人于有應買表示後，得爲賣定表示，使其拍賣成立。其賣定表示，依拍板或其他慣用之方法爲之。（第三九一條）

拍賣人于如何場合得爲賣定表示乎？其拍賣之委任人，有特別指示時從之。否則得將拍賣物拍歸出價最高之應買人。（第三九三條）但其賣定表示與承諾表示同，拍賣人得自由爲之，不負賣定表示之義務。故拍賣人對於應買人所出最高之價，認爲不足時，得不爲賣定之表示，而撤回其物。（第三九四條）

#### 第四 拍賣之效力

拍賣乃買賣之一種，故其效力可從關於買賣之規定定之。此外民法就于拍賣價金之支付，尙設有特殊之規定。即拍賣之買受人，「二八三」應于拍賣成立時，或拍賣公告內所定之時，以現金支付買價。（第三九六條）否則其拍賣人得解除契約，將其物再行拍賣。其再行拍賣所得之利益，若較少于原拍賣之價金及費用，原買受人應負賠償其差額之責任。（第三九七條）

「二八二」第三九七條之「拍賣之買受人」，即第八七六條二項之「拍定人」，此亦其用語前後不一律之一點。

#### 第三節 因互易而生之債

### 第一款 互易之意義及效力

互易者，當事人雙方約定，互相移轉金錢所有權以外之財產權于相對人，依之而成立之契約也。（第三九八條）例如甲與乙約，以其所有之牛，易乙之馬是。互易以當事人雙方互約移轉金錢所有權以外之財產權為要件，此即其與買賣相異之點。所謂金錢所有權者，係指不特定金錢之所有權而言，不包含特定金錢所有權在內，故當事人雙方約定互相移轉特定金錢所有權，或其一方約定移轉特定金錢所有權，他方約定移轉他之財產權者，其契約仍不失為互易。

互易契約成立之結果，當事人雙方互負移轉財產權之義務，且其債務互為對價，故為雙務且有償契約。從關於買賣之規定，以其性質所許者為限。當然準用之于互易。（第三九八條）詳言之：即當事人雙方互負移轉財產權，交付標的物，及瑕疵擔保等義務。其他如費用及危險之負擔等，一切準用買賣之規定。已詳于前，茲不復贅。

### 第二款 特種之互易

#### 第一 支付補足金之互易

支付補足金之互易者，當事人約定，一方移轉金錢所有權以外之財產權，及金錢所有權，相對人約定移轉金錢所有權以外之財產權之契約也。其所約定應支付之金錢，謂之補足金。此種契約，當事人既互約移轉金錢以外之財產權，可謂已具備互易之要件；惟于約定支付補足金之點，與普通之互易不同。

支付補足金之互易，亦不外互易之一種，當然發生普通互易之效力。此外其約定支付補足金之當事人，尙



負支付補足金之義務。補足金之支付，與買賣價金之支付，極為相似，故法律特使準用關於買賣金之規定。（第三九九條）

## 第二 金錢兌換

金錢兌換者，即以不特定之金錢，易不特定金錢之契約也。此種契約之標的，祇在移轉金錢所有權，實非互易。惟其與互易相似，故附述于此。

金錢兌換契約，為習慣上所頻行，且其內容亦無違法，依契約自由之原則，當然有效。契約生效力後，當事人雙方互負支付金錢之義務。其債務履行處所、時期、費用等，一切適用關於金錢債務之規定，及關於雙務契約之規定。

## 第四節 因贈與而生之債

### 第一款 贈與之意義及性質

贈與者，當事人之一方，表示無償給與自己財產于他方，他方允受之，依之而成立之契約也。（第四〇六條）依此定義，則贈與應具備左之要件。

（一）當事人之一方表示無償給與自己財產。為此約束之當事人，請之贈與人；其他方謂之受贈人。茲所謂財產者，不限于所有權，即其他之權利，不專屬於贈與人之本身者，均得為贈與之標的。無償給與云者，即不索報酬，將其財產給與他人之謂。詳言之，即贈與人不受對待給付，因欲利益他人，而為減少自己財產之給付是也。故

不以移轉財產權于他人爲限；凡代償或承擔他人所負之債務，及免除對於他人所有之債權，均包含之。至供給勞務，則非給與財產，故不得爲贈與之標的。

得爲贈與標的之財產，不以現屬於贈與人者爲限；即將來取得之財產，亦得爲贈與之標的。第四〇六條中，雖有「自己之財產」一語，然其所謂自己財產者，亦非限定於贈與成立當時現屬於贈與人者，此當然之解釋也。

(二)相對人之允受 贈與乃契約；單當事人之一方表示無償讓與財產之意思時，其契約尙未成立，且以他方表示允受意思爲必要。此卽其與遺贈之異點也。

具備右列兩要件時，贈與卽時成立，不以履踐一定之方式爲必要。故爲不要式契約。〔一八三〕雖不用字據之贈與，其贈與人得隨時撤銷；（第四〇八條）又以非經登記不得移轉之財產爲贈與者，在未爲移轉登記前，其贈與不生效力；（第四〇七條）〔一八四〕然其作成字據與登記，祇與贈與之效力有關，而非其成立要件。又贈與成立後，單贈與人負給付義務，受贈人不負何等之義務，故爲無償且片務契約。

〔一八三〕外國法律，有以作成字據爲贈與之要件者。如德民第五一八條，法民第九三一條，第九三二條，瑞債第二四三條是。蓋贈與契約，于贈與人有損無益，欲使其以慎重出之，俾免後日反悔也。反之，日民第五五〇條，則定未立字據之贈與，其贈與人得任意撤銷，與我民法第四〇八條之規定略同。

〔一八四〕第四〇七條係淵源于瑞債第二四二條二項「土地所有權及存于土地上之物上權利，其贈與因記入登記簿而成立」之規定。考瑞債分贈與，爲現物贈與及贈與約束二種。其第二四二條二項，僅屬關於現物贈與之規定，而非關於一切贈與之規定，雖無不當；但我民法既

未另設現物贈與之規定，竟亦增設上開條文立法理由殊欠一貫似以刪去為妥。

## 第二款 贈與之效力

贈與為純正片務契約，契約成立後，單贈與人負義務。故說明贈與之效力，可只就贈與人之義務言之。贈與人之義務有三：即給付義務，注意義務，及擔保義務是也。分言之：

(甲) 給付義務 給付義務者，即從契約之趣旨為給付之義務也。贈與人任意不為給付時，受贈人除得請求交付贈與物外，亦得請求贈與物之價金。但不得請求遲延利息，或其他不履行之損害賠償。(第四〇九條) 因贈與為恩惠行為，贈與人之責任應減輕也。又贈與人於贈與後，其經濟狀況顯有變更，倘仍履行贈與，于其生計有重大之影響，或妨礙其扶養義務之履行者，得拒絕贈與之履行。(第四一八條) 其在贈與人已為數個之贈與，因經濟狀況變更，而無履行全數契約之能力時，贈與人應依契約成立之先後，為履行或拒絕履行。(舊民律第六二四條二項，德民第五一九條二項參照) 詳言之：贈與人應依契約成立先後之順序，履行契約。苟履行先訂立之贈與契約，不能履行後訂立之契約時，則對於其後訂立之贈與，得拒絕履行。

贈與人既拒絕履行後，雖不履行義務，不任遲延之責。又拒絕履行之權利，不外抗辯權之一種，與同時履行抗辯權相似，祇生暫時不必履行之效力，其義務非因之而免除。故拒絕履行原因終止後，贈與人仍負履行之義務。此點法律雖無明文規定，然應以如此解釋為適當。

(乙) 注意義務 債務人于負擔給付義務外，就其債務之履行，尚應加一定之注意。是即注意義務。其應加注意

之程度，依債務之性質而不同。有應加善良管理人之注意者，即一般債務人所應為之注意也。有應加與自己事務同一之注意者，如無報酬之受寄人所應為之注意也。（第五九〇條）負加善良管理人注意之義務者，就於故意或過失所生之事項應任其責。（第二二〇條）負加與自己事務同一注意之義務者，就於故意或重過失所生之事項應任其責。（第二二三條）贈與人對於贈與義務之履行，祇負加與自己事務同一注意之義務，故祇就故意或重過失所生之事項任其責，因其為無償契約故也。（第四一〇條）

（丙）擔保義務 贈與之目的，在無償給與財產。契約成立之結果，贈與人通常應負移轉財產權及交付標的物之義務。故就理論上言，贈與人對於贈與權利及標的物之瑕疵，亦應負擔保之責。否則贈與人可任意以有瑕疵之物為給付，受贈人之權利，不免有名無實也。雖然，贈與為無償契約，究非買賣可比，故贈與人所負之擔保義務，與出賣人所負者，大異其範圍。簡言之：即贈與人以不負擔保義務為原則，祇例外場合任擔保之責。（第四一一條）茲舉其場合於左：

（一）贈與人故意不告知瑕疵時 贈與人於訂立契約或履行之際，明知有瑕疵而不告知受贈人時，則可認為其有加害受贈人之惡意。不問其瑕疵關於權利自體者，抑關於標的物者，對於受贈人因瑕疵所生之損害，負賠償之義務。

（二）贈與人擔保其無瑕疵時 贈與人以特約擔保贈與標的物無瑕疵時，受贈人每因信賴贈與人之故，對於瑕疵之有無，不加注意，其因之所生之損害，贈與人自應負賠償之義務。

上述關於贈與人擔保義務之規定，非強行法規，當事人不妨以特約排除其適用。其特約內容得擴張或減縮法定擔保義務之內容，但不免除贈與人故意不告知瑕疵之責任耳。

### 第三款 贈與之撤銷

贈與乃契約之一種，故民法總則編中關於法律行為撤銷之規定，於茲當然有其適用。此外因贈與有特殊之性質，故法律對之又認特種之撤銷。即贈與物未交付前，贈與人得撤銷其贈與；其一部已交付者，得就其未交付之部分撤銷之。（第四〇八條一項）蓋贈與人之為贈與，多基於一時之感情作用，未及熟加考慮；或因與受贈人有相當之關係，未便遽予拒絕。如強使履行贈與，未免失之苛酷。故特許其任意撤銷，但其贈與立有字據者，或為履行道德上之義務而為贈與者，則其情形不同，非有法定事由，不得撤銷。（同條二項）

### 第四款 贈與之廢止

贈與之廢止云者，贈與人以受贈人之忘惠行為為原因，撤廢其贈與之謂也。茲就其原因、方法、效力、及廢止權利之消滅等分言之。（一八五）

【一八五】茲所謂廢止，在民法第四一六條亦稱為「撤銷」，與第四〇八條同。此種用語，實屬未當。蓋廢止基于法定之原因，以一方的意思表示為之，雖與撤銷無異，然撤銷之原因事由，存于意思表示之上，（如被詐欺所為之表示）且在法律行為成立當時發生；反之，廢止之法定原因事由，則與其意思表示自體無涉，（如毆傷贈與人）且在贈與成立之後發生。二者未可混而為一。故余從舊民律之用語，（同律第六三二條以下）改稱之為廢止，信較切當。

(甲)廢止之原因 廢止之原因，第四百十六條一項規定之。即(一)受贈人對於贈與人或其最近親屬，有故意侵害之行爲，依刑法有處罰之明文者。(二)受贈人對於贈與人，有扶養義務而不履行者是也。夫贈與乃贈與人之恩惠行爲，受贈人雖不必結草啣環，以圖報答。然揆之情理，亦不可不懷感激之心。倘反對於贈與人或其近親，有故意侵害行爲，或不履行其法定扶養義務，是不啻將恩仇報，殊屬大背人情。故於此場合，自應使贈與人得廢止其贈與。所謂最近親屬者，法律雖不明示其範圍，然不外指贈與人之直系親屬及其配偶而已。

廢止原因發生時，得爲廢止者，以贈與人爲原則。但在贈與人已因受贈人故意不法之行爲致死，或因其妨礙而不能爲廢止時，贈與人之繼承人，亦得爲贈與之廢止。(第四一七條前段)

(乙)廢止之方法及其效果 廢止爲單獨行爲，依對於受贈人表示意思爲之，即生效力，無得其承諾之必要。(第四九條一項)

贈與被廢止時，則其契約自始無效。未履行之部分，贈與人免其義務；已履行之部分，失其給付之原因，贈與人得依不當得利之規定，請求返還贈與物。(同條二項)

(丙)廢止權之消滅 廢止權依左之事由而消滅。

(一)贈與人已拋棄其廢止權者 廢止權爲私權之一種，故亦因拋棄而歸於消滅。惟其拋棄須贈與人於已知受贈人有忘惠行爲後爲之。苟不知受贈人有此等行爲，於贈與成立時，或其成立後，預行拋棄者無效。蓋不知如是，則受贈人將因贈與人已爲拋棄之故，爲種種之忘惠行爲，而無所忌憚也。又拋棄之意思表示，無須明示；

贈與人對於受贈人，已爲宥恕之表示者，亦認爲拋棄其廢止權。（第四一六條二項後段）

（二）廢止權逾期不行使者，贈與人自知有廢止原因之日起，已逾一年不行使其權利時，則其權利歸於消滅。

（第四一六條二項前段）其在贈與人之繼承人，有廢止權之場合，自有廢止原因之時起，六個月間不行使其權利時亦同。（第四一七條但書）蓋防其法律關係久不確定故也。

（三）受贈人已死亡者，法律所以賦與贈與人以廢止權者，乃對於受贈人忘惠行爲之制裁，使受贈人感苦痛也。苟受贈人業已死亡，則其廢止權自歸消滅。（第四二〇條）

#### 第五款 特種之贈與

##### 第一項 負擔附贈與

##### 第一目 負擔附贈與之意義

負擔附贈與者，以使受贈人於一定之債務爲附款之贈與也。受贈人所負擔之債務，有關於贈與標的物之用途者。有不然者。前者如甲與乙千金，並與乙約，當以此項金錢充留學巴黎之用是。後者如甲以價值三千金之家屋贈乙，並與乙約，應以五百金轉贈丙是。茲分說其意義於左。

（一）負擔附贈與爲贈與之一種。負擔附贈與成立之結果，當事人雙方均負給付之義務。以故少數學者，有主張負擔附贈與爲非贈與者；是不然。贈與人與受贈人所負之債務，雖同由贈與契約而生，然其間並無對價之關係。且當事人爲負擔附贈與，並無有償授受財產之意思。受贈人所爲之給付，祇以減殺贈與財產之價額，或制限

其用途而已。故負擔附贈與，仍不外贈與之一種，此乃學者之通說。

(二) 負擔附贈與係以使受贈人負擔一定債務為附款。負擔附贈與，以使受贈人負擔一定債務為附款，是即其與普通贈與之異點。受贈人所負之債務，稱為負擔。附款者，乃附加於契約內容之條款，而成契約之一部，並非別個之契約。

負擔附贈與之附款，係以使受贈人負擔一定債務為內容。苟當事人間無負擔債務之合意，祇以一希望的事實為附款，則其贈與乃單純之贈與，而非負擔附贈與。至其負擔之內容，法無制限。故以金錢之給付為標的。成以其他之給付為標的，均無不可。但其負擔之價額，要較贈與財產價額為少。苟其價額相等或超過之時，其契約乃有債契約，而非贈與。因此際不得謂當事人有差額贈與之意思故也。

## 第二目 負擔附贈與之效力

負擔附贈與，亦為贈與之一，故為普通贈與之效力者，亦為負擔附贈與之效力。惟此種贈與，係以使受贈人負擔一定債務為附款，契約成立後，受贈人亦負一定之債務。從其契約除發生普通贈與效力外，尚生種種之特別效力。茲分說之。

(一) 履行負擔之義務。負擔附贈與之受贈人，負履行負擔之義務。贈與人對之當然得為履行之請求。但此請求，非贈與人已為給付後不得為之。何則？在負擔附贈與，其當事人有以差額為贈與之意思，則其負擔之履行，當然應在贈與人已為給付之後。且事實上有非贈與人已為給付，受贈人不能履行負擔者，例如甲以使充留學費



爲附款贈乙千金是也。(第四一二條一項)負擔履行之請求，應由贈與人爲之。因贈與人爲契約之當事人故也。贈與人已死亡時，應由其繼承人爲請求。但對此原則，有二例外：

(甲)其契約爲利他契約時，第三人亦得爲履行負擔之請求。(第二六九條一項後段)

(乙)負擔以公益爲目的之場合，贈與人已死亡時，主管官署得命受贈人實行其負擔。(第四一二條二項)

贈與人已爲給付後，受贈人不履行負擔時，贈與人除得請求其履行負擔外，尙得撤銷其贈與。(二八六)依不當得利之規定，請求返還其贈與標的物。(第四一二條一項)但其贈與不足償其負擔者，受贈人僅于贈與價值限度內，有履行其負擔之責任。(第四一三條)贈與人不得仍請求履行負擔之全部，或因此撤銷其贈與。

〔二八六〕此種撤銷，乃解除之義。因其係以受贈人事後不履行担負爲原因，與第二五四條之情形無異。至于撤銷，係基于契約成立時所存之事由爲之。原有一定之意義，不許擴張解釋也。

(二)瑕疵担保之義務 在普通贈與，贈與人原則不負瑕疵担保之義務。而負擔附贈與則不然。因負擔附贈與，其受贈人負有履行負擔之義務，與普通受贈人單得利益者情形不同。故法律特使贈與人於受贈人負擔之限度內，負與出賣人同一之担保責任。(第四一四條)

## 第二項 定期贈與

定期贈與者，以定期給付爲標的之贈與也。例如甲與乙約，君赴美留學時，余每月當以百元奉贈是。此種贈與，多單純基於人的關係而成，當事人無使其繼承人承繼權利義務之意思。故以無特別意思表示爲限，因贈與人

或受贈人之死亡，而失其效力。（第四一五條）茲所謂失其效力者，即自其死亡之日起，其贈與向將來失效之謂；從前所已爲之給付，不因之受何等之影響。

### 第五節 因租賃而生之債

#### 第一款 租賃之意義及性質

租賃者，當事人約定一方以某物租賃他方使用收益，他方支付租金，依之而成立之契約也。（第四二一條一項）故租賃要具備左之條件：

（一）當事人之一方允以某物租與他方使用收益。此爲租賃之第一要件。爲此約定之當事人，謂之出租人；他方即承租人。所謂某物者，即租賃物，其義甚廣。不問動產、不動產、特定物、不特定物，均包含之。但以有體物爲限；若租賃權利時，非茲所謂租賃。惟其性質與租賃類似，得準用關於租賃之規定已耳。又租賃不只以物之使用爲目的，並及於收益行爲。舊民律分借貸借爲使用借貸借與用益借貸借兩種。新民法則合而爲一。但當事人訂立租賃時，不妨限定只以使用爲目的。

（二）他方允支付租金。租金爲租賃之第二要件。不約支付租金而使用他人所有物者，乃使用借貸而非租賃。租金通常雖多以金錢支付，然非必限於金錢；當事人合意以租賃物之孳息或其他之物充之，均無不可。（第四二二條二項）如約明穀若干斤或米若干斗等，皆實際上所習見者也。

具備上列兩要件時，租賃契約即時成立，此外不以交付現物，作成書據爲必要。故租賃爲諾成契約，且爲不要

式契約，但不動產租賃其契約之存續期限逾一年時，其契約之訂立，應以字據爲之；（第四二二條）甚似此種契約，亦爲要式契約。是不然，在其存續期限逾一年之租賃，雖須作成字據，然其字據之作成，非契約成立之要件。縱不作成字據，其契約仍可成立，祇視爲未定有存續期限而已。又此種契約成立後，當事人雙方均負債務，且其債務互爲對價，故爲雙務且有償契約。

## 第二款 租賃之效力

### 第一項 當事人間之效力

#### 第一目 出租人之義務

出租人於租賃契約成立後所租之義務，不一而足。列舉於左：

（甲）交付租賃物並保持現狀之義務 出租人於契約成立後，須以合於約定使用收益之租賃物，交付於承租人；並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用收益之狀態。（第四二三條）以供承租人之使用收益。

（乙）瑕疵擔保義務 租賃爲有償契約，故出租人亦負瑕疵擔保義務。其擔保義務，係準用關於買賣之規定，與出賣人相同。（第三四七條）但租賃物爲房屋或其他供居住之處所者，如有足以危及承租人或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。（第四二四條）又因第三人就租賃物主張權利，致承租人不能爲約定之使用收益者，承租人得請求減少租金。若因之全不能達租賃之目的，得終止契約。（第四三六條）是皆關於租賃特別之規定。

(丙) 修繕義務 租賃物損壞，致承租人不能依契約上所定之目的為使用收益時，除契約另有訂定，或另有習慣外，出租人負修繕之義務。(第四二九條一項)〔二八七〕其損壞之原因，不以應歸責於出租人之事由為必要；因天災、地變及其他不可歸責於出租人之事由時，出租人仍不得免其義務。惟其損壞應歸責於承租人之事由而生時，出租人有修繕義務否乎？解釋上頗有議論。然第四百二十九條就於損壞之原因不加制限，此際出租人亦不得免其義務。至出租人得以違反保管義務，或侵權行為為原因，向承租人請求損害賠償者，固無待言。

〔二八七〕修繕義務之發生，以修繕可能為前提。其租賃物不能修繕時，則租賃消滅。(本節第五項參照) 修繕所需之費用，與新造相等時，即可認為不能修繕。不以絕對不堪修繕為必要。

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，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。(第四三〇條) 出租人既負修繕義務，故凡關於保存租賃物所必要之行為，可不問承租人之意思如何，均得自由為之，承租人不得拒絕。(第四二九條二項)〔二八八〕

〔二八八〕修繕乃出租人之義務，同時亦為其權利。從承租人負容忍修繕之義務，不得以自拋棄修繕請求權為藉口。

(丁) 納稅義務 出租人雖以租賃物交付承租人，然其所有權仍屬諸出租人，故關於租賃物之一切稅捐，應由出租人負擔。(第四二七條)〔二八九〕

〔二八九〕此係就法律無特別規定，及當事人無特別訂定者而言。有特別規定或訂定時從之。但此種特約，僅于當事人間發生效力，不能以之

對抗公署。故徵收機關，不受其特約之拘束。

(戊) 償還費用之義務 承租人有保管租賃物之義務。(應述於後) 因履行其義務，難免支出種種之費用。其費用應歸何人負擔，不外依當事人之契約定之。無契約時，應歸出租人負擔，承租人得向出租人請求償還。但其償還之範圍，依費用之種類而異。茲分別言之。

(一) 必要費 必要費者，乃保存租賃物所必要之費用。〔二九〇〕不問其為通常者，抑為臨時者，出租人負全部償還之義務。但動物之承租人，須負擔其飼養費，出租人不必償還。(第四二八條)

〔二九〇〕茲所謂必要費，以保存租賃物所必需者為限，至為用益行為所必需之費用。(如駕駛汽車時所用之汽油)則單純為承租人而支出，應由承租人負擔，出租人不必償還。

(二) 有益費 有益費為有利益於租賃物所支出之費用，而非保存該物所必需者。其因之增加租賃物之價值時，若出租人於支出當時知其事情，而不為反對之表示者，以契約終止時現存之增加價額為限，負償還其費用之義務。但承租人不欲請求此項費用之償還，使租賃物回復原狀，收回附屬該物之工作物，亦無不可。(第四三一條)

## 第二目 承租人之義務

承租人之義務，亦有種種。列舉於左：

(甲) 支付租金之義務 租金者，為使用收益租賃物之對價，由承租人所支付之金錢或其他物品之謂也。支付

租金，爲承租人最重要之義務。租金之額，法無制限，純依當事人之契約定之。〔一九二〕比例於租賃之期間，定期交付一定之額可；不比例於租賃之期間，爲使用之對價，一回支付一定之額亦可。但租賃物爲不動產者，除其租賃定有期限外，當事人得因其價值之昇降，聲請法院增減其租金。（第四四二條）支付之時期，亦依當事人特約。無特約時，依習慣。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；但租賃物之收益有季節者，於收益季節終了時支付之。（第四三九條）承租人支付租金有遲延者，出租人得定相當期限催告承租人支付。如承租人於其期限內仍不支付時，出租人得終止契約。但租賃物爲房屋者，遲付租金之總額，非達兩期之租額，不得終止契約。（第四四〇條）因房屋租賃期限較長，且無收穫故也。

〔一九一〕租金與利息，同爲法定孳息之一種。我民法對於利息，雖設有制限（第二〇五條參照）而對於租金則無明文，殊不足以收節制資本之實效。但佃農保護法第二條規定：佃農所納地租，不得超過收穫量百分之四十。又土地法第一七七條第一項規定：地租不得超過耕地正產物收穫總額千分之三百七十五，以補其缺陷。（司法院院字第五一七號解釋參看）

支付租金之義務，直接基於租賃契約而生，非因租賃物之使用收益而後發生。故承租人因病疾及其他一身上之事由，致不能使用租賃物者，不得拒絕租金之支付。（第四四一條）〔一九二〕

〔一九二〕其因外界之事由不能爲用益時，亦不得減免其支付租金之義務。但有第四三五條及第四五七條之例外規定。

（乙）關於使用收益之義務 承租人雖有使用收益租賃物之權利，然其使用收益之方法，要依契約之所定。若無特約，應依租賃物之性質。否則出租人得阻止之；既經阻止，承租人仍繼續使用收益時，出租人得終止契約。

(第四三八條)

(丙) 保管租賃物之義務 承租人得用益租賃物，同時應以善良管理人之注意保管其物。租賃物有生產力者，並應保持其生產力。苟怠於注意，致租賃物毀損滅失者，承租人負損害賠償之責任。其因承租人之同居人，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亦同。但有兩例外：(一) 承租人依約定之方法或依物之性質而定之方法為使用收益，致租賃物有變更或毀損者，不負損害賠償之責。(二) 租賃物因失火致毀損滅失者，承租人非因重大過失，不負損害賠償責任。(第四三二條至第四三四條)

租賃物之一部，于租賃關係存續中，因不可歸責於承租人之事由致滅失者，承租人不但不負賠償之責，且得按滅失之部分請求減少租金。若承租人就於存餘部分不能達租賃之目的者，得終止契約。(第四三五條)

(丁) 通知之義務 承租人占有租賃物，租賃物之狀態，承租人知之最詳，故法律特課以通知之義務。茲舉其應通知之場合於左：(第四三七條)

(一) 於租賃關係存續中，發見租賃物之瑕疵，應由出租人加以修繕，或第三人就租賃物主張權利之場合，此際除出租人已知之外，承租人須以其情形從速通知；否則應賠償出租人因此而生之損害。

(二) 於租賃關係存續中，租賃物有意外之危害，應為防止設備之場合。此際承租人亦應通知其情於出租人。但出租人已知之時，不在此限。違此義務時，負損害賠償之責。

(戊) 返還租賃物之義務 租賃關係終止後，承租人須以租賃物歸還出租人，其租賃物有生產力者，並應保持

## 其生產狀態返還出租人。(第四五五條)

## 第二項 對於第三人之效力

租賃契約乃債權契約；承租人基於租賃契約所有之權利（即租賃權）當然亦為債權。蓋即請求出租人許容並協助其為使用收益租賃物之權利也。至承租人事實上雖得使用收益租賃物，然此不外對人關係而生之結果，租賃權非因之變為用益物權之一種。故由純理言，租賃權對於嗣後取得該租賃物之第三人，原則上本無對抗之效力。從而出租人讓與其租賃物於第三人時，第三人得向承租人請求物之交付，承租人不得以曾與出租人訂立租賃為理由而拒絕之，只得對於出租人有債務不履行之損害賠償請求權而已。然貫徹此理論時，則保護租賃權過於薄弱，實際上殊感不便。是以各國民法，對於租賃權，多予以物權的保護。<sup>〔一九三〕</sup>我新民法亦然。依同法第四百二十五條及第四百二十六條之規定，出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，或就租賃物對第三人設定足以妨礙承租人使用收益之物權（如地上權）其租賃契約對於受讓人或物權人，仍繼續存在。其對於承租人之保護，可謂周而且至；但不問其租賃物之為不動產或動產，予以一律之待遇，且不以登記為不動產租賃對抗第三人之要件，不無礙及交易之安全耳。<sup>〔一九三〕</sup>

〔一九三〕羅馬法以租賃權為單純之債權；當時，有所謂「買賣打破租賃」之原則。即租賃物所有人有變更時，其租賃關係當然消滅。其後普國民法，認租賃權為物權。與國民法，原則以租賃權為債權，既經登記時，則認之為物權。其餘德、日、瑞士各國，無不以之為債權，但均設有保護承租

租人之規定。即日民第六〇五條規定：不動產之租賃權已登記時，對於第三人亦有效力。瑞債第二六〇條二項之規定亦同。德民第五七一



條規定：出租人已交付租賃地予承租人時，其租賃對於將來之土地所有人亦有效力。

〔一九四〕動產之租賃，亦予以物權的保護，殊無必要。又不以登記不動產租賃對抗第三人之要件時，則善意受讓人，每因之蒙意外之損失，尤非所以維持交易之安全，不得謂非立法上之一缺點。又此種規定，原為保護承租人之利益而設，故承租人不妨拋棄利益，而主張其租賃關係不繼續存在。

### 第三款 租賃物之轉租

(一) 轉租之意義 轉租云者，承租人將租賃物之全部或一部，轉行租與他人使用收益之謂也。有轉租時，出租人與承租人間之租賃關係，依然存續，同時承租人与轉租人（即次承租人）之間，成立別個之租賃關係。其別個租賃之期限及租金，不以與原租賃契約同一為必要。與轉租類似者，即轉借是也。轉借以租賃物無償交付他人使用為要件，故家屋之承租人，以其家屋供賓客之居住者，不得謂為轉借，何則？主人之於客，在禮義上本有以其家屋供其居住之義務，故主人之以家屋供賓客之用者，不外自使用其家屋而已，不得謂貸借，從亦不得認轉借之成立。〔一九五〕

〔一九五〕轉租與轉借其間雖有有償無償之差異，然均係以租賃物轉貸第三人，由出租人方面觀察，其關係並無不同。故關於轉租之規定，非不適用於轉借。舊民律第六五八條設有轉貸之規定，實屬至當。惜新民法不仍其舊。

(二) 轉租之制限 轉租行為，可分兩階級：即轉租契約及轉租之實行行為是也。轉租契約亦不外債權契約之一，除應具一般債權契約之要件外，並無何等之制限。而其實行行為則否。非經出租人承諾不得為之。〔一九六〕但

房屋之承租人，除有反對特約外，得將所租房屋之一部轉租他人。（第四四三條一項）法律所以設此限制者，無他，租賃契約多着眼於當事人之信用而訂立，且使用之方法及程度，因人而異。苟不要出租人之承諾，許承租人自由轉租，則出租人將因之蒙損害也。惟承租人以居住餘剩之房屋轉租他人居住，則為實際所頻行，故除有特約外，不必再經出租人之承諾。出租人之承諾，對於承租人以意思表示為之。其意思表示，不要明示，即默示亦可。又承諾之時期，法律上無何等之制限，不要與租賃契約同時為之。若在轉租之後，出租人方為承諾時，其承諾應遡及于轉租時生效力。

〔一九六〕第四四三條一項「承諾」二字，宜改為「同意」。（第四六七條二項參照）蓋用「承諾」時，將使人發生「出租人與承租人另訂得為轉租之契約」之誤解也。

（三）轉租之效力 轉租之效力，依其轉租合法與否而異。合法之轉租者，即經出租人之承諾所為之轉租也。不合法轉租者，不經出租人承諾所為之轉租也。轉租合法時，則出租人與承租人之間，及承租人與轉租人間，各有租賃關係之存在。其權利義務，各依其相互之契約而定。出租人直接對於轉租人無何等之權利義務。轉租人使用租賃物有過失時，與承租人自己有過失之場合無異，應由承租人任其責。（第四四四條）其轉租人合法時，則其轉租契約非當然無效，惟承租人不得以租賃物交付轉租人使用而已。若承租人不得出租人之承諾，強將租賃物交第三人使用時，則出租人得終止契約。（第四四三條二項）契約既經終止，則出租人得依第七六七條逕向第三人請求返還租賃物。

#### 第四款 因租賃而生之留置權

不動產出租人對於承租人，有請求租金及其他權利，既如上述。爲使出租人僅依債編通則之規定，行使權利，則其效力尙嫌薄弱，不足以保護其利益。以是之故，各國民法，有許出租人於承租人動產上有留置權者，如瑞士是。（參照瑞債第二七二條至第二七四條）有認其有先取特權者，如日本是。（參照日民第三一一條以下）有認其有質權者，如德意志是。（參照德民第五五九條以下）我民法採瑞士主義，亦以明文認不動產之出租人對於承租人之動產有留置權。〔一九七〕茲分述之。

〔一九七〕此種留置權，我民法第九三九條稱之曰法定留置權，以與普通留置權區別。余謂應改稱之爲特種留置權，或準留置權。蓋普通留置權，亦基于法律之規定而生；法定留置權之名稱，殊嫌廣泛也。此種留置權，其留置權人未必占有留置物，且其債權未必基于留置物之關係而生，故與普通留置權有別。

（一）留置權之標的物 出租人得留置者，限於承租人置於該不動產之物。但禁止扣押之物，則不得留置之。（第四四五條一項）因其不爲債權之担保故也。

（二）留置權之範圍 不動產出租人雖有留置權，然依其留置權所担保之債權，其範圍亦有限制，即（1）本

期與以前未交之租金，（2）已得請求之損害賠償。其他則不及之。（同條二項）

（三）留置權之消滅 留置權因左之原因而消滅。  
（甲）不動產之承租人，取去留置物時，該物上之留置權消滅。但有例外（第四四六條）

(1) 其取去出租人不知之時，承租人乘出租人不知之際，私行取去其物，跡近竊取，其留置權當然不因之而消滅。

(2) 出租人就其取去會提出異議時，承租人將取去留置物，出租人會對之提出異議，承租人強行取去，跡近掠奪，故其留置權亦不消滅。但承租人若因執行業務取去其物，或其取去適於通常之生活關係，或其所留之物足供担保租金之支付者，出租人不得提出異議。

有異議權之出租人，於承租人將取去留置物時，得不聲請法律之保護，逕行阻止其取去。若承租人不知取去其物，自離去租賃之不動產時，出租人並得占有其物。(第四四七條一項) 又承租人乘出租人不知之際取去其物，或不顧出租人之異議強行取去其物時，出租人得終止契約。(同條二項)

(乙) 承租人就其所負擔債務已提出相當之担保時，則出租人之留置權全歸消滅。又承租人提出與各留置物價值相當之担保時，關於其物之留置權消滅。(第四四八條)

#### 第五款 租賃之消滅

租賃關係，因左列原因而消滅。

(甲) 存續期限之屆滿。在當事人已定租賃契約之存續期限之場合，期限屆滿時，其租賃關係當然消滅。(第四五〇條一項) 其所定之期限，不過逾二十年。逾二十年者，縮短為二十年。(一九八) 但當事人不妨為期限之更新。(第四四九條) 更新有二種：一為明示之更新，即當事人以契約延長存續期限之謂也。有此更新

時，其契約至延長期限屆滿時終止，惟其更新期限仍不得過二十年，一為默示之更新，即承租人於租賃期限屆滿後，仍為租賃物之使用收益，出租人不即表示反對意思之謂也。此際視為以不定期限繼續租賃。（第四五一條）

〔二九八〕民法債編施行前所訂立之租賃契約，定有期限者，依其期限。但其殘餘期限自施行日起算，超過二十年者，應自施行之日起，縮短之為二十年。（民法債編施行法第十三條參照）

（乙）終止契約 租賃之終止有二種：即任意終止及因特定事由之終止是也。分言之。

（一）任意終止 即當事人不要何種之原因，以自由意思向相對人聲明終止契約之謂也。當事人得任意終止契約之場合如左：

（1）租賃未定存續期限時，除有利於承租人之習慣外，各當事人得隨時終止契約。（第四五〇條二項）在有利於承租人之習慣時，出租人雖不得隨時終止契約，但其存續期限，仍不得逾二十年。（司法院院字第五三六號解釋參看）

（2）當事人雖定租賃期限，若其一方將期限前終止契約之權利保留者，其保留權利之當事人，不問何時，得終止契約。（第四五三條）

（3）租賃期限屆滿前承租人死亡者，其繼承人不問何時，得終止契約。（第四五二條）

以上所述為得任意終止契約之各場合，當事人聲明終止契約時，其租賃關係，本當即時消滅，然如此辦理，

則其相對人必蒙損害。蓋就承租人方面言，因出租人之終止契約，不得不向他處租賃物件，及收回租賃物上之動產，需時頗多，非倉卒之間所能竣事。即出租人方面，亦有同一困難之情形。以是之故，民法對於任意終止契約，特明定應依習慣先期通知，與相對人以猶預之機會。其在不動產之租賃，以星期、半個月、或一個月為支付租金之期限者，出租人如欲終止契約，至少應於一星期、半個月、或一個月前通知之；並應以歷定星期、半個月、或一個月之末日，為契約終止期。（第四五〇條三項及第四五二條、第四五三條）又終止後始到期之租金，出租人已預先受領者，應返還之。（第四五四條）

（二）因法定事由之終止 租賃契約各當事人除得任意終止契約外，尙得基於法定之事由終止契約。所謂法定事由者，即法律明定之事由，如第四二四條、第四三〇條、第四三五條、第四三六條、第四四〇條、第四四三條及第四四七條所規定者皆是。此種終止，法律既無特別規定，自不以預行通知為必要。

（丙）租賃物之滅失或毀損 租賃物滅失，或毀損至不堪修繕時，租賃關係當然消滅。惟其滅失或毀損，出於應歸責於當事人一方之事由時，則當事人應別生損害賠償問題，固無俟論。以上係就租賃物全部滅失而言。若僅一部滅失，則承租人得依第四三五條行使權利，其租賃關係，非當然歸於消滅。

#### 第六款 租賃之短期時效

因租賃所生之債權，應適用民法總則編關於消滅時效之規定。惟法律就其特種債權，有特設短期時效者，茲列舉於左。

第一 因出租人就租賃物所受損失，對於承租人之損害賠償請求權，自受租賃物返還之時起，因二年之時效而消滅。

承租人違反義務，致租賃物滅失或毀損時，出租人得請求賠償損害，既如前述，（第四三二條至第四三四條）此項請求權，應自受標的物返還之時起，二年內行使，否則因時效而消滅。（第四五六條）蓋此種請求權之有無及範圍之如何，係以返還標的物時其物之狀態為標準。苟返還標的物後已逾二年之期間，則其物之狀態，常有變動，如尚許其請求賠償，實際上必多爭議也。

第二 承租人之費用償還請求權，及工作物收回權，自租賃關係終止時起，因二年之時效而消滅。

承租人就租賃物支出必要費或有益費，得請求出租人償還，或收回附屬該物之工作物。（第四三一條）此項請求權，要於租賃關係終止後二年內行使，否則亦因時效而消滅。其理由與前項略同。（第四五六條）

#### 第七款 耕作地之租賃

以耕作地為租賃物所成立之租賃，謂之耕作地之租賃，法律對之設特別之規定，分述于左。

第一 租金 耕作地之承租人，亦負支付租金之義務。關於租金之支付，一切適用一般之規定。但有特別。即耕作地之承租人，因不可抗力致其收益減少或全無者，得請求減少或免除租金。蓋耕作地承租人，多係小農，一旦因不可抗力收穫銳減或全無時，則其所投之資本已歸烏有，若猶令其支付租金之全部，其不公平孰甚？況在短期租賃，損益尤未易相償，許其請求減免租金，不但與習慣相合，抑亦農業國立法政策所應爾也。此種減免租金請

求權，有關公益，不許預先拋棄。（第四五七條）

第二 終止契約 關於耕作地租賃之終止，法律為保護佃農，亦設一二特則。茲舉于左。

（一）耕作地之出租人，如欲將該地收回自耕，不問其租賃有無定有期限，均得隨時終止契約。（第四五八條）是蓋所以獎勵自作農，以符「耕者有其田」之原則也。司法院院字第八五二號解釋，謂第四五八條規定，於租賃定有期限者，不適用之。無非出於保護佃農之理由。不知民法于佃農與地主之關係，雖側重佃農之保護；而於佃農與自作農之關係，則又側重自作農之保護。且果如上述解釋，則將謂第四五九條所定因延付租金，違反保管義務，違法轉租租賃物，及因應歸責於承租人之事由致耕作物之附屬物滅失等事由之終止契約，亦限於未定期限之租賃，有其適用，有是理乎？（參看法律評論第四九四期拙作對於院字第八五二號解釋之商榷）

（二）耕作地之出租人終止契約時，應以收益季節後，次期作業開始前之時日，為契約之終止期。第（四六〇條）否則足以妨害承租人之耕作，故法律特禁止之。但承租人之終止契約，則無此終止期之制限。此際承租人因租賃關係終止時未及收穫之孳息所支出之費用，以不超過孳息之價額為限，得請求出租人償還。（第四六一條）

（三）耕作地之出租人，除收回自耕外，祇於承租人延付租金，違反保管義務，違法轉租租賃物，及因應歸責於承租人之事由致耕作地之附屬物滅失時，方得終止契約。（第四五九條）故未定期限之租賃，出租人仍無隨



時終止契約之權利。是不外藉以保護佃農之利益也。

第三 耕作地之附屬物 耕作地之出租人，每有將農具、牲畜及其他附屬物，與耕作地一併租賃他人者。此際耕作地之附屬物與耕作地，同為一個租賃之標的物，非有兩個契約之存在。故與普通動產租賃不同。以耕作地與其附屬物為一體之租賃，當事人應於訂約時，評定其各附屬物之價值，並繕具清單，由雙方簽名，各執一份，以免日久散失，難於估計。若其物在租賃關係存續中滅失，除因歸責於承租人之事由，應由承租人自行補充外，出租人負補充責任。（第四六二條）租賃關係終止時，承租人應將其所受領之附屬物返還出租人。倘因歸責承租人之事由不能返還，應賠償依清單所定之價值。但因使用所生之通常折耗，應扣除之。（第四六三條）反之，因不可歸責於承租人之事由不能返還時，則承租人無須賠償其價值。

#### 第六節 因使用借貸而生之債

##### 第一款 使用借貸之意義及性質

使用借貸者，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，依之而成立之契約也。（第四六四條）故使用借貸，要具備左之條件。

（一）當事人之一方允以物無償貸與他方使用 其當事人之一方，謂之貸與人；他方謂之借用人。其所貸與之物，謂之借用物。使用借貸，雖亦係以自己之物供他人之利用，然只以使用為目的，非如租賃並以收益為目的。若以物無償貸與他人收益時，固非法律之所禁，惟非茲所謂使用借貸，祇得準用關於使用借貸之規定而已。（一

九九】又使用借貸以無償貸與爲要件。無償貸與云者，即借用人對於物之使用不支付租金之謂。若不允付租金，縱其契約附有其他負擔，亦不妨謂爲無償。例如就於物之用法加以制限是也。借用物之種類，法無制限，貸與物之一部，亦爲法律所許。但權利之無償貸與，只得稱爲準使用借貸，而非真正之使用借貸。

【一九九】關於此點，各國立法例不一。德國民法（第五九八條）及瑞士債務法（第三〇五條），均以使用借用物爲使用借貸之唯一內容。日本民法（第五九三條）則兼及收益。我民法從德制。然租賃既以使用收益爲內容，使用借貸斷無獨限于使用之理，立法論以日本民法之規定爲當。

（二）他方允於使用後返還其物 即借用人於使用後，應以原物返還貸與人是也。尙可以同種之物返還，則爲消費借貸，而非使用借貸。【二〇〇】

【二〇〇】此點與租賃同。因借用物雖在借用人占有之下，其所有權仍屬于借貸與人故也。後借用人對於貸與人所負返還借用物之義務，爲特定債務。

具備上列兩要件時，使用借貸成立，此外無須交付現物，作成書據。故爲諾成且不要式契約。（註一四六參照）但在未交付借用物以前，其契約尙未發生效力耳。（第四六五條）又使用借貸成立後，借用人對於借用物之使用，不爲何等對價性質之給付，故爲無償且片務契約。

## 第二款 使用借貸之效力

### 第一項 貸與人之義務

使用借貸爲無償契約，貸與人所負之義務，亦甚輕微。茲舉如左。

(一) 許容物之使用之義務 使用借貸貸與人之義務，與出租人異，不負使借用人得爲使用之義務，只負不妨害借用人使用之義務。從而出租人雖負修繕義務，而貸與人則否。(二〇二)

[二〇一]出租人負交付租賃物之義務，而貸與人則不負交付借用物之義務。何則？使用借貸，依借用物之交付，而生效力。(第四六五條)當其契約發生效力之時，借用物業已交付也。

(二) 瑕疵擔保義務 使用借貸亦以物之利用爲目的，就理論言，貸與人對於借用物自體及其權利之瑕疵，亦應負擔保之責。惟使用借貸爲無償契約，究非租賃可比，故貸與人所負之担保義務，與出租人不得不異其範圍。即限於故意不告知瑕疵之場合，對於借用人方負賠償其損害之義務。(第四六六條)

(三) 償還費用之義務 借用人就借用物支出必要費，或支出有益費，使該物之價格增加者，自得依無因管理及不當得利之規定。(第一七二條至第一八三條)請求貸與人償還。但借用人不妨使借用物回復原狀，取回附屬該物之工作物。又借用物之通常保管費，及動物之飼養費，由借用人負擔，不得請求貸與人償還。(第四六九條)

## 第二項 借用人之義務

借用人之義務有三，如左：

(一) 保管借用物之義務 使用借貸終止後，借用人要以原物返還貸與人；故於未返還前，借用人要以善良管

理人之注意保管其物。違此義務致借用物毀損滅失者，負損害賠償之義務。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。（第四六八條）

（二）關於使用之義務 借用人雖得使用借用物，然其使用要依契約所定之方法為之。無約定方法者，應以依借用物之性質而定之方法使用之。（第四六七條一項）

借用人自己雖得使用借用物，然非得貸與人之同意，不得允許第三人使用借用物。（同條二項）蓋使用借貸亦基於當事人之信用而成立，與租賃無異。從而借用物之轉貸，及借用權之讓與，均要有貸與人之同意。但不妨以第三人為補助人而為使用。例如甲以其汽車假乙使用，乙僱丙司機是也。

（三）返還借用物之義務 當事人已定有借貸期限者，則于其期限屆滿後，借用人須以借用物返還貸與人，若未定借貸期限，則依下開方法，定返還之時期。（1）契約上已有借貸之目的者，則借用人依借貸之目的使用完畢後，應即返還借用物。但雖未完畢，而已經過相當時期，可推定借用人已使用完畢者，貸與人得請求返還。（2）契約上未定有借貸之目的者，則貸與人得隨時請求返還借用物。（第四七〇條）〔二〇二〕

〔二〇二〕此種「請求返還」，其中含有終止契約之性質。蓋其使用借貸，若未經終止，則借用人即不負返還借用物之義務也。又此項終止契約，法律既無預告期間之規定，自不以預行通知為必要。

上述借用人所負之義務，若在數人共借一物之場合，其借用人對於貸與人連帶負責。（第四七一條）應適用第二七二條以下之規定。

### 第三款 使用借貸之消滅

使用借貸關係消滅之原因有三，分述於左。

(甲) 借貸期限之屆滿 在當事人已定使用借貸期限之場合，其期限屆滿時，使用借貸關係當然消滅。但當事人不妨以契約為期限之更新，此與租賃無異。在當事人未定借貸期限之場合，借用人已達借貸之目的，或貸與人已依第四百七十條一項但書及二項之規定，請求返還借用物時，使用借貸關係亦消滅。

(乙) 終止契約 當事人之一方終止契約時，則使用借貸關係，亦告消滅。依第四百七十二條規定，左列各場合，貸與人得終止契約。

(1) 貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物時。

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

(3) 借用人怠於注意，致借用物毀損或有毀損之虞時。

(4) 借用人死亡時。

(丙) 借用物之滅失或毀損 借用物全部滅失，或毀損至於不堪修繕時，使用借貸關係消滅。但其一方有故意或過失時，別生損害賠償之問題，與租賃同。

### 第四款 使用借貸之短期時效

因使用借貸所生之債權，法律對之有特設短期時效者，列舉於左。（第四七三條）【二〇三】

第一 貸與人就借用物所受損害對於借用人所有之損害賠償請求權，自返還借用物之時起，因六個月之時效而消滅。

第二 借用人因借用物有瑕疵對於貸與人所有之賠償請求權，及工作物取回權，自使用借貸關係終止時起，因六個月之時效而消滅。

【二〇三】德日兩國民法，就于租賃及使用借貸，均設有短期時效之規定。德民規定，租賃及使用借貸之時效，同為六個月。（德民第五五八條及第六〇六條）日民則同定為一年。（日民第六二二條及第六〇〇條）我民法第四五六條定租賃之短期時效為二年，而第四七三條則定使用借貸之短期時效為六個月，長短懸殊，至不可解。

### 第七節 因消費借貸而用之債

#### 第一款 消費借貸之意義及性質

消費借貸者，當事人約定，一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，他方其後應以種類、品質、數量相同之物返還，依之而成立之契約也。（第四七四條）依此定義，則消費借貸，要備左之條件。

（一）當事人之一方允移轉金錢或其他代替物之所有權于他方，其當事人之一方，即貸與人；他方即借用人。消費借貸之標的物，限于金錢及其他代替物，故不代替物不得就之為消費借貸。但不必為消費物，雖不消費物若可以同種之物代替者，仍得為消費借貸之標的物。【二〇四】又消費借貸之貸與人，要允移轉金錢或其他代替

物之所有權于借用人。若僅允將其物交付借用人使用，祇為使用借貸，而非消費借貸。

【二〇四】權利不得為消費借貸之標的，故債權之貸與，不成立消費借貸，但銀行券與已到期有價證券，視為金錢，例外得為消費借貸之標的。

(二) 他方允其後應以種類品質數量相同之物返還之。消費借貸之借用人，雖受金錢或其他代替物所有權之移轉，然其後仍須返還。否則其契約乃贈與，而非消費借貸。惟其所應返還者，祇以種類品質數量相同之物為足。【二〇五】無須為貸與之原物，故與租賃及使用借貸不同。

【二〇五】若其所返還者為異種類或異品質之物時，則為互易。為異數量之物時，若其數量多于其所受領者，則為有報償之消費借貸。若少于其所受領者，則為贈與與消費借貸之混合契約。又當事人于約定應返還同種類同品質同數量之物時，不妨為任意債務之約束，即許借用人以其他之物代之。

具備上述要件時，消費借貸成立；此外不必作成書據，交付現物。雖第四百七十五條有「消費借貸因金錢或其他代替物之交付而生效力」之規定，然亦僅以交付代替物為消費借貸發生效力之要件，而非其成立之要件，故為不要式且諾成契約。又消費借貸成立後，當事人雙方負非互為對價之債務，故為片務契約。然則為無償契約否乎？應分別論之。即約付利息或其他報償之消費借貸，為有償契約；不約付利息或其他報償之消費借貸，則為無償契約。

## 第二款 消費借貸之效力

### 第一項 貸與人之義務

消費借貸，於貸與人交付金錢或其他代替物于借用人後，方生效力（第四七五條）故貸與人不負交付金錢或其他代替物之義務。又消費借貸發生效力後，借用人已取得其標的物之所有權；借用人即基於其所取得之所有權為物之利用，非基於對於貸與人所有之債權。故消費借貸之貸與人，非如使用借貸之貸與人負許容借用人使用借用物之義務。是蓋基於消費借貸之本質當然所生之結論也。

貸與人雖不負許容物之使用之義務，應負瑕疵之担保義務。其義務之內容，依場合而異：（一）在約付利息或其他報價為消費借貸之場合，貸與人應担保交付時其借用物不存有瑕疵。若違背此義務時，借用人得請求更易無瑕疵之物；如有損害，得一併請求賠償。（第四七六條一項）（二）其在不約付利息或其他報價之場合，本以不負擔担保義務為原則。借用物有瑕疵時，借用人僅得照有瑕疵原物之價值返還貸與人，並無其他之權利。但貸與人明知有瑕疵而不告知借用人者，借用人得請求損害賠償。（同條二項三項）又上述之担保義務，係但就標的物自體有瑕疵而言。標的物權利有瑕疵時，自可準用其規定。

### 第二項 借用人之義務

消費借貸之借用人，只負返還借用物之義務。但在約付利息或其他報價之場合，尚負支付利息或其他報價之義務。茲分述之：

（一）返還借用物之義務 消費借貸契約上，已定還物之期限時，期限屆至後，借用人應以與從前所受領者種類、品質、數量、相同之物，返還貸與人。其未定返還期限時，借用人得不待貸與人之催告，隨時返還；貸與人亦得定



一個月以上之相當期限，催告返還。（第四七八條）其借貸約付利息與否，可不問之。其應返還之物，以與其已受領者同種、同數、同質爲足，不以返還原物爲必要。惟借用人不妨以原物返還貸與人。

借用人應以同種、同質、同數之物返還貸與人，是原則也。然例外場合，亦有得以或應以其他之物返還者。茲舉其場合於左。

（甲）借用物有瑕疵時，借用人得照有瑕疵原物之價值，返還貸與人。（第四七六條二項）

借用人負返還同種、同質、同數之物之義務，故若其已受領之借用物有瑕疵時，本得依第四百七十八條，返還有同一瑕疵之物。然有同一瑕疵之物，每難于覓得，其結果借用人有不得不以無瑕疵之物返還貸與人等，其損失實大。法律爲保護借用人起見，特許其返還有瑕疵原物之價值，以免其義務。有瑕疵原物之價值，應依返還時返還地之時價定之。其返還時或返還地未約定者，依訂約時或訂約地之時價定之。（第四七九條類推）但此規定，只對無報償之消費借貸而設。在約付利息或其他報償之消費借貸，借用人得依第四七六條第一項之規定，請求另易無瑕疵之物，不生返還其價值之必要，故法律特不規定之。然借用人若當初不請求更易無瑕返之物，就理論而言，嗣後自亦得返還其物之價值，以免其義務。故本項之規定，於約付報償之消費借貸，自可類推適用。

（乙）借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還之場合，應以返還時返還地其物之價值，償還貸與人。（第四七九條一項）

借用人不能以同種、同質、同數之物返還之場合，是亦債務之履行不能，似得依第二百二十五條規定免其

義務。然借用人因受領借用物，已受利益，若得因此免其義務，殊欠公允。故法律特使借用人，負償還其價值之義務。其價值依其物在返還時返還地所應有之價值定之。若返還時或返還地未約定者，則依其物在訂約時或訂約地之價值。（同條二項）但其消費借貸之標的物為通用貨幣，於返還時已失強制通用效力時，借用人應以返還時有適用效力之貨幣償還之，不得償還失效貨幣之價值，以免其義務。（第四八〇條一款）

（丙）其借用物為金錢時，若以通用貨幣計算，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貨幣償還之，不得償還同種之貨幣。（第四八〇條二款）【二〇六】若以特種貨幣計算，借用人固得以該特種貨幣償還之，亦得按返還時返還地之市價，以通用貨幣償還之，非必須償還該特種之貨幣。（同條三款）倘其借貸金額，係以貨物折算，當事人縱有反對之特約，仍應以該貨物按照交付時交付地之市價所應有之價值，為其借貸金額。不得按照返還時返還地之市價，以免當事人有意外之損益也。（第四八一條）

【二〇六】若該種類之貨幣，在返還時尚有強制通用之效力，則借用人自得以同種之貨幣償還之，但同時不負以同種貨幣償還之義務。

（二）支付報償之義務 在約付利息或其他報償之消費借貸，借用人負支付利息或其他報償之義務。利息不  
限於金錢，即其他代替物，亦可約定以充利息之支付。其他之報償，則指利息以外其他之給付而言。利息與其他報償之額，及其支付期限，依其契約定之。當事人未約定支付期限時，則應於借貸關係終止時支付；但其借貸期限逾一年者，應于每年終止支付之。（第四七七條）

第一款 僱傭之意義及性質

僱傭者，當事人約定，一方為他方服勞務，他方給付報酬，依之而成立之契約也。（第四八二條）故僱傭要具備左之要件。

（一）當事人之一方允為他方服勞務 此一方當事人，謂之受僱人；他方即僱用人。服勞務云者，對於僱用人供給勞力之謂。勞務之種類，法律上無何等之制限；不問其為物質的，抑為精神的，均包含之。古代法律，多限定僱傭之勞務，為下級之勞務；至上級之勞務，則以之為委任之標的，然在近世因工業之發達，及社會經濟之發展，勞務無上下級之分，均為社會上所需要，對於勞務之區別，遂為一般所否認。〔三〇七〕故我民法特做多數立法例，對於僱傭之勞務，不加制限。

〔三〇七〕羅馬法以醫師、律師、教授等所謂高級勞務，不為僱傭之標的，而為委任之標的。稱其所得之報酬，不曰工資，而曰謝金。法國民法從其例。德國民法第六一一條二項，則明定各種之勞務，均得為僱傭之標的，以示不加制限之意。

（二）他方允給付報酬 僱傭以勞務與報酬相對待為特質。若一方服勞務，一方不給報酬者，乃僱傭贈與之混合契約，非真正之僱傭。其報酬係對於勞務而給付，非對於勞務之結果而給付；故服勞務後，雖無何等之結果，僱用人仍負給付報酬之義務。是即僱傭無承攬之異點。〔二〇八〕

〔二〇八〕僱傭與承攬，最易混合，然有異點。舉其要者：（一）僱傭以單純供給勞務為目的，反之，承攬則以完成工作為目的。其異一。（二）在僱傭契約，其受僱人服勞務後，雖不發生結果，亦得請求報酬，故其危險由僱用人負擔，反之，在承攬契約，其承攬人非俟工作發生結果後，不得請求

報酬，其危險由承攬人負擔。其異二、(三)受僱人受僱用人之指揮；反之，承攬人通常不受定作人之指揮。其異三。

關於報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。如依情形，有非受報酬即不服勞務者，當事人雖無何等明示之意思表示，亦視為允與報酬。於此場合，其報酬額按照價目表給付之。無價目表者，按照習慣給付。(第四八三條)

具右列要件時，其契約成立。此外不以交付現物及作成書據為必要；故為諾成契約又為不要式契約。又契約成立後，僱用人負給付報酬之義務，受僱人負服勞務之義務，且其義務互為對價，故為雙務且有償契約。

## 第二款 僱傭之效力

### 第一項 僱用人之義務

僱用人負給付報酬之義務。〔三〇九〕報酬以金錢充之為通例，然其他有價物，經當事人合意時，亦得以之充報酬。但以移轉所有權為限；故如貸與物品，或供給勞務，非茲所謂報酬之給付。報酬之額，當事人已約定時，從其約定。否則依價目表或習慣定之。報酬給付之時期，當事人有特約時從之。若無特約依習慣；若亦無習慣，則應視計算報酬之方法，定給付之時期。即其報酬分期計算者，應於每期屆滿時給付之；報酬非分期計算者，應於勞務完畢時給付之。(第四八六條)

〔三〇九〕德國民法第六一六條至六一九條及第六三〇條規定，僱用人對於受僱人，尚負供給膳醫費，預防危險，及證明等義務，我舊民律從之。(同律第七一九條以下)新民法以此等事項，應規定于勞動法規之中，故不及之。

給付報酬，為服勞務之對價；故受僱人苟因某事由未服勞務之全部或一部，非補服勞務後，不得請求報酬。然

有例外，即受僱人依約提出給付，因僱用人受領遲延，致不得服其勞務之全部或一部者，受僱人不必補服勞務，得請求報酬之全部。但受僱人因不服勞務所節省之費用，或轉向他處服勞務所已取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得從報酬額內扣除之。（第四八七條）

## 第二項 受僱人之義務

僱傭契約成立後，受僱人負依契約之本旨供給勞務之義務。但此種債務，與他之債務異，有專屬的性質，故生左之效果。

第一 僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。（第四八四條一項前段）

僱傭契約，以對於特定人供給勞務為目的。多基於當事人之信用而成立。苟僱用人不經受僱人之同意，得任意讓與其權利於第三人，則受僱人難保不蒙損害，故法律明定以經受僱人之同意為必要。非經受僱人同意而為讓與時，不但其讓與契約不能有效，受僱人且得終止契約。（同條二項）從而受僱人無對受讓人供給勞務之義務。若其讓與已得受僱人同意，則對於受僱人亦有效力。但給與報酬之義務，非隨同勞務請求權而移轉。如欲移轉，要依第三百條以下之規定，另訂債務承擔之契約。

僱用人不讓與其權利，單事實上使受僱人對於第三人供給勞務時，要得受僱人之同意否歟？法律上無何等規定，要不外依當事人之契約定之。但受勞務供給者之為何人，對於受僱人有重大之利害關係，故在當事人無特約之場合，以斷定要經其同意為正當。

第二 受僱人非得僱用人同意不得使第三人代服勞務（同條一項後段）

僱用人締結僱傭契約，多着眼於受僱人之智識、技能。智識、技能，依人而異；故受僱人非得僱用人同意，當然不得使第三人代服勞務。違背此規定時，即為契約之不履行，僱用人得終止契約。（同條二項）但受僱人當服勞務，不妨以第三人為補助人。又勞務之性質，許使他人代服，其結果無異之場合，及當事人以特約許使他人代服之場合，不要得僱用人之同意，得使第三人代服勞務。

### 第三款 僱傭之消滅

僱傭關係，因左列原因而消滅。

（一）存續期限之屆滿 當事人已定存續期限者，其期限屆滿時，僱傭關係當然消滅。（第四八八條一項）但當事人不妨為期限之更新。〔二一〇〕

〔二一〇〕德、日、兩國民法，（德民第六二五條，日民第六二九條一項）均設有默示更新之規定。即存續期限屆滿後，受僱人繼續服勞務，僱用人知之而不述異議時，視為不定期限繼續僱傭。舊民律第七三一條亦有此項規定，新民法無此明文，殊嫌遺漏。

僱傭契約未定期限時，應依其勞務之性質或目的，定其期限；因其期限之屆滿，僱傭關係消滅。例如延醫治病，病愈則僱傭關係消滅是也。

（二）終止契約 終止有兩種：即任意終止，及因法定事由之終止是也。分述之：

（甲）任意終止 左列場合，當事人得任意終止契約。

(1) 僱傭契約已定僱傭期限時當事人之一方若遇有重大事由仍得隨時終止契約。但其事由因當事人一方之過失而生者，對於相對人任損害賠償之責。(第四八九條)

當事人未定僱傭期限，然得依其勞務之性質或目的定其期限時，亦已以定期限論。於此場合，當事人有重大事由時，亦得隨時終止契約。

(2) 未定僱傭期限，又不能依勞務之性質或目的定期限時，各當事人無論何時，得終止契約。但有利於受僱人之習慣者，仍從其習慣。(第四八八條二項)(三二一)

〔三二一〕德民第六三二條及日民第六二七條，對於此項終止，均有預告期間之規定。我舊民律第七二九條亦定，須于二星期前預行通知。新民法無此規定，不得謂非一缺點。

(乙) 因法定事由之終止 僱傭契約之各當事人，除得任意終止契約外，尚得基於法定之事由，終止契約。其情形有二：(一) 當事人之一方，未經相對人同意，將其勞務請求權讓與第三人，或使第三人代服勞務時，相對人得終止契約。(第四八四條) (二) 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。(第四八五條)

(三) 當事人死亡 受僱人要親自供給勞務，受僱人死亡時，僱傭關係當然消滅。但受僱人已得僱用人之同意，可使他人代服勞務之場合，及勞務之性質，許使他人代服，其結果無異之場合，僱傭不因受僱人死亡而消滅。反之，僱用人死亡時，原則上僱傭不消滅。然其勞務之供給以僱用人生存為必要時，(如教讀醫病之類) 僱用人

死亡，其契約亦因之而消滅。

### 第九節 因承攬而生之債

#### 第一款 承攬之意義及性質

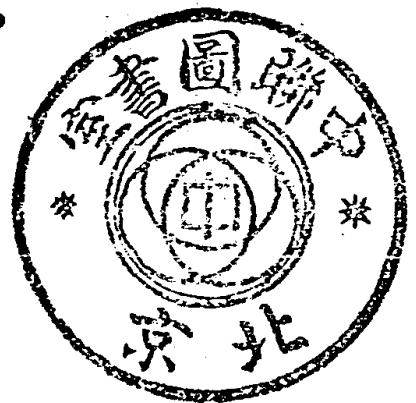
承攬者，當事人約定，一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成後給付報酬，依之而成立之契約也。（第四九〇條）故承攬要具備左列要件。

（一）當事人之一方允爲他方完成一定之工作 爲此約定之當事人，謂之承攬人；其相對人謂之定作人。茲所謂工作者，即依勞力所得處理之事件也。工作之種類，法無制限，不問其爲有形的與否，及有財產的價值與否，均包含之，如建築家屋，製作工藝品，研究一定之學術等皆是也。完成工作云者，即依勞務生出一定結果之謂。（二）承攬以依勞務生出一定結果爲目的，非只以供給勞務爲目的，此即其與僱傭之異點。但實際上兩者難於區別之場合不少。（三）

【三二二】承攬單純以完成工作爲目的，故承攬人不負供給材料之義務。若當事人約定承攬人亦須供給材料時，則其契約爲承攬與買賣之混合，而非真正之承攬。例如定製物供給契約是也，但附屬材料依習慣應由承攬人供給時，（如成衣所需之線）仍不失爲承攬契約。

【三二三】例如僱工搬運貨物，按件計酬，其爲承攬抑爲僱傭，往往不能遽予斷定，不外依當事人之意思決之。

（二）他方俟其工作完成後給付報酬 報酬通常以金錢充之，然不以金錢爲限，其他有價物，當事人合意時，亦得以之充報酬。但其報酬係對於其勞務之結果而給與，非對於其勞務而給與，故承攬人雖已供給相當之勞務，





尙未生出一定之結果時，不得請求報酬。

關於報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。如依情形，非受報酬即不完成其工作者，當事人雖無何等之意思表示，視爲允與報酬。於此場合，其報酬按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣定之。（第四九一條）

具右列要件時，承攬成立，此外不要交付現物，作成書據。故爲諾成契約，又爲不要式契約。又其契約成立後，承攬人負完成工作之義務，定作人負給與報酬之義務，且其義務互爲對價，故爲雙務且有償契約。

## 第二款 承攬之效力

### 第一項 承攬人之義務

（甲）完成工作之義務 工作之完成，爲承攬人所負擔之主要義務，其工作之完成，當事人定有期限者，應於約定期限內完成之。若未定有期限，應於相當期限內完成之。其工作因可歸責於承攬人之事由，逾期未完成時，定作人得請求減少報酬；倘其工作於特定期限內完成或交付，爲契約之要素者，定作人尙得解除契約。（第五〇二條）又承攬人因應歸責於己之事由遲延工作，顯可預見其不能於期限內完成者，若其工作於特定期限內完成爲契約之要素，定作人雖於期限未屆滿以前，亦得解除契約。（第五〇三條）但此項因工作遲延而生之減少報酬請求權與契約解除權，若其後定作人受領工作時不爲保留者，定作人即失其權利。（第五〇四條）

承攬以完成工作爲目的，非以勞務之供給爲目的，承攬人不妨使第三人代完成其工作。（三一四）故承攬人死亡，或非因其過失致不能自完成其約定之工作時，應由其繼承人或應使他人代完成其工作。但其承攬之工

作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，其承攬人死亡，或非因其過失致不能自完成其約定之工作時，其契約終止。此際其工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務。（第五一二條）

【二一四】使第三人代完成工作，其情形有二：（一）以使第三人為補助人，供承攬人之指揮時，則第三人不外承攬人之使用人。此際承攬人就于第三人之故意過失，應任其責。（第二二四條參照）（二）承攬人轉使第三人承攬其工作時，是乃再承攬。承攬人原則得為再承攬，但就于次承攬人之故意過失，亦應負責。

（乙）瑕疵担保之義務 承攬為有價契約，故關於買賣担保義務之規定，當然準用於承攬。（第三四七條）但承攬與買賣有相異之性質，故法律對其担保義務，特設數多之規定。茲分述之。

（一）担保義務之內容 承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，並担保其無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。（第四九二條）但其工作之瑕疵，因定作人所供材料之性質，或依定作人之指示而生者，承攬人若非明知其材料之性質或其指示不適當而不告知定作人，則不負擔保之責任。（第四九六條）

（二）義務違反之效果 承攬之工作有瑕疵時，以其瑕疵可得修補者為限，定作人得定相當期限請求承攬人修補人。若承攬人逾期不為修補，定作人得自行修補，並請求承攬人償還所需之費用。但修補所需之費用過鉅時，承攬人得拒絕修補。（第四九三條）

承攬人既受定作人請求，不如期修補，或因其需費過鉅拒絕修補，或其瑕疵不能修補時，定作人得自行選擇，或解除契約，或請求減少報酬。但對此原則，尚有二例外：（一）其瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地之工作物者，定作人只得請求減少報酬，不得解除契約。（二）工作之瑕疵，因應歸責於承攬人之事由而生者，定作人除得請求修補或解除契約或減少報酬外，并得請求損害賠償。（第四九四條及四九五條）

工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵，或有其他違反契約之情事者，定作人得定相當期限請求承攬人改善其工作，或依約履行。承攬人逾期不改善或履行者，定作人得使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用均由承攬人負擔。（第四九七條）

（三）担保責任之存續期間 担保責任發生之後，非永久存續；定作人非於一定期限內，發見工作之瑕疵，則不得對於承攬人主張權利。其期限之長短，因工作之種類而不同。其工作為建築物或其他土地之工作物，或為此等物之重大修繕時，其期限為五年。（第四九九條）若係其他之工作，則為一年。此期限自承攬人將工作物交付定作人時起算。但其工作性質上無須交付者，自工作完成時起算。（第四九八條）此項期限，不妨以特約伸長之。但不得減短。（第五〇一條）又在承攬人故意不告知瑕疵之場合，若其工作為建築物或其他土地之工作物或為此等物之重大修繕時，則其期限為十年。若係其他之工作，其期限為五年。（第五〇〇條）

## 第二項 定作人之義務

(甲) 給與報酬之義務 定作人對於承攬人負給與報酬之義務。其給與時期，依其契約之性質定之。即(一)承攬工作應交付者，工作交付時須給付報酬。(二)承攬工作無須交付者，工作全部完成時，須給付報酬。但其工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，須於每部之交付時，給付該部分之報酬。(第五〇五條)

(乙) 行爲之義務 需定作人之行爲，承攬人始能完成其工作者，定作人負行爲之義務，例如成衣契約，定作人必供給材料，建築家屋，定作人必指示土地是也。定作人不爲其行爲時，承攬人得定相當期限催告定作人爲之，若定作人於此期限內不追完其行爲者，承攬人得解除契約。(第五〇七條)〔二二五〕

〔二二五〕定作人負行爲之義務，若逾期不爲該行爲，承攬人自得以訴強制其履行，並請求定作人賠償損害。(第二二七條及第二三一條)又此種行爲，若由承攬人完成工作義務方面觀察，不外債權人之協力，故定作人不爲此行爲時，應任受領遲延之責。(第二三四條)

定作人供給有瑕疵之材料，或爲不適當之指示，致工作於交付或完成前滅失毀損，或不能完成者，若承攬人即將其情形通知定作人，得請求其已服勞務之相當報酬，及墊款之償還。定作人如有過失，承攬人並得請求損害賠償。(第五〇九條及第五一〇條)

## 第三項 承攬之危險負擔

在承攬工作要交付之場合，於受領前，其工作因天災及其他不可抵抗力而滅失或毀損時，其危險應歸何人負擔乎？我民法依債務人主義，明示其危險應由承攬人負擔。故承攬人不問已完成其工作與否，不得向定作人請

求報酬。(第五〇八條一項前段)但對此原則，有二例外：

(一)定作人受領遲延時其物之危險由定作人負擔。承攬人已依契約之本旨提出給付，定作人受領遲延時，則此後其工作之危險，應歸定作人負擔。非如是，將因定作人之遲延，而增重承攬人之責任，非公平之道也。(同條同項後段)

(二)定作人所供材料之危險承攬人不任其責。定作人供給材料，使承攬人完成工作時，若其材料因天災或其他不可抗力而滅失毀損，就理論言，承攬人既應負擔其工作之危險，則對其材料之滅失毀損，似應負賠償之責。雖然，債法上所謂負擔危險者，非負擔其所生之一切損失之義，乃因之不得請求對待給付之義。且承攬材料雖已交付於承攬人，其所有權仍屬諸定作人，故其材料因天災或其他不可抗力而滅失毀損者，承攬人當然不負責任。(同條二項)

以上祇就其工作要受領時言之。其工作無須受領時，則以工作完成之時，視為受領之時，照前述理論定其危險之負擔。(第五一〇條)

### 第三款 因承攬而生之抵押權

承攬人對於定作人，有種種債權，既如前述。法律為使其債權易於實行，特認其有抵押權。其理由與由租賃所生之留置權無異。依民法第五百十三條之規定，「承攬之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，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人不動產有抵押權。」此抵押權之

標的物，要爲不動產，且以承攬人工作所附者爲限。如爲動產，承攬人只得依第九百二十八條之規定，取得留置權，固不得爲抵押權之標的物，又其不動產如不爲承攬人之工作所附者，則與承攬契約無何等之關係，對之亦無抵押權，此抵押權所担保之債權，要係承攬人就承攬關係所取得者。故因其他之原因所取得之債權，當然不得依此抵押權而受担保。

上述之抵押權，基於法律之規定而生，故學者稱之爲法定抵押權，然其性質究與普通抵押權無異，故其效力及消滅等，當然適用關於普通抵押權之規定。

#### 第四款 承攬之解除

承攬乃一契約，固得適用契約通則中關於解除之規定。惟承攬自體，尙有特別之解除原因。茲舉於左。

(一) 工作有瑕疵，承攬人不爲修補時，定作人得解除契約。但瑕疵非重要，非所承攬之工作爲建築物或其他土地之工作物者，不在此限。(第四九四條) 此節已詳於前，茲不復贅。

(二) 承攬人未完成工作前，定作人得隨時終止(解除之義)契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害，(第五一一條)

(三) 訂立契約時僅估計報酬之概數者，如嗣後其報酬超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約。但其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者，限於工作未完成前，方得解除契約。此種契約解除，非因應歸責於承攬人之事由，故定作人應對承攬人賠償相當之損害。(第

五〇六條)

第五款 承攬之短期時效及除斥期間

因承攬而生之債權，法律對之有特設短期時效者。其所生之解除權，民法亦有除斥期間之規定。茲舉於左。

(第五一四條)

(一) 定作人之瑕疵修補請求權，修補費用償還請求權，減少報酬請求權，或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅。

(二) 承攬人之損害賠償請求權，或契約解除權，均因其原因發生後一年間不行使而消滅。

第十節 因出版而生之債

第一款 出版之意義及性質

出版者，當事人約定，一方以文藝學術或美術之著作物，為出版而交付于他方，他方担任印刷及發行，依之而成立之契約也。(第五一五條)〔二一六〕〔二一七〕故出版之要件有二：

〔二一六〕出版一語有二義：一指出版行為。即複製著作物，分配之于多數人之謂。一指出版契約。即本節所述者是也。著作人欲公表其著作物，可用三種之方法：(一)以自己費用自為出版，是乃自行出版。(二)委託他人，以自己計算，代為出版，是乃委託出版。(三)與他人訂立契約，由他人備費出版，是即出版契約。

〔二一七〕出版既有二義，關於出版之法律，亦有二種：一為規律出版行為之法律。即出版法。一為規定出版契約之法律。此可稱出版契約法。此

種出版契約法，瑞士規定于債務法中（第三八〇條以下）奧國規定于民法中（第一一七二條以下）德國另以單行法（出版權法一九〇一年公布）規定之。英、法、日各國均無此規定。我民法關於出版之規定，純做瑞士債務法。

（一）當事人之一方允以文藝學術美術之著作物為出版交付于他方。此一方之當事人，謂之出版權授與人。他方即出版人。出版權授與人雖以著作人為常，但著作人之承繼人，亦不妨與出版人締給出版契約。著作物云者，乃智能上之產出物之義。其範圍甚廣，舉凡書籍、圖畫、樂譜、劇本、字帖、照片、雕刻、模型等皆屬之。但以關於文藝、學術、美術者為限；否則不得為出版契約之標的。此項著作物，著作人或其承繼人本得自出版之；但著作人或其承繼人，往往缺乏出版必需之設備及其經驗，不得不允將其著作物交付他人代為出版。是即出版契約之所由來也。

（二）他方允担任該著作物之印刷及發行。印刷一語，應從廣義解釋，即複製之謂。不問其依何形體，用何方法，凡能將一著作物，化為多數同樣之著作物者，皆是。發行者，即將其複製之著作物（即出版物）分配於多數人之謂。亦不問其為有償抑為無償。總稱此印刷及發行等行為曰出版。出版人即允担任著作物之出版者；契約成立後，出版人非單純有出版之權利，同時亦為其義務。故出版所需之費用，應由出版人自支出之；因出版所生之損益，應由出版人自承受之。外國法律，就于此點有特設規定者。（德國出版法第一條）我民法上雖無明文，然亦以如此解釋為正當。〔二一八〕

〔二一八〕德國出版權法第一條規定：關於文學或音樂之出版契約，著作人為使出版人，於其計算，為複製及發行，負交付著作物之義務。出版



人負複製及發行著作物之義務云云。『於其計算』一語即表示因出版而生之損益均歸出版人之意。

具備上列兩要件時，出版契約成立。此外不必交付物品，作成書據，故為諾成且不要式契約。又出版契約成立後，出版權授與人負交付著作物之義務，出版人負出版著作物之義務，此兩個義務互為對價，故為雙務且有償契約。至出版人應否對於出版權授與人給付報酬？又出版人發行出版物有無收取價金？此與出版契約之本質均無影響，但其效力不同耳。

## 第二款 出版之效力

### 第一項 出版權之移轉

出版契約為債權契約，由純理言，出版契約成立後，出版權授與人，只負交付著作物于出版人，供其出版之債務。出版權授與人之權利，非因之當然移轉于出版人。但最近立法例，多以出版人應加特別之保護。規定出版人基於出版契約，直接取得出版權。（德國出版權法第八條，瑞士債務法第三八一條參照）『三一九』我民法第五百十六條第一項規定，著作人之權利，於契約實行之必要範圍內移轉於出版人，亦基此理由。以故出版契約，不但發生債權，且生權利之移轉，一面帶有準物權契約之性質。此種『于契約實行之必要範圍內移轉于出版人之權利』，是否著作權自體？抑基于著作權所生之出版權？第五百十六條一項雖無明文規定，然由同條二項『出版權授與人』一語而觀，則其所移轉者僅為出版權，而非著作權自體，毫無疑義。即出版契約成立後，出版人只取得出版權，出版權授與人，仍保有著作權。出版權不外對於著作權之一種物權的担負，與存于所有權上之各種制限物權同。

其性質。【二二〇】故出版人于契約成立後，得以其出版權向第三人主張。

【二一九】德出版權法第八條規定：無特別訂定時，出版人取得複製及發行之排他的權利。瑞債務法第三八一條規定：著作人之權利，于契約實行必要之範圍內，移轉于出版人。與我民法同。

【二二〇】日儒末川博氏民法之特殊研究下卷出版契約論參看。戴修瓚氏債各第一九八頁，主張出版權為形成權。周新民氏債各第二三八頁吳振源氏債各第三一〇頁從之。

出版權授與人，於契約成立後，仍保有著作權；故除契約另有訂定外，其著作物翻譯之權利，仍屬於出版權授與人。蓋翻譯認為著作權中之一權能故也。（第五二二條）

### 第二項 出版權授與人之義務

（甲）交付著作物之義務 出版權授與人，應以有約定內容之著作物，交付出版人，供其出版。但不負作成著作物之義務。著作物不要為著作人親筆之稿本，由他人照原稿抄錄者亦可。若著作物交付後，因不可抗力致滅失者，如出版權授與人另有稿本，應將該稿本交付出版人。無稿本時，如著作人（限于出版權授與人）不多費勞力，即可重作者，應重作之。但著作人得向出版人請求相當賠償。（第五二五條）

（乙）瑕疵担保之義務 出版權授與人，應担保其于出版契約成立時，有出版權授與之權利。其著作物受法律上之保護者，並應担保其有著作權。（第五一六條二項）故其著作物單純為他人之著作，自己對之無處分之權者；或雖為自己之著作，而其著作權已消滅者；出版權授與人應任其責。然則此際出版人有如何之權利乎？法

無特別規定，不外得依關於債務不履行之規定，行使權利。（第三四七條第三五三條）

（丙）不妨害出版之義務 出版爲出版人之義務，亦爲其權利，故出版權授與人，不得妨害出版人之出版。即出版權授與人，於出版人得印行之出版物未賣完時，不得就其著作物之全部或一部，爲不利於出版人之處分。如自行出版，或使第三人出版等行爲，均不得爲之。（第五一七條）

出版權授與人，於出版人得印行之出版物賣完時，自不妨將此著作物與他人再訂出版契約。惟此項著作物既曾經公表，則將來出版物之銷路，不免因之減少，此與後之出版人，有重大利害關係。故法律特使出版權授與人，應於契約成立前，將其情事告知後之出版人。又出版權授與人，前雖未與他人結出版契約，然其著作物事實上業經他人公表，爲出版權授與人所明知者，亦應告知後之出版人。（第五一六條三項）否則應許出版人解除契約，或請求賠償因之而生之損害。但其情事於契約訂立前爲出版人所已知者，不在此限。

### 第三項 出版人之義務

（甲）出版之義務 出版人雖依出版契約取得出版權，然發表著作，於出版權授與人，亦有重大之利益。故出版人對於出版權授與人，又負出版之義務。〔三三二〕茲分述之。

（1）出版之數量 出版之次數及每版之本數，依當事人之特約；無特約時，出版人僅得出一版。（第五一八條一項）其本數不外依習慣定之。〔三三三〕但已印刷完畢之出版物，於發行前因不可抗力致全部或一部滅失者，出版人得以自己之費用，就滅失之出版物，補行出版，對於出版權授與人，無須補給報酬。（第五二六條）

【三二一】出版人負出版之義務，此即出版契約與著作權讓與契約之異點。因著作權讓與時，則其著作權完全移轉于受讓人。受讓人願將該著作物出版與否，均聽其自由故也。

【三二二】德出版權法第五條規定，無特約時，以一版一千冊為限，許其複製。

(2) 出版之方法 出版方法，亦依當事人契約之所定；無約定時，出版人應以適當之格式印刷著作物，不得自行增減變更，並應為必要之廣告，及用通常之方法，推銷其出版物。出版物之賣價，雖由出版人定之，但亦不得過高，致礙出版物之銷行。(第五一九條) 又同一著作人之數著作物為各別出版而交付于出版人者，出版人不得將其數著作物併合出版。反之，著作人以其數著作物為併合出版，而交付于出版人者，出版人亦不得將其著作物各別出版。(第五二一條)

(3) 出版之時期 當事人已於出版契約，特定出版之時期時，從之。否則第一次應於受領著作物後相當期間內出版，第二次以下應於前版出版物賣完後相當期間內出版。倘出版人於前版之出版物賣完後，怠於新版之印刷時，出版權授與人除得以訴請求履行外，並得聲請法院，令出版人于一定期限內再出新版；逾期不遵行者，喪失其出版權。(第五一八條二項) 此際出版權授與人，得自行再版，或交第三人再版。

(乙) 關於修改或訂正出版物之義務 著作物之出版權，雖因出版契約移轉於出版人，然其著作權仍屬諸著作人。故著作人于不妨害出版人之利益，或增加其責任之範圍內，得訂正或修改其著作物；不問其著作物已否印刷發行，出版人均應許容其訂正修改，不得拒絕之。但出版人因著作人之訂正修改，所生不可預見之費用，得

請求著作人賠償。又出版人於印刷新版前，應予著作人以訂正或修改之機會，故應先徵詢著作人應否訂正修改。（第五二〇條）

（丙）給付報酬之義務 出版契約之成立，雖不以約付報酬為要件，然通常之出版契約，多約付報酬。此際出版之尚負給付報酬之義務。關於報酬之約定，不要明示，即默示亦可。如依情形，非受報酬即不為著作物之交付者，視為允與報酬。（第五二三條一項）報酬之額，及其支付之方法，應由當事人約定之。當事人約明一次付清一定數額可；約明按出版之次數，及銷行之本數，分次給付報酬亦可。在出版人有出數版之權利時，若其次版以下之報酬，未經約定，推定與前版相同。（同條二項）報酬不限于金錢，亦得以其他之物充之。報酬給付之時期，有特約時從其特約。無特約時，其著作全部一次出版者，應于全部印刷完畢時，給付報酬。分部出版者，應于其各部印刷完畢時，給付報酬。其報酬之全部或一部依銷行之多寡而定者，出版人應依習慣計算支付報酬，并應提出銷行之證明。（第五二四條）其著作物交付出版人後，因不可抗力致滅失者，雖未印刷完畢，出版人仍負給付報酬之義務。（第五二五條一項）因出版權授與人既履行其義務之全部，其危險自應由出版人負擔故也。

### 第三款 出版之消滅

出版關係，因左之原因而消滅。

（一）出版完畢 出版人已依契約出版完畢時，則出版契約達其存立之目的，當然歸于消滅。但出版權授與人，不妨以契約使出版人繼續出版。

(二) 出版人喪失出版權 出版人怠于新版之印刷，依第五百十八條二項之規定，喪失其出版權時，自不再負給付報酬之義務，其出版關係亦消滅。

(三) 著作人不能完成著作 著作人于其著作物未完成前死亡，或喪失能力，或非因其過失致不能完成其著作，其出版關係消滅。但依其情形其出版關係之全部或一部之繼續為可能且公平者，法院得許其繼續，並命為必要之處置。(第五二七條)

### 第十一節 因委任而生之債

#### 第一款 委任之意義及性質

委任者，當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理，依之而成立之契約也。(第五二八條) 故委任要具備左之要件。

(一) 當事人之一方表示委託他方處理某事務 該當事人謂之委任人，其相對人即受任人。事務云者，即有一定目的之事件，依勞務之供給得達其目的者之謂。其目的如何為達其目的所需之勞務如何？其事件為法律行為與否均可不問之。〔三二三〕故如締結契約，管理財產，清算賬目，訴訟行為等，一切得為委任之標的。處理云者，從委託之本旨，處分管理其事務之謂。委任人信任受任人使其處理一定之事務，並與以多少獨立裁量範圍者，是謂委託。故只指定一定事件使其供給勞務，毫不許其獨立裁量者，非委託；從其契約乃僱傭，非委任契約。但關於勞務給付之契約，若不屬於其他有名契約時，〔三二四〕與委任極為類似，應使之適用關於委任之規定。(第五二

## 九條

【二二三】羅馬法以委任契約之事務，不以法律行為爲限，德民第六六二條從之。反之，日民第六四三條規定：委任限于法律行為，其第六五六條又定，非法律行為之委託，則爲準委任。理論上以德民爲當。

【二二四】例如無報酬供給勞務之契約。

(二) 他方要允爲處理 委任契約，當然以他方允受委託爲要件。其允受委託之意思表示，不要對於委任人明確爲之。有承受委託處理一定事務之公然表示者，如對於該事務之委託，不卽爲拒絕之通知時，視爲允受委託。(第五三〇條) 又其允受委託，有無約付報酬，可以不問。【二二五】

【二二五】德民第六六二條規定，委任以無償爲要件。而法民第一九八六條規定，無特約時，委任爲無償。日民第六四八條之規定亦同。

具上列要件時，委任成立。此外不要交付物品，作成書據，故爲諾成且不要式契約。但爲委任事務之處理，須爲法律行為，而該法律行為依法應以文字爲之者，其處理權之授與，亦應以文字爲之。(第五三一條) 是其例外。又委任約付報酬時，則雙方均負互爲對價之債務，其契約爲雙務且有償契約；反之之場合，雙方不爲互爲對價之給付，故爲無償且片務契約。

### 第二款 委任之效力

#### 第一項 受任人之義務

(一) 處理委任事務之義務 委任契約成立後，受任人負處理委任事務之義務。其處理要與處理自己事務爲

同一之注意；其受有報酬者，應以善良管理人之注意爲之。又關於事務之處理，委任人已爲相當之指示時，受任人要從其指示。但因有急迫之情事，不能從其指示，並委任人若知有此情事亦表同意者，受任人亦得變更其指示。（第五三五條第五三六條）

處理事務，一面爲受任人之義務，一面亦爲受任人之權限。〔三三六〕其權限依委任契約之訂定；契約未訂定者，依其委任事務之性質定之。其以契約定受任人之權限時，委任人得指定一項或數項事務爲特別委任，或就一切事務爲概括委任。（第五三二條）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。（第五三三條）受概括委任者，亦得爲委任人爲一切法律行爲。但（1）不動產之出賣或設定擔負，（2）期限二年以上之不動產租賃，（3）贈與，（4）和解，（5）起訴，（6）提付仲裁等行爲，非經委任人特別之授權，〔三三七〕不得爲之。（第五三四條）

〔三二六〕此種權限即第五三一條所謂處理權。處理權係受任人于內部關係（即委任人與受任人相互之關係）得爲委任人處理事務之權限，與對外關係所有之代理權不同。受任人雖有處理權，然未必有代理權，故其對外爲委任人所爲之法律行爲，未必均能直接對於委任人發生效力。

〔三二七〕此種授權，爲委任契約上之一條款，或以追加契約爲之。與代理權之授與，由本人以單獨行爲爲之者不同。

委任契約係以當事人互相信任爲基礎，故由委任契約所生之處理委任事務之義務，與僱傭同，亦有專屬的性質。從生左之效果。



(甲) 受任人非經委任人同意，或另有習慣，或有不得已事由，不得使第三人代其處理委任事務。(第五三七條) 違此規定，使第三人代為處理委任事務者，受任人就該第三人之行為，與就自己之行為負同一之責任。反之，受任人已得委任人同意，或依習慣，或有不得已事由，使第三人代其處理事務者，僅就第三人之選任，及其對於第三人所為之指示負其責任。(第五三八條) 又受任人使第三人代為處理委任事務者，委任人對於該第三人，關於委任事務之履行，有直接請求權。(第五三九條)

(乙) 委任人非經受任人同意，不得將處理委任事務之請求權讓與第三人。(第五四三條) 違此規定時，其讓與契約不能有效。(三二八)

〔三二八〕但亦非無效，其後經受任人承認時，則自始有效。反之，受任人拒絕承認時，則無效。蓋即繫于同意之法律行為也。(第一一七條參照)

(二) 報告之義務 受任人須將委任事務進行之狀，況報告委任人。委任關係終止時，須明確報告其顛末。(第五四〇條)

(三) 交付物品及移轉權利之義務 受任人因處理事務所收取之物，須交付委任人。其就之已收取之孳息亦同。(第五四一條一項) 收取之物云者，為供處理事務之用，由委任人收取之物；及因處理事務，由第三人所收受之物之謂。收取之孳息云者，由其已收取之物所收取之孳息之謂。但此等物品，已依委任之本旨消費者，則受任人無交付之義務。是屬當然之事也。交付之時期，從當事人之特約；無特約時，則由委任人收取之物，應於委任終止從速交付。由第三人收取之物，及收取之孳息，應於收取後從速交付。

受任人以自己名義爲委任人取得之權利，須移轉於委任人。（同條二項）反之，受任人以委任人之名，由代理行爲所取得之權利，直接歸屬委任人，無爲移轉之必要。但其權利有標的物或證書時，應依同條一項之規定，交付於委任人者，固無論也。

（四）支付利息及賠償損害之義務 受任人將應支付於委任人之金錢，或爲委任人之利益應使用之金錢，自行消費者，須自消費時起，支付利息，若有損害，並任賠償之責。此義務之發生，祇以有消費之事實爲足，其消費出於受任人之過失與否，受任人依之得利益與否，均非所問。（第五四二條）又受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行爲，所生之損害，對於委任人應負賠償之責。但無償之受任人，僅就重大過失負其責。（第五四四條）

### 第二項 委任人之義務

（一）支付費用之義務 處理委任事務以費用爲必要時，委任人須因受任人之請求預付之。（第五四五條）否則受任人得以此爲理由，拒絕事務之處理。若受任人已爲代墊時，委任人須償還之，且要支付其代墊後之利息。（第五四六條一項）

（二）代償債務之義務 受任人因處理事務，以自己之名，負擔必要之債務時，得使委任人代爲清償。若其債務未至清償期，得使委任人提出相當之担保。蓋不如是，嗣後委任人苟因無資力之故，不能代償時，受任人難免蒙損失也。（第五四六條二項）

(三) 賠償損害之義務 受任人因處理委任事務，因非可歸責於己之事由致受損害者，得向委任人請求賠償。(第五四六條三項) 故此義務之發生，要具備三條件：(1) 受任人受損害，(2) 其損害要因處理事務而生，(3) 要因非可歸責於受任人之事由是也。然則委任人要有過失否歟？學者頗多議論，各國立法例亦不一致。我民法與法國民法同，(參照法國民法第二千條) 採結果責任主義，故不以委任人有過失為要件。〔三二九〕

〔三二九〕奧民第一〇一四條第一〇一五條，及日民第六五〇條三項之規定，與法民同。其在德國，則學說紛紜，近時以結果責任說，較占勢力。此種結果責任，民法純為保持當事人間之公平而設，非對於委任人加以制裁之意。故與侵權行為及債務不履行所生之責任不同。

(四) 給付報酬之義務 委任契約雖不以約付報酬為要件，但當事人以契約約明支付報酬時，亦非法律之所禁。此際委任人負給付報酬之義務。又契約雖無此項訂定，然依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，委任人亦應給付報酬。(第五四七條) 報酬不限於金錢，亦得以其他之物充之。報酬給付之時期，有特約者從其特約。無特約時，受任人非於委任關於終止及為明確報告顛末後，不得請求給付。倘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。(第五四八條)

### 第三款 委任之消滅

委任因左之特別原因而消滅。

(一) 終止契約 委任以當事人相互間信用關係為基礎。此信用關係，未必永久存續，故當事人於契約成立後，得隨時終止契約。當事人之一方，於不利於他方之時期，終止契約者，應賠償他方所受之損害。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。（第五四九條）

（二）當事人之死亡破產或喪失行為能力，委任關係為當事人間人的信用關係。若其當事人之一方死亡，破產或因精神病喪失行為能力，其繼承人或其法定代理人，未必亦信任相對人。故於此場合，其委任關係當然消滅。惟當事人有特別之意思表示，或其委任事務之性質不能消滅者，則不在此限。（第五五〇條）

委任因當事人之死亡、破產、或喪失行為能力消滅時，若有急迫情事，受任人或其繼承人或其法定代理人，須於委任人或其繼承人或其法定代理人，能接受委任事務前，繼續處理其事務。（第五五一條）

（三）委任事務處理完畢，委任以處理事務為目的，其事務已完全處理，則已達其目的，其契約當然消滅。

以上所列者，為委任消滅之原因；委任應於消滅原因發生時，即時消滅。是為原則，惟有例外。即其原因係由當事人之一方發生者，於他方已知之前，或得知之前，其委任關係視為存續。（第五五二條）故其間當事人之一方以善意所為之行為，對於他方均有效力。此不外出於保護善意當事人之意也。

#### 第四款 特種之委任

特種之委任者，性質上當然伴有代理權之委任也。夫委任與代理，本屬兩事。委任他人處理事務者，原不必授以代理權。但有數種委任契約，其性質當然應授與受任人以代理權者，故稱之為特種之委任，以示與普通委任有別。其重要者，即商業經理及商業代辦是也。茲分述之。

#### 第一項 商業經理

商業經理云者，依委任契約，爲某商號管理全部或一部之事務，及爲其簽名之謂也。稱當此經理之任者，曰經理人。（第五五三條一項）商號乃指用一定牌號經營一種或數種之商業者而言；不以個人單獨經營爲限，即合夥與公司亦包含之。爲商號管理全部或一部之事務者，謂爲商號處理該商號一切之事務，或某種類之事務，若僅處理特定之事務，不得謂之經理。爲其簽名云者，乃對外代理商號之謂。詳言之，即用商號名義，對外爲法律行爲，而由經理人代行簽名之謂。經理人爲商號管理事務，並代其簽名，係基於委任契約。故如無能力人之法定代理人，基於法律之規定，爲無能力經營商業者，與商號主人立於同一之地位，非茲所謂經理人。

商業經理，既基於商號主人與經理人間所訂立之委任契約，則經理人之權利義務，當然適用關於委任之規定。然經理人有統括的處理權及代理權，與普通受任人又微有不同，故法律設有特別之規定。茲舉于左。

### 第一 經理人之經理權

經理人有爲商號管理事務及爲其簽名之權限。稱此統括的權限，曰經理權。此經理權固由商號主人委任契約授與經理人；惟其授與之意思表示，不要明示，即默示亦可。（第五五三條二項）經理權之範圍，原則及于商號一切之事務；但不妨以契約定管理商號事務之一部，或管理商號之一分號或數分號之事務。（同條三項）

經理人就于其所經理之事務，不但于內部關係，得爲商號照約處理；其于對外關係，且得代理商號。不問訴訟上之行爲及訴訟外之行爲，以管理上所必要者爲限，經理人均得以商號名義爲之，對於商號直接發生效力。

其經理人有數人時，若經理人中有二人之簽名，對於商號亦生效力。但不動產之買賣及設定負擔，非經商號主人書面之授權，不得為之。（第五五四條第五五條第五六條）又此種廣大之代理權，商號主人得以契約制限之，惟其制限不得以之對抗善意第三人。因欲確保交易之安全故也。（第五五七條）【二三〇】

【二三〇】第五五四條一項及第五五五條，均有「視為」二字。依此規定，則不問經理人與商號之內部關係如何，經理人對外均有概括的代理權。即其對外關係，不因對內關係而受影響。故其內部雖有制限代理權之特約，然其制限對於一切第三人均不生效力。但第五五七條又有「經理權之制限不得對抗善意第三人」之規定，足見其對於惡意第三人，仍得對抗之，未免前後矛盾。余意此「視為」二字應刪。

## 第二 經理人之競業禁止義務

經理人非得商號主人之允許，不得為自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得為同類事業公司無限責任股東。（第五六二條）學者稱此經理人所負之義務，曰競業禁止之義務。蓋經理人經理本人之營業，對於本人營業上之狀況，自能詳知底蘊，若許其為自己或第三人經營與本人同類之營業，或為同類事業公司無限責任之股東，以與本人競爭，勢不免害及本人營業上之利益，故法律特禁止之。經理人有違此禁止規定之行爲時，其商號主人得請求因其行爲所得之利益，作為損害賠償。【二三一】但此項請求權，須於知有違反行爲起一個月內行使之，否則歸于消滅。其自行爲時起經過一年時亦同。（第五六三條）

【二三一】此際本人無須證明其已受損害，及其所受損害之數額。但其實際所受之損害，較之經理人因其競業行爲所得之利益為多時，本人自得提出證據，以行使其固有之不履行損害賠償請求權，不請求經理人所得之利益。

### 第三 經理關係之消滅

商業經理既不外一特種之委任，故經理關係則消滅，原係應適用關於委任關係消滅之規定。但商號主人死亡、破產、或喪失行為能力時，經理關係不消滅。（第五六四條）〔三三三〕蓋經理人必須有相當之學識與經驗者，方能勝任。若因商號主人之死亡、破產、或喪失能力，遽使經理人卸其職務，未必即能覓得適當之替人，於商號主人（或其繼承人）實屬無利而反有害也。

〔三三二〕此為對於第五五〇條之例外。

### 第二項 商業代辦

商業代辦云者，商號受他商號之委託，於一定地域內，以該他商號名義，辦理其全部或一部事務之謂也。稱當此代辦之任者，曰代辦商。（第五五八條一項）代辦商亦受他商號之委託，以他商號名義辦理其全部或一部之事務，此與經理人同。然經理人乃商號之補助人，而代辦商則為獨立之商人。又經理人為商號經理全部或一部之事務，無地域之制限，而代辦商為他商號代辦全部或一部之事務，則限於一定地域之內。此即二者重要之異點。

商業代辦，既係受他商號之委託，不外委任關係之一種。則代辦商之權利義務，當然適用關於委任之規定。惟代辦商有廣大之代辦權，與普通受任人又微有不同，故法律對之亦設特別之規定。茲舉於左：

### 第一 代辦商之義務

代辦契約成立後，代辦商應於一定地域內繼續辦理其所受託之事務。此為代辦商之義務，同時亦為其權

限。因其辦理事務得以他商號之名義爲之，故總稱其權限曰代辦權。此代辦權係由他商號依代辦契約授與代辦商，其範圍純依契約之所定；或及于全部之事務，或只及于一部之事務。又其代辦之內容，亦不妨以契約限制之。然此制限僅于內部關係有其效力，其于對外關係，代辦商號就其所代辦之事務，視爲其有爲一切必要行爲之權，不因其制限而受影響。但負票據上之義務，或爲消費借貸，或爲訴訟，除有書面之授權外，不得爲之。（第五五八條二項三項）

代辦商有廣大之代辦權，故與經理人同負競業禁止之義務。即代辦商非得委託商號之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任之股東。違此義務時，委託商號得向代辦商，請求因其行爲所得之利益，作爲損害賠償。但此項請求權，須自知有違反行爲時起一個月內行使之，否則歸于消滅，其自行爲時起經過一年時亦同。（第五六三條）

代辦商係繼續爲他商號代辦事務者，故就其代辦之事務，應隨時報告其地域之商業狀況于其該商號，並應將其所爲之交易，即時報告之，不適用第五百四十條之規定。（第五五九條）

## 第二 代辦商之權利

代辦商對於委託商號得請求支付代辦事務之報酬。如因辦理事務，爲委託商號代墊費用，亦得向其請求償還。其報酬之種類及數額，依其特約。無特約時，依習慣。無習慣時，則依其代辦事務之重要程度及多寡定之。

（第五六〇條）



### 第三 代辦關係之消滅

代辦契約已定有期限者，其期限屆滿時，代辦關係當然消滅。其未定期限者，當事人之任何一方，均得隨時終止契約，代辦關係因其終止而消滅。其終止之意思表示，應于三個月前通知他方；但當事人之一方，因非可歸責于自己之事由，致不得不終止契約者，毋庸預行通知。（第五六一條）〔二三三〕又代辦關係，不因委託商號主人之死亡、破產或喪失行為能力而消滅，與商業經理同。（第五六四條）

〔二三三〕此為對於第五四九條之例外。

### 第十二節 因居間而生之債

#### 第一款 居間之意義及性質

居間者，當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為其媒介，他方俟其契約成立時與以報酬，依之而成立之契約也。（第五六五條第五六八條）〔二三四〕故居間要具備左之要件。

〔二三四〕居間契約與居間營業不同。德國規定居間契約于民法，（第六五二條至六五六條）規定居間業于商法。（第九三條至第一〇四條）日本民法，無居間契約之規定；只于商法上有仲立營業（即居間業）之規定。（第三〇五條至第三一二條）瑞士債務法，（第四一二條至第四一八條）只設居間契約之規定，而無居間營業之規定。我民法從瑞士立法例。

（一）當事人之一方允為他方報告訂約之機會或為其媒介，此當事人謂之居間人，其他方即委託人。報告訂立某契約之機會云者，即將可得訂立契約之情形報告于委託人之謂。媒介云者，即立于當事人雙方之中間為

之介紹之謂。茲所謂訂約者，其義頗廣，包含一切適法之契約；但婚姻契約不在此內，此點於後應詳述之。

(二) 他方允俟其契約成立時與以報酬。居間契約與僱傭承攬同，亦以給付報酬為成立要件；故與無償委任有別。且其報酬於其契約成立時，方行給付；非報告或媒介後即行給付。(第五六八條一項) 易言之：其報酬係對其勞務之結果而給付，非對其勞務而給付，故至僱傭亦有差異。但其報酬雖應俟契約成立後給與，然居間人不負使其契約成立之義務，故與承攬又有不同。

報酬通常多以金錢充之，然非必限於金錢。當事人合意時，得以其他之物充報酬。又關於其報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。如有非受報酬即不為報告訂約之機會，或不為其媒介之情形者，視為允與報酬。此際其報酬額按照價目表定之；無價目表者，按照習慣定之。(第五六六條)

具右列要件時，居間成立；不以作成書據及交付物品為必要。故為不要式且諾成契約。又居間成立後，居間人負報告及媒介之義務，委託人負給付報酬之義務。且雙方債務，互為對價，故為雙務且有償契約。

## 第二款 居間之效力

### 第一項 居間人之義務

(一) 報告或媒介之義務。居間契約成立後，居間人應依契約本旨，向委託人報告訂立契約之機會，或為其媒介。關於訂約事項，居間人如有所知，應據實報告委託人；對於顯無支付能力之人，或無訂立該約能力之人，尤不得為其媒介，以免委託人受意外之損害。(第五六七項)〔三三五〕

【二三五】第五六七條有「各當事人」云云，足見居間人對於委託人之相對人，亦負同一之義務。然此乃單純基于法律規定而生之義務，而非居間契約之效力。因委託人之相對人，非居間契約之當事人故也。

(二) 忠實之義務 居間人不特應為報告或媒介，且有以忠實為之之義務。故不得為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，由該相對人收受利益。苟違此義務，其契約雖成立，然不得向委託人請求報酬及償還費用。(第五七一條)

(三) 給付或受領給付之義務 居間人就其媒介所立之契約只居第三人之地位，而非該契約之當事人；故無代契約當事人為給付，或受領給付之權利與義務。(第五七四條)但當事人之一方，指定居間人不得以姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務。此際居間人就隱名當事人由契約所生之義務，自己負履行之責，並有受領給付之權利義務。(第五七五條)

### 第二項 委託人之義務

(一) 給付報酬之義務 居間人已依契約本旨為報告或媒介，委託人與其相對人間之契約，依其報告或媒介成立時，委託人應以約定報酬給付居間人。但其契約附有停止條件時，其報酬須俟條件成就後給付。因附停止條件之契約，于其契約成立後，條件成就前，其效力尚未發生故也。(第五六八條)

給付報酬，以契約已成立且已發生效力為前提。故當事人已着手締結契約，因一定事由其契約無效時，居間人不得請求報酬。但其契約一旦有效成立後，雖被撤銷或解除，委託人不得免給付報酬之義務。

報酬之額，依當事人之特約；無特約時，依價目表；無價目表時，依習慣。然在其所約定之報酬，較居間人所任勞務之價值，為數過鉅，失其公平時，法院得因委託人之請求酌減之。蓋居間之委託人，未必均有智識經驗，其居間人每乘契約取不當高額之報酬，故法律特與以請求減額之權利。但已支付者，既出委託人任意交付，且為居間人已得之權利，不得使之返還。（第五七二條）居間之報酬，應由委託人對於居間人給付之；與委託人之相對人無涉。此徵諸第五百六十五條有「他方給付報酬」之規定，至為明顯。惟委託人與其相對人所訂立之契約，因居間人之媒介而成立時，委託人之相對人，非不因居間人之行為而受利益。故法律特規定居間人因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔以昭公允。（第五七〇條）然此只屬關於委託人與其相對人內部關係之規定，其對於居間人之關係，仍由委託人單獨負責。（二三六）

【二三六】陳瑾昆氏債各第二四三頁，持反對之見解。謂居間人直接對於委託人之相對人，亦有請求權，即其相對人對於居間人，直接亦負給付報酬之義務。周新民氏債各下卷第五三頁，亦謂其報酬由契約當事人雙方平均負擔，不得請求委託人一方給付之。余不贊同其說。茲述其理由：（一）居間契約，原係委託人與居間人所訂立，委託人之相對人，並無參與。今以委託人與居間人所約定之報酬，使其平均負擔，未免反于「契約不拘束第三人」之原則。（二）若謂相對人對於居間人所負給付報酬之義務，乃單純基于法律之規定，而非居間契約之效力，則此項規定，無非為維持公平而設。此由委託人與其相對人相互之關係觀之，雖無不當；然就居間人觀察，則法律不問其意思如何，遽以相對人代委託人對於居間人負給與一部報酬之義務，使居間人不得對於委託人請求報酬之全額，揆之法理，豈得謂平？（三）且依第五七〇條前段規定，關於報酬之負擔，當事人（指委託人與其相對人）得以特約定之。尤足證其為內部相互之關係。不然，得以其契約向居間人主張，則居間人之

權利。不免被委託人與其相對人間之契約所左右，更違反「契約不拘束第三人」之原則。

(二) 償還費用之義務 在有特約之場合，契約因居間人之報告或媒介而成立時，委託人不但應給付報酬，尙負償還費用之義務。茲所謂費用者，乃居間人因爲報告或媒介行爲，所已支出之必要費用也。此種費用之償還，亦以其所報告或媒介之契約已成立爲前提。故雖已爲報告或媒介，然其契約不成立時，委託人無償還之義務。但此只就當事人無特約之場合而言。苟當事人以特約約明，契約縱不成立，委託人仍應償還者，從其特約。(第五六九條)

### 第三款 居間之消滅

居間關係，因左列原因而消滅。

(一) 契約成立 居間以使其報告或媒介之契約成立爲目的。苟其契約因居間人之報告或媒介已成立時，則居間關係，已達其目的，當然消滅。

(二) 終止契約 居間契約成立後，各當事人均得隨時終止契約。但當事人之一方，非有不得已事由，于不利于他方之時期終止契約者，應負損害賠償之責任。(第五四九條類推)

(三) 居間人死亡 居間契約因委託人信任居間人有特別之學識經驗而訂立，若居間人死亡，則其契約關係自應消滅。(舊民律第七六二條參照) 至委託人死亡時，居間依然存續，其繼承人應承繼其契約上之權利義務。

#### 第四款 婚姻居間

婚姻居間者，爲委託人報告結婚之機會或爲其媒介之謂也。此種居間，不得約明支付報酬，否則其約定不生效力。蓋此等約定，若認其有效，必有以婚姻居間爲業者出。夫婚姻爲人倫之始，風化之原，倘以此爲業者周旋其間，勢必貪得報酬，誘惑男女，使人喪失其選擇配偶之自由，推其弊害，實有壞風紀之虞。法律爲維持公益起見，特明定此種約定爲無效。（第五七三條）〔三三七〕

〔三三七〕此種約定無效時，則依第一一一條之規定，其契約全部無效，雙方均免其義務。總民第六五六條一項及舊民律第七六四條規定，已給付之報酬，不得請求返還，是仍生自然債務。我新民法無此明文，當然不能採同一之解釋。

#### 第十三節 因寄託而生之債

##### 第一款 寄託之意義及性質

寄託者，當事人一方交付某物於他方，託其保管，他方承諾之，因之而成立之契約也。（第五八九條一項）其當事人之一方謂之寄託人，其相對人謂之受寄人，某物即寄託物。（又稱受寄物）依此定義，則寄託要具備左列要件，

（一）其契約以寄託物之保管爲目的 寄託之目的，在物之保管。苟其契約非以物之保管爲目的，祇因契約之從屬的效力，當事人之一方，負保管某物之義務者，非寄託。如使用借貸之借用人，負保管借用物之義務是也。寄託物應爲有體物，固不待言。就於其物之種類，民法上不設何等之限制，故不問動產不動產，均得寄託。〔三三八〕又

其物不以屬於寄託人之所有者為必要；即第三人或受寄人自身之所有物，亦屬無妨。保管云者，置寄託物於自己管領之下，施一定之注意，計其安全之謂也。【二三九】保管之方法，應依寄託物之種類價格如何而定，不能概論。

【二三八】德民第六八八條及瑞債第四七二條均明定：寄託之標的，限于動產。日民第六五七條，則不設此制限。我民法亦然。

【二三九】若只供給保管之場所，乃租賃或使用借貸，而非保管。反之，雖不供給場所，亦有得為保管者。如不動產寄託之場合は也。

(二) 寄託人為使保管交付寄託物於受寄人，寄託為要物契約，其成立以寄託物之交付為必要。其結果受寄人取得寄託物之占有，對於第三人得主張占有訴權。寄託物通常多由寄託人直接交付於受寄人，然亦得由第三人轉行交付。且不要現實交付寄託物，依第九四六條二項及第七六一條一項但書之規定，使受寄人繼續占有寄託物，亦無不可。惟不移轉所有權，是即其與消費寄託相異之點也。

(三) 受寄人承諾之，受寄人受領寄託物後，表示允為保管之意思時，寄託成立。其保管以不受報酬為原則，有特約時，要給報酬。又關於其報酬之意思表示，不要明示，即默示亦可。有非受報酬即不為保管之情形者，視為允與報酬。(第五八九條二項) 此際其報酬額依價目表定之；無價目表時，依習慣定之。(第四八三條二項及第四九一條二項類推)

具備右列要件時，寄託成立。此外不以作成書據為必要。故為不要式契約。其契約約給報酬時，當事人雙方均負互為對價之債務，故為雙務且有償契約，反之，不給報酬時，當事人雙方不為互為對價之給付，故為無償且片務契約。

第二款 寄託之效力

第一項 受寄人之義務

(一) 保管寄託物之義務 寄託成立後，受寄人應從契約之本旨，保管寄託物。保管之意義，已述於前。茲只就保管應用之注意，保管方法，保管場所等述之。

(甲) 保管應用之注意 受寄人對於保管行為應用之注意，因有償與否異其程度。在有償寄託，受寄人要加善良管理人之注意；反之，在無償寄託，只要與處理自己事務為同一之注意。(第五九〇條)

(乙) 保管之方法 當事人無特約時，應視寄託物之種類價格，依通常之方法為之。有特約時，宜依其約定之方法為保管。但因有急迫之情事，必須變更其方法，並推想寄託人若知有此情事亦表同意者，亦得變更之。(第五九四條)

寄託亦基於信用關係而成立，故依之而生之保管義務，亦有專屬的性質。受寄人非經寄託人同意，或另有習慣，或有不得已事由，不得使第三人代其保管。(第五九二條) 但不妨以第三人為補助人。此際就於第三人之故意過失，除另有訂定外，受寄人應任其責。(第二二四條) 又受寄人依法使第三人代為保管時，只對於第三人之選任，及其所為之指示，應加相當之注意。否則因之而生之損害，應負賠償之責。反之，不依法律規定使第三人代為保管時，就於寄託物因此所生之一切損害，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。(第五九三條) [二四〇]



【二四〇】此但書規定，乃受寄人之免責條件，而非其負責條件；其舉證責任在受寄人。故寄託人無須證明無但書所定之情事，即得請求賠償損害。

受寄人只負擔為保管行為之義務，非經寄託人同意，當然不得自行使用或使第三人使用受寄物。否則受寄人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。（第五九一條）

（丙）保管之場所 就於保管之場所，當事人未約定時，應視寄託物之種類價格，保管之於適當之場所。若當事人已有特約時，則從其特約。但有正當之事由時，不妨轉置之於其他之場所。例如充保管場所之家屋，罹於火災是也。

（二）返還寄託物之義務 寄託物之所有權，屬諸寄託人。故寄託終止後，應將其物返還寄託人。其應返還之物，要為原物。原物因不歸責於受寄人之事由毀損時，得將其毀損之物返還之。又寄託物生有孳息時，須一併返還。（第五九九條）

當事人未定返還時期時，寄託人得隨時請求返還。受寄人亦得隨時返還。（第五九八條一項）當事人已定返還時期時，寄託人仍得隨時請求返還。（第五九七條）【二四一】受寄人非有不得已事由，不得於期限前逕行返還。（第五九八條二項）蓋寄託純為寄託人之利益而設故也。就於返還場所，在當事人已約定之場合，從其約定。無特約之場合，當事人已約定保管場所時，應於其地為返還；若受寄人因正當事由，將寄託物轉置他處

者，得於其物現在之地返還之。（第六〇〇條）反之，當事人未約定保管場所時，應於寄託當時其物存在之處所爲返還。（第三一四條一款）

〔二四一〕此種請求返還，亦帶有終止契約之性質，與就於使用借貸所述者同。（註二〇二參看）

第三人就寄託物主張權利時，除第三人已對受寄人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。又第三人已對受寄人提起訴訟或爲扣押時，受寄人應即通知寄託人。（第六〇四條）使其得參加訴訟。

## 第二項 寄託人之義務

（一）支付報酬之義務 寄託以無償爲原則，故以有特約爲限，受寄人方得向寄託人請求報酬。報酬通常以金錢充之；然當事人合意時，亦得以其他之物及報酬。報酬支付之時期，依當事人之特約；無特約時，須於寄託關係終止時給付之。但以期間定報酬者，於每期屆滿時給付之。（第六〇一條一項）

寄託之報酬，係對於保管勞務而給與，非對於保管之結果而給與。故在當事人已定保管期間之場合，若受寄人因不能歸責於己之事由，半途中止保管者，得就其已爲保管之部分請求報酬。但寄託契約另有訂定者，仍從其訂定。（同條二項）

關於由寄託契約所生之報酬請求權，受寄人須於寄託關係終止後一年內行使之。否則歸於消滅。（第六〇五條）

(二) 支付費用之義務 受寄人因保管寄託物支出必要之費用時，寄託人應如數償還之。其為通常必要費，抑為臨時必要費，均可不問。但契約另有訂定者，仍從其訂定。(第五九五條) 此費用請求權，受寄人須於寄託關係終止後一年內行使之，否則歸於消滅。(第六〇五條)

(三) 賠償損害之義務 受寄人因寄託物性質或瑕疵所受之損害，寄託人須賠償之。因寄託物性質所受損害者，如因寄託之火藥自然爆發，致燃燒屋宇是。因寄託物瑕疵所受之損害者，如因寄託病牛，致傳染於他之家畜是。此際不問寄託人有無過失，原則上應負損害賠償之責。但寄託人已以證據證明寄託時，非因過失不知其有發生危險之性質或瑕疵，或受寄人已知之時，則得免其責。(第五九六條) 此損害賠償請求權，受寄人須於寄託關係終止後一年內行使之，否則歸於消滅。(第六〇五條)

### 第三款 消費寄託

寄託物為代替物時，當事人約定寄託物之所有權移轉於受寄人，並由受寄人以種類、品質、數量、相同之物返還者，謂之消費寄託。又名不規則寄託。(第六〇二條) 其與普通寄託異者有三點：(一) 其寄託物要為代替物。(二) 寄託物之所有權移轉於受寄人。(三) 受寄人應以種類、品質、數量、相同之物返還是也。此等特點，本應於契約上明確訂定之，但法律亦設有推定的規定。即在寄託金錢之場合，若當事人之意思不明時，推定受寄人無返還原物之義務，應返還同一之數額。其寄託物之利益及危險，於該物交付時移轉於受寄人。(第六〇三條二項) 蓋即推定當事人有為消費寄託之意思者。

消費寄託，就其移轉物之所有權，及返還同種同質同量之物兩點觀之，極似消費借貸。且單從法律的觀察，二者殆難區別。然從經濟的觀察，則兩者之間，又有不同之處。即消費借貸，以金錢或其他代替物之借貸為目的，多為借用人之利益，依其要約而訂立，其利率常高。反之，消費寄託，以保管寄託物為目的，多為寄託人之利益，依其要約而訂立，其利率常低。是二者之異點也。

消費寄託與消費借貸，雖有經濟的差異，然同其法律的構成。故民法特使之適用關於消費借貸之規定。（第六〇二條）故在當事人已約定寄託物返還期限之場合，寄託人非有不得已事由，不得於期限屆滿前請求償還。（第六〇三條三項）不適用第五百九十七條得隨時請求返還之規定。

#### 第四款 法定之保管義務

物之保管義務，除基於寄託契約而生者外，尚有基於法律之規定而生者，是謂之法定之保管義務。如（一）承租人負保管租賃物之義務，（第四三二條）（二）借用人負保管借用物之義務，（第四六八條）（三）質權人負保管質物之義務，（第八八八條）（四）旅店、飲食店、浴堂主人負保管客人攜帶物品之義務是也。前三者或已詳於前，或應詳於物權法。茲只就最後者分述之。

#### （一）旅店主人之保管義務

旅店及其他以供客人住宿為目的之場所，（可稱準旅店如寄宿舍妓館等是）其主人對於客人所攜帶之物品，無論其已否特受交付，應負保管之義務。如有毀損喪失，不問其主人有無故意過失，亦不問其毀損喪失

基於主人自身之行爲，抑基第三人之行爲，主人對於客人均應任賠償損害之責。（第六〇六條一項）但左列場合，主人不負此責任。

（甲）其毀損喪失，因不可抗力而生時。（同條二項）

（乙）其毀損喪失，因其物之性質而生時。（同條同項）

（丙）其毀損喪失，因客人自己或其伴侶，隨從，或來賓之故意或過失而生時。（同條同項）

（丁）其毀損喪失之物品爲金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品時。惟此等貴重物品，（甲）業經客人報明其性質及數量，交付主人保管時，（乙）雖未交付保管，然主人無正當理由，已於事前拒絕保管時，（丙）其毀損喪失，因主人或其使用人之故意或過失而生時，主人仍負賠償損害之責任。（第六〇八條）第六〇八條二項，本定「僱用人」而非「使用人」。然僱用人係指僱用他人者，今用以指稱被僱之人，極爲不當。宜改爲「使用人，較爲妥適。」（第二二四條參看）

### （二）飲食店浴室主人之保管義務

飲食店浴室之主人，對於客人所攜帶之物品，亦負保管之責，（二四二）與旅店之主人，大體相同。所異者：（一）其所應保管之物品，以通常物品爲限；其他之物品，非特受交付，不負保管義務。（二）其物品單純因第三人之行爲而毀損喪失時，不任賠償之責已耳。（第六〇七條第六〇八條）（二四三）

【二四二】德民第七〇一條以下，瑞債第四八七條以下，均只規定旅店主人有特別保管義務，而不及飲食店主人。反之，日商第三五四條以下，

則規定旅店及飲食店主人，均有此義務。我民法大體採日本立法例，但其規定內容，與日商，間多不同而已。

【二四三】第六〇七條非如第六〇六條一項後段，有「其毀損喪失縱由第三人所致者亦同」之規定。因兩相對照之結果，應解為其通常攜帶品，單純因第三人之行為致毀損或喪失時，飲食店浴室主人不負責任為正當。

### (三) 關於保管義務之特約

旅店、準旅店、飲食店、浴室主人之保管義務，雖得預與客人訂立特約，加以制限或免除之，但不得以一方的揭示，為責任之制限或免除。為此揭示時無效。（第六〇九條）

### (四) 賠償責任之消滅

旅店、準旅店、飲食店、浴室主人對於客人，因攜帶物品毀損喪失而生之損害，應負賠償之責，已如前述。此賠償責任，非永久存續，除因一般權利消滅之原因而消滅外，尚有特別消滅之原因。即（一）客人知其毀損喪失後，應即通知主人。怠于通知時，喪失其損害賠償請求權。（第六一〇條）（二）客人已發見其喪失或毀損，並已為通知者，自其發見之時起，不于六個月內行使損害賠償請求權時，其權利消滅。其未發見喪失或毀損，而離去場所後，已逾六個月時亦同。（第六一一條）

### (五) 場所主人之留置權

旅店、準旅店、飲食店、浴室主人，對於客人所攜帶之物品，既負保管之義務，同時亦應有相當之權利，方足以昭公允。故法律特賦與此等場所主人以留置權。即主人就住宿、飲食、或墊款所生之債權，于未受清償前，對於客

人所攜帶之行李及其他物品有留置權。(第六一二條)

#### 第十四節 因合夥而生之債

##### 第一款 合夥之意義及性質

合夥者，各當事人互約，共同出資，以經營共同之事業，依之而成立之契約也。(第六六七條一項) 其各當事人謂之合夥人。依此定義，則合夥應具備左之要素。

(一) 各合夥人互約共同出資 在合夥關係，各合夥人要共同出資。單一合夥人出資，其他之合夥人不出資者，非合夥。其出資義務之內容，不要全然同一。故甲合夥人之出資應一次繳納，乙之出資分期繳納；或甲之出資為支付金錢，乙之出資為供給物品，均無不可。出資通常以給付金錢或其他財產權為之。當事人合意時，亦得以勞務為出資之標的。(同條二項)(三四四)而信用則否。(三四五)

【三四四】出資得以勞務為之，故一切合夥人，均為勞務之出資時，亦得成立合夥。但出資為協力之一種，其性質要為作為；至于不作為，(例如競業禁止) 則不得以之為出資之標的。

【三四五】關於此點，從來未有議論。我國學者，多數採積極說。(陳蓮昆氏債各第三三〇頁，韋維清氏債各第二三〇頁，周新民氏債各下卷第一四八頁，吳振源氏債各第五二二頁，蔡天錫麟氏債各第二八一頁) 余以第六六七條二項，未有明文，故左袒消極說。

各合夥人既互負出資之義務，自互有請求出資之權利。在合夥人有三人以上之場合，對於一合夥人之出資請求權，為他之合夥人所共有。出資為經營共同之事業而給付，其性質常為不可分，故此種共有請求權，為不

可分債權，應適用第二百九十二條以下之規定。例如其給付應對其他合夥人之全體爲之是也。

(二) 各合夥人爲經營共同之事業而出資。合夥之目的，在經營一定之事業；各合夥人即爲經營此事業而負出資義務。其事業不限于營利之事業，即非營利之事業，苟不背公序良俗，亦得以之爲合夥之目的。〔二四六〕又其目的不要爲繼續的，即一時的亦可。

〔二四六〕法民第一八三二條，以營利爲合夥之要件，德民第七〇五條及日民第六六七條，均無此制限。

合夥不但要有一定之事業，且其事業要爲合夥人全體所共同者。詳言之：即對其事業之成功與否，合夥人全體要有利害關係是也。故單以某合夥人之利益爲目的者，非合夥。又某合夥人不關於合夥事業之如何，受定額之報酬者，亦非合夥。但茲所謂利害者，不以財產的利害爲限，即理想的利害亦包含之。例如共同設立俱樂部，以備暇時消遣，亦合夥也。〔二四七〕〔二四八〕

〔二四七〕合夥雖以全體合夥人均有利害關係爲必要，但各合夥人之利害關係，不必相等。故一合夥人有財產的利害關係，他合夥人有精神的利害關係，又一合夥人只分配利益，不分担損失，均無不可。

〔二四八〕經營共同之事業，于合夥外，本可以設立法人或公司之方法爲之。然設立法人或公司，程序紛繁，不如合夥之較爲簡捷，故規模較小之事業，類多以合夥行之。

具右列要件時，合夥成立。此外不要交付物品，作成書據，故爲諾成且不要式契約。又各合夥人互負爲出資之義務，其義務互爲對價，故爲雙務且有償契約。〔二四九〕惟有應注意者，合夥成立後，只發生合夥人團體關係。〔二五〇〕



非如社團法人之有人格，故為合夥之主體者，乃各合夥人，非合夥自體也。

【二四九】合夥為雙務契約之一，此在現行民法之解釋，固無庸疑。然就其性質觀察，則合夥人以經營同事業為目的，故各合夥人有同一之目的。且其各人之意思表示，有相同之意義。理論上應以認為合同行為為正當（註一三二參看）

【二五〇】合夥雖為雙務契約，然因其有團體性，故不能全然適用關於雙務契約之規定。即（一）已為出資之合夥人或業務執行人，對於他合夥人為出資之請求時，該他合夥人不得以第三合夥人未為出資為理由，提出二六四條之抗辯。（二）合夥人之一人出資義務給付不能時，只該合夥人脫退合夥，其他合夥人之關係，依然存續，不適用第二六六條之規定。（三）合夥有退夥及開除之規定，故不適用雙務契約中關於契約解除之規定。（註二五七參看）

## 第二款 合夥之財產關係

### 第一項 合夥之財產

合夥之成立，不以財產為要件；然通常之合夥，大都有多少之財產，是謂之合夥財產。茲就其財產之組成，性質等分言之。

### 第一 合夥財產之組成

組成合夥財產之財產，其大部分為各合夥人之出資。此外因執行合夥業務取得之財產，及就合夥財產所屬權利取得之財產，亦為合夥財產之來源。

合夥成立後，各合夥人均負出資之義務。其出資之種類及成數，依契約而定；無特約時，其出資須平等分攤。

合夥契約，有只定各合夥人出資之成數者，有定各合夥人出資之額者。在後之場合，各合夥人已爲約定之出資時，無增加之義務。其出資因損失而減少者，無補充之義務。但有特別訂定者不在此限。（第六六九條）又各合夥人因出資所給付之財產，固屬於合夥財產。其對於各合夥人之出資請求權，亦組成合夥財產否乎？是一問題。然出資請求權，係負擔出資義務者以外之合夥人，對於該合夥人所有不可分債權，非總合夥人公有之權利，故爲各合夥人之私有財產，不組成合夥財產。

## 第二 合夥財產之性質

合夥無人格，合夥財產，屬於合夥人共同共有。（第六六八條）各合夥人對於合夥財產所有之股分，當事人未約定時，則依其出資額之成數而定。蓋出資爲合夥財產之基礎，依出資額，定各合夥人之股分。最爲公允。

合夥財產爲合夥人共同共有，與分別共有自屬不同，故生左之效果。

### （1）各合夥人不得就合夥財產，任意轉讓其股分。（第六八三條）

合夥以當事人之信用爲基礎，倘各合夥人得任意轉讓其股分，其結果必使素不相識之第三人，干與合夥業務，大反于當事人之意思，故法律特以明文禁止之，茲所謂轉讓者，係指以物權行爲及準物權行爲，移轉其股分于第三人而言。至於以債權行爲允應移轉其股分，則不含在內。蓋債權行爲僅生應移轉其股分之債務，其股分非即因之而移轉，雖認其有效，他之合夥人究不受何等影響也。但此規定原爲保護他合夥人而設，若經他合夥人全體同意時，自得轉讓其股分。又轉讓股分于他合夥人時，則無使第三人干與合夥事業之流弊，當然得任

意爲之。(同條但書)

各合夥人只不得任意轉讓合夥財產之股份；各合夥人因合夥關係彼此互有之請求權(如出資請求權)係不屬合夥財產之權利，似得任意轉讓之。然此等請求權，多以同事業之成功爲唯一目的，有專屬的性質。倘可任意轉讓，則第三人將因之得干涉合夥之內部關係，與轉讓合夥財產之股份時，生同一之結果，自亦非法律之所許。但合夥人因執行合夥業務所生之報酬請求權，關於已分配之利益之請求權，及關於清算時合夥人所應受領之出資或賸餘財產之請求權等，純爲財產上請求權，例外得轉讓之。

(2) 各合夥人于清算前，不得請求分析合夥財產。(第六八二條一項)

合夥財產，爲經營同事業所必需者。故各合夥人於清算前，不得請求分析。蓋非如是，則分析之後，共同之業事，將因之不能成功，大反當事人之本意也。〔二五一〕其所以必限于清算前者，蓋合夥因解散爲清算時，應將其賸餘財產分與各合夥人(第六九九條)此際各合夥人不妨請求分析。

〔二五一〕合夥財產，各合夥人固不得請求分析，但經全體合夥人同意時，則不妨分析。

(3) 合夥財產所屬債權之債務人，不得以其對於各合夥人之債權，與所負債務抵銷。(第六八二條二項)

合夥財產，爲各合夥人所共有，其所屬債權，自亦爲各合夥人所公有。其債務人不得以其所負債務之全部，與對於各合夥人之債權抵銷者，固無論矣。卽以其所負債務各合夥人之應有部分，與對於各合夥人之債權爲抵銷，亦屬不可。蓋合夥財產雖爲各合夥人所共有，然與各合夥人之私有財產分離獨立，以供經營同事業之

用。如許其任意抵銷，則合夥財產必日形減少，其合夥終至不能存立，故法律特制限之。〔二五二〕

〔二五二〕各合夥人更不得以合夥對於第三人所有之債權，與自己對於第三人所負之債務抵銷。否則即單獨處分其股分，與合夥財產之性質不相容故也。

(4) 合夥人之債權人，於合夥存續期間內，就該合夥人對於合夥之權利，不得代位行使。(第六八四條前段)  
合夥人對於合夥所有之權利，多以公同事業之成功為唯一目的，有專屬的性質。故其債權人於合夥存續期間內，不得代位行使。否則將使第三人干與合夥之事業，非實際之所便也。但利益分配請求權，純然為財產上請求權，不妨由債權人代位行使之。(同條但書)此外執行業務之報酬請求權，亦與利益分配請求權有同一之性質，亦得代位行使。

合夥人之債權人，雖不得代位行使合夥人對於合夥之權利，然不妨就該合夥人之股分聲請扣押。但應於兩個月前通知合夥，既經通知，有為該合夥人聲明退夥之效力。(第六八五條)債權人得就該合夥人因退夥所受領之物，聲請法院實施拍賣及其他之程序，以充債務之償還。

## 第二項 合夥之債務

合夥因經營事業，不免負擔多少之債務。此種債務，謂之合夥債務。其債務之發生，有基於法律行為者，有基於其他之事實者。如因合夥與他人之契約所生之債務，屬於前者；如因他人無因管理合夥事務所生之債務，屬於後者。茲就其債務之主體，各合夥人之責任，及債務之履行分述之。

## 第一 合夥債務之主體

合夥無人格，合夥財產既為各合夥人所公有，則其債務自亦由各合夥人共同負擔。故為合夥債務之主體者，非合夥自體，乃合夥人也。〔二五三〕此即合夥與法人相異之處。

〔二五三〕合夥債務，雖由全體合夥人共同負擔，但與各夥人固有之債務有別。因第六八二條二項明認，第三人對於各合夥人之債權故也。

## 第二 就于合夥債務各合夥人之責任

(一) 對內之責任 合夥債務，既由各合夥人共同負擔，則於內部關係，(即各合夥人相互之關係)各合夥人對此債務，必有一定之擔負部分；其責任即依此擔負部分而定。其擔負部分各當事人已約定時從之。未約定時，則依就於合夥財產各合夥人所持之股分而定。蓋廣義之財產，本包含債務在內也。

(二) 對外之責任 各合夥人於內部關係，既依其擔負部分而定；然則其對外責任如何乎？對此問題，各國立法例不能一致。〔二五四〕我民法第六百八十一條規定：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。」故合夥人不得只按其股分之數，對於債權人負履行之責。其他一切適用關於連帶債務之規定。(司法院院字第三五三號解釋參看)

〔二五四〕舊民無合夥人連帶負責之規定。彼國學說判例，均謂各合夥人應按其分担損失之成數。對外負連合債務人之責任。但債權人不知其分担損失之成數時，則對於各合夥人，得以平等比例，行使權利。(舊民第六七五條參照)反之，德民規定，合夥財產不足償還債務時，應由各合夥人分担。若合夥人中有無資力者時，則由他有資力人分担之。(德民第七三五條參照)此所謂連合分担之制，亦非連帶負責，我舊民律

（第八二八條）及大理院判例（三年上字第二九二號及四年上字第二〇四一號）均採此主義。

### 第三 合夥債務之履行

合夥人就于合夥債務，對外雖應負連帶責任，然此種債務，係由合夥關係而生，究與合夥人之私有債務不同。且合夥人對於合夥財產，既不得任意處分或請求分析，則對於合夥債務，在合夥存續間，自不必脫離合夥而獨立負擔。因是之故，遂生左之效果。

- （一）合夥債務，應先由執行合夥業務之合夥人，以合夥財產履行之。
- （二）合夥債權人，僅得對執行業務之合夥人請求履行。
- （三）合夥債權人已就合夥財產強制執行而無效果者，得對合夥人之私有財產為執行。
- （四）合夥關係消滅後所遺之合夥債務，各合夥人對之負與普通連帶債務同一之責任。（第六八一條）

### 第三項 損益分配

合夥有一定之業務，因其業務之執行，難免發生得利益或蒙損失之事實。利益損失，均依合夥財產與出資額之比較而定。合夥財產除償還債務外，多於出資總額者，其超過額即利益。反之，少於出資總額者，其不足額即損失。於損失及利益，當然分配於各合夥人。法律上稱為損益分配。茲就分配之成數及時期分述之。

#### 第一 分配之成數

分配損益之成數，當事人已約定時從之。未約定時，按照各合夥人出資額之比例定之。（第六七七條一項）

但以勞務爲出資之合夥人，除契約另有訂定外，不受損失之分配。（同條三項）當事人約定分配成數時，就利益及損失，不妨定相異之成數。但僅就利益或損失定分配之成數者，其成數視爲損失及利益共通之成數。（同條二項）蓋分配損益，通常多依相同之成數，故法律特設此擬制的規定也。

## 第二 分配之時期

當事人已約定分配時期時從之。未約定時，須于每屆事務年度終分配利益。（第六七六條）其事務年度依當事人之契約而定。無特約時，依習慣而定。

爲損益分配時，必先辦理合夥財產之決算。決算者，即計算其爲利益或損失，及其範圍之如何者也。單分配利益時亦然。（同條）

## 第三款 合夥之事務執行

就於合夥之事務執行，要區別對內關係與對外關係二者而觀察之。前者即關於事務執行合夥人相互之關係，後者即關於事務執行對於第三人之代理關係。分說於左。

### 第一 對內關係

#### （甲）事務執行人及執行方法

合夥之事務，原則應由合夥人全體共同執行之。但合夥契約內訂明以執行事務之權利專屬合夥人中之一人或數人者，則合夥事務，應由其一一人或數人之合夥人執行之。（第六七一條）故合夥事務執行人，有爲

合夥人全體者，有爲一人或數人之合夥人者。茲分述各場合之執行方法于左。

(一) 全體合夥人爲執行人之場合

於此場合，其各事務之可否執行，及如何之執行等，應經全體合夥人同意決定之。既經決定，應由合夥人全體共同執行之。(第六七一條一項)〔三五五〕蓋合夥爲達共同之目的而設，合夥之事務，即合夥人共同之事務，使全體合夥人一致決定，共同執行，方爲公允。但共同執行，事實上殊多不便，且簡單之事務，有無須共同處理者。故一合夥人不妨委任他之合夥人代其執行，或由全體合夥人共同委任一合夥人單獨執行。

〔三五五〕關於此節，各國立法例不同。德民第七〇九條一項規定，應全體共同執行，法民第一八六九條及瑞債第五三五條二項，則定各合夥人得單獨執行；日民第六七〇條一項規定，其業務執行以過半數決之。我民法原則從德制。

合夥事務原則上雖應由全體合夥人一致決定，共同執行之，然有二例外。

(1) 合夥契約內訂明合夥某事務得以過半數決定時。此際合夥某事務之決定，只以過半數之同意爲足，無得全體合夥人同意之必要。但既經決定之後，仍應由全體合夥人共同執行之。茲所謂過半數者，於合夥契約已明定其意義時從之。未明定時，則以合夥人全體人數定過半數，其各合夥人之出資額如何，不要問之。

(第六七三條)

(2) 其所執行之事務爲合夥通常事務時。合夥之通常事務，關係較輕，得由各合夥人單獨執行，無須得他合夥人之同意。然合夥事務本屬合夥人共同之事務，苟一任各合夥人之絕對的專行，不免置他合夥人于不



利之地位，故法律特許他之合夥人以聲明異議之權利。即各合夥人得與他合夥人執行事務完成前，聲明異議是也。有異議時，其合夥人就於該事務失其專行權，應停止其執行。否則其所爲之行爲，非合夥事務之執行，因之而生之損害，應負賠償之責。（第六七一條三項）【二五六】

【二五六】此種異議，應於業務執行未完畢前爲之，且應就各個之業務爲之，不得就一切業務爲概括的異議。又執行人不必將業務執行之事通知他合夥人，詢其有無異議。

（二）合夥人中之一人或數人爲執行人之場合

合夥契約內，訂明合夥人中之一人有執行事務之權利時，則該合夥人得以一己之意思，單獨執行合夥之一切事務。合夥契約內訂明，合夥人中之數人有執行事務之權利時，此數人即合夥事務執行人。合夥各事務，須全體執行人之同意決定之。既決定之後，應由各執行人共同執行之。（第六七一條二項）但對此全體執行人同意之原則，亦有例外。

- （1）合夥契約內訂明，合夥某事務，得以執行人過半數決定時，以過半數之同意爲足，不要得全體執行人之同意。此過半數之意義，已明定于合夥契約時從之。未明定時，則以執行人全體人數定過半數。（第六七三條）
- （2）合夥之通常事務，各執行人無須得他執行人之同意，得單獨執行。但他執行人得於執行事務完成前聲明異議。有異議時，應中止其執行。（第六七一條三項）

合夥契約內訂明，合夥人中之一人或數人，有執行事務之權利時，則他之合夥人自無執行合夥事務之

權利。然是等不有事務執行權之合夥人，就於事務成績之如何，仍有利害之關係，故法律特使之得檢查事務及合夥財產之狀況，並得查閱賬簿。此種檢查權，不得以特約除去或制限之。（第六七五條）

合夥人中之一人或數人，依合夥契約有執行合夥事務之權利時，其各人之權利，非永久存在。有正當之事由，他合夥人全體一致時，得將其解任。又有事務執行權之合夥人，以有正當事由為限，亦得聲明辭任。（第六七四條）

（乙）業務執行人與他之合夥人之關係

合夥事務，有由數執行人共同執行者，有由各執行人單獨執行者，前已詳述之矣。于此場合，其事務執行人與他合夥人全體間之關係如何？是一問題。學者有謂其為委任關係者；然事務執行人所有執行事務之權利義務，直接基於合夥契約，非基於委任契約，以之為單純之委任關係，殊屬未當。惟其關係與委任關係，極為類似。故其各業務執行人與他之合夥人全體相互間之權利義務，法律除設特別規定外，均使之準用關於委任契約之規定。分述之。（第六八〇條）

（一）各事務執行人之業務

（1）執行合夥事務之義務 執行人執行合夥之事務，應與處理自己事務為同一之注意。（第六七二條）其餘準用第五三七條至第五三九條及第五四三條之規定。

（2）報告之義務（第五四〇條準用）

(3) 交付物品及移轉權利之義務 (第五四一條準用)

(4) 支付利息及賠償損害之義務 (第五四二條第五四四條準用)

(二) 他合夥人全體之義務

(1) 支付費用之義務 執行人因執行合夥事務所支出之費用，得請求償還。(第六七八條一項) 其餘準用第五四五條、第五四六條一項之規定。

(2) 代償債務之義務 (第五四六條二項準用)

(3) 賠償損害之義務 (第五四六條三項準用)

(4) 給與報酬之義務 執行人於契約有特別訂定時，得請求報酬。(第六七八條二項)

## 第二 對外關係

在全體合夥人共同執行合夥事務之場合，其各合夥人各執行其自己之事務，對於外部，固不生代理之關係。然在合夥人之一人或數人，依合夥契約，單獨執行或共同執行合夥事務之場合，其執行事務之合夥人，對於外部得代理其他之合夥人否乎？詳言之：其合夥人得以合夥之名，與第三人為法律行為否乎？就此問題，於契約有特別訂定時從之。無特別訂定時，則於依委任本旨執行合夥事務之範圍內，有代理他合夥人之權利。(第六七九條) 蓋合夥之事務執行，多對於第三人為之。苟不與事務執行人以代理權，則各執行人當為法律行為，必用自己之名義，其結果又須依第五百四十一條二項之規定，移轉權利；及依第五百四十六條二項之規定，使代

償債務，其不便孰甚。法律爲免此不便起見，特設第六百七十九條之規定。

以上祇就合夥人爲事務執行人，且其執行權係基於法律或合夥契約取得之場合而言。此外在（一）合夥契約內不特定事務行人，（二）合夥契約內雖明定事務執行人，然已依法使其喪失執行權等場合，則合夥全體不妨另以委任契約，以事務之執行，委任特定合夥人或第三人。此際其合夥人或第三人與他合夥人（或全體合夥人）之關係，純爲委任關係，一切應依關於委任之規定。又其代理權之有無，亦依民法總則編之規定，不適用第六百七十九條之規定。

#### 第四款 合夥之解散

合夥有成立當然有解散。解散云者，卽合夥關係根本的消滅之謂也。茲分言其原因及效果。

##### 第一項 合夥解散之原因

合夥爲契約，有一般契約之消滅原因時，則合夥關係消滅，合夥當然因之而解散。例如合夥契約附解除條件時，因其條件之成就，而合夥解散是也。此外尙有特殊之解散原因如左【二五七】

【二五七】合夥雖常爲繼續的契約，然法律上就之無任意終止契約之規定。因合夥人有不得已事由時，不妨依第六八六條聲明退夥，無終止契約之必要。又合夥不適用第二五四條以下關於解除之規定。因合夥人之一人違反契約時，他合夥人得依第六八八條將該合夥人開除，亦不必解除合夥。是皆基於合夥之團體性所生之效果也。

#### 第一 存續期限屆滿

合夥契約定有存續期限時，則因其期限屆滿，合夥解散。（第六九二條一款）但當事人不妨以契約更新之。其更新之意思表示，不要明示，即默示亦可。合夥存續期限屆滿後，合夥人仍繼續其事務者，視為以不定期限繼續合夥契約。（第六九三條）

## 第二 合夥人全體同意

合夥因合夥人全體之同意而成立，當然因其全體之同意而解散。只以全體之同意為要件，其契約定有存續期限與否，可不問之。（第六九二條二款）

## 第三 合夥事業已成功或不能成功

合夥以其事業之成功為目的，其事業果成功時，則合夥已達其目的，合夥解散。又其事業不能成功時，則永無達其目的之希望，合夥亦解散。如因開採某金鑛為目的之合夥，其鑛苗已盡數採掘（成功）或未有鑛苗無從採掘（不成功）時，則合夥解散。即其一例也。（第六九二條三款）

## 第二項 合夥解散之效果

合夥既經解散，其從前所生之法律關係，不可不設法了結之。如收回債權及清償債務等皆是。此種程序，謂之清算；當清算之任者，謂之清算人。

關於清算應述之事項有四，如左。

（一）清算人之選任 合夥解散後，其清算事務，由清算人辦理，故其事務執行人，于解散後，失其執行權，其所為

之行爲，不生效力。

清算人以全體合夥人充之，或以全體合夥人所選任之人充之。其選任方法，以合夥人全體過半數決之。（第六九四條）無須得全體之同意。然此只就合夥契約內無特別訂定者而言。若契約內已明定以合夥人之一人或數人爲清算人時，自應從其所定。此際其被選任之清算人，非有正當事由，不得辭任。其他合夥人，亦不得將其解任。（第六九六條）〔二五八〕

〔二五八〕由合夥人全體所選任之清算人，不以合夥人爲限，且其人數不加制限。又合夥契約內所定之清算人，如有缺額，應由合夥人全體選任補充之。

（二）清算人之職務 清算人之職務，在了結未了之法律關係；故應完結現務，收回債權，變換財產，清算債務，及分配賸餘財產。因履行此等職務，得爲必要之行爲。其清算人若有數人，則其清算事務之決議，應以過半數行之。（第六九五條）

（三）清算之順序 清算有一定之次序：（1）彙集合夥財產，（2）以合夥財產償還合夥債務。其債務有未屆清償期或在爭訟中者，須于合夥財產中，將清償所必需者劃出保留之。（第六九七條一項）（3）以合夥財產返還各合夥人之出資。其出資以支付金錢爲標的者，應償還金錢；不以支付金錢爲標的者，則依出資當時之價格，以金錢償還之。（同條二項）爲清償債務及返還合夥之出資，應于必要限度內，將合夥財產變爲金錢。（同條三項）（4）返還出資後，尚有剩餘財產時，是即合夥之利益，應依分配利益之成數，分與各合夥人。

(第六九九條) (5) 若其合夥財產不足返還各合夥人之出資，則按照各合夥人出資額之比例返還之。  
(第六九八條) (三五九)

【三五九】合夥財產不足返還各合夥人之出資時，即合夥之損失，理論上應由各合夥人照損失分担之成數，分担其不足額。德民第七三五條，有此明文。我民法第六九八條，從日民第六八八條二項之規定，使各合夥人按其出資數額，分担損失，實屬欠當。(舊民律第八二八條一項參照。)

### 第五款 合夥之變更

合夥之變更者，合夥不失同一性，僅變更其主體或內容之謂也。夫合夥乃一種之契約，由合夥所生之關係，不外特定當事人間之特定法律關係。若其法律關係之主體或內容變更時，則舊合夥消滅，新合夥代之而成立。此乃合夥契約性質上當然發生之結果，為德國普通法時代之通說。然貫徹此理論時，全然否認合夥之團體性，不適用於現代一般之交易觀念。故近來各國民法，就於此點，概設多少之例外，而明認或默認合夥之變更。

合夥之變更有二態樣：一為客觀的變更，即變更合夥契約之內容。次為主觀的變更，即變更合夥契約之當事人。其中又分兩種，即合夥人之脫退，及合夥人之加入是也。茲分述之。

#### 第一 合夥內容之變更

合夥契約之內容，如各合夥人之出資，合夥所經營之事業，及合夥事務之執行等，往往因外界事情之變遷，而有變更之必要。其變更之之方法，合夥契約已有訂定時從之。否則非經全體合夥人之同意，不得變更。(第六

七〇條）蓋合夥契約，原係全體合夥人所訂立，自應仍由全體合夥人變更之也。

## 第二 合夥人之脫退

合夥人之脫退，又稱退夥。即合夥關係依然存續，祇特定合夥人，因一定事由，脫退合夥之謂也。其退夥原因之事由，依我民法所定者，共有五種：（第六八六條第六八七條）即（一）聲明退夥，（二）合夥人死亡，（限於無反對特約者）（三）合夥人破產，（四）合夥人被宣告禁治產，（五）開除是也。合夥契約未定有存續期限，或經訂明以某合夥人之終身為其存續期限者，各合夥人得於兩個月前通知合夥人，聲明退夥。但不得於不利於合夥事務之時期為之。【二六〇】合夥契約已定有存續期限者，倘合夥人有非可歸責於己之重大事由，仍得聲明退夥。且無上述之制限。（第六八六條）合夥人之開除，以有正當理由為限，由他合夥人全體同意，以意思表示向被開除之合夥人為之。（第六八八條）

【二六〇】聲明退夥，為單獨行為，應對於他合夥人為之，不得對於業務執行人為之。又在不利於合夥事務之時期，絕對不得退夥。即其退夥之聲明無效。非如委任契約，只使終止契約之當事人，負賠償損害之責任。（第五四九條參照）

合夥人退夥後，謂之退夥人，即時脫離合夥關係。其所有之股分，歸其餘合夥人。但他合夥人應對於退夥人，返還其出資，或以金錢抵還之。（第六八九條二項）並應設法免其因合夥關係對於第三人擔負之債務。如現實清償債務，或與債務人訂立債務承擔契約皆是。此外退夥人與其餘合夥人之間，尚應就合夥財產而為結算。尚結算結果，發見合夥財產足以清償債務及返還出資，且有贖餘時，應依分配利益之成數，分與退夥人，若其合



夥財產不足清償債務及返還出資，退夥人對於其餘合夥人，亦應依分配損失之成數，支付其不足額。合夥財產之價額，以必要情形爲限，用評價法定之。至損益之計算，本以退夥當時合夥財產之狀況爲標準。（同條一項）惟退夥時尙未了結之事務，於將來事務了結之時，退夥人亦須分配其損益。（同條三項）然此只就退夥人與其餘合夥人之相互關係而言。至對外關係，退夥人就於其退夥前所負之債務，仍應負責；非俟其餘合夥人代其清償或承擔之後，其責任不消滅。（第六九〇條）

### 第三 合夥人之加入

合夥人之加入者，第三人中途加入於合夥關係之謂也。合夥人之加入，由加入人與全體合夥人訂立契約爲之，故其加入應經全體合夥人之同意。（第六九一條一項）加入之後，新合夥人與舊合夥人相互間權利義務之如何，純依其加入契約之所定。但對外關係，則不問其契約內容之如何，新合夥人就於加入前合夥對於第三人所負之債務，應與舊合夥人負同一之責任。（第六九一條二項）此外將來合夥對外所生之關係，應以新舊合夥人爲共同主體，固不俟論。

### 第十五節 因隱名合夥而生之債

#### 第一款 隱名合夥之意義及性質

隱名合夥者，當事人約定，一方爲他方之營業而出資，他方分配其營業上之損益，依之而成立之契約也。（第七〇〇條）故隱名合夥之成立，要具備二條件。

(一)當事人之一方允爲他方之營業而出資。該當事人謂之隱名合夥人，其相對人謂之出名營業人。〔三六一〕隱名合夥之成立，以隱名合夥人約明出資爲要件；隱名合夥人不爲出資之約束時，則爲附條件之贈與，而非隱名合夥。又其出資要對於出名營業人之營業爲之；對於自己與出名營業人之共同營業而爲出資時，則爲合夥，而非隱名合夥。所謂出名營業人之營業者，即對外只以出名營業人名義而爲之營業之謂；非其營業上之損益，祇及於出名營業人者之謂。蓋在隱名合夥，其出名營業人，只用其自己名義而爲營業故也。

〔三六一〕隱名合夥之當事人，只有二人，非如合夥無人數之制限。若數資力人信任一營業人時，原則應分別訂立數個隱名合夥契約。縱共同訂立一契約，然同時其數資力人相互間，亦必另有契約（如合夥）之存在。反之，一資力人信任數營業人時亦同。

隱名合夥以只隱名合夥人出資爲足；出名營業人非必須亦爲出資。且在通常情形，出名營業人多不爲出資，祇須執行合夥之業務。因隱名合夥之多係有資本而缺乏技能及信用者，而出名營業人則係有技能信用而缺乏資本者，故多由一方出資，一方執行業務，互相補助而爲營業。

(二)相對人允分配其營業上之損益。若出名營業人不爲分配損益之約束時，則營業之盈虧，與出資人無涉，其契約爲無利息消費借貸，而非隱名合夥。又若只約明分配利益，不約明分担損失時，則爲配當契約之一種，亦非隱名合夥。但就於此點，各國立法例非無反對之規定，如日本商法第二九七條，及德國商法第三三六條二項是也。

具上述條件時，隱名合夥成立。此外不要交付物品，作成書據，故爲諾成且不要式契約。又其契約成立之效果，

當事人雙方應爲互爲對價之給付，故爲雙務且有債契約。

隱名合夥之營業，由外部觀察，雖爲出名營業人個人之營業；然隱名合夥人應分配其營業上之損益，由實際觀察，不外隱名合夥人與出名營業人共同之營業，與合夥同其性質。故法律以無特別規定爲限，使之準用關於合夥之規定。（第七〇一條）【二六三】

【二六三】隱名合夥，乃單純之契約，而無團體性。故不準用關於退夥及開除之規定。

## 第二款 隱名合夥之效力

隱名合夥之效力，可就隱名合夥人之義務及權利分述之。隱名合夥人之義務權利，反面卽出名營業人之權利義務。

### 第一 隱名合夥人之義務

（甲）出資之義務 隱名合夥人應對於出名營業人出資，供其營業。出資之數額及方法，均依其契約之所定。但以支付金錢或其他財產爲限，不得以給付勞務或信用爲出資之標的。（第七〇二條）因隱名合夥人不顯其名於營業之上，且原則不執行合夥之業務，（第七〇四條一項）無從給付勞務或信用故也。

隱名合夥之營業，爲出名營業人之營業，故隱名合夥人因出資而交付於出名營業人之財產，屬於營業人之所有，隱名合夥人不得主張共有權。（第七〇二條）從其就於出名營業人所爲營業上之行爲，對於第三人亦無權利義務。（第七〇四條二項）但隱名合夥人如參與合夥事務之執行，或爲參與執行之表示，或

知他人表示其參與執行而不否認者，縱有反對之約定，對於第三人，仍應負出名營業人之責任。（第七〇五條）

（乙）分担損失之義務 隱名合夥人應與出名營業人分担營業上之損失。其分担損失之成數，有特約時，從其特約。無特約時，按其出資之數額酌定之。（第六七七條一項準用）惟其分担損失之責任，以出資之額為限度，且無補足出資之義務。（第七〇三條）故其出資已損失淨盡時，即免其責。此節與兩合公司有限責任股東所負之責任無異。

## 第二 隱名合夥人之權利

（甲）分配利益之權利 隱名合夥人得請求分配營業上之利益。其分配利益之成數，有特約時，從其特約。無特約時，則依其出資之數額酌定之。（第六七七條一項準用）其分配之時期，如無特別訂定，應於各業務年度之終，計算損益後支付之。隱名合夥人未領得之利益，非有特約，營業人不得以之作爲增加出資。（第七〇七條）

應分配之利益，原則於各業務年度終計算損益後支付之；但在前業務年度有損失之場合，未年度隱名合夥人所應分配之利益，應先以之補足其出資因前年度損失而減少之額。倘有剩餘，再行支付。然此只就現在未領得之利益而言。至從前已領得之利益，則不得因補足合夥之損失，使之再行歸還。

（乙）檢查業務之權利 隱名合夥之業務，由出名營業人執行之，難保不從中舞弊，加害隱名合夥人，故法律

特賦予以檢查業務之權利。即隱名合夥人於每業務年度之終，得查閱合夥之賬簿，並檢查其業務及財產之狀況，若有重大事由，得經法院之允許，隨時查閱或檢查之。（第七〇六條）

### 第三款 隱名合夥之終止

隱名合夥之終止，其原因有二：一為普通原因，即一般契約終止之原因，散見於法典各處，茲不贅。一為特別原因，即隱名合夥特有之終止原因，計有七種：（一）存續期限屆滿，（二）當事人同意，（三）合夥事業成功或不能成功，（四）出名營業人死亡或受禁治產之宣告，（五）出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告，（六）營業之轉讓或廢止，（七）聲明退夥是也。聲明退夥，限於其契約未定存續期限，或定明以當事人之一人終身為期之場合，各當事人於業務年度終得為之；但須於兩個月前預行通知，且不得於不利於合夥事務之時期為之。其在有不得已事由之場合，則不論已定存續期限與否，各當事人得隨時聲明退夥。（第七〇八條及第六八六條）

〔二六三〕

【二六三】第七〇八條所謂「聲明退夥」者，實即終止契約之意，非真正之退夥。蓋此際隱名合夥人，既自行脫退，則其契約即根本消滅，非如合夥人之脫退，其他合夥人之關係尚繼續存在也。旧商法第三〇一條用「解除契約」之文句，實屬正當。

隱名合夥契約終止時，合夥關係消滅；出名營業人對於隱名合夥人，須返還其出資，及給與其應得之利益。但出資因損失而減少者，祇返還其餘額足矣。（第七〇九條）其他清算人之選任，剩餘財產之分配等，一切準用關於合夥之規定。

## 第十六節 因終身定期金契約而生之債

### 第一款 終身定期金契約之意義及性質

終身定期金契約者，當事人約定，一方於其自己或他方或第三人生存期內，每經一定之期間，應給付一定之金錢於他方或第三人之契約也。（第七二九條）其應給付之金錢，謂之終身定期金，以給付終身定期金為標的之債權，謂之定期金債權。此項契約，有特別之性質，故法律設特別之規定。

終身定期金契約，有當事人之一方，約明應給付終身定期金於相對人者。有約明應給付於第三人者。故其契約有為普通之契約，有為利他契約。又此項契約，除當事人之一方約明應給付終身定期金外，其相對人有亦約明應為某種之對待給付者。有不然者。故其契約有為雙務契約，有為片務契約，但其契約之訂立，應以書面為之，故為要式契約。（第七三〇條）

### 第二款 終身定期金契約之效力

終身定期金契約成立後，發生終身定期金債權，是乃其唯一之效力。終身定期金債權，未必均由契約而生，亦有因遺贈而生者。然第七二九條以下所規定者，限於因契約而生之終身定期金債權；因遺贈而生之終身定期金債權，祇以其性質所許者為限，準用其規定而已。（第七三五條）茲就終身定期金債權分述之。

第一 終身定期金債權之性質 終身定期金債權，其債務人應按其所經過之期間，反復為數個之給付，是不外因時之經過，漸次發生數個之債權，故終身定期金債權，乃多數附停止條件債權之集合，非一個包括的債權。就

於此點，學者雖有異說，〔二六四〕然由其各定期給付請求權得各別罹於消滅時效之點觀之，則我民法係採複數債權說也無疑。（第一二六條參照）

〔二六四〕日儒鳩山秀夫日本債權法各論第七二六頁，未弘嚴太郎債權各論第八六三頁主張：終身定期金債權，為一個包括的債權，其各期給付請求權，乃其支分債權。川名兼四郎日本民法總論第三〇九頁，中島玉吉民法釋義第一卷第九〇二頁，亦主張為一個債權。而謂其各期給付請求權，乃其基本債權之效力。周新民氏債各下卷第二二二頁，吳振源氏債各第六〇一頁均從前說。

終身定期金債權，既為複數債權，從一個債權之分割履行，非定期金債權，例如甲貸乙百金，約明每月應償還二十金，五月償清是。蓋此場合，其每回所應還之款目，乃由一個債權分割而來，非因時之經過而後漸次發生，且其數回之償還行為，互相結合，僅成一個之給付（合成給付）非有數個之給付存在故也。

終身定期金債權，多因債權人與債務人有特別關係而後發生。故有專屬的性質。除契約另有訂定外，不得移轉於第三人（對七三四條）但已到期之各給付請求權，則許其移轉。

第二 終身定期金債權之數額 終身定期金債權，以定期給付一定數量之金錢為標的。其各期所應給付之數額，及以多少期間為一期，均依其契約之所定。當事人約定每月給付若干，或每年給付若干，均無不可。若但約定數額而不約定期間時，則推定為以一年為一期。（第七三一條二項）

第三 終身定期金債權之履行期 終身定期金債權，其各期給付之金額，應於各期之始預付，或於各期之終履行，純依其契約之所定。若無特別契約，應於各期之始預付。但在以一年為一期之場合，則須按每季（即三個月）

預付之。(第七三二條一項、德民法第七六〇條參照)〔二六五〕詳言之：即全年定期金應分四次預付，於每季之始各預付四分之一。

〔二六五〕第七三二條一項規定：「終身定期金除契約另有訂定外，應按季預行支付。」其以多少期間為一期，則不加制限，似不以年金為必要。然苟非年金，則無分季預付之理由。因其為一年始可分為四季也。德民第七六〇條二項，有「以金錢為年金之標的時，須每三個月預付」云云，即明示此旨。

第四 終身定期金債權之消滅 終身定期金債權，因特定人死亡而消滅。其特定人有為債務人者，有為債務人之相對人者，有為第三人者，均依其契約之所定。無特別規定時，則債務人於債權人生存期內，應給付定期金。即其債權因債權人死亡而消滅。(第七三一條一項)蓋此項債權，多為維持債權人之生活而發生故也。但於上述原則，有一例外。即其特定人之死亡，因應歸責於債務人之事由時，則債權人或其繼承人(指債權人死亡時)得以訴請求法院宣告，其債權於相當之期間內仍為存續。(第七三三條)〔二六六〕

〔二六六〕此相當之期間，應推測該特定人之壽命定之，非以其死亡基于債務人之故意或過失為標準。

特定人死亡時，定期金債權本應即消滅，惟其特定人於應預付定期金之期間屆滿前死亡時，以無特約為限，其債權於預付之期間屆滿時方歸消滅。故債務人對於此預付期間內之終身定期金，仍任清償之責。若已預付，則債權人不必返還債務人。(第七三二條二項)



## 第一款 和解之意義及性質

和解者，當事人約定，就彼此間之輕輻，互相讓步，以終止爭執，或防止爭執之契約也。（第七三六條）例甲主張乙負彼百金，乙主張僅負十金，嗣互相讓步，約明應返五十金了事。和解之成立，要具備二條件：第一當事人間要有輕輻。無輕輻時，則無須乎和解。輕輻者，彼此間難於自行解決之法律關係也。計有二種：（一）有爭執之法律關係。即當事人雙方，就其法律關係彼此主張不一者，如前例是。（二）不明確之法律關係，即其法律關係之內容，不能明瞭，當事人間現尚未發生爭執，將來有發生爭執之虞者。如甲負乙債務，因賬簿遺失，其數額不能確定是也。【二六七】但此等法律關係，須為當事人所得任意處分者，否則雖發生輕輻，然不得為和解之標的。故就一定親屬關係之存否所為之和解，不生效力，此為學者之通證。【二六八】第二當事人要允互相讓步，以終止爭執或防止爭執。【二六九】若不為讓步之約束，雖就于彼此間之輕輻所為之契約，（如公斷契約）非和解。又其讓步之約束，要為相互的；祇一方允為讓步時，則為權利之拋棄及認諾，亦非和解。但以約定將來應互相讓步為足，不以即行讓步為必要。（即行讓步當然不失為和解）故和解成立後，當事人常互負讓步之債務，從和解為債權契約。

【二六七】旧民第六九五條規定，限于有爭執之法律關係，得為和解。德民第七七九條，則並及于不明確之法律關係。我民法從德制。

【二六八】舊修正民事訴訟律第七七九條，有離婚和解之規定，未免失當。蓋此際只可認為夫妻和諧，而不得謂為和解。（新民事訴訟法第五四三條參照）

【二六九】讓步者，不外為不利益于自己之行爲之義，其範圍甚廣。舉其要者：如（一）拋棄自己所主張權利之一部，而受一部之承認。（二）使他

方爲全部之承認，同時與以一定之報酬。(三)使他方爲全部之承認，與以期間之猶豫或減輕其利率皆是。

和解契約，依當事人之合意即時成立，故爲不要式契約。又成立後，當事人雙方互負讓步之債務，故爲雙務且有償契約。

### 第二款 和解之效力

和解成立後，當事人應互相讓步。讓步之內容，法無制限，一依其契約之所定。如主張之認諾、拋棄、(拋棄即認諾自己主張不成立，可謂消極的認諾。)權利之移轉，及債務之免除等，皆通常所習見者也。

和解契約，當事人於約定就有爭執或不明確之法律關係，應爲如何之讓步時，必先假定一律法關係。例如甲主張乙負百金，乙主張十金，嗣約定應償五十金時，則必先假定乙負甲五十金，此種假定之法律關係，未必與實際法律關係相符。然和解契約，不只有認定的效力，且有創設的效力，縱其假定之法律關係，確與實際之法律關係不符，當事人亦因和解直接喪失其所拋棄主張之權利，或取得其被認諾主張之權利。(第七三七條)因和解而受不利益之當事人，不得以錯誤爲理由而撤銷其契約。但對此原則，又有例外。(第七三八條)

(一) 和解所依據之文件事後發見爲僞造或變造，而和解當事人，若知其事情，即不爲和解時。

(二) 和解之法律關係，前經法院確定判決，當事人雙方或一方，因不知其事情而爲和解時。

(三) 當事人之一方，對於相對人之資格或重要之爭點有錯誤，而爲和解時。

以上三場合，其錯誤較爲重要，故特許其撤銷。由第七三八條之文字解釋，此種撤銷，似應以錯誤爲理由；然右

列情形，非盡與第八十八條之規定相符。〔二七〇〕若必依該條規定方得撤銷，則與不許其撤銷無異，故應解為得逕依第七百三十八條而為撤銷為當。

〔二七〇〕第八八條之撤銷，原為一定之條件。第七三八條第一第二兩款之情形，均與第八八條不合。若依該條規定，即不得撤銷。故應使其得依第七三八條之規定而撤銷之。此即第七三八條之所由設也。

## 第十八節 因保證而生之債

### 第一款 保證之意義及性質

保證者，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。（第七三九條）〔二七〕為此約束之當事人即保證人；其相對人謂之債權人；其相對人之債務人，謂之主債務人；主債務人對於債權人所負之債務，謂之主債務。依第七百三十九條規定，則保證之成立，要具備左之二條件。

〔二七一〕關於保證在民法法典中之地位，各國立法例不一。德國民法，以保證契約為債之發生原因，規定之于債權編分則。（德民第七六五條以下）日本民法，則以保證債務為多數主體之債務，規定之于債權編通則。（日民第四四六條以下）我民法從德制。

（一）保證之主體為保證人與債權人 即保證為保證人與債權人所訂立之契約，僅依保證人與債權人之合意而成立，不以主債務人之參與為必要。雖於實際，保證契約常附加於債權人與主債務人間之契約而訂立。然此不過兩個獨立契約形式上之併合，不得謂保證為保證人債權人及主債務人三面之契約。

（二）保證之內容在約定主債務人不履行債務時保證人代為履行 即當事人之意思，在於主債務外，另生

補充的代償主債務之債務。故向債權人約定負擔與主債務無關之債務者，固非保證，即向債權人約定與主債務人連帶負履行之責者，亦非保證。

保證雖係關於主債務而訂立之契約，然不以主債務之存在為成立要件。〔二七二〕保證未發生或已消滅之債務，其契約仍不妨其成立；但其效力，較之現存債務之保證間有不同而已。

〔二七二〕主債務之存在，乃保證契約之有效要件，而非其成立要件。故主債務不存在時，其保證契約，雖不能發生效力，然不得謂其契約不成立。且依第七四三條規定，主債務不存在時，例外其保證契約亦有效力。足見主債務之存在，且非保證契約之絕對有效要件。其非成立要件也，更屬無疑。

具備上列要件時，保證成立。此外無須履踐一定之方式。其意思表示，或用言辭，或用文字，或明示或默示，均無不可。且不必用「保證」之詞語，通常每用「担保」「保認」「担認」等文字，亦不失為保證。故保證為不要式契約。次保證成立後，只保證人為代償債務之給付，債權人不為何等對待之給付，故為無償且片務契約。又保證債務為從債務，故保證契約亦為從契約。

## 第二款 保證債務

保證成立後，主債務人不履行其債務（主債務）時，保證人負代為履行之義務；此即保證債務。分述之。

### 第一項 保證債務之特質

（一）保證債務與主債務，雖為別個之債務，然保證債務係以代償主債務為標的，無固有之內容；故保證人直接

履行保證債務時，間接即所以履行主債務，其主債務亦因之歸於消滅。此為保證債務之第一特質，稱之為保證債務之代位性。

(二) 保證人只於主債務人不履行主債務時，方應代為履行，非無條件負代償之義務，故可謂為候補的債務人。此為保證債務之第二特質，稱之為保證債務之補充性。

(三) 保證債務之發生，乃以担保主債務為目的，附屬於主債務而存在，與主債務同其運命。此為保證債務之第三特質，稱之為保證債務之附屬性。

## 第二項 保證債務之內容

(一) 保證債務係以代償主債務為標的；其代償之之方法，不外為主債務人所應為之給付。故實際上保證人與主債務人，負為同一給付之義務。從其主債務要以代替給付為標的；若以專屬給付為標的時，則不生保證債務。因此際保證人不能為與主債務人同一性質之給付故也。〔二七三〕

〔二七三〕關於保證債務之本質，從來有二個之見解：(一) 以保證債務為代償主債務之債務。法民第二〇二一條及舊民第四四六條從此見解。(二) 以保證債務為担保主債務之履行之債務；即保證人就于債權人因主債務不履行所生之損害，應任防止及填補之責。德民第七六五條附債第四九二條，從此見解。以上兩見解，于保證專屬的債務（即以專屬的給付為標的之債務）之場合，可生相異之結果。蓋從(一)之見解時，則專屬的債務，不得保證。反之，從(二)之見解時，則得就之訂立保證契約。我民法從(一)之見解，故保證人不得負為與主債務人相異給付之義務。但保證人不妨與債權人附帶約明，得以他之給付代之，即使之發生任意債務。

(二) 保證債務之範圍，在保證契約有特別訂定者從之。其如何訂定，本屬當事人之自由。但保證債務為從債務，故其範圍不得超過主債務之範圍。超過之時，應減縮至主債務之限度。(第七四一條) 若在保證契約無特別訂定時，則保證債務包含主債務之元本、利息、違約金、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔。(如費用)。(第七四〇條)

(三) 保證債務之體樣，當事人得自由定之。然不得較重於主債務之體樣；否則減縮之至主債務之限度。(第七四一條) 在當事人無特別訂定時，保證債務之體樣，從主債務之體樣。例如主債務為附條件債務時，保證債務亦附同一之條件是也。(第七四)

【二七四】保證債務之體樣，雖不宜較重于主債務之體樣，但不妨較輕。如只就保證債務附以停止條件是。又就于保證債務，得另約定違約金，預定損害賠償額，並供担保。因此非債務之體樣故也。

### 第三項 保證債務之效力

(一) 保證債務之債權人，於主債務人不履行其債務時，得請求保證人代為履行；否則不得遽向保證人請求履行。故保證債權不外附條件債權之一種。(二七五) 茲所謂不履行者，係指履行遲延而言。主債務人履行遲延時，不問債權人曾否就主債務人之財產為強制執行，均得請求保證人代為履行。不過在債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，保證人得拒絕履行而已。學者稱此保證人拒絕履行之抗辯，曰檢索之抗辯。(第七四五條) 但在(1) 保證人已拋棄此權利時，(2) 主債務人之住所營業所或居所有變更，致向其請求清償

發生困難時，(3)主債務人受破產之宣告時，(4)主債務人之財產不足清償其債務時，則保證人不得拒絕履行。(第七四六條)〔二七七〕

〔二七五〕陳瑾昆氏債各第四二二頁謂：保證債務之成立，非以主債務之不履行為條件，債權人得逕向保證人請求履行，無須先證明主債務人之不履行，不過保證人有拒絕權而已。周新民氏債各下卷第二四一頁，吳振源氏債各第六一九頁之所說，大略相同，此種主張，在兼認先訴抗辯之日本民法，(同法第四五二條)固甚合理，而在只認檢索抗辯之我民法，似不應採同一之解釋。蓋依第七三九條規定，債權人非于主債務人不履行債務時，即不得請求保證人代為履行。若債權人不俟主債務人不履行債務，逕向保證人為請求，則保證人已可根本否認其請求，所以無再賦與以先訴抗辯權之必要。故由我民法不認先訴抗辯權之點而觀，即可斷定保證債務係以主債務不履行為停止條件之債務。

〔二七六〕檢索抗辯權，係基于保證債務之補充性當然所生之結果。日本民法第四五八條，有連帶保證之規定，即認無補充性之保證債務。然此實係連帶與保證之混合，而非單純之保證債務，故我民法不特設此規定。

(二)保證人對於債權人，除有檢索之抗辯權外，尚有兩種之抗辯：即(1)保證債務固有之抗辯。即保證債務不發生，或已消滅，或有其他之情形時，保證人得以此為理由對抗債權人是也。(2)基於主債務所有之抗辯。即主債務不發生，或已消滅，或有其他之情形時，保證人亦得以之對抗債權人是也。但保證人對於因錯誤或行為能力之欠缺而無效之債務，如其情而為保證者，其保證仍為有效，保證人負代償之義務。(第七四三條)

〔二七七〕

〔二七七〕依第八八條規定，錯誤之意思表示，只得撤銷，而非當然無效。第七四三條有「因錯誤而無效之債務」云云，殆指已被撤銷後之情

形而言。又意思表示之得撤銷者，除錯誤外，尙有被詐欺與被脅迫等等。第七四三條只舉錯誤，仍嫌遺漏。

保證人只得利用主債務人所有之抗辯，不得行使主債務人所有之契約解除權與撤銷權。因此等權利，非法律行爲之當事人，則不得行使之故也。但主債務人就其債之發生原因之法律行爲有撤銷權者，保證人於主債務人未爲撤銷之前，亦得拒絕履行。（第七四四條）〔二七八〕

〔二七八〕舊民第四五七條及法民第一二九四條規定，保證人得以主債務人對於債權人所有之債權，向債權人主張抵銷。我民法雖無明文，理論上應取同一之解釋。因抵銷乃廣義之抗辯故也。（反對說陳蓮昆氏債各第四二七頁）

#### 第四項 保證債務與主債務之關係

主債務與保證債務，雖爲別個之債務，然兩者之間，有主從與代位之關係。故就一債務所生之事項，常及影響於他之債務。茲分兩方面觀察之。

##### （一）就於主債務所生之事項

就於主債務所生之事項，對於保證債務生如何之效力乎？原則依保證債務之從屬性定之。

（甲）主債務消滅時，不問其消滅之原因如何，保證債務亦消滅。但主債務因歸責於保證人之事由而不能時，主債務雖消滅，保證人仍應任損害賠償之責，不得免其義務。

（乙）向主債務人請求履行，及爲其他中斷時效之行爲，對於保證人亦生效力。（第七四七條）

（丙）債權人讓與其債權於他人時，對於保證人之債權，亦隨之而移轉。（第二九五條一項）反之，第三人承



担主債務時，保證債務歸於消滅。（第三〇四條二項）

（丁）對於主債務人所爲之判決，其效力不及於保證人。

（二）就於保證債務所生之事項

就於保證債務所生之事項，對於主債務生如何之效力乎？應依保證債務之代位性定之。即保證人履行保證債務時，間接即代主債務人履行其債務，故主債務亦因已達其目的而消滅。其他保證人就於保證債務已爲與履行同一之事項，（如提存、代物清償、抵銷）與債權人以實質的滿足時亦同。反之，保證債務因免除、混同、消滅時效而消滅時，則債權人仍未達其目的，故主債務不消滅。【二七九】

【二七九】保證人與主債務人混同時，原則其保證債務消滅。但其保證債務存續于債權人有益時，則不消滅。例如其保證債務另供有物上担保是也。

#### 第五項 保證債務之消滅

保證債務不外一種之債務，故有一般債務消滅之原因時，則保證債務消滅。又此項債務，有從屬性，主債務消滅時，保證債務亦消滅。此外尚有特別消滅之原因，茲舉於左。

（一）債權人拋棄爲其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。（第七五一條）其拋棄對於共同保證人之權利時亦同。（舊民律第八七七條參照）

（二）保證人約定，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時，保證人

免其責任。(第七五二條)又未定期間之保證,保證人於主債務清償期屆滿後,得定一個月以上之相當期限,催告債權人,於其期限內向主債務人爲審判上之請求,債權人逾期不爲請求時,保證人免其責任。(第七五三條)

(三)就定有期限之債務爲保證者,如債權人允許主債務人延期清償時,保證人除對其延期已表同意外,免其責任。(第七五五條)

(四)就連續發生之債務爲保證,而未定期間者,保證人得隨時通知債權人,終止保證契約。既經終止,則保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務,不負保證責任。(第七五四條)

### 第三款 保證人與主債務人之關係

保證雖爲保證人與債權人所訂立之契約,然以担保主債務之履行爲目的,故保證人與主債務人,亦有一定法律關係之存在。但此法律關係,祇爲保證之原因,而非保證之內容;故保證自體,絕不因此種法律關係之成立與否,而受影響。

保證人與主債務人間之關係,不外兩種:(一)在保證人因受主債務人之委託而爲保證之場合,則其關係爲一種之委任,其相互間之權利義務,純依關於委任之規定。(二)在保證人不受主債務人之委託而爲保證之場合,則其關係爲無因管理,其相互間之權利義務,純依關於無因管理之規定。此外法律爲保護保證人,尙賦與以兩種特別之權利。即:

(第六九九條) (5) 若其合夥財產不足返還各合夥人之出資，則按照各合夥人出資額之比例返還之。  
(第六九八條) (二五九)

〔二五九〕合夥財產不足返還各合夥人之出資時，即合夥之損失，理論上應由各合夥人照損失分担之成數，分担其不足額。德民第七三五條，有此明文。我民法第六九八條，從舊民第六八八條二項之規定，使各合夥人按其出資數額，分担損失，實屬欠當。(舊民律第八二八條一項參照)

### 第五款 合夥之變更

合夥之變更者，合夥不失同一性，僅變更其主體或內容之謂也。夫合夥乃一種之契約，由合夥所生之關係，不外特定當事人間之特定法律關係。若其法律關係之主體或內容變更時，則舊合夥消滅，新合夥代之而成立。此乃合夥契約性質上當然發生之結果，為德國普通法時代之通說。然貫澈此理論時，全然否認合夥之團體性，不適於現代一般之交易觀念。故近來各國民法，就於此點，概設多少之例外，而明認或默認合夥之變更。

合夥之變更有二態樣；一為客觀的變更，即變更合夥契約之內容。次為主觀的變更，即變更合夥契約之當事人。其中又分兩種，即合夥人之脫退，及合夥人之加入是也。茲分述之。

#### 第一 合夥內容之變更

合夥契約之內容，如各合夥人之出資，合夥所經營之事業，及合夥事務之執行等，往往因外界事情之變遷，而有變更之必要。其變更之之方法，合夥契約已有訂定時從之。否則非經全體合夥人之同意，不得變更。(第六

七〇條）蓋合夥契約，原係全體合夥人所訂立，自應仍由全體合夥人變更之也。

## 第二 合夥人之脫退

合夥人之脫退，又稱退夥。即合夥關係依然存續，祇特定合夥人，因一定事由，脫退合夥之謂也。其退夥原因之事由，依我民法所定者，共有五種：（第六八六條第六八七條）即（一）聲明退夥，（二）合夥人死亡，（限於無反對特約者）（三）合夥人破產，（四）合夥人被宣告禁治產，（五）開除是也。合夥契約未定有存續期限，或經訂明以某合夥人之終身為其存續期限者，各合夥人得於兩個月前通知合夥人，聲明退夥。但不得於不利於合夥事務之時期為之。〔二六〇〕合夥契約已定有存續期限者，倘合夥人有非可歸責於己之重大事由，仍得聲明退夥。且無上述之制限。（第六八六條）合夥人之開除，以有正當理由為限，由他合夥人全體同意，以意思表示向被開除之合夥人為之。（第六八八條）

〔二六〇〕聲明退夥，為單獨行為，應對於他合夥人為之，不得對於業務執行人為之。又在不利於合夥事務之時期，絕對不得退夥。即其退夥之聲明無效。非如委任契約，只使終止契約之當事人，負賠償損害之責任。（第五四九條參照）

合夥人退夥後，謂之退夥人，即時脫離合夥關係。其所有之股份，歸其餘合夥人。但他合夥人應對於退夥人，返還其出資，或以金錢抵還之。（第六八九條二項）並應設法免其因合夥關係對於第三人擔負之債務。如現實清償債務，或與債務人訂立債務承擔契約皆是。此外退夥人與其餘合夥人之間，尚應就合夥財產而為結算。尚結算結果，發見合夥財產足以清償債務及返還出資，且有賸餘時，應依分配利益之成數，分與退夥人，若其合

夥財產不足清償債務及返還出資，退夥人對於其餘合夥人，亦應依分配損失之成數，支付其不足額。合夥財產之價額，以必要情形爲限，用評價法定之。至損益之計算，本以退夥當時合夥財產之狀況爲標準。（同條一項）惟退夥時尙未了結之事務，於將來事務了結之時，退夥人亦須分配其損益。（同條三項）然此只就退夥人與其餘合夥人之相互關係而言。至對外關係，退夥人就於其退夥前所負之債務，仍應負責，非俟其餘合夥人代其清償或承擔之後，其責任不消滅。（第六九〇條）

### 第三 合夥人之加入

合夥人之加入者，第三人中途加入於合夥關係之謂也。合夥人之加入，由加入人與全體合夥人訂立契約爲之，故其加入應經全體合夥人之同意。（第六九一條一項）加入之後，新合夥人與舊合夥人相互間權利義務之如何，純依其加入契約之所定。但對外關係，則不問其契約內容之如何，新合夥人就於加入前合夥對於第三人所負之債務，應與舊合夥人負同一之責任。（第六九一條二項）此外將來合夥對外所生之關係，應以新舊合夥人爲共同主體，固不俟論。

### 第十五節 因隱名合夥而生之債

#### 第一款 隱名合夥之意義及性質

隱名合夥者，當事人約定，一方爲他方之營業而出資，他方分配其營業上之損益，依之而成立之契約也。（第七〇〇條）故隱名合夥之成立，要具備二條件。

(一)當事人之一方允爲他方之營業而出資。該當事人謂之隱名合夥人，其相對人謂之出名營業人。〔三六一〕隱名合夥之成立，以隱名合夥人約明出資爲要件；隱名合夥人不爲出資之約束時，則爲附條件之贈與，而非隱名合夥。又其出資要對於出名營業人之營業爲之；對於自己與出名營業人之共同營業而爲出資時，則爲合夥，而非隱名合夥。所謂出名營業人之營業者，即對外只以出名營業人名義而爲之營業之謂；非其營業上之損益，祇及於出名營業人者之謂。蓋在隱名合夥，其出名營業人，只用其自己名義而爲營業故也。

〔三六一〕隱名合夥之當事人，只有二人，非如合夥無人數之制限。若數資力人信任一營業人時，原則應分別訂立數個隱名合夥契約。縱共同訂立一契約，然同時其數資力人相互間，亦必另有契約（如合夥）之存在。反之，一資力人信任數營業人時亦同。

隱名合夥以只隱名合夥人出資爲足；出名營業人非必須亦爲出資。且在通常情形，出名營業人多不爲出資，祇須執行合夥之業務。因隱名合夥之多係有資本而缺乏技能及信用者，而出名營業人則係有技能信用而缺乏資本者，故多由一方出資，一方執行業務，互相補助而爲營業。

(二)相對人允分配其營業上之損益。若出名營業人不爲分配損益之約束時，則營業之盈虧，與出資人無涉，其契約爲無利息消費借貸，而非隱名合夥。又若只約明分配利益，不約明分担損失時，則爲配當契約之一種，亦非隱名合夥。但就於此點，各國立法例非無反對之規定，如日本商法第二九七條，及德國商法第三三六條二項是也。

具上述條件時，隱名合夥成立。此外不要交付物品，作成書據，故爲諾成且不要式契約。又其契約成立之效果，

當事人雙方應爲互爲對價之給付，故爲雙務且有債契約。

隱名合夥之營業，由外部觀察，雖爲出名營業人個人之營業，然隱名合夥人應分配其營業上之損益，由實際觀察，不外隱名合夥人與出名營業人共同之營業，與合夥同其性質。故法律以無特別規定爲限，使之準用關於合夥之規定。（第七〇一條）【二六二】

【二六二】隱名合夥，乃單純之契約，而無團體性。故不準用關於退夥及開除之規定。

## 第二欸 隱名合夥之效力

隱名合夥之效力，可就隱名合夥人之義務及權利分述之。隱名合夥人之義務權利，反面即出名營業人之權利義務。

### 第一 隱名合夥人之義務

（甲）出資之義務 隱名合夥人應對於出名營業人出資，供其營業。出資之數額及方法，均依其契約之所定。但以支付金錢或其他財產爲限，不得以給付勞務或信用爲出資之標的。（第七〇二條）因隱名合夥人不顯其名於營業之上，且原則不執行合夥之業務，（第七〇四條一項）無從給付勞務或信用故也。

隱名合夥之營業，爲出名營業人之營業，故隱名合夥人因出資而交付於出名營業人之財產，屬於營業人之所有，隱名合夥人不得主張共有權。（第七〇二條）從其就於出名營業人所爲營業上之行爲，對於第三人亦無權利義務。（第七〇四條二項）但隱名合夥人如參與合夥事務之執行，或爲參與執行之表示，或

知他人表示其參與執行而不否認者，縱有反對之約定，對於第三人，仍應負出名營業人之責任。（第七〇五條）

（乙）分担損失之義務 隱名合夥人應與出名營業人分担營業上之損失。其分担損失之成數，有特約時，從其特約。無特約時，按其出資之數額酌定之。（第六七七條一項準用）惟其分担損失之責任，以出資之額為限，且無補足出資之義務。（第七〇三條）故其出資已損失淨盡時，即免其責。此節與兩合公司有限責任股東所負之責任無異。

## 第二 隱名合夥人之權利

（甲）分配利益之權利 隱名合夥人得請求分配營業上之利益。其分配利益之成數，有特約時，從其特約。無特約時，則依其出資之數額酌定之。（第六七七條一項準用）其分配之時期，如無特別訂定，應於各業務年度之終，計算損益後支付之。隱名合夥人未領得之利益，非有特約，營業人不得以之作爲增加出資。（第七〇七條）

應分配之利益，原則於各業務年度終計算損益後支付之；但在前業務年度有損失之場合，未年度隱名合夥人所應分配之利益，應先以之補足其出資因前年度損失而減少之額。倘有剩餘，再行支付。然此只就現在未領得之利益而言。至從前已領得之利益，則不得因補足合夥之損失，使之再行歸還。

（乙）檢查業務之權利 隱名合夥之業務，由出名營業人執行之，難保不從中舞弊，加害隱名合夥人，故法律



特賦予以檢查業務之權利。即隱名合夥人於每業務年度之終，得查閱合夥之賬簿，並檢查其業務及財產之狀況，若有重大事由，得經法院之允許，隨時查閱或檢查之。（第七〇六條）

### 第三款 隱名合夥之終止

隱名合夥之終止，其原因有二：一為普通原因，即一般契約終止之原因，散見於法典各處，茲不贅。一為特別原因，即隱名合夥特有之終止原因，計有七種：（一）存續期限屆滿，（二）當事人同意，（三）合夥事業成功或不能成功，（四）出名營業人死亡或受禁治產之宣告，（五）出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告，（六）營業之轉讓或廢止，（七）聲明退夥是也。聲明退夥，限於其契約未定存續期限，或定明以當事人之一人終身為期之場合，各當事人於業務年度終得為之，但須於兩個月前預行通知，且不得於不利於合夥事務之時期為之。其在有不得已事由之場合，則不論已定存續期限與否，各當事人得隨時聲明退夥。（第七〇八條及第六八六條）

### 【二六三】

【二六三】第七〇八條所謂「聲明退夥」者，實即終止契約之意，非真正之退夥。蓋此際隱名合夥人，既自行脫退，則其契約即根本消滅，非如合夥人之脫退，其他合夥人之關係尚繼續存在也。日商法第三〇一條用「解除契約」之文句，實屬正當。

隱名合夥契約終止時，合夥關係消滅，出名營業人對於隱名合夥人，須返還其出資，及給與其應得之利益。但出資因損失而減少者，祇返還其餘額足矣。（第七〇九條）其他清算人之選任，剩餘財產之分配等，一切準用關於合夥之規定。

## 第十六節 因終身定期金契約而生之債

### 第一款 終身定期金契約之意義及性質

終身定期金契約者，當事人約定，一方於其自己或他方或第三人生存期內，每經一定之期間，應給付一定之金錢於他方或第三人之契約也。（第七二九條）其應給付之金錢，謂之終身定期金，以給付終身定期金為標的之債權，謂之定期金債權。此項契約，有特別之性質，故法律設特別之規定。

終身定期金契約，有當事人之一方，約明應給付終身定期金於相對人者。有約明應給付於第三人者。故其契約有為普通之契約，有為利他契約。又此項契約，除當事人之一方約明應給付終身定期金外，其相對人有亦約明應為某種之對待給付者。有不然者。故其契約有為雙務契約，有為片務契約，但其契約之訂立，應以書面為之，故為要式契約。（第七三〇條）

### 第二款 終身定期金契約之效力

終身定期金契約成立後，發生終身定期金債權，是乃其唯一之效力。終身定期金債權，未必均由契約而生，亦有因遺贈而生者。然第七二九條以下所規定者，限於因契約而生之終身定期金債權；因遺贈而生之終身定期金債權，祇以其性質所許者為限，準用其規定而已。（第七三五條）茲就終身定期金債權分述之。

第一 終身定期金債權之性質 終身定期金債權，其債務人應按其所經過之期間，反復為數個之給付；是不外因時之經過，漸次發生數個之債權，故終身定期金債權，乃多數附停止條件債權之集合，非一個包括的債權。就

於此點，學者雖有異說，〔二六四〕然由其各定期給付請求權得各別罹於消滅時效之點觀之，則我民法係採複數債權說也無疑。（第一二六條參照）

〔二六四〕百儒鳩山秀夫日本債權法各論第七二六頁，未弘嚴太郎債權各論第八六三頁主張：終身定期金債權，為一個包括的債權，其各期給付請求權，乃其支分債權。川名兼四郎日本民法總論第三〇九頁，中島玉吉民法釋義第一卷第九〇二頁，亦主張為一個債權。而謂其各期給付請求權，乃其基本債權之效力。周新民氏債各下卷第二二二頁，吳振源氏債各第六〇一頁均從前說。

終身定期金債權，既為複數債權，從一個債權之分割履行，非定期金債權，例如甲貸乙百金，約明每月應償還二十金，五月償清是。蓋此場合，其每回所應還之款目，乃由一個債權分割而來，非因時之經過而後漸次發生，且其數回之償還行為，互相結合，僅成一個之給付（合成給付），非有數個之給付存在故也。

終身定期金債權，多因債權人與債務人有特別關係而後發生。故有專屬的性質。除契約另有訂定外，不得移轉於第三人（對七三四條）但已到期之各給付請求權，則許其移轉。

第二 終身定期金債權之數額 終身定期金債權，以定期給付一定數量之金錢為標的。其各期所應給付之數額，及以多少期間為一期，均依其契約之所定。當事人約定每月給付若干，或每年給付若干，均無不可。若但約定數額而不約定期間時，則推定為以一年為一期。（第七三一條二項）

第三 終身定期金債權之履行期 終身定期金債權，其各期給付之金額，應於各期之始預付，或於各期之終履行，純依其契約之所定。若無特別契約，應於各期之始預付。但在以一年為一期之場合，則須按每季（即三個月）

預付之。(第七三二條一項、德民法第七六〇條參照)〔二六五〕詳言之：即全年定期金應分四次預付，於每季之始各預付四分之一。

〔二六五〕第七三二條一項規定：「終身定期金除契約另有訂定外，應按季預行支付。」其以多少期間為一期，則不加制限，似不以年金為必要。然苟非年金，則無分季預付之理由。因其為一年始可分為四季也。德民第七六〇條二項，有「以金錢為年金之標的時，須每三個月預付」云云，即明示此旨。

第四 終身定期金債權之消滅 終身定期金債權，因特定人死亡而消滅。其特定人有為債務人者，有為債務人之相對人者，有為第三人者，均依其契約之所定。無特別規定時，則債務人於債權人生存期內，應給付定期金。即其債權因債權人死亡而消滅。(第七三一條一項)蓋此項債權，多為維持債權人之生活而發生故也。但於上述原則，有一例外。即其特定人之死亡，因應歸責於債務人之事由時，則債權人或其繼承人，(指債權人死亡時)得以訴請求法院宣告，其債權於相當之期間內仍為存續。(第七三三條)〔二六六〕

〔二六六〕此相當之期間，應推測該特定人之壽命定之，非以其死亡基于債務人之故意或過失為標準。

特定人死亡時，定期金債權本應即消滅，惟其特定人於應預付定期金之期間屆滿前死亡時，以無特約為限，其債權於預付之期間屆滿時方歸消滅。故債務人對於此預付期間內之終身定期金，仍任清償之責。若已預付，則債權人不必返還債務人。(第七三二條二項)

## 第一款 和解之意義及性質

和解者，當事人約定，就彼此間之輻輳，互相讓步，以終止爭執，或防止爭執之契約也。（第七三六條）例甲主張乙負彼百金，乙主張僅負十金，嗣互相讓步，約明應返五十金了事。和解之成立，要具備二條件：第一當事人間要有輻輳。無輻輳時，則無須乎和解。輻輳者，彼此間難於自行解決之法律關係也。計有二種：（一）有爭執之法律關係。即當事人雙方，就其法律關係彼此主張不一者，如前例是。（二）不明確之法律關係，即其法律關係之內容，不能明瞭。當事人間現尙未發生爭執，將來有發生爭執之虞者。如甲負乙債務，因賬簿遺失，其數額不能確定是也。〔二六七〕但此等法律關係，須爲當事人所得任意處分者，否則雖發生輻輳，然不得爲和解之標的。故就一定親屬關係之存否所爲之和解，不生效力，此爲學者之通說。〔二六八〕第二當事人要允互相讓步，以終止爭執或防止爭執。〔二六九〕若不爲讓步之約束，雖就于彼此間之輻輳所爲之契約，（如公斷契約）非和解。又其讓步之約束，要爲相互的；祇一方允爲讓步時，則爲權利之拋棄及認諾，亦非和解。但以約定將來應互相讓步爲足，不以卽行讓步爲必要。（卽行讓步當然不失爲和解）故和解成立後，當事人常互負讓步之債務；從和解爲債權契約。

〔二六七〕旧民第六九五條規定，限于有爭執之法律關係，得爲和解。德民第七七九條，則並及于不明確之法律關係。我民法從德制。

〔二六八〕舊修正民事訴訟律第七七九條，有離婚和解之規定，未免失當。蓋此際只可認爲夫妻和諧，而不得謂爲和解。（新民事訴訟法第五

### 四三條參照）

〔二六九〕讓步者，不外爲不利益于自己之行爲之義，其範圍甚廣。舉其要者：如（一）拋棄自己所主張權利之一部，而受一部之承認。（二）使他

方爲全部之承認，同時與以一定之報酬。(三)使他方爲全部之承認，與以期間之猶豫或減輕其利率皆是。

和解契約，依當事人之合意即時成立，故爲不要式契約。又成立後，當事人雙方互負讓步之債務，故爲雙務且有償契約。

### 第二款 和解之效力

和解成立後，當事人應互相讓步。讓步之內容，法無制限，一依其契約之所定。如主張之認諾、拋棄、(拋棄即認諾自己主張不成立，可謂消極的認諾。)權利之移轉，及債務之免除等，皆通常所習見者也。

和解契約，當事人於約定就有爭執或不明確之法律關係，應爲如何之讓步時，必先假定一律法關係。例如甲主張乙負百金，乙主張十金，嗣約定應償五十金時，則必先假定乙負甲五十金，此種假定之法律關係，未必與實際法律關係相符。然和解契約，不只有認定的效力，且有創設的效力；縱其假定之法律關係，確與實際之法律關係不符，當事人亦因和解直接喪失其所拋棄主張之權利，或取得其被認諾主張之權利。(第七三七條)因和解而受不利益之當事人，不得以錯誤爲理由而撤銷其契約。但對此原則，又有例外。(第七三八條)

(一) 和解所依據之文件事後發見爲偽造或變造，而和解當事人，若知其事情，即不爲和解時。

(二) 和解之法律關係，前經法院確定判決，當事人雙方或一方，因不知其事情而爲和解時。

(三) 當事人之一方，對於相對人之資格或重要之爭點有錯誤，而爲和解時。

以上三場合，其錯誤較爲重要，故特許其撤銷。由第七三八條之文字解釋，此種撤銷，似應以錯誤爲理由；然右

列情形，非盡與第八十八條之規定相符。〔二七〇〕若必依該條規定方得撤銷，則與不許其撤銷無異，故應解為得逕依第七百三十八條而為撤銷為當。

〔二七〇〕第八八條之撤銷，原為一定之條件。第七三八條第一第二兩款之情形，均與第八八條不合。若依該條規定，即不得撤銷。故應使其得依第七三八條之規定而撤銷之。此即第七三八條之所由設也。

## 第十八節 因保證而生之債

### 第一款 保證之意義及性質

保證者，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。（第七三九條）〔二七一〕為此約束之當事人即保證人；其相對人謂之債權人；其相對人之債務人，謂之主債務人；主債務人對於債權人所負之債務，謂之主債務。依第七百三十九條規定，則保證之成立，要具備左之二條件。

〔二七一〕關於保證在民法法典中之地位，各國立法例不一，德國民法，以保證契約為債之發生原因，規定之于債權編分則。（德民第七六五條以下）日本民法，則以保證債務為多數主體之債務，規定之于債權編通則。（日民第四四六條以下）我民法從德制。

（一）保證之主體為保證人與債權人 即保證為保證人與債權人所訂立之契約，僅依保證人與債權人之合意而成立，不以主債務人之參與為必要。雖於實際，保證契約常附加於債權人與主債務人間之契約而訂立。然此不過兩個獨立契約形式上之併合，不得謂保證為保證人債權人及主債務人三面之契約。

（二）保證之內容在約定主債務人不履行債務時保證人代為履行 即當事人之意思，在於主債務外，另生

補充的代償主債務之債務。故向債權人約定負擔與主債務無關之債務者，固非保證，即向債權人約定與主債務人連帶負履行之責者，亦非保證。

保證雖係關於主債務而訂立之契約，然不以主債務之存在為成立要件。〔二七二〕保證未發生或已消滅之債務，其契約仍不妨其成立；但其效力，較之現存債務之保證間有不同而已。

〔二七二〕主債務之存在，乃保證契約之有效要件，而非其成立要件。故主債務不存在時，其保證契約，雖不能發生效力，然不得謂其契約不成立。且依第七四三條規定，主債務不存在時，例外其保證契約亦有效力。足見主債務之存在，且非保證契約之絕對有效要件。其非成立要件也，更屬無疑。

具備上列要件時，保證成立。此外無須履踐一定之方式。其意思表示，或用言辭，或用文字，或明示或默示，均無不可。且不必用「保證」之詞語，通常每用「担保」、「保認」、「担認」等文字，亦不失為保證。故保證為不要式契約。次保證成立後，只保證人為代償債務之給付，債權人不為何等對待之給付，故為無償且片務契約。又保證債務為從債務，故保證契約亦為從契約。

## 第二款 保證債務

保證成立後，主債務人不履行其債務（主債務）時，保證人負代為履行之義務；此即保證債務。分述之。

### 第一項 保證債務之特質

（一）保證債務與主債務，雖為別個之債務，然保證債務係以代償主債務為標的，無固有之內容；故保證人直接



履行保證債務時，間接即所以履行主債務，其主債務亦因之歸於消滅。此為保證債務之第一特質，稱之為保證債務之代位性。

(二) 保證人只於主債務人不履行主債務時，方應代為履行，非無條件負代償之義務，故可謂為候補的債務人。此為保證債務之第二特質，稱之為保證債務之補充性。

(三) 保證債務之發生，乃以担保主債務為目的，附屬於主債務而存在，與主債務同其運命。此為保證債務之第三特質，稱之為保證債務之附屬性。

## 第二項 保證債務之內容

(一) 保證債務係以代償主債務為標的，其代償之之方法，不外為主債務人所應為之給付。故實際上保證人與主債務人，負為同一給付之義務。從其主債務要以代替給付為標的，若以專屬給付為標的時，則不生保證債務。因此際保證人不能為與主債務人同一性質之給付故也。(二七三)

【二七三】關於保證債務之本質，從來有二個之見解：(一) 以保證債務為代償主債務之債務。法民第二〇二一條及舊民第四四六條從此見解。(二) 以保證債務為担保主債務之履行之債務，即保證人就于債權人因主債務不履行所生之損害，應任防止及填補之責。德民第七六五條，瑞民第四九二條，從此見解。以上兩見解，于保證專屬的債務（即以專屬的給付為標的之債務）之場合，可生相異之結果。蓋從(一)之見解時，則專屬的債務，不得保證。反之，從(二)之見解時，則得就之訂立保證契約。我民法從(一)之見解，故保證人不得負為與主債務人相異給付之義務。但保證人不妨與債權人附帶約明，得以他之給付代之，即使之發生任意債務。

(二) 保證債務之範圍，在保證契約有特別訂定者從之。其如何訂定，本屬當事人之自由。但保證債務為從債務，故其範圍不得超過主債務之範圍。超過之時，應減縮至主債務之限度。(第七四一條) 若在保證契約無特別訂定時，則保證債務包含主債務之元本、利息、違約金、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔。(如費用)。(第七四〇條)

(三) 保證債務之體樣，當事人得自由定之。然不得較重於主債務之體樣；否則減縮之至主債務之限度。(第七四一條) 在當事人無特別訂定時，保證債務之體樣，從主債務之體樣。例如主債務為附條件債務時，保證債務亦附同一之條件是也。(第七四)

【二七四】保證債務之體樣，雖不宜較重於主債務之體樣，但不妨較輕。如只就保證債務附以停止條件是。又就主保證債務，得另約定違約金，預定損害賠償額，並供担保。因此非債務之體樣故也。

### 第三項 保證債務之效力

(一) 保證債務之債權人，於主債務人不履行其債務時，得請求保證人代為履行；否則不得遽向保證人請求履行。故保證債權不外附條件債權之一種。(三七五) 茲所謂不履行者，係指履行遲延而言。主債務人履行遲延時，不問債權人曾否就主債務人之財產為強制執行，均得請求保證人代為履行。不過在債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，保證人得拒絕履行而已。學者稱此保證人拒絕履行之抗辯，曰檢索之抗辯。(第七四五條) 但在(1) 保證人已拋棄此權利時，(2) 主債務人之住所營業所或居所有變更，致向其請求清償

發生困難時，(3)主債務人受破產之宣告時，(4)主債務人之財產不足清償其債務時，則保證人不得拒絕履行。(第七四六條)〔二七六〕

〔二七五〕陳運昆氏債各第四二二頁謂：保證債務之成立，非以主債務之不履行為條件，債權人得逕向保證人請求履行，無須先證明主債務人之不履行，不過保證人有拒絕權而已。周新民氏債各下卷第二四一頁，吳振源氏債各第六一九頁之所說，大略相同，此種主張，在兼認先訴抗辯之日本民法(同法第四五二條)固甚合理，而在只認檢索抗辯之我民法，似不應採同一之解釋。蓋依第七三九條規定，債權人非予主債務人不履行債務時，即不得請求保證人代為履行。若債權人不俟主債務人不履行債務，逕向保證人為請求，則保證人已可根本否認其請求，所以無再賦與以先訴抗辯權之必要。故由我民法不認先訴抗辯權之點而觀，即可斷定保證債務係以主債務不履行為停止條件之債務。

〔二七六〕檢索抗辯權，係基於保證債務之補充性當然所生之結果。日本民法第四五八條，有連帶保證之規定，即認無補充性之保證債務。然此實係連帶與保證之混合，而非單純之保證債務，故我民法不特設此規定。

(二)保證人對於債權人，除有檢索之抗辯權外，尚有兩種之抗辯：即(1)保證債務固有之抗辯。即保證債務不發生，或已消滅，或有其他之情形時，保證人得以此為理由對抗債權人是也。(2)基於主債務所有之抗辯。即主債務不發生，或已消滅，或有其他之情形時，保證人亦得以之對抗債權人是也。但保證人對於因錯誤或行為能力之欠缺而無效之債務，如知其情而為保證者，其保證仍為有效，保證人負代償之義務。(第七四三條)〔二七七〕

〔二七七〕依第八八條規定，錯誤之意思表示，只得撤銷，而非當然無效。第七四三條有「因錯誤而無效之債務」云云，殆指已被撤銷後之情

形而言。又意思表示之得撤銷者，除錯誤外，尙有被詐欺與被脅迫等等。第七四三條只舉錯誤，仍嫌遺漏。

保證人只得利用主債務人所有之抗辯，不得行使主債務人所有之契約解除權與撤銷權。因此等權利，非法律行爲之當事人，則不得行使之故也。但主債務人就其債之發生原因之法律行爲有撤銷權者，保證人於主債務人未爲撤銷之前，亦得拒絕履行。（第七四四條）【二七八】

【二七八】舊民第四五七條及法民第一二九四條規定，保證人得以主債務人對於債權人所有之債權，向債權人主張抵銷。我民法雖無明文，理論上應取同一之解釋。因抵銷乃廣義之抗辯故也。（反對說陳蓮昆氏債各第四二七頁）

#### 第四項 保證債務與主債務之關係

主債務與保證債務，雖爲別個之債務，然兩者之間，有主從與代位之關係。故就一債務所生之事項，常及影響於他之債務。茲分兩方面觀察之。

##### （一）就於主債務所生之事項

就於主債務所生之事項，對於保證債務生如何之效力乎？原則依保證債務之從屬性定之。

（甲）主債務消滅時，不問其消滅之原因如何，保證債務亦消滅。但主債務因歸責於保證人之事由而不能時，主債務雖消滅，保證人仍應任損害賠償之責，不得免其義務。

（乙）向主債務人請求履行，及爲其他中斷時效之行爲，對於保證人亦生效力。（第七四七條）

（丙）債權人讓與其債權於他人時，對於保證人之債權，亦隨之而移轉。（第二九五條一項）反之，第三人承

担主債務時，保證債務歸於消滅。（第三〇四條二項）

（丁）對於主債務人所爲之判決，其效力不及於保證人。

（二）就於保證債務所生之事項

就於保證債務所生之事項，對於主債務生如何之效力乎？應依保證債務之代位性定之。即保證人履行保證債務時，間接即代主債務人履行其債務，故主債務亦因已達其目的而消滅。其他保證人就於保證債務已爲與履行同一之事項（如提存、代物清償、抵銷）與債權人以實質的滿足時亦同。反之，保證債務因免除、混同、消滅時效而消滅時，則債權人仍未達其目的，故主債務不消滅。【二七九】

【二七九】保證人與主債務人混同時，原則其保證債務消滅。但其保證債務存續，于債權人有益時，則不消滅。例如其保證債務另供有物上担保是也。

#### 第五項 保證債務之消滅

保證債務不外一種之債務，故有一般債務消滅之原因時，則保證債務消滅。又此項債務有從屬性，主債務消滅時，保證債務亦消滅。此外尚有特別消滅之原因，茲舉於左。

（一）債權人拋棄爲其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。（第七五一條）其拋棄對於共同保證人之權利時亦同。（舊民律第八七七條參照）

（二）保證人約定，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時，保證人

免其責任。(第七五二條)又未定期間之保證，保證人於主債務清償期屆滿後，得定一個月以上之相當期限，催告債權人，於其期限內向主債務人爲審判上之請求，債權人逾期不爲請求時，保證人免其責任。(第七五三條)

(三)就定有期限之債務爲保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對其延期已表同意外，免其責任。(第七五五條)

(四)就連續發生之債務爲保證，而未定期間者，保證人得隨時通知債權人，終止保證契約。既經終止，則保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任。(第七五四條)

### 第三款 保證人與主債務人之關係

保證雖爲保證人與債權人所訂立之契約，然以担保主債務之履行爲目的，故保證人與主債務人，亦有一定法律關係之存在。但此法律關係，祇爲保證之原因，而非保證之內容，故保證自體，絕不因此種法律關係之成立與否，而受影響。

保證人與主債務人間之關係，不外兩種：(一)在保證人因受主債務人之委託而爲保證之場合，則其關係爲一種之委任，其相互間之權利義務，純依關於委任之規定。(二)在保證人不受主債務人之委託而爲保證之場合，則其關係爲無因管理，其相互間之權利義務，純依關於無因管理之規定。此外法律爲保護保證人，尙賦與以兩種特別之權利。即：

(甲) 保證人向債權人爲清償後，不問其保證是否基於主債務人之委託，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，稱之曰保證人之代位權。(第七四九條)

(乙) 保證人受主債務人之委任而爲保證人之場合，有左列各款情形之一時，得請求主債務人，設法除去其保證責任，稱之爲保證人免責請求權。(第七五〇條一項)

(1) 主債務人之財產顯形減少者。

(2) 保證成立後，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。

(3) 主債務人履行債務遲延者。

(4) 債權人依確定判決得令保證人清償者。

所謂除去其保證責任者，即使保證人免責之謂；其方法法無制限，如對債權人清償債務，或爲抵銷，或對債權人設定其他担保，使之免除保證人之債務，均無不可。但主債務未屆清償期者，主債務人不妨提出相當担保於保證人，以代保證責任之除去。(同條二項)

#### 第四款 共同保證

共同保證者，數人保證一個債務之謂也。關於共同保證之效力，各國立法例不一：或認分別之利益，共同保證人得分担責任，或不認分別之利益，共同保證人應連帶負責。(二八〇)我民法從第二主義，規定各共同保證人，無特別訂定時，應連帶負責(第七四八條)(二八一)

【二八〇】羅馬法、法民（第二〇二五條至第二〇二七條）日民（第四五六條）瑞債（第四九七條）採分擔責任主義。德民（第七六九條）奧民（第一三五九條）採連帶負責主義。

【二八一】連帶負責保證責任時，其各保證人仍有檢索抗辯權。故與連帶保證不同。（法二七六參照）

共同保證之成立，祇以數人保證一個債務為足，非必須各保證人均就於債務之全部為保證。若僅保證其一部時，於其一致之範圍，亦生連帶責任。又其數人非必須以同一之法律行為為保證，即異時異地以別異之行為保證時，亦共同保證。

共同保證人，不但對於債權人應連帶負責，其數人相互間之關係，亦適用關於連帶債務之規定。故一人代償債務之全部時，對於他之保證人，就其負擔之部分有求償權。

#### 第五款 信用委任

信用委任者，當事人之一方，委任他方，以該他方之名義及其計算，供給信用於第三人之契約也。例如甲委任乙，以乙之名及乙之計算，交付貸金於丙是。信用委任係委任他人，以該他人之計算供給信用於第三人。因其供給信用所生之損益，均歸受任人，與委任人無涉，故與普通委任之以委託他人處理委任人之事務，其損益歸諸委任人者，有別。

信用委任成立後，受任人因履行契約，供給信用於第三人之結果，第三人對於受任人，常負擔債務。由純理言，信用委任，乃特種委任，而非保證。故委任人就於此項債務，除另有特約外，不負保證之責任。雖然，信用委任之受任



人，所以願供給信用於第三人者，常因信用委任人之故。若委任人可以置身事外，則受任人不免蒙意外之損失。我民法爲保護受任人起見，特做德國民法，規定委任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。（第七五六條）此保證責任，乃單純基於法律之規定而生，非基於當事人之意思，故不得因此謂信用委任乃委任與保證之混合契約。

#### 第十九節 因交互計算而生之債

##### 第一款 交互計算之意義及性質

交互計算者，當事人約定，就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。（第四〇〇條）蓋在現代信用發達之社會，彼此交易，鮮用現金。在交易頻繁之當事人，其相互間每生多數之債權債務。若此項債權，將來均以現金清償，不但生無益之手續費用，與危險，且有阻滯資本之虞，當事人爲雙方利益起見，往往預先約明，將來所生之債權債務，不必一一交付現金，定期結算，互相抵銷，而支付其差額，藉以省手續節費用，防止危險。活動資金，是即交互計算制度之所由來也。（二八二）

【二八二】德、日、意、西、葡等國，均規定交互計算于商法，限于商人，或就于商事，方得訂此契約。瑞士則規定之于債務法，不如此等之制限。我民法從之。

交互計算之內容，須約定兩事項：（一）其相互間之債權債務，定期結算。即在結算期未屆至前，停止雙方債權之行使。（二）結算時彼此所生之債權債務，互相抵銷，而支付其差額。即結算後之雙方債權債務，不必再爲

抵銷之表示，當然互抵。〔二八三〕至其債權債務之種類，法律不加制限，純依其契約之所定；其為金錢債權，抑為其他債權，均無不可。但雙方債權須有同種之標的，否則不適於抵銷。（第三三四條參照）亦無從為交互計算也。

〔二八三〕交互計算，雖可生抵銷之效果，然與抵銷不同：（一）抵銷為單獨行為，而交互計算則為契約。此其一。（二）抵銷對於現有債權為之，而

交互計算則就于將來發生之債權為之。此其二。（三）抵銷就于各個之債權分別為之，而交互計算則就一切之債權概括的為之。此其三。

交互計算之成立，以當事人合意為足，無須作成書據，故為不要式契約。又契約成立後，雙方均負定期結算互為抵銷之義務，故為雙務且有償契約。

### 第二款 交互計算之效力

交互計算成立後，雙方當事人均負左列之義務。

第一 定期會算債額之義務 即當事人雙方互負之債務，應於一定期間屆滿時，由雙方會同計算其總額。〔二八

四〕此種期間，即計算期，依當事人之訂定。如無特別訂定，則每六個月計算一次。（第四〇二條）又其應記入交互計算之債權，其種類雖依契約之所定，但未到期之債權，不適於抵銷，當然不得算入。又匯票本票支票及其他流通證券，已記入交互計算者，如說券之債務人（指第三人）不為清償時，當事人亦得將該記入之項目除去之。（第四〇一條）其記入計算之各債權，原則不生利息；但當事人約定自記入之時起附加利息，亦無不可。（第四〇四條一項）

記入交互計算之債權，如有錯誤，自可隨時請求除去或更正。但自計算後若已逾一年，則無此權利。因為時

既久，則證明困難，不得不加以制限也。（第四〇五條）

【二八四】此項會算，非單純計算債額，且帶有承認他方當事人債權存在之性質。蓋即債務之認諾，故為法律行為。

交互計算之各當事人，既負定期計算債額之義務，在計算期未屆至前，債權人當然不得分別行使或處分其各個之債權。從不得請求債務人履行債務，或讓與其債權，或以之為質權之標的。其消滅時效，亦不進行。又債務人亦無須履行債務，故不負履行遲延之責。

第二 支付抵銷差額之義務 雙方債額定期計算後，基於交互計算自體，當然發生互相抵銷之效果。若雙方債額適相一致，則一切債權債務全歸消滅，固不生問題。倘雙方債額不同，則負債較多之當事人，對於相對人，負支付其差額之義務。且其相對人尚得對於該當事人，請求自計算時起，就此差額支付利息。（第四〇四條二項）此為法定利息之一種，其額依法定利率計算之。

### 第三款 交互計算之終止

交互計算成立後，各當事人無論何時，得終止契約。因交互計算，係以當事人彼此互相信用而成立；若一旦信用消滅，自應使之得自由解約，但此非公益規定，故當事人不妨為反對之訂定。（第四〇三條）

當事人終止契約後，與計算期已屆至無異。雙方應即會同計算債額，並支付差額，使其關係速歸終結。

## 第二章 因有價證券而生之債

## 第一節 總說

有價證券一語，淵源於德國舊商法之 *Wertpapier*。其意義若何？學者之所說，不能一致。〔二八五〕依余所信：有價證券者，表彰財產權之證券，且其財產權之移轉，以其證券之交付為要件者也。有價證券為表彰財產權之證券，即其證券上記載一定之財產權，其權利之內容，純依其記載之文句而定。故表彰財產權以外事項之證券，非有價證券。又有價證券上財產權之移轉，以交付證券為要件；即非交付證券，則不得移轉其權利。故只供證明權利之證書，非有價證券。但以移轉權利與交付證券有不分離之關係為足，其權利之取得與行使，是否亦以證券之占有為必要，可以不問。從公司之股票，雖非股東權之發生或行使所必要之證券，然不妨為有價證券。多數學者稱之曰不完全有價證券，以與完全有價證券（如票據）區別。〔二八六〕余以為不完全有價證券之名稱，極易使人誤為非有價證券，故不從其說。

〔二八五〕關於有價證券之本質，從來有重要之兩學說：（一）權現說。亦稱私權化體說。謂有價證券，乃代表私權之證券，簡言之，即權利化為證券是也。此說為德儒薩比尼（Savigny）所倡。在德國普通法時代，勢力極盛。（二）權行說。亦稱私權行使說。謂有價證券，乃其證券上權利之行使，以占有證券為必要者。此說為德儒柏倫那（Brunner）所倡。德、日學者多和之。然以上兩說，均不能說明一切有價證券之共通性質，不足完全採用。

〔二八六〕日儒松本素治商行為第八五頁，田中耕太郎商行為法講義第四〇頁參照。

有價證券依其所表彰之財產權，得大別為三類：（一）物權的有價證券。謂表彰純然物權之證券。為我國法

上之所無。但倉單、提單、及載貨證券，依民法第六一八條第六二九條及海商法第八九條之規定，其證券之交付，與證券上所記載物品之交付。有同一之效力。由寬格解釋，亦可稱之曰物權的有價證券。（二）社員權的有價證券。謂表彰社員權之證券，如股票是。（三）債權的有價證券。謂表彰債權之證券，如票據、債券、船票、劇券等皆是。此種有價證券之作成，為債之發生原因。其證券上所表彰之債權，即本章所述之「因有價證券而生之債。」

債權的有價證券，依其記載之內容，又可分為指示證券、無記名證券、及有記名證券三種。我民法雖僅對前兩種加以規定，然有記名證券，既有特殊之性質，自亦應加以研究，茲併及之。

## 第二節 指示證券

### 第一款 指示證券之意義及性質

指示證券者，指示他人將金錢、有價證券、或其他代替物，給付第三人之證券也。稱其為指示之人曰指示人，被指示之他人曰被指示人，受給付之第三人曰領取人。（第七一〇條）如交易上所用之向單、撥單、匯票，皆是。但匯票在票據法上另有特別規定，故不適用民法上關於指示證券之規定。

指示證券，係由指示人指示被指示人向領取人為給付，故其負給付義務者，乃被指示人而非指示人。此項債務，依第七一一條之規定，須經被指示人之承擔而後發生。非因證券之作成或交付即時發生。然則此項債務之原因行為，為指示人之單獨行為乎？抑為指示人與被指示人間之契約乎？此為德國學者間之所爭，我國學者，雖多從單獨行為說，〔二八七〕然均不說明其理由。余信以契約說為較當。蓋以單獨行為使他人負債務，既為理論所不許，且

第七一一條明定，被指示人於承擔所指示之給付後，方負給付義務；又第七一五條規定，指示人於被指示人未為承擔且未為給付以前，得撤回其證券，非採契約說，更無可說明。此即余反對單獨行為說之簡單理由也。故指示證券，不外指示人與被指示人所訂立之利他契約。指示人之發行證券，乃依領取人之媒介向被指示人為要約；被指示人之為承擔或給付，乃依領取人之媒介，向指示人為明示或默示之承諾。惟此項利他契約，因民法特設規定，故不適用契約通則之規定。（即第二六九條以下）

【二八七】陳瑾昆氏債各第三八三頁，樓桐孫氏債編釋義第三四五頁，章維清氏債各第二六五頁，周新民氏債各下卷第二〇〇頁參照。吳振源氏債各第五七一頁，主張指示證券之發行，為單獨行為；指示債權之成立，則有契約性質。然指示債權之成立，乃法律現象，而非法律行為；何以竟有契約性質？殊不可解。

## 第二款 指示證券之要件

指示證券，如上所述，不外指示人與被指示人所訂立之利他契約。故應具備左之二要件：

- (一) 指示人發行證券 即指示人作成指示證券，交付之於領取人。其證券之形式，法無規定，但必須記載(1) 被指示人及領取人之姓名，(2) 金額或其他代替物之數額，(3) 指示給付之文句，(4) 指示人之簽名或蓋章，(5) 作成證券之年月日。此為必要事項。餘如履行期、履行地、及禁止讓與等，(第七一六條一項但書參照) 亦得於證券上記載之。此為任意事項。

發行指示證券，乃一種之要約；故在被指示人未向領取人承擔其指示之給付，且未現實為給付以前，其

契約尙未成立，指示人自得撤回其證券。其撤回應向被指示人以意思表示爲之，又指示人於被指示人未爲承擔且未給付前，受破產宣言者，其證券視爲撤回。（第七一五條）因指示人既自失信用，則被指示人必不願承擔其所指示之給付，不如逕視爲撤回較爲妥便也。第七一五條有「或爲給付前」云云，由「或」字之文義解釋，甚似被指示人未爲承擔以前，不問其已爲給付與否；及被指示人未爲給付以前，不問其已爲承擔與否；指示人均得撤回其證券。然被指示人已爲承擔或爲給付時，卽其承諾之表示，其契約業已成立，無再許指示人單獨撤回之理。故以解爲，未爲承擔且未爲給付前，方得撤回，較爲正當。

（二）被指示人爲承擔或給付 卽被指示之向領取人承擔其證券上之給付，或逕向領取人現實給付。其承擔給付，乃明示承諾；其現實給付，乃默示承諾；契約卽因此等承諾而成立。其承擔給付及現實給付與否，均屬被指示人之自由；被指示人雖對於指示人負有債務，仍無承擔其指示給付或爲給付之義務。（第七一三條一項）被指示人拒絕承擔，或拒絕給付時，領取人應卽通知指示人。（第七一四條）又其承擔行爲，民法雖不明定其方式，然理論上應記載其旨於證券，並由被指示人簽名蓋章，方有效力。（德國民法第七八四條二項參照）

### 第三款 指示證券之效力

指示證券，經被指示人承擔時，其被指示人對於領取人負給付之義務。此給付義務之內容，純依證券上之記載而定。故被指示人僅得以本於證券，自體而生之抗辯，及其與領取人間之法律關係所得對抗領取人之事由，對抗領取人。（第七一一條）不得以其與指示人間之法律關係所得對抗指示人之事由，轉向領取人主張。例如被

指示人因對指示人負有債務，而承擔證券上之給付時，不得以其債務前已清償，向領取人主張其承擔行為之無效是也。至指示人與領取人間之法律關係，更非被指示人所得過問，當然不得以本於其法律關係所生之抗辯，與領取人對抗。

指示證券之領取人，對於已為承擔之被指示人，自得請求給付。但請求給付時，須提示證券；在受領給付之時，須交付其證券於被指示人，與之互易。（舊民律第八九一條、德民第七八五條參照）此皆證券債權性質上當然所生之結果。又此項請求權，自承擔之時起，因三年間不行使而消滅。（第七一七條）不適用總則編長期時效之規定。

指示證券上請求權之行使，以占有證券為必要，既如上述。其證券若有遺失、被盜、或滅失，則權利人即無從行使其權利，不可不設法救濟。即此際權利人得聲請法院，依公示催告之程序宣告其證券為無效。（第七一八條）而後再對被指示人請求給付。

#### 第四款 指示證券之讓與

指示證券乃債權的有價證券，非專屬領取人之本身，故除指示人於證券上有禁止讓與之記載者外，領取人不妨將其證券讓與第三人。其讓與應以背書為之。（第七一六條一項二項）且非交付證券，不生效力。（舊民律第八九七條參照）背書者，謂記載讓與證券之旨於證券之背面，由領取人簽名蓋章。既經讓與，則被指示人直接對於受讓人負債務；其效力與通常債權之讓與無異，可適用債編總則中關於讓與之規定。（即第二九五條至



第二九九條) 但被指示人直接對於受讓人已為承擔者，則不得以自已與領取人間之法律關係所生之事由與受讓人對抗。(第七一六條三項)

#### 第五款 指示證券之原因關係

指示證券係指示他人向第三人為給付之證券，由其證券自體之法律關係而言，乃單純領取人與被指示人間之債權關係。然指示人之自願發行證券，及被指示人之自願承擔給付，當然均有其證券外之原因。是即指示證券之原因關係。其中可分為二，茲析述之。

(一) 補償關係 被指示人願向領取人承擔給付或現實給付，其與指示人間，必有一定之原因關係，此謂之補償關係。其關係雖有種種：或因自己對於指示人負有債務，或因欲對指示人取得債權，然以前之情形為較多。此際若被指示人已向領取人為給付，不問其曾承擔給付與否，就其給付之數額，對於指示人免其債務。(第七

#### 一三條二項)

(二) 對價關係 指示人願交付證券於領取人，其與領取人間，亦必有一定之原因關係，是即對價關係。其關係亦非一種，但通常多因清償其對於領人之債務而發行證券。此際領取人受領證券與否，本屬其自由。若不願受領，應即通知指示人。若已為受領，應專向被指示人請求給付，不得請求指示人就原有債務為給付。指示人對於領取人所負之債務，即於被指示人為給付時消滅。但領取人於指示證券所定期限內，其未定期限者，於相當期限內，不能由被指示人領取給付時，得再請求指示人就原有債務為給付，而退還其所交付之指示證券。(第

七一二條)

第三節 無記名證券

第一款 無記名證券之意義及性質

無記名證券者，證券之發行人表示，應向證券持有人，給付一定金錢或其他代替物之證券也。（第七一九條）如銀行兌換券、火車票、劇券及無記名債券皆是。因其不載債權人之姓名，而以證券之持有人為債權人，故有此名。無記名證券為契約抑為單獨行為？此亦從來學者之所爭。我民法從德國民法，採單獨行為說。〔二八八〕發行人既作成無記名證券時，即其負擔債務之一方意思表示，遂負擔債務，不必再經何人之承諾。但其證券在發行人持有中時，尚無持有人，不得謂即發生單純之債務。故余以他人取得證券所有權，為發行人負擔債務之停止條件。即在他入未取得該證券所有權以前，發行人只負附停止條件之債務。

〔二八八〕同說樓桐蔭氏債編釋義三四九頁，章維清氏債各卷第二七四頁，陳蓮昆氏債各卷第三九〇頁，周新民氏債各卷第二一〇頁，吳振源氏債各卷五八四頁。

無記名證券上之債務，係基於作成證券而發生，非基於發行證券（即交付證券於他人）而發生。故其證券業經作成，且其所有權已被他人取得時，不問該持有人取得證券，是否出於發行人之交付，均取得證券上之債權。是以發行人，於其證券因遺失、被盜、或其他與此相類之事由，而流通時，對於善意持有人，仍應負責。又其證券不因發行在發行人死亡或喪失能力後失其效力。（第七二一條）蓋其債權之原因行為，已於證券作成時完全成立。

故也。

## 第二款 無記名證券之要件

無記名證券乃單獨行爲，故僅因發行人一方的意思表示而成立，不必經持有之承諾。但其意思表示，要作成證券，不得用言辭。其證券上應記載（1）金額或其他代替物之數額，（2）應向持有人爲給付之表示，（3）發行人之簽名或蓋章，（4）作成證券之年月日。此爲必要事項。餘如履行期、履行地及提示期間，（第七二六條一項參照）亦得記載于證券，此爲任意事項。

## 第三款 無記名證券之效力

無記名證券已歸他人持有時，〔二八九〕除持有人因盜取、拾得及其他侵權行爲取必證券者外，發行人對於持有人負給付之義務。（第七二〇條一項前段）其給付義務之內容，純依證券上之記載而定。（第七一九條）故發行人僅得以本于證券之無效，證券之內容，或其與現持有人間之法律關係所得對抗持有之事由，對抗持有人。（第七二二條）不得以其與前持有人間之法律關係所生之抗辯，對抗現持有人。

〔二八九〕無記名證券歸于他人持有之原因，不外兩種：即（一）基于發行人之交付，（二）基于其他之事由（如遺失被竊之類）是也。在（一）之情形，其持有人固取得證券上之權利。而在（二）之情形，其持有人如具備第九四八條所定之條件時，亦有證券上之權利。（第八〇一條第九五一條參照）是即物權法上所謂之「即時取得」。

發行人既負給付義務，持有人自得請求給付。其請求給付時，須提示證券，其受領給付時，應將證券交還發行

人。(第七二三條一項)又發行人于爲給付之際,不妨審查該持有人之取得證券,是否基于適法之原因。若已知持有人就該證券無處分之權利,或受有遺失、被盜、或滅失之通知者,則應拒給給付。(第七二〇條一項但書)但發行人若不知其情事,已向持有人爲給付,而收回其證券時,縱持有人就該證券無處分之權利,發行人仍取得其證券之所有權,對於證券上真正之權利人,亦免其義務。(第七二〇條二項第七二三條二項)又在利息、年金、及分配利益等券證以外之無利息見票即付之證券,其發行人不得拒絕給付。(第七二八條)蓋此種證券,如銀行兌換券之類,以流通無礙爲貴,非禁止拒絕給付,即無以保交易安全也。

無記名證券持有人之行使權利,須提示或交還證券于發行人,既如前述。若其證券因毀損、滅失、遺失、被盜等事由,而不適于流通或不能提示時,則法律不可不設法救濟。今分述我民法上所定之救濟方法於左:

(一)無記名證券因毀損或變形,不適于流通,而其重要內容及識別記號仍可辨認者,持有人得請求發行人換給新證券。其換給證券之費用,由持有人負擔。但其證券爲銀行券或其他金錢兌換券者,其費用應由發行人負擔。(第七二四條)

(二)無利息見票即付證券以外之證券,如無記名債券)及利息、年金、分配利益等無利息見票即付之證券,遺失、被盜、或滅失時,持有人得聲請法院,依公示催告之程序,宣告其證券爲無效。(第七二五條一項第七二八條)其任宣告無效前,法院並得因持有人之聲請,對於發行人爲禁止給付之命令。(民事訴訟法第五三三條參照)此際若其證券定有提示期間,自聲請發禁止給付命令時起,至公示催告程序終止時止,停止其提示期

間之進行。(第七二六條)所謂提示期間者，即證券之有效期間也。

持有人聲請公示催告時，發行人應告以關於實施公示催告之必要事項，並供給其證明所必要之材料。

(第七二五條二項)既經宣告無效，其持有人得請求發行人補發證券或為給付。(德國民法第八〇〇條參照)

(三)無利息見票即付證券以外之證券，及利息、年金、分配利益等之無利息見票即付之證券，遺失、被盜、或滅失時，持有人並得通知發行人，囑其暫停給付。俗稱叮失。(第七二〇條一項但書、第七二八條)其後如由第三人提示證券，發行人應將叮失之事由，告知該第三人，並于該第三人與叮失人合意前，或法院判決確定前，不得向第三人及叮失人為給付。(第七二七條二項)第七二七條二項，雖係專就利息、年金、及分配利益等無利息見票即付之證券而設之規定，不及于無利息見票即付證券以外之證券，然此種證券，既非不適用第七二〇條一項但書之叮失規定，則其暫停給付之期間，自應加以限定，故應擴張解釋之。

叮失之後，現持有證券之第三人，若欲向發行人請求給付，非商得叮失人同意，即須得法院之確定判決，既如前述。故該第三人不能得叮失人同意時，惟有提起訴訟，以求判決。此際其證券定有提示期間者，自起訴時起至其訴訟程序終結時止，亦應停止提示期間之進行。(第七二六條類推)叮失人之欲向發行人請求給付者亦然。但利息、年金、及分配利益之證券，叮失後若於法定關於定期給付之時效期間(第一二六條參照)屆滿前，未有提示，則叮失人得向發行人給付該證券所記載之利息、年金、或應分配之利益。惟此種請求權，須自時效

期間屆滿後一年內行使之，逾期即失其權利。（第七二七條一項）

#### 第四節 有記名證券

有記名證券者，證券之發行人表示，應向特定人給付一定金錢或其他代替物之證券也。如有記名債券、期票、等是。其受給付之特定人，乃領取人，亦可稱債權人。其證券發行人，亦可稱債務人。此種證券，明載債權人之姓名，既與無記名證券不同，而由發行人自負給付之義務，又與指示證券有別。

有記名證券亦為單獨行為之一種，故發行人既作成證券時，即已具備其成立之要件，不必再經其領取人之承諾。但其證券上之債權，須俟其領取人取得證券所有權時發生，與無記名證券同。

有記名證券應記載，（一）金額或其他代替物之數額。（二）領取人之姓名。（三）應向領取人為給付之表示。（四）發行人之簽名或蓋章。（五）作成證券之年月日。此為必要事項。此外履行期、履行地等，亦得記載之，此為任意事項。

領取人既取得證券之所有權時，得提示證券，請求其發行人為給付。其受領給付之際，應將證券交還發行人。發行人之給付義務，基于證券而生，故其內容純依證券上之記載而定。又領取人之證券，若有遺失、被盜、或滅失，得聲請法院，依公示催告之程序，宣告其證券為無效，而後再對發行人請求給付。

領取人在證券上之給付請求權，不外財產權之一種，故除證券有禁止讓與之記載外，得將其證券讓與第三人。其讓與應以背書為之，且非交付，不生效力，與指示證券同。

## 第三章 因營業而生之債

### 第一節 總說

業營云者，以營利爲目的，經營損益不定之事業之謂也。依此定義，則營業之要件有三：（一）要經營一定之事業。詳言之，即須連續反復爲一定之行爲。若僅偶然爲之，則非營業。（二）要以營利爲目的。營利云者，圖財產的利益之義。倘以公益爲目的，經營一定之事業，亦非營業。（三）要經營損益不定之事業。即其所營之事業，一方有獲利之希望，一方亦有虧折之危險。若單得報酬，爲他人製造物品或服勞務者，則毫無損失之虞，乃職業而非營業。營業以營利爲目的，故營業上之交易，均重報償。即營業上之法律行爲，常爲有償行爲。又其交易係連續反復爲之，常甚頻繁，尤貴簡易迅速。故因營業而生之債，自有其特殊之性質，法律應設特別之規定。此項規定，在有商法法典之國家，常置于商法法典之內，我國因無商法法典，故于民法債編中規定之。但民法債編以外之法律，亦非絕無關於營業上債權之規定。例如保險營業，規定于保險法；海上運送營業，規定于海商法皆是也。茲將我民法債編所規定者，分節述之。

### 第二節 因行紀而生之債

#### 第一款 行紀之意義

行紀俗稱牙行，謂以自己之名義，爲他人之計算，爲動產之買賣或其他商業上之交易，而受報酬之營業也。

(第五七六條)稱其營業人曰行紀人，該他人曰委託人。故行紀須具備左之條件。

(一)須其營業人(即行紀人)自為動產之買賣或其他商業上之交易。即自參與動產買賣，或其他商業上契約之訂立；故與居間人僅為他人訂約之媒介者不同。所謂動產之買賣，係指動產之買入與賣出兩者。其他商業上之交易，係廣指與買賣性質相類之一切營利的行為而言。德日兩國商法及瑞士債務法規定，行紀之標的，限于物品與有價證券之買入與賣出。【二九〇】我民法做多數立法例，不設此制限。

【二九〇】德商法第三八三條以下，旧商法第三一三條以下，瑞債務法第四二五條以下參照。

(二)須以他人(委託人)之計算為商業上之交易而受報酬。即行紀人所為商業上之交易，其損益均歸委託人，與自己無涉。惟其為委託人為商業上之交易，即係對於委託人供給勞務，得以此向委託人請求報酬而已。此種報酬，乃行紀人營業之唯一目的，亦即行紀所以為營業之原因。至行紀人所以願為他人為交易，純出於他人之委託，此委託人名稱之所由來也。

(三)須以自己之名義為委託人為商業上之交易。即行紀人雖以委託人之計算，為商業上之交易，然對外不用委託人之名義，而用自己之名義，故與代辦商之以本人名義為交易者有別。行紀人因用自己名義為交易，故於外部關係，自對於交易之相對人享有權利負擔義務。惟于內部關係，則其損益均歸委託人，故可謂為間接代理。

## 第二款 行紀之法律關係



行紀人之任務，在受委託人之委託，與第三人為商業上之交易。故行紀之法律關係，得分為三方面，分述之。

第一 行紀人與委託人之關係 此可稱內部關係。此種關係，其性質若何？此為德國學者之所爭。或以之為僱傭契約，或以之為承攬契約，或以之為委任契約，或以之為無名契約。〔二九二〕我民法採委任契約說，以行紀人與委託人之關係，不外營業上之委任，故使之適用關於委任之規定。（第五七七條）

〔二九一〕行紀人與委託人間之契約關係，在德國民法上，應認為僱傭契約，而非委任。在日本民法上，則可認為委任。因德民之委任，限于無償，與上述契約之本質不合故也。

第二 行紀人與第三人之關係 此可稱外部關係。此種關係之性質，應依其所為交易之種類而定，不能概論。其所為之交易，通常為買賣。但亦有為互易或租賃者。故行紀人與第三人（即其交易之相對人）之關係，可分別適用關於買賣互易或租賃等規定。

第三 委託人與第三人之關係 行紀人代委託人與第三人為交易，係用自己之名義，故委託人直接對於第三人。無法律關係之可言。縱第三人已知行紀人之行為係為委託人為之，委託人亦不得逕向第三人主張權利。

### 第三款 行紀之效力

行紀之效力，本可由兩方面觀察之：第一為行紀人與交易之相對人之關係。其相互間之權利義務如何，應依其所為交易之種類而定，不能概論。所應注意者，即行紀人為委託人計算所為之交易，對於交易之相對人，自得權利並自負義務是也。（第五七八條）第二為行紀人與委託人之關係。此種關係不外營業上之委任，已如上述。故

民法除依其性質，設少數之特別規定外，餘均使之適用關於委任之規定。（第五七七條）茲就其特別規定，分述行紀人之義務與權利。

### 第一項 行紀人之義務

（一）代為交易之義務 行紀人應以自己名義，代委託人為商業上之交易。且須遵從委託人之指示。故委託人已指定其賣出或買入之價額時，行紀人應以之為賣出之最低價額，或買入之最高價額。若以低于其指定價額賣出，或以高于其指定之價額買入，行紀人非担任補償其差額，則其賣出或買入，對於委託人不生效力。即委託人得否認其賣出或買入。（第五八〇條）但若以高于委託人所指定之價額賣出，或以低于其所指定之價額買入，其利益仍屬於委託人。（第五八一條）因行紀人本以委託人之計算而為交易故也。

（二）保管物品之義務 行紀人占有為委託人之計算已買入或應賣出之物時，應依關於寄託之規定保管之。（第五八三條一項）保管云者，乃防止物之滅失毀損之謂；故非受有特別指示，不必將該物付保險。（同條二項）又委託出賣之物，若于達到行紀人之時，已有瑕疵，或因其性質易于敗壞者，行紀人為保護委託人之利益，應與保護自己之利益，為同一之處置。（第五八四條）例如將該物廉價發售是。

（三）自為履行之義務 行紀人為委託人所為之交易，實質上係委託人與第三人（即交易之相對人）所訂立之契約。故立於委託人之對方，負擔契約上之債務者，乃第三人而非行紀人。雖行紀人在已由第三人受領給付之場合，應依第五四一條負交付物品及移轉權利于委託人之義務，然亦非自負履行契約之責任。雖然，第三

三人不履行契約上之債務時，以無特別訂定及特別習慣者爲限，行紀人對於委託人應負直接履行契約之義務。（第五七九條）〔三九二〕蓋委託人既不能逕向第三人請求履行，自應使其得對行紀人請求履行，以免因行紀人之懈怠而受損失故也。此種義務，法國學者稱之爲保證責任，不外因其與第三人之義務，有從屬關係之故。然第三人非直接對於委託人負義務，而行紀人則對於委託人負義務，與保證人及主債務人同對債權人負義務者不同，謂爲保證，自屬失當。但于其從屬關係之點，非無準用關於保證規定之餘地耳。

〔三九二〕第五七九條係做日本商法第三一五條之規定。而德、瑞、意、西等國立法例，則限于有特別訂定或有特別習慣之場合，行紀人方負自爲履行之義務，完全與我民法相反。

## 第二項 行紀人之權利

（一）報酬及費用之請求權 行紀人得請求委託人支付代爲交易之報酬，及物品之寄存運送等費。其額依契約定之。無特別訂定者，依習慣定之。又行紀人爲委託人利益而支出之費用，自得請求委託人如數償還，並支付其利息。（第五八二條）

（二）拍賣物品之權利 行紀人爲委託人買入之物，應依第五四一條交付並移轉其所有權于委託人。若委託人拒絕受領，行紀人得定相當期限催告之。逾期仍不受領時，行紀人得拍賣之，而以其因委託關係對於委託人所生之債權之數額，就拍賣價金中取償。如尚有賸餘，並得提存之。倘其物易于敗壞，行紀人得不爲催告，逕行拍賣之。（第五八五條）又由委託人委託賣出之物，不能賣出，或委託人已撤回其出賣之委託時，委託人應取回

其物。若委託人不於行紀人之所定之相當期限內取回或處分其物，行紀人亦有上述拍賣提存等權利。（第五八六條）

（三）介入權 行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者，除有反對約定外，行紀人得自為買受人或出賣人。學者稱此自買自賣之情形，曰介入。稱其介入之權利，曰介入權。（五八七條一項前段）

介入之性質若何？學者之所說不一：（一）有解為行紀人以委託之人計算，與自己訂立買賣契約者；（二）有解為行紀人與委託人直接訂立買賣契約者；（三）有解為行紀人之單獨行為者。然與自己為買賣，既反于買賣契約之本質，而謂行紀人與委託人直接為買賣，則其買賣須經委託人之承諾，亦與五八七條立法之精神不合。故前兩說均不足採。最有理由者，為第三說。依斯說，介入乃行紀人之一方行為，非與何人訂立契約。惟介入之結果，行紀人依之取得與買受人或出賣人同一之權利，並負擔與之同一之義務而已。是以介入權乃形成權，而非訂約請求權。（二九三）

【二九三】單獨行為說為德、日、韓、緬（1911）所倡，德、日、韓、日學者多從之。

介入既為單獨行為，自應以意思表示向委託人為之，否則其介入不成立。但在行紀人得為介入之場合，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，視為業經介入，行紀人應負擔他方當事人之義務，並享有其權利。（第五八八條）

行紀人已為介入時，若為買受之介入，則有與買受人同一之權利義務。若為出賣之介入，則有與出賣人同一

一之權利義務。其價金以依委託人指示應爲出賣或買入時市場之市價定之；（第五八七條一項後段）不以介入當時之市價爲準。〔二九四〕但行紀人已爲介入時，其與委託人間之委託關係，不因之而消滅；故行紀人仍有請求支付報酬償還費用等權利。（第五八七條二項）

〔二九四〕關於此點，各國立法例不同。德商法第四〇〇第二項及日商法第三一七條一項，均規定以發介入通知時之市價爲準，而瑞士債務法第四三六條二項，則明定以委託人指示應爲執行當時之市價爲準。我民法從瑞士之例。

### 第三節 因倉庫營業而生之債

#### 第一款 倉庫營業之意義

倉庫營業者，以倉庫爲他人堆藏及保管物品，而受報酬之營業也。爲此營業之人，謂之倉庫營業人。該他人謂之寄託人；其營業人與寄託人所訂立之堆藏保管之契約，謂之倉庫契約。（第六一三條）故倉庫營業，要具備左之條件：

（一）要爲他人堆藏及保管物品 卽倉庫營業人，以堆藏及保管他人之物品爲其業務。保管之意義，已于寄託契約中詳述之。堆藏云者，由他人受領多量之寄託物，貯藏于一定處所之謂。〔二九五〕至其堆藏及保管之物品，法律雖不特定其種類，然理論上應以動產爲限。因不動產之性質，不宜于堆藏故也。

〔二九五〕堆藏一語，由德商法第四一六條而來。日商法第三五七條，則無此規定。由立法論言，倉庫營業之任務，專在保管；至于堆藏，祇爲保管之態樣，似無特加規定之必要。

倉庫營業人因爲堆藏及保管，自應占有寄託物。但其寄託物之所有權，仍屬寄託人。將來應以原物返還之，倘倉庫營業人已取得寄託物之所有權，而返還同種類之物，則另成立消費寄託，不屬倉庫營業範圍之內，不適用關於倉庫營業之規定。〔二九六〕

〔二九六〕德商法第四一九條，有混合寄託之規定。即倉庫營業人，經寄託人同意時，得將數人寄託同種之物，混合貯藏一處，不加識別，將來即以該混合物，分別返還各寄託人。此際其混合物之所有權，非移轉于倉庫營業人，乃屬全體寄託人所共有，與普通倉庫契約無甚差異。故在民法上亦得認其存在，使之適用關於倉庫之規定。

(二) 要以倉庫爲堆藏及保管 即要有倉庫之設備，以供堆藏及保管之用。倉庫者，謂貯藏物品之工作物，其構造若何，及是否倉庫營業人所有之物，抑由他人租賃而來，均不可問。但倉庫之寄託物，數量常較多，寄託之時間亦較久，故倉庫之容積通常較大，其建築亦較堅固耳。

(三) 其堆藏及保管要受有報酬 普通之寄託，有有償無償兩種，非均受有報酬。而倉庫契約則不然。蓋倉庫營業，以營利爲目的，自以有償爲必要。若不受報酬而爲堆藏及保管，於契約雖非無效，然不得認爲倉庫營業上之事項，不適用關於倉庫營業之規定。

## 第二款 倉庫營業之效力

倉庫營業之效力，應就倉庫營業人與其寄託人相互之關係觀察之。此種關係，純由倉庫契約而生，故倉庫營業之效力，實即倉庫契約之效力。倉庫契約，其性質不外寄託契約之一種，以適用關於寄託之規定爲原則。(第六

一四條)此外僅設少數之特別規定。茲只依其特別規定，分述倉庫營業人對於寄託人之義務與權利。

## 第一 倉庫營業人之義務

(一)填發倉單之義務 倉庫營業人因寄託人之請求，應由倉庫簿填發倉單。(第六一五條)既填發之後，倉單持有人，交還原倉單，請求將寄託物分割為數部分，並填發各該部分之倉單時，倉庫營業人應填發之。其分割寄託物及填發新倉單之費用，由持有人負擔。(第六一七條)倉單之性質、效用等，應詳于後。茲不及。

(二)許容檢點及取樣之義務 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，並摘取樣本。(第六二〇條)蓋倉庫之寄託物，其所有人往往有出賣、抵押、及為其他處分之必要。非詳知寄託物之現狀，即無從向外接洽。法律為計所有人之便利，特課倉庫營業人以此種許容之義務。

## 第二 倉庫營業人之權利

(一)請求移去寄託物之權利 倉庫營業人依關於寄託之規定，雖有保管及返還之義務，然一面亦有請求移去寄託物之權利。即其倉庫契約定有保管期間者，于其期間屆滿後，得請求寄託人或倉單持有人移去寄託物。(第六一九條一項反對解釋)其未定有保管期間者，自保管之時起，已逾六個月，亦得隨時請求移去寄託物。但應于一個月前通知寄託人或倉單持有人。(第六一九條二項)因有此特別規定，故第五九八條不適用於倉庫契約。

(二)拍賣寄託物之權利 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，催告寄託人或倉單持有人，請其移去。逾期不移去時，倉庫營業人得拍賣寄託物，由拍賣價金（第六二一條原文誤為代價）中扣去拍賣費用及保管費用，將其餘額交付于應得之人，以代寄託物之返還。（第六二一條）

### 第三款 倉單

倉單者，倉庫營業人，因收受寄託物，對於寄託人發行之有價證券也。夫倉庫契約與普通寄託同，乃要物契約，而非要式契約。其成立只須交付寄託物，不必作成書件；然為使寄託人便于處分其寄託物起見，特設倉單之制度。【二九七】

【二九七】關於倉庫，各國之法制，有二主義。（一）單券主義。僅發行一種之倉單。德、荷、西等國，及美國各州多採之。（二）複券主義。即發行兩種之倉庫。一曰寄存倉單，一曰質入倉單。前者以供讓與之用，後者以供質入之用。法、比、意、葡、奧諸國採之。我民法以我國倉庫業，尙未發達，無發行兩種倉庫之必要，故採單券主義。

倉單限于寄託人有請求時，方填發之。此徵諸第六一五條，至為明顯。其應記載之事項有八：即（一）寄託人之姓名住所（第六一六條原文誤為住址與第二〇條用語不符，應改為住所）（二）保管之場所（三）受寄物之種類、品質、數量，並其包皮之種類、個數及記號（四）倉單填發地及填發年月日（五）定有保管期間者，其期間（六）保管費（七）受寄物已付保險者，其保險金額、保險期間，及保險人之名號（八）倉庫營業人之簽名是。倉庫營業人填發倉單時，並應將上述事項，記載于倉單簿之存根，但不必簽名。（第六一六條）



倉單係表彰寄託物返還之請求權，乃債權的有價證券。倉單記載寄託人之姓名，又為有記名證券。故倉單之債權人，欲請求倉庫營業人返還寄託物時，應提示其倉單；其受返還之際，應將倉庫交還倉庫營業人；欲讓與其債權時，應為背書，且交付其倉單予受讓人；又其債權人與倉庫營業人之關係，純依倉單之記載而定；此均與一般有記名證券同。但其倉單之讓與，若經倉庫營業人之簽名，不特生寄託物返還請求權之移轉，且生寄託物所有權之移轉。（第六一八條）然此際不過倉單發生物權的效力，其倉單自體，非因之變為物權的有價證券。

#### 第四節 因運送營業而生之債

##### 第一款 總說

##### 第一項 運送營業之意義

運送營業者，為他人運送物品或旅客，而受運費之營業也。稱為此營業之人曰運送人，稱託其運送之他人曰託運人。（第六二二條）故運送營業，要具備左之條件。

（一）要為他人運送物品或旅客 即運送人以運送他人之物品或旅客為其業務。物品指一切之動產；其有無財產的價值，在非所問。但信函之運送，屬於國家之專業，故不為私人營業之標的。旅客指生存之人類；若夫屍體之運送，乃物品運送，而非旅客運送。運送云者，謂將在某處所之物品或旅客，移送于其他之處所，不問其距離之遠近，與其移送方法之如何。惟其被運送之物品，須在運送人保管之下；是以船舶之拖帶，（海商法第一一一條參照）非船舶之運送，即因其被拖船不在拖船所有人保管之下故也。

(二)其運送要受有運費。運送營業以營利爲目的，故運送人之爲他人運送物品或旅客，必須受有運費。若不受運費而爲運送，其契約雖非無效，然不得認爲運送營業上之事項，不適用關於運送營業之規定。

## 第二項 運送營業之分類

運送營業，以其運送經過之路程爲標準，得分爲陸上運送、海上運送、空中運送三種。又以其運送之標的爲標準，可分爲物品運送、旅客運送兩種。我國從多數立法例，規定海上運送于海商法（同法第七〇條以下參照）而空中運送，現尙未見特殊之法規；故我民法上關於運送營業之規定，可適用於陸上運送及空中運送。又陸上運送，各國立法例，多對於物品運送，規定特詳；而旅客運送，除鐵路運送外，鮮有規定之者。我民法則做日本商法，對於物品運送及旅客運送均設一般的規定。

陸上運送、海上運送、及空中運送，其適用之法規，既有不同，殊有嚴格區別之必要。空中運送，謂以飛機或其他器具在空中所爲之運送，其意義至爲明顯，固不生問題。而陸上運送與海上運送之界限，各國法律之所定，非必一致。依我國現行法之解釋，則海上運送者，係指以得適用海商法規定之船舶所爲之運送。陸上運送者，係指空中運送及海上運送以外之運送。然則如何之船舶，得受海商法之適用乎？依海商法第一條及第二條之規定，要具備兩條件：（一）須在海上航行，及在與海相通能供海船行駛之水上航行之船舶。此爲積極條件。（二）須非總噸數不及二十噸或容量不及二百担之船舶，專用於公務之船舶，及以櫓權爲主要運轉方法之船舶。此爲消極條件。

## 第三項 運送契約

運送人因其營業與託運人所訂立之以運送物品或旅客爲標的之契約，謂之運送契約。此種契約之性質若何？學者之所說，不能一致。有謂爲委任者，有謂爲承攬者，有謂爲承攬與委任之混合者。然運送契約，不外以完成一定之工作（即物品或旅客達到目的地）爲目的，且均爲有償，故應解爲單純之承攬。從運送契約爲雙務且有償契約，又爲諾成或且不要式契約。

運送契約爲運送人與託運人訂立之契約，故其當事人爲運送人與託運人。此外在物品運送，尙有受領運送品之人，即民法上所謂受貨人。在旅客運送，亦有享受運送利益之旅客，可稱受運人或被運人。然受貨人與受運人，乃運送契約之關係人，而非其當事人。又託運人與受貨人，不妨以一人兼充之。託運人之與受運人亦然。且在通常情形，受運人多爲託運人之自身，其爲兩人者，特例外耳。

## 第二款 物品運送

### 第一項 運送證券

運送證券，我民法所認者有二：即託運單及提單是也。茲分述之。

#### 第一 託運單

託運單者，謂由託運人填給運送人之證券，用以證明運送契約之內容者也。託運單限于運送人有請求時，方填給之；（第六二四條一項）而非運送契約之成立要件，故非運送契約。又託運單純用以證明運送關係之用，而非表彰何種財產權，亦非有價證券。

託運單應記載之事項有六：(一)託運人之姓名住所，(二)運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、號數、記號，(三)目的地，(四)受貨人之名號住所，(五)託運單之填給地及填給之年月日，(六)託運人之簽名是也。(第六二四條二項)已記載於託運單之事項，託運人及運送人雙方均得援用之；但許提出反證。當事人亦不妨預以契約制限其證據力。(第六二四條二項一款四款誤住所為住址)

## 第二 提單

提單者，運送人因受領運送物，填給託運人之有價證券也。提單係以表彰運送物交付之請求權，使託運人便于處分其權利，與託運單專供證明之用者，完全不同，故為有價證券之一種。

提單限于託運人有請求時方填給之。其應登載之事項有七：(一)託運人之姓名住所，(二)運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、號數、記號，(三)目的地，(四)受貨人之名號住所，(五)運費之數額及其支付人為託運人，或為受貨人，(六)提單之填發地及填發之年月日，(七)運送人之簽名。此為必要事項。其他當事人特約之事項，亦不妨記載之于提單。(第六二五條)

提單為有記名債權的有價證券，其性質與倉單相同。故運送人與提單持有人關於運送之事項，純依其提單之記載而定。(第六二七條)又託運人或受貨人欲請求運送人交付運送物時，應提示其提單；其由運送人受交付之際，應將提單返還之。(第六三〇條)且託運人或受貨人，得以背書將其提單讓與于第三人，但以提單上無禁止背書之記載者為限。(第六二八條)既為讓與時，不特生運送物交付請求權之移轉，且生運送物所

有權之移轉。其由託運人將提單交付受貨人時亦同。（第六二九條）

## 第二項 運送人之義務

### 第一 運送義務

運送人應依契約之趣旨，運送其運送物。此為運送人最重要之義務。分述之。

（一）運送之時期 託運物品應於約定期間內運送之。無約定期間者，依習慣；無約定亦無習慣者，應於相當期間內運送之。此相當期間，依各該運送之特殊情形決定之。（第六三二條）

（二）運送之方法 運送方法，從運送人之選擇。但在託運人于訂立契約之際，有特別指示時，運送人非有急迫情事，並可推定託運人若知有此情事亦允變更其指示者，不得變更託運人之指示。（第六三三條）運送契約為承攬契約，以運送物之達到為目的，故其運送行為，運送人不必親自為之。

（三）運送上應施之注意 運送人應以善良管理人之注意為運送。倘因不注意致其運送物喪失、毀損、或遲到時，應負責任。關於此點，民法規定頗詳，茲再分述於左。

（1）責任之發生 運送物于交付運送人後喪失、毀損、或遲延達到時，不問運送人有無過失，均應負責。（第六三四條前段）因推定其有過失故也。但對此原則，有左之例外：

（甲）運送人能證明其喪失、毀損、或遲到，基于不可抗力而生時，不負責任。但其喪失、毀損、或遲到，因運送人之使用人或其所委託為運送之人之過失而生者，運送人仍應負責。（第六三四條但書第六三六條）

(第六三六條誤使用人爲僱用人)

(乙) 運送人能證明其喪失、毀損、或遲到，基于運送物性質而生時，不負責任。但因運送物之包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損者，若運送人于接收該物時，未爲保留，仍應負責。(第六三四條但書第六三五條)

(丙) 運送人能證明其喪失、毀損、或遲到，基于託運人或受貨人之過失而生時，不負責任。(第六三四條但書)

(丁) 已喪失或毀損之運送物爲金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品，託運人不能證明於託運當時已報明其性質及價值者，運送人不負責任。(第六三九條一項)

(2) 責任之範圍 運送人應負責任時，不外應賠償託運人所受之損害。其賠償之範圍，民法設有特別規定，即原則上只須賠償運送物因喪失、毀損、或遲到而減少或滅失之價額。其在運送人有故意或重大過失時，方應賠償託運人所受其他之損害。至其減少或滅失之價額，依運送物應交付時目的地之市價計算之。但因運送物滅失、毀損無須支付之運費。(第六四五條參照)及其他費用，依損益相抵之原則，應於其價額中扣除之。(第六三八條)

運送人有故意或重大過失時，應賠償一切之損害，已如前述。惟又有兩種制限：即(甲)金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品喪失或毀損者，其賠償額以託運人所已報明之價額爲限。(第六三九條二項)

(乙) 因遲到之損害賠償額，不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額。(第六四〇條)是也。

(3) 責任之消滅及減免 運送人因運送物喪失、毀損、或遲到所生之責任，非永久存續；其權利人自運送終了或應終了之時起二年內，不請求賠償時，其責任即歸消滅。(第六二三條) 又受貨人受領運送物並支付運費及其他費用不為保留者，運送人之責任亦消滅。但其運送物之喪失或毀損，運送人以詐術隱蔽之，或因其故意或重大過失所致者，受貨人雖不為保留，運送人之責任仍不消滅。其喪失、毀損存于運送物之內部，不易發見，受貨人於受領運送物後十日內，將其喪失或毀損通知運送人者，亦同。(第六四八條)

運送人之責任，除基于故意或重大過失而生者外，得預以特約免除或制限之。(第二二二條參照)

但運送人交與託運人之提單或其他文件，有免除或制限運送人責任之記載者，除能證明託運人對於其責任之免除或制限明示同意外，不生效力。(第六四九條)

## 第二 通知及交付之義務

運送人於運送物達到目的地時，應即通知受貨人。(第六四三條) 並將運送物交付之。若受貨人所在不明，或拒絕受領運送物，運送人應即通知託運人，並請求其指示。(第六五〇條一項) 其因運送物受領權之歸屬有訴訟致，交付遲延者亦同。(第六五一條)

## 第三 緊急處置之義務

運送人因有急迫情事，不能從託運人于訂立契約時所為之指示為運送時，受貨人所在不明或拒絕受領運送物時，因運送物受領權之歸屬發生訴訟致交付遲延時，及因其他情形足以妨礙或遲延運送或危害運送

物之安全時，運送人爲保護運送物所有人之利益，應爲必要之注意及處置；否則對於因此所生之損害，應負責任。（第六四一條）

#### 第四 遵從處分之義務

在未發提單之運送，其運送人尙未通知運送物之達到於受貨人時，或雖已通知而受貨人尙未請求交付運送物時，託運人對於運送人，得請求中止運送，反還運送物，或爲其他之處分。其在已發提單之運送，其提單持有人對於運送人，亦得爲此等之處分。運送人均應遵從之，不得以違反運送契約爲抗辯。（第六四二條一項）

〔二九八〕

〔二九八〕第六四二條一項，有「運送人未將運送物之達到通知受貨人前，或受貨人於運送物達到後尙未請求交付運送物前」云云。由「或」字之文義加以解釋，則於運送人未爲達到之通知以前，不問受貨人已否請求交付，及受貨人未請求交付以前，不問運送人已否爲達到之通知，託運人或提單持有人，均得中止運送，或爲其他處分，實屬無疑。蔡天錫麟氏債各第二六二頁謂：「於受貨人請求後，或運送人通知後，則託運人或提單持有人，即不能行使處分權。」未免忽視「或」之語義。又陳蓮昆氏債各第三〇一頁謂：「在受貨人對運送人已取得因運送所生之權利之後，（即運送物達到目的地，並經受貨人請求交付之後。第六四四條參照。）不許託運人或倉單持有人，再爲中止運送之請求。」若如斯說，是託運人或倉單持有人，只於受貨人請求交付運送物以前，有中止運送之權利，則第六四二條一項中之「運送人未將運送物之達到通知受貨人前」一語，豈非贅設，故余解爲：在運送人未爲通知之時，或受貨人未爲請求之時，均得中止運送，及爲其他處分。

上述各種之義務，運送人本對於託運人負擔之，其反面即爲託運人之權利。但運送物達到目的地，并經受貨



人請求交付後，受貨人取得託運人因運送契約而生之權利。（第六四四條）故此際運送人對於受貨人，亦負同一之義務。然則託運人仍保有其因運送契約而生之權利否乎？在昔多數學者謂：託運人之權利，因已移轉于受貨人，當然不能併存。〔三九九〕余以爲就我民法而解釋，實難贊同此說。蓋依第六四二條一項之規定，則運送物達到目的地，並經受貨人請求後，若運送人尙未將運送物之達到，通知受貨人，則受貨人雖已取得第六四四條之權利，而託運人仍有運送物之處分權。足見受貨人所取得之權利，乃新發生之權利，而非託運人之權利移轉于受貨人。此種權利，係基於運送契約上當事人之意思表示而生，非單純基于法律規定而生，故運送契約帶有他契約之性質。不過此種契約，民法設有特別規定，故無第二百六十九條適用之餘地耳。

〔三九九〕如Hahn, Endemann, Courtois-Vidal 等

託運人與受貨人，同時對於運送人，各有其權利，既如上述。然則其兩個權利孰爲優劣乎？應分別言之。在託運人之處分權未消滅以前，託運人之權利，優于受貨人之權利，運送人應聽託運人依第六四二條所爲之指揮；反之，在其處分權消滅之後則不然，運送人祇須對於受貨人履行其義務，託運人僅得請運送人向受貨人交付運送物，或爲損害賠償，而不得爲其他之處分。

### 第三項 運送人之權利

#### 第一 請求支付運費及其他費用之權利

運送人得請求託運人支付約定之運費，及其他之費用。（如代託運人墊付之關稅及保管費）其運費請

求權之發生，以運送物已達到目的地為必要。故運送物於運送中，因不可抗力而喪失者，運送人不得請求運費。其因運送而已受領之數額，應返還之。（第六四五條）但在託運人成提單之持有人，對於運送人請求中止運送，返還運送物，或為其他之處分時，運送人雖中途停止運送，仍得按照比例，就其已為運送之部分，請求運費。此外尚得請求償還因其處分所支出之費用，及賠償因之而生之損害。（第六四二條二項）

## 第二 留置運送物之權利

運送人因保全其運費及其他費用得受清償之必要，按其所未支付之費用與其費用全額之比，對於運送物有留置權。此種權利為物權，運送人對於受貨人亦得主張之。雖受貨人於運送物達到目的地，並向運送人請求交付後，直接對於運送人取得請求交付運送物之權利，然此請求權係基於運送契約而生，運送人依第二七〇條之規定，本得以對於託運人所有之抗辯對抗受貨人；故運送人以託運人未支付運費及其他費用為理由，不將運送物交付受貨人，自為法律之所許。受貨人如欲免其留置，祇有代託運人支付其費用。但在運費及其他費用之數額有爭執時，受貨人得將有爭執之數額提存，請求運送物之交付。（第六四七條）

## 第三 寄存及拍賣運送物之權利

受貨人所在不明，或拒絕受領運送物，或就其受領權之歸屬已發生訴訟時，運送人應請求託運人之指示，已如上述。倘託運人之指示不能實行，或運送人不能繼續保管運送物時，運送人得以託運人之費用，寄存運送物於倉庫。如有不能寄存于倉庫之情形，或有腐敗之性質，或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，得拍賣

之，惟于可能範圍內，應將寄存倉庫或拍賣之事情通知託運人及受貨人。（第六五〇條二項至四項第六五一條）已為拍賣時，運送人得就拍賣價金中（第六五二條誤為代價）扣除拍賣費用運費及其他費用，並應以其餘額交付於應得之人。如應得之人所在不明，應為其利益提存之。（第六五二條）

#### 第四 請求交付文件及為必要說明之權利

運送人得請求託運人，交付運送上及關於稅捐警察所必要之文件（如託運單、發票、護照等）及為必要之說明，以期運送之利便。（第六二六條）

#### 第五 請求賠償損害之權利

運送物依其性質對於人或財產有致損害之虞者，託運人於訂立契約前，應將其性質告知運送人。若怠於告知，致運送人受有損害時，運送人得請求託運人賠償之。（第六三一條）

#### 第四項 相繼運送

相繼運送者，託運人與數運送人共同或各別訂立運送契約，使其運送同一物品之謂也。相繼運送有共同運送與各別運送兩種。前者係託運人與多數運送人共訂一個契約，使其共同為全部之運送。後者係託運人與多數運送人分訂數個契約，使其先後連續各為一部之運送。若夫運送人轉託第三人，為全部或一部之運送時，則其後運送人對於託運人，無直接之關係，非相繼運送。〔三〇一〕

〔三〇〇〕陳瑾昆氏債各第二九七頁謂：運送人轉託第三人為運送時，亦得稱為相繼運送。蔡天錫麟氏債各第二五九頁從之。然此場合，其第

三人不外立于運送人之使用人之地位，由託運人方面觀察，不能認為有多數運送人之存在。故民法特設第六三六條之規定，而不使之適用第六三七條之規定，其不以之為相繼運送也明矣。

在相繼運送，其數運送人因運送同一之物品，彼此之間，遂生一種特別之關係。故民法設有特殊之規定。茲舉于左：

(一) 相繼運送之各運送人，除能證明其自己有免責理由外，對於運送物之喪失、毀損、或遲到，應與他之運送人，連帶負責。(第六三七條)

(二) 相繼運送之最後運送人，就全體運送人應得之運費及其他費用，得行使第六四七條之留置權，及第六五二條之扣除權。(第六五三條) 第六五三條中，本尚有「第六百五十條」等字。然第六五〇條之權利，乃最後運送人所固有，無特別規定之必要。

(三) 相繼運送之最後運送人，於受領運費及其他費用前，交付運送物者，對於其所有前運送人應得之運費或其他費用，負其責任。(第六四六條) 故最後運送人如欲免此責任，必須為前運送人行使留置權，其結果不外使最後運送人，負為前運送人行使留置權之義務。

### 第三款 旅客運送

由旅客運送所生之法律關係，不如物品運送之複雜，大部分可適用關於承攬之規定。故民法僅就其運送人之責任，設數個之特則。茲分述之。

(一)關於旅客之責任 旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害，及運送之遲延，均應負責。不以其傷害或遲延，基於運送人之過失所生者為必要。但運送人如能證明其傷害或遲延，〔三〇一〕係因不可抗力，或因旅客之過失所致者，免其責任。(第六五四條)即以負責為原則，以免責為例外，與第六三四條關於物品運送之規定無異。

〔三〇一〕第六五四條但書「其傷害」之下，漏「或遲延」三字。同說蔡天錫麟氏債各第二七一頁，吳振源氏債各第五〇六頁。

(二)關於行李之責任 行李謂旅客所攜帶之一切物品，不以旅行上所必需者為限。旅客運送人，關於行李之責任，依其行李已否交託於運送人而不同。(甲)已由旅客交託之行李，運送人縱不另受運費，仍與物品運送人負同一之義務；同時亦有同一之權利。蓋視為於旅客運送外，另成立物品運送，其物品之運費，包含於旅客運費之中。〔三〇二〕故民法就此部分，特使之適用關於物品運送之規定。(第六五七條)此種行李如及時交付運送人，則應於旅客達到時返還之。(第六五五條)行李達到後，六個月內，旅客不取回之者，運送人得拍賣之。若其行李有易於腐敗之性質，於其達到後四十八小時內，旅客不取回之者亦同。〔三〇三〕既拍賣後，運送人得就拍賣價金中，扣除拍賣費用運費及其他費用，並應以其餘額交付于其應得之人。如其應得之人所在不明，應為其利益提存之。(第六五六條)(乙)未由旅客交託之行李，運送人對之不負責任。但旅客能證明該行李因運送人自己或其使用人(第六五八條誤為僱用人)之過失，致有喪失或毀損者，運送人仍應負責。(第六五八條)即以免責為原則，負責為例外，與第六三四條之規定完全相反。

【三〇二】此爲英、德學者之通說，日儒松木蒸治從之。但少數學者謂：無認兩個契約存在之必要，不過關於物品運送之規定，於某程度適用於行李而已。

【三〇三】日商法第三五一條二項規定：行李由達到到達地之日起，一星期內，旅客不請求交付時，則……云云。其所謂達到，係以行李爲標準，不以旅客爲標準，實屬毫無疑義。我民法第六五六條一項，有「旅客達到後」一語，顯係指旅客之達到，而同條二項，有「行李……運送人得于達到（原文誤爲到達）後」云云，則又指行李之達到，前後不無抵觸。余意：本條係關於行李之規定，自應以行李爲標準，故不拘泥于文字，而以論理的解釋之。

（三）責任之消滅及減免 運送人因旅客傷害，或運送遲延所生之責任，及因行李喪失、毀損或遲到所生之責任，非永久存續。其權利人不予運送終了之時起二年內，向運送人請求賠償損害時，即歸消滅。（第六二三條）又此種責任，除基于故意或重大過失而生者外，得預以特約免除或制限之。（第二二二條參照）但運送人交與旅客之票收據或其他文件上，有免除或制限運送人責任之記載者，除能證明旅客對於其責任之免除或制限明示同意外，不生效力。（第六五九條）

#### 第五節 因承攬運送而生之債

##### 第一款 承攬運送之意義

承攬運送者，以自己之名義，爲他人之計算使第三人運送物品而受報酬之營業也。（第六六〇條一項）稱其營業人曰承攬運送人，該他人曰委託人，該第三人曰運送人，承攬運送人因欲使運送人爲委託人運送物品，當

然應與運送人訂立契約。且其訂立契約係以自己之名義，並為委託人之計算為之，此與行紀同。所異者，行紀人係為委託人為買賣其他商業上之交易，而承攬運送人則為委託人訂立物品運送契約耳。

承攬運送人為委託人之訂立契約，以物品運送為限，不含旅客運送。但茲所謂物品運送，係包括陸上運送、海上運送、及空中運送三者而言，與前述之物品運送異其範圍，此為學者之通說。

### 第二款 承攬運送之法律關係

承攬運送與行紀同，有三面之法律關係：（一）承攬運送人與委託人之關係，乃委任關係，而非承攬關係，故承攬運送之名稱不甚適當。（二）承攬運送人與運送人之關係，為物品運送關係。（三）委託人與運送人之關係，僅屬間接之關係，即委託人依承攬運送人之媒介，為運送契約上之實際之權利人與義務人而已。

### 第三款 承攬運送之效力

承攬運送之性質，與行己極為類似，故其效力，大部分可準用關於行紀之規定。（第六六〇條二項）民法對之僅設少數之特則。茲分承攬運送人之義務與權利述之。

#### 第一項 承攬運送人之義務

承攬運送人應依委託人之指示，並以善良管理人之注意，代委託人處理運送事務。倘因不注意致其託運物品喪失、毀損，或遲到時，應負責任。關於此點，民法設有詳細之規定，分述之。

（一）責任之發生 託運物品交付承攬運送人後，喪失、毀損，或遲延達到時，不問承攬運送人有無過失，均應負

責。因推定其有過失故也。但（甲）承攬運送人能證明其於物品人接收、保管、運送人之選定，在目的地之交付，及其他與運送有關係之事項，未怠於注意者；及（乙）其喪失或毀損之物，為金錢、有價證券、珠寶、或其他貴重物品，委託人不能證明於委託當時已報明其性質及其價值者，承攬運送人均不負責任。（第六六一條第六六五條第六三九條一項）又託運物品因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損者，承攬運送人於接收該物時，不為保留者，仍應負責，不得以未怠於注意為藉口。（第六六五條第六三五條）

（二）責任之範圍 承攬運送人應負責任時，亦不外賠償委託人所受之損害。其賠償之範圍，民法使之準用關於運送人責任之規定。即原則上只須賠償託運物品因喪失、毀損、或遲到而減少或滅失之價額。其在承攬運送人有故意或重大過失時，方應賠償委託人所受其他之損害。至其減少或滅失之價額，依託送物品應交付時目的地之市價計算之。但因其物品滅失毀損，無須支付之運費及其他費用，應依損益相抵之原則，於其價額中扣除之。（第六六五條第六三八條）

承攬運送人有故意或重大過失時，應賠償一切之損害，固如前述。但亦有兩種制限：即（甲）金錢、有價證券、珠寶、及其他貴重物品喪失或毀損者，其賠償額以委託人所已報明之價額為限。（第六六五條第六三九條二項）（乙）因遲到之損害賠償額，不得超過因其託運物品全部喪失可得請求之賠償額。（第六六五條第六四〇條）是也。

（三）責任之消滅 承攬運送人因託運物品喪失、毀滅、或遲到所生之責任，非永久存續。其委託人自其物已交



付或應交付之時起，二年內不請求賠償時，其責任即歸消滅。（第六六六條）

## 第二項 承攬運送人之權利

（一）報酬及墊款之請求權 承攬運送人得向委託人，請求支付處理運送事務之報酬。其額依契約定之；無特別訂定者，依習慣定之。又承攬運送人爲委託人利益所墊付之款項，亦得請求其如數償還，並支付利息。（第六六〇條二項第五八二條）

（二）託運物品之留置權 承攬運送人爲保全其報酬及墊款得受清償之必要，按其比例，對於託運物品有留置權。（第六六二條）其物若已交付於運送人，得先依第六四二條規定，使運送人返還運送物，而後留置之。

（三）介入權 承攬運送人乃爲委託人處理運送事務，非自爲物品之運送。然除契約另有訂定外，承攬運送人不妨自行運送其託運之物品。是即承攬運送人之介入權。（第六六三條前段）

此介入權之行使，與經紀人之介入權同，應以意思表示向委託人爲之；否則其介入不成立。但委託契約內已就運送全部約定運費之數額，或承攬運送人已填給提單於委託人時，視爲承攬運送人業經介入。因此際承攬運送人已自居運送人之地位故也。（第六六四條段）

承攬運送人已爲介入時，與運送人有同一之權利義務。（第六六三條後段）其運費不外依習慣定之。此際乃承攬運送人以單獨行爲行使介入權，非其委託契約因介入而變爲運送契約。故承攬運送人對於委託人，雖有運費請求權，亦不失其請求報酬之權利。但在上述視爲介入之時，則不得另行請求報酬。（第六六四條後段）

因認其應得之報酬，已包括於約定運費之內故也。

(四) 損害賠償請求權 託運物品依其性質對於人或財產有致損害之虞者，委託人於訂立契約前，應將其性質告知承攬運送人。若怠於告知，致承攬運送人受有損害時，承攬運送人得請求委託人賠償之。(第六六五條第六三一條)

## 第四章 因無因管理而生之債

### 第一節 無因管理之意義

無因管理者，無權利義務，而為他人管理事務之謂也。(第一七二條) 我民法稱此管理事務之人曰管理人，稱其事務所屬之他人曰本人。因有此管理行為，遂於管理人與本人之間，發生債之關係。故無因管理，亦為債之發生原因。

夫無權利義務而干與他人之事務，乃不正之干涉，本為法律所禁止。但其管理行為若純出於好意，則事屬互助，不特為人類之美德，且亦社會所需求。此即民法所以認無因管理為適法之行為，對於管理人予以相當之保護也。【三〇四】

【三〇四】無因管理制度，淵源于羅馬法，當時以之為準契約之一種。其後經種種之變遷，至德國普通法時代，始以之為獨立之法律事實。近世各國民法，多從此見解。

## 第二節 無因管理之要件

無因管理之成立，要具備左之條件。

(一) 要管理他人之事務 即其管理人要現實管理事務，非如委任之成立，祇以受任人表示允為他人處理事務為足。事務云者，廣指有一定目的之事件；不以關於財產者為限。管理云者，乃就有一定目的之事件，供給勞務，使達其目的之謂。較之委任契約上之「處理」，其義尤廣，故不以有獨立裁量範圍為必要。〔三〇五〕其管理之方法，亦有須為一定之法律行為者；〔三〇六〕但此時其所為之法律行為，只為無因管理之一成分，無因管理自體仍為事實行為，非因之變為法律行為。

〔三〇五〕例如由門外搬運物品至室內，乃單純供給勞務，毫無裁量之權，雖不得就之成立委任，(第二部第一章第十一節第一款參看)然得成立無因管理。

〔三〇六〕例如未受他人之委託，而代之購買物品，則其訂立買賣契約，即無因管理所用之方法。

又無因管理之標的，要為他人之事務；故誤以自己之事務，認為他人之事務，而以為他人之意思管理之者，不成立無因管理。所謂他人之事務者，即其管理之利益，實際歸於他人之事務也。有客觀的及主觀的二種。前者依其事務之性質，當然屬於他人者。如修繕他人之房屋是。後者其事務性質上非必屬於他人，因其管理人以為他人之意思而為之，故屬於他人者。如代友人購買書籍是。

(二) 要為他人為管理 故以為自己之意思，管理他人之事務，非無因管理。如竊盜修繕贓物是也。〔三〇七〕為他

人云者，即其管理之動機，在圖利他人之謂。但以有此動機爲足，無須表示其意思于外部，又此所謂他人者，實際上當然爲特定人，惟究係何人，無須于管理當時已爲管理人所確知。故在黑夜中援救溺者，雖不知溺者爲何人，亦不失爲無因管理。

【三〇七】又以他人之事務，誤爲自己之事務，而管理之時，因其無爲他人之意思，亦不成立無因管理。若他人因此受利益，則成立不當得利。

(三) 要無管理之權利與義務 此爲無因管理之特徵，其所以異于委任僱傭者，即在乎此。若因負管理之義務，或有管理之權利，致有此管理行爲，則非無因管理。前者如受人爲委任人處理事務，後者如運送人爲託運人寄存或拍賣運送物（第六五〇條參照）是也。我民法第一七二條之「未受委任並無義務」一語，僅明示管理人須無管理義務，而不一併限定其須無管理權利，殊嫌疏漏。【三〇八】但此所謂無權利與義務，係就管理人與本人之關係而言。其管理人與第三人之關係，有此權利義務與否，則非所問。故保證人未受主債務人委託，而向債權人代償主債務之場合，其對於主債務人之關係，仍爲無因管理。

【三〇八】關於此點，各國立法例，亦多只就無管理義務方面，加以規定。如瑞債第四一九條之「不受委任」，日民第六九七條之「無義務」，

德民第六七七條之「無委任或義務」，皆是。獨我舊民律第九一八條，有「無委任並無權利義務」云云，始併及於無管理權利，立法論以此爲當。蔡天錫麟氏債總第四九頁之所述，與本書大致相同。

無因管理之成立要件，盡于上述。學者間有主張尙要管理人不知其管理行爲，違反本人明示或默示之意思者。【三〇九】余謂：就我國民法而解釋，不能贊同斯說。蓋依第一七四條之規定，管理人違反本人明示或默示之意思，

而為事務之管理者，不過原則上應負無過失之責任，仍無妨害其無因管理之成立故也。

【三〇九】戴修瓚氏債總第九九頁，蔡天錫麟氏債總第四九頁，日備末弘殿太郎債權各論第九〇二頁，鳩山秀夫日本債權各論第七六一頁，參照陳蓮昆氏債總第六二頁，與本書持同一之見解。

### 第三節 無因管理之效力

#### 第一款 管理人之義務

#### 第一 管理事務之義務

無因管理，非義務行為，管理人于未為管理以前，雖無管理之義務。但一經開始管理，即負繼續管理之責任，是乃管理人主要之義務。茲分述之。

(一) 管理之方法 管理他人事務所用之方法，固應有管理人自行選擇，惟須遵守左之原則。(第一七二條)

(甲) 尊重本人之意思 即其管理方法，首應依照本人明示或可得推知之意思。依本人意思所定之方法，是否最有利于本人，可以不問。但本人意思違反强行法規或公序良俗者，則不必遵從之。

(乙) 最有利于本人 本人未明示其意思，且由外部不得推知之時，則應以最有利于本人之方法，以管理其事務。至其方法是否最有利于本人，應就各事務之性質具體的定之。

管理人因故意或過失，不依上述原則定其管理之方法時，即為管理義務之不履行，本人因之而生之損害，管理人應依一般之規定，負賠償之義務。

(二) 注意之程度 管理人應以善良管理人之注意管理人之事務，故對於輕過失即應負責。惟對此原則，有兩例外：

(甲) 管理人為免除本人之生命、身體、或財產上之急迫危險，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，非有惡意或重大過失，不負賠償之責。(第一七五條) 因情形既屬急迫，又係救人危難，當然不能為充分之注意，故法律特減輕其責任。

(乙) 管理人違反本人明示或可推知之意思，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦負賠償之責。即就于事變亦負責任。但其管理係為本人盡公益上之義務，或為其履行法定扶養義務者，則仍限於有故意或過失之場合，方負賠償損害之義務。(第一七四條) 茲所謂違反本人意思而為事務之管理者，其範圍若何？學者之解釋，不能一致。有謂專指其管理方法違反本人之意思，而不包含其管理行為自體違反本人意思者。〔三一〇〕有謂兼指上述兩種情形者。〔三一〕余以為應專指其管理行為自體違反本人意思時，乃債務之合；詳言之：即指管理人明知本人不欲其管理，而故為管理之場合。蓋僅管理方法違反本人意思時，乃債務之不履行，管理人應依一般規定，即(第二二七條) 負其責任，不必特設規定。至于其管理行為自體違反本人意思時，則非債務之不履行，不得依一般之規定，令其負賠償損害之義務，故有特設本條之必要也。是以本條法意係謂：管理行為自體違反本人意思時，就其管理方法，管理人雖無欠缺注意，亦應賠償本人因之所受之損害。

【三一〇】戴修瓊氏債總第一〇四頁參照。

【三一〇】陳蓮昆氏債總第六四頁，蔡天錫麟氏債總第五三頁，周新民氏債總第一三〇頁參照。

(三) 管理之終期 管理人應繼續管理本人之事務，非至無因管理關係消滅之時，不得任意中輟。無因管理關係之消滅，應詳于後，茲不及。

## 第二 通知及請示之義務

管理人開始管理時，以能通知為限，應即通知本人。如無急迫情事，應俟本人之指示。(第一七三條一項) 此際本人得指示管理人以管理之方法，或請求其停止管理。

## 第三 報告之義務

管理人須將管理事務進行之狀況，報告本人。無因管理關係終止時，須明確報告其顛末。(第一七三條二項第五四〇條)

## 第四 交付物品及移轉權利之義務

管理人因管理事務所收取之物，應交付本人。其就之已收取之孳息亦不同。又管理人以自己名義為本人取得之權利，應移轉于本人。(第一七三條二項第五四一條)

## 第五 支付利息及賠償損害之義務

管理人將應交付於本人之金錢，或為本人之利益使用之金錢自行消費者，應自使用之日起，支付利息。如

有損害，並應賠償。（第一七三條二項第五四二條）

第二款 本人之義務

本人對於管理人所負之義務，視其管理行為合於本人意思與否，而有差異。得分為二場合述之：

（一）其管理利於本人並合於本人意思時

管理之結果，利於本人，且其管理行為，不違反本人明示或可得推知之意思時，本人對於管理人，負左列義務。（第一七六條一項）

（甲）應償還管理人為本人支出必要或有益之費用，並支付自其費用支出時起之利息。

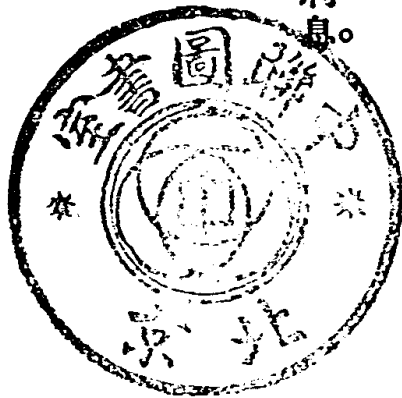
（乙）應清償管理人為本人所負擔之債務。

（丙）應賠償管理人因管理事務非因可歸責于己之事由而受之損害。【三一三】

【三一三】第五四六條三項準用。

（二）其管理雖利于本人而違反本人意思時

此際本人仍得享有因管理所得之利益，負上述三種之義務。惟其責任以其所得之利益為限，即以其所得利益之價額，返還管理人，而免其全部之義務。（第一七七條）但其管理事務係為本人盡公益上之義務，或為其履行扶養義務者，雖違反本人意思，本人仍應負無限之責任，不以其所得之利益為限度。（第一七六條二項）茲所謂其管理違反本人之意思者，純以客觀之事實為標準，不問管理人主觀方面，有無違反本人意思之





認識。故與第一七四條所謂管理人違反本人意思者不同。

以上均就其管理結果，利于本人之情形而言。若管理結果不利本人時，不問其管理行為，是否合于本人之意思，本人均不負何種之義務。學者有謂：其管理不利本人並違反本人意思時，本人應依第一七七條負其義務者。【三一三】實有誤解。蓋依第一七七條規定，本人所負之義務，係以其所得之利益為限。倘其管理根本不利本人，即本人未得利益，自無該條適用之餘地。況果如其所主張，其管理不利本人並違反本人意思時，管理人既有第一七七條之權利，則其管理結果雖不利本人，而其管理行為不違反本人意思時，其情形更為可原，何以管理人反無第一七七條之權利乎？故斯說不足採。

【三一三】戴修瓊氏債總第一〇七頁，蔡天錫麟氏債總第五五頁，周新民氏債總第一三五頁參照。

#### 第四節 無因管理之消滅

無因管理之關係，因左列事由發生而消滅。

(一) 事務管理完畢 無因管理，以管理一定之事務為目的。若其事務業經管理完畢，則無因管理關係，自因其目的達到而消滅。

(二) 當事人聲明終止 即本人或管理人表示不欲繼續管理之謂。本人對於管理人之管理事務，依第一七三條一項本有為一切指示之權，故得隨時向管理人表示不欲繼續管理，使其關係歸於消滅。至於管理人之管理本人事務，本出於自動，故亦得隨時向本人聲明不欲繼續管理，以終止其關係。但非有不可歸責於己之不得已

事由，於不利本人之時期聲明終止者，應賠償本人因之所受之損害。（第五四九條類推）

（三）本人之承認 事務開始管理後，經本人承認者，則于本人與管理人間，發生委任關係，應適用關於委任之規定。（第一七八條）其原有之無因管理，當然不能併存，故歸於消滅。

## 第五章 因不當得利而生之債

### 第一節 不當得利之意義

不當得利者，無法律上之原因，而受利益，致他人受損害之謂也。（第一七九條）我民法稱此受利益之人曰受領人；其受損害之他人，可稱受害人。由純理言：因自己之受益，致他人之受害，不可無法律上之原因；否則其結果即欠公平，應使受領人對於受害人，返還其所受之利益。因是于受領人與受害人之間，遂生債權債務之關係。故不當得利，亦為債之發生原因。（三一四）

【三一四】不當得利之制度，亦發源于羅馬法，但當時只就各個情形，認不當得利，而無一般的規定。至十八世紀經自然法學者之苦心研究，始發見不當得利之基本原理。其後幾經變遷，乃成今日之制度。

不當得利，係指受領人與受害人間所存之不平狀態，其性質乃事件而非行為，與上述之契約、營業及無因管理不同。然此只就不當得利之本體而言。至其發生此種狀態之原因事實，非無為人之行為者，如誤認負他人債務，而為清償是也。

## 第二節 不當得利之要件

不當得利之成立，要具備左之條件。

(一) 要受領人已由他人受利益。受領人未受利益時，根本不生不當得利之問題。茲所謂利益者，專指財產上之利益，但其受益之態樣，則法無制限，故積極的增加受領人之收入，或消極的節省其應支出之費用，均無不可。又其利益必受自他人；即其受益原因，要與他人有關。通常多基于他人之交付財產與供給勞務，然不以此為限。舉凡受領人之行為，受害人之行為，第三人之行為，及自然界之事實，足使受領人受利益者，無不包含之。(三一五) 其因受領人自己之行為而受利益之場合，若受領人因故意或過失，侵害他人之權利時，一面為不當得利，一面亦侵權行為，可生請求權之競合。

【三一五】其受益(一)有基于受領人之行為者，如甲誤以乙所有之酒，為自己之酒，而飲之是。(二)有基于受害人之行為者，如甲誤認乙所有之馬，為自己之馬，而喂之是。(三)基于第三人之行為者，如甲以乙之肥料，下于丙之田地是。(四)有基于自然界之事實者，如甲池中之魚種，因大雨流入乙之池中是。

(二) 要因受領人受利益致他人受損害。故受領人雖由他人受利益，然他人不因之受損害時，亦不成立不當得利。茲所謂損害者，亦限於財產的損害；其為積極的損害，抑為消極的損害，均非所問。但他人之受害，與受領人之受益，須有因果關係。其損害與利益之間，是否有因果關係之存在，祇須視其損害與利益，是否基于同一事實而生以決定之。至二者之內容是否同一，並是否有第三人行為介入其間，與其因果關係之存在，毫無影響。(三一)

六

【三一六】例如甲以食料喂乙之馬，則乙節省飼養費用，甲喪失食料二者之內容不同。又如甲誤以乙寄養之馬爲自己之物，賣于善意之丙，則甲所得之價金，有丙之行爲之介入，然均不失爲不當得利。反之，甲拋棄之動產，乙先占之時，其損益非基于同一事實而生，則非不當得利。

(三) 要其受益無法律上之原因。若其受益基于法律上之原因，則爲正當得利而非不當得利。故無法律上之原因，實爲不當得利之最重要條件。惟何謂法律上之原因？學者之主張不一，可大分爲二說：即統一說與非統一說是也。分述之。

(甲) 統一說。此說謂法律上之原因，有一定之意義，非于各種之不當得利，異其觀念。其中又可分數說，舉其重要者：(1) 公平說。以公平或正義爲法律上之原因。所謂無法律上原因者，乃指其受益違反公平或正義者而言。(2) 債權說。以債權爲法律上之原因。故無債權而由他人受利益者，即屬無法律上之原因。(3) 權利說。謂一切權利均爲法律上之原因，不限于債權。所謂無法律上原因者，不外指無權利而由他人受利益者。

(乙) 非統一說。此說謂「法律上原因」一語，非有統一之意義，依其受益之原因事實之不同，而有差異：即(1) 其受益基于他人之給付時，則他人所以爲給付之目的，即其法律上之原因。如因清償債務而爲給付是。(2) 其受益基于法律之規定時，倘其立法理由，係使受益人無償享受利益者，即其法律上之原因。如因取得時效完成，而取得所有權是。【三一七】(3) 其受益基于他之事實時，【三一八】若受益人有享受利益之權

利，即其法律上之原因，如因行使地上權，而使用他人之土地是。

〔三一七〕反之，因添附而取得所有權者，（第八一一條至第八一四條參照）其法律規定，純基于經濟的理由，非有使人無償享受利益之意思，故生不當得利。（第八一六條參照）

〔三一八〕其他之事實，包含（1）受領人之行爲，（2）第三人之行爲，（3）受害人給付以外之行爲，（4）自然界之事實，在內。

夫法律設不當得利制度之根本理由，在糾正不公平之現象，使其趨于公平。故所謂法律上原因者，當然專指公平或正義而言。故以上述統一說中之公平說，較爲正當。但公平之觀念，極爲廣漠，不能統一的定其意義，應就各場合分別研究之，則非統一說，自亦有採取之價值。總之，法律上之原因，即公平，其受益是否公平，則應就各場合，依上述非統一說所定之標準判斷之。

法律上之原因，既指公平或正義，則無法律上之原因，即指其受益違反公平或正義。惟此法律上之原因，無須自始即不存在。其受益之始，雖有法律上之原因，其後業已消滅者，亦成立不當得利。（第一七九條後段）例如因訂立或履行契約，而爲給付，嗣後其契約被撤銷或解除，致自始無效是也。

### 第三節 不當得利之效力

不當得利成立時，受領人應返還其利益于受害人；（第一七九條前段）此爲不當得利唯一之效力。茲就其反還利益之義務分述之。

## 第一 返還義務之範圍

不當得利之受領人，應將其所受利益之全部，返還受害人。如本該利益更有所取得者，應一併返還之。（第一八一條前段）例如已就其所受領之物收取孳息，或為使用收益是也。但對此原則，有兩例外：

（一）受領人始終不知無法律上之原因，而其所受之利益，已不存在者，免其返還之責任。（第一八二條一項）簡言之：即善意受領人，僅於現存利益之限度，負返還之義務。現存利益云者，乃其所受之經濟上利益，於受害人請求返還之時，尚屬存續之謂。但其利益，當時是否尚保持其原有之狀態，則非所問。故如因消費其所受利益，而節省其應支出之費用；及因讓與其所受利益于他人，而取得價金，仍得謂為現存之利益。至其利益是否現存，應由受領人負舉證之責。故受領人不能證明其所受利益已不存在時，即不得免其返還之責任。

（二）受領人於受領當時，已知無法律上之原因者，應將受領時所得利益之全部，附加利息，一併返還。倘受害人尚受有損害，受領人亦應賠償。又受領人於受領之後，始知無法律上之原因者，應將知無原因之時所現存之利益，附加利息，一併返還。且應賠償受害人所受之損害。（第一八二條二項）此即惡意受領人返還義務之範圍。其應返還之利益，係以受領當時及知無原因之時存在者為準，故其利益縱於請求返還之時，已不存在，不問其不能存在之理由如何，受領人均不得免其義務。【三一九】又其所謂增加利息者，不以其所返還之利益為金錢者為限。即非金錢，亦應估計其價值，附加利息。

【三一九】故其利益雖因不可歸責于受領人之事由而不存在時，受領人仍不得依第二二五條一項免其義務。（日備鳩山秀夫日本債權法

以上係就受領人純得利益之場合而言。若受領人因保存其所受之利益已支出必要費用時自應依損益相抵之原則，由其利益額中扣除之。

## 第二 返還義務之標的物

受領人所受之利益，於受害人請求返還當時，尙保持其原有之狀態時，應以該利益自體返還受害人，是謂之原物返還。若其利益因其性質或其他情形，不能保持其原有之狀態時，則應償還其價額。〔三二〇〕是謂之價額償還。（第一八一條但書）例如其受領之利益爲勞務，或其受領之物現已消費是。

〔三二〇〕其估價標準，法無規定，不外以受益當時受益地之價格計算之。

## 第三 返還義務之代位

善意受領人已將其所受之利益無償與第三人時，則其利益已不存在，依第一八二條一項規定，固得免其返還義務。但第三人應於其所免返還義務之限度內，代替受領人，負償還利益之責任。又於受領後始知無法律上原因之惡意受領人，於不知無法律上原因前，已將其利益無償讓與第三人，依第一八二條二項免其返還義務者，第三人亦負代還之義務，余稱之爲返還義務之代位。（第一八三條）蓋此際第三人純得利益，非使之代負返還責任，殊欠公允也。

## 第四節 特種之不當得利

不當得利之受領人，應負返還之責任，既如前述。但在特種之不當得利，有其受領人完全不負返還責任，或僅

於例外情形負返還責任者。茲列舉於左。

### 第一 因履行道德上義務之給付

道德上義務，非有法律上之拘束力，與法律上義務根本不同。故因履行道德上義務而為給付者，「三二一」即屬無法律上之原因，當然成立不當得利。但其給付既出於義務人之任意，又為道德上所要求，民法為兼顧道德起見，特使給付人不得請求返還給付。（第一八〇條一款）

【三二一】例如履行依破產法上協定契約而得免除之債務是。

### 第二 因清償未到期債務之給付

附有履行期之債務，本應於履行期屆至時清償。倘債務人於履行期未到前，即清償其債務，則債權人因提前受領給付，而得分外之利益，亦可謂為不當得利。惟此項利益，為額無多，如使債務人仍得請求返還，無大實益，反增煩擾，故民法亦不許其請求返還。（第一八〇條二款）

### 第三 無債清償之給付

本無債務而為清償者，謂之無債清償。因此清償所為之給付，欠缺目的，其為不當得利也無疑。惟債務人明知不負債務而故為給付時，則其所受損失，咎由自取，法律無加以保護之必要。故不許其請求返還給付。（第一八〇條三款）反之，其清償出於錯誤者，則否。至其清償人是否明知不負債務，應由受領人負舉證責任。故受領人不能證明其為明知時，不得免其返還利益之義務。



#### 第四 因不法原因之給付

因不法原因之給付者，謂其給付目的係法律所禁止之事項。如因賭博而給付金錢，因行賄而交付財物是也。夫不法原因，既爲法之所禁，故因不法原因所爲之給付，即屬無法律上之原因，亦爲不當得利。然給付人因爲違法行爲，致受損失，咎由自取，法律亦不予以保護，故使其不得請求返還利益。但此只就其不法原因存於受領人與受害人雙方而言。若其不法原因僅存於受領人之一方，則與受害人無涉，仍應加以保護，故不失其請求返還利益之權利。例如因令他人勿再犯罪而給與金錢是也。（第一八〇條四款）

### 第六章 因侵權行爲而生之債

#### 第一節 侵權行爲之意義

侵權行爲者，因故意或過失，不法侵害他人之權利，致他人受損害之謂也。（第一八四條一項）例如傷害他人之身體，毀損他人之物品皆是。侵權行爲成立時，其加害人對於被害人，負賠償損害之義務。故侵權行爲，亦爲債之發生原因。

侵權行爲乃民法上之違法行爲，與犯罪行爲之爲刑法上違法行爲者相當。刑法使犯罪人受刑罰之制裁，以防止犯罪行爲之發生，與民法之使侵權行爲人負賠償之義務，以防止侵權行爲之發生者，亦極相類。學術上有刑事責任與民事責任之名稱，即所以表明兩者有同等之性質。雖然，刑事責任專以防止未來之違法行爲（即鎮壓

不正)爲目的。反之,民事責任,則以排除過去之害惡(即填補損害)爲第一之目的,而防止未來之違法行爲,祇其第二之目的。故刑事責任之有無重輕,首視犯罪人主觀的情況,次及其行爲之結果。如(一)以故意過失爲犯罪之絕對的要件,(二)故意與過失兩者之責任重輕不同,(三)處罰犯罪之豫備陰謀及未遂,皆其明證。反之,民事責任之有無重輕,首視其行爲之結果,次及其行爲人主觀的情況。如(一)以損害之發生爲侵權行爲之絕對的要件,(二)故意與過失兩者之責任相同,(三)認無過失之侵權行爲,皆其明證。

侵權行爲雖與犯罪行爲不同,然兩者非絕對互相排斥。在實際上常有同一行爲,兼具侵權行爲與犯罪行爲之要件者。如竊取他人之所有物,傷害他人之身體,略誘他人之子女皆是。至例外場合,則有爲侵權行爲,而非犯罪行爲者;如過失毀損他人之衣服是。亦有爲犯罪行爲,而非侵權行爲者;如竊盜未遂是。

侵權行爲與債務違反(即廣義之不履行)同爲民法上之違法行爲。然侵權行爲,係侵害他人之權利;而債務違反,則係違反對於他人所負之義務;二者之本質不同,故法律分別定規之。一派學者,有謂絕對權有不可侵性,故其權利人有請求一般人不侵害其權利之權利,一般人對之應負不侵害之義務者。倘如斯說所主張,則侵權行爲之表面,爲侵害權利,其裏面即違反其不侵害之義務,而爲債務違反之一種;民法儘可規定之於債之效力之內,何必特設專章哉?其不足採也明矣。

## 第二節 侵權行爲之要件

侵權行爲,我民法上所規定者,計有四種:即(一)普通侵權行爲,(二)例外侵權行爲,(三)消極侵權行

爲及(四)共同侵權行爲。其成立要件，非盡相同。茲只說明其普通侵權行爲之要件，餘於第三節以下述之。普通侵權行爲之要件，可大分爲客觀的要件與主觀的要件二者。分說於左(第一八四條一項前段)

(甲)客觀的要件 可分爲二：

(一)要不法侵害他人權利 析述之：

(1)要他人之權利存在 侵權行爲，以他人之權利爲標的，故非他人之權利，現實存在，則不能成立。茲所謂他人之權利者，民法雖不限定其種類，然民法以保護私權爲目的，應解爲限於私權，而不包含公權。若爲私權，則不問其爲財產權、親屬權、或人格權，均可爲侵權行爲之標的。〔三三三〕但由我民法第二二五條二項之規定而解釋，應認債權爲相對權，而不得就之成立侵權行爲。蓋同項規定之意旨係謂：債務人因給付不能之事由，對第三人有損害賠償請求權者，債權人得請求讓與其損害賠償請求權。則債權人自身對於第三人，不得以債權被侵害爲理由，直接請求賠償損害者，不難依此斷定。關於此點，從來本有積極消極兩說，尙未定論。我國判例，夙採積極說，學者亦一致贊同。〔三三三〕惟其對於第二二五條二項之規定，於認定債權有不可侵性之下，何以尙有必要，則不加說明，仍留疑義。故余不採其說。(第一部總論第二章第一節註七參看)

〔三三三〕反於他人之意思而撮繪其肖像時，亦爲權利之侵害否歟？簡言之：法律上認肖像權之存在否歟？此爲從來學說之所爭。我國現行法上，尙乏承認肖像權之根據，但反於他人之意思，而撮繪其肖像時，即屬蔑視他人之自由，應認爲自由權之侵害。

【三二三】大理院三年上字第八二九號判決，書高法院十八年上字第二六三三號判決，戴修瓚氏債總第八頁，陳蓮昆氏債總第一一頁李讓債總第七頁，蔡天錫麟氏債總第一一頁，周新民氏債總第二九頁參照。但陳蓮昆氏于其債總第三頁，又謂債權為相對權，戴修瓚氏債總第二頁，周新民氏債總第四頁，亦謂債權關係為相對關係，未免自相抵觸。

(2) 要侵害他人之權利 侵害權利云者，使權利內容之利益，不能實現之義，不以其權利之全部或一部已歸消滅為必要。故僅一時的妨害其權利之實現者，亦不妨謂為侵害權利。

為侵權行為者，不限於自然人；依我民法第二八條之規定，法人對於董事或職員因執行職務所加於他人之損害，法人應與行為人連帶負責。不外認法人機關之侵權行為，即法人自身之侵權行為，故法人亦得為侵權行為之主體。然第二八條係就私法人所設之規定。若國家或地方團體之公務員，因職務上行為加損害於他人時，亦應認為國家或地方團體之侵權行為否乎？則應分別情形論斷之。

(A) 其行為係執行職務之行為時 此際應視其行為為私法上行為，抑為公法上行為，而異其效果。若為私法上行為（如因建築公署而佔用民地）則國家或地方團體，與私人立於同等之地位，自應適用民法第二八條之規定。若為公法上行為（如因與外國戰爭而砲毀民居）則公務員係代表國家或地方團體，行使權力，與私法人之機關有別，故不得認為國家或地方團體之侵權行為，當然無民法第二八條之適用；除其他法令別有規定外，國家或地方團體及其公務員，均不負賠償責任。

(B) 其行為用違背職務之行為時 此際視其行為出於故意抑出於過失而異。即公務員因故意違背

對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害時，（如警察官吏濫用職權，逮捕良民）公務員均應負賠償責任。反之，其行為出於過失時，則以被害人不能依他項方法受賠償者為限，負其責任。例如甲家遭匪患時，已以電話報告警署，因署長疎忽，不為急速處分，致被洗劫，後又不知犯人為誰，無從向其追贓是也。但以上均就被害人不得依法律上之救濟方法，除去其損害者而言。若被害人本得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。如無罪之被告，被推事因過失誤判有罪後，故意不依法提起上訴，遂至永受損害，即其一例。（第一八六條）

（3）要係不法之侵害 故適法侵害他人之權利時，非侵權行為。不法侵害云者，乃非適法之侵害之義。是以欲知何者為不法侵害，應先研究何者為適法侵害，茲只列舉適法侵害之事由（即阻却違法之事由）於左。凡無此等事由存在之侵害權利，皆不法之侵害。

（A）權利之行使 行使權利，為法律所許容，縱因此侵害他人之權利，亦不構成侵權行為。其所行使之權利之為私權抑為公權，均可不問。但權利之濫用，非單純之行使，仍應負侵權行為之責任。

（B）被害人之允許 侵害權利，預得被害人之允許時，不構成侵權行為。因此際不啻被害人自侵害其權利故也。其允許應由被害人以一方的意思表示，向加害人為之，乃單獨行為之一種。〔三二四〕故其內容不得違反公序良俗，否則無效。（第七二條參照）如允許他人傷害自己之身體是。又為此允許者，須有行為能力。

【三二四】此種行爲，學者多稱之爲承諾。（陳蓮昆氏債總第九九頁，戴德瑞氏債總第一六一頁，蔡天錫麟氏債總第九三頁，周新民氏債總第一八一頁參照。）然此項意思表示，非必對於加害人之要約爲之，亦有自動爲之。宜改稱允許，方能包括無遺。

(C) 自衛行爲 卽對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利，而侵害他人之權利時，非侵權行爲。但已逾越必要程度者，仍應負責。（第一四九條參照）

(D) 緊急行爲 因避免自己或他人生命、身體、自由、或財產上急迫之危險，致侵害他人之權利時，以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者爲限，不構成侵權行爲。但其危險之發生，行爲人應負責者，仍成侵權行爲。（第一五〇條參照）

(E) 自助行爲 爲保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束、押收、或毀損者，以其不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者爲限，不構成侵權行爲。（第一五一條參照）

(F) 無因管理 無因管理行爲，係爲本人之利益而爲之，爲法律所不禁。縱因此侵害他人之權利，亦不構成侵權行爲。但管理人因怠於管理上應施之注意，致侵害本人之權利，仍應任債務違反之責任。如救助人命時，因重大過失，而傷害其人之身體是也。（第一七五條）

(二) 要致他人受損害 析述於左：

(1) 要他人已受損害 民事責任，不制裁未遂，故侵害他人權利，他人不受損害時，不成侵權行爲。茲所謂

損害者，包含財產的損害與非財產之損害而言。故破壞他人之名譽者，雖多不影響於其財產，仍為侵權行為。

(2) 要其損害因侵害行為而生。即被害人所受之損害，與侵害權利之行為，要有因果關係。否則非侵權行為。因果關係之意義，已詳於第一部總論。茲不再贅。

(乙) 主觀的要件 亦可分為二：

(一) 須有責任能力。責任能力者，負擔民事責任所必需之能力也。責任能力，亦為侵權行為之要件。若無責任能力，縱客觀的不法侵害他人之權利，仍非侵權行為。

依我民法第一八七條之規定，責任能力之有無，純以意思能力之有無為標準。我國學者，有因此謂責任能力即意思能力者。〔三二五〕然意思能力，乃辨別是非利害之能力，與責任能力之為負擔民事責任之能力者，觀念上非無差異，第在實際則尚無出入耳。

〔三二五〕戴修瓊氏債總第一七五頁謂：侵權行為能力者，堪使負擔侵權行為上賠償義務之意思能力也。蔡天錫麟氏債總第七八頁謂：責任能力與意思能力同義。

我民法以意思能力之有無，為判定責任能力有無之標準。即有意思能力者，有責任能力；反之則否。凡自然入通常有意思能力，故原則均有責任能力。其無意思能力因而無責任能力者，則屬於例外。是以民法不積極的規定，何者為有責任能力。只消極的規定，何者為無責任能力。行為人欲主張其無責任能力，應負舉證之

責。茲將我民法所認之無責任能力人列舉於左。舍此以外，皆有責任能力人。

(1) 無識別力之無行為能力人或限制能力人 即無行為能力人或限制能力人，於行為時無識別力者，無責任能力，其自己不負損害賠償之責任。(第一八七條一項後段)所謂無識別力者，乃無意思能力之義，即缺乏辨別是非利害之能力。倘行為當時，對於其行為已能為是非利害之判斷者，即為有識別力；是否能知其行為可生法律上之責任，則非所問。關於此點，非無反對之學說，(三二六)然我民法既非如日本民法第七一二條之有「辨識其行為之責任」之文句，自不能與日本民法取同一之解釋。反對說純從日儒鳩山秀夫及末弘嚴太郎之主張，實屬未當。(三二七)又能為是非利害之判斷，與已為此判斷不同。故行為人若能判斷，雖對其行為實際上未加判斷，仍不失為有識別力。

【三二六】戴修瓊氏債總第一七七頁謂：所謂識別力者，必須得辨別法律上應負何等責任。蔡天錫麟氏債總第七九頁，陳瑾昆氏債總第一〇三頁，亦為同一之主張。

【三二七】日本民法第七一二條規定：「未成年人加損害于他人之場合，不具足以辨識其行為之責任之知能時，就其行為不任賠償之責。」其國學者鳩山秀夫，(同氏日本債權法各論第八九七頁)末弘嚴太郎(同氏債權各論第一〇六三頁)遂解為須能辨識其行為之法律上責任。但橫田秀雄、磯道文、藝岡松參、太郎川名兼四郎等，則不贊成其說。

(2) 無意識或精神錯亂之有行為能力人 有行為能力人，精神之發育雖已健全，但亦有一時陷於無意識或錯亂之狀態者。此際因其無意思能力，故亦無責任能力。(第一八七條四項)不負損害賠償之責任。



惟所謂無意識者，乃指全無意思作用之精神狀態，非止無意思能力。故由嚴格而言，無意識中之動作，因欠缺意思，並不成爲行爲，祇可謂爲事件，既不具備侵權行爲之客觀的要件，即無規定其無責任能力之必要。第一八七條四項中之「無意識」一語，未免贅設。

上列無責任能力人，雖不法侵害他人之權利，而非侵權行爲；其自己不負民事責任，已如前述。但我民法爲圖當事人間經濟上公平起見，於被害人不得依法律規定向第三人請求賠償損害之時，許其聲請法院，斟酌行爲人與被害人之經濟狀況，令行爲人爲全部或一部之損害賠償。（第一八七條三項四項）此種規定，單純基於社會政策上之理由，非欲藉此以防止侵權行爲之發生，故不得認爲對於侵權行爲所加之制裁。即其侵權行爲，仍不成立；其行爲人不過因侵害權利之事實，而負損害賠償之義務而已。

（二）須有故意或過失 我民法就於侵權行爲，採過失主義；非行爲人有侵害權利之故意或過失，則侵權行爲不成立。故意及過失之意義，與就於第一部總論債之效力中所述者相同。惟債之效力中中之所謂過失，係指注意義務之違反。而茲所謂過失，則指單純之不注意，即因不注意而不預見其行爲可生某結果之義，至其是否不注意，則應就其行爲時之情況，以社會一般的觀念判斷之。又故意係結果之認識，而非違法之認識。故不知其行爲之爲違法，不得謂非故意。

### 第三節 例外侵權行爲

普通侵權行爲之成立，以侵害他人特定權利爲要件，已如前述。但我民法從德國民法，以他人之特定法益，

與一般財產，亦得為侵權行為之標的。惟此種行為，既非侵害權利，即與普通侵權行為不同。故余特稱之曰例外侵權行為，以示區別。

例外侵權行為，我民法所規定者，共有兩種。即侵害法益行為與侵害財產行為是也。分述之：

### 第一 侵害法益行為

侵害法益行為者，因故意或過失，不法侵害他人之特定法益，而使他人受損害之謂也。特定法益云者，由保護個人之法律所生之特定利益之義。蓋法律常有保護個人使其享受利益，而不賦與以權利者。如刑法第二六八條對於未註冊商標與商號之保護，第三一九條對於安全之保護，第三三三條對於秘密之保護皆是。此等法益，亦為人類生活上所必需，不亞於權利。故其被人侵害時，法律亦應予以救濟，此即我民法所以認特定法益得為侵權行為之標的也。（第一八四條二項）

侵害法益行為之標的，固為法律所保護之特定利益，但此特定利益，限於由保護個人之法律而生者。若僅由保護社會之法律之反射作用而受之利益，則不包含在內。例如刑法第一九七條至第一九九條，設有保護公眾交通之規定，個人因此獲得交通利便之實益是也，至何者為保護個人之法律？何者為保護社會之法律？應就各個法條具體的研究之。

侵害法益行為，除其標的為特定法益外，餘與普通侵權行為無異，故亦應具備客觀及主觀兩要件。從行為人非有侵害法益之故意或過失，即不負損害賠償之責任。但違反保護個人之法律者，通常均已預見或能預見

其可生侵害法益之結果；即常有侵害法益之故意或過失。且此種故意或過失之存在，極難證明，故我民法特明定違反保護他人之法律者，推定為有過失。以免除被害人舉證之責任。（第一八四條二項）（三二八）

【三二八】德民第八二三條二項規定：「違反以保護他人為目的之法律者，亦負同一之責任。從法律之內容，無過失得違反之之場合，只于有過失時，負賠償之責任。」不外減輕行為人之責任。而我民法第一八四條二項，則定「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」反加重行為人之責任。其立法理由何在？在學者之著書，尙無論及之者。本文所述，僅屬作者個人之臆斷，不敢自信為正當之見解。姑以此作為研究本問題之提議而已。

## 第二 侵害財產行為

侵害財產行為者，故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人之一般財產之謂也。（第一八四條一項後段）一般財產云者，對於特定財產而言；即指財產之全部。加損害於特定財產時，則為特定財產權之侵害，乃普通侵權行為。反之，加損害於一般財產時，則不得謂侵害特定權利，故為例外侵權行為。例如有人於獵戶以槍射擊樹上野鳥之際，故作狂叫，使鳥驚飛，致不命中；及指示迷途者，以迂遠之路徑，使其多費川資皆是。此等場合，被害人財產上所受之損害，與其權利被人侵害者，情形相同，故法律亦予以同一之保護。

侵害財產行為，既係侵權行為之一，當然亦須具備客觀主觀兩要件。但有特別之點：（一）其所侵害者，為一般財產，而非特定權利。（二）其侵害行為，只須違背善良風俗，不必違反法律。但其違背善良風俗之行為，同時違反法律時，自亦包含在內。如誣告他人使受訟累是。（三）行為人須有侵害財產之故意，若僅有過失，則

不負責任。

#### 第四節 消極侵權行爲

普通侵權行爲，常係以一定作爲，侵害他人之權利。但我民法對於因一定不作爲，致侵害他人之權利者，亦設多數特殊規定，使行爲人負損害賠償之責任。總稱之曰消極侵權行爲。此種侵權行爲，學者有稱之曰特種侵權行爲者。<sup>【三二九】</sup>然特種二字，義極廣泛，不足以表明此種侵權行爲之特徵。且依其所下之定義：特種侵權行爲者，乃侵害權利出於自己行爲以外事實之侵權行爲。<sup>【三三〇】</sup>既云侵害權利出於自己行爲以外之事實，足見其自己並無侵害權利之行爲，純係就於其他事實而負責任，即不得仍謂侵爲權行爲。則其說之不可採也明矣。余以爲此種侵權行爲之特質，在因自己之不作爲而侵害他人之權利。<sup>【三三一】</sup>故稱之曰消極侵權行爲。

【三二九】特種侵權行爲之名稱，爲日儒鳩山秀夫所創。（同氏日本債權法各論第八五一頁參照）我國學者多從之。戴修瓚氏債總第一八一頁，陳蓮昆氏債總第一〇九頁，蔡天錫麟氏債總第一〇一頁，周新民氏債總第一八八頁，李謨氏債總第七一頁參照。

【三三〇】戴修瓚氏債總第一八二頁參照。蔡天錫麟氏債總第一〇一頁，周新民氏債總第一八八頁，所下之定義，亦大同小異。

【三三一】日儒川名兼四郎債權要論第七一三頁，持同一之見解。

消極侵權行爲，我民法所規定者，計有四種：即（一）法定代理人之消極侵權行爲，（二）僱用人之消極侵權行爲，（三）動物占有人之消極侵權行爲，（四）工作物所有人之消極侵權行爲是也。分述之。

#### 第一 法定代理人之消極侵權行爲

法定代理人之消極侵權行為者，無行為能力人或限制行為能力人之法定代理人因對於無行為能力人或限制行為能力人，疏于監督，致其無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利，使他人受損害之謂也。在此情形，其無行為能力人或限制行為能力人，若無責任能力，應由法定代理人獨負損害賠償之責。若有責任能力，則其行為同時為無行為能力人或限制行為能力人之普通侵權行為，故應由法定代理人，與無行為能力人或限制行為能力人，連帶負損害賠償之責任。（第一八七條一項）

法定代理人消極侵權行為之成立，有四要件：即（一）須其無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人之權利，致使他人受損害。但以客觀不法侵害為足，其主觀有無責任能力與過失，可以不問。又其不法侵害不要為積極侵害，即消極侵害亦可。如對於其所占有之動物，不為相當之管束，致加損害于他人是。（第一九〇條一項參照）（二）無行為能力人或限制行為能力人之不法侵害，須因其法定代理人疏于監督而生；即其疏于監督，與不法侵害，要有因果關係。（三）其疏于監督，須基于故意或過失。（即疏懈）（四）其法定代理人于不法侵害當時，要有責任能力是也。但上述（二）（三）兩要件，法律推定其存在，被害人不負舉證責任；其法定代理人必須提出反證，證明其監督並未疏懈，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，方能免其損害賠償之責任。（第一八七條二項）

## 第二 僱用人之消極侵權行為

僱用人之消極侵權行為者，僱用人對於受僱人不為適當之選任或監督，致受僱人因執行職務，不法侵害

他人之權利，使他人受損害之謂也。在此情形，其僱用人應與其受僱人連帶負損害賠償之責。（第一八八條一項前段）所謂僱用人受僱人云者，由其文義言，似專指僱傭關係之當事人；但依此解釋，則本條適用範圍未免過狹，殊失立法之本意，故應解為，凡受他人選任監督為其辦理事務者，皆得謂之受僱人；他人即僱用人。其相互間之關係，為侵傭抑為委任或為其他之關係，均非所問。但承攬人不受定作人之監督，故無本條之適用；承攬人因執行承攬事務，不法侵害他人之權利時，定作人以于定作或指示有過失者為限，方負損害賠償之責任。（第一八九條）此際其賠償責任，既基于定作或指示行為而生，即非消極侵權行為。

僱用人消極侵權行為之成立，須具備五要件：即（一）須其受僱人已為侵權行為；即受僱人之行為，須具備普通侵權行為之要件。（二）受僱人之侵權行為，須因執行職務而為之。執行職務云者，辦理僱用人所交辦之事件，及為辦理上所必要之一切行為之謂。如汽車夫之駕駛汽車是。（三）受僱人之侵權行為，須因僱用人不為適當之選任及監督而生。（四）其不為適當之選任及監督，要基于故意或過失。（五）僱用人于受僱人為侵權行為之當時，有責任能力是也。但上述（三）（四）兩要件，法律推定其存在，被害人不負舉證之責任；僱用人必須提出反證，證明其于選任受僱人及監督其執行職務，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，方得免損害賠償之責任。（第一八八條一項但書）

僱用人具備上舉五要件時，應與受僱人連帶負責，已如前述。但此係就對外關係而言。由其內部相互關係而觀，則僱用人純受受僱人之牽累，故僱用人於已為賠償之後，得向受僱人行使求償權。（同條三項）又僱用

人已能提出反證，證明其已爲適當之選任與監督或其損害之發生與其不爲適當之選任與監督無因果關係時，其消極侵權行爲，雖不成立，但民法爲圖當事人經濟上公平起見，仍許被害人聲請法院斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人爲全部或一部之損害賠償。（同條二項）蓋非如是，則被害人只得專向受僱人請求賠償損害，而受僱人又多乏資力，無可清償，被害人之權利，不免有名無實故也。

### 第三 動物占有人之消極侵權行爲

動物占有人之消極侵權行爲者，動物占有對於動物不爲適當之管束，致其動物加損害于他人之謂也。此際其動物占有對於被害人，應負損害賠償之責。（第一九〇條一項前段）茲所謂動物者，法律不限定其種類；凡鳥獸、蟲類，無不包含在內。其加害之方法，不問其爲直接間接，但必須出于動物獨立之行動。若故意利用動物加損害于他人（如嗾犬噬人）則爲普通侵權行爲，而非本條之消極侵權行爲。若爲動物之獨立行動，縱由于人類或他動物之挑動（如以石投犬，犬怒而噬人）亦無不可。

動物占有之消極侵權行爲之成立，須具備四要件：即（一）須其所占有之動物，加損害于他人。（二）其動物之加害他人，須因占有不依動物之種類及性質爲適當之管束而生。（三）其不爲適當之管束，須基于故意或過失。（四）須其占有于動物加害他人之當時，有責任能力是也。但（二）（三）兩要件，法律推定其存在，被害人不負舉證之責；占有人必須提出反證，證明已依動物之種類及性質，爲相當注意之管束，或縱爲相當注意之管束，而仍不免發生損害者，方得免其損害賠償之責任。（第一九〇條一項但書）

動物占有人具備上述要件時，固應賠償被害人之損害；但其動物係由第三人或他動物之挑動，致加損害于他人時，其占有人對於該第三人或該他動物之占有人有求償權。（第一九〇條二項）

#### 第四 工作物所有人之消極侵權行為

工作物所有人之消極侵權行為者，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，其所有人事前不加防止之謂也。在此情形，其工作物所有人對於被害人，應負損害賠償之責。（第一九一條一項前段）土地上之工作物者，謂以土地為基礎，施以工作所成之物；如房屋、工場、溝渠、堤防、水井、電桿、地窖等皆是。設置或保管有欠缺云者，其工作物於設置之始，存有瑕疵，或其後發生瑕疵之謂。前者如材料不良，後者如久未修繕是。

工作物所有人之消極侵權行為之成立，須具備四要件：（一）須其土地上之工作物，因設置或保管欠缺，致損害他人之權利。倘其設置及保管並無欠缺，純因天災地變或其他類似之事由，致損害他人之權利，或縱無欠缺仍不免發生損害時，其侵權行為不成立。但其設置或保管之欠缺，只要為損害發生之共同原因，無須為其唯一之原因。（三三三）（二）其所有人事前不防止其損害之發生。（三）其不防止損害之發生，須基于故意或過失。（四）須其所有人，于工作物損害他人權利之當時，有責任能力是也。但（二）（三）兩要件法律推定其存在，被害人不負舉證之責；其所有人必須舉出反證，證明其於防止損害之發生，已盡相當之注意，方得免其損害賠償之責任。（第一九一條一項但書）



【三三二】例如甲之家屋，建築先不堅固，旋遇颶風倒塌，壓傷乙之足部。則建築不堅固，亦為乙受傷原因之一，故甲不得免其賠償責任。

工作物所有人，具備上述要件時，固應賠償被害人之損害；但其損害之發生，如別有應負責任之人（如建築承攬人）則其所有人對於該應負責者有求償權。（第一九一條二項）

#### 第五節 共同侵權行爲

##### 第一款 共同侵權行爲之意義

共同侵權行爲者，數人共同不法侵害他人權利之謂也。（第一八五條一項前段）例如數人共同毆傷一人，或共同毀損一物是。

共同侵權行爲之成立，須其行爲人，主觀方面，有責任能力及故意或過失；客觀方面，不法侵害他人之權利，致他人受損害；此與普通侵權行爲同。所異者，有多數行爲人，對於同一之權利，均加不法之侵害而已。若數人因故意或過失，對於同一之權利，均加不法之侵害，且其各個之侵害行爲，與被害人所受之損害，均有因果關係時，不問其各個行爲之態樣，是否相同，均成立共同侵權行爲。故一人之行爲出于故意，他人之行爲出于過失，又其各人之分担部分不同者（如甲對丙施脅迫乙取其財物）仍不失為共同侵權行爲。

共同侵權行爲之成立，除數人對於同一之權利，均加不法侵害外，其數人相互間，是否尙須有有意思之聯絡？從來有積極消極兩說。主張積極說者，謂共同侵權行爲之成立，須其行爲人有共同之意思。因在有共同意思時，各行爲人均利用他行爲人之行爲，以達其自己之目的，不啻已單獨爲其全部之行爲，故應負全部之責任。所謂共同意

思者，乃數行爲人就于侵害權利之結果有共同之認識之義，不以通謀爲必要。主張消極說者，謂數人同時侵害一個權利時，其各人之行爲，既與損害均有因果關係，即應對其結果負全部之責任，無須有共同之意思。我國學者戴修瓚、蔡天錫、麟周新民諸氏從積極說，陳瑾昆氏從消極說。〔三三三〕余謂我民法第一八五條之解釋，應採消極說。蓋依積極說時，則同條一項後段所規定之「不能知孰爲加害人」之情形，主觀既有共同之意思，即屬共同侵權行爲，已被包含于同項前段之內。無再設後段規定之必要。若如戴氏所主張，同項後段之情形，係指無共同意思者而言，（見戴氏債總第二一一頁）則無共同意思者，在不知其孰爲加害人時，既因其有特別規定，應負共同侵權行爲之責任。而在已知其全體均爲加害人之時，（如甲乙各放槍均中丙要害）斷無反不構成共同侵權行爲之理。（戴氏主張此非共同侵權行爲見其債總第二一一頁）此即余贊同消極說之重要理由也。但消極說只主張共同侵權行爲人無須有共同意思，非謂不可有共同意思。若有共同意思時，其成立侵權行爲，更無待論。且在有共同意思時，應認各行爲人已爲其全部之行爲，故一行爲人之侵爲行爲雖屬未遂，若他人既遂時，該行爲人亦應認爲既遂，不得免其責任。如甲乙通謀各別放槍射丙，甲中而乙不中是也。〔三三四〕

〔三三三〕戴氏債總第二〇八頁，蔡氏債總第九八頁，周氏債總第二一六頁，陳氏債總第一〇六頁參照。大理院判決五年上字第一〇一二號謂：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。其採積極說也無疑。

〔三三四〕在各行爲人有共同意思時，可稱「主觀的共同侵權行爲」。無共同意思時，可稱「客觀的共同侵權行爲」。在客觀的共同，須其各人之行爲，與損害之發生，均有因果關係，故一人之行爲未遂時，該行爲人即不負責任。反之，在主觀的共同，視爲各行爲人均已爲其全部之行

爲；故一人之行爲雖未遂，亦應對於他人之行爲負其責任。

### 第二款 共同侵權行爲之效力

共同侵權行爲之各行爲人，連帶負損害賠償之責任，（第一八五條一項前段）應適用關於連帶債務之規定。除對於被害人負全部責任外，其在內部相互之關係，則以平等之比例，分担義務。故其一行爲人已爲其負擔部分以外之賠償時，依第二百八十一條之規定，對於他之行爲人有求償權。

### 第三款 準共同侵權行爲

準共同侵權行爲者，數人無共同之意思，同時對於一個之權利，加不法之侵害，而不知其侵害行爲孰爲既遂者之謂也。例如甲乙同時放槍殺丙，不知其彈孰中是。此種行爲有二特徵：（一）其各行爲人須無共同之意思。否則應認其全體之行爲均屬既遂，乃真正共同侵權行爲，而非準共同侵權行爲。（二）其各行爲人之行爲，須不知孰爲既遂者，卽不知孰爲加害人。倘已知孰爲加害人，則應由加害人單獨負責，他之行爲人不負責任，亦非準共同侵權行爲。

準共同侵權行爲，我國學者有稱之曰共同危險行爲者。<sup>〔三三五〕</sup>然其侵害行爲中，有已生實害者，統稱之爲危險行爲，未免名不符實。余以其各行爲人之侵害行爲，與損害之間，非均有因果關係，實非共同侵權爲行，僅其性質與之類似，故稱之曰準共同侵權行爲。

〔三三五〕戴修瓚氏債總第二一一頁，蔡天錫麟氏債總第九九頁，周新民氏債總第二一七頁參照。

準共同侵權行爲之各行爲人，亦連帶負損害賠償之責。（第一八五條一項後段）蓋各行爲人既已實施侵害行爲，被害人又已受實害，在其加害人不明之時，自應推定其損害基於其一切侵害行爲而生，使其全體連帶負責。

#### 第四款 擬制的共同侵權行爲

共同侵權行爲之成立，須其各行爲人均實施侵害行爲。若僅教唆他人使之實施侵權行爲，或幫助其實施侵權行爲時，本非共同侵害權利。但民法視爲共同侵害權利，此即擬制的共同侵權行爲。（第一八五條二項）

教唆與幫助不同。教唆者，謂使他人發生侵權行爲之決意之行爲，民法稱其行爲人曰造意人。幫助者，謂爲侵害行爲以外之補助行爲，民法稱其行爲人曰幫助人。教唆及幫助之成立，以他人已爲侵權行爲爲必要。若他人未爲侵權行爲，或其所爲之行爲不構成侵權行爲時，無所謂教唆或幫助，即不得視爲共同侵權行爲。但其教唆或幫助自體，已具備侵權行爲之要件時，仍成立普通侵權行爲。如教唆無責任能力人爲侵權行爲之場合，即其一例。【三三六】

【三三六】此可稱間接侵權行爲，相當于刑法上之間接正犯。

造意人及幫助人，視爲同行爲人，應與侵權行爲人連帶負責。蓋二者對於損害之發生，均與以助力，較之共同實施侵權行爲者，究無大異故也。

#### 第六節 侵權行爲之效力

侵權行爲成立時，其加害人應負損害賠償之責任，是乃其唯一之效力。此種損害賠償，固應適用通則之規定，（第二一三條至第二一八條）但民法尙設少數特則，茲分述于左。

### 第一 損害賠償之權利人

損害賠償權利人，原則爲被害人自身。但在不法侵害他人致死之場合，第三人例外有請求賠償損害之權利。蓋此際其被害人既已死亡，不能請求賠償，其繼承人復不得繼承其請求損害賠償之權利。（第一九五條二項參照）應使其間接被害之第三人，得獨立請求賠償，以昭公允。茲所謂第三人，法律上亦有制限，計有三種：即（一）支出死者殯葬費用之人，（二）對於死者有法定扶養權利之人，（三）死者之父母子女及配偶是也。（第一九二條第一九四條）

### 第二 損害賠償之範圍

損害賠償之範圍，依其權利人之不同而有差異。即（一）第三人爲權利人之場合：（甲）對於支出殯葬費者，應賠償其已支出之費用。（乙）對於法定扶養權利人，應支付扶養費。（丙）對於死者之父母子女配偶，應賠償其所受非財產上之損害。（第一九二條第一九四條）若（一）第三人兼有上述三項之身分，得同時請求上述三種之損害賠償。（二）被害人爲權利人之場合：（甲）在不法侵害其身體、健康、名譽、或自由之時，應賠償其所受財產上與非財產上一切之損害。（第一九三條第一九五條一項）（乙）在不法侵害其財產權及其他權利之時，只須賠償其財產上之損害，不必賠償非財產上之損害。此點民法雖無明文規定，然依第一

九五條一項之反面解釋，得推知之。【三三七】

【三三七】旧民第七一〇條規定：「不問侵害他人之身體、自由、或名譽之場合，抑侵害財產權之場合，依前條之規定，任損害賠償之責者，對於財產以外之損害，亦要為賠償。」故其國判例學說，均謂因財產權被侵害之結果，受財產以外之損害時（例如因家寶被人毀損，精神上感覺苦痛）亦得請求賠償。（日本大審院明治四三年六月七日判決，末弘殿大耶債權各論第一一〇七頁參照）我民法第一九五條一項規定不同，不得取同一之解釋。

### 第三 損害賠償之方法

損害賠償之方法，除適用第二一三條至第二一五條之一般規定外，尚有左之特殊規定。

- （一）因不法侵害生命、身體、健康、名譽、自由、所生非財產上之損害，不問受此損害者之為被害人抑為第三人，均應以相當金額賠償之。此種金額，即第十八條二項所謂之慰撫金。其在不法侵害名譽時，其被害人除請求慰撫金外，並得請求為回復名譽之適當處分。如登報道歉之類。（第一九四條第一九五條一項）
- （二）不法侵害身體或健康，致被害人喪失或減少勞動能力，或增加生活上之需要（如因傷足出必乘車）者，法院得因當事人之聲請，使加害人支付定期金，並命其提出担保，以代一次賠償其總額。（第一九三條）
- （三）不法毀損他人之物者，應向被害人賠償其物因毀損所減少之價額。（第一九六條）
- （四）因不法侵害他人之自由（如脅迫詐欺之類）而取得債權者，應向被害人廢止其債權。如銷燬被害人所發行之票據之類是。（第一九八條）故其被害人有廢止請求權。此種權利，學者有解為第九二條之撤銷

權者，〔三三八〕然撤銷權乃形成權而非請求權；且第九三條所定撤銷權消滅之期間，乃除斥期間而非消滅時效；二者不能混而為一，應嚴格區別之。但此兩種權利，不妨併存耳。

〔三三八〕戴修瓚氏債總第二二九頁謂：第一九八條之廢止請求權，即第九二條之撤銷權；第一九八條之消滅時效，即第九三條所定之撤銷權行使期間。

#### 第四 損害賠償請求權之移轉性

因侵權行為所生之損害賠償請求權，不外債權之一種，原則均有移轉性，得為繼承及讓與之標的。但因不法侵害身體、健康、名譽、自由所生非財產上損害賠償請求權，以慰藉被害人自身之精神為目的，應由被害人自由行使之。故非其慰撫金請求權已依契約承諾或已起訴者，不得讓與或繼承。（第一九五條二項）

#### 第五 損害賠償請求權之消滅時效

因侵權行為所生之損害賠償請求權，民法為使其法律關係速歸終結起見，特設短期時效。即（一）其權利人已知其有損害及賠償義務人時，自知之時起二年間不行使而消滅。（二）其權利人不知其有損害，或雖知有損害，而不知賠償義務人時，自行為之時起十年間不行使而消滅。（第一九七條一項）

損害賠償請求權之消滅時效完成時，其被害人固不得請求加害人賠償損害；但其加害人已因侵權行為受有利益，致被害人受損害時，被害人於時效完成後，仍得依不當得利之規定，請求加害人返還其所受之利益。（第一九七條二項）又加害人因侵權行為對於被害人取得債權者，被害人廢止該債權之請求權，雖因時效

而消滅，仍得對於加害人拒絕履行。（第一九八條）蓋非如是，則明知被害人因他人侵權行為而負債務，仍強制其為給付，未免違反正義也。



# 附錄

## 一 民法債編施行法

十九年二月二十日公佈  
十九年五月五日施行

第一條 民法債編施行前，發生之債，除本施行法有特別規定外，不適用民法債編之規定。

第二條 民法債編施行前，依民法債編之規定，消滅時效業已完成，或其時效期間，尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起，一年內行使請求權。但自其時效完成後，至民法債編施行時，已逾民法債編所定時效期間二分之一者，不在此限。

第三條 前條之規定，於民法債編所定無時效性質之法定期間，準用之。

第四條 民法第二百零四條之規定，於民法債編施行前所約定之利率，逾百分之二十者，亦應適用之。

第五條 民法債編施行前發生之利息債務，於施行時尚未履行者，亦依民法債編之規定，定其數額。但施行時，未付利息之總額，已超過原本者，仍不得過一本一利。

第六條 民法第二百一十七條及第二百一十八條之規定，於民法債編施行前，負損害賠償義務者，亦適用之。

第七條 民法債編施行前發生之債務，至施行後不履行者，依民法債編之規定，負不履行之責任。

前項規定，於債權人拒絕受領及不能受領時，準用之。

第八條 民法第二百五十條至第二百五十三條之規定，於民法債編施行前，約定之違約金，亦適用之。

第九條 民法第三百零八條之公認證書，由債權人作成，聲請債務履行地之法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關，簽名蓋章。

第十條 民法第三百一十八條之規定，於民法債編施行前所負債務，亦適用之。

第十一條 民法債編施行前發生之債務，亦得依民法債編之規定為抵銷。

第十二條 民法債編施行前所定買回契約，定有期限者，依其期限。但其殘餘期限，自施行日起算，較民法第三百八十條所定期限為長者，應自施行日起，適用民法第三百八十條之規定。如買回契約未定期限者，自施行日起，不得逾五年。

第十三條 民法債編施行前所定之租賃契約，於施行後，其效力依民法債編之規定。

前項契約訂有期限者，依其期限。但其殘餘期限，自施行日起算，較民法第四百四十九條所規定之期限為長者，應自施行日起，適用民法第四百四十九條之規定。

第十四條 民法債編所定之拍賣，在拍賣法未公布施行前，得照市價變賣。但應有法院、公證人、警察官署、商會、或自治機關之證明。

第十五條 本民法債編施行之日施行。

## 二 民法債編立法原則

十八年六月五日中央政治會議議決

第一 基於債務關係，債權人有向債務人要求給付之權利。

給付不以有財產價格者爲限。  
不作爲亦得爲給付之標的。

第二 在中國境內支付之金錢債務，雖以外國通用貨幣定給付額者，債務人仍得按給付時給付地之市價，以中國通用貨幣給付之。但依其情形，或當事人意思，不得以外國通用貨幣給付者，不在此限。

第三 最高限之利率，定爲週年百分之二十。

法定利率，定爲週年百分之五。

預約以至清償期之利息，估本再生利息者，其預約無效。但債務人營銀錢業或儲蓄機關者，不在此限。  
利息遲付逾六個月，經債權人之催告而不償還者，其遲付之利息，得再生利息。

第四 損害之賠償，以行爲時當事人所預見者爲限。

第五 除因故意或重大過失所加之損害外，如所應負之損害賠償，對於加害人之生計有重大之影響時，法院得減輕其賠償金額。

第六 債權人行使權利，及債務人履行義務，應依誠實及信用方法行之。

第七 債務人因拒絕或怠於行使其權利時，債權人因保存債權，得以自己之名義，代行使其請求權。但專屬於債務人者，不在此限。

第八 債務人之行為，意圖有害於債權人之權利者，債權人得訴請撤銷之。

第九 合法占有他人之物，而就該物有債權者，於該債務未履行前，得留置該物。

第十 債務如可分割者，法院得斟酌債務人之境況，准其於相當期限內，分期給付。

第十一 因契約互負債務者，於他方未為給付前，得拒絕給付。

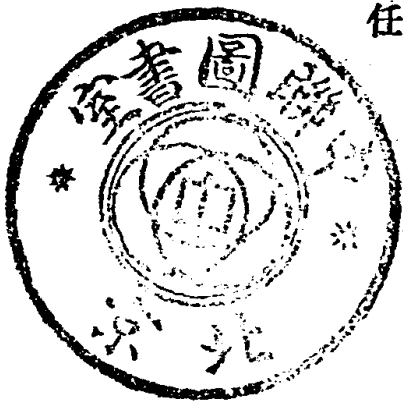
第十二 當事之一方，如不履行其債務時，相對人於特定情形，有要求強制執行，或解除契約之權。

第十三 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。

第十四 受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱主連帶負損害賠償責任。

被保護人不法侵害他人權利者，其保護人應連帶負賠償責任。

第十五 因物所生之損害，該物之占有人，應負賠償責任。



中華民國二十三年三月初版

(二一九四一)

中華債法論綱二冊

每部定價大洋



外埠酌加運費匯費

著者 柯 凌 漢

發行人 王 雲 五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

版權所  
翻印必究

(本書校對者滕秉全)

一五六六

