

大學叢書

中國商事法

下冊

劉朗泉著

商務印書館發行

大 學 叢 書
中 國 商 事 法

下 冊

劉 朗 泉 著

南 開 大 學 經 濟 研 究 叢 書
商 務 印 書 館 發 行

中華民國 二十六年 三月初版

會大學叢書 (教本) 中國商事法二冊

◆(35802.14)

上海實價新法幣二十元

* 版 權 所 有 *
* 翻 印 必 究 *

著 者 劉 朗 泉

發 行 人 王 雲 五

印 刷 所 商 務 印 書 館

發 行 所 商 務 印 書 館

上海及各埠

平

五二四六上

會 員 委 託 書 畫 大

中 國 商 事 法

李 書 華 著 馮 昌 著
李 金 著 馮 昌 著
李 西 水 著 吳 著
宋 濬 著 馮 昌 著
宋 濬 著 馮 昌 著
王 正 著 余 著
王 世 杰 著 李 金 著
丁 燮 林 著 李 書 華 著

大 學 叢 書

中 國 商 事 法

下 冊



大會叢書委員會

員 委

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

第五編 商事權義之擔保

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

第一章 物上擔保

第一節 總說

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

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

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

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

第二節 抵押

第一項 抵押權之意義

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

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

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

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

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

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

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

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

（註一）司法院（二十五年）院字第一五一四號解釋例有關於此點之釋明：「工廠中之機器生財，如與工廠同屬於一人，依民法第六十八條第一項之規定，自為工廠之從物。若以工廠設定抵押權，除有特別約定外，依同法第八百六十二條第一項規定，其抵押權效力當然及於機器生財。至抵押權之設定聲請登記時，雖未將機器生財一併註明，與抵押權所及之效力，不生影響。」

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

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

第二項 抵押權之取得

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

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

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

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

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

惟前北京政府曾有不動產登記條例之公布（民國十一年五月二十一日），且指定施行之區域，國民政府在十六年八月十二日對此條例亦曾通令暫准援用。則在指定之施行區域內，所有不動產權利之設定，保存，變更，移轉，限制，處分，或消滅，自應依該條例而為登記，不登記者，不得對抗第三人。（不動產登記條例三條一項及五條）然依該條例，應行登記之事項而不登記者，其效力僅止於不得對抗第三人，非謂其權利即不能存在。故依法律行為取得或設定其物權之人，即未經登記，仍取得其權利，不過不得以之對抗第三人而已。（參看司法院二十四年院字二一九號解釋例）但自各省市地政施行程序大綱於二十五年二月二十五日公布施行之後，此項條例已經失效，不動產登記原由法院辦理者，應即停止辦理，改歸省市地政機關辦理矣。（大綱二〇條）

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

第三項 抵押權之效力

抵押權設定後，處分前，有如次之效力：

(一) 抵押權不因其標的物上設定其他之權利及讓與而受影響：

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

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

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

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

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

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

(3) 抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保。(民法八七零條)

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

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

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

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

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

第四項 抵押權之實行

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（註 五）抵押權人就抵押物行使權利，抑或逕向債務人請求清償，仍有選擇之自由。抵押權人苟不欲行使抵押權，無由債務人強其行使之理。但債務人雖無要求抵押權人拍賣抵押物之權利，其自行變賣抵押物以供清償債務之權利則始終有之。（參看最高法院二十二年度上字二五七〇號判決）抵押權人對於所有人此項變賣或讓與其所有物，並無阻止之權。一故所有人苟因另欠債務，由其他債權人對於該抵押物權之標的物聲請執行，若與抵押權人應受優先清償之權利不生影響，則抵押權人即不得據以訴請阻止執行。」

（見最高法院二十二年上字二一一七號判例）

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

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

第五項 抵押權之消滅

抵押權得因次述原因之一而消滅：

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

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

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

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

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

(5) 混同 債權與其債務同歸於一人時，債之關係消滅。(民法三四四條)

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

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

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

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

（五）權利拋棄 抵押權人拋棄其抵押權者，其抵押權消滅。（民法七六四條）

（註六）債務之履行有需債權人受領之行為始能完成者，有不需債權人之受領行為即得完成者。於前者之情形，債權人對於已提出之給付，苟拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。債務人對其已提出之給付，得因此減輕責任。（民法二三四以下各條）

（註七）債務人將清償之標之物提存後，債權人固應擔負其物損毀滅失或落價之危險。惟所謂標之物者，自指當事人之約定者而言。如約定以現金給付為標之物，債務人強欲以業經落價之低幣或有價證券給付，而又不肯按市價折合現金者，則在債權人自得拒絕受領。雖經債務人將該低幣或有價證券提存，嗣後更行落價，亦非債務人延遲所致，自不能令其負擔由此所生之損失。（見最高法院十七年上字八三三號判例）又，提存法已於二十六年一月七日公布。依該法，提存所附設於地方法院。

第二節 質

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

第一項 動產質權

第一款 動產質權之意義

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

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

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

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

訂定者，不在此限。（民法八八七條）

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

第二款 動產質權之取得

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

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

受他人之追奪也。(民法九四八條九四九條參看)

第三款 動產質權之效力

動產質權設定後，實行前，對於質權人有如次之效力：

(一) 注意之義務 質權人對於為其所占有之質物，應以善良管理人之注意保管之。(民法八八八條)

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

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

(三) 轉質之權利 質權人得以自己之責任，將質物轉質於第三人。所謂以自己之責任者，舉凡質物因轉質所受之損失，不問其由於質權人，或第三人，或不可抗力之原因，對於出質人，均應負責之謂也。(民法八九一條)

法律此時對於質權人所以必令負擔較重之責任者，想當為限制不必要之轉質之故。故在質權人自己保管質物

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

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

第四款 動產質權之實行

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

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

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

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

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

101

第五款 動產質權之消滅

動產質權因次述原因之一而消滅：

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

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

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

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

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

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

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

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

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

第二項 權利質權

第一款 權利質權之意義

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

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

（二）權利質權之標之物須為可讓與之權利 私權中之財產權，如債權，商號權，商標權，專利權，著作權等，尚須屬於可讓與者，始得為質權之標之物。故如依債之性質，或依當事人之特約，不得讓與之債權，或禁止扣押之債權，皆不得設定質權。（註一一）

第二款 權利質權之取得

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

不同。茲依其標的物之權利之性質，分述如下：

(一) 以債權爲標的物者 以債權爲標的物之質權，其設定，在當事人（質權人及出質人）間，應以書面（註二）訂結設定質權之契約，如債權有證書者，並應交付其證書於質權人。在當事人與債務人間，則應將設定質權之事由通知之。（民法九〇四條九〇二條）

(二) 以有價證券爲標的物者 以有價證券爲標的物之質權，其設定，在當事人間，無須有書面之契約，其證券爲無記名者，因交付其證券而生設定之效力。其他之有價證券，則交付之外，並應於證券爲背書。（民法九〇八條）但在當事人與證券之債務人間，應有何種之方式，則我民法未有規定。吾人以爲此時應視有價證券之性質而定。有價證券有流通性，爲吾人稱爲流通證券者（註三）設定質權時，祇須當事人間交付其證券，或於證券爲背書後再交付其證券，即可發生設定質權之效力，當事人與證券之債務人間，無須何種之方式也。若有價證券無流通性者，則設定質權時，當事人並應將設定質權之事由通知證券之債務人，或向證券之債務人處登記，否則不得以其設定對抗之。（註四）

(三) 以其他之權利爲標的物者 以物權，債權，及有價證券以外之財產權爲標的物之質權，其設定應依關於其權利讓與之規定爲之。（民法九〇二條）換言之，其權利讓與時應依何種之方式者，設定質權時亦如之。（註五）但吾人須注意者，讓與權利與就其權利設定質權，雖可依同一之方式，然其效力則不相同。蓋讓與權利發生權利主體變更之效力，而設定質權僅使質權人在出質人之權利上創設一種新的物權，其標的物之權利仍屬

出質人之所有也。但出質人處分其權利之權，則因此而受限制。

第三款 權利質權之效力

權利質權設定後，實行前，有如次之效力：

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

(二) 對於質權人

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

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

第四款 權利質權之實行

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

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

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

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

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

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

（二）拍賣以外之方法 亦有多種：

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

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

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

第五款 權利質權之消滅

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

（一）所擔保之債權消滅 此當然可使質權不復存在。其詳參看前項所述。（民法八九六條）

（二）返還質權之標的物 此僅指其標的物爲有價證券者而言。（民法八九七條）

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

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

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

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

(註一) 不得讓與之債權，參看本書二〇九頁註一九。

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

(註三) 流通證券之意義見本書二二二頁。

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

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

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

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

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

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

第四節 留置

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

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

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

第一項 留置權之意義

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

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

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

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

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

第二項 留置權之取得

留置權之取得，須具備法定之取得要件及有效要件。茲分述如下：

(一) 取得要件

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

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

之工廠，因修理關係所生之債權，未受清償時，得留置其所修理之車輛是也。此修理中之車輛與因修理關係所生之債權，有牽連之關係。（民法九二八條二款）但商人與商人間之債務關係，則不必依此規定，其因營業關係而占有之動產及因營業關係所生之債權，不問是否有真正之牽連關係，皆視為有牽連關係。（民法九二九條）即非商人間之債務關係，苟依法律特別之規定，亦可以視為有牽連關係。例如旅店飲食店之主人，就客人住宿飲食或墊款所生之債權，對於客人所攜帶之行李及其他物品，雖無牽連之關係，亦可視為有牽連之關係。蓋旅店飲食店之主人於其債權未受清償前，有依法律規定留置客人所帶之行李及其他物品之權也。（民法六一三條）

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

（二）有效要件

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

火機件，不得因修理費用未受清償而留置之是。

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

(註二) 民法九四〇條：「對於物有事實上管領之力者，爲占有人。」

(註三) 侵權行爲之意義，參看本書一八四頁註七。

第三項 留置權之效力

留置權之效力可分留置及實行二項述之。

(一) 留置

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

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

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

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

(二) 實行

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

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

第四項 留置權之消滅

留置權因下列原因之一而消滅：

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

消滅債權之原因，已見前述，(註二三)茲不復贅。

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

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

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

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

六二條)

(五) 權利拋棄 債權人拋棄其留置權者，其留置權消滅。(民法七六四條)

(註二三) 債權消滅之原因參看本書三二九及三三〇頁。

第二章 對人擔保

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

第一節 保證之意義

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

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

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

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

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

第二節 保證之範圍

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

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

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

爲重者，應縮減至主債務之限度。」（民法七四一條）

第三節 保證之效力

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

（一）保證人與債權人間之關係

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

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

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

（4）有下列情形之一者，保證人得拒絕清償：

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

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

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

(A) 保證人拋棄檢索抗辯權者，自不能拒絕清償。

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

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

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

(5) 有下列情形之一者，保證人之責任消滅：

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

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

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

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

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

(二) 保證人與主債務人間之關係

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

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

證責任之除去。(民法七五〇條)茲列舉各款情形如次:

(甲) 主債務人之財產顯形減少者。

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

(丙) 主債務人履行債務遲延者。

(丁) 債權人依確定判決,得令保證人清償者。

(註) 一) 中斷時效云者,謂消滅時效期間進行中,因有與消滅時效要素相反之事實發生,而使已進行之時效期間全歸無效之謂也。消滅時效

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

第四節 共同保證連帶保證及信用委任

以上所述乃就一般之保證而言。以下再就三種特種保證,述其特殊之效力如次:

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

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

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

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

第六編 有關商事之契約

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

第一章 買賣

第一節 買賣之意義

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

(一) 買賣者，契約也。買賣由二個相對應之意思表示互相一致而成立，故爲契約。然契約之種類（註一）甚多，買賣果爲何種性質之契約乎？

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

又有對價的關係，故爲雙務契約。

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

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

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

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

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

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

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

(註 一)關於契約之種類，參看本書一八八至一九〇頁。

(註 二)現時交付之買賣與定期交付之買賣甚易區別，但定期買賣與買空賣空則甚難區別。定期買賣爲法律之所許，而買空賣空則因其有賭博之意味，除在交易所內爲之之外，不能有效。前大理院七年上字五三七號判例，謂「買空賣空與賭博同科」。則以買空賣空爲標的之契約，自屬無效。現行民法七一一條，「法律行爲違反強制或禁止之規定者，無效。」交易所法五三條，「在交易所以外，照交易所之市價，專計盈虧，空盤買賣者，處一年以下之徒刑或三千元以下罰金。」可見買空賣空不但爲無效之契約，且當事人或因此須受刑事之制裁焉。

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

第二節 買賣之成立

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

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

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

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

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

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

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

第三節 買賣之效力

第一項 對於出賣人之效力

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

第一款 財產權移轉之義務

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

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

(一) 物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。(民法三四八條一項)

(二) 權利之出賣人，負使買受人取得其權利之義務；如因其權利而得占有一定之物者，並負交付其物之義務。(同條二項)

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

第二款 瑕疵担保之義務

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

出賣人之瑕疵担保義務視其標的物爲權利抑爲物而稍有不同，茲分述如下。

第一目 權利

(一) 擔保之事項 出賣人對於其所移轉之權利，應擔保下列二事項：

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

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

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

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

第二目 物

(一) 擔保之事項 出賣人對於其所移轉之物，應擔保下列二事項：

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

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

(二) 免責之原因 出賣人雖有上述之瑕疵擔保義務，得因有下列之原因而免責：

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

(2) 買受人於契約成立時，知其物有滅失或減少其價值或效用之瑕疵者，(即三五四條一項所稱之瑕疵) 出賣人不負擔保之責。又買受人因重大過失而不知有此項瑕疵者，出賣人如未保證其無瑕疵時，亦不負擔保之責。但故意不告知其瑕疵者，不在此限。(民法三五五條)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

限內不解除契約者，喪失其解除權。（民法三六一條）

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

（註五）主物從物之意義參看本書二八頁。

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

第二項 對於買受人之效力

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

第一款 支付價金之義務

關於買受人支付價金之義務，法律有如下之規定：

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

法三六八條)

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

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

第二款 受領標的物之義務

關於買受人受領標的物之義務，法律亦有規定：

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

(二) 買受人在遲延中，出賣人對於標的物僅就故意或重大過失，負其責任。(參看民法二二七條) 其標的物爲不動產者，於買受人遲延後，出賣人得拋棄其占有。(參看民法二四一條一項)

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

第三項 標的物危險及買賣費用之負擔

第一款 標的物危險之負擔

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

(一) 買賣標的物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限。(民法三三七條)

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

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

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

第二款 買賣費用之負擔

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

(一) 買賣契約之費用，由當事人雙方平均負擔。

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

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

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

第四節 買回之意義及效力

第一項 買回之意義

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

妥切也。(民法三七九條一項)(註七)

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

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

(註七)主張買回為再買賣之契約者，其再買賣契約乃附停止條件之契約，以買回人之買回表示為停止條件。所謂停止條件 (Condition precedent) 即限制法律行為發生效力之條件。附停止條件之法律行為成立時尚不發生效力，必待其條件完成始發生效力。條件不完成則永不發生效力。買回人於一定期限內表示買回之意思時，停止條件即為完成，再買賣之契約亦即發生效力。

主張買回為原買賣契約解除權之行使者，其原買賣契約成立當時即附有特約，許原出賣人保留買回之權利。此所保留之權利即買回權，亦即約定解除權之一種。(吾人前在契約章內曾述契約解除權之行使有由於法定之原因者，有由於約定之原因者，法定解除權之行使可參看本書二二一頁。)

由原出賣人行使買回之解除權而使原買賣契約歸於消滅，與因解除條件之完成而使原買賣契約歸於消滅，實有不同。解除條件 (Condition subsequent) 適與停止條件相反，乃限制法律行為效力之消滅之條件。條件不完成，法律行為之效力永不消滅。條件完成，則已發生效力之法律行為歸於消滅。吾人所以不認原出賣人之買回表示為解除條件者，乃因條件係事實，而原出賣人之買回表示乃權利之行使，故以解除權之說說明之為是。

第二項 買回之效力

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

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

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

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

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

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

(二) 原買受人之義務 原買受人之義務，經法律規定者有二：

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

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

第二章 特種買賣

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

第一節 試驗買賣

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

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

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

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

限，而於出買人所定之相當期限內，未爲承認之表示者，亦同。（民法三八六條）

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

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

第二節 貨樣買賣

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

第三節 分期付款之買賣

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

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

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

第四節 拍賣

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

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

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

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

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

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

第三章 互易

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

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

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

第四章 交互計算

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

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

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

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

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

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

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

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

（七）交互計算之終止 交互計算之契約，雙方當事人若未於結約時訂定其存在之期限者，得任由一方隨時終止之。（民法四〇三條）

契約終止後，應即截止交易而為計算，並算定差額而支付之。

第五章 租賃

第一節 租賃之意義

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

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

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

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

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

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

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

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

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

第二節 租賃之效力

第一項 對於出租人之效力

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

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

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

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

(1) 禁止扣押之物，不得留置之。

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

四四五條)

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

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

(註二) 依最高法院二十二年上字九十六號判例，不動產之出租人就租賃契約所生之債權，對於承租人所置於不動產之物，若行使留置權者，僅以「現實存在之債權」為限。所謂「現實存在之債權」，乃係指其債權發生之後確能對承租人主張者而言，若其債權誠然發生，但承租人有其他理由足使出租人不能對其主張者，則其債權尚不能謂有「現實之存在」。例如承租人曾交有鉅額之押租者，及後應付之租金雖不屆期交付，出租人不能行使留置權，何則？因其所交付之押租尚足為所欠租金之担保也。

第二項 對於承租人之效力

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

法四三九條）預先支付之租金，未到期而租賃契約終止者，得請求返還。（民法四四四條）

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

情事而不爲反對之表示；(3)應償還之費用以其現存之增價額爲限。

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

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

第三項 對於第三人之效力

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

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

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

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

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

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

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

（註）

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

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

此項條理相合，自可認為有法之效力。」

第四項 特別消滅時效及除斥期間之規定

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

第三節 租賃之終止

第一項 一般的終止

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

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

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

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

第二項 特別的終止

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

第六章 借貸

第一節 使用借貸

第一項 使用借貸之意義

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

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

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

第二項 使用借貸之效力

第一款 對於借用人之效力

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

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

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

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

第二款 對於貸與人之效力

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

第三款 特別消滅時效及除斥期間之規定

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

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

第三項 使用借貸之終止

使用借貸契約之終止，亦有一般的及特別的兩種終止，茲分述如下：

(一) 一般的終止

- (1) 契約定有期限者 契約定有期限者，期限屆滿時，其契約終止。
- (2) 契約未定期限者 契約未定期限者，其終止應依下列之規定：

(甲) 應於依借貸之目的使用完畢時，終止之，同時即由借用人返還借用物。

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

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

(二) 特別的終止

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

- (1) 貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者。
- (2) 借用人違反約定之方法，或依物之性質而定之方法，使用借用物；或未經貸與人同意，允許第三人使用者。
- (3) 因借用人怠於注意，致借用物毀損，或有毀損之虞者。
- (4) 借用人死亡者。（以上見民法四七二條）

第二節 消費借貸

第一項 消費借貸之意義

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

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

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

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

第二項 消費借貸之效力

第一款 對於借用人之效力

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

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

(2) 利率

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

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

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

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

(B) 商業上對於複利另有習慣者，從其習慣。

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

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

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

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

值，返還貸與人。（民法四七六條二項）

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

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

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

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

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

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

第二款 對於貸與人之效力

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

（1）契約約定有利息或其他報償者，貸與人應負如次之瑕疵擔保義務：

(甲) 借用物有瑕疵時，貸與人應另易以無瑕疵之物。

(乙) 借用人因借用物之瑕疵而致損害者，應負損害賠償之責。

(2) 契約為無報償者，貸與人負瑕疵担保義務。但貸與人故意不告知其瑕疵者，借用人得請求損害賠償。(以上見民法四七六條)

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

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

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

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

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

票據金額支付利息及其利率。利率未經載明時，定爲年利六厘。」

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

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

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

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

第三項 消費借貸之終止

消費借貸契約之終止，法律祇有關於一般的終止之規定。其規定如下：

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

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

第七章 僱傭

第一節 僱傭之意義

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

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

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

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

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

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

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

第二節 僱傭之效力

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

（二）報酬之給付 僱用人有受領勞務之權利，即有給付報酬之義務。即未曾約定給付報酬，而依情形非受報酬即不服勞務者，視爲允與報酬，報酬額未約定者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按照習慣給付。（民法四八三條）至於給付之期限，法律亦有規定：有約定之期限，固應依其期限給付之。無約定之期限，依習慣。無約定亦無習慣者，依下列之規定：（1）報酬分期計算者，應於每期屆滿時給付之。（2）報酬非分期計算者，應于

勞務完結時給付之。(民法四八六條)

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

第三節 僱傭契約之移轉

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

(註二)關於債權之讓與及債務之承擔，參看本書二〇七至二一〇頁。

第四節 僱傭契約之終止

僱傭契約之終止，依左列之規定：

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

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

當事人一方之過失而生者。他方得向其請求損害賠償。(民法四八九條)

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

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

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

第八章 承攬

第一節 承攬之意義

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

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

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

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

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

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

第二節 承攬之效力

第一項 對於承攬人之效力

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

四條)

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

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

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

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

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

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

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

第二項 對於定作人之效力

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

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

即不爲完成其工作者，視爲允與報酬。（民法四九一條一項）

（一）報酬之數額 有未約定及已約定之二種情形：

（甲）未約定報酬額者 報酬額未約定者，按照價目表所定給付之。無價目表者，按照習慣給付。（民法四九一條二項）

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

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

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

第三項 危險責任之負擔

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

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

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

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

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

(註一) 危險責任之意義，參看本書三七一至三七一頁。

第三節 承攬之終止

承攬契約之終止，有下述四種形態：

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

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

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

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

第四節 特別消滅時效及除斥期間之規定

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

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

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

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

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

第九章 委任

第一節 委任之意義

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

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

（二）委任者，諾成且不要式之契約也。委任契約因雙方當事人之合意而成立，故為諾成契約。又其契約成立時，不以履行一定之方式為要件，故為不要式之契約。委任契約之成立與處理權之授與應為二事。委任契約之成立，不必要式，但其處理權之授與則得為要式之行為。例如委任契約之內容係為委任人處理法律行為時，而該法律行為依法應以文字為之者，其處理權之授與亦應以文字為之。但其基本法律關係之委任契約，則不必以要式行為訂立之。（民法五三一條）

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

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

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

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

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

商法二七四條：「商人於營業範圍內爲他人爲某種行爲者，得請求相當之報酬。」

法國民法於一九八六條之規定與日本民法六四八條相同。

(註) 一) 委託爲民事訴訟之代理行爲者，稱曰訴訟委任。委託爲刑事訴訟之辯護行爲者，稱曰選任辯護。

第二節 處理權之授與

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

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

文字爲之」之規定，可以推想而知。

(三) 處理權之範圍，依以下之所述定之：

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

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

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

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

第三節 委任之效力

第一項 對於受任人之效力

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

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

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

(三)收益之交付 受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人。受任人以自己之名義，爲委任人取得之權利，應移轉於委任人。受任人苟爲自己之利益，使用應交付於委任人之金錢，或使用應爲委任人利益而使用之金錢者，應自使用之日起，支付利息；如有損害，並應賠償。(民法五四一條五四二條)

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

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

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

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

（註三）關於注意及過失之等級及意義，參看本書三三七頁註八。

第二項 對於委任人之效力

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

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

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

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

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

第四節 復委任之許可

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

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

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

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

反對之意思時，應無適用之餘地也。

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

(三) 復委任之效力 可分二項述之：

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

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

第五節 委任之終止

委任契約之終止，可分意定終止及法定終止之二種。分述如下：

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

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

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

第十章 居間

第一節 居間之意義

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

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

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

第二節 居間之效力

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

立該約能力之人，不得爲其媒介。（民法五六七條）

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

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

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

侵權行爲負損害賠償責任，同時因居間契約所得之利益並予剝奪，蓋居間人既已背信，應不得再向委託人請求報酬及償還費用也。（民法五七一一條）

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

第三節 隱名居間

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

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

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

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

第十一章 行紀

第一節 行紀之意義

行紀又稱牙行，乃以自己之名義，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。
(民法五七六條)分析言之：

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

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

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

第二節 行紀當事人間之關係

行紀當事人間之關係，可分以下二項述之：

(一) 行紀人與交易相對人間之關係

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

(二) 行紀人與委託人間之關係

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

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

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

自己之利益爲同一之處置。(民法五八四條)

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

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

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

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

利。(民法五八六條)

第十二章 寄託

第一節 寄託之意義

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

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

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

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

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

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

第二節 寄託之效力

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

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

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

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

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

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

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

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

（八）寄託物之返還 關於寄託物之返還，法律有如次之規定：

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

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

(乙) 未經約定期限者 此又有二種情形：

(A) 契約未定返還期限者，受寄人得隨時返還寄託物。

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

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

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

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

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

第三節 旅店飲食店浴室主人之特別責任

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

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

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

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

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

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

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

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

（註一）此點可參看本書三四七頁。

第十三章 倉庫

第一節 倉庫之意義

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

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

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

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

（註一）參看丁振一君著堆棧業經營概論二十三以次各頁（商務出版）

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

第二節 倉庫營業人之意義

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

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

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

第三節 倉庫契約之意義

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

倉庫契約應為有償契約，此本於倉庫係一種營業之性質，當然為應有之解釋。倉庫營業人雖得受報酬，為某特定之寄託人堆藏物品，然因此而發生之契約關係，應不能與一般之倉庫契約同視。蓋本章所述倉庫營業人之權利義務，乃先假定其係以倉庫事業為營利之人，從而定其應享之權利及應負之義務。若倉庫營業人以無償契約為人堆藏物品者，其權利固有不同，其義務亦應減輕為是。故吾人以為無償之倉庫契約，應準用無償寄託之規定，而不能作為一般之倉庫契約也。

第四節 倉單之意義

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

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

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

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

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

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

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

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

(註五)關於有價證券，參看本書

頁。

(註六)關於流通證券，參看本書二二一頁。

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

(註八)就有價證券設定質權，可參看本書三三九頁。

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

第五節 倉庫契約之效力

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

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

(三)貨物之檢點 倉庫營業人，因寄託人或倉單持有人之請求，應許其檢點寄託物，或摘取樣本。(民法六二〇條)

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

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

（五）貨物之移去 寄託於倉庫之貨物，關於其移去，法律有如次之規定：

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

（二）倉庫營業人爲移去之請求者 此可分二種情形：

（甲）約定有保管期間者 契約定有保管期間者，倉庫營業人於期間屆滿前，不得請求移去寄託物。
（乙）未約定保管期間者 契約未定有保管期間者，自爲保管時起經過六個月，倉庫營業人得隨時請求移去寄託物。但應於一個月前通知寄託人。（以上兩項見民法六一九條）

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

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

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

(註一〇)

(註一〇)關於留置權及牽連關係，參看本書三四七頁。

第六節 倉庫契約之移轉

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

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

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

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

附錄 我國近代式之倉庫單據

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

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

我國近代式堆棧業所發行之單據，大體可分為五種：

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

上海中國銀行棧單注意欄內第四。

「此棧單如欲過戶，須經本棧註冊，並將棧單後頁批註：經經理或副經理或襄理簽字後，方生效力。」
天津金城銀行貨棧棧單注意欄內第十三：

「遇以本棧棧單押借款項時，應由承做押款者與貨主署名蓋章，以書面會同通知本棧註冊，於未接此項通知時，本棧仍得憑棧單准貨主出貨。」

又第十四：

「遇讓與移轉時，應由貨主及讓受人雙方在棧單背面簽名蓋章，註明讓與字樣，檢同棧單送交本棧查核註冊，方為有效。」

以上兩例，不過略示我國近代化之堆棧中，僅金融堆棧一部分所填發之棧單過戶或抵押時之規定。

上海市銀行業兼營倉庫業務各銀行為謀統一各行所發倉庫單據之效力，會合訂上海市銀行業倉庫營業規則，以資遵守。其第十五條：

「倉單如有過戶轉讓或抵押情事，非經寄託人背書，及倉庫負責人員在倉單批註并正式簽名，不生效力。」

(2) 存棧單 (landing account 略為 L/A) 乃對於入棧貨物，依寄託人之請求而發行之一種存棧證據也。存棧單大抵皆由碼頭堆棧對於進口貨物而發行者。貨主請求發行存棧單時，堆棧方面當檢查該貨物有無損傷障礙，及有無銀行關係，然後於存棧單上記載進口該貨船名，船提單號碼，棧租，膠頭，件數，貨名，摘要等，由堆棧主任及會計或買辦簽字後，即交付貨主，同時並交付貨主一貨物出棧時所用之提貨單簿，由貨主提出簽名印鑑，

以便貨主提貨時，祇須簽字或蓋印於此提貨單，即得自由提出貨物之一部或全部。但如該項貨物有對銀行押款關係，則其提貨單必須經銀行簽字，始得提貨。

存棧單制度為我國之一種特殊制度，恰與銀行之活期存款相似，存棧單宛如一種活期存款契約書，提貨單宛如支票。上海習慣。用提貨單提貨時，不必連同存棧單同時交閱，僅憑提貨單即得自由提取，並不將貨物之出棧數及結存數一一記明於存棧單。故貨主已將貨物提空，仍得發行提貨單，容易發生詐欺糾葛，實為此制一大缺點。然如每次提貨，必皆交閱存棧單，則不但失却提貨單之作用，存棧單制度亦失其存在之理由矣。

存棧單既有以上之缺點，故祇應有債權的效力，不應有物權的效力。事實上各銀行亦決不對存棧單做抵押放款，因堆棧既不對持單人負無條件交付貨物之責，行使質權之人或受讓存棧單之人應有所顧慮也。

(3) 提貨單 (delivery order) 乃存棧單上貨物之託存者，對於堆棧要求將其貨物之一部或全部出棧時所用之通知單也。堆存貨物如全部一次轉讓或提出時，祇須簽字於存棧單背面即可，但如欲將貨物分為數次或十數次出售時，必一一用存棧單，未免手續太繁，有礙商業之便捷，於是上海商業習慣，皆用提貨單自由提取貨物，陸續售出，以期便利。

提貨單，依上海習慣，於其背面簽字，即可買賣或抵押託存貨物，手續固甚簡單，但危險殊甚。蓋依背面簽字而讓受提貨單，法律上之效力，僅有要求提交貨物之權，至貨物之存在確實與否，非至堆棧問明後不得而知也。數年前曾有某國人將貨物提空後，濫發提貨單出售，並將所收受之遠期莊票貼現後逃避。最近又有某外商將提貨單

載明之件數及其他條款改竄騙取貨物。蓋提貨單之形式過於簡單，又僅憑提貨單即可提取貨物，而又無法律上之限制，以故弊端百出也。民法倉庫一節內容過簡，且對於倉庫營業人之責任少有規定，殊覺遺憾。單行之倉庫業法於此當可稍為補救，甚盼能早日頒布也。

(4) 棧房收條 (godown receipt) 乃載明貨物已經進棧，將來可憑此收條提取貨物之證據也。上海發行棧房收條者，僅為國人經營之少數堆棧，及外人經營之堆棧，聘有買辦者。普通外人經營之碼頭堆棧，皆發行存棧單及下述之小提單。棧房收條普通載明持據人可憑此收條提取貨物，頗具轉讓流通性質，在商業習慣上，國人間輾轉流通，與貨物之轉讓銷售有同樣之結果。凡持有收條者即得向堆棧提取貨物，至該持收條者是否正當權利者，堆棧並無調查之義務，不過如認該持收據人非真實權利者時，亦得拒絕其提貨，持收條者亦無法律上之根據以對抗之也。故棧房收條如供抵押或買賣時，受押者或買受者以調用自己戶名為要。

然棧房收條亦有作為臨時收條而發行者，又有稱臨時棧單者，如浙江興業銀行貨棧所發行之臨時棧單是。此種收條乃臨時性質，多規定於幾日內（上海中國銀行為五日）調換正式棧單，逾期作廢字樣者。又有明白載明不許抵押及讓渡者，如興業銀行堆棧是。

(5) 輪船公司發行之小提單 (delivery order) 小提單之英文名雖與提貨單同，但其性質迥異。此乃輪船公司對於進棧貨物與船提單調換而發行之單據，不啻為一變相之船提單。蓋船提單乃隨貨物之運輸而來，非隨貨物之保管而來。進口貨物苟已入棧，則船提單對於貨物已喪失其效力，蓋船提單當以在船上交貨為原則也。

故進口手續辦理後，貨物保管於輪船公司所屬堆棧或有關係之碼頭堆棧時，輪船公司大概皆將船提單收回，另對貨主發行通知堆棧交付託存進口貨物之一種通知單，此即所謂小提單也。此種小提單普通多對進口貨物發行，對出口貨物發行者甚少。小提單之發行，約有以下數種。

(甲) 貨物已卸，須辦報關手續，而船提單尚未寄到時，貨主得依銀行之保證，請輪船公司發行小提單，提出海關。此時小提單內註明，悉照原船提單之條件及摘要辦理。船提單寄到後，貨主即提交輪船公司，而銀行之保證責任即可解除。此外尚有專為報關手續，經銀行保證後，即發行小提單而使之報關者。此時小提單之承受人，非託存者之貨主，而以保證銀行為原則。前者謂之貨物領取保證，後者謂之單純報關保證。

(乙) 如有數人共同輸入貨物時，進口手續完了後，對於各自所有之部份，須請求發行小提單以分配之。蓋以共同購買大宗貨物，於買進價格上，運費上，報關費，上下力，及其他各種用費，均可較為有利也。

(丙) 出口貨物在未辦出口手續以前，暫時進棧時，亦有發行小提單之必要。以及後出口時與輪船公司發行之船提單相調換，其手續適與進口時相反。

(丁) 此外依貨主之要求，亦有發行小提單以代替船提單或存棧單者。

小提單以記名為原則，亦有以指示式或來人式發行者，與提貨單不同。惟發行者為輪船公司，關於貨物之實在存在，毫無疑義，且有船提單變形之性質，實質上亦可代表存棧貨物，故依背面簽字轉讓或抵押，頗得商人之信用。蓋上海碼頭堆棧，大概為輪船公司所兼管，即獨立之碼頭堆棧，亦皆與輪船公司有密切之關係，故輪船公司所

發行之小提單，實際上乃輪船公司將所運送之貨物，保管於自己之堆棧，至是以小提單通知交付於貨主耳。

第十四章 運送

第一節 運送營業之意義

運送營業者，運送物品或旅客之營業也。分析言之：

(一) 運送營業者，運送人所經營之營業也。運送人，依民法六二二條之定義，乃以運送物品或旅客為營業，而受運費之人。運送人既以運送物品或旅客為營業，故與偶而為運送以得報酬之人，非以此為常業者有別。又運送人既獨立營業而受運費，與受人僱用，聽人指揮，僅以供給勞務，博取工資為目的者，亦自有別。運送人實為承攬人之一種，承攬人乃泛指為人完成一定工作而得報酬之人，運送人則專指為人完成運送物品或旅客之工作之人。

(二) 運送營業者，限於運送物品或旅客之營業也。運送營業，自廣義言之，本不以運送物品或旅客為限，即如通信之運送，亦應在內。惟我國以通信運送為國營事業之一種，由國家特設郵局經辦其事，非人民所能經營者，故本章所述，僅以物品運送與旅客運送二種為限。

(三) 運送營業者，因取道海陸之不同，而法律之規定亦遂相異之營業也。運送之方法有海陸之不同，因此法律之規定亦隨之而異。我國以海上運送規定於海商法中，民法債編中所規定者，遂限於陸上之運送。本書於

海上運送，既另於海上運送一章中述及，本章所述者，遂限於民法債編中關於陸上運送之規定。惟同為陸上運送，運送之方法亦至差歧。就運送工具而言，舟（註一）車之外，復有架擔。就運送動力而言，人畜油電蒸汽之力，至不一致。法律對之，既無所限制，則苟能達轉運之目的者，雖係人力架擔，仍無礙其為運送營業也。晚近空中交通漸趨發達，物品以航空機運送者，雖尙少觀，而飛機運送郵件旅客之事，則已習見不鮮。關於空中運送，將來定有單行法規以爲規定，目前惟有適用一般之陸上運送而已。

（註一）按海商法所稱船舶，限於在海上航行，及在與海相通，能供海船行駛之水上航行之船舶。則在不與海相通，不能供海船行駛之水上航行之船舶，自不適用海商法之規定。凡以此項船舶爲運送者，惟有依陸上運送之規定。即在海上或與海相通之水上航行之船舶，苟其總噸數不及二十噸，或容量不及二百擔者，或以櫓權爲主要之運輸方法者，亦概不適用海商法之規定，如以之爲運送時，亦惟有依陸上運送之規定。（海商法一二兩條參看）凡此可見所謂海上運送及陸上運送，非依運送工具之爲舟爲車而定也。

第二節 物品運送

第一項 運送契約

運送人自與託運人間，有關於運送之合意時，契約即爲成立，無待運送物之交付，亦無須作成書面之約據也。故運送契約原則上乃諾成且不要式之契約。雖後述有託運人因運送人之請求，應填給託運單；運送人因託運人之請求，應填發提單等規定，皆係運送契約成立後所生之效果，非契約成立之要件也。

第二項 運送人之權利義務

(一) 提單之填發 運送人因託運人之請求，應填發提單。提單應由運送人簽名，其上應記載之事項，除

(1) 託運人之姓名及住址，(2) 運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、個數及記號，(3) 目的地，(4) 受貨人之名號及住址等四項外，尚有下列兩事項：(5) 運費之數額，及其支付人爲託運人或爲受貨人之載明，(6) 提單之填發地，及填發之年月日。(民法六二五條)

提單與託運單不同，託運單僅爲普通之證據方法，提單則有較強之證據力。因自提單填發後，運送人與提單持有人間，關於運送事項，概須依其提單上之記載也。(民法六二七條)

故如託運單上所記載者，或契約上所記載者，與提單之記載苟有出入，必以提單上之記載爲準。提單除其本身爲運送契約之證據方法外，並爲受貨人提取貨物時必須提示及返還於運送人之必要文件。(民法六三〇條)

受貨人憑此提單遂有請求運送人交付貨物之權，此卽所謂提單之債權的效力。不但此也，提單亦如倉單，於此種債權的效力之外，並有物權的效力。因交付提單於有受領物品權利之人時，其交付就物品所有權移轉之關係，與物品之交付，有同一之效力也。(民法六二九條)

惟提單是否有價證券中之流通證券，則不無疑問。查民法六二八條雖規定，提單縱爲記名式，仍得以背書移轉於他人，除非提單有禁止背書之記載，始不得以背書移轉於他人，似提單之移轉，除依背書而外，別無其他手續，不若倉單之移轉，除須貨物所有人在倉單上爲背書外，並須經倉庫營業人之簽名，宜可認作流通證券矣。惟流通證券之特質，依吾人在票據一章中之所述，除其移轉方式一點外，並須就其移轉之效力，對於受讓人之權利能否優於讓與人一點，加以考察，始能決定。今民法上關於提單之規定，對於此點，並無明文，故尙難卽認其爲流通證券也。

(二) 運送中應有之注意 運送人應將託運物品於約定期間內運送之。無約定者，依習慣。無約定亦無習慣者，應顧及各該運送之特殊情形，於相當期間內運送之。(民法六三二條) 運送之時，自必尙須依照託運人之指示，除非有急迫之情事，並可推定託運人若知有此情事亦允許變更其指示者，不得變更託運人之指示。(民法六三三條) 運送人對於運送物，如遇足以妨礙或遲延運送，或危害運送物安全之情形，爲保護運送物所有人之利益，應爲必要之注意及處置。否則對於因此所致之損害，應負責任。(民法六四一條)

(三) 損害賠償之責任 設不幸運送物竟遭喪失，毀損，或遲到，運送人應負責任。除非能證明運送物之喪失，毀損，或遲到，係因不可抗力，或因運送物之性質，或因託運人或受貨人之過失而致者，運送人始不負責任。(民法六三四條) 然如運送物係因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損時，運送人如於接收該物時不爲保留者，仍應負責任。(民法六三五條) 但金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品，除託運人於託運時報明其性質及價值者外，運送人關於其喪失或毀損，原則上並不負任何責任。(民法六三九條一項) 運送人應負責賠償之責者，其損害賠償額應依其應交付時目的地之價值計算之。(民法六三八條一項) 惟因遲到之損害賠償額，則不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額。(民法六四〇條) 運送人應負之責任，並不以自己之過失爲限，即其僱用人或其所委託爲運送之人，有過失而致運送物之喪失，毀損，或遲到者，運送人亦應負責。(民法六三六條) 若係數運送人相繼爲運送者，除非能證明應各別負責者外，原則上應連帶負責。(民法六三七條) 以上因運送物之喪失，損害，或遲延而生之賠償請求權，自運送終了，或應終了之時起，二年間不行使而消滅。(民法六二三條)

(四) 運送後應有之注意 運送人於運送物達到目的地時，應即通知受貨人。(民法六四三條) 受貨人所在不明或拒絕受領運送物時，運送人應通知託運人，並請求其指示。如託運人之指示，事實上不能實行，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。若運送物有不能寄存於倉庫之情形，或有腐壞之性質，或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，運送人得拍賣之。運送人爲此項處置時，在可能範圍內，並應通知託運人及受貨人。(民法六五〇條) 此項規定，於受領權之歸屬有訴訟，致交付遲延者，適用之。(民法六五一條)

(五) 免責記載之無效 以上運送人之義務履行與否，關係託運人之利益甚大。故法律對於運送人在交與託運人之提單，或其他文件上，所爲免除或限制責任之記載，不使任意發生效力。除非能證明託運人對於其責任之免除或限制明示同意外，此項記載不生效力。(民法六四九條)

(六) 責任之消滅 運送人之責任，自受貨人受領運送物並支付運費及其他費用而不爲保留時起，歸於消滅。此爲一般之原則。然如運送物內部有喪失或毀損而不易發見者，受貨人於受領運送物後，尙有十日之期限，倘於十日內將其喪失或毀損通知於運送人時，運送人仍須負責。此項規定，亦爲保障運送人之利益而設，不使其長期負責，故若運送人對於運送物之喪失或毀損，竟以詐術隱蔽，或因其故意或重大過失所致者，不能適用前二項規定，以圖早日免責也。(民法六四八條)

(七) 運費之受領 無過失之運送人在原則上固有受領運費之權利，然如運送物於運送中，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。（民法六四五條）至於由數運送人相繼為運送者，如於受領運費及其他費用前交付運送物，僅最後之運送人得向受貨人請求運費及其他費用。此最後之運送人對於其所有前運送人應得之運費及其他費用，負其責任。（民法六四六條）

（八）留置權之取得 運送人為保全其運費及其他費用得受清償之必要，按其比例，對於運送物，有留置權。（民法六四七條一項）因實行留置權或因運送物之性質不適於寄存倉庫，而將運送物拍賣者，運送人得就其拍賣代價中，扣留拍賣費用，運費及其他費用。但餘額應交付於應得之人，如應得之人所在不明者，應為其利益提存之。（民法六五二條）

第三項 託運人之權利義務

（一）託運單之填給 託運人因運送人之請求，應填給託運單。託運單上應記載下列事項，並由託運人簽名：（1）託運人之姓名及住址，（2）運送物之種類、品質、數量，及其包皮之種類、個數，及記號，（3）目的地，（4）受貨人之名號及住址，（5）託運單之填給地，及填給之年月日。（民法六二四條）託運單在法律上之效力，除可用作證據方法，證明當事人間確有運送契約之成立外，別無其他效力可言。且因託運單之填給在運送契約成立之後，尤非契約成立之要件也。

（二）運送上必要文件之交付 運送上及關於稅捐警察所必要之文件，託運人對於運送人應為交付，並應為必要之說明。（民法六二六條）

(三) 運送物性質之告知 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。怠於告知者，對於因此所致之損害，應負賠償之責。(民法六三一條)

第三節 旅客運送

旅客運送，嚴格言之，不僅運送旅客之人身而已，旅客所攜帶之行李，亦在應為運送之列。故運送人應就此兩方面有其權利與義務。

(一) 旅客 運送人對於旅客所有之主要權利義務，自為受領運費及將旅客運至目的地，此外似無何種關係。然因旅客在運送中，既以生命身體之安全，委之運送人，若不使運送人更負相當注意之義務，亦非保持社會安全之道。故法律規定旅客若因運送所受之傷害，及運送之遲延，運送人均應負責。但其傷害係因不可抗力，或因旅客之過失所致者，則此時運送人縱為相當之注意，亦屬無用，應不使其負責任。(民法六五四條)

(二) 行李 旅客攜帶行李，於一定限度內，通常雖不另納運費，然運送人對之仍須負擔相當之義務，如就行李可以行使權利者，亦可行使相當之權利，故除以下所述者外，運送人對於行李之權利義務，可以適用關於物品運送之規定。(民法六五七條) 運送人對於旅客之行李所負義務之例，如法律規定：其行李係及時交付於運送人者，應於旅客達到時返還之。(民法六五五條) 此項行李如在運送中喪失、毀損，或遲到者，運送人之應負責任，固不待言。(參看，民法六三四條) 即旅客所未交託之行李，如因運送人自己或其僱用人之過失，致有損失或毀損者，亦應負責。(民法六五八條) 但旅客於達到後六個月內不取回其行李者，運送人此時有拍賣之權。若

其行李有易於腐壞之性質者，運送人且得於達到後經過四十八小時拍賣之，惟拍賣所得之代價，除扣除拍賣費用，運費及其他費用，仍應將其餘額交付於應得之人，或爲之提存耳。（民法六五六條）

運送人無論對於旅客或其行李，皆不許任意減免其自己應負之義務。若於交與旅客之票，收據，或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載者，除證明旅客對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力。（民法第六五九條）

第十五章 承攬運送

第一節 承攬運送之意義

承攬運送者，謂以承攬運送人自己之名義，為他人之計算，使運送人運送物品，而受報酬之營業也。（民法六六〇條一項）承攬運送人係以自己之名義，代委託運送人向運送人直接訂立運送契約，故非委託運送人之代理人或代辦商。又因承攬運送人與運送人之間，係以自己為訂結契約之主體，而非為委託運送人作訂約之媒介，故與居間人亦不同。就其以自己之名義為他人之計算一點而言，承攬運送人之地位實與經紀人相彷彿。所異者，經紀人係代他人為動產之買賣或其他商業上之交易，而承攬運送人則以代他人使運送人運送其物品耳。故法律規定：承攬運送，除本節有規定外，準用關於經紀之規定。（民法六六〇條二項）

第二節 承攬運送人之權利義務

承攬運送人在性質上，雖與經紀人相彷彿，而不類於運送人；在其應享之權利及應負之義務上，則與運送人相去不遠。民法六六一條規定：承攬運送人對於運送物品之喪失、毀損，或遲到，應負責任；但能證明其於物品之接收、保管、運送人之選定，在目的地之交付，及其他與運送有關之事項，未怠於注意者，不在此限。又如民法六三二條關於運送物因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損之規定，民法六三九條關於金錢、有價證券、珠寶，或其他貴重物

品之規定，民法六三八條及六四〇條關於損害賠償額之規定，皆於承攬運送人適用之。（民法六六五條）

承攬運送人之權利在取得報酬，殆與行紀人相同。惟自民法六六二條之規定觀之，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，對於運送物，有留置權；又自委託運送人於訂立契約時，應將對於人或財產有致損害之虞之運送物之性質告知承攬運送人，否則對於因此所致之損害，應負賠償之責之規定觀之，承攬運送人之權利與運送人又無稍異也。（民法六六五條及六三一條參看）

承攬運送人與運送人之差別，本僅在直接爲運送與間接爲運送之一點。故承攬運送人若欲自行運送物品，除契約另有訂定外，自應聽之。惟此時承攬運送人之權利義務，須與運送人相同耳。（民法六六三條）又法律規定：承攬運送人若就運送全部約定價額，或填發提單於委託人，此時承攬運送人無異自爲運送人，應視爲承攬人自己運送，不得另行請求承攬之報酬。（民法六六四條）

對於承攬運送人，凡因運送之喪失、毀損，或遲到，所生之損害賠償請求權，自運送物交付或應交付之時起，二年間不行使而消滅。（民法六六六條）此點亦與對於一般運送人之規定相同。

第十六章 海上運送

第一節 海上運送之特質

海上運送又稱海運，其與陸運不同之處，舉其要者而言之，有次述之三點：

(一) 運送工具之不同 海運之工具限爲船舶，而陸運則舟車架担木排竹筏，初無限制。可供海運之船舶，雖無構造上之定型可言，然因法律之限制，固非泛指一切能在水上航行之船舶而言者。依海商法一條：「本法稱船舶者，謂在海上航行，及在與海相通，能供海船行駛之水上航行之船舶。」則即在水上航行，而其水非與海相通之船舶，應非海商法所稱之船舶。又依同法二條：「左列船舶，除船舶碰撞外，不適用本法之規定：(1) 總噸數不及二十噸，或容量不及二百担之船舶；(2) 專用於公務之船舶；(3) 以櫓櫂爲主要運轉方法之船舶。」則即使能在海上航行，或與海相通之水上航行之船舶，苟有上述三種情形之一者，仍不足以供海上運送。何則？以關於海上運送之種種，乃海商法中所規定者，今以海商法第二條限制以外之船舶供運送，既不能適用海商法，其所爲運送，應不能以海上運送目之也。

(二) 運送途徑之不同 海上運送必須取道於海，或與海相通之水上。此觀於前引海商法第一條條文自明。故在非與海相通之水上而爲運送，因不能適用海商法之故，殊難謂爲海上運送。

(三) 適用法律之不同 海上運送，謂其所爲運送能適用海商法中關於運送契約之規定者也。故即使確在海上運送，然因其所供運送之船舶與海商法第二條之規定不合，不能適用海商法之故，仍非所謂海上運送。海商法中關於運送契約之規定，僅爲本書第十四章所述一般運送之特別規定，依不適用特別法時仍適用普通法之原則，則凡不能適用海商法之海上運送，自可適用民法關於一般運送之規定也。

第二節 貨物運送

第一項 運送契約

(一) 運送契約之種類 屬於海上運送之貨物運送契約，依我海商法七〇條之規定，分爲兩種：一曰搭載契約，即以件貨之運送爲目的者，故又稱件貨契約。二曰傭船契約，即以船舶之全部或一部供運送爲目的者。搭載契約與傭船契約性質上本無不同，然因其運費之計算，一則依貨物之重量、容積、個數等爲標準，一則依所傭船艙之大小及期間之長短而定，不無差異耳。

(二) 運送契約之成立 在搭載契約，因其契約係諾成且不要式之契約，故運送人與託運人間，自有關於運送之合意時，契約即爲成立，無待運送物之交付，亦無須作成書面之約據。但在傭船契約，則雖亦爲諾成契約，然非不要式之契約。因海商法七一條規定，「以船舶之全部或一部供運送爲目的之運送契約，應以書面爲之。」可見在書面約據未作成前，雖有合意，尙不能發生效力也。傭船契約之約據上，並應載明下列事項：(1) 當事人之姓名住所，(2) 船舶名稱、國籍及噸數，(註一) (3) 運送貨物之種類及其概數，(4) 運送之預定期限，(5)

運費（同法七二條）

（三）運送契約對於第三人之效力 運送契約為債權契約，本無對於第三人之效力。然法律為保護託運人計，於傭船契約，特使之有對於第三人之效力。此即海商法七三條所規定：「以船舶之全部或一部供運送之契約，不因船舶所有權之移轉而受影響。」換言之，託運人對於讓受船舶之新所有人，亦得主張其與前手間所訂運送契約之效力也。此與前述租賃契約之出租人，於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約對於受讓人，仍繼續存在，殆無二致也。（註二）

（四）運送契約之解除 運送契約既經成立，不應輕易解除。即欲解除，亦必依法律上之規定。據我海商法，僅於下述兩種情形，許託運人解除契約：

（一）有法定原因者 運送人所供給之船舶，如有瑕疵，不能達運送契約之目的時，託運人得解除契約。（七四條）所謂瑕疵，有如其船舶無安全航海之能力等是。解除契約時，託運人無須支付運費。惟解除契約是否須在發航前為之，則無明文規定。

（二）無法定原因者 無法定原因而欲解除契約者，須其運送契約非按時或為數次繼續航海所訂立者。（七七條）蓋按時航海之船舶，其發航既有定期，應不使託運人任意解除契約，致於航期有礙。又數次繼續航海之契約，則因解除契約後，權利義務之清算殊多困難，亦以不令任意解除為便。此外託運人雖得任意解除契約，然

亦須前為之，且必支

卸載 乙運費。其情形又有二種：

定。

「以船舶以船舶之全部供運送者，於卸載貨物通知受貨人。一如運人已裝載積

貨之其之一部，並應負擔裝卸之費用。（七五條）

（乙）以船舶之一部供運送時，託運人於發航前，非支付其運費之全部，不得解除契約。如託運人已裝載貨物之全部或一部者，並應負擔裝卸費用，及賠償加於其他積貨之損害。但如該次航海之各託運人皆為契約之解除者，則無異以全部之船舶供單一託運人貨物之運送而為其解除契約，各託運人因此祇須支付運費三分之一，而無須支付運費之全部。（七六條）託運人即因解除契約應付全部運費時，仍得扣除運送人因此減省費用之全部，及另裝貨物所得運費四分之三，以期公平。（九六條）

（註）（一）船舶雖無人格而有國籍，雖非不動產而須適用不動產登記之制度，此其特點也。我海商法第五條曾規定，船舶非經登記，領有國籍證書，不得航行。至其國籍之取得，我海商法第三條亦有明文：「左列船舶為中國船舶：（1）中國官署所有者；（2）中國人民所有者；（3）依照中國法律所設立，在中國有本店之左列各公司所有者：（甲）無限公司，其股東全體為中國人者；（乙）兩合公司或股份有限公司，其無限責任股東全體為中國人者；（丙）股份有限公司，其董事三分之二以上為中國人並其資本三分之二以上為中國人所有者。」

（註）（二）參看本書三九〇頁及民法四二五條。

第二項 運送人船舶所有人船長之權利義務

（一）載貨證券之發給 按海上運送之載貨證券相當於陸上運送之提單，亦有債權的與物權的兩種效力，亦得以背書移轉於他人。民法關於提單之規定，海商法均準用之於載貨證券。（海商法八九條）惟提單乃運

送人所填發，而載貨證券則由船長於貨物裝載後，因託運人之請求而發給耳。（同法八五條）載貨證券應載明下列各款事項，由船長簽名：（1）船舶名稱及國籍，（2）託運人之姓名住所，（3）貨物之種類、品質、數量，及其包皮之種類、個數，及記號，（4）裝載港及目的港，（5）運費，（6）載貨證券之份數，（7）填發之年、月、日。（八六條）載貨證券發給後，其發給人對於依載貨證券所記載應為之行爲，均應負責。（海商法二〇〇條一項）

（二）貨物之裝卸

（1）關於裝卸之期間 貨物之裝卸期間，在件貨契約，因情形簡單，固可無待法律爲設規定。然在傭船契約，則其裝卸期間應如何計算，頗有詳細規定之必要。下列二條，即所以達此目的者也。海商法八三條曰：

「以船舶之全部或一部供運送者，其裝載期間，以託運人接到船舶準備裝貨通知之翌日起算。卸載期間，以受貨人按照契約應開始卸貨時之翌日起算。無約定時，裝卸期間及其起算，從各地之習慣。

前項裝卸期間，休假日不算入。

裝載或卸載超過裝卸期間者，運送人得按其超過之日期，請求相當損害賠償。

前項超過裝卸期間，休假日亦算入之。」

又同法八四條曰：

「裝卸期間，僅遇裝卸不可能之日，始不算入。超過裝卸期間，雖遇有不可抗力時，亦算入之。」

（2）關於貨物之卸載 海商法關於貨物之卸載，亦有如次之規定：

「以船舶之全部或一部供運送者，於卸載貨物之準備完成時，船長應即通知受貨人。件貨之運送，受貨人應依船長之指示，即將貨物卸載。」（八一條）

（3）關於貨物之交付 貨物運到後，應交付受貨人，此固不待煩言。然載貨證券當發給時既有數份之多，則交貨時，是否均須收回，又若爲二人以上所持有時，是否均有請求之權，均有明文規定之必要。又受貨人不爲受領時，船長應如何處置運到之貨物，亦須規定。海商法因有次述之三條。八七條：

「載貨證券有數份者，在貨物目的港請求交付貨物之人，縱僅持有載貨證券一份，船長不得拒絕交付。不在貨物目的港時，船長非接受載貨證券之全數，不得爲貨物之交付。」

二人以上之載貨證券持有人請求交付貨物時，船長應即將貨物提存，（註三）並通知曾爲請求之各持有人。船長已依第一項之規定交付貨物之一部後，他持有人請求交付貨物者，對於其賸餘之部分，亦同。」

又八八條：

「載貨證券之持有人有二人以上者，其中一人先於他持有人受貨物之交付時，他持有人之載貨證券失其效力。」

載貨證券之持有人有二人以上，而船長尙未交付貨物者，其持有先受發送或交付之證券者，得先於他持有人行使其權利。」

又八二條：

「受貨人怠於受領貨物時，船長得將貨物提存，並通知受貨人。
受貨人不明，或受貨人拒絕受領貨物時，船長應提存貨物，並通知託運人。」

(4) 關於禁運偷運之貨物及有危險性質貨物之處置。運送人對於禁運及偷運貨物之運送，應拒絕之。其貨物之性質足以毀損船舶或危害海員或旅客之健康者，亦應拒絕之。運送人違反此項規定者，對於因此所生之損害負賠償責任。(海商法九一條) 然此乃就裝載前之情形而言。苟貨物已經裝載，或船舶業已發航，係在航海中發見者，則法律另有規定。海商法九二條：

「船長發見未經報明之貨物，得在裝載港將其起陸，或使支付同一航程同種貨物應付最高額之運費。如有損害，並得請求賠償。」

前項貨物，在航海中發見時，如係違禁物，或其性質足以發生損害者，船長得投棄之。」

(三) 安全航海能力之担保。船舶所有人應担保船舶於發航時，有安全航海之能力，(the warranty of

sea worthiness) 所謂安全航海之能力，指其船舶於發航時，有堅固之結構，充分之設備，以及妥善之船員及其配

置。苟於此數者中有所欠缺，以致貨物受損者，船舶所有人應負其責。惟安全航海之能力是否具備，純然屬於事實問題。因今世造船術日新月異，航業家之競爭亦愈烈，船舶在建造上，設備上，日有革新。昔年認為具有充分安全航海能力之船舶，今或認為不足。認定之時，惟有就當時當地，同種類，同航程，同用途之船舶中，定其標準。苟某種新設備已為衆所採用，成為習慣 (established usage)，而獨未見於某特定之船舶者，則其所有人應負欠缺安全航海

能力之責任，應無可疑矣。

(四) 損害滅失責任之負擔 貨物在運送中所遭受之損害或滅失，船舶所有人運送人並非當然須負其責者。其應負責者，以損害或滅失之發生，係由可歸責於自己或其代理人之事由所致者為限，此外船舶所有人運送人原則上不負任何責任。惟船舶所有人主張不應負責者，應負舉證之責耳。(海商法九七條) 然此乃就經其承運之正當貨物而言，苟其貨物未經船長或運送人之同意即裝載者，或於載貨證券故意虛報其性質或價值，船舶所有人或運送人，對於其貨物之滅失或損害，根本不負責任。(九八、九九兩條) 至各連續運送人之責任如何，我海商法亦有規定，蓋僅對於其自己航程中所生之滅失損害及遲到，負其責任，與民法上規定原則上應連帶負責者，殊有不同。(民法六三七條參看) 惟載貨證券之發給人，對於貨物之各連續運送人之行為，應負責證之責耳。(海商法一〇〇條二項)

(註 三) 提存後，船長對於運送物毀損滅失之危險，即可不予負擔，而改由受貨人負擔。受貨人自得向提存所隨時受取提存物。受貨人於提存後十年間不行使其權利，其受領提存物之權利因時效而消滅，其提存物屬於國庫。此觀於民法三二六以次各條關於提存之規定自明。關於提存之其他事項，參看二十六年一月七日公布之提存法。依該法，提存所附設於地方法院；提存物之保管事務，則由指定之銀行、信託局、商會、倉庫營業人等處理之。(二條及四條)

第三項 託運人之權利義務

(一) 船舶之使用 船舶既係以供運送之用，其使用方法本有一定。故在件貨搭載契約，法律對之無規定

之必要。惟在以船舶之全部於一定時期內供運送之契約，則恐如無規定，託運人對於船舶之使用，或有不當之干涉，故海商法於七八條，乃有「託運人僅得以約定或以船舶之性質而定之方法，使爲運送」之明文，亦防微杜漸之意也。

(二) 運費之負擔 關於運費之負擔，海商法有一般的及特別的兩種規定。一般的規定適用於一切運送貨物之契約，特別的規定僅適用於傭船契約。茲分述如下：

(1) 一般的規定 運送人爲託運人運送貨物，託運人有負擔運費之義務，乃屬當然。然此係就其運送之到達目的地別無糾葛者而言。若船舶發航後，因不可抗力，或其他原因，而生事故時，則託運人非當然須負擔約定之運費，其情形如下：

(甲) 雖因不可抗力不能到達目的地，但船長已將原裝貨物運回者。此時縱其船舶約定爲去航及歸航之運送，託運人僅負擔去航運費。(九三條)

(乙) 船舶在航海中遭難，或不能航海，而貨物仍由船長設法運到目的地者。此時如其運費較低於約定之運費，託運人減支兩運費差額之半數。如新運費等於約定之運費，託運人可不負擔任何費用。如新運費較高於約定之運費，其增高額，由託運人負擔之。(九五條)

(丙) 船舶在航海中因不可抗力而受損害，以致運送物喪失者，運送人不得請求運費，其因運送而已受領之數額，應返還之。此雖未爲海商法所規定，然可準用民法六四五條之規定也。

(丁) 船舶在航海中因海上事故而須修繕者，是其船舶既未到達目的地，將來是否能達到目的地尚未判明，應尚不生運費負擔之問題。然此時如託運人欲提取貨物者，應付全部運費。(九四條)

(2) 特別的規定 關於傭船契約之託運人所負運費之義務，海商法另有如次之特別規定：

(甲) 以船舶之全部或一部供運送者，其託運人所裝載之貨物不及約定之數量時，仍應負擔全部運費。但應扣除船舶因此所減省費用之全部，及因另裝貨物所取得運費四分之一。(八〇條)

(乙) 以船舶之全部於一定時期內供運送者，其託運人僅就船舶可使用之期間內負擔運費。但因航海事變所生之停止，仍應繼續負擔運費。惟船舶之停止，係因船舶所有人或其代理人之行爲或因船舶之狀態所致者，託運人不負擔運費。如有損害，並得請求賠償。若船舶行縱不明時，託運人以得最後消息之日爲止，負擔運費之全部，並自最後消息以迄於該次航海通常所需之期間應完成之日，負擔運費之半數。(七九條)

(三) 共同海損之分担 共同海損 (general average sacrifices and expenses) 者，謂在海難中，船長爲避免船舶及積貨之共同危險所爲處分，而直接發生之損害及費用也。(海商法一二九條) (註四) 船長所爲之處分中，有爲積貨之投棄者，有爲避難港之逃入者，情形不一而足。共同海損發生後，應由各利害關係人分担之，其分担之方法，據海商法一三五條之規定，乃以所存留之船舶，積貨之價格，及運費之半額，與共同海損之損害額爲比例分担之。例如船舶之價值爲一百萬元，積貨全部之價格爲五十萬元，運費之總數爲二萬元，今因共同海損，以價值十萬元之積貨投棄海中，則此十萬元之損失，各利害關係人應分担之額如下：

1,000,000元	船舶之價值
500,000元	積貨之總值
10,000元	運費之半額
1,510,000元	應負擔海損之總額

(1) 船舶之海損分擔額爲：

$$\frac{100,000 \times 1,000,000}{1,510,000} = \text{約} 66,225 \text{元}$$

(2) 積貨全部之海損分擔額爲：

$$\frac{100,000 \times 500,000}{1,510,000} = \text{約} 33,113 \text{元}$$

(3) 運費半額之海損分擔額爲：

$$\frac{100,000 \times 10,000}{1,510,000} = \text{約} 662 \text{元}$$

惟被投棄之十萬元積貨，其自身亦應負擔共同海損之損失，故應與被保存之積貨比例分擔由(2)式所得之數額。

(4) 被投棄積貨之海損分擔額爲：

$$\frac{33,113 \times 100,000}{500,000} = \text{約} 6,623 \text{元}$$

(5) 被保存積貨之海損分担額爲：

$$\frac{33,113 \times 400,000}{500,000} = \text{約} 26,490 \text{元}$$

被保存積貨之所有人，應依(5)式所得之數額，比例或單獨担任其分担額。船長對於未清償分担額之貨物所有人，得留置其貨物，但提供担保者，不在此限。(海商法一四一條)(註五)

(註四)因共同海損而投棄積貨，以求船身之減輕，爲航海中最所常見者。然被投棄之積貨所有人不應獨負損失，凡有利害關係人，均應分担。此項原則，今世各國人民之從事海商者，無不奉行。所謂「危難時爲公眾而犧牲者，應由公眾補償之」幾成萬國之鐵律。(That what is in time of danger given or sacrificed for the sake of all shall be replaced by the contribution of all.)

(註五)按共同海損既已發生，不問有無可以歸責之人，被保存貨物之所有人，對於被損失者，固須依法担任其分担額；但對於應負海損責任之人，則即使其因海損而受損失，並無爲之分担損失之義務。例如海損之發生可歸責於被投棄貨物之所有人者，被保存貨物之所有人，即可不必爲之分担損失。又如共同海損之結果，船舶受有重傷者，苟能證明其損失係因船舶欠缺安全航海之能力所致者，貨物所有人即可不必爲船舶所有人分担損失。但同時一部分之積貨亦遭損失者，則被保存貨物之所有人對於被損失之貨物所有人，仍須分担其損失。此項原則雖未爲我海商法所明文規定，但外國學者及外國之法律中不無承認之也。(E. W. Congdon: "To give the right to claim for general average contribution there must be: (1) An imminent or impending physical peril common to vessel and cargo. (2) A voluntary sacrifice or reasonable extraordinary expenditure to avert such peril. (3) A successful result. (4) An absence of fault on the part of those claiming contribution." General Average P. 10)

第三節 旅客運送

(一) 法律之準用 旅客運送與貨物運送性質上雖有不同之處，大體仍相彷彿。故法律規定除本節另有規定外，準用關於貨物運送之規定。(海商法一〇一條) 蓋避免重複之意也。

(二) 目的地之送到 旅客自與運送人訂立運送契約後，每自運送人受有船票。船票類似貨物運送之載貨證券。惟載貨證券乃受貨人於貨物運到後憑之以受領貨物者，而船票則為旅客隨身攜帶，用以證明其契約上之權利者。旅客在契約上主要之權利，即為將其運送至目的地。故船長有依船票所載，運送旅客至目的地之義務。(海商法一〇三條一項) 途中船舶即因不可抗力，不能繼續航海時，船長亦應設法將旅客運送至目的地。(同法一〇八條) 惟船舶在途中既有不能繼續航海之情形，即不能責船長必將旅客運送至目的地。法文用「應設法」三字，無非督促船長盡其能事而已。

(三) 航海中之待遇 航海中之旅客，與陸上運送之旅客情形頗有不同，尤以給養之不便自理為甚。故法律規定「旅客之膳費包括於票價之內」。(海商法一〇二條) 而使運送人負其責。又，船舶在航海中需修繕時，船長非以同等船舶完成其航海者，對於旅客應無償供給居住及給養，亦屬當然之理。(同法一〇九條)

(四) 票價之担負 旅客應支付票價，原無足述。此處所注意者，乃因旅客在航海中有自願上陸，因疾病上陸，不依時登船，或死亡之情形，其票價應如何担負之問題。海商法於此數點均有規定：

(1) 自願上陸者 旅客在航海中自願上陸者，雖未至目的地，仍負担全部票價。(一〇七條前段)

(2) 因疾病上陸者 旅客因疾病上陸者，僅按其已運送之航程，負擔票價。(一〇七條後段)

(3) 不依時登船者 旅客在船舶發航或航海中，不依時登船者，仍應給付全部票價。(一〇五條)

(4) 在航海中死亡者 旅客在航海中死亡者，僅按其已運送之航程，負擔票價。(一〇七條後段) 所謂已運送之航程，自係指其生前在船上已受運送之航程而言。若死亡後，船長依習慣應運送其屍體至目的地者，仍有運送至目的地之義務。

(五) 契約之解除 運送契約訂立後，海商法僅許旅客之一方得解除契約。其情形又有二種：

(1) 得任意解除者 旅客於船舶發航前，如給付票價三分之一，得任意解除契約。(一〇四條一項)

(2) 有法定之原因者 所謂法定之原因，依海商法，有如下之三種：

(甲) 旅客因死亡，疾病，或其他基於本身不得已之事由，不能航海者，得解除契約，但運送人得請求票價四分之一。(一〇四條二項)

(乙) 船長不依船票所載，運送旅客至目的地者，旅客得解除契約。如有損害，並得請求賠償。(一〇二條二項)

(丙) 船舶不於預定之日發航者，旅客得解除契約。(一〇六條)

(六) 行李之運送及處置 旅客所帶之行李，交託於運送人者，縱不另收送費，運送人亦須負責，與對其所運送之物品同。此雖為民法上之規定，(民法六五七條) 應亦適用於海上運送者也。又，旅客在航海中死亡時，其

在船上之行李，應由船長以最利於繼承人之方法處置之。（海商法一一〇條）

第十七章 保險

第一節 總說

第一項 保險之意義

保險者，謂慮有同種危險之人，為減輕遭遇危險者之不幸，聯合而分担其損失之組織也。分析言之：

(一) 保險乃一種相互救濟之組織。保險本旨在以分担損失之方法，減輕遭遇危險者之不幸。因危險之至，既不可測，故濟人即所以救己。惟此項組織向有兩個系統，一由欲得保險利益之人直接組成，除其組織中之社員而外，別無他人參加。一則由專營保險業之保險人為其中樞，招致有共同危險之慮者參加而成。前者可稱之曰相互組織，後者可稱之曰營利組織。相互組織以全體社員之醴資，救濟不幸社員之損失，別無他人從中牟利，最稱平允。然其弊在徵集社員須極審慎，規模不能擴大。且管理監督亦頗困難。偶有不慎，或保險費不能收取，或管事者侵占舞弊，皆足使全組織為之動搖。我國平津一帶之老人會，即係此種人壽保險組織，常有弊病發生。反之，營利組織雖有保險人從中牟利，然因其營業地域廣大，資金之集合既易且厚，政府之監督亦較便利，各種弊端轉可減少。今日各國之保險團體採取相互組織者已將絕跡，然營利組織亦漸漸演進而採納相互組織之優點。吾人常見各保險公司爭以其公司之盈餘不獨分派於各股東，並分派於被保險人相號召，即可瞭然矣。

(二) 保險以有危險爲前提。危險一語，其意義有二：一指危險之程度言，即因損失發生之可能，而使被保險利益陷於危險狀態，乃理想上之危險也。二指危險之事故言，即因偶然一定事故，而使損失發生，乃事實上之危險也。就保險法言之，如第二二條所謂危險增加，則屬於第一意義。如第一五條第三款所謂保險人所保之危險，則屬於第二意義。茲所謂危險，乃指第二意義而言。（見李浦氏保險法要論二二頁）危險之發生與否雖屬不可預測，然須有發生之可能性。否則如已發生，或已消滅，或根本不存在，應不能保險。然亦有危險并不存在或已消滅，而保險契約仍可有效者，則法律之例外規定也。保險法一八條一項前段謂：「保險契約訂立時，如危險已消滅或已發生者，其契約無效。」乃原則上之規定。蓋此時不問吾人主觀上有無危險之慮，苟客觀上無危險之可能者，其契約即不生效。但該條同項後段又謂：「但爲當事人雙方所不知者，不在此限。」則爲例外之規定矣。惟訂約時僅要保人知危險已發生者，保人不受契約之拘束，訂約時僅保人知危險已消滅者，要保人不受契約之拘束耳。（同條二三兩項）（海商法一五四條，亦有同樣之規定：「就危險之有無爲保險者，經證明在契約成立前，要保人或被保險人已知船舶之滅失，或保險人已知船舶之安全者，其契約無效。」）

(三) 因保險而分担之損失須屬經濟上之損失。保險之本旨在以分担損失之方法，減輕遭遇危險者之不幸，前已言之。但危險之種類甚多，財產因水火戰爭而滅失固屬危險，生命因老衰疾病而死亡亦爲危險。前者固得以分担損失之方法，予遭遇危險者以相當之補償，後者則無可爲力。良以用分担損失之方法，集衆人之力以相助者，僅限於經濟上之損失始有其可能。故必欲以死亡傷害等危險爲保險之標的者，所能期待之補償，僅經濟上

之補償而已。

第二項 保險契約

今世保險團體既多係營利組織，由保險業者爲其中樞，招致有共同危險之慮者參加而成，則其與參加者之間，必先訂立保險契約。茲泛論此項契約之通則如下：

(一) 保險契約之當事人 保險契約之當事人有二：一曰保險人，二曰要保人。他如被保險人，受益人，保險居間人，及保險代理人，雖與保險契約亦有關係，然均非所謂契約當事人。茲分述之：

(1) 保險人 保險人者，經營保險業之人也。就理論言之，本不以法人爲限，然他國保險業法中，有祇以法人中之股份有限公司爲限，始得經營保險業之規定者。(如日本)我國亦然。(保險業法二條二七條)良以保險事業辦理妥善與否，關係社會甚大，爲求監督之便利，組織之穩健，莫若股份有限公司也。惟保險人與要保人訂立契約時，有經第三人居間介紹者，此第三人即保險居間人，其與雙方當事人之關係，與一般之商業居間人同，前述居間一章可以參看。保險人與要保人訂立契約時，亦有由第三人代爲訂立者，此第三人即保險代理人，其與雙方當事人之關係，亦與一般之代理人同，本書亦曾述過，茲可從略。

(2) 要保人 要保人者，與保險人訂立契約之人也。要保人不必係爲自己將來所慮之危險而訂立契約，亦可爲第三人將來所慮之危險而與保險人訂立契約。此第三人即被保險人。如子爲其父，兄爲其弟，向保險公司投保壽險是。要保人與保險人訂立契約，亦不必係爲自己之利益，儘可爲他人之利益而訂立之。如工廠主

人爲工人家屬之利益，爲其工人投保壽險是。此時工人之家屬卽爲受益人。

(二) 保險契約之性質 保險契約之性質，舉其要者，有次述之三點：

(1) 保險契約乃要式契約 保險法一四條明定「保險契約應以保險單或暫保單爲之。」又海商法一四六條對於海上保險之契約，亦有「保險契約應以書面爲之」之明文，故爲要式契約。

(2) 保險契約乃雙務且有償之契約 保險契約成立後，保險人有於危險發生時給付保險金額之義務，要保人有按時給付保險費之義務，且雙方所負之義務，互爲對價，故爲雙務且有償之契約。

(3) 保險契約非完全任意契約 任意契約者，當事人對於契約之條款，得以任意約定之謂也。保險契約之條款，雖亦以任當事人自由約定爲原則，然不無限制。如保險法六條規定：「本法之強制規定，不得以契約變更之，但有利於被保險人者不在此限。」

(三) 保險契約之訂立 保險契約應由契約當事人，卽保險人與要保人，訂立之。要保人不必卽係被保險人，卽不必係爲自己之利益而訂立契約，已均見前述。茲更欲研究者，要保人如非卽被保險人，其所訂立之契約須經被保險人承認乎？又，爲他人利益而訂立之保險契約，訂立之初須經受益者之委任乎？訂立之後須經受益者之承認乎？保險費應由何人給付乎？凡此均有明文規定之必要。查保險法對於要保人非卽被保險人之契約，原則上並不限制其訂立，僅於人壽保險，由第三人（卽要保人）以被保險人之死亡訂立保險契約者，規定如未經被保險人以書面承認，並約定保險金額者，其契約無效。（七七條）至於爲他人利益而訂立契約，則不必於訂立前會

受其委任，此觀於保險法二條以下條文自明。二條：「要保人得不經委任，為他人之利益訂立保險契約，受益人有疑義時，推定要保人為自己之利益而訂立。」又五條：「為他人利益訂立之保險契約，於訂約時該他人未確定者，由要保人或保險契約所載可得確定之受益人，享受其利益。」又三二條：「要保人應於約定時期給付保險費，為他人利益訂立之保險契約，其保險費應由要保人給付之，但保險人對於要保人所得為之抗辯，亦得予以之對抗受讓。」惟要保人不論為自己之利益或為他人之利益，訂立保險契約時，對於保險標的，必須有所謂「保險利益」，否則其契約失其效力。（保險法一〇條）保險利益之有無，視其契約之內容而定。凡人身保險契約，要保人對於下列各人之生命或身體，可認為有保險利益：（1）本人或其家屬，（2）生活費或教育費所仰給之人，（3）債務人，（4）為本人管理財產或利益之人。（同法九條）至損失保險契約，就一般而言，要保人對於財產上之現有利益，或因財產上之現有利益而生之期待利益，均有保險利益。（同法七條）

（四）保險契約之款式 保險契約為要式契約，且應以保險單或暫保單為之，前已言之。此項保險單，除人身保險外，得為指示式，或無記名式。（保險法一六條）保險單上應記載下列各款事項：（保險法一五條，海商法一四六條）

（1）當事人之姓名及住所 當事人之姓名及住所與保險費之給付，保險費給付之催告，及保險金額之給付等，均有關係，故必須記載之。

（2）保險之標的 保險之標的，對於危險所欲保存之對象也。如火災保險之房屋，海上保險之船舶，貨

物，運費，或貨物到達時應有之利得等均是。海商法於一四六條中雖未將此款（保險之標的）列入為契約上應記載事項之一，然由次條「得以貨幣估價之物，而屬於航海危險者，皆為保險之標的物」之規定而觀，固非不認有記載此款之必要也。

(3) 所保危險之性質 危險之性質與前款所述保險之標的同為決定保險之種類之準據。例如所保之危險為火災，標的為房屋，則為損失保險中之火災保險；所保之危險為海難，標的為船舶及貨物，則為海上保險。危險之性質及得為保險之標的既屬難以盡述，保險之種類因亦不勝枚舉。然大別之固不外乎損失保險與人身保險之二大類。我保險法僅就此二大類之通則，及屬於損失保險之火災保險及責任保險，屬於人身保險之人壽保險及傷失保險，略有規定，而令此外其他種種之保險，不論其種類及性質，均準用本法之規定焉。至海上保險，按其性質，本亦損失保險之一種，然因已在海商法中有其規定，故保險法未予列入。但本書為敘述之便，仍以為損失保險之一種焉。

(4) 保險責任開始之時日及保險期間 保險契約成立之時，未必即係保險人開始負保險責任之時，故保險責任開始時日之記載，甚關重要。又保險期間迄於何時為止，關係保險人之責任何時可以卸除，亦須明白載明，藉杜糾紛。至海上保險之保險期間，除契約別有訂定外，法律另有如下之補充的規定：凡關於船舶及其屬具之保險，自船舶起錨或解纜之時，以迄目的港投錨或繫纜之時，為其保險期間。關於貨物之保險，自貨物離陸之時，以迄於其目的港著陸之時，為其保險期間。（海商法一四八條）

(5) 保險金額 保險金額者，當事人所約定，如危險發生時，保險人應給付之金額也，在損失保險，除保險金額之外，另有所謂保險價額及保險標的物之價值等用語。其詳當於次節中述之。保險金額之給付，應於約定期限內爲之。無約定者，應於接到通知後十五日內爲之。保險人之責任，盡於保險金額之給付，蓋除保險法另有規定或當事人另有約定外，保險人不負擔保險金額以外之義務也。(保險法四三條)

(6) 保險費 保險費者，由要保人給與保險人，作爲代負危險責任之對價也。保險費應由要保人於約定時期給付之。(保險法二三條一項)

(7) 無效及失權之原因 當事人預先約定，如有某種事情發生，其契約即爲無效，或要保人被保險人受益人即失其權利者，自無不可。但以此項原因不違反保險法之強制規定及已載明於保險單上爲有效要件。

(8) 訂約之年月日 訂約之年月日即當事人簽約之年月日，但保險人之保險責任未必即於此時間始。

以上所述保險單上應記載之八款，實僅就損失保險而言。若爲人身保險中之傷害保險，被保險人非即要保人時，尚須增入第九款，載明被保險人之職業或職務。(九六條一項) 若爲人身保險中之人壽保險，尚須增入四款，即(9) 被保險人之姓名及年齡，(10) 受益人之姓名或確定受益人之方法，(11) 請求保險金額之事故或時期，(12) 約定有減少保險金額之條件者，其條件。(八〇條)

(五) 保險契約之變更 保險契約成立之後，雙方當事人即受其拘束，如有變更，應經雙方之同意，此爲一

般之原則。我保險法對於保險契約之變更規定甚少，除可依據此一般之原則外，僅有一九條可資適用：「變更保險契約……時，保險人於接到通知後十五日內不為拒絕者，視為承諾。」然即此規定，於人壽保險尚不適用之。

(六) 保險契約之停止 人壽保險契約之效力，得因不給付保險費而停止。契約效力停止期間，保險人可不負責任。但保險費到期未為給付者，尚不能即刻停止契約之效力，須於催告要保人後經過一個月仍不給付時，始生停止之效力。(催告應送達於要保人或負有給付保險費義務之人之最後住所。) 保險契約之效力停止後，保險人雖有終止契約之權，但若不終止，仍可恢復，此其與契約之終止有別，蓋於保險費及其他費用清償後翌日之正午，契約之效力仍恢復如前也。(保險法三三條)

(七) 保險契約之轉讓 保險契約除人身保險外為指示式或無記名式者，要保人或受益人均得以之轉讓與他人。惟保險契約轉讓後，保險人對於要保人所得為之抗辯，亦得以之對抗受讓人。(同法一六條) 例如要保人因不付保險費而被停止契約之效力者，受讓人如未為之清償，保險人對之仍得主張契約之效力尚未恢復也。

(八) 保險契約之無效 保險契約亦如一般之法律行為，得因種種之原因而無效：如因其內容違反強制或禁止之規定，有背於公共秩序或善良風俗，不依法定之方式，當事人欠缺行為能力，意思表示有疵瑕等，皆足使其契約不生效力。茲更欲說明者，乃保險契約所獨有之無效原因，即危險之不存在是也。保險契約訂立時，如危險已客觀的不存在，原則上其契約為無效。保險法一八條一項：「保險契約訂立時，保險標的之危險已發生或已消

滅者其契約無效」之規定，即係明示此旨。但危險已不存在，訂約時為雙方當事人所不知者，則作為例外，不在此限。（同條二項）

（九）保險契約之效力 保險契約之效力，可分一般的及個別的兩種。個別的效力，分見於後述各種保險契約內。茲僅就其一般的，為各種保險契約所共通的效力，述之如下：

（一）對於保險人之效力 保險人於保險契約訂立後，對於保險之標的，須為要保人負擔其危險之責任。換言之，保險標的設遭損害或滅失，保險人對於要保人須負賠償之責也。惟危險之發生，有因於不可抗力者，有可歸責於人之行為者，情形不一，保險人果皆須負責耶？此則於訂約之初，不能不預為約定者。但法律為保護要保人起見，恐一任其自由而不設為規定，保險人或竟乘要保人之無知識經驗，訂立極不利於要保人之條款，要非保持社會公平之道。故保險法上對於保險人之責任，設有兩種性質之規定：一具補充的性質，能以雙方當事人之合意排斥其適用者，一具強制的性質，為保險人所必須遵行者。前者僅於雙方當事人不於契約內以明文限制其適用時，始成契約之條款；後者則逕包含於其契約內，而為其條款之一也。茲分述如下：

（甲）補充性質之條款 此即保險法四〇條一項，及海商法一五一條所規定者。按保險法四〇條一項乃令保險人對於由不可預料或不可抗力所致之滅失或損害，均負責任之明文。然此項責任，保險人經要保人之同意，得於保險單內以明文限制之。又海商法一五一條係令海上保險之保險人，應負戰爭危險之責任。然此項責任，其契約有反對之訂定時，亦可免除。

(乙) 強制性質之條款 保險法海商法對於保險人之責任所設規定，屬於強制性質者居多，皆不容當事人以契約爲反對之訂定。如保險法四〇條二項前段：「保險人對於由要保人或被保險人之過失所致之滅失或損害，仍負責任。」又同法四一條：「因履行人道道上之義務，所致之滅失或損害，應由保險人負責。」又同法四二條：「保險人對於因要保人或被保險人之受僱人或其所有之物或動物所致之損害或責任，應負賠償責任。」又海商法一五條：「保險人對於保險標之物，因海上一切事變及災害所生之滅失損害及費用，負其責任。」皆是。據上所述，可知保險標之物之滅失或損害，由於不可預料或不可抗力所致者，原則上固應由保險人負責；即可歸責於要保人或被保險人或第三人或動物等者，保險人亦應負責。對於要保人之保護，不可謂不優。然要保人等若因有此項優越之保護，對於保險標之物，即漫不注意，反以遭遇危險爲幸事者，亦非保持社會公平之道。故又規定保險標之物之滅失或損害，出於要保人或被保險人之故意者，保險人不負責任。亦權衡持平之意也。（保險法四〇條二項後段）

(2) 對於要保人之效力 保險契約訂立後，要保人應於約定時期給付保險費，前已述之。要保人對於保險人之義務，除此而外，舉其要者，尚有兩端：(甲) 訂立契約時，對於保險人以書面所爲之詢問，應據實聲明。要保人因故意或因重大過失，遺漏或爲不實之聲明，如其遺漏或不實之聲明足以變易或減少保險人對於危險之估計者，保險人得解除其契約，縱其危險已發生後亦同。惟此項解除權，自保險人知有解除之原因後，經過一個月不行使而消滅，或即不知有此項可以解除之原因，但自契約訂立後已經過二年者，亦歸於消滅。（保險

法二七條) (乙) 要保人或被保險人自知有保險人應負保險責任之事故發生後，應於五日內通知保險人。所謂保險人應負保險責任之事故，即約定之危險已經發生，亦即保險之標的已遭滅失或損害之意。要保人或被保險人不於此五日內為通知者，對於保險人因此所受之損害，應負賠償責任。保險人因此所受之損害最常見者，如曾保火險之房屋傢俱，遭火災後，因要保人之未為通知，致保險人不克對燒殘木料即為收集處置受有損失是。(保險法二一、二六兩條)

第二節 損失保險

第一項 損失保險契約之意義

損失保險契約之意義，依保險法五二條所明示，乃賠償毀損或滅失之契約也。所謂賠償損失之契約，即賠償財產之損失之契約之簡稱。其無財產上價值之物或利益，即不得以金銀計算者，應不能作為此種保險契約之標的。又此種保險契約之標的既為有財產上價值之物或利益，則其保險利益，自限於財產上之利益。保險利益於保險契約訂立時，有已約定其數額者，有未約定其數額者。已約定其數額者，固可以其約定之數額代表保險利益。未約定其數額者，日後惟有依市價估計之。惟有財產上價值之物，其價值非皆得依市價估計者，如名人書畫、珍貴製器，因為希世之珍，致無從定其市價。此時惟有在訂約之初，由當事人約定其價值。否則一旦發生事故，保險利益將無法計算，保險人之賠償義務亦無可履行矣。又此種損保險契約訂立時，應先將危險之性質，嚴為約定，亦屬當然。因有財產上價值之物或利益，可以發生滅失或損害之原因，無慮萬千。如貨物可因火災而滅失，亦可因風雨而損

失。苟未約定，一旦危險發生，保險人固皆須負責乎？惟危險之性質，法律並無限制，其為火災也可，其為風災雨災海難之災，均無不可也。

第二項 損失保險契約之種類

一切保險契約之種類，均可由其保險標的與所保危險之性質定之。損失保險契約之種類，亦可由此求得。例如保險標的為房屋，所保之危險為火災，則其保險契約為火災保險。又如保險標的為船舶及貨物，所保之危險為海上事故，則其保險契約為海上保險。準此類推，不可勝計。保險法對之，並無限制，祇要其內容不違反強制或禁止之規定，不違背公共秩序或善良風俗，及其他法律行為之無效條款者，皆可有效成立，且可適用保險法之規定焉。至保險法中所規定之火災保險，責任保險，海商法中所規定之海上保險，特此種損失保險契約之一二例示而已，非謂損失保險契約已盡於此也。茲略述此數種損失保險契約之性質如下：

(一) 火災保險 火災保險契約者，保險人對於由火災所致於保險標的物之滅失或損毀，負賠償責任之契約也。(保險法六五條) 自字義言之，似保險標的物必因火災焚毀，保險人始負賠償之責，實則殊不盡然。蓋由救護行為，及拆卸房屋，所致於保險標的物之損害，或因在火災中喪失保險標的物，保險人亦皆負賠償之責也。(舊保險法四七條四八條)

(二) 責任保險 責任保險契約者，約定保險人於被保險人對於第三人負損害賠償責任，而受賠償之請求時，負賠償之責之契約也。(保險法六八條) 此項保險契約，如係為保險人所營之工商事業而訂立者，被保險

人之代理人，或其他在其事業內有管理或監督權之人，所負之損害賠償責任，亦享受保險之利益。其契約，視為並為第三人之利益而訂立者。（同法七〇條）其理由甚簡：因被保險人之代理人或其他商業使用人所負責任，既終由被保險人承受，保險人如代彼等負清償之責，亦即使被保險人免負清償之責也。

（三）海上保險 海上保險契約者，保險人對於保險標的物，因海上一切事變及災害所生之滅失損害及費用，負其責任之契約也。船舶遇海上戰爭而被捕獲，虜掠，焚毀者，除當事人之契約有反對之訂定外，亦為海上事變之一種，而須保險人負賠償之責。（海商法一五條）海上保險契約之保險標的，不祇船舶貨物二項，運費及因貨物到達時應有之利得二項，亦可以之保險。

第三項 損失保險契約之特質

損失保險契約除依一般保險契約之規定，有其適用外，並具下述之特質：

（一）保險金額不得超過保險價額 保險金額乃約定於危險發生時應由保險人賠償之數額，保險價額則保險標的物所值之價額也。保險金額不得超過保險價額一語，在保險法上，實有兩個意義：一為訂立契約時，保險金額不得超過保險標的物價值之義；一為保險人履行賠償義務時，其賠償金額不得超過保險標的物在保險事故發生時價值之義。依前一義，其保險價額乃訂約時保險標的物所值之價額。依後一義，其保險價額乃保險事故（即危險）發生時保險標的物所值之價額。訂約時，保險金額如超過保險標的物之價值，其效果如何，視當事人之一方有無詐欺故意而定。無詐欺故意者，其契約仍為有效，不過僅於標的物價值之限度內，有其效力，且經一

方將超過價值之事實通知他方後，保險金額及保險費均應比例減少。有詐欺故意者，他方得解除契約，如有損害，並得請求賠償。（保險法五六條）至於為同一利益，對同一危險，分向各保險人，訂立數個保險契約者，其數個保險金額之總額，亦不得超過保險標之物之價值。如偶然善意的超過，各契約雖仍有效，然各保險人對於保險標之物之全部價值，僅就其所保金額，負比例分擔之責。如為惡意的超過，旨在企圖不正當之利益者，則各契約皆無效。各保險人於未知其情形之時期，仍取得其保險費。（同法三四條四四條四六條）又訂約時，保險金額雖未超過保險標之物之價值，至賠償時，因保險標之物市價之降跌，保險金額始見超過者，固不生契約有效無效之問題，但保險人之賠償責任，則限於保險標之物在保險事故發生時所有價值總額之限度內。故儘有約定保險金額一萬元之貨物，遭遇火災時，因市價之下降，僅值八千元者，縱係全部滅失，保險人所付之賠償金額，非一萬元而為八千元。（同法五五條）凡此所述，無論在訂約時，抑在賠償時，皆為貫徹損害保險之原理，勿使被保險人於其所受損害之限度外，收入額外賠償，應有之規定也。

（二）保險標之物得依一定之規定而委付（Abandonment）者，海上保險契約之標之物雖未至全部滅失，但其狀態已與全部滅失無異，（註一）被保險人因得將其殘餘之利益，表示移轉於保險人，而請求全部保險金額之謂也。但其保險標之物如已全部滅失，則在被保險人既無殘餘利益之可言，自無委付之必要。委付惟見於海上保險，在此外之損失保險，無其規定。然非謂在其他之損失保險無與委付同性質之事情。例如火災保險，通常保險人雖祇按所估計之損失，負賠償之責，然若標之物之房屋傢具俱已付之一炬，僅有燼餘之斷木碎片，則被

保險人自可將此燼餘之物移轉於保險人，而請求全部保險金額之賠償。此即所謂委付。特保險法對於一般之損失保險未設委付之規定，故學者之言委付者，幾以為惟海上保險始有之也。海商法對於以船舶、貨物、或運費為標的之保險契約，皆有委付之規定。（一六三至一六五條）茲列述如下：

（1）船舶之委付 被保險船舶之委付，得於有下列各款情形之一時為之：

（甲）船舶被捕獲或沉沒或破壞時。船舶被捕獲未必全部滅失，日後如因戰事停止，仍有放歸之希望。又船舶之沉沒除在深海大洋，多有撈救之可能，故亦難謂已全部滅失。又船舶因觸礁碰撞等原因而破壞者，多少尚有殘餘之價值可言，自非全部滅失，故均得委付。

（乙）船舶因海損所致之修繕費總額達於保險金額四分之一時。此時委付船舶而請求全部保險金額，與請求賠償修繕費用既已相差不多，自以許其委付，轉為便利。

（丙）船舶不能為修繕時。此時船舶雖尚存在，實已與滅失無異，自得委付。

（丁）船舶行蹤不明或被官署扣押已逾四個月仍未放行時。此時若不得為委付，船舶所有人所受損失未免太大，況為委付後，保險人既取得其權利，則日後有放行之日，非無取償餘地。

（2）貨物之委付 被保險貨物之委付，得於有下列各款情形之一時為之。惟其理由與前目所述彷彿，故不另述：

（甲）船舶因遭難或其他事變不能航海已逾四個月，而貨物尚未交付於受貨人要保人或被保險人

時。

(乙) 裝運貨物之船舶行蹤不明，已逾四個月時。

(丙) 因應由保險人負保險責任之損害，於航海中變賣貨物，達其全價值四分之三時。

(丁) 貨物之毀損或腐壞，已失其全價值四分之三時。

(3) 運費之委付 被保險之運費如因船舶沉沒破壞或被捕獲，致無從收取時，應由保險人負賠償之責，本無須委付。其得以委付者，海商法上惟限於船舶行蹤不明已逾四個月之一種情形。蓋此時運費是否全部滅失，尙難決定，爲使被保險人之利益早得確定起見，應令保險人代負危險之責也。

(三) 保險人得行使代位權 無論保險標的物是否全部滅失，抑係委付於保險人，保險人履行賠償義務（給付保險金額）後，就其所賠償之保險金額限度內，得代位行使被保險人對於第三人之請求權。惟此項代位權之行使，自以被保險人因損害之發生對於第三人有損害賠償請求權爲前提。苟被保險人雖因損害發生，對於第三人無此項請求權者，保險人應亦無從代位行使。又或損害之發生與保險之標的無關者，雖被保險人對於第三人有賠償請求權，但保險人既未因損害之發生而負賠償之義務，對於第三人亦無所謂代位權也。但即使保險人對於第三人依法得行使代位權矣，若此第三人爲被保險人之家屬，或僱用人時，保險人仍無代位權，除非損害係由其故意所致者，始得向其請求耳。（保險法六四條）

（註）一）按滅失在理論上有實際滅失（actual loss）及假定滅失（constructive loss）之二種。以船舶爲例，實際滅失謂其船舶（1）

業經完全消滅。(2)或因重大損失業已失去船舶之形體效用。(3)或永久不能歸來。無復重視之望。被保險之船舶有此三項情形之一時，無須爲委付，保險人即須在相當期間給付全部保險金額。其須委付者，實爲假定滅失。保險人應就實際滅失及假定滅失，均負其責任。

第三節 人身保險

第一項 人身保險契約之意義

所謂人身保險契約，泛指凡以人身之生存或死亡或傷害或其他任何事故爲標的，所訂結之各種保險契約而言。其與損失保險契約不同之處，即在其保險標的。人身保險契約之標的，以關於人身之事項爲限，而損失保險契約之標的，則以有財產上價值之物或利益爲限。因而兩種契約之效力互有出入。

第二項 人身保險契約之種類

有關人身之事項，祇要不違反強制或禁止之規定，不違背公共秩序或善良風俗，既皆得以之爲保險契約之標的，則其契約依其標的之不同，自可分爲多種。惟大別之，仍不外人壽保險與傷害保險之二類。茲略述此二類人身保險契約之性質如下：

(一) 人壽保險 人壽保險契約之標的爲被保險人之生存或死亡。前者約定被保險人至一定年齡而猶生存時，保險人負支付保險金額之義務，如年金保險是。後者約定被保險人在一定期限內死亡時，或不定期限終其一生遭遇死亡時，保險人負支付保險金額之責，如定期保險及終身保險是。損失保險契約之要保人通常即爲

被保險人，蓋以他人物品爲自己所訂保險契約之標的，除有利害關係外，顯不可能。但在人壽保險契約，則要保人與被保險人判爲二人，乃習見之事。惟由第三人（即要保人）訂立之死亡保險契約，應經被保險人以書面承認，並經其約定保險金額耳。（保險法七七條）

（二）傷害保險 所謂傷害，自係指人身之傷害而言。人身五官四肢最易受之傷害，爲職業的傷害及因處不平常的生活而受之傷害，即所謂意外的傷害。故今世各國之營保險業者，有專營職業傷害保險者，亦有專營意外傷害保險者。至限制保險範圍至於一眼，一鼻，一手，一足，一面部之傷害，在保險事業發達之國家，亦所恆有也。

第三項 人身保險契約之特質

（一）保險金額得以保險契約自由約定 前述損失保險契約之特質時，曾舉其保險金額不得超過保險價額之一點。良以損失保險契約之主旨，既在使被保險人所受之損失得有賠償，則其賠償額應不能超過其所受之損失額，始屬正當。否則因損失之發生，反獲意外之利益，必啓奸人不正之企圖，又豈保險之本旨哉？惟此項原則於損失保險，固屬應是，於人身保險，則成例外。因人身保險契約之標的，被保險人之生存或死亡，或所受之傷害，原無一定財產上之價值可言，不能依市價估定其保險價額。故其保險金額得依當事人之合意，在保險契約中自由定之，並無限制也。（保險法五七條）

（二）保險人無代位權 前述損失保險契約時，亦曾舉其保險人有代位權作爲其契約特質之一點。然在人身保險契約，則保險人並無此代位之權。被保險人之死亡，或所受之傷害，即係由於第三人之故意或過失所致

者，惟被保險人自己，或要保人，或受益人，對於第三人，有依侵權行爲之效果，請求損害賠償之權。若保險人，即使已對要保人或受益人支付保險金額，對於第三人，仍無請求權。推其立法本意，當係因侵害人身而生之損害賠償請求權，依民法通則關於侵權行爲之規定，乃屬不得讓與之權利。故儘管保險人已對要保人或受益人履行賠償義務，此項請求權仍屬原應享有之人耳。（保險法七五條民法一九五條）

（三）被保險人故意自殺或因犯罪致死者，保險人免其責任。被保險人蓄意自殺而始訂保險契約者，其訂約目的顯有不正之企圖，苟亦有效，殊非公平。故世界各國對於蓄意自殺始訂保險契約者，皆免保險人給付保險金額之義務。我國保險法八一條亦然，不過令保險人此時應將該保險之責任準備金返還於應得之人耳。但被保險人訂約之初，雖無自殺之意，其後因環境之刺激，而始具此決心者，要亦常有。苟均不獲賠償，亦非事理之平。故我國保險法於八一條二項又規定，保險單內載有被保險人故意自殺，保險人仍應給付保險金額之條款者，其條款於訂約二年後，亦有效力。其理由爲被保險人訂約之初有無自殺故意，殊難證明，即使果有，亦難繼續二年之久，仍無變更，故不妨訂明於二年後始行自殺者，可以賠償也。又被保險人因犯罪致死者，保險人亦不負給付保險金額之義務。但保險費已付足三年以上者，保險人應將其責任準備金返還於應得之人耳。（同法八一條四項）

第七編 破產與和解

第一章 總說

第一節 破產宣告之意義

破產之宣告云者，謂因債務人不能清償債務，經債權人或債務人聲請法院，或法院依職權所爲之宣告也。分析言之：

(一) 破產之宣告者，法院所爲之宣告也。破產之宣告必聲請法院或法院依職權爲之，非人民所自得爲之。良以因破產之宣告所生之效果，對於債權人債務人既有重大之影響，故非由法院宣告，無以保障各方之利益。管轄破產事件之法院，限於債務人或破產人住所所在地之法院。但債務人或破產人有營業所者，其破產事件專屬於其主營業所所在地之地方法院管轄，主營業所在外國者，專屬其在中國之主營業所所在地之地方法院管轄。(破產法二條)

(二) 破產之宣告者，因債務人不能清償債務所爲之宣告也。破產法對於一般債務人，以不能清償債務爲宣告破產之原因。(破產法一條，五七條)所謂不能清償，自係指債務人對於到期債務不能支付而言。惟法律雖

用不能清償字樣，尙嫌其太帶主觀氣味，故又規定，債務人停止支付者，推定其爲不能清償。（同法一條二項）

（註一）按不能清償於能不能之間，往往易生爭執，而停止支付則純粹爲一種客觀的事實。債務人即不自承爲不能清償，苟已達停止支付狀態，債權人即得聲請宣告其破產。惟債務人雖不能清償債務，或雖已處於停止支付之狀態，但與其財產是否不足抵償其債務，並無關係。債務人之財產儘可超過其債務，如不能於應付債務之時，化爲現金用以支付，仍須破產。反之，債務人即爲毫無財產之窮措大，日以借債維持生活，但其借債能力甚大，各債到期均能別借他債以爲支付，則亦可永不破產。（註二）以上所述，於自然人及法人均一體適用。（民法三五條一項）

惟法人中之股份有限公司及股份兩合公司，其破產原因除上述者外，尙有一端，即其平時財產顯有不足抵償債務時，董事應即聲請破產，而不問其時是否已停止支付。（公司法一四七條二項）換言之，此兩種公司對於到期債務即使仍能清償，若其時公司財產顯已少於其所負債務之數，即須由公司董事聲請破產也。（註三）至法人中，是否不問其種類，概得受破產之宣告，立法例及學說上有肯定否定二說。但我破產法對此既無限制明文，自以解爲應從肯定說爲是。惟余則以爲法人在法律上雖有人格，可自爲權利義務之主體，但其對外債務之清償，仍未能概以其財產爲限。例如無限公司雖爲法人，其債權人所得求償之對象，不限於公司之財產，即無限責任股東私人之財產，亦得對之請求清償。苟認無限公司可以宣告破產，依破產法上之原則，債權人之債權經由破產財團受分配後，尙有未能受清償之部分者，其請求權視爲消滅，則無限公司債權人未能由公司財產受清償之部分，將無由由公司股東受清償之可能，而本負無限責任之公司股東，亦將因破產法之規定而不復負無限責任矣。但若以如

此解釋爲不可，而令債權人將其未能由公司財產清償之債權，得再向各無限責任之股東請求償還者，則此項破產程序將變爲一種清算程序，不復有一般破產程序之效力矣。故余以爲與其用不合學理之說，勉強解釋現行法，尙不如民國四年之破產法草案及司法行政部破產法草案，逕以明文規定：無限公司及兩合公司不得宣告破產之爲愈也。（註四）

（三）破產之宣告者，以就債務人之財產了結債務人之債務爲目的之宣告也。破產宣告之目的不外使破產人不能清償之債務得依破產程序而了結之。惟破產債權人依破產程序，已因分配而受清償者，其債權未能受清償之部分，是否消滅，立法例有三主義，一曰不免責主義，即破產人之清償義務，不因破產程序之終了而免除。換言之，破產程序中，就破產財團之財產所爲之分配，無消滅未能受清償部分之債權之效力。破產人他日回復資力時，對於破產程序中未能受清償部分之債權，仍有清償之義務。二曰免責主義，即破產人之清償義務，因破產程序之終了而免除。債權人就破產財團之財產已因分配而受清償者，其債權未能受清償之部分，視爲消滅。三曰折衷主義，即破產人之清償義務，有最少額之限制，其標準或爲債權總額之三成，或爲五成，須破產人在破產程序中，就破產財團所爲之清償，已達此三成或五成之最少額者，始能因破產程序之終了而免責。否則仍須在破產程序終了後，在最少額之限度內，對於未能受清償之債權，負其責任。我破產法取免責主義，債權人對於其債權未能受清償部分，其請求權概視爲消滅。

（註一）所謂停止支付，應爲一般的、繼續的、停止。若爲一時的、偶然的、停止，或其不支付之原因係出於仇怨、爭執、吝嗇，或誤以爲無償還之義務。

而拒絕支付者，應不能認為停止支付。債務人停止支付者，余以為即係不能清償之表現。蓋債務人不能清償時，既不問其債務是否超過財產，自無須對停止支付及不能清償故為區別。必欲加以區別時，可以不能清償作主觀的停止支付解，以停止支付作客觀的不能清償解。破產法第一條第二項云：「債務人停止支付者，推定其為不能清償。」當係作客觀的意義解。故債務人苟自以為有力清償者，儘可提出反證，而使此項推定不成立也。

(註二)破產法第一條：「債務人不能清償債務者，依本法所規定和解或破產程序，清理其債務。債務人停止支付者，推定其為不能清償。」據此，則下列四種情形中：

(1) 債務人之債務超過其財產，同時停止支付。

(2) 債務人之債務超過其財產，但不停止支付。

(3) 債務人之債務未超過其財產，但已停止支付。

(4) 債務人之債務未超過其財產，亦未停止支付。

可以為破產之原因者，僅一三兩種。

(註三)民法三五條：「法人之財產不能清償債務時，董事應向法院聲請破產。不為前項聲請，致法人之債權人受損害時，其有過失之董事，應負賠償之責任。」

公司法一四七條二項：「公司財產顯有不足抵償債務時，董事應即聲請宣告破產。」(適用於股份有限公司及股份兩合公司)

公司法二三二條：「公司執行業務之股東，發起人，董事，監察人，及清算人，有左列各款情事之一者，得科一千元以下之罰金：(七)

違反第六十三條第一項及第一百四十七條第二項之規定，不即聲請宣告破產者。」

(註 四) 民國四年北京法律編查會所編轉之破產法草案第二條：「對於法人不能清償債務者，亦得宣告破產。前項規定，不適用於無限公司。及兩合公司之存立期內。(下略)」。民國二十三年司法行政部破產法草案第二條：「對於法人之現存財產不敷清償債務者，亦得宣告破產。前項規定，於無限公司及兩合公司，不適用之。(下略)」。按此種規定顯然與公司法不合。公司法四六條規定無限公司得因破產而解散；又六三條規定，無限公司財產不足清償其債務時，清算人應即聲請宣告破產；又七一一條規定，除本章規定外(按即關於兩合公司之規定)，準用第二章之規定。(按第二章即關於無限公司之規定，無限公司可以因破產而解散，因財產不足清償債務即須聲請宣告破產，兩合公司應亦相同。)惟公司法此種規定，是否妥善，頗有問題。吾人不能因上述草案上規定與公司法不合，即謂草案上之規定無理由也。

第二節 破產制度之理論上的根據

破產制度所以為現今各國法律所認許者，有其優良之理論上的根據在。下述三點，一從債務人方面着眼，一從債權人方面着眼，一從財產本身着眼，可見一斑：

(一) 予債務人以自新之路 因工商發達，交通便利，吾人之財產關係已自簡單之對物的時代進步到複雜的對人的時代。從前吾人之財產幾盡為物權的財產，如土地房屋貨品牲畜。現在吾人之財產，則主要部分已非動產與不動產，而為債權與信用。惟對人的財產關係，其債務人重在有清償之能力，苟不能清償，則其信用盡墮，雖欲再求為他人之債務人而不得。故債務人事實上無不欲清償其債務者。但若因不得已之事故，致不能清償其債務者，而仍令其永遠的在債務束縛之下，亦非所以謀社會福利之道。破產制度即在予此種債務人以自新之路，使

其所有債務得依破產程序而了結之，重新再與社會發生關係。

(二) 使債權人間得公平的分配。各債權人對於債務人本可各自請求清償。蓋如債務人之財產足以清償一切債務，個別請求，原無不公。但如債務人之財產不足清償其債務時，則個別請求，易生極不公平之結果。或竟得全部債權之清償，或竟分文無着，其間難免弊端百出。破產制度使各債權人以共同訴追之方法，在法院之監督下，分配債務人之財產於其所有之債務，自可避免不公平之弊。

(三) 使破產人之財產得保持完整。構成財產之部分，彼此間常有密切之聯繫，財產之價值由於此項連繫作用而產生者往往不少。債務人以其財產變價清償債務時，苟能保持其完整，則所得代價必較零星拆賣為多。破產制度既取共同追訴之方法以代替個別執行，則債務人之財產在一個組織之下管理變賣，自可減少損失不少。此項損失之減少，不僅為債權人之利益，以社會的眼光視之，亦係社會之福利也。

第三節 破產法之編制

破產法之編制，立法例有四種主義上之爭。即(一)公法的破產主義與私法的破產主義之爭，(二)一般的破產主義與商人的破產主義之爭，(三)和解法與破產法混合編制主義與分別編制主義之爭，(四)實體法與程序法混合編制主義與分別編制主義之爭。茲略述如下：

(一) 公法的破產主義與私法的破產主義。破產法之編制苟採公法的破產主義，則破產法之一部分乃訴訟法，破產程序乃訴訟程序，(註五)其進行應悉在法院管理之下，破產人之財產由法院選派管理人管理之分

配之。反之，苟採私法的破產主義，則破產法乃一種關於清算之法規，破產程序乃一種清算程序。苟有破產，即由債權人共同管理其財產而分配之。

(二) 一般的破產主義與商人的破產主義 破產法之編制，苟採一般的破產主義，則無論商人與否，破產時概得適用破產法。但此主義中尙可分爲兩派，即一派主張實體法部分，商人與非商人有共通之適用，程序法部分則適用時視其爲商人或非商人尙有差別之規定，故又稱折衷主義。其他一派則爲純粹之一般主義，主張實體法與程序法，商人與非商人皆有共通之適用。商人的破產主義較折衷主義尤爲狹窄，蓋祇許商人始得適用也。

(三) 和解法與破產法混合編制主義與分別編制主義 破產法之內容除關於破產之規定外，尙包含關於和解之規定者，謂係採取和解法與破產法混合編制主義，反是則爲分別編制主義。

(四) 實體法與程序法混合編制主義與分別編制主義 將實體法之破產法與程序法之破產法分爲前後二部而編制者，謂係採分別編制主義，反是而依程序之進行爲編制之次序，實體法與程序法參雜互見者，爲混合編制主義。

我國之有破產法，始於前清光緒三十二年，其時有破產律之修訂。相傳爲沈家本所起草，經伍廷芳之修正者。惟該律雖經奏准施行，於次年即遭明令廢止。民國四年，乃有破產法草案出。但此草案迄未施行，法院處理破產案件，祇得根據商業習慣，酌採破產法理，以資應用。(註六) 國民政府成立之後，鑒此困難情形，亦曾致力於破產法之編訂。先後有二十三年司法行政部所擬之破產法草案，同年八月實業司法兩部會擬之商人債務清理暫行條例，

二十四年之立法院民法委員會起草之破產法草案三種。內商人債務清理暫行條例，雖未經過立法程序，但已呈經行政院通過，並報由中央政治會議備案，各地法院因得暫時援用。立法院起草之破產法草案，亦已於同年七月十七日，經國民政府公布，十月一日起施行。

以現行破產法而論，在編制上，乃兼採公法的，一般的，和解法與破產法混合編制的，實體法與程序法混合編制的，四種主義。現行破產法之採取公法的破產主義與一般的破產主義。學者中無反對之者，良由以破產程序為訴訟程序，由法院管理其事，利多而害少，（註七）又在民商法統一編制原則之下，事實上已無為商人專訂破產法之理，故現行破產法之採公法的破產主義及一般的破產主義，殆屬當然之舉。

惟現行破產法採和解法與破產法混合編制主義及實體法與程序法混合編制主義兩點，則反對之者，頗有其人。大凡主張和解法應與破產法分別編訂者，其理由不外為求系統整然，理論貫徹。蓋和解制度乃為無力清償之債務人不受破產宣告同時仍可與債權人清理其債務而設。債務人經債權人和解者，仍可繼續其業務，管理其財產，而信用名譽亦可保全，較之受破產宣告之結果，須對於應屬破產財團之財產，喪失其管理及處分權，或並須受褫權處分者，自有不同。因此各國法律多於破產法之外，另訂和解法，預防破產法等，以資適用。惟以我國而論，則因和解法與破產法均屬初次施行，非已有施行甚久之破產法，而後始有和解法之修訂，在編制上不感困難。況和解不成，結果仍須破產，和解程序不啻為破產程序之一部分，在法律知識尚幼稚之我國，自以合訂於一法規為簡便合宜。

主張實體法之破產法與程序法之破產法分爲前後二部而編制者，以爲「破產法所以與民事訴訟法不同者，即在以實體法與程序法並列耳。民事訴訟法止有程序的規定，無實體的規定，故不妨依次論列。易言之，即不妨依事類之性質，而列爲先後，例如先起訴，次答辯，後開庭辯論，而繼之以確定判決。至於破產法規之內容，既有實體與程序之區別，究竟何者爲破產債權，何者非破產債權，何種財產屬於破產財團，何種財產不屬於破產財團，以及破產債權與別除權之異同，普通債權與財團債權之差別，並破產宣告前後破產者之法律行爲，不法行爲，訴訟行爲，所生之效果等，在在俱有分別規定之必要。至於程序問題，比較的簡單，除特有之事項不計外，大率可以準用關係法規之規定。故從實際上言之，實體問題關係重，而程序問題則關係輕。即從適用上言之，如果實體問題已經解決，則關於程序者不難迎刃而解。反之，實體規定與程序規定，合而爲一，不免有混雜不清之嫌，不但學理上之研求，難得系統，適用上亦不無相當之障礙。再從立法論言之，特別法與普通法隨在有息息相通之處，吾國民法及商法，既屬德國法系，則此種與民商法有關之破產法，似仍以仿效德之立法例，分別規定爲宜。」（王家駒氏：我對於破產法草案初稿之意見）此說也，雖見解精澈，但不爲立法者所採納，蓋從實用方面觀察，與其從德日立法例採分別編制主義，不如從英法立法例採混合編制主義之便於適用也。

（註 五）所謂訴訟程序，自係指民事訴訟程序而言。民事訴訟者，國家確定私權之審判程序也。蓋法律既認吾人之私權，則遇私權被人侵害，或有受侵害之虞時，國家自不可不有以保護之，民事訴訟即其保護之一方法。

（註 六）我國向無破產法。有之自清光緒三十二年始。三十二年四月奏定之破產法，由載振、伍廷芳、沈家本諸先輩共同擬定。名爲破產律。其大

體取法于英法等國之立法例。而其適用之範圍。則以商人爲原則。(第一條)非商人爲例外。(第八條)其體例用混合的規定。不用分類的規定。對於債權人不能清償之債務。如因一時週轉不靈。准其據實呈報商會。邀集各債主會議。酌予展限。或另籌辦法。免致倒閉。(六十三條)萬一不幸宣告破產。其不能清償之債務。只須情節可原。按照破產程序已償還十分之五以上。其餘即可豁免。由商會移請地方官銷案。(六十六條)與英國法之所謂免除制度。大致相似。是爲破產律之特色。然以實際上不甚適用。未幾即行廢止。破產律所以取法於英法等國之法例者。蓋以破產律與商律並重。商律所以維護已成之商業。而破產律則用以維護虧折倒閉之商人。(見商部修律大臣會奏議訂商律續擬破產律摺)商律即與英國法相近。(或謂之英國法系)則與商律相輔而行之破產律。自亦不能獨外。

民國初元。以破產律業經廢止。關於破產法規之制定。認爲刻不容緩。於是。由法典編查會。制定破產法草案。屬於德國系。實際上以模仿日本破產法草案爲居多。論其規定之內容。一本乎最近通行之法例。其與破產律不同之點有七。

- (一) 破產律於實體法與程序法之規定。混而爲一。茲則截然攸分。兩不相混。
- (二) 破產律以適用於商人爲主。茲則商人與非商人。一律適用。
- (三) 破產律無關於法人與承繼財產破產之規定。茲則兼而有之。
- (四) 清理一切破產事務者。破產律稱爲董事。破產法草案稱爲破產管財人。董事由商會在其同業中遴選。茲則由法院選任。
- (五) 有心倒騙。破產律專列爲一節。(第六節第四九條以下)破產法草案止有附帶的規定。一併包含於罰則法內。(三二九條三三二條三三五條)並無特列之節目。

(六) 破產律止有清償展限之規定。(六三條以下)而無破產廢止之規定。茲則反是。(破產法草案三一二條以下)

(七) 在破產律債務人不能依破產程序清償之債務。除有罪破產不計外。只須償還十分之五以上。即可豁免。(六六條六七條)

而在破產法草案。不但依破產程序不能清償之原本。在破產程序終了後。須負責償還。(參二六六條)即破產宣告後之利息。亦非負

實償還不可。(參第九條一款)

破產法草案。既係仿照日本破產法草案而制定。論理應與日本現行破產法無異。但日本破產法草案。在明治三十五年以後。法院方面。即予參酌採用。而現行破產法。至大正十二年四月。始公布施行。中間距離甚久。情勢不無變遷。故其規定。亦不無差異。因此我破產法草案。與日本現行破產法。當然有所不同。其小焉者勿論。就其舉筆大者言之。厥有數點。

(一) 關於破產財團之範圍。日本法採固定主義。我破產法草案則採膨脹主義。

(二) 破產之種類。日破產法有小破產制度。我破產法草案。止有關於破產之規定。無所謂小破產。

(三) 關於破產事件之管轄。日破產法屬於初級法院。我破產法草案則屬於地方法院。

(四) 我破產法草案雖有關於強制和解(即現在立法院破產法草案初稿所謂調協)之規定。但屬於第五章破產終結之範圍內。並非另成一編。日本法為破產豫防起見。從奧地利之立法例。于破產法之外。另有和議法。

破產法草案規定之內容。既與破產律不同。實言之。較破產律則為詳盡。徒以種種關係。未能施行。法院方面。有急切適用之必要。於是民國十五年十一月十八日。以大總統指令。由北京司法部刊印頒行各法院。除已有現行法令。判例。或有顯著之不同習慣外。均准暫行參酌採用。(見王家駒氏所著我對於破產法草案初稿之意見。載法律評論十二卷二十九期。)

(註七) 破產法五條規定。關於和解或破產之程序。除本法有規定外。準用民事訴訟法之規定。

第四節 破產法之效力

通常言法律之效力者。多分關於人之效力。關於地之效力。及關於時之效力三方面言之。(註八) 破產法適用時。關於人與時兩方面之效力。與一般法律無異。惟關於地之效力。則各家之意見不一。

就原則言。一國之法律其效力既僅及於國內。則外國法律。在內國自祇是一種事實 (facts) 而無法 (law)

之效力。從而外國法院所爲之判決或宣告在內國亦不能有等於內國法院所爲之判決或宣告之效力。惟此原則適用於破產法時則情形稍殊，學者中之意見分爲三派：（一）屬地主義，主張外國法院所爲之破產宣告，或債務人在外國所成立之和解，其效力僅及於該外國，債務人在內國之財產不受其影響。換言之，債務人在內國之財產可不因其在外國有破產之宣告而須加入該破產財團。（二）普及主義，主張一人一破產之原則，債務人不論在何國家，苟受破產之宣告，其所有在他國之財產，一概併入破產財團，用以分配於其在各國之債權人。（三）折衷主義，主張原則上從普及主義，但對於債務人之不動產則採屬地主義。換言之，在外國所爲破產之宣告，其效力可及於內國，但債務人在內國之不動產則屬例外，須依內國之破產法再爲破產之宣告，不受外國破產宣告之影響。

此三主義中，就理論言之，自以普及主義爲最佳。海牙第五次國際私法會議所通過之「關於破產之協定案」中，即採普及主義。惟採普及主義，事實上頗有困難。因各國對於他國法院所爲破產之宣告有無誠意協助其執行，殊難臆測，苟不能集中債務人在各國所有之財產而管理之，恐徒有普及之名，而無普及之實。以國勢不振之我國而論，如採普及主義，外國所成立之和解或破產之宣告，固易在我國執行，吸收債務人或破產人在中國之財產；反之，在我國所成立之和解或破產之宣告，則甚難在外國執行，其勢將成片面的普及。破產法所以不取普及主義而取屬地主義者，其理在此。（破產法四條：和解在外國成立，或破產在外國宣告者，對於債務人或破產人在中國之財產，不生效力。）

（註 八）茲簡單說明此三種效力如下：

(一) 關於人之效力 一國之法律，固以適用於一般國民及外國居留民爲原則，然亦有例外。如特別法中有僅適用於某一方之人民或某種之人民者，又如各國對於有特定身分者（元首及國會議員等）適用法律時，皆設有限制。至於在國際公法上得享有治外法權之人，各國尤均免其服從駐在國法律之義務。在現時之我國，則享有領事裁判權之外國居留民，亦非我國法律之效力所能及也。

(二) 關於地之效力 一國之法律原則上應施行於其領土、領海、領空之內，但亦有種種之例外。如依國際私法外國法律因本國之採用亦可以適用於本國領土之內。又如因承認治外法權之結果，本國法可行於外國，而外國法亦可行於本國。軍艦及公船無論行駛何處，皆祇受本國法律之支配，蓋以此也。至公海上之本國商船適用本國法，更無待論。

(三) 關於時之效力 成文法以公布而成立，自施行之日起而發生效力，蓋一般之通則也。不成文法則既無所謂公布，又無施行之日，當以認定其有法之效力之時爲其效力發生之始。惟法律之效力概不溯及既往，乃立法一大原則。蓋已依舊法或未依新法而確定之事實，當以不使再生紛擾爲宜。若以後來之法，適用既往之事，必使人心難於信法，且有使既得權動搖之虞，非立法之本意也。

第二章 和解

現行破產法係採和解法與破產法混合編制主義，前章既已言之。茲再欲伸述者，即我破產法何以必欲有和解制度？既有法院之和解，何以又有商會之和解？其理由據破產法草案初稿說明書，乃因「我國社會習慣崇尚和平，對於債務人不能清償其債務而非出於惡意者，類能寬恕矜憐，不為已甚，與歐洲各國視破產為犯罪者不同。而在債務人方面，無論其為商人或非商人，每至經濟窘迫之時，輒能多方設法，以斲了結。即至無法了結之時，每必倩人排解，請求債權人為相當之讓步，而以對簿公庭為可羞，與歐西各國之債務人視破產為常事者，亦頗異趣。且各地商人自動請求當地商會進行和解者，原為事所恆有。此種優良習慣，允宜保存，本案於此特加注意。故於有破產之聲請前，既許債務人向法院為和解之聲請，或向商會為和解之請求，即在破產程序開始後，亦許其提出調協之計劃。」（註一）

（註一）按「和解」原是世界上一種新的法律制度。西洋法制對於清理無力償債之債務，其歷來所沿用之方法，僅是「破產」，是故歐美法律一向祇有破產之規定。但至一八八六年，比利時首創一種制度，准許無力償債之債務人，於未經破產宣告以前，在法院監督之下，與債權人以和解磋商之方法，清結其負欠。如此，則債務人因破產宣告而喪失資格及破產程序中之種種繁雜的手續，均可免除。這是和解制度之濫觴。這種制度對於債權債務雙方均稱便利，自不待言。

自比利時於一八八六年創立和解制度之後，瑞士於其於一八八九年四月十一日所頒布之追訴債務及破產之聯邦法律，即予以採納。迨後丹麥、挪威、巴西、德國、波蘭等國亦相繼效尤，制訂類似之法律。一九〇三年意大利亦採取此制，並加以妥善之修正，該制遂後曾列入一九二五年之商法草案，稱爲 (Concordato Prevolutivo) 「預防之和解」。法國於一九一九年七月二日之法律中，亦暫採用和解制度，羅馬尼亞做意大利商法草案，制成一九二九年七月十九日之「羅國預防之和解法」。此法足以代表意大利制度最新之進步。阿根廷一九三三年九月二十七日之破產法中亦有「預防的和解」之規定，其內容與羅國制度相彷彿。南斯拉夫一九二九年十一月二十二日之法律，曾設立一種介乎和解與司法清理之間之變像的和解制度。一九三二年八月二日祕魯所頒布之破產法（第一九二至一九六條）中更創造一種完全脫離司法範圍（即不受法院之管轄、監督或認可）之和解制度。此制殆爲和解制度最新之演化。

從上面看來，破產宣告前之和解制度已爲各國立法之普遍趨勢，殆無疑義。這種制度之適與我國國情相吻合，尤不待言。蓋「息事寧人」乃我國民族之美德，「訟則終凶」爲我先哲之遺訓。至於我國破產法中對於和解除採法院之和解外，更創有「商會和解」之制度，庶債務人與債權人，於商會監督調停之下，得以從容磋商其清理負欠之方法。這種制度乃完全根據我國歷來之善良習慣，實爲我國破產法之最大特色。上海新聞報謂「商人清理條例雖亦採用和解程序，範圍尙狹。破產法初稿則雖採商會和解之制，與法院和解，並行不悖。是爲立法上之一大進步。」國民政府意籍法律顧問賴班亞 (A. Lavagna) 先生亦云：「余認爲第二章一二兩節——尤以商會之和解爲最——洵寬大而合實際，極堪贊許。」

至於反對商會和解者雖亦不乏人，但其所持理由大都幼稚可笑。姑就上海美籍某律師所舉之三大理由一論，讀者當知吾言之非誣。某律師之第一理由爲商會不應有司法權。殊不知和解非裁判可比，稱之爲「司法權」實屬有失正確，至多我們亦僅能以「準司法權」稱之。然此權爲中國歷來習慣及法律之所認許。不久以前各商會之「商事調解處」其所行使之職權，正類於此。其第二理由爲商會和解稽延時日。殊不知此種和解之聲請必須於破產聲請「前」爲之，並以未經法院聲請者爲限。債務人如不願和解時，

且可隨時向法院聲請宣告破產。以如此之制度而懼其能稽延時日，是亦未免過慮。其第三理由爲外人在華並無商會，不便運用此種和解。殊不知商會和解乃予商會份子一種特別便利之制度，決非說一切的和解或破產案件都非先經過商會的和解不可。外人既無商會，自可逕向法院聲請和解或破產。中國破產法上之商會和解，於他們奚害？且中國法乃爲中國人而立；我們決不能因爲某種制度外國人沒有運用的機會而並是種制度亦棄置之。這是很顯明的道理，不待多述。

反對商會和解理由之不當，有如上述。此外，更有主張充商會和解制度而使各地銀行公會與其他各種同業公會，以及地方紳士，亦能有同樣之職權者。這種見解，實亦由於不甚明瞭商會和解之真諦所致。我們應明白：商會有悠久之歷史，在習慣上常負重要之任務，（如曩日之商事調解處之職務。）同時，商會之組織有商會法之依據，故其組織亦較通常職業團體爲健全，其監督亦較通常職業團體爲便易。破產法之所以賦商會以和解之職權者，實是承認其特殊之性質與地位。其他職業團體，以及地方紳士，自不能等齊而觀。至於當事人自動願意於此等團體或人士調停勸導之下進行其和解者，他們不妨援用通常民事法上之規定，產生民法上之免除契約。這種行爲，不但非我國破產法之所禁，反之，我們毋寧說他與破產重視和解之精神相契合。（見梅汝璈氏破產法草案各問題之檢討；載武漢大學社會科學季刊五卷四號。）

第一節 法院之和解

第一項 和解之聲請及許可

（一）聲請人 和解由債務人聲請之。債權人對於債務人不能清償債務者，雖得聲請法院爲破產之宣告，但不得對於債務人聲請和解。（破產法六條，五八條）

（二）聲請之要件 債務人須具備下列三要件，始可向法院聲請和解：（破產法六條）

(1) 債務人不能清償債務 所謂債務人自兼指自然人的債務人及法人的債務人兩者而言。不能清償債務一語不問債務人爲自然人或法人均有其適用。又，債務人停止支付者，推定其爲不能清償，乃從客觀的立場判斷債務人是否不能清償債務。已均見前章第一節中說明，無庸重述。

(2) 在有破產聲請前 和解制度在若干國家本視爲債務人之權利，以債務人藉此制度可以繼續其業務，管理其財產，而信用名譽亦可保全。然果令債務人利用寬大之法律，而故意稽延其破產之實現，則於債權人轉多不利，故破產法限制聲請和解須在有破產之聲請前。蓋破產之聲請，債權人亦得爲之，債權人苟認爲無和解之可能，或債務人無和解之誠意者，儘可聲請法院爲破產之宣告。卽已在和解程序中，債權人仍得聲請破產。惟此際法院如認爲有和解之可能者，得以裁定駁回之耳。(破產法五八條參看)

(3) 未向商會請求和解 債務人以和解方法清理其債務者，本可於下述二途，擇一進行，一向法院聲請，一向商會請求。因經二者所成立之和解，其效力完全相同。故已向商會請求和解，而和解不成立者，應不能再向法院聲請和解。

(三) 聲請之手續 債務人聲請和解時，應提出財產狀況說明書，及其債權人債務人清冊，並附具其所擬與債權人和解之方案，及提供履行其所擬清償辦法之担保於法院。(破產法七條) 法院認爲必要時，得傳喚聲請人，令其對於前條所規定之事項補充陳述，並得隨時令其提出關係文件，或爲其他必要之調查。(八條) 聲請人所提出之書件法院經審查及調查後，應於收到聲請之日起七日內，爲許可或駁回之裁定。

(四) 聲請之駁回 法院爲許可或駁回之裁定時，固係從種種之情形斷定其有無和解之理由，但和解之聲請遇有下列四種情形之一時，應駁回之：

(1) 聲請人不合第七條之規定，未提出各種必要之書件，經限期令其補正者。

(2) 聲請人曾因和解或破產，依本法之規定，而受有期徒刑之宣告者。

(3) 聲請人曾因法院認可和解或調協，而未能履行其條件者。

(4) 聲請人經法院傳喚，無正當理由而不到場，或到場而不爲真實之陳述，或拒絕提出關係文件者。

(破產法七、八、九、一〇、各條)

(五) 駁回聲請之效力 法院駁回和解之聲請時，應依職權宣告債務人破產。(破產法三五條)

(六) 許可後法院之任務 法院對於和解之聲請爲許可之裁定後，應爲下列三事項：

(1) 指定監督人及監督輔助人 和解聲請經許可後，法院應指定推事一人爲監督人，並選任會計師或當地商會所舉之人員或其他適當之人一人或二人爲監督輔助人，用以監督和解之進行。監督輔助人得受報酬，其報酬額由法院定之，且有優先受償之權。但因其職務重要，恐有假公濟私，損害債務人或債權人之處，故法院認爲必要時，得命其提供相當之擔保。(破產法一一條)

(2) 公告及送達關於和解之事項

(甲) 公告關於和解之事項 法院許可和解聲請後，應即將下列事項公告之：(公告應黏貼於法院

牌示處，並登載於公報及新聞紙。如該法院管轄區域內無公報或新聞紙者，應併黏貼於商會或其他相當之處所。

(A) 許可和解聲請之要旨。

(B) 監督人之姓名，監督輔助人之姓名，住址，及進行和解之地點。

(C) 申報債權之期間及債權人會議期日。申報債權之期間應自許可和解聲請之日起，為十日以上二個月以下，但聲請人如有支店或代辦商在遠隔之地者，得酌量延長之。債權人會議期日應在申報債權期間屆滿後七日以外一個月以內。

(乙) 送達證明和解事項之通知書。法院許可和解聲請後，除須為如上之公告外，對於已知之債權人及聲請人，應另以通知書記明前述應公告之事項通知之。對於已知之債權人，並應將聲請人所提出和解方案之繕本，一併送達之。(以上俱見破產法一二、一三兩條)

(3) 備置關於和解之文書。法院除須將有關和解之事項公告及送達已知之債權人外，並應以左列文書之原本或繕本，備置於法院，以備利害關係人閱覽或抄錄：

(甲) 關於聲請和解之文件及和解方案。

(乙) 債務人之財產狀況說明書，及其債權人債務人清冊。

(丙) 關於申報債權之文書及債權表。(破產法二一條)

(七) 許可之效力 和解之聲請經許可後，發生如次之效力：

(1) 業務之繼續及監督 在和解程序進行中，債務人仍繼續其業務。此為和解與破產兩制度一大不同之點。因在破產宣告後，破產人對於應屬破產財團之財產，立即喪失其管理及處分之權也。(破產法七五條參看) 惟和解程序進行中之債務人雖仍繼續其業務，但應受監督人及監督輔助人之監督。監督之方法，不外簿冊財產之檢查與夫關於業務之詢問。蓋與債務人業務有關之一切簿冊、文件及財產，監督人及監督輔助人固得加以檢查，即關於其業務上一切問題，亦可詢問，債務人均有答復之義務也。(破產法一四條)

(2) 行為能力之限制 債務人聲請和解後，其行為能力略有限制：

(甲) 無償行為不生效力 聲請和解後，債務人不能再為無償行為，因其所為無償行為勢必損害債權人之利益，依法應不生效力。惟下列二種有償行為：

(A) 配偶間，直系親屬間，或同居親屬或家屬間，所成立之有償行為。

(B) 低於市價一半之價格而處分其財產之行為，或因其有故意損害債權人利益之虞，或顯然已損害債權人之利益，均須視為無償行為，而使其不生效力。(破產法一五條)

(乙) 有償行為超越範圍者不生效力 在無償行為，債務人因受片面的不利益，故不得為之，在有償行為，債務人因受有給付之對價，並無不利益，故原則上可以為之。但其有償行為逾越通常管理行為或通常營業之範圍者，對於債權人不生效力。(註二) 此蓋為防止債務人濫以有償行為處分其財產，致使債權人之

利益蒙受損失也。(破產法一六條)

(3) 民事執行程序之停止 和解聲請經許可後，尚有一效力，即對於債務人不得開始或繼續民事執行程序。此當爲貫徹共同訴追，以替代個別執行之本旨而設。因經認可成立之和解，對於一切債權人，其債權在和解聲請許可前成立者，均有效力。(破產法三六條參看) 則債權人中之一人或數人自不得另外請求強制執行。但有担保或有優先權之債權者，則因依優先權之原則，其債權本可先於其他債權而受清償，自可單獨開始或繼續民事執行程序，不受限制。

(註 二) 所謂其行爲對於債權人不生效力者，與其行爲不生效力之義有別。因其行爲僅對於債權人不生效力，則對於行爲之相對人或其他之人，自仍有效，不過對於債權人，不得以曾有此行爲相對抗耳。

第二項 和解程序進行之監督輔助人及債務人

(一) 監督人及監督輔助人之職務 監督輔助人之職務，有如下之四種：

(1) 監督債務人業務之管理，並制止債務人有損債權人利益之行爲。

(2) 保管債務人之流動資產，及其業務上之收入，但管理業務及債務人維持家庭生活所必需之費用，不在此限。

(3) 完成債權人清冊。

(4) 調查債務人之業務，財產，及其價格。

監督人之職務，則爲指揮監督輔助人執行前項之職務。（破產法一八條）

監督人及監督輔助人執行職務時，對於與債務人業務有關之一切簿冊、文件及財產，得加以檢查，關於其業務，並得詢問。（破產法一四條）

（二）債務人之義務 債務人有受監督人及監督輔助人監督之義務，凡因監督人及監督輔助人執行職務所加於債務人之一切行爲，債務人均有服從之義務。監督人及監督輔助人欲檢查有關其業務之一切簿冊、文件及財產時，或關於其業務有所詢問時，均有受其檢查或答復之義務。債務人如有下列情事之一者：

（1）隱匿簿冊、文件、或財產，或虛報債務；

（2）拒絕答復監督人或監督輔助人之詢問，或爲虛僞之陳述；

（3）不受監督人或監督輔助人之制止，於業務之管理有損債權人利益之行爲；監督人應即報告法院。法院接到此項報告後，應即傳訊債務人，債務人有到庭說明其理由之義務。債務人無正當理由不到庭，或關於其行爲不能說明正當理由時，法院應即宣告債務人破產。（破產法一九、二〇兩條）

第三項 債權人會議

（一）會議之組成 債權人會議由全體債權人組成之，但會議之主席則以監督人充之。監督輔助人及債務人雖非會議之成員，亦應列席或出席該會議。惟監督人雖爲會議之主席，並無參加決議之權，其任務除應力謀債權人及債務人雙方之妥協外，惟依據調查結果，報告債務人財產業務之狀況，並陳述對於債務人所提出和解

方案之意見而已。

監督輔助人之應列席會議，其理由與監督人相同，亦係因債權人須聽取其調查結果之報告及其對於債務人所提出和解方案之意見。至債務人之應列席會議，則為答復監督人、監督輔助人、或債務人之詢問，並與債權人作和解條件之磋商，使其所提出之和解方案易為債權人所接受。故債務人之出席會議實為必要，苟債務人經通知後，無正當理由而不出席債權人會議時，主席應解散債權人會議，並向法院報告，由法院宣告債務人破產。惟債務人不欲或不能親自出席會議者，得委託代理人出席，因代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，既直接對本人發生效力，無異債務人親自出席也。（破產法二二、二三、二四、二五等條）

（二）會議之任務 債權人會議之任務，無非使債務人所提出之和解方案，得集合全體債權人與債務人磋商而已。故作為方案內容之和解條件，應由雙方自由磋商，以期達於妥協。會議中對於債權人所主張之權利或數額，苟為債務人或其他債權人所不同意者，得提出駁議。主席對於此項爭議，應即為裁定。（破產法二五條二項及二六條）

（三）會議之結果 債權人會議之結果，對於和解方案，或為否決之決議，或為可決之決議，應有出席債權人過半數之同意，而其所代表之債權額並應占無担保總債權額四分之三以上。其結果苟為否決，主席應即宣告和解程序終結，並報告法院。其結果苟為可決，主席亦應即呈報法院，由法院為認可與否之裁定。（破產法二七、二八、二九等條）

(四) 異議之提出 債權人對於主席依破產法二六條所爲之裁定，(即債權人會議時，對於債權人所主張之權利或數額，經債務人或其他債權人提出駁議後，所爲之裁定) 或對於債權人會議所通過之和解決議有不服時，應自裁定或決議之日起十日內，向法院提出異議，法院對於此項異議爲裁定時，得傳喚債權人及債務人爲必要之詢問，並得命監督人、監督輔助人到場陳述意見。(破產法三〇、三一兩條)

第四項 和解之認可及不認可

(一) 認可及不認可之裁定 法院對於債權人會議所可決之和解條件如認爲公允，提供之担保相當者，應以裁定認可和解，否則應爲不認可之裁定。所謂認可與不認可，自僅對於債權人會議所可決之和解條件表示贊否而已，非可隨意變更其條件也。但如因債權人之異議，認爲應增加債務人之負擔時，經債務人之同意，法院亦未始不可將所增負擔列入和解裁定書內。但如債務人不同意時，法院並無強其同意之權，應不認可和解耳。此二種裁定應公告之，無須送達。對於不認可之裁定，不得抗告。對於認可和解之裁定，得爲抗告，但以曾向法院提出異議，或被拒絕參加和解之債權人爲限。惟認可和解之裁定，雖經抗告，仍有執行力，且僅得抗告一次，對於抗告法院之裁定，不得再抗告。(破產法二九條二項，及三二、三三、三四等條)

(二) 不認可之效力 法院所爲不認可裁定之效力與駁回和解聲請之效力相同，即均應於裁定或駁回之時，依職權宣告債務人破產。(破產法三五條)

(三) 認可之效力 和解經法院認可後，有如次之效力：

(1) 對於債權人 經認可之和解，除本法另有規定外，對於一切債權人，其債權在和解聲請許可前成立者，均有效力。(破產法三六條) 所謂除本法另有規定，即破產法所規定：和解不影響有擔保或有優先權之債權人之權利，但經該債權人同意者，不在此限。(三七條) 此因有擔保或有優先權之債權人，其權利既有擔保物權(如抵押權，質權，留置權)為之担保，或有法律上之特別規定，自應不受和解結果之影響也。

(2) 對於債務人 債務人自和解成立後，有依和解方案嚴格履行之義務，債務人違背和解條件或不履行時，固可使和解被撤銷，即債務人對債權人允許和解方案所未規定之額外利益者，其允許亦不生效力。(破產法三九條)

(3) 對於債務人之保證人及其他共同債務人 債務人不履行債務時，保證人本有代負履行之責任。今債務人之債務雖因和解成立而有所減輕，或其清償之期限有所延展，然非因此免却履行債務之責任，故債權人對於債務人之保證人之權利，不因和解而受影響。又債務人之共同債務人，對於債權人雖共同負履行債務之責任，然其中之一人或數人與債權人間所成立之和解，不過該債務人自己對於債權人可以享受特別之待遇而已，其他之共同債務人不必因此即有同一之待遇，故債權人對於其他共同債務人所有之權利，亦不因和解而受影響。(破產法三八條)

第五項 和解及和解讓步之撤銷

(一) 和解之撤銷與和解讓步之撤銷之區別 和解之撤銷云者，謂經法院所認可或在商會所成立之和解

解。由法院撤銷之之謂也。和解讓步之撤銷則與此有兩點差別：

(1) 和解讓步之撤銷非由法院爲之，乃由有正當理由之債權人爲之；

(2) 和解讓步之撤銷不影響和解之存在，蓋和解之效力對於其他債權人儘可繼續存在，而對於有權撤銷和解所定之讓步條款之債權人，則得因撤銷而不受其拘束也。

(二) 撤銷和解之原因 和解必須有下述三原因之一時，始得聲請法院撤銷之：

(1) 債權人於債權人會議時，不贊同和解之條件，或於決議和解時，未曾出席，亦未委託代理人出席，而能證明和解偏重其他債權人之利益，致有損本人之權利者，得自法院認可和解或商會主席簽署和解契約之日起十日內，聲請法院撤銷和解。(破產法五〇條)

(2) 自法院認可和解，或商會主席簽署和解契約之日起一年內，如債權人證明債務人有虛報債務，隱匿財產，或對於債權人中一人或數人允許額外利益之情事者，法院因債權人之聲請，得撤銷和解。(五一條)

(3) 債務人不履行和解條件時，經債權人過半數而其所代表之債權額占無担保總債額三分之二以上者之聲請，法院應撤銷和解。但聲請時，依和解已受全部清償之債權人，不算入此項聲請之人數，總債權額中亦應將已受清償之債權額扣除之。(五二條)

(三) 撤銷和解之裁定 法院撤銷和解或駁回和解撤銷之聲請，以裁定爲之。對於撤銷和解之裁定，不得抗告，對於駁回和解撤銷聲請之裁定，得爲抗告。(五三條)

(四) 撤銷和解之效力 法院撤銷和解時，效力有二：

(1) 法院應即依職權宣告債務人破產。(五四條)

(2) 已成立之和解因撤銷而視為自始無效。何以言此項撤銷有追溯的效力，可於破產法四〇條之規定中見之：「在法院認可和解後，債務人尙未完全履行和解條件而受破產宣告時，債權人依和解條件已受清償者，關於其在和解前原有債權之未清償部分，仍加入破產程序，但於破產財團應加算其已受清償部分，以定其應受分配額。前項債權人應俟其他債權人所受之分配與自己已受清償之程度成同一比例後，始得再受分配。」又五五條規定：「法院撤銷經其認可之和解而宣告債務人破產時，以前之和解程序得作為破產程序之一部。」可見以前和解程序中已發生之結果，必因撤銷和解及宣告破產而歸於無效矣。

(五) 撤銷和解讓步之原因及效力 破產法五六條一項規定：「債務人不依和解條件為清償者，其未受清償之債權人得撤銷和解所定之讓步。」據此，則欲撤銷和解所定之讓步者，有二不能不備之原因：

(1) 債務人不依和解條件而為清償。

(2) 債權人之債權未受清償。至撤銷之方法，較之和解之撤銷簡便多多，蓋由債權人以意思表示為之即可。惟此項撤銷僅對該債權人債務人間之關係有其效力，即債權人因和解所定之讓步可歸於消滅，原來之債權額可以回復，却不及於其他之債權人。且因此項撤銷而回復之債權額，非俟債務人對於其他債權人完全履行和解條件後，不得請求之也。(五六條二項)(註三)

(註三)和解讓步之撤銷既不由法院爲之，難免債權人不無濫用此項權利之處。爲使共同追訴之旨得以貫徹，不令債權人任意脫離，故使凡行使此項撤銷權之債權人，其回復之債權額，非俟其他債權人按和解條件完全受清償後，不得請求之。

第二節 商會之和解

破產法上關於法院和解之規定，除少數之例外，多能適用於商會之和解。故本節亦僅就其相異之點而述之。惟次序項目則仍依前節，以便比較。

第一項 和解之請求及許可

(一) 請求人 得請求商會進行和解者，亦以債務人爲限。惟對法院用聲請，對商會用請求，用語略有不同而已。

(二) 請求之要件 債務人亦須具備下述三要件，始可向商會請求和解：(破產法四一條)

(1) 債務人不能清償債務，

(2) 在有破產聲請前，

(3) 未向法院聲請和解。

(三) 請求之手續 債務人向商會請求和解者，其手續與向法院聲請和解時相同。即須提出財產狀況說明書，及其債權人清冊，並附具所擬與債權人和解之方案，及提供履行其所擬清償辦法之担保。(破產法七條，四五條)

(四) 請求之駁回 和解之請求，遇有左列情形之一時，應由商會駁回之，亦與前節所述無異：(破產法一〇條，四九條)

(1) 請求不合第七條之規定，未提出各種必要之書件，經限期令其補正而不補正者。

(2) 請求人曾因和解或破產，依本法之規定，而受有有期徒刑之宣告者。

(3) 請求人曾經法院認可和解或調協，而未能履行其條件者。

(4) 請求人經商會傳喚，無正当理由而不到場，或到場而不為真實之陳述，或拒絕提出關係文件者。

(五) 駁回請求之效力 向法院聲請和解者，駁回其聲請時，法院應依職權宣告債務人破產。(破產法三五條) 但向商會請求和解者，其請求被駁回時，是否須由商會呈報法院，再由法院依職權宣告債務人破產，則無明文規定，應難為同一之解釋。

(六) 許可後商會之任務 商會許可和解之請求後，其任務應如下述：

(1) 委派人員監督債務人 商會得委派商會會員、會計師或其他專門人員，檢查債務人之財產及簿冊，監督債務人業務之管理，並制止債務人有損債權人利益之行為。(破產法四三條)

(2) 召集債權人會議 商會應就債務人簿冊，或以其他方法，查明一切債權人，使其參加和解，並出席債權人會議。商會接到和解請求後，並應從速召集債權人會議，自接到和解請求之日起，至遲不得逾二個月。(破產法四二、四四條) 按此兩條規定，自係指其和解之請求已得商會之許可者而言，若其請求有駁回之原

因而被駁回者，應不適用。

(3) 備置關於和解之文書 商會應備置下列文書之原本或繕本，備利害關係人閱覽或抄錄（破產法二一條四九條）

(A) 關於聲請和解之文件及和解方案，

(B) 債務人之財產狀況說明書，及其債權人債務人清冊，

(C) 關於申報債權之文書及債權表。

(七) 和解請求許可之效力 和解之請求經商會許可後，（所謂許可即不駁回，因商會非如法院之須以裁定爲之）其所生之效力完全與向法院聲請和解經其許可時相同。即：

(1) 債務人仍繼續其業務，但應受商會之監督，

(2) 債務人之行爲能力受有限制，

(3) 對於債務人不得開始或繼續民事執行程序。（破產法一五、一六、一七、四九等條）

第二項 和解程序進行中之商會及債務人

(一) 商會 商會在和解之進行中，直接負監督債務人之責，不另置監督人及監督輔助人，但商會究屬法人，不能親自爲財產之檢查，業務之監督，故得委派自然人爲之。因已見前述，從略。

(二) 債務人 和解中債務人應負之義務與前節所述相同。惟債務人有下列情事之一時：

(1) 隱匿簿冊、文件、或財產、或虛報債務；

(2) 拒絕答復商會之詢問、或爲虛僞之陳述；

(3) 不受商會之制止、於業務之管理、有損債權人利益之行爲。所生之結果、則與法院之和解不同。在法院之和解、此時應由監督人報告法院、由法院傳訊債務人、如債務人無正當理由不到場、或關於其行爲不能說明正當理由時、法院應即宣告債務人破產。(破產法一九、二〇條)但在商會之和解、則此時商會僅得終止和解。(破產法四六條)

第三項 債權人會議

(一) 會議之組成 關於此點商會之和解與法院之和解顯有不同、即依商會之和解所召集之債權人會議、不以商會所委派之監督人員爲會議之主席、而在後者則以法院所指定之監督人爲會議之主席。至債權人會議時、債務人及商會所委派之人員應出席或列席、及債務人得委託代理人出席各項規定、彼此均同。(破產法二二、二五、四九等條)

(二) 會議之任務 債權人會議之任務與前節所述相同、無非使債務人所提出之和解方案得集合全體債權人與債務人自由磋商。所不同者、在法院之和解、債權人會議時、對於債權人所主張之權利或數額有爭議時、主席應即爲裁定、而在商會之和解、則主席無此權限。又在商會之和解、債權人會議推舉代表一人至三人、會同商會所委派人員、檢查債務人之財產及簿冊、而在法院之和解、則無此規定。其理由或係因法院所指定及選定之監

督人及監督輔助人較能秉公辦事，故債權人會議除聽取其調查結果之報告外，無庸更舉代表會同檢查也。（破產法四五條）

(三) 會議之結果 債權人會議之結果，對於和解方案，或為否決之決議，或為可決之決議，應有出席債權人過半數之同意，而其所代表之債權額並應占無担保總債權額四分之三以上，亦與前節所述相同。惟會議之結果無論為否決或為可決，主席均不必報告法院，苟為可決，即應訂立書面契約，並由商會主席署名，加蓋商會鈐記，則與前節所述不無差異耳。

第四項 和解成立之效力

(一) 和解之成立 在商會之和解，其成立既僅由於債權人會議可決後書面契約之訂立，而無須經法院之認可，則前節關於法院認可之規定，除認可之效力一點外，自不適用。

(二) 和解成立之效力 在商會之和解，和解成立之方法雖與前節所述不同，然二者之效力則完全一致，故和解成立之效力皆準用關於和解認可效力之規定。（破產法三六至四〇條，四九條）即：

(1) 對於債權人 在商會所成立之和解，對於一切債權人其債權在和解成立前成立者，均有效力。但不影響有担保或有優先權之債權人之權利。

(2) 對於債務人 債務人對於債權人允許和解方案所未規定之額外利益者，其允許不生效力。

(3) 對於債務人之保證人及其他共同債務人 債權人對於債務人之保證人及其他共同債務人所

有之權利，不因和解而受影響。

第三章 破產

第一節 破產之宣告及效力

第一項 破產之宣告

(一) 破產宣告之原因 破產宣告必有一定之原因，此一定之原因在各國破產法上，有取列舉主義者，如英美諸國，有取概括主義者，如大陸諸國，殊不一致。我破產法對於因聲請而宣告之破產取概括主義，依職權而宣告之破產取列舉主義。下列七種原因中(1)(2)兩種皆以不能清償或不敷清償為破產之原因，係屬概括的規定，(3)至(7)五種則為列舉的規定。

(1) 債務人不能清償債務。此點已於本編第一章內述之，讀者可以參看。(破產法一條五七條)

(2) 遺產不敷清償被繼承人之債務者。(五九條)

(3) 債務人在和解程序中有違背監督之情事，經監督人報告法院，復無正當理由不到場，或關於其行為不能說明正當理由者。此點本編第二章內亦已述之。(二〇條)

(4) 債務人經通知後，無正當理由而不出席債權人會議。此點第二章內亦已述之。(二四條)

(5) 法院駁回和解之聲請，或不認可和解者。(三五條)

(6) 法院撤銷和解者。(破產法五條)

(7) 在民事訴訟程序或民事執行中，法院查悉債務人不能清償債務。(六〇條)

(二) 破產宣告之方法 破產宣告之方法不外二種：即(1)由債權人或債務人或其他關係人之聲請，(2)由法院依職權爲之。茲分述如下：

(1) 因聲請而宣告之破產 因聲請而宣告之破產，即有前文所列舉之(1)(2)兩種原因之一而聲請破產者。其聲請人如下：

(甲) 債務人不能清償債務者。 有此種原因時，債權人或債務人均得聲請之，且縱在和解程序中，亦得聲請之。此種規定較之和解之聲請(向法院)或請求(向商會)僅得在有破產之聲請前，且僅得由債務人爲之者，自有不同。惟破產之聲請雖「縱在和解程序中亦得爲之」，但法院認爲有和解之可能者，得駁回之，非皆得許可也。(破產法五八條)

(乙) 遺產不敷清償被繼承人之債務者。 有此原因時，尙非當然可聲請破產，因繼承人本應承受被繼承人財產上之一切權利義務，被繼承人之債務縱超過遺產，苟已由繼承人承受而爲清償，自無聲請破產之必要，所以要聲請破產者，必另有下列情形之一：

(A) 無繼承人時。 繼承，因被繼承人死亡而開始。繼承開始時無繼承人出而承受被繼承人之債務者，對於債權人之利益難免危險，自得爲破產之聲請。惟所謂無繼承人，應指並直系血親卑親屬，父母，兄

弟姊妹、祖父母、配偶等俱無之情形而言。(民法一一三八條一一四七條一一四八條)

(B) 繼承人爲限定繼承，或繼承人全體拋棄繼承時。所謂限定繼承，即繼承人得限定以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務，此外爲遺產所不能償還之債務，繼承人不負責任。至繼承之拋棄，則繼承人並此限定以繼承所得之遺產償還被繼承人債務之責任而無之。被繼承人之遺產本已不敷清償其債務，而繼承人復爲限定之繼承或爲繼承之拋棄時，對於債權人之利益自有極大影響，故許其爲破產之聲請。(民法一一五四條一一七四條)

(C) 未拋棄繼承之繼承人全體有破產之原因時。繼承人雖未拋棄繼承，然其全體苟有破產之原因，對於債權人之利益仍無保障，應亦許其聲請破產。

有以上所述三種情形之一時，除債權人得爲破產之聲請外，遺囑執行人(註一)亦得爲之。有以上所述(B)(C)兩種情形之一時，繼承人亦得爲之。有以上(A)種情形時，遺產管理人(註二)亦得爲之。

按以上關於遺產破產之規定，俱見破產法五九條。吾人於分析條文意義之後，應促讀者注意者，計有兩點：一即宣告遺產破產之原因，限於遺產有「不敷」清償被繼承人債務之情形。所謂「不敷」自係「不足」之義，而非「不能清償」。前述一般破產宣告之原因時，曾謂對於自然人或法人宣告破產者，以不能清償債務或停止支付爲其原因，而不問其財產是否不足抵償其債務。對於股份有限公司及股份兩合公司宣告破產者，則於上述原因外，尚有公司財產不足抵償債務之另一原因。(註三)今對遺產宣告破產，其原因與對自然人及法人均有不同，

蓋僅限於「不敷」清償債務之一種。

此外吾人尙應注意之一點，即被繼承人之債務應否包括遺贈在內，苟不包括遺贈在內，則遺產不敷清償遺贈時，受遺贈人有無聲請宣告破產之權？查民法繼承編對於限定之繼承，設有詳密之規定，如繼承人應於繼承開始時起，三個月內，開具遺產清冊呈報法院；如法院應依公示催告程序公告，命被繼承人之債權人於一定期限內，報明其債權；如繼承人對於報明之債權等，應按其數額，比例計算，以遺產分別償還，但不得害及有優先權人之利益，等等規定，不啻一簡易而有實效之破產程序。（民法一一五四以下各條參看）其與破產程序不同者，不過一則由繼承人自己清理，一則由破產管理人清理之耳。其中規定涉及遺贈者，有一一六〇條，蓋係限制繼承人，非將報明之債權及其所已知之債權，一一清償後，不得對受遺贈人交付遺贈而設。然則遺贈非即被繼承人之債務，且不得與債務依同一順位而受償付，亦可知矣。破產法上所稱遺產不敷清償被繼承人債務時，亦得宣告破產，所謂債務，應亦不包括遺贈在內。則遺產即有不敷交付遺贈之情形，受遺贈人應不得聲請破產。又對於已宣告破產之遺產，受遺贈人不得加入分配，依以上所述，亦屬當然之理。（註四）

民法繼承編對於限定之繼承雖有規定，其實惠僅及繼承人。對於被繼承人之債權人，仍未能充分保障其利益。因繼承人固可因此不受被繼承人所負債務之累。而在債權人，則如繼承人因自己有破產之原因，故意不為限定之繼承，反就遺產為不利於債權人之行為，或於為限定之繼承後，對於債權債務之清理，故意作不公平之分配者，豈非反蒙其害？故破產法於此又設遺產破產之規定，使被繼承人之債權人有五九條所定原因之一者，得聲請

宣告其破產。非故與民法爲重複之規定也。

(2) 依職權而宣告之破產 法院無須俟有聲請權人之聲請，依職權即得對債務人宣告破產者，須有前文所列舉(3)(4)(5)(6)(7)五種原因之一。按破產之宣告，我破產法係以聲請主義爲原則，以職權主義爲例外。故原則上應由有聲請權人聲請之。苟債權人及債務人俱不欲聲請破產，則雖債務人已入不能清償之狀態，法院亦無強其破產之理。法院可以依職權宣告債務人破產者，不外因：

(A) 債務人已在和解程序中，或有和解之聲請被駁回，和解之結果不認可，和解被撤銷之情形。(即有第(3)(4)(5)(6)四種原因)

(B) 債務人正在民事訴訟程序中或民事執行程序中，爲法院查悉有不能清償之情形者。(即有第(7)種原因)

蓋有上述情形之一時，債務人與債權人必處於不能妥協之狀態中，與其俟爲破產之聲請，或任債權人個別追訴，不如逕由法院依職權宣告破產，較爲簡捷妥善也。

(三) 聲請破產之手續 破產由債權人聲請者，應於聲請書叙明其債權之性質、數額，及債務人不能清償其債務之事實。由債務人聲請者，應附具財產狀況說明書，及其債權人債務人清冊。(破產法六一條六二條)

(四) 法院對於聲請之裁定 法院對於破產之聲請，應自收到聲請之日起，七日內，以裁定宣告破產，或駁回破產之聲請。惟在裁定前，法院得依職權爲必要之調查，並傳訊債務人、債權人及其他關係人。法院在七日之期

限內，不能完成其調查時，得爲七日以內之展期。（破產法六三條）

（五）法院爲破產宣告時之任務。法院爲破產宣告時，應卽爲以下各事項：

（一）選任破產管理人。破產管理人舊稱破產管財人，爲管理破產財團之人，因破產人自有破產之宣告，對於應屬破產財團之財產，卽喪失其管理及處分之權，故非選任破產管理人管理之不可。破產管理人應由法院就會計師或其他適於管理該破產財團之人中選任之，爲有償職，其報酬由法院定之。（破產法六四條八三條八四條）

（二）決定申報債權之期間及第一次債權人會議期日。法院爲破產宣告時，應卽決定申報債權之期間，使債權人得於期間內，向破產管理人申報其債權。但其期間須在破產宣告之日起，十五日以上，三個月以下。又第一次債權人會議期日因須先行公告，亦須預爲決定，但其期日須在破產宣告之日起，一個月以內。（破產法六四條）

（三）公告及通知關於破產宣告之事項。下列各事項，法院應於破產宣告時公告之：

（甲）破產裁定之主文，及其宣告之年月日。

（乙）破產管理人之姓名，及處理破產事務之地址。

（丙）申報債權之期間，及第一次債權人會議期日。

（丁）破產人之債務人，及屬於破產財團之財產持有人，對於破產人不得爲清償或交付其財產，並應

即交還或通知破產管理人。

(戊)破產人之債權人應於規定期限內，向破產管理人申報其債權，其不依限申報者，不得就破產財團受清償。(註五)

前項公告應黏貼於法院牌示處，並登載於公報及新聞紙。如該法院管轄區域內無公報新聞紙者，應併黏貼於商會或其他相當之處所。又，對於已知之債權人，債務人，及財產持有人，仍應將前項所列各事項以通知書送達之。(破產法六五條一三條)

(4)囑託為破產之登記 法院為破產宣告時，就破產人或破產財團有關之登記，(破產人為商人者，如所用商號及經理人之註冊；破產財團中有不動產者，如不動產之登記)應即通知該登記所，囑託為破產之登記。(破產法六六號)

(5)囑託為郵電之改遞 法院為破產宣告後，認為必要時，得囑託郵局或電報局，將寄與破產人之郵件或電報送交破產管理人。(破產法六七條)

(6)截止關於財產之帳目 法院書記官於破產宣告後，應即於破產人關於財產之帳簿，記明截止帳目，簽名蓋章，並作成節略，記明帳簿之狀況。(破產法六八條)

(註一)遺囑之執行，原則上應由繼承人為之，但繼承人若為無行為能力人，或因其他事故不適於執行遺囑，又或遺囑之執行於繼承人之利益有衝突者，自以另行設置遺囑執行人為愈。遺囑執行人通常由遺囑人指定之，或委託他人指定之。

(註) 二) 繼承開始時繼承人之有無不明者，由親屬會議選定遺產管理人，使保管遺產，清償債務，至有繼承人出而承認繼承，或始終無繼承人承認繼承，遺產歸屬國庫時，為遺產之移交。(民法一一七七條一一七九條)

(註) 三) 參看本書五〇二頁。

(註) 四) 民四之破產法草案則許受遺贈人與被繼承人之債權人有同樣之權利，但其受清償之順位則次於債權人。該草案二九條云：「對於

繼承財產宣告破產時，繼承債權者及受遺者，應先於繼承人之債權者而受清償。繼承債權者又先於受遺者受清償。」又三一條云：

「繼承人宣告破產時，繼承人之債權者，對於繼承人之破產財團，應先於繼承債權者及受遺者而受清償。」

(註) 五) 王家駒氏對於此項規定持反對意見，以為此項規定，「實言之，即過期呈報之債權，不得受分配而已。在立法者之意，惟恐債權人之延不呈報，妨礙破產程序之進行，故不得不加以限制。但吾國地廣人稠，交通不便，如以過期呈報之故，而即不許主張權利，於情於理，似均未得其平。愚以為債權人固應如期呈報，不如期呈報者，不過不得加入未呈報以前之分配而已，至呈報以後之分配，不應有以異於其他債權人，但不過關於該債權之調查，及其他一切費用，應由該債權人負擔，不能取償於破產財團而已。」(見王氏前揭文第四點)

第二項 破產宣告之效力

(一) 對於破產人身體的自由 破產人自破產宣告後，其身體的自由即受限制。其限制，有下列二種情形：

(1) 破產人非經法院之許可，不得離開其住居地。

(2) 破產人因必要之原因，得被法院傳喚，拘提，或羈押。(關於傳喚或拘提，準用刑事訴訟法關於傳喚或拘提之規定。惟羈押須破產人有逃亡或隱匿毀棄其財產之虞時，始得由法院簽發押票。且羈押期間不得超過一個月。但經破產管理人提出正當理由時，法院得准予展期，惟每次展期仍以一個月為限。) 以上所述均係

破產人已受破產宣告後始得發生之效力。若僅有破產之聲請，尙未爲破產之宣告，債務人之身體的自由在原則上自不應受限制。惟果如此放任，恐債務人預見必爲破產之宣告，而故意逃亡或爲有損債權人之行爲，亦非保護社會安全之道。故法律又許法院在破產宣告前，因債權人之聲請，或依職權，拘提或羈押債務人，或命爲必要之保全處分。所謂保全處分，如命債務人提供担保之類。但羈押之原因不存在時，則不問其羈押係在破產宣告前或宣告後所爲，應即撤銷之，庶不致令債務人過於感受痛苦也。（破產法六九至七三條）

（二）對於破產人管理財產的能力。破產人因破產之宣告，對於應屬破產財團之財產，喪失其管理及處分權。蓋恐破產人對其財產有不利益於債權人之處分也。（破產法七五條）

（三）對於破產人在破產宣告前所爲之行爲。破產人在破產宣告前所爲之行爲，因破產之宣告，而發生新的結果者，破產法上有下列三條之規定：

（一）債務人在破產宣告前所爲之無償或有償行爲，有損害於債權人之權利，依民法之規定得撤銷者，破產管理人應聲請法院撤銷之。（七八條）按本條之規定，乃因債權人對於債務人原有個別訴追之權，既因宣告破產實行共同訴追而不能行使，則各債權人依民法之規定，對於債務人之行爲，原得行使撤銷權者，（如各債權人與債務人間所爲之行爲有被詐欺或被脅迫之情事）自須由破產管理人集中行使之。

（二）債務人在破產宣告前六個月內所爲之左列行爲，破產管理人得撤銷之：

（甲）對於現有債務提供担保。但債務人對於該項債務已於破產宣告六個月前承認提供担保者，不

在此限。

(乙) 對於未到期之債務爲清償。(以上見七九條)

按此二項行爲對於其他未受提供担保或未受清償之債權人，無異減少將來得藉以求償之財產，自應撤銷。至法律所以定六個月之期限者，係因六個月爲期較短，債務人在破產宣告前六個月內，苟對現有無担保之債務而提供担保，未到期之債務而清償，難免有明知將次破產而故意損害其他債權人之嫌，雖實際有無此項故意尙未判明，爲保護其他債權人計，應概得撤銷之。(註六)

前二條之撤銷權，對於轉得人於轉得時，知其有得撤銷之原因者，亦得行使之。(破產法八〇條) 又前二條之撤銷權自破產宣告之日起，二年間不行使而消滅(破產法八一條)，則以促破產管理人之注意並以使相對人之權利勿久處於不確定之狀態也。

(3) 破產人受破產宣告時，與他人有租賃關係而爲承租人者，雖其租賃契約定有期限，破產管理人得終止之。(破產法七七條) (註七)

(四) 對於破產人之親屬及其他關係人，法院得依職權，或因破產管理人或債權人之聲請，傳喚破產人之親屬或其他關係人，查詢破產人之財產及業務狀況。(破產法七四條)

(五) 對於破產人之債務人，破產人之債務人對於破產人所負之債務，苟於破產宣告後清償者，其所爲清償之效力，視其爲善意或惡意而有別。

(1) 破產人之債務人於破產宣告後，不知其事實而為清償者，得之以對抗債權人。換言之，債務人得對於破產債權人主張其債務已因清償而消滅也。

(2) 破產人之債務人如其事實而為清償者，僅得以破產財團所受之利益為限，對抗破產債權人。換言之，破產人之債務人因清償債務所為財產上之給付，苟加入破產財團時已有減少時，所減少之部分，對於破產債權人不得主張其已為清償，仍有再為清償之責任也。(以上見破產法七六條)

(註六) 此項撤銷權，在德日破產法上，稱為否認權，我破產法不用否認權字樣，其實相同。

(註七) 按本條規定祇適用於破產人為承租人之情形。若出租人宣告破產時，其與承租人間所訂租賃契約，究應如何辦理，未免缺如。論租賃契約之當事人宣告破產時，其所生之法律關係，出租人當較承租人為繁複，且亦較承租人為重要。在承租人宣告破產時，至多不過解約(退租)而已。而在出租人宣告破產時，如係按月收租，其契約亦未定期限者，當然隨時終止契約，而以其所出租之動產或不動產歸入破產財團，尚不生問題。反之，如定有期限，或收有押租時，解約則為承租人所不許，不解約又無以對抗破產債權人，其已收之押租認為有效，則於破產債權人不利，不認為有效，又為承租人所不許，凡此種種，皆為必須解決之問題，付之缺如，未免欠妥。(見王家駒氏前揭文第六點)

第二節 破產財團之構成及管理

第一項 破產財團之構成

(一) 破產財團之意義 破產財團者，破產人之財產，用以供分配於債權人者也。所謂財產，有廣狹二義。狹義之財產僅指有金錢上價格之物及權利。廣義之財產則並人之信用技能亦包括在內，構成破產財團之財產以

狹義之財產爲限，因破產之目的乃使全體債權人就破產人之財產得金錢上的平均滿足，所得分配者自以破產人人身以外之物或權利爲限，信用技能與破產人人身既不能分離而有其獨立之價值，應不在內。

(二)破產財團之範圍 即以狹義之財產而言，破產人所有一切財產果皆屬破產財團乎？是又不然。破產法於八二條明定下列之財產爲破產財團：

(1)破產宣告時屬於破產人之一切財產，及將來行使之財產請求權。

(2)破產宣告後，破產終結前，破產人所取得之財產。

此外「專屬於破產人本身之權利，及禁止扣押之財產，不屬於破產財團。」試將本條加以分析，可知屬於破產財團之財產，限於下述之範圍：

(1)須屬破產人所有者。破產人所占有之財產中，未必皆屬其所有者。屬於第三人之財產，雖在破產人占有中，不得以爲破產財團。破產管理人即誤以併入破產財團，權利人仍得請求取回之。學者稱此種權利曰取回權。破產法一一〇條規定：「不屬於破產人之財產，其權利人得不依破產程序，由破產管理人取回之。」即爲保護此項權利而設。得行使取回權之實例甚多，如因受寄人破產而將所寄託之物取回，因運送人破產而將所託運之物取回，因承租人破產即將所出租之物取回，因承攬人破產而將所供給之材料取回等皆是。若出賣人已將買賣標之物發送，買受人尙未收到，亦未付清全價，而受破產宣告者，出賣人得解除契約，並取回其標的物，亦係一種取回權之行使。因此時買賣標的物之所有權既尙未移轉，應仍屬出賣人所有也。惟買受人雖已破

產，對於出賣人，仍有請求其交付標的物之權利。此項權利苟為破產管理人代為行使，且對出賣人清償全價者，出賣人仍有交付之義務耳。（破產法一一一條）

（2）須屬破產終結前為破產人所有及所取得者。破產人之財產須以之分配於債權人者，立法例有三種程度上之差別之規定：

（A）僅以破產宣告當時屬於破產人之一切財產及將來行使之財產請求權為破產財團者，學者稱之曰固定主義。

（B）不僅以破產宣告當時屬於破產人之財產為限。即破產宣告後，破產終結前，破產人所取得之財產，亦以之為破產財團者，學者稱之曰膨脹主義。

（C）不僅以破產終結前為限，即破產終結後，破產人所取得之財產，亦須以之追加分配於債權人，至其債務已經全部清償，或至債務已得一定成數之清償（如百分之五十或三十）為止者，學者稱之曰不免責主義。比較此三種主義，固定主義失之過寬，不免責主義失之過酷，自以膨脹主義為最適宜。我破產法上之規定即係採膨脹主義者。

（3）須非專屬於破產人本身之權利者。所謂專屬於破產人本身之權利，非指人格權身分權而言，因此項並無財產上價格之權利，根本非所謂財產，自無特別說明之必要。所謂專屬於破產人本身之權利，乃指因破產人之特別身分所得享有有財產上價格之權利，如終身定期金，退職養老金等皆是。蓋此等權利惟破產人

本身可以有之。

(4) 須非屬禁止扣押之財產者。破產程序者，一般的強制執行程序也。禁止扣押之財產在個別強制執行程序，尚不得爲其目的物，自更不得爲破產程序之目的物。禁止扣押之財產，如破產人對於第三人之債權，係維持生活必要費用者，在不得爲強制執行之列。(民事訴訟執行規則九七條參看)

第二項 破產財團之管理

破產財團直接受破產管理人之管理，間接受監查人之監督，故本項同時即將此二種人加以論述。

(一) 破產管理人之選任及撤換 破產管理人應由法院就會計師或其他適於管理該破產財團之人中選任之，已見前述。惟據我破產法，破產管理人尙可由債權人會議就債權人中另爲選任，其選任方法固不僅法院選任之一種也。惟破產管理人既非由法院所選任者，其應受法院之監督，必要時，並有受法院之命，提供相當擔保之義務，則與由法院所選任者固無少異也。(破產法八三條二三兩項) 債權人會議就債權人中另選破產管理人時，對於前由法院於破產宣告時所選任之破產管理人，必先予以撤換，此撤換行爲應由法院爲之。又關於破產管理人之撤換，法院亦得因監查人之聲請或依職權爲之。(破產法八五條)

(二) 監查人之選任 監查人者，債權人之代表，監督破產程序之進行者也。監查人由債權人會議選任之。(破產法二〇條) 惟是否須就債權人中選任，或應就會計師或其他適於爲監查任務之人中選任，則法律並無明文，自應解爲並無此項限制爲是。

(三) 破產管理人之職權 破產管理人有如次之職權：

(1) 接收破產財團 破產人應將其財產有關之一切簿冊文件，及其所管有之一切財產，移交破產管理人。但禁止扣押之財產不在此限。又開列破產人一切財產之性質及所在地之財產狀況說明書，及破產人之債權人債務人清冊，經破產管理人之請求，破產人亦應即提出。(破產法八七八八兩條)

(2) 管理破產財團 破產管理人對於破產財團之管理可分下列三項述之：

(甲) 繼續營業 屬於破產財團之財產，破產人本就之有營業者，破產管理人於第一次債權人會議前，經法院之許可，得於清理之必要範圍內，繼續其營業。(破產法九一條)

(乙) 保全權利 破產人之權利屬於破產財團者，苟有為他人侵害或將有不得實現之虞時，破產管理人應為必要之保全行為。(九〇條)

(丙) 處分財產 屬於破產財團之財產，破產管理人亦可處分，但應得監查人之同意。(註八) 例如(九二條)

(A) 不動產物權之讓與。

(B) 礦業權，漁產權，著作權，專利權之讓與。

(C) 存貨全部或營業之讓與。

(D) 非繼續破產人之營業，而為一百元以上動產之讓與。

(E) 債權及有價證券之讓與。

(F) 權利之拋棄。

(丁) 其他行爲 破產人爲下列各行爲時，亦應得監查人之同意：

(A) 借款。

(B) 雙務契約之履行請求。

(C) 取回權，別除權，財團債務，財團費用之承認。

(D) 專託之貨幣，有價證券，及其他貴重物品之取回。

(E) 別除權標的物之取回。

(F) 關於破產人財產上爭議之和解及仲裁。

(G) 關於應行收歸破產財團之財產提起訴訟，或進行其他法律程序。(以上九二條)

(H) 法人破產時，不問其社員或股東出資之期限，令其繳納所認之出資。但破產人爲此項行爲時，

可不得監查人之同意。(九三條)

(3) 編造債權表及資產表 破產管理人於申報債權期限屆滿後，應即編造債權表，並將已收集及可

收集之破產人資產，編造資產表。前項債權表及資產表應存置於處理破產事務之處所，任利害關係人自由閱

覽。(九四條)(註九)

(4) 撤銷破產人之行為或終止其承租契約 破產人在破產宣告前所爲之行為，依民法之規定得撤銷者，破產管理人應聲請法院撤銷之。若係在破產宣告前六個月內對於現有債務提供担保，或對於未到期之債務爲清償者，破產管理人得撤銷之。又其承租契約即定有期限，破產管理人得終止之。(七七至八一條參看)

(四) 監查人之職權 監查人爲債權人之代表，用以監督破產程序之進行者，故得隨時向破產管理人要求關於破產財團之報告，並得隨時調查破產財團之狀況。(破產法一二一條)

(五) 破產管理人及監查人應有之注意 破產管理人及監查人，應以善良管理人之注意，執行其職務。(破產法八六條一二八條) 苟未盡此種限度之注意，因而致損害於債權人之利益者，即屬有過失。惟破產管理人或監查人有過失時，對於破產債權人，應負如何之責任，破產法並無規定，依一般損害賠償之法則論之，自應負填補損失之責任耳。至債權人會議因此可以聲請法院撤換破產管理人，或對監查人爲免職之處分，更不待言。

(六) 破產管理人及監查人之報酬 破產管理人之報酬，由法院定之。(破產法八四條) 惟此種規定適用於由法院所選任之破產管理人時，固甚洽當。適用於由債權人會議所選任之破產管理人時，則不無困難。因此時破產管理人既非由法院所選任，應不由法院定其報酬爲便。又關於監查人之報酬，破產法一二八條既使準用八四條之規定，自應由法院定之，亦不甚妥。

(註八) 依破產法一二〇條之規定，監查人係由債權人會議選任。今如已經召集債權人會議數次，選任監查人，終以人多龐雜，不能選出，致破

產管理人應得監查人同意始能進行之事務，無法進行，自極不便。司法院因有二十五年院字一四二三號解釋例，以謀補救。大意謂：倘法院因該管理人之呈請，認為有急須處理之情形，得本其監督權之作用，酌量核定，以促破產程序之進行。

(註九)對於破產管理人於申報債權期限後，即應編造債權表及資產表，一層，王家駒氏持反對意見。其說略謂：「債務人資產之多寡，與債權人有密切關係。反之，債權額數之多寡，不僅與債務人有關，於全體債權人之權利亦不無影響。是以普通立法例，對於債權人呈報之債權，必經過債權調查會之調查，認為無異議，夫然後始可以記載於債權表，而認為確定債權。申言之，記載於債權表之債權，與確定判決之債權，有同等之效力。在破產程序進行中，可請求分配；在破產程序終了後，可請求執行。若一任債權人之自由呈報，不加調查，即許其加入分配，恐不無因是而發生流弊。」（見王氏前揭文）但王氏所處者，現破產法一二五條已有規定：「對於破產債權之加入或其數額有異議者，應於第一次債權人會議終結前提出之，但其異議之原因知悉在後者，不在此限。前項爭議，由法院裁定之。」當不致成爲問題。

第三節 財團費用財團債務之構成及清償

(一) 財團費用之構成 財團費用者，因管理破產財團所生之費用也。尙可分真正財團費用及視爲財團費用之二類：

(1) 真正財團費用 此類又可分爲三項：

(甲) 因破產財團之管理，變價，及分配而生之費用。

(乙) 因破產債權人共同利益所需審判上之費用。

(丙) 破產管理人之報酬。

(2) 視爲財團費用 視爲財團費用並非因管理破產財團而生之費用，乃因法律之規定，視爲財團費用也，其內容限爲「破產人及其家屬之必要生活費及喪葬費。」（以上見破產法九五條）

(二) 財團債務之構成 財團債務者，因管理破產財團所生之債務也。其與財團費用不同之處，在財團債務乃因管理行爲所生結果之一種，而財團費用則爲管理行爲所生之耗費。財團債務可分爲下列各項：

(1) 破產管理人關於破產財團所爲行爲而生之債務。

(2) 破產管理人爲破產財團請求履行雙務契約而生之債務，或因破產宣告後應履行雙務契約而生之債務。

(3) 爲破產財團無因管理所生之債務。

(4) 因破產財團不當得利所生之債務。（以上九六條）

(三) 財團費用及財團債務之清償 財團費用及財團債務因皆由管理破產財團之故而生，與在破產宣告前所成立之債權，稱爲破產債權者，自有不同，故應先於破產債權而受清償，且無須俟債權人會議後可以分配時始受清償，蓋隨時皆得由破產財團清償之也。（九七條）

第四節 破產債權之構成及行使

第一項 破產債權之構成

(一) 破產債權之意義 破產債權者，在破產宣告前對於破產人所成立之債權，而能就破產財團受清償

者也。惟債權有以請求爲財產上之給付爲其內容者，有以請求爲一定行爲爲其內容者，茲所謂破產債權，則解釋上應限於以請求爲財產上之給付爲其內容。(註一〇)惟債權之內容雖非財產上之給付，但如債務人不履行其行爲，致債權人得請求損害賠償金或違約金者，則債權人就此可以主張損害賠償金或違約金之權利，亦得作爲破產債權。又，破產債權之成立雖須在破產宣告之前，但其權利發生之原因，由於法律行爲，抑由於不法行爲，則所不問。

(二)破產債權之範圍 雖同於破產宣告前所成立之債權及爲財產上之給付之債權，亦非一概皆屬破產債權者。破產法上對此所爲例外不作爲破產債權之規定，計有下列兩條：

- (1)破產法一〇三條：左列各款債權，不得爲破產債權：
 - (甲)破產宣告後之利息，
 - (乙)參加破產程序所支出之費用，
 - (丙)因破產宣告後之不履行所生之損害賠償及違約金，
 - (丁)罰金罰鍰及追徵金。

按此四項債權，雖不得作爲破產債權，而向破產財團請求分配，然非權利人因之即喪失其請求權，其對債務人請求清償之權利，不因破產程序而受影響，惟在破產程序進行中既不得作爲破產債權而向破產財團請求分配，自惟有待破產程序終結後，再向債務人行使也。

(2) 破產法一〇八條：在破產宣告前，對於債務人之財產有質權、抵押權、或留置權者，就其財產有別除權。

有別除權之債權人，不依破產程序而行使其權利。

按別除權，與前條（一〇三條）債權人所有之債權，性質上頗有不同。前條之債權人所得請求之權利，須待破產程序終結後始得行使。而次條之債權人，則其所得主張之債權，得不依破產程序而行使之，且得以行使別除權後未能受清償之部分為破產債權，加入向破產財團同受分配。（破產法一〇九條）故有別除權之債權，雖不能與一般之破產債權同視，然一般破產債權所有之利益，有別除權之債權實皆有之。惟別除權與前述之取回權亦應區別：有別除權者，不過得就其質物、抵押物、或留置物，優先受債權之清償而已。其質物、抵押物、或留置物之所有權，固仍為破產人所有也。不但此也，自有破產宣告之後，此種質物、抵押物、留置物，即已為債權人所占有者，破產管理人仍得收回之。（惟須將所担保之債權清償後。）（破產法九二條第一款）而在取回權，則權利人非就他人之物受自己債權之清償，乃就自己之物自破產人處取回而已，對於破產人，無債權之可言也。

(三) 附期限或附條件之破產債權 債權附有期限者，有兩種情形：其一附有始期，其二附有終期。附始期之債權，於期限屆至時，發生效力。附終期之債權，於期限屆滿時，失其效力。債權附有條件者，亦有兩種情形：其一附停止條件，其二附解除條件。附停止條件之債權，於條件成就時，發生效力。附解除條件之債權，於條件成就時，失其效力。（民法九九條一〇一條參看）附始期或附停止條件之債權，於期限或條件未屆至或成就時，既未發生效

力，則債權人對於債務人將來有無請求之權，自尙不可知。附終期或附解除條件之債權，於期限未屆滿或條件未成就時，雖已發生效力，然其效力得因期限之屆滿或條件之成就而失去，則在期限未屆滿或條件未成就前，債權人之權利，亦尙在不確定之狀態中。債務人設於此時宣告破產，債權人果得行使其權利乎？法律於此，不得不有明文。據破產法一〇〇條至一〇二條之規定，則：

(1) 附期限之債權未到期者，不問所附者為始期或終期，於破產宣告時視為已到期。換言之，附始期之債權得因視為已到期，而發生效力；附終期之債權，則因視為已到期而失其效力。附始期之債權得作為破產債權而行使其權利，附終期之債權則不得行使。但破產宣告後始到期之債權無利息者，其債權額應扣除自破產宣告時起，至到期時止之法定利息。

(2) 附條件之債權得以其金額為破產債權，不問條件為停止條件，抑為解除條件，亦不問其條件於破產宣告時已否完成。惟此項規定並非即能予債權人以過分之便宜，蓋其債權真能獲得分配與否，仍須視其條件在破產程序進行中之一定期間內能否完成。關於此點，容俟論破產債權之分配時詳述之。

(註一〇)日本破產法八條但書即明定此項作為或不作為之請求權不得為破產債權。

第二項 破產債權之行使

(一) 破產債權須依破產程序而行使。破產債權非依破產程序不得行使，為破產法九九條所明定。所謂破產程序，即破產宣告後，終結前，依破產法之規定，為分配債務人之財產於各債權人，所進行之程序也。破產債權

何時可由破產財團受清償之分配，分配之順序，以及應以若何之分配率而平均分配，悉依破產程序進行中所爲之決定，任何破產債權人不得獨持異見。故與前述財團費用，財團債務，有別除權之債權，之得不依破產程序，隨時由破產財團而受清償者，自有不同。

(二) 破產債權須依一定順序而行使 破產債權須依一定順序而行使，破產法亦有明文。(一一二條) 此一定順序，即有優先權之債權先於他債權而受清償。所謂有優先權之債權，不必即係破產債權，如前述有別除權之債權，財團費用，財團債務，按其性質，雖皆與一般之破產債權有異，然對於破產財團，皆得受其清償，故不失爲一種債權。惟此三種有優先權之債權，依破產法之規定，皆得不依破產之程序，隨時由破產財團而受清償，故彼此之間實不能再爲分別，孰爲第一順位之優先債權，孰爲第二順位之優先債權。但有優先權之債權中，種類相同者，(如同爲有別除權之債權) 則不難定其先後之順位。例如破產人有不動產一處，昔因向甲乙丙三人先後借貸現金，曾在此不動產上先後設定三個抵押權，則破產時，應按甲乙丙三人取得抵押權之先後，就該不動產之賣得價金，依次受其債權之清償。其次序同者，換言之，即同順位者，例如甲乙二人係同時取得抵押權，則依破產法一二條後段之規定，各按其債權額之比例而受清償。設甲乙受清償後，所餘之部分已不足清償丙之債權，則丙得以其未能受清償之債權爲普通之破產債權，依破產程序，與其他之破產債權，同受分配。以上所論，乃就有優先權之債權而言，若爲無優先權或一般之破產債權，則分配時應不分先後之次序，平均分配之。(一三九條參看) 然此僅爲原則，一般之破產債權中是否尙可分有優先權及無優先權之二種，學者尙無定見。至少在破產法上並無此

種區分。惟民四之破產法草案，則對於破產宣告以前一年內所用之醫師藥劑師產婆及看護人之治療費，及破產宣告以前或破產者之死亡以前一年以內所僱工人僕役之給付等，應較其他一切破產債權，受優先順位之清償。即不啻認此種債權為有優先權之破產債權。（草案二七條）現行破產法雖未用明文認許此種有優先權破產債權之存在，然亦不能解為定不許其存在。苟勞工法令中或其他法令中認此種債權或某種特定之債權應先於其他一切破產債權而受清償者，亦未始不可也。

（三）特種破產債權之行使 以下所述各種破產債權之行使，較一般破產債權之行使情形略為複雜，故特別述之：

（一）因於連帶債務人之破產 數人就同一給付各負全部履行之責任者，是謂連帶債務人。（民法二七二條參看）連帶債務人全體或其中數人受破產宣告時，債權人得就其債權之總額，對各破產財團行使其權利。（破產法一〇四條）但債權總額已由某一破產財團受清償而消滅者，其他之破產財團即免其責任。此觀於民法二七四條：「因連帶債務人中之一人為清償，代物清償，提存，抵銷，或混同，而債務消滅者，他債務人亦同免其責任」之規定自明。

至連帶債務人彼此間，亦可以有行使破產債權之情形。破產法一〇五條規定：「數人就同一給付各負全部履行責任者，其中一人或數人受破產宣告時，其他共同債務人，（按即連帶債務人，似應與民法用語一致為妥）得以將來求償權之總額為破產債權而行使其權利。但債權人已以其債權總額為破產債權行使權利者，不在此

限。』蓋依民法之規定，連帶債務人對於債權人雖各負全部給付之責任，連帶債務人相互間，則除法律另有規定，或契約另有訂定外，應平均分担義務。故連帶債務人中之一人，因清償或其他行為，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還其各自分担之部分，並自免責時起之利息。（民法二八〇、二八一兩條參看）但他債務人受破產宣告者，則雖其債務清償期尚未屆至，有此項求償權之連帶債務人自得預先行使其權利，以免將來己身對債權人清償全部債務時，無從向已破產之他債務人，請求償還其應分担之部分。但債權人已依破產法一〇四條，以其債權總額為破產債權，而向破產債務人之破產財團行使權利者，則其他連帶債務人即無前項受損失之虞，應不得再以將來可以向之求償之總額為破產債權無行使其權利。

連帶債務人中之一人或數人受破產宣告者，債權人之債權總額苟未能由某一破產財團受全部之清償時，得以其未能受清償部分，向其他破產財團，或其他連帶債務人，請求清償，亦屬依連帶債務之性質應有之解釋。蓋連帶債務不如普通債務之簡單，其未能由某一破產財團清償之部分，應由其他連帶債務人負責，債權人對此部分之請求權尚不能視為消滅也。（破產法一四九條參看）但某一破產財團苟對債權人為全部或一部之清償者，對於其他破產財團或其他連帶債務人，應亦有求償權，此項求償權由破產管理人行使之。此雖未為破產法所明定，應屬依求償權之原理所應有之解釋也。

（2）因於對法人債務負無限責任之人之破產，對於法人債務應負無限責任之人受破產宣告，法人之債權人，得以其債權之總額為破產債權，而行使其權利。（破產法一〇六條）按法人在法律上有權利能力，自為

權利義務之主體，其對外所負債務本不應與其組織社員之債務混視。故通常法人破產時，法人之債權人僅得向其破產財團行使權利，而不能向其自然人之社員請求清償。但其社員對法人之債務負無限責任者，則爲例外，不但因法人破產，法人債權人不能由破產財團受清償之債權，得向負無限責任之社員請求清償；即此種社員破產，而法人不破產時，法人之債權人亦得以其對法人之債權總額爲破產債權，而向社員之破產財團行使權利。何則？以負無限責任之社員既已破產，法人雖不破產，其債務已難期清償，自以逕得行使權利之爲便利也。（關於法人與社員有一方或雙方同時破產時，其相互間及對外之關係，原不僅以上所述之一點，（註一）即用以補充者，讀者可以參看。）

（3）因於匯票支票之發票人或背書人受破產之宣告 「匯票發票人或背書人受破產宣告，而付款人或預備付款人不知其事實爲承兌或付款者，其因此所生之債權，得爲破產債權而行使其權利。」前項規定。於支票及其他以給付金錢或其他物件爲標的之有價證券，準用之。此爲破產法一〇七條所明定。按匯票支票雖爲不要因證券，票據債務人對於執票人雖須依其票據行爲負絕對之責任，（即不得以其與發票人間之資金關係對抗執票人），然票據債務人相互間，則仍屬通常之法律關係，其因受發票人之委託而爲其承兌匯票，或爲其所發行之匯票支票付款者，苟其委託原因（即資金關係）不存在時，自可向發票人請求償還。又，票據之主債務人對於執票人於到期日爲清償後，因票據上之債務已經消滅，對於發票人背書人雖不復能行使票據上之權利，然基於前述委託之關係，亦可以要求償還其所受之損失。但背書人對於付款人無委託關係之可言，付款人苟不知

其有破產宣告之事實而為承兌或付款，不能向背書人之破產財團行使權利。因承兌人或付款人非票據權利人，乃票據主債務人，對於其他票據債務人不能行使票據上之權利。破產法此點規定顯與票據原則不合，似不甚妥。

(4) 因於遺產受破產之宣告 「遺產受破產宣告時，縱繼承人就其繼承未為限定之承認者，繼承人之債權人對之不得行使其權利。」此為破產法一一五條所規定。按本條之設，係恐繼承人自己同時亦受破產之宣告，致其債權人或對被繼承人之遺產行使權利，故而加以禁止。因被繼承人之遺產，應以之清償被繼承人之債務，方為合理。今既因不敷清償而宣告破產，安有剩餘足供繼承人之債權人之分配耶？

所謂「縱繼承人就其繼承未為限定之承認者」意即繼承人縱未聲明限以被繼承人之遺產，償還被繼承人之債務，而係單純的承受被繼承人財產上之一切權利義務者，其因繼承所取得之遺產，尚不能與自己之財產同視，以之供自己債權人之分配。何則？以此項遺產本身亦曾宣告破產，亦不足清償被繼承人之債務故也。

司法行政部所起草之破產法草案第三八條之規定與此略同，但用「縱繼承人就其繼承已為單純之承認」以代「縱繼承人之就其繼承未為限定之承認」一語。比較此二語，自以現行法上所用者為佳。因依我國繼承法，繼承，因被繼承人死亡而開始，繼承人自繼承開始時，即承受被繼承人財產上之一切權利義務，初不必於繼承開始時，由繼承人為承認繼承之意思表示。（參看民法一一四七、一一四八兩條）故「縱繼承人就其繼承已為單純之承認」一語，在他國或可適用，在我國則無異畫蛇添足，現行法捨而不取，不為無見。

民國四年之破產法草案二九條，則不禁止繼承人之債權人對於繼承遺產行使權利，但其清償之順位須後

於繼承債權者及受遺者。原文云：「對於繼承財產宣告破產時，繼承債權者及受遺者，先於繼承人之債權者而受清償。繼承債權者又先於受遺者受清償。」按此種規定並非不通，因被繼承人之債務，如因死亡時入於停止支付之狀態，即可聲請宣告破產，則此項遺產未必即不足供清償之用，或係因一時不能化為現金，致不能清償，亦未可知。故法律許繼承人之債權人得對之行使權利。因如此項遺產經變賣後，以之清償一切繼承債務尚有剩餘，即屬繼承人所有，自得以之供其債權人之分配。但現行法禁止繼承人之債權人不得對遺產行使權利，亦有其立法上之理由。因依現行法，遺產「不敷」清償被繼承人之債務，始可宣告破產（參看破產法五九條）則凡受破產宣告之遺產，以之清償被繼承人之債務且有不足，應無剩餘之可言也。

依現行法，繼承人之債權人固不能對受破產宣告之遺產行使權利，遺產之破產債權人亦不能對繼承人之財產行使權利。（縱繼承人就其繼承未為限定之承認，此為當然之解釋。因遺產既經宣告破產，自僅限以遺產清償一切。若遺產之破產債權亦可對繼承人之財產行使權利，是與未受破產宣告無異，又何必多此一舉？但遺產若未受破產之宣告，繼承人就其繼承亦未為限定之承認，或拋棄繼承，則如一旦繼承人宣告破產，被繼承人債權人應能對之行使權利，亦不待言。此在破產法，雖無明文規定，解釋上固應如此。證之司法行政部之草案及民四之草案，更可置信。司法行政部之草案於三九條規定：「繼承人宣告破產時，被繼承人之債權人及受遺贈人，得對繼承人行使其權利。但繼承人對於遺產之繼承為限定之承認者，不在此限。」民四之草案於三一條規定：「繼承人宣告破產時，繼承人之債權者，對於繼承人之破產財團，應先於繼承債權者及受遺者而受清償。」不過此二草案

有一點不同：即在後者繼承人之債權者應先於繼承債權者及受遺者而受清償，而在前者，則無此項差別待遇耳。

(註一一)

(四) 破產債權人抵銷權之行使 破產債權人於破產宣告時，對於破產人負有債務者，無論給付種類是否相同，得不依破產程序而為抵銷。且不論其債務附有期限或解除條件與否，均得抵銷。(破產法一一三條) 此即所謂抵銷權之行使。按抵銷權之賦與，無非使債權人與破產人間所有債權債務關係得因抵銷而歸於簡單。然正惟如此，行使抵銷權時，法律應有縝密之規定，以資監督。否則破產債權人對於破產人之債務，難免不以少報多，而使其他債權人坐受損失。今現行法僅規定破產債權人得行使抵銷權，而關於應如何行使，破產管理人及其他債權人應如何監查，給付種類不同之債務應如何折算，俱無規定，似嫌疏漏。

破產債權人對於破產人之債務，得以之與其債權抵銷者，以其債權債務俱係在破產宣告前所成立者為限。故若破產債權人在破產宣告後，始對破產財團負債務者，其債務不得以之與其債權抵銷。又若本為破產人之債務人，在破產宣告後，始對破產人取得債權，或取得他人之破產債權者，其債權亦不得以之與其債務抵銷。至破產人之債權人，已知停止支付或聲請破產後始取得債權者，其債權亦不得以之與其債務抵銷；但其取得債權係基於法定原因，或基於其知悉破產事實以前所生之原因者，不在此限。(破產法一一四條)

(註一二) 法人與其社員因一方或雙方受破產宣告時，所生相互間之關係及對外之關係，有如下述：

(一) 法人單獨破產 法人單獨破產，而社員不破產時，又分兩種情形：

(1) 社員對法人之債務對外負有限責任者 此時破產管理人應不問其社員或股東出資期限，而令其繳納所認之出資。(破產法九三條) 但其社員於繳納所認之出資外，別無其他之責任。

(2) 社員對法人之債務對外負無限責任者 此時破產債權人如因法人之破產財團不足供其全部債權之清償，其未能受清償部分之請求權不視為消滅，且得以前之向各社員請求償還。此雖未為我破產法所明定，然據無限責任之原理，固應如此解釋也。

(二) 社員單獨破產 社員單獨破產，而法人不破產時，亦分二種情形：

(1) 社員對法人之債務對外負有限責任者 此時法人得不問其出資期限，以其未付清之出資額為破產債權，而行使其權利。此雖亦未為我破產法所明定，然法人既自為權利義務之主體，對其社員之破產財團行使權利，應與其他破產債權人無異也。

(2) 社員對法人之債務對外負無限責任者 此時得對社員之破產財團行使權利之人，非法人自己，而為法人之債權人。即破產法一〇六條所規定者。

(三) 法人與社員同時或順次破產 法人與社員同時或順次破產時，亦有二種情形：

(1) 社員對法人之債務對外負有限責任者 此時法人之破產管理人得以社員未付清之出資額為破產債權，對於社員之破產財團行使權利。此亦未為我破產法所明定，然依本法九三條之精神而觀，固應如此解釋也。

(2) 社員對法人之債務對外負無限責任者 此時法人之債權人，得以其債權之總額為破產債權，對法人及各社員之破產財團行使其權利。此亦未為我破產法所明定，然依破產法一〇四條一〇六條之精神而觀，亦應如此解釋也。

(註一二) 依學理而論，關於此點應以司法行政部草案所規定者為是。何則？因繼承人既承受被繼承人財產上之一切權利義務，此項權利義務與其自己之權利義務即無分別，清償時即不能有差別待遇。

第五節 債權人會議

(一) 會議之構成 債權人會議應由法院指派推事一人為主席。(破產法一一七條) 此與前述和解程

序中應以法院推事所充之監督人爲債權人會議主席，用意相同。會議時，除債權人當然須出席外，破產管理人、監查人、破產人，亦應列席或出席。破產人不但應出席債權會議，並有答復主席、破產管理人、監查人，或債權人詢問之義務。（破產法一二二條）但破產人不親自出席者，得委託代理人出席。（破產法二三條一二七條）

（三）會議之召集 債權人會議，由法院召集之。除第一次債權人會議，須在破產宣告之日起一個月以內，由法院逕依職權召集外，其餘各次之會議，得因破產管理人或監查人之聲請召集之，或依職權召集之。召集時，法院並應預定其會議之期日，及其應議之事項，而公告之。（破產法六四條一一六條一一八條）

（三）會議之任務 破產法二〇條雖列舉下列三項爲債權人會議得議決之事項，然非一切得由債權人會議議決之事項已盡於此。此三事項乃：

- （1）選任監查人一人或數人，代表債權人監督破產程序之進行，
- （2）破產財團之管理方法，
- （3）破產人營業之繼續或停止。

此外得由（亦係應由）債權人會議議決之重要事項，至少尙有下列兩項：

（1）債權表及資產表之可決 破產管理人於申報債權期限屆滿後，應即編造債權表，並應將已收集及可收集之破產人資產，編造資產表，前已述之。（九四條）此項債權表及資產表，即備債權人會議時提出由其可決者。惟債權表乃將來分配時之根據，其中所載是否確實，又其數額有無虛報，均與債權人全體之利益有

關，故於提付會議之前，固應存置於處理破產事務之處所，任利害關係人自由閱覽；即已提付會議，亦應任債權人提出異議。惟債權表如永不確定，於破產程序之進行亦甚不便，故法律特定：對於破產債權之加入或其數額有異議者，應於第一次債權人會議終結前提出之，以示限制。但其異議之原因知悉在後者，不在此限。對於破產債權之加入或其數額提出異議時，利害關係人間必起爭議，此項爭議，應由法院裁定。異議經法院裁定後，破產管理人應改編債權表，重行提出債權人會議由其可決。（破產法一一九、一二五、一二六等條）

（2）調協計劃之可決 調協計劃者，破產人在破產程序開始後所規出之和解方案也。調協計劃之提出，自係希望用和解之效力代替破產之之效力，其詳俟下節中述之。茲先須說明者，即此項調協計劃之可決，亦債權人會議一重要之任務。欲調協計劃有效成立，固尙待法院之認可，然法院之認可實以債權人會議之可決為前提也。（一三五條參看）

（四）會議之決議 破產法一二三條規定：「債權人會議之決議，除本法另有規定外，應有出席破產債權人過半數，而其所代表之債權額超過總債權額之半數者之同意。」所謂除本法另有規定，例如對於調協計劃之決議，依一三七條之規定，即非用上述之決議方法，而係用和解之決議方法。按和解之決議方法，為本法二七所規定，較一二三條為繁重，蓋不獨須有出席債權人過半數之同意，而其所代表之債權額並應占無担保總債權額四分三以上也。

（五）決議之執行 債權人會議為決議後，自應由破產管理人執行之。但其決議與破產債權人之利益相

反者，法院得依破產管理人，監查人，或不同意之破產債權人之聲請，禁止決議之執行。此項不同意之聲請，應自決議之日起五日內爲之，否則歷時過久，再加干涉，亦有不便。（破產一二四條）惟債權人會議之決議與破產債權人之利益相反云云，究指與一人，抑與數人，抑與大多數之債權人利益相反，則未明言，如僅與某少數債權人之利益相反，即可聲請禁止決議之執行，是與決議之原則有背，因既未規定須全體之同意始能爲決議，則少數人之不同意乃極尋常之現象，豈能因此即禁止決議之執行哉？

第六節 調協

（一）調協之意義 調協即破產開始後之和解，其程序亦與和解程序大致相同。破產法關於和解之規定，且多能準用之。（註一三）法律於有破產聲請前，既許債權人向法院爲和解之聲請，或向商會爲和解之請求，而在破產程序開始後，復許其提出調協之計劃者，蓋完全爲保存我國固有之優良習慣計。因我國商人素來崇尚和平，利害得失之觀念不如西洋之甚，對於債務人不能清償其債務而實非得已者，往往減折讓步。故即在破產程序開始之後，亦以使其仍得和解爲宜。

（二）調協計劃之內容 調協計劃之內容，應有下列三點：

（1）清償之成數，

（2）清償之期限，

（3）有可供之担保者，其擔保。（破產法一三〇條）調協計劃內所以必須載明一二兩點者，因調協如

竟成立，破產人之財產即仍歸破產人自己管理，故非對於清償之成數及期限，先有一番約定不可，否則調協成立之後，債務人如拖延清償之期限，或不為公平之清償，將無一定之標準以資督促。至計劃內所載第三點，「有可供之擔保者，其擔保」當係指可供全體債權之保擔者而言。若僅對某種債權提供擔保，而於其他債權未為擔保者，應屬不許。

(三) 調協計劃之提出 調協計劃之提出雖已在破產程序開始之後，然非在破產程序進行中之任何時候皆可提出。法律限制破產人於破產財團分配未認可前，始得提出調協計劃。因如破產財團之分配已經法院認可，破產管理人即得依照分配表而將破產財團分配於各債權，將無調協之必要。(破產法一二九條及一三九條參看) 又破產人苟有下列情形之一者，即在破產財團分配未認可前，仍不得提出調協計劃：

- (1) 所在不明者，
- (2) 詐欺破產尚在訴訟進行中者，
- (3) 因詐欺和解或詐欺破產受有罪之判決者。(破產法一三一條) 以上二三兩種情形，債務人一方面固因詐欺之故，須受刑事之追訴或處罰，他方面其破產程序必尚在進行之中，否則應無提出調協計劃之必要。又，債務人因詐欺和解而受有罪之判決者，法院亦必已依職權宣告其破產。

(四) 調協計劃之審查，可決及認可 調協計劃提出後，尚須經以下三步手續，始能成立：

(1) 審查 調協計劃應先送交破產管理人審查。破產管理人審查之結果，雖不能駁回其計劃，然可於

債權人會議時，陳述其意見。

(2) 可決 破產管理人將調協計劃審查後，應提出債權人會議。由債權人會議為可決或否決之決議。調協計劃經否決者，即作罷論，仍進行破產程序。

(3) 認可 調協計劃經債權人會議可決者，再送法院請其認可。法院如認為調協條件公允者，應以裁定認可調協。但調協之應否認可，破產管理人、監查人、債權人及破產人，均得向法院陳述意見，或就調協之決議提出異議。此項異議應經法院裁定。但法院為裁定前，應傳喚破產管理人、監查人、債權人及破產人，為必要之詢問，債權人會議之主席，亦應到場陳述意見。(註一四)(以上俱見破產法一三二至一三五條)

(五) 調協之效力 調協如經認可成立，有如下之二種效力：

(1) 對於一切破產債權人調協均有效力，即一切破產債權人自調協成立後，不得再請求進行破產程序，亦不得對於調協條件獨持異議。(破產法一三六條)

(2) 破產債權人依調協條件已受清償者，其債權未能受清償之部分，請求權視為消滅。但破產人因犯詐欺破產罪而受刑之宣告者，不在此限。(破產法一四九條)關於第二點因次節中有較詳之敘述，故先從略。

(註一三) 如依一三七條之規定：本法二五、二七、二九、三三、三四、三八、三九、五一、五三、五六各條關於和解之規定，於調協準用之。

(註一四) 余意調協條件既經債權人會議可決，法院為認可時，債權人即不得再提出異議。破產人為提出調協計劃之人，亦不得向法院陳述異議。因彼果不贊成調協計劃，又何必提出？破產管理人及監查人非有直接利害關係之人，若債權人與破產人既已同意調協，應不能發

表意見。

第七節 破產財團之分配

(一) 分配之意義 破產財團之分配云者，以屬於破產財團之財產，分配於破產債權人，而為清償之謂也。分析言之：

(1) 所分配者須屬於破產財團之財產 破產財團之意義，前已言之。茲更欲說明者，即所得分配之財產，限為破產財團之財產。為別除權之標的之抵押物，質物，留置物，有別除權之債權人雖得就之受優先之清償，究係破產人之所有物，故仍屬破產財團。因此種之物除供有別除權之債權之清償外，仍得以其剩餘供一般破產債權之清償也。

(2) 得受分配者須為破產債權人 得受分配之人，所以限為破產債權人者，以財團費用財團債務以及有別除權之債權其權利人既得先於破產債權人，隨時由破產財團，或就其抵押物，質物，留置物，而受清償，則至可以分配之時，應受分配者，自僅剩一般之破產債權人。惟有別除權之債權人，行使別除權後未能受清償之部分，此時仍得以之為破產債權而行使其權利。

(二) 分配之方法 對於分配之方法，亦有應注意之二點：

(1) 屬於破產財團之財產，不待變價即得以之分配者，固甚方便，但如有變價之必要者，則究應以何種之方法變價，應有規定以資遵守。破產法一三八條因有如下之規定：「破產財團之財產有變價之必要者，應依

拍賣方法爲之，但債權人會議另有決議指示者，不在此限。」

(2) 各破產債權人原則上應依一定之比例而受平均之分配。破產法對於各破產債權不設優先及順位之分別，前已言之。故原則上各破產債權應依一定之比例同受平均之分配。但特別法令有許某種債權應受優先之分配者，亦無不可耳。

(三) 分配之種類 分配之種類有兩種分類方法，一係依分配之序次而分類，一則依債權之性質而分類，茲分述如下：

(1) 依分配之序次而分類，有以下之三種分配：

(甲) 中間分配 中間分配者，破產管理人在第一次債權人會議後，遇破產財團之財產可分配時，卽爲之分配之分配也。此種分配舉行次數並無限制。但每次舉行時，均須依下述之手續：

(A) 作成分配表 破產管理人應先作成分配表，記載分配之比例及方法。

(B) 認可分配表 分配表作成後，應經法院之認可。

(C) 公告分配表 分配表認可後，並應公告之。庶對於分配表有異議者，得向法院提出其異議，但其異議應自公告之日起十五日內提出之。

(D) 實行分配 分配表既經認可公告，逾十五日之異議期間，破產管理人卽得實行分配。對於有異議或涉訟致分配有稽延之虞時，得按照分配比例提存相當金額，而將所餘財產分配於其他債權人。

(以上見破產法一三九、一四四兩條)

(乙) 最後分配 最後分配者，破產管理人對於破產財團之財產可以分配者，最後一次所爲之分配也。自行最後分配後，破產程序即可終結。但行最後分配時，仍須依上述作成分配表等等手續而爲之。(破產法一四五、一四六兩條參看)

(丙) 追加分配 追加分配者，破產財團於最後分配表公告後，復有可分配之財產時，破產管理人經法院之許可，所爲之分配也。但其財產於破產終結之裁定公告之日起，三年後始發現者，不得分配。(破產法一四七條) 吾人對此應加注意者，即(A)得爲追加分配之財產須本屬破產財團之財產，至破產終結後始發現者。若破產終結後新取得之財產，不得就之分配。(B)得爲追加分配之財產限於前述三年內所發現者，若三年後始發現者，雖本屬破產財團之財產，不得就之分配。至追加分配舉行之次數，則無限制，祇須在破產終結後之三年內，遇有新發現而本屬破產財團之財產，即得經法院之許可而爲分配。惟分配時亦應依作成分配表等之手續而爲之。

(2) 依債權之性質而分類，有以下之二種分配：

(甲) 對一般破產債權而爲之分配 此係對次項附條件之破產債權而言者。對一般破產債權而爲之分配，即以上所述者，無重述之必要。

(乙) 對附條件之破產債權而爲之分配 對附條件之破產債權爲分配時，除適用一般關於分配之

規定外，並應注意以下之規定：

(A) 附停止條件之破產債權，至分配時，其條件尚不能成就者，應提存其分配額。如至最後分配表公告後十五日內，其條件尚不能成就者，不得加入分配。雖非附停止條件而係將來行使之請求權，如至最後分配表公告後十五日內，尚不能行使者，亦同。(破產法一四一、一四二兩條) 按附停止條件之債權，於條件成就時始生效力，則如至破產終結前，尚未能成就者，應以不得行使爲宜。

(B) 附解除條件之破產債權受分配時，應提供相當之担保，無担保者，應提存其分配額。但在最後分配表公告後十五日內，條件尚未成就時，其已提供担保者，免除担保責任，返還其担保品。(其無担保而提存分配額者，返還其分配額。)(破產法一四〇、一四三兩條) 按附解除條件債權雖於條件成就時失其效力，但在條件未成就時，應屬有效。故分配時，附解除條件之債權應同受分配，惟附解除條件之債權其效力本不確實，如其條件在破產終結前成就而失效，則所受分配自以返還爲是，故法律特設提供担保之制，以免無從返還之虞。但至破產終結後，其條件尚不能成就者，應使債權永遠確定爲是。

(四) 分配之效力 破產債權人依破產程序，已因分配而受清償者，其債權未能受清償之部分，是否消滅，立法例有三主義。一曰不免責主義，即破產人之清償義務，不因破產程序之終了而免除。換言之，破產程序中，就破產財團之財產所爲之分配，無消滅未能受清償部分之債權之效力。破產人他日回復資力時，對於破產程序中未能受清償部分之債權，仍有清償之義務。二曰免責主義，即破產人之清償義務，因破產程序之終了而免除。債權人

就破產財團之財產已因分配而受清償者，其債權未能受清償之部分，視爲消滅。三曰折衷主義，即破產人之清償義務，有最少額之限制，其標準或爲債權總額之三成，或爲五成，須破產人在破產程序中就破產財團所爲之清償，已達此三成或五成之最少額者，始能因破產程序之終了而免責。否則仍須在破產程序終了後，在最少額之限度內，對於未能受清償之債權，負其責任。

比較此三主義，不免責主義有二不良之效果：（1）破產人於破產程序終了後，無再興之希望與勇氣，不能積極經營其事業；（2）破產人爲避免以後所獲得之財產爲破產債權人取去清償其債權，將以不正之手段，隱藏其財產，徒使社會上平添無數違法行爲。在破產人，固自墮人格，在社會，則影響國民道德匪淺。反觀免責主義，雖於債權人不免稍受損失，然於破產人及社會全體則獲益甚鉅，自較不免責主義爲佳。若謂免責主義易使債務人利用破產制度逃避債務責任，則因破產宣告後對於破產人之身體，自由，名譽，公私權利，俱有限制或剝奪，恐非實不得已之債務人所願忍受。况詐欺破產有處罰之明文，亦非一切債務人所敢嘗試也。折衷主義就理論言之，自較免責主義更爲圓滿，因免責主義之結果，破產債權人或因破產財團於清償財團費用及財團債務後，已所餘無幾，而過蒙損失，折衷主義則因有最少額之限制，可無此弊也。

大陸各國之破產法多採取不免責主義，英美法系國家之破產法以採取折衷主義者爲多，我國現行破產法則採取免責主義。惟前清光緒三十二年之破產律係採折衷主義，而民國四年之破產法草案係採不免責主義。

（註五一）

我國現行法雖採免責主義，仍不認未能依破產程序而受清償之債權係屬消滅，據一四九條之文字而觀，視為消滅者，不過此種債權之請求權耳。債權本身却依然存在，仍可視為「自然債權」或道義的債權也。（註一六）

（註一五）前清光緒三十二年之破產律六六條規定：「破產人不能清償之債務，只須情節可原，且按照破產程序已償還十分之五以上，其餘即可蠲免，由商會移請地方官銷案。」

民國四年之破產法草案二六六條一項規定：「有確定債權之債權者，依破產程序不能受債權清償時，以破產者在債權調查期日對於其債權未曾提出異議者為限，破產完結後，得依債權表對於破產者為強制執行。」

（註一六）梅汝璈氏於破法草案各問題之檢討（載武漢大學社會科學季刊五卷四號）一文中，認此時其債權為自然債權或道義的債權。按自然債權乃法律上無請求權之債權，債權人對於債務人不能請求其為給付，但如債務人仍為履行之給付者，債權人即有受領並保持其給付之權，債務人不能以無法律上之理由而請求返還。自然債權之例，如消滅時效完成後之債權（民法一四四條）道德上之權利（民法一八〇條）等皆是。

第八節 破產之終結及終止

（一）破產之終結 破產之終結云者，就破產財團所為最後分配已經完結之謂也。破產之終結不能解為係破產程序終了之義。因最後分配表公告後，復有可分配之財產時，破產管理人經法院之許可，應為追加分配。此項追加分配雖在破產終結之後，仍係破產程序之一部也。破產終結應經法院之裁定，（對於此項裁定，不得抗告。）但法院為破產終結之裁定時，須已接到破產管理人於最後分配完結時所為關於分配之報告。（破產法一四五，

一四六兩條)

(二) 破產之終止 破產之終止云者，破產程序不再進行之謂也。破產終止之原因，據破產法之規定，僅有一種，即破產宣告後，如破產財團之財產不敷清償財團費用及財團債務時，法院因破產管理人之聲請，應以裁定宣告破產終止。(一四八條) 破產終止後，其他債權之請求權依然存在，不因曾有破產宣告而受影響。債權人亦可以個別行使其訴追權，與未有破產宣告前無異。此雖未為破產法用明文規定，解釋上固應如此也。但財團費用及財團債務，則得就破產財團所有財產按比例而受平均之清償。惟清償後未能受清償之部分，財團債權人是否仍得對破產人有其請求權，抑其請求權須從此消滅，則不無疑問。余意破產之終止既與調協之成立及破產程序之終結有別，則財團債權未能受清償部分之請求權，以不視為消滅為是。

第九節 復權

(一) 復權之意義 各國法律，對於破產人，多取懲戒主義，以為凡受破產宣告之人，必屬毫無信義廉恥之人，即不然者，亦必為庸鶩無能之輩，否則何至不顧名譽，甘受破產之宣告？故對於破產人本身之公私權利，(如公民權，律師會計師之充任權等)，多予剝奪。我國破產法內雖無此項規定，然於其他法令內則不乏同樣規定。但破產人亦非一受破產宣告，即須終身受公私權利剝奪之處分者。如依清償或其他方法解免其全部債務時，各國法律仍許其恢復應享之權利，此即所謂復權是也。我國法律對於破產人應受剝奪之權利，因係散見於各種法令，雖乏有系統之規定，但對於復權，則在破產法內有其規定也。

(二) 復權之要件 破產人欲聲請復權者，須有下列要件之一：(破產法一五〇條)

(1) 破產人已依清償或其他方法解免其全部債務時。破產人之全部債務，既依清償或其他方法而解免，自可復權。所謂其他方法，如提存、抵銷、免除、混同、消滅時效等皆是。

(2) 破產人雖不能解免全部債務，但破產終結後已逾三年，或已履行調協之條件，且未因犯詐欺破產罪或詐欺和解罪而受刑之宣告者。破產人能依清償或其他方法解免其全部債務，固可聲請復權，即不能依前項方法解免其全部債務，亦應另有復權之途徑，始足予大多數破產人以復權之實益。破產人既受破產之宣告，仍能依清償或其他方法解免其全部債務者，究不多見。况依調協或破產程序未能受清償之債權，其請求權既視為消滅，在破產人實際亦等於解免全部債務，自可許其聲請復權。至所以有破產終結後三年期限之限制者，乃因在此三年內，既尚得為追加分配，自以暫緩復權為宜。

(三) 復權之許可 復權由破產人向法院聲請之，經法院許可後，發生效力。法院許可破產人復權，應以裁定為之。(註一七)

(四) 復權之撤銷 破產人雖經許可復權，但如其後發現有犯詐欺破產罪應受處罰之行為者，法院於為刑之宣告時，應依職權撤銷復權之裁定。(破產法一五一條)

(註一七) 破產法一五一條雖未以明文規定法院應以裁定許可破產人之復權，解釋上固應如此。

我破產法自一五二條起有關於罰則之規定八條。按此項罰則法之性質，爲一種特別刑法，與公司法中之罰則法無異。其目的乃在制裁破產人和解人及其他人之違法行爲。但本書爲研習便利計，特將此項規定分爲二類，每類並就各種違法行爲，定其罪名。茲分述如下：

第一項 對於破產人或和解人之罰則

按此類罰則，似僅對於破產人或和解人本人有其適用，實際上殊不盡然。因破產法第三條，有「本法關於和解之債務人或破產人應負義務及應受處罰之規定，於左列各款之人亦適用之」之語，故對於「（1）無限公司或兩合公司執行業務之股東，（2）股份有限公司之董事，（3）股份兩合公司執行業務之股東，（4）其他法人之董事，或與董事地位相當之人，（5）債務人或破產人之法定代理人，經理人，或清算人，（6）遺產受破產宣告時之繼承人，遺產管理人，或遺囑執行人，」亦同樣可以適用。此無他，因法人之事務既須賴自然人之董事或股東執行之，則苟有後述之詐欺破產，詐欺和解，損害債權，妨害破產，種種違法行爲，自必出於自然人之董事或股東之故意或過失無疑，法律加以制裁，理所當然。又破產人之法定代理人，經理人，清算人，繼承人，遺產管理人，遺囑執行人等，或因其行爲可以影響破產人之財產，能使債權人受不利益（如經理人，）或因其事實上已代替破產人進行破產程序（如其他之人，）故苟有違法行爲，自須亦受制裁也。茲分述各種犯罪行爲如次：

（一）詐欺破產罪 破產人在破產宣告前一年內，或在破產程序中，以損害債權人爲目的，而有左列行爲之一者，爲詐欺破產罪，處五年以下有期徒刑：

(1) 隱匿或毀棄其財產，或為其他不利於債權人之處分者。

(2) 捏造債務，或承認不真實之債務者。

(3) 毀棄或捏造賬簿，或其他會計文件之全部或一部，致其財產之狀況不真確者。(以上一五四條)

(二) 詐欺和解罪 債務人聲請和解經許可後，以損害債權人為目的，而有一五四條所列(1)(2)

(3) 各款所為之一，為詐欺和解罪，亦處五年以下有期徒刑。(一五五條)

(三) 損害債權罪 破產人在破產宣告前一年內，有下列行為之一者，為損害債權罪，處一年以下有期徒

刑：

(1) 浪費、賭博，或其他投機行為，致財產顯然減少或負過重之債務者。

(2) 以拖延受破產之宣告為目的，以不利益之條件，負擔債務，或購入貨物，或處分之者。

(3) 明知已有破產原因之事實，非基於本人之義務，而以特別利於債權人中之一人或數人為目的，提

供担保或消滅債務者。(以上一五六條)

(四) 妨害破產罪 此項犯罪行為，又可別為下列四種：

(1) 雖經破產管理人之請求，拒絕提出財產狀況說明書及其債權人債務人清冊者，處一年以下有期

徒刑。

(2) 與破產人財產有關之一切簿冊文件，及其所管有之一切財產，依法應移交破產管理人而破產人

拒絕移交者，處一年以下有期徒刑。（以上一五二條）

（3）破產人對於破產管理人或監查人，關於其財產及業務之詢問，應答復而無故不為答復，或為虛偽之陳述者，處一年以下有期徒刑，拘役，或五百元以下之罰金。

（4）破產人不出席債權人會議，或不答復主席，破產管理人，監查人，或債權人之詢問，或為虛偽之陳述者，處一年以下有期徒刑，拘役，或五百元以下之罰金。（以上一五三條）

第二項 對於其他之人之罰則

所謂其他之人，係指與破產程序之進行有關係之人，其行為足致妨害破產程序之進行或破產結果之公正者也。茲亦分述如次：

（一）妨害破產罪 破產人之親屬或其他關係人，因法院之傳喚，對於破產人之財產及業務狀況之查詢，本有答復之義務，設無故不為答復，或為虛偽之陳述者，亦為妨害破產罪，處一年以下有期徒刑，拘役，或五百元以下罰金。（七四條，一五三條）

（二）賄賂罪 要求期約，收受賄賂，或行求期約，交付賄賂，皆構成賄賂罪，其規定破產法上有如次之三條：

（1）和解之監督輔佐人，破產管理人，或監查人，對於其職務上之行為，要求期約，或收受賄賂，或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。（一五七條）

（2）債權人或其他代理人，關於債權人會議決議之表決，要求期約，或收受賄賂，或其他不正利益者，處

三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。（五八條）

（3）無論何人，行求期約，或交付前二條所規定之賄賂，或不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。（一五九條）

按上列三條之規定，對於向法院推事，或由推事充任之和解監督人，行求期約，交付賄賂，或法院推事監督人要求期約，收受賄賂之情形，均不適用之。因此種情形，刑法瀆職罪章內已有規定，自應適用刑法也。茲錄述如下，以資參考：

（1）刑法一二一條：「公務員或仲裁人對於職務上之行爲要求期約，或收受賄賂，或其他不正利益者，處七年以上有期徒刑，得併科五千元以下罰金。犯前項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」

（2）刑法一二二條：「公務員或仲裁人對於違背職務之行爲，要求期約或收受賄賂，或其他不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。」

因而爲違背職務之行爲者，處無期徒刑，或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。

對於公務員或仲裁人關於違背職務之行爲，行求期約或交付賄賂，或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑，在偵查或審判中自白者得減輕其刑。

犯第一項或第二項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」

(3) 刑法二四條：「有審判職務之公務員或仲裁人，爲枉法之裁判或仲裁者，處一年以上七年以下
有期徒刑。」