

周甯
新柏
民青
著

債
編
總
論
下冊

上海法學書局出版

E84.3
818-7
2:2



債編總論目次 下冊

第三章 債之標的	一
第一節 總說	一
第二節 種類給付	七
第三節 金錢給付	一三
第四節 利息給付	一六
第五節 選擇給付	二一
第六節 損害賠償給付	二六
第四章 債之效力	三二
第一節 總說	三二
第二節 給付	三四
第一款 給付之意義	三四

債編總論目錄

一

第二款	給付之方法	三四
第三款	注意義務	三六
第一項	總說	三六
第二項	故意	三七
第三項	過失	四〇
第四項	事變	四四
第四款	給付不能	四五
第一項	給付不能之意義	四五
第二項	給付不能之種類	四六
第五款	不完全給付	五二
第三節	遲延	五四
第一款	總說	五四
第二款	債務人遲延	五四

第一項	債務人遲延之意義	五五
第二項	債務人遲延之要件	五五
第三項	債務人遲延之效力	五八
第三款	債權人之遲延	六〇
第一項	債權人遲延之意義	六〇
第二項	債權人遲延之要件	六〇
第三項	債權人遲延之效力	六三
第四節	保全	六五
第一款	總說	六五
第二款	代位權	六五
第一項	代位權之意義	六五
第二項	代位權之要件	六六
第三項	代位權之行使	六九

第四項 代位權之效力	七〇
第三款 撤消權	七一
第一項 撤消權之意義	七一
第二項 撤消權之要件	七三
第三項 撤消權之行使	七七
第四項 撤消權之效力	七八
第五節 契約之效力	八〇
第一款 總說	八〇
第二款 契約之標的	八一
第三款 契約之確保	八二
第一項 定金	八二
第二項 違約金	八四
第四款 契約之解除	八六

第一項	解除之意義	八六
第二項	解除之因原	八七
第一目	約定解除之原因	八七
第二目	法定解除之原因	八八
第三項	解除之方法	九一
第四項	解除之效力	九二
第五項	解除權之消滅	九五
第五款	終止契約	九六
第六款	雙務契約	九七
第一項	總說	九七
第二項	同時履行抗辯	九八
第三項	給付不能及於雙務契約	一〇一
第七款	涉他契約	一〇四

第一項	總說	一〇四
第二項	由第三人爲給付之契約	一〇五
第三項	向第三人爲給付之契約	一〇六
第五章	多數債務人及債權人	一〇九
第一節	總說	一一〇
第二節	可分之債	一一一
第三節	連帶之債	一一三
第一款	連帶債務	一一三
第二款	連帶債權	一一三
第四節	不可分之債	一一八
第六章	債之移轉	一二一
第一節	總說	一二三
第二節	債權之讓與	一二四

第三節	債權之承擔	一四〇
第七章	債之消滅	一四七
第一節	總說	一四七
第二節	清償	一五〇
第一款	清償之意義	一五〇
第二款	清償人	一五二
第三款	受領清償人	一五三
第四款	清償之方法	一五六
第一項	一部清償	一五七
第二項	代物清償	一五七
第三項	債務更新	一五九
第五款	清償地	一六〇
第六款	清償期	一六二

第七款	清償之費用	一六四
第八款	清償之抵充	一六五
第九款	清償之效力	一六七
第三節	提存	一六八
第一款	提存之意義	一六八
第二款	提存之要件	一六八
第三款	提存之效力	一七〇
第四節	抵銷	一七三
第一款	抵銷之意義	一七三
第二款	抵銷之要件	一七三
第三款	抵銷之方法	一七七
第四款	抵銷之效力	一七八
第五節	免除	一八〇

第一款	免除之意義	一八〇
第二款	免除之方法	一八一
第三款	免除之效力	一八一
第六節	混同	一八二
第一款	混同之意義	一八二
第二款	混同之成立	一八三
第三款	混同之效力	一八三

債編總論目錄

債編總論下冊

第三章 債之標的

第一節 總說

第一 債之標的之意義

債者，乃債權人得向債務人要求特定行爲，而債務人應向債權人履行特定行爲之權利義務關係也，因之債之標的，即是債務人之行爲。此項行爲，又可稱爲給付，民法第一百九十九條所謂「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付」云云，已專就債權人方面而定明此旨，故債務人之給付，亦即是債之標的。

給付與給付物不同。給付爲債之標的，而給付物非債之標的，乃爲給付之標的（亦即債之標的之標的）。例如締結不動產所有權讓與契約時，



其不動產爲給付物，祇是給付之標的，非債之標的，而移轉不動產之給付（卽債務人之行爲），方爲債之標的，

第二 債之標的之要件

債權雖與物權不同（參照七五七條），而可由當事人以契約任意創設之。惟債之標的，必須具備左列要件，方可受法律之保護。

（甲）標的須爲適法 一般不適法之法律行爲無效，民法總則已有明文（七一條至七三條），故債之標的，亦須依此原則，必須爲適法之給付，始賦與法律上之效力。

（乙）標的須爲可能 一般法律關係，其能有效成立者，必須其事項爲可能者而後可，此原則也。債之關係，自亦應受此原則之支配，其不能之給付，當然不能使之有效成立。因不能之給付，事實上實有難以強制其之履行故也。（參照下章所述給付不能及契約標的不能等）。

（丙）標的須爲確定或可得確定者 一般債之關係，其債務人之行爲，原係

在特定範圍內而受其拘束者，故債之給付之內容，通常須於債之關係成立之始即已確定（例如約定支付銀幣百圓，交付耕牛一頭之類是，此即所謂特定物之給付），否則不能有效。因標的不確定者，如債權人訴求履行，法院將無從令其履行也。

惟成立之始雖未確定，然於履行時以前可得確定者，則以法院尚可令其履行，因之債之關係，仍得有效成立，（例如僅云交米百石之種類給付或約定牛馬任擇其一之選擇給付等是）。不過此項債之標的，既為可得確定，其於履行時，究應依如何標準，而確定之，尚不無問題。關於此點，大概不外以當事人之意思，為主要之標準，其當事人意思不明時，即須依公平之見解以確定之。至於如種類給付及選擇給付等，其民法已就確定標準，設有補充當事人意思之規定者（二〇〇條二〇八條等），又應從其規定以確定之，自不待言。

（丁）標的須為於債權人有利益者 民法原為保護私人私益而設，其無關於

債權人利益之債，法律自無加以保護之必要。因之債之標的，必須以給與債權人以利益者爲限，否則不能使之發生法律上之效力。

惟債之標的，雖應於債權人爲有利益。但所謂利益者，並須專指有財產價格者之利益而言，其無財產價格者，亦得爲債之標的（一九九條二項）。在債之標的，是否須爲有財產價格之利益，立法例原不一致，羅馬法及英國法，均以有財產價格者，方得爲債之標的，日本民法則不然（日民法三九九條）。我國民法，殆仿後者之例也。蓋以現代社會生活，日趨複雜，其無財產價格之給付，於吾人之利害關係，亦屬匪淺，若僅以有財產價格者始得爲債之標的，實不足以應吾人生活上之需要，民法此項立法，誠屬允當。

第三 給付之類別

屬於債之標的之給付，得依種種標準爲若干分類，茲略述其主要者如下。

(甲)作爲給付與不作爲給付 前面所謂債務人之行爲者，其行爲原有積極的行爲與消極的行爲之分。積極的行爲，即是作爲給付，消極的行爲，即是不作爲給付。關於不作爲，雖亦間有否認爲債之標的者，然一般通說，均以不作爲亦得爲給付，故民法亦以明文承認之（一九九條三項）。

(乙)特定物給付與不特定物給付 特定物給付者，即債之關係成立時，已指定某特定物爲債之標的之給付也，如言明某日交付此白馬之類是。不特定物給付者，即僅約定交付某種類之物若干，而未具體的指定其物之給付也，此又可稱爲種類給付，如僅言交付山西汾酒百斤，江西米百石之類是。

特定物給付與不特定物給付，其法律上之待遇，自各不同。如關於債務清償地問題，保管義務，交付義務，給付不能之情形等，均因兩者之性質各別，而有差異。試略述於下

A 債務清償地 特定物給付之清償地，爲訂約時該物之所在地，不特定物給付則否（三一四條）。

B 保管義務 特定物給付，其標的物既已特定，其未交付前，自應負保管之義務。惟保管之注意程度如何，在他國立法例曾有定明須爲善良管理人之注意者（參照日民四〇〇條）。我國民法就此雖無明文，亦當解爲應負此義務。惟其事件非予債務人以利益者，其責任應當較輕，而注意之程度即當減低（參照二二〇條）。至不特定物給付，既祇約定種類，並未具體的指定標的物，即無此保管義務之可言。

C 交付義務 特定物給付，其應就該特定物之原物負交付之義務，自不待言，而不特定物給付則不同。俟在下節專述種類給付時再論之。

D 給付不能之情形 特定物給付，其標的物因不可歸責於債務人事由

致給付不能時，則債務歸於消滅（參照二二五條二四九條末款）。至特定物給付，在債務人欲爲履行之標的物縱因前項情形而致給付不能，仍不能消滅債務。

（丙）可分給付與不可分給付 可分給付者，卽就債之標的分割爲數個給付時，而無害於債之本旨之給付也，如金錢給付，穀米給付之類是。不可分給付者，卽得分割履行之給付也，如以牛一頭馬一匹爲給付之類是。可分給付，僅爲一部履行後，其一部不能履行時，得爲一部契約之解除（參照二五六條二二六條），而不可分給付，則不能如是。又可分給付，其債權人或債務人爲多數人時，須按照人數平均分担或分受之（二七一條），而不可分給付則爲連帶關係（二九二條），且債權人請求給付或債務人爲給付時，須爲債權人全體或向債權人全體爲之（二九三條）。詳情均俟以後再爲論述

第二節 種類給付（種類之債）

第一 種類給付之意義

僅以種類指示之物爲債之標的之給付，謂之種類給付（卽不特定物之給付），又稱種類債權，或種類債務。

關於種類給付，因其指示之方法及程度不同，而種類之範圍，則有廣狹之分。例如指示者爲米十石，則爲最廣義者，江西米十石，則爲次廣義者，江西一等米十石，則爲狹義者，此倉庫內之米十石，則爲最狹義者。此等指示之種類給付，均得就債之關係有效成立。惟最狹義之情形，是否爲種類給付，則學者間尙有爭論，有謂係特定物給付者，有謂係選擇給付者。然通說多謂係種類給付之一種。不過因其範圍限定甚狹，故又特稱之爲限制的種類給付。

種類給付與後述之選擇給付，不可混同。選擇給付，乃係個別的豫先指定二宗以上，而由當事人在其指定範圍內選擇一宗而爲給付。種類給付，祇是就其標的物抽象的指定種類，並非個別的豫先指定數宗也。

種類給付雖爲不特定物給付，但其標的並不限於代替物，即非代替物亦得爲種類給付之標的。例如土地爲不代替物，如當事人約定將來以某處荒地十畝於墾竣後而爲給付，仍爲種類給付之債是也。

又種類給付，依民法規定，本係專指以物爲標的者而言。若爲物以外之種類給付，例如約定供給築堤工人百名之類，亦可解爲應準用之。

第二 種類給付之給付標準

種類給付，既僅抽象的指示種類，其於履行時，究竟應給付何等品質之物？自不得不有一定之標準。關於此項標準，首先須依法律行爲之性質或當事人之意思以決定之。爲依其性質或意思不能定其品質時，則債務人應給以中等品質之物（二〇〇條一項）所謂依法律行爲之性質決定品質者，如消費借貸，其返還借用物時，自應返還與所借者同其品質之物是。所謂依當事人之意思決定品質者，如買米一石，其所付價金爲一等米之價金，自應給付一等品質之米是。至於不能依其性質或意思以定其品質時，其應

給付何等品質之物，立法例原不一致。有採下等品質主義者，如羅馬法及現時英美法是，有採中等品質主義者，如德日法各國民法及瑞士債務法是。然採下等品質主義，雖於債務人爲有利益，而於債權人未免保護欠周。中等品質主義，於雙方利益，均無所損，實係折衷至當之辦法，故我民法亦採用之。

惟民法雖定爲應給以中等品質之物，如債務人因自己之便利而給付以中等以上之物時，仍可認爲有效之給付，而債權人不得拒絕受領。但債權人受領中等以上之物，反有不利利益者，亦得拒絕之。

第三 種類給付標的物之特定

(甲) 特定之時期 種類給付，在債之關係成立時，其標的物究爲何物，原未具體的特定者。故債務人縱令自己欲以某物爲履行之標的，然某物非債務之特定標的物，雖因不可歸責於自己之事由而滅失，仍當另以他物負履行之責。惟種類給付之標的物，在當初雖未特定，而以後終

當成爲特定之物。然則究竟何時始得成爲特定？除已經交付債權人受領，當然隨同交付即時特定外，民法尙就左列兩種情形，認爲特定之時期（二〇〇條二項）。

A 交付其物之必要行爲完結後 債務人交付其物之必要行爲完結後，其物卽爲特定給付物。所謂交付其物之必要行爲者，卽指履行債務所應爲之行爲而言。祇須此項行爲完結，其物卽爲特定，而債權人已否受領其交付之物，自可不問。然則何種情形，始可謂之此項必要行爲完結，則因各個債務關係不同而有差異。如債務爲送交債務時（債務履行地，屬於債權人之住所，債務人有送交其物於其住所之義務），必須債務人以其標的物提出於住所者始爲特定。若僅爲發送，尙未到達其住所時，則不能以特定論，倘在運送途中滅失，其債務仍不能消滅。又如債務爲赴領債務時（債權人須至債務人住所領取之債務），債務人得以準備給付之事情，運知債權人，而其

通知到達債權人時即爲特定（二二五條及九五條）。

B 經債權人同意指定應交付之物時，債務人經債權人之同意，指定其應交付之物時，其物亦即爲特定給付物。所謂經債權人同意者，即債權人承認債務人所指定之物也。既經承認，其承認之意思表示，自應發生効力，故其物即爲特定。

除上述 A B 兩種情形之外，如雙方當事人另有特約訂定指定給付物之方法者（如約定由第三人指定之類），則一經指定，其物亦爲特定。

（乙）特定之効力 種類給付，其特定後之効力，即與特定物給付相同，因之其効力約爲左列各種。

A 特定以後，因不可歸責於債務人事由而滅失時，其債務消滅，（二二五條）。

B 特定以後，因可歸責於債務人事由而滅失時，其債務變爲損害賠償（二二六條），不必另交付他同種類之物。

C 特定以後，債務人就該物應負善良保管人之保管義務（參照前述特定物給付）。

第三節 金錢給付（金錢之債）

第一 金錢給付之意義

金錢給付者，即以金錢爲債之標的之給付也。金錢卽是貨幣，故民法則稱爲貨幣給付。所謂貨幣，不僅指金質銀質銅質等之貨幣而言，卽銀行兌換券（紙幣）亦包含之。

金錢給付，爲種類給付之一，除適用下述之特例外，前述關於種類給付之情形，在金錢給付，亦可適用。惟以特定貨幣之給付爲標的者（例如寄託包封金錢，約定返還原物之類），則又爲特定物給付，而非種類給付。

第二 金錢給付之特例

在金錢給付之特例，可分爲下列兩種金錢給付說明之，

(甲)金額給付 金額給付者，僅以一定金額之給付爲標的之謂也。其貨幣之種類如何，則未加以指定。此時債務人得於各種通用貨幣中任意選擇一種以爲給付，而債權人不得拒絕受領。因凡屬通用貨幣，均有強制通用力，以前既未指定特種貨幣，債務人自可任意擇一而給付之也，惟關於此點，他國立法例（參照日民四〇二條一項）及我國舊民法草案，曾有明文規定，而現行民法，則以此爲金錢給付之當然法則，雖不明定，而於適用上亦自無何種疑問也。

以一定金額爲給付之標的者，其可由債務人任意選擇一種貨幣給付之固矣。然此尙不僅以本國貨幣爲然，如以外國貨幣定給付額者，亦可謂屬於金額給付之一種，債務人除願意以外國貨幣爲給付外，亦得按給付時給付地之市價，以中華民國通用貨幣給付之（二〇二條前段）。蓋僅以外國貨幣定給付額，並未特約，應以外國貨幣爲給付，其當事人之意思，即可推定僅欲以外國貨幣爲計算給付額之標準，而不欲直以外國貨幣爲給付之

標的也。

(乙)金種給付 金種給付者，即以特種通用貨幣之給付爲債之標的之謂也。金種給付與金額給付不同，其當事人既已指定貨幣之種類，自應依其本意，而以所指定之特種貨幣爲給付。惟該特種貨幣至給付期已失通用效力者，又應給以他種通用貨幣(二〇一條)。不過此項立法，乃係任意規定，如當事人約定必須以該特種貨幣爲給付，而不能代以他種貨幣者，此即學者所謂絕對的金種給付(前者爲相對的金種給付)。其該特種貨幣失通用效力時，在債務人能有此項貨幣給付，則可仍以此給付之，若不能有此項貨幣而爲給付，財生給付不能之問題。

關於以上金種給付之說明，其於外國貨幣之給付爲債之標的者，亦無二致。故訂明應以外國貨幣爲給付者，即當給付外國貨幣，不得以中華民國貨幣給付之(二〇二條但書)如該外國貨幣至給付期失通用效力時，除當事人特約不能代以他種外，又當以他種貨幣而爲給付。此在民法雖無特別

明文，自可就第二百零一條之規定而適用之。

第四節 利息給付（利息之債）

第一 利息給付之意義

利息給付者，即以利息爲債之標的之給付也。此項利息之債，乃係基於元本之債而生之給付，故元本之債，謂之主債權或從債務，而利息之債，則爲從債權或從債務。在以利息爲給付者，其元本之債，通常固多屬於金錢之債，然非金錢之債，如以油米等代替物爲標的之債，自亦可以約定爲利息之給付。惟不代替物之債，如以土地牛馬等爲給付者，其約定之對價報償（如租金），則不能認爲利息。

利息之債，既係從屬於元本之債而生，故兩者之關係如下。（一）利息之債，須先有元本之債之存在，元本之債因契約無效而不成立時，而利息之債亦不得成立，元本之債，因種種事由而消滅後，而利息亦當停止發生，惟亦有元本之債尙未消滅，而利息之債消滅者，如於元本之債遲延履行

時，其約定之利息之債消滅，而代以法定遲延利息之債是（二二二條）。（二）兩者既有主從關係，而爲元本之債所爲之担保，除有特約外，原則上亦及於利息（七四〇條）。（三）元本債權之讓與，利息債權，原則上亦應隨同讓與之（六八條）。但利息權，却能離元本債權而獨立讓與之。

第二 利息之債之發生

（甲）發生之原因 以給付利息爲標的之債，雖係從屬於元本之債而發生，但非一切之債，當然應發生利息者。故利息之債，必有其發生之原因。其原因如何？（一）爲當事人之法律行爲，（二）爲法律之規定，前者爲約定利息，後者爲法定利息。

A 約定利息 既曰約定利息，則其發生原因之法律行爲，自係指契約而言。惟亦有不必要盡由於契約者，如由遺囑之一方行爲而成立利息之債，亦自可認爲有效。至此項約定利息支付時期，通常本多由當事人約定之，無特約時，則依交易上之習慣。

B 法定利息 由法律直接規定而發生利息者，其理由不一，有出於不當得利返還之理由者（一八二條二項二五九條二款等），有出於代爲出費之理由者（一七六條一項五四六條一項等），有出於推測當事人意思之理由者（二三三條）。

(乙)利率 計算利息之標準者，謂之利率。利率亦有約定利率與法定利率之分，凡應付利息之債務，其利率大概多係經當事人約定者。如利率未經約定，亦無他項法律可據者，則依法定利率。所謂法定利率者，即週年利率百分之五是也（二〇三條）。至於約定利率，雖可由當事人自由約定，但亦並非漫無限制者，其限制之情形如下。

A 逾週年百分之十二者 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（二〇四條一項）。蓋以年利既爲百分之十二，則債務人所負擔者即重，不問原本債務之清償期如何，自應使債務人得以隨時清償原本，以便停止

利息發生而減輕負擔。惟此項隨時還本之規定，有關債權人之利害，故又使債務人負一月前預告之義務，以便債權人得以事先籌劃利用之途徑。

上述債務人隨時清償之權利，爲強制規定，不得以契約除去或限制之（二〇四條二項）。

B 逾週年百分之二十者 約定利率，祇能在週年百分之二十之限度內方能有效。若超過百分之二十之最高限度者，債權人對於超過部分之利息無請求權（二〇五條）。此項立法，乃係採用利率限制主義者，蓋以若無此項限制，則富者即可任意乘機攫取高利，而貧者將不堪其苦矣。至此項超過部分之利息，如債務人已經支付後，是否可依不當得利請求返還，則各人主張不一，余意本條立法，原以保護貧弱者爲主旨，應解爲可以請求返還爲宜（參照本書第二章第五節第二項中不法原因給付一款）。

(丙)利息之限定 債務之利息，祇能按照原本，以不超過週年利率百分之二十爲限。除此項限定以多，再不得以折扣或其他方法巧取利益（二〇六條）。此項規定，乃所以禁止巧立名義，榨取高利也。所謂折扣者，如借洋百元，預扣十元而實交九十元之類是。所謂其他方法者，如抬高借用物價金之類是。

(丁)複利之限制 複利者，乃利上加利之意。以未清償之利息滾入原本再生利息者卽是也。各國關於複利之立法，有禁止之者（如德民法民意民瑞債等）有允許之者（日民四〇五條）。我國民法，雖未絕對禁止，但亦有相當之限制。民法第二百零七條云，「利息不得滾入原本再生利息，但當事人以書面約定利息遲付逾一年後經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定」。據此規定，在原則上係禁止複利者，不過（一）利息遲付逾一年，（二）經催告而不償還，（三）當事人有書面約定者，例外得以之滾入原本而已。

民法此項規定，其適用時，則以商業上無他項習慣者爲限。如商業上另有習慣者，則不適用之（二〇七條二項）。

第五節 選擇給付（選擇之債）

第一 選擇給付之意義

選擇給付者，即於個別的豫定數宗給付中，選擇其一以爲給付之謂也。數宗之給付，既已個別的豫定，就此點言，即與僅指定種類之種類給付不同，已如前述。例如約定給付甲馬或乙馬之類，即爲選擇給付。倘甲乙兩馬共罹天災而死亡，則債務人完全免除債務，不必於甲乙兩馬以外，再負給付他馬之義務。惟在選擇給付之中，亦不妨包含種類給付（例如約定白馬一匹或米十石之類）耳。

又選擇給付，與所謂任意給付雖相類似而實不同。任意給付者，即債務人對於固有負擔之給付，得以他項給付代充清償之謂也，例如約定給付馬一匹，亦得給付洋百元以代之是。在選擇給付，是以數宗給付爲標的，

其中究以何者爲給付，則依其選擇而確定。若任意給付，則債之標的之給付，僅爲一宗，而於債之關係發生時卽已確定，不過債務人亦得以他項給付代其給付，而免除其義務而已。其固有負擔之給付，謂之主給付或責任給付，他項給付，謂之從給付或免責給付（亦稱代償給付）。若主給付爲給付不能時，則債務完全消滅，縱令從給付爲可能，亦可不履行之。而選擇給付，則債務人對於數個給付，均負責任，僅一宗給付不能時，尙須就他宗可能之給付負其責任也。

至選擇給付之債之關係，究爲單數之債？抑爲複數之債？學者間議論不一。余意選擇給付，雖以數宗給付爲標的，但僅須爲一宗給付，其債務卽行消滅，應以認爲單數之債爲宜，故一般通說，大概均係同此見解。若認爲複數之債，則非就數宗給付完全履行，卽不能消滅其債務，實有悖乎選擇給付之性質也。

第二 選擇給付之選擇

選擇給付，既係以數宗給付爲標的，則必須就數宗中而特定其一，方可履行。其特定之方法，除有時因某宗給付之不能，而得就餘存給付確定外（二一一條，後當另述），主要者卽爲選擇。試述於下。

（甲）選擇權者 選擇給付之選擇權者，原則上屬於債務人。如法律另有規定或契約另有訂定者，則當從其規定或訂定（二〇八條）。蓋廣定給付範圍之事，通常多係爲債務人之利益，故以其選擇權，原則上屬於債務人。

（乙）選擇權之移轉 凡於選擇給付有選擇權者，應於其相當之期間內行使之，以便確定其給付。若延不行使時，其選擇權卽應移轉於他人，其情形爲下。

A 定有行使期間者 選擇權定有行使期間者，如於該期間內不行使時，其選擇權移屬於他方當事人（二一〇條一項）。

B 未定行使期間者 選擇權未定有行使期間者，債權至清償期時，無

選擇權之當事人，得定相當期限，催告他方當事人行使其選擇權，如他方當事人不於所定期限內行使選擇權者，其選擇權移屬於爲催告之當事人（二一〇條二項）。

C 由第三人爲選擇者 選擇給付之選擇權，如當事人特約由第三人行使之者，在第三人不能或不欲選擇時，選擇權屬於債務人（二一條三項）。

（丙）選擇權行使之方法 選擇，乃爲有選擇權者一方之意思表示。在債權人或債務人有選擇權時，應向他方當事人（債務人或債權人）以意思表示爲之，由第三人爲選擇時，應向債權人及債務人以意思表示爲之（二〇九條）。

（丁）選擇之効力 選擇之効力，卽爲給付之特定，此項特定効力，不僅自選擇時起，對於將來發生，並應溯及於債之發生時（二一二條），此卽所謂選擇之溯及力。旣然如此，則所選擇之給付，卽與自始所成立單

純之債相同。其在債權人有選擇權時，若所選擇者爲履行不能之給付，而其事由應歸責於債務人者，債權人即得請求損害賠償以代其履行。如有選擇權者爲債務人時，若所選擇者爲履行不能之給付，而其事由應歸責於債權人者，債務人即得免除其債務。

第三 選擇給付之給付不能

在選擇給付之數宗給付中，有自債之關係發生之始即爲不能者，有於債之關係發生後始爲不能者，不問爲自始或嗣後發生，其債之關係，僅存在於餘存之給付（二二一條前段）。既然如此，故選擇給付如爲二宗給付時，其中一宗給付不能，則可就餘存之一宗給付而確定之。如爲三宗給付時，其中一宗給付不能，則可就餘存之二宗給付而選擇之。

惟上述原則，必須其不能之事由，係由於不可抗力或應歸責於有選擇權者時，始有適用。若其不能之事由，應由無選擇權者之當事人負責者，則不能適用此原則（二二一條但書）。此時有選擇權者，仍可就履行不能之給

付而爲選擇，在債權人則可請求損害賠償以代履行，在債務人則可免除債務，已如前述。

第六節 損害賠償給付（損害賠償之債）

第一 損害賠償給付之意義

損害賠償給付者，乃以賠償他人所受損害爲債之標的之給付也，通常稱爲損害賠償請求權，或損害賠償責任。

何謂損害？損害者，即因某事實而使其財產或其他法益所受之損失也。就損害之客體言，則損害有財產的損害與非財產的損害之分，前者爲有形損害，如毀損器物之類是，後者爲無形損害，如侵害身體健康名譽或自由等是（參照十八條十九條一九五條）又就損害之方法言，則損害有積極的損害與消極的損害之分，前者係對現存之法益加以損害，後者係妨害將來可以獲得之利益也。

何謂賠償？賠償者，即就他人所受之損失而爲之填補也。其賠償之方

法，有回復原狀者，有賠償金錢者。賠償之範圍，則爲填補債權人所受損害及所失利益。以下當分別另項述之。

第二 損害賠償之原因

損害賠償之債之發生，必須有一定之原因。原因爲何？其主要者有二，一爲侵權行爲，一爲債務不履行，但此外尙可由當事人之契約以成立損害賠償之債，自不待言，例如保險契約之類是。

損害賠償之債之發生，固須有其原因。然原因是否須基於故意或過失？則應視其爲如何原因而決之。若原因爲契約者，自不必須有故意或過失。其爲侵權行爲或債務不履行時，則一般立法例，原則上均採過失責任主義。惟因近代產業技術上之發達，其事業本身，已附着極大之危險，而侵權行爲之賠償責任，有時亦採結果責任主義者，此已述之於前，毋庸贅述（參閱前章侵權行爲節第一項）。

又原因與損害之間，須有因果關係之存在，方能發生賠償問題，否則

被害人不能請求賠償。關於因果關係之意義，雖學者間議論不一，余則以相當因果關係說爲正當，亦已述之於前（參閱前章侵權行爲節第一項）。

第三 損害賠償之方法

關於損害賠償之方法，自來有兩種主義，一爲回復原狀主義，一爲賠償金錢主義。前者在使加害人回復被害人未受損害時之原狀，後者在使加害人以金錢填補被害人所受之損失。德奧諸國民法採取回復原狀主義，英日諸國民法，則採取賠償金錢主義。我國民法，亦以回復原狀主義爲原則，而例外兼採賠償金錢主義。茲分述於下。

（甲）回復原狀 負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀（二二三條一項）。此項規定，卽是認一切損害，苟可回復原狀者，原則上均須以回復原狀之方法賠償之也。至於法律另有規定或契約另有訂定，則應從其規定或訂定，自不待言。

惟回復原狀，有時亦應給付金錢者，如損失他人金錢時，此時又須自

損害發生時起加給利息（二一三條二項）。此項利息，雖非所受損害之原狀，但金錢在經濟上應隨時間之經過而生利，故爲保護被害人計，特定爲應加給利息。

（乙）賠償金錢 民法所定例外得以金錢賠償其損害者，約爲下列兩種情形。

A 逾期不爲回復原狀者 應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後逾期不爲回復者，債權人得請求以金錢賠償其損害（二一四條）。蓋以此時加害人所加損害，雖可回復原狀，但遲不履行其義務，自應許債權人另求賠償金錢，以資救濟。惟既曰『得請求』，則債權人不請求以金錢賠償之，而仍要求回復原狀，在債權人自有選擇之權。

B 不能或極難回復原狀者 不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害（二一五條）。蓋以回復原狀既屬不能或顯有困

難，如不許另以金錢賠償之，則被害人之損失，必將無從取償，殊失保護被害人之道，故又有此例外規定。

第四 損害賠償之範圍

損害有積極的損害與消極的損害之分，已如前述。此等損害，均應在賠償之範圍以內。民法第二百一十六條第一項所謂損害賠償，應以填補債權人所受損害（積極的）及所失利益（消極的）爲限云云，已就此加以明定矣。惟此爲原則規定並任意規定，如法律另有規定或契約另有訂定者，則又當從其規定或訂定，自不待言。

又所失利益，原不僅指喪失已有可以獲得之利益而言，即依通常情形，或依已定之計劃設備或其他特別情事得以預期之利益，若令其喪失時，均視爲所失利益（二一六條二項）。

如上所述，損害賠償之範圍，固應以填補債權人所受損害及所失利益爲限，但民法另有兩種例外之特別規定如下。

(甲)共同過失之賠償減輕 共同過失者，即損害之發生或擴大，被害人與有過失之謂，在此情形之下，法院得減輕賠償金額或免除之（一二七條前段），此即一般學者所稱之爲過失相抵也。蓋以由自己過失所致之損害，不能轉嫁於他人，乃民事責任之定例，被害人既就其損害與有過失，自不能列使他人完全負其責任。

至所謂與有過失者，在被害人積極的參加以助成其損害之結果者，固可謂之與有過失，即重大之損害原因，爲債務人所不及知，而被害人不預促其注意，或怠於避或免減少損害者，亦爲與有過失（二一七條所段）。

(乙)無重大過失之賠償減輕 損害賠償制度，因爲保護債權人利益不可少之立法，然對於債務人之生計，又不可不加以注意。故民法對於損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，使法院得減輕其賠償金額（二一八條）。據此規定，其適用時必須具備兩種要件。（一）須損害非因故意或重大過失所致，換言之，

即須僅有輕微過失。(二)須賠償於債務人生計有重大影響，若僅有影響而並不重大者，雖為輕微過失，尚無完全賠償。

除上述(甲)(乙)兩項外，尚有一種損益相抵之法則。所謂損益相抵者，即被害人一面受損害，一面又受利益時，應扣除其利益以定賠償範圍之謂。此項法則，為多數立法例所公認。我國民法雖無明文，然斷無使被害人因受損害賠償而多得利益之理，自亦應認為法理而適用之（參照第一條）。

第四章 債之效力

第一節 總說

第一 債之效力之意義

債之效力者，即債之關係發生後所生之效力；詳言之，即債權人基於債權關係所有之權能，及債務人基於債務關係所負之義務。債之效力，與

契約之效力不同。所謂契約之效力，即僅有發生債之關係之效力，當先債之效力而發生。

第二 債之效力之種類

債之效力，可分爲普通效力與特別效力兩種：所謂普通之效力，即各種之債所通有之效力；所謂特別之效力，即某種之債所獨有之效力。前者例如債務人之給付義務；後者例如出賣人之擔保責任。本章所述，乃爲債務之普通效力，其特別效力，俟於各種之債論之。

債之普通效力，有屬於主要者，有屬於從屬者。主要之效力，即債務人所應負之主要義務：例如給付義務。從屬之效力，即債務人所應負之從屬義務：例如注意義務，給付不能，給付延遲，受領遲延，不完全給付，及債之保全。又債之普通效力，有屬於對內者，有屬於對外者。對內之效力，即在當事人間所生之效力：例如給付義務，注意義務，給付不能，給付延遲，受領遲延，及不完全給付。對外之效力，即對於第三人所生的效

力：例如債之保全。

第二節 給付

第一款 給付之意義

所謂給付者，即實現債之內容之債務人之作為不作爲；簡言之，即債務人所應爲之行爲。債務人之行爲，雖可稱爲給付，其他人之行爲，則不可稱爲給付，故給付之字義，當較行爲爲狹。給付雖與履行無異，然與清償則有不同：清償係由債之消滅方面以爲觀察，即指實現債之標的之行爲而言；給付係由債之效力方面以爲觀察，即指爲債之標的之行爲而言。故給付雖爲清償之要素，仍不可同日而語也。

第二款 給付之方法

債務人爲給付時，究應以何方法爲之？依我民法之規定，債務人之給付，應依左列二方法：

第一 給付須依債務本旨

所謂給付須依債務本旨者，即其給付之主體，標的，處所，時間，均應依債之關係之內容而定也。債之關係之內容，不論由法律行為而定，抑由法律規定而定，債務人要皆依債務本旨爲給付。故債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力（二二五條）。

第二 給付須信用誠實

何謂誠實信用？即斟酌各種特別情事，比較當事人之對立的利益之中道。債法原則上雖屬於衡平法，然衡平與信義仍有不同，即衡平爲判斷某種關係之標準，信義爲一般行為之標準也。

債之關係，由法律規定而生者，自應依法律之規定爲給付；其由法律行為而生者，自應依法律行為之訂定爲給付。若其訂定有不備時，則應依法律規定以補充之。例如種類之債，其品質常依民法第二〇〇條第一項定之是也。雖然，人類生活，極其複雜，法律規定，有時而窮，不可不有一適當之標準，以爲法官裁判之準則。故法律爲保護債權之利益，特使債務

人以誠實及信用爲給付。例如給付之處所雖已確定，而其運送之方法未定者，則應依通常運送方法運送之。又例如給付之時期雖已確定，其交付之時刻未定者，則應於通常辦事時間交付之。又誠實及信用之原則，不僅債務人履行債務時，應依此原則爲之；即債權人行使權利時，亦應依此原則爲之。故民法第二一九條規定：「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法」。

第三款 注意義務

第一項 總說

債務人之給付義務，既爲債之主要效力，則爲確保此項效力，債務人尙須負注意義務。債務人既須負注意義務，則對於故意過失之行爲，又不可不負責任。由此可知故意過失之責任，係以注意義務之存在爲前提。而注意義務，又以給付義務之存在爲前提。故注意義務，係伴於給付義務而生，給付義務一旦消滅，則注意義務亦當然因而消滅也。

故意過失之責任，原則上係由怠於注意義務而生；但亦有縱無注意義務之存在，而僅怠於注意者，亦仍稱爲過失，是即學說上所謂「過失相抵」(第二二七條)。故意過失有對於他人與對於自己之分：對於他人的故意過失，即必須其人對他人怠於注意義務，而後在法律上始生故意或過失之問題，使就故意或過失負其責任，亦稱對他人之過失；對於自己的故意過失，即只須對自己怠於注意，而使自己受有損害，在法律上亦發生故意或過失之問題，仍使其受一定之不利益，亦稱對自己之過失。

第二項 故意

第一 故意之意義

故意者，即行爲人有責任能力，明知其行爲發生一定之結果，而且有意使之發生之心理狀態也。關於故意的性質，學說上尙有爭論：有以行爲人認識其行爲之結果爲已足者，謂之認識主義，或觀念主義；有不以行爲人認識其行爲之結果爲已足，并以希望其結果之發生爲必要者，謂之意思

主義，或希望主義。此二主義，均有批評之處：依一般心理學者之主張，希望結果發生之意思，亦為心理上之作用，僅能認識結果之發生，尙不可謂為故意。而認識主義論者，謂故意僅須有認識結果發生之意思，而不須有希望結果發生之意思，是與其有不符也。故意有廣狹二義：狹意的故意，唯指希望結果之發生而言；廣義的故意，則不僅希望結果之發生者，始可謂為故意；即容許結果之發生者，亦可稱為故意。而意思主義論者，謂須有希望結果發生之意思，方可謂為故意，則故意之解釋，是又未免過狹也。此二主義，於行爲人有『確定的故意』時（即行爲與因果間有必然的因果關係），雖無不同之結果。若行爲人有『未必的故意』時（即行爲與因果間有可能的因果關係），則生相異之結果：例如運送人以汽車搬運委託人的玻璃器，雖不希望其破碎，然明知其有破碎之慮，而仍以汽車運送，卒致其器破碎。在此情形，依認識主義，運送人既已知其有破碎之可能，則應認為故意。依意思主義，則將因運送人之注意周到及輕率，而有時

應認爲故意。有時應認爲過失。民法對於故意，雖未加以解說，然依余所信，自以採意思主義爲宜。

第二 故意之責任

(甲)債務人應負故意責任之理由 債務人既負擔債務，如許其故意爲違反債之行爲，則顯然與債務之性質相反。故民法第二二〇條第一項規定：「債務人就其故意或過失之行爲，應負責任」。

(乙)故意責任預先免除之禁止 故意責任能否預先免除？各國法律雖有無明文規定（例如日本民法），然我民法則仿德瑞立法例（德民第二七六條，瑞債第一〇〇條第一項），明定故意之責任，不得預先免除（第二二二條）。如有預先免除者，其契約殊有背於善良風俗，自屬無效。

(丙)故意責任之範圍 債務人應負之責任，原以就其故意或過失之行爲爲限；但有時在交易上之必要，亦應使債務人就他人之故意或過失負責

。故民法第二二四條規定：「債務人之代理人或使用人關於債之履行，有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任」。雖然，此非強行規定，當事人間如預以契約訂明債務人就代理人或使用人之故意或過失不負責者，其約定仍為有效（第二二四條但書）。

（丁）故意責任之能力 故意或過失之責任，既以債務人具有意思能力為前提要件，則債務人為無行為能力人，或限制行為能力人者，其責任亦應依第一八七條之規定定之（第二二一條）。蓋債務不履行之故意或過失，原與一般侵權行為成立要件之故意或過失相同，債務人如為無能力人或限制能力人，其責任之歸結亦不能有異也。

第三項 過失

第一 過失之意義

過失者，即行為人有責任能力，就其行為所可預見之結果，因不注意而未預見，或縱已預見而未容許之心理狀態也。就此定義分析，過失須具

備下列三要件：（1）須其行爲出於行爲人之意思；（2）須就其行爲所可預見之結果未預見，或未容許；（3）須行爲人有責任能力。（1）（2）兩要件，均與前述之故意同，其與故意異者，唯第二要件而已。

第二 過失之分類

過失之分類，在羅馬法雖採三分主義，然近世則排斥此種分類，分過失爲輕過失與重過失，而輕過失復分爲抽象的輕過失與具體的輕過失兩種，分述如左：

（甲）抽象的輕過失 抽象的輕過失，即欠缺善良管理人之注意之謂，亦稱抽象的過失。善良管理人注意一語，係直接淵源於日本民法（日民第四〇〇條）間接淵源於羅馬法上良家父之注意。德國民法以『良家父』字義欠妥，故易爲交易上必要之注意（德民第二七六條）。此種注意，係以交易上一般觀念認爲是有相當知識經驗之人，對於一定事件所用之注意程度爲標準定之。至債務人其人有無此種知識經驗，及其

向來之注意程度如何，則非所問。

(乙)具體的輕過失 具體的輕過失，即欠缺與處理自己事務為同一注意之謂，亦稱具體的過失。所謂與處理自己事務為同一注意，即以債務人其人平素就自己事件所用之注意程度為標準定之，並非假設一人，而以其注意程度為標準。債務人對於具體的輕過失，雖應負責，然其注意之程度，通常既較善良管理人之注意為低，則其所負之責任，亦應較抽象的輕過失為輕也。

(丙)重過失 重過失，即顯然欠缺注意之謂，亦稱重大過失。凡僅須用輕微注意即可預見之情形，而竟怠於注意不為相當準備者，即應認其有重大過失。重大過失與故意雖頗相近，然一則無容許結果發生之意思，一則有容許結果發生之意思，其性質常有不同。又重大過失與輕過失雖屬同一範疇，然一則未預見其結果之發生，一則已預見其結果之發生，其程度尚有區別。重過失之注意程度，既較具體的輕過失為低，

則債務人之責任，亦應較其爲輕也。

第三 過失之責任

(甲)過失責任之減輕 債務雖應就其過失之行爲負責，但過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定（第二二〇條第二項）。所謂依事件之特性而有輕重者，即斟酌其負債務之具體情形而爲輕重之決定也。例如凡專爲自己利益而負債務者，其過失責任因應從重，若專爲他人利益而負債務者，其過失責任則應從輕。所謂如其事件非予債務人以利益應從輕的酌定者，即其事件未使債務人取得如何利益，而應酌減其過失責任也。例如因贈與而生之債，非予贈與人以何種利益，其責任即應減輕（第四一〇條）。

(乙)重大過失責任預先免除之禁止 重大過失既與故意甚相接近，則其責任自亦不得預先免除。故我民法特仿瑞士債務法，而設禁止之規定也（第二二二條）。故意與重大過失責任之預先免除，雖均爲法所禁止

，然事後拋棄其請求救濟之權利，則無不可。

(丙)具體的輕過失責任之加重 具體的輕過失，固以債務人所用之注意爲標準決之，若其注意程度低於普通人所爲之注意，則仍應負責。故民法第二二三條規定：「應與處理自己事務爲同一注意者，如有重大過失，仍應負責」。

第四項 事變

第一 事變之意義

事變者，即基於債務人之故意或過失以外之一切事實也。此所謂事變，應從廣意解釋，不僅外界之事件，及第三人之行爲爲事變；即縱爲債務人之行爲，而非基於其故意或過失者，亦屬事變。事變可分爲通常事變與不可抗力兩種。何謂不可抗力？學說上有從主觀說，即謂其縱盡最大之注意，亦不能防止其發生之事件；有從客觀說，即謂其超越異常之範圍，而挾有偉大勢力之事件。余以債務人就事變負責，既非因其人欠缺注意，自

應以從客觀說爲是。

第二 事變之責任

依民法第二二〇條規定：「債務人就其故意或過失之行爲，始應負責」；但亦有例外規定：有應就通常事變負其責任者；有應就不可抗力負其責任者。前者例如旅店或其他以供客人住宿爲目的之場所主人，對於客人所携物品之毀損喪失，應負責任（第六〇六條第一項）；後者例如債務人在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，原則上應負責任（第二三一條）。債務人對於事變之責任，非違反注意義務之問題，蓋以其係因客觀的發生債務不履行之結果，而非以其主觀的有負責之事由也。

第四款 給付不能

第一項 給付不能之意義

何謂給付不能？學說上有從狹義解釋，謂論理上斷然的不能給付者，始爲給付不能；有從廣意解釋，謂論理縱屬可能，而在法律上認爲不能給

付者，即爲給付不能。民法上所謂給付不能，應從廣意解釋。故非論理上絕對不能，而依一般社會通念，應認爲不能給付者，固爲給付不能。即其給付而須冒犯生命上或身體上之危險，違反法律上或道德上職業上之義務者，亦爲給付不能。前者例如搜獲沈沒海洋之物品，追捕遠颺深山之盜匪是。後者例如因中疫不能如期服務，因父喪不能如約演劇是。又給付不能，不僅就作爲給付可以發生，即不作爲給付亦可發生：例如與人約定不居上海，而因在上海市府服務，不得已居於上海是。

第二項 給付不能之種類

第一 自然的不能與法律的不能

自然的不能者，即基於自然法則而應認爲不能之謂：例如交付已死之馬，出賣不死之藥是。法律的不能者，即基於法律規定而應認爲不能之謂：例如設定法所不認之物權，讓於屍體所有權是。民法上所謂給付不能，專指法律的不能而言。

第二 絕對的不能與相對的不能

絕對的不能者，即其給付依本來之性質，不問何時或何人均屬不能之謂，亦稱抽象不能：例如已死之人，不能使之復生是。相對的不能者，即其給付基於特別之事情，唯對於某時或某人而爲不能之謂，亦稱具體不能：例如不通英語之人，未能教授英語是。

第三 主觀的不能與客觀的不能

主觀的不能者，即因債務人一身之事情而爲不能之謂：例如畫工因折腕不能繪畫，演員因患病不能演劇。客觀的不能者，即因給付自身之事情而爲不能之謂：例如鐵道因炸毀不能運送，飛機因風大不能飛行是。給付是否屬於債務人一身之不能？須以通常人處於債務人地位是否不能以爲決，方與不能之意義相合也。

第四 從始不能與嗣後不能

從始不能者，即其不能之原因事實自始即已存在之謂；例如甲以馬賣

與乙，其定約時馬已病死是。嗣後不能者，即其不能之原因事實嗣後始行發生之謂：例如甲以馬賣與乙，其定約後馬始病死是。此所謂不能，係專指嗣後不能而言，殆以給付之從始不能，不能成立債權也。至從始不能與嗣後不能之區別，應解以法律行爲成立之時爲標準，而非以債權成立時期爲標準，較爲妥當。故在附停止條件行爲，於其行爲成立後，條件成就前所生之給付不能，亦爲嗣後不能。

第五 全部不能與一部不能

全部不能者，即給付之全部成爲不能之謂：例如給付之標明物全部歸於消滅是。一部不能者，即給付之一部成爲不能之謂：例如給付之標明物一部歸於消滅是。此所謂不能，係指二者而言。又一部不能，唯就可分給付而生，若爲不可分給付，則僅生全部不能，而無一部不能也。

第六 永久不能與暫時不能

永久不能者，即謂永久存續之給付不能：例如已死之人不能復生，既

燬之屋不能復原是。暫時不能者，即謂一時存在之給付不能：例如工人因一時手傷不能勞動，交通因一時斷絕不能運送是。此種區別，殊無實益，殆以給付只須於給付時或債務人得爲給付時成爲不能，即發生給付不能之效力，至其爲永久不能，抑爲暫時不能，則非所問。

第七 可歸責於債務人事由之不能與不可歸責於債務人事由之不能

所謂可歸責於債務人之事由，原則係指債務人有故意或過失之事由而言。所謂不可歸責於債務人之事由，原則係指非債務人有故意或過失之事由而言。債務人通常雖就故意或過失之行爲應負責任；但亦有例外規定：債務人應對於事變負責任時，其不能如係由事變而生，即屬可歸責於債務人事由之不能；反之，債務人僅對於故意負責任時，其不能如係由過失或事變而生，即屬於不可歸責於債務人事由之不能。要之，債務人應否就給付不能之事由負責，須視其是否因可歸責於債務人之事由而生以爲決。而其究屬可歸責於債務人之事由與否，又應就各個債之關係債務人所應爲之

注意義務以爲決也。

第三項 給付不能之效力

依我民法所規定，給付不能之效力，乃以其是否因可歸責於債務人之事由而生大有不同，分述於左：

第一 給付不能因不可歸責於債務人之事由而生之效力

(甲)債務人免給付義務 依民法第二二五條第一項規定：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務」。此所謂不能，係指客觀不能而言，如屬主觀不能者（例如種類債權之不能給付），債務人仍不得免責（德民二七九條參照）。又此種不能，如屬全部不能者，債務人固免全部給付義務。若係一部不能者，債務人則免一部給付義務，而使一部債務消滅，其可能部分仍須給付之。

(乙)債務人之代償請求權 因不可歸責於債務人之事由而致給付不能時，債務人既得免給付義務，有時復得因此而對第三人取得利益，若不認

債權人有代償請求權，則債務人反因不能給付而得二重利益，甚不公平。故民特設第二二五條第二項之規定，而明認債務人有代償請求權。何謂代償請求權？即債務人因給付不能，而由第三人取得代償該給付之利益，債權人對於債務人有請求轉讓其利益之權利。此種利益之成立，須具備下列三要件：(1)須債務人由第三人取得利益；(2)須其利益因給付不能之事由而取得；(3)須其利益確係該給付之代替。具備上述要件而有下列情形之一者，債權人均得行使代償請求權：(1)債務人因給付物為第三人所毀壞，而取得之賠償請求權，或所受領之賠償金；(2)債務人因給付物為火災所燬滅，而取得之保險金請求權，或所受之保險金；(3)債務人因給付物被公用徵收，而取得之補償金請求權，或所受領之補償金。又代償請求，僅可請求移轉，而非當然移轉，如債權人不為請求讓與或交付，債務人仍得保有其利益也。

第二 給付不能因可歸責於債務人之事由而生之效力

給付不能因可歸責於債務人之事由，而致給付不能者，債權人得請求損害賠償（第二二六條第一項）。此種不能之效力，雖不問其為主觀不能，抑為客觀不能而異，然其效力則因全部不能與一部不能而有不同：給付為全部不能者，債務人應負全部不履行之損害賠償；其為一部不能者，債務人祇負一部不履行之損害賠償，而對於可能部分，債務人仍須為履行。雖然此為原則，如債務人履行其可能部分，而於債權人無利益時，債務人亦得拒絕一部之給付，請求全部不履行之損害賠償請求權（第二二六條第二項）。

第五款 不完全給付

第一 不完全給付之意義

不完全給付者，即謂債務人為違反債務本旨之給付；詳言之，即債務人雖為給付，而其標明之種類，品質，及給付方法，則與債務本旨不合也。

。例如債務人交付病馬，而致債權人所有之馬全受傳染是。又例如債務人約於半年內完成著作物，乃於二月內草成，以致內容簡陋，不易銷行是。

第二 不完全給付之要件

不完全給付，須具備左列之要件：

(甲)須曾為給付 債務人若僅消極的違反債務，則只發生不能給付，或給付遲延之問題，而非不完全給付。

(乙)須其給付不完全 此所謂不完全者，即給付之內容及方法違反債務本旨，若僅給付之時期違反債務本旨，則發生給付遲延而已。

(丙)須因可歸責於債務人之事由 關於此點，雖無明文規定；但民法原則上既採過失責歸主義，則不完全給付，亦必因可歸責於債務人之事由而生者，債務人始應負責。

第三 不完全給付之效力

依民法第二二七條所規定，不完全給付之效力，即債權人得聲請法院

強制執行，並得請求損害賠償。關於強制執行之適用，尙有下列之限制：
(1)債務之性質，須適於強制執行；(2)不完全之給付，須有補正之可能。若爲特種技能，或不能補正者，均無適用之餘地也。又債權人於強到執行外，尙有損害者，因並無得請求賠償，卽以請求損害賠償代替聲請強制執行，亦無不可。

第三節 遲延

第一款 總說

就遲延之情形可分爲三種：有因可歸責於債務人之事由而生者，謂之債務人遲延，亦稱給付遲延，或履行遲延；有因可歸責於債權人之事由而生者，謂之債權人遲延，亦稱受領遲延；有因不可歸責於債務人之事由而生者，謂之事變遲延。依我民法所規定，事變遲延，債務人不負遲延責任（第二三〇條）。茲專就債務人遲延與債權人遲延分論於後。

第二款 債務人遲延

第一項 債務人遲延之意義

所謂債務人遲延，即債務人應爲之給付，而於給付期不爲給付之謂。債務人不給付之情形有三，即給付不能，給付遲延，及不完全給付。給付遲延與給付不能不同，即一爲給付可能，而不爲給付，一爲給付不能，而始不給付。故前者得爲強制執行之聲請，後者則無適用強制執行之餘地也。遲延給付與不完全給付雖同爲不給付，債權人均得聲請強制執行。然一爲單純的未爲給付，一爲已爲給付而不完全，是又二者之不同。

第二項 債務人遲延之要件

第一 須有債務存在

債務人遲延，乃以有債務之存在爲必要。如債務尙未發生或已消滅，則無債務存在，自不生給付遲延之問題。此所謂債務，非專指作爲債務而言，即不作爲債務，亦可發生給付遲延。

第二 須其債務已至給付期

債務已至給付期，而仍未爲給付者，方發生給付遲延。若給付期未屆滿，債務人尙不負給付義務，自無給付遲延之可言。惟此所謂給付期，既有確定與不確定之分，民法之規定亦因之而異，分別說明於左：

(甲)給付有確定期限者 給付有確定期限者，債務人是否自期限屆滿時即負遲延責任？立法例有二主義：有規定債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任，即採期限代人催告之原則，如德日等國民法是：有規定債務人非自期限屆滿時起當然負遲延責任，即原則上尙須經債權人之催告，如法國民法是。我民法仿德日民法，於第二二九條第一項規定：『給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起負遲延責任』。依此規定，確定期限一經到來，債務人即負遲延責任，當不須債權人爲催告也。

(乙)給付無確定期限者 給付無確定期限者，債務人是否自債權人催告之時起負遲延責任？日本民法與德國民法之規定，雖略有不同（日民第

四一二條第二項第三項，德民第二八四條第一項），我民法爲適應實際，特仿德國立法例，於第二二九條第二項規定：「給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未爲給付，自受催告時負遲延責任」。催告乃債權人對於債務人請求給付之意思通知。其性質當與一般催告同，自可解爲準法律行爲。催告未定有期限者，債務人固應自受催告時起負遲延責任。若定有期限者，債務人則應自期限屆滿時起負遲延責任（第二二九條第三項）。又催告係債權人對於債務人所爲裁判外之請求，若債權人對於債務人爲裁判上之請求，亦無不可。故民法第二二九條第二項後段規定：「其經債權人起訴，或依督促程序送達支付命令者，與催告有同一之效力」。

第三 須因可歸責於債務人之事由致未爲給付

債務人遲延，不僅須其債務已至給付期而未爲給付，並須因可歸責於債務人之事由致未爲給付，方可成立。若因不可歸責於債務人之事由致未

爲給付者，債務人則不負遲延責任（第二三〇條）。例如給付完結，而債權人不予協助，或債務人有留置權（第九二八條），或債務人有同時履行抗辯權（第二六四條），均有正當理由，如債務人未爲給付，則不負遲延責任。

第三項 債務人遲延之效力

第一 債權人得聲請強制執行

此卽債權人聲請強制執行權。債務人雖給付遲延，其債務並不因而消滅。故民法明定：「債務人不爲結付者，債權人得聲請法院強制執行」（第二二七條）。

第二 債權人得請求損害賠償

給付既已遲延，債權人自亦不無損害，不僅應許其請求給付，並應許其請求損害賠償，是損害賠償請求權得與給付請求權併存也。依民法第二三一條之規定，債權人不僅得請求賠償因遲延而生之損害；卽對於在遲延

中因不可抗力而生之損害，亦得請求賠償。雖然，債務人對於事變，亦非絕對負責。債務人對於因不可抗力而生之損害，所以應負賠償責任，殆以其如能於適當時期爲給付，則債權人不致受此損害也。惟債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，如復責令債務人負賠償責任，實不公平，故民法特設第二三一條第二項但書之規定。

第三 債權人得拒絕給付

在通常之遲延，債權人雖一面得請求遲延賠償，一面仍須受領給付，而不得請求不履行之損害賠償（即填補賠償）。若遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人則得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害（第二三二條）。

第四 債權人得請求遲延利息

金錢之債，在性質上既祇能發生債務人遲延，而無所謂給付不能，則民法自應設第二三三條之特別規定。依此規定，遲延之債務，以支付金錢

爲標的者，債權人得請求依法定利率或約定利率計算之遲延利息；惟民法既設禁止複利之規定（第二〇七條），對於利息，則無須支付遲延利息。金錢債務之不履行，債權人雖得請求支付遲延利息，然此不過請求賠償之最少限度，如債權人證明有其他損害者，並得請求賠償。

第三款 債權人遲延

第一項 債權人遲延之意義

所謂債權人遲延者，即債權人對於已完結之給付，而不爲必要的協力之謂。債務人之履行債務，有需債權人之協力者，例如赴領債務是；有不需債權人之協力者，例如不作爲債務是。此所謂債權人遲延，唯指前者而言。又債務人遲延與債權人遲延之性質不同：一以給付義務爲前提，債務人如不爲給付，則爲違反債務，應加重其責任；一不以受領義務爲前提，債權人如不爲受領，則非違反債務，唯減免債務人之責任。

第二項 債權人遲延之要件

第一 須有債權存在

債權人遲延，乃以有債權之存在爲前提。如債權未成立或已消滅，則無債權存在，自無受領遲延之可言。至其債權之內容如何？原因如何？則非所問。

第二 須債務人已提出給付

債權人對於已提出之給付，不爲必要之協力，方可成爲受領遲延。若債務人未提出給付，則無受領遲延之可言。依民法第二三五條規定，債務人原則須爲現實提出，例外得爲言詞提出。

(甲)現實提出 何謂現實提出？即債務人現實爲履行所必要之行爲，而待債權人受領給付之謂。例如詣交債務，債務人須至債權人之住所，而將給付標的物置於債權人可得受領之地位是。債務人現實提出，須依債務本旨爲之。若給付標的物之種類，品質，分量，未依債務本質實行提出者，則不生提出之效力也（第二三五條）。

(乙)言詞提出 何謂言詞提出？即債務人以準備給付之事情通知債權人以代提出之謂。準備給付之通知，乃事實之通知，自非債務人事實上已有給付之準備，不生提出之效力。債務人得為言詞之提出，既屬例外，則限於下列兩種情形，方可適用：(1)債權人預示拒絕受領之意思者；(2)給付兼須債權人之行為者(第二三五條)。

第二 須債權人不為協力

債權人不為協力，其情形可分為二種：

(甲)拒絕受領 此即債權人對於已提出之給付，而不為協力之謂。債權人拒絕受領，應負遲延責任，民法第二三四條已有明定。此種規定，現實提出及言詞提出均可適用。

(乙)不能受領 此即債權人基於自身之情事，而不能為協力之謂。不能受領與不能給付不同：不能給付，係在社會觀念上認為已欠缺給付行為之基本要素，自始當無受領之可言；例如修理房屋之債，其房屋已被

燒燬是；不能受領，係基於貨權人主觀之情事，而致不能爲受領：例如債權人因失蹤疾病不能受領給付是。

前述乃爲原則，尙設有例外規定，及例外之例外。所謂例外規定，卽給付無確定期限，或債務人於清償期前得爲給付者，債權人就一時不能受領之情事，不負遲延責任（第二三六條前段）。所謂例外之例外，卽其提出給付，由於債權人之催告，或債務人已於相當期間前預告債權人者，債權人仍應負遲延責任（第二三六但書）。

第三項 債權人遲延之效力

第一 債務人責任減輕

債務人之債務，雖不因受領遲延而消滅，然其責任則可因之減輕。在通常情形，債務人原應就輕過失負其責任，在債權人遲延中，債務人則僅就故意或重大過失負其責任（第二三七條）。

第二 債務人無法支付利息

在債權人遲延中，債務人不但無須支付遲延利息，即法定利息及約定利息，亦無須支付之（第二三八條），殆以債權人已受領遲延，而使債務人在實際上不能利用原本取得利益也。

第三 債務人無須返還未收取之孳息

債務人對於由標的物所生之孳息，或償還其價金，如已收取，固須負返還之義務。若債務人不為收取孳息，並非出於故意或重大過失者，自不須負返還之義務（二三九條）。

第四 債務人得請求賠償提出及保管之費用

債務人因受領遲延而生之損害，雖不得請求賠償，然因受領遲延所支出之一切費用，則應認其有償還請求權。故民法第二四〇條規定『債權人遲延者，債務人得請求賠償提出及保管給付物之必要費用』。

第五 債務人得拋棄不動產之占有

在債權人受領遲延後，債務人負交付動產之義務者，尚可為債權人提

存之（第三二六條）。其負移轉不動產之義務者，則無提存之可能。故民法第二四一條第一項規定：『有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有』。惟拋棄不動產之占有，亦須兼顧債權人之利益，故除有不能通知者外，須預先通知債權人（第二四一條第二項）。

第四節 保全

第一款 總說

關於債之保全，其方法有二：一須待於當事人之特約，始許債權人對於債務人之財產，有為保全行為之權利；例如保證契約及擔保物權；一不待當事人之特約，即許債權人對於債務人之財產，有為保全行為之權利。例如代位權及撤銷權。本節所謂債之保全，係專就後者論之。

第二款 代位權

第一項 代位權之意義

代位權者，即債權人以自己之名義，行使債務人權利之權利。亦稱代

位訴權，間接訴權，或斜之訴權。分析其性質如左：

第一 代位權係實體法上之權利

代位權雖常藉訴訟爲手段，然其仍爲實體法之權利，而非訴訟法上之權利。代位權既爲私權，其性質究屬何種權利？代位權係依自己行爲而發生法律上之效力，自應認爲形成權。又代位權與強制執行權不同，卽一以保全債務人之財產爲目的，一以直接受滿足之清償爲目的。故代位只爲強制執行之準備作用，並非直接能使債權受強制執行也。

第二 代位權係債權人以自己名義行使債務人權利之權利

債權人行使債務人之權利，係以自己之名義，而非以債務人之名義，故其與代理人之以本人名義行使代理權不同。債權人雖以自己名義行使代位權，然其效果則仍就債務人發生之。

第二項 代位權之要件

第一 須債務人怠於行使其權利

債務人對於得行使之權利，如未怠於行使，自不許債權人妄加干涉。必須債務人就其權利得行使而不行使，債權人方可行使代位權。故債務人已就其權利提起訴訟時，債權人即不得更行起訴也。

第二 須因保全債權

代位之目的，既在保全債權人之債權，則有保全債權必要者，債權人方得行使代位權。所謂債權有保全必要者，即指債權人有不能受清償之危險而言。何謂不能受清償之危險？學說上有謂係指一般債權均有不能受清償之危險而言；有謂係指具體債權有不能受清償之危險而言。依余所信，通常債權人行使代位權，雖須證明債務人資力有不能清償其債務之危險；但亦有特定債權，因債務人怠於行使其權利，而致有不能直接履行之危險者，債權人仍得行使代位權；例如甲係資本家，曾向乙買受古董，未受交付，即轉賣於丙，如甲怠向乙請求交付，丙亦得代位行使之。

債權人行使代位權，乃以債務人之權利為客體。若為債務人以外之人

之權利，債權人固不得代為行使；即債務人之權能（例如債務人之承諾資格），債權人亦不得代位行使。代位權之標的，雖須為債務人之權利，然非對於債務人之任何權利均得行使，乃以非專屬於債務人本身之權利為限。若為專屬於債務人本身之權利，債權人則不得行使之。其大要如左：

（甲）非構成債務人財產之權利 此即純然基於無形利益之權利，債權人自不得代位行使。例如夫權，親權，非婚生子女否認權，非婚生子女認領請求權，婚姻撤銷權，離婚請求權等，均為身分權，自不得為代位權之客體。

（乙）雖構成債務人之財產，而有專屬性之權利 此種權利，不得由債權人代位，其情形有三：（1）純然基於無形利益之權利，雖為財產權，然法律認其有專屬性，債權人自不得代位；例如扶養請求權是。（2）主要的基於無形利益之權利，雖亦為財產權，然以其置重於財產利益，債權人亦不得代位；例如基於身體，生命，名譽，自由侵害所生之非

財產的損害賠償請求權是。(3)着重於當事人一身之契約所生之權利，雖純係財產權，然常着重於當事人一身之權利，債權人亦不得代位；例如由僱傭所生之勞務請求權，或由委任所生之處理請求權是。

第四 原則上須債務人負遲延責任

債權如未屆清償期，則債務人將來能否如期清償，仍難預定，債權人自無須行使代位權。故代位權之發生，乃以其債權已給付遲延為必要。惟專為保全債務人權利之行爲（例如中斷消滅時效，呈報破產債權），雖在清償期未屆至前，債權人亦得為之（第二四三條）。

第三項 代位權之行使

債權人行使代位權，既應以自己名義為之，自不得適用代理規定。至其行使之範圍，則以保存行爲及實行行爲為限，何謂保存行爲？即防止債務人權利消滅之行爲；例如中斷消滅時效，及為登記。何謂實行行爲？即實施債務人權利內容之行爲，及使其權利效力實現之行爲；例如提起訴訟

，參加訴訟，提起上訴或反訴，聲請假扣押或假處分，及爲強制執行，受領清償是。債權人得否爲處分行爲？學說上尙有爭執。依余所見，免除債務，拋棄權利等行爲，債權人雖不得爲之，若抵銷更改等行爲，於債務人有益者，債權人則得爲之。

第四項 代位權之效力

第一 對於債權人之效力

債權人行使代位權，既以債務人之權利爲其客體，則因行使所得之結果，自應歸屬於債務人，作爲總債權人之共同担保。故行使代位權人應與受益債權人受平等待遇，不得主張獨占其利益或其他優先權。如欲使其債權就該項結果受滿足者，非更依強制執行或由債務移轉不可。

第二 對於債務人之效力

債權人既以自己名義對第三人提起訴訟，則判決之效力，亦只能及於債權人及第三人，而債務人及他之債權人則不受其拘束，仍得自行起訴。

雖然，債務人及他之債權人如已參加訴訟，則受其既判力之拘束，不得再行起訴。

第三 對於第三人之效力

債權人行使代位權，其對於第三人之關係，亦與債務人對於第三人同。故第三人就該權利之行使，得以其對於債務人之一切抗辯對抗行使代位權人。例如第三人對於債務人有權利不發生之抗辯，或權利消滅之抗辯，或同時履行之抗辯，或抵銷之抗辯，如債權人代位行使債務人之權利，第三人亦得以之與其對抗。雖然，債權人既非行使自己之權利，則第三人不得以直接對於債權人所有之抗辯與其對抗，又不待言。

第三款 撤銷權

第一項 撤銷權之意義

撤銷權者，即債權人撤銷債務人行爲之權利，亦稱撤銷訴權，直接訴權，或廢罷訴權。分析其性質如左：

第一 撤銷權係實體法上之權利

撤銷權之行使，雖應聲請法院爲之，然此係行使撤銷權之方法，不可謂其爲訴訟法上之權利，亦不可謂其爲訴訟法上權利與實體法上權利之併合。況民法有實體法，撤銷權既規定於民法債編債之效力中，則其爲實體法上之權利，尤無疑義。

第二 撤銷權係撤銷債務人行爲之權利

依民法第二四四條之規定解釋，撤銷權爲撤銷債務人行爲之權利，已不待言。惟此種權利之性質如何？學說上有謂其爲形成權，即唯使債務人之行爲自始歸於無效之權利（物權說）；有謂其爲債權的請求權，即直接對於第三人請求返還其依債務人行爲所得財產之權利（債權說）；有謂其爲形成權或請求權，即撤銷債務人之行爲，並回復其財產原狀之權利（折衷說）。債權人行使撤銷權，其目的既在撤銷債務人所爲詐害行爲之效力，自應從第一說解釋，謂其爲形成權之一種。故返還財產之請求，僅爲撤

銷權行使以後之效果，而非撤銷權之本體也。

第二項 撤銷權之要件

債務人之行爲，既可分爲有償行爲與無償行爲，其成立要件，亦應因之而異，殆以無償行爲，行爲性質上常足以害及債權人之債權，有償行爲，則行爲性質上通常不致害及債權人之債權。故我民法採客觀主義，無償行爲僅須有詐害行爲（即客觀要件），不須有詐害意思（即主觀要件），有償行爲則須二者具備之。分述如左：

第一 須債務人曾爲以財產爲標的之行爲

（甲）須爲債務人之行爲 撤銷權既爲撤銷債務人行爲之權利，則得爲撤銷之客體，自須爲債務人之行爲。

（乙）須爲債務人之法律行爲 債務人之行爲，是否須爲法律行爲？立法例殊不一致：法國民法定爲行爲；日本民法定爲法律行爲；德奧民法及瑞士債務人定爲法律的行爲。我民法第二四四條既未明定，依第一一

四條之規定觀之，自應解為係指法律行為而言。債權人行使撤銷權，既以債務人之法律行為為客體，則其行為如為單純不作為，及事實行為，均不得撤銷之。至其被撤銷之法律行為，究為契約，抑為單獨行為？則非所問。

(丙)須為債務人之財產上行為 撤銷權之客體，不僅須為債務人之法律行為，並須為債務人之財產上行為。所謂財產上之行為，即以財產為標的之行為。撤銷權既以債務人之財產上行為為客體，則以身分關係為標的之法律行為，而伴有財產上之效力者（例如結婚，離婚等行為），或以身分關係及財產關係為標的之法律行為，而一併發生財產上之效力者（例如廢繼之同意，入贅契約之解除等行為），固不得撤銷；即以債務人之勞務，或其他不關於財產之作為為標的之法律行為，亦不得撤銷。

第二 須債務人曾為減少自己財產之行為

債務人雖爲某種行爲，其財產並未因而減少，債權人仍不得撤銷之。必須因其行爲減少自己財產，債權人始得行使撤銷權。至其減少財產之行爲，究爲積極的減少財產，抑爲消極的增加債務，則非所問。

第三 須債務人行爲害及債權人之債權

債務人之財產，雖因其行爲而減少，若其餘財產尙足履行債務者，仍無害及債權人之債權，債權人自不得行使撤銷權。故債權人行使撤銷權，乃以債務人有害及債權人之債權爲必要（第二四四條第一項）。茲將害及債權之要件說明於左：

（甲）須債務人之清償能力減少 此所謂清償能力減少，即債務人足供清償之財產減少。因債務人之行爲，而致足供清償之財產減少，方生害及債權之問題。何謂財產減少？即包含積極的減少財產與消極的增加債務而言。前者例如債務人贈與其所有物，或免除債務是；後者例如債務人新負債務是。

(乙)須債權人有不能受清償之危險 債務人之清償能力減少，尙有不害及債權，必須債權人有不能受清償之危險，債權人始可行使撤銷權。所謂不能受清償之危險，究係指自己債權履行不能或困難而言，抑係指一般債權履行不能或困難而言，我民法雖無明文，余謂不論總債權人或某一債權人之債權，如因債務人之行爲，而致支付不能，或財產不足（即債務超過）者，均有行使撤銷權之必要也。

(丙)須債務人行爲與害及債權有因果關係 此所謂因果關係，即債權之受損害，係因債務人之行爲。債務人之行爲，直接的使債權受損害，固須予債權人以撤銷權；即其行爲僅爲財產減少之間接原因，亦須予債權人以撤銷權。

第四 須有詐害認識

債務人之行爲爲無償行爲時，雖僅須具備前述各要件（客觀要件），債權人卽有撤銷權，若其爲有償行爲時，除照具備前述各要件外，尙須具

備此要件（主觀要件），債權人始有撤銷權。就此要件分述如左：

（甲）須債務人爲惡意 此所謂惡意，即債務人於行爲時明知有損害於債權人之權利。關於此點，各國法律有採認識主義（即觀念主義）；有採意思主義（即希望主義）。依我民法第二四四條第二項之規定觀之，當係採取第一主義也。

（乙）須受益人爲惡意 此所謂惡意，即受益人於受益時明知有損害於債權人之權利。何謂受益人？係泛指基於債務人之行爲取得利益之人。受益人通常固爲法律行爲之相對人；但以契約訂定向第三人爲給付之第三人，亦爲受益人。

第三項 撤銷權之行使

依我民法之規定，撤銷權之行使，以意思表示撤銷爲原則（第一一六條），聲請法院撤銷爲例外（第二四四條）。債權人行使撤銷權，既須聲請法院撤銷，則與一般撤銷權自有不同。撤銷之訴之性質如何？學說雖不

一致，要以解爲形成之訴爲宜。撤銷之訴之原告，固爲債權人；其被告則應視債務人所爲之法律行爲如何以爲決：債務人爲單獨行爲時，應以債務人爲原告；其爲契約時，則應以債務人及其相對人爲被告。

債權人行使撤銷權之效果，既易涉及第三人，常使其處於不確定狀態，法律爲謀交易之安全計，自有規定消滅時效之必要。故民法第二四五條規定：「前條撤銷權，自債權人知有撤銷原因時起一年間不行使，或自行爲時起經過十年而消滅」。本條所定之期間，究爲時效期間，抑爲除斥期間？學說上頗有爭論。余以本條與第七四條第二項及第九三條有所不同，自應解爲時效期間。

第四項 撤銷權之效力

第一 對於債權人之效力

債權人行使撤銷權之結果，雖應使該財產復歸於債務人，然其爲總債權人之共同担保，行使撤銷權之債權人，則無優先受償之權利。故債權人

欲求債權之滿足，尚須依強制執行等一般之方法爲之，方可達到目的。

第二 對於債務人及受益人之效力

債務人之行爲一經撤銷，視爲自始無效（第一一四條第一項）。所謂自始無效，即被撤銷之法律行爲溯及既往，而使已發生之法律關係歸於消滅，已消滅之法律關係因而復活。故因債務人之行爲而移轉所有權，或設定他物權時，一經撤銷，則物權關係視爲未移轉或設定。因債務人之行爲而讓與債權，或免除債務時，一經撤銷，則債權關係視爲未讓與或免除。又債務人之行爲，一經撤銷，其財產即當然復歸於債務人，而可向受益人請求返還其財產，是其發生物權之效力，已無疑義。

第三 對於轉得人之效力

此所謂轉得人，係指由受益人直接或間接特定繼受債務人行爲之標的之物或權利之人而言。債權人行使撤銷權，是否須以受益人及轉得人均係惡意爲要件？在債務人爲有償行爲時，自須轉得人於轉得受益時明知有害

及債權，債權人始可行使撤銷權。故僅受益人或轉得人一方有惡意者，債權人則不得行使之。

第五節 契約之效力

第一款 總說

我民法將契約之成立與契約之效力分節規定，而以前者規定於債編第一章第一節第一款，即債之發生中，後者規定於債編第一章第一節第四款，即債之效力中。惟契約之效力與債之效力既有不同，仍以之規定於債之效力中，實不妥當。茲為敘述之便利計，仍依民法編制之順序說明之。

契約之效力，有一般效力與具體效力之分。何謂一般之效力？即各種契約所通有之效力。何謂具體之效力？即某種契約所獨有之效力。前者例如債編通則所規定之效力。後者例如債編分則及其他特別法所規定，或當事人所訂定之效力。茲所敘述者，唯以前者為限，後者俟於債編各論中論之。

第二款 契約之標的

第一 契約標的之意義

何謂契約之標的？即當事人所欲發生之法律上之效力。契約之標的，依契約自由之原則，原可由當事人自由約定；但契約為法律行為之一種，亦須有適當之內容。此所謂適當之內容，即指契約之標的須為可能確定及適法而言。

第二 契約標的之不能

(甲)標的不能之意義 此所謂不能，應作廣義解釋，與前述給付不能之不能同；惟標的之不能，唯指自始不能及客觀不能而言，是又與其有異也。

(乙)標的不能之效力 契約之標的，應於契約成立時即為可能，若以不能之給付為標的者，其契約為無效（第二四六條一項）；惟此為原則，尚設有下列之例外規定：（1）不能情形可以除去，當事人訂約時並預

期於不能之情形除去後爲給付者，其契約仍爲有效（第二四六條第一項但書）；（2）附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約爲有效（第二四六條二項）。至因契約無效而受損害者，究得對於何人請求損害賠償？應依民法第二四七條之規定，而與一般損害賠償不同。

第三款 契約之確保

第一項 定金

第一 定金之意義

定金者，即當事人之一方，在契約着手履行前，對於他方所交付之金錢或其他之物也。定金之客體，既不限於金錢，自不須均有財產上之價格。在違約定金或解約定金，乃爲債務不履行之制裁，或保留解除權之對價，自須有財產上之價格；反之，在證約定金或成約定金，乃爲契約成立之證據或要件，則無須有財產上之價格。

第二 定金之種類

定金因其目的之不同，可分爲四種：(1)證約定金，即爲證明契約之成立所交付之定金；(2)成約定金，即爲契約成立之要件所交付之定金；(3)違約定金，即爲契約履行之担保所交付之定金；(4)解約定金，即爲保留解除權之對價所交付之定金。我民法所謂定金，依第二四八條之規定觀之，一切定金，皆具有成約定金之性質。

第三 定金之效力

定金除當事人另有訂定外，應適用下列之規定（第二四九條）：

- (1) 契約履行時，定金應返還或作爲給付之一部；
- (2) 契約因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行時，定金不得請求返還；
- (3) 契約因可歸責於受定金當事人之事由致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金；
- (4) 契約因不可歸責於雙方當事人之事由致不能履行時，定金應返還之。

第二項 違約金

第一 違約金之意義

違約金者，即當事人約於債務人不履行債務時，對於債權人或第三人所支付之金錢或其他之給付也。違約金之客體，通常為金錢；但不限於金錢。違約金為金錢，是為狹義違約金（第二五〇條一項）；其為金錢以外之給付，是為廣義違約金（第二五三條）。依我民法所規定觀之，違約金殆即採此觀念。惟金錢以外之給付，雖可為違約金，必須有財產上之價格，是與前述之定金又有不同。

第二 違約金之減少

違約金之數額，能否請求減少？應視其性質之如何而異：違約為損害賠償總額之預定者，應許其請求減少，若為債務不履行之制裁，則不許請求減少。依我民法所規定，法院得依債務人之請求減少違約金，其情形有二：

(甲)債務人已爲一部履行者，法院得按照債權人因一部履行所受之利益減少違約金（第二五一條）。

(乙)約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額（第二五二條）。

第三 違約金之效力

自違約金之性質言之，既可分爲損害賠償總額之豫定，與債務不履行之制裁兩種，則其效力自亦因之而異：

(甲)原則視爲損害賠償總額之豫定 違約金之約定，原則上既視爲損害賠償總額，其性質卽爲豫定賠償額。故債權人於債務人不履行債務時，祇可依約定數額請求支付違約金，不得更請求履行或不履行之損害賠償（第二五〇條二項）。

(乙)例外認爲債務不履行之制裁 當事人間約定，如債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，卽須支付違約金者，其作用乃爲不履行之制裁。故債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行或

不履行之損害賠償(第二五〇條二項但書)。

第四款 契約之解除

第一項 解除之意義

解除者，即契約當事人之一方，基契約成立後所發生之事由，而使其契約自始歸於消滅之單獨行為也。分析其性質如左：

第一 解除為單獨行為

解除為一方之意思表示，無須得他方之同意即生效力，自為單獨行為。解除既為單獨行為，似與終止契約之性質無異；惟終止契約，僅就有繼續性之契約，始能發生（例如租賃，僱傭，委任，合夥等契約），而解除契約，則不問契約有無繼續性，均可發生，是二者仍有不同。

第二 解除係使已成立之契約自始無效

契約一經解除，即應自始無效。何謂自始無效？即溯及契約成立時不生效力；詳言之，即被解除之契約尙未履行者，當事人均免給付義務；其

已履行者，當事人則負返還義務。就此點言之，解除與撤銷無異，而與終止契約，附解除條件契約，及撤回不同。

第三 解除係基於契約成立後發生之事由而爲之

契約之解除，最易影響當事人之利益，當事人之一方，如無特別事由，則不能無故解除其契約。故必須於契約成立後發生一定之事由，始能發生解除權。此所謂一定之事由，係包含法定原因與約定原因而言，自與撤銷僅有法定原因不同。又其原因非存於該行爲之本身，而與撤回亦異。

第四 解除係專就債權契約爲之

解除不論爲法律上之解除，抑爲契約上之解除，要皆限於債權契約，而與撤銷，撤回，及附解除條件契約不同。解除既以債權契約爲限，則民法第二五四條以下之規定，自不得適用於物權契約及準物權契約。

第二項 解除之原因

第一目 約定解除之原因

約定解除之原因者，乃當事人之一方，基於契約所保留之原因而解除契約，是即解除權之保留，亦稱約定解除權：例如買回特約，及解約定金。解除權之保留，不僅與反對契約不同，即與失權約款亦異。何謂反對契約？即由契約當事人之雙方另以契約消滅既存契約之效果。何謂失權約款？即約定債務不履行時，契約即當然解除或喪失其權利之條款。

解除權之保留，不問其為雙務契約，抑為片務契約。亦不問其為當事人之一方，抑為當事人之雙方。更不問其訂立於當時，抑訂立於以後。又解除權之保留，通常雖須有一定之事由；但當事人約定任意解除，亦無不可。

第二目 法定解除之原因

法定解除之原因者，乃當事人之一方，基於法律規定之原因而解除契約，亦稱法定解除權。法定解除權，有基於一般契約共通之解除原因而生；有基於各種契約特有之解除原因而生。前者例如民法第二五四條至第五

六條所規定之解除原因。後者例如民法第三五九條，第三六三條，第四九四條，第四九五條，及第五〇二條所規定之解除原因。此所述者，唯以前者爲限。

依我民法所規定者，法定解除之原因，不外給付遲延及給付不能二種，實則不完全給付亦爲解除之原因。分述如左：

第一 因給付遲延之解除

債務人給付遲延時，債權人僅得行使第二二七條，第二三一條第一項，及第二三二條所規定之權利，尙不足保護其利益，必須更與債權人以契約解約權。惟其解除之要件，尙因給付期之重要與否而異：

(甲) 給付期非重要時 此卽契約之性質，或依當事人之意思表示，雖不於一定時期內爲給付，仍能達其契約之目的。在此情形，債權人須先定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，始得解除其契約（第二五四條）。茲述其要件如次：(1) 須債務人遲延給付；(2) 須債權人

定相當期限催告其履行；(3)須債務人未於期限內履行。

(乙)給付期重要時 此即依契約之性質，或依當事人之意思表示，非於一定時期內為給付，即不能達其契約之目的。在此情形，債務人不按照時期給付者，債權人得不為前條之催告，即可解除其契約（第二五五條）。茲述其要件如次：(1)須債務人應於一定時期為給付，(2)須依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期為給付，不能達其契約之目的；(3)須債務人未按照時期為給付。

第二 因給付不能之解除

依民法第二二六條之規定，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（本書第四章第二節第四款第二項參照）。惟在雙務契約，債權人一方面請求損害賠償，一方面尚須為自己所負擔之對待給付，實感有不便，不若予債權人以契約解除權之為愈也。故民法第二五六條規定：「債權人於第二二六條之情形，得解除其契約」。茲分述之如左：

(甲)解除全部契約 在給付全部不能者，債權人固得解除全部契約；即給付僅爲一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人亦得解除全部契約。

(乙)解除一部契約 在給付一部不能者，債權人得否就其不能部分解除一部契約？須視其給付是否可分定之：給付爲不可分者，債權人固不得解除一部契約，其爲可分者，債權人則得解除一部契約。

第三 因不完全給付之解除

債務人爲不完全之給付，民法雖未明定債權人有解除權，依余所見，應視其給付能否補正定之：不完全給付尙得補正者，應準用民法第二五四條之規定，即債權人更須爲履行之催告，俟債務人於催告期限內不爲完全給付，始得解除其契約。反之，不完全給付如不得補正者，則應準用民法第二五五條之規定，即債權人不須爲履行之催告，逕可解除其契約。

第三項 解除之方法

第一 解除權行使之方法

解除契約之方法，立法例有法庭解除主義與自由解除主義兩種，我民法爲謀事實上之簡便，特仿後者，於第二五八條第一項規定：『解除權之行使，應向他方當事人以意思表示爲之』。至其意思表示不僅不得撤回（第二五八條第三項），即附以條件，亦爲原則上所不許。

第二 複數當事人解除契約之方法

解除權既爲不可分，則契約當事人有數人者，解除之意思表示，自應由其全體或向其全體爲之（第二五八條第二項）。惟此爲任意規定，當事人如定有反對特約者，亦可從之。

第四項 解除之效力

第一 回復原狀之義務

契約一經解除，既應溯及既往消滅債之關係，則當事人尙未履行者，其債務自應歸於消滅，當無原狀可以回復。若已經覆行，始解除契約者，

當事人之權義關係，則應回復於履行以前之原狀。故前者不生回復原狀之義務，後者則生回復原狀之義務。

回復原狀之義務，雖爲因於不當得利之債務，然其返還之範圍，則依民法第二五九條之規定之。依本條規定，契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定，或契約另有訂定外，依左列之規定。

(甲)由他方所受領之給付物，應返還之。

(乙)受領之給付爲金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。

(丙)受領之給付爲勞務或爲物之使用者，應照受領時之價額以金錢償還之。

(丁)受領之給付物生有孳息者，應返還之。

(戊)就返還之物，已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內請求其返還。

(己)應返還之物有毀損滅失或因其他事由致不能返還者，應償還其價額。

第二 損害賠償之義務

契約當事人解除契約時，除請求回復原狀外，得否更請求損害賠償？立法例尚不一致：德國民法定為債權人祇能就損害賠償之請求，或解除權之行使選擇其一（同法第三二五條）；法國民法定為債權人解除契約時，並得請求不履行之損害賠償（同法第一一八四條第二項）；瑞士債務法定為債權人解除契約時，並得請求賠償因其契約消滅所生之損害（同法第一〇九條）；日本民法定為解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求（同法第三四三條第三項）。自理論言之，只可就解除契約與請求損害賠償選擇行使；自實際言之，則應認解除與契約請求損害賠償併存。我民法為顧全實際起見，特仿日本民法，而設第二六〇條之規定。本條所謂損害賠償，既係因債務不履行而生，則其賠償之範圍，自應以積極的損害（即所受損害）及消極的損害（即所失利益）為限。（第二一六條）。惟在雙務契約，債權人因不履行所受之利益，亦應依損益相抵之原則，由損害額中扣除之。

第五項 解除權之消滅

解除權除因有權利之一般消滅原因而消滅外，尚有左列之特別消滅原因：

第一 期間之經過

解除權之行使，定有存續期間者，解除權人如不於期間內行使解除權，則因期間之經過而消滅。其未定有存續期間者，他方當事人亦得定相當期限，催告解除權人於期限內確答是否解除，如逾期未受解除之通知，解除權即歸消滅（第二五七條）。

第二 解除權人之過失

解除權因解除權人之過失而消滅，依民法第二六二條所規定，須具備下列三要件：（甲）須受領之給付物有毀損滅失，或其他情形，不能返還；（乙）須其不能返還，係因可歸責於解除權人之事由所致；（丙）須在行使解除權以前，致不能返還。

第三 給付物之變動

依民法第二六二條後段規定：『因加工或改造，將所受領之給付物變其種類者亦同』。加工或改造，雖常使原形變動，均屬於第八一四條所定加工之範圍；惟解除權之消滅，必須給付物變更其種類，而不能以原狀返還始可。

第五款 終止契約

終止契約者，乃使有繼續性的契約中途失效之單獨行爲。終止與解除之不同點有三：（甲）解除唯以債務不履行爲原因，而終止則不以此爲限；（乙）解除不問契約之性質如何，而終止則限於有繼續性之契約；（丙）解除有溯及效，不僅消滅其契約將來之效力，並生回復原狀之效力，而終止則僅消滅其契約將來之效力，不生回復原狀之效力。若就下列各點言之，則又與解除無異：（甲）終止須向他方爲意思表示，其一方有數人者，並須由其全體或向其全體爲之；（乙）終止於發生效力後不得撤回；（

丙) 終止以前已生之損害賠償請求權，不因終止而消滅。終止與解除既有上述之同點，故第二五八條及第二六〇條之規定得準用於終止契約（第二六三條）。

第六款 雙務契約

第一項 總說

雙務契約之意義，已詳述於契約之分類中，茲專就其效力論之。由雙務契約所生之債權，其間有無牽連關係？學說尚不一致：有謂由雙務契約所生之債權，實為一個債權關係（一個債權說）；有謂由雙務契約所生之債權，僅於成立時有相互關係，其成立後則各自獨立（獨立說）；有謂由雙務契約所生之債權，不僅於成立時有牽連關係，即在成立後亦有牽連關係（牽連說）。依我民法解釋，應採第三說。至所謂牽連關係，即指行使上之牽連及存續上之牽連而言。因有此牽連關係，始發生同時履行抗辯及危險負擔等問題，俟於以下各項說明之。

第二項 同時履行抗辯

第一 同時履行抗辯之性質

同時履行抗辯之性質如何？學說上向有爭執：有謂請求人欲行使其對待給付請求權，須以自己爲給付或提出給付爲要件，如自己未爲給付或提出給付，他方自毋庸行使抗辯，仍得拒絕其請求；有謂請求人欲行使其對待給付請求權，並非以自己爲給付或提出給付爲要件，如自己未爲給付或提出給付，他方只得行使抗辯，以拒絕其請求。依前說，同時履行抗辯爲非真正之抗辯；依後說，同時履行抗辯則爲真正之抗辯。余從後說。同時履行抗辯，既爲真正之抗辯，而非否認相對人之請求權，則具有延期抗辯權及留置的抗辯權之性質，又不待言。

第二 同時履行抗辯之要件

依民法第二六四條及第二六五條之規定解釋，同時履行抗辯之成立，必須具備左列各種要件：

(甲)須雙方債務互有對價關係 此即指因雙務契約互負債務而言。凡非因雙務契約而生之債務，固以其無對價關係，不得援用同時履行抗辯；即基於雙務契約而生之債務，亦有因其非立於互為對待給付之關係，不得援用同時履行抗辯。前者例如附有負擔贈與，贈與人不能以受贈人未履行其負擔，而拒絕履行義務。後者例如如有償委任，受任人不能以委任人未償還其墊款，而拒絕處理事務。

(乙)須雙務債務均已至清償期 此方之債務未至清償期，他方固不得請求給付；反之，他方之債務未至清償期，此方亦不得請求給付。故必須雙方債務均已至清償期，方有援用同時履行抗辯之餘地。清償期雖須均已屆至，其是否同一，則非所問。

(丙)須一方無預先給付義務 當事人之一方，如依法律之規定（例如民法第四三九條第四八六條），或當事人之特約，有應先給付之義務，縱令他方債務已至清償期，亦無援用同時履行抗辯之理由。故民法第二

六四條第一項但書規定：自己有先爲給付之義務者，不得行使同時履行抗辯權。惟此爲原則，尙設有第二六五條之例外規定，即當事人之一方，應向他方先爲給付者，如他方之財產，於訂約後顯形減少，有難爲對待給付之虞時，如他方未爲對待給付或提出担保前，得拒絕自己之給付。

(丁)須他方未爲對待給付 他方如已依債務本旨爲給付或提出給付，此方即應自爲給付，無復援用同時履行抗辯之餘地。若他方僅爲一部給付，或其他不完全給付者，此方仍得援用同時履行抗辯。雖然，他方當事人已爲部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付（第二六四條第二項）。

第三 同時履行抗辯之效力

同時履行抗辯之結果，只得暫使他方之債權延期行使，並非否認他方之債權，或使其債權歸於消滅，是與否認抗辯與消滅抗辯不同。此項抗辯

，亦如一般抗辯，必須行使，始能表現其效用。故在訴訟上如此方（原告）請求給付而他方（被告）不為抗辯，則法院無須以職權調查，應逕為敗訴之判決。但他方如於訴訟上援用此抗辯時，而此方不能證明已為給付或提出給付，法院究應為原告敗訴之判決，抑應為雙方互為給付之判決？德國民法明定其應諭知雙方互為給付之判決（同法第三二二條），我民法雖無明文規定，亦可為同一解釋。

第三項 給付不能及於雙務契約

契約之標的，如屬自始不能，固應依民法（第二四六條）之規定。其為復發不能，則應依民法（第二二五條）及（第二二六條）之規定。惟此種規定，雖可適用於片務契約，若為雙務契約，則因雙方均負債務，其一方之債務發生給付不能，他方之債務是否即歸消滅，尙成疑問，故民法須特設給付不能於雙務契約之規定。

關於危險負擔之主義有三：（1）債權人主義，即使債權人負擔其危險

，法意民法及瑞士債務法採之；(2)債務人主義，即使債務人負擔其危險，德奧民法採之；(3)所有人主義，即使對於契約標的物上享有物權者負擔其危險，英國法採之。債權人主義與所有人主義，均有批評之處，自以採債務人主義爲公允。故我民法仿德民規定，採債務人主義(第二六六條)而以債權人主義爲例外(第二六七條)。

第一 因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能

在此情形，應適用民法第二六六條之規定，分述於左：

(甲)危險負擔之要件 其要件如下：(1)須係雙務契約，若爲片務契約，則不得適用本條；(2)須因不可歸責於雙方當事人之事由而致給付不能，若因債權人或債務人之故意或過失所致，亦不得適用本條。

(乙)危險負擔之效力 具備上述之要件時，債權人免爲對待給付之義務，而由債務人負擔其危險。惟此係指全部不能而言，如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付(第二六六條第一項)，方可保全雙方之利

益。又債權人免爲對待給付之義務，或減少對待給付時，債務人如未爲給付，固屬不成問題，若已爲全部或一部之對待給付，則得依不當得利之規定，請求返還（同條第二項），殆以其無法律上之原因而受利益也。

第二 因可歸責於債權人之事由致給付不能

在此情形，應適用民法第二六七條之規定，分述於左：

（甲）危險負擔之要件 其要件如次：（1）須係雙務契約；（2）須因可歸責於債權人之事由致給付不能。第一要件與前述之理論同，毋庸贅述。第二要件之根據，則基於法律規定（例如監護人管理受監護人財產怠於注意），或法律行爲（例如承租人保管租賃物怠於注意），或侵權行爲（例如承攬人毀損定作人所供給之材料），及受領遲延。

（乙）危險負擔之效力 具備上述之要件時，債務人得請求對待給付，而由債權人負擔其危險。惟其因免給付所得之利益（例如債務人因急給付

義務所節省之費用），或應得之利益（例如債務人因免給付義務所可取得，而實際怠於取得之利益），均應由其所得請求之對待給付中扣除之（第二六七條。）又民法僅就全部不能設有規定，如屬一部不能者，亦可解為債務人尚不失其請求全部對待給付之權利，而債權人只得請求可能部分之給付。

第七款 涉他契約

第一項 總說

涉他契約者，即關於第三人之契約。債權契約，通常雖以特定人間成立債權債務關係為標的。然契約當事人約定由他人向第三人為給付，或由第三人向他人為給付之契約，亦不違反契約自由之原則。在昔羅馬法，原則上唯認契約僅於當事人間發生效力，而近世各國立法，則概認涉他契約之存在。我民法因實際上之需要，特仿法暹民法（法民第一一二條以下，暹民第二八五條以下），及瑞士債務法（第一一二條以下），兼認向第三人

爲給付之契約，及由第三人爲給付之契約，分述於後。

第二項 由第三人爲給付之契約

此種契約，乃契約當事人之一方（即債務人），約定由第三人對他方（即債權人）爲給付之契約，亦稱賴他契約，或第三人負擔之契約。茲分述之如左：

第一 由第三人爲給付之性質

所謂由第三人爲給付之契約，即係自始以第三人負擔爲標的之契約，其性質當與債務承擔之契約（第三〇〇條，第三〇一條）不同。此契約之債權人及債務人，仍爲訂立契約之當事人，而非當事人以外之第三人。縱使第三人與該契約之債權人或債務人間，因特種原因負擔與契約同一給付之債務，亦爲另一關係，不可謂其因該契約而生也。

第二 由第三人爲給付契約之效力

債務人於契約成立時，既經約明由第三人爲給付，是顯有担保得使第

三人爲給付之意思。故債務人於第三人不爲給付時，應負損害賠償責任（第二六八條）。至第三人之不爲給付，是否因可歸責於債務人之事由而生，則非所問。

第三項 向第三人爲給付之契約

此種契約，乃契約當事人之雙方（即要約人及債務人），約定使第三人直接對於債務人取得債權之契約，亦稱利他契約，或第三人利益之契約。茲分述之如左：

第三 向第三人爲給付契約之性質

（甲）向第三人爲給付契約，係以要約人與債務人爲當事人。關於此契約之根據，雖有契約說，單獨行爲說，及共同行爲說之爭執，然依我民法第二六九條第一項及第二七〇條之規定解釋，則以採契約說爲是。依契約說之主張，此契約仍係要約人與債務人以自己之名義訂立，則契約之當事人爲要約人與債務人，而非第三人，已無疑義。

(乙)向第三人爲給付契約，係以向第三人爲給付爲標的。此點應從廣義解釋，不僅約明債務人向第三人爲給付，並且約明係使第三人取得獨立之權利。民法第二六九條第一項所謂第三人有直接請求給付之權，殆即指後者而言。第三人所取得之權利，既係直接由該契約而生，則無須待其承諾，尤不待言。

(丙)向第三人爲給付契約，係使第三人取得債權。第三人所取得之權利，應解爲僅以債權爲限，其就物權或準物權成立爲第三人之契約者，只可準用此項規定而已。又第三人所取得之權利，與債權人所享有之權利，雖同爲請求權，然前者係請求對自己爲給付，後者係請求對第三人爲給付，是其目的顯有不同。

第二 向第三人爲給付契約之要件

(甲)須要約人與債務人間成立有效之契約。要約人與債務人間既須成立有效之契約，關於一般契約之成立要件及生效要件，對於此契約自應適

用。又要約人與債務人間成立有效之契約，乃爲第三人取得權利之絕對成立要件，故縱依法律規定應屬相對無效者（例如第八七條第一項所謂不得以無效對抗善意第三人），亦仍得以之對抗受益之第三人。

（乙）須約定使當事人以外之第三人取得債權 此契約之成立，雖須約使第三人取得債權，然第三人究爲自然人，抑爲法人，則非所問。何謂約使第三人取得債權？即契約當事人有使第三人對於債務人取得債權之合意。

（丙）須約定直接使第三人取得債權 此即無須第三人承諾，而使其直接取得債權之謂。此契約只須契約當事人合意，即可成立，而不以第三人表示享受其利益之意思爲要件。

第三 向第三人爲給付契約之效力

（甲）對於第三人之效力 依我民法第二六九條之規定，其效力如下：（1）第三人對於債務人得直接請求給付；（2）第三人未爲受益之意思表示

前，要約人得撤銷或變更其契約；(3) 第三人表示不欲享受其契約之利益，視爲自始未取得權利。

(乙) 對於要約人之效力 其效力如次：(1) 要約人得請求債務人向第三人爲給付(第二六九條第一項)；(2) 要約人於因可歸責於債務人之事由致給付不能時，得請求債務人向第三人爲損害賠償(第二二六條參照)，或解除其契約(第二五六條)。

(丙) 對於債務人之效力 第三人所取得之權利，係基於要約人與債務人間之契約而生，則債務人自得以由契約所生之一切抗辯對抗受益之第三人(第二七〇條)。債務人既得爲一切抗辯，則不僅得以實體法上固有之抗辯對抗第三人，亦得以否認第三人權利之抗辯(例如權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯)對抗第三人。

第五章 多數債務人及債權人

第一節 總說

債務人或債權人爲多數人時，卽成爲多數當事人之債之關係。關於債之成立，固多爲存於一個債務人與一個債權人之間者，然債務人或債權人爲二人以上之債，亦爲事所常有，故民法就此種債之關係，卽有特設規定之必要。

所謂多數當事人之債者，乃指對於同一給付之債，而債之主體有多數者而言，並非謂多數當事人之間，祇有一個債權債務之關係也。故多數當事人之債，其債權債務之個數，係按當事人之數而各別存在。此在可分之債，固然如是，卽在連帶之債及不可分之債亦然，詳情俟於各該節述之。

多數當事人之債，就其成立時期而言，有於債之成立時卽已發生者，有由單數主體之債而以後變爲多數主體之債者。就其成立原因而言，有直接由法律規定而發生者，有由當事人之法律行爲而發生者。不問其成立之時期及原因如何，均可適用民法上關於多數當事人之債之規定。

又依民法所定，本章所應研究者，可分爲三種。(一)爲可分之債，(二)爲連帶之債，(三)爲不可分債之。又保證之債，亦可認爲多數當事人之債，但我民法則規定在各種之債一章內(日本民法規定在多數當事人債權之中)，應讓之於債編分則論述之。

第二節 可分之債

第一 可分之債之意義

可分之債者，卽債之標的之給付，其性質上得以分割履行之謂也。例如以貨幣千圓爲給付之債，在履行時卽可分割爲之是。若債務人或債權人爲多數人時，此項可分之債，卽是指其給付可以由各債務人或各債權人分担或分受者而言。既然如此，故此項可分之債，其成立要件如下。

(甲)給付須爲可分 給付不可分者，自不能成立可分之債。惟本不可分而變爲可分者，仍與可分之債無異(二七一條後段)。

(乙)當事人須爲多數 非數人負同一債務或有同一債權者，卽非本節所謂

可分之債，此觀民法第二百七十一條前段自明。

第二 可分之債之効力

(甲)債權債務各個獨立 各當事人所有之債權債務，係按人數而各別的獨立存在，並非一種單數之債權債務關係。故就一個債權人或一個債務人所發生之給付或受領遲滯，以及履行不能等事由，不能影響於其他債權人或債務人。

(乙)債權債務平等分割 各當事人對於債務或債權，係以平等分割為原則，而由各人平均分担或分受之，但法律另有規定或契約另有訂定者則為例外（二七一條中段）。

(丙)債權債務相互連絡 各人之債權債務，雖為各個獨立，但在以同一給付為標的之點，則仍有連絡關係。故由雙務契約而就數人所成立之價金支付債務，其一人未履行時，相對人得主張同時履行之抗辯。（二二六四條）又解除契約，應由總債權人或向總債務人為之（二五八條二

項)。

第三節 連帶之債

第一款 連帶債務

第一 連帶債務之意義

連帶債務者：多數債務人就同一給付各負全部給付義務之債務關係也。此項多數之債務人，即稱之爲連帶債務人。茲就其應注意之點，述明於下。

(甲)連帶債務與不可分債務 連帶債務與後述不可分債務，雖均係就全部給付而負擔其義務。但不可分債務之連帶關係，係因其給付不可分而發生，並非固有其全部給付之義務。故不可分者而變爲可分時，仍得各爲一部之給付，已在可分之債中述之。若連帶債務，則不問給付之爲可分或不可分，均係常負全部給付之義務，此爲兩者不同之點。

(乙)連帶債務爲單一給付 各債務人雖對債權人各負有全部給付之義務，

但債務人中之一人，已爲一個給付後，其債務關係悉歸消滅。蓋連帶債務，不過爲確保債權人得到清償之手段，而債權人既就一人而已受領給付，其應使各人債務悉歸消滅，自係當然。此卽確保清償之手段，雖就各人而有數個，然其受領給付之標的，則仍須爲一個也。

(丙)連帶債務爲複數債務 連帶債務，究爲單一債務？抑爲複數債務？學者間議論不一。然從連帶債務人對於債權人各具有獨立地位之點見之，實以複數說爲正當。所謂各具有特別地位者，如債權人對於各連帶債務人得同時或先後請求全部或一部之給付（二七三條），以及就連帶債務人中之一人所生之事項，對他債務人不生效力（二七九條）等是。故連帶債務，係按債務人之人數，而爲複數之債務，不能認爲單一之債務。

第二 連帶債務發生之原因

數人負同一債務時，不是當然爲連帶債務者，其發生之原因，第一須

基於法律行爲，第二須基於法律規定。前者爲任意連帶，後者爲法定連帶，茲分述於下。

(甲)法律行爲 所謂法律行爲者，即明示對於債權人各負全部給付之責任也(三七二條一項)。如無此種明白之意思表示，則不能成立連帶債務。惟在德國民法及我舊民律草案，則與此相反，其數人負同一債務時，如無特別意思表示者，則推定其爲連帶債務。

不過民法雖定爲須經明示，但其明示並不必於債務成立時同時爲之，故連帶債務，即有所謂原始連帶與事後連帶之分。原始連帶者，乃於債務成立之始即爲連帶債務也，事後連帶者，乃於債務成立之後而變爲連帶債務也。事後連帶，又有數人初負可分債務，而以後同變爲連帶債務而負擔之者，亦有初爲某一人之單一債務，而以後由他二人參加而變爲連帶債務者(此又可稱爲參加連帶)。

又負同一債務之數人中，其明示負連帶債務者，不必須全體爲之，故

連帶債務又有所謂總員連帶及限員連帶之分。總員連帶者，乃債務人之全體而各負全部給付責任也，限員連帶者，乃債務人中的一部而負全部給付責任也。

(乙)法律規定 無前述之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限（二七二條二項）。所謂法律有規定者，如民法第二十八條，第一八五條，第一八七條，第一八八條，第七四八條等是。

第三 連帶債務之効力

(甲)債權人之權利 連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或全體，同時或先後請求全部或一部之給付（二七三條一項）。據此規定，則債權人行使請求權時，不問為債務人，請或求之債額及時期，均可由己意選擇而為之。

債權人既已行使其請求權，其連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任（二七三條二項）。蓋連帶債務之債務人，原係各負全部給付

之責任，既尙未全部履行，自應就其殘餘部分仍負其責任也。

(乙)就連帶債務人中一人所生事項之効力 各連帶債務人之債務，原爲各別獨立之複數債務，因之就其中一人所生之事項，無論利益或不利利益，對於他連帶債務人，原則上不生効力(二七九條)。所謂利益事項者，如債權人對於一債務人表示免除連帶之類是。所謂不利益事項者，如一債務人所受敗訴之確定判決之類是，此等事項既對於他債務人不生効力，故學者即稱之爲相對的効力。

惟就一人所生之事項，原則上雖僅有相對的効力，然民法則設有一種除外例，認爲可以對於他連帶債務人而生絕對的効力。所謂除外例者，第一爲專條規定者，第二爲契約另訂者(二七九條中段)。除契約另訂者毋庸多述外，特就專條規定之數種分述於次。

A 清償及代物清償提存抵銷或混同 因連帶債務人中之一人爲清償，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

，而有絕對的効力（二七四條）。蓋連帶債務之債權人，其受領給付之標的，原祇能有一個，既因一人之清償等而消滅債務，自應使他債務人之債務關係亦歸消滅也，此項因清償等而消滅債務，自不以全部消滅者爲限，若僅消滅一部時，亦在其範圍以內而生絕對的効力，使他債務人減少其連帶債務之責任，

惟關於抵銷一項，在對於債權人享有債權之某一連帶債務人不爲抵銷時，他債務人可否主張抵銷？立法例殊不一致，在德法兩國民法，則不許他債務人主張抵銷，而日本民法則承認可以主張之。我國民法規定「他債務人以該債務人應分担之部分爲限，得主張抵銷」（二七七條），正與日本立法例相同。此項立法，乃基於便宜上之理由而認他債務人有此特別權利也。

B 確定判決 連帶債務人中之一人，因與債權人涉訟而受確定判決時，其判決是否有絕對効力？立法例亦不一致。德日普通法於債權人敗訴

時，認爲有絕對的効力。現行德國民法及日本民法則對於任何判決，均僅認有相對的効力。我國民法則與德國普通法同，其判決若非基於該債務人之個人關係者，爲他債務人之利益亦生效力（二七五條）。所謂爲他債務人之利益者，卽該債務人得到勝訴判決而於他債務人有利益也。依判決之効力言，除訴訟當事人外，其効力應不及於他人。但民法爲保護他債務人計，故有此特別之規定。

C 債務免除 債權人向連帶債務人中的一人免除債務者，是否有絕對的効力？則因表示免除意思之情形不同而有差異。在債權人免除債務時，如有消滅全部債務之意思表示者，則他債務人可以一律免除責任。若無此項消滅全部之表示，他債務人僅於該債務人應分担之部分，可以免責，其餘仍不能免其責任（二七六條一項。）

D 時効完成 連帶債務人中的一人，其消滅時効已完成者，亦僅就該債務人應分担之部分，有絕對的効力，其餘部分，他債務人仍不能免其

責任（二七六條二項）。此亦係基於便宜上之理由而爲此規定。然在德國民法，却僅認有相對的効力。

E 受領遲延 債權人對於連帶債務人之一人有遲延時，爲他債權人之利益亦生効力（二七八條），在僅有給付之提出，債權人本尙未能如清償抵銷等而獲得滿足之結果，其使之有絕對的効力，似於債權人有嫌過苛。然其不能獲得滿足之原因，係由債權人本身之遲延。其使之有絕對的効力，亦不能認爲不當。故立法例上雖多不認絕對的効力（羅馬法以來之多數立法例），然認有絕對的効力者，亦有其例（德民四二四條），我民法規定，殆仿後者之立法例也。

（丙）連帶債務人相互間之効力 前述甲乙兩項之効力，爲債權人與連帶債務人間之効力，亦爲對外効力，本項所謂連帶債務人相互間之効力，即爲對內効力。其對內効力之情形如下。

A 連帶債務人間之分担責任 連帶債務人對於債權人，雖各負全部給付

之責任，但其相互之間，則仍各有其分担之部分。惟分担之標準如何？則應視法律是否另有規定及契約是否另有訂定以爲斷。法律另有規定（如一八八條三項及二八二條等）及契約另有訂定者，則從其規定或訂定。除此以外，則各人應平均分担義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用，則由該債務人單獨負擔（二八〇條）。而他債務人不負平均分担之責。

B 連帶債務人間之求償權 連帶債務人中之一人，因清償或其他行爲，致他債務人同免責任者，在他債務人即爲不當得利。因之該債務人即得向他債務人行使其求償權（二八一條一項前段）。茲就求償權之情形分述於下。

1 求償權之要件 求償權之要件，據前述條文觀之，第一須他債務人同免責任。所謂同免責任者，即不僅該債務人之債務得以消滅或減少，而他債務人之債務亦得消滅或減少也。其在他債務人未得免責

以前，不得豫先求償之。第二須因該債務人之清償等行爲而免責。若免責非因該債務人之此等行爲，而係基於其他事由者（如免除及時効完成等），自不能發生求償權。

2 求償權之範圍 求償權之範圍，第一爲連帶債務人各自負擔之部分，第二爲自免責時起之利息（二八一條一項後段）。

3 求償權人之代位權 有求償權之連帶債務人，得於求償範圍內承受債權人之權利，但不得有害於債權人之權利（二八一條二項）。蓋該債務人既於他債務人各自分担之部分有求償權，則爲確保其求償權計，自以許其得承受債權人之權利爲宜（如承受其原有之擔保權）。惟一面雖應許其承受，一面又須顧及債權人之利益，故於債權人利益有妨害時，則又不得承受之。

4 求償權之擴張 連帶債務人中之一人，不能償還其分担額者，其不能償還之部分，由求償權人與他債務人按照比例分担之（二八一條）

，此項規定，乃係本乎公平之原則，而特認求償權之擴張也。不過不能償還，係由求償權人之過失所致者（例如怠於求償權之行使，坐令喪失其償還之資力時）則應由求償權人自己負責，不得對於他債務人請求其分担（二八二條一項但書）。

某一連帶債務人不能償還之部分，應由求償權人與他債務人比例分担固矣。若他債務中之一人應分担之部分已免責時（如已由債權人免除），則如之何？據民法規定，仍應依前述比例分担之規定負其責任（二八二條二項）。蓋此項比例分担之法則，為連帶債務之內部關係，自不能因外部關係而受其影響也。

第二款 連帶債權

第一 連帶債權之意義

連帶債權者，即多數債權人就同一給付，而各得向債權人請求為全部給付之債權關係也。此項多數之債權人，即稱之為連帶債權人。

前述連帶債務，係就債務人方面數人同負債務者而言，而連帶債權，則係就債權人方面數人同有債權者而言，兩者僅為權利與義務之差，而其性質則無大異。故連帶債權，亦與連帶債務同，第一為單一給付，其債權人中之一人已請求為一個給付後，債權關係，即歸消滅。第二為複數債權，其債權之數，乃按債權人之數而存在。

關於連帶債權，自羅馬法以來，各國多於連帶債務外特設規定（如法德意奧瑞等），惟日本民法，則以實際上適用之時甚少，而付闕如。不知連帶債權，確有相當之實益，不僅各債權人各得獨立向債務人請求為全部給付，不必依代理方式為之，而於行使權利，極感便利，即在債務人方面，亦可任意選擇債權人中之一人而為給付，以消滅其債務，其便於債務之履行，亦為顯然。故我民法則依多數立法例而設此規定焉。

不過連帶債權，亦非因數人享有同一債權而當然發生者。其發生之原因，亦與連帶債務同，第一為法律規定，第二為法律行為（二八三條前段

）。

第二 連帶債權之効力

(甲) 債務人給付之選擇權 連帶債權之債務人，得向債權人中之一人爲全部之給付(二八四條)。此項規定，即是指債務人可以任意選擇一人而爲給付者而言。故債權人中之一人，雖已對於債務人在訴訟上爲給付之請求，而債務人仍得選擇他債權人而爲清償。

(乙) 就連帶債權人中一人所生事項之効力 連帶債權，既爲複數債權，因之就連帶債權人中一人所生之事項，不問爲利益或不利益，對他債權人不生効力，即僅有相對的効力。不過此係原則，若有專條規定或契約另訂時而例外亦得對他債權人而生効力。即有絕對的効力(二九〇條)。茲就民法之專條規定分述於下。

A 請求給付 連帶債權中之一人爲給付之請求者，爲他債權人之利益亦生効力(二八五條)。據此規定，其中一人一有給付之請求，即可使

其利益及於全體，如消滅時効，因請求給付而中斷時，他債權人亦可同享其利益是。

B 受領清償及代物清償或經提存抵銷混同 因連帶債權人中之一人，已受領清償，代物清償，或經提存，抵銷，混同，而債權消滅者，他債權人之權利亦同消滅（二八六條）。此即以連帶債權，雖為複數，而債權標的，則為單一給付，既因一人之受領清償等而債權歸於消滅，則他債權人之權利，自不能再令其存在也。

C 確定判決 連帶債權人中之一人受確定判決時，如為有利益者則不問是否基於該債權人之個人關係，均為他債權人之利益而生効力（二八七條一項）。若判決為不利益者，則限於非基於該債權人之個人關係，始對於他債權人而生効力（六七條二項）。此項規定，本為一般判決効力之例外，惟因連帶債權，其債權人間，原有連帶之關係，故不得不為便宜起見而有此規定。不過基於個人關係所受不利益之判決，則

爲保護他債權人權利計，又非使他債權人不因一人之特殊關係而受損失不可，此所以於所受判決爲不利益時，又須限於非基於個人關係者，始許其效力及於他債權人也。

D 免除債務 連帶債權人中之一人，向債務人免除債務者，除該債權人應享有之部分外，他債權人之權利，仍不消滅（二八八條一項）。據此規定，則一人向債務人免除債務者，祇以該債權人應享有之部分爲限，有絕對的效力，而其餘部分，則不因其免除而受影響。不過此係就該債權人未得他債權人之同意而單獨免除者而言，若已得他債權人之同意而爲免除，即與全體債權人向債務人免除債務無異，其全部債權之應同歸消滅，自不待言。

E 時効完成 連帶債權人中之一人，其消滅時効已完成者，亦僅該債權人應享有之部分，有絕對的效力，其餘他債權人所有部分之權利，亦不消滅（二八八條二項）。

F 受領遲延 連帶債權人中之一人有遲延者，他債權人亦負其責任（二八九條）。蓋以連帶債權之債務人，如前所述，原可任意選擇債權人中之一人而為給付，以消滅其債務，其一人有受領遲延之情形，自應使他債權人亦負責任，否則債務人此項選擇給付之權，即等於烏有矣。

（丙）連帶債權人相互間之効力 前述甲乙兩項，為對外効力，此則為對內効力。關於對內効力，據民法規定，連帶債權人相互間，應平均分受其利益。此即以連帶債權人對於債務人，雖各得請求全部給付，而債權人相互間，仍各有應受之利益也。不過所謂平均分受者，係指另無法律規定或契約訂定者而言。若法律另有規定或契約另有訂定時，則又當從其規定或訂定（二九一條）。

第四節 不可分之債

第一 不可分之債之意義

不可分之債者，即債之標的之給付，不能分割履行之謂也。此項債之不可分之情形有二，（一）爲債之標的之給付，其性質上原爲不可分者，如交付戒指一個之類是。（二）爲債之標的之給付，性質上雖爲可分，然因當事人之特約而爲不可分者，如約定白米一石必須一次交付之類是。

不可分之債，其債權人及債務人均爲一人時，自不必另有特別之規定，惟債權人或債務人爲多數人時，則非有特別規定不可。故民法於第二百零九十二條以下，就此而特爲規定焉。本節所謂不可分之債，即係專就債權人或債務人爲多數人者而言也。其在債權人爲多數人者，則可稱爲不可分債權，債務人爲多數人者，則可稱爲不可分債務，僅言不可分之債，債係包括兩者在內。

至於此項不可分之債，究爲單一之債權或債務？抑爲複數之債權或債務？然依我民法規定觀之，仍應解爲屬於複數之債權或債務。就不可分債務言，則係完全準用連帶債務之規定（二九二條），而債權人自得同時或

先後對於各債務人爲全部給付之請求，又就債務中一人所生之事項，自亦對他債務人不生效力。既然如此，則不可分債務，其爲按債務人之人數而爲複數債務無疑。再就不可分債權言，各債權人各得爲債權人全體而單獨請求給付，其債權人中一人與債務人間所生之事項，亦對他債權人不生效力（二九三條一項二項）。故不可分債權，亦以解爲複數債權爲宜。

第二 不可分之債之効力

關於不可分之債之効力，其爲不可分債務者，則完全準用連帶債務之規定。參閱前述連帶債務之効力自明，此處毋庸贅述。其爲不可分債權者，則除準用連帶債權之規定外，尙設有第二百九十三條之特別規定，茲述之於下。

（甲）請求給付及履行給付 給付不可分者，各債權人僅得爲債權人全體請求給付，債務人亦僅得向債權人全體爲給付（二九三條一項）。據此規定，則不可分債權，其債權人不僅可以共同請求爲全部之給付，並

且各人可以單獨爲全部給付之請求。不過單獨請求時，乃係爲債權人全體爲之，不能僅爲該債權人一人而請求耳。至於債務人之履行給付，條文既定明僅得向債權人全體爲給付，其不能爲債權人全體而向債權人中之一人而爲給付，自不待言。惟此項規定，不僅債務人因債權人中有一人不願受其給付時，而有履行困難不能免除債務之苦，且各債權人既各得單獨請求給付，而債務人却不能向債權人中之一人而爲給付之履行，則所謂債權人單獨請求給付者，又將何以達到其目的，其規定亦未免有嫌矛盾。余意本條後段所謂「債務人亦僅得向債權人全體爲給付」一點，似欠允當。

(乙)債權人中一人與債務人間所生事項之効力 債權人中之一人與債務人間所生之事項，據條文規定，僅請求給付一點，有絕對的効力，其餘無論爲利益或不利利益（如受領代物清償，抵銷，延期以及所受確定判決等），均對於他債權人不生効力（二九三條二項）。至於債務人履

行給付，如係定爲「得爲債權人全體而向債權人中一人爲給付」，自亦應有絕對的効力。惟條文既已定爲「僅得向債權人全體爲給付」，則効力當然可以及於全體，而非關於債權人中一人所生事項之効力也。因之條文「除前項規定外」一語，僅能指請求給付而言，而債務人履行給付，應不包括在內，故云「僅請求給付一點，有絕對的効力」。

第三 不可分之債之消滅

不可分之債變爲可分之債時，其不可分之債即歸消滅。例如性質上不可分者，變爲損害賠償之給付而爲可分時，或性質上本爲可分，由當事人特約不可分者，以後廢除其特約而爲可分時，均爲不可分之債之消滅。其消滅之結果，原則上各債務人或各債權人平均分擔債務或分受債權（二七一條後段）。

第六章 債之移轉

第一節 總說

第一 債之移轉之意義

債之移轉者，即於不失債權或債務之同一性範圍內而變更債權或債務之主體也。不失債權之同一性而變更債權主體者，爲債權之讓與，不失債務之同一性而變更債務主體者，爲債務之承擔，以下當另節分述之。

第二 債之移轉之立法例

在古代羅馬法，以債權債務之關係，爲特定人間之人的關係，其主體如有變更，即反乎債之本質。因之對於債權之讓與及債務之承擔，均不承認之。然近代法律，則多以明文承認債之移轉者。蓋以債權亦與其他所有物相同，均爲滿足吾人生活需要之具，吾人既得自由處分其所有物，以適應其需要，而於債權獨不許自由移轉之，未免不能使吾人生活之需要，得到相當之滿足。至於債務，第三人既願承擔，自亦可以許其自由爲之。惟各國立法例，關於債之移轉之規定，却不一致。在法國及日本民法，僅有

債權讓與規定，而未規定債權承擔（但學者均主張承擔有效）。在德國民法及瑞士債務法，一面規定債權讓與，一面又規定債務承擔，不過係將兩者分節規定，而非以債之移轉一節包括之。我國民法，仿德瑞之例，於債權讓與及債務承擔，均有規定，並以兩者一同列在債之移轉一節內。

第二節 債權之讓與

第一 債權讓與之意義

債權讓與者，乃債權人與受讓人間以移轉債權為標的之契約也，茲分述於下。

（甲）債權讓與為契約 債權之移轉，有由於單獨行為者（如捐助，遺囑等），有由法律行為以外之方法者（如法律上規定之債權移轉），然此處所謂債權之讓與，則為契約。並且債權之移轉，亦以基於契約者為最通常。

又債權讓與，與為讓與原因之債權契約，（如債權買賣或贈與），應解

爲並無不可分離之關係，故債權讓與，爲無因契約，其爲讓與原因之債權契約無效或撤銷時，讓與契約，並非當然無效或撤銷。

又債權讓與，法律並不須有一定方式，而爲不要式契約。雖對於債務人須通知後始生效力（二九七條），但並非債權讓與之成立要件。

（乙）債權讓與爲債權人與受讓人間之契約 債權讓與契約之當事人，爲債權人（即讓與人）與受讓人，而債務人不在其內。

（丙）債權讓與爲以移轉債權爲標的之契約 債權讓與契約，非成立移轉債權義務（即債務）之契約，乃是直接移轉債權本身之契約。此項以移轉債權本身爲標的之情形，恰與以移轉物權本身爲標的之物權契約相似，故學者稱之爲準物權契約。惟債權讓與，雖以直接移轉債權本身爲標的，但就附條件債權附期限債權，以及其他將來債權，均得成立讓與契約。

第二 債權讓與之例外

債權，原則上雖得由債權人以之讓與於第三人，但例外亦有不得讓與之者，如左列債權是（二九四條一項）。

一 依債權之性質不得讓與者 此項債權，如由使用借貸，租賃，雇傭等所生之債權，以及不作爲債權等是。

二 依當事人之特約不得讓與者 當事人既以特約禁止讓與，債權人自不能再違反其意思表示而讓與之。惟此項不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人（二九四條二項）

三 債權禁止扣押者 如扶養費債權以及兵士之薪餉恩給金並其遺族之扶助費等債權，大概多係禁止扣押者。此在他國民事訴訟法，曾有明文規定（參照日民訴六一八條），惟吾國尙付闕如。蓋以此等債權，均有關個人生活上之需要，故不得不禁止扣押。既應禁止扣押，當然亦須禁止讓與。

第三 債權讓與之效力

(甲)對內効力 債權讓與契約一經成立，其債權即行移轉。(惟附條件及附期限債權之讓與，應俟條件成就及期限到來，始生移轉之効力)。此時讓與人即喪失債權，受讓人即取得債權而繼承債權人之地位，此即所謂對內効力也。不過民法爲使此項債權不失其同一性並使爲全部之移轉以及受讓人便於行使權利起見，特設有左列之規定。

A 從屬權利之移轉 債權人讓與債權時，該債權之担保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人(二九五條一項)。蓋債權主體，雖已變更，而債權之同一性，應不受其影響，故債權担保，非隨同移轉不可。又債權之讓與，應讓與其全部，故其他從屬權利，亦非隨同移轉不可。債權之担保權利，如質權抵押權等是，其他從屬權利，如違約金請求權，遲延利息請求權等是。不過與讓與人不可分離關係之從權利，則不得移轉之(二九五條一項但書)。

至於已生之利息，本應歸原債權人取得。然在未支付時，如當事人無

特約者，則推定其隨同原本移轉於受讓人（二九五條二項）。

B 證明文件之交付及必要情形之告知 讓與人應將證明債權之文件交付於受讓人，並應告以關於主張該債權所必要之一切情形（二九六條）。此項規定，乃為使受讓人便於行使債權計也。證明文件，如借券及其他有關信函之類是。必要情形，如債權發生原因及債務人住址之類是。

(乙)對外効力 對外効力，即債權之讓與，對於債務人所生之關係也。其主要之關係，自為債務人隨其讓與而對於受讓人負履行之責。惟民法為保護債務人之利益計，尚設有左列之規定。

A 對於債務人之通知 債權讓與之後，債務人既應受其拘束而向受讓人負履行之責，則讓與債權時，自非通知債務人，而令其明瞭此項事實不可。如未經讓與人或受讓人通知債務人者，則對於債務人不生効力。惟法律另有規定時（如以裏書而讓與之證券債權），自可無須通知

，而仍得生效也。（二九七條一項）。

若債權之讓與，已立有讓與字據者，祇須受讓人提示其字據於債務人不必另有通知。此時縱不另為通知，其字據之提示，仍與通知有同一之効力。（二九七條二項）。

B 債務人之對抗權 關於債務人之對抗權，應分為下列兩種論述之。

1. 對於讓與人之對抗權 讓與人已將債權之讓與通知債務人者，縱未為讓與或讓與無効，債務人仍得以其對抗受讓人之事由對抗讓與人（二九八條一項）。蓋債務人既已接受債權讓與之通知，則對於受讓人或為清償，或為抵銷等事，自係當然。若因其內部未為讓與或無効，而令債務人對於受讓人所為之清償等，不得對抗於讓與人，則債務人未免遭受意外之損失，故法律特以明文許其得以對抗之。至讓與人撤銷其通知時，須經受讓人之同意，否則不得撤銷（二九八條二項）。

2. 對於受讓人之對抗權 債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人（二九九條一項）。所謂得對抗讓與人之事由者，如債務不成立，同時履行抗辯，以及時效完成，債務免除等是。此等事由，苟在受通知時已經發生，即可對於受讓人主張之。蓋以債權讓與，不能使債務人利益受絲毫之影響也。

至於債務人於受通知時對於讓與人有債權者，如其債權之清償期，先於所讓與之債權或同時屆至者，債務人亦得對於受讓人主張抵銷（二九九條二項）。此項對於讓與人可以抵銷之債權，為不使債務人利益受影響起見，自亦非許其得以對抗受讓人不可，故特以明文規定得對受讓人主張抵銷。

第三節 債務之承擔

第一 債務承擔之意義

債務承擔者，乃第三人與債權人或債務人以移轉債務為標的之契約也

。茲分述於下。

(甲)債務承擔爲契約 承擔他人債務，原不限於契約，而依法律規定承擔者亦有之，如繼承自繼承開始時起，其被繼承人財產上一切義務，均應承受之是(一一四八條)。惟此處所謂債務承擔，則以由契約而承擔者爲限；故曰債務承擔爲契約。

又債務承擔契約，與債權讓與同，亦爲無因契約及不要式契約。在債務承擔爲不要式契約，毋須特別說明。至於爲無因契約一點，卽爲承擔債務之原因的法律關係，縱不存在，而債務承擔契約仍爲有效也。如債務人與第三人因買賣關係而成立債務承擔契約，以後縱買賣契約無效或撤銷，却不能影響於債務承擔之效力是。

(乙)債務承擔爲第三人與債權人或債務人間之契約 債務承擔契約之當事人，爲第三人與債權人可，爲第三人與債務人亦可(參照三〇〇條及三〇一條)。惟學者有以第三人與債權人之承擔契約，稱爲債務承擔

契約，而以第三人與債務人之承擔契約，稱爲履行契約者。蓋以前者係對債權人直接承認負擔債務，後者係對於債務人承認代爲履行債務也。

至於由第三人及債權人並債務人成立二面契約，民法雖無明文規定，其可認爲有效，自不待言。

(丙)債務承擔爲以移轉債務爲標的之契約 所謂債務移轉者，乃於債務不失其同一性之範圍內，由舊債務人移轉於新債務人也。換言之，卽是僅有債務之變更，而爲同一債務之存續，並非舊債務消滅，新債務成立也。

又移轉債務是指債務人完全免除責任之移轉而言。若債務人仍繼續負責，僅新債務人加入而負連帶責任者，則不能謂之債務移轉。在債務人完全免責者，學者稱之爲免責的債務承擔，債務人繼續負責者，學者稱之爲重疊的（或併存的）債務承擔。繼續負責者，既不能認爲債務移轉，故重

疊的債務承擔，即非本處之所債務承擔。但此項契約，在解釋上亦可認為有效。

債務承擔，既以移轉債務為標的，其債務不有移轉性者，則不得成立債務承擔契約。至何種債務，始有移轉性或無移轉性，則應依當事人之意思及債務之內容解釋之。

第二 債務承擔之効力

(甲)債務之移轉 債務之移轉，為債務承擔契約之主要効力。惟因契約當事人之差異，而効力發生之時期亦即不同。

A 第三人與債權人訂立承擔契約者 契約之當事人為第三人與債權人時，其債務於契約成立時即移轉於第三人（三〇〇條）。蓋以債務之承擔，原為有利於債務人之舉，其債務人之意思如何，自可不問，故僅有第三人與債權人之合意，即使發生移轉債務之効力。

B 第三人與債務人訂立承擔契約者 此時必須有債權人之同意，若未經債權人承認，對於債權人不生效力（三〇一條）。蓋以債務人之更易，於債權人有重大之利害關係故也。此項承擔契約之生效，既以債權人承認為主。在債權人未能即為承認與否時，則債務人或承擔人得定相當期限，催告債權人於該期限內確答是否承認，其在期限內已確答承認或拒絕者，自應依其意思解決之。如逾期不為確答時，則視為拒絕承認（三〇二條一項）。

債權人既已明白拒絕承認或視為拒絕承認時，則債務承擔之契約，即已失其作用，此時債務人或承擔人即得撤銷其契約（三〇二條二項）。

（乙）抗辯權之移轉 債務既經移轉，則從屬於債務之對抗權，亦應隨同移轉之。故債務人因其法律關係所得對抗債權人之事由，承擔人亦得以之對抗債權人（三〇三條）。此即因債務承擔，不能有害債務之同一

性也。例如買受人所負交付價金之債務而由他人承擔者，其承擔人對於出賣人（債權人）價金交付之請求，得以未交付物品爲理由，而爲同時履行之抗辯是。惟屬於債務人之債權，則不得以之主張抵銷（三〇三條但書），因債權並不從屬於債務也。

又債務承擔之承擔人，因承擔債務之法律關係所得對抗債務人之事由，不得以之對抗債權人（三〇三條二項）。蓋以此等法律關係，係承擔人與債務人之內部關係，當然不許向債權人主張對抗權也。

（丙）從屬權利不失其存在。從屬於債權之權利，不因債務之承擔而妨碍其存在（三〇四條）。此亦因債務承擔，不能有害債務之同一性也。所謂從屬權利，如利息請求權，違約金請求權，擔保權等皆是。此等權利，從反面言之，即是從屬之債務，當然隨同主債務一併移轉之。其就權利方面言，即是不能妨碍其存在。惟與債務人有不可分離之關係者，則不在此限（三〇四條但書）。所謂有不可分離之關係者，如第

三人所負擔之保證債務，以及第三人所提供之物上担保皆是。故此等人的担保或物的担保，除該第三人對於債務之承担已為承認外，則因債務之承担而消滅（三〇四條二項）。

第三 特種債務承担

（甲）概括承受其資產及負債者 就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受之通知或公告而生承担債務之效力（三〇五條一項）。據此規定，則本條債務承担，與一般債務承担不同者，即一般債務承担，如為承担人與債務人訂立契約者，須經債權人之承認，始得發生効力，而本條債務承担，亦係由於承擔人與債權人之契約者，却不必經債權人承認，祇須對債權人為承受之通知或公告後，即可生效。

不僅此也，在一般債務承担，其効力一經發生，債務人即可免責。而本條債務承担，則債務人不能於効力發生後即時免除責任。其關於到

期之債權，自通知或公告時起，在二年以內，與承担人連帶負其責任，未到期之債權，則自到期時起，在二年以內，與承担人連帶負其責任（三〇五條二項）。

（乙）互相承受其資產及負債者 營業與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，與前條之概括承受同（三〇六條前段）。所謂與概括承受同者，即應準用前條之規定，對於債權人爲承受之通知或公告後，而生承擔債務之効力也。其合併之新營業，即由是而對於各營業之債務負其責任（三〇六條後段）。

第七章 債之消滅

第一節 總說

第一 債之消滅之意義

所謂債之消滅，即債權債務客觀的失其存在。債權失其客觀之存在，

即當然歸於消滅，無須債務人之主張。故債之消滅，不僅與請求權之消滅，（例如時效完成後之債權），訴權之消滅（例如自然債權），債權效力之停止（例如債務人得為抗辯之債權），及債權之變更（例如主體變更之債權）不同，即與債權之喪失（例如與原債權人分離之債權）亦異。

第二 債之消滅之原因

債之消滅之原因，就學說言之，可分為因目的消滅而消滅（例如債權因清償，混同，及給付不能而消滅），及因當事人意思而消滅（例如債權因免除而消滅）兩種。就民法規定言之，則可分為清償，提存，抵銷，免除，及混同五種。本書所說明者，唯以後者為限，實則債之消滅之原因，不只上述五種，茲臚列其重要者於次：（1）解除條件之成就（第九九條二項）；（2）終期之屆滿（第一〇二條第二項）；（3）法律行為之撤銷（第一一四條第一項）；（4）給付不能（第二二五條第二項）；（5）契約之解除（第二五四條以下）；（6）當事人之死亡（第四五二條，第四七二條

第四款)；(7)反對契約。

第三 債之消滅之效力，

債之消滅之效力，可分爲有溯及效之消滅與無溯及效之消滅兩種：前者例如法律行爲之撤銷，及契約之解除是；後者例如清償、提存，抵銷，免除，及混同是。債之消滅，依其通則言之，除發生上述之效力外，更發生左列之效力：

(甲)從權利之消滅 從權利與主權利既有不可分離之關係，則債之關係消滅者，其債權之担保（例如担保物權及保證契約），及其他從屬之權利（例如利息債權及違約金債權），亦同時歸於消滅（第三〇七條）。

(乙)負債字據之塗改及返還 負債字據者，乃證明債權成立之重要文書也。債之全部消滅者，債務人固得請求返還或塗銷負債之字據，使債權人不得再利用該字據請求清償；其僅一部消滅，或負債字據上載有債權人他項權利者，債務人得請求將消滅事由記入字據。如債權人主張

負債字據有不能返還或有不能記入之事情者，債務人得請求給與債務消滅之公認證書（第三〇八條）。

第二節 清償

第一款 清償之意義

清償者，乃依債務本旨以實現債權內容之行爲：簡言之，即償還債務之行爲。清償與給付之區別何在，前已述及（本書第四章第二節第一款），茲不贅。關於清償之性質如何？學說上甚爲紛歧，分述於左：

（甲）法律行爲說 此說謂清償須有意思表示，自爲法律行爲。惟其屬於何種法律行爲？學說上仍有爭執：有謂清償係依債務人爲清償之意思表示，與債權人爲受領清償之意思表示之合致而成立（契約說）；有謂清償唯依債務人爲清償之意思表示而成立，無須債權人爲受領清償之意思表示（單獨行爲說）；有謂清償不須債權人受領時，祇須債務人爲清償之意思表示，其須債權人受領時，則並須債權人爲受領清償之

意思表示（折衷說）。

（乙）非法律行為說 此說謂清償均不須意思表示，自爲非法律行為。清償之本體，與因清償而爲之給付行為不同；給付行為雖或爲契約，或爲單獨行為或，爲事實行為；清償之本體，則爲實現債權內容之行為，即事實行為，而非法律行為。

（丙）折衷說 此說謂清償行為即給付行為，其性質之如何？應依給付行為之性質定之：給付行為爲法律行為時（例如移轉所有權），清償亦爲法律行為；其爲非法律行為時（例如拆毀破房），清償亦非法律行為。

上述第一說與第三說均有非難之處，自以從第二說爲是。清償之性質，應從消滅之點研究之。凡債務人之行為，能使債權內容具體實現，則其目的已達，債權自應歸於消滅。至債權人有無消滅債權之意思，債務人有無因此消滅債權之意思，則非所問。故清償之非契約，亦非單獨行為，已

無疑義。

第二款 清償人

第一 債務人

債務人爲應負清償義務之人，自得爲清償人。債務人之清償債務，是否須有行爲能力？須依給付行爲之性質定之：給付行爲爲事實行爲時，債務人無須有行爲能力；其爲法律行爲時，債務人則須有行爲能力。

第二 債務人之代理人

債務人之代理人，固得爲清償人；惟依我民法所規定，依自己行爲之代理，其給付行爲須爲法律行爲，始可許其爲之（第一〇六條但書）。

第三 第三人

此所謂第三人，係指債權人債務人及其一般或特定繼受人以外之第三人而言。依我民法所規定，債之清償，既得由第三人爲之（第三一一條第一項），則第三人提出給付，如債權人拒絕受領或不能受領，亦應負遲延

責任。債務得由第三人清償，乃爲原則，其有下列情形之一者，則不得代爲清償：（第三一一條第一項但書及同條第二項）：（1）債之性質所不許者；（2）當事人另有訂定者；（3）債務人聲明異議者。

債務由第三人清償，其與債務人間之關係如何？依我民法第三一二條規定：就債之履行有利害關係之第三人爲清償者，得按其限度就債權人之權利，以自己之名義代位行使。惟第三人行使代位，不得有害債權人之利益，方爲公允。又第二九七條關係於債權讓與通知之規定，第二九九條係關於對於債權人援用抗辯之規定，均於前條之代位行使權利準用之（第三一三條）。

第三款 受領清償人

第一 債權人

債權人爲享受權利之人，自得爲受領清償人。給付行爲爲法律行爲時，債權人須有行爲能力，始得受領清償；惟在限制行爲能力人，如屬能獲

法律上利益之行爲，即不經法定代理人之允許，亦得受領清償，則爲例外（第七七條）。債權人得爲受領清償人，乃爲原則，然亦有不得受領清償者：（1）債權人受破產宣告者；（2）債權受扣押或假扣押執行者；（3）債權受禁止處分或停止支付並轉付命令者。

第二 債權人之代理人

債務人之法定代理人，固得爲受領清償人（第七六條，第七九條），即其意定代理人，亦得爲受領清償人。代理人受領清償，其給付行爲須爲法律行爲，若爲非法律行爲時，事實上雖亦得由代理人受領，然不可謂其爲真正之代理。

第三 收據持有人

收據爲證明債務清償之文書，亦稱受領證書。持有收據之人，法律上視爲有受領權人，自得受領清償。收據持有人之視爲有受領權人，以其人持有真實且適法之收據爲已足，至其取得收據之原因如何，則非所問。惟

債務人之清償，須具備下列二要件，方生清償之效力：(1)須債務人對於收據持有人而為清償；(2)須債務人為善意且無過失。

第四 第三人

無受領權之第三人，原不得受領清償。債務人如對之為清償，應不發生清償之效力；惟為避免各種之困難，民法則應特設例外之規定（第三一〇條），分述於左：

(甲)經債權人承認或受領人嗣後取得其債權者 第三人受領清償，既經債權人承認，則與債權人自為受領無異，自應發生清償之效力。又受領人在受領時，雖為無權受領，如嗣後已取得其債權，亦與對於債權人而為清償無異，應使其發生清償之效力。故民法為謀實際上之便利，特設第三一〇條第一款之規定。

(乙)受領人係債權之準占有人者 何謂債權之準占有人？係指以自己之意思行使債權之人而言（第九六六條第一項）。債權之準占有人，如本

爲真正債權人，則債務人對之爲清償，自應有效，不生本款適用之問題。若其爲非真正債權人，卽爲無受領權人，縱對之已爲清償，理論上亦屬無效；惟民法爲保護善意清償人之利益，不得不設第三一〇條第二款之規定。依此規定，對於債權之準占有人爲清償，須具備下列之要件，方生效力：（1）須債務人係對於債權之準占有而爲清償；（2）須債務人不知其爲非債權人而對之爲清償。

（丙）債權人因而受利益者 所謂債權人因而受利益，係指該清償之利益實際上已由債權人享受者而言。債務人向無受領債權人爲清償者，原則上應爲無效；但債權人因其受領清償而受利益者，則爲例外。債權人因而受利益者，雖有清償之效力，亦僅以債權人因而受利益之限度爲限（第三一〇條第三款），其未受利益之部分，債務人則應更爲清償，自不待言。

第四款 清償之方法

第一項 一部清償

債務人既應依債務本旨而爲清償，則其所爲之給付，必須適合於債務之內容。給付爲不可分者，債務人固應爲全部給付，不生一部清償之問題。卽其爲可分者，債務人亦須爲全部給付，而無一部清償之權利。債務人既無爲一部清償之權利，如仍爲一部給付，或一部給付之提出者，債權人自得拒絕受領，更請求爲全部之履行（第二二七條）。雖然，此爲原則，民法爲保護經濟上之弱者，特設有第三一八條第一項但書及同條第二項之例外規定。卽給付可分者，債務人得分期清償或緩期清償，給付爲不可分者，債務人亦得緩期清償。惟適用本條規定，須具備下列之要件：（1）須債務人之境況，難於立時爲全部之清償；（2）須在無甚害於債權人利益之相當期限內分期或緩期；（3）應否分期或緩期須經法院之許可。

第二項 代物清償

第一 代物清償之意義

代物清償者，乃清償人經債權人之承諾，而以他種給付代原定給付，使債之關係消滅之契約也（第三一九條）。代物清償，既以消滅債之關係為標的，自應發生清償之效力。故在代物清償成立以後，債權人不得請求返還其原定給付。代物清償之性質如何？學說上甚為紛歧：有謂其為清償或清償之變態；有謂其為買賣或互易與抵銷之混合契約；有謂其為獨立之契約。余從最後說。

第二 代物清償之要件

代物清償之成立，須具備下列各種要件：（1）須有因代物清償而消滅之債權存在；（2）須債務人以他種給付代原定給付；（3）代物清償之成立須得債權人之承諾。

第三 代物清償之效力

代物清償成立以後，應發生下列之效力：（1）債之關係當然消滅（第三一九條），並使債權之担保及其他從屬之權利同歸消滅（第三〇九條）

；(2)債務人就代物清償爲所之給付有瑕疵者，應與出賣人負同一之擔保義務(第三四七條)。

第三項 債務更新

第一 債務更新之意義

債務更新者，乃因清償債務而對於債權人負擔新債務之謂也(第三二〇條)。
債務更新之成立，須有當事人之合意，故可稱爲「債務更新契約」。
此契約之性質如何？學說上尙有爭執：有謂其爲清償之着手；有謂其爲條件附之清償；有謂其爲代物清償；有謂其爲條件附之代物清償；有謂其爲獨立之契約。余從最後說。

第二 債務更新契約之要件

債務更新契約，除須具備一般法律行爲之成立及生效要件外，更須具備下列之特別要件：(1)須有舊債務之存在；(2)須因清償舊債務而負擔新債務。

第三 債務更新契約之效力

依民法第三二〇條之規定，債務更新契約，除當事人另有意思表示外，應發生下列之效力：（1）新債務已全部履行者，舊債務始全部消滅；（2）新債務不為履行者，舊債務仍須履行。

第五款 清償地

第一 清償地之意義

清償地者，乃債務人應為清償之地也。清償地不但與債之發生地不同，即與目的地或指定地亦異。何謂債之發生地？即債之發生原因成立之地。何謂目的地？即依債權人之希望，將給付物送交於清償地以外之指定地。債之發生地與目的地，雖有時即為清償地，然其性質則仍有不同。

第二 清償地之決定

依民法第三一四條之規定，清償地應依左列方法以為決定：

（甲）特別的決定標準 清償地首應依下列標準而為決定：（1）法律有規定

者依其規定（例如第三七一條之規定是；（2）契約有訂定者依其訂定（例如清償地約有數處，債務人得選擇一處以爲清償是）；（3）有習慣者依其習慣（例如銀行之交易概在銀行是）；（4）能依債之性質決定者依其性質（例如修繕房屋之債務，應以房屋所在地爲其清償地是）；（5）能依其他情形決定者依其情形（例如因單獨行爲而生之債務者，於其單獨行爲定有清償地時是）。

（乙）一般的決定標準 清償地如不能依上述之方法決定者，應依下列之補充規定：（1）特定物之債，以訂約時其物所在地爲清償地；（2）其他之債，以債權人之住所地爲清償地。

第三 清償地之效力

清償地一經決定，債務人唯得於清償地爲清償，如於清償地以外之爲地清償者，債權人得拒絕受領；反之，債權人亦祇得於清償地請求清償，如於清償地以外之地請求清償者，債務人亦可不爲給付。

第六款 清償期

第一 清償期之意義

清償期者，乃債務人應為清償之時期也。清償期未屆至以前，其債權雖已成立，債權人仍不得行使。如債權人於期前行使者，債務人則得行使延期抗辯權。必須已屆清償期，債務人仍未現實為給付，始負遲延之責（第二二九條）。

第二 清償期之種類

（甲）確定期限 確定期限者，即清償期之屆至及其屆至時期均已確定之謂也。確定此期限之方法，有以一定期日定之者：例如民國二十三年九月十五日是；有以一定期間定之者：例如民國二十三年九月十五日是。在前之情形，債務人於期限屆至時即負遲延之責；在後之情形，債務人於期限經過後始負遲延之責

（乙）不確定期限 不確定期限者，即清償期之屆至雖已確定，而其屆至之

時期不能確定之謂也。不確定期限與條件不同：前者例如某人死亡之同是；後者例如某人六十歲之誕日是。

第三 清償期之決定

依民法第三一五條之規定，清償期應依左列方法以爲決定：

(甲)特別的決定標準 清償期首應依下列標準而爲法定：(1)法律另有規定者依其規定；(2)契約另有訂定者依其訂定；(3)能依債之性質決定者依其性質；(4)能依其他情形決定者依其情形。

(乙)一般的決定標準 清償期如不能依上述之方法決定者，應依本條之補充規定，即債權人得臨時請求清償，債務人亦得隨時爲清償。

第四 清償期之效力

清償期一旦屆至，債務人始應爲清償，債權人亦始得請求清償。惟此爲原則，尙有左列之例外(第三一六條)：

(甲)債務人得於期前爲清償者 定有清償期者，如當事人無反對之意思表

示，債務人不妨拋棄其利益，而於期前爲清償。

(乙)債權人得於期前請求清償者，定有清償期者，債權人雖不得於期前請求清償；但清償期如爲債權人之利益而定者（例如無償寄託），債權人亦可拋棄其利益，而提前請求清償。

第七款 清償之費用

清償之費用者，乃爲清償所需之費用：例如運費匯費之類是。清償債務既爲債務人之義務，其所需之費用，亦應由債務人負擔。故民法第三一七條規定：清償債務之費用。除法律另有規定，或契約另有訂定外，由債務人負擔。惟此爲原則，尙設有下列之例外規定：(1)因債權人之住所變更致增加清償費用者，其增加之費用，由債權人負擔；(2)因債權人之其他行爲致增加清償費用者，其增加之費用，由債權人負擔。前者例如因債權人之遷居，致其住所距債務人甚遠，增加運送費用是。後者例如依債權人之要求，將給付物送交清償地以外之處所是。

第八款 清償之抵充

第一 清償抵充之意義

清償之抵充者，即債務人對於同一債權人，負為同種類給付之數宗債務時，其所提出之給付，不足清償全部債額，而決定以該給付抵充一部債務之清償（第三二一條）。

第二 清清抵充之要件

依我民法所規定，清償之抵充，須具備下列之要件：（1）須債務人對於同一債權人負擔數宗債務；（2）須數宗債務其給付之種類相同；（3）須債務人所提出之給付不足消滅全部債額。

第三 清償抵充之方法

清償抵充之方法，可分為左列三種：

（甲）契約上之抵充 關於清償抵充之規定，既非強制規定，清償人與受領清償人自可訂立抵充契約。惟其訂立至遲應於提出給付時為之，如在

提出給付以後，則當適用後述法律上之抵充，不得再訂抵充契約。

(乙)清償人之指定 當事人如預先訂定抵充契約，自應依其約定抵充之。

若其未經約定，則由清償人於清償時指定其應抵充之債務（第三二一條）。此所謂清償人，不問其為債務人，抑為債務人之代理人或第三人。又指定權為形成權，自以清償人一方之意思表示，即生效力。

(丙)法律上之抵充 關於清償之抵充，如當事人間未經約定，清償人於清償時亦未指定者，概依民法第三二二條之規定抵充之：(1)債務已屆清償期者，儘先抵充；(2)債務均已屆清償期，或均未屆清償期者，以債務之担保最少者，儘先抵充。(3)担保相等者，以債務人因清償而獲益最多者，儘先抵充；(4)獲益相等者，以先到期之債務儘先抵充；(5)獲益及清償期均相等者，各按比例抵充其一部。

第四 清償抵充之順序

債務人除原本債務外，尚應支付利息及費用，如清償人所提出之給付

不足清償全部，而當事人間復無特約者，究應依何順序抵充之？依民法第三二二三條前段規定：清償人所提出之給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本。

第九款 清償之效力

第一 受領證書之請求

在未立書據之債務，清償人於清償後，固得請求給與受領證書，以爲消滅債務之證明。即在立有書據之債務，其債權證書之返還，亦僅可推定其債之關係已歸消滅（三二五條第三項）。故清償人爲求得確實之證明，對於受領清償人得請求給與受領證書（第三二四條）。受領證書爲消滅債務之證據方法，清償人如持有該項證書，即足以證明該項債務已歸消滅。

第二 他債已清償及全債已消滅之推定

關於利息或其他定期給付，債權人如給與受領一期給付之證書，未爲他期之保留者，推定其以前各期之給付已爲清償（第三二五條第一項）。

又利息債權，通常均先於原本而受清償，債權人如給與受領原本之證書者，即可推定其利息亦已受領（第三二五條第二項）。債權證書乃爲債權存在之證明，債權證書如已返還者，亦可推定其債之關係已歸消滅（第三二五條第三項）。

第三節 提存

第一款 提存之意義

提存者，清償人以消滅債務之目的，將給付物爲債權人提交於提存所或保管人之行爲也。提存之性質如何？學說上尙不一致：有謂其爲公法上之行爲；有謂其爲私法上之行爲。通說多從後說。後說中之主張復不一致：有謂其爲寄託契約；有謂其爲第三人利益契約；有謂其爲兼備二種性質之特種契約。余從最後說，故謂提存係兼備寄託契約與第三人利益契約之私法上之行爲。

第二款 提存之要件

第一 提存之客體須爲物體

提存之客體，既須爲給付物，則以權利或勞務爲給付者，固不得爲提存之客體，即其給付標的僅爲債務人之作爲或不作爲，亦不得爲提存之客體。

第二 提存之物體須適於提存

提存之客體，不僅須爲物體，並且須適於提存。何謂適於提存？即給付物適於保管之謂也。如給付物有毀損滅失（如爆裂物）或易於腐敗之虞（如水果鮮肉），或提存需費過鉅者，清債人祇得依拍賣方法而提存其價金。至提存物是否限於動產？我民法既無明文規定，自可解爲不動產。亦得爲提存。

第三 須有提存之原因

提存既爲清償之代用，自須有特別原因存在時，始得爲之。依我民法第三二六條所規定提存之原因有二：（1）債權人受領遲延；（2）清償人不

能確知孰爲債權人。前者例如債權人拒絕受領，或不能受領，或預示拒絕受領之意思。後者例如債權人失蹤，或債權人死亡而繼承發生爭執，或債權人有數人而不知孰爲真正債權人。

第四 須依提存之方法

清償既須於清償地爲之，則提存係清償之代用方法，自非於清償地之提存所爲之不可（第三二七條第一項前段）。清償人若於清償地以外之提存所爲提存，其提存則爲無效。清償地無提存所時，清償人得聲請該地之初級法院指定提存所或選任保管存提物之人（第三二七條第一項後段）。提存人於提存後，應即通知債權人。如怠於通知，致債權人受有損害時，提存人應負賠償之責；惟提存人事實上不能通知者（例如不知孰爲債權人），則不在此限（第三二七條第二項）。

第三款 提存之效力

第一 債之關係之消滅

提存在債務人與債權人間之效力如何？立法例頗不一致：有認債之關係依提存而當然消滅者；有認提存不過使債務人對於債權人之請求得成立抗辯權，必俟債務人不得取回提存物時，債之關係始歸消滅。日本民法及暹羅民法（日民第四九四條，暹民第三七〇條）採取前者，德國民法（德民第三七九條）採取後者。我民法雖未設明文，然提存既為清償之代用方法，自以採第一主義為是。提存既可消滅債之關係，則給付物之危險，自應由債權人負擔，債務人亦無須支付利息，或賠償其孳息未收取之損害（第三二八條）。

第二 提存物之交付

提存既含有第三人利益契約之性質，則債權人本於該契約，自有隨時向提存所或保管人請求交付提存物之權利（第三二九條前段）。惟債務人之清償與債權人之給付如立於對價關係時，則有適用同時履行抗辯之必要。故民法第三二九條後段規定：『如債務人之清償，係對債權人之給付而

爲之者，在債權人未爲對待給付，或提出相當担保前，得阻止其受取提存物」。

債權人受取提存物之權利，如可長期存在，亦甚不便。故民法特設短期消滅時效之規定，即債權人關於提存物之權利，自提存後十年間不行使而消滅，其提存物屬於國庫（第三三〇條）。

第三 提存物之拍賣

提存物適於提存者，固應提存其原物，不得任意變賣而提存其價金。如原物不適於提存，則應設自助出賣之規定以救濟之。故民法第三三一條規定：「給付物不適於提存，或有毀損滅失之虞，或提存需費過鉅者，清償人得聲請清償地之初級法院拍賣，而提存其價金」。又給付物有市價者，該管法院得許可清償人照市價出賣，而提存其價金（第三三二條）。

第四 提存費之負擔

提存之原因，既係由債權人所致，則因提存所生之費用，如仍由債務

人負擔，殊失公平。故民法第三三三條規定：「提存拍賣及出賣之費用，由債權人負擔」。

第四節 抵銷

第一款 抵銷之意義

抵銷者，債務人（抵銷人）於對債權人（被抵銷人）有給付種類相同之債權時，使其債權與債務均歸消滅之單獨行爲也。抵銷得分爲法律上之抵銷與契約上之抵銷兩種：前者即於具備法律所定之要件時，依當事人一方之意思表示以爲抵銷；後者即依當事人之合意以爲抵銷。民法所定之抵銷（第三三四條以下），既屬於前者，茲所述者，亦難以前者爲限。至抵銷之性質如何？學說上雖甚紛歧，要以獨立消滅債務之原因說爲妥當。

第二款 抵銷之要件

第一 須雙方互有債權

就此點言之，尚須具備下列三要件：（1）須雙方債權均有效存在；（

2) 須自動債權（即爲抵銷之債權）爲抵銷人所有之債權，具爲對於被抵銷人之債權；(3) 須受動債權（即被抵銷之債權）爲被抵銷人所有之債權，且爲對於抵銷人之債權。

第二 須雙方債權其給付種類相同

所謂給付種類相同，即得以一方之給付清償他方債權之謂。雙方債權之給付，如非種類相同，固不適於抵銷；即其種類相同，亦不得任意抵銷；前者例如金錢給付與穀米給付之債務不得抵銷是；後者例如雙方均爲種類債權，而其範圍有廣狹，或品質有差異者，唯範圍狹者對於範圍廣者得爲抵銷，或品質優者對於品質劣者得爲抵銷是。要之，抵銷多適用於種類債權，尤以金錢債權適用最多。

第三 須雙方債權均屆清償期

自動債權得對受動債權爲抵銷，必須雙方債權均已屆清償期（第三三四條）。惟在自動債權之清償期，如爲債權人之利益者，債權人固可拋棄

其期限利益，而於期前爲抵銷；在受動債權之清償期，若爲債務人之利益者，債務人更可拋棄其期限利益，而於期前爲抵銷。

第四 須非依債之性質不能抵銷

所謂依債之性質不能抵銷，即指依給付之性質，如許抵銷，即不能達債權之目的而言。例如雙方債權皆以不作爲爲標的，性質上不得爲抵銷，如許其抵銷，則不足以達不作爲債權之目的是，又例如扶養義務，性質上須爲現實給付，扶養義務人則不得以其所負擔之債務與扶養權利人所負擔之債務相抵銷是。

第五 須非法律禁止抵銷

抵銷之禁止，有爲法律所規定者，有爲當事人所約定者。茲專就前者分述於左：

(甲)禁止扣押之債不得抵銷 所謂禁止扣押之債，即指民事執行法或其他法令有明文規定不許扣押之債權而言。禁止扣押之債何以不得抵銷？

殆本於公益上之要求，而使債權人獲得現實清償，始足以維持生活上之必要資料。故民法爲達到禁止扣押之目的，特設禁止抵銷之規定（第三三八條）。

（乙）因侵權行爲而負擔之債不得抵銷 因侵權行爲而負擔之債，如許其抵銷，則於加害人對被害人有債權時，難保其不以抵銷之意思，而爲侵權行爲，故民法有特設禁止規定之必要也（第三三九條）。惟因侵權行爲而負擔之債，以其侵權行爲由於故意者爲限，如由於過失，則應認爲例外。又法文僅定爲其債務人不得主張，是唯不得以其爲受動債權而被抵銷，如以其自動債權而爲抵提，則無不可。

（丙）扣押後取得之債權不得抵銷 第三債務人於受債權扣押命令後，始對其債務人取得債權者，不得以其所取得之債權與受扣押之債權爲抵銷（第三四〇條）。民法設此禁止規定殆所以保持扣押或假扣押之效力也。扣押後取得之債權，第三債務人雖不得以其向扣押債權人主張抵

銷，若爲扣押前取得之債權，則不妨與受扣押之債權互爲抵銷

(丁)由第三人利益契約而生之債權不得抵銷 依民法第三四一條規定：「約定向第三人爲給付之債務人，不得以其債務與他方當事人對於自己債務爲抵銷」。由第三人利益契約而生之債，債務人雖不得以其向第三人主張抵銷，如經第三人承認，則仍爲有效。

第三款 抵銷之方法

關於抵銷之方法，立法例有三主義：(1)實質主義，即謂雙方債權，如在適於抵銷之狀態，即當然抵銷，無須人之行爲；(2)形式主義，即謂雙方債權，縱有適於抵銷之狀態，亦非當然消滅，須依人之行爲，始歸消滅；(3)單獨行爲主義。即除具備抵銷之要件外，更須由債務人一方爲抵銷之意思表示，始可成立抵銷，而使其債務消滅。依我民法第三三三條第一項前段之規定，係採第三主義，已無疑義。

抵銷既爲單獨行爲，自應適用法律行爲及意思表示之規定。且抵銷爲

處分債權之行爲，不僅行爲人須有行爲能力，並須對其債權有處分能力。又抵銷須向被抵銷人或其代理人爲意思表示，而自其了解或通知達到時發生效力，是爲有相對人之單獨行爲，已無疑義。

抵銷之意思表示，能否附以條件或期限？學說上尙有爭論。依我民法所規定，抵銷之意思表示，若附有條件或期限者，則爲無效（第三三五條第二項）。究其所以設此規定，殆以抵銷如許附加條件或期限，則抵銷之效力爲不確定，殊有背於抵銷之本旨也。

第四款 抵銷之效力

抵銷之效力，與適於抵銷之效力不同：適於抵銷之效力，即雙方債權具備抵銷之要件，不過發生抵銷權之效果；抵銷之效力，即因抵銷權之行爲，發生債權消滅之效果。此所謂抵銷之效力，唯指後者而言，分述於左：

第一 抵銷係使雙方債權按照抵銷數額而消滅

雙方債權之數額，未必恰相符合，其應消滅之範圍，究應以何者爲標準？依民法第三三五條第一項後段所規定，抵銷係使雙方債權按照抵銷數額而消滅。依此規定，雙方債權之數額不等而爲抵銷者，應按照抵銷數額而消滅，其債權之超過額，則依然存在。故自動債權不能超過自己之債權額而受滿足，受動債權亦惟於得受滿足之範圍內而消滅其債權。可謂爲不許一部清償之例外。

第二 抵銷係使雙方債權溯及得爲抵銷時而消滅

抵銷之效力，應自何時發生？民法第三三五條一項後段之規定，既採溯及說，則雙方債權自應溯及得爲抵銷時而消滅。所謂得爲抵銷時，即係指抵銷權發生之時而言。茲將其溯及力之內容分述於次：（1）雙方債權之担保及其他從屬權利，均自得爲抵銷時消滅（第三〇七條）；（2）雙方債權之利息債權，均自得爲抵銷時消滅；（3）遲延責任以及損害賠償違約金等亦均自得爲抵銷時消滅。

第三 數宗債權之抵銷，應指定雙方應消滅之債權

當事人之雙方均有數宗債權，或一方僅有數宗債權，而其給付之種類相同，如一方之債權不足消滅全部債務者，究應以何方法抵充之？依民法第三四二條之規定：「第三百二十一條至第三百二十三條之規定，於抵銷準用之」。

第五節 免除

第一款 免除之意義

免除者，債權人拋棄債權之行爲也。關於免除之性質，學說上尙不一致：有謂免除爲契約，法德民法及瑞士債務法從之；有謂免除爲單獨行爲，日本及暹羅民法從之。我民法特從後者，於第三四三條規定：「債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅」，殆即認其爲單獨行爲也。免除既爲廢權行爲之一種，且不問其原因如何，則謂其爲處分行爲及無因行爲，已無疑義。

第二款 免除之方法

依民法第三四三條所規定，免除雖須表示免除債務之意思；但其方式無一定之限制，即爲默示之免除亦可（例如返還債權證書）。免除既爲一方法律行爲，且爲處分行爲，則債權人自須有行爲能力及處分能力。免除爲須發之意思表示，且爲須受之意思表示，其意思表示自應於達到債務人時發生效力。又債權人對於期限附債務或條件附債務，雖得爲免除，若就將來債務爲免除，則應認爲無效（第七二五條參照）。

第三款 免除之效力

免除既爲債之關係消滅之原因，則其效力不外使債之關係消滅（第三四三條）。故債權人爲全部免除者，則全部消滅，其爲一部免除者，則一部消滅。債權既因免除而消滅其全部或一部，則其所附屬之從權利，自亦因之而消滅。又在連帶之債不可分之債，對於債務人中之一人爲免除，或債權人中之一人爲免除時，其效力應依第二七六條第二八八條第二九二條

第二九三條之規定決之。

第六節 混同

第一款 混同之意義

混同者，即不能並立之兩種資格同歸於一人之謂也。考其情形，可分為三種：（1）債權與債務同歸於一人（第三四四條）；（2）所有權與他物權同歸於一人（第七六三條）；（3）主債務與保證債務同歸於一人。茲所謂混同，唯指第一種情形而言，第二情形與第三情形，則俟於債編分則及拘權編中述之。

混同之性質如何？學說上甚為紛歧。依現今一般之通說，均以混同為消滅債之關係之獨立原因，余亦從之。惟混同之成立，以債權債務同歸於一人為已足，毋須有何種之意思示。故混同非法律行為，乃為一種事件，而為債之消滅原因。

第二款 混同之成立

混同因債權與債務同歸一人而成立，其原因不外由債權或債務之繼受而生。通常繼受之情形有二：（1）概括繼受，即指債權人繼承債務人，或債務人繼承債權人，或第三人繼承債權人及債務人而言；（2）特別繼受，即指債務人受讓債權人之債權，或債權人承擔債務人之債務而言。前者即我民法繼承編之所謂繼承，當為發生混同之主要原因。後者與通常之債權讓與債務承擔不同者，唯在受讓人非第三人，而為債權人或債務人，亦可認其為發生為混同之原因。

第三款 混同之效力

混同應使債之關係消滅，民法第三四四條亦已明定；惟債權亦有不因混同而消滅者，其情形有二：

（甲）其債權為他人權利之標的時 其債權既為他人權利之標的，自不因混同而消滅；例如甲以其對於乙之債權而為丙設定質權時，其債權與債務雖同歸於一人，亦不能使之消滅，而致丙之質權因被犧牲。

(乙)法律另有規定時 法律另有規定，自應從其規定，其債權不因混同而消滅：例如票據債務人由背書取得票據時，其債權與債務雖同歸一人，仍得更以背書轉讓，其票據上之債權，不固混同而消滅（票據法第三二條第二項）。



民國二十三年十一月出版

債編總論

下冊

定價大洋壹元



著作

周甯
新民

印刷

上海法學書局

發行

上海法學書局

總發行所

上海三馬路
雲南路東首

上海法學書局

