

債法各論

史尙寬 著

論各法債

中華民國四十九年十一月臺北初版
中華民國七十年七月臺北五刷

債法各論（上下冊合訂）

價目：

著 作 人：史 尙 寬

發 行 人：史吳仲芳 史 光 華

臺北市仁愛路四段35巷15街6號之2

初版印刷者：臺 北 監 獄 印 刷 廠

澆版印刷者：榮泰印書館股份有限公司

臺北縣板橋市中山路二段465巷81號

電話：九六一九二八四

經 售 者：各 大 書 局

版 翻
權 印
所 必
有 究

著作權執照：臺內著第七九九號

自序

民法中債編最為錯綜複雜，債之通則，為債法理論之總匯，而各種之債，則為理論及適用之經緯。自民國四十三年拙著「債法總論」問世以後，本擬即着手於債法各論之寫作，惟以關於物權著述甚少，特將物權法論提早完成，於民國四十六年元月出版。旋即從事於各種之債之研究，閱三載有半而成斯書，名曰「債法各論」。其研究方法一如關於債總物權，遠而取材於瑞士及德、日、法諸國之法典、判例及原著，近而依據我國民法之規定與國情，並體察各個契約之特性與謀公私益之調和，比較綜合，損益斟酌，以為立論之準繩。在我國民商合一，各種之債，諸如行紀、倉庫、運送營業、承攬運送，涉及德日等國商法之內容者，頗多。因時勢之進展，德日商法法典，均有重大之變更，而瑞士債務法曾有不少之修正（尤其保證債務已變更其原來面目），法國之民商法亦不為例外。為求與時俱進，保持現實正確，所引用各國法典條文及所參考各國原著，均以最新資料為依據。本書計分二十五章約八十九萬餘言，對於各種之債可能發生之實際問題，旁徵博引，一一示以解決之途徑，而與債法總論，有如細目之於綱領，交為印證，脈絡相聯，實構成一部著作之前後兩編，二者合而讀之，當更易於融會貫通。然內容龐雜，牽涉甚多，思慮欠周，在所難免，尚祈斯學先達有以教之。

中華民國四十九年五月二十九日（端午） 史尚寬序於臺北

著者著作一覽

一、勞動法原論	三十餘萬言	民國二十三年	上海世界書局
二、民法總則釋義	二十五萬言	民國二十五年	會文堂新記書局
三、信託法論	九萬五千言	民國三十四年	商務印書館
四、民法原論總則	二十餘萬言	民國三十五年	大東書局
五、土地法原論	三十六萬言	民國四十年	正中書局
六、行政法論	二十五萬言	民國四十二年	自行出版
七、債法總論	八十餘萬言	民國四十二年	自行出版
八、著作權法論	四萬五千言	民國四十三年	中央文物供應社
九、物權法論	五十餘萬言	民國四十六年	自行出版
十、債法各論	近九十萬言	民國四十九年	自行出版
十一、親屬法論	七十餘萬言	民國五十三年	自行出版
十二、繼承法論	五十餘萬言	民國五十五年	自行出版
十三、民法研究	七萬五千言	民國五十八年	臺灣商務印書館
十四、民法總論	六十五萬言	民國五十九年	自行出版
十五、民法論叢	近六十萬言	民國六十二年	自行出版
十六、憲法論叢	五十餘萬言	民國六十二年	自行出版

債法各論(上册)目錄

總說

第一章 買賣

第一節

買賣之意義及性質

二

第一目

買賣之意義

二

第二目

買賣之性質

二

第二節

買賣之成立

三

第三節

買賣之效力

八

第一目

出賣人之義務

八

第一款

財產權移轉之義務

九

第二款

瑕疵擔保責任

九

第一項

權利瑕疵擔保責任

一〇

第二項

物之瑕疵擔保責任

一四

第三款

二重買賣之出賣人責任

二三

第二目

買受人之義務

四八

第一款

買受人保管、確定瑕疵之義務及緊急變賣

五〇

第二款

價金支付之義務

五三

第三款 受領標的物之義務

第三目 填補買賣.....五八

第四目 出賣人及買受人之附隨義務.....五九

第五目 危險負擔.....六〇

第六目 出賣人必要及有益費用之償還請求權.....六六

第七目 權利買賣之危險移轉及費用償還.....六七

第八目 買賣費用之負擔.....六八

第四節 買賣之種類.....七〇

第五節 買回.....七二

一、意義.....七二

二、性質.....七二

三、買回權成立之要件.....七二

四、買回權與其類似權利之差異.....七四

五、買回權之移轉性.....七六

六、買回之期限.....七六

七、買回權之行使.....七七

八、共有物應有部分之買回.....八一

第六節 特種買賣.....八一

第一目 試驗買賣.....八二

第二目 貨樣買賣.....八七

第三目	分期付價之買賣	八九
第四目	拍賣	八九
一、概說	九四
二、拍賣之成立及其效力	九四
三、投標	九五
第二章	互易	九九
一	意義及性質	九九
二	單純的互易與價值的互易	九九
三	互易契約之效力	一〇一
四	附補足金之互易	一〇一
第三章	交互計算	一〇二
一	交互計算之意義	一〇三
二	交互計算之要件	一〇三
三	交互計算之性質	一〇三
四	交互計算之效力	一〇五
五	交互計算之終了	一一一
第四章	贈與	一一三

第一節 贈與之意義及性質.....一三

第二節 贈與之成立.....一六

第三節 贈與之效力.....二〇

第四節 贈與之撤銷及履行拒絶.....二三

第五節 特別贈與.....三〇

一、混合贈與.....三〇

二、附負擔之贈與.....三一

三、定期贈與.....三五

四、死因贈與.....三六

五、捐助.....三六

第五章 租賃

第一節 概說.....三七

一、租賃之意義及性質.....三七

二、租賃權之物權化.....三九

三、租賃之法律上特殊性.....四一

四、關於租賃法制之變遷及其比較.....四三

第二節 租賃之成立.....五一

第三節 租賃之效力.....五六

第一目 對於出租人之效力.....五六

一、租賃物交付及保持義務	一五七
二、修繕義務	一五七
三、妨害除去之義務	一六〇
四、瑕疵擔保義務	一六一
五、負擔稅捐之義務	一六四
六、費用償還之義務	一六五
七、出租人地位之讓與性	一六八
第二目 對於承租人之效力	一六九
第一款 承租人之權利	一六九
第二款 租賃物之轉租及租賃權之讓與	一七〇
第三款 承租人之義務	一八〇
第一款 租賃物之保管義務	一八〇
第二款 租金支付義務	一八三
第三款 權利金	一九〇
第四款 租賃物之返還義務	一九二
第四款 承租人債務之擔保	一九六
第一項 出租人之留置權	一九六
第二項 押租	二〇二
第三項 保證	二〇七
第三目 對於第三人之效力	二〇九

第四節 租賃之期限 二一四

第五節 租賃關係之消滅 二二〇

第六節 特殊租賃 二二七

第一目 耕地之租賃 二二七

第二目 房屋租賃 二二九

第三目 基地租賃 二四五

第六章 借貸 二四五

第一節 使用借貸 二四六

第一目 使用借貸之意義性質及要件 二四六

第二目 使用借貸之效力 二五〇

一、貸與人之權利義務 二五〇

二、借用人之權利義務 二五二

三、賠償請求權及工作物取回權之消滅 二五五

第三目 使用借貸關係之消滅 二五六

第二節 消費借貸 二五八

第一目 意義及性質 二五九

第二目 消費借貸與其類似之契約 二六一

第三目 消費借貸之成立要件 二六五

第四目 消費借貸之效力 二六九

第七章 僱傭……………二七四

第一節 僱傭之意義及性質……………二七四

第二節 僱傭契約與勞動契約、團體協約……………二七七

第三節 僱傭之成立要件……………二七八

第四節 僱傭之效力……………二八〇

第一目 受僱人之權利義務……………二八〇

第二目 僱用人之權利義務……………二八四

第三目 給付不能與遲延……………二八九

第五節 僱傭關係之消滅……………二九二

第八章 承攬……………三〇〇

第一節 承攬之意義及性質……………三〇〇

第二節 承攬與作成物供給契約……………三〇四

第三節 承攬之效力……………三〇五

第一目 承攬人之義務……………三〇六

第一款 工作完成之義務……………三〇六

第二款 完成物之交付及其所有權之歸屬……………三〇九

第一、動產所有權之取得……………三〇九

第二、不動產所有權之取得

第三款 承攬人之擔保責任

第四款 危險負擔

第二目 定作人之義務

第一款 報酬支付之義務

第二款 定作人工作之協力

第三款 定作人是否有工作受領之義務

第四款 承攬人之法定抵押權

第四節 承攬關係之終了

第九章 出版

第一節 出版之意義及性質

第二節 出版之效力

第二目 出版權授與人之義務與權利

出版人之義務與權利

第三節 出版關係之消滅

第十章 委任

第一節 委任之意義及性質

第二節 空白委任書

三一—

三一六

三二五

三二八

三二八

三三二

三三四

三三五

三三六

三四〇

三四〇

三四四

三四四

三四九

三四九

三五七

三五七

三五九

三五九

三六五

第三節 受任人之權限 三六七

第四節 委任之效力 三六九

第一目 受任人之義務 三六九

一、委任事務處理之義務（包括 a、複委任 b、代委任、c 使第三人輔助） 三六九

二、處理事務之狀況及類末報告之義務 三九五

三、金錢物品及孳息之交付義務 三九五

四、移轉權利之義務 三七七

五、支付利息及損害賠償之義務 三七八

六、因過失或越權之損害賠償責任 三七八

第二目 委任人之義務 三九九

第五節 委任關係之終了 三八四

第十一章 經理人及代辦商 三九二

第一節 概說 三九二

一、經理權及代辦權 三九二

二、代辦商是否即為代理商 三九三

三、商業代理 三九六

四、商號、商業及商人 三九八

五、經理人、店員與代辦商之區別 三九九

第二節 經理人 三九九

第十二章 居間

第一目	經理人之意義	三九九
第二目	經理人之選任	四〇二
第三目	經理人之代理權(包括共同經理)	四〇五
第四目	經理人之義務(包括商號之介入權)	四一三
第五目	經理關係之終了	四一七
第三節	代辦商	四二〇
第一目	代辦商之意義及代辦關係之性質	四二〇
第二目	代辦商之種類	四二五
第三目	代辦權之代理範圍	四二七
第四目	代辦商之權利義務	四二九
第五目	本商號之義務	四三二
第六目	代辦關係之消滅	四三二
	居間	四三五
第一節	居間之意義及性質	四三五
第二節	居間契約之效力	四四〇
第一目	居間人之地位	四四〇
第二目	居間人之義務	四四二
第三目	委託人之義務	四四五
第三節	居間契約關係之消滅	四五三

債法各論(下冊)目錄

第十三章 行紀.....四五

第一節 行紀之意義及性質.....四五

第二節 行紀實行行為之效力(包括因交易所得標之物之歸屬).....四九九

第三節 行紀人之義務(包括直接履行之義務).....四六四

第四節 行紀人之權利(包括買入物之拍賣權、介入權).....四七二

第五節 行紀契約之終了.....四八六

第六節 交易所經紀人.....四八六

第十四章 寄託.....四八七

第一節 寄託之意義及性質(包括寄託之預約).....四八七

第二節 寄託之效力.....四九三

第一目 受寄人之義務.....四九三

第二目 寄託人之義務.....五〇〇

第三節 寄託關係之終了.....五〇四

第四節 消費寄託.....五〇六

第五節 場所主人之責任.....五一〇

一、旅店主人之責任.....五一〇

二、飲食店、浴室主人之責任.....五一五

第十五章 倉庫.....五一九

第一節 倉庫營業.....五一九

第二節 倉庫之種類.....五二一

第三節 倉庫營業人之意義.....五二一

第四節 倉庫寄託契約之性質.....五二三

第五節 倉單.....五二五

第六節 倉庫寄託契約之效力.....五三七

第一目 倉庫營業人之義務.....五三八

第二目 倉庫營業人之權利.....五四三

第七節 倉庫寄託關係之終了.....五四七

第十六章 運送營業.....五四七

第一節 概說.....五四七

	第二節	運送人之意義	五四九
	第三節	運送契約之性質	五五一
	第四節	運送契約之訂立	五五四
	第五節	物品運送	五五五
	第一目	託運單	五五五
	第二目	提單	五五八
	第三目	運送人之義務	五七〇
	第四目	受貨人之地位	五七六
	第五目	運送人之責任	五八二
	第六目	運送人之權利	五九九
	第七目	託運人之義務	六〇七
	第八目	相繼運送	六〇九
	第六節	旅客運送	六一五
	第一目	概說	六一五
	第二目	旅客運送契約之訂立	六一五
	第三目	旅客運送人之責任	六一七
	第四目	旅客運送人之權利	六二一
	第五目	相繼旅客運送與運送人之責任	六二一

第十七章 承攬運送 六二二

第一節 概說 六二二

第二節 承攬運送人之意義及承攬運送契約之性質 六二三

第三節 承攬運送人之義務 六二七

第四節 委託人、承攬運送人、受貨人間之關係 六三二

第五節 短期時效 六三四

第六節 承攬運送人之權利 六三五

第七節 相繼承攬運送 六四四

第十八章 合夥 六四七

第一節 合夥之意義及性質 六四七

第二節 合夥之效力 六五三

第一目 合夥人之義務 六五四

第二目 合夥契約及事業種類之變更 六五七

第三目 合夥之財產關係 六五八

第一款 合夥財產 六五八

第二款 合夥債務 六六

第十九章 隱名合夥

第三款 損益分配.....六七〇

第四目 合夥之事務執行.....六七二

第一款 內部關係（狹義的事務執行）.....六七二

第二款 對外關係.....六八三

第五目 合夥人之退夥（包括開除）及加入.....六八八

第一款 合夥人之退夥.....六八八

第二款 合夥人之加入.....六九五

第六目 合夥之解散與清算.....六九七

第一款 合夥之解散.....六九七

第二款 清算.....六九九

隱名合夥.....七〇六

第一節 概說.....七〇六

第二節 隱名合夥之意義及性質.....七〇七

第三節 隱名合夥與其類似契約之區別.....七一二

第四節 關於合夥規定之準用.....七二四

第五節 隱名合夥之效力.....七二六

第一目 內部關係.....七二六

第二目 外部關係.....七二三

第六節 隱名合夥關係之消滅……………七二五

第二十章及第二十一章之前註（包括有價證券之意義、分類、發行、處分

、行使、消滅）……………七三〇

第二十章 指示證券……………七五四

第一節 指示證券之意義及性質……………七五四

第二節 指示證券之發行……………七五九

第三節 指示證券之承擔……………七六六

第四節 指示證券之讓與……………七六九

第五節 指示證券之給付……………七七三

第六節 指示證券效力之消滅……………七七六

第二十一章 無記名證券……………七七八

第一節 無記名證券之意義及性質……………七七八

第二節 無記名證券之發行……………七七九

第三節 無記名證券之移轉……………七八二

第四節 無記名證券之行使及發行人抗辯權之限制……………七八三

第五節	無記名證券之換給及變換	七八八
第六節	無記名證券之喪失	七八九
第七節	無利息見票即付之無記名證券	七九四
第二十二章	終身定期金	七九五

第一節	終身定期金契約之意義及性質	七九五
第二節	終身定期金契約之效力	八〇一
第三節	終身定期金權利之移轉	八〇六
第四節	終身定期金契約之消滅	八〇七

第二十三章	和解	八〇九
第一節	和解之意義及性質	八〇九
第二節	和解之效力(包括和解與錯誤之關係)	八一六
第三節	和解契約之消滅	八二五

第二十四章	保證	八二六
第一節	概說	八二六
第二節	保證之性質	八二九

第一目	保證之附從性	八二九
第二目	保證之獨立性	八三一
第三目	保證之補充性	八三二
第三節	保證債務與其類似債務之關係	八三三
第四節	保證債務之成立	八三八
第一目	保證契約	八三八
第二目	被保證之主債務	八四四
第五節	保證債務之內容	八四七
第一目	保證債務之標的(物體)	八四八
第二目	保證債務之範圍	八四九
第三目	保證債務之體態	八五〇
第六節	保證債務之效力	八五五
第一目	債權人與保證人間之效力	八五五
第一款	債權人之權利	八五五
第二款	保證人之權利	八五六
第一項	主債務人權利之主張	八五六
第二項	為一般債務人之抗辯	八五九
第三項	保證人特有之抗辯(檢索之抗辯)	八五九
第三款	主債務與保證債務之關係	八六四

第一項	主債務及於保證債務之效力	八六五
第二項	保證債務及於主債務之效力	八六七
第二目	主債務人與保證人間之關係	八六八
第一款	概說	八六八
第二款	保證人之求償權	八六九
第一項	保證人受主債務人之委任而為保證	八六九
第二項	保證人未受主債務人之委任而為保證	八七三
第三項	多數債務人的保證人之求償權	八七五
第三款	保證人之代位權	八七七
第四款	保證責任除去之請求權	八七八
第七節	保證債務之消滅及保證責任之減免	八八〇
第八節	特殊保證債務	八八七
第一目	連帶保證	八八七
第二目	共同保證	八八九
第三目	再保證	八九一
第四目	求償保證	八九三
第五目	賠償保證	八九四
第六目	人事保證	八九五
第七目	信用委任	九〇〇

第九節

瑞士債務法關於保證規定之修正要點

九〇二

第二十五章

混合契約

九〇五

附 參考書目錄

九一一

債法各論（上册）

史尚寬著

總說

民法就各種之債所規定者，爲典型的債之關係。其種類依各國立法而有不同。在民商法對立國家，關於商行爲部分，移於商法。例如德國民法第二編第七章個個債之關係，共設（一）買賣、互易、（二）贈與、（三）租賃、（四）使用借貸、（五）消費借貸、（六）僱傭、（七）承攬、（八）居間、（九）懸賞廣告、（十）委任、（十一）無因管理、（十二）寄託、（十三）旅店中物之携入、（十四）合夥、（十五）共同關係、（十六）終身定期金、（十七）博戲、賭賽、（十八）保證、（十九）和解、（二十）債務約束、債務承認、（廿一）指示、（廿二）無記名證券、（廿三）物之提示、（廿四）不當得利、（廿五）侵權行爲。法國民法第三編第六章以下，規定買賣、互易、租用契約（*Contrat de louange*）（包括僱傭及承攬）、合夥契約、借貸（包括使用借貸消費借貸）、寄託及有爭執物之提存（*séquestre*）、射倖契約、委任、保證、和解。日本民法僅分爲贈與、買賣、互易、消費借貸、使用借貸、租賃、僱傭、承攬、委任、寄託、終身定期金及和解共十三種。在民商法合一國家，例如瑞士第二編個個契約關係，第六章買賣及互易、第七章贈與、第八章使用租賃及用益租賃（*Miete und Pacht*）、第九章使用借貸、第十章僱傭契約、第十一章承攬契約、第十二章出版契約、第十三章委任、第十四章無因管理、第十五章行紀、第十六章物品運送契約、第十七章經理及其他商業代理權、第十八章指示、第十九章寄託契約（包括倉

庫)、第二十章保證、第廿一章博戲及賭賽、第廿二章終身定期金及終身扶養(Verpfändung)、第廿三章單純的合夥、第三編公司及合作社：第廿四章無限公司、第廿五章兩合公司、第廿六章股份有限公司、第廿七章股份兩合公司、第廿八章有限公司、第廿九章合作社、第四編商業登記商號及商業帳簿：第卅章商業登記、第卅一章商號、第卅二章商業帳簿、第五編有價證券：第卅三章記名證券無記名證券及指示證券(內包括滙票、期票、支票、物品證券)、第卅四章公司債。我民法於「各種之債之標題」、規定有廿四種。即(一)買賣、(二)互易、(三)交互計算、(四)贈與、(五)租賃、(六)借貸、(七)僱傭、(八)承攬、(九)出版、(十)委任、(十一)經理人及代辦商、(十二)居間、(十三)行紀、(十四)寄託、(十五)倉庫、(十六)運送營業、(十七)承攬運送、(十八)合夥、(十九)隱名合夥、(二十)指示證券、(廿一)無記名證券、(廿二)終身定期金、(廿三)和解、(廿四)保證，而關於公司、票據、海商、保險、商業登記等，則讓於特別法。然各種之債，非盡於此。其非典型之無名契約，分別類推適用關於有名契約之規定(參照拙著債法總論一〇頁)。

第一章 買賣

第一節 買賣之意義及性質

第一目 買賣之意義

買賣(Entio; venditio; Kauf; vente; sale)，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(民法三四五條、日民五五五條、法民一五八二條一項、德民四三三條、瑞債一八四條一項)。

。約為財產的轉移者，稱為出賣人。約支付價金者，稱為買受人。

買賣為關於交易之基本的契約，自古行之。契約法之理論，多胚胎於此。買賣在自由經濟社會，為營利行為之代表的方法。然買方與賣方之利益，互相對峙，曾有買賣雙方交欺（*entio venditio irvicem se circumvenire*）之語。然為交易之發達，商業道德之增進，有平衡當事人雙方的利益之必要。在羅馬法，即以買賣為誠實交易行為（*bonae fidei negotium*），對於實價半數以下之出賣人，依所謂非常損失規則（*laesio enormis*），與以保護。法國民法亦有類似的規定（法民一六七四條）。德國民法及瑞士債務法，設有暴利行為禁止規定（德民一三八條二項，瑞債二一條），我民法從之（民法七四條）。又為買賣當事人雙方的利害之調節，自羅馬法以來，近代法一般均認有瑕疵擔保責任。在戰時或非常時期，實行統制的立法，對於國家之必需物資及民生日用物品，加以統制。因而買賣之標的物、數量、價金、交付時期等，均受限制（國家總動員法六條至八條）。

為期國際交易之發達，有將各國買賣法統一的規定之運動，一九三四年德、法、英、義諸國學者，已完成統一買賣法草案，至堪注意（註）。

【註】*Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes* (1934) vgl. *Zeitschrift fuer ausländisches und internationales Privatrecht*, IX (1935) Heft 1-3: Chauvean, un projet de loi international sur la vente, *étude de droit civil à la mémoire de Henri Capitant* (1938)
橋浦氏「統一買賣法草案」付イテ昭和十一年法學五卷四號至五號

第二目 買賣之性質

一、買賣為雙方有價契約

買賣當事人一方，負有移轉財產權之義務，他方負有支付價金之義務。買賣為有價契約之典型的契約。於契約性質許可之範圍內，關於買賣之規定，準用於其他有價契約（民法三四七條、日民五五九條、參

照德民四四五條)。

1. 出賣人須移轉財產權 買賣以財產權移轉爲目的，包括物及權利。除其性質或依法律規定不得爲交易之標的者外，均得爲買賣標的。從而所有物權及其他物權，自不得論，而占有、債權（包括電話使用權）、無體財產權，亦得爲買賣標的。未到期的債權之買賣，例如票據之貼現，亦爲有效。惟不得獨立移轉之權利，例如商標專用權（商標法一六條）、地役權，不得獨立爲買賣標的。非財產權，例如身分權、人格權、發明人著作人的名譽，不得爲買賣標的。性質上不得讓與之權利，例如受扶養之權利，法律上禁止讓與之權利，例如請領退休金之權利、領受撫卹金之權利，不得讓與（公務員退休法一四條、公務員撫卹法一六條）。

a. 買賣標的之財產權，無須現屬於出賣人，以他人之物或權利之買賣，是否有效，立法例有不同。民法以爲無效（法民一五九九條），我民法如同羅馬法、德民（四三三條）、瑞債（一八四條一項）、日民（五六〇條），以爲有效（民法三四八條）。然如不能取得其物或權利以移轉於買受人，則因主觀的不能，應負損害賠償責任。已屬於買受人之物之買賣，因無對象爲無效，同時將所有權移轉於買受人爲客觀的不能。然如僅將權利所屬問題懸置，使買受人取得或維持占有（例如由故買贖物者買回被盜之物），或使免除物上負擔，則仍爲有效。不知爲他人之物或權利時，出賣人是否得依民法第八十八條之規定爲撤銷，容後述明之。

b. 買賣標的物無須現已存在 將來產生或製作之物品或將來發生之權利，亦得爲買賣標的物。例如將來收穫之果實或將來竣工之房屋或呈請中之探礦權。（一）如約定將來財產權成立時應支付價金，則爲條件買賣（*emptio rei speratae*），例如物之買賣，以牝馬於翌年受孕而產一駒爲條件。此時以其財產權之成立，而負價金支付之義務。除按量計算外，不因已成立的物之數量細微短少，而減少其價金。反之不認其財產成立與否，即負有支付價金之義務，則爲希望買賣（*emptio spei*; *Hoffnungkauf*），此時利

得希望 (Gewinnaussicht) 爲買賣之標的，爲類似買賣之有償契約，具有射倖的契約之性質。例如一網之魚之買賣，彩票之買賣。一般的買賣，係期待其物之成立而訂立，將來的駒之買賣，可認爲就已受孕的牝馬之駒爲買賣。如牝馬並未受孕，則爲原始的給付不能，其契約爲無效。如牝馬產一死駒，則爲係因不歸責於債務人之嗣後的給付不能 (民法二二五條、二二六條)，債務人免其給付義務。收受金錢而委其將來的果實之收穫於他人，有時可認爲土地租賃 (Pacht)。

c. 財產權無須以買賣時已特定 不特定物或不特定權利，亦得爲買賣之標的。其給付之內容，以依法律或當事人之意思表示得確定爲已足。例如於米店定購上等白米一石，此時米店由數石白米中，任意取出一石，提出於買受人時，其一石米始爲買賣之標的物而特定。

d. 雖有財產的價值而非財產權者不得爲買賣之標的 例如業務上之秘密、營業上之顧客。以此等利益移轉爲目的之有償契約，爲類買賣之無名契約，應類推適用關於買賣之規定 (Palandt, zu §433, S. 433)。顧客關係之出賣人，應告知買受人以顧客之範圍及來源，依其情形並應爲介紹顧客，而不爲業務上之競爭。業務上秘密之出賣人，有告知買受人以秘密及爲其守秘密之義務，依其情形並有不爲營業競爭之義務。營業係爲一定之目的所結合之一團財產，其讓與雖非財產權本身之讓與，然爲以營業之有償讓與爲目的之契約，屬於類似買賣之有償雙務契約。此時非有整體的讓與行爲，出賣人應將屬於營業而未特別除外之積極的財產成分，分別依其所需移轉的方式使歸屬於取得人。關於無體的成分，例如顧客、營業秘密，應爲上述之協力。出賣人對於取得人，就其使營業維持原有性格繼續進行爲可能之一切關係，負有不加以妨害之義務，依其情形，並有不爲營業競爭之義務 (Ebn-Lehmann, §101, I, 5)。關於電力或其他能力供給契約，亦可準用關於買賣之規定 (RG 56, 408f; 67, 232; 82, 12f)。然如約定作成一定之結果，例如約定以電力照明一廳，則爲承攬。

勞務或工作之結果，雖亦有財產上之價值，然非財產權，不爲買賣之標的，分別依關於僱傭、承攬或

委任之規定。

e. 財產權之移轉 所謂移轉，雖有主張須將一旦已成立之財產權移轉於買受人。故限制物權之設定，非財產之移轉，惟可準用關於買賣之規定（岡村債權各論一九八頁）。然通說則謂限制物權之設定，亦屬於財產權之移轉。故有債的地上權或地役權等設定之約定，亦為買賣，蓋茲所謂移轉為承受，於移轉的承受之外，創設的承受亦應包括在內也（Wolff, §104, VI, S. 368; §108, I, Id. S. 387 鳩山債各二八四頁、末弘債各三五六頁、勝本契約各論三八頁、末川債權各論三〇頁）。不但待創設之權利，得為買賣之標的，物上負擔之消除，亦得為買賣之標的（Staudinger, z. § 433 V2b）。

【註】亦有主張集合物（營業、繼承財產）及其他經濟上之利益（顧客）、彩票及其他利益機會，均得為買賣之標的（Oser, Schönberger, zu OR § 184, I, 1. S. 790; Oertmann zu § 433, 1b）。

2. 買受人須支付價金 為出賣人財產權移轉之對待給付，買受人有為金錢支付之義務。如以他物或權利為對待給付，則為互易，而非買賣。以勞務之供給為對待給付，則為僱傭、承攬或委任，亦非買賣。以金錢之給付及其他給付為對待給付時，例如以金錢百圓及金錶一個為對待給付，則為兼有互易及買賣性質之附找價的互易（民法三九九條）。然一旦成立買賣後，將金錢債務之內容變更為金錢以外之物之契約（例如代物清償或更改）為有效。

a. 為價金債務之金錢無須為通貨 雖有主張應為通用貨幣（岡村債各一九八頁），然亦得為自由貨幣。
b. 價金債務以金額債務為常 然亦得為特種貨幣債務（包括絕對的及非本式的）（參拙著債法總論二三九頁以下）。

c. 價金之額無須確定 價金以依情形可得而定為已足（民法三四六條一項），故得約定依市價或以其確定委於當事人或第三人。依市價時，應依何時何地之市價，如當事人未有約定，依標的物清償時清償地

之市價（民法三四六條二項）。

d. 財產權之移轉與價金須在於對價的關係 因買賣為有債及雙務契約，雙方的給付，應互有對價關係，然兩者給付之價額，並不須為同一或近於同一。

二、買賣是否常為債權契約

買賣是否常為債權契約，與贈與同樣為學者間有爭論之問題。即非與契約同時為財產上給付之買賣契約，係以發生應為財產上給付之債權債務為其內容，自為債權契約。其與契約同時為財產上給付之買賣，即所謂現實買賣（現物買賣）（*Realkauf*；*Handkauf*；*Naturkauf*），是否為債權契約，則有歧見。

（一）債權說：謂買賣常係債權契約，其直接的效力為債權債務之發生，現實買賣亦有債權之性質。（二）非債權說：有以為物權契約之買賣，即為交互給付之物權行為，有以為非買賣而為特殊之有債契約（鳩山債各二八六頁以下）。（三）債權契約與物權行為結合說：謂此時契約訂立與履行混合為一，即為債法的結果（買賣契約）及物權的移動（所有權移轉）之結合。然在概念上則兩者應為分別，而其命運得有不問。買賣契約雖因瑕疵被解除，而物權的變動（所有權移轉）得仍存續（*Hedemann, Schuldrecht, §7, 1 p. S. 54*）。依物權的行為說，如現實買賣給與偽造貨幣，則僅得請求給付之返還，而依債權說，則出賣人仍有價金支付債權。同時如誤交以他物，則買受人得請求另交其所欲購之物。如以現實買賣僅有物權的行為性質，則被請求支付價金之買受人，主張現實買賣，為原告請求權之否認，從而使原告負舉證之責。反之如以現實買賣為債權契約，則主張現實買賣，係承認原告之債權，被告應證明其債權因清償等之原因而消滅。然在交易上通常以現金支付而訂立之行為，例如戲票、車票之買賣，除有反對證明外，應認為現金支付（*Enn-Lehmann §101, I, S. 394*）。依余所見如以現實買賣為債權行為與物權行為之結合的行為，即於履行行為之外，另有債權契約之存在，不過兩者同時成立，則以債權說為是。

三、買賣為諾成及不要式契約

當事人就標的物及價金，互相同意時，買賣即爲成立（民法三四五條後段、一五三條、法民一五八九條一項）。當事人爲給付並非成立要件，買賣除法律另有規定外（民法七六〇條），爲不要式契約。

第二節 買賣之成立

一、買賣爲諾成契約，以對於財產權之移轉，而支付價金爲目的。如就此二點，有當事人之意思一致時，以成立買賣爲原則。其他事項，例如契約費用、債務履行之時期及場所、擔保責任等，除當事人特以爲成立之要件外，不以有意思一致爲必要（民法一五三條）。

二、訂立買賣與否，以屬於當事人之自由爲原則。惟於有買賣預約及依法律之規定，有訂立買賣之義務時，爲其例外。買賣條件，違反統制的數量或價格時，其效力如何，如買賣之訂立可認爲強制的，則違反法定條件之契約，應爲法定條件所修正而認其效力。如買賣訂立爲自由，則其違反部分，應爲無效。然如當事人有非以違反法定條件之約款，則無使其成立契約之意思時，其全部契約爲無效。

三、買賣契約費用，爲訂立費用，例如印花、文件作成費、公證費、估價費等。除法律另有規定或契約另有訂定或另有習慣，應從其規定乃至約定或習慣外，應由當事人平均負擔（民法三七八條一款）。至於以電報爲要約及承諾時之電報費，爲訂立契約當事人所支出之旅費、住宿費，非買賣契約之費用，除有特約外，由當事人各自負擔。

第三節 買賣之效力

買賣爲雙務契約，適用關於雙務契約之規定，除有特別訂定外，應同時履行。雙方當事人均得請求交換給付。對於他方給付之請求，除自己有先爲給付之義務外，在他方已爲履行或爲同時履行之提出前，得

以同時履行之抗辯對抗之。雙方除另有訂定外，各就其過失負責。

第一目 出賣人之義務

第一款 財產權移轉之義務

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。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有一定之物者，並負交付其物之義務（民法三四八條、德民四三三條一項、參照瑞債一八四條一項前段、法民一五八二條、一六〇三條）。物與權利並稱，故所謂「權利」，係指所有權以外之權利而言。

1. 財產權之移轉 出賣人有使買受人取得所有權或其他權利之義務，不但負有擔瑕疵擔保責任，並負有作成此結果及排除其障礙之義務。在不動產所有權及他物權或準物權之出賣，為移轉之成立要件，出賣人有為書面的物權的合意及協力於移轉登記之義務。其他須登記之動產物權或須經註冊之權利，出賣人有為物權的移轉合意及為移轉之對抗要件而協力於登記或註冊之義務。在動產所有權之出賣，為移轉之成立要件，出賣人有為物權的移轉之合意及為物之交付之義務。在債權之出賣，須對債務人為讓與之通知。

【註】依德國一九四〇年關於已登記的船舶及建造中船舶之權利之法律（Gesetz ueber Rechte an eintragenen Schiffen und Schiffsbauwerken）第二條規定，已登記海船登記簿之海船所有權之移轉，以有當事人之所有權的移轉合意為已足。故此時所有權變動之登記，為更正之登記。第三條規定內河船舶登記簿之船舶之所有權移轉，以當事人之物權的合意及登記為必要。船舶之登記，受公信力之保護（同法一五條一六條）。未登記之船舶，則依民法之規定須有移轉之合意及交付。

2. 占有之交付 不動產所有權之買賣，出賣人並有交付其物之義務（民法三四八條一項）。其他權利之買賣，因其權利而得占有有一定之物者，例如永佃權、地上權、典權、租賃權、有質物擔保之債權之買賣，出賣人亦並有交付其物之義務（民法三四八條二項）。物之交付，不限於現實交付，簡易交付、占有改定

、返還請求權之讓與，均無不可。

3. 他人之物或權利之買賣。買賣得以他人之物或權利為標的。此時出賣人負有使買受人取得其物所有權或取得其權利之義務。即出賣人負有取得其物所有權或取得其權利而移轉於買受人之義務（參照日民五六〇條）。然依當事人合意，為出賣人之履行方法，得使由他人直接移轉於買受人（Staudinger, z. § 433, V, 1b 勝本契約各論五九頁）。然如當事人於買賣時不知其物或權利屬於他人，出賣人是否得依民法第十八條為撤銷。雖有主張惟於當事人依特約，以其物或權利屬於出賣人，為買賣契約之主觀的要件時，始有要素的錯誤之存在（勝本契約各論六〇頁、沼義雄債各二五〇頁）。依余所見，此時不獨適用關於瑕疵擔保之規定，如出賣人無過失，亦得依一般原則，適用關於錯誤之規定（Staudinger, z. § 433, V, 1b, Oertmann, 2aB），然如於訂約之際，當事人知其標的物屬於他人時，其買賣契約除有背於公序良俗外，為有效。此時依當事人之意思，得為買受人方面對於擔保責任之拋棄，或為出賣人方面對於買受人之特別擔保。於有疑義時，應認為出賣人擔保買受人取得物之所有權或取得權利（Denecke, z. § 433, V, 1, b, S. 33; Staudinger, z. § 439 I, E, S. 67）（註）。

【註】依日本民法第五六一條，他人之物之買賣，出賣人不能取得物之權利移轉於買受人時，如買受人為善意，有解除權及損害賠償請求權。如買受人為惡意，則僅有解除權。在我民法買受人如為善意自亦有同一之權利。如為惡意，則無解除權。然如雙方均為惡意，則可視同非可歸責於雙方當事人之事由而為給付不能，買受人得依民法第二六六條第一項規定，免給付價金，同樣出賣人如未為特別擔保，亦得依同一理由，免給付義務。

4. 出賣人原則上應移轉從物及從權利。為買賣標的之從物，除當事人另有訂定外，與主物同時移轉（民法六八條二項）。關於從權利雖無特別規定，理論上可為同一之解釋（參照民法二九五條八六二條一項）。

第二款 瑕疵擔保責任

一、概說

買賣為有價契約，出賣人應移轉的財產之全部或一部，不能移轉於買受人，或其已移轉之標的物有瑕

疵時，使出賣人負擔瑕疵責任，乃為增進交易信用及保護交易安全所必要。就權利之瑕疵，民法使買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利（民法三五二條）。就物之瑕疵，使買受人得解除契約或請求減少價金（民法三五九條）。就所保證品質之缺少，並使買受人得請求不履行之損害賠償（民法三六〇條）。此擔保責任之根據，（一）有謂為基於當事人間默示的擔保契約（Planck z. § 440; Motive, S. 212），然買賣當事人不必常預想權利或物有瑕疵而為意思表示，法律亦非以有如此意思為前提而認擔保責任，故此說不足採。（二）有以出賣人權利供與義務（*Verschaffungspflicht*）之履行，為擔保責任之基礎（*En-Lehmann*, § 106.3; *Oertmann* z. § 440, 1），此為德國學者通說。（三）謂在有償契約，法律為交易信用及動的安全，保護買受人之無過失責任（岡松氏無過失損害賠償責任論一七五頁八一〇頁以下，鳩山債各三一—頁）。依余所見，我民法既認物或權利之出賣人有使買受人取得所有權或權利之義務，以從第二說為妥。

二、關於擔保責任之特約

民法關於擔保責任之規定，為補充的規定，並無強行性。當事人如有特約時，依其特約。此特約可分為免除或限制法定擔保責任之特約，與加重法定擔保責任之特約。

1. 免除或限制法定擔保責任之特約 以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵擔保義務者，如出賣人故意不告知其瑕疵，其特約為無效（民法三六六條、德民四七六條、瑞債一九九條、日民五七二條）。出賣人知有權利或物之瑕疵，故意不告知買受人，而為不負瑕疵責任之特約，為詐欺行為，其特約有背於公序良俗，應為無效。故意不告知，謂出賣人知之，並認識買受人之不知而為沈默。如出賣人可認定買受人已查悉（例如已閱登記簿），則非故意不告知。日民第五百七十二條，此外規定就自己為第三人設定或讓與於第三人之權利，不得免其責任，即買賣標的之權利屬於他人或就其標物有權利因而應負擔保責任時（日民五七二條後段），出賣人自己使成立此等原因之事實，不得諉為不知。如不告知買受人而為擔保責任減免

之特約，其特約亦應爲無效。我民法雖未爲此規定，亦可爲同樣之解釋。於買賣契約訂立後，出賣人對於第三人權利之設定或讓與，則爲債務不履行或侵權行爲，而非瑕疵擔保之問題。出賣人雖未告知，而買受人於契約訂立時知其物或權利有瑕疵者，無本條之適用，出賣人不負擔保責任（民法三五一條、三五五條一項）。出賣人於訂約時雖故意不告知瑕疵，於訂約後不妨與買受人以合意有效的減免其擔保責任。尤其買受人於嗣後訂約時知其瑕疵爲然。然如嗣後之訂約係由出賣人之詐欺而成者，則其合意除背於公序良俗應爲無效外，爲得撤銷。

有多數瑕疵，惟就其中一部故不告知者，其他瑕疵之減免，不因而無效。數出賣人惟其中一人，故意不告知一瑕疵，則縱於買賣契約免除任何瑕疵擔保，他出賣人亦不得因而免其責任（*Darcke v. 1876, 2. 5124*）。

本條規定，不獨對於不告知瑕疵，而對於故意炫示其品質者，亦有適用。擔保減免之特約，於買受人之利益有重大關係，非可輕易推定，不可以中間省略登記之一事，認爲買受人對於中間出賣人免除其擔保責任（日本昭和九年一月廿五日大判）。

2. 加重法定擔保之特約 加重擔保之特約，一般爲有效。民法就債權特設有規定。出賣人就債務人之支付能力負擔保責任者，推定其擔保債權移轉時債務人之支付能力（民法三五二條、德民四三八條、參照法民一六九五條、日民五六九條一項）。依日本民法，推定爲擔保買賣契約訂立時之資力。依法國民法爲擔保現在之支付能力，而不及於將來支付能力。我民法從德民之例，推定不以契約訂立之時，而爲債權移轉時之支付能力。此時債權已屆清償期與否，在所不問。其後債務人之支付能力雖有減少，出賣人不負其責。於契約訂立後至移轉期間內，債務人成爲無支付能力時，出賣人仍應負責。買受人於此時得拒絕債權讓與之承受，無須先對債務人進行，而得對於出賣人請求擔保之履行（*Palandt, n. § 438, 2*）。關於支付能力擔保之範圍，民法未另有規定，雖有主張因債務不履行所生之利息及其他損害賠償，亦包括在內，然自

支付能力擔保特約之性質觀之，除當事人另有訂定外，應以其擔保標準之時點之債權範圍為標準（同說鳩山債各三一七頁）。尚未屆清償期之債權，其出賣人就債務人將來之資力為擔保時，依日本民法規定，如無特別意思表示，推定為擔保清償期債務人之資力（日民五六九條二項）。關於此點，我民法及德民均未有特別規定。德國學者卜朗克、史韜丁格認為在未屆清償期之債權，當事人之意思通常在於擔保清償期屆至時之支付能力（Planck, z. § 438, Staudinger, z. § 438 I a S. 63）。有謂在債權讓與時向未能因通知而使其屆清償期之債權，依其情形，當事人之意思通常非以債權之讓與時，而應以得因通知使其清償期屆至時，為決定擔保之時點（Daecke z. § 438, I, S. 55）。依余所見，如依其情形，將來成立或清償期屆至之債權，可認為當事人之意思在於擔保債務人之將來支付能力時，通常可認為擔保債務清償期屆至時債務人之支付能力，得因通知而使清償期屆至者，擔保得為此通知時債務人之支付能力。

支付能力擔保之性質，並非保證，而為特殊擔保契約，相當於品質之保證（民法三六〇條）。於債務人之支付能力不足時，就買受人不得受全部或一部履行所受之損害，出賣人負有填補之義務。支付能力之擔保，雖非保證，然依誠信原則（亦有主張可準用保證之規則如檢索之抗辯 *Cartmann z. § 438, 4, S. 386*），買受人請求履行，非證明債務人之支付能力不足不得受清償，不得向出賣人為擔保履行之請求，蓋支付能力並非支付意思也（*Palandt, z. § 438, I, S. 453*）。然民法第七百四十六條、第七百五十一條之規定，於此時亦有準用。支付能力之保證，與賠償保證雖相類似，然支付能力之擔保，係約定就自己債務負責，而非為他人債務負責，與賠償保證，仍有不同。債務人對於其債權人將其對於第三人之債權，為代替履行，讓與於債權人，而擔保第三債務人之支付能力時，民法第三百五十二條之規定，亦有準用。

債務人支付能力之擔保，惟限於一定期間內為承擔者，如於擔保期內得使其清償期屆至之債權買受人，未使其屆清償期並為請求，則出賣人擔保責任消滅。然如就債權之付入（*Eingang*）為擔保時，則出賣

人不得免其責。

三、瑕疵擔保責任之種類

出賣人擔保責任，分爲對於權利瑕疵之擔保與對於物之瑕疵之擔保。前者謂買賣標之物之權利全部或一部不得移轉於買受人時之擔保責任，後者謂買賣標之物之權利雖無瑕疵，然爲其權利標之物，存有瑕疵時之擔保責任。

第一項 權利瑕疵擔保責任

權利瑕疵擔保責任 (Gewährleistung fuer Mangel im Rechte; Warranty against defects of title)，謂出賣人不能將買賣標之財產權之全部或一部，移轉於買受人，或所移轉之財產權不完全時，所生出賣人之擔保責任 (民法三百四十九條至三百五十三條)。在羅馬法，買受人受占有移轉之物權，被第三人追奪時，發生此擔保責任。此原則大體爲德國普通法及法國所繼承，向稱追奪擔保 (Haftung Wegen Eviktion; Garantie Contre Eviction)。然在我民法，不以被取回 (追奪) 爲擔保之要件。例如買賣標之權利未經有效成立，或業經消滅時，亦可發生擔保責任 (民法三五〇條)。

物之出賣人有使買受人取得該物所有權之義務，權利之出賣人有使買受人取得其權利之義務 (Recht-verschaffungspflicht 亦譯爲權利供與義務)。因此出賣人不獨就一定狀態負有擔保責任 (民法三四八條、三四九條)，而並負有使標的權利爲完全自由，不有任何負擔之履行義務。即買受人得請求買受人使其取得權利或除去其權利上之負擔 (民法三四九條、三五三條)。依羅馬法，出賣人須爲所有權移轉行爲，然無使其取得完全權利之義務，惟就未能使取得的部分之損害，負擔保責任。出賣人之責任，於其物經第三人勝訴，由買受人取去或奪去所有權時，始行發生 (追奪擔保)。德國古法亦無履行義務，惟有擔保義務。出賣人就其所移轉於買受人之占有 (Gewere)，對於第三人之攻擊有防禦之義務 (Defensionspflicht)，由此發展成爲德國法之使取得權利之義務 (Rechtsverschaffungspflicht)。因羅馬法之繼承，使羅

馬法之追奪擔保責任，經意大利加強為防禦義務，而移入德國，遂成德民瑞債的使取得權利之義務（德民四四三條、瑞債一八四條、一九二條以下）。法國民法亦規定出賣人有防止追奪之義務（法民一六〇三條一六二五條）。依英國法，出賣人應使買受人取得所有權（property）並就權利瑕疵負擔保責任（*Im-
-Lehmann*, § 106, I, 3, S. 380）。我民法仿德瑞之例，亦規定出賣人有使買受人取得權利之義務（民法三四八條、三四九條、三五三條），即應努力於第三人權利之除去，否則應負債務不履行之責任（民法三五三條）。

一、權利之各種擔保

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、德民四三四條、瑞債一九二條一項）。買賣之標的物，包括物及權利之買賣。第三人之權利，包括所有權及其他權利。債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在（民法三五〇條一項、德民四三七條一項、瑞債一七一條一項、法民一六九三條）。其他權利，謂所有權以外之其他權利。有價證券之出賣人，應擔保其證券未因公示催告而宣示為無效（民法三五〇條二項、德民四三七條二項）。試分述之如次。

1. 所有權及其他權利移轉之擔保 物之買賣，應擔保其所有權之移轉。權利之買賣，應擔保其權利之移轉。屬於第三人之物或權利，出賣人不能取得而移轉於買受人，或移轉後第三人對於買受人得主張其所有權、共有權時，出賣人就權利所有瑕疵，應負擔保責任（民法三四八條、三四九條）。買受人無須被追奪，以有第三人主張之可能為已足（*Staudinger*, zu § 434, 4.）（註）。依德國判例，如出賣後尚有權利之繼續存在，則出賣人本人，甚至買受人，關於其權利，亦屬於茲所謂第三人（*RG*, 59, 404, *Ena-Lehmann*, § 106, I, 1, S. 380, *Dedecke*, zu § 434, 3, S. 48）。然如出賣人冒以為己物出賣與第三人，買受人已因善意取得動產權利，或依登記之公信力而取得不動產權利時，第三人對於買受人不復得主張其權利，則出賣人除對於權利人負侵權行為責任外，不負權利瑕疵擔保責任。

物之買賣，權利移轉之擔保，並及於從物。例如箱廚之鑰匙。

稱有為買賣標的不動產而存之地役權不存在時，依日本民法第五百六十六條第二項規定，準用關於所有權上有限制物權之規定。我民法如同德國民法，未另設有規定，解釋上應適用民法第三百五十條關於擔保權利確係存在之規定（Denecke, z. § 437, 2, S. 52, RG, 83, 198）

【註】依德國民法第四〇條第二項「出賣動產，並以所有權移轉之目的為交付時，買受人惟基於顧慮第三人之權利以之交付於第三人，或返還於出賣人，或其物毀滅時，得因第三人有占有其物之權利，請求不履行之損害賠償」，尚帶有追奪擔保之思想。此特別規定之理由，依史密特（Schmidt）在於買受人利益計算之困難（Erg.-Lehmann, § 107 I, S. 436）。

2. 所有權及其他權利完全之擔保（Veranschaffung des Vollrechts） 出賣人應擔保其移轉之權利，不因他權利之存在而受限制（民法三四九條），其他權利，例如不動產所有權上之地役權、地上權、典權、抵押權、物權的先買權，動產所有權上所有之質權、留質權、優先權（註一）（註二）。（二）不獨物權，債權的請求權，例如租賃權、為一定人利益之讓與禁止、土地權利設定請求權之預告登記、於依指示之交付占有人得對抗出賣人之抗辯，關於出賣的工廠營業之契約上限制。（三）公法上之處分，例如法之扣押、沒收。（四）不獨已成立之權利，尚未成立之權利，如因其於土地登記簿上之登記而有害買受人時之權利外像，亦包括在內（參照德民四三五條）。（五）然為私法生活之利益法律所有權之限制（例如因相鄰權所受之限制），公法上之稅捐及負擔、為公共利益之警察上限制及其他一般適用的法律上之限制（例如建築線），出賣人不負除去責任（參照德民四三六條）。（六）權利之買賣，不獨擔保債權不為抗辯權所對抗，並應擔保無其他反對權（例如抵銷權、撤銷權）之存在及不附有條件。

3. 債權及其他權利存在之擔保 債權人或其他權利之出賣人，應擔其權利確係存在，即應擔保其真實（Verität）（民法三五〇條前段、德民四三七條一項、法民一六九三條、瑞債一七一條一項），此係擔保權利於契約訂立時有其存在。依一般原則，以原始的客觀不能之給付為標的之契約，應為無效。出賣人惟就

契約上訂立之過失，負損害賠償責任。故此擔保責任為依民法第二百四十六條之例外特別規定而生。然其權利之成立，須於契約訂立時為可能，如依其種類根本成立不可能（例如法律所未規定之物權），則不適用，蓋買受人雖信賴此權利之成立，亦不足保護也。其權利未成立，已經消滅，附有滅却的抗辯，因撤銷或經抵銷而已不存在或不能貫徹，均有擔保責任成立（註三）（註四）。然不擔保權利之品質及其利用（*Guete*）。擔保責任惟就買賣之特點，擔保權利之成立及不附有抗辯。於買賣契約訂立後，出買人就債權之繼續，不負擔保責任，惟負等務契約履行上之責任（民法二六六條、二六七條）。擔保責任及於保證、抵押權及附從的權利（*Palandt, zu § 437, 1, 2, S. 452, 453*）。債權例如票據之出賣人，因貼現關係，應擔保票據之法律上成立（例如非為偽造之物）或其證券化的依背書而移轉的權利之成立。其中票據義務人之一人出賣票據時，亦同。又票據之出賣人，應擔保其簽名真實及方式之具備，出資人以權利為出資時，應擔保其權利之成立。其他權利，例如專利權、著作權、得移轉之他物權。專利權之出賣人，應擔保其專利權之合法成立。與土地結合之權利，與土地連同出賣者，出賣人應擔保其權利之成立。例如出賣土地與其所稱之地役權（*Dencke, zu § 437, 2, S. 34*）。個個之權利或債權，為集合財產或營業之一成分，一同讓與時，關於其權利及債權之成立，仍有擔保責任。然對全部集合財產及營業本身，不得類推適用本條規定。其成分的權利瑕疵，得為營業的品質之瑕疵（民法三五四條）。

4. 有價證券未失效之擔保 有價證券之出賣人，並應擔保其證券未因公示催告而宣示無效（民法三五〇條後段、德民四三七條二項）。有價證券，應從廣義解釋，謂無記名證券、票據、指示證券及其他表彰私權之證券，以其權利之利用與證券之占有有不可分之關係，權利非隨同證券，不得轉移，為其特色。有價證券不獨本身為有體物，而且為依證券而具體化其權利。因此就證券本身之關係，適用關於物之瑕疵之規定外，同時就其證券化的權利，應適用關於權利瑕疵之規定。尤其出賣人對於買受人應使其取得主張證券化的權利之權限。一定外國銀行券之買賣，其銀行券如係偽造，可認為物的瑕疵。證券純正的發出，然中

止其流通力，則有權利瑕疵之存在（RG, 108, 380）。票據不具備法定方式、禁止支付之無記名證券（民訴五六二條一項）、公司未經登記前發行之股票（公司法一五八條），皆為權利瑕疵。然出賣人就有價證券之品質（債務人之支付能力）、市價、交易能力、將來之盈餘分配，不負瑕疵擔保責任（民法三五二條）。例如股票盈餘分配之欠缺，既非權利瑕疵，亦非物之瑕疵。

有價證券之出賣人，不但依民法第三百五十條前段之規定，應擔保有價證券之存在，此外並應依同條後段之規定，擔保其證券並未因公示催告而宣示為無效。此係仿德民第四百五十七條第二項規定「應擔保不為無效宣示而為公示催告」，說法雖稍有不同，其用意則一。因在德國對於非因己意脫離權利人占有之物而為宣示無效之目的為公示催告之有價證券，出賣人是否應負權利瑕疵責任抑負物之瑕疵責任，向有爭執，本項規定即係決定為應負權利瑕疵擔保責任，而且無論如何對於公示催告所帶來的權利瑕疵之危險（禁止支付）負責（Doppelz. § 437.7. Abs. 2）。擔保之特點，仍為買賣契約訂立之時。當然此時尚未有確定的無效宣示之存在，然以公示催告之聲請為未足，須已有法院的公示催告之行爲，僅有法院內部之決定，尙為未足。須有公示催告之布告，蓋出賣人通常依此始得知其程序之存在也（Staudinger, zu § 437.4; Oertmann zu § 437.4）。此時買受人因其權利有失去之危險，其地位如同買受不屬於出賣人之權利。依交易觀念，有價證券之買受人不應強其確知對於此證券有無公示催告程序之開始，而應信任出賣人對於契約訂立時已發生的關於證券之程序所為之進行。於公示催告程序前或開始後，有法院的禁止支付之命令時，則係為聲請人之利益禁止讓與（民法七一八條、七二五條，民訴五六二條一項），依民法第三百四十九條之規定，即已發生出賣人瑕疵擔保責任。

【註一】買賣標的物全部不存在時，買賣契約為無效，殆無疑義。然標的物數量有不足時，出賣人有無擔保責任，依立法例而有不同。依日本民法第五六五條，指示數量而買賣之物有不足，或其他物之一部於契約訂立時既已滅失時，雖為原始的客觀的一部不能之契約，仍以其實質契約就全部成立為前提，就其不能部分，認有出賣人之擔保責任（即以為權利之不足應由出賣人負權利瑕疵擔保責任）。我民法如同德民法，未設此規定，然此為特別規定，如無明文

不能爲同一之解釋。故此時應依民法第二四六條規定，其原始不能部分絕對爲無效（Oertmann zu § 437 I, S. 383, 394）。惟於出賣人有契約訂立之過失時，應負損害賠償責任（民法二四七條）。在物之買賣如僅指定種類，例如酒一百瓶而僅給付五十瓶，則非物之瑕疵，而爲一部分債務不履行，得請求補行給付。如於封閉之罐盒中（沙丁魚、香煙），欠少通常之件數，則應與物之瑕疵爲同一看待（Hefemann, Schuldrecht, § 7, I, 2, S. 53, II, b, S. 62）。

【註二】依日本民法買賣之標的物附有優先權或抵押權時，不當然發生出賣人之擔保責任，惟於買受人因此等權利之行使，喪失其所有權時，始得爲契約之解除及損害賠償（日民五六七條）。我民法如同德民，僅以有此等權之附着即生出賣人之責任（Staudinger, zu § 434, 2 a, 4）。在日本民法，此時買受人雖爲惡意，出賣人仍負擔保責任，而在我民法則買受人爲惡意時，除契約另有訂定外，出賣人不負擔保之責（民法三五一條）。

【註三】關於債權之買賣，日本民法因無特別規定，如債權全不存在，爲原始之客觀不能，其契約爲無效，出賣人不負擔保責任，惟出賣人有契約上訂立過失時，始負損害賠償責任（我妻中華民國民法債各上二九頁）。

【註四】因契約訂立時已存在之撤銷原因，於契約訂立後經撤銷者，是否亦應負瑕疵擔保責任，則有不同之意見。赫德邁（Oertmann zu § 437, 1 b）爲肯定的主張，史韜丁格則爲否定。然就契約訂立時已存在之抵銷原因，則認爲出賣人亦應負此責任（Staudinger, zu § 437, 1, 4, b）。

二、權利瑕疵擔保之要件

1. 權利之瑕疵原因，須於買賣契約訂立時有其存在：此點瑞士債務法第一九二條第一項有明文規定（Oser, zu § 192, Anm. 12），德民第四三四條之文字雖不甚明瞭，然學者及判例之解釋，則爲一致（In-Lehmann, § 107, 1, S. 383；Denecke, zu § 434）。法國學者亦爲同樣之解釋（Planiol, Traite, no 1489 et suiv）。如契約訂立時並無瑕疵，而嗣後發生瑕疵者，雖生債務不履行或危險負擔之問題，然不生擔保責任之問題（In-Lehmann, § 107 I, S. 385）。出賣人之擔保責任爲由雙務契約所生特殊之責任，與債務不履行之責任不同，不以出賣人之故意或失爲必要。

2. 買賣標的給付，除民法另有規定外，須非原始的客觀不能：出賣人應就契約訂立時已成立的主觀不能，負擔保責任，此爲擔保責任意義之所在。如爲客觀不能其買賣契約應爲無效（民法二四六條參照拙著實法總論三六七頁 In-Lehmann, § 107, 1, S. 415）。物之買賣，其物於買賣時原不存在者，其買賣應爲無效

。然關於債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在（民法三五〇條），則爲此原則之例外。但其權利亦須在法律上有成立之可能。例如不動產質權，爲我民法所不許，出賣人無從擔保其成立，其實賣應爲無效。

3. 須買受人不知有權利之瑕疵：買受人於契約成立時，知其權利之瑕疵者，出賣人不負擔保責任。但契約另有訂定者，不在此限（民法三五一條、德民四三九條一項、瑞債一九二條二項）。（一）須於契約訂立時知有瑕疵，如於其後始知之者，除買受人對於由擔保責任所生之權利爲拋棄外，出賣人不得免其擔保責任。（二）其知悉之內容，須爲關於權利瑕疵之危險，如可認爲當事人有除去瑕疵之意思，則僅以知有瑕疵爲未足。例如附有抵押權負擔之土地出賣人，如可認爲抵押權之除去爲當事人默示之合意，則買受人雖知有抵押權，不能使出賣人免其擔保責任。然如買受人以負有負擔之狀態而爲承受（扣去抵押權所擔保債額而定買價），則根本不成立擔保責任。（三）出賣人負有除去權利瑕疵危險之義務者，買受人雖知其危險，仍成立擔保責任。（四）當事人雙方均知瑕疵之存在，而係關於全部標之物之所有權者（他人物之買賣），除有背於公序良俗應爲無效外（參照瑞債二十條），應認出賣人之特別擔保，已如前述。（五）民法第三五一條惟適用於法律所定的責任，而不適用於契約上之保證。（六）須買受人實知有瑕疵，其因過失而不知者，不得視同已知。然如買受人違反誠信原則，放棄知悉之機會時，則等於已知。例如對於送來的登記簿之冊頁，故不閱讀。雖於登記簿有異議登記或預告登記，如買受人實不知之，仍不能使出賣人免擔保責任。其登記惟可使出賣人易於證明買受人已知權利瑕疵，蓋出賣人原有告知瑕疵之義務也（Staudinger, zu § 439, I, c, S. 68, 67, Oser zu § 152 IV 3, S. 821, 822）。

4. 須買賣當事人未另有特約 瑕疵擔保責任當事人，得以契約免除或限制之。如有特約，除其特約應爲無效，應外依其特約（民法三六六條、德民四七六條、瑞債一九九條、日民五七二條前段）。

三、權利瑕疵擔保之效力

民法不以權利瑕疵責任爲法定擔保責任之結果，而以爲契約履行之一部，故不以出賣人之義務限於賠償責任，而規定「出賣人不履行民法第三百四十八條至第三百五十一條所定之義務者，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、德民四四〇條 *Enn-Lehmann*, §197, I, S. 415）。然惟對於主義務有適用（主義務謂與他方給付有對價關係之義務，無之，則不欲訂立契約），對於附從義務或主義務之樣式則不適用，通常惟依一般遲延之原則（經催告或確定期限屆至，債務人之過失或履行之拒絕），而應負損害賠償責任（*Staudinger*, zu, § 440, I, 2, S. 70）。

1. 拒絕價金之給付 買受人得依同時履行之抗辯在出賣人完全移轉權利前，拒絕支付價金（民法二六四條一項）。然如瑕疵甚微，例如地役權惟輕微減損出賣土地之價值時，通常限於價金之減少（民法二六四條二項），並應同時受民法第三百六十八條規定之限制。

2. 出賣人未爲權利移轉行爲時

a. 買受人得請求出賣人爲無負擔的所有權之移轉（民法三四八條）。出賣人縱於買賣契約訂立時已在不能履行之狀態，買受人亦得訴請履行。出賣人應就權利供與及其主觀的不能負責（*Dasecke* zu §440, I, b.）。

b. 移轉義務之履行，爲出賣人主觀的不能，買受人能證明者，得逕請求全部不履行之損害賠償（民法二二六條一項）或解除契約（民法二五六條）或免給付價金（民法二六六條一項）（*Enn-Lehmann* a. a. O., S. 415, 416）。買受人不能爲此證明者，於出賣人之權利供與義務陷於遲延（確定期限屆至或經催告）時，亦得依民法第二百五十四條規定解除契約（*Enn-Lehmann*, a. a. O., S. 416）。

3. 出賣人已爲部分之履行者 例如出賣人已交付占有或同時並移轉有負擔之所有權，此時應適用關於部分履行之規定。

a. 買受人得請求出賣人爲權利之移轉或負擔之除去（民法三四九條）。

b. 出賣人主觀的部分履行不能者，買受人（一）得請一部分不履行之損害賠償（民法二二六條二項之反面解釋），（二）比例減少價金（參照民法二六六條一項但書），（三）部分履行於買受人無利益者，例如出賣人就其所交付土地非為其所有人，或原為建築目的購買土地，而其土地有長期租賃之存在，則通常於買受人為無利益，買受人得返還標的物，而請求全部之損害賠償（民法二二六條二項），或解除契約並請求賠償（民法二二六條二項二五六條），或返還標的物而免給付價金。

c. 因第三人就標的物有權利之瑕疵，其除去為主義務時，買受人是否得逕請求不履行之損害賠償，抑應先訴請其除去，應解釋出賣人於訴訟上不主張其準備除去及其除去為可能，則逕請求不履行之損害賠償，非所不許（Soergel zu § 440, S. 633）。

4. 有違約金之約定者，買受人亦得請求違約金之支付（民法二五〇條至二五三條）。
出賣人之行為同時構成侵權行為時，買受人於契約解除權之外，並有損害賠償請求權。列如買受人為建築，購置土地，出賣人故意隱蔽通行地役權，買受人不知，購買建築材料而不能建築時，除得解除契約外，並得依侵權行為，請求損害賠償。買受人亦得因被詐欺及錯誤而撤銷其意思表示，然此結果與解除契約相同。

【註】德民第四四〇條第一項規定，出賣人不履行其依第四三三條至第四四七條（與我民法第三四八條至第三五二條相當）所負之義務時，買受人之權利，依第三二〇條至第三二七條之規定。我民法第三五三條以之視同債務不履行上之責任，概括的規定買受人得依關於債務不履行之規定行使其權利，雖未言明依雙務契約之規定，然買賣為雙務契約，自亦可準用其規定以為解釋。嚴格言之，民法第二六六條以下之規定，惟應適用於嗣後的不能，然依民法第三五三條規定，對於原始的不能，亦有準用。德民第四四〇條第一項所指示同法第三二〇條至第三二七條之規定，係關於雙務契約一般規定，包括關於同時履行之抗辯（三二〇條至三二二條）、危險負擔（三二三條至三二四條）及因給付不能或遲延之解除或損害賠償之請求（三二五條至三二七條）。我民法只為概括的規定，應按一般債務不履行時債權人所有之權利，以決定買受人之權利。即買受人（一）得依民法第三四八條第三四九條規定請求權利之移轉及負擔之除去。（二）得依民法第二六四條為同時履行之抗辯（參照我妻中華民國民法債各上三五頁六三頁）。

(三)得依民法第二二六條請求損害賠償。依第二六六條第一項規定，免給付價金之全部或一部。(四)得依民法第二五四條、第二五六條解除契約。(五)得依民法第二五〇條至第二五三條，請求違約金之支付。

第二項 物之瑕疵擔保責任

物之瑕疵擔保責任 (Sachmängelhaftung; Gewährleistung wegen Sachmangel; garantie contre les vices de la chose; warranty against defects of quality)，謂出賣人對於物之品質上瑕疵之擔保責任。在羅馬法，買賣標的有物之瑕疵時，買受人得提起解除之訴 (actio redhibitoria, l'actio redhibitoria) 使契約解銷 (Rueckgängmachung) 或提起減價之訴 (actio quanti minoris; l'actio en réduction de prix) 請求減少價金。德民 (四六二條)、瑞債 (二〇五條)、法民 (一六四四條)，從之。日民則規定買受人得爲契約之解除或爲損害賠償之請求 (日民五七〇條、五六六條)。我民法則規定得解除契約或請求減少價金 (民法三五九條)。

一、所擔保物之瑕疵

物之出賣人對於買受人應擔保其物依第三百七十三條之規定，危險移轉於買受人時，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，不得視爲瑕疵。出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質 (民法三五四條、德民四五九條、瑞債一九七條一項)。(一)物包括動產及不動產。(二)瑕疵得雙重的成立，即 (a) 民法所定積極的瑕疵之存在 (民法三五四條一項)。(b) 或所保證特別品質之不存在 (民法三五四條二項) 時，均有其存在。(三) 本條規定對於特定物及種類買賣，均有適用。惟於後者另有民法第三四六條之規定。出賣之權利，如其權利得占有一定之物者，依其情形，得準用關於物之瑕疵之規定。(四) 本條原則上惟適用質的瑕疵 (Qualitätsmangel)，而不適用於量的瑕疵 (Quantitätsmangel) (Oser, z. § 197, Ann. 13, S. 833)。然如契約上數量的指示，爲品質的表示者，則量的瑕疵實爲質的瑕疵，例如邇狹的桌布，集郵冊中郵票之

缺少，一應香烟內枝數之短少，營業中營業重要工具之欠缺。出賣人保證一定之數量而為出賣者，則可準用民法第三五四條第二項關於保證品質之規定（保證土地一定之面積而為出賣者，德民第四六八條有此規定）。（五）給付他物者，為非依債務本旨之給付，並無給付之存在。（六）買受人之物異於買受人所認定者，例如不純銅誤以為純銅，則為關於錯誤之問題。

1. 滅失或減少價值之瑕疵 價值為客觀的交易價值，一般價值之減少，基於物的效用之減少，但亦得有效用不減少而價值減少者，例如為貨物之外觀有欠缺，因而使其貶值。瑕疵多關於物之有形的品質，然亦有基於法律的或社會的關係者，例如土地受有建築線之限制。價值減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵。其無關重要，應由出賣人證明之。亦有非不關重要之瑕疵，而因其繼續期間甚短或因易於除去，依其情形，亦為無關重要。

2. 滅失或減少通常效用或契約預定效用之瑕疵 物之效用，不獨自物之抽象的通常使用，而並依契約所預定的使用為決定。即效用之瑕疵，應主觀的及客觀的決定之。土地之買賣為建築之用，抑為耕作之用，房屋之買賣為出租之用，抑為拆除之目的，馬之買賣為挽車之用，抑為乘坐之用，應依當事人之主觀的意思決定之。在某一觀點上為瑕疵，而在他一觀點上得為利益。預定的效用，以僅有買受人一方之預定為未足，須有雙方當事人之意思一致，但無須為明示，默示的亦可。當事人所約定價金數額之多寡，往往可為此意思解釋之依據。僅為一定之目的而出賣者，則僅為此目的之效用，應予顧及。例如為拆除及新建之目的而出賣房屋，則其不堪修繕之狀態，不予考慮。供出租房屋之買賣，則其可住性為預定之效用。以採伐之目的而買受山林，而其採伐未得該管官署之許可，則為預定效用之欠缺。效用減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵。

3. 所保證品質之欠缺 保證不限於物質的品質，而並及於可影響其價值或效用之一切法律上或事實上之關係。例如在房屋之出賣，其租金或其他收益、火災保險給付金額或其可住性之保證；在土地之出賣，其

地（例如面臨公路）適於建築或禁止鄰地建築權之保證；在藝術品或製作品之出賣，其作成人或其來源之保證；貨物之出賣，其已到達國內，已在航運不被扣押或已經許可輸出之保證；營業之出賣，其有收益能力之保證；躉買躉賣，其數量之保證。關於物的效用或價值之品質，雖非重要，出賣人不妨為保證。然此時往往可認為當事人不欲將無關重要之瑕疵除外，而仍由出賣人負擔保責任。欠缺不存在（無欠缺）之保證，亦可視為品質之保證。保證不獨向將來，亦得就現在及過去為之。契約訂立時所保證品質，雖尚未存在，然出賣人不妨於訂約後作成其有此品質之狀態。

保證須以受拘束之目的而為之，即須構成契約的成分，而為給付之一部。故在土地之出賣，其保證亦須依民法第七百六十條所定之方式。在有多數出賣人，應由其全體為之。契約上預定之品質，尚不能認為保證。出賣人承擔其品質存在之擔保，並約定於其品質欠缺時，就其一切結果負其責任，始有保證之成立。買受人一方的就某種品質之表示，或出賣人一方的無確定的內容之一般誇示（尤其廣告），均為未足。必須雙方有契約上特別買賣之認識。然如買受人確定其品質，而出賣人予以同意，則有效成立。例如僅為預定的，而非契約上所保證之物之向來的收益數額之欠缺，非茲所謂物之瑕疵，惟依契約保證過去的收益數額，始等於品質上之瑕疵。焙爐之出賣人術示其爐善美，非為品質之保證。反之馬商保證其馬完全健康，則為品質之保證。

保證危險移轉時存在之品質，將來亦繼續存在者，為特別擔保契約之對象，不適用民法第三五四條以下之規定。尤其民法第三六五條擔保請求權之規定，不適用之。保證之從權利，非為品質之擔保，而為民法第三五〇條權利成立之擔保。

約定作成物之品質，為附從契約（*Nebanvertrag*），非品質之擔保。約定第三人對於所出賣之物的利用上之必需品，為供給者，非品質之保證。此時如第三人不為供給，於有對於第三人供給請求權之讓與而保證其請求權之成立時，則買受人得依民法第三五〇條第三五三條之規定而為主張。如僅為履行之擔保

，則應適用關於雙務契約履行遲延之規定。一定時期內承擔保證者，例如出賣鐘錶、腳踏車，保證其兩年內之使用者，通常出賣人不負取回其出賣物之義務，而惟於保證期間負有無價的修繕之義務。

二、物的瑕疵擔保之時點

權利瑕疵，惟於契約成立時業已存在者，出賣人始負擔保之責。物的瑕疵則不然，依民法第三五四條之規定，危險移轉於買受人時「物之交付之時或契約所定危險移轉之時，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（民法三七四條），土地於交付前已為移轉登記者，於其登記時（Erdman, zu § 459, 4. S. 614）」，有物的瑕疵之存在者，無論其瑕疵於契約成立時業已存在或於契約成立後始行發生，出賣人概應負擔保之責（民法三五四條一項二項）。有應注意者，為下列各點。（一）於買賣契約訂立時，瑕疵雖已存在，而於移轉危險負擔時業已除去者，不問基於如何理由，出賣人不負擔保責任。（二）瑕疵於買賣契約成立後危險負擔移轉前發生者，（a）其因非可歸責於雙方當事人之事由而生者，出賣人應負瑕疵擔保責任，此為一般學者之所公認。（b）因可歸責於買受人或出賣人之事由而生者，有謂應分別依債權法一般之原則而為解決，即因可歸責於買受人之事由而生者，為危險負擔問題，因可歸責於出賣人之事由而生者，為債務不履行之問題（民法二二〇條）（我妻中華民國民法債各四二頁四三頁）。依史韜丁格之意，因可歸責於雙方當事人之事由而生者，適用關於瑕疵擔保之規定。因非可歸責於買受人之事由而生者，應適用德民法第三二四條第三二五條（我民法二六七條）之規定。因可歸責於出賣人之事由而生者，則於瑕疵擔保責任之外，買受人亦得依德民法第三二五條債務不履行之規定，行使其權利（我民法二二六條二五六、二五七條），不受德民第四七七條短時效期間之限制（Staudinger Vorb. vor § 459, 6. S. 124, 125）。亦有主張契約訂立後危險負擔移轉前之中間所生之瑕疵，除因可歸責於買受人之事由（包括受領遲延）而生者外，應適用德民第三二四條規定（我民法二六七條），自瑕疵擔保責任（an-Lehmann § 108, I, 1a, S. 422; Palandt z. § 459, 6）。依余所見，以史韜丁格所說為可採。然因可

歸責於出賣人之事由而生之瑕疵，買受人雖亦得依關於債務不履行之規定行使其權利，然仍應適用民法第三五六條及第三五七條之規定，除出賣人故意不告知瑕疵外，買受人如怠於通知瑕疵於出賣人，視為承認其所受領之物。(三)契約訂立時已有預定的品質之欠缺時，出賣人依民法第三五九條之規定負瑕疵擔保責任。從而除出賣人故意不告知物之瑕疵外(民法三六〇條後段)，買受人不得再依民法第二四七條之規定請求消極的契約利益之賠償(Staudinger, a. a. O. 6, b, S. 125)。(四)契約成立後交付前，標的物滅失時，非瑕疵擔保之問題，從而應依嗣後不能之一般原則，按其滅失可歸責於出賣人或買受人或基於非可歸責於雙方當事人之事由而為解決。

所保證品質之欠缺，亦以危險負擔移轉時為準(民法三五四條二項)。但當事人亦得另定時點。例如以契約訂立時為準。如於契約訂立時所保證之品質已不存在者，買受人亦得依民法第二四七條規定，請求消極的契約利益之損害賠償。

瑕疵擔保請求權，依民法第三五四條之規定，於危險移轉時始成立，在危險移轉以前，惟於其瑕疵之除去，迄於危險移轉時已為不能，或出賣人已確定的為拒絕時，買受人亦得主張之。欠缺所保證之品質，而不能使其具備者，亦同(Erbman zu § 459, 4, S. 614; Deacke zu § 459, 3, B. 1b, S. 93; Ebn-Lehmann, § 108, I, 1a, S. 422)

三、物的瑕疵擔保之要件

1. 物之瑕疵須於危險負擔移時尚存在 買受標的物之利益及不利益，自交付時起，均由買受人承受負擔(民法三七三條)，故出賣人擔保之瑕疵，應以危險負擔移轉前已發生而尚存在者為限。如發生於危險負擔移轉以後，則應由買受人負擔。

2. 買受人須不知有瑕疵並無重大過失 買受人於契約訂立時知有滅失或減少物的價值或效用之瑕疵者，出賣人不負擔保責任。買受人因重大過失而不知之者，出賣人如未保證其無瑕疵時，不負擔保責任，但故

意不告知其無瑕疵者，不在此項（民法三五五條一項二項，德民四六〇條，瑞債二〇〇條）。

(a) 買受人知有民法第三五四條第一項之瑕疵：(一) 買受人自己於契約訂立時知其物有此瑕疵之成立時，出賣人不負擔保之責，然買受人僅有懷疑為未足，須知其瑕疵之全部，僅知其細小之部分，尚不能使出賣人免其全部瑕疵擔保責任。(二) 日本民法規定為「有隱在的瑕疵」(日民五七〇條)，然此尚不足表示買受人「知有」之情形，隱在之瑕疵，得對於其他之人為不易見，然為買受人所知，亦得一般為易見，然為買受人所不知，此後一情形，為民法第三五五條第二項所規定。(三) 買受人之代理人迄於契約之訂立為買賣之商談者，其知有瑕疵，等於買受人之知。買受人須於契約成立時知有瑕疵，於成立後始知有瑕疵，則為檢查通知之問題(民法三五六條)。(四) 買賣須以字據訂立者，於訂有字據時始有買賣契約之成立。在試驗買賣，以買受人為承認之表示時為標準(民法三八六條至三八七條)。(五) 買受人雖知有外表之瑕疵，而不知其足以滅失或減少物之價值或效用之情形者，仍不能使出賣人免負擔保責任。(六) 買受人雖知有瑕疵，然如出賣人，特別約定除去其瑕疵時，買受人仍基於瑕疵有請求權(準用民法三六〇條 *Em-Lehmann, § 108, I, 1a, S. 424*)。於此時出賣人之義務，應依一般之契約原則定之。其義務之成立與範圍亦同。(七) 出賣人保證物之品質時(民法三五四條二項)，民法第三五五條之規定不適用之(因德民第四六〇條前段規定「買賣契約訂立時買受人知物有瑕疵時，出賣人不負擔保責任」，未將保證品質欠缺之瑕疵除外，故解釋上亦包括在內，我民法則明以第三五四條第一項之瑕疵為限，此點與德民有不同)。

(b) 買受人因重大過失不知有民法第三五四條第一項之瑕疵 因重大過失之不知，等於已知。是否有重大過失，應依其情形具體的決定之。買受人於買賣契約訂立時，不使出賣人示以其物或出賣人示其物時買受人不為任何檢查，則於其中可能有重大過失之存在。尤其依交易習慣，非加以檢視不為其物之買受時(例如房屋、貴重物品、藝術品)為然。但若出賣人表示全無瑕疵，則買受人雖聽信其言未為檢視，亦無

重大過失之存在。

買受人有重大過失時則出賣人不負擔保責任。但有左列兩例外情形時，出賣人仍應負擔保責任。

(一) 出賣人特別保證其無瑕疵時(民法三五五條二項、德民四六〇條末段、瑞債二〇〇條二項) 不問買受人就其不知有無重大過失，如出賣人特別保證其無瑕疵(民法三五四條一項)則應負擔保責任。

(二) 出賣人故意不告知其瑕疵 出賣人知有瑕疵或推定其存在，並知買受人之不知而故意不告知，即出賣人認識其告知可能使買受人不訂立契約或不以其條件訂立契約，而隱匿其瑕疵。至於買受人是否正因其未告知而至於訂立契約，在所不問。重要之點，在於依誠實信用原則，出賣人是否有告知之義務以為斷，並無須以欺騙為目的，出賣人對於其確知之瑕疵，故使為可疑或隱蔽可使疑有瑕疵之因素，則等於故意不告知。出賣人之代理人，於一般代理範圍之故意不告知時，準用民法第二二四條之規定，出賣人亦應依民法第三五五條第二項但書之規定，負擔保責任。如逾越代理權限，則出賣人惟就其選擇上之過失(culpa in eligendo)，負消極的契約利益賠償之責(民法二四七條)。依其情形，亦應依民法第一八八條，負僱用人之責。雖未隱匿瑕疵，故意炫示有某種品質者，可與故意不告知瑕疵同視，因所炫示之品質之欠缺，通常為所約品質之欠缺也。

有數出賣人時，其中一人故意不告知一瑕疵，則買受人對於全部出賣人有瑕疵擔保請求權。對於出賣人不告知瑕疵，買受人雖與有過失，不必考慮。出賣人不得基於買受人之過失而為主張(Destcke, zu § 460, 3, S. 106)

買受人知有瑕疵及其有重大過失而不知，由出賣人負舉證責任。買受人有重大過失而仍為擔保請求者，應證明出賣人故未告知或保證其品質或約定嗣後除去其瑕疵。

3. 買受人就受領之物須為檢查通知 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保責任之瑕疵時，應即通知出賣人。怠於為通知者，除依通常檢查不能發見之瑕疵外

· 視為承認其所受領之物。不能即知之瑕疵，至日後發見者，應即通知出賣人，怠於為通知者，視為承認其所受領之物（民法三五六條、瑞債二〇一條、德商三七七條一項至三項、日商二八八條一項）。此檢查及瑕疵通知義務（*Untersuchungs und Rügepflicht*），在歐洲中世紀，商人間為出賣人之利益，既已認為買人所應負擔。日、義、西商法，均認有此義務。在民商合一國家，例如瑞士及土耳其，均規定於債務法中，我民法從之。然此義務，非真正的法律上之義務，乃為使其不失去瑕疵擔保請求權不得不為之負擔，實為一種間接的義務。

a. 適用範圍 在民商法分離國家，此規定之適用，以商人間之買賣為限。依瑞士債務法第二〇一條前段規定，買受人應依交易上之慣行儘可能從速（*Sobald es nach Geschäftsgänge tunlich ist; aussit qu'il le pent après la marche habituelle des affaires*），檢查所受領之物之品質。我民法則規定「買受人應按物之性質，依通常程序，從速檢查所受領之物」。所謂「按物之性質依通常程序」，自亦應斟酌交易上之習慣而為衡量。（一）依瑞士債務法解釋此檢查通知程序應依交易上之慣行，原為商人間商品之買賣而設，然其適用範圍，則不限於商人間（*Ober zu § 201.1.1.a.S. 840*），於非商人間亦有適用（*Funk, a. rt. 201.1.p. 144*）。我民法亦可為同樣解釋。（二）無論為動產或不動產，為特定之物或種類物買賣，均有適用。（三）無論為同地買賣（*Platzkauf*）或為異地買賣（*Distanzkauf*），亦均有適用。但關於異地買賣另有民法第三五八條之適用。（四）對於預定的品質之瑕疵及保證的品質之瑕疵，同有適用。（五）惟對於品質上之瑕疵有適用，對於量的瑕疵不適用之（*Bachmann, art. 201, no 10, p. 352; Ober a. a. O. Ann. 2. d. S. 840*）。依日本商法，受領之物數量有不足時，買受人亦負有檢查通知之義務（日商二八八條），我民法未可為同樣之解釋。（六）為一切瑕疵擔保之請求權，不問其為解除契約、請求減少價金或不履行之損害賠償，買受人均有履行此義務之必要。（七）出賣人交付異於買受人所訂購之物時，不適用此規定。（八）買受人因錯誤受領較所約定者為優良之物，隨後以之為較其品質為差之物而轉賣時，不適

用之 (Bachmann, art. 201, no 13, p. 353) 。

b. 要件 (一) 無須爲商人間之買賣：然買受人須按物之性質，依通常程序爲檢查及通知。亦應按買賣之性質，當事人之身分，即因其爲再轉賣而爲買賣，或因其爲商人或非商人，而應有別。(二) 須買受人受領標之物。茲所謂受領，謂將標之物於得檢查之狀態事實上爲受領，其以爲履行而受領與否，在所不問。苟標之物已置於此狀態，例如標的建築材料已卸置於買受人之建築場所，則可謂既已受領。反之標之物未置於此狀態，例如依載貨證券所有權既已移轉於買受人，而其貨物尚未現實的入於買受人之手，則不能謂已有受領。故送交之物，非以交付其標的物於運送承攬人或以到達目的地之停車場時，而以交付於買受人時，爲有受領。然如運送承攬人爲買受人之代理人而受領之者，自當別論。僅由買受人於出賣人之倉庫選定商品，而要求出賣人於有請求發送前爲保管，尙未足以構成寄託而強買受人以管制及先爲檢查。然如出賣人因有特別約定，應爲買受人寄存商品於其倉庫，則檢查之期間自寄存之時開始。買受人請求出賣人送交商品於第三人時，則瑕疵通知之期間應自交付與第三人時開始。檢查期間自事實上得就商品爲檢查之時開始，買受人雖拒絕檢查先期交付之物，自其拒絕之時開始。應於出賣人住所交付之物，因買受人之特別請求，由鐵路發送於其他處所時，檢查期間自交付於其處所時開始 (Bachmann, art. 201, no 15-24, p. 353-354) 。

(三) 須標的物有瑕疵。所謂瑕疵以品質上之瑕疵爲限，已如前述。超過預定或保證的品質時，無通知之義務。與標的物完全相異之物，亦無通知之義務。(四) 須非出賣人故意不告知瑕疵。出賣人知標的物有瑕疵，故意不告知買受人時，無民法第三五六條之適用，即買受人仍有瑕疵擔保請求權 (民法三五七條、德商三七七條五項、瑞債二〇三條) 。

(a) 物之瑕疵於交付時不易發見或經詳細的專門的檢查，始可發見者，出賣人期待買受人不發見，欲因自己所認識違反契約之交付，而引起違法之結果，則爲故意不告知。(b) 瑕疵易於發見者，出賣人爲隱蔽瑕疵之設施 (例如將約定之標本送交買受人，而發送較劣之物品，以期買受人信任其標本而不爲檢查，或爲假包裝，虛偽之標示，賄賂買受人之使用人

，使買受人不為相當之檢查），或就不存在之品質或瑕疵之不存在，故為不實之保證，則構成故意不告知。
 (c) 貨物雖經檢查，而其瑕疵亦非隱在，然由出賣人巧為隱蔽，而其檢查亦不生結果，則較故意不告知為尤甚 (Staub, z. HGB, § 377, Ann. 149 a)。

c. 為瑕疵通知之時期 民法分為即可發見之瑕疵，與不能即知之瑕疵，而異其規定。(一) 即可發見之瑕疵，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保責任之瑕疵時，應即通知出賣人。(a) 所謂應即通知，謂於通常程序經過後，應即為之。(b) 所必要者，為瑕疵之通知，而非標的物之檢查，故未採取檢查之方法，而知有瑕疵，苟於檢查必要時間內，將其瑕疵通知出賣人，則雖為未檢查，買受人亦不失其瑕疵擔保請求權。反之，如於此期間不為瑕疵之通知，則不問已為標的物之檢查與否，均喪失其請求權。(c) 檢查必要期間，應按物之性質、買賣種類及利害關係之人，依通常程序為檢查所需之時間定之。啤酒之買賣，其檢查惟於鑿孔後始為可能，先期檢查於品質為有害。因原包裝之開拆而可減其價值時，則其檢查應即延展。機器之裝置，非經運輸試驗或非專家檢視，不能知其有無瑕疵者，於為瑕疵通知前，應經過此程序。(二) 不能即知之瑕疵，謂依通常檢查程序，尚不能發見之瑕疵。依日本商法第五二六條第一項末段規定，於六個月內發見者，亦得因通知而保持瑕疵擔保請求權。我民法雖無此規定，然自民法第三六五條之規定觀之，苟於交付後六個月內發見瑕疵，而即為通知，並於其期間內為請求，則亦可為同樣之解釋 (Bachmann, art. 201, no 30-31, p. 354)。

d. 檢查之方法 檢查之方法，於其必要之範圍，不能認為處分或為承認。其方法如下：(一) 檢點。(二) 嘗味。(三) 開拆包裝，然以不甚減少其價值之範圍時為限。(四) 物之利用 (機器運轉、鍋爐燒熱、一部分物之使用、為檢查之必要，得為麵粉焙製、羊毛加工、綢緞染色)。(五) 物之轉讓，依當事人之意思有此可能，例如出賣人應直接送交轉買人或出賣人知其物已經轉讓與第三人。依物之包裝 (例如以原包裝而轉讓) 或因物之性質，亦有此可能 (例如種子惟於買受人播種時，始可知有無發芽能力)。(

六) 包裝不能除去(因有損物之價值)或同時有大量物之交付, 惟可抽樣檢查。如未經檢查部分, 日後發見瑕疵, 則爲不能即知之瑕疵, 適用民法第三五六條第二項規定(Oser zu § 201, Ann. 11-15)。 (七分次給付, 則每次應爲檢查, 並爲通知。

e. 檢查之處所及費用 (一) 檢查應於受領之處所爲之。然爲買受人之利益, 亦得代替交付處所, 而於其他處所爲之。例如爲化學檢查之目的, 送至其他處所或約定物之特別目的地。自物之種類、試驗之目的、受領車站之地方的關係, 而決定其檢查是否得在鐵路押運至買受人之倉庫內爲之。然當事人不妨另約定特別檢查處所, 例如在發送地方爲之。(二) 檢查費用, 由受領人負擔。然如買受人有拒絕受領之權利時, 得請出賣人支付(Bachmann art. 201 no 144)。

f. 通知之內容及方法 通知之內容及方法。通知(一)應具體的指明瑕疵之所在。例如機器未依約定方式製造, 貨品不堪加工, 不可僅謂爲「不良」或「帶有瑕疵」。(二)表示不能認其履行爲符合契約。瑕疵有數種時, 應均爲通知。未通知之瑕疵, 不能向出賣人問責。通知無須特別方式。爲易於證明, 通常以掛號信爲之, 亦得依契約之解除、減少價金或損害賠償之請求爲之。不獨由買受人本人, 亦得由其授權之代理人或專家爲之。然經過瑕疵通知期間後之承認, 不能代替授權, 因不定狀態之繼續, 於出賣人爲不利也。通知應向出賣人或有其受領權限之代理人或輔助人(如其對於出賣人之地位可期待其將通知交與出賣人時)爲之。受領人無須有行爲能力, 以有識別能力爲已足。因瑕疵通知之受領, 與通知不同, 非準法律行爲也。輔助人例如商業使用人、商業推銷員(由其出賣之物)。反之, 代辦商則以其與出賣人有經常法律關係者爲限。事務所之事務員及工役, 依其情形, 亦得爲通知之受領人。

g. 通知之發送及到達 以期內有瑕疵通知之發送爲已足。依瑞債解釋, 須其書面通知於依通常情形, 可期待其達到時期內到達, 否則歸於買受人之不利(Oser, zu § 201, Ann. 40, § 6, Ann. 22)。然依德商法第三七七條第四項「爲保持買受人之權利, 以有適當時期內通知之發送爲已足」。日商法探發信主義

(日商五二六條一項、五〇八條)。在我民法，遲到之通知即係採發信主義(民法一五九條、一六二條、德民一四九條)，亦可類推適用，與德、日商法為同樣之解釋。然後發出之電報，於通知到達前或同時達到者，得撤回或變更其通知，蓋因通知於到達後始生效力也。

h. 依當事人之約定或商業上之習慣，得排除通知期間，亦得延長或縮短通知期間。約定縮短通知期間時，買受人於有民法第三五七條情形時，得撤銷其約定。出賣人承擔之擔保期間，得認有瑕疵通知期間之延長(Oser, zu § 201, Ann. 43, 44)

4. 須非強制拍賣 強制拍賣，買受人就物之瑕疵，無擔保請求權(強執一一三條六九條)。然強制執行法第六十九條，惟對物之瑕疵為規定，其反面就權利之瑕疵，應解釋仍有擔保請求權(參照拙著物權法論二七二頁)。

四、物的瑕疵擔保之效力

物之瑕疵，與權利瑕疵不同，對於買受人既不與以同時履行抗辯權，亦不與以不履行之損害賠償請求權(保證品質缺少之瑕疵除外)，亦無瑕疵除去請求權，出賣人之責任，為純粹的擔保義務，買受人惟得選擇的行使解除契約權或價金減少請求權(民法三五九條、瑞債二〇五條一項二項、德民四六二條)。買賣之物缺少出賣人所保證之品質者，此外並得選擇行使不履行之損害賠償請求(民法三六〇條、德民四六三條前段)(Eim-Lehmann § 108, I, 2, S. 424)。

1. 契約解除權及價金減少請求權之性質

德民、瑞債為擔保責任之內容，買受人得請求買賣之解銷(Rueckgängigmachung des Kaufs; faire résilier la vente)或請求價金之減少(Herabsetzungs des Kaufpreises; indemnité pour la moins-value)前者謂之解除請求權(Wandelung; l'action rédhibitoire)後者謂之減價請求權(Minderung; Action en réduction de prix)，此為羅馬法以來所認Actio redhibitoria et Actio quanti minoris

兩請求權之繼受，已如前述。關於其性質雖多少有爭論，然多數之學者，均以之爲純粹的請求權，經出賣人之同意，始生效力（Oertmann zu § 462.3a; Denecke zu § 462.3）。關於其請求權之內容有契約說及回復說兩種。前者謂買受人之請求爲要約，依出賣人之承諾（出賣人有承諾之義務）而成立解除或減價契約。如出賣人不同意，則依判決以代替其同意。後者謂解除請求權爲請求解銷買賣之請求權，請求買賣結果之除去，即返還所受領之物，而請求價金之返還。如價金尙未支付，則返還所受領之物，而請求價金債務之廢止。價金減少請求權，則係請求已支付價金之部分返還，或未支付價金之部分解除或減價。因當事人之合意或因確定的確認解除或減價之判決，而確定的發生拘束力，不許買受人再爲變更。出賣人對於解除或減價之合意或代替其合意之判決，非爲買受人的請求發生效力之預定條件（契約說則如是解釋），惟爲買受人失去其解除或減價變更權之時點（Enn-Lehmann, § 110, I, 2, S. 431, 432; Denecke zu § 462.2; Palandt, zu § 462.3, S. 475）。近時亦有選認爲形成權者（Erbman, zu § 462, S. 623），以回復說爲通說。我民法規定買受人得解除其契約或請求減少其價金。雖有主張應解釋爲請求解除契約或請求減少價金之請求權（梅著民法要義二五三頁），亦有主張應從日民解釋，爲全部或一部解除契約之形成權（薛著一四頁、我妻前揭債各上五七頁），蓋以日本學者就日本民法第五六三條第一項所規定「請求減少價金」多解釋爲契約一部之解除（鳩山債各三二四頁、末弘債各三九五頁、沼義雄債各二五九頁），故主張我民法亦可爲同樣之解釋。依余所見，德民第四五六條明定「出賣人因買受人之請求，就解除或減價意見一致時，其解除或減價爲已完成」，德國學者尙多解釋此爲不許買受人再變更其請求之時點，而非以意見之一致爲請求發生效力之要件，我民法無此規定，則契約說不足採，當無疑義。故契約解除權及價金減少請求權，均應認其有形成權之性質，然係屬於買受人之獨立併存的兩個權利，不過僅能實現其一，我民法既規定解除其契約或請求減少其價金，所謂「請求」應解釋爲「主張」，即出賣人得主張解除契約或主張減少價金，並不以出賣人之承諾爲必要，買受人之選擇權在其主張貫徹前，不妨更爲行使（關於此點民

法第二五八條第三款「解除契約之意思表示不得撤銷」之規定應變更適用，惟依民法第三六一條第二項之規定，或依當事人欲解除或減價實行之合意，或依確認其解除或減價權利之確定判決而喪失。故解除之主張變為減價之主張，或減價之主張變為解除之主張在訴訟上為可能。解除之訴雖被駁回，減價權不因而消滅（*Birbman, zu § 462, 3, S. 623*）。

2. 解除權之主張

a. 解除權主張之限制 出賣人應負瑕疵擔保責任時，如依其情形顯失公平者，買受人僅得請求減少價金（民法三五九條但書）。依日本民法，限於不能達契約之目的時，得解除契約（日民五六六條一項）。所謂顯失公平，謂瑕疵對於買受人所生之損害與解除對於出賣人所生之損害，有失平衡。因有瑕疵不能達契約之目的或因有瑕疵而於買受人已無利益，自可解除契約。雖未至此程度，如不合買受人預定的使用，亦可解除契約。出賣人之特別約定或買受人之期求，均應予以考慮。例如交與釀造所之麥芽，壞至不能釀出好酒，給付之腳踏車，係由劣鋼造成。反之稍次之麵粉或皮革，尚可充用者，則僅得請求減價。

【註】瑞士債務法第二〇五條規定「解除之訴，雖經提起，如其情形不以解除為正當時，審判官亦得自由的判令減價」。從物有瑕疵者，買受人僅得就從物之部分為解除（民法三六二條二項、德民四七〇條後段）。從物為非主物之成分常助主物之效用，而同屬於一人之物，出賣人將主物連同從物出賣與買受人，則同屬於一人之要件已備。一主物得有數從物，例如出賣馬連帶馬鞍。如馬鞍有瑕疵，則買受人僅得就馬鞍為解除。如馬鞍與馬係以總價金購買，則應比例減少其價金。

為買賣標的之數物中，一物有瑕疵者，買受人僅得就有瑕疵之物為解除（民法三六三條一項前段、德民四六九條前段、瑞債二〇九條一項）。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（民法三六三條一項後段、德民四七一條）。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（民法三六三條二項、德民四六九條後段、瑞債二〇九條二項）。（一）

須爲數物，而非有主從之關係。如單一物之成分有瑕疵，則不適用。買受人雖將其中一物轉讓或使用，對於其餘物之瑕疵，仍得主張解除權。(二)以總價金將數物同時出賣，惟就瑕疵物解除者，其減價方法應以數物無瑕疵時之總價格與未遭解除之物之價格之比例，減少總價金(參照德民四七一條)。例如數物無瑕疵時之總價格爲八百元，其未解除之物之價格爲四百元，買賣之總價金爲六百元， $800:400=600:X$ ， $X=\frac{400 \times 600}{800}=300$ ，如出賣人已受買價六百元，則應由六百元中減去三百元。(三)數物同時出賣，德民

第四六九條第二段明定須以數物相關聯的爲出賣(als zusammengehörend verkauft)，即依當事人之目的及法律上利益爲相關聯。其價金如何計算，在所不問。(四)「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」，應解釋爲當事人之任何一方，得主張解除全部契約，此時買受人自得主張全部契約之解除，在出賣人方面如買受人主張一部之解除，亦得主張全部解除加以拒絕，而迫使出賣人爲全部之解除或惟請求減少價金或不履行之損害賠償(民法三五九條、三六〇條)。例如長沙發與附有兩安樂椅一同出賣，總價金爲四百元或各別計算，長沙發爲二百元，安樂椅各爲一百元，如一安樂椅有瑕疵，則買受人得主張三標之物之全部解除。然若買受人惟就有瑕疵之椅主張解除，如其分離，於出賣人顯有損害，則出賣人得拒絕之。此時受買人惟有解除全部契約或行使其他之瑕疵擔保請求權(Empfänger, § 110, I, 4a, S. 435)。數物是否因分離而於當事人有損害，應依客觀的因素(因分離而有損其各物之使用)及主觀的因素(買受之目的)決定之。例如成套之傢具，或女人裝飾品。

繼續給付契約，因數次瑕疵之給付，買受人除對於瑕疵物得解除契約或請求減少價金外，並得終止契約(參照拙著債法總論四〇五頁(註))。

b 買賣解除之效力 因買賣契約全部或一部之解除，其契約全部或一部溯及的消滅。當事人雙方互負有回復原狀之義務(民法二五九條)。其相互義務，準用民法第二六四條至二六七條之規定(民法二六一

條)。此外民法特設有規定，即因主物有瑕疵而解除契約者，其效力及於從物（民法三六二條、德民四七〇條前段），就從物雖另有定價時，亦同（參照瑞債二〇九條三項）。然就從物之解除，其效力不及於主物（參照瑞債二〇九條三項但書）。依民法第二百六十條，雖解除權之行使，不妨損害賠償之請求，然同一般物的瑕疵之契約解除（民法三五九條），在與民法第三六〇條規定之對照上，應解釋不得請求不履行之損害賠償。

【註】依德民規定（四六七條）因瑕疵之解除（Wandlung）惟可準用關於一般契約解除（Rücktritt）之規定，而有多少變更。即因瑕疵之解除權，於買受人無過失而不能返還其物，尤其有偶然之喪失或損壞時，買受人不妨免其返還義務或返還損壞之物，而請求價金之返還（德民三五〇條）。然於有下列情形時，喪失其解除請求權，（一）如物因買受人之過失或其代理人、輔助人或物之受讓人之過失，不能於解除完成時（因當事人意思之一致或判決而完成）返還或惟得以有本質上毀損之狀態為返還時，（二）買受人或物之受讓人，因加工、改造，將物變其種類時，但其瑕疵始因此發見者，不在此限（德民四六七條），（三）有失權之原因，例如買受人知物有瑕疵而為轉讓（*Emm. Lehmann*, §110, I, S. 436）。

c. 解除權之喪失 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，買受人於前項期間內不解除契約者，喪失其解除權（民法三六一條、德民四六六條）。買受人主張有瑕疵時，是否解除契約或請求減少價金，在於不定之狀態，未免使出賣人不安，故民法與以催告權，使其地位得以確定。所定期間如過短，則於買受人經過相當期間後仍未解除契約，始生喪失解除權之效力。買受人於限期內為解除時，則其關係因以確定，買受人不得再變更其主張。如於限期或相當期間未解除契約，則買受人惟得主張其他瑕疵擔保請求權（減少價金或不履行之損害賠償）。如在種類買賣，仍得請求另行交付無瑕疵之物（民法三六四條）。

3. 價金減少之請求

買賣物有瑕疵或缺少出賣人所保證之品質時，買受人得請求減少其價金。價金之減少，應依瑕疵物於

買賣時應有之實際價格（一般買賣價格），與無瑕疵時之應有價格之比例，減少買賣之價金（參照德民四七二條 Funk, art. 205, 4, p. 148, 149）。例如以一千五百元出賣之汽車，因有瑕疵，於買賣時僅值一千二百元，若無瑕疵則應值一千八百元，則其賣價一千五百元，應減為一千元，即 $1800 : 1200 = 3 : 2 : 1500 \times \frac{2}{3} = 1000$ ，如給付物不僅為金錢，而並附有代替物，則應就兩給付同時低減，例如前述汽車以一千元及五十石米為對待給付，則買受人之金錢給付應減為 $66\frac{2}{3}$ 元，實物給付減為 $33\frac{1}{3}$ 石。同樣價金已經一部支付，一部延期者，則支付部分與延期部分同時併減。例如已支付二萬元，延期八萬元，如應低減十分之一，則已支付部應減去二千元，延期部應減去八千元。買受人不管民法第一百八十七條第二款之規定，仍得請求二千元之返還（參照德民四七二條）。金錢給付之外，約定以不替代物為目的之其他給付（例如特定物或勞務）者，其給付應依買賣時之價格為估價，買受人對待給付之減價，惟就金錢給付之全部為之，金錢部分較應減額為少時，出賣人應償還其超過額於買受人（參照德民四七三條）。數物以總價賣出，其中一物有瑕疵，而僅就該物為解除時，其減價方法有如前述。當事人之一方或他方有數人時，在解除應由全體或向其全體為之（民法二五八條二項），而在減價，其作用較弱，得由各人向他方之各人為之。由買受人一人所為減價之實行，而解除權同時消滅（參照德民四七四條拙著債法總論五三一頁）。買受人就某一瑕疵所為之減價，就他瑕疵之解除權或新減價請求權，不因而消滅（參照德民四七五條）。

4. 不履行之損害賠償之請求

買賣之物缺少出賣人所保證之品質者，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。出賣人故意不告知物之瑕疵者，亦同（民法三六〇條、德民四六三條）。即買受人得於解除權、價金減少請求權、不履行之損害賠償請求權三者之中，擇一行使。民法第三六〇條規定，惟對於特定物之買賣有適用。

a. 缺少所保證之品質 其品質須於契約訂立時不存在，而於危險負擔移轉時，亦不存在。如於契約訂

物之品質，則此外得因可歸責於買受人之理由，而使其負損害賠償責任。出賣人如保證於交付時物之品質，則可準用民法第三六〇條之規定。

b. 故意不告知物之瑕疵。出賣人本人或其代理人，不告知瑕疵。茲所謂瑕疵，指民法第三五四條第一項所定之瑕疵而言。然如買受人於契約訂立時知其瑕疵者，則出賣人不負擔任何責任（民法三五五條第一項）。其他瑕疵，則於有（a）（c）之情形時，僅得請求損害賠償。

c. 故意炫示其他某種之品質。此時法律雖無規定，然可與故意不告知同視。蓋如以買賣之合意基於物之無瑕疵，則欠缺所炫示之品質，通常為欠缺約定之品質也（Erbman, zu § 463, 7, C, Enn-Lehmann 1c）。

於上述三種情形，買受人得請求物無瑕疵或不欠缺所保證或所炫示之品質時，應有利益之損害賠償，即買受人得保持其物有如曾受完全之履行，或返還其物而請求代替履行之全部損害賠償（RG, 50, 322）並無須證明買受人對瑕疵給付，已無利益（Palandt, zu § 463, 4 反對 Staudinger, zu § 463, 8a）。於選擇第一種方法時，買受人亦無請求瑕疵除去或所約定品質回復之請求權，惟得請求金錢賠償。買受人之其他財物，因給付物之瑕疵而致受損害者（例如因給付物之爆炸），亦得請求賠償（En-Lehmann § 108, 12, S. 425）。

買受人之不履行損害賠償請求權，與解除權及減價請求權並立。然惟得實現其一，因解除或減價之完成而消滅。在訴訟上惟得選擇其一或非彼即此為主張，不得重疊的併為請求。

5. 無瑕疵物另行交付之請求

買賣之物，僅指定種類者（包括限制種類之債），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（民法三六四條、瑞債二〇六條一項、德民四八〇條一項）。此係就種類買賣與擔保責任之關係而為規定，民法就種類買賣，亦如同特定物之買賣，同認有瑕疵擔保請求權，而

同時依債權法一般之原則，使繼續有請求給付無瑕疵物之權利。德國民法依普通法之原則，於種類買賣，以給付物有民法第三五四條所定之瑕疵或欠缺保證之品質時，買受人得以其給付不合債務本旨尚未特定，而請求另行交付無瑕疵之物，或以其給付之物為買賣標之物而特定，如同特定物之買賣，買受人有瑕疵擔保請求權。在前一情形請求另行交付無瑕疵之物，不外為原有之買受債權（Kauforderung），然德民法仍於數多之點，使準用關於瑕疵擔保請求權之規定（德民四八〇條）。我民法則與瑞士民法同樣，使從一般原則。在日本民法，關於此點，未設規定，故解釋上大有爭論。依日本近時判例，買受人不受領瑕疵物，雖不妨請求無瑕疵物之給付，然如一旦以為買賣之標之物而受領，不復有請求無瑕疵物給付之權利，惟得依關於瑕疵擔保之規定向出賣人問責（日本昭和六年五月十三日大審民集十卷二五二頁）。日本學者中有主張關於種類買賣，惟應適用關於債權法之一般理論，不應適用關於瑕疵擔保之規定。亦有主張買受人自受領時起，經過相當期間後，依關於瑕疵擔保之規定（末弘「種類買賣」於ケル瑕疵擔保＝付イテ」山田博士紀念論文集）。在我民法，品質上之瑕疵，在種類債務為不完全給付及瑕疵擔保責任之併存，債務人得選擇行使（參照拙著債法總論三九九頁）。

a. 買受人請求另支付無瑕疵之物 品質上有瑕疵之物，為不完全給付，債權人未受領者，得拒絕受領，而對於出賣人請求價金支付之訴，得以同時履行之抗辯對抗之。已受領者，得返還有瑕疵之物，而請求更換。其補正在清償期後始得為之者，並得請求因給付遲延所生之損害。因有瑕疵之給付，致債權人生有履行利益以外之其他損害者，並得請求賠償（參照拙著債法總論四〇三頁Em Lehmann, §113, I. S. 446; Funk art. 206, I. p. 159）。出賣人因買受人之請求而同意於另交付無瑕疵之物時，則買受人之選擇，因以確定不得撤回，而同時喪失其他瑕疵擔保請求權。因買受人之過失致有瑕疵，不能返還者，不得再請求另交付無瑕疵之物。買受人已將給付物為相當之使用者，則原則上不得請求補充。然在出賣人是否有代替瑕疵物而另交付無瑕疵物之權，關於此點，瑞士債務法在國地交付，出賣人得依同一種類之無瑕疵物之即時

交付及損害之賠償，而免買受人其餘一切之請求（瑞債二〇六條二項）。我民法及德民法，均無此規定，解釋上出賣人無此權，惟依出賣人之即時請求，如買受人為拒絕有背於誠信原則者，不得拒絕。依其情形，出賣人得代替另交付無瑕疵物，而依誠信原則，有對於瑕疵物為修繕之權。例如出賣大鋼琴，保證其無瑕疵，如有光澤上之些微瑕疵，則出賣人應得以布片磨擦而除去之。甚至逕往買受人之住宅為修繕，而拒絕搬回與搬去（參照拙著債法總論四〇三頁 *Enn-Lehmann, § 113, I, 1, S. 466, Funk op. cit.*）。

給付物與買賣標的物全異其種類時，則就買賣尚無任何之履行，不得謂為標的物有瑕疵。此時買受人惟得專依債法一般原則，請求標的物之給付（民法二二七條），無適用瑕疵擔保規定之餘地（*Oertmann zu § 480, 4, S. 467; Oser zu § 206, 2, b. S. 865*）。

b. 買受人以為買賣標的物而受領，則種類之債集中於該物而特定，此時出賣人與特定物之買賣，自同樣之瑕疵擔保責任。如該物於危險負擔移轉時有瑕疵或缺所保證之品質，買受人得主張解除契約或減少價金。出賣人如故意不告知瑕疵或缺保證品質，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。是否有瑕疵之故意不告知或是否欠缺保證品質，非以契約訂立時，而應惟依危險負擔移轉時決定之，蓋契約訂立時，給付物尚未特定也。買受人上述不履行損害賠償請求權，係基於民法第三六〇條之規定，不以其於此瑕疵物之交付已無利益為必要。如不肯於誠信原則，則對於出賣人另為無瑕物給付之提出，得拒絕受領（*Enn-Lehmann § 113 I 2, S. 446*）。

c. 出賣人就另行交付之物，如於危險負擔移轉時有瑕疵，出賣人仍應負瑕疵擔保責任（民法三六四條二項）。

五、解除權及減少價金請求權之消滅

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不行使而消滅。前項規定於出賣人故意不告知瑕疵者，不適用之（民法三六五條、德民四七七條一項、瑞債二

一〇條、參照日民五六四條五六六條三項、法民一六四八條)。關於擔保責任，各國立法均定有短期存續期間，德民法在動產，自交付之時起為六個月，在不動產為一年。如買受人為瑕疵之通知時，於時效完成後，得拒絕價金之支付或主張抵銷(德民四七八條、四七九條)。在瑞士債務法，其期間自交付之時起為一年，如於一年內為瑕疵之通知時，買受人瑕疵存在之抗辯，於一年後依然存在(瑞債二一〇條)。我民法規定為六個月，然適用範圍以解除權及價金減少請求權為限，而不及於不履行之損害賠償請求權，此點與德民瑞債不同(德民四七七條一項、瑞債二一〇條)。

1. 短期期間之性質 在德民瑞債，均明定為時效期間，並均許因契約延長之(德民四七七條一項後段、瑞債二一〇條一項但書)。日本民法因其規定之文字上為除斥期間(日民五七〇條準用五六六條、六七三條)。在我民法，有解釋為消滅時效者(梅著二五五頁、薛著一四頁、季著債分上一二六頁)，有解釋為除斥期間者(二十二年上字第七一六號)。依余所見，以後說為是(參照民法五一四條)。出賣人承擔較六個月為長之擔保期間時，解釋為於擔保期間內，除買受人有過失外，出賣人應不收取費用而為必要之修繕，亦得依其情形，認為獨立的擔保契約，而適用一般契約之原則。

【註】依暫行民律草案第五八五條第一項「因瑕疵之買賣解除權、買主因標的物瑕疵而有之請求權，於賣主交付標的物於買主後逾一年者，因時效而消滅。但其期間得依契約延長之」第二項「買主故意不告知物之瑕疵者，不得援用前項時效」。

2. 此短期期間，惟適用於因瑕疵擔保責任之法定的解除權及減價請求權，既不及於不履行之損害賠償請求權(民法三六〇條)，亦不及於依當事人因瑕疵成立的和解除所生之請求權，尤不及於因出賣人給付他種之物所生買受人之履行或賠償請求權。其因與標的物瑕疵無直接牽連關係之附從義務之違反所生之賠償請求權，亦不適用此規定。

3. 此短期期間自物之交付時起算，買受人須事實上保持其物或處於得僅依自己之行為而保持其物之地位

。其占有僅依占有改定或返還請求權之讓與或依倉單、載貨證券、提單之交付而移轉者，尙爲未足，蓋因此買受人尙不在於得識知瑕疵之地位也。在土地，其期間自交付之時開始，如移轉登記在交付之前，亦不自登記之時進行。如於買賣契約立前已有動產之交付或不動產之移轉時，則其期間自契約訂立時起算，在未具書面方式所訂立不動產買賣，因登記而成爲有效時始開始進行。

4. 因爲除斥期間，雖不發生中斷，然解除權及價金減少請求權，一旦行使後，爲其效果所生之權利，則於普通之時效期間內繼續存在。例如解除結果之原狀回復請求權（*Planck zu § 477, 1a* 鳩山債各上卷三二七頁，末弘債各三九八頁）。關於不履行之損害賠償請求權，我民法既未設有特別規定，自可依一般之原則。

5. 出賣人故意不告知瑕疵者，其擔保責任不適用短期除斥期間之規定，然應依何種規定而消滅，在德民第四七七條解釋應適用請求權消滅時效之一般規定爲三十年（*Oertmann, zu § 477, 5a, S. 459; Staudinger zu § 477, 2c*），我民法亦可解釋應準依民法第一二五條之規定，經過十五年期間不行使而消滅（參照民總施一七條、債施三條）。有主張不自交付之時，而應自契約訂立之時起算（*Denecke zu § 477, 1*）。依余所見，應自危險移轉之時起算（民法三五四條），然解除權仍得依民法第三六一條之規定而喪失，自不待言。

六、關於物之瑕疵擔保規定之準用

民法第三五四條以下之規定，對於其他標的物，亦可類推適用。即（一）對於營業之出賣，亦可準用。其營業場所，雖僅爲租用，而並無有重要之生財時，亦同（例如保證營業有一定之收益）。然短期除斥期間（民法三六五條），應解釋不適用，以有無遲延的瑕疵之通知爲已足（民法三五六條），而委其通知期間之判定於法院，蓋此時難期買受人從速檢查也。（二）依德國最近判例，對於社員權之出賣，如營業之出賣與之結合，其全部之應有部分移轉於買受人時，亦有準用，蓋此非可認爲社員權與營業之並爲買賣標的

，而可視為營業出賣之過程也。反之個個股份之出賣，不執營業之瑕疵，負擔保責任。其他因權利而得占有一定之物者，對於其權利之出賣，亦有準用。(三)對於無體財產(Immaterialgüter)本身之出賣(例如呈請專利中之發明)依德國判例，可準用關於權利及物之瑕疵之規定。然依其實賣標的，既非物亦非權利之特殊性質，不適用民法第三六五條之規定。關於發明本身之瑕疵，視為物之瑕疵，故關於發明可利用之瑕疵擔保，亦應依民法第三五四條及第三五九條負責。反之無體財產權(Immaterialgüterrecht)(例如專利權)之買賣則惟有權利瑕疵之擔保應加以考慮，除出賣人保證無體財產之品質外，惟就權利之成立，負擔保責任(民法三四九條)。(四)有價證券之買賣，出賣人就證券，負物的瑕疵擔保責任，就證券的權利之品質，負擔權利瑕疵擔保責任，即惟就權利之成立負擔保責任，然不負權利之物的品質擔保責任。物的瑕疵，以瑕疵可認知時為限，例如原為真銀行券，變造為較高價格之數額，將二圓銀行券改為五十元。如為不可認知之證券的瑕疵，例如偽銀行券則為權利瑕疵。物之瑕疵與權利瑕疵之界限，甚難劃分，主要的標準，在於典型的物之瑕疵，由於物之品質，使買受人得依占有而認知，因此受短期除斥期間之限制，典型的權利瑕疵，基於物之來歷，買受人不得依占有之媒介，惟依物之來歷而認知。其法律關係非基於物之來歷而係基於其性質，尤其基於其所在之地位，則其得由占有而認知，近於典型的物之瑕疵。因此，土地建築適性之欠缺或警察上之限制等，應看作物之瑕疵(Enn-Lehmann, § 108 III, 1—6, S. 426—428)。

七、物之瑕疵擔保請求權與其他請求權或撤銷權之關係

(一)物之瑕疵擔保，為出賣人給付約束之間接的制裁，不使其負直接履行義務。

1. 因買受人基於瑕疵擔保權，無履行請求權，不得因有瑕疵而為同時履行之抗辯，惟得以相當於其擔保請求權之價值為防禦，即依價金減少或解除，而得部分的或全部拒付價金。於解除時，並得拒絕受領其物。惟此等與同時履行抗辯不同，買受人應負瑕疵舉證之責。

2. 買受人亦不得請求瑕疵之除去，雖因出賣人故意不告知瑕疵或保證品質之欠缺而有不履行損害賠償請

求權時亦同。買受人惟有金錢賠償請求權，出賣人與承攬契約不同，除有約定或在交易習慣可認為有默約外，無修繕之義務。例如既成衣服之出賣人，於有疑義時應依顧客之身材，略為修改（延長袖口褲腳）。易於修理之瑕疵（鐘錶發條之掉換），除買受人有拒絕修理之合理的利益外，應認出賣人有權修繕。如買受人對於修繕並無損害而為拒絕，則有背於誠信原則。

（二）瑕疵擔保請求權與其他請求權之關係

1. 於危險移轉前，關於標的物得適用一般規定，就給付不能、給付遲延、契約訂立上之過失等（註一），均有適用，蓋因出賣人有給付無瑕疵物之義務，買受人有拒絕受領瑕疵物，而主張一般債權法之權利（註二）。於瑕疵除去不能時，買受人例外的於危險移轉前，亦得主張瑕疵擔保請求權，已如前述（亦有主張於危險移轉前，原始的不能及嗣後不能，惟適用一般原則，除所保證品質之欠缺於訂約時已存在，得為損害賠償請求外，不得主張瑕疵擔保請求權 *Staudinger, Vorb. bevor § 459, 6. S. 125, 134*）。

2. 於危險移轉後，原則上惟適用關於瑕疵擔保之規定（民法三五四條以下）。

a. 危險移轉後，於民法第三五四條以下規定適用之範圍，買受人不得為同時履行抗辯，亦不得基於給付不能或給付遲延而為主張，契約上訂定之過失，亦可同此論斷。然於民法第三五四條以下規定之適用範圍外，仍可適用一般規定。例如依民法第三五九條為解除，不妨請求訂約上過失之賠償。但在種類買賣於解除或減少價金請求之外，亦得請求無瑕疵物之給付。

b. 買受人是否尚得基於不完全履行而為主張，德國學者多主張因關於物之瑕疵擔保直接效力之特別規定，而被排除，惟於履行利益以外之損害（給付病雞而使傳染於其他雞），除依民法第三六〇條規定有同等之損害賠償請求權外，應補充的適用一般之規定，然此請求權仍應適用瑕疵擔保權短期時效（*Erbman, zu § 459, Ed. S. 615; Hedemann, S. 64, 65*）。依余所見，苟其瑕疵成立後因可歸責於出賣人之事由而生，仍不妨適用關於一般之規定（民法二二〇條），即買受人得選擇而為主張。

c. 因侵權行為所生之損害賠償，仍可適用一般之規定，使出賣人負責。

3. 多數請求權之相互關係 綜上所述，買受人可能有八種權利，就中有四種損害賠償請求權。(一)解除權(民法三五〇條三六〇條)、(二)減價請求權(民法三五〇條三六〇條)、(三)另行交付無瑕疵物之請求權(民法三六四條)、(四)不履行之損害賠償請求權(民法三六〇條)、(五)基於故意過失之損害賠償請求權(民法二二〇條)、(六)基於侵權行為之損害賠償請求權(民法一八四條)、(七)基於債務不履行之損害賠償請求權(二二六條二五六條二六七條)、(八)基於債務不履行之解除權(民法二五四條二五六條二六七條)。各種權利之行使，有其要件。例如惟在種類買賣，得請求另交付無瑕疵之物。基於侵權行為之損害賠償請求權，須出賣人有故意或過失。其中一部分權利，得同時主張，亦有惟得選擇的行使。例如解除契約、請求減少價金或不履行之損害賠償請求，惟得選擇的行使其一。此時雖法無明文，於有出賣人同意前，買受人有變更其選擇之權。買受人得同時主張者，例如基於過失之損害賠償請求權、基於侵權行為之損害賠償請求權，得與解除契約或減價請求或另交付無瑕疵物之請求同時主張，然已成立之損害，不得重複計算，自不待論。

【註一】出賣人如故意不告知瑕疵，買受人得請求全部不履行之損害賠償(民法三六〇條)。如缺少所保證之品質，則就無過失之不正確的保證，亦應負責(民法三六〇條)。在有過失之所知的瑕疵之沈默，惟依一般原則，就信賴的利益，負賠償之責(民法二四七條)。

【註二】契約訂立後，危險移轉前，因可歸責於出賣人之事由所發生之瑕疵，或於給付遲延中所生之瑕疵，自一部不能或不完全履行或給付遲給之觀點而有損害賠償請求權，因第三人所致之損害，出賣人有賠償請求權時，買受人亦有代償權利讓與請求權(民法三二五條)。

(三) 瑕疵擔保請求權與撤銷權

如出賣人故意不告知瑕疵或為虛偽的物之品質保證，而導致買受人為買賣契約訂立之決定時，買受人得有撤銷權及基於侵權行為之損害賠償請求權之併存。如因此而撤銷，則其買賣自為無效，從而瑕疵擔保

請求權，當然被排除。

民法第八十八條第二項關於物之重要性質上錯誤之規定，有主張於瑕疵擔保請求權成立之範圍而被排除（*Ennecerus, Schlossmann, Schneider*）。其理由謂民法第三五四條以下之規定為特別規定，因特別法優先於普通法而適用，而且在德民法其撤銷雖應於發生錯誤原因後無遲延的為之，然其除斥期間為三十年，但瑕疵擔保請求權之消滅時效期間，僅為六個月，故為交易上之安全，有排除撤銷規定適用之必要；此點與權利瑕疵不同（*Enn-Lehmann §112, I, S. 444; Hedemann, S. 64*）。然依我民法規定，因錯誤之撤銷，惟得於意思表示後一年內為之，殊無此顧慮，應解釋如具備民法所定撤銷之要件，買受人不妨為之（我妻債權法講義案七三頁，勝本契約各論九三頁）。然如經撤銷，則其買賣自始無效，瑕疵擔保請求權，當然被排除。

【註】物之品質之欠缺，亦有不構成民法第三五四條之瑕疵者，例如冬麥，不能為播種之用者，非為夏播之麥之瑕疵，而全為他種之物，此時不適用瑕疵擔保規定。然依其情形，得為物之性質之錯誤，具備民法第八十八條第二項之要件。又非關於物之品質瑕疵之錯誤，例如關於權利之錯誤，亦得為撤銷之原因。物尚未交付時，其瑕疵可除去者，雖得因錯誤而撤銷，然瑕疵擔保請求權尚未成立，如為不可除去之瑕疵，則於危險移轉前，亦成立擔保責任（*Enn-Lehmann, a. a. O. S. 444, 445*）。

第三款 二重買賣之出賣人責任

買賣原則上不過使發生債權之效力，故出賣人就特定物同時或順次與數買受人成立買賣契約，為可能，此時稱為二重買賣（*Doppel Verkauf*）。

一、價權契約的二重買賣

a. 先後的二重買賣 出賣人與第一買受人甲訂立買賣契約後，更與第二買受人乙訂立同樣契約時，出賣人對於甲乙二人均負履行之義務。對於甲或乙不為履行時，甲或乙得依債法一般之規定，請求因債務不履

行之損害賠償，亦得依民法第二百五十四條之規定，解除契約。出賣人與甲訂立買賣契約後，更與乙訂立買賣契約，如對乙爲所有權之移轉之登記時，則出賣人原則上對於甲之債務履行爲不能，或至少對於甲爲無履行之意思（默示的給付拒絕），甲無須經催告而得逕行解除契約或請求代替履行之損害賠償（民法二二六條、二五六條）。依日本判例，此時出賣人對於甲負有由乙取得標的物之所有權，而以之移轉於甲之義務（日本昭和十七年十月十三日大判），想係基於日本民法第五六〇條（我民法三四八條一項）而爲之解釋。然同條規定，係就於買賣契約訂立時其標的物屬於第三人所有者而設，爲瑕疵擔保問題，而上述情形則僅爲債務不履行之問題。

反之，如出賣人將標的物出賣與甲並爲移轉登記後，更將標的物出賣與乙，則除出賣人有錯誤，適用關於錯誤之規定外，應適用民法第三四八條及第三五三條之規定。出賣人將標的物出賣與甲，於未爲移轉登記前，更出賣與乙，則甲乙二人誰先受登記者，取得所有權。雖出賣人已先將標的物交付於另一人時亦同。此時其另一人惟得行使債務不履行上之救濟權。於此情形，乙已受移轉時，甲是否得依債權人撤銷權，撤銷出賣人與買受人乙間之買賣契約，雖有主張如具備有害於債權之事實及受益人爲惡意之兩要件，應解釋得撤銷甲乙間之買賣行爲及物權行爲。然債權人撤銷權之行使，係爲全部債權人之利益，而非爲特定債權人之利益發生效力，故如出賣人尚有賠償因不履行所生損害之資力時，應解釋甲不得行使撤銷權（參照拙著債法總論四九九頁四七〇頁）。然如乙以加害甲之買受債權爲主要目的，依自己之受登記以妨害其履行，則可構成對於甲之債權之侵權行爲（參照拙著債法總論一三八頁）。

b. 同時買賣 出賣人就同一物，對於甲乙二人同時訂立買賣契約，此時標的物如爲出賣人之所有，則不得謂爲他人之物之買賣，從而不得適用民法第三四八條以下之規定。然在一般債法理論上，出賣人對於甲乙均負有移轉所有權之債務，此債務對於一方爲履行，則對於他方爲履行不能，此時債權人撤銷權無行使之餘地。

二、物權的二重買賣

前例在不動產買賣，出賣人將占有交付與甲，而對於乙爲移轉登記時，則惟乙取得所有權。在動產買賣，如出賣人將物出賣與甲，爲占有改定後，復將其物出賣與乙，而並爲現實交付，此時甲因占有改定取得所有權，乙第二次出賣他人之物，爲無權處分，應爲無效。如乙就出賣人之無所有權爲善意，則乙取得所有權。此前後兩物權的買賣，均有效成立。然如第一買受人嗣後其物被剝奪，則得基於侵權行爲，不當得利，或準無因管理之規定，對於出賣人請求賠償或返還。

第二目 買受人之義務

第一款 買受人保管、確定瑕疵之義務及緊急變賣

一、保管義務

依民法第三五八條，異地買賣，由他地送到之物，買受人主張有瑕疵不願受領時，應暫爲保管並應即依相當方法，證明其瑕疵之存在。送到之物易於敗壞者，並有變賣之權利與義務。然遲延給付，於送到時買受人如依民法第二五四條解除契約者，則無本條之適用。又如買受人僅請求減少價金，則以民法三五六條爲檢查及瑕疵通知爲已足，亦不適用本條之規定。買受人依本條規定履行其義務，不可認爲其以爲履行而受領其物（*Bachmann, art. 204, 3, 5, 10*）。買受人對於他地送到之物，主張有瑕疵不願受領者，如出賣人於受領地無代理人，買受人有代爲保管之義務（民法三五八條一項、瑞債二〇四條一項、參照德商三七九條一項、日商五二七條一項三項）。此條規定於異地買賣買受人不願受領時，於瑕疵通知義務之外，負有臨時保管之義務。在德日商法，以商人間之買賣始有適用，我民法仿瑞債之例，不爲此區別，就一

切異地買賣，設此規定。

1. 要件

a. 須有異地買賣（*Distanzkauf*；*vente à distance*）之存在，即須爲由他地送來之物（參照日商五二七條三項）。

b. 須主張有瑕疵不願受領 須買受人對於物持有異議（*Beurkundung der Sache*），即於給付提出時或於其後，拒絕以爲履行而受領，其目的在於解除契約或在於請求另交付無瑕疵之物，並無差異。反之，如僅欲請求減少價金，則如何處置其物，爲買受人之事，蓋因買受人已得就物爲自由處分也。依日商法第五二八條，由出賣人交付於買受人之物品，與訂購之物品相異或數量有超過時，與標的物有瑕疵同樣，買受人有保管之義務（德商法第三七八條就買受人之檢查及通知義務，亦有同樣之規定，但以其交付物品，非與定貨有重大差異，而在出賣人應視爲不能得買受人之認許時爲限）。我民法無此規定，不能認買受人有此義務。如買受人爲之保管，其責任應從輕酌定，惟應與處理自己事務爲同一之注意（民法二二〇條二項準用民法五九〇條）。如拒絕受領有背於誠信原則者（例如超過數量甚少），則構成權利之濫用。

c. 須出賣人於受領地無代理人 如於受領地有出賣人之分店或代理人，則應代替買受人而爲必要之措施。

2. 保管義務 買受人於暫爲保管目的之範圍內，得自由決定保管方法，即得自爲保管或爲寄存。如運送人有倉庫時，亦得使其繼續保管，但不得代替保管而送還出賣人。保管應選擇安全及需費最少之方法爲之。

買受人以出賣人之計算而負之保管義務，乃爲其法定義務之一部分，而非爲默示的寄託契約所生之效果。物之使用或處分並非違法，不過買受人因此喪失其解除權。買受人爲保管，惟應與處理自己事務爲同一之注意（民法二二〇條二項）。因保管所支出之費用，得向出賣人請求償還。於此範圍內，有留置其物

之權。

二、瑕疵之證明 (Feststellung des Tatbestandes)

上述情形，如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者，推定於受領時為無瑕疵（民法三五八條二項、瑞債二〇四條二項）。此瑕疵之證明，以品質上之瑕疵為限。數量上之不足，不在其內。送來之物為與定貨相異之物，買受人亦無此義務。證明應依相當方法為之，得經由法院、公證人、警察官署、商會或自治機關為之（參照民法債施一四條），亦得經由鑑定人為之，無須邀請出賣人或其指定之人到場。此證明不獨為買受人，亦為出賣人之利益。其證明範圍，依其情形而有不同。如為大量之物，則以為合理的抽樣檢查為已足。此證明非為瑕疵担保請求權成立之要件，如不為此證明，則舉證責任顛倒，推定於受領時為無瑕疵。出賣人無須證明其瑕疵於受領後始發生。買受人如主張有瑕疵，應提出反證，證明其瑕疵於受領時已存在。其證明是否因買受人或因官署之遺忘而未為之，在所不問。

三、緊急出賣

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。如為出賣人之利益有必要時，並有變賣之義務（民法三五八條三項、瑞債二〇四條三項、德商三七九條二項、日商五二七條一項但書）。緊急變賣，為代替保管之方法，係仿倣債務人於債權人受領遲延時之自助出賣 (Selbsthilfeverkauf)，然其要件、效力及程序（民法三三一條至三三三條），均有不同，惟可類推適用。

1. 要件 此與民法第三三一條之情形不同，其要件為有易於敗壞之危險（其物有跌價之虞為未足）。於有此情形時，買受人不獨有變賣之權利，為避免損害賠償，並直接對於出賣人有變賣之義務。民法雖此外限定為出賣人之利益有必要時，然此實際上等於無限制，蓋買受人一般應認為有出賣人之利益之存在也。

2. 變賣方法 變賣須經物之所在地官署、商會或公證人之許可。其許可惟決定變賣方法。是否應拍賣抑應照市價出賣，而不及於應否變賣（參照民法三三二條）。未經許可之出賣，則可認為買受人就物為處分

，而喪失契約解除權。如買受人不為變賣或無充分理由而變賣，則因此所發生之損害應對於出賣人負賠償責任。然買受人此時惟應與處理自己事務為同一之注意，故惟就具體的輕過失負責。

3. 通知 買受人依上述程序為變賣時，應即通知出賣人，如怠於通知，應負損害賠償責任（民法三五八條三項、瑞債二〇四條三項、日商五二七條二項）。買受人雖已依民法第三五六條為瑕疵通知，不能免除為此通知之義務。

4. 效力 變賣所得之價金，代替標之物。如嗣後契約經解除或請求另支付無瑕疵之物，其變賣應為出賣人之計算。如買受人之主張為不正當或依法院判決，僅應減少價金，則其變賣之效力，應就買受人而發生。

第二款 價金支付之義務

買受人對於出賣人有交付價金之義務（民法三六七條、德民四三三條二項、瑞債二二一條）。價金支付義務，為金錢債務之一種，其履行依關於金錢債務之原則，已於債法總論為說明，此外民法設有數個特別規定，分述之如次。

一、價金支付之時期

1. 買賣標之物與價金之交付，除法律另有規定或契約另有訂定或另有習慣外，應同時為之（民法三六九條、瑞債一八四條二項）。標之物與價金之支付，同時為之者，謂之現金買賣（*Barkauf*），此為雙務契約當然之效果（民法二六四條），而且最為普通。然先給付標之物，而嗣後支付價金者，為信用買賣（*Kreditkauf*）或賒賬（*Borgkauf*）。此時當事人須有特約或有依商業習慣之默示的承諾。先付價金而後交付標之物者，為付價定購（*Vorzahlungskauf*）或預約出售（*Pränumerationskauf*）。對於定期給付，豫付總價者，稱為繼續定購契約（*Abonnementsvertrag*）。例如定閱雜誌、報紙或長期包定音樂劇場之座位。亦有雙方給付同樣定期限者，例如有價證及貨物之期貨交易（*Termingeschäft*）。

2. 標的物交付定有期限者，其期限推定其為價金交付之期限（民法三七〇條、日民五七三條、法民一六五一條、統一買賣法草案八六條、參照瑞債第二一三條一項「如就時期無約定，價金交付之期限，因買賣標的物移入買受人之占有時而屆至」），蓋以通常當事人之意思為基礎，而設此推定規定也。然若有反對之習慣可認為當事人有依其習慣之意思時，如其習慣不背於公序良俗（民法二條），自可依其習慣。例如有價金月末支付之習慣（日本大正三年十月二十日大判）。在不動產之買賣，雖未交付，而於登記完了後，即應支付，亦為一般之風習。又僅就價金定有期限時，民法未就標的物交付時期，設有推定規定。其情形究有不同，未可類推適用民法第三七〇條之規定（鳩山債各三五五頁）。

依日民規定，自標的物交付之時起，買受人應支付價金之利息，但就價金之支付定有期限時，於其期限屆至前無須支付利息（日民五七五條二項）。德民法規定自標的物之利用歸於買受人之時，即自交付或移轉登記之時起（德民四四六條），除許延期交付外，價金應生利息（德民四五二條）。依瑞士債務法規定「除因一定履行期屆滿之給付遲延之規定外，如習慣上為當然或買受人得收取買賣標的物之孳息或其他收益時，價金無須經催告而生利息（瑞債二一三條二項）。我民法規定標的物自交付時起，其利益歸屬於買受人（民法三三三條），除價金有確定期限，應自其期限屆滿時，買受人陷於給付遲延而應生遲延利息外，一般應解釋自危險轉移時，即自標的物交付時起，買受人應支付遲延利息（民法三六九條）。然在送交買賣，其利益仍應以交付之時為準，蓋危險於發送時移轉也（民法三七四條）。此外當事人得另為約定，自不待言，其約定亦得默示的為之。例如出賣土地，雖即時為移轉登記，但須經過長期間始交付，則其間之利用屬於出賣人。如母牛以懷孕而出賣，則其犢雖於交付前產出，仍應屬於買受人（*Emm-Lehmann* §104, I, II, S. 409）。

二、價金支付之處所

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（民法三七一條日民五七四條）。關

於價金支付處所當事人另有訂定者，依其訂定。如約定應與買賣標之物之交付同時交付價金時，應於標之物之交付處所支付之。然如有反對習慣可認為當事人有依其習慣之意思時，則依其習慣。標之物交付之時期與價金支付之時期相異時，價金支付之處所，依一般原則應於出賣人之住所地爲之（民法三一四條二款）。如買受人未與標之物之交付同時支付價金時，不復適用民法第三七一條之規定，嗣從依一般規定，應於出賣人之住所爲之（日本昭和二年十二月二十七日大判）。僅標之物之交付定有期限，其期限推定爲價金交付之期限（民法三七〇條）。然就價金支付處所，當事人縱有約定，標之物之交付處所未可推定，仍應依民法第三一四條之規定定之。

三、價金之計算

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、瑞債二一二條二項三項、德商三八〇條）。（一）價金以可得而定爲已足，約定依市價者，除契約另有訂定外，視爲標之物清償時清償地之市價（民法三四六條、德民四五三條）。買受人未指定價格而爲確定之定購時，依瑞士債務法，推定爲依履行時履行地中等之市價（瑞債二一二條一項），我民法雖無規定，此時應解釋可推定當事人有依清償時清償地之市價之意思。當事人如另有價金之默示的合意或有依前此買賣價金之合意或有依買賣時之市價之意思，自應依其意思。如其貨物無市場或其價格不能客觀的決定者，則其買賣契約不成立。（二）價金依物之重量計算者，應以淨貨爲準，而扣除其包皮之重量，但另有習慣者，依其習慣。依瑞債第二一二條第三項規定「依特別之商習慣，就各個商品爲價金之計算，應由總重量爲一定扣除或按一定百分比爲扣除者，依其商習慣」。如依當事人之約定或習慣，應連包皮計算或有上述商習慣時，自應依其約定或習慣。

四、價金支付拒絕權

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，但出賣人已提出擔保者，不在此限（民法三六八條一項、法民一六五三條、日民五七六條）。此支付拒絕權，非爲得永久拒絕出賣人請求之權利，僅於其原因除去以前，得爲拒絕，乃爲停止的或延期的抗辯權，係仿法法系之立法。第三人就買賣標的物有所有權、地上權、抵押權、質權、租賃權等權利時，出賣人應負權利瑕疵擔保責任（民法三四九條），已如前述。此擔保責任以第三人權利確定的存在爲前提（在日本民法並以其權利已行使爲要件），然第三人之有權利與否雖尚未確定，苟第三人已爲主張或可能爲主張，而在一般正常人之判斷上有正當理由，可使買受人有喪失其權利全部或一部之虞時，買受人按其危險之程度，得拒絕交付價金之全部或一部。即買受人有全部解除權時（例如出賣人未由第三人正當的取得權利），則得拒絕支付全部價金，買受人惟有部分的解除權時（例如所移轉之所有權上有負擔或買受人惟由第三人取得權利之一部），則僅得拒絕支付價金之一部。然得有因一部權利之瑕疵而爲全部解除。又依我民法及德民法解釋，出賣人已爲履行後，第三人就買賣標的物主張有所有權或其他權利時，買受人並得請求出賣人爲所有權之供與或其所移轉所有權上負擔之除去。於出賣人未使其取得所有權或除去負擔以前，應解釋買受人有同時履行抗辯權，已如前述。然此時應解釋仍受本條規定之限制，即應按其危險程度，而拒絕全部或一部價金之支付，而且如出賣人已提出相當擔保，則不得拒絕（民法三六八條但書、日民五七六條但書、法民一六五三條後段）。又出賣人得請求買受人提存價金（民法三六八條二項、日民五七八條），買受人經請求而不爲提存時，亦不得行使拒絕權（日本昭和十四年四月十五日大判）。

如定買賣標的物之價金，自其實價中已扣除其標的物所擔保債權額之部分時，則買受人不得主張權利瑕疵擔保，無請求出賣人除去其權利上負擔之權利，亦無價金支付拒絕權。此時可認爲買受人已承擔其被擔保債權之債務或其履行。

第三款 受領標的物之義務

買受人是否有受領買賣標之物之義務，各國立法例有不同。法日民法，不認買受人有此義務。德國民法明定買受人有受取買受物（*die gekaufte sache abnehmen*）之義務（*德民四三三條二項*），瑞士債務法規定買受人有受領（*annehmen*）之義務（*瑞債二一一條一項*），我民法從之（*民法三六七條後段*）。買受人之受取義務，非買賣之要素，得依當事人之合意或依占有改定或返還請求權之讓與，以代交付而排除之。受取義務通常為從義務（*Nebenverpflichtung*），然得依契約明示的或默示的使成爲主義務。例如大量貨物之買賣，出賣人對於買賣標之物由倉庫之出清，有重大利益，而於契約訂立時爲買受人之所知，建築地碎片瓦礫之出賣，通常爲清除基地之目的而爲之，其取去爲買賣之主義務。

1. 受領義務成立之要件

出賣人須依契約爲給付之提出，買受人始負有受領之義務。

a. 給付應依契約上所定品質及數量（有從物者連同從物，在繼續供給契約，依其所定每次給付之部分），於給付地爲之。如不具備此條件，不但不成立受領義務，亦不成立民法第三五八條暫時受取義務（*Verbindlichkeit zur provisorische Abnahme*）。

b. 給付須於適當時期爲之。遲延之給付，除有民法第二百三十二條第二百五十五條規定情形外，買受人尚有受領之義務。在請求交付買賣（*Kauf auf Abruf*）及指定買賣（*Spezifikationskauf*），如買受人不於相當時期爲選擇時，得請求法院強制其行使。

c. 有瑕疵之物。物有民法第三五四條所定之瑕疵者，買受人依民法第三五八條，有暫時受取之義務。

2. 效力

未爲保留而受領者，推定爲承認其受領之物。因此買受人應證明其物未依契約而爲給付。

買受人如拒絕受領，除陷於受領遲延外，並應負損害賠償責任（*民法二三一條一項*）。受領義務如爲主義務，出賣人並得依民法第二五四條規定解除契約。買受人使交付爲可能之協力，依明示的合意或依其

情形（例如請求交付買賣，指定買賣）為契約上之義務時，亦同（*Erbman*, zu 433, 16, S. 591; *Enn-L. ehmann* §105, 1, S. 410; *Hedemann* §7, V. S. 74）。受領之拒絕，同時與價金支付之拒絕結合者（民法三七〇條所定情形，通常如此），則買受人陷於債務人遲延，出賣人得請求損害賠償或依民法第二五四條規定解除契約。買受人有受領義務，而怠於受領適法提出之貨物或怠於為受交付所必要之準備行為，即有此適用（*Oser*, zu § 211, *Anm.* 8, 9, S. 874）。然受領義務與給付義務究有不同，民法第二三一條第二項之規定，不能適用。受領義務是否得訴請強制執行，雖有主張受領義務為獨立義務，如物已置於可受取之狀態，得獨立起訴及請求強制執行（*Staudinger*, zu § 433, IX, 2; *Erbman*, zu § 433, 16, S. 591; *Palandt*, zu § 433, 3B, S. 448），然買受人受領遲延，出賣人尚有提存或拋棄不動產之占有，以免責之方法，應解釋受領義務為主義務時，始得訴請強制執行（參照拙著債法總論四〇八頁）。受領之訴，非以受領與價金交換，而係請求受領及支付價金或僅請求受領。

【註】我民法及瑞債所定受領義務（*Annehmepflicht*），在德民法則規定為受取義務（*Abnahmepflicht*），解釋為受取之事實行為，與瑞民法解釋上所稱暫時的受取義務（*Oser*, zu § 211, *Anm.* 4, 6, S. 874）相當，即由出賣人取去物之占有及處分權，而解去其占有之義務。在不動產為所有權移轉之接受（*Entgegennahme*）。此事實的受取之義務，與以為履行而為之受領（德民三六三條）不同，前者僅使買受人取得持有，而後者則使其取得對於物之自己占有。受取不可認為有物之承認，受取一般未能即為檢查，例如受取郵寄包裹。種類物之送交買賣，其受取於有疑義時准可認為受取義務之履行，使其檢查為可能而為之（*Denecke*, zu § 433, IX b, S. 38）。我民法從瑞債之例，規定為受領義務，而關於異地買賣則另設有第三五八條（瑞債二〇四條）之規定，買受人有暫時受取之義務，可從德民法上述解釋。

第三目 填補買賣

（一）出賣人雖為特定物或不特定物之給付提出，買受人不為受領及價金之支付時，出賣人是否得以時價將標的物出賣，而保管其價金，依德國商法第三七三條、日本商法第五二四條，商人間之買賣，得於

一定條件之下，將標的物拍賣，謂自助出賣（*Selbstverkauf*）。依統一買賣法草案第九五條，經一定之豫告，亦認有此權利。我民法未為規定，不能逕認有此權。惟於標的物不能提存或有毀損滅失之虞，或提存需費過鉅者，出賣人得聲請清償地之初級法院拍賣，或許其照市價出賣，而提存其價金（民法三三一條、三三二條）。（二）買賣標的物為特定物或因給付之提出而特定時，買受人不為受領者，出賣人是否有為填補出賣（*Deckungsverkauf*）之義務，解釋上出賣人不當然有此義務，惟於民法第二一七條所定之範圍，有此義務。即出賣為防止損害之擴大而其價格為適當，且無遲延的通知買受人時，則嗣後買受人失其履行請求權，就出賣價格未滿約定價格之部分，應為賠償。填補出賣與自助出賣不同，非為相對人之無因管理，而係以自己之計算為之（*Erbman, zu 325, 6; S. 473*；勝本契約各論一一四頁一〇〇頁）。

出賣人陷於給付遲延，而且其標的物為不特定物時，買受人是否得不解除契約，為填補其因不履行所受之損害，而有由第三人購入標的物，即有為填補購買之義務（*Deckungskauf; droit de se remplaceur*），買受人雖依民法第二一七條之規定，亦不當然有此義務（*Palandt, zu § 325, 5a, S. 352*），惟在出賣人拒絕履行時，依信義原則，可認為有此義務（參照拙著債法總論三九六頁三九七頁）。如為防止損害擴大而為填補購買，其價格適當，而且於購買後無遲延的通知出賣人，則嗣後出賣人失去其履行之機會，應賠償超過約定價金部分之填補購買價格。但其價格低於約定價格時，歸於買受人之利益。由數人之處購入時，則於各損益互銷後尚有超過約定價金之部分時，出賣人應為賠償。

第四節 出賣人及買受人之附隨義務

出賣人及買受人除上述義務之外，依誠信原則（民法二一九條）而有附隨的義務。（一）買賣標的物為特定物時，在交付以前，出賣人有以善良管理人之注意為保管之義務（參照民法二二〇條、德民二七六條、瑞債九九條、法民一一三六條一一三七條、日民四〇〇條）。出賣人雖為特定物之給付提出，買受人

不爲受領及價金之支付時，出賣人仍負有以買受人之危險及計算，保管標之物之義務（民法二三七條二七四條、參照統一買賣法草案九二條）。（二）出賣人對於買受人有說明標的物法律關係之義務。例如土地之買賣，應告以四至界限。有地役權、負擔、租賃等關係時，應爲告知，並應將買賣標的權利之證明書，交付於買受人。其證明書與其他事件有關者，應給與以公認抄本（參照民法二九六條、德民四四四條）。（三）依誠信原則，德國最高法院更導出下述原則（RG. 98, 262），即契約其效力繫於官署之許可者，雙方當事人爲許可之獲得，應盡其能爲者而爲之，其一切可爲許可之障礙者，應避免之。縱於契約履行後，凡可以危害契約之目的者，出賣人仍有不爲之義務（*En-Lehmann*, § 102, I, S. 403）

第五目 危險負擔

買賣之利益及危險，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、德民四四六條、參照瑞債一八五條一項）。依羅馬法及普通法，自契約訂立時，買受人負擔危險（*Periculum est emptoris*）。其他法民、義、荷、西班牙等國亦然。瑞士債務法以契約訂立時，爲利益及危險移轉於取得人之時期。在種類買賣，則以分開時爲準，如須發送，則以交送時爲準，買賣附有停止條件者，則以條件成就時，始移轉於取得人（瑞債一八五條一項至三項）。我民法從德民之例，以物之交付時爲準。在種類買賣，亦無不同。異地出賣人，因買受人之請求，將標的物送交清償地以外之處所時，則自交付於運送承攬人時，危險即行移轉（民法三七四條、德民四四七條一項）。蓋以交付主義，係基於互易思想，因交付，標的物處於買受人保護之下，而入其所支配之危險範圍，同時出賣人因此已履行其主要義務。於此觀點，使不動產之危險，於移轉登記時，亦已移歸買受人負擔爲正當，蓋取得人法律上已依登記，而得回復占有也。在送交買賣，出賣人雖因交送尙未能完全履行，然已超出在履行地之準備而爲其方面履行上一切之必要行爲，可謂已有經濟上之移轉。

依民法第二六六條，出賣人爲物之給付債務人，就因不可歸責於雙方當事人之物的偶然喪失或毀損，應負擔危險，蓋因此而失其價金請求權也。民法就買賣設有限制，將危險提前移轉於買受人，即在件物買賣（*Stueckkauf*），以交付而移轉。在不動產，其登記先於交付者，以登記而移轉，在送交買賣（*Ver. sendungskauf*），以交付於運送人而移轉。於此時以後，如有毀損滅失，買受人雖未收到，仍應負支付價金之義務。然出賣人因此有對於第三人（運送人）之損害賠償請求權時，買受人得請求其代償利益（民法二二五條二項）。危險負擔，惟以買賣標之物之毀損滅失爲問題。在種類買賣，須有物之特定。以物之有形的變更爲限，權利之貶值，爲權利瑕疵擔保之問題。然在權利之買賣，因其權利得占有一定之物者，亦應有準用（民法三七七條）。集合財產之買賣亦同。有價證券之買賣，其證券爲有形之物，應與其證券化之權利爲區別，惟對於前者有民法第三七三條之適用。

依民法第二六六條第三六七條，出賣人於履行或使發生買受人受領遲延前，應負擔價金危險。於此以前，標的物偶然喪失，則買受人免爲價金支付之義務。給付一部不能時，則價金應按其比例減少。然此原則，因民法關於買賣所爲之特別規定（民法三三三條三三四條）而變形或破除。

1. 危險於履行前因物之交付而移轉於買受人 此交付須基於有效買賣契約之履行爲之。依其他原因之交付，例如基於附從契約爲一時之使用，或僅爲檢查而交付者，尙爲未足。於買賣契約訂立前，買受人已占有標的物者，如未另爲約定，於契約訂立時，可認爲已有交付。交付本身應解釋爲有形的交付。如依占有改定或返還請求權之讓與而履行其契約上之義務，並使買受人成爲所有人，則通常使取得間接占有或返還請求權，亦爲已足。處分證券之交付，亦有此效力（*Danecke zu § 446, 4; Palandt, zu § 446, 3, S. 4 58; Ein-Lehmann § 103, II, 1, S. 404*）。

【註】亦有主張以占有改定爲已足，然在返還請求權之讓與，則第三人返還其物與買受人時，爲有交付。如買受人對於提出之物拒絕受領，則陷於受領遲延。如買受人約使第三人爲其保管，則自其時危險移轉於買受人（*Staudinger*）。

zu § 446 12c; Dernburg, § 174, II, S. 30)。

a. 危險移轉因占有之交付而完成，買受人以為履行而受領或承認其品質與否，在所不問。

b. 危險移轉與所有權之移轉無關，獨立的發生，出賣人雖保留所有權至價金清結之時而為交付，亦無礙於危險之移轉。標的物因為非依權利人之意思脫離占有，出賣人不能使買受人取得所有權時亦同。然出賣人於標的物滅失時，應類推適用民法第二六七條但書之規定，以其因給付不能而免所有權移轉之義務所得之利益（即出賣人對於所有人如受物之讓與所應支付之價金）與其所得請求之對待給付（價金）扣銷。民法第二六七條雖以債權人（買受人）之過失而致給付不能為前提，然如買受人無過失，則更應享此扣銷之權利。

c. 物之瑕疵亦不阻止危險之移轉。此時雖未完全履行，然買賣標的物已因交付而入於買受人之保護（Obhut），買受人並不因危險移轉而遭困難，蓋物雖偶然滅失，買受人仍可依民法第三五九條第二六二條，解除契約也。惟在種類買賣，物之瑕疵，排除危險移轉，蓋依民法第二百條第二項及第二三五條之規定，危險之移轉以出賣人完結其方面之必要行為乃至以使發生受領遲延之方法，將物提出為條件，因此條件之完成始生買賣標的物之特定（民法二三四條、二三七條）。然如買受人以給付物為債之標的物而受領，則應承認危險之移轉。其買賣標的物因以特定、與特定物之買賣有同樣瑕疵擔保請求權，在送交買賣危險之移轉，尤其繫於標的物之特定。出賣人不管有違反契約之品質瑕疵，而仍使危險移轉者，應對於買受人承認其瑕疵擔保請求權（*Enn-Lehmann*, § 103 II, 1, c. S. 405; § 113, I, 2, S. 446)。

2. 不動產買賣，其危險於交付前因買受人於土地登記簿登記為所有人時而移轉。即以登記或交付孰先為之者，以其時為準（參照德民四四六條二項）。關於危險因登記而移轉一點，我民法雖未為規定，然登記後買受人已可基於其所有權為占有之返還請求，而在出賣人方面亦已為主要義務之履行，應可與德民為同樣之解釋也。此原則對於已登記之船舶或航空器，亦應有準用。

在不動產之二重買賣，對於買受人甲爲交付，對於買受人乙爲移轉登記時，其危險應歸誰負擔，則有不同之見解。

a. 有謂此時出賣人得對於甲乙兩買受人請求價金，即其危險應由甲及乙負擔（*Dernburg, § 114, Anm. 10*）

q. 有謂價金惟得向已登記之乙請求，然不得對於僅取得占有之甲爲之，即危險應由乙負擔（*Planck, zu § 446, Nr. 2, b B; Oertmann, zu § 446, 6, d*）。

c. 有謂應歸誰最先承受危險之人負擔，即先因交付或登記承受危險之移轉者，應由其負擔（*Lindemann, § 159a, Anm. 52*）

p. 有謂甲乙買受人均不負擔危險，蓋因出賣人對於甲或乙均未爲完全履行也（*Enneccerus in § 326, Anm. 3, der früh. Aufl; Cosack, § 125, VI.*）。亦有主張實際上甲乙買受人均可依民法第二五六條之規定，解除契約，蓋出賣人因可歸責於自己之事由，不能爲完全給付，而買受人之契約解除權，並不因物之偶然毀損滅失而消滅也（*民法二六二條*）（*Enn-Lehmann, § 103, I, 2, S. 405, 406*）。

· 依余所見，危險應由經登記之取得人乙負擔，蓋不管其占有交付於他買受人，甲仍得基於其取得之所有權，向甲請求返還其物也。其占有之取得，惟因物之滅失並非因出賣人之二重買賣而爲不能，而且因移轉登記，出賣人已履行其主要義務，而此即爲民法所基以爲危險移轉之理由。反之爲移轉登記於他買受人，對於占有受領人爲契約之違反，因此對於買受人甲爲給付不能，其得由乙取得經登記移轉之所有權以之移轉於甲，在此時已不甚重要，因物業經滅失，已無從實現也。出賣人之爲善意惡意，亦無關係。因一買受人之所有權取得，而基於客觀的理由，即排除危險移轉於他買受人。物之孳息亦應當然的屬於經登記之乙。占有人甲應將其收取者返還或償還其價額。如依民法第九五二條規定，爲善意占有人，取得孳息所有權時，出賣人對於他買受人乙，應負賠償之責。

在動產買賣，亦有類似現象，例如一物依占有改定出賣與買受人甲，對於另一買受人乙爲有形之交付，或二人由出賣人買受，他一人同時由其代理人買受，此時對於第一取得人已完全履行，因而第一取得人應交付價金而保有可能發生的對於出賣人之損害賠償或不當得利請求權。依其情形得以之供抵銷。如第二買受人因善意取得所有權，就買賣而言，兩個買賣均已履行，而兩買受人均應支付價金。如第一買受人之物，嗣後被剝奪，則關於買賣無法可施，惟得基於侵權行爲或不當得利，向出賣人爲請求（Oertmann, zu § 446, 6d, S. 400, 401; Staudinger, zu § 466, I, 2e, S. 88）

3. 在送交買賣，因出賣人方面已爲發送所必要之一切行爲，即因交付其物於運送機關而危險移轉（民法三三四條、德民四四七條）。

a. 發送，須出賣人因買受人之請求，將標的物送交清償地以外之處所而爲之。（一）如以於他處所履行為條件，則爲準送交買賣或隔地交付買賣（*qualifizierter Versandungskauf; Fernkauf*），其危險依一般原則（民法三三三條）於履地交付而移轉。爲單純的送交買賣，抑爲隔地交付買賣，履地爲出賣人之營業所或爲買受人之住所，應具體決定。如約定於一定地點「交付」，則可認爲隔地交付買賣。如約爲「發送」或「送交」，則可認爲送交買賣。要之其給付之內容，依處所之指定而確定者，屬於前者。依當事人之意思，以送交之義務僅爲附加於履行義務之一從義務者，則屬於後者。有船上交貨（*FOB; Free on board*）之文句者，其危險因交付於船舶而移轉。（二）出賣人未得買受人之同意，將物送交履地以外之處所，則不適用民法第三三四條之規定，蓋出賣人不能單獨的以他地代替履地也。

b. 所謂出賣人應爲其方面一切必要之行爲交付於運送承攬人，僅爲其典型的例示，（一）我民法雖僅規定交付於運送承攬人，在德民則此外，更規定運送人及其他以實行運送爲目的之人或營造物，我民法亦可解釋應包其他運送人或運送機關，不獨如此，出賣人亦不妨自己實施運送，而以開始運送爲已足，不必依獨立承攬契約行之。（二）本條規定依一般意見，對於同一地區內之送交，亦有適用。然對於配送買賣

(Zusendungskäufe)，例如飲食品、衣類、家俱之買賣，出賣人承擔送到家中者，不適用之。此時買受人之住所為履行地，出賣人應負擔運送危險。在店中之買賣，於適用民法第三七四條規定前，應考察其交付是否已於店中行之。果如此，則買受人已取得所有權，而依一般原則負擔危險。(三)出賣人惟應注意於實施運送之人之慎重選擇及物之適當包裝，而就運送之人或營造物運送上之過失，不依民法第二二四條之規定負其責任，蓋運送係以買受人之計算及危險為之，已不屬於出賣人契約上之義務也。然如出賣人無緊急之原因，而違背買受人關於送交方法之指示，則依民法第三七六條之規定，於其發交時已有過失。(四)買受人惟負擔運送危險。運途中如被扣押，則應由出賣人負擔。蓋此時買賣因發送尚未完成履行，其被扣押不涉及運送危險問題。然如經過敵人佔領區被其扣押，則屬於運送危險。(五)在集合發送(Sammelsendungen)，即對於多數買受人未為分開，為集合發送，尚待各按其應有部分而為分離。如其集合發送為買受人所允許或係依交易上習慣行之，則民法第三七四條之規定，亦有適用。

4. 特殊情形 買受人關於標之物之送交方法，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，應負擔賠償責任(民法三七六條、德民四四七條二項)。指示之違反，原則上不變更危險之移轉(民法三三七條)，惟使出賣人負因此所生損害賠償之責任。買受人應證明其指示之違反為致生損害之原因。然其違反無須為惟一的原因。只須證明如不違反，則其損害應不發生。出賣人有緊急原因證明，可使其免責。如因所指示運送方法上之困難，依誠信原則不能期待出賣人為之者，則可認為有緊急原因。買受人嗣後雖變更其所為運送方法上之指示，出賣人如就第一指示無特別利益，通常應依從之(Denecke zu § 447, 5)。

a. 附條件之買賣，則危險移轉亦為附條件。買賣因停止條件之不成就或解除條件之成就而消失時，則危險移轉之規定不適用，買受人無須支付價金。有疑問者，給付物於條件成否未定之間滅失，而其後停止條件成就或解除條件不成就，因而買賣發生效力或確定的保持其效力時，應如何解決。依瑞士債務法第一

八五條三項規定「訂立附有停止條件之契約，出賣物之危險與利益，於條件成就時始移轉於取得人」。在我民法無明文規定，解釋上在附停止條件買賣，如以因標之物之滅失所生之給付不能，為嗣後不能（參照拙著債法總論三六八頁（a）），此時買受人免支付價金義務，然如依當事人之意思，以條件之成就發生溯及的效力，則已將物置於其支配範圍之買受人因此亦應負擔危險。在附解除條件之買賣，於條件不成就時，應與無條件之買賣為同一看待，買受人自應負擔危險。然如條件成就時，則買賣原因向後已被排除，買受人免支付價金義務。如已為支付，則得依不當得利之規定請求返還（*Enn-Lehmann* § 103, I, S. 407）。如以為危險因物之交付，已確定的移轉於買受人則與條件之觀念相矛盾。然如當事人另有異此之意思時，自應顧及。即條件為出賣人之利益而訂立者，出賣人保有價金。反之如為買受人之利益而為之者，則應返還價金。物之毀損之危險，依通常當事人之意思，除買賣因停止條件之不成就或解除條件之成就而消失外，因交付而移轉於買受人（*Enn-Lehmann*, § 103, I, S. 407）。

b. 拍賣時危險何時移轉，我強制執行法未設規定。如拍賣條件未另有規定，應依物與人共死亡之原則，解釋自買受人領得權利移轉證之日起，即取得拍賣不動產所有權之日起，負擔危險（強執九八條）。動產自交付之日起負擔危險（強執六八條七一條），但買受人不依期繳足價金者，陷於給付遲延，同時陷於受領遲延，在受領遲延中，拍賣物偶然之喪失，應歸買受人負擔（參照拙著物權法論二七一頁）。

c. 受領遲延（民法二二七條）

5. 當事人另有約定 關於危險移轉之時期，當事人得另為約定（民法三七三條但書、瑞債一八五條一項前段）。不獨明示亦得默示的為之。例如就多數之物為躉買時，則往往可認為出賣人就若干物滅失或損壞之危險，不負責任。

第六目 出賣人必要及有益費用之償還請求權

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。如非必要者，應依關於無因管理之規定負償還責任（民法三七五條德民四五〇條）。出賣人於將標之物交付前有保管之義務。通常應為必要費用之支付，而無償還請求權，然有左列例外。

一、必要費用

出賣人於標之物交付前危險移轉後所支出之必要費用，則其費用之支出非為出賣人之利益，而係為買受人為之，此時出賣人如同受有買受人之委任，得依關於委任之規定請求費用之償還（民法五四六條一項二項、五三五條、五三六條、五四〇條）。於交付前危險已移轉於買受人，例如依不動產之登記或物之發送（民法三七四條），依當事人之特別約定或依法律規定（強執九八條）。

二、有益費用

出賣人於標之物交付前危險移轉後所支出之有益費用，利於本人並不違反本人明示或可得推知之意思者，得依關於無因管理之規定，向買受人請求償還（民法一七六條）。契約訂立後危險移轉前之有益費用，是否得依關於無因管理之規定請求償還，德國學者主張其非僅以為維持標之物所必要者（因在危險移轉前標之物所必要之費用，應歸出賣人負擔），亦得依無因管理或不當得利之原則，請求償還（Köhnen, zu § 450, 4; Ihn-Lehmann, § 104, 2, S. 408）。此在德民第四五〇條第二項有「買受人對於其他費用之償還依無因管理之規定」之明文，契約訂立後危險移轉前之有益費用，亦包含在內，固可如此解釋，然我國民法未另設有規定，解釋上出賣人惟得依不當得利之規定請求償還，蓋在危險移轉前尚難謂為他人為無因管理也。

第七目 權利買賣之危險移轉及費用償還

權利之出賣人負使買受人取得其權利之義務，如因其權利得占有一定之物者，並負交付其物之義務（民法三四八條二項）。關於其物之危險移轉，出賣人違反買受人關於物的送交方法之指示之賠償責任及其危險移轉後交付前之必要及有益費用之償還，準用民法第三七三條至第三七六條之規定（民法三七七條、德民四五一條）。

一、關於危險移轉

1. 權利於契約訂立後履行前，因不可歸責於雙方當事人之事由而消失者，則出賣人依民法第二六六條之規定，免其給付義務，而失其對待給付請求權。此外出賣人於契約訂立時，就權利之存在，負權利瑕疵擔保責任（民法三五〇條）。

2. 出賣之權利，因權利而得占有一定之物者，其物之危險，自交付時起，移轉於買受人（準用民法三七三條）。如其物於交付或交送後滅失，則對於買受人之價金債務，不生影響。在須登記之權利，則以交付或其前之登記，為危險移轉之時點。

二、關於必要及有益費用之償還

於權利危險移轉後，其權利標的物交付前，出賣人所支出之必要費用或有益費用，得分別準用民法第三七五條第一項或第二項之規定，依關於委任或無因管理之規定，請求償還。

第八目 買賣費用之負擔

買賣費用之負擔，除法律另有規定或契約另有訂定或另有習慣外，依左列之規定（民法三七八條）。

一、買賣契約之費用，由雙方當事人平均負擔（民法三七八條一款、日民五五八條）。

二、移轉權利之費用、運送標的物至清償地之費用及交付之費用，由出賣人負擔（民法三七八條二款、德民四四八條一項前段）「買賣標的物交付費用尤其度量衡之費用，由出賣人負擔……」同條二項「出賣

權利時，權利之設定或移轉費用，由出賣人負擔「瑞債一八八條前段」如無反對之合意或習慣時，出賣人負擔移轉尤其度量衡之費用」。

三、受領標之物之費用、登記之費用及運交清償地以外處所之費用，由買受人負擔（民法三七八條三款、德民四四八條一項後段）買賣標之物之受領費用及向履行地以外之處所運交之費用，由買受人負擔，同法四四九條「土地買受人應負擔所有權移轉之意思表示及登記費用，土地上權利之買受人，應負擔權利設定或移轉所必要登記之費用，包含登記必要之意思表示之費用。以上兩種情形之證書作成費，亦由買受人負擔」，瑞債一八八條後段「如無反對之合意及習慣……買受人負擔證書作成及受取費用」，同法一八九條一項「出賣之物應送交履行地以外之處所者，如無反對之合意或習慣，由買受人負擔運送費用」。

民法分三種費用（一）買賣契約之費用，謂證書作成費（包括貼用印花）、標之物估價費、標之物之鑑定及會同測量費。（二）交付費用，應由出賣人負擔。在送交買賣，交付於運送人之費用，由出賣人負擔。然運送費非交付費用，應由買受人負擔。度量衡費用，如由大量物中將標之物分開或為價值計算而為之，則為交付費用。如買受人為檢查為之，則屬於受領費用。發送標之物至履行地，包裝費及輸出稅，亦屬於交付費用，應由出賣人負擔。（三）受領費用（包括拆包）、登記之費用（土地法七六條），由買受人負擔。（四）送交至履行地以外之處所之費用，包括運送費及稅捐（內含提單印花稅），由買受人負擔。

上述法定費用之負擔原則，實際上依當事人另有約定或另有習慣，而變更者甚多。例如當事人得約定（一）自費由倉庫（*ab Lager*）或工廠（*frei ab Fabrik*）取貨，則買受人應負擔全部運送費。（二）免費至鐵路交貨（*f.o.r. = free on rail*），則出賣人應負擔送至鐵路之費用，自此以外，由買受人負擔。（三）免費上船交貨（*FOB = free on board*），則至裝載船上之費用，應由出賣人負擔。（四）加算到達目的地所需費用，而計價金，則運送、保險及其他費用，均應由出賣人負擔（*cif = cost, insur.*）。

ance, freight) (五)免費郵寄 (frank, franko)。然法定履行地及危險之移轉，不因此等費用負擔之約定而變更。煤氣及自來水計量錶之費用，應由出賣煤氣及水之人負擔。然當事人得另爲約定，通常由買受人支付租錶費，而由其負擔。

第四節 買賣之種類

一、現金買賣、賒欠買賣、預約買賣、分期付款買賣

此分類爲依價金支付方法而爲之區別。(一)現金買賣，謂與買賣同時出賣人移轉權利，買受人支付價金之買賣。(二)賒欠買賣，謂出賣人先移轉權利，日後受取價金支付之買賣，亦稱信用買賣。(三)預約買賣，亦稱前金買賣，謂於出賣人移轉權利前，買受人先付價金之買賣。(四)分期付款買賣，亦稱分期付款買賣 (Abzahlungsgeschäft; Teilzahlungsgeschäft)，謂應分期支付價金之買賣 (民法三八九條、三九〇條)。此種買賣，以與契約訂立同時交付標的物與買受人爲通例。

二、任意買賣及強制買賣

此係基於當事人有買賣之自由與否而爲之區別。前者出於當事人之任意，爲通常之買賣。後者依法律之規定或行政處分，強制的所爲之買賣，例如強制執行、破產處分。

三、自由買賣及競爭買賣

此係基於買賣方法之區別。在前者當事人任意決定價金，選擇相對人而爲之買賣。後者爲向一般公衆之拍賣，原則上以出價最高者爲應買人。

四、定期買賣及即時買賣

此係基於權利移轉或物之交付時期之區別。在前者出賣人就權利之移轉或物之交付，定有期限或期間

之買賣，亦稱期貨交易（*Termingeschäft*）。後者與買賣之成立同時，移轉權利或為標的物交付之買賣。交易所之買賣，通常屬於前者。

五、種類買賣（*Gattungskauf*）及特定物買賣（*Speziesskauf*）

此係基於買賣標的物之區別，前者指示標的物之種類及數量而為之買賣，後者謂特定物之買賣。

六、直接買賣及其他之買賣

此係基於買賣履行方式之區別。依其方式得（一）為與買賣同時出賣人移轉權利，買受人支付價金之買賣。（二）為出賣人雖與買賣同時移轉權利，而買受人日後支付價金之買賣。（三）為買受人雖與買賣同時支付價金，而出賣人日後移轉權利之買賣。（四）為當事人雙方俱不與買賣同時履行其債務之買賣。上述第（一）種情形，稱為直接買賣。自價金支付方法之方面觀察，則為現金買賣（*Barkauf*；*Handkauf*）。第（二）種情形為除帳買賣（*Borgkauf*；*Kreditkauf*）。第（三）種情形為預約買賣（*Vorzahlungskauf*；*Pränumerationskauf*）。

七、試驗買賣及貨樣買賣

此係基於標的物品質上之區別。（一）試驗買賣（*Kauf auf Probe*；*Kauf auf Besicht*）謂以買受人之承認或適意（*Billigung*）為停止條件或以不適意為解除條件之買賣（民法三八四條、德民四九五條）。為停止條件抑為解除條件，依當事人之意思定之。德民法推定為停止條件。我民法規定為停止條件。（二）貨樣買賣（*Kauf nach Muster*），謂按照買賣標的物之貨樣所定之買賣（民法三八八條）。

八、繼續的供給契約

繼續的供給契約（*Sukzessivlieferungsvertrag*；*Bezugsvertrag*），謂當事人約定一方於一定期間或不定期間，以一定種類品質之物品或其他物，繼續的供給他方，而他方按一定之標準支付價金之契約。其供給之物，為飲水、牛乳、報紙等，以財產權之移轉為目的者，為買賣。關於電氣，以一定之電量，供

給工廠電力，爲買賣。反之非供給一定之電量，以完成照明之一定結果爲目的者（例如建築物或道路電燈），則爲承攬。

繼續的供給契約，其標的物及體態等，得合一的爲觀察，應以爲一個契約，而非數個契約之結合，故一期履行遲延，履行不能或不完全給付，對於全部契約爲一部之履行遲延，履行不能或不完全給付。對於前時期之給付不履行，相對人得就自己後時期之給付，爲同時履行之抗辯。雖有主張亦得依民法第二百五四條至第二百五五條之規定，解除契約。依余所見，因其爲繼續契約，原則上惟得準用該規定，終止契約（參照統一買賣法草案三〇條七三條）。惟因一部分不履行，不能達契約之目的時，或就對待給付有不可分之特別合意時，得解除全部契約（參照上揭草案三〇條但書）。給付不完全者，亦原則上惟得終止契約（參照拙著債法總論四〇五頁）。

第五節 買回

一、意義

買回（*Wiederkauf*；*Rueckkauf*；*Rachat*；*vente à réméré*；*redemption*）謂出賣人保留再買回其已出賣標的物之權利，即訂立以出賣人之買回意思表示爲停止條件之再買賣契約（民法三七九條一項、德民四九七條一項）。因而買回之保留約款，應具備買賣之方式，即不動產買賣之買回保留，應以書面爲之（民法七六〇條）。然爲停止條件之買回意思表示，則不須任何方式。

二、性質

關於買回制度之性質，依立法例及學說而有不同。大別之有三種。即（一）債權說。（二）以爲如同狩獵權、礦業權、漁業權等之物權取得權。（三）認爲解除條件或爲解除權之一種。約定買回之方法，得

有種種。

1. 買賣當事人於買賣契約訂立時或於其後，訂立再買賣之預約，出賣人更須依據請求，訂立再買賣本約。此時爲再買賣之預約，性質上爲債權，自不待論。

2. 買受人於買賣契約訂立時，向出賣人爲長期買回之要約（*Rueckkaufsofferte*），而將來出賣人之買回意思表示，則爲其要約之承諾。

3. 出賣人於買賣契約或於其後，以另一契約，對於已出賣標的物，保留以自己一方的買回意思表示，而逕取得標的物之所有權。

4. 買賣當事人於買賣契約隨同訂立或於其後另行訂立再買賣之契約，而以出賣人行使買回權之意思表示，爲其再買賣契約之停止條件。

5. 買賣人於買賣契約，附以買回之解除條件。

6. 出賣人於買賣契約，隨同訂立保留解除權之契約。

以上第（1）預約方法迂緩，不切實際。第（2）種要約說，使買受人長期受要約之約束，於理欠妥。第（3）物權取得說，爲奧民法所採。依奧民法，買回權之保留，以不動產之買賣爲限。未經登記者，惟有債權的效力，因出賣人之買回意思表示，而使出賣人負有交還標的物之義務（奧民一〇六七條、一〇六八條）。已經登記者，有物權的效力，即因出賣人買回之意思表示，而得對第三人請求交出標的物（奧民一〇七〇條參照一〇七九條）（*Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. II, § 365, S. 415, 416*）。第（4）債權說，爲德民所採（德民四九七條一項）。瑞士債務法規定買回契約須以公證書爲之（瑞債二一六條二項），學者亦從德民而爲解釋（*Oser, zu § 216, Anm. 35, S. 896*）。我民法從之。第（5）解除條件說，爲法民所採（法民一六五九條），學者解釋爲附解除條件之買賣（*Colin et Capitant, Cours, tome I, no. 958, p. 632*）。第（6）解除權保留說，爲日民所採（日民五七九條）

。經登記後，對於第三人亦生效力（日民五八一條一項）。

綜上所述，我民法買回性質上係以出賣人行使買回權之意思表示，為停止條件之再買賣契約，其得買回之權利，稱為買回權。

三、買回權成立之要件

1. 買回之保留，須具備買賣之方式。即在不動產之買賣，須以書面為之。因買回為再買賣之契約也。買回之保留，有規定必須與買賣契約同時訂立特約者，例如日民（日民五七九條）。在法民，學者亦採同樣之解釋（*Colin et Capitant, Cours, t. II, no. 961, p. 634*）。在德民，第四九七條第一項規定「出賣人於買賣契約保留買回權時，出賣人因對於買受人表示行使買回權而成立買回，此意思表示不以就買賣所定方式為必要」。然學者及判例解釋，不獨於契約訂立時，即於其後，亦得以另一契約訂立買回契約，不過亦須具備買賣方式（*Enn-Lehmann, § 116, I, a. S. 458; RG 126, 311*）。在奧民，學說及判例亦然（*Ehrenzweig, a. a. O. S. 415*）。瑞債亦採取同樣之解釋（*Bachmann, art. 216, no. 26, p. 385*）。我民法規定，近於德民，而且原則上惟發債權的效力，以從德民之解釋為宜。

2. 為阻止登記之公信力，不動產之買回特約，應為登記，此特約之登記，有預告登記之效力。買受人對於標的物之處分，有妨礙買回權者，其處分為無效（土地登記規則九六條，參照拙著土地法原論一三八頁以下，*Enn-Lehmann, § 116, I, 4, S. 460*）。在動產之買賣，則惟可附以解除的條件，而使發生物的效力。

3. 買回權之標的，不以不動產為限。依日本及奧國民法，買回權惟就不動產而存在（日民五七九條、奧民一〇六八條）。德法民法及瑞債，均未有此限制，我民法亦然。即就動產之買賣，亦得為買回之保留。

四、買回權與其類似權利之差異

1. 買回權與購買權 購買權（*Kaufrecht; droit d'emption*），謂得由權利人以一方的意思表示，而購取標的物之權。不須有第一買賣之存在，與買回權不同。我民法惟關於法定購買權有規定（民法八三九條

二項)。關於約定的購買權，瑞債規定創設土地購買權之契約，須以公證書爲之（瑞債二一六條二項），在我民法，亦應解釋須以書面爲之。依此契約經權利人之一的表示，對方負有移轉其標的物所有權之義務（Funk, art. 216, 1; Oser, Ann. 38）。

2. 買回權與先買權 先買權（Vorkaufsrecht; droit de préemption），謂約束人將標的物出賣於他人時，權利人得請求移轉其物之所有權於己，即成立權利人與義務人之買賣契約，一方面以義務人與第三人訂立買賣契約，他方面以權利人（買受人）之願意爲停止條件，而在買回則不以買受人與第三人訂立買賣契約爲條件。依瑞債規定，土地先買權之創設，只須以書面爲之，無須爲公證書。我民法惟就法定先買權，設有規定（民法九一九條）。關於約定先買權，未設有規定。解釋上不動產先買權之約定，亦須以書面爲之。無論爲約定購買權或約定先買權，均惟有債權的效力。

3. 買回權與賣回權 買受人保留賣回權時（Wiederverkaufsrecht; Rueckverkaufsrecht），其效力如何。依奧民法規定，準用關於買回之規定（奧民一〇七一條）。然僅有債權的效力（Ehrenzweig, a. a. o. II, S. 417）。依德國學說及判例，可準用關於買回之規定（Enn-Jehmann, a. a. o. II, S. 400）。我民法亦可爲同樣之解釋。

如當事人約定買受人因請求，非對於出賣人或其權利承受人，而應對於第三人，以賣回之方法交還買賣標的物時，則非固有意義之買回保留，然依契約自由之原則及民法關於爲第三人契約之規定（民法二六九條），得使第三人取得與出賣人因買回保留而有之同樣權利。此時除適用民法第二六九條以下之規定外並適用民法第三百七十九條以下之規定（Denecke, zu § 497, 3）。

4. 買回權與準買回權 應交還於出賣人之標的物，非爲原出賣之標的物，則非固有之買回。如出賣集合財產，而約定個個物件，由買受人所替換或補充者，因買回權之行使，應以購入價格或估價，一同交付與買回人時，如其全體財產已變至原出賣之物件已不存在之程度時，則不能謂爲買回。然依當事人之意思，

仍不妨準用關於買回之原則，此時可稱為準買回權。

五、買回權之移轉性

買回權為財產權之一種，得為讓與或繼承，並得設定權利質權。亦得屬於破產財團，由破產管理人行使之。他方面依當事人之合意，亦得禁止讓與或不許繼承（Danckel. zu § 497, 1）。在我民法，買回權為債權，其讓與非通知債務人（買受人），對於債務人無效力（民法二九七條）。又買回權之行使，以價金及費用之提供為其要件，故買回權之讓與為隨有一定要件之權利之移轉，而非含有附條件義務之移轉。就此點而言，買回權之讓與，並不包含債務之承擔，無須買受人之同意（鳩山債各三六五頁）。

（註）在日本採取解除權說者，謂買回權與出賣人之地位有不可分離之關係，原則上非連同出賣人地位，不得讓與。但於出賣人履行債務以後，出賣人之地位全由權利構成，得與一般債權同樣為讓與。然買回權之讓與，通常應解為一併讓與因其行使而發生之不動產所有權回復請求權（以買回權行使為停止條件之債權），故非對於債務人或其他第三人為通知或經其承諾，不得對抗之。反之採取物權取得說者，則謂買回權為一種物權，得依買回人之自由意思讓與之。於有登記時，得對抗買受人及其他第三人，亦無須對於買受人為通知或經其承諾。又經登記買回權之消滅，如未登記，亦不得對抗買回權之受讓人（勝本契約各論一二二頁以下）。

六、買回之期限

買回之期限，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、日民五八〇條、德民五〇三條）。依日民規定「買回之期間不得超過十年，定有較長期間時，縮短為十年，未定期間時，須於五年內為之」（日民五八〇條一項三項）。依德民第五〇三條規定「買回權在不動產，得自保留之合意後三十年內行使之，在其他標的物，得於三年內行使之，但就買回權之行使定有期限時，以其期間代替法定期間」。我民法規定不得超過五年，蓋買回制度在於使有金錢急迫需要之出賣人，他日回復其資力時，有再回復其所有物之機會。然買回權之存在，使法律關係不確定，有害於標的權之利用，自經濟上觀點，難以使其長久繼續，故儘量將其期限縮短也。五年之期間，自買回保留之合意時起算，抑應自買賣成立之

日計算，雖不無疑問。(一)依我民法之精神，應解釋自買賣契約成立之日起算。當事人以契約定有存續期間者，其期間自買賣契約成立之日起，須在五年期限以內，就其超過部分應爲無效。(二)當事人未定有存續期間時，應解釋得於五年內行使之。如於五年內不行使，則買回權消滅。(三)當事人所定買回權存續期間屆滿後，是否得予更新，日本民法規定不得延長(日民五八〇條二項)。在我民法可解釋如延長期間與原定期間合算，未超過五年者，其部分仍爲有效。

當事人約以一定條件之成就或經過一定期間後，得爲買回時，其買回之期間，應自何時起算，如解爲自條件成就或經過一定期間起算，則有背於民法縮短期間之法意，故應解釋自條件成就或始期屆至時開始進行之期間，須在買賣契約成立日起算之五年期間以內。如其進行期間，超過五年之範圍時，就其超過部分，應予減縮。如其條件之成就或其始期之屆至，在買賣契約成立時起算之五年後者，則其期間全部在民法所容許之範圍以外，不發生縮短之問題，其買回之特約全部無效(參照日本昭和三年十一月三十日大判民集七卷一〇三六頁、鳩山債各三七一頁)。

民法債編施行前所定買回契約，定有期限者，依其期限，但其殘餘期限，自施行日起算，較民法第三百八十條所定期限爲長者，應自施行日起，適用民法第三百八十條之規定，縮短爲五年。如買回契約未定期限者，自施行日起，不得逾五年(債施一二條)。

七、買回權之行使

1、買回權行使之要件

a. 須以買回之表示爲之 買回表示(*Wiederkaufserklärung*)，爲要受領之單方的表示，無須方式，因到達於相對人而生效力。其性質爲條件之履行，而非契約上之表示。買回權屬於數人者，應由全體行使之(條件之部分履行，等於未履行)。買回權就其中一人已消滅或經其明示或默示不欲行使者，由其他權利人共同行使之(參照德民五〇二條)。買回之表示，應於買回期限內爲之。出賣人已爲買回價金之提

出者，可認為含有買回之表示。

b. 須為買回價金及買賣費用之提出

為買回權之行使，須於買回期限內，對於出賣人為買回價金及買賣費用之提出。我民法規定「得返還所受領之價金而買回其標的物」，「買回之價金另有特約者，依其特約」（民法三七九條一項二項）。買賣費用（指當初契約費用）由買受人支出者，應與買回價金連同償還之（民法三八一條）。一、買回價金，原則上為出賣人所受領之價金。如當事人另有特約，則為約定買回價金。民法雖規定返還所受領價金，似乎應先返還或提存買回價金及契約費用，然應解釋以其提出為已足。相對人之受領或其提存，並非要件。買受人預行拒絕受領買回價金及契約費用時，以有言詞上之提出為已足（日本大正七年十一月十一日大判）。二、買回價金及契約費用之提出，是否應為無條件。買受人尚未支付全部價金時，出賣人得扣除其未付部分而提出其餘數額（日本大正十年九月二十二日大判），或得以與相對人之給付交換而為給付之提出。雖有主張買回價金及契約費用之提出，為買回權行使之要件，相對人為因買回權行使之結果而生債務之履行，始有為給付之義務，故非在於同時履行關係，應無條件為提出。然買回為出賣標的物再買賣之契約，雖並與買回價金之提出為買回權行使之要件（在德民則僅以為買回之表示為已足），既為再買賣契約，不可否認其相互給付在履行上有牽連關係（參照民法二六一條）。此時可解釋因出賣人為買回之表示，而使發生再買賣之權利義務。買回價金及契約費用之提出，畢竟為條件成就之效果而生債務之履行，不過應與買回之表示同時為之。即其提出，不妨附有與相對人給付交換之條件。三、登記上買賣價金額有謬誤或其他與買受人實際所支付價金額有相異之記載時，出賣人以為實際上支付價金額之提出為已足。對於原價金無須支付利息。買受人就標的物所得之利益，與原價金之利息，視為互相抵銷（民法三七九條、日民五七九條但書）。然如當事人另有約定，自應從其約定。所謂視為互相抵銷，謂出賣人無須支付利息，不問買受人所生利益之價額如何，均無須返還。四、買回價金另有特約者，從其約定（民法三七九條二項、德民四九七條二

項)。然仍應受民法第二〇六條之限制。特約，例如約定依買同時之估價或市價，或約定以有買回價金之提出爲已足而無須償還契約費用。買受人亦不妨對於出賣人就買回價金及契約費用之全部或一部，允其緩期支付，雖無實際之支付，而使買回僅依出賣人之買回表示，完全發生效力。又出賣人於買回權行使後所應償還於買受人之有益費用，如當事人約定爲買回權行使之要件，而須與買回價金同時提出時，其效力如何。民法惟規定契約費用須與買回價金連同償還，此項約定有背於保護買回權人之立法精神，其約款應解釋爲無效（勝本契約各論一二六頁、末弘債法各論四六七頁、日本大正十五年一月二十八日大判）。

2. 得行使買回權之人

得行使買回權者，爲(a)出賣人及其承受人(b)買回權人之債權人，亦得依債權人代位權，行使買回權。

3. 買回權行使之相對人

買回權行使之相對人，爲原買受人及其包括承受人。在不動產之買回，其買回特約經登記者，對於特別承受人，亦得請求其同意於實現買回之登記（參照拙著土地法原論一三九頁）。

4. 買回權行使之效力

買受人對於買回人負交付標的物及其附屬物之義務（民法三三三條一項、德民四九八條一項）。標的物爲原出賣之物，附屬物謂於買回權行使時所存狀態之附屬物，包括買回保留之合意後交付前所使附屬之物。

a. 在買回權行使前，買受人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（民法三三三條、德民四九八條二項）。（一）因可歸責於買受人之事由致不能交付標的物，例如因自己過失或其代理人或使用人之過失，致標的物毀損滅失，或因其處分不能除去第三人因處分成立之權利時，買受人應賠償因此所生之損害。然如標的物偶然滅失，則買回權消滅。偶然毀損，因買回人有行使買回權與否之自由，如爲買回，應負擔之，並無請求減價之權。部分之毀損，亦然，不適用民法第二六六條第一項後段之規定。然如毀損由第三人所致者，得適用民法第二二五條第二項之規定。依民法本

條規定之旨趣，在無過失之毀損，買回人亦無解除權。民法關於物之瑕疵担保之規定（三五四條至三六六條），於此範圍不適用之。買回人依其情形惟得依民法第八十八條之規定，撤銷買回之表示。（二）如買受人將標之物變更，則以其變更顯著與否而有不同。如為顯著（在德民為重大 *wesentlich*），即其變更將原買賣標之物之使用價值，加以顯著損害，則買受人應負賠償責任。否則買回人無請求減價權。（三）為保護買回人，於其行使買回權時，縱知有瑕疵，不適用民法第三五五條之規定。（四）不能交付標之物之事由，於買回權行使後始發生者，適用關於債法一般原則（*Palandt, zu § 498, 2, 3, S. 502; Staudinger zu § 498, 3, a, b; Denecke zu § 498, 4*）。

（註）依德民第四九八條，標之物滅失損壞或其他返還不能時，買受人有過失者，應負損害賠償責任。偶然滅失，則買回權消滅。非因可歸責於買受人之損壞，由買回人負擔，不得請求減少價金。買受人將標之物變更時，則以變更重大始負賠償責任（*Staudinger, a. a. O.*）

b. 買受人如將標之物處分，於買回權之行使時，負有除去因其處分而成立的第三人權利之義務。因強制執行、假扣押或由破產管理人所為之處分，同於買受人之處分（參照德民四九九條）。如不能除去，則為可歸責於己之事由之不能，應負損害賠償責任。然在不動產之買回，其買回特約經登記者，其處分因買回權之行使，對於買回人為無效，買回人對於出賣人得請求實現其買回權，有如其處分未曾成立，第三權利取得人有同意於實現買回之登記之義務（參照拙著土地法原論一三九條）。

c. 買受人於買回權之行使前，為改良標之物（包括附屬物）所支出之費用及其他有益費用，而增加價值者，買回人應返還之。但以現存之增價額為限（民法三三三條、德民五〇〇條）。所添裝之設備，得取去之，但應回復標之物之原狀（參照民法四三一條二項、德民五〇〇條末段）。於買回權行使後買受人所支出費用之償還，應適用民法第三七五條之規定。

d. 買回價金約定為買回時之估定價格者，可推定當事人之意思，以其物於買回時之狀態為買賣。因此買

受人除故意使買回爲不能而引起者外，就物之滅失或損壞，不負其責。買回人亦無償還出賣人支出費用之義務（參照德民五〇一條）。出賣人得約定此時買受人仍應就有過失或無過失之滅失或損壞負責，自不待言。買受人將標的物處分時，其責任如何。雖有主張其物尚存在者，則負損害賠償責任（*Enn-Lehmann, § 166, I 3, e. S. 459*）。依余所見，民法第三百八十三條第一項所定買受人之責任，並不因此而受有限制。蓋買受人此時負有除去第三人權利之義務，就因其處分所引起之結果，均不能免其責也（*Staudinger, zu § 501, 3, S. 271; Oertmann zu § 501, 3; Denecke zu § 501, 3*）。然買回權行使前買受人所支出之費用，此時如包括於估價之中，自不得再請求償還。其買回權行使後所支出之費用，則應適用民法第三七五條之規定，已如前述。

e. 買回之費用，由買回人負擔（民法三八一條二項）。不適用民法第三七八條之規定。但當事人另有約定時，自應從其約定。

八、共有物應有部分之買回

共有權爲所有權之一種，就其買賣，亦得爲買回之特約，可適用上述關於買回之規定。然於應有部分買回之特約後，買回權之行使前，有共有物之分割時，買回人得就買受人所受或應受部分或價金爲買回（參照日民五八四條）。

（註）共有不動產，因他人請求分割而付拍賣者，買受人爲拍賣之買得人時，依法日民法，如買回人欲行使買回權，買受人得使買取其全部（法民一六七條、日民五八五條二項）。如係由買受人請求分割而自己爲不動產之買得人時，買回人得選擇的就買受人之應有部分爲買回，或支付拍賣價金及費用，而取得不動產之全部（日民五八五條一項）。我民法無此規定，未可爲同樣之解釋。

第六節 特種買賣

第一目 試驗買賣

試驗買賣 (Kauf auf Probe ; Kauf auf Besicht ; vente à l'essai ou à l'examen)，爲以買受人之承認標的物爲停止條件，而訂立之契約 (民法三八四條、德民四九五條一項後段、瑞債二二三條、法民一五八七條一五八八條)。德民及法民，推定爲附停止條件 (德民四九五條一項後段、法民一五八七條)。我民法則規定爲附停止條件。(一)標的物雖其占有已交付於買受人，在未經買受人承認前，仍屬於出賣人之所有 (瑞債二二三條二項)。標的物雖經交付，依瑞民解釋，其危險仍歸出賣人負擔 (Oser zu § 223, Ann. 5, S. 907 瑞債一八五條三款)。在我民法，依附條件之契約理論，試驗買賣亦可解釋危險因標的物之交付移轉於買受人。然其移轉繫於無條件買賣之存在，其契約成爲無條件時，而其危險移轉始爲無條件。在此以前，因附條件之買賣，而其危險移轉亦爲附有條件 (Palandt, zu § 495, I, S. 499; § 446, 3)。即其買賣因買受人之拒絕承認，而條件不成就時，則無買賣契約之存在，亦無價金請求權。(二)試驗買賣，決定物之瑕疵担保責任之時點，爲買受人承認標的物之時。故出賣人就買受人於承認標的物時，不知有物的瑕疵或非因重大過失而不知時，負擔保責任 (參照民法三五五條 Dencke zu § 495, 6)。(三)買受人承認與否，爲任意。標的物雖無瑕疵，買受人如不爲承認，出賣人亦不得請求法院爲審查。如約定買受人惟於標的物有瑕疵時，始得拒絕承認，則非民法所稱之試驗買賣。不承認之理由，買受人無須申明。附具理由時，其理由雖不確實或與標的物無關，亦無妨礙。例如買受人云目下無款可付，故不買。對於不承認，有時得適用民法第一四八條之規定。然對於其承認，則無適用民法第一四八條規定之餘地。(四)當事人不妨約定以買受人之不承認爲解除條件，然此已非民法所謂試驗買賣。以買受人之不承認爲解除條件之買賣，買受人於標的物交付前已支付價金者，通常認爲有此約定。此時標的物之危險及利益，通常因交付移轉於買受人。在動產其所有權通常亦因交付而移轉於買受人。如條件成就，則買受人免支付價金義

稱。價金已支付者，得依不當得利之規定，請求返還。

一、試驗之容許

試驗買賣之出賣人，有容許買受人試驗其標之物之義務（民法三八五條、德民四九五條二項）。於如何範圍，應許買受人試驗。如無約定，應依其情事定之。試驗之容許，得獨立的訴請強制，不獨得依強制執行法第一百二十八條，亦得為試驗依同法第一百二十三條，將物取交買受人。此外買受人亦得依民法第二五四條之規定，解除契約。

二、標之物之承認

1. 承認之性質 承認（Billigung；agr er）或不承認（Missbilligung；refuser）的意思表現之性質如何，頗有爭論。如以承認係表示對於物之適意，則僅為觀念表示，即為觀念通知，非法律行為，而為準法律行為。我民法第三八四條規定「承認標之物」在文字上似含有此意義，然應解釋為不獨承認標之物，而並承認其買賣契約（參照瑞債二二五條），即以契約效力之發生為其表示之內容，實為法律行為，具有權利形成的性質。例如機器之買受人，對於出賣人函稱其機器甚好，買賣於八日內決定之。如依第一意見，則為承認，依第二意見則否。然在試驗買賣，不問買受人適意與否，有決定保有或返還標之物之自由，應以第二意見為是（Oser, zu § 223, Anm. 4, S. 907；Enn-Lehmann § 115, I, 2, S. 455）。

2. 拒絕之擬制 標之物經試驗而未交付者，買受人於約定期限內，未就標之物為承諾之表示者，視為拒絕。其無約定期限，而於出賣人所定之相當期限內，未為承認之表示者，亦同（民法三八六條、瑞債二二四條）。此係就標之物應在出賣人處為試驗之情形而為規定。其已經試驗者，如有約定期限或履行地，則價上有此期限，而當事人有依其習慣之意思時，買受人於其期限內未為承認之表示時，則視為拒絕。如無上述約定或欲依從之期限，則出賣人得定相當期限，催告買受人於其期限內為承認與否之表示。相當期限包括催告到達買受人之期間及買受人考慮應否承認及回答到達出賣人所需之期間。其尚未經試驗者，如亦未

經過試驗必要期間，則並應包括買受人為試驗所必需之期間（依瑞債二二四條）如無約定期限，出賣人於經過相當期間後，得催告買受人表示是否承認標的物，如買受人不即為表示，則出賣人免其拘束，其所謂相當期間，解釋為通常買受人試驗標的物所必需之期間。催告不須特別方式，價金支付之請求或計算書之送致，得寓有催告之意思。

3. 承認之擬制 標的物因~~已~~交付於買受人，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，不為拒絕之表示者，視為承認（民法三八七條一項、瑞債二二五條一項）。依瑞債第二二五條第一項規定「標的物於試驗前已交付者，如未於約定或習慣之期間內或無此期限而未依出賣人之請求表示不受領或交還標的物時，其買賣視為承認」。我民法所定不交還其物，亦可參照瑞債規定，應解釋如有約定期限或履行地習慣上有期限，而當事人有依其習慣之意思時，未於其期限內交還，如無此期限，依出賣人之請求，而未交還者，視為承認。如交還其物，則可認為拒絕承認，出賣人免其拘束。買受人表示交還有其他意義（例如出賣人惟應承受保管），則惟於出賣人表示就此同意時，始延長其懸置狀態。

承認亦可依買受人之行為推斷之。買受人已支付價金之全部或一部，或就標的物為非試驗所必要之行為者，視為承認（民法三八八條二項、瑞債二二五條二項）。依瑞士債務法，買受人如未為保留而支付價金之全部或一部，則視為承認買賣，而就標的為非試驗所必要之處分，則縱為保留，亦發生承認之結果（Oser, zu § 225, Anm. 3, S. 911），我民法亦可為同樣解釋。

4. 承認之效力 承認或拒絕之表示，不獨應於期限內發送，而並應於期限內到達於出賣人。其於適當時期為表示之事實，應由買受人證明之。買受人拒絕承認之表示，使出賣人免其拘束力，同時負有於所交付時之狀態返還之義務。如因滅失毀損等原因，返還不能時，依民法第二二〇條以下之規定，負其責任。關於收益，應依民法第一八一條或第九五八條，負返還之責。然對於以試驗之目的所為之使用，出賣人不得請求報酬（Staudinger, z. § 495, 8. S. 269）。承認或視為承認，使買賣確定的完成，即使附件之買賣成

爲無條件之買賣。其承認雖於所約定表示期間開始前爲之，亦同。雖未爲試驗而爲之，亦不妨生此效力。於有疑義時，認爲有溯及的效力。蓋承認含有承認前所訂立買賣契約之意義也。在附以買受人不承認爲解除條件之買賣，其不承認亦同樣的可認爲有溯及的效力，蓋買賣之不承認，應視爲未曾訂立買賣也（*Lehmann, § 115, I, 1, 3, S. 455, 456*）。

承認標的物是否含有買受人拋棄瑕疵問責權之意義，非民法第三八四條所關，而爲另一問題，應依其情形，具體的決定之。即依當事人是否超過民法第三八四條，而並約定承認有喪失瑕疵擔保請求權之副作用，以及承認之表示是否含有拋棄的表示之內容而定。惟買受人不獨依民法第三五五條之規定，於買賣契約訂立時，知有瑕疵或因重大過失而不知者，喪失瑕疵問責權，而於爲承認之表示時，知有瑕疵或因重大過失而不知者，亦喪失瑕疵問責權。在試驗買賣，已交付標的物之試驗期間，得與瑕疵擔保期間同時進行，買受人依民法第三五六條應從速檢查所受領之物，將瑕疵通知出賣人，如買受人不利用試驗期間爲物之檢查，而於爲承認之表示後，則通常已不復得爲有效的瑕疵通知（*Denecke zu § 495, 6, S. 143, 144; Staudinger, zu 495, 5*）。

5. 費用之負擔 標的物發送及送回之費用及試驗所需之費用，除有特別約定或依其情形可認爲另有約定外，由買受人負擔。因此費用係爲買受人之利益而生也。

三、試驗買賣與其他類似的法律關係

1. 買賣之效力，不繫於買受人之任意，而繫於其裁量或第三人之裁量者，非試驗買賣。在全任買受人之任意時，承認與否，爲完全自由，而依裁量，則出賣人得請求法院審查。究爲前者抑爲後者，應依具體的事實決定之。

2. 保留掉換之買賣（*Kauf auf Umtausch; Kauf mit Umtauschklausel*），例如買受人買物贈人，而爲適合其需要或嗜好，約定許其掉換。此時惟附有得以同一或較高價格掉換他物之條件，而無承認買賣

與否之自由。此種買賣，有主張為債權人（買受人）之任意之債（例如 *Oertmann*）。亦有主張為一種形成權，依掉換之表示而變更債務之內容，即給付原來標之物之債務，變為給付代替物之債務。惟於有原來物之現實交付或依占有改定之所有權移轉，始有掉換買賣之成立。掉換須任買受人或第三人之自由，如須申明理由及證明原來標之物之瑕疵，則為單純之買賣，而附有關於瑕疵之特別約定。依原來標之物之交付，買受人取得所有權，而於交還以前應負擔其危險（*Staudinger, zu § 495, 3d*）。

3. 為選擇之送貨（*Auswahlendung*），大都尚未成立買賣契約，既非試驗買賣，亦非保留掉換之買賣。於貨物之發送，含有出賣之要約，依受領人之選擇，而成立買賣契約。其選擇得依物之領有或使用行之（民法一六一條）。依其送貨係因定購與否，其沉默經過發送人所定期間或經過相當期間，而有不同之意義。惟依誠信原則，受領人於為拒絕時有為表示之誘因及義務時，其沉默可視為受領及承認。在未定購之發送，原則上不成立此義務。物之危險，在以為履行而受領前，不移轉於受領人，惟有為相當注意之責任。在定購之發送，依民法第二二〇條第一項負責，否則惟依同條第二項就故意或重大過失負責（*Enn-Lehmann, § 115, I, S. 456*）。

4. 保留一定期間內返還標之物之買賣，此時以事實上標之物之返還為條件，而非以買受人之任意為條件，不適用民法第三八七條第一項之規定。

5. 委託販賣契約（*Trädelvertrag; contractus aestimatorius*）此時可認為成立選擇債務，即支付價金或返還標之物，然亦有以之為附停止條件之買賣。依契約之內容，寄託商行對於相對人之催告為沉默時，亦不能依民法第三八七條第一項之規定視為承認。

6. 差額買賣（*Prämiengeschäft; Differenzgeschäfte*）此時買受人得約定支付一定報酬，而保有受買賣拘束與否之自由。差額（定買時與交付時價格之相差）之支付，可認為支付解約金，而解除契約或認為為債權人之利益有選擇授權之買賣。此種買賣在於利用時間之經過，而期獲因價格變更所生之利益。

7. 民法第三八四條至第三八七條之規定，於買賣以外之其他有價契約亦可準用（民法三四七條）。雙方契約當事人之義務得均為任意。勞動契約第六條規定「勞動契約以有永續性之勞動關係為目的者，得約定一個月以內為試驗期間，於該期間內當事人之一方得隨時解約」（參照瑞債三五〇條），此為附解除條件之試驗僱傭契約。

第二目 貨樣買賣

貨樣買賣（Kauf nach Probe oder Muster；vente sur échantillon；sale by sample），謂買賣標的物，依一定之樣本模型而定之買賣。按照貨樣約定買賣者，視為出賣人擔保其交付之標的物，與貨樣有同一之品質（民法三八八條、德民四九四條）。貨樣買賣，非附有條件之買賣，乃係無條件之買賣。惟附有應依照貨樣以定其標的物之品質，故應適用關於一般買賣之規定，不過視為出賣人保證其有貨樣之品質（民法三五四條二項）。此約定得就各種類之物為之，不問其為動產或為不動產，為代替物或不代替物，為種類物或為特定物（Denecke zu § 494, 1）。（一）訂約時惟提示貨樣者，尚未足使成為貨樣買賣。為其成立，必須當事人約定出賣人應交付與貨樣同一品質之物，而並保證其物與貨樣相同。（二）排除貨樣品質之擔保，不成立貨樣買賣。然不妨就其中之某一些品質為排除。有時依其情形，亦可認為就某一些品質未為擔保，例如依當事人所知，貨樣於某點與買賣約定相異。（三）與貨樣買賣結合，亦可附加其他品質，例如種子之發芽、一定之重量，或限定其一部品質，例如編織物之種類。此附加保證，亦得依商業習慣或物之性質（給付之目的）而發生。（四）貨樣買賣應與以適合貨樣為買賣成立條件之附條件買賣為區別。買賣標的物應由大量之物中取出者，得為以合於所提示之貨樣為條件而買受。然此時亦得僅有條件之外觀，而實含有適合貨樣之保證（Enn-Lehmann, § 115, 1, S. 454）。貨樣無須於契約訂定時，得於其前交付之，以前所定買或已使用之物，得為貨樣。然須其物尚留存，惟援用以前送交之貨物為未足。

一、貨樣買賣之要件

1. 須有貨樣之存在

2. 須於買賣採用貨樣，惟於契約訂立時提示貨樣為未足。蓋其提示可僅為喚起購買人興趣或使其要領也。然貨樣之交付，至少可為貨樣買賣之推定。

3. 選擇貨樣，非於契約訂立時，而於緊接履行前交付者，非民法第三八八條所稱之貨樣。

二、貨樣買賣之效力

貨樣買賣，視為出賣人擔保其交付之標的物與貨樣同一之品質，應適用民法第三五四條第二項及其他有關瑕疵擔保之規定。如標的物不具備貨樣之品質時，買受人得拒絕受領。於危險移轉後，買受人得依民法第三五九條第三六〇條之規定，行使其權利。在種類買賣，並得依民法第三六四條請求另交付與貨樣相同之物。如貨樣本身有隱藏之瑕疵，而未約定僅以貨樣為標準時，則貨物雖與貨樣相合，出賣人仍不能免其瑕疵擔保責任。出賣人於貨樣以外就其他品質為保證者（民法三五四條二項），仍應另負瑕疵擔保責任（Erdman, zu § 494, 5, S. 690）。品質是否與貨樣相同，應依契約之趣旨及交易之習慣定之。依其情形，尤其價金之計算，得以其重要之點與貨樣適合為已足。微小之差異，依民法第九八條第二一九條之規定，得不頌及（RG 47, 135）。

三、舉證責任

（一）是否為貨樣買賣，欲由此導出其權利者，應證明之。即買受人請求合於貨樣之給付，應證明貨樣買賣之成立。如為瑕疵擔保請求，並應證明其不合於貨樣。出賣人請求價金時，如買受人為不合貨樣之異議，出賣人應證明其貨樣契約之不存在（亦有主張特定物之貨樣買賣，應常由買受人負舉證責任，蓋此時標的物已確定，合於貨樣之約定為附從的約定也 *Emm-Lehmann*, 8115, 2, S. 464）。買賣契約訂立時有貨樣之存在，可為事實上之推定。（二）有貨樣買賣之成立，出賣人主張惟保證貨物之特定品質者，應就

其限定，負證明義務。(三)不合於貨樣給付之舉證負擔，如買受人欲由此主張瑕疵擔保請求權時，屬於買受人。然在種類買賣，買受人惟主張履行請求權時(例如請求無瑕疵物之給付或為同時履行之抗辯)，則出賣人應證明其給付合於貨樣。如買受人已以為履行而受領，則負舉證之責。(四)出賣人對於買受人所提示之貨樣之同一性有爭執時，應證明貨樣非有同一性(Staub zu HGB § 382, Anm. 10; Enn-Lehmann § 115, 12, S. 455 但亦有主應由買受人負證明其有同一性之責 Erbman, zu § 494, 6)。買受人對於出賣人所提示之貨樣有爭執時，應證明其非有同一性(Staudinger zu § 494, 5, S. 254)。貨樣如已不存在，當事人一方有保管義務者，因其過失之義務違反，使有舉證義務之相對人證明不能時，則舉證負擔為其不利而移轉。如無此保管義務，除能證明偶然滅失外，應歸於占有貨樣者之不利(Enn-Lehmann, § 115, 2, S. 455; Erbman zu § 494, 6, S. 646) (註)。

【註】瑞債第三二二條「貨樣買賣，受貨樣之委託者，不負證明其提示之貨樣與其所受領之貨樣為同一之義務。以僅於審判上自為保證為已足。其提示之貨樣雖已非交付時之形態，而其變化係為樣本檢查之必然結果者，亦同」。「無論何時相對人不妨提出貨樣不真實之證據」。「貨樣在買受人處雖非因其過失腐敗或滅失時，出賣人亦無須證明其物合於貨樣。買受人應證明其不合」。

第三目 分期付款之買賣

分期付款之買賣 (Abzahlungsgeschäft; Teilzahlungsgeschäft; instalment selling; vente par acomptes échelonnés) 謂約定價金分期支付之買賣。通常與契約同時，將標的物交付與買受人，價金分為月付或年付。從而出賣人有受不到價金支付之危險，為其保障，通常附以各種約款。例如一次怠於支付，買賣當然失其效力(失權約款 la clause de déchéance)，或買受人因此失其期限之利益，出賣人得請求全部價金之支付(期限喪失約款 la clause d'exigibilité)，或出賣人在全部價金支付以前，保留其標的之所有權(所有權保留約款 pacte de réserve de propriété)或保留監督權(la clause de cont-

arle)，出賣人得往買受人之住所或事務所，察看出賣之物是否尚在其處，使買受人在於常受經濟上不利盆地位，故各國多為買受人之保護，為特殊之立法。瑞士債務法就此種買賣，於第二二六條至第二二八條設有特別規定。德國有關於分期付款買賣之特別法（Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1804），奧國亦有此項特別法（Gesetz betreffend Ratengeschäfte vom 27. April 1896），法國亦然（Loi du 12 Mars 1900, Vente à tempérament）。我民法第三八九條及第三九〇條之規定，蓋從瑞債之例也。（一）民法雖規定為買賣契約，然對於其他契約，可以達分期付款行為之目的者，亦有適用。例如交換，租賃，供給材料承攬契約等，一方當事人得受其物為繼續的使用，而分期履行其對待給付時，有同樣之經濟的意義。租賃物於給付一定額之定期租金後，其所有權應移歸於承租人時，雖有租賃之外形，實為含有分期付款之買賣（vente location；Möbelleihvertrag；hire-purchase）。（二）分期付款買賣之標的物，依德國分期付款行為法第一條，限於動產。我民法並無此限制。集合物亦得為其標的。然包括權利之集合財產（例如營業），則否。因分期付款買賣之標的，限於物也。多數之物非為集合物者，惟各獨立的為其標的，雖包括於一買賣契約，然應看作各別之買賣，因此契約解除，所有權保留契約、解除後價金及報酬（使用代價）之計算，應就各物分別為之。

一、標的物須交付於買受人

出賣人負有交付標的物於買受人，並使其取得該物所有權之義務（民法三四八條一項）。分期付款買賣，概念上則惟須交付，不必包含所有權之移轉，雖為所有權保留之約定，亦不妨有分期付款之買賣之存在。（一）交付須使買受人取得直接占有。簡易交付或對於買受人之代理人為交付，亦可。然占有有改定或返還請求權之讓與，縱其買受人成為所有人，尚為未足，因無必要的直接占有之移轉。物權的證券，例如倉單、提單、載貨證券之交付，在普通買賣，雖等於物之交付，然在分期付款買賣，則為未足。蓋其交付惟創設物權的權利，對於買受人尚不能使其取得直接占有也。於契約訂立後，使買受人取得直接占有、

則有分期付款買賣之成立。於此意義，當事人不妨自始爲交付代位（占有改定或返還請求權之讓與）之約定，然其後直接占有之取得，則須基於分期付款之買賣。在送交買賣，出賣人依買受人之請求，將標的物送交清償地以外之處所時，出賣人以交付於運送承攬人時爲已履行其交付義務。關於此點，分期付款買賣，亦無不同。（二）分期付款買賣之標的物，自交付時起，其危險移轉於買受人，出賣人保留所有權與否，在所不問。

二、分期付款

當事人須約定分期付款。其中含有分期之屆期，而非含有已屆期給付之延期。於物之交付後，以有二期支付爲已足。於物之交付時，僅剩有一期應支付者，非分期付款契約。分期付款，買受人得分期履行其義務，然不妨於物之交付後，將剩餘價金一次支付。分期付款應基於最初之約定，出賣人於契約訂立後始表同意於分期付款者，非分期付款契約。分期付款額及時期，應依契約爲得確定，不妨約定以分期付款額及時期之決定，委於買受人。此時其決定應依公平裁量及適合可推知的當事人之意思爲之。分期付款，惟就可分之對待給付爲可能。分期應支付之價金之消滅時效，自每期屆滿時，開始進行。如其剩餘價金，出賣人依民法第三八九條之規定得爲請求時，自其時起，其剩餘全部價金請求權之時效，開始進行。如出賣人就標的物保留所有權，則價金請求權雖因時效而消滅，仍得請求標的物之返還（參照拙著物權法論四七頁以下）。

三、期限喪失之約款

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，而其遲延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、德分期付款行爲法四條二項、瑞債二二八條）。當事人惟得約定如有連續兩期給付之遲延，而其遲延總額已達全部價金五分之一（在瑞債及德法爲十分之一）時，其餘價金全部爲屆清償期。此規定爲強行規定，

違此之約定，其超過部分爲無效，縮減至法定範圍以內。然於買受人爲有利之約定，例如須有連續三期給付之遲延，或其遲延額須達全部價金四分之一以上，則不妨爲有效。(二)民法雖未禁止以支付遲延以外之條件爲期限喪失之約定，然第三八九條係就買受人主要給付之遲延爲規定，因此可知對於以其他之事實爲條件，亦在所不許(Ober, zu § 298, 3, S. 919)。(三)當事人雖不妨約定違約金，然如過高，則法院得減至相當之數額(我民法二五二條、德分期付價行爲法四條一項)。

1. 要件

a. 買受人須陷於給付遲延。如分期給付期，依曆時而定者，無須經催告。然雖有連續兩期給付之遲延，第一期及第三期有遲延時尙爲未足。然通常可認爲當事人有以支付抵充上期給付之默示的約定。如買受人指定其本期之清償，而出賣人未爲異議時，則其本期之給付爲已受清償。

b. 除上述要件外，須其遲延之價額已達全部價金五分之一。須爲全部標的物之交付，其僅交付一部份者，則惟以已交付的部分之價金，而非以全部價金爲準。即惟就已交付部分之剩餘價金，決定其屆清償期。爲計算五分之一之遲延給付，以全部遲未支付之價金，非僅以連續兩期給付之合計爲準。全部價金爲當事人約定之全部價金，包括在標的物之交付前所已交付之數額。此外每期給付遲延，自可發生遲延利息。然應否算入分期給付之內，以爲決定是否達全部價金五分之一之標準，民法明定須遲延之價額已達全部價金五分之一，應解釋不應算入。

2. 效力

期限喪失約款，惟使剩餘應支付價金清償期屆至，而非爲解除權行使之條件。如期限喪失約款之條件成就，則剩餘價金債權自動的屆清償期，不以出賣人之表示爲必要。

3. 本規定對於出賣人保留所有權之分期付款價之買賣，亦有適用，蓋所有權之保留，不使分期付款價之買賣變其性質也。

四、買賣契約之解除

分期付款買賣，出賣人於如何情形得爲契約解除，民法並未爲規定。德民及瑞士債務法，均就一般買賣規定出賣人於價金支付前已將標的物交付與買受人時，不得以價金未交付爲理由解除契約（德民四五四條瑞債二一四條三項）。從而分期付款之買賣，除以特約保留解除權外，並無解除權。我民法就一般買賣無此規定，而第三九〇條亦未規定其解除須以保留解除權時爲限。故應解釋此時出賣人亦得依一般之規定解除契約，即雖無保留解除權之特約，亦得以一期價金之不支付爲理由解除契約（民法二五四條）。然出賣人於價金全部支付前保留所有權者，可認爲同時保留解除權。此時出賣人如欲主張其所有權，須同時解除契約（Oser, zu § 226, Anm. 8, 11, S. 915）。依德國分期付款行爲法第五條「出賣人基於其保留之所有權將出賣物取回者，視爲解除權之行使」。不獨價金支付義務之不履行，其他契約上義務之違反，例如標的物之保管義務（*Obhutspflicht*）、住所變更或強制執行之通知義務、標的物之保險義務之違反，亦得使出賣人有解除權。然依誠信原則，契約之侵害對於分期付款買賣，惟與以非重要之損害，而可期待契約之維持者，出賣人不得解除契約。

分期付款之買賣，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（民法三九〇條、瑞債二二七條二項三項、德國分期付款買賣法一條一項二條一項）。（一）解除後雙方回復原狀之義務，依民法第二五九條之規定。然如出賣人保留所有權，則標的物之原狀回復義務爲物權的。（二）標的物使用之代價，其物雖實際上未爲使用，仍有支付代價之義務。使用包括收益，通常應收取的孳息之代價，亦應支付。使用代價，謂通常之代價，出租之物應支付其通常之租金，不可出租之物，應估定其通常使用價值。然買受人之利益，亦應顧及。短期之使用，不必有租金之支付。（三）標的物受有損害時之賠償額，謂因可歸責於買受人之事由所致之損害（例如毀損滅失或其他返還不能）及物於交付時與返還時之中間所生減值（包括因時間經過所生之減值，例如

書已陳舊），而非因正常使用之消耗，已算入於使用之代價者。（四）此外因契約訂立所生之費用，依德國分期付價行為法第二條，雖亦應由買受人賠償，然在我民法（三九〇條）及瑞債（二二七條）則否。（五）本條規定為強行規定，違此之約定為無效。

第四目 拍賣

一、概說

我民法關於拍賣之規定，係綜合德民瑞債兩法之內容而為規定，原則上惟對於私人拍賣有適用。關於強制拍賣，我強制執行法另有規定，民法關於拍賣規定，對於此種特別規定，惟可補充的適用（參照債施一四條）。關於抵押權之實行，應聲請法院依強制執行法為拍賣（民法八七三條、參照拙著物權法論二六六頁以下）。關於質物之拍賣，在拍賣法未公布施行前，依債編施行法第十四條辦理，即為私的出賣（參照拙著物權法論三四〇頁以下）。

廣義的拍賣（*subhastatis*；*auctio*；*auktion*；*Versteigerung*；*contrats aux enchères*）亦稱競爭締約，謂於欲締約之多數人之中，擇其提供最有利條件者，與之締約之方法。拍賣及投標均屬之。最有利條件，有在於為最高額之給付者，例如拍賣。有在於為最低額之請求者，例如承攬之招標。為競爭締約之方法，雖以使競爭者先出價，由最低額漸次競爭增價為常。然亦有由拍賣人先定最高額，漸次降低，以求應買人。兩者締約之方法雖不同，而以最有利之條件締約為目的則一。競爭締約，競爭人有互知他競爭人所提出之條件者，此時一旦雖為提出，其他更為有利之提出時，初為提出之人得更為有利之提出，彼此之間發生競爭，拍賣即屬於此。亦有競爭人不知他競爭人所提出之條件者，投標屬之。此時一旦提出之條件，雖不得再加以變更，然競爭人均欲為締約人，尚不失為競爭締約之方法。然兩者異其締約之方法，法律上之性質亦異。民法惟就拍賣設有規定。

二、拍賣之成立及其效力

1. 拍賣之表示 關於拍賣表示之性質，(一)有以之爲對於不特定人之要約。依此見解，爲表示之拍賣人，就其表示即要約受其拘束，競爭人之一人對之爲承諾時，其契約即成立，然以無其他更有利條件之承諾爲停止條件。(二)以拍賣人之拍賣表示爲要約之誘引。依此見解，表示本身無法律上之效力，拍賣人不受拘束，競爭人依其誘引爲要約，拍賣人對之爲承諾時，其契約始成立。以上二種意見之中，以解爲要約之誘引，較能適合拍賣人之意思，蓋拍賣人得因對於競爭人之出價未能滿足或因其他理由，而撤回其表示。如若以拍賣人之表示爲要約，則應與競爭人中出價最高者成立契約，勢不得不在實價以下出賣其物。如若競爭人串通以低價買取，而由競爭人中之一人對於其他競爭人與以補償，而互約不爲競爭或只爲形式上之競爭，則對於出賣人，至爲不利。因此民法以拍賣人之表示爲要約之誘引，規定拍賣人對於應買人出最高之價，認爲不足者，得不爲賣定之表示，撤回其物（民法三九〇條、日民訴六五六條 *Staudinger, zu § 156, 5, S. 523*）。然此非強行規定，而係解釋之規定，惟於爲要約抑爲要約誘引有疑義時，而決定其爲後者。如依表示之內容，對於出價最高之人（在承攬爲請求最少之人）必須爲賣定之表示時，則應認爲要約。此時賣定之表示，只有宣示的效力，即有不許再爲應買之效力（*Oertmann, zu § 156, 2, c; Oser, z. § 229, Anm. 3, S. 924; Vorb. zu § 229-236 Anm. 14, 15, S. 522*）。拍賣人自定最高價格，漸次降減，以求應買人時，通常可解釋爲要約之意思，蓋因自定價格，契約之內容已確定，應可解爲有確定的締約之意思（*Windscheid, § 308, Anm. 11*）。亦有主張拍賣人示以最低價格爲拍賣之表示時，應可解釋有以依其所表示價格成立契約而滿足之意思，故應受其拘束。然拍賣人示以最低價格者，乃爲競爭應買之簡易而豫行表示拒絕其額以下之應買，而非必有以其價格出賣之意思，故不得以定有最低價格，而逕以爲有要約之性質。

2. 應買之表示 (一) 拍賣人表示有要約之性質時，競爭人應買之表示，有承諾之性質。依其表示，買

賣契約成立。然其契約以在競爭終結，無其他更有利之承諾爲停止條件而成立（但亦有主張以他更有利之承諾爲解除條件）。如有其他更有利條件之承諾時，則條件不成就，不生效力。如無更有利之承諾，則因條件成就，而生效力。有更有利之承諾時，初應買之契約確定的不生效力，同時基於更有利之承諾，成立新契約。順次有較更有利之承諾時，每次成立新契約，於競爭期間內無較更有利之承諾時，契約之效力因以確定。（二）拍賣人之表示，惟有要約誘引之性質者，競爭人應買之表示，爲要約之性質。關於競爭人之要約，至何時有拘束力，依民法第一五六條對話爲要約者，非立時承諾失其拘束力，然自競爭締約之目的觀之，在有其他出價較高之要約以前，應維持其效力。故民法規定「應買人所爲應買之表示，自有出價較高之應買或拍賣物經撤回後，失其拘束力（民法三九五條、德民一五六條後段、瑞債二三一條二項、日競賣法一條）。有其他更有利之要約時，其先之要約，是否至競爭終了有其效力，或於有其他更利之要約時，即失其拘束力。在前一情形，拍賣人得於數個要約中，自由選其一，而爲承諾。此在投標，應作如此解釋。在後一情形，則拍賣人無選擇之餘地。關於拍賣，民法則明採取此後一見解。然如拍賣明以競爭人之要約在競爭終結前有其效力爲條件，自亦有效（參照瑞債二三一條二項）。依我民法，應解釋先一要約，以無後一要約成立爲停止條件而成立（但亦有主張先一要約以後一要約成立爲解除條件，然自競爭人方面言之，有確定的爲要約之意思，不應解爲解除條件而爲要約）。爲使競爭人之要約，以有他更有利之要約而失其效力，是否須後一要約有效成立爲前提，通說認爲須後一要約有效成立。例如出價較高之應買，因其應買人爲無行爲能力人爲無效，而因此即時被拍賣人拒絕時，則無要約之可言（*Enn. Nipperdey, BdI §152, Ann. II; Planck z. § 166*）（但亦主張後要約雖爲無效，在先要約亦失其效力 *Dernburg, § 82, II, 3*）。

爲應買之應買人，在爲賣定之表示以前，是否得撤回其應買，非民法第三九五條所定之範圍，應依契約一般之理論定之。然在民法對話爲要約，一般不認有撤回權。拍賣之時亦應爲同一解釋。故應認應買人

無撤回權（民法一六二條一五六條）。

拍賣人對於所經營之拍賣，不得應買，亦不得使他人爲其應買（民法三九二條、德民四五六條四四五條四五八條一項）。此爲保護拍賣之委任人所設之規定。依民法第一百零六條規定「代理人非經本人之許諾，不得爲本人與自己爲法律行爲，亦不得既爲第三人之代理人而爲本人與第三人之法律行爲」。關於拍賣民法另設有禁止之明文，不獨拍賣人本人不得應買，亦不得間接的使第三人爲其應買，並應類推適用民法第一〇六條之規定，亦不得爲第三人之代理人而應買。執行拍賣之人，例如記錄及其他爲拍賣所使用之輔助人，亦應解釋包括在內（參照德民四五六條）。拍賣人如違反此規定，而自爲應買或使第三人爲其應買時，其效力如何？依德民第四五八條第一項規定，經就出賣爲債務人，所有人或債權人爲關與者之同意，而生效力。在我民法雖有主張其應買應爲無效（我妻中華民國民法債各上一二三頁），依余所見，應類推適用民法第一百零六條之規定，得因拍賣委任人之承認，而生效力（參照民法一七〇條）。

3. 賣定之表示 拍賣因拍賣人拍板或依其他慣用之方法，爲賣定之表示而成立（民法三九一條、德民一五六條前段、瑞債二二九條一項二項、法民一五九六條）。（一）拍賣人之表示，有要約之性質時，賣定人之拍賣表示，僅表示競爭終結，最有利條件之應買，發生效力。（二）拍賣人之拍賣，僅有要約誘引之性質者，賣定之表示，爲對於應買之承諾。因承諾而其契約成立。雖定有競爭期間，拍賣人亦不受其拘束。於其期間終了前，亦得爲賣定之表示。賣定之表示爲承諾。故拍賣人不負爲賣定表示之義務。對於應買人所出最高之價，認爲不足時，得不爲賣定之表示，而撤回其物（民法三九四條），並得隨時終止拍賣，而另開始新拍賣，或不依拍賣之方法，而訂立買賣契約。然除拍賣之委任人有反對之意思表示外，拍賣人得將拍賣物拍歸出價最高之應買人（民法三九三條、瑞債二二九條三項）。拍賣人違反委任人之指示，而爲拍定時，除委任人反對之意思表示，已爲公告外，對於應買人之關係，應認爲其有權拍定。不過對委任人之關係，應負債務不履行之責任而已（參照瑞債第二二九條第三項）如未將讓與人反對之意思爲公告，

應認為拍賣人授有對於出價最高者為賣定表示之權限」季手文債釋義五一頁)。

4. 拍定之效力 拍賣經為賣定之表示時，買賣契約即成立。其效力原則上依關於一般買賣之規定。

a. 拍賣之買受人，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、瑞債二三三條一項）。如拍賣公告未定有支付期，則買受人應即支付。於拍賣條件未有明定時，亦得採用其他清償方法，例如在不動產之拍賣，拍賣物之負擔得由買受人承受，又買受人為債權人時，得以其債權與價金為抵銷。

b. 私的拍賣之出賣人，應與普通買賣，負同樣之瑕疵擔保責任。惟因拍賣條件之公布，得生應買人知其瑕疵之推定（*Oser zu § 234, 4, S. 936*）。

【註】瑞債第二三四條（一）項「在強制拍賣，除有特別保證或故意欺瞞應買人之情形外，不生瑕疵擔保責任」。二項「拍賣之買受人，於公的簿冊或拍賣條件所示知或依法律成立之狀態，連同其權利及負擔，取得標的物」。三項「在任意公開之拍賣，讓與人與其他之出賣人，同樣負責，但除詐欺責任外，得依公告之拍賣條件而拒絕瑕疵擔保責任之負擔」。然在私的拍賣，其拍賣條件之公告，惟解釋可生應買人知其瑕疵之推定。我民法關於此點無規定，惟可解釋僅生此推定，關於抵押物及質物拍賣之瑕疵擔保責任，可參考拙著物權法論二七二頁三四〇頁。

c. 危險負擔之移轉 在私的拍賣，動產之所有權，因交付，不動產之所有權，因登記始移轉。此點與強制拍賣不同（民法七五九條，強執九八條）。關於危險之移轉，應適用關於買賣一般之原則。動產自交付時，不動產自交付或登記時起，其危險移轉於買受人。拍賣之買受人，如不按時支付買價，則陷於給付遲延（民法三九七條），同時陷於受領遲延，在受領遲延中應負擔標的物之危險。

【註】瑞債第二三五條一項「動產拍賣之買受人，與拍賣定同時取得其所有權。在不動產俟登記於土地登記簿時，其所有權始移轉」。二項「拍賣官署應基於拍賣筆錄，將拍定通知土地登記簿管理人，使為登記」。三項「關於強制拍賣所有權取得之規定，不因此而受影響」。依瑞士債務法第一八五條第一項「除依特別關係或約定設有例外，物之利益及危險，與契約之訂立同時，移轉於取得人。故在瑞債解釋拍賣標的物之危險自拍定時起，移轉於拍賣之買受人（*Bachmann, art. 238, no. 10, p. 407*）。我民法未可為同樣之解釋。關於強制拍賣，標的物危險負擔之移

轉，可參照拙著物權法論二七一頁。

5. 再拍賣 拍賣之買受人，如不按時支付價金者，拍賣人得解除契約，將其物再行拍賣（民法三九七條一項、日本民訴六八八條、日本競賣法三二條、瑞債二三三條二項）。如買受人不按時支付價金之全部或一部，拍賣人無須催告，即得以意思表示，向買受人解除契約（Funkt, art. 233, 2, p. 163）。再行拍賣所得之利益，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（民法三九七條二項、日民訴五七七條三項六八八條五項、參照德民四五八條二項）。

三、投標

在投標競爭締約，競爭人不知彼此所提出之條件，招標人之招標，通常惟有要約誘引之性質，競爭人之出標，有要約之性質。此要約之效力，應依非對話爲要約之規定定之。如招標人定有期間時，於其期間內有其效力，出標人受其拘束（民法一五八條），蓋出標人係對於招標人所表示之條件爲承諾而投標，於其期間內應受其要約之拘束也。如未定期間，應解爲出標人於招標人爲定標所需之相當期間內，受其拘束（民法一五七條）。於其期間內，全部出標人均受其拘束。在投標，因招標人之定標而買賣契約成立。定標有承諾之性質。然招標人無爲定標之義務。對於最有利條件之出標（在買賣時之出價最高，在承攬時請求最低），亦無須爲承諾，於數個出標人中得自由選擇，即得考慮競爭人之資力信用等情事，而對於較不利條件之出標人爲承諾。

第二章 互易

一、意義及性質

互易（Tausch; échange; exchange），謂因當事人雙方約定互相移轉金錢以外之財產權，而成立之

契約（民法三九八條、日民五八六條一項、法民一七〇二條）。（一）須雙方之給付為金錢以外之物或權利。古代貨幣，現已不成為金錢，而看作貨物，亦不妨為互易之標的物。一方之給付為金錢時，原則上為買賣。一方或雙方之給付，非財產權，僅有財產價值者，例如業務上之秘密、營業上之顧客之互易，非互易，乃為類似互易之一種契約，惟可準用關於互易之規定。住處互易，如應與出租人訂立新租賃契約，非財產移轉，而為占有互易，不發生瑕疵擔保責任。（二）須當事人直接互易個別的標的物。故一方移轉其物，而為其對待給付受領之金錢數額，應由第三人取得其他之物者，非互易，在互易自始即有兩方個別物之對立，其始定有價金，嗣後以物代替價金者，為代物清償。數宗土地之共有人，為廢止共有關係，互易其各宗土地之應有部分時，為含有多數互為條件之所有權應有部分之互易行為。（三）互易為諾成契約。羅馬法以互易為要物契約，有一方之給付，始認契約之成立。然自德國普通法改採諾成契約主義以來，德民（五一六條）法民（一七〇三條）瑞債（三三七條）日民（五八六條）均採同樣主義，我民法從之。互易原則上亦為不要式契約。以不動產為標的者，則須以書面為之。（四）互易為雙務有價契約。與買賣大體同其性質。惟在買賣當事人之一方，應移轉金錢之所有權，而在交換則雙方約定移轉金錢以外之財產權之點，二者有異。兩當事人均應與買賣契約之出賣人負擔同樣之義務，從而應準用關於買賣之規定（民法三九八條、三四七條、日民五五九條、德民五一五條、法民一七〇四條至一七〇七條）。瑞士債務法第二三七條「互易於下述意義準用關於買賣之規定，即各當事人關於其所約定之物以出賣人看待，關於其所約定之物以買受人看待」。

雙方之互易的標的物標明價格，互為抵銷時，為互易抑為雙重買賣，應依當事人之意思而定。如依契約之內容各方之直接給付在於物之供與，不過為估價的目的而附加價格者，為互易。如非約定直接的物物互易，各方惟欲對於物之交付給付價金，而其價金結局依抵銷而清結時，則為雙重買賣。在互易解除及減價請求及於全部互易行為，而在雙重買賣則僅及於各該買賣。印花稅在前者惟就互易一行為，而在後者則

按買賣行為而計算 (Inn-Lehmann, § 119, I, S. 471)。

物物交換為原始社會物資融通方法，因金融經濟之發達，買賣遂占交易之中心，互易已失其昔日之意義。然在交易高度統制之下，金融經濟事實上受有種種限制，尤以買賣為然，於此互易復為交易必要之型態。

二、單純互易與價值的互易

1. 單純互易 此種互易當事人雖互相交換給付，然雙方之給付非於嚴格之意義為對價。當事人不以財產的價值之對比為念。例如著作家互易其出版之書籍或為紀念交換書寫或繪畫，此時實質上近於有兩個贈與契約之對立。然互為有價之點，非為贈與，而且相互給付有不可分之關係，一方之給付為原始不能時，使全部互易契約不成立。又其瑕疵擔保責任，非如附有負擔贈與，僅以受贈人負擔對價之限度內為限，而以互易之標的物為無瑕疵之普通物時為準，負擔保責任。

2. 價值互易 此種互易，以標的物之價值（尤其金錢價值）為標準而成立。通常以有同一金錢價值為前提，而成立互易契約，實質上近於有兩個買賣契約，而其價金互相抵銷。

三、互易契約之效力

關於互易之效力，除關於買價者外，準用關於買賣之規定，各當事人關於標的物之支付為出賣人，關於其受取為買受人。（一）互易為雙務契約，應適用雙務契約一般之原理，從而同時履行、危險移轉之理論，亦應適用。兩給付物為特定物，且因不可歸責於雙方當事人之事由毀損、滅失時，雙方當事人免給付義務。（二）互易為有價契約，準用關於買賣之瑕疵擔保規定。為瑕疵擔保責任，得請求減少價金時，就瑕疵給付計算其瑕疵對於無瑕疵物之比例，而就對待給付以同一比例，減少其數額。但對待給付為不可分者，應按瑕疵部分之比例換算金錢，賠償損害。換算以無瑕疵時該給付物之價值，減去有瑕疵給付之價值而算出。契約上約定標的物受取價格者，不以價金看待，而應先求出無瑕疵狀態時之客觀的價格，例如無

瑕疵時之價格爲一千元，有瑕疵時爲八百元，如對待給付之客觀的價格爲九百元，則相當比例之對價爲七百二十元（ $1000 : 800 = 900 : x$ ； $x = 720$ ），其九百元與七百二十元之差額一百八十元，爲應賠償之額（Palandt, zu § 515, 2; Denecke zu § 515, 2）。一方基於瑕疵爲解除時他方雖因互易物之轉賣不能返還，仍負有所受取對方標的物返還之義務，而就其不能之給付應以金錢支付。關於標的物履行之場所、時期，依一般原則，除依標的物之性質有特殊情形外，民法第三六九條至第三七一條亦有準用。

四、附補足金之互易

當事人之一方約定移轉財產權並應交付金錢者，其金錢部分準用關於買賣價金之規定（民法三九九條、日民五八六條二項）。價值的交換，兩方面標的物之價值有差異時，當事人一方應交付補足金（Tauschgabe），俗稱爲找錢。附補足金之互易（exchange avec soule），有主張補足金僅爲給付之從屬的部分時，全體契約應爲互易，標的物與金錢在於對等的地位，構成一方的給付時，爲買賣與互易之混合契約。反之金錢爲主時，則爲買賣。爲混合契約時，應類推適用關於買賣及互易之規定。然民法以明文規定應準用關於買賣價金之規定，從而無爭論其爲買賣或爲互易之必要。關於價金利息之支付義務、價金之支付拒絕權（民法三三七條三六八條），對於補足金均有準用。補足金爲給付之一部，其履行期及履行場所，如無反對之意思表示，應解爲與主給付爲同一。就瑕疵得請求減少價金時，應先由補足金中減少之。

五、金錢兌換

關於金錢兌換（Geldwechsel）之性質頗有爭論。（一）有以之爲買賣。（二）有謂以特定貨幣之給付爲標的者，爲互易。（三）有謂爲一種無名有價契約。依余所見，以第三說爲妥。因其爲有價契約，準用關於買賣之規定。當事人雙方均與買賣之買受人負擔同樣之債務，爲其特色。所謂金錢兌換，乃普通所謂換錢，以大額鈔票換取小額鈔票，以銀元兌取銀角或銅板。

第三章 交互計算

一、交互計算之意義

交互計算 (laufende Rechnung; compte-courant; current account) 謂當事人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 (民法四〇〇條、日商五二九條、德商三五五條一項、瑞債一一七條)。交互計算與票據同爲信用制度之一種，既可免除各交易一一授受現金之煩鎖、費用與危險，且可避免資金呆滯 (尤其隔地交易寄款費時費錢) 之損失，而簡化當事人間之交易關係。德國舊商法惟設有一條規定，新商法第三編第一章總則中設有三條規定 (德商三五五條至三五七條)。日本商法設有一章，規定頗詳 (日商五二九條至五三四條、日舊商爲二九一條至二九六條)。我民法亦然 (民法四〇〇條至四〇五條)。德日交互計算，須當事人一方爲商人，故規定於商法。我國民商合一，無此限制，故規定於民法中。然實際上亦以商業上交易，利用爲多，尤以銀行間、銀行與顧客、生產人與行紀間爲然。

二、交互計算之要件

1. 當事人 當事人爲商人或非商人，在所不問。學者將交互計算當事人雙方爲商人時，稱爲純粹的商人的交互計算 (rein kaufmännisches Kontokorrent)。當事人一方爲商人時稱爲半商人交互計算 (halbkaufmännisches Kontokorrent)。當事人雙方爲非商人時，稱爲民事交互計算 (bürgerliches Kontokorrent)。在民商法分立國家，謂民事交互計算，非交互計算。然在我民法則無如此區別之必要。

2. 交易關係 交互計算，當事人間須平常爲交易。然不必於契約訂立前已爲交易，以契約訂立後有此關係爲已足。當事人雙方是否須交互發生債權債務，在法國有雙方的交互計算 (compte-courant réciproque)。

e) 與一方的交互計算 (*compte-courant simple on unilatéral*) 兩種 (Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, no 1659; Lacour, *Précis de droit commercial* no 1476)。在德國學者及判例，亦有認一方的交互計算之趨勢 (*Duering-Hachenburg*, HGH 3 Auf, Ann. 18 zu §355; *Mueller-Fitzbach*, *Handelsrecht*, S. 623)。依余所見，以有雙方發生債權債務之可能為已足，實際上雖僅一方存有債權或債務，不妨成立交互計算 (*Straub z. HGH § 355*, Ann. 8, S. 235 本商行為法 119頁)。

3. 交互計算之客體 (一) 性質上之限制：得為交互計算之債權債務，以金錢給付為標的者為限，蓋惟金錢債權，當適於抵銷也。雖為金錢債權，須即時或現實為履行之債權，例如基於消費借貸豫約之債權，不得使屬於交易計算。票據及其他有價證券上之債權，因其特殊之行使方法，亦不得為交互計算之標的。然票據及其他有價證券授受之對價，例如票據買受之價金，不妨記入交互計算。(二) 範圍上之限制：(a) 應計入交互計算之債權範圍，如無特約，為當事人間由交易所生一切之債權，不問其交易之種類為寄託、買賣、消費借貸、墊款或為損害賠償，皆得編入交互計算，謂之交互計算之吸引力。然固不妨當事人依特約確定其債權之範圍。同一當事人間亦不妨劃定數種之範圍，例如按擔保之有無、利率或貨幣之差異、交易部門之不同，而各個劃定範圍，為交互計算 (*Duer. Hach. zu § 355*, Ann. 23)。(b) 須其債權基於當事人間之交易而發生。故與交易無關之債權，例如基於侵權行為或無因管理發生之債權，或由第三人受讓之債權，或當事人通常不能預想其發生之債權，例如莫大損害賠償請求權，不屬交互計算之範圍。(c) 不獨債權債務應編入交互計算，當事人之一方不定任何項目而為支付時，亦應編入，蓋計算期間中不得就各債權請求支付，亦不得為支付。其就某債務為支付者，不逕使其債務消滅，惟應將其支付額編入交互計算，而於定期計算時供抵銷 (*Duer. Hach. zu § 355*, Ann. 35 竹田七一頁)。然如當事人依特約，將該項目除去而為支付，亦非所禁。(三) 期限上之限制：債權債務須基於一定期限內之交易而發生

。其計算期得由當事人自由約定。如無特別訂定，每六個月計算一次（民法四〇二條、日商五三一一條、依德商第三五五條第二項爲一年）。債權須於其期限內現實發生。例如附停止條件債權，如於期限內條件尙未成就，則不在計算範圍。

三、交互計算之性質

交互計算契約爲諾成契約。然屬於何種諾成契約，即其性質如何，學說上甚有爭論。（一）有謂爲信用開始契約（Kreditvertragsvertrag）。交互計算，在應收取之債權，於一定期間不得收取之點，雖與信用契約相似，然在信用契約，與信者對於相對人負有與以信用之義務，而在交互計算，任何當事人一方，對於相對人不負與以信用之義務。惟於交易上生有債權時，不得逕爲請求，而有於一定期間內擱置之義務。（二）有謂爲支付延期契約（Stundungsvertrag）。然交互計算契約當事人，得隨時終止交互計算契約而爲計算（民法四〇三條）。（三）謂爲抵銷豫約（Aufrechnungsvertrag）。然此不足說明交互計算之消極的效力，即交互計算有不可分性，編入交互計算之債權，不得個個請求履行或抵銷或爲其他之行使。（四）謂爲獨立契約（Contractus sui generis）。我民法係以爲獨立的交互計算契約，依此契約，不問如何種類金錢債權，盡皆收入此契約之中，有如票據，不問票據之實質關係如何，皆使着上票據債權之染色，學者有稱此類契約，爲外套契約（Mantelvertrag）。

四、交互計算之效力

1. 消極的效力

交互計算，以一定期間中各債權債務爲定期計算互相抵銷，於其期間內不得爲各別之處分，謂之計算不可分之原則。然編入交互計算之債權債務，係由於特定交易結果所生，而爲其原因之債權，則不妨行使。例如基於買賣契約，不妨對於相對人請求標的物之給付，解除契約或爲瑕疵之通知。基於此等原因之請求金額，亦編入於交互計算。又債權之存在與否，不因編入於交互計算而生變更，故不妨提起債權存在或

不存在確認之訴。

a. 債權人就已編入於交互計算之債權，不得以之與交互計算以外之債權債務相抵銷，不得讓與，不得以爲質權之標的（民法九〇〇條）。其債權亦不得爲扣押之標的。有主張此不得讓與性，係基於交互計算契約而來，其效力僅及於交互計算當事人間，如當事人違反此限制而爲債權處分時，惟發生損害賠償之問題，不得以其限制對抗善意第三人（民法二九四條二項）。當事人之債權人，得對於編入交互計算之債權爲扣押（小町谷一〇三頁、大橋一〇七頁）。亦有主張此不可讓與性係自動的基於交互計算行爲之性質而生之結果，而非本於特約（民法二九四條一項一款）不得爲扣押（Staub zu HGH § 355, Anm. 18, S. 241；松本一三五頁、日本昭和十一年三月一日大判）。依余所見，以後說爲是。但對於將來所生差額債權，不妨爲扣押。（註）

【註】德商法第三五七條「當事人一方之債權人，對於爲交互計算之差額應歸於債務人之請求爲扣押且受其移轉時，扣押後因新行爲所生之債務項目，對於該債權人之關係不得列入計算。基於扣押前已發生之權利或基於此時期以前已成立之第三債務人（扣押債權人之債務人）之義務所爲之行爲，不視爲本條之新行爲」。

b. 應記入交互計算之債權債務之範圍，當事人雖得自由決定，然一旦決定後，其範圍內之債權債務，當然應計入。已記入交互計算之債權債務，非經相對人之同意，不得由計算項目中除去之。但滙票、本票、支票及其他流通證券，記入交互計算者，如證券之債務人不爲清償時，當事人得將該記入之項目除去之（民法四〇一條、日商五三〇條、義商三四五條）。（一）當事人將關聯於證券之債權債務記入交互計算，係豫想其證券上債務之履行，如其豫想不能實現，則應使其得單獨將該項目除去。例如受滙票之背書讓與之當事人，遇有支付拒絕時，雖得以被背書人之資格，行使追索權，然如爲背書人之交互計算之相對人破產時，若不許被背書之當事人將該項目除去，則既記入於交互計算之項目，應以其債權額相抵銷，而追索權則僅得爲破產債權而行使，未免處於不利之地位也。（二）有以交互計算當事人所發出之票據，於期

限屆滿時須為票據之提示，與交互計算不可分之原則相抵觸為理由，主張民法第四百零一條所謂債務人，指第三債務人而言，即其票據授受對價關係記入於交互計算時，有同條之適用（松本一三五頁），然同條之債務人，滙票及支票之付款人，亦應解釋包含在內（竹田七三頁）。（三）有謂項目除去（Stornieren），非為項目之削除，惟依反對項目之記入為之（竹田七一頁、大橋一〇九頁），然固不妨為削除。

c. 各債權債務不得個別的請求履行，因而一方面消滅時效不進行（民法一二八條），他方面債務人不陷於給付遲延。

d. 記入交互計算之債權債務，雖有不可分之關係，然不因此而生更改或其類似之效力。蓋若發生更改，則附隨於各個債權之抗辯權及擔保，因舊債務之消滅而消滅，有反於當事人之意思也。

e. 各債權原附利息者，仍依舊生息。原未附利息者，得約定自記入之時起附加利息（民法四〇四條一項、日民五三三條二項）。

2. 積極的效力

交互計算之積極的效力，為就交互計算期間內所生債權債務之總額為抵銷。有差額時，有債務超過之當事人，對於相對人有支付其差額之義務。

a. 抵銷 當事人就抵銷無須特別為意思表示，而抵銷之效力，於交互計算期間之屆滿時當然發生。然當事人應積極的為之者，為計算之確定及其差額之支付。關於抵銷，有謂應依補充之原則（民法三四二條、三三二條三三三條），各項目分別抵銷（薛著債各四〇頁），有謂為雙方債權之總體與總體互相抵銷（戴著債各上八〇頁）。日本商法明定就總額互相抵銷。德商法僅規定抵銷，並無總額二字，學者多主張總額抵銷（Lm-Lehmann § 69, I; Staub zu HGH § 355, Ann. 19），判例亦然（RG, 87, 438; JW, 1904, 151; RG in Recht 1916, Nr. 536）。我民法雖亦無總額二字，然交互計算之目的，在合併計算，以總額抵銷說為妥。

b. 差額確定 差額因會同結算，可認為經雙方之承認而確定。由一方作成計算書者，因他方之承認而確定。未經承認者因計算書達到對方後經過一年而確定（民法四〇五條）。雙方作成計算書而內容一致，亦可認為有雙方之承認，計算書達到於對方之時期有先後者，以後達到之時為差額確定之時。除有特約或有習慣外，當事人不負為計算之義務。例如居間人對於委任人，銀行對於顧客，雖有為計算之義務，如無此特殊關係，則不負此義務。惟有請求相對人承認其所送計算書之權利。相對人如拒絕承認，則得訴請其承認。相對人如有爭執，則應依舉證之一般原則，主張債權之成立者，應證明其債權成立。計算書之發送，在發送人之方面有承認其計算為正當之效力。相對人之承認，不必為明示，亦無須有特定方式。故如受領計算書後，仍繼續交易，於約定異議期間內不為異議，或將差額記入新計算，或不為保留受差額之支付而交付收據，或為一部支付或請求支付之延期，皆可認為承認（Ritter zu § 355, 5, e）。

關於差額承認之性質有認為僅有確認的效力（Bestätigung），例如柯薩克（Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7 Aufl. § 88 W）。有認為債務承認（Schuldanerkenntnis）而並有更改（Novation）的效力，例如史韜布（Staub zu HGH § 355, Anm. 27; Duer. -Hach. zu § 355 Anm. 42, 23 u. § 356 Anm. 1）。

德國判例（RG 87, 435; 125, 416）對於商人交互計算之差額承認，認為有更改的效力，而對一般計算之債務承認或債務約束（德民七八二條），不認有更改的效力（Emm-Lehmann, § 75, W 2d; Palandt, zu § 305, 4）。然苟認為有更改效力，則原債務因新債務之成立而消滅，而原債務之擔保應隨同消滅，此與當事人之意思不合。德國商法第三五六條第一項規定「以質物、保證或其他方法擔保之債權，記入交互計算時，債權人於因交互計算所生自己之差額請求權與該債權疊合之限度內，就擔保物請求受清償之權利，不因結算之承認，而受影響」。第二項規定「第三人就記入交互計算之債權為連帶債務人而負責時，就對於第三人之債權行使，準用第一項之規定」。瑞士債務第一一七條第一項「各個項目於交互計算之記入，不生更改之效力」。第二項「如差額算定被承認時，應認為更改」。第三項「為個別項目有特別之擔保時，

除有特別合意外，此擔保不因差額之算定及承認而消滅」。此更改與擔保之同時存在，有解釋為法律上變擔保債權之更換（參照德民一一八〇條）（*Enn-Lehmann, a. a. O.; Staub zu HGB § 376, Anm. 1, S. 251*）。有認為於差額債權之外，被擔保之各個請求權同時併存者（*Duer-Hach, zu HGB § 376, Anm. 2ff.*）。亦有不認差額之承認有更改效力，而惟認有債務承認之效力，各項債權同時存在。亦有主張惟總額抵銷後殘存之債權與該承認之差額債權併存，即惟有部分存續者（*Enn-Lehmann, a. a. O.; Mueller, 'Tzbach, Lehrb. p. deuts. Handelsrechts' (3) 65ff.*）。依余所見在我民法既未如德商瑞債設有擔保權存續之規定，如認為差額之承認有更改的效力，則對於擔保之存續難以說明，惟可認為僅有債務承認之效力，差額債權經承認具有創設的效力，惟總額抵銷後，殘存債權不妨與經承認之新差額債權同時併存，主債權人均得主張，惟因一請求權之滿足，而他請求權歸於消滅（*Dernburg, Das bürgerl. Recht, B, I, S. 120, II, S. 305; Enn-Lehmann, a. a. O.*）。殘存之債權，應依以債務之擔保最少者，儘先抵充之原則（*民法三四二條三三二條二款*），解釋擔保於其關係，仍不消滅。然殘存之債權額大於有擔保之債權額者，債權人僅得於擔保債額之限度內，就擔保受清償。小於有擔保債權額者，僅得於其數額之限度，就擔保受清償。第三人於記入交互計算之債權負連帶責任者，債權人得於其連帶責任範圍內請求給付（參照德商三五六條）。

c. 差額確定之效力

交互計算之差額（*Saldo*），因承認而確定。承認之效力，得自兩方面為觀察。承認人為差額之債務人時，對於相對人承認其債務之存在。承認人為差額之債權人時，承認交互計算上他債權之不存在。故承認為獨立債務發生之原因，債權人得基於經承認之差額，逕為起訴，無須證明個個之債權債務。然差額承認本身如有瑕疵，例如基於錯誤或欺詐、脅迫而為者，得依民法之一般規定而為撤銷（*民法八八條至九三條*）。但誤以交互計算（各個項目）為完全或誤以事實上或計算上之差額為正確，而為承認者，為動機之錯誤，不得以為撤銷之理由（*Duer-Hach, zu § 355, Anm. 49*）。計算書由一方作成未經他方承認者，記入交

互計算之項目自計算後（由當事人一方將債權債務總結作成計算書送交對方）經過一年，不得請求除去或改正（民法四〇五條）。即無論如何，經一年之法定期間，其差額即為確定。差額債權經確定後，其時效開始進行，期間為十五年（Staub zu § 355, Ann. 31 石井三六頁、梅著二六三頁）（註一）（註二）。然若構成不當得利，即誤信債務之有效而為非債清償，例如交互計算所列債權項目全部或一部，並非成立或有遺漏或計算上有錯誤時，仍得依不當得利之規定，請求因承認所生債務之廢止（德民八一二條二項認債務承認為給付、拙著債法總論八七頁）。如承認人明知計入債務之無效即明知無給付之義務而仍為承認，則不得請求廢止（民法一八〇條三款）（Staub zu § 355, Ann. 30, S. 246）。請求人只須證明債務不成立，無須證明基於錯誤，其知債物之不存在而為承認應由對方證明（Duer. -Hach, zu § 355 Ann. 51）。無行為能力人或限制行為能力人（未經法定代理人之同意或未經允許獨立營業）所訂立之交互計算契約，自為無效或不生效力，然他方當事人如為善意，就其應返還之利得，繼續的業務之聯絡，應認為一整體，其對於此方所為之墊支、支付或其他財產給付，應許依民法第一八二條第一項之規定互為抵銷以定其現存之利益（S. -taub, a. a. O. Ann. 29, S. 246）。

【註一】以承認為債務承認契約者，謂計算書之致送為要約，相對人之承認為承諾（Staub, a. a. O. Ann. 26）故為法律行為，亦有以承認僅為承認計算書記載之正確，而非對於相對人要約之承諾，經承認差額因以確定，而負支付義務。此義務乃係基於交互計算契約而生，計算書之承認，不過確定其應支付義務之範圍，故此意思，非債務負擔之意思，而為觀念通知（水口商行法論三〇二頁、青木商行為論一八八頁）。以承認為承諾之意思表示時，如相對人不為承認，差額承認之訴為給付之訴，判決之效力，代替承認之意思表示。如依交互計算契約，差額債權人不負繼續交互計算之義務時，得與差額承認之訴合併提起支付之訴。此時亦得僅提起支付之訴（編列及證明交互計算各項目）。於判令支付之判決，實有差額之確定，而代替相對人之承認（Staub zu § 355, Ann. 23, S. 242）。以為觀念通知者，則謂僅得提起差額確認之訴。然以承認為觀念通知者，不過謂不能依承認而使發生新債務。因債權債務之經抵銷，各個之債權債務已不存在，惟有總額差額之存餘，而此差額非各個債權之殘餘，應認為新債務，即因交互計算契約之效力，因總抵銷而生新債務（水口三〇四條、青木一八九頁）。依余所見，既同認差額為新債務，仍以

債務承認說爲妥。

【註二】有主張民法第四〇五條惟對於未經承認之計算有適用，即當事人未爲明示或默示的承認時，自計算書之作成後經過一年後不得以未承認爲理由而請求項目之除去或改正，換言之本條係規定一種法定承認（我妻中華民國債各上一四一頁）。有主張我民法不採計算書承認之制，故以法律上豫定期間替代，惟此豫定期間，在相對人一方，似宜解釋爲得知計算後起算（季著債分上五九頁）。亦有主張民法第四〇五條爲承認行爲撤銷權除斥期間之特別規定（梅著二六三頁）並有主張承認縱有意思欠缺或瑕疵，經過一年，不得主張無效或撤銷（戴著債各上八一頁）。

計算書附有「保留錯誤或遺漏」(salvis erroribus et omissionibus, error and omission excepte-
d, 或縮寫爲 S. E. & O.) 之文句，不使差額之承認易於撤銷，亦不使其不生創設之效力 (Staub a. a. O. Ann.
. 29)。日本商法第五二二條規定「當事人對於記載債權債務各項目之計算書爲承認時，不得就其各項
目陳述異議，但有錯誤或脫漏時，不在此限」，雖有主張依此規定得爭論差額之確定（松本、田中耕太郎
、大橋二二頁、田中誠），然計算上之錯誤或遺漏，在承認行爲僅爲緣由之錯誤，通說謂僅係注意的規定
不妨爲不當得利之請求（竹田、小町谷、西原、鈴木、大隅、大森、石井三六頁）。故此項保留，亦應僅
認爲有保留不當得利返還請求權之意義。

經承認之差額債權，構成獨立的債務原因，其請求權不依記入交互計算項目之債權，而依關於普通時
效之規定（民法一二五條）(Staub, zu § 355, Ann. 32, S. 247)。

交互計算關係繼續時，差額債權通常爲一項目，記入於新交互計算。

d. 利息 此時因其記入而應受不可分原則之限制，自不待言。由計算而生之差額經承認者，得請求自
計算時起支付利息（民法四〇四條二項、德商三五五條一項末段、日民五三三條一項）。計入交互計算之
債權，雖依不可分之原則陷入停止狀態，然依當事人之特約，不妨自記入之日生息（參照日商五三三條二
項）。然由計算所生之差額，原有約定利息者，仍依其約定生息。如無約定，則得請求自計算之時起支付
法定利息。但如已自記入交互計算之日生利，而就差額更生利息，則爲重利，故本條規定可認爲民法第二

○七條規定之例外。
五、交互計算之終了

交互計算如契約定有存續期間，依其期間之屆滿而當然終了（民法四〇三條但書）。通常當事人並未定有期間。此時惟依契約之通知終止而終了。然因交易關係之終了，事實上亦可致交互計算之終了（*Prax. -Hach. zu § 355, Anm. 57, 58*）。

特約或法律所定之交互計算期間為抵銷之計算期（民法四〇二條），而非契約之存續期間。即交互計算契約，不因差額之承認而當然終了，從而其經確定之差額，如無特約，應記入次期交互計算之中而為其一項目。

（1）當事人之一方得隨時終止交互計算契約而為計算（民法四〇三條、德商三五五條三項、日商五四四條）。即當事人預定有契約之存續期間，而在交互計算期間之中途，亦得任意終止契約，蓋以交互計算於一定期間，置債權債務於停止狀態，一方面須以信用為基礎，他方面雖與當事人之信用無關，若已無繼續交易關係之必要，均以使當事人得終止契約為妥也（*Prax. -Hach. zu § 355, Anm. 58*）。但此為任意規定，當事人不妨依特約限制隨時終止契約。然於當事人之一方遇有重大事由時，仍得終止契約（民法七二條）。重大事由，例如信用之動搖或他方聲譽不良（被處徒刑），當事人得隨時終止契約，閉鎖計算，而請求差額之承認及支付。然如有背於誠信原則仍不得為之。例如賣人不得將所受買價作為買受人之債權，記入交互計算，不交付買賣標的物，而以終止契約之方法謀求抵償。契約之終止，往往有反於當事人之意思者，尤其當事人之一方對於他方負有於一定期限內依交互計算授與信用之義務時為然。交付計算債務在終止契約通知達到於債務人前，其債務為未屆清償期。在此以前不得向交互計算保證人為請求。交互計算差額之訴請給付，是否可解為含有終止契約之通知，為事實問題。如決算及訴請給付，於交互計算期間內為之，通常可認為含有此意義（*Staub z. § 355, Anm. 39*）。

(2) 破產 依日本破產法第六十六條第一項「交互計算，於當事人之一方受破產之宣告時而終了。此時各當事人得閉鎖計算而請求殘額之支付」。第二項「依前項規定之請求權，破產人有之者，屬於破產財團。相對人有之者，屬於破產債權」。在德國破產法雖無此規定，然判例認交互計算因當事人一方之破產發生提前之結算（R. G. 22, 149）。學者多認爲此時交互計算契約因而消滅（Jäger zu K. O. § 65, S. 893; Staub, zu § 355, Ann. 10）。我破產法關於此點，雖亦無規定，然依其第一百條「附期限之破產債權未到期者，於破產宣告時視爲已到期」之規定觀之，可認爲交互計算契約因當事人之一方破產之宣告而終了（參照小町谷商行爲法論一六三頁）。

第四章 贈與

第一節 贈與之意義及性質

贈與 (donatio; Schenkung; donation; gratuitous promise) 謂因當事人之一方，以自己之財產爲無償給與他方之意思表示，經他方允受而生效力之契約（民法四〇六條、日民五四九條、參照法民八九四條九三二條、德民五一六條五一七條、瑞債二三九條二四四條）。此契約之當事人中爲無償給付者，稱爲贈與人。相對人稱爲受贈人。

一、贈與爲契約 贈與不僅因贈與人之意思表示而成立，必須有受贈與人合意之意思表示。雖通常由贈與人爲要約，受贈人爲承諾。然固不妨由受贈人爲要約，以有當事人之合意爲已足。然如贈與人未得受贈人之允受而爲財產上給付時，例如贈與人以贈與之意思爲受贈人清償債務，依德民法規定贈與人得定相當期間催告受贈人爲承諾之表示，逾此期間未爲拒絕者，視爲承認。於爲拒絕時，得依關於不當得利之規

定請求給付之返還（德民五一六條二項）。我民法關於此點無規定，如受贈人方面有可認為承諾之事實時，其贈與契約為成立（民法一六一條一項）。如贈與人定相當期限催告贈與人為承諾，受贈人逾期不為承諾之表示，亦無可認為有承諾之事實時，則應認為拒絕（民法一五八條）。贈與以有當事人之合意為必要，故與遺贈、捐助行為及債務之免除不同。

二、贈與為贈與人以其財產給與受贈人為內容之契約 茲所財產，謂財產上之權利。給與財產，謂減少自己之財產因而增加受贈人之財產（應減少而未減少者，亦包含在內）。（一）不獨讓與既存之權利，設定用益物權（例如無償設定地上權）或為無因債務之負擔，亦為財產之給與。免除債務，亦得為贈與契約之內容。無償提供勞務，雖增加相對人之財產，然不因而減少自己之財產，不包括在內。但如其勞務通常有償為給付者，亦得為贈與。例如花匠無償為庭園花木之整理。又勞務給付，民法另認有委任、寄託之典型契約，於此範圍，不適用關於贈與之規定。（二）無償將自己之所有物借與他人使用，理論上雖亦得為贈與，然民法認有使用借貸、消費借貸之典型契約，不應認為贈與。（三）使利益歸屬於相對人之財產上給付，有對於第三人為之者，例如清償相對人之債務，為保證人或為物上保證人，或養育相對人應扶養之人。此時給付人與相對人之間豫訂有契約者，為委任契約。如無契約，則為無因管理。給付人分別有求償權。然如給付人有無償給與相對人以利益之意思表示，相對人有承諾之表示或有可認為承諾之事實時，則成立贈與，給付人無求償權。（四）民法雖規定為「自己之財產」，然贈與除現實贈與外，惟為債權契約，有其效力，不妨以將來應屬於贈與人之財產，給付受贈人。故給付他人之財產之契約，亦得為贈與（但民法九四三條以將來財產之贈與為無效）。

三、贈與為無償契約及片務契約 無償謂不受任何對價。是否為無償，應主觀的決定之。縱令使相對人負擔多少之義務，如其負擔較其所取得之利益為微小，當事人不以為有對價之意義時，仍為贈與。故附有負擔之贈與，亦不失為贈與。（一）不獨給付與對待給付依雙務契約而約定，如對待給付為給付之條件

(條件的結合)或直接爲給付之目的而約定(原因的結合)者，亦爲有償。然於給付與對待給付之間，須有法律上之關聯，而非僅有事實上或經濟上之關聯。(a)客觀的給付與對待給付有失均衡，尙不得謂爲無償。以依當事人之意思，其相互給付有對價之關係爲已足。故高價物品，廉價出賣，尙不失爲買賣。(b)對待給付無須有金錢的價值，例如路傍土地所有人，爲道路之建設，讓與其土地，而因築路所生之利益，得爲其對價。依當事人之合意，對待給付得對於第三人爲之。(c)對於已給付之勞務，嗣後所給與之報酬，是否爲對待給付，如當事人以其給付爲該勞務之報酬(一方覺其爲義務，他方覺其爲請求權)，則可認爲有償。嗣後退休金之增加或嗣後工資之提高，非贈與。生父對於子之母，約定支付一定之年金，亦非贈與。(d)擔保之設定或拋棄，是否爲贈與，依其情形而定。由債務人本人設定擔保，非贈與。就不完全債務(自然債務)設定擔保時，亦同，因債權人並不因此而增加財產也。然如第三人設定擔保，則對於債務人得爲贈與。(e)父或第三人，對於未婚夫約定給與嫁奩，如其約定可認爲結婚之對待給付時，則非贈與。因妻之過失離婚後，夫所約定之贍養費，係對於妻在訴訟上慷慨允諾之報酬而爲之者，非贈與。同樣無過失被離之配偶基於離婚前之約定，所爲贍養之拋棄，亦非贈與。(f)自然債務之履行，非贈與。反之道德上或禮俗上義務之履行爲贈與(Palandt, zu § 516. 4, S. 510)(然依瑞士債務法第二三九條第三項規定「道德上義務之履行不以贈與看待」)。(二)當事人須對於爲無償給與之點，有意思一致，僅無對價，尙不能逕認爲贈與。蓋否則苟財產上給付欠缺法律上原因，或其原因消滅時，皆將認爲無償，於理不合也。例如不存在債務之清償。故爲認定財產上給付之無償性，以當事人主觀之意思爲重要。如當事人之一方誤信有法律上之義務，則欠缺意思一致。然贈與之動機如何，則非所問。使相對人有利得之意思，並非必要。甚至危險贈物(Dangereschenk)，有害相對人之意思，亦不妨爲贈與。例如以妨擾其父之目的，對於小孩贈以發嘈音之樂具。(三)贈與惟贈與人對於受贈人負無償給與財產之義務，受贈人不負擔義務，故爲片務契約。

四、贈與爲諾成契約 在動產贈與爲諾成契約，雖未爲標的物之交付或標的權利之移轉，或爲其他財產上之給付，苟有給付之義務，則成立贈與。然在動產，未立有字據之贈與，除現實贈與外，在未交付前，贈與人得撤銷贈與，有準要物行爲之觀。在不動產贈與，即以非經登記不得移轉之財產贈與，須以書面爲之（民法七六〇條）。爲現實贈與時，如未立有字據，縱已爲交付，在未爲移轉登記前，其贈與亦不生效力（民法四〇七條）。現實贈與（*Realschenkung*；*Handschenkung*），謂與契約同時爲財產給付行爲。現實贈與是否爲債權契約，甚有爭議。有認爲以無償爲財產給付之物權契約或準物權契約（鳩山二五九頁）。有以爲先有債權契約，而並有逕爲履行之物權契約（末弘三〇〇頁）。有謂係由一個契約而發生債權的與物權的效力，即因一個契約發生移轉財產之物權的效力，如不發生移轉之效力，則負有移轉之債務。如標的物有瑕疵時，則發生一定之擔保責任及其他效力（我妻債各二二五頁）。有謂惟就無償給與之合意，有債權之存在，因此合意，使其財產上給付爲有法律上之原因。例如贈與金錢者，其後雖判明其爲僞幣，贈與人不負給付真幣之義務（*Emm-Lehmann, § 120, Ia*）。依余所見，以此說爲當。在德民（五一八條）、瑞債（二四三條）、法民（九三一條），均以贈與之約束，須以書面爲之。日民以口頭表示爲已足。在我民法，則動產贈與原則上爲不要式，不過未立有字據者，除爲履行道德上之義務外，贈與人得隨時撤銷，實際上結果相近。

第二節 贈與之成立

一、贈與成立之要件

爲贈與之成立，須有贈與人無償給與財產的合意之成立（民法四〇六條）。是否爲無償，應主觀的定之。無償給與財產的意思之有無，應慎重考慮之。有爲履行法律上之義務，而以財產無償讓與之形式實現

之者，不可認爲單純之贈與。

爲贈與內容之財產上給付得有種種，已如前述。他人之物之贈與，爲贈與約束，自爲有效。然如誤信他人之物爲自己之物，則有錯誤之存在。

二、現實贈與

依瑞士債務法，爲贈與約束之成立，須以書面爲之。在不動產或不動產權利，並須以公證書爲之。然現實贈與，在動產則雖未以書面爲之，因物之交付於受贈人而贈與之方式已被補正，完全發生效力（瑞債二四二條一項、二四三條三項）。然在不動產或不動產權利之贈與，非以交付，而以登記於土地登記簿始爲完成。其登記非依有效之贈與約束不得爲之（瑞債二四二條二項三項），而非依公證書不得爲此有效之約束（瑞債二四三條二項），即不動產或不動產權利贈與方式之欠缺，不得因登記而補正。反之，在德國民法，贈與方式之欠缺，依約束給付之履行而被補正（德民五一八條二項）。依德國判例，認爲移轉合意及登記，只能治癒第三一三條方式之瑕疵，不能治癒第五一八條方式之瑕疵，其移轉合意爲無原因（RG 73, 208）。然學者認爲於有贈與意思之繼續，爲不動產移轉之合意，寓有德民第五一六條第二項即時實行的贈與之存在，並不以方式爲必要。有謂贈與人因此已爲其方面爲履行贈與所必要之一切行爲，故移轉合意及登記，可治癒第三一三條及第五一八條方式之瑕疵（Ehmann, z. 8 518, 9. S. 665; Palandt, zu § 518, 5. S. 514）。我民法第四百零七條規定「以非經登記不得移轉之財產爲贈與者，在未爲移轉登記前，其贈與不生效力」，雖有解釋此條爲要物契約，非經登記，贈與根本不發生效力，然與民法第四百零八條及瑞債第二四二條之規定比照觀之，則係就現實贈與而言，瑞債第二四二條係就現實贈與（Handgabe-ukung）爲規定，其第一項規定「現實贈與依贈與人將物交付與受贈人而實行」，第二項規定「不動產及不動產之權利，惟因登記於不動產登記簿，其贈與始完成」，第三項規定「登記以有有效贈與約束爲前提」，即動產贈與，雖未以書面爲之，因交付業已完成，而在不動產及不動產權利之贈與，不以交付爲已足

，須經登記始能完成。然登記須以公認證書之作爲前提，故若欠缺此方式，雖爲登記，亦不生效力。嚴格言之，不能謂有現實贈與（*Oser zu § 239, Anm. 37*）。我民法第四百零七條規定係仿瑞債第二四二條第二項之規定，應解釋在動產現實贈與，以交付而完成，即雖未以字據訂定，亦不得再爲撤銷（民法四〇八條一項、瑞債二四二條一項），然在不動產物權之現實贈與，如欠缺書面之方式，雖爲交付，不生效力，惟於當事人有移轉合意及登記，其贈與始生效力，蓋不動產物權之贈與契約，應以書面爲之，乃爲一般原則（民法七六〇條），不具備此方式，則贈與約束契約根本無效，無發生效力之餘地也。在日本民法，雖解釋未以書面訂立之贈與契約，因交付（日本大正九年六月十七日大判）或登記（我妻債各二三〇頁）而履行，不得再行撤銷。然在我民法，則此時縱經交付，而贈與之方式仍不能認爲經已補正，惟於有移轉合意及登記時，贈與方式之欠缺始可補正。此點與瑞債仍有不同，而與德民之規定相合。

三、贈與約束

贈與約束惟有債權效力，在動產爲不要式。然未立有字據之贈與，在贈與物未交付前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已交付者，得就其未交付之部分撤銷之（民法四〇八條、日民五五〇條）。（一）所謂立有字據，是否以含有受贈人允受贈與之贈與書據爲必要，依日本判例，以有贈與人贈與意思之書面的表示爲已足（大正十五年四月七日大判）。如有其他據證，並不以受贈人姓名之記載爲必要（日本昭和二年十月三十一日大判）。無須與贈與契約同時作成書面，日後作成書面時，自其時成爲書面贈與。反之僅記載贈與標之物及受贈人之姓名，而未有表示贈與人或贈與意思之書面，不得謂爲書面贈與。僅有受贈人允受贈與之意思表示乃至有贈與之事之書面記載，仍非書面贈與。（二）動產贈與，雖未立有字據，然苟已爲交付，則贈與意思已爲明確，而且贈與人已因此履行其債務之主要部分，不得再行撤銷。在現實贈與，因交付可謂業已履行完畢。交付不以現實交付爲限，簡易交付、占有改定、依返還請求權讓與之占有移轉，亦包含在內，蓋贈與人已另表示移轉占有之意思，應可補正書面方式之欠缺也（*Oser z. § 239, Anm. 38*）。

。(三)此撤銷權爲不完全贈與之拒絕，不因時效而消滅（日本大正八年六月二日大判）。

贈與約束，在不動產物權，惟依書面始能有效成立。未立有字據者，不因贈與物之交付，而成爲有效。惟依移轉合意及登記，始可補正方式之欠缺，有如前述。其立有字據者，亦不得以未交付而撤銷（民法四〇八條二項）。

四、爲履行道德上義務而爲之贈與

爲履行道德上之義務而爲贈與者，雖未立有字據，不適用民法第四百零八條第一項之規定，而應適用債法一般之原則（民法四〇八條二項、參照瑞債二二九條三項、法民九三二條判例解釋：Colin-Capitant, cours, t. I, no 467, p. 341）。

（一）依瑞士債務法，對自然債務之財產給付，不爲贈與（瑞債六三條二項）。道德上義務之履行，不以贈與看待（瑞債二二九條三項），即得不以書面方式而爲有效之約束（Funk, comm. art. 239, 3, p. 166; Oser zu §239, Anm. 13, S. 953; Bachmann art. 239, no. 13）。在我民法雖爲履行道德上之義務而爲贈與，仍不失爲贈與。何謂道德上義務，例如雖無扶養義務之人，對於其親屬爲扶養給付，生父對於婚外子女，雖未經認領或未經判決確定其爲生父（民法一〇六七條），而爲扶養費之約束，於災難之際以慈善或爲公益之目的而爲施捨。依其情形，爲其親屬或長期之被僱人所爲之扶助及保險，亦爲道德上之義務。對於重要而無償之勞務或救護工作之酬給亦然。所謂道德上義務，不應狹義的解釋，迫於人類連帶責任感之給與，亦應解釋在內。所謂報酬的（謝禮的）贈與（remuneratorische oder belohnende Zuwendung）或相互的贈與（gegenseitige Schenkungen），於禮俗認爲必要之範圍內，應解釋爲道德上義務之履行。對於被用人之獎金或特別給與（Gratifikation），如於契約訂立時加以保證，而其給付得充分的確定者，則爲約定報酬之一部分，而非單純之贈與。

(二) 爲履行道德上之義務而爲贈與者，不適用民法第四百零八條第一項之規定，而其贈與雖未以字據訂立，贈與人在交付贈與物前，仍不得任意撤銷。然其行爲一般須具有方式者，仍須具有其方式。例如不動產物權之設定、移轉、應以書面爲之（民法七六〇條），否則根本爲無效，不發生撤銷之問題。故民法第四百零八條第二項之規定，對於應具有方式之不動產物權等之贈與，無適用之餘地。

【註】依法國判例，道德上之義務，爲（一）對於未經認領之非婚生子女之扶養，（二）對於受其誘惑而生損害之賠償，（三）姻親或血親之近親屬間之扶養，（四）在法律上雖不負損害賠償義務，而對於其所致生於他人之損害之賠償，（五）報酬的贈與（*donatio remuneratores*），例如病人對於救助其生命之醫師爲贈與（*Colin-Capitan*, *op. cit.* no. 466）。然在法國，關於自然義務，有廣狹兩種不同的解釋，所謂狹義，謂自然債務限於未完成之債務（*Obligations civiles avortées*）及退化之債務（*Obligations civiles dégradées*），例如已罹時效之債務。廣義的則謂應包括道德的義務在內。然在我民法則明以道德上之義務與自然債務爲區別，瑞士債務法亦然（瑞債六三條二項）。

第三節 贈與之效力

一、給付之義務

依贈與契約所負擔的財產上給付立有字據或爲履行道德上之義務者，贈與人不得任意撤銷，有履行之義務，從而財產權之移轉爲贈與契約之標的時，有交付之義務。在不動產或其他權利變動，須完成登記或對抗要件者，並有爲移轉登記及完成對抗要件之義務。

二、契約訂立上之責任及不履行之責任

贈與人應依一般原則，自契約成立上之責任及債務不履行之責任，然民法爲減輕其責任，設有特別規定。

1. 贈與人僅就其故意或重大過失，對於受贈人負其責任（民法四一〇條、德民五二二條、參照瑞債二四

八條一項），即贈與人應負因錯誤撤銷之賠償責任（民法九一條）、契約訂立上之責任（民法二四七條）、不履行之責任，尤其加害給付之賠償責任（民法二二〇條一項）、給付不能所生之責任（民法二二六條）時，惟就故意或重大過失負責，而就輕過失則可不負責任。贈與人惟因故意或重大過失負遲延責任。於有給付遲付時，其責任始依民法第二三二條之規定而增高。贈與人有履行上之代理人或使用人時，亦惟就代理人或使用人之故意或重大過失負責（民法二二四條）。但此規定為任意規定，當事人得以契約提高贈與人責任，然故意或重大過失之責任，不得預先免除（民法二二〇條）（Staudinger, zu § 521, 1, Denecke, zu § 521, 2; Soergel, zu § 521, S. 683）。

2. 贈與人有遲延時，惟得請求交付贈與物，不得請求遲延利息（民法四〇九條、德民五二二條、瑞債一〇五條一項）。贈與物為不動產，已經為移轉登記者，如尚未交付，受贈人得基於贈與契約或所有權，請求占有之交付。遲延利息不包括訴訟利息（Prozesszinsen）在內。即贈與物為金錢時自受贈人訴請給付時起，仍應支付利息（德民二九一條、瑞債一〇五條一項）（Denecke, zu § 522, S. 176）。依德民解釋，金錢給付之給付遲延，受贈人雖不得逕請求遲延利息，然如證明因遲延受有損害，仍得請求損害賠償（德民二八六條二八七條）（Denecke, a. a. O. S. 176）。然依我民法，惟得請求贈與物交付，不得請求不履行損害賠償。如因可歸責於贈與人之事由（故意或重大過失），而致贈與為給付不能時，受贈人惟得請求贈與物之價金（民法四〇九條但書）。但贈與人如因故意或重大過失為加害給付，例如贈與病牛而致傳染於受贈人其他之牛，則贈與人依民法第二百二十條，應負損害賠償責任。

三、瑕疵擔保責任

贈與之物或權利，如有瑕疵，贈與人不負擔保責任。但贈與人故意不告知其瑕疵，或保證其無瑕疵者，對於受贈人因瑕疵所生之損害，負賠償之義務（民法四一一條、日民五五一條一項、參照德民五二三條五二四條、瑞債一四八條二項）。

1. 贈與物如有瑕疵，贈與人不負擔保責任。即（一）以特定之物或權利為贈與者（*Donatio speciei*）雖有物的瑕疵（例如贈與之鐘錶已破壞）或權利瑕疵（贈與人以為屬於自己之權利而為贈與，實際上全部或一部不存在，或全部或一部屬於他人，或其權利依他人之權利而受限制，例如贈與之不動產上有地上權或永佃權），因贈與人之意思普通以依物之現狀為贈與，而且為無償契約，故不使其負擔保責任。（二）以種類物為贈與約束時（*Donatio generis*），為履行所給付之物屬於他人，則為債務不履行問題。有物之瑕疵，雖可不負民法第三六四條之擔保責任，然同時為不完全履行，贈與人應負另給付無瑕疵物之義務（民法四〇九條）（末弘三一七頁）。

2. 例外的贈與人故意不告知瑕疵或保證其無瑕疵時，應負賠償因瑕疵所生損害之責。（一）故意不告知瑕疵，謂贈與人自契約訂立時起至契約履行時所知之瑕疵，而不告知受贈人。對於瑕疵之不知，惟有重大過失為未足，但如受贈人已知其瑕疵，則不發生因信其無瑕疵而受損害之問題，故應解釋受贈人不知其瑕疵。（二）保證其無瑕疵，謂保證其權利或物之普通無瑕疵狀態，而非保證其具有特種之品質。（三）因瑕疵所生之損害，謂贈與人因信無瑕疵所生之損害，德民法規定為「因故意不告知瑕疵所生之損害」（德民五二三條一項、五二四條一項），解釋上認為消極的契約上之利益，即賠償受贈人誤信其無瑕疵而受之損害（信賴利益），而不及於贈與物完全無瑕疵時所應得之利益之賠償。消極的利益，例如因贈與人不告知為他人之物，受贈人對於他人之權利主張，提起確認之訴所需之訴訟費用。有取得同類之物之機會，而坐失之。信為無瑕疵之物，施以工作，因瑕疵歸於無用所受之損失。

【註】德民第五二三條第一項「贈與人惡意默秘權利之瑕疵時，對於受贈人負擔賠償因此（默秘）所生損害之義務」。第二項「贈與人約定應取得標的物以為給付者，於其物之取得時，贈與人知有瑕疵或因重大過失而不知者，受贈人得基於權利之瑕疵，請求因不履行之損害賠償，準用關於出賣人擔保義務第四三三條第一項、第四三四條至第四三七條、第四四〇條第二項至第四項及第四四一條至第四四四條之規定」。

德民第五二四條第一項「贈與人惡意默秘贈與物之瑕疵時，對於受贈人負賠償因此所生損害之義務」。第二項「贈與人約定應取得依種類而定之物，以爲給付時，其給付之物有瑕疵，而贈與人於取得時知其瑕疵或因重大過失而不知者，受贈人得請求代替有瑕疵之物，另交付無瑕疵之物。贈與人惡意默秘瑕疵時，受贈人得請求因不履行之損害賠償，以代替無瑕疵物之交付，就其請求準用關於出賣物瑕疵擔保之規定」。

德民法第五二三條第一項及第五二四條第一項係就屬於自己之物之贈與而爲規定，而各該條第二項，係就應取得他人之物之贈與而爲規定。我民法無此規定，他人之物之贈與，如爲特定物，贈與人知而爲之，則係承擔取得其物而爲給付之義務。如因其故意或重大過失不能取得，則構成債務不履行，應負賠償其價金之責（民法四〇九條）。如贈與人故意不告知，而受贈人亦不知爲他人之物，贈與人始負瑕疵擔保責任。如爲種類物，則受贈人負有取得無瑕疵之物以爲給付之義務。因故意或重大過失取得有瑕疵之物以爲給付時，受贈人得請求另給付無瑕疵之物或其價金。贈與人故意不告知其瑕疵，而受贈人亦不知之者，贈與人並應負瑕疵擔保責任（民法四一一條）。

3. 在附負擔贈與，贈與人於受贈人負擔之限度內，與出賣人負同一之瑕疵擔保責任。在附有負擔之贈與，受贈人受有贈與同時負有爲贈與人或第三人爲一定給付之義務。縱令當事人之財產上給付，非有對價的關係，然於有負擔之限度內，與有對價關係之有價契約相類似，故民法使其負與出賣人同一之擔保責任（民法四一四條、日民五五一條二項）。

4. 當事人就擔保責任另有特約時，依其特約。關於此點，民法雖未特設有規定，然民法第四百十一條非強行規定，當事人不妨另約定贈與人之擔保責任。

第四節 贈與之撤銷及履行拒絕

關於贈與撤銷之原因，除未以字據訂立之贈與而非履行道德上之義務者，得由贈與人任意撤銷，已如前述外，在外國法制有規定其他特別之撤銷原因者，例如（一）有以受贈人之忘恩爲理由者（德民五三〇條、法民九五五條、瑞債二四九條）。有以贈與人之困窮爲理由者（德民五二八條五二九條、瑞債二五〇

條)。無子女者之贈與，其後因生有子女之撤銷（法民九六〇條至九六六條）。夫妻間贈與之撤銷（德民一〇九六條，日民七五四條）。我民法就忘恩之行爲，規定爲贈與撤銷之原因。在附有負擔之贈與，以受贈人不履行其負擔爲撤銷之原因（民法四一二條一項），而就經濟困難，則規定爲拒絕履行贈與之原因。此外債務人所爲之無償行爲有害其債權人之債權者，債權人得聲請法院撤銷之（民法二四四條、破產法七八條）。應得特留分之人，而因被繼承人所爲之遺贈，致其應得之數不足者，有由遺贈財產扣減之權（民法一二二五條）。

一、因忘恩行爲之贈與撤銷

（一）受贈人對於贈與人或其最近親屬有故意侵害之行爲，依刑法有處罰之明文者（民法四一六條一項一款、德民五三〇條一項、瑞債二四九條一項、法民九五五條一款二款）。（二）對於贈與人有扶養義務，而不履行者（民法四一六條一項二款、德民五三〇條三款、瑞債二四九條二款），贈與人得撤銷贈與。

【註】（一）本規定對於附有負擔之贈與，雖其負擔已履行，亦有適用。然期待將來結婚無償所爲之勞務給付，不得以忘恩行爲爲理由而請求支付。（二）本規定對於受贈人爲法人者，不適用之。（三）關於因忘恩行爲撤銷贈與之規定，非強行規定（*Soerzel zu § 530, 2-4, S. 687/688*）。

1. 撤銷之要件

a. 犯罪行爲 （一）須有故意侵害之行爲，過失之行爲不包括在內。（二）須其行爲依刑法有處罰之明文。所謂刑法，特別刑法及其他各法中有處刑之規定者，皆包括在內。違警罰法，應解釋不包括在內。故意犯罪之行爲，不限於殺傷等侵害個人法益行爲，偽證、誣告，甚至不利於贈與人之妨害選舉罪，皆包括在內。然如有正當防衛、緊急避難或其他阻却違法之事由，則亦可排除贈與人之撤銷權。（三）須對於贈與人或其最近親屬有上述之行爲。德民法第五三〇條規定近親屬（*nahe Verwandte*），瑞債第二四九

條規定爲與贈與人親密結合之人（*nahe verbundene Person*），我民法爲最近親屬，應解釋包括血親、姻親及配偶。最近親屬不限於一等親，兄弟姊妹亦包括在內。其與贈與人之個人感情關係，亦應顧及。例如與贈與人共同生活之親屬（*Staudinger, zu § 530, I*）。受贈人須知其爲贈與人之最近親屬，如不知而爲之，亦不成立撤銷權（*Erdman, zu § 530, 4, S. 674*）。

b. 不履行扶養義務（一）須有扶養義務，其扶養義務爲法定或約定，在所不問（同說季著七〇頁，亦有主張限於法定扶養義務我妻中華民國民法債各上一七一頁）。（二）須受贈人有履行扶養義務之實力而不履行。

2. 撤銷權人 撤銷權不得讓與或扣押。撤銷權人原則上爲贈與人，即撤銷權原則上不得繼承。然受贈人因故意不法之行爲致贈與人死亡或妨礙其爲贈與撤銷者，贈與人之繼承人得撤銷其贈與（民法四一七條、德民五三〇條二項、瑞債二五一條三項）。（一）須爲故意。即須爲豫謀殺人或故意殺人，至少須有未必之故意，過失殺人尙爲未足。然故意傷害，可能致死，或其致死爲可豫見者，亦可解釋在內，決鬥亦然。（二）其行爲須爲不法。例如醫師因病人之請求，爲減少其痛苦，而以大痛苦之方法，致其於死，或因正當防衛或戰爭或依法執行死刑而殺之，則不包括在內。（三）惟有殺害之企圖，尙爲未足。如贈與入自己尙不欲援用民法第四一六條第一項第一款之規定爲撤銷，繼承人不得行使。（四）贈與入因被詐欺、脅迫或在於不能行使之狀態（例如私禁）而被阻止爲贈與之撤銷者，應有本條之適用（*Bachmann, art. 251, no 15, 16, 18*）。（五）受贈人教唆或幫助第三人殺害贈與人或私禁贈與入時，因教唆或幫助，係故意不法之行爲，亦有本條之適用。（六）如受贈入於贈與履行前已死亡時，則以其繼承人之忘恩行爲爲撤銷權之決定標準（*Staudinger, zu § 530, I*）。（七）贈與人之繼承人有數人時，得共同行使撤銷權。此繼承人之撤銷權得更爲繼承。如繼承人之繼承人始知有撤銷原因時，亦得爲撤銷（民法四一七條但書）。（八）贈與一旦被撤銷，則贈與物之返還請求權，依債法之一般原則，自得爲繼承。（九）數人共同爲贈與時，各

贈與人得按其應有部分，獨立的行使撤銷權，因此惟成立按其部分之贈與物返還請求權。如贈與物為不可分者，各贈與人得撤銷全部贈與，而請求向全體贈與人為交還。如受贈人有數人時，則惟得對於有應撤銷原因之受贈人，為請求其部分之返還而撤銷贈與。如贈與物為不可分時，則非全部受贈人有撤銷原因，其撤銷為不可能（Denecke, zu § 530.3, 4, S. 184, 185）。

3. 撤銷方法 贈與之撤銷，應向受贈人以意思表示為之（民法四一九條一項、德民五三一一條一項），亦得依起訴為之。撤銷亦得依遺囑為之（RG 170, 380）。撤銷之表示，得由贈與人之法定代理人為之。

4. 撤銷之效力 贈與撤銷後，贈與人得依關於不當得利之規定，請求返還贈與物（民法四一九條二項、德民五三一一條二項、瑞債二四九條）。

a. 贈與尚未履行者，經贈與人撤銷，其贈與約定溯及的消滅，贈與人自得拒絕履行（瑞債二五〇條一款 Denecke, zu § 531.2, S. 185）。

b. 贈與已履行者，其已給付之物因贈與之撤銷，成為無法律上之原因，贈與人得依關於不當得利之規定，請求返還。贈與經撤銷者，受贈人非於撤銷時，而自為忘恩行為之時起，為惡意受領人（民法一八二條二項）（Staudinger, zu § 531.2, c; Denecke, 2, S. 185）。在成為惡意前已不存在之贈與利益，免其返還義務。贈與人事後之宥恕不能除去已發生撤銷效力，但得免除其返還之債務。於有恕之中多可認為含有免除返還債務之意思，因達到於受贈人而生效力（Staudinger, a. a. O. 2b）。因撤銷之效力惟發生返還請求之債權。在附負擔之贈與，受贈人基於負擔對於第三人已為之給付，不因撤銷而受影響。

依德民法第五三四條規定，合於道德上義務或禮儀上之顧慮之贈與，不得請求返還（基於困窮理由對於已給付贈與物之返還請求德民五二八條）或撤銷（基於忘恩行為之撤銷）。依瑞士債務法第二三九條第三項「道德上義務之履行，不以贈與看待」，即不得因受贈人之忘恩行為為撤銷。我民法無此規定，贈與苟因忘恩行為而撤銷，其未經履行者，因贈與約束消滅，自得拒絕履行。然已履行者，則成為無法律之原

因，構成不當得利，依民法第一八〇條第一項之規定，可解釋其給付係履行道德上之義務者，不得請求返還（同說季著債分上七二頁）。

5. 撤銷權之消滅

撤銷權自贈與人知有撤銷原因之時起，一年內不行使而消滅。贈與人對於受贈人已爲有恕之表示者，亦同（民法四一六條二項、德民五三二條、參照瑞債二五一條一項）。然此僅關於尙未行使之撤銷權，而不及於其已發生撤銷之結果。（一）消滅之原因有四，即（a）一年除斥期間之經過，（b）贈與人之有恕，（c）撤銷權之拋棄，（d）受贈人之死亡（民法四二〇條、德民五三二條）。前三種情形，惟關於一定忘恩行爲之贈與撤銷權，而第四種情形則爲一切忘恩行爲之贈與撤銷權之消滅。有恕之主張，爲實質上之抗辯。其他消滅原因之主張，爲權利否認之異議。消滅原因之舉證責任，屬於受贈人。然贈與人對於受贈人之繼承人，主張於受贈人之生存期間內已爲撤銷，則應證明其事實。

a. 一年之期間爲除斥期間（德民五三二條、法民九五七條），自贈與人知有撤銷原因之時起算。贈與人之繼承人有撤銷權時，自繼承人知有撤銷原因及其繼承身分之時起算。其期間爲六個月（民法四一七條但書、德民五三二條前段、瑞債二五一條一項至三項）。然因撤銷而生之返還請求權，則依普通之消滅時效。

b. 贈與人之有恕，爲感情之表示行爲，得依言詞或行動表現之。只須有可由外部認識之形跡，並無須向有忘恩行爲之受贈人爲之。贈與人無須知有撤銷權，亦無須有欲撤銷權消滅之意思。有恕應就爲應撤銷原因之忘恩行爲爲之。一忘恩行爲之有恕，對於未經有恕之他忘恩行爲所生撤銷權，不生影響。有恕不得附條件，惟得由贈與人本人爲之。有恕非意思表示，然須有行爲能力（*Erbman, zu § 532.2, S. 676; See-rtel, zu § 532, S. 688*）。

c. 撤銷權之拋棄，性質上爲法律行爲，爲要受領人之單方表示。不獨贈與人，亦得由其法定代理人爲

之。拋棄惟於贈與人知有忘恩行爲後，始得爲之，不得豫先爲拋棄（參照德民五三三條）。

d. 贈與之撤銷權，因受贈人之死亡而消滅。贈與撤銷之表示，惟於受贈人尙生存之期間達到，而生效力。然因撤銷已生之效力，亦及於繼承人。民法第四百二十條所稱撤銷權，係指民法第四一六條及第四一七條之撤銷權。第四〇八條第一項之撤銷權係基於贈與約束之特質，第四一二條第一項之撤銷權係基於雙務契約之性質，不包括在內（同說季著七三頁），蓋本條規定係仿自德民第五三二條，而德民該條規定並列有恕爲排除撤銷權原因之一，則明指忘恩行爲而言也。

二、贈與履行之拒絕

贈與人於贈與約定後，其經濟狀態顯有變更，如因贈與致其生計有重大影響或妨礙其扶養義務之履行者，得拒絕贈與之履行（民法四一八條、德民五一九條、瑞債二五〇條二款三款）。即按其需要，得拒絕全部或一部之履行。此爲關於情事變更原則之規定，惟對於贈與人約定有適用，而且惟於民法第四百零八條第二項情形，有依此爲主張之實益，蓋贈與物在未交付前，原則上得隨時撤銷也。既已履行者，在德民雖以贈與人之窮困爲理由，設有請求返還贈與物之規定（德民五二八條），在我民法，如已爲履行，則不得以經濟惡化爲理由，請求返還。依民法第四一八條規定，成立贈與人之緊急需要抗辯權（*Notbedarfsrüge*），此抗辯權有延期的抗辯權之性質。贈與人不得豫先拋棄。不獨贈與約定，其他無因的債務約束及債務承認，亦有適用。然惟贈與人有此抗辯權，保證人不得爲此抗辯。共同債務人得因自己緊急需要，爲此主張，蓋共同債務人亦係基於贈與原因而負責也。在混合贈與，惟於有贈與之範圍內成立此抗辯。基於和解成立之債務，無此抗辯權（*Sorgel. zu § 519. 1. S. 683*）。

1. 緊急需要抗辯權成立之要件

a. 須贈與人於贈與約定後，其經濟狀況顯有變更。在德民法於訂約時已有緊急需要之存在，亦不妨爲此抗辯。然我民法及瑞債，則依情事變更之原則，以於訂約後經濟狀況變更爲要件（民法四一八條、瑞債

二五〇條一項二款)。所謂經濟狀況有變更，不獨積極的財產之減少，消極的支付之增加，例如因結婚、收養、非婚生子之認領、子女之增加等，而有負擔之增加(瑞債二五〇條一項三款以親屬法上義務之增加，爲發生此抗辯之原因)，亦包括在內。

b. 須經濟狀況有變更後，而因贈與致其生計有重大之影響或妨礙其扶養義務之履行。所謂生計，應以贈與人之身分爲準。所謂扶養義務，在德民法明定爲法定扶養義務(德民五一九條)，我民法未爲此限制，約定之扶養義務，亦可解釋包括在內。

【註一】因貨幣之貶價，亦得認有拒絕權。例如贈與他人以不屬於己之物，在尚未取得其物前，因訂約時不可預見之貨幣貶值，物價驟騰時，依誠信原則，亦應使贈與人得免除或減少其給付之義務(Denecke, zu § 519, 4. S. 175)。

【註二】德民法第五一九條第一項「贈與人如願慮贈與以外之義務，非使其身分之生計或法律上扶養義務之履行顯於危殆，不能履行贈與之約束時，得拒絕履行」。第二項「有數受贈人之請求權併存時，先成立者優先」。

2. 緊急需要抗辯權之行使及其效力

緊急需要之抗辯，於訴訟中得提出之。惟以贈與人需要之範圍爲其限度。經濟狀況之變更，可歸責於贈與人之過失與否，在所不問。然如贈與人有過失時，法院就減少贈與之範圍，得加以考慮。受贈人之訴訟，得全部或一部被駁回。全部被駁回者，如贈與人之經濟有改善，受贈人不妨再行起訴。經判決已確定之請求權，基於其後經濟狀況變化之抗辯，惟得依強制執行法第十四條之規定，主張之。抗辯所基之事由，應由贈與人證明之。

3. 對於數受贈人之緊急需要抗辯權之併存

受贈人有數人，而其贈與均尙未履行者，其相互關係如何，德民法有贈與請求權先成立者優先之規定(德民五一九條二項)。有主張贈與之次序不以贈與行爲之成立，而應以請求權成立之先後爲標準，例如附有條件或期限之贈與，如於條件成就或期限屆至前，有第二贈與，則第二贈與爲優先(Oertmann, zu §

519, 6) 亦有主張應以其行為成立之先後為準，即以贈與允受之先後為準。其贈與雖附有條件或期限，而於其條件成就或期限屆至前有新贈與之成立時，亦無不同 (Denecke, zu § 519, 3, S. 175; Palandt, 3, S. 514; Erbman, 6, S. 666)。依余所見以第二說爲妥。先成立之贈與，不因後成立之贈與而受損害。對於後次序贈與人之請求，贈與人基於前次序受贈人之請求權，有爲抗辯之義務，否則於後次序受贈人所受清償之範圍，視其財產爲未減少 (Denecke, a. a. O.)。數贈與同時成立者，有主張得由贈與人選擇的爲抗辯 (Staudinger, zu § 519, I, a) 亦有主張應比例減少 (Denecke, a. a. O.)，以後說爲妥。

第五節 特別贈與

I. 混合贈與 (gemischte Schenkung)

同時含有有償行為之贈與，謂之混合贈與。例如爲贈與目的而在價值以下所爲之半送半賣之廉價買賣 (Freudekauf)。然僅以給付與對待給付之不相稱，尙爲未足，須依當事人有無償給與超過價值之意思。

1. 混合贈與之性質 關於混合贈與之性質，有分離說及單一說。(一) 分離說 (Trennungstheorie) 將法律行爲分爲有償的及無償的兩部分，而對於各該部分，適用其典型契約的規定。(二) 單一說 (Einheitstheorie) 認混合贈與爲混合契約，係由不同種類的典型契約融合而成單一契約，除一定規定爲保持公平結果，基於經濟的目的及當事人之利益，必須排除者外，應適用兩典型契約之規定。依德國判例 (RG, 101, 100)，就混合的土地贈與，認爲單一而不可分割爲兩部分之行爲。關於其他判決，多採用分離說 (RG, 54, 110; 68, 326, Warn 1933, 180)。然依一般意見，應依其情形，以兩說之何一說具體的最適合於當事人之意思以爲斷。在混合贈與，原則以分離主義爲適合當事人之意思。

2. 贈與規定之適用 (一)關於未立字據之贈與之撤銷，依分離說，惟應就無償部分爲之。然一部分無效，原則上使其契約全部爲無效(民法一一一條)。(二)基於忘恩行爲之撤銷及基於緊急需要之抗辯，依分離說惟及於無償部分。然受贈人如無雙方合意之贈與，決不欲以較高之實際上價值購買其標的物時，則以依單一說使得解銷其全部契約，而交互返還對方之給付爲宜。亦有主張此時應依受贈人之選擇，補足其對待給付或任全部契約之解銷。(三)瑕疵擔保責任，依分離說惟適用於有償部分，就無償部分適用民法第四一一條之特別規定。於給與部分之價值超過對待給付時，雖依單一說，亦不得排除嚴格的出賣人責任，惟給與之價值，因給與人之輕過失降至對待給付之價值以下時，始負其責。基於瑕疵之解除權，依分離說惟得就有償部分行之。然依民法第一一一條，亦得致全部解銷之結果。此點與單一說同。減少價金，依分離說不得及於無償部分。依單一說，則惟於物之價值因瑕疵之減少，較所約定對待給付之價值爲少時，許可減少價金。(四)就混合贈與標的物成立之先買權，不得以混合贈與爲理由主張之，蓋先買權惟於純粹的出賣有適用，以贈與爲目的所爲之出賣，不在其範圍也。

二、附負擔之贈與

附負擔之贈與 (*Donatio sub modo; Schenkung unter einer Auflage; donation grevée de charg.*)，謂以受贈人對於贈與人或第三人負有爲一定給付債務爲附款之贈與。(一)負擔爲贈與契約之一部，非爲另一個契約，而附隨於贈與。原則上贈與人爲給付後，受贈人始有履行其負擔之義務(民法四一二條一項)。然當事人固不妨約定由受贈人先履行負擔，例如約定不動產之受贈人，應先交付若干金錢與贈與人。(二)受贈與之利益者，得(1)爲贈與人本人，例如贈與不動產，而使受贈人承擔抵押債務。(2)或爲特定第三人，例如贈與出租中之房屋，而使受贈人給付租金一部與贈與人之妻。(3)亦得爲不特定多數之人，例如贈與山產而使受贈人將收益之一部，爲特定慈善之目的而使用。受財產之交付者，毫未受到利益，惟以實行負擔爲契約之目的時，非贈與，而爲信託讓與或爲無償委任。例如讓與不動產，

託將所有收益，經營特定慈善事業。然贈與於法人時，其負擔之履行，屬於法人組成法或法律所定目的範圍內者，仍可認可贈與，蓋此時負擔之履行，對於其目的事業與以利益也（RG 62, 330）。（三）負擔常使受贈人負擔一定之債務，即負擔常有債務的效力，故當事人雖就贈與財產之用途，為一定之約束，不過為無拘束力之忠言或希望，而非使受贈人負有法律上之債務者，非負擔。例如叔父對於其侄為購書籍之用，贈與以金錢。如此負擔，舊時學者稱為單純負擔（modus simplex），其真正債務之負擔，稱為特殊負擔（modus qualificatus）。又依法律行為內容，不課以義務，惟為結果而為贈與者，為目的給付（datio ob causam）之一種，稱為目的贈與（Zweckschenkung）。其差異在此種贈與，贈與人不得請求結果之實現，惟於結果不實現時，得請求不當得利之返還，而在附負擔之贈與，則均得為之。為目的贈與抑為附負擔贈與，應依贈與人所定用途之事實上履行所有利益之強度、契約當事人之信任關係、所定用途之內容及其金錢的價值而定。例如未婚夫對於欲因節約購買戒指之未婚妻，為使其購買為可能，而贈與其不足之額時，可認為目的給付。

附負擔贈與，為一個契約。如其負擔於契約訂立時已為給付不能而為無效時，應審查當事人之意思是否置重於負擔，如可認為若負擔為無效當事人即不欲為贈與時，則贈與契約全部為無效，否則僅負擔為無效（民法一一一條）。然如負擔違背公序良俗，通常贈與契約全部亦違背公序良俗，因而全部為無效（I nn-Lehmann § 125, I, 2, S. 486）。

1. 負擔之履行

贈與不足償其負擔者，受贈人僅於贈與之價值限度內，有履行其負擔之責任（民法四一三條、瑞債二四六條三項）。依瑞士債務法「贈與物價值不足償負擔費用，而其不足額未經填補前，得拒絕負擔之實行」（瑞債二四六條三項）。我民法則規定此時受贈人僅有部分履行之責，如負擔為不可分，不能為一部履行時，得拒絕履行。

2. 負擔之不履行

贈與人已爲給付，而受贈人不履行其負擔，贈與人得請求受贈人履行其負擔或撤銷贈與（民法四二一條一項、瑞債二四九條）。附有負擔之贈與契約，仍爲贈與契約，不適用關於雙務契約之規定。贈與人除另有訂定外，應先履行贈與，始得向受贈人請求負擔履行（民法四一二條一項前段、德民五二五條一項、瑞債二四六條一項）。故請求負擔之履行者，應證明其贈與之履行。贈與契約如定有負擔之履行期，自應依其約定（參照瑞債二四六條一項）。（一）贈與人或其繼承人，有請求負擔履行之權。負擔係向第三人爲給付者，贈與人或其繼承人，惟得請求向第三人爲給付。爲第三人之負擔，於有疑義時，第三人亦有直接請求履行權（民法二六九條）。（二）負擔以公益爲目的者，於贈與人死亡後，主管官署亦得請求負擔之履行，並得提起訴訟，然不得爲撤銷（民法四一二條二項、德民五二五條二項、瑞債二四六條二項）。此時贈與人之繼承人及主管官署，爲連帶債權人。贈與人於其生存期間，亦得對於此種負擔之履行，公然表示拋棄（*Enn-Lehmann*, §125, I, 3, S. 486 487）。（三）不履行是否須爲違法及請求返還之範圍如何，依羅馬法及德國普通法，於受贈人不履行負擔時，不問基於如何原因，贈與人得依不當得利之規定請求返還贈與物之全部，即視附負擔之贈與，爲負擔履行之目的而爲之。德國民法則除當事人另有目的可認識外，視爲以贈與之目的而爲贈與，惟以使受贈人負有給付之義務爲第二目的，而與第一目的結合，因此贈與人惟得依雙務契約之解除權之條件（即惟基於可歸責於受贈人之事由而爲給付不能，受贈人陷於遲延者，除就履行已無利益外，應定期催告後，經判令爲履行者，於判決所定履行期間經過後始得爲此請求），於贈與物應爲負擔實行而使用之限度，依不當得利之規定，請求返還（德民五二七條）。惟於贈與僅爲負擔而爲之者，始得依不當得利之規定，請求全額之返還。然此證明甚爲困難（*Enn-Lehmann* § 125 II）。

○依瑞士債務法規定，如受贈人對於與贈與結合之負擔，無正當原因（*ungerechtfertiger Weise*；*sans cause legitime*）不履行時，贈與人得撤回贈與，而於受贈人尚有利得之範圍，請求全部贈與之返還（瑞

債二四九條三款)。決定利得之範圍，以主張撤回時為準，而非以請求返還時為準，此撤回使得請求全部之財產給付或尚存之利得之返還，即爲履行負擔所必要者，如尚未履行，亦得請求返還（*Ostet zu § 249, Ann. 4, S. 987*）。所謂正當原因，例如受贈人能證明其負擔不能執行或其負擔毫無意義，或贈與額不足或其負擔非常煩累（*vexatoire*）（*Funk, art. 249, 5, p. 171*）。在我民法所謂負擔之不履行，須爲違法。其爲給付不能者，如爲自始不能（契約訂立時已爲不能），則其負擔原則上爲無效，不發生撤銷之問題。嗣後不能，以因可歸責於受贈人之事由者爲限，贈與人始得爲撤銷（民法二二五條）。因受贈人陷於遲延後而始爲給付不能者，亦應認爲可歸責於受贈人之事由。受贈人陷於遲延時，贈與人是否尚須定期催告後，始得撤銷，此在德民因有應依雙務契約解除權之條件之規定，固應如此解釋，而在我民法，則以受贈人陷於給付遲延爲已足（同說我妻前揭一六五頁）。然須爲違法，如贈與物不足償其負擔，而受贈人有拒絕履行之權時，自不得因此而撤銷。關於請求返還之範圍（民法四一九條二項），因我民法並無特別限制其範圍之規定，可從瑞民之解釋。然撤銷惟有對於受贈人之債權的效力，第三人對於贈與物已取得物權時，不因撤銷而受影響。第三人雖爲惡意（知撤銷之原因）亦無不同（*Ostet a. a. O.*）（四）第三人有請求負擔履行之權時，贈與人不得爲撤銷（參照德民五二七條二項）。負擔應向第三人爲給付，構成爲第三人之契約，而第三人已爲享受其利益之表示時，則贈與人不得撤銷其贈與契約（民法二六九條二項）。負擔以公益爲目的，於贈與人死亡後主管官署得命受贈人履行其負擔，受贈人之繼承人不得再爲撤銷（*Enn-Lehmann §. 125, IV*）。

3. 瑕疵擔保

附有負擔之贈與，其贈與之物或權利，如有瑕疵，贈與人於受贈人負擔之限度內，負與出賣人同一之擔保責任（民法四一四條、日民五五一條二項）。附負擔之贈與，仍於負擔之限度，與贈與人之給付立於對價之關係，故民法設此規定。贈與人之擔保責任，依出賣人擔保責任之內容，爲負擔之減額請求權、契

約解除權及損害賠償請求權。所謂於受贈人負擔之限度，謂受贈人不應因負擔之履行，而受損失。例如受有三十萬圓財產之贈與，而承擔十萬圓之債務時，贈與財產雖僅有十一萬圓之價格，其負擔債務仍不得減少。依德民第五二六條「因權利之瑕疵或贈與標之物之瑕疵，給與財產之價格不足負擔實行所需費用之限度，受贈人在因瑕疵所生不足額填補以前，得拒絕負擔之履行。受贈人不知瑕疵而為負擔之實行時，得對於贈與人於因瑕疵超過給與財產價格之限度，請求費用之償還」。在我民法受贈人依第四一三條之規定，亦得於不足額限度內，拒絕負擔履行，不知瑕疵而為履行者，依第四一四條之規定，自得於不足額之限度內，請求償還。

負擔係以對於贈與物價額之一定比例而定者，例如應以贈與土地收益百分之二十給與特定之人，因標之物之瑕疵收益減少時，則負擔之額，當然亦減少，不發生擔保責任。

4. 適用範圍 因緊急需要之拒絕履行，因忘恩行為之撤銷，對於無償行為之債權人撤銷權，在附有負擔之贈與，得以與普通贈與之同一條件行使之，惟應同時償還受贈人為履行負擔所支出之價額。

三、定期贈與

定期給付之贈與，因贈與人或受贈人之死亡，失其效力。但贈與人有反對之意思表示者，不在此限（民法四一五條、日民五五二條、參照德民五二〇條、瑞債二五二條）。（一）每一定期（每月末或每年終）無償給與財產之贈與，謂之定期贈與。（二）因當事人一方之死亡而失其效力，係推測當事人之意思而為之規定。定期給付定有期限與否，在所不問。定有期限者，謂之有期贈與。未定期限，謂之無期贈與。雖有期限之約定，通常可認為當事人惟限定最長之期間，同時以自己或相對人之生存為其條件。依日本判例，十年間每年二百元分二次給與之贈與契約，於十年前贈與人死亡時，贈與失其效力（日本大正六年十一月五日大判）。然當事人不妨另為約定。有期限之約定時，尤應考慮贈與之目的，以斷定之。此外定給付之債務，以當事人之一方或第三人之生存為期限者，有終身定期金債務之性質，應適用民法關於

終身定期金之規定（民法七二九條至七三五條）。

四、死因贈與

因贈與人之死亡而生效力之贈與，謂之死因贈與（*donatio mortis causa*；*Schenkung auf den Todesfall*；*donation pour cause de mort*）（瑞債二四五條二項、日民五五四條、德民二三〇一條），乃係贈與人生前訂立契約，以贈與人死亡爲（法定）條件而生效力之契約。其契約以無償給與財產爲內容之點，與普通之贈與相同，然以應歸屬於繼承人之財產而贈與於他人，於社會經濟的意義類似遺贈。然死因贈與，須得相對人之承諾，性質上爲契約，而遺贈則僅依遺贈人之意思表示而成立，性質爲單方行爲，故二者在法律上之意義，則大有別。

關於死因贈與，我民法雖無特別規定，然其爲有效殆無疑義。其效力如何，依德日民法及瑞債規定，可準用關於死後處分（遺贈）之規定。我民法亦可爲同樣之解釋。遺贈規定中因單獨行爲而爲之各種規定，例如關於遺囑方式、遺囑能力等規定，自無準用之餘地。關於遺贈效力、遺囑執行之規定（民法一二一二條一二三條除外），原則上應有準用。尤其受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者，其遺囑不生效力之規定（民法一二〇一條），應有準用。但關於遺贈效力之規定，基於單獨行爲而定者，例如關於遺贈之承認、拋棄之規定，自不在準用範圍。依瑞債解釋，關於死後處分方式（瑞民四九八條）、能力（瑞民四六七條以下）、無效及扣減（瑞民五一九條以下），均有準用（*Oser, zu § 245, Ann. 20; Funk, art. 245, 3*）。在日本民法解釋，關於遺囑能力規定，一般不認有準用。關於方式，認爲應依普通贈與方式（日本大正十五年十二月九日大判）。關於遺囑之撤銷，有主張應準用者（未弘三四七頁、鳩山二七七頁），有主張不應準用者（我妻二三七頁）。依余所見，因死因贈與爲契約，關於遺囑能力不應有準用。關於遺囑之撤銷，因同一理由，亦不應準用。惟方式因死因贈與亦不失爲贈與，民法第四百零八條規定，應有適用。

五、捐助

爲公益或爲公共目的所爲之無償給與，一般稱爲捐助。此名詞在法律上性質並不一定。(一)對於相對人與以利益而爲捐助者，例如對於一定之宗教團體、學校、學會、慈善機關之捐助，可認爲普通之贈與。捐助者指定使用目的時，例如設置原子研究所、兒童遊樂場，可認爲有負擔之贈與。受贈人負有將捐助之物使用於其指定目的之義務。(二)爲特定公共目的，由數名之發起人向多數之人募集捐助，例如爲友人遺屬之生活費用或爲某體育會會員參加世運之旅費，募集捐款。此時發起人並不因此而受利益，不應認爲受贈人，應認爲有爲募集目的使用之義務之信託的讓與(依日本大正十二年五月十八日刑事判例，某鎮爲收買道路基地捐助於市，以促助道路興建之目的，募集捐款，而從事募集之道路委員三人，擅支用所保管之金錢，日本大審院以其募集金錢信託的歸屬於發起人團體，認爲構成侵佔罪)。各捐助者對於發起人有請求其爲募集目的而使用之債權，殆無疑義。受捐助利益者，例如前述之市、友人遺屬、體育會會員，對於發起人是否有直接請求之權利，如非構成爲第三人之契約，應爲否定。雖爲信託的讓與，捐助者爲無償給與之點，與贈與同，應準用民法第四百零八條第四一條之規定。

第五章 租賃

第一節 概說

一、租賃之意義及性質

租賃 (Locatio-conductio rei; Louage des choses; Miete und Pacht, lease) 謂當事人約定一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約(民法四二一條一項、日民六〇一條、參照德民五三五條、瑞債二二三條、法民一七〇九條一七一一條一七一一條)。在德民及瑞債，將租賃分爲使用租賃及用益租

賃，僅以使用爲目的者，稱爲使用租賃（Miete； bail a loyer）。以使用及收益爲目的者，稱爲用益租賃（Pact； bail a ferme）。日民法將二者總稱爲賃貸借。我民稱爲租賃。法民於物之租賃之外，認有勞務之租賃（louage d'ouvrage）。

1. 租賃爲雙務契約及有償契約 因租賃出租人負擔使承租人爲物之使用收益之債務，承租人負擔支付租金之債務，而此兩個債務互爲對價，故租賃爲雙務契約及有償契約。（一）因爲雙務契約，關於雙務契約之規定，適用於租賃。即關於危險負擔之規定（民法二六六條二六七條）及關於同時履行之規定，於租賃均有適用。然租賃原則上爲後付，故適用民法第三六四條第一項但書之情形爲多。關於契約解除及終止（民法二五四條至二六三條）之規定，對於租賃契約自亦有適用。然此非特因其爲雙務契約。（二）因爲有償契約，故關於買賣之規定，於租賃有準用（民法三四七條）。尤其關於出租人之擔保責任，準用關於出賣人瑕疵擔保責任之規定，有如後述。

2. 租賃係以物之使用收益爲目的之契約

a. 租賃之標的物，爲包括動產及不動產。民法就動產之租賃（民法四二八條）、不動產之租賃（民法四二二條四四五條至四四九條）、耕作地之租賃（民法四五七條至四六三條），另設有特別規定。關於企業或權利，亦得使他人收益，而收取對價。在德民瑞債以爲收益租賃（Pacht； bail a ferme）。然在我民法，租賃以物爲限，除特別法另有規定，應依其規定（例如國營礦業權依礦業法第五十一條規定之出租，專利權依專利法第四五條租與他人實施），或另有禁止之規定外（例如礦業權依礦業法第十四條，入漁權依漁業法第十一條禁止爲租賃之標的），此項契約，應認爲有效，即爲類似租賃之無名契約。

b. 出租人負有使他人得依契約所定爲使用收益之債務 民法規定「使用收益」爲使用或使用及收益之意。（一）此時出租人之債務，有應使標的物合於使用收益之狀態之積極的內容者，例如耕地之出租人，負有爲灌溉設備之義務，房屋之出租人負有裝置電燈自來水、修繕房屋之義務。然出租人之債務內容，得

依特約加以變更。實際上漸爲減輕，惟應以合於所約定使用收益之標的物，交付於承租人。其後惟負有容忍承租人爲使用收益之消極的債務。(二)他方面承租人對於出租人，有請求其使爲使用收益之債權。因出租人此債務之履行，承租人取得爲標的物使用收益之權能。民法爲加強承租人之地位，使其對於第三人亦得爲主張(民法四二五條)。此爲租賃權之物權化。(三)出租人除將租賃物置於適合使用收益之狀態以外，尚有負擔其他債務者，例出租房間者，並爲住客掃除、洗濯、供給伙食。百貨店劃分攤位而爲出租者，出租人得負有爲統一的裝飾及宣傳之義務。銀行出租保險箱時，得負有僱用守衛而策安全之義務。

3. 租賃係以租金之支付爲目的之契約 此點與使用借貸不同。民法雖稱爲租金，係以普通之情形爲標準而爲規定，並不限於金錢給付，得以現物爲給付。例如米麥或其他物(民法四二一條)。對價得按收益之比例而定。例如耕地之租賃，以收穫量之一定比例而定者甚多(分益佃)。關於租金之數額，除房屋及基地租用、耕地租用，依特別法有限制外(土地法九七條一一〇條、耕地三七五減租條例二條)，得由當事人自由約定。其標準不必完全確定，亦無須與租賃期間爲比例，不妨與契約訂立同時約定爲使用收益之對價，支付一定之金額(鳩山四四四頁、末弘五七六頁、日本大正八年三月卅一日大判)。

4. 租賃爲諾成契約 此點依民法第四二一條第一項之規定，殆無疑義。民法以使用借貸爲要物契約，以租賃爲諾成契約，蓋在前者以返還義務爲惟一之義務(保管義務因有返還義務而當然發生)，然在後者則常發生支付租金之義務，而此義務在物之交付以前，亦得使其發生也。

5. 租賃爲不要式契約 依民法規定，租賃契約爲不要式契約。惟不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之。未以字據訂立者，亦非無效，不過視爲不定期限之租賃(民法四二二條)。依耕地三七五減租條例第六條第一項，耕地租約應一律以書面爲之。租約之訂立、變更、終止或換約，應由出租人會同承租人申請登記，然此亦非效力之發生要件。

二、租賃權之物權化

承租人有占有租賃物而為使用收益之權能。開始使用收益，即取得占有權，而受占有之保護，殆無疑義。然不可以此而即斷定租賃權為物權，蓋承租人之上述此權能，惟得對於出租人為主張，即惟有債權的效力。然在德民及瑞士民法，則於房屋租賃權外，認有使用他人房屋之限制物權即居住權（*Wohnrecht*；*Wohnrecht*）。在日本租礦權視為物權，準用關於不動產之規定（日礦業法七一條）。採石權，視為物權，準用關於地上權之規定（日採石法四條三項）。我民法關於基地及耕作地，亦於租賃權之外，認有地上權及永佃權。

以居住營業或農耕為目的，而承租他人之不動產時，各國立法為謀社會生活之安定及增進，均採取鞏固承租人地位之方針，此現象稱為租賃權之物權化（*Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*）。對於不動產之租賃與以物權之效力，可由四點加以說明。（一）為對抗力：在羅馬法有買賣破除租賃之思想（*Kauf bricht Miete*）而在普魯士國法（一部二十一節二條至五條 *Allgemeines Landrecht fuer die Preussischen Staaten I, 21, 82-5*）則租賃先於買賣（*Heuer geht vor Kauf*）。德民對於土地租賃以受交付而對抗第三人，法民對於建築物及農地之租賃契約，如係以公證書或以有確定日期之私證書訂立者，其買賣不破除租賃（德民五七一條一項、法民一七四三條）。在英國土地租賃（*lease*），使有物權的占有權。動產承租人因占有之交付，有物權的地位。依奧民法（一〇九五條一一二條）、瑞士債務法（二六〇條）及日本民法（六〇五條），租賃經登記時，亦有對抗力。日本民法原則上採用買賣破除租賃之主義，然依建築保護法以承租人所有經登記之建築物為要件，而有對抗力。依借家法以承租人受建築物之交付為要件，而有對抗力。依農地法亦以受農地之交付為要件，而有對抗力。我民法則一般以租賃物之交付為要件，而認其租賃契約對於受讓人仍續繼存在（民法四二五條）。為說明此法律關係，德國學者間頗有爭論。有認租賃為物權（*Cosack-Mittels I, 8 197 I 5 u. II 8 105*），多數認為租賃關係，不因交付而使租賃權變為物權。租賃關係，係以與租賃物之所有權結合之一種狀態債務關係（*Zustandsobligation*；*Zus-*

landschuldverhältnis) 而與所有權一同移轉(Oertmann, zu § 571, 3 b.)。亦有以爲因出租人爲租賃物所有權之讓與或設定有占有權之權利，而有法律上之移轉，不必爲特別理論之構成(nn. Lehmann § 133, Ann. 1, S. 522)。依余所見以此說爲當。(二)就租賃權之侵害所生對於第三人之效力：即是否有損害賠償請求權及妨害排除請求權。承租人取得租賃物占有時，基於占有權，得爲此主張，殆無疑義。然是否得基於租賃權本權而爲此主張，則見解有不同，在德民一般認爲有損害賠償請求權，然多以占有之侵害爲理由(在德民之占有訴權雖不含損害賠償，然如構成侵權行爲(德民八二三條)則發生損害賠償請求權 Oertmann zu § 823, 3e)。然亦有認爲本權之侵害(Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd I § 44 IV)。因租賃權非物權，不認有妨害排除請求權(Oertmann Vorb. 3 zu § 571—579; Larenz a. a. O.)。在瑞士債務法之解釋，不動產之租賃雖經登記，不成爲物權，從而承租人惟得受占有之保護(Oser, Vorb. 4, zu § 253-304; Ann. 4 zu § 260)。在日本民法之解釋，租賃權人得以租賃權之侵害爲理由，請求損害賠償，殆無異說。然是否有妨害排除請求權，則判例學說尙難一致。多數認爲承租人因取得占有而其租賃權物權化後，得基於其租賃權，請求妨害之排除。依日本最近判例，因租賃權之登記(日民六〇五條)或租用地之建築物之登記(建物保護法一條)，而租賃權具有排他性(對抗力)時，或依特別法認有優先效力時(日本罹災都市借地借家臨時處理法二條之優先借地權，受同法十條適用之借地權)，承租人有妨害排除請求權(我妻債權各論四二二頁)。在我民法對於租賃權之侵害，是否構成侵權行爲，應按其爲直接侵害與間接侵害而有不同(參照拙著債法總論一三六頁以下)。租賃非物權，惟基於占有訴權或占有權訴權，有妨害排除請求權(參照拙著物權法五一九頁)。然如第三人對於租賃權之侵害，具備違法之要件，亦有準妨害除去之不作爲請求權(參照拙著債法總論二〇〇頁一三七頁以下)。至於經登記之基地租用權，有準地上權性質(土地法一〇一條以下)，應解釋其承租人有妨害排除請求權。(三)租賃權處分之可能性(讓與、轉租)：在我民法承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租於他人，但租賃物爲

房屋者，除有反對之約定，承租人得將其一部轉租於他人（民法四四三條一頁）。爲防止中間榨取及違耕者有其田之目的，依土地法，耕地租用人縱經出租人承諾，仍不得將耕地全部或一部轉租於他人。然關於租賃之讓與，民法既未設有規定，土地法未有禁止之明文，經登記之基地租用人，應解釋除契約另有訂定或另有習慣外，得將租賃權讓與於他人（準用民法八三八條）。依日本借地法第十條「第三人取得爲租賃權標的土地上所有之建築物或其他租賃權人因權原使附屬於土地之物時，如出租人對於租賃權之讓與或轉租，不爲承諾時，得對於出租人請求以時價購買建築物或其他租賃權人因權原使附屬於土地之物」，以間接增進租賃權之讓與性，蓋一方面雖應禁止中間之榨取，他方面在房屋基地、農地之租賃，爲謀承租人收回投下資本之便利，亦應承認其處分之可能性。我民法對於永佃權一方規定永佃權人得將其權利讓與於他人，他方面規定不得出租於他人，即示此旨（民法八四三條八四五條）。在大都市房屋租賃權之頂讓，爲習見之事，可爲佐證。（四）租賃權之永續性：不動產之所有人出租與否，雖有自由，然一旦出租，非有法定之客觀正當事由，出租人不得收回（民法四五八條四五九條、土地法一〇〇條一〇三條一一四條、耕地三七五減租條例一七條一九條）。

三、租賃之法律上特殊性

租賃與使用借貸、消費借貸，均係以物之利用一時的委於他人之契約。然租賃權人未取得租賃物之處分權，須返還其物，與消費借貸不同。爲有償之點，與使用借貸不同。在羅馬法，以金錢的對價將物或勞力之利用委於他人之契約，廣稱爲租賃（*locatio conductio*），分爲物之租賃（*l.c. rei*），工作之租賃（*l.c. operis*）及勞力之租賃（*l.c. operarum*）三種。此體系由民法繼承，廣稱爲 *contrat de louage*。分爲 *louage des chose*（物之租賃）、*louag d'ouvrage*（勞力之租賃）。後者更分爲 *louage d'ouvrage (de-services)*（僱傭）與 *louage d'industrie*（承攬）。在德民及瑞債，將物與勞力完全分開，以第一種爲賃租契約（分爲使用及用益租賃），第二及第三稱爲勞動供給契約（僱傭及承攬），而全

異其類型。我民法亦採此立場。

在德民瑞債，將租賃分爲使用租賃及用益租賃，而在用益租賃並得以權利或營業爲標的，已如前述。我民法與日本民法，則以租賃標的限於「物」，然實際上亦非無權利與營業之租賃，例如專利權之租賃、國營礦業權之出租，特別法有規定者，自應依其規定。然如無特別法，亦應認爲類似租賃之無名契約，類推適用關於租賃之規定。例如未定期限之電話加入權之租賃，其終止契約之通知，可準用民法第四五〇條之規定。浴場用建築物之租賃契約，與浴場經營利益之分配契約之混合契約，原則上亦可準用民法第四百四十二條之規定（參照日本昭和三十一年五月十五日最高判）。此外營業之租賃，應認出租人不妨害經營之義務，承租人有設備保管及補充之義務。

關於不動產之租賃，尤其基地、房屋、耕地之租賃，民法、土地法、耕地三七五減租條例，均有特別規定，已如前述。此外爲住宅之供給、建築基地之獲取、耕地之造成，土地法及實施耕者有其田條例、臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法，均另有規定。

關於船舶之租賃，尤其傭船契約，海商法設有特別規定（海商法七一條至八三條）。

四、關於租賃法制之變遷及其比較

租賃之標的物，包括土地、建築物乃至生產用之機器、工具、家庭用品及其他各種之物。然在社會經濟上占重要地位者，爲耕地、基地及房產。耕地之租賃關係，自古行之。其初多與身分的關係結合而存在。近代法始純粹的以爲物的契約關係而爲規定。然因所有權之優越性，承租人地位甚爲脆弱，約自第一次大戰時各國多制定特別法，以爲民法之補充。就耕地、基地及建築物之租賃，各國民法之規定既不同，而各國之情事亦各有別，從而特別法之內容，亦未能一致。然大體均在於強化承租人之地位。最爲問題者，爲租賃之對抗力、存續期間及承租人地位讓與性之三點。茲就德國、瑞士、法國、日本之情形，分列述之如次。

1. 耕地（農地）之租賃

a. 德國法以耕地之租賃爲用益租賃（Pacht）與建築物之使用租賃（Miete）爲區別，前者有準用關於後者之規定（德民五八一條二項）。在德國固有法，承租人（包括使用租賃權人及用益租賃權人）之地，認爲物權。依普魯士國法，租賃因租賃物之交付，不動產租賃亦得因登記而有對抗力，買賣不破除租賃（Emm-Lehmann, §126, I, S. 488）。德國民法不論爲使用租賃或用益租賃，承租人受不動產之交付後，標的物之受讓人承受出租人關於租賃之權利義務（德民五七一條）。然承租人之地位，無讓與性。其讓與及轉租，須得出租人之承諾（德民五四九條）。自第一次大戰後，爲安定佃農之地位，制定限制地主之終止權及統制地租之特別法。至納粹時代，施行含有「子繼承制」之農場法（Reichserbhofgesetz 1933）。第二次大戰時制定有佃耕保護條例（Reichspachtenschutzordnung）。一九五二年西德聯邦制定有農佃法（Gesetz ueber das landwirtschaftliche Pachtwesen）。關於佃耕契約，將從前之許可制，改爲申報制，而保留官署對於其不當之內容，有爲異議之權限。爲期地租之合理化，認有依情事變更之契約改訂權。其農業立法，爲糧食之確保，注意於農企業之維持及佃農地位之安定。

b. 在瑞士債務法，租賃權人地位之對抗力，較德國民法爲弱。即標的物之受讓人承擔契約之繼續或承租人與出租人協同爲登記時，始得對抗受讓人（瑞債二五九條一項後段、二八一條二六〇條六二條）。雖無對抗力，在不動產之租賃，受讓人惟依法定預告期間，得終止租賃契約（瑞債二五九條二項、二六七條二項一款二款）。然此終止通知，依一九五三年十二月三十日聯邦關於租金管制終止權限制之命令，受有限制，使用租賃權人如不因而對於出租人有不利之變化，有將租賃物全部或一部轉租或將租賃權轉讓於第三人之權（瑞債二六四條一項）。用益租賃權人，非經出租人之同意，不得將用益租賃物轉租，但屬於用益租賃物之個場所，如不因而對出租人有不利之變化，得爲使用出租（瑞債二六九條一項二項）。因一九三三年之世界恐慌，瑞士農業陷於危機，不得不斷行農產物價格之統制，抑制農地之交易，限制地主及

放款者之權利，而為農業保護立法。然此與採用經濟自由放任主義之聯邦憲法不免有抵觸，一九四七年遂修正聯邦憲法之經濟條款，一九五一年制定農地占有維持法（*Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes*），變更債務法內容之一部，限制佃耕之最短期間，強化佃耕契約之法定更新之制度，明認地租減少請求權。對於農地之利益租賃，雖僅以契約訂立，亦與以對抗力。此外並涉及一子繼承及其他佃耕以外之事項。

c. 法國民法於物之租賃，包括房屋之租賃（*baux des maisons*）及農地之租賃（*baux des biens ruraux*）。租賃契約以公證書，或以有確定日期之證書為之者，原則上有對抗力。然得以特約排除此效力，此時承租人對於出租人雖得請求一定之損害賠償，在其支付以前，得拒絕遷讓，然惟受預告期間之保護（*法民一七四三條以下*）。關於讓與、轉租，如無禁止特約，承租人有權為之（*法民一七一七條*）。關於存續期間，非以書面訂立者，以依地方習慣之預告期間為必要。以書面訂有期限者，依其期限之屆至而當然終了。承租人無更新請求權（*法民一七三六條以下*）。第二次大戰前後，為保護佃耕，制定有多少特別法，而統合於一九四五年之農佃條例（*Ordnance relative au statut juridique du fermage*）。其中規定最低限度之存續期間，統制地租，限制地主終止契約權，對於佃權人與以更新請求權及先買權，並設置特別法院，由地主、佃戶雙方選出其構成人員，以解決農佃糾紛。一九五五年制定農業法典（*Code forestier et rural*），以代替上述農佃條例。此法典廣及農業、水利，而就農佃關係，則與農佃條例並無大異。

d. 日本為加強農佃權，先後制定小作調停法（*大正十三年法十八號*）、農地調整法（*昭和十三年法六七號*）。戰敗後為實行農地改革，修正農地調整法（*昭和二十一年法四二號*），制定自作農創設特別措置法（*昭和二十一年法四三號*），將佃地強制購買，以創設自耕農（參照拙著土地法原論二二〇頁以下）。農地改革完成後，統一制定農地法（*昭和二十七年法二二九號*），成立關於農地之基本法。關於農佃，大

體繼承農地調整法，即（一）關於農地及採草放牧地之租賃權，因交付於承租人而生對抗力。（二）嚴格限制此項租賃地主之更新拒絕及終止契約（同法十九條二〇條）。（三）地租由農業委員會於一定條件之下，就各農地定其最高額而公告之。（四）地租應於所定最高額以內，約定以定額之金錢繳納。（五）有歉收時得請求減租（同法二十四條）。（六）此項租賃契約，應作成書面記載存續期間及其他一定條款，提出於農業委員會（二十五條）。（七）承租人爲獲得自用之肥料、飼料、燃料等，有就他人之土地或樹木（農業用林野），爲使用收益之必要時，得於一定之條件及程序，依農業委員會之裁定，強制的取得利用權（二十六條至三〇條）。（八）此外限制此項土地之權利之移轉及轉用（三條至五條），並禁止一定面積以上農地或採草放牧地爲佃地之所有（爲地主而出佃）。違者令其讓與於承租人。不能成立讓與契約時，由國家收買（六條至十七條）而轉賣於承租人（三六條至四三條）。

2. 基地之租賃

租地蓋屋，其法律構成，因國而異。在德國、瑞士，建築物爲土地之構成部分，即爲基地所有權之內容，從而僅以土地之租賃，承租人雖於其土地上建築建築物，其建築物不爲承租人之所有。爲其可能，須設定特別之權利。

a. 在德民法，爲此目的，認有地上權（*Erbbaurecht* 有譯爲世襲建築權）。未設定地上權，於他人之土地設置工作物，其工作物與土地附合爲其構成部分，成爲土地所有人之所有。德民法關於地上權規定（德民一〇一二條至一〇一七條），甚爲簡單，不足以應實際上之需要，一九一九年一月十五日公布地上權條例（*Verordnung ueber das Erbbaurecht*）爲詳細之規定。基於地上權設置之工作物，認爲地上權之構成成分（同條例十二條），地上權人因而取得其工作物所有權。其工作物所有權，附隨於地上權而同其法律上之命運。一九五一年更制定「關於居住所有權及繼續居住所有權之法律」（*Gesetz ueber das Wohnungsseigentum und das Dauerwohnrecht*），基於地上權共有之應有部分，得對於公寓中之一套房間有個

別所有權，並得與之一同讓與（參照拙著物權法論一五七頁一七〇頁）。

b. 瑞士民法制定時，一部分地方即有於他人土地所有建築物之習慣，然僅以爲役權之一種，設有一個條文，稱爲建築權（*Baurecht*），以於他人地上或地下建築或保有建築物爲內容。如無反對特約，認有讓與性及繼承性。如建築權爲獨立的繼續的，得以爲土地而登記於土地登記簿（瑞民七七九條）。經登記爲地役權時，建築物由土地所有權分離，而爲另一所有權之標的（稱爲地上地役 *servitude de superficie*）（瑞民六七五條）。

c. 在民法，土地與建築物之關係，與德瑞並無根本上之差異。然地上權屬於土地之原則（*superficies solo cedit*），未如德瑞兩國之澈底，從而基地或農地之承租人，獲有爲建築之承諾時，其建築物認爲屬於承租人之所有。學者以此時承租人之權利，稱爲地上之權利（*droit de superficie*）。在民法對於建築物各層各套房間，認爲有獨立所有權之可能（法民六六四條）。此規定於一九三八年廢止，而代以「關於分套房間之不動產（公寓）之共有之法律（*Loi du 28 juin 1938, tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*）」（參照拙著物權法論一一〇頁）。

d. 日本關於基地之利用關係，特別法對於民法多所修正。（一）先後制定有建物保護法（日本明治四十二年）及借地法（日本大正十年）。前者對於基地之租賃，因建築物之登記，而與以對抗力。後者對於宅地之租賃權，認有法定存續期間及法定更新，並對於特約之縮短，加以限制。昭和十六年更加以修正，非有正當事由，不得使借地權終了，並擴大其施行區域及於全國。（二）此外爲臨時措施，制定有罹災都市借地借家臨時處理法（日本昭和二十一年法十三號），（a）對於建築物受戰災或使疏散之當時借家人，認有受借地權設定（建築物會屬於地主之所有時）或借地權讓與（建築物會屬於借地人之所有時）之權利，以助長借家人之爲復興建築。（b）對於重行建築之建築物之舊借家人，與以優先承租權。（三）雖

未經登記之建築物之借地權，亦認有對抗力。(c)借地借家條件顯有不當者，有改訂請求權。

3. 房屋之租賃

爲居住房屋之租賃，德、瑞、法、日均設有保護承租人之特別規定。

a. 德國在第一次世界大戰中，不僅規定租賃當事人間之法律關係，並禁止住宅之拆除及管制空屋。戰後雖一度緩和，然第二次世界大戰開始，再加強管理。其重要法律有一九四二年之租賃保護法 (*Mietrechtsgesetz*)、一九五三年之住宅管理法 (*Wohnraumbewirtschaftungsgesetz*)、一九五五年之聯邦租金法 (*Bundesmietengesetz*)。(一)租賃保護法之規定要點，爲對抗力之加強(僅依契約雖未受交付，亦有對抗力)、終止權之限制、轉租之緩和(出租人如無重要事由而拒絕承諾時，承租人經官署之許可得爲轉租)、承租人間交換之可能、承租人死亡後之同居家屬之保護(優先於未同居之繼承人而承受租賃)。(二)住宅管理法將剩餘住宅，移歸國家管理，使其與希望承租之人之間，強制成立租賃關係。(三)聯邦租金法，規定依當事人之請求，得將以前之租金改爲法定租金，並規定其計算方法。此外德國民法爲限制的人役權之一種，認有居住權 (*Wohnungsrecht*) (德民一〇九三條)，原無讓與性及繼承性，然依一九五一年住居所有權及繼續居住權之法律，加以變更。其中繼續居住權，謂設定居住或使用於土地上已建築或將建築之他人建築物之全部或一部之役權，其以居住爲目的者，稱爲繼續居住權 (*Dauerwohnrecht*)，以其他目的利用其中之場所者，爲繼續使用權 (*Dauernutzungsrecht*) (同法三二條)。此權利如同上述德民居住權，然有讓與性(雖許當事人約定以所有權人之承諾爲必要，如無重要理由不得拒絕承諾同法三十五條一二條)及繼承性，並得爲出租(同法三十七條)，則大有不同。此外對於所有權人之復歸請求權 (*Heimfallsanspruch*) 並加以限制(同法三十六條)，此規定對於以地上權之負擔，設定繼續居住權時，亦有準用(同法四二條)。

b. 瑞士未蒙戰禍，住宅問題不甚嚴重。然一九五三年關於租金統制及終止權限制之命令 (*Verordnung*

ueber die Mietzinskontrolle und die Beschränkung des Kündigungsrechts 基於同年價格統制法之立法），對於租金、修繕、暖房及其他應歸承租人負擔之種種項目，加以限制，並具體的規定得為契約終止之事由。此外瑞士民法為役權之一種，亦認有物權的居住權（Wohnrecht）（瑞民七七六條至七七八條）。然此與德民之住居權同其性質，不適於住宅問題之解決。

c. 在法國建築物承租人之地位，與瑞民無重大差異。然受第二次世界大戰之災害，發生嚴重住宅問題。其重要立法為一九四八年關於居住及營業用場所租賃之法律（loi portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement）對於承租人使於租賃終了後，取得依以前之契約條款繼續占有之權利。即轉移於法定租賃關係。然以承租人無不支付租金之事及於一定期間居住而且其場所不超過一定之面積為其條件。為決定租賃關係之內容，並規定出租人得行使收回權（droit de reprise）之場合及條件（依其為自己使用，重行建築或其他事由而補償或其條件有不同），並對於租金或其他對待給付，加以管制。於此關係之承租人權利，以不得讓與或轉租為原則。其場所得分為二個以上之部分時，得讓與或轉租其一部。

此外關於商工業用建築物之租賃，尚有二個立法。其（一）為一九四九年「關於因戰爭破壞之商工業用建築物租賃之法律」（loi relative aux baux à loyer de locaux ou d'immeubles à usage industriel ou commercial détruits par suite d'actes de Guerre）。此項建築物之承租人，於修繕或重建之建築物上取得租賃權（依法民法標的物滅失，則租賃終了，法民一七二二條）。其（二）為一九五三年「關於商工業用建築物租賃之更新之命令」（décret réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal），就更新請求權為規定。此二法規以維持建立於租賃權上之企業為目的，此點與為

居住目的之租賃權稍異其趣。

此外爲用益權 (usufruit) 之一種，法民 (六二五條) 認有居住權 (droit d'habitation)，與前述國民之住居權，有同一性質。

d. 在日本民法，關於他人建築物之使用關係，無設定物權之方法，惟有租賃關係，從而居住他人房屋或使用他人工廠店舖爲營業者之地位，極爲脆弱。爲救此弊，制定借家法 (大正十年法五〇號)，對於建築物之租賃，與以對抗力 (同法一條參照日民六〇五條)，確保解約期間爲六個月 (同法三條參照日民六一七條)，對於借家人與以生財買取請求權 (同法五條)，並規定依情事變更之租金增減請求權 (同法七條)。該法於昭和十六年大加修正，限定非有正當事由，不得終止租賃，並將其施行區域擴及全國。此外爲臨時措置，制定有罹災都市借家臨時處理法，已如前述。

日本戰敗後，爲應急措施，創設戰災復興院 (日本昭和二十年十一月)，使任戰災地住宅之建設及供給。頒布住宅緊急令 (日本昭和二十年)，強制使用空餘住宅。頒布臨時建築限制令 (日本昭和二十一年)，以抑制不急不要之建築。更爲治本之計，第 (一) 制定建築基準法 (日本昭和二十五年代替大正八年市街地建築物法)，確保建築物最低限度之質的標準。(二) 設立住宅金融公庫 (日本昭和二十五年)，對於平民住宅合作社等，融通建築資金。第 (三) 制定產業勞動者住宅資金融通法 (日本昭和二十八年)，由上述住宅金融公庫受資金之融通。第 (四) 爲地方自治團體建築公營住宅，制定公營住宅法 (日本昭和二十六年)，規定公營住宅之規格，並由國庫與以補助。設立日本住宅公團 (同法昭和三十年制定)，使擔任有耐火之集團住宅之建造。第 (五) 制定住宅融資保險法 (日本昭和三十年)，使上述之住宅金融公庫，對於銀行或其他一定金融機關融通建築資金時，爲其保險。第 (六) 修正地代 (地租) 家賃 (租金) 統制令 (昭和二十一年頒布)，使於日本昭和二十五年七月以後建築之建築物及其基地之租金，不受該統制令之限制，而獎勵新建築。

4. 我國關於耕地基地房屋租賃之立法

a. 關於耕作地，民法有特別規定（民法四五七條以下）。土地法關於耕地租用，更特設有補充的規定。然限於自任耕作者，始有適用（土地法一〇六條以下）。此外耕地三七五減租條例，另有具體的規定，已如前述。

b. 關於基地，除民法關於不動產租賃，有一般規定外（民法四二二條四四二條四四五條至四四八條四五〇條三項但書），土地法更就基地租用，設有特別規定（土地法一〇二條以下）。

c. 關於房屋，除民法關於不動產租賃，設有一般規定，關於房屋租賃設有特別規定（民法四二四條四四〇條二項四四三條一項但書）外，土地法更就房屋租賃設有補充的規定，然其適用範圍，以城市地方爲限（土地法九四條至一〇一條）。此外爲適應戰時需要，制定有房屋租賃條例（民國三十六年十二月公布同日施行）。然惟對於省市政府所在地及其他人口繁多租屋困難，經省政府指定地區之房屋租賃有適用，而且於三十九年十一月三十日因施行期間屆滿業已失效。

第二節 租賃之成立

一、租賃之標的物須爲動產或不動產

a. 動產須不消費其物，而達使用之目的，故以不代替物爲常。代替物以特殊之目的爲使用時，亦得爲租賃之標的。例如貨幣以陳列之目的而爲租賃。有價證券之借用人，以爲保證金之代用，而交與第三人爲目的，取得其處分權時，爲租賃抑爲消費借貸，應依當事人之意思定之。在處分前貸與人有保留其所有權之約款時，爲租賃（日本昭和四年二月二日大判）。

b. 不動產不問其種類如何，皆得爲租賃之標的。但關於耕地、基地、房屋之租賃，另有特別法之規定，

已如前述。

c. 物之一部，亦得爲租賃之標的。此在租賃爲當事人間之關係，固無問題。然在得對抗第三人之關係，則不免發生利用關係劃分不明之情形。立法上應與以考慮。因租賃爲諾成契約，租賃物無須爲特定物，不以現存爲必要，就將來之物，亦得成立租賃契約。

d. 租賃物是否限於私有物，在國家財政財產，得爲出租，當無疑義。然在公物，是否得爲租賃標的，則有不同之見解。通說謂如不與其性質及目的相反，亦得爲租賃之標的（*Emp.-Lehramm § 127 I 4a* 鳩山四四一頁、末弘五六一頁、沼義雄債各下二頁）。亦有主張公物不得爲私法上法律行爲之標的。行政法院民二十四年判字第四七號判決「國家或公共團體直接爲公共目的所供使用之土地物件，爲公共用物，不得爲私法上法律行爲之目的物，其雖未至公用開始，而已決定將來供特定公共使用者，爲預定公物，其性質與公共用物同」。「如管理機關將此等公物特許人民使用，或已特許其使用而復撤銷之者，爲公法關係，而非私法上之租賃問題，所有特許或撤銷之行爲，均屬於行政處分，人民對之如有不服，自得依法提起訴願」。依余所見，公物是否得爲私法上法律行爲之標的，應依各國關於公物之法律而定。依一般學說，應爲肯定。例如公園內房屋或土地之一部，租與私人開設茶館，或將車站之一部租與私人爲餐室或販賣營業，將電車、電信柱租與私人張貼廣告（參照拙著行政法論一一八頁）。然如依特許行爲而設定特別使用權，則因特許所收之費用，爲規費，而非租金（*Oser zu § 253, Anm. 4, S. 999; Palandt zu § 535, I, b, S. 533*）。

e. 他人之物，不妨以之爲租賃之標的。（一）出租人有出租之權限時，例如有地上權、典權或得出租人之承諾而爲轉租，自無問題。如無此權限，因租賃契約爲債權契約，如同他人之物之買賣契約。（二）當事人間之關係，此時出租人對於承租人負有使其就標的物得爲用益之債務。所有權屬於出租人之事，原則上非重要。除以之爲條件外，承租人不得以基於錯誤爲理由，主張撤銷（參照日本昭和十三年十一月七日

大判)。承租人既現實的爲使用收益，不能免租金之支付義務，從而出租人雖收取租金，對於承租人不構成不當得利。然如由真正所有人請求標的物之返還，則出租人之給付爲不能，從而承租人不但得依權利瑕疵擔保規定終止租賃契約（民法四三六條），並得以因給付不能之租賃關係終了爲理由，拒絕支付以後之租金。有疑問者，承租人是否亦得拒絕遲延租金之支付。如由真正所有人以爲不當得利請求返還時，應解釋對出租人得爲拒絕。（三）出租人與真正權利人之關係：真正權利人對於出租人就已收取之租金，得以爲不當得利請求返還，殆無疑義（日本昭和九年十月三十日判例）。但出租人爲善意之占有人，有收取孳息權時，則無返還租金之必要。例如房屋之買受人，在買賣撤銷前出租並居住房屋之一部。又出租人如具備主觀的要件，則得構成侵權行爲而負賠償責任（參照日本昭和十年十二月二十日大判）。有疑問者，所有人對於出租人是否所有物返還請求權，通說對於間接占有人（出租人）亦認有返還請求權之成立。（a）間接占有人如能直接回復物之本身於自己，從而得即返還於所有人者，例如直接占有之基礎法律關係爲委託時，寄託人依民法第五九七條得隨時請求寄託物之返還，此時所有人得直接請求物之返還或請求返還請求權之移轉。間接占有人不能逕由直接占有收回其物，例如直接占有之基礎法律關係爲租賃、地上權時，所有人得請求返還請求權之移轉，亦得請求直接占有人回復其物而交付於自己。（四）真正權利人與承租人之關係：真正權利人對於承租人得請求標的物之返還，承租人不得以其租賃權對抗之。然是否有不當得利請求權，應分別爲觀察。（5）就已支付租金部分之利益，原則上應爲否定，蓋承租人支付租金而爲利益，已無利得之可言。惟於約定租金較普通爲低廉時，就其部分對於出租人不構成不當得利，而對於承租人則構成不當得利。（b）就尚未支付租金之利益，則不免有疑問。雖有謂承租人既事實上已爲利益，不能免租金支付之義務，從而真正所有人雖得以爲對於出租人之不當得利返還請求權之內容而請求租金請求權之移轉，直接的無租金之請求權，亦無不當得利請求權。然出租人就標的物無收取租賃對價之權能，既已爲明白，則就已爲之利益而尚未支付租金之部分，認爲與真正權利人間，成立不當得利關係，

亦甚合於不當得利制度之目的。依日本判例，承租人就尚未支付租金部分之用益，對於出租人既得拒絕支付租金，對於真正權利人應構成不當得利（日本昭和十三年八月十七日大判容認真正所有人之租金請求權，可解釋為與租金相當之不當得利返還請求權）。又承租人如具備主觀的要件，亦得構成侵權行為，而得與出租人為共同侵權行為人（參照日本昭和十年十二月二十日大判）。

自己之物之租賃。（一）所有人將物之用益權能，給與他人時，亦得由該他人承租其物。例如所有人由地上權人、典權人，租回其物。由承租人轉租，亦有可能。在讓與擔保，雖解釋標的物之所有權於內部關係仍歸屬於設定人，而由設定人承租其標的物，亦應認為有效。（二）所有人承租自己之物時，如為其租賃基礎的出租人之權能消滅，因而承租人得依自己之權能，就標的物為用益時，其租賃關係終了，蓋無使其存續之意義也。從而承租人不知其情而支付租金時，對於出租人得依不當得利請求返還。例如附有買回權之出賣人承租標的物，提出買回價金而為買回後，仍支付租金，則得請求返還（參照日本昭和五年六月十二日大判）。（三）混同：有共同關聯而為問題者，為關於混同之規定。例如房屋承租人或基地承租人，取得其房屋或其土地之所有權時，成為承租自己之所有物，租賃關係因而終了。然如受租賃物之交付後，所有人於建築物或土地，設定抵押權而生混同時，其效力如何，則不免有疑問。例如甲所有之房屋，出租與乙，受交付後，甲為丙更於其房屋設定抵押權，其後乙由甲買受其房屋時，對於丙是否仍得主張其租賃權。此租賃權假如為地上權，則為混同之例外，地上權不消滅（民法七六二條），甚為明顯。此時租賃權可作物權看待，應解釋為不消滅。同樣土地所有人取得上述房屋承租權或土地承租權時，亦發生此關係。其租賃關係如因契約解除或終止而消滅時，抵押權自亦擴張其範圍。然如因繼承、公司之合併或因買賣，有所有權之移轉時，則其租賃權亦應解釋不因而消滅。例如土地承租人建造建築物後，於地主在其土地上設定抵押權後，買受其建築物時，尤有為此解釋之必要。

二、租賃預約

租賃亦得成立預約。然明年一月一日起出租之契約，可認為成立附期限之租賃契約。就建造中之建築物，於完成後出租或使現住人遷讓而出租時，一般非為預約，而成立租賃契約，出租人負有無遲延之完成建築物或使遷讓而使承租人得為使用收益之債務。此時承租人租金支付義務，應解釋自開始使用收益時發生。然依特約，在其以前支付，如不構成暴利或違反租金統制，並非租賃性質所不許。

三、是否得成立為第三人之租賃契約

在為第三人之契約（民法二六九條），惟於當事人間有契約之成立，第三人表示受益之意思，不得認為承諾，故為第三人之租賃，理論上應為無效。然不可拘泥於所用辭句，應探求當事人之真意以解釋之（民法九八條）。例如某甲對於某乙約定出租其房屋於某丙，若丙基於其約旨表示願支付租金而居住其房屋，是否有租賃契約之成立。如甲係因丙之委託而訂立契約，則甲丙間應成租賃契約，固不待言。如乙未受丙之委託而為丙訂約，則為無權代理，經丙之承認，應生效力。如不合於上述二種情形，亦可解釋甲經由乙向丙為出租之要約，因丙之承諾而成立租賃。

四、租賃為諾成契約

租賃因當事人意思之一致而成立。故出租人得就同一標的物，與二人以上各別有效訂立租賃契約。後承租人縱因前承租人之使用收益，而就租賃物不能為使用收益，其租賃契約亦不因而當然為無效。最高法院判例「租賃本屬債之關係，於前之租賃繼續有效中，另就同一標的與第三人訂租約者，在法律上亦非當然無效」（二十三年上字第二一〇七號），即示此旨。既已出租與他人，而復行出租與另一第三人而並交付其物時，前之租賃人不得以其租賃對抗之。同院判例有云「租賃為債權契約，無對抗一般人之效力。承租人之權利，如因出租人重複出租受有損害，亦只可依法聲請撤銷或請求損害賠償，亦無就出租人與他人訂立之租賃契約，請求確認無效之餘地」（二十四年上字第三六九四號）。所謂「依法聲請撤銷」當係指依民法第二四四條而為撤銷之聲請，然債權人之撤銷權，係以維持債權之共同擔保為目的，非以確保債權

之直接履行爲目的，不得以特定債權之效力受害爲理由，而聲請撤銷。如承租人以加害於前承租人爲目的而爲承租時，應構成侵權行爲，前承租人亦得因回復原狀而請求廢止後訂立之契約，然此爲另一問題（參照拙著債法總論四六九頁一三七頁以下）。

五、租賃之成立原因

租賃如同買賣，因契約之訂立而成立。然租賃亦有強制的使之成立者，應予注意。收回自耕之耕地再出租時，原承租人有優先承租之權（土地法一一七條）。湖澤及可通運之水道及岸地，如因水流變遷而自然增加時，其接連地之所有權人有優先使用受益之權（土地法一三條）。依房屋租賃條例第二條「可供居住之房屋既非自用，且非出租者，該管政府得限制一個月命其出租」。自用之房屋，超過實際需要，依土地法第九十六條之規定，「得限期命將超過需要之房屋出租」。「違反前二項所爲之命令者，強制其出租，並得處五十元以下罰鍰」。同條例第十四條規定「房屋經改建而仍出租者，原承租人有優先承租權」。第十五條「收回自用之房屋，如過三個月空閒不用，或於一年內改租他人者，原承租人有請求繼續承租權並得請求損害賠償」。

第三節 租賃之效力

第一目 對於出租人之效力

出租人有租金支付請求權及租賃物之返還請求權。此等權利與承租人之租金支付義務及租賃物返還義務相對立，以於承租之義務說明爲便利。（1）出租人之義務，在於以物交與承租人使爲使用收益，此義務與使用借貸不同，非僅以消極的不妨害借用人之使用收益爲已足，而須積極的使承租人爲使用收益。以下所說明承租人各種義務，皆係由此基本義務而派生。民法謂約定一方以物租與他人使用收益（民法四二

一條），即示此旨。

一、租賃物交付及保持義務

出租人應以合於所約定使用收益之租賃物，交付承租人，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、德民五三六條、瑞債二五四條一項）。租賃（一）為諾成契約，不以物之交付而成立。物之交付義務，為由租賃所生之債務，通常物之使用收益，以物之占有為必要，從而應以合於所約定使用收益之租賃物交付於承租人。不問契約訂立時，租賃物特定與否，均應以合於約定使用收益之狀態，為物之交付。例如房屋之租賃，合於建築警察上之要求，不危及身體及健康之狀態，亦包括在內。特定物之租賃，於契約訂立或租賃物交付時，既已毀損或修繕不能者，發生物之瑕疵擔保責任。契約訂立後於交付前有此種情形者，同時為給付不能之問題。因其可歸責於債務人與否，而效力有不同。（二）物之使用收益，不以物之交付為必要者，出租人應作成使得為使用收益之狀態。例如為貼布廣告而出租屋壁或電信柱，出租人雖無移轉占有之必要，然仍應作成適於此目的之狀態。（三）出租人雖有交付租賃物之義務，承租人無受取之義務。（四）出租於交付承租人前，將租賃物讓與或出租與第三人，而並交付時，發生出租人債務不履行之責任。因交付承租人成為直接占有人，然使承租人專為使用，並非非常為必要。出租人應先為交付，並非同時履行。不獨主物，從物亦應交付。例如鎖鑰、地窖（*Palandt zu § 536, 3, S. 536*）。（五）租賃之繼續中，標的物之真正所有人出現，而使承租人之使用收益為不能時，出租人應負權利瑕疵擔保責任（民法四三六條）。（六）租賃繼續中，出租人將租賃物讓與第三人時，因承租人得對抗第三人（民法四二五條），原則上（如不因第三人為出租人而特蒙受不利益）不發生出租人債務不履行之責。（七）因本條之規定承租人有訴請出租人使為合於所約定使用收益狀態之權。假處分亦為可能。在租賃期間開始前，亦得解除契約。

二、修繕義務

出租人於租賃存續中，有使承租人爲使用收益之義務，故應負擔爲必要修繕之義務（*Instandhaltungspflicht*）。民法規定租賃物之修繕，除契約另有訂定或另有習慣外，由出租人負擔（民法四二九條一項、日民六〇六條一項、參照瑞債二六三條二項），即示此旨。

1. 修繕義務發生之要件 爲使發生出租人修繕義務，須其修繕爲必要與可能。所謂必要，謂使承租人就租賃物爲約定之使用收益，一般認爲必要者。其生必要之原因如何，在所不問。其因可歸責於出租人之事由或因風雨或其他事變而生，並無差異。因可歸責於承租人之事由而生時，出租人是否尚有修繕義務，依德民瑞債解釋，此時出租人不負修繕義務（*Palandt, zu § 536.4, S. 536; Fehman, zu § 536.4, b. S. 688; Funk art. 254, I, p. 175; Oser zu § 254, Anm. 7, S. 1006*）。依日本學者通說，此時出租人尙負有修繕義務。他方面承租人因有保管義務之違反或因侵權行爲，而負有損害賠償義務。蓋以日本民法第六〇六條（我民法四二九條一項）既未就發生修繕必要之原因加以限制，而且依日本民法損害賠償義務，以金錢給付爲目的，不能解爲承租人有修繕義務（鳩山四五頁、末弘五八頁、沼義雄債各下二一頁、我妻債各四四四頁、反對岡松民法理由六〇六條註解）。在我民法，亦有以第四二九條第一項既未限定應修繕之原因，故從日民之解釋（戴著債各上一〇五頁、季著債分上八一頁）。依余所見，自民法第四九二條第一項與第四三〇條之規定比照觀之，必要之修繕，應由出租人負擔者，惟應包括由承租人之正當使用收益之結果所生者在內，其因承租人故意或過失所致者，不能請其修繕，應由承租人負擔，蓋若承租人故意或因過失毀損租賃物，仍使出租人負擔修繕義務，則在出租人爲修繕前，承租人得拒絕支付租金（但有主張此修繕義務與債務不履行或侵權行爲之損害賠償義務，在於同時履行之關係，而與租金支付義務則否），未免有背於誠信原則，故應與德民瑞債爲同樣解釋，以非因可歸責於承租人者爲限，出租人始有修繕義務（同說龍著五五頁以下、薛著五五頁、磯谷五三四頁、三瀨一〇二頁、岡松民法理由六〇六條註解）。

修繕須經濟上爲可能 關於此點，民法雖無規定，如爲修繕不能，則發生全部或一部不能，其效力應

依給付不能之規定。全部不能時，租賃關係當然終了。其不能之原因係基於可歸責於出租人之事由者，出租人應賠償因給付不能所生之損害（民法二二六條）。一部不能因不可歸責於承租人之事由者，民法第四三五條另設有規定。修繕可能與否，應依經濟上標準定之。如經濟上與新造需要同樣或近於新造之費用，則應認為修繕不能（Oertmann, zu § 336 S. 543 鳩山四五六頁）。標的物全部滅失時，出租人無新造之義務。因官署之命令折毀時，亦同。租賃物一部毀損時，如其修復於租賃期間為可能，毀損部分對於未毀損部分，經濟上屬於次要的意義，而其修繕不需要超出比例之費用時，出租人始有修復之義務（Erm-Jehman, n. I, § 128 I, 6, S. 500）。

修繕在另一方面觀之，為出租人之權利。即出租人為保存租賃物所為之必要行為（修繕），承租人不得拒絕（民法四二九條二項、日民六〇六條二項）。

2. 修繕義務不履行之效力 修繕為出租人之債務，其義務違反之效力，應依關於債務不履行之規定。（一）在租賃物交付前不履行修繕之義務時，承租人得定相當期限，催告後解除契約（民法二五四條），或聲請強制執行，並得請求損害賠償（民法二二七條）。（二）民法就租賃關係存續中之修繕義務不履行，並補充的規定「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，或於租金內扣除之」（民法四三〇條、參照德民五三八條二項）。此外承租人得依債務不履行之一般規定，請求損害賠償（民法二二二條一項），並得按不得為使用收益之比例，在修繕前拒絕支付租金之全部或一部（民法二六四條一項）。但輕微的修繕義務之不履行，對於房屋之使用未與以顯著之障害時，依交易上之觀念，承租人不得援用同時履行之抗辯，拒絕租金全部之支付（日本昭和十三年六月二日大判）。至於是否可類推適民法第四三五條第一項之規定，按使用收益之不完全部分，比例請求減少租金（依瑞債二五四條二項，此時發生減額請求權）。有主張在日本民法租賃因一方約定以物租與他方使用收益，他方

約定支付租金而成立（我民法亦然），並非如德民法第五三七條因為契約上之使用及收益而始生租金支付之債務（德民五三七條認物之瑕疵停止或減少約定之使用收益者，當然免除或減少租金），實際上不問其為物之使用收益與否，如無反對之意思表示，不能免租金支付之義務。惟承租人對於出租人得以修繕不履行之損害賠償請求權，與租金支付請求權相抵銷（鳩山四五六頁、末弘五八六頁、磯谷五三四頁）。憲有主張我民法第四四一條規定「承租人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」，其反面因出租人之事由（不履行修繕義務）致不能為租賃物全部或一部之使用收益者，得免其租金支付義務之全部或一部（龍著七二頁），而且因標的物毀損妨害為完全之使用收益時，後雖加以修繕，而其用益不完全期間之不利益，亦無從填補，故應參照瑞債第二五四條第二項之規定，解釋類推民法第四三五條第一項之規定，認承租人有比例的請求減少租金之權（我妻債各四四四頁）。依余所見，承租人得以修繕義務不履行之損害賠償請求權相抵銷，亦得準用民法第四三五條第一項之規定，比例請求減少租金。

承租人怠於租金之支付時，其以後出租人是否得拒絕修繕義務之履行。通說凡定期給付之繼續關係契約，各個給付並非獨立乃相牽連而有同時履行之關係，承租人既未支付租金，則出租人得依同時履行抗辯，拒絕其以後之修繕。亦有主張在繼續的關係，時之經過為重要的要素，一方給付之瑕疵，隨時之經過不能補正者，不得主張同時履行抗辯。然承租人此時不得不甘於使用毀損之租賃物，而蒙受不能回復之不利益，乃係因可歸責於自己之事由（參照民法四四一條），仍以通說為當。

3. 關於修繕義務之特約 承租人負擔修繕義務，並非強行規定，當事人不妨另為約定。如另有習慣時，依其習慣（民法四二九條）。雖有特約，例如房屋之租賃而使承租人翻蓋屋頂或抽換棟樑，除有特別情事外，不能認為有效之約束。

三、妨害除去之義務

出租人與負修繕義務之同一理由，於承租人之使用收益因毀損以外之原因，受有妨害或妨害之虞時，不問其妨害基於可歸責於出租人之事由或基於第三人之行為而生，亦不問其為事實上之妨害或為權利之侵害，出租人均負有除去或防止之義務，蓋以出租人不僅有忍受承租人為使用收益之消極義務，而並有使其為約定的使用收益之積極的義務也。第三人侵奪租賃物或為其他妨害時，承租人得基於自己之租賃物占有權，直接對於第三人請求返還或妨害之除去，亦得代位行使出租人之物上請求權。惟承租人是否得基於自己之租賃權，請求妨害之除去或防止，甚有爭論。依余所見，第三人對於租賃權之侵害，如構成侵權行為時，為原狀回復之不作為請求權，承租人得行使之，自無疑義。稍有問題者，為預防的不作為請求權。然預防的不作為請求權，在租賃得與原狀回復之不作為請求權同其要件，蓋在租賃權（債權）之間接侵害，以第三人故意加害，始構成違法也（參照拙著債法總論二〇一頁一三七頁以下）。故對於不法占據租賃物之第三人，承租人不得僅基於租賃權而求其交付（惟得代位行使出租人之物上請求權或基於租賃物之占有權或基於侵權行為之原狀回復請求權為之）。

依日本判例，第三人妨害租賃物之使用收益，縱其原因出於第三人之債務不履行，例如第三人為次承租人，而於轉租終止後不為租賃物之返還，致妨害承租人使用收益時，亦認出租人負有排除其妨害之義務，並認承租人為保全其債權，得代位行使出租人之權利（日本昭和五年十二月十六日判決）。然轉租為承租人收受之方法，轉租之結果應由承租人負擔，此時不能認出租人有排除之義務。

四、瑕疵擔保義務

租賃為有價契約，準用關於買賣之規定（民法三四七條），從而出租人應與出賣人同樣負瑕疵擔保責任。關於租賃之瑕疵擔保，應分別就物與權利之瑕疵為說明。尤其物之瑕疵，不以訂約時存在為必要，而於租賃關係存續中發生者，出租人亦負擔保責任（德民五三七條 *Emm Lehmann, § 128, II, 1*），此為租賃瑕疵擔保責任之特色，蓋以租賃為繼續債務，租賃之性質在於使承租人於租賃期間內得為使用收益也。出

租人負有使承租人就租賃物為使用收益之積極的債務，其結果修繕義務與擔保責任有重複，然不可以有修繕義務，而否認擔保義務，因標的物數量之不足或因擔保權之實行而致使用收益為不能時，瑕疵擔保責任最能發揮其效用。

2. 物之瑕疵擔保責任

關於租賃物之瑕疵，(一)於交付租賃物前或於交付時，既已存在者，民法除第四二四條外，未為特別規定，應準用關於買賣之規定(瑞債二五四條設有特別規定)，即得解除契約或請求減少租金(民法三五九條)。如租賃物以種類指定者，得請另交付無瑕疵之物(民法二六四條)。欠缺所保證之品質或故意不告租賃物之瑕疵者，得請求不履行之損害賠償(民法三六〇條)。承租人知租賃物有不合於所約定使用收益之瑕疵時，或其不知由於承租人之重大過失而出租人未保證其無瑕疵又非故意不告知時，出租人不負瑕疵擔保責任(民法三五五條)。然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、德民五四四條、瑞債二五四條三項)。(二)於租賃物交付後，租賃關係存續中，發生之瑕疵，民法特設有規定，即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。如承租人就其存餘部分，不能達租賃之目的者，得終止契約(民法四三三條、日民六一一條、參照瑞債二五五條但書未限定其瑕疵為滅失)。此所謂請求，乃與主張同義，與前述瑕疵之減價請求(民法三五九條)相同，依一方之意思表示為之，無須經相對人之承諾。以訴狀或一定之聲請書為減額之意思表示者，因其書狀送達於相對人或其訴訟代理人而生效力。惟就減少之範圍，當事人有爭執時，其相當額應依法院之裁判而定。此租金減少之意思表示，縱其租金債權已經讓與，應向出租人為之。其他租賃關係存續中發生之瑕疵，非可歸責於承租人之事由者，如出租人不於承租人所定相當期限內為修繕時，承租人得終止契約或自行修繕而請求出租人償還其費用(民法四三〇條、瑞債二五五條、德民五三八條)。租賃關係存

續中發生之瑕疵，修繕爲可能者，同時發生修繕義務與擔保責任。如修繕爲不可能，則僅發生瑕疵擔保責任（民法四三五條）。其瑕疵因可歸責於出租人之事由而發生者，除發生瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付，出租人應負債務不履行之損害賠償責任。

2. 權利瑕疵擔保責任

出租人無將標的物使承租人爲使用收益之權限，或租賃物因受用益權之限制，承租人事實上不能爲使用收益時，發生權利瑕疵擔保責任。然（一）權利瑕疵或其原因（例如出租人之權利因終期屆至或解除條件之成就而應消滅）於租賃契約訂立時已存在者，惟發生瑕疵擔保責任或訂約上過失之賠償責任。（二）於租賃契約訂立後租賃物交付前發生權利瑕疵時，其因可歸責於出租人之事由者，發生瑕疵擔保責任，同時構成債務不履行，此時應準用關於買賣之權利瑕疵擔保規定（民法三五三條），即承租人得解除契約，請求損害賠償或比例減少租金（民法二六六條一項）。（三）因租賃物交付前發生之權利瑕疵，於租賃關係存續中由第三人主張權利，致不能爲約定之使用收益者（例如用益物權，抵押權不妨害承租人爲使用收益，故僅主張有抵押權之設定，不在其內），承租人得按其不完全使用收益之部分，請求減少租金。如就存餘部分不能達租賃之目的者，得終止契約（民法四三六條、德民五四一條、參照瑞債二五八條）。其權利瑕疵因可歸責於出租人之事由而生者（例如租賃契約訂立後出租人設定之權利），並應負債務不履行之損害賠償責任。然於租賃物交付後，因出租人處分所成立之權利瑕疵，不在其內（*Palmer, vs SALT, I.S. 628*），蓋依我民法出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與他人或於其上設定物權，承租人不影響（民法四二五條四二六條），故無權利瑕疵擔保之可言也。（四）承租人於租賃契約成立時，知有不合約定之使用收益之瑕疵者，除契約另有訂定外，出租人不負瑕疵擔保責任（準用民法三五一條）。然如租賃物之使用全部被剝奪時，不能解釋仍應支付租金。（五）以特約限制出租人關於權利瑕疵擔保義務者，如出租人故意不告知其瑕疵，其特約爲無效（準用民法三六六條）。

【註】瑞債第二五四條「使用租賃人負有交付合於約定的使用之狀態之物，並於租賃期間中保持其同一狀態之義務」。「以不能或顯難為約定使用之狀態為物之交付時，承租人得解除契約或請求租金之相當減少」。「瑕疵對於承租人或其家屬或被僱人之健康有顯著的危險時，承租人雖於契約訂立時知其危險或拋棄契約解除權，仍得解除契約」。瑞債第二五五條「租賃物於租賃期間中陷於不能或顯難為約定的使用之狀態時，如非可歸責於承租人者，承租人得請求租金之相當減少。如瑕疵不於相當期限內除去時，得解除契約」。「出租人非證明自己無過失時，應負損害賠償義務」。

瑞債第二五八條「第三人就使用租賃物主張與承租人之權利不相容之請求權時，出租人基於承租人通知，有承受訴訟之義務。於承租人就租賃物之約定使用受有妨害時，有為損害賠償之義務」。

德民第五三七條「租賃物委託於承租人使用時，有使約定的使用上之適性減少或減少之瑕疵時，或於租賃期間中生有此瑕疵時，承租人於其適性之滅失期間，免支付租金，於其適性減少期間，惟負支付第四七二條第四七三條所定比例之租金之義務」。「欠缺所保證之性質或於日後失去者，亦同。關於土地之使用租賃，一定面積之保證，視同性質之保證」。

德民第五三八條「第五三七條所定之瑕疵，於契約訂立時業已存在，或此瑕疵嗣後因可歸責於出租人之事由而生或出租人就瑕疵之除去陷於遲延時，承租人得不行使第三五七條所定之權利，而請求因不履行之損害賠償」。「出租人陷於遲延時，承租人得自行除去其瑕疵，而請求其必要費用之償還」。

德民第五四一條「承租人因第三人之權利而租賃物之約定使用全部或一部被剝奪時，準用第五三七條第五三八條第一段及第五四〇條之規定」。

五、負擔稅捐之義務

就租賃物應納之一切稅捐，由出租人負擔（民法四二七條、德民五四六條、瑞債二六三條一項），蓋以出租人既已就租賃物為租金之收益，以使負擔稅捐為公平。然所謂一切稅捐，謂依法律應由出租人負擔者而言。出租人雖通常為所有人，然不以所有人為限。依土地法第一七二條第一項規定「地價稅向土地所有人徵收之，其設有典權之土地，由典權人繳納」。第二項規定「不在地主之土地，其地價稅得由承租人代付，在當年應繳地租內繳還之」。又依土地法第一八六條規定「建築改良物稅之徵收，於徵收地價稅時為之，並適用第一七二條之規定」。即向建築改良物所有人徵收之。其設有典權者，由典權人繳納。又依

房捐條例第三條「房捐向房屋所有人徵收之，其設有典權者，向典權人徵收之」。第八條「凡轉租之房屋，其轉租租金超過原租金者，其超過部分應納房捐，由轉租人負擔」。第九條「出租或轉租之房屋，應納房捐，由承租房客代繳，抵付租金，但第八條應納之房捐，向轉租人徵收之」。土地及房屋之出租人，同時為所有人，自應由所有人負擔。然如出租人為典權人或為轉租人，則應由出租人負擔。大佃契約之性質，依司法解釋為典權與租賃之聯立（院字二一三二號）。關於典權部分之稅捐，應由典權人負擔。關於租賃部分稅捐之負擔，除當事人訂有特約外，固應依民法第四二七條辦理。惟此種大佃契約，租賃常占極少部分，其典權部分應由典權人負擔稅捐時，探求當事人之意思，自可認其有使承租人負擔租賃部分稅捐之特約（三十年院字第二一六六號）。依司法解釋，國民繳納稅捐之義務，為公法上之義務，如發生爭執，不屬於普通法院之權限。「如係請求以判決變更行政處分或確認納稅義務之誰屬，則不屬於普通法院之權限，應依民事訴訟法第二四九條第一款之規定，以裁定駁回之」（司法院院字第一七六七號解釋）。依余所見，請求普通法院以判決變更行政處分，固應駁回，然確認納稅義務之誰屬，為承租人出租人間義務之負擔問題，不能謂普通法院無管轄權。

民法第四二七條之規定，並非強行規定，自得由當事人自由訂定相反之約定。但行政命令不得與現行法牴觸，倘有與該條相異之命令，自難認為有效（二十三年院字第一一四一號）。然租金數額法律定有限制者，應注意承租人負擔稅捐後不超過其限制。又此種特約僅於當事人間發生效力，不能以之對抗官署，故徵收機關不受其特約限制之拘束。

六、費用償還之義務

承租人就租賃物支出必要費用，是否得向出租人請求返還，我民法就有益費用，設有規定（民法四三一條），而就必要費用則未為一般規定，惟分別就飼養、修繕、管理及保持生產力為規定（民法四二八條、四三〇條、四三二條），茲分述如次。

1. 有益費用

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，應償還其費用，但以其現存之增價額為限（民法四三一條一項、日民六〇八條二項、德民五四七條二項）。此種有益費用，基於不當得利之理由，出租人應負返還之責。（一）償還之要件，為（a）出租人知其情事而未為反對表示，承租人經通知出租人者，出租人不得後為不知（註）。出租人為反對時，承租人雖不得請求返還，然其所增設之工作物，不妨取回。（b）須其所增加之價值，於租賃關係終止時仍繼續存在。（二）償還之時期，限於租賃關係終止。於租賃關係存續中，出租人雖因支出有益費用增加租賃物之價值，然所增加之利益仍由承租人享受，尙未發生不當得利之問題。（三）償還之數額，限於現存之增價額。其現存之增加，多於所支出之費用或與之相等者，固應償還其費用之全部，若其現存之增加額，少於所支出之費用者，則祇須償還其現存之增加額（十九年上字第六〇號）。

承租人就租賃物所增設之工作物，得取回之。但應回復租賃物之原狀（民法四三一條二項、德民五四七條二項後段、日民六一六條五九八條）。承租人此項取回權（Wegnahmeact; jus tollendi），不獨對於未成為租賃物之成分者得行使之，對於構成租賃物之成分而已成為出租人之所有時，例如壁灶，亦得行使之。舊承租人將工作物委於新承租人時，則後者亦有取去權。承租人惟得請求出租人容忍其取去，不得請求其交付（Saunders, zu § 547, I A 4d, e. S. 457）。承租人不願取回此種工作物時，如合於民法第四三一條第一項之條件，亦得請求償還費用。承租人就租賃物支出奢侈費用者，除有特約外，無償還請求權。惟若其費用之支出，係增設工作物者，得取回之。

民法第四三一條之規定，為任意規定，如雙方有特別表示者，自可排其適用（二十三年上字第二七七號判例）。然因房屋之承租人就房屋支出有益費用，約定在一定期間內出租人不得終止契約增加租金者，如無特別意思表示，不得謂承租人之費用償還請求權，即因此約定而當然消滅（二十二年上字第四九九號）。

【註一】商號向房東承租後，始創碼頭權利，或由後之承租人繼承前租戶而取得該權利者，苟非經房東明示或默示之承認，固不得據以對抗房東。即使用碼頭權利之創設，確可增加房屋之價值，苟非房東知而不為反對表示，亦不負償還此項費用之責（二十三年上字第一九八八號）。

【註二】依土地法第一一九條規定，耕地租用人得自由為耕地特別改良。惟其改良費之數額，應即通知承租人。依第一二〇條規定，特別改良未失效力部之價值，於契終止返還耕地時，得向出租人要求償還。

2. 必要費用

關於必要費用，德民一般的規定「出租人對承租人有賠償就其支出之必要費之義務，然動物之承租人，應負擔其飼養費」。日民第六〇八條第一項規定「承租人就租賃物支出屬於出租人負擔之必要費時，得直接向出租人請求償還」。我民法未為一般規定，關於修繕費用，規定應由出租人負擔（民法四二九條一項）。關於動物之飼養費，規定應由承租人負擔（民法四二八條、德民五四七條一項但書）。關於租賃物之管理及有生產力之租賃物之生產力保持，民法規定為承租人之義務（民法四三二條一項、瑞債二六一條一項二八三條一項）。其管理費及生產力保持費，亦應解釋由承租人負擔。其他必要費用，無論其為臨時的或為通常的，民法未為規定者，除另有約定或另有習慣外，應解釋凡為保持租賃物合於約定使用收益之狀態之必要費用，例如在基地租用，因鄰地之填築成為窪地而至不能為宅地之使用時，其填築之必需費用，亦為必要費用（日本昭和十三年三月十二日大判），由出租人負擔，蓋出租人有此義務也（民法四二三條）。然使用收益本身所必要之費用，例如因耕作所必要之費用、船舶租賃之入港費、租賃機器運轉之加油，縱令因此發生標的物保存之結果，亦應由承租人負擔。「攪種田畝，施用相當工資，原屬當然之事，在訂立攪種契約之初，既無賠償工資之約定，自不得於地主收地時，藉口地價增漲，要求賠償」（十八年上字第一五六號判決）。民法第九五四條關於因保存占有物支出必要費用之規定，乃就未有占有權利之占有人而設，對於有為占有權利之承租人，不適用之。關於必要費用之償還時期，日本民法規定得於支出後即請求償還（日民六〇八條一項），我民法亦可為同樣之解釋（民法四三〇條後段）。

3. 承租人之費用償還請求權（包括必要費用及有益費用）及工作物取回權，自租賃關係終止時起，二年間不行使而消滅（民法四五六條、德民五五八條參照日民六二二條準用六〇〇條）。此期間在日民規定，為一年之除斥期間，德民法規定為六個月之消滅時效期間（註），在我民法，應解釋為時效。

承租人就費用償還請求權，有留置權。對於非出租人之現時所有人返還標的物時，亦得使其償還費用，且得依此請求權行使留置權（日本昭和十四年四月二日大判）。於租賃終止後，原則上為不法占據，以後支出之費用，不生留置權。承租人為合法行使留置權之方法，居住房屋，不為不法，然其間之租金，以為不當得利而返還。又承租人不知租賃之終止時，不為不法之占據，從而應認有留置權之成立，蓋不法占據，以故意或過失為前提也（日本昭和十三年四月十六日大判）。

【註】德民第五五八條第一項「出租人基於租賃物之變更毀損之賠償請求權及費用償還請求權或關於設備取去之許諾請求權，因六個月消滅時效期間之經過而消滅」。第二項「出租人賠償請求權之消滅時效，自出租人受租賃物之返還時，開始進行。承租人請求權之消滅時效，自租賃關係終止時，開始進行」。我暫行民律草案第六七八條第一項「賃借主之費用償還請求權及工作物取回權，因一年之時效而消滅」。

七、出租人地位之讓與性

出租人將標的物所有權讓與他人時，是否應解釋保將其出租人之地位一同讓與。如重視上述出租人之義務，則其地位之讓與，須依債務承擔之方法為之。僅以出租人與受讓人間所有權之轉讓為未足。然出租人之債務，實際上非有如此之個人的色彩，以標的物所有人之資格，幾皆能完全履行，對於承租人方面，與其依買賣破除租賃之原則，僅得對於舊出租人追問債務不履行之責，不若使受讓人繼承出租人地位之為有利。我民法認買賣不破除租賃之原則；租賃對於受讓人仍繼續存在（民法四二五條），應解釋出租人依其與受讓人間之租賃物之所有權之移轉，一併移轉其地位（參照德民五七一一條一項，但亦有主張應得承租人之承諾鳩山四六四頁），舊出租人自其關係脫離（日本大正十年五月三十日大判）（但亦有主張舊出租人仍應負擔租賃上之債務例如修繕債務鳩山四六七頁，依德民第五七一一條二項規定，出租人就取得人不履

行義務應賠償之損害，與拋棄檢索抗辯權之保證人負同一責任。承租人依出租人之通知，知有所有權之移轉時，其契約得因通知而終止者，如不以最近期通知終止租賃關係，則出租人免其責任。原租賃關係以同一之內容，移轉於物權取得人。然遲延租金債權，除有讓與之合意外，並不移轉。如經承租人之同意而為租賃關係之繼受時，遲延租金債權原則上可解為亦由受讓人繼受（日本昭和十二年五月七日）。附從的契約，為應登記之事項者（例如允許轉租），非經登記不得對抗受讓人。非為應登記事項者（例如押租之返還債務），則當然移轉。此原則不獨對於標的物之所有權取得人有適用，對於地上權、典權之取得人，亦有適用。有抵押權設定在租賃後者，對於拍賣之買得人，亦有適用。

第二目 對於承租人之效力

承租人為雙務契約之當事人，享有債權，負擔債務。即對於出租人有請求使其為標的物之使用收益之債權，然為其對價，應支付租金。使用收益之方法，於租賃權之範圍，因人而有不同，即承租人為使用收益之債權之行使，較之出租人使其為使用收益之債務，更帶有人之色彩。因此承租人地位之讓與性，較之出租人地位之讓與性（買賣不破除租賃），不能不受有限制。

承租人之權利，為（一）使用收益權，包括為使用收益必要之占有之權利。此等權利總稱為租賃權。（二）費用償還請求權（已為出租人之義務加以述明）。承租人之義務為（一）標的物之保管，（二）租金之支付，（三）標的物之返還。

第一款 承租人之權利（使用收益權）

一、使用收益權之範圍

使用收益權，為請求出租人使自己為使用收益之債權反射的所生之權利，因租賃物之交付而現實化，

成爲直接就租賃物爲使用收益之權利。承租人應依約定之方法，爲租賃物之使用收益。無約定方法者，應以依租賃物之性質而定之方法爲之（民法四三八條一項、日民六一六條準用五九四條一項、參照瑞債二六一條、法民一七二八條一七二三條）。其範圍應依習慣合理的爲解釋。例如房屋承租人爲其房屋之用途，得於合理之範圍，就周圍之土地爲用途。於用途權之範圍所生標的物之通常變更毀損，承租人不負其責（德民五四八條、暫行民律草案六五〇條）。

二、違反之效力

承租人不依約定或依租賃物性質而定之方法爲使用收益時，爲債務不履行，出租人得請求違反行爲之停止。依德民第五五〇條，「承租人就租賃物爲違反契約之使用，不顧出租人勸阻，而仍繼續之者，出租人得訴請其停止」。解釋上此時以有客觀的契約違反之使用爲已足（其由承租人自己或其所許爲使用之人爲之，在所不問），雖未經勸阻，而逕起訴，如承租人仍繼續爲之者，則於此已有勸阻存於其中，法院不妨爲判決（Ebn-Lehmann, §129, 7, b. S. 509）。因違反行爲所取得之利益，得依不當得利之原則，請求返還。因違反行爲致出租人受有損害者，得請求損害賠償。然此賠償請求權，自租賃物返還後，因二年間不行使而消滅（民法四五六條）。經出租人阻止而繼續爲之者，出租人得終止契約。在使用借貸，則苟借用人違反約定或依物之性質而定之方法使用借用物或未經貸與人同意允許第三人使用時，貸與人得即時終止契約（民法四七二條二款），而在租賃則出租人須先加以阻止，承租人經阻止後而繼續爲之者，出租人始得終止契約（民法四三八條二項、德民五五三條並以顯然侵害出租人之權利爲要件）。不獨承租人自己，承租人許爲使用收益之人，有違反行爲時，亦有適用（參照德民五五三條、暫行民律草案六五二條）。

第二款 租賃物之轉租及租賃權之讓與

一、概說

租賃雖有物權化之傾向，然其本質仍爲債權，已如前述。關於其讓與性依各國立法而有不同。(一)採取限制主義者，例如依日本民法，承租人非得出租人之承諾，不得讓與其權利或將租賃物轉租(日民六二二條)。依德民法，承租人非經出租人之許諾，不得以租賃物之使用委託於第三人。尤其不得將物轉租。出租人拒絕許諾時，如非於第三人本人存有重大之原因，承租人得依法定期間通知終止租賃關係(德民五四九條一項)。關於租賃權之讓與，雖未有明文規定，然解釋上認租賃權爲非變更其內容，不得對於原債權人以外之人爲給付之債權(德民三九九條)，非經出租人之同意，不得爲之。於有讓與之拒絕時，承租人得準用德民五四九條之規定終止契約(Palandt, zu § 549, S. 549; Erbman, zu § 549, 3, S. 293)。(二)採取自由主義者，例如依法民法第一七一七條第一項，承租人如未依特約被禁止，有轉租並有將租賃權讓與於他人之權。雖有特約，出租人無正當理由之同意拒絕，構成權利濫用(Colin et Capitant, no. 1041, p. 1690)。依奧民法，如對於所有人無害或契約上未明示的加以禁止者，承租人有轉租(in Atterbestand geben)之權。解釋上租賃權之讓與，亦有此原則之準用。契約上禁止轉租時，應認爲亦有讓與之禁止(Ehrenzweig, § 370, I, S. 445)。依瑞士債務法，使用租賃承租人，如不因而致生不利益之變更於出租人，有將租賃物全部或一部轉租或將租賃權讓與於第三人之權(瑞債二六四條一項)。然在用益租賃，承租人非得出租人之同意，不得轉租於他人。但於不致生不利益的變更於出租人之限度，得將屬於租賃物之個個場所爲使用轉租(瑞債二八九條一項二項)。解釋上非得出租人之同意，亦不得將用益租賃權讓與於他人(Bachmann, art 289, 2, p. 496)。我暫行民律草案第六五八條規定「賃借主非經賃貸主承諾，不得將賃借物轉賃於他人」。賃借主違反前項規定，使第三人使用賃借物者，賃貸主得解除契約。第六六〇條「賃借主非經賃貸主承諾，其權利不得讓與」。我民法僅規定「承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租於他人，但租賃物爲房屋者，除有反對之約定外，承租人得將其一部轉租於他人」(民法四四二條一項)，而關於租賃權之讓與，則未設規定。雖有主張轉租，既原則上應經出租人之承諾，則轉讓更

應在禁止之列（戴著債各上一二五頁）。有謂轉讓應與轉租同樣看待（我妻中華民國民法債各二一八頁）。依余所見，出租與讓與，並非同一性質。我民法就永佃權則僅許為讓與，而不許出租（民法八四三條八四五條）。關於租賃既就讓與未為規定，應就租賃權之性質與其物權化之傾向，以為解釋。租賃權為債權，而且因租賃物之交付，承租人有為使用收益之權能。如當事人有特約禁止其讓與時，自應依其特約（民法二九四條二款）。然使用收益之方法，雖依承租人而有不同，並非不問租賃物之如何，均為同一。建築物之租賃，雖因承租人之不同而有懸殊，然以所有建築物為目的之土地租賃，則並無何軒輊。如不問其情事如何，而一概視同轉租，以出租人之同意為必要，並不甚妥。且若如此，自承租人方面言之，其就租賃物投下之資本，將難以收回，於社會經濟上亦為不利。尤其承租人不能將建築物與租賃權同一讓與時，為然。為救此弊，日本借地法第十條規定「第三人取得存於租賃權標的土地上之建築物或其他借地權人因權限所使附屬於土地之物者，於出租人不為租賃權之讓與或轉租之承諾時，得對於出租人請求其以時價購買建築物或其他借地權人因權限所使附屬於土地之物，以間接的促成租賃權之讓與性。故在我民法知常事人無特約，應參酌奧瑞立法例，解釋為租賃權之讓與，除因而生不利益之變更於出租人外，其性質上並非不得讓與，承租人得自由為之（民法二九四條）。

【註】依德民解釋，租賃權之讓與以出租人之同意為必要。如承租人就業務場所非為其人的本身，而為事業主為事業之目的而訂立租賃契約時，通常應認定出租人對於租賃權之讓與，有默示同意。出租人未為保留者，於有疑義時，其中固有與營業一同移轉其所屬的租賃權之權利之授與（*Enn-Lehmann, § 129, I. 6 f. S. 509*）。

二、轉租及讓與之性質

租賃為使當事人間發生債權債務之契約，同時因占有之交付，而使承租人有就租賃物為使用收益之權能。從而租賃物之轉租及租賃權之讓與，應以此兩方面為基點，加以考察。（一）轉租雖依轉租人與次承租人之間之特別轉租契約而成立，次承租人對於第三人尤其對於出租人之關係，是否有效取得租賃權，除房

屋部分之轉租外，因出租人承諾之有無而定。租賃權之讓與，常依承租人與受讓人間之讓與契約（有如他人之物之買賣契約）而有效成立，然受讓人對於第三人尤其對於出租人之關係，是否有效取得租賃權，如其讓與對於出租人生有不利之變更時，亦因出租人承諾之有無而定。（二）承租人雖將租賃物轉租或將租賃權讓與，不能使次承租人或受讓人完全有效取得租賃權時，應與無權限之人出租或讓與他人之物，負同樣之責任。依日本判例，此時當事人間有效的成立轉租或租賃權之移轉，然不得對抗出租人（昭和二年四月二十五日大判）。當事人間爲有效，從而讓與房屋與基地之租賃權者，不得主張租賃權讓與爲無效，而請求房屋之除去，出租人亦得事後爲承認。（三）轉租與租賃權之讓與不同之點，在前者租賃權仍屬於原來之承租人（轉租人），轉租人於租賃物再度設定新租賃權（參照拙著物權法論三二九頁）。次承租人之新租賃權，以轉租人之租賃權爲前提而成立。在後者租賃權由原來之承租人（讓與人）脫離，而移歸受讓人。自取得之方法言之，前者爲設定的取得，後者爲移轉的取得。一般租賃分期給付租金，而讓與一次給付對價。租賃權之讓與，通常與營業財產一併出頂。轉租爲承租人與次承租人間成立新租賃契約，讓與爲租賃債權之讓與。在轉租，兩租賃條件得有不同。在讓與，則受讓人承受原承租人之地位。讓與惟得就租賃物之全部爲之。轉租得爲全部或一部。受讓人爲買受人，對於原承租人（讓與人）不得請求其爲租賃物之修繕。反之次承租人得對於承租人（轉租人）爲此請求。

三、出租人之承諾

租賃權之轉租或租賃權之讓與，須經出租人之承諾者，（一）其承諾得於轉租或讓與前一般的（不問轉租或讓與於何人）或個別的爲之。不獨事前，亦得事後爲之。不獨得向承租人，亦得向次承租人或受讓人爲之（日本昭和三十一年十月五日最高判）。事後之承諾，往往默示的爲之。例如出租人對於受讓人或次承租人請求租金之支付或增加。然有承諾之舉證責任，應由次承租人或受讓人負擔。（二）出租人一旦爲承諾，是否得將其撤回，因其非如要約之承諾，形成雙方之合意，僅爲顧慮出租人之利益而設之制度，

加以次承租人對於其承諾之信任有重大之利害關係，應解釋不得撤回。

四、經出租人承諾之轉租或讓與

1. 經出租人承諾之轉租

a. 轉租人（乙）與次承租人（丙）之關係 乙丙間轉租之關係，與普通之租賃並無不同，不因出租人承諾之拒絕或出租人對於丙之起訴而受影響。次承租人惟於被放逐時對於承租人得以其爲出租人而請求損害賠償（*Decke zu § 549, 6, S. 235*）。然甲乙間之租賃關係，與乙丙間之轉租關係，同時終止時，丙將標的物返還於甲時，則免對於乙之返還義務（日本昭和十二年四月十九日大判）。次承租人取得標的物之所有權，發生甲丙間之混同時，因承租人乙之租賃權有對抗力，原則由丙承受甲之使乙爲使用收益之義務，乙之租賃權不因而消滅（*Staudinger, zu § 549, III. 1-3, S. 468*）。

b. 出租人（甲）與承租人（乙）之關係 (1) 此關係不因轉租之成立而受影響。從而甲之租金請求及契約解除，應向乙爲之，而且以此爲已足。(2) 因次承租人丙應負責之事由所生之損害，承租人乙負賠償責任（民法四四四條二項、德民五四九條二項、參照瑞債二六四條二項）。此責任合於民法第二二四條之規定，其損害之發生，只須有可歸責於次承租人之事由，承租人有無過失，在所不問。轉租雖經出租人之承諾，承租人仍應負此責任。如承租人違約而爲轉租時，則就租賃物因轉租而偶然發生的損害，亦應負責。但縱不爲轉租，而其損害仍不免發生者，不在此限（*Staudinger, zu § 549, III. 1, S. 467*）。此外出租人尚得終止契約（民法四四三條二項）。依德民第五四九條第二項「承租人將租賃物使第三人爲使用時，就應歸責於第三人使用上之過失，負其責任。出租人對於第三人之使用爲承諾時，亦同」。因限於使用上之過失，故解釋次承租人就租賃物之違法的處分，承租人不負其責（*Staudinger, a. a. O. d.*）。我民法既未有此限制，應解釋此時承租人亦應負責。又此規定對於強制的成立的租賃契約之承租人爲轉租時，亦有適用。

c. 出租人（甲）與次承租人（丙）間之關係。（一）丙之利益權能，因甲之承諾而為適法，並不成立甲丙之關係。然（一）在日本民法規定次承租人丙對於出租人甲直接負義務，此時不得以租金之前付而對抗出租人（日民六一三條一項）。因此次承租人丙對於甲負有標的物保管義務及其違反時之損害賠償義務、租金支付義務，租賃關係終止時負有標的物之返還義務。然丙對甲並無租賃上之權利，從而不得對於甲為修繕或費用償還之請求，惟得為占有人，依一般原則為償還之請求（民法九五四條、九五五條九五七條）（我妻四六二頁四六三頁）。（二）依瑞士債務法第二六四條第二項「承租人應就次承租人之不以出租人所許以外之方法，為物之使用，對於出租人負責」。第三項「出租人對於次承租人有直接使負前項責任之權利」。對於次承租人乙之義務，出租人與承租人為連帶債權人。出租人對於次承租人經加制止，而仍繼續違反其義務時，亦得終止契約及請求損害賠償（瑞債二六一條二項）。此制止為租賃契約之終止，亦應對於承租人為之。然出租人不得直接對於次承租人請求租金之支付，惟對於次承租人所攜入之物，於轉租人權利之所及，有留置權（瑞債二七二條二項）。除基於所有權外，對於次承租人，亦無標的物之直接返還請求權。另一方面，次承租人丙對於出租人（甲），因無契約上關係，無任何租賃上之權利。承租人（轉租人）負有使次承租人不以出租人所許以外之方法使用租賃物之義務，出租人對於次承租人，得直接請求其履行此義務。其義務為轉租人與次承租人之連帶債務。（三）依德民解釋，出租人對於次承租人無租金支付之請求權，惟得依債權之扣押或假扣押之方法為之，並得以特約約定次承租人應直接支付租金於出租人，自不待論。不動產出租人對於次承租人所攜入之物，無德民第五五九條所定之留置權。就次承租人於租賃物之使用所生之損害，出租人惟得對於轉租人（承租人）為請求。然於租賃關係終止時，出租人亦得向次承租人請求租賃物之返還（德民五五六條三項）。此時承租人與次承租人之返還義務，為連帶債務（*von-Lehmann, §129, ¶ 7, S. 512*）。然如經出租人之同意，次承租人得超過主租賃契約存續期間，保持租賃物，則成立出租人與次承租人間之直接租賃契約（*Staudinger zu § 549, II, 1—5, S. 468—469*）。對於承

租人之訴訟繫屬後，第三人始取得租賃物之占有而為承租人之權利承受人時，對於承租人遷讓之判決，亦得對於第三人執行之（*Denecke zu § 549, 6. S. 235*）。在法民法解釋出租人雖得依法民第一一六六條行使代位訴權，然對於次承租人無直接訴權（*Collin et Capitant no. 1040, p. 689*）。在我民法應如何解釋，有謂出租人與次承租人間無權利義務關係，次承租人基於轉租關係，對於承租人負其通知、保管義務，而承租人則基於原租賃關係，仍對於出租人負其通知、保管等義務，彼此各不相涉。次承租人對於承租人不盡通知保管等義務，以致租賃物發生毀損滅失之損害時，承租人雖對於出租人負賠償責任，但他方面自得依據轉租契約，請求次承租人賠償（龍著一一九頁）。然亦有謂承租人既因轉租而不占有租賃物，則保管通知等義務，即應移轉於次承租人。因次承租人之不注意或懈怠致生損害者，承租人仍不能不對於出租人負責。因次承租人對於出租人不生直接關係也（季著九八頁）。依余所見，在我民法，除有債務承擔或其他約定外，基於轉租雖不當然發生出租人與次承租人間之直接權利義務關係，然如次承租人已盡其保管通知等義務，則等於承租人自己盡其義務，自可使承租人免其責任。他方面如次承租人就租賃物對於出租人構成侵權行為時，出租人自亦可直接向其請求損害賠償。承租人因次承租人之保管通知等義務之違反，而對於次承租人有損害賠償請求權時，出租人亦得準用民法第二二五條第二項之規定，於其得向承租人請求之範圍，請求承租人讓與其對於次承租人之損害賠償請求權或交付所受領之賠償物。又租賃關係終止時，出租人得基於所有權或其他本權（例如典權），直接對於承租人請求租賃物之返還，亦得依強制執行法第一二六條之規定，使法院以命令將承租人對於次承租人得請求交付之權利，移轉於出租人（*Em-Jahn-Ann, a. a. O. S. 512*）。又出租人對於次承租人無直接請求支付租金之權利，次承租人對於出租人亦無支付租金之義務。然在次承租人，因承租人不支付租金出租人得終止契約之點，不能不謂其有利害關係，故應解釋於此範圍，次承租人有代位清償之權（民法三一一條二項但書）。

次承租人丙之租賃權，成立於轉租人乙租賃權之上，轉租人之租賃權消滅，則次承租人之租賃權失其

基礎，不得對於出租人甲爲主張，從而甲乙間之租賃關係，因租期之屆滿或因乙債務不履行經甲終止租賃契約而消滅時，則丙對甲不得主張租賃權之存續。然僅以當事人之意思消滅者，即因乙之租賃權拋棄或經甲乙間之合意終止而消滅時，則不得對抗丙，蓋不得以當事人之意思，害及他人已正當成立之權利也（參照日本昭和九年三月七日大判）。又甲乙間租賃關係之終止，雖得對抗丙，不得謂乙丙間之轉租關係，當然消滅。惟於乙事實上不能使丙爲使用收益時，乙之債務爲履行不能，其履行不能因可歸責於乙之事由者，依一般原則，丙如未爲契約之終止，乙丙之關係仍爲存續（準用民法二五六條，參照拙著債法總論五五〇頁）。然在租賃之繼續的關係，應解釋不經解約，而即終止（日本昭和十一年十一月二十八日大判）。然乙對丙應負債務不履行之責，自不待論。

2. 經出租人承諾之轉讓

經出租人承諾之租賃權之讓與，問題甚少。租賃權讓與時，以使用收益權爲中心之租賃關係爲一體，而且以同一內容而移轉。租金支付義務，亦隨同移轉，自不待論。讓與人由租賃關係脫離，受讓人代替爲承租人，但遲延租金及因承租人保管義務違反所生之損害賠償債務等，除特有承擔契約外，不因而移轉。租賃權有讓與性，而未經轉租人承諾時（雖無承租人之承諾亦得讓與時），則遲延租金及保管義務違反之不利，應解釋由受讓人當然承受（參照民法八四九條）。

五、未經出租人承諾之轉租或讓與

1. 未經出租人承諾之租賃物轉租

a. 轉租人乙與次承租人丙之關係 乙丙間之租賃契約，發生債權的效力，乙負有努力於取得出租人之承諾及就標的物使丙爲使用收益之債務。丙對於乙之關係，取得使用收益權。其結果雖無甲之承諾，乙對於丙一方面有租金支付請求權，他方面不得以丙之利益非基於正當權限，而爲妨害除去之請求。丙與乙訂立轉租契約時，誤信有甲之承諾，是否得以錯誤爲理由，撤銷租賃契約。依日本判例爲肯定（日本昭和九

年七月二日大判)。然學者有主張除當事人以出租人之承諾為條件外，不構成錯誤(我妻四五八頁四二九頁)。次承租人縱知承租人未得出租人之承諾，如承租人因出租人承諾之拒絕，不能履行其債務時，次承租人仍得向承租人請求債務不履行之損害賠償(RGZ. 59)

b. 出租人甲與承租人乙之關係 甲乙間之關係，不因乙之轉租而受影響。甲對於乙有租金請求權，自不待論。有問題者，為契約終止權之範圍問題。甲之轉租無論為有償或為無償(使用轉借)，如違反第四百四十三條第一項之規定，出租人得終止契約。然承租人不妨使家屬、僱用之人、親屬、知友為同居人(民法四三三條)。為使出租人發生終止契約權之轉租，應以次承租人或借用人就標的物之全部或一部取得獨立之受益人地位時為限。從而土地承租人建造建築物，以之出租，房屋承租人於合理範圍內使用土地，不為土地之轉租(依日本昭和八年十二月十一日大判借家人稍為增建不為借地之轉租)。房屋承租人使其所營業之共同經營人為利用，原則上不發生終止契約權。又違法的一部之轉租(例如房屋租賃訂有不許轉租之特約)，是否常發生全部之契約終止權。如對於出租人並無不利，應解釋惟有一部終止權之成立。又承租人雖一度轉租，於其轉租關係終止後，出租人是否尚得終止契約，依日本判例認為此時亦得終止契約(日本昭和十年四月二十二日大判)。德國民法以承租人不願出租人之警告而繼續轉租，為終止契約之要件，在我民法此種事後契約之終止，應解為權利之濫用(末川一九八頁、勝本二四六頁)。

c. 出租人乙與次承租人丙間之關係 此時丙不得以其租賃權對抗甲，依日本判例德國學說，甲雖不終止甲乙間之租賃關係，得以所有權為理由，對於丙為妨害除去之請求(日本昭和二十六年五月三十一日最高判 Staudinger, zu § 549 II S. 469)。然我民法惟以違法之轉租為出租人終止契約之原因(民法四四三條二項)，次承租人因轉租取得之占有，對於出租人不逕為違法。在主租賃契約終止前，次承租人之占有，應認為適法。次承租人對於出租人之關係，在於承租人履行輔助人之地位，從而出租人在終止主租賃契約前，不得直接對於次承租人請求占有使用收益之停止。不終止契約，亦不得請求返還租賃物於己(

同說勝本二四五頁)。

出租人因承租人違法之轉租，終止契約時，如其他尚有損害，得對於出租人請求賠償（民法二六三條二六〇條、日民六二〇條）。此請求權自租賃物返還時起算，因二年間不行使而消滅（民法四五六條、日民六二二條六〇〇條）。

2. 應經出租人承諾而未經承諾之租賃權之轉讓

a. 承租人（讓與人）乙與受讓人丙之關係 乙丙間之租賃權讓與契約，為債權的契約為有效，乙負有努力於獲得出租人之承諾，而使丙就標的物為用益之債務。不僅如此，丙對於乙之關係，有效取得用益權。例如乙將租用土地之所有建築物，讓與於丙，租賃權亦原則移轉於丙。乙對於丙不得以租賃權為理由或代位甲，請求土地之交付。上述建築物，如因拍賣而歸屬於丙時，亦同。丁經出租人甲之承諾，由乙受讓租賃權時，其立場與乙同，雖代位甲亦不得對於乙之建築物之拍賣買得人丙，請求交付（日本昭和十三年二月十二日大判）。

b. 出租人甲與承租人乙之關係 甲得不顧乙丙間之讓與，仍以乙為承租人，而請求租金之交付，亦得終止甲乙間之租賃契約（準用民法四四三條二項規定）。然此終止權，以因承租人之變更而於出租人有不利之虞為理由，不僅以乙丙間訂立讓與契約為已足，而以丙已現實用益為必要（日本昭和十三年四月十六日大判）。但建築物與基地之租賃權同時讓與者，如為建築物之移轉登記，則不能不謂已有現實的用益。此外租賃權之共同繼承人之一人或數人，雖將其應繼分讓與其他共同繼承人，不生契約終止權，自不待論（日本昭和二十九年十月七日最高判）。

c. 出租人甲與受讓人丙之關係 丙不得以其用益權之取得對抗甲，殆無疑義。有主張甲乙間之租賃，雖未經通知終止，丙之用益對於甲之關係為違法，甲得對於丙請求妨害之除去（日本昭和二十六年五月三十一日最高判）。然甲如未對於乙終止租賃契約，承租人就標的物有占有及使用收益之權，乙不妨以丙為

其履行輔助人，他方面如甲不行使終止權，則係拋棄自己為占有及使用收益之機會，而以之委於承租人，不得以自己不得行使此等權利為理由，而向丙請求妨害之除去（勝本二三〇頁）或請求損害賠償或利得之返還（末川一八九頁），蓋甲乙之租賃未經通知終止前，甲對於乙仍有租金請求權，丙如未超越乙所應為使用收益之範圍，出租人並未蒙受損害也。然如丙為逾越範圍之使用收益，則乙不但應依第四四四條第二項之規定負賠償責任，丙如構成侵權行為或不當得利，亦應直接向甲負賠償或返還之義務。甲亦得不解除甲乙間之租賃契約，而逕向丙請求其逾越範圍之使用收益之停止（參照瑞債二六四條三項、德民五五〇條）。

第三款 承租人之義務

第一項 租賃物之保管義務

一、保管義務

承租人應以善良管理人之注意，保管租賃物。租賃物有生產力者，並應保持其生產力（民法四三二條一項、瑞債二六一條一項二八三條一項、法民一二七八條一款一七三二條）。物之修繕，為保存行為之一種，因出租人有修繕義務，故承租人雖不為修繕，不能認為違反保管義務。然租賃物有生產力者，例如農地、林地、礦地，應保持其生產力。礦場不可濫掘，森林不可伐絕而不重新造林，農地不可不施肥，不去雜草，而使地力枯竭與荒蕪。「承租人違反前項義務（保管義務）致租賃物毀損滅失者，負損害賠償責任」（民法四三二條前段、瑞債二六一條二項、法民一七二九條）。「但依約定之方法或依物之性質而定的方法，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書、德民五四八條）。承租人因故意或過失，違反其保管義務，致生損害於出租人時，應依債務不履行之原則，負損害賠償責任。如同時具備侵權行為之要件時，亦應就侵權行為負其責任。即此時有兩損害賠償債務之併存。

「因承租人之同居人或因承租人允許爲租賃物使用收益之第三人應負責之事由，致租賃物毀損滅失者，承租人負損害賠償責任」（民法四三三條、德民五四九條二項）。承租人之同居人包括承租人之家屬、用人及來賓。承租人允許爲使用收益之人，包括轉借用人。然轉租之次承租人，應解釋不包括在內。因民法第四四四條第二項已另有規定也。出租人於租賃關係存續中，已得爲損害賠償之請求。出賣人將包裝物（例如袋）租與買受人，因買受人之請求，將貨物與包裝一同直接送交受取人者，於租賃物損失時，買受人就受領人之過失，亦應負責。因承租人之不注意，致租賃物爲第三人所毀損或竊取時，承租人基於債務不履行，第三人基於侵權行爲，對於出租人均負有損害賠償義務。此兩債務爲不真正連帶債務（參照拙著債法總論六四二頁以下）。

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（民法四三四條）。依日本「關於失火責任之法律」，失火人有重大過失時，始負侵權行爲責任。日本學者及判例均謂此僅減輕侵權行爲上之責任，而非減輕承租人因債務不履行之賠償責任（鳩山各論四九四頁、日本昭和二十九年六月二十五日最高判）。依法民承租人除能證明失火係因事變或不可抗力或因建築之瑕疵而生，或能證明係因隣屋延燒外，應負責任（法民一七三三條）。我民法第四三四條係減輕承租人之例外規定。（一）所謂重大過失，依我判例係指顯然欠缺普通人應盡之注意而言。承租人之失火，縱因欠缺善良管理人之注意所致，而於普通應盡之注意無欠缺者，不得謂有重大過失（最高法院二十二年上字二五五八條）。然余則以爲係善良管理人之注意有顯著（非常或重大）之欠缺（拙著債法總論一一二頁），必須承租人有故意或重大過失致失火，承租人始負損害賠償責任，良以失火之人自己財產並遭焚燬，其情可憫也。有疑問者承租人僅因輕過失致失火，而使租賃物毀損滅失者，承租人固不負民法第四三二條第一項所定因債務不履行之損害賠償責任，是否仍須依民法第一八四條第一項之規定，負侵權行爲之責。依日本學者解釋，侵權行爲責任之減輕，不及於債務不履行之責任之減輕，已如前述。依理債務不履行責任之減輕，亦不

當然及於侵權行為責任之減輕。依最高法院判例「租賃物因承租人失火而致毀損滅失者，以承租人有重大過失為限，始對出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條已有特別規定，承租人之失火僅為失火之輕過失時，出租人自不得以侵權行為為理由，依民法第一百八十四條第一項之規定，請求損害賠償（二十二年上字一三一號），當係解釋民法第四百三十四條為民法第四百三十二條第二項及民法第一百八十四條第一項之例外規定（但亦有主張民法第四三四條僅為民法第四三二條第二項之例外規定，然以承租人因故意或過失使其租賃物毀損滅失之侵權行為，即為債務不履行之內容，故出租人亦不得依關於侵權行為之規定請求賠償，龍著一〇六頁一〇七頁）。又在適用民法第四三三條及第四四四條第二項之規定，承租人亦惟就同居人第三人或次承租人因重大過失而致失火，負損害賠償責任，然如同居人第三人或次承租人對於出租人構成侵權行為時，雖僅有輕過失，仍應就侵權行為負其責任。如轉租未得出租人之承諾，則承租人即就次承租人因輕過失所致失火，亦應負損害賠償責任，蓋此時承租人就因轉租偶然所生之損害尚應負責，則於次承租人有輕過失時，更應負責也。未得出租人之承諾而為租賃權之轉讓時，亦可同此論斷。然如得出租人之承諾而為轉讓，則原承租人已脫離租賃關係，而受讓人取得承租人之地位，其責任應與承租人同。（二）所謂失火，不必須因自己之行爲所生之火，因不注意而未防止放火或延燒者，亦包括在內。民法第四三四條之規定，在於保護承租人，無關於公序良俗，如當事人約定承租人就輕過失之失火，亦應負責，其特約自屬有效。

二、保管義務之從屬的義務

1. 通知義務 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，或因防止危害有設備之必要或第三人就租賃物主張權利者，承租人應即通知出租人。但爲出租人所已知者，不在此限（民法四三七條一項、德民五四五條一項、日民六一五條）。承租人怠於爲前項通知，致出租人不能即時救濟者，應賠償出租人因此所生損害（民法四三七條二項、德民五四五條二項）。（一）此義務係基於承租人之保護義務

務而生，承租人不得獨用全屋或一獨立部分，就與他承租人共用之場所，例如樓梯、走廊，亦有保護義務。尤其承租人怠於租賃物之照管，或出外旅行而將房屋鑰匙帶走，有保護義務之違反。承租人知有瑕疵狀態或急迫危險，即有通知義務。其瑕疵雖不直接影響於承租人之使用，而惟於出租人有危害者，亦有通知義務。然承租人不負為必要修繕或防禦之義務。如其瑕疵或危害為出租人所已知或縱知之出租人亦不能為救濟者，承租人不負通知義務。雖事實上多少在承租人保護之下，而非為租賃之標的物者，承租人亦不負通知義務。(二) 承租人怠於通知，致出租人不能及時救濟者，應賠償出租人因此所生之損害。其因出租人不能及時救濟之狀態，承租人不得以出租人債務不履行為理由，請求損害賠償(參照德民五四五條二項)。然仍不妨依民法第四二四條之規定，終止契約。民法第四三七條之規定，於承租人對於出租人有基於侵權行為之請求權時，不適用之。然通知義務之違反，可認為與有過失(民法二一七條)。(三) 承租人何時知有瑕疵或可得而知，應由出租人舉證。於知悉後無遲延的為通知之事實，應由承租人舉證(Darstellung, zu § 545, I, 3, 4, S. 229, 230)。

2. 保存行為容忍之義務 出租人為保存租賃物之必要行為，承租人不得拒絕(民法四二九條二項、日民六〇六條)。保存行為以必要者為限，其非必要者，承租人自得拒絕。依日本民法規定，出租人反於承租人之意思欲為保存行為，因之承租人不能達租賃之目的時，承租人得終止契約(日民六〇七條)。我民法未為此規定，解釋上如其瑕疵因不可歸責於承租人之事由而生者，可準用民法第四三五條之規定。

第二項 租金支付義務

租金支付義務，為承租人之最重要義務。茲就其物體、數額、支付時期、使用收益與租金債務之關係、租金增減之請求及租金請求權之效力，述之如次。

1. 物體 租金不限於金錢，得以租賃物之孳息充之(民法四二二條二項)。
2. 租金額 當事人得自由約定租金數額，亦無須與期間比例定之。鑿井機器之租金，得以迄於完成時一

括的訂定。關於租金最高額，土地法及耕地三七五減租條例，均有限制，已如前述。

3. 支付時期 關於租金支付時期，民法採後付原則。承租人應依約定日期支付租金，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。租金之收益有季節者，於收益季節終了時支付之（民法四三九條、日民六一四條、德民五五一條、瑞債二六二條）。租金預付之特約為有效。為預付時，租賃於其期間中終了者，其相當於餘期之部分租金，承租人得請求返還。但依土地法，耕地出租人不得預收地租（土、一一二條）。依耕地三七五減租條例，出租人不得預收地租及收取押租（同條例一四條一項）。

4. 支付數額 承租人無為一部支付之權利。但法院得對債務人之狀況，許其無甚害債權人利益之相當期限內，分期給付或緩期清償（民法三二二條一項）。依土地法規定，耕地承租人不能按期支付地租之全部，而以一部份支付時，出租人不得拒絕收受（土、一一三條）。

5. 使用收益與租金債務之關係

a. 承租人既在於得為使用收益之狀態，雖依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、德民五五二條一段、瑞債二五七條一項）。承租人之一身情事，例如因疾病、入獄、被俘虜、被徵召服兵役、轉任等事由，不能為租賃物之使用收益。本條規定為民法第二六六條之例外規定，同時構成客觀的不能者，亦有包括在內。例如承租人之死亡。然亦有使承租人免支付租金之義務者，例如一般禁止。但非一般的，惟對於外來者住居之限制、旅館營業許可之未獲得，不能使承租人免支付租金之義務（Staudinger, zu § 552 I, 1, S. 479; Erdman zu § 552, 2, S. 700; Oser, zu § 257, S. 1014）。又出租人因此所節約之費用或依其他方法為物之利用所取得之利益，應扣除之（參照瑞債二五七條二項、德民五五二條）。

b. 租賃物之使用收益，客觀的為不能時，應分別一部不能與全部不能，而為觀察。

(一) 租賃物之一部，因不可歸責於承租人之事由而滅失時，承租人得按滅失之部分，請求減少租金（民法四三五條一項），已如前述。(a) 其滅失係因可歸責於出租人之事由而生時，是否亦包括於民法第四三五條第一項之內，解釋上應為肯定（我，四六九頁、龍著九二頁）。如其滅失，係出於出租人之故意或過失者，承租人並得請求損害賠償（磯谷債各五五〇頁）。(b) 所謂滅失，應依社會上之立場為觀察，例如租賃物之一部依徵用或徵收致承租人不能為使用收益時，亦可視同滅失（磯谷債各五四九頁）。為定滅失部分之比例，非以滅失部分之面積大小為標準，而應以滅失物之使用收益上之價值為標準定之。例如二百方丈之地，每月地租六十圓，即以每方丈三角之租金而承租。如因天災，其面臨道路之二十方丈崩壞時，為定其地租之減額，因崩壞部分面臨道路，其使用收益之價值較大，估定每方丈租金為四角五分，即應減少九圓。如租賃物雖有一部分滅失，而於使用收益無影響者，則不發生減少租金之問題（磯谷債各五四七頁）。(c) 有謂租金減少請求權，惟於租賃物之一部減少，修繕為不能時始發生。如修繕可能，則以承租人對於出租人請求修繕義務之履行為已足，應不許為減租之請求（末弘債各六二六頁）。亦有主張減租之請求，無限於修繕不能時之根據，並無此限制之必要。於修繕可能時，承租人得選擇的請求修繕義務之履行或租金之減少（鳩山債各四八九頁、磯谷五四八頁）。其實請求修繕義務之履行，並不妨請求使用收益不完全期間租金之減少，已如前述。(d) 承租人為減租請求時，是否惟就請求後之租金生減額之效力，抑應溯及滅失之時發生效力，有不同之見解。有主張民法第四五三條第一項（日民法五三六條）之規定，係為第二二六條第二項後段規定之特別規定，依該條後段規定，當然發生對待給付之減少，其已為給付者，尚得依關於不當得利之規定請求返還，本條須待承租人請求始生減額效力，故在承租人未為請求前，出租人仍有全部租金請求權。如承租人不為請求而全部履行，自不得更主張依不當得利請求返還。且依民法第四三五條第二項，租賃物之一部滅失，僅就其存餘部分不能達租賃之目的時，承租人得為契約之終止，而終止僅向將來發生效力，租金之減少與租賃之終止，皆由同一原因（一部減少）所生，殊

無就前者認有溯及力，而就後者則予以否認之理由。因此關於租金之減少，亦應認其僅向將來發生效力（磯谷債各五四八頁、中村債各二九五頁）。主張有溯及力者，有謂依民法第二六六條第一項，則當然比例減少租金，本條以請求為必要，不過謂民法第二六六條第一項所定效力之發生，須有承租人為請求之意思表示之發動而已（末弘債各六二七頁）。有謂民法第二六六條第一項所定之效力，乃因要件之具備當然發生，故以認有溯及力為當（鳩山債各四九〇頁）。依余所見，民法第四三五條第一項，明以承租人之請求為效力發生之要件，承租人就滅失後尚未支付之租金，自得溯及滅失時為減租之請求，然就其已支付之部分，可認為已拋棄其請求權，不得依不當得利之規定請求返還。但租金係先付而一部滅失發生在後者，承租人仍得為減租請求。（e）民法第四三五條第一項之規定，於出租人不履行修繕義務時，亦有準用，已如前述。

租賃物之一部，因可歸責於承租人之事由而滅失者，因民法第四三五條第一項之反面解釋及第四四一條之規定，租金債權不受影響。

（二）租賃物之全部滅失或其他全部履行不能時，（一）非可歸責於雙方當事人之事由者，租金債權依民法第二六六條第一項之規定，歸於消滅，殆無疑義（日本昭和十四年三月十日大判），而租賃亦因而終止，至為明顯。（二）因可歸責於出租人之事由而生時，依一般原則，出租人負賠償債務。承租人如不終止租賃契約，不能免其租金債務。但依日本判例，此狀態自始發生者，不發生租金債務。租賃繼續中發生者，自其時租金債務停止發生（日本昭和七年十月二十五日十二月九日六月六日裁判例）。即其租賃關係不待承租人通知終止，而即終了，蓋以租賃物之使用收益已為全部不能，而使賠償債務與租金債務對立，則徒滋關係複雜，不切實際也。依余所見，此時租賃關係當然終了，因租賃之終了而租金債務停止發生，然出租人應負損害賠償責任，自不待論。（三）因可歸責於承租人之事由而生者，依民法第二六七條規定，出租人不失其租金債權。然依上述第二種情形之同一理由，應解為租賃關係終了，由承租人負損害賠

償之責（我妻債各四七〇頁）。

6. 租金改訂之請求 租賃物爲不動產者，因其價值之昇降，當事人得聲請法院增減其租金，但其租賃定有期限者，不在此限（民法四四二條、日本借地法一二條、借家法七條）。（一）依日本借家法第十二條「地租或租金，因土地稅或其他公課之增減或土地價格昇降或與比隣土地之地租或租金比較，已爲不相當時，不管契約之條件，當事人得向將來請求地租或租金之增減，但有於一定期間不增加地租或租金之特約時，依其約定」。日本借家法第七條「建築物之租金，因建築物稅或其他負擔之增減或因土地或建築物價格之昇降，又或與比隣建築物租金比較，已爲不相當時，不管契約之條件，當事人得向將來請求租金之增減，但有於一定期間不增加租金之特約時，從其特約」。我民法則以不動產價值之昇降，爲當事人請求租金增減之原因。即許出租人有增加租額請求權，承租人有減少租額請求權。然應聲請法院爲之，許其增減租金之判決，係形成新的權義關係，故應認爲形成之訴，應自判決內所確定增減租金之時起算。法院按價值昇降之程度及不動產之周圍情形，量定增減之多寡，其價值昇降之原因如何，在所不問。（二）請求增減租金，限於未定期限之租賃。租賃定有期限者，於其期限內，可認爲當事人於其期限有不變更租金額之意思。此期限不必於立約時已爲訂定，立約後定之，亦無不可。有謂租賃未定期限者，原則上各當事人得隨時終止契約（民法四五〇條二項），他方對於增減租金之提議，拒不承諾者，自可逕行終止契約，無訴請法院以裁判增減租金之必要。反之在定期之長期租賃，如立約後社會經濟狀況驟形繁榮或衰敗，公租公課亦顯有增減者，強令當事人履行原約，於較長之期間內支付客觀上顯不相當之租金，實難謂爲允當（季著九五冊）。依余所見，租賃未定期限者，依特別法（土地法及耕地三七五減租條例），亦非可隨時終止，而於立約後如有情事變更，非於訂約時當事人所及預料，若維持原租金顯失公平者，縱定有期限，亦可依情事變更原則，請求增減給付，然此爲另一問題（參照拙著債法總論四二七頁以下）。又依日本借地法及借家法「有於一定期間不增加地租或租金之特約時，依其特約」，故租賃縱定有期限，如無此不增加租

金之特約，仍得請求租金之增減，此在立法上與我民法規定有不同，未可為同一解釋。(三)依最高法院判例「土地所有人與永佃權人間關於地租之約定，在性質上本屬債之關係，法文既未就永佃地租，特別定明，自應適用債編之規定。故設定永佃權時所定之地租，如因嗣後經濟狀況之變遷，在社會上一般情形上足認為顯失公平時，即應許當事人得為增減地租之請求」(二十三年上字第四八九號)。

承租人如因土地重劃，致其土地利用受有妨害時，得請求減少租金(土地重劃規則二十一條一項)。如因土地重劃增進土地之利用時，則出租人得請求地租之增加(同規則二十一條二項)。此請求權為形成權，以相對人表示行使此權利之意思為已足，不須相對人之承諾。因權利人之意思表示，逕於相當之範圍內發生增減之效力。然就增減數額，當事人有爭執時，由法院判定之(參照拙著土地法原論二八八頁)。

7. 租金支付之推定 民法第三二五條第一項關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未為他期之保留者，推定其以前各期之給付，已為清償」之規定，對於租金債權，應有適用。

8. 租金請求權之效力

(一)多數之人共同承租時，依德民解釋，全體承租人就租金之支付，為連帶債務人。依日本民法解釋，惟負擔不可分債務(日本昭和八年七月二十九日裁判例)。我民法可從日民之解釋，蓋在我民法連帶債務之成立，以有債務人之明示或有法律規定時為限也。出租人有數人時，依德民解釋，因租賃關係不可分，常為連帶債務人及連帶債務人，故共有之一人不得以共同租金債權之應有部分為讓與或設質，亦不得由共有之一人之債權人加以扣押(Denecke, zu § 535, I, 2, S. 210; Erdman zu § 535, 3, S. 684)。在我民法則可解釋為不可分債權人(參照拙著債法總論六五四頁)。

(二)「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者，出租人得終止契約」(民法四四條一項、瑞債二六五條)。「租賃物為房屋者，遲付租金之總額，非達兩期之租額，不得依前項之規定，終止契約」(民法四四〇條二項、德民五五四條一項)。

(一)在繼續關係之租賃契約，此時不得解除，惟得終止契約。然於租賃期滿時始應支付租金者，其契約於期滿時已消滅，無終止可言。出租人於訴狀表示其終止之意思者，自其訴狀送達於承租人時，契約即為終止，並至其所受勝訴判決確定之時，始生效力(二十三年上字第三八六七號)。(二)須因可歸責於承租人之事由，致承租人租金之支付陷於遲延。依最高法院判例「租賃物為房屋者，因訴訟未交付租金，則與通常無故遲延支付者不同，不足為終止契約之原因」(二十一年上字第三八六號)。然若當事人涉訟後，由於出租人拒絕受領租金而未為支付，則債權人陷於受領遲延，承租人自不負遲延責任。如怠於支付已發生之租金，究不能因涉訟而免負遲延責任。在一般租賃，租金不必全部遲延，一部遲延亦可。然租賃物為房屋，則非遲延租金之總額，達兩期之租額不可。依土地法，房屋租用承租人，積欠租金額除以擔保現金抵償外，須達兩個月以上。在基地租用並須達二年以上(土、一〇〇條三款、一〇三條四款)。在耕地租用須地租積欠二年之總額(土、一一四條七款、耕地三七五減租條例一七條三款)。(三)須定相當期限為催告。其期限是否相當，應客觀的決定之。有主張催告未定期限或所定期限不相當，均無催告之效力(陳著民法通義債編各論九四頁)。依日本過去判例「所定之履行期不相當時，其催告即不合於法律所定之要件，而自始無效，從而其無效之催告，雖其所定履行期間經過後，更經過數日，亦無因而應認為有效之理，故基此所為解除契約之意思表示，亦不能不謂其無效」(日本大正六年七月十日大判)。然除債權人有請求債務人必須於其所定短期內為履行之意思外，僅應以訂定期限之部分為無效，延至相當期限，而認有催告之效力(日本昭和六年三月十日大判)。故催告內不必有一定時日或期限之表示，即僅請求於相當期限內為履行亦可(參照拙著債法總論五一八頁)。當事人約定只須遲延一定期間之租金，不須催告而即得終止契約者，其約定亦為有效。(四)須承租人經過出租人所定相當期限而未為履行。如承租人對於出租人之催告，於期限屆滿前已表示拒絕給付之意思時，則出租人無須俟期限之屆滿，而即得終止租賃契約。(五)承租人交有押租時，出租人得不以押租扣充，而就遲延租金為履行之催告，依司法院解釋「債務人所有之不

動產因執行實施強制管理，並命不動產之承租人按期向管理人給付租金，承租人自不得以押金有無着之虞爲藉口，而主張於押金內扣抵。若承租人因此抗不交租，管理人自得提起交租或交出租賃物之訴（院字第一五七九號）。依最高法院判例「租舖所交之按櫃，係爲擔保欠租而設，並非以之按月抵租。故交付按櫃後，仍須依約按月付租，不得以有按櫃，遂謂並非欠租」。然依土地法，城市地方房屋出租，擔保金不得超過兩個月房屋租金之總額。超過之部分，得抵付房租（土、九九條）。承租人積欠租金額，除將擔保金抵充外，於達兩個月以上，出租人始得收回房屋（民法一〇〇條三款）。基地租用承租人積欠租金，除以擔保金扣償外，達二年以上時，出租人始得收回（土、一〇三條四款）。在耕地租用，擔保金額不得超過一年應繳租額四分之一（土、一一二條一項）。超過部分，自可抵充租金。（六）出租人於行使終止權以前，承租人已爲租金給付之提出者，給付遲延經已因而消滅，出租人不得終止契約。「德民法規定承租人就繼續之二期，有租金全部或一部之支付遲延時，出租人得不遵守通知期約，而爲終止租賃關係之通知。承租人於通知終止租賃關係前，對於出租人爲清償時，不得通知終止租賃關係」（德民五五四條一項），即示此旨。（七）租賃契約因租金支付之遲延，而已合法終止租賃關係者，縱令承租人於終止租賃關係前已有適於抵銷之反對債權，如經催告仍未主張抵銷，而至後始援用之者，對於租賃關係之終止，亦不生影響，蓋已終止之法律關係，無由使之復活也。然如不經催告而得終止租賃契約，承租人於受終止通知後，不遲延之表示抵銷之意思時，其終止通知爲無效（參照德民五五四條二項）。（八）承租人得出租人之承諾而爲轉租時，承租人支付租金有遲延時，次承租人有代爲清償之利害關係（民法三一二條），依誠信原則，出租人有通知次承租人之義務。（九）承租人支付租金有遲延時，出租人除得終止契約外，亦得請求因遲延所生損害之賠償，自不待言。

第三項 權利金

權利金一語，爲日本所慣用名詞，在我國尙無相當此意義之用語。在日本都市地方，關於建築物，尤

其關於店舖之租賃，主要的爲建築物所有環境的利益之對價，由承租人對於出租人，或租賃權之受讓人對於讓與人所支付之金錢，漠稱之爲權利金，亦有老舖價、裝修費之稱，乃由於經濟上價值關係之慣行的授受，法律上並無任何規定。店舖之權利金，大體因其店舖交通便利，處於易引人注目之地點，以其地位上有利之關係爲對價而支付。亦有悠久歷史之老舖，以其爲世所知名之營業上要素（包含顧客關係）與其店頭窗架之有形的裝璜，合爲一體，爲其對價而支付。權利金於租金外，由承租人支付與出租人，其數額相當的大。在日本東京都內之土地，達於土地買賣價格百分之六十以上者，不在少數。由租賃權之受讓人支付於讓與人者，亦在店舖之使用價值以上。要之與權利金對立之對價之內容，雖不一定，然基於地理上關係之無形的經濟利益，實爲其核心。權利金由承租人支付與出租人時，承租人取得一種財產權，租賃關係終了返還其財產權於出租人時，應得受相當之對價，亦得讓與於第三人。出租人雖對受讓此財產權之第三人，不得謂其負有出租其建築物之義務，然不爲出租，應支付對價於受讓人，事實上可認租賃權有讓與性，日本大審院就出租人於租賃終了後將承租人經營之浴室業與其建築物擅出租於第三人之事件，認出租人應負侵權行爲責任，即暗示此間之關係（日本大正十四年十一月二十八日大判）。在法國爲謀營業財產（*fonds de commerce*）之保護，認其構成部分之租賃權有讓與性，亦即此旨。有時出租人因權利金之收取，可認爲對於租賃權之讓與，預爲承諾（我妻四七七頁四七八頁c）。亦有主張承租人得依借家法（五條）造作（裝修）之買取請求權（謂造作不限於有形的裝修而並於無形的經濟利益），於租賃關係終了時，請求出租人返還權利金（末川債各二二一頁）。在我國租賃權之受讓人支付權利金與讓與人，謂之頂費或挖費。無論爲店舖或住宅，亦無論爲有形之裝修或無形之經濟利益，在上海等大都市，爲習見之事。然由承租人支付權利金與出租人者甚少。惟有活頂，差可比擬。依司法院解釋「原呈所稱之活頂，是否爲隨有押租契約之租賃契約，應視租金數額是否足爲該土地全部使用收益之對價定之。當事人之一方將其土地全部出租，如不收取頂價，每年至少可得租金若干，客觀上自有一定之標準，當事人約定之租金數額，依訂

約時低於此標準者，其租金僅足為該土地一部分使用收益之對價，其他部分之使用收益權係因支付頂價而取得之，其頂價應認為典價。該契約即為租賃契約與典權設定契約之聯立（參照院字第二一三二號二二八七號二二九〇號解釋）。當事人約定之租金數額，已達此標準，則其接受之頂價，為擔保承租人債務之押租，該契約即為隨有押租契約之租賃契約」（三十二年院字第二五四九號）。依余所見除有上述可認為租賃契約與典權設定契約之聯立情形外，可認為承租人取得一種財產權。又在日本為避免「地租房租統制令」之適用，實為租金之一部，以權利金之名義預使承租人支付者，乃為脫法行為（我妻債各四七七頁四七八頁b）。

第四項 租賃物之返還義務

承租人於租賃關係終止後，應返還租賃物（民法四五五條前段、德民五五六條一項、日民六一六條五九七條一項）。租賃物有生產力者，並應保持其生產狀態，返還於出租人（民法四五五條後段、德民五九一條、瑞債二八三條一項）。

一、此返還義務為契約上之義務，從而出租人雖於租賃關係終了後，將租賃物讓與於第三人，亦得請求返還（日本大正十年五月三日大判）。出租人同時為所有人或其他物權人時，亦得基於其物權，請求其物之返還。

二、依德民解釋，數人共同承租時，各承租人就租賃物所負擔返還義務為連帶債務（*Derecke, a. u. s. 535, III C, S. 210*）。在我民法可解釋為不可分債務，出租人得僅以共同承租人之一人為被告，而訴請返還（民法二九二條、參照拙著債法總論六五八頁）。

三、出租人為數人時，（一）如為分別共有者，各共有人基於物上請求權，就其應有部分，得單獨起訴（民法二七一條、八三一條一項），如請求租賃物全部之返還，基於共同債權者，各共有人僅得為共有人全體請求返還（民法二九三條）。基於物上請求權者，依民法第八二一條規定，苟係為共有人全體之利益

，各共有人亦得單獨爲之。依司法院院字第一九五〇號解釋，「(一)爲訴訟標的之權利，非數人共同不得行使者，固須數人共同起訴，原告之適格始無欠缺。惟民法第八二一條規定各共有人對於第三人，得就共有物之全部，爲本於所有權之請求，此項請求權既非必須共有人全體共同行使，則以此爲標的之訴訟，自無由其共有人全體共同起訴之必要。所謂本於所有權之請求，係指民法第七六七條所規定之物的請求權而言。故對於無權占有或侵奪共有物者，請求返還共有物之訴，對於妨害共有權者，請求除去妨害之訴，對於有妨害共有權之虞者，請求防止妨害之訴，皆得由各共有人單獨提起。惟請求返還共有物之訴，依民法第八二一條但書之規定，應請求爲命被告向共有人全體返還共有物之判決，不得請求向自己返還。至債權的請求權，例如共有物因侵權行爲而滅失毀損之損害賠償請求權，固不在民法第八二一條規定之列。惟應以金錢爲賠償時(參照民法一九六條二二五條)，其請求權爲可分債權，各共有人自得按其應有部分，請求賠償，即使應以回復原狀之方法賠償損害，而其給付不可分者，依民法第二九三條第一項之規定，各共有人亦得爲其共有全體請求其向全體給付，故以債權的請求權爲訴訟標的之訴訟，無論給付是否可分，各共有人均得單獨提起。以上係就第三人之關係言之，若共有人中之一人越其應有部分行使所有權時，他共有人得對之行使物權的或債權的請求權，並得單獨對之提起以此項請求權爲標的之訴，尤不待言」。依余所見，債權準共有，除已請求共有債權之分割外，各共有人不得就其應有部分，單獨爲請求，即惟得請求債務人向全體爲給付(參照拙著債法總論六六一頁)。(二)如爲公同共有，出租人無論基於公同共有債權或基於物上請求權，請求租賃物之返還，須全體共同起訴。然依民法第八百二十八條第二項規定，出租人中之一人經其他出租人同意者，仍得單獨起訴(參照拙著債法總論六六三頁)。依司法院院字第一四二五號解釋「以公同共有之財產爲訴訟標的，固應得公同共有人全體之同意，但不動產之公同共有人若僅存甲乙二人，而甲又所在不明，事實上無從取得其同意，則乙就公同共有不動產之全部，爲全體利益計，對於第三人爲回贖之請求，要難謂爲當事人不適格」。此解釋於租賃物返還之請求，應亦有適用。

四、應返還之時期，爲租賃關係終止。我民法明定承租人於租賃關係終止後，應返還租賃物。(一)租賃定有期限者，於期限屆滿時消滅(民法四五條一項)。(二)未定期限者，其租賃關係因通知終止期限之屆滿而終止(民法四五〇條三項)。(三)因有終止契約原因之通知而終止(民法四二四條、四三〇條、四三五條二項、四三六條、四三八條二項、四四〇條、四四三條二項、四四七條二項、四五二條、四五八條、四五九條)。然關於租賃關係之終止，土地法、耕地三七五減租條例等特別法，另有限制的規定，可參照之。

租賃消滅後，承租人是否應即搬遷，抑依誠信原則，應留有相當之騰交期間。於住宅承租人，無過失之延遲(例如因疾病或家人之死亡)，出租人依誠信原則及相互忠實義務之考慮，應與以寬容期間(Nachfrist)。依德民法施行法第九十三條，關於租賃關係終止時租賃場所應騰交之期間，委於各邦法之規定。依德國民事訴訟法第七二一條，於住宅騰交之判決執行，法院因債務人之請求，得與以相當之騰交期間。依德國承租人保護法(Mieterschutzgesetz)第五條第六條規定，租賃關係終止時，原則上對於承租人，應與以相當之騰交期間(Räumungsfrist)。依德國營業場所租賃法(Geschäftsraummietengesetz von 25.6.1952)第七條規定，營業場所或營業用之未建築的土地之騰交或返還的判決，得依聲請，對於使用承租人或用益承租人，與以相當之騰交期間(Danecke, zu § 566, I d, S. 242; Vorb. VII, 6, vor 535, S. 204)。我民法雖無此規定，然亦可參酌以爲解釋。租賃關係消滅後，承租人仍就租賃物爲使用收益，除有民法第四五一條情形外，得構成侵權行爲(日本大正七年五月十八日大審院聯合部判決)，亦得爲返還債務之不履行(民法二二七條二二二條一項)，而負損害賠償責任。然在相當的騰交期間內則可免此責任。但承租人在未返還期間之利益，構成不當得利，仍不能免其返還義務。

【註】如承租人於租賃終止後，因出租人未接收租賃物，代爲保管租賃物，則構成無因管理，其所支出之必要費用，依民法第九五七條規定，有償還請求權。如租賃物爲動產，於出租人償還前，得依民法第九二八條規定行使留置權。

如構成侵權行爲，則承租人仍得依民法第九五七條，請求費用之償還，然對於租賃物不能取得留置權（民法九二八條三款）。

【註】依德民第五五七條「使用租賃承租人，於租賃關係終了後，不返還租賃物時，出租人得就扣留之期間，請求所約定之租金，爲損害賠償。如仍有損害，不妨主張之」。

依我最高法院判例「承租人惟於租賃關係存續中負支付租金之義務，租賃關係停止後，承租人雖未返還租賃物，出租人亦僅得請求賠償因此所生之損害，不得請求支付租金」（二三年上字第三八六七號）。

五、應返還之物爲承租之物本身，自租賃之性質言之，爲當然之事。從而其物毀損時，發生保管義務之違反問題。如有妨害標之物通常使用收益之附着物時（例如宅地存有基礎工事），爲返還義務之履行，應取去之，而回復原狀。反之因承租人之修繕或其他行爲，致增價值時，發生費用償還請求權與取回權。關於前者前面已有述明，關於後者，民法規定承租人得取回之。但應回復租賃物之原狀（民法四三一條二項）。此費用償還請求權與工作物之取回權，在於如何關係，應分別爲考察。（一）承租人使附屬之物，有獨立之存在，而承租人成立所有權時（例如房屋承租人所使附屬之裝修），承租人得基於其所有權而取回，不必僅認爲取回權之作用，但此時不取回而妨害標之物之通常利用時，應除去之，而回復原狀，不發生費用償還請求權。（二）承租人所使附屬之物，在社會經濟上毫無獨立性，而取回爲不可能或可認爲租賃物之毀損時（例如房屋承租人糊貼壁紙或油漆天花板、地板，土地承租人將砂石填地），則無取回權，亦無取回義務，專爲費用償還請求權之問題。（三）處於上述二者之間，雖不能認有承租人之所有權而取回爲可能時（例如土地承租人所建造之石垣、房屋承租人所造之花壇或於壁或柱上所裝置之帽架），此時不僅認有取回權，而於前述要件之下，亦認有費用償還請求權（依日本昭和八年二月八日大判就房屋承租人之改造，如其改造部分有獨立性，承租人有所有權，否則取得不當得利返還請求權，然後一情形，多屬於上述中間之物）。

六、命承租人返還租賃物之判決或應返還租賃物之訴訟上和解，如次承租人於訴訟繫屬後始取得占有

者，其判決之效力亦直接的及於次承租人（民法四〇〇條一項），否則惟對於訴訟當事人之次承租人發生效力（*Imm-Lehmann*, § 129, III, 1, S. 512）。然依強制執行法第一百二十六條之規定，承租人應交付之租賃物為次承租人（第三人）占有者，執行法院應以命令將承租人對於次承租人請求交付之權利，移轉於出租人（參照德民訴八八六條）。

【註】依德民第五五六條第三項「使用租賃承租人，使第三人為物之使用時，出租人於租賃關係終了後，對於第三人亦得請求其物之返還」，因此規定，承租人與次承租人就租賃物之返還為連帶債務人，屬於承租人之抗辯權（尤其因支出費用之償還請求權之留置權），次承租人亦得主張之，蓋請求返還之債權，擴及於次承租人，並非以出租人之利得為目的也。次承租人就自己所支出之費用，如承租人為此支出，應有留置權時，亦同樣有之（*Imm-Lehmann*, III, 2, 1, S. 512）。依民法解釋，此時出租人得代位行使承租人對於次承租人之權利。在我民法應解釋出租人得依民法第二百二十五條第二項之規定請求承租人讓與其對於次承租人之請求權（日本昭和九年十一月六日大判民集十三卷二二二頁）。如出租人同時為物權權利人時，亦得基於物上請求權，向次承租人直接請求返還。此外執行法院應以命令將承租人對於次承租人請求交付之權利，移轉於出租人，有如前述。

第四款 承租人債務之擔保

第一項 出租人之留置權

不動產之出租人就租賃契約所生之債權，對於承租人之物置於該不動產者，有留置權，但禁止扣押之物，不在此限（民法四四五條一項、德民五五九條一段三段、瑞債二七二條一項三項、參照日民三一二條三三三條）。前項情形，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（民法四四五條二項）。在羅馬法，認住宅之出租人，於承租人搬入之動產即搬入物（*invecta et illata*），有法定質權，對於農用地之出租人，認其就土地之孳息，有優先受清償之權利。近世立法，法、日民法認出租人有優先權，德民法認出租人有法定質權，瑞士債務法認出租人有留置權（法民二一〇二條、日民三一二條、德民五五九條一段、瑞債二七二條一項、參照日民三一五條）。此法定留置權，略仿瑞債及德

民之規定，惟在德民出租人此時取得質權，在日本民法則認為出租人有先取得權（優先權）。

一、須爲不動產之出租

有此留置權人，以不動產之出租人爲限，動產出租人則無此權（民法四五四條一項、瑞債二七二條一項）。不以原出租人爲限，承受出租人地位之新出租人，亦得主張之。留置權亦與租賃債權之讓與，同時移轉於受讓人（（Oser, zu §272, Ann.10））。

二、留置之物

1 須置於該不動產之物：（一）其物是否須爲動產，抑應兼及於定着物（不動產），甚有爭執。瑞士債務法明定限於動產（瑞債二七二條二項），日民先取特權之標的亦然（日民三二二條），德民則僅規定爲帶進之物，學者解釋應限於獨立之動產。承租人爲行使租賃權於土地所建造之工作物，雖不構成土地之成分，不包括在內。此點關於出租人物件取去防止權（Sperrrecht 德民五六一條、我民法四四七條）之有無，甚爲重要。即出租人此時無請求所建立的工作物維持之權，惟對於此已拆毀之材料，可認有質權（Oertmann, zu §559, 3c, S.583）。在我民法，則有不同之見解。有主張限於動產者（薛著五九頁、戴著債各上一二二頁、我妻中華民國債各二二四頁），有主張不限於動產，而兼及於不動產（定着物）（季著債分上九九頁、劉著民法四四五條解釋、龍著一六四頁）。依最高法院二十四年上字第二三一六號判例，則認爲指動產而言。依余所見，主張應以動產爲限者，謂適用民法第九百二十八條關於留置權之一般的規定爲當然之結論，然依民法第九百三十九條，「法定留置權除另有規定外，準用本章之規定」。如關於法定留置權另有規定，則可不適用物編關於留置權之規定。民法第四百四十五條汎稱爲「物」，既未限定爲動產，關於此點可排除民法第九百二十八條之適用，且若不認出租人對於工作物有留置權，則承租人將工作物拆毀後，就其材料則不能不認其有此權，且出租人不得阻止工作物之拆毀於前，而可阻止拆毀的材料之取去於後，自經濟之立場，難謂合理，况留置權是否應限於動產，爲立法上之便宜問題，日本民法所規定留置權之標的兼

及於不動產（日民二九五條），我民法就出租人之留置權標的，既未加以限制，可認為特別規定，應解釋不以動產為限。

2 金錢、無記名證券，如同動產，得為留置權之標的。然記名債券、抵押證書、保險單及免責證券（例如存摺）則否。指定證券（因背書而移轉之證券），是否可為此留置權之標的，應可視為價值物而為留置之標的，已置於租用不動產而以私力取去及經拍賣之物之賣得價金，亦同。但代替被毀的所置之物之保險請求權，不在其內。定為出賣之物（貨品），亦為留置權之標的。無財產價值之物，惟對於債務人有證明或感情價值者（例如書信、紀念物、祖宗遺像），不為留置權之標的（*Staudinger, zu § 559, III, 1, a. S. 505*）。

3 須基於租賃關係而置於不動產之物（*eigebrauchte Sache*），僅一時收納之物（*einstante Sache*），不在其內。例如門口暫時停留之腳踏車、三輪車。其物與承租人的使用，無論於室之內外，有連結關係，即與租賃關係有關聯，而可認知者，皆為其所置之物。例如租用場所內之傢具及物品，於走廊內通常放置之車輛（*Danecke, zu § 559, 3, S. 704*）。承租人於承租土地所生產之磚瓦，亦不妨為留置權之標的。放置非法律行為，為事實的過程。然依於承租人之意向，乃為法律的行為，故無行為能力人非得法定代理人之同意，不能為之，而限制行為能力人則有效為之（*Danecke, a. a. O.; Staudinger, a. a. O.*）。

4 須為承租人之物，承租人配偶、子女、或其他同居人之物，不在其內。然如配偶為共同承租人或其他物屬於夫婦共同財產，不在此限。是否以承租人單獨所有為必要，依史韜丁格以單獨所有為必要。如第三人有共有權，或公同共有權，則非承租人之物，惟於出租人自己已有共有權時，則為例外（*Staudinger, zu § 559, III, 1, a. S. 505*），然依德國判例，則不以單獨所有為必要，以承租人有共有權或公同共有權為已足（*RG, 146, 334*）。於置於承租之不動產後，承租人始取物之所有權者，於取得時成立留置權。承租人之所有權附有解除條件者，不妨為留置權之標的，然所置之物第三人（出賣人）保留所有權或僅係借用者，不得為留置權之標的。第三人之物，出租人於承租人放置之時，雖誤信為承租人之物，亦不能因善意取得留

置權，蓋出租人並未占有其物，不能受善意占有之保護也（*Staudinger, zu § 559, III, 2, S. 507*）。

5. 出租人之留置權，是否可及於次承租人之物。德民解釋出租人與次承租人之間不成立契約關係，故不能及於次承租人之物。但承租人對於次承租人所置之物有留置權（*Staudinger, zu § 559, III, 2a, S. 506*）。依瑞士民法規定，使用租賃出租人之留置權，亦及於次承租人所持入之標的物，但以承租人對於次承租人的權利所及之範圍為其限度（瑞債二七二條二項、參照日民三一四條）。我民法明定不動產出租人，就租賃契約所生之債權，於承租人之物置於該不動產者，有留置權，而出租人對於次承租人無直接租賃關係，自以從德民解釋為宜。

6. 禁止扣押之物，不得為出租人留置權之標的（民法四四五條一項但書、德民五五九條三段、瑞債二七二條三項）。禁止扣押之物，例如債務人及其家屬必需之衣服、寢具、餐具及職業上或教育上所必需之器具、物品，不得扣押。遺像、牌位、墓碑及其他祭祀禮拜所用之物，不得扣押（強執五三條）。出租人對於承租人耕作上必需之農具、牲畜、肥料及農產物，不得使用民法第四百四十五條規定之留置權（土、一八〇條）。此規定為強行規定，承租人雖拋棄此保護規定之利益，不能生效。然如承租人就上述特定之物，為出租人設定質權，自屬有效。設定質權時，須為物之交付，以占有改定為未足。出租人留置不得扣押之物，尚未可逕認為違反契約之侵權行為，使負損害賠償責任，蓋不可強其檢查各物是否為不得扣押，而反應先由承租人主張並加以證明也（*Enn-Lehmann, § 131, 1, 2*）。

三、所擔保之債權

所擔保之債權，須為就租賃契約所生之債權，可分為租金債權及損害賠償債權。

1. 本期與以前未交付之租金（民法四四五條二項、德民五五九條二項、瑞債二七二條一項）。依德民法為本租賃年度及次租賃年度之租金（所謂租賃年度與曆年不同，第一租賃年度謂自租賃關係開始之日起算一年 *Staudinger, zu § 559, II, 3b, S. 512*）。依瑞士債務法，為已到期一年之租金及期中半年度之租

金。我民法所定本期，謂以月計租金者，為本期之租金，以季計算租金者，為本季之租金，以年計算租金者，為本租賃年度之租金。

2. 已得請求之損害賠償債權（民法四四五條二項、德民五五九條二段、參照日民三一五條）。賠償債權，例如依民法第四三二條第二項、第四三三條、第四三四條、第四三七條第二項、第四四五條第二項等規定，出租人對於承租人有請求損害賠償之債權。凡此損害賠償債權，一經發生，即得請求履行。

四、留置之物須為擔保債權清償所必要

依民法規定所留之物，足以擔保租金之支付，則出租人對於承租人之取去留置物，不得提出異議（民法四四六條）。承租人得提出擔保，以免出租人行使留置權，並得提出與各個留置物價值相當之擔保，以消滅對於該物之留置權（民法四四八條），此為留置權不可分原則之例外。即留置權之成立，以為擔保出租人就租賃契約所生債權之必要範圍為其限度，如已設定有擔保（包括物的保證即質權、抵押權、押租及人的保證），足以擔保其債權受清償時，則出租人不復有留置權（Oser, zu § 772, Annr. 25, 26, S. 1059）。

五、出租人留置權之發生時期與留置物之占有

出租人之留置權，於租賃關係存續中，因租金債權之屆清償期而未支付及本期租金之屆期與因損害賠償請求權之發生而成立，其發生與一般留置權不同，不以占有留置物為前提。成立時，既無須占有留置物，成立後亦無占有留置物之權能，惟對於承租人之取去得提出異議之留置物，於承租人離去租賃之不動產時，出租人得占有其物（民法四四七條一項）。例如將其物搬入自己住所或將其封閉，此時出租人惟取得直接占有，成為一般留置權人，而間接占有仍屬於承租人，因而負有保管留置物之義務，並得收取留置物之孳息，以抵充債權（民法九三三條九三五條）。留置物如被侵奪，得於一年內請求返還。

六、出租人留置權之效力

1. 對於留置物之異議及阻止 承租人除因業務之執行取去其物，或其取去適於通常之生活關係，或所留

之物足以擔保租金之支付外，出租人得提出異議（民法四四六條二項、德民五六〇條二段）。出租人有異議權者，得不聲請法院，逕行阻止承租人取去其留置物（民法四四七條一項、德民五六一條一項、瑞倩二七四條一項）。承租人乘出租人不知或不顧出租人提出異議，而取去其物者，出租人得終止契約（民法四四七條二項）。依德民法規定，「乘出租人之不知或不顧其異議，將物搬出時，出租人得為歸回於土地，請求返還。如承租人已遷移時，得請占有之移轉（交付於自己）。出租人如不於裁判上主張此請求權時，其質權自出租人知物之搬出時起，經過一個月而消滅」（德民五六一條二項）。依瑞債第二七四條第二項「依秘密或暴力將標的物移出時，得於移出後十日內，藉警察之力，將其取還於租賃場所」。在我民法，於留置物之取去時，出租人有自助權，得阻止其取去，並不須以不及受官署援助，亦不須非於其時為之則不得實行或其實行顯有困難（民法一五一條）。如承租人不顧其異議而取去，得終止契約。然是否得對於承租人或第三人占有人請求歸還其物，我民法無明文規定，不能與德民瑞債為同樣之解釋，然得基於侵權行為，請求賠償，當無疑義（Staudinger, zu § 561, I, 3e, S. 521; Denecke, zu § 561, 3, S. 250）。至於其留置權之效力，能繼續至何時，依日民第三三三條「優先權於債務人將其動產交付第三取得人後，不得就其動產行使之」。我民法無此限制，第四四六條明規定「但其取去係乘出租人之不知或出租人曾提出異議者，不在此限」，即留置權此時不因留置物之取去而消滅。即應解釋如承租人將留置物讓與第三人，惟在第三人善意取得其物之所有權時，而留置權始消滅。如承租人為第三人設定質權時，以第三人對於出租人之留置權為善意時取得質權，其質權優先於留置權（Staudinger, zu § 561, I, 2, S. 520）。此外，出租人必要時亦得請求假扣押、或假處分，以保全其權利。

2. 已得請求之損害賠償及以前未交租金或本期之租金屆清償期而未受清償時，出租人得依民法第九百三十六條之規定，依關於實行質權之規定，拍賣留置物或取得其所有權。

七、出租人留置權之消滅

出租人留置權（一）因留置物由租賃不動產之取去而消滅，但其取去係乘出租人之不知，或出租人得提出異議而曾提出異議者，不在此限（民法四四六條、德民五六〇條）。承租人如因執行業務取去其物（貨物之出賣），或其取去適於通常之生活關係（為旅行或修繕之目的），或所留之物足以擔保租金之支付者，出租人不得提出異議。此例外情事，應由承租人證明。其取去係乘出租人之不知或不顧其異議而為之，應由出租人證明。（二）出租人留置權因擔保之提出而消滅。承租人得提出擔保以免出租人行使留置權，並得提出與各個留置物價值相當之擔保，以消滅對於該物之留置權（民法四四八條、德民五六二條），即得因擔保之提出而消滅全部或一部之留置權。擔保額通常依出租人之債權額而定，但留置物之價值較債權額為小者，依其物之價值。擔保雖有主張限於物上擔保（薛著六一頁），然人的擔保，亦非所不許（參照德民二三二條）（Palandt, zu § 562, S. 559）。其他消滅原因，例如（三）將留置物讓與於第三善意取得人，（四）所擔保債權消滅，（五）拋棄，（六）混同。

第二項 押租

一、押租之性質

不動產之租賃，尤其房屋之租賃，通常由承租人以一定之金額為押租（亦稱押金或押租金）交付與出租人。然關於押租（Kautionsgeld; Barkaution）其性質法律上並未有規定，學說上甚多爭執。通說謂押租為附停止條件的返還債務之金錢所有權之移轉（讓與擔保）（參照拙著物權法論三二二頁），即出租人取得押租之所有權，於租賃關係終了，承租人返還租賃物時，如承租人有租金或其他債務之不履行，扣除其金額，惟就其差額負返還債務。押租之主要目的，在於擔保承租人租賃債務上之履行。在租賃關係終止，承租人返還租賃物前，不發生押租之返還債務（但例外的超過規定之押租，承租人得以超過部分抵付租金，土、九九條一一二條一項）。返還租賃物時，因債務不履行之賠償額，當然由押租中扣除。承租人

之其他債權人，無法就承租人之押租返還請求權，優先於出租人而受清償。(二)押租如係固封而為授受，則封內金錢之所有權，不移轉於出租人，該封內金錢為一特定物，而非代替物，可認為於其上成立質權。(三)押租交付契約，為附隨於租賃契約之契約，因交付金錢而始生效力，故為要物契約。至約定日後交付押租之契約，乃為押租契約之預約。承租人有供與擔保之義務而怠於為之者，應認出租人有終止租賃契約權。

二、押租之效力

1. 押租所擔保之債權 主要的為遲延租金及租賃關係終止後租賃物返還前之租金相當額之損害賠償請求權，並及於其他因租賃關係所生之債務。例如承租人因保管義務之違反所生之損害賠償債務。

2. 抵充之時期 正確言之，為於租賃終了承租人返還租賃物之時。即就押租餘額，發生返還債務之時期。(a)從而在此時期以前，出租人雖不妨以押租抵充遲延債務，而承租人不得主張之。故於租賃關係繼續中，保證人受遲延租金之請求時，不得主張押租之扣除(日本昭和五年三月十日大判)。然出租人雖將遲延租金由押租中扣除，承租人不負押租補充之義務。又出租人為終止契約之前提，請求遲延租金之請求時，雖有押租之餘額，承租人不得拒絕履行(日本昭和十年五月十五日大判)。然若餘有多額之押租，則出租人之終止契約，可認為權利之濫用。依司法院解釋「債務人所有之不動產，因執行實施強制管理並命不動產之承租人按期向管理人給付租金，承租人自不得主張於押金內扣抵，若因此抗不交租，管理人自得提起交租或交出租賃物之訴」(院字第一五七九號)。(b)押租返還請求權之發生，如解釋為租賃關係終止之時，則租賃關係終止後至騰交前之損害賠償債務，不能當然由押租內扣除。然押租並不應因終止之前後而異其法律的性質，蓋若解釋返還請求權之發生為租賃終止之時，如於租賃關係終止後，承租人之債權人返還押租返還請求權，則出租人將不得以其後之損害賠償請求權與之抵銷，對於出租人之保護，未免不足也。故前述之停止條件，不應解釋為租賃關係終止承租人無債務不履行，而應解釋為承租人返還租賃物

且無租賃上債務之不履行（我妻四七四頁，依日本昭和十三年三月三日大判在騰交前之損害賠償債務當然應予扣除）（註）。（c）在租賃物返還前，承租人不得請求押租返還之原則，有下列之例外。即所收押租超過法定限額時，承租人得以超過部分與租金抵銷，有如前述。又依司法院第二三三三號解釋「租賃物被敵機炸毀全部者，租賃關係即歸消滅（參照院字第一九五〇號解釋）。承租人因擔保其債務所交之押租，如該承租人之債務業已履行或雖未履行而其債務少於押租額者，得向出租人請求返還全部或一部。租賃物被敵炸毀一部，承租人依民法第四三五條第二項之規定終止契約者，亦同。承租人如依同條第一項之規定，按滅失之部分請求減少租金，其交付之押租，亦得請求返還一部」。即一部毀滅亦得請求押租一部之返還。然須擔保之債務業已履行或雖未履行而債務額少於一部返還後之押租額，固不待言。

【註】亦有主張押租不過擔保租賃關係存續中承租人之債務，從而如於租賃終了時既無債務不覆行之事實，嗣後雖因承租人不法占據房屋而有損害賠償債務，不為押租所擔保。但此時押租返還債務與不法占有之損害賠償債務，立於同時履行之關係，兩債務得互相抵銷（勝本三一九頁、末川二二七頁）。

3. 抵充之債務 遲延租金及其應抵充之債務，較押租額為多時，發生抵充次序之問題。此時應依法定抵充之次序（民法三二二條、三二三條）。

4. 押租是否應生利息 押租交與出租人，其所有權已移轉於出租人，由出租人利用自己之所有物而收取之孳息，除法律另有規定外，無交出之義務，蓋押租之利息與租金之多寡，互相關聯，押租少則租金多，押租多則租金少，通常已為適當之配合也。然土地法為保護房屋及耕地承租人，特別規定押租利息視為租金之一部，其利率之計算在房屋租賃與租金所由算定之利率相等（土、九八條九四條九七條），在耕地租賃應按當地一般利率計算之（土、一一二條）。

三、租金債權之讓與與押租之關係

將來之租金債權之受讓人，所受讓租金債權，其後雖現實化，然如於受清償前租賃關係已終了時，其

租金當然由押租內扣除之結果（由押租中扣除租金債權與抵銷不同，不以意思表示為必要，當然發生扣除之效力），受讓人之債權因而消滅（日本昭和十年二月十二日大判）。其既已現實化之租賃債權之受讓人，於租賃關係存續中，雖得對於承租人請求租金之給付，然於租賃關係終止後，其債權亦因租金當然由押租扣除之結果而消滅，畢竟有押租時之租金債權，不能不謂其帶有此危險性。至於租金債權讓與當事人之關係，則為出賣人之瑕疵擔保責任（民法三五〇條）及其他讓與契約之問題。

四、出租人之地位移轉時與押租之返還債務

不動產出租人將其不動產讓與他人時，關於押租之權利義務是否當然移轉於受讓人，頗有爭論。

1. 依德民第五七二條，「被讓與之不動產之承租人，為其債務之履行，對於出租人供與擔保者，受讓人承受因此所生之權利。受讓人僅於受擔保之交付或承擔擔保返還之債務時，負返還擔保之責」。依司法院最近解釋，「民法第四二五條所謂對於受讓人繼續存在之租賃契約，係指民法第四二一條第一項所定意義之契約而言。若因擔保承租人之債務而接受押金，則為別一契約，并不包含在內。此項押金，雖因其所擔保之債權業已移轉，應隨同移轉於受讓人，但押金契約為要物契約，以金錢之交付為其成立要件，押金權之移轉自亦須交付金錢，始生效力。此與債權移轉時，為其擔保之動產質權，非移轉物之占有，不生移轉效力者，無異。出租人未將押金交與於受讓人時，受讓人既未受押金權之移轉，對於承租人不負返還押金之義務。惟租賃契約如訂明承租人得於押金已敷抵充租金之時期內，不再付租金，而將押金視為預付之租金者，雖受讓人未受租金之交付，承租人亦得以之對抗受讓人。此為本會議最近之見解，所有以前關於此問題之解釋，應予變更」（院字第一九〇九號），即亦以押金之交付，為受讓人負返還義務之要件。

2. 依日本判例（一）於有對抗力之租賃，取得人當然承受原出租人押租之返還義務，不獨任意出賣，而在拍賣之時亦然（日本昭和五年七月九日、十二年七月九日大判，然昭和二年十二月二十二日大判則認受讓人有承受押租與否之自由，如不承受時則不負返還義務）。（二）受讓人並無承受與否之自由，如於受讓

時有押租之餘額，必須承受，但不妨以讓與當事人及承租人三方面之契約，使受讓人不爲承受（日本昭和十一年十一月二日大判）。（三）讓與之際原出租人有依押租擔保對於承租人之債權時，當然由押租內扣除，受讓人惟就餘額，承受其返還債務（日本昭和十八年五月十七日大判）。有經承受的押租返還債務之存在之舉證責任，由承租人負擔（日本昭和八年十二月十三日大判）。

3. 依余所見，押租爲出租人之擔保，與出租人之地位有密切關聯，我民法既認租賃契約對於受讓人繼續存在，其地位之讓與恰如依擔保物權被擔保的債權之讓與，同樣有擔保之移轉。押租權並非質權，無須以押租之轉交爲受讓人負返還義務之要件，而其轉交乃屬押租權移轉以後之問題（參照拙著物權法論三三七頁）。受讓人得就買價內扣存（院字一八一六號一八〇七號解釋）。其有無轉交，承租人未必知之，應於受讓人返還義務之承受，不生影響，而且承租人就押租惟有債權的返還請求權，非如物的擔保之供與人，兼有物上請求權。如受讓人不當然承受原出租人之返還義務，則其請求權至爲薄弱，不足以保護承租人，故應解釋受讓人除經承租人同意外，必須承受押租之返還義務。其已受押租之轉交與否，在所不問。司法院二十四年第一二六六號解釋「應繼續存在之租賃契約，讓與人對承租人契約上之權義即皆移讓於受讓人，承租人之押租得向受讓人請求返還」，亦即此旨。然二十八年第一九〇九條解釋，則加以變更，有如前述。又押租爲擔保逐漸發生之債權而設，出租人地位有讓與時，在原出租人方面有實現其擔保作用之必要，故出租人之更迭雖不生租賃之終了，而當然以押租抵充其所擔保的出租人對於承租人之債權。受讓人惟就抵充後之餘額，承受返還之債務。在任意讓與，受讓人得確定有無押租，而於決定價金之際，加以考慮，以抵銷之方法，於價金內扣取。依司法院解釋「取得該不動產（耕佃或大佃）之所有人，對於押租金均得就賣價內扣除，以爲給付」（二十七年院字第一八一六號）。然在拍賣時，則應買人難免受不測之損害。日本民事訴訟法第六四三條第一項第五款、第六五八條第三款規定，拍賣時應公示押租，即爲保護應買人而設。我強制執行法第八十一條第二項第一款所稱「其他應記明之事項」，押租應解釋亦包括在內。依司法院

解釋「若拍定人於拍定後始知有典權或押租金之關係，而不願拍買者，自得聲請撤銷其拍定（院字第一六九五號）。

五、押租返還請求權

租賃關係終了，且返還租賃物時，由押租扣除不履行債務後之餘額，發生返還請求權，承租人不得主張租賃物之返還與押租返還債務之同時履行，蓋不獨以返還租賃物之時為押租發生返還請求權所導之當然結論，而且租賃物返還如有遲延，其間所生損害之賠償，當然由押租中扣除，以不認同時履行為公平也（但亦有主張因租賃關係終止發生返還請求權而認承租人有同時履行抗辯權勝本三二〇頁）。

當事人約定因承租人之失火所致租賃物之滅失或於其他一定情形，沒收押租時，其特約一般為有效。如約定不問承租人過失之輕重，有過失時即應負責，固屬有效，因民法第四三四條並非強行規定也。此約款通常可解釋當事人性有此意思。如約定不問承租人有無過失，均可沒收押租，其效力如何。雖有謂其反於侵權行為及債務不履行之觀念，至少不問承租人有無過失之部分，應為無效（平野「民法上羅馬思想與日耳曼思想」三四一頁以下）。然民法認有無過失責任者甚夥，不能以此即認有背於公序良俗，故一般仍應認為有效。又此種約款，依誠信原則，原則上應解釋為損害賠償額之預定，不應解釋為違約金（即無條件沒收，尚得另行請求損害賠償）。

第三項 保證

關於租賃，第三人為承租人之債務，對於出租人為保證者，稱為保租人，其性質為將來之債務之保證。

1. 保證之範圍 主債務之內容，甚為複雜，包括承租人將來應負擔之債務並及於租賃終了後房屋騰交債務不履行之責任。租金之合理的增加，就增加之租金債務，亦負保證責任。依日本判例「出租人與承租人

之間，雖未徵求保證人意思而為增加房屋租金之合意，其僅為租金之增額者，不過為債務分量之變更，不得謂有使發生新債務關係之意思表示，關於此點，不生更改，可謂保證債務尚繼續存在，惟此時除保證人特於保證契約預先允諾租金之增加或有增租之習慣而可認其已表示依習慣之意思等之特別情事外，以解釋惟於增加前租金之限度內，有支付租金之義務為相當」(日本大正五年九月二十九岡山地判)。

2. 租賃保證之消滅

a. 保證基礎法律關係之消滅 如租賃關係消滅，則除已發生債務外，租賃之保證當然失其效力。故(一)租賃契約明示或默示的更新時，保證債務亦消滅。就更新前基於租賃契約之債務，保證人不得免其責任，自不待論。(二)保證人或承租人之死亡，是否可使保證失其效力。如因當事人一方之死亡，而其基礎法律關係消滅時，自亦隨同消滅。然在租賃關係，當然應由契約當事人之繼承人繼承，故承租人雖死亡，應解釋保證不當然失其效力(但亦有主張保證人考慮承租人之能力、資產、信用等，而為保證，通常並無連承人子子孫孫之債務，亦無限的為保證之意思，故如無其他特別情事，承租人之保證人就承租人的繼承人本身發生之債務，不負保證之責，日本昭和五年三月十三日東京區裁判所判決)。(b)保證人死亡時，其死亡後發生之主債務，保證人之繼承人，是否應負其責。在人事保證或其他以信用為基礎之保證，應為消極之解釋。然在租賃之保證，除有特別之事由外，應解釋保證人之繼承人應繼承其義務(日本昭和九年一月卅日大判)，蓋此將來所能發生的保證債務之範圍，得預先測定，而保證人尚得終止契約，亦不致不當的損害繼承人之利益也(民法七五四條)。

b. 終止租賃契約 (一)租賃保證契約，未定有存續期間，且租賃契約亦無存續期間時，保證人得隨時通知出租人終止保證契約(民法七五四條一項)。(二)定有保證契約之存續期間，而保留有終止權者，自得行使其終止權，雖無此保留，而於租賃關係存續中，出租人聽任承租人之債務不履行，以有保證人之可恃而不行使救濟權時，保證人亦得以一方的意思表示，終止保證契約(日本昭和八年四月六日、十四

年四月十二日大判)。

第三目 對於第三人之效力

一、租賃物所有權移轉

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（民法四二五條、德民五七一一條一項，參照日本民法六〇五條、農地法一八條一項三二條、借家法一條，關於建物保護之法律一條）。此係基於買賣不破除租賃之原則而為之規定，已如前述。依我國從前不動產登記條例規定「租賃權已經登記者，對於以後取得物權之人，亦生效力」（不、六條）。此係仿日本民法之規定（日民六〇五條），依我民法則不經登記，其租賃契約對於受讓人仍繼續存在，蓋仿德民之例也（德民五七一條）。

1.要件

依德民第五七一條第一項規定，租賃物須為不動產，始有適用。在動產則承租人得於其租賃關係繼續期間拒絕租賃物之交還。然此係依德民第九八六條第二項及第九三六條之規定，基於租賃物之合法占有而為主張，與租賃契約之移轉於受讓人無關。此時租賃契約仍留存於原出租人與承租人間，故買賣不破除租賃之原則，對動產之讓與概不適用（*Staudinger zu § 571, B. I., S. 567*）。我民法未將動產除外，應解釋同有適用。

(a) 須租賃為有效。如租賃物所有權讓與後，其租賃被撤銷，則其租賃關係，視為未移轉於受讓人。其租賃契約須為原所有人所訂立或受其拘束，例如土地買受人雖受土地之交付，然尚未登記而將土地出租，則於買賣契約解除後，承租人不得向所有人請求租賃契約之履行。

(b) 須有租賃物之有效的讓與。(一) 只須讓與為有效，縱出租人非為所有人，而惟於登記簿上為

所有名義人由第三人因公信力之保護而善意取得時，對於該第三人亦有適用（*Staudinger, zu § 571, A, 5, S. 557*）。（11）讓與包括買賣、互易、贈與、公司之投資、遺贈。不動產所有人向地政機關拋棄其所有權而由國庫取得時，雖無讓與行為，然此時亦可類推適用（*RG 103, 166*）。至於強制拍賣，因德強制執行法及破產法另有規定，解釋不在其內（在強制拍賣，第三取得人有提前依法定預告期間而終止租賃契約之權，德強執五七條五七條 a）。破產管理人之讓與，如同強制拍賣（德破二一條三項）。我國關於此點無特別規定，依司法院解釋，於強制拍賣亦同有適用（二十五年院字第一五八〇號）。惟抵押權設定在先，租賃在後則否。又因破產之拍賣亦有適用（二十七年院字第一八〇七號）。「惟業經沒收之敵偽產業，由拍賣機關標賣，拍定人因而取得所有權者，此種權利實為原始取得，既非基於敵偽產業所有人之讓與，自無民法第四二五條之適用。如原承租人提起確認原租賃契約繼續有效之訴，應為無理由而駁回之」（三十六年院字第三四二三號）（註）。土地之徵收，原為需用土地之完全使用，故應不適用。（三）須為讓與之所有人同時為出租人，故非讓與人而係第三人為出租人時，不適用之。例如典權人將典物出租，而出典人將典物出賣時，其租賃雖為有效，然典物之受讓人，不當然承受其租賃關係。然如第三人受所有人之委任或得其承諾，而為出租時，亦應類推適用，蓋否則所有人得使他人為出租人，而避免此規定之適用也。

【註】依特種刑事案件沒收全部財產執行辦法第六條第二款，受刑人應清償之債務應扣除支出後執行之。同樣租賃為受刑人對於承租人之債務，仍應繼續履行，初不應因沒收而排除民法第四二五條之適用，蓋沒收者為受刑人之財產而非剝奪第三人之權利也。

c. 承租人須受租賃物之交付（一）於讓與前，須對於承租人或經出租人之同意對於次承租人，已移轉占有或移為共有。租賃物之交付，是否應以現實之交付為限。雖有主張所有人將自己現住房屋出租，訂定於數個月後騰交之契約時，得依占有改定而生對抗力（我妻債各五一七頁）。依余所見我民法既不以登記為對抗受讓人之要件，應嚴格解釋以承租人現實占有為必要。為一次的探礦因以決定應占有之礦地者，

尚不能爲占有之交付。(二)承租人一旦受租賃物之交付後，是否須於出租人將所有權讓與第三人時繼續占有，依司法院解釋「租賃物經出租人交付承租人後，即爲承租人所占有，出租人如將其所有權讓與第三人，第三人可就承租人之占有知有租賃契約之存在，不致因租賃契約於受讓後繼續存在而受不測之損害，民法第四百二十五條基於承租人受交付後必有租賃物之普通情形而爲規定，若出租人於承租人中止租賃物之占有後，將其物讓與第三人，則第三人無從知有租賃契約之存在，絕無使其租賃契約對於受讓人繼續存在之理，同條之規定自應解釋爲不能適用」(三十五年院字第三〇七三號)。依德民解釋以有一次之交付爲已足，於租賃物所有權之讓與時，承租人占有之繼續並非必要。承租人爲暑期旅行，一時離去房屋，自不待論，委於第三人居住，亦無妨礙，此時有間接占有之繼續。占有被他人侵奪而回復之者，其占有視爲繼續。如爲修繕之目的，縱一時交還於出租人，亦無影響。然如可認爲租賃之拋棄或有租賃契約之解銷，自當別論 (Staudinger, zu § 571, B. I., zu b: S. 560; Enn-Lehmann, § 133, 12c Anm. 6, S. 524)。依余所見，可從德民之解釋。

d. 出租人將租賃物讓與於第三人 民法第四二五條所稱第三人，次承租人亦包括在內。次承租人受讓租賃物之所有權者，原租賃契約對於次承租人之關係，仍繼續存在，蓋承租人於租賃關係終止以前，仍有就租賃物使用收益之權能也。然如承租人受讓租賃物之所有權時，則除有繼續租賃之利益(例如於租賃成立後租賃物上設定有地上權、典權、永佃權，承租人以所有人之資格尚不能爲使用收益)外，應解釋租賃關係因而消滅。

2 效力

依不動產登記條例，經登記之租賃，對於以後取得物權之人亦生效力。依民法規定，其租賃對於受讓人仍繼續存在，即只發生出租人之更迭，其租賃關係仍依原租賃契約繼續存在。(一)受讓人對於承租人取得出租人之地位，相互得行使其權利義務。例如嗣後修繕，應向受讓人請求，租金應向新出租人支付。終止契

約亦應由受讓人或向受讓人爲之。爲出租人所設定之擔保，亦隨同移轉。然所有權移轉時既已到期之租金，爲獨立之債權，不當移轉。但就債權有讓與之特約時，自當別論。租金既已前付者，原出租人應將應歸屬於新出租人之部分，償還新出租人。月中有租賃物之移轉時，其月之租金，應按日數歸屬於新舊出租人。又受讓人權利義務之承受，以出租人之資格所應歸屬者爲限。例如瑕疵擔保、轉租之允許。反之其他權利義務，縱令與租賃關係結合而且經濟上立於牽連關係，不在其內。例如承租人的屬具之承受義務，租賃終了後不爲競爭營業之義務，就房屋之他階層，與承租人以優先承租權所生之義務。(二)受讓人與承租人之間之權利義務之內容，例如租金之數額、修繕義務之負擔、租賃期限之有無與長短等，悉依原租賃契約。原所定租賃期限，應將讓與前已經過之部分扣除，而計算其殘餘時間。(三)受讓人對於承租人之租金債權之承受，應通知承租人，在未通知前，債務人對於原債權人所爲之清償，應有效(參照拙著債法總論七〇三頁)。(四)原出租人因讓與租賃物脫離出租人之地位，已如前述。其以後之權利義務，概由受讓人承受。然依德民規定「取得人(受讓人)不履行義務時，出租人就取得人應賠償之損害，與拋棄先訴抗辯權之保證人，負同一責任。然承租人依出租人之通知而知所有權之移轉者，如未以得因通知終止租賃契約之第一期日爲終期，而爲通知時，出租人免其責任」(德民五七一條二項)。我民法無此規定，應解釋原出租人對於受讓人之租賃上債務之履行，不負法定保證之責。(五)承租人對於原出租人交有押租者，受讓人不問已否受押租之交付，於租賃關係終止時，均對於承租人負有返還之義務，已如前述。

二、租賃物上物權之設定

出租人就租賃物設定物權，致妨礙承租人之使用收益者，準用關於租賃物讓與之規定(民法四二六條、德民五七七條)。在日本民法不動產之租賃經登記時，不分所有權之移轉或其他物權之設定，均對於取得物權之第三人亦生效力(日民六〇五條)，故解釋此時租賃當事人亦不生變更，該契約依然於所有人與承租人之間繼續存在。惟限制物權，對於租賃權，不生影響。從而此等所設定之物權，如爲地上權、永佃權、

典權，與租賃權不相容時，於租賃權存在之範圍，在租賃消滅前，不得成立。如爲地役權，惟於不妨害租賃權行使之範圍，有其成立。如爲抵押權，則非與租賃權不相容，得於有租賃權之土地成立。然抵押權人於拍賣抵押物時，應以附有租賃之狀態爲之。從而拍定人取得抵押物之所有權，同時爲租賃契約之當事人，前付之租金經登記者，亦得對抗拍定人（沼義雄債各下三七頁三八頁、勝本二九二頁）。依德民解釋，設定限制物權惟因其物權之行使而剝奪承租人爲物之使用時，其租賃關係移轉於該物權人。例如用益權、地上權、物權之居住權之設定。然其移轉惟限於其物權成立之期間。於其物權終了時，租賃關係仍復歸於出租人。因他物權之設定，惟限制承租人契約上物之使用者，例如地役權之設定，其權利人應於此範圍內，停止其行使（德民五七七條末段）。關於抵押權，則適用德民法第一一二三條之規定（參照我民八六四條）（Eun-Lehmann, § 133, 1, 2d, S. 524; Palandt zu § 577, 2. S. 572; Erhman zu § 577, 12, S. 719）。我民法既規定準用關於租賃物讓與之規定，自應從德民之解釋。即（一）地上權、典權、永佃權設定之後，則此等物權人承受出租人（設定人）之地位，而爲新出租人。嗣後租賃上之權利義務，如同租賃物之讓與，由其承受。然如此等物權消滅，其租賃關係復歸於出租人，亦準用關於租賃物讓與之規定。（二）關於地役權，我民法雖未如德民特設有規定，亦應解釋其租賃關係，不生移轉。於租賃關係終了前，地役權人惟應於不妨礙承租人租賃權行使之範圍內行使之。（三）至於抵押權之設定，與租賃權毫無衝突，原租賃關係不生影響。惟抵押權人實行抵押權時，應以租賃物附有租賃權之狀態爲拍賣，其拍定人應承受出租人之地位，與前述租賃物之讓與同。然如抵押權設定登記在先，而租賃在後者，抵押權人得不顧租賃之存在，將抵押物拍賣，而拍定人取得完全所有權，不受租賃之限制。如租賃於第一次序抵押權設定登記後，第二次序抵押登記前成立者，因第二次序抵押權之實行而拍定時，租賃關係因拍定而消滅。蓋此時若就第一次序抵押權人觀之，其抵押權不因此租賃而受任何影響，得不顧此租賃而拍賣抵押物，拍定人亦得取得完全所有權。其後雖偶有第二次序抵押權人之產生，萬無因其爲抵押權之實行而有租賃權之存在，使生抵

押物不得不於不利之狀態而為拍賣之結果之理。從而此時第二抵押權人得不顧租賃之存在而付拍賣，拍定人亦取得完全所有權，與第一次序抵押權人之拍賣抵押物無異（沼義雄債各下四一頁註五）。

三、租賃物之再讓與及物權再設定

租賃物之取得人，將租賃物再為讓與或再設定他物權時，適用第一次讓與或物權設定之原則（參照德民五七九條）。此時新取得人代替第一取得人而進入租賃關係。

四、關於租賃關係之法定移轉之規定

租賃關係之法定移轉之規定，並非強行法，出租人得於租賃物讓與前約定租賃關係因讓與而消滅，或雖讓與而仍由出租人單獨繼續負責，或雙方當事人於讓與時均有終止租賃契約權（*Enn-Lehmann, § 133, I, If, S. 524*）。然法律於契約之終止有特別保護承租人之規定者，此種約定應認為無效。例如耕地租用（土、一一四條，耕地三七五減租條例一七條一九條）。

受讓人對於為讓與之出租人，承擔其義務者，則讓與雖於租賃物之交付前為之，因讓與亦生租賃關係移轉之效力（*Enn-Lehmann, § 133, I, 1c, S. 524*）

五、債編施行前之租賃契約

依民法債編施行法第十三條第一項之規定，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。故民法債編施行後民法第四二五條第四二六條，於此種租賃，亦有適用（二十一年上字第二一四七號判例）。

第四節 租賃之期限

一、存續期間

關於租賃之期限，以契約訂定者，民法設有最長期之限制。然未設最短期之限制，特別法有重大之修正。

1. 最長期 關於最長期限有規定爲三十年者，例如德民（五六七條）義民（一五七一條）。亦有不認最長期之限制，而認於有重大事由時得依預告終止契約（瑞債二六九條）。依我民法之規定，租賃契約之期限，不得逾二十年，逾二十年者，縮短爲二十年（民法四四九條一項、日民六〇四條一項）。契約所訂之期限，當事人得更新之（民法四四九條二項）。自更新之時，亦不得逾二十年（參照日民六〇四條二項）。更新之豫約，附停止條件之更新契約，亦爲有效。然更新之預約，亦以二十年爲其限度，即自預約之時期起，不得超過二十年拘束當事人（鳩山四四七頁、中村二九四頁）。租賃契約未訂有存續期限者，當事人得隨時終止契約。終止租賃之意思通知，依一定期間之經過而租賃消滅。此種契約如未被終止，事實上得繼續至二十年以上，不適用民法四四九條之限制。

依土地法規定，耕地租用雖未定期限，非有法定事由，不得終止之（土、一一四條），則解釋上應無最長期之限制。租用基地建築房屋，應聲請爲地上權之登記（土、一〇二條），可解釋除土地法另有規定外（土、一〇三條至一〇五條），準用關於地上權規定之結果，亦應無最長期之限制。

2. 最短期 依日本借地法，以堅固的建築物之所有爲目的者，至少爲三十年。其他情形以二十年爲最短期。依日本借家法，一年未滿之短期契約，認爲未定期間。日本農地法雖無規定，然於訂有期限之契約，拒絕契約之更新者，至遲應於期限屆滿六個月前爲通知（日農地法十九條），解釋上不得訂立六個月未滿之期間。日本民法關於最短期限無限制，然在借地法、借家法施行以前，如約定期間過短，與租賃之目的不能並立，則認爲地租不增減之期間。我民法關於最短期限無限制規定，亦可爲同樣之解釋（參照拙著土地法原論二〇〇頁）。關於耕地租賃，依耕地三七五減租條例，其期間不得少於六年（同條例五條）。

民法債編施行前所定之租賃契約，訂有期限者，依其期限。但其殘餘期限，自施行日起算，較民法第

四四九條所定之期限爲長者，應自施行日起適用民法第四四九條之規定（債施二三條二項）。

二、更新

1. 依契約之更新 當事人得依契約，更新租賃之期限（民法四四九條二項）。其更新期限，亦不得逾二十年，已如前述。

2. 默示之更新（*relocatio tacita; tacite reconduction; Erneuerung des Mietvertrags durch stillschweigende Verlängerung*）租賃期限屆滿後，承租人仍爲租賃物之使用收益，而出租人即表示反對之意，視爲以不定期限繼續契約（民法四五一條、日民六一九條、借地法六條九條、借家法二條八條、德民五六八條、參照法民一七三八條一七四〇條、瑞債二六八條）。（一）更新後之租賃關係，於租金及其他條件爲同一。惟關於期限之點，有如未定期限。（二）須承租人爲繼續之利益，如承租人未繼續使用，例如承租人逃亡或承租人之未離去或繼續使用爲一時，例如患病或其妻生產，出租人容許之，則不得視爲有默示之更新（*Bachmann, art 268, no. 5; Staudinger, zu § 568, I, 1, ab*），次承租人使用租賃物，是否可認爲使用之繼續，通說謂須爲原契約當事人之承租人（*Staudinger zu § 568, I c; Erhman 3, a*），次承租人不在其內。（三）是否須出租人知有承租人之繼續爲使用，德民五六八條明規定須承租人知有繼續之事實。瑞士債務法第二六八條規定知而未提出異議。日民亦然（日民六一九條一項）。我民法未爲明定。日本借地法規定地主於期間滿了後如未無遲延的聲明異議時，視爲更新，並規定於有建築物時，如無正當之理由，雖無遲延的爲異議，不能阻止更新（同法六條）。在日本關於無遲延的解釋，是否須地主知而未爲異議，有不同之見解（持肯定說者例如沼義雄債各下一五頁、磯谷各論五九二頁、勝本契約各論二八五頁、反對鳩山五一二頁）。在我民法解釋，亦有肯定與否定兩說（龍著二〇一頁）。依余所見，應解釋承租人使用之繼續，於出租人可能知之爲已定，如因有可恕之理由而不知者，不妨於知悉後表示反對之意思。（四）所謂應即表示反對意思，表示並不以事後表示爲限，於期限屆滿前已表示者（例如約定期

滿後不再續租），自亦有效。亦不以明示者爲限，默示的表示亦可。例如租金增加之請求。依德民規定，出租人應自知有承租人之繼續使用時起，兩星期內表示反對之意思（德民五六八條）。我民法所謂「即」與「無遲延」之意義不同，如自出租人知悉或可得而知後經過相當之期間，縱爲可恕之遲緩，亦不妨視有租賃期限之更新。（五）默示的更新，是否須當事人有行爲能力。在德國通說以有行爲能力或有法定代理人爲必要（*Staudinger*, zu § 568 W, S. 547; *Palandt* zu § 568 S. 565），法國學者亦然（*Colin et C. Paptant*, I, no. 1015, Db, p. 673）。但亦主張租賃關係之繼續係基於法律之擬制，與當事人之意思無關，故因錯誤之撤銷、意思不一致或其他爲不能（*Erbman*, zu § 568 2; *Soergel*, I, S. 737）。依余所見，默示之更新，不以當事人有行爲能力爲必要，惟出租人表示反對之意思，爲要受領之單方的意思表示，應用關於意思表示之規定（*Oertmann*, zu § 568, 2, 3, S. 600）。（六）適用範圍：默示的更新，對於定有期限之租賃，於期限屆滿時有適用，至爲明顯。對於未定期限之租賃，依日本借家法第三條第二項，於因預告通知而經終止，承租人仍繼續爲使用收益時，亦有準用。日本學者多主張於民法所定租賃之更新，亦可爲同一之解釋（沼義雄債各下一六頁、勝本契各二八七頁）。德國學者亦多爲同樣之解釋（*Staudinger*, zu § 568, I; *Erbman*, § 568.2, *Soergel* § 568, I, S. 737）。然在瑞債則有反對之解釋，認爲更新對於不定期之租賃契約，而經以一定之期日爲終期，通知終止者，不適用之（*Oser*, zu § 268, Anm. 1）其因有法定終止原因而經通知終止之租賃，則無更新規定之適用，蓋以對人信用爲基礎之繼續的租賃關係，出租人因承租人債務之不履行而終止契約時，其不欲租賃關係之繼續存在，已明白表示也（沼義雄債各下一六頁、勝本契各二八五頁 *Staudinger*, *Erbman*, *Soergel* a. a. O. 反對我妻岩波法律辭典一一〇五頁）。又當事人如就定有期限之租賃契約，約定如未通知終止應予延長時，則亦可認爲以原來之條件繼續原有契約關係。如未約定應延長至何時，則可視爲以不定期限繼續租賃契約（*Staudinger*, a. a. O.; *Oser* zu § 268, Anm. 1, b, S. 1047），依余所見應以定有期限之租賃契約爲限，蓋在未定期限之契約經預告

終止，已可認為對於繼續用益有反對之意思表示也。

依土地法規定「依定有期限之契約租用耕地者，於契約屆滿時，除出租人收回自耕外，如承租人繼續耕作，視為不定期限繼續契約」（土、一〇九條），即出租人如不收回自耕，而承租人願意繼續時，則當然更新，可稱為法定更新。依耕地三七五減租條例「耕地租約於租期屆滿時，除出租人依本條例（一九條）收回自耕外，如承租人願繼續承租者，應續訂租約」（同條例二〇條）。其租賃契約並非視為不定期限繼續，而應續訂至少在六年以上之租約（同條例五條）。

3. 更新之效力 關於更新之效力如何，學說上通常分為租賃契約之更新，與租賃期限之更新，而為說明。在前者新舊兩契約無同一性，而在後者原來之契約保持同一性而延長。依此耕地三七五減租條例所稱「應續訂租約」（同條例二〇條），舊土地法施行法就以有建築物為目的承租他人土地之租賃，規定「前條租賃於契約期限屆滿後，承租人繼續使用其土地，出租人於屆滿後三個月不提出異議者，視為依原契約之條件訂立新約」，應解釋為租賃契約之更新，而民法及土地法所定視為以不定期限繼續契約（民法四五一條、土地法一〇九條），則應解釋為租賃期限之更新。德國民法第五六八條規定「租賃關係被延長」，瑞士債務法第二六八條規定為「視為更新為不定期的契約」，法民法第一七三八條規定「成立新租賃」。依德國學說有主張擔保、保證仍為存續（Oertman zu § 568, 4），但亦有主張惟承租人提供之擔保繼續存在，出租人之留置權保持其原有效力，然第三人所提供之擔保或保證，則非經其同意不負其責（Staudinger zu § 568 V; Erbman § 568, 4）。依瑞士通說，認為保證因而消滅（但有反對之判例 Oser zu § 268, Anm. 3）。法國民法規定保證之效力，不及新租賃（法民一七四〇條），其他擔保亦為同樣之解釋（Colin et Capit-ant, no. 1015, Dc, p. 673）。日民法規定「推定以與前租賃同一之條件更為租賃」，可解釋為契約之更新，並規定除押租外，其他擔保例如質權、抵押權、保證均歸消滅（日民六一九條一項二項）。依余所見，繼續的契約關係，為於期限屆滿後繼續，尤其依土地法及其他特別法對於租賃契約之終止，均有嚴格

之限制，共有正當理由，原則上應為繼續時，當事人之意思，已漸失其重要性，不必拘束於契約之更新或期限之更新，應解釋承租人所提供之擔保或交付之押租及出租人之留置權，應繼續維持其效力。惟第三人所提供之擔保或保證，則除租賃之繼續經其同意外，應解為失其效力。又就更新前之契約所作成之公證書，就更新後之租金，是否亦有為債務名義之效力（強執四條四款），因其為同一性之契約關係所生之請求權，應作肯定之解釋（我妻債各四四〇頁）。

三、未定期限之租賃契約

租賃契約未定期限者，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（民法四五〇條二項、德民五六四條二項）。（一）民法僅以終止契約為租賃終了之原因，認為與存續期間不生直接關係，然在土地法及其特別法，以安定承租人之地位為目的，對於當事人以契約訂定期間加以制約，同時對於終止契約之自由，亦加以限制，其結果存續期間與終止契約，自確保租賃之存續之觀點，已有密切之關聯。（二）所謂隨時，亦非毫無限制，仍應顧及誠信原則，自起租時仍須經過相當期間，始得終止。（三）雖有利於承租人之習慣，仍應受民法第四四九條第一項不得超過二十年之限制（二十年院字第五三六號解釋）。（四）本規定非強行法，當事人不妨另為約定。

未定期限之租賃契約之終止，（一）應依習慣先期通知，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（民法四五〇條三項、德民五六五條、參照日民六一七條一項）。（二）耕作地之承租人終止契約者，無論其租賃約定有期限與否，應以收益季節後次期作業開始前之時日，為契約終止期。其租賃未定期限，並應依民法第四五〇條之規定為之（民法四六〇條、日民六一七條二項）。（三）租賃契約雖定期限，保留當事人之一方（或雙方）於期限屆滿前得終止契約者，其終止契約亦應依上述規定，先期通知（民法四五三條、日民六一八條、德民五六五條四項）。（四）終止契約應先期通知者

，其通知亦無須附民法第四五〇條第三項所定之期間，自通知達到承租人之時起，屆滿一星期、半個月或一個月，而並以逢曆定第一星期、半個月或一個月之末日爲終止期。先期通知，所定契約終止期，不合民法規定者，惟其部分無效，延至相當之時期，即應生效。(五)民法關於通知期間，爲任意規定。當事人如以特約變更其期間，一般亦解釋爲有效(雖約定當事人有不同之期限，亦無不可)。然如此約定，應依誠信原則及交易習慣解釋之(*Staudinger, zu § 565, V. S. 537*)。租約中刊有隨時因出租人之請求即應搬出之條款者，一般應解釋爲例文，不生效力。(六)依土地法，耕地出租人收回自耕或因承租人違反民法第四百三十二條第四百六十二條第二項之規定，終止契約時，應於一年前通知承租人(土、一一六條)。此爲通知期間之延長，應解釋爲強行規定。

第五節 租賃關係之消滅

一、租賃關係消滅之原因

1. 期限屆滿 租賃定有期限者，其租賃於期限屆滿時消滅(民法四五〇條一項、德民五六四條一項)。所謂定有期限，不以日期定之者爲限，如約定至其房屋朽廢時爲止，亦不失爲定有期限。然此原則，依特別法之規定，受有限制。例如依耕地三七五減租條例，耕地租約雖期滿，如有下列情形之一，即(一)出租人不能自任耕作者，(二)出租人所有收益足以維持一家生活者，(三)出租人因收回耕地致承租人失其家庭生活依據者，出租人不得收回自耕。

2. 終止契約 (一)通知終止契約之原因，有種種。(一)有因未定期限，當事人之一人得先期通知，而終止之者(民法四五〇條二項三項)。(二)有因當事人保留終止權，而行使之者(民法四五三條)。(三)有因承租人債務不履行，由出租人終止之者(民法四三三八條二項、四四〇條、四四三條三項、四四七

條二項、四五九條）（四）有因不能達租賃之目的，而由承租人終止之者（民法四二四條、四三〇條、四五條二項、四三六條）（註）。（五）因承租人死亡，而由其繼承人終止之者（民法四五二條）。（六）因承租人破產，而由破產管理人終止之者（破、七七條）。（二）終止因須先期通知與否，而有預告終止及即時終止之分。其須先期通知者，上述因租賃未定期限之終止（民法四五〇條）、保留終止權之終止（民法四五三條），因承租人死亡之終止（民法四五二條）、因承租人破產之終止（破、七七條參照日民六二一條）、因收回自己耕作之終止（民法四五八條、四五〇條三項）是也。一般因承租人債務不履行之終止及承租人因不能達租賃目的之終止，無庸先期通知，得為即時終止之通知，然亦不無例外，例如依土地法第一百十四條第五款之規定（土、一一四條五款「違反民法第四百三十二條及第四百六十二條第二項之規定」），終止契約時，出租人應於一年前，通知承租人（土、一一六條）。（三）有數種終止之原因併存者，終止權人得任意選擇其一行使之。如有有利於承租人之習慣時，雖不許出租人隨時終止契約（民法四五〇條二項但書），然若承租人有違約事實，出租人本於法定原因聲明終止時，則承租人縱有習慣上應受之利益，亦不得援用此但書規定，以為對抗（二十二年上字第二四三八號判例）。

【註】瑞債第二六一條第一項「使用承租人，就租賃物之使用，應以一切注意處理之。於住屋租賃，對於同居居住人應為適當之顧慮」，第二項「承租人不願制止，繼續違反前項之義務或依明顯於權利濫用之行為，對於物加以繼續損害時，出租人得連同損害賠償請求，即時解銷契約」。

a. 承租人之死亡 承租人死亡者，租賃契約雖定期限，其繼承人仍得終止契約，但應依第四百五十三條第三項之規定先期通知（民法四五二條、瑞債二七〇條，參照德民五六九條）。租賃權為財產權，因承租人之死亡，由其繼承人繼承（日本大正十三年三月十三日大判）。（一）繼承人與承租人之家屬同居時，不發生問題。然如同居之承租人的家屬非為繼承人時，繼承人是否得主張租賃權，而使原同居之家屬（例如妾）搬出。又繼承人認許同居家屬之居住時，出租人是否得以繼承人未得其承諾而為轉租或為租賃權之讓與，而終止租賃契約，不免發生疑問。有否認租賃權之繼承性，以同居家屬為家團而占有承租人之地

位，惟認有依同居家屬之繼承（加藤一郎「家屋租借權之相續」）。在德國民法，承租人死亡時，繼承人出租人雙方均得終止契約，而否認繼承性（德民五六九條）。惟在承租人保護法（*Mieterschutzgesetz*），以承租人死亡時如繼承人爲承租人之家屬（*Familienangehörigen*）而於承租人死亡時屬於其家計之內者，出租人不得終止契約。雖不具備此要件，出租人對於承租人死亡時屬於其家計之家屬，亦不得終止契約。此家屬代替繼承人擔當承租人之權利及義務，但得拒絕承受承租人之地位。然此規定對於營業場所或營業利用之未建築土地之租賃關係，不適用之。但如繼承人繼續營業，出租人不得終止契約。夫妻共同承租者，其中一人死亡，他一人得依先期通知，終止契約，雖有反對之約定亦同（同法一九條）（*Denecke zu § 569, I b, S. 260*）。在我民法解釋，不得否認租賃權之繼承性。租賃權與營業結合時，不得不認有繼承性，蓋無疑義，即在居住用之租賃，有押租返還請求權、費用償還請求權等之財產的價值，從而一般的亦應認有繼承性，而對於同居家屬的居住權，於其與租賃權兩立之範圍，予以保護。（一）即同居家屬中有繼承人（例如妻及末子），其他另有未同居之繼承人（例如長男）時，則應以爲共同繼承人間之遺產分割問題，而爲解決。其結果未同居之繼承人雖爲居住，出租人不得提出異議。但因此致使用收益之狀態有顯著之變更時，得爲出租人終止租賃契約之事由。（二）同居家屬皆非繼承人時（例如妾、童養媳），繼承人繼續承租賃權，其使原同居家屬搬出，自各方面視之，皆爲不當，構成權利之濫用，此時繼承人對於同居家屬應爲轉租或租賃權之讓與，其與居住結合之營業利益等，應由同居家屬償還於繼承人。出租人不得主張爲未經其承諾之轉租或租賃權之讓與，蓋同居家屬會得與原來承租人共爲使用收益也。在繼承人與同居家屬交涉未定之間，出租人得以任何一方爲相對人，請求租金。交涉久延不決時，得爲出租人終止契約之事由。（三）無繼承人時，由同居家屬（戶長）擔當承租人之權利及義務（我妻榮債各四六三頁四八四頁）。承租人有數人，其中有一人死亡時，因租賃關係不可分，承租人之繼承人，不得單獨終止契約。須協同尚存在之承租人，與出租人商定之。如不能協定時。其租賃契約全部仍繼續存在（*Staudinger, z. § 569,*

I. 3. S. 549)。

b. 承租人與出租人之破產 (一) 承租人之破產：承租人受破產宣告時，雖其租賃契約定有期限，破產管理人得終止契約(破、七七條)。依日本民法第六百二十一條「承租人受破產之宣告時，租賃雖定期間，出租人或破產管理人得依第六百十七條(相當我民法第四五〇條)之規定，爲解約之通知。此時各當事人對於相對人不得請求因解約所生損害之賠償」。依瑞債第二六六條「使用租賃承租人，陷於破產時，出租人未於相當時期內，就遲延租金及其後應屆清償期之租金(定期租賃以期間內之租金爲準，未定期限者依契約或法律規定得因通知而終止時之租賃爲準)，受擔保提供之限度，有解銷租賃之權」。依德國破產法第十九條，「如對於共同債務人(受破產宣告之承租人)已爲租賃物之交付時，相對人(出租人)或破產管理人得通知終止租賃契約。預告期間，除另有訂定外，依法定期間。破產管理人爲終止時，相對人(出租人)有請求賠償因終止契約所生損害之權」。第二十條規定「於破產程序開始時，對於共同債務人尙未爲租賃物之交付時，他方當事人(出租人)得解除契約。因破產管理人之請求，他方當事人應無遲延的向其表示是否願意解除契約。怠於爲之者，適用第十七條之規定」(破產管理人有拒絕履行之權)。我破產法僅就破產管理人終止契約爲規定，出租人是否得終止契約，不無疑問。依余所見，在破產程序開始時，租賃物尙未交付者，出租人得依民法第二百六十五條拒絕交付租賃物。租賃物已交付者，出租人得依民法第四百四十條之規定，終止契約，自不待論。然是否仍應受同條第二項之限制，即房屋租賃遲付租金之總額非達兩期之租額不得因定期催告而終止契約，殊堪研究。依余所見，可類推適用民法第二百六十五條及參照瑞民第二百六十六條之規定，解釋出租人得請求承租人就遲延租金及將來應支付之租金爲交付或提供擔保，未於相當期限內爲之者，不得主張民法第四四〇條第二項之利益，蓋承租人已受破產宣告，則其租金給付爲不可期待，而必強使出租人俟有二期租金之遲付始可終止契約，未免不公也。有謂我破產法第九八條第一項前段規定「對於破產人之債權，在破產前成立者爲破產債權」，與日本破產法第十五條所定「

對於破產人基於破產宣告前之原因所生財產上之請求權爲破產債權（德破產法三條一項）不同，發生原因雖在先而其成立在破產宣告以後者，當然不在破產財團之內，無論如何繼續，均於破產債權人無損，故無許破產管理人終止租賃契約之必要（龍著二一四頁）。然破產法所謂破產前成立之債權，應包括發生原因在破產宣告以前存在者在內。此觀於破產法第一〇二條第一〇五條之規定，至爲明顯，而且即如論者解釋出租人保有大量押租或就承租人置於其租賃不動產之物有留置權時，亦不能謂終止契約於破產債權人無利益。破產管理人終止租賃契約時，是否須先期通知，在德國立法俱有積極之明示，已如上述。我破產法雖未就此點爲規定，解釋上應相同。（二）出租人之破產：出租人受破產之宣告時如何，法律未爲規定。如租賃物尚未交付，破產管理人得履行契約。如不爲履行，承租人惟有損害賠償請求權（構成破產債權 *Obj. I, zu § 286, Anm. 5, S. 1043*）。在租賃物交付後，於租賃存續中，有破產之開始時，承租人仍繼續租賃關係，然不因此而妨礙租賃物之出讓。破產管理人爲出讓時，其租賃對於新取得人仍繼續存在（民法四二五條）。

c. 土地重劃 「承租地因土地重劃，不能達租賃之目的者，承租人得終止其契約。因土地重劃致妨害承租人之使用者，承租人得請求租金之相當減額。承租土地重劃致增加其利用之價值者，出租人得請求租金之相當增額。對於前項之請求，承租人得終止契約，而免其義務」（土地重劃辦法三十一條）。

3. 租賃物使用收益之不能與租賃終了之關係（一）標的物之一部滅失，或其他用益之一部不能，原則上不使租賃終了。因不可歸責於承租人之事由，致租賃物之一部滅失者，惟就其存餘部分不能達租賃之目的時，承租人得終止契約（民法四三五條）。（二）因租賃物之全部滅失或其他情事，致使用收益全部爲不能時，爲給付不能，不問其原因之所在，租賃關係因而終了，有過失當事人之責任，惟爲損害賠償之問題而爲處理。出租人有過失時，發生因債務不履行之損害賠償義務，承租人有過失時，構成債務不履行（違反保管義務）及侵權行爲，應自賠償責任。依最高法院判例「租賃標的物因天災或意外事變滅失者，其

租賃關係即無存續之可能，無論原契約有無存續期間，均可爲終止原因」（十九年上字第一〇六〇號）。又依司法院第一九五〇號解釋「租賃之房屋，因天災或其他事變，致全部滅失者，依民法第二百五條第一項第二百六十六條第一項，出租人免其該房屋租與承租人使用之義務，承租人亦免其支付租金義務，租賃關係當從此消滅。惟當事人間訂有出租人應重蓋房屋，租與承租人使用之特約者，從其特約。該地方有此習慣可認當事人有作爲契約內容之意思者，即爲有此特約。至房屋之地基，固得因使用房屋而使用之，若租賃關係已因房屋滅失而消滅，即無獨立使用之權。其在該地搭蓋柵屋居住者，究爲侵權行爲抑或爲無因管理，應視具體事實定之」。其實租賃關係因全部滅失之終了，並不因天災或意外事變而生者爲限。

二、租賃關係消滅之效力

1. 租賃關係終了時，不問其原因如何（期滿、終止或解除契約），自生終了原因之時起，惟向將來發生效力，蓋在繼續的關係，若認溯及的消滅，則其間之使用收益及已收受之租金，應由雙方以爲不當得利而返還，未免爲迂曲無意之事也。

關於法律行爲一般之消滅原因，例如解除條件之成就、意思表示之撤銷等，民法總則之規定，對於租賃亦有適用，從而撤銷及附有溯及效力之解除條件之成就，應生溯及的效力（鳩山債各五〇六頁）。然亦有主張租賃之撤銷，亦不應生溯及效力，租賃契約之無效亦然（平野民法上之羅馬思想與日耳曼思想四一三頁以下）。

2. 承租人於租賃關係終止後，除租賃關係因租賃物之全部滅失而終了外，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）。就自己支出之必要及有益費用，得請求償還（民法四三〇條、四三一條一項）。就租賃物所增加之工作物，得取回之（民法四三一條二項）。其費用償還請求權及工作物取回權，因自租賃關係終止時起，二年間不行使而罹時效（民法四五六條）。出租人就租賃物所受損害，對於承租人之賠償請求權（民法四三二條二項至四三四條、四三七條二項、四四四條

二項、四六三條），不問基於法律規定或當事人契約，自受租賃物返還時起算，因二年間不行使而消滅（民法四五六條）。（一）關於租賃當事人得向他方行使請求權之期間，日本民法（六二二條準用六〇〇條）定為一年之除斥期間，德國民法（五五八條）定為六個月之时效期間。我民法則定為二年之时效期間。出租人雖同時有其他法律原因之支持（例如委任、無因管理、所有權、侵權行為、不當得利），亦適用此短期时效。（二）就承租人惟有共有權之物（例如階梯、走廊）亦然。其因承租人之過失對於其無使用權之建築物部分，並加以損壞時，亦一同適用此短期时效。（三）上述賠償請求權及費用償還請求權，如因債務人履行遲延發生遲延利息者，其利息債權為基本債權之擴張，關於基本債權所設时效的規定，於遲延利息債權，亦應適用。

3. 租賃關係終止後始到期之租金，出租人已預先受領者，應返還之（民法四五四條、德民五四三條二項五五五條）。（一）依德民第五四三條第二項規定「將來之租金經預付者，出租人應依第三四七條之規定，回復原狀。因非可歸責於出租人之事由經通知終止契約而終止者，應依不當得利之規定返還之」。即因可歸責於出租人之事由者，依解除契約時回復原狀之規定（金錢應自受領時起附加利息），非因可歸責於出租人之事由而終止者，惟依不當得利之原則負返還之責。我民法第四五四條規定「依前二條之規定終止時，如終止後始到期之租金，出租人已預先受領者，應返還之」。即承租人死亡時，由繼承人終止契約，定有期限之租賃契約保留有終止權時，因其終止權之行使而終止，此二種終止原因，均非可歸責於出租人，故應解釋此時不須附加利息。如因可歸責於出租人之事由而終止時，則應參照德民規定，解釋準用契約解除時回復原狀之規定，應附加自受領時起之利息（民法二五九條二款）。

4. 出頂及優先承租 「商人承租房屋，開設店舖，因在該地點營業多年，漸為人所共知，使該地點成為易獲多數顧客之營業場所者，對於該地點即有一種商業上之利益，承租人與出租人約定租賃關係消滅時，承租人得將此種利益出頂於人者，自不得妨害其出頂。其約定房屋因事變滅失，致租賃關係消滅後，重建

房屋出租時，有此利益之原承租人，依同樣條件，有承租之優先權者，出租人亦不得違其約定。如該地方有許承租人出頂其利益或優先承租之習慣，可認為當事人有以此為契約內容之意思者，即應按照習慣辦理（院字第二二三六號解釋）。

5. 租賃之終了與轉租之終了（一）承租人得出租人之承諾而為轉租時，轉租是否因租賃之終了而當然消滅。雖有主張轉租以租賃之存續為前提，因租賃之終了而當然終了。依余所見，轉租為與租賃不同之另一租賃關係，除標之物之滅失應為兩者共同之消滅原因外，其就一方所生之事項，不當然對於他方發生效力。不得謂因租賃之終了而當然使轉租失其效力。但因租賃終了出租人得直接或間接對於占有標之物之承租人請求返還，其結果為承租人義務之履行不能，而轉租亦不得不因而終了。出租人因不支付租金而終止租賃契約時，基於上述同一之理由，其轉租亦不得不因而終了。然承租人得出租人之承諾而為轉租時，次承租人已取得合法之地位，出租人與承租人不得以合意解除而使其消滅。（二）轉租雖未得出租人之承諾，仍為有效之債權契約，已如前述。出租人以其為違法之轉租終止租賃契約時，轉租雖亦不因此當然失其效力，不過次承租人此時不得對於出租人主張權利，出租人得逕向次承租人請求標之物之返還，從而轉租亦因承租人之履行不能而消滅。（三）出租人之地位與次承租人之地位，歸屬於同一人時，租賃及轉租關係除當事人間有使其消滅之合意外，應解釋不當然消滅（參照末川債權各論二二五頁至二二七頁、沼義雄債各下七九頁至八一頁）。

第六節 特殊租賃

第一目 耕作地之租賃

關於耕作地租賃，民法設有特別規定（民法四五七條至四六三條），土地法更設有土地租用一章（土

一〇六條至一二四條），此外民國四十年六月七日復有耕地三七五減租條例之公布。此三者間之關係如何，應加以說明。土地法對於民法為特別法，耕地三七五減租條例又對於土地法為特別法，依特別法應先於普通法而適用之原則，應先適用三七五減租條例，次補充適用土地法關於耕地租用之規定，又其次補充適用民法關於耕作地租賃之特別規定，再順次適用民法關於不動產租賃及關於一般租賃之規定（耕地三七五減租條例一條）。然耕作地與耕地之範圍，不盡相同。在土地法及耕地三七五減租條例，均以自任耕作者為限（土、一〇六條、減租條例一條）。自耕，係指自任耕作者而言，其為維持一家生活直接經營耕作者，以自耕論（土、六條）。故必須自任耕作之耕地，始依上述次序，先適用特別法而後適用民法。若非自任耕作，則概適用民法之規定。又依舊土地法第一百七十一條第二項，耕地包括牧畜。依土地法及耕地三七五減租條例，耕地包括漁牧（土、一〇六條二項、減租條例一條）。依瑞士債務法，解釋農地包括牧畜（Ost zu §284, 2, S. 1076）。我民法上之耕作雖有時與牧畜對稱（民法八四二條），然於所謂耕作地，亦可解釋包括牧畜在內。

一、關於地租之特別規定

1. 地租最高額之限制 依土地法規定，地租不得超過地價百分之八（土、一一〇條）。然此規定窒礙難行，舊土地法（一七七條）乃以耕地正產物收穫總額為標準，規定不得超過收穫總額千分之三百七十五。依民國三十六年三月二十日從二字第一〇〇五〇訓令轉國防部最高委員會第二三次常務會議決議「耕地佃農應繳之地租，暫仍依正產物千分之三七五計算」。臺省舉辦三七五減租，即以舊土地法為根據。依耕地三七五減租條例第二條第一項規定「耕地地租不得超過主要作物正產物全年收穫總量千分之三百七十五，原約定地租超過千分之三百七十五者，減為千分之三百七十五。不及千分之三百七十五者，不得增加」。第二項規定「前項所稱主要作物，係指依當地農業習慣種植最為普遍之作物或實際輪植之作物。所稱正產品係指農作物之主要產品，而為種植之目的者」。耕地出租人以耕畜、種子、肥料或其他生產用具，

供給承租人者，除依民法第四百六十二條及第四百六十三條之規定外，得依租用契約，於地租報外，酌收酬。但不得超過供給物價值年息百分之十（土、一一一條）。以賣物繳付，需由承租人運送者，應計程給費，由出租人負擔之（減租條例七條）。

2. 預收地租之禁止 耕地出租人不得預收地租（土、一一二條一項前段、減租條例一四條）。此為民法第四三九條之特別規定，縱有反對之契約或習慣，亦須於收益季節終了時給付地租。約定承租人應預付地租者，其部分為無效。已預交者，得請求返還，不適用民法第一八〇條第二款之規定。

3. 擔保金之限制及計息 依土地法「因習慣以現金為耕地租用之擔保者，其金額不得超過一年應繳租額四分之一（土、一一二條一項但書）。若無此習慣而收取擔保金（押租）或雖有此習慣而所收之擔保金超過限額者，承租人得請求返還或以之抵付地租。又擔保金應計算利息，作為地租之一部。其利率應按當地一般利率計算之（土、一一二條二項）。此利率自不能超過法律之限制（利率管制條例五條、民法二〇五條）。依耕地三七五減租條例，出租人不得收取押租。在條例施行前收取之押租，應分期返還承租人或由承租人於應繳地租內分期扣除。前項押租如為金錢時，由縣（市）耕地租佃委員會按照交付當時之市價，折合農作物計算之（同條例一四條）。

4. 地租之一部交付 承租人不能按期支付應交地租之全部而以一部支付時，出租人不得拒絕收受（土、一一三條前段）。依民法第三一八條，一部清償限於有法院之特許，而耕地之地租，則不須經過此程序。耕地三七五減租條例更規定出租人無正當理由拒絕收受時，得送請鄉鎮（區）公所代收，限出租人於十日內領取，逾期得標售管理，其效力與提存同（同條例十條）。然承租人亦不得因出租人收受一部支付，而推定為減租之承諾（土、一一三條後段）。

5. 地租之減免 依民法，耕作地之承租人因不可抗力致其收益減少或全無者，得請求減少或免除租金（民法四五七條一項、瑞償二八七條一項、日民六〇九條）。（一）所謂不可抗力，謂由外部襲來的異於尋

常之力所生的不可避免之事件（參照拙著債法總論三五四頁），例如風雹、虫害、酷寒、水旱、戰災等。承租人或其家屬之疾病或意外事件，不在其內。（二）所謂收益減少，謂一般收穫量之減少。農產物之跌價，不在其內。（三）因不可抗力收益減少或全無時，視其減少之程度，承租人得行使租金減免請求權。此請求權性質上為形成權，其情形與民法第四三五條第一項所定之租金減少請求權相同。依土地法第一百二十三條規定「遇有荒歉，市縣政府得按照當年收穫實況，為減租或免租之決定。但應經民意機關之同意」。耕地三七五減租條例第十一條更規定「耕地因災害或其他不可抗力，致農作物歉收時，承租人得請求鄉鎮（區）公所耕地租佃委員會查勘歉收成數，議定減租辦法。鄉鎮（區）公所耕地租佃委員會，應於三日內辦理之。地方如普遍發生前項農作物歉收情事，鄉鎮（區）公所耕地租佃委員會應即勘定受災地區、歉收成數，報請縣（市）政府耕地租佃委員會議定減租辦法。耕地因災歉致收穫量不及三成時，應予免租」。

前項租金減免請求權，不得預先拋棄之，雖有拋棄之約定，承租人不受其拘束，並不因此喪失減免請求權。然若事後承租人情願支付租金，則為權利之拋棄，應認為有效。依瑞士債務法，此權利之預先拋棄，以如此事變之可能發生，於決定租金時已加以考慮，或承租人之損害依保險而受補償時為限，有拘束力（瑞債二八七條二項）。

以上五點，除第五點係規定於民法之中，對於一般耕作地租賃均有適用外，其餘四點，則惟適用於以自任耕作為目的之耕地。

二、關於轉租之禁止

依民法第四五九條之規定，只須經出租人之承諾，耕地承租人亦與一般承租人同樣，得為轉租。土地法則規定耕地承租人縱經出租人之承諾，亦不得將耕地全部或一部轉租於他人（土、一〇八條），蓋欲革除包租制度，免除中間之剝削也。然如耕地承租人經出租人之同意為轉租時，其轉租及原租賃契約之效力如

何，不無疑問。依余所見，並不能使原租賃契約及轉租契約爲無效，不過此時耕地承租人不能再享受土地法之利益，而惟可適用民法之規定，出租人並可隨時終止契約。爲解決此問題，耕地三七五減租條例第十六條更規定「承租人應自行耕作，並不得將耕地全部或一部轉租於他人。承租人違反前項規定時，原訂租約無效，得由出租人收回自行耕種或另行出租。但在本條例施行前發生者，其轉租及未轉租部分，由現耕人及原承租人分別與出租人換訂租約，至原訂租約期滿之日爲止。承租人因服役致耕作勞力減少，而將承租耕地全部或一部託人代耕者，不視爲轉租」。同條例第二十四條對於轉租，並定有處罰。又耕地承租人得出租人之承諾，是否得將租賃權轉讓於他人。依余所見，土地法及耕地三七五減租條例，均無禁止讓與之明文，應解釋爲有效。惟依同條例第十六條規定「承租人應自行耕作」及土地法第三十條規定農地所有權之承受人以承受後能自耕者爲限，應解釋耕地租賃權之受讓人，亦以能自耕者爲限。

三、關於出租人法定留置權範圍之限制

依民法第四四五條，不動產出租人就租賃契約所生之債權，對於承租人之動產置於該不動產者，有留置權。土地法爲保護佃農設有限制的規定，即耕地出租人對於耕作上必需之農具、牲畜、肥料及農產物，不得行使民法第四四五條規定之留置權（土、一一八條）。所謂農產物，有謂即指種子而言（薛著一二四頁），似無爲此狹義的解釋之必要。

四、關於耕地承租人優先承買承典及承租權

依土地法第一〇七條規定，出租人出賣或出典耕地時，承租人依同樣條件，有優先承買或承典之權。前項優先權於接到出賣或出典之通知後十日內不表示者，視爲放棄。依耕地三七五減租條例第十五條「耕地出賣或出典時，承租人有優先承受之權。出租人應將賣典條件通知承租人，承租人在十五日內未以書面表示承受者，視爲放棄。出租人如因無人承買或受典而再行貶價出賣或出典時，仍應照前項規定辦理。出租人如違反前二項規定而與第三人訂立契約者，其契約不得對抗承租人」。(一)關於優先承買權（亦稱

先買權）承典權之性質，雖有主張爲債權的請求權，非有物權的效力，不得據以對抗一般第三人（上字第三六二三號判例）。依余所見，爲能權之一種，得依承租人一方之意思表示，發生法律上之效力。即出租人因而負有移轉土地所有權之義務，承租人負有支付出租人原與第三人所約定價金之義務（參拙著土地法原論二〇〇頁至二〇七頁）。（二）如經出租人預先以賣典條件通知承租人，承租人在十五日以內（土地法雖規定爲十日，依特別法之特別法，優先於特別法之原則，應以十五日爲準），未以書面表示承受者，視爲放棄。（三）優先承典權與優先承買權相似，其效力及行使方法，二者相同。故土地法及耕地三七五減租條例，規定於一條。惟耕地經所有人出典後，由典權人出租者，則土地法第一〇七條及耕地三七五減租條例第十五條所稱之出租人爲典權人，而非所有人。典權人出賣其對於耕地之典權時，承租人有優先承買典權之權。其典權出賣之通知，應由典權人爲之。又典權人轉典時，解釋上其承租人亦有優先承典之權（土、一〇七條）。（四）在轉租雖獲出租人之同意，或出租人非爲租賃物所有人而有爲出租之權（例如典權人、地上權人）者，於所有人出賣或出典標的物時，其次承租人或承租人對於所有人，不得主張優先承買權或承典權（參照三十三年院字第二六六三號解釋）。

收回自耕之耕地再出租時，原承租人有優先承租之權。自收回自耕之日起未滿一年而再出租時，原承租人得以原租用條件承租（土、一一七條）。自收回之日起滿一年而後出租者，則可解釋爲以出租人與第三人所約定之同一條件承租。此優先承租權亦爲能權之一種。

五、關於照價收買請求權

土地所有權人爲不在地主（土一八條）或非自耕農而又非藉土地維持生活之老弱、孤寡、殘廢及教育慈善公益團體，其承佃人繼續耕作滿八年以上者，得請求該管縣市政府代爲照價收買之（土、三三條）。（一）所謂照價，有解釋爲照時價（薛著一二二頁），應解釋照法定地價（土、四八條一五六條一五八條）。（二）所謂請求代爲收買，有強制契約之性質，由該管縣市政府認爲合於土地法第三十三條所定之要

件，向土地所有人轉達收買之意思表示而成立土地所有人與承佃人間之買賣契約，不須土地所有人之承諾。(三)如承租人非向所有權人承租，則與所有權人間無租賃關係，例如由典權人承租，則對於出典人不得爲此請求。(四)耕地承租人之優先承買及承典權，均以承租人自任耕作爲限(土、一〇六條)。承佃人之代爲收買請求權，亦應解釋以自任耕作爲限，蓋如此始合於耕者有其田之寓意也。

六、關於終止租賃契約之限制

民法關於耕地租賃契約之終止，惟就未定期限契約及有期限契約之期前終止，第四五九條設有限制。其定有期限者，仍因期限屆滿而消滅(民法四五〇條一項)。不定期限之耕作地租賃契約，惟因出租人收回自耕(民法四五八條)、欠租經定期催告而不爲支付(民法四四〇條)、承租人違反保管保持義務而不爲賠償(民法四三二條)、未經出租人承諾而爲轉租(民法四四三條一項)、因可歸責於承租人之事由致附屬物滅失而不爲補充(民法四二八三條二項)等原因，得由出租人通知終止。因收回自耕而終止者，並應依民法第四五〇條第三項之規定，先期通知。對於定有期限之耕作地租賃契約，除於期前不得收回自耕外，出租人得依民法第四五九條所定上述各原因通知終止契約。土地法則分別就不定期限及定有期限之耕地租賃，更爲限制之規定，分述之如左。

1. 不定期限耕地租賃契約之終止 依不定期限租用耕地之契約，僅得於有左列七種情形之一時，得終止之(土、一一四條)。其中有當然終止者，有得即時通知終止者，有須先行通知者。

(a) 承租人死亡而無繼承人時 此時應解釋爲租賃關係當然終了。

(b) 承租人放棄其耕作權時 承租人放棄其耕作權利，應於三個月前向出租人以意思表示爲之。即須先行通知。非因不可抗力繼續一年不爲耕作者，視爲放棄耕作權利。即繼續滿一年租賃關係當然終止(土、一一五條)。

(c) 出租人收回自耕時 出租人收回自耕，應於一年前先行通知承租人(土、一一四條三款一六

條)。然若收回自耕之耕地再出租時，原承租人有優先承租之權，已如前述（土、一一七條）。

(d) 耕地依法變更其使用時，耕地依法變更其使用（土、八一條八五條）時，乃為因不歸責於雙方當事人之事由致給付不能（民法二六六條），租賃關係當然終了。

(e) 違反民法第四百三十二條及第四百六十二條第二項之規定時，此係因承租人違反保管義務致耕地毀損滅失或致其生產力減少滅失不為賠償，或耕地租賃附有附屬物因可歸責於承租人之事由而滅失不為補充時，依民法規定應得即時終止契約。然依土地法規定，仍應於一年前通知（土、一一四條五款一六條）。

(f) 違反土地法第一八〇條之規定時，土地法絕對禁止轉租，不問轉租已否得出租人之同意，出租人均得即時終止契約。依耕地三七五減租條例，則原訂租約為無效（用語不妥），即當然終了。

(g) 承租人積欠地租達二年之總額時（土、一一四條七款），此時出租人是否仍應依民法第四〇〇條之規定定期催告承租人，逾期仍不支付，始得終止契約，解釋上出租人得即時終止契約，蓋土地法第一百十六條惟規定第一百十四條第三款及第五款情形應先期通知也。

以上土地法第一一四條第三款第五款第七款，均係關於出租人終止不定期租賃契約之規定，民法第四五九條關於耕地之特別規定，已排除民法第四五〇條第二項規定之適用，土地法第一一四條更排除民法第四五九條之適用。

依耕地三七五減租條例，租約應一律以書面為之。其訂立、變更、終止或換約，應由出租人會同承租人請求登記。耕地租佃期間不得少於六年（同條例六條五條），是耕地租賃必須為定有期限之租賃，而無不定期租賃存在之餘地。

2. 定期耕地租賃契約之終止 其消滅原因分別規定於土地法第一〇九條及土地施行法第二十七條。

a. 期限已屆滿者 依定有期限之契約租用耕地者，於契約屆滿時，除出租人收回自耕外，如承租人繼

續耕作，視為不定期限繼續契約（土、一〇九條）。如出租人非收回自耕，縱表示反對之意思，仍視為以不定期限繼續租賃關係（民法四五一條之例外規定）。依耕地三七五減租條例，耕地租約期滿時，如有下列情形之一者，出租人不得收回自耕。即（一）出租人不能自任耕作者，（二）出租人所有收益足以維持一家生活者，（三）出租人因收回耕地致承租人失其家庭生活依據者（同條例一九條一項）。出租人如確不能維持其一家生活而有前項第三款情事同時發生者，得申請鄉鎮區公所耕地租佃委員會予以調處（同條例一九條二項）。因此出租人收回自耕之機會，亦大為減少。又依同條例，耕地租約於租期屆滿時，除出租人依本條例收回自耕外，如承租人願繼續承租者，應續訂租約，即另訂六年以上之新租約（同條例五條）。

b. 期限未屆滿前 依土地法施行法第二十七條規定，土地法第一百十四條第一第二第六第七各款之規定，於定期租用耕地之契約準用之，此為期前終止契約之原因，而土地法第一百十四條第三款第四款第五款均不準用。然第四款不準用，似於理有不合，意者可適用民法第二六六條之規定，無庸另為規定乎。依耕地三七五減租條例第十七條，耕地租約在租佃期限未屆滿前，非有下列情形之一，不得終止。即（一）承租人死亡而無繼承人時，（二）承租人因遷徙或轉業放棄其耕作權時，（三）地租積欠達兩年之總額時。此規定大概與上述土地法施行法第二十七條之規定相同。

3. 耕地租賃契約之終止期 耕地出租人為租賃契約之終止者，應以收益季節後次期作業開始前之時日，為契約之終止期（民法四六〇條）。依土地法第一一四條第三款或第五款之原因終止契約者，既須適用土地法第一一六條之規定，應於一年前通知承租人，又須適用民法第四六〇條之規定，以收益季節後次期作業開始前為契約之終止期。依耕地三七五減租條例第十八條「耕地租約之終止，應於收益季節後次期作業開始前為之。但當地有特殊習慣者，依其習慣」。其規定與民法第四六〇條大致相同。惟如當地有特殊習慣，則可從其習慣。依特別法優於普通法而適用之原則，應先適用耕地三七五減租條例之規定。

4. 耕地租賃關係終了之效力 關於耕作地關係之終了，民法特規定「耕作地之承租人，因租賃關係終止時未及收穫之孳息所支出之耕作費用，得請求出租人償還之。但其請求額，不得超過孳息之價額（民法四六一條、德民五九二條）。此係就非經出租人爲終止之通知而契約終止時（例如期限屆滿）所爲之規定，蓋依民法第四六〇條，出租人終止契約，應以收益季節後次期作業開始前之時日爲終止期也。（一）須爲於收益季節前應收穫之孳息。（二）承租人就孳息亦應負擔危險，故請求之價額不得超過孳息之價額。孳息付保險者，其保險金代替孳息。（三）在分益佃，其應以實物付租之部分，不成立償還請求權。（四）歉收時承租人支出耕作費，出租人亦支出有耕作費，而二者之和多於收益者，承租人惟得按照比例，請求償還。（五）應收取之孳息，出租人怠於爲之者，仍不能免償還之責。（六）償還請求權，惟於孳息之收穫後始爲屆期，蓋此時其收取之孳息之價值，始得確定也。在此時點以前，承租人之請求權，惟爲將來及附有條件債權。

七、關於耕地改良費之償還請求權

依土地法第一百十九條第一項之規定「於保持耕地原有性能及效能外，以增加勞力資本之結果，致增加耕地生產力或耕作便利者，爲耕地特別改良」。此所謂耕地特別改良，包括施肥、地面整理等之一時的改良及灌溉、排水、造路等之永久的改良，與民法第四三一條所謂有益費用相當。在民法，承租人就租賃物支出有益費用，以出租人知其情事而不爲反對之意思表示時，始得請求償還。依土地法，土地之特別改良，承租人得自由爲之，不過應即將特別改良費之數額，通知出租人（土、一一九條二項）。（一）契約終止原因之限制（土、一二〇條）：即因土地法第一百四十四條第二（承租人拋棄其耕作權利）、第三（出租人收回自耕）、第五（承租人違反民法第四三二條或第四六二條第二項之規定）、第六（轉租）各款原因契約終止時，承租人得請求償還，第一款第四款情形，則無須償還。至第七款（地租積欠二年之總額）雖不在同條列舉範圍，然應解釋於具備民法第四三一條之要件時，亦得請求償還，並得於所欠地租中扣抵

。(二)償還請求之時期，須於契約終止返還耕地時爲之（土、一二〇條）。（三）償還之範圍，以於請求返還時尚未失其效能部分之價值爲限。其價值得由該管縣市政機關估定之（土施、二八條）。依耕地三七五減租條例第十三條第一項「承租人對於承租耕地之特別改良，得自由爲之。其特別改良事項及用費數額，應以書面通知出租人，並於租佃契約終止返還耕地時，由出租人償還之。但以未失效能之部分爲限」。惟對於契約終止之原因，並未加以限制，與土地法不同，是以因地租積欠達二年之總額而終止租賃契約時，亦得請求償還（減租條例一七條三款）。

八、關於附屬物之規定

耕地之租賃，附有農具、牲畜或其他附屬物者，當事人應於訂約時評定其價值，並繕具清單，由雙方簽名，各執一份（民法四六二條一項、瑞債二七六條）。（一）價值之評定及清單之作成，並非租賃契約有效成立之形式的要件。當事人清單之作成義務，因租賃契約之成立而始發生，如一方拒絕協力，他方得請求法院作成或命第三人作成之（Oest, zu § 276, 1, S. 1072）（11）附屬物（Inventar）法律雖未爲規定，一般謂與耕作地經營目的有密切關係之動產總體，通常分爲活的附屬物（例如耕畜）及死的附屬物（例如農具、耕耘機、種子、肥料）（Schaubinger, zu § 586, 1b, S. 617）。農舍應解釋不在其內。出租人供給農舍而收租金者，則爲房屋租賃。無償供給者，爲使用借貸。依耕地三七五減租條例第十二條「承租人之農舍，原由出租人無條件供給者，本條例施行後，仍由承租人繼續使用，出租人不得藉詞拒絕或索取報酬」。（三）附屬物與耕作地一併出租時，其收取租金數額，民法並無限制。依土地法第一百二十一條「耕地出租人以耕畜、種子、肥料或其他生產用具，供給承租人者，除依民法第四百六十二條及第四百六十三條之規定外，得依租用契約，於地租外，酌收報酬。但不得超過供給物年息百分之十」。

附有清單所載附屬物之效力，依民法之規定，有左列特點。

1. 因可歸責於承租人之事由而滅失者，由承租人負補充之責（民法四六二條二項、德民五四八條之反面

解釋 *Staudinger zu § 886, I 2*)。依民法第一九六條之規定，承租人口須負金錢賠償之責，然依此規定承租人應負回復原狀之義務，即須補充同種類同品質之物，以爲賠償。

2. 因不可歸責於承租人之事由而滅失者，由出租人負補充之責任（民法四六二條三項、德民五八六條二項）。即其危險應由出租人負擔。依民法四三三條第一項之規定，承租人惟得按滅失之部分，請求減少價金。然依此規定，承租人亦得請求出租人爲滅失物之補充（*Staudinger, zu § 886, I 2, 618*）。但依德國民法第五八六條第二項後段，附屬物如爲動物而產有畜仔，承租人就其通常之滅失（非因傳染病而死亡），於適於正常經營之限度，應以仔畜代充之。我民法關於此點未爲規定，如對於耕畜之使用收取報酬，則爲租賃，承租人有取得其孳息所有權之權。如無特別約定，承租人不負此義務。如未收報酬，則爲使用借貸，出租人保有取得其孳息之權，自可以之補充。

3. 耕作地之承租人，依清單所受領之附屬物，應於租賃關係終止時，返還於出租人。如不能返還者，應賠償其依清單所定之價值。但因使用所生之通常拆耗，應扣除之（民法四六三條、瑞債二九九條）。（一）依此規定所評定之價值，縱不精確或於返還時價值縱有上落，亦應依清單所定之價值爲賠償（但因使用所生之通常拆耗應扣除之）。此點與一般租賃不同。然此亦並不排除情事變更原則之適用。（二）承租人依民法第四百六十二條第二項之規定既已爲補充者，以補充物返還爲已足。附屬物之滅失基於不可歸責於承租人之事由，出租人不爲補充，而承租人甘於請求減少價金或聽任之者，自無庸返還。

九、關於耕地租用糾紛之調處

依土地法第一百二十二條「因耕地租用業佃間發生糾紛，得由該管縣市政機關予以調處。不服調處者，得向司法機關訴請處理」。依耕地三七五減租條例，出租人與承租人因耕地租佃發生爭執時，應由當地之鄉鎮（區）公所耕地租佃委員會調解。調解不成者，應由縣（市）政府耕地租佃委員會調處。不服調處者，由縣（市）政府租佃委員會移送該管司法機關。司法機關應即迅予處理，並免收裁判費用。前項爭

議，非經調處，不得起訴（同條例二六條）。經調解、調處成立者，如當事人之一方不履行其義務時，他造當事人得逕向該司法機關聲請強制執行（強執四條六款），並免收執行費用（同條例二十七條）。

第二目 房屋租賃

關於房屋租賃，民法除關於一般租賃規定外，設有關於不動產租賃之規定，復另有關於房屋租賃之特別規定（民法四二四條、四四〇條二項、四四三條一項）。此外尚有土地法第三編第三章關於房屋租用之特別規定，復有現已失效的房屋租賃條例之特別法。土地法對於民法為特別法，房屋租賃條例對於土地法為特別法，亦即為特別法之特別法。於房屋租賃條例有效期間，應先適用該條例，次補充適用土地法，再其次補充適用民法規定。又應先適用民法關於房屋租賃之規定，次適用關於不動產租賃之規定，又其次適用關於一般租賃之規定。然租賃條例並非適用於一切房屋租賃，惟限於省市政府所在地及人口繁多租屋困難經省政指定適用之地區（同條例一項），現已失效，自不適用。土地法關於房屋租用之規定，亦非適用於一切房屋租賃，惟適用於城市地方之房屋租賃（院解字第三六四三號），而且土地法第一百條之規定，依司法院解釋惟適用於不定期限之租賃（院解字第三四八九號變更原第三二三八號解釋），是以非城市地方之房屋租賃，以及城市地方之定期房屋租賃，關於契約之終止，均應適用民法關於租賃之規定。所謂城市地方，應解釋以市行政區域為其範圍，俗所謂市鎮，不在其內（參照院解字第二四六二號）。

一、關於租金之限制

依土地法第九七條規定「城市地方房屋之租金，以不超過土地及建築物申報總價額年息百分之十為限。約定房屋租金，超過前項規定者，該管市縣政府得依前項所定標準，強制減定之」。依土地法施行法第二十五條「土地法第九十七條所謂土地及建築物之總價額，土地價額依法定地價，建築物價額依該管市縣地政機關估定之價額」。施行法與土地法之規定，有未符合，應以施行法為準。（一）關於本條所定之意

義，有兩種不同之見解。(一)有以爲本條係授權的規定，不直接發生限制租金之效力，惟於市縣政府基於此授權以單行規章，規定不得超過土地法所定之標準或以命令宣布本條實施之時起，始生拘束力(參照薛著八一頁)。有謂自新土地法施行後，城市地方之約定租金，即一概不得超過此租金標準。依余所見，第一種見解，較有彈性，可因機制宜，舊土地法即係採用第一種見解，規定準備房屋額繼續六個月不及房屋總數百分之一時，市政府得規定房屋標準租金(舊土、一六二條一款)。標準租金以不超過地價冊所載土地及建築物之估定價額年息百分之十二爲限(舊土、一六三條)。新土地法所規定形式，雖與舊土地法稍有不同，似可酌取其意，以爲解釋。(二)在城市地方，自法定房屋租金標準實施之翌日起，約定租金超過標準者，該管市縣政府得依法定標準，強制減定之(土、九七條二項、參照舊土一六四條)。承租人如已支付超過之額，是否得請求返還，依房屋租賃條例第四條規定「租金按月給付。其最高額得由該政府經民意機關之同意，按當地經濟狀況，予以限制。約定租金超過前項最高額之限制者，其超過部分視爲不當得利，承租人得於給付後六個月內，請求返還之」。土地法既無此項規定，在未經該管市縣政府依法減定前，已支付之租金，應解釋爲不得請求返還。

二、關於擔保金之限制

1. 擔保金額之限制 擔保之金額，不得超過二個月房屋租金之總額。已交付之擔保金(押租)，超過前項限度者，承租人得以超過之部份抵付房租(土、九九條)。抵付性質上爲抵銷，由承租人以一方的意思表示，向出租人爲之。在抵付以前，超過部分之押租，亦應依土地法第九十八條計算利息。

2. 擔保金之計算利息 以現金爲租賃之擔保者，其現金利息，視爲租金之一部。其利率之計算，與租金所由算定之利率相等(土、九八條)。即租金標準爲土地及建築物總價額年息百分之十時，其擔保金之利率，亦以百分之十計算。如租金爲百分之十以下時，則擔保金之利率亦以百分之十以下之同等利率計算之。現金擔保之利息，爲承租人應有之法定請求權，故其利息得充租金之給付，可稱爲法定抵銷。但租金支

付有遲延者，於遲延中，其遲延部分與押金之對當額，應解釋不得生息，蓋此時在於抵銷之適狀也。

三、關於契約終止之限制

房屋承租人之終止契約，適用民法關於一般租賃之規定。依司法院解釋，出租人終止定有期限之房屋租賃亦然。惟對於不定期租賃契約，特設有第一百條之規定。依余所見，土地法本條規定應解釋除第一款外，對於定期租賃亦有準用，不過所謂收回應解釋限於因出租人行使終止權而收回。其因期限屆滿租賃關係消滅者，不在其內。如此則可免定期與不定期租賃有失均衡（例如不定期租賃適用土地法第一百條第三款規定，而定期租賃則可適用民法第四〇條第二項規定）。又本條非禁止租約之附有解除條件或定有期限，約定第三人需用房屋時租約當然終止者，應解釋為附有解除條件。約定承租人死亡時租約當然終止者，應解釋以承租人之死亡為其租期屆滿之時。條件成就或租期屆滿時，得收回房屋（院解字第三四八九號）。依土地法第一百條其收回之原因如左。

1. 收回自住或重新建築（一）自住包括自用。收回出租之房屋自營商業，亦在其內（三十四年院字第二九五四號解釋）。供本人合夥營業之用，是否為自用，應分別為考察，如為出資，將本人單獨所有變為公同共有，則合夥人基於公同共有自可為合夥營業為收回。如本人僅以供合夥營業之使用為出資，則係以使用對價（即租金）為出資，則為改租，自不得以此為理由而收回。（二）須出租人因正當事由有收回自住或自用之必要。關於此點房屋租賃第十一條有明文規定。司法院就土地法第一百條亦為同樣之解釋（院解字第三四九一號）。例如本人有甲乙兩幢房屋，甲屋自住，乙屋出租，如將甲屋一部出租，而主張屋不敷用以收回乙屋，則不能認為有正當事由。（三）出租人為自住收回，應依民法第四五〇條第三項之規定，先期通知，蓋土地法第一百條惟排除該條第二項之適用，而其第三項之規定仍可補充的適用也。（四）出租人假借名義，以自住為理由，收回房屋，而於收回後並不自住或僅自住一極短時期，仍復出租時，承租人有何救濟方法。關於此點，房屋租賃條第十五條規定「收回自用之房屋，如過三個月空閒不用，或

於一年內改租他人者，原承租人有請求繼續承租權，並得請求損害賠償」。然土地法並未設有明文，不能為同樣之解釋。此時承租人惟得依民法第二一九條（權利濫用）或第一八四條第一項後段（故意加害）之規定，請求損害賠償。（五）租約上「租清任住」之記載者，可認為以房屋倒塌為終期之不定期限之定期租賃，惟受民法第四四九條之限制。定期租賃不適用土地法第一百條之規定，自不得以自住為理由而收回。

2. 房屋重新建築（一）須因正當事由有重新建築之必要（院解字第三四九一號）。依房屋租賃條例第九條第八款「房屋必須改建」，土地法第一百條雖無「必須」二字，亦可為同樣之解釋。所謂重新建築，改建自亦包含在內。是否因正當事由有重新建築之必要，不獨就房屋本身為觀察，必須考慮其他客觀情形，尤其該地方之發達及房屋供求之情形，並應加以考慮。（二）出租人應提出證明。依房屋租賃條例第九條第八款規定，出租人須已領得建築執照。土地法未作如此規定，然其有重新建築之正當事由及其計劃，應由出租人證明，蓋無疑義。（三）須先期通知。依房屋租賃條例第九條第八款，須於三個月前通知承租人。土地法第一百條雖未明定，可解釋應依民法第四五〇條第三項為通知。然如為保存之必要行為，承租人不得拒絕，無須先期通知（民法四二九條二項）。（四）依房屋租賃條例第十四條，房屋經改建而仍出租者，原承租人有優先承租權。土地法無此明文，不能為同樣之解釋。然如出租人於收回後並不重新建築，或其後改建並無使出租人遷出之必要時，承租人得依民法第一八四條第一項後段之規定，向出租人請求損害賠償。

3. 違法轉租 承租人違反民法第四百四十三條第一項之規定轉租於他人，即承租人未得出租人之承諾，將房屋全部轉租於他人或有反對之約定而將房屋一部轉租於他人時，出租人得終止契約。此為民法第四四三條第二項所明定。然因土地法對於出租人之終止原因加以限制，除其第一百條列舉者外，不得以為終止之原因，故特重申其意。

4. 積欠租金 承租人積欠租金，除擔保金抵償外，達二個月以上時，出租人得終止契約（土、一〇〇條三款）。（一）欠租應自清償地及清償期兩方面爲觀察。（a）租金通常爲往取債務，出租人如未往承租人處收取，則不能謂承租人欠租。（b）關於租金清償期，土地法無規定，應依民法第四三九條之規定，即除當事人另有約定外，分期支付者每期屆滿時支付之。有收益季節者，於收益季節終了時支付之。（c）關於欠租之限度，民法就房屋租賃已規定須承租人遲付租金之總額達兩期之總額（民法四四〇條二項）。土地法更規定除以擔保金（包括擔保金之利息）抵償外，須達二個月以上。依土地法規定，擔保金額雖不得超過二個月租金之總額（土、九九條），然如交有超過二個月租額之擔保金時，則須連超過部分抵償外達二個月以上，始得終止契約。（d）所謂達二個月以上，是否僅指按月計租之租賃而言，抑並包括按季計租或按年計租者在內。依民法第四四〇條第二項規定，按季計租者，滿二季始得終止契約，按年計租者，欠滿二年始得終止契約。房屋承租人是否可避免土地法之規定，而主張適用民法之規定。又依司法院解釋，土地法第一百條規定惟適用於不定期租賃，因而定期租賃仍可適用民法之規定，則彼此之間未免有失權衡，故應解凡應適用土地法之房屋租賃，無論按月計租與否，亦不問爲不定期租賃或定期租賃，均不得主張將土地法第一百條第三款除外，而適用民法第四四〇條第二項之規定。依司法院解釋「租賃房屋，約定按年年底交租或按年分春夏秋冬四季，季終平均交租者，如係應適用民法第四四〇條第二項之租賃，仍應依該條項辦理，不適用本條第三款之規定」（院解字第三八一〇號）。其所謂應適用民法第四四〇條第二項之租賃，係指非城市地方之房屋租賃，抑兼指城市地方之定期房屋租賃而言，不甚明白。（e）擔保金交付後，租金續有增加，抵償租金是否應以交付之數額抵算，抑應依租金增加之同一比例申算。依司法院解釋「租賃契約成立後，因情事變更租金增爲若干倍者，同條第三款抵償租金之擔保金，係契約成立時交付者，亦應依同一比例增加之」（院解字第三四八九號）。然所謂情事變更，若指貨幣貶值而言，比例申算，猶有可說。如增租係基於屋價之昇高，而其昇高並非由於貨幣貶價者（民法四四二條），則無比例申算之理由。

(二) 承租人積欠租金額，除以擔保金抵償外，已達二個月以上時，出租人是否得即時終止契約，抑仍應先期通知。依司法院院字第三四八九號解釋「出租人基於土地法第一百條第三款欠租之事由收回房屋，應依民法第四四〇條第一項規定對於支付租金遲延之承租人，定相當期限催告其支付，承租人於期內不為支付者，其租賃契約始得終止」。然苟欠租已達此限額，出租人定期催告後，則除非承租人於期內將欠租全部清償，出租人仍得終止契約。出租人亦得與催告同時表示逾期不清償，即終止契約。此時所定期限為相當者，因逾期未清償而契約終止。未定期限或所定期限不相當者，因逾相當期限未清償，而契約終止（參照拙著債法總論五一七頁至五一九頁）。(三) 積欠租金須因有可歸責於承租人之事由，房屋租賃條例第九條第一項第二款明規定「承租人因可歸責於自己之事由積欠租金，除以擔保金抵償外達二個月以上者」。土地法雖未揭出此點，然解釋則應相同，蓋民法第二五四條所稱遲延給付，即以有可歸責於債務人之事由為前提也（民法二三〇條）（參照拙著債法總論三八九頁）。

5. 以房屋供違反法令之使用 不問契約所定之方法如何，承租人以房屋供違反法令之使用時，出租人仍得終止契約。例如約「某種組織之集會，而其組織後被禁止。然約定使用方法於訂約時即已違反法令者，則其契約自始無效。例如約定供煙賭之用，暗營娼館。

6. 承租人違反租賃契約 例如(一) 承租人違反約定之方法而為使用收益，(二) 承租人負修繕義務而不為修繕，(三) 於租金(包括實物)外，訂有承租人之其他負擔，而承租人不履行，(四) 未得出租人之同意，而將租賃權讓與於他人，(五) 承租人將房屋佔為己有(院解字第二〇四九號)，皆係違反租賃契約上之義務，出租人得據以終止契約。

7. 承租人損壞出租人之房屋或附着財產，而不為相當之賠償 依民法之規定，承租人未盡善良管理人之注意，致租賃物毀損滅失者，負賠償責任。即就客觀的輕過失，亦應負責。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）。不獨承租人本人，應由其負責

之他人行爲（民法四三三條四四四條二項），亦包括在內。然出租人必須先請求賠償，經催告而不爲賠償時，始得依此規定終止契約（民法二五四條）

以上（1）（2）（4）即土地第一百條第一第三兩款情形，終止契約，應先期通知，其他各款，則無須先期通知，得即時終止契約。

第三目 基地租賃

民法關於耕作地之租賃及房屋租賃，均設有特別規定，而對於基地租賃則未另設規定。土地法第三章就基地租用特設有四條規定。然其內容仍失於簡略。對於基地承租人之保護，似嫌不足。其實基地承租人之應保護，並不在耕地承租人之下，蓋租地建築，足以促進土地之利用也。關於基地租用，拙著土地法原論（一九六頁至二〇九頁）已有詳細說明，可參照之，茲不贅。

第六章 借貸

我民法於各個之債，設第六節名爲借貸，其中包括使用借貸及消費借貸。如此將使用借貸（*Commodat*；*commodat*；*prêt à usage ou commodat*；*loan for use*）及消費借貸（*Darlehn*；*prêt de consommation* ou *simple prêt*；*loan for consumption*），一括爲借貸（*Leihe*，*prêt*，），而使之與租賃對立，爲我民法及瑞士債務法所採之主義，乃基於羅馬法以來之沿革。德民法將租賃（內分使用租賃、用益租賃）、使用借貸及消費借貸，使之各別獨立。日本民法依之。然次序則爲消費借貸、使用借貸及租賃。

第一節 使用借貸

第一目 使用借貸之意義性質及要件

一、使用借貸之意義及性質

使用借貸 (Commodatum; Leihe; prêt; prêt à usage; gratuitous loan of things, loan for use)，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 (民法四六四條、日民五九三條、德民五九八條)。為物之交付之當事人，謂之貸與人。約定為物之返還之當事人稱爲借用人。

1. 使用借貸爲片務契約 在使借貸，貸與人 (Verleiher; prêteur) 對於借用人 (Entleiher; emprunteur) 負擔容忍其爲標的物使用之消極的義務，借用人負擔返還之義務，一見似爲雙務契約，然兩者之義務，爲各自獨立之債務，不在於互爲對價關係，非真正之雙務契約，從而不適用於雙務契約之規定。然學者亦有稱之爲不純正的片務契約 (der nicht streng einseitige Vertrag)，亦有稱爲不完全的雙務契約 (unvollkommen zweiseitiger Vertrag; contrat synallagmatique imparfait)。

2. 使用借貸爲要物契約 以使用借貸爲要物契約，係由於羅馬法以來之沿革，我民法從之。爲使用借貸之成立，當事人間除有使借用人無償爲標的物使用之合意外，以其標的物之交付爲必要 (民法四六五條、日民五九三條、法民一八七五條、瑞債第三〇五條則以之爲諾成契約 *Funk, art. 305*)，與消費借貸同爲要物契約。然使用借貸之目的，在於使借用人爲標的物之使用，其標的物之所有權並不移轉於借用人 (參照法民一八七七條)，此點與消費借貸不同。從而貸與人於借用人破產時，得取回其物 (破、一三〇條)。借用人之債權人扣押標的物時，貸與人得提起異議之訴 (強執一五條)。如同時移轉所有物，約定爲契約上之使用後再讓與返還於原主，則非使用借貸，而爲信託的所有權之移轉。又就借用人之物，亦得成立使

用借貸。例如所有人由地上權人、永佃權人、典權人、租賃權人，借用爲其標的之土地，從而於使用借貸存續中，借用人雖取得標的物之所有權，亦不逕使使用借貸消滅。

依德國民法解釋（Staudinger, Vorb. vor § 598, 2.S. 636），使用借貸有認爲要物契約（Planck, Vorb. 1, vor § 598; Endmann, § 183, 1; Dernburg, § 230, I; Oertmann, Vorb. 2, vor § 598）、有認爲諾成契約（Cosack, I, S. 577; Windscheid-Kipp, I, S. 561）。在我民法，爲要物契約，當無疑義。然不妨當事人訂立使用借貸之預約（Pactum de commodando, Leihvorvertrag）。依此預約，貸與人有訂立使用借貸契約之義務。然依貸與人之利益，應特與顧慮之原則，（一）使用之容許，有贈與之性質者（使用借貸爲無償物之使用之許與，贈與爲物上物權之移轉，一般爲所有權之移轉 Bachmann, art 305, 5, p. 509），應注意民法第四百〇八條規定之適用。（二）貸與人雖應依一般原則，就不履行及遲延負其責任，然惟應就故意或重大過失負責（民法二二〇條二項，參照德民五九九條）。對於貸與人有特別利益時，借用人亦負有受取之義務，就其義務之違反，應負因此而生損害之賠償責任。例如貸與人信任其預約，將物之放置所必要之場所爲其他使用，而須出費另租用他處（Oertmann, Vorb. vor § 598, 2, 3, S. 644）。（三）民法第四百七二條第一款及第四款，於使用借貸之預約，亦應有準用（Staudinger, zu § 605, 8, S. 649）

爲緩和要物契約之不便（尤其消費借貸），日本學者多主張應許諾成的使用借貸契約（konsensuale Leihverträge）之成立，而因此契約貸與人負有交付標的物之債務，借用人負有於一定期間使用後返還其物之債務（亦有主張此契約直接之效力，惟使貸與人負有交付標的物之債務，借用人惟於交付後始生返還之債務，故爲片務契約，然此非與民法所定之使用借貸發生同一之效力，可認爲一種無名契約，鳩山債各三九七頁）。然此非以使用借貸（本契約）之訂立爲目的，而僅應於其後交付標的物，故與使用借貸之預約不同。依余所見諾成的使用借貸之是認，實際上並非有如此的必要。此點與消費借貸不同。從而實際上

多於有標之物之交付時，始應認定有使用借貸之成立。

3. 使用借貸爲無償契約 無償之意義，與贈與同。雖附有負擔，不妨謂爲無償。無償與好意不同，不問動機如何，亦與贈與同。

4. 使用借貸係以物之使用爲目的之契約 (一) 使用借貸之標的，得爲動產或不動產，得爲代替物或不代替物，亦得爲消費物或非消費物。如爲消費物，應依不消費之方法爲使用。例如物之陳列。然使用借貸，借用人應返還其所借用之物，其標的物須爲特定物。(二) 使用借貸非爲物權契約，故其標的物無須物權法上爲獨立之個體。物之一部，例如房屋中之一室，一宗土地之一部，亦得爲借貸之標的。所謂場所之使用借貸 (Commodatum loci)，即屬於此。(三) 使用借貸之標的物，須爲有體物。就權利雖亦得成立類似使用借貸之無名契約，然非使用借貸，惟可準用關於使用借貸之規定。(四) 所謂使用，謂不使物毀損滅失，而爲利用。但依物之用法，自然所生之毀損，不在此限。在日本民法，使用及收益，共爲使用借貸當然之內容 (日民五九三條)。然在德民瑞債，則非有特約，借用人不得爲收益 (德民五九八條、瑞債三〇六條)。我民法亦同。(五) 物之交付，爲供擔保之目的者，亦得成立使用借貸。例如以有價證券貸與他人，供擔保之用。因擔保之實行，不能返還標的物時，借用人應給付相當之金額，以爲賠償。此時可認爲借用人因怠於清償其債權人而有過失，或可認爲因使用借貸當事人間，有於擔保之實行時，其使用借貸變爲消費借貸之默契 (Oset, zu § 305, 1, S. 1095)。

5. 使用借貸爲不要式契約 爲使用借貸成立必要之合意，不須特別之方式，以口頭爲已足。

6. 使用借貸與租賃之區別 (一) 租賃爲諾成契約，於未交付租賃物前，契約已成立，從而出租人先就租賃物負交付於承租人之義務。反之使用借貸爲要物契約，因標的物之交付，契約始成立。從而爲使用借貸之效力，貸與人無負交付標的物義務之餘地。(二) 出租人使承租人爲使用收益之債務，係以使標的物適於使用收益之狀態爲內容之積極的債務，而貸與人之此種債務，僅係以容忍借用人之使用爲內容之消極

的債務，其結果在使用借貸，使用必要之費用，應由借用人負擔，而在租賃，則應由出租人負擔。然出租人之此債務，依特約或習慣漸次有變為消極的傾向，實際上關於此點，已無顯著之差異。(三)在租賃之目的得為使用收益，而在使用借貸則限於使用。以收益為目的者，已非純粹之使用借貸。(四)借用人因對於貸與人有請求使其為使用之債權，其結果取得現實的使用標的物之權。然其權能惟對於貸與人之關係，有其存在，雖因現實占有標的物之結果，亦有占有侵害之排除及損害賠償請求之權利，此外對於貸與人以外之人，則不及其效力。然在租賃，則承租人之此項權能，漸有物權化之趨勢，已如前述。

二、使用借貸成立之要件

1. 使用借貸，因借用物之交付而生效力(民法四六五條)。借用物之交付，謂占有之移轉，不限於現實交付，亦得為占有改定(例如將所有物出賣而依然由買受人借用)或簡易交付(將寄存之物改為使用借貸)。

2. 無償貸與他方使用 (一)無償謂借用人就借用物之使用，對於貸與人不支付對價。其對價並不限於金錢，例如二人互易土地為使用時，則非無償契約。然借用人負擔稅捐，為附有負擔之使用借貸，不妨為使用借貸。(二)使用之許與，須為受領人之利益。如為貸與人本身之利益，則得有委任或寄託之存在(Oser, zu § 305, 1, S. 1095; Bachmann, art. 305, P. 509)。(三)又為貸與人駛駕汽車，管理別墅或耕種田地，雖係給付金錢以外之對價，亦非無償。然非無償之借貸，亦非均為租賃，有為僱傭或其他契約之附從的內容者，有為有償之無名契約者，從而應適用典型契約之如何規定，應各別就契約全體之內容綜合的判定之。(四)此外讓與擔保設定人(債務人)使用標的物時，多採用借貸之方式。此時其使用借貸，為附擔保消費借貸關係之一內容，並應受其制約。

3. 須有使成立使用借貸契約之效力意思 所謂好意契約(Geälligkeitsverträge)，依借用人之意思僅容許他人一時的利用，不因而使發生使用借貸之法律關係者，不成立使用借貸。例如我對於戲園鄰座之人

，一時貸與觀劇望遠鏡，對於火車內同行旅客，暫借與旅行指南一閱，我准許他人將物暫置於我庭園，或准許行人暫避雨於我屋簷下，此時受惠之人不成爲物之直接占有人，惟保有一時的持有關係，而其持有關係，得由許與人隨時撤回。對於此關係，應適用民法第九四二條之規定（占有機關）。如返還被拒絕或因供與物對於受惠人生有損害時（例如我之友人爲我供與其參觀之我誤以爲未裝子彈之手槍所傷），因未成契約，不適用關於使用借貸之規定，我得於前一情形，採用占有人之救濟方法，於後一情形，因契約以外之過失，負侵權行爲責任。奧國民法（九七四條）稱此種關係爲不受拘束之好意貸與（央請借貸 *Bittleihe*），此時不成立真正契約。貸與人得隨時將貸與物收回。在羅馬法認有得由貸與人任意撤回之無償的使用借貸，稱爲 *precarium*，德普通法稱爲 *Prekarium*。在德民法，則認爲使用借貸之一種（*Standinger, Vorb. vor § 598, 3, S. 637, 638*），我民法可從奧民之解釋（但在奧民之 *Bittleihe* 亦有解釋爲羅馬法之 *precarium*，除得任意撤回之點外，仍應適用關於使用借貸之規定者，例如 *Ehrenzweig, § 360, I, S. 396*）。

一方的無償容許物之使用者，是否因而受法律上之拘束，例如以揭示容許他人卸下垃圾或通行其地，此種提供自得隨時撤回，然在撤回前，可使上述一時的利用行爲不帶有違法性（*Staudinger, a. a. O., 4, S. 638*）。

第二目 使用借貸之效力

一、貸與人之權利義務

1. 物之返還請求權 此爲對於借用人返還義務之權利，以於借用人義務說明爲便利。

2. 容許借用人爲使用之義務 貸與人對於使用人負有容許其爲供與物之使用，並不依事實行爲或法律的處分而加以妨害之消極義務。（一）貸與人違反此義務時，應負債務不履行責任，於借貸關係存續中，貸

與人無故奪取其物或因其他事由入於貸與人之手時，借用人得基於其使用權請求物之交付。如因此生有損害，並得請求賠償。關於此點，德民明規定貸與人惟就故意或重大過失負其責任。日本民法因無此規定，故解釋雖就輕過失亦應負責（沼義雄債各上三三三頁註二）。我民法雖亦無規定，然依民法第二百二十條第二項及類推適用民法第四百一十條之規定（Bachmann, art. 305, 6, p. 509, 510），應解釋貸與人亦惟就故意或重大過失負責，已如前述。（二）然此義務通說為單純的債務，借用人對此之權利並無排他性，從而貸與人雖將借用物之所有權讓與第三人或為第三人設定限制物權，其讓與或設定行為完全發生效力。有主張於借用關係存續中第三人亦得以自己所取得之權利對抗借用人，而請求標的物之返還，此時惟發生貸與人債務不履行之責任（末弘五四一頁、磯谷五〇八頁），然依德民解釋，在動產借貸，貸與人以其對於借用人之返還請求權讓與於受讓人以交付而為讓與時，借用人得以其對於所讓與請求權之抗辯，對抗新所有人（Staudinger, zu § 398, 4, S. 641 德民九八六條二項），我民法亦可為同樣之解釋。第三人如以加害於借用人之意思，訂立讓與或設定契約，而妨害其使用時，則應依民法第一八四條第一項後段之規定，負侵權行為責任。（三）貸與人惟負容許使用之消極的義務，故物由第三人侵奪或加以妨害時，借用人惟得依自己占有訴權，請求返還或妨害之除去，貸與人不負協力之義務。借用物發生毀損致不適於借用人之使用時，貸與人不負修繕之義務。然如當事人另有約定時，自應從其約定。

3. 瑕疵擔保義務 使用借貸為無償契約，民法如同贈與，限制貸與人之瑕疵擔保責任，故一般借用物雖有瑕疵，貸與人不負責任。惟於故意不告知借用物之瑕疵，致借用人受損害時，始負賠償責任（民法四六六條、德民六〇〇條）。此損害賠償為借用人因信其無瑕疵而受之損害（信賴利益）（Staudinger, zu § 600, 1, S. 643），除契約責任外，亦得依侵權行為負其責任（Denecke, zu § 600, S. 286）。在附有負擔之使用借貸，貸與人惟應於該負擔之限度，負擔保責任，此與贈與應無差異（準用民法四一四條，參照日民五九六條五五一條）。但當事人得另以特約負擔擔保責任，自不待論。

4. 稅捐負擔之義務 就借用物應納之一切稅捐，由貸與人負擔（準用民法四二七條 Bachmann, art. 305, 14, p. 510），但當事人得另爲約定。

5. 共同借用人之連帶責任 數人共借一物者，對於貸與人連帶負責（民法四七一條、瑞債三〇八條、法民一八八七條）。多數當事人之債務關係，原則上爲可分之債務關係（民法二七二條二項），本條對於可分物亦有適用，爲例外的規定。瑞士債務法（一四三條三〇八條），法民法（一二〇二條一八八七條）亦同。德民就共同負擔債務發生之義務，認爲連帶債務關係（德民四二七條），故共同借用亦原則上認爲連帶債務。在日本因未設規定，除有明示或默示的爲連帶之特約外，借用人原則上惟分擔債務。依我民法，關於物之保管返還及因此等義務之不履行所生之損害賠償，共同借用人均應負連帶責任（民法四七一條）。其中一人或數人過失之有無，只可爲決定分擔部分之理由，並不影響其對於貸與人之責任。然此並非強行規定，得依契約另爲約定。

二、借用人之權利義務

1. 使用權 (一) 借用人有就借用物爲使用之權利，貸與人對於借用人有容許其爲標的物之使用及不加妨害之義務。因而借用人對於貸與人有請求其履行此義務之權利，然使用借貸因物之交付而始成立，借用人對於貸與人無請求其交付標的物之權利。如貸與人有違反之行爲時，借用人得依其使用之權利，以債務不履行爲理由，請求損害賠償。如妨害繼續時，得請求其除去。如因事變，其物入於貸與人之占有時，借用人得請求其物之交付（即妨害之除去）。(二) 借用人之使用權，係就借用物得享受利益之權利。然非直接對於物爲支配之獨立權利，而爲對於貸與人使其許與使用之債權所附從之權能（亦有認爲自己之利益得代行使貸與人物權的使用權之一種形成權未弘五四頁），然此非爲能權（Könnenrecht），而係得爲之權利（Duerrecht）。(三) 借用人有使用之權，原則上無使用之義務（但爲借用物之保護有使用之必要者，不在此限，例如爲馬之健康而使其適當的活動，爲防止生鏽而爲機器之運轉）。如特別約定

借用人有使用之權利同時負有爲使用之債務時，則成立一種無名契約，而非使用借貸。

關於使用範圍民法設有左列二種之限制

a. 借用人應依約定方法使用借用物。無約定方法者，應以依借用物之性質而定之方法使用之。例如乘馬不可以耕田，手銜用之刀，不可以之削番薯皮。借用人若逸出使用權之範圍，而致生損害於貸與人時，貸與人得請求損害賠償或請求其停止或不請求停止而不經先期通知，逕行終止契約（民法四七二條）。此爲一種債務不履行，但亦有主張此損害之賠償係因構成對於貸與人之權利侵害（鳩山四三三頁）。此終止權係基於上述民法之特別規定，非以債務不履行爲原因，蓋以借用人惟逸出權利之範圍，非而不履行義務也（沼義雄三三七頁）。依余所見，借用人雖於上述範圍內有使用權，然同時伴有遵守其範圍之債務，如因可歸責於借用人之事由而逾越其範圍時，即有債務不履行之成立（如對於允許使用之範圍有可恕之錯誤時則可免責）。然如借用人有故意或過失，具備侵權行爲之要件時，自亦應因此而負擔損害賠償責任。此外貸與人亦得不當得利返還請求權。借用人於借期屆滿或契約終止後而繼續爲使用者，常爲契約違反之使用。於爲違反契約之使用時，就偶然事件亦應負責。但能證明縱不爲此使用，而其損害仍不免發生者得免其責（Erbmann, zu § 603, 2, S. 740, 我妻債各三八〇頁）。

b. 借用人非得貸與人之同意，不得允許第三人使用借用物（民法四六七條二項、德六〇三條二項、瑞債三〇六條二項、日民五九四條二項）。其爲獨占的許與或與自己共同的許與，爲有償或無償，基於契約或事實上爲許與，在所不問。故使用借貸權之讓與或使用物之轉借，須經貸與人之同意，自不待論。其僅事實上許與第三人爲使用，亦須經貸與人之同意。然如借用人爲自己爲使用而僅以他人爲輔助人時，則非使第三人爲使用，不妨爲之。借與人違反此限制時，貸與人與違反使用方法同樣，有停止請求權，損害賠償請求權或逕行終止契約之權利。借用人因此得有益時，貸與人有不當得利返還請求權。因轉借或讓與所生之損害，縱係基於不可抗力，借用人亦應負擔損害賠償責任。但借用人能證明縱不爲轉借或讓與，其損

害，仍不免發生者，得免其責。使用人如經貸與人之同意，對於第三人為使用之許與時，則為適法。然借用人仍應就第三人（轉借人或受讓人）應負責所生之損害，負賠償責任（準用民法四四四條二項、Windscheid-Kipp, Pandekten, I, S. 596; Reichel, Schuldverhältnisse, S. 115），但亦有主張民法第四四四條為例外規定，未能準用，惟應適用民法第二百二十四條規定（Em-Lehmann, § 141, I, S. 571; Oertmann, z. § 603, 2a; Planck z. § 603, 2）

2. 借用物之保管義務 借用人於使用借貸終了時負有返還其借用物之義務。借用人於返還其物以前，應以善良管理人之注意，保管借用物（民法四六八條一項、法民一八八〇條一段、日民四〇〇條）。如違反此義務致貸與人受有損害時，應負損害賠償責任（民法四六八條二項、德民六〇二條）。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，不負賠償責任（民法四六八條但書、法民一八八四條）。

借用物之通常保管費用，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、德民六〇一條、瑞債三〇七條一項）。借用人不支出通常保管費用，致借用物毀損滅失者，為保管義務之違反，應負損害賠償責任。其他非常之必要費用，雖為保管借用物所必要，借用人不負有支付義務。然依誠信原則，應促使貸與人注意或返還標之物，否則為保管義務之違反（Deneke, zu § 601, 2, S. 286）。關於其他費用（非常之必要費用及有益費用）有主張得準用民法第四百三十一條第一項之規定（我妻中國民法債各上二六六頁），請求償還。有主張應依民法第一七九條之規定，請求不當得利之返還（季著債分上一二一頁、劉著第四六九條解釋）。亦有主張借用人僅得取回就借用物所增加之工作物，不得訴求償還費用（薛著一三三頁）。依余所見，非常之必要費用之緊急支出，應得請求償還（參照瑞債三〇七條二項、法民一八九〇條）。我民法既無規定，應參照瑞士債務法，解釋適用關於無因管理之規定（並參照德民六〇一條二項），而其費用之支出應利於貸與人並不違反其明示或可得推知之意思或已經其承認，否則適用不當

得利之規定（Oser, zu § 307, 3, S. 1097, 1098）。為費用之償還，借用人有留置借用物之權。至於有益及奢侈費用之支出，借用人無請求償還或留置之權，惟得取回而回復原狀（Funkt, art. 307, 2, p. 201）。然亦有主張有益費用，應適用關於無因管理之規定者，例如 Bachmann (art. 307, 6, p. 512)。

3. 借用物之返還義務 借用人負返還借用物之義務。此為使用借貸成立之要素。(一)借用人依適法之使用，雖致毀損或變更標的物，以其現狀之物返還為已足。但有依通常必要費用之支出，以防止毀損之義務，已如前述。(二)借用物作成目錄並估定價值者，於有疑義時，借用人就如此決定之價值，應負其實，即應補充喪失之物及對價值之減少，為損害賠償（Bachmann, art. 305, 30, p. 511）。(三)借用物自然增大時應以增大之狀態返還之。(四)借用人就租用物所增加之工作物，得回復原狀而取回之（民法四六九條二項、日民五九八條、德民六〇一條二項二段）。民法雖僅規定借用人有取回權，然貸與人亦得請求其取回，蓋取回非僅為借用人之權利，同時為其義務也。(五)返還之時期，為使用借貸終了之時，民法第四百七十條設有規定。(六)返還之場所，不能依契約、習慣或其他情形定之者，以於訂約時其物所在地為返還地（民法三一四條一款），蓋債權之內容，在於特定物之交付也。然動產使用借貸，因借貸寓有貸與人之好意，借用物之返還債務，通常應認為詣交債務（Oser, zu § 309, 3, S. 1099）

三、賠償請求權及工作物取回權之消滅

貸與人就借用物所受損害，對於借用人之賠償請求權，借用人依民法第四百六十六條所定之賠償請求權及其工作物之取回權，均因六個月間不行使而消滅（民法四七三條一項、德民六〇六前段、參照日民六〇〇條）。前項期間，於貸與人自受借用物返還時起算。於借用人，自借用關係終止時起算（民法四七三條二項、德民六〇六條後段、參照日民六〇〇條）。(一)依日民規定，為一年之除斥期間。依德民規定，為六個月消滅時效期間，我民法從之。(二)德民日民均就借用人之費用償還請求權，使適用同一短期間，我民法雖就承租人之費用償還請求權同為規定（民法四五六條），而就借用人之費用償還請求權，則

未之及，雖有疑我民法不許借用人爲費用償還之請求，然就非常的必要費用之支出，亦應許其請求償還，已如前述。此時應適用關於無因管理之規定，即自支出時起，因十五年不行使而消滅（民法一二五條）。

（三）貸與人就借用物所受損害對於借用人之賠償請求權，例如貸與人因借用人違反民法第四百六十七條第一項或第二項或民法第四百六十八條第一項之規定或違反第四百六十九條第一項之規定，不爲通常保管費用之支出，或有非常必要費用支出之必要，而不通知貸與人，致受損害而有之賠償請求權。借用人違反借用物返還之義務，致貸與人受有損害時，亦可解釋在適用範圍之內（Staudinger, zu § 528, 1, S. 499）。基於借用人之侵權行爲之損害賠償請求權，亦同有此短时效之適用。然借用物之契約上返還請求權，則適用一般时效。（四）借用人依第四百六十六條所定之賠償請求權，即因貸與人故意不告知借用物之瑕疵所受消極的損害之賠償請求權，依德民規定，此項請求權，應適用一般的時效（Staudinger, zu § 606 S. 650），然在我民法則同應適用此短时效。（五）借用人工作物之取回權，即依民法第四六九條第二項規定之取回權，可參照關於承租人工作物取回權之說明。（六）此時效期間於貸與人，自受借用物返還時起算，於借用人，自借貸關係終止時起算，此點與民法第四五六條第二項之規定同。

第三目 使用借貸關係之消滅

使用借貸，除依一般法律行爲之消滅原因外，其消滅原因有四，即（一）爲滿期，（二）爲使用完畢，（三）爲通常終止，（四）爲非常終止，分述之如次

一、滿期 借用人應於契約所定期限屆滿時，返還借用物（民法四七〇條一段、德民六〇四條一項、日民五九七條一項）。使用借貸因契約所定期限屆滿時消滅，故應負返還之義務。借用人是否得於期前返還借用物，例如其物之維持，須支出巨額之費用。因使用借貸多爲借用人之利益，應予肯定。如其契約亦爲貸與人之利益或其返還依其時之情形，與貸與人之利益相衝突時，應認爲不得爲之（Staudinger, zu § 604,

I, 4, S. 647)。

II、使用完畢 使用借貸未定期限者，應於依借貸之目的使用完畢時返還之（民法四七〇條二段、德民六〇四條二項一段、日民五九七條二項一段）。例如以馬借與友人為某星期日之郊遊。使用借貸因達其目的而消滅，故借用人應負返還之義務。

三、通常終止（返還請求）

1. 使用借貸未定期限，借用人雖未為使用，依借貸之目的經過相當時期可推定借用人已使用完畢者，貸與人亦得為返還之請求（民法四七〇條一項二段但書、德民六〇四條二項二段、日民五九七條二項但書）。

2. 使用借貸未定期限，亦不能依借貸之目的而定期限者，貸與人得隨時請求返還（民法四七〇條二項、德民六〇四條三項、日民五九七條三項、瑞債三一〇條）。契約上請求權之消滅時效，亦自此時進行。所謂依借貸之目的而定期限，例如為礦山鐵路之連接准其使用小鐵路軌者，於礦山營業未停止前，不得請求返還。為供擔保之目的，借與有價證券者，於擔保目的消失後，始得請求返還（*Sperat, zu BGB, 4, S. 758*）。

3. 返還之請求，雖於借用人不便之時，亦得為之。然此時若權利人無足顧慮之自己利益，則為權利之濫用。如因可歸責於借用人之事由，而借用物返還為不能時，應償還物之價值。因使用借貸多出於貸與人之好意，依其情形，亦可依民法第九十八條第二百十九條推論借用人縱無過失而就借用物之滅失毀損，仍負損害賠償責任。運送危險自發送與借用人時起至送還貸與人時止，由借用人負擔（*Deecke, zu BGB, 3, S. 288*）。貸與人為借用物之所有人者，其物因轉貸或其他原因入於第三人之手時，自得基於所有權對於第三人返還請求權。然非為所有人時，則得請求借用人讓與其對於第三人之契約上請求權。又借用人縱為所有人，對於貸與人之返還請求，亦不得拒絕（*Saundinger, zu BGB, 1, 6, S. 647*）。

四、非常終止

貸與人於有左列情形之一時，得不經預告，即時終止契約。終止事由之存在，應由貸與人證明之。此契約終止權有繼承性，其終止亦得由貸與人之繼承人爲之（*Staudinger, zu § 605, 2, 4, S. 649*）。

1. 貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物（民法四七二條一款、德民六〇五條一項、瑞債三〇九條二項末段）須於終止契約時自己需用借用物，其以前曾有需用或將來發生需用，猶爲未足（*Datschke, zu § 605, 2, S. 289*）。其需用緊急與否，在所不問（在瑞債則以有緊急需用爲必要，在德民以未預見爲已足，可豫見與否，在所不問）。此規定於使用借貸之豫約，並有準用，已如前述。

2. 借用人違反約定或依物之性質而定之方法使用借用物或未經貸與人同意允許第三人使用（民法四七二條二款、德民六〇五條二款、瑞債三〇九條二項）借用人未依合法方法爲使用，貸與人無須經阻止，即得終止契約。此點與出租人不同（民法四三八條二項）。借用人如未得貸與人同意，允許第三人使用，無論其爲全部使用或一部使用，亦不論其爲轉借或轉讓，貸與人得即時終止契約。此點與出租人亦不同（民法四四三條）。

3. 因借用人怠於注意致借用物毀損或有毀損之虞（民法四七二條三款、德民六〇五條二款後段、瑞債三〇九條二項前段）此爲借用人保管義務之違反，因而致借用物毀損時，借用人除依民法第四百六十八條第二項之規定，負損害賠償責任外，貸與人並得即時終止契約。借用物有毀損之虞時，貸與人亦得終止契約。

4. 借用人死亡時（民法四七二條四款、德民六〇五條三款、參照法民一八七九條）依瑞債及日民法，使用借貸關係，因借用人之死亡而終了（瑞債三一一條、日民五九九條）。在我民法則僅規定貸與人得終止契約。如貸與人不爲終止時，則借用人之繼承人得繼續契約。貸與人之死亡，除其繼承人因而需用借用物（本條一款）外，不爲終止契約之原因。

第二節 消費借貸

第一目 意義及性質

消費借貸（*mutuum; prête de consommation; Darlehn; loan for consumption*）謂當事人約定一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約（民法四七四條、德民六〇七條一項、日民五八七條）。然此約定須因金錢或其他代替物之交付，始生效力（民法四七五條）。依德日學者解釋，須俟貸與人移轉物之所有權於借用人之後，消費借貸契約始生效力。

1. 消費借貸爲片務契約 惟借用人負返還義務，貸與人不負交付義務。雖有主張附有利息之消費借貸，資本與利息立於交換之關係，資本之交付乃爲履行已成立之契約義務，故爲雙務契約。然利息義務惟可認爲從義務，無改於消費借貸爲要物契約之性質（*Erbman, zu § 607, S. 742*）。然對於抵押權之設定而爲消費借貸，其金錢之交付可認爲抵押權之買受者，依德國判例，認爲雙務契約。消費借貸之豫約，雖爲無效，因借貸數額之授受亦可成立有效之消費借貸（*Soetzel, zu § 607, S. 750*）。消費借貸以消費標之物而返還同種同量之物爲目的，故須借用人取得標之物之所有權。借用人只須以與所受取之物相同之種類、品質及數量之物爲返還，無須返還原物，此點與使用借貸不同。應返還物之數量較所受取者爲多時，則可解釋爲附有利息特約之消費借貸，此時爲有償契約。較少者，則可解釋爲消費借貸與贈與之併存。約定返還同種、同質、同量之物，爲消費借貸成立之要件，若約定不爲此給付而爲其他給付，則非消費借貸，而爲買賣或互易。然如約定此給付，而就其他之給付成立任意之債務，仍不妨成立消費借貸。

2. 消費借貸爲要物契約 消費借貸如同提存、使用借貸，爲要物契約。因金錢或其他代替物之交付，而生效力（民法四七五條、德民六〇七條一項、法民一八九二條、日民五八七條）。然在今日之法制，其要物性已大爲緩和。（一）以消費借貸爲要物契約，由於羅馬以來之沿革。法民、德民、日民均依之。然此

主義，已漸不適用於今日經濟之需要。瑞士債務法已棄此主義，而以之爲諾成契約（瑞債三一二條）。在德民（六〇七條二項）及日民（五八八條），設有關於準消費借貸之規定，以緩和其要物性。在德國學者甚至亦有解釋消費借貸爲諾成契約者（Larenz, I, § 47, 1）。（11）要物契約論者，謂未交付之物而使發生返還債務，理論上爲不可能，然租賃明爲諾成契約，其契約中亦含有承租人之返還義務，不得謂理論上爲不能。（三）有謂未交付之物亦使成立返還債務，則借用人不當的蒙受不利，故有主張借用人以受交付爲停止條件而負返還債務。貸與人爲返還之請求，應證明已爲交付（Oger, Vorbem. 2 vor § 305）。然貸與人未爲交付而請求返還，借用人應有抗辯權，並無不合。（四）以消費借貸爲要物契約，一方面借用人固於未受交付前不負返還義務，然同時含有貸與人不負標的物交付債務之另一面，故在德日民法俱認有消費借貸豫約之成立（德民六一〇條、日民五八九條）。我民法雖未規定，此項豫約應認爲有效，殆無疑義。就此點而言，羅馬法之要物契約性，已不能完全維持。（五）以消費借貸爲要物契約，實際上亦往往發生不便。例如作成消費借貸證書（多作成公證書）設定抵押權或其他擔保，而後授受金錢者，甚夥。如以消費借貸之成立爲金錢授受之時，則就公證書及抵押權之效力，不免發生疑問。雖因學者之解釋，對於抵押權之附隨性及公證書之性質加以緩和，而認爲有效，然不可以此爲消費借貸的要物性之辯護理由，此時如解爲消費借貸之豫約，則有背於當事人之意思，蓋在此情形當事人普通已認有消費借貸契約之訂立，並非擬於授受金錢之際始應再行訂立契約也。（六）要之在我國現行法制之下，對於消費借貸之契約要物性，解釋上應加以緩和，即應認諾成的消費借貸契約亦爲有效（一種無名契約）。

3. 消費借貸契約爲不要式契約 與金融業者間之消費借貸，雖多作成公證書（貸與人依此得逕聲請強制執行），普通亦多作成書據。然作成證書並非法律上之要件，故爲不要式行爲。稍有問題者，爲借用人爲其借貸債務之清償，交付票據與貸與人（例如期票）。銀行借款多採用此形式，此時雖未另作成消費借貸證書，可認爲已同時訂立消費借貸契約，票據不過爲其清償手段。從而貸與人有依票據受清償之義務。如

未獲清償則得另基於消費借貸上之債權請求清償，其關係與就既存債務交付票據同。

第二目 消費借貸與其類似之契約

1. 諾成的消費借貸 (Konsensualdarlehen)

1. 意義及性質 民法所定要物契約之消費借貸之外，是否得認有一種無名契約之諾成的消費借貸之成立，曩者德國通說多加以否定 (Oertmann, Vorb. 2 vor § 598)，近時肯定說漸為有力 (Emm. Lehmann, 8149, 1, S. 575, Bemerk. 1)。在日本以持肯定說者為多 (石坡要物契約否定論官崎教授紀念論文集、末弘四八六頁、末川一二〇頁、我妻三五四頁)。在我民法亦可為肯定之解釋，蓋以消費借貸為要物契約，既無固定不移之根據，依契約自由之原則，應無否定另一種無名契約成立之理由也 (但鳩山認為以交付為停止條件而負返還債務之片務契約，有如前述)。於金錢授受之前，作成契約證書時，一般可認為有諾成的消費借貸之成立，蓋此甚合於當事人之意思也。

諾成的消費借貸契約與後述之消費借貸之豫約不同。在後者於金錢授受之際須訂立本契約，而在諾成的消費借貸，則無此必要。在諾成的消費借貸直接以金錢或其他代替物之交付為目的，其交付請求權，在交付前得被扣押，對於借用人亦有不和。在消費借貸之豫約，消費借貸契約訂立請求權則不得扣押。前者惟對於借用人有受取義務之有償消費借貸即投資借貸為適合，此時可比於租賃 (物之使用與租金之對價對立)，以認有諾成的雙務契約之成立為宜 (物之交付義務與所受同種同等量之物之返還義務對立)。然在無償借貸，尤其受約人不負受取義務時，以採用消費借貸之豫約為宜 (Emm. Lehmann, a. a. O.)。

2. 諾成的消費借貸之效力 (一) 貸與人負有交付標的物之債務，但借用人破產時，貸與人是得免此債務，關於此點，瑞士債務法明定借用人於契約訂立後成為無支付能力時，貸與人得拒絕貸款之交付。無支付能力於契約訂立前已存在而於其後始知之者，亦同 (瑞債三二六條)。德國學說亦採此解釋 (Larenz, I,

§ 47, S. 15b)。依日本學說判例，應準用日民第五八九條關於消費借貸之豫約之規定，即諾成的消費借貸因借用人之破產而失其效力（戒能一六六頁，我妻三五五條，日本昭和十二年五月二十六日大判）。我民法雖無規定，亦可解釋貸與人得拒絕交付（參照民法二六五條）。此外與消費借貸之豫約不同，借用人得將其債權讓與第三人（其借貸關係並未移轉，借用人仍視為借貸債務人 *Em-Lehmann*, § 144, I, 2, S. 5 80），亦得以其債權供抵銷之用，但貸與人不得依抵銷而免其債務，蓋貸與人現實貸款為契約之目的也。請求支付之債權，有疑義時非為詣交債務（民法第三一四條），而為往取債務。受取人如請求送交，則危險及費用應由其負擔（*Em-Lehmann*, § 144, I, 1c, 2c）。（二）借用人負有返還與貸與人所交付者為同種、同等、同量之物之債務，但貸與人負有先為履行之債務，貸與人未為交付而請求返還時，借用人得以未受交付而為抗辯。在瑞債解釋，借用人以交付為停止條件，而負返還債務，請求返還者應證明其條件之已履行（*Oser, Vorbem. vor § 305, 2, S. 1093*）。德國學者亦解釋為附條件之返還義務（*Em-Lehmann*, § 142, I, S. 575）。然為貫徹諾成的消費借貸契約，以認貸與人有先為給付之義務，而借用人對於返還之請求惟有抗辯權為宜（我妻三五五頁）。借用人不妨與契約訂立同時負有支付利息之債務，然不得超過利息之限制。超過與否，以有現實交付後之期間為標準計算之。

II. 消費借貸之豫約 (*Darlehensvorvertrag; Darlehensversprechen; pactum de mutuando*)

消費借貸之豫約，為不要式之諾成契約，與一般豫約同為得請求訂立本契約之契約，有為片務豫約者，其中僅有貸與債務者，稱為貸與豫約（*Pactum de mutuo dando*）或僅有借用債務者，稱為借用豫約（*Pactum de mutuo accipiendo*），有為雙務豫約者（發生貸與債務及借用債務）。然實際上以雙務豫約或貸與人負擔貸與債務之片務豫約為多，蓋使貸與人負擔貸與債務，乃豫約之主要的目的所在也。於日後有消費借貸之合意及標的物之交付，始成消費借貸之本契約。然標的物授受之際，多可認為已有消費借貸之合意。（一）豫約權利人有請求貸與人為消費借貸之意思表示之權利與請求交付標的物之權利，此請求交

付標之物之權利不得移轉，亦不得扣押。但如對於受讓人之支付應作為對於讓與人之支付，而消費借貸契約仍應與預約權利人（受約人）訂立者，則請求交付之債權之讓與仍為有效（*Im. Lehmann, § 144, I, 1, a. b.*）（但亦有主張不得讓與者，例如 *Oertmann, zu § 399, I, 28 鳩山四一三頁*）。（二）貸與債務，不得與對於受約人（預約借用人）之債權為抵銷。蓋預約係以本契約之訂立為目的，兩債務目的相異，而且預約在於新與受約人以信用，若許抵銷則有反於預約之目的也。同樣因債務目的之不同，受約人亦不得以其對於貸與預約人（約定人）所負擔之債務與因預約所生之債權為抵銷。然不妨於本契約訂立同時為抵銷，而省略標之物之授受。（三）借用人請求支付之債權，於有疑義時非為詣交債務而為往取債務，與諾成的消費借貸同。（四）預約訂立後，受約人之財產狀況惡化，致危及返還請求權時，則消費借貸基礎動搖，依日民規定，預約後當事人之一方破產，預約失其效力（日民五八九條）。受約人為數人時，因一人之破產，全部預約失其效力（日本昭和十二年五月二十六日大判）。依德民規定，他方之財產關係有顯著之惡化，致其返還請求權危殆時，約定人得撤回其約定（德民六一〇條）。依瑞士債務法如借用人成為無支付能力時，貸與人得拒絕支付（瑞債三一六條）。我民法雖無規定，依情事變更之原則，除有充分之擔保外，貸與預約人得解除預約（參照拙著債法總論四四一頁）。（五）貸與預約人破產時，依日民規定，亦失其效力（日民五八九條），蓋此時若借用人為破產債權加入分配，而且以對於借用人之返還請求權構成破產財團，則有反於消費借貸預約之旨趣，故不如使其失去效力之為簡捷也。（六）貸與人約定無利息之貸與，如貸與人一方以依無償之使用所應取得之收益供與他方，而他方因此節省其為此資本之供與應支出之費用時，則有贈與之存在，應適用民法第四〇八條之規定（*Denecke, zu § 608, I, S. 297, § 610, I, S. 302*）

三、消費寄託

消費寄託，亦稱不規則寄託，為受寄人得消費寄託物之寄託。在消費寄託，受寄人負返還同種、同等

、同量之物之義務，其標的物限於金錢或其他代替物。其寄託物之所有權移轉於受寄人，與消費借貸同。惟消費寄託仍為寄託之一種契約，當事人之意思非以使用代替物為目的，而係以保管為目的，雖非保管其物之本身，而係保管其價值，然仍不失為以保管為目的之契約。例如銀行存款為消費寄託，而銀行放款則為消費借貸。消費寄託自受寄人受領該物時起，適用關於消費借貸之規定，在受領以前受寄人應無請求移轉寄託物所有權之權。

工資預借 工資預借，雖類似消費借貸，然當事人之意思在於預先清償將來應發生之工資時，則非消費借貸，而為預支，在工人因死亡或其他原因不能服勞務時，如為消費借貸，則僱用人有契約上之返還請求權。如為預支，則惟有因目的不達到之不當得利返還請求權。又女侍應生之預借金，如規定侍應年限，於年限屆滿，不問其侍應所得多寡，其債務消滅者，為報酬預支。如有以侍應所得清償預借金之特約，則為就清償方法定有特約之消費借貸。

四、消費借貸與使用借貸及租賃

此三種契約皆係受取他人之財產，於使用後為返還，即將物資之使用價值一時委於相對人之點，為共通。然在消費借貸，借用人取得標的物之所有權，而惟應返還同種、同等、同量之他物，而在使用借貸及租賃，則標的物之所有權仍屬於貸與人或出租人，須以原物返還。

五、消費借貸與處分的用益權

標的物之所有權保留於貸與人，借用人得於一定條件之下為處分，如不為處分，貸與人雖對於第三人亦得主張所有權，從而借用人須返還原物，如為處分則負有返還同種同等同量之物或償還標的物之估價額之義務，此關係柯邦（Kohler）稱為處分的用益權（Dispositionsbereich），實為使用借貸與消費借貸之混合形態。商人將店舖所有商品全部為讓與擔保時，即為其例。

第三目 消費借貸之成立要件

一、消費借貸之標的物須爲金錢或其他代替物

消費借貸之標的物，我民法明定爲金錢或其他代替物（德民六〇七條、瑞債三一二條、法民一八九二條），蓋借用人應以同種同等同量之物返還，則必須爲代替物也。以前穀物之借貸最爲流行，現今則以金錢借貸有壓倒之優勢。應注意者，（一）爲公債或其他有價證券之借貸，例如借用人爲信用保證金之代用，以交付於第三人爲目的，取得其處分之權限而爲借貸時，爲貸與人保留所有權之使用借貸，抑爲移轉所有權之消費借貸，應依當事人之意思定之。有在被第三人處分以前貸與人保留其所有權之約款時，應認爲使用借貸。其與借用人以處分權，如爲處分，應返還同種同等同量之物，如不爲處分，貸與人之所有權被保留，從而應返還所借用之物時，則爲前述處分的用益權之特種借貸（但亦有主張無記名有價證券並無使用價值，其爲信用保證代用之借貸，在第三人方面可信爲提供人之財產，應常以爲消費借貸，而否認貸與人之所有權保留特約之效力，我妻三五六頁）。依瑞債解釋，此時成立使用借貸，但因擔保之實行不能返還標的物時，應賠償相當之金額，已如前述（見二四八頁）（Oser, zu § 305, I S. 1095; Staudinger z. § 508, 3c）。（二）代替物以外之物，當事人得約定一方授權他方，以他方之名義出賣其標的物，而以其實得價金爲消費借貸（*Contratus mohatrae*）。此時於物之出賣後始成立消費借貸，當無疑義，然爲消費借貸之成立，是否有金錢債權（買賣代價）之成立爲已足，抑以債權已收取爲必要，學說上不無爭論。有謂於當事人之意思不明時，應以他方已爲債權之收取或已爲處分，消費借貸始成立（Ostmann, zu § 607, 2, S. 655; Emn-Lehmann, § 142, I, 3, S. 576; Oser, zu § 312, 2c）。亦有主張若無特別約定，於有疑義時，應認爲有價金債權之取得時，其消費借貸關係即已成立（Planck, zu § 607, 5, FB; Staudinger, zu § 607, I, 3a; 沼義雄三一二頁、鳩山三九九頁、末川一二五頁）。依余所見，在債權之收取以前，即已

成立借用人應返還其應受取之價金之債務，而且其債務已變更爲消費借貸，以從後一說爲當。爲出賣而交付之物之危險，除有特別約定外，於交付時尚未移轉於受領人，由貸與人負擔，受領人視爲受任人，其所有權雖已移轉時亦同（Oertmann, zu § 607, 2a; Emn-Lehmann, § 142, I 3; Oser, zu § 312, 2c）。受領人是否惟有將受領物出賣之權利，抑並有現實出賣之義務，惟於以其賣得價金構成之消費借貸附有生息之條件時，始可認受領人有此義務（Staudinger, zu § 607, I, 3c; Emn-Lehmann, § 142, I, 3, Anm. 2）。

（三）因其他原因所負金錢或其他代替物之債務，得依當事人合意，嗣後以爲消費借貸，謂之合意消費借貸（Vereinbarungsdarlehn）（參照德民六〇七條二項）。例如乙由甲買受房屋，不逕交價金，以爲借款，附有利息，並供有擔保。亦得以將來發生之債務爲基礎，而爲消費借貸之合意。例如以保證之意義而爲連帶債務人者，爲其清償時之求償權，由實際上之主債務人受取借用證書。此種契約得有三種意義，（一）得爲更改契約即使舊債務消滅，而成立一新消費借貸契約（日民五八八條稱爲準消費借貸），因此舊債務上保證及擔保均免除義務，由債務所生之抗辯權亦不得援用，但得主張舊債務不成立。（二）爲債務之變更，即繼續存在之舊債務，部分的受一定消費借貸規定之支配，保證與擔保仍繼續維持（但因變更而生債務之擴張，對於保證人或非爲債務人之質物所有人，非經其同意，不生效力）。舊債務之不存在，得主張之。舊債務所生之抗辯，與變更契約無抵觸者，例如賭博債務，仍得援用。然延期抗辯、票據抗辯則否（基於票據債務爲消費借貸之合意，則票據債務消滅，爾後不得主張票據抗辯），蓋變更契約原以由對待給付關係之解離爲目的也。（三）爲成立由舊債完全絕緣之無因的從而須有文字方式之新債務。然此除有特別情形，不得逕爲認定，並不得惟因債務證券之發行而爲此認定。此時由舊債務關係之抗辯之主張，惟基於債據（承認證書）之撤銷或返還，始得爲之。以上三種之中，於有疑義時，究以何者爲先，解釋上應爲第二種之認定。蓋此合於當事人之意思，一般除有緊急情形外，債權人不願放棄其擔保也。德國原判例傾向於第一種之更改，最近判例未建立更改與變更二者應孰爲先之原則，然認主張爲更改者，應負舉

許之責任。至於第三種之無因債務，則爲例外（*Emm-Lehmann, § 142, III 2.5, S. 577*）。惟在日本準消費借貸，學者多主張有更改性質。判例前傾向於更改（大正九年十二月二十七日大判），最近則傾向於債務之變更（昭和八年二月二十四日大判）。（四）以貨物折算金錢而爲借貸（*民法四八一條、瑞債三一七條*），此時可視貨物之買賣與其價金債務之變更（*Oertmann, zu § 607, 2. c*）。其借貸金額應以該貨物按照交付時交付地之市價所應有之價值爲準。如依當事人之意思，在於使借用人出賣此貨物，以賣出之相當價金爲金錢借貸者，爲前述之合意消費借貸，不適用民法第四八一條之規定。蓋此時無發生本條所欲禁止之暴利行爲之虞也（*Oser, zu § 317, 2a*）。

二、借用人須受標之物之交付

爲消費借貸之成立，須有標之物占有之移轉。占有移轉無須爲現實交付，以有簡易交付、占有改定或依指示之占有移轉爲已足。此要物性爲適應現今經濟情形，解釋上已大見緩和。於有一定量之經濟的價值，以貸與人之負擔移屬於借用人時，即可認爲已有標之物之交付。（一）爲金錢消費借貸之成立，不必以貨幣授受爲必要。以在經濟交易上與貨幣之授受有同等之價值之授受爲已足。例如銀行存款撥帳、郵政匯條之交付、存摺及印章之交付（日本大正十年十月二十五日大判）。其代替現金爲公債券之交付，爲支票或期票之交付，爲債權之讓與，雖亦主張於此等物之交付時，如無反對之約定，消費借貸即已成立（我妻三五八頁、末川一二六頁）。然通說謂除有反對約定外，於借用人現實的取得金錢時（處分公債券、提取存款、將票據貼現或交換），消費借貸始成立（*Palandt, zu § 607, n. S. 560; Emm-Lehmann, § 142, I, 2, S. 576; Staudinger zu § 607, 2c*）。（二）貸與人將契約金額之一部交付與借用人而將其餘額與借用人及保證人之舊債務扣銷，或借用人以爲清償第三人對於貸與人之債務，而以其金額爲消費借貸，亦得解釋爲已具備要物性，蓋此時係以貸與人之負擔而使其經濟的價值歸屬於借用人也。同樣由銀行借款，不受取現金而作爲借用人之銀行存款，雖有解釋此時爲占有改定，然固無此必要。依日本判例，其契約於銀

行之支付停止前八日訂立，因借用人未能提取現金，不得視同現金之授受，其消費借貸應不成立，蓋此時不能謂經濟的價值已歸屬於借用人也（日本昭和六年六月二日大判）。（三）借用人受貸與人之交付，兩者不以直接的授受為必要，貸與人以自己之計算使第三人（例如銀行）交付與借用人，或由連帶債務人之一人受領其交付（日本昭和九年六月三十日大判，但依德國判例須連帶債務人共同受領始成立連帶返還債務 R.G., 71, 117），或使借用人所指示之第三人（例如借用人之債權人）受領之，皆足以具備要物性。貸與與金錢交付者之間及借用人與金錢受領人間之關係，為消費借貸以外之關係，依各種情形定之。

三、須借用人取得標之物之所有權或其他處分權而負有以同種同等置之物為返還之債務

借用人須以貸與人之負擔取得標之物之所有權或與其同種之法律上地位，然偶然雖不屬於貸與人之所有，而依善意取得所有權（民法八〇一條、九四八條），亦無不可。如借用人為惡意雖亦得依混合取得所有權（民法八一三條），然依民法第八六〇條規定，應對於原所有人負不當得利返還之義務，應解釋不得成立消費借貸（Oertmann, Verb. vor § 607, S. 652）。又銀行之撥款，郵政匯票之交付，借用人獲得金錢取得之自由處分權能時，可與所有權之取得同視，亦應認有消費借貸之成立。關於金錢消費借貸之返還，民法特設有規定（民法四八〇條）。借用人有以借用物以外之物為清償之權限者（例如有價證券之消費借貸得以清償期之市價折算之現金為返還），就返還債務成立債務人任意之債，仍不妨其為消費借貸。

消費借貸因合意與標之物之授受而成立。然此二要件不必同時充備。例如消費借貸公證書作成後，有金錢之授受時，自許於其授受時成立消費借貸（日本昭和八年三月六日大判）。

【註】與消費借貸之要物性有關聯者，有兩重要問題。即於標之物之授受前已設定之抵押權之效力如何，及於其前已作成之公證書之執行力如何之問題是也。實際交易場中以先設定抵押權及作成公證書而後交付標之物為通常。此時如以標之物之授受時為消費借貸成立之時，則抵押權與公證書如於貸與人返還請求權之成立前所設定或作成，其效力如何，不無疑問。（一）關於此項抵押權，判例及學說向以為有效，然其理論非直接緩和消費借貸之要物性，而係

緩和抵押權之附從性；即貸與人之返還請求權雖於標的物之交付時發生，而抵押權得為將來之債權現實的設定（參照拙著物權法論二四五頁二八九頁以下）。（二）關於公證書之效力，日本判例會否定其效力（日本明治四〇年五月二十七日大判），後以公證書惟須其請求已具體的表示而且以此為已足，雖多少與事實不符，亦無妨礙，而認有執行名義之效力（日本昭和五年十二月二十四日及八年三月六日大判）。然此亦非緩和消費借貸之要物性，而係求於公證書之性質，蓋以公證之本質以得識別執行之請求權為已足，其記載與事實吻合與否，與公證書之執行力無直接關係。公證書所表示之請求權，實際上不存在時，得聲請異議或提起執行異議之訴（強執十二條十四條），如要物性經已充備，則請求權成為實在，自不得再持異議。依上所述，關於抵押權及公證書雖可避免因嚴格解釋要物性所生之困難，然如認有前述諾成的消費借貸之成立，則抵押權係就已成立之債權而設定，在公證書當事人當不復強為不合事實之記載矣。

第四目 消費借貸之效力

一 貸與人之義務

1. 消費借貸為要物契約，貸與人不負貸與之義務 然於消費借貸之豫約，則貸與豫約人負有貸與之義務，已如前述。又於認有諾成的消費借貸時，則以貸與人負此義務為其重要之內容。

貸與人應聽任借用人於一定期間為標的物之使用，自經濟的觀點，此為貸與人之最大義務。然借用人取得標的物之所有權，基於其所有權之效力而使用標的物，故應聽任使用之經濟上拘束，不成為法律上債務，惟受有於一定期不得請求返還之拘束而已。

2. 貸與人之擔保責任 (a) 在有償消費借貸，如借用物有瑕疵時，除得請求貸與人易以無瑕疵之物（謂之代物請求權）外，並不問貸與人有無過失，得請求損害賠償（民法四七六條一項、日民五九〇條一項）。但借用人如於接受物之交付時，知其物有瑕疵或因重大過失而不知，而貸與人並未保證其無瑕疵亦非故意不告知者，貸與人不負瑕疵擔保責任（準用民法三五五條）。代物請求權為債權，依關於債權之規定。因此權利行使之結果，借用人受取無瑕疵之物時，就其物有消費借貸之繼續存在，並非前消費借

貸契約消滅而成立新消費借貸契約。借用人如不為代物請求時，亦得照有瑕疵物之價值返還貸與人（參照民法四七六條二項）。除此以外，關於出賣人擔保責任之規定，是否尚有準用。依余所見，有價消費借貸契約，如無特別規定，應準用關於買賣之規定（民法三四七條）。然就物之瑕疵，既有民法第四七六條之特別規定，於此範圍應無準用。惟貸與人不另易無瑕疵之物時，應解釋亦得解除契約（準用民法三五九條）。貸與人對於權利瑕疵是否亦負擔保責任，雖有主張借用人就權利瑕疵得準用民法第三五三條之規定（德民四四〇條二項至四項）請求損害賠償，即貸與人惟就所交付之物之權利瑕疵負擔賠償之擔保責任（Neumann, *Handausgabe des B G B fuer das Deutsche Reich*, zu § 307, 2, d. 鳩山四二〇頁、橫田四四九頁、中村二五〇頁、末川一三八頁）。然通說借用人如不能取得所有權，則不能謂為有效之受領（交付），不能成立消費借貸（Staudinger, zu § 607, 1, 2, c. B; Denecke, zu § 607, 2, S. 293; Soergel, § 607, 1, 759; Oertmann, *Vorb. vor § 607, 4, S. 652* 磯谷四四九頁、末弘五二三頁、五二〇頁）。（在無償消費借貸，原則上貸與人不負瑕疵擔保責任。惟於貸與人故意不告知其借用物之瑕疵，而借用人亦不知之時，始負損害賠償責任（民法四七六條三項準用民法三五五條、日民五九〇條二項但書）。否則借用人惟得返還有同樣瑕疵之物，亦得照有瑕疵原物之價值返還貸與人，不得請求損害賠償。（c）在諾成的消費借貸，則貸與人之瑕疵擔保責任（包括物之瑕疵及權利瑕疵），準用關於買賣之規定（Oser, zu § 312, 1, 4, S. 1102）。然關於無償之諾成的消費借貸，則可解釋應準用關於贈與之規定（民法四一一條）。

二、借用人之義務

1. 返還之義務

甲、返還之物 返還之標的物，為與借用所受取之物同種、同等、同量之物，對於此原則有二例外。

a. 在無償消費借貸，受取有瑕疵之物，得以有同樣瑕疵之物為返還。然此甚為困難，故民法使成立

借用人有代用權之任意債務，即借用人得照有瑕疵之價值，返還貸與人（民法四七六條二項、日民五九〇條二項）。其價值應以其物返還時返還地之價值為準。有償消費借貸，未另易無瑕疵之物，解釋上借用人亦有此權，有如前述。

b. 返還不能，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還者，應返還其物之價值（民法四七九條、法民一九〇三條一項、參照日民五九二條）。借用人返還債務，為種類債務，給付不能之事較少，然亦非絕無。例如以某公司之無記名股票為消費借貸之標的，於其返還期前公司業經解放，不能於市場取得同一之股票。又例如借用彈藥，其後禁止買賣，返還不能時，若依一般原則使借用人免除返還債務（民法二二五條一項），則反於消費借貸之性質，故與使用借貸不同，認借用人有價值返還義務。此時以返還不能為前提，自非任意債務，其價值之算定標準，依日本民法（五九二條），應以返還不能之時為準。我民法仿法民之例，以其物在返還時返還地所應有之價值為準（民法四七九條一項、法民一九〇三條一項）。返還時或返還地未約定者，以其物在訂約時或訂約地之價值為準（民法四七九條二項、法民一九〇三條二項）。「返還時及返還地未約定者應以契約訂立時及訂立地之價格返還之」，文字稍有不同。即訂有返還地而未訂有返還時者，以返還地訂約時之價值為準。訂有返還時未訂有返還地者，以返還時訂約地之價值為準。未訂有返還時及返還地者，以訂約時訂約地之價值為準。

c. 金錢返還之特例（民法四八〇條、日民五九二條四〇二條四〇三條），金錢借貸之返還，除契約另有訂定外，（一）以通用貨幣為借貸者，如於返還時已失去通用效力，應以返還時有通用效力之貨幣償還之（參照民法二〇一條）。（二）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，應以返還時有通用效力之貨幣返還之。例如貸與一英鎊，約定折算我國通用貨幣，則不問英鎊之價格之增減，均應返還借貸時所有一鎊之價格。如返還時原約定之通用貨幣已不復有通用效力時，則應適用本條第一款之規定，應以返還時有通用效力之貨幣償還之。（三）金錢借貸約定以特種貨幣為計算者，應

以該特種貨幣或按返還時返還地之市價，以通用貨幣返還之（參照民法二〇二條）。

當事人如借用黃金，約定應以同品質同數量之黃金返還或貸與美鈔而約定以同數量之美鈔返還，則借用人自應負返還黃金或美鈔之責（民法二〇二條但書）。然如國家禁止黃金及美鈔買賣，則難強借用人爲此給付。此時應按照給付時給付地之價值，以通用貨幣給付（民法四七九條）。

乙、應返還之時期

a. 當事人定有返還期者，（一）借用人應於約定期限內爲返還（民法四七八條前段、日民五九一條）。逾期不爲返還，須負遲延責任（民法二二九條）。（二）借用人受破產之宣告時，即應負返還之義務（破產法一百條）。因可歸責於借用人之事由，致使擔保物滅失或價值減少，而不爲回復或提出與減少價值相當之擔保時，貸與人得請求清償擔保相當額之債務（參照拙著物權法論二五九頁二六〇頁）。在消費借貸之豫約或諾成的消費借貸，借用人負有提供擔保之義務而不爲之者，依其約定本意，標的物之交付義務與擔保之提供義務，多可認爲在於同時履行之關係。此外依當事人所約定之事由（例如由他債權人受強制執行時或怠於支付利息時）發生時，借用人亦失去其期限之利益。（三）在無償的消費借貸，借用人得拋棄期限之利益，提前返還。然若爲有償之消費借貸，則除有民法第二〇四條情形外，原則上借用人亦得支付期限屆滿前之利息，而提前返還。

b. 當事人未定有返還期限者，借用人得隨時返還之。貸與人亦得定一個月以上之相當期限，催告返還。催告期滿後，借用人仍不爲返還者，始負遲延責任（民法四七七八條後段，參照日民五九一條）。如貸與人僅爲催告未定相當期限，或所定期限不及一個月者，借用人雖不爲抗辯，亦不生遲延。爲單純之催告後，經過一個月以上之相當期限，是否使借用人陷於遲延，有肯定（末弘五三一頁、沼義雄三二八頁）及否定（鳩山四二四頁、橫田四六〇頁）兩說。以肯定說爲當。所謂相當期限，爲依催告時之狀況對該種物之返還交易上認爲相當之期間。催告之方法，法律上並無限制，亦得依督促程序爲之。

c. 是否得依約定，使消費借貸不得因終止而終了（不發生原本之返還請求權），（一）自貸與人之方面不得終止者，例如依無記名證券之發行而受取消費借貸，然債權人得依證券之讓與而換取現金，不足顧慮（Oertmann, zu § 609, 1, f; Enn-Lehmann, § 143, 12a）。（二）反之，如自借用人方面不得終止，則對於債務人未免過於不利，應解為無效（德國學者亦有主張可限定至三十年（消滅時效）Oertmann, ibid.）。（三）部分的終止之排除，例如約定債權人於有利息支付之遲延時，仍有終止權，此點亦可默示的約定，然不得逕為此認定（Enn-Lehmann, ibid.）。亦有認為可準用民法第四四〇條關於租金支付遲延之規定（德民五五四條）者（Planck, zu § 609, 2; Oertmann, 609, 1e）。

丙、返還之場所。返還之場所，當事人有特別約定時，自應依其約定。如無約定時，應於債權人之住所在地為之（民法三一四條）。

2. 支付利息或其他報酬之義務

消費借貸有利息或其他報酬之約定者，借用人有支付之義務。不獨金錢借貸，得附有利息，其他代替物之消費借貸，亦得附有利息。例如息米、息稻。報價及利息之數額，當事人有約定者，依其約定。但應受利息不得超過週年百分之二十之限制（民法二〇五條）。應付利息之債務，其利息未經約定，亦無法律可據者，為週年百分之五（民法二〇三條）。然依利率管理條例，銀錢業放款利率不得超過當日中央銀行牌告放款日拆限度。銀錢業以外之金錢債務，其約定利率不得超過訂約時當地中央銀行核定之放款日拆。超過者對於超過部分無請求權（民法二〇五條）。應付利息之金錢債務，其利率未經約定者，債權人得請求按照當地中央銀行核定之放款日拆二分之一計算。現中央銀行以核定委託臺灣銀行代行，故目前應以臺銀所核定之放款日拆為準。

關於利息或其他報價之支付時期，當事人有期限之約定者，依其約定。未約定者，如其借貸期間在一年以下，應於借貸關係終止時支付之。逾一年者，應於每年終支付之（民法四七七條、德民六〇八條）

3. 提供擔保之義務

借用人約定提供擔保者，如爲人的擔保，應覓保證人，使與貸與人之間訂立保證契約。如爲物的擔保，應依約旨設定質權、抵押權或讓與擔保。

第七章 僱傭

第一節 僱傭之意義及性質

僱傭 (*locatio conductio operarum; louage de service; contrat de travail; Dienstvertrag; contract for service*)，謂當事人約定一方於一定或不定之期間內，爲他方服務勞務，他方給付報酬之契約 (民法四八二條、瑞債三一九條一項、德民六一一條、日民六二三條)。

我民法關於有償的勞務給付契約，就僱傭、承攬、出版、有償委任、居間、有償寄託等，設有規定。僱傭以給付勞務本身爲目的，而且所稱服務勞務，得以各種勞務之給付爲其契約之內容，非如承攬委任等，爲達成一定之目的，而僅以勞務給付爲其手段，此爲僱傭之特色。

一、僱傭爲受僱人對於僱用人以供給勞務本身爲目的之契約

1. 僱傭以供給勞務本身爲目的 從而受僱人苟已供給勞務，雖不發生僱用人所欲望之結果，僱用人尚應爲報酬之對待給付。反之在承攬，縱令承攬人已供給勞務，如工作未能完成，不得請求報酬之支付。即在僱傭其危險由僱用人負擔，在承攬由承攬人負擔 (*Oertmann, Vorb. vor § 611, 1b, S. 665*)。又委任以法律行爲或其他事務之處理爲目的，非以勞務給付本身爲目的。委任得爲有償，僱傭則必爲有償。在居間

契約，於有結果時，始得請求報酬（民法五六八條），近於承攬，而與僱傭異。在羅馬法、德國普通法、法國民法等，惟以低級之勞務（Operae illiberales），為僱傭之目的。醫師、律師、教師等所謂高級勞務（operae liberales），其報酬稱為謝儀（honorarium），其契約稱為委任（mandatum）。然近代法律，則不為此區別。僱傭目的之勞務，得為物質的，精神的，亦得為事實的，法律的。關於此點，德國民法第六一一條第二項有明文規定。我民法概稱「為他方服勞務」，亦可為同樣之解釋。故在我民法，不獨小工、手工、店員之僱傭契約，醫師、律師、教師之高級勞務契約，亦包含在內。然醫師律師與顧客間之契約，依其內容如何，得分為僱傭、承攬或委任。與醫師之契約，多為僱傭。在於傷病之治療者，得為承攬。與律師之契約在於其目的事務之處理者，為委任。理髮店之理髮師，為顧客理髮，因此為其店主完成承攬工作，而同時履行其自己對於店主之僱傭上義務（Enn-Lehmann, § 145, 1.1c. S. 385）。銀行經管有價證券而承受息券之兌現及抽籤之監視者，為寄託與僱傭之混合契約。建築契約關於建築部份為承攬，然對於定作人之勸助，則得有僱傭之存在。

2. 受僱人供給之勞務是否須自己履行 依我民法第四百八十四條第一項之規定，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。故最初約定供給第三人之勞務，亦不妨為僱傭契約。但此契約與受僱人第三人間之僱傭契約或其他內部關係，為另一問題。亦有主張約供給第三人勞務之契約，常為勞務之承攬（商業登記法三條九款），而非僱傭。然其與僱用人訂立之契約，得為僱傭或承攬，亦得僅為代理（末弘六五八頁六五九頁）。

【註】在德國有非僱傭契約而成立勞務供與契約（Dienstvertragsvertrag），即在團體勞動關係，於進入勞動關係前，已組成團體（例如建築團體、樂隊、藝術隊），惟團體之一員為其團體訂立契約。此時於企業人與各個從業員間，不成立直接勞動關係，惟為團員對於團體之義務成立勞動義務。指導權雖原則上屬於企業人，然多再移轉於其團體之主工或領導人。對於勞務供與義務，各團員均自負其責任（民法六七九條、一〇三條）。然勞務供與義務亦得僅與團體之領導人訂立之。於是其領導人以自己之名義編入團體各員，並惟就選用及監督為其負責。但如

團體之領導人進入勞動關係，惟為勞動義務之履行，而再與其所引用之人訂立勞動契約，則應依民法第二百二十四條，負其責任。此種事實上之勞動關係，為間接的勞動關係或間接的使用關係（*Beschäftigungsverhältnis*），然為勞動保險之加入，企業人之責任，實際上已與直接勞動關係同視（*Emm-Lehmann, §145, I, S. 586*）。

3. 限於一定或不定之期限內為他方服務者，一定期限，例如以時間、日、月、年所定之期限，亦有僅為得定者，有依勞務之目的而有一定者，例如季節工作。亦有約定在通知終止以前。於僱傭關係存續中無須受僱人全部提供其勞務，約定一年間每星期工作一日，亦無不可。當事人約定一方應永久為他方服務之僱傭契約，應認為無效，蓋此近於奴工契約也。

二、僱傭為對於勞務之供給約給付報酬之契約，故為有債及雙務契約。

1. 受僱人負擔給與報酬之債務屬於僱傭之要素。從而未約與報酬，而嗣後與以報酬者，為兩個之無償契約。但可認為有與以報酬之默契者，仍為僱傭，如依情形非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬（民法四八三條、德民六一二條一項）。

2. 報酬之種類在所不問。報酬得為金錢或為金錢以外之給付（包括利得之機會，例如茶房有收取小賬之機會），亦不妨為物之使用（但有主張此時為租賃與僱傭之混合契約），並得以勞務之供給為報酬。從而學徒契約亦屬於僱傭契約之一種。以勞務之供給為報酬時，究以當事人之何方為僱用人，應參酌契約之內容、當事人所負擔義務之輕重等，推測當事人之意思判定之。如難為判定時，不妨以當事人雙方互為僱用人及受僱人。

3. 定報酬之標準不妨按時計算（*Zeitlohn*）或按件計算（*Akkordlohn, Stuecklohn*）。雖有主張在承攬按工作結果而定報酬，在僱傭則按時間長短而定報酬（*Daraburg, §317*），然此僅為常態，並不足以為區別二者之標準。在僱傭亦不妨按工作之結果而定報酬。例如工廠工人之工資，雖按製造物品之件數計算，因工人負擔服務勞務之債務，不得任意於上工時間離去工廠，仍不失為勞動關係（僱傭關係之一種）（

Emm-Lehmann, §145, I, 1, b 鳩三五二八頁）

三、僱傭爲諾成且不要式契約

僱傭因僱用人與受僱人之合意而成立。勞務之供給，並非僱傭契約成立之要件，其約定負擔債務之意思表示之方法，並不以特別方式爲必要，故爲不要式契約。但特別法有另設規定者，例如工廠法關於學徒契約之訂立，另有規定（同法五六條）。

第二節 僱傭契約與勞動契約、團體協約

勞動法（亦稱勞工法）上之勞動契約（Arbeitsvertrag）謂當事人之一方對於他方在從屬的關係，提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約（勞動契約法一條）。乃爲特種之僱傭契約，可稱爲從屬的僱傭契約（sog. abhängiger Dienstvertrag）。受僱人稱爲勞動者或勞動受取人（Arbeitnehmer），僱用人稱爲僱方或勞動授與人（Arbeitgeber），其特色在於爲特殊的從屬關係，其勞動較之其他勞務給付契約，在於高度服從僱方之情形下行之（Oser, Vorb. vor § 339, h. S. 1118）。此從屬的關係，因特殊理由而成立。尤於基於勞動者組入營業、農業或家事範圍之內，不得不處於僱方指示監督之下，而給付勞務。勞動力與勞動給付不能由勞動者之本人分離，勞動者之本人與承受勞動同時進入此高度的服從僱方及其意思之從屬的關係。其次勞動者係提供其職業上之勞動力，亦爲其特徵之一。

一、僱傭契約

今日大部份之僱傭關係，均屬於此勞動法上意義之勞動關係，於此範圍以外，受僱人雖不完全，然原則上爲獨立。例如醫師、律師或其他惟於極短時間或偶然供給勞務。關於勞動關係，民法讓於特別法（勞動契約法及工廠法、礦場法、工廠檢查法、勞資爭議處理法等）。以於勞動法說明爲宜，茲從略（參照拙著勞動法原論勞動契約章以下）。

二、團體協約

團體協約亦稱勞動協約 (Arbeitsnormverträge) 集合協約 (collective agreement) 賃率契約 (Tarifverträge)，以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 (團體協約法一條)。既非僱傭契約，亦非僱傭契約之豫約，蓋非現在或將來應訂立勞動契約，乃係如將來訂立勞動契約，其條件應依團體協約之所定也。團體協約之效力，有物權的部分及債權的部分。物權的效力，即團體協約所定條件，當然爲該團體協約所屬僱主及工人間勞動契約之內容，謂之補充性，如勞動契約有異於該團體協約所定之勞動條件者，其相異之部分無效，無效之部分以團體協約之規定代之，謂之不可變性 (團體協約法一六條)。債權的效力，謂團體協約當事人及團體協約關係人負有遵守團體協約所定勞動條件以外之義務 (團體協約一九條至二二條) (參照拙著勞動法原論團體協約章)。

三、關於勞動契約之限制規定

1. 關於契約成立之限制 勞動契約法第四條第五條工廠法第五六條。
2. 關於行爲能力之特別規定 勞動契約法第三條。
3. 關於勞動者之性別及年齡之限制 工廠法第五條、鑛場法第二條。
4. 關於工作時間之限制 工廠法第八條至第十三條鑛場法第八條第二條。
5. 關於工資之特別規定 工廠法第二〇條至第二五條、鑛場法第二條。
6. 關於勞動種類之限制 工廠法第六條第七條、鑛場法第五條第二條。

此外政府於戰時得對於從業者之就職、退職、受僱、解僱及其薪俸工資，加以限制或調整 (國家總動員法一一條)。

第三節 僱傭之成立要件

一、須以勞務之供給本身爲目的，其勞務供給僅爲其他契約之附隨義務或爲達成其他目的之手段者，不成立僱傭契約。其勞務之供給須基於契約上之義務，否則不成立僱傭契約。例如妻或兒童之家事工作、配偶之一方在他方營業內之工作、與父母同居兒童在父母營業內之工作，因係基於法律上或親屬關係上之義務，不成立僱傭關係。監所之囚徒、感化院或救濟院收容之人所擔受之工作，雖給有報酬，亦不成僱傭關係。

二、須約給報酬。其給付之交換非爲契約之主要內容，即非首先在於報酬之取得而由於其他之顧慮者，不成立僱傭關係。例如住於病院或療養所之病者或新癮者，爲身體之療養，其他爲教育、習勞或道德上匡正或基於宗教的慈善的原因，而爲之者，均屬之。勞務之給付出於好意或無償爲之者，得有委任或贈與之成立，然非僱傭。

三、僱傭契約之訂立，無須方式。然特別法有規定爲要式者，已如前述。法律上定有方式，未具其方式者，依一般原則，其僱傭契約應爲無效。僱傭契約之訂立，亦得因其他原因爲無效或得撤銷。例如因違反公序良俗、無行爲能力，爲無效或不生效力。因錯誤、被詐欺或脅迫，而得撤銷。依一般原則，因此原因而使受僱人喪失報酬請求權，而僅得依不當得利或侵權行爲之規定請求利得之返還或損害之賠償。此時對於非從屬的僱傭關係，如欲貫徹此原則，雖尙無妨，然對於從屬的僱傭關係，如已開始工作而事實上已成立勞動關係，則有背於正義與公平，故於此時自勞動關係之社會的意義與其實現，原則上排除對於過去部份爲無效之主張，不得不認事實上已成立之勞動關係，視同有效。其無效之結果，原則上惟得就將來主張之。其勞動關係亦得不經先期通知而即時終止之。此部份的事實上勞動關係之承認，首先實行於公法上勞動保護規定及勞動保險權，以有事實上之服務關係爲已足，漸及於私法的範圍，認爲限定勞動者對於已給付之勞動，惟得基於不當得利爲請求，有反於勞動之社會的意義，而有與以如同勞動契約有效時應有之地位之必要。爲此同一地位之是認，有數種不同之見解。有主張由於訂約上之過失及自己相反的

行爲之不許可 (Venire contra factum proprium)，有着眼於組入經營的共同關係之勞動契約之特殊的創設行爲，有關發事實上契約關係之範圍，而排除民法上規定之適用。然勞動關係之訂立，原則上亦以意思之一致及契約爲前提，但其社會的意義，要求依未生效力之契約所創設之勞動關係，如事實上已成立，應與無瑕疵所創設之勞動關係，立於同等之地位。其情形有如事實上成立之婚姻，其撤銷惟向將來發生效力。在事實上之合夥，與無瑕疵所設立者，立於同等地位。然如限定僅得向將來解僱或終止契約，而排除撤銷，則適用上不免發生不公平結果。此在特別法有解僱及終止契約之禁止時，爲然。如僱用人係被詐欺而訂立契約，則難以強其受此拘束，故亦應許其撤銷契約，不過其效力不得溯及既往而已。此時可知撤銷與終止效用之不同。在終止通常爲解銷無瑕疵之勞動關係，而撤銷之目的則在於排除自始有瑕疵即未爲法所是認之法律關係也 (Emm-Lehmann, 8145, III, 3, S. 591—592)。

第四節 僱傭之效力

第一目 受僱人之權力義務

一、報酬請求權

受僱人對於僱用人有報酬請求權，已如前述。其詳容於僱用人之義務述明之。

二、服勞務之義務

1. 勞務之內容及服勞務之方法，均應依契約定之，並應依當事人之真意，參酌交易上之習慣及周圍情事，爲解釋及補充。承受高級之勞務給付者，有時對於僱用人之指示，應保障受僱人之自由（有限度的）。例如醫師不能無條件的受患者指示之拘束。在從屬的僱傭契約，因基於經營或家屬團體之編入，有服從之義務。因此勞務義務人除僱用人之指示有背於公序良俗或違反強行規定或所要求之行爲爲不可期待者外（

民法二一九條），關於勞務關係，應服從其指示。

2. 受僱人除有反對約定外，應先給付勞務，不得爲同時履行抗辯（民法四八六條、德民六一四條、日民六二四條）。

3. 受僱人原則上應親自服勞務，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務（民法四八四條、德民六一三條一段、瑞債三二七條一項、日民六二五條二項），否則僱用人得終止契約（民法四八四條二項、日民六二五條三項），亦得請求因債務不履行或不完全履行之損害賠償，蓋以僱傭關係原則上爲對人的信用關係，受僱人爲何人對於僱傭人之利害所關至鉅，勞務義務有專屬性也。然如依勞務之性質，雖使第三人爲之並無差異時或有得使第三人代爲之特約時，不在此限。故若勞務之性質有代替性，任何人爲之並無差異，而僱用人仍要求本人之勞務給付或據以終止契約時，則爲權利之濫用。經僱用人之同意使第三人代服勞務時，爲有效之第三人清償，不可解爲因此同意而生更改，從而此時服勞務之第三人，雖對於受僱人得有求償權，而對於僱用人則無報酬請求權。

4. 受僱人應就過失負其責任，受僱人就勞務之給付，除另有特約外，應以善意管理人之注意爲之。即就抽象的輕過失，亦應負責。然在勞動關係，因身分權之介在，應認勞務義務人有責任上之限制。僱方對於勞動者交與特別危險之工作（例如司機）者，就勞動者因輕過失所致之損害，如其損害額對於勞務者之報酬額顯失均衡時，於內部關係，應負擔其損害之全部或一部。蓋基於危險分擔之必要，而且鑑於此種危險工作輕過失常爲不可避免之事實，有限制其責任之重大理由也。當然對於此責任之限制，應定有嚴格之標準。然非於民法所設過失階層（故意、重大過失、抽象的輕過失、具體的輕過失）之外，另設特殊的過失概念，而係基於合理的利益調和，不論其過失而爲責任之排除。

5. 忠實及其他附隨義務，受僱人就勞務給付之方法，原則上應服從僱用人之指示，已如前述。受僱人依僱用人之指示者，知其指示之錯誤而不告知僱方，以致僱方生有損害時，是否應負擔損害賠償責任，不無爭

論。有主張惟於有應告知僱方之特約或習慣時，負賠償之責（三藩契約法二三五頁）。有謂在高級勞務，受僱人不必聽僱方之指示，縱令依僱方之指示，如其指示有錯誤致僱方生有損害，或就指示錯誤之不告知有故意過失時，應負其責。例如律師對於其顧客利益之侵害有過失，不得主張其僅係依顧客之指示，而免其責。蓋彼應就顧客所作計謀之有害，促其注意也（*Enn-Lehmann*, §146, I S. 139 鳩山五三九頁）。依余所見，以後說爲是。

就附隨於勞務供給之事項，當事人有爲特約者，例如違約金、損害賠償額之豫定，不漏洩秘密之特約，僱傭終了後不爲競爭營業之特約。此等特約，如不違背公序良俗或不違反強行法規，應爲有效。然雖無特約，受僱人依誠實信用原則及交易習慣，無論高級或低級勞務，於必要範圍，雖然不直接屬於勞務供給之事項，亦應解釋負有附隨的義務，概稱爲忠實義務。分言之，除上述服從義務外，例如有應生損害於僱方之緊急情事時，有通知之義務，有保守秘密之義務，有爲僱方之業務誠實的注意其促進之義務（*Foerd-erungspflicht*）。受僱人應如何保管工具及其他物，應依交易習慣定之。

受僱人對於一切足以妨礙勞務之供給者，負有不作爲之義務。但此非獨立的義務，僅爲勞務供給義務之反面，從而例如店員未履行其勞務時，僱方得請求其履行。然不得僅請求其不向他僱用人爲勞務給付。但如契約上之義務係禁止店員在其他同類業務活動者，自得訴請其不作爲。

受僱人就其發明是否有通知及交與僱用人之義務。在德國發明原分營業發明（*Betriebserfindungen*）、勞務發明（*Diensterfindungen*）、自由發明（*freie Erfindungen*）三種。第一種謂其發明係基於營業之經驗、設備、準備，不能確知一定被用人爲決定的發明人，其發明權屬於僱用人。第二種謂其發明屬於被用人契約上所擔任活動範圍內之發明，應移轉於僱用人。其移轉契約得依預期的占有改定而訂定，於發明完成時直接屬於僱用人，除另有訂定外，無報酬請求權。第三種自由發明謂職務活動以外之發明，其發明權屬於受僱人（*Staudinger, zu §611, V, 4, e, S. 769*）。一九三六年五月五日之專利法（*Patentgesetz*）第

三條規定發明權屬於創造人或其權利承受人。依一九四二年七月五日之關於附屬人員發明之處理命令(V. Ueber die Behandlung von Erfindungen des Gehilfschaftsmiglied er)第二條規定，受僱人所爲之發明係基於營業工作而成者，應以受取相當報酬，移歸營業人處分。依一九四三年三月二十日之實施命令第三條，於勞動關係繼續中所爲之發明，雖不屬於其活動(工作)範圍，均應無遲延的通知營業人。在營業人處活動以前所爲之發明，尚未聲請專利者亦同。營業人對於在勞動關係繼續中所爲之發明，係由於受僱人所擔任活動而生或主要的基於營業之經驗、準備或其他營業上之刺戟者，得爲請求。營業人於接到受僱人通知後六個月爲此表示時，其發明移屬於營業人。如逾此期限不爲表示時，受僱人得自由處分其發明。對於報酬當事人不能一致時，先由營業人決定之。受僱人得於決定後一個月內，請求勞動法院確定之(Denecke, Vorb. vor § 611, I, 10, S. 313, 314)。依日本特許法第十四條，被用人關於其勤務所爲之發明，性質上屬於僱用人之業務範圍，且至其爲發明之行爲屬於被用人之任務者，除有預使僱用人受專利之權利或承受專利權之契約或勤務規程(此時僱用人應支付相當之償金，但法院爲定其補償金額，得斟酌已支付之報酬)外，由被用人享受專利，僱用人惟有實施權。其以外之發明，僱用人不獨不當然有實施權，其預使僱用人受專利之權利或承受專利權之契約或勤務規程之條項，亦爲無效。故發明僅於職務執行或勞動供給之際所爲者，縱令有特約，僅被用人有專利權。僱用人惟得依特約取得實施權。依我專利法(一)受僱人職務上之發明(營業發明)，其專利權屬於僱用人。但訂有契約者，從其契約(專利法五十一條)。(二)受僱人與職務有關之發明(勞務發明)，其專利權爲雙方所共有(專利法五二條)。(三)受僱人與職務無關之發明(自由發明)，其專利權屬於受僱人。但其發明係利用僱用人資源或經驗者，僱用人得依契約，於該事業實施其發明(專利法五三條)(註)。以上第(一)第(二)兩種及第(三)種但書情形，均應解釋受僱人有通知僱方之義務。

【註】依勞動契約法第七條「勞動者爲發明時，其發明權屬於勞動者。前項發明因經營上之共同經驗而獲者，其發明

權屬於僱方，但其發明如有重大之價值時，勞動者得請求相當報酬。勞動者受僱方之委託或以僱方之費用而發明者，其發明權屬於雙方共有。然本法尚未施行。

第二目 僱用人之權利義務

一、勞務供給請求權

僱用人對於受僱人有請求其服勞務之權利。僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人（民法四八四條一項前段、德民六一三條二段、瑞債三二七條二項、日民六二五條一項），故亦不得扣押。蓋僱傭關係，原則上為對人信用關係，僱用人為何人，對於受僱人通常有重大關係也，從而未得受僱人之同意所為之讓與為無效。（一）僱用人經受僱人之同意，讓與其勞動請求權時，受讓人雖承受僱用人之債權，是否當然承受其債務，不無爭論。有謂非有有效之承擔，讓與人依然自支付報酬之義務（鳩山五二四頁）。有謂與租權之讓與同樣報酬之支付義務亦移轉於受讓人。為讓與之僱用人由僱傭關係脫離（中村債權法概論三五三頁、岡村三九二頁三九三頁）。然報酬義務與勞動請求權，有密切之關係，二者同存於一人為常態，意思不明時，可認為與請求權之讓與同時有報酬義務之承擔（末弘六七六頁）。（二）未得受僱人之同意所為之讓與為無效。僱用人雖事實上為讓與，不發生債權之移轉，對於當初之僱傭關係，不生任何影響。因日民法無特別規定，解釋上受僱人不因而取得終止契約權或債務不履行之損害賠償請求權。我民法則明定受僱人得終止契約（民法四八四條二項）。然如僱用人讓與請求權而自己不受領勞務時，受僱人亦得不終止契約，而依民法第四八七條規定無須補服勞務，而請求報酬（德民六一五條）。（三）對於讓與之同意，無論依僱傭契約為之或依嗣後之意思表示為之均無不可。然於既讓與之後為同意時，則除有特別之意思表示外，惟對將來發生讓與之效力。（四）僱用人是否得不讓與其請求權，而使他人為事實上之使用。關於此點民法無明文規定，應依約旨、交易習慣及誠信原則定之。然原則上應解釋僱用人不得任意

允許第三人之使用。(五)勞務請求權未經受僱人之同意，雖不得讓與，然非謂不得繼承。此請求權是否得為繼承，為事實問題，得依勞務給付之性質，因僱用人之死亡而勞務關係完全消滅。例如為嚴重病之看護僱用侍者，則於主人死亡時，其僱傭關係消滅。有繼承時，報酬支付義務自然的亦由繼承人承受。但繼承人如依情形不能期待其繼續僱傭關係者，可認為遇有重大事由，得終止契約（民法四八九條）。(六)勞務給付非對於僱用人，而應向第三人為之者，民法第四八四條第一項規定不適用之。此時得有為第三人契約之成立，當事人仍為僱用人及受僱人。於有疑義時，關於勞務之給付，惟僱用人有指示權。但其指示權明示的或依其情形已移轉於第三人者，自當別論。(七)民法第四八四條之規定，為任意規定。勞務請求權之讓與性得明示的或默示的約定之。於一定營業僱用之工人，其營業得移轉者，有主張不適用民法此規定（Staudinger, zu § 613, I, 1—3, S. 813, 814）。

關於概括承受，例如公司之合併或種類之改變，營業之讓與，勞務請求權是否移轉於承受人，頗有爭論。(一)有主張於民法第三〇五條第三〇六條之情形時，新營業受讓人惟對於過去已由勞動關係成立之債權，負其責任。然並未獲取其相當之權利。如於承擔契約訂定承受原有之勞動者時，通常惟對於讓與人承擔繼續僱用之義務，僅於有特殊情形時，其中含有為第三人（各個勞動者）之契約。惟於新營業人作明示之表示或事實上使繼續工作表達其繼續各個勞動契約之意思，而各個勞動者依活動之繼續，表示意思一致時，始進入原來之勞動關係。此時無須原讓營業人讓與其基於各個勞動契約之權利，如營業大體上保其人的物的原狀及目的而繼續，原來已工作之期間，就特別給付、休假、退休金及預告期間之計算，不因營業人之更換而中斷（Denecke, zu § 613, 2, S. 338）。(二)謂勞動者被僱用於營業即可認為於營業有移轉時對於勞務請求權之讓與及新營業人對於讓與人債務之承擔，已有同意。然如其勞務義務與僱用人之本身密切結合，或對於受僱人不可期待其繼續勞動契約者，不在此限。例如私人秘書、病者之看護人、報紙變更其政治上之方向。勞務請求權是否有讓與，依讓與人及受讓人之意思定之。在商業之讓與，經讓與人

同意繼續使用原有之商號時，依德商法第二十五條之規定，除於商業登記簿有反對之登記及公告或通知第三人外，其請求權視為已移轉。其他情形在營業移轉於有疑義時，亦應認有移轉其請求權之意思。如僱用人不移轉對於勞動者之請求權，則應繼續支付報酬（民法二六七條）（*Staudinger, zu § 613, I, 4, a, b, S. 814, 815*）。（三）有謂在營業變換為股份有限公司，在法人及合夥間營業之讓與，於大營業，勞務義務人幾難謂對於僱主為人的服務，而一般反多為一定之營業約定勞務者，對於勞務之權利通常應認有讓與性。但契約主要的係顧慮僱主之本人而訂立者，例如管理人員，不在此限（*Ober zu § 327, 2, b, S. 121 ff*）。（四）有主張由於勞動者對於營業之地位，權利與義務法律上當然移轉於營業取得人（*Rikisch, Arbeitsrecht, 1951, S. 193; Opphofer, das Unternehmensrecht, 1927, S. 128*）。依余所見，於民法第三〇五條第三〇六條營業之概括的承受時，除有反對之約定或不可期待受讓人繼續其勞動關係者外，可認為有勞務請求權之讓與，並由新營業人承擔繼續僱用原有勞動者之義務，無須另有個別的勞務請求權之讓與。受僱人雖未明示同意而繼續工作者，可認為對於勞務請求權之讓與及新營業人支付報酬之債務承擔，已有同意。但對於讓與人之過去的報酬請求權，依民法第三〇五條第二項之規定，仍由原債務人及承受人於二年以內連帶負其責任。對於營業讓與後之報酬原則上僅由新營業人負責。受僱人終止契約（民法四八九條）或事實上不繼續工作時，則勞動關係消滅。

二、報酬支付義務

僱用人負有支付報酬之義務。（一）如依情形非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬（民法四八三條一項、德民六一二條一項）。即其勞務依交易習慣或職業上惟受報酬而為給付，然非依當事人之意思，尤其非依受勞務給付人之意思，惟依客觀的情形定之。其活動需給付人之全部勞動力者，通常非給與報酬即不為之。尤其該給付人期待其勞動獲得報酬以維持生活時為然。所謂依其情形，勞動給付之範圍及長時期，亦應顧及。期待遺贈而為病人長期服務者，如未獲有遺贈，得請求其他報酬。然女人對於有婚約之男人

與其同居，雖常年服勞務，如可認為無償給付者，不得嗣後請求報酬（Denecke, zu § 612, 2, S. 336）。（二）未定報酬額者，按照價目表所定給付之。無價目表者，按照習慣給付（民法四八二條二項、德民六一三條二項）。未定報酬，謂未依當事人契約或團體協約或經營協約，定有報酬額。（三）價目表在德民通說謂指公定工資表（*obrigkeitliche Taxe*）*Ein*（Palandt, zu § 612, 2, S. 609; Denecke § 612, 3, S. 337; Oertmann, 2b）。在我民法應解釋工廠、礦場或該地方一般所行之價目表，亦包含在內。（四）受僱人應證明無約定之報酬額及價目表，始得請求依習慣給付報酬。對於不受協約拘束之受僱人，協約所定之工資表為習慣上之報酬。無價目表亦無習慣上之報酬或其報酬額有伸縮之餘地時，由請求報酬之受僱人依公平衡量決定之。其決定不公平時，由法院定之（參照德民三一六條三一五條）。

報酬應依約定之期限給付之。無約定者，依習慣。無約定亦無習慣者，其報酬分期計算者（例如按日、星期或月計算），應於每期屆滿時給付之。報酬非分期給付者，應於勞務完畢時給付之（民法四八六條、德民六一四條、日民六二四條）。即原則上報酬為後付。故受僱人原則上無同時履行抗辯權。然以期間定報酬者，在前期報酬支付以前，得拒絕當期之勞務給付。報酬全部或一部以實物給付者，不能依其性質定其給付期時，應依誠信原則及交易習慣定之。

工廠法及礦場法為社會的理由，為工廠及礦場工人，就其報酬債權，設有特別規定。

1. 工廠對於工人應以當地十足通用貨幣，為工資之給付。即不得以實物為給付，亦不得除賬（工廠法二一條、礦場法二條）。此為民法第四八二條規定之例外。

2. 工資之給付，應為定期，至少每月發給二次。依件計算工資者，亦同（工廠法二二條、礦場法二條）。此為民法第四八六條規定之例外。

3. 依法延長工作時間時，其工資應照平日每小時工資額加給三分之一至三分之二（工廠法二三條、礦場法二條）。此為民法第四八三條第二款規定之例外。

4. 工人之工資不得少於最低工資率。工人最低工資率之規定應以各廠所在地之工人生活狀況為標準（工廠法二〇條、礦場法二條）。

5. 工資扣押之禁止，債務人對於第三人之債權係維持債務人及其家屬生活所必需者，不得為強制執行（強執一二二條）。

6. 工資有優先受清償之權，勞動報酬於僱方破產或其前一年內已屆給付期者，對於僱方財產有最優先請求清償之權（勞動契約法二十九條，然本法尚未施行）。

III、保護義務 (Fürsorgepflicht)

僱用人依特別法之規定，對於受僱用之人有保護之義務，即僱用人對於工人因工傷病、死亡，有給與津貼及撫卹之義務（工廠法九條、礦場法二條）。對於工人生命、健康、福利等有為保護設施（工廠法第七章第八章、礦場法二條）及與以適當休養之義務（工廠法第四章、礦場法二條）。此義務係自社會之見地所特認僱方之義務。當事人不得以特約排除之。並無須僱用人有債務不履行或侵權行為之存在。如同時具備此等要件時，則發生請求權之併存。因一方面請求權之行使受損害之填補時，他方面請求權應於其範圍消滅。惟於未能受滿足之部份，不妨基於他方面之請求權，更為請求（鳩山五四五頁，末弘六七四頁註39）。

與僱用人契約上之義務應為區別者，為其對於國家所負公法上之義務，即因保護勞動者之規定而生之義務。例如關於經營保護 (Betriebschutz) (工廠法第八章)，勞動時間保護 (工廠法第八章)，契約保護即關於契約訂立、契約內容、重要的僱方義務履行尤其支付報酬義務履行之保護 (工廠法二二條、二四條、二五條、勞動契約法第二三條「勞動報酬之給付，不得在休假日或在娛樂場所、旅館、商店或其他販賣貨物之處所行之」) (拙著勞動法原論三七八頁以下 Staudinger, Vorb. vor § 611, Wb. r. S. 719, 721)，其違反應受公法上之強制及處罰。又因此義務之侵害，勞動者有給付拒絕權 (Eon-Lehmann, § 146, I, 6, S. 606)。

四、使用義務

勞務之受領，即使受僱人就業之義務，民法未設有明文規定。然於有特殊情形，不僅依明示或默示的約定，而為受僱人足受保護之職業上利益，應認僱方有此義務。例如歌者、優伶、明星、編輯、學徒、推銷員。但於有足保護的僱方之利益不可期待其受領勞務時，則免此義務。

第三目 給付不能與遲延

一、因不歸責於雙方之事由勞務給付為不能

勞務因不可歸責於雙方之事由而為給付不能時，原則上應適用民法上關於雙務契約之規定。全部不能時，僱用人免為給與報酬之義務。一部不能時，應按其比例減少報酬（民法二六六條）。然有重大例外，依德國民法規定，因勞務者無過失之一身事由於不甚重要期間不能服勞務（或不可期待其服勞務）時，報酬請求權不因而減縮（德民六一四條）。故勞務者因疾病或因近親之重病或死亡，不能服勞務，仍得受取所定之報酬。但因此由災害或疾病保險受有金額，應扣除之。我民法關於此點，雖未為規定，然特別法則設有規定（工廠法三七條四五條、礦場法二條）。

二、因可歸責於一方之事由而勞務給付為不能或遲延時

此時民法第二五六條（第二二六條）第二五四條所定之解除權，依民法第四八九條特別之規定，而被排除。其他仍適用一般原則（Staudinger, zu § 626, VII; Enn-Lehmann, § 147, I, S. 608）

1. 因可歸責於受僱人之事由而勞務給付為不能時，僱方得請求損害賠償或僅拒絕支付報酬（民法二六四條）。一部不能時僱方得請求其勞務可能部分之給付，就不能部分得依其選擇，請求損害賠償或比例減少報酬。如部分之履行已無利益時，得拒絕其部分之履行而就全部給付請求損害賠償（民法二二六條二項）。

2. 因可歸責於僱用人之事由而勞務給付爲不能時，則受僱人免其義務而得請求報酬。但因免服勞務所得之利益或應得之利益，應扣除之（民法二六二條）。

3. 受僱人勞務給付遲延時，僱方得請求賠償其因遲延所生之損害（民法二二一條二二二條）。依工廠法第三十一條第二款規定，工人無故繼續三日以上或一個月以內無故曠工六日以上時，工廠得不經預告，終止契約。勞務給付義務，通常爲勞務義務之重要成分，於所定期間不爲工作時，則對於其期間無法再供給勞務，故對於過去之部分構成給付不能，惟於時間不爲勞務義務之重要成分時，始構成給付遲延（Saundinger, zu § 611, V, 9, a）。僱用人方面給付遲延時，受僱人有同樣之權利。

三、受領遲延

僱用人受領勞務遲延者，民法對於一般原則設有例外規定，即受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所節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，僱用人得由報酬內扣除之（民法四八七條、德民六一五條、瑞債三三三條）。

1. 受領遲延不須僱用人方面有過失，只須受僱人爲給付之提出，僱方事實上不能受領（除民法第二三六條情形外），亦陷於受領遲延。其爲履行所必要之協力受有阻礙時，例如因病不能受領勞務給付或應由其備置之工具、物料（原料、石炭、電力等）及其他勞務給付之基礎，不能供給，亦爲受領遲延。如其障礙一般爲不可除去者，則構成給付不能，僱方免其對待給付義務（民法二六六條）。如受僱人勞務給付爲不能時，則無成立僱方受領遲延之餘地。就不可歸責於僱方之勞務給付不能，除特別法另有規定外（例如工廠法三七條四五條、礦場法二條），僱方免支付報酬之義務。

2. 在從屬的僱傭關係，即勞動關係，關於經營的危險（Betriebsrisiko）之負擔問題，即於經營障礙時，是否應由僱方繼續支付報酬，抑勞方喪失報酬請求權，民法純自個人立場，關於個人的僱用人及受僱人之法律關係所爲之規定，對於社會的關係即社會的勞動及經營團體關係，自不能切合。僱方及勞方間之經

營連結，要求其間另一危險之分擔方法。依德國最高法院一九二三年二月六日判決，於勞動者部分罷工使經營停止時，因對於僱方不能期待其為報酬之繼續支付，對於欲勞動之工人亦否認其報酬請求權。一九二八年七月二十日判決，依誠信原則，建立經營危險負擔之標準，即除有契約訂定外，第一對於經營障礙由有過失者負擔。在無過失之經營障礙，自範圍說之立場，其障礙在誰之責任範圍（Verantwortungsbereich）成立，即應由其負擔。應由僱方負責者，為關於經營管理之事件，例如應供給原料之缺乏、電力之停給、機器之損壞、雨、寒，在疏浚工作之冰流及可預計的短期障礙。反之勞方就基於其行為所生之危險，應負其責。在部分罷工，個人雖未直接參加時亦然。此外由於經營的結合，對於損害經營的成立及使經營毀滅或長期癱瘓之自然事件及不可抗力，應由僱方勞方共同負擔其危險。如經營障礙發生經濟上重大之損害，致非危害經營之存在不能負擔時亦同。

關於經營危險，原則上應由僱方負擔，其理由德國勞動法院求於經營危險（Betriebsrisiko）之概念。將原則上應由營業人負擔之經濟危險（wirtschaftliches Risiko）之概念，加以擴張。因經營地位不獨有法律的及社會的優勢，而並享受良好時機之利益，因此經營障礙之不利，於其責任範圍內發生者，有不良時機之不利，原則上應由其負擔。其障礙可得避免與否，在所不問。然如障礙或經濟困難，危害經營之存在，因亦危及勞動位置之保持時，單由僱方負擔危險，始欠公平。此時其危險應共同負擔。應如何分配，有為各半分擔者，例如基於德國勞動契約法第七六條之判決，謂就經營停止之危險（Betriebsstörung）亦應由僱方負擔，惟經營停止及於一職業部門或地方之全部（謂之一般的經營危險）時，勞方惟應受取報酬之半數。依我勞動契約法件工勞動者之成績減少，僱方及勞動者均無過失時，應給與當地普通工資半數之報酬（同法第十九條），亦即示共同負擔之意。然亦有不採按額分擔之原則，而採用時間上之分擔，僱方惟應於相當期間內繼續支付報酬，於其期間經過後，即免其支付義務。我工廠法第三十條規定工廠為全部或一部之歇業或因不可抗力停止工作在一個月以上時，得依該法第二七條之規定豫告工人終止

契約。除預告期間之工資照給外，並加給其預告期間工資之半數（工廠法二九條）。停工期間工資照給，亦即示共同負擔之意。

經濟的阻礙原因，致使僱方停工，例如缺乏僱方吩咐。德國勞動法院判決對於工人之報酬請求權，忽而承認，忽而否認，然經濟危機結果之歸屬，不應適用關於經營危險負擔之原則，而應適用民法關於給付不能及不可期待之原則定之。蓋無論何人應就其財政上之支付能力負其責任，僱方原則上不得主張其經濟上有困難而免其支付報酬之義務，惟例外的基於特殊情形經濟上不可期待時（因經濟窘迫或其面臨經濟上之崩潰），僱方得解僱或依其情形，得即時終止契約（*Em-Lehmann, § 147, I. 2, S. 610*）。

第五節 僱傭關係之消滅

僱傭關係，除因一般由契約所生法律關係之終了原因而消滅外，因左列之事由而消滅。

一、勞務之終了

受僱人完畢約定之勞務時，其債務因清償而消滅，蓋契約已因此達其目的也。

二、期限之屆滿

僱傭定有期限者，其僱傭關係於期限屆滿時消滅（民法四八八條一項、德民六二〇條一項）。僱傭期限屆滿後，受僱人繼續服勞務，僱用人知而未表示反對之意思時，依日本民法第六二九條第一項，推定以與前僱傭同一之條件，新為僱傭。但各當事人得依第六二七條之規定，終止契約。依德民第六二五條，勞務期間經過後，受僱人繼續僱傭關係，相對人知而不為異議時，僱傭關係視為以不定期限而延長。依瑞債第三四六條，視為以同一期間而更新契約。但至多以一年為限。我勞動契約法第三一條規定，視為無定期之勞動契約（勞動契約法尚未施行）。我民法雖無規定，可解釋為以不定期限繼續僱傭契約（準用民

法四五一條)。依民法第四八八條第二項規定，當事人得隨時終止契約，依一般原則，除受僱人所提供之擔保外，失其效力。然依工廠法第二六條規定「凡有定期之工作契約期滿時，必須雙方同意，方得續約」。

【註】依勞動契約法第三十三條「勞動契約之期間在五年以上者，勞動者得於滿五年後，以三個月以前之預告期間，隨時聲請解約」。

三、終止契約

1. 特種技能欠缺之終止 受僱人明示或默示保證其有特殊技能者，如無此特種技能時，僱用人得終止契約（民法四八五條）。此在需要專門技術之特別勞務，其特種技能之欠缺，於契約訂立時已存在者，得同時為契約撤銷之原因，而於契約成立後始發生者，僅為終止契約之原因。受僱人明示的或默示的保證其有特種技能而於訂約時並無此特種技能者，如僱用人因此而訂立契約時，得依民法第九二條關於詐欺之規定，撤銷其契約。對於相對人為重要之事實之單純的沉默，以相對人依交易觀念應期待此事實之告知而為沉默人所知時為限，始構成詐欺。僱用人縱不得依詐欺貫徹其撤銷，然如依沉默人之行為違背誠信原則及營業上之風習時，對於主張其權利之沉默人，仍得依詐欺之抗辯對抗之（*Staudinger, zu § 11, W. 2, b, S. 764*）。其情形經被詢而為沉默者，一般有詐欺之存在。對於相對人之資格交易上認為重要者，如僱用人（表意人）無過失，亦得依民法第八十八條關於錯誤之規定，為撤銷。

上述受僱人欠缺特種技能，為主觀的自始不能，不使其契約為無效（參照拙著債法總論四八九頁）。其欠缺嗣後發現時，僱用人得依民法第四八五條規定，即時終止契約。如其欠缺根本不參加工作，則為因可歸責於受僱人之事由之債務不履行，僱用人得請求損害賠償或拒絕支付報酬，並得依民法第四八五條規定終止契約。如因特殊能力之欠缺不能達預期勞動之結果時，則構成不完全履行，僱用人得請求損害賠償（或減少報酬），並得依民法第四八五條之規定，終止契約。在不完全履行，受僱人雖無過失，僱用人

亦得依民法第四八九條之規定終止契約（Staudinger, zu § 611, V. 9. b. r. S. 777）。

【註】依勞動契約法第六條「勞動契約以有水續性之勞動關係為目的者，得約定一個月以內為試驗期間，於該期間內，當事人之一方得隨時解約」。

2. 未定期限之僱傭 僱傭未定期限，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、法民一七八〇條二項、德民六二〇條二項、參照瑞債三四七條、日民六二七條）。依勞務之性質或目的定其期限，例如為收穫之目的或由船上卸貨之目的所僱之工人，為某一訴訟所用之律師，則於其事務之完畢，而僱傭關係終了。為重病者所僱用之看護人，則其僱傭關係因病者之康復或死亡而終了。然勞務之性質及目的，於契約訂立時須為當事人所得認知，惟客觀的存在尚為未足。例如約定完成一定之件數，以件數計報酬，而未豫定其後再繼續工作時，則得為定期之僱傭關係。又僅為一時之補助工作而僱用者，則以其補助需要之期間為準。如其補助目的於僱用時為可認知者，則其補助關係於補助目的達成時終了，無須為終止之通知。例如為患病工人之代理而僱用。然其補助需要之期間，須客觀的為得確定，而不繫於僱用人之任意，否則為未定期限之僱傭。

隨時終止契約，依德日民法及瑞債規定，均須先期通知（德民六二〇條二項、日民六二七條、瑞債三四七條）。依法民法得由當事人之一方，即時終止契約。然依一方之意思終止契約時，得生損害賠償責任（法民一七八〇條一項二項）。我民法規定當事人得隨時終止契約，即得不經豫告而即時終止契約。但有利於受僱人之習慣者，從其習慣。例如僱用人僅得於月尾或三節辭工。又依工廠法第二七條第三三條規定，凡無定期之工作契約，工廠或工人欲終止契約時，均須依該法規定之預告期間，先期通知。

【註】依勞動契約法第三十二條「無定期勞動契約當事人之一方，得依下列規定聲請解約。（一）以日定報酬者，於其一日前預告之。（二）以星期定報酬者，於其星期末之三日預告之。（三）以月定報酬者，於其月末之七日前預告之。（四）以季定報酬者，於其期間末之半個月前預告之。（五）以年定報酬者，於其期間末之一個月前預告之」。

前項預告期間，契約定有較長之期間者，從其契約」(參照德民六二二條)。

3. 定有期限之僱傭

a. 終止之原因 僱傭契約雖定有期限，然如有法定原因，仍得於期前終止契約。(一)當事人之一方違反民法第四八四條第一項之規定時，他方得終止僱傭契約(同條二項)。(二)受僱人欠缺明示或默示所保證之特種技能時，僱用人得終止契約(民法四八五條)，已如前述。(三)當事人之一方遇有重大事由時，亦得期前終止僱傭契約(民法四八九條、德民六二六條、瑞債三五二條、日民六二八條)。(1)依此規定認受僱人有終止契約權者，蓋若不問遇有重大事由而仍使受僱人繼續僱傭契約，則係不當的束縛妨害其身體精神之自由也。對於僱用人方面，亦認有此終止契約權者，蓋自公平之立場，亦應同樣保護其利益也。此規定應解釋為強行法，如有不認此終止權之特約或約定於為終止時應支付違約金者，其合意為無效。但因過失而生重大事由時，預定其損害賠償額之特約，並不違反此強行規定。(2)重大事由，謂不管其事由之存在而仍使繼續僱傭契約，則顯有害於其人之利益，在一般交易觀念上可認為甚為不當或不公平之事實。依瑞債第三五二條第二項規定「其存在對於終止權人基於道德上之理由或依誠信原則，已不能再期待僱傭關係之繼續者，為有重大事由」，亦即此旨。何種事由為重大事由，為法律問題。其違法之決定，得為第三審上訴之理由。(3)因非可歸責於當事人之事由致給付不能時，其契約即為終了。(4)受僱人債務不履行，例如為違法之罷工，拒絕從事勞務時，是否為茲所謂重大事由。有謂此時僱用人得適用民法第二五四條，定相當期限催告其工作，如於期限內不履行時，得終止契約，無另設第四八九條規定之必要。故第四八九條應將債務不履行之情形除外(鳩山五五四頁、磯谷六二二頁(註))，然依日本判例(大正十一年五月二十九日大判)及德民瑞債解釋，債務不履行之情形亦屬於茲所謂重大事由(Standin-ger, zu § 626 I, 5, S. 899; Oser, zu § 352, I, 1, a, f, S. 1340, 1344)。依余所見，可從德瑞之解釋。然

須有嚴重的契約義務之侵害，始得不經催告即時終止契約。如僅就非重大之點有侵害，仍須定期催告後，始得終止契約。嚴重的侵害，例如在僱用人方面爲報酬支付義務之侵害（參照瑞債三五五條），在受僱人方面爲工作義務之侵害（*Ober, zu § 352 II, a. b. S. 1344*）。（*us*）（*a*）重大事由，有存於被通知終止之當事人者，又可分爲解僱事由（存於受僱人方面）及辭僱事由（存於僱用人方面）。存於受僱人方面者，可參照勞動契約法第三六條第一項之規定以爲解釋（該法雖尚未施行然可爲解釋之參考），例如勞動者於訂立勞動契約時爲虛偽之陳述，使僱方誤信而有受損害之虞時，勞動者與僱方同住而爲放蕩之生活，經僱方警告仍不悔改時，勞動者有惡疾或惡性傳染病時，勞動者對於僱方、僱方之家族、僱方之代理人或同夥勞動者，有重大之侮辱或對於僱方之家族誘引其爲不法或不道德之行爲時，勞動者觸犯刑法受拘役以上之處分時，勞動者對於勞動契約有重大違反或無正當理由屢次違反服務規則時，勞動者故意濫用機器、工具、原料、生產品或其他僱方之物或無故洩漏僱方事務上或營業上之秘密或酗酒入場工作時，勞動者無正當理由繼續缺勤三日或一個月缺勤六日時。又對所承受工作不能勝任時（參照工廠法三〇條三款）或因傷病不能工作或因信用保證契約失效時，亦可爲重大事由。但因傷病暫時不能勞動或婦女在生產前後而有法律之保障者，僱方不得解約（同條三項）。存於僱用人方面者，亦可參勞動契約法第三七條第一項之規定，以爲解釋。例如僱方於訂約爲虛偽之陳述使勞動者誤信而有受損害之虞時，勞動者或其家族之生命、名譽、品行，因勞動契約有受損害之虞時。僱方或其代理人對於勞動者或其家族有重大之侮辱或企圖使其爲不法或不道德行爲或對於勞動者犯有應受拘役以上之刑時，契約所定之勞動對於勞動者之健康有不能預見之危險時，僱方、僱方之代理人有惡疾或惡性傳染病，勞動者須與之共同工作或同住時，僱方不依勞動契約給付勞動報酬或對於件工勞動者不供給充分之工作時，僱方對於勞動法令、勞動契約有重大之違反或勞動契約之條件因僱方行爲有根本之變化時，皆爲重大事由。（*b*）事由存於爲契約終止之當事人者，亦可分解僱事由及辭僱事由。存於受僱人方面者，例如受僱人自己不斷患病時，女性受僱人結婚時。存於

僱用人方面者，例如僱用人死亡，其繼承人不能繼續營業時。僱用人因自己過失或於其危險範圍所引起之狀態，不得為即時解僱之事由。僱用人因營業失敗而歇業或轉讓或因虧折而緊縮時，亦同。蓋僱用人不能以此危險轉嫁於受僱人也。依工廠法第三〇條第一款規定，工廠為全部或一部之歇業時，得依同條第二七條，先期預告，終止契約。(c)客觀的事由為解僱原因者，例如營業嗣後之禁止，特許之撤銷。然此時依其情形得有因過失之給付不能。營業之惡化，因戰爭、火災、自然事件之經營障礙，官署營業之關閉、征收，因時機變動之收益短少等本身，並非為即時終止之重大事由，惟因此不得不為清算或長期繼續時，始構成重大事由(註)。然是否可期待其為通常終止(即依法先行預告)，至為重要，蓋民法第四八九條規定，不能將經營危險，移轉於受僱人也。為辭僱原因者，例如因偶然家屬關係之變更，因家人之疾病或死亡有在家內管理家事或事務之急迫的需要，妻因夫遷徙他處，因同夥勞動者之一定關係，例如有傳染病不能期待僱方將其解僱(Oser, zu § 352, III, 3, S. 1246; Staudinger, zu § 626, I, 5, 3, a. c, S. 902)。

【註】依工廠法第三〇條第一款第二款，工廠為全部或一部歇業時，或因不可抗力停工在一個月以上時，始得依同法第

二七條規定，預告工人終止契約。

依勞動法第三五條第一款至第三款，僱方因營業失敗而歇業或轉讓時，因虧折而緊縮時，因機器損壞而暫停工作在一個月以上時，得於七日前預告解約。

b. 終止之時點 (一) 重大事由，須於終止契約時存在，而且於此時有使終止為正當之理由。(二) 非常終止契約權，無須即時行使之。依我勞動契約法第三六條第二項除其事由繼續存在者外，須僱方自知其情形後七日內為解約(德國營業法 Gewo. 第一二三條第二項第一二四條第二項，亦有類似之規定)。(三) 應依各個情形，判定是否有嗣後的基於重大事由之終止權拋棄之存在或應認定有非常終止權之喪失。如有即時解僱原因之發生為終止權人所知，而經過一定期間仍未通知終止，則終止權通常消滅。依誠信原則不應許終止權人嗣後再主張重大事由而為終止。如終止權人知有終止之重大事由，非為即時終止而定期

通知終止，依其情形得認有即時終止權之拋棄。如當事人一方受領相對人定有期限之通常終止之通知，而未為基於其所知悉的即時終止原因之即時通知者亦同。在繼續的契約違反之行爲，依其情形終止權人當先對於即時終止權已爲拋棄者，如再欲終止，有預先對於他方警告將爲即時終止之必要。(四)雖未爲拋棄，因長時期之經過，如現再爲通知，已不能謂不可期待僱傭之繼續時，則已失去爲重大事由之性質。

c. 終止之效力 依民法第四八九條第一項所爲之終止，於終止通知達到相對人時，僱傭關係向將來消滅。終止是否具備法定之要件，其認定爲宣示的性質之判定。(一)終止雖未具法定原因，然可解釋契約上即時解約之要約，得依他方之承諾而使僱傭關係消滅。然以他方知其終止之無效而了解其表示爲解約之要約時爲限。僅受領其表示或沉默尙爲未足。在定有期限或遲到之終止通知，不僅由相對人受領，而且於應因通知而終止之時點離去者，可認爲解約的要約之承諾。(二)無理由之即時終止，依其情形，得爲他方即時終止契約之重大事由。(三)無理由之即時終止，得認爲合法的次期終止之通知。因而受僱人此時惟得依民法第四八七條之規定請求因定期通知應終止之時點前之報酬 (Staudinger, zu § 626, I, S. 903)。

重大事由如因當事人一方之過失而生者，他方得向其請求損害賠償(民法四八九條二項、日民六二八條但書、德民六二八條二項、瑞債三三三條)。所謂損害，謂僱傭關係因非常終止所生之損害(德民六二八條二項)，即應賠償契約依通常方法終止時(因期限之屆至或通常終止)應有之財產上利益(履行利益)。與契約之侵害同時構成侵權行爲時，並應依侵權行爲負賠償責任。例如司機因其過失之駕駛，傷害僱用人之身體或致其妻死亡，則依其情形得依民法第四八九條解僱及請求財產上損害賠償，並得依民法第一九五條第一九四條規定請求非財產上損害之賠償 (Oert, zu § 353, 3, S. 1249)。爲此損害賠償權之成立(一)須相對人有過失之行爲。(a)依德民瑞債須有過失的契約之侵害行爲，我民法如同日民未作此限制。然當事人一方之行爲，雖構成非常終止之原因，而非基於其過失者，不在此範圍之內。(b)有雖違反契

約而無過失之行爲，然如其契約侵害，依特約應由終止權人之相對人負責者，則此契約之違反，等於有過失之違反。(c)終止權人因自己違反契約而造成非常終止之原因者，應類推適用民法第四八九條第二項之規定。(d)因契約違反之行爲而生損害賠償請求權，終止權人於有過失時，亦應適用民法第二一七條之規定(Staudinger, zu § 628, V.)。(11)須因過失之行爲致生終止權之重大事由，即有過失之行爲與重大事由之發生有直接因果關係，僱方無理由而不遵守定有期限之僱傭契約，受僱人非依民法第四八九條第二項之規定而有損害賠償請求權，首應依民法第四八七條之規定而有報酬請求權。(三)應賠償之損害，爲因非常終止對於賠償權人所致生之損害。(a)僱用人有過失之行爲，例如不支出報酬而致受僱人終止契約時，對於受僱人負有支付如無非常終止應得有之報酬及其他給與(例如盈餘分配)。然通常以不超過依通常終止應得使僱傭關係解銷或因期間之經過應終止之時爲限，而且因免給付勞動義務所得之利益或應得之利益，均應扣除之(民法二六七條)。實物給付(例如住食)，應估定其價格，然不正當被解僱者，於超出契約期間以外因終止所生之損害，例如不能如於通常終止時所能獲得有利之位置，亦得請求賠償。受僱人因其契約違反之行爲致使僱用人爲非常之終止者，應對於僱方賠償爲覓替工所支出之更多費用，另僱費用及因勞務中斷所致生之損失(所失利益)，然亦以不超過受僱人方面依通常終止應得使僱傭關係解銷或其他應得消滅之時爲限(Staudinger, zu § 628, V. 3)。(四)受僱人此項損害賠償請求權，非報酬請求，蓋因僱傭關係已因非常終止而消滅也。然關於消滅時效，仍如同報酬(民法一二六條)，在替補失去的報酬之範圍(其他賠償例如求職費、遷移費不在其內)，並適用關於扣押或抵銷之限制(Staudinger, zu § 628, V. 4; Dencke § 628, 5, S. 367)。

四、解除

當事人保留僱傭契約解除權時，因解除權之行使而僱傭關係終了。

五、受僱人之死亡

受僱人之死亡原則上使僱傭關係終了。如受僱人得僱用人之承諾，使他人代服勞務或其勞務由任何人為之並無差異時，不當然終了。反之僱用人之死亡原則上不為僱傭關係終了之原因，蓋報酬支付義務及勞務請求權，原則上非專屬於僱用人之一身也。然看護僱用人或對於僱用人為講授，係以有專屬於僱用人一身之性質之勞務為契約之內容時，其勞務請求權可認為專屬於僱用人一身之權利，因僱用人之死亡，而僱傭關係終了。

【註】依日民法第六三一條，僱用人受破產之宣告者，僱傭雖定期限，勞務者或破產管理人得依（日民）第六二七條之規定，預告解約。此時各當事人不得對於他方請求因解約所生之損害賠償。我民法關於此點無規定。依工廠法第三〇條第一款規定，工廠為全部或一部之歇業時，得依同法第二七條規定，預告工人終止契約。如因宣告破產而歇業，則可適用此規定。依民法第二六五條之規定，於僱用人支付不能或受破產宣告時，受僱人得請求其提出擔保（參照瑞債三五二條），僱用人如拒絕提出擔保，得為民法第四八九條之重大事由（*Oser, zu § 354, I, S. 1328*）。僱用人無理由而拒絕支付報酬時，亦得構成同條之重大事由（*Bachmann, art. 354, 5, P. 600*）。通常僱用人之破產對於當事人之任何一方尚非當然構成終止契約重大事由。如為其勞務種類所許可，破產財團進入僱方之地位，此後受僱人已非破產債權人，而為破產財團債權人，此時受僱人亦得依民法第二六五條之規定請求提出擔保（*Oser, zu § 354, 3, S. 1323*）。至於受僱人方面之支付不能或破產，對於僱傭關係不直接發生影響。蓋受僱人仍為勞動力之主人翁也。惟僱用人應將破產前已取得而尚未支付之報酬交付於破產財團，然受僱人之破產得構成民法第四八九條僱方終止契約之重大事由（*Oser, zu § 354, 4, S. 353, Anm. 24*）。

第八章 承攬

第一節 承攬之意義及性質

承攬（*locatio-conductio operis; louage d'industrie; louage d'ouvrage; Werkvertrag; Contract for work*）謂當事人約定一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成給付報酬之契約（民法四

九〇條、德民六三一一條一項、瑞債三六三條、日民六三二條)。約定完成工作之人，稱為承攬人。相對人稱為定作人。其性質如左：

一、承攬係以工作之完成為目的之契約

1. 工作 (Opus, Werk, work) 謂得依勞務使發生之結果 (Arbeitsprodukt; Arbeitserfolg; Arbeitsresultat)。其結果得為物之製造、物之運送等之有形的結果，或為建築之設計、疾病之治療等無形的結果。其結果有無財產之價值，在所不問。我民法並未限定其工作之種類，凡足以充吾人之一定需要者，皆不妨為工作。

2. 工作之完成，謂依勞務使發生所預期之結果 (一) 承攬以依勞務使發生結果為目的，故承攬人雖負擔供與勞務之義務，然其勞務非如僱傭，直接為契約之目的，不過為使發生結果之手段而屬於契約之內容，從而雖供與勞務，不生結果時，承攬人不得謂已履行債務，從而不得請求報酬。即在承攬契約，由承攬人負擔危險，而在僱傭則由僱用人負擔危險。(二) 承攬以工作之完成為目的，即係以作成某事為目的之契約，而非以給與某物為目的之契約。此點承攬與買賣不同。在承攬契約，承攬雖無須自己擔任工作之完成，然惟依承攬人自己之勞務而始可發生所預期之結果或另有特約者，應自己為之。例如以藝術家作品之完成為目的之契約。(三) 應完成工作之範圍，依各個契約之內容而定。有為房屋全部建築之完成者，有僅為避雷針之設置者。(a) 醫師為承攬時，有僅以施行手術或診斷處方為工作者，亦有以全癒為工作者。然通常惟以第一之結果為目的，如醫師非就一定之手術，惟一般的約定醫治上之活動時，則為僱傭契約。如叫汽車至一定地點為承攬。然如終日僱用汽車，依乘客之命而駛至各處，則為僱傭。(b) 以建築物、道路等之照明為目的，不問時間之長短者，為承攬契約。反之以電力之供給為目的者，對於因此所生之結果，供給者不負責任，在不認電氣為物之立法，謂為以財產移轉為目的之無名契約，準用關於買賣之規定，蓋此時供給者雖須為一定勞務 (facere) 而契約之主要目的，為財產之移轉 (dare) 也 (Einn-Verh-

mann § 150, 12d)。然在我民法則可認為特種買賣（磯谷六三一頁）。(c)建築承攬契約，承攬人雖自己不為工作，亦不失為承攬契約。(d)牝馬交配契約、廣告登載契約、汽車火車懸掛廣告牌之契約、通報契約。(e)附有其他之契約，例如機器之交付而附有裝置之義務，則為買賣附有工作之承攬。電氣照明設備之交付及裝設。如物之給付為主給付，則為買賣附有承攬之從給付。打穀機或船之租賃，而兼備勞務，如其勞務之地位為從給付，則為租賃附有僱傭或承攬。否則為混合契約。因其為勞務本身之供給或為其結果之約定，分別為僱傭或承攬。待興建的馬戲場之出租，為租賃附有承攬。一階層樓房之租賃附有其房屋暖氣之使用，為租賃附有承攬。顧客運送保留一定座位或車輛，為承攬附有使用供給（Gebrauchsgewährung）。戲劇觀覽契約，為承攬（約定演奏）附有租賃。給付電話契約為承攬、租賃、僱傭義務之滙合，應認為特種契約。房屋之拆除，如對於其拆下材料支付一定之價金時，為買賣。其拆卸為工作之附給付。如拆除為契約之目的，則為承攬。其拆下材料為報酬。

二、承攬係以對於工作之完成，給付報酬為目的之契約

1. 約給付報酬為承攬之要素 故未明示的或默示的給與報酬，而嗣後任意與以報酬者，非承攬；惟有兩個無償行為之併存。為無償時，得為贈與或委任。報酬對於工事之全部約定之。特殊情形，例如造船契約，亦得按工作成果，部分的為前付。為報酬支付之方法，不妨約使承攬人參與利益之分配或定為作成物價值之一部分（partiarischer Werkvertrag oder Quotalvertrag）

報酬之有無及其數額，雖依當事人之合意而定，然如依情形非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬（民法四九一條一項、德民六三二條一項）。苟明示的或默示的有給付報酬之合意，承攬契約即成立。未定報酬額者，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、德民六三二條二項）。

工作之準備或僅為附帶之工作，是否為獨立受報酬之工作，應依各種情形定之。例如建築物之承攬，

承攬人爲其準備所爲之平地、蓄水、打樁、搭架、樹立廠蓬，通常不認爲獨立之工作。反之，承攬人使再承攬人承攬此項工作，則爲再承攬之目的，應受報酬。即承攬人自己所爲之準備或附帶的工作，除爲特別情事可認爲有獨立性外，不得另請求報酬。然如另有約定或特別規定時（民法五〇六條三項），不在此限。

2. 報酬之種類如何在所不問，金錢或金錢以外之給付、物之使用之許可、勞務之供給等，皆得爲報酬。在勞動契約，社會政策上以報酬限於通用貨幣之支付（工廠法二十一條），而在承攬則無此必要，蓋在承攬，定作人與承攬人之經濟上地位，以無顯著的差異爲常也。

3. 報酬應對於工作之結果支付之，故承攬人雖給付勞務而不生工作之結果時，不發生報酬請求權。此爲承攬與僱傭重要不同之所在，已如前述。然既對於工作之結果約付報酬，縱令不生結果亦約付若干報酬者，仍不失爲承攬契約。例如上海漢口間之郵物承攬飛行，如成功時約付一萬圓，如中途失事則僅給半數。不問結果發生與否，約與一定報酬，如幸而發生結果則應支付更多之報酬時，則係對於萬一發生之結果，約付報酬，仍不妨爲承攬。例如對於律師使承攬困難之案件。工作其性質上無須交付其結果者，於發生結果時得請求報酬。嗣後雖有結果之滅失或毀損，不影響報酬請求權。以發生無形的結果爲目的之承攬，多如此。反之以發生有形的結果爲目的之承攬，其承攬人於勞務完畢後，尚應交付其已完成的標的物於定作人。從而其標的物交付前之滅失或毀損，對於報酬請求權所關至鉅，此爲承攬契約危險負擔之問題，容後述明之。

三、承攬爲雙務及有價契約

在承攬，當事人雙方交互負擔債務，而且互爲對價，故爲雙務及有價契約。

四、承攬爲諾成不要式契約

承攬因當事人意思之一致而成立，不以當事人之現實給付爲成立要件，故爲諾成契約。其意思表示不

以任何方式爲必要，故爲不要式契約。

五、特殊之承攬

運送契約，以將貨物或旅客由甲地運送至乙地之結果爲目的，爲承攬契約。然民法就運送營業，特設有規定（民法六二二條至六五九條）。故民法關於承攬之規定，惟有補充之適用。出版契約雖與承攬契約相類似，然構成一特種類型，民法另設有規定（民法五一五條至五二七條）（*Enn-Lehmann, § 150, III*）。

關於行紀之性質，有認爲承攬者（*Enn-Lehmann, § 150 I. 2f*），有認爲僱傭者（*Staub zu § 383 Ann. 22; Gareis, Handelsrecht, S. 432*），有認爲委任之一種者（松本商行爲法一八一頁）。在我民法，以解釋爲委任之一種爲宜（民法五七七條）。

第二節 承攬與作成物供給契約

一、作成物供給契約

作成物供給契約（*Werklieferungsvertrag*）亦稱承攬出賣或承攬供給契約，謂當事人一方專以或主要的以自己的材料作成之物，供給他方，而他方約付報酬之契約。其報酬通常爲金錢，故亦稱承攬出賣。此契約爲承攬抑爲買賣，甚有爭論。羅馬法及德國普通法之多數說，以材料由誰供給，爲區別之標準。定作人供給主要的材料時爲承攬，製作人供給主要的材料時爲買賣。其作成物爲代替物與否，在所不問。法國之學說判例，亦採此說。依義大利民法（一一五八條），首應依當事人之意思，惟於其意思不明時，以材料之所有權爲標準。德國民法大體依普通法之原則，然依其爲代替物與否，而有不同。爲代替物時，惟依買賣的規定。爲不代替物時，分別適用關於買賣及承攬之規定（德民六五一條）。即代替關於買賣第四

三三條（我民法第三四八條）、第四四六條第一項第一段（我民法第三七五條關於危險之移轉）、第四四七條（我民法第三七三條）、第四五九條（我民法第三五四條）、第四六〇條（我民法第三五五條）、第四四六二條至第四四四條（我民法第三五九條第三六〇條）、第四七七條（我民法第三六五條）乃至第四四九條之規定，而適用關於承攬將第六四七條第六四八條（我民法第五一三條）除外之全部規定。依日本通說應以當事人之意思為標準，其以工作之完成為契約之目的者，為承攬。其以標的物所有權之移轉為主要目的者，為買賣。亦有主張為買賣及承攬之混合契約。其以工作之完成為契約之主要內容者，以承攬之規定為主，以標的物所有權之移轉為契約之主要內容者，以買賣之規定為主，而類推適用。兩者之間無輕重之差異者，則應平行的類推適用買賣及承攬之規定。關於製作，因買賣中無此規定，應準用關於承攬之規定。即雖無價金之提出，製作人亦須為製作。民法第五一一條亦應有準用。工作完成後，以準用關於買賣之規定為宜（危險互擔）。製作物有瑕疵時，因標的物之瑕疵為製作之結果，應準用關於承攬之規定，從而民法第四九三條以下關於修補之規定，應有準用。例如船舶之建造承攬。在不代替物製造給付時，實際上製作人於為財產權移轉之請求前，得請求物之製造，應準用關於承攬之規定（鳩山五六四頁至五六七民）。然供給之物屬於他人之權利時，應準用關於買賣之規定（民法三四八條以下）（磯谷六三〇頁）。就余所見，契約所定之製作物，隨製作當然歸於相對人之所有者（例如土地上工作物建造之承攬），即製作人自身不取得所有權，相對人原始的取得所有權時，為承攬。製作人負擔製作之義務，且一旦自己取得所有權，而後以之移轉於相對人時，為承攬與買賣之混合契約，應類推適用關於承攬及買賣之規定。惟以製作物之所有權移轉為目的，其自己製作為移轉或由他處取得而移轉，在所不問（同種同型物件，如軍用手套或皮靴之定製，以給付適合契約條件之物為己足）時，則為買賣（岡村債權法各論四〇六頁）。

第三節 承攬之效力

第一目 承攬人之義務

第一款 工作完成之義務

承攬人有完成契約所定工作之義務。其工作之意義及工作完成之意義，已如上述。茲僅就工作完成之義務，述之如左。

一、承攬人所負擔工作完成之義務，爲一債務，至爲明顯。從而關於債務不履行之效力，應適用債編通則之規定，自不待言。關於其效力，應注意者，有左列各點。

1. 工作之着手或續行 承攬人不着手工作中途中止時，定作人得請求強制履行。其工作得使第三人完竣者，得請求命第三人代爲履行（民法二二七條、強執法一二七條），並得依民法第二五四條之規定定期催告解除契約。承攬人應何時着手工作，其承攬契約有特別規定時，自應從其規定。未定期限者，其應陷遲延之時期，依民法第二二九條第二項之規定。然承攬人於工作完成後，始得請求報酬（民法四九〇條、五〇五條），不得以定作人未就報酬債務爲履行之提出爲理由，而拒絕工作之着手。但承攬人只負有先完成工作之義務，而交付則得與報酬之支付同時爲之（*Ober, zu § 372, I. S. 1409*）。

2. 工作完成之遲延 承攬人因可歸責於自己之事由，雖着手工作，而不能於約定期限完成工作或雖未定期限經過相當時期而未完成者（德民法第六三六條爲適當時期 *rechzeitige*），依民法第五〇二條規定（參照德民法六三六條），定作人得請求減少報酬。如以工作於特定期限完成或交付爲契約之要素者，定作人得解除契約。其解除無須先爲定期催告。有疑問者，民法第五〇二條之規定，是否排除債法一般原則之適用。依德民法第六三六條第一項第二段之規定，承攬人遲延時，定作人之權利，不因此規定而受影響。故亦有主張仍應適用關於遲延之一般原則，即定作人仍得依民法第二五四條之規定，定期催告解除契約（我妻中國民法債各三二九條）。然德民法第六三六條第一項規定「工作之全部或一部不於適當時期完成時

，準用關於請求解除第六三四條第一項至第三項之規定……」，並不以承攬人有過失或遲延爲必要（Denecke, zu § 636, I, S. 384）。在我民法，則以因可歸責於承攬人之事由爲限，故應解釋爲關於承攬人遲延之特別規定。但有主張民法第五〇二條第一項規定，爲民法第二三二條及第二五四條之例外規定，應排除該二條之適用（戴著一六七頁）。亦有主張爲對於民法第二五四條之特別規定（劉著第五〇二條解釋）。依余所見，應解釋第五〇二條，僅對於民法第二五四條爲特別規定，雖應排除該條之適用，關於損害賠償之請求，應無限制，而遲延給付於定作人無利益時，定作人得拒絕給付，並得請求因不履行而生之損害（民法一三三條 Enn-Lehmann zu § 151, I, S. 632）。所謂以工作於特定期限完成或交付爲要素，與民法第二五五條之規定大體同其趣旨。遲延後之給付於定作人已無利益，應解釋包括在內。故此時定作人亦得解除契約（參照拙著債法總論三八八頁 Enn-Lehmann a. a. O.）。所謂報酬減少請求權，並非請求權，乃爲形成權。

因可歸責於承攬人之事由，遲延工作，顯可預見其不能於期限內完成者，定作人得解除契約。但以其遲延可爲工作完成後解除契約之原因者爲限（民法五〇三條、瑞債三六六條一項）。即定作人得不俟履行期之到來，而解除契約。依瑞士債務法，此時承攬人無須有過失，惟以非可歸責於定作人之事由者爲限（Oser, zu § 636, 2a）。我民法則明定須因可歸責於承攬人之事由。依瑞債解釋，定作人應定期催告後，始得解除契約。如定期催告爲無用（瑞債一〇八條一項），則得逕行解除契約（Oser zu § 366, 2b, S. 1367）。依我民法以其遲延可爲工作完成後解除契約之原因爲限，定作人始得依此規定不俟期限之到來解除契約，即於有民法第五〇二條二項（包括民法第二五五條及第二三二條）之情形時，始有此規定之適用。解釋上定作人得逕行解除契約。亦有主張此時民法第四九四條但書之規定，亦應有準用。即承攬之工作爲土地上之工作物時，定作人不得解除契約（我妻中國民法債各三三一頁），似不足採。

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（民法五〇四條）。

因可歸責於承攬人之事由致工作遲延者，定作人得依民法第五〇二條第五〇三條請求減少報酬或解除契約，並得依一般遲延之規定，請求損害賠償，惟定作人於受領工作時不為權利之保留者，應認為有拋棄其權利之意思，承攬人即免其責。然本條限於工作須受領時始有適用。其工作無須受領時，不在此限。

承攬人於着手工作後，因不可歸責於自己之事由，致其材料滅失或於工作完成後交付前，因不可歸責於自己之事由，致其製作物滅失時，雖不負遲延及損害賠償之責，然如工作之完成尚為可能時，承攬人仍負擔其完成之義務。如其完成為不能時，承攬人雖免其債務，其是否得請求報酬，則依後述危險負擔之原則決定之。但此時當事人如有特約時，應依其特約。

二、工作完成必要之勞務，承攬人原則上無須自為，不妨以第三人之勞務充之。關於此點，羅馬法以來，學說及立法幾為一致。我民法就僱傭雖設有第四八四條之規定，而就承攬則未之及，蓋以此也。然而當事人間有特約或工作之性質上承攬人須以自己之勞務完成工作，例如以精神的工作之完成為目的時，則承攬人負有親自完成工作之義務。就工作之完成，除以承攬人自己之勞務為必要者外，承攬人得以第三人為工作完成之補助人或與第三人更訂立承攬契約，使其完成目的工作。後者通常稱為再承攬（*sublocatio*）。此時承攬人就此等第三人之行為對於定作人應負何種責任，德民法第二七八條、瑞士債務法第一〇一條，均一般的規定關於債務之履行，債務人應就其使用人之過失負其責任，我民法第二二四條亦然。再承攬為承攬人與再承攬人間訂立之獨立的承攬契約，與承攬契約為另一個不同之契約。一方契約所生之事項，原則上對於他方之契約不生影響。從而縱令其一方契約為無效，不因而使他方契約為無效。又縱令有再承攬禁止之特約，亦非當然使再承攬為無效。惟發生承攬人對於定作人債務不履行之問題。然不管承攬契約有禁止再承攬之特約，承攬人仍使第三人為再承攬時，自應就再承攬人之行為，負其責任（參照民法一七九七條）。

三、工作完成之義務不當然包含供給工作材料之義務。承攬人是否負供給材料之義務，依承攬契約之

內容而定。附屬材料亦然。但附屬材料有依一般習慣，由承攬人負擔供給之義務者，例如裁縫之承攬所需之線，以由承攬人供給爲常。承攬人不負供給材料之義務時，其材料雖因事變滅失毀損，承攬人無須供給新材料，惟負有以定作人所供給之新材料，完成工作之義務。工作之材料，與完成工作必要之器具，應爲區別。前者雖不當然屬於承攬人之負擔，然後者爲工作完成義務之當然內容，應由承攬人負擔。但有特約時，自應依其特約。

第二款 完成物之交付及其所有權之歸屬

承攬之目的關於物者，承攬人除依契約之本旨完成工作外，通常尙應將其完成物交付於定作人。此自民法第五〇五條之規定觀之，蓋無疑義。然承攬之性質上有無須特別爲交付者，例如房屋之修繕、壁畫及其他機器之安置。爲說明物之交付義務，其完成物之所有權應歸屬何人，應加以研究。

承攬人爲承攬契約所承擔工作之完成有需材料，而其材料有由定作人供給者，有由承攬人自己供給者，有由定作人與承攬人雙方供給者，其材料有屬於定作人或承攬人之所有者，有屬於第三人所有者。在此各種情形，定作人基於如何原因，在於何時，得就承攬人所作工作之結果，享有利益，以及取得其材料之所有權，殊堪研究。定作人取得承攬人所供給材料之原因，不外爲彼此間之法律行爲或添附（物之附合、混合或加工）之事實行爲。其果爲前者，抑爲後者，實爲議論之中心。因其爲前者或爲後者，其所有權取得之時期，自亦因之而異。茲就動產與不動產所有權之取得，分別述之如次。

第一 動產所有權之取得

因承攬契約所完成動產所有權之取得，因其材料之供給者爲定作人或承攬人或爲雙方當事人抑爲第三人，而有不同。

一、由定作人供給材料者 此時雖有主張應適用民法第八一四條關於加工之規定，因工作所增加之價

值顯逾材料之價值者，承攬人先取得所有權而負有移轉其所有權於定作人之義務。然承攬人負有爲工作之義務，其爲履行所爲之工作，應無論其爲既成品之加工或爲新品之製作，其所有權均應屬於供給材料之定作人。

不規則承攬 (*Locatio conductio operis irregularis*) 即定作人供給材料，使承攬人製作物件，而承攬人不必以定作人所供給之材料，而得以自己同種同等之他材料爲製作時，例如定作人供給黃金定製首飾，許以同品質之他黃金代替，其製作物之所有權應屬於何人。此種特約，並非以材料之所有權移轉於承攬人爲內容，惟約定承攬人得以他材料爲定作人之材料，因而取得原材料之所有權，故除有運將原材料所有權移轉於承攬人之特別意思表示外，定作人當然取得定作物之所有權，無須另有承攬人之特別財產移轉行爲。

二、由承攬人供給材料者 承攬人負有就自己材料爲加工，而以之交付於定作人之義務時，例如造船所受定作人之定造，應使用自己之材料製造船舶，雕刻師負有使用自己之木、石、金屬，製造器皿，而以交付於定作人之義務時，加工物應屬於承攬人之所有。定作人因承攬人定作物之交付，始取得所有權，與物之買賣相同。此點各國立法例，可稱一致（法民一七八七條、德民六五一條）。

我民法關於此種情形，未設規定。其契約爲承攬抑爲買賣，不無疑問。然應解釋爲承攬與買賣之混合契約，已如前述。承攬人如同買賣，對於定作人負有移轉其定作物所有權之義務。其所有物因定作物交付於定作人而移轉。然如承攬人依契約雖應使用自己之材料製作新物，不過爲定作人實施其新方法，而其新方法形成工作之主要部分，定作人惟依材料之加工而輔助其新物之作成時，則加工物應歸定作人之所有。例如發明人定製其發明物品，而應由承攬人供給材料。

三、由定作人及承攬人供給材料者 定作人所供給之材料，形成加工物之主要部分，承攬人雖供給其附屬品或其他僅爲從屬性質之材料時，則等於定作人供給材料之全部。其工作物所有權屬於定作人（德民

六五「條，同說 Baudry-Lacantinerie et Barde」。反之，承攬人所供給材料形成加工物之基礎，雖就其加工兼使用定作人之材料，應由承攬人取得其工作物之所有權，而負移轉其所有權於定作人之義務。承攬人所供給材料與定作人所供給材料之間，不能為主從之區別時，是否應以承攬人直接為定作人加工，抑為自己加工，雖不無疑問。余意此時不得認為承攬人係直接為定作人加工，應單純的適用民法八一四條之規定，以定加工物之歸屬。通例其所有權應歸承攬人所得，而應移轉於定作人。

四、所供給材料屬於第三人所有者 此時定作人與第三人之間無完成工作之承攬法律關係，由何人取得所有權，應依民法第八一四條關於加工之規定定之。從而承攬人供給屬於第三人所有之材料施以加工，其因加工所增加之價值顯逾材料之價值時，承攬人取得其製作物所有權，對於定作人負有移轉其製作物所有權之義務。反之，定作人供給屬於第三人所有之材料，承攬人施以加工，其因加工所增加之價值，顯逾材料之價值時，因承攬人原有為定作人加工之法律上義務，其加工之效果應就定作人發生，故定作人因而取得其製作物之所有權。但在二者任何一種情形，如因加工所增加之價值，不顯逾材料之價值時，該製作物之所有權屬於材料所有者之第三人。從而承攬人應自己取得其所有權以之移轉於定作人，或使第三人直接移轉其所有權於定作人。在承攬人定作人各供給材料時，如定作人所供給之材料形成加工物之基礎，而其材料屬於第三人所有，則以定作人視為加工人（因承攬人此時係直接為定作人加工），將承攬人所供給材料之價值與加工所增加之價值合算之額，顯逾第三人所有材料之價值時，加工物應歸定作人所有，否則歸第三人所有。承攬人所供給之材料形成加工物之主要部分，其材料屬於第三人所有，則以承攬人為加工人，將定作人所供給材料之價值與加工所增加之價值合算之額，顯逾第三人所有材料之價值時，加工物應歸承攬人所有，否則歸第三人所有。

第二 不動物所有權之取得

因承攬契約不動產所有權之取得，可就土地之工事及土地上工作物之工事，分別說明之。

一、土地上工作物之工事 土地上工作物，就中如建築物所有人，使承攬人爲建築物之改造、修繕、裝飾時，定作人自己供給材料者，自不待論，雖由承攬人供給材料，如承攬人將其材料與建築物結合成爲一體，致非毀損之不能分離者，建築物之所有人，不問工事之完成與否，亦不問有交付與否，取得其材料之所有權（民法八一一條）。所結合之材料，如屋蓋、棟樑、支柱、天花板等之建築物構成部分，自不待論，如招牌之類，雖非建築物之構成部分，亦可準用民法第八一二條之規定，其所有權屬於主物建築物所有人所有。此時定作人取得所有權之原因，非法律行爲，乃爲附合之事實。就材料當事人間另訂有買賣契約者，於其材料之結合前已有交付時，則於其交付時屬於定作人之所有，否則於材料之結合時，可認爲已有交付。承攬人爲建築物之改建，雖幾全部更換其材料，而等於新建，定作人亦因附合而取得其材料之所有權。工作標的之建築物，屬於定作人以外之人所有者，承攬人所使結合之材料，歸於其建築物所有人所有。此時定作人得對於其建築物所有人請求償金，承攬人不得行使此權利，蓋其工事係爲定作人之利益而生效力也。

二、土地之工事 土地之工事，可分爲建築物與其他土地工事。前者例如房屋，後者例如溝渠、堤防、井塘、圍障、植木。

1. 其他土地工事 定作人爲所有人、地上權人或其他土地權利人時，承攬人除特將材料賣與定作人外，定作人因附合而取得所有權，此點與建築物上所施之工事，並無不同。故承攬人栽植樹木，於其樹木定根時，築造石垣或其他工作物，於使其定着於土地而築造時，定作人即取得其所有權，蓋此樹木、工作物與土地合爲一體之結果，不得獨立爲所有權之標的也。定作人非土地權利人，不過爲土地之占有人時，土地工作之結果歸於土地所有人之所有，定作人惟得對於土地所有人請求償金。

2. 建築物 承攬建築物之建築，因供給材料及提供基地者之不同，而其所有權之歸屬，學者間有不同之見解。

甲、依日本學者之多數意見及判例，其所有權之歸屬，應分左列情形而為決定。

a. 材料之全部由定作人供給者，不問定作人為土地權利人與否，其建築物隨材料與土地結合，逐漸歸屬於定作人。

b. 材料之一部由定作人供給，他部由承攬人供給者，以其主要之材料供給者，取得建築物之所有權。承攬人雖在定作人之土地上，以承攬人之材料建築建築物時，亦同。蓋以日本民法以建築物為獨立之不動產，承攬人供給主要之材料時，定作人亦不因附合之原則取得建築物之所有權。依日本判例「基於承攬契約，承攬人供給建築材料之主要部分，建造建築物時，除有特約外，其建築物之所有權歸於承攬人，因交付而始歸於定作人。然定作人供給其主要部分之材料時，如無特約，其建築物之所有權當然原始的屬於定作人」(日本昭和七年五月九日大判)。

c. 材料之全部由承攬人供給者，建築物之所有權屬於承攬人。此時雖有買賣承攬、混合契約諸說，然均以建築物之所有權一旦歸屬於承攬人，而應以之移轉於定作人。至於何時移轉於定作人，有謂於建築物之完成或交付時移轉於定作人，亦有主張依物權移轉契約，始生移轉效力。若無特別情事，應以其建築物交付於定作人時，為已有移轉之合意(鳩山、石坂、沼義雄)。然移轉行為，得於建築前為之。依其契約之內容，於建造完成同時或依建造之程度，漸次所有權移轉於定作人。

d. 所供給材料屬於第三人所有者，其解決與前述動產之所有權取得同。

乙、依德、法、瑞士諸國學說及判例，不以建築材料供給者之為定作人或為承攬人抑為第三人，而有差異，原則上以提供建築基地者為準，以定其建築物所有權之歸屬。

a. 承攬人提供基地而並以其材料為建築者，在德民法稱為完成物供給契約(Werklieferungsvertrag)，適用關於買賣及承攬之規定，其所有權歸於承攬人，而負有移轉於定作人之義務(德民六五一條)。然於他人之基地建築房屋，則雖由承攬人供給材料之全部，仍為承攬契約，其所有權屬於定作人或土地

所有人。

b. 定作人提供建築基地，而有所有權或其他土地使用權利時（例如地上權、永佃權、基地租用權），依不動產之所有權人取得爲其不動產之從屬的附合之物之所有權之原則，因材料之附合於土地，而取得其所有權（德民九三條至九五條、九四六條、瑞民六四二條、法民五五四條）。其建築材料爲定作人自己之所有或爲承攬人抑爲第三人所有，在所不問。材料爲他人之所有時，非如動產之加工，依建築加工所增加之價值與他人所有材料之比例，以定其所有權之歸屬，蓋建築物若無土地，則無從着手，從而土地爲建築之基礎也。地上權人或其他土地使用權人，苟提供其支配之土地，則不問材料所有人如何，而取得其建築物之所有權（但依瑞民第六七三條有例外規定）（譯文見註二）。其與土地所有人有不同者，土地所有人取得其土地上建築物之所有權，除由其他土地權利人使之建築者外，爲絕對的，其由土地所有人或由第三人建築並無差異，而在地上權人或其他土地權利人，爲使其取得權利標的之土地之建築物所有權，須由地上權人或其他土地使用權人自己建築或使第三人爲之建築，如第三人爲自己而建築，則其建築物依德法兩國之法制，當然屬於土地所有人，不屬於定作人，蓋以建築非依權原使附屬於土地，不適用附合之規定。

c. 定作人非所有人或其他土地使用權人，而係無權占有他人土地時，承攬人雖爲定作人而建築，其建築物所有之有權仍屬於土地所有人。第三人非爲地上權人或其他土地權利人而爲自己或爲其他第三人爲建築時，其所有權應歸屬於土地所有人，已如前述。

丙、依我民法規定，除土地供給承攬，其建築物之所有權應屬於承攬人外，土地所有人及其他土地權利人，取得自己所使建造之建築物之所有權，當與德瑞諸國無異。然在我國民法及土地法，仿日民之例以建築物爲獨立之不動產。日本學者有主張土地所有人及土地權利人以外之人，即不法占有土地之人，苟爲自己建築或使他人爲之建築，均可取得建築物之所有權（註一）。依余所見，此時土地占有人雖取得建築物之所有權，然不得對抗土地所有人。土地所有人得依其選擇，主張依民法第八百一十一條及第八百十六條

之規定，支付償金，取得建築物所有權，或基於其土地所有權，請求建築物之拆除。土地占有人如構成侵权行为，並得請求其為損害賠償。然如土地及建築物因拆除致生過度的客觀價值之減少時，自國民經濟之立場，應解釋不得請求拆除。但得請求土地占有人以相當之價格購買其基地，如有損害並得請求賠償（準用民法七九六條、參照瑞典六七一條六七三條）（註二）。

有謂我民法及土地法既以建築物為獨立之不動產，應從日本學者之多數解釋，如承攬人供給建築材料之全部或主要部分，則其建築物所有權應歸屬於承攬人，而負移轉於定作人之義務。如依此說，則（一）建築物交付前屬於承攬人所有，承攬人之債權人得扣押其交付前之房屋，而付拍賣，定作人不得加以防止。（二）承攬人應為建築物所有權之保存登記，而後為移轉於定作人之登記。（三）承攬人如更使次承攬人為建築，則其房屋應歸次承攬人所有，須經由承攬人再移轉於定作人，故應為二重之移轉登記。（四）承攬人有數人時，其建築物應屬於其數人之共有，次承攬人有數人時，亦應屬於其數人之共有。承攬人供給第三人材料時，則第三人取得建築物之所有權。（五）承攬人或次承攬人經登記而移轉其建築物之所有權於第三人時，則第三人完全取得其所有權，定作人雖得依債務不履行對於承攬人請求損害賠償，而對於第三人請求建築物之拆除，此種結果反於交易上之觀念，至為明顯，故此說不足採。

有謂我民法以工作物之危險負擔，依交付而移轉於定作人，應解釋於交付工作物時，始有所有權之移轉（民法五〇八條），然我民法此項規定，非為所有權之移轉問題，乃為承攬人報酬請求權之有無，即為報酬危險（Vergeltungsgefahr）之問題（參照民法第五〇九條）。德民第六四四條之規定，亦同此解釋（Erm-Lehmann, §153, I, 1）。故危險負擔之移轉，與所有權之移轉，並無必然的連帶之關係。依德民法規定，承攬人就承攬所生之債權，對於定作人之建築地，得請求保全抵押之許與（德民六四八條）。我民法規定承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人不動產，有法定抵押權（民法五一三條）。此已足以保護承攬人，而且證明其工作物所有權並不屬於承攬人（但在土地供給承攬契約，則為例

外），於屬於承攬人自己之工作物，自無成立法定抵押權之餘地。

【註一】橫岡秀雄主張無權利不占有他人之土地，亦得於自己占有之土地，使定着材料而建造建築物，以取得其所有權。占有人使他人為之建築者，亦同。然如建築人為自己或為其他第三人為建築時，則其建築物不屬於占有人，而屬於建築人或第三人。蓋在後者，建築人為自己或第三人而占有土地，於其所占有土地為自己或第三人建築，因而自己或第三人取得其建築物之所有權（同氏法學論集「因承攬契約之所有權之取得」三四八頁以下）。

【註二】瑞士民法第六七一條規定「使用他人材料，於自己土地上為建築或第三人使用其自己材料於他人土地上為建築者，其材料成為土地之構成部分。材料未經其所有人之同意，而被使用者，其所有人得請求以土地所有人之費用為材料之分離及返還，但以不因此而致生過重之損害時為限。如其建築未得土地所有人之同意而為之者，其土地所有人亦得在同一條件之下，請求以建築人之費用移去其材料」。

第六七二條規定「未被請求為材料之分離者，土地所有人負有支付相當損害賠償之義務。如為建築之土地所有人為惡意者，法院得判令賠償全部損害。如為建築材料之所有人為惡意者，惟得請求補償其建築對於土地所有人之最小價值」（指主觀的價值而言）。至於第三人以他人之材料於他人之土地上為建築時，瑞民無特別規定，解釋上適用債務法關於侵權行為及不當得利之規定。

第六七三條規定「建築價值顯超過土地之價值者，善意之當事人得請求以相當之補償，將建築及土地之所有權歸屬於材料所有人」。土地所有人及材料所有人均得為此請求。經土地所有人之請求，材料所有人不肯接受時，其建築係土地所有人為之者，得請求賠償額之相當縮減。反之其建築係材料所有人為之者，土地所有人得請求以材料所有人之費用移去其材料。

第三款 承攬人之擔保責任

承攬人之瑕疵擔保責任，乃以利害調整為目的，將買賣及租賃擔保責任，混合為一體，並因其為勞動契約之特殊性，而設有特別規定。如同租賃，有瑕疵除去（修補）請求權。如同買賣，有契約解除權。如同租賃及買賣，有報酬減少請求權。此數種請求權之相互關係，在承攬首為瑕疵除去請求權。其他請求權者，原則上應先經定期催告請求承攬人修補後，始得行使之（民法四九三條、四九四條），無須經定期催告者，為例外（民法四九四條）。損害賠償請求權，則以因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵時為限（民法四九五條）。

一、適用範圍

關於承攬人之權利瑕疵擔保責任，民法未特別設有規定。有謂在承攬，權利供與義務，無存在餘地，不發生權利瑕疵擔保問題。蓋承攬人不供給材料或僅供給附屬材料，縱不爲其所有，雖不依善意取得規定，亦因民法第八一一條第八一二條關於附合之規定，屬於定作人之所有也。在附屬物之交付，例外的不屬於上述情形時（不適用附合原則），對於此種瑕疵，亦得準用民法第四九二條以下之規定。蓋此時如同事實上之瑕疵，未能依約完成與交付也。如承攬人供給主要材料，則適用其他規則，即適用買賣及承攬之規定，已如前述（Oertmann, zu § 633, I, b. S. 719）。有謂如承攬人供給附屬材料或供給主要材料，有權利瑕疵之發生時，可直接適用或至少準用民法第三四七條之規定（Staudinger, zu § 633, I, 1）。依余所見，在承攬依前說所稱發生權利瑕疵之事極少。如有此情形，則可依後說，適用民法第三四七條之規定，即準用民法第三四九條以下之規定（Palandt, zu § 633, 2, B. S. 629）。在物之瑕疵有兩種，即（一）爲積極的瑕疵之存在，（二）所保證品質之不存在。

民法第四九二條至第四九四條關於承攬之瑕疵擔保規定，是否僅對有形的工作有適用，抑對於無形的工作亦有適用（例如文藝、音樂的作品）。一般謂於性質許可之範圍，對於無形的工作亦原則上有適用。關於瑕疵除去請求權、解除權，惟限於有形的工作，不能實行或引起非常困難及糾紛也（已給付勞務之返還不可能）。通常報酬減少請求權，亦惟限於有形的工作，蓋在無形的工作通常其減少標準甚難確定也。依路默林（Rümelin），此時惟應限於損害賠償請求權（Staudinger zu § 633, 1, 3; Oertmann zu § 633, 1, a, S. 719）。

二、瑕疵擔保責任之要件

關於承攬人擔保責任之要件

民法第四九二條規定承攬人應完成無瑕疵之工作，與買賣之擔保責任，採取同一法律的立場（民法三

五四條），關於其要件可參照關於買賣之說明（民法三四七條）。

三、工作瑕疵之法律上救濟方法

1. 定作人之一般救濟方法

a. 不履行之抗辯 即在工作適當完成前，得拒絕報酬之支付。蓋因承攬人有先為給付之義務也。——
 b. 因可歸責於承攬人之事由，瑕疵修補為不能時，定作人得解除契約或請求不履行之損害賠償（民法二五六條、二二六條、四九五條）。

c. 定作人於承攬人有瑕疵之履行時，是否得請求無瑕疵之新工作，民法未有規定。在買賣一般不認買受人有此請求權。惟在種類買賣，得請求另交無瑕疵之物（民法三六四條）。在承攬如定作人對於承攬人提出之工作，不管其瑕疵而仍以爲履行受領者，則履行義務集中於該工作，而新作請求權因以消滅，惟限於瑕疵除去請求權。然在承攬人方面，對於瑕疵除去之請求，不妨易以新作（*Im Lehmann, § 151, 1*）。民法對於定作人於工作交付前，已與以瑕疵除去請求權（民法四九七條）。因瑕疵除去請求權，爲最小之權能，已包含於製作請求權之內。在德國通說，由於瑕疵除去請求權（瑕疵修補請求權）之明示的規定，可推斷民法於製作後已有限制定作人於瑕疵修補請求權之意，蓋請求新作，於承攬人未免過酷，而且定作人一般對於修補以外之請求，並無利益也（*Saundinger zu § 633, I, 1d Oertmann, zu § 633, 2, 1; Planck zu § 633, 2a*）。然民法第四九三條之規定，不能解釋於受領前對於無瑕疵工作之製作履行請求權，已有一般的限制的效力。蓋給付在受領前尚未特定，定作人如同買賣，原則上得行使其履行請求權而請求新作，蓋有瑕疵之工作非爲履行，不過爲履行之嘗試也（*Ertellungsversuch*）。若準用民法第四九三條第三項之規定，如新作需費過鉅時，承攬人得拒絕新作，並依誠信原則（民法二一九條）如以瑕疵修補爲已足，定作人亦得拒絕新作，則承攬人之保護亦可顧及矣（*Eon-Lehmann, § 151, 1, S. 627; Palandt zu § 633, 1, S. 629*）。

【註】瑞債第三六八條第一項「工作有顯著瑕疵或與契約相背，致對於定作人不堪使用或自公平上不可期待其受取者，定作人得拒絕受領。承攬人有過失時，並得請求損害賠償」。第二項「瑕疵與契約之違背不如前項之顯著者，定作人得按工作之減少價格，減少報酬。如對於承攬人不致使支出過度之費用，亦得請求無償之修補。於承攬人有過失時，並得請求賠償」。

2. 定作人之特殊救濟方法 定作人依民法第四九二條，除其瑕疵輕微，有背於誠信原則外，得拒絕瑕疵工作之受領。依民法第二六四條亦得爲契約不履行之抗辯。蓋完全之工作，屬於承攬人契約之義務也。此抗辯因民法第五〇五條之規定，於受領後始有意義，蓋受領並不排斥定作人之問責權也（*Oertmann* 2/3 633, 2b, S. 120）。

a. 瑕疵修補之請求 (一) 此請求權有雙重的意義。一方面定作人有請求承攬人修補瑕疵之權。他方面承攬人得主張應許其除去瑕疵，而使工作爲無瑕疵。(二) 然如修補所需費用過鉅（例如建築物完全改造），得拒絕修補（民法四九三條三項，德民六三三條二項，日民六三四條一項但書）。需費是否過鉅，應就其費用對於全工作之價值或意義，並比較修補所需之費用與因修補所生之利益，而衡量之（德民第六三三條第二項規定「如瑕疵之除去需要不成比例之費用時，定作人有拒絕之權」）。費用過鉅之事實，應由承攬人負證明之責任。承攬人雖得拒絕修補，然定作人不妨解除契約或請求減少報酬（民法四九四條）。其瑕疵因可歸責於承攬人之事由而生者，定作人得請求損害賠償（民法四九五條）。(三) 定作人請求修補瑕疵，無須預行定期催告。瑕疵修補之請求，在第二審亦得主張之。(四) 此瑕疵修補義務，非爲一般債務不履行之效力而發生，乃爲承攬特別之義務。從而承攬人有無過失，在所不問。定作人縱令未爲異議而受領，承攬人亦不能免其修補義務。蓋不能以定作人未爲異議之一事，即認爲其拋棄修補請求權也。(五) 瑕疵修補之請求，以定作人之資格爲之，不以對於標的物已取得所有權或占有權爲要件。(六) 瑕疵無論基於材料之不完全或基於工作之不完全，均不妨爲修補之請求。(七) 所交付者非瑕疵之工作，而爲約定以外之物時，不適用關於工作瑕疵之規定，而仍得請求交付約定之物。

b. 自行修補而請求償還費用 工作有瑕疵，定作人定相當期限請求承攬人修補，承攬人不於其期限內修補者，定作人得自行修補，而向承攬人請求償還必要之費用（民法四九三條二項、德民六三三條三項）。

（一）須為必要費用，不成比例或無益之支出，不在此限。（二）定作人不獨得自己工作，亦得使他人工作，以為修補。（三）須承攬人修補有遲延。承攬人得拒絕修補時，不陷於修補遲延。然修補必要費用償還之請求，不以具備無因管理之要件為必要，蓋此請求權獨立的由於契約關係而生也。然如定作人於承攬人修補遲延前，而已實行修補，惟依無因管理之規定有費用償還請求權。但其瑕疵係因可歸責於承攬人之事由而生者，有由他人迅速為修繕之必要時，則得算作因此所生之損害，其費用自損害賠償之觀點，應由承攬人負責（Oertmann, zu § 653, 2, d. S. 721）。

c. 解除契約或請求減少報酬 （一）承攬人不於定作人所定之相當期限內，修補瑕疵，（二）或因修補需費過鉅，拒絕修補，（三）或因其工作之性質，其瑕疵不能修補時，定作人得解除契約或請求減少報酬（民法四九四條前段、德民六三四條一項二項、日民六三四條一項、六三五條、參照瑞債三六八條三項）。

即定作人得選擇的解除契約或請求減少報酬。然於有下列例外情形，即（一）瑕疵非重要（民法四九四條但書、德民六三四條三項），（二）所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物（民法四九四條但書、日民六三五條但書），定作人不得解除契約，只得請求減少報酬。蓋瑕疵非重要，如許定作人解除契約，則於承攬人未免過酷。工作為建築物或其他土地上之工作，如許定作人解除契約，不獨承攬人受重大之損失，自一般經濟言之，亦甚有損害也。此例外的規定，應解釋為強行規定，當事人不得預以反對之意思表示，排除其適用（沼義雄債各下一二三頁）。

d. 損害賠償請求權 因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除民法第四九三條第四九四條請求修補或解除契約或請求減少報酬外，並得請求損害賠償（民法四九五條、德民六三五條、瑞債三六八條一項二項、日民六三四條二項）。

（一）損害賠償之請求，以其瑕疵因可歸責於承攬人之事由而生

者爲限。德民及瑞債，亦以承攬人有過失爲必要。惟日本民法第六三四條第二項規定，學者認爲無過失賠償責任（鳩山各論五八八頁）。（二）依德民第六三五條「工作之瑕疵，基於可歸責於承攬人之事由者，定作人得代替解除或減少報酬，而請求因不履行之損害賠償」。依日民第六三四條第二項規定「定作人得代替瑕疵修補或與修補同時，請求損害賠償，此時準用第五三三條之規定（同時履行抗辯）」。依瑞債第三六八條第二項「瑕疵或違反契約不甚重大時，定作人得按工作之減值，減少報酬。承攬人無須支出過天之費用，亦得使無償的爲工作之修繕。此外於承攬人有過失時，並得請求損害賠償」。依我民律草案第七三八條「事項之瑕疵，其事由可歸責於承攬人者，得請求不履行之損害賠償，以代解除契約或減少報酬」。民法第四九五條規定究係依德民及民律草案規定，得請求不履行之損害賠償，以代請求修補解除契約或減少報酬，抑係如瑞士債務法，於解除契約、請求修補或減少報酬外，得同時及獨立的請求損害賠償（Oser, zu § 368, I. 3, S. 1402; Funk art. 368, 4）。主張前說者，謂同時得請求損害賠償，在債編通則中本有規定，可資依據，已毋庸重定，故應從德國法例，以爲解釋（戴著債各上一七六頁）。然我民法所以特別規定者，以依第四九三條及第四九四條請求瑕疵修補、解除契約或減少報酬，均不以承攬人有過失爲必要，而請求損害賠償，則應以其瑕疵因可歸責於承攬人之事由而生者爲限，故特明示之。此在瑞債亦有同樣規定，自我民法規定觀之，以從後一解釋爲宜。於有民法第二二六條第二三二條情形，自亦得逕請求賠償因不履行而生之損害（薛著一五五頁、劉著四五九條解釋、季著債分上一四九頁）。損害之發生，應由定作人證明，承攬人應證明其無過失。

3. 擔保責任之排除或減輕

a. 定作人所供給之材料或其指示不適當時 工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質或依定作人之指示而生者，定作人無前述瑕疵擔保請求權（民法四九六條、日民六三六條、參照瑞債三六九條）。蓋此時定作人就工作標的物之瑕疵與以原因也。故縱令承攬人不知材料及指示之不適當而有過失，亦不負擔保責

任。然如承攬人明知其材料之性質或指示不適當而不告知定作人，則不能免其責任（民法四九六條但書、日民六三六條但書）。蓋此有違背於誠信原則也。

b. 免除或限制擔保責任之特約 當事人有免除或減輕擔保責任之特約者，除違反強行規定（民法五〇一條但書）外，原則上應從其特約。然如承攬人明知工作有瑕疵，故意不告知者，其特約為無效（民法三〇四七條三六六條、德民六三七條、瑞債三七一條一項一九九條、日民六四〇條）。

4. 瑕疵之預防

工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵或有其他違反契約之情事者，定作人得定相當期限，請求承攬人改善其工作或依約履行，承攬人若不於此相當期限內依照改善或依約履行者，定作人得使第三人改善或繼續其工作。其危險及費用，均由承攬人負擔（民法四九七條、瑞債三六六條）。（一）依民法四九八條規定，定作人瑕疵擔保權之發生，須自工作交付或完成時起，一定期間內發見者，始為可能，屬於事後救濟，而本規則係規定事前之預防，雖工作交付或完成前，亦得請求承攬人改善其工作或依約履行。材料縱由承攬人供給者，亦同。（二）使第三人改善或繼續其工作，無須經法院之許可（Oeser, zu § 366, 3, S. 1397 但有反對主張 Fick, art. 366, no. 11）。然定作人就其選用不適當之第三人或指導不足而生之損害，應負其責。（三）其危險及費用，應由承攬人負擔。故增加之費用及偶然損失，應歸承攬人負擔。（四）如其工作不得由第三人代為之者，例如須由承攬人親自作成之工作，則定作人得準用民法四九三條第四九四條之規定，定期催告後，解除契約（依瑞債解釋，此時定作人得依民法第二五四條之規定定期催告後，解除契約 Oeser zu § 366, 3, Ann. 6）。

5. 擔保責任之存續期間

德民法（六三八條）瑞士債務法（三七一條）及日民法（六三七條六三八條）均僅就瑕疵擔保責任，限定自工作之交付或完成後之一定期間，為其存續期間。我民法就擔保責任之存續期間，設有二重限制。

即（一）瑕疵非於工作交付或完成後一定期間內發見，不得主張其權利，可稱為瑕疵發見或權利之主張期間（亦有稱為非難期間），其性質為除斥期間。發生之擔保責任，權利非於一定期間內行使，則歸消滅，可稱為權利之行使期間。其性質雖有主張為消滅時效，然在我民法亦應解釋為除斥期間。民法第四九八條至五〇一條規定瑕疵之發見期間，第五一四條規定權利之行使期間。

甲、權利之主張期間 主張期間，謂非於其期間內發生瑕疵，定作人不得主張其有瑕疵擔保權之期間也。此項主張期間，又可分為一般主張期間與特別主張期間及其兩者之延長。

a. 一般的權利主張期間 在一般工作之承攬，定作人之權利主張期間為一年。其一年之期間，工作須交付者，自工作交付時起算。無須交付者，自工作完成時起算（民法四九八條、日民六三七條、參照德民六三八條一項）。

b. 特別的權利主張期間 在土地工作物或其重大修繕之承攬，則定作人之權利主張期間定為五年。起算點則與一般的權利主張期間同（民法四九九條、日民六三八條、參照德民三六八條一項、瑞債三七一條）。蓋此等瑕疵不易發見，而且帶有危險，故承攬人所負責任之存續期間亦應較長也。土地工作物謂與土地結合獨立不動之工作物，包括地上及地下工作物。自來水、照明及水汀設備、昇降機、窗門、地板、屋頂之部份工作，均屬之。然工廠機器的裝置，不認為工作物（*Staudinger zu § 638. 5.*）。

c. 一般的及特別的權利主張期間之延長 （一）法定延長：承攬人知工作有瑕疵，故意不告知定作人者，其一般的權利主張期間延長為五年，而特別的權利主張期間延長為十年（民法五〇〇條、參照德民六三八條一項但書、瑞債三七一條二〇條）。依德民法及瑞債規定，此時不適用短時效規定，我民法則延長其除斥期間，蓋對於惡意沉默之承攬人，無特別縮短其責任存續期間之必要也。故意不告知，須於工作之交付時存在。工作無須交付者，須於工作完成時存在。（二）約定延長：當事人得以特約加長一般的權利主張期間（民法四九八條）及特別的（民法四九九條）權利主張期間，但不得縮短（民法五〇一條為

民法一四七條之例外規定，日民六三九條、德民六三八條二項、瑞債三七一條一項二〇條一項但書）。

(1) 此除斥期間之延長，是否得超過普通消滅時效十五年，日本民法則明定惟得於普通之時效期間內以契約延長之（日民六三九條）。德民法無明文規定，然通說謂不得超過普通消滅時效期間，蓋依德民法規定，此時為短期消滅時效，雖得以契約延長此短期時效，固不得以契約延長普通時效也（Staudinger, zu § 638, 5d, § 477, 3b; Oertmann, zu § 447, 6, S. 639; Soergel zu § 638, 7, S. 823; Em. Lehmann, § 1 51, 4, f, S. 631）。在瑞士債務法，學者亦為同一之解釋（Oser, zu § 210, 2, d, S. 872; Funk art 210, 1, p. 151）。我民法雖規定為除斥期間，然參照日民法第六三九條之規定（日民亦係就除斥期間為規定），可採同樣之解釋。(2) 此除斥期間之延長，亦得默示的為之。一定期間擔保之約定，其期間較此除斥期間為長者，通常可認為有除斥期間延長之存在。(3) 此除斥期間，自工作交付時起算。工作依其性質無須交付者，自工作完成時起算（民法四九八條、日民六三七條、德民六三八條一項末段、六四六條）。定作人受領延遲者，自有可視同給付之工作物提存時起算（Staudinger, zu § 638, 6）。

乙、權利行使期間 定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權或契約解釋除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅（民法五一四條一項、日民六三七條）。此項期間為除斥期間，抑為時效期間，依德民、瑞債，均規定為時效期間（德民六三八條、瑞債三七一條）。日民法民則規定為除斥期間（日民六三七條、法民一七九二條、二二七〇條）。我國學者雖多主張此為時效期間（戴著債各上一七九頁，劉著五一四條註解、季著債分上一六五頁、梅著二九一頁）。依余所見應解釋為除斥期間（我妻中國民法債各三四九頁），蓋權利主張期間及權利行使期間，均應解釋為除斥期間。其情形與民法第九三條所定因詐欺或脅迫之撤銷相似。

【註】依民律草案第七四一條第一項「定作人修補事項瑕疵之請求權，其他因事項標的物有瑕疵而生之權利（包括解除契約或請求減少報酬）自承攬人將事項標的物交付定作人後逾一年，因時效而消滅，但其期間得以契約延長之」。第

「二項」事項標之物無須交付者，前項所定期間自事項完畢時起算」。

至民法第五〇二條第一項第五〇六條第二項之減少報酬請求權，第五〇二條第二項第五〇三條第五〇六條第一項第二項之契約解除權及其他契約上之權利（例如請求履行、結算、材料之返還），民法未規定有短期除斥或消滅期間者，可解釋準依關於一般時效之規定，因十五年間不行使而消滅（民法一二五條、Funk art. 371.1, p. 232）。又解除權應解釋他方當事人得依民法第二五七條之規定，定期催告使其消滅。民法第五〇六條規定之解除權，以於工作進行中行使為原則。

第四款 危險負擔

工作毀損滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔。如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。定作人所供給之材料，因不可抗力而毀損滅失者，承攬人不負責任（民法五〇八條、德民六四四條一項、瑞債三七六條一項二項、德民一七九〇條）。

一、因可歸責於當事人一方之事由，工作物有毀損滅失時，除民法第五〇九條外，適用關於雙務契約給付不能一般之規定（民法二六四條二六七條、參照德民六四五條二項）。（一）因可歸責於承攬人之事由而為給付不能時，定作人得請求不履行之損害賠償或解除契約。一部給付為不能時，就不能之部分有同樣之權利。如就不能部份之履行無利益時，得就全部契約行使其權利（民法二二六條）。定作人亦得行使代償請求權，例如承攬人將承攬應興建之房屋付保險，於定作人受領前，因承攬人之過失滅失時，定作人亦得請求保險金額與其損害賠償債權抵算，或僅請求保險金額，就不足部分減少自己對待給付。（二）因可歸責於定作人之事由而致給付全部不能時，應支付全部報酬。一部不能時，應按其比例，支付報酬。但承攬人因免給付義務所得之利益或應得之利益，均應由其所得請求之報酬中扣除之（民法二六七條）。

二、因不可歸責於當事人之事由，致工作毀損滅失時，此為民法五〇八條所定之範圍，以與工作本身結合者為限。即（一）工作已完成尚未受領前，毀損或滅失之危險，（二）工作尚未全部完成而惟有一部分

分完成時毀損或滅失之危險，均包括在內，對於已開始尚未完成之無形的工作給付，亦有適用，例如因偶然事件停止演戲（*Staudinger, zu § 644, I, 1b; Oertmann zu § 644, 1b; Oser, zu § 376, 2, S. 142*）。

1. 此時承攬人原則上在定作人受領前負擔報酬之危險（*Verwertungsfahr*）即（一）工作非因當事人一方之過失致滅失時，承攬人雖不自履行利益之損害賠償責任（以承攬人有過失或特別承擔擔保為要件），然喪失報酬請求權。工作一部滅失而可期待定作人受領者，惟喪失一部報酬請求權。定作人供給材料者，其殘餘部分屬於定作人所有。就因工作增加之價值，應依不當得利之原則，給與報酬。在工作全部或一部之滅失，定作人得請求代償利益或減少對待給付（*Oser zu § 376, 6, S. 1423; Ebn-Lehmann, § 153, I, 1a, S. 686; Oertmann zu § 644, 3*）。（11）定作人所供給之材料，因不可抗力而毀損滅失者，承攬人不負其責（*民法五〇八條、瑞債三七六條二項、德民六四四條一項末段、法民一七八九條*）。然此非民法第二六六條關於給付危險規定之確認，與報酬危險無關，此時承攬人負擔免責之證明，然無將材料付保險之義務。（三）如依工作之性質無須交付者，以工作完成時視為受領（*民法五一〇條、德民六四六條*）。無須交付，例如無形之藝術的或科學的工作或人之運送，已在定作人占有之工作，例如房屋之修繕。然如建築承攬人於定作人之土地建築房屋或定作人使承攬人在其家勞作，則以定作人表示承認其給付於主要之點為符合於契約之履行為受領。即俗所謂驗收是也（註）。在拖船契約（*Schleppvertrag*）以其船拖至應拖至之地，為工作之完成。（四）承攬人供給材料而為工作，當事人不置重於工作而置重於財產權之移轉時，雖為承攬與買賣之混合契約，因我民法採取債務主義（*民法二六六條*），其危險亦應由承攬人負擔（*法民法一七八八條*）。

【註】亦有謂此時其危險屬於定作人之支配範圍，不應由承攬人負擔（*Ruemelin, Dienstvertrag und Werkvertr. S. 126f*）。亦有謂工作完成後受領前，其危險應由定作人負擔（*鳩山丑九七頁*）。然我民法明定受領前應由承攬人負擔，無爭論之餘地。為調節雙方利益，應由雙方當事人訂立關於危險負擔之特約或於工作完成後速將其標的物付保險，或講求其他適當方法。

2. 民法第五〇八條惟關於全部或一部已完成之工作之危險，而非關於工作完成不能本身之危險。此時適用一般之規定，承攬人免除工作完成之義務，然喪失報酬請求權（*Enn-Lehmann, zu § 153, I, 1b, S. 6* 但史韜丁格兒則認為亦包括於民法第五〇八條之適用範圍 *Staudinger zu § 644, 1br*）。於有偶然已完成的全部或一部工作之滅失時，定作人是否尚負有重新作成之義務，民法雖無明文規定，如重新作成非不可期待或非需費過鉅（準用民法四九三條二項），原則上應為肯定。例如藥店於第一次配藥完成後，因事變其藥瓶破碎，應依處方重新調配。雖有主張於完成之工作滅失後，承攬人不復負重新作成之義務，然此不獨於法律毫無根據，而且將導致不良之後果。

3. 承攬人危險責任之限制，此限制可分為人的物的及時的三種。

a. 人的限制 定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔（民法五〇八條一項後段）。受領遲延依民法第二三四條以下及第五〇七條之規定。

b. 物的限制 (一) 於定作人受領工作前，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，承攬人如即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。定作人有過失時，並得請求損害賠償（民法五〇九條、瑞債三七六條三款、參照德民六四五條、法民一七九〇條）。即(1) 其危險應由定作人負擔。承攬人有對待給付請求權。然其計算非依約定之報酬額或工作餘有部分之價值，應以已服之勞務及與其結合所支出之費用為基礎，惟於定作人有過失時，得請求履行利益之損害賠償，即約定之報酬，然應扣除因未完成所節省勞作及費用。依其情形，亦得請求因信用毀損而喪失其他定作之損害賠償（*Oser zu § 376, 6, b, S. 1424*）。(2) 其毀損滅失或不能完成，德民第六四五條並規定須非有可歸責於承攬人之事由之關與（為其共同原因），其危險始由定作人負擔。瑞債及我民法雖無此規定，亦可為同樣之解釋。(二) 依德民規定，依定作人之請求，將製作物送至履行地以外之處所時，準用關於買賣之規定（德民六四四條二項）。即自承攬人交付其標的物於運送承攬

人時起，標的物之危險由定作人負擔（民法三七四條）。我民法關於此點雖未特設規定，然亦可為同樣之解釋（民法三四七條）。

c. 時的限制 自定作人受領工作時起，標的物之危險由定作人負擔。工作無須交付者，自工作完成時起，其危險由定作人負擔。

第二目 定作人之義務

第一款 報酬支付之義務

定作人對於承攬人負有支付報酬之義務（民法四九〇條），已如前述。此報酬債權，雖以工作之交付或完成時清償為原則，然此僅就報酬支付時期而言。報酬支付之義務，於承攬契約成立時即已發生，故承攬人之報酬請求之債權，於支付期前得為讓與，第三人亦得就其債權請求扣押或命令移轉。

一、報酬之支付時期

報酬於工作交付時給付之。無須交付者，應於工作完成時給付之（民法五〇五條、德民六四一條一項前段、六四六條、瑞債三七二條一項、日民六三三條）。承攬人雖負有先完成工作之義務，然標的物之交付與報酬之支付，互相牽連，存有對價關係，故當事人雙方有同時履行之抗辯權。反之無須標的物之交付者，例如依定作人之請求，將標的物送至指定之地點，或修理定作人現住房屋之一部時，因標的物之付運途，房屋之修繕完畢時，承攬人已完結其方面之一切行為，定作人應支付報酬。於報酬支付前，應許定作人檢查工作，因此承攬人原則上不得以先付後取貨將工作發還於定作人。他方面定作人亦不得請求於交付報酬前，先將工作交付。惟於不交付不能檢查時，得提存報酬而請求交付。然當事人得約定於檢查後始支付報酬，或約定於完全機能發動後，始支付報酬。

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）。

二項、德民六四一條一項後段、瑞債三七二條二項。此報酬之部分給付，亦得默示的約定。例如以一定單價之標的物，定期繼續給付及定期的計算。

關於報酬支付時期之規定，非強行法，當事人得約定報酬之先付或按工作之程度分期支付。於有先付報酬之約定時，承攬人得以報酬未先付，而拒絕自己債務之履行。

二、報酬概數之估計

訂立契約時，僅估計報酬之概數者，如其報酬非因可歸責於定作人之事由，超過概數過鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約（民法五〇六條一項、瑞債三七五條一項、參照德民六五〇條一項）。

（一）須當事人間有概數之約定，原想其不至超過。工作之費用須非已預先確定，否則應依約支付報酬（參照瑞債三七三條）。

（二）須超過概數過鉅。是否過鉅，應基於工作之價值及當事人之預計定之（依瑞債第三七四條規定「報酬額未預定或僅估計其概數者，應依工作之價值及承攬人所支出之費用定之」）。

（三）須其超過非基於可歸責於定作人之事由（例如係依定作人之指示或定作人怠於其應為之行爲，應準備基地或材料而不爲或有遲延）。定作人對於超過爲同意者，等於可歸責事由，依其情形亦可認有默認。例如超定預定概數之先期支付。定作人預知一定之超過，而無保留的毫無動作，任其工作繼續者，可認爲有默認。

（四）超過概數過鉅或依其情形應必然的超過過鉅時，定作人得解除契約。然亦得不解除契約，而於承攬人有過失時，依民法第二二七條規定，請求損害賠償。

（五）定作人依承攬人之通知或依其情形，知有超過時，得解除契約，並應即爲之。然不以僅知其事實，並須知超過之程度，而承攬人不同意於概數之相當額，始可期待定作人爲此決定。依瑞債規定（三七五條一項），定作人得於工作進行中或完成後，解除契約，而依德民規定（六五〇條一項）則於完成後不復認有解除權。我民法則依瑞債之例，於完成後亦認定作人有此權。然以定作人於工作完成後始知其超過時爲限。其不知係因承攬人怠於通知或因超過之確定，於工作完成前爲不能，在所不問（Oscar zu § 375, Ann. 4, S. 418）。工作如爲建築物或其他

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。如工作物尚未完成者，定作人得通知承攬人停止工作，並得解除契約（民法五〇六條二項、瑞債三七五條二項）。（一）依瑞債第三七五條第二項「：工作尚未完成者，得以已實施之勞力之公平的賠償，停止承攬人工作之繼續及解除契約。故停止工作及解除契約，應解釋同時爲之。」（二）相當報酬之減少，應斟酌承攬人之勞力及所支出之費用，與對於定作人所增加之價值以定之。然如承攬人有過失，則因其過失所發生之損害，應由其單獨負擔。（三）於工作進行中如費用有超過時，定作人得選擇的逕行賠償相當之損害（非僅返還不當得利），解除契約，或俟工作之完成而再請求相當報酬之減少。然定作人應注意爲保留，使不致被認爲費用超過之同意。

定作人依民法第五〇六條第一項或第二項解除契約時，對於承攬人應賠償相當之損害。（一）此契約之解除，非如給付遲延或不完全履行，基於契約之侵害，而係基於重大事由（參照民法四八九條），僅概數之約定，並不當然使承攬人負有以其數額完成工作之義務，超過估定費用甚少或過鉅之本身，並不構成契約之侵害，因此關於因契約違反之契約解除之規定，不能適用。（二）承攬人應賠償相當之損害，果何所指。依德民第六五〇條第一項第六四五條第一項，爲相當於已給付勞力部分之報酬及不含於報酬中之費用之償還。依瑞士債務法第三七五條第二項所定，尚未完成之土地上工作物承攬之解除，爲已給付勞力之公平的賠償。在我民法，則不問工作已否完成，其解除定作人均應賠償相當之損害，應依德民解釋，於費用之外，賠償已給付勞力之相當的報酬。依德民（六四五條）解釋，勞力包括由第三人給付之勞力（Soergel, zu § 645 S. 828）。如工作全部完成，則應支付約定之全部報酬，倘未完成者，則按已給付之勞力之程度定之。此外並應償還不包含於報酬中之費用。例如十日之勞力約定報酬爲五十元，而僅完成五日之勞力，即被解除時，則 $10 : 5 = 2 : 1$ ，其報酬應爲二十五元。費用雖包括於報酬之中者，亦不參加計算。例如報酬及費用統計爲五十元，則應先求出完成時費用之總數額，並其未完成時實際上已支出之數額，其

費用總數應先由總報酬中扣減，再將實際上支出之數額加入計算。前例報酬及費用五十元之總數額，如於工作完成時費用總數為二十元，而於契約解除時實際支出之數額為五元，則應支付報酬之比例，非以五十元而係以五十元減去二十元後之三十元為基數，則前例五日之勞力應為十五元，再加上支出費用五元，應共為二十元 (Staudinger, zu § 645, I, 1c)。我民法亦可參照以為解釋。

民法第五〇六條所謂解除契約及請求相當減少報酬，係就無過失之概數超過而為規定。如承攬人有過失，則因此所致生之損害，應由其負責。過失之證明，應由定作人為之，抑應由承攬人為免責之舉證，雖無爭論，然應解釋由定作人負擔。蓋此契約之解除，非因承攬人債務不履行，而係基於重大事由也。如定作人以概數之超過為可歸咎於承攬人義務之侵害時，例如概數之估計由專家之觀點，已為可非議，此時承攬人應說明確實之概數估計，依其情形為不可能。承攬人自己所估計之概數，應由其負責（參照瑞債三六四條），由第三人（工程師或建築師）為之者，承攬人應檢查其是否正確及可實施。然如定作人對於明為不足之概數估計為接受時，可認為與有過失。概數估計雖為正確，然實施之方法，仍得有過失之存在。承攬人對於可預見而為定作人原來所不知之超過，不告知定作人時，亦有義務之違反 (Oser zu § 375, Ann 7.8)。我民法雖未如瑞債設有明文之規定 (瑞債三六四條)，然依誠實原則及民法第四九六條但書之規定，可認為承攬人有此義務。依誠信原則，應重視之定作人的利益，要求承攬人以專家之資格通知定作人，使其得行使民法第五〇六條之權利或指示其他完成工作之方法。定作人要求變更計劃時，關於其所需費用之程度，承攬人亦有告知之義務。定作人解除契約時，雖應對於承攬人支付已給付的勞力之相當報酬及支出之費用，然如承攬人有過失，其所得請求之損害賠償權，得與之抵銷 (Fick, art. 375, No. 7, p. 639)。損害賠償之主張，得與解除契約或請求減少相當報酬無關，獨立的為之。蓋民法第五〇六條之要件，與損害賠償請求之要件各異也。定作人不行使民法第五〇六條之權利時，除其不行使可為對於因義務違反之損害賠償請求權一併為拋棄外，仍保有賠償請求權。為契約之解除，須超過估計概數過鉅。然如承攬人

有義務之違反或有通知義務之懈怠而不能爲免責之證明時，定作人損害賠償之請求，則以有超過爲已足，不以甚鉅爲必要。損害賠償額應另爲估計，與超過額並不一致。爲此估計時，標的物之增值，亦得顧及。在有利用性質之工作，例如爲租賃或出賣之目的者，其得實現之較高價值，應爲承攬人之利益考慮之。如無較高之交易價值，可看作不生產之投資。

定作人依民法第五〇六條解除契約時，對於承攬人應賠償相當之損害。承攬人此項損害賠償請求權，於其原因發生後（契約解除），一年間不行使而消滅（民法五一四條二項）。此一年期間我國學者雖多解釋爲消滅時效，依余所見，自全部之規定觀之，亦應認爲除斥期間（我妻中國民法債各上三五〇頁）。

第二款 定作人工作之協力

在我民法，不認一般債權人（定作人）有協力之義務。惟兼需債權人之行爲者，債務人得以言詞提出，使債權人發生受領遲延。然對於承攬，特別規定「工作需定作人之行爲始能完成者，而定作人不爲其行爲時，承攬人得定相當期限，催告定作人爲之。定作人不於前項期限內爲其行爲者，承攬人得解除契約」（民法五〇七條、德民六四三條六四二條）。（一）此協力，非債權人之義務，而爲債權人之行爲。本條所定承攬人之解除契約，性質上爲定作人受領遲延之一種，不以定作人有過失爲必要。（二）工作需定作人之行爲，例如應由定作人供給材料，提供糊貼之室或建築之基地。爲定製衣服之試樣，爲畫像或照相，應有其人之出現。（三）定作人未爲協力之不作爲，不構成給付遲延，然如依契約之內容，就其必要之協力，對於承攬人爲債務人而負有義務者，自當別論。（四）承攬人對於定作人無請求其爲工作必要協力之訴權。（五）如協力之行爲，非因可歸責於定作人之事由爲不能時（例如定作人死亡），則不能適用民法第五〇七條之規定，蓋此時已非受領遲延也。（六）民法第五〇七條惟就未完成之工作爲規定，故對於已完成之工作之受領遲延，不能適用。（七）承攬人須定相當期限，催告定作人爲之。然如所需定作人之協力行爲，於定作人遲延後已爲不能時，則承攬人無須定期催告，得逕行解除契約（Danecke zu § 643, S. 391

○。定作人不於承攬人所定相當期限內爲其行爲，承攬人得解除契約。依德民第六四三條規定「承攬人於第六四二條之情形，得對於定作人指定應補爲其行爲之相當期限，並表示如經過此期限不爲其行爲，即終止其契約，於此期限內未補爲其行爲時，其契約視爲廢止」。消滅之效力，雖向將來發生，對於過去部分仍有第六四五條第二段所定報酬請求之權（相當我民法五〇九條所定承攬人之權利）。依德民第六四二條規定「工作之完成需有定作人之行爲，而定作人怠於爲其行爲，陷於受領遲延時，承攬人得請求相當之補償。前項補償額一方按遲延之繼續期間及約定報酬之數額，他方依承攬人因此遲延所節省之費用及因自己勞力之其他使用可能取得者而定」。受領遲延，不以定作人有過失爲前提（*Emm-Lehmann*, § 153, III, 1, S. 634），故此損害補償，非基於定作人之債務不履行，而係基於其受領遲延所爲之特別規定。此補償請求權是否與上述附條件之終止契約權併存，抑終止契約時不得再依第六四二條請求補償，在德國有不同之見解。贊成併存者，例如卜郎克等（*Planck zu § 643; Denecke zu § 643; Emm-Lehmann*, S. 153, 1, S. 635）。贊成後者，例如史賴丁格兒等（*Staudinger, zu § 643, 6; Oetmann, z § 643*）。在我民法，此契約解除不以定作人有過失爲前提，可認爲對於受領遲延之特別規定。其效力可參照民法第五〇六條第三項及第五〇九條，以爲解釋。承攬人得請求定作人爲相當之賠償，即得請求其已服勞務之報酬及墊款之償還。定作人有過失者，並得請求損害賠償（因我民法僅就定作人之受領遲延，並無應賠償損害之規定，不能與德民爲同一之解釋）。

承攬人之上項契約解除權，因其原因發生後一定期間不行使而消滅（民法五一四條二項）。此期間學者多認爲消滅期間，然應解釋爲除斥期間，已如前述。所謂原因發生，應解釋爲承攬人定期催告而定作人逾期不爲其行爲。如經催告後，定作人不爲其行爲時，承攬人不妨再三定期爲催告，則此除斥期間應自最後所定期限屆滿之日起算。

第三款 定人是否有工作受領之義務

定人是否有受領工作之義務，德民法第六四〇條明定定人有此義務。所謂受領（*Abnahme*）在買賣解釋爲純粹事實上之交付。然在承攬，則有謂於有形的受領（*körperliche Hinahme*）之外，應並含有以其給付爲契約履行之承認（*Anerkennung*），即以其工作主要的符合於契約而完成之承認。但惟以試驗目的而接受之者，不能認爲受領（*Staudinger, zu § 640, I, a; Denecke, zu § 641, 2, S. 388*）。然受領並不能認爲對於瑕疵之問責已爲拋棄。定人違反受領義務時，承攬人得僅訴請其受領（參照我強執法一三〇條）或與報酬之支付合併爲請求，亦得僅請求報酬（*Staudinger, zu § 640, V 2; Palandt, zu § 640, I, S. 632; Denecke zu § 640, 2, S. 389*）。定人因受領義務之違反，不僅陷於受領遲延，就受領義務，亦得有給付遲延之存在。然此給付遲延非關於主債務，不得解除契約，或拒絕給付而請求不履行之損害賠償（*Enn-Lehmann, § 152, I, 4, S. 634* 參照拙著債法總論四〇八頁）。我民法關於定人之受領義務，並無一般規定，僅就以個人技能爲契約要素之契約，對於工作已完成之部分，特別規定定人之受領及給付相當報酬之義務（民法五一二條二項、瑞債三七九條、法民一七九五條一七九六條）（註），工作依其性質無須交付者，不成立受領義務（*Enn-Lehmann, § 152, I, 2, S. 633*）。工作須交付者，承攬人有交付之義務。然我民法如同瑞民第三七二條第一項，規定報酬應於工作交付時給付之，並不以定人受領爲必要（德民六四一條一項一段則規定於受領工作時支付之）。故應解釋除當事人以特約訂立定人有受領義務外，不能逕認爲定人有此義務，只可認爲其有此權利（載著一八二頁）。於定人受領遲延時，承攬人得依一般規定，提存工作物或拋棄爲不動產之工作物之占有，以免交付之義務，而請求報酬之支付及提存費用之償還。然如爲承攬人供給材料之承攬，則應適用承攬及買賣之規定，應認定定人此時亦有受領之義務（民法三六七條）。

【註】有謂一部工作民法第五一二條第二項既規定其有受領之義務，則工作全部完成之時，承攬人依照債務之本旨爲工

作物之交付，定作人有受領之義務，更不待言（薛著一五八頁）。然依瑞債除買受人有受領義務外（瑞債二一一條），在其他變務契約，受領僅爲權利之行使（Funkt. art. 211, §. P. 152）。即定作人一般不負受領之義務，然其第三七九條（相當我民法五一二條）則特別規定定作人對於承攬人已完成之工作部分，有受領及支付其價值之義務。蓋在尚未完成之工作，定作人原得拒絕受領，故特設規定以明之。不能以此而推斷定作人一般有受領之義務也。亦有認受取（Abnahme）爲定作人之主要義務，因可歸責於定作人之事由而不受取工作物者，定作人負債權人遲延之責（梅著二九二頁），想係從德民之解釋。

第四款 承攬人之法定抵押權

承攬之工作，爲建築物或其他土地上之工作物或爲此等工作物之重大修繕者，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、德民六四八條、瑞民八三七條一項三款）。（一）須爲與定作人訂立於土地上承攬建築物或其他工作物（例如堤防全部或一部之建造，橋樑、記念碑）或此等工作物之重大修繕或改造之契約他方當事人，故（a）惟供給材料者，（b）爲建築師、設計師，惟爲工作物之準備工作或對於其實施惟給付勞務者，（c）非直接與定作人而惟與承攬人有承攬關係者（但瑞民未爲此限制，學者認爲次承攬人之權利，優先於承攬人，Wieland, z. ZGB § 837, 8），無本條所定之權利（Dencke, zu § 648, 1, S. 794）。又本條對於承攬供給契約（Verlieferungsvertrag），不適用（參照德民六五一條一項二段）。蓋若在定作人之土地爲建築，則不成立承攬供給契約，若在承攬人自己土地建築，則自己爲建築物所有人，已足資保護，若在第三人土地上爲建築，則不成立法定抵押權也（Bann-Lehmann, § 156, I, 4）。然此時承攬人若與他人更訂定承攬契約，則係以土地所有人之資格爲承攬契約之當事人，本條應亦有適用。（二）就承攬關係所生之債權，包括對於工作物所施勞力、材料及其他費用之支出，因定作人過失或遲延所生之債權，亦在其內，而基於優權行爲之債權，則否。（三）施工之不動產，須屬於定作人所有。第三人之不動產，雖承攬人誤信爲定作人所有，亦不在其內。例如承租人對於出租人之房屋爲修繕，則承攬人無此權利（Staudinger, zu § 648, I, 5）。工作物跨在兩宗土地，僅其中一

宗屬於定作人所有，如其報酬係爲其工作物合一的計算者，就其報酬金額，對於定作人之土地，有法定抵押權（*Emm-Lehmann*, § 154, II, 1, S. 648）。（四）法定抵押權之標的，依德民及瑞民規定，爲土地（德民六四八條一項、瑞民八三七條一項三款）。依我民法爲其工作所附之定作人之不動產，應解釋爲土地或有獨立性之工作物（定着物）。例如於土地上建造房屋，爲土地及新建之房屋。其他無獨立性之工作物，爲土地。爲建築物之重大修繕時，則爲建築物。蓋依我民法，定着物與土地各爲獨立之不動產也。其無獨立性之工作物，縱爲其修繕，亦應解釋爲土地（關於其他各點，可參照拙著物權法論二九七頁）。蓋此等工作物爲土地之構成成分也。雖有主張係指該新造或修繕後之土地之工作物而言（薛著一六〇頁）。此在日民第三二七條第一項「工匠、技師及承攬人不動產工事之優先權（先取特權），就關於債務人之不動產所爲工事之費用，存於其不動產之上」關於優先權之規定，因其第二項限制規定「前項優先權惟於因工事所生不動產之增價現存之限度，就其增價額而存在」。故學者解釋新造建築物時，優先權之標的物爲新建之建築物（石田、擔保物權法論七三五頁、勝本擔保物權法論二二二頁）。我民法未定有此限制，不可爲同樣之解釋。

【註】依我國民律草案第七五三條「不動產工事之承攬人，爲定作人於不動產上施工事者，就其契約所得之債權，於該不動產上有抵押權」。第二項「前項抵押權非於開工前登記，不生效力」。其法定抵押權之標的物，於建造地上之工作物時爲土地，爲建築物之修繕時爲建築物。

第四節 承攬關係之終了

一、定作人之解除契約

定作人依民法第四九四條、第五〇二條第二項、第五〇三條、第五〇六條解除契約，承攬人依民法第五〇七條第二項解除契約時，承攬關係因而終了。

二、定作人之終止契約

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（民五一一條、德民六四九條、瑞債三七七條、法民一七九四條、日民六四一條）。（一）承攬人爲得報酬而承攬工作，如定作人賠償其因解約所生之損害，則於承攬人並無不利，且在定作人方面因情事之變更已無使完成工作之必要，若強其聽任無用工作之繼續，不獨於定作人無益，而且在社會經濟上亦爲不利。故民法特設第五一一條之規定，使定作人得賠償損害，而隨時終止契約。（二）定作人爲行使此契約終止權，以承攬人有未完成工作之消極事實爲已足。承攬人有無過失，及既已着手工作與否，在所不問。此契約終止權之存續期間，爲承攬人未完成工作之期間。如承攬人既已完成工作，雖尚未爲交付，亦無契約終止權。蓋定作人之終止契約，在於停止工作之進行，以使其得免無益之負擔，如既已完成，縱令終止契約，實際上對於定作人並無利益也。（三）承攬人契約之終止，由定作人向承攬人以單純的意思表示爲之。於終止契約時，無須提供損害之賠償額。（四）定作人應賠償因契約終止而生之損害。其範圍如何，依德民規定，爲請求約定之報酬。惟因契約消滅所節省之費用及因勞力爲其他使用所取得或惡意怠於取得者，應扣除之（德民六四九條）。依法民，爲賠償費用、勞力及因契約可取得之利益之全部（法民一七九四條）。依日民爲賠償損害（日民六四一條）。依瑞債爲支付已給付勞力之報酬及賠償全部之損害（瑞債三七七條）。全部損害，依瑞士學者解釋，爲履行之利益，扣除因免除給付義務所節省者。承攬代價預先已確定者，定作人負有支付爲上述扣除後之數額。未確定或僅估定概數者，按勞力之價值及承攬人之費用定之（參照瑞債三七四條），由其數額，算出承攬人就工作之完成所應有財產上之利益。在繼續供給契約，惟就尚未完成之工作，發生終止效力。然因工作未完成而未能享有應享之聲譽，以致喪失再承受其他承攬之機會所受之損害，不在其內（Oest. zu § 377.3, S. 1295）。依我民法所定，應解釋爲支付已爲工作部分之報酬及賠償就承攬人未完成部分應可取得之利益。蓋在終止前，其承攬契約仍爲有效也。（五）依法民、日民、瑞債規定，定作人得解除契約，然依德民及我民法，則爲終止契約，其效力僅向將來消滅，不發生溯及的問題。承攬

人就工作已完成部分之報酬爲契約請求權，而非僅爲損害賠償請求權，故已造作之部分，包括已用於工作或其他已移屬於定作人所有之材料，應交與定作人。但已定用於工作而尙未用之材料，縱已運至定作人之土地，不在此內（*Enn-Lehmann, §155, I, 1, S. 641*）。

三、承攬契約之當然終止

承攬之工作，以承攬人個人之技能爲契約之要素者，如承攬人死亡或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約爲終止。工作已完成之部分，於定作人爲有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務（民法五一二條、瑞債三七九條）。（一）工作完成之義務，原則上非不得移轉，通常由其包括承受人承受。然如承攬人個人之技能爲契約之要素時，則爲例外。本條係就因不可歸責於債務人之事由而致履行不能時，規定其效力。第一項所定爲一般理論之當然規定，第二項爲特別規定。（二）承攬契約原則上不因承攬人之死亡或其本人喪失完成之能力而消滅。惟以承攬人個人之技能爲契約之要素時（例如個人之知識、技術、經驗），其承攬契約始告終止。此終止爲當然終止，無須承攬人爲意思之表示。（三）承攬契約雖終止，並不使當事人之一切權利消滅，反而定作人對於工作已完成部分，於定作人爲有用者，有受領及給付相當報酬之義務。依瑞債德文條文，爲支付報酬（*Beschlag*）。依法文條文爲支付其代價（*à sa place le prix*）。學者解釋爲對於勞力之報酬支付及對於其他費用之償還。對於由承攬人供給而已使用之材料或尙未使用而偶然的所受減價值應爲賠償（*Funk, art. 379, p. 236*）。在我國雖有主張相當報酬應估計工作已成部分之交換價格定之（劉著及季著同條註解）。依余所見，應從瑞債之解釋。然承攬人所供之材料，應以已使用者之價值爲限。雖有主張我民法既規定爲終止，則終止前其法律關係依然存在，無須另爲規定。然民法以於定作人有用爲前提，故不能不特爲揭明也。（四）材料由定作人供給者，其未使用之剩餘部分，應返還於定作人。如工作已完成部分於定作人爲無用，則依民法第八一四條關於加工之規定，以定其關係。（五）定作人之死亡，對於承攬契約不生影響。其地位由其繼承人承受。雖有主張承攬工作在滿

足定作人本身上之需要（例如包安定作人之義足）者，如定作人死亡，其契約亦應解釋當然終止（戴著債各上一八八頁）。然民法既未爲規定，未可作此解釋。其繼承人得依民法第五一一條規定，隨時終止契約，自不待言。

四、承攬契約與破產

1. 定作人之破產 依日本民法第六四二條「定作人受破產之宣告時，承攬人或破產管理人，得爲契約之解除。此時承攬人得就其已爲工作之報酬及不含於報酬中之費用，加入財團之分配。前項情形，各當事人對於相對人不得請求因契約解除所生損害之賠償」。承攬人受上述報酬及費用之清償時，應將其既已爲工作之標的物，交付於定作人。故所謂解除契約，應解爲終止契約（沼義雄債各下一三三頁）。依瑞債爲承攬人依瑞債第八三條（我民法二一六五條）第二項規定（經定期催告而定作人不提供擔保），解除契約之原因，此外如財團不進入契約，得以其損害賠償請求權加入財團（Oser, zu § 379, 4b, S. 1427）。依我民法規定，此時承攬人得請求財團提出擔保（民法二六五條），如經催告而不提出擔保，承攬人得依民法第二五四條規定，解除契約。蓋既認破產管理人有拒絕履行權（破、九二條八款），則亦應認承攬人有解除契約權也。

2. 承攬人之破產 依瑞士債務督促及破產法（Bundesgesetz Ueber Schuldbeitreibung und Konkurs vom 11. April 1889）第二一一條一般之規定，（一）於承攬人破產，爲代替給付時，破產財團得進入契約。然定作人有請求其提供擔保之權。破產財團不進入契約，定作人得以損害賠償請求權，加入破產財團。（二）如其給付置重於承攬人之人的性質者，則財團不受契約之牽涉。（三）如工作於破產時尚未完成，其材料係由定作人供給者，其與財團之關係依瑞民第七二六條（我民法八一四條）定之（如僅爲人的給付而其契約由定作人依瑞債第八三條之規定，經定期催告而不提供擔保，被解除時，其關係與破產人定之）。如工作已完成，定作人得由破產財團取回標的物（Oser, zu § 379, 4, S. 1427）。依日本破產法第五九條「在雙務契約，破產人及其相對人於破產宣告時均尚未完成其履行時，破產管理人得依其選擇，爲契

約之解除或履行破產人之債務而請求相對人債務之履行。前項情形相對人得對破產管理人定相當期間，備告確答是否於其期間內為契約之解除或請求債務之履行，破產管理人於其期間內未為確答時，視為已為契約之解除。我民法及破產法雖未為規定，可參照瑞士破產法以為解釋。即（一）為代替給付時，破產管理人得進入契約（破、九二條八款九六條二款、德破、十七條）。定作人得請求其進入契約，拒絕進入契約時，定作人得解除契約。（二）定作人於破產宣告後，仍得隨時依民法第五一一條之規定，終止契約，自不待言。（三）定作人為加工目的所交付於承攬人之物，有取回權。工作物於交付前已應屬於定作人之所有者，亦同。

第九章 出版

第一節 出版之意義及性質

出版契約 (Verlagsvertrag; *contract d'édition, contract for edition*) 謂當事人約定一方以文藝學術或美術之著作物為出版而交付於他方，他方擔任印刷及發行之契約（民法五一五條、瑞債三八〇條、德出版權法一條、日著作權法二八條之二、二八條之三、奧民一一六四條）。

關於出版，各國立法多以特別法規定。德國一九〇一年六月十九日曾有出版權法 (*Das Gesetz ueber das Verlagsrecht*) 之公布。捷克一九二三年五月十一日有關於保護版權授與人之出版法 (*Verlagsgesetz*) 之制定。日本著作權法於昭和九年（第四次修正）增設第二章關於出版權之規定。惟瑞債特設出版契約一章（第二編第十二章第三八〇條至第三九三條），奧國民法規定出版契約及演奏契約 (*Verlagsvertrag und Auffuehrungsvertrag*)（一一七二條—一一七三條）。我民法關於出版之規定，蓋仿瑞債之例也。

一、出版係出版權授與人約使出版人出版，而將著作物交付於出版人之契約。

1. 著作物 著作物為精神之產物，須屬於文藝、學術或美術之範圍，而能印行者。例如論文、專著、劇本、樂譜、圖像等。

2. 著作權 著作權 (Urheberrecht; droit d'auteur; copyright) 為就自己之精神的創作物，得為排他的支配之權利。依我著作權法第一條，為就著作物依註冊享有重製利益之權利。其成立以註冊為要件，並以重製之利益為其主要內容，乃為狹義的著作權。廣義的著作權，包括著作人人格利益之著作人格權及經濟利益之著作財產權 (參照拙著著作權法一頁十五頁至十八頁)。著作財產權之權能，可分為 (一) 著作物之原狀利用權，包括 (a) 狹義的重製權，謂有形的重製物。(b) 頒布權，謂將重製物交付於不特定人或多數之特定人或置之於得交付之狀態。發行權，謂重製且頒布著作物之權。(c) 出版為發行之一種，謂關於文書圖畫之複製及頒布。我民法第五十五條以印刷與發行對列，發行應解釋為頒布，包括出售及散佈。(d) 開演權，(e) 演述權 (f) 播送權，(g) 錄音權 (h) 展覽權。(二) 著作物之改作利用權，包括 (a) 翻改權，(b) 異種重製權，例如將彫刻製成繪畫 (d) 翻譯權 (參照拙著著作權法三八頁至四五頁)。

3. 著作權人 著作權人謂享有著作權之人，然不限於著作人。著作物之受讓人或繼承人 (著作權法三條四條)，亦為著作權人。

4. 出版權 (Verlagsrecht; droit d'édition; right of author to publish) 謂為出版之權，屬於著作財產權之一。出版人依出版契約，由著作人受出版權之授與或取得其出版之允許而為重製及頒布。以此依出版契約設定之出版權，與著作權人所有之出版權，應為區別。關於出版契約上之出版權，民法就出版權授與人與出版人間之關係，特設有規定 (民法五一五條至五二七條)。

5. 出版權之授與 出版權，依出版權授與人與出版人間之契約而授與。日本著作權法謂之出版權之設定

(同法二八條之二)，乃係就著作財產權之內容之一部所設定之類似用益物權之權利，而非原著作權人所爲出版權之讓與。在出版權之讓與，爲永久的。出版權的授與，原則上有期限，依其期限之經過或權利之拋棄，著作權成爲完全而復原(民法五一八條五二二條)。

6. 出版權授與人 著作權人依契約爲他方當事人設定出版權者，謂之出版權授與人(Vervielfachungsbefugter)。在通常情形，出版權授與人固多爲著作權人，然著作權之受讓人或繼承人，亦得爲出版權授與人。授與人雖無版權(例如版權保護期間已過或爲絕版或珍奇書籍之所有人)，得約使出版人爲出版。此時其契約雖爲有效，然出版人不能取得排他的出版權，故稱爲非固有的出版契約(uneigentlicher Verlagsvertrag)(Ost., zu § 381, Ann. 10, S. 1442.)。

7. 約使出版而將著作物交付於他方 著作物已完成者，版權授與人之交付義務，應類推適用於買賣之規定。尙待完成者，準用關於承攬之規定(Ost., zu § 380 III, 1. a, S. 1437)。

二、出版係出版人承擔著作物印行之契約。

出版人必須負以自己之計算爲出版之義務，始成立出版契約。著作權之讓與，與出版契約結合者，其法律行爲雖超過出版契約之目的與效力，然如僅有著作權之讓與，而出版人不負出版之義務者，則非出版契約(Ost., zu § 380, Ann. 4, S. 1434; Ehrenzweig, § 376, I, 1, S. 528)。著作人負有依他人之指示完成著作而聽其自由利用者，非出版契約，爲承攬契約。

1. 出版 出版謂著作物之印刷及發行(民法五一五條)。印刷謂以排字、照像製成或以其他方法複製文書或圖畫。狹義的發行，謂出售或教佈。

2. 出版人有出版之義務 出版人應以自己之計算，將他方所交付之著作物爲印刷及發行。其盈虧均歸屬於出版人(民法五一五條)。

3. 出版人依契約取得出版權 出版人須依出版契約取得排他的出版權，即排他的複製及頒布之權。此出

版權爲依出版契約所設定，我民法第五一六條第一項（瑞債三八一條一項）規定著作人之權利，於契約實行之必要範圍內，移轉於出版人。其意謂出版人在此範圍內，得以爲自己之物權之權利而行使，而非僅爲對於版權授與人請求其允許使用之債權（Oser, zu § 381.2, S. 1439）。故在此範圍內，不獨對於版權授與人即對第三人，亦得排他的行使之。如僅授與單純的或專用的利用之許可者（Lizenz），則非出版契約，而爲不純正的出版契約（unechter Verlagsvertrag）。在單純的利用（印行）之許可（Lizenzvertrag），出版人不因而取得對於第三人之絕對權，而僅取得對於著作人請求印行之債權。此時著作人不妨將同樣權限，分授與於他人。在專用的許可，著作人惟負不授與於他人同樣權限之義務（Oser, zu § 380, Anm. 4, S. 1434, Jhrenzweig, a. a. O.）。

三、出版契約之特質

1. 出版契約爲雙務契約 出版權授與人負有交付著作物之債務，出版人負有爲出版之債務，而互有對價的關係，爲雙務契約。然與一般雙務契約，稍有不同。在一般雙務契約，受領給付爲自己之利益，而對待給付則爲他方之利益，當事人間之利益相反，而在出版契約，則給付與對待給付均爲自己之利益，即當事人雙方有出版之共同目的，二者間之利益爲一致。

2. 出版契約得爲有償或無償 出版契約，雖常爲有償，然有償並非其要素。此點與僱傭及承攬不同。蓋著作人對於著作物之公開，有名譽上之利益，並不以物質上之報酬爲限也。

3. 出版契約爲不要式及諾成契約 出版契約之訂立，不須任何方式，得依斷定行爲，即依外部表現之行爲而可推斷其有契約之成立。例如未被邀請，而送文稿與新聞或雜誌，可認爲出版契約之要約，通常依刊載，而可認爲有承諾。依德國出版權法第九條，出版權之成立，以有著作物之交付爲前提。然瑞士學者有因出版爲不要式契約，主張有形的精神物之交付，雖爲重製之事實上前提，但第三人於交付前，如偶然占有文稿，出版人亦得爲印刷而請求其交出（Oser, zu § 380, ■ p. S. 1436）。依余所見，出版契約之成

立，雖爲不要式，然爲出版人出版權之取得，應以交付著作物爲要件。蓋既認出版人之出版權有物權的效力，應以交付爲公示方法也。

4. 出版爲獨立的有名契約 出版契約，爲一獨立的有名契約。在出版人方面，有印行之義務，雖類似委任，在版權授與人方面，其給付爲已完成之著作物時，類似買賣，爲待完成之著作物時，類似承攬，然受人係爲他人之計算，而出版人則係爲自己之計算。買賣、承攬，必爲有償，而在出版得爲無償。故民法認出版爲一種特殊之獨立的契約，不適用關於混合契約之原則。在固有之出版契約，出版權爲特種的物權，歸屬於出版人。關於此點，尤其具有特殊性。然依一般之契約，亦有可達其目的者。

a. 買賣 版權授與人將著作權或著作物之出版權（著作人自己之出版權）讓與出版人，以報酬作爲價金。此時買受人不負責實際上爲利用之義務，即非出版契約，同樣亦可爲交換或贈與。

b. 承攬或僱傭 著作人依出版人之計劃，承擔著作，惟得請求一定之報酬者，爲承攬。如爲出版人所僱用而爲著作，則爲僱傭（參照瑞債三九三條）。

c. 委任 著作人得委任他人爲著作物之印刷或出售或爲印刷及出售。此時係以委任人之計算爲之。

d. 合夥 二人其中一人有科學或藝術上之天才，其他人有營業之經驗及資本，合夥出版而分受其盈虧。然在出版，則以出版人之計算爲之。其目的亦有差異，著作人在於其著作物之廣布，出版人在於著作物之發賣而獲取盈利。

第二節 出版之效力

第一目 出版權授與人之義務與權利

一、出版權授與人，須以適合於出版狀態之著作物交付於出版人

1. 著作物之內容 著作物之對象、組織、立意、體例及範圍，除出版契約有約定者，依其約定外，由著作人自由定之。蓋著作在有文藝、學術或美術上之價值，其決定應由著作人爲之也。著作物除附屬工作（例如校正、作索隱）外，由著作人親自爲之。

2. 著作物之原稿 交付之原稿，須適合於印刷之狀態。無論原筆、抄寫或打字，均須以普通注意即可辨識。

3. 交付之時期 著作物已完成者，於出版契約訂立後應即時交稿。尙待完成者，即將來之著作物，約有交稿期限者，自應依期交稿，未定期限者，亦應依契約之目的定之。例如爲某紀念日發行之著作物，不於適當時期交稿時，出版人得依民法第二百五四條第二五六條之規定，解除契約。於有過失時，並得請求損害賠償。然不得強制著作人爲著作物之交付，蓋爲尊重著作人之人格，其著作物雖已完竣，著作人尙得以其著作尙未成熟而不應其請求也（Fhrenzweig, § 376, 5, S. 529）。

二、瑕疵擔保責任

1. 出版權之移轉

依民法第五一六條第二項及第三項規定，出版權授與人，應擔保著作權之地位即有著作物之印刷及發行之專用權。（一）依民法第五一六條第一項「著作人之權利於契約實行之必要範圍內，移轉於出版人」（瑞債三八一條一項，參照德出版權法八條九條）。依瑞債解釋，於著作人之權利（著作權）移轉於出版人之範圍，出版人得以爲自己之物權而行使，並非僅爲對於版權授與人之債權請求權，即出版人不僅有基於出版契約之不作爲及容許請求權，而於此外並有特種的權利即出版權。（a）此出版權不僅爲對人之權利，乃類似對於物之限制的物權，而爲對於精神創作之絕對的權利。依德國出版權法及日本著作權法，認出版權爲對於著作權之負擔，定義爲出版人之排他的限制著作權的法定及附屬的（爲基於出版契約之不作爲及容許請求權所派生）爲復制及廣布之權利。依瑞債，出版權無須設定及移轉意思，依法律因出版契約

之訂立而發生。出版權較之著作權，爲限制的權利。惟於契約實行之必要範圍，移轉於出版人。因其成立繫於出版人之債權，故亦爲附屬的權利。然出版權是否爲部分的權利（Teilrecht），即視爲著作權之片段，而依法律上之移轉屬於出版人，抑應如德日認爲著作權之負擔，成立一特種的內容與著作權不同之權利。瑞債第三八一條第一項，明文規定爲依出版契約之目的，在範圍及時間上受有有限的法律上部分權利之移轉。此部分之權利，對於著作權爲獨立的。於契約目的之必要範圍內，繼續存在。如目的已達到，則著作權法律上自動的回復原狀，歸屬於著作人。其部分的權利，自此時起，復與總個著作權同其命運。認爲部分權利之移轉時，其著作權雖因著作人之死亡而無繼承人或因本人或其權利承受人之拋棄，歸於消滅（參照我著作權法二十一條），而出版人之出版權於其契約之目的達到前，仍不消滅（Oest. zu § 381.2, S. 1439-1440），此爲其優點。我民法第五一六條第一項係依瑞債第三八一條第一項之規定，以從瑞債解釋爲宜（余曾依日本及德國法例採用設定說，拙著著作權法論四〇頁，今改採移轉說）。（二）著作人之權利何時移轉於出版人，依瑞債解釋有謂因出版契約之訂立而發生（Oest. zu § 381, 2, a. S. 1440捷克出版法四條）。亦有主張與著作物同時移轉於出版人（Funk Jun, art 381, 1, p. 237）。依德國出版權法第九條，出版權於交付著作物於出版人時發生，於契約關係終止時消滅。爲出版保護必要範圍內，出版人對與著作人及第三人，得行使法律所定爲著作權保護之權能，與民法亦爲同樣之解釋（Ehrenzweig, § 376, 1, 1. S. 527）。依日本著作權法第二十八條之十之規定「出版權之得喪、變更及入質，非經註冊不得對抗第三人」。故出版權之設定，亦非經註冊不得對抗第三人，而於當事人則可解釋契約訂立時已有出版權之成立。我著作權法第十三條雖規定「著作權之移轉及繼承，非經註冊不得對抗第三人」，而未及出版權之授與。依出版契約之著作人權利之移轉，爲法定移轉，可解釋不須註冊而得對抗第三人。然應解釋於有著作物之交付時，始生移轉。蓋此爲公示方法，以自其時發生物權之效力爲宜也。

2. 授與權及著作權之擔保

出版權授與人，應擔保其於契約成立時有出版權授與之權利。如著作物受法律上之保護者，並應擔保其有著作權（民法五一六條二項，瑞債三八一條二項，德出版權法三十九條）。（一）所謂應受法律上之保護，謂有新著作物已經註冊或得經註冊而享受著作權保護之著作物。（二）出版權授與人應擔保其出版契約成立時有出版權之處分權，即擔保出版人占有著作物而其出版不受妨害。就受法律上保護之著作物，應擔保其著作權屬於自己，即擔保出版人取得排他的出版權。如出版人因著作權之侵害而被訴追，出版權授與人應依民法第三四九條以下關於買賣瑕疵擔保之規定負其責任。然如為無償，則惟應依民法第四一四條關於附有負擔贈與權利瑕疵之規定，負其責任。即僅於出版人所支出出版費用之限度內，負與出賣人同一之擔保責任（薛著一七〇頁）。（三）在不受法律上保護之著作物，出版權授與人惟準依民法第三五一條第三六六條之規定，負其責任。在受法律保護之著作物，出版權授與人已將著作物之全部或一部交付第三人出版或經第三人公表為其所明知者，於契約成立前已將其情事告知出版人時，免其瑕疵擔保責任（民法五一六條三項，瑞債三八一條三項）。（四）出版權授與人具備民法第三五一條第三六六條或第五一六條第三項所定之要件時，雖不負擔保排他的權利之責，然無論如何，應擔保公表權之成立。

三、不作爲義務

出版權授與人對於有損害著作物之交付及出版人出版權之行爲負有不作爲之義務。於出版人得印行之出版物未賣完時，不得就其著作物之全部或一部爲不利於出版人之處分（民法五一七條，瑞債三八二條一項，德出版權法二條三條）。即不得自行出版或交第三人出版，否則爲契約之違反，於著作物受著作權法之保護者，並爲著作權之侵害。對於登載於新聞雜誌之著作物，因我民法無特別規定（參照瑞債三八二條二項），第五一七條應亦有適用，惟有時對於出版人並無不利而已。特應注意者，民法第五二〇條至第五二二條對此義務，設有限制。

〔註〕依瑞債第三八二條二項「新聞專論及雜誌所刊載之短文，出版委託人得隨時再爲刊行」。第三項「爲全集中一部

四、對於複製為協力之義務
 之著作或雜誌中所刊載之長篇，非於其稿件全部發表後經過三個月，出版委託人不得再為刊行。

民法對於此點，雖未規定有明文，然依誠信原則，出版權授與人依其情形，應為協助。

五、維持著作物使其合於目的用途之義務

民法就著作物之修改及訂正，雖規定為著作人之權利（民法五二〇條），並未認為其義務。然依誠信原則，法令之編輯人於校正或出新版時，應考慮已發生之法令上變更。

六、著作人訂正或修改權

著作人於不妨害出版人出版之利益或增加其責任之範圍內，得訂正或修改其著作物。但對於出版人因此所生不可預見之費用，應負損害賠償之責（民法五二〇條、瑞債三八五條、德出版法十二條一項一段）。於複製開始後，著作人尚有訂正及修改權。然此變更權（*Änderungsrecht*），非無限制。（a）著作物之基礎（性質）應與保留，例如民衆讀物改為專門著作，則非茲所謂修正。（b）變更權惟得於變更可能時行使之。第一繫於著作人之第神狀態，其次繫於印刷工作之程度，排字既已拆除，惟得請求增加附錄或正誤表。（c）著作人對於不可預見之費用，負賠償義務。因通常微小文體的修改所生之費用，非不可預見之費用。因印刷中所生之事件（例如對於同一對象有新法令或刊物），有修改之必要者，亦同。（d）變更不得不利於出版人，即不得增加法律上民事上或刑法上之責任或有損害其出版之利益（銷行）。

出版人於印刷新版前，應予著作人以訂正或修改著作物之機會（民法五二〇條二項、瑞債三八五條二項、德出版權法十二條）。著作人對於新版，是否不僅有訂正修改權，而並有為變更之義務。依我民法，除有反對約定外，出版人有出新版之義務（民法五一八條），並未規定著作人有變更之義務，應解釋惟依誠信原則認為有此必要時，著作人始有修改之義務。如著作人拒絕修改，出版人準用民法第五二七條第二項規定，如為可能且公平，得請求法院判令第三人為修改。

變更權，原則爲著作人專屬的權利。然於著作人死亡後，亦得爲必要之變更。故得依約定使變更權移轉，(同民法第五二七條得約定於有阻礙或著作人之拒絕時，出版人得自己或由自己或著作人指定之第三人爲修改。然以可能及公平時爲限。本人及第三人須爲該項著作專家而得保持著作人之利益，並應與著作人以審查此變更之機會，俾得提出異議。如著作人因科學上之見解之變更或其他充分的理由，拒絕已發表的個人著作出新版時，則出版人此種權利之主張，爲著作人人格權之侵害，在所不許 (Oest, zu § 385.3, 4, S. 1450, 1451)。

第二目 出版人之義務與權利

出版(即印刷及發行)一方面爲出版人之義務，他方面又爲出版人之權利，乃爲出版契約之特色。出版之義務乃因契約之約定，而出版之權利乃基於法律之規定而移轉於出版人。惟因出版人有出版之義務，法律始認爲出版人有出版之權利也。

一、出版人之出版權

a. 出版權之範圍 出版權，限於契約實行必要之範圍，依發行之需要或契約特別之訂定而定。因其僅爲著作權之一部及其部分所受之限制，而有其界限。(一)翻譯權，法律上非爲出版權之成分(民法五二二條、瑞債三三七條、德出版權法二條二項一款)。(二)出版權授與人，除受民法第五一七條限制外，於不害著作物印行之限度，得就著作物爲其他處分。例如音樂的演奏、戲劇之演出、影片之製作及放映、繪畫之展覽。(三)依特別契約，得限制出版之版數及其一版之部數，限制印刷或發行方法或限制其印行之時期或地域。版數未約定者，出版人僅得出一版(民法五一八條一項、瑞債三三八條一項、德出版權法五條一項)。其部數未約定者，依瑞債第三八三條第二項規定，由出版人定之。但因出版權授與人之請求，至少應印刷爲適當發行所必要之部分。我民法雖無此規定，依誠信原則，亦可爲同樣之解釋。

b. 出版權之讓與 出版人基於出版契約之權利之讓與，依奧國民法之解釋，無須經著作人之同意，然原出版人就與出版權結合之義務之履行，仍應負責（Ehrenzweig, 3376, 4, S. 528）。瑞債關於此點無規定，學者主張仍應適用關於一般債權移轉及債務承擔之規定（瑞債一六四條），然不能認出版人之權利得自由讓與，蓋此非個人中心之權利，若如此一般的斷定，則對於著作人所擔負之債務未被尊重，實際上為不合理也。亦有主張著作人與安全確實之出版人訂立契約與以信任，並交付其精神之果實，如認其未被徵求同意，而應聽從由任何素無聲譽而確實與評判俱為可疑之人出版，則為權利之濫用。又出版人債務之承擔，（瑞債一七六條）須有著作人之同意（Bachmann, art. 380, no. 70-78）。依德國出版權法第二八條，捷克出版權法第二十九條，出版人之權利，除有反對約定外得轉讓之。出版人仍依惟就各個著作物所訂立之契約，非得著作人之同意，不得讓與其權利。其同意惟於有重大原因時始得拒絕。出版權承受人承擔出版人所負之複製及散佈之義務者，與出版人負連帶責任。我民法無規定，如未經著作人同意，可從奧民之解釋。

c. 出版權之保護 出版權受第三人侵害時，出版人得對於第三人為請求。由出版權授與人加以侵害時，不獨為契約義務之違反，而並為著作權之侵害，應受著作權法上所定之制裁（參照拙著著作權法論四六頁以下）。

d. 未受著作人保護之著作物 此時無論其全未受保護或其保護期限已過不成立出版權，出版人不因而取得專為印行之權利。對於第三人刊行，不得干涉。對於出版權授與人本人之印行，惟得依契約之違反，不得以翻印（著作權之侵害）為理由而為排除。除有反對約定外，出版人如同任何第三人，有繼續出版之權。此種契約為非固有的出版契約，已如前述。

【註】所謂受著作人保護之著作物，謂須有新著作物或其著作權尚未經過保護期間而消滅。依一般立法，如有新著作物即當然發生著作權。依我著作權法，為著作權之成立，除有著作行為外，尚須註冊。然在未註冊前，雖不能受著作

權之保護，而仍可受民法關於人格權之保護。故如有侵害行爲，惟可請求除去其侵害或並請求賠償，不過不能依著作權法加以處罰而已。故受著作人保護之著作物，應從廣義解釋，不以已經註冊者爲限，應包括得因註冊而取得著作權者在內。

e. 出版權授與人之地位 出版權授與人仍保有著作人之地位（爲其著作權全部移轉於出版人，須有特別之約定，而此法律行爲係超越出版契約），對於第三人亦得起訴（如同有體物之所有人或間接占有者）。然其訴訟結果，關於著作權移轉於出版人部分之有爭執者，歸屬於出版人。出版人之出版逾越基於移轉的著作權所生之權利時，構成違法的翻印，應負著作權法上之責任。出版人爲契約之實行，已不需出版權時，出版權逕行復歸於出版權授與人。出版人負有返還著作物之義務。尤其在藝術的著作物之出版爲然。

二、出版人之出版義務

出版人主要的有爲著作物之印刷及發行義務。同時有印刷及發行之權。其義務非必常如權利範圍之廣，出版人得有製作無限制數目之部數而發行於任何區域之權。

A 印刷之義務 出版人應以自己之計算印刷著作物。其自己印刷或交由他人承印，在所不問。除有反對約定外，印刷應於著作物交付後即行着手（參照德出版權法十五條）。印刷著作物應以適當之格式爲之（民法五一九條二項前段、德出版權法一四條）。關於紙章裝訂，亦應考慮習慣、著作物之目的及內容，依誠信原則適當定之（參照瑞債三三四條、德出版權法十四條）。當事人如約定版數或部數，雖銷行不佳，出版人亦有印刷之義務。

B 新版印刷之義務 出版人依約得出數版或永遠出版者，如於前版之出版物賣完後，怠於新版之印刷時，出版權授與人得聲請法院，令出版人於一定期間內再出新版，逾期不遵守者，喪失其出版權（民法五一八條、瑞債三三三條三項、德出版權法十七條）。依德國出版權法第十七條，出版人有出新版之權利，不自行使其權利之義務。惟著作人得定相當期間爲催告，其期間屆滿後，不於適當之時期爲出版時，著作人

得解除契約。出版人拒絕出版時，無須定期間催告。依瑞債第三八三條，逾法院所定期間不出新版時，出版人之權利即歸消滅，認出新版爲出版人之義務。除出版人能證明其無過失外，出版權授與人得請求損害賠償（*Ober zu § 383, 4, S. 1446; Fick, art. 383, 17, p. 659, Funk, art. 383, 4, p. 239*）。我民法係仿瑞債之規定，可爲同樣之解釋。

C 發行之義務 出版人負有以自己之計算，爲發行之義務。蓋以出版之目的在謀著作物之流傳，故發行著作物一面雖爲出版人之權利，而他方面則爲其義務也。尤其約定以抽版稅之方式給付報酬時，出版權授與人對於著作物之發行，更有深切之利害關係。（一）出版人應爲必要之廣告及用通常之方法推銷出版物（民法五一九條二項後段、瑞債三八四條一項後段、德出版權法一四條）。（二）出版物之賣價，由出版人定之。但不得過高，致礙出版物之銷行（民法五一九條、瑞債三八四條二項）。出版物之賣價，如當事人有約定時，自應依其約定。如無約定，由出版人定之。如銷行因價格過高而生呆滯，出版權授與人有請求低減之權。然此須基於同種類刊物之通常價格爲之。出版人如於著作人之利益無妨礙（例如詩人之名譽不因而受損），得自由的減低已定之價格。如報酬繫於價格之多寡，其定價應得出版權授與人之同意（*Funk, art. 384, 3, S. 239, 240*）。

D 尊重著作人格權之義務 著作人於著作財產權外尚有著作人格權。財產著作權縱已讓與或已消滅，而此項著作人格權仍專屬於著作人及繼續存在，他人不得將原著作物改竄、割裂，以損害其人格的利益（著作權法二四條二五條）（參照拙著著作權法論一五頁三六頁）。出版人出版著作物時，亦應尊重著作人之人格的利益，民法特設有規定。即（一）出版人應於技術許可之範圍內，儘量照原稿排印，不得增減或變更（民法五一九條一項、瑞債三八四條一項前段、德出版權法一三條一項）。（二）其式樣惟於複製之目的及性質所必要之範圍，得變更之。依德國出版法第十三條第二項「變更，著作人依誠信原則，不得拒絕其承諾者，應被允許」，亦即此旨。（三）出版人應打樣送交著作人校正。如變更及缺陷甚爲重要，出版

權授與人得解除契約。出版人對於著作物爲顯著之變更或未得著作人之允許而將其印本散佈於衆時，不獨違反契約，依其情形並侵害著作人人格權。著作人之姓名權，應予尊重。其姓名應明白刊出。但依約定得匿名出版（Funk, art. 384, 1, p. 239）。(1)著作物之分合，由著作人定之。同一著作人之數著作物爲各別出版，而交付於出版人者，出版人不得將其數著作物併合出版。著作人以其著作物爲合併出版，而交付於出版人者，出版人不得將其著作物各別出版（民法五二一條、瑞債三八六條、德出版權法四條）。(2)個別著作物，不能僅視爲全部之一部，總括出版對於個別之著作物，有多少之獨立性，各有其利用之價值。然不許出版人之利用者，非即可由出版權授與人爲之。如成立與出版人之營業競爭，仍受民法第五一七條之限制，即於出版人得印行之出版物未賣完前，不得爲不利於出版人之處分，（Oest. zu § 386, 1, S. 1451）。(3)本條惟限制出版人之出版權，如無反對之約定，其著作物外形上分爲各部者（每冊或分冊），不妨各別定價與出售（Oest, a. a. O. 3）。但所作製一部之數目，不得較其他部爲多（Funk, art. 386, 2, p. 240）。

E 出版人於複製後，無將原稿送還之義務。然不爲複製時，則有此義務。但未被請求而送來之稿，不在此限。蓋出版人無爲其保管之義務也（Ehrenzweig, § 376, 2, S. 528）。

三、交付報酬之義務

出版契約，與僱傭契約承攬契約不同，報酬並非其要素。於有出版契約之存在，不能逕行推定其有金錢之報酬。出版權授與自己不妨於著作物之交付外，負有交付報酬於出版人之義務。出版契約與其他勞務契約不同，著作人之相對人應爲特別的對待給付，即爲印刷及發行，惟於有具體的情事，始有交付報酬之義務。

a 視爲允與報酬 如依情形，非受報酬即不爲著作物之交付者，視爲允與報酬（民法五二三條一項、瑞債三八八條一項、德出版權法二二條）。所謂依其情形，得存於當事人間之人的相互關係，例如係由出版

人發動，著作人爲職業的美術家或寫作者，以前以報酬爲出版人同樣的爲著作或爲出版人所出雜誌之經常的協助人。依著作物之種類及性質，著作人對於其刊行除報酬外，並無特別利益。亦得依交易習慣（當事人有依其習慣之意思時），而爲此認定。

b 報酬之種類及數額 種類數額，由當事人自由約定。報酬不限於金錢，亦得爲實物給付。例如給與出版物若干。然有疑義時，應給付金錢。關於數額，通常多以字數、頁數、部數或版數爲標準定之。報酬之全部或一部，亦有依銷行之多寡而定者。例如一般通行之所謂版稅，比例出版人出賣部數之價額而定（通常爲每部價額百分之十五）。數額當事人未約定者，依瑞債第三八八條第二項規定「由法官聽取鑑定人之意見定之」。然法官並不受其意見之拘束（*Oset, zu § 388, 2, S. 1453, Funk art. 388, 2, p. 241*）。我民法雖無規定，除報酬得依事件之性質而定者外，於有爭執時，自應由法院定之。

出版人有出數版之權者，其次版之報酬及其他出版之條件，推定與前版同（民法五二三條二項、瑞債三三八條三項、德出版權法五條一項）。次版之部數，與前版相同者，其報酬與前版同。其他條件，例如原約定送版權授與人出版物若干部，則次版亦應送同樣部數。然如次版之部數與前版不同，其報酬應推定比例計算，但亦有主張不問部數相同與否，均應給付相同報酬（*Rossel, no. 712*）。如前版不支付報酬，則不能逕爲民法第五二三條第二項之推定（*Oset, zu § 388, 4, S. 1454*）。

c 支付報酬之時期 著作物全部出版者，於其全部印刷完畢時，分部出版者，於其各部分印刷完畢時，應給付報酬（民法五二四條一項、瑞債三八九條一項）。依德出版權法第二三條「報酬應於著作物之交付時支付之。報酬額不定或其數額依複製之範圍，尤其依印刷紙數而定者，於著作物複製時應即支付報酬」。瑞債以印刷完畢及得發行時爲報酬之清償期。我民法以印刷完畢時爲支付報酬之時期。

報酬之全部或一部，依銷行之多寡而定者，出版人應依習慣計算，支付報酬，並應提出銷行之證明（民法五二四條二項、瑞債三八九條二項、德出版權法二四條）。依銷行之多寡而定，通常以銷行之部分而

定。然當事人亦得約定依盈餘之多寡而定。結算期間，除有約定者（每季每半年或一年結算一次），依其約定外，應依習慣定之。依德出版權法第二四條「販賣後始定報酬金時，出版人每年應將其前年度之計算書面，提示著作人，於檢查必要之限度，並應許其閱覽帳簿」。依瑞債第三八九條第二項解釋，此時得準用瑞債第三三〇條第二款之規定，即應對於出版委託人或約定或經法院指定之受人，關於損益為必要之說明，於必要之範圍，並應容許營業帳簿之閱覽。我民法亦可為同樣之解釋。

依瑞債第三八九條第三項之規定，除另有合意外，出版委託人有請求免費交付習慣上出版物若干部之權。我民法雖無此規定，在我國習慣上出版人至少應免費送出版權授與人十部。

四、危險負擔

a 著作物交付出版人後，未出版前，因不可抗力致滅失者，此時雙方免為履行之義務。然其危險，由出版人負擔。出版人仍負給付報酬之義務。但免費致送出版物，不在其內（民法五二五條一項、瑞債三九〇條一項、德出版權法三三條一項）。此時不適用民法第五二四條之規定。報酬非以議定總額計算，例如按印刷紙數或銷行之部數而定者，其數額由法院定之。出版人惟有出一版之權者，惟應支付該版之報酬。滅失之著作物，如著作人另存有稿本者，有將該稿本交付於出版人之義務。無稿本者，如著作人不多費勞力即可重作者，應重作之。此二種情形，著作人均得請求相當之補償（民法五二五條二項三項、瑞債三九〇條二項三項、德出版權法三三條二項前段）。著作人有交付著作物之義務，並非惟有交付稿本之義務，故一稿本雖滅失，另存有稿本者，並有交付該稿本之義務。不多費勞力（相當的容易 *relativement facile*）即可重作者（例如其草稿尚存在是），有重作之義務。蓋此時尚非給付不能也。所謂相當的賠償，應依工作的範圍而定。然其所要求之報酬，對於原有之報酬及可預見之銷行，應不失其均衡。著作人得請求於重作前，就報酬額預為約定。著作人於相當期間內無償的交付重作之著作物時，出版人有印行之義務（參照德出版權法三三條二項一段）（*Ostet, zu § 390, 3b*）。

民法第五二五條第二項所定著作人之義務，惟於偶然滅失時有適用，而因可歸責於出版人之事由致滅失者，則合於後述情形c。出版權授與人得依其選擇，依著作物之重作或交付稿本，請求契約之履行及相當之賠償或逕請求損害賠償。然依德出版權法第三三條第二項後段，著作物交付後因可歸責於當事人一方之事由而滅失時，出版人亦得請求著作人重作，著作人亦得於相當期間內無償的交付重作之著作物，而使出版人負有印行之義務。我民法雖無此規定，著作人如存有草稿、概略、筆記，頗易於重作時，亦可準用民法第五二五條之規定，為同樣之解釋（Funk, art. 360, 3）。

b 著作物於交付前，因不可抗力致滅失者，此時雙方免為履行之義務。其危險由出版權授與人負擔，即不得請求報酬。（一）如標的物為已完成之著作物，除著作人另有稿本外，免為給付之義務，亦無報酬請求權。然出版權授與人之義務，此時應不能較著作物交付於出版人後之偶然滅失時為小，故如不多努力即可重作者，亦應有重作之義務。蓋此時尚不能謂為給付不能也。出版權授與人證明重作為不能，始可免此義務。（二）標的物為尚未完成之著作物，則法律關係除因其滅失同時使繼續完成為不能外（例如著作人自其時死亡或因交付之遲延其著作物不能再達其目的），不受牽動。於繼續完成為不能時，喪失報酬請求權。（三）如著作物之交付有遲延時，則可視為有過失（民法1111條1項）（Funk, art. 360, 2, p. 24）。

c 因可歸責於當事人一方之事由，致著作物滅失時，為無過失當事人之利益，適用民法第二六七條第二二六條第二五六條之規定。於出版人受領遲延中，偶然滅失者，準用民法第五〇八條第一項之規定，其危險由出版人負擔（Osst, zu § 390, 2, b. S. 1456）。

d 印刷完畢之出版物，於履行前因不可抗力致全部或一部滅失者，此時出版人得以自己之費用，就滅失之出版物，補行出版。對於出版權授與人，無須補給報酬（民法五二六條、瑞債三九一條一項、德出版權法七條）。（一）出版物滅失，並不使出版契約消滅，蓋印行之義務與權利，非關於特定之出版物，無礙

於契約之實行也。(二)如因毀損致不能出賣(例如因火災撲滅而受水浸)，則可與滅失同視。(三)滅失毀損，不獨在發行前，在發行中發生者，亦應有準用。其發生係在出版人或零賣商或在運送中，在所不問。(四)出版人有以自己費用，就滅失之出版物，補行出版之權。依瑞債，如所費不過鉅，例如原版、鉛版、紙板尚存在或缺少不多，並有補行出版之義務(瑞債三九一條二項)。然如僅該版出版物之較小部分有滅失，則不能期待出版人補行出版(Funk, art. 391; Oest, zu § 391.3, S. 14:8)。我民法未有規定，此時不能認出版人有此義務。(五)如因出版人之過失，致出版物滅失時，出版人無補行出版之權利(違者構成著作權之侵害)，而仍應支付報酬。然出版權授與人得請求補行出版或請求損害賠償(Oest, zu § 391, 4, Funk, op cit)。

第三節 出版關係之消滅

出版契約得因一般契約消滅之原因而消滅，例如出版契約得以雙方之同意終止之。一方陷於遲延時，他方得依民法第二五四條之規定解除契約。為權利之瑕疵亦得解除契約。此外民法並就出版權之喪失(五一八條二項)、著作物偶然滅失(五二五條一項)及著作之完成不能(五二七條)，特為規定。茲特就左列原因述明之。

一、出版之完畢

約定出一版或版數未約定者，在一版之出版物賣完時，其出版關係消滅。約定得出數版者，於最後一版之出版物賣完時，其出版關係消滅。依當事人約定，契約得於一定期間內存續。於其期限終了後，契約當然消滅。其已出版之出版物賣完與否，在所不問。此後出版人不得再發售出版物(Funk, art. 350, 1, p. 242)。

【註】依奧民第一一七三條規定，著作人得對於出版人給付相當之損害賠償，於出版物賣完前，終止契約。蓋於不侵害

出版人利益之範圍，而對著作人得為著作物之增訂或修改之精神的利益，加以考慮也。

二、著作物之完成不能

民法第五二七條第一項規定著作物未完成前，如著作人死亡或喪失能力或非因其過失致不能完成其著作，其出版契約關係消滅（瑞債三九二條一項）。著作通常為不代替給付，因著作人死亡或喪失能力或非因其過失不能完成時，為非可歸責於著作人之事由為給付不能，其契約關係當然消滅。雙方當事人各負擔其已支出之費用，不能對於他方起訴。已受領者，應返還之。

第二項與第五一二條所定原則不同，例外的規定，如出版契約關係之全部或一部之繼續為可能且公平者，法院得許其繼續並命為必要之處分（民法五二七條二項、瑞債三九二條二項、德出版權法三四條）。（一）喪失能力，謂喪失著作之能力。例如因失明或精神障礙，不能完成其著作。其他不能，須為長期的，例如長期服役或重要及緊急的國家職務、長期疾病、意外事件。（二）以出版權授與人之著作已開始為前提。（a）一部分已完成之著作物本身，須有重要性，其刊布大概有普通之銷行，因而關於已完成之部分，維持其契約關係。著作物分部出版者，通常有此情形。因此為民法第五二七條第一項原則之例外。此關係有爭執時，由法院定之。如此著作物尚存於著作人之手中，不應違反其意思而為部分之刊行（例如著作人以著作物尚未至付印之程度）。（b）依其性質得由第三人完成之者，得請求法院命第三人完成之。其以著作人或出版人之計算為之或以原出版權授與人或其繼承人之計算為之，如無約定時，亦由法院定之。是否得為此請求，繫於著作物之種類與於其中已表現的著作人之特性及了解其概念與貫徹其思想之可能性。

三、破產

1. 出版人之破產 依瑞債第三九二條第三項「於出版人破產時，出版人就破產開始時尚未屆履行期之出版義務之履行，不提出擔保時，出版委託人得將著作物交於他出版人」。此種轉交為債務之一種執行，而非契約解除，無須經法院之判決或許可（Oest. zu § 392, 2, S. 1459）。我民法無此規定，依民法第二六五

條，出版權授與人得請求提出擔保。擔保之提出，得由財團或破產人（如財團拋棄出版契約之權利，破產人於財團外另有擔保之方法）爲之。如破產人及破產管理人不提出擔保時，出版權授與人得依民法第二五四條之規定，解除契約。其擔保由破產管理人提出者，構成財團債務。擔保應爲尚未屆清償期之報酬及著作物印行之費用爲之（Funk, art. 392.2, p. 244）。

2. 著作人之破產 因著作之完成爲著作人之人的給付，不因破產而受影響。不能謂爲給付不能。（a）在著作人認爲付印已成熟前，爲一純粹的人格權，不得反於著作人之意思，而被取去。因著作爲不代替給付，不得依第三人使改造爲破產財團之財產權。（b）反之如著作物已經著作人定爲公表者，破產財團得處分其著作物（Oser, zu § 392, 3, S. 1460）。

第十章 委任

第一節 委任之意義及性質

委任（mandatum; Auftrag; mandat; mandate），謂當事人約定一方委任他方處理事務，他方允爲處理之契約。其爲處理事務委任之人，稱爲委任人（Auftraggeber; mandat; mandator）。允爲處理之人，稱爲受任人（Beauftragte; mandataire; mandatory）（民法五二八條、瑞債三八四條一項、參照德民六六二條、日民六四三條）。

一、委任係以他人之事務之處理爲目的之契約

1. 事務之種類，並無限制。無論其爲法律行爲（例如買賣、借貸、債務之保證）或爲有經濟意義之行爲

(例如帳簿或財產之整理)或僅爲單純的事實上之行爲(例如使慰問醫院病人,於開學典禮使代讀祝詞),苟其事項不背於公序良俗或法律未有禁止規定而得依一定之目的處理之者,以其事務之處理委任於他人,均爲委任。在日本民法,委任以法律行爲之處理爲限。其他事務之委託,則爲準委任(日民六四三條六五六條)。我民法無此區別。例如畫圖、監督勞工、訂立契約、管理財產、其他得爲僱傭契約承攬契約標的之行爲,均屬之。然基於義務關係之指示(對於僕人或被用人),爲由主人就未定勞務或其他義務之一方的確定,非茲所謂委任。

2. 委任以委託本人事務之處理於受任人爲目的之契約 委託,謂委而託之。故委託常信任受任人而使處理。受任人處理事務,須多少依自己之意見爲事務之處分管理。委任之目的,雖由委任人決定,然爲達其目的處理事務,受任人應自己有多少之決定權。即委任因當事人間之信用關係而成,委任人信任受任人,委託其爲事務處理。受任人依其所委託事務之目的,以自己之裁量處理之。故於不害受任人獨立性之範圍,雖就其他之點,不妨依委任人之指示,然如無任何裁量之餘地,百事均從他人之指示,惟器械的服勞務者,則爲僱傭,而非委任。例如命僕人買雙喜煙一盒,其事務之處理依然爲本人,不過爲其處理使用他人之勞力,故非委任而爲僱傭。爲處理事務,雖亦須供給勞務,然供給勞務本身,非契約之目的,不過爲事務處理之手段,而在僱傭則以供給勞務本身爲目的。有謂委任爲囑託受任人對於相對人(第三人)代自己爲某行爲。然對於相對人之要件,在法律行爲之委任雖常存在,而在其他事務之委任,則不必有之。例如計算事務之委託。故不得以爲委任之要素。又代自己之要件,如解爲「原來應由本人爲之」之事務,由受任人代爲之之意,則不適當。例如委託他人爲自己債務之保證,原來非本人所得處理之事務,然爲本人本身之事務,亦得爲委任之標的。

3. 處理事務,與一定之目的有不可分離之關係。此點委任與承攬相類似。然委任以達一定目的之方向處理事務爲內容,而非以工作之完成爲目的,故受任人原則上應自己處理事務(民五三七條),而在承攬則

不妨使第三人爲之。又在委任，處理事務，雖未完畢，受任人於已處理之範圍，可認爲已有部分之履行，得就其處理之部分，請求報酬（民法五四八條二項），而在承攬則應於工作完成後請求報酬（民法五〇五條）。委託診斷、處方，爲委任。約治病全癒而給付報酬，則爲承攬。

4. 委任係以處理委任人或第三人之事務爲目的。受任人處理自己之事務，非委任之目的。（一）事務有僅爲受任人之事務，即僅爲受任人之利益者，例如受任整理自己財產。如此事務之委託，非民法上之委任，爲不生債務之忠告。雖有使發生債務之意思，應依其情形，分別認爲委任或僱傭（參照德民六七六條）（註）。（二）事務如性質上爲委任人或第三人之事務，縱令使其事務處理之事實上利益，歸於受任人，尙得爲委任之標的。例如以擔保目的之收取債權之委任，股份名義更換之委任，受任人所租委任人房屋之修繕之委任。處理此種事務時，其法律上之效力，當然就委任人而發生。故其事實上之利益，無論歸於受任人與否，不妨謂爲事務之處理。（三）事務有爲中性事務者，得爲第三人、委任人或受任人之事務。例如物品之購入，此種處理事務契約，當事人如以爲委任人之事務時，得爲委任之標的。以爲委任人之事務，即以委任人之計算購入者，無論係使以受任人之名義爲之與否，常成立委任契約。係以受任人之計算爲之者，自非委任。

【註】德民第六七六條「對於他人爲忠告或介紹者，對於因此忠告或介紹所生之損害，不負賠償義務。但因契約關係或侵權行爲所生之責任，不因而有妨礙」。所謂因契約關係所生之責任，指契約及類似契約之關係而言。依契約承受忠告之義務或於忠告之際之注意義務時，依德民解釋，無償者，爲事務之處理，即有委任之存在（此時忠告之義務人爲受任人）。有償者，以個個之忠告爲契約之目的時，爲承攬。以忠告之活動爲契約之目的時，爲僱傭（因在德民委任以無償爲要件，有償則不得解爲委任，然在我民法苟以處理事務爲目的，則不問有償無償，均可解爲委任人）。爲忠告屬於其人之職業或營業者，可認默示的有此合意。忠告之義務，得爲他契約之從義務，例如爲訴訟代理人之律師。銀行，就有價證券之買賣，有此從義務。雖未以忠告爲目的或以爲從義務之契約關係，而當事人間有長久之來往關係時，於其關係亦有誠實的爲忠告之義務。關於侵權行爲可參照拙著債法總論一五二頁。

4. 法律行爲之委任有同時有代理權之授與與否者（一）有委任而無代理權之授與者，例如使受任人以自

己之名義處理事務（行紀）及非法律行為之委任。（二）有無委任而有代理關係者，例如法定代理人。雖有兩者之併存，而其範圍亦不妨有廣狹。（三）於有代理權之授與時，受任人以委任人之名義所為之法律行為，就委任人直接發生法律效力。無代理權之授與時，受任人以自己之名義所為之法律行為，就自己發生效力，而應使其效力移歸於委任人。（四）在法國民法，委任人授與相對人以委任人之名代為處理事務之權限之契約，稱為委任，將委任與代理混同。然代理關係存於本人（委任人）與第三人之間，而委任關係則存於委任人與受任人之間。惟使受任人以委任人之名義處理事務，始發生代理關係。故我民法將代理與委任，分別規定。在代理，代理人不妨為限制行為能力人，而受任人有處理事務之義務，則須有行為能力。故民法第一〇四條之規定，不適用於委任。（五）日本民法以委任與僱傭不易區別，故以委任之標的，限於法律行為（梅氏民法要義三卷七二六頁）。然又規定非法律行為之事務，準用關於委任之規定，結果仍不能達其目的。故我民法不為此區別，僅以勞務給付本身為目的者為僱傭，以事務之處理為目的者，為委任，有如前述。

5. 受任人有處理事務之義務為委任之要素 受任人不負義務之社會的好意關係，非委任。例如依相識者之請求，願為對於第三人傳達報告。惟於有法律上負義務之意思，確可認知時，始有委任之成立。故上述情形，惟於知其為一法律上重要通知時，可認為有此義務。因為受任人有義務，故民法第一〇四條之規定，不適用或類推適用於委任，有如前述。

二、委任保受人尤為委任人處理事務之契約

委任為契約，且事務之處理為受任人之義務，其成立須有受任人之承諾。受任人承諾與否，為其自由。其拒絕承諾，亦無通知委任人之義務。但有承受委託處理一定事務之公然表示者，如對於該事務之委託不即為拒絕之通知時，視為允受委託（民法五三〇條、瑞債三九五條、德民六六三條）。依據德民規定，如未為拒絕之通知，不認為契約已成立，惟應賠償消極的契約利益（信賴利益）（Oertmann, zu § 663,

1c; Staudinger, § 663, 3)。民法則視爲允受委託，蓋從瑞債之例也。(11)有承受委託之公然表示者，例如律師、會計師、居間人、估價人、銀行、公證人、經紀、醫師、助產士(Ober, zu § 335, 1 a. b.)。通知義務人爲限制行爲能力人或無行爲能力人時，其通知義務由法定代理人負之。通知義務之繼承人不負此義務(Staudinger, zu § 663, 5)。

三、委任爲無償片務契約或爲有償雙務契約

原來委任之成立，不以委任人負擔對待給付之義務爲要件，沿革上爲無償契約。然在我民法，無償非委任之必要條件，委任人對於受任人，不妨約與報酬。如當事人爲事務處理之對價，約與報酬時，委任爲有償及雙務契約。然如當事人不以報酬爲對價，僅有以爲負擔之意思時，則其委任爲附負擔之無償契約。

在羅馬法，以無償爲委任之特徵。近世法制中，多以無償爲原則，有償爲例外(法民法一九八六條、奧民一〇〇四條、瑞債三九四條、日民六四八條、蘇俄民二五一條)。然亦有定爲無償者，以爲區別僱傭承攬與委任之標準(例如德民六六二條)。我民法仿瑞債之例，不以無償爲委任之特質。當事人如約定報酬或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(民法五四七條)。依習慣，例如商人在營業上爲他人處理事務者，雖未約定報酬，仍得依商業習慣請求之(參照德商三五四條、日商五一二條)。依委任事務之性質，例如律師爲人處理法律事務，醫師爲人治病，雖未約明報酬，亦得請求之，以其所營職業性質上應給付報酬也。報酬與費用之支付(預付及償還)，應爲區別。費用支付之義務與事務處理之義務，非立於對價關係，縱令負擔費用支付之義務，委任不因而成爲有償及雙務契約。

四、委任爲諾成契約且原則上爲不要式行爲

委任契約以當事人對於委任有意思一致時，即行成立，故爲諾成契約。其成立原則上無須履行一定之方式，故原則上爲不要式行爲。民事訴訟法第六九條雖規定訴訟代理人應提出委任書，然此爲證明方法之

限制，而非以委任狀之作成爲委任契約成立之要件。然若處理事務，必須爲法律行爲，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（民法五三一條）。即此時委任人方面爲委任之意思表示，應以書面爲之。例如委任不動產之買賣或設定負擔，應以書面爲之（民法七五八條）。

【註】有謂民法第五三一條所規定之「處理權之授與」，乃指代理權之授與而言。故民法上之委任，本爲不要式行爲（戴著債各下一頁一〇頁、季著上冊一八四頁）。有謂處理權之授與係對內關係，足以證明受任人有爲委任人處理事務之權限，而代理權之授與，係對外關係，藉以證明代理人有以本人名義爲法律行爲之權限，民法第五三一條所謂「其處理權之授與，亦應以文字爲之」，係「其委任契約之訂立亦應以文字爲之」之意（梅著二九九頁）。依余所見，處理權在委任而並授與代理權時，乃兼指內部處理權及對外代理權而言。但在僅委任處理事務而不授與代理權時，則僅指內部處理權而言，蓋法律行爲之處理，在委任人得使受任人以委任人之名義爲之（並有外部代理權），亦得以受任人之名義爲之（僅有內部處理權）。如其法律行爲依法應以文字爲之，其委任契約既以文字爲之者，則其處理權之授與亦已具備文字方式，無須另給與授權書。如就其處理權之授與，另給以授權書，則其委任契約不必以文字爲之，蓋在委任方面之意思表示，已有文字之方式也。至受任人之允爲處理事務，得明示或默示爲之，無須具有文字之方式，此點與書面贈與在贈與人方面雖須以書面爲之，而在受贈人之承諾，則不以書面爲必要者，其意義正相同。

五、委任爲典型的勞務給付之契約

關於勞務給付之契約，不屬於法律所定契約之種類者，適用關於委任之規定（民法五二九條、瑞債三九四條二項、參照德民六七五條）。委任較其他典型的勞務給付契約（僱傭、承攬），特色爲少，包括較廣，故不能判定爲僱傭或承攬之勞務給付契約，使適用關於委任之規定（Oertmann, zu § 675, 1, b）。德民法第六七五條使以事務之處理（Geschäftsbesorgung）爲目的之僱傭及承攬，準用關於委任中之大部分，然關於「事務處理」之解釋，學者間之見解甚不一致（Oertmann, zu § 675, 1, b），而且在德民委任爲絕對的無償，苟爲有償，則事務之委任雖其內容如何酷似，除依特別之規定準用關於委任之規定，別無他法，其結果與瑞債及我民法所規定者同其旨趣。要之，僱傭及承攬，其勞務給付之形式有顯明的特質，而委任

的特質則不甚明顯，可認為含有不屬於僱傭及承攬之其他一切勞務給付契約，民法第六八〇條規定，第五三七條至第五四六條之規定，準用於合夥人之執行合夥事務。德民規定社團或財團之事務執行（二七條八六條），執行事務之合夥人（七一三條）遺囑執行人（二二一八條），準用關於委任之規定。（一）委任與僱傭不同之要點，為僱傭在於有以一定期間或不定期間被僱用的關係，於僱用人監督之下，而服勞務，在委任則依受任人之獨立裁量，處理一定目的之事務。自由勞務給付之人，得立於被僱關係，然多有委任之存在。最難區別者，為委任與僱傭。於有疑義時，應解為委任。（二）委任與承攬不同之要點，在給付內容之不同，承攬在於一定工作之完成，而委任則在於一定事務之處理。（三）委任與出版契約不同之要點，在出版契約雙方均有給付勞務之義務及出版權之移轉。（四）與寄託契約，尤其倉庫契約不同之點，在受寄人僅有限制的契約上義務。（五）與代理權之授與不同之點，在於代理人不負有契約上義務。（六）與合夥不同之點，在於合夥有以共同出資而為經營之共同目的。

民法關於委任之規定，對於公法上之委任關係不適用。對於官署之請求非民法上所謂委任，為履行公法上之義務所授與之委任亦然。

第二節 空白委任書

空白委任，謂委任人不確定委任契約之內容（委任事項），以其確定委託於受任人，或委任人不確定受任人以其選定委託於第三人，或依空白委任書之交付對於不特定人為委任之要約時（受任人空白）之委任。

一、委任人不確定受任人，以其選定委託於第三人者，例如為股東總會議決權之行使，對於公司交付空白委任書，由公司填寫空白，而決定其代理人，此時委任人對於受空白委任書交付之第三人所選定之人，表示為委任之意思（委任之要約），第三人選定受任人經其人為承諾，即於空白委任書填寫姓名時，與其

人之間直接的成立委任契約。此委任與複委任不同。然此時之空白委任，應注意者（一）委任人不得任意撤回其委任之要約，（二）受爲委任人選定之委任之第三人，應依誠信原則，公平的爲委任人之選定。

依空白委任書之交付，對於不特定人爲委任之要約者，例如記名股票之讓與，附交空白委任書，其取得人得記入姓名（爲受任人），對於公司請求名義之交換。因此記名股票與無記名股票同樣的流轉。其他電話使用權之買賣，退休金撫恤金等受領之委任，多利用此類似之委任書。此時委任人亦不得任意撤回其委任之要約，蓋此時委任之要約，須以空白委任書爲之，受任人依署名於空白委任書而表示承諾之意思，因而契約成立。從而此時之委任契約，爲要式契約，委任人一旦交付空白委任書，非取回其委任書或破毀之，不得撤回委任之要約，自不待言。

二、委任人不確定委任契約之內容，而以其確定委託於受任人者，此時於受任人方面有得確定委任事項之權利，與通常之委任不同。委任契約，於委任人與受爲委任事項之確定之受任人間成立。例如授與作成公證書之委任書之際，不知如何填寫委任事項，以爲空白交付相對人，而由相對人依公證人之指示爲記入時，於當事人間委託事項爲已確定或得確定，其爲有效殆無疑義。如相對人濫用其權記入超過委任之事項，爲委任人與第三人爲行爲時，則爲代理權之逾越，發生表見代理之問題。

【註】委任人以受任人之選定委託於第三人，此外例如契約當事人之一方關於契約將來應爲之協定或糾紛之解決，將應爲自己的代理人之選任，委託於相對人之空白委任狀。於租屋之際，爲將來發生紛爭之裁判上和解，將爲和解之代理人之記載爲空白之委任書，交付於出租人。分期付款之買受人，將將來可能發生訴訟之代理人之選任，以空白委託於出賣人。借款之際，關於債之日後處置之借用人之代理人之選任，以空白委任於貸與人。如此利害相反之當事人間，將應代理自己之人之選任，委任於相對人，使相對人得依其便利選任代理人與之串合，實際上與民法第一〇六條所禁止自己代理或雙方代理無殊，以乘借用人買受人之窮迫、無經驗。而貪暴利。如斯之空白委任，應爲無效（日本昭和七年六月六日大判）。於不加重債務人既有債務之範圍，以關於清償協定之代理人之選任，委託於債權人之空白委任，日本判例雖認爲有效（日本昭和七年六月三十日大判），然此時債權人得於種種之關係，作成壓迫債務人之情事，一般應認爲無效（未川債各三一〇頁）。

第三節 受任人之權限

受任人之權限，依委任契約之訂定。未訂定者，依其委任事務之性質定之（民法五三二條前段、瑞債三九六條一項、奧民一〇二九條）。（一）受任人之權限，謂受任人事務處理權之範圍，在瑞債第三九六條第一項規定爲「委任之範圍」。法律行爲爲事務之處理所必要者，其爲此行爲，爲受任人之義務。於其義務之範圍，可認爲有處理權之授與（包括代理權）。依瑞債第三九六條第二項「尤其委任應含有爲其實行所必要之法律行爲之授權」。依菲克（Fick）認爲係直接代理之授權（Fick, art. 396, no. 20），然亦有主張繫於委任契約之解釋。有代理權之特別授與時，雖通常屬於直接代理，否則於其他關係，反應推定其有間接代理之意思（Oser, zu § 396, I）。即得爲直接代理或間接代表之授權。我民法可從此解釋。一定行爲之授權，不必同時有此方向之委任。於訴訟代理含有締結和解之授權者，不必含有於此意義之委任。往往於對外關係爲較廣之授權，但依指示及指導而惟委任其爲限制的行使，此時法律上之「能爲」（Können; Vollmacht）較之許爲或應爲（Dürfen oder Sollen）即委任（Auftrag）爲廣（Oser, a. a. O.），（二）事務處理之委任，於有疑義時含有爲其事務處理所必要的一切行爲之委任，即事務處理之範圍，繫於其應處理之事務如何。依商業慣例、習慣及其他已知之關係，定其明確的界限。民法並分別就特別委任與概括委任，定其範圍（民法五三二條後段、法民一九八七條、奧民一〇〇六條）。指定一項或數項事務而爲委任，謂之特別委任（Spezialmandat; mandat spécial）。例如訴訟代理人之委任。概括委任（Generalmandat; mandat général），謂就一切事務而爲概括委任。例如全部財產管理、營業上一切事務或清算事務之委任。受任人權限之範圍，應由授權行爲之解釋定之。然民法亦有明定其範圍者，例如經理人、代辦商之代理權（民法五五四條至五五六條、五五八條二項三項）。

一、特別委任

受人受特別委任者，就委任事務之處理，得爲委任人爲一切必要之行爲（民法五三三條、瑞債三九六條二項）。其必要之行爲，受人有爲之之義務與權利。其義務中即含有授權。對於僱傭契約，爲其實行有爲法律行爲之必要時，雖無此規定，亦有適用。例如使僕人在市場購買蔬菜。

二、概括委任

受人受概括委任者，得爲委任人爲一切法律行爲。但左列行爲，須有特別之授權（民法五三四條、瑞債三九六條三項、奧民一〇〇八條、法民一九八八條）。此項行爲無特別授權時，受人既無爲之之權利，亦無爲之之義務。未經特別授權而爲之者，事後得經委任人之承認，而使其有權爲之。

1. 不動產之出賣或設定負擔（民法同條一款、瑞債三九六條三項）。即限於物權之處分，租賃不在其內。然債權之出賣契約之訂立，應解釋在內，蓋此使委任人負有移轉其所有權之義務也（Ober. zu § 336, II. Ae）。

2. 不動產之租賃，其期限逾二年者（民法同條二款）。租賃應解釋作出租。

3. 贈與（民法同條三款、瑞債三九六條三項）。包括贈與之約束，但不重要例行的隨時贈與，不在其內。例如給與酒錢。

4. 和解（民法同條四款、瑞債三九六條三項）。和解謂當事人約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約（民法七三六條）。訴訟上之和解及訴訟外之和解，均須有特別授權。

5. 起訴（民法同條五款、瑞債三九六條三項）。起訴謂訴之提起。對於第三人提起之訴之防禦，如在其委託目的（委託之性質）之範圍，不在其內。受有管理財產之概括委任人，爲防禦之目的，爲被告人委任律師，無須有特別授權。以同樣條件，對於占有之妨害，主張占有保護之手段亦然。例如房屋之管理人雖無特別委任，有訴請騰交房屋之權限。受債權收取委任之律師，得請求假扣押及進行由第三債務人所聲請

撤銷假扣押之訴訟程序 (Oest. zu § 396, IV, a)。依司法院解釋，受任人受管理財產之概括委任者，未經特別授與起訴之權，遇有起訴必要，因委任人失蹤無從受其特別之授權時，在民法第十條所稱之非訟事件法頒布以前，按諸法理，得經委任人住所地法院之許可，代為起訴。其起訴應以委任人之名義為之。至證明其代理權，祇須提出法院許可之裁定正本，無須提出委任書（三十二年院字第二四七八號）。

6. 提付仲裁（民法同條六款，瑞債三九六條三項）。即當事人拋棄由法院判決解決其間之法律上爭執，而預先接受由仲裁裁決為最後之決定。依法民第一九八九條後段「和解之授權，不包括仲裁」。

第四節 委任之效力

第一目 受任人之義務

一、委任事務處理之義務

受任人處理委任事務，為其主要義務，其應注意者有左列各點。

1. 注意程度 受任人受有報酬者，處理委任事務，應以善良管理人之注意為之。未受報酬者，應與處理自己事務為同一之注意（民法五三五條、法民一九九二條）。在德民委任雖為絕對無償，並不減輕其注意義務，仍應負一般債務人之責任。日本民法不問有償無償，均應以善良管理人之注意為之。瑞債雖就委任分為有償與無償，然受任人應與僱傭契約之受僱人為同一之注意（瑞債三九八條一項），並未因此特別有差別規定，即雖為無償，仍應就輕過失負責，不過其責任之程度，依一般規定應從輕酌定而已（瑞債九九條、我民法二二〇條二項）。因此於有疑義時，受任人無須支出費用（旅館主人寄還客人所遺忘之戒指無須掛號）。蓋以委任有信任關係，故加重受任人之責任也（Oest. zu § 398, I, 1, S. 1480, 1481）。惟依民法規定，無償受任人之過失責任，應較有償受任人從寬適用（法民一九九二條二項）。即受任人不問有

債無償處理委任事務，均應以良家父之注意爲之，即對於輕過失亦應負責，惟其注意程度之斟酌，應不如
有償委任之嚴格而已（Collin et Capitant, no. 1357, p. 869, 870）。我民法則規定於有償時，雖就抽象
的輕過失亦應負責，而於無償時，則僅就具體的輕過失負責。然此責任，當事人仍不妨以契約加重或減輕
之。

2. 須依委任人之指示處理事務 受任人處理事務，應依委任人之指示（民法五三五條）。受任人處理事
務，雖得依自己之意見有相當的決定權，如關於其處理，委任人已有所指示，則原則上應依其指示，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（民法五三六條
、瑞債三九七條一項、德民六六五條、日商五〇五條）。（一）依瑞士債務法三九七條第一項「委任人
就委任事務之處理，經與以指示者，受任人依其情況，不能請求許可，且如委任人知其情事應可推定其爲
許可時，得違背其指示」。依德民法第六六五條「受任人對於委任人之指示，於委任人若知其情事應容許
其違背時，得違背之。受任人於違背前，應通知委任人，如無因遲延而生損害之虞時，應俟委任人之決定
」。在我民法以時機緊迫不及待委任人之允許，且其變更指示應可邀委任人允許時，始得爲之。如無此情
形，自應事先通知委任人，俟其決定。（二）指示依其性質，得有三種。即得爲命令的（imperativ）指
導的（demonstrativ）或爲任意的（fakultativ）。如爲命令的性質，則受任人縱依其意見其變更應有利於
委任人，亦不得爲之。如爲任意的性質，則爲普通的處理之指南，受任人得依其裁量爲處理，無須墨守，
應儘力以謀委任人之利益。民法所稱指示，係指有指導性質之指示而言。雖有一定之指示，然不妨明示的
或默示的保留於有關係之變更或於授與指示時尚未判定之真相已明時，得加以變更。（三）指示得於契約
訂立時授與之。此時指示爲契約之構成成分。然亦得於契約訂立後授與之。蓋委任事務，應依委任人之意思
爲處理也。然如因事後之指示，而使受任人之地位發生顯著之困難時，則受任人不受其指示之拘束。（四
）所謂指示之變更（德民瑞債稱爲違背 Abweichung），係謂以較不利於委任人之條件而爲事務之結束

。因受任人有忠實的處理事務之義務，要求其儘可能爲有利於委任人之處理。較有利之處理，可認爲已含於一定之指示之中。於委任以一定之價格爲出賣時，同時含有於情形可能之範圍，以較高之價格訂立契約之委任。(五)指示之變更，通常應得委任人之允許。然如有民法第五三六條所定之情事，即(a)有急迫之情事，(b)並可推定委任人若知有此情事，亦允許其變更其指示時，例外的得不經允許爲變更。此要件之具備，應由受任人負證明之責。如具有此要件時，受任人不獨有變更之權利，亦得爲其義務。即如可認定委任人於此時不僅許可其變更而並命其爲之者，可認爲受任人有此義務(Ober, zu § 397, 2, c; Staudinger, zu § 665, 3)。(六)不應變更而變更委任人之指示時，爲委任契約之不履行，應負債務不履行之責任。然如受任人承受因此所生之損害，則其委任契約可認爲已履行(參照瑞債三九七條二項)。例如委任人委託受任人以自己之名義出賣貨物，而受任人以低於委任人所指示之價格出賣時，受任人得承擔補償其差額，而排除委任人之其他請求(民法五八〇條)。(七)未依契約本旨之事務處理，得依委任人之明示的或默示的承認，而使上述違反契約之結果消滅。

3. 受任人原則上須自己爲處理 受任人應自己處理委任事務，但經委任人之同意或另有習慣或有不得已之事由者，得使第三人代爲處理(民法五三七條、瑞債三九八條、德民六六四條一項一段、參照日民一〇四條)。委任重在對人的信用關係，故處理委任事務，原則上應由受任人本人爲之，但有左列之例外。

a. 複委任 (Substitution; Uterauftrag) 複委任謂使第三人代爲處理，即將履行移由第三人獨立的處理。於有(一)委任人之同意，即經委任人允許其爲複委任。同意得爲明示的或默示的。同意得爲一般的或於一定限制之下(例如關於一定人選或於一定條件之下)行之。複委任之授權，得依委任之內容，當然存在。(二)另有習慣，尤其商業習慣允許複委任，例如有價證券之買賣，由經紀人對於另一交易所之再委任或由一銀行再委託另一交易所所在地之銀行，財產管理人對於銀行或律師之債權收取之委任，對於中間運送承攬人之委任。(三)有不得已之事由，即受任人自己爲給付被阻礙，而委任人應因其中止受

有損害時，應許爲複委任。此爲因情事緊急之複委任。依民法第五三六條之規定，已可生此結果。

關於複委任之效力，應分爲委任人與次受人（*Substitut*）之關係及受人與次受人之關係，而爲觀察。（一）委任人與次受人之關係：（a）於有權之複委任，次受人對於委任人不代替委任人之地位，其間不成立契約關係，此點與後述之代委任不同。次受人對於委任人無請求權。但受人之請求權例如受人之免責償還請求權（*Anspruch des Liberationstretzes*）（民法五四六條二項）移轉於次受人時，自當別論。然依民法第五三九條規定（瑞債三九九條三項、參照日民一〇七條二項），爲委任人之利益，對於次受人發生債權關係，此爲契約惟於當事人間發生效力之例外的規定，故爲法定債務，一方有權之債務關係。其債權之內容及範圍（委任之實行、計算、交還、損害賠償），繫於受人與次受人之間之債務關係。委任人得主張受人對於次受人之同樣的債權。次受人基於複委任契約，對於受人得拒絕給付之範圍，亦得對於委任人爲之。因此次受人之留置權，對於委任人，亦生效力。然於受人對於受人債權之抵銷，不得對抗委任人（參照瑞債一二二條）。次受人與複委任無牽連關係之債權，如次受人知其爲複委任時，依複委任之目的，不得對於委任人爲抵銷（參照瑞債一二六條「債務人得預先拋棄抵銷權」）。次受人不知爲複委任時，得準用民法第二九九條第二項之規定，主張抵銷。委任人與次受人之關係，頗似轉租。其不同者，委任人得直接主張履行請求權。故在次受人，有兩債權人之對立。受人得依契約請求對於自己爲給付（委任之實行、交還、因複委任違反之損害賠償）或依民法第五三九條之規定，請求向委任人給付。委任人得依民法第五三九條，請求向自己爲給付，因而成立一類似連帶債權之關係。委任人爲直接請求權之主張，以受人對於委任人指明次受人之姓名爲前提。如受人拒絕指明時，應依民法第五三八條第一項之規定，負責。（b）於無權之複委任，次受人不獨對於受人依民法第五三九條之規定，並對於委任人如同有權之複委任，負其責任。此時有因無權或不當之複委任所生受人對於委任人之損害賠償債務，與因次受人複委任契約之不當履行依民法第五三九

條對於委任人所生之損害賠償債務之併存，成立不真正連帶債務。(二)受任人與次受任人間之關係：次受任人於有權之複委任，如同無權之複委任，負同樣責任。依民法第五三九條，受任人得請求向委任人即第三人為給付。因事務處理有欠缺，對於次受任人起訴時衡量賠償數額之利益，依事實上受害人之關係定之。即應依委任人之關係，而非依受任人之關係。事務處理、計算、交還或損害賠償請求權，既屬於受任人，亦屬於委任人。其他權利屬於受任人(複委任之撤銷、終止)。惟受任人為次受任人之債務人(費用償還、報酬、債務清償義務)。關於對委任人抗辯權之主張，已如前述。複委任契約，於其成立與主契約原則上無附從之關係，然因受任人之死亡、破產或喪失行為能力，而使兩委任關係消滅。終止主委任(民法五四九條)，於有疑義時，其效力不及於複委任。然實際上通常導致終止複委任(但亦有主張終止主委任使兩契約向後消滅)。如委任附有應與主委任同其存續期間之條件的複委任之授權，則主委任之終止，對於複委任亦生效力。但主委任正因考慮受任人之人的關係而被終止者，則為例外。此時受任人負有終止複委任之義務。然無論如何，不因終止複委任而影響委任人依民法第五三九條已成立之權利(Ord. II § 339, I, 2, 3)。

b. 代委任 (Ersatzvertrag) 成立委任人與第三人之直接關係。此關係由受任人以委任人之名義為委任人直接發生效力而創設(代理)。在有權之代委任，乃係於契約訂立(委任及代理)受任人不獨有選任次受任人之權，而並有創設委任人與次受任人間直接關係之權，而且受任人事實上已為此行使。此時受任人(代理人)與第三人間不成立契約關係。是否有複委任或代委任之存在，為事實問題。有疑義時，應推定其為複委任。(一)有權之代委任：受任人惟就第三人之選任及其對於第三人所為之指示，負其責任(民法五三八條二項、瑞債三九九條二項)，對於委任人有為關於代委任之計算之義務，但受任人得依特別約定，在代委任完成以前，受託擔任一部或全部對於第三人之代理。委任人與代委任人(Darüberbeauftragte)間成立直接委任關係，代委任人惟對於委任人負有義務，而對於受任人則否。代委任之

終止，依委任一般之規定。委任人得直接終止代委任關係。代委任之授權，亦得如同複委任，附有惟於受任人自己受委任之期間存續之條件。此時終止委任關係，其效力亦及於代委任，有如前述。(二)無權之代委任：受任人未受有選任代受任人之特別權限時，代受任人與委任人間不成立契約關係。然如委任人依民法第一七〇條爲承認時，則代受任人受其拘束。委任人不爲承認時，第三人得依民法第一二〇條向受任人請求損害賠償。代受任人處理事務不知其情事者，就對於委任人已爲之給付(因誤認有給付義務)，得請求返還。如具備無因管理之要件或經委任人承認時(民法一七八條)，並得依其規定，對於委任人爲請求。於無權之代委任，第三人(民法五三九條)及受任人(民法五三八條一項)，對於委任人連帶負責(Ober, zu § 339, I, 1, 2)。

c. 使第三人輔助 受任人爲處理委任事務，得使第三人輔助，此時第三人應在受任人指導及監督之下，輔助其履行。使第三人爲輔助，不因民法第五三七條之規定而被排除。一般複代理人與輔助人，同樣適用民法第二二四條之規定。然在委任，則次受任人與輔助人異其規定。蓋在置重於債務人本人之委任，複委任雖原則上爲不許，而在受任人指導監督下之第三人給付，則通常仍不妨許之。此時受任人之責任，適用民法第二二四條之規定，而不適用民法第五三八條之規定。

4. 忠實的爲處理 依瑞債第三九八條第二項，受任人須忠實的處理事務(Getreue und sorgfältige Aus-führung)。因此(一)受任人有嚴守因處理委任事務所知秘密之義務。(二)有積極的爲委任人利益及依其意思處理事務之義務。消極的有害於事務之處理，有不爲之之義務。應基此觀點，以判定受任人對於委任人之指導的或任意的指示之態度。依此如因關係變更，對於委任人之利益有抵觸時，可生受任人中止處理之義務，有如前述。同一理由，禁止受任人追求自己或第三人之利益，因此有拒絕不利於委任人之第三人委任之義務。(三)依其情形，對於委任人有通知之義務。例如因事件有使委任人爲新決定之必要時，有通報之義務。關於第(二)點及第(三)點，依民法第五三五條第五三六條第五四〇條，亦可爲同六

之結論。關於第(一)點，因委任基於信用關係(民法五三七條)，亦可為同一之解釋。

二、處理事務之狀況及願末報告之義務

受任人應將受任事務進行之狀況，報告委任人。委任關係終止時，應明確報告其願末(民法五四〇條、德民六六六條、參照日民六四五條、瑞債四四〇條一項)。(一)此規定非強行規定。當事人得依特約，訂定報告之時期，亦得輕減或免除報告義務。但亦有主張關於計算義務，為強行規定。蓋否則實際上等於有故意加以損害之特權也(Oertmann, zu § 662)。(二)處理事務狀況之報告，有委任人之請求時，受任人固應為之。即無請求，有報告之必要時，例如進行有障礙，情事有變更或有危險之虞，亦應隨時報告。受任人因怠於報告所生之損害，對於委任人有賠償之義務。(三)報告其願末，包括計算在內。計算並非不可分給付，得定期為之。證據亦應交付於委任人。委任關係不獨因處理完畢而終止，即因其他原因而終止(例如委任人之破產)時，受任人亦應報告其願末。依其情形，於委任終止前，亦得請求其報告。例如委任人為其盈餘之計算，有此必要。(四)委任人無須請求作成計算書，而即得請求交付(民法五四一條)。委任人得不請求受任人計算，而自己作成計算書。(五)受任人報告及計算，應先行給付，於為履行前，不得請求所支出費用之償還(民法五四六條)及請求給付報酬(民法五四八條一項)。依誠信原則，不應在其賠償請求滿足前，拒絕履行。(六)委任人有數人時，對於受任人請求報告及計算之債權，為不可分債權，適用民法第二九三條之規定。(七)委任人基於民法第五四〇條之請求權，因法律無反對規定，得移轉之，但應與全部法律關係連同為之。(八)合夥業務執行人，是否基於民法第五四〇條有為計算之義務，應為肯定。(九)商號經理人，對於商號所有人，係居受任人之地位，自有將委任事務進行之狀況，報告商號所有人之義務(最高法院二十一年一九九二號)。

三、金錢物品及孳息之交付義務

受任人因處理事務所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人(民法五四一條一項，德民六六七條

、日民六四六條一項)。(一)交付之標的物：依德民第六六七條規定，爲事務處理之目的所收受者及因事務處理所取得者。依日民第六四四條第一項，爲受任人因事務處理所收取之金錢其他物及其所收取孳息。我民法亦可參酌，以爲解釋。即(a)由委任人爲事務處理之目的所受領之金錢、文件、器具、授權書等，應交付之。受任人是否取得金錢之所有權，應依委任人之意思及各個法律行爲之性質而定。因金錢被此可以任意掉用，未占有金錢之所有人惟受薄弱保護(民法九五二條)，一般可推定委任人有移轉所有權之意思。爲購入之委託，對於行紀所交付之金錢，可認爲有此意思。(二)因處理事務事實上由第三人所收取者，爲金錢及其他物(民法雖規定爲物品應解釋包括動產及不動產)並其有關之文件及附屬物。其他關於收支及事務處理之書據亦然。(b)孳息包括天然孳息及法定孳息。受任人就委任事務處理所收取之金錢及其他物，固不待論，所收取之孳息，均應交付。然受任人如未收取，當然不負損害賠償責任。惟於有收取孳息之委任時，就怠於孳息之收取，負債務不履行之責而已。(c)受任人個人之利益與事務處理有內在牽連之原因，因而有不能使其依良心在各方面考慮委任人的利益之虞者，其利益亦應交與委任人。介紹費、回扣、特別手續費，均應交出(參照德商法五四三條、我民法五八一條)。對於受任人個人之贈與，雖無須交出，然如爲賄賂目的而爲之者，則應沒入國庫(Plack zu § 667, A 2b)。(11)民法第五四一條所定受任人交付之義務，以已收取者爲限。受任人應收取而未收取者，雖得基於債務不履行而負責，然不基於本條而負責(Denecke, zu § 67, 3)。不獨受任人，有權之次受任人所收取者亦應交付(Pa. landt, zu § 667, 2; Denecke zu § 667, 4, S. 424)。(12)交付之時期：當事人有約定者，依其約定。無約定時，除由委任人受領之物應於委任關係終止後即行交還外，爲無確定期限之債務。依民法第二二九條第二項規定，自委任人催告時起負遲延責任。如無催告，除爲事務處理之目的已消費者外，應於委任事務終了後，即爲交付。從而受任人交付義務之消滅時效，自委任終了日之翌日起開始進行(日本昭和三年五月二十八日大判)。(四)委任人交付之請求權，得爲讓與。(五)因受任人過失之毀損、滅失或喪失，

不能交付時，應自賠償責任。受任人應證明其無過失，始能免責。(六)應交付之物，係因受任人之侵權行為，自委任人侵奪者，受任人對於偶然之喪失，亦應負責。但縱不為侵奪，而仍不免發生者，不在此限 (Staudinger, zu § 667, 6)。

【註】亦有主張為事務處理，由委任人所受取之物，應於委任終了後即返還於委任人。因事務處理由第三人所受取之物，於受領後應即交付於委任人(末弘七六二頁、磯谷六七五頁)。亦有主張不問由委任人受取或由第三人受取，除為事務處理之目的已消費者外，均應於委任關係終了後交還 (Daecke zu § 667, 4, S. 194)。

四、移轉權利之義務

受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人(民法五四一條二項、德民六四六條、日民六四六條二項)。(一)受任人以委任人之名義為代理行為時，其效力直接歸屬於本人，故委任人已因而取得權利，無庸再為移轉。惟於受任人因而取得占有時，應將占有移轉於委任人。行紀人為委託人之計算所買入之物(動產或其他商業上之證券)為其占有時，委託人對於受任人及其(受任人)債權人之關係，為所有人(民法五八三條一項)。委任人因受任人之直接代理取得權利或委任人將屬於自己所有之物為事務處理交與受任人時，得依其選擇基於物上請求權或基於民法第五四一條之人的請求權為主張。(二)受任人以自己之名義取得權利即為間接代理時，除上述情形(行紀)外委任人惟得基於人的請求權(債權)，請求權利之移轉及交付。(三)受任人無代理權而為之者，適用關於無權代理之規定。(四)權利移轉義務，包括所取得債權之移轉義務，不成立法律上之移轉。然委任人及受任人得預為債權之移轉契約，其契約依受任人債權之取得，當然發生效力，而其債權當然歸屬於委任人。但在行紀為委託人之計算出賣其物之價金債權與為其買入之物之交付請求權，於委任人與行紀及其債權人間之關係，為委託人之債權，(民法五七八條、參照德商法三九二條、瑞債四〇一條一項)。

【註】(一)依日本判例，受任人因處理事務所受取之金錢或其他物之所有權，以屬於委任人為原則，從而受任人僅為已有時，構成侵佔罪(日本昭和五年三月四日大審院第四刑事部判決)。(二)亦有主張金錢之所有權，因與占有

人其他金錢混合，通常以占有人為所有人。受任人無須交付其所受取之金錢，以交付其同額之金錢為已。從而受任人不妨一時為保管，存於銀行，惟應保持隨時得交付同額金錢之狀態，有如委任人有所有權之外觀，於現實交付之可能性減少時，刑法上始構成侵佔罪（末川三一四頁）。（三）有謂應交付於委任人之金錢，受任人擅為自己消費時，乃為一種背信及利得行為，應交付利息且賠償因此所生之損害。然由此即推論應交付於委任人之金錢之所有權屬於委任人，不能謂為中肯。即金錢之所有權雖屬於占有人之受任人，然受任人不得為自己消費之（鳩山六二一頁）。依余所見，在受出賣委託之經紀，受任人通常不負交付其所取得金錢本身之義務，以交付同額金錢為已足，可推定受任人非為委任人取得，乃當先為自己而取得，故取得價錢之不交付，未即可認為侵佔（依其情形在刑法上得為背信或侵佔 Oser, zu 401, I, 2, Ann. 13）。

五、交付利息及損害賠償之義務

受任人為自己之利益使用應交付於委任人之金錢或使用應為委任人利益而使用之金錢者，應自使用之日起，交付利息。如有損害，並應賠償（民法五四二條、日民六四七條、德民六六八條）。其金錢不問由委任人受取，或由第三人受取，亦不問其因消費受有利益與否，以有消費之事實為已足。不以受任人之故意或過失為要件，使負擔其消費後法定利息之義務，且因此致委任人受有法定利息以上之損害時，受任人應賠償之。委任人請求法定利息，雖無須為損害之證明，然請求法定利息以上損害之賠償，則應證明其損害（民法二三三條三項）。受任人雖未消費，然如有民法第五四一條所定交付或移轉義務之不履行，陷於給付遲延時，亦應支付遲延利息（民法二三三條）。

六、因過失或越權之損害賠償責任

受任人因處理事務有過失或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責（民法五四四條一項、法民一九九一條「受任人於負擔委任之限度有處理之義務，並對於因不履行所生之損害負賠償責任」）。

1. 因過失之損害賠償 受任人應以相當之注意，處理委任事務，如有欠缺而有過失，對於委任人因此所生之損害，應負賠償責任。惟依我民法因委任為有償或無償而有輕重。在有償委任，受任人應就抽象的轉

過失負責，而在無償則僅就其具體的輕過失負責。有謂民法第五四四條二項規定「委任爲無償者，受任人僅就重大過失負責」，故主張有重大過失時始負損害賠償責任，而僅有具體的輕過失時，可不負責，認與處理自己事務爲同一之注意，即係僅就重大過失負責（戴著下冊二二頁、劉著民法五四四條註解、季著上冊一九六頁）。然與處理自己之事務爲同一之注意，其欠缺爲具體之輕過失，並非抽象的重大過失，此觀於民法第二二三條所定「應與處理自己事務同一之注意者，如有重大過失仍應負責」，至爲明顯。其意即謂縱無具體輕過失，然如有抽象的重大過失，仍應負責（參照拙著債法總論三四五頁）。若解釋無償之受任人，僅就重大過失負責，對於具體之輕過失，可不負責，則顯與民法第五三五條之規定相牴觸。故民法第五四四條二項所規定過失，應解釋爲係指抽象的過失而言。受任人如無具體的輕過失，惟就抽象的重大過失負責，其旨與民法第二二三條之規定相合，不過重申其意，特爲注意的規定而已（同說薛著一九〇頁）。

2. 逾越權限之損害賠償 受任人逾越民法第五三二條至第五三四條所定權限，致受任人受有損害時，應負賠償之責。關於逾越權限，受任人是否須有過失始負損害賠償責任，有主張若無故意過失，則其行爲僅有客觀的違法性，尚不能發生損害賠償責任（薛著一九〇頁），有主張不問受任人有無過失，均應使對於受任人負賠償責任（戴著下冊二二頁）。依余所見，苟逾越權限，除受任人能證明其無過失外，應負賠償責任。

第二目 委任人之義務

委任人之義務，原則上爲共同，然僅有償委任有支付報酬之義務，而無償委任則否。

一、不將處理事務之請求權讓與第三人之義務

委任人非經受任人之同意，不得將處理委任事務之請求權，讓與第三人（民法五四三條、德民六六四條二項），因而亦不得扣押或設定質權，不得爲抵銷，不得爲破產財團之標的，原則上因破產而消滅（民

法五五〇條)。然因處理或不履行已成立之請求權(尤其依民法五四〇條五四一條規定所生之請求權)，得為讓與。又特定之營業或企業所包括之事務，繼續的為委任時，其營業或企業之移轉，有時應解釋其所包含之委任人請求權，在一定限度亦當然移轉。蓋在此項委任信用關係，與其謂為存於受人與委任人個人之間，不若謂為存於受人與該營業或企業主體之間也(我妻中國民法債各四〇六條)。

二、預付費用之義務

委任人因受任人之請求，應預付處理事務之必要費用(民法五四五條、日民六四九條、德民六六九條、法民一九九九條)。(一)原來受任人為委任人之利益處理其事務之費用，依受任人之請求，以使委任人預付為公允。民法認委任人有預付之義務，而與受任人以預付請求權。然此規定，並非強行規定，當事人不妨另為約定。(二)處理事務必要之支出，受任人除承擔其義務外，不負支出之義務。(三)如依委任之性質，不能與預付義務並立者，不成立此義務。例如因委任承擔保證。(四)委任人之預付費用義務，與受任人之委任事務處理義務，非立於雙務關係，雖不成立同時履行抗辯權，然其費用為事務之處理所必要時，在受其交付前不為事務之處理，乃係基於正當之理由，不生履行遲延責任。但在委任人方面，不得以受任人尚未為事務之處理為理由，而拒絕費用之預付。委任人不為預付時，受任人是否得訴請強制履行，雖有肯定(Enn-Lehmann, § 162, 1; Oertmann, zu § 669 Bem. 3; Dernburg § 297 沼義雄債各下一四一頁)及否定(Windscheid-kipp, Pand. Bd 2, S. 804; Endemann § 173, Ann. 22; Planck zu § 669, Bem. 1)兩說，依余所見，委任人既得隨時終止委任契約(民法五四九條)，實際上意義並不重大。因受任人一般並無請求處理委任事務之權利，應認為受任人惟得拒絕事務之處理，而無訴請求給付之權(Staudinger, zu § 639, 1, S. 1100; Denecke, zu § 669, 3, S. 425)。有過失之預付拒絕，得發生受任人之損害賠償請求權(Denecke, a. a. O.)。(三)就預付費用之必要，受任人除願自己支出而後請求返還外，應即通知委任人(民法五四〇條)(Staudinger, zu § 669, 2)。(四)以客觀的必要費用為標準。費用以外之其

他必要之標的物，亦得請求預給（*Staudinger, a. a. O. 1*）（五）委任人請求預付金之返還或就其交付有爭執時，委任人應證明其已交付。

三、費用償還之義務

受人人因處理委任事務支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支出時起之利息（民法五四六條一項、日民六五〇條、德民六七〇條、法民一九九條二〇〇一條、瑞債四〇二條一項）。（一）費用謂爲事務之處理而爲物之消費，即支出金錢或爲物之維持利用或改良而消費其他之物。物之使用之供與（例如保管場所），一般應由委任人負擔者，亦有費用之存在。然爲處理事務之工具衣服之通常消耗，則否。勞務之供給，得構成費用。然受人人之活動本身，於有疑義時不算入民法第五四六條第一項之費用。費用包括利息之損失。（二）費用係因事務處理直接的發生或僅與其有因果關係（間接發生）者在所不問。間接發生，得爲其準備或其結果，例如爲維持與委任有關的他財產之價值，以撤銷假扣押之目的而爲支付。（三）因事務之正當處理所爲之一切消費，應認爲費用。然非有效的而僅爲虛僞的事務之處理者，不能認爲費用之墊支。例如偽造的支票之支付。但費用之支出受人人依其情形應認爲必要及有用者，客觀的雖未達所期望之結果，即雖不切實際，仍得請求償還。尤其律師醫師之自由勞務爲然。（四）費用應按消費時之價值，以金錢支付之。金錢之消費，並應付自支出時起之法定利息。

四、債務清償之義務

受人人因處理委任事務，負擔必要債務者，得請求委任人代其清償。未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保（民法五四六條二項、日民六五〇條二項、瑞債四〇二條一項）。即受人人得請求委任人代其清償。未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保，以擔保其費用償還請求權。如經第三人之同意，以委任人因更改而進入債務或爲債務之承擔爲已足。然委任人無須爲預付。有謂此清償請求權，爲受人人債務免責之請求權（*Liberationsrecess*），而非對於自己爲一定金額支付之權利，其權利性質上不適於受人人

人與委任人對於自己所有一定金錢債權之抵銷（日本大正十四年九月八日大判 *Legal Rights*）。然如委任人不為清償，亦不提出相當擔保時，應解釋得為抵銷。於有清償第三人之必要時，亦得請求向自己給付必要之金額（*Oest. zu § 492, 2br* 末川三二〇頁）。受任人因處理事務所負擔必要之債務（借款）附有利息者，其約定利息雖超過法定利息，委任人亦有代為清償之義務（*Oest. s. a. O. p. B*）。

五、損害賠償之義務

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、日民六五〇條三項、參照瑞債四〇二條二項）。（一）委任人惟就因其過失致生於受任人之損害負責，抑對於受任人偶然所受之損害亦應負責。瑞債雖承認委任人之過失責任，然使負擔免責之舉證責任，如不能為免責之證明（*Exculpationbeweis*），即應負責。德民未為規定，學者多主張過失主義（*Oest. Annz. 8670, 3*）。日民、法民、奧民承認委任人之無過失責任（日民六五〇條、法民二〇〇〇條、奧民一〇一四條一〇一五條，則一般以其損害與事務之處理相結合為條件，於無債委任時就偶然的損害惟以有債契約之報酬為限度負其責任），我民法亦然。其損害須為受任人因事務之處理而生，例如為事務處理，自己無過失，於旅行中被盜或駕車碰撞受傷。於事務處理之際所生者，不包括在內。其損害亦無須為委任人預見或可得預見，苟為處理事務而生，其原因係基於委任人之指示或委任人其他之過失與否，在所不問。然其損害須非因可歸責於受任人之事由而生。故如受任人誤探事務處理之方法或就其受害有過失時，不成立此請求權。（二）損害應與前述之費用為區別。費用為自由意思的財產之損失。委任人對於必要費用之支付應負責，而在損害，則以非可歸責於受任人之事由而生者為限。例如前述偽造支票，如受任人對於無權利人所為之支付有可恕之錯誤時，雖非正當費用之支付，然仍可認為損害。（三）委任人此項賠償義務，為結果責任，其根據如何，有不同之見解。有謂其損害係因委任關係而生，於委任契約中有委任人應為賠償之默契。有謂委任人係為自己事務之處理利用他人而受益，故對於該他人因其處理所受之損害亦應負其責

任，以後說爲當。

六、有償委任之報酬支付義務

委任得爲有償或無償。爲有償時，受人人始得請求報酬。約定給付報酬者，固不待論，報酬縱未約定，如依習慣或依委任事務之性質應給付報酬者，受人人亦得請求報酬（民法五四七條、瑞債三九四條三項、日民六四八條一項、日商五一二條、法民一九八六條、一九九九條一項後段）。在德民，委任必須爲無償。在法民及日民，除有特約外，受人人不得對於委任人請求報酬。依瑞債則於有約定或有習慣時，應支付報酬。我民法規定，蓋從瑞債之例也。（一）報酬之約定：此約定得於委任契約訂立時或訂立後爲之。訂立後爲之者，須有更改之存在或其約定係爲依一般習慣履行道德上義務或爲贈與。（二）習慣：在商業範圍之委任，可推定爲有償，蓋商人之勞務惟依報酬爲給付也。日商法第五一二條規定「商人於其營業範圍內爲他人爲行爲時，得請求相當之報酬」，即本此旨。（三）依委任事務之性質：以事務之處理爲其職業者，對其委任應給付報酬，例如公證人、律師、會計師。

1. 報酬之種類 報酬之內容並無限制，不必爲金錢，有價證券之交付或其他給付亦可。然如以勞務之給付或工作之完成或以物之使用利益爲對價時，則爲與僱傭承攬或租賃之混合契約，而非單純的委任。

2. 報酬額 關於報酬額，依當事人之約定。除有強制的報酬率或價目表外，不受限制。然如達於可認爲暴利行爲之程度時，得聲請撤銷其行爲或減輕其給付（民法七四條）。報酬額無須自始確定，以依習慣或當事人間各種之情形得確定爲已足。依日本判例（大正七年六月十五日三四二號），「律師受業務上訴訟之委任而爲處理者，當事人雖未有授受報酬之意思，而就其數額未爲訂立時，非不顧當事人之特別情事如何，常依訴訟事件之難易、訴訟價額及就該事件所費勞力之程度等而定其適合的報酬額，應審查當事人間所存之各種情形，推定當事人之意思，以定其相當報酬額」。

3. 報酬支付時期，亦無限制，得爲一次支付或定期支付。然除契約另有訂定外，非於委任關係終止及明

確報告顯末後，不得請求給付（民法五四八條一項、日民六四八條二項）。以期間定報酬者，應解釋於其期間經過後得請求報酬（參照日民六四八條二項但書），蓋在繼續的委任關係，當事人以一定期間定報酬時，則不獨係規定報酬計算之基礎，關於報酬支付之時期，亦有以之為標準之意思也。

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（民法五四八條二項、日民六四八條三項）。蓋委任之目的，在於事務之處理，非如承攬以工作之完成即以事務處理結果為目的，其非可歸責於受任人之事由，例如因委任人之死亡、破產，委任終了或依委任人之意思終止委任契約，於事務處理之中途委任終了時，如全不給付報酬，不獨對於受任人為過酷，而在有繼續的法律關係之委任，按其給付之勞務為報酬之一部給付，亦不背於委任之本旨。故民法規定此時受任人得就其已處理之部分，請求報酬。然如委任因可歸責於受任人之事由而終了者，受任人無報酬請求權。例如因受任人之背信行為或其他債務不履行，委任人解除其契約。但報酬為分期給付者，對於受任人債務不履行前之期間已給與之報酬，受任人無須返還。例如財產管理之委任，定為每月報酬若干，分月給與，則已支付之其月報酬，不得請求返還。

【註】依日本判例，如無特約，律師僅得按已為委任人所費勞力之比例，請求報酬，不得請求委任事務完了時所預定報酬之全部（日本昭和十四年二月十五日大判）。然如有委任人解除訴訟委任或和解成立時，應支付與有勝訴判決時同樣報酬之特約，則雖於委任之中途事務終了，委任人仍應依特約給與報酬（日本昭和十三年六月十七日大判）。蓋以民法第五四八條第二項規定為任意規定，當事人得以特約排除其適用。既得約定惟於事務處理完畢時給付報酬，亦得約定委任人於半途任意終止契約時應付全部報酬。

亦有主張本規定於報酬為分期給付而委任於一期間之中途終了時，惟對於其期間以後有適用。對於其以前期間之報酬，縱令中途終了之原因為可歸責於受任人之事由，尚得請求之。蓋本規定係以一次支付之通常情形為標準而設，對於分期給付不能逕以其文字為基礎而適用，猶應察其精神之所在而為如上之解釋也（未弘債各七七〇頁）。

第五節 委任關係之終了

一、委任終了之原因

委任除因契約之一般原因，例如因委任事務之完畢、委任事務之履行不能、終期之屆至、解除條件之成就等事由而終了，此外並因左列之特別事由而終了。

1. 當事人一方的終止契約 當事人之任何一方，得隨時終止契約（民法五四九條一項、德民六七一條一項、瑞債四〇四條、日民六五一條一項六五二條）。（一）在德民，對於委任人認有無限制及不得拋棄之撤回權，對於受任人惟認有有限制的（除有重大事由外不得於不利他方之時期爲之德民六七一條二項）及得拋棄（但於有重大事由時仍得爲之德民六七一條三項）之終止權（德民六七一條一項）●瑞債對於委任人認有撤回權，對於受任人認有終止權（瑞債四〇四條 Funk, art. 404, 2, p. 250）。我民法從瑞士舊債務法及日本之例，不問委任人受任人均有終止權（Oser, zu § 404 N. 4, S. 1501）。（二）委任基於當事人相互之信任關係，如其信用動搖，應許以一方的意思，委任人將受任人解任，受任人辭去任務。不問其委任似有期限與否，受任人既已着手事務之處理與否，其委任爲無償或爲有償，雙方均得隨時終止契約。（三）委任之性質，既如上述，當事人間訂有不爲終止之特約，即爲終止權之預先拋棄者，反於委任之性質，特約約爲無效（Oser, zu § 404, 1, b）。然若其委任不獨以委任人之利益爲目的，受任人就其事務之處理亦有正當之利益關係，而有處理完畢之必要時，如許委任人自由終止委任，將使受任人蒙受不測之損害，故於此時例外的應認當事人終止權拋棄之特約爲有效。例如以充債務清償之目的，委任人將其對於第三人之債權，對於自己之債權人委任爲其債權之收取。全然以受任人之利益爲目的時，固不待論，其以由委任事務處理所生之利益分配於當事人，係以雙方之利益爲目的時，亦不妨當事人爲終止權拋棄之特約。蓋此時特約既不背於委任之性質，亦不背於公序良俗也。依日本近時判例，民法此項規定對於受任人僅爲委任人之利益處理事務時有適用，其事務之處理不僅爲委任人而並以受任人之利益爲目的者，應解釋委任人不得依該條規定終止契約（日本大正九年四月二十四日大判）（註）。（三）已處理完畢之委任，不得再終止

之，已成立之請求權，不因終止而被排除。終止惟向將來發生效力（*Deracke, zu § 671.6, S. 429*）。報酬應就其已處理之部分給與之（*民法五四八條二項*）。受任人因處理所支出之必要費用，應償還之。其因處理開始已生之費用而為無用者，亦應償還。尤其受任人預支之費用，因契約之終了失其效用，而其終了係基於為終止人應負責之事由時為然。又當事人如因合意，保留有溯及效力之解除權時，其解除自亦發生溯及效力。（四）委任契約當事人之一方有數人時，有主張其終止惟得由全體或向全體為之。其一人所為終止之意思表示為無效（*Oertmann zu § 671.2c; Dernburg § 298, Anm. 3 und 4*）。有主張當事人之每一人有終止權，其結果往往使委任關係對於其餘之當事人亦歸消滅（*Oert, zu § 404, 1e*）。有主張在委任人有數人時，各得為撤回（在我民法為終止），對於其餘之人是否應賠償因此所生之損害，依其間成立之關係如何定之。其委任關係對於其餘之委任人是否繼續存在，以是否可認為其關係由其數人或與其數人惟全部不可分的訂立以為斷。在不可分之事務，罕可認為繼續存在。在可分事務，多可認為其委任就其餘人之部分仍繼續有效。雖有主張其中一人所為之撤回為無效，然此將生甚為可慮之結果。例如共同財產管理之委任關係，委任人一人之利益較其他人之利益由受任人加以漠視時，不能不許其委任人之一人撤回（*Emm-Lehmann, § 163, Anm. 1*）。不獨委任人中之一人得為撤回，受任人有數人時，亦得由其中之一人終止契約。其效力亦同（*Staudinger, zu § 671.5, S. 1105*）。依余所見，不問委任人或受任人有數人，各得單獨終止契約。然對其餘人之關係，是否亦使委任關係全部終了，則應依上述情形如何以為斷。（五）有償委任時，終止主委任原則上不及於複委任。有代委任時，其終止與一般委任同，有如前述。

當事人之一方於不利於他方之時期終止契約（*intempetive Kündigung*）者，應負損害賠償責任。但因非可歸責於該當事人之事由致不得終止契約者，不在此限（*民法五四九條二項、日民六五一條二項、德民六七一條二項、瑞債四〇四條二項*）。（一）在委任各當事人得自由終止契約，縱令相對人因而受有損害，原則上無賠償責任。然若受任人怠於事務之處理，委任人以債務不履行為理由終止委任契約時，自

得請求損害賠償。(一)於不利於他方之時期終止契約，雖有主張爲終止人須知其爲不利時期或就其不知有過失，不能認爲無過失責任(岡村四五〇頁)。然自民法規定上，應認爲不以此爲必要(鳩山六三〇頁、末弘七七五頁)。(二)不利於他方之時期，就不利於委任人方面言之，謂委任人自己不能處理其事務，且不能使他人及時處理而應受損害之情形，例如委任人不在之時突然辭去委任事務，致不能及時使他人處理而發生損害。就不利於受任人方面言之，謂使受任人遭受如委任不終止應可不發生之損害。例如因經終止之委任逸失其他取得機會所受之損失或因委任之終止而受有損害。又例如以委任事務之處理完畢爲條件或以一定期間爲受任人而受贈與之約定(岡村四五頁 *Oser, zu § 404, N. 8*)。有以爲事務處理之旅行中被解任而支出歸途之費用(鳩山六三〇頁)，或爲處理事務之準備，因委任終止失其效用，而不能依一般原則請求償還(*Oser, a. a. O.*)，爲不利於受任人之終止。然此費用在我民法雖不能謂爲第五四六條一項必要費用之支出，然爲其第三項因非可歸責於受任人之事由致受損害，受任人得依該項規定請求損害賠償，不得謂爲於不利於受任人之時期爲終止，此時委任人雖有不可歸責於自己之不得不終止之事由，仍不能免其賠償責任(岡村四五二頁)。(四)非因可歸責於自己之不得不終止之事由，例如在受任人方面，因患病或有移住於遠隔地之急迫事由，不能處理委任事務，由委任人所爲之名譽毀損，亦可構成不得已之事由(*Denecke, zu § 671, S. 429*)。在委任人方面，因事變歇業之結果，已無委任事務處理之必要。在日民(六五一條二項)僅規定爲「不得已事由」，德民規定爲「重大事由」(德民六七一條二項)，我民法則規定「因非可歸責於該當事人之事由不得不終止契約」，與日民相近。(五)因可歸責於相對人之事由而終止契約者，其終止不能認爲於不利於相對人之時爲之(*Funk, art. 404, 3, p. 250; Oser z. § 404, N. 8*)。(六)當事人以相對人債務不履行爲理由，依民法第二五四條之規定解除契約，而事實上並無債務不履行，或催告未定相當期限依該條規定不生解除之效力時，是否得以爲民法第五四九條之終止契約而爲有效，雖有爲積極之主張(末弘各論七七三頁、日本大正三年六月四日大判)，然苟採斯說，則爲終止者自信

以爲得請求損害賠償而爲解除之意思表示，意外的反有自己應負損害賠償義務之可能，在相對人方面自信並無債務不履行，其解除應爲無效而繼續進行處理，意外的反因契約被終止而於終止後所支出之費用，竟不得受損害賠償，如此結果，完全於當事人之意思不合，故以消極說爲當（鳩山六三〇頁、岡村四五三頁）。

（七）雖於不利於他方之時期終止契約，仍發生終止之效力，不過應負損害賠償責任而已。然如有非可歸責於自己之不得已事由時，亦可不自負損害賠償責任。（八）於不利於他方之時期終止契約者，應負損害賠償責任。此損害賠償之性質，有不同之見解。（a）有謂如無不得已之事由，而於相對人不利之時期爲契約之終止者，在以相對人信用爲基礎之委任，爲權利之濫用，爲契約義務之違反，故應自負債務不履行之責，應爲積極損害（履行利益）之賠償（沼義雄債各下一五六頁 *Erdman zu § 671, 4, b, S. 877*）。（b）有主張爲不利時期終止之直接損害，消極損害（信賴利益）不在其內（*Funk, art. 404.3, p. 250*）。（c）有主張爲因不利時期終止所成立之損害（民法二一三條以下），例如事務因受任人之突然辭退爲不能實行，委任人因無充分時期選擇，爲其代替，不得使用較高報酬及較差之其他勞務，然受任人不就全部履行利益負其責任（*Oertmann, zu § 671, 7b B*）。類似的主張，有謂損害爲不利時期終止之結果，例如約定報酬，因終止致受任人之勞力閒散，或於事務預定的進行之中，其委任忽被中斷而其結果於委任人爲不利（*Oser, zu § 404, N. 9, S. 1502*），即惟得請求不利時期終止之損害，不得請求委任繼續之利益（*Feld, art. 404, no. 41*），依余所見，以後一說爲是。

【註】因法律規定，爲消費借貸上債權之確保，不得將退休金撫恤金請求擔讓與或供擔保，而受領取之委任，將受領之金錢充作貸款之清償。在其債權受清償以前，不得終止委任之終止權拋棄之特約效力如何，依日本判例如此特約爲無效，委任人仍得隨時終止契約（日本昭和七年三月二十五日大判）。然此種委任，係以違反退休法及撫恤法禁止事項爲內容之偽裝契約，其本身爲脫法行爲，當然爲無效，無發生終止契約問題之餘地。縱令以其契約爲有效，委任終止權之拋棄，係違反禁止以退休金撫恤金供擔保之規定之精神，從而有害於公序良俗，亦應爲無效。

於不動產物權、股份、電話利用權之讓與，對於受讓人爲名義更換之委任時，委任爲手段，其背後權利讓與，與之

爲有因結合，不得單以關於委任之規定律之（未川三三三頁）。

2. 委任或受任人之死亡破產或喪失行爲能力 委任因當事人一方死亡、破產或喪失行爲能力而消滅。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、瑞債四〇五條一項、日民六五三條）。委任契約於有上述情形之一時，委任即歸消滅，無須有特別之意思表示。然已訂立之法律行爲，不因而受有影響，已成立當事人之請求權亦同。

a. 死亡 法人之解散，視同自然人之死亡。委任關係，性質上以信任關係爲基礎，因當事人一方之死亡而消滅。然如當事人有反對之特約時，其效力如何，在日本頗有爭論。有謂爲有效。有謂爲無效。有謂爲與終止權拋棄之特約結合時，與委任之性質相反爲無效，否則爲有效。有謂原則上爲無效。德民法規定委任如無特約，不因受任人之死亡、喪失行爲能力而消滅。然因受任人之死亡而消滅（德民六七二條六七三條）。瑞士債務法則規定除有反對約定或因事務之性質不能消滅者外，因委任人或受任人之死亡而消滅。我民法從之。例如父子有同樣技能，委任其父處理事務，約定於父在時雖委任人死亡由父繼續處理，父死時由其子處理，則其委任契約不因委任人或受任人之死亡而消滅。尤其於委任人死亡後始應處理之事務，可認有應繼續委任之約定。然委任人之繼承人，仍有終止權，自不待言（民法五四九條）。又對於有特定位之人（例如公司總經理）爲委任時，係置重於其地位，應不因其個人之死亡而致委任關係消滅。然其個人如失去其地位，就其人之關係，其委任應認爲終了。所謂因事務之性質不能消滅者，例如屬於一營業或企業之事務之委任，委任人或受任人之人格僅屬次要，利於委任契約之繼續存在。契約含有複委任權或委任人之請求權得爲讓與者，其契約於受任人或委任人死亡時，易於繼續存在。一般委任人之死亡，較受任人之死亡，其委任關係繼續時爲多。又法律行爲以外之事務之委任，較之法律行爲訂立之委任，有較強之繼續力。此外民法及其他法律，就代理權另設有規定者，自可參照其規定，以資解釋。例如經理權或代辦權，不因商號所有人之死亡、破產或喪失行爲能力而消滅（民法五六四條）。訴訟代理權，不因本人

死亡、破產、訴訟能力喪失而消滅（民訴七三條）。

b. 委任人或受任人之破產 委任以信任關係為基礎，故當事人之一方破產時，其委任關係終了。然雖為破產人，不妨受委任，故約定受任人雖受破產之宣告而委任不終了時，其特約為有效。委任人破產時，雖有依破產法第七五條主張其委任關係不得使其繼續存在（鳩山六二八頁），然事務之處理，屬於與破產財團無關係之事項時，委任人雖破產，其約使委任不終了之特約，亦應認為有效（但亦主張與破產財團無關係事項之委任，雖無特約亦不因破產而終了，例如加藤，然此解釋與民法第五〇條之規定不合，如若不終了，則受任人雖難行使民法第五四六條之權利，而尚應負處理其受任事務之義務，甚為不公也）。

不屬於破產人個人性質之法律關係，破產財團得為委任人或受任人進入其關係（破九二條八款、九六條二款），因而未破產之他方當事人，得請求提供擔保（民法二六五條）。此在代辦商關係，甚有意義。受任人為行紀破產時，其以自己之名義為委任人之計算取得對於第三人之債權或占有動產時，適用民法第五七八條第五八三條之規定，其由委任人或為委任人受取之物與其自己之物混合時（例如金錢），則委任人惟有破產財團之財產分配請求權。

c. 委任人或受任人喪失行為能力 委任以信用為基礎，委任人或受任人喪失行為能力時（例如宣告禁治產），其委任關係消滅。受任人雖喪失行為能力，有不使委任終了之特約，亦屬有效。蓋受任人之法定代理人得代為處理也。然對於此種人尚欲繼續其信任之事，實際上甚為稀少。委任人雖喪失行為能力，其法定代理人尚得繼續其對於受任人之信任（在德民法第六七三條原則上不因委任人喪失行為能力而消滅，日本民法第六五三條僅以受任人受禁治產宣告為委任終了之原因），自不妨以特約使委任不因此而終了。

d. 受任人繼續處理之義務 委任關係，係因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。然其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辦委任事務前，應繼續處理其事務（民法五五一條、德民六七三條二段、瑞債四〇五條二項、日民六五四

條)。(一)須有有害於委任人利益之虞時，始應繼續處理。依日民規定，於有急迫之情事時……應為必要之處分(稱爲應急處分)，德民規定「如因遲延有生危險之虞」，依瑞債規定「其消滅有害委任人利益之虞」，我民法蓋從瑞債之例也。(二)在日本民法，有謂受任人此種處分，非前委任事務之繼續，惟於應認爲應急處分之範圍，於當事人間與委任關係繼續，認有同樣的權利義務之存在(岡村四五八頁)。有謂此時類似無因管理，應類推關於無因管理之規定，認有費用償還請求權(末弘七七七頁)。(三)有認前委任事務處理之繼續延長，從而委任爲有償時，受任人得請求報酬(鳩山六三二頁、末川三三四頁、磯谷六八八頁、三潯一八七頁、沼義雄債各下一五九頁)。依德民規定，委任於其範圍內，視爲繼續(德民六七二條六七三條)。瑞債規定應繼續處理事務，即於此範圍內，契約關係與雙方之義務繼續存在(Oser, zu § 405, 2, S. 1504)。我民法亦可爲同樣之解釋。其繼續處理之事務，延至何時，繫於委任人或其繼承人或其法定代理人能自己處理事務時以爲斷。依其情形，於死亡時以通知相對人爲已足。(四)受任人雖未開始委任事務之處理，受任人其繼承人或法定代理人亦有繼續處理之義務(Saundinger, zu § 67 3. 3a, S. 1110)。(五)委任繼續存在時，受任人之繼承人，仍得依民法第五四九條之規定，終止契約。但除有不得不終止之事由外，於不利於他方之時期終止契約，應負擔損害賠償責任(Saundinger, zu § 67 3. 3d)。

3. 委任關係消滅事由之通知義務 委任關係消滅之事由，係由當事人之一方發生者，於他方知其事由或得而知其事由前，委任關係視爲存續(民法五五二條、日民六五五條、瑞債四〇六條、德民六七四條)。(一)依瑞債惟「受任人於知委任終了以前所爲處理之事務，委任人或其繼承人仍與委任存續負同一之義務」。德民亦惟「依撤回以外之方法委任消滅時，在受任人知之或可得而知以前，爲受任人之利益，委任視爲存續」。依日本民法「委任終了之事由，不問其出於委任人或受任人，非通知相對人或相對人已知外，不得以之對抗相對人」。我民法規定蓋兼日民(不以受任人爲限)及德民(於效力之點)之例也。(二)

(一)此規定係保護善意之委任人或受任人，不使其因信委任之繼續而受損害。例如因委任人死亡委任終了，受任人不知而繼續委任事務之處理，支出必要費用或負擔必要債務。為有債委任時，得於處理完畢請求報酬。若以委任終了後之行爲僅適用無因管理或不當得利之規定，則受任人將蒙受意外之損害。又例如因受任人死亡委任終了，受任人之繼承人不處理委任事務，委任人不知受任人之死亡，置而未問，雖因而生有損害，如以委任既終了繼承人可不負賠償責任，則委任人所受損害將無救濟之途。故對未受通知亦未從其他方面知其事由之相對人，特設此保護之規定。(三)委任終了包括一切之原因，不限於死亡、喪失能力及破產，終止契約亦包括在內。因意思表示之達到與其知悉不必一致，然如因相對人故意造成或怠慢而不知之者，則等於已知。例如不開信箱取信或置而不讀。(四)須相對人不知終了之原因，而就其不知並無過失。如相對人知其原因或可得而知，仍繼續其活動，則其權利義務應適用關於無因管理之規定。(五)相對人不知亦非可得而知時，委任關係視爲存續。即權利義務均與委任之繼續時同(但德民僅爲受任人之利益，即爲其權利視爲存續，依日民惟不得對抗相對人即不得對於相對人主張其委任之終了，而相對人則得依其選擇主張或否認委任之終了)。民法第五五二條之規定乃就委任人與受任人之內部關係而言，至於對於第三人之關係，則依民法第一〇七條之規定(參照瑞債三七條德民一六九條)(Staudinger, zu § 67 4, 4, 5; Funk, art. 406, p. 251)。

第十一章 經理人及代辦商

第一節 概說

一、經理權及代辦權

輔助商人營業之人，學者稱爲輔助人（Hilfsperson）。廣義的輔助人，包括獨立的商人（代辦商、居間人、行紀、運送人、運送承攬人、倉庫營業人），稱爲獨立的輔助人。狹義的輔助人謂從屬於特定之商人以輔助其營業之經理、店員及學徒（日商法及我商人通例稱爲商業使用人，在德商法稱爲商業輔助人 Handlungshilfe），惟輔助他人之營業，自己不爲營業之主體。此等輔助人中，其輔助行爲有一定者，運送人、運送承攬人、倉庫營業人等是也。有不問行爲之種類，輔助商人一般之行爲者，居間人、代辦商及商業使用人是也。又自其他之觀點，有爲一定之商人輔助者，代辦商及經理、店員、學徒是也。有爲一般商人輔助者，其他輔助人皆屬之。關於商業使用人英法兩國皆無特別規定，瑞士債務法惟規定經理及其他商業代理（Prokura und andere Handlungsvollmacht），而未及商業使用人。德商法將經理權及商業代理權（Prokura und Handlungsvollmacht）與商業使用人及商業學徒，分別規定，並將代辦商及居間人於總則一併爲規定。日本商法將商業使用人與代辦商（代理商）規定於總則，其他規定於商行爲。我商人通例亦仿日商法之例，分別規定商業使用人及商業學徒與代理商。原來商業代理與商業使用人，全爲不同之觀念。商業使用人爲主人與被用人之內部關係，商業代理爲外部對於第三人之關係，此二者非必然相伴，商業代理人不必爲商業使用人，同時商業使用人亦不必當然有商業代理權。德商法就商業代理權，規定經理權及商業代理權，而就主人與被用人之內部關係，於「商業使用人及學徒」之章另爲規定，條理清楚。日本商法將此兩者混爲一談，以商業代理人限於商業使用人。我商人通例亦同有此弊。我民法則於「經理人及代辦商」之節規定經理權及代辦權，然亦有部分的關於內部關係之規定（民法五五九條至五六三條）。

二、代辦商是否即爲代理商

關於代辦商是否爲代理商（Handlungsagenten），德修正商法第五五條第八四條稱爲商業代表人（Handelsvertreter），在我民法解釋上甚有爭執。有謂我民法所稱經理及代辦商，如同瑞債爲經理及商業

代理 (Prokura und Handlungsvollmacht) (我妻中國債各中卷四三二頁、梅著民法要義三〇七頁)。

(一) 論者謂以商號之名義，辦理其事務之全部或一部 (民法五五八條一項)，係為關於商業代理之規定，而非關於獨立的代理商之規定。依余所見，我民法所謂代辦商，與德商法所稱商業代表人相當，仍係着眼於獨立營業人而為規定 (參照德商法修正八四條八八條)，不過我民法惟限制為非經理人，故對於商業使用人或並無此關係之人，由商號授有辦理其事務全部或一部之權限者，尤其對於外部之關係，亦應有準用。(二) 論者以「除有書面之授權外，不得負擔票據上之義務或為消費借貸或為訴訟」之規定 (民法五五八條三項)，對於以獨立計算營業之代理商為不合理之規定。依余所見，此係指除有書面授權外不得以商號之名義為上述行為。然如代理商以自己之名義為之，自不在限制之內。故本規定對於商業代理人，除經理外，無論其為獨立的商號或為從屬的商業使用人均不妨適用 (修正德商法第五五條有此明文)。

(三) 論者謂代理商不獨代理商號為法律行為並得為商行為之媒介，德日兩國商法均明定此點 (德商八四條、日商四六條、我商通例六〇條)，從而本條 (民法五五八條) 第一項以代辦商限於代理商號辦理事務，故亦有未合。依余所見，我民法同條第二項明定「代辦商對於第三人之關係，就其所代辦之事務，視為其有為一切必要行為之權」，媒介行為，自亦包括在內。(四) 論者謂我民法第五六〇條認代辦商有費用償還請求權，可為非關於代理商的規定之佐證，蓋代理商係為獨立的計算之企業人，費用當然為其營業費而計算，已含於營業報酬之內，無請求費用償還之餘地。依余所見，依當事人約定，所墊支之關稅及運費，不妨請求償還。代辦商雖通常為有償，然依當事人約定，不妨為無償。為無償時，自得請求所墊支費用之償還 (德商法修正第八八條即有關於費用償還之規定)。(五) 論者謂我民法第五六二條及第五六三條認經理人及代辦商有不為營業競爭之義務，然此制度之基礎，在於經理及商業使用人，基於使用關係與主人之業務有密切之結合，尤其因其職務得知主人之秘密，故有使其負擔此義務之必要。其由商號獨立之代理商，應不負此義務，此在德瑞兩國法，關於代理商均未為此規定，可為明證。依余所見，商號與代理商在

於繼續的相互信任之關係，其情形近於商業使用人，日本商法第四八條及德商法修正第九十條第九十條 a，關於代理商均有此項規定，不可以此，而即否認代辦商為代理商。(六)論者謂我民法之德文譯本，以本節譯為經理及商業代理(德文譯者 Buenger 譯為 Prokura und Handlungsvollmacht)，法文譯本以本節譯為經理及商業受任人(何崇善譯為 des Gérants et des mandataires commerciaux)認為正確，可為其說之參證。此或係依德商法第五十四條之規定或係依法國法並未另設有關於代理商之規定，故作此譯，然固未可以此而否認代辦商為代理商也(註)。

總之依上所述，代辦商不能否認其為代理商。依德日商法，代理商須非為使用人，而我民法僅限制為非經理人(民法五五八條一項)，故關於代辦權之規定對於非獨立之營業人而授有此權限(商業代理權)者，例如行商、本店或支店營業主任、店員或無僱傭關係之人，亦應有準用。不過民法係着眼於代理商而為規定，關於內部關係之規定性質上惟可適用於代辦商(例如民法五六一條)者，不在其內。

【註】德商法第五四條第一項「無經理權之授與，受任營業或屬於營業特定種類之行爲或屬於營業之個個行爲時，代理權(商業代理權)及於該營業之經營或各該行爲之實行通常所附隨的一切之行爲及法律的行爲」。

第二項「土地之讓與及設定負擔、票據債務之負擔、消費借貸之受取及爲訴訟，商業代理人以特別授有此權限時，始有權爲之」。

第三項「關於商業代理權之其他限制，以第三人知之或可得而知時，始得對之爲主張」。

舊第五五條第一項「第五四條之規定，於營業主無營業所之地爲營業而使用爲行商人(Handlungsreisende)之商業代理人，適用之」。

第二項「行商尤其視有收取自己所訂立販賣行爲之價金及認許價金之支付期間之權限」。

第三項「商品瑕疵之通知、應處分商品之意思表示及其他此種之意思表示，得對於在該地之行商人爲之」。

一九五三年八月七日修正公布之德商法修正第五五條「(一)第五四條之規定，於爲商業代表人(Handelsvertreter)舊稱爲 Handlungssagent)或於主人營業之外受任以主人之名義爲法律行爲之商業使用人(Handlungssilber)之商業代理人(Handlungsbvollmachtige)適用之。(二)授有訂立契約之權者，不使其有變更契約尤其許與期間之權。(三)惟於有授權時有受取支付之權。(四)貨物瑕疵之通知、應爲貨物處分之意思表示及其他

第三人為基於瑕疵給付之權利之主張或保留所為之類似的表示，認其有受領之權。屬於企業人（主人）之為證據保全之權利，得主張之。

德商法修正第八十四條「（一）商業代表人謂為獨立之營業人而經常受任為企業人（*Uebnehmer*）媒介交易及以其企業人之名義，為交易行為之人。得根本的自由形成其活動及決定其工作時間之人為獨立。（二）無第一項意義之獨立而經常受任為一企業人介紹交易或以其企業人之名義為交易者，視為使用人（*Arbeitsleiter*）。（三）企業人亦得為商業代表人」。

修正第九一條「（一）第五五條之規定，對於由一企業人授有為交易行為之權之商業代表人非為商人時，亦適用之。（二）雖未授有為交易行為之代理權，而授有受取貨物瑕疵通知、應為貨物處分之表示及其他第三人為基於瑕疵給付之權利之主張或保留所為之類似的表示之權者，視同商業代表人，屬於企業人之為證據保全之權利得主張之。此權利之限制，以第三人知之或可得而知時，始得對之為主張」。

瑞士債務法第四六二條「商業、工業或其他為商人的經營之營業主人，未授以經理人之權限，就營業之全部或一部之事務，選任他人為代理人時，其代理權及於為其營業經營或其事務之實行通常所必要之一切法律行為」。第二項「商業代理人以有明示的權限之授與時，始有負擔票據上之義務、受取消費借貸及為訴訟之權」。

三、商業代理

廣義的商業代理包括經理權及其他商業代理與代辦權。狹義的則專指經理以外之商業使用人之商業代理而言（參照德商法五四條）。日本商法及我商人通例所謂商業使用人包括經理及店員（夥友及勞務者）。我民法則僅規定經理，並無商業使用人名稱。商業主體與其隸屬的輔助人間之關係如何，學說紛歧。（一）一派學者以商業代理權之發生，出於委任，故對於經理人及授有商業代理權之店員，多謂為僱傭關係兼有委任契約或竟為委任關係。亦有主張於僱傭契約以外另有以代理權授與為目的之一種授權契約（松本商法總論二六五頁、田中商法總則概論二七三頁）。有主張在有償時，為僱傭契約兼有代理權授與契約之委任，無償時為委任兼有代理權授與契約（竹田商法總論四二二頁）。（二）他派學者，以僱傭、委任等關係，不過為代理權授與之基礎法律關係，商業代理權之授與，須另有授權之單獨行為。（三）依余所見，經理人在於訴訟上及訴訟外，處理營業上全體事務，重在委託處理事務，故為委任契約，應解為非屬於商業

使用人之一種（參照德商法第五章經理權及商業代理權，第六章商業使用人及商業學徒）。其他店員原則上在受報酬而供給勞務，應爲僱傭契約。其授有處理營業全部或一部事務之代理權者，則於僱傭契約外，另含有商業代理授權之單獨行爲。其無僱傭關係而授有商業代理權者，爲委任並含有代理權之授與或僅有商業代理權之授與。例如對於妻子、友人，使處理營業事務之全部或一部。又如爲自己行使經理或商業代理權（稱爲自己代理人 *Procurator in rem suam*），例如商人將其營業租與他人，對外以該他人爲經理人或店員經營商業，商人之債權人爲債權之保全，使授與自己以經理人或店員之代理權（松本商法總論三六二頁、三五四頁）。（四）有謂我民法因於經理人外，無關於商業代理之特別規定，故於經理人以外之其餘兼有商業代理權之隸屬的輔助人，其代理範圍應適用委任中特別委任與特別代理之規定（民法五三三條）。故使用契約在委託處理營業上一部分事務並使供給商業的勞務者，應解爲兼有委任關係，使得適用委任中特別代理之規定。然店員在僱傭關係者，商業代理權之授與、撤回或變更，應不當然影響其僱傭關係，而且營業主亦不應受有委任契約上之拘束，例如一人之店員轉任，使代理權消滅時，雖有授權之撤回，僱傭契約，仍繼續存在。我民法關於代辦權之規定，只須非經理人，並未限定其非爲商業使用人，故對於店員或非店員授有商業代理權者，亦應有準用（依德修正商法第五條，其第五四條關於商業代理權之規定，對於代辦商及在主人營業外授有以主人之名義爲訂約之權限之商業使用人，同有適用）。

狹義的商業代理，即非經理人而授有商業代理權。其基礎法律關係，無論爲僱傭或爲委任，均得授與商業代理權。對於匿名合夥人、代辦商、營業輔助人、自然人或法人（在經理權則以自然爲限），均可爲此授權。因其授權之廣狹，可分爲一般商業代理權（*Generalhandlungsvollmacht*）種類的或部分的商業代理權（*Arthandlungsvollmacht*; *Spezialhandlungsvollmacht*）及個別的商業代理權（*Individuallvollmacht*; *Einzelhandlungsvollmacht*）。一般商業代理權，得限於一營業，例如支店主任。種類的或部分的商業代理權，例如出納、管帳、購買部之購買主任、販賣部之販賣主任、倉庫主任、職工頭

、行商、代辦商 (Wuerdinger, z. H. G. H. § 84, Anm. 2, S. 483; Staub, z. § 84, Anm. 16, S. 281)。有主張有一般商業代理權之人為經理人，店員惟有處理種類或特事務之代理權（載者民法債各下三六頁）。此係以商業代理與商業使用人混同，以代理權之範圍與義務義務之範圍，常為一致之結論。然雖為店員，固不妨使其有處理營業事務之權限（竹田商法總論四一六頁）。但與經理權不同，營業主得有效的加以限制，惟得對於第三人負授權人之責任（民法一六九條一〇七條）（松本商法總論三九九頁）。因其非經理人，其選任、解任及一般代理權之消滅，亦無須登記（商業登記法八條）。又經理人以自然人為限，而商業代理人則得為法人，有如前述。小規模營業者，惟得選任一般代理人，不得選任經理人，蓋經理人之選任及其經理權之消滅，應聲請登記，而於小規模營業者，不適用關於商業登記之規定，不得為登記也（商業登記法八條五條、竹田商法總論四二七頁）。經理人以外之商業代理人，除有書面之授權外，不得以商號名義，負擔票據上之義務或為消費借貸或為訴訟（民法五五八條三項、德商五四條、瑞債四六二條），有如前述。於主人之營業所活動之使用人授有訂立契約之代理權者，如其主人為商號主人，準依民法第五五八條有商業代理權，否則依民法關於一般代理之規定（民法一〇三條以下及一六七條以下）（Wuerdinger, z. H. G. H. § 84 I Anm. II, a, b, d, S. 668）。

四、商號商業及商人

依商人通例第十六條，商人得以其姓名或其他字樣為商號。何謂商人，謂經營商業之主體。（一）有專以以實質的商行為業者為商人（法商一條、德商法四條、義商八條、日商法四條）。（二）有承認實質的商業之商人，同時不問營業之種類，依營業之方法而認為商人（瑞債四二二條一項、五五二條一項五九〇條一項八六五條四項二二四條、德新商法一條、日商法修正四條）。我商人通例亦然（同條例一條二條）。依我商業登記法，以其第三條所列十六種營業為商業，凡營業雖不屬該條所列舉之範圍，而依本法呈請登記者，亦視為商業，故經營上述商業或視為商業之人為商人。但沿門、沿路及臨時買賣物品或營手工

範圍內之製造業、加工業及其他小規模營業者，不適用本法關於登記及商業帳簿之規定（同條例五條）。
五、經理人店員與代辦商之區別

依前大理院判例，商業使用人與代理商（代辦商）之區別，則有下開數點。（一）商業使用人非商人，而代理商為獨立商人。（二）商業使用人與主人之關係為僱傭（但經理人應除外已如前述），而代理商與本人之關係為委任。（三）商業使用人恆由一商人使用（然亦不妨同時為數商人之使用人，並不妨為經營別個營業之獨立商人，松本商法總論三五八頁），而代理商則為一商人或數商人代理或介紹商行為（德商法修正八四條已不以商行為限）。（四）商業使用人在主人之營業所執行業務（但行人亦有為商業使用人者），而代理商則在自己店址營業。（五）商業使用人通常按期支領一定工資，而代理商則通常對於其所為之行爲收取佣錢。（六）商業使用人執行業務之費用歸主人負擔，而代理商因營業而生之費用，則歸自己負擔（然此亦不過原則上如此）是也（五年上字第五一五號）。依最高法院判例，代辦商即代理商，係非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務或一部之人。對於第三人之關係，祇就其所代辦之事務，有為一切必要行為之權。商號經理人，則有為商號管理事務代其簽名之權。對於第三人之關係，就商號或其分號有為管理上一切必要行為之權。代辦商係在自己店址營業，其因營業而生之費用由自己負擔，商號經理人則在主人之營業所執行業務，其執行業務之費用由主人負擔。兩者之性質及權責，顯有區別（二十二年上字二二七五號）。

【註】法人之理事、執行公司業務之股東或董事，為法人之機關而執行法人本身之業務，並非輔助他人之營業，故非商業使用人。法定代理人為受監護人經營商業，亦非商業使用人。

第二節 經理人

第一目 經理人之意義

經理人 (Prokurist; fondé de procuration) 謂有爲商號管理事務及爲其簽名之權利 (權限) 之人 (民法五五三條一項、瑞債四五八條一項、德商五一條)。經理人之制度，爲德商法之所創，德新商法、日本商法、匈牙利商法、瑞士債務法、保加利亞商法等從之。我民法亦然。

一、經理權之授與

經理權 (Prokura) 在我民法，兼指內部之營業管理權限及對外於訴訟上及訴訟外之商業代理權限而言，而且此代理權限有法定範圍，得爲關於商號營業一切之行爲，而且其限制原則上不得對抗善意第三人 (民法五五七條)。經理權於此點，與其他商業代理權性質上有不同。商號雖對於其使用人授與經理權同樣範圍之一般代理權，如未授與經理權，仍不發生經理權。(一) 經理權之授與，依德商法第四八條第一項之規定，應明示的爲之。依瑞債第四五八條第一項，經理權之授與，得爲明示或默示。例如輔助人僱傭爲經理人或逾越其他商業代理權而爲經理人之行動，如營業主知而不爲抗議時，得有經理權之成立。有過失之忍受亦得認有默示的授與。忍受共同經理人之一人 (不管商業登記) 爲單獨經理人之行動，得作爲單獨經理權之授與 (Oest, zu § 458, N. 2)。我民法亦規定得以前明示或默示爲之 (民法五五三條二項)，可作同樣之解釋。(二) 經理人雖未附以經理人之名稱，苟有足以表示授與經理權之意思表示，亦不妨其有經理權 (Fick, art. 458, 3, p. 817)。在我國習慣上向稱掌櫃、舖掌、執事 (五年上字第五一五號)。依日本商法解釋，雖用支店長、總理事或副經理之名稱，苟有授與經理權之意思表示，亦不妨爲經理人之選任 (松本三七四頁)。(三) 經理權於授與時即已發生，無須通知第三人。然第三人主張其存在時，應證明就其存在之認許爲善意 (Fick, art. 458, no. 5, 6)。經理人之選任，雖應爲登記 (商業登記法八條)，然此僅有宣示的效力。(四) 經理權應由商號授與，故經理人爲意定代理人，其代理權之範圍，雖經法定，然不可與法定代理人相混。商人之法定代理人、公司之代表股東或董事之代表權，及於營業之一切行爲，較經理權更廣 (公司法五一條一九三條三項)，而且對於其代理權所加之限制，不得對抗善意第三人。

之點（公司法五二條一九三條三項），雖與經理權相類似，然其代表權為法定代理權，而非基於營業主之授與，與經理權有別。

二、管理事務之範圍

經理人依民法第五五三條第一項之規定，為商號管理事務及其簽名，此為經理權內部處理事務之法定範圍。

1. 為商號管理事務 營業主為特定商號設置經理人時，其商號之全部營業事務，應由其管理。苟屬營業上之事務，無論其為法律的事務或非法律的事務，均須管理之。然限於營業上事務，其與營業無關之事務，非經特別授權，不得處理之。

經理人之管理權，應及於特定商號之營業全部。故原則上就一商號之營業全部設置經理人。然如一商號有數種營業或分號時，經理權亦得限於一商號之一種營業或限於商號之一分號或數分號（民法五五三條三項、瑞債四〇六條一項、日商三七條、德商五〇條三項）。依瑞債第四六〇條第一項「經理權得限於支店之營業區域內」。依日商法，一營業而有數營業所者，得按營業所之數，分別設置經理人（日商三七條）。依德商法「經理權限於營業主所有數個營業所中之一所營業者，以各營業所異其商號而為經營時，對於第三人有其效力。於商號附加文字標明其為支店之商號時，亦屬本條所稱異其商號」（德商五〇條三項）。我民法則不獨各支店得另設經理，而一商號有數種營業時，就其各種營業，亦得設置經理。然如一營業主以數個商號經營數種營業時，則應按每一商號設置經理人，然固不妨以同一經理人充其數個商號之經理人。此時應認為對於同一人授與數經理權。

a. 經理權限於商號之一種營業者 依民法第五五三條第三項，經理權得限於管理商號事務之一部。此係指一商號經營數種營業時，其各營業均構成商號事務之一部。此時營業主得合併各種營業，惟設置一經理人，亦得按各種營業，分別設置經理人，或僅就其中一種營業另設置經理人，使該經理人之管理權範圍

性局部限於一種營業之事務。若於一種營業擔任處理其事務之一部，則非經理權，而為狹義的商業代理權，且不可不辨（同說載著債各下四二頁）。

【註】經理人為特定營業之代理人。主人有數種營業時，依我民法，關於一營業，亦得選任經理人。然依日本非默事件手續法第一七三條第一項第二款之規定「申請人以數個之商號為數種之營業時，應記載經理人應代理之營業及其應使用之商號」，故以數個之商號為數種之營業時，始得選任其一營業之經理人。一個之商號經營數種營業時，則就經理權法律上視為一營業（松本三八五頁）。一個商號為數種營業，惟使經理人代理營業之一部，為經理權之限制（竹田商法總論四四二條）。

b. 經理權限於商號之一分號或數分號者 經理權不必及於主人營業之全部。一營業主體有數個營業所者，其間有主從之殊，為主者稱本號或本店，為從者稱分號或支店。此時營業主得就每一分號，分別設置經理人或就數分號設置經理人，使各該經理人之經理權，限於商號之一分號或數分號。此為經理權與商人之法定代理人或公司之代表機關之權限，重要不同之所在。此外以營業本身消滅為目的之行為，例如營業之讓與或公司合併，法定代理人或代表機關亦得為之，就此點言，亦較經理權為廣。

2. 為商號簽名 經理人有為商號簽名之權限。其簽名方法如何，依瑞債第四五八條第一項規定，應表示經理權而用商號。依德商法第五一條規定「經理人之簽名，應以表示經理權之附加文字，將自己姓名附記於其商號之方法為之」。依商人通例第三四條「凡經理人署名時，應於自己姓名上標明某商號經理人字樣」。此種簽名方法，固為通常所採用，然非限定其必如此。故經理人得僅用經理人之姓名或僅用商號之簽印或用自己姓名並蓋商號戳記，苟能認為係為商號所為，均無不可（Werdinger, zu § 51, N. 2, S. 477）。

第二目 經理人之選任

一、選任者

一、經理人由商號主人或其法定代理人選任（民法五五六條、德商四八條一項）（但日本商法未如德商限定爲商人自己或其法定代理人，故解釋一般代理人亦得選任）。經理人或其他商業代理人，除特有授權外，不得選任經理人（Werdinger, zu § 48, N. 1, S. 460）（參照日商三八條二項「經理人得選任或解任夥友、幫手及其他使用人」，其反面即不得選任或解任經理人）。在合夥營業，其經理人之選任，應以合夥人全體或依約定以其過半數決之（民法六七一條一項六七三條）。公司之經理人，在無限公司，以全體股東過半數決之（公司法四〇條）。在兩合公司，以無限責任股東過半數決之（公司法九三條）。在有限公司、股份有限公司，以董事（在有限公司爲董事或執行業務之股東）過半數決之（公司法一一九條二一五條）。在股份兩合公司以無限責任股東之過半數決之（公司法二八六條二一五條）。但此等條件屬於公司內部之事項，由有合法代理權之人對於第三人所爲選任之意思表示，雖未具備上述條件，亦生效力（註一）。

清算中之公司，不得選任經理人（參照德國股份公司法 Gesetz ueber Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien 一一〇條五項一一九條三項），蓋清算中之公司，雖由清算人代表，而經理人之選任，不得謂爲清算之必要行爲也（但有以在無限公司無明文規定探反對意見 Cosack, Lehrb. des Handelsrechts, S. 685）。公司破產時，因經理人之選任，不屬於破產管理人之權限，亦可爲同一之論斷。反之商號所有人爲自然人時，於進入清算時期（事實上之清算）後，於營業未終了之期間，尚不妨選任經理人（註二）。商號所有人破產時，破產管理人無選任經理人之權限。惟商人本身以另一財源繼續營業時，得選任之（竹田四三〇頁四三一頁）。

【註一】依日商法第四二條第一項，「附以本店或支店營業主任之名稱之使用人，視爲與本店或支店之經理人有同一之權限。但裁判上之行爲，不在此限。前項規定於相對人爲惡意時不適用之」。此爲表見經理人之一種。

【註二】商店經理人，於商店歇業後，未經主人明白將其解任者，關於清理商店歇業後之事務，自應認爲有代主人爲一切裁判上裁判外行爲之權限。其所爲之行爲，仍直接對於主人發生效力（前大理院四年上字一一一五號）。

三、被選任人

經理人爲一種代理人，故得爲代理人者，均得被選任爲經理人。限制行爲能力人，亦不妨爲經理人（民法一〇四條）。匿名合夥之匿名合夥人，兩合公司之有限責任股東、股份有限公司之股東等，皆得爲營業人或公司之經理。無限公司之股東、股份有限公司之董事，雖已有法定範圍之代表權，亦不妨爲經理人。其依章程無代表權之股東（公司法五〇條），雖有主張如以之爲經理人，則有被誤解爲有代表權之股東之虞，故應不許（*Staub HGB §195, N. 4, §48, Ann. 3*）。然是否有代表權，得依登記知之。尤其經理人之代理權，與代表股東及董事之代表權範圍，並非全然同一（例如經理人不得選任他經理人），且以經理人得隨時解任（民法五四九條），而代表權之排除，須以章程特定代表公司之股東（公司法五一條），其未定爲代表公司之股東，反有以之爲經理人之實益，故通說謂不妨爲之（*Lehmann, Lehrb. des Handelsrechts, 3 auf. S. 315 松本三七三頁*）。

法人不得爲經理人，蓋經理人係着眼於其人之本身，而選任應解釋以自然人爲限（*Lehmann, S. 223*）。又監察人不得兼任經理人（公司法二〇九條）。

三、選任之方式

經理人選任之法律上之性質，在我民法應解釋爲伴有代理權授與之委任。爲無償時，亦得爲僅有代理權之授與。其選任民法並未規定有特別方式，得依書面或口頭爲之。經理人之選任，得爲明示的或默示的，亦不必使用經理人之名稱，已如前述。然如用經理人之名稱，而其權限不相稱時，其被選任人是否爲經理人，雖有主張有經理人之名稱者，皆爲經理人（*志田商法總論一卷一七四頁*），然雖用經理人之名稱，不必視爲法律上之經理人，是否有經理人之選任，應依經理權授與之有無定之。惟以經理人之名稱爲選任時，第三人信其爲經理人之正當理由，主人對於第三人應就其所爲之行爲，負經理權授與之責（民法一六九條）（*松本商法總論三七四頁、竹田商法總論四三六頁*）。

四、選任及變更之登記

經理人之選任，應由商號所有人向經理人所設置之本店支店所在地之主管官署聲請登記（商業登記法二條）。聲請人以數個商號或一商號經營數種之營業時，應登記經理人所代理之商號、營業或營業所。經理人之變更或共同經理，亦應登記（同法八條）。

第三目 經理人之代理權

經理人對於第三人之關係，就商號或其分號或其事務之一部（營業之一種），視為有爲其管理上一切必要行爲及一切訴訟上行爲之權（民法五五四條一項、五五五條、德商四九條一項、瑞債四五九條一項、日商三八條一項）。對於經理權之限制，原則上不得對抗善意第三人（民法五五六條）。即經理權原則上有及於一切關於主人營業行爲之廣泛的法定的範圍，同時除一定事項外，不得加以對抗善意第三人之限制。德國學者有稱經理人爲主人之替身（*alter ego des Prinzipals*），蓋以此也。然經理權對外代理範圍，即外表的輪廓，以內部管理範圍爲標準。就特定商號設置之經理人，其代理範圍雖廣及該商號之營業全體，然就分號設置之經理人，其代理範圍以該分號爲限。就商號所營某種營業所設置之經理人，其代理範圍以該種營業之部分爲限。故經理權尚不及商人的法定代理人或公司的代表機關之權限之廣，已如前述。

一、爲商號爲管理上之行爲

爲商號爲管理上之行爲，即指商號營業上之行爲而言。德商法第四九條草案原爲隨伴主人特定營業之行爲（*der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringen*），後改爲隨伴某一營業之行爲（*der Betrieb eines/d. h. irgend eines/Handelsgewerbes*），因此修正，經理權不限於特定商業之行爲，苟行爲之性質爲隨伴營業之行爲，皆包含之。故學說上謂非隨伴於主人營業之行爲，一般可認爲營業上之行爲者，皆包含之。如惟爲身分上或社交上之行爲，不在其內（*Staub H G B 849, N. 1; Wuerding z. 849, N. 1.*

S. 469; Lehmann-Ring § 49, N. 1). 然瑞債第四五七條，則規定爲「得與主人營業或事務之目的隨伴之法律行為」(Rechtshandlungen, die der zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Geschäftsherrn mit sich bringen kann)，雖以關於特定的主人營業之行爲爲限，然爲關於其營業得生之行爲，具體的行爲是否爲其營業爲之，在所不問。即就行爲爲抽象的觀察。日本商法第三八條規定爲「關於其營業之行爲」，即指關於特定主人營業之行爲，學者與瑞債爲同一之解釋(松本商法總論三七八條)。我民法規定爲商號爲管理上之行爲，應解釋爲關於特定的商號營業之行爲。如抽象的觀察其行爲得爲特定營業爲之，果真爲其營業爲之與否，在所不問。即此時經理人有爲之之權限。其效力應就商號而發生。例如經理人以商號之名義爲借款而私自消費之，苟借款行爲客觀上得爲商號之營業爲之，商號不得免其責任。蓋經理權之有法定範圍，在使第三人易知其行爲屬於經理人之權限與否，其具體的行爲實際上果爲其營業而爲與否，第三人殊難一一探知也。然經理權以營業之存續爲前提，處分營業本身之行爲，例如讓與或廢止營業，不得爲之。又與營業無關之行爲，例如社交上之行爲，身分法上之行爲，經理人不得爲之。

【註】前大法院判例，謂經理人所爲之行爲，苟係營業範圍內所爲者，雖或損及主人或有舞弊情事，或將所收之款私行挪用，仍對主人發生效力。除與第三人有串通舞弊實證外，主人不得以爲理由對抗第三人(五年上字九八一號上字一二六〇號)。

經理人關於主人之營業，有代主人爲審判上或審判外一切行爲之權限。其在營業範圍內所爲之行爲，事前縱不爲主人所知，對於主人依然發生效力(前大法院四年上字一四三六號)。

若使用人因長支店款，對於主人應負償還責任時，此項債權既與營業之目的並無何等關係，則除主人有特別授權外，其免除債務之行爲，即非經理人所應有(前大法院五年上字七九六號)。

錢莊營業之合夥，其執行業務之合夥人或經理人，代合夥借款，固爲關於營業上之事務，應認其有此權限。惟合夥已解散時，此項權限即屬當然消滅。如仍以合夥名義向人借款，自不能對於合夥發生效力。除他合夥人追認其行爲或承認其債務外，債權人不得向他合夥人請求償還(最高法院十八年上字一八四四號)。然應注意商業登記法第十九條及民法第一〇七條之規定。

二、爲管理上一切必要之行爲

經理人有爲商號爲管理上一切必要行爲之權（民法五五四條一項）。（一）即關於營業上一切必要之行爲，皆有爲之之權限。苟有必要，其行爲爲通常的或爲非常的（例如保證，此點與其他商業代理人僅得爲隨伴營業之通常行爲者不同 Wuerdinger, z. 849, N. 1, S. 469），爲營業目的之行爲或爲附屬之行爲（謂爲其營業利益或便宜之行爲，例如商品之廣告，保險公司以其公積金爲放款或購買公債，運送人爲其所承受運送物品之保險），爲有償行爲或爲無償行爲（例如對於顧客贈送彩品，對於店員贈與節賞，然須客觀的關於主人之營業，對於慈善事業之捐助，則不屬於經理人之權限，但街坊上各商號對於慈善公益之通常捐助隨伴營業而生者，經理人亦得爲之），爲審判上之行爲或爲審判外之行爲，在所不問。亦無須爲法律行爲，一切適法的行爲皆得爲之。例如支店之設置或廢止。（二）經理人之代理權，亦爲代理權之一種，依代理一般之原則，不許代理之行爲，經理人亦不得代理之。故性質上不許代理之行爲，例如宣誓簽名等關於個人人格之行爲及依強行規定禁止代理之行爲，不得代理。刑事訴訟法上之行爲許爲代理者，亦屬於經理人之權限。例如依日本刑事訴訟法，告訴許爲（意定）代理（參照日刑訴法二四〇條），可認爲關於營業行爲時，例如商標侵害（刑法二五三條）之告訴，經理人亦得爲之。德國學者認爲爲委託自己之財產上利益之維持，適合主人之真意者，經理人亦得爲告訴（Staub, z. 849, Ann. 1; Duering-Hachenburg, § 49, Ann. 4）。又經理人非經商號之允許，不得代理主人爲自己或第三人爲交易（民法一〇六條），否則爲無權代理行爲。然本人得於事後承認，使之爲完全代理行爲（Staub, z. 858, Ann. 36）。（三）經理人得選用或解任店夥、勞務者及其他使用人，然不得選任其他經理人（民法五五六條、德商四八條一項、日民三八條二項之反對解釋 Wuerdinger, z. 849, Ann. 5），蓋經理人之選任爲重要事項，非特有授權，經理人不得爲之也。至於夥友或其他店員之選任，經理人惟代理商號爲選任行爲，並非爲自己之代用人而爲複代理人之選任，其效力就商號而發生，不使生經理人與店員間之法律關係。（三）經理人有爲營業上一切行爲之權限，然除有書面之授與外，對於不動產不得買賣或設定負擔（民法五五四條、瑞債四五九條

二項、德商四九條二項)。依德商及瑞債規定，經理人非有特別授權，惟不得為土地之讓與，而其購入則不妨為之。我民法則土地之購買，非有書面授權亦不得為之。依德商法解釋，此授權非於經理權之外，另有獨立的代理權，乃為經理權之一部分，亦應依聲請登記於商業登記簿。此授權無須為明示的，亦無須方式，故於土地買賣之營業，當然含有土地讓與之授權 (Wuerdinger z. § 49, Ann. 6, S. 472)。我民法明定為須以書面為之，故除於經理權之書面授與含有此項授權外，為經理權之一部分，應解釋亦得另以書面為特別之授權。如商業登記簿上載有此項授權，自亦不能以未有書面之授與，而對抗善意第三人。其商號以土地之買賣為營業者，則土地之買賣為其本業，應解釋無須另有書面授權，經理人亦得為之。不動產之出賣，包含將單獨所有移轉為共同所有。負有訂立不動產買賣或設定負擔義務之預約，與本契約同視，經理人亦不得為之。但租賃非物權行為，經理人不妨為之。又以主人之名義就不屬於商號之不動產之出賣契約之訂立，經理人亦應有主人之特別授權 (Wuerdinger, a. a. O.)

【註一】商號經理人或執行合夥事務之合夥人、代表股份有限公司之董事或代表其他公司之股東，為人保證，除屬於該公司或其他商號之營業範圍或依特殊情形可認為營業上之行為外，對於該公司或其他商號，不生效力 (二十八年院字第一九三二號解釋)。依瑞債解釋，經理人得為商號主顧為保證 (Oertl. § 549, Ann. 3, S. 1673)。

【註二】經理人之權限，僅可於營業範圍內有代理全體股東之權。若以商號名義充任其他合夥之股東，既屬營業目的範圍以外之事項，除能證明全體股東已經同意外，不能僅以與經理人有商量合夥之事，主張對於合夥團體即可發生效力 (最高法院十九年上字第一九二二號)。依德商法解釋，經理人得代理主人參加或退出合作社或有限公司，或參加有限公司或股份有限公司之創設 (Staub, H G B § 49, Ann. 1, Wuerdinger z. § 49, Ann. 5)。

三、一切訴訟上之行為

經理人就所任之事務，視為有代表商號為原告被告或其他一切訴訟上行為之權限 (民法五五五條、德商四九條一項、日商三八條一項)。關於營業關係之民事及行政事件 (包括請求參加分配及對於行政處分之訴願、起訴) (除民法五五四條二項所定事項外)，經理人有訴訟代理權。然關於主人的個人的事件 (

例如離婚、繼承請求權），則否。依德商法解釋經理人須有訴訟行為能力，未成年之經理人，不得代理訴訟（Wuertinger, zu § 49, Anm. 4b S. 471; Ritter, § 49, 2d, S. 105 德民訴七九條）。我國舊民事訴訟條例及民事訴訟律如同德民訴（七九條），規定得為訴訟代理人者，以有訴訟能力之人為限。現行法無此規定，應解無訴訟能力人亦不妨為訴訟代理人（石著民訴釋義八三頁）。關於非訟事件，經理人亦有代理權。但商號之廢止變更或移轉，其登記之聲請，經理人不得為之（商業登記法十九條）。至於刑事訴訟上之行為，經理人原則上不得為代理，已如前述。又經理人依民法第五五五條當然有訴訟代理權，非因訴訟之委任而始為訴訟代理人，故不因其非律師而受有限制（松本三八三頁，但有反對意見竹田四四六頁）。

四、共同經理

商號得授權於數經理人（民法五五六條、德商四八條二項、瑞債四六〇條二項、日商三九條一項），謂之共同經理（Gesamtprokura, Kollektivprokura）。其經理人謂之共同經理人。原來經理人之代理權，有廣汎的法定範圍，有被濫用或誤用之虞，故民法為主人之利益，使得授權數人共同經理，以補其短。○（一）共同經理，是否為經理權之限制，有謂非法律所謂限制（Staub, z. § 50, Anm. 4）。有謂雖非客觀的限制，然為主觀的限制（Lehmann-Ring, z. § 48, Nr. 10）。有謂並非限制（Cosack, S. 102）。有謂為代理權之限制，原應不得對抗善意第三人，然商法為保護商號之利益，特認共同經理之制度，係為特別的規定（松本三八七頁、竹田四五〇頁）。有謂為並非事項不可限制的原則之例外，經理權之範圍即代理權，如同單獨經理權，惟其行使受有限制。代理權及於營業之全部範圍，惟其行使須共同為之，其實際上結果雖等於範圍之限制，然惟主觀的限制各個經理人之代理權，而非限制其營業之事項（Oser, zu § 460, I. 1, S. 1678）。我民法明定為經理權之限制（民法五五七條），然為法定的代理權行使之限制，殆無疑義。○（二）共同經理之方法，得有種種。例如（a）得選任三個經理人，使三人共同代理。（b）或使甲與乙、乙與丙及丙與丁各二人共同代理。或（c）甲得單獨代理，乙丙惟得共同代理。（d）甲得單獨

代理，乙或丙必須與甲共同爲之（稱爲半面的共同代理 *halbseitige Gesamtvertretung*），均無不可（*Oser, zu § 460, I, N. 6*）。（11）共同經理，惟共同得爲代理行爲（民法一六八條）。向第三人爲意思表示時，須全體爲之。然無須同時，其一人爲明示，他人爲默示，亦無不可。惟一人對於相對人爲意思表示，其他人或主人事後爲承認，亦無不可（參照拙著債法總論四七頁）。然對於相對人一人先爲意思表示，其行爲尙在於未成立之狀態，於全體經理人全體有意思表示時，始爲完成。依此原則，其行爲爲要式者，須其全體經理人履行方式。例如票據之發行、背書、承兌等，須有全體經理人之簽名。然民法爲緩和其形式，關於共同經理人有三人以上時，設有特別規定。其中有二人之簽名時，對於商號即生效力（民法五五六條但書）。其餘之經理人，以有意思表示或同意爲已足。解釋上商號設置三人以上之經理人時，雖定爲必須全體共同簽名，亦惟於內部關係有拘束力，對於第三人之關係，不得以此對抗之。雖有主張無須簽名者，以有二人之共同意思爲已足（薛著二〇〇頁）。然民法第五五六條之但書規定，惟緩和必須共同簽名之一點，並非謂可不問其餘共同經理人之意思，即可由二人爲代理行爲。依瑞債第四六〇條第二項法文條文「經理權得以各個人之簽名除有其餘之人爲所定之協力外，對於委任人（主人）不生拘束力之條件，對於數人一同授與之」。其意即在須簽名之行爲，雖只須有一人之簽名，然其餘之人均須有行爲之意思，而且並須有表示，不過無須同時，以對於一人所準備之行爲同意爲已足。即默示的爲之，亦可。例如被要求協力之餘人，對於所爲行爲之部分履行爲有意識的忍受，由其他人爲有意識的一般的放任。僅消極的態度，尙不能認爲有同意意思之存在。然依誠信原則，其他經理人或主人，對於相對人承認之請求如爲拒絕，應無遲延的通知，否則其沉默視爲承認（*Oser, z. § 460 I, 4, S. 1679; Staub, z. §. 48, Ann. 10*）。此時在瑞債以有一人之簽名爲已足，在我民法則須有二人之簽名。惟在所須簽名人數之點，稍有不同。其餘並無差異。行爲無須方式者，因民法關於此點無特別規定，應依民法第一六八條之規定共同爲之。對於相對人以有一人爲意思表示，其他之人爲同意爲已足（參照拙著債法總論四七頁）。

【註】亦有主張共同經理人須共同代理，故對外雖不必同時亦得爲明示或默示（例如事後由相對人告知訂約而不爲反對或一人與他人訂約其他人傾聽而不爲反對），然均須有意思表示，僅爲經理人間之內部同意，例如惟有一人對相對人爲意思表示，縱經其他經理人之同意，尙不能認爲有效之共同代理行爲（Lehmann-Ring, z. § 48, N. 10; Staub z. § 48, Anm. 10 松本三八八頁、竹田四五二頁）。

共同經理人關於營業之某行爲或特定事項，是否得委任於其中之一人，使之代理。在德國商法因其第一二五條及股份公司法第七一條第二項，關於共同代表有關於此項授權之明文，而關於共同經理，則無此規定，學說上有相反之意見（德學者多爲肯定，例如 Staub, zu § 48, Anm. 13 判例亦然，反對者例如 Lehmann-Ring, z. § 48, Nr. 10）。依余所見，除有主人之許諾外，經理人不得爲此授權（參照拙著民法總論四七頁、反對戴著四九頁）。

有共同經理人時，依日商法，對於其中一人所爲之意思表示，對於營業主生其效力（日商三九條二項）。我民法雖無規定，然共同經理僅爲經理權行使之限制，關於受動代理，應解釋以向其中一人爲之爲已足（Oser, zu § 460, I, N. 8, S. 1680; Wuerdinger, z. § 48, Anm. 15, S. 467）。民事訴訟法上之送達、票據承兌或支付之請求，只須對其中一人爲之。某情事之知與不知或可得而知，對於法律行爲之效力有影響者，亦以一經理人有此等情事爲已足。

共同經理人之選任及其變更、消滅，應爲登記（日商三一一條、日非訟事件手續法一七三條一項四款）。我非訟事件法雖尙未制定，然依我商業登記法，亦應爲登記（同法八條）。

【註】副經理之權限，除經理有事故時得代行處理營業範圍內一切事務外，仍應受經理之指揮監督，而關於店債之減讓，則不特副經理無此權限，而經理非得店東之同意，亦屬無權擅專（最高法院十九年上字第四〇七號）。然依瑞債解釋，經理人得對於殘餘欠款爲拋棄，受領有瑕疵之物，以爲買賣之履行，除賣貨物並得訂立和解契約（Oser zu § 549, Anm. 3）。

五、經理人代理權之限制不得對抗善意第三人

經理權之限制，除第五五三條第三項、第五五四條第二項及第五五六條所規定外，不得以之對抗善意第三人（民法五五七條、日商三八條三項、瑞債四六〇條、參照德商五〇條）。（一）經理人權限之限制有二種形態，其一為對於一切人之關係發生效力之客觀的劃一的限制，即關於商號之分號或特種營業（民法五五三條三項）之限制，關於不動產買賣或設定負擔之限制，關於共同經理（民法五五六條）之限制是也。其二為僅對於善意第三人發生效力之主觀的個別的限制。（二）在德、瑞、日客觀的劃一的限制，均以爲登記事項，未登記者，不得對抗善意第三人，以期保護第三人（德商法五六條一項三項 *Staub* *zu* § 23, *Ann. 1*, 瑞債四五八條二項四六〇條四六一條 *Fick*, *art. 458*, *no. 18* *et art. 460*, *no. 2, 15*, *Funk* 460, 1, 2 日商四〇條）。我商業登記法第八條規定「經理人或代辦商之選任解任及其經理權或代辦權消滅時，本人應於十五日內向營業所所在地之主管官署聲請登記」。第十三條規定「應登記之事項，非經登記或公告後，不得對抗善意第三人」。「應於支店所在地登記之事項，而未登記及公告者，前項規定於支店所爲之行爲適用之」。故亦應解釋客觀的劃一的限制事項，非經登記及公告，不得對抗善意第三人。（三）主觀的個別的限制，學者稱爲對於經理人代理權之限制，例如關於交易之種類、場所（例如僅限於店舖內之交易）、時期之限制，關於人的限制，例如禁止對於特定第三人之往來。此種意定限制，依德商規定，對於第三人爲無效（德商五〇條一項）。依瑞債、日商及我民法，雖於主人與經理人之間發生效力，然不得對抗善意第三人（民法五五七條、瑞債四六〇條三項、日商三八條三項）。此爲經理權之特質，與營業之全般代理權不同。又此限制，非登記事項，不獨無登記能力，誤爲登記亦不生登記之效力。至於客觀的劃一的限制（法定限制），於登記及公告前，得對抗善意第三人。於登記及公告後，對於善意第三人亦得對抗之（*Staub*, *zu* § 53, *Ann. 1*; *Funk*, *art. 60, 2, 3*）。

經理人之經理權，除對於不動產之買賣及設定負擔，得爲擴張外，不得爲之。例如允許爲自己交易或選任他經理人，此種代理權之授與，固爲主人之自由，然此非爲經理權之擴張，而爲另有特別之授權。故

此等權限無登記能力，雖誤爲登記，亦不生登記之效力（竹田商法總論四五〇頁）。

第四目 經理人之義務

經理人對於營業主體之關係爲委任，其間法律關係應依關於委任之規定。民法就經理人之同業競爭禁止義務，特設有規定，茲就其內容及效力，分述之。

一、同業競爭禁止義務

經理人非得其商號之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任之股東（民法五六二條、瑞債四六四條、德商六〇條七六條一項、日商四一條），是爲同業競爭之禁止規定。（一）營業競爭之禁止，中世紀即有此制度。德商法第六〇條及第六十一條，關於商業使用人設有此項規定，禁止其爲屬於主人營業門類之商行爲，同時不問種類如何，禁止其爲營業。前者之禁止，在於避免與主人利益之衝突，謂之同業競爭禁止（狹義的營業競爭禁止 *Konkurrenzverbot*），後者之禁止，在於防止業務分心而使其專心任事，謂之兼業禁止或副業禁止（*Nebenbeschäftigungsverbot*）。日商第四十一條亦略爲同樣之規定，然限於經理人。瑞士債務法第四六四條對於經理人及爲全部營業之經營所選用或僱用之商業代理人，禁止其爲自己或他人爲與營業主營業之同類行爲，即惟禁止經營同類事業。我民法規定，蓋近似瑞債之例也。（二）經理人不得爲自己經營與其所辦理之同類事業，無論獨資經營或與他人合夥經營，均在禁止之列，亦不爲第三人經營與其所辦理之同類事業。如甲乙二商號經營同類事業時，甲商號之經理人，不但不得任乙商號之經理人，亦不得爲其店夥或代辦商。經理人不得爲同類事業公司無限責任之股東，即不得爲同類事業無限公司之股東或兩合公司或股份兩合公司之無限責任股東（依日本商法修正第四一條經理人不得爲公司之無限責任股東、董事或他商人之使用人，並不限於同類事業公司）。（三）同業競爭禁止義務，應於法律上之經理人關係繼續期間，由經理人負之。有謂法律上之關係雖

繼續，然如事實上不任事時，則無此義務。例如經理人爲無效之辭任離去其地位時，法律上之關係雖尚存續，事實上已不任事，故亦無此義務，從而此時雖得以契約不履行為理由請求損害賠償，不得以競爭禁止義務違反爲理由，而爲介入或請求賠償。然如爲違反債務而使得免競爭禁止義務，未免奇特，故應解釋此義務於法律上經理關係存續期間，繼續存在。

二、違反同業競爭禁止義務之效力

經理人有違反民法第五六二條規定之行爲時，其商號得請求因其行爲所得之利益，作爲損害賠償（民法五六三條一項、德商六一條一項、瑞債四六四條二項、日商四一條二項）。（一）經理人違反此義務時，其行爲並非無效，亦非得撤銷，主人得以契約義務之違反爲理由，請求損害賠償或以不得不終止之理由終止契約（民法五六一條二項），並得請求繼續競爭行爲之中止（Ost. u. Sq. I. 4）。然民法對於主人與以特別救濟，經理人爲自己與第三人所爲之行爲，主人得視爲自己所爲者，謂之奪取權（Anneignungsrecht）或介入權（Eingriffsrecht）。蓋此時損害多爲所失利益，不獨證明實際上甚爲困難，而且使主人維持顧客關係之必要也。（二）依德商法第六一條第一項，損害賠償與介入權，惟得擇一的行使，瑞債第四六四條第二項，對於介入權及損害賠償請求權，認爲得重疊的行使。日商法僅就介入權爲規定，是否爲擇一的或爲重疊的，亦有爭論。然通說謂爲不妨重疊行使，即行使介入權後，尚有損害時，仍不妨請求賠償。例如經理人得爲主人以一百元買入，然爲他人之計算以一〇八元購入，則主人得以一〇八元承受其貨物，而請求八元之損害賠償（田中二七四頁、竹田二三四頁、松本三九六頁）。在我民法是否爲擇一的抑爲重疊的，雖有主張爲重疊的（我妻中國債各四五八頁），依余所見，我民法雖未如德商法規定「主人得代替損害賠償，請求以商業使用人爲自己所爲之行爲視爲主人所爲及交付爲他人所爲行爲之報酬或讓與其報酬請求權」，然規定「得請求因其行爲所得之利益作爲損害賠償」，應解釋於此以外，不得更請求損害賠償（同說戴著債各下五二頁、薛著二〇三頁）。（三）德商及日商，均以經理人爲自己所爲之行爲

爲限，主人得爲介入，依德商規定，爲他人爲之者，惟得請求交付由該行爲所受之報酬或讓與其報酬請求權。在日商解釋惟得請求損害賠償。經理人爲其他公司之無限責任股東時，股份之讓與須有其他全體股東之同意（公司法四九條），故雖行使介入權，亦不能達其目的（竹田四五九頁），而瑞債則無論其爲自己所爲或爲第三人所爲，主人均得以該行爲於自己之計算承受之。然爲第三人爲之者，以該第三人知其經理權（已登記於商業登記簿）時，始得行使介入權（Funk, art. 464, 2）。但亦有主張介入權，惟於經理人爲自己計算時爲可能，爲第三人爲之者第三人無須依從（Oser, z. § 464, N. 8）。然主人之介入，並不使相對人受其拘束，主人惟得對於違反義務人請求交付其所得之利益，其行爲尙未結束者，得請求讓與其對於相對人之請求權，此時非爲代位，乃爲強制移轉（參照瑞債一六六條）。然關於對待給付，對於代理人（經理人）有賠償之義務（Oser zu § 464, I, N. 8）。相對人不知其介入而又無過失，對於經理人善意爲給付時，免其債務（Fick, art. 464, no. 20）。我民法規定近於瑞債，經理人爲第三人計算而爲之行爲，在瑞債解釋即有不同之見解，已如前述，然我民法規定「請求因其行爲所得之利益作爲損害賠償」，當指經理人因其行爲所得之利益而言，即應依德民之規定，解釋請求所受之報酬或讓與其報酬請求權，蓋惟經理人有義務之違反也。然主人亦得選擇的不請求其所受報酬，而請求損害賠償，自不待論。又經理人爲同類事業公司之無限責任股東時，依德國判例，主人不得行使介入權，亦不得請求交付盈餘分配或公司解散時剩餘財產之分派，惟得請求損害賠償（Wuerdinger, HGB 861, Ann. 3）。在我民法，應解釋如因其他股東之不同意（公司法四九條九五條二七八條），不能達其目的時，亦得請求其交付由公司所得之盈餘分配或讓與其對於公司之此項請求權。（四）因介入權之行使，是否使經理人對於相對人之請求權法律上移轉於主人，抑僅使經理人負有以其所爲之經濟上結果均歸屬於主人之義務，瑞債採前一解釋（Oser, zu § 434, I, Funk art. 464, 2），德商日商則採後一解釋（Wuerdinger, z. 831, Ann. 3 竹田五四八頁）。

我民法既規定作爲損害賠償，以從後一解釋爲宜，即應將債權移轉於主人，並將爲其主張所必要之文

件，一併交付。金錢或其他物件已收取者，應交付於主人。然此僅爲主人與經理人間之債權關係，其效力不及於第三人，故主人非由經理人受債權之讓與，不得對於經理人之相對人請求清償，第三人亦非另有法律上之原因，不得直接對於主人請求清償或爲清償，故他一方面主人準用民法第一七七條規定，對於經理人應爲之對待給付之債務應爲承擔，對於其爲該行爲所支出之費用應爲償還，經理人爲此對於主人之反對請求權，得準依民法第二六四條之規定爲同時履行之抗辯。行爲尙未結束者，經理人有爲主人繼續實行之義務，不得因此請求報酬（Wuerdinger, z. 861, Ann. 5）。（五）主人對於損害賠償請求權或介入權，得選擇行使。其行使應以意思表示對於經理人爲之，因達到於經理人而生效力。於生效力後，其請求權集中於所選擇之給付，有如自始惟負有此給付之債務（但亦主張行使介入權時給付因而確定，不得再請求損害賠償，然請求損害賠償時其後不妨行使介入權 Goldmann, Konn, S. 300）。意思表示到達後，不得撤回，亦得援用審判上所爲該請求權之主張，然經理人不得定期催告主人爲選擇而使其選擇權移屬於自己（民法一一〇條）。於主人請求權消滅前（民法五六三條二項），選擇權依然存在（Wuerdinger, z. 861, Ann. 1; Staub 861, Ann. 1）。（六）數行爲爲介入權之標的，而有相互牽涉關係者，主人不得僅就有利於己者行使之，不利於己者棄之，蓋此數行爲在交易上爲經濟的一體也（Wuerdinger, z. 861, Ann. 3）。（七）數經理人共同違反營業競爭禁止義務時，依德國判例，應負連帶責任（RG 109, 355; Wuerdinger, z. 861, Ann. 9）。（八）主人之損害多爲因競爭義務違反所失之利益，其數額依一般原則，應由主人證明。在損害額，損害賠償請求權雖得與經理人因違反契約之行爲所得或應得之利益相吻合，然以可認爲該種行爲之訂立，主人本身當可關與爲前提，否則無所失利益之損害賠償請求權，惟得行使介入權而對於經理人就其因契約訂立所得之利益，有直接請求權（Wuerdinger, z. 861, Ann. 2）。（九）經理人應將該行爲之進行狀況及顛末，報告主人（準用民法一七三條二項五四〇條），以使主人得判斷其是否行使介入權（Wuerdinger, z. 861, Ann. 4）。

三、介入權或損害賠償請求權之消滅

商號之介入權及損害賠償請求權，自商號知有違反行為時起，經過一個月或自行為時經過一年不行使而消滅（民法五六三條二項、日商四一條三項、德商六一條二項）。德商明定為因時效而消滅，在日商法學者解釋為形成權之除斥期間（竹田六一條、松本三九六頁、田中二八六頁），在我民法有解釋為除斥期間者（劉著五六三條注釋、季著上冊二二三條），有主張為時效期間者（梅著三〇八頁），依余所見，此項請求權性質為形成權（參照民法三六五條），應解釋為除斥期間。

第五目 經理關係之終了

一、經理權之撤回

經理人通常與主人立於委任之關係，因委任之終了而任終。僅有經理權之授與者，因代理權之撤回而經理關係消滅（依德商第五二條第一項規定「經理權不問其所由授與之基本法律關係如何，得隨時撤回之，但並不妨礙其基於契約之報酬請求權」）。

二、經理人之死亡或喪失行為能力

因經理人之死亡或喪失行為能力，而使經理關係終了（民法五五〇條）（Wuertinger, zu § 53, An. m. 5）。然不因商號所有人之死亡或喪失行為能力而消滅（民法五六四條、瑞債四六五條二項、德商五二條三項、日商五〇六條）。此時為繼承人之利益，應使其繼續經理人之地位，蓋經理人之選任，係為主人為營業行為，其代理權不應因商號所有人之死亡或喪失行為能力而消滅也。

三、破產

經理人之破產，不當然發生經理權之消滅，然得為主人不得不終止契約之理由，而可為間接消滅之原因（民法五六一條二項 Wuertinger, z. § 53, Anm. 6）。商號所有人之破產，我民法雖規定不當然使經理

權消滅（民法五六四條），然依破產法第七十五條規定「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」，因管理及處分權之喪失，經理人之行為與破產人之行為，同對於破產債權人之關係不生效力，但破產人之債務人善意對於經理人爲清償者，得予以對抗破產債權人。如知其事實而對於經理人爲清償者，僅得以破產財團所受之利益，對抗破產債權人（破產法七六條）（Wuerdinger, z. 833, Ann. 6）。

四、營業之停止或轉讓

經理人係代理關於營業之行為，故因營業之終了而任終。又小規模營業者，應解釋不得使用經理人（商業登記法五條），故營業變爲屬於小規模營業者之營業範圍時，應解釋經理人變爲一般商業代理人。公司因解散開始清算，有解釋非爲營業之終了，清算時雖不得選任經理人，然既已選任之經理人，不因而當然終任（Duering-Hachenburg, HGB § 53 竹田四三七頁）。然經理人就營業有廣泛的代理權，與清算之觀念不相容，而且公司之清算，其清算人之選充，公司法設有規定（公司法七二條以下一〇二條一二五條二六七條以下二八九條），通說謂經理權應因公司之解散而消滅（Lehmann-Ring z. § 48 B, Nr. 5, Wuerdinger, z. § 53, Ann. 7 松本三十七頁 Staub, HGB § 238, Ann. II）。經理權於清算開始時消滅，對於善意第三人以解散之登記及公告時爲準（商業登記法八條十三條），對於惡意第三人以知有解散之決議時爲準（Oser, zu § 45, II, 參照瑞債三五條一項）。但商號所有人爲自然人時，於清算期中尚不妨選任經理人，則原任經理人自可繼續代理（Fick art. 465, no. 17）（參照關於經理人選任之說明）。

五、營業之轉讓

經理權因營業之轉讓而消滅。蓋以經理權惟對於爲其選任之營業主有其效力，新營業主對於其前主所授之經理權，惟於明示的予以維持時，始負有義務。例如個人商號成立無限公司，一面塗銷經理權，一面另登記。如新營業主聲請商號所有人之更換時，聲明經理權爲其關係繼續存在，則經理權無須塗銷及再

登記而得對抗新營業主。依德國高等法院判例，除上述聲明外，尙應於商業登記簿有經理權之新授與或繼續存在之登記（Staub zu § 53, Anm. 15; Wurdinger z. § 53, Anm. 7）。

六、商號之塗銷及經理權之塗銷

商號登記之塗銷，不當然使經理權消滅，蓋經理權並不以登記之商號爲前提也。此時應以其營業是否已停止以爲斷。然依登記而始視爲商業者（商業登記法四條），自當別論（Staub, z. § 52, Anm. 6; Wurdinger, z. § 53, Anm. 8），但亦有主張因商號之塗銷使經理權及商業代理權之行使失其前提（Oser zu § 465, IV, 2）。然僅移轉營業，而不移轉商號時，則經理權因失其前提而消滅（Oser, a. a. O.）。又商號權消滅時（因商號之廢止），亦使經理權終止（Staub, z. § 52, Anm. 6）。但商號之變更，僅使經理人變更其所代理商號之名稱，對於經理權不生影響（Wurdinger, z. § 53, Anm. 8; Staub, z. § 52, Anm. 16）。

經理權之塗銷本身，亦不當然使經理權消滅。如其塗銷係依營業主之聲請（商業登記法八條）而經塗銷登記及公告時，則得對抗第三人（商業登記法十三條）。然所謂第三人，經理人亦包括在內，蓋得有經理權消滅而爲經理人所不知，例如依公示送達爲委任契約之終止或經理權之撤回（民法九七條），因此如經理人逃走，所在不明，則營業主得依經理權登記之塗銷，爲經理權之撤回或委任之終止。登記官署所爲塗銷請求之公告，如同營業主所表示的公開之撤回（Staub, z. § 53, Anm. 14; Wurdinger, z. § 52, Anm. 8）。

七、共同經理一經理人經理權之消滅

在共同經理，一經理人之經理權因死亡或其他原因消滅時，其他經理人惟應與之共同代理主人者，其代理權亦因此而歸消滅。但受領意思表示，仍得單獨爲之。因此其他剩餘之同夥經理人之共同經理權之登記，不必塗銷，營業主得隨時補充另一共同代理權人。反之因一經理人代理權之消滅，於一剩餘之共同經

理人外，尚有其他共同代理權人（另有他經理人或與為共同代理之權之合夥人或董事）時，則其他經理人之共同經理權完全繼續存在（Wuerdinger, zu §53, Ann. 10; Staub z. §52, Ann. 17）。

【註】經理人中有一人死亡，他人有全部代理權（六年上字第六八一號）。他人應解釋尚有二人以上或惟有一經理人尚有與之為共同代理之權之合夥人、執行業務之股東或董事。

八、終任之登記

經理人之解任及經理權之消滅，營業主應向經理人所設置之本店支店所在地之登記官署（縣政府市政府社會局），聲請登記（商業登記法十一條）。非經登記及公告，不得對抗善意第三人（同法十三條）。

第三節 代辦商

第一目 代辦商之意義及代辦關係之性質

代辦商（Handlungsagent; Handelsvertreter; mandataire commercial），在日本商法我舊商人通例稱為代理商，謂非經理人而受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部之獨立的代理人（民法五五八條一項、德商八四條一項、日商四六條、我舊商人通例六〇條）。代理商制度，創自德新商法。原來 agent 一語汎指商業上輔助人而言，凡商業代理、行紀、居間皆屬之。至德新商法始將與一定商人有繼續的關係之獨立的商業代理人，認為代理商（Handlungsagent）。日商法及我商人通例仿之。我民法則略從其意。德修正商法則改稱為商業代表人（Handelsvertreter），其與從來之代理商有重要不同之點；即（一）將原來商業主（Geschäftsherr）改稱為企業人（Unternehmer），原來主人須為商人，否則非為商業代理人而為民事代理人（Zivilagent）。修正後則只須為獨立的企業人，其為商業或非商業，在所不問。雖不為營利，亦不妨為企業人，例如地方團體以生活品賣與住民為目

的，而委託商業媒介人經常爲其購入時，其媒介人亦不妨爲商業代表人。故爲相互保險公司、手工業人、未登記之農業副業經營人之經常業務介紹人，爲電影園主人之影片租借契約介紹人，均無不可（Wuerdinger, z. 884, Ann. 7）。（一）代理商原來須非商業使用人，其用語不甚精確。德商法修正第八十四條則規定商業代表人須爲獨立營業人（selbständiger Gewerbetreibender），明示其應爲獨立商人（德商一條二項七款 Staub z. 884, Nr. 13）。

一、委任人須爲商號所有人

依修正前之德商法及日商法，代理商須爲商人爲代理或媒介，故爲非商人例如爲相互保險公司、農業者、漁業者、鑛業者等爲代理或媒介者，爲民事代理商。縱令使用代理商或代理店之名稱，仍非真正之代理商，不過對於非商人之營業人之代理，亦得準用關於代理商之規定而已（Staub z. 884, Nr. 3；松本四〇二頁）。依德修正商法第八十四條，爲企業人爲代理或媒介者，均爲商業代表人，其爲委託之營業主不以商人爲限，已如前述。惟爲私人（非企業人）爲交易介紹人，例如爲郵票收藏家經常購買郵票，始爲民事代理商（Wuerdinger, z. 884, Ann. 7）。我民法既規定代辦商須爲商號辦理其事務之全部或一部，自應解釋其營業主體須爲商號所有人，如爲非商業之其他企業人爲之，應解釋惟準用關於代辦商之規定。

二、代辦商須爲獨立的營業人

代辦商須爲獨立的營業人，此點與商業使用人不同。依德商法第九十一條第一項，商業代表人（代辦商）雖非商人，亦不妨適用德商法第五五條關於代辦權之規定。依我商業登記法第三條第十六款規定，代辦業爲商業，故以代辦爲業者，應解釋爲獨立商人（Staub z. 884, Ann. 13, Wuerdinger, Ann. 1）。

代理商得爲自然人或公司。其爲結約活動或受領意思表示之代理者，限制行爲能力人不妨爲之。僅爲介紹活動者，無行爲能力人亦得爲之。單獨代理人（Alleinvertreter）由工業或其他企業，於一定區域或一定時期承受其產品之獨家經營，而以自己之計算與自己之名義，由企業人受取貨物並以同樣之計算及名義爲

販賣時，爲中間商人（自己商人），而非代辦商。此獨占的契約如同其他繼續關係，應因重大事由而得終止之。因其類似代辦關係，應解釋當事人得準用民法第五六一條之規定，終止契約（Wuertinger, z. 884, Anm. 1）。

依日商法第四一條修正前德商法第八四條規定，代辦商須非商業使用人。修正後德商法則以獨立營業爲要件。依德商法修正第五條第一項規定，其第五四條規定對於代辦商及於主人營業之外受任以主人之名義訂約之商業使用人，均有適用。我民法既未限定爲非商業使用人，對於在主人之營業外受任以主人之名義訂約之商業使用人，固不待論，其就營業全部或一部之事務授有商業代理權者，亦可準用關於代辦商之規定。然如一人對於他人負有不設置支店之義務，而以代辦商之名義，實際上派遣經理人時，則非代辦商（Dueringer-Hachenburger z. 884, Anm. 2）

三、代辦商須於一定處所或一定區域內爲商號辦理其事務之全部或一部

代辦商爲商號辦理事務之範圍，依契約之所定，得爲商號營業事務之全部或僅爲其營業事務之一部。依德日商法及我商人通例，代辦商所得辦理者，爲商號營業範圍內行爲之代理及介紹（德商八四條、日商四六條、商人通例六〇條）。其專爲行爲之代理者，謂之結約代辦商（Abschlussagent）。其專爲行爲之媒介者，稱爲介紹代辦商（Vermittlungsgagent）。兩者兼爲之者，兼有此兩種資格。我民法雖僅規定以商號之名義，辦理其事務之全部或一部，代理行爲固不待論，媒介行爲亦應解釋包括在內。

代辦商雖有主張應在商號有營業所以外之處所（梅著三〇七頁），然在商號有營業所之處所或在其他處，均無不可（Wuertinger, z. 884, Anm. 1）。不過依我民法規定，應指定一定處所或一定區域而已。依修正前德商法，須爲他營業之商行爲（Handelsgewerbe eines anderer Geschäfte）之媒介或代理，而修正後則改爲行爲之媒介或代理。依修正前之日商法第三十六條，須爲商行爲之代理或媒介，修正後則改爲交易之代理或媒介。故在修正後德商法，只須屬於他企業人營業範圍內之行爲，並不以商行爲爲

必要。土地買賣、影片或機器租借之介紹或代理皆屬之（Wuerdinger, z. 8. 84, Ann. 3）。我民法僅規定為商號辦理其事務之全部或一部，故苟屬於商號之事務，均不妨為代理或介紹。

四、代辦商須經常為一定商號辦理其事務

依修正德商法第八四條，商業代表人以經常（ständig）受任為媒介或代理為前提，日商法第四一條亦以平常為商人交易之代理或媒介為前提，我民法雖未特揭示此旨，然代辦商須為特定商號，於一定處所或一定區域辦理其事務，自含有經常及繼續的意義。所謂須為特定商號，並非謂必須為一個商號，為特定之數商號為之，亦無不可。因其關係須為繼續的，故與居間人不同。代辦商與特定之一商號或數商號有繼續的法律關係，因此應保持及增進商號之營業利益，通常凡屬商號營業範圍內之貨物或工業的產品，應為介紹或代理販賣，並且應努力於調查商況，覓求顧主，開闢銷路，與同業為競爭。反之居間人則限於特定市場（土地、穀米、證券、船舶噸位等），為一般商號或臨時為一定商號為代理或媒介。所謂臨時代理商（Gelegenheitsagent）或一般對於公眾提供其交易媒介活動而偶然為此一人或彼一人訂立契約者，其性質如何。有謂為居間人（Wuerdinger, z. 8. 84, Ann. 2）。有謂為仍為代辦商，蓋以居間人對於當事人之雙方負有同等之義務，得由雙方請求報酬，故對於雙方須為公平而代辦商則惟對於一方負有義務也（Durringer-Hachenburger, z. 8. 84, Ann. 10）

五、代辦商對外須以商號之名義為商號辦理事務

代辦商與第三人為行為時須以其所代辦商號之名義為之，此點與行紀須以自己之名義為之者不同。依其情形依契約訂定，代辦商亦得以自己之名義受取貨物者，並非絕對的有礙於代辦關係之成立。行紀契約與代辦契約，並不相排斥。商人經常受任以自己之名義，為他人之計算，買賣貨物者，其對於本商號之人的關係，等於代辦商，而就其餘因處理事務所生之關係，應依關於行紀之規定。依商人通例第七十條第一項「凡經明示指定地域承受代理或介紹之代理商，對於在其地域內雖未經手，由本商人自為或另委他人代

爲之行爲，亦得請求報酬，但有特別契約者，不在此限」（德商八七條二項一段）。依德商法解釋，此項規定亦可準用於在一定地域有獨占出賣權之行紀（*Wuertinger, z. § 84, Anm. 6*）。前述之單獨代理人，雖亦於一定區域有產品之獨占經營權，然以自己之計算及自己之名義爲之，應爲自己商人，已如前述。

六、代辦商亦得選任次代辦商

依德修正商法第八十四條第三項規定「企業人亦得爲商業代表人」，其意即謂商業代表人亦得爲企業人，而對於他人創設次代辦商關係（*Untervertret.*）。我民法雖未有特別規定，次代辦商關係之創設，當不在禁止之列。有一般代辦權之代辦商，於有特別授權時，得代理本商號，選任次一代辦商。此時於本商號與次代辦商間直接成立代辦契約。後者雖多少應從代辦商之指示，而視其爲本商號之代理人，然直接對於本商號有其權利與義務。有一般代辦權之代辦商，通常以自己之名義與次代辦商訂立次代辦契約，使其爲本商號爲代理或介紹行爲。此時次代辦商契約上對於代辦商負其義務，代辦商應支付報酬與次代辦商。對於本商號之關係，次代辦商之行爲，視爲代辦商之行爲。此次代辦商爲代辦商之履行輔助人，本商號應將報酬支付與代辦商。此時對於次代辦商與代辦商之關係，除契約另有訂定外，準用關於代辦商之規定。代辦商如僅約使第三人覓求主顧而自己爲本商號與之訂立契約或介紹，則該第三人非代辦商，蓋其活動僅限於就行爲之可能性爲報知也。如該第三人非爲代辦商之商業使用人，則僅爲通常委任關係（*Wuertinger, z. § 84, Anm. 8*）。

七、代辦關係之性質

代辦商與本人間成立經常爲其代理或媒介之契約，謂之代辦商契約（*Agenturvertrag*）。此契約爲雙務契約。代辦商負有經常爲本人結約或媒介，以保持主人利益之義務，本人負有給付佣金以爲報酬之義務。然法律上爲何種雙務契約，其說不一。

1. 委任說 此為德國舊時之通說，然在普通法下，以委任須為無償，而代辦商契約為有償契約，遂為學者所捨棄。

2. 承攬說 此說自佣金之觀點，因其以一定之結果為目的，故認為承攬。然代辦商契約之目的，非在限定的一工作，而其結果之完成，在代理行為繫於相對人之意思如何，在媒介行為，繫於當事人雙方之意思如何，非代辦商單獨所得完成之事項，故難謂為承攬。

3. 僱傭說 此為德國現今之通說，在德普通法，通說謂為獨立的僱傭之一種無名契約（*Contractus sui generalis*）。然在德民法，以報酬之有無為區別委任與僱傭之標準。委任限於無償，故通說以有償之代辦商契約，為僱傭契約之一種（*Staub z. 884, Ann. 4, Lehmann-Ring, z. 884, Nr. 4; Wuardinger, z. 884, Ann. 16*）。然代辦商為獨立之營業人，而且以處理事務為目的，與僱傭之觀念不合。

依上所述，關於代辦商契約，學說雖有種種，然在我民法之下，委任契約，得為有償，而且其代辦事務，不問其為法律行為或非法律行為，應認為委任契約。

第二目 代辦商之種類

一、依一般觀點，代辦商得分為左列各種

1. 媒介代辦商（*Vermittlungsagenten*）與結約代辦商（*Abschlussagenten*）。
2. 坐地代辦商（*Platzagenten*）與行商代辦商（*reisende Agenten*）。
3. 總代辦商或上級代辦商（*Generalagenten oder Oberagenten*）與次代辦商（*Unteraagent*），依代理權範圍之大小，總代辦商得為自己使用次代辦商，而後者對於本商號無直接契約關係。此種次代辦商又稱為複代辦商（*Aferagenten*）。

二、依活動之主要對象，得為左列分類

1. 貨物代辦商 (Warenagenten) 又得分爲購入代辦商與販賣代辦商 (Einkaufs = Oder Verkaufsgentn)。

2. 保險代辦商 (Versicherungsagenten)，謂由保險業者受有媒介或訂立保險契約之代辦權之代辦商 (參照德商九二條)。

3. 對物信用代辦商 (Realkreditagenten) 多爲抵押銀行而活動。

4. 運送代辦商 (Transportagenten)，主要的爲海外的運送而活動。

5. 輸出代辦商 (Exportvertreter) 係媒介國內貨物之對外輸出，爲國內輸出商及國外輸入商，買受貨物而活動。其主要任務，在兼顧特定貨物製造人 (本商號) 之販賣利益與輸出商之輸出利益。輸出代辦商尤應注意於製造物之輸出能力，所需包裝及市場狀況之報到，對於覓求貨物之輸出人，應注意於指定有給付能力之供應廠商。如其注意有欠缺，對於輸出人應負訂約上過失之責任。

6. 定線航運代辦商 (Linienvertreter) 係對於多數定線航行之船運企業，爲其登記及接受裝貨，通常有依載貨證券記載條件，訂立裝貨契約之授權。此代辦商亦往往由第三發貨人受件貨運送之委託，爲其計算，以自己之名義與船主訂立運送契約。此時船運代辦商，對於船主有以其爲本商號而爲此訂約之權限，同時亦有爲其招攬裝貨之作用，而對於發送人，則爲承攬運送人。此種事實，在陸空運送亦得發生。在此情形運送媒介人應獨自維護發送人之利益，依從其指示，不應因其爲航運代理，而將發送人之利益置於船主利益之後，蓋此承攬運送行爲與航運代理應爲區別也。

7. 輸入代辦商 (Importvertreter; Abladevertreter; cif-agent) 謂依契約爲一定外國貨物供應商號經常代理及爲其媒介貨物交易，而於貨物供應人 (Lieferant; Lieferer) 與國內買受人之間爲活動。通常輸入代辦商有廣大的區域。例如以中國全國或以亞洲爲區域，而於重要場所與其代辦商連絡，以之爲其次代辦商。然與外國供應商未有共同協作契約之訂立，故與各個供應商之連絡，頗多變動，惟有臨時的性質。

。其結約代理權並非一般的成立，惟依外商所送來的個別要約之內容範圍，而定其授權。其性質爲代辦商抑爲居間人，界限不甚清晰。因國內商人對於外商不能知其信用如何，惟有信賴輸入代辦商之報告。因此代辦商對於國內商人就其報告，自訂約上過失之觀點，應負高程度的責任。無論如何，有訂約權之輸入代辦商，於貨物有爭執時，應認其有爲處理之授權。

第三目 代辦權之代理範圍

代辦商對於第三人之關係，就其所代辦之事務，視爲其有爲一切必要行爲之權（民法五五八條二項、德商五四條一項、瑞債四六二條一項）。即代辦商於受商號委託之範圍有代理權。依德商法其代理權及於該營業之經營或該行爲之實行通常隨伴之一切行爲及法律的行爲。依瑞債務法，其代理權及於其營業之經營或其事務實行通常必要之一切法律的行爲，均以通常必要之行爲爲限，而非必要之行爲，惟經理人始得爲之。何謂通常隨伴之行爲，應依時間、空間及營業部門上之觀察定之。第一限於營業事務，而不及主人之私人事件。第二不及於不得代理之事件，例如經理人之選任、發起人關於公司設立之報告（公司法一四二條）。普通隨伴之事務，例如對於貨物爲檢查、爲異議或承認，關於貨物買賣審判外和解之訂立。代爲販賣物品者（動產及有價證券），遇有關於物品瑕疵或短缺及到期交付等，有受相對人通知之權（參照商人通例六五條、德商法五五條四項）。代爲物品販賣之媒介者，亦有此權限（參照修正日商法四九條、德修正商法九一條二項）。然惟有受關於買賣履行之通知之權限，而關於買賣無效或撤銷（例如錯誤）之通知，除另有授權外，無受取之權限。又代辦商就其所訂立販賣行爲之價金，應認有代主人收受之權限。然不得受領代物清償，亦不得以相對人對於自己之債權，與價金債權爲抵銷（註）。代辦商授有訂立契約之代理權者，不使其當然有變更已訂立契約尤其寬許特別展付期間之權限（參照德修正商法五五條二項）。媒介代辦商無代理權，不適用關於代理之規定。其爲本人所爲行爲之效力，因意思之欠缺、被詐欺或脅

迫、明知或可得而知其情事致受影響者，其事情之有無，應就主人決之，而非就代辦商決之（民法一〇五條但書）（註一）。

【註一】依修正前德商法第八六條、修正商法第五五條第三項「惟於有授權時，始得受領支付」，然依其修正前商法第五五條第八七條，為行商人之代辦商，有收取其所訂立販賣行為價金及專認許展付期間之權限。又一般商業代理人，金錢收取通常屬於其活動範圍者，認有受取金錢及金錢價值物之權限（*Staub z. § 54, Ann. 7; Wuerdinger z. § 462, Ann. 5*）。

【註二】商、通例第六四條「凡代理商僅有介紹之權限者，若代本商人訂立買賣等契約，本商人知之，並不隨向對手人通知作廢，即為本商人默認」。依德商法第九一條a第一項規定，本商號於有代辦商或第三人就契約訂立及其重要內容為報告後，未無遲延的對於第三人為拒絕時，視為承認。我民法關於此點無規定，解釋上依誠信原則，應認本商號有通知之義務。如因過失怠於通知者，應負損害賠償責任。

代辦商除有書面之授權外，不得負擔票據上之義務或為消費借貸或為訴訟（民法五五八條三項、瑞債四六二條二項、德商五四條二項五五條一項）。（一）非有書面之授權（依德商、瑞債，並不以書面為必要），代辦商不得以本商號之名義，為票據之發行、背書、承兌或保證。但不發生票據上義務之行為，例如為被背書人而受取票據、委任背書、拒絕證書之作成，不妨為之。（二）不得以本商號之名義為消費借貸，但不妨利用其營業之通常銀行信用（*Staub, z. § 54, Ann. 20; Wuerdinger z. § 54; Ann. 6; Oser z. § 462, Ann. 16*）（三）訴訟不獨起訴，防禦亦包括在內。對於外國法院管轄之合意亦屬之（*Staub z. § 54, Ann. 20*）。但仲裁和解契約，雖不屬於訴訟行為，然不屬於其營業通常必要之行為，依民法第五五八條第一項之規定，一般應不在內（*Oser z. § 462, Ann. 17*但亦主張關於其營業和解契約之訂立，於有疑義時應屬於代理範圍*Staub z. § 54, Ann. 20*）。又依德商法第五四條第二項，商業代理人非有授權，不得為土地之讓與或設定負擔，此規定對於代辦商亦有適用（德商五五條一項）。我民法關於經理人亦有此規定（民法五五四條二項），可解釋於代辦商亦有準用。

第四目 代辦商之權利義務

代辦商與本商號之間爲委任關係，除契約另有訂定及本節有規定外，可適用關於委任及代理之規定，如雙方均爲商業主體，關於商人間留置權之規定（民法九二九條），亦可適用。

一、代辦商之義務

代辦商應以善良管理人之注意代辦事務，對於相對人之實力、信用、交易之條件及其他市場之狀況爲注意，不斷盡力謀本商號之利益爲代理或媒介（參照德商法八六條一項）。至於一定販賣額之達成，代辦商並不負此義務。然如爲此保證，於有疑義時，對於不足之額尚非負賠償之義務，惟對於活動，不得請求報酬（Wuerdinger z. §86, Ann. 2）。

1. 報告之義務 代辦商就其代辦之事務，應隨時報告其處所或區域之商業狀況於其商號，並將其所爲之交易，即時報告之（民法五五九條、德商八六條二項、日商四七條）。在一般委任，受任人應報告委任事務進行之狀況於委任人，委任終止時報告其顛末（民法五四〇條）。代辦商並應隨時報告商業狀況，爲代理或媒介時不問委任終了與否，應即時報告之，即應無遲延的（無過失之遲延）爲之。報告以發送爲已足，故遲到之危險，由本商號負擔。

商業使用人負有爲主人處理事務之責者，尤其如支店長或行商，亦有爲報告之義務。德民法對於以處理事務（Geschäftsbesorgung）爲目的之受僱人，亦使如同受任人負報告之義務（德民法六七五條六六條），即本斯旨。此外代辦商請求費用之償還或應交出所取得者於本商號時，有爲計算之義務。

代辦商違反義務時應負損害賠償責任。依其情形亦得非爲履行利益，而爲信賴利益之賠償。例如代辦商對於相對人之信用，因其過失爲不實之報告，致成立信用之給與，偽造契約條件以爲相對人所提出者眩示於本商號。義務之違反亦得爲報酬請求權之喪失或爲不得終止契約之事由（民法五六一條二項）。

2. 同業競爭禁止之義務 代辦商之此項義務，與經理人所負者同（民法五六二條五六三條、日商四八條參照德商九〇條 a），其詳可參照之，茲不贅。代辦商因負有此義務，故為第三人亦不得為屬於本商號營業部門之同類行為，然此非強行規定，如得本商號之允許，不妨為之（民法五六二條）。代辦商往往為數個同種營業商號為代理媒介，而此反可使一方易於覓得對方，對於本商號有不少之便利也（竹田四七八頁）。

二、代辦商之權利

代辦商得依契約所定，請求報酬或請求償還其費用。無約定者依習慣。無約定亦無習慣者，依其代辦事務之重要程度及多寡，定其報酬（民法五六〇條、德商法八七條至八七條 d）。關於報酬除本節規定及性質上應變更適用外，應適用關於委任之規定。

1. 報酬請求權 有約定者，依其約定。無約定時依習慣（民法五四七條）。代辦商以代辦為營業，以有償為原則。然通常依代辦事務之多寡定其報酬。故就契約關係存續中因其活動成就之行為，均得請求報酬。雖於契約關係終止後其行為始訂立，如其成就可歸功於代辦商且係於終止後相當時期內訂立者，亦得請求報酬（參照德商法八七條三項）。又依德商法及我商人通例，經明示指定地域或顧客範圍，承受代辦事務之代辦商，於契約關係存續中，雖未經手，由本商號自己或委託他人與其區域或顧客範圍內之人所為之行為，除契約另有訂定外，亦得請求報酬（商人通例七〇條、德商法八七條二項）。我民法未為此規定，除當事人有此約定自可依其契約請求報酬外，得依其情形請求損害賠償。

2. 報酬請求權之發生及報酬支付時期 代辦商就代辦事務之成就而受報酬，應以第三人已履行其契約時為報酬請求權發生之時期。但代辦商因負擔保第三人履行之義務而約定應受擔保佣金（*Delkredeprovision*）者，其佣金請求權於契約訂立時，即已發生（參照德商法八六條 b 二項）。如確定第三人不為給付，則代辦商喪失報酬請求權。已受領者，應返還之。本商號方面已確定全部或一部不能給付者，代辦商不妨請求報酬。但其不能係非可歸責於本商號之事由而生或其履行不可期待本商號為之，尤其對於其不履行

，第三人有重大事由之存在者，不在此限。例如本商號有拒絕履行之權利時爲然。

報酬支付之時期，依約定，無約定者依習慣，原則上不適用民法第五四八條之規定。依商人通例，應付之報酬如無特別期間，應於每季結算一次，照數給付。依德商法第八七條a第四項，報酬於應結算月之末日，屆清償期（以每月結算爲原則，至少三個月結算一次德商八七條c一項）。我民法既未爲規定，無約定亦無習慣時，應解釋於報酬請求權發生後提出計算，即得請求報酬（民法五四八條一項後段）。

3. 報酬額之計算 報酬額之計算，應依契約所定。無約定者依習慣。無約定亦無習慣者，依其代辦事務之重要程度及多寡定之（民法五六〇條）。依德商法第八七條b第一項至第三項規定，佣金額未約定者，依慣行之定率。其數額應依第三人或企業人應給付之對價計算之。在使用及收益之契約有一定期間者，依其契約期間之對價計算之。不定期間者，以至第三人得通知終止契約之期間之對價計算之。商人通例第六八條規定，如無特約，應按其所代辦之事務計算。其代理或介紹販賣物品者，遇有報酬之爭議，應俟貨價交代後，照已交銀數，比例計算，亦即此旨。我民法既規定依其代辦事務之重要程度及多寡定之，應解釋按其重要程度酌定其比率。按其多寡計算其數額，通常應按第三人或本商號給付之對價計算之。

4. 費用之償還 代辦商得依契約所定，請求報酬或償還其費用，無約定者依習慣（民法五六〇條）。其費用不含於報酬之內者，應解釋於報酬外並得請求費用之償還。營業內經常之開支，應認爲包含於報酬之內。商人通例第七十條第二項規定「代理商於通常之營業上一切雜費，非別有契約或地方之習慣，不得向本人請求」。德商法第八十七條d規定「商理代表人（代辦商）對於通常營業所生費用之償還，惟於有此商業習慣時，始得爲之」，即示此旨。通常費用，例如旅費、交通工具之維持費用、郵費、電報電話費、營業場所之租金、樣本之運送費、廣告費等，除當事人另有訂定或另有習慣外，不得請求償還。特別費用，例如貨物之倉儲費、運送費、出倉費、發送費、關稅等，如依當事人意思或依習慣，已包括於報酬中者，亦不得請求償還。至於非常費用，應由本商號負擔。代辦商得依民法五四五條五四六條之規定，請

求預付或償還非常費用。例如為保護貨物，對於非常危險之禦防所支出費用，保險代辦商為救助被保險標的所支出之費用，在輸出或輸入代辦商，遠洋之電話費或電報費，亦得為非常費用（Werdinger, z. § 87, d, Ann. 2）。

第五目 本商號之義務

依德商法，企業人（本商號）對於代辦商，有將其活動實施所必要的基據（例如樣本、圖畫、價目表、勸誘印刷物、交易條件），置於其處分之下之義務，有為必要的通知之義務。對於代辦商所媒介或無權所訂立契約，有無遲延的為承諾或拒絕之義務（德商法八六條 a），我民法雖無此規定，依誠信原則，亦應認本商號有此義務。至於報酬之支付義務，則有如前述。

第六目 代辦關係之消滅

一、通知終止契約之特別規定

依民法第五四九條，當事人任何一方得隨時終止契約。此項規定對於代辦商關係，甚難適用，故設第五六一條規定，以限制之。

1. 未定期限者 代辦契約未定期限者，當事人之任何一方，得隨時終止契約。但應於三個月前通知他方（民法五六一條一項、德商八九條一項、日商五〇條一項）。（一）代辦商以代他商號辦理事務為業，須有相當之規模與佈置，而另覓常期主顧，須費時日，即在本商號方面亦難一時覓得替手。故應假以時日，於三個月前通知他方。即其預告期間不得少於三個月。於所定期間經過後契約當然終止。（二）然此規定對於在主人營業之外受任以主人之名義訂立契約之商業使用人，不適用之，蓋為終止主人與使用人間之契約關係，法律上雖亦有規定須經過一定之預告期間者，然在保護使用人為受僱人之地位，而就其對外部分

代理主人之權能，則不必爲此顧慮，且如主人以特定之使用人行使代理權爲不適當時，若仍使必遵守此預告期間，而不得使代理權消滅，究非主人所應忍受。瑞士債務法第四六五條第二項規定「經理權及商業代理權得隨時撤回之，但當事人間之僱傭契約、合夥契約、委任或其類似關係所應生之權利，不因此而受影響」，即示此旨。(三)因不得不終止之事由即時之終止，得附加必要時作爲通常終止即預告終止。如無此附加，是否得解作通常終止，應以其終止原因是否可認定其爲終止者不問如何均有解銷代辦關係之意思而定。然通常終止不能解作非常終止(Wuerdinger, z. 889, Ann. 9, §70, Ann. 3)。

2. 定有期限者 此時因其期間之屆滿而契約終止。

3. 非常終止(亦稱即時終止) 不問代辦契約定有期限與否，當事人之一方因非可歸責於自己之事由，致不得不終止契約者，得不先期通知而終止之(民法五六一條二項、德商八九條a、日商五〇條二項)。(一)此時終止契約之通知因達到於相對人而即生效力。(二)所謂不得不終止之事由，例如代辦商之不誠實、長期患病、對於商號所有人之重大侮辱、甚大契約之違反及有動搖商號所有人信任之行爲、所收取之物之不交付、破產及財產喪失、住所之遷移、繼續的失敗等，皆爲商號終止契約之不得已事由。本商號營業之重大失敗、對於代辦商不履行債務、繼續的無理由之委任拒絕、爲有害於代辦商之營業變更、商號所有人死亡時其繼承人無繼續營業之能力等，皆爲代辦商終止契約之不得已事由。(三)即時終止，不以無結果之禁止或催告爲必要，於契約關係事實上實施以前，亦得爲之。例如代辦商會在本商號爲第三人訂貨並未交與第三人而爲自己消費之，終未支付價金。即時終止亦得基於契約訂立前之事實，例如對於本商之使用人爲賄賂(Wuerdinger, z. 889, a, Ann. 9)。(四)不得已之事由係基於可歸責於當事人一方之事由而生者，他方得請求損害賠償(德商八九條a二項、參照民法四八九條二項)。因不得不終止事由之終止契約爲強行規定，不得排除或限制之。依違約金之合意而限制終止權之契約爲無效(民法七二條)。當事人是否得以一定原因常爲不得不終止契約之事由或以一定事實不爲此事由，應分別爲考察。以一定事

由爲不得終止之事由者，如其事由客觀的亦爲重大事由時，其約定爲有效。反之爲避免預告期間或終止保護規定之適用，而爲之者，應爲無效。以一定之事實不爲不得終止之事由者，應不生效力，只得作爲估量期待可能性時情況之用（Werdinger, zu § 89, a, Anm. 10）（五）依獨占或單獨出賣契約（Angebotlichkeits- oder Alleinverkaufsvertrag），對於一生產者之一定物品，有單獨經營權之商人，亦應必然的因不得終止之事由而被即時終止契約（Werdinger, z. § 89, a, Anm. 1）。

二、代辦商之死亡、破產或喪失行爲能力

代辦關係因代辦商之死亡、破產或喪失行爲能力而消滅（民法五五〇條）。然不因商號所有人之死亡、破產或喪失行爲能力而消滅（民法五六四條），此爲民法第五五〇條之例外。代辦商之死亡、破產或喪失行爲能力，雖爲法律上當然終任之原因，然固不妨以特約爲異此之規定。

三、營業之廢止及讓與

代辦商營業之讓與或廢止，不變更其義務，仍應負損害賠償責任。代辦商將營業讓與第三人，使其代替自己履行其對於本商號所負的代辦活動之義務，在所不許，然本商號得以此爲不得終止之原因，即時終止契約。營業受讓人無論其所承受者，爲本商號或代辦商之營業，惟得相對人之同意時，始得代替脫退者進入代辦關係（Werdinger z. § 89, Anm. 17; § 84, Anm. 18）。

本商號之營業讓與或廢止，對於代辦關係之效力如何，應加以研究。原來本商號營業之處分爲其自由，然亦有其界限。逾此界限，則對於代辦商之關係爲違法。如本商號非因經濟上之要求，而在顧慮代辦商之利益應爲所不許者，則有契約義務之違反，即爲違法。僅自經濟上之觀點爲有利，尚不能使其有害於代辦商之處分爲正當。惟其處分自事物之原因（營業狀況及利益），經濟上強其如此者，始不爲契約之違反。代辦商不得因此請求報酬或損害賠償，亦不得使本商號陷於遲延，蓋在此範圍，代辦商之勞務供與，已無對象也。因戰爭、疾病、火災、輸出入之禁止、政府之獨占，而致營業之廢止者亦同。本商號加入卡特

爾、企業組合，而有害於代辦商時，則以其加入是否經濟上強其如此而定（即其不加入不能為獲利之繼續營業）。然本商號應將廢止營業或其類似措施，無遲延的以終止契約之形式，通知代辦商，否則應負損害賠償責任。要之本商號經濟上必需的營業之讓與或廢止，對於代辦商不為契約之違反。然契約關係不當然消滅，只構成不得不終止之事由而得即時終止契約。本商號所有人死亡，而妻為其繼承人無營業能力將其出賣時，固不能期待其繼續，故構成即時終止之事由，代辦商不得因此請求損害賠償，然對於所約定之確定的報酬額（佣金擔保、雜費概計額），得依民法第五四八條第二項之規定，請求相當部分之報酬。如本商號之處分，對於代辦商為契約之違反，則本商號不因取得即時終止權，惟代辦商得對於他方終止契約並得請求損害賠償（參照民法四八九條二項 Wuerdinger z. 884, Ann. 32）。

〔註〕亦有主張本商號營業之廢止或讓與，當然為代辦關係終了之原因（松本四二〇頁、田中二五九頁）。有主張本商號之營業終了時，代辦商契約失其目的，當然終了（竹田四八六頁）。

第十二章 居間

第一節 居間之意義及性質

居間（Maklervortrag; courtage; brokerage）謂當事人一方為他人報告訂約之機會或為訂約之媒介，他人給與報酬之契約（民法五六五條，瑞債四一二條，參照德民六五二條一項一段，德商九三條，日商五四三條）。他方稱為委託人（Auftraggeber; mandant; client; employer），前一方稱為居間人（Makler; courtier; broker）。

居間營業，在昔希臘羅馬時，已有此制度。當時無論何人，得自由為之。及於中世，非為居間人團體

之團員，不得經營，遂帶有公職之性質。爾後居間人之官吏的性質，益形增加，對於潛密居間人（*Pfisch-oder Winkelmakler*）嚴罰，加以禁止。德國舊商法亦以居間人爲一種官吏，其他爲私居間人（*Privatmakler*）。然其新商法則改採自由營業主義，但一八九六年六月二十二日交易所法之居間人，爲其例外。日舊商法原探認可主義，其新商法則全採自由營業主義。其他義，比諸國商法，皆採自由營業主義。英國之居間人（*broker*），向須經地方官署之許可，然自一八八六年九月二十九日以後，則不以此爲必要。在法國有價證券之居間人（*agent de change*）由財政部長任命，有官吏之資格（*法商法七四條*）。依法商法第七七條規定商品居間人（*courtiers de marchandises*）、海上保險居間人（*Courtiers d'assurances maritimes*）、海事居間人（*courtiers maritimes; courtiers interprètes et conducteurs de navires*）、運送居間人（*Courtiers par terre et par eau*），皆爲有特權之居間人。然商品之居間人，自一八六六年七月十八日之法律認爲自由營業，運送居間人事實上並未有其存在（*Léon Lacour, Précis de droit commercial, 1955, no. 791, 793*）。我國夙有牙仲、經紀之制。民法採用自由營業主義，現行法上交易所之經紀人，雖應呈經主管官署註冊（*交易所法九條*），然其營業在法律上非爲他人間行爲之媒介，雖以他人之計算爲交易，對於交易所應負由其買賣所生之一切責任（*同法十七條*），係以自己之名義爲他人爲交易，法律上可認爲行紀之一種，從而不能認此爲對於居間自由營業主義之例外，惟以營利爲目的而經營介紹業者，應向該管市縣政府呈請許可（*職業介紹法二八條*），其介紹酬金率，由市縣政府斟酌介紹業者及僱傭雙方代表之意見制定之（*同法三一條一項*）。

德民法（*六五二條以下*）設有關於居間人契約（*Maklervortrag*）之規定（例如媒介不動產買賣、金錢借貸），於商法第九三條以下更有關於商業居間人（*Handelsmakler*）之規定（媒介商品或有價證券之供給或讓與，媒介保險、貨物運送、冒險借貸、船舶租賃或其他商業交易）。日本民法未設規定，惟於商法（*五四三條以下*）設有關於以商行爲爲媒介爲目的之居間營業（*仲立營業*）之規定。瑞士債務法第四

一二條不分民事商事，就居間人契約（*Medlervertrag*）爲統一的規定，我民法蓋仿瑞債之例也。

一、居間人須報告訂約之機會或爲訂約之媒介

1. 報告訂約之機會 報告訂約之機會者，稱爲報告居間人或指示居間人（*Nachweisankler*），謂受他人之委託，搜索及報告可與訂約之相對人，以供給訂約之機會。在德國日本商法，以媒介訂約之居間人爲限（德商九三條、日商五四三條）。德民瑞債，則就報告訂約機會之居間人，設有規定（德民六五二條一項一段、瑞債四一二條一項一段），我民法從之。

2. 媒介訂約 訂約之媒介者，稱爲媒介居間人（*Vermittlungsankler*），謂爲說合他人間法律行爲訂立之活動人，不但報告訂約之機會，更應周旋於他人之間，使雙方訂立契約，然僅媒介訂約，並不以他人之名義或以自己之名義代爲訂約，此居間人所以與結約代辦商及行紀有異。蓋代理無論爲直接代理或爲間接代理，均與媒介之觀念不相容，然居間人亦不妨兼爲代理人。

二、媒介或報告訂約機會之行爲並無限制

依德日商法，媒介以商行爲爲限，非商行爲之媒介，不適用商法上關於居間人之規定。德商法明定其他行爲，尤其關於不動產行爲之媒介，雖商業居間人（*Handelsankler*）爲之，亦不例外（德商九三條二項）。我民法仿瑞債之例，不爲商事與民事之區別，苟其行爲不違反公序良俗，無論傭工或婚姻媒介，不動產或動產買賣媒介，租房或僱船媒介，普通借款或冒險借貸媒介，保險或運送媒介，均得爲之。不過爲婚姻居間者，不得約定報酬而已（民法五七三條）。

三、居間人無須以居間爲業

德日商法居間人須以居間爲業，故非以爲營業而爲之者，非爲商法上之居間人。在我民法以居間爲業者，雖爲商業之主體（商業登記法三條十五款），然雖未以之爲營業者，亦不妨爲居間人，而適用民法關於居間之規定。

四、居間爲委託人對於居間人給與報酬之契約

民法規定居間爲當事人約定一方爲他方報告訂約機會或訂約之媒介，他方給與報酬之契約（民法五六五條）。又規定如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（民法五六六條一項）。故報酬之給與，通常爲委託人之義務，雖有主張給付報酬爲居間契約不可缺之要件（戴著債各下六八頁），然民法明文規定因婚姻居間而約定報酬者，其約定爲無效（民法五七三條）。又依職業介紹法，職業介紹機關對於求職者不得收取介紹費（同法一〇條二項二七條），是給付報酬雖爲居間之常素，而並非爲其要素也。

五、居間契約之性質

1. 居間爲獨立的有名契約 關於居間契約，瑞債雖明認爲委任契約之一種（瑞債四一二條二項），然解釋上並不認委託人有直接強制居間人履行契約上義務之訴權。惟以居間人如不達其盡力之目的，不得受取報酬，爲其自己利益而應履行其所承受之義務，於此已足保護委託人之利益（Oser, z. § 412, Ann. 8）。在日本商法，通說謂爲準委任契約（爲媒介之委任而非爲法律行爲之委任）（松本一六五頁、水口二五三頁、小町谷一九七頁）。然有謂在一方的居間契約，即居間人不負盡力於契約成立之義務，惟依其盡力而成立契約時，委託人負有支付報酬義務之居間契約，爲特殊契約（亦有謂此時爲承攬契約，然契約之成立即工作之完成與否，全由委託人決定，非居間人權內之事，不得以爲承攬）。在雙務的居間契約，即居間人負擔盡力義務，同時委任人對於契約之成立負支付報酬之義務時，爲準委任契約，惟於契約不成立時不得請求報酬之點，與委任有異（竹田一〇六頁以下）。在德國甚有爭執，雖有承攬、僱傭諸說，然因德民以與委任僱傭並列而爲規定，通說謂爲一種獨立契約。然在雙務居間契約，則爲兼有僱傭契約之性質，負有實現一定結果之義務者，例如居間人負有以一定條件（利息等）使取得一定額的抵押權之義務時，則爲兼有承攬性質之居間契約（Fnn. Lehmann, § 157, Ibc, S. 647.）。依余所見，在我民法應解釋爲獨立的

無名契約。惟在雙務的居間契約，則可認為兼有委任之性質。蓋在媒介居間人，不僅以服勞務為其行動為已足，而且須因其行為招致法律行為之成立，不得稱為僱傭契約。然通常非承受因其行為招致法律成立之結果，而僅承受應可使相對人與第三人間成立法律行為之行為，其成立與否仍屬於相對人之自由，故非約定工作之完成，不得謂為承攬契約。居間人雖受託為委託人報告訂約機會或媒介訂約之事實行為，通常並不負此義務。然如負有此義務時，則為兼有委任契約之性質。即第一適用關於居間契約之規定，第二補充適用關於委任之規定。其特別承受一定之結果者，則應補充適用關於承攬之規定。

2. 居間契約為片務有償契約或雙務有償契約 居間人通常不負盡力於報告訂約機會或媒介訂約之義務者，為片務有償契約，蓋委託人對於訂約機會之報告或訂約之媒介，雖負有給付報酬之義務，然居間人通常惟就其所為行為有注意及忠實義務，並不負為此報告或媒介之義務也。居間人負有為報告或媒介之義務者，為雙務及有償契約。

3. 居間契約為諾成及不要式契約 在居間，其報酬雖以其所媒介行為之成立為請求報酬之前提，然居間契約則以有當事人之合意而成立。居間契約不以方式為必要，亦得默示的成立。他人期待報酬而為居間行為，為其所知或應知而是認之者，應認為委託人（Palandt, z. § 652, 1b, S. 638; En-Lehmann, § 157, I, S. 649）。

六、居間契約與其他契約之區別

1. 居間與委任 居間之內容，限於他人間行為之媒介，而且以有償為原則，與委任有異。居間人報酬之請求，以契約因其報告或媒介而成立者為限，而且所支出之費用，非經約定不得請求償還（民法五六八條五六九條），然在委任人，事務處理雖未完畢，得就其已處理之部分請求報酬（民法五四八條二項），而且得請求預付或償還處理委任事務之必要費用（民法五四五條五四六條）。

2. 居間與行紀 居間人以媒介行為為限，而不及於契約訂立之代理權，惟有特別之授權時，始得代他人

訂立契約。在行紀係為他人之計算，以自己之名義訂立契約。

3. 居間與代辦商 (一) 代辦商經常補助一個或數個之一定商號，而居間人則汎為一般人輔助，而非與一定營業主立於經常繼續之關係。(二) 代辦商有以本商號之名義為代辦之權，得代本商號訂約，而居間人無代理權。(三) 代辦商因其為商，須為營業主體，而居間人雖常為營業主體，然不必以居間為營業。

第二節 居間契約之效力

第一目 居間人之地位

居間人係為委託人報告訂約之機會或為訂約之媒介，其對於委託人之關係，為事務之受託人，惟負有為訂約之成立所必要的事實上行為之義務，而非以委託人之名義或以自己之名義代為訂約，而對於相對人之間，並無委託關係。居間人就其所媒介之法律行為，既非為當事人，亦非為代理人，此點與代辦商及行紀不同，已如前述。居間人就其媒介所成立之法律行為，不得以其資格為當事人給付或受領給付（民法五七四條、德商九七條、日商五四四條）。蓋居間人僅為媒介活動，而非代理，此為其性質上當然之結論。然如居間人由當事人特授有此代理權時，亦得為委託人給付或受領給付，自不待言（Staub, zu § 97, S. 53 0; Werdingerz §. 97, S. 191）。又在德日商法，惟規定居間人就支付或其他以契約所定給付，無受領之權限，而未及為委託人為給付，然自居間之性質，適用上結果當無不同。

例外的居間人，不以當事人一方之姓名或商號告知相對人時，無論其係基於委託人之指定與否，應就該方當事人由契約所生之義務，自己負履行之責，並得為其受領給付（民法五七五條二項、日商法五四九條、參照德商九五條三項）。(一) 惟對於以訂約之媒介為目的之居間人有適用，蓋居間人，不以當事人一方之姓名或商號告知相對人，而使雙方成立契約時，應負一種擔保責任 (Garantieübernahme)，而僅在以

報告訂約機會之居間人，則無此情形也。(二)不以當事人一方之姓名或商號告知相對人時，相對人無法向其請求履行，而且經居間人補行指定之人可能無履行資力，故使非法律行為當事人之居間人負履行義務，以保護相對人，然居間人無介入權 (Selbsteintrittsrecht) (Staub, z. § 95, Anm. 4; Werdinger, z. § 95, Anm. 6) 並不因此爲當事人，而對於相對人取得契約上之權利。居間人僅爲履行義務人，然得代當事人爲給付及受領對待給付。於契約訂立後，居間人以委託人之姓名或商號開示於相對人時，相對人得擇一的對於所開示當事人或居間人請求履行，蓋當事人並不因居間人履行責任之負擔，而脫退當事人之地位也。然如相對人對於所開示之當事人爲請求，則係承認其爲契約之對方，居間人可免其擔保責任。居間人對於相對人爲履行時，當然對於(他方)當事人(委託人)有求償權及代位權(參照水口商行爲法論三五七頁、岡野一三八頁、小町谷二〇八頁)。

【註】(一)依德商法第九五條，居間人保留當事人姓名之記載 (Z. B. "Aufgabe vorbekalten" "an Aufgabe" "hier Aufgabe")，將契約書交付於相對人時，有於地方習慣之期間或相當期間內，開示其當事人姓名之義務。相對人除有正當之理由(例如無實力有顯著惡聲之商人)外，不得對其所開示之當事人爲異議。如居間人不爲開示或雖開示，相對人依正當理由爲異議者，對於居間人得主張其應爲所媒介行爲之履行或主張其居間契約之不履行。居間人並得對於相對人催告其是否爲此履行請求之主張，相對人非無遲延的爲回答者，喪失其請求權。因其履行請求權之主張，居間人成爲依結約書條件之契約相對人。依其情形得負不履行之損害賠償責任，或於履行外並負遲延責任 (Werdinger, z. § 95, Anm. 6, S. 790)。相對人得支付其應負擔部分之佣金，以居間人爲契約之對方而請求履行。此時相對人方面當然亦應履行其契約上之義務 (Lehmann, z. § 95, Anm. 6, S. 319)。但有謂不告知委託人之姓名而爲居間時，實與居間人自爲契約有同一之關係，即此時負介入義務。居間人方面不須有介入之意思表示，而當然自己介入(竹田一一二頁以下)。在我民法，相對人雖爲履行之請求，居間人並不成爲契約當事人，不過依法律規定負有履行之責而已(石井中卷四九頁)。然相對人爲此履行請求，當然亦應履行其契約上之義務(民法五七五條二項末段)，並對於居間人支付其應負擔之佣金。依德國判例及學說，居間人於結約書載明依當事人(委託人)之指定不記載其姓名之旨，而交付於相對人者，此時不適用德商法第九五條之規定，從而居間人對於相對人無開示其當事人之義務，而有代當事人(委託人)爲給付及受領給付之權限，就當事人之爲履行，對於相對人負擔責任 (Garantiuebernahme) (Duering-Hachenburg, z. § 95, Anm. 16)。在我民法，則不問其不告知

係基於委託人之指定與否，亦不問於結約書有無此記載，均可爲此同樣之解釋。

【註】(一)居間人日後對於相對人開示當事人之姓名時，其效力如何。有謂相對人應期待居間人爲與相當當事人訂約之媒介，其所開示之當事人如有認爲不適於交易之正當理由時，得否定與該當事人成立契約，而對於居間人請求履行(小町谷二〇九頁)，此係參酌德商法之規定而爲解釋。

第二目 居間人之義務

一、忠實之義務

居間契約無論爲片務的雙務的，居間人就其行爲，均有遵守誠信原則之義務。尤其對於契約之成立，不得意識的加以任何阻礙(例如勸阻欲購買者訂約，但居間人得受多數人委託，故介紹第三人於委託人之一競爭者，或對於欲購買者示以其他買賣標的物，尙非此義務之違反)。對於契約之條件，不得於不利方面加以影響，然不因此即使成爲雙務契約，蓋不因此消極義務之遵守而即付報酬也。然於忠實義務之違反時，可認定其報酬請求權及費用償還請求權，業已喪失(準用民法五七一條)(Oser, z. § 412, II, 1b, S. 1518)。此外居間人因有忠實之義務，故並有保守(交易上)秘密之義務(Oser, z. § 412, Ann. 22)。

二、據實報告之義務

居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。對於顯無支付能力之人或知其無訂約能力之人，不得爲其媒介(民法五六七條)。依德國判例及學說，居間人依誠信原則，就一般關於訂約有影響事項(例如相對人之信用、所介紹購入房屋之瑕疵)，雖不負積極的調查之義務，然就其所知事項，負有報告於委託人之義務(Kim-Lehmann, § 158, I. S. 649; Oertmann, Vorbem. 3a vor § 652; Staub, Vorbem. 37 vor § 93)。此規定對於報告居間人及媒介居間人，均有適用。尤其在媒介居間人，雖不擔保第三人之信用，而其責任應從嚴解釋。就相對人之信用雖未如代辦商有特別審查之義務，然依其情形在誠信原則上可期待於有責任感之居間人者，有報告之義務(Oser zu § 412 II, Ann. 21)。依德瑞學者解

釋，居間人惟對於受有委託之當事人負有此報告義務，其由一方當事人受有委託者，惟對該當事人有此義務。由雙方當事人受有委託者，始對於各當事人均有此義務（*Oser, a. a. O.; Staub a. a. O.*）。我民法則明定應就其所知，據實報告各當事人，即雖僅由當事人一方受有委託，對於他方亦負有據實報告之義務，不過此僅就媒介居間而言，至於報告居間，則不適用。蓋在媒介居間，其報酬以由當事人雙方平均負擔為原則，而居間人對於雙方應持公平態度也（*民法五七〇條*）。

三、盡力之義務

居間人是否有積極的盡力（*positive Bemühungen*）之義務，以及其範圍如何，應就其契約依誠信原則及交易上習慣解釋之。有時其活動僅限於第三人契約要約之受領及通知（*房屋租賃居間*），有時應更進一步的盡力於訂約機會之取得（*通知各顧主，登載廣告*），傳達雙方之表示或於訂約為其委託人而活動，即為委託人有利的條件之達成而努力（*例如不動產交易*）。（一）在報告居間人，其任務為訂約機會之報告，即指明一定人之姓名，依其資格及傾向可為應買人，有與訂約之成功希望者。（二）在媒介居間人，僅以報告訂約機會為未足，而應作合將來訂約之當事人，排除雙方所存之不同意見，並依約定準備契約，對於相對人之決心以依物之情事所應使用之方法，加以影響，說合利害關係人。例如在不動產買賣，使當事人就價金有一致之合意。（三）於報告居間與媒介居間之中，尚有一種契約為相對人介紹之約定（*zuruehren ; zubringen ; zuweisen*），即將第三人介紹與委託人，使與之談判。（四）居間人是否為報告居間、媒介居間或為變相的報告或媒介，第一應依契約內容，其次依應成就行為之性質及交易上習慣而定。例如職業或房屋租賃之居間，通常僅為訂約機會之報告。（五）居間人於報告或媒介以外，一般不負再進一步之義務。除依契約內容或另有特約或法律另有規定外，無為委託人訂約或履行之權利及義務。另有特約，例如收取委任，為委託人為給付或受領給付之委任，給付物保管運送之委任（*Oser, z. S. 412, Anm. 15—19*）。

四、不告知委託人姓名、商號之義務

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（民法五七五條一項、日商五四八條）。此規定對於報告居間及媒介居間，均有適用。當事人之任何一方，均得爲此指定。雖由媒介委託人以外之當事人爲之，居間人亦有遵從之義務。此秘密義務，雖有主張爲於契約訂立前居間人之義務（水口三六六頁），然在我民法，除委託人有此意思外，固難爲此解釋。居間人違反委託人之指定，而以其姓名或商號告知相對人時，居間人對於相對人不負民法第五七五條第二項之責任，惟對於爲指定之委託人，負損害賠償之責。蓋已開示當事人之姓名或商號，相對人於訂約時已知誰爲其契約之當事人，而無特爲保護之必要也。當事人之指定，應於何時爲之。居間契約訂立時，並無關於隱秘之約定者，其後委託人是否仍得爲隱秘之指定，應爲肯定之解釋。蓋居間人此時若不願自負履行之責，得不爲斡旋也（薛著二二三頁）。

五、居間人應就其活動之過失負責

然對於不作爲，惟於其有活動之義務時，始負其責。居間契約與僱傭契約不同，自其性質，於有疑義時，爲其義務之履行，得使用他人。然就該他人之過失，應如同自己之過失，負其責任（民法二二四條）（Eun-Lehmann, §158 I, 3, 4）。

六、居間人是否得同時爲應與訂約之相對人之居間人

關於此點，爲解釋問題。如僅爲報告或媒介，應解釋不妨爲之。然如有爲委託人之利益爲進一步的活動之義務時，則否。民法第五七〇條原則上許其爲之，規定因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，應由當事人雙方負擔。

【註】依德日商法（一）居間人尙有作成及交付結約證（仕印書 Schlussnote; bordereau）之義務（德商九四條、日商五四六條）。結約證（亦稱爲結約書），謂居間人將其所媒介之行爲、各當事人之姓名或商號、行爲之年月日及行爲之要領（標的物之名稱、種類、數量、品質、履行之方法、時期、場所等），記載且簽名之書面，以明確已成立之行爲，而防止當事人間之糾紛。然僅有證明之性質，而非契約成立之要件。在附條件或期限等非立即履行之行

紹業者及僱傭雙方代表之意見制定之。介紹業者除前項公定介紹酬金外，不得以任何名義請求報酬（職業介紹法三一條一項二項）。（三）報酬通常依居間人所費之勞力及時間，與委託人方面所生之利益定之。在租賃媒介，往往以租金之比例定之。（四）如報酬為保證一定出賣之價金，而約定居間人所媒介之購買低於其價金時，通常不得請求報酬。然依其約定，得於部分的達其目的時，應比例的支付約定之報酬。（五）委託人主張為無償者，無論其無償的約定係自始為之抑或嗣後為之，應負舉證之責。蓋係主張法律原則之例外也。關於報酬是否附有條件，有爭執時，居間人應負未附有條件之證明之責（Staudinger, z. § 653, 6; Denecke a. a. O.）。

2. 約定報酬之酌減 約定之報酬，較居間人所任勞務之價值為數過鉅，失其公平者，法院得因委託人之請求酌減之。但報酬已給付者，不在此限（民法五七二條、瑞債四一七條惟限於僱傭及不動產買賣之居間，德民六五五條惟限於僱傭之居間）。此規定與違約金過高之情形相同（民法二五二條），部分的與民法第七四條基於同一之思想，蓋居間人一般人格為可疑，往往利用機會貪取過多報酬，以苦當事人也。（一）只須過鉅失其公平，不以居間人有故意或過失之行爲為前提。無須利用委託人之急迫、輕率或無經驗，如偶然同時具有民法第七四條之情形時，則為請求權之併存。債務人得選擇行使之。然僅為數過鉅失其公平，尚不能即認為違反公序良俗而為無效。（二）報酬不僅為介紹費，對於利得或超過一定額之賣得價金之一部分給與之約定，亦同有適用。又此規定不問以居間為營業與否，均有適用。

a. 須有委託人之聲請 形式上須有債務人之聲請，法院不得依職權為之。此為債務人之形成權，不僅須有法定之要件，而且此外須有法院酌減之判決，變更依契約已成立及有效之債務關係（Oser, z. § 417, I, 1, S. 1537）。依令支付全額之判決及報酬之支付，委託人之低減請求權因而喪失（Staudinger z. § 655, 4, 6）。報酬已部分的支付者，不生此影響，仍得就其剩餘部分將全額減至相當程度，依其情形得減低總額（Oertmann zu § 655, 2）。

b. 實際的須其數額過鉅有失公平。(一)如約定報酬與通常報酬或價目表對比，或較居間給付對於委託人之價值爲過高時，委託人有請求低減之權。尤其居間人有權爲當事人雙方活動，因收取雙重之報酬而致報酬過高時，有其適用(Oertmann z. § 655.3)。(二)報酬應爲一整體的觀察，依百分比繼續收取之報酬，不獨得依百分比之縮減，亦得依期間之縮減而低減之(Staudinger, z. § 655.5; Denecke z. § 655.2)。(三)報酬過高之衡量，是否依居間人之實際上活動，抑依其活動之結果而定，依瑞士學說應以報酬對於約定及已發生工作結果之比例關係，及其結果對於委託人之價值及意義(媒介行爲對於委託人急迫之需要超過通常之賣得價金)爲依據(Oert z. § 417.2b)。然他方面居間人所用之勞力及費用，亦應顧及(Staudinger, z. § 655.2c) (H)其他應歸於居間人之利益，亦應計入，例如依契約應償還其支付之費用。

三、報酬支付之期間

居間人以契約因其報告或媒介而成立時爲限，得請求報酬(民法五六八條一項、瑞債四一三條一項、德民六五二條一項一段、日商五五〇條一項)。不獨媒介居間，即在報告居間，亦以契約成立時始得請求報酬，蓋此甚合於當事人之意思，而且此危險爲居間人所知，其失敗之活動，得依其他成功之居間而補償也。此點與承攬相似，然居間人通常惟有引起結果之權，而無引起之義務，仍與承攬有別。

(一)須有契約之成立 (一)委託人拒絕訂約，雖出於任意或違反自己之利益而爲之，亦無支付報酬之義務。但另有約定者，不在此限。依其情形，得認爲有此默示的約定。如居間人負有爲一定之活動之義務，而其活動必須爲費用之支出，且其應媒介的契約之內容，於居間契約已特定时，可爲此認定。委託人爲避免報酬之支付，一度拒絕準備完成之契約訂立，而自已嗣後盡力於新約之成立者，仍應支付報酬，蓋此時違背誠信原則，既不能謂其契約之訂立與居間人活動無因果關係，亦不能謂所成立之契約與其所期求之經濟的目的有不同也。(二)在消費借貸居間，原則上於有金錢之交付時，始得請求報酬，蓋消費借

貸爲要物契約，因物之交付始成立也。然當事人自亦得約定以成立消費借貸豫約爲已足。如委託人不置重於即時交付，而在於獲得可靠之有拘束的約定者，於有疑義時可爲此認定。例如銀行之消費借貸豫約。(三)當事人亦得約定於契約清結時，始支付報酬。此時委託人對於居間人並不負其方面之爲契約履行之義務，惟不得對於居間人以奪去其報酬請求權之目的爲之(Enn-Lehmann §158, I, 1, d, e)。(四)當事人亦得特以報酬僅對於居間人努力之本身而約定，其契約雖不成立而仍應支付報酬。

(2) 所媒介契約須有效成立。如其契約日後消滅時，居間人是否負有返還之義務。(一)如因契約成立時已附隨之情事，例如撤銷權、解除條件(但應注意民法第一〇一條之規定)等原因，而消滅時，居間人應負返還之義務。其撤銷權雖基於委託人之詐欺而生者，亦無不同。蓋委託人可不基於其詐欺而基於其契約之無效以爲主張，其契約如無其詐欺應不成立也。因訂約時已存在之瑕疵而解除契約，或有先買權之行使時亦同(但買回權之行使，爲標的物之再取得，自當別論)。然如因契約成立後發生之情事，例如因債務不履行之解除或當事人合意解除等原因而消滅時，則不負此義務。但報酬請求權以價金之支付爲條件者，報酬交付前依當事人之合意而解除時，居間人不得請求報酬(Staudinger, z. §652, II, 2, B, c)。(二)有疑問者，爲當事人保留解除權訂立契約，而由一方爲解除時，居間人是否得請求報酬。(a)有謂此時不成立報酬請求權，蓋此時一方得任意的不受契約之拘束，尙難謂契約已完全有效的成立也(Deuburg, §339, I, 1)。(b)有謂報酬請求權，不因此解除權之行使而受影響，蓋此時契約已無可非難的有效成立，如依前說對於居間人之利益不當的加以侵害，有失公平也(Lehmann-Ring, Bem. b, z. HG B: § 99; Oertmann, Bem. 2, a, a, z. §652, S. 764; Staudinger §652, II, 2, B, G)。(c)有謂此時報酬應先支付，然經解除時，除委託人所請求之目的已主要的達到外，居間人應返還之(Enn-Lehmann, §158, I, 1, b)。(d)有主張契約由相對人解除者，除委託人之違反契約之行爲爲其原因外，居間人無報酬請求權。委託人有解除權而於契約實行前，例如於不動產登記前行使者，亦無給與報酬之義務(Oertmann, §158, I, 1, b)。

， zu § 413, Anm. 12)。依余所見，以最後一說爲妥。(三)所媒介契約附有停止條件者，於該條件成就前，居間人不得請求報酬(民法五六八條二項、瑞債四一三條二項、德民六五二條一項二段)。但報酬爲附條件契約之訂立而約定者，不在此限(Ern-Lehmann, a. a. O.)

(3) 須經媒介有委託人所委託的行爲之成立，即成立之契約，須與委託人所委託者，有同一性。然不以有完全同一內容爲必要。如另成立與所應媒介契約不同之他契約，惟於委託人所請求之經濟的結果，仍可同樣達到時，始應支付報酬(Ern-Lehmann, § 158, I. 1c)。例如原委託出賣而成立適於委託人之互易，則可謂居間人已盡其義務。然如委託出賣不動產，形式上雖以買受人之名義，而惟應移轉於委託人所屬之無限公司，則不能謂已達經濟上同一之目的。然於利用居間人爲他契約訂立之繼續的活動，依其情形得有新居間契約默示的訂立。

(4) 契約之成立須與居間人報告或媒介之努力有因果關係，此因果關係，應由居間人證明之。然如居間人能證明其契約訂立前相當之活動，則通常可認爲有此因果關係。居間人之活動，如同其他因果關係，無須爲契約成立之惟一的原因。委託人於契約訂立時，亦無須知有此關係。然當事人得僅以指定適於訂約之相對人姓名，約定報酬，而排除因果關係之要件。亦得約定報酬之擔保(Provisionsgarantie)，即由於委託人方面所存之原因，居間人原應無報酬而保證其受報酬或擔保，例如約定委託人自己或依第三人之媒介訂約或撤回委託時，應支付報酬或一定數額。然如委託人因有存於居間人方面之事由而有撤回或自己訂約之充分理由者，其擔保之約定失其效力(Oert, z. § 413, Anm. 19)。

四、報酬給付義務人

報告居間人，其報酬應由委託人負擔。在媒介居間，因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔(民法五七〇條、德商九九條、日商五五〇條二項)。(一)其受雙方之委託而爲媒介者，自不待論，即僅由一方當事人受有委託，因其結約之媒介，而至與相對人爲直接交涉，

其結果亦係爲雙方當事人之利益而活動，與相對人方面通常可認爲有默示的居間契約之訂立，故使雙方當事人各半負擔，不獨公平而且一般甚適合當事人之意思。德日商法即基於此理由，就媒介居間，而爲此規定。然如居間人惟對於當事人之一方負有爲談判之義務，即僅對於一方有信任關係，亦惟對於受委託之當事人有報酬請求權，而對於他方僅負有民法第五六七條之義務。民法第五七一條之規定，亦惟對於居間人依約定僅應爲當事人之一方活動者有適用（*Wuerdinger, z. HGB 99, Anm. 1; Staub z. 99, Anm. 4*）。至於居間人以報告訂約機會爲目的者，與相對人不發生直接關係，自不得對於相對人請求報酬。（二）當事人間關於報酬之負擔另有約定者，以居間人對於其約定明示的或默示的同意時爲限，始受其拘束（*Staub a. a. O.*）。（三）當事人各半負擔時，居間人對於當事人雙方直接發生請求權。居間人對於當事人一方未能受支付之部分，於有疑義時，不得請求他方支付（*Lehmann-Ring, z. HGB 99, 2*）。

五、報酬權利人

居間人有請求報酬之權利。然如數居間人由同一委託人受有委託時，在報告居間，誰先報告相對人因而與之成立契約者，有受報酬支付之權（*Oser zu § 413, IV, 2*）。在媒介居間，如其契約之成立惟可歸功於一居間人之活動者，則其他居間人自無請求權。然如居間人共同爲協力，不能確定誰之活動爲有決定性時，應如何定其權利人。如委託人對於數居間人係以惟給與一次報酬之意思而爲委託者，其解決甚爲簡單。即各平均分受。反之，各自獨立受有委託者，則以居間人是否各自獨立的展開致生結果之活動，抑或惟互相結合爲共同的媒介。在前一情形，居間人各得請求全部之報酬。在後一情形，惟得共同的受一次報酬之支付（*Lehmann-Ring z. § 99, Nr. 11*）（但亦有主張此時除惟其中一人之活動致生結果外，仍應對於各居間人支付全部報酬 *Oser, a. a. O.*）。如契約當事人雙方各獨立委託居間人，此二居間人對於結果共同爲協力時，則各當事人對於其居間人，應支付其所約定之報酬。居間人選有次居間人（*Unternahmer*）者，委託人如未對其爲保證，則次居間人僅有對於居間人之內部關係，而不及於委託人（*Lehman-*

n. Ring, a. a. O.)。

六、婚姻居間之報酬

因婚姻居間而約定報酬者，其約定無效（民法五七三條、瑞債四一六條、德民六五六條一項）。蓋婚姻結合，重在雙方當事人之自由意思，恐居間人貪得報酬，而強為說合也。（一）此規定對於報告居間人及媒介居間，均有適用。（二）然因婚姻居間約定報酬，並非有背於公序良俗，其本質並非違法，瑞債僅規定婚姻居間不得以訴請求報酬（瑞債四一六條）。德民雖規定不因此約定而受拘束（德民六五六條前段），然若已基於此約定而為給付，亦不得請求返還（德民六五六條後段）。在我民法委託人如已為支付，是否得請求返還。關於此點，雖未另有規定，然苟委託人誤信有為此給付義務而為支付，則依民法第一八〇條第一款之規定，不得請求返還。如知其無此義務而仍為支付者，依同條第三款之規定，亦不得請求返還。蓋因他人之居間而成立婚姻，給付報酬，雖非法律上之義務，然仍可為道德上之義務也。又約定報酬雖為無效，然如約定償還其所支付之費用，則仍為有效，自不待言（民法五六九條一項）（Funk, art. 41 6, p. 255）。（三）居間契約本身並非無效，居間人不能免其義務，不過惟報酬之約定為無效而已。然如其居間契約因違背公序良俗而為無效時，自當別論（Funk, op. cit.; Staudinger, z. 8656, 1）。

七、費用償還之義務

居間人支出之費用，非經約定不得請求償還。居間人已為報告或媒介而契約不成立者，除有約定外，亦不得請求償還。蓋居間人估定報酬，不獨包括足以充該行為之費用，並計算其居間失敗之危險在內（民法五六九條、德民六五二條二項、瑞債四一三條三項）。故不獨成立契約時不得請求費用償還，即不成立時亦不得為之。約定得為默示的。例如委託人預付費用與居間人。然償還費用為例外，應嚴格的解釋。有疑義時，惟及於現金墊款，而不及於自己使用人之薪金。居間人亦不得就其居間活動依關於無因管理或不當得利之規定，請求費用之償還，蓋此非為無法律上之原因也（Oser, z. 8413, Anm. 28）。

八、報酬及費用償還請求權之喪失

居間人違反其對於委託人之義務，而為有利於委託人之相對人之行為，或違反誠信方法由相對人收取利益者，不得向委託人請求報酬及償還費用（民法五七一條、瑞債四一五條、德民六五四條）。（一）居間人如違反誠信原則，而為他方活動者，無須委託人為惡意抗辯，喪失其報酬及費用償還請求權。居間人是否因此實際上損害當事人之此方或彼方之利益，在所不問。居間人是否得同時為他方活動及受報酬，應具體的決定。主要的應以依居間契約之內容，是否一般就契約之成立為雙方公平之居間人（例如土地交易媒介）或為一方之信任人（依其約定非通常之報酬額而可推知）應專為其利益活動而定（Denecke z. 86 54, 2）。（二）為對方活動，為居間契約所禁止（亦得為默示約定，高額之報酬得有禁止之存在 Fick, art. 415, no. 16; Staudinger, z. 8654, 2a）或與其契約不相容者，居間人不得為之。此禁止或不相容，得與其活動由對方受有報酬與否無關而成立。（三）如由對方約受報酬，而此約定即係違反誠信原則者，不得為之。居間人對於一方義務之履行，與對於他方義務之履行不相容，即彼此存有利益之衝突時是也。尤其價金尚未預為確定，一方務欲其高，他方務欲其低（居間人不得為其委託人之不利益抑低價金），或居間人有誇大其契約標之物之義務時為然。居間人惟應報告訂約機會，例如職業介紹、租房介紹（此時不問委託人知其為他方活動與否）或當事人一方知居間人亦由他方約有報酬者，較之本來的媒介居間與契約當事人之一方不知他方有報酬之約定時，更鮮有礙於雙重報酬之訂立（Oser z. 8415, 1b）。（四）居間人不許為對方活動而為之者，不使其契約為無效（Staudinger, zu 8654, 2e）。（五）居間人報酬請求權之喪失，不獨得對當事人一方或他方，亦得對於雙方而發生。當事人一方許其為他方活動，他方禁止其為對方活動者，惟對於禁止活動之一方，喪失請求權（Oertmann, zu 8654, 2a）。（六）是否有民法第五七一條要件之存在，如同是否違背公序良俗，法院應以職權審查之。然通常由委託人提起異議，並為說明及證明（Staudinger, z. 8654, 2, g）。（七）由雙方受有委託，為雙方活動被容許者，則居間人得由雙方請求全部

約定或依民法第五六六條決定之報酬，並非僅由雙方各取其半（Staudinger, z. 8654, 2b; Denecke z. 8654, 2, S. 410）。（八）忠實義務之違反，得依一般原則，請求損害賠償。然民法第五七一條所定居間人失權之效力，則不以對於當事人生有損害為要件，有其意義。蓋此時損害之證明，甚為困難也（Staudinger, z. 8654, 3; Oertmann, z. 8654, 2, a, b; Oser, z. 8412, Anm. 20）。居間人以其他方法違反契約義務者，不發生失權之效力，惟應依一般原則，負債務不履行之責任（Oser, z. 8412, 2）。因居間人所媒介之契約已成立，委託人因其就相對人無支付能力之財產關係為不實之報告，而陷於錯誤並受損害時，則委託人對於居間人之請求權，非為報酬之返還，而為損害之賠償（Denecke, a. a. O.）

第三節 居間契約關係之消滅

居間契約因所媒介契約之成立或因經過所約定使希望的契約應成立之期間而終了。通常因發生民法第五四九條至第五五一條之情事而終了（Oser, z. 8412, Anm. 31; Staudinger, z. 8652, W, a, d）。

一、居間之報酬惟於所居間之契約成立時，應支付之。然契約之訂立，繫於委託人之意思，從而委託人得自由決定不經居間人之輔助而訂立契約，或隨時終止居間契約。然契約之終止，不應以使居間人喪失報酬請求權之目的而為之，否則依民法第一〇一條第一項規定之精神，仍應支付報酬（Enn-Lehmann, § 158, I, 1）。亦有主張此時為以背於善良之方法加損害於他方，應構成侵權行為（Oertmann z. 8652, 3; Oser, z. 8412, Anm. 37）。此終止權得以約定排除之。此約定之效力如何，應依情形具體的決定。於有疑義時，委託人並非欲因此約定負有不得自己或依第三人之居間而訂立契約，而於有此義務之違反時不問如何即應支付全部報酬，惟可解釋因此負有損害賠償責任。從而居間人為受此報酬，應證明如委託人方面不使其為不能，因其媒介應可引起雙方可接收之訂約。委託人對此約定之費用，得限定其負責之期間而為禦

防。雖未定有此期間，亦應解釋惟於交易上相當之期間內負有此義務。此外尙得準用民法第五四九條第二項之規定，於有不得不終止之事由時，仍得終止之（*Enn-Lehmann, a.a.O.*）。委託人拋棄自己直接訂立契約者，亦可爲類似之論斷。契約經終止者，應媒介之契約雖於終止後成立，然因可歸功於居間人之盡力時，居間人仍有報酬請求權。蓋終止惟使居間人之以後活動不生報酬請求權，如委託人於終止契約後仍訂立契約，而其訂立之可能應歸功於居間人之活動者，仍應支付報酬也（*Oert, §413, Anm. 33*）。

二、居間人在片務居間契約，得無條件的終止契約。蓋在此時在居間人方面並未成立爲委託人活動之義務也。在雙務的居間契約則惟於有不得不終止之事由時，得無條件的終止契約（準用民法五四九條二項）。然在居間承攬契約則不然，例如負有受報酬而使取得抵押權之義務者，不得依終止契約而免其義務（*Enn-Lehmann, §158, II, 2*）。

【註】在德民法，解釋雙務的居間契約爲居間僱傭契約，故依德民第六二六條規定（相當我民法四八九條），惟於有重大事由時，得終止契約。在我民法則應認爲兼有委任之性質，已如前述。

債法各論

(下冊)

史尚寬著

第十三章 行紀

第一節 行紀之意義及性質

行紀 (Kommission; commission; commission agency) 謂以自己之名義，爲他人之計算，爲動產之買賣或其他商業上之交易，而受報酬之營業 (民法五七六條、德商三八三條、日商五五一條、瑞債四二五條一項)。爲行紀營業之人，稱爲行紀人 (Kommissionär; commissionaire; factor; commission merchant; mercantile agent)。其他人稱爲委託人 (Kommittent; commettant; principal)。委託人與行紀人成立之委託契約，稱爲行紀契約 (Kommissionsvertrag; Kommissionsgeschäft)。行紀人爲委託人之計算，所爲與第三人之交易行爲，稱爲實行行爲 (Ausfuhrungs-Abwicklungs- oder Ausrichtungsgeschäft)，其第三人稱爲相對人。

廣義的行紀營業，謂爲他人之計算，以自己之名義，爲法律行爲之營業，日本商法謂之取次行爲 (日商五〇二條十一款)，包括行紀及承攬運送。狹義的行紀，限於動產之買賣及其他商業上之交易。其以自己之名義，爲他人之計算，使運送人運送物品，而受報酬爲營業之運送承攬人，民法另有規定 (民法第十七節)，不在其內。

行紀營業，在羅馬法尙未有此制，其所訂行紀契約，相當於委託之一種。此制度在中古十五六世紀，

因國際間商業之勃興而發達。當時商人派遣代理人於外國，經營商業，因代理人往往濫用其信用，有受不測損害之危險，而且不問業務繁簡，常設置代理人，則有支出鉅額費用之不利，故在外國經商，反以經由其外國人之手為便捷，遂產生受他人之委託，以物品之購入、販賣或其他交易為業之人。遠隔之商人多委託為其交易或為其他法律行為，此行紀人及承攬運送人之所由生也。行紀所具經濟上之利益，有下列各點：

：（一）委託人得不暴露自己姓名，而享受與他人訂約之利益，故得幕後利用商機而保持營業上之秘密。

（二）在行紀雖不及代理有專為本人擴展交易而謀取利益之熱情，然第三人惟以行紀人為相對人而訂立契約，與代理不同，無須探索本人之信用及支付能力，從而有使交易安全敏速之效。

（三）在委託人方面，不獨得利用行紀人之信用及資產，並得利用其在契約訂立地之交易關係及其地方業務上之知識經驗。

（四）對於第三人之關係，無須特別授權，行紀人應以自己之責任，保持委託人之利益，不獨權利之行使至為容易，而且得為臨機應變之措置。

（五）惟行紀人對於第三人負責，委託人無就代理人之過失或代理權之濫用，而蒙受不測損害之危險。

（六）委託人與行紀人之間，準用關於委任之規定，故與代理權之授與，有同一之效力。

行紀營業，在交易上有如此之重要，故現今各國商法中莫不設有規定。其內容及繁簡，雖不盡同，然均以行紀行為（廣義的）為商行為。例如法商法第九四條第一項規定「行紀人為於委託人之計算，以自己或商號之名義，為行為之人」。惟德新商法限定為商品或有價證券之販賣或購入（德商三三八三條以下），瑞士債務法限定為動產或有價證券之購入或販賣（瑞債四二五條以下），日商法限定為物品之販賣或購入（日商五五一條）。我民法則限定為動產之買賣或其他商業上之交易（民法五七六條）。

一、須為他人之計算為之

為他人之計算，謂實行行為之結果，即由其行為所生經濟上之利益或損失均歸於該他人。然如契約之主要的趣旨，係為他人之計算為之者，雖同時約定自己亦參加其損益之分配，無妨其為行紀人。（一）須

爲他人之計算爲之，此即爲他人之商（Kommissionshandel）與爲自己之商（Eigener Proprehandl.）區別之所在。然爲自己之商，亦不妨兼爲行紀人。此時受顧客之委託爲販賣或購入時係爲行紀之委託，抑爲直接之買賣，有時不甚明顯，蓋逕爲他人之計算爲之，抑先以自己之計算爲之，而後移轉於他人，實際上不易區別也。在購入之委託，委託人與行紀人之間，標的物之價金確定的或得確定的約定者，爲直接買賣，如約定最多不得超過某一定數額時，則爲行紀。在販賣之委託，如約定行紀人得較委託人所指定價額高價販賣時，行紀人即可取得其差額者，爲直接買賣，惟約定不得少於某一定數額，最好能賣得更多價金時，則爲行紀（Staub, z. § 383, Ann. 9. 竹田商行爲法一一〇頁）。（二）爲他人之事，無須對於爲交易之相對人表示之，以有將其結果歸屬於他人之意思爲已足。然以其結果歸屬於他人，非由他人受有委託，不得爲之。故僅有爲他人之意思，不成立行紀。又對於爲交易相對人之第三人，縱示以委託人之姓名，亦不必不爲行紀，蓋雖示其姓名，而明以行紀人之資格爲之者，仍不失爲行紀。（三）得爲任何人爲之，其他人之資格並無限制。爲商人與否，在所不問。

二、須以自己之名義爲之

行紀人須以自己之名義爲之，此爲行紀人與居間人或代辦商及其他代理人不同之所在，蓋居間人及媒介代辦商僅媒介當事人間契約之成立，行紀人對於委託人之關係，雖發生類似媒介之關係，而對於第三人之關係，始終自己爲其權利義務之主體，其相對人知其爲特定之委託人爲之與否，在所不問。委託人縱有錯誤或被詐欺等事由，不爲其行爲之無效或撤銷原因。在訂約代辦商及其他代理人，以本人之名義爲交易，故行紀人亦稱爲間接代理人，代辦商及其他代理人稱爲直接代理人。爲特定之商號，以屬於其營業範圍內行爲之行紀爲業之人，雖稱爲行紀代辦商（Kommissionsagent），然此仍爲行紀，而非代辦商。

三、須爲動產之買賣或其他商業上之交易

我民法限定行紀之交易行爲，須爲動產之買賣或其他商業上之交易。（一）依德商法第三八三條，行

紀人以貨物及有價證券購入及販賣之承受爲限，學者稱爲固有的行紀（*eigentliche Kommission*），然其第四〇六條第一項規定「本章之規定，於行紀人在其商業之經營，承受爲他人之計算，以自己之名義，訂立第三八三條所定種類以外之契約時適用之。非爲行紀人之商人，於其商業之經營，承受以上述之方法訂約時亦同」。第二項規定「以應由承攬人提供材料作製不代替動產之給付爲標的者，於本章之意義，視爲購入及販賣行紀」，學者稱爲非固有的行紀（*uneigentliche Kommission*）。即（a）非買賣或非以貨物及有價證券爲標的時均有適用。（b）非行紀人之商人，承受爲他人之計算，以自己之名義訂約，其行爲爲買賣或以貨物或有價證券爲標的與否，均有適用（c）雖非以現實之貨物或有價證券之買賣爲標的，而以應由承攬人提供材料作製之不代替物之給付爲標的者，亦有適用（但有謂應限於貨物供給行紀，即行紀人承受爲他人之計算，以自己之名義，訂立貨物供給承攬契約，例如史列格栢格兒（*Schlegelber z. § 406*）、李特兒（*Ritter z. § 383, 6*）。有謂此未免過狹，例如杜靈、哈罕堡（*Dürring-Hachenburg z. § 406, II*））（二）在我民法，規定爲動產之買賣，有價證券可解釋包括在內。其他商業上之交易，例如運送、保險、代爲出版、代收債權、代登廣告、代爲租賃（例如居於影片出品人與電影院之間，以自己之名義爲租賃）等。然關於承攬運送，形成獨立營業，民法另設有規定，已如前述。他如樂譜店兼代售音樂會之入場券，複行紀（*Unterkommission*）、海外貨物販賣行紀（註一），均可解釋在內。至於不動產之販賣及購入之承受（例如地皮或房屋公司兼營代爲他人買賣不動產之營業），雖有主張不屬於行紀營業，亦不屬於準行紀營業（註二），然依德商法第四〇六條解釋，認爲亦在擴張的適用範圍之內（*Dürring-Hachenburg, z. § 383, Anm. 4*）。在日商法解釋，屬於準行紀之一種（小町谷商行爲法一一九頁），在我民法可解釋得類推適用關於行紀之規定。

【註一】海外貨物販賣行紀（*Konstraktionskommission*），非爲販賣行紀，乃爲輸出行紀（*Exportkommission*）。此行紀人除承攬運送人之義務外，惟負有於海外貨物目的地，以自己之名義，與外國之行紀人訂立販賣委託

契約，並將其對於海外販賣行紀人之權利移轉於委託人及其權利實現所必要的輔助之義務，故亦稱為間接行紀人之行爲。(Staub, zu § 406, Ann. 2, § 383, Ann. 41; 小町谷二五六頁以下)

【註二】在日本非以物品之販賣或購入爲目的之問屋(行紀)，除承攬運送人以爲獨立營業外，稱爲準問屋(準行紀) (竹田商行爲法二二頁)

四、行紀須以受託爲營業

行紀係以自己之名義，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，故非以之爲營業者，不得稱爲行紀，不適用關於行紀之規定。然苟以之爲營業，不妨兼爲其他營業。實際上行紀人於受販賣或購入委託之外，以爲自己買賣爲業者甚多。所應注意者，行紀營業之標的行爲，非爲他人爲物品之販賣或購入行爲之本身，物品之販賣或購入，不過爲行紀營業標的行爲之履行。承受應爲他人之計算爲物品販賣或購入之行爲，始爲行紀營業之標的。因行紀爲一種營業，故常爲有債。

五、行紀之性質

委託人與行紀人之間有何種法律關係，即關於行紀契約之性質如何，學說未能一致。有認爲委任者，有認爲承攬者(例如 Lehmann, Duering-Hachenburg)，有認爲僱傭者(例如 Staub, Goldmann)，亦有認爲一種獨立契約者。在德國雖以僱傭說爲正當(因德民法認委任爲無償契約)，然在我民法解釋，僱傭之目的限於勞務，而行紀則受委託爲法律行爲，故可認爲委任之一種。民法第五七七條規定「行紀除本節有規定外，適用關於委任之規定」，即以此也。

第二節 行紀實行行爲之效力

行紀人爲受託行爲之實行，與第三人訂立契約時，一方發生行紀人與委託人間之委託關係(即行紀契約關係)，他方發生行紀人與第三人間之買賣或其他法律行爲關係。此委託關係與買賣關係，在法律形式

上，雖全爲各別之關係，然實質上互相牽聯。以行紀人之名義，所爲之買賣，經濟上爲委託人之買賣，行紀人由第三人所取得之標的物，經濟上爲委託人之物。民法爲調和此形式與實質之矛盾，參照德國商法及瑞債之規定，就其實行行爲之效力，分別對於委託人與對於第三人之關係，而設有特別規定。原來爲他人之計算而爲之行爲，有兩種方式。其最強方式，爲直接代理，即代辦商或其他代理之關係。最弱的方式，爲以自己之名義處理事務之委任關係。前者發生物權的直接關係，後者惟發生債權的關係，而行紀實介於此二者之間，例外的亦生物權的附作用（dingliche Nebenwirkung）（Duer.-Hach. z. §383, Ann. 6.）

一、行紀人與第三人間之關係（外部關係）

行紀人以自己之名義，爲動產之販賣或購入或爲其他商業上之交易。其爲委託人之計算所爲之交易，對爲交易之相對人，自得權利，並自負義務（民法五七八條、日商法五五二條一項），故行紀人所爲之交易，第三人知其係爲委託人爲之與否，對於其交易之效力，不生影響。且第三人與委託人間，不直接發生任何法律關係，換言之，第三人不得以行紀人與委託人間之法律關係爲理由，而爭論該交易之效力。法律行爲之瑕疵，應就行紀人與第三人間之交易行爲本身，決定其有無，委託行爲之瑕疵不與焉。例如因委託人之詐欺，第三人與行紀人爲交易時，除行紀人與委託人爲通謀外，第三人對於行紀人，不得以撤銷對抗之（民法九二條）。行紀人與第三人相互間雖得以基於其他交易所取得之債權爲抵銷，然不得以委託人所有之債權債務供其抵銷之用。

二、委託人與第三人間之關係

委託人與第三人間不生任何直接關係，從而委託人非受讓基於交易之行紀人權利，對於第三人不得主張權利。關於義務亦同。從而第三人應負交易上債務不履行之責時，對於第三人有損害賠償請求者，亦惟行紀人，而非委託人。雖此時因第三人之不履行而實際上受損害者爲委託人，並非行紀人，而且此不履行

，爲非因可歸責於行紀人之事由之不履行，從而行紀人對於委託人，並不因此負損害賠償義務（但民法第五七九條特使行紀人對於委託人負直接履行契約之義務）。然此時行紀人有將標的物移轉於委託人之過渡的利益，第三人不得以行紀人未受損害爲理由，而拒絕對於行紀人爲賠償（參照拙著債法總論三〇六頁）。

三、行紀人與委託人間之關係

買賣交易之實行，對於第三人取得權利者，爲行紀人，而非委託人。然因交易，行紀人對於第三人所取得之債權，若使其於移轉於委託人以前仍爲行紀人之債權，則於移轉前行紀人破產時，其債權應歸屬於破產財團。委託人請求其債權移轉之權利，惟得與他債權人受平等之清償。如此經濟上應屬於委託人者，法律上不得享受其利益，至爲不公。德商法有鑑於此，其第三九二條規定「基於行紀人所訂立法律行爲之債權，委託人於受讓與後，始得對於債務人主張之。雖未經讓與，於委託人與行紀人及其債權人間之關係，此項債權視爲委託人之債權」。瑞士債務法第四〇一條第一項規定「受任人爲委託人之計算，以自己之名義，取得對於第三人之債權時，於委託人履行基於委任關係自己方面之一切義務時，其債權移轉於委任人」。第二項規定「前項規定於受任人陷於破產時之財團，亦適用之」。日商法第五五二條第二項規定「行紀人與委託人間，除本章規定外，準用關於委任及代理之規定」，故認爲行紀人因爲委託人所爲行爲，對於第三人所取得之債權，於委託人與行紀人之關係，爲委託人之債權，然不及於相對人及其他第三人之關係（松本庸行爲法一七九頁、大橋商行爲法講義一六三頁）。亦有主張其效力並應及於行紀人之債權人（石井商法中卷五三頁、水口商行爲法論三八八頁）。我民法雖規定行紀人，對於交易之相對人自得權利並自負義務，然此謹就對於相對人之關係而言，至於委託人與行紀人之內部關係及委託人對於行紀人之債權人之關係，基於民法第五九七條之規定及經濟上利益應歸屬於委託人之理由，應參酌德商法及瑞債之規定，解釋爲該債權於委託人與行紀人之關係及委託人對於行紀人之債權人之關係，應認爲委託人之債

權，蓋不獨民法第五七八條限定爲對於相對人之關係，而且第五七九條規定「行紀人爲委託人之計算，所訂立之契約，其契約之他方當事人，不履行債務時，對於委託人，應由行紀人負直接履行契約之義務」。如非認委託人爲債權人，則行紀人何由負直接履行之責。依此可知在我民法亦係於委任人與行紀人之間認爲委託人之債權（同說薛著債各二二三頁），其效力並應及於行紀人之債權人。

四、因交易所得標之物之歸屬

行紀人爲委託人之計算，以自己之名義，訂立法律行爲，然爲其履行所爲標之物之授受，非必以自己之名義爲之，例如在販賣委託，標之物不妨約定由委託人直接交付於第三人。在購入委託，亦不妨約定使第三人直接交付於委託人。如此履行方法之約定，並非與行紀之性質不相容。然行紀人通常並受爲履行及受領履行之委託，從而以標之物由行紀人交付於第三人或由第三人交付與行紀人爲常態。行紀人交付或受取標之物，雖不必以自己名義，亦得以委託人名義爲之。然契約之訂立，既應用自己之名義，如無特別之情形，應推定其標之物之授受，亦應以自己之名義爲之。

1. 行紀人由第三人取得之金錢 行紀人因受販賣委任由第三人取得之金錢，通常不負以所取得之原金錢交付於委託人之義務，而以交付相等之數額爲已足。故應解釋除另爲儲存外，由行紀人一旦自己取得其所有權，而惟負有更交付同樣數額與委託人之債務（民法五四一條），故通常販賣價金之未交付，不構成其價金之侵佔罪（*Oser z. 8401, I, Nr. 13, 15; Staub z. HGB § 338, Ann. 32* 但日本大正十二年十二月一日大審院刑事部有反對之判決，認爲販賣價金於委託人與行紀人之間，當然歸屬於委託人，學者亦有爲此主張者，例如水口三八八頁），然是否構成背信罪，爲另一問題。又行紀人由委託人受有受錢或預付者，同樣通常自己一旦取得其所有權，而應更交付與第三人，從而如行紀人破產，除能證明其爲同一物外，委託人惟得爲一般債權人而行使其權利（小町谷商行爲法論二二三頁）。

2. 金錢以外之物

a. 在委託販賣，委託人雖將標的物交付與行紀人，非為所有權之移轉，而僅為處分權之移轉，不過發生委託之關係（民法五八三條一項），從而行紀人破產時，委託人尚得主張自己之所有權，而收回之（破、一一〇條）（竹田一四〇頁）。

b. 在購入委託，行紀人是否一旦取得所有權，而應以之移轉於委託人，抑或委託人逕行取得所有權，在德國為大有爭論之問題（Lehmann, Lehrb. des H.R.S. 899），雖有主張應視行紀人之意思如何，即以係為他人占有（*alieno nomine possedendi*）抑為自己占有（*animus sibi possedendi*）以為斷。在特定物之購入時，可認定委託人逕取得其所有權。但在不特定物之買賣，尤其行紀人實行數人之委託且同時為自己購入時，不能識別其中何物係為各委託人購入（Gruehnt in Eudemann Handbuch des deut. Handels-See- und Wechselrechts § 327, S. 247）。通說謂除為委託人之代理人而取得外，行紀人先取得所有權（Lehmann z. § 392, Nr. 18; Staub z. § 383, Ann. 31, 33; Mueller-Erbach, Das heut. Handelsrecht, S. 169）。然依瑞士債務法第四百零一條第三項「同樣委任人於受人破產時，在不妨礙受人留置權之下，得請求受人為委任人之計算，以自己之名義已取得所有權之動產之交付」，即在購入委託，除委託人履行自己方面之一切義務外，以行紀人自己之名義取得動產所有權，為委託人於行紀人破產時請求該動產交付之要件，然對於不動產當然不能適用，蓋不動產惟以委任人之名義為登記，始可為其取得也。動產所有權之取得，以占有移轉為要件，行紀人雖以自己之名義，然如有為委託人取得所有權之意思，則委託人亦得取得所有權及間接占有，行紀人惟取得直接占有。行紀人可推定有直接為委託人取得占有及所有權之意思（Oest z. § 401, Ann. 10, 12; Funk, art. 401, 3, S. 249）。依上述日商法第五二條第二項之規定，因行紀人與委託人之間準用關於代理之規定，學者及判例，主張於其關係，委託人為所有權人，然欲對於第三人主張其所有權，應由行紀人採用與受讓同一之程序（松本一七九頁、大橋一六四頁、岡野一七〇頁）。亦有主張於行紀人破產時，對於第三人之關係，應從實質的利益之歸屬，將

法律的形式爲實質的修正，即使委託人有收回權（竹田一四一頁）。然主張對於行紀人之債權人，亦應以委託人爲所有人者，亦不少（烏賀陽商行爲法八八頁、石井五三頁、水口三八八頁）。我民法第五八三條第一項規定「行紀人爲委託人之計算所買入或賣出之物，爲其所占有者，適用寄託之規定」，即示爲委託人買入之物，爲行紀人所占有，取得其所有權時，委託人即成爲其所有人，並取得間接占有，行紀人惟取得直接占有，僅負有移轉占有之義務。然此自以動產爲限（包括有價證券），不動產不在行紀交易之範圍，自不適用（同說薛著債各二二四頁，惟所持理由有不同）（註）。

【註】有謂我民法第五八三條第一項之規定，僅係就行紀人對於購入物所負保管之義務爲規定，有如德商法第三九〇條第一項規定「行紀人，就其保管中之貨物之滅失毀損，除能證明其滅失毀損係基於以通常商人之注意仍不防止之情事者外，應負責任」（我妻中華民國民法債各中五〇六頁、戴者債各下八八頁）。然僅就注意義務而言，民法第五七七條既規定除本節另有規定者外適用關於委任之規定，行紀既爲有價契約，應以善良管理人之注意爲之（民法五三五條），無須另爲規定，故應爲進一步之解釋。

第三節 行紀人之義務

行紀人除依民法關於行紀人之規定外，並依關於委任之規定，負有各種義務。茲就行紀中所規定及應適用委任規定中之重要者，分別述明之。

一、行紀人應遵從委託人之指示

行紀人應依委託人之指示，以爲交易（民法五三五條）。其指示係於委託之當時爲之，或於其後爲之，在所不問。違反指示之交易，委託人得不認其交易係爲自己所爲，並得請求損害賠償（德商法第三八五條第一項「行紀人違反委託人之指示而爲行爲者，對於委託人應負損害賠償之義務，委託人無須以其行爲係爲自己之計算而爲者」同旨趣日本大正七年六月四日大判）。但行紀人有急迫之情事，並可推定委託人

若知有此情事，亦允許變更其指示者，得變更其指示時，不在此限（民法五三六條、德商三八五條二項）。委託人指定賣出或買入之價額者（*Ein Limito setzen*），行紀人有遵從之義務（民法五八〇條、日商三三四條、德商三三四條一項三八六條二項、瑞債四二八條）。指定價額，例如在賣出之委託，指定最少的（嚴格的）或為訓示的（說明的）（*demonstrative Weisung*）抑或僅為希望的，而其效力有不同。為命令的或強性的價額指示（*ein imperatives, potenziertes, oder verstärktes Limito*）時，行紀人不得超過其指定價額為賣出（例如為推銷廣告）或低於其指定價額為買入（例如為吸引貨物），違者委託人得拒絕承受其買賣之結果，並得請求損害賠償（*Staub, z. § 386, Anm. 4*）。指示希望的標準，而為委託者（*Bestens-aufträge*），即在賣出委託，務欲其價之低，在買入委託，務欲其價之低時，僅為一種希望，此時行紀人只須以善良管理人之注意，努力以較利之價額買賣為已足。惟在訓示的指定，行紀人雖以廉價賣出或以高價買入，如擔任補償其差額，其賣出或買入，對於委託人發生效力。民法第五八〇條所定，即指此情形而言。其要件如左：

1. 須委託人為價額之指定 是否有價額之指定，應依其情形具體的決定之。即須有可認為委託人表示低於特定價額不為賣出，超過特定價額不為買入之意思之事實。僅指定價額，尚為未足，蓋此僅為希望價格也。例如惟指定特定日之最高或最低價格，應解釋不過表示儘可能高價賣出或低價買入的意義之希望價格，蓋此最高或最低價格，非在其日交易終了後，尚不可得而知也（*Duering-Hachenburg, z. § 386, Anm. 4*）。

2. 須其限制之逾越（*Limitouberschreitung*），對於委託人為不利益並為不正當（一）行紀人之逾越須於委託人為不利，例如高價賣出或廉價買入，於委託人為有利時，不過其利益應歸屬於委託人而已（民法五八一條 *Staub z. § 387, Anm. 2*），委託人不因此而拒絕承受買賣結果之權利（*Zurueckweisungs-*

recht)。 (二) 其逾越須非正當 (unbefugte Ueberschreitung)，因此指示爲訓示的，無須嚴格遵守，如必欲遵守反於委託人爲不利者（例如有毀敗之虞），則其逾越爲正當。其與第三人之契約，當然對於委託人發生效力（民法五三六條、瑞債四二八條一項後段 Staub z. 8386, Ann. 2, 3）。

3. 須行紀人未表示擔任補償其差額 (一) 具備上述二要件時，委託人雖有拒絕權，然如行紀人表示擔任補償其差額，則其賣出或買入，對於委託人仍發生效力，委託人喪失其拒絕權。(二) 擔任差額之意思表示，因達到於委託人而生效力。依德商法第三八六條第二項規定，此差額擔任之意思表示，必須與結約之通知同時爲之。日商法無此規定，有謂雖無須與結約之通知同時發出，然必須同時到達，蓋此意思表示爲行紀人一方的行爲，而有使委託人喪失拒絕權之效力，不應以其時期之決定，委於行紀人之自由意思也（小町谷二三二頁）。亦有謂日商法既未設有規定，故行紀人如欲以其契約對抗委託人，不問何時，得表示之（岡野商行爲及保險法一五七頁）。我民法關於此點亦未設有規定，以依後說爲妥（依瑞債不僅行紀人得以差額之補償而防免訴訟之結果，委託人方面並有直接的差額補償請求權 Oert. z. 8438, 2a）。(三) 此意思表示須爲單純，不得附以條件或期限，不得就金額加以限制而僅補償其差額之一部。然表示之方式並無限制。以口頭或書面爲之，均無不可。(四) 以僅有意思表示爲已足，原則上無須就差額爲現實之給付或提供擔保。然如行紀人爲顯著的無支付能力時，應解釋非爲給付或提供擔保，不得排除委託人之拒絕權，蓋否則爲行紀人權利濫用之是認，有背於誠信原則也。關於後述之行紀人介入權之行使，亦可爲同樣之論斷（Duering-Hachenburg z. 8386, Ann. 16）。(五) 關於差額之支付時期、場所及利息等，應依與相對人買賣所定之條件（Duer. -Hach. z. 8386, Ann. 7），蓋行紀人擔任差額，係關聯於行紀契約之履行而發生，如就其履行結果之賣出或買入，依相對人負擔之債務而定其條件，則對於委託人，等於由相對人爲履行也。

4. 損害賠償義務。行紀人表示擔任差額補償之意思時，則行紀人與相對人爲委託人所爲之買賣，對於委

託人發生效力，委託人不得否認之。此為保護行紀人之規定，其效力亦僅止於此，並非使行紀人違反指示的債務不履行之效力，亦隨同消滅。差額以外如因行紀人過失生有損害，並應賠償（德商法三八六條二項、瑞債四二八條二項、松本一八二頁）。例如以拋售價格出賣有價證券，使尚存於委託人手中之同種類證券因而貶值，然行紀人得證明其無過失而免責（*Oser z. 8428, 2, p.*）（但亦有主張既對於委託人發生效力，則不僅阻止委託人之拒絕權，同時為委任人事務之履行有其效力，則不復有損害賠償請求之權利，岡野一五八頁）。

5. 較指定價格為有利之買賣 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（民法五八一條、瑞債四二八條三項、德商三八七條二項），蓋此通常合於委託人之意思，而且係為委託人之計算所為之當然結果也。但純粹的對人之財產給付（例如報償 *Restitution*），係特別對於行紀人之本身為之，委託人並不因而蒙受不利者，行紀人亦得享受其利益。是否為此種給付有疑義時，應依交易上習慣定之（*Duer. -Hach. z. 8387, Ann. 4; Oser z. 8428, 3, p; 竹田一二五頁以下*）。（二）不獨指定之價額，較委託人所指定其他之條件（例如支付方式、除買、折扣）為有利條件之買賣時，其利益亦應歸屬於委託人（參照德商三八七條一項，*Oser z. 8428, Ann. 5*）。（三）當事人有嚴守指定價額之特約時，如行紀人不遵守其約，委託人得拒絕承受其行為之結果，有如前述。

二、行紀人應以善良管理人之注意為行紀契約之履行

行紀為有價契約，故行紀人應以善良管理人之注意，處理委託事務（民法五三五條後段、日商五五二條二項、日民六四四條、德商三八四條一項）「行紀人應以普通商人之注意實施所承受之行為」（一）從而行紀人不得為自己利益而為犧牲委託人利益之行為。（二）原則上應自己處理委託事務，不得使他人代為。但不妨利用其使用人為之。（三）其應為所受委託賣出或買入之時期及場所，除委託人有指示或有習慣外，行紀人亦應以善良管理人之注意為決定（*Duer. -Hach. z. 8384, Ann. 19; Oser, z. 8426, Ann*

3: 日本大正五年四月二十九日大判)。(四)行紀人對於委託人立於信任關係，較之一般委任，更為密切，應保護委託人之利益，務求以有利之條件為委託人為交易行為，依其情形並有對於第三人提起訴訟之義務，然以受有訴訟費用之擔保時為限(民法五八四條後段、參照德商法三八四條一項後段，Oser, z. 84 26, Nr. 3, 5)，蓋行紀人不獨應以善良管理人之注意，並應依誠實信用方法，履行其債務也(民法二一九條)。

三、報告之義務

行紀人應將委託事務進行之狀況報告委託人，並應明確報告其顛末(民法五四〇條、德商三八四條二項、瑞債四二六條一項)，蓋委託人在於利用行紀人之信用、知識及技能，行紀人基於其忠實義務，於必要時應對於委託人報告經濟情事及陳述自己意思，以便委託人對於行紀人有為適宜的指示之機會。行紀人為委託人為交易行為時，不待委託人之請求，應即對於委託人發送通知(日商五五七條四七條)。其通知不僅以賣出或買入事實之通知為已足，並應報告相對人(亦有主張通常不須報告相對人之姓名Oser, z. 8426, Nr. 12)、買賣之價金、時期、場所及其他有關之重要事項(例如相對人之支付能力、運送關係、貨品保管之情形、稅捐之增加等)(Staub, z. 8384, Anm. 10-16)，蓋委託人有依此更為適宜的指示或擬定其他的計劃之必要也。行紀人不履行此義務時，就其債務不履行，應負損害賠償責任。然委託人不得以此為理由，而否認契約對於自己之效力。但例外的報告屬於委託之實施，例如投機的有價證券之買賣，委於行紀人之裁量，惟因其報告而可防止其濫用信用之地位時，不在此限(Oser, z. 8426, Nr. 14; Duer-Hach, z. 8384, Anm. 46)

【註】德商法瑞債日商法關於行紀人之報告(通知)義務均設有規定(德商三八四條二項、瑞債四二六條一項、日商五五七條四七條)，蓋以德民(六六六條)瑞債(四〇〇條一項前段)日民(六四五條)，在委任必須有委任人之請求，受任人始有報告其處理事務狀況之義務，而於商業上多有窒礙，故另設規定，使行紀人不待請求，而即負有此義務。我民法在委任亦不以有委任人之請求為要件，以適用關於此項規定為已足。

四、保管之義務

行紀人爲委託人之計算所買入或賣出之物爲其所占有時，適用寄託之規定（民法五八三條一項，參照德商三九〇條一項）。行紀契約爲有償，故行紀人應以善良管理人之注意爲保管（民法五九〇條後段）。依德商法第三九〇條第一項規定「行紀人就其所保管之物之滅失毀損，除能證明其滅失毀損係基於普通商人之注意尙不能避免之情事外，應負其責」。在我民法亦可解爲除行紀人能證明其已盡善良管理人之注意外，應就物之滅失毀損，負其責任。然此占有物除委託人另有指示外，行紀人不負付保險之義務（民法五八三條二項、德民三九〇條二項、瑞債四二六條二項）。當事人有此契約時，自不待論，即僅有委託人之指示，亦爲已足。行紀人既未有約定，亦未受有指示，而付保險時，如其保險利於本人並不違反本人明示或可得推知之意思時，得請求委託人代爲清償其對於保險人應爲之給付並償還其已支付之保險費及自支出時起之利息（民法一七六條）。

五、委託物處置之義務

委託出賣之物，於到達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、瑞債四二七條、德商三八八條）。依德商法及瑞債之規定，此時行紀人應爲下列之處置：（一）保全對於運送人之權利（民法六四八條），（二）保全對於瑕疵之證據，（三）保管有瑕疵之物品，（四）無延遲的通知委託人，（五）將易於腐敗之物，於一定條件之下爲拍賣。我民法惟規定應與自己之利益爲同一之處置，並未定有具體的內容，可解釋上述各種處置，行紀人均應爲之。爲拍賣時應照市價變賣，並應經法院、公證人、警察官署、商會或自治機關之證明（民法債編施行法一四條）。行紀人違反此義務時，應負債務不履行之損害賠償責任（Oest. z. 8427.4）。

【註】瑞債第四二七條「爲賣出送交之委託物，明在於不完全之狀態時，行紀人應保持對於運送人之權利，保全關於不完全狀態之證據，且於可能範圍，謀貨物之保存，並對於委託人無遲延的爲通知」。行紀人懈怠前項義務時，應

就其懈怠所生之損害，負其責任」。「為賣出送交之委託物，有易於腐敗之虞者，行紀人有依其物所在地管轄官署之協力，出賣其物之權利，且為委託人利益之保護有必要時，負有出賣之義務」。

德商法第三八八條「送交於行紀人之物品，於交付之際，在外面有得認知之毀損或瑕疵之狀態者，行紀人應保持對於運送人或船長之權利，及謀關於狀態證據之保存，並對於委託人無遲延的為通知。於有懈怠時，應負損害賠償義務」。「如物品易於腐敗或於物品日後發生有貶值之虞之變更，且無請求委託人指示之暇或委託人怠於為指示時，行紀人得依第二七三條規定，出賣物品」。

六、交付及移轉之義務

行紀人因交易行為所收取之物，應交付於委託人，例如買入物品之交付，為被背書人取得證券之背書。因交易行為所生之債權，應移轉於委託人（民法五四一條、德商三八四條二項後段）「因處理事務所取得者，應交付與委託人」三九二條一項「基於行紀人所訂立契約之債權，委託人惟於受讓與後，始得對於債務人為主張」。應交付於委託人之金錢，為自己消費之者，應自消費時起，支付利息，如有損害，並應賠償（民法五四二條）。在買入委託，委託人對於行紀人代為購入送來之物，關於檢查及瑕疵通知，並其保管及易於敗壞物之變賣，應準用民法第三五六條第三五八條之規定（參照德商三九一條一段）。委託人雖懈怠此義務，仍得請求行紀人對於第三人（賣主）所有權利（例如行紀人對於物之瑕疵，已為檢查並已通知第三人）之讓與（德商三九一條二項）。如行紀人方面，亦怠於瑕疵之通知，而未取得對於第三人之此項權利，是否因委託人未為瑕疵之通知而免其損害賠償之義務，因行紀人有以善良管理人之注意履行行紀契約，苟有過失，應負損害賠償責任（*Staub, z. § 391.3*）。又為確保對於第三人之權利行使必要之各種保全行為，行紀人亦應為之（*Duer. -Hach. z. § 384, Ann. 21*）。

七、直接履行之義務

行紀人為委託人之計算所訂立之契約，其契約之他方當事人不履行債務時，對於委託人應由行紀人負直接履行契約之義務。但契約另有訂定或另有習慣者，不在此限（民法五七九條、日商五五三條）。

1. 行紀人承受交易行為之實施，依其與相對人爲受委託之買賣或其他交易行為，而履行其債務。然委託人係爲利用行紀人之信用及經驗而訂立行紀契約，民法爲確保其對於行紀人信用之效果，除另有特約或另有習慣外，不問行紀人有無過失，均使其就相對人債務之履行，負其責任。在歐洲諸國立法，除有明示或默示的擔保特約(Dalkrederevertrag)或習慣外，行紀人不負擔保責任。其負有此責任者，稱爲 *delcredere*; *ducroire*, *Dalkrederehaftung* (義商三八七條、瑞債四三〇條、德商三九四條、奧商三七〇條)。英國法稱爲保付代理人 (*del credere agent*)，法國學者稱爲保證 (或擔保) 行紀人 (*Commissionnaire ducroire*) 或保證之約款 (*clause ducroire*)，亦即指此而言。然此時佣費一般甚高。在我民法與日本民法則反以自履行責任爲原則，惟於有較普通佣費爲低之特約時，多可推定其有不負此責任之特約。

2. 「相對人不履行債務時」，謂相對人不履行基於買賣或其他契約，對於行紀人所負擔之債務，委託人已由行紀人受其債權之讓與與否，對於行紀人之責任，不生影響。相對人之債務實際上雖多爲價金支付義務，然亦得爲物品或其他給付之義務 (*Duer-Hach. z. 8394, Anm. 8*)。

3. 行紀人之直接履義務，雖類似保證債務，然實有不同，蓋此義務法律上當然發生，而非基於契約，此其一。相對人之債務係對於行紀人之債務而非對於委託人之債務，此其二。委託人於相對人對於行紀人不履行債務時，其已由行紀人受債權之讓與者，於相對人對於委託人不履行債務時，無須對於相對人爲執行，而逕得對於行紀人爲履行之請求，即行紀人無檢索之抗辯權，此其三 (*Duer-Hach. z. 8394, Anm. 2; Lehmann-Ring, z. 8390, Nr. 6*)。然與保證亦有類似之點。行紀人係基於交易行為，對於委託人負其責任，故其義務之範圍，與相對人所爲買賣之內容爲同一，從而如同保證帶有從屬性，即行紀人於與相對人對於行紀人所負擔債務之同一範圍，自履行之責。相對人所得對抗行紀人之抗辯，行紀人亦得以之對抗委託人 (*Staub, z. 839 Nr. 6*)。但相對人因行紀人違反善良管理人之注意於買賣契約上所生之抗辯，行紀人雖亦得主張之，然他方面對於委託人因此所生之損害應爲賠償。又相對人之債務消滅時，行紀人之

擔保義務亦隨同消滅。例如委託人受讓行紀人對於相對人之債權後，免除陷於履行遲延之債務人之債務時，則行紀人亦一同免其義務。同樣委託人拋棄為其所受讓債權擔保之物權時，行紀人亦於其所拋棄權利之限度內，免其責任（民法七五一條）。反之相對人雖對於行紀人拋棄其抗辯權，行紀人不因而喪失其對於委託人主張此抗辯權之權利（民法七四二條二項 *Deur.-Hach. z. § 394, Ann. 9*）。行紀人因與相對人負擔同一內容之債務，不獨價金之支付或物品之給付義務，關於交易行為發生之義務，例如在買賣行為，基於標之物之瑕疵之價金減少或損害賠償責任，亦應負擔（*Deur.-Hach. z. § 398, Ann. 8*）。

4. 行紀人之此直接履行義務，係依法律之規定所創設，與行紀人行紀契約上之義務有別。故於此義務之外，行紀人得基於行紀契約上義務之違反，發生損害賠償責任。行紀人自為履行後，相對人之債務並未消滅，不過嗣後成為絕對的屬於行紀人之債權而已。

第四節 行紀人之權利

行紀人之權利，民法關於行紀特設有規定者，為報酬請求權、費用償還請求權、拍賣權及介入權。其他權利（例如提存權、留置權等），應依民法關於委任及其他規定決定之。

一、報酬請求權

行紀人以行紀為營業，為委託人所為之交易，雖無特約，亦得請求報酬（民法五四七條、日商五一二條）。其數額依約定或習慣定之（民法五八二條）。（一）關於報酬支付之請求，德商法第三九六條第一項，瑞債第四三二條均以所訂立行為之實行，為請求報酬之條件。在我民法，除契約另有訂定或另有習慣外（民法五八二條），通常亦可為如此之解釋，蓋行紀人之報酬，如同代辦商，對於委託行為之結果而給與，僅以與第三人成立交易契約，尚不得請求報酬，應俟相對人依其契已實行給付，始得為請求。例如在買入委

託，買入物品已由相對人交付與行紀人或已由行紀人直接履行或由第三人直接交與委託人。在賣出委託，賣出物品之價金已由第三人交與行紀人或直接交與委託人。此外委託人尙得以行紀人所收取之物未交付或委託行爲之顛末未報告爲理由，拒絕支付報酬（民法二六四條五四八條一項）。（二）如因可歸責於行紀人之事由，致交付爲不能者，喪失其報酬請求權（Schlegelberger, z. 8396, Ann. 7, 10; Ritter, z. 8398, 3; Oser zu § 432, Nr. 2）。相對人就其債務不履行，已爲損害賠償或已爲所容許之代物清償者，等於所訂立行爲之實行，行紀人得請求報酬。然如所訂立契約因瑕疵或其他法定原因，經解除者，等於債務不履行（Schlegelberger, z. § 396, Ann. 8; Duer. -Hach. z. § 396, Ann. 6）（三）行紀人因不可歸責於己之事由，不能完畢委託行爲者，其一部分履行有相當於全部履行之部分的獨立利益時，得就其履行之部分，請求報酬（民法五四一條二項，Oser z. § 432, Nr. 7）。然如經濟上主要的目的已達到時，仍應支付全部報酬（Schlegelberger, z. § 396, Ann. 9）。未爲所委託契約之訂立者，不得請求報酬。所訂立之契約全部或一部不能實行，係可歸因於委託人個人所存之事由者，行紀人得請求全部報酬（德商三九六條一項末段，瑞債四三二條一項，Schlegelberger, z. 8396, Ann. 13）。（四）當事人約定以所委託行爲之訂立，即得請求報酬，或約定非經行紀人將所收取之物交付與委託人或並將其顛末報告，不得請求報酬者，自應依其特約。（五）行紀人於彼此利害不相衝突之限度，由雙方受有行紀之委託者，得對於雙方請求報酬（Staub z. § 396, Ann. 9; § 384, Ann. 8; § 387, Ann. 4）。

二、費用償還請求權

依委任契約行紀人爲委託人爲交易，需要費用時，除有特約或習慣外，無爲墊付之義務，得對於委託人請求預付（民法五四五條）。如爲處理委託事務支出必要之費用時，得請求償還及支付利息（民法五四六條）。民法並規定行紀人得依約定或習慣，請求寄存費及運送費，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，瑞債四三二條，德商三九六條二項，日商五一三條二項）。依瑞士債務法

第四三一條第一項「行紀人爲委託人之利益所爲之一切預付、墊款或其他費用，得請求償還並得計算對於其金額之利息」。學者解釋與瑞債第四〇二條第一項「委任人對於受任人，因委任事務之正當處理所支出之墊款及費用，應附利息一併償還，並負有使其所負擔債務之義務」之規定，有同一之內容。我民法第五八二條規定係仿瑞債第四三一條之規定，故應解釋不以必要之費用爲限，有益費用亦應包括在內（*Comh. z. 8431, Nr. 1, z. 8402, Nr. 4*）。例如郵費、電話費、電報費、運費、稅捐、保險費、自助拍賣費等，皆屬之。買入委託所爲價金之墊付，對於第三人因不履行或不完全履行所爲之損害賠償，如非因可歸責於經紀人之事由所致者，亦得請求償還（*Schleselberger, z. 8396, Anm. 30*）。只須以支付時爲必要或有益爲已足，其後結果如何，在所不問。行紀人無用之支出，亦得爲偶然之損失，請求賠償（*民法五四六條二項 Staub zu 8396, Anm. 13*）。然行紀人爲履行基於行紀契約或其他約定之義務所爲之給付，不得以爲費用請求償還。例如原則上爲自己或其使用人之勞力，不得請求賠償，蓋勞務爲行紀契約之對象，屬於報酬之範圍也。（二）寄存費及運送費，謂行紀人利用自己之保管或運送設備時之保管費及運送費，如對於第三人爲此支付，則已包括於爲委託人之利益而支出之費用之內，無庸另定也（瑞債第四三一條第二項「行紀人就其所使用倉儲場所及運送工具之報酬，亦應計算之，但其使用人之薪給，不在其內」，德商第三九六條第二項亦有類似之規定）。但依當事人契約，保管或運送爲委託目的所預定，而且其費用已計算於報酬之內者，自不得另行請求。（三）行紀人因所委託行爲之未實行雖不得請求報酬，然如其不實行非因行紀人之過失所致者，仍得請求費用之償還，蓋若行紀人有過失，尤其不履行其義務，不盡力於行紀委託之實行，則其費用不能視作有益也。（四）倉儲場所使用費，行紀人雖反於委託人之意思，爲確保其留置權而留置其物，亦得爲請求。（五）行紀人未經委託人指示而付保險時，其所支付之保險費，是否得請求償還，通常可認爲有益費用，應爲肯定（*民法五八三條二項*）。然如保險被禁止或所爲保險不適於填補萬一發生之損害者，不在此限（*Staub, z. 8396, Anm. 19, 8390, Anm. 10*）（六）行紀人與第三人所爲訴訟

之危險，由委託人負擔，委託人應償還訴訟費用。但行紀人未盡善良管理人之注意者，不在此限。行紀人雖無告知委託人參加訴訟之義務（民訴六五條），然應不斷的報告其訴訟進行狀況。（七）須行紀人履行其義務，尤其為顛末之報告（Staub z. § 396, Ann. 16—21）。

三、買入物之拍賣權

「委託人拒絕受領行紀人依其指示所買之物時，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」。「如為易於腐敗之物，行紀人得不為前項之催告」（民法五八五條、日商五五六條五二四條、德商三八九條）。（一）此為關於自助出賣（Selbsthilfeverkauf）之規定。依指示所買之物係指受委託而買之物，並不以有特別指示為必要。（二）日商法第五五六條並規定「委託人不能受領」，我民法雖僅規定「委託人拒絕受領」，然不能受領之情形，亦應解釋包括在內。（三）我民法雖僅規定行紀人得為拍賣。然如委託人受領遲延，自亦得為提存（民法三二六條、參照日商五五六條、德商三七三條一項）。在得為提存時，以給付物不適於提存或有毀損滅失之虞或提存需費過鉅時，始得由清償人聲請法院拍賣，而提存其價金。給付物有市價者，該管法院得許可清償人照市價出賣（民法三三一—三三二條），而在行紀人之自助出賣，則依民法債編施行法第十四條規定，照市價變賣，不過應經法院、公證人、警察官署、商會或自治機關之證明而已。

1. 要件

a. 須委託人拒絕受領 以委託人有此事實為已足，不以陷於受領遲延為要件。行紀人無須為使委託人陷於受領遲延，預為給付之提出。委託人預示拒絕受領之意思者，亦無須以準備給付之事情通知委託人，以代提出（德商三八九條、竹田五三頁、小町谷一二五頁以下、石井商法中卷二八頁）（但亦主張以委託人陷於受領遲延為必要者，例如松本一一四頁（註二）、岡野四八頁一六五頁）。委託人不能受領時，亦

可同此論斷。民法第三二六條並以「不能確知孰為債權人而難為給付時」為提存之原因，在委託人雖此種情形甚少，應亦有擴充的準用（小町谷一二六頁、本間商行爲法五〇頁）。

b. 委託人就價金之支付有無遲延在所不問，蓋民法第五八五條主要的目的在使經紀人速免其給付義務也。故委託人雖已爲價金之支付，亦不妨其適用（岡野四九頁、小町谷一二六頁）。

2. 救濟方法 經紀人除依民法第三二六條爲提存外，得拍賣其物而提存其價金。委託人陷於受領遲延時，爲提存抑爲拍賣，得由經紀人選擇行使。然依民法第五八五條定期催告後，亦不妨爲提存。

a. 催告 (一) 經紀人於爲拍賣前，應定相當期限催告委託人受領，無須預告以逾期不受領，即將付拍賣之旨，蓋既有受領之催告，則委託人因期限之空過應可想像有被拍賣之虞也（日本大正十年六月十日大判）。(二) 催告之方法並無限制，得以書面或口頭爲之。但須達到委託人。(三) 所謂相當期限，應爲委託人考慮受取標的物抑或甘受拍賣而講求其對策所必要之期間（日本大正八年四月二十三日大判）。(四) 易於腐敗之物得不經催告而拍賣（民法五八五條二項、日商五五六條五二四條二項），然以遲則有危險，不及催告時爲限，僅以有敗壞之性質，尙爲未足（參照德商法三七三條一項後段 *Staub zu § 373, Anm. 25; 岡野五三頁、小町谷一二八頁*）。標的物雖不適於提存（民法三三一條），亦不得不經催告而拍賣。(五) 委託人受領不能時，則其受領之考慮爲無意義，應解釋無須催告而得爲拍賣（準用民法五八五條二項）。

b. 拍賣程序 在拍賣法公布施行前，得照市價變賣，但應經法院、公證人、警察官署、商會或自治機關之證明（債施一四條）。其費用由委託人負擔（民法三三三條）。

c. 通知 經紀人依民法第五八五條爲拍賣時，應即通知委託人。但不能通知者，不在此限。然通知並非拍賣效力之發生要件。如怠於通知，應負損害賠償責任（準用民法三五八條三項、德商三七三條五項、日商五二四條一項後段）。此通知應解釋採用發信主義，不以到達爲必要。

d. 價金提存 行紀人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。例如就其所墊支之價金及費用，得以拍賣所得價金之全部或一部抵充之。如抵充後尚有賸餘，並得提存，蓋以免其保管之煩累與責任也。

四、委託物之拍賣權

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時，如委託人不於相當期間取回或處分其物時，行紀人得依前條規定（民法五八五條）行使其權利（民法五八六條、瑞債四三五條一項、德商三八九條）。（一）須依誠信原則就委託物之出賣不能，委託人已受行紀人之通知（民法五四〇條）或爲其所已知悉，並須行紀人未依特約有爲委託人繼續保管之義務，不能期待其再爲保管。（二）只須於知有出賣不能或撤回出賣委託之事實後，不於相當期間取回或處分其物，委託人有無過失，在所不問。（三）行紀人應依民法第五八五條規定，定相當期限爲催告，委託人逾期不取回或處分其物時，始得拍賣。但易於敗壞之物，得不經催告，逕行拍賣。於實行拍賣前，委託人取回或處分其物時，行紀人喪失其拍賣權（Schlegelberger, z. § 389, Ann. 4）。（四）委託人同時陷於受領遲延時，行紀人得享受關於受領遲延之利益（民法三三七條三二六條）。行紀人得爲委託人之利益，將委託物爲其他方法之利用。然於有爭執時，行紀人應證明此方法較之拍賣更可保護委託人之利益，然在行紀人方面，自以選擇拍賣爲便利，蓋因此雖有害於委託人之利益，亦有權爲之也（Schlegelberger, z. § 389, Ann. 5）。

【註】依瑞債第四三五條第一項「委託物出賣不能或有委託之撤回時，委託人就物之取回或處分，不當的遲延者，行紀人得向物之所在地之管轄官署，聲請拍賣」。

第二項「委託人及其代理人均不在物之所在地時，得不經相對人之訊問，命爲拍賣」。

第三項「除物有急速的價格低落之虞外，應於拍賣前，對於委託人爲官方的通知」。

五、介入權

行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者，除有反對之約定外，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、瑞債四三六條一項二項前段、德商四〇〇條一項五項、日商五五五條一項）。此自爲買受人或出賣人，謂之行紀人之介入（*Selbsteintritt*; *immixtion personnelle*）或自約（*Selbstkontrahierung*），乃由於商業習慣而生，德舊商法始認行紀人有此權。其後義商法、瑞債及日商法均仿效之。其規定最完全者，爲德新商法（四〇〇條至四〇五條）。我民法蓋仿瑞債之例也。

1. 介入權之性質

關於介入權法律上之性質，有謂行紀人因介入，依委託人之委託爲其計算與自己訂立買賣契約，例如 *Gruehnt*。然以自己之名義與自己訂約，法律上不得是認之。亦有謂行紀人爲委託人之代理人與自己訂立買賣契約，然與民法第一百零六條之規定相抵觸，蓋行紀人介入權之行使，不以委託人之許諾爲必要也。故學者多數認爲行紀人與委託人之間直接成立買賣契約。然其契約如何成立，則意見不一致。通說謂介入爲行紀的實行之特種方法，行紀人雖爲介入，仍爲行紀人，而他方面則成立當事人間之直接買賣（*Direct-Hach. Vorb. z. § 400 bis 405, II*）。行紀人因一方的行爲，得使生介入之效力，故其介入爲形成權之行使（松本一八九頁、竹田一三三頁）。

2. 介入之效用 行紀人之介入權，有如何效用，依行紀之種類而有不同，不可一概而論。行紀人有就委託人欲賣出之商品，自己以投機之目的而買入；或就委託人欲買入之商品，以自己之倉儲品出賣；或爲投機出賣，而俟機買入以爲給付；或就同種類之物品，由甲受賣出之委託，由乙受買入之委託時，有將甲乙之委託因介入而同時履行之方便，蓋無介入之制度，則此時行紀人須以自己之名義爲甲賣出，爲乙買入，自己同時爲出賣人及買受人也。日本判例雖以雙方代理之理論，謂行紀人無爲此行爲之權利（日本大正四年九月三十日大判），然此時行紀人應以自己之名義爲之，無發生雙方代理之餘地，結局爲自己由自己買入或賣出，然自己與自己訂立買賣契約，法律上爲不能，故惟有採用介入方法，而後可達同時履行雙方

委託之目的 (Duer.-Hach. Vorb. vor § 400, Ann. 6 竹田 111 頁)。

3. 介入之要件 (一) 積極的要件。(a) 所受委託之物品須為市場定有市價之物。(二) 消極的要件。(b) 須委託人未禁止介入權之行使。(c) 須行紀人尚未為實行行為。(d) 須行紀契約尚未消滅。茲分述之如左：

a. 須為有市場市價之物 (一) 此要件一方面為使行紀人發生介入權之要件，同時為定行紀人是否係於不利於委託人之時期為介入及於此時所應為損害賠償之標準。依此要件，行紀人應依據之價格為明確，而期其能公平的行使介入權。(二) 有市場市價之物，其物在交易所買賣者，為交易所之交易價格 (Börsenpreis)，無交易所價格者，為市場之市價 (參照瑞債四三六條一項、德商法四〇〇條一項)，而且其物須於行紀人為介入時實際上市場上有買賣之成立，僅以其物通常於交易所或市場為買賣，尚為未足 (Oser z. § 436, Ann. 5 但在德商法依其第四百條第一項，有價證券以有公定之市價或交易所價格為必要)。(三) 交易所或市場除委託人指示其買賣場所外，以在行紀人營業所在地者為準 (Staub, z. § 400, Ann. 4; 但亦主張應為行紀人之住所地 Oser z. § 436, Ann. 6)。行紀人營業所在地無交易所者，以支配其地之交易所為準 (松本一九〇頁)，蓋應於其地實行委託也。例如對於臺北之行紀人，委託於高雄或橫濱為賣出或買入時，則須於高雄或橫濱，就委託物於介入權行使時有市場之市價。然指定於橫濱為買賣時，則為外國之交易介入權之準據法，原則上為支配行紀契約訂立地臺北之我民法 (涉外民事法律適用法六條二項 Duer.-Hach. z. § 400, Ann. 14)。(三) 除委託人指定應賣出或買入之時期時，應以其時期市場之市價為準外，應以行紀人為實行行為之時為準 (Duer.-Hach. z. § 400, Ann. 11)。委託人指定實行時期時，須其時期有出賣之市場市價。不問委託人何時發送實行之通知，均以其指定時期視為實行時期 (參照德商法四〇〇條三項)。在該通知發送前已有委託之撤回時，則行紀人不得為介入。委託人未為指定時，依德商法 (四百條二項)、瑞債 (四三六條二項)，均以行紀人為實行行為時之市場市價為計算

標準。因實行行為之通知與介入之表示結合而為委託之實行。德商法（四百條二項末段）規定以行紀人發送實行通知於委託人時，視為實行行為之時點。瑞債雖無此明文，亦為同樣之解釋（*Oser* z. § 436, Anm. 16）。日商法第五五條第一項後段規定「此時買賣代價依行紀人發送自為買受人或出賣人之通知時之交易所市價定之」。我民法亦可為同樣之解釋。然介入效力之確定的發生時期與市價應準據時期，亦非必一致。依德商法第四百條第三項「應於交易所或市場之營業時間內實行之委託，而於交易所或市場終了後始發送實行之通知者，其為委託人計算之價金，不得較交易所或市場終了時成立之價格為不利」，蓋以於實行行為之通知時應有交易所或市場市價之存在，而於終了後始為通知者，則只可認為於交易所或市場已為之實行之報告。此時以有於交易所或市場營業時間內成立之市價為已足。然如於交易所或市場終了後為實行行為之通知前有委託之撤回時，則不許其後之介入（*Duer. Hach. z. § 400, Anm. 12*）。在我民法，關於此點雖未為規定，然交易所或市場終了時市價，與開始時市價有不同時，雖不以開始時之較高價計算，然不得少於交易所之公定市價（交易所法第三九條依其施行細則第三十一條，以其成交之價格平均定之），委託人仍不妨證明行紀人如以善良管理人之注意而應更獲有利之價格（*Oser. z. § 436, Anm. 16*），而請求損害賠償。於介入時有市價之動搖時，行紀人如不能證明事實上以較不利之價格為訂立者，應公平的以平均價格計算。然委託人常得證明其事實上更有利之訂立（*Oser* z. § 436, Anm. 8 S. 15c1）。（四）然此非強行規定，雖無交易所或市場市價，當事人亦得以特約許可行紀人之介入。商業習慣或銀行之交易條件等，以為委託人所知而默示的為契約要點者，始可以為特約，而加以考慮。雖無特約，行紀人如就此等物品為介入之通知，委託人承認之者，自亦生介入之效力（*Oser, z. § 436, Anm. 13; Duer. Hach. § 400, Anm. 25*）。

b. 須無介入之禁止 當事人得以特約禁止介入。此特約得為明示的或默示的。在如何情形為有默示的特約，應依其情形具體的決定之。例如指定買入或賣出之相對人。在輸出行紀，委託人正欲在海外覓其市

場，由賣出可能多得之利益，由委託人與行紀人分受。然行紀人之介入權爲民法所明定，通常得自由行使之。故有介入權之禁止，應由委託人證明之（Duer.-Hach. z. § 400, Anm. 16）。

介入之禁止於行紀契約訂立後，委託人是否得以一方的指示任意爲之，有不同之意見。有謂此爲部分之撤回，委託人得隨時爲之（Straub z. § 400, Anm. 6）。有謂在委託人雖得任意爲之，然爲保護行紀人之利益，如對此不同意時，得終止契約，例如 Hafner。有謂以有行紀人之同意爲必要，然如行紀人不同意時，委託人在有委託實行通知之發送前，得撤回其委託（Duer.-Hach. z. § 400, Anm. 15; Oser z. § 486, Anm. 10）。依余所見，介入之禁止，不獨於委託授與時，亦得於行紀契約訂立後爲之。但介入權既已行使或有不爲介入權禁止的明示或默示之約定者，不在此限（Schlegelberger z. § 400, Anm. 16）。

c. 須行紀人尙未爲實行行爲 行紀人如已爲委託人爲賣出或買入，在行紀人與委託人之間，行紀人對於相對人之權利義務，當然歸屬於委託人，行紀人已無介入之餘地（Oser z. § 436, Anm. 12; 小町谷二五〇頁、松本一九一頁）。但行紀人在其營業性質上爲他委託人或爲自己與委託人委託之內容爲同種之買賣，究爲何人爲之，在委託人方面，不易證明。故爲實際問題，行紀人已爲賣出或買入之通知時，始確定的不得再行使介入權（依德商法四〇一條二項「行紀人於實行通知發送前基於委託於交易所或市場與第三人訂立契約時，對於委託人不得以較其所合意者更爲不利之計算」。即在與第三人訂立契約後實行通知發送前，尙不妨爲介入，不過計算價金不得少於其與第三人合意之價金而已）。

d. 須行紀契約尙未消滅 委託人如已爲委託之撤回，而於行紀人發送實行之通知前，已到達於行紀人時，則行紀人不得再爲介入（瑞債四三八條、德商四〇五條三項）。因其他事由，行紀契約消滅時亦同。例如委託人之破產（民法五五〇條）。

具備上述要件時，行紀人得行使介入權。然爲行使此權利，無須即爲履行，亦得爲附條件或附期限之

買賣，從而行紀人於介入時雖尚未所有物品或資金，亦不妨爲介入（松本一九一頁）。行紀人是否有履行其因介入所承擔義務之能力，在所不問。然此時得有違反義務的委託實行之存在（Duer.-Hach. z. § 400, Anm. 29）。於不反於委託之本旨，亦得就一部分與第三人爲買賣，而惟就一部分爲介入（Duer.-Hach. z. § 400, Anm. 44）。

4. 介入之方法 行紀人爲介入時，於行紀人與委託人間成立買賣契約，即介入非爲宣示的而有形成的效力。故行紀人爲介入之意思表示，應向委託人爲之。依德商法第四〇五條第一項規定，必須爲明示。從而行紀人僅以自己在倉物品送交委託人，尙不能逕使發生介入之效力（Staub, z. § 405, Anm. 13; 小町谷二五七頁）。我民法未限定爲明示，應解釋此種行紀人之履行行爲亦可代替通知之發送（Oser z. § 438, Anm. 2）。如何意思表示始可認爲介入之意思表示，應各個具體的決定之。要以因行紀人之表示而可認行紀人有自己爲買受人或出賣人之意思爲已足，其表示爲口頭或爲書面，在所不問。然此意思表示，依民法一般原則以爲委託人所了解或達到於委託人時，始生效力（民法九四條九五條）。然其買賣價格則以介入意思表示時爲標準，即行紀人爲郵寄或發電報，以通知交與使者時之市價爲標準（Oser z. § 436, Anm. 16; Staub z. § 400, Anm. 20）。通知發送後，行紀人爲撤回介入之意思表示，先於介入通知或同時達到於委託人時，發生撤回之效力（民法九五條）。介入之意思表示，雖因達到於委託人而生效力，然其效力之內容，則溯及於發送之時，蓋以此時爲實行之時也（Duer.-Hach. z. § 400, Anm. 36; 竹田一三二頁）（但亦有主張惟關於價金之計算及委託撤回之時間有溯及力，例如 Schlegelberger z. § 405, Anm. 13; Ritter z. § 400, 5, c）。委託人撤回委託，其撤回於實行通知之發送前到達於行紀人時，行紀人不得再爲介入（參照瑞債四三八條、德商法四〇五條二項 Oser z. § 436, Anm. 14）。一般介入之意思表示，含有實行之通知。然實行之通知，亦得視爲介入之表示（民法五八八條）。

5. 介入之效力 行紀人爲介入時，一方面成立行紀人與委託人間之買賣關係，他方面爲有行紀人委託之

履行。

a. 買賣 因介入行紀人與委託人之間成立買賣，民法關於買賣之規定，均有適用。例如關於瑕疵擔保、危險負擔、檢查及瑕疵通知義務、保管義務之規定皆屬之。(一)因係當事人間成立買賣，行紀人爲準備介入或爲履行其因介入所負擔之給付義務，雖與第三人以自己之計算訂立買賣契約(填補行爲 Deckungsgeschäft)或購入物品，在爲給付前，委託人不得主張當然爲其物品之所有人。在賣出委託，行紀人在介入前已占有委託物者，則所有權之移轉，依簡易交付爲之(民法七六一條一項)。行紀人介入之意思表示，含有所有權讓與之要約，委託人依民法第一百六十一條默示的爲承諾時而成立讓與之合意(Duer. H. ach. z. § 400, Anm. 61)。(二)在賣出委託，行紀人於物品送到後始爲介入者，則以實行通知之發達時，其危險移轉於行紀人(Duer. Hach. a. a. O. Anm. 62)但亦有主張實行通知到達於委託人時其危險始行移轉例如 Schmidt-Rimpler)。(三)又關於檢查及瑕疵通知義務(民法三五六條)，應自何時開始，有主張在介入前行紀人應檢查物品，如爲未保留之介入，則可認爲有民法第三五六條第二項之承認(L. ehmann-Ring, z. § 400, Nr. 20)。然通說則謂瑕疵通知期間，應自實行通知之發送時起算(Duer. H. ach. a. a. O. Anm. 60; Staub, § 400, Anm. 27; 但亦有主張應自實行通知之達到時起算例如 Schmidt-Rimpler)。然如爲易見之瑕疵，不爲保留而爲介入者，通常可認爲有瑕疵物之承認。(四)因介入成立物品買賣之價金，原則上應以實行通知發送時交易所或市場之市價爲準，已如前述。

b. 委託之履行 行紀人爲介入時，行紀人與委託人間成立買賣契約關係，此時委任人經濟上如同行紀人爲委託人爲買賣與第三人對立時立於同一之地位。故委託人對於行紀人之介入，應認爲與委託之履行有同一之效果。除委託之實行原約定依介入爲之者外，行紀人保有報酬及費用請求權(民法五八七條二項、瑞債四三六條二項後段、德商四〇三條 Duer. Hach. § 403, Anm. 3)。非僅以介入之成立，並須有其買賣之實行，始得請求報酬。然如其實行僅因可歸責於委託人之事由而未爲之者，例如因委託人之破產，而

破產管理人拒絕買賣行為之履行，則行紀人仍得請求報酬（Duer. - Hach. z. § 403, Anm. 4）。費用因介入而節省者，例如居間調查、印花、寄存費，亦得請求償還，蓋行紀人使介入為可能，應以自己之計算，與第三人訂立買賣契約（填補行為），通常須有此等費用之支出，而委託人不能較行紀人因委託之實行與第三人訂約更立於有利之地位也。此項應得節省之費用，一方面具體的已支出與否，在所不問，他方面行紀人為填補行為雖實際上為支出之其他費用，亦不能請求償還（Staub z. § 403, Anm. 12; Ritter z. § 403, 3）。至於行紀人所承擔保付責任（Delkrederhaftung），雖因其介入而消失，然為介入之行紀人仍得請求保付報酬（Delkrederprovision）（Schlegelberger, z. § 403, Anm. 3; Duer. - Hach. § 403, Anm. 3; Ritter, § 403, 2; 但亦主張除當事人約定於介入時仍應計算保付報酬外，不得請求之，例如 Staub, a. a. O. 1）。

他方面行紀人對於委託人保持信任關係，於為介入時尚應保護委託人之利益，故其介入亦應以善良管理人之注意為之，不得使委託人之地位較與第三人為委託之實行時更為不利。行紀人如違反義務，應負擔損害賠償責任。委託人為價額之指定者，如較指定價額不利之時期為介入時，介入之通知應解釋當然含有負擔差額之意思（民法五八〇條）。依德商法第四〇一條第一項「雖依介入實行委託，行紀人如為其義務相當之注意，得以較依第四百條所決定者為有利之價格實行委託時，對於委託人應以其有利之價格計算之」。第二項「行紀人於實行通知之發信前，基於委託於交易所或市場與第三人訂立契約時，對於委託人不得以較其時所合意者為不利之價金計算」。在我民法雖無此規定，行紀人介入時之價額，與其應可為委託人更為有利的買入或更為有利的賣出之價額之差額，普通即為其應賠償之數額。如於委託人不利之時期為介入，係違反委託人之指示（參照德商法三八五條一項）或遲為之介入失去委託之主要目的（Staub z. § 400, Anm. 12）或顯有背於委託之本旨者（小町谷二五四頁），委託人得拒絕承受介入之效果。委託人於行紀人有過失時並得請求損害賠償（Staub, z. § 385, Anm. 3）。例如行紀人已無財產，因介入而致委

託人喪失委託物之收回權（如賣與第三人，則其價金債權對於行紀人及其債權人之關係，爲委託人之債權）（Duer.-Hach. z. 8384, Anm. 29, 30）。又例如行紀人知委託人將爲委託之撤回或已有撤回通知之發後，爲著先鞭，用最速之方法，爲介入之表示（Duer.-Hach. z. 8400, Anm. 42）。

6. 介入之擬制。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，視爲自己負擔該當事人之義務（民法五八八條、瑞債四三七條、參照德商四〇五條一項）。（一）行紀人得行使介入權時，有時僅通知已爲委託行爲之實行，未表示由自己介入或與第三人爲之者，依瑞士債務法（四三七條），視爲自己之介入，而依德商法（四〇五條），則視爲與第三人之交易（Duer.-Hach. z. 8405, Anm. 2）。我民法係仿瑞債之例，蓋以行紀人得於其後指名無支付能力之買受人或出賣人爲相對人，或將已喪失之物指爲係爲委託人所購，於委託人甚爲不利也。他人之指名，須其同一性毫無疑問，不明白之指稱（例如云我爲你在交易所購買），仍生介入之效力。（二）此介入擬制之效力，對於委託人及行紀人同樣發生，然委託人仍得證明行紀人係以更有利之條件，爲委託人之計算而與第三人交易。（三）此擬制於當事人依契約雖無交易所或市場市價之成立，仍容許介入時，亦有適用（Oest. z. 8437, Anm. 1—4）。

六、留置權

行紀人因委託關係對於委託人所生之債權，外國立法多規定有法定擔保物權。德商法第三九七條定有法定質權。日商法第五七條（準用同法第五一條）規定有留置權。瑞債第四三四條規定對於委託物及實得價金有留置權。依英美法，行紀人於委託品到着前，對於委託人發出之滙票爲承兌，或因與相對人交易而對之負擔責任時，就爲委託人占有之物，有留置權（Dice），即爲尙未屆清償期之債權，就關於行紀占有之一切之物（包括價金），亦有留置權（Bowstead, on agency, art. 72, no. 5; Mechem, on agency, § 1092）。我民法雖未設特別規定，關於商人間之行紀適用民法第九二九條，其他適用第九二八條

之規定，以定行紀人之留置權。

第五節 行紀契約之終了

行紀契約之本質爲委任契約，凡有關於委任之終了者，皆有適用。行紀人及委託人之終止契約（民法五四九條），委託人或行紀人之死亡、破產或喪失行爲能力（民法五五〇條），委託之已執行或履行不能等關於一般契約者，皆爲行紀終了之原因（岡野一八七頁 *Ritter z. § 383, 13; Staub z. § 383, Ann. 23, 25*）。

第六節 交易所經紀人

交易所經紀人，性質上爲行紀，其營業非爲自由營業。其在交易所之交易，非委託經紀人以其名義，不得爲之。故委託人與經紀人間因委託關係所生之法律關係，亦應適用前述關於行紀關係之原則。然因經紀人之特殊地位，其受委託之賣出或買入，應於交易所爲之。故有不能適用前述之原則者，有發生特別法律關係者，試述之如次。

一、在定期交易之委託，經紀人不得較委託人指定之價額廉價賣出或高價買入

在定期交易，非有委託人特別之意思表示，性質上可認爲係不許經紀人較委託人所指定之價額爲廉價之賣出或高價買入，蓋民法第五八〇條並非強行規定，乃係以通常委託人對於行紀人之委託，僅以得賣出或買入物品，即可達其目的，而推測當事人之意思所爲之便宜規定。然在定期交易，爲投機交易，其標的物之賣出或買入，不必爲委託人所欲達成之目的，反以因市價之變動而獲利爲其主要目的，且交易所之買賣，係依競爭之方法，經紀人在交易所出之價額，對於市場之影響甚大，故特指定價額爲委託時，即

係禁止經紀人以較廉價賣出或以較高價買入，若許經紀人負擔差額而使對於委託人發生效力，則因交易市場之變動，委託人不得不增繳本證據金（交易所法三一條），可能受害至鉅也。

二、在交易所之定期交易之委託，經紀人無介入權

定期交易依競爭之方法行之，不得於交易所市場外使成立買賣（交易所一五條）。經紀人實行委託事務，應於交易所之市場買入或賣出，不於交易所市場成交而依市價自爲買入或賣出，爲交易所法第三八條所禁止。此規定可認爲對於民法第五八七條之特別規定，應認爲經紀人無介入權（日本商品取引所法九四條、證券取引所法一二九條）。但經紀人由委託人受買入之委託，不妨一方面於交易所市場爲買入，他方面以自己之計算爲賣出，蓋此與民法第一百零六條並無牴觸也。

第十四章 寄託

第一節 寄託之意義及性質

寄託（*depositum*；*dépot*；*Verwahrung*；*deposit*），謂當事人一方以物交付他方，他方允爲保管之契約（民法五八九條一項、瑞債四七二條一項、德民六八八條、日民六五七條）。以物交付保管之人，稱爲寄託人（*Hinterleger*；*déposant*；*depositor*）。允爲保管之人，稱爲受寄人（*Verwahrer*；*dépositaire*；*depository*）。

一、寄託爲要物契約

寄託僅依寄託人與受寄人間之合意尙不能成立，於合意以外，尙須寄託人以物交付與受寄人，而始成立。羅馬法以寄託爲要物契約。在德國普通法，是否爲要物契約，抑僅爲諾成契約，亦有爭論。然以要物

契約說爲優勢。德國民法第六八八條以下，法國民法第一九一九條，奧國民法第九五七條，日本民法第六五七條從之。瑞士債務法第四七二條一項，則以爲諾成契約。我民法亦以爲要物契約（民法五八九條），然得認有諾成契約之寄託，與消費借貸同。

物之交付，謂移轉物之占有於受寄人，然無須直接由寄託人受移轉，亦得間接的由第三人受交付。受寄人既已占有標的物時，以簡易交付爲已足。依占有之改定，例如出賣人約定嗣後爲買受人保管，亦得成立寄託。惟寄託以受寄人自己管領爲要件，依指示之占有移轉，除受寄人經寄託人之承諾得使第三人爲物之管領外，不適於成立寄託（例如甲爲乙爲占有，依乙之指示對於丙通知其爲物之受寄人由自己代爲保管，而丙諾之，又例如甲爲乙之受寄人由丙代保管，經乙丁同意以丁爲受寄人，指示丙今後代乙保管）。

二、寄託原則上爲無償契約及片務契約

爲寄託之成立，不以寄託人對於受寄人負擔給與報酬之義務爲要件，故以無償契約爲原則。然如當事人約定報酬或依情形非受報酬即不爲保管而得請求報酬時（民法五八九條二項、瑞債四七二條二項、德民六八九條、參照日民六六五條六四八條），寄託爲有償契約。寄託雖原則上爲片務契約，然得以之爲雙務契約。如當事人不以報酬爲對價而（委託人）僅有以爲負擔之意思時，其寄託爲附負擔之無償契約，與就委任所述者同（沼義雄一六一頁、鳩山六一四頁）。又報酬應與費用之支付爲區別，寄託人費用支付之義務，非與受寄人保管義務立於對價之關係，寄託人雖預付費用，亦不得以之爲有償契約。於對待給付中可認爲含有寄託報酬者，亦可認爲有償。戲院對於觀客之衣帽等物爲保管，商人爲顧客保管，其報酬存於其與顧客交易之利潤（Denckel, z. 8690, S. 455）。

三、寄託爲不要式契約

爲寄託之成立，以有當事人之合意爲已足，不以特別方式爲必要，故寄託爲不要式契約。

四、寄託爲以物之保管爲目的之契約

1. 寄託之標的物品須爲物，只須爲物，並無其他限制，無論其爲動產或不動產，爲代替物或不代替物。在外國立法例，多以寄託之標的物，惟限於動產（德民六八八條、瑞債四七二條一項、法民一九一八條）。我民法與奧民（九六〇條）日民（六五七條）同樣就標的物未設限制，不動產亦包括在內。又寄託之標的物，不必爲寄託人之所有物，受寄人自己之所有物，亦得爲他人爲保管。其所有權得係嗣後取得，或係委託人合法占有他人之物而將其物交與所有人保管（Dareke, z. § 688, 1），例如承租人將租賃物一時寄託於爲出租人之所有人（依強制執行法第五九條第二項規定，查封物除貴重物品及有價證券外，經債權人之同意，得使債務人保管之）。爲達成寄託之目的信託的移轉所有權時，因伴有受信託人不超越寄託目的之債務之所有權移轉，同時成立寄託。關於盜品之寄託，學者有謂其原則爲有效，如就防止犯罪發覺之目的有合意時，則因其違反公序良俗爲無效（鳩山六三九頁）。亦有主張寄託人雖不必爲寄託物之所有人，然須自己得正當持有其物，如知爲盜品而受寄託，則爲犯罪，其爲無效，自不待論，如受寄人爲善意，則就其法律行爲有錯誤，如將其物返還於盜，則侵害失主之所有權，構成侵權行爲，故其寄託常爲無效（岡村四六三頁）。依余所見，在我民法雖有錯誤，亦僅得撤銷，以前說爲當。

2. 以物之保管爲目的 保管（Aufbewahrung）謂將寄託物置於自己之持有內，加以保護，而維持其原狀。（1）有謂寄託觀念上須提供相當之場所及爲注意之保護（ein angemessenes Platz und gehörige Obhut, Ern-Lehmann, § 169, 3），而在不動產，雖得爲監視之標的，但無爲其保管提供場所之必要，故不得爲寄託之標的。有謂寄託惟以單純的保管爲目的，如須在此以上更供給特別的積極的勞務，則非寄託，實爲委任或僱傭，而在不動產性質上不待保管得以保存，故雖得特別約定保管以上之勞務，以爲委任之標的，但僅保管本身，則不得以爲寄託之標的。然保管場所之提供，惟限於寄託物爲動產時實際上有其必要，並非寄託之要素，故上述第一說不足採。又在不動產事實上雖未至委任或僱傭之程度，亦有爲保管之餘地。（2）保管爲標的之保存，而非爲管理，故就標的物不得爲利用或改良行爲。保管既非以供場所

爲要素，亦非僅以供給保管物之場所爲已足，其僅約供給場所者，雖得成立場所之租賃或使用借貸，然非使成立寄託契約。應如何爲保管，應依標之物之種類、性質、數量、價值、保管之目的、場所及其他各種情事定之。即應爲防止其標之物滅失、毀損及喪失所必要之行爲。(三)在寄託受寄人如經寄託人之同意，得使用寄託物(民法五九一條)。保管爲契約之主要目的，惟附隨的允許受寄人爲物之使用時，在我民法尙爲一種寄託。但爲保管以物之使用爲必要者，其使用亦屬於保管行爲。(四)關於銀行之安全保管契約或保險箱租用契約(Safetrag; Stahlkammervertrag)，即供給銀行內之保險箱或金庫之一部，容許存置有價證券或其他貴重物品之契約，其性質爲租賃抑爲寄託，甚有爭論。其僅供物之擱置空位，惟就其關閉爲協力者，應解釋爲租賃。通常露封保管爲寄託。保管箱放置物品爲租賃(亦有謂爲租賃與委任之結合Oest., zu § 472, I, 1)。蓋在前者保管場所之如何，不爲契約之內容，而在後者爲客戶自己使用銀行所備保險箱之契約，銀行不直接對於保險箱內之放置物品負責(鳩山六三六頁、末弘七八二頁 Oestn. ann, Vorb. vor § 535, 6, S. 539; Staudinger, z. § 580, e)。

契約專以物之保管爲目的時，其爲寄託甚明。然同時以他事項爲目的時，是否爲寄託，不免發生疑問。雖有謂應以契約之主要目的在於保管與否以爲定(村上七一〇頁、橫田六五九頁)。理論上以物之保管及保管以外之事項併爲契約之目的時，通常爲混合契約。惟於混合契約中保管爲主要目的時，第一次類推適用關於寄託之規定，否則第二次適用關於寄託之規定。但他典型契約之內容當然包括保管義務者，惟有其典型契約之存在，不得解爲典型契約與寄託之混合契約。例如使用借貸，租賃契約。然在僱傭或承攬，受僱人或承攬人爲其附隨義務負有保管在其占有中之物之義務時，此義務除有明文(例如民法五八三條一項)外，非此等典型契約當然所包括。關於其保管義務，惟應第二次類推適用關於寄託之規定。例如在僱傭，受僱人因保管之物有瑕疵受有損害時，應類推適用民法關於寄託第五九六條之規定。

五、寄託之數約

應訂寄託契約之契約，爲寄託之豫約（*Factum de deponendo*）。當事人依一般原則，得爲此預約，尤其寄託爲要物契約，益有諾成的爲豫約之需要。

寄託之預約，有雙務豫約及片務豫約。在片務豫約，又有應爲寄託者爲豫約義務人與應爲受寄者爲豫約義務人之別。然實際上以應爲受寄人者爲豫約義務人爲普通。此時豫約權利人有交付標的物而請求受寄人承諾之債權。然於有不得已之事由時，受寄人仍得拒絕寄託契約之訂立。蓋受寄人於受寄託後有不得已事由時，亦得於期限屆滿前終止契約也（民法五九八條二項 *Oertmann, Vorb. vor 688, 1a*）。雖有主張因寄託人得隨時請求返還寄託物，寄託人不因預約而負有寄託之義務（*Darburg, § 350, II*）。然寄託雖多爲寄託人之利益而訂立，寄託人通常不負此義務，但依預約，亦非不能使其負此義務（*Staudinger, z. § 688, 2, d S. 1157; Plaack Vorb. IV; Oertmann, a. a. O. 沼義雄 一六七頁*）。

應爲寄託者，非爲豫約義務人時，不負爲寄託之義務。雖不爲寄託，不構成債務不履行。此時如應爲受寄人者支出必要費用時，是否得請求償還，雖有主張應準用民法第五四六條之規定，認其有此權（*Oertmann, a. a. O.; Ehn-Lehmann, § 199, 1a 末弘七八五頁*）。依余此見，除寄託人爲豫約義務人或有特約外，應不負費用償還義務。蓋此時在契約成立前，寄託人是否交付寄託尙爲不明，其所支費用尙不能謂爲墊支費用也（鳩山六四〇頁以下，岡村四六五頁 *Darburg* 謂惟於寄託人爲豫約義務人時，依誠信原則，應對於其爲保管準備正當的所支出之費用爲償還，*Darburg a. a. O.*）。

基於寄託豫約之豫約權利人之權利，（一）有主張爲一種債權，故其債權之效力及其債權是否有讓與性，應依債權一般之規定。即寄託人爲豫約權利人時，原則上得爲讓與。受寄人爲豫約權利人時，不得讓與（鳩山六四一頁）。（二）有謂寄託原則上基於互相之信任，除另有特約外，應認爲無讓與性（岡村四六五頁）。（三）亦有主張在無償寄託，原則上無讓與性（三瀨契約法二九二頁）。依余所見，惟於寄託人爲豫約權利人時，得爲讓與，但無償寄託不在此限。

六、寄託與其他契約之區別

1. 寄託與使用借貸及租賃 在寄託，寄託人無使用權，而使用借貸則有使用權。如依契約許受寄人爲使用時，則爲混合契約。在存於處所之使用借貸或租賃，惟供與爲保管目的之場所，而在寄託則約爲保管，須供與場所並承擔保管（保護）之活動。即在寄託物之保管人爲直接占有人，而在使用借貸或租賃，則僅物之放置人爲物之（獨立的直接的）占有人。

2. 寄託與委任 寄託以特種給付（保管及加以保護）爲內容，與一般委任不同。如保管與非其所必有之處理活動結合，在此範圍，應類推適用關於委任之規定。例如銀行之有價證券保管，於保管外，對於所保管之有價證券，多少有處理行爲之結合（抽籤之監督，息券之收取），則爲寄託與委任之混合契約。

3. 寄託與質契約 質契約爲擔保債權之目的，其保管僅爲附隨的契約效力，例如動產質借貸（*Lombardgeschäft*）。

4. 寄託與提存 提存非僅以保管爲目的，於此以外尚有其他目的（使債務消滅）。

5. 寄託與消費借貸或消費寄託 消費借貸，限於代替物，而因交付當然發生物之所有權之移轉，消費寄託酷似消費借貸，但寄託之目的，原在物之保管，不在物之使用收益，且係爲寄託人之利益，亦有不同。故民法另定爲一種有名契約。

6. 公法上之寄託關係 國家或公共團體，爲職權之行使，創設相當於私法之寄託契約，例如依法之扣押，公立學校保管衣物。此關係原則上應適用公法，惟於公法有缺漏時，補充的類推適用私法的規定（*Oser, z. 8472, 8*）。依德國判例，認爲此時私法原則爲公法原則之一部，惟於與公益不抵觸之範圍，始有適用（*Staudinger Vorb. vor 688, 10*）。然如公共團體與私人立於同等之地位，尤其爲營業人或爲寄託所，而與其訂立寄託契約時，則適用私法。

第二節 寄託之效力

第一目 受寄人之義務

一、寄託物之保管義務

受寄人之主要義務，爲寄託物保管之義務。

1. 保管必要注意之程度 受寄人保管寄託物，應與處理自己事務爲同一之注意。其受有報酬者，應以善良管理人之注意爲之（民法五九〇條、德民六九〇條二七六條、日民六五九條四〇〇條、法民一九二七條、一九二八條、瑞債九九條）。（一）受寄人之注意程度，因有償或無償而有不同。此爲德、瑞、法、日所共同。我民法從之。但規定之形式，則有不同。德民惟就無償寄託爲規定（六九〇條），關於有償寄託，則依關於債務人注意義務之一般規定（二七六條）（*Deracke n. 3690*）。日民法於寄託，亦僅規定無償寄託，有償寄託則依關於以特定物給付爲目的之債權之一般規定（四〇〇條）。瑞債於寄託之章，未設特別規定，而依關於債務人注意義務及責任範圍之一般規定（九九條與我民法二二〇條相當）（*Ogbi, n. 8472, Ann. 4, s. 1*）。法民法就無償寄託（一九二七條）及有償寄託（一九二八條），均設規定。然注意義務之加重，不限於有償（受寄人爲受寄託之要約者，寄託係專爲受寄人之利益而爲者，當事人明約定受寄人應負一切之過失者，亦應加重）。我民法則分別有償及無償之注意程度，其用意與上述各國立法同。（二）民法第五九〇條係減輕無償受寄人之責任，故縱無償受寄人對於自己財產通常所用注意之程度，較之善良管理人之注意更爲精細，受寄人亦以已爲善良管理人之注意爲已足。（三）依日本商法第五九三條「商人於其營業範圍內受寄託時，雖未受報酬，須以善良管理人之注意爲之」。我民法雖無此規定，如商人爲其顧客承受保管，則不能認爲無償。例如百貨店或戲園爲客人保管衣物，蓋其報酬存於與顧客

交易之利得也。質債權人之質物保管，係爲其自己之利益，亦不能視同無償。其保管努力之報償，存於債權之擔保之上。爲擔保而信託的受所有權之移轉者，其保管義務亦同。此時保管僅爲從給付，而非有獨立的保管契約（Denecke, z. 8690）。（三）責任之程度，依寄託人所報明一定之價額而有其界限。知其物如何被保管，而以爲滿足者，不得基於其保管方法，而主張損害賠償請求權。（四）律師由其方當事人之對方受有文書之信託，並附有指示，惟於一定情事發生後始應交付於其方之當事人時，非爲寄託契約，而爲特殊的（信託）契約。此時律師應依民法第二二〇條負其責任。然依當事人之意思，亦得使信託關係與寄託契約結合。此時受寄人超越民法第五九〇條前段及第五九八條第一項規定，負有保護寄託人利益之義務。（五）無償受寄託之汽車，受寄人違反寄託人之指示，無權交與第三人者，對於其車所遭受之意外損害，亦應負責任（Denecke, a. a. O.）。（六）關於旅店或其他以供給客人住宿爲目的之場所主人（民法六〇二條）、飲食店及浴室之主人（民法六〇七條），對於客人所攜帶物品之責任（*receptum*），另有規定，容後述明之。

2. 保管之方法 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，亦允變更其約定方法時，受寄人不得變更之（民法五九四條、德民六九二條）。（一）保管方法除另有約定外，依寄託物之種類、價格、保管場所、契約爲有償或無償等定之。雖就保管方法訂有特約，因其後發生急迫之情事，依原約之保管方法對於寄託人明爲不利，可推定寄託人若知有此情事，亦允許變更其約定方法時，受寄人有變更之權利。例如保管之場所，嗣後變爲有遭受火災之危險。依其情形保護義務要求其變更時，受寄人並有變更之義務（*Staudinger*, z. 8692, 1; *Denecke*, 8692）。反之如無此情事，寄託人嗣後雖有一方的變更之指示，受寄人亦無遵從之義務。此點與委任不同（*Staudinger a. a. O.*）。（二）依德民法（第六九二條後段），受寄人此時於變更前，除遲延則發生危險外，應先通知寄託人，並俟其決定。我民法無此規定，難爲同樣之解釋。然依誠信原則，應即通知寄託人（參照民法一七三條一項規定）。（三）寄託

物與受寄人自己之物，遭遇同一危險時，應孰先搶救。又救此則失彼時，應孰取孰捨。有謂應按標之物之價格定其先後，價格相同時，則取捨應任受寄人之判斷（中村四五頁）。依余所見，應依其寄託爲有償或無償，按其應注意程度，以定其是否應負損害賠償責任。在有償寄託，寄託物之價值如高於自己之物，而在同一情形之下捨彼取此，則常可認爲有善良管理人注意之欠缺。如爲無償，則原則上應任受寄人之判斷。受寄人除可認其有具體的過失外，不負責任。

3. 保管之場所 保管之場所所有特約時，應依其特約。無特約時，應依受寄物之性質、種類、保管之方法、契約之旨趣、信義之原則及其他情事定之，並應接受寄人所應用注意之程度，適當決定其場所。在此範圍內，亦得變更保管場所。經約定保管場所者，受寄人雖有依從之義務，惟依民法第五九二條適法使第三人代爲保管或依民法第五九四條適法變更保管方法時，亦得變更保管場所（民法六〇〇條二項）。例如依特約應於一定之房屋內爲保管，而該房屋因火災燒燬，則不得不變更場所。

4. 保管人 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，得使第三人代爲保管（民法五九二條、日民六五八條一項、德民六九一條一項）。

a. 使第三人代爲保管 受寄人非經寄託人之承諾，不得使第三人代爲保管。如另有習慣，不在此限。有價證券通例得使第三銀行代爲保管。例如寄託人將有價證券交與省銀行保管時，如該證券於中央銀行營業所之交易場所交易，省銀行得交與中央銀行代爲保管。蓋因此可免除有價證券不必要之移轉及其所伴之勞力、費用及危險也。同時多數銀行並未置有適合於保管有價證券之設備（鋼櫃金庫），尤有此必要。然在消費寄託，則不發生第三人保管之問題。蓋此時受託者已成爲有價證券之所有人也（Denckel, z. 869 1.2）。所謂不得已之事由，例如受寄人自己不能爲保管時，雖得請求寄託人之同意或將寄託物返還，然如不能得寄託人之承諾（例如因寄託人之所在不明），或有不能返還之特別情事時，受寄人得使第三人代爲保管。受寄人基於保護義務，依其情形，得負有交與第三人保管之義務（Staudinger, z. 8691, 1）。（11

寄託人與第三人之間，除另有訂定外，無論其交與第三人適法與否，惟成立所謂間接的寄託關係（mittelbare Verwahrung），不成立寄託人與第三人間之契約關係。適法代管者，受寄人應將所生對於第三人之損害賠償請求權，讓與於寄託人（準用民法五四一條二項）。非適法代管者，不成立此義務。其代管，事後經寄託人承認者，受寄人亦有此義務（民法一七八條）（Staudinger, z. § 691.3; Vgl. Bem. 3, z. § 664）。受寄人違反民法第五九二條之規定，使第三人代為保管寄託物時，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）。蓋此時受寄人違反契約上之義務，應對於寄託人賠償因代管所生一切之損害。其損害之發生，有過失與否，在所不問。但其損害與代管無因果關係者，自不在賠償之列（Staudinger z. § 691.2, a）。受寄人依民法第五九二條之規定，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（民法五九二條二項、德民六九一條二段、日民六五八條二項）。此時受寄人惟就第三人選任上之過失（*Culpa in eligendo*）及指示上之過失（德民及日民規定為監督上之過失，我民法亦可為同樣之解釋）負責。例如受寄人因故意或過失，將寄託物交與不適宜之第三人保管，則為選任上有過失。怠於指示或指示不適當，怠於監督，例如雖知第三人成為無支付能力，而不通知寄託人，則為監督上有過失（Staudinger, z. § 691.2, b）。

b. 使第三人輔助保管 受寄人原則上得使用輔助人輔助保管，而就輔助人之故意過失，如同自己之故意過失，負其責任（民法二二四條）。受寄人惟就具體的過失負責者，非以輔助人處理自己事務之注意程度為準，而以受寄人處理自己事務之注意程度為準。然如受寄人被禁止使用輔助人而使用之者，則其使用人雖無過失，受寄人應對於因其使用所生一切之損害負責。蓋此時使用輔助人已為有過失也（Staudinger, z. § 691.4, a, b）。

5. 寄託物使用之禁止 受寄人非經寄託人之同意，不得自己使用或使第三人使用寄託物（民法五九一條

一項、瑞債四七四條一項、法民一九三〇條、日民六五八條一項前段、奧民九五八條)。受寄人原則上無使用寄託物之權，然在消費寄託或依其物之性質在保管上有使用之必要者，則得使用，且有為適當使用之義務。例如競賽之馬、獵犬，須使其適當活動。乳牛須取其乳。蓋此為保管方法之一也 (Oertmann Vor. vor § 688, 4, S. 831; Oser z. § 474, 1; Funk, art. 474, 1 鳩山六四七頁、末弘七九二頁)。如得寄託人之承諾，受寄人自得為使用。例如受寄託之車，尤為偶然使用。然若以其使用為契約主要之目的，則成爲使用借貸 (Oertmann, a. a. O.)。

受寄人違反前項之規定，而為使用者，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 (民法五九一條二項、瑞債四七四條二項)。此時受寄人之責任，分爲報酬 (Verzehrung) 及損害賠償兩種。前者謂因使用所得的利益 (例如使用費之返還)，後者謂因使用對於寄託物本身所生損害 (die Sache treffender Schaden) 之賠償。受寄人此時是否負有支付報償之義務，如無明文規定，不免發生疑問。蓋因寄託物之使用，受寄人雖不當的受有利益，然如寄託物本身未生有損害，不能常謂寄託人本身亦受有相當於其利益之損害，從而是否得僅基於債務不履行或不當得利之理由，而認有受寄人報償之支付義務，不甚明瞭。故民法仿瑞債之例，特為規定，以明之。為報償額之決定，不獨因使用對於受寄人所生之利益，其未適法使用之程度，亦應加以考慮 (Funk, art. 474, 2)。使用之物為金錢者 (為特定物之金錢寄託)，應支付其使用時起之通常利息 (參照德民六九八條)。寄託物所受之損害，苟因其使用而發生，除能證明其與使用無因果關係外，雖基於不可抗力，受寄人亦應負賠償責任 (Oser, z. § 474, 2 b)。

二、附隨的義務

1. 危險通知義務 第三人就寄託物主張權利，對於受寄人提起訴訟或為扣押時，受寄人應即通知寄託人 (民法六〇四條二項、日民六六〇條、瑞債四七九條二項)。所謂扣押，包括對於寄託物之假扣押及假處

分。第三人提起訴訟，例如主張自己為寄託物之所有人，提起所有權返還之訴。第三人為扣押，例如就寄託物主張自己之所有權或其他物權，為受其交付為強制執行（強執法一二三條一二四條），或為對於寄託人之金錢債權之強制執行，或為擔保物權之行使，或為自己債權之保全或為債權人代位權之行使，對於寄託物為扣押。此時受寄人應即通知寄託人，以便使其得以參加訴訟或對於扣押聲明異議或請求其他防禦方法（例如提起確認所有權之反訴）。受寄人如怠於此項通知義務，對於寄託人應負損害賠償責任。

2. 孳息之返還 受寄人返還寄託物時，應將該物之孳息（包括天然孳息例如牛之犢及法定孳息），一併返還（民法五九九條、瑞債四七五條一項、日民六六五條六四六條一項）（FUNK, art. 475）。然此規定對於消費寄託，自不適用。如當事人另有約定，其孳息應歸受寄人取得者，自當別論。

3. 寄託物返還義務 受寄人於寄託關係終了時，應將寄託物返還於寄託人。此返還義務為因寄託關係所生契約上之債務，從而寄託人有基於所有權之物上請求權時，則就寄託物之返還有請求權之併存。受寄人寄託物返還之契約上義務，雖因時效而消滅，寄託人尚得基於所有權，請求寄託物之返還。

a. 受返還之相對人 相對人以寄託人為原則，在為第三人之寄託，應對於其第三人為交付。此時相對人為第三人（參照法民一九三七條）。寄託人為共有人中之一人時，返還義務之相對人為其中之一人。對於無契約關係之其他共有人，亦得為返還。在公共共有，其一人擅自單獨占有而為寄託時，惟得共同請求返還。受寄人亦惟得向共有人全體為返還。但不知共有人間內情之無過失受寄人，雖對於寄託人一人為返還，不因而對於他共有人負損害賠償責任（岡村四八〇頁）。寄託為有償時，寄託人之報酬支付義務，與受寄人之保管義務，立於雙務契約的對價關係。此兩者在於同時履行之關係，當無疑問。然寄託人之報酬支付義務與受寄人之返還義務之間，是否在於同時履行之關係，解釋上不無歧見。有謂報酬為對於保管之對價，而非返還之對價，故報酬支付債務與返還債務之間並無雙務關係，從而受寄人雖得以未受報酬為理由，依留置權而拒絕返還，然不得依同時履行之抗辯而拒絕之（末弘七七頁）。亦有主張保管債務與返

還債義務不可分離，故得依同時履行之抗辯拒絕返還（Certmann, z. 8699, S. 838 日本明治三十六年十月三十一日大判，鳩山六五〇頁）。依余所見以後說爲妥。

第三人就寄託物主張權利者，除對於受寄人提起訴訟或爲扣押外，受寄人仍有返還寄託物於寄託人之義務（民法六〇四條一項、瑞債四七九條一項）。（一）第三人僅就寄託物主張權利時，受寄人仍惟對於寄託人負返還寄託物之義務，當無疑義。第三人就寄託物爲扣押時，受寄人已不能將寄託物返還於寄託人，對於寄託人不負債務不履行上之責任，亦無疑義。惟於第三人對於受寄人提起訴訟時，受寄人是否得對於寄託人拒絕寄託物之返還，而不負債務不履行上之責任，則不無疑義。在理論上苟第三人僅提起訴訟而未爲假扣押，受寄人尚有履行其返還之義務。爲債務履行對於寄託人爲返還，原則上對於第三人不負賠償責任，故民法仿瑞債之例，特規定此時受寄人對於寄託人不負返還義務，即得拒絕返還而不負債務不履行之責。然受寄人惟應任其起訴，除經扣押或法院決定外，亦無將寄託物交與第三人之權利（Hübner, z. 879）。

b. 返還之物體 返還之物體，爲受寄託所受取之物本身，自不待論。此爲寄託與消費寄託重要不同之所在。然受寄人無收益權，故孳息亦應一併返還，已如前述。如其應返還之物，因可歸責於受寄人之事由，滅失、毀損或其他原因，返還不能時，不生返還同種之物之義務，惟應賠償因債務不履行所生之損害。毀損之時，應將殘留物返還，並賠償其損害。

c. 返還之時期 返還之時期，爲寄託終了之時。（一）未定返還期限者，受寄人得隨時返還寄託物（民法五九八條一項、德民六九六條前段、日民六六三條一項）。（二）寄託物返還之期限，雖經約定，寄託人仍得隨時請求返還（民法五九七條、德民六五九條、日民六六二條）。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、日民六六三條二項、德民六九六條後段）。其詳容於寄託關係終了之節述明之。（三）受寄人應於寄託終了後，無遲延的爲返還。然返還債務原則上爲寄託人往取債

務，寄託人於應返還時期不為取回之行爲時，受寄人得僅爲言語上之提出，而免給付遲延責任（民法二二五條）。

d. 返還之場所 「寄託物之返還，於該物爲保管之地行之。受寄人依民法第五九二條或依第五九四條之規定，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、日民六六四條、德民六九七條、瑞債四七七條、法民一九四二條一九四三條）。關於寄託物返還之場所，當事人有特約時，自應依其特約。無特約時，（一）有保管場所之訂定時，應於該物爲保管之地行之。受寄人依民法第五九二條得使第三人代爲保管或依民法第五九四條因有急迫情事，得變更其保管場所時，得於物之現在地行之。（二）無保管場所之訂定時，除可依寄託物之性質或其他情形，決定其應保管之場所，應於其場所爲返還外，應於訂約時其物所在地爲之（民法三一四條一項、鳩山六五一頁、末弘六九八頁）（註）。（三）寄託物返還義務，爲往取債務（德民六九七條後段）。受寄人不負送交寄託物於寄託人之義務。受寄人如依寄託人之請求，將寄託物送交寄託人或其指定之第三人時，寄託人應負擔其費用及危險。（三）寄託人報酬之支付義務，不因民法第六百條之規定，而應於物之保管場所爲之，原則上應依民法第三一四條第二款之規定，於受寄人之住所地爲之。（四）本規定於有疑義時，於消費寄託物之返還，亦有適用。

【註】訂約時其物所在地，謂契約成立時物之所在地。然亦有主張依民法第六百條之類推適用，應以寄託終了時爲保管或應爲保管之正當場所爲返還。例如甲於乙之台北住所持交其物爲寄託，囑其於適當之處所爲保管，乙於基隆之適當場所爲保管時，則應返還之場所爲基隆之某地，而非寄託成立地之台北，蓋此返還債務原則上爲往取債務也（岡村四八一頁）。

第二目 寄託人之義務

一、費用償還之義務

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、瑞債四七三條一項、德民六九三條、日民六六五條準用六五〇條一項、法民一九四七條前段)。(一)不問寄託契約有報酬與否，受寄人就其因保管所支出之必要費用，有償還請求權。然如當事人有特約，其為保管所必要之設備，應以受寄人之費用為之者(例如保管有價證券應設置防火之保險櫃)，自應依其約定。此種義務亦得由受寄人默示的承擔，是否有此默示，應依其情形定之。此時寄託是否為有償，有重大意義。蓋因報酬之約定，往往可認定排除此種費用請求權也。(二)關於費用償還請求之範圍，如同委任，不獨客觀的，主觀的標準(依其保管方法受寄人應認為必要者)，亦應考慮。必要費用，不以就寄託物本身所支出(例如修繕費、飼養費、治療費)者為限，設置倉庫，僱用看管人，準備適宜的場所，禦防火災危險之費用、保險費用、稅捐等，均應償還。(三)所動用者為金錢以外之物時，應償還其價額，並支付其自動用時起之利息(準用民法五四六條一項)。為保管負擔必要債務者，得請求寄託人代其清償。未至清償期者，得請求寄託人提出相當擔保(準用民法五四四條二項)，但不得請求費用之預付(Oerlmann, zu § 693, Ann. 2)。(四)受寄人基於寄託契約，對於寄託人有與寄託物有牽連關係而已屆清償期之債權時，得留置寄託物(民法九二八條)(Staudinger, z. § 693, I—6)。(五)為保管所支出非必要費用，惟應適用關於無因管理及不當得利之規定(Oser, z. § 473, 1; Denecke z. § 693)。

二、損害賠償之義務

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、德民六九四條、日民六六一條)。(一)關於寄託物性質或瑕疵之責任，法國及法國法系之民法，以為純粹的結果責任(法民一九四七條)。德國普通法及奧國民法，為普通過失責任(奧民九六七條)。德國民法(六九四條)及瑞債(四七三條二項)，雖原則上不問寄託人之過失，然寄託人得證明自己無過失，而免其責。即顛倒關於過失之舉證責任。日民(六六一條)及我民法，亦然。此與委任人之損害賠償義務為純粹結果責任者(民

法五四六條三項），有不同（*Staudinger, z. § 694, 1*）。（一）寄託人於有下列情形之一時，得免其責。即（a）寄託人如於寄託時不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵，而其不知非基於其過失。（b）受寄人因寄託人之告知或其他方法，知寄託物有發生危險之性質或瑕疵，然應知不等於已知。（三）因寄託物生有損害及其發生係因其物之性質或瑕疵所致，應由受寄人證明。因上述原因之一而免責，應由寄託人證明。例如寄託之家畜有疾病，傳染於受寄人之家畜，或寄託物有爆發性，因其自然爆發而破壞受寄人之財產時，受寄人無須證明寄託人有過失，而得請求損害賠償，而在寄託人則應證明自己善意並無過失，或證明受寄人為惡意，始得免責。（三）關於寄託人之善意無過失，或受寄人惡意之時期，在日本民法未設限制，解釋上以迄損害發生之時為標準而決定（末弘八〇二頁）。我民法如同德民（六九四條），規定寄託人於寄託時，非因過失而不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵（民法五九六條），應以寄託時為準。然如寄託人於寄託後始知其寄託物有發生危險之性質或瑕疵時，依民法第二二〇條之規定，負有通知受寄人之義務。怠於通知者，如因其通知而可避免損害之發生時，縱能證明於寄託時為善意並無過失，尚不能免責。受寄人於寄託後如以善意管理人之注意，應可知寄託物有發生危險之性質或瑕疵者，亦同（*Staudinger, z. § 694, 3; Planck, Bem. 3*）。（四）民法第二一七條關於共同過失之規定，對於此損害賠償請求權，亦有適用。受寄人因過失不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵時，為與有過失（*Staudinger, a. a. O.*）。（五）關於此損害賠償請求權之性質，非為侵權行為之損害賠償，當無疑義。然有謂為基於訂約上之過失（*culpa in contrahendo*）者，例如 *Oertmann (Bem. z. § 694)*。有謂為法律行為上義務之違反者，例如 *Staudinger (z. § 694, 5)*。有謂寄託人依誠信原則，於契約訂立時及於契約關係存續中，有注意於其寄託物之危險性質及瑕疵而告知受寄人之義務，就其義務之違反，應負責任（民法二二〇條），例如 *Denecke (z. § 694, 1)*（註）。依余所見，以此說為妥。因其為契約上義務之違反，於適用時效之點，有其意義（比較民法一二五條與一九七條）。（六）寄託人對於受寄人因寄託物之性質或瑕疵以

外之原因所受之損害，惟依一般原則負責（尤其民法二二〇條至二二三條二二四條）。

【註】日本學者多謂寄託人因寄託人爲受寄託利益之人，故就其損害亦應負責（鳩山六五四頁、岡村四七四頁、末弘八〇二頁、中村四六〇頁）。然既非認爲純粹無過失責任，似難採此說。

三、報酬給付之義務

寄託以無償爲原則。受寄人除契約另有訂定或依情形非受報酬即不爲保管者外；不得請求報酬（民法五八九條二項、瑞債四七二條二項、德民六八九條）。是否得請求報酬，應依當事人之約定。雖無明示的約定，如依情形非受報酬即不爲保管者，可認爲有默示的約定。例如在銀行、倉庫，存放物件。是否有此情形，應由法院依具體的情形，自由量定之。

1. 報酬之支付時期 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（民法六〇一條一項、德民六九九條一項、日民六六五條六四八條三項六二四條二項）。

2. 報酬給付額 報酬額依當事人之約定。未定報酬額者，按價目表給付之。無價目表者，按照習慣給付（準用民法四八三條二項四九一條二項 Palandt, z. § 689）。亦無習慣時，由請求報酬之受寄人依公平衡量決定之。其決定不公平時，由法院定之（參照德民法三一六條三一五條 Staudinger, z. § 689, 2）。寄託物之保管，因非可歸責於受寄人之事由而終止者，除契約另有訂定外，受寄人得就已爲保管之部分，請求報酬（民法六〇一條二項、德民六九九條二項、日民六六五條六四八條三項）。報酬額不獨依實際上已爲保管之時期，並應按其已爲之給付與總給付之關係而定。如受寄人之給付，於某時期之階段，另有困難多需費用，或富有危險者，亦應顧及。然如當事人另有約定，尤其約定不問保管之時間長短如何，均應支付報酬時，則於保管期前之終止，仍應支付全部報酬（Oertmann, z. § 699, 2; Enn-Lehmann, § 170, I, 3, S. 691）。

第三目 短期時效

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，自寄託關係終止時起，一年間不行使而消滅（民法六〇五條）。所謂損害賠償請求權，有解釋限於受寄人對於寄託人之損害賠償請求權（民法五九六條）（戴著債各下冊一〇八頁、梅著三一八頁），然寄託人對於受寄人之損害賠償請求權（民法五九一條二項五九三條），亦應解釋包括在內（同說劉著四〇五頁、薛著三二四頁、季著債各下四二頁）。所謂寄託關係終止，例如寄託期限屆滿、解除條件成就、寄託物滅失、當事人通知終止等是。

第三節 寄託關係之終了

寄託除因契約一般終了之原因，例如期間之屆滿、解除條件之成就、寄託物之滅失等而終了外，因左列事由而終了。然與委任不同，不因當事人之死亡、破產或喪失行為能力而終了。

一、寄託物之返還

1. 寄託人之返還請求 (一) 寄託人不問定有寄託期間與否，得隨時請求返還（民法五九七條、德民六九五條、日民六六二條）。民法為表示寄託關係之終了，未使用終止契約之語，而用得請求返還之文句者，蓋寄託關係不僅因通知終止之意思表示而終了，而因寄託物之返還始行終了也（Staudinger, z. § 695 2.）。(二) 寄託人不問寄託為有償或無償，得隨時請求寄託物之返還，蓋寄託為無償時，自不待論，雖為有償亦主要的係為寄託人之利益而訂立也（Denecke, z. § 695）。(三) 請求返還，得即時為之，無須經過預告期間，蓋受寄人應在得將寄託物隨時返還之狀態下為保管也。然寄託人依誠信原則，自亦不得於不相當之時期請求返還（Oertmann, z. § 695, 1, Planck, Ben. 3; Dernburg, § 350, Ann. 13）。此時受寄人雖不應其請求，亦不發生給付遲延。(四) 當事人是否得依特約，將寄託人之此種權利排除或另約預告期間，即民法第五九七條是否為強行規定，關於此點不免有不同之見解。(a) 有謂在寄託本質上，寄

託人應常有返還請求權，其排除或加以限制，與寄託契約之性質不相容。有謂爲此時無固有意義寄託契約之存在（Staudinger, z. § 695, 5），其中有謂爲僱傭或承攬（Oertmann, z. § 695），亦有謂僅其約定應爲無效（Denecke, a. a. O.）。（p）有謂於寄託原來之目的，不妨附加其他目的，例如以對於受寄人供擔保爲其從目的，而與受寄人以特殊利益時，寄託人得拋棄此權利或加以限制（Enn-Lehmann, § 170, 1, 3, S. 689）（註）。依余所見，以後說爲妥。（五）受寄人不得僅以第三人所有權爲理由，拒絕返還。受寄人以自己所有權爲理由而拒絕者，惟於得即向寄託人請求返還其物時始得爲之（Denecke, z. § 695, 2）。債務人以屬於自己之物爲擔保，讓與債權人，而爲其保管時，對於債權人之返還請求，就其因債務關係屬於自己之抗辯，不妨爲之（Erbman, z. § 695）。

【註】有謂以物爲擔保之方法，不外爲物權之設定或移轉。然爲物權之設定或移轉而以其物交付於相對人，並非寄託。以使古董愛好者欣賞之目的爲寄託，而拋棄終止權或加以限制時，即爲使用借貸，而非寄託（岡村四七七頁）。

2. 受寄人之返還（一）未定返還期限者，受寄人得隨時返還寄託物（民法五九八條一項、日民六六三條一項、德民六九六條前段）。所謂定有返還期限，不僅指有確定之期限，「余之旅行中」或「相當期限內」等不確定期限，亦包括在內。（二）定有返還期者，受寄人非有不得已之事由，不得於期限屆滿前返還寄託物（民法五九八條二項、日民六六三條二項、德民六九六條後段）。所謂不得已之事由，謂依誠信原則，如有其事由而仍要求寄託契約之繼續，應認爲不妥之事實。例如保管場所被徵收被焚燬或需修繕。其事由果爲不得已之事由與否，其決定屬於法律問題。（三）受寄人之返還，不得於不當時期爲之。爲寄託人之取回，應與以相當之期間。（四）寄託定有期限，應由寄託人證明。期限已屆滿或有不得已之事由，應由受寄人證明。（五）民法未規定通知終止契約，而規定返還寄託物（依德民法第六九六條爲「請求取回寄託物」）者，蓋以寄託關係，不因受寄之終止意思表示，而因物之返還（即寄託人取回）始終了也。寄託人雖經受寄人之請求，不取回其物時，不獨受領遲延，而且陷於給付遲延，應負損害賠償責任（Sta-

udinger, z. § 696; Enn-Lehmann, § 170, 1, 3b) (註)。(六)受寄人於有不得已之事由時，得於期限屆滿前返還寄託物之點，為強行規定。其排除及限制之約定，為無效。然如受寄人拋棄得隨時返還之權為有效 (Enn-Lehmann, a. a. O.; Staudinger, z. § 696, 4)。(七)關於倉庫營業人之保管物品，民法另有規定，於約定保管期間屆滿前，不得請求移去寄託物 (民法六一九條)。

【註】日本學者多認為寄託人及受寄人之終止權。寄託終了後於返還前，其保管義務如何，有謂此為特定物交付之債務，應依日本民法第四百條，受寄人應以善良管理人之注意為保管，蓋以寄託終了後，受寄人得以言詞上或事實上之提出，使寄託人陷於受領遲延也 (而且此時寄託人有受領義務，並應負損害賠償責任) (岡村四八三頁)。然依德學者解釋，因返還寄託物，寄託關係始終了，自不發生此問題。

二、寄託契約之解除

寄託契約為繼續契約，其關係以向將來終止為原則。然當事人依特約亦得保留有溯及效力之解除權。此時解除自亦為寄託關係消滅之原因。

三、受寄人之特別承受

受寄人對於寄託人寄託物一切之權利，為特別承受時，寄託關係是否終了，民法雖無規定，然此時寄託目的已消滅，應解為當然終了。例如甲將自己之所有物寄託於乙後，而以之讓與於乙時，則寄託關係因而終了 (岡村四七八頁)。

第四節 消費寄託

消費寄託 (Hinterlegungsdarlehn) 亦稱不規則寄託 (depositum irregulare; dépôt irrégulier) 謂受寄人取得寄託物之所有權，而惟負有以種類、數量、品質相同之物，返還義務之寄託。此返還義務，與消費借貸並無不同。故自受寄人受領該物時起 (因為要物契約)，適用關於消費借貸之規定 (民法六〇

二條、德民七〇〇條一項一段、日民六六六條)。消費寄託爲寄託，抑爲消費借貸，向來甚有爭論。亦有謂爲既非消費借貸，亦非寄託，而爲一種特殊契約（*Ein-Lehmann*, § 171, 2; *Oertmann*, z. § 700)。我民法如同日民，認爲寄託契約之一種（*darlehensartiger Verwahrungsvertrag*; *Summendepot*; *Summeverwahrung*; *uneigentliche Verwahrung*, *Staudinger*, zu § 700, 1, b, c)。

一、消費寄託之要件

1. 寄託物限於代替物。在消費寄託，受寄人須以同種、同質、同量之物返還，自以代替物爲限。然代替物之寄託，非必爲消費寄託，必須寄託物之所有權移轉於受寄人，得由其消費，始爲消費寄託。

2. 須依當事人之合意受寄物之所有權移轉於受寄人，而僅以返還同種、同質、同量之物爲已足。在通常寄託，縱令依當事人之特約，寄託物之所有權一旦移轉（信託的移轉）於受寄人，而其應返還之標的物仍爲寄託物時，非消費寄託。必須受寄人得爲消費，而僅須以同種、同質、同量之物爲返還，始爲消費寄託。寄託物所有權之移轉，以與寄託成立同時爲通例。然不妨依當事人之特約，於寄託之初寄託人保留所有權，嗣後得由受寄人任意或俟以一定事實之發生，而後始有所有權之移轉。學者稱此種寄託，爲選擇的消費寄託（*alternativ-irreguläre Verwahrungsvertrag*）。此時在迄於所有權移轉之時，惟有通常寄託之存在，其以後始成立消費寄託。關於此點，德民法第七百條有明文規定。

二、消費寄託與通常寄託之區別

(一) 在消費寄託，其標的物必須爲代替物，而通常寄託則多爲不代替物。(二) 在消費寄託，其寄託物之所有權移轉於受寄人，得由其消費，而只須以同種、同質、同量之物爲返還，從而標的物之危險，於所有權移轉時起，由受寄人負擔。然在通常寄託，受寄人不得消費寄託物，而應以原物返還，故其標的物之危險，雖在交付後，仍由寄託人負擔。(三) 在通常寄託，雖定有返還期限，寄託人仍得隨時請求返還（民法五九八條），而在消費寄託，主要的雖爲寄託人之利益，然兼爲受寄人之利益，其定有返還期者

，寄託人非有不得已之事由，不得於期限屆滿前請求返還（參照民法六〇三條三項）（註）（四）在消費寄託，於受寄人破產時，其寄託物應屬於破產財團，而在通常寄託，寄託人有取回權。

【註】亦有主張因依民法第六〇二條「適用關於消費借貸之規定」，更依民法四七八條之反面解釋，消費寄託定有期限者，在其期限屆滿前，寄託人不得請求返還（薛著二四〇頁）。依余所見，民法第六〇三條第三項規定，於金錢以外之消費寄託，亦應有適用，蓋一般消費寄託亦僅須返還同一數額，而其利益及危險，亦係移轉於受寄人，與民法第六〇三條第二項規定之情形吻合，故其第三項之規定，對於一般消費寄託亦應有適用，否則一般消費寄託因適用關於消費借貸之規定，寄託人於期限前不得請求返還，而在金錢消費寄託，則反於有不得已之事由得請求返還，未免有失平衡也（同說劉著四〇二頁、戴著債各下一一一頁）。

三、消費寄託與消費借貸

此二者雖相類似，然（一）在經濟上仍有區別。在消費寄託，當事人之意思非以金錢或其他替物之使用為目的，乃以其保管為目的，雖非如通常寄託以寄託物本身之保管，而係以其價值之保管為目的，然仍不失為以保管為目的之契約。在消費借貸，係為借用人之利益而訂立，通常其利率較高，消費寄託雖兼為受寄人之利益，然主要的為寄託人之利益，故其利率較低。例如對於銀行以低利存款，為消費寄託，而由銀行借款，則為消費借貸。其於儲蓄銀行存放，訂有預告期限之儲金，則可視為消費借貸（*Enn-Lehmann, § 171, 2, S. 692*）。然在銀行之信託存款（*Trust fund*）（為一定經濟的投資運用之目的，讓與一定之金額而為委任）不僅以保管為目的，而並有為其運用資金供給勞務之義務，不得稱為消費寄託，可認為委任之一種（末弘八〇九頁註七）。消費寄託與消費借貸，在經濟上雖有如此之差異，然在法律上之構成，頗相類似。故民法規定準用關於消費借貸之規定。（二）在消費寄託，未定有返還期限者，寄託人得隨時請求返還（民法第六〇三條第三項之反面解釋參照日民七百條一項三段六六六條但書、德民六九五條），而在消費借貸，則寄託人惟得定一個月以上之期限，催告返還（民法四七八條）。蓋以消費寄託主要的係為寄託人之利益而訂立也。德民更進一步雖定有返還期，亦以寄託人得隨時請求返還為原則。日民僅

規定未定返還期時，寄託人得請求返還（日民六六六條但書）。我民法亦然。

四、消費寄託、混藏寄託

混藏寄託（Sammelagergeschäft; Sammeldepot）謂由數人受寄同種、同質之代替物，加以混和，對於其中特定寄託人無須返還其所寄託之原物，而以返還其混和物中同數量之物為已足。其數人所寄託之代替物，雖於其相互間成為共有物，然受寄人不因取得所有權，從而不得為消費，亦不負擔危險，故非消費寄託，然此時如寄託物之所有權歸屬於受寄人，則其契約為消費寄託，此種寄託，學者稱為數量倉庫寄託（Summenlagergeschäft）。

五、金錢寄託推定為消費寄託

寄託物為金錢時，推定受寄人無返還原物之義務，但須返還同一數額。其利益及危險，於該物交付時，移轉於受寄人（民法六〇三條一項二項、瑞債四八一條一項二項）。（一）一般消費寄託，當事人間須有明示的約定，而在金錢寄託，則推定無須返還原物，惟須返還同一數量，即為消費寄託。依瑞債規定，金錢未為封緘或封印而交付時，可推定為有僅須返還同一數量之默示的合意（瑞債四八二條二項），可為我民法解釋之參證。因推定無須返還原物，並推定於交付時即有金錢所有權之移轉，故其利益及危險，亦移轉於受寄人（Oser, z. 8481, II, 1）。（二）金錢消費寄託之返還，定有期限者，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）。依德民規定，於有疑義時，寄託人仍得隨時請求返還（德民七百條一項三段五六九條）。日本民法關於此點，無特別規定，解釋上在期限前，不得請求返還（鳩山六六一頁）。我民法規定有期限者，寄託人非有不得已之事由，不得於期前請求償還。然如當事人有於期前不得請求返還之意思時，自應依其意思（消費寄託兼為受寄人之利益者通常可推定當事人有此意思）。又未定期限時，應解釋寄託人得隨時請求返還，已如前述。

第五節 場所主人之責任

一、旅店主人之責任

旅店或其他以供客人住宿爲目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損、喪失，應負責任。其毀損、喪失，縱由第三人所致者，亦同。然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所致者，主人不負責任（民法六〇六條、德民七〇一條一項、瑞債四八七條一項、日商五九四條一項二項）。（一）在古代強盜之危險甚大，而且旅店主人往往與強盜通謀，以害行客，故遠在羅馬法，即使旅店主人負較重責任，對於客人所攜帶物品之毀損滅失，除能證明係因不可抗力或旅客自己之過失所致者外，應負賠償責任，謂之 *Receptum habere* (*Receptum cautionis*)。法民（一九五二條至一九五四條）、義民（一七八三條）、德民及瑞債，皆基於此原則而爲規定，我民法從之。蓋近代盜難雖少，然以住宿爲目的之場所，有多數客人來集，出入頻繁，良莠不齊，旅客就其所攜帶物品，不易爲安全保管，仍應使主人負較重責任，以保護之，故一般法制不問旅客已爲寄託與否，均使主人負此責任（惟日商法限於場所主人受寄託時始負此無過失責任）。然若無此特別規定，則旅客須證明主人方面有過失，始得請求賠償，而非旅客所易爲之也。

1. 權利人（一）有賠償請求權人，爲被供住宿之客人。旅店所使用之人或於旅店爲工作之工匠，不在其內。（二）客人是否爲其所攜物品之所有人，在所不問。雖有主張須於客人生有損害，如客人非爲其所攜帶物品之所有人，而就其滅毀損失應對其所有人負責時，得請求旅店主人除去其責任（民法二一三條），如客人對於所有人可不負責任，則於其對於該物品有質權或因屬於其業主之旅行工具之毀損而妨礙其繼續旅行，且因此其報酬取得之可能性有減損時，始有賠償請求權，否則無此請求權。故亦無從將其請求

權讓與於其物之所有人 (Staudinger, z. § 701, I, 1, b)。亦有主張損害賠償請求權，惟屬於旅客，其旅客雖對於所有人不負損害賠償義務時，亦同。所有人惟於受請求之讓與時，始得對於旅客主人為請求 (民法二二五條二項) (Erm-Lehmann, § 173, I, 4b, § 17, 1, b; Palandt, z. § 701, 3)。

2. 義務人 義務人為供客人住宿之場所主人。(一) 場所主人須以供客人住宿為營業，其為法人或自然人，並無差異。(二) 旅舍經出租者，其應對旅客負責之人，非為其所有人，而為承租人。(三) 場所主人使客人住宿時，即應負此責任。其兼供飲食與否，在所不問。然療養所之住宿，為醫療契約之從給付，不負場所主人之責任。旅客船及睡車公司，以運送契約為主，並不負此責。

3. 責任之要件

a. 須已使客人住宿 (一) 對於先送來或寄託之物，場所主人惟依一般原則負責，僅為主人之訪問者，亦不適用。(二) 使客人住宿 (Aufnahme)，為一事實，即為主人之單獨的事實行為，與旅客之住宿契約有效與否無關。從而不以雙方有行為能力為必要。(三) 主人無須自身接待，其代理人或輔助人亦得為之。派遣使者或車輛接客時，已表示使住宿之意思，從而欲投宿之客人交與其使者或置於其車中之物，即為其攜帶之物。(四) 為午餐或休息而來者，不在其內。然無須過夜，為午睡而開房間，或白日暫住一室而夜間即離去者，亦有適用。

b. 須以營業而使住宿 為盡公法上之義務或交誼的關係，例如駐軍或親友來訪而使住宿者，不在其內。使客人住宿只須於營業範圍為之，有償或無償，在所不問。例如對於旅行者之嚮導，雖無償的供住宿，亦應負此責任。

c. 惟對於客人攜帶之物始負此責任 (一) 行李票 (Gepäckschein)，亦可認為物。然如客人為取行李，將其行李票交與茶房而被遺失，因而喪失其行李時，主人惟依民法第二二〇條第二二四條負責。(二) 可認為攜帶物者，例如 (a) 客人交與主人或主人所僱用接收物件之人，雖未為此僱用而可視為此等人

者，例如主人之家屬或旅舍僕人。(b) 客人携置於主人或其使用人所指示之處所或未經指示而定為客人放置携帶物之場所（例如標示為自行車保管所或車房，參照奧民九七〇條二項）。(c) 客人隨身携帶之物，例如眼鏡、時錶。然以客人在旅舍所屬之場所（例如酒吧間、餐廳）為限。如客人在旅舍之庭園，將懷中信夾遺置桌上而離去，則主人不負民法第六〇六條所定之責任。(d) 主人對於客人知其有携帶與否，其物係客人於到來時或其於後携至，或於其滯在中為他人所携交或寄送，在所不問。(e) 客人於車站或碼頭交付旅舍之僕人或司機、馬車伏之物，亦為携帶物。(f) 因客人之暫時不在，如其物尚留存於旅店或其所屬之場所，仍不失為携帶物。(g) 物之携帶關係，因客人之出發他往而終了，其故意或因過失遺留之物，除可認為另有其他法律原因主人應分別負責外（委任、寄託、運送、承攬、無因管理），就其物不復負責。主人對於客人遺忘之物，通常依誠信原則，有保管之義務（*Staudinger, n. § 701, I, 4. c. S. 1187*）。然旅舍送客之使用人，因客人之委任，將其携帶之物送至車站時，其物尚在其使用人保護之下，仍不失其為携帶物之性質（*Denecke, zu § 701, 4*）。(h) 客人於旅舍死亡時，則其携帶之物在交於其繼承人或依民法第三二六條為提存前，主人仍應負此嚴重責任（*Denecke, n. § 701, 4; Staudinger, § 701, I, 4 d*）。(i) 對於客人本身所加損害，惟依一般原則負責。

d. 須携帶之物有毀損喪失 只須有毀損喪失，其原因係竊盜、火災、潤濕或其他情事，在所不問。

e. 損害須於旅舍本身或其他接待客人之附屬場所，加於客人携帶之物 附屬場所，例如車房、儲藏室、運動場、康樂庭園、旅舍車輛。其損害係由主人或其使用人或其他客人或第三人，因故意或過失或無過失所致，在所不問。

4. 賠償之範圍 賠償之範圍，應依民法第二二三條以下之規定。損害因侵權行為而生者，主人與加害人對於客人負不真正連帶賠償債務。

【註】依瑞債第四八七條第二項，主人或其使用人無過失時，則對於每一客人之賠償額以一千瑞士佛郎為限。依民法法

第一九五三條第二項，關於金錢、有價證券、珠寶及其他各種貴重物品，未交主人保管者，其損害賠償責任，惟限於一千佛郎。

5. 主人責任之性質 主人責任，非基於寄託關係而生，蓋此並不以有保管之約定為必要，而通常客人攜帶之物，仍在其處分之下也。亦非基於主人之擔保承受，蓋此與主人之意思無關也。民法基於特定事實，即基於物之攜帶及使客人住宿之事實，而直接使負此責任。此種法定責任，雖通常與使客人住宿之特別契約相結合，然使客人住宿之契約，乃關於客人之本身，而非關於其攜帶之物，故此責任不能認為契約上之責任。此責任亦非基於使客人住宿契約之附從契約，蓋不問使客人住宿之契約有效與否，而仍發生也。其使客人住宿之外部事實，已足使主人生此責任。故今日通說以此責任為法定責任。此法定責任亦非基於侵權行為之責任，而為類似契約上責任之責任。關於時效，另有短期時效之規定（民法六一一條）（*Ors. cit., zur § 487, 3, S. 1770*）。

6. 責任之排除 客人攜帶物品之毀損、滅失，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所致者，主人不負責任（民法六〇六條二項、德民七〇一條一項後段、瑞債四八七條一項、日商五九四條一項）。

a. 損害因不可抗力發生者 不可抗力，謂由外都襲來的異於尋常之力所生不可避免之事件（參照拙著債法總論三五四頁）。例如煤氣管或水管之爆裂、旅店之起火、竊盜，不屬於不可抗力。然武裝強盜（參照法民一九五四條），則包括在內。雷擊、騷動、延燒之火，可認為不可抗力。

b. 因攜帶物品之性質 損害因毀損滅失之物品本身或其他攜帶物品之性質（例如不良包裝、動物之疾病、腐敗性）而生者，主人不負責任。但因其他客人攜帶物品之性質所引起者，主人不能因此免其責任。水菓之腐爛，為因其物之性質之損害。然如因場所之潤顯而生，則否。已罹疾病之動物死亡，客人之狗污損其外套，均為依物之性質之損害。

c. 因客人自己或其伴侶隨從或來賓之故意或過失所致 即(一)基於客人之原因或無主人之協力而出客人接待之人所致。例如客人所携之妓女，然由主人推荐之嚮導或理髮師或因旅客之過多，得客人之同意而住入其室之他客人，則主人仍應負責。(二)來賓謂客人之來賓。伴侶隨從，謂與客人同時住宿之人，而未訂有獨立的使住宿之契約。例如客人之家屬、僕人。客人或應歸其負責之人，是否須有故意過失，依德民及瑞債規定，以其為損害之原因為已足，不以有故意或過失為必要(Oser, z. 8487, Ann. 22; Staudinger, z. § 701, II, 2. aB)。我民法雖以故意過失為條件，然應解釋限於旅店方面一般營業上發生之事件及危險。其損害惟基於客人或應歸其負責之人之行為而生者，應不問其有無故意過失，均不得使主人負責。例如由無責任能力之客人或其未成年之子女所加之損害，均不得向主人問責(Oser, a. a. O.)。屬於旅店方面之危險者，例如客人之物被盜，則應視客人方面有無過失而有不同。有無過失，應依其滯在之久暫，旅社之等級定之。一般溫泉療養旅社住室門扇之未下鎖，尚不能謂客人方面有過失。然在走廊之箱櫃，則須加鎖。時錶、裝飾物，不加以收藏，露置桌上，則可認客人方面有過失。在相當時期，窗口雖未關閉而致盜失，尚可認為應由主人負擔之營業上危險。蓋空氣流通為健康上之必要也。客人方面之過失與主人方面之過失，共同為原因者，例如客人長時間離開房間未加鎖，而房僕聽之，應適用民法第二一七條之規定。客人方面之行為，雖非為損害之直接原因，而惟加以協力或增高之者，主人對於應歸責於該行為部分之損害，不負責任。例如客人將揮發油置於汽車之傍(Oser, z. § 487, Ann. 23)。

【註】亦有主張就損害之成立客人或應歸其負責之人，與有過失者，即應適用民法第二一七條之規定(參照奧民六七〇條一項後段)。然此等人之行為，非與第三加害人之行為，而應與客觀的營業上之危險相對比(Staudinger, z. § 701, II, 2. a. r.)。

d. 舉證之責任 主張損害賠償之客人，應證明其攜帶之物於携入旅舍之時際被毀損或滅失，因而生有損害。行李之內容及各個物之價值，嚴格的證明甚為困難，通常以有或然性之證明，有可使置信及情況為

不足 (Osser, z. § 487, I, 2c), 主人應證明其有排除責任之情事 (Staudinger, z. § 701, VII)。

二、飲食店、浴室主人之責任

飲食店、浴室之主人，對於客人所攜帶通常物品之毀損、喪失，負其責任。但其毀損喪失，如因不可抗力或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所致者，不負責任（民法六〇七條、奧民九七〇條三項「浴場主人對於浴客通常攜帶之物品與旅店主人負同一之責任」）。飲食店及浴室主人之責任，限於客人所攜帶的通常物品，其責任較旅店主人為輕。此係仿奧民之例。（一）飲食店主人，謂設備場所招徠客飲食，其與客人關係，包括租賃、買賣、僱傭等混合契約。浴室主人謂設備場所招徠客人入浴，其與客人關係，包括租賃、買賣、僱傭等混合契約。此等主人對於客人所攜帶通常物品，不問已否交付保管，如有毀損喪失，均應由主人負賠償責任。其免責事由及其證明，與旅店主人無異。所謂通常物品，在奧民為通常攜帶之物品 (ueberlichweise eingebrachten Sachen)。依奧民解釋，通常攜帶物品，為客人入浴時通常所攜帶者，例如時錶。有偶然攜帶者，例如六法全書。在貴重物品，應從嚴格解釋，通常客人應不帶入浴場。蓋不應期待浴場承擔其危險也。金錢攜帶，應以通常所需要者為限。依奧國一九一八年十月一日判例，浴客七百 Kronen 在衣櫃被盜，由盜取回五百二十克，其餘一百八十克應由場主負責。蓋此部分不超過通常攜帶數量也。依此有下列二原則，即（一）有超過時，場主惟就通常數量之部分負責。（二）物之奪取人雖已為部分之賠償，在被害人未受全部賠償前，場主不能拒絕或減少其應賠償部分之給付 (Ehrenzweig, Bd. I, § 359, I, S. 387)。我民法除關於金錢另有規定（民法六〇八條）外，亦可為同此原則之解釋。

三、貴重物品之特質

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，主人不負責任（民法六〇八條一項、日民五九五條、瑞債四八八條一項）。然如主人無正當理由拒絕為客人保管此項

物品時，對於其毀損喪失，應負前述主人責任。其物品因主人或其僱用人之故意或過失而致毀損喪失者，亦同（民法六〇八條二項、瑞債四八八條二項、德民七〇二條、奧民九七〇條a二段）。（一）因貴重物品之危險增高，主人惟依特別防護始可免其喪失，故民法對於主人之責任，特加限制。（二）金錢包括外國金錢在內。其他貴重物品，例如裝飾品、藝術品、古董。（三）主人有正當理由而拒絕為客人保管，例如無適當保管之處所（然依德民及瑞債，除主人拒絕客人住宿或依特別約定免除其責任外，雖有正當理由而拒絕為保管，仍應負其責任 *Saudinger, z. § 702, 2b; Oser z. § 488 I, 1b*）。（四）其物品之毀損或喪失，因主人或其所僱用之人之故意或過失所致時，主人仍應負責。例如未與客人以鎖閉房間之可能，或知為可疑之人而使其住宿。然如客人有過失時，自應適用民法第二一七條之規定。其故意或過失之舉證責任應誰屬，有謂應由客人負證明之責（*Ehrenzweig, Bd. I, § 359, W. 2, S. 390*）。有謂主人如負有將物為一定處置之契約上義務而為違反其義務之行爲時，應由其為免責之證明。如非此情形（例如客人隨身攜帶其物或置於其所住房間），即有侵權行爲之存在時，則應由客人負舉證之責（*Oser, z. § 487, Anm. 34*）。然主人不得援用民法第一八八條第一項但書之規定而免其責，惟可援用客人與有過失之規定（*Dencke, z. § 702, 4*）。依余所見，以後說為妥。

【註】瑞債第四四八條「將高價品、多額之金錢或有價證券，未為保管交付旅店時，以旅店主人自己或其使用人有過失時為限，負其責任」。「旅店主人承受保管或為拒絕時，應就價值金額負責」（惟以其價值為限）。「如此標的物對於旅客不可強要其交付者（例如客人隨身攜帶之手錶、寶石、貴重毛皮），旅店主人仍與旅客之其他物，負同一責任」。

德民第七〇二條「就金錢、有價證券或其他高價物品，主人惟以一千馬克為限度，負第七〇一條之責。但主人知其為高價物品而承受其物之保管或為拒絕時，或其損害基於主人或其所屬之人（*Seine Leute*）之過失時，不在此限」。

四、責任之限制或免除

主人與客人間，是否得以特約限制或免除上述主人之嚴格責任。依德民解釋，當事人得以特約爲之。然如主人利用客人之窘迫（用同業合同方法加以強制），則依其情形有背於公序良俗，而其約定應爲無效。尤其客人拋棄其基於主人、使用人過失之請求權，爲違背良俗（Denecke, z. § 701, 5; Staudinger, z. § 701, VI, 1, Oser, z. § 489, 2）。然依奧國一九二一年十一月十六日之法律（修正奧民九七〇條九七〇條 a）第三條，排除或限制旅店主人或浴場主人責任之約定爲無效（Ehrenzweig, § 359, VII, S. 391）。

以揭示限制或免除民法第六〇六條至第六〇八條所定主人之責任者，其揭示無效（民法六〇九條、德民七〇一條三項、瑞債四八九條二項、奧民九七〇條 a 一段、日商五九四條三項）。客人對於揭示雖有認識，不能認爲有默示的承諾，而排除主人之責任。同樣僅於印就的表格記載免責之文句爲未足（參照民法六四九條六五九條、依瑞民解釋於申報表在不顯著之處所或以不顯著之方法對於客人提示免責之文句爲未足 Oser, z. § 489, 2, S. 1782）。

五、損害賠償請求權之喪失

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（民法六一〇條、瑞債四八九條一項、德民七〇三條一段、奧民九七〇條 b）。（一）客人應即通知主人，在使其得禦防增加之危險，檢查客人主張是否正確，探悉損害之原因，如其使用人有過失時，予以解僱或爲求償。（二）通知爲一方的要受領之意思表示，不需任何方式，得以口頭、書信、電報或電話爲之。通知應於知悉後，無遲延的即時爲之（例如客人在火車上發現物之毀損或喪失，得俟至目的地，於到達時，即以書信或電報通知主人），然爲請求權之保持，無須即時提供一切失單。（三）通知應向主人本人爲之。其他之人，以可爲視爲主人之法定或授有代理權之代理人或由其逕轉知主人時，對其通知亦爲有效。（四）雖未爲通知，基於其他原因（例如基於主人契約義務之違反或侵權行爲）有請求權時，不因而受有影響。（五）依德民

(七〇三條)及奧民(九七〇條b後段)，其物交主人或其代理人保管者，不因未通知而喪失請求權。蓋以主人保管其物，雖經過長時間尚在於得檢查客人申報是否正確之地位也。然若交由其用人保管時，不能免除其通知義務。我民法如同瑞債無此規定，未可為同樣之解釋。(六)客人未為通知或非無遲延的為通知，應由被請求賠償之主人證明，蓋其得因此而主張請求權之喪失也(Staudinger z. § 703.3; Oser, z. § 489, 1)。但亦有主張客人何時知有喪失及受損害，應由主人證明，其無遲延的為通知，應由客人證明(Enn-Lehmann, § 173, IV; Denecke, z. § 703, 2)。

六、短期消滅時效

客人依民法第六〇六條至第六〇八條之規定所生之損害賠償請求權，不適用民法第六〇五條之規定，自發見喪失或毀損之時起六個月間不行使而消滅。自客人離去場所後六個月者亦同(民法六一一條、日商五九六條)。(一)依日商法規定，短期時效於場所主人為惡意時(故意使生滅失或毀損)，不適用之。我民法未為此區別。(二)交保管或攜帶物品未經返還或持去，客人於滯在中鮮有知其毀損喪失之事實，多於離去時始得知之，故以離去場所後經過六個月不行使，而其請求權始消滅。

七、場所主人之留置權

主人就住宿飲食或墊款所生之債權，於未受清償前，對於客人所攜帶之行李及其他物品，有留置權(民法六一二條、瑞債四九一條一項、奧民九七〇條c、參照德民七〇四條、日民三一七條)。此時對於客人攜帶之物，在德民法認主人有法定質權，日民法認旅店有先取特權(優先權)，瑞債認旅店主人及廐舍業者(Stallwirt)有留置權，奧民認旅店及浴場主人有留置權，我民法從之。(一)此留置權，瑞債第四九一條第二項規定準用關於出租人留置權之規定。我民法雖無此明文，除民法第四四五條第二項外，亦可為同樣之解釋(民法四四五條至四四八條)。即其所留置之物，以足擔保主人之債權之清償者為限(準用民法四四六條二項)。禁止扣押之物，不得留置(準用民法四四五條一項但書)。關於留置物的取去

及異議權（民法四四六條四七條），亦應有準用。在民法第四四六條第二項之準用，所謂適於通常生活關係之取去，不得提出異議，並非謂客人離去場所時攜帶其物，不得提出異議，惟對於一時的各個物之取去，不得提出異議而已（*Enn-Lehmann, § 174, 2*）。又全部行李之取去，自所不許（*Staudinger, z. § 704, 5b*）（一）不獨就住宿飲食所生之債權，因墊款所生之債權（例如汽油供給、車輛之清洗、電話費、洗衣費及為客人目前需要支出之貸款），亦得為留置。（三）主人得留置之標的物，我民法如同奧民瑞債，並未限定為客人目前需要支出之貸款，亦得為留置。（四）其所攜帶之物屬於客人所有與否，在所不問。然須為旅客所攜帶之物，即為行李及其他物品。故所攜帶者為貨樣，雖可知為其營業主之物，不屬於客人，仍不妨行使留置權。然如音樂家因旅店內無鋼琴，而為滯在期間租借此物，則主人不得為飲食或住宿費而留置之（*Ehrenzweig, § 359, M, 1, S. 393*）。（四）客人得提出擔保，以免主人行使留置權，並得提出與各個留置物價值相當之擔保，以消滅對於該物之留置權（準用民法第四四八條 *Ehrenzweig, a. a. O.*）。

第十五章 倉庫

第一節 倉庫營業

一、沿革

倉庫營業（*Lagerschaft; commerce de magasinage; warehousing*），謂為他人堆藏及保管物品之營業。在歐洲中世紀以後，隨國際貿易之進展而漸發達，主要的為於海港都市設置之保稅倉庫。其中最完備者，為英國海港之倉庫營業（*dock*）。此制度漸次傳播於歐洲大陸（*法德*）。我國商業繁盛之區，

夙有行棧，代客保管所發行棧單，習慣上雖可抵押，然尚非有價證券。近代輪船公司多兼營倉庫營業。

二、立法例

關於倉庫營業之立法，有（一）規定於商法中者，例如日、德、義諸國。然德國於一九三一年制定關於指定式倉單條例（*Verordnung ueber Orderlagerscheine vom 16. Dez. 1931 auf Grund der 3. Verordnung zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen usw. vom 6. Oktober 1931*）為極詳細之規定。（二）制定單行法者，例如英、法、奧、比是。（三）規定於私法法典中者，例如瑞士納入於債務法（四八二條至四八六條）。我國規定於民法債編。

依立法及學說，對於倉庫營業所採之態度，得有許可主義、準則主義及自由主義三種。（一）奧、法、德舊商法、法國一八五八年五月二十八日之法律（*Loi sur les négociations concernant les marchandises déposés dans les magasins généraux*），採取許可主義。依德國新商法及其一九三一年十一月十六日之關於指定式倉單條例、瑞債（四八二條），倉庫營業，雖為自由，然發行倉單，須經許可。（二）英、比採取自由營業主義。日本除保稅倉庫須得稅關之特許外，向採自由主義。然自昭和十年十月一日之倉庫業法施行以來，發行倉單之倉庫營業人，須得主務大臣之許可。被許可者，無正當理由不得拒絕寄託。（三）依匈國、義國法，非具備法定條件，不得為倉庫營業，即採取準則主義也。

三、效用

倉庫營業與商品之買賣，有密切之關係。尤其在現代之大量交易，倉庫營業與運送營業同為商人的重要之補助。蓋倉庫營業一方面較商人自為保管反為便利與安全，而且可減輕費用。他方面因倉單制度，而使在倉庫中之商品得依證券為處分，以免除物品授受之煩，不獨商人即在農業者亦得依倉單之設置，而受資金之融通，以俟農作物之有利的出賣。然倉庫營業人對於寄託物是否善為保管，倉單之發行是否確實，竊於倉單之交易及國民生活，有重大關係，故各國立法上多規定其事業之計劃、營業規則及保管費率，應

受監督。

第二節 倉庫之種類

一、保管倉庫與保稅倉庫

1. 保管倉庫 (General warehouse; magasins généraux; Lagerhaus) 爲普通倉庫，僅以物品之保管爲目的，民法上所謂倉庫屬之。

2. 保稅倉庫 (bonded warehouse; entrepôt; Freilager)，謂藏置尙未納稅之貨物，於藏置中不視爲輸入之貨物，得依保稅倉庫所發行的倉單 (bonded warehouse receipt) 之交還，隨時繳納輸入稅，而使貨物出倉。保稅倉庫有官營，有私營。其中私營者，亦屬於民法上所謂倉庫。官營者則否。然民法關於倉庫營業人保管義務之規定，除關於保稅倉庫另爲規定外，亦有準用 (Düring-Hachenburg, z. 8 41 6, Ann. 1, S. 1029)。

二、營業倉庫與利用倉庫

營業倉庫謂由倉庫營業人所經營之倉庫，即民法所謂倉庫。利用倉庫謂非倉庫營業人爲自己物品之保管所營之倉庫，非民法上所謂倉庫。

第三節 倉庫營業人之意義

倉庫營業人 (warenhousenien; exploitant de magasin; Lagerhalter)，謂以受報酬而爲他人堆藏及保管物品爲營業之人 (民法六一三條，德商四一六條，日商五九七條)。

一、須爲他人爲堆藏及保管

(1) 須有堆藏 (Lagerung) 及保管 (Aufbewahrung) 兩事實之併存。故以倉庫之全部或一部出租為業者，非倉庫營業人。然特定倉庫之全部或一部為特定之寄託人承受堆藏及保管時，仍不妨倉庫營業之成立。

(2) 除受寄託人之指示外，須倉庫營業人無寄託物之處分權。數量倉庫寄託 (Summenlagergeschäft) 即將寄託物之所有權移轉於倉庫營業人，僅須以同種同質同量之物返還者，為消費寄託 (亦稱不規則寄託)，非倉庫營業。德商法第四一九條第三項明定不適用關於倉庫營業之規定，然依特約，將數寄託人之寄託物 (例如煤油、穀物、酒精) 混合堆藏保管，對於寄託物保管人無處分權，寄託人相互間惟成立共有關係，受寄人依寄託人之請求負有由其混合物中出倉之義務者，不妨為倉庫營業人。此時謂之混藏倉庫寄託 (Vermengungslagergeschäft; Menglagergeschäft, Sammlagergeschäft)。

(3) 保管之期間，依民法之規定，倉庫營業人因寄託人之請求應填發倉單，以其流通為前提，雖以繼續的寄託為常素，然無須必為長時間 (小町谷四三三頁、竹田二二三頁 Duer. -Hach. z. 8416, Ann. 2)。然亦有主張須多少有長時間之繼續，故一時為旅客寄託行李或腳踏車者，不包括在內 (松本二八八頁 Staub, z. 8416, Ann. 9)。

二、須有堆藏保管物之倉庫之設備

倉庫 (Lager: Waren: oder Packhäuser; Packhöfe, docks, warehouse; magasin généraux) 謂為堆藏及保管之用作物，無須必為倉庫用而建築之作物，其作物依寄託物之種類，以適於為該寄託物之堆藏保管為已足。不必有屋蓋或鎖鑰。木材堆場、石材煤炭貯藏所，將一定地面圍以籬垣者，亦不失為倉庫。倉庫營業人亦不必為其作物之所有人，不妨因租賃或其他原因而為利用。

三、須堆藏保管者為物品

於倉庫堆藏保管者，須為物品。即倉庫寄託之標的物，須為動產。故較一般寄託標的物之範圍為狹。

民法五八九條)。倉庫寄託之標的物，有謂限於無生物者，有謂限於商品者，有謂應限於有相當之容積者，然不可一概而論，凡適於堆藏保管者，皆可為倉庫寄託之標的物（Ritter, z. § 416, 5小町谷四三四頁、水口六六五頁）。動物亦有主張不得為倉庫寄託之標的物者（例如Cosack竹田一一三頁）。然在箱籠中之魚類、鳥類，通說謂不妨為其標的物（Ritter, a. a. O; Staub, z. § 416, Anm. 10）。但亦有主張旅館厩舍之動物寄存，雖以營業為之，亦非倉庫營業。因其非為物品之堆藏也（例如Duer. -Hach. z. § 416, Anm. 3）。有謂倉庫寄託之標的，須多少為大容積之物，故高價物品不得為其標的。然貨幣、有價證券及其他貴重物品，例如金銀細工物、絹織物、皮衣，亦非不得為標的（松本二八八頁、水口六六五頁、石井商行為法九八頁Ritter, a. a. O.）。不過此種物品甚少有交倉庫營業人保管而已。

四、須以物之堆藏保管為業

倉庫營業人謂以收取報酬而為他人堆藏及保管為營業之人，故常為有價。以堆藏及保管為業，故以堆藏及保管之居間為業者，非倉庫營業人。他營業人例如運送人或運送承攬人為營業之附隨行為而為物品之堆藏保管，非有為堆藏保管之特別契約，不成立倉庫營業。然堆藏及保管之承受，無須為商人之主營業，雖以為副業，亦得有倉庫營業之存在。故運送人或運送承攬人於承受運送或運送承攬之外，兼以運送品之堆藏保管之承受為業時，亦取得倉庫營業人之資格。運送品之發送前或於到達地之交付後，其堆藏保管之承受，通常為其副業。

第四節 倉庫寄託契約之性質

一、倉庫寄託契約為不要式及諾成契約

關於倉庫寄託契約，法律無特別規定，與運送契約同樣為不要式契約，得依推斷之行為而訂立。倉庫

營業人，其營業當然爲他人處理事務，民法第五三〇條之規定亦有適用。故受他人寄託之要約，不即爲拒絕之通知時，視爲允受寄託。雖拒絕寄託，對於與要約同時送來之物品，有以要約人之費用暫爲保管之義務（Duer.-Hach. Vorb. vor 8416, Anm. 4）。

倉庫契約是否爲諾成契約，甚有爭論。雖有主張爲要物契約（例如 Oertmann, Vorb. vor 8688, Staub, z. 8416, Anm. 5）。然應認爲諾成契約（Duer.-Hach. Vorb. vor 8416, Anm. 4; Riter z. 8416, 6 小町谷四三七頁、水口六六八頁以下）。蓋倉庫營業人爲堆藏保管之義務，雖於受物品之交付始得履行，然倉庫寄託，非僅以物之保管爲目的，而堆藏於倉庫並爲契約之內容，倉庫寄託之承受，即係與保管同時承受堆藏之義務，德商法第四一六條規定物品之堆藏及保管之承受，我民法規定爲他人堆藏及保管物品，其堆藏義務之承受，不以物品之交付爲前提。如有承受契約，即有倉庫寄託契約之成立。倉庫營業人對於寄託人負有將物品堆藏於倉庫之義務，如違反此義務，致物品有損毀、滅失時，不得以其物品未堆藏於倉庫，從而係於保管義務發生以前所生之損害而免其責任，即拒絕收藏，則應負債務不履行之責任，如以爲要物契約，則倉庫內之保管爲其契約之內容，在進倉以前就物品之毀損滅失，可不負責，即倉庫營業人雖不爲場所之準備，以致堆藏不能，亦可不負債務不履行之責，其不合理，至爲明顯。故既承受物品之堆藏，即負有堆藏之義務，寄託人在契約上當然有請求其爲堆藏之權利。要物論者謂在物品交付前之契約，僅爲一預約，然基於預約不過得請求訂立本約，此明與當事人之意思不合，蓋當事人並無訂立兩契約之意思也。

二、有價倉庫寄託契約爲雙務契約

倉庫寄託契約，原則上爲有價契約（民法六一三條）。惟其堆藏之義務與報酬立於雙務關係，寄託人通常不負使爲堆藏之義務。寄託人得隨時請求堆藏物之返還（準用民法五九七條）。倉庫營業人惟得就其已給付之部分，請求報酬（準用民法六〇一條二項）。然固不妨依倉庫寄託契約，使寄託人負有使爲寄託

之義務。於此時寄託人如有遲延，應負給付遲延責任（Ritter, z. § 416, 6, c, S. 762; Staudinger Vor. b. vor § 638, Anm. 2）。

三、倉庫寄託契約爲寄託契約之變種

倉庫寄託契約，有謂因其內容在於物品之堆藏保管，且爲諾成契約，故非寄託契約或爲其一種，而爲獨立之特種契約（水口六七二頁以下）。有認爲特種寄託契約（Unterart）者（Duer. Häch. Vorb. vor § 416, Anm. 4），亦有認爲寄託契約之變種者（ein Spielart des Verwaltungsvertrags）（Ritter, zu § 416, 6, a），依余所見，以此說爲當。蓋倉庫寄託契約爲諾成契約，且以堆藏爲其主要內容，而寄託契約爲要物契約，惟以保管爲其內容也。然與寄託契約最接近，故民法規定「倉庫除本節有規定者外，準用關於寄託之規定」。

第五節 倉 單

一、倉單之意義

倉單（Lagerschein; récépissé d'entrepôt; dock warrant, warehouse receipt），依我民法規定，謂倉庫營業人因寄託人之請求所填發之有價證券（民法六一五條、瑞債四八二條、日商五九八條六二七條、德商四二四條）。此外尚有交付指示證券（Lieferschein, delivery-order 日本稱爲荷渡指圖證），謂寄託人對於倉庫營業人，指示對於其證券持有人，交付寄託物之全部或一部之指示證券（民法七一〇條），屬於廣義的倉庫證券之一種。

二、倉單之立法主義

關於倉單之法制，有一單主義兩單主義及併用主義。

1. 兩單主義 (Zweischensystem) 亦稱複單主義，即同時填發兩倉單，一為存入倉單，一為出質倉單。此制為法國所創設，比、匈、義、葡、奧諸國從之。(一) 存入倉單，法國稱爲 *récépissé*，比國稱爲 *cédule*，意國稱爲 *fede di deposito*，奧國稱爲 *Lagerbesitzschein*。出質證券，法國稱爲 *warrant* 或 *bulletin de gage*，比國稱爲 *warrant*，義國稱爲 *nata di pegno*，奧國稱爲 *Lagerpfandschein*。寄託人得以出質倉單，將寄託物品出質，而受金錢之融通。於適當時期，再將有質權負擔之物品，另依存入倉單，讓與於他人。在英國通常惟填發一單，稱爲倉單 (*warrant*)，以之換取寄託物品。然在寄託物品之定期交易，於 *warrant* 之外，更填發記載數量之便單 (*weight note*)。此時出賣人由買受人取得定金，將便單交與買受人，而將倉單留於自己手中，在受全部價金支付前，於寄託物品上有留置權。其間便單得為轉讓而流通，至定期交易之計算日，便單持有人得將扣除定金後之價金支付於出賣人，而請求倉單之交出，將兩券一同提出於倉庫營業人，而請求物品之出倉。倘於期限內不為支付，則其權利消滅。故英國制度原則為一單，惟在定期交易，得有兩單，可稱為附條件的兩單主義 (*bedingtes Zweischensystem*)。

2. 一單主義 (*Einschensystem*) 謂惟填發存入倉單 (*Lagerschein*) 之主義。美、荷、西等國，採此主義。德國商法 (四二四條) 雖採一單主義，然其商法施行法 (十六條)，規定於存入倉單之外容許各邦仍維持舊有填發出質倉單 (*Lagerpfandschein*) 之制度，實際上並不一致，我民法則採取一單主義。

3. 併用主義，謂依寄託人之選擇得請求填發一單或兩單之制度，日本商法 (六二七條) 及革命前之俄國均採此主義。日本向採兩單主義，然其後仿舊俄制度，改採一單及兩單之併用主義。蓋以其倉庫營業發達之程度，尚未至利用兩單之境域，向來之兩單事實上作為一單看待，寄託物之出質，亦依兩單之交付為之。普魯士一八八八年法，亦採一單複單併用主義。寄託人得請求兩單 (*Doppelschein*) 或一單 (*einen einfachen Lagerschein*) 之填發 (同法二十條以下及四十二條以下)。一單雖亦得供質權設定之用，然其背書人，不負償還義務 (同法四十四條)。

一單主義與兩單主義，孰優孰劣，頗有爭執。(一)主張兩單主義者，謂先依出質倉單，得將寄託物品出質得款，以應需要，然後相機以存入倉單出售。若僅有一單，則出質後無以出讓。又出質後售價較低，易於出讓，便於流通。(二)主張一單主義者，謂兩單分別流通，關係複雜，且使各單持有均感不安，不若一單之簡便安全。兩單雖得先質後賣，然在複單尚未通行之國，事實上出質亦係將兩單一併交付爲之，前述日本即爲其例，且既經出質，則不易出售，故兩單亦等於一單。我國向無利用兩單之習慣，故以採用一單爲宜。(三)至於一單兩單併用主義，爲疊牀架屋之制度，徒滋煩雜，決非理想的立法，故採用之者甚少。

三、倉單之填發

1. 倉單之交付 倉庫營業人因寄託人之請求，應由倉庫簿填發倉單(民法六一五條、日商五九八條六二七條)。(一)此義務於寄託物品受取後始發生，倉庫營業人應備置倉庫簿，記載關於寄託物品之事項，依簿上記載，填發倉單。倉庫寄託非必有倉單。倉庫營業人惟於寄託人請求時，始有此義務。故又有因求證券之稱。(二)倉單滅失時，依日本商法(六〇五條)，持有人得提供擔保，再請求其證券之交付。我民法無此規定，惟得依公示催告程序宣告無效(民法七一八條、民訴法五三五條)，而請求倉單之再交付。

2. 倉單之形式 倉單應記載下列事項，並由倉庫營業人簽名。(一)寄託人之姓名及住址，(二)保管之場所，(三)受寄物之種類、品質及其包皮之種類、個數及記載，(四)倉單填發地及填發之年月日，(五)定有保管期間者，其期間，(六)保管費，(七)受寄物之付保險者，其保險金額、保險期間及保險人之名號(民法六一六條一項、日商五九九條、法一八五八年五月二十八日法律一條二項、德一九三一年十二月十六日條例三八條)。倉庫營業人，應將前列各款事項，記載於倉單之存根(民法六一六條二項、日商六〇〇條、德同條例三七條)。(一)上述倉單與後述提單之應記載事項，是否如同票據，爲絕對的記載事項，即欠缺其一即足使倉單無效，學者大有爭論。依日本舊時判例及一部分學者，認爲欠缺其一

即足使倉單無效（松本二九七頁、青山二〇五頁、日本明治四十年十二月六日大判），然以後之判例及多數學說，均以爲苟足以知寄託物之個性及數量爲已足。判例（大正五年三月一日大判）亦謂關於受寄物品質之記載，以得爲商業交易的標的之程度得了知其品質之概要爲已足（烏賀陽一五〇頁註28）。近時判例解爲訓示的規定（日本昭和七年五月十三日大判）。蓋若因其他應記載事項之欠缺，即使證券無效，反有害於交易之安全也（小町谷四四九頁三二五頁以下）。我國學者雖多謂除民法第六一六條第一項第五款第七款外，均認爲絕對必要記載事項，欠缺其一，即足使倉單無效（戴著債各下冊一三二頁、薛著二四七頁、劉著四一九頁、季著債分下冊五二頁）。依余所見，我民法既無欠缺應記載事項應使倉單爲無效之明文規定，應解釋倉庫營業人之署名及足以表示物品之同一性及交付場所之事項，爲絕對的必要記載事項，其他則否（參照 *Staub, z. 345, Ann. 1* 田中商行爲法講義要領一五二頁、石井一〇六頁八三頁、我妻中國民法債各六〇二頁）。（一）保管處所，爲寄託人或倉單持有人請求交付寄託物品之處所（民法六一九條），亦爲其檢點寄託物或摘取樣本之處所（民法六二〇條），故應記載之。（三）受寄物已付保險，謂倉庫營業人訂立保險契約，寄託人自付保險者，不包括在內。此保險係對於寄託物本身之保險，通常爲火災保險，其他保險例如水害保險、盜難保險，亦不妨爲之。但倉庫營業人之責任保險，不在其內。

關於法定事項以外之事項之記載，民法並無票據法第十一條同樣之規定，苟不違背倉單之本質，應解爲亦有效力（松本二九七頁二三七頁）。

3. 倉單之分割 倉單持有人得請求倉庫營業人將寄託物分爲數部分，並填發各該部分之倉單。但持有人應將原倉單交還（民法六一七條一項、日商六〇一條六二七條一項二項）。倉庫營業人有應其請求之義務，蓋大量寄託物爲分割讓與或出質於數人，有此必要也。但分割及填發新倉單之費用，由持有人負擔（民法六一七條二項、日商六〇一條二項六二七條二項），蓋此爲持有人之利益也。

四、倉單之性質

1. 倉單爲有價證券 有價證券 (Wertpapier)，謂表彰財產權之證券。其權利之行使或處分，須有證券之占有或移轉。倉單表彰關於寄託契約之債權，就中關於寄託物之返還請求權，即係表彰財產權，其權利之行使或移轉，以倉單之占有或移轉爲必要 (民法六一八條)，而請求交付寄託物，亦須交還倉單 (準用民法六三〇條)，故倉單爲有價證券。

2. 倉單爲要式的證券 倉單應有倉庫營業人之署名及具備一定之必要記載事項，已如前述，故爲要式的證券。

3. 倉庫爲法定指示證券即法定背書證券 凡得依背書轉讓之證券 (民法五三五條、民法七一六條二項)，稱爲指示證券或逕稱背書證券，亦有稱爲法定指定證券或法定指定式證券者 (戴著債各下冊二九三頁)，蓋以倉單並非指示他人將物品給付第三人 (民法七一〇條)，而負給付義務者爲填發倉單之倉庫營業人，故性質上非爲指示證券，而在日本學者稱爲法定指圖證券，即視有「某某或其所指定之人」有受領權之指定文句之證券，故爲避免與指示證券混淆，應稱爲法定指定證券。其意義謂雖爲記名式，亦得如同有指定文句之證券，依背書而轉讓。然在日本民法，因惟有關於指定證券 (指圖債券) 之規定 (日民法四六九條四七〇條四七二條、商法五一六條二項五一七條至五一九條)，雖可如此解說，而在我民法則惟有關於指示證券，而並無關於指定證券之規定，所謂法定指定證券，並無法律上之根據，故就其有背書性之點，應稱爲法定指示證券或逕稱爲法定背書證券 (日本所謂指圖證券亦即「依背書而讓與之證券」之意，我妻中國債各七九〇頁)，而且指定式倉單、提單、載貨證券，即係承認其證券之權利人有指示證券義務人給付與其所指定第三人之權，與民法所定被指示人向領取人已承擔所指示之給付及對於其證券之受讓人已爲承擔 (民法七一一條七一六條二項) 之情形相當，亦可稱爲廣義的指示證券之一種，故可準用關於指示證券之規定。

倉庫在我民法得爲記名式指定式或爲選擇無記名式 (某某或持有人)，是否得爲無記名式 (例如來人

），甚有爭論。瑞債（四八二條二項）明定得爲無記名式，德商法無明文規定，法院判例及多數學者，均主張得爲無記名式（*Staub, z. § 424, Anm. 8; Ritter z. § 424, 6; Duer-Hach, z. § 424, Anm. 2*）。日商法因第五九九條第二款之規定，倉單須有寄託人姓名或商號之記載，有主張不得填發無記名式倉單者（松本二九九頁、岡野三一七頁），亦有主張得爲無記名式者（竹田二二四條、大橋二二六頁、水口六八四頁）。然自改正商法第五十九條規定支票法（小切手法）第五條第二項「記名支票記載有持有人或與其同一意義之文字者，視爲持有人支付之支票之規定，準用於以金錢其他物或有價證券之給付爲目的之有價證券」，故現多數學者皆解釋倉單得爲無記名式（小町谷四四九頁三二三頁、石井商行爲法一〇六頁、惟津商行爲法三〇五頁）。我國學者雖亦有主張不得爲無記名式（戴著債各下一三〇頁、薛著二四九頁）。依余所見，無解爲無效之必要（同說梅著三二二頁）。

倉單雖爲記名式，除有禁止背書之記載者，不得依背書爲讓與外，得依背書讓與之，故稱爲法定指示（背書）證券。民法第六一八條雖規定非並經倉庫營業人簽名，不生倉單所載貨物所有權移轉之效力，然此僅就物權之效力而言，至於倉單不妨因背書及交付而移轉於受讓人，惟就寄託物而言，僅有返還請求權讓與之意義（參照拙著物權法論三八頁）（亦有主張此時受讓人僅取得倉單之占有薛著二五〇頁），然證券流通不免因此受有阻礙。民法第六一八條係僅就記名倉單（*Namenlagerschein*）、指定式（*Oderlägerschein*）或選擇的（變形的）無記名式（某某或持有人）倉單（*alternatives oder qualifiziertes Inhaberalagerschein*）而爲規定。如爲無記名式倉單（*Inhaberalagerschein*）則因交付而移轉。無記名倉單，與無記名證券同。無記名倉單之交付，就寄託物而言，僅爲返還請求權之讓與，但依民法第七二二條之規定，倉庫營業人祇有特定之抗辯。關於倉單之出質，應採何種方式，雖有主張應爲背書並經倉庫營業人簽名後，將倉單交付於債權人（薛著二五〇頁）。亦有主張以在倉庫背書並交付於質權人爲已足（戴著債各下一三四頁）。依余所見，以後說爲當。如爲無記名式，因交付倉單於質權人而生設定質權之效力（民法九〇八條）。

記名式之倉單，有禁止背書之記載者，爲指名證券，稱爲禁止背書之倉單（*Rektalagerschein*）。此種倉單之交付，不生物權之效力。其讓與惟有返請還求權讓與之意義，而生倉單上具體化之債權之讓與，以倉單之交付爲必要。其所載物品所有權之讓與，惟得依所有權移轉之合意及依民法第七六一條第三項之規定，將對於倉庫營業人之返還請求權讓與於受讓人之方法行之。此時讓與之表示，代替背書，不能如同得背書及已背書之倉單善意取得人有同樣之法律地位，如對於倉庫營業人之請求權不屬於讓與人，受讓人不能因善意而取得物品。指名倉單所生權利之讓與，亦得以契約禁止之（民法二九四條一項二款），亦得以其讓與須經倉庫營業人之同意或附其他條件（*Duer-Hach. z. § 424, Anm. 2*）。出質應依民法第九〇四條之規定。

4. 倉單爲物權的證券或交付證券 倉單持有人得對於倉庫營業人，請求寄託契約上債務之履行，並得據以請求交付寄託物品，此固爲債權的效力。然交付倉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（準用民法六二九條參照鐵路法五六條「運送物因不可歸責於鐵路之事由不能交付時鐵路得代爲寄託於倉庫，並以倉單代替運送物之交付，其費用由物主負擔」）。故倉單即代表所載物品，就此物權的效力而言，可稱爲物權的證券（*sachenrechtliches Wertpapier*）。因倉單之交付與單上所載物品之交付有同一效力，又稱爲交付證券（*Traditionspapier*）。然在我民法於背書外並須經倉庫營業人簽名始生貨物所有權移轉之效力，故爲不完全之物權的證券或交付證券。物權的有價證券，爲處分其所代表之物，須以其證券爲之，此時謂之處分證券（*Vertugungspapier*）。

無記名式倉單與指定式倉單不同，非交付證券，其交付通說爲不同物品本身之交付，然其讓與因該證券特性，與指定式倉單之讓與根本上有同一之效力。無記名倉單之合意移轉，同時含有民法第七六一條第三項返還請求權讓與之意義，其善意取得人如同被背書人，取得無負擔之物品所有權。蓋依民法第七二三條，其發行人惟得以本於證券之無效、證券之內容或其與持有人間之法律關係所得對抗持有人之事由，對

抗持有入也。倉庫營業人之費用支付償還請求之債權，依民法同條之規定，對於善意取得人之關係，亦不成立，故不得因此主張物品之留置權，亦不得以其物品已交付於寄託人而對抗新取得人（Staub, z. § 424, Anm. 9; Ritter, z. § 424, 6; Schlegelberger, z. § 424, Anm. 11）。

a. 一般物權之效力之發生要件有二，在我民法，則並須經倉庫營業人簽名。

(一) 須倉庫營業人已受取寄託之物品 即倉庫營業人發行倉單時，須其物品已堆藏於倉庫（雖僅取得間接占有亦無不可 Duer.-Hach. zu § 424, Anm. 6）。然如事實上尚未堆藏，則合法倉單持有人雖得對於倉庫營業人主張其依倉單所承受之義務，然不能成爲其物品所有人。如嗣後始行堆藏，其持有人得有將來之物品交付請求權。如物品於堆藏前喪失時，雖得以之對抗第一個倉單受領人，而對於善意被背書人則否。蓋此抗辯既非關於倉單之有效問題，亦非由倉庫本身所生也。此時物品已不存在雖不能交付，然對於被背書人應負損害賠償責任（基於所承擔債務之不履行準用民法七一一條二項，參照德民四一七條二項 Staub, z. § 424, Anm. 6, Duer.-Hach, z. § 424, Anm. 6, S. 1066）。如以異於所堆藏物品之物填發倉單時，倉單之物權之效力，亦不能發生，蓋因其所載物品並未堆藏，而所堆藏物品未載於倉單也。此時善意被背書人，亦得請求倉單所載物品價值之損害賠償，而不能請求倉單所載種類性質之物品之交付。蓋在倉庫寄託對於倉庫營業人之請求權，在於特定的堆藏物品之交付，而非請求同種類物品之交付也。然如倉單所載堆藏物品，惟含有虛偽的性質之記載，仍不妨發生物權之效力。善意的被背書人，惟得請求其所取得堆藏物品與倉單所載性質之物品的價值差額之損害賠償。蓋倉庫營業人應保證其倉單上記載爲正確或於倉單上加以附註而排除其責任（例如不知其內容）也。如倉單上關於物品記載之數量爲超過之記載時，亦可同此論斷。倉庫營業人應就其短少負損害賠償責任。倉單上之記載內容，除寄託人證明其錯誤外，倉庫營業人不應變更之。倉庫營業人如受取寄託人所發送外部可認知之有瑕疵或損壞之物品時，應通知寄託人（準用民法五八四條、參照德商四一七條三八八條）。如倉庫營業人就此種有瑕疵或損壞之物品，填發倉單

，依誠信原則應認其對於倉單取得人，有以相當的附註記明於倉單，使其知悉之義務。違者應就其所承受物品之瑕疵負責（*Staub, a. a. O.; Lehmann-Ring z. 8424, Nr. 15*）。如物品於堆藏及倉單填發後，始有毀損、減值或喪失者，則合法之倉單持有人之請求權，不以基於所取得物品之所有權者為限，此外更有基於倉單之債權的請求權。其喪失或毀損，基於以通常倉庫營業人之注意尚不能避免之情形而生者，倉庫營業人對於善意的被背書人，亦得主張之（準用民法五九〇條）。

（二）倉單須交付於有依倉單本身合法受取寄託物品之權利之人。關於倉單之背書方式民法無明文規定，可準用票據法關於背書之規定（票據法三一條至三四條、三七條、參照德商三六五條）。故倉單持有人能以背書之連續證明其權利者，為有合法受取寄託物品之權利人（準用票據法三七條）。背書人之排列，應以委託人之姓名開始，而至持有人為止（但最後之人不妨為空白背書人）。

b. 倉單交付之物權的效力。倉單經背書並經倉庫營業人簽名者，其倉單之交付，就物品所有權之移轉之關係，與物品之交付有同一之效力。即倉單之占有如物品本身之占有。關於倉單交付之效力，有絕對說與相對說。在絕對說，認倉單之讓與為新創的及獨立的取得方法，所有權或質權，因其相當之意思表示及與其結合之倉單交付而取得。權利取得之問題完全與占有之問題脫離，倉庫營業人於倉單交付時，有物品之占有與否，在所不問。主斯說者，例如 *Heymann*。然物品脫離倉庫營業人之占有或滅失時，不能就證券之交付認有物權移轉之絕對的效力。在相對說，又有嚴格的相對說與代表說兩種。前者以交付證券之利用，惟依民法之規定始有物權的效力，即以依倉單有間接占有移轉之可能為前提，而說明交付證券依照民法第七六一條第三項第八五條，依占有返還請求權之讓與之權利取得方式之特別作用。此說為 *Heilwig, Mak-over* 所主張，然此使倉單之效力薄弱，依民法一般之規定已優為之，無待特別之規定。代表說（*Repräsentationstheorie*），謂依交付證券之所有權或質權之取得，以於倉庫營業人（運送人、船長）有直接或間接占有為前提。然依交付證券之權利移轉中認有特別輕簡的方式，證券代替物品，特為權利取得之目的而代表，

因此如證券係爲所有權之移轉或出質而交付者，無須爲所有權取得之返還請求權之讓與或對於倉庫營業人（運送人、船長）爲出質之通知。代表說爲通說，並爲德國聯邦最高法院所是認，以此說爲當（*Dist. Ha. ch. 2. § 424, Ann. 8; Staub, z. 8365, Ann. 10*）。英法學者以載貨證券爲貨物之標記（*symbol*），載貨證券之交付，有載貨之標記的交付（*symbolical delivery*）之效力，亦即示此旨。應注意者，（一）惟爲物權之取得，有此法律上之擬制。於其他關係不適用之。尤其倉庫之交付，並非交付標的物與權利人，不能構成民法第三五六條第一項所稱物之受領。此外被背書人因背書取得由被背書倉庫所生之一切權利，倉庫營業人僅得以本於倉庫之內容或其與被背書人間之法律關係所得對抗被背書人之事由，對抗被背書人（準用民法七一一條二項前段及七一一條二項，參照德商三六四條）。倉庫持有人，不僅得基於物品之所有權，並得基於民法關於倉庫寄託之規定而爲主張。然被背書人並未取得寄託人所有之同一地位，蓋僅由倉庫所生之權利移轉於被背書人，而非即爲背書人之權利。被背書人對於倉庫營業人，不得依其與寄託人所訂立之倉庫寄託契約，而惟得依倉庫之內容，使其負責。除特有讓與外，不得基於倉庫營業人與寄託人所訂立之責任擴張契約，而主張權利。反之其間所訂立之責任限制約定，亦以於倉庫中所表現者爲限，得對抗被背書人。（二）證券之交付，事實上並非物品之交付，然民法就權利之取得，以之視同物品本身之占有。證券之合法占有者，惟取得對於物品之間接占有，然民法就權利之取得，以之視同物品本身之占有者。（三）關於權利取得，倉庫之交付與物品之交付有同一之效力，不獨倉庫原持有人之權利，對於第三人之權利（尤其善意取得人），均有適用。然依自然之事理，倉庫營業人本身之權利，不在其內。倉庫持有人與倉庫營業人間之關係，應適用民法第六一八條至第六二二條並準用民法第六三〇條第七一一條第一項第七一六條第二項之規定。（四）被背書及經倉庫營業人簽名之倉庫之交付，除上述與物品之交付有同一之效力外，（a）因倉庫之移轉，出賣人已盡其使買受人取得占有及所有權之義務，故因其交付，物品之危險移歸買受人負擔。（b）行紀人、運送承攬人、倉庫營業人，因倉庫之占有，得行使其對於堆積物品之留置權。

。(c) 有多數倉單先後填發者，以最先填發者為優先。但海商法另設有規定（同法八七條八八條）。(d) 此項倉單之交付，惟有其由倉單所生及對於物品之權利，發生移轉之意義。背書不使其背書人發生義務，與票據不同，對於前背書人不得行使追索權。背書人與被背書人間不成立新的法律關係，而應依背書所基以發生之法律關係決之（Duer. -Hach. z. 8424, Ann. 8.9.13）。(e) 物品非因被盜或反於所有人之意思脫離占有者，如為物品所有權之移轉而受此項倉單之交付，於交付時其物品已為倉庫營業人直接或間接所占有，而受讓人信託人為物品之所有人或授有處分權，則取得對於物品之所有權。如該物品與其他物品混合堆藏，則取其混合堆藏物品之共有權。例如出賣人對於堆藏物品保留其所有權，倉庫營業人於所有人知情之下填發倉單與寄託人，而依合意及此項倉單之交付，由寄託人受物品之讓與者，如信託人有物品所有權或處分權，則取得物品所有權（Schlegelberg z. 8424, Ann. 6. S. 1590）。

【註】寄託人所發出指示倉庫營業人交付寄託物品與第三人或其指定人之交付指示證券（*Lieferschein*）與倉單之性質不同，即前者為寄託人所發出，後者為倉庫營業人所填發。後者為處分證券，而前者則否。後者因倉單之交付，取得物品本身之直接占有，而前者則無此物權之效力。寄託物品之讓與，惟得依合意及依民法第七六一條第三項規定之返還請求權之讓與為可能（在我民法，依證券之背書及交付之方法行之民法七一一條），僅為交付指示證券之交付，尚不能認為寄託物品之讓與（Schlegelberg z. 8363, Ann. 16）。依此讓與，交付指示證券持有入，惟取得物品之所有權及間接占有。又禁止背書之記名式倉單即指名倉單（*Rektalgarschein*），雖非交付證券，亦得依合意及其證券之轉讓以讓與寄託物之返還請求權（民法七六一條三項），而移轉寄託物之所有權。然受讓人不能因此取得直接占有，與上述情形同。

5. 倉單為文義證券 證券上權利義務之範圍，依證券之文義而定者，謂之文義證券（*schriftgemässiges Wertpapier*; *schriftrechtliches Wertpapier*）或形式權的有價證券（*skripturrechtliches Wertpapier*）。證券之善意取得人，依其證券上所記載之文義，取得權利，義務人不得就證券上所未記載之事項，以其對於前權利人所有之抗辯對抗之。Brunner 稱此為公信有價證券（*Wertpapier des öffentlichen Glaubens*），蓋自證券之文義有決定取得人權利義務之力之方面所為之觀察也。倉單得依背書而讓與，自

亦爲文義證券（準用民法六二七條、民法七一一條七六條）。倉單上記載如有不實，倉庫營業人仍應依所記載文義，負履行之責。雖有謂倉單非無因證券，倉庫營業人受寄物品交付之義務，因物品之受取而發生，非因倉單之填發而生之單純的給付債務，故無寄託物品之受取，則無交付其物品之義務。如實際寄託物品與倉單所記載物品相異時，倉庫營業人惟應就不實之記載，負侵權行爲責任（松本二四二頁）。亦有少數主張以倉單爲不要因證券，倉庫營業人不問寄託之有無，均應依證券之文義，絕對的負責（不要因債權說 Adler, österreichisches Lagerhausrecht, S. 264; Wimpheimer, Lagerschein nach deutschem Recht）。又有謂倉單雖爲文義證券，然兼爲要因證券，如倉單上所載物品，原未受領，則當初寄託契約無效，倉庫營業人無返還之義務（此係基於以倉庫寄託契約爲要物契約之理論）。惟倉單上所載物品之種類、品質、數量等，與實際不符時，倉庫營業人仍應依記載文義負履行責任（相對的文義證券說石坂民法研究下冊四六三頁以下）。然若僅依侵權行爲負責，則倉庫營業人無可歸責之過失時，倉單持有人將無救濟方法。又上述論者不免以證券爲要因或不要因與證券記載之證券的效力相混同，蓋要因或不要因證券之區別，在於認證券之記載本身與原因有無關係以爲斷。證券的效力，謂證券上之債務人應依證券上之記載而負債務，非因受取而負責，乃因記載而負責（non quia recipit, sed quia scripsit）。即證券的效力，在於保護信賴記載人之利益，對於其關係不得主張其記載不真實之效力，對於善意的證券持有人，認有英國法上禁止反言之原則，以便利證券之流通。無論要因不要因證券，均不妨有此原則之適用。於此意義，倉庫營業人應依倉單之記載，負擔交付物之義務。其記載雖與真實不符，亦不得以其事實對抗倉單持有人（絕對的文義證券說竹田一九七頁、石井八八頁）。但倉單非如票據爲單純的金錢的給付義務，而係負擔寄託物品之給付義務。在倉庫營業人方面，非有給付實際上尚未受取的物品之義務，在持有人方面非有受取與記載物品相異之物品之義務。在空單時，因無交付之物品，倉庫營業人應準於寄託物品之滅失，負擔損害賠償之責。倉單上所載物品與寄託物品相異時，倉單持有人得拒絕受取，準於物品之滅失，請求損害

賠償。如願意受取，亦得準於物品之毀損而請求因其相異之損害賠償（小町谷三四三頁以下，水口五二三頁以下、參照前述 Staub z. § 424, Ann. 6）。

6. 倉單爲要因證券 倉單上之權利，不因證券之發行行爲而發生，爲其存在須有爲發行行爲基礎之原因關係（須有有效的倉庫寄託契約之存在），故爲要因證券。

7. 倉單爲換取證券 履行證券上之義務時，義務人非與證券交換，無須履行或權利人惟得繳還證券而請求履行之證券，謂之換取或繳還證券（Erlösungspapier）。倉單持有人請求交付單上記載物品時，應將倉單交還（準用民法六三〇條），故爲繳還證券。

五、倉單之喪失

倉單如遺失被盜或滅失時，應如何救濟。依日本商法第六〇五條規定，倉單持有人得提供相當之擔保，請求補發新單。倉庫營業人有交付之義務。我民法無此規定，然關於指示證券及無記名證券，規定得依公示催告程序，宣告無效（民法七一八條七二五條），而民事訴訟法第五三五條第一項未修正前，原規定「申報權利之公示催告以法律有規定者爲限」，故司法院認爲倉單及提單既非指示證券，更非無記名證券，又未設有得爲公示催告以法律有規定者爲限」，故司法院認爲倉單及提單既非指示證券，更非無記名證券，法第五三五條第一項，於民國三十五年十二月二十六日修正爲「申報權利之公示催告，以得依背書轉讓之證券及其他法律有規定者爲限」，而倉單、提單及載貨證券，依民法規定均得依背書而轉讓（民法六一八條、六二八條、海商法八九條）。其持有人自得聲請依公示催告宣告其爲無效。倉單經除權判決宣告無效後，原持有人得主張倉單上之權利（民訴法三六一條一項），亦得請求倉庫營業人補發倉單。

第六節 倉庫寄託契約之效力

第一目 倉庫營業人之義務

一、倉庫簿及倉單簿編置之義務

倉庫營業人，爲關於受寄物品之各種事項，有備置倉庫簿之義務。關於此點，民法雖無直接之規定，然與倉單關聯而豫定此簿之備置（民法六一五條六一七條），及倉庫營業人應以善良管理人之注意爲保管，足證明其有此義務。此外爲填發倉單，更須置有倉單簿（民法六一六條二項）。倉單簿應爲聯單式，以一聯填發倉單，一聯作爲存根。倉庫營業人應將民法第六一六條第一項所列各款事項，記載於倉單簿之存根。

二、倉單交付義務

倉庫營業人因寄託人之請求，應由倉庫簿填發倉單。因倉單持有人的請求，並應將寄託物分割爲數部分，填發各該部分之倉單（民法六一五條、六一七條）。倉單喪失經依公示催告宣告無效者，因原持有人之請求，有補發倉單之義務，其詳已如前述，茲不贅。

三、堆藏及保管義務

物品之堆藏保管義務，爲倉庫營業人之主要義務。德商法第四一七條規定準用於行紀之規定（德商法三八八條至三九〇條）。瑞債第四八三條第一項規定倉庫營業人保管貨品義務，與行紀人同。我民法規定準用於寄託之規定（民法六一四條）。

1. 保管人 倉庫營業人，應自己保管其受寄物，但經寄託人之同意或另有習慣或有不得已之事由者，得使第三人代爲保管（準用民法五九二條）。倉庫營業人不應使第三人代爲保管，而使爲之者，對於其寄託物因此所受之損害，應自賠償責任。但能證明縱不使第三人代爲保管，仍不免發生損害者，不在此限（準用民法五九三條一項）。依民法第五九二條但書之規定，使第三人代爲保管者，僅就第三人之選任及其對

於第三人所爲之指示負其責任（準用民法五九三條二項）。然倉庫營業人自己爲保管時，不妨使用第三人爲其輔助人，不過就輔助人之行爲，應與自己之行爲負同一責任而已（民法二二四條）。

2. 保管方法 倉庫營業人於其營業範圍內，承受寄託，以有償爲常，應以善良管理人之注意爲之（民法六一四條五九〇條後段）。其注意之內容，應依各種情形，具體的決定之。例如考慮與其他受寄物之關係而爲堆藏，爲盜難或火災之豫防講求通風、防水、防濕之方法，通常屬於其應注意之義務。受寄物是否應付保險，原則上除寄託人另有指示外，倉庫營業人不負此義務（準用民法五八三條二項、參照德商四一七條一項三九〇條二項）。民法第六一六條第一項第七款規定「受寄物已付保險者」，即示其原則上無保險義務（日商五九九條六款、小町谷四六四頁）。

依日商法第六一七條，倉庫營業人非證明自己或其使用人關於寄託物之保管未怠於注意，就其毀損或滅失，不能免損害賠償之責。德國商法規定倉庫營業人對於其所保管物品之滅失、毀損，應負責任，但其滅失、毀損係基於以通常商人之注意尙不能避免之情事者，不在此限（德商四一七條一項、三九〇條一項）。關於日商法規定，雖有主張爲加重倉庫營業人之責任，然此亦不過爲債務不履行原則之反覆，並非例外之規定。債務人就爲債務履行之補助人之過失本應負責，債權人苟能證明債務不履行之事實，其無過失之舉證責任，即應由債務人負擔（小町谷二七二頁四七一頁）。依我最高法院判例，已盡善良管理人之注意之事實，應由倉庫營業人負舉證之責（二十九年上字第一一三九號），亦即此旨。故在民法雖未爲此特別規定，其結果亦無不同。依德商法規定，倉庫營業人不僅應證明對於受寄物所生之毀損滅失之情事無過失，並應證明縱以通常商人之注意仍不能避免其發生或不能除去或減少其效果時，始能免責（Duer. -Hach. zu § 390, Anm. 8）。然在我民法，亦應解釋倉庫營業人不獨應以善良管理人之注意事前豫防受寄物滅失或毀損之發生，亦應於事後除去或縮減其損害之範圍，故結果亦無大差異。

3. 保管期間 （一）倉庫寄託當事人通常約定保管期間。於有特約時，除倉庫營業人有一般契約之解除

理由外，不得於約定期滿前請求寄託物之移去（民法六一九條一項，瑞債四八六條一項，日商六一九條、德商四二二條一項）。未約保管期間者，自爲保管時起經過六個月（日商入倉後六個月，德商入倉後三個月），倉庫營業人得隨時請求移去寄託物，但應於一個月前通知（民法六一九條二項，德商四二二條一項後段）。此爲民法第五九八條第一項之特別規定，蓋在一般寄託，此時受寄人得隨時返還寄託物也。（二）然無論倉庫寄託定有期間與否，寄託人或倉庫持有均得隨時請求寄託物之返還（準用民法五九七條）。（三）依德商法第四二二條第二項規定「如有重大事由，倉庫營業人有不遵守豫告期間於寄託期間屆滿前請求貨物移去之權」。日商法亦規定於有不得已之事由時，得爲返還（日商六一九條但書）。依瑞債第四八六條第一項規定「倉庫營業人須如同受寄人返還貨物，但因不可豫見之情形，雖通常之受寄人於所定期間經過前有返還之權利，而倉庫營業人仍應受所定保管期間之拘束」。依學者解釋，惟不得因不可豫見的使保管爲困難之情事（使受寄物爾後不能安全或非以自己之不利不能爲保管，瑞債四七六條一項），使倉庫營業人提早返還。然如有其他重大事由，使保管之繼續爲不可期待者（尤其原因存於物品之本身或因可歸責於寄託人），仍得於期前請求寄託物之移去。例如貨物有惡臭並有危險（*Oszt. v. 8486, Ann. 1.2*）。在我民法，如倉庫營業人有不得已之事由，是否得於期前或於六個月期間經過前，請求寄託物之移去。有依文字上之解釋，認爲絕對不得爲之者（戴著債各下冊一四五頁，薛著二五二頁以下），亦有主張依其情形仍得爲之者（季著債各下冊五五頁）。依余所見，可從瑞債解釋，如保管之繼續非因可歸責於倉庫營業人之事由爲不能或不可期待者，應許倉庫營業人爲之（民法二二五條一項）。例如因堆藏寄託物之土地被徵收，保管寄託物之倉庫毀損，倉庫營業人爲公司經已解散，或其保管已成爲違反法令不能繼續，或因寄託物有臭氣或腐敗致生危險於他寄託物，寄託人不支付保管費而寄託物已不足充償保管費，不可期待倉庫營業人爲保管者，倉庫營業人雖於保管期前或於六個月期間經過前，亦得請求寄託物之移去（季著五五頁、小町谷四六六頁）。（四）倉庫營業人請求寄託物之移去，應向誰爲之。依德國一九三一年八月二十八

日條例 (Verordnung ueber Einlagerung von Getreide durch die Deutsche Getreide = Handels = Gesellschaft) 第二四條第四項，應向其所知最後之合法倉單占有人爲通知及移去之請求。我民法雖未爲此規定，亦可爲同樣之解釋。(五)關於約定期間經過後之保管，德商法第四二二條第一項未段規定「未定保管期間或倉庫營業人於約定保管期間經過後繼續將受寄物貯藏於倉庫者，惟於豫爲終止之通知，經過一個月之豫告期間後，得請求貨物之移去。我民法未有規定，除可認爲有寄託契約之更新外，不能適用民法第六一九條第二項之規定。

四、許爲檢點或摘取樣本之義務

倉庫營業人因寄託人或倉單持有入之請求，應許其檢點寄託物或摘取樣本 (民法六二〇條、德商四一八條、瑞債四八三條三項、日商六一六條)。依寄託人或倉單持有入之請求，有允許之義務。依德日商法及瑞債規定，爲此請求，應於營業期間內爲之，而且並得請求許其爲寄託物必要之保存處分。我民法亦可爲同樣之解釋。(一)物品之檢點 (Berichtigung des Guts)，謂檢查。得爲如何程度之檢查，應斟酌倉庫之狀況及習慣，具體的決定之。又檢點爲寄託物之出賣或出質，有時須伴相對人同來爲之，不必解爲僅請求權人得入倉庫。請求權人本人亦得不入倉庫，而使其使用人代之。然倉庫營業人對於寄託人與其同來顧客於倉庫內爲交易 (交易商談)，不負與以便宜之義務，惟與以檢點之便爲已足 (Duer. - Hach. z. 84 18, Ann. 3)。(二)樣本之摘取 (Entnahme von Probe: Probenmusterziehung)，於不與交易之相對人同來倉庫時，爲簡速的交易之訂立有其必要。因其摘取之程度如何，得使寄託物品之狀態及數量發生變化。此時倉庫營業人爲防自己之負責，得對於寄託人或倉單持有人請求證明書之交付或請求相當之擔保 (Duer. - Hach. a. a. O.) (依日本商法六一六條一項質入證券持有人惟得請求寄託物品之檢點，不得摘取樣本及爲保存必要之處分)。(三)倉庫營業人應以善良管理人之注意，堆藏及保管受寄物，負有爲受寄物安全必要程度之保存行爲之義務。於此以外更須有特別之保存行爲時，倉庫營業人無阻止之理由 (Duer. -

Hach. z. § 418, Anm. 5) 蓋此於寄託人，倉單持有人爲有利，而於倉庫營業人無害也。然得以如何程度及以如何方法爲保存行爲，即倉庫營業人應於如何程度忍受其爲保存行爲，應依情形具體的決定之。倉庫營業人惟負有忍受其爲保存行爲必要之處分，而對於其爲販賣便宜之處分（例如改裝、加工），則無此義務（岡野三三七頁、小町谷四六九頁）。(四) 倉庫營業人違反民法第六二〇條之規定時，應負損害賠償義務，並得爲寄託人終止契約之原因，對於約定期間未經過之部分，得不支付保管費而取回寄託物（Duer. Hach. zu § 418, Anm. 6)。(六) 民法第六二〇條爲任意規定（Duer. Hach. z. § 418, Anm. 2)。

五、危險通知義務

第三人就寄託物主張權利，而對倉庫營業人提起訴訟或爲扣押時，受寄人應即通知寄託人或倉單持有人（民法六一四條準用民法六〇四條），是謂之危險通知義務（參照關於受寄人所負此義務之說明）。依瑞債第四八三條第二項規定「貨物發生變化，以爲其他措置爲適宜者，倉庫營業人應儘可能通知寄託人」。德商法第四一七條第二項「貨物有發生減少其價值之虞之變化時，倉庫營業人應無遲延的通知寄託人，怠於通知者，應賠償因此所生之損害」，是謂之寄託物異狀通知之義務（die Anzeigepflicht bei Veränderung des Lagerguts）。瑞債所定，較德商法爲廣，只須貨物發生變化認有採取其他措置爲宜之情形爲已足，無須其有減值之虞。以通知寄託人爲原則，如代替寄託人有其他權利人（倉單持有人），倉庫營業人應通知之。如通知不能（例如寄託人之所在不明或不知誰爲權利人），依誠信原則可期待倉庫營業人爲之者，有爲其應認爲適當措置之義務（Oser, z. § 483, Anm. 11）。我民法雖無規定，然倉庫營業人有以善良管理人之注意爲保管之義務，應解釋其亦有此通知之義務（民法二二〇條）。寄託物如有迅速敗壞之虞不及通知者，應照市價變賣之（債法十四條、參照日商法六二四條一項五二四條二項 Funk, art. 4 83.2）。

六、返還寄託物之義務

1. 返還之時期 倉庫營業人不問保管期間有無約定，因寄託人之請求，有返還寄託物之義務（準用民法五九七條）。

2. 受返還之人 未填發倉單者，應返還於寄託人。已填發倉單者，因其持有之請求，負有返還寄託物之義務，而且惟對其持有人負有此義務（參照瑞債四九六條二項）。

3. 返還之物體 通常應返還原所受取之物，惟在混藏倉庫寄託，由混合之共有物中返還其應有部分。請求返還寄託物，無須為全部，亦得請求其一部之返還。然於填發倉單時，無論請求全部或一部之返還，應還倉單為之。請求全部返還時，應以倉單換取之。請求一部返還時，應將其返還數量，記載於倉單。

4. 返還之處所 倉庫營業人返還寄託物，原則上應於倉庫所在地為之。如經寄託人或倉單持有人同意或依習慣或有不得已之事由或經約定保管方法，而因急迫之情事將寄託物移置他處者，得於物之現在地返還之（準用民法六〇〇條）。故非詣交債務，而為往取債務。即係請求寄託人或倉單持有人移去寄託物（民法六一九條）。第三人就寄託物主張權利時，除對於倉庫營業人提起訴訟或為扣押外，倉庫營業人仍應返還於寄託人或倉單持有人（準用民法六〇四條一項）。應返還之寄託物，如生有孳息，應一併返還（準用民法五九七條）。

第二目 倉庫營業人之權利

倉庫營業人之權利，民法特設有規定者，為保管費及拍賣費用償還請求權、受寄物之拍賣權。其他權利應準用關於寄託之規定（民法六一四條）及依其他關於契約之一般規定。

一、保管費請求權

保管費，謂倉庫營業人因保管寄託物所得之報酬（民法六一三條）。保管費之數額，依當事人之約定。填發倉單時，應記載於倉單（民法六一六條一項六款）。倉庫營業人通常多有保管費表。然縱未約定

保管費，亦未定有保管費表，因倉庫營業人係以倉庫寄託為營業，通常可認為依其情形非受報酬即不為保管（準用民法五八九條二項），仍得請求相當之報酬。

1. 保管費之請求時期 關於保管費支付時期，除有特約外，倉庫營業人於寄託物移去時，得請求支付（參照瑞債四八五條二項後段）。但保管期間屆滿時，雖在移去前，亦得請求保管費之支付。分期約定保管費者，於每期屆滿時，得請求支付（準用民法六〇一條、日商六一八條前段）。

2. 保管費之支付義務人 保管費理論上應由契約相對人即寄託人支付之。然倉庫營業人對於寄託物有留置權，事實為其支付者，為倉庫之持有人。

3. 中途移去 保管期間中，寄託人或倉庫持有人請求寄託物全部之出倉時，倉庫營業人得就其已為保管之部分，請求報酬。即按已經過之保管期間與全期間之比例，並斟酌各種情形，請求保管費之支付（準用民法六〇一條二項）。僅請求寄託物一部分出倉時，應按保管期間及出倉數量之比例，並斟酌各種情形（已經過之期間可能較剩餘期間為有價值，例如集市之期間或剩餘部分是否足以擔保倉庫營業人其他保管費，參照德商法第四二〇條二項後段「受寄託物之一部出倉者，應支付其相當部分之倉庫費用（Lagerkosten）」，但倉庫剩餘之寄託物不足擔保倉庫營業人時，不在此限），而請求保管費之支付（參照日商法第六一八條但書 Duer-Hach, z. §420, Ann. I.）。

4. 契約終止後留置權之行使 倉庫寄託契約終止後，因倉庫營業人留置權之行使，其寄託物仍留於倉庫時，不復有保管費請求權，蓋因雖有事實上堆藏之繼續而倉庫契約上之關係已不存在也。其占有之法律根據，已非基於寄託契約，而係基於留置權。然因倉庫空間之繼續需用所受之損害，得請寄託人賠償（Duer-Hach, z. §420, Ann. I, S. 1047）。

二、費用償還請求權

倉庫營業人因堆藏保管寄託物品所支出之必要費用，寄託人應償還之。但契約另有訂定者，依其訂定

(準用民法五九五條)。(一)依瑞債第四八五條第一項，由保管本身所生之費用，因已計入保管費之內，應與除外。惟運費、關稅、修繕費、保險費及其他非常的必要費用，例如發熱的穀物之移倉堆藏所僱用人工之工資，均得請求償還。反之堆藏場所之租金、其他為堆藏保管之設備費用、堆藏人員之薪金，均應包含於保管費之內。在我民法可解釋為堆藏保管本身之通常的必要費用支出，除無償倉庫寄託外，應解釋包括在保管費之內，不得另行請求償還。(二)必要費用，應於何時償還。依日商法其請求時期與保管費同，非於受寄物出庫時，不得請求支付(日商六一八條)。依瑞債墊支費用，應即時償還(瑞債四八五條二項前段)。依德商法第四二〇條第二項，惟現金墊支(bare Auslage)，應即時償還，例如運費、關稅之墊支、前例發熱之穀物移倉堆藏所僱短工支出之工資，得即時請求償還。然如使用其所屬人員為之，則應計算其工作於其他倉庫費用(Lagerkosten)，惟得與保管費(Lagergeld)同時期請求償還(Due-r-Hach. z. § 420, Anm. 4)。我民法惟關於保管費(報酬)之支付時期，可準用關於寄託之規定。關於必要費用之償還時期，並無明文規定，應從瑞債解釋，堆藏保管本身以外之必要費用及非常的堆藏保管之必要費用之支付，均得即時請求償還(Oser, z. § 485, Anm. 5)。

三、因寄託物所受損害之賠償請求權

倉庫營業人因寄託物之性質或瑕疵所生之損害，寄託人應負損害賠償責任。但寄託人於寄託時因過失而不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵或為倉庫營業人所已知者，則寄託人不負賠償責任(準用民法五九六條)。其詳可參照第十四章第二節第二目關於寄託人義務之說明。

四、拍賣權

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間內移去寄託物，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(民法六二二條、日商法六二四條五二四條二項)。(一)拍賣在拍賣法公布前依民

法債編施行法第十四條之規定，得照市價變賣，但應經法院、公證人、警察官署、商會或自治機關之證明。

(二) 保管費用與德商法第四二〇條所稱倉庫費用 (Lagerkosten) 相當，包括保管費 (Lagergeld; frais de magasinage) 及保管所支出之必要費用 (Auslage) (參照日商法六一一條一項)。其因寄託人或倉單持有人遲延移去寄託物所生之保管費用，亦應解釋包括在內 (參照民法二四〇條)。此等費用及拍賣費，不問寄託人有無將寄託物之權利轉讓或出質，倉庫營業人均得於拍賣代價中扣去。蓋民法規定此時倉庫營業人有優先受清償之權，而且此時留置權優先於質權也 (參照拙著物權法論四六三頁)。(三) 將上述費用扣去後，如有餘額，應交付於應得之人。即原則上應交付於寄託人。已填發倉單者，為倉單持有人。已出質者，其質權人之權利存於代價之上 (參照日商法六二四條二項)。倉庫營業人並將質權人之債權額、利息扣除後，尚有剩餘時，始應交與倉單持有人 (參照日商法六二四條二項、六一一條)。

五、留置權

倉庫營業人對於其所保管之寄託物，就保管費及因保管所支出之必要費用，暨因寄託物之性質或瑕疵所生損害之賠償債權，享有留置權 (民法九二八條)。寄託人為商人時，亦有商人間之留置權 (民法九二九條)。(一) 倉庫營業人不獨因占有寄託物，並因占有倉單或其他證券而得處分其寄託物時，享有留置權 (瑞債四八五條三項，參照德商法四二一條)。蓋倉單之占有，就權利之取得與寄託物之占有有同一之效力。例如物品係在第二倉庫營業人之處，而第一倉庫營業人由第二倉庫營業人受有倉單，或物品已向寄託人或買受人發送，而倉庫營業人尚占有鐵路之提單 (Oser, z. 8485, Anm. 9)。(11) 物品所有權，不必屬於寄託人。例如倉庫寄託，係以自己之名義為第三人之計算為之，或物品所有權自入倉後因無記名證券而轉讓，或其標的物係被侵佔而倉庫營業人於受領時係為善意。(三) 為充上述費用清償之必要，包括一切之寄託物。然如剩餘之寄託物，足以擔保倉庫營業人上述債權之清償者，倉庫營業人不得反對部分物品之出倉 (民法九三七條) (Oser, zu § 485, Anm. 9)。

依日商法第六二四條準用第五二四條第一項之規定，寄託人或倉庫持有者，拒絕受取寄託物或不能受取，倉庫營業人得提存其物或定相當期間催告後拍賣之。即倉庫營業人有選擇權。依我民法第三二六條第二三四條之規定，此時亦可解釋倉庫營業人得提存寄託物。

六、短期時效

關於倉庫寄託契約之報酬（保管費）請求權、費用償還請求權或損害賠償請求權，自倉庫寄託契約終止時起，一年間不行使而消滅（民法六一四條準用民法六〇五條）。

第七節 倉庫寄託關係之終了

關於倉庫寄託契約之終了原因，與就一般寄託所述者相同。惟通知終止契約，在倉庫營業人方面約定有保管期間者，原則上於期前不得請求移去寄託物，以終止契約。未定期間者，自為保管時起，經過六個月，始得請求移去寄託物以終止契約（民法六一九條），此點與一般寄託不同，有如前述。

第十六章 運送營業

第一節 概說

一、運送營業

運送營業（Frachtgeschäft; carriage; commerce de transport）古時主要的在海上運送方面發展，然其初商運合一，航海者為商人，同時為運送人，其後漸次發達，商品之買賣商人與為運送之運送人

，始行分化。運送營業不獨爲貨物買賣商之重要補助，而且可隨時供應商品，使市場之獨占爲困難，有調節物價之效。

二、運送營業之分類

1. 依運送標的之分類 依此可分爲物品運送（*Guetertransport*）旅客運送（*Personentransport*）及通信運送（*Nachrichtentransport*）而物品運送，實爲此中之骨幹。通信營業包括電信及電話之通信營業，然在我國民法惟規定旅客運送及貨物運送，通信營業概爲國家獨占，不屬於茲所謂運送營業之範圍。

2. 依地域之分類 依此標準可分爲陸上運送（*Binnen-Landtransport*）海上運送（*Seetransport*）及空中運送（*Lufttransport*）（一）我民法就運送營業，分別就貨物運送及旅客運送設有規定。海商法就海上運送亦復爲此區別，而設有規定。民用航空法就民用航空運輸業，設有規定（同法六一條至八八條）。故民法上關於運送營業之規定，原則上惟適用於陸上運送營業（包括航行內河沿海非依海船之運送海商法一條二條）（註）。對於其他運送，不過爲補充之適用而已。（二）陸上運送，海上運送，分別規定，爲各國立法共通之點，此在沿革上有其理由，而且兩者實質上有顯著之差異也。陸上運送最主要者爲鐵路運送，然關於此項運送鐵路法另設有規定（同法四九條至五八條），惟補充的適用民法之規定。此外交通部另公布有「中華民國鐵路客車運輸規則」及「中華民國鐵路貨車運送規則」。關於公路汽車運輸，交通部公布有「中華民國公路汽車載客規則」及「中華民國公路汽車運貨規則」，另設有詳細規定。（三）在海上運送，因其運輸方法限於船舶，易於爲一般規定，海商法除載貨證券準用民法關於提單之規定外，關於海上運送人之權利義務，設有較詳細之規定。（四）關於民用航空運輸，民用航空法惟設有簡易之規定，應補充適用民法關於運送營業及承攬之規定，並準用海商法關於海上運送之規定，蓋航空機之起飛及着陸，有類於船舶之啓航及到港，其空中之飛翔亦可擬於海上之航行也。

【註】僅能航行內河之船舶其噸數雖超過本法第一條第一款之限制，亦不適用海商法（院字第八〇七號）。船舶以權權

爲主要轉運方法者，縱其容量在二百擔以上，亦不適用海商法（院字第八三七號）。

第二節 運送人之意義

一、運送人

運送人（*carrier; transporteur; voiturier; Frachtfuhrer*）謂以物品或旅客之運送爲營業，而受運費（民法六二二條，瑞債四四〇條）之人。狹義的運送人，則指在陸上（依日商法包括湖川港灣，依德商法包括河川或其他內水）（日商法五九六條，德商法四二五條）爲運送之人。在日商法，從事海上運送者，另稱船舶所有人（日商七三八條）。我海商法亦稱運送人（同法七四條九一條九七條至一百條）。船舶所有人通常自己爲運送，此時自亦包括於運送人之內。民用航空法，則稱爲航空器所有人（同法七七條七八條）。又陸上運送不限於地面上之運送，地下之運送（地下鐵路），自亦在內。

二、係爲物品或旅客之運送

a. 物品謂得爲運送一切之物。是否得爲交易之標的（例如屍體），在所不問。危險品亦無妨礙。然須爲適於保管之物，依電信電話之通信，不得爲其標的。以此等通信爲標的之契約，屬於特殊契約，學者不稱爲通信運送，而稱爲通信交通（*Nachrichtenverkehr*）。蓋電信係以電氣之作用爲通信處理，屬於承攬契約之一種，電話係兼有租賃及僱傭性質之特殊契約也（*Staub, z. 8425, Ann. 5; Dernburg B.R. II, § 326, I*）。反之，書信爲有體物，得爲運送之標的。然在我國爲國家獨占之公益事業，非民法上之運送（德商法四五二條明文規定關於運送營業之規定對於郵政局所爲之物品運送不適用）。但郵政局使第三人運送郵件時，國家與第三人間成立運送契約。

b. 旅客（*Reisender; voyageur; passager*）謂運送標的之自然人。旅客運送契約之相對人概爲旅客本

身，然非必常如此，旅客得僅爲運送之標的，例如與父母同行之孩童，不妨爲旅客。

三、係爲運送之人

a. 運送謂將物品或旅客由一定之場所，移至他場所，無須爲遠距離之移動，故市內或同一大廈內之搬運，亦不夫爲運送。爲投棄塵埃之搬運契約，不得謂爲將物由一定場所移至一定場所之契約，非爲運送，僅爲承攬或僱傭。然將塵埃爲肥料或填築之用而使搬運，則爲運送。

b. 運送之方法，除有特約或習慣外，並無限制。即運送工具及運送動力如何，在所不問。運送之全程，是否依同一方法，亦非所問。運送之標的物依運送人自己體力或依被運送者自動之運送，例如擔荷貨物或牽引家畜，亦不失爲運送。但專以得工資爲目的而服勞務者，爲僱傭，非茲所謂運送人。陸上運送所用運送工具，並無限制，而海上運送之運送工具，必爲船舶，關於此點二者顯有不同。

c. 物品之運送須於運送人保管 (Custodia, Obhut) 之下爲之。即運送人須任保管之責任，而僅以物之移動爲目的之契約非運送契約，而爲單純的承攬契約或僱傭契約。曳船契約 (Schleppvertrag) 雖有主張多爲單純的承攬契約，非運送契約 (松本二二二頁)，然依其內容得爲運送契約、承攬契約或僱傭契約。例如曳船之船長指揮被曳船時，係爲其物之保管亦不妨成立運送契約 (Duer.-Hach. Vorb. zum Frachtgeschäft, Ann. 4)。

四、運送人係以運送之承受爲營業之人

a. 運送人係爲他人運送 以運送物品或旅客爲營業，非僅爲運送上之事實行爲，係與他人訂立契約而承受運送 (參照德商法四二五條)。被運送物品之所有權，雖不問屬於何人，然其運送須爲他人爲之，爲自己運送屬於自己之物品，非茲所謂運送人。

b. 運送如何實施，並無限制。除有特約或習慣外，得自己爲運送，亦得更與第三人訂立運送契約，使爲運送。惟更與第三人訂立運送契約時，須以自己之計算爲之。此爲運送人與運送承攬人差異之所在。運送

得以自己之運送工具爲之，亦得由他人租借運送工具爲之。

c. 運送人係爲承受運送之人，僅以承受運送工具或從事運送之人（勞務）之供給爲目的者，得爲租賃、僱傭或承攬，然非運送人。其契約果爲運送契約與否，不應僅依其名稱而決定，應就其實質定之。例如同一汽車之租賃，以其本身之租賃（利用）爲目的者爲租賃，以物或人之搬運（結果）爲目的者，爲運送。

五、運送人以送運之承受爲營業

運送人以運送之承受爲營業，故運送契約原則上爲有償。然苟有以運送爲營業之事實，偶爲無償運送之承受，不妨成立運送契約（Staub, z. § 425, Ann. 8）。依日本學者解釋，商人爲其營業之方法雖爲運送，不能認爲以運送之承受爲業者，非茲所謂運送人。例如旅店爲投宿旅客之汽車運送，百貨店承受顧客購買物品之運送，此時惟可適用關於承攬及委任之規定（松本二六頁、岡野二一九頁、小町谷三一七頁）。依德商法，關於運送之規定，對於非爲運送人之商人於其商業之經營爲物品之運送者（Geleichen-istfachfuhrer），亦有適用（德商法四一五條）。然亦須其運送爲獨立契約之標的，如爲構成契約主要對象的他給付之繼續的活動，不適用關於運送之規定。例如旅店汽車爲宿客由車站搬運行李至旅店，則應依民法第六〇六條負責。運送承攬人將貨物運至車站，不因而成爲運送人（Staub, z. § 425, Ann. 7）。依瑞債解釋，對於偶然運送之承受，亦有適用（Oser z. § 440, Ann. 15）。在我民法如其運送爲獨立契約之標的，爲營業而爲之，應解釋亦有適用。然如貨物之運送僅爲他契約附隨的給付，則不另成立運送契約，而依主契約以決定其附給付。前例百貨店承受運送貨物至買受人家或爲異地買賣而發送貨物，則爲買賣契約之附給付（Oser, z. § 425, Ann. 10）。

第三節 運送契約之性質

一、運送契約爲諾成契約

運送契約因運送人對於他方當事人所爲運送之要約爲承諾而成立，爲諾成契約，並非要物契約。其運送物品之交付，惟爲運送之實行所必要，在未交付期間，運送人無從實行運送，雖不生關於運送物品之運送人責任，然於託運人爲運送而交付其物品時，因運送人拒絕受取而陷於給付遲延。故運送契約以當事人就運送契約之要素有意思之一致而成立，運送契約之要素爲運送標之物或人及其運送區域之發送地與到達地，苟就此兩事項有意思之一致爲已足，然例外有因特別規定而爲要物契約。依瑞士鐵路運送法（Eisenbahntransportgesetz）第八條，因運送貨物及託運單之交付，始成立運送契約，即爲要物契約。國際鐵路運送法亦同（Oser, z. § 440, Anm. 18），德國鐵路運送法亦復如此（Duer.-Hach, z. § 425, Anm. 7）。我鐵路法第四十九條規定「旅客運送契約，因鐵路承諾運送而成立，物品運送契約因鐵路承諾運送並接受其物品而成立」，是鐵路物品運送契約，亦爲要物契約。依中華民國公路汽車運貨規則第二十九條第一項規定「貨商託運貨物，須填具託運單，並在車站或在貨場之工作時間，連同貨物送至車站或貨場報運」，亦可解釋以託運單及貨物之交付爲運送契約成立之要件。

【註】法國學者有主張無運送物品之交付，即無運送契約者，例如 Lyon-Caen（Traité de droit commercial）。亦有主張爲諾成契約者，例如 Josseland（les transports, 1926）。

二、運送契約原則上爲雙務有償契約

運送契約，有以有償爲其特徵，必須爲有償契約，否則爲委任契約（Oser, z. § 440, Anm. 15; Fuhn, art. 440; Dernburg, Schuldverhältnisse, I, § 326, 1 載著下冊 155 頁，薛著 256 頁）。有主張無償時爲委任。然依其情形，應準用運送法之規定（Ritter, z. § 425, 7a）。亦有主張如以承受運送爲營業，雖偶爲無償，亦不妨爲運送契約。其中有謂此時係運送人例外的預先或嗣後對於應歸屬於自己之報酬爲拋棄（Duer.-Hach, zu § 425, Anm. 4），亦有主張不妨偶然爲無償（Staub, z. § 425, Anm. 7；

Lehmann-Ring, Vorb II, vor § 425)，例如鐵路局救濟品及孩童之免費運送（松本二二七頁、水口四七七頁、小町谷三一七頁）。依余所見，如以此時非運送契約，則不適用民法關於運送營業之規定，而輕減運送人之責任，未免不妥，故應解釋報酬雖為運送契約之常素，並非要素。

三、運送契約為獨立的有名契約

運送契約，為以物品或旅客運送之承受為內容之獨立之特種契約。學說上（一）有認為委任契約之一種者（例如瑞債第四四〇條第二項「關於運送契約除本節另有規定外，適用關於委任之規定」）。然在旅客運送，旅客自為旅行者，由甲地至乙地而實行運送，其旅客以外之他人旅行，不能為其人之旅行，從而旅行之事實的行動，非得使他人處理之事項，故不得認有事務委任之觀念。即在物品運送，其運送契約之內容，不僅為物之移動，而且以在到達地交付貨物於受貨人為終局之目的，其與受貨人之間亦生直接的法律關係，究難以委任契約之觀念，為此說明。（二）德日通說認為承攬契約之一種，蓋以運送人約為運送工作之完成，不僅應執行運送事務，而且負有使運送標的（人或物）安全到達目的地，並有將貨物交付於受貨人之義務也。運費惟對於運送工作之完成支付（民法六四五條）。然我民法關於運送營業設有詳細規定，不獨關於承攬規定幾無適用機會，而且承攬契約必為有償契約，運送人以運送為營業雖無特約亦得請求相當之報酬，但不妨以特約為無償運送，有如前述。若以運送契約為承攬契約之一種，則無償運送亦不得認為承攬，勢必認為類似承攬之一種無名契約（松本二二八頁），如此有償時認為承攬契約，無償時認為特種無名契約，未免過於技巧，反不如認為獨立的有名契約之為愈也。（三）亦有主張運送契約為承攬與寄託之混合契約。然運送人負物品保管之責者，為運送契約當然結果，不得認為另有寄託契約，且我民法認有旅客運送，就旅客亦不容有寄託之觀念也。（四）運送契約雖為獨立的有名契約，然極似承攬契約（民法六四二條六四五條），除關於運送營業本節有規定外，可分別有償無償，補充的準用關於承攬或委任之規定。

四節 運送契約之訂立

一、契約之當事人

運送契約之當事人爲託運人及運送人。託運人 (Absender; expéditeur)，謂以自己之名義與運送人訂立契約之人，不必爲物品之所有人，其契約係爲自己爲之抑爲他人爲之，在所不問。運送承攬人訂立契約時，則運送承攬人爲託運人。所謂貨主 (Versender) 與運送契約並無關係。運送人謂承受運送之人，其資格並無限制，得爲自然人或法人。旅客運送之相對人爲旅客本身，然亦得爲第三人，有如前述。在物品運送，運送人對於託運人約定對於第三人爲運送物品之交付。此第三人稱爲受貨人 (Empfänger; Adressat; Destinatar; destinataire)。受貨人通例雖與託運人爲另一人，然不妨爲同一人。託運人爲運送承攬人時，貨主亦得爲受貨人。受貨人雖非運送契約之當事人，然於運送物品到達目的地時，取得與託運人同一之地位 (民法六四四條)。

二、運送契約訂立之自由

運送契約之訂立，一般爲當事人之自由。然運送營業性質上將無數之運送物定型的頻繁爲運送，在比較的大規模之運送人，通常訂有運送契約之普通約款，從而運送契約多爲附合契約。他方面鐵路及於一定路線定期運送之汽車運送人，對於具有法定要件之運送要約，原則上不得拒絕 (運送強制 Transportzwang)，且負有將運費及其他運送條件公告之義務 (鐵路法五〇條五一條)。其契約之自由，不免受有有限制。

三、運送契約之形式

運送契約之訂立，不需任何方式，得以口頭或默示的方式爲之。在海上運送，以船舶之全部或一部供

運送爲目的之運送契約，雖應以書面爲之（海商法七一條），民法上之運送契約，並未有此限制。在民法就物品運送，雖規定託運人有填給託運單，運送人有填發提單之義務（民法六二四條、六二五條），然此在契約成立後，因運送人或託運人之請求而作成之書面，既非契約成立之要件，亦非契約書。

第五節 物品運送（Güterbeförderung）

物品運送契約，爲運送人對於託運人承受將運送物於自己保管之下爲運送之契約。託運人通常明示的或默示的，約定對於其結果支付運費，與承攬契約相似。然物品在運送人保管之下之點，與純粹的承攬有異。此「保管」之要素，爲物品運送之特色。在物品運送，有雖非契約當事人，而取得與託運人同一之權利及義務者，受貨人是也。受貨人一般爲託運人所指定受領運送物之人。託運人得指定自己或第三人爲受貨人，其詳有如後述。

第一目 託運單

託運單（way-bill；lettre de voiture；Frachtbrief）在日本稱爲運送狀，爲不封緘之書狀，對於受貨人通知契約之內容，而且爲運送物之隨附證券（Begleitpapier），以便使運送人知運送目的地及受貨人。託運人因運送人之請求，應填給託運單（民法六二四條一項、德商法四二六條一項、瑞債四四一條一項、日商法五七〇條一項）。運送人將託運單與運送物一同送至目的地，以便受貨人檢查是否與託運人所發送之運送物有同一物之到達，而且藉知應歸自己負擔債務之範圍。在相繼運送，有使後運人得知運送契約的內容及其前手的權利義務之便。在法國以將託運單之原本（bonne lettre de voiture）送交於受貨人而將其謄本（fausse lettre de voiture）交付於運送人，爲商業上一般之習慣。亦有作成複本或謄

本，使運送人簽名，以為提單之用。然在鐵路運送，為證明運送物交付於鐵路，而填發受領證（*récépissé* ; *Aufnahmeschein*）不使用託運單（*Lyon-Caen, Traité, I, no. 575*）。依我中華民國鐵路貨車運輸規則，託運單僅為使鐵路知託運人貨名、件數、起訖站、受貨人（亦稱收貨人）等事項之用。經鐵路承運及或裝載，即填發貨票（請發提貨單者，填發提貨單，請代收貨價者，填發代收貨價貨票），貨物抵達站後，收貨人（或持單人）須將貨票（或提貨單）簽名及或蓋章交出，始得提取（同規則二七條、四一條、四七條）。公路汽車運貨，關於貨票之填發亦有同樣之規定（中華民國公路汽車運貨規則二五條、三十一條、三十八條）。

一、託運單之交付

請求交付託運單與否，為運送人之自由。遇有請求時，託運人有交付之義務。然託運人不得強制運送人之受領（*Staub, z. 8426, Anm. 9*）。但交易習慣得補充的發生效用，如有運送人受取託運單之習慣時，若無理由的拒絕受取，得在交易習慣上認為違反誠信原則（*Duer-Hach, z. 8426, Anm. 3*）。然民法第六二四條為任意之規定，當事人得以契約排除託運單之填給，運送人亦得拋棄之。有不填給託運單之交易習慣者，於有疑義時可認為有運送人默示的拋棄（*Duer-Hach, a. a. O.*）。

二、託運單之性質

託運單一般於運送契約成立後（亦得與契約訂立同時或雖有物品及託運單之交付而尚未成立運送契約，例如在鐵路貨物運輸，須由鐵路承運員查驗，在貨物託運單上加蓋名章，始為承運開始負責，同規則第二四條），託運人依運送人之請求，記載運送契約中之主要事項，由託運人簽名後，交付於運送人，並非契約書，亦非有價證券，僅有證據文書（*Beweisurkunde*）之性質，而且非為惟一證據，仍得舉出反證，例如誤報之重量或件數，得嗣後加以更正（*Staub, z. 8426, Anm. 3, 4*）。然運送人習慣上應檢查其內容，而且有檢查之可能時，多可認為已承認其內容（*Duer-Hach, z. 8426, Anm. 9*）。在鐵路貨物運輸

，託運單之交付，爲運送契約訂立之要件，鐵路承運員於其上加蓋名章，爲運送契約成立之證明。

三、託運單應記載之事項

託運單應記載下列事項，並由託運人簽名。(一)託運人之姓名及住址(德商法四二六條二項二款、依日商法第五七〇條第二項則以託運人簽名爲已足，然通例亦記載託運人之住址)，(二)託運物之種類、品質、數量及其包皮之種類、個數及記號(日商法五七〇條二項一款、德商法同條同項第五款)，(三)目的地(Bestimmungsort; Ablieferungsort)(日商法同條同項二款、德商法同條同項四款)，(四)受貨人之名號及住址，不得爲指定式或無記名式，但得俟他日指定受貨人，蓋託運人有處分權也(日商法同條同項二款、德商法同條同項三款，均不以受貨人住址之記載爲必要)。(五)託運單之填給地及填給之年月日(日商同條同項四款、德商法同條同項一款)。然此等記載事項，不過爲民法之訓示的規定，雖有欠缺，不必使託運單之證據力全部消滅。依德國學說及判例，縱令不具備其商法所定記載要件之全部，苟可認爲有特定運送委託之事實之記載，不妨爲託運單(Mueller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, I, S. 570)。又託運人於法定事項以外，亦得記載關於運送契約之其他事項。例如運送之開始及運送物之交付時期(Antritts- und Lieferfrist)、遲到時之賠償額、運送人之責任、運送方法、運送路線等。

四、託運人之責任

運送人依託運單之記載，爲運送之準備或其他關於運送履行之行爲。從而託運人因故意或過失爲不實之記載，以致生損害於運送人時，應負損害賠償責任(松本二三三頁、小町谷三八八頁、椎津二六一頁、石井商行爲法七八頁、劉著四三二頁、季著債各下六二頁)。例如將爆發物記載爲普通之運送物，招致爆發，或誤記受貨人之住址或爲不正確之記載，致運送物之交付增加費用時，應負賠償責任。託運人知運送物有損害之性質而不爲記載時，依訂約上過失之原則(culpa in contrahendo)，爲有過失。損害通常爲運送物之滅失、毀損，運送人得以記載不充分爲抗辯，亦得爲對於運送人運送工具或其他運送物之損害

，此時運送人有獨立之訴權。然如運送人與有過失，自可適用民法第二一七條之規定。在德國商法（四一六條二項）及瑞債（四四一條二項），則認託運人有對於記載正確之擔保責任，即為結果責任。不問託運人有無過失，均應負責（*Staub, z. § 426, Ann. 15; Duer.-Hach. Ann. 37; Oser, z. § 441, Ann. 13*）。日本及我國學者中，亦有主張託運人應就其記載負無過失責任者，謂於託運單記載較實際運送物價值為低之劣等物者，就其滅失毀損不得不自甘以其所記載運送物為標準，計算損害賠償。反之以低級品類之物記載為高級品類之物者，雖於運費及其他費用之計算，應以高級品類之物為準，然於運送人就其滅失毀損應負責時，則以賠償實際運送物之損害為已足（水口四八九頁、烏賀陽一一三頁、薛著二五八頁、戴著一六〇頁）。

第二目 提單

運送人因託運人之請求，應填發提單（民法六二五條一項、日商法五七一項、德商法四四四條）。此證券起源於海上運送之載貨證券，然自海商法之規定言之，關於提單之規定，準用關於載貨證券（海商法八九條），蓋民法為普通法，體裁上提單反較載貨證券先為規定也。

提單證明運送人受取運送物，表彰應於目的地對於持有人與提單交換而交付運送物之債務，且具有其持有人與運送人間之運送契約之效能（民法六二七條）。然其最重要的效用，在於其有交付證券之性質，即有物權之效力之點。蓋此證券持有人，惟依提單得為運送中物品之讓與其他之處分（民法六二九條）。有提單之填發時，非依此不得為運送物之處分或請求其交付（民法六三〇條）。故物品之出賣人得依押匯之方法為價金之收取，買受人於運送物到達前，得依提單為運送物之轉賣或其他處分或奪取為出賣人之託運人之處分權（民法六四二條）。然陸上運送，期間較短，且一次之運送量較少，故提單之利用率，較之載貨證券為低。在瑞士對於通常運送，不認有提單制度。依伯倫之鐵路運送條約，禁止於託運單以外為

提單之利用（同條約六VII 2）。德商法雖認提單之制度，然實際上爲利用者限於船舶運送（在海上運送稱爲載貨證券 *Konnossement*, *Duer.-Hach. z. § 444; Ann. 4, 6*）。

一、提單之性質

（1）提單爲有價證券及要式證券 提單表彰運送契約上之債權，尤其將運送物之交付請求權證券化（民法六三〇條），而且非依提單之占有或移轉，不得爲證券上權利之行使或移轉（民法六二九條），故爲有價證券。提單應依法定方式爲記載（民法六二五條），故爲要式證券。

（2）提單爲交付證券及處分證券 提單之交付，就物品所有權移轉之關係，與物品之交付有同一之效力（民法六二九條）故爲交付證券。非依提單不得爲運送物之處分，故爲處分證券。

（3）提單爲法定指示證券 提單上之受貨人，得爲記名式或指定式，選擇無記名式或無記名式，分別按其形式，依背書或僅以交付，而爲提單之移轉。雖爲記名式，除有禁止背書之記載外，仍得以背書而移轉於他人（民法第六二八條），故爲法律上當然之指示證券（背書證券）。指定式提單，除得依背書移轉外，亦得依讓與及證券之交付移轉之（*Duer.-Hach. z. § 444, Ann. 3*）。

（4）提單爲呈示證券及交換證券 提單所有人非提示其證券及交還提單，不得請求運送物之交付（民法第六三〇條），故爲呈示證券及交換證券。

（5）提單爲要因證券及文義證券 提單爲關聯於運送契約之證券，且其記載決定提單持有人與運送人間之關係，故爲要因證券及文義證券。

二、提單與託運單之差異

（一）託運單僅爲證據文書，即證明運送契約之成立及其內容，而提單第一爲處分證券，然亦非謂其內容不爲證明之手段，蓋提單必然的以運送契約之成立爲前提，通常此時物品已交付於提單之填發人，故提單有爲物品受領的收據之效力。反之爲物品受領所發之收據，仍非提單，蓋提單本質上須負有義務負擔

之表示也。故託運單雖經運送人簽名，亦不成爲提單。(二)託運單由託運人填給，提單由運送人填發，託運單在運送人之手中，跟隨物品，提單直接送至受貨人。(三)託運單爲運送契約訂立之證明書，提單爲關於物品之債務證券 (Verpflichtungsschein)。(四)託運單第一供決定運送人與託運人間的關係之用，提單第一供決定運送人與受貨人間的關係之用 (Duer. Haech. z. 8444, Ann. 4)。

三、提單之作成與交付

提單由運送人作成之。然固不必自己，亦得由其代理人爲之。運送人於受取運送物時，負有作成及交付之義務。即於受取運送物後，因運送人之請求，始有此義務。

提單填發之請求人，爲託運人。其以外之人縱爲運送物之所有人 (例如對於運送承攬人之委託人)，不當然得請求其交付，蓋此請求權係託運人基於運送契約而取得也。

四、提單之形式

提單作成之形式，民法第六二五條第二項設有規定。然民法惟要求記載法定事項於提單，由運送人簽名。其記載方法及材料等，並無限制。其用國語或外國語，記載次序是否依規定的列舉次序，依印刷或依手寫，在所不問。苟提單之全部可認爲有法定要件之記載事項爲已足。又證券之材料，雖通常爲紙質，然並不妨爲其他物。

關於提單最有問題者，即民法第六二五條第二項所定記載事項，是否爲絕對應記載事項，如欠缺其一，是否應與票據同樣使其爲無效 (票據法十一條)。關於此點，爲提單與載貨證券之共通問題，甚有爭論。依余所見，就提單之本質言之，運送人之簽名，應表示物品同一性之記載及於目的地交付於提單持有之表示，雖爲絕對的應記載事項，其他記載則否。蓋若以其他記載事項之欠缺即使提單爲無效，則反有害於交易之安全也 (田中商行爲法講義要領一五二頁以下，小町谷三二五頁以下，日本昭和七年五月十三日十年八月三十日大判亦解釋此爲訓示的規定)。然託運人不妨請求爲法定記載事項之記載，如無該當於其

事項之存在時，亦不妨請求記載其旨，蓋因法定記載事項之欠缺，易使證券之效力發生疑問，此固爲任何人所欲避免者也。

1. 應記載事項（民法六二五條第二項、德商法四四五條、日商法五七一條二項）。

依史韜布解釋，運送人之簽名及運送品同一性之精確的表示及交付義務，爲重要記載事項（Staub, zu § 445, Anm. 1）。有謂運送人之簽名及交付物品於一定或得確定之受領人之債務負擔之表示，爲重要的記載，然此表示無須爲明示的，但須由文書之內容而生此結果（Duer.-Hach. z. § 445, Anm. 2）。亦有謂依證券可知運送人有將一物交付於提單權利人之義務爲已足（Ritter, z. § 445, 1, b）。

a. 託運人之姓名及住址 此事項之記載，不過證明運送人係由其人受取運送物，對於爲提單之交易者，使其得知運送物係由何人發送，並無重大意義。其記載之欠缺，不必使提單無效。雖爲此記載，亦不必常記載爲運送契約相對人之託運人，依特約不妨記載任意指定之人。

b. 運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、個數及記號 因此等事項之記載，確定運送物之個數及數量，而使運送人對於提單持有人負擔如何運送物之交付爲明瞭，同時因提單之授受使爲交易之人得知其交易之標的物，爲提單之重要記載事項。如欠缺之，則使提單爲無效。然其記載程度，應依上述之目的以爲解釋。無須所列各事項全部記載，以在一般交易上見解，有得知運送物之個性及數量之程度之記載爲已足（日本昭和十年八月三十日大判）。蓋以提單爲文義證券，關於運送物個性及數量之記載，爲運送人對於提單持有人所負擔運送物交付義務之內容也。又運送物之記號，係爲識別運送物必要之主要的記號。如託運人爲自己之便宜所附於運送物之其他記號，縱令由其請求，運送人亦無記載之義務。

c. 目的地 此爲運送人對於提單持有人應支付運送物之地。依此記載，提單持有人得知應受運送物交付之地點，同時得預測其到達之時期，爲提單之重要記載事項。其欠缺是否使提單無效，應按其情形斟酌商業上習慣定之。至於在目的地應交付運送物之場所，提單上雖無記載，應依習慣定之。無習慣時，應斟酌

酌運送方法之種類（鐵路或汽車）及運送物之性質，按其情形具體的決定之（小町谷三三〇頁、權津二二四頁 Duer-Hach. z. § 445, Anm. 6, § 426, Anm. 18）。

d. 受貨人之名號及地址 受貨人爲基於提單有請求交付運送物之權利人。其記載形式，得爲記名式、指定式、選擇無記名式，依民法之規定甚爲明顯。是否得爲空白式或無記名式（持有人）。空白式在於附與持有人以受貨人姓名之補充權，無使爲無效之必要與空白票據相同（Duer-Hach. zu § 444, Anm. 3）。無記名式提單，雖依證券之記載不得明知誰爲受貨人，然受貨人確定之可能，自始存在。如何指定受貨人，如無特約或習慣，託運人有選擇權（日本大正四年五月十四日大判）。指定式提單，依背書而移轉，雖爲記名式，如無禁止背書之記載，亦得以背書移轉（民法第六二八條）。空白式無記名式提單，依交付而移轉。又提單記載受貨人之姓名時，不必記載運送契約當事人以外之第三人，託運人不妨同時爲受貨人（日本大正四年五月十四日大判）。

【註】依德商法解釋，提單通常爲指名式或指定式，稀有爲無記名式者，不認有選擇無記名式。然在倉庫，則認有選擇無記名式。此時依德民法第八〇八條規定，爲變形的免責證券（qualifiziertes Legitimationspapier），即倉庫營業人得對於倉庫持有人，交付寄託物而免責。然寄託人以外之持有人，無請求交付之權（Duer-Hach. z. § 424, Anm. 2; Staudinger, z. § 806, I, S. 1645）。依日商法第五一九條規定，以金錢或其他物或有價證券之給付爲標的之選擇無記名式有價證券（例如提單、倉單、載貨證券、公債券、公司債券），視爲無記名證券，故因交付而移轉。其他之此式證券，認爲指名變態之一種免責證券（松本一一〇頁）。我民法關於選擇無記名式證券未設規定。在法律上爲當然的指示證券，不得認爲僅生免責證券之效力，亦不得認爲無記名證券，應以背書而移轉。其他非當然的指示證券，則以認爲免責證券爲妥。

e. 運費之數額及其支付人爲託運人或爲受貨人 運費之記載，使提單持有人於受取運送物時得知對於運送人所負主要債務之內容，且對於提單持有人惟其記載有效力（民法六二七條）。對於持有人及運送人，均爲重要事項。然運費之記載，惟有上述之意義，其記載之欠缺或不明瞭，不過使依此證券爲交易者感受多少不便，且運費雖欠記載，概得依該運送物之運費市場計算，故其欠缺應解爲不使此等證券爲無效。

(一) 僅有運費數額之記載時，可認爲應由受貨人支付。(二) 欠缺運費數額，僅記載運費由受貨人支付者，依法律行爲解釋之一般理論，可解爲按運費表或交易習慣而定其運費之支付。(三) 關於運費無記載時，可解爲運費先付之意，即運送人不得向受貨人請求運費，對於提單本身之效力，不生影響(日本昭和八年五月十二日大判)。

f. 提單之填發地及填發之年月日 (一) 提單之填發地，爲運送人爲運送受取運送物之地。海商法就載貨證券，規定應記載裝載港(海商法八六條四款)，而在提單民法並未規定運送物發送地之記載。作成地與發送地爲同一時，不生問題，否則如無發送地之記載，則提單持有人原則上不能預知運送物到達之時期，對於提單之交易不免有礙，故應解釋託運人得請求運送人於發送地作成提單。於其他地作成提單時，應解釋得請求併記載發送地。然作成地之記載，不過有上述之意義，其欠缺不使提單無效，自不待論(Staub, z. 8445, Ann. 2)。(二) 提單之填發年月日，亦應記載。運送人於受取運送物後，依託運人之請求，應無遲延之填發提單(民法六二五條一項)。其填發日期，可推定爲運送物之受取日期，從而得依此預測運送物到達之日期。然其記載之欠缺，對於提單之效力，不生影響，與填發地同(Staub, a. a. O. Duer.-Hoch. z. 8445, Ann. 3)

提單應記載事項，爲民法第六二五條第二項所列舉，故證券苟具備法定事項，不妨認爲提單。其記載與事實符合與否，在所不問。雖有主張於法定事項之外，尚須其有爲提單之表示及返還運送物約束之記載(交付文句)(竹田一九三頁)。亦有僅以後者爲必要(田中一五三頁)，然民法列舉提單之應記載事項，係示其通常應具備之形式之標準，如具備此形式則在交易上可信其爲提單，固無此外另有爲上述記載之必要。又依印花稅法第七條第十一目第十四條第十一目，提單應由承運人貼足印花稅票，違者應處罰鍰(同法三五條一項)，然並不使提單爲無效。

2. 任意記載事項 提單得於法定應記載事項以外，記載其他關於運送契約之事項。此等記載亦有證券之

效力，決定運送人與提單持有人間之法律關係，此點與票據於法定事項以外不認有證券之效力者（同法十二條）不同。蓋提單為要因證券，而票據為不要因證券也。然任意的記載事項，如與提單為運送證券之本身不相容者，亦應為不生效力。例如於提單中雖規定於一定期間經過後提單應為無效，因其記載與提單之本質不相容，應視為無效，蓋提單既已填發，其證券持有人不獨為對於運送人之債權人，同時於其運送物上取得物權之權利，如以為無效，則證券將與權利分離，證券成為空紙，有害於持有人之權利，而毀提單之機能也。

五、提單之效力

提單一方面係表彰運送人為運送受取運送物，而將其於目的地交付與提單持有人之債務，他方面交付提單於有受領運送物權利之人時，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（民法六二九條），故提單之效力可分為債權的效力，與物權的效力，而為觀察。

1. 債權的效力（一）與運送人訂立運送契約者，為託運人，自運送物之受取、運送以至交付，關於運送之債權關係，兩當事人間應依運送契約之所定。然提單亦係基於運送契約，由運送人交付於受貨人，其記載在當事人間並無運送契約以上之拘束。惟運送契約與提單之記載有抵觸，可認為當事人以提單之記載變更運送契約時，於其範圍內生有特別之效力。（二）原來提單以交付於運送契約當事人以外之受貨人或其他第三人，而使其流通為目的，此等第三人原則上關於運送契約之一切事項，除依提單記載以外，無任何所知，故為利於其流通，關於運送事項即提單之債權的效力，對於善意的提單持有人之關係，應依提單之記載定之。民法第六二七條規定「提單填發後，運送人與提單持有人間關於運送事項（謂關於運送契約之一切法律關係），依其提單之記載」，即以此也。故一旦提單流通，則於託運人與運送人間之運送契約關係以外，復生有提單持有人與運送人間之運送契約關係。後一關係原則上由前一關係全被遮斷，然託運人亦非完全由運送契約關係脫離，兩者間之契約關係依然存續，託運人對於運送人得就運送物之瑕疵或包

裝之不完全，負損害賠償責任（民法六三一條）或應支付運費。（三）提單之證券之效力，在利於提單之流通，其效力在指定式、選擇無記名式或無記名式之提單，最能發揮其效用。然在禁止背書的純粹的記名式提單，其名義的受貨人係由託運人受此證券之交付，雖其流通範圍甚狹，然不能不謂有流通，仍有保護受貨人利益之必要，蓋受貨人因此證券之授受，以定其與託運人（例如出賣人）間之交易關係，而民法所謂「運送人與持有人之間」，對於持有人並未加以限制，受貨人亦應包括在內也。（四）提單之證券之效力，在於保護信任證券記載之善意第三人之利益，以利提單之流通，如其持有人於提單之取得時知有反於證券記載之事實或其記載以外之事實，則運送人雖主張其事實，亦不致使蒙受不測之損害，故於此範圍不得受證券效力之保護。例如知為空單（未受運送物之交付）而受提單之交付是也。又在證券之形式上雖為與託運人無關係之第三人，實質上與託運人為同一人時（例如本店與支店），當然不生證券之效力。（五）證券效力之目的有如上所述，故運送人對於提單持有人得主張之抗辯權，亦於此範圍同受此限制。然關於提單作成之瑕疵（例如錯誤）、依證券之性質所生之事由（例如因不可抗力之運送物滅失或損毀之抗辯民法六三四條，對於損害賠償額之抗辯民法六三八條）之抗辯及兩年時效之主張（民法六二三條），不妨為之。

提單證券之效力，最有問題者，為關於運送人雖未受取運送物而填發提單（即所謂空單）及運送人實際上所受取運送物與提單上所記載運送物相異時之效力。在日本判例，認提單為要因證券，係表彰基於運送契約所受取運送物之交付債務，而非表彰其證券所記載種類之物，故空單應為無效。運送人無基於該記載給付之義務。此時運送人惟就填發此證券之事應負損害賠償責任（日本昭和二年十二月二十七日大判）。即就不實記載應負侵權行為上之責任。學說亦多同此見解，謂運送物與所記載者相異時，運送人以給付現實所受取者為已足（岡野二八一頁、松本二四一頁）。德國學者亦有主張運送人惟就過失之不確記載，負損害賠償責任（Staub, z. § 446, Anm. 2a）。然日本最近就倉單所為判例（昭和十一年二月十二日大判）

，謂倉庫營業人將寄託物之外裝有表示之物件，照樣以爲寄託物開示於質入證券時，如未特就其內容記載不負責任之旨，對於善意之倉庫單持有人，應賠償因與實際上寄託物相異所受之損害，已改變其態度。德國學者亦有不少主張提單代表物品，運送人因記載於提單應擔保其正確（*Duer.-Hach. z. § 446, Anm. 7*）。在載貨證券，德國學者大多數認爲有證券的效力（*Mueller-Brzbach, Handelsrecht, 3 Auf. S. 827*）。依余所見，就提單所認之證券效力，係爲證券交易之安全，非因受取而負責，乃因記載而負責（*non quia recipit, sed quia scripsit*）。證券之要因或不要因，與證券記載之證券效力不可混同。於證券記載本身認其與原因有關係者，爲要因證券，否則爲不要因證券。證券的效力，乃謂證券上之債務人，應依證券記載負其債務。於證券上爲特定記載者，對於善意之持有人，不得主張其不真實，即認禁止反言之原則，有利證券之流通，從而證券之效力之觀念，無論對於要因證券或不要因證券，得有存在。故無論爲空單或運送物之不符，運送人均應依證券之記載，負擔交付運送物之義務。惟在空單，因無可交付之運送物，運送人應準於運送物之滅失，負擔賠償責任。在運送物不符時，提單持有人得拒絕與記載不符之運送物之受取，準於運送物之滅失請求損害賠償，亦得受取之準於運送物之毀損而請求因其不符所生損害之賠償。然此證券係表彰運送債務，從而於不與證券記載抵觸之範圍，運送人不妨就由運送債務性質所生之抗辯爲主張。例如因不可抗力之運送物滅失或毀損之抗辯、損害賠償額之抗辯（*民法六三八條*），對於因空單及因運送物不符之損害賠償，亦有適用，有如前述（*Schaps, das deutsche Seerecht, zu § 651, Anm. 7—II; Pappenheim, Handbuch des Seerechts, I, S. 279f u. 284f* 小田谷三四三頁、竹田）有因債權證券之證券的性質「京法十卷十一號三五九頁以下」。對於持有之人的抗辯，亦不妨爲主張，例如人造絲織物之買受人，由出賣人受有記載絲織物之提單之交付時，提單之記載與現實交付之運送物雖有不符，然爲買受人之持有人並未受有損害，故運送人得不顧提單之記載，主張其真實。

證券效力所及之範圍，及於提單記載之全部，並不以運送物之不存在或不符或不足爲限。其成問題者

，惟爲持有人於如何範圍，以不符爲理由而向運送人問責耳。故就運送物識別必要之主要記號，提單之記載與事實不符時，提單持有人得以運送物有不符而拒絕受取（Pappenheim, I, S. 287; Schaps zu § 652, Ann. 3.）。又提單之填發地及填發日期之記載，使得間接的推定運送物之受取及發送日期，從而於交易上有重要關係，亦生證券效力。例如發生運送物之遲到問題時，運送人惟應依其記載以爭論遲到之有無。

提單之證券之效力，係爲保護善意持有人而設，運送人不得爲自己之利益而援用。故運送人於提單記載較由託運人所受取運送物爲低廉之物（例如受取絲綢而記載爲棉布），又將數量少記載時，提單持有人如能證明該提單係就該運送物而交付，運送人應將現實所受取之運送物或多受取之部分，交付於提單持有人。

2. 物權之效力 提單之主要的效力，在於其爲交付證券，即有物權之效力。其證券之交付與運送物之交付有同一之效力（民法六二九條、德商四五〇條、日商五七五條），其要件如左。

（子）物權之效力發生之要件

a. 運送人須受運送物之交付 此要件民法雖無明文，然運送人因受取運送物而負擔返還義務，物權的效力係就其返還請求權之讓與即間接占有之移轉所認之效力，故爲當然之要件。德商法第六四七條，就載貨證券規定「運送物經船長或船主之其他代理人受取時」，即示此旨。運送人是否以受運送物直接占有之交付爲必要，抑以受間接占有之交付爲已足，不無爭議。有以受直接占有之交付爲必要者（包括依倉庫營業人之占有 Schaps, z. 8647, Ann. 4 日本昭和二年十二月二十七日大判）。有謂除託運人有直接占有而將間接占有交付於運送人外，以受間接占有交付爲已足（Pappenheim, I, S. 347）。亦有主張無認此例外之理由，苟運送人在於得依其所欲取得運送物之直接占有以交付於提單持有人之地位，不必爲運送物之直接占有（小町谷三四七頁）。依余所見，苟以運送人之直接占有運送物爲提單物權效力發生之要件

，則運送人雖有間接占有（寄託）或一時喪失占有而有占有回復之訴權，亦不能使所填提單有物權之效力，然為提單之授受，原來惟有間接占有之授受，運送人苟得再為其直接占有以交付持有人，亦不妨認其有物權之效力，故以後一說為妥。

b. 須將提單交付於有受領物品權利之人（一）有受領物品權利之人，謂依證券之記載為證券上權利之人。例如提單為指定式、記名式或選擇無記名式時，為連續背書之被背書人。為無記名式時，為其正當持有人。但受貨人為提單之第一持有人，提單係對於託運人填發交付，其占有留在託運人之手時，受貨人尚非提單持有人，於受提單之交付時，始為其權利人。此時以交付即可生物品交付之效力，無須背書。對於不具備此要件之人交付提單時，縱令其為受讓運送物之人，亦不生物權之效力。例如押匯為使貼現銀行取得對於運送物之所有權或質權，除無記名提單外，雖交付為買受人之受貨人名義之提單，不生效力。為出賣人之託運人須背書以自己為受貨人之提單為讓與，或交付以貼現銀行為受貨人之提單（松本「手形法」一四〇頁註一）。但在繼承或合併，法律上當然發生權利之移轉時，自應認為例外。又在託運單，權利人為託運單上所指定之人。託運單得與提單併存，為同一運送契約，得有不同的受貨權利人。然於此時提單受貨權利人，於一切關係排除託運單受貨權利人。蓋託運單上權利人惟自一定時期始得行使權利（民法六四四條），而提單則有物權的效力，且惟以此效力而得獨立的移轉之。（二）須將提單交付。縱有具備上述形式之證券，而未交付與該權利人，亦不生物權的效力。具備上述要件時，提單之交付與運送物之交付有同一效力。即依提單之交付，持有人雖僅取得運送物之間接占有，然民法就權利之取得，以之視為物品本身之占有，以提單代表物品（代表說可參照關於倉單之說明）。惟第三人為善意的運送物之取得時，無論其為運送物本身之取得或依其他物權之證券（例如倉單）之善意取得，因其取得完全的物權之結果，運送人喪失物品之直接占有或間接占有，提單之物權的效力歸於消滅。

【註】在英國以載貨證券代表運送物（represents Goods），持有載貨證券，等於物品之現實占有（physical pos-

session)。證券之交付爲物品之推定的交付 (constructive delivery) (Carver, carriage by sea, 7th ed. 1925)。

(丑)物權的效力之內容

a. 提單之交付，就物品所有權移轉之關係，與運送物之交付有同一之效力。然受交付者，果取得何種權利。依提單授受當事人間之契約之內容而定。持有人於運送物上不必惟行使所有權，亦得有質權、留置權之行使。受委託販賣者，惟得行使處分權。受有隱藏的收取委任者，就運送物上未取得權利。依提單之運送物出質，通常依單純的背書，無記名證券依交付爲之。此時如無反證，可認爲當事人間以設質之目的爲運送物之信託讓與。然有出質文句之背書，亦認爲有效 (日本昭和七年十月十日大判)。

b. 填發提單後，關於運送物之處分，非以提單不得爲之。非以提單，不得對於運送人請求運送中止、返還運送物或爲其他之處分 (民法六四二條)。非交還提單，不得請求運送物之交付 (民法六三〇條)。所謂非以提單不得爲處分，係就依提單之記載爲正當之權利人而言。託運人由運送人受有以第三人爲受貨人之提單之交付，尙未交付於第三人而持有時，固不在此限。

c. 爲生物權之效力，須有爲其標的之運送物之存在。蓋不存在 (空單) 或經滅失的運送物之交付，爲不可能也。此時受讓人惟得依證券之債權的效力，請求給付不能之損害賠償。證券之受讓人於受讓時知運送物之滅失與否，在所不問 (日本昭和六年十一月十三日大判)。然自空單之惡意託運人受提單交付之惡意持有人，不在此限。

d. 運送人對於提單權利人，負有獨立的惟基於提單之義務，不得主張其與託運人間之關係。提單權利人與運送人雖得就其相互之權利義務，依直接的約定，使之擴大或縮減。然惟直接的於其雙方間發生效力。相繼運送之後運送人，惟依提單負其義務。提單被背書人，惟取得基於提單之權利，而非取得背書人之權利 (Duer-Hach, z. § 446, Anm. 4, 6)。

e. 提單之善意取得人，是否同時取得對於運送物之物權或爲此更須具備民法第九四八條之要件，有不同之見解（Pappenheim, I, S. 357f.）。在日本通說，採取後一立場。依余所見，提單善意取得人，不過取得物品之占有，至於能否取得所有權，仍應依民法第九四八條第八〇一條第八八六條之規定。然苟於提單取得時爲善意，縱於其後知運送物係由於無權利人之處分，仍不妨就其運送物取得物權。蓋依民法第六二九條規定，提單之交付，就物品所有權移轉之關係，與物品之交付有同一之效力，而於提單取得時爲善意，已等於受讓該運送物之占有時爲善意也。盜者將所盜物品託運，以對於其運送物之提單讓與於善意第三人時，是否不適用民法第九四九條之規定。在日本雖有主張此時因有證券之介在，爲保護證券之流通，應爲肯定之解釋（小町谷海商法要義中卷1:119頁）。然多數主張仍應有適用（竹田一九五頁、松本二三九頁、石井九一頁 Schleeberger, z. S. 424, I, 1, S. 1590; Pappenheim, Seerecht, I, S. 358; Staub, z. S. 365, Anm. 10N. 2; Lehmann-Ring, z. S. 365, Nr. 3; Duer. -Hach. z. S. 365, Anm. 12; Ritter z. S. 366, Anm. 10b）。在英國，由無權利人受讓載貨證券者，對於運送物不取得任何權利，爲普通法之原則。然此原則依一八八九年之 Factors Act 認有例外（Carver, sect. 489, 504）。在我民法，雖規定無記名證券不得向善意占有人請求回復（民法第九五一條），然此時善意取得人惟取得證券上之債權，依民法第六二九條之規定，提單善意取得人亦惟取得運送物之占有，惟同時信讓與人爲真正之物權人，即具備民法第九四九條第八〇一條第八八六條之要件時，始可取得其物權，此爲民法關於動產善意取得的規定之效力，而非民法第六二九條之直接效力，並不能排除民法第九四九條之適用。

第三目 運送人之義務

運送人之義務，重在於運送之履行。自運送物之受領，以迄於交付運送人，負有關於受領、填發提單、保管、處分（依託運人之指示），依債務本旨爲運送及交付之義務。關於提單之填發，前已述明，茲僅

就其他義務，分述之如左。

一、按時運送之義務

託運物應於約定期間內運送之。無約定者，依習慣。無約定亦無習慣者，應於相當期間內運送之。所謂相當期間之決定，應顧及各該運送之特殊情形（民法六三二條一項、德商四二八條一項）。運送人若不按時運到，則應負遲延之責（民法六三四條）。（一）關於運送期間之決定，有四種可能。第一種約定開始及完成時期，第二種惟約定開始時期，第三種惟約定完成時期，第四種既未約定開始亦未約定終結時期。第二種情形應於相當時期內完成，第四種情形應於相當期間內開始及完成。（二）習慣以開始運送地之習慣為準。通常為託運人交付運送物與運送人之地。運送人應往取運送物者，如往取為主要義務之成分時，以物品應往取之地為準。運送應開始及應完成之時期無約定時，均應以習慣為準。運送人不於習慣上之期間內開始運送或依期開始運送而不於習慣上之期間完成者，均為義務之違反，應賠償因遲延所生之損害。運送人雖未依期開始運送，而能趕期完成者，不能謂有損害。然不正當運送之中止而致生損害者，雖無遲延，運送人仍應負責。（三）託運人得以訴請求運送之開始或繼續，如自己對於遲延無過失時，亦得定期催告後，解除運送契約（民法二五四條）。此外託運人亦得隨時依民法第六四七條之規定，請求中止運送，然應償付已為運送部分之運費及因中止所支出之費用，並為相當損害之賠償。

【註】依德商法第四二八條第二項「運送之開始或繼續，因非可歸責於託運人之事由，一時生有障礙時，託運人得為契約之解除。但非因可歸責於運送人之過失者，託運人對於運送人應就運送準備，再起卸及已為運送部分為賠償。其賠償數額依地方習慣定之。無地方習慣時應與以按其情事認為相當之賠償。」

二、依託運人指示之義務

運送人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、瑞債四四〇條二項三九七條一項、參照德民六七五條六六五條）。此規定與關於委任之第

五三六條相同，可參照關於該條之說明。

三、必要注意及處置之義務（保管義務）

運送人承擔運送，自受領運送物之時起至交付之時止，應以善良管理人之注意為保管。應為如何注意，應依其情形定之。運送人於變更指示（民法六三三條），請求指示或為運送物之寄存、拍賣及通知（民法六五〇條）或受領權之歸屬有訴訟（民法六五一條）或有其他情形，足以妨礙或遲延運送或危害運送物之安全者，運送人為保護運送物所有人之利益，應為必要之注意及處置。若運送人怠於為此項之注意及處置，則對於因此所生之損害，應負責任（民法六四一條一項二項、日商五八七條、義商三九五條）。必要之注意，謂善良管理人之注意，不獨事後應謀補救，並應事先為禦防必要之處置，例如變更指示，重行包裝，更換舟車。

四、依指示為處分之義務

運送人未將運送物之到達通知受貨人前，或受貨人於運送物達到後尚未請求交付運送物前，託運人對於運送人，如已填發提單者，其持有人對於運送人，得請求中止運送、返還運送物或為其他處分（民法六四二條一項、日商五八二條，參照德商四三三條四四七條二項、瑞債四四三條）。（一）在承攬契約，承攬人於承攬工作未完成前，定作人得隨時終止契約，惟應賠償因契約終止而生之損害（民法五一一條）。運送契約性質上為近似承攬契約之一種契約，託運人亦有終止其契約之權。託運人無論自己為之或為運送承攬人為他人為之，均得對於運送人請求運送之中止、運送物之返還或為其他之處分，稱為託運人之處分權或指示權（Dispositionsbefugnis; Vertuegungsbefugnis; Anweisungsrecht）。蓋託運人或提單持有人，為應市場情況或買受人信用狀態之變化，就運送物往往有為上述處分之必要也。然民法規定託運人或提單持有人者，蓋預想未填發提單之情形也。雖已填發提單，然託運人尚未以之交付於受貨人前，仍得將其返還於運送人而請求運送物之處分，蓋既返還於運送人，則不復有害交易之安全之虞也。（二）運送

之中止，爲運送開始前及運送實行中運送行爲之中止，無論爲一時的或永久的，然已到達目的地，則無所謂運送之中止。(三)運送物之返還，與運送物之回送，意義不同，惟得請求於物之現在地爲返還，不得請求應於發送地爲返還 (Staub, z. § 433, Anm. 1; Lehmann-Ring, z. § 433, Nr. 6)。從而除有承受義務 (例如鐵路) 者外，得拒絕送還。(四)其他處分，例如指示交付運送物於受貨人以外之他人或應於特別條件之下爲交付，或指示運送物之處理方法 (將普通物處理改爲貴重物處理)。然運送人爲處分之義務，係就運送物以運送契約爲基礎而存在，如其指示使運送人之義務本質上發生變更，則無服從之義務。例如爲他運送物之運送或變更運送路線或指示向發送地之回送。但一部分之處分，於不增加運送人負擔之範圍，運送人仍有遵從之義務。

1. 處分權，爲託運人對於運送人之權利。於填發提單交付於第三人時屬於持有人。託運人同時爲持有人 (爲受貨人或被背書人) 時，兼有受貨人及持有人的資格，以任一資格有處分權。但非以提單，不得行使之。然不涉及託運人與受貨人間之法律關係，運送物之所有權，果已移轉於受貨人與否，未填發提單者，託運人果有請求處分之權利與否，運送人無調查之權利 (Staub, z. § 433, Anm. 4)

2. 處分權之行使方法，並無限制，得以對於運送人之意思表示爲之。因其意思表示之到達，而生效力。請求運送物之返還時，無須爲終止契約之意思表示，以爲返還請求之意思表示爲已足。但有提單之填發時，非以提單不得爲此請求。提單填發後，託運人未交付於第三人前喪失時，如託運人未被指定爲受貨人，不得聲請公示催告 (民法五五四條)，蓋能據證券主張權利之人，始得爲此聲請也。然如能回復其占有時，則無須背書，以託運人之資格依提單而行使處分權。提單已交付於第三人而喪失時，其持有人得聲請依公示催告，爲除權判決，而行使依證券之權利。

3. 運送物之處分，出賣人有依破產法第一一一條之取回權 (stoppage in transit; droit de revendication; retrait en cours de route; Verfolgungsrecht) 而爲之者，於有該條適用之範圍，排除民法第

六四二條規定之適用，從而買受人在受取運送物前，縱令買受人已請求交付運送物，爲出賣人之託運人仍得對於運送人請求運送物之取回。然出賣人如將提單交付於買受人，而買受人復以背書讓與善意第三人時，出賣人不得再行使取回權，此爲保護證券流通之當然結論。

4. 運送人依託運人或提單持有人之指示，而爲處分時，得按比例就其已爲運送之部分，請求運費及償還因中止、返還或其他處分所支出之費用，並得請求相當之損害賠償（民法六四二條二項、德商四三三條、義商三九六條、參照日商五八二條）。運費原則由託運人負擔，爲其他處分所生之費用，由爲其指示者負擔。故爲被背書人之提單持有人爲指示時，運費由託運人負擔，其處分之費用，由持有人負擔。蓋運費之支付義務，由託運人所負擔，於特定情形由受貨人，而非應由其他第三人負擔，他方爲處分所支出之費用，係爲指示人之利益而生也。然運送人爲此等債權，得行使留置權（民法第六四七條），不問其清償義務人爲誰，在受清償前，得留置運送物（水口五五六頁）。

5. 託運人之上述處分權，於運送物到達目的地後，運送人將運送物之到達通知受貨人或由受貨人請求交付時，不得再行使（民法六四二條一項、瑞債四四三條一項三款四款二項）。依德商第四三三條第三項、日本商法第五八二條第二項規定，此時處分權消滅。然學者解釋託運人爲受貨人不利之處分權被停止，非絕對的消滅，不過不得行使，蓋否則受貨人雖拋棄自己之權利，託運人仍將不得對於運送物行使任何之權利，其不當至明（Staub, z. 842, Ann. 5 小町谷三五七頁），而且此時託運人不妨爲受貨人之利益行使權利，例如督促運送人將運送物交付於受貨人或爲受貨人請求損害賠償。運送物之一部分到達，經受貨人請求交付時，處分權是否即全部不得行使（竹田主張全部消滅），抑僅就一部分不得行使，以認一部分不得行使爲妥（水口五五三頁註三主張一部分消滅）（註一）。

6. 運送人不遵從指示爲處分時之責任 未填發提單者，運送物到達後，於運送人未通知受貨人或受貨人尚未請求交付前，運送人應聽從託運人之處分指示。已通知受貨人或已由受貨人請求交付時，應聽從受貨

人之處分指示 (Oser, z. § 413, Ann. 23, 24)。已填發提單並已交付者，應聽從提單持有人之處分指示。運送人如違反此義務，對於託運人（受貨人）或持有人，應依運送契約或證券，適用民法第六三四條第六三六條第六三八條及其他一般原則，負其責任（註二）。

【註一】運送物到達後，受貨人尚未請求交付者，縱運送人已將運送物之到達通知受貨人，託運人之處分指示權雖已不得行使，然受貨人亦尚未取得處分指示權（薛著二七九頁）。依余所見，受貨人於受通知後而為處分指示者，其指示已可認為請求交付之表示 (Oser, z. § 443, Ann. 24)。在德商法規定，受貨人於運送物到達目的地前，對於運送人因保全運送物得為一切處分，且為保全之目的得為必要之指示（德商四三四條前段）。然其第四三五條則規定運送物於到達目的地，受貨人得行使因運送契約所生之權利，是指示權與契約上權利之行使，截為兩事，至為明顯。依瑞債第四四三條第一項第三款及第二項，運送人將運送物之到達通知受貨人時，運送人應遵從受貨人之指示。惟依日商法第五八二條第二項，託運人之處分指示權，於運送物到達目的地後，因受貨人請求其交付，始行消滅。

【註二】依德商第四三三條第二項後段「運送人違反此義務時，對於受貨人就物品負其責任」。有主張此時受貨人惟就物品本身之喪失、毀損、遲到負責，並非就一切損害負責。例如運送人因違反指示之行為，致受貨人支出特別費用時，不得依德商法第四三三條之規定請求賠償 (Duer-Hach, z. § 433, Ann. 18; Staub, z. § 433, Ann. 7, 8)。有謂應就其結果，依一般原則負責 (Ritter, z. § 433, 7)。

五、運到之通知義務

運送人於運送物到達目的地時，應即通知受貨人（民法六四三條、瑞債四五〇條），以便受貨人請求運送物之交付。然（一）如託運人有處分權時，依有效之指示，已排除受貨人之受領，即於受貨人取得處分權前已為其他之處分（例如指示寄存於倉庫），或（二）運送物於到達後直接交與受貨人，則無庸通知 (Oser, zu § 450, 1)。

六、運送物之交付義務

運送人負有於目的地將運送物交付於受貨人之義務。因此交付，運送人運送契約上之義務因而完結。此時應分別提單填發之有無而為說明。容於「受貨人之地位」之項目詳述之。又關聯於運送物之交付，發

生寄存、拍賣及其通知之問題時，容於「運送人之權利」之項目述明之。

第四目 受貨人之地位

一、受貨人之權利 關於受貨人之地位，應分別有無提單填發之兩種情形而為考察。此外亦有由託運人填發交付指示證券者，應一併為說明。

1. 有提單之發行時，關於運送之事項，運送人與提單持有人間之關係，專依提單之記載而定（民法六二七條）。運送物之處分及其交付之請求，均應以提單為之（民法六二九條、六三〇條）。故提單持有人為受貨人之地位為一種特殊的地位，即其所有運送物之交付請求權，由託運人與運送人所訂立之運送契約截離，專以為證券上之請求權而行使。

a. 提單之填發為記名式，而有禁止讓與之文句者，其提單上所指定之人，為受貨人。未有此禁止之單純的記名式或指定式提單，為單上所指定之受貨人或被背書人。選擇無記名式亦同（但依日商法第五一九條視同無記名證券）。在無記名提單，其持有人為運送物之受貨人。故運送人對於有禁止讓與文句之記名式提單，有調查其持有人之真偽之義務。同時有為正當受貨人之證明時，雖無提單之提供，亦自交付運送物之義務。在單純的記名式、指定式或選擇無記名式提單，運送人就其持有人之資格為形式的審查後（對於背書簽名之真偽及持有人是否為本人，不負認定之責，準用票據法第七一條第二項），對於具此形式之持有人，應交付運送物。在無記名提單，對於其持有人有交付運送物之義務，同時因對於此等持有人之交付，而免其證券上之債務。然運送人此時僅不負責任上審查義務，如形式上雖為正當持有人，實際上並非正當持有人，運送人知之或因重大過失不知者，不得因其交付而免證券上之債務（準用票據法第七一條第二項但書、參照日民四七〇條、瑞債一〇三〇條三項一一五二條二項、德票據法四〇條三項）。在無記名提單，運送人知持有人就證券無處分之權利或受有遺失被盜或滅失之通知者，不得為給付（民法七二〇

條一項)。從而運送人得以實質的理由，例如舉證詐欺之事實，拒絕交付。

b. 運送人除有禁止讓與文句之提單外，非與提單對換，不負交付運送物之義務（民法六三〇條）。蓋此等提單既於交付後得依背書或交付，輾轉屬於第三人，有由持有人再請求運送物交付之危險也。加以第三人方面，亦應確信與提單對換而有運送物之交付，故如運送人不與提單對換而交付運送物於第三人時，對於提單之正當持有人不獨應負債務不履行之損害賠償，而亦應負侵權行為上之責任（日本昭和八年二月二十三日大判）。但提單持有人喪失提單，經除權判決，請求運送物之交付時，雖非與提單對換而交付運送物，不生債務不履行及侵權行為責任（民訴五六一條）。

c. 運送人就運送物與提單之對換，雖有如上所述之權利與義務。然商品之輸入者，有時非將物品交付於轉賣人為價金之收回，不能為押匯之支付，因而不能取得提單。此時習慣上運送人有為受貨人之便利，使其提供相當之擔保（例如銀行保證），不與提單交換，而逕交付運送物（保證交付）（竹田一九九頁）。此習慣在海上運送品多行之。此時運送人之行為，原則上無犯意，不構成犯罪（日本昭和三年四月十八日大判）。銀行之保證行為，亦不背於公序良俗，自為有效。然如受貨人不能取得提單，運送人因對於其正當持有人不能再交付運送物，就因此所生之損害應負賠償責任（日本昭和九年三月二十九日大判）。受貨人及其保證人對運送人自亦負損害之補償義務。

2. 無提單之填發時，運送物到達目的地，並經受貨人請求交付後，受貨人取得託運人因運送契約所生之權利（民法六四四條、德商四三五條、日商五八三條一項）。運送人將運送物之到達通知受貨人，不過使受貨人便於請求交付，雖使託運人不得再行使處分權，然非受貨人取得權利之要件。運送物於途中滅失或運送契約於途中終了或為運送物到達之通知而實未到達，或受貨人於運送物到達前請求交付，均不能發生如上之效力。（一）依日商法「運送物於到達目的地後，受貨人取得因運送契約所生託運人之權利」。依德商法第四三五條前段「運送物到達目的地後，受貨人不問為他人或自己，得與運送契約所生義務之履行

交換的對於運送人以自己之名義行使運送契約所生之權利」。均以運送物之到達目的地爲受貨人契約上權利之取得或行使之時點。我民法則於到達後，尙須有受貨人交付運送物之請求，蓋參酌瑞債第四四三條第一項第三款及第二項之規定也。(二)受貨人運送契約所生權利之取得，以運送物之到達目的地爲前提，故運送物全部滅失時，則其權利無由發生。有提單之填發時，未持有提單之受貨人，亦無由行使請求交付之權利。

a. 受貨人對於運送人取得權利之法理上根據，學說上甚不一致。(a)有謂受貨人爲託運人之代理人或爲推定的代理人。然受貨人係以自己之名義行使自己之權利，與代理之觀念不合。(b)有以受貨人爲無因管理人，例如 *Windscheid*。然受貨人係以自己之利益行使權利，而非爲託運人爲之。(c)有謂受貨人與運送人間成立新契約，即運送物之交付爲要約，其受領爲承諾。然受貨人無須受到通知得逕請求交付，而請求交付即可取得權利，既不以運送人承諾爲必要，亦無須俟受貨人之受領。故此說亦不足採。(d)有謂爲擬制的債權讓與，謂因運送物之到達，託運人之債權視同讓與於受貨人，例如 *Goldschmidt, Eger*。然在我民法，在運送人未爲到達通知或受貨人請求交付以前，託運人仍有處分權，不能謂已因到達而移轉。(e)託運人與受貨人不同時，通說謂爲第三人契約之一種 (*Oser, z. § 443, Anm. 16; Ritter, § 435, 2a; Duer. -Hach. z. § 435, Anm. 3; § 433, Anm. 8; 松本三五六頁、竹田一八二頁*)。然在我民法，第三人因爲第三人契約之訂立而取得權利，在受貨人則須於運送物到達目的地後，因其請求始取得權利，實有未符，但在我民法亦不能否認其與爲第三人之契約極爲近似。(f)有謂法律基於受貨人之特殊地位 (田中耕太郎謂爲託運人及受貨人人格之融合)，對於受貨人特規定其權利之取得，即係基於法律之規定而生 (小町谷三六三頁、石井七三頁、岡野二六一頁二六六頁，西原鈴木謂係鑑於運送之特質之特別規定)。依余所見，以此說爲當。

b. 受貨人之權利，無論因運送契約本身之效力而發生或因法律規定之效力而發生，法理上之說明方法

雖有不同，然解釋之結果並無大異。即從任何一說，受貨人之權利爲於運送物到達後，因受貨人請求交付而新發生，並非託運人之權利移轉於受貨人（Straub, z. §434, Ann. 1; Lehmann-Ring, z. §435, Nr. 2）。惟受貨人取得之權利，與託運人因運送契約所生之權利，有同一之內容，不獨運送物交付請求權，並包括損害賠償請求權及其他託運人基於運送契約所取得一切之權利。但受貨人尚未受領運送物亦未付清全價前，受破產宣告，而爲託運人之出賣人行使取回權時（破產法一一一條），受貨人之權利應受其限制。他方面運送人基於運送契約之抗辯，得以之對抗受貨人。例如基於運送契約運送人就運送物之交付於受貨人附有特別之條件，雖填給有託運單，運送人亦得提出反證而爲主張。此點與對於提單持有人大有不同。惟對於託運人之人的抗辯，不得以之對抗受貨人而已。如採用託運人之權利係移轉於受貨人之說，則迄於移轉時所得對抗託運人之抗辯，皆得對抗受貨人（民法二九九條），其不當至明，而且如採用移轉說，則受貨人其後因拋棄、拒絕受取（Duer.-Hach, z. §436, Ann. 4）或其他事由喪失權利時，將發生託運人對於運送物亦無可如何之不便。惟解釋受貨人之權利係由託運人之權利分離獨立而發生，兩者併存，在運送人將運送物之到達通知受貨人或受貨人請求交付前，託運人保有處分權，得自由變更受貨人或請求運送物之返還。惟於運送人將運到通知受貨人或受貨人請求交付時，託運人之處分權失其效力，從而惟受貨人對於運送人有處分指示權，故運送人惟對於受貨人應履行其義務。然託運人之權利亦非完全消滅，託運人對於運送人仍得請求將運送物交付於受貨人，亦不妨爲受貨人請求損害賠償。又例如託運人爲出賣人，受貨人爲買受人，運送中運送物一部分喪失時，託運人雖不得請求受貨人支付全部價金，然得向運送人請求喪失部分之損害賠償。如受貨人因拋棄或其他事由喪失其權利時，託運人之權利再復其原態，從而得爲自己請求運送物之交付或請求損害賠償。

c. 上述受貨人權利之取得，應說明者尚有左列各點。

(1) 受貨人謂依運送契約應於目的地受物品交付之人。如填給託運單，爲單上所記載之人。如填

發提單，爲其合法爲受貨人之持有人。然託運單於運送物到達目的地後交付於受貨人前，託運人於有處分權之期間，不妨變更受貨人（參照德民四三三條二項）（*Staub, z. § 433, Anm. 3*）

〔2〕受貨人是否有受取運送物之義務，依其與託運人間之法律關係如何而定（*Staub, z. § 435, Anm. 11, Lehmann-Ring a. a. O.*）。因運送契約所生義務之履行，爲權利行使之條件，可謂雙務契約當然之結果，德商第四三三條明定此旨。

〔3〕因運送契約所生之權利，謂依託運人尚有處分權之期間與運送人合意或依處分權之行使所生現存之契約狀態所應有之權利（*Staub, z. § 435, Anm. 4; Lehmann-Ring, a. a. O. Nr. 7*）。

二、受貨人之義務

關於運費及其他費用之支付，德商法爲兩項規定。第（一）受貨人惟得與運費或其他費用交換，請求運送物之交付（德商法四三三條一段）。第（二）受貨人因受運送物及託運單之交付，而負有依託運單之記載爲運費或其他費用支付之義務（德商法四三六條一項）。關於第一點，日商法第七五三條第二項（關於海上運送）規定「船長非與運費、附隨之費用、墊款、停泊費及按運送物之價格爲共同海損或救助所負擔金額之支付交換，無須交付運送物」。關於第二點，日商法第五八三條第二項（關於陸上運送）規定「受貨人已受取運送物時，運送人對於受貨人得請求運費或其他費用」。我民法及海商法，關於受貨人之義務，均未爲規定。關於第一點，因運送人有留置權之作用，在有運費或其他費用支付前，得拒絕物之交付，殆無疑義。然運送人惟爲保存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），故運送人之留置權，亦於此範圍受有限制。關於第二點，我民法無明文規定，惟有依據當事人之意思，以認定受貨人之義務，可參照德商法四三六條之規定，惟於受貨人未爲異議，受取託運單及運送物時，有支付其單上所載運費及其他費用之義務。又如運送契約約定運費或其他費用應由受貨人支付，運送人於爲第六三四條之通知時，曾將此旨一併通知受貨人，而受貨人接到此通知後，未保留就運費或其

他費用不負責任，而爲交付之請求者，於受取運送物後，亦應負支付之義務（參照我妻中華民法債各中六三五頁以下）。有提單之填發時，持有人因運送物之受領，應依提單之記載負支付運費及其他費用之義務（民法六二七條）。

受貨人負擔支付義務之法律上根據有種種。(a) 法律規定說：有認依法律之規定而生此義務 (Straub, z. § 436, Anm. 8; Duer.-Hach. z. § 436, Anm. 2 小町谷三九七頁)，此在日德商法，因有明文規定，以探此說爲妥。然在我民法則難採斯說 (岡野二六七頁)。(b) 債務移轉說 (Zessionstheorie)：有謂爲義務之移轉者，例如 Eger。然受貨人負擔支付義務，同時託運人之支付義務並未消滅 (Straub, z. § 436, Anm. 8)，運送人尙得依其選擇，對於託運人或受貨人行使其權利，但因一方之清償，他方之義務亦消滅，故兩者在於不真正連帶債務之關係。(c) 指示說 (Anweisungstheorie)：有謂託運單載有運費及其他費用，乃係託運人將運費額及其未支付之事實通知受貨人，可認爲支付之委託或指示，受貨人受取託運單及運送物，可認爲支付委託之承受，例如 Goldschmidt。然運送物及託運單之受取，尙難認爲委託或指示之承受，而且運費由託運人或第三人支付者，亦非稀事。(d) 獨立的無名契約說 (Innominalkontraktstheorie)：謂運送人以運費及其他費用之支付，應與運送物之交付交換爲要約，受貨人未爲保留而受取託運單及運送物，可認爲默示的承諾。主張斯說者，例如 Hahn, Schott, Ritter (zu § 436, Anm. 2)。在我民法以採此說爲妥。所謂受取，不以受貨人直接占有運送物爲必要，不妨依占有之改定，使運送人繼續保管。然須確定的受取，如爲檢查暫行受取或不過爲運送人爲保管者，尙不能謂有運送物之受取。物品僅一部受取，尙不能認爲爲履行而受取，但運送物分割獨立爲運送時，受貨人應支付其受領部分相當之運費 (Duer.-Hach. z. § 436, Anm. 3, 4)。運送物既已受取，不得返還於運送人而免其支付義務。但就其受取有錯誤 (例如就運送物之性質有可恕之錯誤)、詐欺、脅迫等事由經撤銷者，不在此限。受貨人亦不得以託運人於託運單外另有「不爲支付」之請求，而爲抗弁 (Duer.-Hach. z.

§ 436, Ann. 4)

第五目 運送人之責任

關於運送人之責任，立法上有兩種主義。其一為事變責任，其他為過失責任，而事變責任亦有寬嚴程度上之差異。(一)事變責任：羅馬法對於海上運送營業人，使負擔嚴重責任 (*receptum nautarum*)。其營業人 (*Schiffer*) 自運送物之受領，以迄交付之期間，除因不可抗力外，就運送物之滅失或毀損，應負擔賠償責任。蓋以貨主將物品託運時，以其保管完全委於營業人，在遠隔之地無從監督，難免有監守自盜，誘盜分贓之事也。民法法第一七八四條規定「水陸運送人，就託運物之喪失或毀損，除能證明其喪失或毀損係因不可抗力或偶發事故外，應負責任」。法商法規定除因不可抗力外，運送人就運送物之喪失應負責任，就毀損除因物之性質或不可抗力外，應負責任 (法商法一〇三條一項二項)。因不可抗力，不能於約定期間內到達時，對於運送人不得因遲到請求損害賠償 (法商法一〇四條)。英國法稱運送人為運送物之保險人 (*The common carrier is the insurer of the goods entrusted to him*)。德國舊商法 (第三九五條) 規定非基於不可抗力、運送物之性質、包裝的外形上不易覺察之瑕疵或處分權者 (託運人) 過失之毀損滅失，均應由運送人負擔。然就運送物之遲到，惟應負過失責任 (同法三九七條)。(二) 過失責任：德國新商法第四二九條第一項規定「運送人就運送物自受領至交付之期間之喪失或毀損或就遲到所生之損害，應負責任。但其喪失毀損或遲到，係基於以通常運送人之注意尚不能避免之情事者，不在此限」。第四三一條「運送人就其使用人之過失及於運送實行所使用其他之人之過失，應與自己過失，於同一範圍負責」。瑞債第四七四條第一項「運送物喪失或滅失時，運送人非證明其喪失或滅失係因物品之自然性質或託運人或受貨人之過失或指示而生，或係基於以通常運送人之注意仍不能避免之情事者，應就價格全部為賠償」。第四四八條第一項「運送人以與運送物之喪失同一之條件及保留之下，就交付之運

延或運送物之毀損或一部分喪失所生之一切損害負責」。依日商法第五七七條「運送人非證明自己或運送承攬人或其使用人或其爲運送所使用之人，關於運送物之受取、交付、保管及運送，未怠於注意，不得就運送物之滅失、毀損或遲到，免負損害賠償責任」。(三)在我民法，係採過失主義抑係採舉主義，有不同之見解。(a)有謂係採過失主義者，謂我民法第六三四條雖規定「運送人對運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任。但運送人能證明其喪失毀損或遲到，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，不在此限」。然第六三六條又規定「運送物因運送人之僱用人(所僱用之人)或其所委託爲運送之人有過失，而致喪失、毀損或遲到者，運送人應負責任」。如將此兩條統一的解釋，則第六三四條所謂「不可抗力」不能解爲由企業外部所生之事變，蓋若如此解釋，則第六三六條爲完全不必要之規定，故茲所謂「不可抗力」，僅爲不可歸責於運送人本身及其於運送所使用之人之事由而言，與德商法第四二九條所謂「以通常運送人之注意尚不能避免之情事」之意義相當(我妻中華民法債各中六一七頁，梅著三二七頁亦認爲係過失主義)。亦有主張我民法係做法義商法(義商四〇〇條四〇三條二項)，採用通常舉變責任。即相對的原因責任主義(戴著債各下一七四頁，劉著四四三頁，季著債分下六九頁)。依余所見，以後說爲妥。然民法第六三六條之規定，與第二二四條不同，係使運送人對於一切使用人員之故意或過失，均負責任，且係就業務上以外之行爲而言。此項人員是否係爲運送人之履行補助人，在所不問。例如運送人之司賬員誤將烟頭拋入運送物內，致其全部焚燬，此時運送人是否依民法第一八八條負責，爲另一問題。然依民法第二二四條之規定，可不負責，蓋此非運送業務上之行爲也。但依民法第六三六條，則運送人仍須負責(參照梅著三二七頁三二八頁)。如爲運送業務上之行爲，則運送人爲運送所使用之人，不問有無過失，除能爲第六三四條但書所定情形之證明外，均應負責(參照薛著二六六頁)。故業務上之意外事件，例如碰車、出軌、翻車，不問運送人所使用之司機有無過失，運送人均應負責。但基於不可抗力者，不在此限(Léon Lacour, Précis de droit commercial, no. 524)。

一、責任原因

a. 損害事項 須運送物有喪失、毀損或遲到（一）所謂喪失，謂不能將運送物交付於託運人或受貨人之一切情形，不獨物質之滅失，而喪失占有（例如被盜）或法律上不能回復占有，例如運送物歸於善意取得人之占有或未將提單取回而交付運送物，亦包括在內。（二）毀損謂因物質之變動而減損其價值，破損固不待論，使與其他同種運送物之混合，亦可謂毀損。數個運送物合一起為一個物（例如機器），其一部滅失時，亦為毀損。但單純的經濟的貶值（例如價格低落），不在其內。（三）遲送物之遲到，謂於約定期間或通常應到達期間未達到。此外因其他事項所生之損害，則運送人僅依一般債務不履行或侵權行為之規定，負其責任，不適用此項加重責任之規定。

b. 責任之加重（一）業務上之事變責任：運送人就運送業務上之通常事變，不問自己或其所使用之人員有無過失，苟有上述三種事項所生損害，除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外，均應負責，殆與前述場所主人之責任，大體相似。運送人所使用之人員，包括僱用人及其所委託為運送之人。僱用人謂所僱用之人。其所委託為運送之人，包括次運送人、中間運送承攬人、目的地運送承攬人。（二）就其所使用人員業務外過失行為之責任：此等使用人員業務上之行為，不問有無過失，均應由運送人負責。然業務外之行為，則以有過失時為限，運送人始就其行為負責。

c. 免責事項 運送人對運送物之喪失、毀損、遲到所負事變責任，有如前述。然因外部事變之不可抗力（例如落雷、洪水、颱風、戰爭、強劫、官署征用）或因運送物之性質（例如因運送物性質自然之破裂、溶解或乾枯）或因託運人或受貨人過失（例如如指示之失當或內部包裝之瑕疵）所致者，不在此限。然運送人與託運人或受貨人均有過失，或運送物之性質易於毀損滅失，而運送之設備亦欠完善或運送人亦與有過失者，運送人是否可免其責任。關於包皮有易見之瑕疵，因而喪失或毀損時，民法明文規定運送人如於接收該物時不為保留者，應負責任（民法六三三條、瑞債四四二條三項）。即包裝有易見之瑕疵時，運

送人應促託運人注意使爲改裝，如託運人不爲改裝時，運送人得拒絕運送或對於因此瑕疵所生之損害爲不自責任之保留聲明，而免其責（*Ordn. n. 342, Ann. 2*），否則無論其喪失毀損，係以其包裝瑕疵爲單獨原因或以其瑕疵與運送人之過失或運送設備之不完善爲共同原因，均應由運送人就其結果完全負責（瑞債四四二條三項「由運送人負擔此項瑕疵之結果」）。運送人因有處分權人之指示失當，而致運送物喪失、毀損或遲到者，雖可不自責任，然於有急迫之情事並可推定託運人（或提單持有人）若知有此情事亦應允許變更其指示時，不爲必要之注意及處置者，仍不能免其責任（民法六四一條一項）。其他運送人與託運人或受貨人均有過失，或運送物雖有性質上之瑕疵而運送人方面亦有過失爲其共同原因者，應適用民法第二一七條之規定。

運送物是否喪失、毀損或遲到，應由賠償請求權人自舉證責任，而免責事項，應由運送人自舉證責任（民法六三四條但書）。有謂此爲舉證責任之轉換，即爲運送人責任之加重（戴著債各下一七五頁）。然依債法一般原則，債務人以證明債務人不履行之事實爲已足，無過失之舉證責任，應由債務人負擔（拙著債法總論三四五頁、鳩山債權總論一三七頁），故免責事項應由運送人舉證，並非例外的規定，惟不問有無過失應就通常事變負責，爲責任之加重。

d. 關於貴重物品之例外的規定 金錢、有價證券或其他貴重物品，除託運人於託運時報明其性質及價值者外，運送人對於其喪失或毀損，不自責任（民法六三九條一項、日商五七八條、德商四二九條二項、瑞債四四七條二項）。蓋以貴重物品，較普通物品發生喪失毀損之機會較多，如經報明，運送人一方面特加注意，他方面得請求相當之運費。民法規定非經報明不認其有損害賠償義務者，係欲強其報明也（註）。

（一）貴重物品，謂按其容積及重量爲高價之物，一般依其性質、加工或年代久遠或珍奇稀少而價值高貴，例如白金、珠寶、藝術品、古董、古板書。（二）報明事項，爲運送物之種類及價值（依德商法四二九條二項以報明性質或價值爲已足）。然如因種類之報明，而可知其價值時，不必報明價值。（三）報明之

時期，爲託運之時，至遲爲運送物交付之時。(四)怠於報明之效力：託運人不爲報明時，運送人不負損害賠償責任，即不但不以爲貴重物品，亦不以爲普通物品而負賠償責任。其報明之欠缺，是否基於託運人之過失，在所不問。運送人雖未經報明而偶然知其爲貴重物品，亦不能以代替報明 (Staub, z. § 429, Ann. 23)。運送人填發提單時，亦得爲此免責。蓋提單持有人係依其記載取得運送契約上之債權，同時負擔債務，其證券既未記載爲貴重物品，則持有人亦惟得取得託運人已有之權利。(五)貴重物品之未報明，運送人因而不負損害賠償責任，此免責爲例外之主張，其舉證由運送人負擔。

【註】未報明之效力，僅使運送人不負責任，不涉及其他。故雖虛報種類而暗爲貴重物品之託運，亦不因而負有支付貴重物品之運費之義務，不過應自己負擔喪失或毀損之危險而已 (Staub, z. § 429, Ann. 23)。然依鐵路法第五十二條第二項「運送物之名稱或數量，如鐵路對託運人之申報有疑義時，得檢驗之，檢驗不符因而致運費不足者，補收四倍以下之差額」。

二、損害賠償請求權人

請求權人爲運送契約相對人之託運人。運送物到達目的地後，經受貨人請求交付時，受貨人亦取得其請求權。填發提單時，惟其持有人有損害賠償請求權。就他人之物爲運送契約之託運人 (例如行紀或運送物攬人)，亦得與物之所有人請求同一數額之損害賠償。運送人不得爲自己採用託運人與運送物所有人之關係。在運送人惟託運人爲契約相對人，託運之物屬於誰所有，不必過問。如運送人未依債務本旨爲履行，惟應對於託運人負損害賠償責任。其賠償金額，結局應歸屬於誰，乃託運人與第三人之內部關係，與運送人無涉。然如運送人構成侵權行爲，所有人亦得請求賠償 (Ritter, z. § 429, 5 b)。

三、責任範圍

運送人就運送物之喪失、毀損或遲到，依上述規定負賠償責任時，其責任範圍，應按其爲輕過失或無過失抑或有故意或重大過失，而有不同。即在前者負限定責任，在後者依一般標準。

1. 運送人惟有輕過失或應負無過失責任者，此時運送人就運送物之喪失、毀損或遲到所生損害之賠償額

應依其應交付時目的地之價值計算之（民法六三八條一項、德商法四三〇條一項前段二項前段、日商法五八〇條一項二項，參照瑞債四四七條一項三四八條）。即全部喪失者，以應交付時目的地之價值為賠償額，一部喪失或毀損者，按應交付時目的地之價值先估計全部價額或未毀損價額，再扣除交付時目的地殘餘物品或已毀損物品之價額，以其所得差額為賠償。遲到者，由應交付時目的地之價額，扣除交付時目的地之價額，以其所得差額為賠償。但運費及其他費用，因運送物之喪失、毀損無須支付者，應由前項賠償額中扣除之（民法六三八條二項，德商法四三〇條一項後段二項後段、日商法五八〇條三項）。蓋目的地之價格，通常加算運費及其他費用，不使其有二重利得也。民法就遲到未規定扣除者，蓋以此等費用經已支出為普通，不發生扣除之問題，並非於支出時，亦無須扣除之意。上述運送人之責任範圍一律限定為目的地之價額者，蓋因運送物之喪失、毀損或遲到通常所生之損害，為目的地之價格也。同時因各種運送物特別情事所生之損害，縱令為運送人所預見或可得預見，如無特約，不負賠償責任，蓋運送營業在其業務性質上為頻繁運送大量的物品之業務，其運費因其為公眾所利用之關係或為營業競爭之必要有儘量減低之必要，不得不就各種運送物按其種類為同樣之處理，故將其責任限於通常應生損害之範圍，以保護其企業。是以現代法限制運送人賠償之範圍，另有上述原因，非僅以運送人應負較重之責任為其理由也。

【註】日商法第五八〇條第一項「運送物全部滅失時，損害賠償額，依其應交付日目的地之價格定之」。第二項「運送物之一部滅失或毀損時，損害賠償額依其交付日目的地之價格定之。但遲到時準用前項之規定」。所謂交付日目的地之價格，謂以於其日毀損或一部滅失之運送物於其狀態之價格，與完全時應有價格之差額為賠償額。交付日謂現實交付或提存之日。運送物一部滅失或毀損而遲到時，其毀損得因遲到而發生（例如腐敗）或與其無關而發生，然均為遲到，以其應交付日完全的運送物之價格，與在一部滅失或毀損狀態的運送物交付日之價格之差額，為賠償額。

民法就運送物之滅失、毀損或遲到，特設上述之規定。關於損害賠償之其他各點，例如過失相抵（民法二一七條），關於賠償額法定利息之發生期及利率（民法二一三條二項、二〇三條），賠償及運送人權利讓與之請求權（民法二二八條）等問題，應依民法一般原則定之。如有其他原因，例如因提單交付之遲

延或錯誤記載所生之損害，應依民法一般原則定其範圍。又運送人違反民法第六四一條第一項之規定，因而致生運送物喪失毀損或遲到之結果者，亦應適用民法第六三八條至第六四〇條之規定。惟生此以外之結果，例如違反從指示之義務而增加費用時，依一般債務不履行損害賠償之規定（參照薛著二六五頁）。

2. 運送人有故意或重大過失者 運送物之喪失、毀損或遲到，係因運送人之故意或重大過失所致者，如有其他損害，託運人並得請求賠償（民法六三八條三項、德商法四三〇條三項、日商法五八一條）。然此責任，惟為運送契約之效力而負擔。所謂故意或重大過失，應就運送物之受取、交付、保管或運送而存在，不獨運送人本身，其履行輔助人，亦包括在內（民法二二四條）（Staub, z. § 430, Ann. 8 小町谷三七二頁）。故運送物之侵占行為，雖為故意，然為侵權行為，不適用此規定。反之不受提單之返還而交付運送物於他人者，為關於交付有故意。不調查背書之連續而對於提單呈示人交付運送物者，為關於交付有重大過失，適用此規定。依同一理由，其損害賠償請求權人，亦惟限於託運人、受貨人或提單持有人。有此請求權人，雖非所有人，得請求一切之損害賠償。所謂一切損害，包括所受損害及所失利益（民法二一六條）。不獨請求損害數額為高，而賠償方法亦得有不同（民法二一三條一項）。例如出賣人為將買賣標的物交付於買受人，委託運送人運送，因運送人將該物交付於非受貨人，更對於買受人交付同種之物時，運送人就第二次物之交付應負損害賠償責任，其損害必須較運送物應交付時目的地之價值為大，始有適用。蓋就此價值，託運人所受損害雖較此為低，尚得依民法第六三八條第一項規定請求賠償，而民法第六三八條第三項之規定係加重運送人責任，不得謂因此規定反而減縮託運人之請求範圍也（Staub, z. § 430, Ann. 9）。然因遲到之損害賠償額，不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額（民法六四〇條、瑞債四四八條二項）（註）。此係主張運送人之特別責任，其故意或重大過失之舉證責任，應由賠償請求權人負擔（Staub, z. § 430, Ann. 11）。

【註】有謂我民法第六三八條第一項不應將遲到與喪失毀損並列（日商法第五〇八條二項但書雖言及遲到然通說解釋為

運送物發生一部滅失或毀損而遲到，德商法第四三〇條瑞債第四四〇條均未列遲到）。蓋我民法第六四〇條既規定「因遲到之損害賠償額不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額」；則本條第一項限制為遲到時交付時之價值與應交付時之差額，為無意義（我妻中華民國民法債各六二五頁）。然民法第六四〇條係針對民法第六三八條第三項應賠償其他損害情形及民法第六四一條第二項情形而為規定，與民法第六三八條第一項並無不調和之處。

四、債務不履行之責任與侵權行為責任之關係

一行為具備契約違反及侵權行為之要件時，行為人所應負之責任，學說上大別之有法規競合說（*Theorie der Gesetzeskonkurrenz*）與請求權併存說（*Theorie der Anspruchskonkurrenz*）。依前說，謂此時一行為涉及兩法規，惟發生一個請求權。依後說有兩個請求權之併存。（一）法規競合說，更有二說。第一說謂併用競合的兩法規，惟應與債權人以有利益之請求權（*Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, S. 104ff*）。第二說謂競合的兩法規，在於一般法與特別法之關係者，一般法之適用應予除外。即在契約上債務不履行契約法為特別法，應排除侵權行為規定之適用，郝兒渥倡導此說（*Hellwig, Anspruch und Klagerrecht, S. 96*），贊同之者頗多。（二）請求權併存說中，亦有兩說。第一說謂併存的請求權完全獨立，一請求權之成立，對於他請求權不生影響。惟兩個請求權係以同一損害為對象，因對於其一請求權之履行而致其他消滅（*Crome, System, I, § 323; Oertmann, Vorb. vor § 823, S. 10f3*）。第二說謂併存的請求權，互相牽連，尤其契約上責任之減輕，亦生侵權行為上之減輕。債權人對於債務人免除其過失責任者，不得依民法第一八四條就權利之過失侵害，而請求損害賠償（*Liszt, Deliktobligation, S. 13ff; Staudinger, Vorbem. vor § 823, I, b. S. 1751*）。依余所見，以請求併存說為妥。然侵權行為之成立，以違法性為要件，上述債務人責任因法律規定或契約之減輕，可認為阻却違法性，應無侵權行為之成立（*Staudinger, a. a. O.*）。如二法規其中一法規對於他法規在於一般法與特別法之關係，其社會現象係一法規排除他法規之適用者，惟依特別成立請求權，

不發生請求權併存之問題（參照拙著民法總論二一九頁）。例如運送人故意毀損物品，除依民法第六三四條外，更應負侵權行為之責任（民法一八四條）。運送人之使用人盜取運送物時，運送人除依民法第六三六條規定負責外，得依民法第一八八條之規定負侵權行為責任。運送人或其使用人違法使用運送物，因過失致其滅失毀損時，亦同。此時因契約違反之請求權與基於侵權行為之請求權，彼此獨立併存，不相牽連。惟運送人就物品之保管，不過因過失而致生滅失或毀損之結果時，有主張僅為契約之違反負損害賠償責任，其行為雖具備侵權行為之外形之要件，然欠缺違法性，不另成立侵權行為（松本二〇七頁）。依余所見，苟與債權之侵害同時侵害其他權利，則不必問其與契約上義務履行有無關係，即可另構成侵權行為（參照拙著債法總論二二〇頁）。然其侵害行為係以債務人有契約上之義務，因其義務之違反而始成立者，如法律上特別減輕其賠償責任，則於此範圍應排除侵權行為規定之適用。前例運送物之保管義務，乃基於運送契約而生，因民法第六三八條限定運送人就運送物之喪失毀損或遲到惟有輕過失或無過失時賠償責任之範圍，運送人如就保管僅有輕過失，原可依同條第一項及第二項規定，惟就運送物應交付時目的地之價值負損害賠償責任，如許託運人仍得依侵權行為規定請求全部損害賠償，則此規定將等於虛設，故於此範圍，應解釋排斥侵權行為規定之適用（拙著債法總論二一九頁）。又依民法第六三九條，金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，除託運人於運送報明其性質及價值者外，運送人對於其喪失毀損，不負責任。然如運送人與運送契約上之義務無關，對於貴重物品構成侵權行為（Ritter, 2. § 429. 5b. 謂如運送人行為單獨具備侵權行為要件，所有人得依德民法第八二八條（我民法第一八四條）請求賠償），例如運送人故意毀損或侵占或違法使用，致其滅失毀損，則仍應依民法第一八四條負侵權行為責任。依瑞債第四四七條第二項，託運人未告知運送物特為高價時，託運人為有過失。我民法雖無此規定，然除運送人有惡意外，可認為託運人與有過失。又在侵權行為，運送人就其受僱人之行為因執行職務為之，始負責任，受僱人執行運送對於運送物所為之盜取或毀損，除運送人能證明選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意或

縱加以相當之注意而仍不免發生損害外，應負賠償責任（民法一八八條一項）。然此時因託運人未證明爲貴重物品，運送人爲上述之證明應有不少之資助，而就物品之毀損言，受僱人除爲惡意（例如違法使用或故加毀損）外，亦不能不認託運人與有過失。蓋若受僱人知其爲貴重物品，應可增加其注意也。

【註】有主張民法第六三九條第一項係免除運送人基於債務不履行之責任，非關於侵權行爲之規定，託運人不妨以侵權行爲爲理由（民法一八四條一八八條），請求損害賠償。在侵權行爲爲運送人或其受僱人之故意或過失應由被害入負舉證責任（日本大正十五年二月二十三日水口五六七頁大橋一九二頁）。有主張運送人惟有故意時始負侵權行爲責任，就自己之過失或所使用之人之故意或過失不負侵權行爲責任，蓋此項基於侵權行爲之請求權亦爲民法第六三九條之規定所排除也。有主張運送人惟就自己或其履行輔助人之惡意負侵權行爲上之責任，謂如有貴重物品之報明運送人應爲損害之防止爲相當之注意，如因偶然之過失使賠償貴重物品之一切損害，則民法關於契約上之保護將失其意義也（小町合三七六頁）。亦有就輕過失認運送人有侵權行爲上責任之成立（日本昭和二年九月十二日鐵路區判）。亦有主張民法第六三九條之免責及第六三八條關於損害賠償之限制規定，對於侵權行爲亦有適用（竹田一七八頁以下）。

五、運送人責任之消滅

上述運送人之責任因特別之消滅事由及短期時效而消滅

1. 特別消滅事由 受貨人受領運送物並支付運費及其他費用，不爲保留者，運送人之責任消滅。運送物內部有喪失或毀損不易發現者，以受貨人於受領運送物後十日內，將其喪失或毀損通知於運送人爲限，不適用前項之規定（民法六四八條一項、日商法五八八條一項二項、德商法四三八條一項三項、瑞債四五二條、法商法一〇五條）。運送物之喪失或毀損，如運送人以詐術隱蔽或因其故意或重大過失所致者，運送人不得主張前二項規定之效力（民法六四八條三項、德商法四三三條五項、參照日商法五八八條二項）。

（一）運送營業人須將無數的運送物於短期內交付於受貨人，易生證據之湮沒，故民法一方於受貨人有異議時，使速爲申述，與運送人以保全證據之機會，他方如受貨人不爲保留，可視爲拋棄其損害賠償請求權，以免運送人長在不安之狀態。然此規定爲任意規定，當事人不妨另爲規定。（二）民法第六四八條之規定，惟對於運送物之毀損或一部滅失有適用，對於全部滅失不適用之。此觀於同條第一項第二項之規定，至

爲明顯。蓋全部滅失，運送物交付之事實全不存在也。遲到時，如無毀損之事實，則就運送物之狀態不發生爭執之餘地，亦不適用此規定。反之有毀損事實之併存時，則就運送物之狀態將生爭執，應右具適用。

(三)民法第六四八條雖以受貨人受領運送物並支付運費及其他費用爲前提，而爲規定，然有提單之填發時，其持有人爲受貨人，此時行爲之有無，就持有人決定之。又提單有證券的效力，如有異於野榮所載的運送物之交付時，是否有民法第六四八條之適用，不免有疑問。依余所見，此時雖無運送物之憑據或一部喪失之事實，然係就運送物之狀態發生爭執，就運送人利益保護之點，與運送物之毀損並無不同，故此時亦應認其有適用。(三)民法第六四八條係就運送物之狀態使運送人易於保全證據，故與運送物之毀損或一部喪失無關之其他責任，例如基於提單作成或交付上之過失所生之責任或就誤付運費之返還責任，基於運送契約前或其後之寄託契約所生之請求權，自不適用(Staub, z. § 438, Ann. 11)。(四)民法第六四八條第一項係就運送人因債務不履行所生責任之消滅所爲之規定，即基於運送契約對於運送人之請求權消滅，其基於侵權行爲之請求權，基於不當得利之請求權，基於特殊寄託契約之請求權，不在此限。由運送契約所導來的對於運送人以外之人的請求權，例如對於運送人所使用之人，對於運送承攬人，對於託運人之請求權，亦不在其內(Duer-Hach, z. § 438, Ann. 10; Ritter, 2c; Staub Ann. 11)。有謂於同條第一項第二項規定適用之範圍，應解釋阻却違法性(小町谷海商要義中卷一第三四七頁)，然於此範圍苟以運送契約上義務之成立爲前提，應排除侵權行爲規定之適用，已如前述。

a. 運送人責任消滅之要件 依民法第六四八條第一項之規定，其要件爲(一)不爲保留，(二)受領運送物，(三)支付運費及其他費用，試分述之如左。

(一)不爲保留，謂未將運送物有毀損滅失之事實及其概要通知運送人。(1)其通知方式並無限制，不妨以口頭或書面爲之。以書面爲之者，亦無須發送特別之文書，以於運送物之受領書例如於提單，表示受領之意思，同時添注異議爲已足。其通知亦無須表示請求損害賠償之意思。通知之相對人，爲運送

人或其目的地之代理人。以書面爲通知時，依日商法以通常可達到之方法發信爲已足。其到達與否之危險，由相對人負擔（日商法五八八條一項但書）。德商法亦然（Duer.-Hoch. z. § 438, Anm. 10）。在我民法，遲到之通知亦係採發信主義（民法一五八條、一六二條），亦可類推適用關於該項規定，與德日商法爲同樣之解釋。（2）受貨人爲保留之時期，爲受領運送物至支付運費及其他費用之期間。然民法第六四八條係與運送人以爲證據保全之便利，如不爲保留，則可視爲承認無運送物之毀損或一部滅失，故應解釋以受貨人於受領運送物逕爲運費及其他費用之支付爲前提，如受貨人怠於支付或依特約容許展期支付時，除有特別情事外，其保留通常應迄於應爲支付之時期爲之。又對於運送物之分批交付，爲運費及其他費用之分割支付時，每次應就迄於其時已判明之毀損或一部喪失爲保留。有運費及其他費用之先付時，運送物之交付互數日爲之者，對於每日之交付，應爲保留。惟就全部交付終了後始判明之事實（例如一部喪失），以於最後交付終了後逕爲保留爲已足。（3）受貨人受領運送物之一部後，無正當理由拒絕其餘部分之受領者，如就受領部分已爲保留，有民法第六四八條之準用。然此時運送人大都不支付運費及其他費用，實際上惟於已有運費之支付且無須支付其他費用時，始發生此問題。

（二）受貨人受領運送物，謂將運送物以爲運送契約之履行而受領。即運送物之全部，因其交付已脫離運送人之占有，而歸屬於受貨人之時，蓋受貨人此時始得就運送物之全部檢查是否有毀損或一部滅失，而決定是否應爲運費及其他費用之支付，他方面運送人亦自其時喪失運送物之管理權，而就運送物之狀態已不能適當的爲證據之保全也。（1）然如運送人爲運送物之提存（民法六五〇條一項），尚不能謂爲有運送物之交付。運送人爲運送契約之履行，將運送物交付於後運送人亦同。蓋運送人係承受全路程之運送，尚不能謂於目的地爲交付也。運送人爲提存時，受貨人自提存所受領貨物時，始有民法第六四八條之適用。不受領時，運送人之責任，自提存之日起，因二年之时效而消滅（民法六二三條）。（2）運送物非基於一運送契約爲運送，而得分割交付於數受貨人時，例如填發數個提單，其運送物受領之有無，應就各

受貨人定之。蓋對於各提單持有之關係，各提單應視為有獨立的運送契約也（Schaepe, z. § 608, Anm. 6）。(c) 運送物因託運人請求中止運送或終止運送契約（民法第六四二條一項），於目的以外交付於託運人或受貨人時，民法第六四八條是否亦有準用。為保護運送人之利益，應解釋亦有準用（Duer.-Hach. z. § 438, Anm. 6）。

(三) 運送費之支付，謂應在目的地支付之運費之支付。其他費用之支付，例如運送途中包裝之改裝費用。(1) 與價金對交為運送之委託者，其價金亦可準於其他費用而為觀察，受貨人拒絕支付時，應解釋亦有民法第六四八條之準用。蓋受貨人亦得為運送物之毀損或一部喪失而拒絕其交付也（Duer.-Hach. z. § 438, Anm. 5）。(2) 普通雖以金錢支付，然受貨人所為有效之代物清償或抵銷，亦應認為支付。交互計算之編入、期票之發行或滙票之承兌，雖有以尚未有清償為理由，為消極的解釋（Duer.-Hach. a. a. O.），然可認為受貨人就運送債務之履行未持異議，亦可謂等於支付。運送人之責任，如上所述，於有受貨人不為保留而受領運送物並支付運費及其他費用之事實時，始歸消滅。如受貨人為保留，則雖支付運費及其他費用，亦不使運送人之責任消滅。受貨人雖未為保留，而就運費及其他費用之全部或一部拒絕支付時，亦不使運送人之責任消滅。蓋一部支付之拒絕，可推定受貨人對於運送人之責任履行已有異議也（Duer.-Hach. z. § 438, Anm. 6）。以有未保留及支付之事實為已足，其就先就後，在所不問。運費先付之運送，又未生有其他費用時，受貨人未為保留而受領運送物者，雖有主張運送人之責任不因而消滅（Straub, z. § 438, Anm. 6; Lehmann-Ring, Anm. 3 岡野二七〇頁），然應為肯定之解釋（Duer.-Hach. z. § 438, Anm. 3 竹田一七九頁、小町谷三八一頁、水口五七九頁、石井七七頁）。

3. 運送人責任消滅之例外 運送人之責任，雖依上述因受貨人怠於為保留而消滅，然有左列之例外。

(一) 受貨人因錯誤、詐欺或脅迫，受領運送物，而且為運費及其他費用之支付時（民法八八條、九二條）。例如受貨人誤以為受領其他運送物或誤以為支付其他運送物之運費，未為保留。此時受貨人得

主張其行為之撤銷。故其損害賠償請求權不消滅。

(二) 運送物內部有毀損或喪失，不易發見者，受貨人於受領運送物後十日內（德商法第四三八條第三項爲一星期、日商法第五八八條但書爲兩星期），將其喪失或毀損通知於運送人時（民法六四八條二項），運送人之責任不消滅。此十日期間，爲除斥期間，自不待論。不易發現之毀損或一部喪失，謂於運送物交付時，雖以其他之通常方法，尙不能運即發見之內部毀損或一部喪失。故其決定，應以交付時之狀態爲基礎，常依客觀的標準決定之（Duer.-Hach. z. § 438, Ann. 15）。

(三) 運送物之喪失或毀損，如運送人以詐術隱蔽或因其故意或重大過失所致者，其責任不消滅（民法六四八條三項、德商法四三八條五項、日商法五八八條二項）。蓋民法第六四八條第一項係保護運送人利益所爲之規定，如此時仍有適用，則有反於衡平原則也。(1) 依日商法爲「運送人有惡意時」，學者解釋爲故意招致運送物之滅失毀損或隱蔽損害。我民法則就運送物之喪失或毀損，不獨故意，其因重大過失所致者，亦不能主張免責之利益。此點與德商法所定者相同。(2) 須有故爲隱蔽之事實。單純的默秘，尙不能認爲以詐術隱蔽。受貨人因隱蔽而生錯誤時，受貨人得選擇的爲主張（Duer.-Hach. z. § 438, Ann. 21）。應由運送人負責之人，有隱蔽行爲或有故意或重大過失而致運送物毀損滅失者，於民法第六四八條第三項之適用上，如同運送人之行爲（Staub, z. § 438, Ann. 15）。又詐術隱蔽或有故意或有重大過失之事實，應由主張例外之受貨人舉證。

2. 短期消滅時效 關於物品或旅客之運送，如因喪失（毀）損傷（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、日商五八九條五六條、德商四三九條四一四條、瑞債四五四條一項三項、法商一〇八條一項三項）。蓋基於運送物之喪失毀損或遲到之責任，因證據易於湮滅，難使其常期保全證據也。(1) 適用範圍：二年之短期時效，惟限於運送物之喪失毀損及遲延（Duer.-Hach. z. § 414, Ann. 5）。故基於運送契約之其他債務或債務不履行之責任，例如運費及

其他費用多付之返還請求權、因怠於通知所生損害賠償之義務、因留置權不當行使之運送物交付請求權，依一般消滅時效之規定（*Duer-Hach. z. § 414, Anm. 5 竹田一四七頁*）。（二）關於短期時效期間，有定為一年者（*德商四三九條四一四條一項、瑞債四五四條一項前段、法商一〇八條一項、日商五六六條一項*）。我民法定為二年，其起算時點，依德商規定在運送物之毀損或減少，自交付日之終了時起算，在滅失或遲到時，自應交付日之終了時起算（*德民四三九條四一四條二項*）。依瑞債在滅失喪失或遲到時，自應交付日計算，在毀損時自交付日計算（*瑞債四五四條一項後段*）。依法商法在全部喪失，自應交付日計算，在其他情形，自交付或提存之日起算（*法商一〇八條三項*）。依日商法規定原則上自受貨人受領運送物之日起算，惟全部滅失時自應交付日計算（*日商五八九條五六六條一項二項*）。然學者解釋其時效應自受領或應交付運送物之翌日起進行（*日民一四〇條小町谷二八四頁*）。關於遲到，依上述立法例，有與全部喪失為同樣之待遇者（*德新商、瑞債*），有準於毀損或一部喪失而為處理者（*德舊商三八六條、日、法商法*）。依一九二四年之伯倫條約，將遲到改與毀損或一部滅失同樣自交付日計算（*同條約四五條二項 a*）。在我民法，應與日、法商法及伯倫條約為同樣之解釋。即關於遲到，應自運送終了之時起算。蓋以遲到應為運送人之不利，不應為受貨人之不利而提早起算也。何謂運送終了，應解釋為交付之時。在全部喪失，應解釋為應交付之時。其時效在前者應自交付日之翌日，在後者自應交付日之翌日開始進行（*民法一二〇條二項*）。（三）關於時效之中斷、不完成，均應適用民法總則之規定，（四）依德商法，運送人因其故意引起運送物之滅失、減少、毀損或遲延者，不適用短時效之規定（*德商四三九條四一四條四項*）。依瑞債、法商法，此時運送人有故意或重大過失者，不適用之（*瑞債四五四條三項、法商一〇八條一項*）。依日本商法於運送人有惡意時不適用之（*日商法五八九條五六六條三項*）。在我民法有主張應準用民法第六三八條第三項及第六四八條第二項之規定，於運送人有故意或重大過失時，應不適用（*戴著債各下一八〇頁、劉著四三〇頁*）。亦有主張運送人係以詐術隱蔽其喪失毀損，或喪失毀損係基於運送人之

故意或重大過失者，運送人之責任仍因二年時效之完成而消滅（薛著二七〇頁）。依余所見以後說爲當。然如構成侵權行爲時，應另適用民法第一九七條之規定（Staub, z. § 414, Ann. 10謂如有侵權行爲之成立，則應適用德民法第八五二條三年時效之規定）。

【註】依鐵路法第五八條第一款，運送物喪失毀損或遲交之損害賠償請求權，自應交付之日起，因一年間不行使而消滅。

六、免責文句

運送人交與託運人之提單或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載者，除能證明託運人對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力（民法六四九條、日商七三九條、瑞債四五五條、法商一〇三條三項）。蓋以防止處於優勢之企業人，利用其地位，壓迫公衆而爲自己有利之約款也。然在瑞債，則規定不得依特別之合意或約款謀爲自己之利益免除或限制關於運送人責任之法律規定之適用（瑞債四五五條一項）。法商法規定記載與前二項（所定責任）不同之約款爲無效。其方法較我民法所定者，形式上更爲明確。依日商法第七三九條「船舶所有人雖爲特約，不得免其因自己之過失、船員及其他使用人之惡意或重大過失或船舶不堪航海所生損害之賠償責任」。（一）運送人爲減免自己責任，往往將舉證責任轉嫁於相對人，將損害賠償請求權繫於特別之條件或將損害賠償額加以限制。（a）運送人將舉證責任轉嫁於託運人或受貨人，惟於其得以契約預先減免責任之範圍內爲有效，否則應認爲無效。蓋就運送物之喪失、毀損、遲到，證明運送人或其使用人之過失，事實上甚爲困難，此舉證責任之顛倒，等於減免自己之責任也。然加重原來應由託運人或受貨人負擔的舉證責任之約款，即所謂不知約款，以運送人證明其受取運送物時不能爲檢查之事實爲條件，應爲有效。不知約款，例如數量、重量、容積及內容之檢查，甚爲困難，運送人照託運人申報，記載於提單，而表示其記載並非與以承認，記明重量、數量或內容不知，如交付於受貨人之運送物，較提單所記載數量、重量、容積不足或品質低劣時，最有適用。於有不知約款時，如運送

人能證明檢查不能之事實，則為損害賠償之請求者，應證明託運人現實交付於運送人之運送物之種類、數量、容積及記號等。然僅有重量不知之約款，則關於運送物個性之提單記載（例如數量、記號、內容），當然發生證券之效力。惟僅有內容不知（*Contents unknown*）之約款者，其他之記載（例如重量、數量、記號）當然發生證券之效力。提單上記載為棉布，而其內容實為綢緞，因可歸責於運送人之事由而毀損滅失時，應解釋運送人以為棉布而賠償為已足。（b）將損害賠償請求權繫於特別之條件，例如約定於運送物之受領前或受領後一定之期間內，不為賠償之請求時，則其請求權消滅。此約定與民法第六四八條接近，惟不以運費及其他費用之支付為要件之點，較民法所定者更利於運送人。然關於受領前之約款，以其約款於運送物之受領前與受貨人以相當檢查期間及便利，而且以於其期間內通常得發見之損害為限，應認為有效（*Pappenheim, I, S. 495, Note 3*）。蓋否則運送人得乘受貨人之檢查不能，而免其損害賠償之責任也（註一）。（c）限制損害賠償額之約款，例如以特定重量（容積）或以該運送物之運費為標準或以提單所記載價額為標準（*Valuation clause*），訂定賠償額之限度。此種約款原則上應認為有效（參照瑞債四四七條三項）。然如其賠償額不相當，而係間接的減免運送人之責任者，則惟於運送人得以契約預先減免自己責任之範圍內為有效。（二）免責文句發生效力之要件，（a）須記載於提單或其他運送人交與託運人之文件上，口頭約定，不生效力。（b）須運送人能證明託運人對於其責任之免除或限制，明示同意，故僅將此項文句刊印於提單或其他文件，不能遽主張託運人已有默示的同意。（c）須非免除故意或重大過失之責任（民法二二二條）。應由運送人負責之人之故意或重大過失，是否得以契約免除。依德國民法第二七八條末段之規定，對於履行輔助人之故意過失，得預先免除。依瑞債第一〇一條第二項，此項責任得預先以契約免除或限制之。然其第三項規定「拋棄人為相對人服務或責任係由於特許營業之經營而生者，至多惟得就輕過失之責任為排除之特約」。我民法第二二二條但書，雖亦許當事人另為約定，然民法第六三六條則無此明文，對於民法第二二二條，可認為特別規定，故以特約免除運送人此項責任

者，仍應受民法第二二二條之限制，即應由運送人負責之人之故意或重大過失亦不能例外。又因運送人爲特殊營業，民法特加重其責任，如運送人利用其地位，強要他人預先免除其所應負之輕過失責任，應構成權利之濫用，亦不能因此免除其責任（參照拙著民法總論三四六頁）。故可解釋運送人不獨就自己之故意或重大過失並就應由其負責之人之故意或重大過失，亦不得預先以契約免除其應負之責。對於自己輕過失應負之責任，因其營業特殊，亦原則上不得爲預先免除之約定。結局惟就事變責任及應由其負責之人之輕過失，得爲此約定而已（參照日商法七三九條、瑞債一百條二項一〇一條三項）（註二）（註三）。

【註一】依德國最高法院判例，「約定因運費及物品之受領之請求權消滅，雖運送人或其在於指導地位之使用人有意或過失，亦應發生者，其約定法律上不生效力」（RG vom 6. 3. 26, Duer.-Hach. z. § 438, Ann. 31）

【註二】有以多數人爲相對人，爲劃一的交易之運送企業，就託運人對於免責約款是否與以明示的同意，各別爲具體之證明，幾爲不可能。即託運人爲明示的承諾，按運送企業之形態以非無條件的認爲有效妥者，亦不少。結局應進而仿瑞債第四五五條、日海商法第七三九條（舊第五九二條），爲具體的個別的規定，謂民法第六四九條規定之旨趣，雖爲允當，而其手段是否妥當，甚有疑問（我妻中華民國民法債各中六四八頁）。然在我民法除第六三四條外，另有第二二二條及第六三六條之規定，亦可與瑞債及日商法幾達相同之結論。

【註三】德商法第四三一條「運送人就其附屬之人（Leute）或於運送實施所使用其他之人之過失，應與自己之過失於同一範圍負其責任」。學者解釋此項責任範圍，較德民法所定者爲廣，然不排除德民法第二七八條末段之規定。故運送人以契約所爲之變更，非所不許（Staub z. § 31, Ann. v. Duer.-Hach. Ann. 14）。然德民法第二七八條末段明文規定其第二七六條第二項「故意之責任債務人不得預先受免除」之規定，於此時不適用。我民法未有此項明文，其第二二四條但書雖規定得以契約另爲訂定，而在第六三六條並無此但書，則於適用第六四九條時，應解釋不能排除民法第二二二條規定之適用。

第六目 運送人之權利

運送人之權利，民法特別規定爲託運單交付請求權（民法六二六條）、必要文件交付及運費支付請求權（民法六二二條六二五條二項二款六四二條二項六四五條六四七條六五二條）、費用償還請求權（民法

六四二條二項六四七條六五二條）、留置權（民法六四七條）及運送物之寄存或拍賣權（民法六五〇條）等。運送人對於受貨人之權利（民法六二七條六四七條）即受貨人之義務。關於受貨人之義務及託運單交付請求權，前已有說明，茲不再贅。關於其他權利，應依契約及一般原則決定之。試分述之如次。

一、運費支付請求權

運送人係以運送爲業而受運費之人（民法六二二條），自有運費請求權。運送以工作之完成爲目的，故運費請求權，除有特約外，以在於得爲運送物交付之狀態時始行發生（民法六四五條）。於未達此狀態前，不問所費勞力及費用如何，不發生此請求權（民法四九〇條）。然運送之未完成，係因可歸責於託運人之事由而生者，自不在此限（民法二六七條）。民法爲明此原則，特設有第六四二條第二項及第六四五條之規定。

1. 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、日商五七六條一項）。運送物一部喪失者，惟就其部分運費，不得請求（竹田一六七頁）。運送物毀損後到達或遲到時，雖可發生損害賠償問題，然運費之請求，不因而受影響。蓋此時運送已完也（小町谷三九〇頁）。

2. 運送物之全部或一部，因其性質或瑕疵或因託運人或受貨人之過失而喪失者，運送人得請求全部之運費（民法二六七條六三四條但書六四五條、日商五七六條二項）。此爲雙務契約危險負擔原則之當然結論。惟以運送物之性質或瑕疵與託運人之過失同視（民法六三四條但書），即可視同歸責於託運人之事由之點，多少有補充的意義而已。

3. 運送物因運送人或應由其負責之人之過失或因通常事變而喪失者，不得請求運費。蓋因不可抗力而喪失，尚不得請求運費，則因應由運送人負責之事由（民法六三四條）而喪失，更不得請求運費，自爲明顯。

4. 託運人或提單持有人請求中止運送返還運送物或爲其他處分時，運送雖未完成，運送人得按照比例，就其已爲運送之部分，請求運費（民法六四二條二項前段、德商四三三條一項、日商五八二條一項後段）。蓋運送物之處分權，託運人或提單持有人雖得任意行使，然不可因此使運送人負擔損害也。

5. 運費數額通常以特約訂定。在有契約強制之運送營業，有公告運費表之義務。其數額自依此而定。然在一般運送契約，當事人未爲運費之訂定時，運送人得照習慣請求運費（民法四九一條二項）。其數額通常按運送物之性質、容積、重量、路程、運送之方法而定（參照日商法五一二條）。

二、費用償還請求權

運送人關於運送物之運送，支出必要費用時，如其費用有不能包括於運費中者，運送人得請求償還（民法六四二條二項、六四七條六五二條）。應償還之費用，例如因中止、返還或其他處分所支出之費用（民法六四二條二項）、拍賣費用及其他費用（民法六五二條）、墊付關稅、報關費、運送物之改裝費（民法六四一條一項）、倉庫保管費（民法六五〇條二項）。

三、留置權

運送人爲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、日商法五八九條五六二條、瑞債四五一條二項、參照德商四四〇條）。（一）運送人債權之發生，須與運送物有牽連關係，不適用民法第九二九條之規定（註）。（二）其他費用，包括爲託運人墊付之貨款（或以運送物爲擔保而貸借或墊付應由買受人支付之貨價）（Oser, z. § 451, Ann. 6）。填發提單者，以記載於提單時，始得對於持有人主張之。（三）此留置權特色有兩點，其一在於按費用之比例有留置權，爲擔保不可分原則之例外。其他爲運送物不以屬於託運人之所有爲必要（岡野二〇四頁 Duer.-Hach. z. § 410, Ann. 2）。託運人爲商人與否，在所不問（Duer.-Hach. a. a. O.）。運送人之債權，雖有主張不以屆清償期爲必要（竹田一四八頁、大橋一七一頁），然固不可如此解釋（小町谷二九二頁註四 Oser, z.

§ 451, Ann. 9)。(四)對於託運人運送物以外之動產或有價證券，惟得依一般原則行使留置權（Oser, z. § 451, Ann. 10）。

運費及其他費用之數額有爭執時，受貨人得將有爭執之數額提存，請求運送物之交付（民法六四七條二項、瑞債四五一條一項）。運送人之留置權，續存於提存金額之上（參照瑞債四五一條二項）。因提存，運送人有交付之義務。然如運送人願接收無爭執部分債權之清償，則受貨人支付該部分之債權，始得請求交付，不得以提存代替之（Oser, z. § 451, Ann. 14）

【註】日商法第五六二條「運送承攬人惟得就關於運送物應受之報酬、運費及其他為委託人所為之墊付及貨款，留置運送物」。學者解釋雖商人間之債權，亦必須與運送物有牽連關係，蓋以有「惟就」之限制，且以託運人與運送人間無繼續之交易關係，而應有保護受取人利益之必要也（松本二一〇頁小町谷二九一頁）。但依瑞債解釋，雖商人間之債權，仍應適用一般規定（瑞債八九五條二項），即視為有牽連關係（Oser, z. § 451, Ann. 8）。然我民法明定為保全其運費及其他費用之必要，對於運送物有留置權，應從日商法之解釋。

四、運送物之寄存及拍賣權

運送人得為運送物之寄存或拍賣，民法規定有兩種情形。即（一）受貨人所在不明或拒絕受領運送物時，（二）於運送物受領權之歸屬有訴訟時是也。民法對於運送人認有此權利者，蓋使其得儘速完成運送物之交付，以免除運送物之保管義務，而取得運費之請求權也。然我民法不僅認此為運送人之權利，如危害運送物之安全，運送人並有為必要之注意及處置之義務（民法六四一條、參照日商法七五四條二項）。此項交付障礙於運送人行使民法第六五〇條之權利前已除去者，除另有指示應遵照其指示外，應交付運送物。例如已探知受貨人或受領拒絕已撤回。

1. 受貨人所在不明或拒絕受領運送物時，運送人應即通知託運人，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（民法六五〇條一項二項、德商法四三七條一項二項前段、瑞債四四四條一項、參照日商法五八五條一項）。（一）受

貨人所在不明，包括不知受貨人之姓名或提單持有人不明。運送人應爲如何調查，應依習慣及誠信原則定之。例如受貨人移居其新住地之知悉並無多大困難，然如有特別困難需時過長或需過鉅，則運送人不負探索之義務（參照日商法五八五條一項、瑞債四四四條一項、德商法四三七條一項）。（二）拒絕受領，包括受貨人不依託運單或提單所載支付運費。蓋運送人此時惟應與運費之支付同時交付運送物也（Duer.-H.-ach. z. § 437, Anm. 3 參照瑞債四四四條一項）。受貨人主張運送物不符或數量不足，而拒絕受領時，亦有適用（參照日商法五八六條一項）。（三）然受貨人所在不明或拒絕受領，非託運人通常所預料之事，運送人應無遲延的通知託運人，並請求其指示。（四）託運人之指示事實上不能實行，包括（a）託運人已所在不明無從探知，（b）託運人怠於指示。其應等待期間，依誠信原則定之。然託運人有無過失，在所不問。（c）雖爲指示，其指示不能實行，例如顯爲不當或違反目的地之法令或超出運送人運送契約上原來債務之範圍（例如指示送回運送物或向他目的地運送須得運送人之同意），運送人無違從之義務。依德商法，運送人如已將託運單交與受領人，則託運人之處分權消滅，惟應聽從受領人之指示（德商法四三三條二項），故此時託運人之指示不得有害於受領人之處分權，否則爲法律上之實行不能（Duer.-Hach. z. § 437, Anm. 5, 8）。然在我民法，應解釋如受貨人拒絕受領，則喪失處分權，然在託運人另爲處分前，受貨人不妨撤回其拒絕（Oser, z. § 444, Anm. 11）（註）。（四）其他交付障礙，例如因託運人之請求中止運送，而關於其運送物之交付未爲指示，或因託運人之一時的處分，禁止運送物之交付，或有輸出輸入之禁止而妨礙運送物之交付。依德商法第四三七條第一項，對於其他交付障礙（Ablieferungshindernis）亦同有適用（Duer.-Hach. z. § 437, Anm. 3）。我民法雖僅規定受貨人所在不明及拒絕受領兩種情形，應解釋對於其他交付障礙，亦有準用（小町谷三九三頁）。（但依瑞債解釋，此時運送人惟得請求託運人指示，如無指示或指示之請求爲不能時，則惟得依債權人受領遲延之規定爲提存。例如 Oser, z. § 444, Anm. 6，然依瑞債第四四四條第一項規定「受貨人拒絕受領運送物或不清償關於運送物所生之債

權或不能探悉受貨人時，運送人應報告託運人，且於其間以託運人之危險及負擔，保管運送物或寄存於第三人」。第二項「於與其情事相當期間內，託運人受領人均未就運送物爲處分時，運送人得如同行紀人，請求物之所在地官署之協力，將運送物爲權利人之利益使出賣之」。我民法如同德商法，原則上僅得以託運人之費用爲寄存，是其效力不同，應可爲擴張之解釋」。(五)爲民法第六五〇條之適用，託運人或受貨人是否同時陷於受領遲延及有無過失，在所不問。其事由係於目的地發生或於其以前已發生，亦無關係 (Duer.-Hach. z. §437, Ann. 3)。

a. 運送物之寄存 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 (民法六五〇條二項、德民四三七條二項一段、瑞債四四四條一項後段)。然(一)在託運人之指示事實上不能實行時，運送人自爲保管或寄存於倉庫爲其自由。寄存原則上雖非其義務，然依民法第六四一條規定，得爲其義務。如不爲寄存時，應繼續以運送人之資格而負運送物保管之義務。就其保管中之損害，仍應負擔責任。不過於託運人，因受貨人之拒絕受領而使其陷於受領遲延 (民法二八九條)，或受貨人受領遲延時，運送人關於民法第六五〇條第六四一條義務之履行，雖仍應以善良管理人之注意爲之，然就保管上損害之責任，因而減輕 (民法一三七條) (Ritter, z. §437, 6)。(二)寄存，運送人以自己之名義行之。寄存費爲民法第六四七條第六四五條兩條所稱其他費用，得向託運人請求返還。運送人爲寄存時，僅能免去自爲保管之義務，然若運送物於寄存中毀損滅失，運送人仍應依民法第五九三條第二項之規定負責，並有將其對於保管人之權利讓與於託運人之義務 (Ritter, z. §437, 3, S. 713)。

b. 運送物之拍賣 運送物如有不能寄存於倉庫之情形或有腐敗之性質或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，運送人得拍賣之 (民法六五〇條三項、瑞債四四五條一項、德民四三七條二項後段)。(一)拍賣在有腐敗之性質之物，不以有上述交付障礙爲前提，於運送途中亦得爲之。如有急迫情形，亦得不俟

託運人之指示而逕爲之。(二)反之不能寄存於倉庫之情形或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，惟於運送人取得寄存權後，始得爲之(Oest, z. § 445, Ann. 1)。又拍賣權亦得於寄存後行使之。例如寄存相當期間後，核算其拍賣價金僅足抵償寄存費與運費及其他費用之和者，亦得由倉庫提回而拍賣之。然與運送物有腐敗之性質者不同，必先爲指示之請求。(三)運送人無拍賣之義務，然依民法第六四一條之規定，依其情形亦得有此義務(Oest, z. § 445, Ann. 3)。(四)拍賣依債編施行法第十四條之規定爲之。

c. 寄存及拍賣之通知 運送人於可能之範圍內，應將寄存倉庫或拍賣之情形，通知託運人及受貨人(民法六五〇條四項、德商四三七條三項、日商法五八五條三項、瑞債四四五條二項)。(一)運送人應於事後無遲延的爲通知。雖有主張應於事前爲通知(薛著二七六頁)，依德商法在出賣人之自助出賣，雖規定應於事前報告拍賣時期及場所，事後應無遲延的報告其結果(德商三三三條五項)，而在運送物之拍賣，則以事後報告爲已足(Staub z. § 437, Ann. 4)。日商法則明定惟應於事後爲之(日商五八五條二項、五八六條三項)。我民法亦可爲同樣之解釋。(二)已爲通知或通知不能，應由運送人舉證。(三)拍賣以權利人之計算爲之。(四)運送人違反通知之義務時，應負損害賠償責任(德商四三七條三項後段)。

2. 於運送物受領權之歸屬有訴訟時 受領權之歸屬有訴訟，致交付遲延者，適用民法第六五〇條之規定(民法六五一條、瑞債四五三條、日商五八六條)。例如有二人以上爲受貨人或提單持有人，請求交付致涉訴訟或因法院已爲禁止交付之裁定或因不知誰爲真正之權利人而致交付遲延時，(一)運送人應依該條第一項規定，通知託運人請求其指示。(二)得依該條第二項規定，寄存運送物於倉庫。(三)並得依該條第三項規定爲拍賣，但依誠信原則，應於事前對於受貨人爲通知，以使其有參加應買之機會或爲其他措施。(四)應依該條第四項規定，爲寄存或拍賣之通知，但應解釋對於受貨人亦應爲此項通知(註)。又

關於受領權之歸屬有爭執致交付遲延者，有主張雖在訴訟繫屬前，亦可解為屬於受貨人所在不明之一情形，而得依民法第六五〇條之規定為寄存或拍賣（我妻中華民國債各中六五三頁）。亦有主張此時應準用民法第六五一條規定（薛著二七五頁），亦有主張未成訴訟以前運送人尚不能不繼續保管（季著債各下八七頁、劉著四六五頁）。依余所見可準用民法第六五〇條之規定（註二）。

【註一】依日商法第五八六條第二項「運送人爲拍賣時，應預定相當期間對於受貨人催告其受取運送物，於其期間經過後，應更對於託運人爲催告」。第三項「運送人應無遲延的並對於受貨人爲提存及拍賣之通知」。

【註二】依日商法第五八六條第一項關於運送物之交付有爭執時，運送人亦得提存運送物，即關於運送物之數量、性質、受貨人之資格及與價金交換爲交付之主張是否妥當等，有爭執，而有適用。

3. 拍賣代價之抵充及交付或提存 運送人得就拍賣代價中扣除拍賣費用、運費及其他費用，並應將其餘額交付於應得之人。如應得之人所在不明者，應爲其利益提存之（民法六五二條、日商法五八七條五二四條三項）。蓋運送物對於運費及其他費用，原有法定擔保關係，故應扣除，如有剩餘自應交付於應得之人。（一）所謂應得之人，謂有貨物交付請求權之人。已填發提單者，應交付與提單持有人。如持有人所在不明，應爲其利益提存之。如未填發提單，在受貨人拒絕受領情形爲託運人。在受貨人所在不明情形，爲託運人或其指示之人（但亦有主張仍爲受貨人，劉著四六六頁）。但於拍賣後未交付與託運人或託運人未另指示前，受貨人所在已明者，仍應交與受貨人。在受領權歸屬有爭執之情形，爲將來確定有受領權之人。（二）如應得之人所在不明，無從交付，應將其餘額提存，蓋以保護應得人之利益，而並使運送人免其保管責任也。（三）應得之人向未經確定時，解釋上亦應提存。

五、運送人債權之消滅時效

運送費及運送人所墊之款之請求權，因二年間不行使而消滅（民法一二七條二款、日商五八九條五六七條）。均自得請求時開始進行。在運送費，契約定有支付時期者，自其時期進行。未定時期者，自運送

物交付之時進行。但對於受貨人常自交付之時進行。運送物因其性質或瑕疵或因託運人之過失，全部滅失者，自運送物全部滅失運送契約終了之時即滅失之時起算（亦有主張自應交付之時起算）。一部滅失者，自剩餘部分交付之日起算（民法六四五條反面解釋）。民法第六四二條情形，自運送人因請求而為處分時起算。

第七目 託運人之義務

除為運送人之權利同時應為託運人之義務外，民法特別設有規定者，為文件交付及說明義務告知義務。

一、文件交付及說明義務

託運人對於運送人應交付運送上及關於稅捐警察所必要之文件，並應為必要之說明（民法六二六條、德商四二七條）。（一）託運人應就運送物為適於運送之準備。在準備妥當以前，運送人實施及起運之義務尚未開始。必要文件之交付及必要之說明，屬於託運人之準備範圍。其作成及交付，為託運人之事。必要文件之作製，通常須經特別程序，即須經稅務機關之處理，警察機關之許可或證明。促使其程序進行，亦為託運人之事。此種文件交付及說明，通常與貨物之交付同時為之。託運人應具備為遵守警察規定所必要之文件。例如產地證明書，在牲畜運送時之消毒證明，在屍體運送之屍照，在毒物爆發物運送時之證明書。（二）依德商法第四二七條後段「因文件之欠缺，不完全，不真實所生一切之結果，除運送人有可歸責之過失外，託運人對於運送人應負責任」。我民法雖未有此明文，如未交付必要之文件，未為必要之說明，而致生損害於運送人者，亦應負責。在德商法解釋如欠缺全部或部分之必要文件或雖有文件而依其性質及內容，對於稅捐警察之規定為不足或文件之內容與事實關係不符時，託運人就其不完全、不真實，不問有無過失，均應負責。蓋因運送人違反稅捐或警察法規時，不問其是否得對於託運人求償與否，均應由其負責而受處罰也。託運人不獨自始應交付完全及正確之必要文件，並應就狀態之維持，負其責任。例如文件

因不可抗力或通常事變滅失，如無可歸責於運送人之過失，均應由託運人負責。因法律發生變更而致文件不完全者亦同（*Duer. Hach. z. §427, Ann. 4*）。在我民法，雖未為特別規定，應解釋惟於託運人有過失時，應負其責。不過其無過失，應由託運人舉證。蓋此必要文件交付與說明，為其義務也。（二）運送人有過失者，託運人自不負其責。例如運送人因契約承受必要文件之辦理，而欠缺善良管理人之注意，或因其過失，致正常所交付之文件喪失或毀損，或就文件未為規定之使用，或託運人就應遵守之規定尤其對於國外交易欠缺必要的認識，而運送人對於託運人為不實之報告，於同一情形未為交付之必要的檢查，而於適當時期促使託運人對於現存之欠缺為注意。然運送人以為忠告及報告為已足。運送人不獨就自己過失，並就應由其負責之人之過失，與自己之過失同樣負責。與託運單同時交付之文件，運送人有全部閱讀之義務。如有懈怠，應認為運送人有過失。運送人就其所知文件上之欠缺，不促使託運人注意者亦同。（三）就文件之不完全或不正確，託運人及運送人雙方均有過失者，依民法第二一七條之規定。其一方僅有細微過失者，得置而不議。（四）為上述以外因一方之侵權行為致生損害時，例如託運人依不真實之文件而為詐欺，對於凡因此而受損害者，均有賠償之義務。對於運送契約相對人亦同。雖有契約責任之成立，不排除侵權行為請求權。如運送人故意違法的對於文件為毀損、偽造、銷滅或置而不顧時，對於託運人或受貨人同應負損害賠償責任。（五）文件欠缺不完全或不真實之主張，應由運送人舉證，並應證明其與損害有相當因果關係。運送人有過失或與有過失，應由託運人舉證（*Duer. Hach. z. §427, Ann. 5, 8*）。託運人無過失應由其證明，已如前述。（六）在有損害成立前，運送人得請求託運人交付必要之文件及為必要之說明，並得定相當期限催告託運人為之。逾期不為者，運送人得解除契約（民法五〇七條）（*Duer. Hach. z. §427, Ann. 5*）。

二、告知義務

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）。此係基於訂約上過失（*Culpa in contrahendo*）而規定託運人之責任。託運人填給託運單時，應記載運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、個數及記號。故如有本條所定情事，自應記載。託運人如因故意或過失不為完全記載或為不實之記載，則為法律上義務之違反，應負損害賠償責任（參照德商法四二六條三項），自不待論。雖未填給託運單，託運人於訂立契約前，亦應將其性質（包括瑕疵例如有爆發性或腐蝕性之物或有傳染病之牲畜），告知運送人。怠於告知，即知而故意不告知或因過失而未告知或因過失不知而未告知者，對於運送人因運送物之性質所受之損害，均應賠償。然如運送物之性質已為運送人所知者，不在此限（參照民法五九六條、薛著二七一頁）。雖亦有主張只須怠於告知，有無過失，在所不問（劉著四四〇頁、季著債各下六八頁）。然「怠於」告知，即表示怠忽之意，應有過失。惟託運人就此項告知為其法律上之義務，應證明其無過失或證明為運送人所已知，始得免其責任。

第八目 相繼運送（*transport successif*）

一、相繼運送之意義及形態

廣義的相繼運送，就事實上之狀態而言。共有四種。

1. 部分運送 部分運送，謂數運送人各自獨立的承擔一部分區域之運送。此時各運送人各就其分擔部分，訂立獨立之運送契約。其情形更有三種。（一）數運送人各就運程之一部，與託運人訂立契約。（二）前運送人完成自己所承擔運程之部分後，因託運人之授權，以代理人之資格，為託運人與他運送人就他部分之銜接路程，更訂立運送契約。（三）前運送人完成自己所擔任部分運程，受託運人之委託，自為承擔運送人，以自己之名義為託運人之計算，與他運送人就其餘銜接運程，訂立運送契約。

2. 轉託運送 轉託運送，謂一運送人承擔全部之運送，為實行自己所承受運送義務，以自己之名義，而

與第二以下之運送人訂立運送契約。有自己全不執行運送，而全部轉託他運送人爲之者。有自己執行其一部，而將其剩餘部分轉託他運送人爲之者。前運送人稱爲主運送人（*Hauptfrachtfuehrer*），後運送人稱爲次運送人（*Unterrachtfuehrer*）或中間運送人（*Zwischenfrachtfuehrer*）（*Oser, z. § 449, Anm. 1*）。

3. 共同運送 共同運送，亦稱同一運送，謂數人共同與託運人訂立一個運送契約，而於內部劃定分擔區域，相繼爲運送。

4. 連帶運送 連帶運送，謂數運送人通常以直接或通運託運單（*ein direkter oder durchgehender Frachtbrief*）或一連帶託運單（*Sammtfrachtbrief*），就各區域，相繼承擔運送。依德商法第四三二條第二項規定「第二以下之運送人，因運送物及託運單之受取，加入運送契約，而承擔依託運單之內容，實行運送之獨立的義務」，此種運送人稱爲連帶運送人（*Sammtfrachtfuhrer*）（亦有稱此爲共同運送人，不甚妥當）。但亦有謂不以加入運送契約爲必要，第二以下之運送人以就履行加入實施運送爲已足，惟對於託運人之關係須以自己之責任爲之（水口五九七頁以下）。亦有主張數運送人間須成立概括的運送分擔契約，各分擔運程之一部，由第一段運送人與託運人訂立全路程之運送契約（薛著二八三頁）。又在瑞債因無關於連帶運送之規定，學者解釋不發生連帶債務，惟依第四四〇條第二項，運送契約有適用關於委任的規定之明文，故得依其第三九九條第三項規定（我民法五三九條），託運人對於各個相繼關係得以運送人對於第三人之請求權，直接對第三人爲主張（*Oser, z. § 449, Anm. 2*）

我民法所稱數運送人相繼爲運送，果何所指，有不同之見解。日本通說謂僅指上述連帶運送而言（松本二五一頁、竹田一八七頁、石井商法中卷八一頁、戴著債各下冊一九二頁）。德商法亦然（*Staub, z. § 432, Anm. 6*）。有謂指上列共同運送及連帶運送而言（劉著四四七頁）。有謂指轉託運送而言（梅著三二九頁），亦有謂指部分運送、轉託運送及共同運送而言，至連帶運送，既係基於契約，自應適用一般

原則，不能以證明無責任爲藉口（季著債分下冊七三頁）。有謂就負連帶責任而言（民法六三七頁），惟應對於依託運單或連帶託運單而爲相繼運送者有適用，而民法第六四六條第六五三條則對於一切數人相繼爲運送，均有適用（我妻中國債各中六二一頁六四一頁 Staub, Einleitung z. § 441; Duer. -Hach. § 441, Ann. 2.）。其理由謂部分運送人惟就其所承擔區域內之運送各自獨立負責，無負連帶責任之理由，在轉託運送，惟最初之運送人爲契約當事人，次運送人對於最初之託運人無直接負責之理由，惟前運送人因使用他人爲運送之關係，就後運送人有過失之行爲應負責任而已（民法六三六條）（松本二五二頁）。在共同運送，依日本商法第五一一條當然成立連帶債務關係，無特別規定之必要，故惟對於連帶運送有適用（石井商法中卷八一頁）。依余所見，我民法第六三七條雖規定數運送人相繼爲運送時，對運送物之喪失、毀損或遲到應負連帶責任，然仍許證明無前三條所規定責任者，免負連帶責任，此爲連帶債務例外之規定，蓋民法此條專以保護託運人或受貨人之利益爲目的，在於使訴之提起及判決之執行爲容易，而免除其事實上不可能之舉證責任，苟各運送人知其爲通運之物，未爲保留而擔任全運程中之部分運送，雖使其負連帶責任，亦甚合平衡之原則，我民法既未如德商法特以依通運託運單之授受加入運送契約爲要件，無從狹義解釋之必要，尤其在我民法允許各運送人爲免責證明，事實上不過爲舉證責任之顛倒，此點與民法第一八五條所定不能知其中孰爲加害人者應負連帶責任之旨相合，如運送人於授受運送物之際，取得無可歸責之憑證，亦可不致受損（參照季著債各下冊七三頁、小町谷商行爲法論四〇二頁、海商法研究四卷二七五頁）。然民法第六三七條爲任意規定，當事人自不妨另爲約定。實際上運送人各劃定其運送區域，且約定惟就其區域內發生之損害分別負責。

二、相繼運送人之責任

運送物由數運送人相繼爲運送者，除其中能證明無前三項所規定之責任者外，對於運送物之喪失、毀損或遲到，應連帶負責（民法六三七條、日商法五七八條、德商四三二條、參照瑞債四四九條）。即相繼

運送人除其中有能爲免責證明者外，對於託運人或受貨人，應連帶負責。與託運人訂約之第一運送人，爲全運程間運送契約之當事人時，其損害雖於第二以下之運送人發生，仍應負民法第六三六條之責。第二以下之運送人，惟就其承擔區域實施運送者，依理惟應就其區域內所生損害負責，然其喪失毀損或遲延，呆在何區域發生，不易知悉時，對於運送人或受貨人至爲不利，爲顧全運送營業信用，除能證明無責任者外，使其負擔連帶責任。如能證明非於自己運送區域發生之事故，即可免此責任。然此僅對於託運人或受貨人之關係，運送人相互間是否得爲求償及如何求償，爲另一問題。此連帶責任，係基於立法政策上法律之特別規定，並非由於各運送人契約上之義務。

三、最後運送人之權義

最後運送人，對於其所有前運送人應得之運費及其他費用之受取，有代理義務及權利（民法六四六條六五三條）。

1. 代理義務 運送人於受領運費及其他費用前，交付運送物者，對於其所有前運送人應得之運費及其他費用，負其責任（民法六四六條、德商四四二條、日商五八九條五六三條一項）。關於此義務，德商法規定最詳，共有三點。即（一）最後運送人負有行使前運送人權利（包括運費其他請求權及質權）之義務（同法四四一條一項）。（二）最後運送人不行使此權利，而將運送物交付時，對於前運送人應負責任（同法四四二條一段）。（三）前運送人由後運送人受清償者，其債權及質權，移轉於後運送人（同法四四一條二項）。我民法第六四六條，僅就第二點爲規定，關於第一點，第六五三條雖僅規定爲最後運送人之權利，而未言明爲其義務。然自第四六六條之規定，當然以第一點爲前提。即預定其有行使留置權及其他權利之義務。其結果與德商法相同。關於第三點，雖未設有特別規定，然亦可與德商法爲同樣之解釋。蓋最後運送人係爲法律上之義務履行，受貨人對於前運送人之債務即爲民法第三一二條所稱「就債務之履行有利害關係之第三人」，可解釋依法法定代位而取得前運送人對於受貨人之權利。最後運送人此項代理義務及

責任，係基於法律之特別規定，蓋以前運送人運費之請求，原則上於目的地完成運送物之交付始得爲之，非使最後運送人代爲行使，則前運送人將無從行使，故法律規定其行使爲最後運送人之義務，同時爲其權利。

最後運送人，對於所有前運送人負責。所謂前運送人，包括託運人在內。然貨主（委託人）則否。蓋非貨主，而係承攬運送人，與運送人立於契約關係也。貨主（委託人）惟得對於有過失者，請求損害賠償。最後運送人如不行使其應行使之權利，對於前手失其追索權。前運送人及承攬運送人，對於其前手亦因而失其追索權（參照德商四四二條）。最後運送人應向其負責。前手費用債權已因先付而受滿足者，最後運送人對之無追索權，否則更應就其債權之數額，負賠償責任。然自不當得利之立場，對於前手仍不妨有請求權。對於託運人之不當得利請求，僅以運送人已有支付運費之事實爲未足，蓋以如運費應由受貨人負擔，則託運人並未爲利得也。最後運送人對於受貨人之請求權如已成立，則仍繼續存在，前運送人如由受貨人受有運送之委託，對於受貨人亦有請求權（Staub, z. § 412, Anm. 1—3, 7）。

2. 代理權利 運送物由數運送人相繼運送者，其最後之運送人就全體應得之運費及其他費用，得行使第六四七條第六五〇條及第六五二條所定之權利（民法六五三條、德商四四一條一項、日商五八九條五六三條一項）。（一）爲此權利之行使，須已有與貨物交換支付之債權之存在。後運送人對前運送人於承受物品時已爲支付者，則係基於自己權利而行使。（二）須託運單對於前運送人之權利行使，未另有訂定。託運人與第一運送人間訂立之運送契約，未於託運單記載者，不能使最後運送人免其所負擔之義務。然前運送人權利之行使，並不以有託運單之填給爲要件。有託運單之填給時，其單上所載，對於善意支付之受貨人，亦得對抗之。未填給託運單時，得依最後運送人之運送契約或依託運人之指示爲另定，但善意第三人得信賴民法第六五三條所定運送人之代理權（Ritter, zu § 441, 4）。（三）前運送人權利之行使，係基於法定代理權。然民法第六五三條非強行規定，此代理權得由前運送人撤回之。此時最後運送人對於前運

送人免其義務。在有前運送人對於最後運送人通知不得行使其權利前，最後運送人對於受貨人有行使之權利（Duer.-Hach. z. § 441, Ann. 2, 5）。（四）前運送人雖對於運送物無直接占有，然仍保有間接占有，故可解釋對於運送物仍有留置權。最後運送人有為其行使留置之權利及義務（民法六五三條六四七條）。（五）受貨人所在不明或拒絕受領運送物時，最後運送人得為並應為前運送人通知託運人，請求其指示，而取得寄存權及拍賣權。於受領權之歸屬有訴訟致交付遲延者，亦同有適用（民法六五三條六五〇條包括六五一條情形）。（六）將前運送人所應得之運費及其他費用，由拍賣代價中一併扣除（民法六五三條六五二條）。

四、負連帶責任運送人間之內部關係

各運送人對於受貨人或託運人為損害賠償時，其相互間之關係，依德商法第四三二條第三項「相繼運送中之一人基於前二項規定為損害賠償時，對於應負損害賠償者，有求償權。就損害應負責之人不明時，各關係運送人除能確定其損害非於自己之運送區域內發生者外，應按自己應取得運費部分之比例，共同負擔損害」。我民法關於此點，雖無規定，除另有特約或習慣外，應與德商法為同樣之解釋。不過在我民法如運送人能證明其損害非於自己之運送區域所發生，則根本不負連帶賠償責任，自不發生求償問題。

五、海陸相繼運送

相繼運送跨及海陸而為之者，應準用民法關於相繼運送之規定。然因陸海運送性質不同，其適用法規亦異。依其損害發生於陸上或海上，而應分別適用關於陸上或海上之規定或約款。如其損害發生於海上或陸上不明者，運送人不得援用自己有利之規定或約款。在陸海聯運之載貨貨證，通常有限定各運送人責任之約款，故實際上適用此原則之時甚少。又在海陸相繼運送，運送人所填發海陸聯運提單，民法及海商法雖無規定，然在實際交易上與提單及載貨證券為同一之待遇，無否定其法律上效力之根據，應準用關於此二種證券之規定（小町谷商行為法論四〇三頁，海商法研究四卷二七五頁以下）。

第六節 旅客運送

第一目 概說

旅客運送 (Personenbeförderung: transport de persons ou voyageurs)，謂以自然人之旅客爲運送標的之運送。在海上運送，特就旅客運送爲規定者，其例較多。例如德、義、日、西、葡及我國海商法。德國商法關於陸上之旅客運送，除鐵路運送外，並未另設規定。法國民法 (一七八條一七八條) 商法 (九六條至一〇八條) 惟就海陸一般運送爲規定。英國法所謂運送人 (Common carrier)，則專指物品運送營業人而言。惟日本商法就陸上運送，分物品運送與旅客運送而爲規定。我民法債編從之。蓋旅客運送營業，爲運送營業之重要一部門，尤其公路、汽車營業，急速發達，益有規定旅客運送之必要。民法關於旅客運送，就運送人對於旅客及其行李所負責任，特爲規定。然行李亦爲物品，受託之行李應適用關於物品運送之規定。惟旅客之身體及生命，法律上有特別意義，原則上無物品運送規定之準用，惟於其性質許可之範圍，有其準用而已。從而關於旅客運送契約，除本款有規定外，原則上應適用民法一般原則。

第二目 旅客運送契約之訂立

旅客運送契約，爲諾成契約。是否有契約之成立，應各別具體的決定之。通常因車票 (Fahrkarte, billet, ticket) 之買賣而成立。於乘車後始買票者，與乘車同時成立。在旅客運送契約，通常有車票之發賣，然此非契約之成立要件。旅客亦不必爲契約當事人。爲契約當事人之旅客，如無特約，得任意讓與其債權。蓋運送人原則上不問旅客人之個人如何，而依不特定人之運送，以取得運費爲目的也。從而有車票之發賣時，其車票可能爲係表彰運送人負有運送其持有人之債務之有價證券，通常爲無記名式，依交付而

移轉。爲指定式者，依背書而移轉（松本二七一頁以上 Lyon-Caen et Renault, *Traité, de droit commercial*, t. 3, no. 706, et. 756）。特爲記名式者，以不認爲法律上當然的指示證券，爲合於當事人之意思（參照日商法七七七條「記名之船票不得讓與於他人」）。但運送開始，即於剪票後，不得再爲讓與。雖有主張此時喪失無記名證券之性質（松本二七二頁），然讓與性質爲無記名證券之常素，而非要素。故雖剪票後，不使其喪失爲有價證券之性質。電車或公共汽車內車掌剪票或撕去一角之車票亦同。又同數車票之發行，在日本雖有不使其成立旅客運送契約或豫約之判例（日本昭和十四年二月一日大判），學者有謂因運送債務之內容不確定，惟因乘車而始成立契約（例如石井），對於此判例表示贊同（註），然以運送契約內容之日後確定爲前提之下之包船契約（海商法七〇條二項，日本稱爲僱船契約），內容極爲浮泛，而在公共汽車運送，則路線及距離原有一定，較爲局限，如以運送契約惟依乘車而成立，則應定期到站開出之汽車，雖故意使之遲到，亦將不得認有債務不履行，其不當至明。故因同數車票之購入，亦可認有運送契約之成立。其同數車票爲表載運送債務之有價證券。

【註】有價證券說，爲日本之通說（松本、小町谷、田中誠、西原、大隅、大森、大橋、松波、大濱商行爲法四二五頁、杉津二六九頁），可解爲表載運送契約上乘車請求權之有價證券，兼有證明運送契約訂立及運費已支付之證據證券之性質。車票多爲無記名證券，雖有主張車票僅爲證明運費已前付之票券或僅爲免責證券（岡松法律新聞一一七一號至一一七五號、水口三三頁、薛著二八六頁），其重要論據，謂凡無記名證券應（一）有一定給付之表示。（二）應有對於持有人爲清償債務之旨趣之記載。（三）債務人之簽名表示於證券上之三要件。車票欠缺上述表示，故非有價證券。然爲無記名證券，無須於證券上特有應對於持有人爲清償之旨之表示，以依一定範圍之文字、符號，按照法令或社會觀念，可解爲有一定思想之表示爲已足。從而車票不得謂其欠缺上述之要件。在德國民法，無記名證券之記載要件，雖要求上述之表示（德民七九三條以下），然未指名債權人之券票及其他類似之證書，如在可認爲對於其持有人負有爲給付義務意思之情事之下，由發行人交付者，應適用德民法第七九三條以下之規定（德民八〇七條），故德國學者通說以鐵路車票爲其民法第八〇七條所定之不純粹無記名證券（Staub, z. § 472, Ann. 19 Duer-Hach, z. § 472, Ann. 10）。

關於同數車票，甚有問題。日本東京市依舊乘費率發賣之同數票，於增加乘車費時，東京市對於舊車票持有人是否

仍應許其以舊票乘車，當時學者頗有爭論。依日本判例，以車費之增加，非以與特定人間已成立的運費之變更爲內容，乃係一般的就一定期後之運費，使依變更之費率爲支付。故其變更之效力，當然及於回數票持有人。回數票非爲有價證券，不過爲證明運費前付之證據票券，故非依證券之文句而定運送之條件，此點與提單不同，僅有爲車票之記載，非使舊回數票持有人取得依證券之記載使爲運送之請求權。其乘車費之增加，對於舊回數票持有人，亦應及其效力（日本大正六年二月三日大判）。有謂車票應解爲有「金錢代用證券」性質之有價證券，此點與商品券相同。從而不得拒絕依此車票之乘車。然非運送契約上之義務，雖因可歸責於自己之事由致喪失車票之運效，對於有通用期限之車票之利用被妨礙而失效時，以僅返還所支付金額爲已足。運送人雖因故意過失一時停止運送，對於車票或回數車票持有人，亦不負運送債務不履行之損害賠償責任。乘車費率有增加時，舊票持有人非增付加價後之差額，不得乘車，從而具體的運送契約除有特別習慣或協定外，一般的惟依現實乘車而發生（石井海法中卷九二頁）。依交通部所定中華民國鐵路客車運輸規則「附件（一）定期車票發行辦法第七條「定期車票在適用期限內，如票價有增減時，旅客不得向鐵路索取所減之數，鐵路亦不得向旅客索取所增之數」。附件（二）回數車票發行辦法第十條「回數乘車票在適用期限內，如票價有增減時，鐵路概不追繳及返還」。

旅客運送契約原則上爲有價，然雖偶然爲無價運送，亦不能否認其運送契約之成立。例如七歲未滿兒童、警察、郵差等旅客之運送。反之不依運送契約而侵入運送工具者（無票乘車），自非旅客。

第三目 旅客運送人之責任

旅客運送人之責任，可分爲對於旅客損害之責任及對於行李之責任。旅客運送契約，以將旅客安全如期運送到達目的地爲目的。運送人爲達此目的，應以善良管理人之注意履行其債務（日本大正五年一月二十日大判）。其義務之內容，依運送方法、距離及運費等情事而有異，不可一概而論。

1. 責任原因 旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲延，應負責任。但其傷害係因不可抗力或旅客之過失所致者，不在此限（民法六五四條、日商五九〇條一項）。因此運送人對於旅客應負責事項，爲因運送所受之傷害及因運送遲延所受之損害二種。因運送所受之傷害，包括傷亡及損害，並非專指旅

客身體之損傷，死亡及所着衣服之毀損，亦包括在內。然以因運送所受者為限，與運送無關之傷害，不在其內。所謂運送遲延，謂未能按預定時期到達。旅客運送本應安全及按時到達，苟因上述兩種責任事項而生損害，則不問運送人自己有無過失及是否出於其使用人之過失行為，除能證明係由於不可抗力或旅客自己之過失者外，均應由其負損害賠償責任（依中華民國鐵路客車運輸規則第十八條「旅客因鐵路事變所受損害如係因不可抗力或因旅客過失所致者鐵路概不負責」）。故旅客運送人亦應就通常事變負責，與物品運送人相同，其不同者在於損害賠償之算定方法。

【註】英國雖有旅客運送人非運送人（Common Carrier）之說，然自一九〇九年 *Clarke v. West Ham Corporation* 事件以來，如略具有物品運送人所必要之同一要件時，亦應為運送人（Common carrier）負擔責任（*M. aomara, on carriage by land, art.10*）。

2. 損害賠償之範圍 關於旅客因運送所受之傷害，民法並未如對於物品運送人設有限制（民法六三八條六四〇條），故不問其所受之積極的損害及消極的所失利益，均應賠償（民法二一六條二項）。其損害賠償請求權，被害人死亡時由其繼承人承受，即死時亦然（參照拙著債法總論一四一頁）。

【註】依日商法第五九〇條二項「就損害賠償額之決定，法院應斟酌被害人及其家族之情況」。學者解釋此規定對於遲到不適用，即對於遲到原則上僅應賠償通常損害（小町谷四一三頁、石井商法中卷九三頁）。依德商法第四七二條關於鐵路旅客運送之規定，依鐵路運送規則定之。依該規則第二十四條第一項及第二項，火車之遲到遲開或停開，不使成立賠償請求權。惟於停開或因遲到不能接運時，得請求未運送部分運費之退還。如於此情形旅客不欲繼續旅行時，得請求返還運費，而乘最近便車無費的返還出發站（同條三項）。旅客不增加支付亦得利用最近的同一路線或其他路線到達同一目的地之客車。其客車雖無相當等級之車廂或其車票於其間已超過使用期限時亦同（同條四項五項）（*Duer-Hach. z. §472, Anm.5*）。

二、對於旅客行李之責任

對於旅客行李之責任，因其行李交託運送人與否，而運送人責任有不同。行李（*personal luggage; Reisegepäck; baggage*）謂旅客旅行所攜帶之物品，不限於必需品及使用品（*Duer-Hach. z. §465, An-*

m. 2)。

1. 交託之行李 運送人對於旅客所交託之行李，縱不另收運費，其權利義務除本款另有規定外，適用於物品運送之規定（民法六五七條、日商五九一條一項）。即旅客運送人對於交託之旅客行李之喪失、毀損或遲到，應負責任。運送人能證明係因不可抗力或因行李性質或因旅客之過失而致者，不在此限（民法六三四條），蓋可認為與旅客運送同時有附隨的物品運送也（註）。交託行李，通常運送人填給行李票，此非有價證券，不過為免責證券。故對於其持有人無過失而交付行李時，運送人免其責任。

【註】在英德通說謂有物品運送（*Sendung*, z. § 472, Anm. 4; *Lehmann-Ring* z. § 465, Nr. 21），法國 *V. Josserrand* 亦同。但 *Lyon-Caen* 則謂非有兩契約，惟關於物品運送之規定，在某範圍應適用於行李而已。

a. 交還之時期 行李及時交付運送人者，應於旅客達到時返還之（民法六五五條）。未及時交付者，適用民法第六三二條之規定。運送人應於旅客達到時返還而未能返還者，除能證明其遲到係因不可抗力或因運送物之性質或因旅客之過失而致者外，應負損害賠償責任（民法六三四條）。

b. 損害賠償之範圍 旅客運送人就旅客之行李，與物品運送人負同一之責任。故就損害賠償之範圍，應適用民法第六三八條至六四〇條之規定。除損害係因運送人之故意或重大過失所致者外，就旅客交託之行李，惟應依民法第六三八條第一項所定之標準為賠償。惟旅客之行李，依旅客之種類而內容極其龐雜，如非貴重物品，旅客無報明之必要（民法六三九條），實際上困難問題頗多。一方面行李喪失時，旅客事實上不易證明其內容之不便，他方面毀損或一部喪失時，運送人就其通常不能預想之物品，亦非負擔賠償責任不可。為免此困難，在旅客方面採用與物品運送契約同一之程序，在運送人方面以為適當免責之特約為得策（註）。

【註】在日本鐵路運輸，對於旅客交託之行李設有限制，且對於非因惡意或重大過失之損害，以百五十圓為限度，負擔賠償責任（日本運輸規程一〇二之四），故欲為超過百五十圓之請求，須證明運送人之惡意或重大過失。在我中華民國客車運輸規則，對於行李運送設有限制（同規則五五條），凡交由鐵路運送或存儲之行李，如有遺失或毀損

，除由不可抗力或物品自身之性質或物主之過失者外，自發現遺失或損壞之日起，於六個月內物主應向鐵路請求賠償（依鐵路法第五八條第一款，運送物喪失毀損或遲交之損害賠償請求權，自應交付之日起因一年間不行使而消滅），並依行李之種類，規定有最大之限額。為保價運送者，最多以保價數目為限（同規則六九條）。

2. 未交託之行李 運送人對於旅客所未交託之行李（*Handgepäck*），如因自己或其僱用人（所僱用之人）之過失（包括故意），致有喪失或毀損者，仍負責任（民法六五八條、日商五九二條、德商四六五條三項）。蓋此為旅客隨身攜帶之物，非由運送人保管而由旅客自為保管，如使運送人與交託行李負同一責任，顯為不妥。即此時須由旅客證明運送人或其履行輔助人有過失，運送人始負損害賠償責任。其賠償範圍，應與交託行李同樣依民法第六三八條之標準定之。蓋民法第六五八條之規定，係較交託行李更減輕運送人之責任而設也。旅客若用衣類或懷中時錶，雖不得謂為行李，然所著用衣類可認為旅客本身之損害，懷中時錶可準於未交託之行李而定運送人之責任（參照小町谷四一〇頁、惟津二七六頁）。關於未交託行李之遲到，運送人是否應負責任。有主張運送人仍應負責，然須由旅客證明運送人或其所僱用之人有過失（小町谷商行為法論四一六頁註一、海商法要義中卷二一〇四頁）。亦有主張並須運送人證明其遲到係因不可抗力或因旅客之過失所致，始得免責（薛著二八八頁）。依余所見，旅客自所攜帶行李，雖有主張亦為物品運送（例如 *Baggage*），然通說謂為旅客運送之擴張，其運送為旅客運送契約之附隨的義務，並非另有物品運送契約之成立（*Staub, a. a. O. Duer. -Hoch. n. § 465, Ann. 4, 13*），應解釋旅客運送惟依民法第六五八條之規定就其喪失或毀損負責，而就其遲到則不負責（烏賀陽商行為法一三三頁註（9））。

三、短期時效

關於物品或旅客之運送，如因喪失、損傷或遲延而生之損害賠償請求權，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）。但依鐵路法第五八條第一款，運送物喪失、毀損或遲交之損害賠償請求權，自應交付之日起，因一年間不行使而消滅。

四、責任之免除或限制

運送人交與旅客之票、收據或其他文件，有免除或限制運送人責任之記載者，除能證明旅客對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力（民法六五九條）。此規定與民法第六四九條規定相同，可參照該條之說明。

第四目 旅客運送人之權利

關於旅客運送人之權利，民法特設有規定者，爲行李之拍賣。旅客達到後六個月內不取回其行李者，不適用民法第六五〇條之規定，運送人得逕拍賣之。行李有易於腐壞之性質者，運送人得於到達後經過四十八小時拍賣之（民法六五六條一項二項、日商五九一條二項）。拍賣後之價金，得準用民法第六五二條之規定，扣除拍賣費用、運費及其他費用（例如保管費）後，以餘額交付於旅客。旅客所在不明時，應爲其利益提存之。然運費不獨行李之運費，人的運費尙未支付者，亦可解釋包括在內。關於拍賣行李之規定，於旅客攜帶之行李忘置於車內者，亦適用之。此時運送人不得主張遺失物拾得人之權利。

【註】依鐵路法第十六條「運送物因不可歸責於鐵路之事由不能交付時，鐵路得代爲寄託於倉庫，並以倉單代替運送物之交付，其費用由物主負擔。前項規定對於超過領取期間未領取之運送物適用之」。第五十七條「對於所有人不明之運送物或寄存品，鐵路應公告招領，經公告後一年內仍無權利人領取時，鐵路即取得其所有權」。

第五目 相繼旅客運送與運送人之責任

旅客雖相繼旅行數個運送區，如按區支付運費繼續旅行時，僅存有數個獨立的旅客運送契約，運送人之責任以各別決定爲已足。然運送人發行聯運票時，各運送人應負擔如何責任，則不無疑問。民法第六三七條雖就物品之相繼運送，認有連帶責任，然此時物品脫離託運人之保管，於運送人保管下爲運送，而旅

客則係自爲旅行，就損害之原因非如物品運送伴有證明上之困難，惟因連帶責任之有無，而於訴訟之提起有便宜與否之差異而已。關於此點，因旅客自身在損害之現場，證明較之物品運送遠爲容易，故在旅客運送既無關於連帶責任之特別規定，應解釋各運送人應各別負損害賠償責任（*Josserrand, Les transports, 2e éd. 1926, no. 927, Lyon-Caen et Renault, t. 3, no. 710*）。惟聯運票之發行人，爲後運送人之代理人共同承受全區間之運送（在日商法第五一一條一項此項各運送人間當然發生連帶債務），或雖非如此，然因各運送人過失之併存，對於旅客加以損害而且其程度不明時，應解釋可準用民法第六三七條之規定，由各運送人連帶負責。此爲遲到時所屢發生之問題（*Josserrand, no. 929 小町谷四一七頁以下*）。

第十七章 承攬運送

第一節 概說

一、立法例

承攬運送，起源於行紀。關於承攬運送之立法例，甚不一致。（一）法商法以爲與行紀及運送營業對立之獨立營業，將承攬運送人置於一般行紀人與運送人之間，然規定之內容略與運送人之義務同（法商九六條至一〇二條）。比商法及日本舊商法屬之。學者常以與運送營業關聯而爲說明（*Thaller, Traité, no. 1221; Lacour, Précis, no. 971*）。（二）德商法以爲獨立的營業，而規定其固有的法律關係（德商四〇七條至四一五條），然德商法以行紀限於以物品或有價證券之賣出或買入爲營業，承攬運送雖規定爲獨立營業，然通說認爲廣義的行紀之一種（依德舊商第三六〇條凡以商行爲之經紀爲業者皆爲行紀）（*Staub, z. §379, Anm. 2; Duer.-Hach, Vorb. z. Speditionsgeschäft Anm. 1*）。日商法及我民法屬之。然日

商法亦以承攬運送營業置於行紀營業與運送營業之間，係兼受法商法之影響。(三)瑞債(四三九條)將承攬運送置於行紀章之末，雖明認為行紀，然規定關於物品之運送應適用關於運送契約之規定。(四)義、西、葡等國之商法，將關於承攬運送之規定，置於運送之章，寧可謂不為運送營業與承攬運送之區別。

二、承攬運送之效用

承攬運送人為物品發送人，尤其為商人選擇適當的運送人，中間承攬運送人及目的地承攬運送人，就運送決定最低廉確實及迅速之路線與時間，不獨為法律行為，為使物品運送安全及容易，其準備行為例如必要書類之準備、物品之受領、保管、包裝及交付等事實行為，亦構成承攬運送契約之一部(Staub z. § 407, Anm. 7; Lehmann-Ring, Nr. 6)。然承攬運送人實際上所作者尚不止此，目的地承攬運送人之業務，如報關程序之辦理，由運送人受取運送物而以之交付於受貨人等事務，固不待論，其他並有為託運人或受貨人承受物品之寄託，出租倉庫或運送工具，甚有兼營運送營業、居間營業、行紀營業、代辦商，以謀關聯於商品交易之各種便利者。

三、承攬運送之特色

承攬運送人為他人之計算，以自己之名義，使為運送之點，與行紀有共通之處，而協力於物品買賣的地理上阻隔之銷除之點，與運送營業亦有共通之處。如此我民法一方面使準用關於行紀之規定(民法六六〇條二項、日商法五五九條二項)，他方面使準用關於運送營業之一部分規定(民法六六五條、日商五六八條)。

第二節 承攬運送人之意義及承攬運送契約之性質

一、承攬運送人(Spediteur; commissionnaire pour les transports par terre et par eau; forward-

ing agent)者，謂以自己之名義為他人之計算，使運送人運送物品而受報酬為營業之人（民法六六〇條一項、德商四〇七條一項、日商五五九條一項、瑞債四三九條）。

1. 以自己之名義使運送人為運送 為他人之計算，以自己之名義訂立運送契約（法商九四條），此點與為運送契約一般之代理人或代辦商不同。又與為運送契約之居間人有異。

2. 使為物品之運送 物品謂為運送標的一切之物。所謂運送，包括物品之陸上海上或空中之運送。然以使為物品之運送為限，以旅客運送之包辦為營業者為行紀，非運送承攬人。

3. 目的地承攬運送人 目的地承攬運送人（Empfangspediteur; Adresspediteur），受發送地運送承攬人之委託，由運送人受取運送物品，以之交付於受貨人，並為此所必要之一切行為（例如報關）。在德國解釋為中間承攬運送人之一種（Duer.-Hach. z. § 408, Ann. 5）。在我國雖非民法第六六〇條所稱運送承攬人，然此業務通常附隨於承攬運送營業，關於承攬運送人之規定，於性質許可之範圍，應準用之。日本判例認受發送地承攬運送人委託之目的地承攬運送人，對於貨物之受取有與前者負擔同一責任之習慣（日本昭和五年八月二十六日大判）。此外運送人有於目的地使用承攬運送人，使為運送物之整理及配送者，此時承攬運送人為運送之再承受，兩者之關係應適用關於運送營業之規定（日本昭和七年二月十日大判）。又託運人或受貨人為使辦理報關手續及其他受取運送物必要之手續，往往有使用承攬運送人者，此種業務非為民法所預想之業務，依其契約之內容有種種不同。其中多將運送物由運送人受取，而運送至委託人所指定之場所，應解釋成立運送契約。如委託人委託其將運送物使運送人更運至他地時，則成立純粹的承攬運送契約。

4. 以物品運送之包辦為營業 非以為營業，不得稱為民法上承攬運送人。故承攬運送契約，常為有償。然不妨兼營其他營業。其性質與行紀同樣為委任。

二、廣義的承攬運送人

民法所稱承攬運送人，係以自己之名義，為他人之計算，使他人運送物品之營業人。然實際上亦有以為委託人之代理人，與運送人訂立運送契約為業者，多數承攬運送人兼營此兩種業務。然在委託人方面，為承攬運送之委託，抑為代理之委託，有時不明或漠不關心。此時承攬運送人受託之事務，除為間接代理或直接代理之點外，完全相同。委託人為押匯時，因銀行不信任承攬運送人，往往非交付以委託人本身為託運人之提單或載貨證券，銀行不肯為票據之貼現。此時有以承攬運送人為委託人之代理人訂立運送契約之必要。故關於承攬運送人之規定，在性質許可之範圍，應解釋對於此時準用之（小町谷二六七頁）。

三、承攬運送契約之性質

承攬運送契約，為諾成及有償契約。然應屬何種契約，則學說上頗有爭論。德商法學者多以為僱傭或承攬契約。日本商法認為委任契約之一種，我民法亦然（民法六六〇條二項、五七七條）。

四、關於行紀及委任規定之準用

承攬運送，除受託之目的在於使為物品運送之點外，與行紀營業為同一。故民法規定「承攬運送除本節有規定外，準用關於行紀之規定」（民法六六〇條二項、日商五五九條二項、德商四〇七條二項）。然承攬運送亦與運送營業相似，故亦準用若干關於運送營業之規定（民法六六五條、日商五六八條），已如前述。關於行紀規定之準用，就其要者，說明如次。

1. 承攬運送人與委託人間，除關於行紀有規定者外，適用關於委任之規定（民法五七七條）。運送契約為法律行為，承攬運送人與委託人間之委託契約，如同行紀契約為委任。但承攬運送人往往為委託人承受為運送必要之種種行為，此時於委任之外，得有他契約之存在。然是否應認為一個承攬運送契約或於其外應認有他契約之併存，應具體的各別定之。即其行為在商業習慣上是否應認為當然附隨於該交易行為與否以為斷。如可認為當然附隨者，則關於承攬運送之規定，對於其一切行為均有適用。例如隨帶承受保險

契約之訂立、保管、報關之處理、貨價之代收等可認為承攬運送之附隨行為，原則上應依關於承攬運送之規定，負其責任。惟在習慣上其行為有獨立的性質者，應適用各該行為之法則。例如適用關於行紀或倉庫營業之規定。旅館主人承受夜間將行李保管，而於翌日送至車站者，非承攬運送，而為承攬契約（Duer. Hach, z. § 407, Ann. 9, S. 925）。

2. 委託人與承攬運送人間之關係為委任，故在承攬運送人與第三人訂立運送契約或自己行使介入權以前，當事人得隨時終止委託（民法五四九條一項、松本一八九頁）（註）。然承攬運送人為營業而受託，其終止除委託人有易於委託其他可信任之承攬運送人之情事外，應認為不利於委託人之時期而終止契約（民法五四九條二項）（小町谷二六八頁）。

3. 承攬運送人與運送人所訂之運送契約上之權利義務，對於運送人之關係，自得權利並自負義務（民法五七八條）。委託人非受債權（例如對於運送人債務不履行之損害賠償請求權）之讓與，不得直接對於運送人及其他第三人為主張（日本明治四十年六月二十一日大判）。然在委託人對於承攬運送人及其債權人之關係，則以委託人為債權人（Duer. Hach, z. § 407, I. 參照關於行紀人與委託人關係之說明）。

【註】亦有主張在行使介入權並開始運送前，委託人仍得隨時撤回契約，蓋僅為介入之意思表示，承攬運送人基於承攬運送契約之義務尚未完畢，而承攬運送原為承攬契約也（Saub, z. § 412, Ann. 3）。

4. 運送人不履行運送契約上之債務時，承攬運送人是否對於委託人負直接履行契約之義務。在法商法，認承攬運送人有此責任（法商九七條至九九條），學者謂為其當然之擔保責任（*queroire*）。然德商法則不認其有此責任。在日本商法雖有主張日商法第五三條所定擔保義務（舊日商三一五條、我民法五七九條），於承攬運送人亦有準用（岡野一九五頁），然亦有主張因日商法關於承攬運送另有第五百六十條（我民法六六一條）之規定，除有特約或另有習慣外，承攬運送人不負自己履行責任（小町谷二六九頁）。依余所見，在我民法第六六一條既明定承攬運送人能證明其於運送人之選定未怠於注意，則可免責，應解

釋民法第五七九條不準用於承攬運送。

5. 委託人指定運費數額者，承攬運送人訂立較此為不利之運送契約時，以負擔其差額為條件，對於委託人發生效力（民法五八〇條）。

6. 委託人或運送物之受貨人（民法六四四條）拒絕受領運送物時，承攬運送人得拍賣其物（民法五八五條）。此於委託人終止委託契約時或承攬運送人承受於目的地為運送物之交付時，有其實益。

7. 承攬運送人訂立運送契約時，是否應即對於委託人發出通知。在日商法有積極的明文規定（日商五七條四七條）。然在德商法則為否定之解釋。惟於承攬運送不能依約定或預定實行，尤其有變更委託人一定指示之必要時，通常應即報告委託人（Duer.-Hach. z. 408, Ann. 12）。依我民法，承攬運送人應將進行狀況及顛末報告委託人（民法五四〇條）。

8. 承攬運送人基於其對運送人之契約所取得之損害賠償請求權，應移轉於委託人（Duer.-Hach. z. 407, I. i.），因請求權之行使所取得者，應以之交付於委託人（民法五四一條）。因承攬運送契約，承攬運送人雖不負請求權行使之義務，然得於契約訂立時或其後承擔此義務。關於實行承攬運送委託所必要之費用，例如稅捐支出，委託人應預付（民法五四五條）。

9. 承攬運送人如僅以訂立運送契約之情事通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知者，不適用民法第五八八條之規定，即不視為自己負擔該方當事人之義務（Staub, z. § 412, Ann. 8, Ein-Zwang zum Selbstentriff wie § 384, Abs. 3, besteht hier nicht; Duer.-Hach. z. 412, Ann. 10）。

第三節 承攬運送人之義務

承攬運送契約為委任，而且為有償，故承攬運送人應以善良管理人之注意使他人為運送，不獨就運送

契約之訂立，其他商業習慣上屬於其任務之事項、承攬運送契約所定之事項，委託人所指示事項，均應以善良管理人之注意處理之。即就物品之接收、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，均屬之（民法六六一條、日商五六〇條）。

一、承攬運送人之責任

承攬運送人對於託運物品之喪失、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（民法六六一條、日商五六〇條、德商四〇七條二項三〇九條四〇八條一項、參照法商九七條至九九條）。關於承攬運送人之責任，係採用不注意責任，即過失責任主義。此點與德日商法相同，而與法商法採取通常事變責任主義有別。我民法就物品運送人（六三四條六三六條）及旅客運送人（六五四條）之責任，均採通常事變責任主義，而在承攬運送則採過失主義。其間顯有寬嚴之殊。論者謂承攬運送人因舉證責任之顛倒而加重其責任，從而其適用範圍應以運送物之喪失毀損或遲到為限。若因其他事項所生之損害，則承攬運送人僅依通常債務不履行或侵權行為之規定負擔賠償責任（戴著債各下冊二〇七頁）。然在我民法除侵權行為應由請求權人證明行為人有過失外，債務人不獨應就其履行補助人之過失負責（民法第二二四條），如債權人證明有債務不履行之事實，無過失之舉證責任，即應由債務人負擔。故關於舉證責任之點，民法第六六一條並非民法一般債法原則之例外（Staub, z. § 408, Ann. 21 石井商法中卷六一頁六二頁）（在法商法規定則為一般原則之例外），不過揭示關聯於承攬運送契約的債務之主要的內容，而列舉其應負責之最顯著的事項，惟關於第六六五條及短期時效之適用（民法六六六條），有限於運送物之喪失、毀損或遲到之理由（Staub, z. § 408, Ann. 16 小町谷一七二頁）。

運送物因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損時，承攬運送人如於接收該物時不為保留，應負責任（民法六六五條六三五條、瑞債四三九條四四二條）。

【註】主張應以運送物之喪失、毀損或遲到為限有適用者，其他損害例如怠於辦理報關程序致委託人被處罰金時，應解為承攬運送人不負無過失證明責任（竹田一四六頁）。然依一般債法原則，此時亦應由承攬運送人負無過失之舉證責任（參照拙著債法總論三七六頁三八六頁）。

1. 承攬運送人應就自己或其使用人之過失，負其責任。使用人即履行輔助人（民法二二四條），不必與承攬運送人有僱傭關係，日商法第五六〇條明定承攬運送人應就自己或其使用人之過失負責。我民法雖未就使用人特為規定，然依民法第二二四條之規定，當然應負責任。

2. 就物品之接收、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，怠於注意時，應負責任。

a. 其他與運送（Versendung）有關之事項 即依特約或委託人之指示或依商業習慣，為承攬運送人任務之一切事項。運送物之接收、保管、交付、運送人之選擇，不過為其例示的列舉。其他對於委託人就運送物之發送為適當之勸告，為使委託人得為指示之必要的通知，由委託人接收運送物時如有數量不足或毀損應即通知委託人，適當的選擇運送之時期、運送方法或路線，將運送物交付運送人後依委託人之指示或隨機自動的對於運送人為適當之指示，關於此等事項，均應以善良管理人之注意為之。怠於注意者，應自損害賠償責任。其注意程度應按各種情形，依客觀的標準定之。然運送物之包裝、往委託人所指定場所接收運送物等，如無特約或習慣，非承攬運送人之義務。但已接收的運送物之包裝，不適於運送者，應為適當之改裝（Duer. Hach. z. §407, Ann. 9）。於運送契約之訂立，承攬運送人應依委託人委託之旨趣為之。雖無特別委託，亦負有不以較通常運送條件為不利之條件（例如運送人之免責範圍較普通為廣）訂立契約之義務（Duer. Hach. z. §408, Ann. 3）。

b. 接收、保管、交付 內容依特約及習慣而定，不可一概而論。接收通常謂由委託人受取運送物。在何處接收，依各種情形而有不同。保管謂由委託人受取運送物迄於交付於運送人之期間，為安全保管。例

如預防盜難及火災。運送物之保險，委託人易於爲之，除委託人另有指示外，不屬於承攬運送人之義務（民法五八三條二項）。交付民法明定在目的地之交付（目的地承攬運送人特有適用），然交付於運送人亦應包括在內。

c. 運送人的選定 承攬運送人應選擇有信用之運送人，與之訂立運送契約。關於他承攬運送人之選定，日商法第五六〇條有明文規定，我民法雖未加以列舉，可解釋包括於「其他與運送有關之事項」之內。他承攬運送人之選定，指承攬運送人就需要聯絡運送之運送物，選任應在銜接地處理聯絡事務之中間運送承攬人（*Zwischenspediteur: commissionnaire intermédiaire*）或應在目的地爲報關、運送物之受取交付等之目的地承攬運送人（*Adress: oder Empfangspediteur*）之情形而言（但亦有將目的地承攬運送人總稱爲中間承攬運送人者，松本二〇一頁）。他承攬運送人之選定，如經委託人之同意或另有習慣或不得已之事由者，僅就其選定及其所爲之指示，負其責任（民法五三七條五三三條），否則應就他承攬運送人之行爲，如同自己之行爲負同一責任。例如並無特別困難，得自己實行，或依其營業狀況非無困難而在商業習慣上通常由自己實行。如承攬運送人自己承受連絡運送，或承受在目的地運送物之受取及交付，或依民法第六六三條自行運送，而爲其履行選定他承攬運送人（包括中間承攬運送人，目的地承攬運送人）承受其契約之全部或一部，則此等他承攬運送人稱爲次承攬運送人（*Unterpediteur*），爲承攬運送人之履行輔助人，承攬運送人應依民法第二二四條之規定，就他承攬運送人之過失負責（*Duer. -Hach. z. § 408, Ann. 4-7* 參照小町谷二七七頁、松本二〇一頁、石井商法中卷六一頁六二頁）。對於承攬運送，不適用民法第五七九條之規定有如前述。

3. 喪失、毀損或遲到 （一）喪失謂承攬運送人不能將運送物交付於委託人或受貨人之一切情形而言。不獨運送物有物理上之滅失，承攬運送人法律上不能回復運送物之占有，例如運送物歸於善意取得人，亦包括在內。（二）毀損謂使運送物發生物質上減少價值之狀態。（三）遲到謂因可歸責於承攬運送人之事

由，運送物未能於正當時期交付。何謂正當時期，依契約上之約定，無約定時，依習慣。發送地與目的地習慣有不同時，依發送地之習慣。無約定亦無習慣時，應於相當期間內交付之（參照民法六三二條、松本一九九頁）。

4. 舉證責任 承攬運送人非就自己或其使用人（包括次承攬運送人）、違法選任之他承攬運送人（民法五三八條一項），證明未怠於運送有關事項之注意或就他運送承攬人之選任及其指示，證明自己無過失，不得免其損害賠償責任。即承攬運送人不獨自己無過失，並應證明上述應由其負責之人無過失及其選任監督亦無過失，始得免責，並且應證明損害非因自己或應由其負責之人之過失而生。故損害原因不明時，亦應負責。然運送物是否有喪失、毀損或遲到情事，則應由請求賠償人負舉證責任。

5. 損害賠償額 運送物有喪失、毀損或遲到者，其損害賠償額，應依其應交付時目的地之價值計算之。惟於承攬運送人有故意或重大過失時，始依一般標準（民法六六五條六三八條），而且因遲到之損害賠償額，不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額（民法六六五條六四〇條）。

6. 請求權之併存 民法第六三一條為關於承攬運送人承攬運送契約不履行所生之損害賠償義務，然因運送物之喪失或毀損，得有構成侵權行為之事實，於此有兩請求權之併存（請求權併存）或僅得行使一請求權（法規競合），不無爭論。依余所見一個事實使生兩個法律關係，且兩者全異其性質，以請求權併存說為妥。然因契約責任之減輕，可認為阻却違法性或因法律責任之減輕，其契約上義務之違反，排除關於侵權行為規定之適用者，則不得謂有侵權行為之成立，有如前述（參照關於運送人責任之說明五八九頁）。

7. 貴重物品之特別 金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，除委託人於委託時報明其性質及價值外，承攬運送人對於其喪失、毀損，不負責任（民法六六五條六三九條一項、日商法五六八條五七八條）。蓋委託人因此可避免其報酬之支付，而且如報明為貴重物品，承攬運送人應可就其保管或其他處理為適當之注意，以防止其損害發生也。價值報明者，承攬運送人以所報價值為限，負其責任（民法六六五條六三九

條二項)。其詳可參照運送人責任之說明。

第四節 委託人承攬運送人受貨人間之關係

承攬運送契約之當事人，爲委託人與承攬運送人間之委任契約。惟於當事人間發生債權的法律關係。運送契約爲承攬運送人與運送人間之契約，承攬運送人基於以自己名義爲委託人之計算所爲實行行爲之運送契約之訂立，自己取得權利，負擔義務。受貨人亦與承攬運送契約無直接關係，從而不問委託人與受貨人間之關係如何，承攬運送人惟對於委託人有權利義務。受貨人雖對委託人委任承攬運送契約之訂立，然委託人係以自己之名義爲之，受貨人不因而對於承攬運送人直接取得權利義務（*Lehmann-Ring, z. § 407, Nr. 15; Staub z. § 407, Ann. 14-18*）。

1. 承攬運送人與委託人間之關係 承攬運送人依承攬運送契約爲委託人之計算，以自己之名義與運送人訂立運送契約，性質上爲廣義的行紀，應遵從委託人之指示，並維護其利益。承攬運送人基於運送契約所生之債權，於委託人與承攬運送人及其債權人之間，雖未經讓與，爲委託人之債權（參照關於行紀之說明）。承攬運送人使用中間承攬運送人時，對於其關係自己爲委託人，中間承攬運送人對於第一承攬運送人之關係，處於承攬運送人之地位。主承攬運送人對於中間承攬運送人，不獨就自己所生損害，並得就委託人之損害，請求賠償。

2. 承攬運送人與運送人之關係 承攬運送人爲他人計算之情事，於其與運送人之關係，當初不爲問題，運送契約由二者訂立，運送人以承攬運送人爲契約相對人。然實際上爲他人之計算爲之，甚有意義，承攬運送人有以委託人之利益爲根據，主張其對於運送人之損害賠償請求之權。

3. 委託人與運送人間之關係 此二者間通常惟於承攬運送人將其對於運送人之請求權讓與於委託人，或

將其對於委託人之請求權讓與於運送人時，始成立債務關係。然運送人與委託人相互間，得直接的基於侵權行為而負責。承攬運送人與運送人間訂立的責任限制或免責之約款，如運送契約基於承攬運送之委任而訂立者，其效力亦及於委託人。委託人對於運送人主張契約上之請求權（受讓與後）時，運送人得以其基於運送契約所生之抗辯對抗之。委託人對於其他中間承攬運送人之關係亦同。

4. 承攬運送人與受貨人間之關係 此二者間除受貨人自己為委託人外，原應無法律關係之成立。然依日本商法（五六八條五八三條一項），運送物到達於目的地後，受貨人取得委託人對於承攬運送人因運送契約所生之權利，即不僅取得託運人對於運送人之權利，並取得委託人對於承攬運送人之權利。例如對於承攬運送人之損害賠償請求權。受貨人受取運送物時，對於承攬運送人負支付運費及其他費用之義務（日商五六八條五八三條二項）（竹田一五〇頁）。然德商法及我民法關於此點，未為規定，解釋上承攬運送人除為契約相對人外，與受貨人無法律上之關係。對於受貨人無遵從其指示之義務。然於物品運送之經過中，往往成立其間之法律關係。承攬運送人基於承攬運送之委託，得自一定時點（於支付貨價後），有遵守受貨人指示之義務。受貨人多被指示將運費支付與承攬運送人。然承攬運送人對於受貨人無獨立的運費支付請求權，惟因留置權的行使，事實上受貨人欲受取貨物，縱未受有指示，亦不得不為支付，雖因此不成立承攬運送人與受貨人間之契約關係，然法律上此時承攬運送人應將物品交付與受領人（民法三一二條）。但受貨人對於運送人則有獨立的運送物品請求權（民法六四四條），已如前述。其他情形，惟於受貨人由委託人受有基於運送契約之請求權之讓與，或因其他原因，例如基於所有權而有物上請求權時，始得對於承攬運送人主張權利。受貨人對於有先付款負擔之物品，無保留的為受取者，如無反對之情形，通常可認為有付款義務之承擔。於此範圍對於承攬運送人直接負責（*Duer. Hand. z. §407, Anm. 7d*）。

5. 承攬運送人與非為委託人之所有人間之關係 承攬運送人，往往非由物品所有人，而由第三人受委託，例如由經紀人、倉庫營業人或其承攬運送人或已移轉所有權之物品出賣人，受有委託。此時承攬運送人

與所有人間，無契約關係之成立。通說此時承攬運送人對於所有人之責任，應依關於侵權行為之規定。然應分別為觀察。承攬運送人與委託人間所約定的責任之限制，如其約定係委託人基於所有人之委託或於所有人預知之情形下所訂立，而且此責任限制為必要或在交易上為通常者，其約定亦得對抗所有人（*Strand. v. § 407, Ann. 17*）。然依侵權行為應負責之承攬運送人，對於不知含有責任限制的契約訂立之所有人，不得主張所約定之限制。但依德國判例「運送人及承攬運送人包括中間承攬運送人，得基於侵權行為，就運送物或承攬運送物，對於所有人負責」。此為學說及判例所常認。接受他人之物，受報酬而應以一定方法為處理者，應就物品之維持及保管為注意，乃合於一般通行的法律感覺及單純的公正原則。因怠於此注意而致物品毀損或喪失者，即有德民法第八二三條事實之存在（侵權行為）。所有人有損害賠償請求權（*R.G. 105, 304*）。然承攬運送人與委託人約定報酬，常以運送契約為基礎，而承擔義務，如忽然對於第三人（所有人）就單純的輕過失應負擔侵權行為責任（參照民法六三八條三項），對於承攬運送人實為不公，雖承攬運送人對於所有人為賠償時，通常得基於所訂立運送契約對於委託人行使求償權，然在善意承攬運送人對於非委託人之所有人，惟應於其對委託人依運送契約負責之範圍內負其責任，始為公平。承攬運送人以委託人為所有人或信委託人有處分權時為善意，此對於所有人亦無不當，蓋如委託人有違背其指示之行為，常得向其問責也。德民法第九九一條第二項規定「占有人於占有取得時為善意者，自占有取得之時，就第九八九條所定之損害（相當我民法第九五九條第九五六條），惟於其對於間接占有人應負責之範圍，對於所有人負賠償責任」，即為此原則之適用（*Duer. Hach. z. 417, Ann. 7*）。

第五節 短期時效

對於承攬運送人因運送物之喪失、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、日商五六六條、德商四一四條一項二項）。（一）適用範圍：因運送物之喪失、毀損或遲到所生之責任，證據易於湮滅，而且處理無數運送物之承攬運送人長久保全證據，甚為困難，加以運送物之喪失毀損或遲到，與運送人或其他承攬運送人之歸責事由有密切的關係，故民法斟酌其特別情事，就承攬運送人之責任，認有特別之短期時效。（二）二年之短期時效，惟就運送物之喪失、毀損或遲到有適用，故基於承攬運送契約之其他債務及其債務不履行之責任，不包括在內。例如基於承攬契約之履行請求權、運費及其他費用超過支付之返還請求權、因留置權不當行使對於運送物之交付請求權、就承攬運送人對於運送人之損害賠償權請求其讓與之權利（民法六六〇條二項五七八條）、怠於為報關手續或付保險之損害賠償請求權、因違反委託旨趣之承攬運送行為（例如因與運費同盟未加盟公司訂立運送契約而應受罰金之制裁）之損害賠償請求權（Duer. Haech. 2. §414, Ann. 5 竹田一四七頁）等是也。又此規定係關於承攬運送人基於承攬運送契約所負擔之責任，如兼營其他營業，就該運送物另訂契約時（例如寄託），對於其責任不適用之（日本明治三十九年二月十三日大判）。（三）時效之起算點：二年之時效，原則上自運送物交付日之翌日起算（民法一一一條二項）。運送物全部喪失，自運送物應交付之日之翌日起算。其他事由即毀損、遲到及一部喪失，均自交付日之翌日起算。（四）運送人如同時構成侵權行為時，應另適用民法第一九七條之規定（參照日商五六六條三項、德商四一四條三項）。

第六節 承攬運送人之權利

承攬運送人之權利，有在承攬運送節內有規定者，有準用行紀之規定者，有準用行紀之規定而再增用關於委任之規定者，茲述其要者如次。

一、報酬請求權

承攬運送人係以承攬物品運送爲業而受報酬之人（民法六六〇條一項），自有報酬請求權。此項報酬稱爲手續費或佣金。

1. 報酬之數額 手續費之數額，由當事人以契約定之。無約定者依習慣（民法六六〇條二項、五八二條）。至於運費，承攬運送人得依其與運送人約定之實額（參照德商四〇八條二項），另向委託人請求。蓋運費爲辦理承攬運送事務所墊付之費用，與手續費不同也（民法六六〇條五八二條）。

2. 報酬請求之時期 （一）報酬支付時期，依當事人之約定。其爲與委託人訂立委託契約之時或爲將託送物交付於運送人之時或爲承攬運送物已運到目的地之時，均無不可。（二）如無約定，依德日商法規定，將運送物交付於運送人時，即得請求報酬（德商四〇九條、日商五六一條一項 *Ordn. n. § 439, Ann. 25*）。我民法未另設規定，雖有主張除另有約定外，應於承攬運送關係終了並已明確報告其顛末後，始得請求報酬。物品已運到目的地交付於委託人或其指定之人，或委託人或其指定之人以受貨人之資格已取得託運人之權利，承攬運送關係始告終了（薛著二九四頁、戴著債各下冊二一二頁）。然承攬運送人以使他爲運送而受報酬，如運送契約已成立並將運送物交付於運送人，則委任事務之處理已爲終了，應得請求報酬（民法六六〇條二項五七七條五四八條、梅著三三四頁）。但爲請求報酬應明確報告其顛末，自不待論。如承攬運送人並承受目的地承攬運送人之事務，則於其事務終了時，始得請求報酬。（三）爲請求報酬，須將運送物交付於運送人，惟訂立運送契約尙爲未足。如因可歸責於委託人之事由，承攬運送人不能爲運送物交付時，有主張承攬運送人應有報酬請求權。其理由謂基於德民第一六二條（我民法一〇一條）及德民第八一五條（類似我民法第一八〇條三款）者（*Staub, n. § 409, Ann. 2*）。有謂基於民法第二六七條之規定者（小町谷二八九頁）。亦有主張應分別情形爲觀察，如承攬運送人尙未與運送人訂立運送契約，則委託人得隨時終止契約，此時承攬運送人惟得請求墊款及支出費用之償還，不成立報酬請求權。如已

與運送人訂立運送契約，而委託人不能交付物品，則委託人陷於受領遲延，應適用德民法第六四二條（類似我民法第五〇九條）及第六四三條（我民法第五〇七條），承攬運送人得請求損害賠償，亦無報酬請求權。在德國學者一般認承攬運送為承攬契約，承攬運送人無請求交付運送物之權利，而且德商法雖規定準用關於行紀第三八八條至第三九〇條之規定，而將第三九六條（因存於委託人之事由致訂立契約實行不能仍得請求報酬）除外，故不得解釋委託人交付運送物之不能，為受領遲延或為阻礙停止條件之成就（但亦有主張承攬運送為僱傭契約，此時得依德民第六二八條之規定請求部分手續費例如 *Reise*）。在我民法，則以承攬運送為類似行紀之一種契約，並補充適用關於委任之規定，可解釋因可歸責於承攬運送人之事由致承攬運送人之交付運送物為不能時，應得請求全部報酬。如因其他因非可歸責於承攬運送人之事由為不能時，則惟得就其已處理之部分請求報酬（民法五四八條二項、參照關於行紀報酬請求權之說明）。（四）運送物之交付，以運送契約之成立為前提。運送契約苟未成立，雖運送物偶有交付於運送人之事實，不得請求報酬。然苟基於運送契約交付於運送人，則其後運送人是否為運送，在所不問。此時惟發生承攬運送人就運送人之選擇有無過失之問題（民法六六一條）。苟運送契約已訂立，而運送物事實上已在運送人之占有，雖未由承攬運送人有直接之交付，仍不妨謂已有交付。例如在維也納，承攬運送人使用在科倫之中間承攬運送人，將匈牙利葡萄酒運送至英倫，鐵路在科倫不交付葡萄酒，中間承攬運送人任其占有並置於保税倉庫，惟辦理其繼續的承攬運送事務，此時中間承攬運送人以與鐵路訂立關於運至荷蘭之運送契約，與輪船公司訂立關於運至英倫之運送契約，即得請求報酬（*Duer.-Hach. z. § 409, Ann. 2*）。

二、費用償還請求權

承攬運送人基於運送契約對於運送人支付之費用，自得對於委託人請求償還（民法五四六條一項）。然承攬運送人為受人，負擔為委託人以最有利之方法處理事務之義務，不得因運費或其他費用而有利益，故運送人為承攬運送人所為特別折扣，其利益應及於委託人。然如將他委託人所委託之物品一括的以自

己之計算與運送人爲集合運送（躉載運送 *Sammeladung*）之契約（*Sammeladungsspedition*）（例如包車載運），因而獲得運費之折扣時，有主張除有特約或習慣外，不得利得其與普通運費之差額，應使各委託人均霑其利益。其均霑方法除有特別情事外，應以各運送物之普通運費爲標準，決定其比例分受之利益。然如有集合運送承攬之委託，除有報酬特約或特別情事外，因其承受而成立運送契約（小町谷二八七頁）。然爲特定委託人之運送物算定運費，甚爲困難，依德商法第四一三條第二項規定，此時雖未就運送費用之一定額有合意，承攬運送人亦有運送人之權利義務，除有特約外不得另請求報酬，然得請求按其情形認爲相當之運費，但不得超過各該運送物運送通常之運費。在日本商法因未另設有規定，亦有主張其節約運費之部分，應歸承攬運送人之利得，於有疑義時似可與有確定運費之特約同樣視爲一種介入（竹田一五六頁），亦有主張此時逕可視爲一種介入（大橋一七四頁）。依瑞民解釋將不同委託人之承攬運送委託集合，而於全車或全船載運時，承攬運送人爲運送人而出現，運費節餘或自己費用（成本）與通常運費差額之相當部分，應屬於承攬運送人。除有反對約定外，此中存有對於承攬運送人之報酬，代替其所失去之手續費，其餘的差額應歸屬於委託人之利益（*Ober, n. § 439, Ann. 34*）。但有主張承攬運送人得請求普通之運費，例如 *Becker*。依余所見此時可參照德商法之規定，認爲承攬運送人自己運送物品（民法六六四條）。

三、留置權

承攬運送人爲保全其報酬及墊款得受清償之必要，按其比例，對於運送物有留置權（民法六六二條、日商五六二條、參照德商四一〇條）。依日商（五六二條）就關於運送物應受之報酬、運費、其他爲委託人所爲之墊款及前付，得留置運送物。我民法亦可爲同樣之解釋。運費謂因承攬運送人之介入及有確定運費約定之運費，墊款謂爲契約實行爲委託人所支出運費及其他費用。其特色有兩點。即其一在於按報酬及墊款之比例，有留置權，爲擔保不可分原則之例外，其二爲運送物屬於委託人之所有與否，在所不問。對

於委託人運送物以外之動產或有價證券，惟得依一般原則有留置權。承攬運送人之事業，性質上應將運送物交付於運送人，其報酬請求權於其時始發生，一見與以物之占有為要件之留置權相矛盾，然承攬運送人係以自己之名義訂立運送契約，對於運送人居於託運人之地位，得經由運送人而為運送物之間接占有，因運送物處分權之行使（民法六四二條），運送人有行使留置權之權利與義務（民法六四六條所謂前運送人包括託運人在內、參照德商法四四二條）。

四、介入權

承攬運送人除契約另有訂立外，得自行運送物品。如自行運送，其權利義務與運送人同（民法六六三條、日商五六五條一項、德商四一二條一項）。即承攬運送人不與運送人訂立運送契約，而自為運送。依民法之規定，承攬運送人當然有介入權，除另有規定外，得自為運送，無須有倉入之許可，即與行紀人之介入權相同，為一種形成權。

1. 介入之要件 承攬運送人為介入，以無禁止介入之特約為消極的要件，非如行紀人介入權以就運費有市場市價為必要（民法五八七條）。惟運費無市場之時，甚為稀少（Duer.-Hach. z. §412, Anm. 9），此時應斟酌各種情形，決定相當之運費（Duer.-Hach. z. §412, Anm. 3 岡野二一〇頁、竹田一五四頁）。

介入禁止之特約，通常於委託時為之，得為明示或默示。在介入通知前，得隨時為之。委託人主張有此約定者，應負舉證之責。於承攬運送契約訂立後，委託人的一方意思表示，對於承攬運送人不生拘束力。然承攬運送人對於違反契約之要望之沈默，依其情形可為認有默認（Duer.-Hach. z. §412, Anm. 2）。（但亦有主張在介入通知前，委託人得為禁止，因承攬運送契約為委任，驗之委任人得隨時終止契約為自明之事，小町谷二九三頁，然禁止介入與終止契約不同，我民法明定除契約另有訂定外承攬運送人當然有介入權，固不可以一方之表示為禁止也）。

2. 介入之方法 介入之意思表示，爲單方要相對人之意思表示，因達到於對方而生效力。蓋因介入僅發生承攬運送人自爲運送人負擔運送債務之效力，並非原有自己爲運送之必要，如無此意思表示，委託人不能判定介入之有無，甚有害於交易之安全也（*Duer. Hach. z. § 412, Ann. 4* 岡野 111〇頁、竹田 150四頁）。但承攬運送人自己開始運送，委託人知其事實時可認爲默示之介入（*Duer. Hach. a.a.O.*）。自介入發生效力時，開始委託人與承攬運送人之運送契約關係。

3. 介入之時期 關於介入之時期，並無限制，但已爲介入之意思表示，則應受其拘束。然承攬運送人與運送人訂立契約後，在對於委託人爲契約訂立之通知前，仍不妨爲介入之通知，將其運送契約置於次運送契約之地位（*Duer. Hach. z. § 412, Ann. 5; Staub, z. § 412, Ann. 3* 小町谷 119五頁）。介入後承攬運送人自爲運送或使第三人運送，在所不問。此時第三人爲其履行輔助人或爲次運送人（*Staub z. § 412, Ann. 3*）。但介入不使承攬運送人喪失其地位，故承攬運送人應爲委託人以善良管理人之注意行使介入權。

4. 介入之範圍 介入得就一部爲之。如承攬運送人爲運送承攬，同時爲車輛運送之營業人，而自己實行部分運送，將運送物送至車站或碼頭，尤其在條俱承攬運送，往往有此種部分之介入。然如承攬運送人雖提供一部分之運送工具，而將運送付託運送人，此時不成立部分的介入，僅得請求其運送工具相當之租金，惟應於運送人運費中計算之（*Duer. Hach. z. § 412, Ann. 6*）。

5. 介入之效力 爲介入時，承攬運送人之權利義務，與運送人同（*民法六三六條、日商五六五條一項、德商四一二條二項*）。即委託人與承攬運送人間，新發生運送契約上之法律關係，適用陸上運送或海上運送之規定。然介入不過爲履行承攬運送委託之一方法，委任關係不因而消滅（*岡野 111一頁、小町谷 119六頁*）。如同行紀人之介入，併存二種法律關係。故承攬運送人雖爲介入，仍一方面負擔承攬運送人之義務，同時他方面享受承攬運送人之權利，除運費外得爲報酬、墊款償還等之請求（參照德商四一二條二

項後段 Duer-Hach, z. § 412, Anm. 9)。但運送人因介入自爲運送人時，自無將運送物交付於運送人之事實，應解釋以現實開始運送時得請求報酬 (Duer-Hach, z. § 412, Anm. 4)。

因介入意思表示之達到，當然發生介入之效力。委託人於通知達到後，不得終止承攬運送之委任 (但史韜布主張在承攬運送人開始運送前委託人仍不妨爲撤回 Staub, z. § 412, Anm. 3)，惟得行使民法第六四二條所定之權利。

6. 介入之擬制 就運送全部約定價額或承攬運送人填發提單於委託人者，視爲承攬人自己運送，不得另行請求報酬 (民法六六四條、日商五六一條二項五六五條二項、德商四一三條一項)。此外依德商法第四一三條第二項就集合載運，規定「承攬運送人基於以自己之計算就集合載運所訂立之運送契約，與他委託人之運送物合併爲物品運送時 (與他人或自己之物品合併送與不同或同一受貨人)，雖就運送費用之一定費率未爲合意，仍適用本條第一項之規定 (取得運送人之權利與義務)。此時承攬運送人得請求按其情事認爲相當之運費，但不得超過各該運送物運送之通常運費」。我民法此時亦可視爲自爲運送，有如前述，茲分述之如次。

a. 確定運費運送 (Spedition zu festem Transportsatz) 就運送全部約定價款時，多少有投機之性質，其運費與實際上承攬運送人支付於運送人之運費之差額，爲承攬運送人之利益，不得謂爲委託人之計算訂立運送契約，故視爲承攬運送人自爲運送，不得另請求報酬 (民法六六四條、德商四一三條一項、日商五六一條二項)。當事人間之法律關係，適用關於運送之規定 (竹田一五五頁)。其結果確定運費之請求權，非於運送物交付於運送人時發生，應解爲於運送完畢時始行發生。此時承攬運送人雖不得另請求報酬，然就支出之未包括於運費之其他費用，仍得請求償還。(一) 雖約定運費總額，然如因可歸責於委託人之事由，致費用有增加時，承攬運送人仍得請求其增加費用。如委託人僞報物品，而真實物品須支付較高運費時，不受約定價額之拘束。約定運費總額，保留以運費率不變更爲條件者，則爲民法第六六四條之

適用，爲附有解除條件。如運費率發生變更，則運費總額之約定與其所結合之效果，歸於消滅。如無其他約定，適用關於承攬運送之一般原則。(二)此約定得依明示或默示爲之，其訂立多以承攬運送人所提出價目表爲依據。承攬運送人表示依一定費率實行運送，委託人對此表示爲沈默時，其沈默大都可認爲默示的同意。然爲發生民法第六六四條之法律效果，其約定應於運送實行前爲之。對於已實行之承攬運送，其後就一定費率之合意，惟有免除承攬運送人計算義務之意義。(三)有上述要件之具備時，承攬運送人專有運送人之權利與義務(參照德商四一三條一項)，因此應爲其所使用之運送人及中間承攬運送人負責，即就其履行輔助人之故意或過失負其責任(民法六三六條)。然承攬運送人僅就運送區域之一部分約定一定費率，而就其餘部分未爲此約定時，則就其餘部分，惟負承攬運送人之責任(Duer.-Hach. z. § 473, Ann. 3—5)。

b. 自己填發提單 承攬運送人填發提單於委託人者，視爲自己運送，不得另行請求報酬(民法六六四條、日商五六五條二項)。提單之填發，可認爲承攬運送人以運送人自居，故民法視爲自己運送。民法雖僅規定提單之填發，承攬運送人爲陸上及海上之運送承攬，就海上運送亦得爲介入，從而填發載貨證券時，亦生介入之效力。所謂提單之填發，謂其作成及交付，自不待言。又承攬運送人雖非運送營業人，其所填發之提單苟具備法定之形式，而交於善意第三人，於證券之作成人間即生證券之效力。其填發者不得對於持有人以其非運送營業人而爲抗弁。所謂不得另行請求報酬，謂於約定運費或通常運費之外，不得另請求報酬(承攬運送人之手續費)。蓋此時承攬運送人已成爲運送人也。(但在日商法第五六五條二項解釋，則此時承攬運送人僅與運送人有同一之權利義務，乃爲一種因意思表示之介入，仍兼有承攬運送人之資格，故不妨請求承攬運送人之報酬，小町谷二九四頁二九六頁)。

c. 集合載運(Sammelladeverkehr)(1)關於集合載運，如上所述，德商法(四一三條二項)設有規定，我民法雖未有明文，亦可認爲自爲運送。日本商法關於此點亦無規定，學者有主張惟於承攬運送

人承受集合運送之委託時，應與確定運費之承攬同樣視爲自己運送（小町谷二九〇頁）。然依德商法規定，不問有無此特約，苟有不同之委託人，承攬運送人以自己之計算訂立集合載運之契約，雖其運送物應運交於同一受貨人，亦專有運送人之權利與義務。然如集合載運，依其情形與該承攬運送委託之實行不相容者，承攬運送人不得選用集合載運之方法。尤其運送有急迫之情形或運送物性質上需要急速運送時爲然。因承攬運送人不得將季節物品運不運送，以待與他運送物合併爲之。承攬運送就其運送區域之一部分爲集合載運，於其餘區域爲件貨運送者，惟就該區域爲運送人，於其餘區域爲承攬運送人負責。其情形有如僅就運送區域一部分，以一定費率爲承攬之承攬運送人（Duer.-Hach. z. § 413, Anm. 5.8, II 2c）。(III) 如具備上述要件，則承攬運送人視爲自己運送，專有運送人之權利與義務。依其情形，委託人就運送物亦得成立共有。在集合載運，承攬運送人不得另行請求報酬，自不待論。關於運費，德商法規定不得超過通常之件物運費。通常承攬運送人關於集合運送預定有運費之費率，應於契約訂立前告知，故就費率未有合意之情事較少。有此合意時，則爲確定運費運送，未有此合意時，應權衡承攬運送人因集合載運所節省之費用及勞力，與因此所生遲延對於委託人之不利，以爲公平之決定。即其所節省之運費惟應以其相當部分作爲承攬運送人之運費，其餘應爲委託人之利益。然無論如何，不得超過通常件物運送之運費（Duer.-Hach. a. a. O. Anm. 9, 10,）。(IV) 承攬運送人就其他支出之費用及墊款，仍不妨爲償還之請求（Duer.-Hach. a. a. O. Anm. 12）。

五、損害賠償請求權

託運物依其性質，對於人或財產有致損害之虞者，委託人於訂立契約前，應將其性質告知承攬運送人。怠於告知者，對於因此所致之損害，應負賠償之責（民法六六五條六三一條）。

六、時效

我民法關於運送人運送費及其所墊之款之請求權，規定自得行使之日起，因二年不行使而消滅（民法

一二七條二款)。承攬運送人可從廣義的解釋，包括在運送人之內。其報酬及墊款之請求權，因二年不行使而消滅(參照日商法五六七條、德民法一九六條一項一款二項 Staub z. § 409, Arm. 6)。依日商法(五六七條)規定為一年、依德民法(一九六條三款)規定為二年。

第七節 相繼承攬運送

一、相繼承攬運送之意義

運送途中有為相繼承運送之必要，例如一旦由鐵路受取運送物，有更依船舶或其他鐵路為運送之必要。此時由原委託人或承攬運送人就第二之運送，使銜運地之相繼承攬運送人，處理繼運事務，其形態有種種。(一)承攬運送人於承受承攬運送後，使用他承攬運送人(次承攬運送人)。(二)由委託人就各區間之運送，利用各地之承攬運送人(部分承攬運送)。(三)第一承攬運送人，兼承受與中間承攬運送人訂立承攬運送契約(相繼承攬運送)。(四)利用目的地之承攬運送人。在第(一)種次承攬運送之情形，使承攬運送人利用履行輔助人，無於此處特為述明之必要。第(二)種部分承攬運送之情形，各承攬運送人與委託人間成立承攬運送契約，各承攬運送人間不發生法律關係。第(三)種相繼承攬運送之情形，第一承攬運送人與第二承攬運送人間成立承攬運送契約，並且係間接的以自己之名義為委託人之計算為之(Duer-Hach. z. § 409, Arm. 5)。日商法第五六三條第五六四條為此特設有規定。第(四)種利用目的地承攬運送人之情形，更可分為三種形態。即(a)為承攬運送人之履行輔助人，(b)委託人直接與之訂立契約，(c)承攬運送人基於委託人之委託，以自己之名義為委託人之計算與之訂立契約。(a)(b)(c)兩情形，可準於第(一)第(二)種情形而為論斷。惟(c)之情形(狹義的目的地承攬運送人)，可與相繼承攬運送人同論。

二、相繼承攬運送人行使其前者權利之義務

依日商法第五六三條第一項「數人相繼爲承攬運送時，後者負有代前者行使權利之義務」。依德商法第四一一條第一項「承攬運送人使用中間承攬運送人時，後者應同時行使屬於前者之權利，尤其質權」。例如甲以自己之名義爲委託人之計算與乙承攬運送人訂立承攬運送契約，則乙有代甲行使其權利之義務。我民法雖無此規定，應可爲同樣之解釋。蓋中間承攬運送人乙，係與對於自己爲委託人之承攬運送人甲訂立承攬運送契約，應以善良管理人之注意爲甲處理委任事務，故於甲有指示時，自不待論。即無特別指示，在善良管理義務上認爲當然時，就甲關聯於該運送物之承攬運送所有之權利，應謀其保護（*Duer. Hach. z. §411, Ann. 2*），即乙與運送人更訂立運送契約時，應對之爲適當之指示。如於目的地更使用承攬運送人時，亦應對之爲適當之指示。例如指示應與運費或其他費用（民法六四六條）之清償交換而交付運送物，或對於運送人請求中止運送爲甲行使留置權。又在狹義的目的地承攬運送人，係依甲之委託將運送物交付於受貨人，故直接對於受貨人行使甲之權利，實在此時發生。例如行使留置權或與債權之清償交換而交付運送物。此外亦得有爲委託人之承攬運送人，爲運送物拍賣之必要（民法六六〇條二項五八五條）（*Duer. Hach. z. §411, Ann. 2* 小町谷三〇一頁註二）。

後者行使前者之權利，爲兩者間因承攬運送契約當然所生義務之履行，不以有前者之特別委任爲必要（參照民法六五三條）。違反其義務時，應負損害賠償之責（*Duer. Hach. z. a. O.*）。後者爲前者之代理人而行使其權利。所謂前者，爲直接之前者，即對於自己爲承攬運送之委託者有數個之相繼承攬運送人時，其前者之前者，不包括在內。蓋與此等前者之間不生法律關係，對於此等前者之權利，其直接後者各負有謀其保護之義務，而對於自己之後者應爲適當之指示（小町谷三〇一頁 *Duer. Hach. z. §411, Ann. 2a*）。

三、前者權利之代位行使

數人相繼爲承攬運送，依日商法第五六三條第二項「後者對於前者爲清償時，取得前者之權利」。依德商法第四一一條第二項前段「前者於其債權由後者受清償之範圍，前者之債權及質權移轉於後者。此時所謂前者，不以其自己之直接前者爲限，其要件如下。即（一）須有數承攬運送人存在。（二）爲第一承攬運送人或其以後之承攬運送人之債權，須有質權（在我民法則爲留置權）之成立。（三）須由後者對於前者之此債權爲全部或一部之清償（Duer-Hach. z. §411, Ann. 4.5）。在我民法雖無此規定，然後者對於其直接前者有爲其行使留置權之義務，可認爲就債之履行爲有害關係之第三人，爲清償時自得代位行使前者之權利（民法三一二條）。其直接前者對於其前者亦有此義務，應爲對於其後者爲適當之指示，則後者有遵從其指示之義務，故通常對於其直接前者之前者之債權爲清償，亦可認爲有害關係之第三人，故可得大略同一之結果。因係代位行使前者之權利，從而其債務人（即該前者之委託人及受取運送物之受貨人），得以其對抗前者之抗弁，對抗後者。清償之方法不以現金支付爲限，代物清償、抵銷或其他使債權消滅之方法，均無不可。

四、運送人權利之代位行使

依日商法第五六四條規定「承攬運送人對於運送人爲清償時取得運送人之權利」，依德商第四一一條第二項末段「中間承攬運送人於清償運送人之範圍，運送人之債權及質權亦同（移轉於承攬運送人）」。茲所謂承攬運送人，謂中間承攬運送人或狹義的目的地承攬運送人，德商法明定其旨，蓋與運送人訂立契約之承攬運送人取得運送人之權利，乃爲對於自己權利之取得，毫無意義也（松本二一三頁）。我民法雖無此規定，然中間承攬運送人或目的地承攬運送人如不爲清償，運送人往往行使其留置權，不肯將運送物交付，則無由完成其任務，故對於運送人就其與運送關聯之運費及其他費用之清償，亦可認爲有害關係之第三人，得代位行使其權利（民法三一二條）。

第十八章 合夥

第一節 合夥之意義及性質

合夥 (societas; Gesellschaft; société; partnership) 有二意義。其一謂合夥契約，其他謂因合夥契約而成立之團體。民法簡稱合夥契約爲合夥，規定稱合夥者謂二人以上互約出資，以經營共同事業之契約 (民法六六七條一項、德民七〇五條、瑞債五三〇條、日民六六七條一項)。此契約之各當事人，稱爲合夥人 (Gesellschafter; Associé; partner)。

合夥雖非法人，然有強烈的公共共有的團體性，爲我民法之特色，其具體內容如下。(一) 業務執行權者之代表權：合夥之業務執行人於其執行權限內，不獨就法律行爲有代理合夥之權限，就非法律的行爲亦得代表合夥，即就非法律行爲的行爲，一切業務執行人之行爲與全體合夥人之行爲，發生同樣之效力。此較德民法僅就法律行爲代理爲規定者，更加強合夥之團體性。業務執行人之地位，近於法人的董事 (民法六七九條)。(二) 合夥財產之公共共有的性質：我民法仿倣德民法，以合夥財產爲合夥人之公共共有 (民法六六八條)，並規定其具體的內容 (民法六八二條至六八五條)。尤其合夥人對於合夥債務惟有補充的連帶責任之規定，顯示合夥人由合夥獨立而存在，爲嶄新之立法。合夥人之地位與爲法人之無限公司股東相同 (民法六八一條、公司法五四條)。(三) 合夥人之退夥、加入及解散：不獨認有合夥之退夥，並設有關於加入 (爲德瑞等國立法所無) 及解散的規定，以表示有獨立的團體性。

一、合夥爲雙務及有價契約

合夥人各負爲出資之債務，其債務在於相互爲對價的關係，故合夥爲雙務契約。在合夥之出資雖非相

互爲交換，然苟爲對價而給付，尙不妨爲雙務契約。從而爲有償契約。故關於買賣之規定，於合夥契約性質所許可之範圍，得準用於合夥（民法三四七條），同時關於雙務契約之規定，亦於合夥有適用。但關於雙務契約規定之適用範圍，不免存有疑問，茲擇一二點述之如次。

1. 同時履行之抗弁與合夥契約 民法第二六四條關於同時履行抗弁之規定，對於合夥是否有適用，甚有爭執。合夥有二人之合夥人組成者，自己未爲履行之合夥人爲出資之請求時，他合夥人自應有此抗弁權。合夥人有三人以上時，爲出資請求之當事人自己尙未爲履行時，對於相對人無否認其同時抗弁權之理由。反之是否得以第三當事人尙未履行為理由，對已爲履行之合夥人之請求爲拒絕。又合夥之業務執行人爲出資之請求時，是否得以合夥人中尙有未爲出資者爲理由，而爲此抗弁，則不免有疑問。（一）有謂雖由自己已爲履行之合夥人或合夥業務執行人爲請求，其請求爲合夥人全體之請求，被請求人應得爲同時履行之抗弁。（二）有謂民法第二六四條所謂他方當事人，此時應解釋爲現爲請求之當事人。又出資請求權構成合夥財產之一部，其屬於合夥財產之債權由業務執行人行使時，自合夥之團體性，應否認其債務人有同時履行抗弁權。如以合夥人中有一人尙未出資，他合夥人即有同時履行抗弁權，則業務執行人僅可獲得應與他合夥人之給付交換的爲出資之判決，不獨其強制執行顯遭困難，而怠於出資者應負利息支付義務及損害賠償義務（民法二三三條）之規定，惟對於最後之懈怠者有其適用，此自合夥爲雙務契約同時有團體性之點觀之，明爲不妥（三）依余所見，此時因合夥爲雙務契約，一方面應認其有同時履行抗弁權，他方面因合夥之團體性應將民法第二四六條變更適用，即被請求出資之合夥人，雖不得主張與其他尙未爲給付之合夥人爲交換的履行，然對於請求人在其對於其他合夥人按同一之比例爲出資請求前，得拒絕自己之出資。其強制執行亦按同一方法爲之。但得依契約以請求出資的順序之決定，委於業務執行人，自不待論（參照拙著債法總論五六一頁 *Enn-Lehmann § 176, I, 1b, S. 708*）。不安之抗弁，在有三人以上之合夥，惟於他合夥人全部財產關係對於先爲給付義務人之關係，顯爲減少有難爲對待給付之虞時，始得爲之（民

法二六五條) (Denecke, z. § 705 A, S. 475)。

2. 危險負擔之問題與合夥契約 一合夥人之出資義務爲給付不能時，於合夥性質許可之範圍，當然適用民法第二六六條第二二五條，其結果合夥人爲二人時，雖不生問題，合夥人爲三人以上時，例如應爲勞務出資之合夥人甲，因非可歸責於己之事由爲履行不能時，合夥人乙及丙依民法第二六六條之適用，免其債務，合夥人甲自合夥退夥，然合夥人乙及丙間之債務是否亦相互的消滅，從而合夥亦歸於消滅，則不無疑問。德國學者有主張惟陷於給付不能之「夥人，由合夥退夥，其他合夥人相互間合夥仍爲存續」(Planck, Vorb. vor § 705, IV, 2 b; Oser, z. § 705, 4cB)。亦有主張其他合夥人相互間之債務，亦一同消滅，從而合夥亦消滅 (Knöke, Das Recht der Gesellschaft, S. 47—48; Nicolai, zitiert bei Krahmer, Gegenseitige Verträge, S. 136)。亦有主張除爲清償合夥債務外，他合夥人有部分的拒絕其出資之權利 (Enn. Lehmann, § 176, I, c)。依余所見，對於每一合夥人之出資請求權，爲他合夥人全部之不可分債權，例如乙依民法第二六六條對於甲之關係，雖免其出資義務，就其出資對於共同債權人丙，仍負有其債務 (民法二九〇條，未弘八二〇頁)，而且如解釋因一合夥人之出資不能而使合夥消滅，則有背於合夥之團體性，不合於合夥契約當事人之意思 (鳩山六六九頁)，故應解釋此時合夥仍爲存續。但爲不能之出資就合夥目的之完成有重大之關係時，得構成民法第六九二條第三款所定合夥之目的事業不能完成，而生合夥解散之結果。合夥人之給付因可歸責於他合夥人之事由爲不能時，無論以爲合夥義務之違反或爲代償請求權之讓與 (民法二二五條二項)，其因而免責之合夥人，應將賠償請求權交與合夥財產，在合夥均有賠償請求權。

二、合夥爲諾成及不要式契約

合夥因合夥人意思平行的一致而成立。現實爲給付並非合夥成立之要件，故爲諾成契約。其意思表示不以任何方式爲必要，故爲不要式契約。惟訂立合夥契約，通常多以書面爲之。出資爲不動產物權之移轉或設定者，應以書面爲之 (民法第七六〇條)，但以不動產之取得及轉賣爲目的之合夥契約，不在此限。

Enn-Lehmann, § 175, II)。

三、合夥以經營共同事業爲目的

合夥之目的，在於合夥人經營共同之事業（民法六六七條一項）。其共同事業之種類如何，在所不問。故合夥得以祭祀、宗教、慈善、學術、技術及其他各種事業爲目的。在法民法（一八三二條）奧民法（一一七五條）雖限定合夥之目的事業，應以營利爲目的。德民法（七〇五條）日民法（六六七條）與我民法同樣不加以限制，苟不背於公序良俗，其事業爲公益的或爲營利的，或以交誼娛樂爲目的（例如俱樂部），均無礙於合夥之成立。又合夥之事業，亦不問其爲繼續的或爲臨時的，爲個個之事業或爲包括之事業。故以單一行爲爲目的之偶然合夥（Gelegenheitsgesellschaft），亦爲合夥。例如數人躉金廉價購入一定量物品而爲分配，亦不失爲合夥。

事業須爲共同，以各合夥人就事業之成立有共同利害關係爲必要。故（一）僅合夥人一人或數人受利益之分配，在羅馬法所謂獅子合夥（*societas leonia*），雖得爲贈與或利益分配之擔保契約，然非合夥。但在對外關係以合夥人之資格訂立契約者，仍視爲合夥人，自不待論（Enn-Lehmann § 175, I, 2a, Bem. 6）。（二）但利害關係，無須爲金錢的利害，而各合夥人之間亦不妨有差等。例如合夥人甲之之利害爲金錢，合夥人乙之利害關係不妨爲精神的。苟合夥人均參與利益之分配，其中雖有不負擔損失，亦不妨其契約爲合夥。（三）合夥目的全爲利他的，合夥人全體就事業之成否僅有理想利害關係，不妨其目的爲共同（Oertmann, z. § 705, 2a）。（四）合夥人中有就事務之成績無關，惟受確定之報酬者，亦非合夥，蓋該合夥人對於事業之成否無利害關係，從而無目的之共同也。（五）利得分配契約（*partiarische Geschäfte*）雖一見類似合夥，然非合夥。蓋此時惟當事人一方干與事業，他方僅爲自己財產上給付之對價，而由事業所生之利益受其分配，從而當事人亦無目的之共同。例如出租耕地而以收取孳息之一定額爲租金，對於店員就其商業上之勞務，約定供與所得利益或販賣額一定比例之報酬，對於書商委以著作物之出版權

，而約受其利益一定比例之對價，貸與金錢而約定分受其以金錢所取得利益之一定額。

四、合夥係由合夥人約爲出資之契約

合夥以經營共同事業爲目的，其事業之資本應由各合夥人釀出。資本之釀出稱爲出資（*Contribution*; *efforts et ressources*）。出資之種類並無限制，不以金錢爲必要。金錢以外之物，其他債權、物權、無體財產權、營業權，均無不可。雖勞務信用，亦得爲出資。關於勞務，民法有明文規定（民法六六七條二項、日民六六七條二項），自無疑問。雖有主張公司法就無限期公司明定股東得以信用、勞務或其他權利爲出資，而民法則未及信用，應解爲合夥人不得以信用爲出資（吾孫子債權法要論七七頁）。然民法第六六七條第二項爲注意的規定，並非有禁止以信用爲出資之意旨，故在合夥信用亦得爲出資。單純的不作爲，例如不爲競爭營業，是否得爲合夥之出資，雖有否定及肯定兩說。否定說者謂合夥人須積極的協力於事業之經營，單純之不作爲，僅消極的不妨害事業之經營，故不得以之爲出資（鳩山六六四頁）。肯定說者有謂此種不作爲並非僅不爲妨害，甲以其對於乙所有之營業競爭禁止請求權，與丙爲合夥非不可能。此權利係以不作爲爲內容之債權，亦爲財產權。亦有謂不爲競爭營業之契約，消極的亦爲合夥之利益，故亦得以爲出資，以後說爲妥（末弘八一四頁、岡村四八八頁 *Enn-Lehmann*, § 175, I, 3, S. 704 並謂全部合夥人惟有不作爲之消極的出資，亦爲可能，例如醫師相互約定不以低於一定費率與疾病救助金庫訂立契約）。

各合夥人雖均應出資，然其出資之種類、內容及出資之時期，不必皆爲同樣。全部合夥人均僅爲勞務出資，亦無妨合夥之成立（*Strandinger*, z. § 705, IV, 2, a bb 磯谷七一五頁）。然其勞務出資，有謂應限於得爲債權之標的者（*Erbman*, z. § 706, I; *Denecke*, z. § 706, I 末弘八一四頁）。亦有謂應限於經濟的勞務者（鳩山六六五頁、中村四七八頁、劉著四八五頁）。有謂應限於事業經營上之勞務者（薛著二九八頁）。依余所見，苟可爲債權之標的（民法一九九條），以供給勞務折作出資者，均無礙於合夥之成

立（參照前大理院七年上字第六一九號）。

五、特殊之合夥及類似合夥之契約

1. 隱名合夥 關於隱名合夥之性質，雖甚有爭論，然可解為內部合夥（Innengesellschaft）之一種特殊契約，蓋合夥有屬於全部合夥人之公共共有的合夥財產及共同事業，具有團體性，從而一合夥人雖退夥，對於外部尚得維持其同一性，而在隱名合夥，隱名合夥人之出資移屬於出名營業人，並無公共共有之合夥財產（民法七〇二條），法律關係僅發生於隱名合夥人與出名營業人之內部，出名營業人常以自己之名義而行動。隱名合夥人就出名營業人之行為，對第三人不生權利義務關係（民法七〇四條），對外全無團體性之存在。

2. 共同礦業權設定呈請人 依日本礦業法，共同礦業權設定呈請人，視為訂立合夥契約（同法二三條五項），當然適用民法關於合夥之規定。依我礦業法施行細則第二條共同呈請人得選用公司或合夥組織。「擬用合夥組織者，應擬定合夥契約並推定代表人由全體連署具呈，嗣後關於礦業權及其他重要事項之呈請，須附具全體議決書，但契約對於代表權有特別約定者，從其約定」（同細則二條一項二款）「以個人名義設定礦業權後，加入合辦人為合夥人時準用第一項第二款之規定」（同細則二條四項）。

3. 合會 關於合會之性質，有認為合夥者（日本昭和六年五月一日大判），有認為消費借貸者（日本明治四十四年三月二十七日大判），有主張其為消費借貸或為合夥，應依其規約書決定者（日本大正三年九月二十一日大判），亦有認為無名契約者（例如江木、池田）。在我國合會，會首有於一定日期開會征集會錢以之交付於得會者之義務，以採無名契約說為當。如解為消費借貸，則會員依中籤或得標受領會錢而成立消費借貸，嗣後之出資即所謂貼會，應解為分期清償，此說不獨難以說明中籤或得標以前之法律關係，對於最後得會會員之金錢給付，尤難謂為消費借貸。

【註】在日本人談無盡（無盡講），定有一定之角數（即一注出資日本稱為一口），及給付金額，定期的就每角使為一

定金錢之出資，每角對於全角依抽籤出標或其類似之方法，爲金錢或其他財產上利益之給付，乃各契約當事人爲達金錢之融通或其他目的，各負有出資以爲協力的債務之契約，故通說解爲合夥契約。然在營業無盡（參照日本無盡業法），會首（講元）以自己之名義由會員（講員）徵集按期攤款（掛金），更以自己之名義以之貸借於中籤者，會首自己不爲會員，而在會員以外受報酬或其他利益，故不得謂其以經營共同之事業爲目的，即非合夥。會首（無盡公司等）與會員之間成立一種無名契約，會員負有按一定時期給付一定金額之債務，會首負有將因此所得之金額依抽籤等方法，順次給與全部會員之債務（鳩山六七二頁六七三頁）。我國合會會首亦爲會員之一，與日本之合夥無盡相似，然會首有徵集會錢以之交付於會員之義務，則又與營業無盡相似，故應解爲無名契約。惟於會員間之關係於性質許可之範圍內，得準用關於合夥之規定。臺灣所行之合會儲蓄，即爲營業合會，乃爲公司（合會儲蓄股份有限公司）與會員間之一種無名契約，自不待論。

第二節 合夥之效力

依我民法，合夥人間有出資給付，利益分配及於合夥解散後賸餘財產之分配之債權的關係。然於此以外，就合夥財產尚有物權的效力成立由合夥人分離之獨立的財產，即特別財產，屬於合夥人之公同共有，各合夥人非得他合夥人全體之同意，不得將自己之股份爲處分，不得請求分割。對於此財產之強制執行，以有對於全體合夥人之執行名義，始得爲之。各合夥人之債權人惟得就其合夥人之利益或賸餘財產之分配，求其滿足，不得以各夥人之債務與合夥債權爲抵銷。然合夥財產並非屬於有獨立人格之法人，而惟屬於全體合夥人之公同共有。

民法以合夥契約爲合夥人經營共同事業而訂立的社會法上之約定，雖仍爲雙務契約，然性質上爲合一的約定，與債法上之交換契約（Austauschvertrag）大有不同，故（一）關於雙務契約規定之適用，應與變通。尤其合夥已開始交易活動或因公同共有財產之構成而已開始經營者，關於交換關係之規定，已不能適用。（a）因可歸責於合夥人之嗣後的不能或給付遲延之解除契約之規定（民法二五四條、二五六條），對於已開始經營之合夥，已不能再適用，此時惟得請求損害賠償，他合夥人得請求退夥或生合夥解

散之結果（民法六九二條三款，但在德民法解釋依其第七二三條規定，合夥人得終止合夥契約）。有不宗全給付或有情事之變更時，亦不能因而解除合夥契約。（b）在有三合夥人以上之合夥，非因可歸責於合夥人之事由致給付不能時，關於雙務契約之規定（民法二六六條二六五條）亦不能完全適用，有如前述。（二）關於意思表示之無效或撤銷之規定，於合夥開始經營後，亦永久的不能適用。於開始經營後合夥對於第三人之關係，應如同有效的成立。無行為能力人或限制行為能力人參加為合夥人時，他合夥人仍應依關於合夥之規定負其責任。學者及德國判例更進一步，如合夥事實上已開始經營，即已構成公司共有財產，雖就內部關係亦應準用關於有效設立的合夥之原則，惟得向將來主張其不生效力之結果，即其不生效力之原因依解約之通知而為主張，然其結算仍應依合夥解散之規定為之（*Enn-Lehmann, § 176, I, 1-3, S. 707-709*）。

第一目 合夥人之義務

一、合夥人之出資義務

合夥人因合夥契約而負有為出資（*Beitrag*）之義務，既已為之出資，謂之股本（*Einlage*）。出資內容得為金錢、其他物、物之使用、勞務、信用及不作為，已如前述。顧客之給與，定作之委交，甚至單純的加入而可增加其信用者，亦得約定為出資。（一）各合夥人之出資種類、數額，不必相同。於有疑義時，可認為同額。（二）出資的對象，得為權利之公司共有或為使用。於有疑義時，代替物或消費物，應認作為合夥人之公司共有。非代替或非消費物，估價而為出資者亦同。但其估價僅為利益分配之標準者，不在此限。（三）在權利公司共有之出資，其出資人應就權利及物之瑕疵，依關於買賣之原則負擔保責任（民法三四七條）。於有解除契約情形時，應返還其物而代以無瑕疵之物或以金錢折繳其價額（民法三五九條）。於價值有減少時，應補繳其減少之價額。在種類之物，得依民法第三六四條，請另交付無瑕疵之物。

。在使用之公同，因無特別規定，大都可適用關於租賃之規定。即有瑕疵物之持入，不能免其出資之義務，應補償使用價值或減少使用之價值。(四)在權利之公同共有，如同買賣，因物之交付，其危險移轉於全體合夥人。如爲土地，於交付前已爲移轉之合意及登記者，於合意及登記時，其危險已移轉。出資物應於一定處所交付，而依合夥之願望送交於他處者，自交付其物於運送承攬人時起，其危險已生移轉(準用民法三三四條)。反之在使用之公同，出資人雖於其物已爲公同使用後，仍應負擔其危險，但不負擔其他物以代替已喪失或毀損之物之義務。然不因此而認爲應喪失其相當部分之利益分配請求權(民法六六九條)。其物之損失雖由出資人負擔，而其使用之損失，則應由全體合夥人負擔。

1. 出資與合夥財產 出資構成合夥財產之一部，屬於全體合夥人之公同共有(民法第六六八條)。其爲出資義務之履行既已釀出之財產，構成合夥財產，自無疑問。然尙未履行之出資請求權，是否亦構成合夥財產，則有不同之見解(Oertmann, z. § 718, 2a)。有謂出資請求權僅爲出資義務人以外之合夥人對於負擔義務之合夥人所有之公同債權，尙未構成全體合夥人公同共有之合夥財產(末弘八二頁)。亦有主張民法既認合夥有團體性承認獨立存在的合夥財產，故將來之出資請求權，亦應認爲構成合夥財產(Planck, z. § 718, 1a; Enn-Lehmann, § 179, 1, S. 722)，以後說爲當。

2. 出資義務之履行 合夥人義務分爲合夥人個人義務(Individualpflichten)與合夥債務(Sozialpflichten)，同樣權利亦可分爲合夥人個人請求權(Individualansprüche)與合夥請求權(Sozialansprüche)。出資請求權爲合夥對於合夥人個人之請求權，亦爲每一合夥人對於他合夥人請求其向合夥爲出資之權利。此二者間之關係如何，如未定有業務執行人時，合夥人有共同執行業務之權限，自得對於他合夥人全體爲履行，亦得請求他合夥人向合夥爲履行。如定有業務執行人時，合夥人惟向有此權限之人爲履行，始生清償之效力。業務執行合夥人依民法第一〇六條但書之規定，亦得代表合夥受自己之履行。此時合夥人個人的對於他合夥人之請求權，於如何範圍，爲業務執行人或清算人實行合夥請求權之訴權所

排斥，不免有疑問。業務執行人有由合夥人徵集出資之權利與義務，為今日一般所是認。應為之出資，屬於合夥財產，其收取為業務執行人之任務，然各個合夥人於業務執行人因有任何理由不能為執行之決定時，亦有以自己之危險實行其契約請求權正當之利益，故於不損害合夥利害之範圍，原則上對於各合夥人亦應認有訴請他合夥人向合夥為給付之權。然如業務執行人於其權限之範圍內，已就合夥請求權為處分（例如免除、延期），則合夥人不得再主張其個人請求權。同樣合夥人未經他合夥人之同意，不得就合夥請求權為處分。合夥人個人之訴被駁回之判決，亦不得對抗合夥。但無論如何，業務執行合夥人之出資尚未清償時，合夥人自得對之提起個人之訴（*Einzelklage*）（*Eng. Lehmann, § 177, I, 2, S. 711, 712*）。

出資義務為權利之移轉者，須以出資之財產成為合夥之財產。讓出之財產為不動產時，應為全體合夥人之公同共有，為移轉登記。為債權時，應對於債務人為債權讓與之通知。為租賃權時，為其讓與之要件，須得出租人之承諾。

3. 出資之增加與補充 合夥人除有特別訂定外，無於約定出資之外，增加出資之義務。因損失而致資本減少者，合夥人無補充之義務（民法六六九條、德民七〇七條）。合夥契約雖訂定得依一定之多數而變更，尚不能認為增加出資或補充出資之約定。一合夥人雖一方的自動的增高其出資額，他合夥人不受其拘束。然此惟於合夥存續時有適用，於合夥解散或退夥時，則就損失之分擔，得有追加出資之義務。又此規定為任意的規定，得依合夥契約一般的或於一定情形訂定追加出資，亦得以增加出資委於多數之決議。例如探礦合夥，多有此種約定。然須確定一定之界限，增加出資之決議，亦不得超過之。蓋無限制的少數服從多數之意思，有背於良俗也（*R. G., 91, 166; 163, 385*）。此外不正當出資之增加，亦得認為非可歸責於合夥人自己之重大事由，而得聲明退夥（民法六八六條三項）（*Denecke, z. § 707, 3; Staudinger, z. § 707, I 2, 3*）。

4. 出資義務之履行遲延 各合夥人不履行出資義務時，陷於給付遲延，應負損害賠償義務，自不待論。

日本民法第六六九條特定以金錢爲出資之標的者，除支付法定利息外，如有損害並應賠償。在我民法則因有第二三三條之規定可資適用，無庸另定。

5. 與出資義務不同之給付義務 依合夥契約承受向合夥爲有價的給付之義務者，例如應以一定之價格，將全部產品交付與合夥，應與出資義務爲區別。對於此項交付義務，關於買賣及瑕疵擔保規定，亦應慎重的爲類推的適用。此時雖亦爲合夥法上之義務，然非如出資爲合一的給付，而係與合夥爲交換的給付，其不履行得爲開除之正當理由（民法六八七條三款六八八條、德民七三七條）（*Enn-Lehmann* § 177, I, 1c）。

二、合夥人之忠實義務

民法雖未明定，然合夥人主要義務之一，爲忠實義務。雖不負擔特別的出資義務之合夥人，亦負有此義務。蓋以合夥關係爲信用及團體關係也。（一）此忠實義務之內容，應依個別的情形定之。由於增進合夥目的之一的義務，合夥人常有不爲與合夥目的不相容的行爲之義務。例如無正當的權利不洩漏合夥業務之秘密，不損害合夥之信用。極積的義務，惟應慎重的爲認定。然合夥之急迫的損害或不利之避免，無損於自己正當之利益而可期待於各合夥人者，應認其有此義務。此外合夥人並有以勸告支持合夥之義務。（二）由於忠實義務，合夥人有以相當注意執行事務之義務。（三）由於一般的忠實義務，合夥人就其合夥權利之行使，應有其界限。合夥人如因其表決權之行使，致其個人利益與合夥利益衝突，有背於民法第一〇六條或第二一九條之規定或合夥忠實義務者，不得加入表決（*Enn-Lehmann*, § 177, I, 2; *Staudinger*, z. § 709, II, 3）（參照公司法第一七七條）。

第二目 合夥契約及事業種類之變更

合夥契約或其事業之種類，除契約另有訂定外，非經合夥人之同意，不得變更（民法六七〇條）。

一、合夥契約如同無限公司之章程，其變更更須得全體合夥人之同意，為私法自治之基本原則（參照公司法四一條、三五條）。然如合夥人全體另有約定時，仍應從其約定，此點與無限公司章程之變更，必須經全體股東之同意者，仍有不同。

二、合夥所經營事業之種類，為合夥人之共同目的，既經約定，亦不宜輕易變更。且事業之種類為合夥契約之內容，其變更亦應經合夥人全體之同意為之。但合夥人全體不妨僅就事業種類之變更，另為約定。

第三目 合夥之財產關係

第一款 合夥財產

合夥財產，由各合夥人之出資及其他財產而構成（民法六六條、日民六八八條）。其他財產，謂因業務執行所生之財產及基於合夥財產所生之財產。其為有體物或權利及其權利為物權或債權，抑或為無體財產權，在所不問。基於合夥財產所生之財產，例如天然孳息及法定孳息或因合夥財產之滅失毀損對於第三人所生之損害賠償債權。合夥係以經營共同事務為目的之一種團體，故所謂合夥財產，即為經營此團體事業所結合各種財產之總稱。

一、合夥財產之歸屬

合夥財產屬於合夥全體之共同共有（民法六六八條、德民七一八條、瑞債五四四條一項）。在羅馬法以合夥財產屬於各合夥人之共有，各合夥人各得獨立的任意處分其應有部分。日本民法亦規定屬於全體合夥人之共有，然就應有部分之處分及合夥財產之分割，加以限制（日民法六六八條、六七一條）。德民、瑞債規定為全體合夥人之共同共有。我民法從之。在我民法如同瑞債，以於合夥目的之下所集合的權利義務之總體，為特別財產，而與各合夥人一般私產區別。在德民分別對於合夥財產本身之應有部分，與對於

合夥財產所屬各個標的之應有部分，而爲規定（德民七一九條）。前者爲基於合夥人法律上地位之應有部分，後者爲關於權利歸屬之公同共有關係上之應有部分。前者如稱爲身分上應有部分，後者可稱爲物權的應有部分。我民法未爲此區別，稱合夥人對於合夥財產全體之應有部分爲股分，其物權的應有部分，惟透過股分而潛在（參照拙著物權法論一六三頁一五九頁）。

【註】共有，爲一個所有權，分屬於數人，而公同共有，則數人結合爲一體，所有一個所有權。（a）在共有，各共有人得將自己之應有部分自由讓與。受應有部分之讓與者，新爲共有人之一人，取得共有權，而得按其應有部分爲收益。然在公同共有，應有部分與應有部分之間，有身分上之拘束，不得與自己之身分分離，而惟轉讓應有部分。與身分之消滅同時，其應有部分亦消滅。（b）在共有，各共有人得隨時請求共有物之分割，而在公同共有則在公同關係存續中，不得請求分割其公同共有物。（c）在共有，各共有人有按其應有部分爲其物之使用收益之權利，而在公同共有，其公同共有物性質上非供與公同共有各個人之利益，而應供與全體團體之利益，公同共有各個人無此權利。（d）在共有，共有物之管理行爲，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。而在合夥此等公同共有物之管理及處分行爲，屬於業務執行人之權限，合夥人不得僅以合夥人之資格，直接參與團體之事業。

二、合夥財產之取得

合夥財產之主要取得原因，爲合夥人之出資，合夥業務執行所爲之法律行爲及法律行爲以外之事實。

（一）關於合夥之出資，有如前述。（二）合夥業務執行人爲合夥之代理人，以合夥之名義爲法律行爲時，其因此所取得之物或權利，直接屬於全體合夥人之公同共有，自不待論。合夥業務執行人以自己之名義爲合夥之計算爲法律行爲所取得之物或權利，是否自動的爲合夥人之公同共有，抑執行人先爲取得，而更以之移轉於合夥，始爲合夥財產，則不無疑問。雖有主張此時依業務執行人之意思直接歸於全體合夥人之公同共有（*Emm-Lehmann, § 179, I, 2; Oertmann, z. § 718, 2, b; Dernburg, § 359, I, 2*）。然通說謂須有業務執行人移轉於合夥財產之移轉行爲。依卜郎克之意，如全體合夥人共同取得，自屬於公同共有。然如一業務執行之合夥人取得，則須以合夥之名義爲之。始生此效力（*Planck z. § 718, I, b*）。史韜丁格亦贊

成此說，謂在動產及債權，通常須有特別的移轉行爲。爲此移轉以有用自己名義爲取得之合夥人與其餘合夥人之合意爲已足。爲取得之合夥人得繼續占有，其物自其時自己以合夥人之資格同時爲其餘合夥人爲占有。其他特別法律關係之合意，則非必要。如爲取得之合夥人，係爲業務執行人之合夥人一般依民法第一〇六條之規定，其移轉之合意不得與自己爲之。如可認爲許可之自己契約，亦須有此意思之外部的表現。其所有權移轉於合夥人雖於爲取得之合夥人與其餘合夥人間預有此約定時亦同。在合夥人個人之取得，惟於交付人方面，其移轉之意思非向一特定人爲之，而係向不特定人交付者（*traditio ad incertam personam*），得依匿名的代理而有直接的全體合夥人之所有權取得。業務執行人之合夥人爲合夥之取得雖以自己名義爲之，然在交付人方面係欲將所有權移轉於依該業務執行人之意思而應爲所有人之人者，亦有全體合夥人之所有權取得。在不動產，以移轉爲全體合夥人共同共有之名義爲必要。無論如何，在其取得移轉爲合夥人共同共有以前，合夥人依關於委任之規定（民法六八〇條、五四一條）所有之交付即其取得之移轉請求權，屬於合夥財產，蓋合夥人之交付請求權，亦因業務之執行而成立也（*Staudinger, z. § 718, 1, 2, S. 1276—1277*）（同說 *Palandt, z. § 718, 2, b* 鳩山六九八頁、末弘八二五頁、中村四九九頁、沼債各下一二〇頁、戴著下冊二四七頁）。依余所見，以後說爲妥。（三）法律行爲以外之事實，爲合夥財產取得之原因者，例如業務執行人因故意或過失對於合夥加以損害，或無業務執行權之合夥人因妨害業務執行致有損害時所生之損害賠償債權，或屬於合夥財產之權利因被第三人侵害而有侵權行爲上之損害賠償請求權及爲賠償而給付之財產權，均屬於合夥財產。

【註】依瑞債解釋，在直接代理所取得之財產，直接成爲合夥之財產。在間接代理，則依其第四〇一條關於委任之規定，移轉於合夥財產。即債權於委託人方面已履行其基於委任關係一切之義務時，移轉於委任人。受任人破產時對於破產財團亦有適用。委任人於受任人破產時，得請求所取得動產之交付。但爲不動產時，須經移轉爲合夥人共同共有之登記時，始成爲合夥財產（*Oser, z. § 643, Ann. 14*）。

三、對於股分處分及債權人權利行使之限制

1. 轉讓之限制 在普通共有，各共有人得自由處分其應有部分，然在合夥財產爲合夥人之公同共有，合夥人非經他合夥人全體之同意，不得將自己之股分轉讓於第三人。但轉讓於他合夥人者，不在此限（民法六八三條、德民七一九條一項前段、參照日民六七六條一項）。（一）因合夥人對於合夥財產之權利關係，與合夥人之地位不可分離而結合，故禁止與合夥人之地位分離而僅爲自己財產之股分之處分。原來在合夥，合夥人公同爲合夥財產之主體，個個財產之處分惟公同或基於全體合夥人之授權，始得爲之。此等物權的應有部分，惟透過身份的應有部分而潛在，無爲處分之餘地。故民法所謂股分之處分，非謂對於個個財產之應有部分，乃指基於爲合夥人之地位對於合夥財產全體所有之財產的地位而言。此地位與合夥人之人的地位不可分離，所謂股分不過爲與合夥人地位互相表裏之非現實的非獨立的計算比例而已。從而其處分不得與合夥人地位之變動分離而存在。故股分之處分，在合夥人相互間爲之者，僅有合夥財產關係計算上之變動，並不發生合夥人之變動，原則上以有當事人意思表示之一致爲已足。然對於合夥人以外之人所爲之處分，必然的發生合夥人之變動，則須合夥人全體之同意。日本民法第六七六條第一項規定「應有部分（持分）之處分，不得對抗合夥及與合夥爲交易之第三人」。在日本民法合夥財產爲合夥人之共有，其應有部分得有合夥人地位之應有部分與合夥個個財產之應有部分，所謂不得對抗與合夥爲交易之第三人者，係就合夥人對於合夥財產全體之應有部分而言，如合夥人將此應有部分讓與第三人，由合夥脫退，第三人新爲合夥人時，其所讓與合夥財產應有部分之主體，非爲債務人之結果，債權人將不得對於合夥財產爲執行。故對於該第三人之關係，仍以爲屬於原來之合夥人而使得爲強制執行。然在我民法明定新加入之合夥人承受合夥既存之債務（民法六九一條二項），無此顧慮，雖未爲此規定，而可獲同一之結果。（二）不獨讓與，其他處分如股分之設定，亦有適用（最高法院二十二年上字第二三五號）。（三）合夥人未經他合夥人全體之同意，將其股分轉讓於第三人者，依最高法院判例，依民法第六八三條之規定，

除有同條但書之情形外，其轉讓行為無效（二十九年上字第七一六號），然應解釋為不生效力（*unwirk-sam*）。得依他合夥人之同意而成為有效（*Staudinger, z. § 719, I, S. 1263*）。（四）合夥人將自己之股分轉讓於他人時，雖已將自己應分擔之損失交付受讓人，並約明以前合夥所負之債務由受讓人清償（僅於讓與人與受讓人間有其效力），亦僅得請求受讓人向債權人清償，俾自己免其責任（民法第六九〇條），而對於債權人則依債務承擔之法則，即依民法第三〇一條之規定，非經債權人承認，不生效力。惟轉讓後合夥所負之債務，如受讓人為他合夥人或雖非他合夥人而其轉讓已得他合夥人全體之同意者，應由承受合夥人地位之受讓人負其責任（二十一年上字第一六七九號）。（五）雖有主張股分轉讓與退夥不同，轉讓為內部關係，退夥則發生對外關係，故合夥人縱經全體同意將股分轉讓於第三人或經全體同意而轉讓於他合夥人，於其合夥人之資格並無影響，換言之股分轉讓人如未履行退夥程序，對於以後之合夥債務，仍應負責（季著債分下一二八頁，劉著五二七頁）。依瑞債第五四二條第一項「合夥人非經他合夥人之同意，不得使第三人加入合夥」，第二項「合夥人單獨使第三人關與自己之股分或將自己之股分讓與於第三人時，此第三人不因而成爲他合夥人之同位人，尤其不能享有合夥事務之檢查權利」，即得他合夥人之同意時得有合夥人地位之讓與，而有合夥人之更替（*Oertl. z. § 542, Ann. 6*）。在我民法，合夥人不能無股分，非合夥人不能有股分，合夥人之股分與其地位不可分離（薛著三一一頁）。合夥人將全部股分讓與第三人而得他合夥人全體之同意時，則可認有合夥人地位之移轉，受讓人代替讓與人而新爲合夥人。讓與人對於讓與前所負之債務，除由受讓人承擔而經債權人同意外，仍應負責（參照民法六九〇條）。合夥人僅讓與其股分之一部於第三人，而經他合夥人全體之同意時，則原合夥人仍不失其合夥人之地位，而該第三人可認爲新加入之合夥人（民法六九一條）。對於其加入前合夥所負之債務，與他合夥人負同一之責任。（六）股分之轉讓，雖有如上之限制，然各合夥人對於合夥個個請求權無人的性質者，其讓與雖未經他合夥人全體之同意，亦不妨發生效力。已確定之請求權之讓與，不成問題。將來之利益分配請求權、利息

請求權、清算後剩餘財產分配請求權，亦得單獨讓與。其有人的性質者，例如合夥業務共同執行權（民法六七一條）、表決權（民法六七三條）、業務執行人之解任權（民法六七四條）、合夥業務監督權（民法六七五條）、合夥解散權（民法六九二條二款），則仍存留於合夥人（Oser, z. § 542, I, Ann. 4, 5 鳩山六九三頁）。

2. 債權人代位權行使之限制 合夥人之債權人，於合夥存續期間內，就該合夥人對於合夥之權利，不得代位行使。但利益分配請求權，不在此限（民法六八四條、德民七二五條二項）。合夥人所有合夥契約上之權利義務，與合夥人之地位不可分離的結合，帶有人人的色彩，與單純的財產權財產的義務不同，如認合夥人之債權人得代位行使債權人代位權，則生他人介入合夥關係之結果也。然利益分配請求權，與合夥之業務無關，僅以財產的給付為目的，雖認有債權人代位權之行使，並無妨礙。同樣利益分配請求權，亦應解釋得為扣押之標的（一般合夥契約上之權利不得獨立為扣押之標的，參照民法六八五條二項）。

3. 扣押之限制 合夥人之債權人，就該合夥人之股份，得聲請扣押。但應於兩個月前通知合夥。前項通知有為該合夥人聲明退夥之效力（民法六八五條、德民七二五條一項、瑞債五四四條二項、五四五條一項三款）。合夥人對於合夥財產之股份，為合夥人之人的地位之側面，民法鑑於股份本身的扣押變價之不適當，規定合夥人之債權人扣押合夥人之股份時，常為經結算的個人的財產權（民法六八九條）之扣押。依德民第七二五條第一項「合夥人之債權人，就合夥人對於合夥財產之股份為扣押時，其債務名義非僅為得假執行者，債權人得對於合夥，不經預告之期間，為終止契約之通知」。依瑞債第五四五條第一項第三款「合夥依左列事由而解散……3. 因合夥人之清算的分配部分（Liquidationsteil）為強制執行之標的或一合夥人陷於破產或付監護時」。依日商法第九〇條「股東股份之扣押，對於股東將來利益之分配及股分財產給還之請求權，亦有其效力」。第九十一條「扣押股東股份之債權人，得使其股東於營業年度之終退股，但應於六個月前預告公司及其股東」。第二項「前項但書之預告，於股東為清償或提供相當之擔保

時，失其效力」。在我民法聲請扣押時，爲使發生合夥人退夥之效力，應於兩個月前通知合夥，其通知有代合夥人爲聲明退夥之效力。即經扣押股分之合夥人，由債權人以其聲請扣押之旨通知合夥，經二個月而發生退夥之效力。其扣押對於因退夥之股分財產給還請求權，當然及其效力。蓋此時所扣押者，非該合夥人就合夥財產全部應有之股分，而爲該合夥人退夥時所應受給還之財產。退夥之聲明，依民法第六八六條第一項之規定，既應於兩個月前爲通知，則扣押之聲請自亦應於兩個月前爲通知也。雖有主張債權人須先通知合夥，使該合夥人發生退夥之效力後，然後始聲請扣押（戴著下冊二二三二頁、劉著五三一頁、薛著三一九頁）。依余所見，應解釋債權人得一面聲請扣押，一面將聲請扣押之旨通知合夥，如未爲此通知，則其扣押僅對於該合夥人之利益分配請求權（若非因其他原因退夥或解散），有其效力。如爲此通知，則對於因此退夥所應受財產給還及利益分配請求權，均有其效力。在兩個月經過前，合夥人得對於債權人爲清償或提供相當之擔保，以阻止退夥效力之發生（參照日商法第九〇條第一條，我妻中國債各七三六頁七三七頁）。

四、合夥財產分析之限制

合夥人於合夥清算前，不得請求合夥財產之分析（民法六八二條一項、德民七一九條一項後段、日民六七六條二項）。此規定爲強行規定，蓋以合夥財產供經營合夥目的事業之用，爲合夥人之共同共有，於合夥關係存續中，各合夥人原不得請求分割合夥財產（民法八二九條），如各合夥人有分析請求權，則有礙合夥事業之進行也。然合夥經解散開始清算，則就其贖餘財產，應許各合夥人有分析請求權。然此規定僅否認一部分之合夥人之分析請求權，以保合夥財產之充實與穩固，並非不許以全體合夥人之同意，而爲合夥財產之分析。如全體合夥人爲一部分合夥財產之分析之合意，固屬有效。蓋此爲合夥財產之一種處分也（民法八二八條二項）。如以全體合夥人之同意將全部合夥財產分配於各合夥人，則發生合意之合夥解散（民法六九二條二款）（日本大正二年六月二十八日大判、磯谷七三二頁 *Staudinger, z. §*

719, II)。

【註】依德民解釋，亦得成立無共同財產之合夥。例如僅以利益損失機會之分擔爲目的之合夥。亦有合夥之目的經濟上不需要共同財產者，例如企業合夥（Konsortium）同業同盟（Kartellen, Cartel）等。合夥人亦得以全體之同意，將有共同財產之合夥改爲無共同財產之合夥（Staudinger, a. a. O. vgl. auch Anhang A zum 14. Titel）。

五、抵銷之禁止

對於合夥負有債務者，不得以其對於任何合夥人之債權，與其所負之債務抵銷（民法六八二條二項、德民七一九條二項、日民六七七條、參照瑞債五四四條二項）。（一）合夥債權與合夥債務對立時，得互爲抵銷。合夥人之債務人，亦得以其對於合夥人之債權爲抵銷。（二）合夥債權與合夥人個人之債務對立時，合夥之債務人不得以其對於合夥人之債權，與合夥對於自己之債權爲抵銷。蓋屬於合夥財產之債權，屬於合夥人之共同共有，不得以爲合夥人之應有部分而爲處分，此債權與合夥人個人所有之債權另有其存在，如許此兩者間之抵銷，則爲合夥人個人固有之債務而減少合夥財產，對於合夥目的事業之經營，甚有妨礙也。民法雖僅規定合夥之債務人，不得爲抵銷，而未反面的規定合夥人不得以合夥之債權供自己固有債務之抵銷，蓋此爲當然之事也。然依契約之抵銷爲可能。如全體合夥人對此爲同意，或一合夥人獨有代理權而基於此代理權爲其個人債務合法的訂立抵銷契約者，亦非所不許（Staudinger, z. § 719, I, 2, S. 1284）。（三）合夥債務與合夥人個人債權對立者，於合夥財產不足清償合夥債務時，合夥債權人得以其不能就合夥財產受清償之債權，與合夥人之個人債權爲抵銷。他方面負人的責任之合夥人，亦得以其個人的對於合夥債權人之債權，與合夥債務爲抵銷。合夥人非負人的責任，純爲合夥債務者，其合夥人的個人的債權，惟依抵銷契約而可與合夥債務抵銷（Staudinger, a. a. O. 但亦有主張此時合夥人有一方的爲抵銷之權 Planck, z. § 719, Bem. 5）。

第二款 合夥債務

一、合夥債務與合夥人個人責任

合夥非法人，固不得爲債務之主體，從而合夥之債務法律上爲合夥人之債務，在立法上有連帶主義與分擔主義之殊。分擔主義又有分擔無限責任及連合分擔無限責任之別。(一)連帶主義：民法以合夥爲公共共有之團體，合夥債務爲合夥人之共同債務，屬於合夥團體。各合夥人除負共同債務外，並連帶的負與合夥債務同一內容之個人的債務，即合夥人除以合夥財產爲一般擔保負物的有限責任債務外，並負以自己之全部財產爲擔保之人的無限責任，以確保合夥之信用，而維護合夥債權人之利益，此點與德瑞立法同其旨趣(瑞債五四四條二項、德民四二七條)(參照拙著債法總論六六四頁六六五頁)。(二)分擔無限責任：謂各合夥人就合夥債務，僅各就其分擔部分負責任之無限責任，其分擔部分在日民法原則上依分擔損失之成數定之，依法民法則原則上平均負擔(法民一八六二條)。在法日民法，對於合夥債務一般不認其有團體性，即不認爲共同債務，合夥債務給付可分者，除有特約外，以可分爲原則，即採取分擔主義以爲各合夥人個人之分割債務(法民一八六二條至一八六四條、日民六七五條)。在日民法各合夥人本應按其損失分擔之比例分擔合夥債務，然爲保護善意之第三債權人，故規定債權人於債權發生時不知此損失分擔之比例者，得對於各合夥人就平均分擔之部分，行使其權利(日民六七五條)。合夥人超過其應分擔部分清償合夥債務時，於其合夥人相互之內部關係，得基於不當得利請求權，對於他合夥人爲求償。(三)連合分擔無限責任：在民法公布施行前，依前大理院判例，亦惟認合夥人有按股分分擔之意。如合夥人中有無力清償者，應由其他合夥人按股分分擔償還，即採用連合分擔之制(前大理院三年上字第二九二號)。在民法債編施行前發生之債，依民法債編施行法第一條，除有特別規定外，不適用民法債編之規定。合夥債務係發生在民法債編施行前，依當時法令應由合夥人按股分擔，縱合夥人中之一人因先未如約出資，致將合

夥債務之全部使該合夥人一人負擔，然此係內部關係，不得以之對抗債權人（最高法院十九年上字第一二五八號）。

【註】有舉德民第七三五條「合夥財產不足清償共同債務及出資之償還時，合夥人應按損失分擔之比例，填補其不足額。由一合夥人不得請求其所負擔之部分時，其餘合夥人應以同一之比例分擔此不足額」，為連合分擔責任之例（戴著債各下二五二頁、劉著五一六頁），未免有誤，蓋德民法本條係就合夥人之內部關係為規定，對於債權人不生影響（Palandt, zu § 735, 1, S. 703）。

合夥人個人的責任，就其與合夥共同債務之關係，又有併存主義與補充主義之分（a）併存主義：在德瑞立法，均採併存主義，即債權人得選擇的就合夥財產或向合夥人請求清償（瑞債五四四條三項、德民四一七條 Oser, z. § 544, Ann. 30; Staudinger, z. § 718, I, 2c）。此時合夥人就其他財產所負之責任，並非補充的，亦非有不同之債務，惟有一債務之存在，對於此債務合夥財產與合夥人之其他財產，同時負責，債權人得依其選擇，行使其權利。然為合夥財產責任之主張，應顧及合夥人係以共同債務之結合而負責，須常對於全體合夥人採取行動。反之就合夥人之其他財產為其個人責任之主張，惟應對此合夥人採取行動，其責任惟與合夥人個人結合，雖由合夥退夥或合夥經解散時亦同（Staudinger, a. a. O.）。在日本民法，學者雖有主張應為共同債務，然此時亦應於共同債務之外，認有個人的分割債務責任之併存。（b）補充主義：我民法規定合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任（民法六八一條）。即合夥人個人惟負補充的責任。在外國立法例，就有限公司，均對於其股東個人惟認有補充的責任。在民法上合夥，惟認有此責任者，其例甚少。惟巴西民法第一三九六條規定「合夥財產不足清償合夥債務時，合夥人應按損失分擔之比例負其責任」，然係採取補充的分擔責任，仍與我民法有不同。我民法為加強合夥之團體性，依法規定使其有獨立存在之地位，與德瑞日之合夥不同，近於無權利能力之社團（Duenger, Zivil- und Handelsgesetzbuch sowie Wechsel- und Scheckgesetz von China, S. 5）。（四）純粹的合夥債務：原則上合夥債務於合夥財產不足清償時，由合夥人連帶負責。然亦有合

夥債務，惟就合夥財產負責者，例如合夥財產所生之不當得利之返還債務，合夥人個人私產有利得時，始有個人不當得利之返還責任。合夥人與第三人依契約限制惟以合夥財產負責者，亦同。然如合夥財產於合夥存續中或解散後，分配於合夥人，而未將上述之純粹之合夥債務清償者，依誠信原則，合夥人就其所得者，亦應負責。合夥人知因合夥財產之分配而使債權人不能受清償時，得有侵權行為之成立（*Staudinger, n. § 718, I. 2. b.*）。（五）合夥債權人之法律地位：合夥財產為合夥債權之擔保，依德民事訴訟法第七三六條規定「為對合夥財產之執行，應有對於全體合夥人之判決」，有其他對於全體合夥人之執行名義，自亦得為執行。對於合夥之破產，通說謂合夥無破產能力，在所不許（*Staudinger, n. § 718, I. 2. S. 1280*），蓋在德破產法就無限公司及兩合公司之破產，均設有規定（二〇九條），對於無權利能力之社團之破產亦有規定（一一三條），而德民法則未以破產為合夥解散之原因也。然亦有反對的意見（*Seuffert, Konkursprozessrecht, S. 71f.*）。依我民法，應解釋合夥置有代表人者，亦有訴訟當事人能力。對於合夥或合夥人全體之判決，均得對於合夥財產為執行。又在我民法，合夥人對於合夥債務，惟負補充的連帶責任，與無限公司股東略同其地位。在性質上合夥破產並非不能，依日本破產法第一二七條第二項，有限公司及兩合公司惟於解散後不能以其財產清償債務時，得宣告破產。我公司法明定破產為有限公司解散的原因（公司法六五條一項六款），而民法則未以為合夥解散之原因（民法六九二條），應參酌日破產法之規定，解釋合夥惟於解散後其合夥財產不足清償合夥債務時，得宣告破產（參照公司法八二條）。

二、合夥人個人之清償責任

合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額連帶負清償之責（民法六八一條）。（一）所謂合夥財產不僅指合夥債權人向合夥人請求連帶清償時屬於合夥之動產不動產而言，即其時合夥對於第三人之債權及其他有交易價額之一切財產，得為強制執行之標的者，亦包含之（二十八年上字第一八六四號）。然不得扣押之債權，例如不作為債權，不包括在內。（二）所謂不足清償合夥之債務，與公司法第

五四條所定之意義相同。然其程度如何，解釋上得有三種。(1)爲清償不能，謂有計算上之債務超過(Ueberschuldung)，即就此等合夥財產，按照時價估計其總額，並不少於債務總額，則非所謂不足清償(二十八上字第一八六四號)。(2)爲對於合夥財產之強制執行不能奏效(參照日商法八〇條二項)，執行顯有困難者，亦應與合夥財產不足清償之情形同(前大理院四年上字第五六〇號)。(3)經向合夥請求而未受清償者。以上三說中以第三說保護債權人最厚，然如合夥有清償資力且執行甚容易時，亦不應許逕向合夥人請求清償。理論上以第一說爲合理。然由債權人方面證明資產負債表上合夥在於債務超過之狀態，甚爲困難，故縱令合夥不在此狀態，苟合夥債權人中有對合夥財產爲強制執行而未能奏效，即足示合夥財產狀態之惡化，則不獨該債權人，其他債權人亦應許其向合夥人請求清償。然如合夥人能證明合夥尚有清償資力，且執行容易時，自不適用(參照日商法八〇條三項)。又所謂不足清償，並非不足清償總債務之意思，祇須現存之合夥財產尙足以清償對於該債權人之債務，則該債權人仍不得向各個合夥人請求給付。(三)合夥財產不足清償合夥之債務，爲各合夥人連帶責任之發生要件，債權人請求命各合夥人對於不足之額連帶清償，自應就此項要件之存在，負主張並舉證之責(二十九年上字第一四〇〇號)。(四)原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行。合夥人如有爭執(例如否認合夥)，(債權人)應另行起訴(二十二年院字第九一八號)。如合夥人爭議係以確定判決僅令合夥團體履行債務，不得向其執行爲理由時，自無庸責令債權人另行起訴(二十三年院字第一一六號)。(五)合夥財產不足清償合夥之債務時，依民法第六八一條之規定，各合夥人對於不足之額雖連帶負其責任，但合夥之債權人爲合夥人中之一人時，自己亦爲連帶債務人之一人，其對於合夥之債權與其所負之連帶債務已因混同而消滅，依民法第二七四條之規定，他合夥人亦同免其責任。故該合夥人對於他合夥人僅得依民法第二八一條第二八二條之規定，行使其求償權，不得更行請求連帶清償(二十九年上字第一一〇五號)。(六)合夥契約訂定合夥人中之一人於其出資之限度中，不負分擔損失之責任者，在合夥人間固非無效

，但不得以之對抗合夥之債權人。合夥財產不足清償合夥之債務時，該合夥人對於不足之額亦連帶負其責任（二十六年上字第九七一號）。（七）某甲個人所開商號與乙丙丁戊夥貿商號，因負債相繼倒閉，關於合夥債務（在民法債編施行前發生之債務），於其他合夥員均無力償還時，所有債權人亦得對於有資力之某甲（請）求（清）償全部。即與個人經營商之債權人無異。若其債務發生在民法債編施行後，債權人得依合夥員連帶負責之規定，（請）求（清）償者，更不待論。故兩號財產不足清償其債務，兩號債權人除有優先受（清）償權者外，均得就某甲其他財產同等受償（十九年院字第三五三號）。（八）依我最高法院判例，合夥營業之債務，合夥解散後合夥人當然為該營業之債務主體，雖合夥營業之經理人，本於營業時合夥人之委任，對於合夥尚負有清理該營業殘餘之責，然債務主體既為合夥人，債權人自得向其（請）求（清）償，不能以尚有經理為詞，而主張主體錯誤（十八年上字第二二五六號）。然合夥在清算中，亦應準用關於法人之規定，至清算終止，在清算之必要範圍內，視為存續（民法第四〇條二項），合夥債權人雖得以合夥或合夥人全體為被告，惟於合夥財產不足清償合夥之債務時，始得向合夥人個人為請求。

第三款 損益分配

一、損益之分配及成數

合夥財產多於出資之總和者，為利益。反是即為損失。合夥為各合夥人之共同事業，損失及利益分配於各合夥人。其分配之成數，經以合夥契約或其他特約約定者，依其約定。惟主張有此約定者，有舉證之責任（二十一年上字第一五九八號）。未經約定時，立法上有規定不問出資之種類及數額如何，其分配成數按人數一律均等者（德民七二二條一項、瑞債五三三條一項）。有規定按各合夥人出資之多寡而定者（法民一八五三條一項、日民六七四條一項）。我民法規定按照各合夥人出資額之比例定之。蓋從法、日之例也。以勞務或信用為出資者，應約定其估定標準或折估其價額，以便決定分配之成數。然僅就利益或僅

就損失所定之分配成數，視為損益共通之分配成數（民法六七七條二項、瑞債五三三條二項、德民七二一條二項、日民六七四條二項）。但依特別情事，可知當事人另有其他意思時，仍應依其意思（*Staudinger, z. § 722, 12*）。至以勞務為出資之合夥人，對於利益固應受分配，對於損失是否亦應分擔，依瑞債第五三三條第三項規定，約定僅享受利益不負擔損失，其約定亦為有效，是須有特別約定，始可不負擔損失。我民法則與此相反，規定除契約另有訂定外，不受損失之分配（民法六七七條三項）。此為民法第六七七條第一項及第二項之例外規定。（一）訂定損益分配之成數，非合夥事業之執行，常須有全體合夥人之同意，不得以其過半數決定之。（二）約定合夥人中有不受損益之分配時，其約定是否有效。有謂合夥以經營共同事業為目的，須各合夥人有利害關係，故此種約定有背於合夥之性質，惟應為無名契約有其效力。有謂依合夥契約，合夥人中雖有僅應受利益或損失之分配，其約定亦應為有效。依余所見，祇須各合夥人對於合夥事業有加入之利害關係（例如為確保其協同勞動受確定之支付，為其子將來加入合夥之親屬法上的利益，為營業移轉有利的價格支付之形成），雖其中有不負擔損失之分配者，亦無妨其合夥之成立（*Oser, z. § 533, Ann. 5*）。惟不負擔損失之約定，僅有內部的效力，苟為出名合夥人，對於合夥債權人之關係，仍不能免其連帶責任。（三）民法第六七七條不過規定分配損害之成數，非謂一有損失，即應填補。合夥人除有特別訂定外，無於約定出資之外，增加出資之義務。因損失而致資本減少者，合夥人無補充之義務，民法第六六九條定有明文，故合夥契約如無隨時填補損失之特別訂定，縱令因事業之經營一時生有損失，亦無填補之義務。在清算之際，合夥財產不足清償合夥之債務時，始負填補損失之義務（二十六年渝字第一九九號）。（四）利益之分配，可分定期分配、退夥時分配及解散時分配。（a）定期分配，除契約另有訂定外，應於每事務年度結算有盈餘時為之。（b）退夥時合夥財產多於債務與各合夥人出資之和者，退夥人亦得按照成數請求盈餘之分配。合夥事務於退夥時尚未了結者，於了結後計算並分配其損益（民法六八九條一項二項）。（c）解散時合夥財產除清償債務返還出資外，若尚有盈餘

者，按各合夥人應受利益分配之成數分配之（民法六九九條）。損失之分配，一般惟於退夥時或解散時爲之。

二、損益分配之時期

損益分配之時期，除合夥契約或其後之特約另有定期者，應依其約定外，應於每屆事務年度終爲之（民法六七六條、德民七二一條二項）（日民因無明文規定，解釋上在營利合夥利益分配爲事務之執行，如無約定，其分配時期，由業務執行人決定之）。事務年度之起迄，依合夥契約或習慣定之。然在不以營利爲目的之合夥，於清算時期以前，無利益之分配，除另有約定外，惟於合夥清算時期分配之。

【註】德民法第七二一條第一項「合夥人惟於合夥解散後，得請求決算及損益之分配」。第二項「合夥長期存續者，決算及利益分配，於有疑義時，應於每事業年度終爲之」。

第四目 合夥之事務執行

關於合夥之事務執行，可就內部關係即合夥人相互間之關係與外部關係即對於第三人之關係，分別而爲考察。內部關係，係專就各合夥人關於事務執行之權利義務而爲考察，外部關係係就合夥事務執行人之代表權而爲考察。

第一款 內部關係（狹義的事務執行）

合夥人原則上各有參與事務執行之權利與義務。但以合夥契約或其後之追加契約，以合夥人中之一人或數人爲事務執行人，或訂立應將事務執行委任於第三人時，不在此限。然特別訂定事務執行人時，須有全體執行人之同意。上述各合夥人參與事務執行之權利，非經其合夥人本人之同意，不得剝奪之（民法六七一條一項、德民七〇九條一項、瑞債五三五條一項、日民六七〇條一項）。

一、合夥人全體執行事務

1. 共同執行 合夥之事務執行，由合夥人全體參與時，其執行方法如何，立法上有三種不同之規定。(一) 爲共同執行主義，即由合夥人全體共同決定執行之。然各執行人贊同之意思表示，無須爲同時，不妨先後爲之。例如德民(七〇九條一項)。(二) 單獨執行主義，即除他合夥人爲異議外，各合夥人得以其單獨意思執行之。例如法民、瑞債(法民一八五九條一項、瑞債五三五條二項)。(三) 過半數執行主義，即以合夥人過半數之決定執行之。例如日民(日民六七〇條一項)。我民法係採取共同執行主義，蓋做德民之例也。所謂共同執行，謂事務執行之方法，應共同決定。其執行本身並非應共同爲之。如執行方法經全體共同決定，則其執行不妨使合夥人之一人或第三人爲之。合夥事務之執行，以全體合夥人之同意爲必要，然遲則有危險之保存行爲，各合夥人仍得單獨爲之(民法八二〇條二項、參照德民七四四條二項)。無理由及繼續的同意之拒絕，得爲開除之正當理由。有過失之拒絕，亦得使負損害賠償責任。合夥人違反由其合夥契約所生義務，拒絕同意者(例如以土地販賣爲目的之合夥)，如合夥之共同目的及利益要求其同意時，得以訴強制其同意。對於一合夥人主張權利時，則其同意爲非必要。爲純粹的權利之取得，不以全體合夥人之同意爲必要。如爲公共共有之財產上給付之取得，被一合夥人拒絕時，不使其給付爲無效。惟其就該標的物應得之部分，歸於其餘他合夥人之利得。合夥人關於自己事件之事務執行，不得參加(民法一〇六條)。合夥人共同決議，除合夥契約另有訂定外，得以書面之同意行之。無權之事務執行，得構成無因管理或不當利得(Denecke, z. § 709, 2, S. 431)。

2. 通常事務 合夥之通常事務，得由有執行權之各合夥人單獨執行之(民法六七一條三項、日民六七〇條三項、參照瑞債五三五條二項前段)。何謂通常事務(*gewöhnliche Angelegenheiten*)，依瑞債解釋，概括代理人之選任，爲非通常的事項。其餘除另有約定外，應斟酌各個之具體的情事衡量之。瑞債第三九六條第三項所定受任人非經特別授權，不得爲之行爲(例如起訴、訂立和解契約、接受仲裁公斷、承受票據法上之義務、讓與土地或於其上設定負擔、爲贈與)，第四五九條第二項所定經理人非有明示的授權不

得爲之行爲(例如土地之讓與或負擔之設定)，第四六二條第二項所定商業代理人非有明示的授權不得爲之行爲(例如票據債務之訂立、依消費借貸之借款及訴訟)，亦不例外。然其中起訴之進行、土地之處分，通例屬於重要的事項。鉅大之贈與，爲合夥目的範圍以外之事(Oser z. § 535, Ann. 7)。依日民解釋巨額之交易亦爲非通常事務(鳩山債各六七七頁)。依余所見，通常事務謂日常之輕微事務，例如以物品販賣爲目的之合夥，關於其日常物品之販賣或買入之事項，經營工廠之合夥，關於普通定貨之承受、製造及販賣之事項，皆屬之。蓋以合夥之通常事務，許各合夥人單獨執行者，以其處理之方法一定，對於合夥之利害輕微，無經有執行權合夥人全體同意之必要也。從而縱令與合夥通常事務不異其性質，然如爲重大事務，例如雖在以物品販賣爲目的之合夥，關於巨額或大量交易之事務，仍爲非通常事務。

合夥之通常事務，雖得由有執行權之各合夥人單獨執行。但其他有執行權之合夥人中任何一人，對於該合夥人之行爲有異議時，應停止該事務之執行(民法六七一條三項但書、日民六七〇條三項但書、參照瑞債五三五條二項後段)。德民雖無明文規定，亦爲同樣之解釋(Oertmann, z. § 709, Ann. 2)。即合夥人此時不得單獨執行，須共同爲之。遇有異議，合夥人仍單獨執行者，應負損害賠償責任。異議應於事務之結束前爲之。故就繼續的事務，中途爲異議者，惟向將來發生效力。於結束後始爲異議者，不生任何效力。合夥人執行通常事務，無須事先將其執行通知他合夥人，與以申述異議之機會(日本大正十年十一月一日大判)。他合夥人爲異議之權利，爲各合夥人所獨有，其行使雖不妨於通常事務執行前爲之，然非就各個之事務執行爲之，不生效力，不得僅示抽象的標準一般的爲異議，蓋若如此，則係以一合夥人之意思，而可剝奪各合夥人之通常事務單獨執行權也。

3. 過半數決定 一定之事務，如約定應由合夥人全體或一部之過半數決定者，其有表決權之合夥人，無論其出資之多寡，推定每人僅有一表決權(民法六七三條、德民七〇九條二項、瑞債五二四條二項、參照日民六七〇條一項三項)。合夥人執行合夥事務，雖以全體共同決定爲原則，然如依合夥契約訂定，一定

之事務，應由合夥人全體之過半數決定時，則以其過半數之決定爲已足。過半數爲合夥人人數的過半數，其出資額之多少，在所不問。蓋合夥係以各合夥人個性爲重之人的集團，而與公司之資本團體有異，乃爲各國立法所公認也。日民關於此點，雖無明文，亦爲同樣之解釋（我妻中國債各七〇六頁）。所謂合夥人全體過半數決定，係與有表決權之合夥人全體以參與決定之機會，依其過半數之同意，以決定事務執行之方法，故雖不必使各合夥人發表贊否之意見後始行採決，然須與各合夥人以表示贊同與否之機會，從而爲獲過半數之可決，無須召開全體會議，亦得徵詢各合夥人之意見，以得過半數之同意爲已足。

二、依合夥契約合夥人一部執行事務

合夥之事務執行，得依合夥契約或其後續訂之補充契約，委任合夥人中一人或數人執行（民法六七一條二項、六七四條一項）。此時就所委任事項，准其事務執行人有執行權。他合夥人縱令通常之事務，亦無執行之權利與義務。此事務執行之委任，得就事務之全部或一部爲之（民法六七三條）。然其合夥契約或其後所續訂之補充契約，未另爲明定者，應解釋及於合夥事務之全部。此委任之目的限於事務之執行，不屬於事務執行之事項，例如合夥契約之變更、合夥人之加入、開除，合夥之解散，不得以合夥契約委任於事務執行人。出資請求權，是否屬於合夥財產，雖不無爭論，然應積極的解釋，已如前述。故其收取，亦屬於事務執行。

民法第六七四條第六七九條所謂委任，非於合夥契約以外依特別之委任契約，基於此契約而生事務執行權，乃係以合夥契約或續定補充契約，約定一定之合夥人爲事務執行人時，其合夥人由於該契約之效力當然爲事務執行人（日民六七二條、德民七一二條、瑞債五三九條皆明定「依合夥契約」）。（一）事務執行人之地位，類似於委任契約之受任人，民法第六八〇條雖規定「第五三七條第五四六條關於委任之規定，於合夥人之執行事務準用之」，然因合夥人執行事務之權限與合夥人之地位相結合，故關於被委任爲事務執行人之辭任及解任，設有特定規定。即合夥人中之一人或數人被委任執行合夥事務者，非有正

當理由，不得辭任。其他合夥人亦不得將其解任。縱有正當理由，如同合夥關係之變更，非經其他合夥人全體之同意，不得解任（民法六七四條、日民六七二條、參照德民七二二條、瑞債五三九條）。蓋因此可鞏固事務執行人之地位，而便於合夥事業之進行也。（二）所謂正當理由，在德民瑞債稱爲重大事由。例如重大義務違反（不以有重大過失爲必要）、不勝事務之執行或喪失善良的事務執行之能力、兩合夥人間有不可解消之不和，基於事業繼續進行之觀點，得爲其中一合夥人解任之正當理由（Soergel, zu § 712）。合夥人辭任之正當理由，例如疾病。合夥設有監察人者，民法第六七四條之規定亦有準用。例如合夥人以其監察人之地位所知之情事，惡意的爲不利於合夥之利用，則可認爲有解任之正當理由。（三）合夥人惟有二人時，則非事業執行人，得單獨將其他合夥人解任。於有爭執時，得提起確認之訴。其有正當理由之證明應由爲解任之合夥人負擔。然事務執行權之剝奪，不妨依假處分爲之。（四）惟完全解任爲可能，其他單純限制之處置（例如設置一共同執行人），除合夥契約另有訂定外，非經事務執行人之同意，其他合夥人不得爲之（Staudinger z. § 712, I, 1, S. 1258; Denecke z. § 712, 2）。（五）解任權之拋棄，有背於合夥基於相互信任之原則，並與民法第六七四條規定之目的不合，在所不許。然合夥契約上正當事由範圍之擴張或縮小，原則上爲可能（Staudinger, z. § 712, I, 5）。辭任權之拋棄，亦不生效力（Denecke, z. § 712, 2）。（六）合夥人辭任時，應與合夥以覓代替人之時間，於不利於合夥之時期辭任者，除因非可歸責於自己之事由不爲不辭任外，應負損害賠償之責（民法五四九條二項 Staudinger, z. § 712, I, 1, b）。（七）合夥人拒絕爲解任之協力時，依其情形得爲合夥忠實義務之重大違反，應負損害賠償責任（R. G. 102, 397; Palandt, z. § 712, 2）。（八）解任之效力：因解任其合夥人之事務執行特別權限，因而消滅。其合夥之事務執行，復依民法第六七一條第一項之規定，由合夥全體共同執行。即被解任之合夥人仍保有共同執行權。蓋在合夥，除基於合夥契約所定之事由外，不能反於其合夥人之意思而剝奪其事務執行權也。合夥人中一人有特別事務執行權而被解任時，應回復通常之共同執行，當無疑義。

。其特別事務執行因一人之解任成爲不能實行時，例如委任兩合夥人共同執行，其中一人被解任，則應回復共同執行，亦無疑義。然如仍可實行，例如於被解任合夥人之外，特別事務執行權限，屬於他合夥人或他合夥人全體時，其效力如何，應解釋除合夥契約另有訂定外，因一合夥人特別事務執行權之被剝奪，亦使他合夥人此項權限消滅，而回復共同執行。蓋一合夥人授有特別的事務執行權，不可認爲其已拋棄因嗣後之被剝奪而回復之共同執行權也（*Staudinger, z. § 712, I, 4; Oertmann, § 712, Bem. 4; Planck, Bem. 1f.*）。但亦有主張此時如無另有特別規定，其餘之受任人仍有執行事務之權限（末弘八四三頁）。

1. 一部合夥人共同執行 合夥人之事務，如約定由合夥人中數人執行者，由該數人共同執行之（民法六七一條二項、德民七一〇條、參照瑞債五三五條一項、日民六七〇條二項）。他合夥人不得參與事務之執行。合夥之通常事務，亦不得執行。如約定由合夥人一人執行，該合夥人自得單獨執行。合夥契約亦得約定執行事務之數合夥人，各得單獨執行（*Staudinger, z. § 709, I, 1d.*）。有執行權之數合夥人執行事務，無須得其他合夥人之同意，其他合夥人並無異議權。然此等合夥之專行權，得依合夥契約限於一定事項，亦得約定就一定事項須得全體合夥人之同意。委任事務執行於一合夥人，亦得默示的爲之。如一合夥人於其個人所營業的商號之下執行合夥事務，而他合夥人不爲異議，則可爲此認定。然一執行事務之合夥人，非有特別授權，不得與自己訂立契約，不得與自己約定報酬。一執行事務之合夥人之自己利益，因該合夥人個人就應爲合夥訂立之契約有利害關係，而與合夥利益衝突時，於該具體的事務，不得爲執行人而活動。就事務執行之一部分，亦得委任於一人或數人之合夥人，其餘合夥人惟於此範圍無事務執行權。就一特定事務或某種事務，訂定採用民法第六七一條第二項所定之執行方法時，其餘合夥人就該事務無執行權，亦得反面的訂定惟一定重大事務應得全體合夥人之同意。然應注意是否將一定事務委任於一合夥人，而其餘合夥人應被排除於其事務之外，抑僅有事實上之事務分配，而非變更共同執行。

2. 多數決決定 合夥之事務，如約定應由合夥人一部之過半數決定者，其有表決權之合夥人，無論其出

之多寡，推定每人僅有一表決權，其採決方法有如前述。須有全體一致或多數決定時，其採決須有可行的可決之意思表示。如決議違反強行規定或合夥契約之相當要件或違背公序良俗時，應為無效。因意思瑕疵之撤銷，得就其表決之意思表示為之。然惟因其撤銷而可影響必要之一致或多數時，始可使其決議無效。形式之違反，鮮有使決議為無效。

3. 一部分合夥人各得單獨決定 就合夥之通常業務，有執行權之一部分合夥人，各得單獨執行之。但其餘一部分有執行權之合夥人中任何一人，對於該合夥人之行為有異議時，應停止該事務之執行，謂之消極的同意原則（*negatives Konsensprinzip*）。其執行權被排除之合夥人，無異議權（民法六七一條三項）。合夥契約亦得約定一定事務應由一部分合夥人各得單獨執行，此時其一部分有執行權之他合夥人有異議權（準用民法第六七一條第三項規定、德民七一一條 *Staudinger, z. § 710, 2* 參照瑞債五三三條二項）。

4. 無執行合夥事務權利之合夥人之監督權 合夥之事業為合夥人共同之事業，合夥財產屬於合夥人之公同共有，合夥人縱無執行合夥事務權，應各有監督合夥事務及檢查其財產之權（*Informationsrecht und Kontrollrecht*）。故民法規定縱契約有反對的約定，每一合夥人仍得隨時檢查合夥之事務及其財產狀況，並得查閱帳簿（民法六七五條、瑞債五四一條、參照德民七一六條、日民六七三條）（他合夥人全體依民法第六八〇條準用第五四〇條關於委任之規定，並有報告請求權）。事務執行之合夥人，無正當理由而為拒絕時，得為解任之事由。如因而致生損害於合夥時，應負損害賠償責任（*Oser, z. § 541, Annm. 2*）。然此項檢查，係基於合夥人之個人的信任，其合夥人應親自為之。合夥人為未成人時，此項檢查權得由其法定代理人或夫代理行使。蓋未成年人之法定代理人或夫，各對於未成人或妻之財產，有管理權也。檢查權不得讓與，繼承人非為合夥人者，不得為此主張。退夥者亦同（*Staudinger, z. § 716, Tae*）。

三、混合夥契約以外之委任契約合夥人一部執行事務

非爲合夥契約或續訂的補充契約之一部，而係另以一般委任契約，委任合夥人中之一人或數人執行事務時，合夥人全體與受任人間之法律關係，爲純粹的委任，應適用關於委任之規定，不適用民法第六七一條至第六七五條關於合夥之特別規定。合夥人得由其他合夥人全體或事務執行人受有此項一般的或特別的事務執行之委任，尤其爲適應共同執行時之需要，將一定事務之處理委任於一合夥人，此時非有合夥法上事務執行之存在，即此時係以受任人之地位，而非以合夥人之資格，爲事務之執行。是否爲合夥法上之事務執行，抑爲委任關係，應以其權限是否依合夥契約或續訂之補充契約授與，尤其是否以爲合夥人權利而被授權，因此構成合夥關係之一部，抑於合夥關係之外，由有執行權人爲特別委任而授與以爲斷（Staudinger, z. § 709, I, 5, S. 1248）。受委任之合夥人，係基於個人之信用而受委任，就合夥事務之執行，應自當其任，除有不得已之事由外，不得更委任第三人使代爲處理（民法五三七條）。惟使爲事務執行之補助，不妨使用第三人（日本大正三年三月十七日大判，沼債各下二〇九頁）。關於委任契約之終止，自亦適用關於委任之規定（Staudinger, z. § 712, I, 2）。

四、將事務執行委任於第三人時

將事務之執行，委任於第三人時，合夥與第三人間發生純粹的委任關係，從而關於其權利義務，適用關於委任之規定。雖有主張此委任基於合夥契約而生（橫田債各論六九五頁），然合夥契約爲合夥人相互間之對內關係的契約，無因此而與第三人間發生契約關係之理。從而對於第三人之委任，形式上雖與合夥契約同時訂立，其委任關係爲合夥與第三人間訂立之契約，於合夥契約之外，另有其存在。亦有以此委任構成合夥之一部，謂此時將執行人解任，係變更合夥契約之內容，除合夥契約另有訂立外，於合夥人間須有全體之同意（吾孫子二六七頁）。然此乃因其委任係於合夥人全體與執行人間所成立而生之結果，並非委任爲合夥契約之一部。受任人有數人時，是否應共同執行，抑應以多數決定執行，通常事務是否各得單

獨執行，應依委任契約之所定。如契約未有訂定，應類推適用民法第六七一條第二項及第三項之規定（末弘八四三頁、沼債各下二一〇頁）。

五、依合夥契約執行事務之合夥人與他合夥人間之關係

合夥人依委任契約執行合夥事務者，對於合夥純爲委任關係，完全適用關於委任之規定，已如前述。然基於合夥契約，以自己之權限執行合夥事務（民法六七一條一項）或依約定由合夥人中數人執行（民法六七一條二項三項），乃由於合夥契約之效力，而有執行權，嚴格言之，並非委任契約之受任人，從而不當然適用關於委任之規定。然就此項事務執行，合夥人對於他合夥人之關係，就該事務執行，仍與固有之受任人無多大之差異，民法第六八〇條規定「第五三七條至第五四六條關於委任之規定，於合夥人之執行合夥事務準用之」，即示其大體上與受任人有同樣之權利與義務（德民七一三條、瑞債五四〇條、日民法六七一條）。其中第五四三條之規定，雖不準用，亦爲合夥性質上當然之結果。蓋合夥人對於事務執行合夥人之事務執行請求權，與其地位不可分離，此請求權之讓與爲不可能也。民法第六八〇條所定合夥人之執行合夥事務，應解釋必須合夥人由於合夥契約之效力而有執行權，蓋在純粹委任契約之事務執行，當然適用關於委任之規定，無更爲準用之必要。合夥人無執行權而僅事實上爲執行者，即就合夥事務以契約對於一定之合夥人與以執行權限，其他合夥人事實上爲執行或就通常事務不顧他合夥人之異議而仍事實上爲執行時，皆爲權限外之行爲，其行爲雖有事實上事務執行之形式，並無法律上事務執行之性質，從而對於此等之人以適用關於無因管理之規定爲已足（末弘八四五頁、橫田各論七〇四頁、吾孫子、三、四九頁五〇頁）。

1. 事務執行合夥人之義務

a. 注意義務 合夥人履行依合夥契約所負擔之義務，應與處理自己事務爲同一之注意（民法六七二條、德民七〇八條、參照瑞債五三八條一項三項、日民六七一條、六四四條）。關於合夥人執行合夥事務應

爲之注意，有規定不問有償無償，均應以善良管理人之注意爲之者，例如日民（六七一條、六四四條）。有規定無償時應與處理自己之事務爲同一之注意，有償時應依委任之規定負其責任，即應以善良管理人之注意爲之（瑞債五三八條一項三項）。有規定合夥人履行所負擔之合夥上義務，不問有償無償，惟應與處理自己之事務爲同一之注意者，例如德民（七〇八條）。我民法規定有謂係從德民之例（劉著五一四頁、季著債分下一一頁），其理由則以合夥人在於相互信用關係，而且被委任執行合夥事務，非有正當理由不得辭任，然實係從瑞債規定，蓋在我民法合夥人執行合夥事務以不得請求報酬爲原則（民法六七八條一項、瑞債五三七條三項）。民法第六七二條係以無償爲前提，而且依第六八〇條應準用第五四四條規定，則在有償時亦應負輕過失之責任，至爲明顯（薛著三〇八條、戴著債各下二四四頁、我妻中國債各七〇四頁）。（一）然在減輕之注意義務，以合夥人依合夥契約所負擔之義務爲限，其非合夥契約所生之債務，即合夥人以第三人資格所負之債務，例如對於合夥爲出賣人或出租人時，應依各該法律關係定之。（二）事務執行人逾越權限爲合夥所爲之行爲，不能認爲履行合夥上之義務，就一切過失負損害賠償責任（民法五四四條一項但書 *Erbman, zu § 708.*）。（三）在德民解釋，學者謂不限於該合夥人爲事務執行人，其由合夥關係所生之債務，例如出資義務，亦有適用（*Staudinger, z. § 708, I, ab; Erbman § 708; Oertmann, § 708, 2*）。依余所見，法條雖泛云履行依合夥契約所負擔之義務，然出資義務不獨爲合夥人對於合夥之義務，而且爲合夥人相互的所負之義務，應以關於合夥業務之經營者爲限（梅著三三九頁、季著債各下一一頁、劉著四九九頁、薛著三〇八頁）。（四）合夥人非依合夥契約，而依特別委任契約，執行合夥事務時，應適用關於委任之規定。無償時應與處理自己事務爲同一之注意。有償時應以善良管理人之注意爲之。（五）無法人人格之社團，不適用此規定（*Denecke, z. § 708, 1; Ehn-Lehmann, 17, II*）。（六）違反此注意義務時，應負損害賠償責任。例如合夥人故意以低價出賣而自己由買受人取得其他財產上利益，則應就其所取得者交與合夥。合夥人怠於爲交易上所必要之行爲，例如在買入時未爲檢

查及瑕疵通知（民法三五六條），則其個人應單獨負擔其損失。（七）對於合夥人主張損害賠償請求權者，應證明其有義務之違反。合夥人應證明其所為者與處理自己事務之注意相當。（八）關於減輕注意程度之規定，為任意規定，得隨時以特別契約，加重或更減輕之。

【註】瑞債第五三八條第一項「各合夥人應以於自己事務所用之勤勉及注意，用於合夥之事務」。第二項「各合夥人就自己之過失所生之損害，對於其餘合夥人負其責任，不得以於其他時所獲與合夥之利益，與此損害相抵銷」。第三項「執行事務之合夥人，對於自己之行爲受有報酬者，應依關於委任之規定（三九四條以下），負其責任」，即應就輕過失負責。

b. 忠實之義務 執行合夥業務之合夥人，有忠實處理事務之義務。如違背此義務，致令合夥發生損害者，即應負損害賠償責任（前大理院三年上字第九三二號）。

c. 自己為執行之義務（民法六八〇條、五三七條至五三九條）。

d. 執行事務狀況及頗末報告之義務（民法六八〇條、五四〇條）。

e. 所收取金錢、物品及孳息之交付及所取得權利移轉之義務（民法六八〇條、五四一條）。此時交付及移轉請求權人，原則上為他合夥人之全體。然合夥人中特授有保管該物或權利之權限者，例如會計，則其合夥人應代他合夥人為請求。其請求，會計得以自己名義為之，無須用合夥之名義，蓋將其所得之物或權利交與會計，乃為契約上相互之債務，其請求以合夥之名義為之與否，應與其效力無關也（末弘八四六頁）。

f. 金錢使用利息支付及損害賠償之義務（民法六八〇條、五四二條）。

2. 事務執行合夥人之權利

a. 原則上無報酬請求權 合夥人執行合夥事務，除契約另有訂定外，不得請求報酬（民法六七八條二項、瑞債五三七條三項），蓋以事務執行合夥人，執行合夥事務係基於合夥人之地位，從而其報酬通常依

利益分配之形式而實現也。

b. 費用預付請求權（民法六八〇條、五四五條）。

c. 因合夥事務所支出之費用及利息之償還請求權（民法六七八條一項、五四六條一項、瑞債五三七條一項前段及二項）。所支出費用，得爲對於第三人之法律行爲上之給付或爲合夥人超過其出資範圍之直接對於合夥之財產給付。因直接財產給付，事務執行人與合夥人利益有衝突，應受限制。例如事務執行人不得擅自將合夥工作在家中實施，而計算事務所租金（*Oser z. § 37, Ann. 4, 5*）。

d. 負擔必要債務之清償請求權（民法六八〇條、五四六條二項）。

e. 執行事務致受損害之賠償請求權（民法六八〇條、五四六條三項）。

第二款 對外關係（合夥代表權）

合夥人被委任執行合夥事務時，於依委任本旨執行合夥事務之範圍內，對於第三人爲他合夥人之代表（民法六七九條、德民七一四條、瑞債五四三條三項、奧民一一九〇條）。（一）民法規定事務執行合夥人，於事務執行權之範圍內有代表他合夥人之權利，此與法人的董事之代表權相接近。但在法人董事係代表法人，而在合夥則係代表他合夥人，尙不能認爲合夥之機關。然此時代行爲即爲合夥人全體之行爲而生效力，非如代理爲代理人之行爲，而其效力歸屬於本人。且在代理以法律行爲及準法律行爲爲限，而在代表即事實行爲及行爲以外之事實（不當得利），均得由事務執行人代表而使合夥負責。在德民瑞債及日本學說，均以合夥之對外活動爲代理關係，稱爲合夥代理，惟以法律行爲爲限（薛著三〇四頁就我民法亦作此主張）。然我民法特注重合夥之團體性，就其對外關係，準於法人之機關而爲規定，視合夥爲經營共同事業之活動單位，故有獨立的「合夥財產」，有一定之「合夥事務」，合夥事務執行人不獨得以全體合夥人之名義，亦得以合夥之名義（某某合夥），爲合夥與第三人爲交易。依瑞債五四三條第二項規定「

合夥人以合夥之名義或以全體合夥人之名義，與第三人為交易時，其餘之合夥人惟於符合代理規定之範圍（第三四條以下），對於此第三人有權利及義務」。依日本判例，得以合夥之名義為法律行為。例如合夥為票據之受取人，以合夥名義表示之者，即表示實質上權利人之合夥人全體，應解為具備票據之要件（日本大正十四年五月十二日大判）。依我國判例，錢莊營業之合夥，其執行業務之合夥人或經理人，代合夥借款，同為關於營業上之事務，應視其有此權限。惟合夥已解散時，此項權限即屬當然消滅。嗣後該執行業務之合夥人或經理人，縱以合夥名義向人借款，亦不能對合夥發生效力。除他合夥人追認其行為或承認其債務外，債權人不得向他合夥人請求清償（最高法院十八年上字第一八四四號），是亦認合夥事務執行人，得以合夥之名義為交易。

一、代表權之成立及範圍

合夥代表權，本與合夥事務執行權有別，然依德民第七一四條「合夥人依合夥契約有事務執行權時，於有疑義時，對於第三人有代理他合夥人之權限」。依瑞債第五四三條第三項「被委任執行事務之合夥人，推定對於第三人有代理合夥或合夥人全體之權限」。我民法則規定事務執行之合夥人，於事務執行之範圍內有代理他合夥人之權能，其就此權限所為之限制，除其限制為第三人所知或因過失而不知者外，不得對抗第三人（民法一〇七條）。然在本無執行業務權限之合夥人，關於特定之法律行為又未受有特定之代理權，及雖係有執行業務權限之合夥人，而其所為之法律行為並非關於執行業務，或雖關於執行業務之行為，而經以特別意思表示限制其代理權，且其限制為第三人所已知者，其行為對於他合夥人當然不生效力（前大理院四年上字第一九一一號）。執行合夥事務之合夥人為人保證，除屬該合夥之營業範圍或依特殊情形可認為營業上之行為外，對於該合夥不生效力（二十八年院字第一九三二號）。（一）合夥人基於合夥契約當然有執行事務權（民法六七一條第一項）或依合夥契約或其後續訂之補充契約，被委任執行合夥事務（民法六七一條二項）者，均得代表他合夥人，自不待論。其以特別委任契約被委任執行合夥事務之

合夥人或第三人，亦可解釋同時授有此權限（末川債權各論三八八頁）。合夥人爲無行爲能力者，由其法定代理人向外代表，然此爲合夥人之法定代理問題，而非合夥本身之代表問題。依合夥契約或其續訂之補充契約，被委任執行事務之合夥人，其代表權原則上惟應與事務執行權同時消滅。但合夥契約另有訂定或類推適用民法第六七四條之規定，得僅使代表權消滅。然依特別委任契約被委任執行合夥事務之合夥人或第三人，其代表權原則上得隨時撤回（末弘八四九頁 *Staudinger, 2. § 7.4, I, 4*）（參照德民第七一五條）。（二）合夥之事務由合夥人共同執行或約定由合夥人中數人執行者，不惟其內部關係，即對外關係亦應由有執行權之合夥人共同爲代表行爲。若僅其中一人爲之，即屬無權代理行爲，非經該數人共同承認，對於合夥不生效力（最高法院二十八年上字第一五三三號）。如一定事務應經有執行權人多數決定者，其對外亦由多數代表少數。通常事務每一有執行權人得單獨執行者，對外亦得單獨代表。然其中一執行權人爲異議時，則就該行爲之代表權，亦因而消滅。單獨執行與共同執行結合者，則單獨代表亦與共同代表結合。如依合夥契約每兩合夥人共同得執行合夥事務者，則每兩合夥人共同亦有代表權。（三）得以合夥之名義爲意思表示者，亦同樣得以合夥之名義受領意思表示。然依一般原則，在共同代表，意思表示對於代表人一人爲之者，對於全體被代表人發生效力。爲認定被代表人之已知，以共同代表人之一人知其事實爲已足。（四）事務執行權限，不必與代表權限一致，依約定得僅有事務執行權而無代表權者，例如依約定一合夥人惟應爲事實行爲，亦得約定對外由合夥人一人代表，而對內關係則事務之執行須得他合夥人之同意。（五）由於合夥契約所確定代表權限，不能反面推斷其當然有相當之事務執行權。（六）代表權限惟關於與第三人之交易關係，其與第三人無關係之事務執行，惟依事務執行之原則。不屬於事務執行，而惟屬於合夥內部生活之行爲，尤其合夥之組織，例如合夥契約之變更、出資之增加、合夥之解散、合夥人之開除、事務執行人之解任或代表權之撤回，則不適用關於代表之原則。雖無代表權之合夥人，除合夥契約另有訂定外，亦應參與。（七）有代表權之合夥人本身同時爲第三人應與自己或對於自己爲法律行爲

時，依民法第一〇六條之規定，無代表合夥權。此時其代表不由該合夥人，而應由其他合夥人之一人或全體，依代表之原則爲之。(八)關於代表權之範圍，爲保護善意第三人，原則上依該合夥人事務執行權之範圍而定。從而僅被委任執行一定種類或一定範圍內之事務者，其代表權除另有訂定外，亦惟局限於其部分。合夥目的以外之事務，事務執行人無執行權，同樣亦無代表權。

二、代表權之效力

有代表權之合夥人，於其代表權之範圍內，以合夥或全體合夥人之名義所爲之行爲，直接就合夥發生效力。以合夥或全體合夥人之名義取得財產，屬於合夥財產，爲合夥人之公同共有。所負擔之債務，亦爲合夥債務。合夥財產不足清償合夥債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任(民法六八一條)。(一)然合夥人得於與對方訂立契約時，自己或由合夥事務執行人明訂惟就合夥財產負責。此時由該行爲所生之義務，其合夥人惟就其一部分財產，即合夥財產負責。合夥人亦得授與有此限制之代表權。雖有主張若許如此對於事務執行人代表權之限制，則將使合夥人與有限公司股東有同一之地位。然此責任之限制，非依合夥契約，而係基於與第三人訂立之契約，自有不同。有代表權之合夥人超過代表權所爲之行爲，他合夥人不負責任。惟該合夥人對於第三人負無權代表之責(民法一一〇條)。然他方面爲保護善意第三人，代表權之限制及撤回，應不得對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其實者，不在此限(準用民法一〇七條)。如關於代表權有授權證書，而未載明代表權之限制，則合夥人對於受證書提示之善意第三人，不得主張其限制。如代表權通知第三人或經公告而未聲明限制時，亦同。將合夥契約或其他文書提示於第三人，其中含有事務執行之委任，而就代表權之限制未有任何記載，則善意第三人得不認有其他約定之限制。事務執行權未有限制，對於第三人特別爲通知或經公告者，亦同。第三人爲確知代表權，應查究事實上所主張之代表權是否成立，然如爲此證明有關於代表權或事務執行權之文書之提示，或由其他合夥人受有關於此項權限之通知時，可信任其文書之內容或所受之通知。(二)有代表權之合夥人，於行爲

時，知有害於合夥之利益而爲之，且其行爲係由相對人所促成者，合夥及合夥人就其行爲不負義務。（三）爲使代表行爲對於合夥發生直接的效力，須在執行事務之合夥人以合夥之名義爲之之意義，在外部爲可認知，否則惟爲執行人之行爲人與契約相對人間成立法律行爲。就債務之負擔言之，惟該事務執行人負責。其餘合夥人惟以嗣後之契約爲責任之承擔時，始對外共同負責。就債權之取得言之，當先惟該事務執行人爲債權人，其餘合夥人惟受債權之移轉時，始爲共同債權人。此讓與亦得預以契約爲之。然如相對人不問取得者爲何人，即對於不特定人爲移轉，而且代表權人有爲合夥爲之之意思時，如同默示的代理，得有合夥直接之物權之取得。（四）一合夥人爲其他合夥人使用於履行合夥債務時，則其他合夥人就該合夥人之過失，應與自己之過失負同一責任（民法二二四條）。其責任先由合夥財產負擔，合夥財產不足清償時，由其餘合夥人就其私產負責。合夥人如爲其他合夥人使用爲合夥債務之履行輔助人，則此外是否有無代表權，在所不問。

三、代表權人之侵權行爲

合夥人如全體共同爲侵權行爲時，自應負共同侵權行爲責任。雖與合夥無關，如有對於合夥人全體之判決，亦得對於合夥財產爲執行（*Staudinger, z. § 714, VI, 3, § 718, I, 1b*）。在德民法合夥代理權人，惟對於合夥有代理關係，故限於法律行爲。有一人或數人之合夥人之侵權行爲時，他合夥人惟依德民第八三一條（我民法第一八八條）就其行爲負責（*Staudinger, z. § 714, VI, 3*）。在我民法，事務執行人，於事務執行權之範圍內，不獨法律行爲，就事實行爲，亦與全體合夥人所爲者有同樣之效力。從而合夥人就侵權行爲，非負僱用人之責任（民法第一八八條），而與法人機關同樣就事務執行人因執行職務所加於他人之損害，應認有合夥之侵權行爲（民法二八條、季著債各下一一九頁、我妻中國債各七一七條）。

四、訴訟上之代表

在德民法解釋，合夥不能如無限公司起訴或被訴。訴訟當事人常爲合夥人，不認合夥有當事人能力，

然如同其他訴訟當事人，得依訴訟代理人爲其代理。事務執行權及代表權，通常亦包括爲他合夥人代理訴訟之權（Staudinger, zu § 714, VIII）。在瑞債解釋，亦否認合夥有自動或被動的當事人能力（Oser, Vorb. vor § 530-551, Anm. 119, 120; z. § 544, Anm. 16）。在日本有謂合夥既非法人，不得爲原告或被告，故無訴訟當事人能力，又非日本民事訴訟法第四十六條所謂「非法人之社團」，故亦不得以其名義起訴或被訴。然有代理權之事務執行人，於其業務執行範圍內，應解爲有關於訴訟行爲之代理權。事務執行人除別有限制外，應解爲全體合夥人所選定之原告或被告，從而該事務執行人得依日民法第七四條（我民訴第四一條），爲全體合夥人自爲訴訟當事人，無以全體合夥人爲訴訟當事人之必要（沼債各下二一二頁以下）。亦有主張置有代表之合夥，有依日民法第四六條（相當我民訴第四〇條第三項）之訴訟當事人能力（日本昭和十五年七月二十日大判、末川三九〇頁以下）。在我民法，事務執行人之代表權既不限於法律行爲，訴訟上之行爲，應亦在內。依我民訴法第四一條第三項規定「非法人之團體，而設有代表人或管理人者，亦有當事人能力」。故合夥團體，亦應解釋有訴訟當事人能力，而事務執行權人除另有訂定外，應解爲合夥之代表人，得代表合夥起訴或被訴（石著民事訴訟法釋義四九頁，戴著債各下二五〇頁、薛著三〇五頁）。

第五目 合夥人之退夥及加入

合夥爲特定當事人間之一種契約，因合夥人之退夥或新合夥人之加入，發生原合夥是否歸於消滅而成立新合夥之問題。在德國普通法，貫徹合夥爲單純的契約之理論，以合夥人之變更逕使原合夥消滅而成立新合夥。然我民法以此有反於合夥之團體性，而害合夥之機能，故以合夥不以合夥人之變更而失其同一性，仍猶存續。

第一款 合夥人之退夥

退夥 (Ausscheiden)，有基於合夥人之聲明與否者。前者稱爲聲明退夥 (民法六八六條)，後者稱爲法定退夥。其原因爲合夥人之死亡、破產、禁治產及開除 (民法六八七條)。

一、聲明退夥

聲明退夥，謂依一方的意思表示終止合夥人與他合夥人間之合夥契約上之法律關係之權利。聲明退夥由合夥人向其他合夥人以一方的意思表示爲之。合夥人之債權人，就股分聲請扣押之通知，亦有爲該合夥人聲明退夥之效力 (民法六八五條)。

1. 聲明退夥之相對人 退夥之聲明，應對於他合夥人之全體爲之。僅對合夥人中之一人或數人爲之，不生效力。僅對於業務執行人爲之，亦不生效力。蓋退夥意思表示之受領，不屬於合夥事務執行之範圍也。然如合夥人中之某人或事務執行人就合夥契約關係之一切，有代表他合夥人之權限時，自當別論。

2. 聲明退夥之性質 合夥人之聲明退夥，爲合夥契約之一部之終止，惟對於退夥的合夥人使終止與其他合夥人間之合夥關係。其他合夥人間之合夥關係仍繼續存在。然由二人成立之合夥，因一人之退夥，剩餘者僅爲一人，自亦使合夥關係全部終了。從而此時退夥聲明，非合夥契約一部之終止通知，而爲全部之終止通知。

3. 退夥聲明之時期 (一) 合夥未定有存續期間或經訂定以合夥人中一人之終身爲其存續期間者，各合夥人得聲明退夥。但應於兩個月前，通知他合夥人 (民法六八六條一項、日民六七八條一項前段、參照德民七二三條一項一段、七二四條、瑞債五四五條一項六款)。此時各合夥人不須任何理由，以得隨時聲明退夥爲原則。然不得於退夥有不利於合夥事務之時期爲之 (民法六八六條二項、日民六八八條一項但書、德民七二三條二項)。其於不利之時期爲之者，不生退夥之效力。例如該種商業一年中最旺盛之季節。如因該合夥人之退夥將無適當之人可以執行事務，則雖曾於二個月前爲退夥之聲明，亦不能生退夥之效力。然此種限制，對於因非可歸責於自己之重大事由而聲明退夥者，應解釋亦不適用。無論合夥定有存續期

間與否，其有非可歸責於自己之重大事由者，應解釋仍得隨時聲明退夥（在日民則以有不得已之事由，在德民則以有重大事由，不問可歸責於合夥人與否，雖在不利於合夥之時期仍得隨時退夥）。蓋我民法第六八六條第三項規定「合夥縱定有存續期間，如合夥人因非可歸責於自己之重大事由，仍得聲明退夥」，則未定有存續期間者，更應得爲之也（薛著三二二頁）。在委任契約當事人之一方，於不利於他方之時期終止契約者，除非因可歸責於該當事人之事由致不得不終止者外，惟應負擔損害賠償責任（在德民合夥人非有重大事由而退夥者，亦僅負擔損害賠償責任），而在合夥則非有不可歸責於自己之重大事由，不得退夥（參照民法六七八條但書）。（二）合夥定有存續期間者，原則上於期前不得退夥。但如合夥人有非可歸責於自己之重大事由，仍得聲明退夥（民法六八六條三項、日民六七八條二項、德民七二三條一項二段）。例如他合夥人因故意或重大過失違反其合夥契約上對於合夥人之重要義務，或此義務成爲履行不能，爲重大事由（德民七二三條一項二段、參照公司法六一條）。有因可歸責於合夥人之重大事由而聲明退夥時，是否須先期通知，民法雖無除外之明文，惟既有此項重大事由，應解釋無須先期通知。無論合夥契約定有存續期間與否，其因非可歸責於自己之重大事由而聲明退夥者，於聲明到達於其他全體合夥人時，立即發生退夥之效力（薛著三二二頁、參照公司法五九條二項、德民七二三條一項二段、日民六七八條二項、瑞債五四五條二項）。

二、法定退夥

法定退夥，謂不基於合夥人之意思，而依法律之規定於一定之事由當然發生之退夥。其事由爲（一）合夥人之死亡，（二）合夥人之破產，（三）合夥人之禁治產，（四）開除（民法六八七條、日民六七九條）。但在德民以合夥人之死亡或破產，原則上爲合夥解散之原因（德民七二七條、七二八條）。惟依合夥契約訂定合夥人爲終止契約之通知或死亡或就其財產開始破產時，合夥於其他合夥人間仍應繼續者，有此等情事發生之合夥人，由合夥退夥（德民七三六條）。在瑞債則合夥因合夥人之死亡、破產或附監護而

解散（瑞債五四五條一項三款）。

1. 合夥人之死亡 因合夥人死亡而退夥。但契約訂明其繼承人得繼承者，不在此限（民法六七八條一款、日民六七九條一款）。蓋合夥契約以合夥人之相互信任為基礎而成立，其合夥關係非可逕由其繼承人承受，故民法規定合夥人因死亡當然由合夥退夥，惟依合夥契約或依特別契約，訂定合夥人雖死亡仍應使其繼承人承受時，則其餘合夥人與繼承人之間，仍有合夥契約之存續。

2. 合夥人之破產 合夥人因受破產之宣告而退夥（民法六八七條三款、日民六七九條三款）。蓋依退夥（在德瑞則原則上為解散之原因）以解銷破產人與其他合夥人就合夥財產之共同共有關係之拘束，而使破產債權人得就其退夥後結算所應得之分配，自由的受清償也。

3. 合夥人之禁治產 合夥人因受禁治產之宣告而退夥（民法六八七條三款、日民六七九條三款）。蓋受禁治產宣告者喪失行為能力之全部，不復能從事合夥事業，故當然由合夥退夥。但不妨依合夥契約或特別契約訂定，由其監護人代替禁治產人為合夥人之行為（磯谷七四一頁）。

4. 合夥人之開除 合夥人因被開除而退夥（民法六八七條三款、日民六七九條四款）。開除亦稱除名（*Ausschlussung*）謂將合夥人由合夥關係排除，使終止與該合夥人之合夥關係，為一種終止之通知。他合夥人對於其欲開除之合夥人得終止合夥契約之權利，謂之開除權（*Ausschlussungsrecht*）。合夥人之開除，須有三要件。即（一）以有正當理由為限，（二）應以他合夥人全體之同意為之，（三）應通知被開除之合夥人（民法六八八條、日民六八〇條）。

a. 須有正當理由 正當理由，謂就合夥之性質客觀的為觀察，以將該合夥人由合夥開除為正當之事由。其有無應具體各別決定。例如出資義務之懈怠、勞務出資之不能、與他合夥人全體或多數顯有不和、合夥財產之不正當消費、對於合夥事業經營之妨害等（參照公司法六一條）。

b. 須有他合夥人全體之同意 開除對於被開除者有重大之有形及無形的影響，故以他合夥全體之一致

爲必要。因而不得以一合意同時開除二名以上（參照德民七三七條）。例如甲乙二人結合妨害合夥事業之經營時，兩人互就其他一人之開除不同意，則甲乙之開除均爲不能，從而此時他合夥人惟有自行退夥，因此爲非歸責於自己之重大事由得即時退夥（民法六八六條三項），或以合夥之目的事業不能完成爲理由，解散原合夥而另成立新合夥（沼債各下二一六頁，末弘八五三頁，鳩山七〇七頁，橫田七三七頁，末川四一三頁，岡村五二六頁）。蓋若得同時將數名開除，則合夥人間將生二派之對立，多數者固得將少數者開除，少數者亦得將多數者開除，將生不良之結果也。但亦有主張所謂他合夥人全體之同意，係指被開除者以外之他合夥人全體之一致而言。無須被開除者爲單數。例如總數有合夥人七人之合夥，意見分爲兩派，甲組四名，欲將乙組三名開除或乙組三名欲將甲組四名開除，其中孰有正當理由，得訴請法院判定，或以合夥人之意見紛歧合夥目的事業不能完成爲理由而解散合夥（依日民法第六八二條於有不得已之事由時亦得請求合夥之解散）。法律上並無任何困難（磯谷七四二頁）。

【註】德民第七三七條「依合夥契約訂定合夥人之一人爲終止契約之通知時，合夥仍應於他合夥人間繼續者，於一合夥人發生他合夥人得依第七二三條第一項第二段爲終止契約通知之情事時，得將該合夥人開除。此開除權共同屬於他合夥人。開除以意思表示向應被開除者爲之」。

C. 須通知被開除之合夥人 開除應通知被開除之合夥人，因達到而生開除之效力。依日本民法此通知非生效要件，惟非經通知不得對抗被開除之合夥人（日民六八〇條但書）。德民第七三七條，則以通知爲要件，我民法亦然。

具備上述要件，雖得將合夥人開除，然於開除後至少尚須有二合夥人存留，其開除始爲可能。蓋合夥僅有二合夥人時，其中一人不得開除他一人，此時惟有即時退夥或解散合夥。又已經退夥之合夥人，不得再行開除，蓋彼已非合夥人也。於合夥解散後，清算中，是否尚得開除合夥人，應解釋惟於他合夥人決定繼續合夥即中止清算時，始爲可能（Staudinger, z. § 737, II）。

三、退夥之效力

1. 合夥人資格之喪失 退夥不問爲聲明退夥或法定退夥，其退夥惟向將來發生效力。退夥人自退夥時，向將來喪失合夥人之地位。然退夥惟使退夥人與他合夥人之間所存合夥關係消滅，除合夥由二人組成而因其中一人之退夥僅餘其他一人外，不使合夥本身消滅。

2. 財產整理 因退夥之結果，退夥人與合夥間須有財產關係之整理。民法就此點設有規定，於不與退夥人以不利之範圍，謀求合夥之利益。即

a. 退夥人與他合夥人間之結算，應以退夥時合夥財產之狀況爲準（民法六八九條、日民六八一條一項），並非清算之結果，而係以繼續存在的合夥之價值，即如同在全部讓與時可能產生有利的價值爲準，故依其情形，顧客關係亦應顧及（*Lin-Tehmann, § 163 I, 3*）。從而合夥財產於合夥人退夥時較各合夥人出資總額有增加時，合夥對於退夥人應返還其出資及其對於增加財產之應有部分。如合夥財產較各合夥人出資總額有減少時，則退夥人應按損失分擔之比例，負擔其損失（民法六九八條）。

b. 退夥人之股分，不問其出資之種類，得由合夥以金錢抵還之（民法六八九條二項、日民六八一條二項）。對於退夥人股分之返還，雖以合夥財產之現物分割爲原則，民法惟恐現物返還對於合夥之業務有不利及不便，不問退夥人出資之種類如何，使合夥得任意的以金錢抵還，從而合夥此時負擔任意之債。以勞務爲出資之標的時，其勞務出資因退夥當然付還與退夥人。即將合夥成立時他合夥人全部之出資（包含義務）價額之總額，與自退夥時合夥財產總額扣除此勞務出資之價額後之數額比較，後者大於前者時，於其差額即利益之內，惟將應分配於退夥人之額付還。如後者小於前者時，其差額即損失，原則上退夥人不負擔（民法六七七條二項）。惟於有特約時，其應分由退夥人負擔之額，應由退夥人繳與合夥（岡村五二八頁）。

c. 合夥事務於退夥時尙未了結者，於了結後計算並分配其損益（民法六八九條三項、日民六八一條三

項)。對於退夥人之結算，雖應以退夥時合夥財產之狀況為標準，然於退夥時尚未了結之事項，即損益計算尚未確定之事項，得於了結後計算。例如以物品販賣為目的之合夥，與第三人訂立之買賣契約尚未履行終了時，則關於某交易之計算，得俟買賣了結後為之。此時惟將關於未了結事項之計算延展至了結後，不得以此為理由，而延展全部之計算。

d. 退夥人就合夥財產原有之股份，與退夥同時，當然歸屬於其他合夥人。此等合夥人之股份，當然增加。對於不動產之股份，亦自動的屬於其他合夥人，得請求土地登記簿之更正（*Enn-Lehmann, § 182, I. 3*）。德民法明定退夥人退夥時，其對於合夥財產之股份當然歸屬於他合夥人（*德民七三八條一項一段*）。我民法規定退夥人之股份，不問其出資之種類如何，得以金錢抵還，亦即表示退夥人之股份應當然歸屬於其餘之合夥人。然合夥人亦不妨以合意約定退夥人之股份，無償的歸屬於他合夥人，或廢止當然的歸屬而另為其他訂定（*Staudinger, z. § 738, IV*）。從而退夥人就合夥財產原有之股份，於退夥後變為單純的股份之金錢債還請求權，對於其他合夥人成為合夥債務（*Staudinger, z. § 738, I. 4*）。然退夥人之固有財產，不當然成為合夥財產，例如退夥人就惟以自己所有物之使用權為出資者，依德國民法此時他合夥人應將該物返還退夥人（*德民七三八條一項二段*）。在日民解釋雖亦有主張此時退夥人得請求原物之返還（*磯谷債各下七四五頁*），然通說謂此時雖無買取其物之權利，然認其使用權合夥仍得繼續利用，即得代替使用權之返還，而為金錢清償。退夥人惟喪失其就使用權之股份而仍保有所有權。退夥人以專利權之實施權為出資者亦同（*鳩山七一一〇頁、末川四一六頁、末弘八五五頁、沼債各下二一八頁、中村五〇六頁*）。在我民法亦可從日本之通說。

e. 退夥人雖對於退夥後所生合夥之債務，不負任何責任，然就退夥前所生合夥之債務，仍應負責（*民法六九〇條*）。蓋合夥人就合夥債務負共同債務，一般同時就其全額連帶負個人的債務，共同債務基於如夥人之地位與之有不可分離之關係，合夥人退夥時一方面其對於合夥財產之股份當然歸屬於其他合夥人

，而僅受結算上之金錢的抵還，他方面共同債務亦因而消滅，然其所負個人債務，則自始以合夥人之個人財產爲一般擔保，從而不因其合夥人退夥之債務人的個人事由消滅而仍應存續，乃爲債權法一般之原則所當然也。就退夥以前所生合夥債務，退夥人並應負個人責任者，是否得對於其餘合夥人請求除去其責任。在日本學者頗有議論。依德民法規定，其餘合夥人應除去退夥人對於共同債務之責任。共同債務之清償期尙未屆至者，他合夥人對於退夥人得代責任之除去，而提供擔保（德民七三八條一項二段三段）。在我民法應解釋如退夥結算將一切合夥債務爲合夥之損失而計算應付還金額時，則退夥人與他合夥人之間，就合夥人負擔合夥債務之部分，爲有履行之承擔，從而退夥人得請求除去其責任。如合夥債務仍應由退夥人分擔而爲退夥清算時，應解釋無此請求權。退夥人對內關係雖得請求其他合夥人免除其責任，然合夥債權人對此退夥人所有之權利，並不因而受有影響。惟退夥人向合夥債權人爲清償時，對於其他合夥人取得求償權（鳩山六七二頁以下、磯谷七四五頁、沼債各下二一九頁、末川四一七頁、岡村五三〇頁以下 *Staudinger, zu § 738, III*）。對此求償，其他合夥人應以合夥財產並個人補充的連帶負責，與其他合夥債務同（*Staudinger, z. § 738, I, 3*）。雖有主張既未如德民之有明文規定，不得對他合夥人請求免除其責任，惟不妨經債權人之同意，使其他合夥人承擔退夥人之債務（末弘八五六頁）。然此爲免除退夥人責任之一方法，如有此項債務承擔，則退夥人對於合夥債權人之關係，自可全免其責（*Staudinger, a. a. O.*）。

第二款 合夥人之加入

合夥成立後，非經合夥人全體之同意，不得允許他人加入爲合夥人（民法六九一條、瑞債五四二條一項、法民一八六一條後段）。（一）他人之加入：加入（*Eintritt*）非如退夥，得由一方的意思表示，應由加入人與全體合夥人之契約爲之。增加合夥人，非合夥業務之執行，合夥業務執行人惟經合夥人全體之同意，始得與加入人訂立加入契約。但依合夥契約，亦得約定以多數決定允許他人加入合夥或訂定一定之

人有加入權（*Oser z. § 542, Anm. 11; Inn-Lehmann, § 182, I, 2*）。合夥雖有新合夥人之加入，不失其同一性，非先解散合夥而後由原合夥人與新合夥人從新設立合夥。（二）加入之效力：他人因加入之結果，是否當然就合夥財產取得股份，抑須有股份之讓與行為，雖不無疑問，然關於此點，退夥與加入不應有何差別。加入則應與退夥同樣，因加入而當然取得對於合夥財產之股份（自然增加說 *Anwachstungstheorie*）。加入者之姓名，雖應附加於土地登記簿，然此僅有宣示的效力（*Oser, z. § 542, Anm. 11; Inn-Lehmann, § 182, I 沿債各下二二〇頁*）。加入為合夥人者，對於其加入前合夥所負之債務，與合夥人負同一之責任（*民法六九一條二項*）。在德、瑞、日立法，關於此點未設有規定。解釋上加入者基於合夥人之地位，就加入前之合夥債務，惟以合夥財產負責（有限責任）。至於個人債務，因無規定，不認其有此責任（*Oser, z. § 542, Anm. 15; Inn-Lehmann, a. a. O. 鳩山七二三頁*）。我民法則規定加入者，對於其加入前合夥所負之共同債務，不獨以合夥財產負責，於合夥財產不足清償共同債務時，並應與原合夥人同樣負個人的連帶責任。（三）合夥人地位之移轉：合夥人經其他合夥人之同意，得將其地位讓與於他人，而自己脫離合夥。依合夥契約，得以多數決，允許合夥人地位之讓與，亦得預先訂定讓與於指定之人。因合夥人地位之取得，其合夥人權利當然移轉於受讓人。關於讓與前之合夥債務，讓與人於讓與後仍應負責（*民法六九〇條*），此為各國立法之所同。依我民法受讓人此時亦應與他合夥人負同一責任（*民法六九一條二項*），對於合夥債權人更為有利。

在德國及瑞士，合夥人得與第三人以共同利用第一合夥之合夥人地位之目的成立第二合夥，稱為附從參加（*Unterbeteiligung*）。此合夥常為內部合夥（*Innergessellschaft*），關於其成立及效力，適用關於合夥之規定，而非適用關於讓與之規定。附從參加人與第一合夥（*Obergessellschaft*）之合夥人，不成立直接之關係，對於第一合夥之債權人亦同。關於此點頗類似匿名合夥人，附從參加人得請求應歸屬於上級參加人（*Oberbeteiligten*）（亦稱主參加人 *Hauptbeteiligten*）部分之利益。但同時應負擔無過失應歸

於主參加人部分之負擔。上級參加人應於第一合夥保護附從參加人之利益及於第二合夥（下級合夥 *Unteresellschaft*）占有事務執行人之地位，主參加人與附從參加人間之關係，常爲債的結合關係，不成立主參加人股分之共同共有（*Oser, z. § 542, I, Anm. 2.3; Staudinger Anhang B I, zum 14. Titel*）。

第六目 合夥之解散與清算

第一款 合夥之解散

一 概說

解散爲使合夥契約對於全體合夥人向將來終了之原因之法律要件，退夥惟使退夥人之合夥關係消滅，解散則使全體合夥人之合夥關係全部消滅。合夥之解散，雖類似法人之解散，然法人之解散使法人之人格向將來消滅，而合夥之解散則僅爲合夥契約終了之原因。然合夥亦如同法人，至清算終結止，在清算必要之範圍內，其合夥關係應視爲存續（準用民法四〇條二項、前大理院四年上字第一四二號、德民七三〇條二項一段有明文規定）。雖亦有主張合夥契約因解散而終了，即合夥關係因解散而即終了，惟關於合夥財產之共同共有關係，不逕行消滅，其後尙應爲清算程序，即僅此財產關係至清算終結尙應認爲存續（末弘八五八頁、磯谷七五頁、沼債各下二二二頁）。然合夥之解散，非逕使合夥關係終了，不過使合夥之事業局限於清算之目的，惟至清算終結時，始全面終了（末川債各四一八頁、岡村五三四頁、劉著五五〇頁、戴著債各下二六六頁、季著債分則下一四二頁、梅著三四三頁）。惟清算限於合夥財產，其他合夥人之關係，無須特別法律的行爲而即消滅。合夥人爲合夥目的之義務，除爲清算之目的外，因解散而廢止。將來出資之義務，一定行爲禁止之約定，與清算無關，未付及尙未屆清償期之出資，除爲清算有必要外，無須支付（*Staudinger, z. § 730, I, S. 1328*）。

二、解散之事由

依民法第六九二條 合夥解散之事由有三種。然並非以此爲限。依合夥契約或其後加訂契約，定有解散事由者，因其事由之發生而消滅。例如定有解除條件者，因其條件之成就而當然消滅（前大理院四年上字第一四二號）。依合夥之性質，亦有當然發生解散之結果者，例如合夥人僅餘一人。

1. 合夥存續期間屆滿者 依合夥契約或其後加訂契約，定有存續期間者，則合夥因其期間之屆滿而解散（民法六九二條一款、瑞債五四五條一項五款）。惟合夥所定期限屆滿後，合夥人仍繼續其事務者，視爲以不定期限繼續合夥契約（民法六九三條、瑞債五四六條三項、德民七二四條二段）。因合夥有繼續的契約之性質，與租賃（民法第四五一條）同樣，認有默示的更新（*relocatio tacita*）。

2. 合夥人全體同意解散者 合夥因全體合夥人之同意而成立，自得因其全體同意而隨時解散（民法六九二條二款、瑞債五四五條一項四款）。全體合夥人同意解散，可認爲一種合意終止契約，依私法自治原則，雖無明文規定，亦應認爲有效。合夥之合意解散，須有合夥人全體之同意，除合夥契約另有約定外，一合夥人祇能爲退夥之聲明，不能爲解散之請求。合夥之解散非合夥事務之執行，合夥事務執行人自不能爲解散之決定。以合夥人多數之意思決議解散者，惟於合夥契約有此約定時，始爲有效。

3. 合夥之目的事業已完成或不能完成者 合夥因其目的事業已完成或不能完成而解散。其致此結果之原因如何，在所不問（民法六九二條三款、瑞債五四五條一項一款、德民七二六條、日民六八二條）。如何程度，始可謂事業已完成，應依合夥目的事業之性質及合夥契約之內容定之。例如一次合夥販賣米穀，則售罄即爲完成。合夥開鑛，則鑛盡始可謂爲完成。例如擔任合夥事務執行之有力合夥人之退夥（日本昭和十二年一月二十八日大判），或因喪失合夥之財產之大半或全部，合夥人又不肯增資，使事業之經營爲不能又或因合夥人間感情之破裂，已無共同繼續事業之希望。不能完成不限於事實上不能，法律上不能，亦包括在內。例如合夥之目的事業經法令禁止。其繼續經營是否不能完成有爭執時，由法院依合夥契約之內

容及客觀的事實判定之。

三、解散之效力

關於解散之效力，惟使合夥關係向將來消滅。合夥之解散除合夥人全體同意解散外，不以合夥人之意思表示為必要。因合夥事務之完成或完成不能，存續之期間屆滿，解除條件之成就而解散者，因此等事由之發生，當然使合夥關係終了。其效力惟向將來發生。故各合夥人既已受分配者，無返還之必要，既負擔損害賠償義務者，不因解散而免其義務。

第二款 清算

合夥解散後，必須經過清算之程序，合夥關係始完全消滅。清算在於了結合夥業務、收取合夥債權、清償合夥債務、返還出資，以其賸餘財產分配於合夥人。茲就執行清算人執行清算之方法、執行清算之職務及權限，述之如次。

一、執行清算人

合夥解散後，其清算由合夥人全體或由其所選任之清算人為之（民法六九四條一項、日民六八五條一項、瑞債五五〇條一項）。執行清算人為合夥人全體或其所選任之清算人，與普通法人之清算由董事為之者不同（民法三七條）。清算人之選任，以合夥人全體之過半數決之（民法六九四條二項、日民六八五條二項）。然此並非強行規定，得依合夥契約為異此之約定。例如訂定業務執行人得選任清算人或自始以合夥契約預定清算人，亦無不可。合夥之清算，非合夥事務之執行，因此執行合夥事務人除另有特約或經選任外，不能執行清算。依我最高法院判例「關於合夥解散後之清算事務，合夥未另選有清算人者，則以前執行業務之合夥人當然任清算之責」（十九年上字第四四九號）。然此殊不足採，蓋依合夥契約屬於合夥人之事務執行權，除契約另有訂定外，與合夥解散同時歸於消滅，業務執行權自解散之時為

全體合夥人共同所享有也（關於此點德民法第七三〇條第二項後段及瑞債第五五〇條第一項均有明文規定）。

選任何人為清算人，並無限制，其為合夥人與否，在所不問。以合夥契約自始置有清算人者，亦同。然以合夥契約選任合夥人中一人或數人為清算人者，適用民法第六七四條之規定（民法六九六條、日民六八七條）。此時非有正當理由，其被選任者不得辭職，其他合夥人亦不得將其解任（民法六七四條一項）。依正當之理由為解任時，並應經其他合夥人全體一致之同意（沼債各下二二五頁、岡村五三四頁）。如選任第三人為清算人，僅係單純委任關係，應適用委任之規定。第三人得自由辭任，亦得經合夥人全體過半數之決議，隨時將其解任（戴著債各下二六七頁、季著債分下一四七頁、劉著五五五頁、戒能債各三六九頁）。

二、執行清算之方法

全體合夥人共同為清算或選任數人為清算人時，關於清算之決議，以過半數行之（民法六九五條、日民六八六條、六七〇條、但依德民七三〇條二項後段、瑞債五五〇條一項，應由全體合夥人共同執行）。依日本民法，合夥之通常事務，得由各清算人單獨執行（日民六八六條準用第六七〇條）。我民法關於此點雖無準用之明文，應可準用民法第六七一條第三項之規定，通常事務得由各清算人單獨執行，但其他清算人中任何一人對於該清算人之行為有異議時，應停止該事務之執行（同說薛著三三四頁）。

三、執行清算人之職務

執行清算人之職務，可分為四階段。即（一）了結現務，（二）收取債權、清償債務，（三）返還出資，（四）分配賸餘財產（民法六九七條至六九九條、準用民法四〇條、參照日民六八八條一項、七八條）是也。

1. 了結現務 了結現務，謂結束已着手之事務。例如終止契約、撤回要約、停止廣告、執行清算人不得着手於新事業。但爲了結現務，不妨新爲法律行爲。例如爲買賣契約之履行，購入商品。此外如聲請爲合夥消滅之登記及爲歇業之呈報等，亦應屬於執行清算人之職務。

2. 收取債權清償債務 (一) 收取債權：謂就合夥所有之債權，由債務人受其履行。其他行爲，例如債權之讓與、更改、和解、票據之背書、抵押權之實行及抵押品之應買，不妨爲之。合夥所有之債權，不問其對於第三人或對於合夥人，均不妨收取之。(二) 清償債務：合夥財產應先清償合夥之債務，其債務未至清償期或在訴訟中者，應將其清償所必須之數額，由合夥財產中劃出保留之。例如貯存於銀行或郵局(民法九六七條一項、德民七三三條一項)。合夥債務包括共同債務及對於各合夥人所爲墊款及支出費用(由合夥償還之債務(參照瑞債五四九條一項、德民七三三條一項前段)。清償得以提存抵銷等方法爲之。合夥之金錢不足以清償合夥債務時，應於必要限度內，將合夥財產變爲金錢，以供清償之用(民法六九七條三項、德民七三三條三項)。清算人若不先爲合夥債務之清償或不劃出應保留之額，遽將全部合夥財產分別移轉於各合夥人時，雖有主張其處分行爲應爲無效，且若債權人因此不能得到債權之滿足或其中一合夥人或數合夥人因此迫以自己之財產清償合夥債務，而不能向其他合夥人達到求償之目的時，清算人並須負損害賠償責任(薛著三三二頁)。然若合夥人共同爲清算時，此義務惟成立於合夥人之間。各合夥人得向其他合夥人請求在返還出資及分配贖餘財產前，先由合夥財產清償合夥債務，每一合夥人得對於合夥債務清償前之分配爲異議，第一種願望須請求他合夥人之積極的協力，如一合夥人經判決後拒絕爲之，則原告不須其他合夥人之協力，而得爲其必要之步驟。即有權將合夥財產爲債務清償目的而出讓。依合夥契約有事務執行權人，亦有爲清算之權者，無須經其他合夥人之協力，得依其債務清償請求權，單獨的爲其必要之措施。合夥人基於債務清償前分配之異議權，而有不作爲之請求權，然以有其他合夥人的積極之行爲(開始分配行爲)爲前提。爲異議之合夥人，得聲請法院爲假處分，禁止在債務清償前將合夥財產

移轉於合夥人。然如合夥人意思一致，則雖不先清償合夥債務，而得為合夥財產之分配。但分配約定向未實行者，各合夥人得為約定時尚有未知之債務，對於其實行為異議。清算人在為分配前應清償債務之義務，惟對於合夥人負之。但無論如何，合夥債權人對於債務清償前之分配，並無異議權。惟由於法定原則之違反顯示有危害之目的時，得為聲請假扣押之原因而已（*Staudinger*, zu § 733 I.; § 730, I, S. 1338; *Enn-Lehmann*, § 182, I 2a; *Oser*, zu § 550, Anm. 34）。蓋合夥債權人如有對於合夥之執行名義，則得就其財產為執行，合夥財產雖經分配，仍得就各合夥人之私產為執行也。（三）損失分擔之請求：合夥財產不足清償合夥債務，即債務超過時，執行清算人應如何處理。即應以為清算事務，按損失分擔之比例，請求合夥人之追加出資或就不足部分一任合夥人之連帶負責，置而不問。依德民法第七三五條「合夥財產不足清償共同債務及償還出資時，合夥人應按損失分擔之比例，補充其不足額。此時由合夥人之一人不能收取其應負擔之部分時，他合夥人應以同一之比例負擔其短少額」。即採取前一辦法。日本民法雖無此規定，就不能清償合夥債務之部分，認清算人應請求合夥人為補足（日本大正十四年五月二日大判，末川四二二頁，鳩山七二一頁，磯谷七五三頁，岡村五三七頁以下，中村五〇九頁，橫田債權各論七五三頁，石田債權各論講義一九五頁）。我民法亦可為同樣之解釋。蓋若一任合夥人連帶責任之繼續，其求償將來不免發生問題，得因債務人之無資力或其他事由，而難達公平的損失負擔之目的也（我妻中國債各七六一頁）。然僅為出資償還之目的，清算人似無請求追加出資之必要，蓋在通常情形之下，得由合夥人對於他合夥人為直接請求也。

【註】依德民（第七三五條）瑞債（第五四九條二項），合夥財產不足清償合夥債務或不足返還出資額時，按損失分擔比例，分擔其不足額。例如四合夥人甲出資五萬馬克，乙出資三萬馬克，丙出資兩萬馬克，丁出資一萬馬克。清償債務後，尚餘五萬馬克，其損失為六萬馬克。在平均分擔損失時，每人分擔一萬五千馬克。在甲乙丙其損失負擔得與其應受返還之出資扣抵，甲惟應受三萬五千馬克，乙應受一萬五千馬克，丙應受五千馬克之返還。反之丁應支出五千馬克，其方法得由丁支出五千馬克與合夥金庫，即共為五萬五千馬克，由甲乙丙三人共分受，或由甲乙丙三人

先就剩餘五萬馬克比例分受，各對丁請求其應追加出資之五千馬克之三分之一 (Staudinger, zu § 785, I, 1) 。又例如甲乙丙丁四人合夥，其出資皆為現金，甲六千元，乙四千元，丙三千元，丁二千元，合計一萬五千元，約定損失分擔，甲乙各應負擔五百元，丙應負擔四千元，丁應負擔三千元。故丙丁於前已出資之外，尚應各支出千元，甲應受五千五百元，乙應受三千五百元之返還 (岡村五三七頁五三八頁) 。依我民法第六九八條「合夥財產不足返還各合夥人之出資者，按照各合夥人出資額之比例返還之」。即損失分擔，應按出資額之比例，惟由出資者負擔。然此應解釋指分配損益之成數未經約定而言 (民法六七七條) 。如有約定，仍應依約定成數分擔。即以合夥財產全部不足清償合夥債務時，關於損失分擔有約定者，清算人應依其約定，否則應按出資額之比例請求不足額之追加出資，以清償債務。

【註1】依瑞債解釋，不足額之分擔，合夥人拒絕給付者，清算人無強制收取之權利與義務 (Oser, zu § 533, Anm. 1, 24, § 550, Anm. 33) 。依德民解釋，為清償合夥債務必要之追加出資義務，為合夥請求權 (Sozialanspruch) 。每一合夥人得對於他合夥人請求其對於合夥支付損失分擔之相當額。反之為返還出資額必要之追加出資，無須採用支付於合夥金庫之迂路，損失分擔得與合夥人之出資返還請求直接扣銷，如扣銷不能，得由合夥人與合夥人直接決算 (Staudinger, a. a. O.) 。

3. 返還出資 執行清算人清償合夥之債務或劃出必需之數額後，其剩餘財產應返還各合夥人之出資 (民法六九七條二項、德民七三三條二項一段、瑞債五四九條一項)。(一) 所謂出資，係指財產出資而言。勞務出資、信用出資、財產使用權出資等，不包括在內 (德民法第七三三條二項) 以勞務之給付或物的使用之容許為出資者，不得請求其補償 () 。蓋民法要求出資返還與利益分配之兩階段清算程序，勞務及信用出資，惟於返還出資後仍有剩餘財產，始可享受利益之分配，而且於合夥解散後無可返還。以使用權為出資者，以返還其標的物為已足。因偶然之喪失或毀損，不得請求補償 (參照德民七三三條) 。蓋屬於合夥人所有之物，其危險仍應由其負擔也。然其喪失毀損，由於他合夥人或其中一人之過失時，則成立對於有過失者之損害賠償請求權。如其損害基於一人或數人事務執行人之過失而生者，則有過失者第一對於全體合夥人應就其標的物因全部或一部使用之剝奪所致生於合夥之損害負責。此外對於標的物所有人，

應就其因物之喪失或毀損所受之損害負責。對於此損害，其他合夥人同時（依德民解釋此時其他合夥人同時為連帶債務人負責 *Staudinger, zu § 732, I, 2*）依民法第二二四條之規定，應就事務執行人之過失，如同自己之過失負責。其責任先由合夥財產負擔，合夥財產不足清償時由其合夥人就其私產負責。然此物之所有人之合夥人，亦應就事務執行人之過失負責。故自己亦為連帶債務人之一人。其對於他合夥人之此項債權與其所負之連帶債務，已因混同而消滅。依民法第三七四條之規定，他合夥人亦同免其責任。故該合夥人對於他合夥人此時僅得依民法第二八一條第二八二條之規定，行使其求償權（二十九年上字第二〇五號）。如全體合夥人執行合夥事務，其中一人有過失時亦同。惟其中一人非為事務執行人，因其過失而致生喪失或毀損時，惟其合夥人單獨負責。他合夥人除共有過失外，不負其責。然如合夥擔保其物之返還，則就物之偶然喪失亦應負責。如約定標的物為合夥之所有，而於合夥解散時應返還其物者，則就偶然喪失之危險，亦應由合夥負擔（*Staudinger, zu § 732, II, 2, 3*）。（二）所謂剩餘財產，在日本民法謂清償合夥債務後之剩餘財產（日民六八八條二項七八條一項三款）。我民法則如同德民瑞債，將出資之返還與利益之分配分兩段計算。故所謂剩餘財產，應分為清償債務後之合夥剩餘財產與返還出資後之淨餘財產（民法六九七條二項、六九九條、德民七三三條二項一段、七三四條、瑞債五四九條一項）。（三）非以金錢為標的之出資，應以現物返還扣應變價返還，除另有訂定外，依清算人之過半數決定之（民法六九五條），不適用關於共有物分割之規定（民法八三〇條二項、八二四條）（日本大正二年七月一日大判、磯谷七五二頁、末川四二二頁、沼二二六頁、三瀨契約法三七七頁、鳩山七二〇頁、岡村五三六頁，但亦有主張除有特約外，應依共有分割之規定，末弘各論八五九頁、村上各論七九三頁）。依德民規定，出資之返還原則上應以金錢為之，而且非以金錢為標的之出資，應以出資時之價格償還之（德民七三三條二項二段）。我民法第六九七條第三項規定為清償債務及返還合夥人之出資，應於必要限度內，將合夥財產變為金錢，是得以金錢返還出資，當無疑義。如決定變為金錢為出資之返還時，究應返還如何

數額，我民法雖無規定，折定有股數者，自應依其每股之金額為返還。未折定股數者，究應以何時之價格計算，除合夥契約或其續訂契約另有訂定外，應解釋以出資時之價格為準。(四)合夥財產不足返還各合夥人之出資者，按照各合夥人出資額之比例返還之(民法六九八條、日民六八八條二項、參照瑞債五四九條二項)。利益分配依利益分配之比例，對於財產以外之出資人，亦為分配。反之損失除經約定分配損失之成數外，惟由財產出資者分擔。在德民瑞債此時亦應按分配損失分擔比例，分擔其不足額(德民七三五條一段、瑞債五四九條二項)。在我民法就有損失之剩餘財產之分配，雖有主張與契約上之損失分擔比例無關，常以出資額之比例由財產出資人分擔(我妻中國債各七六〇頁)。然應解釋就其不足額經約定有分擔損失之成數者，應按其成數分擔。惟未有約定者，始按合夥人出資之比例分擔之。但我民法以勞務為出資之合夥人，除契約另有訂定外，不受損失之分配(民法六七七條三項)。故原則上非財產出資人，亦不負擔此項之不足額。

4. 分配賸餘財產 合夥財產於清償合夥債務及返還各合夥人出資後，尚有賸餘者，按各合夥人應受分配利益之成數分配之(民法六九九條、德民七三四條、瑞債五四九條一項、日民六八八條二項)。超過合夥債務及合夥人出資之合夥財產，為賸餘財產，合夥存續中前事務年度已確定分配之盈餘雖尚未支取，其請求權為合夥之債務，應依民法第六九七條第一項之規定，先予清償。賸餘財產之分配，依德民第七三四條「清償共同債務償還出資後，仍有剩餘時，按利益分配之比例，歸屬於合夥人」。又依德民第七三一條「清算除另有約定外，依照第七三二條至第七三五條之規定，其餘適用關於共同關係分割之規定」(德民七五二條至七五四條)。即應先以屬於公共同共有的剩餘財產為現物分割，而移轉其經分割後之標的物於各合夥人(Palandt, zu § 734. 2)。依法民第一八七二條「關於遺產分割方式及共同繼承人因此所生債務之規定，於合夥人間之分割適用之」。我民法第六九九條明定按各合夥人應受分配利益之成數分配之，應解釋除另有約定外，得由執行清算人依民法第六七七條之規定為分配。一合夥人不能強制其接受剩餘財產之

共有應有部分。例如剩餘財產為不動產時，不能強一合夥人以為其共有人為滿足或接受其一定之部分，而得請求變賣共有物以價金分配（Bachmann, art. 549, no. 2）。以現物分配於各合夥人時，各合夥人對於他合夥人因分配而得之物，按其應受分配利益之成數，負與出賣人同一之擔保責任（民法八三〇條二項、八二五條）。

四、執行清算人之權限

執行清算人，為執行清算職務，有為必要的一切行為之權。合夥在清算中，仍保有團體性。執行清算人對內得執行清算事務，對外於執行清算之範圍內，得以合夥之名義為合夥人之代表，為一切必要之行為。審判上亦得代表合夥為訴訟或其他行為。然限制清算人之權限，並非不許。得以合夥人全體過半數之決議，僅使清算人中之一人擔任訴訟行為（參照民法六九四條二項、日本大正二年十月二十二日大判、末川四二三頁、沼債各下二二七頁、磯谷七五三頁）。

第十九章 隱名合夥

第一節 概說

一、隱名合夥之起源

隱名合夥，與兩合公司自經濟的立場言之，皆係對於他人之營業為出資，而參與其利益之分配。沿革上係基於中世義大利商港所行之 *Commenda* 契約，此契約乃由於當時資本家為避免利息禁止法之適用及以企業之危險限於特定財產之目的所設想，為資本家與企業家之結合。此組織漸次演變，遂形成兩合公司及與隱名合夥。資本家與企業家俱出現於事業之外部者，為兩合公司。資本家隱藏背後，惟企業家為事業之

主體出現於外部者，爲隱名合夥。

二、隱名合夥之效用

隱名合夥在法律上不過爲營業人與隱名合夥人之契約關係，對於外部惟有出名營業人營業之存在，隱名合夥人無關與營業之權利。在營業者方面，有爲信用之維持隱秘其資本關係，或爲營業許可之關係（例如交易所會員及經紀人之營業），有利用此制度之便利。在隱名合夥人方面，爲其社會的地位或法律上之限制（例如公務員），不欲爲營業人或不能爲營業人時，有利用此制度之必要。亦有營業讓與人爲價金及其利息收取之一方法而爲隱名合夥人，亦有爲避免利息限制之適用，而利用此制度者（Duer.-Hach. Vorb. vor stille Gesellschaft, I, 2）。

三、隱名合夥在法制上之地位

外國法中設有關於隱名合夥之規定者，有法、西、義、比、德、日等國之商法。然其實質、地位，均有參差。有規定於商事公司之後者，例如德商法（德商法三二五條至三四二條）。有別爲公司之一種者（但無人格），例如法商法（法商四七條至五〇條）。有認爲契約之關係，與法人之公司不同，規定於商行爲中者，例如日商法（日商五三五條至五四二條）。我民法則規定於合夥之後。

第二節 隱名合夥之意義及性質

隱名合夥（*stille Gesellschaft*; *société en participation ou société tacite*; *undisclosed association*）謂當事人約定一方對於他所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益及分擔其所生損失之契約（民法七〇〇條、日商五三五條、參照德商三三五條）。是否爲隱名合夥，不應以其名稱，而應按其組織之實質決之。故經紀人營業，雖以一人之名義爲經營，亦得實質上爲合夥，而非隱名合夥（日本大正

六年五月二十三日大判)。

一、隱名合夥之當事人爲隱名合夥人與出名營業人

一方當事人約定對於他方所營事業供給資金，而受損益之分配者，謂之隱名合夥人。他方當事人將其資金以自己之名義經營事業者，謂之出名營業人。當事人爲兩當事人，非如合夥有多數當事人。民法規定「一方對於他方」，即示此意。故數人之當事人間，不成立隱名合夥。事實上雖使於數人間同時成立隱名合夥，在法律上應認有按隱名合夥人之人數成立複數的獨立之隱名合夥。其相互間不發生任何關係。然當事人之一方，不限於一人，數人亦得共同爲隱名合夥人。此時隱名合夥人相互間成立合夥關係（小町谷一六八頁、竹田八二頁 Riter, zu § 335, Nr. 3; Staub, z. § 335, Ann. 5 反對 Lehmann-Ring, zu § 335, Nr. 4）。爲當事人一方之隱名合夥人，不妨更以自己爲營業人，而以他人爲隱名合夥人成立下級隱名合夥。然原合夥之隱名合夥人，須自己亦爲營業人。但下級隱名合夥人對於原合夥之出名營業人，並無直接法律關係（竹田八二頁 Lehmann-Ring zu § 335, Nr. 4）。

1. 出名營業人 (Geschäftsinhaber; Inhaber des Handelsgeschäfts (Handelsgewerbes) oder Komplementär; propriétaire du fonds de commerce; proprietor of the business) 在德商法出名營業人解釋上須爲商人。在我民法則只須爲營業，其爲商人與否，在所不問。其爲自然人或爲公司，爲單獨之營業人或爲合夥，亦非所問。又爲營業人之資格，無須於契約訂立時即已存在，契約之訂立對於營業人不妨爲開業之準備行爲。清算中之公司，非以營業之繼續爲目的，不得與之成立隱名合夥契約 (Duer.-Hach, zu § 335, Ann. 3. aE)。僅登記商號而無爲營業之意思者，與他人所訂立之契約，如該他人 (出資人) 爲善意，依禁反言之原則，不得主張自己爲非營業人，故不妨成立隱名合夥契約。但出資人方面得主張其無效 (Duer.-Hach, z. a. O.)。

出名營業人雖須爲營業人，然隱名合夥契約，不必及於營業全部，就營業之一部，亦不妨成立隱名合

夥契約。例如就支店之營業或於米穀販賣與製粉之營業，出版與書籍零售之營業中，擇其一營業成立契約。然其營業於內外之關係，須多少為獨立經營之營業（分別記帳），僅就個個之交易行為，雖得成立所謂臨時合夥（Gelegenheitsgesellschaft），不得成立隱名合夥（竹田八三頁、岡野一〇八頁 Staub, zu § 35, Ann. 9, Lehmann-Ring Nr. 5）。

2. 隱名合夥人（Stiller Gesellschafter; Associé tacite; undisclosed party） 隱名合夥人之資格，並無限制，得為自然人或公司，商人或非商人。行為能力之有無，在所不問。

二、隱名合夥為隱名合夥人約自營業分受利益及分擔損失之契約

隱名合夥人，對於出名營業人之營業為出資，意在分受其利益，既分受其利益，亦應分擔其損失。在日商法僅以利益分配為隱名合夥成立之要素，而未言及分擔損失（日商五三五條）。德商法明定無損失分擔之隱名合夥（德商三三六條二項）。我國民律第八三六條及新民法草案第七〇八條，均採德例。民法則以利益分配及損失分擔為隱名合夥之要件。然在日本商法之解釋，亦僅謂雖無損失之分擔，亦得成立隱名合夥，並不妨損失分配的特約之存在（松本一四六頁、竹田八四頁）。如無反對之特約，亦以分擔損失為其通常之內容（日商五三八條、五四一條）。在我民法亦有主張分擔損失，僅為隱名合夥之常素，雖有不分擔損失之特約，不妨為隱名合夥（我妻中國債各下七六八頁）。然通說謂為絕對之要件。若約定僅分受利益，毫不分擔損失，則不得謂為隱名合夥契約，僅為類似之無名契約，惟得準用關於隱名合夥契約之規定（戴著債各下二七六頁、劉著五六四頁、薛著三三七頁、季著債分下一五三頁）。又約定不問利益之有無，均須支付一定之利息者，僅成立消費借貸契約，亦非茲所謂隱名合夥。

1. 隱名合夥人須對於出名營業人之營業為出資 隱名合夥人必須為出資。其出資是否以財產出資為限，在日本商法明定準用關於兩合公司有限責任股東出資之規定，限於財產出資（日商五四二條、一〇五條）。通說謂不得以勞務信用為出資（松本一四五頁、竹田八三頁、大橋一二三頁、椎津一四七頁，但小町

谷一七二頁主張信用勞務亦得估價爲出資。德商法雖規定應爲財產出資（Vermögenseinlage），然未設限制。學者多主張勞務亦得以一定額之估價爲出資（Lehmann-Ring, zu § 335, Nr. 8; Duer.-Hach. zu § 335, Anm. 7）。我公司法明定兩合公司之有限責任股東，不得以信用或勞務爲出資（公司法九二條），而民法就隱名合夥人之出資，則未設有限制。在隱名合夥，其隱名合夥人不顯於外部，既不執行合夥之事務，就出名營業人之行爲對於第三人亦不生權利義務之關係（民法七〇四條），自不容以信用爲出資。關於勞務出資，雖有主張我民法既無明文之限制，亦並無違反隱名合夥之本質（薛著三三七頁），隱名合夥人不以事務執行人之資格，亦可供給勞務，且查我國習慣並不以共同出名經營，而僅於他人營業加入人身股（即勞務股者）者亦有之。又依我民法第七〇一條，隱名合夥得準用關於合夥之規定，則準用第六六七條第二項，亦應得以勞務出資。亦有主張隱名合夥契約以分擔損失爲要件，而勞務出資人依我國習慣上並未分擔損失，即準用合夥之規定原則上不分擔損失（民法六七七條二項），與隱名合夥之要件不符，故不得以勞務爲出資（戴著債各下二七五頁、季著債分下一五二頁）。依余所見，我民法第七〇二條規定隱名合夥人之出資，其財產權移屬於出名營業人，若許以勞務出資，則何從逕行移屬於出名營業人（劉著五六三頁，但亦有主張勞務出資在出名營業人亦可取得勞務供給請求權，並非兩相抵觸，戴著債各下二七五頁，然取得究與移屬不同）。又民法第七〇九條明定隱名合夥契約終止時，出名營業人應返還隱名合夥人之出資及給與其應得之利益，然在勞務出資不在返還之列，無可返還（我妻中國債各七七一頁，參照民法第六九七條關於返還出資之說明），而且從德商法之解釋，則將使隱名合夥由本來的意義之財產出資關係脫離，而轉使與利益分配之僱傭關係（pariarischer Dienstvertrag）相接近，反不如以限於財產出資爲適合於此制度之目的也。然民法亦非禁止以勞務估價爲出資之契約，不過此時非固有意義之隱名合夥契約，其情形得爲分配利益之僱傭契約或爲類似隱名合夥之無名契約，惟得準用關於隱名合夥之規定而已。

2. 出名營業人須約爲事業之經營及分派其利益 出名營業人有將隱名合夥人之出資，以自己之名義，經

營事業之義務。出名營業人爲營業主體，對外關係所有營業上之權利義務，均由其享有或負擔（民法七〇四條）。然在對內關係，應將其所得利益，按約定分派於隱名合夥人。但無須分派全部利益，雖限制其最高額，仍不妨爲隱名合夥，然如保證其最低額，則係不問利益之有無，而應分派其數額，則非利益之分派，而爲利息之支付，與隱名合夥之本旨相反。

三、隱名合夥爲諾成及不要式契約

隱名合夥因隱名合夥人約定出資，出名營業人約爲事業經營及爲利益之分派而成立。既無待於履行出資，亦無須作成書面，故爲諾成及不要式契約。此點與兩合公司之設立，須訂立章程者不同。

四、隱名合夥爲雙務及有償契約

在隱名合夥，隱名合夥人負出資之義務。出名營業人負營業及分派其利益之義務。雙方互負債務，而且互爲對價，故爲雙務及有償契約。

五、隱名合夥爲獨立的有名契約

關於隱名合夥之性質，甚有爭論。德國學者多謂隱名合夥爲合夥之變態，雖與財產共有之觀念相反，然仍不失爲合夥之一種（Lehmann-Ring, zu § 335, Nr. 1; Staub, Anm. 1; Duer. -Hach, Anm. II）。亦有主張爲內部合夥（Innengesellschaft; société sans existence aux dehors）者，（例如 Dernburg, Thaller）。法國學者多謂隱名合夥非合夥，例如 Lyon-Caen（Traité, I, no. 1051 et suiv.），有認爲消費借貸之一種，謂隱名合夥人不過爲貸與人（例如 Schön, vergleichende Darstellung der Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft）。亦有謂隱名合夥，依其性質爲附條件之消費借貸或爲附條件之租賃或爲附條件之無名契約（Lastig in Endmann's Handb. I, § 137）。然我民法以共同事業之經營爲合夥之要素，隱名合夥無之。又我民法明認合夥財產之共同共有及合夥人對於合夥債務之補充的連帶責任，以合夥對外部構成一團體，而隱名合夥爲純內部之契約關係，毫無團

體性，故不應認爲合夥之一種（松本一五〇頁）。又消費借貸爲要物契約，而隱名合夥契約爲諾成契約，二者性質不同，有如後述。我民法以隱名合夥獨立爲一節，緊接於合夥之後，係認爲獨立的有名契約。然就事業之結果有共通利害與合夥之內部關係相類似，故規定除另有規定外，準用關於合夥之規定（民法七〇一條）。

第三節 隱名合夥與其類似契約之區別

一、與兩合公司之差異

隱名合夥，自經濟上觀點言之與兩合公司同其基礎。然法律上構成大有分別。即前者爲契約，後者爲法人。前者無對於營業之股份，後者則有股東之股份。在前者隱名合夥人不現於登記，在後者各股東之姓名皆現於登記。隱名合夥人原則上對於出名營業人之債權人，不直接負責（民法第七〇四條），在兩合公司各股東按其爲有限或無限，直接負責。

二、與合夥之差異

隱名合夥與合夥，均爲契約。前者爲出名營業人之單獨營業，隱名合夥人的出資之財產權移屬於出名營業人。後者爲合夥人之共同營業，合夥財產爲合夥人之共同共有。隱名合夥人不現於登記，原則上對於出名營業人之債權人不直接負責，而合夥人則均現於登記，各直接負責。合夥之當事人得爲數人，隱名合夥則限於兩當事人。

三、與臨時合夥之差異

臨時合夥（*societas unius negotiationis*; *Gelegenheitsgesellschaft*; *société momentanée*），乃爲達成一時的目的爲出資之契約。對於外部（a）有爲共同事業者，（b）有爲一人事業者。於後一情

形，有爲他人之商行爲爲出資者，有爲他人之非商行爲爲出資者。無論爲共同或爲一人事業，惟有一時的目的，與隱名合夥以事業之繼續爲前提者不同。(a)爲共同事業時爲合夥。(b)爲一人事業時，爲與隱名合夥類似之契約，亦有稱前者爲公然臨時合夥(*offene Gelegenheitsgesellschaft*)，稱後者爲隱名臨時合夥(*stille Gelegenheitsgesellschaft*)。

四、與消費借貸之差異

消費借貸爲要物契約，隱名合夥爲諾成契約。前者不問給付之目的如何，後者以給付他人營業資金爲目的。前者應返還同種同等量之物，後者以返還出資之價額爲已足。貸與人惟負擔借用人支付不能之危險，其債權確定的存在。隱名合夥應負擔損失，而冒出資減少或全部損失之危險。貸與人享受確定之利息，隱名合夥人惟參與利益之分派。隱名合夥人有監視權(*Kontrollrecht*)，而貸與人無此權利。以上雖爲兩者理論上之區別，但實際上隱名合夥人在德日商法，並不以分擔損失爲要件。支付利息並分派利益之契約，非與消費借貸或隱名合夥之本質相反，僅分派利益之一部與貸與人，亦非不得爲消費借貸之報酬(尤其其分配的消費借貸(*pariarisches Darlehen*)，於確定利息之外並分配利益或進而代替確定利息分配利益)。然約定有確定的利息，並不分派利益及不分擔損失時，則應解爲消費借貸(*Staub, zu § 335, Anm. 22*)。貸與人是否爲一定營業之出資當事人，經濟上是否有以爲共同事業之意思，監視權之有無，常爲區別之重要標準(*Ritter, zu § 335, Nr. 4, c*)。

五、與僱傭契約之差異

出資人爲其社會的地位或法律上之限制，自己不爲營業，往往以其所信任者之名義使經營事業，而實質上自己爲營業上之指揮，此時其營業人實質上爲出資人之被用人，在法律構成上有時爲隱名合夥，有時爲僱傭，其區別之標準，應依各個之契約內容定之。要以利益分派之有無及營業指揮權之歸屬如何，爲決定。出名營業人參與營業上利益之分派時(*commis intéressé*)，法律上其人爲營業，而對於出資人爲

利益之分派，應認有隱名合夥之存在。反之營業人受薪金（或薪金及利益之分派）之給付時，惟有僱傭關係之存在。又出名營業人雖參與利益之分派，而其營業之經營在於完全聽從出資人的指示之關係時，仍不過為僱傭（Duer.-Hach. zu § 335, Ann. 10）。

第四節 關於合夥規定之準用

隱名合夥，除本節有規定者外，準用關於合夥之規定（民法七〇一條）。德日商法雖未設有應準用之明文，然除另有規定外，德學者認為應有補充的適用。日本學者亦多認為應有準用（Ritter, zu § 335, Nr. 3; Staub, Ann. 2; 竹田八五頁、松本一五四頁一五五頁、小町谷一七〇頁）。隱名合夥無公司共有之合夥財產，缺乏團體性。關於此種之合夥規定，自無準用之餘地（例如民法六六八條、六七一條、六七三條、六七四條、六七八條、六七九條、六八一條、六八五條、六八八條至六九一條、六九四條至六九七條、六九九條）。其中隱名合夥亦同時有規定者（例如六七五條、六七六條、六八六條、六八七條、六九八條、七〇六條至七〇九條），或雖無規定當然認為應有此內容者（例如六六九條、六七〇條）。其特應準用者，為第六七二條第六七七條第六八〇條（五三七條至五四〇條、五四三條、五四四條）第六九三條。

一、第六七二條之準用

本條準用於隱名合夥，有從德商法解釋，謂出名營業人為此營業時，只須與未有他人出資之自己營業為同一之注意（Duer.-Hach. zu § 335, Ann. 30 載者債各下一八一頁）。有依日商法解釋謂出名營業人常應以善良管理人之注意為之（小町谷一七六頁、松本一五五頁、薛著三三九頁）。依余所見，在隱名合夥出名營業人之勞務，通常估價以為其營業利益分配之計算基礎，即通常為有價，應以善良管理人之注意

爲之。然如約定爲無償，即其勞務不爲估價以受利益之分配，則僅應以與處理自己事務同一之注意爲之。蓋隱名合夥內部關係與合夥無殊也（準用民法第六七二條第六八〇條第五四四條並參照關於第五四四條之說明）。

二、第六七七條之準用

本條準用於隱名合夥，即分配損害之成數未經約定者，按照出名營業人與隱名合夥人出資額之比例定之。僅就利益或僅就損失所定之分配成數，視爲損益共通之分配成數。但就其出資之算定標準，有主張應以財產出資爲標準者（松本一五六頁）。有主張利益之分配比例，如無特約，應依出資之比例。然出名營業人別無所謂出資，關於計算之基礎未另有約定時，應將營業人此外之財產（隱名合夥人出資以外供營業用之營業人財產）及其勞務適當的估價，以定隱名合夥人出資額之比例（竹田九二頁）。有主張應斟酌出名營業人爲該契約之目的投資於營業之財產額及其勞力，與隱名合夥人之出資額及其他一切情事，以定其分配之比例（小町谷一七八頁）。依余所見，出名營業人之勞務亦應估價計入，當無疑問。

三、第六八〇條之準用

依該條之規定民法第五三七條至第五四六條關於委任之規定，應準用於合夥。

1. 應準用於合夥之此等規定中，更應準用於隱名合夥者，爲第五三七條至第五四〇條及第五四三條第五四四條。蓋（a）關於交付及移轉義務之第五四一條及第五四二條之規定，對於以出名營業人爲主體之隱名合夥無準用之餘地，而應依第七〇七條第七〇九條之規定。又（b）第五四五條及第五四六條關於費用預付及償還之規定，對於以出名營業人爲主體之隱名合夥亦無準用之餘地，其營業費用以由營業財產支付爲已足。

2. 應準用於隱名合夥之規定中第五三七條至第五三九條係關於複委任，第五四〇條係關於事務處理之報告義務，第五四三條係關於委任事務處理請求權之非讓與性。

a. 第五三七條至第五三九條之準用 隱名合夥非單純的消費借貸，尙具一種共同企業之形態，出名營業人雖得僱用營業補助人，然若全部使他人代自己爲營業，則有背於隱名合夥契約當事人間之信任關係，從而與合夥之事務執行應受同樣之限制。

b. 第五四〇條之準用 出名營業人應將營業之進行狀況報告隱名合夥人，隱名合夥關係終止時，應明確報告其顛末。

c. 第五四三條之準用 因本條準用之結果，出資人非經出名營業人之同意，不得將其對於營業人之營業執行請求權讓與於他人。蓋隱名合夥係基於以共同企業爲目的之信任關係，與消費借貸不同，出資人之地位原則上有不可讓與性。我民法雖僅就業務執行請求權爲規定，應解釋如斯出資人的地位之讓與，一般受有限制（竹田九〇頁、小町谷一七四頁）。

第五節 隱名合夥之效力

第一目 內部關係

一、隱名合夥人之義務

1. 出資義務 隱名合夥人負有依契約之所定，爲出資之義務（民法七〇〇條、日商五三五條、德商三三五條）。然負擔出資義務者，僅爲隱名合夥人，出名營業人不負此義務（Ritter, *zu* § 335, Nr. 4g）。蓋營業人在法律上係經營自己營業，與隱名合夥人間，無財產之共有關係，隱名合夥人之出資應移屬於出名營業人也（民法七〇二條、日商五三六條、德商三三五條一項）。故營業人縱令就營業之一部訂立隱名合夥契約，其營業之一部僅於利益分配之計算事實上爲其基礎，而非營業人之出資，雖與隱名合夥人約定該營業財產之分離，亦不過爲其財產管理之分理，而不構成特別的合夥財產（竹田八三頁八

八頁)。

a. 隱名合夥人之出資，須為金錢或其他財產。財產出資得為物之本身之出資或為物之利用之出資 (Lehmann-Ring, zu § 335, Nr. 8)，得為動產不動產、無體財產權或為地上權、永佃權之設定。信用不適於出資，勞務不包括在內，已如前述。然固不妨以對於出名營業人之債權為出資。於受出資之催告時，除另有約定外，亦不妨以對於營業人之既存債權為抵銷。又有繼續的為出資之特約時，利益分配請求權及其他兩當事人間因交易所生之債權債務，亦得以交互計算之方法為計算 (Duer.-Hach. zu § 335, Ann. 6, 8)。依當事人雙方之合意，出資之履行，亦得依更改為之。例如於營業之出賣或於出賣後與買受人約定剩餘之價金，為隱名合夥人之出資，留於買受人之營業 (Staub zu § 335, Ann. 28)。

b. 出資之時期及方法，依契約之所定。就出資之時期，未有約定者，應於受出名營業人之催告時為之 (民法二二九條二項)。出資之數額，依契約之所定。營業縱有虧損，除有特別約定外，隱名合夥人無補充之義務 (民法七〇三條、六六九條) (Staub zu § 335, Ann. 29; Lehmann-Ring, Nr. 14)。

c. 隱名合夥為有償契約。其出資之提出 (Einbringung; Illation)，應準用關於買賣之規定 (民法三四七條)。故隱名合夥人應就其出資之標的物，負權利及物的瑕疵之擔保責任，並負擔危險 (民法三七五條、三七四條)。出資為不能時，適用民法第二六六條第二六七條之規定，出名營業人於契約訂立後財產患化時，於為對待給付 (以規畫之財產為營業之應有的設備) 或提出擔保前，隱名合夥人得拒絕出資 (Ritter, zu § 335, Nr. 4, e)。

d. 出資係為出名營業人之營業為之。如無特約，其出資之財產權移屬於出名營業人 (民法七〇二條)。故為財產權移轉必要之一切行為，例如有體物之交付、登記、讓與之通知、指定證券之背書、名義之更換等行為，均應為之。依特約以物之利用為出資時，應交付其物。出名營業人非為共同共有人，如為善意而可補正讓與人權利之瑕疵時，縱隱名合夥人為惡意，仍不妨取得出資標的物之所有權 (Ritter, zu §

335, Nr. 4, d)。隱名合夥人之出資當然爲出名營業人之財產，非如合夥成立公司共有，亦非如兩合公司有限責任股東之股份。關於損益計算或爲出資返還之標準，與營業人之間雖定有一定比例，其比例亦僅有計算上之意義。

2. 不爲地位讓與之義務 隱名合夥人對於出名營業人積極的負擔之義務，雖僅爲出資義務，然有監視營業人業務之權利，在於得知悉其營業內容之地位（民法七〇六條）。我民法雖僅就營業執行請求權，限定非經出名營業人之同意不得讓與（民法七〇一條、六八〇條、五四三條），應解釋如無特約，縱令在履行出資義務後，非經出名營業人之同意，亦不得將其地位讓與於第三人（岡野一一九頁、竹田九〇頁 Staub, zu § 335, Ann. 27）。但各個之利益分配請求權，不妨讓與或扣押（Lehmann-Ring zu § 335, Nr. 16）。

3. 其他義務 以上爲隱名合夥人所負擔之主要的義務，其他尙應負擔何種義務，應個別的依契約所定。例如爲業務之幫助或不爲營業競爭之義務。

二、出名營業人之義務

出名營業人對於隱名合夥人負擔之主要的義務，爲業務執行義務、利益分配義務、營業監視之忍受義務（監視忍受義務）及契約終了時出資額之返還義務。此外依當事人之特約，得負擔其他義務，自不待論。出名營業人之營業，法律上雖爲其個人之營業，然實質上爲與隱名合夥人之共同事業，故應自有此種義務。然營業人此等義務，係基於隱名合夥契約而負擔，雖有違反，隱名合夥人惟得請求損害賠償及終止隱名合夥契約（退夥），不得主張營業人所爲行爲之無效。從而就出名營業人與第三人所爲之行爲，除得行使債權人撤銷權之情形外（民法二四四條），不得使其爲無效。

1. 業務執行義務 出名營業人負有將營業所生利益分配於隱名合夥人之義務，故應將隱名合夥人之出資，依契約所定之目的爲利用，原則上並應以善良管理人之注意爲事業之經營，不以將自己之營業設施維持

於訂約時之狀態爲已足，尙應依契約之旨趣，使適合於其目的而爲管理。從而改良、擴張等行爲，亦應爲之。故出名營業人非經隱名合夥人之承諾，不得任意爲營業之變更、廢止或轉讓，否則應負損害賠償責任（*Lehmann-Ring, zu § 335, Nr. 15*）。但於不違反契約及因此減少向來隱名合夥人利益分配之範圍，不妨接受他隱名合夥人（*Staub, zu § 335, Ann. 33*）。出名營業人是否有迴避營業競爭之義務。有謂無此義務（*Lehmann-Ring, a. a. O. 田中八九頁*）。有謂應受競爭營業禁止之限制，非經隱名合夥人之承諾，不得另爲自己或第三人與隱名合夥目的事業爲同一之營業或爲以同種營業爲目的之公司之無限責任股東（*松本一五四頁*）。依余所見，出名營業人應有此義務。然當事人不妨爲反對之約定，亦得依其契約認爲有此默示的反對約定。例如僅對於營業人支店之營業爲出資（*Staub, zu § 335, Ann. 34*）。出名營業人雖違反營業競爭禁止之義務，然關於介入權及其行使時期等，民法未設有規定。隱名合夥人應無此權利。惟得請求此行爲之停止及賠償（*Lehmann-Ring, a. a. O. 岡野一一七頁*）。且如知有競爭營業之行爲而不爲異議時，多可認爲默認（*Duer-Hach, zu § 335, Ann. 26 小町谷一七六頁*）。

2. 利益分配義務 出名營業人負有將營業所生利益分配於隱名合夥人之義務（*民法七〇〇條*）。此義務與隱名合夥人之出資義務相對立，爲出名營業人對於隱名合夥人負擔義務中之最重要義務。利益之分配，爲此契約之要素，如有不爲利益分配之特約時，其契約已非隱名合夥契約。例如生產者或批發商，對於零賣商爲出資，爲其對價使僅負有由出資人購入貨物及開始營業之義務，而不參與利益之分配時，發生與隱名合夥類似之關係，然因其不參與利益之分配，不得謂爲隱名合夥（*Duer-Hach, zu § 335, Ann. 5*）。

a. 利益分配之比例 在隱名合夥，出名營業人之營業爲自己之營業，無所謂利益分配。推對於隱名合夥人，此觀念之存在。故茲所謂利益分配之比例，係就隱名合夥人應受分配比例而言，不過爲決定此比例之必要，不得不決定應留存於營業人之部分而已（*竹田九三頁、小町谷一七八頁*）。利益分配之比例，依當事人契約定之。未經約定者，有損失分擔成數之特約時，依其成數（*民法七〇一條、六七七條*）。如無此

特約時，應按出名營業人爲該契約之目的對於營業所投之財產額及其勞力之估價，與隱名合夥人之出資額定之（石井商行爲法四一頁、大橋一二八頁、椎津一五五頁、參照德商三三六條一項「隱名合夥人之損益分配成數未經訂定者，視爲約定按其情事應認爲相當之分配成數」）。僅以營業人之投資爲標準，而不考慮其勞務，顯爲不當（竹田九二頁）。

【註】有主張利益分配比例，準用關於合夥之規定，惟應以出名營業人之營業投資額與隱名合夥人之出資額爲標準者（岡野一一八頁、松本一五六頁）。然出名營業人無須爲出資，如僅供勞務而未出資時，自難依此理論。亦有主張不獨營業人之勞務，隱名合夥人如於出資以外，關與營業之經營時，亦應予以斟酌（小町谷一七八頁）。

b. (一) 利益之有無，除契約另有訂定外，應以每屆事務年度爲標準決定之。在隱名合夥所稱利益，與在公司所稱利益不同，僅有因營業而增加財產額之意義。即在隱名合夥非如股份有限公司有一定資本，兩合公司有財產出資總額之存在，從而其損益非謂對於一定資本額之超過或不及之關係，僅有本期財產額對於前期財產額之增減之意義。例如以事務年度爲基準而言，年度利益或年度損失，則爲年度末之財產額對於年度開始之財產額之增減。原來在股份有限公司，以一定之資本爲標準，僅以超此資本之財產爲利益而許爲分配，至少與資本額相當之財產額應保留於公司，以保護公司債權人之利益。然在隱名合夥，出名營業人應以其全部財產負責，無此必要（竹田九〇頁九一頁）。即不適用資本維持之原則。僅應以各年度爲標準而計算其損益（Lehmann-Ring, zu § 337, Nr. 2 岡野一一八頁）。又茲所謂利益，謂因營業所增加之利益，不包括因固定財產價額之騰貴所生之估價的利益（竹田九一頁）。(二) 關於分配之時期，除另有訂定外，應於每屆事務年度終計算營業之損益。何謂事務年度，除當事人另有約定，應解爲一年。其應歸隱名合夥人之利益，應即支付之（民法七〇七條一項、德民三三七條一項）。但隱名合夥人之出資因損失而減少時，營業利益在其出資之缺損抵補以前，無須分配於隱名合夥人（參照德商法三三七條二項後段、日商法五三八條）。但當事人另有約定時，自應從其約定（椎津一五四頁）。(三) 應歸隱

名合夥人之利益，隱名合夥人當然取得其分配請求權。如未支取，除另有約定外，不得認為出資之增加（民法七〇七條二項、德商法三三七條三項）。亦不當然抵充次年度之損失分擔。一旦分配之利益，更無返還之義務（參照德商法三三七條二項中段「隱名合夥人既受取之利益，不因其後所生之損失而負返還之義務」）。（四）既有應分配之利益，雖出名營業人之營業有不便，不得以為抗弁而拒絕支付。隱名合夥人雖尚有未支付之出資，如其履行期尚未屆至，與其利益分配請求權不生關係。但就陷於遲延之出資義務，出名營業人得以與應分配之利益為抵銷。（五）未支付之利益分配請求權，於出名營業人破產時，隱名合夥人與一般債權人同為破產債權人（Duer.-Hach. zu § 337, Anm. 10f; Staub, Anm. 5; Lehmann-RingNr. 7）。

c. 就利益之分配，約定營業人不問損失之有無，應為一定率之利益分配，即擔保一定利益之分配時，是否為隱名合夥抑為消費借貸，其區別甚為困難。惟有依契約之旨趣，視其於當事人間是否可認為有經濟的共同事業關係或僅為原本之利用及出資人對於營業是否有監視權及其他干與權，以為斷（Duer.-Hach. zu § 335, Anm. 11 竹田八六頁、小町谷一八〇頁）。

d. 損失之分擔 在我民法，損失分擔為隱名合夥之要素，有不分擔損失之特約時，雖非無效，然非隱名合夥，而為類似之契約。由其契約可認有此意義之特約者，例如保障分配率之特約、契約終止時必須返還出資額之特約（Duer.-Hach. zu § 335, Anm. 5）。（一）損失分擔之比例，依當事人契約之所定。僅就利益所定之分配成數，視為損失分配之成數（民法六七七條）。未有約定者，按出名營業人之投資額及隱名合夥人之出資。蓋以勞務除另有約定，不分擔損失也（民法七〇一條、六七七條三項）。（二）隱名合夥人除另有約定外，損失之分擔，以其出資為限度（民法七〇三條、德商法三三七條二項前段）。即隱名合夥人一方按其出資之比例，負擔損失，他方其所負擔之危險，限於出資。於出資以外，不負填補事業損失之義務。（a）隱名合夥人損失之負擔，惟就其負擔數額減少出資額，無須另為給付，以填補之

。故損失之分擔與利益之分配不同，非爲現實之分配，僅爲計算上之分擔。然如其後年度有利益時，其利益應先抵充出資之缺損，非於填補後尚有剩餘，不得請求分配。(b) 如有損失，應按比例分擔。然如因此分擔其出資成爲零數時，隱名合夥人是否尙應分擔損失，爲「出資之限度內」之解釋問題。有謂隱名合夥人無須在出資額以上再給付財產。在計算上爲零時，亦不再分擔損失。例如出資額爲十萬元，比例分擔之損失爲十一萬元，則僅以出資額爲限度分擔十萬元。其次年度應分配利益爲十一萬元，則惟得請求一萬元之支付 (Lehmann-Ring, zu § 337, Nr. 6) (田中耕太郎會社法概論三九三頁關於兩合公司有限責任股東)。有謂在契約存續之期間，損失分擔無中止之理，如分擔中止，則事業之參與亦應中止，以出資限度參與事業者，僅謂在出資以外無再出給財產之必要，並非謂在契約存續中遽成爲不參與，故縱令計算上之出資爲零，仍應按出資(依契約所爲之出資)之比例分擔損失，惟於其後年度之利益抵補此缺損，於出資回復後，始得請求利益之分配 (Ritter, zu § 337, Nr. 4; Staub, zu § 337, Anm. 6 wie Anm. 4 zu § 169; Duer.-Hach, Anm. 16 竹田九五頁、石井四〇頁)。依余所見，此爲當事人意思之解釋問題。如以損失之分擔不問計算上已有缺損，仍應始終以契約所定出資額爲標準計算，則縱令計算上之出資爲零，在契約存續中仍應無限的分擔計算上之損失。如以出資計算上之減少成爲零時，即不再分擔損失或營業損失應按餘存之計算上出資額(即減去缺損之餘額)分擔，則計算上之出資額爲零時，自無再分擔損失之餘地。然除當事人另有訂定外，在契約存續中應解釋按約定出資額計算，蓋損失分擔之排除，無論爲全部或一部，應有特別約定也(參照大橋二一六頁)。(c) 因損失之負擔出資減少，而契約終止時，隱名合夥人惟得請求其餘存額之返還(民法七〇九條、日商法五四一條、德商法三四〇條)。其出資成爲消極者，如依契約所承受出資額中尙有未支付時，隱名合夥人惟於填補其消極的部分必要之限度內，應補繳之，否則損失歸出名營業人負擔 (Duer.-Hach, zu § 337, Anm. 13)。

3. 營業監督之忍受義務 隱名合夥之營業，爲出名營業人之單獨營業，隱名合夥人僅對於其營業爲出資，

無執行業務之權利與義務，然分受其業務所生之利益及分擔其所生之損失，對於營業盈虧有密切利害關係，故對於隱名合夥有與以監督權（Kontrollrecht）之必要。即出名營業人有忍受其監督之義務。日商法規定準用關於兩合公司有限責任股東之業務監視權之規定（日商法五四二條、一五三條）。我民法仿德商法之例，特規定其有此權。即隱名合夥人縱有反對之約定，仍得於每屆年度終，查閱合夥之帳簿，並檢查其事務及財產之狀況（民法七〇六條一項、德商法三三八條一項）。其行使之時期，定為每屆事務年度終者，以此時必須造具損益對照表或損益計算書，計算營業之損益，便於查閱及檢查也。如許隨時為之，則恐有礙於出名營業人之營業（此點與無執行合夥事務權利之合夥人不同，民法六七五條）。故惟於有重大事由時，始得聲請法院許可其隨時為此查閱及檢查（民法七〇六條二項、德商法三三八條三項）。查閱及檢查請求權，不得讓與。此請求權之行使，與隱名合夥人已履行其自己方面之義務無關，不得以同時履行之抗弁對抗之。此權利不因不行使而消滅。由於帳簿之查閱權，並有請求據實記帳及作成正確的損益對照表或損益計算書之權利。隱名合夥人之此項權利，與兩合公司有限責任股東之權利相似（公司法九四條），可參照之。隱名合夥人之監督權，得依當事人契約擴張，縱有反對之約定，不得剝奪或限制之（民法七〇六條）。在我民法此外出名營業人尚應將隱名合夥事務進行之狀況，報告隱名合夥人。契約終止時，應明確報告其顛末（民法七〇一條、六八〇條、五四〇條）。

第二目 外部關係

一、原則上對外不生權利義務

隱名合夥雖經濟上為實質的共同企業，然法律上形式上為隱名合夥人對於出名營業人之營業為出資，而分受其利益及分擔其損失之契約。凡對外與第三人交易，專以出名營業人之名義行之，惟出名營業人直接對於第三人發生權利義務關係（民法七〇四條）。既無當事人間共同之營業，關於營業，隱名合夥人

無所謂代表權，亦不當然有代理出名營業人之權限。惟基於特別委任或授權關係，不妨爲出名營業人之代理人。例如爲出名營業人之經理人或其他代理人，對於營業人之關係，如同第三人，爲營業上之債權人或債務人，隱名合夥人亦爲其營業上之債權人（例如利益分配請求權）或債務人（例如出資義務）。即出名營業人破產時，隱名合夥人亦就其債權與他債權人同爲破產債權人。

二、例外的負出名營業人之責任

隱名合夥契約，雖原則上對外不生效力。然民法爲保護交易之安全，認有一例外。即隱名合夥人如參與合夥事務之執行或爲參與執行之表示或知他人表示其參與執行而不否認者，縱有反對之約定，對於第三人仍應負出名營業人之責任（民法七〇五條、日商五三七條）。蓋此時與出名營業人爲交易者，誤以爲共同事務或誤以隱名合夥人爲出名營業人而爲交易，爲保護第三人之利益，而適用禁反言之原則（*toppel*），與公司法第五六條第六二條第九七條同其旨趣。（一）所謂參與合夥事務之執行，不以有執行事實爲限。如明示或默示的容許以自己的姓或姓名用於出名營業人之商號，或以其商號用爲出名營業人之商號時，外觀上即有被誤認爲共同之事業或爲隱名合夥人之事業，對於其以後所生之債務，即應負出名營業人之責任（參照日商法第五三七條）。苟參與事務之執行，即應對於第三人負責，其事務爲全部或一部，或僅爲特定事務，在所不問。參與之原因如何，是否有參與之權限，亦非所問。但其處理隱名合夥事務，係以被委任或被用人之資格爲出名營業人處理事務或服務務時，縱係爲營業經理人，亦與參與執行無涉。（二）惟就參與事務執行或爲此表示後所生之債務，即就其後所爲之交易，對於第三人負責，基於以前之交易於其後始發生之債務（例如附條件之債務），不包括在內。蓋無信任關係也。（三）須第三人於交易時不知隱名合夥之存在，蓋民法惟保護誤信爲共同事業或爲隱名合夥人之事業之第三人也（小町谷一八四頁，但有主張不問第三人爲善意或惡意，烏賀陽六七頁註（5），亦有主張第三人不獨須不知爲隱名合夥人並須無重大過失而不知，薛著三四二頁）。（四）隱名合夥人因此應負出名營業人之責任，即對於債

權人負無限責任。其與出名營業人所負債務之關係如何，依日商法第五三七條規定，應與營業人連帶負責。在我國亦有主張應負連帶責任者（季著債各下一五九頁、薛著三四二頁）。依余所見，應為不真正連帶債務。蓋二者發生原因不同，並無目的之共同，而在內部關係惟應由出名營業人負擔也（參照拙著債法總論六四二頁以下）。（五）隱名合夥人縱對於第三人負責，然不因而喪失隱名合夥人之資格，即其內部對於出名營業人，仍僅於出資之限度負擔損失之責，從而對於第三人為清償後，對於出名營業人有求償權。

第六節 隱名合夥關係之消滅

隱名合夥依契約一般之消滅原因而消滅（例如契約之無效或撤銷），自不待論。民法此外就其終止原因，特設有規定，可分依當事人意思之終止，與依法定原因之終止。

一、基於當事人意思之終止

1. 因存續期間屆滿而終止（民法七〇八條一款） 民法第六九三條關於合夥之規定，雖有主張不適用於隱名合夥（薛著三四三條），依余所見應亦有準用（民法七〇一條）。即隱名合夥所定期限屆滿後，仍繼續其關係者，視為以不定期繼續合夥契約。

2. 當事人雙方同意終止（民法七〇八條二款）。

3. 當事人一方的通常終止 隱名合夥未定有存續期間或經訂明以當事人中一人之終身為其存續期間者，各合夥人得聲明退夥，但不得於有不利於隱名合夥事務之時期為之（民法七〇八條、六八六條一項二項、日商法五三九條一項、德商法三三九條一項前段）。隱名合夥為純粹的契約關係，其法律關係常應就其契約當事人為觀察。有數人之隱名合夥人時，除其數人為共同當事人與出名營業人對立外，即有數個契約存在。從而茲所謂聲明退夥，係就各個隱名合夥論其終止，即為契約終止之通知，此點與合夥不同。

4. 當事人一方之非常終止 隱名合夥縱定有存續期間，如當事人一方有非可歸責於自己之重大事由，仍得聲明退夥。即於此時得隨時通知終止契約（民法七〇八條、六八六條三項、日商法五三九條二項、德商法三三九條一項後段）。所謂重大事由，為故意或重大過失之重要義務之違反及其義務之履行不能。例如出名營業人將隱名合夥人之出資濫用於契約以外之目的，違反營業競爭禁止使隱名合夥之目的成為泡影，營業方法之不適當，怠於業務之執行，為不誠實之損益計算或不當的延展其計算，無正當理由拒絕對於隱名合夥人為報告，遲延利益之分配時，隱名合夥人應得行使終止權。隱名合夥人出資之怠慢、濫用帳簿之查閱權、洩漏營業上之秘密時，出名營業人得行使終止權。出名營業人因疾病不勝營業之任、營業之遷移、商號之變更、無利益分配之希望等，亦為隱名合夥人方面終止之原因。隱名合夥人之死亡，亦得為出名營業人終止契約之原因（Lehmann-Ring, zu § 339, Nr. 5; Staub, Anm. 19）。有非可歸責於自己之重大事由時，不問各當事人有無特約，仍得隨時終止契約。排除或限制此終止權之特約為無效（Staub, zu § 339, Anm. 21 小町谷一八五頁）。

5. 隱名合夥人之債權人之終止 出名營業人之債權人，不因隱名合夥之存在而有礙於其對於營業人債權之行使，故無行使終止權之必要。然隱名合夥人之債權人因終止權之行使，而於出資額返還請求權之上行使自己之債權，有重大之利害關係（Duer. -Hach. zu § 339, Anm. 13）。故德商法第三三九條規定準用第一三五條關於無限公司之規定，即「股東個人之債權人，於最近六個月內，就股東之動產所為之強制執行無效果後，非僅基於有假執行力之債務名義，對於公司解散時應歸於股東之請求權為扣押而受其移轉時，其債權人不問公司定有存續時期與否，得於六個月前以應於該營業年度終解散之旨為通知」。在日商法解釋，一般不認隱名合夥當事人之債權人有終止權（竹田九八頁、小町谷一八六頁）。然在我民法隱名合夥人之債權人，可準用第六八五條之規定，就隱名合夥人之出資返還請求權，聲請扣押，但應於兩個月前通知出名營業人及隱名合夥人。此項通知有為該合夥人聲明退夥之效力（民法七〇一條、六八五條）。然如

隱名合夥人爲清償或提供相當之擔保時，失其效力（參照日商法九一條）。

【註】修正日商法第九一條「扣押股東股份之債權人，得於營業年度使該股東退股，但應於六個月前對於公司及該股東爲預告」。「前項但書之預告，於股東爲清償或提供相當之擔保時，失其效力」。

二、基於法定事由之終止

1. 目的事業已完成或完成不能（民法七〇八條三款、日商法五四〇條一款） 茲所謂完成，限於其目的惟有一時的性質。完成之不能，不限於絕對的不能，例如營業依法律禁止或事業事實上爲不能，相對的不能，例如以爲營利事業顯已無收支相抵之希望時，亦包括在內（權津一五六頁）。但在立法上有主張以此爲任意之終止原因爲已足，不必以爲當然解散（終止）之事由（*ipso-jure-aufösungsgrund*）。蓋成功不能之事實認定，甚爲困難而且爲無用之干涉（*Staub, zu § 339, Ann. 8; 小町谷一八六頁*）。

2. 出名營業人死亡或受禁治產之宣告（民法七〇八條四款、日商法五四〇條二款） 此爲出名營業人以有依契約之目的經營事業之能力爲前提之當然結論。隱名合夥契約，因出名營業人之死亡而終止。但依特約，使繼承人繼續營業時，不在此限。此時繼承人如不願繼續時，應拋棄繼承（*Lehmann-Ring, z. § 339 Nr. 5*）。公司爲出名營業人時，其解散雖可準於出名營業人之死亡而爲觀察，然已解散之公司，於清算目的之範圍內，視爲存續，於清算過程中，亦得有對於隱名合夥人之利益分配。在清算結束前隱名合夥關係仍繼續存在。公司合併時，由合併後存續或另立之公司，承受其權利義務（公司法七一條），故出名營業公司之解散，除破產外，不必使隱名合夥終了（註）。此時以委於當事人之任意的終止契約爲已足（*Duer.-Hach. zu § 339, Ann. 8 小町谷一八七頁*，但亦有主張解散等於死亡者例如 *Lehmann-Ring, zu § 339, Nr. 8*）。

【註】依日商法第九五條、第一六二條、第四〇六條，公司雖解散，在一定情形得因改組而繼續。

隱名合夥人之死亡，除契約另有訂定外，不使隱名合夥消滅，然可爲終止契約之原因。隱名合夥人死

亡時，由其繼承人繼承其地位。數人爲繼承時，視爲一隱名合夥人，惟得共同的查閱合夥之帳簿，檢查其事務及財產狀況。因遺產分析，隱名合夥人之利益分配權利，歸於其繼承人中的一人時，以該繼承人爲隱名合夥人。然如依隱名合夥契約惟以特定之繼承人爲隱名合夥人時，自應依其約定（*Lehmann-Ring, zu § 339, Nr. 8*）。

3. 出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告（民法七〇八條五款、日商法五四〇條三款）破產人因受破產之宣告喪失破產財團之管理及處分權，有清算其與全部債權人關係之必要，故不問爲出名營業人之破產或爲隱名合夥人之破產，均使隱名合夥契約終止。如出名營業人破產，隱名合夥人尙有未支付之出資餘額，惟於填補其分擔損失必要之限度，應對於破產財團爲支付（參照日破產法二二五條、德商法三四一條二項 *Staub, zu § 340, Anm. 7; Ritter, Nr. 2b*）。如已爲全部出資，則不問計算上損失分擔額如何，無須更爲支付。然就其已出資額返還請求權，則得與其他破產債權人以平等地位行使之。反之隱名合夥人破產時，出名營業人於出資返還義務之範圍內，爲對於破產財團之債務人。

4. 營業之廢止或轉讓 在才有明文規定之德日學者，有主張此時隱名合夥人有請求出名營業人更爲營業之權利。惟其強制履行爲不可能，不能以爲當然之契約終止原因，僅應以爲通知終止契約之事由。此時自得以契約違反爲理由，請求損害賠償（*竹川九八頁、小町谷一八八頁、石井四三頁*）。然亦有謂爲隱名合夥契約當然終止之原因，其理由有謂隱名合夥關係惟以出資參與他人營業而存在，其他人廢止或轉讓營業，則必然的使此關係終止（*Staub, zu § 339, Anm. 10*）。有謂此時已欠缺合夥之目的（*椎津一五七頁*），有謂爲出名營業人之公司之解散，相當於營業之廢止（*岡野一三三頁*），有謂等於目的事業之完成不能（*Lehmann-Ring, zu § 339, Nr. 7; Ritter, Nr. 5*）。有謂不得強制其不廢業或轉讓，故當然使隱名合夥終了（*松本一五九頁*）。我民法則明定爲隱名合夥契約當然終止之原因，自無爭論之餘地。然出名營業人是

否應負損害賠償責任，有謂此時隱名合夥人不得請求繼續營業，惟保有損害賠償請求權（*Lehmann-Ring, a. a. O.*）。有謂營業之廢止，雖由出名營業人任意的使隱名合夥關係終了，如有契約義務之違反，自應負損害賠償責任。然如依其情況不可期待出名營業人之繼續營業，而此情況非因其應對於隱名合夥人負責之行為所引起者，則不能認其有過失之違反，而使負責。出名營業人將營業轉讓時，隱名合夥人同樣的有損害賠償請求權。然其請求非對於出賣之利益，而係對於可能的營業利益分配之喪失之賠償（*Staub, zu § 339, Ann. 10*）。依余所見以後說為當。

三、隱名合夥契約終止之效力

隱名合夥契約終止時，其以契約存續為前提之雙方當事人義務，因而終了。即隱名合夥人不負將來出資之義務，出名營業人不負將來利益分配之義務。於隱名合夥關係終止前所生當事人間之債權債務，有為計算之必要。此計算（*Anseinandersetzung*）一見與公司或合夥之清算相類似，然性質有異。隱名合夥無共同或公同共有財產之財產及債務，財產債務均單獨屬於出名營業人。隱名合夥之終了與出名營業人營業之存否無關，出名營業人仍得如前繼續營業，亦得隨機廢業（例如出名營業人破產或死亡）。

1. 計算應由出名營業人為之 出名營業人對於隱名合夥人有為計算之義務，蓋營業為出名營業人之營業，就其與隱名合夥人之權義關係，應由營業人作一結束也。

2. 計算之方法 應如何計算，準用關於合夥人退夥之規定（準用民法第六八九條 *Staub, zu § 340, An. n. 3, 4*），即應以契約終止時之財產狀況為準（日本明治四五年六月一日大判）。於其時尚未了結之事務，於了結後計算。此時於其事務未了結之範圍，隱名合夥人仍有監督權（擴充適用民法第七〇六條、德商法第三四〇條第三項有此明文）。

3. 出資之返還及利益之給與 隱名合夥終止時，出名營業人應返還隱名合夥人之出資及給與其應得之利益（民法七〇九條、日商法五四一條、德商法三四〇條一項）。（一）德商法明定以金錢支付，日商

法明定應返還其價額，在我民法可準用民法第六八九條第二項之規定，不問出資之種類如何，得以金錢抵還之（民法七〇一條）。於當事人另有特約者，依其特約。蓋出資之財產權移屬於出名營業人，出資雖現在手中，亦無將其原物返還或變價之義務。但依特約以使用權為出資時，自應返還其出資之本體。（二）出資因損失之分擔而減少者，僅返還其餘存額（民法七〇九條但書、日商法五四一條但書）。已無餘存者，無須返還。但其分擔額超過既已出資之價額時，如出資尚有未付者，得請求隱名合夥人補給，然以其應分擔之部分為限，不得請求隱名合夥人先提供其出資全額，於清償債權人後再為計算（Sand, zu § 340, Ann. 7）。隱名合夥人雖給付其出資全額，而仍不足以填補其分擔部分時，除有特約外，無更為出資之義務（日本昭和六年六月二日大判）。（三）合夥契約終止時尚未了結之隱名合夥事務，於了結後計算並分配其損益（民法七〇一條、六八九條三項、德民三四〇條二項有明文規定）。

4. 利益分配請求權及出資返還請求權 隱名合夥此項請求權，於出名營業人破產時，得與其他一般債權人，以平等之地位，行使其權利，既無優先之權利，亦非如兩合公司有限責任股東得後於一般債權人而請求出資之返還（公司法九〇條、八三條）。但隱名合夥人惟以使用權為出資時，得就其物行使取回權。

第二十章及第二十一章之前註

一、證書、資格證券及有價證券

書據與私法上之權利義務有關係者，一般稱為證書或證券。按其在法律上之效力，大致可別為二類乃至三類。即分為證書與有價證券之二類或於其外加上資格證券一共為三類。資格證券介於兩者之間，占有中間之地位。

1. 單純的證書 (schlichte Beweiskunde) 證書係證明特定權利關係或法律事實之存在，乃至其內容之文書，非直接左右權利關係，而係由外部爲權利或事實證明之用。例如借據、租約、買賣契約書、收據皆屬之。

2. 資格證券 (Legitimationspapier) 此證券本質的爲證券，然爲事實上之必要，認其有特殊的效力。例如衣帽存放證、腳踏車寄放牌。此種證牌通常僅記號碼，惟爲證明攜帶物寄託之用。然受寄託物之返還不以證牌爲必要。雖經紛失，如能依其他方法證明自己爲寄託人，亦得請求寄託物之返還。此點與一般的單純的證書無異。然在受寄人方面，不必常對於真正的寄存人爲寄託物之返還，苟對於證牌之持有人善意的爲之，雖其持有人爲竊盜或拾得人，亦因而免其責任，以保護債務人（證牌之發行人）。證牌持有人爲真正權利人時，固不待論，雖非權利人，因持有而取得權利行使之資格，債務人得向其履行義務而免責，故稱爲資格證券。自債務人之方面言之，又稱爲免責證券。資格證券有免責的效力之點，帶有後述的有價證券的機能之一部，接近於有價證券。資格證券理論上雖爲證據文書之一種，實際上關聯於有價證券，故常於證券法中論及之。

3. 有價證券 (Wertpapier) 與證據的證書證券對立，另形成一類者，爲有價證券。非如證據的文書，於權利之外，由外部證明權利，而將權利包攝於證券之內，證券爲其所抱攝的權利之外衣外殼，例如爲典型的有價證券之票據，其票據債權不能離票據證券而存在，票據債權之行使或讓與，均應依票據爲之。權利與證券成爲不可分的一體，雖兩者之結合，程度有完全與不完全之別，然大體上均應經由證券而觀察權利，乃爲有價證券之特色。德國學者稱此關係，爲權利之化身或證券化 (verkörpern, verbriefen)。

二、關於有價證券之法制

將一切財貨使之證券化而謀資本之流通，爲現代經濟生活之趨勢。從而關於有價證券之法律關係，占有重要之地位。然在外國立法例，此項規定多散在於民商法。爲統一規定者，其例較少。在日本除關於票

據及支票各有特別單行法外，商法就特殊證券，例如提單、倉單、載貨證券等，各別設有規定。關於有價證券共通適用之規定，僅有第五一六條第一項第五一八條及第五一九條。散在於民法者，惟有第八六條、及關於權利質（三六四條至三六六條）、債權讓與（四六九條至四七三條）之規定而已。且在日民法着眼於所表彰之債權，用指圖債權或無記名債權等名稱，而在日商法則着眼於所表彰債權之證券，用指圖證券無記名證券等名稱，不免互相扞格。在德國主要的規定於民法之中（德民七八三條至八〇八條關於指示及無記名債權證書），而在商法則設有補充的規定（德商三六三條至三六五條關於商人的指定證券），而關於票據及支票，則各另有特殊單行法。在美國之統一買賣法（Uniform Sale Act 1906），就有價證券比較的為詳細規定。瑞士債務法除第二編第十八節關於「指示」（Anweisung）設有規定外，第五章「有價證券」就有價證券為統一的規定（瑞債九六五條至一一五五條），內分第三十三節題為「記名無記名及指定證券」，第三十四節題為「募債債券」（Anleiheobligationen）（公司債）。第三十三節更分為七目，即（一）總則（關於記名證券、無記名證券及指定證券）（九六五條至九七三條），（二）記名證券（九七四條至九七七條），（三）無記名證券（九七八條至九九九條），（四）票據（九九〇條至一〇九九條），（五）支票（一一〇〇條至一一四四條），（六）類似票據及其他指定證券（一一四五條至一一五二條），（七）物品證券（包括倉單、提單）（一一五三條至一一五五條）是也。我民法仿德民之例，關於指示證券及無記名證券，各設有專節。其餘惟散見於各條文之中（民法六一五條至六一八條、六二五條至六三〇條、九〇八條至九一〇條、九五一條）。海商法就載貨證券為規定（海商法八五條至八九九條）。關於票據另有單行法。

三、有價證券之意義

有價證券（Wertpapiere; valeurs; valuable instruments），謂表彰財產權之證券。其權利之行使或處分，須有證券之占有或移轉。有價證券之名稱，在德舊商法始行採用。然法條中並未下有定義。

學者就其意義範圍，所論不一。法國商法（四四六條五七四條）所稱 *effets de commerce*，限於以金錢爲標之債權證券，較有價證券遙爲狹義。英美法所稱流通證券（*negotiable instrument*）係謂得依背書或交付而讓與之證券，亦較有價證券爲狹義。惟瑞債另立「有價證券」一編，並另立一條，下有定義。關於有價證券之定義，學說上有種種說法。依有名的布魯那之定義，謂爲表彰私權之證券，其權利之利用，私法上以依證券之占有爲其要件（*Brunner in Endmann Handb. § 161ff*）。學者多從其說。然有謂私權之範圍過廣，應以表彰財產權之證券爲限（松本八六頁）。有謂股票爲有價證券，但係表彰股東權，而常包含有人格權的性質之權能，不得解爲單純的財產權，反不如定義爲表彰私權之證券（惟津九四頁）。依瑞士債務法第九六五條之定義「有價證券謂文書與權利如此結合，非以其文書不得就其權利爲主張或移轉於他人之一切文書」。就權利並未加以限制。依余所見，以其權利有得爲交易之標的之財產的價值爲已足。所謂財產權，應從廣義，如支票及承兌前之滙票所表彰的指示證券（*Assignment; Anweisung*）之有財產的價值之權限及股票所表彰的股東權之有財產的價值之權利，均屬之。證券上權利之利用（行使或移轉）與證券占有之關係，就各種有價證券程度上不必相同。例如票據上權利之發生、行使、移轉、消滅等，均與票據本身有不可分離之關係，而在記名股票、記名公司債，其表彰之權利，非因證券之作成而發生，權利之行使亦不必以證券之占有爲必要，惟於證券之移轉，應以取得人之姓名記載於股票，即以股票占有之移轉爲股東權移轉對抗債務人及其他第三人之要件。如此權利之利用與證券占有之關係，依各種證券而有厚薄之差。然至少須以證券本身占有之移轉，爲其證券化權利之處分所不可缺之要件。即移轉及設質，均應依證券占有之移轉爲之。禁止背書的票據之移轉，亦以證券之移轉爲必要。有價證券字樣，散見於民法各條（民法六〇八條六三九條九〇八條九一〇條）。

【註】有價證券之定義除上述Brunner所下定義外，尚有下列各說。（一）有價證券謂證券上之權利歸屬於證券所有人之證券（*Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd I, S. 116*）。（二）有價證券謂處分證券所表彰之權利，以其

證券之占有為要件之證券 (Martin wolf in Ehrenberg's Hb. Bd. IV, § 1, S. 2)。 (三) 有價證券謂其證券上權利之行使，以該證券之占有為必要之證券 (Ernst Jabobi in Ehrenberg's Hb. Bd. IV, S. 127)。 (四) 有價證券為表彰財產權之證券，以債務人對於證券上之權利行使，不得以證券所記載以外之事項對抗，為其本質 (升本喜兵衛有價證券法四五頁)。

三、有價證券之分類

1. 完全的有價證券與不完全的有價證券 此係基於證券所表彰的權利與證券關係之厚薄所為之分類。完全的有價證券 (vollkommenes Wertpapier)，亦稱絕對的有價證券 (absolutes Wertpapier)，謂其權利之發生、行使、移轉、消滅，均與證券不可分離。例如票據，非有證券之作成不能發生，非有證券之占有不能行使，其權利非與證券一同不能移轉，而且與證券之消滅一同消滅。不完全的有價證券 (unvollkommenes Wertpapier)，亦稱相對的有價證券 (relatives Wertpapier)，謂其行使或移轉，以占有為必要之證券，例如股票、提單。

2. 物權的有價證券、債權的有價證券、社員權的有價證券 此係基於證券所表彰的權利之種類所為之分類。表彰純粹的物權之證券，在我國尚未見其例 (在日本質入證券、抵當證券即抵押證券，表彰主債權同時表彰物權，為其適例)。然提單、倉單及載貨證券，其內容雖係以證券所記載貨物之交付為目的之債權，但其證券之交付與物品之交付有同一之物權的效力 (民法六二九條海商法八九條)，故學者有稱之為物權的有價證券 (sachenrechtliches Wertpapier)。因其證券之交付，表示貨物之交付，通稱為交付證券 (Traditionspapier)。反之債權的有價證券 (obligationenrechtliches Wertpapier; Forderungspapier)，係以通常之債權為內容之有價證券。例如票據、禮券、附隨於押匯之運送保險單。社員權的有價證券 (Mitgliedschaftspapier)，亦稱團體的有價證券 (Korporationspapier)，謂以股東權為內容之有價證券。例如股票，Gierke 謂此種證券為人的證券 (personenrechtliches Wertpapier)。

3. 指名證券、指定式證券、無記名式證券及選擇無記名式證券 此係依所指定證券上權利人之方法而為

之分類。(一)指名證券亦稱爲記名證券 (Rektapapier; title nominatif)，謂證券上記載特定之人爲權利人之證券。例如交付與甲某此項證券，僅得向證券上所記載權利人爲清償，僅得依普通債權讓與之方法移轉之。(二)指定式證券 (Orderpapier; title a ordre; order paper) 謂記載特定之人，並附加其人指定之人爲權利人之證券。例如交付與甲某或其指定之人。此種證券得依背書移轉之。其中票據、提單、倉庫及載貨證券，雖無指定文句 (Orderklausel; clause a ordre)，亦得依背書而移轉。因其法律上當然有背書性，稱爲法定指示證券或當然的指示證券，亦有稱爲當然或法律上指定證券者，然在我國關於指定證券，並無法律上之規定，不如就其有背書性之點，稱爲法定或當然的指示證券。(三)無記名式 (持有人) 證券 (Inhaberpapier; titre au porteur; bearer paper)，謂不記載特定之權利人，而應對於證券持有人爲給付之證券。例如交付與此證券持有人或交付與來人。此種證券因交付而移轉。對於無記名證券，學者有將前二種之證券統稱爲記名證券 (Namenpapier)。蓋此二種證券均記載有權利人之姓名也。無記名證券中有並無持有人字樣，而當然可推知其有此旨者，例如車票。(四)選擇無記名證券 (alternatives Inhaberpapier; titre au porteur alternatif) 亦稱跛行的指名證券 (hinkendes Namenpapier)，跛行的或變態的無記名式證券 (hinkendes oder qualifiziertes Inhaberpapier)，謂記載特定人，而並附加證券持有人爲權利人之證券。例如交付與甲某或此證券持有人。此種證券有兩種立法例，在英美法有此形式之票據、支票，以之爲純粹的無記名式 (Chalmers, Law of Bill of Exchange, §8, a bill payable to "J. C. or bearer", is of course payable to bearer.)。然在德國民法，以此種證券爲指名證券之變態，義務人因對於其持有人清償而免其責。即爲免責證券之指名證券 (德民八〇八條)。但就支票，如同英美法，規定「甲或來人」之形式，視同無記名式 (德支票法四條二項、奧支票法三條三項)。依日本小切手法 (支票法) 第五條第二項，有或持有人之文字或記載與此有同一意義之文句者，視爲持有人支付式之支票。日本商法第五一九條規定，以金錢其他物或有價證券之給付

爲標的之選擇無記名式有價證券（例如提單、倉單、載貨證券、公債券、公司債），準用小切手法第五條第二項之規定，即視爲無記名證券。其他之此式證券，認爲指名證券變態之一種免責證券，應適用日民法第四七一條之規定，即債務人除有惡意或重大過失外，因交付與持有人而免其責（松本商行爲法一一〇頁、竹田四六頁至四八頁）。自沿革上觀之，在中世紀歐洲所行之無記名式證券中，有純粹的無記名式與選擇無記名式兩種。其法律上之效力，大致相同。惟在後者持有人雖爲權利人，在義務人方面得以對於指名之人已爲清償之旨爲抗弁。嗣後在德國受羅馬法之影響，以持有人有證明其權利之責，終於視爲指名證券之變態。我民法及票據法，關於選擇無記名式證券，未設規定，應解釋在當然的指示證券，視同記名式，惟依背書而移轉。其他非當然的指示證券，則應認爲指名證券變態之一種免責證券。

4. 不要因有價證券與要因有價證券 此分類以證券所表彰的權利與原因有關聯與否爲標準。（一）不要因證券（*abstraktes Wertpapier*），謂其表彰之權利，不以原因爲要件之證券。例如票據爲不要因證券。票據之債權人因署名於票據而負支付其票據金額之債務，其金額支付之原因存在與否，適法與否，則非所問。反之通常之有價證券爲要因證券（*kausales Wertpapier*），其證券所表彰之權利，與原因行爲相關聯，例如非因運送契約受取運送物，雖填發提單，不負其所表彰物品之交付義務。蓋運送物交付義務，因運送物之受領而發生，提單非表明單純的物品交付之約束也。換言之不要因有價證券所表彰之權利，因證券之作成行爲而發生，與如何而爲其行爲之原因無關。反之要因的有價證券所表彰之權利，因原因行爲而發生，其效力依原因行爲而左右。

5. 文義的有價證券與實質的有價證券 此分類係以證券之文義是否決定當事人權利義務之範圍爲標準。

（一）文義的亦稱形式權的或證券的有價證券（*skripturrechtliches, schriftrechtliches Wertpapier*），謂證券之善意取得人，依證券所記載之文義取得其權利。義務人不得就證券未記載之事項，以對於前權利人所有之抗弁爲對抗之證券，Brunner謂此種證券爲公信有價證券（*Wertpapier des öffentl.*

ischen Glaubens)，蓋自證券之文義有決定取得人權利義務之力之點，而爲觀察也。(二)實質的有價證券 (materielrechtliches Wertpapier) 謂於證券無記載之實質權利，對於善意之取得人亦有效力之證券。例如記名股票。文義的有價證券中，雖有謂其證券之文義決定權利義務之力，有大小之別，在票據其力最強，提單、倉單、載貨證券效力較弱 (松本九四頁)。然在前者惟以票據法所未規定事項縱記載於證券不生證券上效力之點 (票據法十二條)，與其他有價證券大異其趣。就證券上發生效力之事項，票據上記載與其他證券上記載之間，其證券上效力並無差異。雖有謂票據上記載之效力不爲其原因關係所左右，而其他有價證券之記載事項則爲其原因關係所左右，而其證券效力有強弱之異。然此爲將證券的效力之觀念，與要因不要因之觀念相混同。要因證券之記載事項爲原因關係所左右者，非因其證券效力薄弱，乃因其證券之記載使其與原因關係之牽聯關係爲明瞭也。

不要因有價證券與文義的有價證券，雖時被混同，然不可不爲區別。不要因有價證券，謂權利之成立與原因切離，權利惟因證券行爲而創設之證券。文義證券謂善意取得人權利之範圍，依證券之文義而決定之證券。票據爲文義證券，同時爲不要因證券。提單、倉單、載貨證券之類，僅爲文義證券，然非不要因證券。

6. 設權的證券與非設權的證券 此係基於證券之作成是否爲權利發生要件之分類。設權證券 (konstitutive, dispositive Urkunde)，謂證券之作成爲其權利發生所必要之證券。有價證券有爲設權證券者，例如票據上之權利，非有票據之作成不能發生。票據爲其上權利成立之要件，故爲設權證券。然多數之有價證券，例如提單、股票，非設權證券，均先發生權利，然後作成證券以表彰之。故有價證券可分爲設權的有價證券 (konstitutives Wertpapier) 與非設權的或宣言的有價證券 (nichtkonstitutives oder deklaratorisches Wertpapier)。

7. 約束證券與指示證券 此係依支付人之表示方法而爲之分類。約束證券，謂形式上證券之發行人，約

定自己履行證券上債務之證券。例如期票、公司債、公債等大多數之有價證券均屬之。指示證券，亦稱委託證券，謂形式上係指示第三人履行證券上債務，即以證券上之債務履行委託於第三人之證券，例如匯票、支票。

8. 國家證券、公共團體證券、私證券 此係依發行人之地位所為之分類。國家證券 (Staatspapier)、例如國債證券 (公債、庫券)。公共團體證券 (Papier öffentlich-rechtlicher Korporationen) 例如省市債券。私債券 (Privatpapier) 例如公司債、票據。

9. 金錢證券、物品證券、有價證券 此係依證券所表彰標之物之為金錢或物品或有價證券而為之分類。金錢證券 (Geldpapier)、例如票據。物品證券 (Warenpapier)、例如提單、載貨證券。有價證券證券，例如息票換取證、股息票換取證。他如船舶收貨證 (mate's receipt)，以載貨證券之給付為目的。

10 多數證券、各個證券 此係以同一證券多數發行與否而為之分類。多數證券 (Massenpapier)、例如公債、公司債。各個證券，例如票據、提單。

11 本證券、附屬證券 此係基於證券之為獨立或為其他證券之附屬部分而為之分類。本證券 (Hauptpapier; Stammpapier) 例如公債。附屬證券 (Nebenpapier) 例如公債息票。

12 流通證券非流通證券 流通證券 (negotiable instrument)，謂得依背書或交付而移轉之證券 (民法四〇一條)。流通證券必為有價證券，然有價證券中亦有不為流通證券者，記名股票、記名公司債、禁止轉讓之票據。此外有所謂商業證券 (Handelspapier)，謂得為商業交易之標的物之證券 (日商法五〇一條四款五三〇條)，與流通證券略同其意義，蓋有流通性之證券，當然得為商業交易之標的物也。商業證券，例如公債、公司債、提單、倉單、載貨證券 (大橋六五頁)。然在法商法所稱 *effets de commerce* (商業證券)，則限於以金錢為標的之債權證券，其意義更狹。

四、有價證券與其他證券之區別

1. 金券 郵票、印花、紙幣，其證券本身有價值，與爲表彰特定之財產權所作成有價值之證券不同。

2. 免責證券 謂債務人因對於證券持有人履行其債務而免其責任之證券。債務人不負調查其持有人是否爲真正權利人之義務。自持有人之方面言之，證券之持有人因其持有而有受債務履行之資格，故亦稱資格證券 (Legitimationspapier)。其真有受履行之權利與否，爲另一問題。有價證券之多數，爲免責證券，然不必皆爲免責證券。例如記名股票，雖爲有價證券，不屬於免責證券。衣帽存放證、行李票之類，雖爲免責證券，然難謂爲有價證券。又有價證券，原則上有讓與性，常預想其被讓與。免責證券，僅爲特定人間債權債務之關係，非預想其證券讓與於他人。免責證券與讓與爲無關係之兩觀念。學者亦有僅以非有價證券之免責證券爲免責證券者，亦有稱此爲單純的免責證券 (松本九六頁、小町谷一〇二頁)。

五、有價證券之發行

1. 證券之作成與方式 爲發行有價證券，應先作成證券。關於證券之作成，其內容法律上有爲規定與否者，票據、提單、倉單、載貨證券等，屬於前者之例。車票、商品券 (Goods ticket; exchange check)，屬於後者之例。要式證券之中有非常嚴格者，例如票據。如欠缺其要件之一，即有礙於該證券效力之發生 (票據法十一條)。有較緩和者，例如物品證券。其要件之一部雖有缺漏，如不因而視爲有損於該證券之本質，仍應維持其效力。股票、公司債，亦可與物品證券爲同樣之解釋。在不要式證券，其證券上之記載應有如何程度之內容，結局以發行者之表意內容，是否在證券上可窺知而定。

2. 有價證券行爲 有價證券爲表彰權利之證券，僅形式上作成爲未足，其發行人尚應有負擔該證券所表現的義務之意思表示。其表意行爲，透過券面之記載而表示於證券上者，稱爲有價證券行爲。各種證券共通發行行爲之外，指示證券之背書、票據之承兌及支票保證等特殊行爲，亦屬之。有價證券行爲，透過證券而表示，故通常以簽署於證券而爲之。

證券發行人依證券而爲意思表示，其與證券持有人間發生權利義務之法律關係，應如何說明，有契約說與單獨行爲說之對立。契約說謂證券上之權利因作成人間訂立授受契約（交付契約 *Begebenheitsvertrag*）而始成立，交付契約爲要物契約之一種，因證券之交付始生效力。有謂其契約僅爲領取人之利益而訂立，因而其後之取得人爲第一取得人之承受人（例如 *Goldschmidt*）。亦有謂其契約於證券授受人間，同時爲其後所有之取得人而訂立，其後之取得人，因證券所有權之取得，而取得一獨立的債權人權利（例如 *Brunner*）。在單獨行爲說，其單獨行爲之意思何時成立，何時發生效力，又有創造說（*Kritations-theorie*）與發行說（*Emissions-theorie*）之分。創造說，謂有價證券行爲與證券之作成同時成立，於持有人取得證券時，就其持有人發生效力（例如 *Kuntze, Cosack*）。故在證券作成後，行爲人縱喪失行爲能力或死亡，而證券上之權利不生影響。於作成後發行前雖被盜或遺失，行爲人對於善意取得人仍應負責。發行說謂爲其成立僅以證券之作成爲未足，於證券作成後，尚須有發行人以其置於流通之意思之發行行爲（*Stobbe*）。但作成人倘將證券託由第三人保管，而該第三人將此證券出讓時，仍可發生效力。此外尚有一種折衷說，稱爲變態的契約說（*modifizierte Vertragstheorie*），謂債權之原因，雖存於作成行爲，惟與交付契約（*Begebenheitsvertrag*）結合，或與其後之取得人對於其債權有效成立之善意（信其與第一領取人有效訂立之交付契約）結合。其發行始爲有效（*Enn-Lehmann, § 208, I, 1, 3 § 209, I, 2*）。

有價證券之發行，原則上爲自由。然多數之有價證券已定型化，發行形式、發行人及發行範圍，自有一定。例如國家或地方公共團體發行之國債或地方債。運送人、倉庫營業人、船長所發行之提單、倉單、載貨證券之類。公司債之發行，限於股份有限公司（公司法二二六條以下）、股份兩合公司（公司法二七八條二項）。又爲顧慮證券對於社會之影響，對於證券之發行及內容，法律上設有限制者，例如股票在公司成立前禁止發行（公司法一五八條），對於公司債之發行額設有限制（公司法二二七條），對於股票之面額

(公司法一五五條)加以干涉。在外國立法例，對於某種證券之發行，有須經主管官署之許可者，例如倉單或商品券之發行(瑞債四八二條、日倉庫業法一條、商品券取締法一條)。

六、有價證券之處分

1. 有價證券讓與之方法

a. 無記名式證券 無記名式證券之讓與方式，雖無特別規定，然因證券之交付而移轉，已爲定說。交付爲有價證券讓與之生效要件，有如動產(參照民法七六一條)。支票未記載受款人之姓名者，視爲無記名。無記名證券得僅以交付而移轉。然如因錯誤或法律誤解而以背書移轉時，僅使背書人負被追索義務，並不使無記名證券變爲指定式，仍得僅依交付移轉之(Sieben Vorträge über das Neue Obligationrecht, Fritz Götzinger, die Wertpapiere, S. 144)。

b. 指示證券、指定式證券 指示證券之讓與，依背書爲之(民法七一六條二項)。關於指定式證券，在我國雖無特別規定，得依背書而移轉，亦已爲定說。所謂依背書而讓與者，非僅以書面行爲之背書爲已足，乃謂背書而交付證券。背書之方式，準用關於票據法之規定(瑞債第九六八條明定準用關於票據之規定，日商法第五一九條關於有價證券、第二五〇條關於記名股票之讓與，均有準用票據法關於背書規定之明文)。其背書由背書人在證券之背面或黏單上爲之，記載被背書人之姓名或商號及背書之年月日，由背書人簽名。背書人得不記載被背書人而爲空白背書。此時得依證券之交付轉讓之。持有人得以自己爲被背書人更爲記名式或無記名式之背書，亦得不以自己爲被背書人，而更爲空白背書或記名式之背書，亦得代替自己以他人爲被背書人(票據法二二一條至二二七條一項但書，松本手形法二五一頁)。在票據背書人，負擔被追索義務(票據法八五條)，而在一般背書證券(例如提單)之背書人，因無規定不負此義務。

c. 指名證券 指名證券之讓與，爲證券上債權之讓與，應依債權讓與之方法爲之。非以讓與通知債務人，對於債務人不生效力(民法二九七條)。然記名股票、記名公司債，公司法另有特別規定(公司法一

六一條二四四條），實際上證券亦須交付（參照民法九〇四條）。蓋記名證券，既為有價證券，亦有證券化之性質，其移轉應以證券之占有為必要也（參照瑞債九六七條一項）。但指名證券，為法定指示證券時，其讓與亦應依背書為之，有如前述。

d. 選擇無記名式證券 此項證券，立法上雖有視為無記名證券（日商法五一九條、小切手法五條二項、德支票法四條二項），然在我國因無規定，在法定指示證券，其轉讓應依背書為之。其他如同記名證券，其證券附隨於權利，其讓與應依記名證券之方式，即應依債權讓與之方式為之（Denecke zu § 808, 3; Erdman, zu § 808, 3 S. 938）。然為指名證券變態之一種免責證券，債務人除有故意或重大過失外，得對於持有人清償而免其責任。但持有人無請求給付之權利，債務人惟以受證券之返還而負給付之義務（參照德民八〇八條、瑞債九七六條）。關於票據（支票除外）大陸法一般不認無記名式，英美則就票據（包括支票）無限制認許為無記名式。

【註】票據受款人之商號或姓名，附加「來人」或「持有人」字樣之選擇無記名式票據之效力如何，甚有爭論。在德國通說不使其為無記名式，僅與甲某或其指定之人之指定式為同一，惟就支票規定視同無記名式（德支票法五條二項）。在英美法，則以此種之票據（包括支票）為當然無記名式（松本手形法一九六頁）。日本現行手形法（不包括支票）不認無記名式，惟小切手法（支票法）以選擇無記名式視同無記名式（同法五條二項）。

2. 讓與之效力與所有權說 無記名證券，因交付而移轉。指示證券、指定證券，因背書交付而移轉。為其效力，受讓人為證券之持有人，得行使證券上之權利。然就此法律關係，應如何說明，亦不甚易。有自移轉之方面為說明，謂讓與人失其權利，受讓人成為權利人之關係，為權利（債權）之移轉。亦有自權利保有者之證券方面為說明，謂在權利證券化之有價證券，證券上之權利（Recht aus dem Papier）隨從其外衣外殼之證券權利（Recht am Papier），即證券之所有權，故欲有權利者，必須取得證券之所有權。有證券之所有權者，當然為證券上之權利人。此種說明方法一般稱為所有權說（Eigentumstheorie）。所有權說係將無形權利之移動，透過其物權化之證券而為物權法的說明。不必斤斤於所有權，其於證券上有

質權者，亦可準上所述，而有對於權利之質權。然在我民法，特別規定倉單不僅因背書交付，而並須倉庫營業人簽名，始生倉單所載貨物所有權移轉之效力（民法六一八條）（參照本書五三〇頁至五三五頁）。

3. 有價證券之設質及扣押

a. 設質 關於有價證券之設質，民法設有規定。（一）質權以無記名證券爲標的物者，因交付其證券於質權人而生設定質權之效力（民法九〇八條前段）。（二）以其他之有價證券爲標的物，包括指示證券、指定式證券及法定指示證券（提單、倉單、載貨證券），除交付證券外，並應依背書方法爲之（民法九〇八條後段）。（三）其他指名證券，應依指名債權設質之方法爲之。即其設質應以書面爲之，並交付其證券於質權人（民法九〇五條）。（四）記名股票及記名公司債質權之設定，除書面質權契約外，因證券之交付而生效力（民法九〇四條）。然非將設質記載於公司股票名簿或公司債存根及證券，不得以之對抗公司及第三人（民法九〇二條九〇四條、公司法一六一條二四四條）。（五）選擇無記名式證券，在法定指示證券，應依證券之背書及交付爲之。在其他證券，應依關於指名證券設質之方式爲之（Derecke, zu § 808, 3, Palandt, zu § 808, 1; Erhman zu § 808, 3）（參照拙著物權法論三五七頁以下）。

b. 扣押 關於有價證券之扣押，其爲無記名者，依關於動產之執行（強執法五九條二項）。爲指示證券或指定式證券時，因其讓與須爲背書，故其變價非如無記名證券之簡單。此時執行法院得使代債務人爲背書（依日本民訴第五二八條「有價證券爲記名者，執行裁判所得使換爲買受人之姓名及授與執達員以代債務人爲此必要的陳述之權」，第五八三條「無記名式證券經換爲記名或依其他方法使中止其流通時，執行裁判所得使回復其流通及授與執達員以代債務人爲此必要的陳述之權」）。對於指名證券之執行，與指名債權同樣，得禁止第三人向債務人清償，以命令許債權人收取或命第三人向執行法院支付，轉給債權人（強執一一五條）。

4. 有價證券之善意取得 在動產有善意取得之規定，以保障動產交易之安全。有價證券有流通性，亦有此保護之必要。現代立法有擴張其保護之趨勢。在日本無記名證券，視為動產（日民法八六條三項），使得適用動產即時取得之規定。然因有價證券之利用擴大，指定式證券實占有價證券之中心，僅以保護無記名式證券之持有人為未足，日本手形法（票據法不包括支票）第十六條第二項（在日本不許為無記名式）小切手法（支票法）第二一條，分別規定票據及支票之善意取得。上述小切手法第二一條之規定（適用於指定式證券及無記名式證券），依日本商法第五一九條，準用於「以金錢其他物或有價證券之給付為標的之有價證券。其不包括於本條有價證券之股票，亦依日本商法第二二九條（昭和二十五年修正條文）準用小切手法第二一條之規定，而樹立關於有價證券共通之一大原則。德民法就無記名證券，規定善意取得無記名證券者，其證券雖為盜賊遺失物或其他脫離本人持有之物，不妨取得其證券所有權（德民九三五條二項）。修正德票據法第十六條第二項規定「票據不問如何脫離前持有人之占有，新持有人依前項規定（連續背書）證明其權利者，除惡意取得或於取得時有可歸責之重大過失外，不負返還票據之義務」。德支票法第二十一條規定「支票不問如何由前持有人之占有而入於現持有人之手時，無論其為無記名支票或為得依背書移轉之支票，持有人依第十九條證明其權利（連續背書）者，除惡意取得或於取得時有可歸責之重大過失外，不負返還支票之義務」。德商法第三六五條第一項規定關於商人的指定證券背書之方式，持有入之資格及其資格之調查與持有入之返還義務，準用票據法第十一條至第十三條第三十六條第七十四條之規定（修正票據法為十三條十四條二項十六條「舊七十四條」四十條）。瑞士民法第九三五條規定「金錢及無記名證券，雖反於占有人之意思脫離其占有，不得對於善意受領人請求返還」。瑞債第九六八條第一項規定「指定證券之背書，在一切情形依關於票據之規定為之」。第二項「記名背書與證券之交付，視為移轉之充分形式」。第一〇〇六條第二項就票據與上述德票據法第十六條為同樣之規定。第一一一二條就支票與上述德支票法第二十一條亦為同樣之規定。第一一五二條就類似票據及其他指定證券規定「署名者以證券負

有給付一定支付場所、時日及數額之金錢或交付一定數量之代替物之義務時，其證券爲指定式者，得以背書讓與之。」「前項證書及其他得背書之證券，如倉單、質倉單、提單，就背書之方式、持有入之資格、無效宣告及持有入之返還義務，準用關於票據法之規定」。我國民法（一）第九五一條規定盜贓或遺失物，如係金錢或無記名證券，不得向其善意占有人請求回復。（二）票據法第十四條規定「以惡意或有重大過失取得票據者，不得享有票據上之權利」，其反面解釋即非惡意或有重大過失取得票據者，享有票據上之權利。取得票據，謂票據法上之承受取得，即依法律行爲之取得，故繼承、公司合併之取得，非茲所謂取得。須依票據法上證券流通方法之取得，即在指定證券或在選擇無記名證券，應依背書交付。無記名證券，應依交付而取得。依民法上債權讓與之取得，非茲所謂取得。其取得須爲善意並無重大過失，即於取得之際不知讓與人爲無權利人（無所有權或無處分權），而且就其不知並無重大過失。不知讓與人爲無能力人或其意思表示有瑕疵時，非茲所謂善意。不知讓與人無代理權時，爲表見代理之問題，亦不屬於此範圍。善意取得之結果，讓與人雖爲無權利人，取得人仍取得證券上之所有權或質權，從而享有證券上之權利。原來之權利人於此範圍失其權利。縱令原來權利人爲被盜人或遺失人，亦不爲例外。現在之占有人推定爲善意取得人。其爲非善意取得人之舉證責任，屬於返還請求人。（三）關於票據以外之背書證券（指定式證券及指示證券），雖未有規定，然鑑於德、日商法瑞士債務法，均有準用關於票據或支票善意取得之明文規定，在我國得依背書轉讓之證券，被盜或遺失時，得依公示催告程序宣告爲無效（民法七一八條、民訴五三五條）。在背書證券，因證券之物化，其持有入以背書之連續證明其權利者，應可準用票據法第十條之規定。蓋若不適用善意取得之規定，則無爲公示催告之必要也。在物上證券（提單、倉單、載貨證券），其證券之善意取得人，是否同時取得物品之物權，抑爲此更須具民法第九四八條之要件，雖有不同之見解。依余所見，惟同時信讓與人爲真正物品之物權人，即具備民法第九四八條及第八〇一條或第八八六條之要件時，始可取得其物權。例如盜者將所盜物品託運，以對於其運送物之提單讓與於善意第三人時

，就該運送物，仍應適用民法第九四九條之規定（參閱本書關於提單物權的效力之說明）。（四）在指名證券應依債權讓與之方法為讓與，不生證券之流通，應不發生善意取得之問題。故善意取得原則惟就背書證券及無記名證券而成立。但附空白委任書之記名股票，雖反於股東的意思脫離占有，在日本商業習慣上仍認其有善意取得。蓋此種股票在商業交易上恰如無記名股票之轉讓，可準於無記名證券而為觀察也（小町谷一一四頁）。

七、有價證券權利之行使

1. 證券之提示 有價證券為物化證券，為行使證券所表彰之權利，須提示證券而為請求。蓋以流通轉讓為本質之有價證券，其證券持有人常常移動，於得行使權利之時期，果何人為權利人，債務人方面無由知悉，必須證券持有之債權人方面，將證券提示於債務人，以證明其為權利人。此無記名證券及背書證券所以為提示證券（*Präsentationspapier*）也（日商法第五一七條「指定證券及無記名證券之債務人，就其履行雖定有期限，其期限屆至後，自持有人提示其證券為履行之請求時起，任遲延之責」，為「期限代人催告」之一般債權原則之例外）。指名證券無流通性，其讓與應依指名債權讓與之方法，債務人得確知其債權人（民法二九七條），自此點無肯定其有提示證券性之必要。然在法定背書證券（票據、倉單、提單、載貨證券），雖為記名證券，其權利行使與指定式證券同樣的應為證券之提示（民法六一七條六三〇條、票據法六九條、七四條、一二八條二項、一三〇條、海商法八九條）。

2. 持有之形式的資格（背書之連續）（一）權利之行使與資格：得行使權利者，須為權利人或其所授權之人，債務人亦惟向此等人為履行，始可免其責任，為債法上一般原則，然在有流通性之有價證券，在債務人方面確知真正之權利人甚為困難，在物化證券之性質，證券之現實持有人首應認為權利人，其持有人是否為真正權利人，其證券是否盜取，不易知悉，且在持有人方面，如必須證明自己為真正權利人始得行使權利，至為不便，與以迅速交易為理想之流通證券之目的不符，於此不得不代替真實的權利關係，

而就外觀的形式之權利關係，認其有權利行使之資格（資格證券性），以謀權利行使之簡化。（二）資格性與有價證券：有價證券，通稱為資格證券（Legitimationspapier）即持有具備外觀上形式之證券者，不問其為真正權利人與否，如無非為權利人之反證，即以權利人看待之。茲所謂證券資格性，非僅如為證據證券一種之資格證券（免責證券），以債務人對於證券持有人履行義務而免其責之消極性的資格性（票據法七一、二項、一四四條），乃在無反證時而得積極的行使即有得向債務人請求債務履行之積極的資格性（票據法三七條、一四四條）。從而證券持有人為其權利之行使，無須積極的證明自己為權利人，以提示證券證明其為持有人為已足。在債務人方面無須認定持有人是否為真正權利人，以信任外觀上形式為履行而免其責。故債權人債務人之間往往不涉及實質的權利關係，而以證券上形式的權利義務關係處理之。（三）持有人的形式資格：有價證券之持有人，為其有上述之資格，須具有一定的形式的條件。具有此條件之證券之持有人，稱為形式的資格者（formeller Legitimierter）。依票據法第三十七條，票據持有人應以背書之連續，證明其權利，即背書連續的指定證券之持有人，視為適法之持有人。無記名支票，其讓與以交付而移轉，其持有人常視為適法之持有人。然此僅謂視為形式的資格者，並非認為真正權利人，債務人得信任其形式的資格而為履行（票據法七一條）。但對於形式資格者是否為權利人有懷疑時，有調查之權利。明為非真正權利人時，應拒絕履行（票據法七一、二項，參照日民四七〇條四七一條）。（四）背書之連續及其效力：背書之連續，謂證券之受取人為第一背書人，在其後之各背書，前一背書之被背書人為其次一背書之背書人，以至現在之持有人均無間斷，而有背書連鎖，即自最初之持有人以至移轉於現持有人的過程，均可透過各背書而在外觀上窺知之。如其中間有空白背書時，其次之背書人視為前空白背書之被背書人，不認為有連續之欠缺（票據法三七條一項）。最後之背書為空白背書時，現持有人視為依空白背書取得證券之人（票據法三三條一項），為有連續背書之持有人。塗銷之背書，關於背書之連續，視為無記載（票據法三七條二項），對照其前後，以決定其有無連續。其塗銷係由塗銷權利人為之與否，在

所不問。背書之連續，以形式上存在爲必要，而且以此爲已足。故背書之一，雖因偽造實質上爲無效時，苟形式上具備背書要件，不因而使背書不連續。反之，背書之被背書人與次背書之背書人雖實爲同一人，如以商號受背書之人，不明示其同一性，而以姓名爲背書時，依證券上之記載不能知其爲同一時，仍爲連續上有欠缺。前背書之被背書人與次一背書之背書人，在證券上是否爲同一人，應客觀的依社會觀念決定之。如有誤記或其一方係略稱，在客觀上爲明瞭時，應認其有同一性。欠缺背書連續之證券持有人，無形式的資格，不得僅依證券而行使權利。從而不免蒙受不便與不利。然如實質上爲證券之所有人，而爲證券上之權利人，並能爲此證明時，則雖欠缺背書之連續，仍得基於實質的關係，行使其權利。

3. 抗弁之限制 (一) 抗辯之意義：有價證券之抗辯，謂依證券受請求之人，得一時的或永久的拒絕其請求之一切事由之主張，不必以請求債權之存在爲前提。實體法上之抗辯，通常指稱不否認相對人之請求，而有排擊其請求之反對權。例如檢索之抗弁，同時履行之抗弁，有價證券之抗弁，則不僅上述之抗弁，相對人權利之不成立或以消滅爲理由之權利否認之主張，亦包含之。(二) 抗辯之種類：(a) 物的抗弁 (exceptions in rem)，亦稱客觀的抗弁或絕對的抗弁，謂自債務人之立場，不問證券持有人爲何人，俱得之對抗之抗弁。即指稱不因證券持有人之更換而受影響之抗弁。如何事由爲物的抗弁，雖無明文規定，其主要者有如下列。即以有價證券行爲之無效爲理由之行爲能力之欠缺、代理權欠缺、偽造之抗弁，以證券上記載爲理由之要件欠缺、期限未屆至、提示場所之差異、背書連續之欠缺之抗弁，以證券消滅爲理由之因除權判決之證券失效之抗弁，因時效、程序欠缺、或因提存之債權消滅之抗弁等均屬之。(b) 人的抗弁 (exceptions in personam)，亦稱主觀的抗弁或相對的抗弁，乃謂因請求者之爲特定持有人所得提出之抗弁。即於持有人有更換時已不得再主張之抗弁。人的抗弁至爲繁多。票據法第十三條所謂「票據債務人不得以自己與發票人或執票人之前手間所存抗弁之事由對抗執票人」，即爲其主要之例。例如證券授受原因之原因欠缺、不法原因之抗弁事由、有債務緩期支付的約束之抗弁事由，均屬之。此等抗弁

事由，惟得對於該持有人主張之。如有相異之現持有人，不得再為對抗，乃為流通證券性格上當然之事。他如以惡意取得證券為理由之抗弁（票據法十四條），亦為特種之人的抗弁權。（c）惡意之抗弁：人的抗弁為對於特定人之抗弁。因持有人之更換，不得再為主張。然對此原則有二例外。即其一為在繼承或公司合併等之包括移轉，不生抗弁遮斷之效力。其他為依背書之證券取得人，於取得之際知其為附抗弁之證券是也。此時債務人得以惡意取得為理由，以對於前持有人之人的抗弁對抗現持有人，即惡意之抗弁（*ex cepio-doli, Fikrede der Arglist*）為人的抗弁之變形。為惡意抗弁之成立，證券取得人取得之際以知前持有人有人的抗弁之存在為已足，抑須與讓與人之間就抗弁遮斷有積極的共謀（*Derburg § 279, Anm. 3* 滙票及期票統一規則十六條但書），有不同之見解。依德票據法第十七條，以持有人於票據取得時，知有害於債務人而取得為條件。日本票據法第十七條以持有人知有害其債務人而取得票據為條件。我票據法第十條以「執票人取得票據，出於惡意或詐欺時」為條件，應解釋取得人出於詐欺，固不待論，其知有抗弁權的存在，因其受讓而生遮斷其抗弁權之結果時，亦不妨此惡意抗弁權之成立。（三）抗弁之限制：民法第六七二條就提單規定「提單填發後，運送人與提單持有人間，關於運送事項，依其提單之記載」。第七一六條第三項就指示證券規定「被指示人對於指示證券之受讓人已為承擔者，不得以自己與領取人間之法律關係所生之事項，與受讓人對抗」。第七二二條就無記名證券規定「無記名證券發行人，僅得以本於證券之無效、證券之內容或其與持有人間之法律關係所得對抗持有人之事由，對抗持有人」。海商法第八十九條就載貨證券規定「準用民法上述第六二七條之規定」。票據法第十三條就票據亦規定有期限。如上述。有應注意者，有下列兩事。即（a）票據於作成拒絕證書後，或作成拒絕證書期限經過後，所為之背書，僅有通常債權讓與之效力。背書人不負票據上之責任（票據法四一條一二四條一四四條），此時為不完全的指定證券，其背書不生遮斷抗弁之效力，而應依民法第二九九條之規定。（b）股票為大量的證券，對於股東個人之抗弁事由，多不足為問題。股票係表彰股東權，而股東權之內容，非全依股票之記載

而爲公司之章程及股東會之決議所左右，故公司得以股票所未記載事項爲抗弁。

八、有價證券之消滅

1. 義務之履行 (一) 有價證券之提示證券性：提示證券謂持有人請求履行，應提示證券於債務人。一般之債務，雖以於債權人之住所履行爲原則（民法三一四條），然在背書證券及無記名式證券之債務履行，則爲往取債務（依日商法第五一六條第二項，應於債務人現時之營業所爲之，無營業所時，應於其住所爲之）。蓋此等證券，以輾轉流通爲常，爲債權人之持有人不特定，應由持有人方面將證券提示於債務人，以爲請求，乃爲當然之事也。(二) 有價證券之收回證券性 (Fictio legalis)：債務以因履行而消滅爲原則，然在有價證券債務人爲履行時，非於證券上使持有人記載收訖或收取金額，以明其消滅關係（票據法七四條），或收回證券以使其無再依證券爲請求之餘地（民法六三〇條），則有再度受善意第三人請求履行之危險，不獨現實的爲履行，其依抵銷、更改、混同、免除，而債務消滅時，亦同。此時消滅無確定性，僅爲相對的抗弁事由。收回證券，謂證券上義務之履行，惟應與證券之收回交換爲之。提單、倉單、載貨證券等物品證券、票據之金錢證券，均屬之。在收回證券，債務人不僅得與證券交換爲履行，而應以交換爲履行，如未收回證券而爲履行，應自負擔雙重履行之危險。(三) 收回證券與提示證券：兩者互爲表裏，提示證券以同時爲收回證券爲常，收回證券以爲提示證券爲前提。然亦稀有爲提示證券而不爲收回證券者，例如免費乘車證。

2. 證券之廢滅 有價證券爲權利之證券化，故有價值。如物化權利消滅，或權利由證券分離，則已非有價值之證券，而喪失有價證券性。證券上之權利，因義務之履行而消滅時，惟有債權法的消滅事由之存在，非於證券上明示其權利之消滅或銷毀證券之本身，尚非確定之消滅，已如前述。證券之銷毀，依證券之撕毀、塗銷或蓋以作廢之印記等方法爲之。證券化之權利，因除權判決而由證券分離，有如後述。證券之喪失，出於持有人之意思爲之者，爲上述之銷毀。非依持有人之意思或因過失而生者，爲被盜、遺失或滅

失。特在後一情形，得依公示催告程序，宣告其證券爲無效，即爲證券與權利分離之除權判決，茲分述之如次。

a. 得爲公示催告之證券 依民事訴訟法第五三五條第一項之規定，申報權利（義欠完足，應解釋對於「聲請宣告證券無效」亦有適用，石著民訴釋義五五八頁五五二條解釋）之公示催告，以得依背書轉讓之證券及其他法律有規定者爲限。（一）如何證券，得依背書轉讓，法律上有明文規定者，如民法第七一六條第二項（指示證券）、第六一八條（倉單）、第六二八條（提單）、海商法第八九條（載貨證券）、票據法第三〇條（滙票）、第一二四條（本票）、第一四一條（支票）。法律上雖未有規定，而得依背書轉讓已爲定論者，爲指定式證券。選擇無記名證券，亦得依背書而移轉。（二）法律上規定得依公示催告宣告無效者，關於指示證券，有民法第七一八條之規定。關於無記名證券，有民法第七二五條之規定。關於票據，有票據法第十九條之規定。滙票支票爲指示證券，本票則僅爲得依背書而移轉之證券，在票據上雖不爲此特別規定，亦得依公示催告而宣告無效。不過其重點在依同條第二項規定，公示催告程序開始後，聲請人得提供擔保請求票據金額之支付，不能提供擔保時，得請求將票據額提存而已。（三）又民事訴訟法第五三五條第一項原爲「申報權利之公示催告，以法律有規定者爲限」。民法第七一八條雖規定指示證券得依公示催告宣告爲無效，然倉單、提單、載貨證券，均非指示證券，殊難據此以聲請公示催告。惟自民事訴訟法於民國三十五年十二月二十六日修正公布施行，該條加入「得依背書轉讓之證券」字樣，而上述物品證券爲當然的背書證券，亦自得聲請公示催告。（四）關於股票，依日本商法第二三〇條「股票得依公示催告之程序，以之爲無效」。「喪失股票者，非獲有除權判決，不得請求其再發行」。我公司法未設有規定，應解釋惟無記名股票及附有空白委任書之記名股票，準於無記名證券，可依民法第七二五條聲請依公示催告程序宣告無效。

b. 公示催告與聲請人 證券被盜、遺失或滅失時，得聲請公示催告，宣告其證券爲無效（民法七一八

條、七二五條、民訴五五五條)。(一)管轄法院：公示催告，由證券所載履行地之法院管轄。如未載履行地者，由證券發行人爲被告時，依民訴第一條或第二條規定有管轄權之法院管轄。如無此法院者，由發行人於發行之日爲被告時依各該規定有管轄權之法院管轄(民訴五五三條)。從而以外國爲支付地之票據，不得在國內爲公示催告(參照日本手形法九四條小切手法八〇條八款)。聲請人應提出證券繕本或開示證券要旨及足弁認證券之事項(民訴五五五條)。(二)聲請人：無記名證券或空白背書之指示(背書)證券，得由最後之持有人爲公示催告之聲請。前項以外之證券，得由能據證券主張權利之人爲公示催告之聲請(民訴五五四條)。(三)公示催告之方法：受理公示催告之法院，應定六個月以上申報權利之期間，並曉示如不於期內申報權利及提示證券，即宣告證券無效(民訴五五八條)。其布告應黏貼於法院之牌示處，並登載於公報或新聞紙。如法院所在地有交易所者，並應黏貼於該交易所(民訴五五七條)。(四)聲請公示催告人之地位：聲請人雖因除權判決而得主張證券上之權利，然現未持有證券，與一般證券之喪失無異，無從行使權利，然爲獲得除權判決，應經六個月以上之期間，其間得因債務人資力狀態之變更，以及物品證券之權利標的物之變質變味而受損害，因此立法上對於聲請人有特設保護之規定。依日本商法第五一八條「以金錢其他物或有價證券之給付爲標的之有價證券，持有人喪失其證券而聲請公示催告時，得使債務人提存其債務之標的物或自己提供相當之擔保，使依其證券之旨趣爲履行」。我票據法第十六條第二項亦有此類似之規定。民事訴訟法並規定法院准許其聲請者，應依聲請不經言詞弁論，對於發行人爲禁止支付之命令(民訴五六二條二項)。(五)除權判決：公告期間內無人申報權利並提出證券時，法院得依聲請爲除權判決(民訴五四一條、參照日民訴七六九條)。除權判決(Ausschlussurteil)應宣告證券無效(Kraftloerklärung)(民訴五六〇條一項)，因此喪失之證券，失其有價證券性，證券由權利分離，化爲片紙，其後雖不知有除權判決善意取得證券之人，亦不因而取得有價證券。反之除權判決之聲請人，對於依證券負義務之人，得主張證券上之權利(民訴五六一條一項)。因除權判決而爲清償者，於除權判決

撤銷後，仍得以其清償對抗債權人或第三人。但清償時已知除權判決撤銷者，不在此限（民訴五六一條二項）。（六）除權判決與證券之再發行：依日本商法第二三〇條第二項「喪失股票者，非獲得除權判決，不得請求其再發行」。我公司法雖未爲此規定，自股東權之立場，應解釋無記名股票之喪失人獲有除權判決時，雖無規定，亦應得請求公司之再發行。至於票據、物品證券，因其爲個別的有價證券之特性及其流通比較短期，應爲否定。但倉單，依日商法如有滅失雖未經除權判決，其持有人亦得提供相當之擔保，請求其再交付（日商六〇五條六二七條）。

九、我民法上之指示證券與無記名證券

（一）意義 指示證券，謂指示他人將金錢、有價證券或其他代替物給付第三人之證券（民法七一〇條），與德民、瑞債之 *Anweisung* 相當。滙票支票均爲指示證券。依我票據法亦得爲無記名式（票據法二四條四項、一二五條二項）。在指示證券之證券行爲，有發行、承擔、背書三種（民法七一〇條七一一條七一一條），與滙票之發行、承兌、背書相當。

無記名證券，謂持有人對於發行人得請求其依所記載之內容爲給付之證券（民法七一九條），與德民之 *Inhaberschuldverschreibung*（狹義的無記名證券）（德民七九三條）相當，而與瑞債所定 *Inhaberpapier* 及一般所稱無記名證券有異。依瑞債第九七八條第一項「有價證券依證書之文句或形式明可認知各時持有人爲權利人者，爲無記名證券（*Inhaberpapier*）」。其意義較德民之無記名債權證書（*Inhaberschuldverschreibung*）爲廣。在德民之無記名債券以給付（*Leistung*）爲標的而在瑞債則兼以股東權爲標的之無記名式股票，亦包括在內（*Siben Vorträge S. 131*）。在前者以約束證券爲限，例如無記名公債、無記名公司債、無記名利息券。依瑞債第一一〇五條第一項「支票得爲無記名式」，此時亦屬於無記名證券（*Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, § 95, S. 95*）。依德國學者解釋，廣義的無記名證券（*Inhaberpapier*）（爲免混淆起見姑稱爲無記名式證券，狹義的則依民法規定稱爲無記名證

券)包括(一)以給付爲標的之 *Inhaberschuldverschreibung*、(二)以此給付爲標的之無記名式支票(指示證券)、(三)無記名土地債務證券、(四)無記名股票。除股票性質上不許可者外，應準用關於狹義無記名證券(*Inhaberschuldverschreibung*)之規定(*Denecke, Vorb. vor § 793, S. 617, 618*)。

第二十章 指示證券

第一節 指示證券之意義及性質

指示證券(*Anweisung; délégation; assignation; oder to pay or deliver*)，謂指示他人將金錢、有價證券或其他代替物給付第三人之證券。爲指示之人，稱爲指示人(*Anweisende*)。被指示之他人，稱爲被指示人(*Angewiesene*)。受給付之第三人，稱爲領取人(*Anweisungsempfänger*)。《民法七一〇條、德民七八三條、瑞債四六六條》。指示證券與德民瑞債及日本法律用語所稱指圖相當，與指定式證券或單稱指定證券(*Orderpapier; titre à ordre; order paper*)及日本法律用語所稱指圖證券，係指稱證券上之權利人爲證券所記載之本人或其所指定之人，即有指定文句之證券有別。蓋在指示證券，必須有指示人、被指示人及領取人之三方面關係，而指定式證券則得爲指示證券(領受人爲本人或其指定之人則同時成立指定式證券例如支票)或約束證券(例如倉庫、提單、載貨證券)，而在約束證券，則惟有發行人與受領人之兩方面關係，由發行人自己負擔債務，並未對任何人爲指示也。我民法注重「指示」之流通性，故名爲指示證券，明定其讓與應以背書爲之(《民法七一六條二項》)，自其得依背書而讓與之點，凡有得依背書讓與之證券，可稱爲背書證券或指示證券。其當然有背書性者，稱爲法律上或當然的背書

證券或法律上或當然的指示證券。雖有仿日本之法律用語，由日本指圖證券轉譯稱爲法律上或當然的指定證券，然在我國關於指定證券，法律上並未設有規定，似欠根據。

【註】戴修瓚民法債編各論，季手文民法債編分則釋義，均誤以指示證券爲德、瑞、日所稱之指定證券。戴氏稱法律上背書證券爲法律上或當然的指定證券，季氏則稱法律上當然之指示證券（戴著下冊三〇五頁二九三頁、季著下冊一六四頁一六五頁）。薛著民法債編各論則認指示證券得爲記名證券、指定證券或無記名證券（同書三四七頁）。梅著民法要義則認指示證券爲「指示」（同書三五三頁）。劉著民法債編各論實用則稱有背書性之證券爲法律上當然指示證券或當然指示證券（同書四二七頁五七八頁）。

關於指示，德民瑞債均設有規定。德民法於各個債之關係中與無記名債權證書併立，於商法並就有指定文句之指示證券（德商三六三條一項）爲規定。瑞債於各種契約中，在經理人及其他商業代理人之次，另節（第十八節）規定指示，而指定式證券則於有價證券之章第三十三節第一目一般規定中爲規定（九六七條至九七〇條）。無記名證券，則於同節第三目爲規定。日本民法着重債權方面，規定指定債權及無記名債權（日民四六九條至四七三條），而日商法則着重證券方面，於票據法及支票法中，置有關於背書方式之規定（票、十二條至十四條），關於選擇無記名式支票之處理規定（支、五條二項），關於證券持有人形式的資格之規定（支、一九條）及於商法中明定關於證券善意取得之規定（支、二一條）準用於以金錢、其他物或有價證券爲標的之有價證券（日商五一九條）。在日本一方面民法以無記名證券視爲動產，使依動產之善意取得規定（日民一九二條），他方面在商法則使無記名式證券及指定式證券，均依支票法第二一條之善意取得規定（日商五一九條），然而兩者間之取得條件及效力，均有差異。在民法以背書不過爲對抗第三人之要件（日民四六九條），而讓與本身以當事人之合意爲已足，而在日商法則以背書爲讓與方法，而非對抗要件（日票據法十一條以下，日商法五一九條），彼此不免矛盾。又在日本民商法中關於「指示」未設有規定，然該國近時在實業界占有重要作用之信用狀（信用支付書）、手形買取指圖書（票據買取指示書）、荷渡指圖書（交貨指示書）等亦屬於「指示」之一種。我民法則注重證券方面而爲規定，

蓋從瑞債之例，其規定內容則近於德民。然就有指定式文句之證券（指定式證券得為指示證券或約束證券），未如德商瑞債，另設有規定，似嫌不備。

一、指示證券為指示他人給付代替物之證券

1. 指示之性質 指示如同為第三人（被指示人）給付，以為間接財產上給付為可能。其性質如何，依舊說謂指示為雙重委任，即有對於被指示人之支付委任與對於受領人之收取債權委任。然在指示，通常雖有支付委任，然非必須如此。例如指示人對於其債務人指示對於第三人為支付，非成立債務人負有支付義務之委任，而僅為得依支付而免其債務之授權。收取債權之委任，甚少存在。受領人稀有為交付於指示人而受領支付，反以保有所受領標的物之時為多。其中有為指示人債務之清償，有為借款，有為贈與或為其他原因。依新說，則為雙重授權（*Doppelmachtigung*），被指示人被授權以指示人之計算為支付，受領人被授權向被指示人收取支付（德民七八三條、瑞債四六六條均明定其旨）。所謂授權，有廣狹兩義。廣義的授權，謂被授權人得對於授權人之財產關係與以影響之一方面的意思表示。授權得使被授權人以授權人之名義為意思表示或受意思表示，通稱為代理權。然在指示，則未含有代理權。被指示人及受領人，均無此權限，蓋受領人惟應以自己名義為收取，被指示人雖為指示人之計算，然應以自己之名義為支付。狹義的授權，則僅指應以自己之名義所為之行爲，對於授權人之財產關係與以影響而言。例如將指示人之物，以自己名義出賣、設質或為指示人之計算為支付或為費用支出之指示之授權，即屬於此狹義的授權。

依德民法規定，被指示人係為指示人之計算為給付（德民七八三條），我民法亦可為同樣之解釋。即被指示人之支付，一方面如同被指示人對於指示人為支付，而直接影響此雙方間之原因關係（民法七一三條），他方面如同指示人對於領取人為支付（民法七一三條一項），而影響此二者間之原因關係，有如指示人自己所為，而非由第三人為之者，故被指示人之一支付，在法律上如有兩種不同之給付，一為被指示

人對於指示人之給付，一爲指示人對於領取人之給付（*Enn-Lehmann, § 203, I, 2, a, b*）。

2. 給付之標的 給付標的物爲金錢、有價證券或其他代替物。以有價證券爲標的之指示證券，多爲證券交付支票（*Effektenscheck*）。物品交付指示，例如交貨指示證券（*Lieferschein*）。代收貨款之運送行爲，爲與收款委任結合之指示。以其他標的物爲標的之指示，依契約自由之原則，亦應爲有效，得準用關於指示證券之規定（但關於承擔及讓與之規定應不準用，對於此項指示之承擔，惟可依一般原則認爲債務承認或債務約束 *Denecke, Vorb. vor § 783, 2*）。

3. 指示之形式 民法就指示證券爲規定，自以書面作成者爲限。依瑞債解釋，不妨以口頭爲之（*Oser zu § 466, Anm. 26*）。然依德民法，則規定須以證券交付（*德民七八三條*）。我民法亦然。對於被指示人之指示，依德民法第七八三條規定，非交付於被指示人，而應交付與領取人。我民法未作此限制，不過通常如此耳（*民法七一二條一項*）。指示人非以證券，而以書信對於被指示人之指示，惟於當事人間有其意義，不屬於茲所謂指示行爲。領取人與被指示人同時在場時，並不妨爲口頭的指示，然此時除與書面形式結合之規定（例如民法七一一條七一六條七一八條）及民法第七一五條規定外，得準用關於指示證券之規定（*Staudinger zu § 783, I*）。

給付之實行，得附以期限或條件，無須爲見券即付，得附以期限。得使其繫聯於對待給付，亦得使之與對價關係或資金關係相結合，不妨爲附名義之指示（*titulierte Anweisung*），例如云請付還所欠我千元與甲，此時可認附條件之指示（*Oser, zu § 466, Anm. 31, 32; Enn-Lehmann, § 204, Bemerk. 2*）。

二、指示證券乃指示他人向第三人給付之證券

指示人並非約由自己給付，乃指示他人向第三人爲給付。故期票、公司債，皆非指示證券。被指示人之給付，係爲指示人之計算爲之。如給付以被指示人自己之計算爲之，而由指示人負保證責任，則爲信用委任（*民法七五六條*）。滙票爲指示證券之一種，然須具備票據法上之形式及有追索權之點，有其特色。

如欠缺票據上之形式爲無效時，得爲指示證券而爲有效（*Staudinger, Vorb. vor § 783, VI, 1*）。支票亦爲指示證券之一種，除票據法另有規定及支票性質不許可者外，得準用民法關於指示證券之規定。尤其指示非支付之原則（民法七一二條），應有準用。依票據法之規定，支票付款之委託，在交付支票以後提示期限未經過前，不得撤銷（票據法一三五條）。支票之付款人，以銀錢業者爲限（票據法一二七條），支票限於見票即付（票據法一二八條），並有付款提示期限之限制（票據法一三〇條）。信用支付書（*Kreditbrief; letter of credit*），爲指示證券，發行人通常爲銀行授權他人（通常爲旅客）向被指示人取款，其金額一般有限制，在其限度內得自由支用。匯劃指示（*Giroanweisung*）通常由發行人直接交與銀行，實非民法上之指示證券，而僅爲對於銀行依匯劃契約爲轉帳之請求（*Staudinger, Vorb. vor § 783, 5*）。

三、指示證券與其類似關係之差異

1. 指示與羅馬法之 *delegation* 不同 在後者有更改之效力，而在近代之指示則無使舊債務消滅之效力，蓋指示非支付也（參照拙著債權法論七八八頁）。

2. 指示與讓與不同 在後者使讓與人之債權完全移轉，故不得撤回，指示僅爲金錢支付之委託，故得撤回。

3. 指示與委任不同 在指示，被指示人非以指示人之名義，而係以自己之名義爲給付。指示係爲受領人爲之，而委任則係爲委任人之利益行之。在交易上指示雖往往與支付之委任結合，然因此雖創立另一特別關係，並不害於指示之獨立性。

4. 指示與郵匯 郵匯（*post office order; Postanweisung*）以指示人與被指示人（郵局）間之必然的債務關係爲前提。此債務關係係因指示人（匯款人）爲支付與領取人之目的，爲一定數額之繳款而創設，因繳款發生指示，而非因證券之作成。郵政不僅有支付之權，而並有支付之義務（有謂郵匯契約有要物契約之性質，不僅以發行及承擔，而且以金錢之繳付爲前提，其爲證券僅有形式的意義 *Staudinger, Vor-*

b. vor § 783, III)。在指示證券領取人爲請求支付，應提示證券。在郵匯則僅有對於被指示人付款之授權，而無對於第三人收取之授權，即無雙重授權，僅發生送款人與郵局之關係，而受領人僅可爲郵局所承受運送之目的地，而加以考慮（Oser, zu § 466, Ann. 24, 28; Dencke, Vorb. vor § 783, 4）。

第二節 指示證券之發行

一、發行之意義

指示證券之發行，謂作成指示證券及交付之行爲。依德民法第七八三條規定，須將證書交與第三人（領取人）。在瑞債未有此明文，而且指示不以書面爲限。依瑞債解釋，將指示交付或送與領取人，由領取人傳達（提示證券）被指示人者，謂之間接的指示（indirekte Anweisung），將指示證書直接送與被指示人，領取人由被指示人通知或由指示人另行通知者，爲直接指示（direkte Anweisung）。指示雖以間接指示爲通常，然無否認直接指示之理（Oser, zu § 466, Ann. 27）。在我民法，係以證券之交付爲要件（民法七一一條一項），應從德民之解釋。然直接指示亦可限制的準用關於指示之規定（參照前節一、2）。

發行爲要受領之單獨行爲，然在德民法規定須將指示證券交付於第三人，故有解釋爲要式契約，即以交付於第三人爲要件之要物契約（Staudinger, zu § 783, IV, 1）。然通說及在瑞債，則認爲單獨行爲。

指示證券因作成交付與領取人，始得成立。被指示人對於指示證券爲承擔後，始有依證券內容爲給付之義務。在未經承擔前，指示人尙得隨時撤回（民法七一五條）。故未經承擔之指示證券，尙難謂爲有價證券。

二、發行之方式

指示證券應記載之事項如何，民法雖未為規定，然依其性質應有左列之記載。

1. 指示之意旨 只須有指示之意旨，例如「祈交」「請交」「請付」等字樣，無須載明其為指示證券。
 2. 給付之內容 給付標的物為金錢或有價證券時，須記明其種類數量。為其他物時，並須記明其品質。
 3. 被指示人之姓名 指示證券，就被指示人發生權限與債務，故被指示人在證券上必須特定，而且必須為指示人以外之人（Denecke, zu § 783, 2）。如為營業主體，亦可記載其商號。

4. 領取人之姓名 領取人為指示證券之最初債權人，其記載得為記名或指定式亦得為選擇無記名式。無論為上述何種方式，均得依背書而移轉（民法七一六條二項），故為法律上當然背書證券。是否得為無記名式，在我國有主張空白背書後，記名證券與指定式證券，事實上亦將等於無記名證券，無不許其為無記名式之理由（薛著三四八頁）。依德民解釋，不得發行無記名式指示證券。選擇無記名式之指示證券，即領取人為某某或來人，只可解釋為其來人有代理領取人收取之代理權（Staudinger, zu § 783, a, e），對於來人之給付，如同對於領取人為給付。縱指示證券已經承擔，來人亦非債權人，故不得以對於來人之債權為抵銷（Ehrh. Lehmann, § 204, 1, b）。依瑞債第四七一條規定「應向各時持有人為支付之書面指示，對於被指示人以各持有人視為證券領取人，指示人與領取人間之權利（民法七一、二條七、四條七、一五條），以惟成立於各讓與人與其受讓人之間之意義，依本章之規定而為判斷」。因此證券之交付而移轉指示於持有人，然此交付惟於讓與人與新取得人間創設指示關係，而不及於新取得人與前讓與人之間，持有人惟有向已為承擔之被指示人請求給付之權（E. Fuchs art. 471）。依余所見在我民法亦應解釋不得以無記名式發行（同說載著三〇八頁），然無記名式指示證券，亦無否認其效力之必要，可參照上述瑞債所定之意義，準用民法關於指示證券之規定。依我票據法，滙票、支票，因票據法特別規定未載受款人者，以執票人為受款人（票據法二十四條四項、一二五條二項），自當別論。

5. 指示人之簽名 簽名依民法第三條之規定為之。未經指示人簽名者，不能生效。

除上述五者之外，其他記載事項，並非必要。例如給付之日期及給付地，記載與否，可由指示人自由決定。如未記載給付地，以被指示人之營業所、住所所在地為給付地。如未記載給付日期，則認為見券即付之債務。

三、指示證券與其基礎關係

指示證券行為所由發生之關係，稱為其基礎關係，可大別為二。(一)其一為對價關係 (Valutaverhältnis)，即為指示人所以授與領取人以指示證券之關係，其原因多為 (a) 指示人為欲對於領取人清償債務，指示人對於領取人之債務雖經被指示人為承擔，亦因其為給付始歸消滅 (民法七一三條一項) (b) 為欲貸款與領取人，其借貸因被指示人之給付始成立。(c) 為使領取人就其所收取之數額為指示人利用或以之返還於指示人 (委任)。(d) 為贈與於領取人之目的。(二) 為資金關係 (Deckungsverhältnis)，即被指示人對於指示人所以為給付之關係。得為指示人收取其對於被指示人之債權，此時指示人之債權因被指示人對於領取人之給付而消滅 (民法七一三條)，或被指示人由指示人受有底款或底貨，或被指示人與指示人間訂有信用契約。

指示人為其債權人發行指示證券，同時被指示人為指示人之債務人，而其債務因為所指示之給付應歸消滅時，則因被指示人對於領取人之給付，而使被指示人對於指示人並使指示人對於領取人免其債務。

四、發行之效力

民法關於發行指示證券之效力，僅就被指示人對於指示人負有債務 (民法七一三條) 及指示人對於領取人負有債務之情形，設有規定 (民法七一三條)。然指示人發行指示證券之原因，並不以對於被指示人有債權，對於領取人有債務為限。因其他原因發行指示證券，亦為有效。關於發行之效力，可自三方面關係為說明。即 (一) 指示人與被指示人間之關係，(二) 指示人與領取人間之關係，(三) 領取人與被指示人間之關係。因指示證券之發行，領取人對於被指示人之關係，不成立任何請求權。被指示人雖為指示

人之債務人，對於所指示之給付爲承擔或爲給付與否，爲其自由，不負任何義務（民法七一三條、德民七八七條二項）（但依瑞債第四六六條第二項「被指示人爲指示人之債務人且依對於指示證券領受人爲支付毫不使其地位爲危險時，被指示人對於指示證券受領人有爲支付之義務」，第三項「雖在此時被指示人於爲支付以前，不負爲承擔之義務，但與指示人已有合意時，不在此限」）。被指示人對於所指示之給付，向領取人或其受讓人爲承擔時，始有依證券內容爲給付之義務（民法七一一條一項七二六條三項）。關於被指示人之承擔，另爲說明，茲僅就前兩種關係，述之如次。

1. 指示人與被指示人間之關係 被指示人因指示證券之發行，授有爲指示人之計算爲給付之權。承擔或給付之義務，除另有特別訂定外，被指示人雖爲指示人之債務人，亦不成立，已如前述。故被指示人雖拒絕承擔或給付，不因而陷於遲延。如所指示給付之承擔及給付，指示人與被指示人另有合意，除有爲第三人之契約之存在外，指示證券之領取人，仍不得主張之。此合意惟於當事人間發生效力。（一）指示人得向被指示人以意思表示，撤回其指示（民法七一五條一項、德民七九〇條）。指示之撤回雖對領取人未爲通知，亦不妨生效。對於領取人之撤回，在指示證券法則上無效力（*Deutsche, zu § 703*）。依德民第七九〇條末段規定，指示人之撤回，雖違反其對於指示領取人之義務，亦不妨生效，不過應負損害賠償責任而已。指示人依原因關係或依特約而負有不撤回之義務，例如信用支付書之交付，在授與信用期間，可認爲有此默示的約定。依其原因關係，如指示人保有自己給付或由第三人給付之自由時，則撤回並無義務之違反。如依約定應由領取人（債權人）選擇向債務人（指示人）或被指示人請求給付，則其撤回爲契約義務之違反，按其情形，依誠信原則得成立賠償義務。例如領取人信任其指示而爲給付之取得支出費用（*Os. er, zu § 470, Ann. 7*）。此義務之違反，惟發生損害賠償義務，蓋此可免除被指示人檢查指示人是否有維持其指示之義務與否之困難也。在我民法亦可爲同樣之解釋（依瑞債第四七〇條第一項「指示人非爲使其債務消滅或其他爲領取人之利益爲指示者，得對於指示證券領取人撤回指示」，第二項「指示人在被指示

人對於領取人爲承擔之意思表示前，得向被指示人撤回指示」，指示人雖對於領取人不得撤回，然仍不妨對於被指示人爲撤回，因而使領取人受領給付爲事實上不能，指示人對於指示領取人是否負賠償義務，應依其原因關係如何而定 Oser, zu § 470, Anm. 7, 9)。(一)被指示人已向領取人承擔所指示之給付或爲給付者，指示人不得撤回其指示(民法七一五條、德民七九〇條一段、瑞債四七〇條二項)，蓋依承擔成立領取人與被指示人間之獨立的債務關係，不應因撤回而受影響也。被指示人已爲給付後之指示撤回，自應不生效力，蓋其給付原爲指示人所欲也。被指示人之承擔，於給付屆清償期前爲之者，亦有效力，蓋承擔常合於指示之法則，對於被指示人，亦惟於清償期屆至後始負爲給付之義務也。然如提早之承擔，使指示爲不得撤回，致基於承擔所爲之給付指示人亦不得不認係爲其計算而爲者，應與在清償期前所爲之給付同論(參照票據法七二條二項)。如於指示證券爲承擔或給付而提示於被指示人定有始期，而承擔或未經承擔之給付，由被指示人於期前爲之，則指示人無須承認，此種不合指示法則之承擔或給付後所表示之撤回，仍與於承擔或給付前所爲之撤回，有同一效力。此時被指示人雖已經承擔或給付，對於指示人無求債權。因而基於債務之指示(Anweisung auf Schuld)，依民法第七一三條之規定，亦不能使被指示人對於指示人免其債務。但不妨適用無因管理或不當得利之規定。對於領取人之關係，於撤回後所爲之承擔，仍有效力，蓋承擔不以有效之指示爲其自己有效之前提也(Denecke, zu § 790, 3)。(三)撤回權在指示證券法則上，不能排除。撤回權之拋棄，雖於證券上表示之，亦不能拘束指示人(Denecke, zu § 750, 1, Staudinger, zu § 790, 6) (但亦有主張對於被指示人之關係，其排除非所不許 Enn-Lehmann, § 205, II, 1; Oser, zu § 470, Anm. 10)。(四)指示人於被指示人未承擔或給付前，受破產宣告者，其指示證券視爲撤回(民法七一五條二項、瑞債四七〇條三項)。以指示人受破產宣告爲限，指示人之死亡或成爲無行爲能力，不在其內。領取人之破產，對於指示不生影響。惟對於被指示人之關係，破產財團代替領取人之地位。指示應自何時視爲撤回，依瑞債解釋，如同撤回，自當事人知破產之宣告時，始

完全生效。被指示人於指示人受破產宣告後知悉前爲承擔或給付者，其行爲爲有效。然如領取人已知破產之宣告時，應將其受取者返還於破產財團（*Oser, zu § 470, Anm. 13*）。我民法亦可爲同樣之解釋（參照破產法七六條、票據法一四三條）。指示係爲領取人之利益而爲之者，如指示在承擔前因破產之宣告而消滅時，則其債權爲原基礎關係之破產債權。領取人依其對價關係惟爲收收債權之目的而授權者，指示人之破產宣告雖於承擔後爲之，仍應將所收取者交付於破產財團（*Oser, zu § 470, Anm. 15, a, b*）。

被指示人對於領取人之給付，如同由其自己向指示人爲給付，其效力應依指示人與被指示人間之關係，即資金關係判定之。此關係雖於指示證券無須表明，如係爲被指示人對於指示人之贈與，則其數額無須償還，亦無須計算。如基於債務（被指示人對於指示人之債務）爲指示時，被指示人就其給付之數額，對於指示人免其債務（民法七一三條、德民七八七條一項）。如有委任關係，則其所給付者應依關於委任之規定爲償還。如爲指示不能認有其他原因，則於指示及承擔或給付同時應認有委任契約之訂立，蓋若無其他原因，則爲指示人之計算爲給付之指示，寓有處理事務之委任，而依被指示人之承擔或給付，可認爲默示的承諾也。然此對於其他無效之原因約定，不能適用。基於虛偽的債權人之指示而爲給付者，如同自己向虛偽債權人爲給付，惟有不當得利返還請求權（*Eug-Lehmann, § 205, I, 2*）。

2. 指示人與指示證券領取人間之關係 指示人爲清償其對於債權人（領取人）之債務而交付指示證券時，債務人應有如何義務，在我民法依債務人受領指示證券與否而有不同，蓋從瑞債之立法例也。（一）債權人（領取人）受領指示證券者，是否有向被指示人提示指示證券請求承擔或給付之義務，在德民法草案認領取人有此義務，德民法則以領取人除依其對價關係（委任）或其他明示或默示的約定外，原則上無此義務。惟於期前承擔或給付被拒絕或指示不能實行或不欲實行時，有通知指示人（債務人）之義務（*Oertmann, zu § 789, 4, Eug-Lehmann, § 205, II, 1*）。然在瑞債，則以領取人向被指示人請求支付，且經過指示證券所定時期後未受支付時爲限，得對於指示人再主張其債權（瑞債四六七條二項）。我民法則

從瑞債之例，規定「債權人受領指示證券者，不得請求指示人就原有債務爲給付，但於指示證券所定期限內，其未定期限者於相當期限內，不能由被指示人領取給付者，不在此限」。即債權人既受領指示證券，則有提示證券請求承擔或給付之義務，被指示人對於指示證券拒絕承擔或拒絕給付者，領取人應即通知指示人（民法七四條、德民七八九條前段），否則應負損害賠償責任（瑞債四六九條 Palandt, zu § 789 2.）。（二）債權人對於指示證券尚未受領時：債務人並無以指示證券爲清償之權利，從而債權人對於債務人爲清償送來之指示證券，當然無受領之義務。其情形有如受契約之要約者，亦無爲諾否回答之義務。然民法自指示證券之性質，例外規定債權人不願由其債務人受領指示證券者應即時通知債務人（民法七一、二條三項、瑞債四六七條三項）。

指示人爲清償其對於領取人之債務，而交付指示證券時，其原有債務是否與證券併存，抑因證券之交付而即歸消滅。民法明文規定其債務於被指示人給付時消滅，蓋採用併存主義也（民法七一、二條一項、瑞債四六七條一項、德民七八八條）。（一）新交之指示證券，不過爲給付之方法，在證券未實現前，原有債務仍不消滅。此與民法第三二〇條規定「因清償債務而對於債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅」之旨相符。指示證券之發行，雖爲單獨行爲，然債權人受領指示證券時，則可認爲成立間接給付契約（民法三二〇條，參照拙著民法總論七八頁以下）。債權人對於送來之指示證券，不願受領者，應即通知債務人（民法七二、三條三項）。然如不即爲通知，其效力如何。雖有主張視爲默示承諾，亦應成立間接給付契約（戴著三一三頁）。然依瑞債規定，此時僅應負損害賠償責任（瑞債四六七條三項）。我民法既未明定視爲承諾，應參照瑞債之規定而爲解釋。（二）指示證券與原有債務併存，既已成立間接給付契約，債權人應先就指示證券行使，如無結果，始得請求指示人就原有債務爲給付（民法七二、三條二項，參照拙著民法總論七九頁）。但應交還指示證券，指示人得以其交還爲抗弁（Oser, zu § 469, Anm. 6）。然領取人固不負向被指示人爲訴追之義務，以提示證券爲請求爲

已足。領取人不爲此請求而逕主張原債權，指示人得爲延期的抗弁（Oser, zu § 467, Anm. 5）。(三) 指示證券已由被指示人承擔者，則領取人對於被指示人之債權與對於指示人之原因債權，與連帶債務不同，指示人於交付指示證券後，雖清償其原因債務，亦不使因被指示人承擔而成立的對於領取人之抽象的債務消滅，此時領取人應依不當得利之規定，將其指示上之債權（Anweisungsforderung）讓與於指示人（Oser, zu § 467, Anm. 2）。

指示人因指示證券之發行，自己並不負給付義務，民法未規定追索制度，是否可準用票據法上關於追索權之規定，德國學者通說，均謂應不準用（Oertmann, zu § 788, 4; Staudinger, zu § 789, I）。瑞士債務法，則明定關於票據追索權之規定，不適用於指示證券（瑞債一四八條二項、一一五二條三項）。我民法亦可爲同樣之解釋。指示人除另有約定外，對於指示證券之承擔或給付不負擔保責任（Oser zu § 469, Anm. 6）。有債的爲指示證券之交付者，可認爲有默示的擔保責任之承擔（Erbman, zu § 788, 3）。如指示人撤回指示或因其他原因，領取人未受給付時，指示人是否應負損害賠償責任，應依其指示之基礎原因判定之。其爲清償債務而爲之者，領取人請求給付而被拒絕時，指示人因此事實而陷於遲延（F. Funk art. 469）。領取人得再請求指示人就原有債務爲給付。如爲借貸之目的，則消費借貸爲要物契約，因未給付而尚未成立。爲未立有字據（亦未於指示證券載明贈與原因）贈與之目的者，在未給付前尙得撤銷。其立有字據者，指示人亦不因未給付而負損害賠償責任（民法四〇八條四〇九條）。如爲收取債權而爲指示，自不成立賠償義務（Enn-Lehmann, § 250, I, 2, § 240, I b, d; Staudinger, zu § 788, IV, a）。

第三節 指示證券之承擔

一、承擔之意義

因指示人指示證券之交付不成立領取人對於被指示人之任何請求權。被指示人雖爲指示人之債務人，其對於指示證券承擔或給付與否，爲其自由（民法七一三條）。惟依承擔，即表示欲爲指示證券上所載之給付時，成立領取人對於被指示人請求給付所指示及承擔數額之一方的無因的給付承擔（Annahme; Honorierung; acceptance; acceptance），乃爲被指示人表示給付指示證券上所載標的物之單方的行爲，與民法所謂債務之承擔（Schuldubernahme; reprise de dette; assumption of debt）不同，蓋債務之承擔乃以當事人之合意移轉既存之債務，而指示證券之承擔，乃以被指示人之一方的意思表示而發生應爲證券所載給付之新債務，是不可不辨。

二、承擔之方式及時期

被指示人向領取人爲承擔時，其方式如何及應於何時爲之，民法並未爲規定。依德民第七八四條第二項「承擔應於指示證書上記明之。承擔於交付與領取人前，已記明於指示證書者，其承擔對於領取人因交付始生效力」。我民法雖無規定，亦應爲同樣之解釋。即應在指示證券上記載承擔之旨或承擔字樣，由被指示人簽名。僅在指示證券上簽名亦可（準用票據法四三條）。口頭之承擔，不發生證券承擔之效力。依其情形只可使被指示人負有爲正式承擔之義務。非在證券記載，而另以書面所爲之承擔，惟依其情形可認爲獨立的債務約束（Staudinger, zu § 784, I, 3）。

【註】在瑞債，指示不以書面爲必要，故解釋上其承擔亦無須任何方式，得以口頭爲之，亦得於指示證書上記載之，並得依推斷的行爲爲之（例如部分的支付，而其中有支付其餘額之意思，債務承認證書之發行）。然在書面之指示，於有疑義時，要求書面之承擔表示（Oser, zu § 468, Ann. 15）。我民法如同德民，指示證券須有證券之發行，故應從德民解釋。

承擔內容得加以限制，例如惟爲一部承擔或附加條件或爲保留（參照票據法四七條）。

三、承擔之效力

被指示人向領取人承擔所指示之給付者，有依證券內容而為給付之義務（民法七一一條）。於此意義，指示證券為文義證券，蓋被指示人因指示人證券之發行，僅取得以指示人之計算為給付之資格，並不負給付之義務，其基礎關係如何，在所不問。雖對於指示人負有債務，亦無承擔其所指示給付之義務，已如前述。惟因承擔，始獨立的負無因的給付義務。被指示人僅得以本於指示證券之內容或其與領取人間之法律關係所得對抗領取人之事由，對抗領取人（民法七一一條二項、德民七八四條後段、瑞債四六八條一項後段）。

1. 抗弁本於指示證券之內容者

a. 基於指示之內容者 例如指示附有條件、期限、其他限制或保留，由於證券之記載可知當事人一定內部關係者，被指示人亦得據以為抗弁。基於債務之指示，由於其債務關係發生之抗弁，亦得主張之。例如指示人所主張之價金，其貨物為有瑕疵，蓋承擔係承受指示證券之全部內容也。

b. 基於指示之效力者 例如指示證券為偽造或因意思欠缺或因行為能力上之關係，未成立或已被撤回。

c. 基於承擔之內容者 例如被指示人僅承擔所指示給付之一部，附有條件或為保留。

d. 基於承擔之效力者 例如被指示人為承擔時，無行為能力或為限制行為能力人。因承擔為要受領之一方的意思表示，故虛偽表示以被指示人預期領取人不為其所誤而伴為之者，始得撤銷。第三人之詐欺，以領取人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷（民法九二條一項）。

2. 本於被指示人與領取人間之人的法律關係者 例如已受給付、免除、抵銷或展期、詐欺或脅迫。

3. 此外不得對抗者 由於被指示人與指示人間成立之債務關係（資金關係）或由於指示人與領取人間之關係（對價關係）所生之抗辯，除由於指示或承擔之內容外，被指示人不得以之對抗領取人。領取人雖知有此抗辯時亦同（*Staudinger, zu § 784, I, 5*）。尤其因此關係為無效或因撤銷失其效力，不因而使

被指示人對於領取人有請求權或有不當得利之抗辯權。例如我指示我之虛偽之債務人對於我之債權人爲支付，則我之債權人不因指示證券之承擔或給付，而有不當得利。我對於我之真實的債務人，指示對於我之虛偽的債權人爲支付，則此虛偽債權人雖因承擔或支付，爲無法律上原因之不當得利，然非以被指示人之損失爲之。但雙重原因關係之欠缺，即領取人債權之取得及被指示人之義務均爲無原因，或僅被指示人之義務爲無原因，而領取人係爲贈與之受領時，通說謂可成立被指示人對於領取人之直接不當得利返還請求權。指示證券之偽造，通常欠缺雙重原因關係（依 *Platck* 之意思，此時因指示爲被指示人給付之原因，其欠缺即構成直接不當得利返還請求權），亦有適用。如一個原因關係欠缺或係爲贈與（類推適用民法第一八三條），他一原因關係爲不法，或兩個原因關係均爲不法時，亦同有適用。但因不法之原因已爲給付者，應受民法第一八〇條第四款規定之限制。例如爲支付賭博債務交付指示證券，而承擔人爲無原因而負義務，則於給付前成立廢止債務之不當得利請求權及抗辯。於給付後則不得請求返還（*Staudinger, zu § 784, I, 5, c; Ebn-Lehmann, § 205, I, 2*）。

【註】有主張於雙重原因關係欠缺時，成立被指示人對於領取人之直接不當得利請求權，爲一矛盾觀念，蓋被指示人對於領取人之給付原來無須有原因之存在，而應於被指示人對於指示人之資金關係及指示人對於領取人之對價關係，求其辯護，被指示人之給付，爲指示人對於領取人之支付及被指示人對於指示人之支付而有其效力，於雙重原因關係欠缺時，嚴格言之，應先發生被指示人對於指示人之不當得利請求權，而向指示人請求讓與其對於領取人之不當得利請求權，惟因民法第一八三條之類推適用，應爲其例外，即因無效的對價關係所取得者，應爲無償給付（單純贈與）時，指示人（在被指示人爲給付之效力上爲受領人）因此免返還義務，則領取人於其所免返還義務之限度，應直接負返還責任。於雙重原因欠缺之其他情形，惟因實際上之顧慮始有允許直接不當得利請求權之理由，尤其不必要之迂回不能適合法律秩序之目的性，蓋關係人之利益不因直接的不當得利返還請求權而受損害也。

第四節 指示證券之讓與

一、讓與之意義

指示證券之讓與，謂證券領取人或其受讓人將其證券讓與第三人之行爲。民法第七一六條第一項前段雖僅規定領取人得將指示證券讓與第三人，然受讓證券之第三人，更得讓與於其他第三人，自無疑義。蓋依同條第二項規定，讓與應以背書爲之，即明示其有流通性也。已經承擔之指示證券，亦得更移轉於指示人（Staudinger, zu § 792, I, 3）。因指示證券之讓與，一方面移轉證券本身之所有權，他方面其證券化之權利，亦隨證券之移轉而移轉（民法七一六條、德民七九二條一項前段）。領取人因被指示人承擔之權利爲債權，自得讓與。然未經承擔之指示證券，惟與領取人以收取權限，嚴格言之不能依債權讓與之規定爲移轉，民法爲使其爲便於流轉，特規定其讓與之方式，雖在承擔前，亦許其讓與（民法七一六條）。在承擔前因證券之移轉，移轉收取權於取得人。於承擔後，將領取人因承擔所生對於被指示人之獨立的債權，一同移轉於取得人。關於指示證券之移轉，是否爲代替（新收取權人之代替 Substitution），抑爲讓與，甚有爭論。然二說均有一部分真理。就由於授權所生的爲指示人之計算收取支付之能權之移轉而言，常爲代替。然如指示已經承擔，則同時有因承擔所生債權之讓與。

二、讓與之方法

指示證券讓與之方法，依德民第七九二條第一項「領取人雖於指示未經承擔前，得將指示證券，依與第三人之契約讓與之。讓與之意思表示，應以書面爲之。爲其讓與，以指示證書交於第三人爲必要」。我民法明定讓與應以背書爲之（民法七一六條二項）。背書由領取人在指示證券之背面或其黏單上爲之，記載被背書人之姓名或商號及背書之年月日，由背書人簽名（準用票據法三一條一項參照德商三六五條、瑞債一一五二條、日商五一九條）。民法雖未爲明文規定，自以背書及將背書後之證券交付於第三人，爲指示證券讓與之要件，茲例示如左。

本證券兌與

○寶號請向驗交 此據

中華民國 年 月 日

某某或某某號簽印

三、指示證券之背書

在德國民法上之指示證券，惟以書面的讓與之意思表示及證書之交付行之。惟在商人的指定式之指示證券，即指示商人為金錢有價證券或其他代替物之給付，並不以對待給付為其給付條件而發行之指示證券，如為指定式，得依背書讓與之（德商三六三條一項前段）。我民法則不為此區別。凡指示他人以金錢、有價證券或其他代替物給付第三人之證券，不問被指示人為商人與否，亦不問有無指定文句，均應以背書為讓與，即在法律上當然有背書性。

讓與之禁止：領取人得將證券讓與第三人，但指示人於指示證券上有禁止讓與之記載者，不在此限（民法七一六條一項、德民七八二條二項）。有此禁止之記載時，雖有主張惟不得依背書為讓與，仍不妨依一般關於債權讓與之規定（民法二九七條以下）為之（梅著三五七頁、劉著五八八頁、戴著債各下三二二頁、季著債分下冊一七一頁）。依余所見，如有禁止讓與之記載，既不得依背書，亦不得依債權讓與之方法為之，蓋指示證券在承擔前尚未有債權之成立，惟有複授權（*Unterermächtigung*）之問題也（*Oser, zu § 466, Ann. 35*）。如其禁止讓與未記載於證券，而以與領取人之特約定之者，惟於當事人間有其效力，然不得對抗第三人（民法七一六條、參照二九四條、依德民第七九二條第二項「指示人得禁止讓與，其禁止由證券可認知或在承擔或給付前已由指示人將禁止讓與通知被指示人時，始對於被指示人發生效力」）。

四、背書讓與之效力

1. 移轉力 被背書人因讓與之背書及證券之交付，取得指示證券之所有權，代替領取人而成為給付之受領權人。其關於讓與人與受讓人間之效力，同於指示人與領取人間之效力。民法第七一二條第七一四條之

規定，對於讓與人與受讓人間亦適用之。領取人與指示人間亦仍保持其第七一二條第七一四條之權利義務。指示證券已對於讓與人為承擔者，因承擔所生之債權，亦一同移轉於被背書人。惟背書證券上之權利移轉於被背書人，在原權利人手中之擔保，通常不隨同移轉（Duer.-Hach. zu § 364, Anm. 8），蓋已承擔之指示證券，可仍依背書回歸於原權利人也。

2. 資格授與力（Legitimationseffekt; Legitimationsfunktion; Legitimationswirkung）被背書人得行使證券上權利之資格，稱為資格授與力。即被背書人得依證券上之記載，證明背書之連續，而行使證券上之權利。在指示證券，被背書人亦得因此證明而行使因承擔所生證券上之權利。

3. 擔保力 指示證券之背書，因民法未如票據法規定追索制度，其讓與人自不因此而即負承擔及給付之擔保責任。縱令被指示人拒絕承擔或給付，被背書人亦不得向讓與人行使追索權。讓與人對於取得人就被指示人之為給付是否負擔保責任，非依背書讓與行為，而應依其讓與之基礎關係判定之。如為有償，則應負擔保責任（民法三五〇條三五一條 Dencke, zu § 792, 5）。

五、被指示人對於受讓人之抗辯

領取人以背書將指示證券讓與受讓人後，被指示人對於受讓人得為如何抗辯，因其讓與在承擔之前或後，而有不同。

1. 承擔前背書讓與者 領取人得於被指示人尚未承擔前將其指示證券讓與第三人（參照德民七九二條一項），此時被指示人尚不負給付義務。如不欲給付，儘可對於受讓人拒絕承擔或給付，不生抗辯問題。然被指示人嗣後對於受讓人已為承擔者，不得以自己與領取人間之法律關係所生之事由，與受讓人對抗（民法七一六條三項、德民七九二條三項），惟得以本於證券之內容或得以其與受讓人間之法律關係所得對抗受讓人之事由，對抗受讓人（民法七一一條二項）。此與普通債權讓與（民法二九九條），大有不同，蓋因承擔受讓人取得獨立的證券上之權利，為原始取得，並非繼受取得也。

2. 承擔後背書讓與者、此時收取之授權，與領取人對於被指示人之獨立的債權，一同移轉於受讓人。依德民解釋，被指示人對於取得人得以讓與時所得對抗讓與人之事由對抗受讓人（德民四〇四條），亦得自己與受讓人間之法律關係所得對抗受讓人之事由，對抗受讓人，並得以其對於受讓人之所有前手及第一領取人於再轉讓時所有之抗辯權，對抗受讓人（Dencke, zu § 792, 4; Staudinger, zu § 732, II, 2）。惟既已承擔之指示證券，被指示人對於受讓人再度為承擔時，始不得以自己與領取人間之法律關係所生之事由與受讓人對抗（Enn-Lehmann, § 206, I, 3）。我民法第七一九條第三項規定，一見似亦可作如此解釋，然細察我民法之規定，則有不然。蓋在德國關於指示證券於民法規定之外，尚有商法上之補充規定，惟商法上商人一定之指定式指示證券，始得依背書而移轉。依德商法第三六五條第一項規定「由得背書之證券所生一切之權利，因其背書而移轉於被背書人」，第二項「債務人對於證券之正當持有人，惟得以關於證券上自己所為意思表示之效力之抗辯，本於證券內容所生之抗辯或直接對於持有人所有之抗辯對抗之」。我民法以明文規定指示證券之讓與，應以背書為之，故應解釋已經承擔之指示證券，被指示人對於受讓人雖未再為承擔，亦僅得以本於指示證券之內容或與受讓人間之法律關係所得對抗受讓人之事由，對抗受讓人（擴張適用民法七一一條二項、七一一條三項、參照票據法十三條）。蓋指示證券，既許以背書輾轉流通，則被指示人之承擔，不僅對於領取人或其所向之為承擔之受讓人，而對於嗣後之受讓人，均應及其效力也（參照戴著債各下三一八頁三二七頁、薛著三五八頁）。

第五節 指示證券之給付

一、指示證券之提示

指示證券上權利之行使，須提示證券。故指示證券為提示證券。蓋以指示證券，因背書而讓與，究在

何人之手，被指示人殊難知悉，故必須持有人向被指示人提示證券請求給付。被指示人雖明知其為證券上之真正權利人，於未為提示前，仍得不為給付。被指示人對於指示證券雖已為承擔，於給付期屆至時，亦非訴交之義務，須由證券權利人提示證券，向被指示人索取。

二、持有人之調查義務與權利

被指示人關於指定式證券持有人資格及其真偽之調查，在德商瑞債，均明定準用關於票據之規定（德商三六五條一項、瑞債一一五二條二項）。我民法關於此點未為規定，依指示證券之性質，亦應準用關於票據法之規定，關於調查事項，可分為三種。第一為持有人形式的資格之調查，第二為實質的資格之調查，第三為持有人真偽之調查。

1. 持有人形式的資格（*formelle Legitimation des Inhabers*）之調查 此謂在證券形式的外觀上持有人是否為證券上權利人之調查，即在未經背書讓與之證券，應為證券上所記載之領取人，已經背書讓與之證券，應為證券上所載之最後被背書人，而且其背書應為連續，在最後之背書為空白背書時，則為證券持有人，而以調查其背書之間有背書之連續為已足（參照票據法七一條一項）。上述以外之人為持有人時，非證明其因繼承或公司合併等原因正當取得證券外，不得向之為給付。又背書之連續有欠缺時，亦非證明因繼承或其他原因而致欠缺之事實，不得向之為給付。惟對於有形式資格者為給付，可免其責任，否則無給付之效力。其受返還之證券，得以無法律之原因為理由，而被請求交出或對於真正權利人應為再度給付。依其情形，亦得被請求為損害賠償（*Duer-Hach. zu § 365, Anm. 7*）。於此意義，被指示人對於持有人形式的資格有為調查之責任。

2. 持有人實質的資格（*materielle Legitimation des Inhabers*）之調查 此謂調查持有人是否為真正之證券上權利人。縱令持有人具備形式的資格，如以惡意或有重大過失取得證券，不得享有證券上之權利（參照票據法十四條），此時被指示人對於無實質資格之持有人為給付時，是否得免其責，即是否有調查

責任，依民法第三一〇條第二款之規定，受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力。故無須調查實質之資格，而得為有效之給付，被指示人無調查之責任，然有調查之權利。如能證明持有人無實質之資格，不得向之為給付。同樣對於背書之真偽，雖無調查之責任（參照票據法七一條二項），亦非無調查之權利。

3. 持有人同一性（Identität des Inhabers）之調查 此謂證券上所記載之持有人，與現請求給付之持有人，是否為同一人之調查。在無記名式證券，不發生此問題。蓋在此種證券，無記載上持有人與現實持有之區別。同樣最後之背書為空白背書時，亦不發生此問題。在德國關於此點因無規定，依學者通說，被指示人有調查持有人同一性之義務（Duer.-Hach. zu §365, Ann. 7）。亦有主張無惡意或重大過失而為給付者得免其責（Gruenhut, Lehrbuch des Wechselrechts, I, S. 260ff）。瑞士學者亦為同樣之解釋（Sieben Vorträge ueber das neue Obligationenrecht, S. 138, 3）。在日本民法第四七〇條規定「指圖債權（指定式債權）之債務人，雖有調查其證券持有人及其簽名捺印真偽之權利，而不負其義務，但債務人有惡意或重大過失時，其清償為無效」。故一般解釋被指示人不負此調查義務，惟相對人證明給付人有惡意或重大過失時，不能免其責任（松本手形法三四三頁，升本喜兵衛有價證券法一七〇頁）。我民法關於此點，雖無規定，然依指示證券之性質，票據法第七一條第二項「付款人對於背書簽名之真偽及執票人是否為本人，不負認定之責，但有詐欺或重大過失時，不在此限」之規定，應可準用。故被指示人雖對於冒稱之人為給付，除出於詐欺或有重大過失外，得免其責。如提示證券請求給付之人自稱之姓名，與證券上最後權利人不符，被指示人自不能向之為給付。被指示人無此調查義務，雖對於無權利人為給付，尚可免其責任，然此應以證券之真正為前提，如證券為偽造，被指示人雖無惡意或重大過失，除指示人與被指示人間有特別之契約外，亦不為其給付而對於指示人有補償請求權。例如甲之使用人，盜用其主人之用紙及印章，以其主人之名義發行指示證券，被指示人雖無過失而為給付，亦不得因此向指示人請求補償

。至於是否得依民法第一八〇條之規定，基於侵權行爲，請求損害賠償，爲另一問題。

三、證券之交還

被指示人惟與指示證券兩相交換，始有爲給付之義務。關於此點，德商法（三六四條三項）有明文規定。瑞士債務法就背書證券，規定準用關於票據之規定（瑞債一一五二條二項）。我民法雖未爲此規定，依指示證券之性質，票據法第七十四條第一項「付款人付款時，得要求執票人記載收訖字樣簽名爲證，並交出匯票」，第二項「付款人爲一部分之付款時，得要求執票人在票上記載所收金額，並另給收據」，應可準用。蓋證券爲權利之化身，若不收回證券而爲給付，則權利仍繼續存在，有須重爲給付之虞也。

第六節 指示證券效力之消滅

關於指示證券效力之消滅，民法設有特別規定者，計有三種情形。一爲指示證券之撤回，二爲指示證券之宣告無效，三爲短期之消滅時效。其他指示證券因被指示人之給付而消滅，然不因當事人一方之死亡或成爲無行爲能力而消滅（參照德民七九一條）。除於未承擔或給付前因指示人受破產宣告視爲撤回外，不因三方面關係人中之一人破產而消滅（*Enn-Lehmann, §206 I, Bemerk. 5*）。

一、指示證券之撤回

指示人於被指示人向領取人承擔所指示之給付或爲給付前，得撤回其指示證券。其撤回應向被指示人，以意思表示爲之（民法七一五條一項）。蓋指示證券之發行，原爲單獨行爲，惟有雙重授權之成立，在被指示人爲承擔或給付前，並未發生證券上之權義關係，故應許指示人有撤回之自由。撤回無須任何理由，雖未發現原因有欠缺或有其他情事，亦不妨爲之。撤回之目的，重在防止被指示人之爲承擔或給付，故

其意思表示應向被指示人爲之，無通知領取人之必要。不向被指示人爲意思表示，而僅向領取人爲通知者，不生撤回之效力。撤回以向被指示人爲意思表示爲已足，並非必須收回證券。已經承擔或給付後，則不得撤回。其承擔或給付係向領取人或受讓人爲之，並無不同。

二、指示證券之宣告無效

指示證券遺失、被盜或滅失者，法除得因持有人之聲請，依公示催告之程序，宣告無效（民法七一一條、日民施行法五七條）。指示證券在作成後，未交付於領取人以前，遺失或被盜時，亦得爲此聲請。然在承擔或給付前，不妨撤回其指示證券，固無爲此聲請之必要。指示證券雖經承擔，自亦不妨宣告爲無效。宣告無效，以除權判決爲之。於除權判決後，任何人均不得憑證券主張權利。被指示人縱向證券持有人爲給付，亦不能免其責任。聲請人此後無須提示證券，而得僅憑除權判決，主張證券上之權利（民訴五六一條一項）。在除權判決前，雖有主張原持有人亦得向被指示人爲止付之通知，被指示人當然不得爲給付（薛著三六一頁）。然在被指示人爲承擔後，指示人已不得撤回，惟得依民事訴訟法第五六二條第一項之規定，聲請法院對於被指示人爲禁止支付之命令或聲請假扣押或假處分（Staudinger, zu § 785, 5）。

三、短期消滅時效

指示證券領取人或受讓人，對於被指示人因承擔所生之請求權，自承擔之時起，三年間不行使而消滅（民法七一一條、德民七八六條）。對於被指示人難強其在普通消滅時效經過前，常對領取人或其受讓人爲給付之準備，故民法特設短期時效之規定。因僅指示證券之發行，並不發生任何請求權，故無適用之餘地。此消滅時效自承擔之時起算。承擔在指示證券之交付以前者，自交付時起算。指示證券載有給付期者，自其期限屆滿時起算。如未定有給付期，最好載明承擔之時日或指示證券交付於領取人之時日（Staudinger, zu § 786, 3）。

第二十一章 無記名證券

第一節 無記名證券之意義及性質

無記名證券者，謂持有人對於發行人得請求其依所記載之內容為給付之證券也（民法七一、九條、德民七九三條一項、瑞債九七八條一項）。依瑞債舊第八四六條第一項「於證券約對其持有人為給付時，以其持有人為請求權人」。瑞債新第九七八條第一項改為「有價證券依證券之文義或形式，顯可認各時之持有人為權利人時，視為無記名證券」。蓋以一般無記名證券非必概為自付證券（義務證券 *Verpflichtungsschein*），指示證券亦得以無記名式發行，例如滙票、支票。我民法則係着眼於自付證券而為規定，係從德民之例也。

一、無記名證券為有價證券

無記名證券上之權利，與證券同其命運，證券上權利之主張及移轉，均以證券之持有為必要，故為完全的證券，並立於物權法原則之下，為公信有價證券（民法七二一條）。

二、無記名證券為發行人對於持有人負有給付義務之證券

a. 給付須向持有人為約定 持有人為對於證券有純粹的事實的支配力，而得提示之者，其支配力雖為一時的，亦無不可。占有輔助人如非僅於占有主之旁，而係為其代替行使占有者，亦不失為持有人。然間接占有人，則非持有人。為持有人之約定，無須有持有人文句，如其約定之性質、交易習慣及證券之構造與形式（尤其未記載一定之債權人）、對於持有人負義務之目的，而可認有此約定為已足。例如公債、利息券等，無須有對於持有人負義務之明示的記載。彩票亦通常為無記名證券。倉單未載明債權人者，亦同

。雖於證券記載有一定債權人姓名，然如由證券可知發行人對於持有人亦有爲給付之義務時，仍不妨爲無記名證券。但證券上記載應對於一定之人或持有人爲支付時，通常惟應解釋債務人有對於持有人爲支付而免其責之權利。

三、持有人對於發行人得請求給付

即發行人對於持有人有爲給付之義務，然此應以持有人就證券有處分權利爲前提（民法七二〇條一項）。持有證券者，推定其有處分權。故除發行人能證明持有人無處分權外，有爲給付之義務。其詳容後述明之。我民法如同德民，關於無記名證券係着眼於自付證券（約束證券），故規定得對於發行人請求給付，其實指示證券（亦稱委託證券）亦不妨爲無記名式，已如前述。

四、依證券所記載之內容請求給付

無記名證券上之給付標的物非如指示證券限定爲金錢、有價證券或其他代替物，故金錢證券（例如銀行兌換券、金庫券、公債券及其利息券）、有價證券證券（例如以有價證券之給付爲標的之無記名證券）、物品證券（例如商品證券、飯票），固不待論，其他如車票、電影票、戲票，係以運送或其他承攬契約所生之權利爲標的者，亦包括之。然應以債權爲限。股票係以股東權爲標的，不在其內。無記名股票，惟可準用關於無記名證券之規定。持有人向發行人請求給付，應以證券上所記載之內容爲準，故無記名證券爲文義證券。

五、無記名證券常爲無因證券

無記名證券，通常於證券上不載明原因，爲無因約束。然其原因之記載，亦非所不許。發行人得因此保留其基於原因所生之抗辯。

第二節 無記名證券之發行

一、發行方式

無記名證券債權之成立，以證券形式作成爲前提。發行人於證券上約定對於持有人爲給付，因爲證券，故以書面爲必要。其方式如何，就民法第七一九條之解釋言之，須記載給付之標的物及由發行人簽名（民法三條）。簽名之有效，得由發行人使須遵守一方之方式。例如使監督人共同簽名，或使添蓋印章，或加一特別作成附註。然此種限制，惟納入於證券之內時，始爲有效。此外給付地、給付日期記載與否，悉聽發行人之便。如未記載給付地，則爲發行人之營業所或住所。如未記載給付日期，則爲見票即付。

二、發行人死亡或喪失能力後之發行

無記名證券，不因發行在發行人死亡或喪失能力後失其效力（民法七二一條、德民七九四條二項）。蓋以無記名證券作成後尙未交付，而於作成人死亡或喪失能力後始流通者，仍應使其繼承人或本身負責，乃爲創造說當然之結論也。

三、無記名證券債權之成立

（一）依變態契約說，爲債權之成立，於證券作成之外，須有第一領取人基於有效的交付契約之債權取得或第二取得人對於正當作成之證券之善意取得。依創造說，證券所有權之移轉，通常依證券之交付行之。由發行人基於出賣、贈與其他原因爲交付或雖非證券所有人而讓與於善意取得人時，其取得人取得證券所有權，同時取得債權。有謂依創造說，證券所有權之取得，依物權法原則，雖無讓與行爲，亦爲可能。例如因時效之取得，因拾得或先占之取得（*Staudinger, zu § 793, I, 1, a*）。然在變態契約說，則否認此時債權之取得，謂在法律政策上以此說爲優，蓋所有權取得之原則，係以實質之物爲基礎而樹立，對於證券上之債權，難以適用。在證券之拾得，與其以之歸屬於拾得人，不如保護發行人。在創造說，雖有主張因證券之拾得得有證券所有權之移轉，但發行人得以免責請求權及不當得利之抗辯爲救濟，然此未免迂曲（*Urn-Lehmann, § 209, I, 1*）。依余所見，以證券所有權之取得同時取得債權，理論上爲一貫，然在

創造說爲使證券發生效力，亦應以證券之取得限於發行人交付於第一領取人或第二取得人之善意取得。證券由發行人遺失，拾得人不能因拾得而取得證券所有權，然若拾得人以之讓與於善意取得人，其取得人始可享受證券上之權利。蓋我民法特別規定以非因自己之意思而流通者爲限，始與善意取得人以保護也（民法七十一條一項）（*Staudinger zu § 794, I, c; Denecke zu § 794, 1*）。於發行人交付於第一取得人，證券發生效力後，則不妨依物權法原則，因拾得、時效、先占、親屬法或繼承法之取得而取得（*Enn-Lehmann, § 201, 1*）。（二）依創造說，由無行為能力人或限制行為能力人所作成之證券爲無效，事後之承認亦無溯及的效力，此無效不獨對於第一取得人，對於其後一切之善意取得人，亦得主張之。但其交付係於成爲有行為能力後爲之者，仍可認爲有效的發行（*Denecke zu § 793, 5*）。依變態契約說，發行與交付契約結合始生效力者，對於第一領取人以於交付之時，於有善意之第二取得人者，以於證券作成（填發）時，有行為能力爲已足。主張變態契約說者，謂創造說關於此點不免自陷矛盾，然在證券交付時爲有行為能力，則謂無行為能力之瑕疵已因承認而治癒，亦無不妥（參照民法八十一條）。（三）在創造說有主張無記名證券之作成，因被詐欺或脅迫而爲之者，得依一般原則撤銷之。因脅迫而爲之者，其撤銷得對抗任何持有人。因被詐欺而爲之者，其撤銷惟得對抗爲詐欺或於證券取得時知其詐欺或可得而知之持有人（*Staudinger, zu § 793, 1, b*）。在變態契約說，謂交付契約之撤銷，惟得對於第一領取人，依一般原則爲之。對於善意取得之第二及第三取得人，則否。蓋否則有害於證券流通之安全。關於此點，創造說亦有欠缺。同樣關於證書作成之錯誤之撤銷，在創造說有主張得對抗善意取得之持有人，依變態契約說則謂交付契約惟可對於第一領取人爲撤銷，而單方之作成行爲（發行行爲）則不得對於善意取得人爲撤銷。虛僞表示、心裏保留、無真意之詭譎，涉於證券之作成者，均不能對抗正直第二取得人。爲使作成行爲爲有效，以有欲作成證券，樹立信用基礎之意思爲已足（*Enn-Lehmann, § 209, 1, 2 a-d*）。依余所見，在創造說，雖有爲上述之主張（*Planck, Dernburg, Staudinger*），然亦非必爲創造說之當然結論。蓋錯誤、詐欺

、脅迫等意思之瑕疵，非逕爲無效，惟經撤銷始爲無效，而證券作成之單獨行爲之撤銷，惟得向由發行人直接領取證券（民法九二條一項但書、一一六條）或因發行直接取得法律上利益之人（參照德民一四三條四項）爲之。嗣後之證券取得人，則不具備此條件，而且因證券所有權之取得，每次成立一新債權人權利，惟於繼承時，其繼承人取得其被繼承人同樣之權利（Staudinger zu § 793, I, b）。故惟持有人同時爲第一證券取得人或知對於其前手所爲之撤銷者，始得以撤銷對抗之（Denecke zu § 756, 2, 4）。

第三節 無記名證券之移轉

一、移轉之方法

證券上之權利，一旦成立，得依物的所有權移轉之方法移轉之。由證券所生債權人地位之取得，繫於對於證券權利之取得。關於動產善意取得之原則，對於證券上權利之取得，亦有適用。權利之讓與，對於債權取得人惟與以讓與人之法律地位，而在無記名證券，依物權法之原則，取得人取得與前權利人獨立全依證券內容而定之法律地位。證券上之權利，如同有公信力之土地登記內容，享有高度的交易能力。

無記名證券上之權利，亦得依物權之原則以合意及證券之交付而移轉。其交付，得依代替方法爲之（民法七六一條）。依證券之占有，證券之善意取得，雖在遺失或被盜之物，亦爲可能（民法七二一條一項）。證券上之權利成立後，亦得依取得時效之完成、混合、先占、拾得等方法取得之。然在債權法債權因債權人與債務人地位之混合而消滅之原則，對於受有劇烈物權法的影響之證券上權利，不適用之（Fam. Lehmann, § 210, 2）。

二、無記名證券之善意取得

無記名證券發行人，其證券雖因遺失、被盜或其他非因自己之意思而流通者，對於善意持有人，仍應負

責（民法七二一條一項九五一條）。無記名證券發行人之責任，基於發行，即因發行人置證券於流通，若發行人僅作成證券尚未交付，而因遺失、被盜或因其他非因己意（例如因其使用人之過失或寄託於他人處而由該他人讓與於第三人）致入於他人之手者，尚難生發行之效力。拾得人、竊取人、強取人以及惡意受讓證券之人，均不能取得證券所有權。發行人對此等惡意占有人，不負責任。但自惡意占有人受讓之善意取得人，民法為證券之流通，特設保護之規定，使其得享受證券上之權利，較之動產之善意取得（民法八〇一條九四八條九四九條）條件放寬，更加優遇。有謂我民法就發行人之責任，設有「對於善意持有人」之限制，例如由甲作成之無記名證券，被乙盜取，由乙而丙而丁而戊，輾轉流通，甲對乙不負責任，自不待言，如甲惟對於丙丁戊中之善意者負責，則假如丁為善意，丙戊為惡意，則甲對丁雖仍應負責，而對丙戊則無責任。然依德民第七九四條「無記名證券之發行人，其證券雖因被盜、遺失或其他非因己意而流通時，仍應負責」之解釋，脫離甲占有之證券命運，依物權法之原則，乙固不待論，丙為惡意，亦未取得所有權，丁為善意既取得所有權成為真正權利人，則該無記名證券已非盜品，自丁以後之流通，應不問善意惡意，均取得所有權，蓋係由有權利人取得權利也（我妻中國民法債各下八二六頁）。依余所見，我民法雖有「對於善意持有人仍應負責」之規定，然丁既依善意取得證券所有權後，則其以後之取得人應不復發生善意惡意之問題，關於此點應與德民解釋無殊。

第四節 無記名證券之行使及發行人抗弁權之限制

一、無記名證券之行使

為無記名證券上權利之行使，第一須持有證券，即須有事實上之支配關係，而可由自己或其代理人提示證券，甚至占有輔助人之持有，亦無不可，已如前述。第二須持有人有就證券為處分之權利。有處分權

者，首推證券所有權人，亦得爲其他處分權人，例如父母，監護人，對屬於子女或受監護人的財產有管理權。破產管理人、遺囑執行人、質權人、代理人，亦有處分權。

1. 證券之持有，爲持有人之利益，推定其有證券所有權，因而得行使證券上之權利（民法九四三條）。（一）證券持有之資格，一方面爲債權人之利益而表現，持有人只須提示證券，對於其權利爲異議者，應負舉證之責，從而債務人惟於能證明持有人就證券欠缺實質上處分之權利，始得有效的拒絕給付。例如證明持有人係由無權利人惡意取得證券，或僅爲收取債權或爲質物受取證券而其代理權已經消滅或其債務已受清償。（二）證券持有之資格，他方面亦爲債務人之利益而表現。債務人善意對於實質上無權利之證券持有人爲給付時，得免其責。然知其非權利人而仍爲給付時，其效力如何。德民法第七九三條第一項前段但書規定「持有人就證券無處分權時，不得請求給付」，後段規定「發行人仍得對無處分權之持有人爲給付而免責」。依從前學說，除債務人因對於無權利人之給付而庇護對於所有人之犯罪行爲（例如兌回被盜之證券）或以違背善良風俗之方法加損害於真正權利人構成侵權行爲外，債務人免其責任（*Saundinger, zu § 793, V. 4*），然依現時通說，明顯的不正，不值受保護。持有之資格，係爲交易安全而承認，亦惟應供公正的交易之用。從而發行人得不經調查而爲給付之權利，如不僅不爲調查，而有關於良心的違背時，不應予以維持。故如發行人兌回證券，有背於誠信原則者，不得主張其免責。但發行人雖知持有人之無權利，而不能爲證明時，亦得因給付而免其責。蓋不能期待其冒陷於遲延之危險或承擔與債權人爲訴訟也。債務人是否得對於無行為能力人或限制行為能力人爲給付，而免其責，應爲肯定。蓋對於債務人如僅免除其調查持有人處分權之義務，而不免除其調查處分權能力之義務，尚不能使其安心爲給付也（*Enn-Lehmann, § 210, I; Denecke, zu § 793, 5; Erhman, zu § 793, 6; Palandt, zu § 793, 4; Oertmann, z. § 793, 4*）。在瑞士債務法，雖僅規定有法院或警察上之支付禁止時，債務人不應爲支付（瑞債九七八條二項）。然依瑞士判例，債務人如知持有人之非正真或以交易上通常之注意應知之者，不得因支付而免其責。故

以債務人非出於詐欺或有重大過失時爲限，始得因給付而免責（Theo. Gahl, Das Sch. Obligationsrecht, S. 380）。我民法第七二〇條第一項但書明定，知持有人就證券無處分之權利者，不得爲給付，蓋從德瑞之通說也。

2. 有謂我民法第七二〇條第一項但書，並規定受有遺失、被盜或滅失之通知者，亦不得爲給付，未免不妥。其理由則謂無記名證券雖遺失或被盜，善意持有人仍可取得證券之所有權或其他處分權。如對於此善意之取得人，因遺失人或被盜者之遺失或被盜之通知，而可阻止債務人之給付，則於證券之流通性爲致命性之障礙也（我妻中國債各下八一〇頁八二〇頁以下）。然證券之掛失爲我國舊有之習慣。證券如遺失或被盜，其持有人是否爲拾得人或爲盜抑爲善意取得人，債務人難以證明，而於受遺失或被盜之通知後，亦不得諉爲不知。民法基於我國之習慣，爲解除債務人之困境及兼謀保護失主之利益，故規定債務人不得爲給付，即於該持有人與爲通知之人合意前或於法院爲確定判決前，應不爲給付（參照民法七二七條三項）。然證券上給付如已屆清償期或未定期限於持有人提示證券請求給付時，債務人爲免其陷於遲延之危險，除能證明持有人爲盜或拾得人或爲惡意取得人外，爲相當於民法第三二六條所定不能確知孰爲債權人而難爲給付之情形，應將其給付爲債權人提存之。蓋債務人於有證券之提示及請求給付時，原有對於持有人爲給付之義務也。又民法第七二〇條第一項但書所謂「滅失」，應解釋爲遺失或被盜以外非因己意脫離占有之情形（參照拙著物權法論第五一七頁以下），如真有物質上之滅失，則不復發生持有人提示證券請求給付之問題。

3. 發行人不知持有人就證券無處分之權利或不能證明其無此權利，並未受遺失被盜或滅失之通知，而對於就證券無處分權利之持有人已爲給付者，亦免其債務（民法七二〇條二項，參照德民七九三條一項後段）。發行人是否爲善意，應由誰舉證，在民法上規定未必明瞭。然自制度之性質觀之，應由主張清償之無效者，負惡意證明之責（Cermann, a. a. O.）。然已受遺失或被盜之通知後，則不得諉爲不知。

二、發行人抗辯權之限制

無記名證券發行人，僅得以本於證券之無效、證券之內容或其與持有人間之法律關係所得對抗持有人之事由，對抗持有人（民法七二三條、德民七九六條、瑞債九九九條、參照日民四七三條四七二條）。民法為增進無記名證券之流通性，保護受讓人之地位，而限制債務人之抗辯權，蓋仿德民瑞債之例也。發行人有依證券記載之內容為給付之義務。因證券之取得，依此約束成立一由前手獨立之債權，債務人因此對於債權人不得以其對於前手之抗辯對抗之。然此限制惟應保護對於證券上權利之信任，故抗辯本於證券之內容或基於持有人知其事實（取得證券出於惡意或詐欺參照票據法十四條），不得主張其信任權利之假像者，不妨為之。其次抗辯本於證券之無效者，自亦得為之。

1. 抗辯本於證券之無效者 例如證券非出於發行人之手為偽造，或發行人於發行時為無行為能力人或限制行為能力人、證券形式欠缺、法院宣告為無效。然證券之未交付，不得以之對抗善意持有人。蓋此非關於無記名證券之無效，而應屬於後述第三類之對人的抗辯也。發行人證券交付上之錯誤、詐欺或脅迫，對於持有人亦屬於後述第三類之抗辯。

2. 本於證券之內容者 例如依證券之記載，給付附有期限或條件，發行人為欲保留對於各時持有人的抗辯，而記載證券交付之原因於證券。

3. 發行人與持有人間之法律關係所得對抗持有人之事由 例如延期支付、抵銷、免除，已罹時效之抗辯。他如發行人交付之欠缺，但以對於未依有效之交付取得證券之持有人為限，而依有效之契約善意由無權利人取得證券者，不得以此對抗之（參照瑞債九九九條三項）。因錯誤、詐欺、脅迫，對於第一證券領取人之抗辯，亦屬於此類。此外證券係盜取或由無行為能力人取得或知讓與人之無權利而受讓證券或受有禁止支付之命令，均為抗辯之事由。

證券權利之行使，係基於授權或其他代理或管理權者，債務人自亦得援用其對於原權利人所有之抗辯

。依瑞債第九七九條第二項「抗辯基於債務人對於前持有人之直接關係，如持有人於證券取得時，知有害於債務人而爲之者，亦爲所許」。依日民法第四七二條「對於惡意之受讓人，亦得以得對抗原債權人（前手）之事由爲抗辯」。我民法關於此點無明文規定。此類抗辯事由中，是否亦包括此惡意之抗辯（*exceptioni generalis*），在德國民法亦無規定，雖有多少之爭論，然多數持肯定之說（*Staudinger, zu § 756.3b und dort zitierte*），例如爲使債務人對於前所有人所有之抗辯失其效用而受讓證券（*Enn-Lehmann, § 210, IV Gruppe 3, S. 826*）。

II. 證券之交還

無記名證券爲提示證券，持有人請求給付時，應將證券提示，並與給付交換交還發行人（民法七二三條一項、德民七九七條前段、瑞債九六六條一項）。無記名證券性質上爲兌回證券，蓋以無記名證券爲權利證券化，發行人如不使其返還而爲給付，則有爲二重給付之危險也（*Oertmann, zu § 797, 1*）。證券上之債務則爲往取債務（*Holdschuld*），持有人應至發行人之營業所或住所，提示證券請求給付。

發行人因爲給付而收回證券時，雖持有人就該證券無處分之權利，仍取得其證券之所有權（民法七二三條二項、德民七九七條後段）。發行人收回無記名證券後，有再爲轉讓或廢棄之自由。然如發行人於爲給付時，是否不問其知持有人就證券有無處分權，均取得證券所有權，則有不同之見解。有謂發行人取得證券所有權之根據，在於實質上其清償爲有效，形式上爲證券之善意取得，無記名證券因清償而由持有人交與發行人時，可認爲就證券有移轉所有權之合意，發行人因善意受讓該證券之占有（民法九四八條），依即時取得之原則，取得其證券之所有權（民法八〇一條九五一條）。然如發行人爲惡意或有重大過失時，則應解釋不得取得證券之所有權（*Oertmann, zu § 797, 1, Staudinger zu § 797, 2, b; Palandt, zu § 797, 2*）。然通說謂發行人於爲給付而收回證券時，依法律規定取得對於證券之所有權，持有人有無移轉證券所有權之意思及就證券有無處分權，在所不問。有權利之第三人不得再請求返還（*Enn-Leumann, §*

210, V)。善意取得之規定，對於發行人因給付之證券取得，不能適用，蓋前者以依法律行為之取得為前提，而後者乃依法律之規定而當然取得，不以證券所有權轉移之合意為必要，雖知權利人為無權利人亦無礙其取得也（Denecke, zu 797, 2; Ebdman, zu § 797, 2; Soergel zu § 797, 2）。在我民法亦有主張發行人為惡意時，不能取得所有權（梅著二五九頁、我妻中國民法債各下八三八頁）。然通說謂發行人雖明知持有人無處分權或受遺失或被盜之通知，仍可取得所收回證券之所有權（季著分則下一七八頁、薛著三六五頁、戴著債各下三四三頁）。余亦從之。蓋發行人證券所有權之取得乃依民法第七二三條第二項之規定，而其法文並未將明知持有人無處分權等規定除外也。發行人為惡意時，雖依民法第七二〇條之規定，不能免其債務，然應由證券債務變為普通債務，不能請求將已收回之證券退還。

第五節 無記名證券之換給及變換

一、無記名證券之換給

無記名證券因毀損或變形，不適於流通，而其重要內容及識別記號仍可辨認者，持有人得請求發行人換給新無記名證券。換給之費用，應由持有人負擔（民法七二四條一項二項、德民七九八條）。但證券為銀行兌換券或其他金錢兌換券者，其費用應由發行人負擔（民法七二四條二項但書、依德國一九四八年六月二十日發行法（Emissionsgesetz）第二條，「毀損銀行兌換券所提示部分：大於一半者應換給之」）。其要件第一須因毀損或變形已不適於流通。第二須其重要內容及識別記號（例如銀行兌換券之號碼）仍可辨認。即仍可認知其同一性者，始得請求給付。如不具備上述要件或證券滅失時，惟可聲請法院依公示催告程序宣告無效（民法七二五條）。但無利息見票即付之無記名證券，除利息年金及分配利益之證券外，不得聲請宣告無效（民法七二八條）。證券之換給，無須經公示催告程序。新無記名證券之換給，對於第

三人就該原證券之請求權不生影響（Palandt, zu § 798, 1）。換給證券之費用，應由持有人負擔者，應先支付（參照德民七九八條後段）。

二、證券之變換

依瑞債第九七〇條第一項「記名證券或指定式證券，惟得以一切權利人（債權人質權人）及義務人（債務人）之同意，變換為無記名證券。此同意應於證券上表示之」。第二項「同一原則對於無記名證券變換為記名證券或指定式證券時，適用之。此時權利人或義務人之一人之同意，雖有欠缺，其變換為有效，但惟於為變換之債權人與其直接權利承受人間有其效力」。依德民第八〇六條規定「無記名證券變換為一定權利人之記名，惟得由發行人為之。發行人無為變換之義務」。我民法無此規定，然亦無不許變換之理。解釋上此為債務內容之變更，應以有持有人與發行人間之合意為必要。其變換應由發行人記入於證券為之。因此無記名證券變換為指名證券，仍保有有價證券之性質，惟得憑證券請求給付。發行人惟與證券交換有給付義務，單純的持有人已不得請求給付，發行人亦不得因支付於持有人而免其責。關於遺失被盜或其他非因自己之意思而喪失的無記名證券之所有權取得規定，不復適用。取得移轉依關於記名證券之原則為之，不復得依民法第七二五條之規定聲請宣告無效（Staudinger, zu § 806, I, 2; Denecke zu § 806, 1）。記名證券得以同樣方法變換為無記名證券（Ebn-Lehmann, § 213, 1）。

第六節 無記名證券之喪失

無記名證券之喪失，謂證券之物質的滅失或因遺失、被盜以及其他非因己意而喪失其占有也。其保障方法，依證券給付之有定期性與否，而有差異。

一、一般無記名證券

一般無記名證券遺失、被盜或滅失（包括內容之重要部分不可辨認已不能為換給）者，除非利息、年金、分配利益之無利息見票即付之無記名證券外，法院得因持有人之聲請，依公示催告之程序，宣告無效（民法七二五條一項七二八條、德民七九九條一項、日民施五七條、日商五一八條）。關於無效宣告，大體係仿德民之規定。然在德民法則就利息年金及分配利益之無記名證券，不許聲請公示催告（德民七九七條一項），我民則於公示催告之外，更設有通知之簡便方法（民法七二七條）。在德民無利息見票即付之無記名證券，不許聲請公示催告（德民七九七條一項），我民法亦然（民法七二八條）。無記名證券之原持有人，如非因己意喪失占有，而知其現占有人時，除現占有人為善意取得者外，原持有人得依回復占有之訴，請求返還。此時亦得依假處分禁止其讓與，但此禁止對於善意取得人無效力（Staudinger zu § 799, I, 1）。

1. 公示催告之聲請 由無記名證券最後之持有人為之（民訴五五四條）。聲請人應提出證券繕本或開示證券要旨及足以辨認證券之事項，並釋明證券被盜、遺失或滅失及有聲請權之原因事實（民訴五五五條）。發行人對於持有人應告知關於實施公示催告之必要事項，並供給證明所必需的材料（民法七二五條二項、德民七九九條二項）。發行人不履行此義務時，持有人得以訴請求之，亦得請求損害賠償。持有人對於發行人為民法第七二五條第二項之主張，無須證明證券之喪失，然如原持有人明為惡意之請求時，發行人得依民法第一四八條及第二一九條之規定，拒絕之。其所需費用，亦得請求持有人預付或請求償還（參照德民七九九條二項末段）（Staudinger, zu § 799, 3 薛著二六六頁）。

2. 禁止給付之命令 無記名證券定有提示期間者，如法院因公示催告聲請人之聲請，對於發行人為禁止給付之命令時（民訴五六二條），停止其提示期間之進行（民法七二六條一項、德民八〇二條一段）。其停止自聲請發前項命令時起，至公示催告程序終止時止（民法七二六條二項、德民八〇二條中段）。（一）所謂提示期間，在德國民法一般證券定為三十年，自所定給付期日之屆至時起算，在利息、定期金及分配利益

之證券，定爲四年，其期間因所定給付時期屆至之年終了而開始（德民八〇一條一項二項）。此期間雖與德民所定時效期間相對應，然爲除斥期間，性質上有不同。我民法關於記名證券未定有提示期間，所謂定有提示期間，應解釋爲證券上所定提示期間。其開始及期間，自得由發行人定之（參照德民八〇一條三項）。（二）因禁止給付之命令停止提示期間之進行。在德民法謂停止法定證券上由發行人所定提示期間之進行，依德民規定，不獨提示期間，消滅時效期間亦因禁止給付之命令而停止進行（德民八〇二條一段）。故在我民法亦有主張證券上有關於提示期間之記載者，依其記載，否則消滅時效期間即爲其提示期間（薛著三六六頁）。然提示期間與消滅時效期間，應爲兩事，不可混爲一談。在我民法既未規定提示期間，如證券上未定有提示期間或其他特別法未另有提示期間，則應認爲無提示期間，而適用一般消滅時效之規定（一般證券爲十五年，定期給付證券爲五年）。其期間應自各有權利之持有人取得證券之時起算，蓋各持有人因證券之取得而成立一新債權也（*Enn-Lehmann, § 212, 4; Erbman, zu § 801, 1; Staudinger, zu § 801, 1*）。禁止支付之命令，在我民法既可停止提示期間之進行，是否亦可停止消滅時效之進行，自民法規定之目的觀之，參照德民之規定，應擴張解釋對於消滅時效亦有適用（參照民法七二七條因通知之時效延長）。蓋否則持有人證券上之請求權，可於公示催告程序進行中消滅（依民訴第五五八條申報權利之期間應有六個月以上），難以達其目的也。（三）停止效力，自聲請禁止給付命令之時起，至公示催告程序終止時止，其提示期間或消滅時效期間復繼續進行，與前已經過而未停止之時間合併計算。所謂公示催告程序終止，謂因爲除權判決或未爲除權判決而終結（民訴五六三條、德民訴一〇二二條）（註二）（註三）。

【註一】依德民訴，無記名證券已於提示期間提示，而未受給付者，其請求權不因提示期間之經過而消滅，惟於提示期間終了後因二年期間之消滅時效完成而消滅。基於證券之請求權，在審判上之主張，與提示有同一之效力（德民八〇一條一項）。證券上本定有給付期間時，有謂應以證券之發行日爲提示期間開始進行之日（*Daracke zu § 801, 1*），惟於證券亦無發行日時，則提示期間與時效期間均不能進行。遺以果自何時開始，無法證明，尤其善意取得

人更無從知悉，不能加以考慮也（Oertmann, zu § 801, 5）。亦有謂證券上未定有給付期間時，則不成立提示期間，其證券無因提示期間之經過而消滅之危險。其期間經過後二年之特別消滅時效，亦無成立之餘地。惟有適用一般的三十年之消滅時效，自各正當持有人取得證券之時起算（*Ern. Lehmann, § 212, 4; Staudinger, zu § 801, 1; Planck zu § 801, 2, b; Erhman, zu § 801, 1*）。

【註二】公示催告因持有人提出證券（民法五五九條申報人不為爭論時）或其他原因未為除權判決而終結，其他原因指撤回聲請、駁回除權判決之聲請之裁定已確定（民訴五四三條）、聲請人於申報權利期間已滿後三個月內尚未聲請除權判決（民訴五四一條）、或於言詞辯論期日不到場並未於二個月內聲請另定新期間、或遲誤新期日（民訴五四五條）。【註三】民事訴訟法第五四四條規定「申報權利人如對於公示催告聲請人所主張之權利有爭執者，法院應酌量情形，在就所報權利有確定裁判前，中止公示催告程序或於除權判決保留其權利」。中止公示催告時，應俟就申報權利之判決確定，指定新期日，於申報人勝訴時，駁回除權判決之聲請。於申報人敗訴時，應為除權判決。於除權判決保留申報人之權利者，於聲請人勝訴時，除權判決發生與無保留的除權判決之同一效力。敗訴時除權判決失其效力。

3. 除權判決 因除權判決之宣告，無記名證券成為無效，即持有人喪失其證券上之債權。將來之善意取得人，亦不因證券取得權利。但在除權判決前雖有禁止給付之命令，對於被公示催告之證券仍不妨善意取得，然經除權判決後其證券雖在善意取得人手中，仍被宣告無效（*Staub, zu § 365 Akm. 13*）。有除權判決後，聲請人雖無證券，對於依證券負義務之人，得主張證券上之權利。因除權判決而為清償者，於除權判決撤銷後，仍得以其清償對抗債權人或第三人。但在清償時已知除權判決撤銷者，不在此限（民訴五六一條、德民八〇〇條、德民訴一〇一條）。尤其尚未屆清償期之證券，依德民瑞債得請求新證券之發行，然不得請求與前證券完全同一形式證券（例如同一號碼）之發行（*Enn-Lehmann, § 211, I, Bemerk. 3*）。其費用應由聲請人負擔，並應預付（德民八〇〇條、瑞債九八六條三項）。

【註】時效不因公示催告程序之開始而中斷。然得依確認之訴，基於將來除權判決之給付之訴，而中斷。證券義務人對於獲有除權判決之權利人，仍得以時效對抗之（*Staub z. W.O. § 73, Anm. 9, 13, 1923*）。

二、利息年金及分配利益之無記名證券

利息年金及分配利益之無記名證券（*Zins-Renten- oder Gewinnanteilschein*）有遺失、被盜或滅

失時，持有人除得聲請公示催告外，民法更定有簡易方法，得由持有人向發行人爲通知。即俗所謂掛失是也。在德民法對於此等定期給付證券，不許聲請公示催告，惟證券喪失人將其喪失在提示期間屆滿前通知義務人時，於提示期間經過後，得向發行人請求給付。此請求權因在提示期間經過前，喪失之證券爲給付已提示於發行人，或證券上之權利已在審判上爲主張，而被排除，並因四年之時效完成而消滅（德民八〇四條），蓋以此等證券金額不多，不宜於依公示催告禁止給付或宣告無效（*Staudinger, zu § 759, II, 4. § 804.2*），而其代用之通知效力，則遠爲薄弱。義大利商法改正草案（一九二五年）廢除無記名證券依公示催告之除權判決制度，惟於證券喪失人將其喪失通知義務人，在履行期屆至時效完成前尚無任何人申報爲權利人時，始得請求給付。我民法第七二七條第一項規定近似於此。然同條第二項規定時效屆滿前由第三人提示證券者，發行人於該第三人與爲通知之人合意前或於法院爲確定判決前，應不爲給付，則爲我民法之特別規定。論者有謂如此第三人於證券權利消滅時效屆滿前提示證券，苟受有喪失之通知，發行人亦不得爲給付，則不足保護善意取得證券之第三人，對於無記名證券之流通性，未免有礙（我妻中國債各下八四九頁）。然民法第七二七條第二項與第七二〇條第一項爲相對應之規定，其理由已如前述。

1. 時效期間屆滿前未有提示者 如法定關於定期給付之時效期間屆滿前，未有提示，爲通知之持有人得向發行人請求給付該證券所記載之利息、年金或應分配之利益（民法七二七條一項本文），蓋消滅時效期間屆滿前，迄無提示證券之人，縱令嗣後另有其他正當持有人，發行人亦得以消滅時效已完成爲抗辯，而拒絕給付，不致遭受損失。故民法特許爲喪失通知之持有人於消滅時效完成後，仍得請求給付。此請求權不宜任其長不行使，自時效期間屆滿後因一年間不行使而消滅。通知民法並未定有方式，然證券喪失人爲日後請求權之主張，應採適當之方法，以確保其證明。喪失之證明非爲請求權成立之要件，然爲使發行人對於其請求權陷於遲延，則通常爲必要。喪失人同時持有主證券者，可因主證券之提示而證明其曾持有從證券。時效期間屆滿前有證券之提示，應由發行人證明。其提示係於時效期間屆滿後始爲之，則應由通知

人證明之。

2. 時效期間屆滿前已有提示者 如於時效期間屆滿前由第三人提示該項證券者，發行人應將不為給付之情事，告知該第三人，並於該第三人與為通知之人合意前或於法院為確定判決前，應不為給付（民法七二七條二項）。如證券上給付已屆清償期或未定清償期，應解釋發行人為免其陷於給付遲延之危險，除能證明持有人為盜或拾得人或惡意取得人外，應將其給付提存之（民法二三七條），蓋證券持有人原有請求給付之權利也。依德民解釋，發行人得對於提示期間屆滿前為提示之證券人為給付，無等待之義務。惟通常由發行人將已有提示之事實告知喪失人，其權利之爭執及以假處分為其權利之保全，乃為喪失人之事（S. *audinger*, zu § 804, I, 2d）。然在我民法，則此時發行人彼此爭執未經協議或確定判決解決，而逕對於證券持有人為給付，則有須為二重給付之危險。

第七節 無利息見票即付之無記名證券

無利息見票即付之無記名證券（*die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen*）謂不給利息，可隨時請求給付之無記名證券。例如銀行兌換券、商店禮券。此項無記名證券，除利息、年金及分配利益之證券外，不適用第七二〇條第一項但書及第七二五條之規定（民法七二八條、德民七九九條一項後段、瑞債九八八條「銀行兌換券及其他大量發行見票即付之無記名證券，為金錢之代用而置於流通並記載確定金額者，不為無效宣告」）。即（一）發行人雖知持有人就證券無處分之權利或受有遺失被盜或滅失之通知，仍得對於持有人為給付而免其債務（民法七二〇條二項）。但發行人之為給付有背於誠信原則者，仍不能免其責任。（二）亦不適用公示催告程序，即持有人不得聲請公示催告依除權判決宣告其證券為無效，而向發行人請求給付。惟有向拾得人或竊取人，請求返還證券或損害賠償。證券物

質上減失之時，則權利亦隨同消滅，毫無救濟方法，其損失歸持有人負擔。

【註】無記名證券，除有特別記載外，如有遺失等事由，概可依一定方式宣告無效，自不能與銀行兌換券不掛失票者同論（大理院六年上字第五六五號）。

第二十二章 終身定期金

第一節 終身定期金契約之意義及性質

終身定期金契約（Leibrentenvertrag; contrat de rente viagère; contract of annuity for lifetime），謂當事人約定一方於自己或他方或第三人生存期內，定期以金錢給付他方或第三人之契約（民法七二九條、日民六八九條、瑞債五一六條一項二項）。應定期給付之金錢，謂之定期金。應為給付之當事人之一方，稱為定期金債務人。應受給之相對人或第三人，稱為定期金債權人。

一、終身定期金為諾成契約及要式契約

終身定期金契約，依當事人間意思表示之一致而成立。現實為給付，並非為此契約成立之要件，故為諾成契約。然其意思表示，是否須有一定之方式，立法上有不同。在日本民法為不要式，在法民法金額或價值在五百佛郎以下者，為不要式（法民、一三四一條），為無償者，應具贈與或遺囑之方式（法民一九六九條）。德民（七六一條）以債務人方面之此約束，應以書面為之。瑞債（五一七）以書面為此契約有效成立之要件。我民法明定此契約之訂立，應以書面為之（民法七三〇條），蓋從瑞債之例也。此契約所以為要式者，因其為長期，有保護契約當事人尤其有保護定期金債務人之必要。此方式就契約重要部分，均為其要件。（一）關於定期金之約束，應具此方式，故其應支付數額之約定，亦為要式，並應有定期金債

務人之簽名。然定期金之存續期間，無須記載，蓋民法就此已有規定也（民法七三一條）。然為異於民法任意規定之約定，仍應以書面為之。（二）對待給付之約定，如對待給付已為履行，則定期金債權人之簽名，非為形式的要件，蓋債權人不復有義務也。第三權利人之簽名，則非此契約之有效要件（Oser, zu § 5 17, Ann. 1, 4）。

此方式惟為終身定期金契約，以其為此契約即為獨立的定期金的約束而規定。如定期金義務為他契約之流出物者，則應遵守關於該契約之方式規定。故在僱傭契約之退休年金約束，其給付義務為他債權的契約之結果者，非終身定期金契約，雖未以書面為之，亦為有效（Oser, Vorb. zum 22er Titel, 3; zu § 5 17, Ann. 5, 6），蓋以此時偏重於僱傭契約之觀點，其年金給付與勞務給付如此密切結合，年金買賣之觀念完全退居在後也（Enn-Lehmann, § 187, I, 4）。貸借人與借用人約定消費借貸之返還，以年金之形式為之者，非為獨立的年金之建立，惟對於一已成立的債務之附隨的約定，其約定無須民法第七三〇條之方式。扶養契約，其給付繫於年金權利人之需要者，亦不準用此方式規定（Denecke zu § 761, 1）。訴訟上書面之和解，得代替此書面方式。然須因和解改造成立單一的基本權之新基礎，因而產生與原債務關係獨立對於各支分給付之請求權（Staudinger, zu § 761, 1）。為定期金契約前導之基本契約，債務人因而負有設定定期金權利之義務，依其設定而履行者，其基本契約亦須具備民法第七三〇條之方式。如未具此方式，而於履行契約之訂立具備此方式者，則基本契約方式之欠缺，失其重要義意。然方式始終未遵守，則終身定期金契約，雖有雙方之履行，仍為無效。雙方得依不當得利之規定，請求返還（Denecke, zu § 761, 1, 3）。惟終身定期金契約應以書面為之，單方行為例如懸賞廣告，為終身定期金之約定，雖以口頭為之，亦生效力（Staudinger, zu § 761, 2; Enn-Lehmann, § 187, I, Bem. 6; Erhman, zu § 761, 2）。

二、終身定期金契約為有償或無償契約

終身定期金契約有為有償者，授受原本而使成立定期金債權是也。其對價之形式雖有主張必為一次之

原本給付 (Lotmar, Arbeitsvertrag, S. 150)。然固不妨爲數回的給付。例如養老保險契約。土地亦得爲終身定期金的義務負擔之對價而移轉 (Enn-Lehmann, § 187, II)。亦得爲無償，即惟當事人一方負有於自己、相對人或第三人之終身期間，定期對於相對人或第三人給付金錢之債務。相對人不須爲任何給付是也。終身定期金爲贈與而約定，即爲終身定期金贈與 (Leibrentschenkung) 時，應同時適用關於贈與之規定，得依贈與爲撤銷 (民法四〇八條)。贈與不僅因依民法第七二九條與以終身定期金基本權 (Leibrentenstammrecht) 而已實行，惟於有支分債權之給付，始可謂有民法第四〇八條所謂交付。債務人亦惟就故意或重大過失，對於債權人負其責任 (民法四一〇條)。

終身定期金契約，爲有償者，在日本民法通說謂該契約相當於其他有名契約時，應同時適用該有名契約之規定並準用關於買賣之規定。然在我民法，如同德民，瑞債，係以終身定期金契約爲無因契約，因終身定期金基本債權之設定，在定期金債務人方面即爲已履行，其後支分債權給付雖有遲延，不得因而解除終身定期金契約，其詳有如後述。

三、終身定期金契約爲有名契約及無因契約

終身定期金契約與贈與、買賣或其他有名的典型契約之關係，在德法兩國民法，解釋上有不同之見解。(一)有謂終身定期金契約非特殊典型契約，不過透過各種債權發生原因，得爲其內容之特殊的給付方式，主張應與爲第三人之契約同樣移置於債法通則 (Cosack, Lehrb. des d. b. Rechts, BI, § 97, 6 Auf. Planiol tom. 2, no. 2118)。(二)有謂終身定期金契約爲一種無因的債權契約，雖以贈與、買賣或其他各種契約爲基礎而訂立，然其自身並非贈與買賣或其他原因契約，從而雖因此等基礎契約爲無效而欠缺原因，亦不當然使終身定期金爲無效，僅發生不當得利返還之問題 (Oertmann, Vorb. vor § 750, 4)。(三)在日本民法，通說謂爲一種有因的典型契約。爲無償者，同時帶有贈與之性質 (爲定期贈與之一種)，亦應適用關於贈與之規定。爲有償時，其原本之物體得爲金錢其他物或爲勞務或物之使用收益，從而得有買賣或

其他典型契約之內容（例如將買賣價金爲定期支付，甲將公債、股票移轉於乙，約定於甲生存中，乙應將利息及股息，於收取後即逐一交與甲）。於契約性質許可之範圍，亦應適用其他典型契約之規定（末弘八六七頁、末川四五三頁、鳩山七二四頁、沼債各下二二八頁）。依余所見，在我民法第一說不足採，蓋以我民法明以終身定期金爲有名契約，而且自民法第七三五條「本節之規定於終身定期金之遺贈準用之」之規定觀之，第七二九條以下之諸規定非僅以終身定期金爲特殊之債務關係，而係以爲特殊之契約，至爲明顯。第三說亦不足採，蓋在日本民法第六九一條第一項規定「定期債務人受有定期金之原本者，怠於其定期金之給付或不履行其他義務時，相對人得請求原本之返還，但自己受取之定期金中，扣除其原本之利息後之餘額，應返還於債務人」，即得因支分債權之不履行，解除終身定期金契約，而明示受有原本與終身定期金契約之關係，自應解爲有因契約。依法民法有債之終身定期金契約，惟得因定期金債務人未供給所約定之擔保而解除（法民一九七七條），不得因定期金之未給付而解除（法民一九七八條）。然在德民、瑞債及我民法，則均無此項規定，以採取無因契約說爲宜，應以終身定期金契約爲特種契約，並非互易、買賣或借貸。其派生各支分債權之基本權（Stammrecht），應由其他關係人之關係分離而獨立。終身定期金契約爲有債者，爲雙務契約。如已設定基本權，則契約在定期金債務人方面，爲已履行。定期金債權人對於各定期金之請求權直接基於基本權，惟間接的基於契約而發生，嗣後如定期金債務人就各個定期金給付有遲延時，非依民法第二五四條第二六四條以下之規定，而應適用民法第二二九條以下之規定（Denckau, zu § 759, 2; Erhman § 759, 2; Palandt, 759, 1; Staudinger, Vorb. vor § 759, e; In-Lehmann, § 188, I, 1），即定期金債權人不得因定期金給付之不履行而解除契約，然如因定期金之不按期給付不能達養老之目的時，得因目的之不達到構成不當得利而請求原爲原本而爲給付之物（對待給付）之返還。終身定期金契約爲無因契約，應由對待給付遮斷而獨立，故有薪給約定之僱傭契約，非終身定期金契約。加薪及休養給與之契約，縱令於僱傭關係終了之際或其後訂立者亦同。對於主債務爲從給付之約定（例如

利息)，亦非終身定期金契約。因損害賠償請求權或繼承請求權之和解，雖有定期金給付之合意，如其債務原因未變更，亦不屬之。

四、終身定期金契約爲射倖的契約

定期金給付義務，即其給付分量繫於當事人之一方或第三人生存期間之長短，而人之死亡時期極不確定，故終身定期金契約爲射倖或冒險行爲（aleatorische oder spekulative Geschäfte）。然與幸運契約（Glücksverträge 賭博）不同。在此有誠摯的經濟基層，當事人並無賭博之意思，而且在定期金債權人方面，權利義務範圍自始已定，而其行爲目的在於免受生活變動之影響，即消滅射倖的成分也（Oser, V orb., zum 22er Titel, Anm. 4）。

五、終身定期金契約以金錢之給付爲其標的

終身定期金契約之給付物體，依日本民法爲金錢或其他物（日民六八九條）。然定期金因時之經過而漸次發生，依學者解釋，應爲替代物。在德民瑞債未限定終身定期金之標的物，通說謂應以金錢或替代物爲限（Enn-Lehmann, § 187, 1, 3; Dernburg § 251, IV, 1; Erhman, zu § 759, 1; Palandt, § 759, 2, b; Oser Vorb. vor § 516, 2; Funk art. 516, 1）。定期的他種給付例如勞務承攬之定期給付，住食之定期給與，非定期金契約。有主張得準用關於定期金契約之規定者（Oertmann, Vorb. zum 16. Titel, 3 a; Planck I 2a; 末弘八六一頁）。有主張亦無準用者（Staudinger, Vorb. zum 16. Titel, Ia; De-necke, zu § 759, 1）。我民法既規定爲金錢，解釋上其約定定期給付代替物或定期給付有代替性之勞務或權利者，惟可準用關於終身定期金之規定（戴著三五二頁，劉著六〇九頁，季著債分下一八五頁）。

六、終身定期金契約以定期給付金錢爲標的

所謂定期給付，謂於規則的回歸之時期爲給付，即每年、每半年、每季或每月爲給付。依德民法第七六〇條第二項「金錢定期年金，應預付三個月份，其他定期金應預付之期間，依定期金之性質及目的定之

「。依瑞士債務法第五一八條第一項「除另有訂定外，終身定期金應每半年預付」。依奧民第一二八五條第二段「於有疑義時，按四分之一年預付」。我民法第七三二條規定除契約另有訂定外，應按季預行支付，蓋從德、奧之例也。每期之給付無須常爲同一分量，亦不必自始確定，以得確定爲已定（末川四五頁）。

終身定期金須有回歸的多數給付。縱令應爲繼續的給付，例如物之使用或寄養，惟可認爲統一的一個給付者，不構成終身定期金契約之標的。定期金債務雖亦得爲有債的負擔，然其對價之給付，須非與定期金各清償期有比例關係，故按物之使用或勞務之分量或時間而應按期支付者，尙不得稱爲定期金。

七、終身定期金以迄於當事人之一方或第三人死亡之時爲定期給付爲標的

終身定期金係以迄於當事人之一方（定期金債務人或債權人）或第三人死亡之時，約定定期給付金錢之契約。以迄於法人解散之時約爲定期給付者，非茲所謂終身定期金契約。所謂第三人雖有解釋爲限於應受定期給付之第三人，而非泛指一般第三人（岡村五四一頁），然固無爲此狹義的解釋之必要。如爲特定第三人，任何人皆可。故以相對人或第三人之終身期間應爲給付時，其應受給付者得爲相對人或第三人。即約定於相對人之終身期間應對於第三人爲定期給付或於第三人之終身期間應對於相對人或其他第三人爲定期給付者，亦不妨爲終身定期金契約（鳩山七二三頁、末弘八六二頁、沼債各下二三一頁）。對於女婿約定每年爲一定補貼，是否爲終身定期金契約。如約定於該配偶之一方或雙方之生存期間按年給付，則爲終身定期金契約。如約定惟於一定時期或於婚姻存續期間爲給付，則否。

終身定期金期間除得定爲迄於特定之人之死亡爲存續外，尙得附停止條件或解除條件，使其期間繫於其他事實。解除條件例如約定因定期金債務人之貧窮或因定期金債務人之女之婚姻解除，或因爲定期債權人之寡婦之再婚而終了（Oser zu § 516, Ann. 2）。苟約定終身期間，不妨同時另定確定的存續最長期間（例如三十年），如其期間於死亡前屆滿，則權利亦因而消滅。然如約定期間過短，例如

惟於五年間有爲定期給付之義務，則非終身定期金契約。蓋此時已喪失終身定期金之性質也（*Ein-Lehmann*, § 187, 1 末弘八六二頁）。約定定期金之一定存續期間，惟附帶的約定於期間前之死亡亦使定期金終了者，非終身定期金契約（*Oertmann*, zu § 759, 1）。

八、終身定期金契約爲定期金債務人對於相對人或第三人約爲金錢給付之契約

終身定期金之受益人，即應受定期給付者，不必爲契約之相對人，亦得爲第三人。爲第三人時，該契約係爲第三人之契約，亦應適用關於第三人之契約之規定（民法二六九條二七〇條）（鳩山七二四頁）。

九、終身定期金債權之發生原因

終身定期金債權之發生原因，有種種。有因契約而生者，有因單方行爲而生者，例如懸賞廣告及遺贈。有因法律之規定而生者（民法一九三條二項）。然民法僅就因契約而生之終身定期金，設有第七二九條至第七三四條之規定，對於因遺贈所生之終身定期金，惟準用上述規定（民法七三五條、日民六九四條），蓋爲終身定期金發生原因之遺贈，應依遺囑方式爲之，如既已因遺贈發生終身定期金債權，則就其效力應與因契約所生者無爲區別之理由也。因懸賞廣告所生之定期金，除方式不需書面外，亦可解釋準用關於因契約所生終身定期金之規定（*Staudinger*, *Vorb. zum 16. Titel*, 2, a, zu § 761, 2）。終身定期金因法律規定而生者，惟於未另有規定時可準用民法第七三二條之規定（參照德民八四三條二項）。

第二節 終身定期金契約之效力

一、終身定期金權利之發生

因終身定期金契約所生之效力，主要的爲終身定期金權利（*Leibrentenrecht*）之發生，此權利雖有主張爲多數附停止條件的債權之集合（*Planck 3 Auf. vor § 759, II 4*）、然多數採取單一說（*Einheits-*

theorie) , 謂爲一個包括的權利 (ein einheitliches Recht) 。此權利應與對於各定期金債權爲區別 , 前者稱爲基本權 (Grundrecht; Stammrecht, Gesamtrecht) , 後者稱爲個別定期金債權 (einzelne Rentforderungen; einzelne Ansprüche) 。有謂定期金權利本身於其整體得附以條件 , 而各個給付之請求權利則否。定期金權利之成立及存續 , 於其整體亦得附以期限 (Staudinger, Vorb. zum 16. Titel I; Soergel, Vorb. zum 16. Titel) 。有謂基本權爲一種取得權 (Erwerbsermächtigung) , 定期金權利人有因各別定期金期限之屆至而當然取得各個定期金債權之期待權 (Anwartschaft) 。此權利並非基本請求權 (Hauptanspruch) , 不因時效而消滅。惟其支分債權 , 因五年間不行使而消滅 (民法一一六條) (Staudinger-Kober, Vorb. zum 16. Titel 3; Enh-Lehmann, § 188, I, 3) 。但多數主張基本權相當於包括請求權 (Gesamtsanspruch) , 亦應依一般消滅時效而消滅 , 即因十五年 (在德民爲三十年) 不行使而消滅。其時效期間自第一次定期金清償期屆滿之時起算。已爲支付者 , 自最後定期金支付之時起算 (Oertmann, zu § 760, Bem. 5; Denecke, zu § 759, 1; § 760, 3; Erhman, zu § 75 9, 8; Palandt, a § 759, 1) 。德國最高法院判例亦然 (R G, 136, 427) 。在日民學者多數謂定期金基本權 , 爲基本債權 , 其各期之定期金給付請求權 , 爲支分債權。基本債權亦應依一般消滅時效而消滅 (未弘八六三頁、沼債各下二三三頁、末川四五五頁) 。余從通說。由基本債權發生支分債權 , 既生之支分債權 , 由基本債權分離 , 有獨立的存在。故各異其消滅時效。基本權利不得讓與而支分債權則得獨立的爲讓與或其他處分之標的。終身定期金權利 , 基於雙務契約應設定者 , 則基本權之給與 , 已爲其契約之履行。其各期定期金之給付 , 雖有遲延 , 不因而有終身定期金契約之解除權。因終身定期金契約發生基本權與支分債權 , 故就一個確定的債權 , 雖有分期給付之特約 , 不得目爲定期金債權 , 蓋此種債權不因時之經過發生支分債權也。終身定期金債權 , 雖通常因終身定期金契約之訂立即發生 , 然附有停止條件時 , 因條件之成就始行發生。例如以終身定期金之給付爲標的之養老保險契約。

二、終身定期金之存續期間

終身定期金給付義務之存續期間，係以債務人債權人或第三人之終身為標準，已如前述。究以何人為標準人，由契約當事人自由約定。因各支分債權，並非為附停止條件之債權，終身定期金為單一權利。故破產前已設定之定期金，於其資本還元額為單一的對於繼續各期給付之債權（瑞債五一八條二項）或為附有解除條件（標準人死亡）之債權，得與破產管理人所主張之債權為抵銷。全部定期金，得以為一單位而申報。因基本權為單一權利，故債權人惟應證明其成立，而債務人即應證明其消滅原因，尤其標準人之死亡（*Dedecke zu § 759, 1, S. 532*）。然如無約定或所定不明時，則推定其為於債權人生存期內按期給付（*民法七三一條一項、德民七五九條一項、瑞債五一六條二項*），蓋定期金之給付，原為債權人之個人關係，故其存續期間亦應以債權人之終身為準也。如以債務人或第三人之生存期間為標準，而債權人先於債務人或第三人死亡者，於有疑義時，應解釋因債權人死亡而義務終了。然亦得約定定期金應移轉於債權人之繼承人（*Dedecke zu § 759, 3; Sandinger, § 759, 1, a*）。但依瑞債第五一六條第三項「以定期金債務人或第三人之終身為標準而設立終身定期金，除另有約定外，移轉於定期金債務人之繼承人」。定期金期間亦得於人之生存期間外，使繫於其他事實，例如以定期金權利人孀守或成年為條件。

三、終身定期金之數額

定期金之數額，得由當事人自由約定，即得約定每月、每季、每半年或每年應給付若干。如僅定每期應給付之金額或僅定數額而未定其給付期限為月為季為半年或為一年者，則推定其為每年應給付之金額（*民法七三一條二項、德民七五九條一須*）（*Sandinger, zu § 759, 1b*），不僅定有數額而並有定期給付期間者，於有疑義時亦有適用。例如約定定期金數額一千元，定期金應每季支付，則於有疑義時應推定為每季給付一千元（*Dedecke zu § 759, 4*）。數人為終身定期金權利人時，除另有約定外，應平均分受（*民法二七一條*）。因其中一人之死亡而其部分即歸消滅，然亦得約定死亡者之部分應歸屬於其他生存者，例

如相互年金契約 (Tontilnvertrag) (Denecke, zu § 759, 3; Staudinger, zu 759, 2; Oser zu § 716, Anm. 5)。

四、終身定期金之給付時期

定期金之給付時期，由當事人自由訂定。如無訂定時，究應預行給付，抑應於每期終了時始行給付。在日本民法因無明文規定解釋上除有預付之約定外，惟應於期間經過後始應支付 (沼二三三頁)。德民 (七六〇條一項) 瑞債 (五一八條一項) 奧民 (一二八五條二項) 均有應行預付之規定。我民法規定應按季預付 (民法七三二條)，即按年之定期金，應分四季於每季開始時預付。其按月支付者，則應於月初支付。蓋定期金通常係以維持定期金債權人之生活為目的，有預付之必要也 (依德民第七六〇條第二項規定，金錢定期金雖應預付三個月，其他定期金則依其性質及目的而定，例如穀物定期給付，則於有疑義時，惟應於收穫後支付)。

依其生存期間而定終身定期金之人，如在定期金預付後該期屆滿前死亡者，定期金債權人取得該期金額之全部 (民法七三二條二項、瑞債五一八條二項，參照德民七六〇條三項，法民一九八〇條)。(一) 定期金存續期間所由定之標準人，一經死亡，依理定期金債權立即消滅，即於定期金給付期限開始時已預付該期定期金，而該標準人於其期限之中途死亡時，其死亡後相當部分之金額，債權人已無權受領，理應將其部分返還於債務人，然民法為保護定期金債權人起見，特規定債權人仍取得該期金額之全部，無庸返還。蓋以終身定期金多為債權人生活資金，應預付時債權人往往於該期之開始即已列入其支出預算之內也。(二) 依德民法第七六〇條第三項「債權人於應預付定期金期間之始尚生者，得取得其期間之全部定期金」。就其應預付之期間，縱當事人依契約另有訂定，仍有適用。然以有預付義務時為限。苟有預付義務，則債權人繼承人，不獨無須返還已受領之定期金，亦得對於未受領金額訴請給付。如無預付義務，縱事實上偶任意為給付，亦無本條之適用 (Oertmann, zu § 760, 4; Staudinger, § 760, 2)。依瑞債第五一八條第二項

，「以其人之生存期間爲所設定終身定期金標準之人，於應預付終身定期金期間之經過前死亡時，發生應支付其金額全部之債務」。依法民第一九八〇條「終身定期金按債權人生存日數之比例歸屬於債權人，然終身定期金有預付之約定時，其期應支付之金額，自應爲支付之日歸屬於債權人」。我民法規定「如在定期金預付後」，雖似以事實上已預行給付爲條件，然應參考德、瑞、法、三國之例，解釋已預付者，取得該期金額全部之債權人或其繼承人，對於債務人（或其繼承人），不負不當得利返還之義務。應預付而尚未預付者，債權人（或其繼承人）對於債務人（或其繼承人）尙得請求其期之全部金額。蓋苟應預付，縱令事實上因債務人之遲延而未給付，尙應有本條之適用，否則無異於獎勵債務人之拖延也。然苟因另有約定，債務人不負預付義務，其期之金額惟應按標準人生存日數之比例歸屬於債權人（參照日民六九〇條、法民一九八〇條）。(三)所謂「依其生存期間而定終身定期金之人」，雖以債權人之生存期間而定定期金應存續之期間時，其適用最爲顯著，然民法不問標準人爲債務人抑或第三人，均認有此特例（Oser, zu § 113, Ann. 4）。(四)民法第七三二條之規定，爲任意規定，然法院準用民法第七三二條之規定決定定期金時（民法一九三條二項），不得就支付方法爲使債務人發生困難之變更（例如命爲一全年金額之預付）。但除對於債務人使發生困難有失公允外，不妨依聲請決定較一季爲短之給付期間（Staudinger, zu § 700, 1; Denecke, zu § 760, 1）。

五、定期金債務不履行之效力

定期金債務人，不履行定期金給付時，應適用關於遲延之一般原則。各個支分債務之不履行，非爲終身定期金基本債務之一部不履行，債權人不因而得解除終身定期金契約（參照法民一九七八條），此點與日本民法不同（日民六九一條），已如前述。但於當事人有特別約定時，自亦可因定期金支付之遲延而解除契約。此外定期金債權人得依假扣押或依假處分（參照法民一九七八條），亦得依將來給付之訴（民訴二四六條），而受保護（Oertmann, zu § 760, 2; Oser, zu § 518, Ann. 2）。亦有主張在我民法契約解

除不限於雙務契約（民法二五四條），支分債權之不履行結局使消滅基本債權之全契約解除為可能，此觀於以租金不支付為理由而得解除租賃契約，應為當然，故在我民法亦得以支分債權之不履行為理由，為終身定期金契約之解除，而請求原本之返還。其解除之要件及效力，均應依一般原則。如以支分債權一回之不支付而許全契約之解除，有失公平，則依誠信原則，應可準用民法第四四〇條第二項規定（我妻中國債各下八七一頁）。

第三節 終身定期金權利之移轉

依我民法規定，終身定期金之權利，除契約另有訂定外，不得移轉（民法七三四條）。依瑞債第五一九條第一項，「終身定期金債權人除契約另有訂定外，得讓與其權利之行使」（*die Ausübung seiner Rechte abtreten*）。第二項「無償對於第三人設定終身定期金債權者，得同時規定其終身定期金不得因強制執行或破產程序而由該第三人剝奪之」，即基本權利（*Stammrecht*）不得扣押，亦不屬於破產財團，在法律上為不得讓與，故亦不得扣押。至支分債權，則應分別普通情形及特殊情形而有不同。在普通情形，支分債權得為扣押之標的及因破產屬於定期金債權人之破產財團。雖當事人訂有不許讓與之契約亦同。惟例外的無償設定者（於契約或遺囑），在設定前或設定之際有特別禁止之規定時，不得為強制執行或破產財團之標的（*Oser, zu § 519, Ann. 4—7*）。依我民法第一九八一條「惟無償設定之終身定期金，得約定不得扣押」。其他情形則雖有禁止讓與之特約，其效力不及於第三人（*法民一五九八條、一三二一條*）。從而亦不影響於其強制執行之可能性。在德民法未設有特別規定，學者多數謂基本債權原則上無讓與性，從而不得為強制執行之標的。支分債權則有讓與性，故亦得為強制執行之標的（*Oertmann, Vorb. zum 16. Titel, 6b; Staudinger, zum 16. Titel 1f; Erlman, zu § 759, 8*）。在日本民法因無規定，學者有主張

基本債權不得讓與（鳩山債權總論三四三頁）。有謂以得讓與爲原則，惟因贈與設定者，係注重債權人之個人，應解爲無讓性。至各期之支分債權，則不問清償期屆至與否，均得讓與（末弘八六四頁）。有謂基本債權除因贈與設定者係以個人地位爲契約之要素外，原則上得爲讓與。然在第三人應受定期金時，惟支分債權得爲讓與，基本債權不許當事人以外之人爲處分，故第三人不得爲讓與，而當事人亦不得變更第三人之權利，故當事人亦不得讓與（中村五一四頁）。我民法第七三四條所謂終身定期金之權利，係僅指基本權利，抑兼指支分債權而言，雖不無疑問。依余所見，應解釋爲僅指基本權利而言（同說劉著六一四頁、季著七三四條註解）。基本權利不得移轉，從而亦不得繼承並不得扣押。支分債權，不在其內。至於已到期之支分債權，應解釋原則上得爲讓與，當事人雖得以特約禁止讓與，不得對抗善意第三人（民法二九四條二項）。縱有此約定，除其支分債權係維持債務人及其家屬生活所必需者外，亦不妨爲強制執行（強執一二二條）。

第四節 終身定期金契約之消滅

終身定期金契約，依一般契約之消滅原因而消滅。其消滅之特別事由，爲此契約上爲標準之特定人之死亡。然依其生存期間而定終身定期金之人之死亡，如其死亡之事由應歸責於定期金債務人時，尚依一般原則因死亡立即使契約消滅，則因債務人之行爲而可剝奪債權人將來當然應受之利益，故民法特設例外的規定，於此時法院因債權人或其繼承人之聲請，得宣告其債權在相當期限內仍爲存續（民法七三三條、日民六九三條一項）。

一、死亡之事由應歸責於債務人

所謂應歸責於債務人之事由，例如（一）應於終身定期金債務人之生存期間爲定期金之支付時，而債

務人自殺或被處死刑。然此時債務人須因自己之過失而招致死亡，如於心神喪失其他無歸責能力之狀態而自殺者，應不包括在內。但因故意或過失引起此精神狀態者，不在此限。(二)以債務人以外之人即以債權人或第三人為標準人時，因可歸責於債務人之事由而死亡者，例如殺害。

二、應依債權人或其繼承人之聲請

債務人或第三人為標準人，而因可歸責於債務人之事由死亡者，由債權人聲請。債權人自己為標準人者，由其繼承人聲請。

三、法院宣告其債權仍為存續

具備上述要件時，法院應以裁判宣告其債權在相當期限仍為存續。(一)所謂相當期限，雖有主張應為基於一切事情而定之相當期間(清瀨各論二五二頁)。通說謂為如無殺害行為，其標準人應生存之期間，即應考慮標準人之強弱、年齡及一切情事，以推測其人應生存之期間，此點與扶養義務人被殺害時，扶養權利人對於加害人得請求之損害賠償額，應以扶養義務人在通常情事之下應有之餘命為標準，而計算者相同(末弘六九三頁、沼債各下二三六頁、岡村五四九頁、中村五一七頁)。(二)其期間是否相當，雖有主張不足為第三審上訴之理由(橫田各論七六一頁)，然為判斷是否相當之各個基礎事實，與以此等事實為基礎而為之判斷，截為兩事。前者為事實之認定，不為第三審上訴之理由。後者為法律問題，仍得為第三審上訴之理由(末弘八七二頁、沼債各下二三六頁)。(三)關於債權存續宣告之程序，雖無規定，應解釋為依通常訴訟程序，依判決為之。宣告債權存續之裁判，為創設判決，而非確認判決。標準人死亡時終身定期金債權雖一旦因而消滅，有此裁判時，請求權溯及的自始不消滅，與其繼續存在有同一之效力。然此裁判之效力，惟溯及死亡之時創設定期金請求權，並非有使原已存在之終身定期金契約存續之效力(末弘八七二頁、岡村五四九頁)。(四)法院因聲請得宣告債權仍為存續，如具備法定要件，法院即應為此宣告(鳩山七三〇頁、沼債各下二三七頁、磯谷七六五頁、末川四五八頁、季著下一八九頁、劉著六一三

頁、或著債各下三五七頁），蓋以民法雖規定法院得宣告，不過係由職權方面爲規定而已。但亦有主張債務人如以無實力不能履行爲恥而自殺以謝罪，或債務人雖有過失而債權人有更大的過失以致債務人死亡時，反以不宣告債權存續爲妥，故雖具備法定要件，是否宣告債權存續，應委於法院之自由裁量，即法院得宣告並非應爲宣告（岡村五四八頁）。

在日本民法因其第六九三條第二項之規定，債權人得不請求債權存續之宣告，而依日民第六九一條第一項之規定，可認爲債務不履行之一例，視契約爲解除而請求其所交原本之返還（中村五一八頁）。在我民法無此規定，自不能爲同樣之解釋，惟依其情形，亦得構成侵權行爲而已。

【註】在德民法，雖無規定，然依學者解釋，此時債務人多係以不正當行爲促成解除條件之成就（我民法一〇一條二項）。因過失之殺害，得依民法第一八四條第二項之規定，構成侵權行爲。債務人因可歸責於自己之事由致死者（例如自殺），不得適用民法第一八四條第一項後段之規定構成侵權行爲，蓋自殺難認爲背於善良風俗之行爲，而且缺乏加害之故意，然依終身定期金契約或遺囑之從寬解釋，此種死亡應不以爲終止契約之原因（Oertmann, zu § 75 S. 1, S. 720）。但亦主張此時亦係違背誠信原則促成解除條件之成就（Derburg）。亦有主張應分別適用德民第一六二條（我民法一〇一條二項）第八二三條（我民法一八四條第一項前段及二項）第八二六條（我民法第一八四條第一項後段）第八四四條（我民法一九二條）之規定（Saubinger, zu § 750, 3）。瑞債關於此點亦無規定，然依學者解釋債務人故意殺害債權人或致其死亡或自殺時，其義務不因而消滅，蓋係由違反誠信原則而引起解除條件之成就也。定期金義務爲被殺人之繼承人之利益或爲自殺人之繼承人之負擔，於被殺人推定的生存期間仍爲存續，雖有主張應依侵權行爲之原則爲損害賠償，然此尚不足以資保護（Oser, zu § 516, Anm. 6）。

第二十三章 和解

第一節 和解之意義及性質

和解 (Vergleich; transaction; compromise) 謂當事人約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約 (民法七三六條、法民二〇四四條一項、參照日民六九五條、德民七七九條、奧民一三八〇條)。爲和解之成立，第一須有爭執之存在。第二須有終止或防止爭執之意思。第三須有互相讓步。在日民和解以終止當事人間所存之爭執爲目的，在德民以除去當事人間就法律關係所生之爭執或不明確爲目的，奧民以決定有爭執或有疑之權利爲目的。惟法民則不僅以終止發生之爭執而並以防止可生之爭執爲目的。我民法規定，蓋仿法民之例也。關於和解，德民惟設有一條，日民亦僅有二條，瑞債則無規定。惟法民奧民，則規定頗詳 (法民二〇四四條至二〇五八條、奧民一三八〇條至一三九一條)。

一、和解爲契約

民法明定和解爲契約，因和解契約之訂立，當事人互相負有履行所約定讓步之義務。和解有確定所爭法律關係之效力。雖有主張爲物權契約，然通說謂爲債權契約。

1. 和解爲雙務契約及有償契約 在和解當事人雙方約定互相讓步，即雙方互負有爲給付之債務，其應爲給付之債務，相互的爲對價，故爲雙務及有償契約。因其爲有償契約，應準用關於買賣之規定 (民法三七條)。其因和解所給與物或權利之瑕疵擔責任，準用關於買賣之規定。但就該標的物當事人爲和解者，自不適用 (Einn-Lehmann, § 198, II)。因爲雙務契約，故亦適用關於雙務契約之規定。例如關於同時履行抗辯之規定。

2. 和解爲諾成及不要式契約 和解因當事人間意思表示之一致而成立，不以現實給付爲必要，故爲諾成契約。在法民法 (二〇四四條) 和解契約之訂立，須以書面爲之，我民法如同德、奧、日民法，不以方式爲必要，故爲不要式契約。然依契約之內容，因和解約定應移轉不動產時，則應以書面爲之 (民法七六〇條)。但非因和解而從新承受或加強不動產移轉之義務者，自當別論。

二、和解之要件

1. 須就法律關係有爭執或有爭執之虞（Streit; litige; dispute）通常謂就法律關係之成立、內容或範圍，當事人之主張相反。其就法律關係已有相反之主張，即現有爭執者，得訂立和解契約以終止之。法律關係欠缺明確，將來可生爭執者，得訂和解契約以防止之。當事人就權利有疑問時亦得爲和解（Aubry et Rau, § 418, note 2）（參照奧民一三八〇條）。（11）法律關係有欠明確而並無爭執者，例如附條件請求權之將來的形態不明確，請求權將來實現之不確實（債務人將來支付能力如何有問題）、將來法律的發展不明確（例如將來是否有增加給付之立法）。在德民法不以有爭執爲限，如當事人對於法律關係不明確（Ungewissenheit），亦得爲和解。其爲法律上或事實上之不明確，爲客觀的或主觀的不明確，其不明確存於當事人之一方或雙方，在所不問。在日本民法則以終止爭執爲要件，故雖欠缺明確而未發生爭執者，不能爲和解之標的。然此種契約，亦非無效，不過爲無名契約，僅可準用關於和解之規定而已（末弘八七九頁、橫田各論七七〇頁、中村五二二頁）。在法民法，則以防止將來爭執爲已足，解釋上當事人一方爲防止對方提起訴訟，對方爲避免訴訟之困難、費錢及遲緩，亦得爲和解（Code civil annoté, art. 2044, no. 50）。有最輕度之懷疑，亦得使和解爲有效，在法學家雖認爲無疑之事，如當事人真信爲可疑，而欲以任何代價避免訴訟者，亦不防使和解爲有效（Dalloz, Code annoté IV, art. 2044, no. 36, 40, 41）。解釋結果與德民法極相近。我民法可參法德民法以爲解釋。（五）就全無疑問之權利爲和解者，雖不能爲有效之和解，然依其情形，得認爲權利之拋棄，而生效力。（四）當事人間所存之爭執，關於一個權利關係或關於多數權利關係，在所不問。在後一情形，得一括的爲和解之標的。（五）有爭執之權利關係，雖客觀的存在或確定，不當妨礙和解之成立。苟就其權利之全部或一部或其效力，事實上當事人有爭執時，和解尚得有效成立。爲和解對象之權利關係，以主觀的不確定爲已足。

【註】依大理院判例「和解因當事人互相讓步，就某項法律關係，彼此停止爭執，並除去不明確之狀態或除去某請求權不確實之狀態，而生效力」（大理院四年上字第一〇一八號），即係參照德民法規定而爲解釋。

2. 須當事人有終止或防止爭執之意思 以契約互相讓步終止或防止爭執而使訴訟程序爲無用，始有和解之成立。故僅防止起訴之契約，尚非和解。然當事人固不妨就部分爭點爲和解，而就其他爭點仍使訴訟繼續進行。此外爲和解之當事人爲取得確定其和解所探約款之判決，亦不防約定表面上仍繼續訴訟（*Planiol et Ripert, Traité, tome V, no 1565*）。

3. 須當事人互相讓步 此爲和解之重要條件，民法法第二〇四條未揭此要件，學者非之（*Planiol et Ripert, no 1563*）。讓步謂拋棄自己利益之一部或承認負擔損失，雖以拋棄自己有權利之主張之一部或承認自己不負擔義務之主張之一部爲普通，惟當事人之一方拋棄權利之全部或承認義務之全部，而他方當事人對此約定，給付一定之報償者，亦爲有讓步。一方當事人所爲之讓步，得爲法律關係之變更。例如清償期之展緩，是否得爲讓步之內容，雖有消極積極兩說，然無消極的解釋之理由，以積極說爲正當。他如部分支付之准許、利息之減低、解除權之給予，而他方當事人對此爲確保之債務約束或債務承認。和解雖以相互讓步爲要件，然雙方之犧牲，無須相等。故爲避免訴訟之冗長及費錢，得爲和解而對待的拋棄相當重要的權利。同樣請求之認諾或訴之撤回，如他方當事人對此承認負擔已發生之訴訟費用，亦得成立和解（*Planiol-Ripert, no 1566*）。和解以相互讓步爲要件，故僅因一方讓步、拋棄或縮減其主張而終止爭執之契約，依其情形得爲債務承認、拋棄或贈與，然非和解。仲裁或公斷契約，亦非和解，蓋此時非雙方讓步以終止爭執，而係以依第三人之判斷終止爭執爲目的也。

三、和解當事人

和解以當事人互相讓步爲內容，因其讓步不獨負擔債務，常發生處分有爭執法律關係之結果。故和解當事人應有負擔債務及處分行爲之能力及權限。爲訴訟上之和解，當事人須有爲訴訟行爲之能力。訴訟代理人須有特別授權（民訴七〇條）。受概括委任人，爲和解須有特別授權（民法五三四條）。破產管理人爲破產人財產上爭議之和解，須得監察人之同意（破產法九二條九款）。父依他人之侵權行爲被殺害者，

關於在母胎內之胎兒之損害賠償請求，關於其出生前代爲處分行爲之機關未有規定，母或其他親屬爲胎兒與加害人所爲之和解，不能拘束胎兒（日本昭和七年十月六日大判）。

四、和解之標的及範圍

當事人原則上得就一切關於權利之存在，即關於其效力、形態及範圍之爭執爲和解。然須爲關於法律關係之爭執（德民七七九條明定其旨），故當事人間感情上衝突之事實上爭執，縱令約定相互讓步以終止爭執，仍非和解。（一）苟爲法律關係之爭執，爲物權關係、債權關係、無體財產權關係、親屬法及繼承法的關係，抑爲其他權利關係或法律關係，在所不問。雖有主張應限於財產上之利益，就身分上之利益，不得因當事人之讓步而解決。然固無爲此限制之必要（中村五二八頁、季著債分下一九〇頁）。法律關係，須得以當事人之意思左右者爲限。即須有和解能力（*Vergleichsfähigkeit*）。其在當事人處分之範圍外者，例如關於婚姻關係之成立、效力之爭，關於親屬關係存否之爭，不得爲和解之標的，但關於婚姻之爭執至少維持婚姻之和解，應爲有效（RG157.141）。關於將來法定扶養請求權之和解，不生效力，蓋此扶養請求權不得拋棄也。（二）在勞動關係和解，因團體協約不可變性之規定而受限制，不得以和解向將來有效的決定不利於勞動者之異於協約之勞動條件。（三）終局判決，得依非常上訴或再審方法爭論之者，就其容許及結果，仍得爲和解。（四）依確定判決確定之法律關係，當事人就判決之解釋或執行上之困難，不妨爲和解（*Planiol-Ripert no.1564 p.1014*）。然此和解非有除去判決之效力，僅得以執行異議之訴爲抗辯而已。當事人不知確定判決之存在，而爲和解者，其和解爲無效。然如當事人之一方知而默秘之者，他方得以詐欺爲理由撤銷之（*Denecke, zu § 779, 3b* 依民法第二〇五六條第一項，當事人之雙方或一方不知已有確定判決而就訴訟爲和解者，無效）。（五）爲避免刑訴上程序，除有背於良俗者外，在親告罪和解並非不許。然如仍爲告訴時，在訴訟程序不得以和解爲排除刑罰上之抗辯（*Oertmann Vorb. vor § 779, 6.*），但其告訴權之拋棄或撤回，係在管轄機關前爲之者，不在此限（*Staudinger, zu § 779,*

A, III, S. 1535; Enn-Lehmann, § 198 I, 1, S. 785)。

法律關係惟一部有爭執或欠明確，當事人爲同時解決其他未有爭執或欠明確之法律關係，亦得以其全部法律關係爲和解之對象。尤其和解由於一法律關係有爭執，而以全部相互給付之解決爲目的者，不鮮其例。和解於有疑義時，應解釋權利人於和解訂立時所不知或不能預見之請求權，不包括在內（參照奧民一三八九條）。然如當事人願有解決其一切法律關係之目的者，則和解對於當事人之雙方或一方所未知其成立之債權，亦及其效力。但依其情形得以被詐欺爲理由，撤銷和解。就賠償請求權之和解，使被害人拋棄一切基於義務人應負責之事件所生將來之請求權者，其嗣後發生未預見之結果，應解釋不在拋棄之列，蓋對於該結果無了解，不能謂有拋棄也（Dencke zu § 779 3, c)。

五、審判上之和解

和解有審判上之和解與審判外之和解。審判外之和解，僅生實體法上之效力，與一般契約無異，而審判上之和解則兼生訴訟法上之效力。狹義的審判上之和解，謂當事人於訴訟繫屬中，在受訴法院或受命推事或受託推事前所爲之和解，亦稱爲訴訟上之和解。在訴訟提起前法院所爲之調解（民訴四〇九條、舊民訴條例四九三條四九四條及民事訴訟律五二五條至第五二七條，亦稱爲和解）及鄉鎮公所所爲之調解，雖有主張僅爲民法上之和解（石著民訴第四二一條註釋，鳩山債各七三五頁、中村債各五二六頁）。然法院調解成立者，與訴訟上和解有同一效力（民訴四二一條），即與確定判決有同一效力（民訴三八〇條一項）。當事人不得更以該法律關係爲標的，提新訴訟，而且其筆錄（民訴三七九條）有執行力（強執四條三款）。鄉鎮公所所爲之調解，其調解書經法院核定後，聲請人不得再行起訴告訴或自訴，而且具有執行名義（鄉鎮調解條例十五條）。民刑事件已繫屬於第一審法院者，如調解成立經法院核定後，應依法向法院撤回起訴告訴或自訴（同條例十六條）。既有既判力執行力，不能謂爲純粹民事上之和解，故可稱爲廣義的審判上之和解（季著債分下一九二頁、岡村債各五五四頁、沼二四一頁）。不過上述調解，較民法上之

和解，其範圍爲廣。依民事訴訟法或鄉鎮調解法所定程序，僅一造讓步而成立防止訴訟之合意時，仍成立調解。

關於訴訟提起後成立之訴訟上和解之性質及效力，有不同之見解。有謂非民法上之和解，不得依民法之規定使爲無效（岡村債各五五四頁五五五頁）。我舊民事訴訟條例規定對於訴訟上之和解聲明不服，應準用再審程序之規定，提起再審之訴（同條例五八二條），即係採此見解。有謂訴訟上之和解，一面爲私法上之法律行爲，一面爲終止其訴訟之訴訟行爲，二者有不可分離之關係，故其意思表示依民法之規定撤銷或爲無效時（依日本大正九年七月十五日大判「裁判上之和解，該契約有無效或撤銷之原因時，自得依民法之規定以爲無效或撤銷之，其不履行時是否得爲解除，亦依民法關於契約解除之規定決之」，石著民訴第三八〇條註釋三七一頁即係採此見解），其訴訟行爲亦失其效力，不使訴訟終了（鳩山各論七三五頁、仁井田民事訴訟法要義中卷五八二頁、日本大正十一年七月八日大判）。我民事訴訟法第三八〇條第二項規定，和解有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判，並準用民訴第四九六條及第四九八條之規定，即係採此見解（二十二年院字第八七〇號）。他方面和解爲訴訟上行爲，故因無訴訟行爲能力或無合法代理權之人所爲或因其他情事依民事訴訟法之規定應認訴訟行爲不生效力者，其和解自亦全部無效。關於法院之調解，民事訴訟法第四二一條明定與訴訟上和解有同一之效力，已成立之調解如當事人主張尙未合法成立或有撤銷之原因時，得由該項爭執向調解所繫屬之法院繳納公費訴請裁判，宣告調解無效或予以撤銷（辦理民事案件注意事項七十八、民二十二年院字第八七〇號、石著民訴第四二一條註釋四二一頁）。鄉鎮之調解有上述情形時，亦可解釋得向核定之法院訴請裁判。

六、和解與其近似行爲之區別

1. 和解與捨棄、認諾及訴之撤回 和解以當事人互相讓步爲要件，而捨棄則爲自己的主張之單純的放棄。請求之認諾則爲單純的對方主張之承認。訴之撤回未就當事人爭執有所決定，故視同未起訴，除於本案

經終局判決後將訴撤回者不得復提起同一之訴外，不妨就同一標的再行起訴（民訴二六三條），而和解則因互相讓步以終止爭執，不得就同一法律關係更行起訴。

2. 和解與仲裁或公斷 和解終止爭執，仲裁或公斷契約普通惟均以仲裁裁判或公斷代替判決，而未及法律關係本身之解決。然如當事人自己決定其相互之犧牲，惟使專家依其所指示之基礎決定其數額時，則有和解之成立。

3. 和解與判決 （一）和解除審判上之和解外，非依公證法作成公證書（強執四條四款），無執行力。（二）判決惟得就既存之爭執為之，和解則得就既存及將來可生之爭執而訂立。（三）判決得依上訴使其一部或全部為無效，而和解則除當事人有反對之約定外，依和解不可分之原則，不得僅就一部撤銷而維持其他部分（參照法民二〇五五條）（Aubry et Rau, § 421, note 13）

4. 和解與協議分割 共同繼承人僅就分割之方法為協議者，應依分割之原則（民法一一六四條至一一七三條），其就繼承權有爭執而為協議者，則有和解之成立。

第二節 和解之效力

和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解所訂明權利之效力（民法七三七條、日民六九六條、參照法民二〇五二條、奧民一三八〇條一三九〇條）。

一、法律關係之確定

因和解契約之訂立，當事人終止或防止法律關係之爭執，以互相讓步，而確定法律關係。當事人已不得就同一事項為和解以前同樣之主張，各自負擔因和解確定之債務而有履行之責，是謂之和解之債權的效力。使法律關係確定之點，和解契約有一種形成的效力。和解雖有以向來之法律關係為基礎而決定其爭執

之終止（例如就一定債權之金額有爭執，當事人約以支付半數而為和解），為在止爭以確定法律關係之點，仍可認為有形成的效力。依和解確定法律關係之內容，依當事人所為讓步之方法：形式及程度而定。例如因和解而確定之債權關係，有僅為數額之增減，不失原來債權之同一性者。亦有發生債務之更改者（但有主張當事人如使原來之權利消滅而使發生新債權則為更改，而非和解，岩田新債權法新論三五〇頁，然和解須互相讓步以終止爭執，與單純之更改不同）。亦有完全為新債務之負擔行為者（例如境界線上之樹木，甲乙各主張為自己之所有，因和解定為甲之所有由甲付乙百元）。如此因和解而終止爭執之法律關係內容如何，雖依情形而有不同，然一般如此確定之法律關係，惟限於有爭執之範圍，而不及無爭執之部分。例如租賃房屋騰讓請求之爭執，雖以終止一切爭執之目的而為和解，不當然認為包含押租返還請求權之拋棄（日本大正十四年四月十五日大判、參照奧民一三八九條前段）。

依日本民法第六九六條「當事人之一方，依和解認為有爭執標的之權利或認為相對人無之者，於有其人向無此權利之確證或相對人有之之確證出現時，其權利視為因和解移轉於其人或消滅」。即依和解認為有權利或認為無之者，惟於日後有反於真實權利之確證出現時，發生權利之移轉或消滅。例如甲乙相隣土地所有人，境界線上有松樹，各主張為自己所有，因和解定為甲之所有，而由甲向乙給付百元，如日後有為甲所有之確證出現時，不發生問題。惟於日後有為乙所有之確證出現時，松樹之所有權視為因和解而移轉於甲。依我民法規定，一見似乎不問和解所定者與真實的法律關係一致與否，均因和解逕使權利消滅或使發生取得權利之效力。在前所舉之例，似乎縱日後有為甲所有之確證出現，甲仍因和解從新取得松樹之所有權，然應解釋惟於和解之內容與真實之法律關係齟齬時，始有民法第七三七條之適用，使發生權利變動之效力。如兩者並無齟齬，固無使向來之權利一旦消滅，而從新賦與以同一內容之權利之必要也。又所謂「使當事人所拋棄之權利消滅」，如當事人確認其有特定之權利而拋棄，則因和解契約之訂立，為契約之效力當然發生此結果，無庸特為規定，惟於當事人之意思果真欲拋棄抑僅確認非為已有不明時，始有

爲此規定之必要。即當事人縱於訂立和解時，係認非爲已有或存有懷疑而爲讓步，日後雖有爲自己權利之確證出現，亦仍使發生權利消滅之效力。於此意義，爲有創設的效力。

二、和解之效力爲認定的抑爲創設的

、因和解所生之效力，僅係確認原來之法律關係而使繼續，即僅有認定的效力，抑係使發生新法律關係，即有創設的效力，學者間大有爭論。(一)法國學者多認原則上惟有認定的效力。分爲(a)和解之消滅效力：和解使當事人之一方拋棄全部或一部向來之主張，爲他方當事人發生滅却的抗辯權，阻礙其爲拋棄以前之主張。因消滅之效力，已起訴者，其訴訟爲無標的，除另有約定外，當事人各自擔其訴訟費用。(b)和解之認定的效力：和解僅確認當事人前有之權利，不使當事人之一方爲他方之權利承受人，所確認之權利，保持其原有之來源與性質，原則上除當事人有反對之約定外，不發生所確認債務之更改，保持其原有性質與擔保。又當事人依和解承認爲屬於自己之權利被追奪時，相對人不負擔保責任(Aubry et Rau, § 421, note 17; Colin et Capitant, no. 561; Plainol et Ripert, no. 150)。(c)創設或移轉之效力：以上原則係基於當事人意思之解釋，當事人固不妨於和解，約定創設新債權或移轉權利。創設新債務，例如當事人之一方拋棄其主張，而取得一新債權(甲乙就所有權之歸屬有爭執，約定爲甲所有，而乙由甲受一定金額之給付)。對於一方之讓步，他方約定債務之更改。此時和解已非單純的認定，得因和解所生債務之不履行，而解除和解契約。移轉新權利，例如甲承認乙所主張之債務，乙約定給付甲以與爭執無關之財產，此時乙就其所給付財產應負瑕疵擔保責任。然於此種情形除上述創設的或移轉的約款外，和解對於其他約款，仍僅爲認定的。其主張之拋棄之獲得，雖對於新債務或與爭執無關之財產給付爲之，仍視爲前權利之承認(Plainol et Ripert no. 191)。(二)德民法關於和解之效力，是否爲創設的抑爲認定的，未有規定。依學者解釋，和解爲排除過去不確的法律狀態而爲將來創作確定的法律狀態。和解含有對於有爭執或不明確的法律關係所生權利之處分，各當事人此後不得援用其明示或默示的所拋棄之

請求或抗辯，以對抗和解上義務。原法律關係，除依和約內容，當事人另有反對之意思外，仍繼續存在。擔保權及保證，不受影響。但爲主債務人之利益，變更主債務狀態之約定所生有利於第三擔保人或保證人之權利，不妨主張之。然主債務人亦得以獨立的債務約束或債務承認或以他種類之法律關係（將原來之買賣價金改爲消費借貸，將買賣契約改爲交換契約，對於權利之拋棄約定一定金額之給付），代替舊債務關係，而使發生創設（更改）之效力。此時保證及擔保消滅。舊債務關係所有之特性，如不得扣押不許撤銷，亦同歸消滅。於和解含有新處分行爲之範圍，就和解之一方對於他方所負擔之給付，得有瑕疵擔保之請求權（Denecke, zu § 779, 5; Ebn-Lehmann § 198, II, 1; Staudinger, zu § 779, VI, c; Ertman, zu § 779, 8, b; Palandt, zu § 779, 4）。亦有主張和解一般不生更改之效力，於含有債務承認之範圍，新無因債務非代替舊債務，惟出現於舊債務之旁，因而保證擔保，仍繼續存在（Oertmann, zu § 779, I, c）。

（三）奧民第一三八〇條雖定義和解爲更新契約（Neuerungsvertrag），然其第一三九〇條則規定「保證人或擔保物爲擔保全部尚有爭執之權利而設者，對於和解所確定之部分，仍負其責。然保證人或第三保證人對於和解未同意者，保有如未訂立和解應可對抗債權之一切對於債權人之抗辯」。四）在日本民法，學者有主張和解不過發生認定的（*declaratif*）效力（橫田債各、七七四頁），亦有謂從來之權利關係，依然存續，和解契約與之重複而成立。如此和解僅爲形成舊權利關係之調節關係，自然舊權利關係所附之擔保或時效，仍續有其效力（中村五三〇頁）。然日本判例及通說，謂和解爲創設的抑爲認定的，依當事人之意思，即依契約之內容而定（日本昭和二年十月二十七日大判、昭和四年五月十八日大判、末弘八八三頁、沼債各下二四三頁、鳩山七七三頁、末川四六九頁磯谷七七二頁）。如當事人意思不明，則有主張應推定僅有認定的效力（沼債各下二四三頁），亦有主張應認爲有發生創設的效力之意思（中村五三二頁、末川四六九頁、磯谷七七二頁）。（五）在我民法有主張應分別所爭權利爲債權抑爲其他權利，而有不同。如所爭之權利，爲當事人固之債權，通常有創設的效力，原債權視爲一旦因和解而消滅。若因和解而取得

新債權。如爲物權或其他權利，則依其情形或僅有認定的效力或有移轉的效力（薛著三七四頁）。有主張和解常有創設效力者（劉著六二一頁、戴著債各下三六五條、季著債分下一九四頁）。亦有主張就普通之情形而言，法律關係雖經和解，但與和解後之結果同時併存，故若該法律關係本附有保證或擔保者，不因而消滅，然若以非要因債務契約代替原有之要因的法律關係，則原有之保證或擔保即不復存在（梅著三六二頁）。依余所見，（一）就和解所確定之權利，日後縱有與事實不符之確證，亦不得推翻之點言之，則程度多少雖有不同，均應認爲有創設之效力。（二）關於當事人間之債權，就債權之絕對的存否或範圍有爭執，經和解確定之債權，與真實之法律關係不符者，就不符部分，發生創設之效力。然以向來之法律關係爲基礎而爲和解者，於不超過原法律關係之範圍，應認爲不失其債權之同一性，其所附保證及擔保，應繼續有效。保證人或第三擔保人對於和解未同意者，仍保有原得對抗債權人之抗辯，並得基於主債務人因和解變更主債務爲有利於自己之主張。但如以無因債務約束，代替原債務或爲債務之更改，則原債務消滅，成立新債務。此時原債務所附之保證及擔保，自亦隨同消滅。如當事人之意思不明時，不能認有債務更改之效力。蓋不可推定當事人有欲使保證或擔保消滅之意思也。至於消滅時效，不問其有更改效力與否，均應自和解契約訂立時從新起算，蓋債務雖仍舊，而因和解上之承認，已使其時效中斷，應自訂立和解時重新起算。如爲更改或以新債務代替舊債務，更應自和解訂立即新債務成立時起算也（依日本判決，和解不問爲認定的成爲創設的，和契約上債務之消滅時效，均自和解發生效力時起開始進行，昭和七年九月三十日大判）。（三）爭執之權利爲物權或其他權利時，例如甲乙互爭一物，和解結果認爲甲之所有，該物若原爲甲之所有，則和解僅有認定的效力。若係屬於乙之所有，則和解發生創設的效力，乙因和解喪失其權利，甲因和解取得其權利。甲乙權利之得喪，是否爲移轉的取得，抑甲之取得與乙之喪失爲各別，僅以原因關係而連絡。在日本民法（第六九六條）明認爲移轉的取得，學者有主張應依當事人之意思解釋之（來弘八八五頁）。我民法規定一見似僅認二者間惟其原因關係，然和解爲法律行爲，在我民法依法律行爲

宜得之物權，非僅以當事人之意思一致即可移轉物權，尚須具備交付登記之要件，故如果屬於乙之所有，應解釋爲移轉取得，而且該物如爲乙之占有或登記簿上爲乙之名義，和解契約雖可代替乙方移轉物權之意思表示，仍須經交付或登記，甲始能取得物權（同說薛著三七四頁）。因和解取得權利者，其以前所收取之利益（例如孳息），爲無法律上之原因，應依不當得利之規定返還之（岩田新債權法新論三五至頁）。如該物不屬於甲乙任何一方，則因和解雖認爲甲之所有，甲不能取得其物，乙亦不負追奪擔保責任。其他權利得逕以當事人之合意而創設者，則依和解契約之訂立，即可取得。例如甲乙關於買回權之存在有爭執，和解結果約俟明年由乙買回，則乙因和解契約之訂立即取得買回權。（四）關於有爭執以外之權利取得或消滅：當事人有因和解而負擔有爭執法律關係以外之新義務者，例如甲乙二人各主張某宗土地爲其所有，和解結果地歸於甲，由甲給付千元與乙或由甲另讓與權利與乙或由甲免除乙之債務。此等有爭執以外之權利之得喪，依其給付之性質而定。有因和解契約之訂立而逕發生效力，然在動產須有占有之交付。在不動產須經登記簿上之登記。在債權之讓與，則以對於債務人之通知爲對於債務人發生效力之要件。而且給付義務人就其給付應負瑕疵擔保責任。（五）和解僅爲單純的債權契約，其效力原則上侷限於當事人間，不及於第三人。然認諾、拋棄原則上發生絕對的效力。權利之拋棄，不得對抗於其權利上有權利之人，從而權利不存在之認諾，亦可爲同樣之解釋。又存在之認諾，依其情形得生權利移轉之效力。故亦得爲債權人撤銷權之標的。和解認爲當事人一方所有之物，其後第三人對於該物有爭執時，甲不得僅以因和解契約之取得而對抗第三人，惟可提出從前屬於和解相對人所有之證據或主張該物原屬於自己。

三、和解與錯誤之關係

和解原則上不得以錯誤爲理由撤銷之（民法七三八條、法民二〇五二條二項、參照德民七七九條一項）。和解與錯誤之關係，學者間向來甚有爭論。然通說將和解之錯誤，分爲三類，（一）當事人就有爭執或不明確之點，互讓所決定之事項本身有錯誤，即當事人因和解決定或使確定之事項本身客觀的與真實權

利狀態相齟齬，此時其錯誤對於和解之效力，應不生任何影響，即不得以為撤銷之理由，不在民法第七三八條所定例外的得撤銷之列。例如債權人甲與債務人乙，就剩餘債務之有無有爭執，甲主張尚有一千元之債務，乙主張為零。假如因和解決定尚有五百元之剩餘債務，則日後縱有債務額為七百元或債權額為零之確證出現，對於和解之結果，不生影響，蓋兩當事人係就債權額不明或為爭執之對象有認識，而欲以甲對乙有五百元之剩餘債權之法律狀態，代替不明或有爭執之狀態也。即當事人預期其債權額得為一千或為零而訂立和解契約，正確言之，當事人之認識與事實並無齟齬，即錯誤此時並不存在，自不得以關於法律行為的錯誤之一般理論律之。我民法第七三七條對於和解之內容與真實的法律狀態有齟齬時，賦以創設的效力，故當事人雖誤以和解之內容惟有認定的效力，其錯誤對於和解之效力並不生任何影響。又例如就土地疆界有爭執，因和解決定土地之境界，而其後雖有真實境界之藍圖之出現，亦不得以錯誤為理由，撤銷和解（末川四七〇頁）。（二）為和解之前提或基礎，當事人以為無疑之事實而豫定之事項有錯誤時，例如民法第七三八條第一款及第二款所定情形。德民法第七七九條第一項就此項情形特別規定「關於法律關係互相讓步以終止當事人間之爭執或不明確之契約（和解），依契約之內容以為確定的而為其基礎之事實，與真實不符，如知其情事應不發生爭執或不明確者，其契約為無效」。即不僅以為得撤銷，而規定為無效。例如法定繼承人對於遺囑繼承人以遺囑方式之欠缺為理由，訴請被繼承人遺囑之撤銷，而於其間成立和解後，發覺其遺囑為偽造，此時如法定繼承人知遺囑為偽造應不容成立和解，故其和解應為無效（Staudinger, zu § 779, B, I, c）。然在我民法（七三八條一款），此時則僅得撤銷。日本民法關於此點無規定，然判例及學說，則謂此時應適用關於法律行為錯誤之一般原則，即依日本民法應為無效（日本大正六年九月十八日大判，末川四七二頁，沼二四四頁，中村五二八頁，我妻中國債各八九二頁）。（三）就上述（一）（二）兩種以外之事項有錯誤：即就意思表示之內容或相對人之資格（在日民為就法律行為之要素）有錯誤時，依日本判例及學說，此時應適用關於法律行為錯誤之一般原則（我妻中國債各八九三頁，上

述日本判例惟就爲爭執標的之權利有錯誤與不爲爭執標的之事項有錯誤爲區別，除上述第（一）種情形外，（二）（三）兩種情形，均認爲應適用一般關於法律行爲錯誤之原則）。依德民解釋，除上述第一種情形，和解不妨爲有效（Oertmann, zu § 779, 2, b）外，第二種情形和解應爲無效，第三種情形應依法律行爲關於錯誤之一般原則，即爲得撤銷（Staudinger, zu § 779, B II, 3; Oertmann, a. a. O. 2a）。在我民法，除上述第一種情形和解不得撤銷外，第二種及第三種情形其得撤銷與否，應依民法第七三八條各款規定以繩之。

1. 和解所依據之文件，事後發見爲偽造或變造，而和解當事人若知其爲偽造或變造，即不爲和解者（民法七三八條一款），其於訂約時不知情之當事人，得撤銷之。依民法第二〇五五條「基於證書所訂立之和解，其證書日後發現爲偽造時，全部爲無效」。依德民法此時亦應爲無效。然在我民法，則僅爲得撤銷。如當事人雙方於訂約時均不知其爲偽造或變造，即於訂約時發生錯誤，則雙方均得爲撤銷。然一方提出偽造或變造證書或知其爲偽造或變造者，不得爲撤銷。他方當事人依其情形，並得以被詐欺爲理由，依民法第九十二條之規定爲撤銷。

2. 和解事件經法院確定判決，而爲當事人雙方或一方於和解當時所不知者（民法七三八條二款）。不知情之當事人，得撤銷之。依民法第二〇五六條第一項「就已經確定判決決定而爲當事人之雙方或一方所不知之訴訟事件爲和解者，其和解爲無效」。依德民解釋當事人雙方不知確定判決存在而爲和解，其和解爲無效，如僅一方知而不告知他方時，則他方得以被詐欺爲理由撤銷和解（Denecke, zu § 779, 3, b）。在我民法，則僅得撤銷。判決尙待上訴而未確定者，其判決雖尙爲當事人雙方或一方所不知，和解仍爲有效（參照民法二〇五六條二項）。但確定判決雖尙有再審或非常上訴之救濟方法，如其確定判決爲當事人雙方或一方所不知，不使其和解爲不得撤銷。如當事人雙方知有確定判決，不妨爲避免執行之困難或爲避免再審或非常上訴，而爲和解，亦不妨爲取得其他權利而拋棄因確定判決所得之權利，以爲和解（Dalloz,

Codes Annotés, art. 2056)。

3. 當事人之一方對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤而為和解者（民法七三八條三款、法民二〇五三條一項、奧民一三八五條），得撤銷和解。依法民第二〇五三條第一項規定「和解對於人或爭執之標的有錯誤時，仍得撤銷之」。奧民第一三八五條規定「錯誤惟關於人或標的之本質者，得使和解為無效」。我民法規定，蓋仿法民之例也。（一）所謂對於他方當事人之資格有錯誤，例如當事人之一方以相對人為繼承人為和解，而其相對人並非真正繼承人，其和解以人之資格為合意之主要原因，應得撤銷（Dalloz, Codes Annotés, art. 2053, 17; Aubry et Rau, § 422, note 3; Baudry-Lacantinerie, t. 3, no. 1003; Colin et Capitan, no. 963）。此規定與民法第八十八條第二項之規定相重複，不過依該條規定，當事人之資格若交易上認為重要者，其錯誤始得為撤銷之原因，文字上稍有不同而已。他如誤信為債權人，而就債權之數額、清償方法等與之為和解，而其實並非債權人，亦為其例。（二）所謂對於重要之爭點有錯誤，果何所指。在法民為就爭執之標的（sur l'objet de la contestation）有錯誤，在奧民則為關於標的（對象）之本質（die Wesenheit des Gegenstandes）有錯誤，可為解釋之參考。在法民雖有解釋於同一之不動產，甲就占有訴權（possessoire）乙就所有權確認訴權（pétitoire）為和解之合意時，為就爭執之性質有錯誤（Aubry et Rau, § 422, note 2），然此為當事人意思之不一致，根本和解未成立，不發生因錯誤撤銷之問題。他如甲就 a 不動產，乙就 b 不動產為和解之合意時，亦可同論（Code civil annoté par Fuzier Herman, art. 2053, 2）。有謂應限於標的物之實質上品質之錯誤，即為第一一一〇條之適用（相當我民法第八十八條）。例如當事人之一方不知道自己權利絕對的確實之事情，以為可疑，而為和解。如其情事，應不為和解者，得因錯誤而撤銷之（川上，實方佛蘭西民法（V）二〇五三條註釋一七六頁）。有謂債主信自己就某勞動意外事件應負責任，而為和解，嗣後發現不應由其負責，被告就某犯罪所生之損害賠償為和解，而其犯罪被法院所否認，為就爭執之標的有錯誤（Code civil annoté, art. 2053 3）。意外事

件之結果，於和解時爲當事人所未預見，爲就爭執之標的有錯誤。然以就傷害之範圍有錯誤爲未足，爲使撤銷和解，須有新傷害之出現（例如以爲一時傷害而後成爲永久殘廢，甚至因傷致死）（*Planiol et Ripert, no. 1601 p. 1054*）。依奧民解釋，如就當事人所認爲確實以爲前提之點有錯誤時，適用奧民第八七一條以下關於錯誤之一般規定。承佃人與拍賣之買受人所訂立之和解，因拍賣之撤銷而爲無效。關於損害賠償額之和解，如發現欠缺因果關係應爲無效。關於傷害之性質有錯誤者，亦同。就專利權之侵害爲和解，而發現其專利權爲無效時，則其和解亦爲無效（*Josef Schey, das allgemeine buehr. Gesetzbuch, § 1385, Bemerck. 1.4*）。在我民法所謂對於重要之爭點有錯誤，可參照法民及奧民解釋，不獨對於爭點之所在有積極的錯誤，例如就意外之傷害以爲一時的傷害爲和解，而後發現爲永久的殘廢。爲爭執對象之債權有數宗，假如就其中一宗成立和解，如當事人之一方就和解成立之債務爲何宗有錯誤，即有標的之錯誤（我妻中國債各八九二頁）（然如當事人之一方就A宗債務，他方就B宗債務表示和解，則當事人間並無意思之一致，其和解應不成立）。其就爲爭點之前提所認爲確實之事由有消極的錯誤（不知），如該事實非真實，其爭點本應不存在，而不知其非真實，誤以爲有爭點者，尤應包括在內，蓋以此時適用最多也。然當事人就爭點互讓所決定事項本身，縱有錯誤，應不在內，有如前述。

四、和解與詐欺或脅迫

和解爲契約之一種，除另有規定外，自應適用關於契約及一般法律行爲之規定。既得爲無效，亦得被撤銷。關於撤銷，除關於錯誤有上述之特別規定外，如被詐欺或被脅迫則常爲撤銷之原因（參照法民二〇五三條二項）。

第三節 和解契約之消滅

和解爲契約，因契約一般之終止原因而消滅。既得依當事人一方債務不履行而發生法定解除權（日本昭和八年十一月二十九日大判），亦得爲約定解除權之保留（日本大正十年六月十三日大判）。一旦成立之和解，當事人亦不妨以反對契約廢止之（日本大正七年七月十六日大判）。爲終止債權係因賭博而發生，即係屬於現金之借貸而成立之爭執所爲之和解，決定其債權爲有效，其後雖有債權實際上由於賭博之確證，和解契約仍爲有效，不得以賭博之理由撤銷和解（日本昭和十三年十月六日大判）。

第二十四章 保證

第一節 概說

一、保證之目的

保證（*encantionem*；*Buergschaft*；*caution*）以擔保債權爲目的，爲確保債權之效力所認之制度。債權擔保分爲物上擔保（物的擔保）與對人擔保（人的擔保），前者依所供擔保之物，以確保債權人之滿足，抵押權、質權等擔保物權是也。後者爲保證之制度，以債務人以外之第三人爲附隨的債務人，而期債權之鞏固。

爲債權之擔保，當事人尙得利用其他間接的方法，以達其目的。其主要的的方法，例如票據之背書，併存的債務承擔，不可分債務或連帶債務之加入。此種人的擔保，謂之隱蔽的擔保。

二、保證之意義

保證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（民法七三九條、德民七六五條、瑞民四九二條）。

1. 保證債務爲債務 保證債務爲債務，而非單純的責任。即保證人亦爲債務人，非如質權設定人、抵押權設定人，惟以其財產供擔保。保證人財產之責任，與其他債權關係相同，乃爲其負有債務之結果。保證人既非約定如債務人不支付，自己爲支付，亦非約定使主債務人爲履行，而係約定主債務受履行之結果。因此保證人爲支付時，爲主債務人債務之履行，抑爲自己債務之履行之爭執，不甚正確。蓋兩者兼而有之。保證人向主債人爲清償時，係履行主債務人之債務，同時因此履行自己應引起主債務履行結果之義務。

2. 保證債務爲別個債務 保證債務雖附隨於主債務而成立，然爲確保主債務效力之另一個債務。債權人對於主債務人與保證人，有各別之兩個債權，故保證債務於不反於其附從性之限度，其範圍及強度，得與主債務不同。

3. 保證債務爲就主債務之履行負擔責任之債務 保證債務所保證者爲何，有兩種不同之見解。其（一）以保證債務爲應清償主債務之債務。即主債務人不履行時，保證人負有履行其債務之義務，法日民法探之（法民二〇一一條、日民四四六條）。然保證人獨立負擔自己債務，亦應有獨立之目的，主債務本身並非保證債務，不可以之爲清償主債務，故學者修正爲以與主債務同一之給付爲標的之債務（石坂日本民法九八七頁）。其（二）以保證債務爲擔保他人債務履行之債務。即保證人對於債權人擔保主債務之獲履行或不因主債務人之不履行而受損害，德民及瑞債探之（德民七六五條、瑞債四九二條）。以上兩個見解之差異，在於專屬的債務，是否得爲保證之標的。依第一見解，保證人負有履行主債務人債務之義務，應爲得由他人履行之債務。其須債務人自己履行之專屬的債務，不得爲保證之標的。依第二見解，保證人非履行主債務人之債務，惟負有使債權人受履行或不受損害之義務。故雖他人不得代爲履行之債務，亦不妨爲保證。依第一見解，就專屬的債務（例如技術家所負債務），不得爲保證。此時應解釋爲就將來主債務人不履行時所生損害賠償之義務爲保證。依第二見解，則雖專屬的債務，亦得現時爲保證。此兩種見解，以依何者爲是，爲法律上規定之解釋問題。

我民法規定應由保證人代負履行責任。我國學者雖有不少依法日民法，解釋為保證債務之標的與主債務之標的須屬同一（戴著債各下冊三七七頁三八三頁，薛著債各三七八頁）。然我民法所定「代負履行責任」，應解釋為保證人就主債務人債務之履行負其責任，並非「代負為履行之債務」，其用語與德民瑞債並無不同（同說勝本債權總論中卷（1）二七五頁）（註一）（註二）。

【註一】瑞債第四九二條「保證人因保證契約，對於主債務人之債權人，就債務之履行，負其責任（*Der die Erfüllung der Schuld einsetzenden*）。德民第七六五條第一項「保證人因保證契約，對於第三人之債權人，就第三人債務之履行，負其責任」。

法民第二〇一條「為債務之保證者，於債務人不清償債務時，對於債權人負清償其債務之義務」。

日民第四六條「保證人於主債務人不履行債務時，負為其履行之責」。

【註二】我妻中華民國民法債權各則（下）第九〇六頁將我民法第七三九條譯為「稱保證者，謂當事人之一方約定於相對人之債務人不履行債務時，代負為履行之責之契約」，即將「代負履行責任」，譯為「代負為履行之責」，未免有誤。

4. 保證債務為擔保的債務 保證為對於債權人保證主債務履行之方法，故全無擔保主債務之效用者，不得成立保證。例如主債務人再保證保證人之債務（日本昭和三年六月二十九日大審院決定民集七卷六〇七頁）。但主債務人之繼承人為限定繼承時，保證人仍就原債務額之履行負其責任，此時繼承人為保證人債務之保證，對於債權人具有經濟的效用，故應為有效。又由雙務契約所生當事人雙方之債務，各別有保證價值，不妨由一保證人保證之。

二、關於保證規定之地位

保證在民法上規定之地位，因立法上之觀察，而有不同。（一）日本民法專就主體為觀察，認為多數債務人之債權之一種，規定於多數當事人之債權之節（日民四四六條以下）。（二）有置重於保證制度之效用，以保證債務與連帶債務，任意之不可分債務，同為對人的擔保，而與物上擔保對立，規定於債權擔

保編。日本舊民法屬之（同法債權擔保編三條以下）。有置重於保證之成立原因，規定於各個債務關係中。德民（七六五條以下）、瑞債（四九二條以下）屬之。法民亦近於此，規定於財產取得編中（法民二〇一一條以下）。我民法規定於各種之債中，蓋從德瑞之例也。

第二節 保證之性質

第一目 保證之附從性

保證債務，以主債務之存在或將來可存在為前提，因主債務之消滅而消滅。其範圍及強度，不能超過主債務（民法七四一條），不能與主債務分離而為移轉。保證人得主張主債務人所有之抗辯，以對抗債權人（民法七四二條）。保證債務對於其主債務，如此同其運命及其範圍、強度受有有限制之關係，謂之保證債務之附從性（*Akzessoriat; akzessorische Natur*）。

保證債務之附從性，為保證之特色。其附從關係，有如其他之從權利。保證債務之起訴人，應證明保證債務及主債務之存在及性質。惟主債務人未提出異議之支付命令，對於保證人尚不能認為主債務存在之證明。

保證債務之附從性，與後述之補充性相反，不能部分的拋棄。縱在連帶保證，亦仍為附從的債務。如其附從性被除去，則已非保證，而實質上可能為擔保契約（民法七四三條）或連帶債務。

一、關於成立之附從性

保證以主債務之成立為前提，於其存續中附從於主債務。保證雖對於將來或附條件之債務，亦得為之（瑞債四九二條二項），然並非此原則之例外。民法第七百四十三條所定保證，雖可能為真正保證，然如欠缺合法成立之主債務，則保證不能成立，實為擔保契約。主債務之成立為訴之原因，主張主債務之不存

在，屬於異議之提出。

盈餘分配之擔保，因無主債務之存在，非保證。獨立的賠償損害之約束（Schadloshaltungsversprechen），亦非保證。然此不可與損害賠償保證（Schadlosbuergschaft 參照瑞債四九五條三項），即惟就未能受清償之不足額負有填補義務之保證，相混同。主債務為專屬的給付時，是否為真實之保證，抑為賠償損害之約束，應探求當事人之真意定之。

二、關於範圍及強度之附從性

保證依其目的範圍及強度，原則與主債務相同，不得大於或強於主債務。保證人之負擔較主債務為重者，應縮減至主債務之限度（民法七四一條、法民二〇一三條、日民四四八條、瑞債四九九條五〇二條）。保證債務與主債務為另一個債務，其範圍及強度，不妨有異。然因其有附從性之結果，不得超過主債務之範圍及強度。如有超過，應縮減至主債務之程度。然超過部分亦非全為無效。依當事人之意思，得為贈與或為損害擔保而為有效。關於主債務之範圍，例如保證債務之數額，不得大於主債務之數額，因主債務數額之低減而隨同低減。關於主債務之強度（Stärke）或體態，例如於附條件之主債務為無條件之保證者，惟成立附有與主債務同一條件之保證債務。定有較主債務履行期為早之保證債務者，惟成立與主債務同一履行期之保證債務。保證債務定有較主債務利率為高之利息者，應縮減至主債務利息之利率。主債務人惟就重大過失負責者，保證人亦惟就重大過失負責。

保證債務之範圍及強度，不妨較主債務為小為輕。即保證得就主債務之一部或以較輕之條件為之（法民二〇一二條）。例如惟就主債務數額之一部分為保證。主債務雖無條件，保證債務不妨附有條件。保證債務之履行期，不妨較主債務為後。

三、關於移轉之附從性

主債權移轉時，對於保證人之保證債權，原則上亦隨同移轉（民法二九五條、德民四〇一條、瑞債一

七〇條）。然如保證人預先表示惟對於特定之債權人爲保證，或於債權讓與時，讓受當事人間有相反之意思表示，或保證人與債權人間有禁止讓與之特約時，則爲例外。爲以債權讓與對抗保證人，是否須對於保證人爲通知，依日本判例以通知主債務人爲已足（日本昭和七年二月大審院判決）。

保證債務以擔保主債務爲目的，不得將保證債權由主債權分離而爲讓與。

四、關於變更消滅之附從性

主債務之標的、體態有變更時，保證債務亦隨同變更。例如主債務變爲損害賠償債務時，保證債務亦變爲損害賠償債務之保證（民法七四〇條、日民四四七條一項、德民七六七條、瑞債四九九條）。主債務消滅時，保證債務亦隨同消滅。但保證債務不妨較主債務早日消滅。例如約定自主債務清償期屆至經過一定之期間後，保證債務即行消滅。主債務因契約解除而消滅者，保證債務亦隨同消滅。故因解除所生之債務，保證人不負責任。其爲合意解除所生之債務或法定解除權之行使所生解除後之債務並無不同。主債務有更改時，主債務因而消滅，保證亦同消滅（參照日民五一三條一項）。縱有債權人與主債務人間之合意，不得使保證債務就新債務仍爲續存。但得依債權人與保證人間之新契約，就新債務成立新保證，自不待論。又債權人與保證人，亦得預行約定主債務有更改時，使保證之效力就新債務仍爲存續。主債務一旦消滅後，當事人雖以合意使舊債務復活，保證債務不因而復活。但債權人與保證人有合意時，自當別論。

第二目 保證之獨立性

保證債務雖附從於主債務，然非成爲主債務之一部，而爲個別獨立之債務，於附從主債務之範圍內有獨立性。從而得就主債務之一部，成立保證債務（例如限定保證人之責任額）。其強度、體態與主債務亦得有不同（例如就無條件債務爲附條件之保證）。保證債務得有獨立之變更或消滅原因，例如因保證人之給付遲延，惟保證債務變爲損害賠償債務或惟保證契約解除。又保證人得惟就保證債務約定違約金或預定

損害賠償額，或惟就保證債務提供擔保。關聯於保證契約所發生之抗辯權，保證人得獨立行使之。又保證債務原則上非有專屬於保證人一身之性質。保證人死亡時，其繼承人應承受其債務。

第三目 保證之補充性

保證債務以有補充性為原則。即於主債務人不履行債務時保證人應負履行之責。此謂之保證之補充性（Subsidiarität）。因保證有補充性之結果，保證人有檢索之抗辯權。然補充性非保證債務之必要要件，在連帶保證，則保證人無檢索之抗辯權。關於補充性應注意者，有左列數點。

一、保證債務原則上俟債權人之請求，始屆清償期。從而主債務因期限之屆至不待請求而即屆清償期，保證債務則尚未屆清償期。但於主債務不履行時即應履行之特約，不反於保證債務之一般性質，應為有效。

二、保證債務非以主債務之不履行為停止條件之債務，蓋以保證債務已與保證契約同時成立，惟其債務履行責任之具體化，繫於一定之停止條件。債權人對於保證人為請求，是否須證明不履行之事實。雖有主張保證債務非以不履行為條件之債務，債權人對於保證人為請求，無須證明不履行之事實（鳩山日本債權法論二九四頁）。然民法明以債務人不履行債務為保證人代負履行責任之條件（民法七三九條），故應解釋為以不履行之事實為請求之原因。然不履行之事實謂未受履行之單純事實，並非謂債權人經催告或為強制執行結果而未受履行之事實。此消極的事實不易積極的證明，以有相當之釋明為已足（同說勝本債總中卷（1）三一〇頁、近藤註釋日民法中卷二一〇頁、參照瑞債四九六條一項）。

三、保證債務因有補充性，故縱令保證人受履行之請求，如非連帶保證，保證人有檢索之抗辯權。在得行使檢索抗辯權之期間，保證人不負給付遲延之責。然因主債務給付遲延之結果，而可使保證人之責任增大，則為另一問題。

四、因連帶保證契約之訂立，保證人得廢棄保證之補充性。例如拋棄檢索之抗辯權。然保證債務之附從性，並不因此而受影響。

第三節 保證債務與其類似債務之關係

一、損害擔保契約

損害擔保契約 (Garantievertrag)，謂約定對於相對人因一定危險所受積極或消極的損害，應獨立之無償的負填補責任之契約。此契約多以增進經濟的、藝術的、樂業的事業爲目的。例如保息，盈餘分配之擔保。往往爲此目的設立擔保基金，以賠償損害或補助收益。民法惟就擔保第三人爲給付之契約，設有規定（民法二六八條、參照拙著債法總論五八四頁以下）。其他之性質及效力，應依契約之內容及關於契約之一般原則定之。保證契約與損害擔保契約不同之要點，在於附從性之有無，應具體的就契約之目的、當事人之意思定之。負責人對於義務之履行，有自己利益及直接利益者，則爲獨立之義務，應認爲擔保，而非保證。以已成立及有效之主債務爲前提，而就其履行負責者，爲保證。惟以信用支持或就支付能力負責爲目的者，應先認定爲保證。有疑義時，甯可認爲有較輕義務之保證。

1. 性質

a. 損害擔保契約爲獨立之契約 須爲獨立之契約，於訂立其他契約（例如僱傭契約、承攬契約），承受損害擔保之附帶的約束，非茲所謂損害擔保契約，應適用關於各該其他契約之規定。因其對於相對人所受損害或一定收益或其他結果，自己負賠償或擔保責任，而非就他人之債務負責，與保證全然不同。所擔保危險，爲債務不履行或應填補之收益。所擔保爲債務之履行（雖契約爲無效而承擔其危險時亦同）時，該損害擔保契約，與保證頗相類似。然當事人之意思，非就他人債務之履行附從的負責，而係由債務人之

債務分離，獨立的負賠償其因不履行所受之損害，則與保證有異。保證惟保證已成立的債務之履行，而不保證債權之成立及有效。反之擔保義務，與第三人有效債務之成立或存在無關，獨立對於被擔保人負之，故於履行之外，亦得為契約之訂立，結果之發生，第三人之行為，成立擔保。保證人於主債務不履行時，應為賠償給付，而擔保人則應為損害賠償，二者雖同為金錢支付，然其給付之性質及效力不同（關於代位權有不同參照拙著債法總論五六頁）。

b. 損害擔保契約為片務無償之契約 相對人對於擔保人之危險承擔，支付對價，則成立損害保險或其類似之契約。然損害擔保契約，不妨負有負擔。例如相對人負有對於擔保人為事業報告之義務。損害擔保契約，顯為片務無償，與贈與相同。然在後者，以增加相對人之財產為目的，而在前者則在於危險之承擔，即為積極或消極的損害之填補。損害賠償契約為片務契約，惟擔保承擔人負有義務，而無促進所計劃事業實行之權利。對於擔保之承擔，雖亦得約定事業之實行，然此已非純粹之損害擔保契約，而為無名契約。主要的一方面應依事業之種類，準用關於承攬或僱傭之原則，他方面應準用關於損害擔保契約之原則。

2. 要件

損害擔保契約為契約，應具備契約及意思表示之一般要件。特應注意者，有左列數點。

a. 損害擔保契約為不要式 雖有主張損害保證契約為片務無償，可與贈與同視，應準用民法第四百零八條關於贈與之規定。然為擔保契約之點，反近於保證，從而應解釋與保證契約同樣，以有意思表示之一致為已足，不需任何方式。

b. 損害賠償契約須就發生不確定之損害為擔保 (一) 如損害之不發生，客觀的及主觀的於訂約時已確定，則其損害擔保契約無效。(二) 如損害之發生及損害額，於訂約時客觀的及主觀的均已確定，則該損害擔保契約有贈與之性質。(三) 損害之發生及範圍，客觀的雖已確定，如主觀的不確定，該損害擔保契約仍為有效。(四) 惟在被擔保者方面主觀的不確定，而擔保者方面對於客觀的損害之發生或不發生有

認識時，該擔保契約得為贈與而為有效。(五)反之在被擔保者方面雖認識客觀的損害之發生或不發生，而在擔保者方面主觀的不確定時，擔保人係有承擔危險之意思，原則上該擔保契約為有效。然此擔保者之危險承擔，係基於錯誤或基於詐欺，依其情形得撤銷之(民法八八條、九二條)。

c. 就無效之行爲亦不妨爲損害擔保。被擔保之行爲爲法律行爲時，其行爲雖爲無效，而因無效所受損害，如無特約，擔保人應負賠償責任。反之惟就事業實施之危險爲承擔時，如其事業實施爲不能，則實施上之危險亦不存在，該擔保契約應爲無效。

d. 損害擔保契約須不違反強行法規或違背公序良俗。損害擔保契約，如同其他契約，須爲合法。例如承擔賭博上危險之損害擔保契約爲無效。依侵權行爲人與第三人之契約，使第三人擔保侵權行爲所發生之損害，或對於因詐欺脅迫得撤銷之債務，爲詐欺脅迫之人擔保其損害賠償之義務，應爲無效。但爲被害人擔保其所受損害爲有效。

3. 效力

a. 因擔保人所承擔危險發生之被擔保人，受有損害時，擔保人負賠償之責。擔保人雖得就擔保之全部或一部爲擔保，有疑義時應推定其就全部之危險爲擔保。因不抗力所生之損害亦同 (Inn-Lehmann, Lehrb, Schuld, §197, I. 6. S. 783)。關於賠償範圍，如當事人之意思不明時，應解釋限於訂立損害擔保契約時一般當事人可得預見之損害(同說勝本債總中卷(1)五四七頁五四八頁)。

b. 因可歸責於被擔保人之事由發生損害時，擔保人應否負賠償責任，雖有主張應類推適用保險法第四十條第二項之規定，即除出於要保人或被保險人之故意者外，保險人仍應負責(近藤註釋日本民法債權編中卷二〇六頁)。依余所見，保險契約爲雙務有償契約，而在損害擔保契約爲片務無償，應依一般原則，此時擔保人不負賠償責任 (Eun-Lehmann, a. a. O. I. 6. 勝本債總中卷(1)五四七頁)。當事人縱就被擔保人之故意或重大過失所致之損害，亦使屬於承擔之範圍，其約定亦應解釋爲無效(類推適用民法二二

二條)。

c. 重複擔保 數擔保人就同一之被擔保利益，於同一期間，對於同一危險，訂立損害擔保契約時，各擔保人對於被擔保人應負如何責任，應分別為觀察。(一)數擔保人共同承擔危險時，如無特約，各擔保人之債務應認為可分之債(民法二七一條)。(二)數擔保人各自獨立就被擔保利益之全部承擔其危險時，各擔保人之債務，應認為不真正連帶債務。

d. 擔保委任 (Garantiauftrag) 委任亦得含有損害擔保之承擔，此時受任人負有實行事業之義務，與純粹的損害擔保契約不同。然此義務尤其關於撤回及終止契約(民法五四九條)，應適用關於委任契約之規定。因此與上述純粹的損害擔保之義務，顯有差異 (Eun-Lehmann Bd 1, §197, I, 7.S. 73)。

二、併存的債務承擔

併存的債務承擔，得依債權人與債務承擔人或債務人與承擔人間之契約而成立。承擔人新負擔與債務人之既存債務於其承擔時有同一內容之債務。尤其依債權人與承擔人間之契約成立者，與保證契約相類似，然一般與擔保債務有左列不同之點(參照拙著債法總論七〇五頁以下)。

1. 併存的債務承擔，於其成立時以有他債務之存在為前提，即有附從性。然一旦成立後關於其繼續及範圍，不必有附從性 (Egger z. OR, §492, S. 1827)。

2. 保證債務非加入他人之債務，他人債務之履行，非以之為其自己之債務，不過為其確保而履行自己之義務。反之併存的債務承擔，為他人債務本身之加入，承擔人之義務，與原債務具有同一之內容及原因，以同一之次序，如同一般連帶債務與原債務併存。然在保證，與主債務異其原因，縱為連帶保證，亦不失其附從性。保證債務之原因，在於擔保他人之債務，非與主債務有同一之原因。例如主債務為由消費借貸所生之債務時，保證債務不因而為消費借貸上之債務。反之併存的債務承擔，承擔人之債務，為與既存之

債務基於同一之原因。例如既存之債務為消費借貸債務時，承擔人負擔基於同一原因之債務。

3. 保證債務所保證範圍，及於主債務之利息、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），而在併存的債務承擔，除另有合意外，與承擔時之原債務同其範圍、體態，不當然包含承擔後附從於原債務之利息、違約金及損害賠償等債務（參照拙著債法總論七一六頁）。

4. 保證人依民法第七百四十二條規定，得主張主債人所有之抗辯，而在併存的債務承擔，則否。又民法第七百四十七條「向主債務人請求履行及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力」之規定，於併存的債務承擔，亦不適用。

5. 併存的債務承擔，無補充性，從而承擔人無檢索之抗辯權，此點與保證大有不同。

6. 實際上果為保證契約抑為併存的債務承擔，應斟酌具體的情事，尤其契約之目的定之。其偏為原債務人之利益而為承擔行為者，可認為保證。承擔人有直接及實際之利益而為之者，可認為併存的債務承擔。

三、清償他人債務之約束

因清償他人債務之約束（*constitutum debiti alieni*），發生應獨立的清償他人債務之債務。在羅馬帝政時代，即認有這種契約。於固有債務人之外，更有應清償其債務之債務人，與保證頗相似。然此債務，較保證債務為重。蓋在保證債務，非有為清償之債務，惟就主債務之履行負擔保之責，保證人負擔他人之債務。應清償他人之債務者，負擔自己之債務，其債務標的之範圍，得與既存債務不同，不因既存債務之變更而受影響，亦不得援用既存債務人之抗辯。如僅於約定人與第三人（債務人）間有履行之承擔，則明非保證。於有疑義時，債權人對於承擔人無債權的請求權。如對於債權人與以對於約定人之請求權，得為為第三人（債權人）之契約，可能有併存的債務承擔之存在（*Leber zu OR § 432, II, S. 1831*、石坂日本民法一一四一頁、參照拙著民法總論五九二頁）。

四、票據上之保證

票據上債務之保證 (Aval)，保證人與被保證人負同一責任，被保證人之債務縱爲無效，保證人仍負擔其義務 (票據法六一條)。即票據上債務之保證人，負有與主債務同一內容之獨立債務，與有補充性之民法上保證有不同。從而票據保證人無檢索之抗辯權。無效之票據保證，不得轉換爲民法上之保證而維持其效力。蓋票據保證債務爲獨立債務，而非以附從的債務爲目的也。如當事人置重於擔保，則得成立擔保契約。爲保證他人票據上之債務，有爲票據行爲者，謂之隱蔽的保證 (verdeckte Buergschaft)。例如甲發出票據，不逕交與債權人丙，而先以乙爲受取人，由乙背書與丙時，乙因背書，負擔票據之債務，間接的達到爲甲保證之結果。然依票據上之行爲負獨立之債務，與票據上之公開保證 (offene Buergschaft)，同樣無保證之性質。

票據上之債務，亦爲一種債務，保證人亦得不依票據方式而依民法之規定，與債權人訂立民法上之保證契約 (Staub, z. WO § 81.1, S. 249)。就票據上之債務，存有票據保證人與民法上之保證人時，其間不發生連帶債務關係 (日本大正三年七月三日大審院判例)。蓋票據上之保證，與民法上保證不同，苟主債務形式上存於票據上，縱令實質無效，尙成立保證，而民法上之保證，則以實質上債務之存在爲前提也 (石坂民法研究四卷六四二頁)。

第四節 保證債務之成立

第一目 保證契約

一、保證債務依保證契約而成立

保證債務依保證契約而成立。依遺囑雖得使繼承人或受遺贈人負擔應擔任保證義務，然僅依遺囑人一方的意思表示，尙不得使之逕爲保證人。依法律之直接規定，當然發生保證債務者甚罕。民法第五百七十

九條、第一千一百六十九條，可爲其例。依公司法第五十四條，有限公司股東對於公司之債務，應連帶負責，有如公司的連帶保證人之觀，然公司資產不足清償債務時，始由股東負責，實有損害擔保之性質，非真正保證。法律對於特定人雖使其負擔立保之義務，保證債務不當然發生，惟爲其義務之履行而使訂立保證契約，始成立保證債務。

二、立保（俗稱覓保）之義務

保證契約爲依債權人保證人間自由訂立之契約，雖無主債務人之委任，得有效訂立。然亦有因主債務人對於債權人負有立保之義務，爲其履行而委任第三人訂立保證契約者。立保義務之履行，除當事人特以爲主債務成立之要件外，非爲其成立要件。主債務人雖怠於履行此義務，其主債務不妨有效成立。不過應蒙受其不利而已（依日民一三七條三款主債務人因此失其期限之利益）。負有立保義務之情形，有左列數種。通常法律上所定「提供擔保」之義務，包括人的及物的擔保。主債務人得自由選擇。如擔保相當，債權人有承諾之義務。

1. 依債權人與債務人之契約、債權人或債務人與第三人之契約或依第三人間之契約，而使債務人或第三人負立保之義務。

2. 法律上有一定人之請求時，負有提出擔保之義務（民法五四六條二項、八七二條）。

3. 法律上爲其他責任之免除或不利利益之避免，負有提供擔保之義務（民法七五〇條二項、三六八條一項、九三七條）。

三、保證契約之訂立

保證契約通常因債權人與保證人間之合意而成立。主債務人雖有利害關係有立保之義務，而關與保證契約之訂立，然非當事人。有主張依保證人對於債權人之一方的意思表示，亦得成立保證債務，然不足採。稀有債務人與保證人，爲債權人訂立對於債權人直接與以權利之契約（*Enn-Lehmann, § 191, I, 3, S. 760*

1. 當事人 契約之當事人，為債權人與保證人。從而保證人雖依主債務人之委託而為保證，其委任契約之無效，對於保證契約不生影響。與主債務人間無委任關係或竟反於主債務人之意思而為保證，其契約亦為有效（Egger zu OR 492, II, 1. S. 1835 日民四六二條二項）。

保證契約之債權人，得為一切有債權權利之人。然原則上須為個別的特定之人。與此關聯有問題者，為空白保證。即保證人於空白證書上署名或蓋章，以之交付於將來欲負擔債務之人，使其覓求債權人而授與記載其債權人姓名或並記載債權數額於其證書之權限。此時主債務人究為保證人之代理人，抑為使者，其效力如何及何時發生保證債務，應分別情形而為觀察。

a. 保證人對於主債務人授與訂立保證契約之代理權時，主債務人有向債權人為要約及受領債權人承諾意思之權限（Egger z. OR § 492, II, 1. S. 1835）。以保證契約相對人（債權人）或保證債額之決定，委於債務人時，可認為有代理權之授與。此時不問有無空白之填載，保證人之代理人（主債務人）與債權人間有保證契約訂立之意思一致時，即成立保證債務。如保證人惟以應與特定債權人或應於一定債額之限度，訂立保證契約之代理權，授與主債務人，而主債務人竟將其他債權人之姓名或將限度以外之保證額，記入於證書，訂立保證契約時，除有民法第一百六十九條所定表見代理之情形外，保證契約不能有效成立。雖將債額之決定全委於債務人，如其所決定額不當，自債權人見之，應可認為代理人權限外之行爲時，保證人亦可不負責任（勝本債總中卷（1）一二二頁）。

b. 保證人自己決定保證契約之相對人（債權人）及一定之保證額，而交付空白證書於債務人時，主債務人為意思之傳達機關，即為使者，而非代理人。故不問於空白證書有無債權人姓名或債權額之記入，債務人傳達保證人之要約，於有相對人之承諾時，即發生保證債務。如債務人將保證人之意思誤為表示，例如保證人以甲為債權人應與甲訂立保證契約，而債務人將乙之姓名記入於證書，或保證人惟保證一萬圓之

債務，而債務人記入二萬元於證書，以之交付於債權人。此時保證人之內心的效力意思，與表示不一致，得依民法第八十九條之規定撤銷之（*Fun-Lehmann, Schuld, § 161, 13, S. 1763*）。保證人欲為特定之債務人為保證，自己署名或蓋章，而交付未記入債務人姓名之空白證書於該債務人，受其交付者竟以他人為債務人而填記於證書，就該他人之債務表示訂立保證契約之意思時，亦同。就他人所受交付之空白證書，自己填記為債務人，而與其債權人訂立保證契約，原則上為無效。蓋其人並無為保證人之意思表示機關之權限也。然此時得類推適用民法第一百六十九條關於表見代理之規定。

c. 票據債務之空白保證，即票據債務之民法上保證人，不指定債權人，將記載應保證一定金額票據債務之旨之證書，交付於票據債權人時，對於其交付後取得票據上之權利人（包括善意取得者），亦負保證債務。關於其理論構成，有兩種不同之見解。（一）依日本判例，此時「係對於其交付後取得票據上權利者之全體，表示為保證之意思，其保證契約以解為與成為票據權利人之承諾同時成立為相當」（日本大正三年七月三日大判民錄二〇輯五七六頁）。依此見解，保證人預先對於不特定之多數人為負擔保證債務之要約，依成為票據債權人之承諾，而保證契約就各債權人個別的成立。此時依民法第一百六十一條第一項之規定，不以承諾之通知為必要，從而債權人既受領證書而未表示拒絕之意思，得認為已為承諾（石坂京法一〇卷一二號七七頁）。（二）學者有謂此時係約定惟與最初的證書受取人之間，依要約與承諾之一般契約成立要件，成立保證契約。其後債權人得將此從權利與票據，同時對於不特定人為移轉。從而此後保證債權，非與票據之新取得人間依另一新保證契約而發生，惟承受既已成立之保證債權（參照拙著債法總論六八五頁（3））。此保證上債權之移轉，無須對於保證債務人為通知。蓋在一般債權讓與，如對於主債務人具備讓與之要件，對於保證人雖不為通知，尚得對抗之（參照拙著債法總論六九八頁b），則票據債權既已有效的讓與，其結論應無不同（勝本債總中卷（1）三三四頁，田中手法概論三二六頁）。以上二說均有可取，依余所見，以後一說為優。

2. 保證人之能力及資格
保證契約爲法律行爲，保證人須有行爲能力。未成年人訂立保證契約，須得法定代理人之同意。禁治產人應由法定代理人爲之。法人應由董事爲之。

主債務人不得同時爲保證人，但爲限定繼承之繼承人，得爲自己所繼承被繼承人之債務之保證人，已如前述。債務人不得再保證保證債務，債權人將其債權讓與第三人時，得對於自己債權爲保證。

有立保義務之保證人，依法民法及日本民法，除上述行爲能力外，尚須有清償資力及於管轄債務履行地之高等法院管轄區內有住所或假住所（法民二〇一八條、日民四五〇條），我民法無此規定。關於住所上之限制，並無多大實益，反生覓保之困難。蓋財產上之訴，得於義務履行地之法院提起（民訴一二條），債務之履行地原則上爲債權人之住所（民法二一四條二款），從而保證人住所之遠近，對於訴訟影響甚少。惟清償之資力，對於保證債務之履行所關至巨，我民法雖未明以此爲條件，然規定應提出相當擔保，保證人之資力果與其保證債務之履行爲相當與否，自爲立保之重要標準。然其資力之有無，應以主債務應履行之時期爲標準，從而保證人現雖無清償資力，而迄於履行期確可取得清償債務全部之充分的財產者，尙不能謂無資力。

3. 意思表示

保證契約爲契約之一種，應具備關於意思表示及契約之要件。關於契約之內容或表示行爲，保證人有錯誤時，其保證契約，保證人如無過失，得撤銷之（民法八八條）。例如主債務人之同一性或應保證之債類或就所保證債務之性質有錯誤，爲內容之錯誤。原欲訂立質契約，而誤言設質及連帶保證，則爲表示行爲之錯誤。反之誤信債務人有資力或以爲債務人所提出之他擔保爲有效或其擔保價值爲充分，或誤信有擔保權設定之可能或擔保品之實在，或誤信有其他連帶債務人或誤信由主債務人受有委任，均爲動機之錯誤，對於保證契約不生影響。然如當事人以此等之偶素特以爲保證之主觀的要件，則可視爲關於內容之錯誤。如

保證人以惟附有利息限制內利息之債務爲保證之主觀的要件時，雖有限制外利息之約定，然得縮至限制以內，該保證契約，尚不謂爲於內容有錯誤。

因第三人（主債務人）之詐欺而爲保證者，以債權人明知其事實或可得而知時爲限，得撤銷之（民法九二條）。然如第三人爲債權人之代理人或契約訂立輔助人，則其詐欺應與債權人之詐欺同視。蓋保證之性質應特受誠信原則之保護，債權人所負其本人及其代理人或輔助人真實之義務，較其他契約爲強。尤其爲積極之告知時，負有爲真實及完全的說明之義務。主債務人對於保證人爲不正確之報告，而可認如其事情即不爲保證者，債權人如知其事實或可得而知時，應依誠信原則，負有解說之義務（Aufklärungspflicht）（瑞士聯邦法院判例 BGE 59 I, S. 242/3; 57 II, S. 275f; Egger zu § OR 452, 5b, S. 18 41）。

四、保證契約之性質

1. 保證契約爲片務無償的契約（一）保證契約爲片務契約，惟保證人負有債務，債權人不負給付對價之債務。主債務雖依雙務契約而發生，保證人不得對於債權人請求其對待給付，惟得援用債務人之同時履行抗辯權。保證契約原則爲無償契約，有償的約定承受保證契約之訂立者，非保證契約，乃爲保證契約之預約。因保證契約之訂立，而已履行。有償之約定，得爲對於保證人之給與，亦得爲對於第三人義務之負擔。例如債權人允許對於主債務人爲債務之延期或給與新貨款或免除其他擔保人之責任。依列邁之意，以受對價而爲保證者，雖依當事人之意思亦可適用關於保證責任之規定，然其契約之性質已有根本之變更（得爲信用保險）（*Enn-Lehmann § 191, I, 4, S. 760*）。依雪年百格之意，保證契約之當事人得明示的或默示的約定債權人之特別義務，而使形成保證義務與債權人對待給付之對立，成爲爲完全的雙務契約。於有此情形，保證人有時得行使同時履行抗辯權（瑞債八〇條）或契約解除權（瑞債一〇七條以下）。所約定債權人之義務，非與保證債務有對待給付之關係，例如債權人負有定期的對於保證人報告主債務之狀

況或於一定條件之下應終止信用關係，此時保證人無解除保證契約權，惟有損害賠償請求權（Egger-Schönbauer, z. OR § 492, 13, S. 1814）。依余所見，保證人有債的承受保證契約之訂立，多可認為保證契約之預約。除當事人有以之為雙務契約之特別意思外，應認為片務契約。又保證人主債務人間約定保證人應為主債務人訂立保證契約之契約，得為有債。然此為另一契約，與保證契約有別。

2. 保證契約為附從的契約 主債務非有效的發生或得發生，保證契約不生效力。故使主債務發生之契約或使將來發生主債務之基礎的契約，不問基於如何原因為無效時，保證契約亦為無效。然保證契約之無效，不必使主契約為無效。信保證契約為有效而為主契約者，其錯誤為動機之錯誤。原則上其契約為有效。保證契約以擔保主債務為惟一目的之契約，屬於從行為之一種。

保證契約以主債務之發生或得發生為前提，學者因此認保證契約為有因契約（Oertmann, Kom. S. 1293 石坂日本民法一〇一二條）。然其所謂原因，不外於保證債務之附隨性（鳩山日本債權法二九六頁）。保證契約為債權人與保證人間之契約，主債務人與保證人間之關係如何，與保證契約之成立無關。其委任契約縱為無效或經撤銷，對於保證契約不生影響。故保證契約除當事人特以之與對待給付關連而訂立，使為有因契約外，應認為無因契約。

3. 保證契約為諾成契約 保證契約，依外國立法例，有為要式契約者，例如德國、瑞士（德民七六六條、瑞債四九三條）。後者並規定須載明保證責任之限度。法民日民，則為不要式（法民二〇一一條以下、日民四四六條以下）。我民法從之。然保證為無償片務，雙方有失均衡，通常預期主債務人之為清償，不免輕易承諾，故立法上有以書面訂立為其成立要件。

第二目 被保證之主債務

為保證債務之成立，原則上須有主債務之有效存在。主債務自始無效或因撤銷或解除為無效時，保證

債務亦不生效力。然如保證人對於因錯誤或行為能力之欠缺而無效之債務，知其事情而為保證者，其保證仍為有效（民法七四三條、瑞民四九二條三項、日民四四九條、法民二〇一二條二項）。此時依當事人之意思，得有保證或損害擔保契約之成立。如訂約當事人對於有該瑕疵之債務，惟於主債務人不主張其瑕疵時為保證，則有普通保證契約之成立。此時係以瑕疵之不主張或治癒為條件。例如未成年人之行為得法定代理人之承認或經未成年於成年後為追認，或主債務人對於得撤銷之行為為承認。如依當事人之意思，雖於主債務人撤銷債務或債務確定之不生效力時，保證人仍負擔保之責，則已非保證，而為損害擔保契約（Egger Schönenberger z. OR § 492.35, S. 1823）。對於我民法第七百四十三條規定之文字，有疑其不妥者，謂依我民法規定，錯誤僅為得撤銷而非無效，然在瑞士債務法，錯誤之效果亦為無效（同法二三條三一條），今竟襲用瑞士債務法之文字，未免有誤（我妻中華民國民法債各九一八頁）。然在我民法，行為能力之欠缺，其行為不生效力，即其效力不確定，得為有效得為無效。「因行為能力之欠缺而無效之債務」，謂此債務將來確定為無效。「因錯誤無效之行為」謂將來經撤銷而為無效。如不管其行為結果為無效，而有為保證之意思，則性質上實為損害擔保，而非真正之保證。如就得撤銷之行為或有不確定效力之行為，以其將來不生無效結果為前提而為保證，則為真正之保證，而應適用民法第七百四十四條之規定。

【註】瑞士舊債務法第四九四條第三項「因錯誤或契約無能力對於主債務人無拘束力之債務，如保證人於其義務負擔時，知主債務人方面所存之瑕疵者，得有效的為保證」

一九四一年修正債務法關於保證規定第四九二條第三項「為因錯誤或契約無能力，對於主債務人無拘束力之債務，表示負擔保之責（einsetzen）者，如其義務之負擔時知其瑕疵，應依關於保證法之要件及原則，負其責任。此對於已罹時效之主債務人之債務之履行，負擔保之義務者，亦同有適用」。

上述瑞士債務法舊規定用被保證（Verfuert）及「保證人」（Buerge）、字樣，債務法新規定則改用（einsetzen fuer）「負擔保責任」字樣，至堪注意。

如為有效之債務，不問其發生原因或種類如何，為其保證之保證債務，亦得有效的發生。保證契約訂

立時，其主債務之數額無須既已確定，以得確定爲已足。票據上之債務，亦得爲無方式的民法上之保證，已如前述。

1. 不完全債務 不完全債務爲事實上存在之債務，其保證得有效的發生效力。依和解或協調之認可，債務人因和解或協調讓步而受免除之部分，不負清償之責，然其部分之債務仍爲自然債務而存續，保證人亦就其部分不能免其責任（破、三八條一三七條）。於和解或協調成立後履行其債務之保證人，就主債務人受免除之數額，不得行使求償權。其於和解或協調成立前保證人爲全額之清償時之求償權，依破產法第三十六條或第一百三十六條之規定，惟就破產人依和解或協調之條件應支付之部分而存在（日本昭和五年十二月二十四日大判民集九卷一二〇五頁）。就爲違反利息限制附利息之債務保證者，就超過限制部分之利息，不負履行責任。爲已罹時效之債權，得爲保證，然保證人得依民法第七百四十二條第一項之規定，主張主債務人之抗辯。主債務人縱拋棄其抗辯，保證人仍得主張之（同條二項）。債務人知將罹時效而立保者，其消滅時效因承認而中斷（參照瑞債一三五條一款）。此時成立對於完成債務之保證。保證人於負擔保證債務時，知主債務已罹時效者，則通常爲損害擔保（參照瑞民四九二條三項）。蓋若一面成立保證，一面得主張主債務之抗辯，則爲無意義之事也。關於賭博債務之保證，因其違反公序良俗，應爲無效。然依瑞士債務法一九四一年新規定，對於不得起訴之賭博債務，亦得爲有效之保證。不過保證人雖知其瑕疵，仍與主債務人有同一之抗辯權（瑞債五〇二條四項）。

2. 附始期債務及附停止條件債務 爲因始期之屆至或條件之成就而始發生之債務，亦得爲保證（參照日民一二九條、瑞債四九二條一項）。此時保證債務一時在於未確定之狀態，得與主債務之發生同時成立現實之債務或爲將來債務之保證，於條件成就前既已有效成立保證債務，惟其內容俟將來主債務之發生始爲具體化，究爲前者抑爲後者，爲當事人意思之解釋問題。

3. 將來債務之保證 主債務無須於保證債務發生時既已現實的發生，以於將來有發生之可能性爲已足。

例如已有票據貼現契約、交互計算契約、透支契約、委任、僱傭、租賃等可爲保證基礎的法律關係之存在是。蓋保證債務惟於履行時須有被保證債務之存在，於履行期間前則不以此爲必要，此點與其他將來債務之擔保，並無不同（參照拙著物權法論二四五頁二八九頁以下、三一七頁）。將來之債務得爲保證，德民瑞士債務法有明文規定（德民七六五條二項、瑞債四九二條二項）。日民法雖無規定，然判例及學說均認爲有效。我民法亦可爲同樣之解釋。其法律上之性質如何，雖有主張係以主債務之發生爲停止條件之附條件之保證契約，然應認爲無條件之保證契約，其契約本身已發生拘束力，惟其效力如同主債務在於不確定之狀態而繫於主債務之成立。保證人得依民法第七百四十二條之規定主張之（四四四頁、保證人有其權利）。
OR §492 no 27 S. 1819。若以爲附停止條件保證契約，則主債務一旦發生，保證債務，因主債務人之履行即應消滅。如此則對於最高額債務保證，於保證期內更新負擔債務時，就新發生之債務全部，於保證最高額限度內，保證人仍應負責之理由，將難以說明。

將來債務之保證，依將來及現在之債權人（以將來債務與既存債務合爲保證）與保證人間之契約而成立。其方式與普通保證並無不同。保證之最高額及保證之期間，以有約定爲通常。無此種約定之無限保證，是否有效。瑞士債務法第四百九十三條第一項，以載明一定責任之最高數額於保證書，爲保證有效成立之要件，在日本學者中亦有主張未限定將來債務之原因及範圍之保證債務，不得有效成立（中島玉吉債權總論二五二頁）。然當事人間苟有使其發生法律效力之意思，如非甚限制保證人之經濟自由而有背於公序良俗，其保證契約應認爲有效。尤其限定一定之金額，惟於此範圍內負擔責任時，法律上或契約上既未特定有期限，則於主債務存在之限度，保證責任亦應繼續，乃爲保證性質上自明之事（日本昭和七年六月一日大判）。

第五節 保證債務之內容

保證債務之內容，受下述二個原則之支配。(一)保證債務有附從性，故其內容原則上依從主債務之內容。(二)保證債務因保證契約而成立，故於不違背其附從性之範圍，依其個個契約所定之旨趣。當事人依契約限定保證債務之內容時，謂之有限保證。無此限制時，謂之無限保證。

第一目 保證債務之標的(物體)

爲保證債務標的之給付，是否須有代替性，以保證債務爲實現與主債務之履行同一結果之債務者，則謂其給付須有代替性或至少爲保證人得代履行之給付。如就有專屬性之債務爲保證，則係就債務不履行時之損害賠償債務爲保證之附停止條件保證債務，或爲擔保不履行時債權人所受損害之損害擔保。此種擔保，應稱爲準保證。以保證債務爲擔保債權人之受履行或不因債務人之不履行而受損害之擔保責任，不能爲主債務之履行時，保證人惟應爲不履行所生損害賠償之履行者，則其給付無須有代替性。其有代替性者，保證人雖附從的負有爲其給付之義務，如無代替性，則惟就其不履行時債權人所受之損害賠償，負履行之責。原爲不代替給付，保證人取得其標的物時，亦應負代爲給付之責。例如爲不動產出賣人爲保證者，其後保證人偶然由債務人取得其不動產時，原來不動產移轉登記之義務爲不代替給付，保證人雖惟負不履行時之賠償責任，然如其不動產歸保證人取得，則對於保證人亦得請求登記義務之履行(參照日本大正十三年一月三日大審院決定民集三卷五三頁)。保證人之責任爲主債務原給付之履行或其不履行時所生損害賠償債務之履行，如約於主債務不履行時保證人應爲與主債務標的不同之給付，則爲第三人代物清償之預約或係與保證人以他給付代替原來給付之權。

主債務之標的或性質發生變更時，保證債務原則上亦隨同變更，分述之如左。

1. 主債務陷於給付遲付時，主債務於本給付之外發生給付遲延所生損害之賠償債務，從而保證債務亦及於賠償債務。

2. 主債務因不可歸責於債務人之事由爲給付不能時，主債務消滅，保證債務亦因而消滅。

3. 因可歸責於債務人之事由爲給付不能時，主債務變爲損害賠償債務，保證債務原則上亦隨同變更（依日本大正十三年一月三十日判決，此時保證債務常隨同變更）。但主債務雖爲給付不能，依保證人之行爲尚可達主債務原來之目的時，債權人得對於保證人請求原債務之履行，亦得不請求履行而逕請求損害賠償之履行。例如主債務人負有於某戲劇爲臨時演員（extra）之債務，其友人爲之保證，如主債務人因可歸責於己之事由出場不能，債權人得對於保證人請求其出場或請求損害賠償債務之履行。蓋保證人於主債務人不履行債務時負履行責任，所謂債務人不履行債務，應包括因可歸責於債務人之履行不能在內也。

第二目 保證債務之範圍

一、依保證附從性所定之範圍

1. 保證債務範圍與主債務範圍之關係

保證債務之範圍，依其附從性原則，不出於債務之範圍。保證人之負擔較主債務爲重者，縮減至主債務之限度（民法七四一條、法民二〇一三條、日民四四八條）。如當事人有必須保證債務額較主債務爲大之意思，則保證契約全部爲無效。當事人未定保證債務之範圍，而亦無可資確定此範圍之特別情事時，應解爲與主債務同其範圍。在將來債務之保證，爲保證基礎之法律關係繼續期間，主債務人基於該法律關係所負擔之債務，保證人應負其責。基礎法律關係之存續期間有更新時，保證人惟於當初期間屆滿時主債務人負擔之債務額之限度，應負其責（日本昭和八年六月八日大判）。縱令約定有保證最高額，於當初期間屆滿時主債務未達其限度額，保證人對於期間更新後主債務人負擔之債務，不負責任。保證契約定有保證人負責之最高限度者，保證人惟於其限度內負責。債權人與主債務人間之基礎的法律關係有最高限度之約定時，保證人亦以於其限度負責爲已足。債權人縱對於主債務人爲超過限度之透支，保證人就超過額不負

責任。然於保證債務履行期，主債務額在限度以內時，保證人不得以債權人會為超過限度之借貸而免其責（日本大正六年七月二十六日大判民錄二十二輯一二二二頁）。又關於民法第七百四十條之特別規定，容後為述明。主債務範圍應如何決定，為契約解釋之問題。例如就房屋租賃，保證承租人之債務者，如無特約，不獨支付租金之義務，對於該契約終了後標的物之返還義務，亦應解釋在內。主債務之範圍無須自始確定，以於履行保證債務時得確定為已足。又主債務額雖一定，惟保證債務於其範圍內尚未定，亦為可能。例如約定於一定條件成就時保證額減半。

在將來債務之保證，未限定保證債務之範圍時，應解釋惟有於交易上認為相當之限度內為保證之意思。依日本判例，就超過透支限額之債務，有為保證之特約時，如無特別可為反對解釋之積極的意思表示，以其惟有應於相當範圍內為保證之旨為正當（日本大正十五年十二月二日大判民集五卷七七九頁）。反之既預定保證債務之最高額，縱令違反不為一定金額以上透支之特約，超過其限度為貸借，當事人既有依該信用契約為交易之意思，其保證債務並非消滅，應解為於當初所定保證金額之範圍內，尚有其效力（日本大正六年七月二十六日判決）。

2. 主債務範圍之變更及於保證債務之影響

保證債務成立後，主債務之範圍有變更時，保證債務是否應隨同變更，應分別為考察。

a. 依主債務人與債權人間之契約，擴張主債務之範圍時，如未經保證人之同意，保證債務範圍不因而擴張（德民七六七條一項後段）。例如無利息債務變為附利息或新約定違約金或增加主債務之數額。主債務非依債權人債務人之法律行為而擴張者，例如因債務人之給付遲延，於原本給付義務之外增加損害賠償義務時，保證義務亦隨同擴張。但預先限定保證之最高額時，如無特約，惟以其額為其限度。

b. 依主債務人與債權人之契約或依債權人一方之行為（例如一部免除），縮小主債務之範圍時，保證債務亦因而縮小。但預先限定保證債務之最高額者，保證債務之範圍尚較變更後主債務之範圍為狹時，保

證債務尚應於原限定額之範圍內依舊續存，抑應按主債務範圍縮小之比例而縮小，為契約之解釋問題。如無特約意思表示，應解為仍於原限定範圍內依舊續存。依債務人一方法律的行為使債務一部分消滅者（例如一部之清償或抵銷），亦同。主債務之清償期延長時，保證債務之履行期亦因而延長。主債務非依債權人債務人之法律行為而縮小時，例如因不可歸責於主債務人之事由致主債務一部為不能時，如無特約，保證債務之範圍亦因而縮小。關於保證債務有最高額之限制時，縮小的主債務之額，較保證債務之限制額為小時，保證債務亦應縮減至縮小後主債務之額，至為明顯。就保證債務所定之最高額，是否亦應按主債務減少之比例而縮小，為保證契約之解釋問題。關於此點如無意思表示，應解釋仍在原定最高額之範圍內，於主債務之限度，有保證債務之存續。最高保證債務額尚較縮小的主債務為小時，如無特約，當初之保證債務額，仍有效的存續。

二、依法律所定保證債務之範圍

保證債務除契約另有訂定外，包含主債務之利息、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、日民四四七條一項、法民二〇一六條）。當事人未定保證範圍時，關於其範圍德國法與法國法有不同之見解。在德民，一依保證債務之附隨性而定。保證債務之範圍附隨於主債務之變更及擴張。然此種變更擴張，應以由主債務本身所發生者為限。例如因給付不能或遲延所生之損害賠償。其由主債務獨立所生債務，縱令為主債務之從債務，不當然為保證之標的。例如約定利息、違約金，非保證債務之當然所及（德民七六七條）。反之依法民之見解，保證人不獨保證主債務及其本身之擴展，而並認當事人有保證其他一切主債務的從債權之意思（法民二〇一六條），日民從之。我民法係仿日民之規定也。保證人依民法之規定，於主債務之外，應保證之範圍如左。

1. 利息 利息債務，可分為約定利息與法定利息。就中遲延利息，為主債務之擴張，依保證債務之附從性，當然屬於保證之範圍。然約定利息，係依獨立契約所發生，依德國通說，惟於保證人知此等從債務之

存在，未爲保留而爲保證時，認其亦有爲保證之意思(Oertmann z. § 167, d, r. S. 641)。瑞士債務法就契約上之利息，限制爲本期及其前一年之利息(瑞債四九九條二項三款)。依我民法，除當事人另有訂定外，當然包含主債務之利息。故縱令保證人不知主債務之附利息，尙應解釋爲之擔保。然於保證契約成立後，依債權人與主債務人間之特約，附以利息或附加利息者，保證人自不負其責。保證人就超過利息限制部分之利息，與主債務人同樣不負履行之責。然如已支付其超過限制之部分，其清償爲有效(日本大正十四年四月十六日東地判)。因利息滾入原本(民法二〇七條)，其合併額超過保證人所負擔之限度額時，保證人就其超過額是否尙須負責，瑞士債務法規定無論如何，不得超過保證書上所載明之最高額(瑞債四九九條一項)。我民法關於此點雖無明文規定，除當事人另有訂定外，應可爲同樣之解釋。又如保證債務有較主債務爲遲之期限時，其相異期間中之遲延利息，應不在保證範圍之內。

2. 違約金 違約金依瑞士債務法，惟於當事人有明示之約定時，始屬於保證之範圍(瑞債四九九條二項一款後段)。然在我民法如同日民，不問其性質爲損害賠償額之預定或爲違約罰，除另有訂定外，均包含於保證債務之內。

3. 損害賠償 茲所謂損害賠償，包括因給付不能所生代替原債務之損害賠償(填補賠償)。損害賠償額之預定，雖名爲違約金，亦包含在內。因契約解除原狀回復義務，與契約上之債務無同一性，又非主債務之從債務，不包含於保證債務範圍之內，殆無疑義。然因解除之損害賠償(民法二六〇條)，是否爲保證債務之所及，則見解有不同。有以爲民法特將損害賠償列舉，即示將保證債務之範圍擴大於因契約解除之損害賠償之意(近藤、柚木註釋日民法中卷二一四頁、末弘債法總論二六三頁、日本明治四十三年四月十五日大判民錄三二五頁)。有以爲因解除之損害賠償，爲原狀回復義務之方法，應不包括在內(勝本債總中卷(1)三七三頁)。依瑞債之規定，除當事人有明示之約定外，因契約解銷成立之損害，保證人不負其責(瑞債四九九條二項一款後段)。依余所見，在我民法，因解除之損害賠償爲基於債務不履行之損害

賠償（參照拙著債法總論五三九頁），除當事人另有訂定外，應解釋包含在內。又遲延利息，亦屬於損害賠償之範圍。

4. 其他從屬於主債務之負擔 雖為從屬於主債務之負擔，然為另一債務，理論上非當然為主債務之內容，乃係解釋當事人之意思而設之規定，故須為保證成立時既已成立或應成立或可預想之從屬的負擔。德民惟以應歸主債務人負擔之解約通知費用及訴訟費用，應由保證人負責（德七六七條二項）。瑞士債務法以訴訟費用與質物之交出及質權利之移轉費用為限（瑞債四九九條一項二款）。然在訴訟費用，並以債權人於適當時期與保證人以因清償而可避免訴訟之機會，為保證人負責之條件。我民法未為此列舉，解釋上訴訟費用（不問保證人參加其訴訟與否）、通知費用、催告費用等應歸主債務人負擔者，均包含在內。其他非從屬於主債務之債務，例如因擔保主債務之質物之瑕疵所生損害之賠償債務，自不在保證範圍之內。

三、依當事人契約所定限制

當事人於不超過主債務之限度，得自由約定保證債務之範圍，已如前述。當事人特限制保證債務之範圍者（有限保證），其限制有種種。或就原本債務為保證，而不保證利息債務，或僅就債務之一部為保證，或惟保證保證契約成立時之債務，而不及其後之變更擴張，或不問主債務數額如何變更而定保證最高限額惟於其限額內為保證，或於保證契約附以終期惟於一定期間內為保證，或約定惟保證人本人負擔保證債務而不移轉於其繼承人。如不定保證之一定負擔額，惟以對於主債務之一定比例限制保證債務時，例如限定保證額為主債務之半數，其數額應按主債務之增減而變更，此時是否為有限保證抑為無限保證，因其應按主債務之數額而半減，仍不失為有限保證之一種。

不問為無限保證或有限保證，保證人不妨惟就其保證債務約定違約金或損害賠償額（參照日民四四七條二項）。其他亦不妨惟為保證債務設定人或物的擔保。例如設定質權或立保（副保證）。蓋因此並不使保證債務較主債務為重，乃為保證人不履行其債務時對於債權人應負如何責任之問題，與民法第七百四

十一條亦無抵觸也。

第三目 保證債務之體態

保證債務之體態與保證之範圍相同，於不重於主債務之限度，得由當事人自由約定。當事人未特定體態時，保證債務原則上依主債務之體態。

一、條件 主債務附有條件者，保證債務亦須同附條件，不得僅使保證債務為無條件。反之主債務為無條件時，保證債務得單獨附條件。

二、履行期 當事人得就保證債務另定履行期。然保證債務之履行期，不得較主債務為早。其有較早之約定者，應解為與主債務同其履行期（民法七四一條）。然依當事人之意思，亦得不成立保證，而成立債務承擔。當事人未定保證債務之履行期者，其履行期依主債務之履行期。保證契約訂立後債權人將主債務延期者，保證人受其利益（民法七五五條），得以其延期對抗債權人，然債權人不得以之對抗保證人。從而時效期間對於保證人依保證契約所定期限屆滿之日起開始進行，主債務人因破產失其期限之利益時，保證人不失其當初之期限利益（勝本三八二頁）。依債權人與債務人之契約，縮短主債務之期限者，對於保證債務原有期限之利益，不生影響。

三、履行地 當事人得就保證債務另定履行地，亦得以主債務之履行地為保證債務之履行地。如無特別約，保證債務之履行地是否應於主債務之履行地為履行，抑應就保證債務獨立的決定其履行地，學說上有不同之見解。有以為履行場所經濟上有重大之關係，保證債務應與主債務同其履行地，尤其在主債務定有履行地時為然（Oertman, zu § 767 S. 939; Endemann § 134, Ann. 8 石坂一〇三四頁）。亦有主張就保證債務不得約定較主債務履行地為不利之履行地，於此時以於主債務之履行地履行為已足。其約定履行地較主債務之履行地為有利者，固不妨於其地為履行（勝本債總中卷（1）三八一頁）。然依德國判例（

RG 36, 263)，則認為保證人應有獨立的履行地與法院管轄（Loewarter, Lehrkommentar zu § 767, S. 368）。瑞士學者認保證債務之履行地與法院管轄，無附從性，與德國判例為同樣之解釋（Egger-Schönberger, z. OR § 462, no. 46）。依余所見，保證債務之履行地，應認為無附從性，除當事人另有特約外，應獨立決定。從而主債務之履行地雖定為債務人之住所，保證債務以於債權人現時之住所履行為已足（民法三一四條）。

第六節 保證債務之效力

保證債務之效力得分為債權人與保證人間之效力及主債務人與保證人間之效力，而為觀察。

第一目 債權人與保證人間之效力

第一款 債權人之權利

債權人對於保證人有請求債務履行之權利。債權人為此請求，須保證債務已屆清償期，而且須為未受履行之釋明。債權人向主債務人為請求時，對於保證人亦生效力（民法七四七條）。蓋此時主債務未為履行，已甚明顯也。保證債務已屆履行期時，不問主債務人有無清償資力或第三人就主債務已設定擔保物權與否，即得請求保證債務之履行。惟債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前而先向保證人請求時，保證人有檢索之抗辯權。如保證人不提出此抗辯時，債權人得對於債務人及保證人有效的行使兩個請求權，並得同時或先後請求全部或一部之履行。但任何一方為一部或全部之清償時，其債務因而縮減或消滅。

關於保證債務之履行，除當事人另有訂定外，與主債務之履行期同時屆至。然在保證人得為檢索抗辯

之期間，保證人不負遲延責任。在此期間債權人不得以保證債務與自己對於保證人之債務為抵銷（日本大正十一年十三日大判）。故保證人不得以主債務期限之屆至而即發生清償之義務，除債權人已向主債務人為請求外（民七四七條），須向保證人為請求，始可使其負履行之義務。然債權人不妨以主債務與保證人為共同被告而提訴訟。

主債務人保證人均受破產宣告時，債權人得就其債權之總額，對各破產財團行使其權利（破、一〇四條）。惟保證人受破產宣告時，債權人得以其債權之總額為破產債權，而行使其權利（參照日破、二五條）。此時保證人無檢索之抗辯權（民法七四六條三款）。惟主債務人受破產之宣告時，債權人得以其債權之總額為破產債權而行使其權利，自不待言。主債務雖因限定繼承或因公司之人格消滅而消滅，債權人尚得向保證人請求債務之履行。

第二款 保證人之權利

第一項 主債務人權利之主張

保證人對於主債務所存之抗辯權或其類似權利，得主張之。民法明定保證人得主張主債務人所有之抗辯（民法七四二條、德民七六八條一項、法民二〇三六條、瑞債五〇二條）及對於得撤銷之主債務有拒絕清償權（民七四四條、德民七七〇條一項）。

一、抗辯權之主張

茲所謂抗辯，應從廣義解釋，包含異議及抗辯及其他有抗辯性質之反對權（參照拙著民法原論總則二三頁二四頁）。主債務人所有一切之抗辯，例如消滅時效之抗辯、不完全債務之抗辯，均包括在內。但於消滅時效完成後所立之保證，則完全有效（類推適用民法七四三條、參照瑞債四九二條三項後段）。又主債務人依限定繼承而減輕其責任之抗辯權，主債務人依強制和解所獲之讓步，保證人不得主張之。保證人

主張抗辯之利益，不應因主債務人之行為而使其喪失，故民法規定主債務人縱拋棄其抗辯，保證人仍得主張之（民法七四二條二項、德民七六八條二項）。

1. 異議 異議指權利不發生或消滅之主張而言，因其為訴訟上防禦方法，亦稱訴訟上之抗辯。（一）主債務依不法或其他原因為無效時，保證人訴訟上得為權利不發生之抗辯。對於超過利息限度之附利息債務為保證者，就其超過部分，保證人亦得主張無履行義務。（二）一旦發生之主債務，因清償、代物清償、抵銷、更改等而消滅者，保證人得為權利消滅之抗辯。上述權利不發生或消滅之抗辯，性質上為異議，嚴格言之，為保證人地位上本有之抗辯，而非主張主債務人之抗辯。

2. 狹義的抗辯 狹義的抗辯，包括延期的抗辯與滅却的抗辯。延期的抗辯，例如主債務人有同時履行之抗辯、不安之抗辯、檢索之抗辯（再保證人對於保證人之抗辯）時，保證人得主張之。蓋若主債務尚無須履行，而強保證債務先為履行，則有背於保證債務之附從性也。滅却的抗辯，例如時效之抗辯。主債務人拋棄時效利益，保證人為主張時，是否亦為主債務之利益發生效力，應為否定。主債務人抗辯權之主張，立法上有並以之為保證人之義務者（瑞債五〇二條一項），蓋保證人抗辯權之主張，通常為主債務人之利益也。然我民法無明文規定，如無特約，不能作同樣解釋。然受任而為保證受有報酬者，就委任事務之處理，應以善良管理人之注意為之（民法五三三條）。又在無因管理人應以本人之方法為之（民法一七二條），故在保證人可得而知之抗辯權，應解釋有為主張之義務。

3. 期限之寬許 債權人保留對於保證人之權利，惟對於主債務人延展期限時，保證人是否得因而主張保證債務之延期履行。有以如此期限之寬許，係反於保證債務之附從性，應為無效（德最高法院判例 RG 5 6, S. 212f.）。然通說謂無使其行為為無效之理由，惟因其行為主債務減輕時，保證債務亦應因而減輕，即保證人得主張其利益。

二、其他類似權利之主張

1. 抵銷權 主債務人對於債權人有反對債權時，保證人得以之與債權人之債權為抵銷。此為羅馬法、德國普通法及法日民法之所認（法民一二九四條一項、日民四五七條二項）。蓋自先訴抗辯之見地，以認保證人有此權為正當，而且可避免訴訟之循環也。依德民法第七七〇條第二項規定，此時保證人對於債權人得拒絕清償。依瑞士債務法第一二一條規定，保證人在債權人有抵銷權之期間，得拒絕對於債權人之清償。依 *Erger* 解釋，不得逕為抵銷，保證人惟得以此抗辯指示債權人依此滿足其債權（*Erger z. OR § 123, Anm. II, S. 1975*）。我民法第七百四十四條係仿德民第七七〇條第一項之規定，而同條第二項關於主債務人對於債權人有抵銷權時之規定，則未之及，解釋上有主張保證人得據以拒絕清償（薛著三八三頁），有主張不得行使債權人之抵銷權，亦不得據以抗辯（戴著下冊三九三頁）。依余所見，我民法關於此點既未如德民瑞債另設有得拒絕清償之規定，則可解釋包括於廣義的主債務人之抗辯之內，而且我民法如同日民（四三六條二項）明規定連帶債務人之一人，得以他債務人對於債權人之反對債權，於該他債務人應分擔之部分，主張抵銷，則自保證人與連帶債務人地位之均衡上，應參照日民規定，解釋保證人得藉主債務人之債權，以抵銷對抗債權人（參照拙著債法總論八〇六頁（甲））（同說我妻中華民國民法九一四頁以下，然其關於瑞債之說明，則未免有誤）。

2. 撤銷權 主債務人就其債務之發生原因之法律行為，有撤銷權者，保證人不得行使主債務人之撤銷權，惟對於債權人得拒絕清償（民法七四四條、德民七七〇條一項）。在其行為未被承認，撤銷權未經行使或因未經過除斥期間而消滅前，保證人得拒絕清償。但縱經撤銷而為無效，而仍為有保證之意思者，則為損害擔保，依民法第七百四十四條之規定，其保證為有效。此時保證人不得以主債務人有撤銷權而拒絕清償。至於主債務人之解除權、撤回權等形成權，保證人不得行使之，亦不得以此而拒絕給付。蓋此等權利之行使與否，屬於主債務人之意思自由也（*Erger z. OR § 502, Anm. 10, S. 1975*）。

3. 選擇權 保證人不得行使主債務人之選擇權（民法二〇八條）。然得為數宗給付中之一宗給付，而清

償其債務。此時因保證人之過失而致生不利於主債務人時（例如所給付物之價較他宗給付之標的物爲高），保證人應依其與主債務人間之法律關係，負其責任。其結果爲求償權之縮減。

4. 清償之抵充 保證人對於同一債權人保證主債務人所負擔數個債務時，保證人爲清償所提出之給付，不足消滅全數債務時，保證人是否得爲清償之抵充，學說上雖不無爭論，應爲積極之解釋（參照拙著債法總論七五五頁2. b）。

第二項 爲一般債務人之抗辯

保證人爲債務人，一般債務人應有之抗辯，自亦得主張之。例如以期限未屆至爲抗辯，以保證契約本身無效爲抗辯。有得撤銷之事由時，得撤銷之。有特約之保證契約解除權時，得行使之。保證契約消滅時效完成時，得拒絕給付。保證債務既已依保證人爲履行而消滅或因履行不能免給付義務時，得爲異議。

保證人得以自己對於債權人之反對債權，與債權人之債權爲抵銷。然在保證債務負有先訴或其他抗辯之期間，債權人對於保證人不得主張抵銷。主債務人不得以保證人對於債權人之反對債權，對於債權人爲抵銷（參照法民一二九四條二項。）

第三項 保證人特有之抗辯（檢索之抗辯）

一、概說

在古羅馬法，不認有檢索之抗辯（亦稱先訴之抗辯）。保證人惟於主債人不履行債務時，始負履行之責。得依債權人之選擇，對於主債務人或保證人爲訴追。至儒帝時，始認保證人有檢索之利益（Beneficium excussionis）。以債權人先就主債務人之財產爲執行不得滿足時，始得由保證人受滿足。然檢索之利益爲債權人請求要件或僅爲抗辯，不無爭執。通說謂爲抗辯。繼承羅馬法諸國之現代立法，幾無不認有是制。然其所認程度，則有異差。有以檢索爲對於保證人爲請求，須證明就主債務人之財產已爲執行，如普瑞是（普國法第一部第十四章二八三條以下瑞債四九五條）。有以檢索爲抗辯。債權人雖未就債務人之財

產爲執行，得對於保證人爲請求，惟於保證人主張檢索之抗辯時，債權人始須就主債務人之財產爲執行。如法、義、德諸國是（法民二〇二一條以下，義民一〇九八條以下，德民七七一一條以下）。惟奧國民法不認檢索之利益，債權人對於保證人爲請求，以僅對於主債務人爲審判上或審判外之催告爲己足。然不以僅告爲抗辯，而爲對於保證人請求之要件（奧民一三五五條）。日本民法兼認催告及檢索之利益，分別規定催告之抗辯與檢索之抗辯（日民四五二條、四五三條）。我民法仿德民之規定，惟認有檢索之抗辯。

二、檢索抗辯之意義及性質

檢索之抗辯（*beneficium excussionis*；*bénéfice de discussion*）亦稱先訴之抗辯（*Firrede der Vorauklage*），謂保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，得拒絕清償之抗辯（民法七四五條、德民七七一一條、法民二〇二一條）。其性質爲一種延期的抗辯。在保有檢索抗辯權之期間，保證人不陷於給付遲延，債權人不得以其對於保證人之債權對於保證人爲抵銷，已如前述。

三、檢索抗辯之行使及其行使之效力

檢索抗辯得於審判上或審判外行使之。審判上行使者，得於第二審辯論終結前爲之。

保證人爲檢索抗辯時，債權人非證明已爲強制執行而無效果或證明檢索抗辯之行使之消極的要件之存在（民法七四六條），不得對於保證人爲執行。強制執行基於判決或基於其他執行名義，在所不問。債務人於執行後縱從新取得財產，債權人無須再爲執行（*Staudinger zu § 771.2: Oertmann zu § 771.4*）。債權人於債務人之物有抵押權或質權者，亦須對於此擔保物實行其權利而無效果，然於其擔保物上債權人並有其他債權時，須其價格足以滿足兩債權（參照德民七七二條二項）（依我最高法院十九年上字三三〇號判決。「債務關係如於設定擔保物權而外並有保證人者，主債務人不清償其債務時，除有特約外，應先儘擔保物拍賣充償」，當係指擔保標的物屬於債務人之情形而言（*Oertmann, zu § 772.2, S. 949*），蓋保證債務雖爲主債務之補充債務，並非對於擔保物權亦有補充性也）。所謂強制執行無效果，包括執行結果不能或不

足清償債務，或拍賣不成（強執七一條九五條）或主債務人財產之所在不明，或其財產在外國無從執行。

【註】保證人爲檢索之抗辯後，債權人對於保證人是否有向主債務人爲檢索之義務，立法上學說上有不同之見解。依多數立法，認債權人有行使權利之義務。依德國普通法債權人如因過失不能由債務人受履行時，保證人免其債務。普國國法關於此點設有詳細規定（一部一四章三一六條三一七條三二四條）。法奧民法規定此時債權人應負損害賠償責任（法民二〇二四條、奧民一三六四條）。日民規定保證人於債權人如爲執行，應得受清償之限度，免其義務（日民四五五條）。反之德民法以債權人依保證契約惟取得權利而不負義務，其對於主債務人行使權利與否，爲其自由。如認債權人有此義務，則將使保證效力薄弱而發生種種之糾紛（Motive S. 678-679），我民法從之。

債權人就債務人之財產爲執行，而未能受全部之清償者，其不足之部份，得對於保證人請求履行。保證人縱令債務人財產狀況改善，不得再爲檢索之抗辯。債權人着手執行後，債務人之財產原不足清償其債務始爲明白時，債權人是否即得對於保證人請求全部債務之履行，抑須完結執行而惟就其不足部份請求履行。依一般原則債權人無受一部清償之義務，此時民法第七百四十六條第四款之要件，可謂業已證明，應解釋債權人得請求保證人爲全部之履行。反之檢索抗辯提出時，主債務人原有足以清償其債務之財產，惟於着手執行之際而成爲僅有一部清償之資力者，債權人尙應繼續爲執行，而受領一部清償，惟得就其不足部分請求保證人履行。蓋一旦有效主張抗辯權，則債權人應先就主債務人之財產爲執行也（勝本四六六頁、磯谷五一七頁）。

四、檢索抗辯權行使之消極的要件

保證人於有左列情形之一時，不得主張檢索之抗辯權（民法七四六條、德民七七三條一項）。

1. 保證人拋棄爲檢索抗辯之權利者 檢索抗辯之拋棄，得預先於保證契約中爲之。此時成立連帶保證契約。法律上仍爲普通保有附從性之保證契約，惟檢索之抗辯，保證人不得主張。但應注意者，亦得依當事人之意思，爲債務加入（Schuldbetritt）。此拋棄亦得於保證契約成立後始另以特別約定爲之。理論上言之，在前一情形，檢索之抗辯之成立，自始即被阻止。在後一情形，爲對於已取得之抗辯權之拋棄。

拋棄得明示的或默示的爲之。明示的例如約明爲連帶保證人 (Selbstschuldner) 或用類似字樣，如連帶支付人 (Selbstzahler)、連帶負責或共同負責 (santverbindlich)。默示的，例如約定於清償期屆至時，保證人即爲履行 (索克遜民法一六二六條)。法律上有立保之義務而立保者，其保證之表示，應含有拋棄檢索抗辯之內容 (參照德民二二九條二項)。

2. 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，主債務人之住所、營業所或居所有變更，須因而請求清償發生困難。依德國舊時判例 (RG 40, 156)、一般須移至外國。在國內之遷徙，尙爲未足。然近時判例，則認國內之變更，亦有適用 (Palandt, z. § 773, S. 733)。瑞債以將住所移至外國，而在瑞士不能向其請求或因在外國住所之變更，而發生訴追之重大困難，爲檢索抗辯權喪失原因之一 (瑞債四九五條一項)。依余所見，在我民法，如因此變更而發生請求清償之困難，則無論其變更在國內發生或在國外發生 (爲外國一國內之變更抑或由一國移至他國)，或由國內移至國外，苟因此發生請求之困難，保證人均不得行使檢索之抗辯。蓋我國幅員廣大，不應以國內外爲標準，而應以請求之困難爲標準也。住所雖由國內移至國外，苟主債務人在國內尙有可充清償之財產，尙不能謂有困難 (民訴一條)。如主債人，動向不明，不能知滯在處所，則不論其在國內或國外，應無區別 (Oertmann z. § 773, 2, b, S. 950)。德民法規定因此使訴追 (Rechtsverfolgung) 發生重大困難，所謂訴追包括訴訟及強制執行。在我民法，應解釋其他訴訟外請求清償之行爲，例如催告，亦包括在內。又在我民法以因此發生困難爲已足，並不以重大爲必要。

3. 主債務人受破產宣告者，主債務人如受破產宣告，債權人無須俟破產之結果，即得向保證人爲請求。依德民第七百七十三條第二項，此時如債權人對於主債務人之動產有質權或留置權而可滿足時，則保證人尙有檢索抗辯權。其標的物併爲債權人其他債權之擔保，而其價值可滿足兩債權時，亦同。我民法無此規定，自難爲同樣之解釋 (參照瑞債四九五條二項)。破產之宣告之裁定，如經撤銷確定，則保證人檢索抗

辯權因而再屬於保證人。反之如以裁定宣告破產終止（破、一四八條），則保證人不得主張檢索抗辯權（*Staudinger, z. § 773, 1c, S. 1421*）。

4. 主債務人之財產不足清償其債務者（民七四六條四款、德民七七三條四款、日民四五三條）所謂不足清償其債務，其債務當係指保證人所保證之債務而言。並非汎指主債務人一般之債務。主債務人之財產，應包括為保證債權人已設定擔保物權之財產在內。所謂不足清償，是否解為全部清償，抑僅以一部清償為已足，學說上頗有爭執。德民第七七三條第四款規定「可認為對於主債務人財產之強制執行不足致債權人滿足時」，依 *Staudinger* 解釋，如強制執行可致債權人部分滿足時，則保證人得就全部保證債務為檢索之抗辯。如屬於債權人之質權或留置權，惟可部分的滿足債權人時，則僅得於此限度內為抗辯（*Staudinger, z. § 773, 1d.*）。依法國通說，債務人之財產雖僅得一部分滿足債權人時，保證人尚得為檢索之抗辯。蓋債權人就其清償不足部分，尚得對於保證人為請求也（*Baudry-Lacantinerie et Wahl t. 24 no 1037*）。依日本學者通說，須保證人證明主債務人有為債務全部清償之資力，蓋以一部清償原則上非依債務之本旨之清償，此時若許為檢索之抗辯，則將強債權人為一部清償之受領也（石坂一〇六二頁、勝本中卷（1）四二七頁、磯谷五一頁、鳩山三一頁、近藤日本民法債總中卷二三八頁）。然近時日本判例，則以在債權額之對比上有交易上相當額之清償資力為已足（日本昭和八年六月十三日大判民集十二卷一四七二頁）。在我國亦多從日本通說（戴著三九八頁、薛著三八四頁）。有謂我民法既採債權人就主債務人之財產強制執行而無效果後，始得對於保證人為執行之主義，苟主債務人有財產之存在，縱令不足清償全部保證的債務，保證人仍得就債務全額行使檢索之抗辯權（我妻債各九三二頁）。依余所見：我民法既明定「主債務人之財產不足清償其債務者」，在文義上當指全部清償而言，而且法國民法規定保證人為此抗辯時，須指示主債務人的直接且容易扣押之財產及預付債權人之檢索費用，德民規定就金錢債務為保證者，強制執行惟須對於主債務人居住所或營業所之動產為之，而不及於不動產（註）。依日本民法，保證

人不但須證明主債務人有實力，而並須證明其執行容易（日民四五三條），我民法則未作此種規定，故應從嚴解釋，其財產僅足清償一部保證的債務為未足。況在我民法，此等消極的事由之存在，須由債權人舉證，實際上除主債務人有明顯的不足清償其債務之事實，例如因貧窮受救助或其他債權人已為執行而無效果外，債權人亦不易舉證，而阻止保證人之為此抗辯。此點與日民法應由保證人證明消極事由之不存在者，大有不同。

債務人之惟一財產上有他人之抵押權時，應扣除其所擔保之債權額，以決定其是否尚足以清償保證債務。只須以債務人之積極財產為標準，其未有物的擔保之消極的財產，無須加以考慮。債權人雖就其債權對於第三人之財產有物上擔保，或有其他保證人，苟主債務人之財產不足清償其債務，保證人不得為檢索之抗辯。所謂清償債務，不以債務原來內容之實現為限，其代替原履行之損害賠償，有原債務之延長性質，債權人對於主債務人取得填補賠償請求權時，如主債務人之財產足以清償此賠償債務時，則保證人不妨為檢索之抗辯。例如米百袋之買賣，就買受人之債權為保證時，出賣人雖無米百袋而尚有土地房屋足以賠償其債務不履行之損害時，仍應許其為此抗辯。

〔註〕法民第二〇二三條「保證人主張檢索之抗辯者，應對於債權人指示主債務人之財產及預付債權人為檢索所需費用。主債務人之財產在其債務清償地之控訴法院管轄區域外或有糾紛或供債務之抵押而已不在債務人之占有者（例如第三取得人手中），保證人不得指示之」（*Colin et Capitain 23, p. 806*）。
德民第七七二條「就金錢債務為保證者，強制執行應對於主債務人之動產，於其住所為之」。即強制執行對象，以動產為限，並須分別情形，於主債務人之住所營業所或居所為之（*Denecke zu § 772, S. 572*）。

第三款 主債務與保證債務之關係

主債務人或保證人與債權人間所生事項發生如何效力，為依保證債務附從性解決之問題。原則上就主債務人與債權人間所生之事項，發生絕對的效力。但主務人因破產而失期限之利益，其效力不及於保證人。就

保證人與債權人間所生之事項，除違債權目的之事項外，惟生相對的效力。

第一項 主債務及於保證債務之效力

一、主債務消滅保證債務亦消滅

1. 依法律行為或準法律行為所生主債務之消滅 主債務因清償、代物清償、提存而消滅時，保證債務亦消滅。其他因抵銷、更改、免除而消滅時，保證債務亦同其命運。主債務一部分消滅時，保證債務亦以同一比例縮減其範圍。

2. 因給付不能之消滅 主債務因可歸責於主債務人之事由為給付不能時，變為損害賠償債務而存續，無礙於保證債務之存在。然因非可歸責於主債務人之事由而為給付不能時，主債務消滅，保證債務亦消滅。主債務因可歸責於保證人之事由為給付不能時，主債務人雖免給付義務，保證人對於主債務人多有侵權行為之成立，債權人得依民法第二百二十五條第二項之規定，對於主債務人請求讓與其對於保證人之損害賠償請求權，然不成立侵權行為時（例如應給付之物屬於保證人所有而由保證人自毀之）或其賠償請求權因罹時效而消滅時（依侵權行為所生損害賠償請求權因短期時效而消滅，因契約違反所生之損害賠償請求權，適用通常之時效，而且有行使保證債務擔保權之利益），依德國普通法亦認保證人有賠償義務，蓋以保證人之義務在於擔保主債務之受支付，依誠信原則凡一切可以妨礙履行者，保證人均有注意於其避免之義務也（*Enn-Lehmann § 193, 13, S. 164* 石坂一〇八二頁）。

3. 主債務之債權請求權因時效而消滅時，其效力亦及於保證債務 此為保證債務附隨性之當然結論。保證人不獨得主張時效之利益，主債務人雖拋棄其利益，保證人仍得主張之（民法七四二條）。

4. 混同 因債權人與主債務人間之混同，主債務消滅保證債務亦消滅 此時為保證債務附隨性之當然結果。保證債務因主債務人與保證人間之混同亦原則上消滅，但為債權人之利益，例外的不消滅（參照瑞債五〇九條一項）。例如保證人限定繼承主債務人或惟就保證債務設有質權抵押權或約定違約金或立有副保

證，則債權人依保證債務之存續受有利益，而且未增加保證人原來之責任，應解為有保證債務之存續（O. erlmann z. § 767, I, c, S. 349; Dernburg § 230, I; Ebn-Lehmann, § 195, I, S. 775; 石坂 108 頁）。
 5. 主債務因法律上之特別規定未受清償而消滅 此時可認為主債務人未履行債務之一情形，當事人如無反對之約定，保證人應代負履行之責。

a. 主債務人之繼承人為限定繼承之結果，債權人不得對於主債務人為請求時，保證人不能免其代負履行之責。保證人如於限定繼承以前為清償時，對於遺產與他債權人同得行使求償權。於限定繼承後為清償時，其因限定繼承主債務人得免其債務之部分之求償權，保證人不得行使之。

b. 主債務人為股份有限公司，未清償其債務而陷於破產，因而喪失人格，不能向其請求時，保證債務亦不消滅。然其理論上之根據，則有三說。第（一）說基於當事人之意思解釋，謂保證人就公司人格消滅後未能清償之賸餘債務有負擔同一目的之獨立債務之暗默的合意（岡村 212 頁）。第（二）說謂依破產法之規定，在和解主債務人雖得一部分債務之讓步，保證人仍負擔全額之義務（破、三八條），則依此類推，此時應認保證人有此責任（加藤）。第（三）說謂此時為主債務人不能履行其債務之一情形（日本大正十一年七月十七日大判民集一卷四七三頁），即為因可歸責於主債務人之事由而為給付不能。依余所見，以第三說為當。

c. 依破產法第三十八條規定，債權人對於債務人之保證人及其共同債務人所有之權利，不因和解而受影響。故和解上雖有讓步，債權人仍得對於保證人請求全部債務之清償。然保證人於和解成立後為全部債務之清償時，對於主債務人因和解而得免除之額，不得行使求償權。於和解成立前為全部清償時，其求償權因受和解效力之拘束（破、三六條），惟得就破產人依和解條件應支付之部分，與他債權人同行使其權利。

6. 債權人將對於主債務人之債權讓與第三人時，如無反對之意思表示，主債權之保證債權，亦隨同移轉，已如前述。

7. 主債務因債務承擔移轉於第三人時，除保證人對於承擔為同意或允為承擔人為保證人外，保證債務亦當然消滅。蓋債務人為何人，對於保證人之責任，有重大影響也。

8. 向主債務人請求履行及為其他中斷時效之行爲，發生絕對的效力，對於保證人亦生效力（民法七四七條、日民四五七條一項、瑞債一三六條二項三項、法民二二五〇條）。此原則對於連帶保證，亦有適用。蓋連帶保證亦為保證之一種也。然此效力非由保證債務附從性當然所生之結果，乃為推測當事人之意思所設保護債權人之規定，當事人不妨另為訂定。

履行之請求發生絕對效力，以保證債務未附有特別期限時為限，自不待言。因履行之請求，發生絕對效力之結果，其因請求所生債務人之給付遲延及因請求之時效中斷之效力，當然及於保證人。然給付遲延依保證債務之附從性，無須本條規定當然發生絕對效力及於保證人，從而本條所謂履行之請求，結局為因請求之時效中斷及對於保證人發生請求履行之效力。

9. 判決原則上惟對於訴訟當事人發生效力，對於主債務人之判決之效力，不及於保證人。即保證人得依自己之證據方法，主張主債務之不成立、消滅或其他事由。但因對於主債務人判決之結果致主債務輕減或消滅，而與債務人以利益時，保證債務依其附從性，亦同受其利益。所謂主債務人受敗訴判決之效力不及於保證人，僅謂保證人得再就主債務之存在問題，提起訴訟。如保證人不提起此訴訟，則不能免其代負履行之責。此時保證債務之範圍，亦及於主債務之訴訟費用，已如前述。

10 其他依債權人與主債務人之契約，變更主債務標的之範圍或主債務之體態時之效力，有如前述。

第二項 保證債務及於主債務之效力

保證債務為擔保主債務而存在，從而就保證債務發生之事項，惟與主債務以滿足者，發生絕對效力，否則惟生相對的效力。故履行發生絕對的效力，其與履行可同視者，亦然。例如代物清償、提存、更改、

抵銷，均可發生絕對效力。此外惟可發生相對的效力。例舉其事項如左。

1. 混同 債權人與保證人間之混同，惟生相對的效力。對於主債務人，不生影響（石坂一〇九一頁、鳩山三一八頁、反對小池二七〇頁）。

2. 無效、撤銷及解除 保證契約之無效、撤銷或解除，其效力不及於主債務。

3. 時效 保證債務因時效而消滅時，主債務不因而消滅。其他對於保證人之履行請求或其他時效之中斷，對於主債務不生效力。

4. 免除 債權人免除保證債務時，如未同時對於主債務為免除，惟保證債務消滅。

5. 抗辯 主債務人不得主張保證人基於保證契約之抗辯。例如期限延緩之抗辯、為有償保證時，保證人所有對於債權人之同時履行抗辯。主債務人亦不得以保證人對於債權人之反對債權供抵銷或主張保證人因限定繼承所生責任限制之利益。

6. 時效利益之拋棄 保證人雖拋棄主債務時效之利益，對於主債務不生影響。

第二目 主債務人與保證人間之關係

第一款 概說

保證人對於主債務人得為何種請求，應依保證人與主債務人間之內部關係定之。保證人為清償時，受主債務人之委任而為保證者，依關於委任之規定。未受委任者，依關於無因管理之規定。其受委任者，民法並規定於一定情形，得請求主債務人除去其責任（民法七五〇條）。保證人以贈與之意思而為保證或為履行對於主債務人之義務而為之者，則不發生求償關係。然如債務人拒絕贈與，則成立不當得利關係（

O rtmann z. § 774, Ia)。

第一款 保證人之求償權及代位權

關於保證人求償權發生之要件及範圍，日本民法設有詳細規定（日民四五九條至四六五條）。我民法未作規定，應依債法一般原則決定之。即依保證人受有委任與否，分別適用委任或無因管理之規定。故求償權結局為事務處理所需費用之償還及因此所受損害填補之請求權。此在未設規定之德民、瑞債，亦為同樣之解釋（Oertmann, z. § 774, 1a, S. 951; Staudinger zu § 774, 1, Egger z. OR § 507, Anm. 2, S. 2018）。以求償權為前提，民法設有關於保證人因清償代位之規定（民法七四九條、德民七七四條、瑞債五〇七條一項）。代位權非有自己目的，惟為使求償權易於實現之方法。如無內部成立求償權之理由，則無代位權之成立。於此意義，民法此項規定，對於保證人與主債務人間之內部關係，實具有補充的性質（Lsgger z. OR, § 507, Anm. 21, S. 2025）。

第二款 保證人之求償權

第一項 保證人受主債務人之委任而為保證

保證人受主債務人之委任而為保證者，其相互間之法律關係為委任關係。管理事務經本人承認者，適用關於委任之規定（民法一七八條），此時亦可認包含在內（參照德民七七五條）。受任人因處理委任事務支付之必要費用，委任人應返還之，並應付自支出時起之利息（民法五四六條一項）。保證人以自己財產上給付使主債務人免責時，構成必要費用之支出，自得對於主債務人請求返還。

一、求償權之發生要件 基於委任關係而為保證者，其求償權是否以保證人為清償為成立要件，抑僅為生效要件，雖有不同之見解，應解為成立要件。為求償之發生，應具備左列要件。

1. 保證人須為清償 基於委任之保證人求償權，為處理委任事務所支出必要費用之償還請求權，如保證人未為清償行為，縱令依其行為使主債務人得免其責，例如依保證人之盡力而使債權人免除主債務人之債

務，因無可償還之支出費用，不發生求償權。

有疑問者，保證人是否可基於委任關係，依民法第五四五條之規定，請求預付清償保證債務之必要費用，依德民法及瑞債解釋，一般保證人不得爲此請求（Oertmann z. § 774, 1a, S. 951; Staudinger z. § 774, 5.4; Egger z. OR § 507, I Anm. 22. 23）。我民法亦可爲同樣之解釋。蓋此與保證之目的不合，而且我民法如同德民瑞債，已另設關於保證人請求保證責任除去之規定也（民法七五〇條、德民七七五條、瑞債五〇六條）。

2. 須因保證人爲清償而使主債務消滅，清償行爲包括代物清償、提存、更改、抵銷（不問保證人對於債權人爲抵銷或債權人對於保證人爲抵銷）及有償免除（須併使主債務人免責）。依德民瑞債解釋，債權人以贈與之目的惟爲保證人之利益爲免除時，亦有求償權之成立。蓋以此時有如債權人將債額由保證人收取而同時直接以贈與之目的返還之也（Oertmann, z. § 774, 2, S. 953; Staudinger z. § 774, 2a）。然贈與之目的，非可推定，應由保證人負舉證之責（Egger z. OR § 507, Anm. 23, S. 2025）。須有債權人之滿足，故僅提供擔保爲未足。然強制執行，應解釋包括在內（Staudinger z. § 774, 2a）。但保證人因保證爭執，僅爲避免基於假執行之判決之強制執行，而爲支付者，不在其內（RG 98, 328; Dencke BGB z. § 74, 2, S. 576）。

保證人使消滅之債務，不問其爲全部或僅爲一部。其僅爲一部消滅者，惟有一部之求償權。其消滅行爲，亦不問在主債務清償期前或在其清償期後。保證人雖於清償期前爲清償，亦不妨求償權之成立。就期限前之清償，如未得主債務人之同意，在其清償期屆至前不得行使求償權。然爲清償之保證人，雖在期限前得對於主債務人之財產爲假扣押。

3. 保證人須就其爲清償無過失。依瑞士債務法第五百零二條第三項規定「保證人怠於主張主債務人之抗辯者，如不能證明其無過失而未知之時，於因此抗辯之主張應得免責之範圍，喪失其求償權」。依德民之

解釋，主債務人抗辯權之主張，同時爲保證人之義務。受委任而爲清償。受任人支出費用，以其應認爲必要者爲限（德民法，不得以爲必要費用之支出（Oertmann z. § 768, 9, S. 99 注意處理委任事務（日民六四四條），即負有援用主債務人之權應於主債務人因此援用應可免受損失之範圍，而不發生或過總中卷二六〇頁）。我民法雖將委任分別受有報酬與否而異其主債務附有抗辯，而仍爲清償，則難認爲必要費用之支出（且有報酬者就抽象的輕過失，未受有報酬者就具體的輕過失，此外保證人爲清償時，依民法第七百四十九條規定，債權權原附有之抗辯，保證人雖未爲主張，因保證人爲債權之承受此意義，亦可發生保證人喪失求償權之結果（Staudinger z. 人得向債權人請求所給付物之返還，應依不當得利之原則定之

二、求償權行使之限制

a. 保證人不知主債務已經清償，而對於債權人爲清償或其他四十九條關於清償代位之規定，無從適用。如保證人因可有如規定，仍有求償權。然其對於債權人非債清償之不當得利請求（Ger. op. cit. 5. S. 1425 參照日民四六三條二項、四四三條二項）

b. 保證人爲清償或其他免責行爲後，怠於通知主債務人，依一般立法例保證人喪失其對於主債務人之求償權。（羅馬法十四、三四四條、法民二〇三一一條一項、瑞債五〇八條）。依

責行爲爲有效（日民四六三條一項、四四三條二項、石坂一一〇五頁）（註一）。德民法關於此點雖無規定，通說認爲保證人有此義務。如違反此義務，主債務人對於保證人之求償權，有異議權，有時得請求損害賠償（Oertmann z. § 767, 5, S. 292）。我民法既規定受任人有將委任事務之進行狀況報告委任人之義務（民法五四〇條），此時保證人自應將其免責行爲報告主債務人。如怠於報告而致主債務人爲再度清償，則主債務人得以其清償對抗保證人（註二）。

【註一】瑞債第五〇八條「保證人支付主債務之全部或一部者，應通知主債務人。如保證人怠於通知，主債務人不知其清償並非可得而知，而對於其債務同爲支付時，保證人喪失其對於主債務人之求償權。但仍保有基於不當得利對於債權人之債權」。

【註二】保證人爲免責行爲以前，是否須預將其旨通知主債務人，立法例有不同。（一）有以保證人無此義務，惟主債務人對於債權人有抗辯權時，應將其旨通知保證人（羅馬法、索克遜民法一四七二條）。（二）有以保證人應負通知主債務人之義務。違反此義務時，主債務人得以其對於債權人之抗辯，對抗保證人之求償（奧民一三六一條、日民四六三條一項、四四三條一項）或以保證人此時不得爲求償（法民二〇三二條二項、蘇俄民法二四三條）。（三）以保證人不負此通知義務（德民、瑞債），我民法亦然。

三、求償權之效力

受主債務人之委任而爲保證者，與通常之受任人同有完全之求償權，其範圍如左。

1. 清償或爲其他財產上給付 受任人爲處理事務支出必要費用時，得對於委任人請求償還（民法五四六條一項），同樣受任之保證人得請求其爲清償主債務或其他免責行爲所支出費用之償還。保證人如無特約，於原本之外並保證利息及其他從債務（民法七四〇條）。如清償其全部，得就其全額爲求償。債權額與保證人之給付額通常爲同一。兩者相異時，其給付額較主債務人之免責額爲大者，例如以超過債務額的價格之物爲代物清償或依更改負擔超過債務額之新債務時，保證人惟得就主債務之免責額爲求償（就負擔之新債務惟得就相當免責額之部分請求主債務人代其清償，未至清償期者惟得就其部分請求主債務人提出相

當擔保民法五四六條二項）。保證人之給付額較主債務人之免責額爲小者，例如以低於債務額之給付而得主債務之免除，以價格低於債務額之物爲代物清償時，保證人惟得就自己之給付額爲求償。

2. 免責之日起之法定利息 受任人就處理事務所支出之必要費用，並得請求償還其自支出時起之利息（民法五四六條一項後段）。受任之保證人，同樣得請求其免責給付額之利息之償還，其利率依法定利率。

3. 其他必要之費用 例如清償之費用（滙費、運送費）、訴訟費用等必要費用，爲委任之主債務人亦有償還之義務（民法五四六條一項）。

4. 保證人爲免責行爲所受之損害賠償 受任人處理事務因非可歸責於自己之事由，至受損害者，得向委任人請求賠償（民法五四六條三項）。從而主債務人對於保證人因爲免責行爲所受之損害，自有賠償之義務。

主債務人破產時，保證人得以將來求償權之總額爲破產債權，而行使其權利。但債權人已以其債權總額爲破產債權行使其權利者，不在此限（破、一〇五條）。蓋若許兩個債權之加入分配，則實質上發生同一債權二重加入之結果。主債務人與保證人均破產，債權人加入二個破產財團之分配時（破、一〇四條），保證人對於主債務人之財團不得行使求償權。然債權人由兩財團所受分配之額，超過債權額時，其超過額歸於保證人之財團（參照日舊商法破產編一〇三一條二項），由該財團破產管理人依不當得利之規定，向債權人請求返還。

第二項 保證人未受主債務人之委任而爲保證

未受主債務人委任而爲保證時，保證人與主債務人間之法律關係爲無因管理或準無因管理，分別適用民法第一百七十六條第一百七十七條及關於不當得利之規定。

一、保證利於本人並不違反本人明示或可推知之意思者

（1）求償權之要件

保證人須爲財產上給付，此點與受委任之保證人同。

b. 須因財產上給付，而使主債務人免責。受委任之保證人（包經本人承認之無因管理人）於有一定情形，得請求主債務人除去其保證責任，而未受委任之保證人則否（民法七五〇條、德民七七五條一項）。

c. 財產上給付行爲，須與主債務人以利益。蓋無因管理惟爲本人支出必要或有益費用，始有償還請求權。例如第三人約以贈與爲主債務人對於債權人爲清償，則保證人之免責行爲，對於主債務人未予以任何利益，從而不發生求償權。

(2) 求償權行使之限制 保證人因清償或其他免責行爲使主債務人免責後，怠於通知主債務人，而主債務人善意的爲二重之清償或免責行爲時，得以其清償對抗保證人。

(3) 求償權之效力 保證人得依民法第一百七十六條之規定，向主債務人行使求償權。決定主債務人利益之有無及其範圍，應以保證人之免責行爲時爲準。從而主債務人於免責行爲後，雖生有對抗債權人之事由，保證人求償權不因受影響。其求償之範圍，原則上與受有委任之保證人相同（參照德民六八三條、瑞債四二二條）。依日本民法規定，此時保證人惟得於免責行爲時主債務人所受利益之限度爲求償（日民四六二條一項七〇二條一項）。故就清償之債務額及爲清償所必要之費用，雖得爲求償，而不及於支出費用之利息及損害賠償（石坂一一二二三頁）。然我民法第一百七十六條第一項明定應償還支出時起之利息及賠償損害，自難爲同樣之解釋（參照法民二〇二八條）。然損害須因非可歸責於保證人之事由，基於免責行爲而生，而且其免責行爲須有利於本人（民法一七二條），自不待言。

二、保證非利於本人或違反本人明示或得推知之意思者，依我民法第一百七十七條規定「管理事務非利於本人或違反本人明示或可得推知之意思而非爲本人盡公益上之義務或爲其履行法定扶養義務時，本人仍得享受因管理所得之利益，而本人所負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益爲限」，其義務的範圍的決定，應解釋以費用之支出時爲準。然在保證人因其免責行爲雖發生債務消滅之效力，究非因其管理

新生有利益，而可使本人（主債務人）有享受與否之選擇餘地，應解釋不在本條規定之範圍。依一般原則惟發生不當得利之問題（參照拙著債權總論六七頁），應適用不當得利之規定，以保證人請求利得之返還時，定其利得之範圍（民法一八二條、參照日民四六二條二項、石坂一一二五頁）。故於免責行為後利得返還請求前，如債務人之利益消滅或減少，則返還請求權因而消滅或縮減。例如於保證人清償後主債務人不知其清償再度為全部或一部之清償或其他免責行為，則保證人之請求權因而全部或一部消滅。然如主債務人可豫期保證人之請求而使其事由發生者，保證人得以惡意之抗辯對抗之（參照瑞債六四條但書）。

保證人有為債權人保證之意思而無為主債務人保證之意思者，亦應依不當得利之原則，於主債務人現受利益之限度為利得之返還請求。依當事人之約定，債務之清償不得由第三人為之者，其保證契約除具有損害擔保之性質者外，應為無效（民法三一〇條）。此時為一般第三人清償之問題，債務人得主張其清償為無效。如於免責行為後請求利得返還前，消滅時效於其間完成，債務人得以其抗辯對抗第三清償人。債務人如於其間取得對於債權人之債權，亦得以其對於債權人所為之抵銷，對抗第三清償人。

【註】日民四六二條第一項「未受主債務人之委任而為保證者，為債務清償或其他以自己之財產上給付使主債務人免其債務時，主債務人應於其當時受利益之限度為賠償」。第二項「反於主債務人之意思而為保證者，惟於主債務人受利益之限度有求償權。但主債務人主張於求償之日以前有抵銷之原因時，保證人得對於債權人請求因抵銷而應消滅之債務之履行」。關於反對債權之處理，我民法無此規定，難為同樣之解釋。蓋依日民法無利害關係之第三人不得反於債務人之意思而為清償（日民四七四條二項），而我民法則除當事人另有訂定或依債之性質不得由第三人清償者外，得由第三人為之，故除當事人另有禁止第三人清償之特約或其他有否定其清償效力之原因外，債務人不得主張其無效也。

第三項 多數債務人的保證人之求償權

主債務人有數人時，保證人之求償權，因為其中之一人為保證與為全體為保證，而有不同。因其與主債務人間有無委任關係，而有差異。

一、爲全體債務人爲保證

保證人之求償權，此時依其所保證債務之種類而異。

1. 可分之債務 保證人保證可分之債務時，保證人得對於各債務人，按其應分擔部分爲求償。蓋在可分之債務，各債務人負擔獨立之債務，保證人之求償範圍，亦應依各債務之額而定也。

2. 不可分債務 在不可分之債務，債務人各有爲全部清償之義務，從而保證人亦有爲全部清償之義務。依日本通說，保證人常得不可分的對於各債務人爲全部之求償。保證人由債務人一人受全額之償還時，他債務人亦免其償還義務（石坂一一三一頁、磯谷七三九頁、鳩山三三一頁、末弘二七四頁）。亦有主張債務性質上爲不可分時，保證人得對於各債務人不可分的行使全部之求償權。其債務僅依意思表示爲不可分時，因保證人之清償，不可分關係消滅，除另有約定外，應按債務人各自負擔部分，分別爲求償（勝本五〇〇頁）。依余所見，以通說爲妥。在後一情形，保證人得全部或按分擔部分爲求償。

3. 連帶債務 依民法法第二千零三十條規定，對於全體連帶債務爲保證者，得對於各債務人就全部爲求償。我民法無規定，亦可爲同樣之解釋。蓋此時保證人係就各債務人之連帶債務爲保證，應得對各債務人爲全額之求償，即連帶債務人連帶的負擔求償義務。

二、爲數債務人中之一人爲保證

1. 可分之債 此時保證債務，惟就其所保證的一債務人之債務額而成立。保證人之求償權，亦惟得對該債務人且就其債務額行使之。如保證人爲全部清償時，亦同。此時對於他債務人之關係，爲第三人之清償，應適用關於無因管理之規定。

2. 不可分債務或連帶債務 此時保證人有全部履行之義務，對於自己所保證之債務人得就全額爲求償，殆無疑義。對於其他不可分債務人、連帶債務人，是否亦得爲求償，法國民法因無規定，頗有爭論。通說認爲得對於他債務人按其負擔部分爲求償（Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 24, no 1123; Planiol

L. 2 no 2359)。日本民法依法國通說，規定保證人對於他債務人惟得就其負擔部分爲求償（日民四六四條）。依理言之，此時保證人對於他債務人惟得基於不當得利之規定爲求償。然此項保證人有履行全部債務之義務，對於他債務人有如爲其保證人之同一立場，其所爲清償或其他免責行爲，通常可認爲利於本人並不違反本人明示或得推知之意思。其求償範圍與受委任之保證人相同（民法一一六條五四六條），事實上亦可發生日本民法所規定之結果。

第三款 保證人之代位權

在羅馬法，保證人對於主債務人有求償權時，認有債權人之權利讓與之利益（*Beneficium cedentium actionum*）。有求償權之保證人，得對於債權人請求讓與其權利。近世立法則以債權人之權利當然移轉於有求償權之保證人（奧法一三五八條、法民二〇二九條、德民七七四條、瑞債五〇七條一項）。我民法第四百四十九條規定，蓋從德瑞之例也。保證人對於主債務人有固有的求償權時，得對於主債務人代位債權人之權利。代位以確保固有之求償權爲目的，其性質與連帶債務上之代位，同爲法律上之債權移轉（*Cessio legis*）。然保證人之固有的求償權，與依代位而行使之債權人之權利相併立，發生請求權之併存。

債權之法律上移轉，爲確保求償權之方式，與保證人之意思無關，縱違反保證人之意思，仍不妨其發生。保證人亦不得因拋棄而避免此結果，惟得以一般第三人之資格爲清償（民法三一一條）。主債務人以保證人之名義爲其代理人或使者爲清償時，縱以自己之財產爲之，亦有本條之適用。主債務人於內部關係當然得以其所支出者與保證人爲抵銷（*Oertmann z. 8 774, 5*）。

移轉之債權人權利，第一爲債權於清償時之狀態，移轉於保證人。債權之擔保及其他從屬之權利，均隨同移轉。雖在保證之承擔後成立者，亦同（民法二九五條、瑞債五〇七條、德民七七四條）。（但瑞債

以主債務人自己嗣後設定者爲限，五〇七條二項）。債權之移轉，實際上爲法定求償權之確保，故雖移轉之債權有較高之利息，然自移轉後則保證人只得請求法定利息（RG 63, 47），保證人清償債權之一部者，惟有一部分債權之移轉。在連帶債務人之求償代位，民法明定不得有害於債權人之利益，而關於保證人之求償代位，則未有此規定。然依德民規定，此時債權之移轉，不得爲債權人之不利益而爲主張（德民七四條一項二段）。瑞士債務法規定因債務一部之清償，惟質權一部移轉於保證人，債權人存留的部分之次序先於保證人之部分（瑞債五〇七條二項後段）。我民法關於此點雖未明文規定，然民法第三百十二條關於第三人清償代位之一般規定，應可補充的適用，即保證人之代位，亦不得有害於債權人之利益。

保證人對於主債務人代位行使債權人之債權時，主債務人得以債權移轉時所得對抗債權人之事由，以之對抗保證人（民法二九九條）。例如債權尙未屆清償期。亦得以基於其與保證人之法律關係所生之抗辯，對抗保證人，例如保證人以贈與之目的爲保證或基於特殊法律原因對於主債務人負有不求償而清償債權人之義務，則對於主債務人不得主張其受移轉之債權（Staudinger z. § 774, 4b. c.）。

第四款 保證責任除去之請求權

保證人受主債務人之委任而爲保證者，於有民法第七百五十條所定情形之一時，得向主債務人請求除去其保證責任。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、德民七七五條、瑞債五二二條）。此係自保證人與主債務人間之委任關係所導出之理論，即主債務人負有注意於不增加受任保證人之責任之義務。保證人原則上有推定其以保證契約訂立時主債務人的經濟情事之繼續爲前提，而負擔保證債務。主債務人如有違反此義務之情事或債權人主債務人之情事有顯著之變更時，主債務人對於保證人有使其免除保證債務之義務。在法日民法，於有一定情形，得使保證人對於主債務人預先行使求償權（法民二〇三二條、日民四五九條至四六一條）。德國民法惟認有保證責任除

去之請求權。瑞士債務法亦然。我民法規定，蓋從德民之規定也。(一)所謂委任，應從廣義的解釋，以處理事務爲目的之僱傭契約，等於委任，經本人承認之管理事務，亦包括在內(民法一七八條、依德民第六百八三條規定，管理事務之承擔利於本人并不違反本人明示或可推知之意思者，得如同受人請求支出費用之償還，故解釋此時無因管理人視同受人 *Denecke z. § 775, 1.S. 578*)。(11)拋棄檢索之抗辯權者，亦有此保證責任除去請求權。然對於主債務人無求償權者，亦無此除去請求權。(三)爲保證責任之除去，主債務人得自行清償而使保證債務消滅或對於債權人無償的或有償的或提出其他擔保，使其免除保證人之責任。(四)主債務未屆清償期者，主債務人得提出擔保，以代保證責任之除去。雖令主債務人除去此責任之判決已確定時，亦同。擔保之提出在於確保主債務屆清償期時保證責任之被除去，然不爲保證人因保證債務之履行所生損害之賠償而爲之。清償期前供與擔保，於主債務屆清償期時，保證人仍得向主債務人請求除去其保證責任。(五)主債務人雖得提供擔保，以代保證責任之除去，然保證人對於主債務人無請求其提出擔保之權 (*Staudinger, z. § 775, 1*)。

有左列情形之一時，保證人得請求除去保證責任。

(一)主債務人之財產顯形減少者 此情形應由法院比較保證承擔之時與請求除去保證責任之訴之提起時判定之。不獨應考慮主債務人之正負財產，而並應顧及其信用關係。然如保證人自己依其違反契約之行為引起主債務人財產之惡化時，則主債務人得以詐欺之抗辯對抗之 (*Denecke z. § 775, 2. S. 578*)。

(二)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 保證人有此項情形時，不得主張檢索之抗辯，其說明有如前述。主債務人有此情形時，則保證人得向主債務人請求除去其責任。

(三)主債務人履行債務遲延時 於清償期屆至後，債權人未得保證人之同意，對於債務人允許主債務人延期清償者，依德民瑞債解釋，保證人已取得之除去保證責任請求權，不因此而排除 (*Staudinger*

z. § 775, 2c; Ligger z. OR § 703, Anm. 13)。在我民法規定，此時保證人可不負保證責任（民法七五五條）。然如保證人仍行使保證責任除去請求權，則可認為拋棄民法第七百五十五條所定之利益，而願繼續為保證。

（四）債權人依確定判決得令保證人清償者，以確定之終局判決為限。民事訴訟法第五百十七條所定依支付命令宣告假執行之裁定，已確定者，與確定判決有同一效力，可與確定判決同視（Daecke z. § 775, 4, S. 579）。其他執行名義，不在其內（強執四條）。此時保證人當然在處於不得不清償之地位，故應使其得請求保證責任之除去。德國民法規定為得強制執行之判決，故有解釋假執行之判決（民訴三九三條二項），亦包括在內（Staudiner z. § 775, 2d）。我民法規定為確定判決，自難為同樣之解釋。

關於保證責任除去請求權之規定，並無強行性。保證人一方面得依契約與主債務人約定雖無上述規定情形，仍有此除去請求權。然於保證承擔後，主債務人及債權人得保證人之同意而允許主債務清償之延期者，不得推論其有此拋棄之意思。

第七節 保證債務之消滅及保證責任之減免

一、保證債務之消滅原因

1. 主債務之消滅 主債務消滅時，保證債務因其附從性亦隨同消滅。在將來債務之保證，其保證基礎法律關係，例如票據貼現契約、交互計算契約、透支契約、租賃契約、僱傭契約等消滅時，除現已發生者外，將來債務之保證，失其效力。例如租賃契約明定或默示的更新時，保證債務消滅。承租人與出租人未徵取保證人之同意而為增加租金之合意者，保證人除對於加租預為承諾或於有加租之習慣時可認為有曾表示

依其習慣之意思之特別情事外，惟於加租前之租金限度內，負保證義務。因當事人一方之死亡，其法律關係消滅時亦同。例如透支契約以信用為基礎，因受信用人之死亡，而失其效力。

3. 主債務之承擔 主債務因免責的承擔，移轉於他人時（例如立有保證人之承租人，得出租人之同意，將租賃權讓與他人，同時使受讓人承受租金支付義務），保證人除同意於為承擔人更為保證人外，保證債務當然失其效力。

3. 混同 債務人與債權人間發生混同時，因主債務消滅，保證債務亦消滅。債權人與保證人間發生混同時，亦同樣消滅（民法三四四條）。主債務與保證債務歸屬於同一人時，保證債務原則上消滅。但為債權人之利益，例外的不消滅，已如前述。

4. 保證人之死亡 法人之解散與自然人之死亡同。保證債務原則上得為繼承，然於有左列之特殊情形時，因保證人之死亡而消滅。

a. 以保證人具有一定之資格為前提而負擔保證債務，例如惟以保證人為公司之董事為前提，而負擔保證（日本昭和六年十二月二十二日大判）。

b. 保證人應負責任之限度不得預測者，例如將來之債之無限保證，惟以主債務人與保證人之特別關係為基礎，使保證債務發生與繼續，應解釋因主債務人或保證人之死亡，而保證債務亦消滅（日本大正十四年五月三十日大判）。反之保證人之責任限度大體可以預測者，其保證債務移轉於繼承人。例如租賃的租金之保證、納稅之保證。

5. 保證契約之解除或終止 依債權人與保證人間之明示或默示的合意，保證人有解除權或終止權之保留時，保證人得行使其所保留之解除權或終止權，而使保證契約溯及的或向將來消滅。保證人與債權人亦得以此合意，使保證契約消滅。

保證人是否得一方的終止契約，（一）保證定有期限，原則上不得一方的終止之。然對於將來發生之

債務爲保證者，其保證人訂立保證契約係以主債務人之資力爲基礎，其後於主債務成立前主債務人之資產狀況惡化時，依情事變更之原則，應解釋得終止契約（*1 nn-Jehmann § 195 II, 2* 日本大正十四年十月二十八日判決）。依瑞債第五百一十條第一項第二項規定，「於有上述情形或於契約訂立後始悉其財產關係顯被保證人所應信者爲惡時，在債權成立前，保證人得隨時以書面表示撤回之，但在職務或僱傭保證，如職務關係或僱傭關係已成立，不得復爲解除」。「保證人對於債權人應賠償其應信任保證所生之損害」。

(二)對於將來發生之債務爲保證，而未限定期間，依德國判例，對於將來始給與之信用爲保證者，有疑義時，於經過依其情事爲相當之時日後，得向將來通知終止契約，但債權人有給與之義務者則否（*Pal. I. ehmann § 195, I, 1*）。依日本判例「凡就將來應成立之主債務，未限定時期者，如無反對之情事，保證人得經過相當時日後，行使解約權（終止權）」（註）。我民法惟對於連續發生債務之保證，設有規定。即就連續發生債務爲保證而未定期間者，保證人得隨時通知終止保證契約。對於通知到達債權人後所發生債務人之債務，不負保證責任（民法七五四條）。所謂連續發生之債務，謂以回歸的給付爲目的之債務（例如租金、地租、薪金）及隨時增減變動之債務，例如透支契約、交互計算契約、繼續的信用契約（繼續借用金錢、隨時除買貨物、繼續的票據貼現契約）。人事保證契約（職務保證、僱傭保證）係以將來發生與否未定之損害賠償額不定之債務爲保證之標的，應解釋不在此範圍之內。容後於特殊保證，另爲說明。又保證契約雖未定期間，而連續發生之債務基本契約定有期間或其發生限於一定期間者，除有反對情事外，可認爲當事人以其期間爲其保證期間（亦有以委任、租賃等契約定有期間者，保證亦視爲同其期間，詳著三九二頁）。保證契約終止前發生之債務，保證人仍應負責，而對於其終止後所發生之債務，不負保證責任，則爲因保證契約終止而保證債務向後消滅之結果。

二、保證責任之減免

1. 債權人擔保物權之拋棄 債權人拋棄其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，

免其責任（民法七五一條、參照瑞債五〇三條一項、德民七七六條、法民二〇三七條、日民五〇四條）。

（一）此規定爲使保證人清償代位確實而設。依誠信原則，債權人不應隨意使保證人之地位惡變，故爲債權擔保之優先權、抵押權、質權、留置權，債權人如未得保證人之同意，不得拋棄之。其擔保權於保證承擔後成立者，亦無不同（德民七七六條後段，依瑞債五〇三條一項，保證訂立後之擔保，以由債務人取得而專爲保證債權所設者爲限）。否則保證人就債權人所拋棄權利之限度，免其責任。此時保證人非全免其責任，惟以債權人所拋棄之權利爲限度。蓋若不拋棄其權利，依清償代位應移轉於保證人也。（二）保證人雖拋棄檢索之抗辯權，亦有此原則之適用。拋棄之理由如何，在所不問。（三）關於舉證責任，有主張保證人惟應證明有債權人爲權利之拋棄，債權人得以所拋棄之擔保無價值爲抗辯（Crome § 298 Ann. 23）。然亦有主張保證人並應證明應得就所拋棄之權利爲求償及其求償之範圍（Staudinger z. § 776, 2, c; Eger z. OR § 503, Ann. 20）。自我民法之規定觀之，以後說爲妥。（四）保證人不知債權人之處分而爲給付者，得於其求償就所拋棄權利，應得代位之範圍，依不當得利之規定，向債權人請求返還（參照瑞債五〇三條一項後段）。（五）共同保證人之相互間，不適用民法第七百五十一條之規定。保證人除與他保證人間另有反對之法律關係外，不妨拋棄其由主債務人所設之擔保。（六）正保證人依民法第七百五十一條免責者，再保證人亦同免責。（七）此規定於正保證人對於求償保證人之關係，亦有適用。如正保證人拋棄擔保權利，求償保證人於其求償就所拋棄權利應得代位之範圍，免其責任（Staudinger, z. § 776, 2 a-k）。

依德民瑞債，不獨物的擔保，人的擔保亦包括在內（德民七七六條一項、瑞債五〇三條一項）。日民亦爲同樣之解釋（日民五〇四條）。我民法則明以物的保證爲限。蓋在我民法，共同保證人應連帶負保證責任（民法七四八條），與日民瑞債不同，而債權人對於共同保證人一人所爲之免除，就該保證人所負擔之部分，發生絕對效力，他保證人就該部分亦同免責（民法二七六條一項）。然在德民對於共同保證人一

人之免除，則惟發生相對效力（德民四二三條），是又與德民有不同也。

擔保物權之拋棄，應從廣義解釋。債權人雖有使主債務人設定質權或抵押權之權利，而怠於使其設定者，亦應包括在內（日本昭和六年三月十六日大判）。擔保物權之減值，等於拋棄，例如抵押權次序之拋棄或後移，為增加貸款而為其他之利用。然為代替原擔保物，而取得同等價值之他擔保物，或對於相當之清償而交還擔保物，則價值不因拋棄而減少，自不在其內（Egger z. OR § 503 Anm. 18）。此外債權人依誠信原則，對於擔保物有注意於其維持之義務（Straudinger z. § 776, 2; Egger z. § 503, Anm. 19 參照日民五〇四條「因故意或懈怠喪失或減少其擔保時」）。債權人對於保證人是否有注意於主張其債權之義務（*diligentia in exigendo*），在德國普通法甚有爭執。法奧民法為肯定之規定（法民二〇三七條二〇二四條、奧民一三六四條二項）。日民從之（日民四五二條、四五三條、四五五條）。德國民法原則上不認債權人有此義務。我民法亦然。蓋我民法第七百五十條限定保證人免責之情形，不可以此導出債權人因其懈怠而未得主債務人受清償，保證人即免其責之一般原則也。然如債權人致使未得主債務人受清償之行為，有背於誠信原則，則應依一般原則認有保證人之免責。例如債權人對於主債務人給付之提出，無理由而拒絕之，則保證人得免其責。於債權人怠於主張其債權時，保證人亦非無救濟方法。（一）於有民法第七百五十條所定情形時，得請主債務人除去其保證責任。（二）清償債權人而取得其對於主債務人之權利。（三）如債權人以加害於保證人之目的而故意延緩對於主債務人之請求時，則得依民法第一八四條第一項後段之規定，請求損害賠償（Oertmann z. § 776, 2, S. 957; Linn-Lehmann, § 195, IV）。

2. 定期保證之免責 約定保證人僅於一定期間內為保證者，如債權人於其期間內對於保證人不為審判上之請求，保證人免其責任（民法七五二條、瑞債五一〇條三項、參照德民七七七條）。（一）於保證附有期間，依當事人之意思得為負責之期間，於其期間經過後，保證即行消滅，亦得為決定負責範圍之期間，惟以期間內主債務人對於債權人所發生之債務為其負責之範圍。其期間具有如何意義，應依其情形，具體的

爲解釋。如保證人對於已成立而其範圍亦因以確定之債務爲保證，則應解釋其爲責任界限之期間。如對於將來之債務（尤其信用保證），則通常可認爲以其期間內成立之債務爲範圍，而爲保證。民法第七百五十二條乃係就前一情形而爲規定（*Staudinger z. § 777, 3; Tenecke z. § 777, I, S. 5 1; Egger, z. OR, § 510, Anm. 17, S. 2061*）。(1) 期限如非以數字表示，須爲顯明而得確定。例如約定保證惟繼續至主債務之清償期。然此期間須關於保證本身之界限，其主債務雖有一定之清償期，此時不當然爲保證之期間。然如保證人對於主債務之不定期的延期爲同意者，可認爲拋棄其定期責任之利益。又保證主債務人於一定期間內清償者，並非僅於一定的期間內爲保證，不在此適用範圍之內。(2) 審判上之請求，謂給付之訴之提起及與起訴有同一效力之行爲。例如支付命令之聲請，因和解而傳喚、報明破產債權、告知訴訟、開始執行行爲或聲請強制執行（民法一一九條二項）（參照拙著民法原論總則二四六頁至二五一頁 *Egger z. § 510, Anm. 20*）。僅向保證人爲審判外口頭或書面之請求者，期間一經屆滿，保證人仍免其責任。保證人有檢索之抗辯權者，以保證人與主債務人爲共同被告。保證人無檢索之抗辯權者，得僅以保證人爲被告。於保證期間屆滿前，主債務尚未屆清償期時，是否得提起將來給付之訴。依民事訴訟法第二百四十六條「於履行期未到期請求將來給付之訴，非被告有到期不履行之虞者，不得提起」。此時債權人如不爲審判上之請求，則保證人免其責任，其程度有過之無不及，似可爲肯定之解釋。(3) 債權人如於保證期間內爲審判上之請求（提出訴狀或聲請支付命令），而繼續其程序，縱令於繼續中其期間已經過，保證人不得免其責任。

【註】民法第七百五十二條與瑞士債務法第五百十條第三項規定相類似，然仍有不同之點。即（一）在瑞債權人得於期間屆滿後四星期內爲法律上債權之主張，而我民法則須於期間內爲審判上之請求。（二）在瑞債權人須向主債務人爲主張，如無滿足的效果，始應向保證人繼續其訴追（*Egger, z. § 510, Anm. 22*），而在我民法則須逕向保證人爲之。（三）瑞士債務法一九四一年關於保證修正條文第五百十條第四項第五項，就保證期間內尚未屆清償期之債權，爲補充的規定。保證人此時惟得依物的擔保之供與，由保證免責。怠於爲之者，於法定最高期間（瑞債五〇九條規定最長爲二十年）之限度內，如同約定至主債務之清償期繼續保證。我民法關於此點似亦以有補充規定爲

宜。

3. 未定期保證之免責 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期限，催告債權人於其期限內向主債務人爲審判上之請求。債權人不於前項期限內向主債務人爲審判上之請求者，保證人免其責任（民法七五三條、瑞債五一一條一項三項）。債權人對於已屆清償期之債權原無收取之義務，此規定乃爲保護保證人而設。（一）須保證未定期間。（二）須主債務定有期間或得因債權人之通知而使其清償期屆至。如主債務未定期間而又不能因債權人之通知使屆清償期者（例如惟得由債務人通知而屆至），則保證人惟有俟其清償期由外部發動而屆至時，始得向債權人爲本條之請求。（三）須保證人得爲此請求。如保證人無檢索之抗辯權（民法七四六條），則不得爲此請求（參照瑞債五一一條一項修正部分）。（四）就連續發生之債務爲保證者，關於其保證期間發生之債務已屆清償期者，亦有本條之適用（Oertmann, z. § 777, 2, S. 959）。（五）主債務因破產而視爲已到期者（破、一〇〇條），無本條之適用。（六）對於保證人相互間之求償關係，本條亦不適用。（七）催告爲意思通知，表明債權人應於其所定一個月以上之期間內，對於主債務人爲審判上之請求。其期間應自催告達到於債權人時起算。

主債務清償期因債權人之通知而屆至者，保證人得向債權人催告其爲通知，並請求其於清償期屆至後，於其所定一個月以上之期間內，對於主債務人爲審判上之請求。債權人於得爲通知時，應於相當期間內即爲通知。並自因通知而清償期屆至起，於保證人所定期間內，對於主債務人爲審判上之請求並繼續其程序。否則保證人免其責任（參照瑞債五一一條二項三項）。

【註】瑞債原第五〇三條修正後改爲第五百一十一條其第一項「未定期間而約爲保證者，保證人於主債務清償期屆至後，如具有請求之條件時（瑞民四九五條、四九六條），得對於債權人請求其於四星期內對於主債務人爲法律上之主張，開始實行所有的質權及無顯著的中斷而爲訴追」。

第二項「債務因債權人之通知而屆清償期者，保證人於保證承擔一年後，得請求債權人爲通知及於清償期屆至後行使前項所規定的意義之權利」。

第三項「債權人不應其請求時，保證人免其責任」。

4. 主債務延期之免責 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、參照日民四六〇條三款但書、法民二〇三九條）。法日民法明定債權人延期清償之允許，不妨保證人以原來之期限爲標準，預先行使求償權（法民二〇三二條四款、二〇三九條、日民四六〇條三款但書）。德民瑞債雖無直接規定，學說及判例均解釋保證人既因主債務人陷於遲延取得保證責任除去請求權後（德民七七五條一項三款、瑞債五〇六條二款），縱令債權人對於債務人允許延期清償，保證人之免責請求權不因而消滅（Staudinger, z. § 775, 2c; Oertmann z. § 575, 2, S. 956; Egger z. OR § 506, Anm. 13）。我民法關於此點，亦可爲同樣之解釋。此外更規定其延期之允許如未得保證人之同意，保證人得不負保證責任。蓋保證人恆衡量主債人清償期之資產狀況而承擔保證責任，如許其期限得由債權人任意延長，則於延長後主債務人之資產狀況可能惡化，且以債權人已允許延期，亦不能依民法第七百五十三條之規定催告債權人爲審判上之請求也。保證人之同意得事先爲之，亦得事後爲承認。如保證人向主債務人爲保證責任除去之請求，則可認爲對於延期清償，已有默示的承認。

第八節 特殊保證債務

第一目 連帶保證

連帶保證（Solidarbürgschaft; caution solidaire），謂保證人對於債權人約定與主債務人連帶負擔債務履行而爲之保證。即無補充性之保證。連帶保證，得自始於保證契約內約定，亦得於保證契約成立後，另行約定。依德民瑞債，無論自始約定或嗣後約定，均須以書面爲之。推在通常保證，對於債權人主張，得不爲檢索之抗辯而無方式的拋棄之（瑞債四九三條、德民七六六條 Egger z. § 495, Anm. 9, S. 12

92; Oertmann, z. § 773, 2a, S. 950)。在我民法保證契約爲不要式，則連帶保證之約定，應亦爲不要式。然須有明示的意思表示（準用民法二七二條）。連帶保證爲保證之一種，並非連帶債務。除無檢索之抗辯權，債權人得選擇的對於主債務人或保證人請求全部給付之點（民法二七三條），與連帶債務類似外，其餘如與檢索之抗辯之喪失結果不牴觸，應適用關於保證之規定。連帶保證爲負擔他人債務之債務，非如連帶債務爲同等的，而係爲從屬的債務人（Nebenschuldner）。其特點在於其債務不失其附從性，故關於附從性之規定，對於連帶保證均有適用。從而連帶保證以主債務之成立及存續爲必要，其標的及範圍同於主債務，且因主債務之變更而受影響。民法第七百四十條至第七百四十四條規定，對於連帶保證均有適用。就主債務所生之事項及於保證人之效力或就保證人所生之事項及於主債務人之效力，與通常保證無異（民法七四七條）。連帶保證人亦無負擔部分，主債務人與連帶保證人間之關係，均適用關於保證之規定（民法七四九條七五〇條）。其他關於保證債務或責任消滅之規定（民法七五一條七五二條七五四條），於連帶保證亦有適用。然連帶保證人一般不能使債權人就其未爲對於主債務人之權利之主張而負責，故民法第七百五十條之規定，應解釋對於連帶保證不能適用。第七百五十五條亦然。但連帶保證人固不妨向主債務人請求除去其保證責任（民法七五〇條三款），亦得清償債權人而爲求償代位。

連帶保證與保證連帶（共同保證）不同。在保證連帶，債權人保證人間之關係，與通常保證無異。此時各保證人仍有檢索之抗辯權，從而共同保證雖發生保證連帶，而不當然發生連帶保證。對於他人債務，與之負連帶擔保責任，爲併存的債務承擔，抑爲連帶保證，爲當事人之意思之解釋問題。其偏爲債務人之利益者，可認爲連帶保證（參照拙著債法總論七一四頁）。

【註】日本民法第四百五十八條規定「主債務人與保證人連帶負擔債務時，適用第四百三十四條乃至第四百四十條之規定」，即適用關於連帶債務之規定。依學者解釋，惟可準用日民第四三四條及四三八條，即對於連帶保證人之請求對於主債務人亦生效力，連帶保證人與債權人間之混同，視爲連帶保證人爲清償。然此規定並不適當，且易發生連

帶保證爲連帶債務之誤會。蓋對於保證人之請求，惟應發生相對的效力，在我民法連帶債務亦復如此。又因此混同，連帶保證人於債權人之地位亦可行使原來之債權，固無須認爲連帶保證人之清償，以爲求償代位也。

第二目 共同保證

共同保證 (Mithburgschaft; cautionnement conjoint)，謂數人對於同一債務爲保證，除契約另有訂定外，應連帶負保證責任 (民法七四八條、德民七六九條、奧民一三五九條、參照瑞債四九七條、法民二〇二五條、日民四五六條)。在羅馬法，共同保證人原則上有分別之利益 (Beneficium divisionis)。近世法排斥此主義，各共同保證人，原則上各負全部清償之責任。然其間尚有多少不同之色調。依德國民法，縱令非共同負擔保證債務，仍各自連帶負責。依瑞士債務法，數人對於同一可分的主債務共同爲保證者，就其負擔部分爲單純保證人，就他人之負擔部分爲再保證人，負其責任 (瑞債四九七條一項)。在法國民法，數人爲同一債務之債務人爲保證時，各自就全部債務負責 (法民二〇二五條)。但依各保證人之請求，得生分別之利益 (法民二〇二六條)。惟日本民法，數保證人不問其保證同時或異時爲之，均享受分別之利益 (日民四五六條)。我民法規定，係從德奧之例。蓋使數人爲保證，在增強其擔保之效力，然苟允許分別之利益，則保證人中如有無資力者，可發生就其負擔部分不得受清償之結果，對於債權人反較一人保證爲不利，不合於共同保證之目的也。

一、共同保證之成立

共同保證之成立，須具有左列之要件。

1. 須數人對於同一債務爲保證 即須對於同一債權人負擔保證債務，而且爲同一債務人爲保證。如數人各別對於不同之連帶債權人或爲不同之連帶債務人爲保證，則無適用。
2. 數人無須就全部之債務爲保證 如就同一債務爲保證，各保證人所保證之數額雖有不同，於其相同數

額之部分，成立連帶責任之共同保證（RG 81, 414）。然如數保證人就主債務各別之部分（無論其部分為幾多數額或為幾分之幾）承擔責任者，則無債務之同一，不成立共同保證（Staudinger z. § 769, I）。

3. 數保證人無須以同一之法律行為為保證。數人苟就同一債務為保證，雖異時異地以各別之行為為保證，亦有適用。關於此點，德民法明揭其旨（德民七六九條）。我民法雖無明文，亦可為同樣之解釋（但依蘇俄民法第二四〇條，須數人同時共同為保證，始為連帶債務人負其責任）。故保證人間雖無任何關係，不知其他另有保證人，而就同一債務為保證，亦成立共同保證。

4. 共同保證人一人之責任不因他保證契約之無效而受影響。共同保證人中一人之保證無效者，除數保證人共同以每人負責為條件而承擔保證外，其他保證仍為有效，不適用民法第一百十一條之規定。然此條件之附加，與債權人之擔保利益牴觸，故罕可認為當事人有此意思（RG 88, 412）。無效之保證自始不存在，縱令他保證人誤信其為有效而為保證，與其保證人之間，亦不生共同保證關係。

5. 須當事人未另有訂定。當事人如訂定各保證人有分別之利益，自應從其訂定（RG 81, 414）。

二、共同保證之效力

（一）共同保證人之連帶責任，依民法第二百七十三條至第二百七十九條之規定。（二）共同保證人相互間之關係，依民法第二百七十一條第二百八十一條第二百八十二條之規定。（三）債權人與共同保證人間之關係，不受共同保證人相互間內部關係之影響。在內部關係雖免除保證人一人之責任，其保證人對於債權人仍應負責（Denecke z. § 769, S. 569）。

共同保證人之一人就自己負擔部分為清償時，惟對於主債務人有求償權。超過自己負擔部分，使共同免責而對於他共同保證人有求償權時，更於其範圍對於主債務人有求償權。此時發生求償權之併存。無須先對主債務人為求償，而惟就其無資力之部分，對於他共同保證人為請求。保證人自始即得自由選擇其中之一行使之。雖行使其一而在未獲清償之間，不妨再行使其其他請求權。他共同保證人對於為清償之保證人

之求償爲清償時，得更向主債務人爲求償。蓋他共同保證人對於主債務人仍爲保證人與主債務人間之關係也。雖有主張此時他共同保證人爲求償上之清償，對於主債務人爲無因管理關係（勝本債總中卷（1）五〇〇頁）。依余所見，此時不獨得代位行使求償權，並得基於一般保證人對於主債務人之關係爲求償。

共同保證人超過負擔部分爲清償，對於他共同保證人有求償權，其他共同擔保人中有不能償還其分擔額者，其不能償還之部分，由求償權人與有資力之共同保證人按比例分擔。但清償人及爲分擔人，對於主債務人有求償權。結局主債務人負擔全部之償還義務。如主債務人就償還義務無資力時，應解釋由共同保證人平均分擔（準用民法二八二條）。

【註】共同保證人如約定對於主債務分割承擔保證時，其債務應如何的分割，頗有爭論。在我民法，除保證契約另有訂定外，應適用民法第二百七十一條之規定。於有數人存在時，就其時之債務額，按保證人之人數爲分割。例如保證人有四人，債務額爲一萬元，則各保證人負擔二千五百元。其後新加入一保證人時，則各保證人負擔二千元。如債務一部已受清償後，而有保證人加入時，則以其餘額按現存保證人數分割負擔。然如保證有效，縱令保證人有不在或無清償資力者，尚應分割負擔。債務既經分割負擔，其後債權人雖對於保證人一人或數人爲免除，不因而增加他保證人之負擔部分。

有分別利益之數保證人中有一人，爲連帶保證人時，惟該保證人對於債權人無分別之利益。他保證人按加入連帶保證人後之總保證人數，分割債務，而享受分別之利益。連帶保證人就分割額爲清償時，惟得對於主債務人爲求償。爲全部清償時對於其他共同保證人，惟得按其分擔部分爲求償。

第三目 再保證

一、再保證之意義及成立

再保證亦稱副保證或複保證 (Afterbürgschaft; Nachbürgschaft; Ueberbürgerschaft; Unterbürgschaft; certificat de caution) 謂保證債務之保證 (瑞債四九八條一項、法民二〇一四條二項)，非直接保證主債務，而保證保證人之債務，乃爲間接的保證。被保證之保證，稱爲正保證或主保證 (Vorbü-

正保證爲無效或被撤銷或正保證人不能履行其保證債務時代就保證人之地位而負責任之保證），爲副保證或第二保證。複保證以保證債務之存在爲前提，對於保證債務有附從性，而第二保證對於第一保證則無附從性，此爲二者不同之要點。

爲再保證之成立，須有特別約定，蓋否則可認爲通常保證也。此約定爲不要式的，然如爲連帶保證，則須有明示的意思表示（準用民法二七二條）。再保證亦得成立單獨保證或共同保證。然罕有成立與正保證人之連帶保證之可能，蓋若有如此約定，則已取得如同共同保證人之地位，惟於有多數再保證人時，爲共同再保證人間之求償，尚有意義（Egger z. § 497, Ann. 5, S. 1915）。

二、再保證之效力

再保證如無另有訂定，附從於正保證對於債務人負責，如同普通保證人附從於主債務人對於債權人負責。正保證如爲普通的單獨保證，則成立雙重補充性。再保證人保有正保證人之抗辯權並間接的保有由第一主債務所生之抗辯權，得以正保證人檢索之抗辯，對於債權人主張其應先就主債務人之財產爲執行，因其對於正保證有補充性，並得主張債權人應先就正保證人（爲副保證人之主債務人）之財產，爲強制執行。如正保證爲連帶保證，則僅得主張債權人應先就正保證人爲強制執行（民法七四五條、七四六條）。如有數正保證人時，無論其爲連帶的或爲普通的，再保證人得就所有正保證人主張檢索之抗辯。

爲清償之再保證人之求償，得對於正保證人（因其爲再保證人之主債務人）行使之。因再保證人之清償，第一主債務人得以間接的免責，亦得對於第一主債務人行使之（Staudinger, z. § 774, 7a; Egger z. § 498, Ann. 6）。

三、再保證之消滅

再保證除因一般保證消滅原因而消滅外，其成立以主債務及保證債務之存在爲前提，故兩者之中有一

消滅時，再保證亦消滅。

【註】瑞債第四九八條第一項「再保證人對於債權人就正保證人所承擔義務之履行負有義務，與單純保證人附從於主債務人同樣附從於正保證人而負責」。

第四目 求償保證

一、求償保證之意義及成立

求償保證 (Ruckburgschaft; arriere-caution)，謂對於保證人 (普通保證人、連帶保證人、副保證人) 就其將來之求償權所爲之保證 (瑞債四九八條二項、奧民一三四八條、三六二條)。求償保證，非主債務之保證，而爲求償請求權之保證。所保證者，一般爲保證人對於主債務人之求償權。然共同保證人間之求償權之保證，亦爲可能。求償保證爲一般保證，具有附從性及補充性。同樣以主債務及第一保證債務之成立爲前提。因其爲將來之保證，並以將來求償權之成立爲具體負責之條件。求償保證之成立，須有特別約定。蓋否則可推定爲原來之主債務爲保證也。求償保證契約，因保證人與求償保證人間之契約而成立。無須爲明示的，以有默示的約定爲已足。求償保證得成立普通保證或共同保證，亦得與主債務人爲連帶保證。就求償權之一部亦得爲保證。關於共同保證之規定，對於求償保證亦有適用 (Staudinger, z. § 769, 4)。

二、求償保證之效力

求償保證，係以有求償權的保證人爲債權人之求償債務之保證，其效力依一般保證之規定。求償保證人對於債權人保有主債務人之抗辯權。被保證之保證人，因其過失未主張主債務人之抗辯權，而喪失其求償權時 (民法七四二條)，則其求償權消滅，而求償保證人亦因而免責 (Jäger z. OR § 48, Anm. 12)。求償保證人清償有求償權之保證人時，因代位承受其對於主債務人及其對於共同保證人之權利。

【註】瑞債第四九八條第二項「求償保證人對於爲支付之保證人，就其對於主債務人之求償，負擔保責任」。

第五目 賠償保證

賠償保證 (fidejussio indemnitatis; Schadlosbuergschaft) 亦稱不足額保證 (Ausfallbuergschaft)，謂就債權人不能由債務人受清償之部分所爲之保證。瑞士債務法設有規定 (瑞債四九五條三項) (註)，我民法無明文，因其爲保證之一種，於性質上許可之範圍，應適用關於保證之規定。賠償保證得依特約或依保證之解釋而認其存在。職務保證或僱傭保證，多帶有此性質。債權人收取債務人之債權，惟就其不足額得向保證人爲請求之特約，亦屬於賠償保證。

賠償保證責任之發生，以債務之清償全部或一部不能爲前提。債務人檢索之抗辯，寓存於其保證承擔之限制中。在通常保證，債權人對於主債務不爲強制執行，惟與保證人以抗辯權，而賠償保證，則以債權人因主債務人之無資力不能受清償，爲其對於保證人爲請求之要件。從而清償不能之事實及其範圍，應由債權人證明之。審判上非認有其事實之存在，不得容許債權人之請求。主債務人破產時，非俟破產程序終結其不足額確定時，不得對於保證人爲請求 (Staudinger z. § 771, 6, c; Fnn-Lehmann, § 191, 5, Benenrk 7; Oertmann z. § 765, 3, c)。不足額因可歸責於債權人之事由而生者，如無特約，保證人免其責任 (日本大正十三年十二月二十四日大判)。

賠償保證，與前述損害擔保契約雖相近似，然二者有本質上之差異。前者附從於主債務而且惟於主債務不履行時補充的負有履行之義務，而後者則爲與主債務分離獨立之債務。因主債務人之給付不能，主債務變爲損害賠償債務時，賠償保證雖與損害擔保契約同其效力，然因非可歸責於主債務人之給付不能所生之損害賠償，保證人不負其責，而損害擔保人則仍應負責。

與賠償保證應爲區別者，爲獨立的賠償保證 (Selbschuld-ausfallbuergschaft)，乃爲具有保證性

質的不足額之擔保，爲介於賠償保證與連帶保證之中間物。其最終目的雖在不足額之擔保，然於不足額確定前，已表示預備支付，於此點近於連帶保證。然仍非連帶保證，實係爲預付而保留日後對於債權人之返還請求權。蓋債權人仍應向主債務人爲請求，而將所得者交付於保證人也。

【註】瑞債第四百九十五條第三項「保證人惟就不足之額負有填補之義務者，於對主債務人有決定的損失證書時（瑞破、一四九條一一五條）或主債務人將住所移轉外國而在瑞士不得再向其請求時（瑞破四六條以下）或於外國移轉住所發生訴追上之重大困難時，始得向其請求。訂立調協契約（Nachlassvertrag）時，就主債務之讓步部分（瑞破、三〇三條），於該契約發生效力時，即得向保證人爲請求」。第四項「反對的約定保留之」。

第六目 人事保證

一、人事保證之意義特性及其成立

人事保證（Personalkaution），在日本稱爲身元保證，謂就僱傭或職務關係，就可歸責於被用人之事由，致生損害於用主時，保證人應負損害賠償責任之保證。此時以被用人有損害賠償債務爲前提，而保證其債務，爲民法上之保證，且爲將來債務之保證。如就被用人之被用，擔保用主不負擔損害，則不僅擔保被用人應負擔損害賠償債務，於被用人因疾病或其他事由不堪服務時，並負有將其領回或負擔醫療及其他費用之義務。此時已非單純的保證，乃爲具有損害擔保契約性質之一種無名契約。此種契約可稱爲人事擔保。日本學者有稱之爲身元引受（參照鳩山債各五三二頁、末弘債各六六六頁以下）。此時無附從性，苟用主蒙受損害，雖被用人因其個人原因，例如行爲之際泥醉、心神喪失，不負賠償義務，擔保人尙須負責，亦無補充性，擔保人無檢索抗辯權。

【註】日本學者有將身元保證分爲三種。第一種保證人對於債權人（僱用人）保證被用人不違反其基於契約上（多爲僱傭契約）之義務，謂之人的身元保證。此時保證人一方面對於債權人負與被用人同一之債務及責任，他方面對於債權人獨立的負有使被用人不違反其義務之債務。被用人不服約束時負有勸導的義務，拐帶潛逃時負有搜索之義務。

第二種爲於主債務人債務不履行及依契約或法律上之規定應負擔之損害賠償債務爲保證，與將來之債之保證有同一性質，謂之物的身元保證。第三種爲損害擔保契約，苟因被用人之行為使債權人蒙受損害，保證人即負擔補之義務，其損害之發生不以被用人有過失爲必要，保證人無檢察之抗辯權。具體的究屬上述三種內之何一種，爲當事人意思解釋問題，以屬於第二種爲原則（勝本債總中卷（1）五六五頁五六七頁）。

人事保證包括職務保證及僱傭保證。瑞士債務法關於職務保證（*Amtbueuerschaft*）及僱傭保證（*Dienstbueuerschaft*），特設有規定（瑞債四九三條三項、五〇〇條二項、五〇三條二項、五〇九條三項、五一〇條一項、五二二條）。日本於昭和八年，制定關於身元保證之法律，計共六條。然依日本學者解釋，不適用於公法關係之職務保證（勝本債總中卷（1）五七一頁）。我民法則未另設有規定。

人事保證之特性，在於複雜的將來債務之保證。其債務之發生，可認爲其關係人（債權人債務人保證人）之所不欲。其契約雖得爲職務或僱傭契約違反所生損害賠償債務之賠償保證，然多成立連帶保證或獨立的賠償保證。保證之範圍，除有背於公序良俗者外，依當事人之約定。職務保證是否僅爲公共團體對於公務員之損害賠償權而承擔，抑並對於因其職務違反致受損害之第三人亦與以權利，爲當事人意思之解釋問題。如無以對約定，保證人惟就公務員將來之職務執行爲擔保，不爲其過去的職務之執行而負責。職務保證爲對於由公法關係所生債權，爲私法上之保證。其職務依法律命令及規則而定。保證後之變更（擴張公務員義務之範圍），增加保證人之危險者，保證人不受其拘束（*Edger z. OR §512, Anm. 2, 4, S. 2061*）。

人事保證契約，因我民法無特別規定，與一般保證契約同樣爲不要式的諾成契約。因當事人之合意而成立。

二、人事保證之期間

1. 當事人未定保證期間者（一）當事人未定保證期間，而職務有一定期間或僱傭契約定有期間者，因保證契約受主債務期間之約制，可認爲以其期間爲保證期間。（二）職務或僱傭契約亦未定有期間者，依

日本關於身元保證之法律第一條，自其成立之日起，三年間有其效力。商工業見習者爲五年。我民法既無規定，原則上在職務或僱傭關係繼續期間，人事保證債務亦繼續存在。

2. 當事人定有保證期間者，當事人雖定保證期間，依日本上述法律第二條，不得超過五年。逾五年者，縮短爲五年。期滿後爲更新者，自更新之時起，亦不得超過五年。依瑞債第五〇九條第三項，自然人之保證，自訂立後經過二十年而消失。但對於瑞士聯邦或其公法上之營造物或對於一邦爲公法上之義務（例如關稅、稅捐及其他）及爲運送所承擔之保證，職務、僱傭保證及爲回歸的給付之保證，不在此限。我民法關於保證期間並無限制規定，當事人得自由約定之。

三、人事保證之效力

因可歸責於被用人之事由對於用主使受損害時，始發生損害賠償之債務。人事保證之內容，以此債務之發生而具體化。人事保證人負擔爲此賠償之義務，除爲連帶保證或獨立的賠償保證外，與一般保證同樣有檢索之抗辯權。人事保證對於用主爲清償或爲其他免責行爲時，對於被用人有求償權。

爲決定人事保證人損害賠償之責任及其金額，依日本上述法律第五條規定，法院應斟酌用主對於被用人監督過失之有無，人事保證人所以爲保證之原因及其爲保證時所用注意之程度，被用人之任務及其身上之變化並其他一切之情事。依瑞士債務法第五〇三條第二項，此外在職務及僱傭保證，如債權人因怠於其對被用人應爲之監督或其他可期待之注意，而致發生債務或增加其範圍者，應對於保證人負責。即債權人因其懈怠所生之損害，對於保證人應負損害賠償責任（Egger z. OR, § 503, Ann. 42, S. 2060）。我民法雖無此規定，可解釋上述情事，法院亦應予斟酌。

【註】有謂人事保證以契約訂立時被用人之地位爲基礎，而爲其保證，如無反對之約定，其後被用人之地位有重要之變更時，應認爲人事保證失其效力。例如當初爲商店之學徒而其後累進爲帳房，則當初爲學徒之保證，當然失其效力。於公司爲普通書記而予以保證，其後升爲會計主任，全然變更其性質時，則保證人對於因此新職務所生損害，不負賠償責任。依英國判例，與以一定俸給而使用他人，爲其被用人爲保證時，其保證於該被用人執行同一職務且受

同一俸給期間，繼續有效。如其職務或俸給發生異動時，保證債務當然失其效力。然僅以俸給變更之一事，逕使保證效力消滅，不適於保證之實情。如其職務上發生重要變動時，應以當初之保證失其效力為妥當（磯谷債權法論四八三頁四八四頁、鳩山債各五三三五頁）。

四、人事保證之繼承性

人事保證人之責任，與普通的保證人之責任不同，應於廣汎的範圍負其責任。故常以保證人與被用人間相互信任為基礎而成立，原則上有專屬性。從而如無特別之情事，人事保證人之責任，因保證人之死亡而消滅，不移轉於其繼承人。特別情事，例如契約訂立時保證人之繼承人與被用人之間，亦如保證人與被用人之間，有同樣的信用關係之存在，用主及保證人共領會此情事而訂立契約時，則保證人之責任不因其死亡而消滅，應移轉於其繼承人（日本昭和十二年十二月二十日大判）。然於保證人死亡時既已成立的損害賠償債務之保證責任，應由其繼承人承受，自不待論。

五、人事保證之消滅

人事保證除因契約及一般保證消滅原因而終了外，因左列事由而終了。

1. 保證期間之屆滿 因人事保證期間之屆滿，保證契約消滅，然其期間屆滿前既已發生之賠償債務，保證人得依民法第七百五十三條之規定，免其責任。

2. 職務或僱傭關係之終了 保證債務有附從性，惟於職務或僱傭關係存續中而繼續存在，故惟對於該關係終了前發生之損害債務負保證責任。職務或僱傭期間屆滿後，雖有連任或期間之更新，如無特約，保證人就連任或更新之關係，不負保證責任。

3. 人事保證契約之終止 關於人事保證契約之終止，應分別定期與否，而為觀察。

a. 人事保證未有期間者 (一) 保證契約未定有期間，而職務或僱傭關係亦未定有期間者，應解釋得準用民法第七百五十四條第一項之規定，隨時通知債權人終止保證契約。惟於通知到達後，應經過相當期

間，始發生效力。蓋用主信賴保證人之保證而使被用人任事，若僅依一方之終止通知，突然使消滅保證之效力，則難免使用主受不測之損失。所謂相當期間，謂用主考慮是否繼續原有關係，使被用人另覓他保或另行選用他人或調動職位所必要之期間（註）。英國判例，依署名捺印證書爲人事保證者，不許依保證人一方的意思而解約。主債務人在於其地位之期間，縱令主債務人之終身，保證人仍不能免其責任。然非依署名捺印的證書之普通保證契約，則保證人得隨時爲解約之通知。日本在關於身元保證之法律公布前，大審院判例亦認爲此時得以保證人一方之意思終止保證契約，且依各種情形，於通知後經過相當時期而生終止契約之效力（日本大正四年十月二十八日大判）。

b. 人事保證定有保證期間或職務僱傭關係定有期間者，依日本關於身元保證之法律第三條「使用人於下列情形時，應即通知保證人，（一）被用人有業務上不適任或不誠實之事跡，因而有引起人事保證人責任之虞時，（二）變更被用人之任務或任地，因而加重保證人責任或使其監督困難時」。第四條「人事保證人受前條之通知，得通知終止契約。保證人自己知有前條第一款第二款之事實時，亦同」。我民法雖無規定，然若主債務人怠於債務之履行，且關於其業務之執行使用主蒙受損害，而用主仍信任被用人繼續其關係，則係用主自願負擔其危險，依情事變更之原則，應使保證人得終止保證契約（參照拙著債法總論五二五頁四四一頁）。依英國判例，如被用人關於其事業之執行有不正之行爲時，用主對於保證人有迅速發出通知之義務，而受通知之保證人，得終止保證契約。如用主怠於通知，保證人其後當然得免其保證債務之責任。日本大審院亦認保證人此時有終止保證契約權（日本大正四年十月二十八日大判）。至於因被用人地位之變動，而加重保證人之責任，學者判例雖有不少主張此時保證契約失其效力（見前註）。然亦可認爲有情事變更，保證人得終止保證契約。任地之變動，致加重保證人之責任時，亦可爲同樣之觀察。關於用主通知之義務，我民法雖無規定，依誠信原則，亦應認其有此義務。上述英國判例，即爲此認定。人事保證人如因用主怠於通知或受通知而未終止契約，因而負擔保證責任時，其爲終止契約原因之事實，

審判上仍應與以斟酌（勝本債總中卷（1）五九〇頁、五九三頁）。

【註】瑞債第五一二條「未定期間所爲之職務保證，得以一年之豫告期間，通知其保證至任期屆滿終止」。

「未定有任期者，職務保證人得以一年之豫告期間，通知其保證於就職後每第四年年終終止。在未定期間所爲之僱傭保證，保證人與未定有任期職務保證人有同樣之終止權」。

「反對之約定保留之」。

六、人事保證金

人事保證金（Einstandsbuehr），爲關於職務或僱傭關係被用人將來可能負擔之損害賠償債務，由被用人本人或第三人對於用主所交付之金錢或其代替之有價證券。其性質與一般保證金及押租相同。即保證金之所有權信託的移轉於用主（參照拙著物權法論三二二頁）。爲被用人供給保證金者之責任，限於其所供給之保證金，較上述人事擔保人之責任爲輕。

第七目 信用委任

信用委任（mandatum qualificatum, Kreditmanda; Kreditauftrag; ordre de crédit），謂受他人之委任，以自己之名義及計算，供給信用於第三人之契約。委任人就該第三人因受領信用之債務，對於受任人負保證責任（民法七五六條、德民七七八條、瑞債四〇八條）。所謂供給信用，包括新與以信用（貸款或除賣貨物）及對於已成立之信用，與以更新（消費借貸之延期或更新）（Oser z. § 408, Ann. 3）。供給信用，須受任人以自己之名義及計算爲之。如以委任人之名義爲之，則非信用委任，而爲委任人之代理。如以委任人之計算爲之，則爲通常之委任，而非信用委任。

信用委任，在羅馬法以爲擔保將來發生的債務之方法。因在羅馬法採取限制契約種類主義，故依委任

形式而訂立此種契約。然信用委任，非僅爲委任，而有擔保他人債務之目的，與保證相類似。從而在德國普通法，關於信任委任之性質，學說紛歧。有以爲有保證之性質，有以爲有擔保契約之性質，亦有以爲仍不失委任之性質。近代法以爲委任與保證之混合行爲（例如索克遜民法一四七六條）。德民法從之，其第七百七十八條規定「委任他人以該他人自己之名義及自己之計算，供給信用於第三人者，就信用供給所生之債務，對於受人爲保證人而負其責任」。我民法規定，蓋從德民之例也。

信用委任非僅爲擔保行爲，而最要的爲信用媒介行爲。擔保契約及保證，爲他人債務之純粹的擔保，不以信用供給義務爲前提，而在信用委任，則須有法律行爲的委任契約之存在。受人人依其承諾，負有供給信用之義務。關於信用委任之成立，是否僅以有授權行爲已足，被授權人並不負有義務，抑須有委任契約之存在。德國最高法院採用多數說，於第二之意義爲認定（RG 50.160:51.120:56.130）。我民法亦可爲同樣之解釋。僅爲授權行爲，其履行全依受任人之自由決定者，非信用委任，蓋委任而無處理之義務，其本身含有矛盾也。此時如授權人有承擔獨立的結果責任（將來成立信用關係之危險擔保）之意思時，爲擔保契約。有爲他人債務創立附從的保證責任之意思者，爲將來的債務之保證（Ebn-Lehmann, § 196, 3, S. 179）。亦有主張不得撤回的對於將來供給信用所成立之債務，負擔保之責任者，爲將來債務之擔保（Oertmann z. § 778, 2, S. 960; Oser z. OR § 408 2, c, S. 1510）。然撤回權之拋棄，不使委任成爲純粹的保證，故得撤回與否，並非決定的標準。信用委任與將來債務保證之區別，結局在於委任關係之有無，亦即以對於信用之供給有無自己的利益以爲斷（在委任契約委任人常有自己的利益，而保證則通常爲利他的）（Ebn-Lehmann, a. a. O.）。受人人供給信用之義務，係基於委任契約而應與第三人爲法律行爲，如依當事人之意思，於供給信用前，第三人已有信用供給請求權時，則爲與保證結合之爲第三人之契約，而非信用委任（Oser. z. § 408, Anm. 6）。信用委任係以將來成立受任人對於第三人之債權或從新供給信用爲前提，如其債權於爲委任時業已存在而受任人又非負有更新之義務，則委任人自始即爲保證人，而

與一般保證人並無區別。

信用委任，在信用供給前，適用關於委任之規定。委任關係除當事人另有約定外，得由委任人或受人（受人得以後始知悉第三人之信用不佳爲不得終止契約之原因）隨時終止之（民法五四九條）。信用委任關係，原則因受任人之死亡而消滅（但依其情形可認爲當事人之意思非如此者，例如在商人其營業於受任人死後根本上無變動而繼續，則此關係不消滅）。然通常不因委任人之死亡而消滅。受任人應注意委任人之利益，如信用之給與因特殊原因成爲可慮，應報告委任人，並應依其指示而行動（民法五四〇條、五三五條）。然信用之供給，依信用委任之目的，應由受任人之資產爲之。請求預付之規定（民法五四五條），應不適用。

委任人之責任，與主債務成立同時，同於保證人。其權利義務適用關於保證人之規定。即關於保證人責任之內容及範圍，關於保證人之抗辯（自己之檢索抗辯、主債務人之抗辯），關於求償權，均適用關於保證之規定。如信用委任人另有債務人（受信用供給之第三人）之委任，依民法第七百五十條之規定，對於債務人有保證責任除去請求權。基於委任關係，受任人之注意義務及報告義務，仍繼續存在，殆無疑義。然受任人一方面對於所收取之報酬、金錢、利息，無須交還於委任人（民法五四一條），他方面爲供給信用所支出之金額，亦不得即向委任人請求償還（民法五四六條一項）。受任人因以自己之計算供給信用，如因非可歸責於自己之事由而受損害時，得向委任人請求賠償（民法五四六條三項）。

與信用委任應爲區別者，爲信用委任證券（Kreditanweisung）或信用證券（Kreditbrief）。後者爲支付指示之一種，第三人不得得信用之供給，而惟獲得支付。其支付受任人非爲自己之計算，而爲委任人之計算爲之。因此支付，對於受領支付之第三人，不取得債權。

第九節 瑞士債務法關於保證規定之修正要點

瑞士債務法內一九四一年新保證法，對於一九一一年保證法加以修正，竊文數字雖均為四九二條至五一二條，然其中次序及內容，則頗有變動。其修正目的，在於不妨礙健全的保證之經濟效用及不損害契約應遵守的原則之範圍內，慎重保證之訂立及改善保證人之地位。保證之訂立，注重方式，須有書面為保證之表示及一定負責額之載明。依第四百九十三條規定，原則上負責之一定數字的最高額，應於保證書內載明。自然人之保證至二千佛郎者，此外尚須有一定數字的最高額，於保證書內之自書的聲明。負有連帶保證責任者，亦同。超過二千佛郎者，須有公證書。法人之保證與對於瑞士聯邦及其公法上營造物或對於一邦就公法上之義務或運送所為之保證，以有於證書內負責之一定數字的最高額之文字的載明為已足。保證契約訂立之代理及保證之預約，亦須用同一方式。保證之變更，除增高責任數額或變單純保證為連帶保證外，以有書面之方式為已足。此種方式之規定，在將危險置於保證人之眼前，而防止其輕率的為保證。此外對於保證能力，加以限制。已婚之夫妻未在商業登記簿登記為營業人者，為保證時，應得他方配偶之同意（瑞債四九四條）。

單純保證人地位之改良，依其補充性之加強（人的及物的分別利益），而使其不易於由債權人請求。同樣連帶保證之效力，較之舊法大為減退。規定連帶保證人於一定條件下，有物的分別利益。即得主張債權人應先就動產質權或權利質權為執行（瑞債四九六條二項）。依瑞債第四百九十六條第一項，債權人於向債務人請求或就不動產擔保權為實行前，惟於債務人延未清償而且經催告無結果或其不能支付已為顯然時，始得向連帶保證人為請求（較狹的範圍之人的分別利益）。對於連帶共同保證人，亦與以有限制之分別利益（瑞債四九七條二項）。此外於一切保證（包括連帶保證），保證人得提供物的擔保，請求法院於實行一切質權並對於主債務人有決定的損失證書或訂立協調契約前，停止執行（瑞債五〇一條二項）。

保證人對於債權人之關係，亦同樣加以調整。保證責任之範圍，無論如何，以保證書內所載最高額為

其限度（四九九條一項），不因法律規定或約定，亦不因從債務如遲延損害、利息、訴訟費用、違約金等而超過之。此外除另有約定或另有其他情形外，保證人惟對於保證契約簽訂後成立之主債務人之債權，負其責任（四九九條三項）。新增的規定為瑞債第五〇〇條所定的法定銷除，在自然人之保證，除預先或嗣後另有約定外，每年銷減責任額百分之三。其有不動產擔保權者，銷減原責任額百分之一。無論如何，保證人之責任額，因主債務之減少，亦以同一之比例而銷減。保證人對於債權人之地位多所改善，即增加債權人之義務，保障保證人抗辯權之有利的行使（五〇二條）。債權人對於擔保權、優先權，有保持之義務，對於為清償之保證人，有交付主張權利之文件及擔保物之義務（五〇三條）。保證人有請求債權人受領清償（雖為一部清償）之權利（五〇四條）。債權人有通知債務人遲延及報告主債務人的狀況之義務。於主債務人破產及協調程序，有申報債權及行使權利之義務（五〇五條）。就保證人對於主債務人之關係，亦有改善保證人地位之傾向，尤其加強保證人之求償權。如有保證與質權之併存，惟於質權設定人與保證人間有如此約定或其質權係嗣後由第三人設定時，質物所有人始得向保證人為求償（五〇七條四項）。

主要的新規定，為關於保證期間之限制。法定保證期間為二十年。保證依此期間之經過而消滅，並以延長十年為最高限度。對於將來債務之保證，承認向所未有的保證人之解除權（將來債務未成立，得一方的解約）（瑞債五一〇條一項）。在定有期間之保證，於保證期間屆滿而主債務清償期尚未屆至時，新設有補充的規定（瑞債五一〇條四項五項）。為未定有期間的保證之終止，規定於主債務屆清償期後，保證人得請求債權人於四星期內對於主債務人及質權設定人行使其權利。此在連帶保證為向有爭執之問題，茲並予以決定。此外為保護保證人之權利，規定保證人不得預先拋棄債務法第四百九十二條至第五百十二條所給與保證人之權利，而限制契約之自由。因此可以排除銀行或其他信用授與人之一方所定的保證條款。而對於保證人使得充分享受新保證法所給與之利益（瑞債四九二條四項）。

第二十五章 混合契約

混合契約 (gemischte Verträge)，謂非契約之聯合，而含有相當於二種以上的典型契約內容之全部或一部之單一契約。爲典型契約所設之規定，如何適用於混合契約，約有三說。(一)爲 Lotmar 所主張之吸收說 (Absorptionstheorie)，謂對於其全部債務關係，應適用關於其中所含最主要構成份子之典型契約之規定。(二)爲 Hoeniger, Ruemlin 所主張之結合說，謂應抽出及結合關於其中所含不同典型契約之規定，以資適用。(三)爲 Schreiber 所主張之類推適用說，謂混合契約法律未爲規定，惟可類推適用各該契約之規定。在日本學者多傾向於第三說 (鳩山七四五頁、末弘二八七頁、中村五三八頁、岡村五五九頁、三瀨契約法三四二頁)。依余所見，以上三說各有長點，要難謂僅取其一而捨其他，應以各具體情形之利害關係，並衡量法律規定之目的，有時要求側重吸收主義，有時要求側重結合主義，有時要求側重類推適用主義之適用。

混合契約可分爲四類。第(一)爲有從屬的他種給付之典型契約。第(二)爲併向結合之混合契約，即含有併立的屬於不同典型而本質上有同等價值之給付之混合契約，亦稱孿生契約 (Zwillingsverträge) 或同向結合契約 (Kombinationsverträge)。第(三)爲對向結合之混合契約，即有對立的屬於不同典型之給付之契約，亦稱爲兩性契約 (Zwitterverträge) 或複型契約 (doppeltypische Verträge)。第(四)爲包含的結合之混合契約，即一契約含有同時爲他典型契約之成分，亦稱爲典型混合之契約 (Verträge mit Typenvermengung)，茲分述如次。

一 有從屬的他種給付之典型契約

此種契約，爲單一契約。依其主要內容，惟屬於一個典型 (基本典型)，然爲其主要目的，亦使含有

屬於他種契約之從屬的給付。因此給付爲從屬於契約之主要目的，並不以此變更契約之一般性質。例如出租附有服侍有傢俱之房間，有袋裝的米穀之購買，其袋皮於若干時日後始應返還。雖有主張此非混合契約，然因有他種類給付之混合，亦應認爲最單純之混合契約。因副給付惟有從屬的意義，爲契約之判斷，首應以關於基本典型契約之規定爲準。附有服侍之房間租賃，雖有從屬的勞務給付，仍爲租賃。有袋裝米穀之買受，其袋皮應於若干時日後返還者，雖有物的使用之給與，仍爲買賣。此時原則上應適用吸收主義，即主要成分吸收其他成分，惟對於他種類之給付，補充的可類推適用其相當契約之規定。但以其規定正於該給付之性質上有其理由（並非必常如此，蓋關於其相當契約之規定，得於其對待給付有其理由，例如在買賣，出賣人對於出賣之標的物尚有於一定時期保管之義務時，惟應適用民法第五九七條，而不應適用民法第五九〇條前段之規定），而且與全部契約之一般性質及全部目的不相牴觸時爲限。在前一例僱傭契約之特別終止原因，在第二例物之租賃之終止原因，通常應排除適用。房間出租女主人不得以在僱傭契約有民法第四八九條所定之重大事由，而請求房客即行搬出，然如親爲服侍及準備咖啡之出租女主人患有嘔吐病症，則房間客人有即時終止契約之權。然非基於民法第四八九條之規定，而係因出租女主人之全部給付已不復能認爲合於債務本旨之履行。此種典型契約更可分爲左列二類。

1. 典型契約爲其主要目的雖通常使負擔從屬的給付義務，惟完全依一般方法，例如在合夥契約使負擔出資之義務，此時雖僅有一合夥契約之存在，其以物之給付爲出資者，於上述之界限內，類推適用關於買賣之規定，例如關於權利及物之瑕疵之擔保責任及危險負擔之移轉之規定，可類推適用關於買賣之規定。電影製作及利用契約，其電影的內容及藝術的形成，應爲雙方當事人之共同事業，要求關於合夥之規定應列在上位而引用，並從屬的引用關於承攬之規定（R. G. 161.323）。除關於其義務，合夥契約另有訂定外，其以物之使用爲出資者，應依關於租賃之原則判斷之。以勞務爲出資者，應依關於僱傭之原則判斷之。例如物之使用之出資，得類推適用關於租賃之瑕疵擔保規定。但關於通常契約通知終止之規定則否。以勞

務爲出資者，對於其勞務雖可類推適用關於保護之規定，但第四八八條以下關於通知終止契約之規定則否（民法六八六條）。

2. 典型契約不以其契約，而惟依特別約定始有從屬的給付義務者，此時其爲從屬的給付之點，甚爲重要，蓋否則爲同向結合契約矣。其從屬的關係，有左列二種情形。

a. 其給付對於契約之主要目的爲附給付，例如於出租房間時之服侍義務。保險箱契約（*Stahlkamm-erfächverräg*）亦屬於此類。蓋此種契約爲租賃附有勞務及保管之附給付。主要給付爲保險箱使用之給付，共同關閉及其內在物安全之照顧爲附給付。他如機器之給付附有裝置之義務，爲買賣附有從屬的承攬義務。鍋灶之給付附有裝置之義務，照明設備之出賣及設置，亦可同論。打穀機或小船之出租及操務，爲租賃附有從屬的勞務給付或承攬給付。如勞務給付非爲從屬的，則爲同向結合契約。出租待興建之馬戲園，則爲租賃附有從屬的承攬給付。公寓房間租賃附有房屋暖氣設備之使用，爲租賃附有承攬給付。地毯之租賃，如出租人承擔以吸塵器清除其上塵屑之義務者，亦同。旅客運送附有一定座位或車廂之使用，爲承攬附有物之使用之給與。觀劇契約，爲承攬附有從屬的租賃給付。房屋拆除之契約，如對於拆下殘物之取得應支付一定價金，則爲買賣契約附有從屬的承攬給付。反之如房屋之拆除爲契約之標的，而拆下之材料爲房屋拆除之報酬，則僅成立單純的承攬契約。

b. 其給付惟使主給付爲可能或與以增進，其本身並不重要，惟爲主給付實行之手段而出現者，例如承攬人難提供附屬之配件（例如衣服之襯裏、鈕扣、緹邊等物），惟承攬契約之存在。然如約定應給付以自己之材料作成之物（移轉所有），則爲買賣。蓋作成物之讓與，爲主要目的，而物之作成僅爲手段，而使其目的之達成爲可能。同樣約定興建房屋爲有償的使用給與之契約，僅爲租賃。尚待完成的房屋之給付契約，僅爲買賣。然對於從屬的給付，關於以其給付爲特徵之契約之規定，其規定之理由與應據以判斷之契約亦切合者，依上述原則亦應有適用。例如應以自己之材料作製之不代替物之出賣，於多種關係，關於

承攬之規定亦應有適用（參照德民六五一條）。然如應作製之物為代替物則否。蓋因買受人此時對於其物是否自作抑係由他處取來，無所軒輊，關於承攬之規定應無庸顧及也。同樣電力供給契約，應準於買賣而為判斷。然由電力公司所裝設之電錶如有瑕疵，應依租賃之規定判斷之。然如該法律行為之整個目的，排除其適用時，自當別論。

二、併向結合的契約

此時當事人之一方負有多數相互併立屬於不同典型及本質上有同等價值之給付，而他方則惟約定單一的對待給付。此時實際上多與契約之外形的給合區別困難。然在後者有二契約之併存，而在前者一方有二契約典型之融合與他方構成統一的一個契約，二者實有不同。例如為一對待給付，而約定食、住。海上旅客運送及給養之契約，以一定之艙位及給養之給付為前提，而非僅以為從給付時，為承攬契約及艙位租賃及食品買賣之結合。（a）一方結合之給付，得按他方給付之價格分割者，對於所結合之各主給付，以其相當契約典型為準。前例對食事之供給，適用關於買賣之規定，關於住之供給，適用關於租賃之規定。關於所結合一給付之對待給付之規定，惟按各給付價值之比例，適用於共同之對待給付。前例因食品之瑕疵之減價請求權，惟按其價值及於對待給付之相當部分。出租人之留置權，惟關於相當於住的供給之部分，得行使之。契約消滅原因（例如因瑕疵之解除）為一契約典型成立者，惟廢止其相當之契約部分，從而對待給付應按其價值比例而減少。然因此部分與統一的全部給付，尤其基於經濟的關係各部分相互依存，往往可推定惟一同存立一同消滅。例如工廠之使用及為其經營所必要的蒸汽力之供給，為單一的對待給付而約定，如工廠使用之供給為不能時，則其契約應一同消滅（*Enn-Lchmann, §100, B, I, S. 390*）。

三、對向結合契約

此為有互相對立屬於不同典型的給付之契約，其全部契約內容包括兩種不同之契約典型而表現為其中一種並為其他種之契約，故有謂之為藕合契約（*gekoppelte Verträge*）。例如以服勞務（為門房）而給為

與居住之契約，因為有償，為租賃契約，同時為僱傭契約。同樣對於鋼琴之傳授而給與房間居住，為租賃及僱傭契約。對於畫像而為此約定時，則為租賃及承攬契約。此時其一契約之規定，如同他一契約之規定，同有適用。對於門房契約，適用關於出租人留置權之規定，同時適用因受僱人死亡而使契約終了之規定。如兩契約典型之規定互相抵觸時，則應探索其一契約規定或他契約規定所基之理由，而權衡其中應適用之契約規定。例如對於前述門房契約，租賃契約之法定終止權及因重大事由之僱傭契約非常終止權，均得適用，而隨時終止契約之規定（民法四八八條二項）則否。依其情形有時應以債務關係視為單一，而以一契約典型置於前，而先予考慮，即依吸收主義以為解決。例如對於居住，惟允於某種情形給付一定之家事勞務，其重點在於使用之給與者，則其契約之解銷，應以關於租賃之規定為準。反之如某人對於免費之居住，原以門房園丁而僱用者，則通常應置重於僱傭之規定，以為判斷。此點尤其於契約之訂定（不適用民法四二二條關於訂約方式之規定）及不動產之出賣（不適用民法四二五條關於租賃承受之規定）時，甚為重要。

對向結合之契約，惟有一契約典型為法律所規定，而其他一契約為無名契約時，例如余約定對於三年居住之給與，讓與我之園子（為租賃及有償讓與契約，後者一般應受買賣法則之支配），則應先明未規定之契約之法則，而後依上述原則處理之。

四、包括的結合之契約

此時契約含有同時為他契約典型之成分，例如在價格以下出賣其物，則為贈與含有買賣。同樣甲拋棄有爭執之債權，而由所稱債務人乙以五百元（在價格以下）出賣其馬與甲，則為和解含有買賣。甲負為乙地主管理其農業經濟的簿記之義務，而由乙於其釀製業接受甲為股東，則為僱傭包含合夥契約。在此種形態之契約，應忌專一標準之說，而按各個場合之利益、情境決定之。依此有時宜採分離說（Trennungstheorie），將法律行為分離，考慮其各個之成分，有時不管其行為係由兩種不同之典型互相結合，宜於

強調其統一性（Einheitstheorie）。在前一情形，得原則上對於各部分分別的適用其典型的規定，然就其構成統一的法律行為之一部之情事，亦應加以考慮（民法一一一條）。後一情形，對於統一的行為，原則上適用兩典型之規定。但一典型之一定規定，因顧慮經濟的目的及當事人雙方之合法的利益，為獲致公平之結果而應排除者，不在此限。無論任何一情形，應合理的解釋當事人之意思，以為補充（其詳可參照本書關於混合贈與之說明）。

參考書

一、德國民法及商法

1. J. Denecke, R. Fischer, F. Oegg, BGB, Das Buergerliche Gesetzbuch, Band I, 1953
2. Dernburg, Das Buergerliche Recht des Reiches und Preussens, Band I, Schuldverhältnisse 1929-30
3. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, Band I, 1954
4. Planck's Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, Band I, 1920
5. Soergel, Buergerliches Gesetzbuch, Band I, Recht der Schuldverhältnisse 1925
6. Staudinger-Kober, Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, Band I, 1929-30
7. Palandt, Buergerliches Gesetzbuch 1954
8. W. Erdman BGB, Handkommentar 1952
9. V. Loewenwarter, Lehrkommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, Band I, 1928
10. Oertmann, Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch Band I, 1910
11. Hedemann, Schuldrecht des Buergerlichen Gesetzbuches 1921
12. K. Cosack, Lehrbuch des Buergerlichen Rechts Band I. 1922
13. Heck, Grundriss des Schuldrechts fuer das Deutsche Reich 1929
14. Warneryer, Das Buergerliche Gesetzbuch fuer das Deutsche Reich 1928

15. Duering-Hachenburg, HGB Band IV und V 2 (§ 383— § 473) 1932
16. H. Werdinger HGB (Kommentar zum Handelsgesetzbuch) Band I 1953
17. Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1921
18. Staub's Kommentar zur Wechselordnung 1923
19. Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch fuer das Deutsche Reich 1914
20. Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1932
21. Mueller-Urbach, Deutsches Handelsrecht 1928
22. Schlegelberger, Handelsgesetzbuch Band I 1939
23. Ehrenburg, Handbuch des gesamten Handelsrechts 1918-1928
24. Wieland, Handelsrecht Band I, 1921, Band II, 1931
25. Handelsgesetzbuch (Beck'sche Verlagsbuchhandlung) 1965

知 識 點

1. R G = Reichsgericht, mit Fundstelle (Band, Seite); amtliche Sammlung der R G = Rechtsp-rechung in Zivilsachen
2. Warn, Warn R oder Warn Rsp. = Warneyer, die Rechtsprechung des Reichsgerichts (auf dem Gebiet des Zivilrechts)(Jahr und Nummer der Entscheid.)
3. Warn Jb = Warneyer, Jahrbuch d. Entscheid. (Jahr, Seite)

一、瑞士債務法

1. Oser, Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht Band V

1945

2. Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 1933
3. Sieben Vorträge ueber das Neue Obligationenrecht von Haab, Thalmann, Scherer, Cö-tzinger 1933
4. Gmur, Hafter, Ostertag, Silbernagel, Kaufmann, Leemann, Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht von Becker 1936
5. Martin, Le Code des Obligations 2 vol. 1919-1922
6. Rossel et Mentha, Manuel Du Droit Fédéral Des Obligations, 1920
7. F. Funk Jun, Handkommentar des Obligationenrechts 1928
8. Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht 1930
- adaptation français, Bachmann, Goetzinger, Sigmund et Zeller, Commentaire Du Code Fédéral des Obligations 1915
9. Tuor: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch 1940
- 10 Oser-Schönenberger, ZGB v OR 1954

三、法國民法及商法

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, Traité Théorique et Pratique De Droit Civil vol. 12-25 1920
2. Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français tome V et VI 1923-33
3. Demogue, Traité des Obligations En General 7 vol. 1932
4. Colin et Capitant, Cour Elémentaire De Droit Civil Français 1932

5. Planiol et Ripert, *Traité Élémentaire De Droit Civil* 3 vol. 1954
6. Planiol et Ripert, *Traité Pratique De Droit Civil Français*, tome X 1930
7. Jossierand, *Cour de Droit Civil Positif Français*, tome 2 1949
8. Dalloz, *Codes Annotés* I, II 1955
9. Fuzier-Herman *Code Civil Annoté* tome V 1921-1932
10. Léon Lacour, *Précis De Droit Commercial*
11. Thaller, *Traité Élémentaire De Droit Commercial*
12. Lyon-Caen et Renault, *Traité De Droit Commercial*, 8 vol.

四、奧國民法

1. Klang, *Kommentar zum (österreichischen) allg. buerzl. Gesetzbuch* 4Bde 1931-35
2. Lhrenzweig, *System des all. Privatrechts* 4 vol. 1928
3. Schey, *Die Obligationsverhältnisse des Oesterreichischen all. Privatrechts*
4. Josef, Schey, *Das allgemeine buergerl. Gesetzbuch* 1930

五、日本民法及商法附德、法民法

- 一、日本債權法各論
上卷
下卷

鳩山秀夫

昭和九年

- 二、債權各論

末弘嚴太郎

大正十年

- 三、債權法各論

岡村玄治

昭和四年

- 四、債權法論(各論) 上卷 下卷
- 五、債權各論 上卷 下卷
- 六、債權各論 上卷 中卷
- 七、債權各論 第一部 第二部
- 八、債權法概論 各論
- 九、債權各論
- 十、債權法概論 各論
- 十一、債法總論 中卷之一
- 十二、契約各論 第一卷
- 十三、債權法新論
- 十四、契約法(現代法學全集)
- 十五、日本債權法各論
- 十六、債權各論
- 十七、債權各論
- 十八、債權法各論
- 十九、債權法要論
- 二十、民法(日民與法、德、瑞士條文對照)

參考書

- 磯谷幸次郎 昭和四年
- 沼義雄 昭和十八年
- 我妻榮 昭和卅二年
- 末川博 昭和十七年
- 中村萬吉 昭和十一年
- 戒能通孝 昭和十八年
- 勝本正晃 昭和卅一年
- 勝本正晃 昭和九年
- 勝本正晃 昭和廿二年
- 岩田新 昭和十六年
- 三濤信三 昭和十三年
- 小池隆一 昭和十四年
- 橫田秀雄 大正五年
- 村上恭一 大正六年
- 清瀬一郎 大正六年
- 吾孫子勝 昭和三年
- 川名兼四郎 大正二年

二、民法教材V債權各論

三、商行爲法

四、商行爲法

五、商行爲及保險法

六、商行爲法論

七、商行爲法

八、商行爲法講義

九、訂改商行爲法

十、商行爲法講義要領

十一、商行爲法論

十二、商法（商行爲法）
海商法（中卷）

十三、商法總論

十四、改正商法總則概論

十五、商法原理

十六、商法總論

十七、有價證券法

十八、海商法要義 中卷一、中卷二

我妻榮

昭和十六年

竹田省

昭和六年

松本蒸治

昭和五年

岡野敬次郎

昭和三年

小町谷操三

昭和十八年

烏賀陽然良

昭和十年

大橋光雄

昭和十年

椎津盛一

昭和十五年

田中耕太郎

昭和七年

水口吉藏

大正十四年

石井照久

昭和廿九年

竹田省

昭和八年

田中耕太郎

昭和十三年

寺尾元彦

昭和十三年

西本辰之助

昭和十三年

升本喜兵衛

昭和三十年

小町谷操之

昭和三十年

廿、獨逸民法 (I) 債務法

廿一、法蘭西民法 (IV)(V) 財產取得法

六、我國民法債各參考書

一、民法債編各論 上冊
下冊

二、民法要義

三、民法債編各論

四、民法債編分則釋義 上冊
下冊

五、民法債編各論實用

六、中華民國民法債權各則 上
中
下

現代外國法典叢書
柚木馨

現代外國法典叢書
川上、實方、柳瀬

戴修瓚

梅仲協

薛祀光

季手文

劉鎮中

中華民國法制研究會

昭和三十年

昭和卅一年